

# 《強執與國私》

- 一、甲向乙買受建地一筆，經請求公證人作成公證書，載明：乙應於民國（下同）九十三年十一月十日將該建地交付並辦理所有權移轉登記與甲，甲應同時給付價金三百萬元與乙，否則均應逕受強制執行。惟屆期雙方均未為履行，甲、乙於同年月十二日以該公證書為執行名義，依其內容，分別以他方為債務人而聲請強制執行。試問：執行法院對甲、乙之聲請應如何處理？（25分）

命題意旨	本題思考方向在於公證書得為合法執行名義之要件。另外，附條件之執行名義，執行法院究應如何處理。
答題關鍵	本題答題關鍵在於公證法第十三條要件之記憶；實務見解*最高法院八十六年台抗五五一號判例，關於附條件執行名義執行之問題，為答題關鍵所在。

## 【擬答】

強制執执行程序者，乃係債權人依據執行名義，聲請執行法院對債務人施以強制力以滿足其私法上請求權之程序。是以強制執执行程序之進行，首應提出合法之執行名義，否則法院即應以裁定駁回其聲請(強制執行法四、五、六條參照)。

今題示情形所涉為第四條第一項第四款公證書為執行名義者。茲先就依公證法第十三條得為執行名義公證書之要件分析如下：

(一)須係公證法由公證人作成之公證書

(二)公證書內限於下述四種給付行為

- 1.給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者。
- 2.給付特定動產。
- 3.租借用建築物或其他工作物，約定期間並應於期滿交還者。
- 4.租借用土地，約定非供耕作或建築為目的，而於期限屆滿應交還土地者。

(三)債務人給付遲延

(四)載明「應逕受強制執行」之執行約款，今分就甲、乙聲請部分討論如下：

1.執行法院對於甲之聲請應以裁定駁回

(1)如題示情形，今甲據以聲請對乙之執行，其執行名義既為公證書。則須係符合前述要件與公證法第十三條之公證書方得為合法執行名義。然甲之聲請乃係為「建地」所有權移轉登記與交付，自與前述要件不符。

(2)另由於執行法院僅得就執行名義為形式審查，今所涉實體權利法律關係非執行法院所得審究，故對於甲之聲請因未提出合法之執行名義，應認其不合法而應以裁定駁回(強制執行法四、五、六條參照)

2.執行法院對於乙之聲請原則應予准許，然甲若對乙未為同時履行部分有爭執者，執行法院即不得續為執行。

(1)按題示情形，因乙之聲請除符合公證法十三條第二款請求給付特定數量之行為(給付價金三百萬)，且

其他要件亦符合，故該公證書乃係為強制執行法第四條一項四款之合法執行名義，自執行法院自應受理其聲請。

(2)惟有爭議在於該公證書有載乙有同時履行建地登記，所有權移轉者，此部分應視為執行名義附有條件。依強制執行法第四條第二項之規定，須於條件成就時，始得開始強制執行。於此，究應由執行債權人乙舉證條件成就方得開始執行，亦或應由執行債務人甲舉證條件未成就而方不得開始執行，學說實務爭議如下：

a.執行債權人舉證說：

此說認為條件成就乃係開始強制執行之要件，故應由主張強制執行應開始者負舉證責任。於債權人舉證強制執行要件皆具備方得為開始執行。

b.執行債務人反證說：

此說認為因強制執行法係採當事人不平等主義，且執行法院無實體審查權。故當執行債權人提出合法執行文件，執行法院即應開始執行，至於未為條件成就涉及實體法權利義務爭執，執行法院無審究權利，故須俟執行債務人於此舉證，爭執後，執行法院方不得率予執行。

c.目前通說與實務(最高法院八十六年台抗五五一號判例)係採「執行債務人反證說」。蓋此說顧及強制執行法係採「當事人不平等原則」與「抽象請求權說」故學生從之。

d.故執行法院對於乙之聲請原則應予准許，然甲若對乙未為同時履行部分有爭執時，執行法院即不得續為強制執行。

二、甲對乙有五百萬元之金錢債權，依確定之終局判決，聲請強制執行。經執行法院查封乙所有之建地一筆後，乙死亡，其繼承人為子女 A、B；因上開建地不足清償債務，甲聲請續對 A 所有之汽車一輛及 B 於銀行存款一百萬元為執行，經執行法院先後為查封及發扣押命令。惟隨後於法定期間內，A 為限定繼承、B 為繼承之拋棄。於此情形，試問：(一)執行法院就上開建地得否逕行定期拍賣？(二)A、B 對上開其自有財產被執行，有無救濟方法？(25 分)

命題意旨	強制執行法第五條第三項之例外情形為何。又限定繼承者與拋棄繼承者其自有財產被強制執行之救濟方法在學說與實務爭議之情形。
答題關鍵	民法七百五十九條，強制執行法第十一條係可否就死亡債務人之不動產，逕為拍賣之答題關鍵。又最高法院七十五年第四次民事庭決議亦為限定繼承人自有財產被執行時，救濟方法答題關鍵所在。

### 【擬答】

(一)執行法院不得逕就該建地為定期拍賣，其理由如下：

- 1.依強制執行法第五條第三項之規定：「強制執行開始後，債務人死亡者，得續行強制執行。」故題示情形甲於對乙之強制执行程序開始後，乙(債務人)死亡，執行法院自得續為強制執行。
- 2.惟首應注意者在於 A 為限定繼承後，依民法一一五八條與通說之見解認為，在該限定繼承後公示催告債權人陳報債務之公告期間內，執行法院不得續為強制執行。

(1)依民法一一七八條拋棄繼承之規定，B 拋棄繼承後遺產歸 A 取得。惟 A 復為限定繼承，依據民法一一五七條之規定，法院應依公示催告程序公告命被繼承人之債權人於一定期限內，報明債權。

(2)有爭議者在於，民法一一五八條規定：「繼承人在前條所定之一定期限內，不得對於被繼承人之任何債權人，償還債務。」此是否代表執行法院亦應停止原強制執行政程序之進行？學說於此爭議頗多，惟依目前通說與實務見解認為，為達成民法一一五八使繼承債權人皆可公平受償之目的，故不僅於繼承人為清償時受限制，強制執行亦同受限制。是以，執行法院應停止強制執行，俟公示催告期間過後方得續行為強制執行。

(3)故 A 為限定繼承後，執行法院不得逕就該建地為定期拍賣。

3.另外應注意者在於，該建地既為不動產，依民法七百五十九條之規定，須變更登記後方得為處分行為。是以依強制執行法第十一條三項之規定：「債務人因繼承、強制執行、徵收或法院之判決，於登記前已取得不動產物權者，執行法院得因債權人之聲請，以債務人費用，通知登記機關登記為債務人所有後而為執行。」故執行法院縱已於前開期間後續為執行者，亦須因甲之聲請將該建地變更登記為 A 所有後方得定期拍賣。

(二)A、B 對上開自有財產被執行，其救濟方法討論如下：

#### 1.就 A 之部分而論

如前所述，A 既為限定繼承人，僅就其繼承利益之限度內負責。今 A 之自有財產被執行本得提起異議之訴救濟之，惟究應提起債務人異議之訴亦或第三人異議之訴，學說容有爭議之空間，分述如下：

(1)債務人異議之訴說：此說認為限定繼承人仍為繼承人僅係清償責任受限制，故仍係執行債務人，故對於自有財產被執行應提起債務人異議之訴以為救濟。

(2)第三人異議之訴說：此說認為限定繼承人，就被繼承人之債務，僅負以遺產為限度的有限責任，故若就限定繼承人之固有財產為執行，應認此時係為強制執行法第十五條之第三人，而應提起第三人異議之訴以為救濟。

(3)聲明異議說：此說認為該等執行乃係違法執行，自得依同法十二條聲明異議。目前實務(最高法院七十五年第四次民事庭決議)係採第三人異議之訴說，此說說理清楚，學生從之，故 A 應提起第三人異議之訴以為救濟。另外，A 亦可依據同法十八條規定，聲請停止執行。

#### 2.就 B 之部分而言

(1)如前所述，B 既為拋棄繼承，則其非繼承人亦非執行債務人，自不得對其自有財產為強制執行，今該等執行即為違法之執行，且為不當執行。

(2)是以其救濟之方法。如下：

a.B 可對於該違法執行，依強制執行法第十二條聲明異議。

按強制執行法第十二條規定：「當事人或利害關係人，對於執行法院強制執行之命令，或對於執行法院、書記官、執達員實施強制執行之方法，強制執行時應遵守之程序或其他侵害利益之情事，得於強制执行程序終結前，為聲請或聲明異議。但強制執行不因而停止。」，前述違法執行既係對非執行名義效力所及之人實施強制執行，應屬「其他侵害利益情事」者，自得於強制执行程序終結前聲明異議。

b.B 亦可主張其非強制執行法第四條之二，執行力擴張效力所及之人，而提起同法十四條一債務人不適格之訴救濟。

按執行債權人甲對 B 為執行若係主張其為強制執行法第四條之二第一項第一款之繼受人，而為執行

力主觀範圍效力所及者，則依據同法第十四條一項規定：「債務人對於債權人依第四條之二規定聲請強制執行，如主張非執行名義效力所及者，得於強制執行程序終結前，向執行法院對債權人提起異議之訴。」，故如題示情形，B 自可就其自有財產被執行提起「債務人不適格」之異議之訴。又若提起異議之訴，B 可依據同法第十八條之規定，聲請停止執行，以茲救濟。

3.小結：A 就其自有財產被執行可依據最高法院七十五年第四次決議，提起第三人異議之訴；B 就其自有財產被執行，可依強制執行法十二條聲明異議，亦可提起同法十四之一第一項之「債務人不適格」之異議之訴。

三、甲對乙有三百萬元之金錢債權，於民事訴訟中成立和解後，聲請強制執行。乙現所居住之房屋為丙所有（未為保存登記），執行法院依甲之指封而予以查封拍賣，由丁拍定後，丁繳清價金，取得權利移轉證書，並經執行法院將該房屋點交於丁，交付價金二百五十萬元於甲。事後丙始知悉上情，試問：丙有無救濟方法？（25 分）

命題意旨	第三人異議之訴提起之時間點，與可否對執行債權人主張不當得利為本題思考方向。
答題關鍵	司法院院字二七七六號解釋與最高法院五十二年台上二六六一號判例為本題答題關鍵所在。

### 【擬答】

依目前實務見解，丙可對乙依民法不當得利之規定請求返還相當價金之利益以為救濟。惟不可依強制執行法第十五條主張第三人異議之訴，亦不得對甲主張有民法不當得利之適用。擬詳述如下

(一)首就丙可否主張第三人異議之訴而論

- 1.強制執行法第十五條固有規定：「第三人就執行標的物有足以排除強制執行之權利者，得於強制執行程序終結前，向執行法院對債權人提起異議之訴。」今甲指對拍賣之房屋既係第三人丙所有之房屋，丙似可依前揭法條主張權利，惟應注意者在於，提起第三人異議之訴須限於強制執行程序終結前提起。
- 2.依司法院 2776 號解釋(一)謂：「強制執行法第十五條所定第三人異議之訴，以排除執行標的物之強制執行為目的，故同條所謂強制執行程序終結係指對於執行標的物之強制執行程序終結而言，對於執行標的物之強制執行程序如已終結則雖因該執行標的物之賣得價金不足抵償執行名義所載債權之全部，致執行名義之強制執行程序尚未終結，第三人亦不得提起異議之訴……。」，題示情形丙所有之屋既經丁繳清價金取得權利移轉證明書，且終點交取得占有，則對該屋之「拍賣程序終結」。又拍賣之價金既已由法院交付於甲，則對該屋之強制執行程序亦已終結，至於甲對於乙尚有五十萬元未予執行完畢，如前院字 2776 號解釋所示，此係甲乙全部执行程序未終結者，丙亦不得謂該屋执行程序未終結。故丙自不得依強制執行法第十五條之規定提起第三人異議之訴。

3.小結：丙此時不可主張強制執行法第十五條第三人異議之訴以為救濟。

(二)次就丙可否對乙主張民法不當得利之規定而論

- 1.按民法第一百七十九條不當得利之要件為：
  - (1)一造受有利益；
  - (2)他造受有損害；
  - (3)利益與損害有因果關係；

(4)受利益者乃係無法律上原因而受益。

2.題示情形，乙因丙房屋遭誤為拍賣，其對甲之債務因此清償(受有利益)，丙喪失該屋所有權(受有損害)，兩者係基於同一原因事實(有因果關係)，且乙之受益非有法律上原因。此盡皆符合民法不當得利之要件，故丙可對乙主張之。

3.小結：丙可對乙主張民法不當得利之規定，請求返還相當房屋對價之利益，以為救濟。

(三)丙可否對甲主張民法不當得利之規定而救濟之部分

1.查實務上向來認為甲受有利益與丙受有損害非屬同一原因事實，故不符合不當得利之要件(最高法院五十三台上二六六一判例)，故丙不可對甲主張不當得利以為救濟。

2.應予注意者在於上開最高法院五十三台上二六六一判例，雖某經最高法院決議不再援用，然該不予援用之理由在於「因果關係」之認定仍有爭議。故實務上並非因此改變實務見解可以對執行債權人主張不當得利

3.因本案題示情形，執行債權人甲非故意指封錯誤，故不得主張民法不當得利以為救濟。

4.小結：丙依據目前實務見解，仍不可對甲主張民法不當得利之規定而為救濟。

5.結論：依據目前實務之見解，丙僅可對乙依民法不當得利之規定請求返還價金以為救濟。

四、試就國際私法中「反致問題」，回答下列問題：

(一)何謂「反致」？又何謂「全部反致」？(7分)

(二)有謂「反致之作用在調和屬人法兩大原則之衝突」，是否允當？(6分)

(三)涉外契約準據法採「當事人意思自主原則」時，法院應否適用反致？(6分)

(四)涉外船舶物權準據法採「船籍國法」時，法院應否適用反致？(6分)

(賀本班國際私法總複習講義命中、模擬考題命中，國私強執衝刺班講義完全命中)

命題意旨	反致一直為國際私法上之重要課題，但我國國際私法的教科書上對於「全部反致」之制度並未全然加以介紹，其中以陳榮傳老師、賴來焜老師對此部分著墨較多，高點所出版之國際私法講義，亦將此部分見解全數收錄，故僅須熟悉此兩位老師之見解或詳讀班內講義即可輕鬆拿高分。
答題關鍵	本題四小題之分數配置均相當平均，故在答題篇幅上亦應當注重比例之分配且如為學說上有爭議時，亦應將爭點一併列出。
參考資料	1.高點國際私法講義，第 112、215、218 至 220 頁。 2.田台大，93 年度國際私法總複習班講義第 4 至 6 頁、國際私法模擬考題第一題。 3.劉鐵錚、陳榮傳著，國際私法論，第 569、570、584 頁。

#### 【擬答】

(一)所謂「反致」(renvoi)乃指某一涉外法律關係，依法庭地國之國際私法規定應適用某依外國法，而依該外國國際私法之規定，又應適用法庭地法或他國法時，即以法庭地法或他國法而為適用。又反致之分類上，如依據是否含外國國際私法之反致條款可分類為：

1.一部反致(partial renvoi)又稱為單純反致(single renvoi)

法庭地國際私法，就某涉外法律關係採一部反致者，其於依內國國際私法適用某外國法時，僅適用該外國國際私法對該涉外法律關係所指定之準據法，而不問也不適用該外國國際私法上有關反致之規定。

2.全部反致(total renvoi)又稱為雙重反致(double renvoi)

法庭地國際私法，就某涉外法律關係採全部反致者，其於依內國國際私法適用某外國法時，不僅適用該

外國國際私法對該涉外法律關係所指定之準據法，且也須適用該外國國際私法上有關反致之規定。亦即採全部反致時，除須證明某外國國際私法對該涉外法律關係準據法之規定外，尚須證明該外國國際私法尚有關反致之規定。

(二)我國學者雖有主張反致之作用在調和屬人法兩大原則之衝突，亦即須當事人之本國法以住所地法為屬人法，方採取反致，但如依據現行法觀之，此見解並非恰當。析述如下：

- 1.我國涉外民事法律適用法第二十九條規定「依本法適用當事人本國法時，如依其本國法就該法律關係須依其他法律而定者，應適用該其他法律，依該其他法律更應適用其他法律者亦同。但依該其他法律應適用中華民國法律者，適用中華民國法律。」並無限制當事人本國法須以住所地法為屬人法，始採反致之明文。
- 2.依據涉外民事法律適用法草案說明書，關於第二十九條之說明，明示反致目的在於「(1) 調和內外國關於法律關係法則之衝突，(2) 參照外國之法律適用法則，對於系爭之法律關係，選擇其最適當之準據法。」故不應解釋僅有當事人本國法以住所地法為屬人法時，始有反致適用之條件。
- 3.我國反致條款有採取間接反致之類型，而間接反致之適用情形複雜，其適用範圍不能限於屬人法，亦足證明我國反致條款實不以調和本國法與住所地之衝突為限。

(三)所謂「當事人意思自主原則」，係就特定涉外法律關係，法律允許當事人得以合意選擇應適用法律時，係以當事人意思為連結因素，此種當事人得以合意選擇應適用法律之規定稱之。而當事人得合意選用之法律，原則上僅限於一國之實體法，不包括該國之國際私法選擇規則，故應排除反致之適用。

而我國關於當事人自主原則之適用，如當事人意思不明時，採取若干硬性規則為補充性規定，其中涉外民事法律第六條第二項前段規定「當事人意思不明時，同國籍者依其本國法」此時是否應適用反致條款，學說上有爭議：

肯定說：反致條款適用之條件，以應適用之法律關係為準，與該涉外法律關係之種類無關，故以國籍為連結因素時均有適用。

否定說：大多承認反致之立法例，係以屬人法事項為範圍，且關於涉外民事法律適用法第六條前後之適用順序中均無反致之適用。

本文以為採否定說為宜，因綜觀涉外民事法律適用法以本國法為準據法者，實以屬人法適用為範疇，其餘因事實行為、不法行為而發生債之關係者，均不採屬人法原則，法律行為發生債之關係第一順位之準據法亦同，且我國立法例採取共同本國法為準據法係為矯正逕行適用行為地法之弊，如因反致之結果反適用行為地法，顯有為立法意旨。

(四)關於船舶之法律關係，例如船舶優先權應適用船舶之船籍國法時，是否有反致之適用，本文採肯定說：理由如下：

- 1.船舶物權之準據法，包括船舶優先權之準據法，除依據涉外民事法律適用法第十條第四項前段，尚有可能依據強制執行法第一百一十四條之三前段，後者屬於實質國際私法，故仍屬涉外民事法律適用法第二十九條規定之「依本法」。
- 2.就涉外法律關係應否限制而言：目前應以基於一切法律關係所成立之案件均適用反致為當。第一，基於反致之作用言：反致條款目的除了調和關於法律適用法則之衝突外，使得就具體案件參照外國之法律適用法則，對於系爭法律關係，選擇其最適當之準據法理想崇高，為使個案能最符合具體妥當性，基於此

反致之機動性，適用案件，不宜限制。第二，就立法者意旨言：草案說明書明示反致目的在於「調和內外國關於法律關係法則之衝突」，而非僅限於調和屬人法則兩大原則（本國法主義與住所地法主義）之衝突。第三，就我國反致限制標準：我國反致之限制標準在於限制特定連結因素（國籍）所成立之法律關係，即須依本法適用當事人之國籍為連結因素所成立之準據法，其他連結因素所成立之準據法即不得反致，故應為連結因素之特定非法律關係之特定。

就船舶國籍性質之剖析：學者有將船籍國法稱為船舶之本國法。蓋船舶有國籍，猶如自然人之有國籍，法律上注重其獨立性，視其為獨立之個體，具有法律上之擬制人格，接受船籍國所賦予之權利及義務，故對於船舶之身分法律，應依所登記國之法律（即船籍國法）如人身份上事項應依其本國法者同。