

《強制執行法與國際私法》

一、甲有土地及其上建築物一間（下簡稱 A 部分），為增加使用空間，乃另行在屋頂未經主管機關許可增建一小屋（無獨立出入口，下簡稱 B 部分，出租於乙），同時在緊臨屋旁未經主管機關許可增建一小屋（有獨立出入口，下簡稱 C 部分），某日甲將上開 A 部分之土地及建物持向丙銀行借款，並設定新台幣一千萬元之抵押權，嗣丙銀行因甲違約而依拍賣抵押物裁定聲請法院查封、拍賣上開抵押物，試問：

（一）法院查封、拍賣時，應否將 B、C 二部分，一併查封、鑑價拍賣？（13 分）

（二）於拍賣程序進行中，B 部分之租賃期限屆滿後，承租人乙仍為租賃物之使用收益，而出租人甲不即表示反對之意思，繼續收受租金，系爭房地嗣由丁應買拍定，執行法院發給不動產權利移轉證書予丁收受，但乙拒不點交，執行法院乃命乙自行將系爭 B 部分房屋點交予丁，乙對此執行命令聲明異議，是否有理由？（12 分）

命題意旨	本題涉及到不動產查封之範圍及效力之問題，其中關於查封範圍部分，係與民法上關於不動產之定義及物權法上抵押權之範圍均息息相關，至於查封效力部分則係屬傳統強制執行法考題之重點，故考生應具備完整之實體法、程序法概念，方得高分。
答題關鍵	題目以實例題方式命題，故應從題目設問中，明瞭出題老師所欲測驗同學之概念為何，在針對重點部分，一一說明。另若干問題實務上已有定見時，亦應一併加以注意該實務見解（參最高法院 67 年度 8 月 29 日民庭庭推總會決議。）
高分閱讀	1.田台大，強制執行法補充講義第 2 回 P30。 2.田台大，強制執行法總複習講義 P19。

【擬答】

- 一、1.題示本件設定抵押權時，甲雖僅以 A 部分之土地及建物向丙銀行借款並設定抵押權，至於 B、C 兩部分，係屬未經主管機關許可增建之違章建築物，無從辦理所有權移轉登記，故未一併辦理抵押權登記。至於丙銀行取得拍賣抵押物裁定後，可否將 B、C 二部分，一併查封、鑑價拍賣，端視 B、C 部分是否為抵押權效力所及。
- 2.另依據法院所為拍賣抵押物裁定中，所列之不動產，應係僅以登記之 A 部分為限，故有學者主張抵押權設定非經登記不生效力，故關於抵押權之範圍，應以登記之面積及範圍為標準，故認定效力不及於 B、C 部分。然依據民法第 862 條規定，抵押權效力及於抵押物之從物及從權利。依題示，增建 C 部分，有獨立出入口，此時應判斷 C 係屬一獨立物或屬 A 之從物，如係後者方為抵押權效力範圍所及。至於增建 B 部分，並無獨立出入口，應認定其性質上係為原有 A 建築物以外，同屬甲所有且常助建築物之效用的附屬物。附屬物既因附屬於一建築物，喪失其獨立性，其所有權應歸於消滅，被附屬之建築物所有權範圍，則因二所有權變為一所有權而擴張，抵押權之支配範圍既與所有權者同，亦隨之擴張，可知抵押權效力，自應及於該附屬物，且此項附屬物究在抵押前或後所建，有無辦理登記，均在所不問。
- 3.綜上，應認 B 部分為抵押權效力所及，執行法院得一併查封、鑑價拍賣。至於 C 部分，則如其有常助 A 之效用，有輔助主物之經濟目的，與之相依為用，客觀上具有恆久之功能性關連，居於從屬關係，則為查封效力所及，可一併查封、拍賣。但如僅暫時輔助 A 之經濟目的或與之分離亦不致喪失利用價值或減損經濟效用者，則非屬 A 之從物，而認不為查封效力所及。

二、乙聲明異議為無理由

- 1.依據強制執行法第 113 條準用 51 條第 2 項：實施查封後，債務人就查封物所為移轉、設定負擔或其他有礙執行效果之行爲，對於債權人不生效力。所謂其他有礙執行效果之行爲，係指處分行爲以外其他足以影響查封效力之行爲，例如將不動產出租行爲。又此所謂債權人，係包括拍定人在內。（最高法院 85 年度台抗字第 534 號判決意旨參照）。
- 2.本題雖 B 部分早於法院查封前已出租予乙，但不動產查封後，債務人甲對不動產即喪失處分權或設定負擔之權，其對房屋之繼續出租與否，更漠不關心，於拍賣期間租期屆滿，承租人仍繼續使用該不動產，出租人（即債務人甲）雖未即為反對之意思表示，亦難認有默示同意繼續出租之意思，承租人不能主張民法第 451 條所定默示更新不定期繼續租賃效果。
- 3.本題，拍定人丁既已取得法院核發權利移轉證明書，自得主張此一租賃契約法定更新係在查封後，違反查封效力，對其而言不生效力，故自得以租賃關係因租賃期間屆滿而消滅，主張無權占有，訴請點交。故執行法院依點交命令，解除乙之占有將 B 部分歸丁占有，並無違法之處，故乙對此一執行命令聲明異議為無理由。

【參考資料】



- 1.張登科《強制執行法》，P316。
- 2.楊與齡《強制執行法論》，P487。
- 3.謝在全《民法物權論》中，P429～434。
- 4.最高法院 67 年度 8 月 29 日民庭庭推總會決議。

二、甲於民國九十四年二月一日簽發面額新台幣（下同）六百萬元，到期日為九十四年六月十五日之本票一張，持向乙借款。該本票到期，甲未付款清償，並一再藉詞敷衍乙，同時欲將其所有坐落台北市士林區之土地出脫。乙有所風聞，爰於提起清償借款本案訴訟前，聲請假扣押。嗣法院裁定准乙供擔保二百萬元後，就甲之財產在六百萬元範圍內為假扣押；甲供擔保六百萬元後，得免為或撤銷假扣押。乙乃在供擔保二百萬元後，聲請法院就甲之前開土地為假扣押之執行，法院於九十四年七月二十日執行查封。然前開土地甲已於九十四年七月十日訂定書面買賣契約出賣與丙，惟尚未完成所有權移轉登記。試析論下列各問題：

- (一)若甲怠於提供擔保金，而丙為完成所有權移轉登記，丙可否代位甲提供擔保金聲請撤銷假扣押之執行？（12 分）
- (二)設丙代位甲提供擔保金聲請撤銷假扣押之執行，則乙於清償借款之本案訴訟取得勝訴之確定判決時，就該擔保金可否聲請強制執行？如該擔保金係甲依法院裁定所提供，乙之救濟方法有何不同？（13 分）

命題意旨	本題非單純屬強制執行法之考題，而反而較多關於民事訴訟法上之概念，故應綜合此二科程序法科目，方可得高分。
答題關鍵	由第一、二小題之接連之設問，應可知第一小題應採肯定說，學說上既就該問題有所爭議，應將各說羅列，採取一說後再補充理由。同時應注意田老師上課時，一再強調撤銷假扣押執行（民事訴訟法第 527 條）與撤銷假扣押裁定（民事訴訟法第 529、530 條）之差異。
高分閱讀	田台大，強制執行法補充講義第 2 回，P12。

【擬答】

一、丙可代位甲提供擔保金聲請撤銷假扣押之執行

- 1.按民事訴訟法第 527 條規定：假扣押裁定內，應記載債務人供所定金額之擔保或將請求之金額提存，得免為或撤銷假扣押。蓋假扣押之目的原在保全強制執行，自不可不予債務人以供擔保免為假扣押之機會。又如債權人尚未為假扣押執行前，債務人已提供擔保時，係得免為假扣押執行；如已開始假扣押執行後，則債務人提供擔保後，得撤銷假扣押之執程序。
- 2.題示，甲、丙間雖於 94 年 7 月 10 日即訂定土地買賣契約，但尚未辦理所有權移轉登記，故丙僅係為買受人，尚未取得土地所有權。至於法院於 94 年 7 月 20 日方執行查封，然因系爭土地尚未辦理所有權移轉登記，而因查封後甲即無法將系爭土地移轉過戶予丙，否則將違反查封效力（強制執行法第 113 條準用 51 條第 2 項）。本件，債務人甲本得提供擔保金，而撤銷假扣押執行後，讓丙完成所有權登記，但卻怠於提供擔保金。按債務人其怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己名義行使其權利，為民法第 242 條前段所明定。此項代位權行使之範圍，就同法第 243 條但書規定旨趣推之，並不以保存行為為限，凡以權利之保存或實行行為目的之一切審判上或審判外之行為，諸如假扣押、假處分，聲請強制執行，實行擔保權，催告提起訴訟等，均得為之。（最高法院六十九年台抗字第二四〇號裁定參照）。本題所示，如丙為債務人甲之債權人，得依法行使代位權者，自可代位提供擔保撤銷假扣押。

二、乙可對擔保金，聲請強制執行。然關於債權人乙對於擔保金可否主張優先受償有下列不同意見

- 甲說：債務人因撤銷假扣押而供之擔保，係屬民事訴訟法第 106 條所稱之其他依法令供訴訟上之擔保，依同法條準用同法第 103 條第 1 項之規定，原聲請假扣押之債權人，就該項擔保，與質權人有同一之權利。又債務人提供之此項擔保，乃所以擔保假扣押債權人本案之請求者，其後該債權人，獲得本案請求之勝訴確定判決，即得執以請求就是項擔保金執行而優先受償（最高法院 69 年度台上字第 2929 號判決參照）。
- 乙說：債務人為撤銷假扣押而提供之擔保，係備作賠償假扣押債權人因撤銷假扣押而受之損害之用，是假扣押債權人得依民事訴訟法第 103 條第 1 項規定，享有與質權人同一之權利者，以因撤銷假扣押所受之損害之賠償請求權為限，其本案請求並非撤銷假扣押之賠償請求，不得就撤銷假扣押而供之擔保主張優先受償。

本文以為乙說可採，補充理由如下：

- 1.按民事訴訟法第 96 條第 1 項所稱訴訟費用之擔保，係為確保原告日後對於被告履行賠償訴訟費用之義務，法院因被告之聲請，命原告預供之擔保。如原告日後不履行其所負賠償費用之義務時，依同法第 103 條之規定，被告就該供擔保之提存物有優先受償之權利。
- 2.至於債務人因撤銷假扣押而供之擔保，係屬民事訴訟法第 106 條所稱其他依法令供訴訟上之擔保，依同法條準用第 103



條第 1 項之規定，原聲請假扣押之債權人，固就該項供擔保之提存物，與質權人有同一之權利。惟所謂準用，係指在性質相同之範圍內，當然的予以適用而言。債務人爲撤銷假扣押而提供之擔保，係備作賠償假扣押債權人因撤銷假扣押而受之損害作用，非爲擔保假扣押債權人本案之請求，故假扣押債權人依法所享有與質權人同一之權利者，以因撤銷假扣押所受之損害賠償請求權爲限。

3. 蓋假扣押係對債務人之財產禁止其處分，以保全將來債權人本案請求之強制執行爲目的，假扣押之強制執行，僅止於查封債務人之財產而已。如該假扣押未被撤銷，本案之請求獲得勝訴確定，債權人雖得以本案之勝訴確定判決爲執行名義對該被假扣押之債務人財產繼續實施強制執行，以求獲償，但對該被查封之財產並無優先權。茲因債務人提供擔保而撤銷假扣押，反使本案之請求權對該代替被查封財產之擔保物有優先權，殊不合理。故假扣押債權人不得以屬普通債權之本案請求，主張就債務人爲撤銷假扣押而供之擔保，主張優先受償。

依據題示，如丙代位甲提供擔保，此部分係可使丙辦理土地所有權移轉登記，致乙勝訴之後無法再就土地部分爲強制執行，故應認爲屬撤銷假扣押所受之損害，得就擔保金爲執行。至於如債務人甲供擔保時，債權人乙雖亦得聲請就擔保金部分爲執行，但並無法主張優先受償。

【參考資料】

1. 王甲乙、楊建華、鄭健才合著《民事訴訟法新論》，P648。
2. 司法院(73)廳民一字第 553 號。
3. 臺灣高等法院暨所屬法院 72 年度法律座談會 民事執行類第 26 號。
4. 債權人就債務人因免扣押假執行或假扣押所提供擔保金之權利，楊建華教授，《民事訴訟法問題研析》第一冊。

三、我國籍商人甲擬向營業所位於瑞士日內瓦之瑞士籍商人乙購買原木一批，經多次書面洽商後，終於在日內瓦簽訂契約。契約中載明：甲應於瑞士收受原木，並在原木上打印記號後，將之運至基隆；價金以歐元支付。不意甲收受貨物後，託辭營業困難，拒絕給付價金。按甲乙從事木材交易已有數年之久，書信及契約等交易文件均使用法文，而乙寄予甲之帳單裝訂線旁印有「日內瓦爲價金清償地及訴訟管轄地」一行小字。設若乙在我國法院起訴，請問：

- (一)我國法院就本案有無國際訴訟管轄權？(7 分)
- (二)本案法律關係為何？(3 分)
- (三)本案準據法為何？(15 分)

命題意旨	本題爲傳統題型，考驗學生對國際私法的基本概念，僅需熟稔管轄，定性，及涉外民事法律適用法第六條，即可輕鬆解決。
答題關鍵	第一小題：國際管轄權，本身在涉外民事法律適用法並無規定，故需引用橋樑條款，即涉外民事法律適用法第三十條規定，另應引用民事訴訟法條文輔助判斷國際管轄權之有無，且本題尚涉及一法律爭議，即當事人已約定管轄法院時，原有的管轄法院是否應予讓步問題，詳述之即可。 第二小題：所謂本案法律關係為何，即爲定性問題，如何定性，國際私法上有四說，引出即可，最後以通說「法庭地法說」解決本案之定性問題。 第三小題：本小題接續定性後，關於準據法選擇及適用問題應在此部份整理出，最後涵攝出結果，注意涉外民事法律適用法第六條關於當事人意思原則的默示如何判斷，應配合題目提供之關鍵予以寫出，始可獲得高分。
高分閱讀	1. 高點律師司法官考試專用書，國際私法全一回 P105、P195、P222 2. 高點韋台大，國際私法上課講義第二回 P1、P39

【擬答】

一、我國法院就本案無訴訟管轄權

(一)國際管轄權之判斷

我國涉外民事法律適用法，並無國際管轄權之規定，因此需依涉外民事法律適用法第三十條規定[本法未規定者，適用其他法律之規定]。我國之其他法律中，民事訴訟法對於管轄有詳加規定，因此需以民事訴訟法條文作爲判斷國際管轄權有無之依據。

(二)我國法院並無管轄權

1. 乙在我國起訴，關於我國有無管轄權的問題，依照涉外民事法律適用法第三十條準用民事訴訟法第一條【以原就被原則】規定，被告甲爲我國人，因此似我國應有管轄權。
2. 然依題旨，乙寄給甲之帳單旁印有[日內瓦爲價金清償地及訴訟管轄地]，又甲乙間長期從事木材交易，故可認爲雙



方已默示合意該訴訟管轄之約定，雙方既有以日內瓦法院為管轄地之合意，是否即排除我國原有之管轄權，此部份有肯否說，然通說採肯定說，其理由為雙方已有合意管轄法院，倘仍賦予當事人可在合意地外之法院起訴，該合意豈不通行虛設，從而應不准許當事人在合意地外之法院起訴，始為適當。基此，本案當事人雙方既合意以日內瓦法院為管轄地，即不得在我國法院起訴，換言之，我國法院應無國際管轄權。

二、本案之法律關係為法律行為發生債之關係

(一)按本案之法律關係應如何判斷，即為定性問題，關於定性，學說上有四說，即法庭地法說，本案準據法說，分析法理及比較法說，初步及次步定性說。惟四說並無任一說完善，為求實際便利，通說採法庭地法說。

(二)倘本案在我國有管轄權，則本案因在我國起訴，故法庭地在我國即中華民國，依照中華民國法律定性本案之法律關係，本案中甲乙間有原木買賣契約，並基於該契約之債務不履行發生爭議，故依照我國民法規定，應屬法律行為發生債之關係，故亦應以此定性為當。

(三)小結：本案之法律關係為法律行為發生債之關係。

三、本案之準據法為瑞士法

(一)本案定性為法律行為發生債之關係，依照我國涉外民事法律適用法第六條第一項規定[法律行為發生債之關係者，其成立要件及效力，依當事人意思定其應適用之法律。]惟當事人意思範圍為何，學說上容有爭議，有採限於明示之意思表示說，亦有認為包括明示及默示在內，亦有採明示，默示，推定意思皆包含在內者，惟通說採明示及默示說，蓋若認當事人之推定意思亦包含在內者，顯無限擴大當事人意思原則，第六條第二項即無適用可能，若僅限於明示又過度限制當事人之意思，悖於當事人可能存在之真意，因此以明示及默示說為當，合先敘明。

(二)本案中，甲乙之書信及契約等交易文件均使用瑞士之文字即法文，且以瑞士日內瓦為價金清償地及訴訟管轄地，顯見雙方雖無明示關於該契約發生糾紛之準據法為何，然應有默示以瑞士之法律為雙方契約發生糾紛之準據法合意。從而，本案之準據法應以瑞士法為當。

(二)小結：本案準據法為瑞士法。

【參考資料】

1.劉鐵錚、陳榮傳，《國際私法論》(修定三版)，P122、P518、P610。

2.柯澤東《國際私法》，P68。

四、甲為A國國民，住所在B國，乙是我國籍女子。甲、乙雙方結婚後，乙取得A國國籍，住所也設在B國，但仍保有中華民國國籍。甲、乙育有B國國籍而住所在B國的丙，後來因為感情不睦，經B國法院裁判離婚，並由甲行使對丙的監護權，乙則將住所遷回台中。乙後來趁甲不在B國期間，前往探視丙，並未經甲之同意，將丙帶回台中養育。甲數度向乙要求將丙送返B國就學未果，在台中地方法院（簡稱台中地院）訴請返還被監護人，乙則以甲已再婚生子為理由，請求台中地院改定其為行使親權之人，雙方並就本案究應如何定性及應適用何國法律等問題，發生爭執。請問：

(一)如關於本案之爭議，A國法院認為是離婚問題，B國法院認為是監護問題。台中地院就本案應如何定性？（12分）

(二)台中地院就本案應適用何國法律？（13分）

命題意旨	本題涉及國際私法定性及各論問題，尤其在各論中各種事件應如何定性，如返還被監護人究屬監護抑或父母子女關係等，常為老師喜愛出題方式，於學習各論時，應詳加注意，答題時亦應以此為重點表達。本題內容為韋老師上課一再強調之部分，尤其講義中提到之最高法院 82 台上 1888 號判決，即為本題老師命題之依據所在。
答題關鍵	本案涉及兩大問題，一為返還被監護人究屬監護抑或父母與子女間之法律關係，一為父母一方請求改定監護人，究屬離婚效力或監護，抑或父母子女間之法律關係之爭議，學說實務見解不同，需詳盡說明，此即為本題老師之答題關鍵。
高分閱讀	1.高點律師司法官考試專用講義，國際私法全一回 P322、P335 2.高點韋台大，國際私法上課講義第二回 P1、第四回 P47

【擬答】

一、台中地院應將甲乙之訴皆應依我國法律定性為父母子女間之法律關係：

(一)本案應如何定性之依據

按定性問題，學說上有四說，即法庭地法說，本案準據法說，分析法理及比較法說，初步及次步定性說。惟四說並無任一說完善，為求實際便利，通說採法庭地法說，合先敘明。

(二)甲之起訴應定性為父母與子女間之法律關係



本案例中甲起訴要求乙返還丙部分，因在我國起訴，故法庭地為我國，需依我國法律來為本案之定性，惟關於交付子女之訴，在學說上容有爭議，有採監護事件說，抑或採父母與子女間之法律關係說者，然通說認為監護事件主要規定係指第三人與被監護人之關係，不應包括父母在內，因此應採「父母與子女間之法律關係說」為當。

(三)乙之訴應定性為父母與子女間之法律關係問題

本案例中乙訴請改定其為監護人，亦在我國訴訟，法庭地為我國，故需以我國法律來為本案之定性，惟關於改定監護人之訴究屬離婚效力或監護，抑或父母與子女間之法律關係問題，學說實務見解不同，分述如下：

- 1.離婚效力說：(最高法院 82 台上 1888 號判決)該實務見解認為判決離婚並酌定監護人後，若因情事變更而聲請變更監護人及改定監護人者，亦包含在離婚效力範圍內。本案係離婚後改定監護人問題故應屬離婚效力問題。
- 2.監護問題說：學說則有認為不應擴張解釋離婚之效力，蓋改定監護人問題，跟監護較有關係，應屬監護問題。
- 3.父母與子女間之法律關係說：所謂監護，應指父母以外之人對未成年子女行監護權始適用之，此為我國民法一零九一條之規定，然本案例中申請為監護人者為未成年人之母親，因此並非監護之範圍，又關於父母與未成年子女間之關係，應認為屬涉外民事法律適用法第十九條父母與子女間之法律關係範疇。
- 4.小結：應以父母與子女間之法律關係說始為適當，蓋本案例中父母對於未成年子女改定監護人問題，規定在我國父母子女章中，故應以父母子女之法律關係為當。

(四)綜上，甲乙之訴皆應依我國法律定性為父母子女間之法律關係，與 A 國或 B 國法院之認定無涉。

二、台中地院應以 A 國法為準據法

本案例定性為父母與子女間之法律關係說，依照我國涉外民事法律適用法第十九條規定「父母與子女間之法律關係，依父之本國法」，本案例中父為 A 國人故應依照 A 國法，又依照我國涉外民事法律適用法二十九條規定，適用當事人本國法時，即有反致適用，故本案例因適用甲之 A 國法應有反致之適用，倘 A 國國際私法並無指向第三國法時，則應適用 A 國之實體法，以 A 國法為準據法。

【參考資料】

- 1.劉鐵錚、陳榮傳，《國際私法論》(修定三版)，P412~440、P449。
- 2.柯澤東，《國際私法》，P237。

