

《強執與國私》

一、A、B、C合夥於台北市開設甲百貨行，甲與設於桃園市之製造商乙簽訂經銷商契約，約定由乙供應甲商品，為確保乙之債權，甲提供A所有坐落台中市之土地一筆設定新台幣(下同)一百萬元最高限額抵押權予乙，並合意由台灣桃園地方法院為管轄法院。歷四年會算結果，甲共積欠乙貨款八十萬元未清償，經乙催告甲仍不履行，乙乃聲請法院裁定准許拍賣抵押物，並據以聲請強制執行。

(一)下列情形，法院應如何處理？試附理由說明之。(15分)

- 1.乙以甲及A為債務人，向台灣桃園地方法院聲請強制執行。
- 2.拍賣土地結果，若僅得款五十萬元時，執行法院就不足之額，可否依乙之請求發給債權憑證？若乙發現甲百貨行對丙有三十萬元債權時，可否請求法院對丙發扣押命令，扣押甲對丙之債權？

(二)如A主張伊已非甲之合夥人，且甲亦未欠乙貨款，況依乙之主張，其貨款請求權已罹於時效，自不得對伊強制執行時，A可否主張伊非債務人聲明異議？有否其他救濟途徑？(10分)

答題關鍵	本題為實例題，測驗同學對於執行事件管轄、物之執行名義、執行力主觀範圍、債務人異議之訴之相關要件之熟悉程度。答題時應確實掌握如無管轄權時執行法院之處理方式，以及八十五年修法後增訂強制執行法第四條之二、第十四條第二項、第十四條之一相關案例。
參考資料	1.張登科《強制執行法》，第七六頁。 2.陳計男《強制執行法釋論》，第一一頁。 3.許士宦《執行力擴張與不動產執行》，第四十七至第一〇五頁。 4.郭松濤《強制執行移轉管轄裁定應否送達債務人》，《司法週刊》第1000期。
高分閱讀	1.高點田台大《強制執行法補充講義》第一回，第13、14、26、57、60頁。 2.《92高點律師考場寶典》P.11第5題 3.《高點專用講義（厚本）--強制執行法》，P.15、P.83 84、P.96 97、P.107 116、P.297 299

【擬答】

一、(一)桃園地方法院執行處，應以無管轄權，將本案移送至台中地方法院執行處：

- 1.強制執行法第七條關於執行事件之管轄明文規定：強制執行由應執行標的物所在地或應為執行行為地之法院管轄。本件，債權人乙所取得之執行名義係為強制執行法第四條第一項第五款「拍賣抵押物」之執行名義，故其所執行之標的物以供擔保對象之不動產為限，亦即乙係為執行坐落於台中市之土地，依據前開法條規定，乙應向台中地方法院聲請強制執行。又本件雖甲、乙曾合意由桃園地方法院為管轄法院，但管轄法院係為兩造間因債權債務關係爭訟時之訴訟法院，與執行法院係為不同概念，故不得因兩造間曾有合意管轄法院，而認可使桃園地方法院取得本件執行事件之管轄。
 - 2.桃園地方法院執行處應認為自始無管轄權，而依據強制執行法第三十條之一準用民事訴訟法第二十八條規定將本執行案件移送至台中地方法院：
- 本件桃園地方法院並無管轄權，故自應將案件轉管轄至台中地方法院執行處，而非囑託台中地方法院執行或逕為越區執行。

(二)執行法院不得核發債權憑證、亦不得對丙發扣押命令：

本件乙所取得之執行名義，係為拍賣抵押物之裁定，此為物之執行名義，以物代擔債務人之責任。故抵押物以其物在抵押權所擔保範圍內，負其責任。從而，抵押物之價值高於抵押權之範圍，其清償固以抵押權所擔保之範圍內，負清償之責。若抵押物之價值不足清償全部抵押債權，就不足部分，債權人亦不得執拍賣抵押物裁定執行名義，對債務人之其他財產強制執行，執行法院亦不得發債權憑證。本件即便因拍賣抵押物之結果，使債權人之債權未獲全部滿足，亦不得因乙之聲請發債權憑證。又如乙尚未取得其他執行名義前，亦不得執前開拍賣抵押物之執行名義聲請執行甲對丙之債權而由執行法院發扣押命令。

二、A可提起債務人異議之訴以求救濟：

(一)A主張其已非甲之合夥人時，應提起當事人不適格之債務人異議之訴，而非聲明異議：

- 1.依據民法第六八一條規定，合夥財產不足清償合夥債務時，各合夥人得於不足之額，連帶負其責任。此即合夥人應負擔之補充性給付責任。故實務上如確定判決命合夥履行債務者，應先對合夥財產為執行，如不足清償時，得對合夥人之財產執行之。但其人否認為合夥人，而其是否為合夥人亦欠明確者，非另有確認其為合夥人之確定判決，不得對之強制執行。(司法院院字第九一八號解釋，辦理強制執行事件應行注意事項參照)
- 2.又本件債權人所持之執行名義，並非為確定判決，而係為拍賣抵押物執行名義，然依據強制執行法第四條之二第二項規定，關於拍賣抵押物之執行名義主觀效力之範圍，得準用確定終結判決部分，故自應認定對於合夥執行名義之執行力及於合夥人。
- 3.本件合夥人A抗辯其已非合夥人，故關於是否因退夥而不必負責之爭議，因本件為拍賣抵押物之執行名義，於前開取得執行名義之過程中並未經主張而有受法院審判之機會，但如執行法院對前開抗辯不加審查，即要求債權人另行起訴，將降低執行名義執行力之效用，故因由執行法院作某程度審查，以簡便審查程序判斷該合夥人之抗辯成立與否。如執行法院審認結果，認定執行債務人(即合夥人)為合夥執行名義執行力所及，對於該合夥人之固

有財產為強制執行時，合夥人如仍主張其非執行名義效力所及，得於執行程序終結前，依據強制執行法第十四條之一第一項規定，向執行法院對債權人提起當事人不適格之債務人異議之訴，並得依據強制執行法第十八條第二項規定，聲請停止執行。

(二)A可以甲未積欠乙貨款或貨款請求權已罹於時效為由，提起債務人異議之訴：

- 1.本件乙所取得係為拍賣抵押物之執行名義，亦即該執行名義無確定判決相同效力。倘甲並未積欠乙貨款時，則兩造間抵押權之原因關係即自始不成立，故即便此事由係發生於執行名義成立前，因此一無確定判決同一效力之執行名義取得程序中，並未給予債務人抗辯之機會，故依據八十五年修正後增訂之強制執行法第十四條第二項，A自得以債權不成立為事由，提起債務人異議之訴，並得依據強制執行法第十八條第二項規定，聲請停止執行程序。又本件兩造間為最高限額抵押權，故即便兩造間確實有設立抵押權，並不意味兩造間確實存有發生抵押權之原因關係，且法院所為拍賣抵押物之裁定，對於兩造間之原因關係存否，並無既判力，故A亦得提起確認抵押權不存在之訴，而依據司法院釋字第一八二號解釋亦得聲請停止執行程序。
- 2.又如請求權罹於時效者，係為債之消滅事由，故如A主張乙之貨款請求權於取得拍賣抵押物裁定後，有罹於消滅時效之情形時，得依據強制執行法第十四條第一項主張債務人異議之訴。如開罹於時效之情形，係發生於執行名義成立前，則因拍賣抵押物之執行名義係為無確定判決同一效力之執行名義，故自得依據強制執行法第十四條第二項提起債務人異議之訴。並均得依據同法第十八條第二項聲請停止執行。

二、甲就其對乙之債權新台幣一百萬元，於民國九十二年一月五日向法院聲請假扣押，經法院於同月十日裁定准予假扣押，並於同月十五日送達於甲。甲於九十二年五月一日提供擔保聲請假扣押之強制執行，法院於同月三十日查封乙之不動產，同時將假扣押裁定送達於乙，試問：

(一)法院查封執行行為是否正當？乙可否為不服之表示？(15分)

(二)此時，乙之其他債權人丙可否聲請法院調假扣押卷，將查封物拍賣？(10分)

答題關鍵	本題為實例題，應注意執行名義中關於假扣押裁定必須於三十日內聲請執行之特別規定，以及如法院違法時相關救濟程序。
試題評析	法院即便為違法執行行為，僅當事人得聲請異議請求撤銷，如未撤銷前仍屬有效，故應注意如未撤銷前有他債權人調卷執行時，涉及到之競合問題。
參考資料	張登科《強制執行法》第二五、五八一、五八二、五八四、六 頁
高分閱讀	1.高點田台大《強執行法補充講義》第二回，第65、66、70頁 2.《高點專用講義（厚本）--強制執行法》P.464、P.96 97、P.357

【擬答】

一、執行法院係為違法執行，債務人得依據強制執行法第十二條規定聲明異議：

- (一)假扣押係指債權人就金錢請求之請求，為保全將來之強執，將債務人之責任財產查封，剝奪其處分權，防止責任財產因債務人之處分而喪失，以維持財產之現狀。
- (二)假扣押裁定具有「緊急性」：故法院應於收到假扣押聲請狀後五日內辦理完畢，如當事人親自到場請求即時辦理者，應自收到聲請狀後二日內辦理完畢。然如債權人取得假扣押裁定後，久不聲請執行，即與緊急性有違，因此我國強制執行法第一百三十二條第三項明定債權人收受假扣押裁定後已逾三十日者，不得聲請執行。逾期聲請，應以其聲請不合法，裁定駁回，如執行法院誤予執行，債務人得聲明異議，撤銷強制執行。
- (三)本件假扣押裁定，既已於九十二年一月十五日送達債權人甲，甲自應於三十日內依裁定內容供擔保後，請求法院執行之。然其卻遲至九十二年五月一日方供擔保聲請執行，執行法院本應以聲請不合法裁定駁回之，但法院卻仍以以前開執行名義對乙之不動產為查封，故執行法院係為「違法執行」，此既屬侵害債務人利益之情事，乙自得依據強制執行法第十二條規定，於執行程序終結前，聲明異議，請求執行法院除去前開違法之查封行為。

二、強制執行程序係債權人依據執行名義，聲請執行法院對債務人強制執行之程序。但因同一債務人有數債權人存在之情形至為常見，故難免發生數債權人對同一債務人之同一標的物為強制執行之情形，而構成強制執行之競合。本件乙之債權人甲對其假扣押後，如其他債權人就同一標的物取得金錢債權之終局執行名義，因假扣押係保全金錢債權，當然可與金錢債權之終局執行並存。因此他債權人對假扣押之財產，聲請為金錢債權之終局執行時，無庸重複踐行查封程序，得逕行換價程序。即終局執行之債權人得調假扣押卷為拍賣。本件，因甲逾期聲請，法院本不得對乙之不動產為查封，故執行法院所為之前開執行行為係屬有瑕疵之執行行為，已如前述。然有瑕疵之执行程序，除不成立或無效之情形者外，僅得撤銷而已，於撤銷前仍屬有效。故本件如債務人乙未聲明異議請求法院撤銷或法院未撤銷前，前開假扣押之查封效力仍存在，而使丙得調卷執行。

三、居所在台北市之日本商人甲，與台北市民乙，偕往東京共遊。兩人共租得汽車一部，甲駕駛不慎，致使乙遭受嚴重腿部骨折。旋即返台就醫，數週未能上班，乙乃向甲索求賠償，雙方未能就賠款達成和解，乙遂向台北地方法院對甲起訴，請求損害賠償。就本件之事實法律關係，在法律適用(準據法)之決定上，請回答下列問題：(25分)

(一)依我國現行法之規定，法院應如何決定準據法？現行法規是否妥當？

(二)對現行法準據法部分之規定，您以為應作如何之修正模式比較正確？

(三)若於訴訟進行中，甲、乙同意以我國法為準據法，法院得否依當事人甲、乙之選法適用之？就此一問

題，現階段我國司法實踐及比較法上之見解如何？

答題關鍵	應掌握之基本重點有： 1.傳統侵權行為準據法主義及其新發展「最重要關聯原則」 2.規避法律之問題
試題評析	本題為侵權行為準據法之申論題兼實例題，學者對此問題著墨甚多，為傳統中求創新之變化題型。出題意旨係測試考生對「最重要關聯原則」理論之理解及運用。
高分閱讀	1.《92司法三等特考考場寶典》，P.8-1，第1題 2.許展毓《高點重點總整理系列—國際私法》，P.7-14 7-18 3.《高點專用講義（厚本）--國際私法》，P.91 99） 4.《法觀人月刊》，第74期，P.61 63

【擬答】

(一)1.法院應依日本法及中華民國法作為本件侵權行為案件之準據法

- (1)本件為涉外民事案件：涉外案件須涉及外國人及外國地，本件當事人甲為日本商人，且甲乙係於日本東京旅遊時發生車禍，行為地於日本。故為涉外案件而有涉外民事法律適用法之適用。
- (2)直接一般管轄權：國際私法之管轄權係以國家為單位之管轄權，須考慮當事人利益及公共利益。本件甲雖為日本人，惟其居所於台北，且乙為中華民國人，因此應認為中華民國法院對此案件有管轄權。
- (3)定性：定性通說係依法院地法，本件因甲駕車不慎致乙遭受傷害而乙請求損害賠償，依中華民國法應認為係侵權行為事件。
- (4)連繫因素：本件侵權行為其連繫因素係與行為有關者。
- (5)準據法之選擇：本件既定性為侵權行為，依涉外民事法律適用法第九條第一項規定「關於由侵權行為而生之債，依侵權行為地法。但中華民國法律不認為侵權行為者，不適用之。」本條項係採行為地法兼法院地法主義，而本件甲乙間侵權行為法律關係行為地為日本，因此其準據法應依日本法及中華民國法，須同時日本法及中華民國法均認為此事實構成侵權行為始成立。

2.我國涉外民事法律適用法第九條之立法例係傳統之選法主義，即以行為地法為主、法院地法限制之。侵權行為地法之立法例，固具有簡便、固定及尊重既得權之優點，惟行為地之發生難免過於僥倖；又法院地法適用之理由多係基於法院地公共秩序維護之必要，惟此易過度擴張保護內國公序，並可能不合理限制當事人訴權。因此我國現行侵權行為準據法並非妥適。

(二)1.就侵權行為準據法之選擇，國際上有所謂之新發展，係以美國國際私法第二整編第一四五條所採之「最重要關聯原則 (law of the most significant relationship)」為主，認為關於侵權行為事件應選擇與當事人具有最重要牽連關係之法域之實體法來決定當事人之權利與責任，而應斟酌之連繫因素包含損害發生地、行為作成地、當事人之住所、居所、國籍、公司所在地與營業地等，予以評價。

2.就我國法之因應，可以修法方式變更現行法之規定，參酌美國「最重要關聯原則」理論，將其適度調整以融入我國之大陸法系規範。首先，應規定以確定可預見與法律適用安定性之「原則－規則」，即以當事人共同居所地或共同國籍優先適用；其次欠缺共同條件時，以彈性原則包含鄰近原則或保護原則輔佐之；最後再選擇以侵權行為地法作為其準據法。

(三)1.如以當事人合意作為選法依據，此即所謂當事人意思自治原則，亦即以當事人之意思為聯繫因素來確定準據法，通常只適用在債權契約之法律關係上，而不及於其他，但晚近有放寬適用到其他法律關係之趨勢，惟當事人合意之產生，至遲應於法院審理前為之，避免當事人以合意變更聯繫因素。

2.若於訴訟進行中，甲、乙同意以我國法為準據法，法院得否適用當事人甲乙之合意選法，此涉及當事人是否藉由「意思」變更連繫因素之疑義，即是否有規避法律之問題。所謂規避法律係指達成某一目的，當事人藉由惡意變更連繫因素之歸屬關係，以逃避原應適用卻不利於己之法律，而適用另一有利於己之法律。其成立要件有四：

- (1)主觀要素：規避法律之故意
- (2)客觀要素：變更連繫因素之行為
- (3)當事人利用選法規則使不利之法律受規避
- (4)動機與行為在時間上連續且有因果關係

蓋侵權行為之連繫因素係以行為為連繫因素，而本件甲乙卻合意適用中華民國法為準據法。固中華民國法為法院地法，依我國涉外民事法律適用法第九條第一項規定本即有適用，惟甲乙之合意排除侵權行為地法即日本法之適用，使侵權行為之準據法僅適用中華民國法。依題意無法得知究竟日本法之適用是否較不利於甲乙之侵權行為法律關係，惟甲乙合意選擇適用之中華民國法原本即為應適用之準據法之一，又規避法律之成立要件另有認為須被排除適用之法律為法院地法，而本件法院地法即中華民國法並未被排除適用，因此應認為本件無規避法律之問題。又當事人合意選法可避免法院選法過程之繁複，有助於訴訟經濟，故法院得適用甲乙選擇之中華民國法作為侵權行為之準據法。

3.我國涉外民事法律適用法雖未就規避法律規定，亦未就侵權行為得否適用當事人合意選擇之法律作為準據法規範，法院實務亦未就此問題表明見解，然國際私法上學說理論均趨向最重要關聯原則作為侵權行為之準據法，並基於訴訟經濟之要求，實無反對當事人合意作為侵權行為準據法選法依據之理，應盡速修法將此爭議予以規範。但我國目前修正草案第30條有鑑於現行法§9關於侵權行為之準據法，採侵權行為地法主義，其結果未盡合理，亦與當前潮流有違，爰參考外國法例及實務經驗，酌採最重要牽連關係理論，以濟其窮，並增訂行為人與被害人於損害發生後，得合意適用中華民國法律之明文，以應實際之需要。

四、義大利籍男子甲與我國籍女子乙在台北賃屋同居，於民國八十三年四月四日生下一女丙。甲、乙於同年八月八日以書面約定丙由乙監護。民國九十年十二月三日甲經義大利法院判決認領丙後，以遵照義大利法院之命令，應將丙帶回義大利接受教育為由，請求乙交付丙女，遭乙拒絕。甲遂向台北地方法院起訴乙交付丙女。請問法院應如何處理？(註：義大利民法規定，非婚生子女須經生母認領始與生母發生親子關係；非婚生子女經父母雙方認領，而父母未共同生活者，應由與子女共同生活之一方行使對於子女之權利。又父母關於子女監護之協議無法律力，但得作為法官裁決之考量因素。)(25分)

答題關鍵	應掌握之基本重點有： 1.監護與親權之意義不同 2.涉外民事法律適用法第十七條及第十九條適用之先後順序 3.反致及外國法適用之限制 僅須依循實例題解題步驟，逐項分析檢討法規適用要件，即可輕鬆獲得高分。
試題評析	本題係測驗考生就非婚生子女認領及認領後親子關係內容之準據法選擇之理解與運用。雖為國際私法之考題，然尚涉及身分法上就「監護」指涉範圍之釐清，須注意其不同於父母與子女間之親權意義。
高分閱讀	1.許展毓《高點重點總整理系列—國際私法》，P.9-17 9-20、P.9-15 9-16 2.《高點專用講義（厚本）--國際私法》，P.236 240

【擬答】

- (一)本件為涉外民事案件：本件甲為義大利人，又關於親子關係涉訟，故為涉外案件而有涉外民事法律適用法之適用。
- (二)直接一般管轄權：國際私法上之管轄權之考慮當事人利益及公共利益，本件當事人乙為中華民國人，且乙之住居所於台北，故本件中華民國法院有管轄權。
- (三)定性：定性通說認為應依法庭地法，因此應依中華民國法判斷法律關係性質，本件甲乙未結婚而生女丙，且甲乙曾就丙之監護約定由乙負擔，此係涉及甲乙對非婚生子女丙監護約定之爭議。惟所謂「監護」，依我國民法係指父母以外之人對未成年子女行使保護教養，然本件係生父及生母對未成年子女權利義務之行使及負擔，為父母與子女間親權之範圍。故應定性為非婚生子女之認領及父母子女間法律關係之問題，而非監護。
- (四)連繫因素：本件連繫因素係與主體有關者，即與人有關之連繫因素。
- (五)準據法之選擇
- 1.非婚生子女認領之準據法，依涉外民事法律適用法第十七條規定「非婚生子女認領之成立要件，依各該認領人被認領人認領時之本國法。」即認領時雙方本國法分別適用，於各當事人均符合其本國法時，認領即有效成立。本件甲為義大利人，其本國法即義大利法；而非婚生子女丙國籍之確定，依我國國籍法第二條規定「有下列各款情形之一者，屬中華民國國籍：一 出生時父或母為中華民國國民。二 出生於父或母死亡後，其父或母死亡時為中華民國國民。三 出生於中華民國領域內，父或母均無可考，或均無國籍者。四 歸化者。」因此丙因出生即取得中華民國國籍，惟丙是否取得義大利國籍並無影響其本國之認定，蓋縱丙亦具有義大利國籍，然依涉外民事法律適用法第二十六條但書規定「但依中華民國國籍法，應認為中華民國國民者，依中華民國法律。」此為國籍積極衝突時之內國國籍優先原則。因此丙之本國法應認為中華民國法。故甲丙認領是否成立，應分別視甲是否符合義大利民法之規定及丙是否符合中華民國民法之規定。
 - 2.然義大利民法規定，其謂「非婚生子女須經生母認領始與生母發生親子關係」，此不同於我國民法第一六五條第二項規定「非婚生子女與其生母之關係視為婚生子女，無須認領。」就係涉及定性，通說既採法庭地法，故應依中華民國法律定性法律概念，而本件關於非婚生子女認領之當事人應僅涉及生父與子女間而不包含生母與子女間。因此乙丙之間婚生子女身分之確定無須認領，法院僅須就甲丙間之認領依各該當事人本國法適用即可。
 - 3.若依義大利民法規定甲丙間之認領有效，則次就父母與子女間之親子關係，其準據法選擇依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，無父或父為贅夫者，依母之本國法。但父喪失中華民國國籍而母及子女仍為中華民國國民者，依中華民國法律。」本件甲之本國法為義大利法，因此法院應以義大利法作為本件親子關係權利義務內容之準據法，惟適用義大利法係當事人甲之本國法，此時應注意有無反致之適用及適用義大利法律之結果有無違背我國公共秩序或善良風俗之問題。
- (六)準據法之適用：若依義大利國際私法選擇之準據法最後係依義大利法，則依該國民法規定「非婚生子女經父母雙方認領，而父母未共同生活者，應由與子女共同生活之一方行使對於子女之權利。又父母關於子女監護之協議無法律效力，但得作為法官裁判之考量因素。」故父母對未成年子女親權之行使及負擔，應由與子女共同生活之一方行使。本件依題意丙目前似與乙共同生活，又甲乙間曾以書面約定由乙對丙監護，雖依義大利民法規定無法律效力，但得作為法官裁判之考量因素。基於丙於台北出生，且其目前與生母乙共同生活，並保護內國人利益之立場，法院宜認為本件由乙對丙行使親權較為妥當。
- (七)結論：本件甲請求乙交付丙女之訴訟，首先應判斷非婚生子女認領是否成立生效之準據法為何，即義大利法及中華民國法之分別適用。若甲丙各自符合義大利法及中華民國法關於認領之規定，則甲丙間成立親子關係。其次就親子關係之權利義務內容之準據法應適用義大利法，此時若適用義大利民法，法院宜認為甲請求乙交付丙女無理由，以保護未成年子女之最佳利益及內國人法益。