

《強制執行法與國際私法》

一、甲（住所在桃園市某址）欲向乙銀行（營業所在臺北市文山區某址）借款新臺幣一千萬元整，因未能取得足額擔保，乃委請其好友丙（住所在臺北市文山區某址）充當連帶保證人，且由丙提供其所有座落在臺北市大安區某處之 A 地設定新臺幣一千二百萬元整之最高限額抵押權予乙銀行，用以擔保該債務之履行，而與乙銀行訂立自用住宅貸款契約。嗣甲未依約繳納前開房屋貸款，經催繳未果，乙銀行據此向臺北地方法院對甲取得返還借款之全部勝訴判決後，持該執行名義向臺北地方法院民事執行處聲請強制執行甲所有座落在桃園市某址之 B 屋。請問：

（一）執行中，乙銀行主張：「因其與甲之貸款契約中約定：『兩造關於本合約所生之一切民事糾紛，合意由臺北地方法院管轄。』故臺北地方法院對此執行事件應有管轄權」，此一主張是否有理？（10 分）

（二）另若乙銀行於未向甲求償之前，即逕向臺北地方法院聲請對丙之 A 地發給拍賣抵押物裁定，並以該拍賣抵押物裁定為執行名義，聲請執行丙之該地，經執行法院查封該地，對此，丙是否有何救濟方式？（15 分）

參考條文：銀行法第 12 條之 1

銀行辦理自用住宅放款及消費性放款，已取得前條所定之足額擔保時，不得以任何理由要求借款人提供連帶保證人。

銀行辦理授信徵取保證人時，除前項規定外，應以一定金額為限。

未來求償時，應先就借款人進行求償，其求償不足部分得就連帶保證人平均求償之。但為取得執行名義或保全程序者，不在此限。

命題意旨	第一小題測驗同學是否了解「強制執程序是否有合意管轄之適用」之爭點，與 98 台抗 666 號裁定。第二小題測驗同學對實務見解(臺灣高等法院暨所屬法院 95 年法律座談會民執類第 4 號)之熟悉度。
答題關鍵	第一小題：總複習課程有提到，也請大家記住 98 台抗 666 號裁定，故要獲取高分並不困難。要注意的是，縱有實務見解，仍應列出肯否兩說，再以實務見解為準。 第二小題：如果沒有看過該實務見解，答題會比較困難，但同學倘自強制執行之救濟體系加以切入，應可獲得基本的分數。
高分閱讀	李政大，強制執行法總複習講義，第 8 頁、第 22 頁以下。

【擬答】

（一）乙銀行主張由台北地院管轄並無理由

1. 依強制執行法第 7 條規定，本案之管轄院應為桃園地方法院之民事執行處。

按強制執行法第 7 條第一項規定，強制執行由應執行之標的物所在地或應為執行行為地之法院管轄。查本案執行標的物為座落桃園之 B 屋，是以本案之管轄法院應為桃園地方法院。

2. 乙銀行主張由台北地院管轄並無理由

乙主張其與甲合意就其間之民事紛爭均由台北地方管轄，該「民事紛爭」除指訴訟事件是否包含強制執行事件，不無疑問。

退步言之，縱當事人之合意包含強制執行事件，乙之主張是否有理由實繫於強制執程序，是否有合意管轄制度之適用。就此爭點學說有不同見解，分述如下：

（1）肯定說

依強制執行法第 30 條之 1 規定，強制執程序，除本法有規定外，準用民事訴訟法之規定。是以，民訴法第 24 條合意管轄自在準用之列。

（2）否定說

強制執行法第 30 條之 1 雖規定，強制執程序，除本法有規定外，準用民事訴訟法之規定。惟民訴法第 26 條規定，專屬管轄排除合意管轄之適用。而強制執行法第 7 條規定，執行事件由應執行之標的物



所在地或應為執行行為地之法院管轄，其目的為追求執程序之迅速進行，此一規定顯具有公益之要求，故可視為專屬管轄之規定，且實務見解^{註1}已認為專屬管轄不限於法條明示「專屬」二字（98 台抗 38 裁定參照）。是以，本例應依強制執行法第 30 條之 1 準用民訴法第 26 條規定，而排除合意管轄之適用。

(3) 實務見解：否定說

98 台抗 666 號裁定：再抗告人提出之協議書僅約定其與相對人間自協議書所生之一切糾紛，合意由台北地院為第一審管轄法院，此係指訴訟事件，不及於強制執行事件。況強制執行事件亦無準用民事訴訟法關於合意管轄之規定，從而台北地院並無管轄權，且無從移送他法院管轄等詞，維持台北地院所為駁回再抗告人強制執行之聲請裁定，裁定駁回再抗告人之抗告，經核於法洵無違誤。

(4) 小結

管見從實務見解，蓋強制執程序首重迅速，而倘允許當事人合意決定管轄法院，將不利執行標的物價值之調查與實際執行行為之進行，如此一來執程序進行將受延滯，更有甚者，恐生執行債務人藉此拖延時間爭取脫產的時間，而不利債權人債權之實現。

3. 綜上所述，乙主張其與甲合意就其間之民事紛爭均由台北地方管轄，該「民事紛爭」除指訴訟事件而不包含強制執行事件。退步言之，縱當事人之合意包含強制執行事件，強制執程序並無有合意管轄之適用，故台北地方法院並無管轄權。

(二) 丙依強制執行法第 12 條第 1 項聲明異議救濟之

本例中，連帶保證人丙就乙銀行逕就其之財產聲請強制執行，無法以強制執程序存有實體紛爭而尋求救濟。蓋抵押權仍存在，丙無法提起確認抵押權不存在之訴，再依強執法第 18 條第 2 項聲請停止執行（釋字 182 號解釋參照）。且丙為連帶債務人，故其已無先訴抗辯權，從而無法依強執法第 14 條提起債務人異議之訴。惟丙可否以乙銀行未向主債務人甲求償，逕就連帶保證人丙之財產聲請強制執行，違反銀行法第 12 條之 1 第 3 項規定而有形式瑕疵為由，依強制執行法第 12 條第 1 項聲明異議，實務有爭議，分述如下：

1. 否定說

異議無理由，執行法院應續行執程序。銀行辦理自用住宅放款及消費性放款，於未來求償時，應先就借款人進行求償，其求償不足部分得就連帶保證人平均求償之。但為取得執行名義或保全程序者，不在此限，銀行法第 12 條之 1 第 3 項固有明文。惟准許拍賣抵押物之裁定，係對物之執行名義，乃以擔保對象之特定財產為執行對象，藉物之責任，以實現債權。依其性質，核與對人之執行名義不同，並無上揭法條之適用，從而本件抗告人既以拍賣抵押物確定裁定，聲請對相對人之不動產為強制執行，執行法院應即准許之（臺灣高等法院 94 年度抗字第 1326 號裁定要旨參照）。

2. 肯定說

異議有理由，執行法院應撤銷已為之查封程序。銀行辦理自用住宅放款及消費性放款時，應先就借款人進行求償，其求償不足部分得就連帶保證人平均求償，但為取得執行名義或保全程序者，不在此限，為銀行法第 12 條之 1 第 3 項所明定。其所謂先就借款人進行求償，乃係銀行對其辦理自用住宅放款及消費性放款借款人之連帶保證人強制執行時應遵守之程序，如有不當，自係強制執行法第 12 條第 1 項聲明異議之範疇（最高法院 91 年度台抗字第 110 號裁定要旨參照）。且前開法條規定係在實現先向主債務人求償之程序正義要求，與民法第 745 條規定之強制執行無效果之要件有間，是否求償不足，應依客觀事實認定，如債權人踐行相關求償程序，可證實借款人確屬無資力或不能償還者，即為屬之，執行法院應依職權調查。

3. 小結：

管見從肯定說，蓋銀行法第 12 條之 1 第 3 項之規定，係在實現先向主債務人求償之程序正義要求，為貫徹本條之保障連帶保證人權益之意旨，連帶保證債務人不應僅因另提供擔保物，而減少其受保障之必要

^{註1} 98 台抗 38 裁定：

按所謂專屬管轄，係指法律規定某類事件專屬一定法院管轄之謂。凡法律規定某類事件僅得由一定法院管轄者，縱未以法文明定「專屬管轄」字樣，仍不失其專屬管轄之性質。又執行名義成立後，如有消滅或妨礙債權人請求之事由發生，債務人得於強制執程序終結前，向執行法院對債權人提起異議之訴，強制執行法第十四條第一項前段定有明文。是以提起債務人異議之訴，應向執行法院為之，顯已由該法明定此類事件應由執行法院管轄，性質上自屬專屬管轄。



性，是抵押物所擔保之債務如為連帶保證債務者，不論以對人之一般執行名義，或以對物之拍賣抵押物裁定為執行名義，均應認有前開規定之適用。

綜上所述，丙得依強制執行法第 12 條第 1 項聲明異議，請求法院撤銷該執执行程序。

二、債務人甲積欠債權人乙新臺幣一千萬元，經乙取得執行名義後聲請法院查封債務人所有座落臺北市精華地區之四樓公寓之頂樓及座落土地之應有部分四分之一，因頂樓之上另有債務人增建之與四樓公寓相同坪數之違建，亦經債權人聲請法院一併查封。在查封日前之 2 日，債務人甲因他人檢舉而收到臺北市政府工務局建管處要求於 1 個月內自行拆除違建，否則即代為拆除之函文。債務人甲因不滿法院之查封，未將此項訊息告知法院執行人員，亦對前述要求自行拆除違建之函文置之不理。終致臺北市政府工務局建管處擇日覓工代為拆除。請問：

(一)若法院已完成鑑價，並將房、地及違建分別標價合併拍賣，由拍定人丙出價最高而拍定，於拍定後尚未繳足價金前，知悉違建已被拆除，可否請求法院撤銷拍定或主張拍定無效而請求返還保證金？(10 分)

(二)若拍定人丙繳足價金取得權利移轉證書，且所繳價金已分配與債權人後，方得知違建已被拆除，其得如何主張權利？(15 分)

命題意旨	本題看似困難，但可自拍賣的性質(就是私法上之買賣)切入，再區分標的物滅失的時點，那問題將迎刃而解。
答題關鍵	本題之作答應自拍賣的性質切入，再區分標的物滅失的時點，以民法買賣契約之概念分點分項作答即可。
高分閱讀	李政大，強制執行法總複習講義，第 47 頁以下。

【擬答】

(一)拍定人丙得請求法院撤銷拍定或拍定無效而請求返還保證金

執行法院之拍賣，通說係解釋為買賣之一種，即債務人為出賣人，拍定人為買受人，而以拍賣機關代替債務人立於出賣人之地位（最高法院 47 年台上字第 152 號判例參照）。詳言之，執行法院之拍賣公告為要約之引誘，應買人之應買為要約，執行法院之拍定為承諾。據此詳述本例之法律關係：

1. 違建於拍定前已拆除：

違建於拍定前已拆除，因執行標的物於拍賣前已失其存在，拍定人丙（買受人）得主張契約無效（民法第 246 條第 1 項）而請求返還保證金。

2. 違建於拍定後拆除：

違建於拍定後拆除，因執行法院未發給權利移轉證書，拍定人未取得該不動產之所有權，標的物之利益及危險尚未移轉於拍定人^{註2}，拍賣程序未終結，拍定人得請求撤銷拍定而請求返還保證金。

(二)拍定人丙得主張之權利

拍定人收受法院所寄發之權利移轉證書之日，為取得該不動產所有權之時期（強執法第 98 條第 1 項參照），且不動產之拍賣程序亦告終結。依司法院院字第 2776 號解釋，已終結之拍賣程序不得予以撤銷，拍定人不得請求撤銷拍定而請求返還保證金。

拍定人丙得主張之權利，因該違建之拆除時點而有所不同，分述如下：

1. 違建於拍定前已拆除：

^{註2}不動產拍賣之危險負擔移轉時點亦為強制執行法之考點，雖與本題無涉，筆者仍將此爭點附錄於此，供同學參考。民法買賣契約標的物之危險負擔移轉依民法 373 條之規定；而強制執行之拍賣，其危險負擔移轉時點，強執法無明文規定，有以下兩說：

A. 執行法院點交時：(88 台上 986 號判決)

此說認為強制執行法上之拍賣，性質上既亦為私法上之買賣，故危險負擔移轉之時點亦應相同。是以，執行標的物之利益與危險，於執行法院點交標的物與拍定人時移轉之。

B. 買受人取得權利移轉證書之日時：87 台上 1987 決

此說主張並非所有不動產之拍賣均應經點交程序，是以應以買受人取得權利移轉證書時起，負擔買賣標的物之危險。



違建於拍定前已拆除，因執行標的物於拍賣前已失其存在，拍定人丙得主張買賣契約無效（民法第246條第1項），依民法第179條不當得利之規定，請求債務人甲返還已分配之價金。惟拍定人丙得否向債權人乙主張不當得利之返還則不無疑問。就此爭議，實務見解存有爭議，惟晚近實務見解似採肯定說（96台上2870號判決^{註3}、89台上2921號判決^{註4}參照）。故拍定人應得向債權人主張返還其受分配之價金。

2. 違建於拍定後拆除：

如違建於拍定後拆除，因標的物嗣後失其存在，出賣人即債務人甲因可歸責於己之事由而陷於給付不能，拍定人丙得依民法第226條對債務人主張債務不履行之損害賠償責任。

三、A國公司甲與我國公司乙在C國舉行的資訊展上簽訂買賣合約，契約中並未為準據法之約定。該契約以A國文字書寫，並約定價金以A國貨幣給付。甲先給付二成貨款給乙，乙公司稍後出貨給甲，然規格與契約書上所载嚴重不符，甲因此解除契約。甲先於A國起訴，但為執行方便之故，於我國法院重行起訴，請求乙返還預收之貨款。乙則抗辯表示甲之重行起訴違反一事不再理之原則。設若我國法院有管轄權，請附理由說明我國法院就甲之主張應如何選擇準據法？又乙之抗辯有無理由？（25分）

命題意旨	本題考出了意外的考點——國際訴訟先後繫屬重行起訴之問題，嚴格來說此為民事訴訟法的範圍，看起來非傳統國際私法考型，事實上兩考點並無牽連，只要各個擊破即可。在法律行為債之關係準據法的部分，主要是考新舊法適用之比較，只要定性上沒有問題，後續按部就班回答即可。
答題關鍵	並沒有特別難的考點，可能失分的部分在於當事人意思認定的爭議、新法的補充說明和第二部分民事訴訟法條文能否背出。另外宜注意時間的掌握。 第一部分：仍照國際私法傳統答題公式，即涉外因素、管轄、定性、準據法適用的流程回答即可，在準據法適用的部分，先寫現行法，即涉外民事法律適用法第六條的規定，注意第一項第二項適用之間，有當事人意思採用明式說、默示說的法規爭議，繼而補充新法規定即可。 第二部分：只要寫出民事訴訟法第182-2條和第402條的規定，中間的論述和說明簡短即可。此部分無特殊爭議。
高分閱讀	1.伊台大，國私講義第二回，第19頁、第38頁、第39頁（舊版第三回第1頁）。 2.伊台大，總複習講義，第17頁。

【擬答】

(一)本案原告為外國人，具涉外因素，應以涉外民事法律適用法（下稱本法）選法。

1. 管轄

涉外國國際管轄權之規定，多數學者採類推適用說，本說認為管轄權原則上依涉外民事法律適用法之規定，如未規定，即應類推適用民事訴訟法之規定。本案被告為我國公司，應有主事務所於我國，應類推適用民

^{註3}96台上2870號判決

按所謂無效，乃當然且確定的不生效力，此與效力未定不同，不因當事人之事後承認而使無效之法律行為發生效力。民法第一百八十八條第一項規定無權利人就權利標的物所為之處分，經有權利人之承認始生效力，即無權處分並非當然且確定不生效力，乃效力未定，得因真正權利人之承認而成為有效之法律行為。查原審先認本件拍賣係拍賣第三人即上訴人所有系爭未登記建物，屬無效之法律行為，不因上訴人事後承認而使無效之法律行為發生效力云云，乃竟復認本件拍賣第三人即上訴人所有系爭未登記建物應屬債務人無權處分他人之物，買賣關係仍存於債務人與拍定人間，拍定人善意取得拍賣標的物所有權，被上訴人受領價金具有法律上之原因云云，原審先認拍賣為無效，又謂係無權處分即效力未定，自有理由前後矛盾之情形。又如系爭未登記建物非執行債務人所有，拍賣無效，則該部分之拍定價款依法應退還拍定人，於此情形，債權人受領該部分之拍定價款之分配款，可否謂有法律上之原因，非屬不當得利，亦值斟酌。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由

^{註4}89台上2921號判決

按執行法院拍賣抵押物，如該拍賣為無效，執行法院即應將拍定人所繳納之價金退還，不得以之分配於抵押權人；縱已分配終結，惟所分配者，既非抵押物賣得之價金，抵押權人即無對之行使抵押權優先受償之可言，其受領該款，自屬無法律上原因而受利益，致拍定人受損害，拍定人得依不當得利之法則請求返還。



事訴訟法第二條規定，認為我國法院有管轄權。

2. 定性

定性之標準，實務和多數見解採法庭地法說，本案應依中華民國法律定性。本案原告甲與被告乙簽訂買賣契約，因乙給付不達契約目的而主張解除契約，屬於債之關係中的效力問題，應定性為契約效力的法律關係。

3. 準據法適用

(1) 本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。」惟本案甲乙間就買賣契約並未明示準據法，則涉及本項之連繫因素「當事人意思」解釋的爭議，說明如下：

① 明示說：本說認為應僅指明示之當事人意思。

② 明示與默示說：本說認為應包含默示當事人意思。

③ 小結：新法採明示說，認為該當事人意思僅指明示當事人意思，惟新法第二十條第二項規定：「當事人無明示之意思或其明示之意思依所定應適用之法律無效時，依關係最切之法律。」兼採關係最切原則，由法官選定與當事人契約關係最密切地之準據法。因舊法第六條第二項之規定，無當事人意思則依共同本國法、無共同本國法依行為地法，即締約地法，在國際貿易蓬勃的當代，締約地常常為當事人間偶然事實，並不與當事人契約履行有何重要關聯，徒然適用締約地法律對於解決當事人間爭議並不一定為「最適切法」。然在現行法的架構下，要修正此一法律硬性適用連繫因素上可能造成的不合理之選法結果，應認為採默示說來緩和現行法問題為當，由法官綜合考量本案當事人間的諸多因素，決定當事人可能的默示意思，併與新法接軌。

(2) 本題，甲乙間的契約以 A 國文字書寫，且以 A 國貨幣支付，應認為雙方當事人就該契約有受 A 國法秩序管制之意思，依前述採默示說，應認為本案契約效力準據法為 A 國法。

(二)

1. 民事訴訟法第 182-2 條規定：「當事人就已繫屬於外國法院之事件更行起訴，如有相當理由足認該事件之外國法院判決在中華民國有承認其效力之可能，並於被告在外國應訴無重大不便者，法院得在外國法院判決確定前，以裁定停止訴訟程序。」

2. 本案甲先於 A 國法院起訴，復又於我國法院重行起訴，依本條規定，我國法院應視是否就本事件有承認 A 國法院判決效力之可能，則應依民事訴訟法第 402 條之規定以觀。

3. 民事訴訟法第 402 條規定：「外國法院之確定判決，有下列各款情形之一者，不認其效力：一、依中華民國之法律，外國法院無管轄權者。二、敗訴之被告未應訴者。但開始訴訟之通知或命令已於相當時期在該國合法送達，或依中華民國法律上之協助送達者，不在此限。三、判決之內容或訴訟程序，有背中華民國之公共秩序或善良風俗者。四、無相互之承認者。」

本案應視實際情形，由法院具體判斷有無民事訴訟法第 402 條之四款事由，而有不承認外國法院判決效力之可能性。如可能承認 A 國法院判決效力，則法院得裁定停止訴訟程序，惟仍不得駁回原告甲之訴。

四、被繼承人甲先後取得泰國與我國之國籍，甲生前留有二份遺囑，其中，在我國由其本人口述遺囑意旨之代筆遺囑，遺囑內容將其財產四分之三留給其妻丙與次子丁。長子乙以甲於立該遺囑日，已無意識能力，不能言語，無口述遺囑意旨及指定見證人之能力，主張該遺囑係偽造，故應適用先前在泰國書立之第一份遺囑，給予其百分之四十之應繼分。乙在我國提起訴訟，試問我國法院應如何適用法律？（25 分）

命題意旨	本題是單純的國際私法傳統考題，也是傳統考點，就屬人法考題的部分，遺囑的爭議算是比較簡單，但本題在定性上要特別注意。在法律適用的衝突部分，國籍的積極衝突之考點算是久未謀面，恰好配合新法修正重出江湖，切記要寫出新舊法適用的比較，並採舊法。
答題關鍵	本題考點清楚，困難的部分在於定性，另外在法律適用時補充新法規定，即可安然取分，屬基本實力題。 按照管轄、定性、準據法適用、準據法衝突的架構來寫即可。注意不要被實體的法律關係牽著鼻子走。首先要注意的是定性的問題，本案有兩份遺囑，過去這部分有文章的是陳老師遺囑形式要件問題，但本案的個案事實不同，應加以區分。最後準據法衝突的國籍衝突，記得把新法的關係最切原則寫出來就好了，結論採舊法。



高分閱讀 伊台大，國私上課講義，第 104 頁。

【擬答】

本案被繼承人有外國國籍、且係爭兩份遺囑之一行為地為外國，具涉外因素，應以涉外民事法律適用法（下稱本法）選法。

(一)管轄

涉外國國際管轄權之規定，多數學者採類推適用說，本說認為管轄權原則上依涉外民事法律適用法之規定，如未規定，即應類推適用民事訴訟法之規定。本案雙方當事人就遺產與遺囑問題有爭議，應類推適用民事訴訟法第 18 條規定，被繼承人住所地法院和本國法院有管轄權，本案被繼承人有我國國籍，應認為我國法院有管轄權。

(二)定性

定性之標準，實務和多數見解採法庭地法說，本案應依中華民國法律定性。本案雙方當事人就遺囑之成立與否有爭議，就被繼承人於我國書立之遺囑，於被繼承人為遺囑當時是否具備遺囑行為能力有所爭議，應認為係屬遺囑實質要件問題，應定性為遺囑的實質要件（成立）的法律關係。

(三)準據法適用

本法第 24 條規定：「遺囑之成立要件及效力，依成立時遺囑人之本國法。」就遺囑的實質要件問題採屬人法主義，以被繼承人之國籍為連繫因素。惟本案當事人甲先後具備泰國與我國國籍，應以何國國籍作為準據法連繫因素，為國籍積極衝突問題。

(四)準據法衝突

1. 本法第 26 條規定：「依本法應適用當事人本國法，而當事人有多數國籍時，其先後取得者，依其最後取得之國籍定其本國法。同時取得者依其關係最切之國之法。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。」以先後取得之後取得者作為國籍認定標準，並採內國國籍優先原則，以有我國國籍者為我國國民，不論先後。

2. 新法第 2 條規定：「依本法應適用當事人本國法，而當事人有多數國籍時，依其關係最切之國籍定其本國法。」改採關係最切原則，並刪除內國國籍優先原則，併此敘明。

本案甲有我國籍，且為後取得，依現行法應適用我國法為準據法。本案就遺囑的實質要件問題其準據法應適用我國法。

