

# 司法官、行政執行官

## 《強執及國私》

一、Y 以其對 A 之金錢債權確定判決為執行名義，查封 A 之名車，後經 Y 之同意仍交由 A 保管。A 卻於查封期間將該車售與 X，X 並約定無償借予 A 使用，以改定合有的方式完成交付。其間 Y 曾撤銷查封，但次日又再查封。問：X 得否就該車主張所有權，提起第三人異議之訴？(二十五分)

命題意旨	強制執行法第五十一條第二項查封之效力、強制執行法第十五條第三人異議之訴。
答題關鍵	此題乃結合查封之效力及第三人異議之訴的實例題，重點在查封效力是相對無效還是絕對無效之爭執，答題應寫清此關鍵。
擬答鑑示	1.參考：高點法律網、考場寶典，命中！ 2.參考：高點律師司法官上課講義，頁 121、183。 3.參考：高點法觀人月刊 46 期。 4.參考：高點法律電子報 No.25。

### 【擬答】

Y 以金錢債權之確定判決為執行名義查封 A 之名車，並依強制執行法第五十九條第二項同意由 A 保管(該車縱被認定是貴重物品而違反該規定，亦非屬重大且明顯之瑕疵而認定該行為無效，換言之，在被撤銷前該行為有效。) A 卻將車出賣與 X，並依占有改定之方式，移轉所有權(民法第七百六十一條第二項)。依強制執行法第五十一條第二項「實施查封後，債務人就查封物所為移轉之行為，對於債權人不生效力」之規定，Y 得主張 X 尚未取得所有權，X 不得以其有所有權而提起第三人異議之訴(強制執行法第十五條)。

然 Y 後卻又撤封，並於隔日再行查封，此時 Y 可否再主張強制執行法第五十一條第二項，有下述二說：

#### (一)絕對無效說：

- 1.查封是公法上之行為，查封後債務人既喪失處分權，為貫徹禁止債務人處分之查封目的，其處分行為絕對，確定無效。
- 2.債務人在查封後所為之處分行為對於任何人皆屬無效，即使債權人撤封後，亦不能使之有效。在此案，A 與 X 間之處分行為已因 Y 先前之查封而無效，故 X 自始至終未取得所有權，不得提起第三人異議之訴。

#### (二)相對無效說：

- 1.查封僅使債務人在查封目的內喪失查封物之處分權，故債務人處分行為，僅對執行債權人不生效力。
- 2.債務人在查封後所為之處分行為僅對債權人不生效力，且在債權人撤封後完全有效。在此案，A 與 X 間之處分行為僅對 Y 不生效力，在 Y 撤封後完全有效，X 取得所有權，且可對抗 Y，雖然 Y 在次日再行查封，但 A 之處分行為在前，故 Y 不得主張強制執行法第五十一條第二項，換言之，X 得提起第三人異議之訴。本人以為，依強制執行法第五十一條第二項「對於債權人不生效力」之文義及交易安全之考量，應採後說，通說及實務見解(最高法院五十一年台上字第一五六號判例)亦採之。

二、執行法院拍賣債務人 A 所有土地及其上房屋(分別標價，合併拍賣，且拍賣公告載明拍定後點交)，於民國九十年九月三日由第三人 B 拍定，B 並於翌日(九月四日)繳清拍賣價金，執行法院於同年九月七日核發不動產權利移轉證書予 B，但上開房地卻於九十年九月六日遭逢土石流侵襲，房屋被埋沒，地基流失，因而滅失，致無法點交。試問，執行法院可否將拍賣價金製作分配表予以分配？B 應如何保障其權利？(二十五分)

命題意旨	強制執行法第十五條、民法第二百六十六條第二項。
答題關鍵	此題乃拍賣程序上危險負擔移轉及救濟程序結合之實例題，重點在民法上危險負擔於拍賣程序上應如何適用及如何救濟。
擬答鑑示	1.參考：高點律師司法官強制執行法上課講義，頁 250。 2.參考：高點法觀人月刊第 45 期。 3.參考：高點法律電子報 No.24。

### 【擬答】

B 於民國九十年(下同九月三日)因拍定而買受 A 之房地，並於九月四日繳清價金，然該房地卻於九月六日因土石流而滅失，此時 B 可否取回價金，此乃危險負擔之問題，蓋買賣標的物因不可歸責於雙方當事人而滅失。

依民法第三百七十三條，價金危險自標的物交付時移轉，然於不動產之拍賣程序上，學者通說以為應以取得權利移轉證書為準，如比較能配合執行程序之特性。該房地係在 B 取得權利移轉證書(九月七日)前滅失，故危險應由出賣人 A 負擔，B

強執及國

可依民法第二百六十條第一項及第二項規定主張不當得利請求權，請求返還價金。

由上述可知，執行法院不應制作分配表分配價金，應將價金返還與 B。若執行法院繼續執行，則違反實體上權利義務關係，屬「不當執行」，B 可依強制執行法第十五條提起第三人異議之訴，當然 B 亦可另外尋求實體救濟，主張不當得利。

(註：上述擬答是以我國實務見解所採以債務人為出賣人之私法契約說為依據，最高法院四十七年台上字第一五號、四十九年台抗字第八十三號、八十年台抗字第一四三號裁判參照)

### 三、試扼要說明下列各題：

(一) 試述以法院地法為法律關係之準據法，在國際私法上之重要性。(十二分)

(二) 何謂準據法選擇上之「最重要牽連關係」(the most significant relationship)？其在國際私法上之地位如何？(十三分)

命題意旨	本題為國際私法千篇一律不變之考古題系列之一，只要同學們平時留意各屆考古試題，想必對同學僅是牛刀小試罷了。 1. 同學們初只要看到本題，恐會開始懷疑何謂「法律關係之準據法」，或者開始懷疑自己有沒有唸過這題，而陷入苦思中。但是，同學們要切記一點，只要上了考場，不管你有沒有唸過，通通要以「全部唸過」的態度去面對。本題其實只是在測試同學是否了解「定性」之相關學說。 2. 請勿將本題之侵權行為最新理論「最重要牽連關係」，與國籍衝突中之「關係最切」理論相混淆。
答題關鍵	1. 定性之相關學說。 2. 侵權行為準據法學說。
擬答鑑示	1. 參考：柯澤東，國際私法 2. 參考：高點國際私法律師、司法官考試專用講義。 3. 參考：高點法律電子報 No.41。

#### 【擬答】

(一) 茲析言如下：

1. 法律關係準據法：所謂「定性」，簡言之，即決定法律關係之性質之謂也。而「法律關係準據法」即可謂「定性準據法」，申言之，即解決「定性」問題，所應適用以確定其「法律」之準據法之法律。目前通說以法院地法為主，必要時則以案件準據法或比較法為輔。
2. 就前揭三說，以法院地法說(亦稱法院地法說)最為合理，並為通說，其僅有適用上之方便，並無邏輯上之必然；以比較法說(亦稱分析比較法理說)最為理想；以案件準據法說(亦稱本案準據法說)陷於循環論斷之危險。今茲就法院地法說分析之，以法院地法說為通說之理由如下：  
(1) 受理案件之法官，對其本國法院地之法律知之最稔，以此決定法律事實或行為最為妥切。  
(2) 法院地受理案件，由法院地司法權控制，由法官行使國家主權，解釋系爭事實或法律，方能合乎立法之目的，確保法院地其立法政策及運用國際私法之功能。  
(3) 避免陷入循環論斷之矛盾。

除非以法院地法為其法律關係之準據法外，若非以法院地法為解決定性之準據法，均須在本案法律衝突解決之前先作另一法律衝突之解決，即是否定定性為法律衝突先決條件，陷於自相矛盾。

相對於法院地法，比較法是一種理想，一種參考，因其給予法官過重之負擔。因此，在目前國際私法、理論與實務上，其趨勢為，原則採法院地法作為定性所依據之法律，而以原因準據法或比較方法為補充。

(主此法院地法說者隨德國之 Kahn，法國之 Bartin，並且至今為大多數學者所採取：「法官應依法院地法之概念為定性」)

3. 是以，以法院地法為法律關係之準據法，在國際私法上之重要性應為受理案件法官可以直接決定系爭法律關係之性質，再者，由於受理案件法官對其本國法院地之法律知之最稔，以此決定法律事實或行為最為妥切；亦可合乎法院地立法之目的，確保法院地其立法政策及運用國際私法之功能；更可避免陷入循環論斷之矛盾。

(二) 茲析述如下：

1. 於國際私法中，侵權行為準據法傳統理論有：法院地法主義、侵權行為地法主義及折衷主義。而美國於一九六三年，紐約州上訴法院於 Babcock V. Jackson 案，改採「最重要牽連關係說」(即“the most significant relationship”)，核先敘明。
2. 所謂「最重要牽連關係說」，其析述如下：  
(1) 以較具彈性之最重要牽連關係說代替侵權行為地法主義，符合國際私法上選擇案件準據法之原則。  
(2) 侵權行為法通常為支配行為之標準，故侵權行為上大部分問題仍應受此一原則之限制。但此一原則將不在機械式地適用，而僅於侵權行為地法對於某些問題之解決，卻係具有最重要利害關係時，始被適用。  
(3) 分析與探究關係國法律之內容與目的，其中有助於解決法律適者，為最具利害關係國。  
(4) 分析法律後，如發現關係國法律並無衝突，即僅一國之法律就該問題之適用，具有利害關係，其他國家之法律是否適用，並不具利害關係時，此即所謂「虛偽衝突」，法院應適用具利害關係國之法律。
3. 是以，承上可知「最重要牽連關係說」之來由及其重要性，該說乃係美國法院就侵權行為準據法選擇時之判斷標準，惟中華民國涉外民事法律適用法第九條並不採美國之「最重要牽連關係說」，而仍係採傳統學說中之「折衷說」。

四、中巴混血幼童吳憶樺之監護權糾紛，於涉外事件之訴訟上，引起與國際私法問題之關係有那些？試論述之。  
(二十五分)

命題意旨	本題為國際私法之時事考題，同學們可以參考高點於「來勝九十年特種考試律師、司法人員考試第一次模擬試題」第一題。本班完全命中！茲將其題目摘錄於下，以便同學了解本案事實：巴西小男孩吳憶樺出生於巴西，其父為中華民國人，其母為巴西人，母不久後身亡，其父攜吳憶樺來台探親，詎料，於來台期間父病亡。吳憶樺於巴西之祖母因久未見其孫，倍感思念，乃尋各種外交手段尋孫，惟吳憶樺於台灣之叔叔在台堅持其有監護權。若今吳憶樺之祖母從巴西來台起訴，問如果你是法官，你會如何判斷？
答題關鍵	1.時事新聞之留意。 2.國際私法實例題之七大解答步驟之熟悉。 3.國籍積極衝突及中華民國國籍法之熟稔度。 4.涉外民事法律適用法第二十條之背誦。
擬答鑑示	1.參考：月旦法學雜誌 76 期，時事法論專案。 2.參考：高點律師司法官國際私法專用講義。 3.參考：來勝九十年特種考試律師、司法人員考試第一次模擬試題，第一題命中！

【擬答】

(一)涉外民事案件：

- 1.涉外案件：所謂涉外案件，即為涉及外國人、外國地、外國人及地等涉外因素(foreign elements)之案件。本案具有涉外因素。
- 2.民事案件(Civil case)：本案為民事案件。

(二)管轄權(Jurisdiction)：本案在台起訴，只要中華民國法院之管轄不違反公益及私益、不違反實效性、合理性、便利性，中華民國法院即具有管轄權。

(三)定性(Qualification)：

- 1.所謂定性，即謂決定法律關係之性質之謂也。
- 2.定性之學說有「法庭地法說」、「本案準據法說」、「初步定性及次步定性說」、「分析及比較法理說」，目前學說之通說為「法庭地法說」，僅為適用上之方便，並無邏輯上之必然。
- 3.依法庭地法之定性，即依中華民國法律而為判斷，其法律關係應為就未成年子女之監護權之行使。(蓋由於吳憶樺無父母，是以本案非關親權之行使。)

(四)連繫因素(Connecting Factors)：

- 1.所謂連繫因素，即謂連繫涉外案件與準據法間之事實。
- 2.連繫因素之種類有：
  - (1)與主體有關之連繫因素。
  - (2)與客體有關之連繫因素。
  - (3)與行為有關之連繫因素。
  - (4)與意思表示有關之連繫因素。
- 3.本案之連繫因素應為與主體有關之連繫因素，即「國籍」。

(五)準據法之選擇(Choice of Law)：

- 1.依涉外民事法律適用法第二十條：「監護，依受監護人之本國法，但在中華民國有住所或居所之外國人有左列情形之一者，其監護依中華民國法律；
  - (1)依受監護人之本國法，有應置監護人之原因而無人行使監護之職務者。
  - (2)受監護人在中華民國受標治產之宣告者。
- 2.本案吳憶樺於中華民國並無住所或居所，是以，其監護僅依其本國法(即依其國籍所在地法)。
- 3.惟吳憶樺之國籍為何，依涉外民事法律適用法第二十五條，關於國籍積極衝突之規定：「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，認為中華民國國民者，依中華民國法律。」依本條，當內國法與外國法共同存在時，依內國法優先原則，內國法應先為適用。
- 4.吳憶樺之父親為中華民國人民，依中華民國國籍法，吳憶樺具有中華民國國籍，依涉外民事法律適用法第二十五條之但書(即內國法優先適用原則)規定，應依中華民國法律為其本國法。
- 5.即言之，本案準據法為中華民國法律。

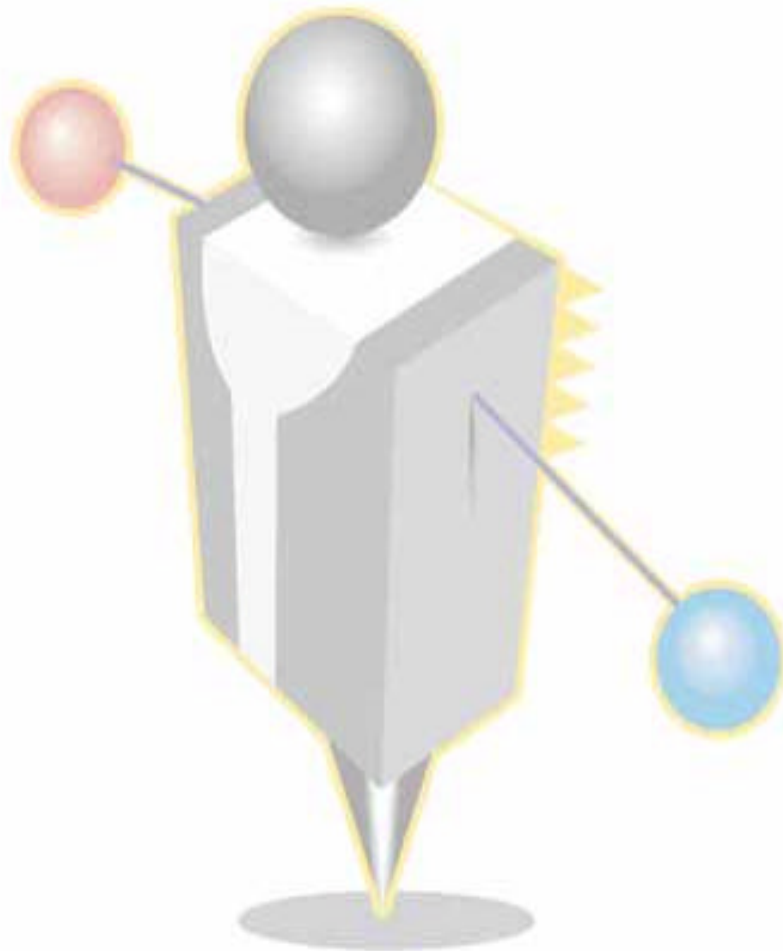
(六)準據法(Applicable Law)之適用：

- 1.準據法之適用有四：單一、併行、選擇及累積適用。本案應為單一適用。
- 2.另於適用準據法時應注意者，有下列數點：



強執及國

- (1)公序良俗：由於適用中華民國法，應無「適用外國法時，如其規定有背於中華民國公共秩序或善良風俗者，不適用之」之條款。
  - (2)複數法域：本案無一國數法之問題。
  - (3)反致：本案應亦無反致之問題。
- (七)結論：就本案之分析，最後仍適用中華民國法律來判斷吳憶樺之監護權歸屬。即依我國民法第一零九一條及一零九四條而定其監護人。



高點