

《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，其目的為追求執执行程序之迅速進行，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，蓋強制執执行程序首重迅速，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，如此一來執执行程序將受延滯，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，強制執执行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，無法以強制執执行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，執行法院應續行執执行程序。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，債務人得於強制執执行程序終結前，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，以被繼承人之國籍惟連繫因素。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。



《強制執行法與國際私法》

一、債權人甲於民國 95 年間向法院起訴，請求債務人乙返還買賣價金新台幣 100 萬元確定後，乙於 96 年 1 月間死亡，其代位繼承人丙於繼承發生時為 18 歲，未依法為限定或拋棄繼承。甲於 98 年 7 月間，持上開確定判決，聲請對丙之薪資債權為強制執行，經執行法院核發移轉命令後，另一債權人丁持乙應清償借款之確定判決為執行名義，亦對丙該薪資債權聲請強制執行，丙主張其繼承乙從未取得任何財產，且其薪資並非遺產。試問丙是否有何救濟方法？（25 分）

命題意旨	繼承法修正後，致使原應負擔概括繼承之繼承人，改負限定繼承責任時，關於繼承人之救濟方法。
答題關鍵	關於繼承法修正後致使繼承人應負擔限定繼承責任之問題，實務上於座談會中有多則討論，但因尚未有最高法院之相關判決，故仍得依據傳統救濟途徑，判斷繼承人之救濟主張方法。
高分閱讀	1.張登科，《強制執行法》，第 102 頁。 2.陳計男，《強制執行法釋論》，第 74 頁。 3.賴來焜，《強制執行法總論》，第 432 頁至第 434 頁。 4.喬律師，《強制執行法》，高點出版，第 2-98。 5.高點，田台大，98 年度強制執行法總複習講義第 32 至 36 頁。

【擬答】

(一)丙為乙之繼承人，為執行名義效力所及之人：

債權人甲雖對債務人乙取得執行名義，但乙死亡後已無當事人能力，而丙既未為拋棄繼承或限定繼承，為乙之繼承人亦即一般繼承人，應屬執行名義效力範圍所及之人。

又執行法院雖對丙之薪資債權核發移轉命令，然薪資債權係為一繼續性債權，故即便執行法院於核發移轉命令後將該執行事件報結，但對於未發生之薪資債權及債權人債權尚未滿足部分，並未使执行程序終結。另一債權人丁持確定判決為執行名義，亦得聲請對其繼承人為強制執行。丙如主張依據修法後民法第 1153 條及民法繼承編第 1 條之 1 第 2 項規定，其僅應負擔限定繼承責任時，所為之救濟程序，仍屬在执行程序終結前為之，合先敘明。

(二)關於丙可能之救濟方法如下：

又關於民法第 1153 條第 2 項之修正及民法繼承編第 1 條之 1 第 2 項之增訂，致使本件乙由原先之概括繼承人變成限定繼承人，故關於丙可能之救濟方式，析述如后：

甲說：聲明異議。

執行法院固無實體審查權，惟強制執行屬非訟事件，故執行法院對非實體事項，仍有形式審查之權限，本題丙於民法繼承編修正施行後，由其繼續履行繼承債務顯失公平為由主張限定責任時，執行法院應有形式審查權。又依新修正民法第 1153 條第 2 項之規定，繼承人為無行為能力人或限制行為能力人，對於被繼承人之債務，僅以所得遺產為限負物之清償責任，是現行民法就繼承人為無行為能力及限制行為能力之繼承已改採當然限定責任，執行法院不得執行繼承人之固有財產。而繼承人之薪資債權為其個人服勞務之對價，性質上屬繼承人之固有財產，故債權人聲請對繼承人薪資債權為強制執行時，除非債權人能證明由繼承人繼續履行繼承債務非顯失公平，自應認為對繼承人顯失公平。據此，本題如債權人甲不能證明由丙繼續履行債務非顯失公平，應認丙聲明異議為有理由，執行法院應撤銷执行程序。

乙說：提起債務人異議之訴。

如題示所載，丙既未依法聲明拋棄繼承或限定繼承，原本應就乙之債務負無限清償責任，嗣因新修正民法第 1153 條第 2 項及民法繼承編施行法第 1 條之 1 第 2 項規定，於特定條件下，始以「所得遺產為限，負清償責任」，而減輕其責任。然此有限責任，為「遺產」金額或價值的有限責任而非物的有限責任，丙之財產並無區分為其固有財產或「遺產」之必要，丙就被繼承人之債務仍為債務人而非第



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

三人，丙應提起債務人異議之訴，以為救濟。

丙說：提起第三人異議之訴。

丙於繼承開始時為限制行為能力人，依新修正民法第 1153 條第 2 項及民法繼承編施行法第 1 條之 1 第 2 項規定，以所得遺產為限，負清償責任，是否確實未繼承取得任何財產，以及是否具備「由其繼續履行繼承債務顯失公平」之前提，為實體事項，非執行法院所得自行認定，應另行起訴以資解決該部分爭議。而薪資所得為丙之固有財產，債權人聲請就被繼承人之債務為執行，丙即為強制執行法第 15 條之第三人，丙應提起第三人異議之訴，以為救濟。

丁說：如執行法院依債務人丙提出之相關資料（例如遺產稅核課資料、丙之財產資料、債權之金額），已足認丙繼續履行債務顯失公平之情形十分明顯，仍強求丙必須提起民事訴訟並提供擔保，始得停止執行，對丙殊嫌過苛。故執行法院得就丙所提資料，作初步之認定，如認丙之主張有理，得駁回強制執行之聲請，債權人如未提抗告，強制執程序即告終結，亦可節省司法資源，避免無益爭訟。如執行法院認事涉實體糾紛，無權審認，宜通知債務人丙向民事庭提起異議之訴。

本文認為執行法院並無實體審查權，是對於無行為能力或限制行為能力之繼承人繼續履行繼承債務是否顯失公平，並不能加以審查，自應依強制執行法第 15 條規定，提起第三人異議之訴以為救濟，並同時得依據第 18 條第 2 項規定聲請停止執行。

二、甲於民國 97 年 7 月 1 日，以確定支付命令為執行名義向法院聲請對乙強制執行，同年 8 月 19 日執行法院就乙被查封之不動產為拍賣，由丙拍定得標，丙預計於同年 8 月 22 日繳足價金，但乙於同年 8 月 20 日對甲之執行主張拍定之地未經鑑價程序而欲提起救濟，應如何為之？丙於繳足拍定價金後，並於同年 8 月 23 日取得法院發給之權利移轉證書，乙於同年 8 月 24 日主張債務已清償而欲提起救濟，應如何為之？（25 分）

命題意旨	關於遺漏鑑價是否屬程序重大瑕疵而得對違法執行聲明異議，並應知悉債務人異議之訴的限制要件。
答題關鍵	熟悉關於違法執行及不當執行之救濟方式，即可得出妥適之答案。
高分閱讀	1.張登科，《強制執行法》，第 320、321 頁。 2.陳計男，《強制執行法釋論》，第 396 至 397 頁。 3.楊與齡，《強制執行法論》，第 504、505 頁。 4.賴來焜，《強制執行法各論》，第 262 頁至第 268 頁。 5.王律師、呂律師，《強制執行法》，高點出版，第 2-97、98、101。 6.喬律師，《強制執行法》，高點出版，第 3-81、86。 7.高點，田台大，98 年度強制執行法總複習講義第 42、43 頁。

【擬答】

(一)乙得聲明異議請求救濟：

按當事人或利害關係人，對於執行法院強制執行之命令，或對於執行法官、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，得於強制執程序終結前，為聲請或聲明異議。但強制執程序不因而停止。強制執行法第 12 條第 1 項定有明文。復按，拍賣不動產，執行法院應命鑑定人就該不動產估價價格。強制執行法第 80 條定有明文。此因不動產價格較高且較不易確定其價格，為避免低價賣出，減損當事人權益。

本件法院對於聲請查封拍賣之土地並未進行鑑價程序，實務上關於土地部分，雖有申報地價、公告地價及公告現值可供參考之價值，故有主張可參考前開公文書所示之價格由執行法院逕行核定最低價額，已節省勞力、費用，無庸再由鑑定機關為鑑定之必要。但強制執行法第 80 條規定，應屬絕對遵行之程序，執行法院不得置之不理，因前開參考價值與實際上市場交易價值部分，仍存有若干誤差，如未予鑑定即核定最低拍賣價額時，對當事人權影響甚鉅。

本題執行法院未經鑑價程序即將土地予以拍賣，雖該土地已拍定，然拍定人丙尚未繳足價金前，乙即為聲明異議，此時拍賣標的物雖已拍定，但因拍定人未繳足價金，且執行法院尚未核發權利移轉證明書，執行法院



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
 北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

應認該聲明異議為合法，仍得為妥適之裁定。

(二)乙應提起債務人異議之訴，並同時聲請受訴法院為停止執行之裁定。

按執行名義成立後，如有消滅或妨礙債權人請求之事由發生，債務人得於強制執行程序終結前，向執行法院對債權人提起異議之訴。強制執行法第 14 條第 1 項前段定有明文。本題乙主張債務已清償，致使執行名義所示之請求權與實體法上之權利不符，係為債之消滅事由，依法自得提起債務人異議之訴加以救濟，但應注意下列之限制：

1.發生事由之時點：債權消滅、妨礙之事由發生於執行名義成立後。

如乙之清償係在支付命令確定前已發生，本得於甲聲請法院核發支付命令時，即對該支付命令異議，阻止其確定，如未異議致使支付命令確定後，因確定之支付命令與確定判決有相同效力，自不得以前未抗辯之清償事由，事後再為爭執。故乙應限於在支付命令確定後清償，方得提起債務人異議之訴。

2.時間限制：

須在執行程序終結前提起。如執行程序已終結，無阻止強執之實益。強制執行法第 14 條之「執行程序終結」係指執行名義之強制執行程序終結而言。執行名義之強制執行程序，進行至執行名義所載債權全部達其目的時始為終結。如執行名義所載債權，未因強執全部達其目的前，對於某一執行標的物之強執程序雖已終結，債務人仍得提起異議之訴。但此項異議之訴有理由之判決，僅就執行名義所載債權未因強執達其目的部分，排除其執行力，不能據以撤銷強執程序業已終結部分之執行處分。

本題丙已繳足價金，並取得法院權利移轉證書，然執行法院尚未將價金交付或分配予債權人前，該执行程序仍尚未終結，乙仍得提起債務人異議之訴，又因提起債務人異議之訴不當然停止执行程序，乙應同時聲請受訴法院為停止執行之裁定。然即便乙所提起之債務人異議之訴有理由時，僅能撤銷價金交付、分配程序，業已終結之拍賣程序不得撤銷之，故丙仍得取得拍賣不動產之所有權。

三、甲男為美國德州人，與中華民國國民乙女在美國紐約州結婚，並於婚後定居於我國高雄。日前，二人對於其子丙應否在美國或台灣受教育引起爭執，無法獲得共識，甲遂向我國法院聲請裁定准予其攜丙赴美就學，聲請時甲在美國已無任何住所。請附理由分析說明我國法院應如何適用法律以決定甲、乙爭議之準據法。(25 分)

命題意旨	典型國際私法考題，測驗同學選法基本架構。
答題關鍵	本題屬穩紮穩打題型。按部就班、沉穩答題應可獲不錯分數，若可加上最新修正草案方向，則更入佳境、錦上添花。
高分閱讀	1.劉鐵錚、陳榮傳，《國際私法》，頁 489~491、442。 2.劉韋廷，《國際私法》，高點文化出版，7-29。 3.高點席台大國際私法講義第五回，頁 85~86。

【擬答】

(一)涉外私法案件：

本件具有外國人之涉外因素，並涉及親權行使與負擔，乃涉外私法案件，有依涉外民事法律適用法選法之必要。

(二)我國法院有國際民事管轄權：

法院開啓訴訟審理案件前提須具有管轄權，對一涉外案件須具「直接一般管轄權」。因我國並無關於國際民事訴訟程序專章或專法規定，依學說通說，若涉外民事法律適用法有特別規定，則依該規定；無特別規定則類推適用國內相關訴訟法之規定。本例涉及父母親權行使意見不一致紛爭之解決，應類推適用非訟事件法第 132 條規定，由未成年子女住居所在地法院加以管轄。依我民法第 21 條規定，未成年之住所依法定代理人之住所而定，甲乙婚後定居高雄，因而我國法院對此案件具有直接一般管轄權。

(三)定性：

1.定性學說包括：法庭地法說、本案準據法說、初步次步定性說與分析比較法理說。通說基於適用上便利，採「法庭地法說」加以定性。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

2. 本案定性：本案涉及父母對子女親權行使內容，依法庭地法應定性為「親子關係」。

(四)選法：

1. 依涉外民事法律適用法第 19 條規定「父母與子女間之法律關係，應依父之本國法。」丙父甲男為美國人，故應依美國法。
2. 但美國因地域不同發生「一國數法」問題。依涉民第 28 條規定「依本法適用當事人本國法時，如其國內各地方法律不同者，依其國內住所地法，國內住所不明者，依其首都所在地法。」甲本為德州人，但聲請時其於美國已無任何住所，因住所不明係謂當事人本國境內不知有無住所，不符法條文義之「國內住所不明」，應如何適用法律產生爭議，學說認為若當事人於本國內無住所，不論其於外國有無住居所，一律依首都所在地為其住所地法。本案應依華盛頓特區法適用。
3. 關於「一國數法」爭議，草案改採「折衷主義模式」，優先尊重該國內法院之解決對策，若規定不明始適用與當事人關係最切之法律定之。

(五)親子關係選法修正草案方向：

關於親權行使，現行法與國際立法趨勢不符。草案為貫徹子女之本國法優先適用與保護子女利益之原則，修正為「父母與子女間之法律關係，依子女之本國法。」因此，將來草案若修正通過，本案之選法應改依未成年子女丙之本國法加以決定。

四、未經我國認許之日本 A 公司擁有暢銷小說「神州開疆記」之著作權。A 公司與我國之 B 公司在日本簽訂著作權授權契約，由 A 公司授權上開小說衍生著作權（翻譯著作）予 B 公司，並於契約中約定「本契約之效力、成立要件、履行及執行，應依英國法」。嗣因 B 公司拒付授權權利金，A 公司即發函終止雙方授權契約。A 另發現我國籍之 C，未經授權，擅自重製「神州開疆記」的中文譯本，並在我國及新加坡兩地販售牟利。請問：未經我國認許之 A 公司如以 B 公司違反授權契約為由，在我國對 B 公司起訴，法院可否受理本件訴訟？又，A 公司與 B 公司於授權契約中，關於準據法之約定是否有效？若 A 公司依侵權行為之法律關係，請求 C 賠償相關損害，法院應如何適用準據法？（25 分）

命題意旨	稍有變化之題型，測驗同學幾個重要國私觀念。
答題關鍵	本題屬引領題型。考生須按老師標記之各小題，分別加以回答。本題雖以著作權授權之新型契約入題，但實際上仍在考傳統爭點。包括第一小題「未經認許法人得否提訴？」；第二小題係關於「當事人合意選法」議題；第三題則考熱門考古題：「侵權行為之選法」，注意最新選法趨勢。
高分閱讀	1. 劉鐵錚陳榮傳，《國際私法》，頁 177~178、306~307、354。 2. 許展毓，《國際私法》，頁 7-13~14。 3. 高點席台大國際私法講義第一回，頁 63~66。 4. 高點席台大國際私法講義第三回，頁 70~73。 5. 高點席台大國際私法講義第五回，頁 85~86。

【擬答】

(一)未認許 A 公司以 B 公司違反著作權授權契約起訴，法院得以受理。

1. 當事人能力問題：

未經我國法認許之 A 公司，在我國法上不具法人格，並無權利能力。然而，A 公司雖在實體法上不具權利能力，但未必影響其在我國提起訴訟之能力資格。A 公司於我國提起訴訟，法庭地於我國，依「程序依法庭地法」原則，有無訴訟資格應依我民事訴訟法加以判斷。依我民訴第 40 條第 3 項規定：「非法人之團體，設有代表人或管理人者，有當事人能力。」及 50 年台上字第 1898 號判例謂：「未經認許其成立之外國法人，雖不能認其為法人，然仍不失為非法人之團體，苟該非法人團體設有代表人或管理人者，依民事訴訟法第四十條第三項規定，自有當事人能力。至其在臺灣是否設有所事務所或營業所則非所問。」加上著作權法第 102 條特別規定：「未經認許之外國法人，對於第九十一條至第九十三條、第九十五條至第九十六條之一之罪，得為告訴或提起自訴。」因此，未經認許之 A 公司雖不具權利能力，但不失為「非法人團體」時，仍具當事人能力，得向我國法院提起訴訟。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
 北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

2.我國法院「直接一般管轄權」：

對於本件涉外私法案件，我國法院受理須有「直接一般管轄權」。依學說通說，若涉外民事法律適用法有特別規定，則依該規定；無特別規定則類推適用國內相關訴訟法之規定。本例，被告 B 公司為我國公司，其主事務所或營業所在地於我國，依民訴第 2 條第 2 項法人「以原就被」規定「對於私法人或其他得為訴訟當事人之團體之訴訟，由其主事務所或主營業所所在地之法院管轄。」我國法院對於本案具有國際民事訴訟管轄權。

3.結論：我國法院當可受理本案無疑。

(二)AB 公司關於準據法之約定是否有效？

- 1.AB 於授權契約中「本契約之效力、成立要件、履行及執行，應依英國法。」涉及債權契約之合意選法。當事人得就債之關係，自主決定法律適用，為世界各國共通承認之「當事人意思自主原則」之展現。「當事人意思自主原則」又分為限制說與自由說兩大說，各國有鑑於準據法無須與契約有一定牽連關係。
- 2.我國法規定：我國法亦肯認當事人之選法自由，依涉民第 6 條規定「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。」本例當事人既已明示以英國法作為本案準據法，故關於債之成立要件與效力即應依英國法加以決定。除非發生當事人意思表示瑕疵或契約依選定法適用而無效等例外情形外，法院應充分尊重當事人合意之選法以解決相關爭議。
- 3.修正草案亦採「當事人意思自主原則」，依最新草案第 20 條規定「法律行為發生債之關係者，其成立及效力，依當事人意思定其應適用之法律。」。
- 4.關於 B 公司拒付權利金爭議，應依「英國法」判斷著作授權契約成立生效要件，及當事人相關權利義務之履行，若依英國法判斷結果，B 公司有給付權利金義務而未適時提出給付，須負損害賠償責任外，可能涉及重大違約使對造 A 公司取得意定或法定終止授權契約之權利。

(三)A 公司得依侵權行為請求 C 公司賠償相關損害。

- 1.我國法院具有管轄權：C 公司為我國籍公司，類推適用民訴第 2 條第 2 項，A 公司向我國法院起訴，具有一般直接管轄權。
- 2.定性與選法：本案 C 公司依侵權行為法律關係請求損害賠償，依現行法第 9 條規定「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。」累積適用法庭地與侵權行為地。因侵權行為地採廣義解釋，包括行為實施地與結果發生地，本案須累積適用我國法與新加坡法解釋適用。
- 3.侵權行為草案修正方向：現行累積適用立法主義未必得以貫徹侵權行為「填補被害人損害」之立法目的，因此草案朝彈性適用之「最重要牽連關係」理論加以修正。依最新修正草案第 25 條「關於由侵權行為而生之債，依侵權行為地法。但另有關係最切之法律者，依該法律。」從而，將來草案修正通過，法院若認有其他關係更密切之地，得選擇該地之法加以適用。



《強制執行法與國際私法》

一、乙銀行對甲取得拍賣抵押物之執行名義，丙銀行對甲取得 100 萬元支付命令之執行名義。

(一)乙對甲所有為抵押標的之不動產聲請強制執行，甲否認乙對之有抵押關係存在，隨即提起確認抵押權不存在之訴。若甲同時聲請定暫時狀態之處分，禁止乙行使其抵押權，法院應如何裁定？假設法院為定暫時狀態之處分裁定後，執行法院應否停止執行？(10 分)

(二)乙對甲所有為抵押標的之不動產聲請強制執行，丙就甲對丁之薪資聲請強制執行，甲對丁薪資之 3 分之 1 經執行法院發扣押命令，再發收取命令。嗣甲聲請進行更生程序，經債務清理法院裁定開始更生程序，甲未向執行法院聲請停止執行，執行法院應否停止執行？(15 分)

命題意旨	「停止執行」之要件。
答題關鍵	可參閱法條，但應注意其他實務見解或屬於強制執行法之特別規定之法律，包括消費者債務清理條例之規定。
高分閱讀	1.張登科，《強制執行法》，P.122 以下。 2.陳計男，《強制執行法釋論》，P.160 以下。 3.王律師、呂律師，《強制執行法》，P.2-66 至 P.73。 4.王律師、呂律師，《強制執行法》，P.2-73。 5.田台大，強制執行法總複習講義第 4 單元「停止執行」。 6.田台大，第二回講義，P.12、15、17、18。

【擬答】

按強制執行法第 18 條第 1 項規定「強制执行程序開始後，除法律另有規定外，不停止執行。」所謂強制执行程序之停止，係指因法律上之事由，执行程序依當時之狀態，予以凍結，致使強制执行程序不能開始或續行者。該制度之原因，主要係擔心执行程序已終結，會使當事人喪失即時救濟之機會。又強制執行一旦經債權人聲請開始後，原則上法院應依職權續行後續执行程序，故停止執行係為执行程序之例外規定，自應以法律有明文規定者為限，現就本件題示之情形，是否應停止执行程序分述如下：

(一)法院不應裁定暫時狀態之假處分，如法院誤為該假處分裁定時，執行法院亦不得停止執行：

1.本題甲否認乙對之有抵押關係存在，提起確認抵押權不存在之訴，依據大法官會議第182號解釋，認為抵押人如以該裁定成立前實體上之事由主張該裁定不得為執行名義而提起訴訟時，其情形較裁定程序為重，依「舉輕明重」之法理，亦即對拍賣抵押物裁定提起抗告，並依據強制執行法第18條第2項規定得停止執行，故透過訴訟方式提起救濟較抗告為慎重，更應得聲請裁定停止訴訟。另參考公證法第13條第3項及非訟事件法第195條規定，並兼顧抵押人之利益，自應認抵押人即本件之債務人甲自得依強制執行法第18條第2項規定聲請為停止強制執行之裁定。

2.至於假處分，乃債權人就金錢請求以外之請求欲保全強制執行，或當事人於有爭執之法律關係聲請定暫時狀態之程序，債務人是否聲得請法院下定暫時狀態之假處分，學說上有爭議：

(1)肯定說：

其認為許可拍賣抵押物裁定，係屬非訟事件範圍，並無確定實體上法律關係存否之效力，其處理程序，類至迅速，每見對該項裁定提起抗告時，执行程序尚未開始，及至執行法院實施查封時，抗告又已遭駁回，甚少獲有停止強制執行之機會，於此情形，非准債務人依民事訴訟法第538條規定，聲請使債權人暫停實行權利之假處分，無以保護正當之債務人。

(2)否定說：

執行名義成立後，除法律另有特別規定外，不得阻卻其執行力，債務人或第三人不得依一般假處分程序，聲請予以停止執行。

本文認為參酌最高法院63年度台抗字第59號判例之見解，認為債務人甲不得依假處分程序聲請停止執行，係防止执行程序遭受阻礙，而許可拍賣抵押物之裁定，並無實體上之既判力，如債務人主張抵押債權或抵押關係不存在，儘可另行起訴，債務人之其他債權人，亦可代位債務人行使訴權，同時依據前揭釋字第182號解釋之見解，債務人既得依據強制執行法第18條第2項聲請停止執行，故無依保全程序聲請

實施假處分之餘地，法院應駁回定暫時狀態假處分之聲請。

3.又如法院不察，而為定暫時狀態處分之裁定後，此應審究該假處分之效力，是否包括禁止法院之強制執行。

(1)甲說：此項定暫時狀態之假處分裁定，並非對執行法院發生羈束其行動之命令，乃係對執行債權人之命令，此項裁定一經提出，即構成該強制執行之障礙事項，尚未開始執行者、不得開始卻已開始者，即應停止執行。

(2)乙說：法院仍得為強制執行。按禁止債務人就特定財產為處分行為之假處分，其效力僅在禁止假處分債務人就特定財產為自由處分，並不排除法院之強制執行。

本文認為應以乙說可採。因法院本不應為此一定暫時狀態之假處分裁定，如法院為此假處分裁定時，自應就其效力為限縮之解釋，亦即僅限制假處分債務人對財產之處分，但不能據此以排除強執行。最高法院 65 年度第9次民庭庭推總會議決議 (三)亦採相同見解可參。

(二)執行法院對於為抵押標的之不動產原則上仍得繼續執行，但對於薪資強制執行應予以停止：

1.按更生不影響有擔保或有優先權之債權人之權利。但本條例別有規定或經債權人同意者，不在此限。又法院裁定開始更生程序後，對於債務人不得開始或繼續訴訟及強制執程序。但有擔保或有優先權之債權，不在此限。消費者債務清理條例第68條、第48條第2項定有明文。此乃因擔保物權人或優先受償權人，其權利之行使，本居於優越之地位，不因更生程序而蒙受不利益，且為便利消費者債務更生程序之進行，避免程序重複，法院裁定開始更生程序後，對於債務人即不得開始或繼續強制執程序。但有擔保或優先權之債權，其聲請強制執程序倘對更生程序無礙，經法院許可後，不應妨礙其實現權利，故其執程序不因此停止。但應注意有下列之例外規定：

(1)如依據消費者債務清理條例第67條規定住宅借款特別條款更生方案之認可裁定確定時，其效力及於擔保權人。此時即屬消費者債務清理條例第68條但書所定之例外規定。

(2)如保全處分之裁定已限制所有債權人強制執行，此時抵押權人應同受其限制。但抵押權人如欲於更生程序中，實行其擔保權者，亦得聲請法院撤銷或變更保全處分（消費者債務清理條例第19條第3項）。

2.本件乙銀行係對甲取得拍賣抵押物裁定為執行名義，故為擔保物權人，其對甲所有為抵押標的之不動產執程序，不因此而停止。

3.丙就甲對丁之薪資債權聲請強制執行，經法院核發扣押命令後，雖再發收取命令，然此時如丙尚未實際收取到100萬元之執行債權及執行費用時，執程序尚未終結。故如執程序尚未終結前，甲經法院裁定開始更生程序，會構成執程序停止之法定事由。又依據消費者債務清理條例第48條規定，此時應屬停止執行之法定事實，故債務人甲即便未聲請法院停止執行，法院於知悉此一更生程序之事實時，即應停止執行。

二、甲因向乙銀行借款，邀其妻丙為連帶保證人，且提供其所有之A房地與丙所有之B房地為共同擔保，於民國96年5月1日為乙銀行設定最高限額新臺幣（下同）1200萬元之抵押權。甲嗣於同年6月1日將A房地出租於丁，租期3年，每月租金3萬元。甲另於同年7月1日代理丙將B房地出租於戊，租期2年，每月租金2萬元。97年1月25日，庚主張丙積欠伊合會會款，而聲請假扣押執行獲准，經辛法院對B房地之租金債權發扣押命令，戊則於97年1月31日收受該扣押命令未聲明異議。詎甲亦無力清償債務，乙銀行分別對甲、丙取得支付命令確定之執行名義、對B房地則取得拍賣抵押物裁定之執行名義，並於97年6月1日執上開執行名義向辛法院聲請對甲、丙強制執行。發生下列情形，辛法院應如何處理，試附理由扼要說明之。

(一)辛法院於97年7月1日查封B房地，乙銀行即聲請辛法院執行B房地之租金債權。(8分)

(二)辛法院訂於97年10月1日下午3時進行A房地之第一次拍賣程序，拍賣公告載明「A房地現為丁基於租賃契約關係占有中，拍定後不點交」。甲於同日上午10時具狀向辛法院表明：丁因遷居他處，與伊合意提前解約，且將A房地返還予伊等情，並提出A房地搬空之照片數張為證。(5分)

(三)辛法院訂於97年10月21日下午3時進行B房地之第二次拍賣程序，唯一出價之癸因未攜帶任何身分證明文件，當場請求辛法院准許明日一早補正。(5分)

(四)乙銀行聲請對甲因繼承而與丑等7人就C房地之共同共有權利為強制執行（請說明辛法院應如何進行強制執程序、及該強制執程序之可能限制）。(7分)

命題意旨	本題涉及不動產拍賣諸多實務上可能發生之問題，包括查封效力、拍賣條件、執行標之物之登記事項。
答題關鍵	考生除應具備強制執行之基本原則，另應熟悉實務上關於強制執行之運作狀況，方得順利作答。
高分閱讀	1.張登科，《強制執行法》，P.119。 2.陳計男，《強制執行法釋論》，P.447 以下。 3.王律師、呂律師，《強制執行法》，P.3-126、P.3-138、P.3-173。 4.田台大，強制執行法講義，第 2 回 P.8 之例題；第 3 回 P.56、61。

【擬答】

(一)辛法院應依職權核發扣押命令，扣押丙對戊租金債權：

- 1.按不動產查封之效力及於查封物之天然孳息。強制執行法第113條準用同法第51條第1項定有明文。故由反面解釋可知，查封之效力不及於法定孳息。本件辛法院雖於97年7月1日即查封B房地，但效力不及於房地之租金債權，乙銀行既聲請對B房地之租金債權為執行，法院即應依職權核發扣押命令。該扣押命令應記載禁止債務人收取或為其他處分，並禁止第三人向債務人清償。
- 2.B房地之租金債權雖已因庚聲請核發扣押命令，但法院仍得依職權核發扣押命令：因金錢債權本身為可分，故對於金錢債權允許雙重扣押，即便法院前已對租金債權核發扣押命令，仍應依乙之聲請核發扣押命令。又因此為租金債權，故關於此一執行命令之效力，依據強制執行法第115條之1第1項之規定，於債權人之債權額及強制執行費用額之範圍內，其效力及於扣押後應受及增加之給付。
- 3.至於第三人戊於收受法院之扣押命令後，應依據強制執行法第115條之2規定處理，亦即未收受換價命令前，如對於已到期之租金債權部分，應提存於清償地法院之提存所。

(二)辛法院此時應將原拍賣條件進行拍賣程序：

- 1.按依據辦理強制執行應行注意事項第57點第2項規定「拍賣之不動產可否點交，以查封時之占有狀態為準。」本件查封時，A房地因丁基於租賃契約關係占有中，故執行法院認定丁既為查封前即有權占用房地，故所定之拍賣條件為「不點交」，於法並無不合。而本件因拍賣在即，甲於當日方具狀向法院陳明A房地已遭丁騰空返還，故如甲所陳述為真時，則執行法院應將拍賣條件改定為「點交」，此部分雖可能影響到A房地拍賣所得之價金，但如執行法院因此即停止原訂之拍賣期日，恐有使債務人甲屢屢以查封物現狀之變更為由，拖延強制執程序，故應仍以原訂拍賣條件進行拍賣程序。若甲前揭具狀向執行法院表明A房地已騰空之情況，有依強制執行法第12條規定聲明異議，變更公告內容之意思時，經執行法院形式判斷認定將拍賣條件變更為點交時，則應立即處理之。
- 2.至於拍賣公告上所載「拍定後不點交」之拍賣條件，僅係促請應買人注意之任意事項，應買人得依法聲請閱覽查封筆錄以明實情，而決定應買之價格，尚不能以拍賣公告記載「拍定後不點交」之條件即謂拍定人當然不得聲請點交。故如本件實際拍賣後，確實無第三人占用A房地，拍定人仍得聲請法院為點交。

(三)辛法院應不准癸之聲請：

按強制執行法第88條規定開標應由執行法官當眾開示，並朗讀之。拍賣程序係在利害關係對立之不特定多數關係人注視下公開行之，其執程序事項有即斷即決之必要，以期其程序明確。故應買人雖得委任他人代理應買，惟應即時提出證明書，以證明合法授權之事實，如未提出證明書，代理權即有欠缺，其投標無效，性質上自不許準用民事訴訟法第75條第1項定期命補正之規定。最高法院85年台抗字553號判例著有明文可參。此即所謂「立即決斷性」原則，亦即拍賣程序中為避免應買人於投標時，故意使其要件有所欠缺，再經由執行法院命補正之過程中決定是否補正，以判定是否取得拍定人之地位，而有投機取巧之情形。本件癸未攜帶任何身分證明文件，如執行法院可判斷投標之主體為何人時，應宣告其得標，但如無法判斷投標主體為何人，則應宣告為無效標，不得准許其嗣後為補正。

(四)辛法院僅得將不動產登記為全體公同共有。登記後不得對公同共有物強制執行：

- 1.按債務人因繼承、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。強制執行法第11條第3項定有明文。本題乙銀行聲請對甲因繼承而與丑等7人就C房地之公同共有權利為強制執行。除非全體繼承人均屬執行債務人，此時得將C房地登記為全體債務人公同共有後強制執行，但如係為債務人甲與其他繼承人共同繼承

時，執行法院辦理登記，僅得將不動產登記為全體公同共有，登記後仍不得對公同共有物強制執行，除全體共有人同意分割外，須債權人代位債務人訴請判決分割後，始得就債務人分得部分強制執行。

2. 至於甲對於C房地部分雖有「應繼分」，但此與分別共有之應有部分概念有別，因應繼分係針對所有遺產得繼承之比例，乙銀行或執行法院不得以甲之應繼分比例執行該C房地。

三、甲為F國人，旅居G國多年並設住所於G國。甲因公派駐台灣數年，在台期間與我國籍女子乙結婚。不料，甲在台灣因癌症身亡，死後在台留下房屋一棟及古董數件。F國與G國就遺產繼承之選法法則均為：不動產之繼承依「物之所在地法」；動產之繼承則依「被繼承人死亡時之住所地法」。請附理由分析說明我國法院就甲遺產之繼承應如何決定準據法。(25分)

命題意旨	測驗同學是否熟悉傳統選法理論之思考流程，此屬國際私法各論之傳統考題。
答題關鍵	循序漸進、按步選法，並注意第二九條反致規定之操作，即可獲得高分。
高分閱讀	1. 席台大，國際私法講義第一回，P.3~9。 2. 席台大，國際私法講義第五回，P.89~93。 3. 許展毓，《國際私法重點整理》，P.9-24~26。 4. 劉韋廷，《法學圖說系列-國際私法》，P.10-56~60。

【擬答】

法院如何決定本案準據法，判斷如下：

(一) 涉外民事案件：本案涉及複數以上國家，且為繼承案件，屬一涉外民事案件。

(二) 一般直接管轄權：

1. 我國法院是否具有直接管轄權(國際民事訴訟管轄權)之判斷，涉外民事適用法(下稱涉民法)有特別規定時，依該特別規定；無特別規定時，依通說見解，類推適用民事訴訟法之相關規定。
2. 如本件係因繼承之法律關係涉訟，類推民事訴訟法第18條規定「繼承訴之原因事實發生於被繼承人居所在地，於繼承開始時在中華民國無住所或住所不明者，定前項管轄法院時，準用第一條之規定。」即依被繼承人居所在地之法院定其管轄法院，本例被繼承人甲之居所於我國，故我國法院就此繼承事件具有一般直接管轄權。

(三) 定性與選法：

1. 本案為一繼承事件，依涉民法第22條規定「繼承，依被繼承人死亡時之本國法。但依中華民國法律中華民國國民應為繼承人者，得就其在中華民國之遺產繼承之。」依法條本文規定，繼承，應依被繼承人甲死亡時之本國法，即F國法作為本案之準據法，我國關於繼承採取動產、不動產適用相同繼承法則之統一主義，故不論是房屋或古董都適用F國法之繼承規定。但如依據F國之規定，使我國籍之女子乙不能為執行，此時則應適用第22條但書之規定，使乙得就在我國之遺產繼承之。
2. 然適用當事人本國法時，尚須注意反致之相關規定。按涉民法第29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。」。
3. 依F國關於繼承之準據法係採「不統一主義」，亦即將動產與不動產為不同規定。依其規定「繼承，不動產依物之所在地法；動產，依被繼承人死亡時之住所地法。」。關於房屋繼承部分，故如適用F國之選法規則後，不動產繼承部分，應依物之所在地。本題房屋既位於我國，此時即以中華民國法作為本案準據法，故屬「直接反致」之情形。且依涉民法第29條但書規定，當選法選到法庭地法即不再反致出去，故確定以中華民國法律作為本案準據法。至於古董繼承部分，古董係為動產，依據F國之選法規則，應依被繼承人死亡時之住所地法，即G國法。但依據我國涉民法第29條規定，此時適用G國法時，仍應有G國之選法規則之適用。而G國之衝突法則既亦規定「動產，依被繼承人死亡時之住所地法」，本件關於古董繼承部分則以G國實體法作為本案準據法，係屬「轉據反致」之類型。

四、具有我國國籍之甲，從小隨父母歸化取得美國國籍，在美國加州長大，並與美籍之妻乙在加州結婚，未特別約定財產制。婚後，甲因回台從事公職，申請放棄美國國籍。嗣後，甲、乙離婚，離婚時對於夫妻財產之分配究依美國加州之法律或我國之法律有所爭議。假設我國法院有管轄權，試問其將如何適用法律決定甲、乙在我國取得之不動產與美國銀行之存款？（25 分）

命題意旨	測驗同學是否熟悉傳統選法理論之思考流程，此屬國際私法各論之傳統考題。
答題關鍵	循序漸進、按步選法，注意本案判決時民法相關規定之解釋適用。
高分閱讀	1.劉鐵錚、陳榮傳，《國際私法論》，P.391~400。 2.席台大，國際私法講義第一回，P.3~9。 3.席台大，國際私法講義第五回，P.51~58、65。 4.許展毓，《國際私法重點整理》，P.9-6~10。

【擬答】

本題既假設我國法院具有一般直接管轄權，則無庸論述管轄權之問題：

(一)定性：所謂定性，係將一涉外事件依其事實，究應歸屬於內國國際私法上何一概念或範疇，以及國際私法上之連繫因素，究應如何解釋，由法庭地之法官先予確定之過程。關於定性之學說，包括法庭地法院、本案準據法說、分析法理暨比較法說。目前為了方便起見，係採取法庭地法說。本題我國法院既為有管轄權之法院，故關於甲乙離婚後，夫妻財產制之歸屬，自應依據我國之民法概念為判斷。查，夫妻財產制之消滅，雖亦屬離婚效力之一環，但究與夫妻財產制之關係更為密切相關，故定性上仍屬「夫妻財產制」之相關問題，而應適用夫妻財產制之選法依據。

(二)本案準據法之選定：

- 1.依涉外民事法律適用法（下稱涉民法）第13條第1項規定「夫妻財產制依結婚時夫所屬國之法。但依中華民國法律訂立財產制者，亦為有效。」本例甲乙雙方並未依中華民國法律訂立夫妻財產制，故應依結婚時夫所屬國之法，判定夫妻財產制之歸屬，且亦不因該財產係動產或不動產而有不同之規定。
- 2.所謂依結婚時夫所屬國法，係指夫結婚當時之本國法，不受夫婚後國籍變動之影響。本例，甲、乙結婚當時，甲夫具有中華民國與美國雙重國籍，涉及國籍積極衝突之解決。依涉民法第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密切之國之法。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。」本題屬內、外國籍積極衝突，依26條但書規定「內國國籍優先原則」，則甲之本國法為中華民國法。
- 3.故甲乙夫妻財產制應依中華民國法律作為本案準據法。
- 4.另依涉民法第13條第3項規定「前二項之規定，關於夫妻之不動產，如依其所在地法，應從特別規定者，不適用之。」關於夫妻財產制之不動產，排斥夫之本國法而適用不動產所在地法，就其他財產適用夫妻之本國法，其結果使夫妻財產制之準據法，由統一之屬人法主義改不統一之動產及不動產區分主義。但應解釋為涉及第三人之法律關係或物權變動，應依不動產所在地法，僅存於夫妻間之法律關係，應以夫妻之本國法為準。但本件因其結婚時夫之所屬國法為我國法，而關於夫妻財產制所涉及之不動產亦在我國境內，故其準據法均為我國法。

(三)本案判決：

- 1.依我國民法1004條以下相關規定加以處理。甲乙並未特別約定夫妻財產制，依第1005條規定，以法定財產制為其夫妻財產制。我國法定夫妻財產制為改良式分別財產制，依民法第1017條規定，夫妻財產各自所有、管理、使用、收益。故關於我國取得之不動產及美國之動產，甲乙各自所有。
- 2.惟於夫妻財產制關係消滅時，財產較少之一方向他方請求民法第1030之1條之「剩餘財產分配請求權」。

《強制執行法及國際私法》

一、甲取得對乙本票裁定新台幣(下同)100萬元之執行名義後，發現乙在丙公司任職，每月有12萬元之薪資，乃以上開執行名義，聲請法院強制執行該薪資債權。執行法院爰發扣押命令，執行該薪資債權，乙及丙公司均未異議，執行法院詢問甲之意見後，乃核發收取命令，將乙每月薪資三分之一計4萬元，由甲按月收取。嗣因乙另欠台北市國稅局稅款50萬元及滯納金5萬元，受理之台北行政執行處於發現乙之薪資債權被執行後，乃發函將乙欠稅案件移送執行法院合併辦理。請附理由析論下列各問題：(25分)

(一)執行法院應如何處理？

(二)若乙收受收取命令後，始發現系爭本票係遭他人偽造，應如何主張救濟？

(三)設丙公司收受收取命令後，乙旋即離職，丙公司應如何主張救濟？

命題意旨	強制執行法第115條以下關於其他財產權執行之基本概念。
答題關鍵	一、強制執行與行政執行之競合關係。修正後非訟事件法關於本票遭他人偽造之救濟及停止執行間之關係。 三、強制執行法第119條異議程序之處理。
高分閱讀	1.張登科，強制執行法，第462頁以下。 2.陳計男，強制執行法釋論第521至532頁、第690頁。 3.96年度強制執行法總複習講義第14頁。 4.田台大，強制執行法補充講義第4回「對於其他財產權之執行」章節以下。 5.三等考場特刊第2題：對第三人金錢債權執行之救濟（相似度70%） 6.重點整理系列-強制執行法（王律師、呂律師） P.3-200~3-205：第三人爭議之處理（相似度70%） P.2-110~2-115：債務人異議之訴（相似度60%） P.3-223~3-225：參與分配之時期（相似度80%）

【擬答】

(一)執行法院應撤銷原先之收取命令，改發支付轉給命令：

依據強制執行法第33條之2規定「執行法院已查封之財產，行政執行機關不得再行查封。前項情形，行政執行機關應將執行事件連同卷宗函送執行法院合併辦理，並通知移送機關。」此係關於金錢請求權執行之參與分配規定，如執行法院已執行債務人對第三人之金錢債權部分，因金錢債權部分亦可由多數債權人參與分配，故在執行程序終結前，行政執行處自得將此一執行事件移送執行法院合併辦理。

又依據強制執行法第115條之1第1項規定「對於薪資或其他繼續性給付之債權所為強制執行，於債權人之債權額及強制執行費用額之範圍內，其效力及於扣押後應受及增加之給付。」甲取得乙本票裁定新台幣100萬元之執行名義後，就乙對丙之薪資債權核發扣押命令，並將每月薪資三分之一即4萬元核發收取命令，由甲收取。故此時扣押命令之效力在100萬元之範圍內及於乙對丙每個月得收取之薪資債權。然本題因乙另有欠繳稅款50萬元及滯納金5萬元，此部分並非屬原先扣押命令效力範圍所及，且因金錢債權本身係屬可分，並無所謂雙重查封禁止之限制，故關於金錢債權應准許雙重扣押，行政執行處既已將此部分移送執行法院合併辦理，執行法院仍就稅款50萬元及滯納金5萬元部分應核發扣押命令。

另依據強制執行法第122條規定「債務人對於第三人之債權，係維持債務人及其共同生活之親屬生活所必需者，不得為強制執行。」故目前實務上關於執行債務人之薪資債權部分，通常係執行薪水三分之一，本題亦同。又丙如前已依執行法院命令，將每月薪資4萬元交予甲收取時，此部分應生清償效力。然關於嗣後因就債權人台北市國稅局部分核發之扣押命令，如欲再行增加債權人得收取之薪資債權金額時，恐將危及債務人及其共同生活之親屬之生活需要，故執行法院不宜增加債權人得收取之金額，而應依據債權人甲、台北市國稅局之債權比例，分配乙對丙每月4萬元之薪資債權。又實務上於此種情形有時常核發「比例收取命令」，然此部分恐會造成債權人與第三人間之關於實際上應收取金額為何計算上之困擾。故如有多數債權人時，宜由執行法院撤銷原收取命令改發支付轉給命令為妥。

(二)乙得提起訴訟並得請求停止執行程序：

1.依據非訟事件法第195條規定「發票人主張本票係偽造、變造者，於前條裁定送達後二十日內，得對執票人向為裁定之法院提起確認之訴。發票人證明已依前項規定提起訴訟時，執行法院應停止強制執行。但得依執票人聲請，許其提供相當擔保，繼續強制執行，亦得依發票人聲請，許其提供相當擔保，停止強制執行。」

發票人主張本票債權不存在而提起確認之訴不合於第一項之規定者，法院依發票人聲請，得許其提供相當並確實之擔保，停止強制執行。」本題，如乙收受本票裁定後，發現系爭本票係遭他人偽造時，得依據非訟事件法第195條第1項規定提起確認本票債權不存在之訴，且此時只要將起訴之證明提出於執行法院，執行法院即應停止執行程序。但乙如

待債權人發動執行程序，並收受執行法院所核發之收取命令時，通常已逾收受本票裁定 20 日之期間，乙此時雖無法適用非訟事件法第 195 條第 1 項之規定，但仍得適用同條第 3 項規定，以系爭本票遭偽造為由，提起確認本票債權不存在之訴，然此時則應請法院裁定並提供擔保後，方得停止執行程序。

2. 本票裁定係一無確定判決同一效力之執行名義，故如系爭本票係遭人偽造時，乙亦得依據強制執行法第 14 條第 2 項主張票據債權有不成立之事由，提起債務人異議之訴，並依據同法第 18 條第 2 項聲請受理該債務人異議之訴之法院裁定後，停止執行程序。

3. 倘若乙仍在法定得提起抗告期間，亦得對本票裁定提抗告，並以抗告為由依據強制執行法第 18 條第 2 項規定聲請抗告現繫屬之法院裁定停止執行。

(三) 丙得於收受收取命令 10 日內，提出書狀，向執行法院依據強制執行法第 119 條第 1 項聲明異議：

強制執行法第 119 條第 1 項規定「第三人不承認債務人之債權或其他財產權存在，或於數額有爭執或有其他得對抗債務人請求之事由時，應於接受執行法院命令後 10 日內，提出書狀，向執行法院聲明異議。」。又關於強制執行法第 119 條第 1 項之「命令」，除扣押命令外，是否包括換價命令在內，學說上容有爭議。有主張以扣押命令為限，否則如扣押命令後不異議，待換價命令後方異議，將使換價程序徒費。但本文認為應包括換價命令在內，除強制執行法第 119 條第 1 項之文義並未以扣押命令為限，自應包括換價命令在內，且依據辦理強制執行應注意事項第 64 點中明白規定有包含強制執行法第 115 條第 2 項之換價命令外，另最高法院 80 年度台抗字第 125 號判決中亦明白表示「應包括扣押命令及收取或移轉命令在內，亦即第三人對於法院先發之扣押命令，雖於上述法定期間內未提出異議，然不能以其未聲明異議而解為當然承認債務人之債權存在。」。又如認為第三人於收到收取命令後，不得異議時，對第三人僅能依據強制執行法第 119 條第 3 項規定提起異議之訴方能排除執行，顯對第三人課予過重之負擔。

本題丙雖於收受執行法院之扣押命令 10 日未異議，但仍得於收受收取命令 10 日已乙旋將離職，離職後乙對丙已無薪資請求權為由依據強制執行法第 119 條第 1 項規定聲明異議。

二、甲、乙共有建地一筆，無法達成分割協議，甲遂對乙提起分割共有物之訴。試問：

(一) 若經法院判決變賣共有物，並依應有部分比例分配價金於甲、乙，判決確定後，乙得否聲請執行法院拍賣該共有建地？倘法院准予拍賣，甲得否應買？(12 分)

(二) 若經法官勸導，成立訴訟上和解，約定將該共有建地以原物分割，並作成和解筆錄。甲分得土地上有乙所建車庫乙間，甲可否持和解筆錄為執行名義，聲請命乙拆卸車庫交付土地？(13 分)

命題意旨	分割共有物此一執行名義之特殊性
答題關鍵	應注意分割共有物之執行債權人及當事人以訴訟上和解方式，達成分割之合意，應如何界定其性質。
高分閱讀	1. 許士宦，執行力擴張與不動產執行，第 75 頁以下。 2. 陳計男，強制執行法釋論第 648 頁。 3. 張登科，強制執行法，第 575 頁。 4. 楊與齡，強制執行法論，第 765 頁。 5. 謝在全著，民法物權論上冊(修訂三版)，第 636、637 頁。 6. 田台大，強制執行法補充講義第 4 回第 13 頁以下。 7. 重點整理系列-強制執行法（王律師、呂律師） P.2-38～2-48：執行名義之種類（相似度 70%） P.3-60～3-62：應買人資格之限制（相似度 60%） P.3-54～3-55：拍賣之性質（相似度 60%）

【擬答】

(一) 乙得聲請法院拍賣共有建地，於拍賣程序中甲亦得應買。

分割共有物之訴乃共有人請求法院決定共有物分割方法，判決之結果足使各共有人間之共有關係變成單獨所有或為共有關係之其他變更，是創設共有人間之權義關係，性質上應屬形成之訴。

本題，因甲乙無法協議分割，故由甲以乙為被告訴請裁判分割，經法院依據民法第 824 條第 1 項第 2 款規定以變賣共有物，以價金分配於各共有人之分割方法者，依據強制執行法第 131 條第 2 項規定，執行名義係變賣繼承財產或共有物，以價金分配於各繼承人或共有人者執行法院得予以拍賣，並分配其價金。其拍賣程序，準用關於動產或不動產之規定。因共有物變價分割之判決係賦予各共有人有變賣共有物，分配價金之權利，於共有物由第三人取得所有權之前，各共有人就共有物之所有權尚未喪失，共有關係仍未消滅，故共有人係處於相同之地位，而非相互對立。彼此間並無債權債務關係存在，於共有物拍賣後，各共有人均可取回其按應有部分分配之金額。故本件乙雖於訴訟中為被告，但對分割共有物之判決，仍得據以為執行名義，聲請法院拍賣共有建地。

另依據強制執行法第 113 條準用第 70 條第 6 項規定，債務人不得應買。變賣分割於強制執行時，即便共有人之一如本題之乙聲請法院拍賣共有物，在強制執行程序上列為債權人，而以他共有人即甲為形式上之債務人，但此與強制執行法第 2 章關於金錢債權執行中之一般不動產之拍賣仍有所不同，故不受前開強制執行法第 113 條準用第 70 條第 6 項之規定，故本題甲仍得應買。

(二) 甲乙之和解筆錄並無形成力，故不得聲請命乙拆卸車庫交付土地

- 1.依據民法第 380 第 1 項規定，訴訟上和和解雖有與確定判決同一效力。且依據強制執行法第 4 條第 1 項第 3 款和解筆錄亦得為執行名義。但判決為法院對於訴訟事件所為之公法的意思表示。和解，為當事人就訴訟上之爭執互相讓步而成立之合意，其本質並非相同。故形成判決所生之形成力，無由當事人以調解或和解之方式代之，從而本題在訴訟上和和解分割共有不動產者，僅生協議分割效力，非經當事人間辦妥分割登記，不生喪失共有權，及取得單獨所有權之效力。
- 2.又依據司法院院字第 3583 號解釋及最高法院 44 年台抗字第 6 號判例意旨，可知分割共有物判決當然含有拆屋還地之效力。亦有學者主張為使分割判決達到實效性發揮至最大效用，在決定執行力擴張與否之階段，應滿足簡易迅速之要求，不宜課請求點交共有人過大之負擔，致使減損點交制度之機能，故執行法院有審查之權限，但於審查之際為保障被請求者之程序權，必要時應予傳訊，使其受執行前即知悉執行力擴張之存在，以防止突襲性執行。故執行法院審查結果，認請求點交共有人之交付請求權存在時，固應執行點交，但認其權利不存在時，則不應執行點交而駁回聲請。
- 3.然前揭見解係以分割共有物之判決為前提，本題係以訴訟上和和解為執行名義，又訴訟上和和解並無形成力已如前述，故對共有人於共有物占用之地上物即車庫部分，於和解成立時互不負拆除義務，但如兩造於和解時甲如有命乙拆除之意思時，宜將此部分列入和解筆錄中，因依據民法第 380 條之 1 規定，即便當事人就未聲明之事項和解成立者，得為執行名義。此時亦可避免再生訟累

【參考資料】

司法院 85 年 6 月印行之民事法律問題研究彙編第 9 輯第 148 頁。

三、甲為我國國民，擔任依 A 國法設立登記但總部設於 B 國的乙公司的「副執行長」(Vice CEO)，在 A 國及我國經營貿易事業。A 國人丙在 B 國有住所，因向乙公司購買貨物，價金之半數以現金支付，其餘承諾按期付款，並由丙在 B 國簽發一張英文字據給甲，其上有「PROMISSORY NOTE」的字樣，並載有相當於「此票受 B 國法律支配及依 B 國法律解釋」的英文條款。甲代表乙公司在我國法院對丙請求付款，雙方先就甲得否為乙公司的法定代理人或代表人發生爭議，再就丙對該英文字據是否應依我國票據法負擔本票之責任發生爭議。假設 A 國、B 國和我國法律關於公司之代表人及本票之要件效力等問題，規定均不一致，請問我國法院對於上述爭議，應如何適用法律？(25 分)

命題意旨	本題為不同於考古題之靈活題形，較為困難。涉及票據行為是否有當事人自治原則適用之問題。
答題關鍵	由於考題題幹問「應如何適用法律」，建議考生按解題步驟一一回答，較為井然有序。
高分閱讀	1.費台大，國際私法講義，第一回，第五頁。 2.司法三等考場特刊第 1 題：附隨問題之解決（相似度 70%）第 7 題：涉外票據準據法（相似度 60%） 3.圖說系列-國際私法（圖說）（劉韋廷律師） P.5-29~5-35：附隨問題之要件及解決（相似度 60%） P.2-12~2-16：外國法人之國籍（相似度 60%） P.6-61：票據行為準據法（相似度 60%） 4.重點整理系列-國際私法（許展毓）P.4-86~4-91：附隨問題（相似度 60%） 5.實例演習系列-國際私法實例演習（費律師）P.1-148~1-153：附隨問題（相似度 70%）

【擬答】

(一)關於甲得否為乙公司之法定代理人或代表人之爭議：

- 1.本案為一牽涉外國人、地之涉外因素的民事紛爭，為一涉外民事案件。
- 2.判斷本國法院是否有管轄權：涉外民事法律適用法有特別規定時，從其規定；若無特別規定時，依通說見解認為應類推適用民事訴訟法之相關規定。本案非涉及重大公益性之專屬管轄案件，只要不違反公益、私益、實效性、合理性及便利性等原則，本案法院應有一般直接管轄權。
- 3.定性：本案涉及甲是否為法人乙之法定代理人或代表之爭議，牽涉此票據行為該法人是否由有代表權人進行有效之票據行為，應定性為票據「實質要件」之問題。
- 4.準據法之選定：

- (1)票據行為準據法非以涉民第五條第三項規定為準據法，蓋該條規定係有關票據權利之行使與保全之準據法。關於票據之成立與生效，通說認為其屬於「法律行為發生債之關係」，故實質成立要件與效力之準據法應以涉民第六條決定之，形式要件之準據法則以第五條第一項決定。
- (2)本例涉及票據實質要件，故應依涉外民事法律適用法第六條之規定「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。」解釋適用。然本案關鍵在於票據行為是否亦有當事人自治原則之適用？有學說認為票據行為乃單獨行為，我國票據法第十二條之規定，在票據上記載票據法未規定之事項者，不生票據上之效力。然通說認為法律行為發生債之關係，不以契約為限，單獨行為亦屬之；且該項約定雖不發生票據法上效力，但會發生涉外民事法律之效力，而肯認當事人自治原則於票據行為亦有適用之餘地。票據行為，通說採單獨行為說，故於此之當事人自治原則，理論上以票據行為人一方之意思表示已可生效。換言之，在發票行為中，以發票人所選擇適用之法律為準據法。本案該票據發票人曾有「此票受 B 國法律支配及依 B 國法律解釋」之記載，

故本案之爭執法院應以 B 國法為準據法作出判斷。

- (3)然有學者主張於票據行為實質要件準據法部分，應考慮排除當事人自治原則而選擇其他適當之連繫因素，簡化票據關係，符合票據之本質，草案第 19 條亦採之，「關於票據行為各依其行為地法」為準據法。本案票據行為之發票地在 B 國，固應依 B 國為準據法。

(二)關於丙對該英文字據應否依我國票據法負擔本票之責爭議：

- 1.承上，我國法院對此涉外案件應有一般管轄權。
- 2.定性：本案依通說採法庭地法之定性標準加以判斷，屬於「票據」法律行為之爭議。而關於票據記載事項之法定要件爭議，性質上屬於票據行為「方式」之問題。
- 3.準據法之選定：票據行為「方式」之問題，應依涉民第五條第一項之規定，依實質要件準據法或依行為地法，選擇適用。故應依 B 國法加以判斷。非我國法律效力所及或應適用外國法律之票據，即便不具備我國票據法所定本票應記載之事項，只要符合其準據法 B 國所定之要件，亦為法律上之本票。

四、日本人甲男與我國人乙女為夫妻，有一未成年之子丙，三人定居於我國。甲乙感情不睦，某日，甲與我國人丁女通姦，被乙發現。乙乃在我國法院訴請離婚，合併請求甲賠償其損害與給付贍養費，同時附帶請求定對丙權利義務之行使或負擔，並請求命甲給付丙之扶養費。試從國際私法觀點論述本案有關之法律問題。(25 分)

命題意旨	本題為大型離婚事件之綜合考題，屬於須穩住的基本盤題形。特需注意離婚題型，各小題定性之其他可能。
答題關鍵	本題考驗學生答題時間分配能力，如何在短暫時間將重要答點寫出始為關鍵。若考生能掌握各小題牽涉之涉民條文，應可獲得不錯分數。
高分閱讀	<ol style="list-style-type: none"> 1.學習式六法，涉外民事法律適用法第十五條、涉外民事法律適用法第二一條之重點整理。 2.圖說系列-國際私法（圖說）（劉韋廷律師） P.10-30~10-33：離婚之效力問題（相似度 80%） 3.圖說系列-國際私法（圖說）（劉韋廷律師） P.10-43~10-46：親子關係（相似度 60%） 4.重點整理系列-國際私法（許展毓） P.9-9~9-11：離婚效力之準據法（相似度 80%） 5.律師・司法官歷解題庫研習系列-強制執行法、國際私法 P.94-4~94-7：96 年司法官國私第 2 題（相似度 60%）

【擬答】

(一)關於甲乙離婚案件：

- 1.判斷本國法院是否有管轄權，涉外民事法律適用法有特別規定時，從其規定；無特別規定時依通說見解認為應類推適用民事訴訟法之相關規定。由於本案為一離婚案件，因涉及重大公益，依民事訴訟法第五六八條，專屬於夫妻住所地之法院管轄。本例，甲乙夫妻住所地位於我國，我國法院具有管轄權無誤。
- 2.本案為一離婚案件，依涉外民事法律適用法第十四條規定「離婚依起訴時夫之本國法及中華民國法律，均認其事實為離婚原因者，得宣告之。但配偶之一方為中華民國國民者，依中華民國法律。」本文採「累積適用主義」，以嚴格限制涉外離婚之成立；然但書於一方為我國國民時，則改採「法庭地保護主義」。本例，由於乙妻為我國國民，故應適用我國之法律判斷之。
- 3.依我國民法第一零五二條第一項第二款，通姦為判決離婚之事由，故乙妻之請求判決離婚應有理由。

(二)關於合併請求之損害賠償：

- 1.學說上關於此離婚損害賠償準據法有下列兩說：
 - (甲)侵權行為準據法說：性質上屬有責配偶之侵權行為所生之損害賠償，應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。」依題意，本案侵權行為地在我國，故法院對乙所請求之損害賠償應依我國之法律定之。
 - (乙)離婚效力準據法說：但亦有學者認為乙妻請求之損害賠償，屬離婚效果之一種，應適用離婚效力之準據法，涉民第十五條「離婚之效力，依夫之本國法。為外國人妻未喪失中華民國國籍或外國人為中華民國國民之贅夫者，其離婚之效力依中華民國法律。」本例，乙妻未喪失中華民國國籍，故應依中華民國法律為本案準據法。
- 2.本例因有責配偶故意與他人通姦，實已構成侵權行為。故管件以為應採(甲)說，以我國法判斷是否構成侵權行為。
- 3.依我國之民法，與他人通姦構成故意不法侵害他人權利之侵權行為，故乙之請求有理由。
- 4.又依同條第二項規定「侵權行為之損害賠償及其他處分之請求，以中華民國法律認許者為限。」，故乙得請求之賠償限於我國民法對於侵權行為所認許之賠償方法與範圍。

(三)關於合併請求之贍養費：

- 1.贍養費屬於離婚效力之一環，依涉外民事法律適用法第十五條第一項規定「離婚之效力，依夫之本國法。」，但同條第二項規定「為外國人妻未喪失中華民國國籍者，其離婚之效力依中華民國法律。」本例，乙妻為中華民國國民且未喪失國籍，故關於贍養費此離婚之效力應依我國法裁判之。

- 2.依我國民法第一零五七條規定「夫妻無過失之一方，因判決離婚而陷於生活困難者，他方縱無過失，亦應給與相當之贍養費。」，故乙妻若因判決離婚陷於生活困難時，甲夫須給付相當之贍養費。

(四)附帶請求定對丙之權利義務負擔

- 1.本例之定性學說上之爭議如下：

(甲)親子關係準據法說：認為關於親權之酌定乃屬父母子女間之關係，應依涉民第十九條定之。

(乙)離婚效力準據法說：學說亦有認為應屬離婚效力之問題。實務判決亦肯認，八二年臺上第一八八八號判決「判決離婚後關於未成年子女親權之酌定，係附隨離婚而來，應依離婚效力準據法而定。」。

多數說看法認為親權之酌定應屬離婚效力之內容，應依涉外民事法律適用法第十五條關於離婚效力解釋適用，由於母親為我國人，依第二項但書法院關於未成年子女丙親權之酌定，應適用中華民國之法律。

- 2.依我國民法第一零五五條規定「法院應依子女最佳利益」酌定丙之親權人，及親權權利義務行使負擔之內容與方法。

(五)附帶請求甲對丙之扶養費

- 1.關於父母子女間之扶養事件，有下列兩說爭議：

(甲) 此說認為父母對子女扶養義務與一般扶養義務無異，故應適用第二一條關於扶養之準據法規定。

(乙) 此說認為父母對子女扶養義務與一般扶養義務不同，故應適用第十九條關於「父母與子女間之法律關係」之準據法規定。

- 2.管見以為父母對子女扶養之義務，本質上屬親權之內容，有別於一般之扶養義務，故應依第二一條關於親權準據法之特別規定「父母與子女間之法律關係，依父之本國法。」本例，請求甲對丙之扶養費，應依父之本國法—即日本法定之。

《強制執行法與國際私法》

一、債權人甲於民國 93 年 6 月 25 日執本票准許對債務人乙強制執行之裁定為執行名義，向法院聲請就乙對第三人丙之薪資債權（以下稱該薪資債權）強制執行，經法院於 93 年 7 月 25 日核發扣押命令，並於 93 年 8 月 20 日核發轉移命令。嗣債權人丁於 94 年 1 月 5 日持乙應清償借款之確定判決為執行名義，對該薪資債權聲請強制執行，經法院以該薪資債權已核發轉移命令，執行程序已終結而駁回丁之聲請。茲有債權人戊另於 94 年 1 月 16 日以准許對乙為假扣押之裁定為執行名義，就該薪資債權聲請假扣押執行。

試附理由解答下列各問題：

（一）丁有何救濟方法？執行法院應如何處理？（15 分）

（二）執行法院應如何處理戊之部分？（10 分）

命題意旨	本題涉及強制執行法第 115 條第 1 第 2 項關於繼續性給付之債權核發移轉命令後之效力問題，與強制執行程序競合時如何處理之問題。
答題關鍵	應掌握之重點為對於繼續性給付之債權性質上本不適宜核發移轉命令，然強制執行法修正後為使執行程序能順利終結時，故增訂關於此部分得核發移轉命令之性質與一般移轉命令之性質有所不同，另應就金錢債權之終局執行與假扣押執行之競合部分為說明。
高分閱讀	1.第 107 期法觀人考場特刊：第一題：強制執行之競合（相似度 70%） 2.重點整理系列-強制執行法（王律師、呂律師）（51ML1022） P.3-184~3-187：就薪資發移轉命令後，他債權人可否參與分配（相似度 90%） P.6-11~6-22：強制執行之競合（相似度 80%）

【擬答】

（一）執行法院不得以執行程序已終結駁回丁之請求，丁得聲請執行法院核發支付轉給命令

1.本件不因執行法院核發移轉命令，而認執行程序終結：

八十九年二月二日新修正之強制執行法所增訂之一百十五條之一第二項規定，乃係為解決實務上為數甚多之因扣押債務人薪資而未能使執行程序終結之案件，使之得未待債權人債權全部受償前即提前報結之權宜性修正。執行法院所發之移轉命令，仍須待將來薪資債權發生時，始生債權移轉之效力。依最高法院六十三年第三次民庭庭推總會決議（六）認「將來之薪金請求權，可能因債務人之離職，或職位變動，或調整薪津，而影響其存在或範圍，凡此種非確定之債權，均不適於發移轉命令，如執行法院已就此種債權發移轉命令，在該債權未確定受清償前，執行程序尚不能謂已終結。」，故執行法院縱可依新修正之強制執行法第一百十五條之一第二項規定為案件之報結，但執行程序尚未終結，他債權人仍得為強制執行之聲請或參與分配。故本題丁嗣後取得執行名義後，仍得聲請法院對債務人乙將來對第三人丙之薪資債權為強制執行。至於法院核發移轉命令（即 93 年 8 月 20 日）後至債權人丁聲請法院執行，法院核發執行命令前，此部分關於債權之移轉應已發生效力。

2.丁應聲請執行法院，核發扣押命令、支付轉給命令：

按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，強制執行實應遵守之程序，或其他侵害利益之情事，得於強制執行程序終結前，為聲請或聲明異議。強制執行法第 12 條第 1 項前段定有明文。本件執行程序不因法院核發移轉命令而終結已如前述，故丁既聲請法院執行該薪資債權，法院本應依據丁之聲請依職權核發扣押命令，進而核發換價命令，然執行法院對於應核發之命令未頒發，故債權人得依據強制執行法第 12 條之規定，聲請執行法院頒發。

3.又執行法院應核發扣押命令並撤銷原移轉命令，改發支付轉給命令：

復按，執行法院對於前條之聲請、聲明異議或抗告認為有理由時，應將原處分或程序撤銷或更正之。強制執行法第 13 條第 1 項定有明文。本題執行法院本應依債權人丁之聲請核發扣押命令及換價命令，故應更正原先駁回丁強制執行聲請，而准發扣押命令。另執行法院原對本件薪資債權已核發移轉命令，實務上對於多數債權人對同一金錢債權執行時，或有採取將原移轉命令撤銷後，再依據各債權人比例，核發比例移轉命令，然有多數債權人時，性質上本不適宜核發移轉命令，況如命第三人依據比例移轉予各債權人，恐增加第三人額外之負擔，故就尚未發生之薪資債權部分，執行債權人並未受償，強制執行程序尚未終結，若有他債權人聲明參與分配，法院可撤銷此部分之移轉命令，改發支付命令轉給命令，而不宜按債權額比例另行核發移轉命令。

（二）法院應將戊之假扣押聲請視為參與分配，而將應受分配之金額予以提存：

1.本題薪資債權遭債權人終局執行在先，則後其他債權人戊是否得聲請假扣押該筆薪資債權，學說上有所爭議：

甲說：駁回假扣押執行之聲請。有主張終結執行之後即無庸再行保全執行之必要。

乙說：認為金錢債權之終局執行後，仍得聲請假扣押，而將假扣押之執行視為參與分配，其應受分配之金額應予以提存。

本文以為，本題各債權人所執行者為債務人對第三人之金錢債權，而金錢債權本質上為可分，故會允許雙重扣押之情形發生，且為避免先執行債權人有撤回執行或執行程序遭撤銷之情形，故仍有為假扣押之必要。故執行法院仍應准許假扣押執行。

2. 按因執行假扣押收取之金錢，及依分配程序應分配於假扣押債權人之金額，應提存之。強制執行法第 133 條定有明文。故關於戊依據假扣押執行程序，執行法院應核發扣押命令，又如執行法院依據前開說明因有多數債權人而轉發支付轉給命令時，依據強制執行法第 133 條規定，債權人戊所得分配之金額，應予提存，待取得終局執行名義後，方得對該部分提存之金額為執行。

【參考資料】

1. 陳計男，《強制執行法釋論》，685 頁。
2. 田台大，《強制執行法補充講義》第四回，第 7、8、42 頁。第二回第 18 頁。

二、甲向乙借款新台幣三百萬元，甲並將其所有 A 土地及其上房屋（下稱 A 房地）設定抵押權登記予乙，以為借款之擔保。屆期甲未為清償，乙即向法院聲請對 A 房地為准予拍賣之裁定，並經法院准許。乙乃以之為執行名義，聲請執行法院對 A 房地為強制執行。試問：

- （一）若執行法院將丙所有 B 土地及其上房屋，誤為 A 房地，並予以查封、拍賣，嗣由丁拍定，丁已取得權利移轉證書，並辦妥所有權移轉登記，始為丙發現。則丙可否主張該次拍賣無效，提起第三人異議之訴，請求執行法院撤銷該拍賣程序？（13 分）
- （二）若查封標的物無誤，但拍賣結果不足清償全部債務，乙可否就不足清償部分之債權，聲請執行法院發給債權憑證？（12 分）

命題意旨	拍賣第三人之物之效力及救濟程序；拍賣抵押物裁定之特殊性質。
答題關鍵	應注意拍賣第三人之物之效力規定，另提起第三人異議之訴時必須限於執行程序終結前提起，應注意此一時限限制。又關於物之執行名義係不核發債權憑證之相關規定。
高分閱讀	1. 重點整理系列-強制執行法（王律師、呂律師）（51ML1022） P.2-89～2-90：發給債權憑證之要件（相似度 80%） P.3-69～3-70：拍賣物為第三人所者，拍賣之效力（相似度 80%） 2. 2006 律師司法官歷屆試題詳解-強制執行法、國際私法（51ML3007） P.89-1～89-2：89 年司法官第一題（相似度 90%）

【擬答】

（一）丙不得提起第三人異議之訴，請求執行法院撤銷該拍賣程序：

1. 本題甲對乙取得拍賣抵押物之 A 房地此一執行名義，本僅能對乙所有之 A 房地聲請查封、拍賣，而不得對 A 房地以外之其他財產為強制執行，故關於拍賣抵押物之裁定又稱為「物之執行名義」。然本題執行法院卻誤將第三人丙所有之 B 土地及其上房屋，予以查封、拍賣，即構成拍賣第三人之物之情事。
2. 關於拍賣不動產為第三人所有者，第三人丙於拍賣程序終結前，得提起第三人異議之訴以為救濟。但如已拍定並核發權利證明書時，真正所有人丙仍得本於所有權，提起回復所有權之訴，請求拍定人返還該不動產，請求拍定人返還該不動產，並塗銷其所有權登記。如獲得勝訴判決確定，原發權利移轉證書當然失其效力。
3. 然本件丙並非訴請丁回復所有權之訴，而提起第三人異議之訴，欲撤銷執行程序。惟按，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。對於執行標的物之強制執行程序，進行至執行名義所載債權之全部或一部，因對於執行標的物之強制執行達其目的時，始為終結，故執行標的物經拍賣終結而未將其賣得價金交付債權人時，對於該執行標的物之強制執行程序，不得謂已終結，第三人仍得提起異議之訴，但已終結之拍賣程序不能依此項異議之訴有理由之判決予以撤銷。故該第三人僅得請求交付賣得價金，不得請求撤銷拍賣程序。本題丙是否得提起第三人異議之訴，端視關於 B 地及其上房屋之執行程序是否已終結，如關於 B 地及其上房屋之拍賣所得之價金尚未交付或分配與債權人時，執行程序尚未終結，丙仍得提起第三人異議之訴，但如已將價金交付或分配時，則不得再提起第三人異議之訴。然本題丙提起第三人異議之訴係為撤銷拍賣程序，然本件拍賣程序業因執行法院核發權利移轉證書而終結，故即便丙得提起第三人異議之訴亦無法撤銷拍賣程序。

（二）乙不得就不足清償部分之債權，聲請執行法院核發債權憑證：

1. 債務人無財產可供執行，或雖有財產經強執後所得數額仍不足清償債務者，執行法院應於一個月內續行調查，經查明確無財產或命債權人查報而到期不為報告者，執行法院應發給憑證，交債權人收執，載明俟發現有財產時，再予強執。另債權人聲請強制執行，而陳明債務人現無財產可供執行者，執行法院得逕行發給憑證。此種憑證即所謂之債權憑證。
2. 關於發給債權憑證之要件，必須以金錢之終局執行名義為限。拍賣抵押物之裁定，性質上雖屬金錢債權之執行名義，但此一執行名義為「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；執行法院亦不得核發債權憑證。

3.綜上，執行法院應駁回債權人乙關於核發債權憑證聲請。

【參考資料】

- 1.《強制執行法釋論》，陳計男著，頁 101、440～441 頁。
- 2.《強制執行法》，張登科著，頁 369。
- 3.《強制執行法論》，楊與齡著，頁 475。
- 4.田台大，《補充講義》第一回第 33 頁、第二回第 14、15、39、40 頁、第三回第 40 頁。

三、甲男為 A 國國民，信奉猶太教。乙女為我國國民，篤信佛教。兩人於留學 B 國期間相戀而結婚，結婚當時並未宴請賓客，僅依 B 國法律辦理結婚登記而已。其後兩人學成，定居台北。旋不久甲男移情別戀，另結新歡。乙女心碎之餘，遂向台北地方法院訴請離婚。（按 A 國猶太宗教法之規定，不同信仰之人不得結婚）

（一）台北地方法院可否受理本案？（6 分）

（二）本案法律關係為何？（5 分）

（三）本案準據法為何？（14 分）

命題意旨	本題之考點如下： 1.國際私法之管轄如何認定？ 2.附隨問題。 3.婚姻的形式要件、實質要件之不同 4.跛行婚之法律效果如何？
答題關鍵	本題難度相當高，考驗同學在短時間內解決上述之疑點，婚姻之形式要件、實質要件如何區別、附隨問題等，皆為韋台大老師上課一再強調之重點，考題之考點仍為傳統題型，僅須熟練即可作答。
高分閱讀	1.韋台大，補充講義第二回 P9～P14、第四回 P33～P38 2.重點整理系列-國際私法（許展毓）（51ML1006） P.2-36～2-46：管轄權（相似度 80%） P.2-46～2-53：定性（相似度 80%） 3.實例演習系列-國際私法實例演習（費律師）（51ML7006） P.2-104～2-109：離婚準據法（相似度 90%） P.1-101～1-105：管轄（相似度 80%） P.1-133～1-140：定性（相似度 80%） 4.2006 律師司法官歷屆試題詳解-強制執行法、國際私法（51ML3007） P.89-3～89-4：89 年司法官第二題（相似度 80%）

【擬答】

（一）台北地方法院可受理本案。

- 1.台北地方法院可否受理本案，觀乎台北地方法院有無本案之管轄權，關於管轄權，我國涉外民事法律適用法並未規定，故無從由涉外民事法律適用法中尋得依據，惟查「涉外民事，本法未規定者，適用其他法律之規定，其他法律無規定者，依法理。」涉外民事法律適用法第 30 條訂有明文，揆諸前文旨趣，若涉外民事法律適用法未規定者，可適用「其他法律」，是以，涉外民事法律適用法未規定「管轄」可適用其他管轄之規定，我國民事訴訟法有關於「管轄」之規定，因此可以之判斷，合先敘明。
- 2.按「婚姻無效或撤銷婚姻，與確認婚姻成立或不成立及離婚或夫妻同居之訴，專屬夫妻之住所地或夫、妻死亡時住所地之法院管轄。但訴之原因事實發生於夫或妻之居所地者，得由各該居所地之法院管轄。」民事訴訟法第 568 條訂有明文，經查，甲乙兩人目前定居我國台北，又因離婚涉訟，依照該條文之規定，我國有管轄權，且兩人定居台北，故我國之台北地方法院可受理本案。

（二）本案之法律關係如下：

- 1.主要問題為離婚問題：
本案乙向台北地方法院訴請離婚，故離婚是否成立為本案之主要問題。
- 2.附隨（先決）問題為結婚有無效問題：
（1）查，離婚能否成立，以結婚有效為前提，倘若結婚無效，則無從判斷離婚成立問題，故結婚有無效為離婚成立間有依附關係，為先決問題。
（2）且，應注意者，結婚有無效，除結婚方式有無效外，尚包括結婚之實質要件有無效問題，應分別以觀，併此敘明。

(三)本案準據法為我國法。

1.主要問題之準據法

按涉外民事法律適用法第 14 條規定：「離婚依起訴時夫之本國法及中華民國法律，均認其事實為離婚原因者，得宣告之。但配偶之一方為中華民國國民者，依中華民國法律。」經查，乙女為我國國民，故關於離婚應以涉外民事法律適用法第 14 條但書規定，依照我國法決定之。

2.附隨問題之準據法

(1)結婚之形式要件部分：

按，涉外民事法律適用法第 11 條第 1 項但書規定：「但結婚之方式依當事人一方之本國法，或依舉行地法者，亦為有效。」經查，甲男乙女在 B 國結婚，依照舉行地即 B 國法辦理結婚登記，其結婚之方式要件已足，並不欠缺。

(2)結婚之實質要件部分：

按，涉外民事法律適用法第 11 條第 1 項前段規定：「婚姻成立之要件，依各該當事人之本國法。」經查，甲男為 A 國國民，依照 A 國猶太宗教法之規定，不同信仰之人不得結婚，然乙女為佛教徒，與甲男不同信仰，是以，依照 A 國法，甲男之婚姻無效，然乙女為我國國民並未有類似規定，故婚姻有效，此時發生一方結婚無效之「跛行婚」問題，究竟婚姻是否有效？

A.並行適用說

男方依男方之本國法，女方依女方之本國法。

缺點：仍無從確定欠缺婚姻要件之效力。

B.重疊適用說

若一方無效一方有效則有效；一方無效一方得撤銷，則得撤銷。目的在促其容易成立。

C.合併適用說

只要一方之本國法規定無效時，不論他方之本國法規定其為有效，或得撤銷，該婚姻即視為無效。

D.小結：我國目前通說採合併適用說，認為結婚之成立應審慎認定，故採嚴格之見解，為免任意成立婚姻。

E.綜上，本案甲乙因 A 國法至甲方之結婚無效，故甲乙之婚姻因實質要件未具備而全部無效。

(3)總結：如上可悉，甲乙之結婚無效，既然結婚無效，即無離婚之問題，是以，縱本案離婚之主要問題準據法為我國法，但依照我國國際私法即涉外民事法律適用法規定，甲乙雙方結婚已不成立，無從討論離婚問題。

【參考資料】

1.韋台大，補充講義第二回頁 9～14、第四回頁 33～P38。

2.高點法學專用教材－《國際私法》，頁 238～243、頁 309～314。

四、甲乙二人結伴由英國愛丁堡出發，赴歐陸旅遊，因乙駕駛不慎，於德國遭逢車禍。甲當場死亡，乙傷重，三月後甦醒返台靜養，嗣後復原。甲為英國籍，乙為中華民國國籍。甲夫已亡故，夫之父母丙丁與甲同住，平日依賴甲扶養。甲夫之父母丙丁來台，於乙住所所在之台北地方法院提起訴訟，請求侵權行為之損害賠償。賠償之內容包括甲之殯葬業用新台幣五十萬元及丙丁本得受甲扶養之損害賠償新台幣一千萬元。依英國與德國之法律，若子婦對夫之父母並無扶養義務，汝為地院承審法官，試問該訴訟之準據法為何？丙丁之請求應受如何之判決？(25 分)

命題意旨	本題主要在測驗同學對於侵權行為之規定及如何適用之熟悉度。
答題關鍵	本題為基本題型，並無其特殊實務或學說見解，僅需瞭解涉外民事法律適用法第 9 條之規定，即可獲得高分。
高分閱讀	1.韋台大，補充講義第二回 P35～P39 2.第 107 期法觀人考場特刊：第 7 題：侵權行為準據法（相似度 60%） 3.重點整理系列-國際私法（許展毓）（51ML1006） P.7-12～7-15：侵權行為準據法（相似度 70%） 4.實例演習系列-國際私法實例演習（費律師）（51ML7006） P.2-74～2-81：侵權行為準據法（相似度 70%）

【擬答】

本案訴訟之準據法為德國法，法院應對丙丁為殯葬費五十萬元勝訴，受甲扶養之損害賠償一千萬元敗訴判決。

(一)本件為涉外私法案件

查，本件丙丁對乙之訴訟中，涉及英國人甲、車禍地德國，為涉及外國人、外國地之涉外案件。又，丙丁向乙主張侵權行為損害賠償，為私法案件，準此，本件為涉外私法案件，而有開啓國際私法適用之必要。

(二)我國有本件之管轄權

1.按，「涉外民事，本法未規定者，適用其他法律之規定，其他法律無規定者，依法理。」、「訴訟，由被告住所地之法院管轄。」涉外民事法律適用法第 30 條、民事訴訟法第 1 條分別訂有明文。揆諸前文，我國涉外民事法律適用法對於管轄並未規定，然依涉外民事法律適用法第 30 條適用其他法律，即適用我國民事訴訟法關於管轄之規定，合先敘明。

2.查，被告乙為我國人，住所在我國，故我國依照民事訴訟法第 1 條規定，我國有管轄權。

(三)定性

- 1.定性之立法例有四，包括法庭地法說、本案準據法說、初步與次步定性說、分析法理與比較法說，惟通說採法庭地法說，並非該說無任何缺點，而僅係便利法院審理而已。
- 2.依照法庭地法說，本件在我國起訴，故以我國法為法庭地法，又本件起訴有關侵權行為之損害賠償，故應定性為「侵權行為」。

(四)準據法選擇及適用

- 1.按涉外民事法律適用法第9條規定：「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。侵權行為之損害賠償及其他處分之請求，以中華民國法律認許者為限。」揆諸前文，侵權行為之準據法以侵權行為地認定之，惟該侵權行為之成立尚須獲得我國法之承認始得成立，即學說所稱之「累積適用」，反之，苟侵權行為地之法律未認其為侵權行為者，則無庸考慮我國法是否承認其成立侵權行為，一概不予成立侵權行為。再者，本件之侵權行為地即車禍地在德國，故侵權行為之準據法應為德國法，合先敘明。
- 2.查，丙丁向乙請求侵權行為之損害賠償，其中賠償之內容除殯葬費五十萬元外，尚包括丙丁本得受甲扶養之損害賠償金額一千萬元，然依照侵權行為地法即車禍地法-德國法，對於「子婦對夫之父母並無扶養義務」故無從成立此部分之侵權行為，縱我國民法第192條第2項規定得請求此部分之侵權行為損害賠償，亦因德國法未規定而無從成立侵權行為。
- 3.綜上所陳，丙丁依照德國法僅得向乙主張喪葬費五十萬元，其餘部分因德國法未成立侵權行為而應以敗訴駁回丙丁之請求。

【參考資料】

- 1.韋台大，補充講義第二回，頁35～39。
- 2.高點法學專用教材－《國際私法》頁83～104。

《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。



《強制執行法及國際私法》

- 一、甲對丙提起本案訴訟主張丙名義之土地為甲之所有，甲遂持法院禁止丙處分系爭土地之假處分裁定對丙為強制執行。法院對丙為假處分執行後，乙持金錢給付之確定終局判決對丙之同一土地聲請法院為查封拍賣。問：法院能否合法將已假處分執行之土地為拍賣，俾清償丙對乙之金錢債務？試附理由作答。（二十五分）

命題意旨	本題之重點在於測驗同學對於強制執行競合的問題中，涉及於假處分與終局執行競合時究應為如何處理之問題。
答題關鍵	本題係針對假處分與終局執行競合時，究應如何處理為討論重心。於此，最高法院七十年第十次民事庭決議，已有定見。此猶為重要答題關鍵所在。
參考資料	1.陳榮宗，保全執行與終局執行之競合，月旦法學教室第 20 期，P.14~15
高分閱讀	1.司法三等考場寶典，P7-1：題目 1（相似度 80%） 2.高點重點整理系列《強制執行法》，王律師、呂律師（L255）（相似度 80%） P.6-9~11：假處分之執行 P.6-11~17：強制執行之競合 3.高點律師司法官歷屆試題詳解（LA500） P.92-8~6：92 年司法官第 2 題（相似度 50%） P.75-9~10：75 年律師（相似度 90%）

【擬答】

- (一)本題執行法院得否將已遭假處分執行之土地為拍賣，關鍵在於同一執行標的物經假處分執行後又逢終局執行，何者效力優先？此涉及強制執行競合之問題，學說與實務容有不同之爭議擬分述如下：
- 終局執行優先說：此說認為終局執行應優先於假處分之執行，理由如下：
 - 基於債權平等主義，不應假處分債權人取得優先地位。
 - 就假處分性質而論，假處分僅禁止債務人任意處分系爭標的物，並禁止法院基於強制執行程序所為之處分。
 - 終局執行其程序較為周延，且實體法上權利義務業已確定，自應有優於假處分之效力。
 - 假處分優先說：此說認為假處分於既已先為執行，則後之其終局執行不應優先執行，理由如下：
 - 假處分與終局執行同屬國家執行行為，原則應係依執行時間先後決定效力，而不應由終局執行優先。
 - 且禁止處分之假處分不僅禁止債務人任意處分，且基於假處分之目的亦應禁止基於強制執行之其他處分。
 - 若該等假處分致於本判決確定前許他債權人對之終局執行，則假處分債權人將無法保障其權利，假處分亦形同虛設。
 - 折衷說：此說認為執行機關應尊重假處分，且假處分未必與終局執行不相同，故對於假處分之標的物，他債權人可聲請查封但不許換價。
- (二)上述學說盡皆有理，惟學生以為為避免強制执行程序延滯，且終局執行取得執行名義之程序較為周延，故應採「終局執行優先說」為妥，最高法院七十年第十次民事庭決議亦採此說。
- (三)如前所述，目前實務（最高法院七十年第十次民事庭決議）既已採終局執行優先說，則本題中縱乙之执行程序在甲之假處分执行程序後，惟乙之執行名義為金錢給付之確定之終局判決，則乙持該確定終局判決對同一土地聲請法院為查封拍賣，法院即應為拍賣，不受甲之假處分限制。此時假處分債權人僅得將其保全之請求權易為金錢請求聲明參與分配。執行法院則於拍賣後應塗銷假處分之查封登記。至於甲不得單純僅以假處分債權人地位主張構成第三人異議之訴之事由，而提起第三人異議之訴。然依據題示之情形，甲主張其為所有



權人，如依據所有權人之地位自得主張第三人異議之訴，而排除執行，並得依據強制執行法第十八條第二項聲請停止執行，併此敘明。

(四)結論：法院得合法將已遭假處分執行之土地為拍賣，俾清償丙對乙之金錢債務。

二、甲住台北市，乙住台中市，甲於民國九十年二月一日將其父丙所贈與登記為甲所有坐落台南市土地一筆，設定最高限額新台幣（下同）一千萬元抵押權與乙。嗣甲於九十年三月一日簽發面額五百萬元，到期日為九十年六月一日之本票一張，向乙借款。該本票到期，甲無法付款清償，乙一再催討無著，乃於九十三年七月一日聲請法院裁定許可拍賣抵押物，嗣以該許可拍賣抵押物裁定為執行名義，聲請強制執行。茲在執行程序中，甲主張乙之本票債權已罹於時效而消滅。丙則主張因甲自九十三年二月一日起，不再給付扶養費未盡孝道，丙已撤銷前開土地贈與，惟為甲所否認。試附理由解答下列各問題。（二十五分）

(一)甲、丙各有何救濟方法？執行法院應如何處理？

(二)如乙於九十三年七月一日改持前開本票訴諸甲清償借款，而以所取勝訴之確定判決為執行名義，聲請強制執行。甲之救濟方法有何不同？

命題意旨	本題命題重點在於測驗考生對於異議之訴，尤其是債務人異議之訴觀念是否熟捻。
答題關鍵	答題關鍵在於強制執行法第十四條、十五條、十八條與執行法院對當事人抗辯時效消滅之處理問題其中第十四條之債務人異議之訴由為考試重心。
高分閱讀	1.司法三等考場寶典，P.7-1~2：問題 2（相似度 60%） 2.高點重點整理系列《強制執行法》，王律師、呂律師（L255）（相似度 80%） P.2-102~106：債務人異議之訴 P.2-113~124：第三人異議之訴 3.高點律師司法官歷屆試題詳解（L307） P.92-1~4：92 年司法官第 1 題（相似度 60%） P.85-9~10：85 年律師（相似度 50%）

【擬答】

(一)1.甲主張乙之本票債權已罹於時效而消滅，在本案中可能提起之救濟方式如下：

- (1)甲不得主張依據強制執行法第十二條為聲明異議：本票債權是否罹於時效涉及執行債權人與債務人間實體法之權利義務，此非執行法院所得審認，故甲不得以此為由而依強制執行法第十二條為聲明異議。
- (2)甲得對拍賣抵押物之裁定提起抗告，並得聲請停止執行：本題某甲既主張因乙之本票債權罹於時效而消滅，故抵押權之原因債權有消滅之事由，故可認定法院准許拍賣抵押物之裁定並不妥適，而得對該裁定提起抗告。並得依據強制執行法第十八條第二項聲請停止執行。然因拍賣抵押物為非訟事件，故抗告法院對於實體事項並不加以審查，故即便提起抗告，通常會遭駁回。
- (3)甲得依據強制執行法第十四條第二項提起債務人異議之訴：按強制執行法第十四條第二項規定：「執行名義無確定判決同一之效力者，於執行名義成立前，如有債權不成立或消滅或妨礙債權人請求之事由發生，債務人亦得於強制執行程序終結前提起異議之訴。」，前述消滅時效，事涉債權妨礙事由之發生否。就本題意旨以觀，該等事由乃係於執行債權人乙取得拍賣抵押物之執行名義（九十三年七月一日）成立前即已存在。本件雖抵押權設定之原因可能基於借款或票款，但依題示甲係主張本票債權已罹於而消滅，而票據法第二十二條規定，本票之消滅時效為三年，則本題該本票到期日為九十年六月一日，於九十三年七月一日即已罹於時效，且執行債權人乙之執行名義，係強制執行法第四條第一項五款之拍賣抵押物裁定，無確定判決同一效力者，故債務人甲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。
- (4)甲得提起確認抵押權不存在之訴加以救濟：在強制執行法第十四條二項增訂前，對無確定判決同一效力



之執行名義成立前之事由得否提起債務人異議之訴容有爭議。而司法院大法官釋字一八二號解釋肯認執行債務人得就上述該等情形提起「確認抵押權不存在之訴」以茲救濟。惟有學說認該號解釋，既係填補民國八十五年強制執行法修法前欠缺強制執行法第十四條第二項之規定，則自八十五年修正後之強制執行法既已有增設第十四條第二項規定，其後即應不再予以援用司法院大法官釋字一八二號解釋肯認之「確認抵押權不存在之訴」，惟目前實務上仍准許該確認抵押權不存在之訴之提起。

- (5)上述救濟方法，依據司法院院字二七七六號解釋，需在執行程序終結前為之方有實益，故某甲若欲保障其權利除為上該救濟之主張外，亦可依強制執行法第十八條二項之規定供擔保後聲請停止原強制執行之執行程序之進行。

2.丙可對甲、乙提起強制執行第十五條第三人異議之訴。

- (1)按丙既已依民法第四百一十六條之規定撤銷對甲土地之贈與，則對乙執行程序之標的物（拍賣之土地）即享有主乙排除其強制執行之權利（蓋前開撤銷權行使之範圍包括撤銷土地贈與之物權行為，故贈與人行使撤銷權後該土地即應回覆由丙享有所有權），丙自得依據強制執行法第十五條之規定對乙提起第三人異議之訴。
- (2)本題中因執行債務人甲亦否認丙之權利，故依據同法第十五條後段之規定，並列甲為被告。但第三人異議之訴係為形成訴訟，係排除第三人主張對於執行標的物有不得執行之情形，而排除對於執行標的物之執行力，故如並列甲為被告時，此時應認為甲既然對於所有權有所爭執，此部分之請求為確認之訴之性質。
- (3)依據院字二七七六號解釋，第三人異議之訴亦須於強制執行程序中提起方有實益，且提起第三人異議之訴並不當然停止執行，故丙須依強制執行法第十八條二項之規定請求法院供擔保後而求為停止執行之裁定。

3.執行法院應為以下之處理

- (1)執行名義中所涉實體權利義務之變動者，如本題之本票債權是否罹於時效；是否行使民法第四百一十六條之撤銷權等，均非執行法院所得審究，故執行法院不因債務人或第三人為該等抗辯而得停止原執行程序之進行。
- (2)惟若甲為前開救濟方法，而丙提第三人異議之訴，同時供擔保請求抗告、審判之現繫屬法院，准許為停止強制執行之裁定者，並向執行法院提出，則執行法院即應停止該強制執行之進行（自強制執行應行注意事項九(四)參照）。
- (3)如債務人甲、第三人丙僅向執行法院陳明前開事由，而未能提起異議之訴加以救濟時，執行法院得指示其另行起訴，或諭知債權人某乙，如經某乙同意後，執行法院亦得撤銷強制執行程序。（強制執行法第十六條參照）。

- (二)若乙於九十三年七月一日改持前開本票訴請甲清償借款，而乙所取得之確定勝訴判決為執行名義，聲請執行，則甲之救濟方案如下：

某甲不能依據強制執行法第十四條第二項主張債務人異議之訴；此時乙之執行名義為確定判決並非為無確定判決同一效力之執行名義，故即便欲提起債務人異議之訴，只能適用強制執行法第十四條第一項部分，而無法適用同條第二項之規定。然強制執行法第十四條第一項，提起異議之訴之事由必須在執行名義成立後（確定判決者，為前訴訟言詞辯論終結後），方得提起，否則即為既判力所遮斷而不得主張。題示本票債權罹於時效之原因，在言詞辯論終結前已發生，至於未於言詞辯論前主張時效抗辯，而判決確定後，可否以時效完成為由提起債務人異議之訴，學說上有所爭議：

肯定說：債務人於言詞辯論終結前，有時因確信債務不存在，致未能以時效完成為抗辯事由，故判決確定後，應得以時效完成為由提起。

否定說：言詞辯論終結後，時效已完成，其時未為時效抗辯，判決確定後，應不得為異議之事由。

本文以為，時效抗辯在言詞辯論終結前既無不得提出作為抗辯之障礙事由，債務人本應提出由法院加以審理，故倘當初未主張時效抗辯，即為既判力所遮斷，以否定說為宜。故除非於債權人於取得該執行名義後，重又發生時效完成之事由時，債務人方得提起異議之訴加以救濟。



- 三、甲乙二人同為 A 國籍人，因工作關係長期居留我國台北市。今夏七月甲在歐洲駕車旅遊途經 B 國時，被乙所駕之休旅車撞及而受傷。甲回台後乃向台北地方法院起訴，請求乙損害賠償。設若：
- (一)兩車均有 C 國核發之行照並在該國投保汽車險。
- (二)A 國為多法域國家，但有統一之民法和國際私法。按該國國際私法規定，因侵權行為而生之債，依行為地法。
- (三)B 國亦為多法域國家，且係「交通事故多邊協約」之簽署國。而依該協約規定，因交通事故而發生之侵權行為損害賠償事件，依車輛登記國法。
- (四)C 國法律規定，因侵權行為而生之債，依行為地法，但當事人同國籍時，依當事人之共同本國法；然若當事人於行為地均有住所時，則依行為地法。
- (五)ABC 三國國際私法均有全面反致之規定，而 AB 兩國之民法均繼受自 C 國。
- 請問法院應如何處理？又若法院對於 AB 兩國民法非常陌生，而熟悉 C 國民法規定時，則應如何處理？（二十五分）

命題意旨	本題題目設計之問題非常多，但多數屬於陷阱，因為涉及到某外國國際私法條文均與反致規定有涉，但關於侵權行為並非以國籍連繫因素不應適用反致條款。另第二小題主要涉及外國法不明之情形，但如時間允許亦可順便論及國際私法之新發展。
答題關鍵	題目雖設計了五前提，但真正問題僅有兩個，故應依據題示之問題依序作答，無庸陷入題示與本案無關之條件限制。
參考資料	柯澤東，侵權行為準據法之變動之內涵與特性，月旦法學教室第七期。
高分閱讀	1.高點重點整理系列《國際私法》，許展毓（L216） P.7-14~18：侵權行為（相似度 50%） P.4-59~62：侵權行為 P.4-90~94：反叛之種類（相似度共 60%） P.3-5~12：最重要牽連說 2.高點律師司法官歷屆試題詳解（L307），P.92-1~4：92 年司法官（相似度 60%） 3.法觀人月刊，第 74 期，P.61~63：侵權行為之準據法（相似度 50%） 4.高點法學專用教材，國際私法講義，全一回，前 1-3、92-101、154-155

【擬答】

(一)我國法院應以下列方式處理此一涉外事件：

- 本件為涉外私法事件：
 - (1)本題原告甲、被告乙均為 A 國籍人，且某甲係在 B 國遭某乙撞傷，故當事人及行為地均在外國，故有涉外因素存在。
 - (2)某甲係向某乙主張損害賠償，故屬私法上之救濟。
 - (3)本題為涉外私法事件，故有涉外民事法律適用法之適用。
- 我國台北地方法院為有管轄權之法律：涉外民事案件關於管轄部分，並未有明文規定，本題甲乙因工作關係，長期居留在我國台北市，故應認其住所在我國台北市，在不違反實效、合理牽連及便利（有利於兩造應訊）應認為我國法律就此一涉外案件有直接一般管轄權，而歸我國台北地方法院管轄此一涉外案件。
- 定性：關於定性的學說甚多，包括法庭地法說、本案準據法說、分析法理及比較法說、初步及次步定性說，各說均有缺點，為便利起見，多採法庭地法說定性。本題應屬侵權行為損害賠償之案件。
- 準據法之選擇：關於涉外侵權行為應以何法為其準據法，傳統的立法例包括：法庭地法說、侵權行為地法說以及累積適用法庭地法及侵權行為地法說。目前我國係採累積適用法庭地法及侵權行為地法說之立法例。
- 準據法之適用：依我國涉外民事法律適用法（下稱涉民法）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。」。本題題示侵權行為地為 B 國，此時我國法院即應累積適用 B 國實體法及我國實體法視本件侵權行為是否成立。又題示 B 國為一多法域國家，



故各地法律規定不同，然本題並無涉民法第二十八條之適用，因涉民法第二十八條一國數法規定適用之前提係以「國籍」為連繫因素，而適用當事人本國法時，方需討論此一問題，本題為以「行為地」及「法庭地」為連繫因素，故適用 B 國法時，必適用甲乙在 B 國發生侵權行為地之法律，無適用我國涉民法第二十八條之必要。本題亦無適用 B 國國際私法選法之必要，我國國際私法雖採取反致制度，然適用反致之前提，亦需以國籍為連繫因素而適用當事人之本國法，（涉民法第二十九條參照），故本題並無反致之問題，無庸適用 B 國國際私法之相關規定。

(二)我國法院如只熟悉 C 國民法時之處理方法：

1.依外國法不明之情形加以解決：

本題我國法院應適用 B 國法，已如前述，如法院對於 B 國法不熟習時，依據民事訴訟法第二百八十三條規定外國法為法院所不知者，當事人有舉證之責任，但法院得依職權調查之。故如當事人與法院均窮盡舉證之能事時，而不知 B 國法實體之內容時，即構成「外國法不明」之情形。關於外國法不明應如何解決，我國並無明文規定，依據學者通說均採應適用近似法。本題 B 國法既然繼受自 C 國法，則自應認 C 國法為其近似法，此時應先適用 C 國法為準據法。

2.連繫因素之權宜變更：

有鑑於傳統關於侵權行為準據法之選法規則，無論係採侵權行為地法、法庭地法或累積適用兩者，均會造成法律適用之固定、僵化、偶然之情形，故晚近有朝向彈性、合理、保護之考量改變，例如英美法系以最重關聯原則，作為侵權行為準據法之擇定依據。然大陸法系國家一向以實定法規則方法，為法律適用，如以「最重要關聯原則」為唯一方法，將使法官生選法上困難。建議採行方式：

(1)採現代鄰近原則與侵權行為地法之結合及取代之立法例：

A.「共同」較強關聯之鄰近性取代：以侵權行為地法組合其他如加害人與受害人具有共同慣常居所或共同國籍為立法上所採之準據法，以「共同」鄰近關係優先適用，如無共同條件時，則依據侵權行為地法規範之。採此種說法時，本題發生車禍之兩車均有 C 國核發之行照，並在該國投保汽車險，故如依據侵權行為車輛之共同登記國時則可能是用共同登記國。

B.以侵權行為地法為原則，但有鄰近或較強之關係存在，法官得優先適用後者，或由當事人選擇之。

(2)採現代保護原則與侵權行為地法之結合及取代之立法例：例如在一般侵權行為之立法型態中，可能由受害人選擇保護較優之法律適用、附條件得由受害人選擇適用保護較有利之法律、直接由法律規定依保護受害人較優之損害結果地。另外對於若干特殊之侵權行為部分有特別規定。

我國國際私法修正草案第二十三條第一項規定「關於由侵權行為而生之債，依侵權行為地法。但有關係更切之法律者，依該法律」，故如相關條文修正後，我國法院如認定 C 國為關係更切於 B 國之法律時，則可適用 C 國法。

四、甲男為 A 國人，乙女為 B 國人，丙女為 C 國人。甲、乙十年前在 A 國結婚，五年前在我國簽訂離婚協議書，甲於二年前在 D 國與丙舉行結婚儀式。甲生前未訂立遺囑，最後的住所在 C 國，今年五月在我國死亡，在 A 國及我國遺有銀行存款及動產。乙、丙對於應如何繼承甲的遺產發生爭議，乙在我國法院起訴，請求確認丙無繼承權，在訴訟中乙、丙對於甲的合法配偶是否含丙在內的問題，亦發生爭議，並請求先予以判定。假設：A 國及 C 國的法律均容許一夫二妻之家庭關係，並規定離婚僅得由法院以判決予以宣告，A 國及 C 國國際私法均規定，動產之繼承應依被繼承人死亡時之住所地法，結婚之方式應依舉行地法；甲、丙結婚的儀式未符合 C 國及 D 國法律的規定，但符合 A 國法律的規定。請問：我國法院關於繼承權的問題，應如何適用法律？我國法院關於丙是否為甲合法配偶的問題，應如何適用法律？（二十五分）

命題意旨	本題為近年來常出現之附隨問題如何解決之題型，應從題目設問之題示之相關規定，先後適用主要問題及附隨問題之解決方法。另本題結合反致之題目，故須熟習我國反致之相關規定。
答題關鍵	就主要問題部分，先適用我國國際私法找出準據法之規定（包含反致條款適用之結果），再討論本案涉及到之附隨問題，及學說上關於附隨問題如何解決之依據，因題示要求同學處理我國法律關於主



	要問題及附隨問題之適用法律結果，故應將本件選定之法律結果加以說明。另附帶討論外國法適用之結果是否違反我國公序良俗之問題。
參考資料	劉鐵錚、陳榮傳著，國際私法論，第 460 頁。
高分閱讀	1.司法三等考場寶典 P.8-2~3：題目 4（相似度 50%） P.8-4~5：題目 7（相似度 40%） 2.高點重點整理系列《國際私法》，許展毓（L216）（相似度 60%） P.4-102~108：附隨問題 P.9-30：繼承之準據法 P.9-2~12：婚姻準據法 3.高點律師司法官歷屆試題詳解（L307），P.83-7~8：83 年律師（相似度 60%） 4.高點法學專用教材，國際私法講義，全一回 239-242、217、218、310-313、324-326、348-350

【擬答】

(一)我國法院關於繼承權之問題，適用法律之過程如下：

- 1.依據我國涉外民事法律適用法（下稱涉外民法）第二十二條前段規定「繼承，依被繼承人死亡時之本國法。」，故關於繼承權之涉外問題涉訟時，原則上應先適用我國涉外民法第二十二條定其準據法，即應適用被繼承人（甲男）死亡時之本國法，即 A 國法。
- 2.本題應適用反致條款，擇定最後應適用之準據法：依據我國涉外民法第二十九條規定「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。」。關於繼承之法律關係，我國係規定以國籍為連繫因素，而適用被繼承人之本國法，因此前開適用 A 國法除適用 A 國之實體法外，尚包括 A 國國際私法之條文。查，A 國國際私法規定，關於動產繼承依被繼承人死亡時之住所地法，故關於本件繼承之標的為甲男在 A 國及我國留有之銀行存款及動產，為關於動產之繼承，此時適用 A 國國際私法之結果，將適用甲男死亡時之住所地法即 C 國法。又因我國關於反致係採「全部反致」故依據 A 國國際私法適用 C 國法後，所適用者除 C 國實體法外，尚包括 C 國國際私法之規定，而依 C 國國際私法規定，其關於動產繼承部分，亦依被繼承人死亡時之住所地法，即 C 國法，此種反致類型係為「轉據反致」，故我國法院即應適用 C 國實體法規定，判斷本件繼承是否有據。倘適用 C 國實體法之規定判決之結果，有違背我國公共秩序、善良風俗之情形，方不適用 C 國法。（涉外民法第二十五條參照）。

(二)我國法院關於丙是否為甲合法配偶，適用法律過程如下：

- 1.關於丙女是否為甲男之合法配偶部分，此一問題為國際私法上之附隨問題。所謂「附隨問題」，係指受訴法院在審理本案過程中，其他次要、附隨的含有涉外成分之法律關係，也發生問題，關於其究竟應依何國國際私法，以定其應適用之法律之問題。本題主要問題係為繼承問題，然丙女必須為甲男之合法配偶方得主張繼承，故此時關於丙女是否為甲男之合法配偶之地位，亦發生問題，有待加以解決，且此為在解決主要問題前應先解決者，故又稱此為「先決問題」。
- 2.本題涉及到之附隨問題如下：依題示關於丙女是否為甲男之合法配偶之問題，可能涉及到甲男、丙女間婚姻之形式要件是否有欠缺，及甲男、乙女間之離婚是否有效致甲男與丙女為重婚而是否有違婚姻實質要件之問題。
- 3.關於附隨問題之解決方法：又前開關於繼承之主要問題依據法庭地（即我國）國際私法之規定，係以外國法（C 國）為準據法。而關於具有涉外因素之某次要問題，在繼承案件中也發生爭執，且關於前開婚姻形式要件、實質要件是否具備，在國際私法上也有獨立適用之條文。另關於我國國際私法對於次要問題所指定應適用之法律，與規範主要問題之國家國際私法就次要問題所指定應適用之法律不同。本題中題目僅論及關於婚姻形式要件部分，C 國國際私法規定依據舉行地法。係採場所支配行為法則，完全以行為地法為準據法。至於我國涉外民法第十一條第一項但書係原則上適用當事人本國法，而選擇適用舉行地法，故在準據法之規定上即有不同。又關於附隨問題之解決，我國國際私法並無明文規定，依據學說上可分為下列數



說：

甲說：適用法庭地國國際私法說：認為法庭地之政策應屬優越，且如在法庭地適用法律不一致，會造成判決之歧異。

乙說：適用本案準據法國國際私法說：如強調法庭地實體結果一致原則，將犧牲國際判決之一致。

丙說：個別案件區別說：認為主要問題與次要問題之法律適用，無一可資遵守之共同原則，應依個別案件之情形，分別定其準據法。

本文以為，有鑑於涉外法律關係日益複雜，且法庭地與附隨問題間關係密切，有時附隨問題之重要性大於主要問題，且我國亦有學者主張認為附隨問題不存在，而係以法律分割適用方式，先後依據法庭地國國際私法之規定，先後、分割適用以解決各該涉外問題，故認為採法庭地國際私法說解決附隨問題為宜。

4. 本案關於前開婚姻形式要件是否欠缺及實質要件是否不具備而影響丙女之繼承人地位之問題，解決如下：

(1) 婚姻形式要件部分：依據我國涉民法第十一條第一項但書，應先適用當事人之本國法，本題依據丙女之 C 國法雖婚姻形式要件有所欠缺，但依據甲男之 A 國法形式要件具備，故自應認丙女關於婚姻形式要件部分並未欠缺。

(2) 婚姻實質要件部分：關於丙女是否為重婚配偶故致婚姻關係無效，此時應先判斷甲男與乙女之離婚是否有效，即此亦為婚姻實質要件是否欠缺之先決問題。關於本題涉及到 A 國之離婚方式，僅承認裁判離婚而不採協議離婚，此部分應定性為離婚原因之準據法適用之範圍，即依據我國涉民法第十四條定其準據法。故依我國涉民法之規定，關於離婚之要件應累積適用起訴時夫之本國法及中華民國法律，故我國自不得依據起訴時夫之本國法所否認之離婚態樣准許當事人離婚。自應認本件甲男、乙女之離婚為無效。從而，甲男與丙女間結婚，因前婚姻未解消即屬重婚，關於婚姻實質要件部分，依據我國涉民法第十一條第一項前段規定，應依各該當事人之本國法，即採並行適用方式，本題甲男依據 A 國法、丙女依據 C 國法，均允許一夫二妻之家庭關係，故此時應認定甲男、丙女之婚姻為有效。又此時適用 A、C 國之法律關係，可能與我國民法中規範一夫一妻制度原則相抵觸，然涉民法第二十五條所謂之公序良俗係指國際公序而言，故其屬一相對性之秩序，在既得權尊重之原則下，會受到萎縮。故本題僅承認丙女之重婚配偶地位，並未創設一新的法律關係，故自應認此時適用 A、C 國法律之結果，並不違反我國公序良俗，故無涉民法第二十五條之適用。



《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。

《強制執行法及國際私法》

一、債權人甲持對債務人乙應給付新台幣(下同)二百萬元之執行名義聲請對乙強制執行，並指稱乙對第三人丙有價金一百五十萬元之貨款債權，請求扣押該債權。經執行法院於民國九十一年八月一日對丙發扣押命令，禁止丙對之清償，同時禁止乙向丙收取該債權。丙於同日收受扣押命令，即於翌日具狀向法院為異議，陳稱該貨款係伊欠丁公司之買賣價金，乙僅為丁公司總經理，且以總經理身分口頭約定買賣契約出售公司資產等語。復於同月十五日聲明該貨款已以丁公司負責人乙為提存物領取人，將款提存於提存所云云。而甲則在收受法院之通知後，於八月十日聲請法院發移轉命令，同日獲得准許。試附理由，解答下列各問題：(二十五分)

- (一) 執行法院在第三人丙於八月二日聲明異議後，可否猶於同月十日准許甲之請求發移轉命令？又其所發移轉命令，效力如何？
- (二) 甲依執行法院所發移轉命令，請求丙履行，丙以已提存清償完畢，拒絕履行時，甲可否請求法院逕對丙強制執行？
- (三) 丙所為提存是否正當(有效)？
- (四) 如執行法院依甲之聲請逕對丙強制執行時，丙有無救濟途徑？若有，可依如何途徑救濟？
- (五) 丁公司對於甲之逕對丙強制執行，可否以其為該執行標的之權利人身分主張權利？應如何主張？

命題意旨	以執行債務人對於第三人的金錢債權為執行客體，所進行執行程序的相關問題。
答題關鍵	1.強制執行法第一百二十條第一項。 2.強制執行法第一百十九條第二項，辦理強制執行事件應行注意事項第六十四項第二款。 3.最高法院九十年台上字第二四四三號判決。 4.程序瑕疵與強制執行法第十二條第一項。 5.第三人異議之訴的事由。
參考資料	高點強執講義，頁 93~95、327~332。
命中事實	高點司法三等特考考場寶典第八題，頁 10-5~10-7，命中！

【擬答】

(一)執行債權人就執行債務人對於第三人的金錢債權聲請執行法院進行強制執行，而執行法院確實進行強制執行，此時如果該第三人有任何實體上事由可對抗該執行債務人時，應該如何主張。強制執行法第一百十九條第一項規定：「第三人承認債務人之債權或其他財產權之存在，或於數額有爭議或有其他得對抗債務人請求之事由時，應於接受執行法院命令後十日內，提出書狀，向執行法院聲明異議。」分析其要件如下：

- 1.有聲明的事由：該聲明事由的可能性有三，第一，不承認債務人之債權或其他財產權之存在，第二，於數額有爭議，第三，有其他得對抗債務人請求之事由。換言之，其與強制執行法第十二條第一項規定的程序上救濟有所不同(最高法院八十四年台抗字第五三四號裁定參照)。現在丙主張該金錢債權的債權人是丁公司，非執行債務人乙，意即不承認執行債務人乙的債權，屬於實體法上的是由，故可依強制執行法第一百十九條第一項請求救濟。
- 2.應於接受執行法院命令後十日內，提出書狀，向執行法院聲明異議：該異議以執行法院為管轄法院，而丙確實向執行法院提出，故為合法；另外應於接受命令後十日內提出，而該命令依多數說及實務見解(辦理強制執行事件應行注意事項第六十四項第一款參照)，包括扣押命令及換價命令，而丙於接受扣押命令後隔日即提出異議，故為合法；最後應以書狀為之，丙亦有遵守之，故為合法。綜上所述，丙之聲明異議為合法。

第三人聲明異議後，執行法院應如何處理。有學者以為，為避免第三人任意異議，妨害債權人受償，所以執行法院得依債權人聲請，繼續發換價命令，另有學者以為，會發生停止執行的效力。本文以為，應採取後說，因為該制度的設計理由是，執行法院僅依債權人的陳述及權利外觀為形式調查，即可直接進行強制執行，而未予第三人陳述的機會，所以法律才賦予第三人救濟的機會。綜上所述，執行法院應尊重第三人聲明的異議，強制執行法第一百二十條第一項規定：「第三人依前條第一項規定聲明異議者，執行法院應通知債權人。」債權人如果認為異議不實，應依強制執行法第一百二十條第二項規定進行收取訴訟程序。當然，本案亦無強制執行法第一百十九條第二項逕為執行的問題。由上可知，執行法院於第三人合法聲明異議後，不應繼續進行強制执行程序，而應通知債權人(最高法院五十一年台抗字第二一三號判例參照)。所以本案中，執行法院不應准許發移轉命令。

執行法院不應繼續進行強制執行，卻仍發移轉命令，此移轉命令效力如何。執行行為違法有瑕疵時，其效力可能有三：第一，非執行行為(執行行為不成立)，指非執行機關所為的執行行為；第二，無效的執行行為，指執行機關所為有重大明顯瑕疵的執行行為；第三，得撤銷的執行行為，指執行機關所為無重大明顯瑕疵的執行行為。現在本案中，執行法院原不應發移轉命令而發，當然是執行行為，且亦難謂有重大明顯的瑕疵，故其移轉命令應得撤銷，撤銷前仍有效。

(二)甲不可聲請執行法院對於丙逕為執行，理由如下。第一，強制執行法第一百十九條第二項：「第三人於前項期間內聲明



異議，亦未依執行法院命令，將金錢支付債權人，或將金錢、動產或不動產支付或交付執行法院時，執行法院得因債權人之聲請，逕向該第三人為強制執行。」其前提為第三人未合法聲明異議，然而本案中，如上題所述，丙已合法聲明異議，不符合該規定。第二，依辦理強制執行事件應行注意事項第六十四項第二款規定，強制執行法第一百十九條第二項規定的命令，不包括移轉命令，蓋移轉命令生效後，執行債務人的債權即移轉於執行債權人，執执行程序終結，隨後發生的危險應由執行債權人自行承擔，不得聲請逕為執行。

(三)第三人於執行法院發強制執行法第一百十五條第二項命令前，得將對債務人之金錢債權全額或扣押部分提存於清償地之提存所，強制執行法第一百十五條之二第一項定有明文。故債務人對第三人之金錢債權，於執行法院依第一百十五條第一項規定發扣押命令以後，於執行法院依同條第二項規定發收取命令或移轉命令或支付轉給命令前，第三人就該被扣押之金錢債權有提存之權利。惟於執行法院依第二項規定發收取命令或移轉命令或支付轉給命令以後，第三人就該被執行之金錢債權，即不得再依第一百十五條之二第一項規定為提存。本件原審認第三人於執行法院依第一百十五條第二項規定發支付轉給命令後，第三人如已依第一百十九條第一項規定聲明異議，仍得將被執行之金錢債權提存，其見解自有可議，最高法院九十年台上字第二四四三號判決參照。由上可知，丙所為之提存係在執行法院發移轉命令後，所以該提存不正當。

(四)由第二小題的討論可知，因為不符合強制執行法第一百十九條第二項規定，所以執行法院不可依甲的聲請對於丙逕為執行。如果執行法院仍進行強制執行，其執执行程序顯然違法，非實體上執行的不當，不屬於強制執行法第一百十九條第三項的第三人異議之訴(最高法院八十四年台抗字第五三四號裁定參照)。強制執行法第十二條第一項規定：「當事人或利害關係人，對於執行法院強制執行之命令，或對於執行法官、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，得於強制執执行程序終結前，為聲請或聲明異議。但強制執行不因而停止。」由上可知，丙對於該具有程序瑕疵的執执行程序，得依強制執行法第十二條第一項規定，於執执行程序終結前聲明異議。

(五)強制執行法第十五條規定：「第三人就執行標的物有足以排除強制執行之權利者，得於強制執执行程序終結前，向執行法院對債權人提起異議之訴。如債務人亦否認其權利時，並得以債務人為被告。」關於該規定有二要件，第一，強制執执行程序終結前，第二，有足以排除強制執执行的權利。本案中，值得討論的是第二要件。雖然債權有相對性，原則上非強制執行法第十五條的權利，但是本案討論的是債權的歸屬問題，亦即對於丙的債權係屬於乙或丁，與債權相對性無關，所以丁應可依強制執行法第十五條規定，於執执行程序終結前，提起第三人異議之訴，並得依強制執行法第十八條第二項規定聲請停止執行。

另外，丁亦可依民法第二百四十二條行使代位權，代丙的位，依強制執行法第一百十九條第三項及第四項規定，提起異議之訴，並聲請停止執行。

二、甲、乙、丙均為丁之債權人，甲持給付金錢之假執行判決為執行名義對丁僅有之房屋一棟聲請強制執行。執行法院實施查封後，乙持交付房屋之確定判決為執行名義聲請強制執行，未幾丙持假扣押裁定為執行名義聲請參與分配。

問：(一)執行法院能否將查封之房屋交付乙占有？

(二)執行法院能否准許丙參與分配？

試分別說明其理由作答。(二十五分)

命題意旨	強制執行競合的處理。
答題關鍵	1.金錢債權的終局執行和非金錢債權的終局執行競合時，學說及實務的見解。 2.強制執行法第三十三條，強制執行法第一百三十三條。
參考資料	高點強執講義，頁 500~502。
命中事實	高點司法三等特考考場寶典第一題，頁 10-1，命中！

【擬答】

此案涉及強制執行競合的問題，現討論如下：

(一)甲聲請執行法院對於丁進行強制執行，其執行名義為金錢債權的假執行判決。所謂的假執行判決，指就未確定的終局判決所宣告者，賦予與確定判決相同的執行力，目的在防止敗訴者濫行上訴以拖延債權的實現，所以為終局執执行的執行名義。

現在甲依金錢債權的終局執行名義聲請強制執行後，乙又以非金錢債權(物之交付請求權)的終局執行名義再行聲請強制執行，此種強制執执行的競合會發生牴觸，應如何處理，學說及實務素有爭議。

1.甲說：依聲請時間之先後決定。

2.乙說：視非金錢債權的執行是否基於物權而定，如果非金錢債權的執行係基於物權，則應優先。

3.丙說：原則上依聲請的先後加以決定，但是如果聲請執行在後的非金錢債權係基於物權時，則應優先。

4.本文以為，執行法院並無實體審查權，如何得知請求的權利為物權，所以應依聲請時間的先後加以決定。即使後聲請執执行的債權人係基於物權，優先於債權，亦應以強制執行法第十五條的第三人異議之訴提起救濟，以排除前執程序的執行。

綜上所述，本文中，執行法院應依聲請時間的先後加以決定如何進行強制執行，而甲聲請的時間較早，所以執行法院不



得將房屋交付予乙。乙如果有任何足以排除強制執行的權利(如所有權)，應依強制執行法第十五條提起第三人異議之訴。

- (二)丙持假扣押裁定的執行名義對同一房屋聲請強制執行。假扣押裁定，指債權人就金錢請求或得易為金錢請求之請求，欲保全強制執行，聲請法院所為的裁判(民事訴訟法第五百二十二條參照)。由此可知，其為金錢債權的保全執行。對於此種強制執行的競合應如何處理，討論如下。強制執行法第三十三條規定：「對於已開始實施強制執行之債務人財產，他債權人再聲請強制執行者，已實施執行行為之效力，於為聲請時及於該他債權人，應合併其執程序，並依前二條之規定辦理。」另外，強制執行法第一百三十三條規定：「因執行假扣押收取之金錢，及依分配程序應分配於假扣押債權人之金額，應提存之。」

由上述二規定可以得知，首先應依雙重執行的方法加以處理，意即執行法院無須重複查封，該查封效力會及於後聲請執行的債權人，接下來在換價程序時，執行法院不應將假扣押債權人應得之金錢分配，反而應提存之。因此，在本案中，執行法院不應將丙的債權額度分配與丙，而應提存。

- 三、某甲為具有我國及美國雙重國籍之現年十九歲年輕人，依美國法律，十八歲為成年。某甲今年與某乙公司訂立一部汽車之買賣契約。如某甲原為我國國民，其後因歸化而又取得美國國籍時，該買賣契約之效力如何？如某甲因出生而同時取得我國及美國國籍時，該買賣契約之效力如何？又如買賣契約在我國境內發生，其效力如何？(二十五分)

命題意旨	本題主要在測試各考生關於涉外民事法律適用法第一條「行為能力」及第廿五條「國籍積極衝突」之規定。
答題關鍵	考生於作題時千萬不要作到「開花」，是以，在作答本題時應先構思清楚，而不要立刻下筆作答，此為一也；本題之題型並不是屬於有標準答案之題型，是以，考生於作答時毋須緊張，仍須充滿信心地作答，此為二也；既然沒有標準答案，只要考生分析清楚/綱舉目張/條列分明，本題要得高分，應非難事。
參考資料	許展毓，國際私法，頁 4-14~4-17、5-6~5-8，高點出版。
命中事實	高點司法三等特考考場寶典第七題，頁 11-6~11-7，命中！

【擬答】

- (一)如某甲原為我國國民，其後因歸化而又取得美國國籍時，該買賣契約之效力如何？

該買賣契約若有效成立即須簽約當事人有完全之行為能力，而簽約之某甲簽約時是否具有行為能力，依我涉外民事法律適用法第一條第一項：「人之行為能力，依當事人之本國法。」而某甲之本國法(即某甲之國籍所屬國法)究為中華民國法或係美國法？端視雙方究依何國法而定其準據法(applicable law)？茲分析如下：

- 若雙方係依中華民國法而決定其準據法，則依中華民國涉外民事法律適用法第廿六條規定「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。」是以，某甲雖原為中華民國國民後取得美國國籍，依廿六條本文文義來看，於傳來國籍積極衝突(即異時衝突)時應適用「後取得國籍優先原則」，惟雙方係依中華民國法律而為判斷，依廿六條之但書規定，應依「內國國籍優先原則」而最後適用中華民國法律來判斷某甲是否具有行為能力。依中華民國民法第十條，某甲為十九歲為限制行為能力，不具完全行為能力，其買賣契約之效力未定。
- 若雙方係依美國法而決定其準據法，則端視美國法律於傳來之國籍積極衝突時究採何種原則來判斷應適用之本國法，若美國就傳來之國籍積極衝突所採之原則為「後國籍優先原則」，則本案應以美國法律來決定某甲之行為能力。若美國與我國同採「內國國籍優先原則」，則本案應以美國法律來決定某甲之行為能力。
- 若雙方係依第三國法而決定其準據法，則端視該第三國法律究採何種原則來判斷傳來國籍之積極衝突。若該第三國就傳來之國籍積極衝突係採「後國籍優先原則」時，則本案應以美國法律來決定某甲之行為能力。若該第三國亦採「內國國籍優先原則」，則所謂之內國，應係與法庭地國相同之本國法即為內國，是以，該第三國若採「內國國籍優先原則」，則應無此原則之適用。

- (二)如某甲因出生而同時取得我國及美國國籍時，該買賣契約之效有如何？

該買賣契約若有效成立即須簽約當事人有完全之行為能力，而簽約之某甲簽約時是否具有行為能力，依我涉外民事法律適用法第一條第一項：「人之行為能力，依當事人之本國法。」而某甲之本國法(即某甲之國籍所屬國法)究為中華民國法或係美國法？端視雙方究依何國法而定其準據法(applicable law)？茲分析如下：

- 若雙方係依中華民國法而決定其準據法，則依中華民國涉外民事法律適用法第廿六條規定「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。」是以，某甲出生而同時取得我國及美國國籍，依廿六條本文文義來看，於生來國籍積極衝突(即同時衝突)時應適用「關係最切原則」，即依某甲現在之住所、居所(質說)、主要財產所在地、營業地、家庭分子分布地、其他政治、經濟、社會(量說)關係最切之地而判斷何國為關係最切之國來判斷某甲是否具有行為能力。由於題示並未表明，何國為某甲關係最切之國，是以殊難判斷。設中華民國為某甲關係較切之國，某甲為限制行為能力人，其買賣契約之效力未定；但設美國為某甲關係較切之國，某甲為完全行為能力人，其買賣契約有效。
- 若雙方係依美國法而決定其準據法，則端視美國法律於生來之國籍積極衝突時究採何種原則來判斷應適用之本國法，若美國就生來之國籍積極衝突所採之原則亦為「關係最切原則」，則本案應先判斷何國為某甲關係最切之國，設中華民國



為某甲關係較切之國，某甲為限制行為能力人，其買賣契約之效力未定；但設美國為某甲關係較切之國，某甲為完全行為能力人，其買賣契約有效。

- 3.若雙方係依第三國法而決定其準據法，則端視該第三國法律究採何種原則來判斷國籍之生來積極衝突。若該第三國就生來之國籍積極衝突係採「關係最切原則」時，則本案應先判斷何國為某甲關係最切之國，設中華民國為某甲關係較切之國，某甲為限制行為能力人，其買賣契約之效力未定；但設美國為某甲關係較切之國，某甲為完全行為能力人，其買賣契約有效。

(三)如買賣契約在我國境內發生，其效力如何？

若買賣契約在我國境內發生，其情形應無差別，亦端視雙方究依何國法而定其準據法？

其分析應與上相同，但應另注意者為：若雙方最後依美國法而定其準據法，而美國法有與中華民國涉外民事法律適用法第一條第二項之相同規定者：「外國人依其本國法無行為能力，或僅有限制行為能力，而依中華民國法律有行為能力者，就其在中華民國之法律行為，視為有行為能力。」是以，具有雙重國籍之某甲，依中華民國法為限制行為能力人，而依美國法為有完全行為能力人，而該行為又於中華民國為之，是以，某甲於中華民國內所為之法律行為視為有行為能力人。

四、主要營業所設於美國加州之汽車製造商 A 公司，於加州與台灣買受人甲簽訂一部汽車買賣契約，汽車運抵台北後，甲某日開車上高速公路，因煞車失靈，撞上護欄受傷，乃向台北地方法院訴請 A 公司應負損害賠償責任。試問：台北地方法院應如何適用法律？(二十五分)

命題意旨	本題為基本題型，但為何今年會被命中，可能與今年華航空難有很大之關聯。
答題關鍵	只要掌握住相關法條(即第六條及第九條)應可迎刃而解。
參考資料	許展毓，國際私法，頁 7-7~7-10，高點出版。
命中事實	1.高點司法三等特考考場寶典，第十、十一題，頁 11-8~11-10，命中！ 2.本題概念與今年華航空難有關，詳參高點司法三等特考考場寶典第三題。

【擬答】

(一)涉外民事案件：

- 1.涉外案件：凡涉及「外國人」、「外國地」或「同時涉及外國人及外國地」之任一者即為涉外案件，即任一案件具有涉外因素(foreign elements)者，均稱之為涉外案件。本案商品製造地為美國、商品製造人及出賣人為美國人，其具有涉外因素且為涉外案件。
- 2.民事案件：本案係涉及民事損害賠償之請求，係為一民事案件(civil cases)。

(二)管轄權(jurisdiction)：

台北地方法院是否具有本案之管轄權，端視台北地方法院對本案之管轄是否有違當事人利益、公共利益，更甚者，台北地方法院之管轄是否有違實效性、合理性及便利性原則，若無，則台北地方法院對本案具有管轄權。

本案由台北地方法院管轄後，應不致於違反當事人利益、公共利益、實效性、合理性、便利性原則，是以，台北地方法院應具有管轄權。

(三)定性(qualification)：

- 1.定義：所謂「定性」，即為決定本案法律關係之性質，按任一案件，其將依不同國家之法律而有不同法律性質之認定，究應依何國法律而定其法律關係則依下述不同學說。
- 2.學說：定性之學說有「本案準據法說」、「法庭地法說」、「初步定性及次步定性說」及「分析比較法理說」等學說，而目前通說為「本案準據法說」，其理由並無邏輯上之必然，僅有適用上之方便。
- 3.本案由於於台北地方法院起訴，是以，依「法庭地法說」即依台北地方法院所認定之法律關係為準，即依法庭地法之法律而為法律關係之判斷。若依法庭地法之法律為判斷，即依中華民國之法律而認定本案之法律關係，本案之法律關係無非基於「契約關係」或係基於「侵權行為」而生之損害賠償，即言之，本案法律關係之請求權基礎應為「契約」或係「侵權行為」。

(四)連繫因素(connecting factors)：

- 1.定義：所謂「連繫因素」，即連繫涉外案件與準據法間之事實。
- 2.種類：連繫因素有下述四種類，與主體有關之連繫因素(「國籍」、「住居所」等)、與客體有關之連繫因素(「場所支配行為原則」、「物權依物之所在地法原則」等)、與行為有關之連繫因素、與意思表示有關之連繫因素。
- 3.本案之連繫因素應為「與意思表示有關之連繫因素」(契約)及「與行為有關之連繫因素」(侵權行為)，即行為地。

(五)準據法之選擇(Choice of law)：

- 1.契約：依涉外民事法律適用法第六條規定：「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。當事人意思不明時，同國籍者依其本國法。國籍不同者依行為地法。行為地不同者以發要約通知地為行為地。如相對人於承諾時不知其發要約通知地者，以要約人之住所地視為行為地。前項行為地如兼跟二國以上或不屬於任何國家時，依履行地法。」是以，若 A 公司與甲所簽訂之買賣契約若已約定準據法，則依雙方所相互約定之準據法，若雙方並無共同約定準據法，則依其共同之國籍(惟本案雙方似無共同國籍)，雙方若無共同國籍，則依行為地法(即共同簽約地法)，雙方共同簽約地於本案似為加州，是以，若雙方無共同約定之準據法時，似依加州州法為契約準據法。



2.侵權行為：依涉外民事法律適用法第九條規定：「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。」是以，本案侵權行為之準據法應為侵權行為地法，即中華民國法。

(六)準據法之適用：

- 1.準據法之適用方式有：單一適用、累積適用、併行適用、選擇適用。而本案關於契約之準據法適用方式應為單一適用，而關於侵權行為之準據法適用方式應為累積適用之方式。
- 2.本案尚須注意者本案由於因契約關係所生之損害賠償若當事人間並無約定準據法，則可能以加州州法為準據法，由於加州州法為外國法，是以，仍要考量涉外民事法律適用法第廿五條之規定。



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悉度。 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)：

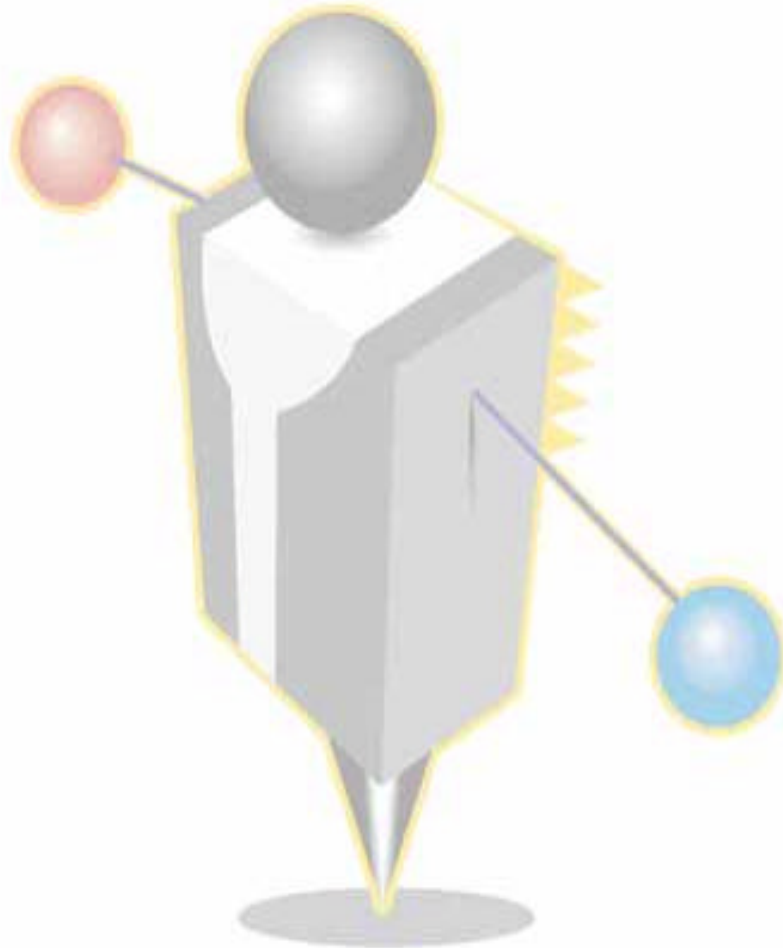
- 1.依涉外民事法律適用法第二十條：「監護，依受監護人之本國法，但在中華民國有住所或居所之外國人有左列情形之一者，其監護依中華民國法律；
 - (1)依受監護人之本國法，有應置監護人之原因而無人行使監護之職務者。
 - (2)受監護人在中華民國受標治產之宣告者。
- 2.本案吳憶樺於中華民國並無住所或居所，是以，其監護僅依其本國法(即依其國籍所在地法)。
- 3.惟吳憶樺之國籍為何，依涉外民事法律適用法第二十五條，關於國籍積極衝突之規定：「依本法應適用當事人本國法，而當事人有多數國籍時，其先後取得者，依其最後取得之國籍定其本國法。同時取得者，依其關係最切之國之法。但依中華民國國籍法，認為中華民國國民者，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