

《強執、國私》

一、甲執有乙(合夥)商店應給付貨款新台幣伍拾萬元之確定判決，主張乙商店已倒閉無財產可強制執行，提出管區警員證明，並以丙、丁、戊係乙商店合夥人，持該確定判決，聲請對丙強制執行，試附理由，析述下列各題：(未附理由者，不予計分)

(一)法院對於甲之聲請，可否准許？(五分)

(二)若丙主張乙非合夥人，而甲提出丁戊證明書主張其為合夥人。執行法院以丙既對是否為合夥人有爭執，裁定駁回甲強制執行之聲請時，甲可否依強制執行法第十四條之一第二項規定提起許可強制執行之訴？如可提起，應如何提起？(十分)

(三)如許可強制執行之訴，法院認丙非合夥人判決駁回原告之訴確定後，甲可否依民法第六百八十一條規定，訴請丙清償乙商店所欠之貨款？(十分)

參考資料：

(1)強制執行法第十四條之一：債務人對於債權人依第四條之二規定聲請強制執行，如主張非執行名義效力所及者，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。債權人依第四條之二規定聲請強制執行經執行法院裁定駁回者，得於裁定送達後十日之不變期間內，向執行法院對債務人提起許可執行之訴。

(2)民法第六百八十一條：合夥財產不足清償合夥之債務時，各合夥人對於不足之額，連帶負其責任。

【擬答】

(一)本題因某甲所取得之執行名義對乙合夥之確定判決，能否對丙執行，即涉及到有無強制執行法第四條之二適用之問題

1.依照「辦理強制執行事件應行注意事項」第二點(四)之規定「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。」

2.另院字第 918 號解釋亦有規定「來呈所述原確定判決，雖僅令合夥團體履行債務，但合夥財產不足清償時，自得對合夥人執行，合夥人如有爭議應另行起訴。」

3.由上可知，執行法院僅作形式上審查，倘若涉及到實體事項之判斷，則非執行法院所能審理之範圍，故如丙對於其是否為乙商店之合夥人無爭執時，法院自得准許其強制執行之聲請，但倘若有爭執時，則應依照下列方式解決之。

(二)許可執行之訴：

1.要件：

債權人與提起許可執行之訴，應符合下列要件：

(1)債權人依第四條之二規定聲請執行。

(2)須執行法院裁定駁回債權人之聲請。

(3)須於十日之不變期間內提起之。

2.本題：因此，甲若主張丙依強制執行法第四條之二，為執行力所及之人而提起強制執行之聲請者，且為法院所駁回，甲應於駁回後十日內，以丙為被告，向執行法院所屬之民事庭提起許可執行訴。

(三)甲不可依民法六八一條訴請丙負責：

1.可否依民法六八一條之規定向丙另訴主張，應視許可執行之訴之性質為何為斷。有學者見解，許可執行之訴係就執行名義之執行力是否及於債權人或債務人，而請求法院判決認定，性質上應屬「確認之訴」，惟因我國確認之訴，僅得以法律關係為訴訟標的，似難以執行名義之執行力是否及於債權人或債務人為訴訟標的，故應認係屬「給付之訴」。

2.因此，許可執行之訴已含有判斷丙是否為合夥人，並進而應負合夥人責任之關係，應有既判力。甲不可另訴請求丙就乙之債務負責。

二、試述執行法院就查封之不動產現況調查之事項、調查之方法及拒絕調查之處罰。(二十五分)

命題意旨	測驗考生對於不動產現況調查之規定。
答題關鍵	僅須就題目之問題依條文依序作答即可。
參考資料	1.成律師，強制執行法，P212 以下，高點。 2.高點強制執行法上課講義書，P216 以下。 3.高點強制執行法上課補充講義 L1，P3。

【擬答】

因查封不動產之實際狀況如何，是否債務人占有或第三人占有？第三人占有是否有占有權源？對拍定後之點交及物上負

擔之處理有莫大影響。以往查封物現況之調查，因於債務人或第三人之不配合，因此 85 年修法時，新增 § 77-1 規定。

(一)調查之事項(§ 77-1)

- 1.不動產之實際狀況，如房屋結構，是否有增建。
- 2.占有使用情形，債務人或第三人占有？占有權源為何？
- 3.其他權利關係，如抵押權、地上權是否存在？

(二)調查方法(§ 77-1)由執行法官或書記官

- 1.訊問債務人或占有之第三人。
- 2.命債務人或占有人提出相關文書，如租約等。
- 3.得開啟門鎖進入不動產(89 年 2 月新增之規定)

(三)罰則(§ 77-1)

1.對債務人

債務人於執行法院調查時，無正當理由拒絕陳述或提出文書，或為虛偽陳述或提出虛偽文書時，準用 § 22 規定，得加以拘提，或命供擔保，未能供擔保者得管收，亦得限制住居。

2.對第三人

(1)第三人如在執行法院調查時，有上述同債務人之妨礙調查之行為時，執行法院可以裁定處新台幣一萬伍仟元以下之罰鍰。

(2)對上述處罰裁定，第三人可提抗告，抗告中並應停止執行。

三、何謂「當事人意思自主原則」？此原則如何具體表現於我國國際私法規定中？又該原則與「私法自治原則」有無不同？請扼要說明之。(二十五分)

命題意旨	測驗考生對「當事人意思自主原則」之瞭解。
答題關鍵	就當事人意思自主原則之意義、法條表現亟欲私法自治之區別，分別論述即可。
參考資料	許展毓，國際私法，高點。

【擬答】

(一)當事人意思自主原則之成立與意義

1.當事人自主原則之成立

隨著科技之進步，增加了契約締結地、履行地之偶然性，故如將契約締結地或履行地視為與債權契約原則上最密切關連之場所，可能會過度僵化、固定並不完全妥當。基於契約關係為人與人間自由意思活動之產物，尊重當事人意思便格外重要。以當事人之意思為連繫因素來確定債權契約之準據法，便成為現今之趨勢。

2.當事人自主原則之意義

(1)劉老師：就特定涉外法律關係，法律允許當事人以合意選擇應適用法律時，係以當事人意思為連結因素，此種當事人得以合意選擇應適用法律之規定，稱之為當事人意思自主原則。

(2)馬老師：其可分為實體法上與國際私法上之引用。

①實體法上之引用為「契約當事人得以合意之事項，代替法律之任意規定。」

②國際私法之引用為「涉外案件應適用之法律(含強行規定任意規定)，依當事人的意思加以決定。」

(3)曾陳老師：當事人以自由意思決定所適法律之原則。

(二)我國現行規定之評析

1. § 6

其規定「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」。可知我國肯認當事人意思自主原則之適用，應係採意思主義中之相對主義，至於關於當事人意思所指為何，學說上有爭議

(1)甲說：

兼指明示及默示意思說。

①適用

如當事人無明示意思時，尚不得視為意思不明，應由法院適用最重要牽連主義，審查與契約有關之牽連事實，以一個合理商人所應選擇適用法律之意思作為當事人默示意思表示。

②理由

.一般法制上所謂當事人意思，兼指明示及默示之意思。

.如此較符合當事人自主原則之本旨，對當事人而言，比法院逕行適用第二項硬性定為公平合理。

(2)乙說

僅指明示之意思。

①主張

僅當事人有明文約定準據法之場合。如無明示之約定，則視為當事人意思不明。

②理由

如法院須探求當事人默示意思，以確定應適用之法律，對習慣於適用成文法硬性規則之大陸法系法官，恐適用上不便。

如雙方當事人均不同意法院發現之默示意思，則理論上難自圓其說。

默示意思與推定意思兩者界線難分，如必貫徹之，則第二項、第三項將難有適用之機會。

(三)與私法自治原則之不同：

1.意義及性質不同：

(1)當事人意思自主：旨在涉外法律關係，當事人自由決定適用何國之法律，包括該國之強行規定及任意規定。

(2)私法自治：指適用之法律已定，只是當事人得意合意取代「任意規定」，但仍不得牴觸強行規定。

2.二者之關係：

當事人意思自主原則再決定應適用何國之法律，仍可依私法自治及契約自由原則決定或變更其任意規定。

3.適用範圍不同：

(1)當事人意思自主：強行法及任意法皆有其適用，但僅限於涉外法律關係。

(2)私法自治：僅任意法得適用。

4.法律有變更時適用不同：

(1)當事人意思自主：適用現實有效之新法。

(2)私法自治：適用舊法。

四、中華民國人甲與美國女子乙結婚後，在美國德州生子丙，二人隨後移居台北。甲、乙辛苦將丙養大成人，並受完高等教育後(斯時丙已年滿二十三歲)，竟棄雙親於不顧，致甲、乙年老力衰無力維生，二人乃向台北地方法院提起丙應履行扶養義務之訴訟，問：台北地方法院應如何適用法律？(二十五分)

命題意旨	測驗考生對於國際私法關於扶養義務之規定。
答題關鍵	依國際私法實例題固定之答題方式作答即可。
參考資料	許展毓，國際私法，P310，高點。

【擬答】

(一)涉外私法案件：

1.本案乙為美國人，丙為乙之子女，牽涉外國人，為涉外案件。

2.本案為「扶養」之私法爭執。

3.故本案有涉外民事法律適用法之適用。

(二)管轄權：

本案之當事人甲、乙、丙皆於中國有住所，以實效、順從、合理原則，衡諸當事人之利益及公益，應認為我國法院有直接一般管轄權。

(三)定性：

1.定性之標準學說上有法庭地法說、本案準據法說、比較法說、初步及次步定性說以及新近之最重要牽連說。通說採法庭地法說，其理由不外為實際適用之便利。

2.因之本案依我國民法，應定性為「扶養義務」法律關係。

(四)準據法之選擇：

1.依我國涉外民事法律適用法第二十一條規定：「扶養之義務，依扶養義務之本國法。」惟學說解釋上，認為本條應排除夫妻間及親子間之扶養意義。

2.故本案準據法之選擇應以涉外民事法律適用法第十九條之規定：「父母子女間之法律關係，依父之本國法。」

3.因此，本案之準據法應為甲之本國法，即「中華民國法」。

(五)準據法之適用：

1.依中華民國民法第一一四條規定，直系血親互相間互負扶養義務。

2.依同法一一七條規定，受扶養義務者，以不能維持生活而無謀生能力者為限。前項無謀生能力之限制，於直系血親不適用之。

3.故如符合上開要件，法院應為甲、乙勝訴之判決。