

東海大學

法律學研究所

碩士論文

指導教授：高得潤博士

實務上非金錢請求權執行之問題研究
-以行為及不行為請求權之執行為中心-
Practice Research on Enforcement of Non-Monetary Claim
-Focusing on the Enforcement of Act and Non-Act Claim-

研究生：胡美嬌

中華民國 101 年 6 月 21 日

碩士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

碩士班研究生 胡美娟 君所提之論文：
竊盜上非金錢請求權判例之問題研究
—以刑法及民法請求權之判例為中心—

經本委員會審查並舉行口試，認為符合
碩士學位標準。

考試委員簽名處

梁松雄

高得周

鄭雲鵬

101 年 6 月 2 / 日

摘要

本文主要係在探討強制執行運作上就行為及不行為請求權之執行上之實務問題，蓋強制執行法為運用國家公權力以實現人民私法上權利之程序法規，其任務不僅要保障私權內容之實現，以表彰法律正義，同時亦應兼顧債務人、第三人合法權益及整體社會利益，俾以維護及促進國家之安定和諧，因此強制執程序在民事程序體系中，占有極為重要之地位。尤其在行為及不行為請求權之執行上，如何在輕重緩急及寬嚴得失之間，尋求執行方法之公平，利益之平衡，並在各個不同法院間取得執行方法之一致，避免債權人任擇法院，造成執行之不公。此不僅在辦理強制執行實務時，特顯其重要與迫切，亦為筆者撰寫本論文之目的。

本文主要分為五大章，第一章緒論旨在闡明本文之問題之所在。第二章強制執行法之基本概念首先界定強制執行法之意義、種類、性質與法律關係、主體與客體、強制執行之開始。第三章行為及不行為請求權之執行所探討者包括強制執行法第127條至129條等之內容以及有關行為及不行為請求權之救濟途徑。第四章實務問題之探討僅就較具爭議性之有關行為及不行為請求權之強制執行選出之實務數例為探討之對象。最後，第五章結論試圖提出修法之建議，以期我國強制執行法之制度更為完整，保障人民之權益更加健全。

目 錄

目 錄.....	1
第一章 緒論.....	4
第一節 問題之所在.....	4
第二節 研究範圍.....	8
第三節 研究方法.....	9
第二章 強制執行之基本概念.....	11
第一節 強制執行之意義.....	11
第二節 強制執行之種類.....	14
第一項 依金錢與非金錢債權之執行.....	14
第二項 依執行對象.....	15
第三項 依執行方法.....	16
第四項 依執行效果區分.....	17
第五項 依本來執行與代償執行.....	17
第六項 依執行範圍.....	18
第三節 強制執行之性質與法律關係.....	19
第一項 強制執行之性質.....	19
第二項 強制執行之法律關係.....	21
第四節 強制執行程序之主體與客體.....	22
第一項 強制執行程序之主體.....	22
第一款 執行機關.....	22
第二款 執行當事人.....	25
第二項 強制執行程序之客體.....	31
第五節 強制執行之開始.....	32
第一項 概述.....	32
第二項 債權人之聲請.....	32
第一款 聲請程序.....	33
第二款 執行機關對執行事件有管轄權.....	34
第三款 其他特別要件.....	34
第三章 行為及不行為請求權之執行.....	37
第一節 概說.....	37
第一項 行為及不行為請求權之意義.....	37
第二項 可代替行為與不可代替行為.....	37

第三項 執行方法	38
第一款 立法沿革	38
第二款 各國立法例	38
第三款 我國法制	42
第二節 關於行為請求權之執行	47
第一項 可代替行為請求權之執行	47
第一款 適用範圍	47
第二款 執行方法	48
第二項 不可代替行為請求權之執行	50
第一款 適用範圍	51
第二款 執行方法	52
第三款 命交出子女或被誘人之執行	56
第三節 關於不行為請求權之執行	59
第一項 不行為請求權之執行之意義	59
第二項 不行為請求權之種類	60
第一款 一次性不行為債務	60
第二款 反覆性不行為債務	60
第三款 繼續性不行為義務	60
第三項 執行方法	61
第一款 事先預防	61
第二款 現在違反之壓制	62
第四節 行為及不行為執行之救濟	65
第一項 聲請或聲明異議	66
第一款 聲請或聲明異議之意義	66
第二款 聲請或聲明異議之事由	67
第三款 聲請或聲明異議之程序	68
第二項 債務人及第三人異議之訴	72
第一款 債務人異議之訴	72
第二款 第三人異議之訴	73
第三項 其他之救濟程序	74
第四章 實務問題之探討	76
第一節 行為請求權執行之案例探討	76
案例一 合夥帳冊交付查閱之執行	76
案例二 以離婚判決書為執行名義，聲請交付子女之執行	79
案例三 請求返還股票之執行	82
案例四 交付股東會議事錄之執行	85
案例五 匯票簽署承兌之執行	87
案例六 辦理股票過戶之執行	89

案例七 執行名義係命債務人乙應清償第三人丙就座落某地號田地設定抵押權債權之執行..	93
案例八 債務人未經土地所有人即債權人同意，將廢棄物傾倒於其土地上之執行.....	95
案例九 債權人之耕地優先承租權之執行.....	97
案例十 債務人應將某戲院經營權交付標賣決定由當事人之何方經營，並以經營之利潤分配雙方之執行.....	99
第二節 不行為請求權執行之案例探討.....	101
案例一 甲應容忍乙在其土地上通行之執行.....	101
案例二 債權人請求禁止債務人製造、販賣、使用、陳列債權人享有專利權物品之假處分裁定之執行.....	104
案例三 未成年子女會面交往之執行.....	106
案例四 甲不得在乙公司以外之其他場所工作之執行.....	114
案例五 禁止董事行使職權之之執行.....	117
案例六 禁止乙在A部分土地建築房屋，同時乙經分割共有物判決確定取得該A部分土地所有權之執行.....	120
第三節 小結.....	123
第五章 結論.....	127

第一章 緒論

第一節 問題之所在

強制執行法為運用國家公權力以實現人民私法上權利之程序法規，其任務不僅要保障私權內容之實現，以表彰法律正義，同時亦應兼顧債務人、第三人合法權益及整體社會利益，俾以維護及促進國家之安定和諧，因此強制執程序在民事程序體系中，占有極為重要之地位。惟為貫徹強制執行實現私權之功能，其程序之運作是迅速直接的，效果是具體立現的，從開始實施強制執行，以迄執程序全部終結，整個過程中，每一方法之採用，每一步驟之進行，除須依循法令之規定外，並應注重公平性與妥當性，執行稍有偏失，決定容有欠周，處理速度的快慢緩急，方法採擇的優劣良窳，極易造成不易改變之結果和無法補救之缺憾，影響當事人或第三人之權益甚鉅，甚或引發執行人員法律上及行政上責任之爭議¹。

¹99.5.12 監察院調查雲林地院〔雲林地方法院 98 年有一件交付子女的案件，因執行人員未事先於執行前擬妥執行計畫並適當配置法警以應付突發狀況之需要，以致於執行當天（98 年 6 月 29 日）通知『雙方』到學校，直接強制執行交付子女時，因債務人為子女請假，規避執行，致執行不能，執行人員遂轉往債務人住處執行，遭遇村長帶領村民集結抗拒（辱罵債權人、陪同人員及社工人員、爆發群眾肢體衝突、子女趁勢逃離現場，研判躲藏村民民宅內），而執行人員對於衝突事件均消極以對，甚至一旁與村長聊天，亦未按實記明筆錄〕，本案經查發現雲林地院執行交付未成年子女事件，未能落實強制執行法相關規定辦理，關於雲林地院民事執行人員違失部分：（一）執行人員於兩造到院協商交付未成年子女時，未能制止債務人過激舉動，並採取必要隔離作

強制執行法於民國 29 年 1 月 19 日公布施行，至民國 100 年 6 月 29 日之最新修正為止，其間雖經多次修正並略有增訂，以應時代之變遷與事實之需要，然以有限之條文，畢竟無法涵括執行程序進行中所遭遇之各類法律上或方法技術上之疑義，為解決此一問題，司法院於民國 69 年 10 月 21 日，所頒布辦理強制執行事件應行注意事項，對於各項執行程序進行之細節，有較為詳細之指示，雖有助於執行實務之處理，惟亦僅就強制執行法上部分條文之規定，予以擇要性之補充，仍不足以因應複雜萬端強制執行實務問題之解決，又強制執行程序之運作，與當事人或第三人之利益息息相關，除應依循法令之規定外，每一方法步驟之採捨，均宜追求其公正與妥當；惟法令之解釋，

為，致無法完成協商交付子女，且書記官言語有欠謹慎，令陳訴人深覺受辱，核有疏失：1、執行人員既已事先知悉陳訴人獲發保護令，自應善盡防範之能事，配置法警以應付突發狀況之需要，且現場發生激烈衝突時，執行人員復未能適時予以制止或召警到場維持秩序，終致現場失控無法完成交付子女，核其處置應變顯有疏失。2、法院執行人員辦理交付子女案件，注意保持客觀立場並謹言慎行，避免當事人認為執行人員偏頗，斲傷執法公信。(二)執行人員未能審時度勢，於改採以直接強制方法取交債權人之執行方式後，竟於執行前通知債務人，且事前未能擬妥執行計畫，難辭疏誤之咎：1、雲林地院執行人員於執行前不當通知債務人。2、雲林地院執行人員於執行前未擬妥執行計畫。3、洽請警察機關提出警勤配置，包含現場指揮官、警力配置、封鎖線布置、蒐證、交通疏導及提供相關設施，必要時並與警察機關首長溝通實施強制力之方法及程度，進行沙盤推演。(三)雲林地院執行人員到達執行現場後，未依規定宣示執行決心，反而表示會尊重小孩決定，只有媽媽能帶，其他人不能動手，任陳訴人自行交涉溝通而袖手旁觀，且未能採取必要之直接強制作為將子女取交債權人，至現場發生激烈拉扯後，復未請警察協助排除執行障礙，終致執行失敗。對此司法院亦作出相對應措施：(1)司法院應以本案為鑑，強化各地方法院執行人員有關家庭暴力防治及強制交付子女在職訓練，以增進其工作職能。(2)司法院宜正視司法事務官於短期內不易累積辦理強制交付子女事件相關歷練之事實，並從速研具適切之因應措施，以符實需。目前司法院已於 100 年 10 月 1 日頒布『地方法院家事庭協助處理未成年子女交付及會面交往強制執行事件試辦計畫』，預計由家事庭與執行處共同處理現行交付子女或探視子女事件，先行試辦 2 年，再視執行結果，作為通盤檢討。

每因觀點之不同而有相異之結論，方法之採用亦可能因著力點之差別，有相反之評價；為追求迅速執行之效果，對於債務人或第三人之權益，則難期有周詳之保障。反之，為保障債務人或第三人之權益，則不免對執行程序之進行有所稽延，此消彼長，利弊互見。如何在輕重緩急及寬嚴得失之間，尋求執行方法之公平，利益之平衡，此不僅在辦理強制執行實務時，特顯其重要與迫切，實亦係任何從事法學研究與實務工作者，歷久以來所面臨的難題，亦是努力司法改革之方向。

強制執行之程序進行中，面臨法理原則適用之疑義，法律解釋之差異，及執行方法選擇之分歧情形甚多，例如判決主文記載：「被告應將合夥帳冊交付原告查閱」時，其執行方法究竟是依行為或不行為請求權之執行²？或是依物之交付請求權之執行³？不僅學說見解未

²依強制執行法第 127 條（可代替行為請求權之執行方法）：「依執行名義，債務人應為一定行為而不為者，執行法院得以債務人之費用，命第三人代為履行。前項費用，由執行法院酌定數額，命債務人預行支付或命債權人代為預納，必要時，並得命鑑定人鑑定其數額」。或是依強制執行法第 128 條（不可代替行為請求權之執行方法）：「依執行名義，債務人應為一定之行為，而其行為非他人所能代履行者，債務人不為履行時，執行法院得定債務人履行之期間。債務人不履行時，得處新臺幣三萬元以上三十萬元以下之怠金。其續經定期履行而仍不履行者，得再處怠金或管收之。前項規定，於夫妻同居之判決不適用之。執行名義，係命債務人交出子女或被誘人者，除適用第一項規定外，得用直接強制方式，將該子女或被誘人取交債權人。」或是依強制執行法第 129 條（不行為請求權之執行方法）：「執行名義係命債務人容忍他人之行為，或禁止債務人為一定之行為者，債務人不履行時，執行法院得處新臺幣三萬元以上三十萬元以下之怠金。其仍不履行時，得再處怠金或管收之。前項情形，於必要時，並得因債權人之聲請，以債務人之費用，除去其行為之結果。」

³依強制執行法第 123 條（交付動產之執行方法）：「執行名義係命債務人交付一定之動產而不交付者，執行法院得將該動產取交債權人。債務人應交付之物為書據、印章或其他相類之憑證而依前項規定執行無效果者，得準用第一百二十一條、第一百二十八條第一項之規定強制執行之。」

能一致，在實務上各法院處理方法亦未見統一，嚴重影響當事人之權益與法院執法之威信，究竟應如何斟酌損益、衡量得失，尋求其執行法理之平衡？誠為不可忽視之重要課題，然其平衡理想之實現，無一成不變之絕對標準可循，尤須針對各類不同的執行案件，予以彈性因應採捨。一個正確執行方法之選擇，攸關債權人權利之可否實現。另對債務人或第三人權利之侵害是否符合正當法律程序？亦因每一種執行方法，其發動之門檻，執行之程序不同，考量之因素皆有所不同，造成之結果當然也不同。此外，並應著重溝通與協調之技巧，增進當事人之信賴、瞭解與合作，方能圓滿完成執行任務。

本文之研究，擬探討在強制執行運作上就行為及不行為請求權之執行上之實務問題，期能在具體問題之分析中，尋求其平衡利益之方向兼及現有法令在適用上之缺憾與改進之方法；惟強制執行法實務上之問題，繁雜眾多，本文限於篇幅，無法一一列舉，僅其中較具爭議性或代表性之問題，作例示性之探討，期能拋磚引玉，提供執行實務之參酌。筆者雖努力有餘，卻才疏學淺見解未必妥當，尚祈各界批評與指教。

第二節 研究範圍

本文從實務上及各學說理論上試圖探討執行法院在執行行為及不行為制度上面臨著技術性、實務性問題之解決方法，並提出興革建議，作為日後修法立法之參考。爰此，本論文主要分為五大章，依說明重點如下：

第一章緒論

旨在闡明本文之問題之所在以及研究範圍與方法。

第二章強制執行法之基本概念

本文所探討為有關行為及不行為請求權之強制執行，包括強制執行法（以下簡稱本法）第 127 條至 129 條等之內容。惟在討論前，有必要就強制執行法之整體作一鳥瞰。首先界定強制執行法之意義，強制執行之種類、強制執行之性質與法律關係、強制執行程序之主體與客體、強制執行之開始以及彼此之間之法律關係。

第三章行為及不行為請求權之執行

本章開始先就行為及不行為請求權之意義與執行方法作介紹，其次分別就間接強制之代履行、怠金、拘提、管收之要件與執行程序，詳加介紹並討論其內容與爭議問題。另有關行為及不行為請求權之救濟途徑，因民國 96 年 12 月強制執行法修法加入司法事務官，而有不同於以往之救濟可能，此一部份學者見解不同，實務亦罕見爭訟之

例，本文將以現行強制執行法之觀點為基礎，找出最切合當事人救濟之途徑。

第四章實務問題之探討

僅就較具爭議性之有關行為及不行為請求權之強制執行選出之實務數例為探討之對象，諸等執行方法之區別標準為何？又區別實益何在？本文將試圖作一統整比較。以實際案例一一剖析、探討，以期能將執行時實際產生之執行問題，做個整理及脈絡性之延續。

第五章結論

最後綜合學者之研究意見與實務上之運作，就現行法之缺失與不合理之處，試圖提出修法之建議，以期我國強制執行法之制度更為完整，保障人民之權益更加健全。

第三節 研究方法

1、文獻探討法：透過國內有關強制執行制度法規，書籍、論文、期刊、案例、大法官會議解釋、高等法院法律座談會、最高法院、高院、地院判決、裁定、司法院辦理民事執行實務參考手冊及會議結果、研討意見、司法統計年報、交付子女或被誘人強制執行事件作業要點等之相關文獻進行比對分析、研究、探討。

2、歷史研究法：歷史之成因皆有其脈絡可循，強制執行法亦然，透過歷史之演進立法過程、背景等加以整理，作為日後強制執行法上

有關修法之過程，以探求真理。

3、歸納比較法：本論文以所得資料，將司法實務上的法院判決、判例與學說見解、理論蒐集後加以歸納、分析、判斷，據以融合貫通，並發現實務判決其推論過程之合理與否，對其結論提出相關意見，予以深究探討，提出個人淺見供實務及學界參考。



第二章 強制執行之基本概念

第一節 強制執行之意義

對於強制執行之學說定義論述不一，有認為強制執行係債權人依據執行名義，聲請執行機關，對債務人施以強制力，強制其履行債務，以滿足債權人私法上請求權之程序者⁴；亦有認為強制執行為國家機關經債權人之聲請，依據執行名義，使用國家之強制力，強制債務人履行債務，以實現債權人私權之程序者⁵。析其要素包括：

- 一、強制執行在滿足債權人私法上之請求權：此項私法上之請求權稱為「執行債權」。
- 二、強制執行係執行機關對債務人施予強制力，強制其履行債務：所謂施予強制力，即違反債務人之意思，強制其履行。此概念同時涉及「廣義強制執行」與「狹義強制執行」。民事訴訟依其判決內容可分為給付、確認與形成判決，確認判決或形成判決，債權人之權利因判決確定而獲得實現；給付判決中請求為一定之意思表示，於判決確定時視為已為意思表示（例如命出賣人辦理不動產所有權移轉登記之確定判決，由買受人單獨申請地政機關登記

⁴張登科，強制執行法（三民書局，2004年2月修訂版），頁1。

⁵楊與齡，強制執行法論（五南圖書出版公司，2001年9月修正11版），頁1。

即可)，均無須使用國家之強制力，因判決之效力而直接實現權利者稱為廣義之強制執行，至須以強制力實現請求權者則稱為狹義強制執行，亦稱固有強制執行。

三、強制執行應依執行名義為之：蓋強制執行之目的，在實現債權人私法上之請求權，若執行機關於強制執行之際，須判斷債權人私法上之請求權是否存在，難免影響執行程序之迅速，因此產生執行名義之制度，即判決機關與執行機關分離。債權人只須提出法律所定之執行名義，執行機關即應開始強制執行，毋庸審查執行名義所示之請求權是否確實存在，以確保執行之迅速，避免債務人對請求權是否存在故意為爭執，逃避執行。惟執行法院是否一概不能就實體事項為認定？

(一)、執行實務之運作

實務上採否定說⁶，蓋其認為強制執行事件係就已確定之權利，謀求實現之非訟事件，執行法院僅得依執行名義所確認之私權加以執行，並不得就實體事項加以審查認定。

(二)、依權利推定及證據法則為形式外觀審認

強制執行事件貴在迅速，判決機關與執行機關分離，故原

⁶台灣高等法院 86 年台抗字第 2923 號裁判：「執行機關並無實體審查權，不能逕自認定民事庭法院依職權審查之事項。」；台灣高等法院 76 年抗字第 592 號裁定：「以執行機關對實體事項無審查權為理由，而廢棄執行機關所為之執行裁定」。

則上不自行認定當事人間實體債權存在與否。然如該實體問題屬於強制程序本身所涉之實體事項，如本法第 4 條第 2 項之條件成就與否，已否提出對待給付等等⁷，執行法院應依權利推定及證據法則，做相當之審查認定；申言之，條件是否成就？期限是否屆至？乃至於有無提出對待給付？甚至支付命令是否合法送達？債權人應提出證明，必要時，執行法院應依職權調查，經執行法院認為已成就，已送達合法，始得開始強制執行。惟條件、期限、對待給付、合法送達是否已經屆至或已提供或已送達，執行法院僅得作形式審查，至於實體上兩造當事人如有爭執，則應另行起訴請求確認。惟此種絕對的形式審查理論，將加重民事庭之負擔，增加當事人主張權利過程之困擾，違背近代法治國家應盡量便利主張權利的基本思維。蓋絕對的形式審查理論，將本來可在取得執行名義的程序及有關執行程序進行中涉及的私權實體問題，推由另行提起民事訴訟程序為審理裁判，造成執行名義取得程序與權利確定程序之不必要分離，無端放棄擴大程序制度以解決紛爭之可能性，且在當事人實質上爭端已然發生之時，竟要求另開一訴訟程序，常造成法院及

⁷強制執行法第 4 條第 2 項：「執行名義附有條件、期限或須債權人提供擔保者，於條件成就、期限屆至或供擔保後，始得開始強制執行。執行名義有對待給付者，以債權人已為給付或已提出給付後，始得開始強制執行。」。

當事人在時間、勞力、費用上的額外負擔，而有害權利的迅速實現及訴訟經濟原則⁸。

本文以為關於執行程序所涉及之實體事項，如為進行執行程序所必要時，執行機關必須加以調查審認，以確保執行程序合法。例如債權人以支付命令及確定證明書為執行名義聲請強制執行時，債務人異議支付命令送達不合法，此時執行法院應調閱原聲請支付命令之卷宗，調查支付命令是否合法送達，如未合法送達，縱民事訴訟程序誤發支付命令確定證明書，仍不生支付命令確定證明書之效力⁹，此時執行法院應以債權人欠缺聲請強制執行之法定要件以裁定駁回債權人強制執行之聲請。

第二節 強制執行之種類

第一項 依金錢與非金錢債權之執行

一、金錢債權

由於係為滿足債權人之金錢債權，故就債務人所有之動產、不動

⁸黎文德，「從執行機關之實體審查權談誤封誤賣第三人財產之效力」，輔仁大學，第26期（2003年3月），頁110；楊建華，「執行機關就實體事項之審查權」，民事訴訟法問題研析（三）（1991年1月，自版），頁12以下。

⁹最高法院81年台抗字第114號判例：強制執行應依執行名義為之，執行法院對於執行名義是否有效成立，自應加以審查。未確定之支付命令，不備執行名義之要件，其執行名義尚未成立，執行法院不得據以強制執行，法院誤認未確定之裁判為確定，而依聲請付與確定證明書者，不生該裁判已確定之效力。執行法院就該裁判已否確定，仍得予以審查，不受該確定證明書之拘束。

產等，須經換價程序，以清償債權人之金錢債權。原則上，在對人的執行名義中，不限於以債務人之何項責任財產為換價清償，故債權人對於債務人之責任財產有選擇執行之請求權，不得由債務人任意以某特定財產提供執行；然對物之執行名義（通常為設定抵押權之情形），則只能就該物為執行，且對物之執行名義下，如執行後債權仍未獲滿足者，法院亦毋庸發給債權憑證。

二、 非金錢債權

請求債務人為非金錢債權之給付，包括物之交付及行為或不行為請求權之執行。前者如命債務人交付一定之動產或不動產；後者如命債務人拆除房屋。

第二項 依執行對象

一、 對人之執行

以債務人之身體或勞力為對象所為之執行，如對債務人為拘提管收，藉使其喪失自由以間接對債務人或其親友形成壓力自動履行債務等。

二、 對物之執行

以債務人之財產為對象所為之執行，如對債務人所有動產、不動產執行等。

第三項 依執行方法

一、 直接強制

係指執行名義之內容，依執行機關之執行行為直接獲得實現，毋庸債務人之協力。例如對於債務人之動產或不動產實施查封、拍賣，以其價金清償債權人之金錢債權或為滿足物之交付請求權，直接將物取交債權人等。

二、 間接強制

係指執行名義之內容，以拘提、管收、限制住居或處息金等間接方法，以對債務人之心理上施加壓力，促使債務人自動為給付。

三、 代替執行

指執行名義之內容，係由執行機關授權第三人或債權人，代債務人履行債務，並由債務人負擔履行費用以實現之。例如拆屋還地，為得代替行為請求權之執行，於債務人不自動履行時，得由第三人代為履行是。

四、 適用順序

間接強制因須壓制債務人之意思自由，與尊重個人意思自由之現代法治觀念不符，因此使用順序上應受限制，僅於無法依直接強制或代替執行時，始得依間接強制之方法執行之。實務上對財產之執行，以直接強制執行之方法最具效力，故就金錢債權或物之交付者，均採

直接強制。至於行為或不行為之請求權，因不適用於直接強制，故依其是否具有代替性（該行為是否可由第三人或債權人代為履行），而分為可替代者則依代替方式執行之，若不可替代者，採間接強制之方法執行之。

第四項 依執行效果區分

一、 終局執行

執行之結果使債權人滿足執行名義之請求權，亦稱為滿足執行。以金錢債權之強制執行程序而言，通常情形應會經歷三階段，即查封→換價→滿足，而終局執行則通常均會執行至滿足的階段，如確定判決、假執行裁判之執行是。

二、 保全執行

僅得保全其權利，而非滿足其權利，目的在於保全將來終局執行之執行。如假扣押、假處分之執行是。例外為定暫時狀態之假處分，其雖仍屬保全執行，然實際上卻造成終局執行所呈現之狀態。

第五項 依本來執行與代償執行

一、 本來執行

依執行名義之債務本旨執行，使債權人獲得合於債務本旨之給付。例如執行名義係命債務人應將合夥帳冊交付債權人查閱時，債務

人依債務本旨將合夥帳冊交付債權人查閱是。

二、 代償執行

指不問請求權之種類、內容，於執行中改為金錢給付之強制執行，以金錢給付代償原來之請求權。例如執行名義係命債務人遷讓房屋，於債務人不履行時，執行法院得命債務人賠償債權人之損害，以代替原定給付之執行，惟因賠償損害之數額，涉及實體法上之判斷，執行機關事實上難以估算，易生爭議，故民國 85 年修法時刪除此項規定。

第六項 依執行範圍

一、 個別執行

係指債權人為實現金錢債權，而以債務人個別之財產為對象，所為之強制執行。該執行之結果，僅債權人及參與分配債權人得受分配滿足其權利，強制執行法所定執行程序即為個別執行。

二、 一般執行

指所有債權人，以債務人之總財產為對象，所為總清算之執行程序，詳言之，即債務人之財產不能清償總債權人之債權時，為一舉解決所有債權人與債務人間之債權債務關係，所為之執行程序。破產法所定之破產程序即為一般執行。

第三節 強制執行之性質與法律關係

第一項 強制執行之性質

關於強制執行程序之性質學者向來有非訟事件說與訴訟事件說之爭，所影響者在於強制執行法遇有法規欠缺時，應如何處理之問題。採取非訟事件說者認為應準用非訟事件法；主張訴訟事件說者則認為應準用民事訴訟法。就執行機關之實體審查權而言，亦因採取非訟事件說與訴訟事件說而有所不同。晚近有學者採取訴訟事件與非訟事件交錯適用說，認為應依具體情況彈性準用非訟事件法或民事訴訟法，茲分述如下：

一、訴訟事件說

- (一) 強制執行程序，構造上有對立之當事人參與。
- (二) 強制執行之目的，係藉國家之公權力，解決當事人私法上之紛爭，以保護實體法上之權利，維護私法秩序，與民事訴訟法之構造及目的相同。
- (三) 強制執行法設有強制執行程序準用民事訴訟法之規定¹⁰，民事訴訟法應為強制執行有關程序方面之補充規定，此種規定自排除非訟事件法之適用或類推適用，故宜解為訴訟事件說為

¹⁰強制執行法第 30 條之 1：「強制執行程序，除本法有規定者外，準用民事訴訟法之規定」。

妥¹¹。

二、非訟事件說

- (一) 強制執行係以權利之事實的實現為目的，與民事訴訟程序基於判決，觀念的確定權利關係不同。
- (二) 強制執行程序因債權人之聲請開始後，執行法院不詢問債務人之意見，即依職權進程序，對立之當事人亦無繼續參與之必要，與民事訴訟程序不同。
- (三) 強制執行事件，係依執行名義執行，而不能審查其實體上權利之當否，屬於非訟事件性質。
- (四) 學者多數認為基於強制執行與裁判程序之目的不同，且強制執行係訴訟裁判後之行為，其目的在使私權得以實現，非在確定私權，與民事訴訟不同，故認為非訟事件說為通說¹²。

三、訴訟事件與非訟事件交錯適用說

- (一) 強制執行程序有利害關係相對立之當事人存在，亦有當事人之聲請、期日之參與、程序之保障，以及對於利害關係相對立之當事人為法律關係判斷之情形，其性質與訴訟事件相近。
- (二) 強制執行程序貴在迅速，故債權人聲請強制執行後，不詢問債

¹¹馬志錕，強制執行法之性質，司法通訊，第562期（1972年8月），第二版。

¹²陳計男，強制執行法釋論（元照出版，2002年8月初版），頁15；楊興齡，強制執行法論（五南圖書出版公司，2001年9月修正11版），頁13；林昇格，強制執行法理論與實務（台北：五南圖書出版公司，1983年7月初版）頁23；陳世榮，強制執行法詮釋（台北，國泰印書館有限公司，1988年7月修訂版），頁11。

務人即依職權實施程序執行，且執行中所為裁判不行言詞辯論，採職權探知主義，性質又與非訟事件相近，故兼有訴訟事件與非訟事件之性質¹³。

本文以為強制執行僅能依執行名義而為執行，不能審查執行名義之當否，故近於非訟事件，但於執行名義欠缺實質要件時（如執行名義之內容係給付違禁物或送達不合法），執行法院仍得依職權調查，關於執行程序所涉及之實體上事項，如為進行執行程序所必要時，執行機關必須加以調查審認，以確保執行程序合法，故兼有訴訟事件與非訟事件之性質，應以訴訟事件與非訟事件交錯適用說為妥。

第二項 強制執行之法律關係

強制執行之法律關係者，指強制執行程序中，執行機關與執行當事人間，以及執行當事人彼此間之法律關係而言。強制執行之主體為執行機關、債權人及債務人，執行事件無論是否具備合法要件，在執行主體間，均發生一定之法律關係。此種法律關係，亦可稱為法律上之地位。一面為債權人與債務人間之法律關係，其權利義務依執行名義內容決之，為執行關係；一面為債權人與執行機關間之法律關係，著重於強制執行權、執行程序之發動，債權人具備強制執行要件時，

¹³張登科，強制執行法（三民書局，2004年2月修訂版），頁9；楊建華，「執行機關就實體事項之審查權」，民事訴訟法問題研析（三）（1991年1月，自版），頁19。

即有強制執行請求權，執行機關亦有依其聲請而實施執行之義務，為聲請關係；另一面為執行機關與債務人間之法律關係，著重於執行實現過程之法律關係，為侵害關係，即執行機關應依法定程序，強制債務人履行義務¹⁴。

第四節 強制執行程序之主體與客體

第一項 強制執行程序之主體

強制執行之主體包含執行法院、債權人以及債務人。前者稱為執行機關，後者稱為執行當事人。

第一款 執行機關

所謂執行機關係指行使國家強制執行權之國家機關，亦即對債務人施以國家強制力，以實現確定私權內容而滿足債權人之國家司法機關。蓋近代國家，強制執行之主體屬於國家，強制執行權屬於國家民事司法權之一部，債權人僅有對國家聲請發動執行之強制執行請求權，故行使強制執行權之國家機關為執行機關，即我國地方法院之民事執行處¹⁵。

¹⁴陳計男，強制執行法釋論（元照出版，2002年8月初版），頁13；張登科，強制執行法（三民書局，2004年2月修訂版），頁10；楊與齡，強制執行法論（五南圖書出版公司，2001年9月修正11版），頁12；陳榮宗，強制執行法（三民書局股份有限公司，2000年11月二版），頁10；馬志鏞，強制執行法之性質，司法通訊，第562期（1972年8月），第二版。

¹⁵賴來焜，強制執行法總論（台北，元照出版有限公司，2007年10月初版）頁125。

一、執行機關之制度

在立法例上，依是否由不同執行機關分擔執行權能，可分為單元制與多元制，本法第 1 條：「民事強制執行事務，於地方法院及其分院設民事執行處辦理之。」及第 2 條：「民事執行處置法官或司法事務官、書記官及執達員，辦理執行事務」之規定，實務上係由第一審法院設民事執行處辦理，因僅由地方法院民事執行處職掌民事強制執行事務，可知我國民事執行機關採單元制。

二、執行機關之職務

依強制執行法第 3 條之規定¹⁶，執行「強制執行事件」之機關應可分為：

(一) 法官：因法院組織法規定¹⁷，增設司法事務官後，原則上係由司法事務官主導執行程序，法官退至第二線而居於指導地位。

(二) 司法事務官：民國 96 年 12 月 12 日修正強制執行法為配合法

¹⁶強制執行法第 3 條之規定：「強制執行事件，由法官或司法事務官命書記官督同執達員辦理之。本法所規定由法官辦理之事項，除拘提、管收外，均得由司法事務官辦理之。」

¹⁷法院組織法第 16 條：「地方法院設民事執行處，由法官或司法事務官辦理其事務」。法院組織法第 17 之 1 條：「地方法院設司法事務官室，置司法事務官，薦任第七職等至第九職等；司法事務官在二人以上者，置主任司法事務官，薦任第九職等至簡任第十職等。具律師執業資格者，擔任司法事務官期間，計入其律師執業年資」。法院組織法第 17 之 2 條：「司法事務官辦理下列事務：一、返還擔保金事件、調解程序事件、督促程序事件、保全程序事件、公示催告程序裁定事件、確定訴訟費用額事件。二、拘提、管收以外之強制執行事件。三、非訟事件法及其他法律所定之非訟事件。四、其他法律所定之事務。司法事務官得承法官之命，彙整起訴及答辯要旨，分析卷證資料，整理事實及法律疑義，並製作報告書。司法事務官辦理第一項各款事件之範圍及日期，由司法院定之」。

院組織法在增設司法事務官後，除拘提、管收事件以外之強制執行事務交由司法事務官處理，使其能獨立處理執行事務，而法官專心於審判實體事項，彼此分工，既能提升裁判品質，又能增加執行效率，節省司法資源¹⁸。故強制執行事件，係以司法事務官為主體，原則上得由司法事務官自行為之，亦可命書記官督同執達員為之。

(三) 執行書記官：執行書記官辦理執行事件，應受司法事務官之監督指揮，包含辦理執行事件之紀錄、公文書之製作、檔案之管理及其他交辦事項。

(四) 執達員：執達員辦理執行事件，應受配屬之司法事務官及書記官之監督指揮，並單獨辦理文件之送達及執行拘提管收，另與書記官督同辦理查封動產、不動產及拍賣動產、不動產。

(五) 錄事：錄事之配置為推行強制執行不可或缺之人員，其執行之職務多屬輔助性質，因民事執行處之書記官工作量繁重，比起一般民、刑事案件之紀錄書記官之工作更繁雜與瑣碎，故民事執行處常加配置錄事人員輔佐書記官處理執行事務。

¹⁸台灣臺中地方法院，「從桃、中、彰、南院交流談司法事務官功能之發揮」，司法週刊，第1484期（2010年3月25日），第三版；司法院「司法院檢討相關法規提升司法事務官效能」，司法週刊，第1485期，（2010年4月1日），第一版；台灣台中地院，「司法事務官辦理民事執行業務之成效」，司法週刊，第1564期（2011年10月13日）；台灣臺中地方法院，「調解業務概況與展望-以司法事務官承辦調解業務之效能為中心。上、下」，司法週刊，第1569、1570期（2011年11月17日，24日）。台灣臺中地方法院，「台中地院司法事務官辦理家事非訟事件之效能評估與展望」，司法週刊，第1545期（2011年6月3日）。

第二款 執行當事人

執行當事人係指於強制執行程序中之債權人（得請求強制執行者）與債務人（被請求強制執行者）。所謂債權人係為債權之主體，得依執行名義，請求執行機關對於債務人實施國家之強制力，以實現其私權者；所謂債務人即依執行名義，負有給付義務，應忍受執行機關實施國家強制力者。惟此所謂債權人與債務人，僅指執行程序上之名稱，與實體法上之債權人、債務人未必一致，例如：債權人對連帶債務人全體訴請給付，於判決確定後，僅對其中一人聲請強制執行者，亦僅該債務人為執行程序中之債務人。以下就當事人應具備之要件析述之：

一、執行當事人之確定

強制執行事件貴在迅速，判決機關與執行機關分離，執行名義之作成機關與執行名義之執行機關不同，故執行當事人之確定原則上應依執行名義之記載定之。於執行名義成立後，繼受執行名義所載當事人之地位者，亦得為執行債權人或債務人¹⁹。如執行名義未載明債權人及債務人，惟參酌執行名義之內容，可得確定其為債權人及債務人

¹⁹強制執行法第4條之2：「執行名義為確定終局判決者，除當事人外，對於左列之人亦有效力：一、訴訟繫屬後為當事人之繼受人及為當事人或其繼受人占有請求之標的物者。二、為他人而為原告或被告者之該他人及訴訟繫屬後為該他人之繼受人，及為該他人或其繼受人占有請求之標的物者。前項規定，於第四條第一項第二款至第六款規定之執行名義，準用之。」

時，亦得為強制執行之當事人²⁰。

二、執行當事人之能力

(一)、當事人之能力

強制執行程序之當事人，須有當事人能力。所謂當事人能力係指於強制執行程序中得為債權人與債務人之資格或地位者而言。有關當事人能力，本法並未明文規定，應準用民事訴訟法之規定²¹，故有訴訟當事人能力者，即有執行當事人能力。執行法院對執行當事人有無當事人能力，應依職權調查。

(二)、行為能力

於執行程序中，債權人與債務人須有執行行為能力，俾得充分維護自己之利益，本法關於執行行為能力，並未規定，自應準用民事訴訟法之規定²²，凡能獨立以法律行為負義務者，有執行行為能力，即有訴訟能力者，有執行行為能力。

三、執行當事人適格

指於特定之執行事件具有為債權人或債務人之資格。即於具體之執行名義，何人得聲請強制執行，對何人得實施強制執行。執行名義

²⁰陳計男，強制執行法釋論（元照出版，2002年8月初版），頁42。

²¹強制執行法第30條之1準用民事訴訟法第40條：「有權利能力者，有當事人能力。胎兒，關於其可享受之利益，有當事人能力。法人之團體，設有代表人或管理人者，有當事人能力。中央或地方機關，有當事人能力」。

²²強制執行法第30條之1準用民事訴訟法第45條：「能獨立以法律行為負義務者，有訴訟能力」。

之執行力為自己而存在者，具有聲請執行之適格；執行名義之執行力對自己而存在者，具有被執行之適格，因執行適格與被執行適格，繫於執行名義之執行力所及之人，故稱執行力之主觀範圍²³。強制執行，其當事人是否適格，執行法院應依執行名義之記載定之，除形式上所記載者外，尚包括實質上所指之人，且法院應依職權調查之，若其當事人不適格，應以裁定駁回強制執行之聲請。

四、執行當事人之擴張

按確定裁判之既判力及於訴訟繫屬後為當事人之繼受人，原則上，確定裁判之執行力自應及於訴訟繫屬後為當事人之繼受人²⁴，惟既判力之主觀範圍與執行力主觀範圍未必一致，執行名義中有具有既判力亦具有執行力者，如確定判決；亦有僅具執行力而無既判力者，如公證書。因此必須就執行力之主觀範圍另行規定。

學者通說認為應自其發生繼受之狀態為觀察，將繼受人之範圍分為兩種，其一為一般繼受人，另一為特定繼受人；所謂一般繼受人係指承受當事人之全部財產或一部特定財產，包括權利義務在法律上作

²³張登科，強制執行法（三民書局，2004年2月修訂版），頁81。強制執行法第4條之2：「執行名義為確定終局判決者，除當事人外，對於左列之人亦有效力：一、訴訟繫屬後為當事人之繼受人及為當事人或其繼受人占有請求之標的物者。二、為他人而為原告或被告者之該他人及訴訟繫屬後為該他人之繼受人，及為該他人或其繼受人占有請求之標的物者。前項規定，於第四條第一項第二款至第六款規定之執行名義，準用之」。

²⁴民事訴訟法第401條：「確定判決，除當事人外，對於訴訟繫屬後為當事人之繼受人者，及為當事人或其繼受人占有請求之標的物者，亦有效力。對於為他人而為原告或被告者之確定判決，對於該他人亦有效力。前二項之規定，於假執行之宣告準用之」。

為一體的，包括的移轉者而言，舉凡自然人死亡或法人合併而人格消滅，概括繼受該自然人或法人之權利義務者而言²⁵；所謂特定繼受人係指繼承或合併以外一切受讓訴訟標的之人，茲分別說明如下²⁶：

（一）訴訟標的如係對人關係：必須係繼受該訴訟標的之權利或義務之人始為特定繼受人，例如：債權讓與、債務承擔。

（二）訴訟標的如係對物關係：凡繼受該訴訟標的物之人，即為特定繼受人。例如：基於所有權請求交付所有物之確定判決，於訴訟繫屬後受讓所有物者，雖無受讓訴訟標的之義務，但因受讓訴訟標的物，故為原債務人之特定繼受人。又如係租期屆滿訴請交還房屋，有基於租賃契約之債權請求權，以及基於所有權之物權請求權者，兩者訴訟標的不同。出租人於房屋租期屆滿後，訴請交還房屋，承租人於訴訟繫屬後將房屋轉租他人者，如出租人係基於返還租賃物之債權請求權，則次承租人非特定繼受人。如係基於所有權之物權請求權，則次承租人係特定繼受人²⁷。但假設原告係基於所有權訴請交還房屋，訴

²⁵民法第 1148 條、第 1153 條規定仍以概括繼承有限責任為原則，故繼承債務仍為繼承之標的，僅係繼承人對於繼承債務僅以所得遺產為限負清償責任，亦即繼承人對於繼承債務僅負限定責任。

²⁶陳計男，強制執行法釋論（元照出版，2002 年 8 月初版），頁 50；張登科，強制執行法（三民書局，2004 年 2 月修訂版），頁 84；楊與齡，強制執行法論（五南圖書出版公司，2001 年 9 月修正 11 版），頁 134；賴來焜，強制執行法總論（台北，元照出版有限公司，2007 年 10 月初版），頁 195-197。

²⁷實務見解 61 台再 186 號判例：民事訴訟法第四百零一條第一項所謂繼受人，依本院三十三年上字第一五六七號判例意旨，包括因法律行為而受讓訴訟標的之特定繼承人在內。而所謂訴訟標的，係指為確定私權所主張或不認之法律關係，欲法院對之加以裁判者而言。至法律關係，乃法

訟繫屬後被告已遷走，新占有人與被告之間並無意思聯絡而占有該房屋時，新占有人是否為特定繼受人？

1.肯定說：該第三人之占有，從表面上觀之，非繼受債務人之權利義務關係，非屬既判力效力所及之特定繼受人，然查該第三人之占有事實，係因該訴訟標的物之房屋而生，債權人之目的，係排除他人對於該房屋之占有，滿足其回復所有權或回復原狀之請求權，從社會一般觀念以及訴訟經濟上言之，債權人因確定判決所得權利尚未滿足前，第三人之占有與債務人之占有有其同一性，應為確定判決執行力之效力所及，得對之強制執行²⁸。

2.否定說：新占有人與舊占有人間並無受讓關係，故新占有人並非舊占有人之特定繼受人²⁹。

3.折衷說：若債務人故意唆使第三人占有，該第三人不啻債務人之工具，仍視為債務人之占有；反之，若係不相干之第三人本於己意而無

律所定為權利主體之人，對於人或物所生之權利義務關係。惟所謂對人之關係與所謂對物之關係，則異其性質。前者係指依實體法規定為權利主體之人，得請求特定人為特定行為之權利義務關係，此種權利義務關係僅存在於特定之債權人與債務人之間，倘以此項對人之關係為訴訟標的，必繼受該法律關係中之權利或義務人始足當之，同法第二百五十四條第一項亦指此項特定繼受人而言。後者則指依實體法規定為權利主體之人，基於物權，對於某物得行使之權利關係而言，此種權利關係，具有對世效力與直接支配物之效力，如離標的物，其權利失所依據，倘以此項對物之關係為訴訟標的時，其所謂繼受人凡受讓標的物之人，均包括在內。本件訴訟既本於買賣契約請求辦理所有權移轉登記，自係以對人之債權關係為其訴訟標的，而訴外人某僅為受讓權利標的物之人，並未繼受該債權關係中之權利或義務，原確定判決之效力，自不及於訴外人某。

²⁸莊柏林，最新強制執行法論（台北，台笠出版社，1997年4月初版），頁26。

²⁹張登科，強制執行法（三民書局，2004年2月修訂版），頁70。

權占有，債務人不知情者，則應另行取得執行名義³⁰。

以上三說各有理由，本文以為否定說為宜，蓋債權人所以得以依原執行名義，轉用於繼受之第三人，不必另行取得執行名義者，乃因債權人已取得執行名義後，如未發生繼受之情形，即可基於執行名義強制執行，獲得給付利益，此項地位如得因債務人之繼受，輕易被推翻，而須另行取得執行名義，將使債務人得藉繼受以拖延執行，有損債權人之地位，故許對繼受人強制執行。惟如於無權占有之情形或新占有人與舊占有人間並無受讓關係者，新舊占有人之間並無繼受關係，自不生執行名義之轉用問題，除有強制執行法第 99 條之情形外³¹，須另行取得執行名義，始得對新占有人強制執行³²。

（三）執行力擴張之阻卻：執行力原則上雖可擴張及於特定繼受人之第三人，但該第三人基於實體法之規定應受保護者，可阻卻執行力之擴張。例如基於所有權訴請交還特定之動產，訴訟繫屬後被告將該特定動產轉賣善意之第三人，該第三人應受民法善意受讓之保護³³。

³⁰ 耿雲卿，實用強制執行法上冊（台北，五南圖書出版股份有限公司，1999 年 7 月初版）。頁 70。

³¹ 強制執行法第 99 條（不動產之點交）：「債務人應交出之不動產，現為債務人占有或於查封後為第三人占有者，執行法院應解除其占有，點交於買受人或承受人；如有拒絕交出或其他情事時，得請警察協助。第三人對其在查封前無權占有不爭執或其占有為前條第二項但書之情形者，前項規定亦適用之。依前二項規定點交後，原占有人復即占有該不動產者，執行法院得依聲請再解除其占有後點交之。前項執行程序，應徵執行費」。

³² 張登科，強制執行法（三民書局，2004 年 2 月修訂版），頁 85；楊與齡，強制執行法論（五南圖書出版公司，2001 年 9 月修正 11 版），頁 134。

³³ 主要為善意受讓之規定如民法第 759 條之 1、801 條、948 條。

第二項 強制執行程序之客體

強制執行之客體，因強制執行之內容而異。於物之交付請求權之強制執行，係以執行名義所示之特定物為執行客體，執行法院依債權人之聲請為強制執行時，僅須就執行之物與執行名義所示之物，形式認定是否為同一性即可。行為、不行為請求權之執行，並非以物為執行之客體，而係以債務人之行為本身為執行對象，以間接執行之方法，強制債務人為行為或不行為，此兩者其強制執行之客體均甚明確，並不發生如何認定強制執行客體範圍之問題。但於金錢債權之執行名義，僅命債務人為金錢給付，於債務人不履行而須強制執行時，究應以債務人之何種財產為執行客體？由此衍生出責任財產之觀念。所謂責任財產係指債務人財產中，得為強制執行客體之總稱，而責任財產之認定，為達迅速執行之目的，執行機關應以形式主義為調查認定之依據。亦即執行機關應依財產之外觀，認定是否屬於債務人之責任財產，無庸確實調查該財產實體上是否為債務人所有。

第五節 強制執行之開始

第一項 概述

所謂強制執行之開始係指執行機關為實現執行名義的內容，發生實行之效果，對債務人運用國家公權力予以強制力之時而言，重在強制执行程序之發動，而非強制執行行為之實施³⁴。而強制執行開始之原因分為：一、債權人之聲請。二、分期給付之聲請繼續執行³⁵。三、自助行為後聲請法院處理³⁶。四、依移送開始，指法院依職權所為之裁判得為強制執行者，移送執行法院執行而開始之执行程序而言。例如裁判法院將其依民事訴訟法科處罰鍰及命繳納訴訟費用之裁定，移送或囑託執行法院執行是。惟仍以債權人之聲請為發動原則，茲僅以債權人之聲請析述之。

第二項 債權人之聲請

強制執行在於實現私權，故應尊重債權人之意願，須基於債權人之聲請，始得開始強制執行。惟強制執行開始後，除法律另有規定外，

³⁴張登科，強制執行法（三民書局，2004年2月修訂版），頁106；楊與齡，強制執行法論（五南圖書出版公司，2001年9月修正11版），頁151；陳計男，強制執行法釋論（元照出版，2002年8月初版），頁131。

³⁵強制執行法第5條之1（分期給付執行之續行）：「債權人聲請強制執行之執行名義係命債務人分期給付者，於各期履行期屆至時，執行法院得經債權人之聲請，繼續執行之」。

³⁶強制執行法第5條之2（自助行為之辦理）：「有執行名義之債權人依民法第一百五十一條規定，自行拘束債務人之自由或押收其財產，而聲請法院處理者，依本法規定有關执行程序辦理之。前項情形，如債權人尚未聲請強制執行者，視為強制執行之聲請」。

執行機關應依法定程序職權進行，直至執行程序終結為止。

第一款 聲請程序

一、以書狀聲請：聲請執行程序，應以書狀表明本法所規定之事項，提出於執行機關³⁷。

二、繳納執行費：執行費之繳納係屬聲請強制執行法定要件之一，除法律有免徵執行費之規定外，均應依本法規定繳納之³⁸。如應繳納而未繳納者，執行法院應先定期限命其補正，逾期不補正，以欠缺聲請強制執行之法定要件，裁定駁回強制執行之聲請³⁹。

三、提出執行名義之證明文件⁴⁰：債權人之執行名義為強制執行機關

³⁷強制執行法第 5 條第 1、2 項（執行之開始）：「債權人聲請強制執行，應以書狀表明左列各款事項，提出於執行法院為之：一、當事人及法定代理人。二、請求實現之權利。書狀內宜記載執行之標的物、應為之執行行為或本法所定其他事項」。

³⁸強制執行法第 28 條之 2：「民事強制執行，其執行標的金額或價額未滿新臺幣五千元者，免徵執行費；新臺幣五千元以上者，每百元收七角，其畸零之數不滿百元者，以百元計算」。

³⁹強制執行法第 30 條之 1 準用民事訴訟法第 249 條第 1 項第 6 款：「原告之訴，有下列各款情形之一，法院應以裁定駁回之。但其情形可以補正者，審判長應定期間先命補正：六、起訴不合程式或不備其他要件者」。

⁴⁰強制執行法第 4 條：「強制執行，依左列執行名義為之：一、確定之終局判決。二、假扣押、假處分、假執行之裁判及其他依民事訴訟法得為強制執行之裁判。三、依民事訴訟法成立之和解或調解。四、依公證法規定得為強制執行之公證書。五、抵押權人或質權人，為拍賣抵押物或質物之聲請，經法院為許可強制執行之裁定者。六、其他依法律之規定，得為強制執行名義者。強制執行法第 6 條：「債權人聲請強制執行，應依左列規定，提出證明文件：一、依第四條第一項第一款聲請者，應提出判決正本並判決確定證明書或各審級之判決正本。二、依第四條第一項第二款聲請者，應提出裁判正本。三、依第四條第一項第三款聲請者，應提出筆錄正本。四、依第四條第一項第四款聲請者，應提出公證書。五、依第四條第一項第五款聲請者，應提出債權及抵押權或質權之證明文件及裁定正本。六、依第四條第一項第六款聲請者，應提出得為強制執行名義之證明文件。前項證明文件，未經提出者，執行法院應調閱卷宗。但受聲請之法院非係原第一審法院時，不在此限」。

賴以強制執行之憑證，此為強制執行之形式要件，其意旨在便於執行機關審查執行名義之執行力是否存在，並明瞭其內容。如債權人未提出適當之證明文件或執行事項、範圍發生疑義時，如執行名義係法院之裁判且受理聲請之法院係原第一審法院時，應調閱卷宗，而不得逕命債權人補正，於未補正時而駁回其聲請⁴¹。

第二款 執行機關對執行事件有管轄權

依本法第 7 條之規定⁴²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。應執行之標的物所在地或應為執行行為地不明者，由債務人之住、居所、公務所、事務所、營業所所在地之法院管轄。執行機關對於執行事件如無管轄權，則應以裁定移送於有管轄權之執行機關⁴³。

第三款 其他特別要件

債權人聲請強制執行，除應具備一般要件（如執行名義、繳納執

⁴¹強制執行法第 6 條：「債權人聲請強制執行，應依左列規定，提出證明文件：一、依第四條第一項第一款聲請者，應提出判決正本並判決確定證明書或各審級之判決正本…前項證明文件，未經提出者，執行法院應調閱卷宗。但受聲請之法院非係原第一審法院時，不在此限」。

⁴²強制執行法第 7 條：「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。應執行之標的物所在地或應為執行行為地不明者，由債務人之住、居所、公務所、事務所、營業所所在地之法院管轄。同一強制執行，數法院有管轄權者，債權人得向其中一法院聲請。受理強制執行事件之法院，須在他法院管轄區內為執行行為時，應囑託該他法院為之」。

⁴³依強制執行法第 30 條之 1 準用民事訴訟法第 28 條規定：「訴訟之全部或一部，法院認為無管轄權者，依原告聲請或依職權以裁定移送於其管轄法院」。

行費、具有執行當事人能力、執行行為能力及有管轄權)，尚須具備下列特別要件，始得開始強制執行，此等要件，法院應依職權調查，如有欠缺應限期命其補正，如不補正或不能補正，應駁回債權人強制執行之聲請⁴⁴：

一、執行名義附有條件

所謂執行名義附有條件，係指以下二種情形：（一）、執行名義所載之請求權附有條件，即當事人對於法律行為所附之條件。例如當事人雙方約定，債權人律師考試及格時，債務人應給付 5 萬元是。

（二）、執行名義本身附有條件，即執行名義成立時就其效力所加之限制。例如確定判決命原告向被告給付價金多少元後，被告應將某某不動產交付並辦理所有權移轉登記予原告。

二、執行名義附有期限

所謂執行名義附有期限，係指執行名義本身附有期限。例如定有履行期間之判決是。又此之所謂期限，乃指始期而言，如係終期屆至，係屬消滅債權人請求之事由，債務人得提起債務人異議之訴⁴⁵。執行

⁴⁴強制執行法第 4 條第 2 項：「執行名義附有條件、期限或須債權人提供擔保者，於條件成就、期限屆至或供擔保後，始得開始強制執行。執行名義有對待給付者，以債權人已為給付或已提出給付後，始得開始強制執行。」。

⁴⁵強制執行法第 14 條規定：「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。如以裁判為執行名義時，其為異議原因之事實發生在前訴訟言詞辯論終結後者，亦得主張之。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

名義附有期限者，於期限屆至後，始得開始強制執行。

三、執行名義須債權人提供擔保

執行名義須債權人提供擔保者，亦屬附有條件之一種執行名義。例如以提供擔保為假執行或假扣押之裁判是。此種執行名義，債權人已否提供擔保，可依提存書等文件認定，執行法院應為調查。

四、執行名義有對待給付

例如法院命原告同時為對待給付之判決是。執行名義須債權人提出對待給付者，債權人已否提出，執行法院應調查認定，故債權人須證明已為對待給付或已提出其給付，始得開始強制執行。其證明方法，本法未設限制，債權人向法院提存所提存之提存書或債務人之受領證書等均可，債權人亦可聲請執行法院詢問債務人，以資證明。

五、執行名義之送達

對債務人強制執行，應事先或同時送達執行名義，俾債務人明瞭債權人何以對其強制執行，以及強制執行之內容，並適時對強制執行採取適當之防禦措施。例如支付命令未合法送達，縱民事訴訟程序誤發支付命令確定證明書，仍不生支付命令確定證明書之效力。本法對執行名義之送達，雖未明文規定，亦應為相同之解釋⁴⁶。

制執行程序終結前提起異議之訴。依前二項規定起訴，如有多數得主張之異議原因事實，應一併主張之。其未一併主張者，不得再行提起異議之訴。」。

⁴⁶張登科，強制執行法（三民書局，2004年2月修訂版），頁103。最高法院81年台抗字第114號判例（參前揭註9）。

第三章 行為及不行為請求權之執行

第一節 概說

第一項 行為及不行為請求權之意義

所謂行為或不行為之請求權，係指債權人依據執行名義，得請求債務人為一定之行為或不為一定之行為者而言。前者係請求債務人為積極之行為，以「作為」為債務之標的稱為作為義務。例如債務人拆屋還地、遷讓房屋是。後者係請求債務人為消極之行為，以「不作為」為債務人之標的稱為不作為義務。例如行使通行權案件，請求債務人容忍債權人通行債務人一定土地之行為是。

第二項 可代替行為與不可代替行為

債務人之作為義務，依其行為之內容有無代替性，又可分為「可代替行為」與「不可代替行為」。前者指債務人行為之內容，具有可代替性，由債務人為之或由第三人代債務人為之，對債權人之經濟上或法律上效果並無不同，均無違債權人請求強制執行之目的者而言。例如前舉之拆屋還地。後者則指債務人之行為無可代替性，不可由第三人代為履行者而言。例如命債務人為一定表演、作畫。債務人之不作為義務，依其行為之內容，又可分為禁止債務人為積極行為以及應

不得妨礙債權人或第三人行為。前者例如禁止債務人為妨礙視野或表演之行為，後者例如前舉之行使通行權案件。⁴⁷

第三項 執行方法

第一款 立法沿革

行為或不行為請求權之執行，與金錢請求權之執行不同。後者得依直接強制之方法，對債務人之責任財產為強制執行。前者則不得依直接強制之方法為強制執行。故在法制之沿革上，有將債務人之原給付轉換為支付金錢，並依金錢請求權之執行方法，使債權人取得代償之金錢以滿足原來之行為或不行為請求權者，如羅馬法是。亦有直接強制債務人履行本來之義務者，如日爾曼法是。前者較能維持債務人之人格尊嚴，但可能使債權人之債權無法獲得完全實現；後者則正好完全相反。現代各國，均折衷兩者，而不偏採其一，原則上採間接執行或代替執行。

第二款 各國立法例

一、日本

日本行為或不行為請求權之執行規定於民事執行法第 171 條與 172 條，民事執行法第 171 條第 1 項規定：「對於民法第 414 條第 2

⁴⁷陳計男，強制執行法釋論（元照出版，2002 年 8 月初版），頁 624。

項正文或第 3 項⁴⁸所規定有關請求權之強制執行，由執行法院按照民法規定作出裁定之方法進行。」第 3 項：「執行法院作出本條第一項之決定時，應訊問債務人。」第 4 項：「在執行法院作出本條第 1 項之決定之情況下，根據聲請，命令債務人預先向債權人支付為進行其決定所列行為所必要之費用。」民事執行法第 172 條規定：「對於不能以前條第 1 項之強制執行之方法對作為或不作為強制執行，執行法院根據遲延之時間或者認為適當於一定期間內不履行時，為確保債務之履行而立即命令債務人向債權人支付認為適當之一定數額之金錢。如情況有變化時，執行法院根據聲請，可變更依前項規定所作出之決定。依前兩項規定作出決定時，執行法院應訊問聲請人。依本條第 1 項之規定命令支付金錢時，如債務人不履行其債務所產生之損失額超過支付額時，不妨礙債權人請求賠償其超過額。」由以上規定可知，日本實務操作上可代替行為與我國相同係依代履行之方法執行，不可代替行為與不行為則僅以金錢處罰，並無拘提或管收之規定，且其所處金錢，有命債務人支付一定數額之金錢予債權人，而不歸國庫。而我國與德國法制依間接強制之方法處怠金時，執行所得之金錢應歸國庫而非交債權人。另外日本雖無如我國強制執行法第 128 條第

⁴⁸日本民法第 414 條第 2、3 項：「債務性質不容許強制履行，其債務以作為為標的時，債權人得向法院請求，以債務人之費用，使第三人為之。但以法律行為為標的之債務，以不作為為標的之債務，得請求以債務人之費用，消除其所為者，得以並為將來作為適當處分。裁判代替債務人之意思表示。前三項規定，不妨礙損害賠償之請求。」。

2 項明文規定夫妻同居之判決，不適用第 1 項間接強制之規定，但實務上亦認為夫妻同居之義務不得為間接強制之對象，至於因債務人不履行不行為義務之結果，例如債務人應容忍債權人通行，而築牆阻之，此時日本民事執行法第 171 條規定與我國相同，得因債權人之聲請，以債務人之費用，除去其行為之結果。但交付子女或被誘人之部分則無明文規定其執行之方法⁴⁹。

二、德國

德國行為或不行為請求權之執行係規定於民事訴訟法第 887-890 條，我國之規定原則上係承繼德國法，故德國民事訴訟法第 887 條與本法 127 條相同，均規定可代替行為明示係採用代替執行即代履行之方法，不能使用直接強制或間接強制之方法執行。不可代替行為請求權之執行依德國民事訴訟法第 888 條規定即判處債務人罰金，罰金無法收取時，處以強制管收，或逕處以強制管收。至於夫妻同居之判決，不適用第 1 項間接強制之規定，亦明文規定於德國民事訴訟法第 888 條第 2 項，與本法 128 條相同。對於不行為請求權之執行依德國民事訴訟法第 890 條規定係明定債務人違反不行為或容忍債權人行為之義務者，得判處罰金或拘役，但應為相當之警告。與本法第 129 條之差別在於本法得先處怠金，其仍不履行時，得再處怠金或管收之，如

⁴⁹張登科，強制執行法（三民書局，2004 年 2 月修訂版），頁 560。

符合拘提之事由時，執行法院得依本法第 21 條規定拘提債務人。而德國僅得判處罰金或拘役，日本則以金錢處罰，並無拘提或管收之規定，亦無德國得判處拘役之規定。至於交付子女或被誘人之部分與日本同均無明文規定其執行之方法⁵⁰。

三、中國大陸

中共對於行為或不行為請求權之執行係規定於民事訴訟法第 231 條，其中可代替行為請求權之執行依民事訴訟法第 231 條前段規定「以判決、裁定和其他法律文書指定的行為，被執行人未按執行通知履行的，人民法院可以強制執行，或者委託有關單位或者其他人完成，費用由被執行人承擔」，其執行方法與本法第 127 條相同明示係採用代替執行即代履行之方法，不得以間接強制之方法強制執行。對於不可代替行為與不行為請求權之執行依民事訴訟法第 231 條得採間接執行方法即科處罰款或拘留，另外於民事訴訟法第 232 條後段規定「被執行人未按判決、裁定和其他法律文書指定的期間履行非金錢給付義務的，應當支付遲延履行金」，支付遲延履行金之規定為本法所無，但與日本民事執行法第 172 條規定類似，均係命債務人支付一定數額之金錢予債權人，而不歸國庫⁵¹。

⁵⁰張登科，強制執行法（三民書局，2004 年 2 月修訂版），頁 577。

⁵¹楊與齡，強制執行法論（五南圖書出版公司，2001 年 9 月修正 11 版），頁 897-898。

第三款 我國法制

我國強制執行法最早於民國 29 年 1 月 19 日制定，至民國 100 年 6 月 29 日之最新修正，歷經多次修正，對行為或不行為請求權之執行，其中可代替行為，係以債務人之費用，命第三人代為履行之代替執行方法強制執行，不得以間接強制之方法強制執行。不可代替行為或不行為義務之強制執行，則以拘提、管收或處怠金之間接強制方法，壓制債務人使不違反其義務，以及以代替行為除去債務人行為結果等方法強制執行⁵²。就交付子女或被誘人之部分已明文規定於第 128 條第 3 項，明示得採直接強制之方法將該子女或被誘人取交債權人，此為日本、德國與中國大陸法制所無之規定，以下僅就本法第 127 條-129 條規定簡述之：

一、第 127 條

第 127 條規定：「依執行名義，債務人應為一定行為而不為者，執行法院得以債務人之費用，命第三人代為履行。前項費用，由執行法院酌定數額，命債務人預行支付，必要時，並得命鑑定人鑑定其數額。」至民國 85 年 10 月 9 日修正時，於第 127 條第二項後段增訂「或命債權人代為預納」，蓋通常命債務人自動履行或預納費用，多置之

⁵²楊與齡，強制執行法論（五南圖書出版公司，2001 年 9 月修正 11 版），頁 735；張登科，強制執行法（三民書局，2004 年 2 月修訂版），頁 557。

不理，為免執执行程序拖延，得命債權人代為預納，亦可實現債權人執行之目的。嗣後債權人依本法第 29 條第 1 項確定其費用之數額裁定確定後，再另案請求對債務人之財產強制執行即可。

二、第 128 條

第 128 條規定：「依執行名義債務人應為一定之行為，而其行為非他人所能代為履行者，債務人不為履行時，執行法院得定債務履行之期間，及逾期不履行應賠償損害之數額，向債務人宣示或處或併處債務人以一千元以下之過怠金。前項規定，於夫妻同居之判決不適用之。執行名義係命債務人交出子女或被誘人者，除適用第一項規定外，得用直接強制方法，將該子女或被誘人取交債權人。」至民國 85 年 10 月 9 日修正時刪除「及逾期不履行應賠償損害之數額，向債務人宣示或處或併處債務人以一千元以下之過怠金。」並增訂「債務人不履行時，得拘提、管收之或處新台幣三萬元以上三十萬元以下之怠金。其續經定期履行而仍不履行者，得再處怠金。」及第 129 條之 1：「債務人應為第 128 條第 1 項及前條第 1 項之行為或不行為者，執行法院得通知有關機關為適當之協助」。其刪除之理由在於執行機關事實上難以估算賠償損害之數額，例如執行名義係命債務人遷讓房屋，於債務人不履行時，執行法院得命債務人賠償債權人之損害，以代替原定給付之執行，惟因賠償損害之數額，涉及實體法上之判斷，

執行機關事實上難以估算，易生爭議，故民國 85 年修法時刪除此項規定。另外最早於民國 29 年 1 月 19 日制定第 128 條不可代替行為請求權之執行時，僅以金錢處罰之方法執行，至民國 85 年 10 月 9 日修正時，才增訂得採拘提、管收之，並將過怠金名稱改為怠金且提高處怠金數額為新台幣三萬元以上三十萬元以下之怠金。又增訂得再處怠金之要件：「其續經定期履行而仍不履行者，得再處怠金。」探究其立法目的係對不履行義務之債務人改採拘提、管收或處怠金之間接執行方法，對債務人施以心理壓迫，間接促使其自動履行，期能貫徹執行之效果，而達實現債權人債權之目的。

惟於民國 100 年 6 月 29 日修正時，刪除債務人第 1 次不履行時得逕以拘提、管收之，必須續經定期履行而仍不履行時，始許執行法院於符合管收要件時，予以管收。至於拘提之規定則刪除而回歸總則之規定，於符合拘提之事由時，執行法院得依本法第 21 條規定拘提債務人。其立法目的在於為保障人權，債務人除未遵守執行命令履行其不可代替行為義務時，仍應符合本法有關管收之要件及其程序規定⁵³，始得予以管收，又管收係實現強制執行目的之最後方法，必須

⁵³強制執行法第 22 條第 5 項（管收要件及程序規定）：「債務人未依第一項命令提供相當擔保、遵期履行或無正當理由違反第二項限制住居命令者，執行法院得依債權人聲請或依職權管收債務人。但未經訊問債務人，並認非予管收，顯難進行強制執行程序者，不得為之。債務人經拘提、通知或自行到場，司法事務官於詢問後，認有前項事由，而有管收之必要者，應報請執行法院依前項規定辦理」。

謹慎為之，故必須續經定期履行而仍不履行時，始許執行法院於符合管收要件時，予以管收。

三、第 129 條

第 129 條規定：「執行名義係命債務人容忍他人之行為，或禁止債務人為一定之行為者，債務人不履行時，執行法院得拘提管收之，或處以一千元以下之過怠金，處過怠金時，並得因債權人聲請，命債務人提出相當之擔保。前項管收，準用第二十四條至第二十六條之規定。」不行為請求權之執行方法，最早於民國 29 年 1 月 19 日制定時，即採得以拘提管收之，與第 128 條不可代替行為請求權之執行僅以金錢處罰之方法不同。民國 34 年 5 月 16 日修正時，提高過怠金為一萬元，但於民國 37 年 12 月 31 日修正時又回復為一千元以下之過怠金，至民國 64 年 4 月 22 日修正時刪除「處過怠金時，並得因債權人聲請，命債務人提出相當之擔保」。並增訂「必要時，並得因債權人之聲請，以債務人之費用，除去其行為之結果。前項不行為債務，執行完畢後，債務人復行違反時，執行法院得依聲請續為執行。」刪除之理由在於債務人不履行時，執行法院得拘提管收之，或處以一千元以下之過怠金，即足以達執行之目的，毋庸再命債務人提出相當之擔保，至於增訂之理由，例如債務人應容忍債權人通行，而築牆阻擋之，執行法院採用處怠金或管收之執行方法，而債務人仍不拆除該牆時，

即無法達成執行之目的，故本法規定於必要時，得因債權人之聲請，以債務人之費用，除去其行為之結果，以保護債權人之利益。又債務人之不行為債務，執行完畢後，債務人再為違反時，乃係另一侵權行為，本應由債權人另行起訴，取得執行名義，始得再予強制執行，惟本法為使債權人之權益，能及時予以保護，並減少訟累，特規定債務人復行違反時，執行法院得依聲請再為執行。例如禁止債務人越界建築，強制拆除後，再行建築是。而於民國 85 年 10 月 9 日修正時，特將民國 64 年修正時增設之本條第 1 項末段改列為第 2 項：「前項情形，於必要時，並得因債權人之聲請，以債務人之費用，除去其行為之結果，原本條第 2 項改列為第 3 項：「依前項規定執行後，債務人復行違反時，執行法院得依聲請再為執行。」並再增訂「前項再為執行時，應徵執行費。」蓋其本係原執行程序終結後開始之另一執行程序，故聲請再為執行，應徵執行費，並由債務人負擔，以其公平。

另民國 85 年 10 月 9 日修正時，將過怠金名稱改為怠金且提高處怠金數額為新台幣三萬元以上三十萬元以下之怠金。並增訂「其仍不履行時，亦同」，即債務人經執行法院拘提、管收或處怠金後仍繼續違反者，不僅損害司法威信，亦使債權人之權利無從實現，故無須債權人之聲請，執行法院即得再拘提、管收或處怠金。同時刪除「第 1 項管收，準用第二十四條至第二十六條之規定。」使其回歸總則之規

定，毋庸於此重複規定，惟於民國 100 年 6 月 29 日修正時，刪除債務人第 1 次不履行時得逕以拘提、管收之，必須續經定期履行而仍不履行時，始許執行法院於符合管收要件時，予以管收。其修正理由與第 128 條同（詳見前述）。

第二節 關於行為請求權之執行

第一項 可代替行為請求權之執行

即債權人依執行名義，得請求債務人為一定行為，並由第三人代為履行者。亦即係採代替執行之方法，以實現債權人之權利⁵⁴。

第一款 適用範圍

債務人行為之內容，由債務人為之或由第三人代債務人為之，對債權人之經濟上或法律上效果並無不同者，其行為具有可代替性，惟債務人應為之行為是否具有可代替性，由執行法院就具體情形而為判斷。例如被害人因名譽被侵害而得請求加害人賠償非財產上損害及回復名譽適當處分之權利，依民法第 195 條第 1 項規定⁵⁵，對於侵害名

⁵⁴強制執行法第 127 條（可代替行為請求權之執行方法）：「依執行名義，債務人應為一定行為而不為者，執行法院得以債務人之費用，命第三人代為履行。前項費用，由執行法院酌定數額，命債務人預行支付或命債權人代為預納，必要時，並得命鑑定人鑑定其數額」。

⁵⁵民法第 195 條第 1 項：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分」。

譽加害人因此所生之有關「排除侵害」及「登報道歉」義務，性質上為一定之行為，係屬於可代替之行為⁵⁶，惟「登報道歉」義務，應分別情形而定，如係將一定之道歉文字刊載於新聞紙，以達對不特定人公開之目的者，為可代替行為，如須債務人親自為道歉之行為，則為不可代替行為⁵⁷⁵⁸。

第二款 執行方法

一、代履行

依執行名義，債務人應為一定行為而不為者，執行法院得以債務人之費用，命第三人代為履行，此為代履行之謂，其最大之特徵在於債務人缺乏對義務履行之積極參與，並且在規避債務人之反抗意志下

⁵⁶參照 100 年台抗字第 283 號裁判：按訴訟當事人死亡，除專屬於該當事人本身之權利義務者外，應由其繼承人承受訴訟，此觀民法第一千一百四十八條第一項及民事訴訟法第一百六十八條之規定自明。所謂專屬於當事人本身之義務，必以債務之履行與被繼承人之人格、技術或知識相結合之義務（例如音樂家或藝術家之作為義務）、以被繼承人之信用為基礎之義務（例如職務保證）或以被繼承人有一定親屬關係為基礎之債務（例如扶養義務）等類有關者為限。至於被害人因名譽被侵害而得請求加害人賠償非財產上損害及回復名譽適當處分之權利，依民法第一百九十五條第一項、第二項規定，因不得讓與或繼承，固專屬於被害人一身之權利，其行使與否？須尊重被害人之意思。但對於侵害名譽加害人因此所生之義務，則非專屬於加害人一身之義務，該項義務在加害人死亡後應由其繼承人繼承，俾被害人所受侵害之名譽仍可獲得救濟。蓋加害人所負之有關「排除侵害」及「登報道歉」義務，性質上為一定之行為，參照強制執行法第一百二十七條第一項規定，係屬於可代替之行為，自可成為繼承之標的。因此，被害人依民法第十八條第一項基於人格權保護之規定請求除去侵害，及依民法第一百九十五條第一項後段規定請求回復名譽之適當處分，其加害人所負之義務，既非專屬於一身之義務，在訴訟中加害人死亡時，即應由其繼承人承受訴訟。

⁵⁷陳世榮，強制執行法詮解（台北：國泰印書館有限公司，1988 年 7 月修訂版），頁 464。楊與齡，強制執行法論（五南圖書出版公司，2001 年 9 月修正 11 版），頁 737。

⁵⁸釋字 656，如判決之內容涉及債務人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，應屬不能執行。

進行，就事務外形之狀態予以物理上之直接變更，以圖實現義務之內容，依本法之規定，必須符合下列要件⁵⁹：

(一) 負有行為義務而不為，而其行為能由他人代為履行者

指債務人依執行名義，應為具有可代替性之一定行為而不履行者，執行法院得命第三人代債務人為之，以實現債權人之權利。

(二) 命第三人代為履行

債務人應為一定行為而不為，如其行為具有可代替性，不必強制債務人自行為之，得命第三人代為之，以實現債權人之權利。所謂命第三人代為履行，即執行法院以授權裁定使第三人代債務人實施特定之行為，執行法院所為之授權裁定之性質為執行處分及執行方法，依聲請或依職權為之均無不可，此授權裁定並非執行名義，因此對此裁定如有不服應聲明異議，不得抗告⁶⁰。授權裁定應具體表明應為之行為，至代為履行之人包括債權人在內，如執行法院未為指定，債權人得自行為之或自行選任第三人為之。

(三) 費用之預納

代替行為係以債務人之費用，由第三人代為履行，此項費用由執行法院酌定數額命債務人預行支付或命債權人代為預納，必要時並得

⁵⁹強制執行法第 127 條（可代替行為請求權之執行方法）：「依執行名義，債務人應為一定行為而不為者，執行法院得以債務人之費用，命第三人代為履行」。

⁶⁰楊與齡，強制執行法論（五南圖書出版公司，2001 年 9 月修正 11 版），頁 738；張登科，強制執行法（三民書局，2004 年 2 月修訂版），頁 557；實務見解：67 台抗 574。

命鑑定人鑑定其數額。執行法院命債務人預行支付者，應以裁定為之，此項裁定係執行名義，如債務人未依裁定預行支付費用者，得以該裁定，依一般金錢債權請求權之執行方法，對債務人之責任財產強制執行。如係命債權人代為預納者，於執行完畢後得聲請執行法院確定執行費用額，對債務人之責任財產強制執行取償。若債權人拒不預納者，得以裁定駁回其強制執行之聲請⁶¹。

二、代履行之例外

若原執行名義已載明：「債務人不交付實物，應按時價折付現金或應逕付現金若干。」，則執行法院應直接改依金錢債權請求權之執行方法對債務人之責任財產執行，不可依前述可代替行為請求權之執行方法強制執行⁶²。

第二項 不可代替行為請求權之執行

債權人依執行名義，得請求債務人為一定行為，而其行為非他人所能代為履行者，是不可代替行為請求權之執行，由執行法院依間接強制之方法，對債務人施以心理壓迫，促使其自動履行。

⁶¹強制執行法第 28 條之 1：「強制执行程序如有左列情形之一，致不能進行時，執行法院得以裁定駁回其強制執行之聲請，並於裁定確定後，撤銷已為之執行處分：一、債權人於執行程序中應為一定必要之行為，無正當理由而不為，經執行法院再定期限命為該行為，無正當理由逾期仍不為者。二、執行法院命債權人於相當期限內預納必要之執行費用而不預納者」。

⁶²法院辦理民事執行實務參考手冊第 369 頁。

第一款 適用範圍

不可代替行為，其給付內容之行為，以債務人本身之特別學識、技能、身分或資格為主要因素，不具代替性，在事實上或法律上不可能由第三人代為，或雖可能，但債權人在法律上或經濟上所得之效果，與債務人自己所為有異，例如命某歌星表演、某專家鑑定，係因債務人本身之特別學識、技能；命公司於股東名簿上記載記名股東之受讓人姓名、住址；命債務人提出帳冊，係因債務人之身分或資格。不可代替行為，應以間接強制之方法執行，但並非所有不可代替行為均得依間接強制之方法執行。下列行為雖屬不可代替行為，但不適於間接強制之對象⁶³：

- 一、強制債務人之意思，有違現代文化觀念者：例如夫妻同居義務、或輸血之義務。因此強制執行法第 128 條第 2 項特別明定夫妻同居之判決，不適用第 1 項間接強制之規定。
- 二、如壓制債務人之意思使為行為時，難以實現債務之本旨者：例如強制有特別知識或技能之債務人為著作、繪畫、或表演。蓋此項債務，債務人須基於自由意思，始能依債務本旨履行。
- 三、僅依債務人之意思無法實現者：債務人之實行給付需第三人協力，但無協力之預期者屬之。例如執行名義係命債務人於第三人

⁶³張登科，強制執行法（三民書局，2004 年 2 月修訂版），頁 559。

公司發行新股並交付債務人後，背書交付債權人。無第三人公司發行、交付新股之協力，債務人無從背書交付債權人。

四、債權人非有特別之設備，債務人不能履行者：例如須債權人有受電設備，債務人始能履行送電義務。

前述行為，因不得為間接強制行為，故於債務人不任意履行時，不能請求執行原來之請求，僅得基於債務人不履行請求損害賠償。

第二款 執行方法

一、定債務人履行債務之期間

指由執行法院就具體個案斟酌債務之性質，債務人之能力及債權人需要之緩急等情形所定債務人自動履行債務之相當期間而言。執行法院定債務人履行期間，係執行命令性質，應面告債務人或向其送達，使其知悉並了解逾期不履行之法律效果，以發生心理壓迫之效果。

二、處怠金

依執行名義，債務人應為一定之行為，而其行為非他人所能代履行者，債務人不為履行時，執行法院得處新臺幣三萬元以上三十萬元以下之怠金⁶⁴。由此可知處怠金係對不履行義務之債務人科處一定數額之金錢給付義務，限期履行，若債務人仍不依限履行，則對其強制

⁶⁴由於怠金之告戒已增加原執行名義（原來行為或不行為義務）所無之金錢給付義務，故此告戒之性質，已不純粹是事實行為中的觀念通知，而是具有直接發生法律效果之行政處分。

收取該金額，藉此造成心理上威嚇或負擔，以影響其履行義務之意志，間接促使其自動履行義務之執行方法。其性質並非處罰，而係以財物上之不利益使人屈服之手段，促使債務人履行，而非賠償債權人之損害，應與刑罰之「罰金」或行政秩序罰之「罰鍰」有所區別，故所處數額以可以促使債務人履行者為限。依本法規定其要件如下⁶⁵：

(一) 負有行為義務而不為，而其行為不能由他人代為履行者

指依執行名義，債務人應為之行為，非他人所能代為而不履行時，執行法院得處新臺幣三萬元以上三十萬元以下之怠金，促使債務人履行，以實現債權人之權利。怠金與代履行，除了手段本身性質不同外，其適用之範圍也有所不同。代履行乃適用於可由第三人作成之可代替性行為義務；怠金則適用於不可代替性之行為義務與不行為義務⁶⁶。故兩者適用範圍之區別在於該義務是否可由他人代為履行。此時產生一個問題？即若債務人不履行「可代替性行為義務」，執行法院可否處怠金？依前述本法之規定作文義解釋，似乎係採否定見解而無選擇適用之彈性⁶⁷。

⁶⁵強制執行法第 128 條：「依執行名義，債務人應為一定之行為，而其行為非他人所能代履行者，債務人不為履行時，執行法院得定債務人履行之期間。債務人不履行時，得處新臺幣三萬元以上三十萬元以下之怠金。其續經定期履行而仍不履行者，得再處怠金或管收之。」

⁶⁶強制執行法第 129 條：「執行名義係命債務人容忍他人之行為，或禁止債務人為一定之行為者，債務人不履行時，執行法院得處新臺幣三萬元以上三十萬元以下之怠金。其仍不履行時，得再處怠金或管收之。」

⁶⁷楊與齡，強制執行法論（五南圖書出版公司，2001 年 9 月修正 11 版），頁 737：依強制執行法第 127 條明示係採用代替執行方法，不能使用直接強制或間接強制之方法執行。

本文以為怠金在程度上係最間接之執行方法，對債務人權益之妨礙與代履行或直接強制間孰重孰輕？特別是債務人無力負擔龐大之代履行費用時，可依客觀情狀及債務人之財力先選擇科以怠金促其履行。且依比例原則中之必要性原則判斷，若兩者執行方法皆可促使債務人履行義務或達成與履行義務之同一狀態，且對債權人能否滿足其在法律上及經濟上之權益為具體客觀之觀察並無不利者，何不賦予執行法院彈性選擇之空間？如從執行效率觀之，當代履行費用甚為龐大時，科以小額之怠金，通常較能快速有效之地促使債務人履行義務。故建議應修法將其適用範圍擴及可代替行為義務，使怠金能用於所有義務違反之情形，而不限於不可代替性之行為義務，且不妨由執行機關依具體個案做出最有效之選擇適用，無法代履行時即採用怠金方法，實不宜限定過嚴，造成實際執行上之困擾。

（二）定債務人履行債務之期間

依本法規定，執行法院應先定履行之期間，通知債務人，促其自動履行，履行期間之長短，由執行法院就具體個案，斟酌債權之性質，履行之難易，債權人之損害等情形決定之，通知時並應告知債務人，如不於期限內履行時將受之處罰，以發生心理壓迫之效果。基於徹底發揮怠金之督促效果，於實務運作上，仍以在定履行期間中載明如不履行將受處罰之怠金數額為宜，故怠金之數額須為具體明確之數額，

若僅告知其最高額或最低額，則為違法。

（三）科處一定數額金錢

依本法規定，處以怠金之數額係介於新台幣三萬元以上三十萬元以下。亦即執行法院得在法定數額之範圍內，依債務人之財產狀態，反抗之強度及其存心之善惡等客觀地予以適當之判斷而為裁量，必以能達到心理上之強制為目的，惟最高上限三十萬究係反覆科處之總額或每次科處之上限？本文以為在法無明文之下，探究其立法目的係對不履行義務之債務人科處一定數額之金錢給付義務，限期履行，若債務人仍不依限履行，則對其強制收取該金額，藉此造成心理上威嚇或負擔，以影響其履行義務之意志，間接促使其自動履行義務之執行方法。故原則上該數額應係每次科處之上限。

惟該數額所定之下限三萬元以上是否妥適令人質疑，該規定似乎忽略實務上某些較輕微之案件，動輒科處三萬元下限之怠金，似嫌過重而有違比例原則，導致執行法院運用怠金之執行方法比例相當低。蓋執行案件種類繁雜，行為或不行為義務輕重不一，本法既賦予執行機關裁量權，建議可修法僅明定上限，以防執行法院恣意擴張，至於下限規定似可取消或放寬，或授權各執行法院自訂怠金標準而對外公告，將更符合比例原則之精神。

三、再處怠金

經處怠金後，仍不履行者，執行法院得再定履行期間，如仍不履行者，得再處怠金。此項再處怠金，得反覆為之，並無次數之限制，直至債務人履行為止，惟每次再處怠金前，均應定履行期間。

四、管收

為保障人權，債務人未遵守執行命令履行其不可代替行為義務時，仍應符合本法有關管收之要件及其程序規定⁶⁸，又管收係實現強制執行目的之最後方法，於管收前宜先處怠金以促債務人履行，續經定期履行而仍不履行時，始許執行法院於符合管收要件時，予以管收。

五、通知有關機關協助

債務人應為之不可代替行為，如須有關機關之協助，始能達成或維持執行之效果者，為實現債權人之權利，執行法院得通知有關機關為必要之協助⁶⁹。

第三款 命交出子女或被誘人之執行

本法最早於民國 29 年 1 月 19 日制定時，就交付子女或被誘人之部分已明文規定於本法第 128 條第 3 項：「執行名義係命債務人交出

⁶⁸強制執行法第 22 條第 5 項（管收要件及程序規定）：「債務人未依第一項命令提供相當擔保、遵期履行或無正當理由違反第二項限制住居命令者，執行法院得依債權人聲請或依職權管收債務人。但未經訊問債務人，並認非予管收，顯難進行強制執行程序者，不得為之。債務人經拘提、通知或自行到場，司法事務官於詢問後，認有前項事由，而有管收之必要者，應報請執行法院依前項規定辦理」。

⁶⁹強制執行法第 129 條之 1：「債務人應為第一百二十八條第一項及前條第一項之行為或不行為者，執行法院得通知有關機關為適當之協助」。

子女或被誘人者，除適用第一項規定外，得用直接強制方法，將該子女或被誘人取交債權人。」明示得採直接強制之方法將該子女或被誘人取交債權人，此為日本、德國與中國大陸法制所無之規定，至民國100年6月29日之最新修正時仍維持不變，所謂「子女」，指實施執行時尚未成年之子女而言。執行名義成立時雖未成年而實施強制執行時已成年者，除係被誘人外，不得再予執行。所謂「被誘人」，指被和誘或略誘之男女而言⁷⁰。依此規定，執行法院執行時，得依間接強制與直接強制兩種執行方法執行：

一、間接強制方法

執行名義係命債務人交出子女或被誘人者，債務人不為履行時，執行法院得定債務人履行之期間。債務人不履行時，得處新臺幣三萬元以上三十萬元以下之怠金。其續經定期履行而仍不履行者，得再處怠金或管收之。即適用本法第128條第1項之規定，以間接強制方法促其履行（詳見前述）。實務上執行交付子女或被誘人之案件，均係依照司法院於民國93年5月12日所發布之『交付子女或被誘人強制執行事件作業要點』，即法院於收案後，應迅速執行；依聲請狀之記載或執行名義之內容，債務人有可能偕同子女出境，顯有履行義務之

⁷⁰刑法第240條：「和誘未滿二十歲之男女，脫離家庭或其他有監督權之人者，處三年以下有期徒刑。和誘有配偶之人脫離家庭者，亦同。」刑法第241條：「略誘未滿二十歲之男女，脫離家庭或其他有監督權之人者，處一年以上七年以下有期徒刑。和誘未滿十六歲之男女，以略誘論。」

可能而故不履行者，得先函請內政部入出境管理局或行政院海岸巡防署限制未成年子女出境。接著發限期自動履行命令，命令中並告知逾期不履行應受之處罰（例如得處怠金或管收），如債務人未於期限內自動履行者，宜先通知兩造到場調解，調查債務人自動履行之可能性、何時自動履行、債權人之意見、子女之狀況（例如作息、背景、就學狀況）及其他必要事項等，以擬定適當之執行方法，必要時並通知有關機關為適當之協助，例如洽請子女就讀學校、兒童福利機關、少年福利機關或其他社會福利機關為適當之協助，實地瞭解債務人及其子女之狀況，予以適當之心理輔導，於必要時，得請求該等機關協助執行，以勸導債務人或子女配合履行。如債務人應交出之人已脫離其管領範圍或為其所藏匿，得由債權人登載報紙或其他懸賞使第三人報告，以便執行。

二、直接強制方法

執行名義命債務人交出子女或被誘人者，係以實現債權人身分上之權利為目的，該子女或被誘人在債務人控制下，難免失其身體或意思自由，故債務人不履行時，執行法院得用直接強制方法，將該子女或被誘人取交債權人，惟此種直接強制方法，難免損及該子女或被誘人之自由權利，須其所在明確，使用強制力，亦不違背其意思者，始得為之。原則上如債務人應交付之子女或被誘人有意思能力者，為尊

重其人格，宜採用間接強制方法，解除債務人之控制力，以恢復該子女或被誘人身體或意思之自由。但如其欠缺意思能力，或在債務人控制下喪失身體或意思自由者，則宜採直接強制方法執行之。惟無論採取何種執行方法，執行法院均應依具體情形謹慎為之，畢竟具多重屬性之子女或被誘人交付事件終局執行之方法，自與一般財產權僅關注在債權人應受到即時財產權益之保護及實現，而有所不同。

第三節 關於不行為請求權之執行

第一項 不行為請求權之執行之意義

所謂不行為請求權之執行，指執行法院依執行名義，實現債權人請求債務人容忍他人之行為，或禁止債務人為一定之行為之權利而為之執行而言。不行為債務，以債務人不為一定之行為為其內容，係以債務人之「不行為」或「容忍」為執行之標的。所謂容忍他人之行為，即債權人或第三人為行為時，債務人有容忍之義務，不得予以妨礙。例如容忍債權人或第三人通行某地，不予妨礙。所謂禁止債務人為一定之行為，則與債權人之行為無關，僅積極禁止債務人為一定之行為，例如競業之禁止、禁止越界建築。又不行為債務，債權人之債權，因債務人無一定之行為存在而處於滿足狀態，與債務人應為一定行為

債務，於履行期屆至時須債務人有履行之事實，始得滿足情形相反⁷¹。

第二項 不行為請求權之種類

第一款 一次性不行為債務

指債務人不得有任何違反義務之行為之債務。例如債務人不得洩漏債權人某項秘密。此種債務，債務人一旦違反，債權人之權利即歸消滅，既無事前預防之執行方法，亦無事後除去行為結果之實益，自無再予執行之餘地，債權人僅得另行訴請賠償，以為救濟。

第二款 反覆性不行為債務

指債務人每隔一定時間或不確定期間有不為一定行為之義務而言。例如每晚 10 以後，不得發出超過一定音量之噪音，或一定時間後不得營業。此種義務因係反覆發生，故債務人違反時，得予強制執行，以防止債務人再行違反。

第三款 繼續性不行為義務

係債務人在一定期間或永久不為一定行為而言。例如冬季不得妨害日照或採光或不得於某土地上建築。此種不行為債務之履行有繼續性，債務人如有違反，得予強制執行，以防止其繼續不履行債務。

⁷¹楊與齡，強制執行法論（五南圖書出版公司，2001 年 9 月修正 11 版），頁 748。

第三項 執行方法

第一款 事先預防

執行名義成立後，債務人未違反其義務前，可否先予以執行，以防止債務人違反其不行為之義務？

一、否定說：不行為義務，於債務人違反容忍或禁止之義務，亦即於債務人為積極行為時，始生債務不履行問題。在債務人為積極行為以前，債務人之義務在繼續履行中，自不得請求執行⁷²。

二、肯定說：如債務人之違反行為有高度危險性，或危險行為之危險重大且明顯，執行法院應非不得事先核發以債務人違反行為為條件之間接強制命令。如不許事先強制執行，則對於一次的不行為義務，將無從強制執行以達不行為請求之目的⁷³。

本文以為強制執行法之立法目的係站在比較保護債權人之立場而設計，畢竟債權人已經過漫長之訴訟程序，好不容易才拿到執行名義，當然希望強制執程序能迅速滿足其債權，在此立場上當然應採肯定說，惟在實際執行上有其實務上之困難度。蓋不行為債務，以債務人不為一定之行為為其內容，係以債務人之「不行為」或「容忍」為執行之標的。於債務人「不行為」或「容忍」時，即達其目的。債

⁷²楊與齡，強制執行法論（五南圖書出版公司，2001年9月修正11版），頁747。

⁷³張登科，強制執行法（三民書局，2004年2月修訂版），頁564。

務人既未違反義務，如何執行？除非修法明文規定事先預防之執行方法，否則在法無明文規定之下應採否定說為宜。

第二款 現在違反之壓制

債務人之不行為義務，在性質上具有不可代替性，故不行為請求權之執行，不問其內容或狀態如何，原則上採間接強制方法，使之履行，例外以直接強制方法除去其行為之結果。依此規定其執行方法先發限期自動履行命令，命債務人容忍或禁止某項行為，並宣示以後如仍不履行該債務，即予處三萬元以上三十萬元以下之怠金，使債務人心理上感受壓迫而自動履行義務，故債務人不履行不行為義務時，執行法院得科以金錢制裁，亦有制止債務人違反義務之效果，與不可代替行為請求權相同，皆係處怠金，經處怠金後，仍不履行時，得再處怠金或管收之，至科處怠金或管收之性質及應遵守程序等事項，與不可代替行為請求權之執行部分相同在此不贅述，僅就不同之執行方法論述如下⁷⁴：

一、除去違反行為之結果

債務人不履行不行為義務之結果，其違反狀態繼續存在，足以妨

⁷⁴強制執行法第 129 條（債務人未履行不作為義務之執行規定）：「執行名義係命債務人容忍他人之行為，或禁止債務人為一定之行為者，債務人不履行時，執行法院得處新臺幣三萬元以上三十萬元以下之怠金。其仍不履行時，得再處怠金或管收之。前項情形，於必要時，並得因債權人之聲請，以債務人之費用，除去其行為之結果。依前項規定執行後，債務人復行違反時，執行法院得依聲請再為執行。前項再為執行，應徵執行費。」

害債權人權利者，例如債務人應容忍債權人通行，而築牆阻擋之，執行法院採用處怠金或管收之執行方法，而債務人仍不拆除該牆時，即無法達成執行之目的。故本法規定於必要時，得因債權人之聲請，以債務人之費用，除去其行為之結果，以保護債權人之利益⁷⁵。又除去行為之結果，應屬可代替行為請求權之執行，應依本法第 127 條之規定，得限期命債務人自行除去，逾期不履行時，則依代履行之方法執行，依授權裁定，以債務人之費用，由債權人或第三人代為履行，恢復債務人違反義務前之狀態，即債權人原得通行之原狀，惟執行法院採取此項方法，須依債權人之聲請，不得依職權為之。又除去債務人違反不行為義務之結果，應否以在執行名義成立後始存在之「行為結果」為限？

一、肯定說：此說認為執行名義成立前已存在之「行為結果」可否除去，非執行法院所能判斷，須另行取得執行名義，故得以除去者，以執行名義成立後始存在之「行為結果」為限⁷⁶。

二、否定說⁷⁷：此說認為債務人不行為債務，因債務人之行為而不履

⁷⁵強制執行法第 129 條第 2 項規定：「於必要時，並得因債權人之聲請，以債務人之費用，除去其行為之結果。」

⁷⁶張登科，強制執行法（三民書局，2004 年 2 月修訂版），頁 566；陳世榮，強制執行法詮解（台北：國泰印書館有限公司，1988 年 7 月修訂版），頁 470。

⁷⁷楊與齡，強制執行法論（五南圖書出版公司，2001 年 9 月修正 11 版），頁 750；陳榮宗，強制執行法（台北：三民書局有限公司，1999 年 11 月四版 1 刷），頁 612。實務見解：[辦理強制執行事件應行注意事項](#) 68（二）本法第 129 條第 2 項規定，所稱「除去其行為之結果」，係指禁止債

行，而不行為請求權之強制執行，係滿足債權人之權利在債務人未為一定行為前之狀態，債務人執行名義成立前所為之行為，其結果未除去前，債權人之不行為請求權仍繼續處於不滿足之狀態，故除去債務人行為之結果，乃債務人履行其不行為義務，自無區分該「結果」何時發生之必要。

以上兩說，各有理由。按債權人請求除去債務人行為之結果之請求權，與執行名義所示之不行為請求權，係屬不同之請求。債權人原應另行起訴請求除去，於取得執行名義後，再依可代替行為請求權之代履行之執行方法強制執行。惟本法既規定債權人於必要時，得聲請除去債務人行為之結果，如因該結果發生在執行名義成立前，即認不得依本法規定除去，則債權人之權利即無法實現，亦減損本條規定之效果，故執行名義命債務人履行不行為義務者，雖未明白命債務人除去其在執行名義成立前違反義務行為所發生之結果，亦當然含有使債務人除去該結果之效力，始能達成執行之目的，使債權人之權利迅速實現，故應以否定說為宜⁷⁸。

二、除去行為結果之再為執行

債務人之不行為債務，執行完畢後，債務人再為違反時，乃係另

務人為一定行為之執行名義成立後存在之「行為之結果」而言；執行名義成立前發生者，亦包括在內。

⁷⁸最高法院 44 年台抗 6。

一侵權行為，本應由債權人另行起訴，取得執行名義，始得再予強制執行，惟本法為使債權人之權益，能及時予以保護，並減少訟累，特規定債務人復行違反時，執行法院得依聲請再為執行⁷⁹。例如禁止債務人越界建築，強制拆除後，再行建築是。此項再為執行，須依債權人聲請為之，且係原执行程序終結後開始之另一执行程序，故聲請再為執行，應徵執行費。並由債務人負擔，以其公平。

第四節 行為及不行為執行之救濟

「有權利，必有救濟」、「有救濟，斯為權利」，乃近代法治國家的重要原理之一。依憲法第 16 條規定，人民有訴願及訴訟之權，人民之自由權利受公權力之干涉者，無論該公權力之行使係在一般行政程序中，或在強制執行程序中為之，皆應有法律救濟途徑，始符合法治國家之要求。按強制執行係由國家執行機關以公權力，對個人之自由或財產加以干涉，影響個人權利至鉅，強制执行程序之開始雖係依債權人之聲請，惟一旦開啟強制执行程序，其後程序之進行均係以職權為之，而行為或不行為請求權之執行所採取之執行方法，無論係代履行、處怠金或管收，均屬對人民權益重大侵害之行為，如有違法或不當等情事，依前述意旨自應給予適當之救濟機會。關於行為或不行為

⁷⁹強制執行法第 129 條第 3 項特規定：「依前項規定執行後，債務人復行違反時，執行法院得依聲請再為執行」。

為請求權執行所生爭議之救濟問題，主要可分成違法執行與不當執行之救濟，所謂違法執行，係指執行機關違背強制執行法，有關執行機關行使國家公權力之形式、限度以及程序之規定。對此違法執行之救濟方法，係向執行法院聲請或聲明異議。所謂不當執行，係指執行機關之執行行為，依強制執行法之規定雖非違法，但執行結果卻與實體法之權利關係不符者而言。至不當執行，因係欠缺實體法上之權利，故其救濟方法，係由債務人提起異議之訴，或第三人提起第三人異議之訴。以下就行為或不行為請求權執行之救濟途徑析述之：

第一項 聲請或聲明異議

第一款 聲請或聲明異議之意義

聲請或聲明異議，又稱「執行異議」或「關於執行方法之異議」，係指對於強制執行之程序，有違法或不當之情事時，請求執行法院予以救濟之方法而言，乃係對於違法執行之救濟程序⁸⁰。本條之立法目的在於，執行法院之違法執行，應予當事人或利害關係人適當救濟之機會，始符合憲法保障人民訴訟權之意旨。

⁸⁰強制執行法第 12 條規定：「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，得於強制執行程序終結前，為聲請或聲明異議。但強制執行不因而停止。前項聲請及聲明異議，由執行法院裁定之。不服前項裁定者，得為抗告。」。

第二款 聲請或聲明異議之事由

當事人或利害關係人，對於強制執行之命令，或對於執行人員實施強制執行之方法，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。依本法之規定聲請或聲明異議之事由有下列四種：

一、對於執行機關強制執行之命令：指執行法院關於执行程序所發之各種命令。例如命債務人自動履行拆除房屋之行為義務、或命第三人代債務人履行特定之行為。

二、對於執行人員實施強制執行之方法：執行法院於強制執行時所使用之手段，通常係指可直接發生執行法上效果之行為。例如查封不動產應用揭示、封閉或追繳契據。惟執行法院強制執行之方法有可能僅為事實之處分者，例如查封，如認為違法，固應聲請或聲明異議。亦可能以裁定形式為執行方法，例如命債務人預付費用之裁定。如有不服，應聲明異議不得對之提起抗告⁸¹，蓋執行院所為之裁定既屬執行方法，如有不服，僅得聲明異議，不得逕行提起抗告。

三、對於強制執行應遵守之程序：係指執行法院實施強制執行行為時，依法律規定應遵守之程序者而言。例如執行法院對債務人管收之

⁸¹實務見解 67 年台抗字 574 號判例；楊與齡，強制執行法論（五南圖書出版公司，2001 年 9 月修正 11 版），頁 219。

前，須債務人未提供擔保、遵期履行或無正當理由違反限制住居命令或經處怠金後仍不履行時始得為之，且管收需遵守本法及刑事訴訟法有關管收之程序規定⁸²。

四、對於其他侵害利益之情事：本項為概括將定，係指除上述一至三情形外，任何違反強制執行法程序規定，侵害當事人或利害關係人權益之情事。例如無法定原因而延緩執行或執行超越執行名義所示之執行範圍。

第三款 聲請或聲明異議之程序

一、異議之主體：包括當事人及利害關係人，所謂當事人，即強制執行程序中之債權人與債務人，所謂利害關係人，指當事人以外其法律上之權益，因執行行為而受侵害之人，例如遷讓房屋，而房屋現為第三人占有，該第三人即為利害關係人。

二、異議之時期：應於強制執行程序開始後，終結前為之。例如交還土地之執行，則以執行法院解除債務人之占有，使歸債權人占有時，執行程序即為終結。但如可確定執行法院將實施違法之執行處分時，

⁸²強制執行法第 22 條第 5 項（管收要件及程序規定）：「債務人未依第一項命令提供相當擔保、遵期履行或無正當理由違反第二項限制住居命令者，執行法院得依債權人聲請或依職權管收債務人。但未經訊問債務人，並認非予管收，顯難進行強制執行程序者，不得為之。債務人經拘提、通知或自行到場，司法事務官於詢問後，認有前項事由，而有管收之必要者，應報請執行法院依前項規定辦理」。

應解為於實施前亦得聲明異議⁸³，執行程序若已終結，執行處分已無從撤銷或更正，其聲明異議已無實益，故不得對於業經終結之強制執行程序聲明異議。僅得對債權人提起不當得利、侵權行為損害賠償訴訟，如執行人員有故意或過失亦得請求國家賠償。

三、對異議之效果：當事人或利害關係人，雖然得於強制執行程序終結前，為聲請或聲明異議。但強制執行不因而停止。其立法目的在於防止當事人或利害關係人，利用聲請或聲明異議機會藉故拖延強制執行程序。故執行法院對於此等當事人或利害關係人，應以裁定處理，惟如執行法院以裁定駁回或有不服者，得為抗告，但抗告並無停止執行之效力。除當事人聲明願供擔保，請求停止執行，否則強制執行程序不停止⁸⁴。

四、執行法院對異議之處理：本法對於當事人聲請強制執行、聲請參與分配、對分配表異議程序，均規定應以書狀為之⁸⁵，惟對於聲請或

⁸³張登科，強制執行法（三民書局，2004年2月修訂版），頁150；但有反對說，楊與齡，強制執行法論（五南圖書出版公司，2001年9月修正11版），頁221；陳世榮，強制執行法詮解（台北：國泰印書館有限公司，1988年7月修訂版），頁134。

⁸⁴強制執行法第18條：「強制執行程序開始後，除法律另有規定外，不停止執行。有回復原狀之聲請，或提起再審或異議之訴，或對於和解為繼續審判之請求，或提起宣告調解無效之訴、撤銷調解之訴，或對於許可強制執行之裁定提起抗告時，法院因必要情形或依聲請定相當並確實之擔保，得為停止強制執行之裁定」。

⁸⁵強制執行法第5條：「債權人聲請強制執行，應以「書狀」表明左列各款事項，提出於執行法院為之：一、當事人及法定代理人。二、請求實現之權利。書狀內宜記載執行之標的物、應為之執行行為或本法所定其他事項」。強制執行法第32條：「他債權人參與分配者，應於標的物拍賣、變賣終結或依法交債權人承受之日一日前，其不經拍賣或變賣者，應於當次分配表作成之日一日

聲明異議之方式並未規定，故言詞或書面均無不可，但如以言詞表示應在書記官面前以言詞為之⁸⁶，由書記官製作筆錄，並在筆錄上簽名，再交由司法事務官處理。且司法事務官對於當事人或利害關係人之聲請或聲明異議，應依一定規定辦理，並應以裁定為之，不可依其他方式處理。無論當事人或利害關係人係以異議或抗告之方式表示不服，均應由司法事務官依法先為處理，如認為有理由，則應撤銷或更正先前之處分行為，如認無理由則移送民事庭法官裁駁，一旦民事庭法官認為有理由者，應為適當之裁定，若無理由則應以裁定駁回之，當事人如有不服則向本院提起抗告，移送抗告法院即高等法院。

有問題者，如司法事務官認為異議不合法應如何處理？因民事訴訟法第 240 條之 4 僅規定有理由與無理由部分，對於異議不合法部分則漏未規定⁸⁷，有認為所謂無理由者，係指聲請理由不成立者而言，是而聲請或聲明異議不合法、有理由皆應由司法事務官自行審查准

前，以「書狀」聲明之」。強制執行法第 39 條：「債權人或債務人對於分配表所載各債權人之債權或分配金額有不同意者，應於分配期日一日前，向執行法院提出「書狀」，聲明異議」。

⁸⁶強制執行法第 30 條之 1 準用民事訴訟法第 122 條：「於言詞辯論外，關於訴訟所為之聲明或陳述，除依本法應用書狀者外，得於法院書記官前以言詞為之。前項情形，法院書記官應作筆錄，並於筆錄內簽名」。

⁸⁷民事訴訟法第 240-3：「司法事務官處理事件所為之處分，與法院所為者有同一之效力」；民事訴訟法第 240-4：「當事人對於司法事務官處理事件所為之終局處分，得於處分送達後十日之不變期間內，以書狀向司法事務官提出異議。但支付命令之異議仍適用第五百十八條及第五百十九條之規定。司法事務官認前項異議有理由時，應另為適當之處分；認異議為無理由者，應送請法院裁定之。法院認第一項之異議為有理由時，應為適當之裁定；認異議為無理由者，應以裁定駁回之。前項裁定，應敘明理由，並送達於當事人」。

駁，或為必要之處理。一部有理由部分，自行更正或撤銷之，一部無理由部分送民事庭法官裁駁，如兩者不可分者，則全部送民事庭法官裁駁。另有謂聲請或聲明異議不合法，雖民事訴訟法第 240 條之 4 未規定應送民事庭法官審查，但舉重以明輕，無理由既須送民事庭法官審查認定，不合法更應送民事庭法官審查認定，至於一部有理由一部無理由部分，既然法無明文，應視為全部無理由，一律送由民事庭法官處理，俾以使人民權利有所保障⁸⁸。

本文以為宜採前者，基於先程序後實體之審查原則，所謂程序審查，係指就聲請或聲明異議之提起，先審查其是否符合法律程式或程序要件，例如異議期間是否逾期、是否於執行程序終結前為之，經審查如認不合法律規定又不能補正，即屬不合法。惟為保障當事人或利害關係人之權利，司法事務官認為不合法之聲請或聲明異議之案件，仍應以裁定駁回，當事人或利害關係人如不服該裁定得聲明異議救濟之，進而可由民事庭法官審查，司法事務官之處置是否妥當，一方面人民之權利獲得救濟，另一方面先由司法事務官審查亦可減輕上級機關之負擔，避免浪費司法資源。至於一部有理由一部無理由部分，應

⁸⁸參照臺灣高等法院暨所屬法院 99 年法律座談會民事類提案第 37 號：法律問題：當事人對司法事務官所為支付命令以外之終局處分不服，提出異議，司法事務官認其異議有不合法事由時，得否逕予裁定駁回異議？審查意見：採甲說。甲說：異議之性質與抗告類似，故準用有關抗告之規定，依民事訴訟法第 495 條之 1 準用第 442 條之規定，司法事務官認異議不合法者，得逕以裁定駁回。

先視司法事務官之處分行為是否可分？例如就拆屋還地案件，債權人就其所支出之執行費用聲請確定執行費用額，司法事務官確定執行費用額裁定為二十萬元，債務人認為太高，僅就超過十萬元部分聲明異議，此時應認為兩者不可分，司法事務官如認為異議無理由時應全部送民事庭法官裁駁。

第二項 債務人及第三人異議之訴

第一款 債務人異議之訴

債務人異議之訴，指債務人主張執行名義所示之請求權，與債權人在實體法上之權利現狀不符，請求以判決排除執行名義之執行力為目的之訴訟而言。蓋執行法院應依執行名義實施強制執行，以實現債權人之權利，但對於當事人間實體法之權利是否存在，不能審查認定。若執行名義所表彰之權利，自始未成立或已發生消滅或妨礙之事由，執行法院仍依債權人之聲請實施強制執行者，在程序上雖屬合法，在實體法上則使債務人蒙受損失，自屬不當執行，蓋在性質上強制執行程序為非訟事件，執行法院並不審查實體法上權利義務，僅從程序、形式、外觀判斷執行名義所示之請求權是否存在，難免與事實上之權利義務有所差異，故債務人對於執行名義有提起異議之訴之事由存在，而債權人聲請為強制執行者，執行法院不得逕行駁回，而應

由債務人提起異議之訴，以求救濟⁸⁹。但如無停止強制執行進行之事由⁹⁰，原則上強制執行程序並不停止。

第二款 第三人異議之訴

第三人就執行標的物有足以排除強制執行之權利，請求法院為不許對該物實施強制執行之訴訟而言，所謂第三人就執行標的物有足以排除強制執行之權利，係指對於執行標的物有所有權、典權、留置權、質權存在情形之一者而言⁹¹，惟並不以判例所示者為限，應指第三人就標的物具有一定之權利，因強制執行而受損害，而第三人在法律上並無忍受侵害之理由而言。蓋強制執行重在迅速，就執行標的物是否為債務人所有，僅須以財產外觀為認定之原則，如此當然無法避免因外觀之事實與實體之事實不一致，致對第三人之財產為強制執行之危險，此種對第三人之財產所為之強制執行因執行機關已據外觀事實而

⁸⁹強制執行法第 14 條規定：「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。如以裁判為執行名義時，其為異議原因之事實發生在前訴訟言詞辯論終結後者，亦得主張之。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。依前二項規定起訴，如有多數得主張之異議原因事實，應一併主張之。其未一併主張者，不得再行提起異議之訴」。

⁹⁰強制執行法第 18 條：「強制執行程序開始後，除法律另有規定外，不停止執行。有回復原狀之聲請，或提起再審或異議之訴，或對於和解為繼續審判之請求，或提起宣告調解無效之訴、撤銷調解之訴，或對於許可強制執行之裁定提起抗告時，法院因必要情形或依聲請定相當並確實之擔保，得為停止強制執行之裁定」。

⁹¹參照 44 年台上 721 號判例。

為判斷，雖難指為違法，但第三人實體權利既受侵害，應予以救濟⁹²，故乃許第三人基於實體法上之權利，以債權人為被告提起第三異議之訴以撤銷執行程序。而不問執行名義為金錢債權請求權、物之交付請求權、行為或不行為請求權、終局執行或保全執行，且得同時依本法第 12 條聲明異議，兩者可同時進行。例如執行法院違背外觀審查之原則，拆除第三人所占有之房屋，第三人除得以執行程序違法聲明異議外，亦得以所有權被侵害提起第三人異議之訴。

第三項 其他之救濟程序

一、損害賠償或返還不當得利：

無論係聲請或聲明異議、提起債務人或第三人異議之訴，均須於執行程序終結前為之，執行程序一旦終結，已無救濟之實益，是以執行債權人如故意或過失利用執行機關為加害工具，以合法掩護不法而侵害債務人或第三人之權利者，應依民法有關侵權行為或不當得利規定，使聲請執行債權人負損害賠償責任，例如債權人明知屬於第三人之財產，故意蒙蔽執行法院對其拆屋還地，致使第三人喪失財產，受害之第三人得依民法第 184 條侵權行為或第 179 條不當得利之規定請求損害賠償，如於提起訴訟中，執行程序已終結者可以變更訴之聲

⁹²強制執行法第 15 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」。

明，請求因強制執行而生之損害賠償。

二、國家賠償：

按強制執行係由國家執行機關以公權力，對個人之自由或財產加以干涉，影響個人權利至鉅，是各種強制執行行為之程序，均有詳細規定。除法律有明文規定外，原則上不容許當事人之間以合意決定各個執行程序之內容或要件。故執行機關行使國家公權力，不僅應具備一般的強制執行要件外，應就各個執行行為處分均須具備法律規定，以確保當事人之權益。例如就不可代替行為請求權，依本法第 128 條之規定，科處怠金之前應先定債務人履行之期間，於債務人不履行時，始得科處怠金，如執行機關未定債務人履行期間，即逕以科處怠金或科處怠金之數額違背法律規定之限制，即屬違法執行，如因此造成當事人之損害，應負國家賠償責任⁹³⁹⁴⁹⁵。

⁹³台灣高雄地方法院 92 年度國字第 11 號：「按公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同；按國家損害賠償，除依本法規定外，適用民法規定，國家賠償法第五條及第十條分別定有明文。次按賠償權利人除有損害賠償請求權外，雖同時享有對於第三人之請求權，但此僅係權利之競合，其損害賠償請求權所具「受有損害」之要件，不能因此認有欠缺（最高法院五十八年度台上字第一二九六號判例參照）。故此權利之競合，債權人雖不得為雙重請求，但非不可擇一請求。則本件原告既對第三人中央健保局高屏分局有醫療費用債權，既因被告未合法送達其扣押命令及收取命令而喪失，其損害即已造成，原告是否依不當得利之法律關係，向訴外人張賜德請求，乃係回復損害方法之一，原告自得擇一請求，非謂其可依其他請求以取回其所支出而無損害發生，或謂依其他請求未果始有損害發生」。

⁹⁴國家賠償法第 2 條：「公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同。前項情形，公務員有故意或重大過失時，賠償義務機關對之有求償權」。

第四章 實務問題之探討

行為及不行為請求權之執行，在實務上案件量非常稀少⁹⁶，就99年度全國各法院執行處總收件量為1,139,161件，其中行為及不行為請求權之執行部分只占大約千分之2的量共2330件，其他大部分均是金錢請求權之執行案件，故學說及實務上就行為及不行為請求權之執行部分討論不多，惟就執行實務上，行為及不行為請求權之執行對當事人權益之侵害不比金錢請求權之執行輕微，前者之執行方法除了直接強制外，尚有間接強制之代履行、處怠金，拘提甚至管收之執行方法，而執行方法之選擇不但影響債權人之權利是否能夠實現，亦攸關債務人之權益是否被侵害，實有專文討論之必要，以下僅就實務上比較具爭議之案件論述之。

第一節 行為請求權執行之案例探討

案例一 合夥帳冊交付查閱之執行

一、法律問題：

判決主文為債務人乙應將合夥帳冊交付債權人甲查閱，其執行

⁹⁵國家賠償法第8條：「賠償請求權，自請求權人知有損害時起，因二年間不行使而消滅；自損害發生時起，逾五年者亦同」。

⁹⁶依據司法院於民國100年9月所編印之「99年度司法業務年報案件分析」。

方法係依物之交付請求權之執行，或行為、不行為請求權之執行⁹⁷？

二、討論意見：

甲說：依物之交付請求權之執行方法執行。

執行名義係命債務人交付一定動產，應依本法第 123 條第 1 項物之交付請求權之執行方法執行。題示判決主文非僅著重於債權人甲閱覽合夥帳冊，並有命債務人乙「交付」合夥帳冊。又以確定判決為執行名義時，其執行應以該確定判決之內容為準，辦理強制執行事件應行注意事項第 2 點第 1 款亦有規定。故題示判決主文既已明示債務人乙應「交付」合夥帳冊，執行時即應依該判決主文為之。

乙說：依不可代替行為請求權之執行方法執行。

依執行名義，債務人應為一定之行為，而其行為非他人所能代為履行者，應依本法第 128 條不可代替行為請求權之執行方法執行。題示判決主文並非著重於解除債務人乙對於合夥帳冊之占有，並將對於合夥帳冊之現實支配移轉予債權人甲，而是著重於債務人乙提供合夥帳冊予債權人甲閱覽，故應依不可代替行為請求權之執行方法執行。

三、研討結果：採乙說。

四、本文見解：

本文以為亦以乙說為宜，按「物之交付請求權之執行」，以移

⁹⁷參照臺灣高等法院暨所屬法院 100 年法律座談會民執類提案第 30 號。

轉物之占有為目的，非以物之交付行為本身為執行之標的，並以應交付之物為執行標的物，必須以特定之物存在為前提⁹⁸。本件合夥帳冊係特定物，亦由債務人占有中⁹⁹，惟債權人之目的並非要占有合夥帳冊，僅係要閱覽合夥帳冊，此目的即不符合物之交付請求權之執行重在以移轉物之占有為目的，縱然依物之交付請求權之執行方法交付帳冊，亦能達執行目的讓債權人查閱帳冊，但此種執行方法卻逾越了執行名義所示之範圍即判決主文之內容：「債務人乙應將合夥帳冊交付債權人甲『查閱』」，故屬違法執行，債務人得依本法第 12 條規定聲明異議。債權人之目的既是單純查閱帳冊，執行名義之內容亦是債務人乙應將合夥帳冊交付債權人甲查閱，而非債務人乙應將合夥帳冊交付債權人甲並讓甲占有該合夥帳冊，兩者之執行方法完全不同，後者重在以移轉合夥帳冊之占有為目的，前者重在以帳冊之交付行為本身為執行之標的，因債務人本身之行為，即可實現債權之內容而達執行之目的，惟因該合夥帳冊為特定物非代替物，且由債務人所占有，無法以相同之種類、品質及數量之物由第三人代為採買交付，故屬不可代替行為請求權之執行，應依本法第 128 條之規定，先定債務人履行之期間，逾期不履行，得處怠金，經再定履行期間，逾期仍不履行者，

⁹⁸楊與齡，強制執行法論（五南圖書出版公司，2001 年 9 月修正 11 版），頁 720。

⁹⁹強制執行法第 123 條規定：「執行名義係命債務人交付一定之動產而不交付者，執行法院得將該動產取交債權人。債務人應交付之物為書據、印章或其他相類之憑證而依前項規定執行無效果者，得準用第一百二十一條、第一百二十八條第一項之規定強制執行之」。

得再處怠金，必要時並得管收之。

案例二 以離婚判決書為執行名義，聲請交付子女之執行

一、法律問題：

甲夫乙妻經法院判決離婚確定，並定對於未成年子丙之權利義務行使負擔由甲任之，惟乙得每月第 2、4 周周五晚間前往甲住處將未成年子丙接回同住，並於週日下午 6 時，將未成年子丙送回甲住處，嗣乙某次將丙接出會面後，拒不將丙送回甲住處，甲得否以離婚判決書為執行名義，聲請強制執行交付子女？¹⁰⁰

二、討論意見：

甲說：肯定說。

按法院依民法第 1055 條之規定，為酌定、改定或變更時，得命交付子女、未行使或負擔權利義務之一方與未成年子女會面交往之方式與期間、給付扶養費、交付身分證明文件或其他財物，或命為相當之處分，並得訂定必要事項；第一項裁定得為執行名義，非訟事件法第 127 條第 1、3 項定有明文，甲乙間之離婚判決，既已明定未成年子丙之權利義務行使負擔由甲任之，乙竟於會面交往後拒絕將丙送回甲住處，顯已侵害甲對丙權利義務之行使負擔，且該主文中已諭知乙於會面結束後，應將丙送回甲住處，即包含「交付子女」，故甲得以

¹⁰⁰參照臺灣高等法院暨所屬法院 99 年法律座談會民執類提案第 36 號。

該離婚判決為執行名義，聲請交付子女之強制執行。否則，如強令甲每次發生此種情形，均須另取得交付子女之執行名義，實屬過苛，無從保障其對未成年子女權利之行使。

乙說：否定說。

按法院離婚判決主文僅載明兩造所生未成年子女權利之行使負擔，並無命交付子女之諭知，自不得以此為執行名義，請求交付子女，況且乙將丙帶回會面後拒絕送回之事由，係判決確定後新發生之事實，為離婚事件所不及審酌，自不得逕以該判決為執行名義，請求交付子女，執行法院應裁定駁回其強制執行之聲請，並諭知甲應另行取得交付子女之執行名義。

三、研討結果：採甲說。

四、本文見解：

本案例與不行為請求權執行之案例探討中之案例三（未成年子女會面交往之執行）最大不同在於，後者係未行使權利義務之一方，行使其會面交往權，執行方法已如不行為請求權執行之案例三所述，而本案例係行使權利義務之一方，行使其監護權。按強制執行應依執行名義為之，故執行名義應具體表明賦予執行力之事項，例如執行名義為確定判決者，其應執行之事項，以主文內表明者為準，僅於主文不明瞭時，始得參酌判決理由之記載認定之。以本件為例，判決主文明

確載明，「對於未成年子丙之權利義務行使負擔由甲任之，惟乙得每月第 2、4 周周五晚間前往甲住處將未成年子丙接回同住，並於週日下午 6 時，將未成年子丙送回甲住處」，如本件係由乙為債權人聲請強制執行其探視權即會面交往權時，則甲負有依判決主文所載時間幫助及協調未成年子女丙與債權人乙會面交往之協力義務，其所負之不可代替之行為義務與不行為請求權執行之案例探討中之案例三（未成年子女會面交往之執行）相同。但本件聲請權人不是乙，反而是甲之監護權被侵害致無從行使時，如何救濟？甲得否以離婚判決書為執行名義聲請強制執行請求交付子女？其情形與裁判分割共有物之判決相同，其判決主文亦僅載明各共有人分得之部分，而未為交付管業之宣示，但其內容實含有互為交付之意思，故當事人仍得以該執行名義依本法第 131 條第 1 項規定聲請執行法院點交¹⁰¹。倘子女丙猶在乙保護下，甲將無從行使或負擔對其子女之權利義務，故解釋上即應認

¹⁰¹ 強制執行法第 131 條：「關於繼承財產或共有物分割之裁判，執行法院得將各繼承人或共有人分得部分點交之；其應以金錢補償者，並得對於補償義務人之財產執行。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各共有人者，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」。79 年台抗第 21 號：以共有土地為原物分割之裁判，縱未宣示交付管業，但其內容實含有互為交付之意義，當事人仍得依強制執行法第一百三十一條第一項規定請求點交。從而土地既應點交，則地上建物，依司法院院解字第三五八三號解釋，亦當然含有拆除效力在內，依強制執行法第一百二十五條準用第一百條之法意推之，自可拆除房屋點交土地與分得之當事人。最高法院 66 年度第 3 次民庭庭推總會決議：強制行法第一百三十一條第一項所定：關於共有物分割之裁判，執行法院得將各共有物分得部分點交之。其點交之方法，仍應適用強制執行法第一百二十三條至第一百二十六條規定，如命分割之判決，雖僅載明各共有人分得之部分而未為交付管業之宣示，但其內容實含有互為交付之意義，故當事人仍得依本條規定請求點交。

該確定判決所命由甲行使負擔對於未成年子女權利義務之內涵，當然含有乙應交付其保護下子女丙以使甲得行使監護權之意義。即乙所負之行為義務不可由他人代替，係屬不可代替行為，又本件係請求交付子女，除得依本法第 128 條第 1 項之規定執行外，於必要時得依第 3 項之規定執行¹⁰²，若乙不交付子女丙，甲自得依上開確定判決聲請強制執行交付子女，始符該確定判決之意旨¹⁰³。

案例三 請求返還股票之執行

一、法律問題、

本件執行名義為：「被告應返還原告上市公司日月光半導體製造股份有限公司之股票伍仟貳佰貳拾捌股，及自民國 87 年 8 月 7 日起至清償日止，按前開股權所應獲得前開公司分配之盈餘或公積配股及現金股息。」¹⁰⁴。

二、討論意見：

¹⁰²強制執行法第 128 條規定：「依執行名義，債務人應為一定之行為，而其行為非他人所能代履行者，債務人不為履行時，執行法院得定債務人履行之期間。債務人不履行時，得處新臺幣三萬元以上三十萬元以下之怠金。其續經定期履行而仍不履行者，得再處怠金或管收之。前項規定，於夫妻同居之判決不適用之。執行名義，係命債務人交出子女或被誘人者，除適用第一項規定外，得用直接強制方式，將該子女或被誘人取交債權人。」

¹⁰³最高法院 89 年度台抗字第 367 號裁定要旨：按請求行使負擔對於未成年子女權利義務事件之確定判決，經判令未成年子女權利義務之行使負擔由一造任之，而未為他造應交付子女之宣示者，倘子女猶在他造保護下，該一造將無從行使或負擔對其子女之權利義務，故解釋上即應認該確定判決所命由一造行使負擔對於未成年子女權利義務之內涵，當然含有他造應交付其保護下子女以使另一造得行使監護權之意義。苟其不交付子女，該一造自得依上開確定判決聲請強制執行交付子女，始符該確定判決之意旨。

¹⁰⁴參照 90 年度抗字第 871 號裁定。

甲說：依執行名義之內容，聲請人所請求相對人返還之標的物，乃聲請人因電腦資料錯誤而誤配發予相對人，並已辦妥過戶手續由相對人取得之股票，性質上即屬特定之動產，其執行方法依本法 123 條及第 128 條之規定為之，至聲請人請求依「辦理強制執行應行注意事項」第 67 條規定為之¹⁰⁵，係指有關本法第 127 條就可代替行為請求權所定之執行方法，本件聲請人陳明相對人現已無執行名義之股票可供返還，自屬應交付之物已不存在，自應駁回聲請人強制執行之聲請。

乙說：本件執行名義為：「被告應返還原告上市公司日月光半導體製造股份有限公司之股票伍仟貳佰貳拾捌股，及自民國 87 年 8 月 7 日起至清償日止，按前開股權所應獲得前開公司分配之盈餘或公積配股及現金股息。」，並未詳為記載該等股票之特徵，顯非命返還特定某張之股票。且該確定判決理由欄所載，關於原告即抗告人請求返還之股票亦未提及，僅以股數及日月光半導體製造股份有限公司之股票為相對人應給付物，足見當事人並無特定之意。再者，依有價証券集中保管帳簿劃撥作業辦法第 20 條第 1 項規定：「送存保管事業之有價証券，不分參加人或客戶別混合保管之，並得以同種類同數量之有價

¹⁰⁵辦理強制執行事件應行注意事項第 67 項：為執行名義之確定判決，僅命債務人交付一定種類、數量之動產，而未載明不交付時應折付金錢者，執行法院不得因債務人無該動產交付，逕對債務人之其他財產執行。惟命交付之動產為一定種類、數量之代替物者，本應由債務人採買交付，債務人不為此項行為時執行法院得以債務人之費用，命第三人代為採買交付。此項費用由執行法院定其數額，以裁定命債務人預行支付，基此裁定，得就債務人之一切財產而為執行。

証券返還。」，集保中之股票顯非特定物，本件亦因股票集中保管帳戶之電腦歸戶資料誤植為相對人姓名而衍生，是聲請人辯稱，本件執行名義應依前開對不特定物之執行方法執行，即非無據。

三、研討結果：採乙說

四、本文見解：

按強制執行應依執行名義為之，本件執行名義僅要求債務人交付上市公司日月光半導體製造股份有限公司之股票，並未詳為記載該等股票之特徵，例如股票編號，顯非命返還特定某張之股票，債務人得以同種、同質、同量之股票代替之，其執行方法係屬物之交付請求權之執行。按物之交付請求權之執行，就物之交付而言，為債務人行為之一種，亦屬「關於行為請求權執行」之範圍。於「物之交付請求權之執行」，無特別規定時，仍適用「關於行為請求權執行」之規定。本件既屬交付代替物，則應視債務人有無占有系爭股票而異其執行方法。如債務人占有其物而不交付者，執行法院得將該物取交債權人，如債務人無該項代替物，但對第三人有請求交付之權利者，執行法院應以命令將該權利移轉於債權人¹⁰⁶。如債務人未占有其物，亦無請求第三人交付之權利者，則無從依本法第 123 條第 1 項或第 126 條之規定執行，亦不能逕對債務人之其他財產為執行，此時債務人所負之

¹⁰⁶強制執行法第 126 條：「第 123 條及第 124 條應交付之動產、不動產或船舶及航空器為第三人占有者，執行法院應以命令將債務人對於第三人得請求交付之權利移轉於債權人」。

行為義務具有可代替性，由債務人為之或由第三人代債務人為之，對債權人之經濟上或法律上效果並無不同者，應依本法第 127 條可代替行為請求權之執行方法，即以債務人之費用，命第三人代為採買交付¹⁰⁷，故本題應採乙說。

案例四 交付股東會議事錄之執行

一、法律問題：

債權人聲請民事執行處以 73 年民執 14 字第 6679 號為強制執行，命相對人提出該執行名義上所載應交付之各項表件。相對人除交付 65 年至 71 年之資產負債表及 65、66、68 年股東會議事錄，65、66 年董事會議事錄外，其餘則以因鄰居失火時為救火搬動物品及年代久遠而散失等情未交付。經執行法院於民國 75 年 3 月 21 日會同管區警員前往相對人營業處所及其法定代理人住所檢視亦未發現各該未交出之文件。則執行法院應如何執行¹⁰⁸？

二、討論意見：

甲說：執行名義已明確載明應交付股東會議事錄之特徵，即屬特定物而非代替物，故應依本法第 123 條第 1 項規定，執行法院得解除債

¹⁰⁷辦理強制執行事件應行注意事項第 67 項：為執行名義之確定判決，僅命債務人交付一定種類、數量之動產，而未載明不交付時應折付金錢者，執行法院不得因債務人無該動產交付，逕對債務人之其他財產執行。惟命交付之動產為一定種類、數量之代替物者，本應由債務人採買交付，債務人不為此項行為時執行法院得以債務人之費用，命第三人代為採買交付。此項費用由執行法院定其數額，以裁定命債務人預行支付，基此裁定，得就債務人之一切財產而為執行。

¹⁰⁸參照 75 年台抗字第 505 號。

務人之占有，將該動產取交債權人。惟如已滅失不明者，即無從依本條規定而為執行，亦不得依本法第 123 條第 2 項準用第 128 條之規定科處怠金或管收債務人，而應依本法第 123 條第 2 項準用第 121 條之規定：執行法院命其交出而拒絕者，得將該書據取出，並得以公告宣示未交出之書據無效，另作證明書發給債權人¹⁰⁹。

乙說：本件為特定物之交付，債務人將之藏匿拒不交付（非無履行可能），經依本法第 123 條規定檢視現場命取交債權人而無效果，應認為非他人所能代為履行（按僅債務人知藏匿處所），執行法院非不得依本法第 128 條第 1 項規定，定債務履行之期間及逾期不履行應賠償損害之數額向債務人宣示，或處或併處債務人三萬元以上三十萬元以下之怠金以資終結，亦非不得依本法第 22 條第 5 項管收之。

三、研討結果：採乙說

四、本文見解：

本件執行之標的為股東會議事錄，原判決主文亦明確表明應交付之各項文件之特徵（例如年份、日期），故屬特定物之交付，如債務人占有其物而不交付者，執行法院得將該物取交債權人，本法第 123 條第 1 項定有明文規定。惟若債務人於強制執行之初即已表明現已無執行名義所示之股東會議事錄可供交付，此時執行法院可否依本法第

¹⁰⁹強制執行法第 121 條：「債務人對於第三人之債權或其他財產權持有書據，執行法院命其交出而拒絕者，得將該書據取出，並得以公告宣示未交出之書據無效，另作證明書發給債權人」。

121 條之規定公告宣示未交出之書據無效，另作證明書發給債權人？按本法第 121 條所稱之書據，係指足以證明債務人對於特定第三人之債權或其他財產權之書據而言，因此種書據係證明其權利成立，存在之方法。而本件應交付之物為股東會議事錄，該等股東會議事錄僅在證明其股東之資格及會議種類之文件，與上揭所稱之債權或財產權之書據實有不同，非得由執行法院以公告宣示無效之對象。至於可否依本法第 128 條第 1 項規定，定債務履行之期間及逾期不履行應賠償損害之數額向債務人宣示，或處或併處債務人三萬元以上三十萬元以下之怠金或管收之，執行法院應調原審卷宗查明，究係債務人藏匿拒不交付？或確實已滅失不明？蓋兩者應執行之方法不同，前者應認為非他人所能代為履行，屬不可代替行為債務，應依第 128 條之規定執行，藉以對債務人造成心理壓迫，促其自動履行。惟如該物確已滅失不存在者，自屬應交付之物已不存在無法執行，此時執行法院應駁回債權人強制執行之聲請。

案例五 匯票簽署承兌之執行

一、法律問題：

原判決書主文記載：「某乙應就某甲所簽發之某張匯票為簽署承兌」，某甲遂依據該項判決聲請對乙為強制執行，問某甲執行之聲請

應否准許¹¹⁰？

二、討論意見：

甲說：此種判決係命某乙為一定之意思表示者，與所有權移轉登記之判決同，應認於該項判決確定時，某乙已為意思表示，依據本法第130條，勿庸為執行。故債權人某甲強制執行之聲請應予駁回。

乙說：按匯票之簽署承兌並非單純之意思表示，且其簽署承兌行為，又非他人所能代為履行，是故債權人請求執行，不得謂無理由，此際執行法院得依本法第128條第1項規定辦理。

三、研討結果：採乙說。

四、本文見解：

按債務人應為一定意思表示之債務¹¹¹，雖亦屬不可代替行為債務之一種，本非不能依間接強制之方法強制執行。惟因該項債務，僅在使債權人取得債務人之意思表示之法律效果，即可達執行之目的，故本法第130條第1項特別規定，就命債務人為一定之意思表示之執行名義，視為自判決確定或執行名義成立時，已為其意思表示，使之與債務人現實上已為意思表示具有相同之效果，以實現債權人之請求。惟本件執行名義，係命債務人就債權人所簽發之某張匯票為簽署

¹¹⁰參照臺灣高等法院暨所屬法院63年法律座談會民事執行類第2號。

¹¹¹強制執行法第130條第1項規定：「命債務人為一定之意思表示之判決確定或其他與確定判決有同一效力之執行名義成立者，視為自其確定或成立時，債務人已為意思表示」。

承兌，即請求債務人為積極行為，其請求權之標的為「債務人之行為」，亦即債務人應為一定作為為給付內容之債務。顯非僅由債務人為一定之意思表示即可達到表彰及取得該匯票權利之執行目的，故債務人應為之行為債務，具有不可代替性，屬不可代替行為請求權之執行，應依本法第 128 條之規定執行。

案例六 辦理股票過戶之執行

一、法律問題：

債權人甲以其受讓乙股份有限公司之股份後，向該公司請求記載於公司股東名簿，詎竟遭拒絕，因而提起請求登記股東名簿之訴，並獲勝訴判決確定，乃以該項判決為執行名義，聲請強制執行。執行法院就上開聲請執行事件，應如何辦理¹¹²？

二、討論意見：

甲說：債權人以其受讓股份後，向公司請求記載於股東名簿，因遭拒絕，乃提起請求登記股東名簿之訴，並於勝訴判決確定後，以該判決聲請強制執行。核其執行名義，係命債務人將債權人所持有之股份辦理過戶登記。其非僅由債務人為一定之意思表示即可使債權人達到表彰及取得公司股東權益之執行目的，亦即債務人除承認債權人為其股東外，併應將債權人之姓名或名稱及住所或居所依公司法第

¹¹²參照臺灣高等法院暨所屬法院 98 年法律座談會民執類提案第 14 號。

169 條規定記載於股東名簿，以發生公司法第 165 條第 1 項得對抗公司之效果。債務人應為之前開行為，具有不可代替性，則執行法院應依本法第 128 條第 1 項所定關於不可代替行為請求權之執行方法辦理¹¹³。

乙說：按公司法第 165 條第 1 項規定：「股份之轉讓，非將受讓人之姓名或名稱及住所或居所，記載於公司股東名簿，不得以其轉讓對抗公司」。係為保護未參與股份轉讓之公司所設之規定。若股份之受讓人已將受讓之事由通知公司，並依規定請求更名登記，遭公司拒絕後，改以訴訟方式向公司為請求，經獲得勝訴之確定判決，則依確定判決，公司自應將受讓人之姓名或名稱及住所或居所，記載於公司股東名簿，無須受讓人再向公司重新聲請。至於乙公司如仍未為此項記載，與甲得享有出席股東會及分派股息或紅利之權利應不生

¹¹³最高法院 90 年度台抗字第 551 號裁定要旨：強制執行法第 128 條第 1 項所指不可代替行為，係指給付內容之行為不具代替性，債務人本身不為該行為時，即不能達原來請求之目的，乃以間接強制之方法，對債務人施以心理壓迫，促使其自行履行。至於債務人應為一定意思表示之債務，雖亦屬不可代替行為債務之一種，本非不能依間接強制之方法強制執行。惟因該項債務，僅在使債權人取得債務人之意思表示之法律效果，即可達執行之目的，故強制執行法第 130 條第 1 項特別規定，就命債務人為一定之意思表示之執行名義，視為自判決確定或執行名義成立時，已為其意思表示，使之與債務人現實上已為意思表示具有相同之效果，以實現債權人之請求。查本件執行名義，係命債務人即相對人將債權人即再抗告人所持有之相對人公司股票辦理過戶登記。其非僅由相對人為一定之意思表示即可使再抗告人達到表彰及取得相對人公司股票權益之執行目的，亦即相對人除承認再抗告人為其股東外，併應將再抗告人之本名或名稱及住所或居所依公司法第 169 條規定記載於股東名簿，以發生公司法第 165 條第 1 項得對抗相對人公司之效果。相對人應為之前開行為，具有不可代替性，竟拒不為履行，則臺灣臺北地方法院依強制執行法第 128 條規定，對相對人裁處怠金，自無不合。

影響。蓋公司法第 165 條固規定非將受讓人記載於股東名簿即不得對抗公司，然此僅因在股份轉讓自由原則下，為使公司得確定股東資格而據以處理相關法律關係所採之措施，如股份受讓人未向公司為此項請求，則公司既無從知悉該事實，自不得據以對抗公司。上開規定應非謂須經公司實際為過戶登記之後，股份受讓人始生取得股東資格之效力。是股份受讓人如已為此項請求，即應發生對抗公司之效力，而非以公司實際辦竣過戶登記或經判決確定為其時點，否則無異承認公司縱在過戶閉鎖期間前仍得藉故拖延或拒絕甚或佯為過戶登記之手段，以達排除股份受讓人出席股東會之目的。題示情形，甲以其受讓股份後，因乙公司拒辦過戶登記，而提起登記股東名簿之訴，並獲勝訴判決確定，則其既於請求過戶登記時已對乙公司發生對抗效力，且乙公司亦應依確定判決而為過戶登記，其知悉甲為股東已甚明確，無需由執行法院再為任何執行行為之必要，其聲請強制執行自應予駁回。

三、研討結果：採甲說。

四、本文見解：

公司法第 164 條雖明定：「記名股票，由股票持有人以背書轉讓之」。惟同法第 169 條第 1 項第 1 款另明定：「股東名簿應記載各股東之本名或名稱、住所或居所」。同法第 165 條第 1 項復明定：「記名股

票之轉讓，非將受讓人之本名或名稱記載於股票，並將受讓人之本名或名稱及住所或居所，記載於公司股東名簿，不得以其轉讓對抗公司」。記名股票之轉讓以過戶為對抗公司之要件，其意義在於股東對公司之資格可賴以確定。綜合上述條文，記名股票股東之認定原則是

以何人記載股東名簿而定，記載於股東名簿上之人，始能行使股東權（實際移轉何人在所不問），蓋股份有限公司係由經常變動之多數股東所組成，若不以股東名簿之記載為準，則股東與公司間之法律關係將趨於複雜，無從確認而為圓滿之處理¹¹⁴。而所謂股東權為股東可對公司主張之權利¹¹⁵，例如表決權、訴請撤銷股東會權利、盈餘分配請求權、新股認購權等，故是否記載於股東名簿，對股東權益影響重大，而本件執行名義，係命債務人將債權人所持有之債務人公司股票辦理過戶登記。其非僅由債務人為一定之意思表示即可使債權人達到表彰及取得債務人公司股票權益之執行目的，且只有債務人始能執

¹¹⁴參照 91 台上字第 802 號裁判：公司法第一百六十四條雖明定：記名股票，由股票持有人以背書轉讓之。惟同法第一百六十九條第一項第一款另明定：股票名簿應記載各股東之本名或名稱、住所或居所。同法第一百六十五條第一項復明定：記名股票之轉讓，非將受讓人之本名或名稱記載於股票，並將受讓人之本名或名稱及住所或居所，記載於公司股東名簿，不得以其轉讓對抗公司。記名股票之轉讓以過戶為對抗公司之要件，其意義在於股東對公司之資格可賴以確定，即公司應以何人為股東，悉依股東名簿之記載以為斷。在過戶以前，受讓人不得對於公司主張自己係股東，惟一旦過戶，則受讓人即為股東，且公司應將其列為股東。蓋股份有限公司係由經常變動之多數股東所組成，若不以股東名簿之記載為準，則股東與公司間之法律關係將趨於複雜，無從確認而為圓滿之處理。是凡於股東名簿登記為股東者，縱未持有公司股票，除被證明該過戶登記出於偽造或不實者外，該股東仍得主張其有股東資格而行使股東之權利。

¹¹⁵柯芳枝，公司法論（上），增訂五版，三民出版，2002 年 11 月，頁 186-189。

行此項行為債務，具有不可代替性，亦即債務人除承認債權人為其股東外，併應將債務人之本名或名稱及住所或居所依公司法第 169 條規定記載於股東名簿，以發生同法第 165 條第 1 項得對抗債務人公司之效果。故屬不可代替行為請求權之執行，應依本法第 128 條之規定執行。

案例七 執行名義係命債務人乙應清償第三人丙就座落 某地號田地設定抵押權債權之執行

一、法律問題：

甲之先父，以乙之名義購買不動產一處，嗣甲、乙約定：乙願將該不動產移轉所有權與甲。乙不履行約定。經甲訴請乙應辦理所有權移轉登記與甲，案已確定。惟在該案未確定前，乙向丙借新臺幣三萬五千元並以該不動產設定抵押權登記有案，甲因此訴求乙應向第三人丙清償新臺幣三萬五千元。如本件之執行名義¹¹⁶。

二、討論意見：

甲說：不能實施強制執行。查本件執行名義，係命債務人應清償第三人之債務，並非命清償債權人之債務，債權人既無對債務人有直接之執行名義，自不能命債務人對債權人清償，如第三人不願行使其權利，債權人更不能代為行使第三人之權利，故本件應屬執行不能，執

¹¹⁶參照臺灣高等法院暨所屬法院 60 年度法律座談會民事類第 34 號。

行處應以裁定駁回債權人之聲請。

乙說：可以執行，並直接對債務人之財產予以強制執行，依據本件執行名義債務人乙雖非對債權人直接負有債務，然因該抵押之不動產係債權人所有。如債務人不清償第三人之債務，影響債權人所有不動產之權利，自可對債務人之財產，實施強制執行。

丙說：可依本法第 127 條規定執行。因債務人乙向第三人丙清償可認為係一種行為。由執行處先命債務人自動履行，如不履行時，執行法院先以裁定命債務人向執行處預納代為履行費用若干元（即應清償第三人之金額及其利息違金暨執行費）俟裁定確定後，始可直接對債務人強制執行。

三、研討結果：採丙說。

四、本文見解：

本件雖涉及金錢給付，但並非金錢債權請求權執行之問題，蓋甲對乙並無金錢債權請求權之執行名義，故乙說主張可對乙之財產逕予強制執行，屬違法執行應不可採。縱丙有取得對乙之金錢債權請求權之執行名義，亦屬丙是否對乙聲請強制執行之問題，與甲無關。故本件係非金錢債權請求權之問題，且乙即債務人負有依執行名義所示內容向丙清償之積極行為義務，雖非不可代替，惟為免程序拖延，除依丙說之執行方法外，執行法院亦得命債權人代為預納，再依本法第

29 條第 1 項確定其費用之數額後¹¹⁷，對債務人之財產執行。蓋債務人應為一定行為而不為，如其行為具有可代替性，不必強其自為，得命第三人代為，以迅速實現債權人之權利。況且通常命債務人自動履行或預納費用，多置之不理，為免執执行程序拖延，就本件案例之情形，得命債權人代為預納，亦可實現債權人執行之目的。嗣後債權人再依本法第 29 條第 1 項確定其費用之數額裁定確定後，再另案請求對債務人之財產強制執行即可。

案例八 債務人未經土地所有人即債權人同意，將廢棄物傾倒於其土地上之執行

一、法律問題：

債權人因其所有某土地遭債務人傾倒廢棄物，而訴請債務人應將該廢棄物清除，並於獲勝訴判決確定後，據以聲請強制執行。經執行法院核發限期自行履行之執行命令後，債務人仍不為履行。執行法院就上開執行事件之後續執执行程序，應如何辦理¹¹⁸？

二、討論意見：

甲說：按執行名義係命債務人交出不動產而不交出者，執行法院得解除債務人之占有，使歸債權人占有，本法第 124 條第 1 項

¹¹⁷強制執行法第 29 條：「債權人因強制執行而支出之費用，得求償於債務人者，得準用民事訴訟法第九十一條之規定，向執行法院聲請確定其數額」。

¹¹⁸參照臺灣高等法院暨所屬法院 98 年法律座談會民執類提案第 13 號。

前段定有明文。債務人未經土地所有人同意，即將廢棄物傾倒在他人土地上，則其因廢棄物占有他人土地，經土地所有人訴請清除，並於獲勝訴判決確定後，聲請強制執行，執行法院即應依上開交付不動產之執行之規定辦理。其執行方法與拆屋還地相同，即應以強制力除去地上物，而解除債務人之占有，將土地交還債權人。

乙說：按依執行名義，債務人應為一定行為而不為者，執行法院得以債務人之費用，命第三人代為履行，為本法第 127 條第 1 項所明定。債務人將廢棄物傾倒在他人土地上，經土地所有人訴請清除，係屬民法第 767 條中段所定「所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之。」亦即債務人之行為，僅為妨害他人用益其物之權能，而非屬同法條所定「無權占有或侵奪所有物」之情形。是執行法院應依上開可代替行為請求權之執行之規定辦理，如經核發限期自行履行之執行命令，而債務人仍不為時，得命第三人或由債權人代為清除地上物，並依本法第 29 條規定，確定其執行費用額。

三、研討結果：採乙說。

四、本文見解：

按強制執行應依執行名義為之，本件執行名義之內容係請求債務人應將該廢棄物清除，並非請求債務人交還土地，其請求權之標的為

債務人之行為，亦即債務人應為之一定作為為給付內容之債務，且具有可代替性，亦即由債務人為之或由第三人代其履行，債權人在法律上及經濟上所得之效果並無不同，故應依本法第 127 條可代替行為請求權之規定執行。

案例九 債權人之耕地優先承租權之執行

一、法律問題：

本件債權人與債務人因租佃爭議事件，於民國 40 年 10 月 18 日，在台中地方法院成立訴訟上之和解，其和解筆錄內載有債務人日後如將太平鄉太平字第 73 號耕地出租他人時，債權人有依同樣條件優先承租之權，債權人可否聲請強制執行¹¹⁹？

二、討論意見：

甲說：不能聲請強制執行。查本件執行名義，係依據和解筆錄命債務人不能與他人訂定租賃契約，否則即應與債權人依同樣條件優先承租之權，而債務人已將耕地出租予第三人，第三人亦已在系爭耕地有耕種事實，並已依本法第 12 條聲明異議在案，債權人既無對債務人有直接之執行名義，自不能命債務人終止與第三人之租賃契約，債權人如有損失應以另訴主張之，故本件應屬執行不能，執行處應以裁定駁回債權人強制執行之聲請。

¹¹⁹參照 42 年台抗第 152 號裁判。

乙說：此項和解所定，債權人之優先承租權，其當事人和解真意如係指對於債務人之租賃契約訂立請求權而言，即與強制執行法第四章所謂關於行為之請求權相當，自非不得為執行名義，從而債權人以債務人擬將太平鄉太平字第 73 號耕地，出租於第三人為原因聲請強制執行，命債務人與其訂立該耕地之租賃契約所稱苟非不實，則其聲請尚非法所不許，縱令第三人對於該耕地有現已承租耕種之爭執，亦僅得依本法第 15 條提起異議之訴，以資救濟，不得依同法第 12 條於聲明異議程序中請求解決。

三、研討結果：採乙說。

四、本文見解：

按訴訟上和解亦屬執行名義¹²⁰，執行名義為聲請實施強制執行之法定要件，苟其執行名義之內容適法、可能、確定並適於強制執行者，即得聲請強制執行。執行法院所需審酌者為聲請強制執行之法定要件是否均已具備，至於應選擇何種執行方法，始能正確且迅速達成債權人執行之目的，應視執行名義之內容而定。

本件係聲請命債務人與債權人訂立耕地租賃契約，則債權人所提出之和解筆錄，應具體表明賦予此項執行力之事項，蓋執行法院只有形式審查權，至於債權人有無執行名義所載之實體請求權，執行法院

¹²⁰強制執行法第 4 條第 3 款：「強制執行，依左列執行名義為之：三、依民事訴訟法成立之和解或調解」。

並無審認判斷之權。查和解筆錄之內容記載：「債務人日後如將太平鄉太平字第 73 號耕地出租他人時，債權人有依同樣條件優先承租之權」，依此記載該項和解筆錄附有條件，即「債務人日後如將太平鄉太平字第 73 號耕地出租他人時」，按執行名義附有條件時，於條件成就後，始得開始強制執行，本法第 4 條第 2 項定有明文¹²¹。次查，本件債權人於聲請強制執行時，債務人已將該耕地出租與第三人，符合本法第 4 條第 2 項所規定之條件已成就，則債權人聲請強制執行之法定要件已具備，債務人負有與債權人訂立耕地租賃契約之積極行為義務，且不得由他人代替，具有不可代替性質，應依本法第 128 條之規定，先定債務人履行之期間，逾期不履行者，得處怠金，續經定期仍不履行者，得再處怠金，必要時並得管收之。第三人如有實體法上之權利得對抗債權人者，應依本法第 15 條規定提第三人異議之訴¹²²，以資救濟。

案例十 債務人應將某戲院經營權交付標賣決定由當事人之何方經營，並以經營之利潤分配雙方之執行

一、法律問題：

¹²¹強制執行法第 4 條第 2 項：「執行名義附有條件、期限或須債權人提供擔保者，於條件成就、期限屆至或供擔保後，始得開始強制執行。執行名義有對待給付者，以債權人已為給付或已提出給付後，始得開始強制執行」。

¹²²強制執行法第 15 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」。

以某地方法院之和解筆錄為執行名義，其內容為：「被告應將某戲院經營權交付標賣決定由當事人之何方經營，並以經營之利潤分配雙方」，若被告拒不將經營權交付標賣時，原告可否聲請執行¹²³？

二、討論意見：

甲說：戲院經營權係本法第 117 條所規定之財產權，可準用第 116 條第 1 項規定命令禁止債務人處分並依關於動產之規定拍賣之，惟應限定應買人為債權人、債務人雙方。

乙說：執行名義之內容係債務人應為一定之行為，且非他人所能代替履行者，應依本法第 128 條第 1 項之規定執行之。

丙說：本件執行名義之內容無法執行，應以裁定駁回之。

三、研討結果：採乙說。

司法院第二廳研究意見：本法第 117 條所定其他財產權之執行，係債權人依據金錢債權之執行名義，聲請就債務人之其他財產權為強制執行，以執行所得金額清償金錢債權之執程序。本件執行名義之和解筆錄，其內容為「被告應將某戲院經營權交付標賣決定由當事人之何方經營，並以經營之利潤分配雙方」，所謂「將戲院之經營權交付標賣決定由當事人之何方經營」。性質上並非金錢債權之執行，應屬行為請求權之執行。且此項行為，非他人所能代為履行，故應依本

¹²³參照民事法律問題研究彙編第 2 輯 641 頁。

法第 128 條強制執行。

四、本文見解：

本案例十與前案例九相同，均係請求債務人為一定行為之債務，其請求權之標的為債務人之行為，故非金錢請求權之執行，而債務人此項行為債務，即「應將某戲院經營權交付標賣決定由當事人之何方經營」，是否具有不可代替性有爭議，蓋案例九係請求債務人與債權人簽訂耕地租賃契約，係因債務人之身分或資格，只有債務人親自履行，債權人之權利，才能實現，具有不可代替之性質；但本案例其給付內容之行為並非以債務人本身之特別學識、技能、身分或資格為主要因素，性質上應非不可代替行為債務，而是具有可代替性，如債務人不親自為之，執行法院得命第三人（包括債權人）代債務人為之，同樣可以使債權人之債權獲得滿足，應依本法第 127 條之規定執行。

第二節 不行為請求權執行之案例探討

案例一 甲應容忍乙在其土地上通行之執行

一、法律問題

甲乙兩人，因通行權涉訟，經法院判決確定，查其判決主文內載，「甲應容忍乙在其土地上之某部分通行」。甲故違判決內容所命其容忍乙在其土地上通行某部分，設置障礙物（例如築牆掘溝等）阻止乙通行，乙乃依據判決聲請執行法院強制執行，執行法院可否命甲自行

除去障礙物，或以甲之費用將甲設置之障礙物除去¹²⁴？

二、討論意見：

甲說：判決主文既載「甲應容忍乙在其土地上之某部分通行」則其執行名義，僅為容忍乙在其土地上之某部分通行之行為而已，並無命甲除去障礙物而容忍乙通行之記載，縱甲違背判決擅在該部分之土地上設置障礙物，執行法院，除得依本法第 129 條第 1 項規定拘提管收甲，或處甲三萬元以上三十萬元以下之怠金外，要不能命甲自行除去障礙物，或以甲之費用將該障礙物除去之，惟乙得另行訴請法院判決取得除去該障礙物之執行名義後，方可聲請執行法院除去之。

乙說：按以不作為為目的之債務，如不履行之結果，有形之狀態繼續存在並得回復原狀者，執行法院，仍不妨依一般直接執行方法除去已為之結果，以求貫徹執行名義之效力或依本法第 129 條第 1 項之規定辦理，否則乙訴求通行，既獲判決結果，因甲設置障礙物阻止其通行復須訴求判決除去障礙物之執行名義後方可執行，則甲乙之間，勢必纏訟不休，終無了期，非惟有失法院判決威信，抑且不足以阻刁訟之風，執行法院自得依據乙之聲請命甲自行拆除，或以甲之費用拆除之。

三、研討結果：採甲說。

四、本文見解：

¹²⁴臺灣高等法院暨所屬法院 55 年度法律座談會 民事執行類第 78 號。

按不行為債務，以債務人不為一定之行為為其內容，係以債務人之「不行為」或「容忍」為執行之標的。所謂容忍他人之行為，即債權人或第三人為行為時，債務人有容忍之義務，不得予以妨礙。例如容忍債權人或第三人通行某地，不予妨礙。所謂禁止債務人為一定之行為，則與債權人之行為無關，僅積極禁止債務人為一定之行為，例如競業之禁止、禁止越界建築。本件執行名義之內容為「甲應容忍乙在其土地上之某部分通行」，即債權人乙在債務人甲之土地上之某部分通行時，債務人甲有容忍之義務，不得予以妨礙。是債務人甲負有消極不行為債務，又不行為債務，於債務人違反容忍或禁止之義務，亦即於債務人為積極行為時，始生債務不履行問題。在債務人為積極行為以前，債務人之義務在繼續履行中，自不得請求執行。

本件債務人甲在債權人乙得通行之土地上，設置障礙物阻止乙行使其通行權，已違反其容忍之義務，債權人乙自得聲請依本法第 129 條不行為請求權之規定執行¹²⁵，惟執行法院採用處怠金或管收之執行方法，而債務人甲仍不拆除該障礙物時，即無法達成執行之目的。故本法第 129 條第 2 項規定於必要時，得因債權人之聲請，以債務人

¹²⁵強制執行法第 129 條第 1 項：「執行名義係命債務人容忍他人之行為，或禁止債務人為一定之行為者，債務人不履行時，執行法院得處新臺幣三萬元以上三十萬元以下之怠金。其仍不履行時，得再處怠金或管收之」。

之費用，除去其行為之結果，以保護債權人之利益¹²⁶。又除去行為之結果，應屬可代替行為請求權之執行，應依本法第 127 條之規定，得限期命債務人甲自行除去，逾期不履行時，則依代履行之方法執行，依授權裁定，以債務人甲之費用，由債權人或第三人代為履行，恢復債務人違反義務前之狀態，即債權人原得通行之原狀，惟執行法院採取此項方法，須依債權人之聲請，不得依職權為之。

案例二 債權人請求禁止債務人製造、販賣、使用、陳列 債權人享有專利權物品之假處分裁定之執行

一、法律問題

准許債權人請求禁止債務人製造、販賣、使用、陳列債權人享有專利權物品之假處分裁定，執行時法院除送達假處分與債務人外，對債務人持有製造、使用之器材及成品，得否施以扣押並交付債權人或第三人保管¹²⁷？

二、討論意見：

甲說：停止專利權侵害之假處分，旨在保持專利權之不受繼續侵害，為防止債務人繼續製造、販賣等行為，使損害擴張，該假處分之執行，除命令債務人禁止為一定之行為外，應依本法第 140 條之規定準用假

¹²⁶ 強制執行法第 129 條第 2 項規定：「於必要時，並得因債權人之聲請，以債務人之費用，除去其行為之結果」。

¹²⁷ (73) 廳民一字第 553 號民事法律問題研究彙編第 3 輯 639 頁。

扣押執行之規定，准許債權人請求就債務人用以製造使用之器材及成品實施查封，必要時得交付債權人或第三人保管，非如此不足以達停止侵害保全之目的。

乙說：強制執行應依執行名義為之，該假處分裁定之內容係禁止債務人為一定之行為，除送達假處分裁定外，如債務人不遵守假處分之命令，僅得依本法第 129 條規定，對債務人施以拘提管收或處以怠金。抑且假處分裁定並無選任管理人，尚不得就債務人持有之物，施以扣押解除占有交付債權人或第三人保管。

三、研討結果：採乙說

司法院第二廳研究意見：按禁止債務人製造、販賣、使用、陳列債權人享有專利權物品之假處分裁定，其性質與債權人依專利法第 83 條規定請求之假扣押裁定不同。後者固得就債務人用作侵害他人專利權行為之物或由其行為所生之物，實施假扣押，至於前者，僅得禁止債務人製造等行為，其執行方法，應依本法第 138 條規定，將裁定送達債務人，不得依假扣押之執行方法，將債務人持以製造、使用之器材及成品、實施扣押，研討結果採乙說，並無不合。

四、本文見解：

本案例與前案例相同，均是不行為請求權之債務，所不同者，前案例係請求債務人容忍債權人之行為，即係以債務人之「容忍」為執

行之標的。本案例則是以債務人之「不行為」為執行之標的，即與債權人之行為無關，僅積極禁止債務人為一定之行為。又不行為債務，債權人之債權，因債務人無一定之行為存在而處於滿足狀態，與債務人應為一定行為債務，於履行期屆至時須債務人有履行之事實，始得滿足，情形相反。本件執行名義係禁止債務人製造、販賣、使用、陳列債權人享有專利權物品，只須將執行名義即該假處分裁定之內容送達，使債務人知悉其所負之不行為義務即可，在債務人為積極行為以前，債務人之義務在繼續履行中，自不得請求執行。況執行名義之內容並無准許債權人得請求就債務人用以製造使用之器材及成品實施查封，必要時得交付債權人或第三人保管之權利，如執行法院依債權人之聲請，扣押債務人持以製造、使用之器材及成品，並交付債權人或第三人保管，即係強制執行逾越執行名義之內容，屬違法執行，債務人得依本法第 12 條聲明異議，如有損害並得請求國家賠償。是本件執行方法在債務人違反其「不行為」義務時，即債務人製造、販賣、使用、陳列債權人享有專利權物品，始得依本法第 129 條規定執行之。

案例三 未成年子女會面交往之執行

一、法律問題：

離婚判決主文中有關未成年子女會面交往部分，諭知：「被告得自本判決確定起，於每月第 1、3 週之星期六上午 10 時起至原告住處

將未成年子女接往住處同居，但應於次日之週日下午 4 時前，將未成年子女送回原告住處。」，債權人聲請就該部分強制執行，有下列問題：

問題一：

應依本法第 128 條之不可代替行為請求權之執行方法執行或係應依第 129 條之不行為請求權之執行方法為之？

問題二：

若屬不可替代行為請求權之執行事件，則可否依同條第 3 項規定直接強制¹²⁸？

二、討論意見：

問題一：

甲說：應適用本法第 128 條之規定執行。

關於現行探視權之行使，於判決中雖都以進行探視之一方（債權人）應於特定時日至有監護權之一方（債務人）住所進行探視，從文字上觀之，債務人似無需為任何行為，但究其意，並非債務人單純消極不作為即能達成債權人探視權之行使，債務人除不得阻撓債權人依判決進行探視外，還需有配合其探視之進行於指定時日，留置於住居所內，等待債權人前來。並於探視時間結束後，等待債權人送回未成

¹²⁸參照臺灣高等法院暨所屬法院 99 年法律座談會民執類提案第 35 號。

年子女。此等皆與容忍或禁止債務人為一定行為之執行名義有所不同。故其強制執行時，應適用本法第 128 條之規定辦理。

乙說：應適用本法第 129 條之規定執行。

關於現行探視權之行使，判決皆以有探視權之一方（債權人）應於特定時日至有監護權之一方（債務人）住所進行探視，並未科予債務人為任何行為之義務，故其屬債務人單純之容忍債權人進入其住居所。故應依本法第 129 條之規定進行執行。

問題二：

甲說：肯定說。

關於探視權之行使，於判決中雖都以進行探視之一方（債權人）應於特定時日至有監護權之一方（債務人）住所進行探視，並無債務人應將未成年子女交付債權人的字眼，然若倘債務人不交出未成年子女，債權人顯無行使探視權之可能，解釋上應認執行名義之內涵當然包含交付子女在內，債務人不自動履行時，執行法院可依本法第 128 條第 3 項規定，以直接強制方法，將該子女取交債權人。

乙說：否定說。

本法第 128 條第 3 項規定，執行名義係命債務人交出子女或被誘人者，除適用第一項規定外，得用直接強制方式，將該子女或被誘人取交債權人。然關於探視權之執行名義，其內容通常係債權人得於何

時至債務人住所進行探視，並無命債務人交出子女之文字，債權人進行探視之期間，債務人即監護人並不失其監護權，探視權之判決既無交付子女之文字，自不宜擴張解釋認債權人得憑探視權之判決，請求執行法院應依本法第 128 條第 3 項規定，直接取交未成年子女。另探視權行使頻率往往係每月 2 次，每次約 1 到 3 天，一直需持續到子女成年或至年滿 15 歲止。此為長期間的義務履行，若父母無法依約或依判決自動履行，即使法院介入，亦難保其後長期間的履行。債權人聲請強制執行，法院進行直接強制，將使原本緊張的雙方關係更趨惡劣，若於強制取交後，行使探視權之一方於探視終了不願送回未成年子女，法院勢必又得依另一方之請求強制取交未成年子女予原債務人。此等作為雖保全了父母雙方之權益，然卻漠視未成年子女之利益，將其物化。未成年子女屢屢受到法院強制執行，而改變其正常作息，應非法律原制訂無監護權一方之父母得行使探視權之本意。故此種執行事件，應不宜進行直接強制，而以科處怠金或拘提管收之方式，對債務人施以壓力，促其自動履行為宜。

三、研討結果：

問題一：本件宜採甲說

離婚判決主文中有關未成年子女會面交往部分，似未課予有監護權之一方（債務人）積極行為之義務，然亦指出進行探視之一方（債

權人)至債務人住處接未成年子女，且需將未成年子女送回債務人住處。而未成年子女權利義務之行使及負擔既由債務人任之，則未成年子女係於債務人之保護及實力支配下，若無債務人之幫助及協調，則無法達成債權人與未成年子女會面交往之判決目的，應認債務人對債權人與未成年子女會面交往之進行具有協力義務，協調及幫助使未成年子女於週六留置於債務人住處，並於週日等待債權人將未成年子女送回債務人住處，始符合判決意旨¹²⁹。

問題二：本件宜採乙說

探視權之判決並無交付子女之文字，債務人僅負有幫助及協調未成年子女與債權人會面交往之協力義務，且債務人之協力行為因未成年子女權利義務之行使及負擔係由其任之，屬不可代替行為，因不具代替性，其強制執行方法，原則上採間接強制。且判決酌定未負子女監護之責之一方與該未成年子女會面交往之方式與本法第 128 條 3 項關於命交出子女或被誘人之執行核屬有別，前者僅負協調幫助未成年子女與債權人交往之協力義務，後者債務人需負交出子女之積極行

¹²⁹最高法院 96 年度台抗字第 831 號裁定意旨：法院於定對未成年子女權利義務行使負擔（簡稱子女監護）內容及方法裁判之同時，酌定未負子女監護之責之一方與該未成年子女會面交往之方式及時間，該裁判之性質與交出子女之判決並不相同。前者，負子女監護之責之一方，僅負協調或幫助會面交往之進行，無從強制子女與他方會面交往，亦不負積極交出子女之義務；後者，未負子女監護之責之一方，則有積極交出子女之義務。故負子女監護之責之一方，經執行法院定履行期間仍未盡協調或幫助會面交往進行之義務者，執行法院僅得依強制執行法第 128 條第 1 項規定處罰，不得依同條第 3 項處罰或用直接強制方法將子女取交債權人。

為義務，故原則上應採間接強制之方式，以金錢處罰或管收，予債務人心理壓迫，促其自行履行。

四、本文見解：

按行為請求權指債權人請求債務人為特定行為之權利，即請求債務人為積極行為，如債務人之行為無代替性，不得由第三人代為履行者，則為不可代替行為。而不行為請求權，以債務人不為一定之行為為其內容，係以債務人之「不行為」或「容忍」為執行之標的。又不行為債務，債權人之債權，因債務人無一定之行為存在而處於滿足狀態，與債務人應為一定行為債務，於履行期屆至時須債務人有履行之事實，始得滿足，情形相反，況不行為請求權在債務人為積極行為以前，債務人之義務在繼續履行中，自不得請求執行。兩者執行方法雖類似，均可處怠金與管收，但兩者之執行標的與目的明顯不同，前者需債務人為積極行為，且專屬債務人之行為才能達債權人之執行目的，後者反而於債務人不行為或容忍時即達其目的。

本件問題一係有關未成年子女會面交往部分即所謂行使探視權，正如甲說意見，債務人除不得阻撓債權人依判決進行探視外，還須有配合其探視之進行於指定時日，留置於住居所內，等待債權人前來。並於探視時間結束後，等待債權人送回未成年子女。通常執行法院於收案後，依聲請狀之記載或執行名義之內容，債務人有可能偕同

子女出境，顯有履行義務之可能而故不履行者，得先函請內政部入出境管理局或行政院海岸巡防署限制未成年子女出境。接著發限期自動履行命令，命令中並告知逾期不履行應受之處罰（例如得處怠金或管收），如債務人未於期限內自動履行者，宜先通知兩造到場調解，調查債務人自動履行之可能性、何時自動履行、債權人之意見、子女之狀況（例如作息、背景、就學狀況）及其他必要事項等，以擬定適當之執行方法，必要時並通知有關機關為適當之協助，例如洽請子女就讀學校、兒童福利機關、少年福利機關或其他社會福利機關為適當之協助，實地瞭解債務人及其子女之狀況，予以適當之心理輔導，於必要時，得請求該等機關協助執行，以勸導債務人或子女配合履行。

另因探視子女有其繼續性及反覆性之性質，為使債權人之請求能順利進行，通常在通知兩造到場調解時，會詢問當事人之意見，大部分當事人都會安排在距離債務人就近之派出所會面交往，債務人即負有於約定時間偕同子女至約定之執行地點-某某派出所，將子女交付債權人接回；債權人則應於所定應送回之時間前，偕同子女送回至約定之執行地點-某某派出所，將子女交付債務人帶回，故債務人應負之義務，並非單純不行為或容忍即可達其執行目的，顯非不行為請求權之執行，而係不可代替行為請求權之性質。

就問題二部分，探視子女可否依本法 128 條第 3 項規定用直接強

制方法將子女取交債權人¹³⁰？按民法第 1055 條第 5 項規定¹³¹ 法院得依請求或依職權為未行使或負擔權利義務之一方酌定其與未成年子女會面交往之方式及期間。其立法目的在於保護未成年子女，使其不會因父母離婚，而被剝奪與未行使或負擔權利義務之一方之會面交往權，而判決主文通常均會詳細載明會面交往之方式及期間，但絕不會有交付子女之文字。蓋會面交往與交付子女係屬於互斥的權利，不可能同時存在，債權人行使會面交往權時，監護權仍屬於債務人所有，僅其負有幫助及協調未成年子女與債權人會面交往之協力義務，因不具代替性，故應依不可代替行為請求權之執行。如債權人係行使交付子女之權利時，則是完全剝奪債務人之監護權，而歸債權人行使監護權，債務人需負交出子女之積極行為義務，仍具不可代替性，故其執行方法與會面交往同，應依不可代替行為請求權之執行。僅其性質特殊，本法第 128 條第 3 項特別明文規定得用直接強制之方式，將該子女取交債權人。亦僅限於交付子女之案件才有適用，探視子女案件即不予焉。目前最新通過之家事事件法第 5 編第 3 章「交付子女與子女

¹³⁰ 強制執行法第 128 條第 3 項規定：「執行名義係命債務人交出子女或被誘人者，除適用第一項規定外，得用直接強制方式，將該子女或被誘人取交債權人」。

¹³¹ 民法第 1055 條第 5 項：「法院得依請求或依職權，為未行使或負擔權利義務之一方酌定其與未成年子女會面交往之方式及期間。但其會面交往有妨害子女之利益者，法院得依請求或依職權變更之」。

會面交往之執行」第 194 及 195 條亦有明文規定¹³²。故單純行使會面交往權，不可適用直接強制之方式，否則即逾越執行名義之執行範圍而屬違法執行，債務人得依本法第 12 條規定聲明異議，如有損害亦可請求國家賠償。

案例四 甲不得在乙公司以外之其他場所工作之執行

一、法律問題：

乙公司主張甲為乙公司之課長，受乙公司栽培重用，乙公司於 86 年 3 月 21 日與甲簽訂出國合約書，派甲至日本進修一年，約定甲回國後，至少為乙公司服務五年以上，即至 92 年 3 月 7 日，詎甲竟於 89 年 3 月 17 日提出離職申請書，乙公司恐因甲離職造成公司重大損害，為保全強制執行，爰聲請假處分，禁止甲在 92 年 3 月 7 日前，不得在乙公司以外之其他工作場所工作。並經法院准許假處分在案，請問執行法院應如何執行¹³³？

二、討論意見：

¹³²家事事件法第 195 條：「以直接強制方式將子女交付債權人時，宜先擬定執行計畫；必要時，得不先通知債務人執行日期，並請求警察機關、社工人員、醫療救護單位、學校老師、外交單位或其他有關機關協助。前項執行過程，宜妥為說明勸導，儘量採取平和手段，並注意未成年子女之身體、生命安全、人身自由及尊嚴，安撫其情緒」。家事事件法第 194 條：「執行名義係命交付子女或會面交往者，執行法院應綜合審酌下列因素，決定符合子女最佳利益之執行方法，並得擇一或併用直接或間接強制方法：一、未成年子女之年齡及有無意思能力。二、未成年子女之意願。三、執行之急迫性。四、執行方法之實效性。五、債務人、債權人與未成年子女間之互動狀況及可能受執行影響之程度」。

¹³³參照高等法院 89 年度抗字第 1782 號裁定。

甲說：本件乙公司所提出其與甲簽立之出國合約書第四條記載：「乙方（按係指甲，下同）應於規定期限內返回甲方公司（按係指乙公司，下同）繼續服務五年以上。」第五條記載：「乙方返回甲方公司繼續服務五年期間因違犯公司規章而被免職處分或因故離職時，乙方均應賠償進修期間支領之薪資及全部相關費用，乙方不得異議並自願拋棄先訴抗辯權」，按基於私法自治與契約自由原則，如契約內容不違反法律禁止或強制規定，且不違背公序良俗者，當事人即應受該契約拘束，乙公司當然得依契約規定聲請禁止甲在 92 年 3 月 7 日前，不得在乙公司以外之其他工作場所工作之假處分。既已經法院准許假處分在案，執行法院自應依本法第 129 條不作為請求權之規定執行。

乙說：按勞務之提供，顯不適於為強制執行之標的，否則有違憲法保障人身自由之基本人權之規定。甲於受僱期滿前終止與乙公司之勞動契約關係，僅生乙公司得否請求賠償損害之問題，與民事訴訟法第 532¹³⁴條之規定不符，執行法院應駁回乙公司強制執行之聲請。

三、研討結果：採甲說。

四、本文見解：

依執行名義之內容所載為「禁止甲在 92 年 3 月 7 日前，不得在乙公司以外之其他工作場所工作」。係以債務人之「不行為」為執行

¹³⁴民事訴訟法第 532 條：「債權人就金錢請求以外之請求，欲保全強制執行者，得聲請假處分。假處分，非因請求標的之現狀變更，有日後不能強制執行或甚難強制執行之虞者，不得為之。」

之標的。即禁止債務人為一定之行為，債務人負有不行為之義務，屬不行為請求權之範疇，執行法院應將執行名義即該假處分裁定之內容送達甲，使債務人甲知悉其所負之不行為義務即可，在債務人為積極行為以前，債務人之義務在繼續履行中，自不得請求執行。惟如債務人違反該假處分裁定之內容時，例如在 92 年 3 月 7 日前至乙公司以外之其他工作場所工作，此時執行法院至多僅得依本法第 129 條第 1 項為拘提、管收或處以怠金而已，仍不得強制禁止債務人甲在其他公司服務；否則，恐將有違憲法保障人身自由之基本權利。

至於乙說主張債權人聲請假處分，與民事訴訟法第 532 條之規定不符云云。此涉及執行法院之形式審查權，本文於第二章就強制執行之性質中曾述及學者多數認為，強制執行事件，係依執行名義執行，而不能審查其實體上權利之當否，屬於非訟事件性質。惟本文以為關於執行程序所涉及之實體事項，如為進行執行程序所必要時，執行機關必須加以調查審認，以確保執行程序合法。本件假處分裁定之內容雖涉及有關勞務提供之問題，但並非關於執行程序所涉及之實體事項，且為進行執行程序所必要（如執行名義之內容係給付違禁物或送達不合法），故執行法院並不能審查其實體上權利之當否。縱然執行法院不得強制禁止債務人甲在其他公司服務，僅得依本法第 129 條第 1 項為拘提、管收或處以怠金，但其效果仍間接強制禁止債務人甲在

其他公司服務，此結果是否有違憲法保障人身自由之基本權利？蓋強令債務人甲不得離職而需在乙公司任滿至 92 年 3 月 7 日，則在上開期間內，債務人甲不到公司上班或到公司後怠工而不為任何行為，依上開合約第五條規定意旨，乙公司亦僅能予以解僱或請求損害賠償而已，並無任何方法得以強令債務人甲為任何職務上之行為。況假處分既係保全強制執行方法之一種，原為本案請求尚未經判決確定以前，預防將來債權人勝訴後，因請求標的之現狀變更，有日後不能強制執行或甚難執行之虞者而設，因此如逾越假處分之目的，而聲請命直接可達強制執行之目的之處分，則無異於假處分程序即確定債權人請求之存在，自非假處分程序所得准許。且乙公司就此不行為請求權依民事訴訟法第 532 條聲請保全執行假處分，其聲明事項，既已直接達強制執行目的之處分，是否與民事訴訟法第 532 條之規定不符？但因其涉及實體事項，執行法院並無實體審查權限，僅能於執行程序中勸諭當事人和解，或曉諭當事人就該假處分裁定另以訴訟程序救濟之。

案例五 禁止董事行使職權之執行

一、法律問題：

臺北地方法院 93 年 6 月 25 日以假處分裁定陳○賢於本案訴訟判決確定或民國 94 年 5 月 27 日董事任期屆滿前，不得以勝○製藥廠股份有限公司董事長之名義行使董事長職權。今陳○賢於 93

年 6 月 9 日受假處分裁定前即已提出營利事業負責人變更申請案，債權人主張債務人陳○賢違反該假處分裁定之內容，聲請就該部分強制執行，執行法院應否准許？¹³⁵

二、討論意見：

甲說：本件假處分裁定之內容為禁止董事長陳○賢以公司名義行使董事長職權，即不得以勝○製藥廠股份有限公司董事長之名義行使董事長職權。其本質與禁止董事行使職權之假處分不同，違反之法律效果亦不同。況陳○賢於 93 年 6 月 9 日受假處分裁定前即已提出營利事業負責人變更申請案，債權人主張債務人陳○賢違反該假處分裁定之內容為無理由，執行法院應駁回債權人強制執行之聲請。

乙說：假處分之命令為公法上之強制執行，禁止董事行使職權之假處分係全面禁止該董事為行為，包括禁止其以公司名義行使董事長職權，且為貫徹強制執行之效果，該董事違反假處分之行為，自不能認為係代表公司之行為，其行為應屬無效。今債務人陳○賢雖於 93 年 6 月 9 日受假處分裁定前即已提出營利事業負責人變更申請案，如執行法院在送達假處分裁定時，主管機關尚未辦妥債務人陳○賢於 93 年 6 月 9 日聲請之營利事業負責人變更申請案者，則債權人自得聲請執行法院依本法第 129 條規定執行。

¹³⁵參照臺北市政府法規委員會，北市法二字第 09430214400 號。

三、研討結果：採乙說。

四、本文見解：

按強制執行應依執行名義行之，本件首先應釐清者為執行名義即假處分裁定之內容與範圍為何？依假處分裁定之記載為「陳○賢於本案訴訟判決確定或民國 94 年 5 月 27 日董事任期屆滿前，不得以勝○製藥廠股份有限公司董事長之名義行使董事長職權」。此假處分裁定雖為禁止董事長以公司名義行使董事長職權，惟其本質仍與禁止董事行使職權之假處分相同，違反之法律效果亦同。故債務人陳○賢負有不得以勝○製藥廠股份有限公司董事長之名義行使董事長職權之不作為義務，而假處分裁定，係命令或禁止債務人為一定行為者，執行法院應將該裁定送達於債務人，本法第 138 條定有明文。

本件假處分裁定於 93 年 6 月 25 日送達於債務人陳○賢，依前開規定，假處分亦於此時發生效力，則債務人陳○賢於 93 年 6 月 9 日收受假處分裁定前即已提出營利事業負責人變更申請案，並未違反假處分裁定之內容，至於主管機關是否准許債務人陳○賢提出之營利事業負責人變更申請案，係屬主管機關依其法定職權行使其職權之事項，與本件執行事件無涉。又債務人有無違反其不作為義務，係以債權人聲請強制執行時為判斷時點，今債權人聲請強制執行時，債務人陳○賢並未違反假處分裁定之內容，已如前述，執行法院自不能依本

法第 129 條不作為請求權之規定執行。僅須將該假處分裁定送達即可。

案例六 禁止乙在 A 部分土地建築房屋，同時乙經分割共有物判決確定取得該 A 部分土地所有權之執行

一、法律問題：

甲乙共有建地一筆，乙未經甲同意擅行在該建地上 A 部分土地動工建築房屋，甲乃向法院聲請假處分，經法院裁定禁止乙為建築行為，並經執行法院予以執行完畢，旋甲提起分割共有物訴訟，訴訟中，乙違反假處分之執行，繼續為建築行為（設假處分執行時僅建至一樓，繼續建築至三樓），甲乃依本法第 129 條第 2 項之規定，聲請執行法院除去乙違反假處分行為之結果，惟執行法院尚未執行前，甲、乙間之分割共有物訴訟經判決確定，該 A 部分土地判歸乙取得。問此際甲所聲請除去乙違反假處分執行所建之建築物，執行法院應如何處理？¹³⁶

二、討論意見：

甲說：本題乙既違反假處分之執行，繼續為建築行為，違法在先，甲依本法第 129 條第 1 項之規定聲請除去其行為之結果，於法正當有據，自不因事後本案訴訟之結果而受影響。執行法院應依

¹³⁶ 民事法律問題研究彙編第 7 輯 738 頁。

甲之聲請予以執行拆除。

乙說：假處分之目的，在保全日後強制執行。本題甲聲請之假處分，其本案分割共有物訴訟結果，該A部分土地已分由乙取得，對甲言，無異其本案訴訟敗訴，拆除該建築物於甲亦無何實益，反造成乙之損害，損人不利己。故執行法院應駁回甲之聲請。

三、研討結果：採乙說。

司法院第一廳研究意見：按假扣押之原因消滅或命假扣押之情事變更者，債務人得聲請撤銷假扣押裁定，民事訴訟法第530條第1項定有明文。此項規定依同法第533條規定，於假處分準用之。本題土地共有人甲係以禁止共有人乙於共有土地為建築行為之假處分裁定為執行名義，對乙實施假處分執行後，乙竟違反假處分之執行，繼續建築，甲依本法第140條準用第129條第2項之規定，聲請執行法院除去乙違反假處分執行所建之建築物，於法即無不合。執行法院即應依其聲請為執行，雖甲乙共有之土地於假處分後，經分割共有物之判決，已將實施假處分部分之土地分割歸乙所有確定，但執行法院對其實體上權利之歸屬並無審認之權限，仍須依執行名義處理。乙僅得依上開民事訴訟法之規定，聲請撤銷假處分裁定，並據以聲請撤銷假處分之執行，以資救濟。

四、本文見解：

本案例六與案例一之情形相同，債務人均負有不作為之消極義務，卻故意違反其不作為之義務，而為積極行為時，執行法院自得依債權人之聲請依本法第 129 條第 2 項之規定，除去乙違反假處分行為之結果。所謂除去乙違反假處分行為之結果，係指禁止債務人為一定行為之執行名義成立後存在之「行為之結果」而言；執行名義成立前發生者，亦包括在內。

以本件而言，假處分內容係禁止乙為建築行為，乙違反假處分之執行，繼續為建築行為（設假處分執行時僅建至一樓，繼續建築至三樓），此時，乙負有自行除去繼續建築至三樓部分之積極行為義務，因非以債務人乙本身之特別學識、技能、身分或資格為主要因素，具有可代替性，故執行法院於債務人不自動履行時，得以債務人之費用，命第三人代為除去乙違反假處分行為之結果。

惟本案例在執行法院尚未執行前，甲乙共有之土地於假處分後，經分割共有物之判決，已將實施假處分部分之土地分割歸乙所有確定，此時執行法院是否仍得以債務人之費用，命第三人代為除去乙違反假處分行為之結果？此又與案例四相同，均涉及執行法院之形式審查權，蓋執行法院於債權人聲請強制執行時，只需審酌債權人聲請執行之要件是否具備，如已具備，執行法院即有依其聲請而實施執行之義務，對於執行之結果是否有違債權人聲請假處分之目的在於保全日

後強制執行之問題，並非執行法院所得審究。惟為避免造成當事人無法彌補之損害，除依司法院第一廳研究意見所述，乙得依民事訴訟法第 533 條準用第 530 條之規定，聲請撤銷假處分裁定，並據以聲請撤銷假處分之執行，以資救濟外，執行法院應盡量與當事人雙方溝通與協調，使當事人能明確瞭解彼此間之權利義務，及執行所造成之法律效果，努力勸諭雙方和解，以獲得三贏之結果。

第三節 小結

綜合以上案例探討，本文以為債務人所負之債務究是行為或不行為債務？在實務運作上，不能僅憑語言、文字之形式上表示而認定，尚須依論理法則及具體情況，就債務人行為或不行為之結果，能否滿足債權人在法律上及經濟上之權益為具體之觀察，始能正確判斷並採取適當之執行方法。例如不行為請求權執行之案例探討中之案例三（未成年子女會面交往之執行），債務人究係單純之容忍債權人進入其住居所，無須為任何行為之義務，即能滿足債權人行使會面交往之權利？或應負積極行為之義務，幫助及協調以達成債權人與未成年子女會面交往之判決目的？從文字上觀之，債務人似無需為任何行為，但究其意，並非債務人單純消極不作為即能達成債權人探視權之行使，債務人除不得阻撓債權人依判決進行探視外，還需有配合其探視之進行於指定時日，留置於住居所內，等待債權人前來。並於探視時

間結束後，等待債權人送回未成年子女。此等皆與容忍或禁止債務人為一定行為之執行名義有所不同。

其差別在於不行為債務，於債務人違反容忍或禁止之義務，亦即於債務人為積極行為時，始生債務不履行問題。在債務人為積極行為以前，債務人之義務在繼續履行中，自不得請求執行。故如認為債務人所負債務為不行為債務，應適用本法第 129 條不行為請求權之執行方法者，則必須債務人違反其單純容忍之義務，即積極阻止債權人使其探視權時，執行法院始得依本法第 129 條規定處怠金或管收之。如債務人僅消極不配合債權人探視權之行使，則債務人並未違反其單純容忍之義務，債務人之不行為容忍義務在繼續履行中，債權人自不得請求執行。反之，如認為債務人負有積極協力義務，且專屬債務人之行為才能達債權人之執行目的，具有不可代替性，則債務人僅消極不配合債權人探視權之行使，即屬違反其積極行為義務，此時債務人所負之義務為不可代替性行為義務，債權人得聲請執行法院依本法第 128 條不可代替性行為請求權之規定執行，債權人之探視權才能實現。

至於債務人所負之行為義務究係可代替或不可代替，由執行法院就具體情事而為判斷。例如行為請求權執行之案例探討中之案例一（合夥帳冊交付查閱之執行）與案例三（請求返還股票之執行），執行法院首先要釐清的是債務人究係負行為債務或不行為債務？確定

為行為債務後，再判斷債務人之行為債務是否具有可代替性，此涉及執行方法之正確選擇，蓋本法就可代替性行為債務之執行，依本法第127條之規定¹³⁷，明示係採用代替執行方法，即代履行之執行方法，並不能適用間接強制執行之方法（例如處怠金），此種執行方法之限定，對當事人有害而無利益。本文於第三章就不可代替行為請求權之執行方法中曾論述，未來應修法將處怠金，此種間接強制執行方法擴及於可代替行為請求權之執行，以便利執行法院依具體情形彈性適用處怠金或代履行之執行方法。惟在未修法前，執行法院應遵守法律規定，如認定債務人之行為債務具有可代替性，應依本法第127條之規定即代履行之執行方法，如認為具有不可代替性，則可適用本法第128條之規定¹³⁸，執行法院得定債務人履行之期間，債務人不履行時，得處怠金或管收之。

就案例一而言，債權人聲請強制執行之目的，在於查閱合夥帳冊，該合夥帳冊係以債務人本身之特別學識、技能、身分或資格為主要因素，不具代替性，在事實上或法律上不可能由第三人代為，或雖可能，但債權人在法律上或經濟上所得之效果，與債務人自己所為者

¹³⁷ 強制執行法第127條（可代替行為請求權之執行方法）：「依執行名義，債務人應為一定行為而不為者，執行法院得以債務人之費用，命第三人代為履行。前項費用，由執行法院酌定數額，命債務人預行支付或命債權人代為預納，必要時，並得命鑑定人鑑定其數額」。

¹³⁸ 強制執行法第128條：「依執行名義，債務人應為一定之行為，而其行為非他人所能代履行者，債務人不為履行時，執行法院得定債務人履行之期間。債務人不履行時，得處新臺幣三萬元以上三十萬元以下之怠金。其續經定期履行而仍不履行者，得再處怠金或管收之」。

有異，明顯為不可代替行為債務。至於案例三則正好相反，因債權人執行之目的，在於取得股票所有權，至於是那一張股票並不重要，因債權人並未詳為記載該等股票之特徵，例如股票編號，顯非命返還特定某張之股票，債務人得以同種、同質、同量之股票代替之，同樣可以滿足債權人執行之目的。在此除涉及判斷債務人之行為義務是否具有可代替性之外，另外執行法院尚須認定債務人應交付之物是否係特定物或代替物。只有代替物才得由債務人以同種、同質、同量之股票代替之，如債務人占有其物而不交付，或債務人未占有其物而不願代為採買交付，此時債務人所負之行為義務具有可代替性，由債務人為之或由第三人代債務人為之，對債權人之經濟上或法律上效果並無不同，應依本法第 127 條可代替行為請求權之執行方法，即以債務人之費用，命第三人代為採買交付。如債務人應交付之物係特定物，例如案例一（合夥帳冊交付查閱之執行）之情形，因其不具代替性，則又回歸應適用本法第 128 條不可代替行為請求權之執行方法，兩者執行方法完全不同，不可不辯。

由此可知，一個正確執行方法之選擇，攸關債權人之權利能否實現、司法威信能否建立以及是否取得當事人之信賴，並減少當事人之異議或提起訴訟，縮減爭訟即能加速執行程序之進行，提高執行效率。

第五章 結論

綜上各章節之論述，本法之相關規定，固有其縝密以及嚴謹之一面，惟亦有應針對本文所呈現之各項問題，予以考慮修正之必要，俾能更加周延與達到便民之最佳境界。依據統計資料顯示¹³⁹，民眾對於法院各項業務中，以民事執行業務之滿意度最低。誠然強制執行固有其吃力不討好之面向，但如何從法制面及執行面，加以改進，以符合人民期望，實為重要課題。本文第一章緒論中曾述及，強制執行法為運用國家公權力以實現人民私法上權利之程序法規，既係程序法，則在強制執行程序中特別重視程序正義，尤其在行為及不行為請求權之執行上，如何在輕重緩急及寬嚴得失之間，尋求執行方法之公平，利益之平衡，並在各個不同法院間取得執行方法之一致，避免債權人任擇法院，造成執行之不公。此不僅在辦理強制執行實務時，特顯其重要與迫切，亦為筆者撰寫本論文之目的。蓋強制執行係國家執行機關以公權力所發動，對於當事人之基本權利造成侵害，影響個人之權益重大，自為發動強制執行者所應注意。而本法對於行為或不行為請求權之執行上，僅有3個條文（第127條-129條），實無法因應實務所需，在執行運作上如何兼顧當事人之程序利益，並予以等量齊觀，

¹³⁹參照司法院於民國100年9月所編印之「99年度司法業務年報案件分析」。

同時提高執行效率，此實為執行實務之難題。惟司法雖力求革新，提倡便民禮民政策，卻一直趕不上時代之進步，不能滿足人民的需求，以致司法公信力無法建立。本文為實現當事人及利害關係人之實體上及程序上之保障，集結學者論述及參照實務見解，俾能對修法之方向提出前瞻性之建議，以期能提高並振興司法威性，同時增加人民對司法之信賴，並落實強制執执行程序貴在迅速之精神。茲針對行為及不行為請求權之執行上之實務問題提出探討，並就強制執行現行制度及程序歸納較具體之建議如下，尚祈各界批評與指教：

一、放寬司法事務官之職權

為解決強制執行案件量繁重並減輕法官負擔，同時提高執行效能，使審判歸審判，執行歸執行，司法院特於民國 96 年於強制執行法增設司法事務官一職，主管強制執行事務，惟司法事務官對於當事人依強制執行法第 12 條聲請或聲明異議之案件，依法均應以裁定為之，但其裁定僅為處分性質，當事人如有不服，異議即可，與抗告不同，毋庸繳納裁判費一千元，故當事人無論有無理由，先異議再說，致使異議案件量暴增，不但浪費司法資源，並造成司法事務官之負荷，無形中亦壓縮司法事務官處理其他案件之時間與效率。另一方面，當事人對於司法事務官之裁定，亦只能異議，而不能直接抗告，其異議結果，如司法事務官認為無理由者，送至民事庭由民事庭法官

准駁，如民事庭法官維持原處分駁回，當事人才能向民事庭抗告，送至抗告法院。就當事人救濟事件上設計層層關卡，此狀況與強制執行貴在迅速之精神是否違背？是否有違當初增設司法事務官之美意？是否有限縮司法事務官之權能？是否會延誤當事人權益？造成案件之稽延？立法理由解釋為倘對於執行司法事務官所為之裁定不服，得逕行抗告，未由第一審法院先行過濾，將增加第二審法院負擔，徒耗司法資源。蓋第二審法院必就特定事件之紛爭，於第一審法院無法止息時，始有由其審理之必要，司法事務官畢竟不是法官，為保障當事人權益，特別設計此規定¹⁴⁰。

惟如此設計顯有疊床架屋之虞，蓋立法政策既以司法事務官取代法官之地位，俾法官得以致力於審判業務，毋庸身兼二職，而由司法事務官專司執行業務，主導程序，其意在使執行程序得更加流暢、迅速，以應付與日遽增之民事執行事件。但依現行救濟制度，其救濟途徑反較先前更為累贅。況執行程序相較於審判程序，既無訟爭性，貴在使債權人迅速獲得滿足。然而，執行司法事務官所為裁定救濟制度，卻較執行法官所為裁定累贅，將使執行程序之救濟更為冗長。蓋

¹⁴⁰民事訴訟法第 240-4：「當事人對於司法事務官處理事件所為之終局處分，得於處分送達後十日之不變期間內，以書狀向司法事務官提出異議。但支付命令之異議仍適用第五百十八條及第五百十九條之規定。司法事務官認前項異議有理由時，應另為適當之處分；認異議為無理由者，應送請法院裁定之。法院認第一項之異議為有理由時，應為適當之裁定；認異議為無理由者，應以裁定駁回之。前項裁定，應敘明理由，並送達於當事人」。

在審級救濟制度上，立法機關得視案件之種類、性質及政策目的等而為合理之設計（司法院釋字第 396 號、第 442 號及第 574 號解釋意旨參照）。對於司法事務官所為裁定之救濟，若採抗告說，其抗告非必然抗告至高等法院。易言之，立法者若設計抗告至地方法院，揆諸上開司法院大法官解釋意旨，要無不可。現行民事訴訟法第 436 條之 1 第 1 項、第 436 條之 24 第 1 項等規定足證。再者德國研究報告指出：由第一審法官先行審查以達成過濾功能，非如預期中理想。且某些已由司法事務官完全承擔之事務，交由法官再行審查，並無實質意義，反有延滯救濟程序之結果。是德國 1998 年修法後，對司法事務官所為決定之聲明異議，原則上與對法官所為裁定之抗告程序相同，均直接由抗告法院管轄。其修法理由，係為簡化救濟程序及減輕法官因輾轉異議制所加重之負擔。本文建議基於司法資源有限性及訴訟經濟原則，未來應修法就當事人對於司法事務官所為之裁定如有不服，應抗告至地方法院合議庭，並比照抗告之規定繳納裁判費一千元，避免浪費司法資源，同時提高執行效率¹⁴¹。

另外本文認為應賦予司法事務官刑事指揮權。按強制執行是國家運用公權力，直接干涉當事人之財產或自由，尤其在執行交付子女或

¹⁴¹許惠佑「西德非訟法務官之制度」，法律評論，第 56 卷第 12 期，1990/12，頁 19；劉初枝「論非訟法務官之制度—評非訟法務官法草案」，輔仁法學，第 11 期，1992/06，頁 39；陳瑞基「德國法務官制度之淺介」，立法院院聞，第 29 卷第 7 期，2001/07，頁 88。葉啟洲「沒有法袍的法官—德國司法事務官制度之簡介（下）」，司法周刊，第 1319 期，2006/12。

拆屋還地的案件時，常遇到當事人之抗爭，甚或糾眾滋事阻撓程序之進行，如本文第一章緒論中曾述及某法院於執行交付子女的案件時，因執行人員未事先於執行前擬妥執行計畫並適當配置警員，以應付突發狀況之需要，以致交付子女未果，又遭監察院糾正及該法院之處分，此為非戰之罪，無妄之災。如賦予司法事務官刑事指揮權，可就近訊問當事人，並可促成兩造和解之可能，對於茲事抗爭者亦可直接下令逮捕，並於事先或現場指揮分配任務於警察人員，相信不但可順利達成執行任務，亦可避免不必要之人員傷亡。依刑事訴訟法及調度司法警察條例規定，檢察官因辦理偵查執行事件，及法官於辦理刑事案件時，有指揮司法警察官、命令司法警察之權。雖司法事務官並非辦理刑事案件，但常發生在執行公務時被凶器傷害，故將來修法時應賦予司法事務官於一定限度內具有刑事指揮之權限。

最後就拘提、管收之部分¹⁴²，司法事務官並無權限，按司法事務官之創設，有接替法官在民事執行處之性質，舉凡修法之前法官在執行處所得執行之職務，修法後均由司法事務官執行，但卻將拘提、管收這兩把最為管用的尚方寶劍給硬生生拔除，致增設司法事務官不能發揮作用，反而加重執行案件窒礙難行，相信這應非司法院增設司法事務官之目的，亦非債權人樂見之結果，建議未來可修法放寬司法

¹⁴² 強制執行法第3條規定：「強制執行事件，由法官或司法事務官命書記官督同執達員辦理之。本法所規定由法官辦理之事項，除拘提、管收外，均得由司法事務官辦理之。」

事務官拘提、管收之權限¹⁴³。

二、交付子女及會面交往案件改由家事庭承辦

按強制執行事件實務重於理論，甚至有些執行方法與技巧是完全沒有理論之依據，必須依實務經驗的累積。在交付子女及會面交往之案件上，因執行處案件量甚為稀少，很難建立執行經驗。又此類案件特別需要耐心與專業，再加上濃厚之親和力方能奏效。偏偏這些特質在執行處是最為欠缺的，蓋執行處每一股所收案件幾為金錢債權請求權之案件，稱執行處是合法的討債公司亦不為過，反在收到交付子女及會面交往之案件時，往往不知所措。

目前最新修正通過而已於民國 101 年 6 月 1 日施行之新家事事件法第五編履行之確保及執行，依其立法理由係為促使債務人自動履行債務、法院妥適處理扶養費請求權、交付子女及與子女會面交往等之強制執行事件，維護未成年子女及家庭成員之最佳利益，特訂定本編。另司法院於民國 100 年 10 月 1 日起於台中、高雄、屏東、花蓮及基隆地方法院，試辦 2 年之「地方法院家事庭協助處理未成年子女交付及會面交往強制執行事件試辦計畫」¹⁴⁴，建構交付子女與子女會

¹⁴³參照修丕龍，「我國強制執行法拍定物點交之研究-以船舶強制執行為中心」，國立台灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文（2009、6），頁 164-165。

¹⁴⁴參照司法週刊，100 年 10 月 6 日，1563 期：司法院自 10 月 1 日起，擇定臺中、高雄、屏東、花蓮及基隆地院，試行辦理由家事法庭協助處理未成年子女交付及會面交往強制執行事件計畫，預計試行 2 年，各試辦法院民事執行處辦理上開強制執行事件，經限期命債務人履行而不履行時，得移請該院家事庭協助處理。家事庭受理後，得視個案狀況，連結相關資源，評估債務人自

面交往之執行，目的在透過勸告履行（促談），而重建權利人、義務人與子女之間的關係，並在促談、評估階段得以正視未成年子女的需求，共同修復過往不愉快的經驗及訴訟對立所造成之傷害等。故具多重屬性之會面交往、子女交付事件終局執行之方法，自與一般財產權僅關注在債權人應受到即時財產權益之保護及實現，而有所不同。

實務上，多數義務人僅欲終止與權利人之關係，並無意傷害對方或影響子女，甚至盡力避免因訴訟導致相互怨懟或報復。然而，義務人因故無法自動履行執行名義時，法院有必要提供柔性措施，供雙

動履行的可行性，研擬並執行解決方案，並得參採試辦計畫所列之參考措施；必要時，也可洽請或囑託相關機關、機構、團體及其他適當人員協助辦理。解決方案涉及債權人、債務人之權利義務事項，應經其同意，並宜尊重滿7歲未成年子女之意願，如定有試行替代方案者，不影響原執行名義的效力。債權人或債務人依強制執行法第12條為聲請或聲明異議，或有同法第128條應拘提、管收或處怠金的情形時，家事庭應即停止處理，移請民事執行處續行辦理。家事庭協助處理的期限為4個月，但經債權人及債務人書面同意者，得延長2個月；延長以1次為限。家事庭得採取的措施，主要是參考家事事件法草案第189條所定之勸告措施，包括評估債務人自動履行的可能性、何時自動履行、債權人之意見、未成年子女之意願、心理、情感狀態或學習生活狀況及其他必要事項等，以擬定適當的對策；評估債權及債務人會談可能性並促成會談。但有家庭暴力情形者，準用家庭暴力防治法第47條之規定；進行親職教育或親子關係輔導；未成年子女無意願時，予以適當之輔導，評估是否可促成共同會談、協助履行；向其他關係人曉諭利害關係，請其協助促請債務人履行；協助債權人或債務人擬定安全執行計畫或短期試行方案各項措施。交付未成年子女及與子女會面交往強制執行事件，因涉及血緣家族間親情倫常及複雜之情感因素，不易妥適處理。於本計畫試辦前，屏東及臺中地院已就交付子女、會面交往（探視）之強制執行事件，先行試辦，在執行處依強制執行法第128條直接強制前，將案件移由該院家事庭，讓家事庭能運用其專業，連結兒少社福機構，及其他社政、醫療資源等協助辦理，以求能於尊重子女之意思、感情前提下，適時運用親和圓融的方法，促請債務人自動履行，成效頗受當事人肯定。司法院為在家事事件法草案完成立法前，能加強連結相關資源，協助處理此類強制執行事件，並供日後履行勸告制度具體作法之參考，特別擬定本試辦計畫，以促進債務人自動履行，並保護未成年子女身心安全及其最佳利益。

方當事人再為商談，透過強制執行階段之促談，了解彼此困難，滿足未成年子女經歷父母分離所生心理、現實生活變動之需求，有效解決雙方因離婚、子女親權（監護）、扶養費爭奪等所衍生之相關訴訟問題。是在家事執行事件建構新思維的「促談」要如何進行？除了釐清行使親權之本質及內容外，尚需提升當事人共同承擔「父」「母」責任之意願，更重要的是透過促談，而有效推動雙方進行良性的對話，完整表達彼此利益與需求，並獲致平和終結案件的共識及協議，以達到情感修復及填補實質損害，藉由促談，使義務人認知情緒綁架錯誤所生之後果，進而正向轉變情緒、降低抵抗執行之行為，在一方得以療傷止痛或進一步了解他方後，減少雙方自認為「被害」，而產生之負面情緒，透過修復促進、陪伴者協調計畫之執行，有機會學習分離後之相互合作，並為子女之利益，進一步實現合作式親權及雙核心家庭之價值，始為修復式司法所應致力之目標¹⁴⁵。

前項試辦計畫是交由家事庭之司法事務官處理，在執行處依本法第 128 條直接強制前，將案件移由該院家事庭，讓家事庭能運用其專業，連結兒少社福機構，及其他社政、醫療資源等協助辦理，以求能於尊重子女之意思、感情前提下，適時運用親和圓融的方法，促請債務人自動履行，成效頗受當事人肯定。目前試辦結果成效良好，如能

¹⁴⁵參照台灣臺中地方法院，「未成年子女交付會面交往執行-家事事件法施行後之發展架構」，司法週刊，101 年 3 月 15 日，3 月 8 日，1585 期，1584 期。

全面將交付子女及會面交往案件轉由家事庭承辦，相信更能有效達成債權人執行目的。

三、賦予執行和解之效力

執行和解是一種特殊的執行方式，在執行程序中，雙方當事人基於平等地位，透過執行人員居中協調，在司法事務官面前，就變生效的法律文書所確定的權利義務關係達成和解，經書記官記明筆錄後，即按和解內容履行並同時終結執行程序。例如在會面交往案件中，原來執行名義係記載「被告於每月第 1、3 週之星期六上午 10 時起至原告住處將未成年子女接往住處同居，但應於次日之週日下午 4 時前，將未成年子女送回原告住處」。後來在執行程序進行中，因情事變更，雙方當事人同意變更原來之執行名義內容，改為「債務人於每月第 1、4 週之星期五晚上 7 時起偕同子女至某某派出所，將子女交付債權人接回住處同居；債權人則應於次日之週六下午 4 時前，偕同子女送回至某某派出所，將子女交付債務人帶回」。嗣後雙方當事人即依該和解內容履行，如有一方不履行時，他方得依變更後之和解內容聲請強制執行。

目前實務上是不承認執行程序中所進行和解之效力¹⁴⁶，惟執行

¹⁴⁶參照 33 院 2776 〈8〉：債權人與債務人所訂拋棄強制執行請求權之特約，在強制執行法上不生強制執行請求權喪失之效力，債權人與債務人在執行法院和解時，債權人表示拋棄其對於和解部分以外之強制執行請求權，縱令當事人間已立合意，債權人且已向執行法院撤回強制執行之聲請，而債務人之強制執行請求權，要不因而喪失，自得仍依原執行名義聲請強制執行；47 台抗

程序中最需要溝通與協調，雖然當事人間之法律關係在訴訟中已經判決確定，但到了執行階段仍然爭吵不斷，或者是碰到判決主文不明確而有爭議時，例如本文第四章實務問題之探討中，就不行為請求權案例四與案例六之情形，執行人員通常需要非常有耐心的不斷的向當事人解釋、溝通與協調，才能順利完成執行程序，此時如能賦予執行程序中成立和解之效力，也許在溝通協調中，當事人願意成立和解，並在一定程度內承認和解之效力，相信對化解雙方當事人之爭議與矛盾，促進社會和諧起一定之積極作用，建議未來修法可以增訂執行和解制度。

四、擴大怠金之適用範圍及於可代替行為

依本法規定怠金僅適用於不可代替性之行為義務與不行為義務，可代替性行為義務則應適用代履行之執行方法。惟怠金與代履行既同屬間接強制方法，不妨由執行機關依具體情事或債務人履行之意願及債務人之金錢給付能力，做出最有效以及最妥當之選擇適用。特別是債務人無力負擔龐大之代履行費用時，可依客觀情狀及債務人之財力先選擇處怠金之執行方法促其履行，以實現債權人之權利。就執行效率觀之，如以小額之怠金就能快速有效之地促債務人履行義務，

196：債權人縱已與債務人於強制執行中為和解，亦非不得繼續為強制執行。如其和解為消極或妨礙債權人請求之事由，債務人亦只能依強制執行法第 14 條之規定提起債務人異議之訴，要不得謂其和解有阻止確定判決執行之效力。

則限制怠金之適用範圍不包括可代替性行為義務並無理由。本文於第三章就不可代替行為請求權之執行方法中曾論述，未來應修法將處怠金，此種間接強制執行方法擴及於可代替行為請求權之執行，以便利執行法院依具體情形彈性適用處怠金或代履行之執行方法，且對債權人與債務人並無不利，實不宜限定過嚴造成實際執行上之困擾¹⁴⁷。

五、刪除或降低科處怠金下限之限制

依行政執行法第 30 條之規定，處以怠金之數額係介於新台幣五千元以上三十萬元以下，本法第 128 條及第 129 條卻規定處以怠金之數額係介於新台幣三萬元以上三十萬元以下，強制執行法係於民國 85 年 10 月 9 日修正公布，而行政執行法於 87 年 11 月 11 日修正公布時已改為下限五千元，但強制執行法自 85 年 10 月 9 日修正公布至今，歷經無數次之修法，卻不動如山，不知其立法理由為何？蓋三萬元是一筆不小之數目，或可對債務人造成心理壓制，促其自動履行，但對於某些較輕微不履行之案件，科處怠金是一個很有效之執行手段，但動輒三萬元以上之怠金數額，未免輕重失衡，而有違比例原則，致使執行機關幾乎很少使用科處怠金之執行方法，將之束之高閣，空有尚方寶劍卻不敢使用，辜負當初立法之美意，故建議未來修法刪除

¹⁴⁷參照楊孟哲，「行為或不行為義務之執行」與「即時強制」制度之研究-兼論海事法規相關規定，國立台灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文（2004、6）。

或降低科處怠金下限之限制，由執行機關依具體情形客觀判斷予以彈性適用為宜。



參考文獻

一、書籍

- 張登科，強制執行法（台北，三民書局，2004年2月修訂版）。
- 楊與齡，強制執行法論（台北，五南圖書出版公司，2001年9月修正11版）。
- 楊與齡等合編，強制執行法爭議問題研究（台北，五南圖書出版公司，1999年2月初版1刷）。
- 楊與齡等合編，強制執行法實例問題分析（台北，五南圖書出版公司，2002年7月初版2）。
- 楊建華，「執行法院就實體事項之審查權」，民事訴訟法問題研析（三）（台北，三民書局有限公司，1991年1月自版）。
- 邱聯恭，「訴訟法理與非訟法理之交錯適用」，民事訴訟法之研討（二）民事訴訟法研討會（台北，三民書局有限公司，1990年10月再版）。
- 陳榮宗，強制執行法（台北，三民書局股份有限公司，2000年11月二版）。
- 陳世榮，強制執行法詮解（台北：國泰印書館有限公司，1988年7月修訂版）。
- 陳計男，強制執行法釋論（台北，元照出版，2002年8月初版）。
- 林昇格，強制執行法理論與實務（台北：五南圖書出版公司，1983年7月初版）。
- 吳光陸，強制執行法（台北，三民書局股份有限公司，2007年2月初版）。
- 吳鶴亭，強制執行法析論（台北，三民書局股份有限公司，1992年6月初版）。
- 李沅樺，民事執行法論-強制執行法（台北，五南圖書出版股份有限公司，2007年3月初版）。
- 林洲富，實用強制執行法精義（台北，五南圖書出版股份有限公司，2007年7月初版）。
- 耿雲卿，實用強制執行法上下冊（台北，五南圖書出版股份有限公司，1999年7月初版）。
- 李俊德，民事法法律系列-強制執行法（台北，李俊德，2002年3月初版）。
- 莊柏林，最新強制執行法論（台北，台莛出版社，1997年4月初版）。
- 許士宦，執行力擴張與不動產執行（台北，學林文化事業有限公司，2003年3月一版）。
- 郭松濤，新強制執行法之實用權益（台北，永然文化出版股份有限公司，2001年2月）。
- 黃國昌，強制執行法教室（台中，金玉堂彩色印刷廠股份有限公司，1997年1月初版）。
- 盧江陽，強制執行實務（台中，長海出版社，2004年9月修訂一版）。
- 賴來焜，強制執行法總論（台北，元照出版有限公司，2007年10月初版）。
- 賴來焜，強制執行法各論（台北，元照出版有限公司，2008年4月初版）。
- 黃永泉，強制執行法實務析論（台北，三民書局股份有限公司，1997年3月增訂五版）。

柯芳枝，公司法論（上）（台北，三民書局股份有限公司，2002年11月增訂五版）。

臺灣高等法院，臺灣高等法院暨所屬法院100年法律座談會彙編（民國101年7月）。

臺灣高等法院，臺灣高等法院暨所屬法院99年法律座談會彙編（民國100年7月）。

臺灣高等法院，臺灣高等法院暨所屬法院98年法律座談會彙編（民國99年7月）。

臺灣高等法院，臺灣高等法院暨所屬法院90年法律座談會彙編（民國91年7月）。

最高法院，最高法院67年度第7次民事庭庭長會議決定，最高法院民刑事庭會議決議暨全文彙編（民國90年9月）。

臺灣高等法院編輯，法院辦理民事執行實務手冊（台北，司法院秘書處印行，民國90年7月）。

民事執行實務問題研究專輯-99年度及100年度合輯（台北，司法院發行，民國100年12月）。

二、期刊

馬志錡，強制執行法之性質，司法通訊，第562期（1972年8月），第二版。

馬志錡，強制執行法之法律關係，司法通訊，第576期（1972年8月），第二版。

司法院，「強制執行效能」，司法週刊，第1437期（2009年4月24日）。

台灣臺中地方法院，「從桃、中、彰、南院交流談司法事務官功能之發揮」，司法週刊，第1484期（2010年3月25日第三版）。

司法院，「司法院檢討相關法規提升司法事務官效能」，司法週刊，第1485期，（2010年4月1日第一版）。

台灣臺中地方法院，「司法事務官辦理民事執行業務之成效」，司法週刊，第1564期（2011年10月13日）。

台灣臺中地方法院，「調解業務概況與展望-以司法事務官承辦調解業務之效能為中心上、下」，司法週刊，第1569、1570期（2011年11月17日，2011年11月24日）。

台灣臺中地方法院，「未成年子女交付會面交往執行-家事事件法施行後之發展架構」，司法週刊，1585期，1584期（2012年3月15日，3月8日）。

台灣臺中地方法院，「台中地院司法事務官辦理家事非訟事件之效能評估與展望」，司法週刊，第1545期（2011年6月3日）。

廖義男，行政執行法簡介，台灣本土法學雜誌（台北，學林文化事業有限公司，2000年第8期）。

葉啟洲，「沒有法袍的法官—德國司法事務官制度之簡介（下）」，司法周刊，第1319期，2006/12。

黃慧娟，論行政強制之基礎理論，中央警察大學學報（民國92年9月）。

姜世明，比例原則與強制執行程序，法學叢刊雜誌社（2003年7月第48卷第3期）。

姜世明，強制執行程序中之比例原則考量，法學叢刊雜誌社（2004年1月第49卷第1期）。

許士官，強制執行法修正評述，台灣本土法學雜誌（台北，學林文化事業有限公司，2000年第8期）。

吳光陸，消滅時效與債務人異議之訴，月旦法學雜誌（2001年8月第75期）。

阮富枝，提昇強制執行績效的幾點建議（三），法務通訊第2043期（2001年7月26日第四版）。

黃謙恩，國會立法不作為等國家賠償責任與強制執行，收錄於強制執行法爭議問題研究（台北，五南圖書出版有限公司，1999年2月初版1刷）。

黃謙恩，民事執行法論，律師通訊第50期（1983年9月）。

黎文德，「從執行機關之實體審查權談誤封誤賣第三人財產之效力」，輔仁大學，第26期（2003年3月）。

許惠佑，「西德非訟法務官之制度」，法律評論，第56卷第12期，1990/12。

劉初枝，「論非訟法務官之制度—評非訟法務官法草案」，輔仁法學，第11期，1992/06。

陳瑞基，「德國法務官制度之淺介」，立法院院聞，第29卷第7期，2001/07。

三、論文：

陳伯均，「公法上金錢給付義務之執行之研究兼論商港法上金錢給付義務之執行」，國立台灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文（2003、6）。

林坤宗，「強制執行事件實務問題之研究-以船舶強制執行為中心」，國立台灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文（2004、5）。

鄭小康，「民事強制執行債務人異議之訴之研究」，中國文化大學法律學研究所碩士論文（1996、6）。

修丕龍，「我國強制執行法拍定物點交之研究-以船舶強制執行為中心」，國立台灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文（2009、6）。

莊尚軒，「我國強制執行程序實務上拍定物之研究-以瑕疵擔保責任為中心」，國立台灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文（2010、6）。

楊孟哲，「行為或不行為義務之執行」與「即時強制」制度之研究-兼論海事法規相關規定，國立台灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文（2004、6）。

徐國勇，「船舶強制執行之研究」，國立台灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文（2001、5）。