

〔99年司法特考〕

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？
- (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？

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。 (99司)

〔擬答〕

(一) 乙銀行之主張無理由

1. 應執行標的物所在地之法院為桃園地方法院

強制執行以對物執行為原則，故由「應執行之標的物所在地」之法院管轄（§7 I 前段）。所謂「應執行標的物所在地」，關於金錢債權之執行程序，係指為執行對象之動產或不動產或其他財產權利之所在地而言。今債權人乙銀行聲請就債務人甲所有座落在桃園市某址之B屋為強制執行，則以執行標的物所在地之桃園地方法院為管轄法院。

2. 專屬管轄不得合意變更之（§30-1、民訴§26）

因強制執行有迅速進行之目的，有公益上之考量，故執行法院應為專屬法院，依強執法§30-1 準用民訴§26 之規定，排除合意管轄。又強制執行事件，法院就管轄權調查結果，如認全部或一部無管轄權者，不得進行執程序，應將該執行事件依聲請或依職權以裁定移送於其管轄法院（§30-1、民訴§28）。今甲與乙銀行間雖訂有合意管轄約款，然專屬管轄排除合意管轄，而應以桃園地方法院為管轄法院，乙銀行之主張為無理由。

(二) 丙得依強執§12 聲明異議

1. 聲明異議之意義

指當事人或利害關係人請求執行機關將其所為一定行為或不行為予以變更或撤銷之意思表示而言。聲明異議係在強制執执行程序有違法之情事時，請求執行法院予以救濟之方法。

2. 債務人得依強執§12 聲明異議

臺灣高等法院暨所屬法院 95 年法律座談會民執類提案第 4 號：「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。又為貫徹前開法條規定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。」

◎臺灣高等法院暨所屬法院 95 年法律座談會民執類提案第 4 號

法律問題：

乙邀同甲為連帶保證人與 A 銀行訂立自用住宅貸款契約，並由甲提供其所有之不動產設定最高限額抵押權予 A 銀行，用以擔保甲對 A 銀行所負連帶保證債務。嗣乙未依約繳納房屋貸款，A 銀行於對乙求償前，逕就甲所提供之不動產向法院聲請取得拍賣抵押物裁定後，以拍賣抵押物裁定為執行名義，聲請執行甲供擔保之不動產，經執行法院依聲請查封後，甲以 A 銀行未向主債務人乙求償，逕就連帶保證人之財產聲請強制執行，違反銀行法第 12 條之 1 第 3 項規定為由，依強制執行法第 12 條第 1 項聲明異議，是否有理由？

討論意見：

甲說：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），題示甲所為聲明異議應為無理由。

乙說：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。又為貫徹前開法條規定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，題示甲所為聲明異議應為有理由，執行法院應撤銷已為之查封程序。

審查意見：採乙說。

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？
- (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？ (99 司)

[擬答]

(一) 拍定人丙得請求法院撤銷拍定或主張拍定無效而請求返還保證金

1. 強制執行上之拍賣之性質為「私法上買賣」

85 年強制執行法修正時§70VI 增列：「債務人不得應買」，其立法理由即作如下說明：「依學者通說及實務上見解，強制執行法上之拍賣，為買賣之一種，並以債務人為出賣人，債務人自不得同時又為買受人。惟仍有不同意見。爰增定第六項，明定債務人不得應買以杜爭議。」

2. 以該違建拆除時點區分

(1) 如該違建於拍定前被拆除

此時執行標的物於拍定時已不存在，依民法§246 I 之規定，以不能之給付為契約標的，故拍定人得主張拍定無效，並請求返還保證金。

(2)如該違建於拍定後被拆除

依民法§373 危險負擔利益承受之規定，依法條及通說見解須「交付」(點交)或「移轉所有權」(發給權利移轉證書)。今執行標的物於拍定後、取得權利移轉證書前即不存在，危險不應由拍定人承擔，故拍定人得請求法院撤銷拍定，並依民法§266 II 之規定請求返還保證金。

(二) 拍定人丙得主張之權利

1.發給權利移轉證書後不得撤銷查封拍賣程序

基於程序安定性之要求，不宜隨意否認已進程序之效力。又依司法院院字第 2776 號解釋：「債務人以查封違背強制執行程序之規定，聲明異議為有理由者，雖已進入拍賣程序，執行法院或抗告法院，亦得以裁定撤銷查封以後之程序，但拍賣物已經拍定為移轉所有權於買受人之行爲時，拍賣程序即為終結，不得更以裁定撤銷查封拍賣等程序，即使予以撤銷，其裁定亦屬無從執行。」故發給權利移轉證書後不得撤銷查封拍賣程序。

2.拍定人丙得主張之權利

(1)如該違建於拍定前被拆除

此時執行標的物於拍定時已不存在，依民法§246 I 之規定，以不能之給付為契約標的，故拍定人得主張拍定無效，並依民法§179 主張不當得利，請求返還已分配與債權人之價金。

(2)如該違建於拍定後被拆除

因係可歸責於出賣人甲之事由致給付不能，拍定人丙得依民法§226 向出賣人甲主張債務不履行之損害賠償責任。