

國立臺灣大學法律學院法律學研究所



碩士論文

Department of Law  
College of Law  
National Taiwan University  
Master Thesis

間接強制金之研究

Fine of Indirect Enforcement

江嘉瑜

Chia-Yu Chiang

指導教授：許士宦 博士

Advisor: Shu-Huan Shyuu, Ph.D.

中華民國 105 年 10 月

October, 2016

國立臺灣大學碩士學位論文  
口試委員會審定書

間接強制金之研究  
Fine of Indirect Enforcement

本論文係江嘉瑜君 (R02A21042) 在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國 105 年 9 月 30 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授：

許士庭

口試委員：

吳文雄

江文雄

許士庭

## 謝辭

這篇論文得以完成，首先最感謝許士官老師的悉心指導，從論文大綱到完稿的無數次修改與各種建議，包容我的各種荒唐問題和不通順語句等，過程中老師耐心且精闢地點出問題所在且帶領學生思考，十分幸運能在老師門下學習，老師嚴謹的治學態度提供了我們學習的標竿，真的謝謝老師在研究所生涯的教導與照顧。再者，謝謝口試委員沈方維法官對本論文點出許多問題與提出建議，讓我更能仔細思考與加深論述內容，甚至之後還大方地提供實務裁判資料使本論文得以擴充實質內容，感激之餘我也感受到沈法官親切溫暖且永保年輕不斷學習的人生態度，真的謝謝沈法官對於年輕後輩的幫忙。此外，也謝謝口試委員陳瑋佑老師對於本論文的架構與法國法翻譯部分提出許多專業建議，老師親切又認真地找出原文資料提供我參考，多虧了老師精要說明，使我了解到本論文思考與論述上的問題所在。經過老師們的各種教導與問題洗禮也讓我了解研究民事程序法學上的不易與艱辛，讓人更加佩服老師們的堅強的毅力與豐富的學術貢獻。另外，在邱聯恭老師與沈冠伶老師的研究所課程中讓我獲益良多，對於民事訴訟法學相關領域的思考也更為深入，謝謝老師們在教學上之努力與堅持。

除了以上老師們的教導外，本論文也必須謝謝各位朋友們的幫助，謝謝冠中、奐忱、詠媛、思穎學姊肯跟我討論冷門的研究內容與提出各種建議，對我在問題思考上十分有幫助，特別謝謝冠中在德文與英文翻譯上提供建議；謝謝恬恬學姊、惟佳學姊、家寧與于真回答我日文翻譯問題，讓我得以在無垠浩瀚的日文資料捉住浮木，這篇論文的完成真的少不了大家的幫助。另外，必須謝謝在法研所的好朋友們，除了前面已提及的朋友們外，星汝、如儀、園舒、玟萱、詠儒、世安、育錚、志皓、淙源、靖安、景翔、高毅、冠瑋、筱茵、永禎、丹瑜等人不論係參加論發以及研究所生涯的聚會邀約和生涯建議與各種幫忙，認識你們絕對是我在法律求學生涯中覺得最幸運的事，當然還有許門、沈門下可愛的學弟妹們。特別謝謝大學一同轉系到法律系的好朋友們庭儀、宜璇聽我各種煩惱與幫忙借外校的研究資料等，也謝謝以往大學政治系、高中、國中、國小的好友們，謝謝你們一直都在。

在台大八年餘之生活中，最應謝謝對我有無限的愛與包容的爸爸、媽媽、奶奶，忍受我漫長的求學考試生涯與三不五時消失幾個星期沒音訊，提供最需要的實質幫助，永遠當我的後盾，希望未來我也能當你們最強大的後盾，也謝謝姊姊、妹妹、弟弟與其他親愛的家人。最後，謝謝宇翔在我三年多的研究所生涯中陪我經歷一切的好與壞，謝謝有你。

2016.10. 于台大法律系萬才館

## 中文摘要



我國於 2012 年所制定之家事事件法創設間接強制金制度，使裁判法院或執行法院在給付家庭生活費、扶養費或贍養費之裁判或執行事件中，得依職權或債權人聲請，裁定命債務人於未遵期履行時，給付強制金予債權人。間接強制金係間接強制之執行方法，與怠金類同，藉由預告債務人財產上不利益，促使其自行履行債務。此制度之設立更表明傳統之間接強制補充性理論已不適合用以解釋我國之強制執行制度，明確肯認間接強制方法有擴張適用於金錢債務執行之可能。有鑒於此制度於實務上運作尚未普遍落實，本文擬透過比較法之研究，嘗試對此制度提出妥適之解釋論與建構必要之立法論。

關於強制金之定性，我國與日本法制度相同，均認間接強制金屬於執行方法，而非法國法上所謂之強制方法。與法國法及日本法有力學說相同，立法理由中明確表示強制金係違反執行名義或履行命令之制裁金，與損害賠償並不相同。關於強制金之歸屬，不同於法國與日本制度，在我國已存在歸屬於國家之怠金制度之現行法下，應基於實體法非訟化與債權人協力國家履行任務之觀點，肯認強制金應歸屬於債權人。再者，關於強制金制度之必要性與正當性，於此制度上已全面打破權利判斷機關與執行機關之二分論，肯認由執行機關作成執行名義，以及由權利判斷機關施加執行方法。參考法國及日本法之解釋論，強制金制度形成中，最主要之要求在於避免苛酷執行與確保實效性二者，我國規定有決定強制金額度之基準、強制金額度上限、事後職權撤銷裁定與情事變更等立法措施，以避免苛酷執行。另一方面，如同法國法上肯認由裁判法院於作成本案裁判之同時發令強制金，並且不採取日本法上強制金充當於損害賠償之規定，以確保其實效性。

就強制金之適用債務範圍而言，我國目前法律明文限定於家庭生活費、扶養費或贍養費之事件，惟透過適當之解釋論，不論係命以何種方法給付之法院酌定

事件或依協議請求事件，皆應肯認有強制金之適用。而未來之修法方向，得參考法國法與日本法規定，全面擴張強制金之適用債務範圍，賦予法官廣泛裁量權於個案中選擇適當之執行方法。

於我國之強制金制度上，存有裁判上酌定加給強制金與執行上命令給付強制金二種，前者乃係參考民事訴訟法小額程序之加給金額規定而來，後者則係參考日本法而具有較完備之規定。不論係裁判上強制金或執行上強制金，其作成皆須符合強制金作成之要件，須考量決定強制金額度之因素，尤其係債務人之資力。於強制金裁定作成後，有情事變更時，法院亦得變更或撤銷強制金裁定，以確保債務人支付能力之要件存續。而間接強制金裁定本身即為執行名義，於債務人逾期不履行債務時，債權人得將此強制金裁定作為執行名義聲請強制執行。

最後，關於我國現在及往後若擴大間接強制金適用範圍之運作，參考日本法制度之實踐，解釋如下：首先，應肯定間接強制金與其他執行方法之併用，提供債權人多元之執行方法選擇，更能確保強制執行之實效性。再者，關於間接強制金之限制，在無法僅依債務人意思實行，需要第三人同意或協力之債務，若債務人並未盡力得到第三人協力，則肯認間接強制金之適用，以促使債務人對取得第三人協力採取一切期待可能之行為。另外，強制金得適用於保全程序，依據假處分或暫時處分裁定作成間接強制金裁定後，執行名義失效或強制金裁定被撤銷之情形，就債權人因強制金履行所得利益，肯認債務人得依不當得利規定請求返還。此外，於不行為債務之執行中，債務人有違反行為之可能性即可命間接強制金裁定，不待現實上有違反行為發生即得作成強制金，以確保債權得以確實實現。

**關鍵詞：**間接強制金、間接強制補充性理論、權利判斷機關與執行機關二分論、苛酷執行之防止、實效性之確保、執行方法之併用

## Abstract

The system of fine of indirect enforcement is established in the Family Act that was implemented in 2012. In the ruling or executing the payment for living expenses of the household, for expenses of maintenance or for alimony, the ruling court and the executing court may, upon the creditor's motion or on its own initiative, by a ruling order the debtor to pay an amount of mandatory payment to the creditor when the payment is not made within the time limit. This mandatory payment, named the fine of indirect enforcement, is one of the methods of the indirect enforcement. The fine of indirect enforcement, similar to default surcharge, is able to urge the debtor to perform obligations by announcing the disadvantage on property. The establishment of this system not only indicates that the theory of supplemental indirect enforcement has not been applied in the procedure of compulsory enforcement in Taiwan, but also admits that indirect enforcement could be adopted in mandatory enforcement. Considering the fact that this system has not been commonly used in legal practice, this thesis is based on the view of comparative law and aims to propose appropriate ways to interpret as well as to legislate this system.

Regarding the nature of fine of indirect enforcement, it is considered as one of the methods to execute the obligation as the Japanese system, rather than a method to constraint the obligation in French system. The legislative explanation indicates that fine of indirect enforcement is a punishment which will happen when the debtor violates a writ of execution or an order of performance, and it is different from the compensation. Unlike French law or Japanese law, because the default surcharge has already existed in Taiwan, based on the non-contentiousness hearing of substantive law and the assistance of governmental mission, the fine of indirect enforcement should be assigned to the creditor. Furthermore, concerning the necessity and reasonableness of the system, instead of the dichotomy between the case-judging institution and the obligation-executing institution, this system allows the executing court to issue a writ of execution and the ruling court to add a method of execution in its decision. Referring to the interpretation of either French or Japanese system, the important requirements of fine of indirect enforcement are how to avoid harsh execution and ensure effectiveness. In order to prevent from harsh execution, the Family Act stipulates factors of determining the amount, the limitation of the amount, revoking the ruling on court's own initiative, and the regulation of changed circumstances. Besides, to assure effectiveness, instead of acting as a tool of

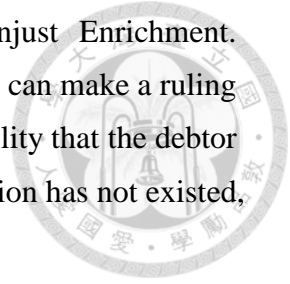
compensation as the regulations in Japanese law, the Taiwanese system allows the case-judging court to make a decision of fine of indirect enforcement as in French law.

About the applicable scope of fine of indirect enforcement, the Family Act provides that the scope is limited to payment for living expenses of the household, for expense of maintenance or for alimony. No matter how to pay the payment in these cases, whether to claim for the amount of payment determined by court, or to claim for the payment according to an agreement, all aforesaid cases are included in the applicable scope. Referring to the French and Japanese system, this thesis dedicates to broaden the applicable scope to all kinds of cases, and to grant courts the discretion of selection of suitable methods in the future.

There are two kinds of fine of indirect enforcement existing in current law. One is the fine determined by case-judging court on a ruling, and the other is the fine ordered by executing court. The former is referring to the system of additional payment in small-claim proceeding while the latter referring to Japanese law is equipped with more complete regulations. When the court makes a ruling of these fine of indirect enforcement, it has to evaluate all requirements and factors to determine the amount of fine, especially the financial situation of the debtor. If there is a fundamental change of circumstances after ruling on fine of indirect enforcement, the court can modify or revoke the said ruling in order to ensure the debtor's solvency. The ruling on fine of indirect enforcement is used as a writ of execution. When the debtor doesn't perform the obligation, the creditor can motion for compulsory execution in accordance with the ruling.

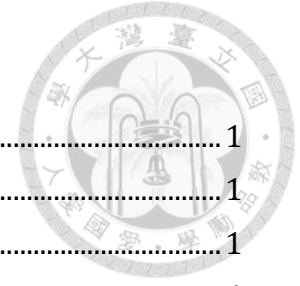
Lastly, concerning the operation of the system nowadays or in the future, referring to the legal practice of Japanese system, it can be interpreted as follows. First, the court can adopt two or more kinds of methods of execution for the purpose of various selections of execution and effectiveness of execution. Moreover, regarding the restriction of fine of indirect enforcement, if the obligation is unable to perform by the debtor himself and needs the assistance from others, he has to try his utmost to get the assistance. Otherwise, the ruling on fine of indirect enforcement will be made, in order to impel the debtor to adopt every action expected. Besides, the fine of indirect enforcement is applicable for provisional remedies proceeding, and it may be ordered in accordance with ruling on provisional injunctions or injunctions. If a writ of execution becomes invalid or a ruling on fine of indirect enforcement is revoked, the creditor may claim the debtor to return the benefit from the ruling on fine of indirect

enforcement in accordance with the provisions concerning Unjust Enrichment. Furthermore, about the execution of forbearing obligation, the court can make a ruling on fine of indirect enforcement in advance when there is the possibility that the debtor will violate the obligation, even if the actual violation of the obligation has not existed, in order to ensure that the obligation could be really performed.



**Key Words:** fine of indirect enforcement, the theory of supplemental indirect enforcement, dichotomy between the institution judging the case and the institution executing the obligation, prevention from harsh execution, sureness of effectiveness, parallel use of methods of execution

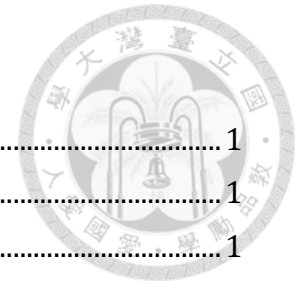
# 簡目



第一章 緒言 .....	1
第一節、問題意識與問題提出 .....	1
第一款、問題意識.....	1
第二款、問題提出.....	4
第二節、研究方法與本文架構.....	8
第一款、研究方法.....	8
第二款、本文架構.....	9
第二章 法國法之強制金制度.....	11
第一節、強制金制度之定性.....	11
第一款、強制金之性質.....	11
第二款、強制金之歸屬.....	51
第三款、強制金之正當性與必要性.....	65
第二節、強制金制度之適用債務範圍.....	73
第一款、行為債務與不行為債務.....	73
第二款、金錢債務.....	75
第三款、否定適用之債務.....	76
第三節、強制金制度之程序.....	78
第一款、強制金之種類.....	78
第二款、強制金之發令.....	82
第三款、強制金之金額確定.....	84
第四款、強制金之執行.....	102
第三章 日本法之間接強制金制度.....	107
第一節、間接強制金制度之定性.....	107
第一款、間接強制金之性質.....	107
第二款、間接強制金之歸屬.....	111
第三款、間接強制金制度之正當性與必要性.....	114
第二節、間接強制金制度之適用債務範圍.....	134
第一款、不代替性行為債務與不行為債務.....	134
第二款、物之交付債務與代替性作為債務.....	135
第三款、金錢執行債務.....	137
第四款、否定間接強制金適用之債務.....	140
第三節、間接強制金制度之程序.....	142
第一款、間接強制金之聲請與審理.....	142

第二款、間接強制金之情事變更 .....	144
第三款、間接強制金之執行 .....	147
第四節、間接強制金制度之實踐 .....	149
第一款、間接強制金之活用——間接強制金與其他執行方法之併用 .....	149
第二款、間接強制金之限制——存在無法僅依債務人排除之障礙 ...	161
第三款、其他實務爭議問題 .....	180
第四章 我國法之間接強制金制度 .....	201
第一節、間接強制補充性理論之再檢討 .....	201
第一款、學說與各國立法例 .....	201
第二款、分析檢討 .....	207
第二節、間接強制金制度之定性 .....	211
第一款、間接強制金之性質 .....	211
第二款、間接強制金之歸屬 .....	217
第三款、間接強制金制度之正當性與必要性 .....	221
第三節、間接強制金制度之適用債務範圍 .....	231
第一款、解釋論上之觀點 .....	231
第二款、立法論上之觀點 .....	238
第四節、間接強制金制度之程序 .....	245
第一款、間接強制金之種類 .....	245
第二款、間接強制金之聲請與審理 .....	248
第三款、間接強制金之情事變更 .....	253
第四款、間接強制金之執行 .....	258
第五節、間接強制金制度之實踐 .....	261
第一款、間接強制金之活用——間接強制金與其他執行方法之併用 .....	261
第二款、間接強制金之限制——存在無法僅依債務人排除之障礙 ...	264
第三款、可能之實務爭議問題 .....	265
第四款、現行實務裁判檢討 .....	268
第五章 結論 .....	272
參考文獻 .....	280

# 詳目



第一章 緒言 .....	1
第一節、問題意識與問題提出 .....	1
第一款、問題意識.....	1
第二款、問題提出.....	4
第二節、研究方法與本文架構.....	8
第一款、研究方法.....	8
第二款、本文架構.....	9
第二章 法國法之強制金制度.....	11
第一節、強制金制度之定性.....	11
第一款、強制金之性質 .....	11
第一目、強制金與執行方法之關係.....	12
第二目、強制金與損害賠償之關係.....	15
一、強制金之由來.....	15
二、發令階段之暫定性強制金.....	19
三、金額確定階段之暫定性強制金 .....	21
(一) 1949 年法.....	21
(二) 1959 年判例變更 .....	29
(三) 1972 年法.....	37
(四) 1991 年法至今 .....	38
四、確定性強制金.....	38
(一) 1949 年法.....	38
(二) 1959 年判例變更 .....	40
(三) 1972 年法.....	43
(四) 1991 年法至今 .....	46
五、小結.....	49
第二款、強制金之歸屬 .....	51
第一目、1972 年法之討論.....	51
一、國民議會提案理由與審議過程 .....	51
二、學說見解.....	55
第二目、1991 年法之討論.....	57
一、國民議會提案理由與參議院立場.....	58
二、學說見解.....	59
(一) 反對債權人取得全部強制金之學說 .....	59

(二) 支持債權人取得全部強制金之學說 .....	61
(三) 嘗試正當化私的制裁之近來學說 .....	63
第三目、小結 .....	64
第三款、強制金之正當性與必要性 .....	65
第一目、強制金之基礎理論 .....	65
第二目、依職權發令強制金之討論 .....	66
一、二戰前至 1959 年判例變更 .....	66
二、1972 年法與 1991 年法 .....	68
第三目、強制金目的之討論 .....	70
第二節、強制金制度之適用債務範圍 .....	73
第一款、行為債務與不行為債務 .....	73
第二款、金錢債務 .....	75
第三款、否定適用之債務 .....	76
第三節、強制金制度之程序 .....	78
第一款、強制金之種類 .....	78
第二款、強制金之發令 .....	82
第三款、強制金之金額確定 .....	84
第一目、暫定性強制金之金額確定基準 .....	86
一、1959 年判例變更 .....	86
二、1972 年法 .....	87
二、1991 年法 .....	90
第二目、強制金之全部或一部廢止 .....	95
一、1972 年法 .....	95
二、1991 年法 .....	97
第四款、強制金之執行 .....	102
第三章 日本法之間接強制金制度 .....	107
第一節、間接強制金制度之定性 .....	107
第一款、間接強制金之性質 .....	107
第一目、間接強制金與執行方法之關係 .....	107
第二目、間接強制金與損害賠償之關係 .....	108
第二款、間接強制金之歸屬 .....	111
第三款、間接強制金制度之正當性與必要性 .....	114
第一目、打破權利判斷與執行機關二分論 .....	114
第二目、苛酷執行之防止 .....	122
一、支付能力之發令要件 .....	122

二、決定強制金額度之考量因素.....	124
三、間接強制金制度之情事變更.....	128
第三目、實效性之確保.....	130
第二節、間接強制金制度之適用債務範圍.....	134
第一款、不代替性行為債務與不行為債務.....	134
第二款、物之交付債務與代替性作為債務.....	135
第三款、金錢執行債務.....	137
第四款、否定間接強制金適用之債務.....	140
第三節、間接強制金制度之程序.....	142
第一款、間接強制金之聲請與審理.....	142
第二款、間接強制金之情事變更.....	144
第三款、間接強制金之執行.....	147
第四節、間接強制金制度之實踐.....	149
第一款、間接強制金之活用——間接強制金與其他執行方法之併用	
.....	149
第一目、執行方法之選用.....	149
第二目、間接強制金與其他執行方法併用之可行性.....	151
一、立法旨趣.....	151
二、學說討論.....	152
(一) 否定併行聲請與併行裁定之見解.....	152
(二) 肯定併行聲請之見解.....	156
第三目、間接強制金與其他執行方法併用之類型.....	158
一、間接強制與代替執行之併用.....	158
二、間接強制與直接強制之併用.....	161
三、間接強制與金錢執行之併用.....	161
第二款、間接強制金之限制——存在無法僅依債務人排除之障礙... 161	
第一目、無法僅依債務人排除之障礙之意義.....	161
一、判例見解.....	162
二、學說討論.....	163
第二目、案件類型.....	166
一、不代替性行為債務——諫早湾干拓事件.....	166
二、拆除建物返還土地之債務.....	171
三、會面交往與交付子女之債務.....	175
第三款、其他實務爭議問題.....	180
第一目、撤銷假處分後之間接強制金返還問題.....	180

一、案例事實與最高法院判決要旨 .....	180
二、問題討論 .....	182
(一) 否定強制金返還義務之見解 .....	184
(二) 肯定強制金返還義務之見解 .....	185
第二目、間接強制金裁定中不行為債務違反之證明問題 .....	191
一、案例事實與最高法院裁判要旨 .....	191
二、問題討論 .....	193
(一) 傳統學說與實務見解 .....	194
(二) 現今通說與實務見解 .....	195
(三) 本裁定與相關學說見解 .....	197
第四章 我國法之間接強制金制度 .....	201
第一節、間接強制補充性理論之再檢討 .....	201
第一款、學說與各國立法例 .....	201
第二款、分析檢討 .....	207
第二節、間接強制金制度之定性 .....	211
第一款、間接強制金之性質 .....	211
第一目、間接強制金與執行方法之關係 .....	211
第二目、間接強制金與損害賠償之關係 .....	214
第二款、間接強制金之歸屬 .....	217
第三款、間接強制金制度之正當性與必要性 .....	221
第一目、打破權利判斷與執行機關二分論 .....	221
第二目、苛酷執行之防止 .....	224
第三目、實效性之確保 .....	228
第三節、間接強制金制度之適用債務範圍 .....	231
第一款、解釋論上之觀點 .....	231
第一目、裁判上酌定加給強制金 .....	231
第二目、執行上命令給付強制金 .....	237
第二款、立法論上之觀點 .....	238
第四節、間接強制金制度之程序 .....	245
第一款、間接強制金之種類 .....	245
第二款、間接強制金之聲請與審理 .....	248
第三款、間接強制金之情事變更 .....	253
第四款、間接強制金之執行 .....	258
第五節、間接強制金制度之實踐 .....	261
第一款、間接強制金之活用——間接強制金與其他執行方法之併用	

.....	261
第二款、間接強制金之限制——存在無法僅依債務人排除之障礙 ...	264
第三款、可能之實務爭議問題.....	265
第一目、撤銷假處分後之間接強制金返還問題.....	265
第二目、間接強制金裁定中不行為債務違反之證明問題.....	267
第四款、現行實務裁判檢討.....	268
第一目、裁判上酌定加給強制金部分.....	268
第二目、執行上命令給付強制金部分.....	270
第五章 結論.....	272
參考文獻.....	280



## 第一章 緒言

### 第一節、問題意識與問題提出

#### 第一款、問題意識

強制執行係指債權人依其所獲得之執行名義，向執行機關聲請強制債務人履行債務，以滿足債權人私法上請求權之程序<sup>1</sup>。在法治國家中，禁止私權紛爭之自力救濟，因此人民若有紛爭，可向法院提起訴訟，請求裁判以確定其私法上權利存在與否；若私權紛爭經法院裁判後，當事人係獲得給付判決，而在債務人不依判決給付時，則必須藉由國家之強制力強制債務人履行其債務，以滿足、實現債權人之私權<sup>2</sup>。

然而，我國現行實務上聲請民事強制執行案件一年多達一百四十萬件<sup>3</sup>，惟實際上在金錢執行事件中受到完全清償者卻僅有十四萬件左右<sup>4</sup>。換言之，債權人聲請強制執行能受到完全清償之機率僅有一成左右，此意味著縱使債權人獲得執行名義且聲請強制執行，但最後能依強制执行程序受到完全清償之情形並不普遍，毋寧係僅受到部分清償或僅拿到債權憑證之情形居多。民眾利用司法資源進行訴訟或訴訟外紛爭解決機制進而得到執行名義，卻無法受到完全清償，如此，強制執行之實效性並不高，當事人與法院花費勞力、時間、費用進行訴訟可能都白費，可預見民眾將來會對於司法制度漸趨不信賴，甚至選擇不利用司法資源。

<sup>1</sup> 張登科，強制執行法，修訂版，台北：三民，2014年，頁1。

<sup>2</sup> 張登科，前揭註1，頁3。

<sup>3</sup> 司法院，103年司法業務概況，頁14，資料來源：<http://www.judicial.gov.tw/juds/103all.pdf>，最後瀏覽日：105年3月28日。103年各地方法院強制執行事件新收件數為1404674件。

<sup>4</sup> 司法院，103年司法統計年報，頁9-134。103年地方法院民事執行事件以「完全清償」終結程序者（金錢之執行）有145085件，以「已執行」終結程序者（金錢執行以外之物交付執行與行為、不行為請求權之執行）有2917件，另外，以寫立書據或發給憑證終結程序者則有995739件。

我國之民事強制執行制度依強制執行方法不同一般可區分為直接強制、間接強制與代替執行。「直接強制」係執行機關直接施用強制力於債務人或其財產，由執行機關直接實現執行名義之內容；「間接強制」則係對債務人預告財產上或人身上之不利益，如怠金、拘提、管收以及新設置之間接強制金制度，對其施加心理上之壓力，以迫使債務人自動履行執行名義之內容。至於「代替執行」，則向債務人收取執行所必要之費用，使債權人或第三人代替債務人或執行機關實現執行名義之內容<sup>5</sup>。

關於我國上述強制執行方法之使用，傳統學說或實務，受德國、日本解釋論之影響深遠。依照德、日之執行方法理論中，有所謂「一請求權一執行方法原則」；又認為間接強制會影響債務人之人格權，因為須壓制債務人之意思或人身自由，與法國大革命以來，尊重個人人格之現代法治觀念不符合，因此，僅於不能使用直接強制或代替執行時，始採取間接強制，而有「間接強制補充性原則」。上開理論向來被我國學說<sup>6</sup>所援用<sup>7</sup>；此理論將間接強制定位於一補充性地位，是否可能進而限制法官裁量權，使其無法活用各種方法？此問題應值得深究。如同前述，我國現行實務上強制執行事件中，其中大部份為金錢執行事件，且多以直接強制之方式執行，即查封、扣押以拍賣債務人財產，執行機關以間接強制執行方式（如怠金、管收等）執行之情形甚為少見<sup>8</sup>。此原因乃係受限於間接強制補充性原則，

<sup>5</sup> 許士宦，強制執行法，台北：新學林，2014年，頁56；張登科，前揭註1，頁8-9。

<sup>6</sup> 採此見解者有：陳榮宗，強制執行法，修訂二版，2002年，頁241；陳計男，強制執行法釋論，2012年，頁236；張登科，前揭註1，頁212-213。

<sup>7</sup> 許士宦，前揭註5，頁56；許士宦，金錢及物交付執行之間接強制，家事審判與債務執行，台北：新學林，2013年，頁345。

<sup>8</sup> 於法源法律網以關鍵字搜尋104年1月1日至104年12月31日之各地方法院民事裁判，以「怠金」為關鍵字所搜尋到之裁判中（案由多係聲明異議）所提及有明確表示課與怠金之裁定僅有7件：台北地方法院103年度司執字第142734號裁定、新北地方法院104年度司執字第49039號裁定、新北地方法院99年度司執字第57633號裁定、新北地方法院102年度司執字第104018號裁定、桃園地方法院103年司執字第24654號裁定、桃園地方法院103年度司執字第90989號裁定、宜蘭地方法院102年度司執字第19493號裁定；而若以聲明異議為案由，且以「(管收+限制住居+拘提)&強制執行」為關鍵字搜尋同時期各地方法院之裁判，共有198件裁判；同樣

此亦大幅降低執行機關有效利用各種執行方式以實現債權之可能。現行實務上強制執行能受到完全清償之案件並不多見，可能有多樣因素，如債務人隱匿財產甚至迅速脫產、債權人無法有效發現債務人財產；抑或執行方法之實際效用不高、對於執行方法之運用設有限制，進而使債務人之債權無法受到完全清償。在此本文所討論焦點則屬後者，亦即，我國目前強制執行法（下稱強執法）已設有財產開示制度之情況下，對於執行方法多元運用討論尚未發展完全，故由此點切入，深入介紹新設立之間接強制金制度，希望提供一個能有效落實強制執行制度功能之解釋方向。

為了增強債權實現之實效性，促使債務人確實依執行名義履行債務，我國於2012年新制定之家事事件法（下稱家事法）中，新設有酌定加給金（100條4項）或執行上強制金（191條）制度。於家庭生活費用、扶養費或贍養費等費用請求事件，裁判法院或執行法院得依職權或債權人聲請，裁定命債務人未遵期履行時，應給付強制金予債權人（家事法100條4項、191條1項）。此等制度屬於間接強制之方法，與怠金相同皆為預告債務人財產上之不利益，進而促使債務人自行履行債務；與怠金不同之處在於，怠金歸屬於國家，而間接強制金則歸屬於債權人。此制度對於向來之一請求權一執行方法原則或間接強制補充性原則似乎相互悖反，首先，其承認於金錢債務執行亦有間接強制方法之適用可能性，而不限於直接強制。再者，此制度之適用亦非以直接強制無法發揮功能為前提始得適用。有必要重新檢討我國強制執行之解釋論與立法論。

目前實務上對此制度之利用並不普遍<sup>9</sup>，其中，相關裁判多為酌定加給強制

---

地以聲明異議為案由；若以「(查封+拍賣+扣押)&強制執行」為關鍵字搜尋同時期各地法院之裁判，則共有805件裁判。由此大致可觀察到實務上直接強制之運用遠遠大於間接強制之運用。<sup>9</sup> 於司法院法學資料檢索系統（院內版）搜尋101年6月1日至105年10月10日各地法院裁判，以「100條&酌定&加給」為關鍵字所得裁判共703則，絕大多數之裁判法官僅酌定逾

金之裁判，且主要集中在未成年人扶養費請求事件，強調未成年子女利益之保護<sup>10</sup>，但是強制金之適用債務範圍是否僅限於此？強制金制度之規範目的是否主要係保護未成年子女之利益？此外，關於強制金之額度限制，有裁判認為因逾期而加給金額之總額，不得逾每期扶養費金額之二分之一<sup>11</sup>。然而，此解釋是否符合強制金之規範意旨？另一方面，關於執行上強制金之聲請，執行法院有認為債權人並未陳報債務人財產，而認定債務人無資力。如此運作是否可謂符合現行法規規定？此等問題之探討，皆需要重新檢視間接強制金制度之定性、適用範圍、程序等，因此，如何妥適解釋此制度以實現該制度之立法目的、落實強制執行之功能成為本文所欲研究之對象。以下分述本文所欲探討之問題。

## 第二款、問題提出

我國民事訴訟法（下稱民訴法）早在 1999 年即有相類似之規定，即小額程序中，於法院依被告意願為分期給付或緩期清償之判決者，得於判決所命原給付金額之三分之一範圍內，定被告逾期不履行時應加給原告之金額（民訴法 436 條之 22）。其提案理由指出：被告經法院許其分期給付或緩期清償後，屆期如又不為履行者，依民訴法第 396 條第 2 項規定，僅分期給付之未到期部分視為已到期，於原告權益之保護，不免欠周，為督促被告遵期履行，以兼顧原告之權益，

---

期不履行時喪失期限利益之條件，而使用家事法第 100 條第 4 項酌定加給金額者則共有 34 則裁判；於裁判查詢機以「強制金」為關鍵字搜尋各地方法院裁判之結果，僅有 3 則裁定由司法事務官實際命債務人未遵期履行時須給付強制金（在此感謝口試委員沈方維法官提供實務裁判相關資料之搜尋管道）。

<sup>10</sup> 如臺灣新北地方法院 104 年度婚字第 838 號民事判決表示：「另本院為恐日後被告有拒絕或拖延之情，而不利子女之利益，爰依家事事件法第 100 條規定，宣告定期金給付遲誤一期履行者，其後之 12 期視為已到期；如再遲誤一期履行者，其後之給付應每期加給 1000 元，以維子女之最佳利益」。

<sup>11</sup> 如臺灣士林地方法院 103 年度婚字第 305 號民事判決表示：「本院為使被告切實履行其對未成年子女之扶養義務，爰衡量兩造之經濟能力與實際需要，併依家事事件法第 100 條第 4 項規定，酌定被告倘有逾期不履行之情形，即未按期給付各期扶養費時，每逾一個月未給付時，應加給上述各期扶養費之金額十分之一，但其因逾期而加給金額之總額，不得逾每期扶養費金額之二分之一」。

爰規定法院得於判決內定被告逾期不履行時應加給金額<sup>12</sup>。於當初立法提案時，即有論者指出此規定係參考外國法之類似違約制裁，並且認為其為實質上民法，屬於實體法非訟化之現象<sup>13</sup>，似乎未將其與強制執行中之間接強制方法連結，不過其與裁判上酌定加給金（家事法 100 條 4 項）相同，皆係由裁判法院於作成裁判同時，一併命被告逾期不履行時應加給之金額。因此，二者制度應如何相互解釋亦會成為問題。

就比較法上而言，法國實務上於 19 世紀發展出「強制金制度」（*astreinte*），並於 1972 年實定法化並提出一總原則：為確保裁判之執行，法院得命為強制金之給付；於 1991 年之民事執行程序法更予以詳細規定<sup>14</sup>。日本亦設有間接強制金制度，即民事執行法第 172 條規定，其係執行法院按債務人遲延之期間，或債務人於所認相當期間內不履行時，為確保債務履行，命債務人應給付所認相當一定額度金錢予債權人。然而，各國之法律規定不盡相同，造成制度解釋運作上亦有所不同。


首先，應探討之問題係各國強制金制度之定位為何？作為促使債務人自動履行之手段，我國家事法明定得由裁判法院與執行法院裁定為之，其定位是否即當然屬於強制執行方法？與我國執行制度相似之日本係明定為執行方法，另一方面，最早發展出強制金制度之法國，其通說與判例上則否定其屬於執行方法。從而，我國之裁判上酌定加給金與執行上命令強制金之定性應為何，是否屬於執行方法，皆有待解釋。我國有學者認為家事法間接強制金之性質係類似懲罰性違約金<sup>15</sup>，

<sup>12</sup> 參見：民訴法第 436 條之 22 提案說明，立法院公報院會紀錄，88 卷 6 期，頁 711。

<sup>13</sup> 邱聯恭，於立法院第三屆第四會期司法委員會審查「民事訴訟法與非訟事件法」第三次全體委員會之發言，立法院公報委員會紀錄，86 卷 57 期，頁 191。

<sup>14</sup> Jean Vincent=Jacques Prévault，羅結珍譯，法國民事執行程序法要義，第二版，北京：中國法制出版社，2005 年，頁 19、25-26。

<sup>15</sup> 吳光陸，強制執行法，台北：三民，2015 年，頁 569。



但法國通說與近來日本有力學說皆否定其為損害賠償金；因為強制金與怠金不同之處在於其歸屬於債務人，故其與損害賠償或違約金之差異，亦應深究。而法律明定強制金歸屬於債權人是否適當？其理由又為何？另外，間接強制金作為一個我國法上之新制度，設置該制度之必要性與正當性何在？裁判法院與執行法院皆得命強制金裁定此事，是否會違背傳統之判斷與執行機關二分論？此制度之基本要求為何？如何在此等要求中尋求平衡，亦成為問題。

再者，關於間接強制金制度之適用債務範圍，在傳統之間接強制補充性理論之下，間接強制與其他執行方法相較，位於補充性地位，而僅得適用於不代替性行為債務及不行為債務之執行中；不過，經前述重新檢討該理論後，已不適宜再繼續依循間接強制補充性理論解釋，惟間接強制金之適用債務範圍是否即當然擴大於全部之債務而無任何限制？關此，法國及日本之法律規定並不相同，法國法上並無明文規定適用範圍之限制，但其解釋上是否即無任何限制？而日本近年來之民事執行法修法後可謂係揚棄傳統之間接強制補充性理論，但法律體系上仍係以各種債務範圍分別作規定，於金錢債務中亦非全面擴張適用，因此解釋上其適用債務範圍為何？法律或學說解釋上所形成之適用範圍限制其原因又為何？而在我國之情形，家事法明定間接強制金僅能適用於定期給付或分期給付之家庭生活費、扶養費或贍養費等相關費用事件，此是否表示以其他方法給付之相關事件即不得適用此制度？更進一步，於其他類型之債務能否有解釋適用之空間？

此外，間接強制金制度之種類有何種分類？法國分為暫定性與確定性之強制金，其強制金在歷經百年以上之判例解釋與立法變動，逐漸形成此分類，學說上分別對此兩種分類有何討論？而立法過程與實務判例上又有何對立與發展？此問題釐清對於制度解釋甚為重要。另一方面，我國則可分為裁判法院與執行法院

所裁定之間接強制金，此分類內容與實益究竟有何不同？於立法理由與學說解釋上又有何討論？在有限之條文規定下對於此兩種分類應如解釋運作方為妥適？於間接強制金之程序中，不同種類之強制金其聲請與審理有何不同？其裁定作成後得否抗告亦成為問題。

間接強制金裁定作成後，若債務人持續不履行則其金額會隨之增加，假設有特殊情事發生，例如債務人資力變化或是通膨影響等，此際若仍要求債務人給付相同之強制金，對於債務人似乎過於苛酷，從而，此時得否變更或撤銷間接強制金裁定會成為問題。若得變更或撤銷，則其效果為何？不論在法國、日本或我國，法律對此等問題皆有所規定，但是各國規定與解釋有所不同，而有探討必要。若間接強制金裁定作成後，債務人持續不履行進而須支付強制金，此時間接強制金之裁定如何執行亦成為問題。間接強制金裁定本身是否為執行名義，解釋上是否與一般金錢債務執行相同？

關於間接強制金制度在各國實務運作上之問題，若將其定位為一執行方法，則各國之強制執行方法選擇係如同我國由法院職權裁量決定，抑或係由債權人聲請為之？間接強制金係為促使債權人之債權得以實現所設立之制度，為提高間接強制金之效用，法院或當事人得否選擇併用各種不同之執行方法？另一方面，間接強制金亦會造成債務人之負擔，因此，如何避免對債務人過於苛刻之情形發生，即間接強制金之適用限制於各種案例類型上有何不同之解釋？此皆應探討。關於其他爭議問題，間接強制金制度適用於保全程序時，即會發生若假處分（暫時處分）之本案權利不存在時，假處分裁定撤銷後已支付之強制金是否成為不當得利之問題。此外，不行為債務之義務違反之證明問題在日本實務上亦備受討論。

## 第二節、研究方法與本文架構


### 第一款、研究方法

本文研究對象為新設之間接強制金制度，有鑒於國內學說討論與實務案例並不多，因此主要透過比較法研究，整理、分析外國法之學說與實務相關討論，試圖提供我國新法之解釋方向與往後之立法參考。

首先，強制金制度最早發展於 19 世紀之法國法，屬於實務上法官因應社會現實上需求所發展而來，進而將其納入法律，於其立法史上亦多有變革，累積了一定程度之學說與立法討論，因此，在此制度之研究，應選擇發展最久遠之法國作為參考甚至仿效對象，始得對我國強制執行方法提供更多元及妥適之解釋。

另外，日本之民事執行法雖然與我國相同最早係繼受德國法，但現今已發展出與德國不同之路徑，最初於間接強制執行手段上即不採用與德國相同之人身自由拘束，原則上，其係以預告債務人財產上不利益之間接強制金為主。早期雖採取間接強制補充性理論，但近年來經由修法而大幅擴充間接強制金制度之適用範圍，在重視平衡兼顧間接強制金之實效性與債務人之保護二者之要求上，發展出更為完善之制度。另外，在民事執行方法之選用原則上係依債權人聲請為之，亦對於間接強制金與不同執行方法間併用型態多有討論，我國則以法院職權裁量選用執行方法為主，應如何解釋方得促使執行方法之多元有效利用亦須參考日本法之解釋。因此，原本對間接強制採取保守態度而後漸趨開放之日本，與我國之執行制度發展具有類似性，日本近年來之相關討論，亦得對我國引進此一新制度提供妥適之解釋路徑以及相關實務問題之借鏡。

於我國之間接強制金制度目前僅在家事法明文規定，如何在有限之條文規定




上妥適解釋此制度即成為重要問題。本文透過研究法國與日本之制度，以期提供我國制度可能之解釋途徑，並且能借鑑國外不論係在立法或實務上發展之案例或所爭論之問題，選擇其一較能兼顧程序法上各種基本要求之解釋，並且提供未來修法方向之參考；此外，亦討論我國實務現行或未來可能遭遇之問題而試圖找出解決方向，期望能建立更為完善之強制執行制度，使債權人耗費勞力、時間、費用利用司法資源所獲得之執行名義能確實落實，增進國民對司法之信賴，使司法制度得以更為有效、妥適地被利用。

## 第二款、本文架構

本文之章節架構，主要係以各國立法例為區分，共分為五章。第一章第一節先針對本文選擇以間接強制金為研究對象之問題意識，從我國成效不彰之強制執行現況著眼，期望間接強制金制度作為一新執行方法能改善我國執行現況，並提出本文所欲研究之相關問題，其次於第二節介紹本文研究方法與架構。有鑒於各國關於間接強制金制度之立法規定與發展皆不相同，第二章至第四章，即分別以法國、日本以及我國法為主題說明各國制度。

第二章先介紹、整理法國法之間接強制金制度。此制度係從實務上發展而出，於納入法律規定之立法過程中其性質備受討論，判例或學說亦對此多有爭議，因為定性會影響其強制金歸屬問題，而其定性之討論亦與制度之基礎理論有所牽連，從而，於第一節說明上開問題。再者，法國法上對於其適用範圍並無限制，給予法官廣泛之裁量空間，但其實務上為避免造成對債務人過於苛酷之結果，亦形成一定之判例法上限制，此屬第二節部分。另外，其間接強制金制度係由兩階段組成，且可分為暫定性與確定性之間接強制金兩種類，此兩類強制金在程序上之發令與金額確定等有所不同，同時亦涉及作成間接強制金裁判後得否廢止之問題，

最後則係說明發令強制金裁判或金額確定裁判之執行問題。



第三章則進入到與我國文化、法制背景較為相似之日本法。日本法上之間接強制金制度屬於間接強制執行方法。關於間接強制金之性質為討論重點，向來學說認為屬於損害賠償，但是近來有力學說則參考法國制度而有不同見解，此亦牽涉到間接強制金之歸屬問題。另外，關於該制度之正當性與必要性，牽涉執行法院命間接強制金是否妥適之問題，因為在此法院需判斷債務人是否有資力，對於判斷與執行機關二分論有所影響。此外，學者致力於在苛酷執行之防止與實效性之確保間尋找出適當且更為完善之立法制度，上述問題皆於第一節中為說明。其次，新法將適用債務範圍限制放寬，進而打破間接強制補充性理論，於金錢債權之執行則限制於扶養費等相關費用請求，其立法變遷與實際運用於第二節說明。再者，關於間接強制金裁定之作成程序，經法官作成之間接強制金是否可能因裁判基礎事實改變而須變更或撤銷裁判，以及其間接強制金裁定之執行，此等問題則於第三節說明。最後就日本實務上運作間接強制金制度相關之解釋與運用，間接強制金執行方法之併用、其適用限制、於保全執行之情形所可能發生之不當得利問題，以及不行為債務之義務違反證明問題，此在第四節一併作介紹。

第四章則係關於我國法之間接強制金制度。一方面介紹初步之立法規定與學說，另一方面參考其他外國法，對於我國制度之定性、適用範圍、種類以及程序等嘗試提出妥適之解釋論與立法論。此外，參考外國制度實踐以及現行我國實務現況情形，討論實務所遭遇之相關問題，以提供未來制度運作更為妥適之方向。

第五章則為結論，分別就法國法、日本法與我國法制度提出總結與適度比較，即呈現本文之研究結果與建議所在。

## 第二章 法國法之強制金制度



### 第一節、強制金制度之定性

#### 第一款、強制金之性質

法國之「強制金」制度 (astreinte)，最初從實務上藉由法官判例法所形成，並於 1972 年 7 月 5 日法律第 626 號 (下稱 1972 年法) 實定法化，制度主要內容則於 1991 年 7 月 9 日法律第 650 號 (下稱 1991 年法) 中所規定；在 2011 年 12 月法國因為民事執行法之法典化，而新制定民事執行程序法典 (Code de la Procédure civile d'exécution)，其內容基本上沒有加以變更，與舊法規定相同，僅係將向來的法律原封不動移至新法典<sup>16</sup>。

依法國現行民事執行法 L131-1 條第 1 項，任何法官為了確保裁判<sup>17</sup>之履行，得依職權命為強制金。同條第 2 項則規定，執行法官依情形認有必要時，得就其他法官所命之裁判附加強制金<sup>18</sup>。依照當初參與 1991 年法案立法之學者著作，法國之強制金 (astreinte) 之定義為：附隨於本案裁判 (即命令債務履行之裁判)，由法官對債務人實行以命金錢支付之裁判，強制債務人促使其自行履行裁判<sup>19</sup>。以下將就強制金之性質詳加介紹。

<sup>16</sup> 山本和彦，フランス法からみた金銭執行の実効性確保，判例時報，1379 号，2012 年 11 月 15 日，頁 46。相關規定參見：本文頁 46。

<sup>17</sup> 必須注意法國制度主要根據裁判而非執行名義得命間接強制金。(1972 年法第 5 條與沿襲此之 1991 年法第 33 條 1 項，規定「為了確保『裁判』履行」得命間接強制金。) 可否根據裁判以外之執行名義命間接強制金，學說大部分未論及，Fossier 則明白否定之。參見：大濱しのぶ，フランスのアストラント，東京：信山社，2003 年，頁 48。

<sup>18</sup> 山本和彦，前掲註 16，頁 46。

<sup>19</sup> R. Perrot/Ph. Théry, Procédures civiles d'exécution, 2000, n° 69, 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 12。

## 第一目、強制金與執行方法之關係

在法國，關於強制金是否為執行方法，學說上有相當多討論，其討論實益在於強制金有無執行方法法律規定之適用，如強制金之管轄、效力發生時點、執行之停止等個別問題<sup>20</sup>。例如，管轄向來係問題之一，若將強制金解為執行方法，就執行無管轄權之裁判機關(如商事法院)即無強制金之管轄權，如此是否妥適？不過，管轄問題大多藉由 1972 年法及 1991 年法明文規定而被解決<sup>21</sup>。

在法國之判例與通說上，認為強制金並非執行方法<sup>22</sup>。關此，早期有學者提出以下看法：強制金之支付並非將債務人從其債務中解放。現實上，執行處分僅不過出現在終局性金額確定之後，即強制金之收取確保成為問題之時點；故強制金雖以履行強制為目的，尚且獨立於執行<sup>23</sup>。另有學者提出其他理由：因為強制金之目的並非直接將債務人財產強制變賣<sup>24</sup>，或強制金係要求由債務人本身為本來之履行<sup>25</sup>，以及其強制係間接性<sup>26</sup>。然而，上述想法只不過表示有間接強制與金錢執行（金錢債務之直接強制）不同之觀點。曾擔任 1991 年法起草委員長之學者進一步提出：首先，任意履行與強制執行間之中間型態中，以促使債務人任意履行為目的而施加心理強制，存在各種方法，將強制金定位為促使此種任意履行之方法之一<sup>27</sup>。

<sup>20</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, p.80, note1.；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 33。

<sup>21</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 33。

<sup>22</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 35-37。

<sup>23</sup> H. Vizios, Les pouvoirs du juge des référés en matière d'astreintes, JCP 1948 I 689, n° 6；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 38。

<sup>24</sup> M./J.-B. Donnier, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 6<sup>e</sup> éd., Litec, 2001, n° 370. V. aussi n° 372；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 38。

<sup>25</sup> E. du Rusquec, J.-Cl. pr. civ., *Astreintes*, fasc. 2120, 1993, n°45；J./L. Boré, *Répertoire de droit civil* Dalloz, V<sup>o</sup> *Astreintes*, 1996, n°3；G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, *Droit civil, les obligations*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1989, n° 290；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 38。

<sup>26</sup> G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, *op cit.*, n° 290；J./L. Boré, *op cit.*, n° 3；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 38。

<sup>27</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 49；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 39-40。

將強制金定位為促使任意履行之手段，而非執行方法之學說如下：有認為強制金之目的並非賠償因為履行之欠缺或延滯所生損害，而係得以任意履行。此為強制方法，但並非強制執行方法<sup>28</sup>。亦有認為強制金係對債務人所實行促使其自發履行之某種強制，其並非嚴格意義上之執行方法<sup>29</sup>。亦即，強制金確實係為了促使任意履行之強制方法，確實係使裁判被遵守之強制手段，嚴格來說，其在程序意義上，並非執行方法<sup>30</sup>。由上述可知，有力說認為強制金非執行方法，而係促使任意履行之手段。因此，應將此立場理解為：並非單純係間接強制與金錢執行之區別，因為間接強制係促使任意履行，其與無關於債務人意思（強制性）之實現權利方法間應予區別<sup>31</sup>。

從法律規定觀察之，判例與通說認為強制金並非執行方法之立場，乍看之下，似乎與 1991 年法（1991 年法 33 條及 35 條，現行法 L131-1 條、L131-3 條<sup>32</sup>）之立法者立場有所矛盾。因為其以強制執行處分與保全處分為中心而定執行法之同時，多將強制金之權限委由負責執行事件之執行法官為之。確實，1991 年法雖有積極承認強制金與執行方法二者間類似性、關連性之傾向，但仍難謂其係承認強制金為執行方法<sup>33</sup>。

關於 1991 年法當時之立法旨趣，之所以賦予執行法官強制金金額確定之原則性管轄權，係因為強制金係為了處理從判決執行所生爭執之強制手段，係根據

<sup>28</sup> B. Starck/H. Roland/L. Boyer, *Droit civil, les obligations*, vol. 3, 6<sup>e</sup> éd., par H. Roland, Litec, 1999, n° 556；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 40。

<sup>29</sup> J. Vincent/J. Prévault, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 19<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1999, n° 31；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 40。

<sup>30</sup> F. Chabas/S. Deis, J-CL, *Responsabilité civile et Assurances*, fasc. 224-2, 1999, n° 59；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 40-41。

<sup>31</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 41。

<sup>32</sup> 1991 年法第 33 條第 2 項規定：「執行法官依情況認為有必要時，得於其他法官所為之裁判附加強制金。」第 35 條：「強制金即使係確定性者，亦由執行法官確定金額。但是，事件仍繫屬於命強制金之法官時或此法官明確保留確定金額之權限時，不在此限」。參見：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 356-357。

<sup>33</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 42。

強制金與執行之關連<sup>34</sup>。承認命強制金之法官有例外性金額確定之管轄權，係因為強制金為本案程序之一部分，根據法官之命令權而得為之。從而，立法者明確區別強制金與執行方法二者<sup>35</sup>。



若就強制金之管轄而言，1991 年法第 33 條及第 35 條，不採用全面委由執行法官之方式，且並非將條文置於同法中強制執行處分章（第 3 章）或保全處分章（第 4 章），而係置於總則（第 2 章）。由此觀之，立法者係避免將強制金定位為執行方法。亦即，判例、通說與 1991 年法並未互相矛盾<sup>36</sup>。

另外，即使就強制金最初一般法 1972 年法之立法過程，亦指出強制金與執行程序之關連性，將兩者當作不同制度處理。亦即，當初提出加入強制金法案之理由如下：強制金與執行程序有論理性關係。命強制金之裁判係促使債務人履行自己債務之方法。必須支付此確定金額之強制金時，可能產生命強制金裁判本身執行之問題。這些規定是關於緊接在後被設置於第二編之強制執行編<sup>37</sup>。此理由係強制金與強制執行之關連性。但是在強制金係促使履行之方法上，與強制執行之關連性，僅舉出金額確定後發生執行之問題，並非將強制金作為強制執行之一態樣為說明。因此，在 1972 年法之法案中將強制金定位為與強制執行不同之制度<sup>38</sup>。

強制金並非執行方法之立場，並非全面否定兩者間之關連性。如同前述，強制金係在關於民事執行程序之 1991 年法中所規定，且 1991 年法承認執行法官之強制金管轄權，顯示公認兩者之類似性、關聯性。關於類似性，有學者認為強制

<sup>34</sup> Rapport Catala, Documents parlementaires. Assemblée Nationale 1989-90, n° 1202, pp. 75-76 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 409。

<sup>35</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 409-410。

<sup>36</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 42。

<sup>37</sup> Rapport Foyer/Mazeaud, Assemblée Nationale 1971-72, n° 2447, p.4 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 253。

<sup>38</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 253-254。

金係被賦予依債權人意思克服頑強債務人抵抗之性質之強制方法，因此，非常類似於執行處分<sup>39</sup>。然而，強制金類似、關連於執行方法，若解為非執行方法，如何將強制金為體系性定位則有所困難。1991年法藉由將強制金條文置於總則中，即使能解為其與執行方法區別，總則中條文位置亦難以明確強制金體系性之定位<sup>40</sup>。

即使在今日，無法謂已確定強制金之體系性定位。學者曾表示強制金真正之法律性質，直到今日仍不明確，表示其係由來於「法官之命令權」，而位在民法債權法與執行法之境界，屬於單獨自律之強制方法<sup>41</sup>。因此，學說雖有定位於執行法體系中之傾向，但就定位於執行法體系之何處，並非一致，有力見解將強制金定位為：在強制執行前之階段，促使任意履行之方法<sup>42</sup>；亦即，與強制執行、保全處分等分別，定位於具有迴避強制執行之預防性機能之「強制方法」種類<sup>43</sup>。

## 第二目、強制金與損害賠償之關係

### 一、強制金之由來

法國民法第 1142 條規定：「關於任何行為或不行為債務，債務人若不履行債務時則轉變為損害賠償」。此條禁止以實力強制之方法履行裁判，依據以個人自由保護為目的之本條規定，債務人以支付填補賠償方式從債務中被解放出來，但在此債權人則欠缺保護。因此，判例發明強制金制度，作為促進債務人履行之

<sup>39</sup> M./J.-B. Donnier, *op cit.*, n° 374；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 43。

<sup>40</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 42-43。

<sup>41</sup> M./J.-B. Donnier, *op cit.*, n° 374；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 43。

<sup>42</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 49；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 44-45。

<sup>43</sup> M./J.-B. Donnier, *op cit.*, n° 374；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 45。M./J.-B. Donnier 著作中，關於民事執行情序，大致區分為強制方法、保全處分、執行處分、混合處分。將強制金定位於其設置之強制方法種類中之立場自 1987 初版以來皆未改變。

間接強制手段<sup>44</sup>。

法文「*astreinte*」用語本來意指強制。此用語最初在判例上被使用者係有名之 Rosa Bonheur 事件，即 1865 年 7 月 4 日巴黎法院判決。廢棄法院（*Cour de cassation*）則在 1889 年 3 月 20 日之民事庭判決以及 1897 年 12 月 1 日之審理庭判決中使用該用語。因此，於判例上使用強制金之用語係在 19 世紀後半，在實務中成為定論則係自從進入 20 世紀後<sup>45</sup>。

在 19 世紀及 20 世紀初，有各式各樣之用語用以表示強制金。這些用語中，包含制裁或箝制以及損害賠償之意思。前者例如「制裁(*peine*)」，刑事制裁(*sanction pénale*)，金錢強制(*contrainte pécuniaire*)，命金錢支付之裁判(*condemnation pécuniaire*)，罰金(*amende*)，違約金條項(*clause pénale*)，金錢制裁(*sanction pécuniaire*)，制裁(*pénalité*)，強制(*contrainte*)」；後者例如：「賠償金(*indemnité*)」，尤其係損害賠償(*dommages-intérêts*)」。僅從此用語規則，無法明確初期之判例立場，但仍可看出有將強制金解為強制、制裁抑或損害賠償之想法。一般而言，判例傾向將強制金依據損害賠償之法理處理。因此，與損害賠償之關係，在強制金之變遷過程成為主要問題點<sup>46</sup>。

關於強制金之基礎理論早在 20 世紀初即有學者提出論文<sup>47</sup>，其否定將強制金與修復損害之損害賠償理論連結，認為強制金僅係強制方法，係根據法院之命令權(*imperium*)所為對法院命令不遵守之制裁，屬於「私的制裁(*peine privée*)」<sup>48</sup>；並認為判例上向來表示強制金之目的係確保司法裁判、法院命令之遵守<sup>49</sup>，

<sup>44</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n<sup>os</sup> 5-6；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 96。

<sup>45</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 94。關於 Rosa Bonheur 事件，參見：本文註 324。

<sup>46</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 94-96。

<sup>47</sup> A. Esmein, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, RTDC 1903, p.5 et s.；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 98。

<sup>48</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 99。在此，成為問題者主要係暫定性之間接強制金。

強制金係法官所為之命令，且於不履行或遲延履行法官為了威嚇訴訟當事人所為之裁判時，並無民法典意義之遲延賠償或填補賠償之性質，而認為強制金屬於制裁<sup>50</sup>。就強制金與損害賠償之關係，則為如下說明：強制金並非關於債務之履行，而係法官命令履行之遲延，且並非因為債務人而係訴訟當事人之過錯（faute）。另外，其係處罰不服從者，而非賠償損害。從而，強制金與遲延是否對債權人產生損害並無關係<sup>51</sup>。

以下本文將從法國強制金之立法變遷過程中，依據不同階段與種類之強制金詳述其與損害賠償之關係，故在此先簡介強制金之構造與種類。強制金係由兩階段組成：第一階段為法院對債務人宣告（預告）其不履行之情形，必須支付某額度金錢之強制金，稱為「強制金之發令（prononcé de l'astreinte）」或「命強制金之（有責）裁判（condemnation à l'astreinte）」。第二階段則係事後決定債務人應支付強制金金額之階段，稱為「強制金之金額確定（liquidation de l'astreinte）」<sup>52</sup>。此外，依照發令階段所定金額，在金額確定階段是否可能變更為基準，強制金可分為「暫定性強制金」與「確定性強制金」兩種類（L131-2 條 2 項）<sup>53</sup>。

關於強制金與損害賠償之關係，於法國之判例實務與立法過程有諸多討論，且隨著各種判例見解與法律規定之變化，亦出現不同學說見解，按照第二次世界大戰後之立法變遷，大致可分為以下階段：①第二次世界大戰後至 1972 年 7 月 5 日法律前之判例變遷，②1972 年 7 月 5 日法律後至 1991 年 7 月 9 日法律前之時期，以及③1991 年 7 月 9 日法律後至今；其中①階段係強制金顯著變化之時

<sup>49</sup> A. Esmein, *op cit.*, p. 17；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 99。

<sup>50</sup> A. Esmein, *op cit.*, pp. 33-34；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 99-100。

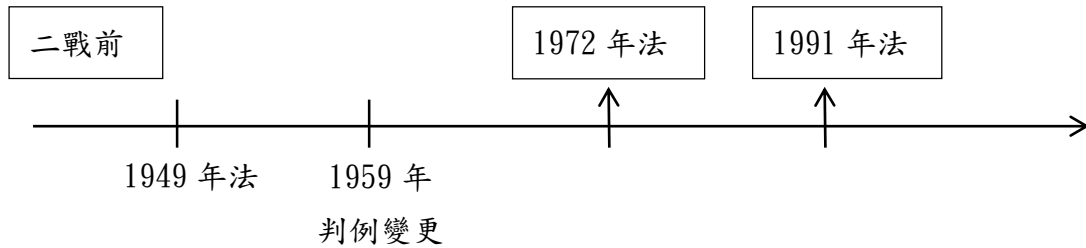
<sup>51</sup> A. Esmein, *op cit.*, p. 35；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 100。

<sup>52</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 18。

<sup>53</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 26-27。

期，又得以(A)有關於遷讓事件強制金之 1949 年 7 月 21 日法律以及(B)強制金最基本判例之 1959 年 10 月 20 日廢棄法院判決為基準區分<sup>54</sup>，得表示如圖一。

〔圖一〕



於第二次世界大戰終了時，強制金之利用增加，此制度正式被體系化發展<sup>55</sup>。遷讓處分之正式立法化係在 1991 年 7 月 9 日法律（61 條至 66 條）<sup>56</sup>，在第二次世界大戰後之當時，關於遷讓處分不存在有系統之立法。當時遷讓處分機能不全之問題，可能係基於 1871 年 9 月 2 日敕令（décret），執行由執行員為之，執行員得請求公武力亦即警察、軍隊之援助。但是，公武力之使用係委由行政機關判斷，對於執行員之請求，行政機關拒絕使用公武力之情形頻繁發生，故遷讓處分之實施無法恆常化<sup>57</sup>。學者稱此現象為「執行文之衰退（le déclin de la formule exécutoire）」<sup>58</sup>，其嚴重化係在第二次世界大戰之後，但從戰前即開始發生。

<sup>54</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 42。

<sup>55</sup> D. Denis, *L'astreinte judiciaire. Nature et evolution*, these dactyl., Paris, 1973, n° 55；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 107。

<sup>56</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n°690；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 135。

<sup>57</sup> G. Calbairac, *L'exécution des décisions de justice*, D 1947 chron., p. 86；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 135-136。

<sup>58</sup> M. Fréjaville, *Le déclin de la formule exécutoire et les réactions des tribunaux*, in *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle*, Études G. Ripert, t. I, 1950, p. 215；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 136。

## 二、發令階段之暫定性強制金

第二次世界大戰前之判例大致確立：發令階段之暫定性強制金與損害賠償不同之原則。自從進入 20 世紀，由戰前之廢棄法院判決及戰後 1950 年代初期之廢棄法院判決可知，暫定性強制金在發令階段與損害賠償不同之廢棄法院立場，從很早以前即穩固<sup>59</sup>。首先，戰前之廢棄法院判決，關於命暫定性強制金之裁判，皆為如下判示：對於此額度係確實相當於因為遲延對債權人所生之損害，法官不須直接附加理由<sup>60</sup>。再者，1950 年代初之廢棄法院判決中，典型者係關於命暫定性強制金之裁判，為如下判示之一系列判決：威嚇性強制金（即暫定性強制金）係暫定性手段，與損害賠償完全不同，因為其僅不過係為了確保裁判履行。此外，這些判決皆與緊急審理程序（référé）之法官管轄問題有關<sup>61</sup>。

在此附帶提及，關於強制金假處分之法官管轄權本身成為問題係在戰後，認為發令階段之暫定性強制金與損害賠償不同，此廢棄法院立場已經大致在戰前確立。依相當於日本假處分之緊急審理程序（référé），得否發令暫定性強制金亦有問題。當時之（舊）民事訴訟法典第 809 條第 1 項規定，緊急審理程序之命令不得給付關於本案任何損害。緊急審理程序之法官發令強制金，是否並不妨害本案成為問題之焦點。關於此問題，19 世紀末廢棄法院 1898 年 6 月 10 日民事庭判決判示如下：無法為妨害本案裁判之緊急審理程序法官，對命損害賠償之裁判並無管轄權。尤其，當事人不履行所命措施之情形，若該法官對其當事人命每遲延日支付某額度之金錢，此事逸脫其權限<sup>62</sup>。據此，廢棄法院否定依緊急審理程

<sup>59</sup> D. Denis, *op cit.*, nos 42 et 49 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 120。

<sup>60</sup> Cass. civ. 20 janvier 1913, S 1914 I 66 ; Cass. civ. 14 mars 1927, DH 1927 274 ; Cass. civ. 5 juillet 1933, DH 425 ; D. Denis, *op cit.*, p. 57, note 2 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 120。

<sup>61</sup> Cass. soc. 18 octobre 1951, GP 1951 II 342 ; Cass. com. 28 janvier 1952, Bull. civ. 1952 III n° 42, p. 32 ; Cass. soc. 7 mars 1952, Bull. civ. 1952 IV n° 196, p. 142 ; D. Denis, *op cit.*, p. 49, note 1 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 121。

<sup>62</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 42 ; E. Viot-Coster, *Les astreintes, these dactyl.*, Rennes, 1966, p. 259 ; 轉引

序為強制金之發令，係因為緊急審理程序法官之損害賠償支付命令會妨害本案而不被允許，而將此解釋為強制金之發令相當於命損害賠償之裁判<sup>63</sup>。

然而，是否得依據緊急審理程序而發令強制金之問題，特別受到關注者係第二次世界大戰後。二戰之後，裁判不履行之現象嚴重化，因而有必要迅速化裁判之履行，作為其對策，期待藉由迅速程序之緊急審理程序以利用強制金<sup>64</sup>。當時一部分之下級法院，採取否定依據緊急審理程序發令暫定性強制金之立場；另一方面，下級法院則多採取肯定發令之立場，學說上亦以肯定說為多數說<sup>65</sup>。其中，學者基於法官之命令權，將暫定性強制金解為確保裁判履行之法官權能，全部法官皆有此權能，而不必區別強制金是否與本案裁判同時被發令，以及是否為實行本案裁判之法官命強制金之情形。此外，命暫定性強制金之裁判並未妨害本案之理由係，其裁判為暫時性，緊急審理程序之法官或本案法官皆得修正之<sup>66</sup>。

此外，廢棄法院亦依 1950 年 3 月 28 日社會庭判決，肯定依據緊急審理程序發令暫定性強制金：威嚇性強制金（即暫定性強制金）係暫時之暫定性手段，與損害賠償不同。其僅係為了確保裁判之履行。關於農業財產之緊急審理程序法官，有發令強制金之資格，其裁判並不妨害本案，除了維護本案法官已作成裁判以外，並無其他目的。此廢棄法院立場之後反復被確認<sup>67</sup>。

綜上所述，關於緊急審理程序法官得否發令暫定性強制金之問題，廢棄法院在 19 世紀末，將發令階段之暫定性強制金解釋為損害賠償，故採取否定立場；1950 年代初期，則將發令階段之暫定性強制金解為非損害賠償，轉換為肯定立

---

自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 130。

<sup>63</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 130。

<sup>64</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 42; E. Viot-Coster, *op cit.*, p. 262; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 130。

<sup>65</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 49; E. Viot-Coster, *op cit.*, p. 262; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 131。

<sup>66</sup> M. Fréjaville, L'astreinte, D 1948. 36. V. aussi D. Denis, *op cit.*, n° 49; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 131-132。

<sup>67</sup> D. Denis, *op cit.*, p. 59, note 2.; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 132。

場。亦即，廢棄法院所採取發令階段暫定性強制金並非損害賠償之基本立場，在 1950 年代初期之緊急審理程序管轄問題被貫徹<sup>68</sup>。

緊急審理程序法官得發令暫定性強制金之廢棄法院立場，較 1972 年法早一步，係依據 1971 年 9 月 9 日敕令第 740 號第 80 條前段被立法化，規定緊急審理程序法官得命強制金之裁判及訴訟費用之裁判。此外，此規定係由現行民事訴訟法典第 491 條（Code de procédure civile；CPC）所繼承，本條第 1 項前段規定：「依緊急審理程序為裁判之法官，得命強制金之裁判」<sup>69</sup>。

### 三、金額確定階段之暫定性強制金

#### （一）1949 年法

關於金額確定階段之暫定性強制金，其與損害賠償之關係此基本原則明確化係在第二次世界大戰以後<sup>70</sup>。亦即，暫定性強制金在金額確定階段屬於損害賠償<sup>71</sup>，確定性強制金亦與損害賠償相同<sup>72</sup>。亦即，第二次世界大戰之判例一般而言，有將強制金依據損害賠償法理解釋之方向。不過，暫定性強制金在金額確定階段變化為損害賠償之判例立場，明確顯現則係在二次世界大戰後「遷讓事件中法院賦予所定強制金威嚇性質及限制其額度」之 1949 年 7 月 21 日法律第 972 號（下稱 1949 年法）以後<sup>73</sup>。

當時之法國，因為第二次世界大戰之戰禍造成國土荒廢，住宅供給之困難嚴重化。為了處理此住宅荒之困難，大量不動產被徵收，且採取一連串之立法措施，

<sup>68</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 132。

<sup>69</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 132-133。

<sup>70</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 134。

<sup>71</sup> D. Denis, *op cit.*, n<sup>os</sup> 56 et 71；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 108。

<sup>72</sup> D. Denis, *op cit.*, n<sup>os</sup> 182-184；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 109。

<sup>73</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 109。

另一方面，建物所有人對居住人（如承租人）之遷讓請求增加，下級法院容認此請求，頻繁地命建物之遷讓。但是，因為執行文衰退現象，其執行——遷讓處分（expulsion）——之實施無法恆常化。作為其解決方法，下級法院多使用強制金，更進一步地積極嘗試提高其實效性之方法。如此之下級法院動向，導致 1949 年法之制定，同時，促使廢棄法院為強制金之體系化<sup>74</sup>。

1949 年法之立法理由表明：住宅荒之困難嚴重化中，法院即使命承租人返還，承租人仍因為沒有得到替代住居之希望故無法任意履行，遷讓執行最終亦因為行政拒絕協力而不奏效。如此情況下，法院頻繁地命過高額度之強制金而濫用強制金，因此，從居住人保護之角度必須規範之<sup>75</sup>。

1949 年法<sup>76</sup>第 1 條前段規定：「為了強制建物占有人遷讓所為之強制金，經常有威嚇性質」。其立法旨趣係禁止確定性強制金，不論係與損害賠償一致或不同之確定性強制金皆被禁止。其理由如下：第一，伴隨住宅荒困難之惡化，從居住人保護之角度有必要緩和強制金之強制力；第二，應回歸於強制金之傳統法理，此原則係認為強制金並非命損害賠償之確定性裁判，而係訂定金額之單純威嚇，

<sup>74</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 56；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 134。另外，關於此立法背景，學者為如下說明：從德國佔領軍之法國解放以來，政府命大量不動產徵收。因此，作為對受到徵收之不動產所有人之保護措施，1945 年 10 月 11 日之命令（ordonnance）2394 號之 27 條 6 項係，對於徵收期間屆滿後或徵收解除後亦繼續居住者，依據檢察官聲請，承認緊急審理程序法官得命租金 10 倍至 100 倍之民事罰金。關於此民事罰金，亦有指出與強制金同質性之見解或主張擴張至不法占有人之見解。但是，住宅供給困難更嚴重化，即使犧牲所有人之利益，為了保護居住人，立法者仍決定導入限制交付之措施。1948 年 9 月 1 日之法律 1360 號，受難地區如巴黎以及人口超過 4000 人之都市等為對象，對於承租人（其死亡之情形則為承租人之家屬），承認租賃契約屆滿後之居住權，嚴格限制承認出租不動產所有人之取回權。如此居住權保護範圍，依據 1949 年 7 月 16 日之法律 945 號被擴張。因此，作為更進一步居住人保護之立法，制定 1949 年 7 月 21 日法律；詳見 D. Denis, *op cit.*, nos 59-60；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 141。

<sup>75</sup> Rapport Citerne, Documents parlementaires. Assemblée Nationale 1949, n° 7400, p. 1030；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 144-145。

<sup>76</sup> 1949 年 7 月 21 日法律第 1 條：「為了對建物占有人強制遷讓之強制金，經常有威嚇性質。遷讓裁判被履行時，法官必須修正此確定金額」。第 2 條 1 項：「被確定之強制金額度，不可超過實際上所生損害之補償額。裁定時，必須考慮為了裁判履行債務人所遭遇之困難」。第 2 條 2 項：「占有者有無法歸責之外在原因時，且證明導致其遲延或妨礙裁判履行時，強制金不被維持」。第 3 條 1 項：「這些規定適用於包含本法公布日已生既判事項確定力之全部裁判」。第 3 條 2 項：「任何情形皆不得請求返還」；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 149。

此威嚇發生效果時即裁判履行實際上實現時，則再次決定強制金之金額<sup>77</sup>。本條前段之立法理由中心應係考量上述第一點。不過，從第二點觀之，立法者認為，本條前段係按照強制金一般之傳統法理，不僅限於建物遷讓事件之情形，而係被一般性正當化。若是如此，將本條前段（在禁止與損害賠償不同之確定性強制金之限度內）類推適用於建物遷讓事件以外，即使此與立法基本旨趣不同，但亦並非與立法者意思完全不相容<sup>78</sup>。

在 1949 年法前，學者主張透過承認損害算定之法院評價權，在實務上考量債務人過錯程度而定損害賠償額，制裁機能因而被附加於損害賠償中。以此實務為前提，於不履行之情形，對於被課與伴隨制裁機能之嚴苛損害賠償之債務人，預告強制金<sup>79</sup>。如此將強制金與損害賠償賦予關連，重視強制金之事後變更可能性之看法，同時亦提出：確定性強制金實質上僅係損害賠償，超過損害賠償之確定性強制金欠缺法律根據<sup>80</sup>。即使關於 1949 年法之學說，亦採取相同立場，積極評價禁止確定性強制金之本法第 1 條前段。學者否定近年來所承認由緊急審理程序法官發令確定性強制金，認為如此始可限制該法官之濫用行為。但是，關於本案（事實審）法官，其利用損害賠償算定之專權性評價權，得以損害賠償之形式命實質上確定性強制金，其權限並非顯著被限制<sup>81</sup>。換言之，學者基本上支持本條前段，惟與議會立場稍微不同。首先，並非直接否定與損害賠償一致之確定性強制金。此外，否定與損害賠償不同之確定性強制金，其理由主要係違反強制金之一般法理<sup>82</sup>。

<sup>77</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Conseil de la République. Compte rendu 1<sup>er</sup> juillet 1949, pp. 1666-1667；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 152。

<sup>78</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 152。

<sup>79</sup> M. Fréjaville, L'astreinte, D 1949 chron., pp. 1-2；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 152-153。

<sup>80</sup> *Id.* at 4；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 153。

<sup>81</sup> M. Fréjaville, La loi du 21 juillet 1949 sur les astreintes en matière d'expulsions, JCP 1949 I 792, nos 2-3, n° 4；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 153。

<sup>82</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 153-154。

依 1949 年法第 2 條第 1 項規定：「被確定之強制金額度，不可超過補償實際上所生損害之額度」。法官為裁定時，必須考量為了履行裁判債務人所遭遇之困難。此規定前段因為禁止以超過損害賠償之額度來確定強制金之金額，而成為 1949 年法中心之規定。在國民議會 (La Chambre des députés)<sup>83</sup> 第一讀會之討論，對於將金額確定階段之強制金解為民法上損害賠償，議會中見解為一致。其中，是否必須立法化成為爭點，法務部長以與民法重複為理由，認為不須再立法<sup>84</sup>；對此，委員會有鑒於現狀而為了喚起法院之注意，認為有必要立法<sup>85</sup>。

對於國民議會所通過法案之第 2 條第 1 項後段（「裁定此時，必須考量債務人資力以及為了履行裁判債務人所遭遇之困難」），共和議院 (Le Conseil de la République) 之法務委員會提案刪除。理由如下：前段規定最終定強制金額度時，應再次適用民法典之通常基本原則，即強制金額度係按照所生損害而定。換言之，將金額確定階段之強制金性質解為損害賠償，以此為前提，依後段卻導入損害以外之算定基準，因而與傳統之損害賠償法理產生矛盾，另外，亦對於擴大法院之裁量範圍有所擔憂<sup>86</sup>。最後，國民議會委員會提出刪除關於債務人資力等文句之妥協案，而成為現行法。關於此修正理由，在修正案提出之際有認為，於強制金額確定階段損害賠償之算定，因為透過法院之裁量，亦能考量債務人資力，故妥協而放棄明文化<sup>87</sup>。

<sup>83</sup> 於法國第四共和（1946~1958 年）時期，國會設有國民議會與共和議院兩院，國民議會相當於眾議院，共和議院相當於參議院。參見：張台麟，法國政府與政治，四版，台北：五南，2013 年，頁 42。

<sup>84</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Assemblée Nationale. Compte rendu, 30 juin 1949, p. 3987；轉引自：大濱しのぶ，前揭註 17，頁 159-160。法務部長認為：損害賠償額或強制金額度，當然皆為對所生損害之彌補。法律本身已肯定之原則不必反覆作為新條文。否則，對法律條文解釋可能產生有害之矛盾。

<sup>85</sup> *Id.* at 3987；轉引自：大濱しのぶ，前揭註 17，頁 159-160。

<sup>86</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Conseil de la République. Compte rendu 1<sup>er</sup> juillet 1949, p. 1667；轉引自：大濱しのぶ，前揭註 17，頁 160-161。

<sup>87</sup> 大濱しのぶ，前揭註 17，頁 162。此外，在議會對立者係，不僅係「債務人資力」，「為了履行裁判債務人所遭遇困難」在強制金金額確定時亦被考量，關此，並非後者而係前者被刪除之

將金額確定時之強制金限制於損害賠償額之第 2 條第 1 項前段，學說上按照向來討論或判例法理，多認為得避免因為強制金欠缺法令根據，因而不允許私的制裁之批判<sup>88</sup>。但是，有學者認為，在向來廢棄法院判例中，存在有承認以超過損害賠償額度確定強制金之想法<sup>89</sup>。

關於 1949 年法第 2 條第 1 項前段之適當與否，學說上有明顯對立。將強制金與損害賠償賦予關連之學者，對於濫用強制金以超過現實損害額而確定金額之從前實務，有所批判，認為此條文得為此濫用畫上終止符，而積極評價本條項前段<sup>90</sup>。此外，為了確保強制金之威嚇力，關於發令階段之強制金額度，亦主張應接近現實之損害<sup>91</sup>。相反地，批判本條項前段之見解則強調裁判不履行問題之重大性，毋寧應謀求強制金之強化，而不應將金額確定階段強制金之額度限制於損害額。因此，為了避免所謂「不允許與損害賠償不同之強制金此種私的制裁」之批判，而將強制金仿效於英美法上之藐視法庭罪，主張應改為公的罰金或拘禁<sup>92</sup>。

規定確定強制金額度之際，應考量為了履行裁判債務人所遭遇困難之 1949 年法第 2 條第 1 項後段，學說上與法務部長或共和議院相同，將此規定與損害賠償理論之關係視為問題。此規定因為承認將過錯 (faute) 程度視為損害賠償之算定基準，而抵觸僅以損害為算定基準之向來損害賠償理論。另一方面，學說亦承

---

理由，並不明確。根據探查此理由可能線索之一者係，關於債務人資力，共和議院之討論。雖係推測，但有鑒於此討論，「為了履行裁判債務人所遭遇之困難」因為係強制金減額要因，「債務人資力」可能為強制金增額要因，從所謂居住人保護之本法旨趣乃至於政治看法，「債務人資力」容易為刪除之對象。關於共和議院之討論，參見：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 160-161。

<sup>88</sup> P. Esmein, *Le maintien dans les lieux. Les astreintes en vue de faire évacuer un local*, GP 1949 II doctr. 15, p. 16 ; J. Carbonnier, *op cit.*, p. 479 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 163。

<sup>89</sup> M. Fréjaville, *La valeur pratique de l'astreinte*, JCP 1951 I 910, n° 4 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 163。

<sup>90</sup> M. Fréjaville, *La loi du 21 juillet 1949 sur les astreintes en matière d'expulsions*, JCP 1949 I 792, n°s 2-4 et 9 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 163。

<sup>91</sup> *Id.* at n° 4 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 163。

<sup>92</sup> P. Esmein, *op cit.*, p.17 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 163。

認實務上基於法院關於損害賠償額算定之專權，有傾向考慮債務人態度<sup>93</sup>。如此，本條項後段在立法階段或當時學說，特別在與損害賠償法理之關係上有所問題，即使於今日仍殘留問題<sup>94</sup>。

1949 年法並非受到強制金一般法之 1972 年法及 1991 年法修正，而係作為其特別法現今仍具效力<sup>95</sup>。亦即，1972 年法及 1991 年法雖然承認暫定性強制金與確定性強制金二種類，明文區別強制金與損害賠償兩者之不同（1972 年法 6 條、1991 年法 34 條）；在 1949 年法則係關於建物遷讓事件禁止確定性強制金，將強制金與損害賠償賦予連結。1949 年法與之後被立法化之強制金一般法有很大不同，如同前述，其原本係作為處理第二次世界大戰後之住宅情事極端惡化之緊急措施而被設置。1949 年法現今仍被維持，或許因為同法之社會法性質，適合之後法國社會而成為定論<sup>96</sup>。

不過，1949 年法第 2 條第 1 項前段係將強制金與損害賠償連結，此點仍殘留論理性問題。首先，本條項後段規定，在金額確定時因為必須考量債務人所遭遇之履行上困難，債權人可能無法藉由強制金得到所生損害全部之賠償金。在將 1949 年法所定強制金之法律性質解為損害賠償之限度內，第 2 條第 1 項後段規

<sup>93</sup> J. Carbonnier, *op cit.*, p. 480 ; M. Fréjaville, La loi du 21 juillet 1949 sur les astreintes en matière d'expulsions, JCP 1949 I 792, n° 5. V. aussi D. Denis, *op cit.*, n° 64 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 164。

<sup>94</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 165。

<sup>95</sup> 相對於 1972 年法與 1991 年法之一般法上之強制金(或稱為狹義之強制金或裁判上之強制金)，1949 年法所規定遷讓事件之強制金係屬於特殊之強制金(或稱為法律上強制金)，即強制金之特別制度，特殊之強制金不得與一般法上之強制金併課，在無特殊強制金之特別規定情形，適用強制金之一般法。參見：F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 187 ; J./L. Boré, *op cit.*, n° 97 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 31-32。

<sup>96</sup> 大濱しのぶ，前掲註 843，頁 174。關於 1949 年法之適用範圍，在今日限縮解釋之。亦即，關於居住用、職業用、行政上、商業或手工業用之建物租賃有 1949 年法之適用，關於農業租賃則解為不適用。此外，同法之「占有人」限於基於正當權源開始占有者，稱為 *squatter*，如不法侵入住居占有者之不法占有人則不適用之。不動產交易出賣人即原所有人，判例亦否定 1949 年法之適用。參見：F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 191 et 195-196 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 174-175。

定，作為損害賠償額之算定基準，導入債務人之歸責事由即所謂過錯之概念，此與傳統之損害賠償法理產生矛盾<sup>97</sup>。如同前述，此點在立法階段成為問題，現在仍可能為問題<sup>98</sup>。



之後廢棄法院將 1949 年法第 2 條第 1 項前段規定（被確定之強制金額度，不得超過補償實際所生損害之額度）類推適用於建物遷讓事件以外之全體民事事件<sup>99</sup>。亦即，禁止在建物遷讓事件中，以超過損害額之額度確定暫定性強制金金額。關於同法適用範圍之建物遷讓事件以外之民事事件全體，廢棄法院明確採取將確定金額之暫定性強制金解為損害賠償之立場。此狀況持續至後述之 1959 年 10 月 20 日廢棄法院判決，即暫定性強制金之金額確定判例變更被實行為止。不過，對此廢棄法院之立場，部分下級法院表示強烈抵抗<sup>100</sup>。

此外，亦有學說強烈主張將金額確定階段之強制金與損害賠償賦予連結。例如，論者認為強制金存在兩個不同之階段，命強制金之裁判與其金額確定，此無法依據單一原則為說明，因此，不論係遲延賠償或填補賠償，皆被吸收於命損害賠償之裁判，即命強制金之裁判<sup>101</sup>，而明確當時之金額確定原則<sup>102</sup>。

關於強制金之討論，早期係因為欠缺法律條文而有適法性問題，但經過一世紀半持續之實務成為判例法上習慣法之一部分，更進一步依據 1949 年法，適法性成為次要問題<sup>103</sup>，討論中心毋寧係轉移至法律性質。關於此點，向來有根據損

<sup>97</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 193；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 175。

<sup>98</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 175-176。。

<sup>99</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 55；D. Denis, *op cit.*, n° 72；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 178。明確廢棄法院立場之判決有：1953 年 2 月 27 日第 2 民事庭判決及 1955 年 10 月 27 日第 2 民事庭判決，詳細內容參見：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 178-180。

<sup>100</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 177。

<sup>101</sup> P. Kayser, *L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile*, RTDC 1953. 209, n° 4 et 28；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 184-185。

<sup>102</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 185。

<sup>103</sup> P. Kayser, *op cit.*, n° 1；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 185。

害賠償理論之說法，以及完全排斥損害賠償理論而解為基於法官命令權之制裁之說法。前者因為無法說明強制金發令之威嚇性、暫時性性質，已經不為廢棄法院所採；後者如前述在 20 世紀初由學者所提倡，但在與權力分立原理、罪刑法定主義之關係並未充分回答此批判<sup>104</sup>。其次，亦有論者雖回歸於損害賠償理論，但此損害賠償理論與向來者不同，係以實務之現狀為基礎。亦即，實務上法院係考量加害人之過錯程度算定損害賠償，廢棄法院亦透過關於損害賠償之算定承認事實審法官之專權，間接容認此實務，承認損害賠償之預防性、懲罰性機能。因此，強制金係債務人不履行時，法院將損害賠償算定之專權朝向不利於債務人運作，而課以伴隨懲罰性機能之沉重損害賠償，及用以威嚇債務人<sup>105</sup>。若依據承認懲罰性機能之損害賠償理論，雖然就強制金之金額確定得適切說明；但就強制金之發令，其與損害賠償無關，而係為使其履行債務而對債務人意思施加壓迫，關此並無法藉由損害賠償理論說明，故強調有必要區別強制金發令與金額確定階段<sup>106</sup>。強制金在金額確定階段，有論者認為其係「戴上隱藏於損害賠償表面後之假面具」，換言之，在金額確定階段強制金表面上似乎消滅但尚且存續<sup>107</sup>，相對地，亦有解為金額確定時強制金變化為損害賠償之看法<sup>108</sup>。

此 1949 年法以後直到 1959 年之判例變更前時期之學說中，有如上述提倡將金額確定階段之強制金與損害賠償賦予連結之有力見解<sup>109</sup>，另一方面，亦有主張強制金與損害賠償完全不同之有力見解<sup>110</sup>。

<sup>104</sup> P. Kayser, *op cit.*, n° 4 et s. ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 185。

<sup>105</sup> M. Fréjaville, *L'astreinte*, D 1949 chron., p 1 et s. ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 185-186。

<sup>106</sup> P. Kayser, *op cit.*, n° 4 et s. ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 186。

<sup>107</sup> M. Fréjaville, *La valeur pratique de l'astreinte*, JCP 1951 I 910, n° 9 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 186。

<sup>108</sup> P. Kayser, *op cit.*, nos 18-19 et 28. V. aussi D. Denis, *op cit.*, n° 74 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 186。

<sup>109</sup> P. Kayser, *op cit.*, n° 4 et s. ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 187。

<sup>110</sup> H./L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et*

附帶提及，關於強制金得否與損害賠償併課之問題。若從暫定性強制金於金額確定階段轉換為損害賠償之當時廢棄法院判例法理，被確定金額之暫定性強制金與基於同一原因之損害賠償之併課，理論上應被否定。不過，此時期之廢棄法院判決承認暫定性強制金與損害賠償之併課，但學者有認為這些判決僅不過係承認強制金發令前之損害賠償及強制金發令後之損害賠償兩者之併課，即所謂填補賠償與遲延賠償之併課<sup>111</sup>。

## （二）1959 年判例變更

如前所述，1949 年法以後，關於暫定性強制金，廢棄法院採取依損害確定金額之立場。亦即，暫定性強制金在發令之階段與損害賠償不同，但在金額確定階段則變換為損害賠償之立場。於 1959 年 10 月 20 日之廢棄法院第 1 民事庭判決（下稱 1959 年判決），進行重大判例變更：暫定性強制金係與損害賠償完全不同之手段，要之，係克服抵抗履行裁判之方法，並非以填補因遲延所生損害為目的，通常係按照頑強債務人之過錯重大性及其資力確定金額<sup>112</sup>。亦即，關於暫定性強制金，廢棄法院認為不僅在發令階段即使在金額確定之階段，亦承認與損害賠償不同，明確採取將暫定性強制金從損害賠償完全分離之立場。此立場整合前述區分強制金與損害賠償，將強制金解為確保遵守法官命令之強制及制裁之見解，同時，由規定強制金與損害賠償個別獨立之 1972 年法第 6 條繼承此廢棄法院之見解<sup>113</sup>。

關於 1959 年判決之事案係，對於造成 Pradon（債權人）土地浸水之電力供


---

contractuelle, t. III, 4<sup>e</sup> éd., 1950, nos 2498-2499; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 187。

<sup>111</sup> D. Denis, *op cit.*, nos 79 et 89; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 191。

<sup>112</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ. 20 octobre 1959, D. 1959. 537, note G. Holleaux; JCP 1960 II 11449, note P. Mazeaud; Recueil général des lois 1960, p. 241, note L. Boyer; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 209。

<sup>113</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 209。



給公司（債務人），為了使債務人進行平整土地工程，Riom 上訴法院對其附加強制金，因為債權人無法得到履行，法院承認反復要求金額確定與新強制金發令之聲請。第四次之上訴法院判決（1956 年 5 月 22 日）則以每遲延日 1 萬法郎之額度，三個月期間發令新強制金。之後，確定強制金之額度係 90 萬法郎，債權人同時聲請要求發令每遲延日 2 萬法郎之新強制金。因此，債務人主張，威嚇性強制金（即暫定性強制金）在金額確定階段因為該當於損害賠償，債權人並未證明因為履行遲延所生之任何損害，要求確認：藉由二次性算定損害之鑑定及公司費用，債權人使第三人施作工程此事並無爭執。對此，1956 年 12 月 10 日之 Riom 上訴法院判決，駁回債務人之主張，為如下判決：威嚇性強制金實際上係，與損害賠償完全不同之暫時的暫定性手段，在本案中並非以損害為內容。威嚇性強制金僅不過係克服抵抗裁判履行之方法。其直接目的並非填補因為此履行遲延所生之損害。其結果如下：①考量妨礙有責人在所定期間內遵從法院命令之各種情事，可能修正威嚇性強制金之金額。②威嚇性強制金通常之基準係根據有責人之過錯程度，其他當事人蒙受損害之程度僅不過係附隨性之算定要素，其有預防無原因利得之目的。因此，Riom 上訴法院全面容認強制金之金額確定聲請，確定為 90 萬法郎。但是，關於新強制金之聲請，僅按照從前發令每遲延日 1 萬法郎之強制金，不承認增額<sup>114</sup>。

對此 Riom 上訴法院判決之廢棄聲請(pourvoi en cassation)中，債務人主張：確定強制金之法官，應不得以超過損害額之額度確定，為了賦予裁判理由其確認係不可或缺。但是，前述之 1959 年判決中廢棄法院表示，暫定性強制金係與損害賠償完全不同之強制手段，要之，係克服抵抗裁判履行之方法，並非以填補遲延所生損害為目的，通常係按照頑強債務人之過錯重大性及其資力確定金額。亦

---

<sup>114</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 210-211。

即，如此判斷之 Riom 上訴法院原判決應屬適當<sup>115</sup>。

學者指出，此判決係變更關於金額確定階段之暫定性強制金法律性質此廢棄法院之判斷，在該判決之前，廢棄法院明確採取暫定性強制金在金額確定階段變化為損害賠償之立場<sup>116</sup>。當時之學說直接將此 1959 年判決評價為重要之判例變更<sup>117</sup>。有認為此判決及 1960 年 1 月 20 日第 1 民事庭判決，對於廢棄法院完全剝奪強制金全部之實效性而認其僅係遲延賠償之七年期間，為此畫上終止符，屬於判例上最有用之創造物之一<sup>118</sup>。此判決並受到許多有力學說支持<sup>119</sup>。

在此附帶說明，強制金與損害賠償之併課與否之問題。在採取暫定性強制金於金額確定階段與損害賠償不同此新判例立場之後，則不當然禁止確定金額之暫定性強制金與損害賠償之併課。廢棄法院在判例變更後，亦肯定此併課<sup>120</sup>。如此暫定性強制金與損害賠償之併課，顯著增強暫定性強制金之實效性。不過，亦有學者提出擔憂，認為法官有了此武器，不論債務內容，皆得課與本來債務之履行

<sup>115</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 211。

<sup>116</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 123；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 211-214。關於金額確定階段暫定性強制金之法律性質，在 Agen、Riom 上訴法院等部分下級法院及廢棄法院間之抗爭中，此判決顯示出廢棄法院之屈服。之後沿襲此判決之八個廢棄法院判決中有五則判決駁回廢棄聲請，下級審直接遵從廢棄法院之新判例之同時，亦顯示出因為當時暫定性強制金之實效性低下之危機重大程度。其餘廢棄原判決之三則判決，出現對新暫定性強制金之下級法院疑慮，另一方面，廢棄法院則拒絕再度為判例變更，故此判例應屬穩固。此八個廢棄法院判決為：Cass. 1e civ. 20 janvier 1960, JCP 1960 II 11483；Cass. 1e civ. 12 juillet 1960, Bull. civ. 1960 I n° 389, p. 319；Cass. 1e civ. 30 novembre 1960, Bull. civ. 1960 I n° 522, p. 425；Cass. 1e civ. 17 janvier 1961, Bull. civ. 1961 I n° 40, p. 32；Cass. 1e civ. 5 novembre 1963, Bull. civ. 1963 I n° 476, p. 403；Cass. 1e civ. 17 mars 1965, Bull. civ. 1965 I n° 195, p. 143；Cass. soc. 26 octobre 1965, Bull. civ. 1965 IV n° 712, p. 599；Cass. com. 15 novembre 1967, Bull. civ. 1967 III n° 369, p. 349；關此詳細內容，參見：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 212-213。

<sup>117</sup> P. Hébraud, Observations. RTDC 1959. 778；H./L. Mazeaud, Observations. RTDC 1960. 116；Meurisse, L'arrêt de la Chambre civile du 20 octobre 1959 sur les astreintes, GP 1960 II doctr. 13 et s.；Marty/Raynaud, Droit civil, t II, 1<sup>er</sup> vol., 1962, n° 679. V. aussi D. Denis, *op cit.*, n° 123；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 214。

<sup>118</sup> H./L. Mazeaud, Observations. RTDC 1960. 317；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 214。

<sup>119</sup> Meurisse, *op cit.*, p. 13；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 214。

<sup>120</sup> Cass. 1e civ. 12 juillet 1960, Bull. civ. 1960 I n° 389, p. 319；Cass. 1e civ. 17 janvier 1961, Bull. civ. 1961 I n° 40, p. 32 V. aussi D. Denis, *op cit.*, p.189, note 3；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 219。

來追及毀滅債務人。此強大之權能強制效果卓越，可能導致濫用。在古典之強制金，必須依據所謂債權人所生損害此客觀概念，故得避免此種濫用之發生。如此，基於判例變更之新金額確定架構，增強暫定性強制金實效性同時亦蘊藏濫用危險之問題。暫定性強制金於其金額確定時，創造專斷之制裁，此種不歸屬於國庫之民事罰金，創造產生債權人無原因利得之私的制裁而成為問題<sup>121</sup>。此問題即使係之後 1972 年法以來至今，仍尚未被充分解決。

關於被確定金額之暫定性強制金，1959 年判決雖表明其法律性質雖與損害賠償不同，但並未論及其性質為何。沿用該判例之廢棄法院判例亦未論及，其後 1972 年法與 1991 年法亦未明確之<sup>122</sup>。

另一方面，學說大致將確定金額之暫定性強制金法律性質解為「私的制裁」<sup>123</sup>，但所謂「私的制裁」概念並不明確，此概念本身成為問題，亦可能係廢棄法院及立法者並未使用此概念說明強制金之原因。另有學者認為，因為欠缺條文依據，故廢棄法院不得認為被確定金額之暫定性強制金屬於私的制裁，亦即，私的制裁之承認必須依據法律所規定之情形<sup>124</sup>。

關於私的制裁係模糊概念，學者指出其有以下四個意義：第一，由私人決定制裁之創設、性質、輕重；第二，由私人決定是否訴追，第三，由私人行使執行；第四，由私人受利益<sup>125</sup>。在此考察限定於此第四個意義之私的制裁，此係在制裁

<sup>121</sup> J. Boré, La liquidation de l'astreinte comminatoire, D 1966 chron. pp. 163-164 et s ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 220。

<sup>122</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 155 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 226。

<sup>123</sup> Marty/Raynaud, Droit civil, t. II, 1<sup>er</sup> vol., 1962, n° 679 ; Holleaux, D 1959. 537 ; P. Esmein, Peine ou réparation, Mélanges Roubier, t. II, 1961, p. 39 ; J. Boré, La liquidation de l'astreinte comminatoire, D 1966 chron. pp. 164 et 167 ; Boyer, Rec. gén. Lois, 1960, p. 241. 另一方面，避免使用私的制裁之概念者，則有：H./L. Mazeaud/Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. III, 5<sup>e</sup> éd., 1960, n° 2498 ; E. Viot-Coster, *op cit.*, p. 130 et s.. V. aussi D. Denis, *op cit.*, n° 157 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 226。

<sup>124</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 145 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 226。

<sup>125</sup> L. Huguency, L'idée de peine privée en droit contemporain, thèse Dijon, 1904, p. 1 et 3 ; 轉引自：

與賠償中間的概念，明確僅從制裁及賠償為比較。現代私的制裁則依據以下三個要素被賦予性格，第一，基於過錯 (faute) 之觀念，第二，債務人或被害人以所受損害為理由取得超過賠償金額，第三，金錢係歸屬於私人、被害人<sup>126</sup>。

第一個要素係過錯 (faute)，此不僅係私的制裁之要件亦應係強制金之算定基準。關於第二個要素，超過損害賠償金之額度，學者批評此不完全區別私的制裁與損害賠償。亦即，私的制裁不僅止於回復原狀，而係給予被害人某些利得。損害發生時，從加害人支付賠償金給被害人之額度與所生損害額不同之情形，其已經並非賠償而屬私的制裁<sup>127</sup>。但是，亦有學者認為此見解在民事責任之框架內，與損害賠償分別而賦予私的制裁之觀念有所困難。實際上，私的制裁並非「附加」而應係「另外（不同）」之存在<sup>128</sup>。關於第三要素，私的制裁金歸屬於私人之理由成為問題。關此，學者認為私的制裁僅與私人相關，因為過錯 (faute) 之行為並未被法律規定作為獨立犯罪，作為最本質上理由，應謀求滿足私人報復之要求<sup>129</sup>。

相對於此，亦有論者對上述私的制裁之學說為批判，其主要內容有以下四點：第一係，基於所謂報復之野蠻觀念；第二，違反耶林所謂民事責任之「客觀化」等歷史性法律原則；第三，違反民事法與刑事法之嚴密區別；第四，若否定全部賠償之原則，則對被害人產生不當利得<sup>130</sup>。若將此批判適用於強制金之情形，對第一個批判及第四個批判（對被害人產生不當利得）難以反駁。特別係後者，因為強制金債權人之利得正當性適當與否，成為學說上爭議問題。以下回到強制金

---

大濱しのぶ，前掲註 17，頁 227。

<sup>126</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 146；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 227。

<sup>127</sup> L. Huguency, *op cit.*, pp. 22 et 26；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 228。

<sup>128</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 156；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 228。

<sup>129</sup> D. Denis, *op cit.*, nos 156 et 162；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 228。

<sup>130</sup> B. Starck, *La responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947, p.371；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 228。

之問題，觀察當時學說之討論。



關於債權人因為強制金所得之利得是否該當於無原因之利得，有肯定說<sup>131</sup>與否定說，在確定性強制金之情形亦同。否定說認為，首先應區別法律意義中之無原因利得及衡平上所認不當之利得，因為強制金債權人所受之利得，在法律意義上並非無原因之利得，因為所謂利得欠缺原因之情形，必須係此利得並非制定法或習慣法之適用結果；而於強制金之情形，債務人所負擔者係，依據基於 150 年古老判例上之慣行而發令命強制金支付之裁判。更進一步，因為損害賠償並不充分，以及裁判嚴格處罰反覆抵抗者並非不道德，故亦不符合衡平上不當之利得<sup>132</sup>。

此外，有學者雖認為藐視法庭制度之方法更符合旨趣，但亦認為損害賠償若被嚴密算定，絕非賠償受害人所受損害及其為了行使權利所需費用之全部。頑強債務人必須充分賠償其本身冷漠態度所造成之結果，故債權人取得強制金並無任何不道德<sup>133</sup>。亦即，將因為強制金所受之利得解釋為一種補充性損害賠償，使其正當化<sup>134</sup>。

不過，對此見解肯定說提出以下批評：一方面，為了衡平賠償直接確實之損害，事實審法官有相當廣泛之評價權；另一方面，就債權人而言，即使分配強制金填補法律所禁止之賠償及間接或不確實損害之任務，對於作為制裁之強制金正當化幾乎無貢獻。最後，債權人所得利得與間接但有界限之損害並不相稱，前者係按照債務人之過錯與財產，完全無法律上界限。亦即，若考量到關於損害賠償

<sup>131</sup> J. Boré, La liquidation de l'astreinte comminatoire, D 1966 chron. p. 168；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 229。

<sup>132</sup> M.-L. Rassat, L'astreinte définitive, JCP 1967 I 2069, n<sup>os</sup> 23-24；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 230。

<sup>133</sup> A. Tunc, Observations. RTDC 1960, 672；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 230。

<sup>134</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 230。

法院有廣泛之裁量權，並無實際必要將其作為損害賠償之補充，反而強制金有違反關於損害賠償民法典各規定之虞，且因為無客觀界限而無法將強制金與損害賠償同視。此外，亦指出作為加強所受強制金利得不當性之要素，存在有因為債權人之濫用，強制金成為「債權人所喜愛之生出金雞蛋的母雞」此危險性等<sup>135</sup>。

關於提倡強制金作為國庫金之學說，其認為無法理論上正當化債權人因為強制金所得之利益，故提倡強制金應歸屬於國家。從早期即提倡此見解之 1972 年法律草案提案人認為，私的制裁誤入僅承認私法上賠償之技術性體系中，制裁必然成為公的制裁。因為此補充性裁判而使被害人受益，係完全無理由，應由社會得到此利益。另一方面，在此蒙受損害者應屬社會，拒絕遵從國家體現之法院裁判之頑強債務人，其過錯招致社會秩序重大混亂，且此具傳染性，可能剝奪此等裁判之全部效力。因此，強制金應支付給代表社會之國家，此方法亦為外國複數立法所採用。法國立法者亦在土地劃分事件中（1919 年 3 月 14 日法律），認為強制金係由國家取得之公的制裁。一般化公的制裁之強制金而承認其真正性質，法院得沒有疑慮地使用確保裁判遵守之方法應最為理想<sup>136</sup>。亦即，學者將強制金作為國庫金之根據，特別重視以下兩點：第一，制裁應有公共性，制裁之利益應歸屬於社會，換言之，不應承認私的制裁；第二，強制金之制度目的並非謀求債權滿足之私益，而係確保裁判遵守之公益<sup>137</sup>。關此，亦有認為不依本人意思，而依據公益目的使私人財產富足並不合理<sup>138</sup>。此外，有學者認為以強制金目的係確保裁判之遵守為前提，強制金係法官與訴訟當事人（敗訴當事人）關係之問題，

<sup>135</sup> J. Boré, La liquidation de l'astreinte comminatoire, D 1966 chron. p. 167；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 231。

<sup>136</sup> P. Mazeaud, JCP 1957 II 10118；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 231-232。

<sup>137</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 232。

<sup>138</sup> P. Hébraud, Observations. RTDC 1968. 755；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 232。

因為私的制裁係私人間關係，故無法正當化關於強制金之私的制裁<sup>139</sup>。

以上認為強制金係為了確保裁判遵守之公益性制度之想法，由來於前述 20 世紀初學者提出基於法官之命令權而賦予強制金根據之見解。就此學者認為強制金係私的制裁而正當化此點而言，雖然與前述因為強制金係為了確保裁判遵守之公益性制度而應國庫金化之見解對立，鑑於其皆係以強制金目的為理解方法，前述見解可能視為係此學者見解之延伸<sup>140</sup>。

此外，有學者即使基於強制金之公益性而支持國庫金化之方向，但亦對於強調裁判之遵守此點表示疑慮。強制金基礎為命令權之想法應為適當，考慮到命令權概念之不明確性，不應濫用。更進一步指出，強制金係司法裁判之後，為了確保裁判履行而實行，因此，將司法權之尊重作為強制金之目的，確實有吸引力。然而，此種想法雖然在今日有漸漸浸透於訴訟程序改革思想之傾向，卻忘了司法係為了服務國民，其目的為國民權利之保護<sup>141</sup>。

將強制金作為國庫金之方法，有類似於英美法上藐視法庭罪之刑事上罰金方法<sup>142</sup>，以及作為民事上罰金之方法<sup>143</sup>。後者為多數說<sup>144</sup>。關於前者之問題點，有學者考量藐視法庭罪在英美現狀之危險，亦即，因為原則上係事後所訂定，強制效果薄弱等，而反對刑事上罰金之方法<sup>145</sup>。關於後者之民事上罰金，雖另有學者提出質疑，認為因國家收取之遲延可能產生問題<sup>146</sup>，但關於此點，藉由承認法官

<sup>139</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 168 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 232。

<sup>140</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 232-233。

<sup>141</sup> P. Hébraud, Observations. RTDC 1968. 754-755 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 233。

<sup>142</sup> P. Hébraud, L'exécution des jugements civils, *Revue internationale de droit comparé* 1957. 190 ; A. Tunc, Observations. RTDC 1960, 672. V. aussi D. Denis, *op cit.*, n° 171 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 233。

<sup>143</sup> P. Mazeaud, JCP 1957 II 10118 ; P. Hébraud, Observations. RTDC 1968. 755. V. aussi D. Denis, *op cit.*, n° 172 et s.. 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 233。

<sup>144</sup> M.-L. Rassat, *op cit.*, n° 24 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 233。

<sup>145</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 171 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 233。

<sup>146</sup> P. Hébraud, L'exécution des jugements civils, *Revue internationale de droit comparé* 1957.

有決定強制金期間之權限得解決之<sup>147</sup>。

相對於上述支持將強制金作為國庫金之學說，就確定性強制金，有學者強烈主張私的制裁之正當性。其認為僅賠償對債權人所生損害並不充分時，應對頑強債務人以某些形式更施加非難之情形，一般而言，縱使如何地不履行裁判，刑事處罰恐怕仍為過剩，故此時依據私的制裁解決應更為適切。私的制裁並非應被排斥之野蠻概念，且不應僅止於私人間關係之事項。再者，（確定性）強制金雖係保護司法之威信，但司法威信保護並非其本身為目的，其目的應係國民之權利保護。在此情況下，即使將強制金作為民事罰金化，其罰金係為了法院之營運而被使用，為此必須創設複雜之架構，若更考慮此點，則依據私的制裁之解決較適當<sup>148</sup>。

綜上所述，1959年廢棄法院判例變更後，關於金額被確定之暫定性強制金性質，當時學說一般解為私的制裁，但仍有支持私的制裁之見解及提倡將強制金歸屬於國家之民事罰金或刑事罰金見解兩者之對立。提倡將強制金作為國庫金（民事罰金）之學者，成為1972年法之提案人，在1972年法草案加入將強制金一部作為國庫金之規定。不過，此在立法過程中被刪除，又在1991年法之立法過程有同樣討論，但最終並未立法。結果，1959年判例變更以後至今，強制金作為私的制裁而存續，關於其法律性質之上述討論，則持續沒有答案<sup>149</sup>。

### （三）1972年法

關於強制金1972年法之最大意義應係，將確定性強制金與損害賠償分離，

190；轉引自：大濱しのぶ，前掲註17，頁233。此點應係指國家可能遲延收取使強制金之額度過度累加，而有所疑慮。

<sup>147</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 173；轉引自：大濱しのぶ，前掲註17，頁234。

<sup>148</sup> M.-L. Rassat, *op cit.*, n°s 25-26；轉引自：大濱しのぶ，前掲註17，頁233。

<sup>149</sup> 大濱しのぶ，前掲註17，頁235。

謀求二種類強制金之統一（四、（三））。1972年法第6條明定，強制金與損害賠償個別獨立。此就暫定性強制金而言，雖止於確認1959年以後之廢棄法院立場，但就確定性強制金而言，則意味變更過往之廢棄法院判例法理。亦即，將暫定性強制金與確定性強制金二種類而形成之強制金，確立為與損害賠償完全不同之制度。此外，如同上述1949年法，關於為了建物遷讓所命之強制金，禁止確定性強制金之同時，禁止以超過損害賠償額之額度確定暫定性強制金之金額，此在1972年法下其效力仍被維持<sup>150</sup>。在此就暫定性強制金與損害賠償之關係係延續過往判例見解，從而，於此時期之強制金性質討論多集中於確定性強制金，留待後述說明（四、（三））。

#### （四）1991年法至今

1991年法第34條第1項規定，強制金與損害賠償個別獨立，此沿襲1972年法第6條前段規定，其與1972年法之關係並不成為問題。強制金與損害賠償個別獨立之原則，關於確定性強制金係依據1972年法被確立，但關於暫定性強制金已經依據1959年判決被確立（三、（二）），其後並未特別將暫定性強制金之性質提出討論。

### 四、確定性強制金

#### （一）1949年法

1949年法第1條在建物遷讓事件中禁止確定性強制金（三、（一）），但廢棄法院之判例即使在建物遷讓事件以外之事件，亦明確採取限制確定性強制金之立場。不過，如同在遷讓事件中，實際上並非全面禁止，而係禁止超過損害賠

<sup>150</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 9 ; F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D 1972 chron., p. 271 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註17，頁250。

償額之確定性強制金，得視為採取僅承認與損害賠償一致之確定性強制金之態度  
151。

肯定與損害賠償不同之確定性強制金學說中，依據廢棄法院之一連串判決<sup>152</sup>，  
有認為廢棄法院顯示出將確定性強制金從損害賠償分離之意思，同時亦承認廢棄  
法院立場變化之動向<sup>153</sup>。例如，有學者認為以民事庭重要裁判為契機之一連串判  
例，轉變成不必對確定性強制金與損害賠償一致此事賦予理由。只是，確定性強  
制金之金額決定係，以其本身且不需要特別之理由，相當於將來損害之專權性算  
定。此應最被注目之判例傾向係，在所謂損害賠償之用語下（在其「假面具」之  
下），明確使確定性強制金之制裁性質回復<sup>154</sup>。

無論如何解釋前揭判決，此時期之廢棄法院並未從正面承認確定性強制金與  
損害賠償之區別，如此廢棄法院之立場直到 1972 年並未改變。關於確定性強制  
金，於 1949 年法以後至 1959 年判例變更之時期，廢棄法院之立場否定與損害賠  
償不同之確定性強制金，解為僅容許與損害賠償一致之確定性強制金，且此廢棄  
法院判例係受到 1949 年法第 1 條（在建物遷讓事件中禁止確定性強制金）之影  
響。如同前述，廢棄法院即使採取類推適用 1949 年法之態度，依據損害賠償法  
理拘束強制金。然而，下級法院並非全面按照廢棄法院之立場。部分下級法院明  
確抵抗或利用損害賠償算定專權，賦予強制金事實上之制裁機能<sup>155</sup>。

<sup>151</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 235；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 202-203。

<sup>152</sup> 1955 年 2 月 2 日第 1 民事庭判決之判示，稍微與向來者不同。關於動產交付之確定性強制  
金，確認不履行之後，關於對維持此之原判決之廢棄聲請，同判決判示「法官為了命給付之履行，  
以每遲延日計算之額度被固定，附加因為所定期間屆滿被確定取得之強制金之情形，如此，算定  
因為不履行之後債權人所受損害」。據此，作為原告「所受損害之賠償所命之手段係，形成自依  
據事實審法官專權性算定之損害評價」，而駁回廢棄聲請。此判決以後，將同樣判示反覆定型之  
廢棄法院判決相繼不斷出現。D. Denis, *op cit.*, p. 272, note 2；p. 273, note 3；轉引自：大濱しの  
ぶ，前掲註 17，頁 204。

<sup>153</sup> H./L. Mazeaud, *Observations*. RTDC 1957. 539-540；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 204。

<sup>154</sup> Holleaux, D 1959. 538. V. D. Denis, *op cit.*, n° 236；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 205。

<sup>155</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 208。

## （二）1959 年判例變更

切斷暫定性強制金與損害賠償關係之 1959 年判例變更，其影響是否及於確定性強制金？關此，學說及判例上皆有所討論。



向來支持確定性強制金與損害賠償不同之學說，在將暫定性強制金從損害賠償完全分離之 1959 年判例變更後，即使就確定性強制金，亦主張與暫定性強制金相同，應謀求與損害賠償之分離<sup>156</sup>。作為其主要論據，其認為藉由形式上 1959 年判例變更而承認實質上實效性，或透過承認損害賠償算定為法院專權之原則，已事實上承認其實效性<sup>157</sup>。

例如，有認為 1959 年判例變更前之廢棄法院否定與損害賠償不同之強制金，但於 1959 年判決確實承認發令與損害無關之非威嚇性、確定性強制金之可能性。亦即，法官在確定威嚇性（暫定性）強制金之金額時，既然得作成超過損害之裁判，是否有須分為兩次而不得一次為之的理由？此係對於頑強債務人，司法官所握有相當具實效性之武器。按照債務人心理，法官得利用兩個武器，即暫定性強制金及確定性強制金<sup>158</sup>。如此，以實效性理由，強力支持與損害賠償不同之確定性強制金，切斷暫定性強制金與損害賠償關係之 1959 年判例變更之射程中，解為包含確定性強制金<sup>159</sup>。

同樣地，以實效性為理由，支持與損害賠償不同之確定性強制金學說，有主張從 1959 年判例變更以前，透過承認損害賠償算定為法院專權之原則，廢棄法院事實上已承認與損害賠償不同之確定性強制金，而應在法律上正面承認之<sup>160</sup>。

<sup>156</sup> Denis, *op cit.*, n° 237；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 235。

<sup>157</sup> Denis, *op cit.*, nos 230 et 233；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 235-236。

<sup>158</sup> Meurisse, *op cit.*, p. 13；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 236。

<sup>159</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 236。

<sup>160</sup> Holleaux, D 1959. 538 et 539；P. Raynaud, la distinction de l'astreinte et des

其中有學者在此時開始使用「暫定性強制金」與「確定性強制金」之用語分類，認為後者不能修正，故威嚇性質比前者更強烈，因此將前者稱呼為「威嚇性強制金」應有所誤會。此學者所提倡之用語受到學說支持，之後立法者亦採用之<sup>161</sup>。

另外，亦有學者不僅強力主張將確定性強制金作為私的制裁，亦主張確定性強制金在目的、性質上與暫定性強制金不同。亦即，暫定性強制金係以促使債務人履行其本來之債務為目的之強制手段，具有預防之性質；確定性強制金則係以促使訴訟當事人履行裁判為目的之制裁，係所謂懲罰之性質<sup>162</sup>。又，認為特別係1959年判例變更以後各裁判中，縱使廢棄法院持續將確定性強制金與損害賠償同視，但亦顯示出部分動搖，可謂承認1959年判例變更之間接影響，接近公認確定性強制金與損害賠償不同<sup>163</sup>。

不過，關於1959年判例變更前之確定性強制金廢棄法院立場，存在不同解釋（四、（一）），此情形即使在1959年判例變更後，亦同。如前所述，有解為此時期廢棄法院即使事實上容認與損害賠償不同之確定性強制金，亦並非正式承認<sup>164</sup>。但是，之後成為1972年法提案人之學者認為，在1959年之時點，廢棄法院已經承認與損害賠償不同之確定性強制金。亦即，關於強制金之法律性質係強制及履行手段而非賠償手段此事，與暫定性強制金之1959年10月20日判決並列，就確定性強制金其舉出1959年11月4日第1民事庭判決<sup>165</sup>。此判決認為：

---

dommages-intérêts dans la jurisprudence française récente, in *Mélanges R. Secrétan*, 1964, n° 21 et s. ; M.-L. Rassat, *op cit.*, n° 12 et s. ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 236。

<sup>161</sup> Holleaux, D 1959. 537 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 236-237。

<sup>162</sup> M.-L. Rassat, *op cit.*, n° 27 et s. ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 237。

<sup>163</sup> M.-L. Rassat, *op cit.*, n° 44 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 237。

<sup>164</sup> M.-L. Rassat, *op cit.*, n° 44 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 237。

<sup>165</sup> P. Mazeaud, JCP 1961 II 12146 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 238。若依據1972年法之立法過程中 P. Mazeaud 與 Foyer 國民議會之委員會報告書，1959年10月20日之廢棄法院判決之射程範圍，報告書將1959年判決解為，不僅係暫定性強制金關於確定性強制金亦同，廢棄法院依據同判決（亦即1972年法前）承認確定性強制金與損害賠償不同；參見：Rapport Foyer /Mazeaud, Documents parlementaires. Assemblée Nationale 1971-72, n° 2447, pp. 10-11 ;

事實審法院依據每遲延日固定計算額度，於規定期間屆滿時，作為損害賠償之補充，將確定而被取得之強制金，藉由附加於其所為之判決，專權算定損害額，損害之存在係依據其損害進行算定<sup>166</sup>。



如此判決係以前揭 1955 年 2 月 2 日第 1 民事庭判決<sup>167</sup>為首之一連串廢棄法院判決之一，亦顯示從 1959 年判例變更前已經出現確定性強制金之廢棄法院變化。但是，在 1972 年法前並未發現明確認為確定性強制金與損害賠償不同之廢棄法院判決。亦即，至少此時廢棄法院不明確表示承認確定性強制金與損害賠償不同<sup>168</sup>。

附帶提及，關於得否與損害賠償併課之問題。將確定性強制金解為損害賠償之情形，基於兩者為相同原因而不允許損害賠償之併課。1972 年法以前之廢棄法院判決中，多承認確定性強制金與損害賠償之併課，承認併課事例之確定性強制金與損害賠償雖然係基於不同原因<sup>169</sup>，但是與此時期之廢棄法院將確定性強制金解為損害賠償之立場，並無矛盾。至少，於 1959 年 11 月 4 日第 1 民事庭判決、1965 年 2 月 17 日第 1 民事庭判決以及 1966 年 12 月 12 日商事庭判決等，廢棄法院皆認為確定性強制金係為了賠償遲延損害，承認與此併課之損害賠償則係賠償其他損害，兩者為不同原因。再者，1965 年 6 月 23 日商事庭判決亦表示，確定性強制金係賠償裁判不履行所生損害，與此併課之損害賠償係基於已對對方所生之損害，兩者仍為不同之原因<sup>170</sup>。

---

轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 257-258。

<sup>166</sup> 同旨之廢棄法院判決有 1965 年 6 月 23 日商事庭判決；大濱しのぶ，前掲註 17，頁 239。

<sup>167</sup> 參見：本文註 152。

<sup>168</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 240。

<sup>169</sup> Denis, *op cit.*, n° 203；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 242。

<sup>170</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 242。

### (三) 1972 年法

於「關於創設執行法官及民事訴訟修正之 1972 年 7 月 5 日法律 626 號」之第 2 編「民事事件中之強制金」僅有簡單四個條文<sup>171</sup>，係關於強制金最初之一般法<sup>172</sup>。

最初由 P. Mazeaud 與 Foyer 所提出關於強制金之草案( Proposition de loi)<sup>173</sup>，此案係判例法理之立法化，首先從強制金目的說明，提案人指出不僅係債權人利益，裁判遵守之公益亦為重要。裁判遵守之確保係強制金之目的，此想法由來於前述 20 世紀初學者所提出關於強制金基礎理論之見解。此目的最後亦成為規定之一部分，即 1972 年法第 5 條規定。據此，提案人特別強調強制金與損害賠償區別之明文化<sup>174</sup>。亦即，法案之中心有以下兩點。第一，明確將強制金分為暫定性強制金與確定性強制金兩種類，此明文化兩者皆與損害賠償不同之要旨。第二，關於強制金之歸屬改變向來之處理，將一部作為國庫金。此相當於判例之變更，為此案中之最重要提案<sup>175</sup>。此案認為確定性強制金與損害賠償不同此點，則該當

<sup>171</sup> 1972 年法關於強制金之各條規定如下：第 5 條：「法院為了確保自己之裁判履行，得依職權命強制金」。第 6 條：「強制金與損害賠償個別獨立。強制金係暫定性或確定性。在法官不明確強制金之確定性質時，視為暫定性」。第 7 條：「全部或一部不履行或履行遲延之情形，法官確定強制金之金額（依 1975 年 7 月 9 日之法律 1 條修正前之條文：全部或一部不履行或履行遲延之情形，命強制金之法官必須確定其金額）」。第 8 條第 1 項：「除了證明司法裁判不履行係因為偶發事件或不可抗力事由之情形外，法官不得於其金額確定時變更確定性強制金之額度」。第 8 條第 2 項：「即使係確認不履行之情形，減輕或廢止暫定性強制金係屬於法官之權限」。參見：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 265。

<sup>172</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 249。

<sup>173</sup> 提案草案如下：第 7 條之 1：「法院為了確保自己之裁判履行，得依職權命強制金」。第 7 條之 2：「強制金與損害賠償個別獨立。強制金係暫定性或確定性。強制金在法官不明確其確定性質時，視為暫定性」。第 7 條之 3：「全部或一部不履行或履行遲延之情形，命強制金之法官必須確定其金額。此權能屬於假處分法官」。第 7 條之 4：「除了證明司法裁判不履行係因為偶發事件或不可抗力事由之情形，法官不得於其金額確定時變更確定性強制金之額度。即使確認不履行之情形，減輕或廢止暫定性強制金係屬於法官之權限」。第 7 條之 5：「被確定之強制金額度係，二分之一歸屬於國庫，二分之一歸屬於得到未受履行裁判之當事人。在債務人履行不能之情形，強制金之金額確定及收取之費用，受益人平等負擔」。參見：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 262-263。

<sup>174</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Assemblée Nationale. Compte rendu 23 juin 1972, p.2804；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 260。

<sup>175</sup> Rapport Foyer/Mazeaud, Documents parlementaires. Assemblée Nationale 1971-72, n° 2447,

於判例根本性變更。關於強制金之國庫金化之提案，無法從關於提案理由之立法資料明確。不過，確定性強制金與損害賠償不同此點，提案人解為係判例之沿襲，如此之提案人理解應有所誤解。從而，在議會審議中成為最主要之爭點係，與損害賠償不同之確定性強制金之容許性以及強制金之歸屬<sup>176</sup>。強制金歸屬之部分留待後述詳細說明（第二款、第一目），在此先僅就確定性強制金與損害賠償之關係為說明。

首先，1972年法第5條規定：「法院為了確保自己之裁判履行，得依職權命強制金」。本條在議會審議並無特別討論，但即使如此亦並非僅係確認向來之判例。由文理上與立法過程觀之，本條並非區別兩種強制金，應解為任何一種強制金皆適用。其結果造成關於確定性強制金向來判例法理之修正，係確定性強制金與損害賠償之分離<sup>177</sup>。

1972年法第6條則規定：「強制金與損害賠償個別獨立。強制金係暫定性或確定性。在法官不明確強制金之確定性質時，視為暫定性」。關於本條之確定性強制金之容許性，在議會有很大爭論。概略之，在第一讀會，對於維持採納草案之國民議會案，遭到參議院（Sénat）<sup>178</sup>強烈反對，參議院通過「強制金與損害賠償個別獨立。強制金有威嚇性性質」之修正案。此「威嚇性質」係，並非意味確定性強制金亦承認有威嚇力，而係意指暫定性，亦即，此案否定確定性強制金。不過，政府則反對參議院案<sup>179</sup>，關於其過程於後詳述（第三節、第一款）。

---


pp. 10-11 ; Journal Officiel. Débats parlementaires. Assemblée Nationale. Compte rendu 23 juin 1972, p.2804 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 261。

<sup>176</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 261-262。

<sup>177</sup> F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D 1972 chron., p. 273 ; J. Boré, La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Études M. Ancel, t. I, 1975, n° 17 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 267。

<sup>178</sup> 於法國第五共和（1958年至今）時期，國會設有國民議會與參議院兩院，國民議會相當於眾議院。參見：張台麟，前接註 83，頁 44。

<sup>179</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 280。



依 1972 年法第 6 條前段及中段規定，強制金係與損害賠償個別獨立。強制金係暫定性或確定性。此條之意義係修正向來之判例，將確定性強制金完全從損害賠償分離<sup>180</sup>。參議院報告人則將強制金解為損害賠償之一種，其雖並未反對認為「強制金與損害賠償個別獨立」之本條前段，卻將此「損害賠償」縮小解釋至已被承認之損害賠償<sup>181</sup>。如此，參議院之主張不僅有不明瞭之處，亦明顯背離當時之判例、學說。此外，參議院為了否定確定性強制金，在提案強制金「有威嚇性性質」之修正案之意義上，係依據與 1949 年法第 1 條或向來判例之用語。但是，如同前述，在 1959 年判決之評釋上學者批評此用語為不當，指出威嚇性質係強制金本質，且威嚇性質在確定性強制金中更為顯著，之後學說亦遵從此看法。即使在 1972 年法之提案說明中，亦指出向來用語之錯誤，因此，用語之明確化亦為草案目的之一<sup>182</sup>。

支持與損害賠償不同之確定性強制金之學說，從 1972 年法前已存在如同前述（四、（一）（二）），此等學說應係支持 1972 年法之立法<sup>183</sup>。

附帶提及，關於強制金與損害賠償得否併課之問題。1972 年法第 6 條前段被解為肯定併課之旨趣。在草案第 7 條之 5 審議之際，提案人表示：除了賠償因為債務不履行對債權人所生損害之損害賠償，得施加強制金<sup>184</sup>。因為判例從 1959 年之判例變更後承認與損害賠償併課，故本條前段對此並未變更。但是，關於確定性強制金，因為難以將判例解為承認與損害賠償之併課，故本條前段就此點係

---

<sup>180</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 289。

<sup>181</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Sénat. Compte rendu 29 juin 1972, p.1370；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 281。

<sup>182</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 291。

<sup>183</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 292。

<sup>184</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Assemblée Nationale. Compte rendu 29 juin 1972, p. 3013；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 297。

變更判例之立場<sup>185</sup>。

不過，在 1972 年法下之判例實務，是否確實將強制金與損害賠償完全分離處理，尚有疑問<sup>186</sup>。但是，至少在 1972 年法下末期之廢棄法院，明確貫徹強制金與損害賠償之個別獨立性。亦即，承認強制金與損害賠償之併課<sup>187</sup>。關於強制金與損害賠償得否併課之討論，至此告一段落，於之後 1991 年法立法過程並未發現爭論。

#### (四) 1991 年法至今

於「關於民事執程序修正之 1991 年 7 月 9 日法律 550 號」，取代 1972 年法第 2 編（5 條至 8 條），設置新強制金之一般法<sup>188</sup>。亦即，1991 年法將其第

<sup>185</sup> J. Boré, *La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire, in Aspects nouveaux de la pensée juridique, Études M. Ancel, t. I, 1975, n° 22*；轉引自：大濱しのぶ，前揭註 17，頁 297。

<sup>186</sup> 例如，1975 年 5 月 28 日商事庭判決，確認「債務人不誠實及濫用性過錯之抵抗」之上訴法院，亦考量損害，而確定（暫定性）強制金之金額。此外，1976 年 1 月 21 日第 1 民事庭判決如下判示：依 1972 年法第 6 條規定，債權人若認為自身損害超過所發令之強制金額度，因為保留債權人請求補充損害賠償之可能性，明確認為強制金與損害賠償個別獨立。1988 年 4 月 13 日第 1 民事庭判決認為，強制金係「暫時之損害賠償」而不廢棄原判決。參見：大濱しのぶ，前揭註 17，頁 297-298。

<sup>187</sup> 例如，1989 年 2 月 28 日第 1 民事庭判決，關於原判決認為已判斷確定強制金之金額，而駁回損害賠償請求，廢棄法院認為強制金得與損害賠償併課，確定強制金金額之判決既判事項權威並不妨礙損害賠償請求，兩個訴訟之對象不同，因此原判決違反關於 1972 年法第 6 條及既判事項之民法典第 1351 條而廢棄之。1991 年 6 月 12 日第 2 民事庭判決，則認為按照損害確定強制金金額為適當之原判決，違反本條而廢棄之。1991 年 11 月 20 日第 2 民事庭判決中，即同時聲請強制金金額確定及損害賠償請求之事案中，原判決認為未證明損害超過強制金額度，而駁回損害賠償請求，廢棄法院則認為原判決違反本條而廢棄之。參見：大濱しのぶ，前揭註 17，頁 298-299。

<sup>188</sup> 1991 年法關於強制金之各條規定如下（同現行民事執行法 L131-1 條至 L131-4 條）：第 33 條第 1 項：「任何法官，為了確保自己裁判之履行，得依職權命強制金」。第 33 條第 2 項：「執行法官，依情事有必要時，得對其他法官所為裁判附加強制金」。第 34 條第 1 項：「強制金與損害賠償個別獨立」。第 34 條第 2 項：「強制金係暫定性或確定性。法官不明確強制金之確定性質時，視為暫定性」。第 34 條第 3 項：「僅在暫定性強制金之發令後，且由法官定期間，始得命確定性強制金。欠缺其中任一要件時，強制金作為暫定性強制金確定金額」。第 35 條：「強制金即使係確定性，由執行法官確定金額。但是，事件尚繫屬於命強制金之法官或此法官明確保留確定金額之權限時，不在此限」。第 36 條第 1 項：「考量受命令者之態度以及其為了履行命令所遭遇之困難，確定暫定性強制金之額度」。第 36 條第 2 項：「確定性強制金之額度，在確定其金額時無法變更」。第 36 條第 3 項：「若法官命令之不履行或遲延履行其全部或一部係因為外在原因時，全部或一部廢止暫定性或確定性強制金」。第 37 條：「此法官之裁判，得於法律上當然為假執行」。參見：大濱しのぶ，前揭註 17，頁 356-357。

2 章「總則」之第 6 節以「強制金」為題，設置第 33 條至第 37 條之 5，以第 94 條之 3 款廢止 1972 年法第 5 條至第 8 條<sup>189</sup>。

1991 年法強制金之最大修正點係，禁止不經由暫定性強制金而命確定性強制金，同時，要求規定（計算）期間。以此點為中心，依 1991 年法之修正，明顯係關於強制金之高額化抑制及法院裁量之限制，此修正可謂係謀求強制金之適正化<sup>190</sup>。

政府提出草案<sup>191</sup>之主要內容，得總括為以下三點：第一，「將執行法官制度納入考慮」之修正，對執行法官賦予強制金之發令及金額確定之管轄權。第二，謀求防止確定性強制金苛酷結果之適正化對策，附加確定性強制金之補充性，課以訂定期間之義務。第三，關於強制金與損害賠償關係之再檢討，主要目的特別係為了強化暫定性強制金之實效性，確保因為強制金之利得正當性。與此關連者係，暫定性強制金之金額確定基準明確化，強制金充當於損害賠償以及歸屬於公用基金<sup>192</sup>。

1991 年法第 34 條第 1 項規定，強制金與損害賠償個別獨立。此完全沿襲 1972

<sup>189</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 341。

<sup>190</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 342。

<sup>191</sup> 政府提出草案如下：第 32 條第 1 項：「任何法官，為了確保自己裁判之履行，得依職權命強制金」。第 32 條第 2 項：「執行法官，依情事有必要時，得對其他法官所為裁判附加強制金」。第 33 條第 1 項：「強制金係暫定性或確定性。法官不明確強制金之確定性質時，視為暫定性」。第 33 條第 2 項：「僅在暫定性強制金之發令後，且由法官定期間，得命確定性強制金。欠缺其中一要件時，強制金作為暫定性強制金確定金額」。第 34 條：「強制金即使係確定性，由執行法官確定金額。但是，事件尚繫屬於命強制金之法官或此法官明確保留確定金額之權限時，不在此限」。第 35 條第 1 項：「考量受命令者之態度以及其為了履行命令所遭遇之困難，確定暫定性強制金之額度」。第 35 條第 2 項：「確定性強制金之額度，在確定其金額時無法變更」。第 35 條第 3 項：「證明法官命令之不履行或遲延履行係因為外在原因時，廢止暫定性或確定性強制金」。第 36 條第 1 項：「作為強制金支付於債權人之額度，債權人得以因為不履行或遲延履行對債權人所生損害為理由，主張充當於賠償之確定額」。第 36 條第 2 項：「法官得命強制金一部分不支付於債權人。此部分歸屬於社會活動國民基金」。第 36 條第 3 項：「此法官之裁判，得於法律上當然暫時執行」。參見：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 353-354。

<sup>192</sup> *Projet de loi, Documents parlementaires. Assemblée Nationale 1989-90, n° 888, pp. 15-17*；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 349-351。

年法第 6 條前段，但草案並無此條文，而係關於強制金之歸屬。依草案第 36 條第 1 項規定，作為強制金支付於債權人之額度，債權人得以因為不履行或遲延履行對債權人所生損害為理由，主張充當於賠償之確定額。此條文在審議過程被刪除，同時加入 1991 年法第 34 條第 1 項。此外，關於強制金之歸屬，草案第 36 條第 2 項規定，法官得命強制金一部分不支付於債權人而歸屬於社會活動國民基金。如同前述，即使在 1972 年法之立法過程亦有相同旨趣之條文，但此草案 36 條 2 項亦在審議過程中遭刪除<sup>193</sup>。

關於提案理由，在承認債權人取得與損害賠償不同之強制金之 1972 年法下，因為債權人利得之正當性疑慮，法院因而於金額確定階段大幅減低強制金額度。從而，草案中將強制金充當於損害賠償之第 36 條第 1 項規定，係為了其實效性低下之改善策略之一<sup>194</sup>。依國民議會之報告書，因為有將強制金充當於損害賠償之規定，強制金因而喪失與損害賠償之個別獨立性，故委員會提案刪除此規定，理由如下：此招致強制金法律性質之混亂，強調強制金並非損害賠償之通說立場，即強制金最初係為了履行之威嚇方法、私的制裁，因此不帶有賠償之目的。亦即，強制金並非係賠償債權人所生損害，而係處罰頑強之債務人。因此，必須明確區分強制金與損害賠償，而反對草案<sup>195</sup>。國民議會採納此委員會案。不過，1972 年法之提案人則對草案反覆強烈批評，強調如同判例，為了確保強制金之威嚇性乃至於實效性，其與損害賠償之區別係不可或缺。最後，草案提案人即政府，認可以上意見而贊成修正案，並未為反論<sup>196</sup>。

<sup>193</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 380。

<sup>194</sup> *Projet de loi, Documents parlementaires. Assemblée Nationale 1989-90, n° 888, pp. 15-17*；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 380-381。

<sup>195</sup> *Rapport Catala, Documents parlementaires. Assemblée Nationale 1989-90, n° 1202, pp. 75-78*；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 381-382。

<sup>196</sup> *Journal Officiel. Débats parlementaires. Assemblée Nationale. Compte rendu, 3 avril 1990, pp. 52-53*；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 382。

強制金與損害賠償個別獨立之原則，關於確定性強制金係依據 1972 年法被確立，但關於暫定性強制金已依 1959 年判決被確立。草案第 36 條第 1 項強制金充當於損害賠償之規定，因為並非要求強制金與損害賠償一致，在此意義上，並非徹底推翻向來之原則，但在不承認強制金與損害賠償之併課此點上，則企圖修正向來之原則<sup>197</sup>。本條項在兩院討論被反對之理由係，基於前述國民議會之報告書及 1972 年法提案人之發言。亦即，對於判例及通說認為將強制金與損害賠償完全區別之想法，草案可能產生混亂；更進一步，為了確保強制金之威嚇力、實效性，與損害賠償之分離係不可或缺。此審議經過顯示向來原則之穩固性<sup>198</sup>。

學說上，關於草案第 36 條第 1 項之刪除，有善意評價為：對傳統之回歸確實係多虧以上學者之費力調解<sup>199</sup>。相反地，並未發現特別批判此刪除之見解。亦即，學說與議會相同，堅持強制金與損害賠償個別獨立之向來原則予以解決處理。關於強制金之私的制裁觀念從民事責任、懲罰性損害賠償之觀點再評價之學說動向，則留待後述之強制金歸屬部分討論（第二款、第二目、三）<sup>200</sup>。

## 五、小結

對於強制金與損害賠償關係之討論可謂係貫穿其強制金法制發展，雖然現今現行法已明文規定強制金與損害賠償個別獨立（L131-2 條規定），但於其立法變遷過程中，就暫定性與確定性強制金分別受到討論。發令階段之暫定性強制金首先在二戰前，於判例上確立其與損害賠償不同之原則。當時除了實務見解表明其係與損害賠償完全不同之暫定性手段，目的係為確保裁判履行。學說上，亦有

<sup>197</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 387-388。

<sup>198</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 388。

<sup>199</sup> F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D 1992 chron., p. 299；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 388。

<sup>200</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 388-389。

認為基於法官之命令權，將暫定性強制金解為確保裁判履行之法官權能，全部法官皆被承認有此權能。相對地，判例上仍認為暫定性強制金於金額確定階段會變化為損害賠償，確定性強制金則與損害賠償相同。於建物遷讓處分相關之 1949 年法，則禁止確定性強制金，並將暫定性強制金與損害賠償賦予連結。

暫定性強制金與損害賠償不同之立場係在 1959 年之判例變更後確立。在 1959 年判決中，承認暫定性強制金與損害賠償為完全不同之強制手段，皆屬克服不履行裁判之方法，並非以填補延遲所生損害為目的。關於確定性強制金，雖有論者認為廢棄法院有採取其與損害賠償不同之傾向，但終究並非由廢棄法院明示承認，因此，在此確定性強制金係損害賠償之一種。確立強制金與損害賠償為完全不同個別獨立之制度，則係在 1972 年法之強制金一般法中，不論暫定性強制金抑或確定性強制金皆與損害賠償不同個別獨立，此在 1991 年法被延續而成為現行法（1991 年法 34 條 1 項、現行法 L131-2 條 1 項）。

強制金發展初期，其與損害賠償牽扯不清，當初承認強制金係損害賠償之一部分，亦有認為係對於被課與伴隨制裁機能之嚴苛損害賠償之債務人，於其不履行時預告強制金。此時，強制金之制裁概念已經出現。1959 年廢棄法院之立場係，整合區分強制金與損害賠償不同，將強制金解為確保遵守法官命令之強制及制裁之見解。之後，在 1972 年法將判例法理立法化，強制金目的不僅係債權人利益，亦有裁判遵守之公益。

在承認債權人取得與損害賠償不同之強制金之 1972 年法下，因為債權人利得之正當性疑慮，法院因而於金額確定時大幅減低強制金額度。從而，1991 年法草案即提出強制金充當於損害賠償之規定，其係為了改善強制金實效性低下問題。不過，最後此草案遭強烈反對，而再次重申前述強制金係為了履行之威嚇方

法、私的制裁。亦即，強制金並非係賠償債權人所生損害，而係處罰頑強之債務人。為了確保強制金之威嚇性乃至於實效性，必須明確區分強制金與損害賠償。不過，就強制金之性質為何，至今尚未有定論，基於 20 世紀初學者所提出之基礎理論，強制金係根據法院之命令權所為對法院命令不遵守之制裁，屬於私的制裁。不過，私的制裁之要素，有過錯、超過損害賠償金額度以及歸屬於債權人等，其中關於歸屬於債權人之理由，於立法過程中亦受到許多挑戰，於後述說明。

## 第二款、強制金之歸屬

關於強制金之歸屬問題牽涉前述強制金與損害賠償之關係，亦即須檢討強制金之性質究竟為何，此已於上述略微提及（第一款、第二目、三、(二)），在此介紹曾經二度被提案將強制金作為國庫金之立法審議過程及相關學說見解。

### 第一目、1972 年法之討論

1972 年草案中關於強制金歸屬之第 7 條之 5 規定，被確定之強制金額度二分之一歸屬於國庫，二分之一歸屬於得到未受履行裁判之當事人。結果，此在審議途中消失蹤跡未被立法化，但在立法階段仍被定位為關於強制金最重要之提案，花費相當多時間審議，1972 年法成立後學說更屢次提及此規定<sup>201</sup>。

#### 一、國民議會提案理由與審議過程

有關 1972 年法草案中第 7 條之 5 規定之提案理由，於國民議會之委員會報告書中提及：在現代經驗上明確者係，法官至少對高額之發令強制金有某種厭惡感，此外，有以顯著減輕強制金方向修正之強烈傾向，因為強制金並非填補定義上損害，法官有所謂使債權人得到無根據利益之感覺。若從法律見解觀之，此情

<sup>201</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 324。

形應完全排除無原因利得之想法。債權人因為強制金受領所得之利得，此受領係基於法官所命強制金裁判之權源被實行，屬於有原因之利得，並非無原因之利得。即使如此，若從衡平點上來看，強制金之制度仍使法官心中產生某種擔憂。若任何情形強制金皆不歸屬於得到滿足之債權人，而規定全部歸屬於國庫，承認法官得宣告民事罰金性質，如此擔憂即得完全除去。不過，委員會從各種問題角度檢討之結果，認為債務履行不僅對債權人而言有利益，亦有公益。因為約定應被遵守，債務應被償還。在此，委員會提案，將強制金額度在得到滿足之債權人與國庫間分配之妥協解決方法<sup>202</sup>。

除了上述報告書說明之外，得整理提案人之想法如下：將強制金全部歸屬於債權人之向來方法容易招致基於無原因利得之誤解此混亂，換言之，雖然債權人之利得係基於裁判並非無原因利得，但有害於衡平之虞。此外，因為如此擔憂，故金額確定時被大幅減額，強制金之實效性低下。有債權人推遲強制金之金額確定時期追求利益之弊病<sup>203</sup>。作為避免此等缺點之方法，首先，有將強制金之金額歸屬於國庫之方法，但此會發生使債權人喪失強制金之金額確定聲請利益之缺點。亦即，國民議會藉由使債權人取得強制金之一部，確保強制金之利用誘因。因此，將強制金在債權人與國庫平分的方法，理由如下：強制金不僅係債權人利益亦有助於公益（裁判之履行確保、私法秩序之維持），政策性上，將此國庫金作為為了扶養費債權人之基金，可得到議會支持<sup>204</sup>。

<sup>202</sup> Rapport Foyer/Mazeaud, Documents parlementaires. Assemblée Nationale 1971-72, n° 2447, pp. 12-13；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 325-326。

<sup>203</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Assemblée Nationale. Compte rendu, 23 juin 1972, p. 2804；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 326-327。

<sup>204</sup> 在第一讀會，提案人認為平分的方法可能過於粗略，並未被充分賦予根據。法務部長亦質問關於將分配比例委由法官判斷之方法。提案人檢討並未採用此方法之理由如下：一方面，若法官考量債權人自身之資力，將強制金之利益全部給予國庫之情形，債權人已經沒有聲請強制金金額確定之利益。相反地，若法官將強制金之利益全部給予債權人。如此，則會再次發生如同前述所指摘之模糊性。但是，此想法對國民議會並未有充分之說服力。在第二讀會，國民議會採納將分配比例委由法官判斷之修正案。Journal Officiel. Débats parlementaires. Assemblée Nationale.

第一讀會中，參議院強烈反對草案第 7 條之 5 規定，其理由如下：首先，參議院報告人將強制金解為損害賠償之一種，難以接受將強制金認為係變化為「一種刑事制裁」之國民議會想法，並不遵從債權人因為強制金所得之利得應屬不當（因為基於裁判，雖並非無原因利得但有害衡平）之想法。其認為導入民事罰金概念並非最理想，法國有刑法典，不應於私人當事人間關係導入制裁之觀念。批判關於所謂平分之方法過於專斷<sup>205</sup>。此外，本條審議之際，報告人亦批判國家因為其本身之怠慢，即所謂「執行文之衰退」現象，卻能得到強制金之利益，此事並不合理<sup>206</sup>。

在第二讀會中之國民議會，首先，修正第一讀會修正案而提出下述修正案：「被確定之強制金額度，在因為裁判而受利益之當事人與國庫間，依法官所認衡平之比例分配。債務人於履行不能之情形，強制金之金額確定以及收取之費用，依同一比例負擔」<sup>207</sup>。此案考量平分之分配方法過於專斷之前述批判<sup>208</sup>。法務部長在此特別提及因為國家怠慢而受益之上述主張。亦即，因為國家拒絕藉由對執行確保必要之公武力援助，裁判無法被實現，儘管法院產生不得不仰賴強制金之狀況，但其以怠於任務而得到利益，仍為不當。且，參議院主張有說服力，對國民議會而言，最重要者係草案第 7 條之 2（1972 年法 6 條之強制金與損害賠償個別獨立之規定），故可接受參議院之本條刪除案<sup>209</sup>。最後國民議會在第二讀會所採納之案如下：「被確定之強制金額度，在從裁判受利益之當事人與國民連帶基

---

Compte rendu, 23 juin 1972, p. 2812；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 327-328。

<sup>205</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Sénat. Compte rendu 29 juin 1972, p. 1367；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 328。

<sup>206</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Sénat. Compte rendu 29 juin 1972, p. 1371；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 329。

<sup>207</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Assemblée Nationale. Compte rendu 29 juin 1972, p. 3013；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 330。

<sup>208</sup> Rapport Foyer/Mazeaud, Documents parlementaires. Assemblée Nationale 1971-72, n° 2492, p. 1；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 330。

<sup>209</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Assemblée Nationale. Compte rendu 29 juin 1972, p. 3013；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 330。

金間，依法官所認衡平之比例分配」<sup>210</sup>。此外，此第二讀會提案人明確表示，與損害賠償不同之強制金歸屬於債權人之情形，此該當於私的制裁<sup>211</sup>。另一方面，參議院強烈反對此國民議會之修正案，再次認為應刪除本條。反對理由係，民事訴訟與公用基金之關連性欠缺，特別對關於公用基金之使用用途有強烈不信任。法務部長亦為了謀求法案早期成立之兩院妥協之觀點，贊同參議院立場<sup>212</sup>。在第三讀會，法務部長促成兩院之妥協，委員會案不被採納，刪除本條<sup>213</sup>。

若依據學者解說，參議院反對本條之基本理由係，將強制金解為損害賠償之解釋以及對強制金濫用之疑慮，其中學者特別以後者為主要理由。亦即，其認為強制金由債權人取得之架構係，為了不使債權人利得過剩，法院於強制金之高額化更為慎重，得期待強制金濫用之抑制效果<sup>214</sup>。另一方面，亦有對強制金濫用之疑慮，比起本條更與「強制金係暫定性或確定性」之規定相關，而成為參議院反對確定性強制金之主要理由<sup>215</sup>。

結果，在本條實際審議階段，參議院因為固執於將強制金解為損害賠償，無法以強制金係私的制裁此事為討論前提，關於是否應為損害賠償或民事罰金化，無法進行一致討論。即使如此，關於強制金之歸屬有何問題、有何解決對策，本

<sup>210</sup> Projet de loi, Documents parlementaires. Sénat 1971-72, n° 368, p. 3 ; Journal Officiel. Débats parlementaires. Assemblée Nationale. Compte rendu 29 juin 1972, p. 3014; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 331。

<sup>211</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Assemblée Nationale. Compte rendu 29 juin 1972, p. 3013; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 331。

<sup>212</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Sénat. Compte rendu 30 juin 1972, p. 1425 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 332。

<sup>213</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Assemblée Nationale. Compte rendu 30 juin 1972, pp. 3095-3097 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 332。綜上所述，參議院反對本條之理由如下：①債權人利得並非不當，②制裁觀念屬於刑事不應導入民事領域，③將強制金歸屬於國庫之方法，使國家因為怠慢而得到利益並不合理，④平分強制金之方法過於專斷，⑤並未存在扶養費債權人基金，⑥扶養費之履行確保應以固有立法處理，⑦關於歸屬於國民連帶基金之方法，並無歸屬於公用基金之理由，⑧公用基金之不明朗等。參見：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 336。

<sup>214</sup> J. Boré, La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Études M. Ancel, t. I, 1975, n° 66 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 337。

<sup>215</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 337。

條之審議對此等問題釐清有所助益。例如，若依據本條之提案理由，將強制金全部由債權人取得之方法，有債權人利得正當性之疑慮，暫定性強制金實效性低下，以及為了追求利潤追求之債權人濫用等如此問題產生。作為將強制金不歸屬於債權人之方法，在向來之學說，僅舉出歸屬於國庫之方法，但本條之審議提及歸屬於公用基金之方法，特別係亦可作為扶養費債權人之救濟或法律扶助之基金財源。於債權人及債權人以外之公家機關間分配強制金之想法，確實得確保強制金利用之誘因，同時得避免債權人之過剩利得。不過，強制金歸屬之問題在 1972 年法下仍未獲解決，在之後 1991 年法之立法階段重新檢討<sup>216</sup>。

## 二、學說見解

學者對草案提出如下批判：此金額確定增加強制效果，在債權人並未得到本案債務履行之限度內，對於確定強制金之金額，債權人有重要利益。此外，即使在債務履行之情形，債權人一般樂意得到債務人對其實行抵抗之報酬(或補償)。關於債權人為金額確定程序所必須支出之費用，亦盡可能使其從債務人之處充分獲得金錢補償<sup>217</sup>。於 1991 年法下，此學者亦全面肯定債權人取得強制金，認為若僅承認債權人之金額確定程序費用並不足夠<sup>218</sup>。

因為草案第 7 條之 5 之刪除，於 1972 年法並不存在關於強制金歸屬之規定。其結果，學說上如同向來，一致將歸屬於債權人之強制金其法律性質解釋為私的制裁<sup>219</sup>。此解釋與立法者之想法一致。亦即，關於強制金之歸屬，採用強烈反對

<sup>216</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 338。

<sup>217</sup> J. Boré, La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Études M. Ancel, t. I, 1975, n° 65；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 334-335。

<sup>218</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 335。

<sup>219</sup> F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D 1972 chron., pp. 271, 273 et 275；J. Boré, La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Études M. Ancel, t. I, 1975, nos 62-63；Denis, *op cit.*, n° 169；Y. Lobin,

歸屬於債權人以外要求刪除本條之參議院案，關於強制金之法律性質，即使參議院解為損害賠償，但因為 1972 年法第 6 條規定，強制金係與損害賠償個別獨立。因此，不應採用參議院解釋，毋寧係，在第二讀會法案提案人明確提及歸屬於債權人之強制金該當於私的制裁，將此視為立法者之想法應為妥當<sup>220</sup>。

另一方面，有學說批判 1972 年法之結論，而善意解釋被刪除之本條<sup>221</sup>。如同前述，已經於 1959 年之判例變更後，學說將暫定性強制金解為私的制裁，更進一步展開其容許性之討論。若概略之，強制金是否並非無原因利得，是否即使係有原因利得但仍無法正當化衡平上不當之利得，此等問題成為主要爭點。採取無法正當化強制金利得立場之學說，有鑒於強制金之公益性而提倡作為國庫金，其中得分為刑事罰金之見解與民事罰金之見解。1972 年法之提案人係提倡此民事罰金化立場之先驅者<sup>222</sup>。因此，之前批判強制金屬私的制裁之學說，雖然對 1972 年法之默示結論為批判，但是其中支持國庫金特別係民事罰金之方向之學說，則贊同原案第 7 條之 5。然而，本條並非將強制金之全部而僅係一部作為國庫金或公用基金此點，對支持國庫金、民事罰金化之學說而言，亦可能成為批判對象<sup>223</sup>。

有學者雖支持將強制金完全作為民事罰金，但亦考慮此情形之缺點。為了避免債權人之漠不關心及國家之旁觀主義，認為經過某期間後，法官必須依職權確

---

L'astreinte en matire civile depuis la loi du 5 juillet 1972, *in* Études P. Kayser, t. II, 1979, p.131, n° 4 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 333。

<sup>220</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 333。

<sup>221</sup> F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D 1972 chron., pp. 271, et 276 ; Denis, *op cit.*, n° 177 ; J. Boré, La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire, *in* Aspects nouveaux de la pensée juridique, Études M. Ancel, t. I, 1975, nos 62,65 et 79 ; V. aussi Y. Lobin, *op cit.*, n° 4 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 333。

<sup>222</sup> J. Boré, La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire, *in* Aspects nouveaux de la pensée juridique, Études M. Ancel, t. I, 1975, n° 64 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 333-334。

<sup>223</sup> Denis, *op cit.*, n° 177 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 334。

定強制金之金額<sup>224</sup>。亦即，舉出將強制金完全國庫金化之缺點。首先，與國民議會相同，提出債權人不為強制金金額確定聲請之問題。更進一步，將金額確定之聲請委由國家之情形，指出程序拖延則必須承認依職權確定金額<sup>225</sup>。

綜上所述，1972 年法前學說上之主要爭點，係關於強制金債權人之利得正當性。本條之提案人、國民議會，在第一讀會委員會報告書中，因為強制金債權人之利得係基於命強制金之裁判此權源而被實行，雖並非無原因利得，但就衡平上有所疑慮。另一方面，參議院則認為，強制金係損害賠償之一種，不遵從將債權人之利得解為不當之國民議會立場。如此，關於債權人因為強制金所得之利得，究竟解為衡平上不當利得，抑或解為係損害賠償之正當利得，在議會有不同見解之對立，立法者立場可謂並未固定<sup>226</sup>。

## 第二目、1991 年法之討論

關於規定法官得不支付強制金之一部予債權人，而歸屬於社會活動國民基金之 1991 年法草案第 36 條第 2 項<sup>227</sup>。提案理由與草案第 36 條第 1 項（強制金得充當於賠償額之規定）同旨趣。亦即，承認債權人取得與損害賠償不同之強制金之 1972 年法下，法院因為對債權人之利得正當性疑慮，於金額確定時大幅減低強制金額度，使其实效性低下，作為其改善策略之一環而訂定。更進一步，關於草案第 36 條第 2 項說明，仿效行政上之強制金或所謂社會活動國民基金，透過

<sup>224</sup> Denis, *op cit.*, n° 177；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 335。

<sup>225</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 335。但是，本條之提案人並不認可將金額確定聲請委由國家之方法，說明如下：國家若作為金額確定之聲請人，因為其未必理解履行狀況，難以期待程序順利進行，故為了使程序順利進行，應由熟知履行狀況之債權人作為當事人參與程序始為適當。此外，因為在強制金之發令階段債權人為當事人，若認為在金額確定階段國家為當事人，可能重新引起金額確定程序之法律性質爭論。因此，得推測本條之提案人並非採取將金額確定聲請委由國家之想法。參見：Denis, *op cit.*, n° 174；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 335-336。

<sup>226</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 334。

<sup>227</sup> 本條項係仿效在 1972 年法之後所成立之 1980 年 7 月 16 日法律，將行政上強制金之一部歸屬於公用基金之規定；參見：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 389。行政上強制金規定即為現行司法裁判法（Code de justice administrative）之 L911-8 條規定。

家屬津貼金庫，援助無法回收自己債權之扶養費債權人。國民議會在第一讀會支持本條，但參議院之討論最後刪除之。國民議會亦在第二讀會支持參議院案，因而此規定消失蹤跡，並未深入討論<sup>228</sup>。



#### 一、國民議會提案理由與參議院立場

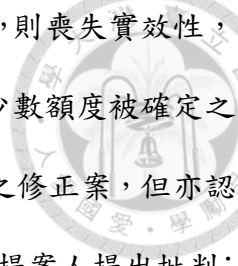
依據國民議會之報告書，因為若加上損害賠償及高額強制金，債權人有時會得到過剩利益，故應承認強制金之一部不支付予債權人。亦即，法官得將此強制金之一部歸屬於社會活動國民基金。所謂社會活動國民基金之選擇，係因為此目的係援助無法回收自己債權之扶養費債權人。此報告書與政府提案理由說明相同，為了避免債權人之利得過剩高額化，法院在金額確定時減額強制金，因此於其實效性低下之情況，承認必須尋求對策。如此，反對依據草案第 36 條第 1 項強制金對損害賠償之充當，但支持草案第 36 條第 2 項以作為上述對策。國民議會無異議採用此委員會案<sup>229</sup>。

參議院提出草案第 36 條第 2 項之修正案，其一係，委員會所提出刪除本條項之提案。另一係，「法官得不支付強制金之一部予債權人，承認此部分民事罰金之性質」。刪除本條項之修正案理由係，委員會認為此異種混合並不適當。亦即，賦予強制金是否全部支付予債權人此權限之法官裁量正當性為何？應考慮如何之要素？再者，在如何之基準上法官得為了其他債權人而剝奪債務人金錢？基於此等疑慮，提案刪除未首尾一貫之規定<sup>230</sup>。

<sup>228</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 384。與在 1972 年法之審議過程中被刪除之規定同旨趣（草案 7 條之 5）。1991 年法之草案第 36 條第 2 項，得理解為如此 1972 年法審議之延長，亦即，1991 年法草案之提案理由，舉出因為強制金債權人之利得正當性之疑慮以及起因於此之強制金實效性低下，與 1972 年法之情形大致相同。參見：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 389。

<sup>229</sup> Rapport Catala, Documents parlementaires. Assemblée Nationale 1989-90, n° 1202, pp. 77-78；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 384-385。

<sup>230</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Sénat. Compte rendu 15 mai 1990, p. 845；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 386。若將參議院反對草案第 36 條第 2 項之理由，與反對 1972 年



不過，政府反對草案之刪除：強制金若不以適當額確定金額，則喪失實效性，並舉出債權人不應無理由利得，若草案不被採用，強制金僅以少數額度被確定之事態會持續。更進一步，政府立場雖接近將強制金民事罰金化之修正案，但亦認為即使作為社會活動國民基金亦無壞處。對此，民事罰金化案之提案人提出批判：並非紅十字會或法國財團等其他組織而係與社會活動國民基金連結之理由，以及其不應歸屬於國庫之理由並不明確。在此，贊成原案刪除之議員認為，強調必須區別強制金與損害賠償二者，此外強制金既然係法官所定則並非無原因之利得，而係限於法官遂行不當之情形，始成為不當利得。亦即，在現在時點社會活動基金並非較好之解決方式。此基金恐怕並非永久存續，到時必然再次成為立法者問題。最後，政府雖支持民事罰金化案，但結果參議院採取刪除草案第 36 條第 2 項之委員會案。最後，在國民議會之第二讀會，委員會亦支持參議院之結論，刪除草案第 36 條第 2 項<sup>231</sup>。

## 二、學說見解

### (一) 反對債權人取得全部強制金之學說

關於草案第 36 條第 2 項規定學說討論相當熱烈，支持刪除本條之立場與反對刪除本條之立場皆係有力學說。後者批判 1991 年法，而支持導入將強制金歸屬於債權人以外之人之架構。此立場主要有以下論據：第一，因為強制金債權人

---

法草案第 7 條之 5 比較，兩者皆認為歸屬於公用基金之根據不明。但是，關於債權人因為強制金所得之利得是否正當，在 1972 年法階段與 1991 年法階段參議院有不同想法。在 1972 年法之階段，其認為將因為強制金債權人之利得作為損害賠償應屬適當，但在 1991 年法之階段，已經不表示債權人因為強制金所得利得之正當化根據，毋寧係認為其屬於不正當之利得。換言之，在 1991 年法之審議階段，比起 1972 年法之階段，對債權人利得正當性疑慮更為加深。因此，無法否定未來有將強制金由債權人以外之人取得之提案實現可能性。參見：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 389-390。

<sup>231</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Sénat. Compte rendu 15 mai 1990, pp. 846-847；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 386-387。

之利得係不當且過剩<sup>232</sup>；第二，法官因為對債權人利得之正當性有強烈疑慮，在金額確定時大幅減額強制金，其結果損及強制金之實效性<sup>233</sup>；第三，無法整合強制金係以裁判之履行確保為目的，或係法官命令違反之制裁此事<sup>234</sup>；更進一步，第四，債權人容易以盈利目的濫用強制金<sup>235</sup>。如同前述，以上四點於 1972 年法草案之提案理由皆被指出，關於支持 1991 年法草案之理由，於國民議會之報告書亦提及第一點及第二點<sup>236</sup>。

關於上述第一點，即使如同議會所指摘，因為債權人之強制金取得係基於裁判，並非無原因利得<sup>237</sup>，但若基於衡平之看法，則無法充分正當化債權人之利得<sup>238</sup>。如此之問題意識向來根深蒂固。更進一步，依據 1972 年法下廢棄法院判例而被增強<sup>239</sup>。亦即，廢棄法院認為係依據確定強制金金額所生之金錢債務，而發生法定利息<sup>240</sup>。因此，債權人強制金除了損害賠償外，更進一步亦可取得強制金之法定利息，如此債權人之利得可能過剩。此外，此強制金之法定利息被認為係遲延利息（遲延賠償）<sup>241</sup>。

<sup>232</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 94 ; F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D 1992 chron., p. 300 ; E. du Rusquec, J-Cl. pr. civ., Astreintes, fasc. 2120, 1993, n° 42 ; E. du Rusquec, La nature juridique de l'astreinte en matière civile, JCP 1993 I 3699, nos 4 et 11 ; B. Starck/H. Roland/L. Boyer, *op cit.*, n° 572 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 391。

<sup>233</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 94 ; B. Starck/H. Roland/L. Boyer, *op cit.*, n° 572 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 391。

<sup>234</sup> E. du Rusquec, J-Cl. pr. civ., Astreintes, fasc. 2120, 1993, n° 43 ; E. du Rusquec, La nature juridique de l'astreinte en matière civile, JCP 1993 I 3699, n° 7 ; R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 94 ; B. Starck/H. Roland/L. Boyer, *op cit.*, n° 572 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 391。

<sup>235</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 63 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 391。

<sup>236</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 391-392。

<sup>237</sup> F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D 1992 chron., p. 300 ; F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 63 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 392。

<sup>238</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 94 ; R. Perrot, L'astreinte. Ses aspects nouveaux, GP 1991 II doctr. 801, n° 16 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 392。

<sup>239</sup> R. Perrot, *op cit.*, n° 16 ; E. du Rusquec, La nature juridique de l'astreinte en matière civile, JCP 1993 I 3699, n° 4 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 392。

<sup>240</sup> Cass. 1e civ. 18 oct. 1983, Bull. civ. 1983 I n° 234, p. 209 ; Cass. com. 19 mars 1991, D 1991 IR 111 ; Bull. civ. 1991 IV n° 109, p. 76 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 392。

<sup>241</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 393。

不過，主張導入將強制金歸屬於債權人以外之架構，與應導入如何之架構見解並不一致。有學者如同草案第 36 條第 2 項，支持僅有強制金之一部支付予債權人，餘額納入公用基金之制度，故債務人因為自身不服從支付高額，同時債權人不過分利得，亦不過度緩和法官所發令之強制金<sup>242</sup>。另外，亦有支持 1991 年法、1972 年法草案之想法本身，但是，關於強制金之歸屬方，承認債權人取得強制金之一部正確與否之立場並不明確<sup>243</sup>。

另一方面，亦有學者反對於債權人與公共組織間分配強制金之方法。其指出在承認債權人取得強制金之範圍，無法避免矛盾。雖然亦提及將債權人取得強制金承認為補充性損害賠償之方法，或歸屬於法律扶助全國評議會般組織之方法，但最後提倡，根據與新民事訴訟法典第 32 條之 1 所定對「拖延或濫用訴訟者」之民事罰金之類似性，將強制金作為民事罰金之方法<sup>244</sup>。亦有論者承認強制金之民事罰金性質，如同英美法上之藐視法庭罪，支持歸屬於國家，但關於由債權人取得強制金一部之正確與否如何考量亦並不明確<sup>245</sup>。

## （二）支持債權人取得全部強制金之學說

關於支持刪除 1991 年法草案第 36 條第 2 項，即承認債權人全部取得強制金之學說，則有認為雖債權人因為強制金所得之利得，相當類似於無原因之利得，但刪除本條項應屬適當。其理由如下：首先，舉出與行政訴訟之不同。亦即，批評將行政上強制金之一部歸屬於公用基金之 1980 年 7 月 16 日法律，作為本條項

<sup>242</sup> R. Perrot, *op cit.*, n° 17. V. aussi R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 95；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 393。

<sup>243</sup> F. Chabas, *La réforme de l'astreinte*, D 1992 chron., p. 300；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 393。

<sup>244</sup> E. du Rusquec, *J.-Cl. pr. civ., Astreintes*, fasc. 2120, 1993, n° 43；E. du Rusquec, *La nature juridique de l'astreinte en matière civile*, JCP 1993 I 3699, nos 10-11；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 393-394。

<sup>245</sup> B. Starck/H. Roland/L. Boyer, *op cit.*, n° 572；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 394。

之模型。再者，債權人即使從債務人得到補充性利益，因為克服債務人之頑強抵抗，債權人必須付出相當之犧牲。將債權人取得之強制金作為一種補充性損害賠償而得以正當化之。最後，得避免強制金過剩之高額化<sup>246</sup>，此點與後述學者所說「法官之自主規制」之評價此點同旨<sup>247</sup>。

另外，有學者強調私的制裁之健全性，同時對批判債權人全部取得強制金學說之主要三個論據，嘗試提出反論。第一，對於債權人因為強制金所得之利得為不當之批判，認為不應忽略為了行為債務或不行為債務之履行確保而實行強制金時，並不同時承認損害賠償。第二，由於對債權人因為強制金所得利得之正當性疑慮，故法官於金額確定時大幅減低強制金額度，其結果減損強制金實效性之批判。對此，則認為法官之自我規制在我國非常健全。因此，法官有廣泛自由裁量權之制裁適用，得適切避免濫用。第三，對於批判與所謂裁判之履行確保之制度目的有所矛盾之看法，則強調並非僅有國家保障法律適用，而係國家與私人共有此任務，且私的制裁在強力促使對私人裁判之利用上較為健全<sup>248</sup>。

此見解將包含強制金之私的制裁，認為其係促使私人裁判之利用，此並非係向來學說而屬於新見解。不過，此看法係依據從民事責任之懲罰性機能正當化私的制裁之見解所提出<sup>249</sup>。因此，上述學說可謂係將強制金解為實質性之損害賠償，以賦予債權人取得全部強制金理由之立場<sup>250</sup>。

---

<sup>246</sup> E. Blanc, *Les nouvelles procédures d'exécution*, 2<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1994, p. 66；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 394。

<sup>247</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 394。

<sup>248</sup> J./L. Boré, *op cit.*, n<sup>os</sup> 94-95；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 394-395。

<sup>249</sup> S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 395。

<sup>250</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 395。

### (三) 嘗試正當化私的制裁之近來學說

不過，前述從民事責任之懲罰性機能正當化私的制裁之見解，並不否定將私的制裁由債權人以外之人取得，毋寧係支持草案第 36 條第 2 項，以下詳述之。

此學者將英美法系之懲罰性損害賠償之想法納入視野，嘗試民事責任之私的制裁機能即懲罰性機能之正當化。私的制裁之機能在現代實現重要角色，其並非係基於報復觀念之原始性產物，其優點如下：第一，大多被害人放棄訴訟救濟，私的制裁有促進訴訟之機能，此想法在美國大為發展；第二，代替檢察任務般，實現確保法律遵守之任務之私人，應給予其相當之報酬，私的制裁有實現此報酬之機能；第三，有形成加害人與被害人間緊密聯繫之機能<sup>251</sup>。

依據私的制裁之債權人利得正當性，係從前述報酬之觀點賦予理由，但並不否定私的制裁有成為過剩利得之情形，即債權人之利得超過相當於此報酬之合理額度。若將多額強制金之全部由債權人取得，可能會成為問題<sup>252</sup>。因此，作為因為私的制裁債權人利得過剩情形之對策，藉由立法將私的制裁之一部或全部歸於國家或公益組織，如同美國之作法與法國 1991 年法之草案第 36 條第 2 項<sup>253</sup>。

關於將強制金一部由債權人取得，餘額由公家機關取得之折衷方法，在學說並非受到一致支持。即使如此，此方法向來被批判私的制裁觀念之立場所支持，但近來，從積極評價私的制裁之觀念之立場支持此方法。換言之，無論何種立場皆將此折衷性方法，評價為一併有得確保強制金利用誘因之優點，以及得避免債權人過剩利得之優點之實踐方法<sup>254</sup>。

<sup>251</sup> S. Carval, *op cit.*, nos 238-239; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 396。

<sup>252</sup> S. Carval, *op cit.*, nos 318; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 396。

<sup>253</sup> S. Carval, *op cit.*, nos 322; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 396-397。

<sup>254</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 398。

### 第三目、小結

關於強制金歸屬問題，牽涉強制金之性質以及其與損害賠償間之關係。在1959年判例變更後，即在學說上形成私的制裁與歸屬於國庫金之討論，而將強制金歸屬於債權人以外之草案，在1972年法與1991年法皆被否決，強制金係由債權人取得其全額，維持所謂私的制裁。但是，對因為強制金債權人之利得正當性之疑慮以及起因於此之暫定性強制金實效性低下之問題並未解決，無法否定草案實現之可能性<sup>255</sup>。

綜上所述，觀察近年來之發展，支持由債權人全部取得強制金之觀點，係基於私的制裁之觀念，關於債權人利得正當性，將強制金作為一種補充性損害賠償而得以正當化之。並且，強調法官之自我規制非常健全，亦即，法官有廣泛自由裁量權之制裁適用，得適切避免濫用。國家與私人共有裁判之履行確保此任務，且私的制裁更得促使對私人裁判之利用。另一方面，支持導入由債權人以外之組織取得強制金之架構此觀點，則係基於強制金債權人之利得係不當且過剩，法官因為對債權人利得之正當性有強烈疑慮，在金額確定時大幅減額強制金，其結果損及強制金之實效性。且強制金係以裁判之履行確保為目的，其屬於法官命令違反之制裁；更進一步，債權人容易以盈利目的濫用強制金。最新之有力見解，則依據私的制裁之債權人利得正當性，對於實現確保法律遵守之任務之私人，應給予其相當之報酬。但是，並不否定私的制裁有成為過剩利得之情形，因此，藉由贊同將私的制裁之一部或全部歸於國家或公益組織作為此情形之對策。

---

<sup>255</sup> 大濱しのぶ，前掲註17，頁397。

### 第三款、強制金之正當性與必要性



#### 第一目、強制金之基礎理論

因為強制金之制度係由實務上所發展，最初並無法律規定，故此制度之正當性有所疑慮，即法官基於何種權限得命強制金？如前述早在 20 世紀初期，即有學者提出關於強制金之基礎理論，認為強制金係根據法院之命令權（imperium）所為對法院命令不遵守之制裁，屬於私的制裁。其真正性質係威嚇，若債務人依照法官意思實行命令，法官則撤銷威嚇。亦即，法官得全部或一部撤銷強制金<sup>256</sup>。

關於法官對訴訟當事人實行此種命令之權能，學者追溯至羅馬法，羅馬帝國之法官實務中，直到其後之古代法時期，仍保持此種法官權能。此外，學者承認強制金與英國藐視法庭罪間之類似性<sup>257</sup>。關於強制金之兩個要素，第一，法官即使在今日亦有為此命令之權利；第二，法官依據強制之威嚇性損害賠償於其自身命令具備有制裁之權能，此權能與命令之權能係從舊法時代法典編纂後所繼承而來。此種作為強制方法被使用之損害賠償，在某種意義上，雖然相當於制裁，但確實不適用刑法上之各種原則，任何法律條文皆未禁止之<sup>258</sup>。

前述學者論文中，為了指涉強制金而使用「損害賠償」之用語。從此用語觀之，似乎並未明確區別強制金與損害賠償。但是，若從論文全部之旨趣觀察，附加「強制的」、「威嚇的」之限定句於意指強制金之「損害賠償」用語上，此學者明確主張強制金與（民法上為了填補損害）損害賠償之根本性區別。再者，關於強制金目的，判例一貫要求確保「司法裁判、法院命令之遵守」。在此所謂「司法裁判」係本案之裁判（關於債務之裁判），將裁判之履行確保解釋為強制金之

<sup>256</sup> A. Esmein, *op cit.*, p. 36；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 100-101。

<sup>257</sup> A. Esmein, *op cit.*, pp. 41-42；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 101。

<sup>258</sup> A. Esmein, *op cit.*, pp. 52-53；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 100-101。



目的大概係此學者之立場。不過，本案裁判與法官命令之關係，此點不一定很明確。有認為命令應為本案裁判所包含，不過亦有可能係命令包含於發令強制金之裁判<sup>259</sup>。

## 第二目、依職權發令強制金之討論

### 一、二戰前至 1959 年判例變更

法官是否得依職權發令強制金之問題與強制金之性質及其基礎理論有所牽連，若將暫定性強制金之發令解為命損害賠償之裁判，此情形因為超過請求範圍為裁判，而不允許依職權發令暫定性強制金。相對地，若將暫定性強制金之發令解為並非命損害賠償之裁判，允許依職權發令暫定性強制金，則需要其他根據。此根據通常舉出命令權，亦即，如同前述，將命令權解為強制金之理論性基礎<sup>260</sup>。

關於是否允許依職權發令強制金，在 19 世紀後半，已有採肯定說之廢棄法院判決<sup>261</sup>。但是，廢棄法院之立場難以視為穩固，因為於 20 世紀初，仍發現可能解釋為否定依職權發令強制金之廢棄法院判決<sup>262</sup>。承認依職權發令暫定性強制金之廢棄法院立場係確立於，進入戰後 1960 年代起。此時期有三個得解為肯定依職權發令暫定性強制金之廢棄法院判決<sup>263</sup>。特別係，其中之 1968 年 4 月 26 日第 3 民事庭判決認為，儘管無任何聲請，對於命威嚇性強制金或駁回強制金，

<sup>259</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 102-103。

<sup>260</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 122。

<sup>261</sup> Cass. civ. 18 mars 1878, DP 1878 I 201；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 123。此判決係 Bauffremont 事件一連串判決中之一，為了強制子女交付，原告聲請扣押被告之收入以及系爭物管理，認為原審在無聲請之情形逕命損害賠償支付此事為權限濫用，而為廢棄聲請。此事得解為依職權發令強制金之適法性問題。廢棄法院駁回此廢棄聲請，認為對上訴法院而言問題係，評價第一審法官所承認之強制方法，僅決定為了確保依裁判所命措施之履行所認最為適切之強制方法。因此，上訴法院並無權限濫用亦無訴權變更，得從法律所允許之強制手段中選擇。

<sup>262</sup> E. Frank, D 1968. 527；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 123。

<sup>263</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 44, p. 52, note 1。此三個廢棄法院判決係：Cass. soc. 7 mars 1962, Bull. civ. 1962 IV n° 257, p. 192；Cass. 1e civ. 12 février 1964, Bull. civ. 1964 I n° 82, p. 60；Cass. 3e civ. 26 avril 1968, D 1968. 526；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 124。

上訴法院擁有專權<sup>264</sup>。

如此承認依職權發令暫定性強制金之廢棄法院立場，得理解為基於以法官命令權為強制金根據之想法，同時，發令階段之暫定性強制金並非損害賠償，則係確認戰前大致穩固之廢棄法院立場。此外，關於確立依職權發令之判例，學者認為係 1959 年判例變更影響之一<sup>265</sup>。1959 年判決認為即使在金額確定階段暫定性強制金亦與損害賠償不同，雖然直接關於金額確定而非發令，但有鑒於其係意味暫定性強制金與損害賠償完全切斷之判決與時期，有論者認為得承認依職權發令之判例確立係 1959 年廢棄法院判例變更之影響之一<sup>266</sup>。

確立依職權發令暫定性強制金之判例，關於當時學說情形，僅有一部分學者明確立於肯定說，很多學者態度並不明確。有學者認為（舊）民事訴訟法典第 1036 條因為明示承認列舉措施得依職權發令，而解釋為法官命令權之條文上根據。此外，亦認為關於於命令權尋求強制金根據之想法應屬妥適，但基於命令權概念之不明確，不應過於推進，指出有忽略司法目的即權利保護之危險<sup>267</sup>。

由前述可知，對於承認依職權發令強制金，當時學說未必積極，且對於強調命令權作為強制金理論性根據則有所擔憂。即使如此，前述廢棄法院肯定依職權發令暫定性強制金之立場，在 1972 年法第 5 條明文被確認，更進一步在於 1991 年法第 33 條第 1 項被繼承<sup>268</sup>。

關於確定性強制金，在 1972 年法前將確定性強制金解為損害賠償之情形中，法院必須等待當事人聲請而發令，否則會成為就未聲請事項為裁判之情況，因此

<sup>264</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 124。

<sup>265</sup> P. Hébraud, Observations. RTDC 1968. 754；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 124。

<sup>266</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 124。

<sup>267</sup> P. Hébraud, Observations. RTDC 1968. 753-755；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 125。

<sup>268</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 125。

並不允許依據職權發令。此時期之廢棄法院如前述，明確可能依職權發令暫定性強制金。相對地，就確定性強制金，若依據當時判例見解則需要聲請始得發令<sup>269</sup>。



## 二、1972 年法與 1991 年法

於 1972 年法第 5 條規定，承認得依職權發令確定性強制金，可謂係修正前述過往判例之立場<sup>270</sup>。尤其關於得依職權命確定性強制金，有學者批判不當擴大法官之權能<sup>271</sup>，亦有指出若不經由對審辯論而得依職權發令，濫用之危險相當高<sup>272</sup>。作為其對策，有提出於依職權發令之情形，須保障預先對審辯論之機會，在理由中課以關於債務人資力或不履行重大性之說明義務，並提案使廢棄法院之審查成為可能<sup>273</sup>。不過，在 1972 年法下之判例，關於依職權命確定性強制金並無猶豫，而更進一步認為不必附加理由<sup>274</sup>，不必事前促使當事人陳述<sup>275</sup>。

附帶說明，承認依職權發令暫定性強制金之判例確立係在 1960 年代，但是如此判例係承認法院發令暫定性強制金之「專權」。與免除附加理由於裁判之義務之「自由裁量權」不同，因為專權並不免除附加理由於裁判之義務<sup>276</sup>，1960 年代之上述判例，即使承認法院依職權發令暫定性強制金之專權，並不否定附加其理由之必要。但是，在 1972 年法下之判例則往強化法院權限之方向前進，關

<sup>269</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 202 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 131-132。

<sup>270</sup> F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D 1972 chron., p. 273 ; J. Boré, La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Études M. Ancel, t. I, 1975, n° 19 ; D. Denis, *op cit.*, n° 251 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 273。

<sup>271</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 271 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 273。

<sup>272</sup> J. Boré, La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Études M. Ancel, t. I, 1975, n° 69 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 273。

<sup>273</sup> *Id.* at n° 71 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 273。

<sup>274</sup> Cass. 3e civ. 23 octobre 1974, Bull. civ. 1974 III n° 376, p. 285 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 273。

<sup>275</sup> Cass. 2e civ. 21 mars 1979, D. 1979 449 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 273。

<sup>276</sup> L. Boré, D 1997 231 ; J. Boré, La cassation en matière civile, 1997, n° 1429 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 274。

於強制金之發令，解為免除附加理由義務而承認「自由裁量權」。亦即，如同前述，依職權發令確定性強制金時，判斷不必事前促使當事人陳述之際，法院根據此自由裁量權為之。此外，根據此自由裁量權，法院駁回強制金聲請之情形亦不必附加理由。如此，在 1972 年法下，不僅係發令階段，在金額確定階段亦有法院權限強化之傾向<sup>277</sup>。

1991 年法第 33 條第 1 項規定與 1972 年法第 5 條規定相同，承認依職權發令強制金。1991 年法禁止不經由暫定性強制金而命確定性強制金（34 條 3 項），而係必須經由暫定性強制金之階段，始得依職權命確定性強制金。此外，得直接依職權命暫定性強制金。如同前述，1972 年法下之判例，關於強制金之發令承認法官之「自由裁量權」，不必附加理由於發令之裁判。依職權發令確定性強制金，不僅不須附加理由於裁判，亦不須促使當事人預先陳述。依國民議會報告書可知，關於命強制金之權限強調法官有完全之自由，1991 年法之立法者基本上容認，就強制金之發令強化法院裁量傾向之判例。且，不採取規定發令強制金裁判須附加理由或促使事前當事人陳述此等義務之特別立法措施<sup>278</sup>。關於強制金發令階段之法院恣意防止，以承認確定性強制金之補充性與期間限制（34 條 3 項）即為已足<sup>279</sup>。

然而，對此學說上有所批判，認為 1972 年法承認依職權發令確定性強制金，指出有法院權限擴大之危險性，1991 年法沿襲 1972 年法下之判例，亦可看到類似強烈之批判。有學者重視強制金制裁之性質，原來刑事法領域所承認之罪刑法定主義等憲法上各種原則，強制金亦適用<sup>280</sup>，在與此等原則之一之防禦權尊重之

<sup>277</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 274-275。

<sup>278</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 275。

<sup>279</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 368。

<sup>280</sup> J./L. Boré, *op cit.*, n° 19；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 369。

關係上，強制金有重大缺陷。亦即，承認依職權發令強制金之情形，關於不必事前促使當事人陳述此事，抵觸定有對審原則之法國新民事訴訟法典 16 條，而違反歐洲人權條約第 6 條接受公平審判之權利<sup>281</sup>。



此外，在 1991 年法下，確定暫定性強制金金額之裁判，有要求附加理由之廢棄法院判決出現。學者主張，以此判決為機會，關於相當受發令裁判拘束之確定性強制金，在發令階段應要求於裁判附加理由<sup>282</sup>。另有學者認為因為 1991 年法對確定性強制金賦予補充性，從而，已大幅解決實務上之問題<sup>283</sup>。

### 第三目、強制金目的之討論

依 1972 年法第 5 條規定，為了確保裁判履行法院得命強制金。因此有學者認為本條係明確強制金之制度目的係裁判之履行確保之規定<sup>284</sup>。在立法資料中，雖未發現明示規定目的之旨趣，但即使如此解釋本條，亦不違反立法旨趣。如同前述 1972 年法之提案人報告，關於強制金之目的，舉出債務履行確保以及裁判履行確保，特別強調依裁判履行確保之公益保護作為強制金之機能。此說明雖然係為了對將強制金一部作為國庫金之草案第 7 條之 5 賦予理由，但亦明確了提案人認為強制金之目的（至少係主要目的）係裁判之履行確保此事<sup>285</sup>。

關於 1972 年法前學說之強制金目的討論，向來認為強制金係對債務人強制債務本來履行之方法，係對訴訟當事人強制裁判履行之方法。此外有論者進一步指出，強制金之任務係藉由債務履行謀求契約關係之正義，同時，藉由裁判履行

<sup>281</sup> J./L. Boré, *op cit.*, n<sup>os</sup> 22-23；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 369。

<sup>282</sup> L. Boré, D 1997. 232；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 369。

<sup>283</sup> M./J.-B. Donnier, *op cit.*, n<sup>o</sup> 355；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 369。

<sup>284</sup> J. Normand, Observations. RTDC 1982. 197；F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D 1972 chron., p. 271；F. Chabas/P. Jourdain, Juris-Classeur, Responsabilité civile, Régime de la réparation. Action en réparation. Décision judiciaire. Astreintes, fascicule 224-2, 1986, n<sup>o</sup> 10；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 275。

<sup>285</sup> 大濱しのぶ，前掲註 843，頁 275。

謀求社會秩序<sup>286</sup>。另外，有區分二種類強制金分別說明其目的之見解，此見解雖並未全面顛覆向來之想法，但其認為暫定性強制金之主要目的係促使債務人債務本來之履行，其本質係強制方法之預防性性質；確定性強制金之主要目的則係促使訴訟當事人履行裁判，其本質係制裁，解為懲罰性性質<sup>287</sup>。關於如此區分兩種強制金有不同目的之見解，有認為依據 1972 年法第 5 條被否定<sup>288</sup>。亦即，本條有明確強制金目的之意義，以及明確暫定性強制金與確定性強制金二者並無不同目的之意義<sup>289</sup>。另一方面，亦有學者認為本條並非否定將債務履行確保解為強制金目的，而應係指裁判之履行確保係直接目的，而債務之履行確保為間接目的<sup>290</sup>。1972 年法案提出者亦如同前述，並不否定債務之履行確保係強制金之目的，但是在 1991 年法下，基於沿襲本條之 1991 年法第 33 條第 1 項，強調裁判之履行確保係強制金目的之學者，則否定將債務履行確保解為強制金之目的<sup>291</sup>。

若如此觀之，1972 年法第 5 條所謂強制金之目的主要僅係裁判之履行確保，而債務之履行確保並非強制金之目的，明確了裁判之履行確保係較債務之履行確保更為重要之本質性目的之旨趣<sup>292</sup>。

作為強制金之目的，比起債務之履行確保，更重視裁判之履行確保之原因，有論者舉出以下三點。第一，前述基於法院之命令權尋求強制金根據之見解（第一目），成為制度目的理解之理論性基礎。第二，與強制金歷史過程有關聯，學

<sup>286</sup> P. Kayser, *op cit.*, n<sup>os</sup> 3 et 29; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 275-276。

<sup>287</sup> M.-L. Rassat, *op cit.*, n<sup>o</sup> 27 et s.; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 276。

<sup>288</sup> F. Chabas, *La réforme de l'astreinte*, D 1972 *chron.*, p. 271; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 276。

<sup>289</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 276。

<sup>290</sup> F. Chabas/P. Jourdain, *op cit.*, n<sup>o</sup> 8; F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n<sup>o</sup> 11; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 276。

<sup>291</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n<sup>o</sup> 69; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 276。

<sup>292</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 277。

者指出強制金目的論與所謂「執行文衰退」之現象有關<sup>293</sup>。亦即，命建物遷讓裁判之執行機能不全嚴重化中，法院利用強制金作為解決方法，故裁判之履行確保係強制金目的之意識提高。另外，強制金於裁判實務中形成與此亦有所關連。第三，為了批判強制金全部由債權人取得之根據，更加重視強制金目的係裁判履行確保此點。1991年法第33條第1項，亦沿襲本條規定「為了確保裁判之履行」命強制金，且，前述強制金制度目的之狀況，即使在1991年法下亦未特別改變<sup>294</sup>。

透過前述之強制金與損害賠償關係之探討以及強制金之歸屬問題等，進而回歸到強制金之基礎理論檢討，有學者為此一連串發展過程下註解：法國之強制金制度並非理論性建構之制度，而係自然根據一定合理之要求而形成。第一，強制效果（實效性）之確保；第二，債務人保護，亦即，強制結果（制裁）為適當，並非對債務人苛刻之要求。強制金制度之形成，以第一要求為根本，同時考慮謀求與第二要求的調整而進步。此外，第三則係不給予債權人過剩利益之要求<sup>295</sup>。因此，此三個要求乃係影響上述問題之重要因素，立法者與學說討論亦圍繞於此等要求，試圖尋求更為適當之制度解釋。

在此附帶提及，在本案裁判被撤銷之情形，是否承認已支付強制金之返還請求之問題。下級審法院雖採否定見解，但廢棄法院2000年9月28日第2民事庭判決則舉出強制金係附隨於本案裁判，基於1991年法第33條第1項，肯認返還之請求<sup>296</sup>。

<sup>293</sup> F. Chabas/P. Jourdain, *op cit.*, n° 8 ; F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 11 ; 轉引自：大濱しのぶ，前揭註 17，頁 279。

<sup>294</sup> 大濱しのぶ，前揭註 17，頁 277-279。

<sup>295</sup> 大濱しのぶ，前揭註 17，頁 485。

<sup>296</sup> 大濱しのぶ，前揭註 17，頁 370。此判決認為：強制金之金額確定裁判，雖然有既判事項（既判力）之確定力，但因為強制金所附加之本案裁判之變更，使其欠缺法律根據而當然消滅。有關於既判力之問題，受限於篇幅與資料蒐集，本文不深入探討，參見：大濱しのぶ，前揭註 17，

## 第二節、強制金制度之適用債務範圍

關於強制金之適用債務範圍，在法國係委由判例形成。1972 年法與 1991 年法及其以後之現行法，皆不存在適用範圍之明文規定，判例亦自早期於廣義各式各樣之債務皆承認強制金之適用。行為債務（包含金錢以外之物之交付債務）、不行為債務成為其中心，甚至擴大適用範圍至金錢債務。亦即，判例否定強制金之補充性，即使在其他強制履行債務方法存在之情形，亦承認其適用<sup>297</sup>。實際上是否適用強制金，則委由法院自由判斷，法院因應各種事案，以強制金之實效性為基準，決定是否適用之<sup>298</sup>。

### 第一款、行為債務與不行為債務

行為債務為強制金適用範圍之中心<sup>299</sup>。在此之行為債務，亦包含金錢以外物之交付債務。依民法第 1142 條規定：「任何行為或不行為債務，於債務人不履行之情形，轉變為損害賠償」。不過，此作為保障個人自由（人格）尊重之規定，通說見解向來採取限制解釋。亦即，此條文原則上僅禁止不代替性債務（人的性格之債務）之直接強制，並不妨礙強制金之適用，例外僅在顯著個人人格相關債務（人的性格特別顯著之債務）之情形，否定強制金之適用<sup>300</sup>。

關於強制金之適用，不必根據債務原因為區別<sup>301</sup>。亦即，債務不論係依據契約、準契約、不法行為、準不法行為或法律而成立，皆可適用強制金，亦可用於

---

頁 113-119、370-374。

<sup>297</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 47。

<sup>298</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, nos 20 et 39；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 47。

<sup>299</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 23；J./L. Boré, *op cit.*, n° 34；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 69。

<sup>300</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, nos 24 et 32；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 70。

<sup>301</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 28；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 70。

物權（特別係地役權）<sup>302</sup>、人格權<sup>303</sup>、無體財產權<sup>304</sup>之保護<sup>305</sup>。即使在勞動法領域，強制金亦有相當之利用。其中特別受到注目者係，雇主使遭違法解僱之從業員代表或工會代表復職之債務。判例曾認為不履行此種行為債務時僅承認損害賠償<sup>306</sup>，但是 1970 年代以後，則承認附加強制金，以命使其復職債務之履行<sup>307</sup>。此外，交付予受僱人之勞動證明書、薪資支付明細或其他書類之交付，亦適用強制金。再者，勞動法典 R516 條之 18 規定，於勞動證明書、薪資支付明細以及雇主其他法律上應交付書類之交付，承認勞動法院調解庭得命為附加強制金<sup>308</sup>。

關於物之交付債務，學者亦將其當作行為債務處理，強制金之適用例有：電力之供給，訂做產品之交付，牛奶之供給等<sup>309</sup>。且強制金從早期開始，即用於文書之交付<sup>310</sup>。新民事訴訟法（CPC）中，當事人或第三人所持證據書類之提出（11 條 2 項），書證之傳達（134 條），被傳達書類之返還（136 條）等，亦規定強制金之適用<sup>311</sup>。

關於不動產之遷讓亦使用強制金<sup>312</sup>，特別係租賃契約解約後之建物遷讓，第

<sup>302</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 29；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 70。

<sup>303</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 31；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 70。

<sup>304</sup> F. Chabas/S. Deis, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Astreintes, 1998, n° 25；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 70。

<sup>305</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 70。

<sup>306</sup> Cass. soc. 13 avril 1961, D 1961. 401；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 71。

<sup>307</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 30；F. Chabas/S. Deis, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Astreintes, 1998, n° 26；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 71。

<sup>308</sup> F. Chabas/S. Deis, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Astreintes, 1998, n° 25；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 72。

<sup>309</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 28；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 72-73。

<sup>310</sup> Cass. req. 28 décembre 1824, S 1822-24 I 604. V. F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 27；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 73。

<sup>311</sup> 除此之外，相關規定尚有新民事訴訟法第 139 條、142 條等規定。F. Chabas/S. Deis, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Astreintes, 1998, n° 25；S. Guinchard/T. Moussa, *Droit et pratique des voies d'exécution*, éd. 2001/2002, Dalloz, 2001, n° 3108, par T. Fossier；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 73。

<sup>312</sup> J./L. Boré, *op cit.*, n° 35；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 74。

二次世界大戰以後，強制金頻繁地被利用<sup>313</sup>。然而，此種強制金依據前述之 1949 年法被加上特別之限制<sup>314</sup>（第一節、第一款、第二目、三、（一））。

至於不行為債務與行為債務為相同處理，在以繼續性或反復性不行為為內容之情形得發揮效用<sup>315</sup>。關於不行為債務適用強制金之案例，較有名者有對於演員之演出禁止，此外，如姓名之使用禁止，不正競爭行為之禁止，對於行使通行權設置障礙物之禁止，妨礙近鄰人生活行為之禁止，共同中庭一定利用方法之禁止，廣播之禁止等<sup>316</sup>。

## 第二款、金錢債務

關於金錢債務，其中否定強制金適用之見解，早期有廢棄法院民事判決依據將強制金解釋為損害賠償之立場而否定其適用<sup>317</sup>。亦即，依據民法第 1153 條第 1 項規定，將金錢債務履行遲延之損害賠償，原則上限制於依據命法定利息支付之裁判。因此，若將強制金與損害賠償等同視之，則依據此規定，容易導出金錢債務否定強制金之結論。

相關學說上肯定說與否定說之爭論，肯定說之理由如下：若從實踐上之觀點，間接強制金所提示之威嚇、強制效果，在金錢債務與全部其他債務皆相同。債務人負債逐漸地增加，對債務人而言，因為需要清償而為之資金籌措係最有力之刺激。特別係債務人不誠實之情形，例如隱匿財產，承認間接強制金之實效性。另一方面，否定說有如下之根據：與依據扣押之強制執行重複，其與遲延利息之關係等。特別係關於法定利率之 1975 年 7 月 11 日法律 619 號第 3 條第 1 項規定：

<sup>313</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 18；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 74。

<sup>314</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 74。

<sup>315</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 36；F. Chabas/S. Deis, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° *Astreintes*, 1998, n° 29；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 77。

<sup>316</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 77-78。

<sup>317</sup> Cass. civ. 28 octobre 1918, S 1918-19 I 89；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 63。

「命金錢支付裁判之情形，裁判儘管係暫時性，法定利率自得執行日起兩個月後提高 5%」<sup>318</sup>。



近來，1990 年 5 月 29 日廢棄法院判決已有判決明白表示：強制金不同於損害賠償，就金錢債務承認其適用<sup>319</sup>，且現行法已明文化強制金與損害賠償兩者為個別獨立（L131-2 條 1 項）。因此，在今日強制金確定得適用於金錢債務。過去學說上否定強制金適用於金錢債務之立場屬於有力學說，但是在今日肯定說則係主流<sup>320</sup>。

### 第三款、否定適用之債務

關於否定強制金適用之債務，學者列出以下類型<sup>321</sup>：

第一，任意行為或道義上之義務。因為強制金並非獨立存在，必須附隨於本案裁判<sup>322</sup>，此情形並無存在本案裁判，因而無法適用，例如，法院傳喚、告知共犯、夫交付前妻之宗教上離婚書行為，皆否定強制金之適用。

第二，已消滅或無效之債務。強制金之適用因為限於有效且履行可能之債務（或法律義務），此種債務無法履行，故否定強制金之適用，而關於履行不能之債務，並不問其履行不能之原因為何<sup>323</sup>。

第三，該當於人的性格特別顯著之債務。特別係作家、作曲家、畫家、雕刻

<sup>318</sup> 詳細論述請參見：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 67-69。

<sup>319</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 22. V. aussi J./L. Boré, *op cit.*, n° 39；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 66。本文受限於研究資料範圍，未發現更早之前之判例，而口試委員陳瑋佑教授表示早在 1985 年即有此類判示，請參見：R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 77。在此感謝教授提供資訊。不過，因為本文未能查證原始文獻，尚且維持原本說明。

<sup>320</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 67。

<sup>321</sup> 整理自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 49-62。

<sup>322</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, nos 17-18；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 49。

<sup>323</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 19；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 50。

家等交付完成作品之債務，與著作人格權相關者<sup>324</sup>，因為此等債務不允許以裁判命本來債務之履行，故否定強制金之適用。著作人格權關係以外，學者舉出否定強制金適用之兩個裁判例：其一係因應血液鑑定而命附加強制金，因為違反個人身體不可侵害之基本原則而不允許<sup>325</sup>。其二則係，脫衣舞秀之出演契約因違反民法第 6 條善良風俗而無效，故不可利用強制金強制債務履行<sup>326</sup>。

第四，為同居義務。過去判例不僅承認強制金之適用，亦承認藉由公的武力為直接強制<sup>327</sup>。但是，無論何種強制手段，近年判例皆否定其適用。其理由係，強制金與國家實力都無法產生可能使夫妻間和解與信賴之氣氛，這些強制方法與個人自由觀念及現在風俗不相容<sup>328</sup>。

---

<sup>324</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, nos 32-33；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 52、56。特別有名的判例係，關於畫家之繪畫債務 Rosa Bonheur 事件 1865 年 7 月 4 日巴黎法院判決。原判決係，命令強制金附隨於被告畫家完成繪畫之交付此事，巴黎法院認為，「債務人方面行為債務之不履行轉變為損害賠償，因此，在每遲延日之金錢強制下，為了債務人實現合意，沒有必要訂定履行期間。本件中，有關行為債務之實現，因為有 Rosa Bonheur 明確之拒絕，Pouchet 僅得請求損害賠償之裁判」，僅依據民法第 1142 條命損害賠償，不只否定強制金之適用，亦否定成為其前提之履行請求本身。此 Rosa Bonheur 事件以後，判例認為此種債務不履行之情形，即使得承認損害賠償請求，亦不承認履行請求。有關民法第 1142 條與強制金之關係，請參見：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 53-56。

<sup>325</sup> Paris 24 novembre 1981, D 1982. 355；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 58。

<sup>326</sup> TGI Paris 8 novembre 1973, D 1974 somm. 30；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 59。

<sup>327</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 38；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 61。

<sup>328</sup> Aix-en-provence 22 juin 1978, D 1979. 192；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 61。

### 第三節、強制金制度之程序

#### 第一款、強制金之種類

強制金有暫定性強制金與確定性強制金兩種類(現行法 L131-2 條 2 項前段)。  
以發令階段所定金額,在金額確定階段是否可能變更為基準區分。在金額確定前,確定性強制金與暫定性強制金皆可能變更當初所定金額;而在金額確定時,允許變更暫定性強制金之金額,但不允許變更確定性強制金額度。不過,全部或一部因為外在原因而不履行之情形,亦承認確定性強制金於金額確定時之變更(現行法 L131-4 條 3 項)<sup>329</sup>。

過去,暫定性強制金被稱為威嚇性強制金,確定性強制金被稱為非威嚇性強制金。但是,如前述在 1959 年學者批判向來之用語而提倡現行法之用語,其認為須委由金錢確定之暫定性強制金,在實務上附加威嚇性質並不適當,因為全部強制金之本質皆係威嚇性質,實際上,相較於暫定性強制金,確定性強制金之威嚇性質甚至更加顯著。因為,就確定性強制金,每日或每違反所計算之制裁原則上不得修正。強制金所具之固有威嚇係存在於裁判之逐次增加,並不存在修正可能之性質<sup>330</sup>。此見解受到此後之學者支持<sup>331</sup>,1972 年以來,立法者亦遵照此想法(1972 年法 6 條中段、1991 年法 34 條 2 項前段、現行法 L131-2 條 2 項前段)<sup>332</sup>。

此兩種強制金中,以暫定性強制金為基礎,出現於判例上之時點及明確與損害賠償不同之時點亦係暫定性強制金較優先。更進一步,於法條文句上,確定性

<sup>329</sup> 大濱しのぶ,前掲註 17,頁 26-27。

<sup>330</sup> Holleaux, D 1959. 537; 轉引自:大濱しのぶ,前掲註 17,頁 28。

<sup>331</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 13; F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 1; J./L. Boré, *op cit.*, n° 8; 轉引自:大濱しのぶ,前掲註 17,頁 28。

<sup>332</sup> 大濱しのぶ,前掲註 17,頁 28。

強制金明確具有補充性。1972 年法僅規定未明示強制金之發令係確定性強制金之情形，視為暫定性強制金（1972 年法 6 條後段）。但是，在 1991 年法維持此規定（1991 年法 34 條 2 項）之同時，更強化確定性強制金之補充性。亦即，得命確定性強制金之情形限於暫定性強制金發令後，且必須命規定期間，此二要件任一欠缺之情形，視為暫定性強制金（1991 年法 34 條 3 項）<sup>333</sup>。

如前所述，在 1972 年法之立法過程即有出現反對確定性強制金之見解出現，以下介紹相關見解。關於參議院反對之理由，因為確定性強制金沒有正當評價履行時債務人之誠實或不誠實程度之機會。關於惡質不履行之對策，得依承認暫定性強制金金額確定時之增額方法應對，更擔憂對於相較並不惡質之債務人其確定性強制金之適用。應保持法院再考慮強制金之權能，係因為債務人於判決履行有任何困難時，此屬於無支付能力之狀態，若亦有其他債權人，因過高之強制金而壓垮債務人，很可能產生更高額之損害，同樣有使其他債權人之擔保減少之危險發生<sup>334</sup>。亦即，因為無適當評價債務人履行時誠實與不誠實之機會，有對債務人強加過大負擔之危險，且亦有此負面影響及於其他債權人之危險，因此認為不應承認確定性強制金<sup>335</sup>。

另一方面，反對參議院案（即贊同確定性強制金）之理由如下：第一，參議院見解違反判例現在之傾向，相對地，國民議會草案<sup>336</sup>則在判例及學說變遷之框架內，導入緩和對策；第二，關於暫定性強制金，因為債務人期待之後可能修正金額，而欠缺實效性，作為裁判不履行之對策並不足夠；第三，國民議會草案以

<sup>333</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 28-29。

<sup>334</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Sénat. Compte rendu 29 juin 1972, pp.1367 et 1371；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 285。

<sup>335</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 285-286。

<sup>336</sup> 草案第 7 條之 2：「強制金與損害賠償個別獨立。強制金係暫定性或確定性。強制金在法官不明確其確定性質時，視為暫定性」。參見：本文註 173。

暫定性強制金為原則，將確定性強制金作為對不誠實債務人之例外手段，此應為彈性之手段。一般而言，應將強制金視為暫定性，如同條文附加之「法官不明確其確定性質時，視為暫定性」（草案 7 條之 2），其意指限於法官從心底確信，強制金係使不誠實頑強債務人讓步之唯一方法，方得宣告其確定性性質<sup>337</sup>。

在第二讀會委員會報告書中亦指出，強制金之實效性大幅度衰退，係在強制金為暫定性之情形，亦即債務人知道法官得於金額確定時修正其額度之情形<sup>338</sup>。更進一步，提案人指出，實際上，強制金並非以得到金錢支付為目的，而係促使應為行為債務之債務人實行或係避免不行為債務之債務人懈怠不行為義務。在此範圍，強制金明確有效用。此外，究竟係發令暫定性強制金，抑或法官考量不誠實之債務人、愚弄司法之債務人或拒絕計畫性遵守裁判之債務人而發令確定性強制金，有必要將此發令之權能委由法官決定<sup>339</sup>。

不過，參議院反對確定性強制金實際上所考量之理由係，保障審查債務人履行時誠實或不誠實程度之機會，亦有對債務人強加過剩負擔之危險，進而招致其他債權人擔保減少之危險。一言以蔽之，即確定性強制金之「苛酷性」<sup>340</sup>。另一方面，國民議會及法務部長支持（與損害賠償不同）確定性強制金之理由係，得彙整為二點：其一，除了暫定性強制金外亦承認確定性強制金，法院即得按照具體情事彈性處理。其二，確定性強制金有超過暫定性強制金之強制效果，亦即「高

<sup>337</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Sénat. Compte rendu 29 juin 1972, pp.1370 et 1371 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 286-287。

<sup>338</sup> Rapport Foyer/Mazeaud, Documents parlementaires. Assemblée Nationale 1971-72, n° 2492, p. 2 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 288。

<sup>339</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Assemblée Nationale. Compte rendu 29 juin 1972, p. 3012 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 288。最後之立法過程，如同此法務部長之期待，在參議院中，因為妥協故國民議會案原樣被採納，本條審議終結。但是，關於確定性強制金，參議院並非果斷完全追隨國民議會之立場。亦即，雖然本條接受國民議會案，參議院法務委員會另外亦提案擴大確定性強制金修正餘地之法案第 7 條之 4（1972 年法 8 條）之修正案。如此，其即使承認確定性強制金，亦要求其確定性性質之緩和。參見：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 289。

<sup>340</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 292。

實效性」，此係支持確定性強制金之主要理由。關於確定性強制金許可與否之兩院對立，實質上係「苛酷性」與「實效性」對立之架構。如此，在 1972 年立法階段，國民議會主張之「實效性」勝利，但參議院之「苛酷性」擔憂亦非無用。亦即，在部分學說亦指出同樣擔憂，甚至牽涉之後 1991 年法之法律修正<sup>341</sup>。

與參議院相同，擔憂確定性強制金產生苛酷結果之危險性之學說，有以下看法：其中，有學者主張確定性強制金之廢止。亦即，將強制金性質作為暫定性統一，主張應保障事後之金額修正機會<sup>342</sup>。其不否定藉由與損害賠償之分離，確定性強制金能得到高實效性。但是，第一，確定性強制金之強制效果過剩；第二，得以暫定性強制金替代，因此，主張不需要確定性強制金<sup>343</sup>。另外，亦有論者指出確定性強制金之危險性<sup>344</sup>，但不主張廢止確定性強制金。其批判對象並非僅有確定性強制金，包含對暫定性強制金之強制金裁量性。亦即，1972 年法並非對法官之裁量施加全面限制，因此強制金係專斷性制裁，而特別批判確定性強制金，區分因為法官權限濫用之問題以及因為債務人情報不足之問題，提案對策<sup>345</sup>。

關於此對策，在強制金之情形，法官中立性之保障並不充分，因為欠缺如同損害算定之客觀性基準，或不服聲請之保障亦不充足等，容易產生法官權限之濫

<sup>341</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 292。

<sup>342</sup> Denis, *op cit.*, n° 275；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 293。

<sup>343</sup> 關於此兩點，如下詳細說明：關於強制效果過剩，從確定性強制金係專斷性且固定性之制裁來說明。亦即，與損害賠償不同之確定性強制金係制裁，決定其額度之基準係，考量有責當事人過錯之重大性及資力。但是，過錯並非如同損害般之客觀基準，尤其，基於尚未實行之過錯適切訂定制裁應不可能。所謂資力之基準，即使有調整機能，因為法官特意選擇確定性強制金而非暫定性強制金時，為了提升強制效果，先驗地，判斷有實行可能性之過錯係重大，比起過錯在實行後算定之情形，更容易命高額之強制金。如此，於過錯被實行前，專斷性決定確定性強制金之額度。且不允許實行過錯後之變更，因而固定於原先額度。在此點上，自動適用預先明確所定之刑罰而否定法官之裁量，可與「絕對的法定刑」匹敵。絕對的法定刑在刑法上亦被強烈否定，承認如此之確定性強制金並不合理。Denis, *op cit.*, n° 264 et s；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 293-293。

<sup>344</sup> J. Boré, La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Études M. Ancel, t. I, 1975, n°s 17 et 79；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 295。

<sup>345</sup> *Id.* at n°s 62 et 67-78；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 295。

用，作為算定濫用之對策，則提案上限之設定。因為亦考量損及強制金彈性及實效性之批判，此上限並非一定額度，而應按照系爭利益之額度。此外，特別係確定性強制金不經由對審之辯論而依職權發令之情形，作為債務人情報不足之對策，必須有對審之辯論，提案課以法官於理由中說明關於債務人資力或不履行重大性之義務<sup>346</sup>。債務人之情報不足特別係確定性強制金之情形，因為可能強加債務人難以預料之過重負擔，因此提案：確定性強制金之前，先使用暫定性強制金，利用損害賠償而非確定性強制金，對確定性強制金附加期間，將確定性強制金之既得金額對債權人課以定期通知債務人之義務，欠缺其通知之情形停止強制金之進行等<sup>347</sup>。之後，作為確定性強制金濫用之對策，1991年法規定暫定性強制金後方得發令，且規定應附加期間（同法 34 條 3 項）。如此，上述學者提案之一部已大致實現<sup>348</sup>。

最後，在 1991 年法對確定性強制金附加補充性，選擇不廢止確定性強制金之理由係，評價其有強制效果，即具有實效性。此外，前揭之 1949 年法，在第二次世界大戰後住宅情況惡化之際，為了居住者保護而規定，在建物遷讓事件中，禁止苛酷之確定性強制金，此法律在 1991 年法下亦保持效力<sup>349</sup>。

## 第二款、強制金之發令

強制金之發令，亦可在本案裁判（命為債務履行之裁判）之後為之，亦可與本案裁判同時為之<sup>350</sup>，後者較為普遍。此外，強制金之發令不要求有不履行之情事發生。與本案裁判同時命強制金之情形，（亦包含假處分法官）全部之裁判機

<sup>346</sup> *Id.* at nos 70-72；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 295。

<sup>347</sup> *Id.* at nos 73-78；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 295-296。

<sup>348</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 296。

<sup>349</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 29。

<sup>350</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 78；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 19。

關皆被承認有強制金發令之權限（1991 年法 33 條 1 項）。本案裁判後命強制金之情形，屬於執行法官管轄（1991 年法 33 條 2 項）<sup>351</sup>。

一般認為命強制金之裁判機關有廣泛裁量權。如前所述，強制金之發令得依職權為之（1991 年法 33 條 1 項）。此外，判例表示不必事前促使當事人陳述，對命強制金之裁判或拒絕強制金聲請之裁判皆不必附加理由<sup>352</sup>。發令時強制金之金額及樣態，皆委由裁判機關裁量<sup>353</sup>，金額與損害額無關而被決定（1991 年法 34 條 1 項），當事人聲請之金額亦可比損害更高額<sup>354</sup>。強制金係一般以一定遲延期間（小時、日、週、月等）作為單位，採取命支付一定金額之形式。訂定每遲延日須支付〇〇歐元最為普遍<sup>355</sup>。但是，不行為債務係以其違反為單位。雖然並非沒有採取訂定總額之形式，不過十分稀少<sup>356</sup>。命強制金之際，普遍訂定（進行）期間<sup>357</sup>，確定性強制金必須訂定期間，但是暫定性強制金，是否訂定期間則依裁量決定。期間之長短，亦委由法官裁量<sup>358</sup>。此外，金額之增額、期間之變更，將暫定性強制金向將來變更為確定性強制金之性質變更，亦被允許<sup>359</sup>。

如此，關於強制金之發令，裁判機關之裁量相當廣泛，就確定性強制金，有鑒於其結果對債務人可能過於苛刻，如前所述，有下述兩點措施限制其裁量。第一，暫定性強制金之後始得發令。第二，確定性強制金必須訂定期間（1991 年

<sup>351</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 19。

<sup>352</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 50；R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 79；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 19。

<sup>353</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 50；R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 80；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 19。

<sup>354</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 50；R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 79；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 19。

<sup>355</sup> J./L. Boré, *op cit.*, n° 1；C. Larher-Loyer, L'efficacité de l'astreinte: mythe ou réalité? *Revue judiciaire de l'ouest* 1987, p. 262；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 20。

<sup>356</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 50；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 20-21。

<sup>357</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 80；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 21。

<sup>358</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 50；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 21。

<sup>359</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 79；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 21。

法 34 條 3 項)。此等規定之立法旨趣，可謂係為了避免確定性強制金之過剩高額化<sup>360</sup>。此外，限制債權人因為確定性強制金所得之利得此立法者考量，特別顯現於命確定性強制金必須定期間之本條規定。關於此修正點在立法過程並未說明，僅有對過剩高額化之補充性預防對策此法務部長之說明，學者認為無時間限制之確定性強制金，在今日已經不被接受。因為其可能會使強烈期待收益之債權人拖延時間。據此，課以期間義務之立法旨趣係，特別謀求防止確定性強制金收益債權人之拖延傾向<sup>361</sup>。

1991 年法第 34 條第 3 項前段規定，確定性強制金不經由暫定性強制金之發令禁止以及課以其時間限制，此修正受到學說支持。儘管如此，仍有學說認為廢止確定性強制金會更為理想，比起本條第 2 項及第 3 項，確定性強制金相對於唯一真正之強制金即暫定性強制金，正式被賦予次要之地位，認為廢止之方法係最理想，不論如何，確定性強制金將來僅扮演配角<sup>362</sup>。亦有認為雖然未至廢止，既然即使證明債務人本身之過錯係輕微亦無法減低額度，確定性強制金確實違反比例原則<sup>363</sup>。此外，從立法資料可知，法官中有廢止確定性強制金之主張，1972 年法下之學說如同前述亦有相同主張。如此觀之，對於確定性強制金之制度，仍存在根深柢固之不信任與批判<sup>364</sup>。

### 第三款、強制金之金額確定

所謂強制金之金額確定係，接受金額確定聲請之裁判機關，為了實行其支付

<sup>360</sup> Rapport Catala, Documents parlementaires. Assemblée Nationale 1989-90, n° 1202, pp. 74-75 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 400。

<sup>361</sup> R. Perrot, *op cit.*, n° 9 ; J./L. Boré, *op cit.*, n° 59 ; R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 84 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 404-405。

<sup>362</sup> M./J.-B. Donnier, *op cit.*, n° 324 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 406。

<sup>363</sup> J./L. Boré, *op cit.*, n° 21 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 407。

<sup>364</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 406-407。

而算定強制金額度之措施<sup>365</sup>。另外，有學者強調金額確定之重要效果，係使潛在之權利變化為確實存在、金額確定且請求可能之債權<sup>366</sup>。重要具體之結論有以下三點：第一，金額確定成為強制金之收取要件，金額確定前無法為強制執行（1992年赦令 53 條 1 項）；第二，藉由金額確定，強制金債權依據法定利率產生利息；第三，藉由金額確定，強制金債權之讓與成為可能<sup>367</sup>。

不僅係暫定性強制金，確定性強制金亦要求金額確定（1991 年法 35 條）。金額確定與發令情形不同，不得依職權而必須依聲請為之。關於金額確定之聲請情況，說明如下：第一，最單純之情況係，債權人確知債務人是否履行債務之情形，此有強制金達到其目的而裁判被履行之情形，以及明確未履行之情形；前者不須進行金額確定，後者得直接聲請金額確定。第二，較複雜且容易發生之情形係，債務人持續抵抗，債權人必須聲請強制金之增額或暫定性強制金變更為確定性強制金等情形。於此情形，因為強制金一部之收取成為可能，就經過之期間得要求金額確定<sup>368</sup>。

金額確定原則上屬於執行法官管轄。但是，命強制金之裁判機關，在事件尚繫屬之情形，或者，此裁判機關明確保留金額確定權限之情形，則由命強制金之裁判機關確定其金額（1991 年法 35 條）。

進行金額確定之裁判機關，必須確認不履行之事實。關於不履行存否之舉證責任分配，成為問題。向來有力學說認為，在確定強制金之金額程序，不論債務種類，由債權人負不履行之舉證責任<sup>369</sup>。此說主張強制金支付者，關於成為權利

<sup>365</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 107；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 23。

<sup>366</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 85；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 23。

<sup>367</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 23。

<sup>368</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 86；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 23-24。

<sup>369</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 107；J./L. Boré, *op cit.*, n° 84；R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 89；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 436。

發生原因之不履行事實應負舉證責任，可能係因為得藉此避免債權人利得與債務人負擔過大<sup>370</sup>。另一方面，亦有區別債務種類，認為不行為債務之情形由債權人負舉證責任，行為債務與金錢債務之情形由債務人負舉證責任<sup>371</sup>。廢棄法院過去立於前者之想法<sup>372</sup>，現在則傾向於後者<sup>373</sup>。

確定性強制金除了因為外在原因不履行（或廣義履行不能）之情形，在金額確定之階段，無法變更發令時所定金額（1991年36條2項）。因此，確定性強制金在發令時，若定每遲延日之金額，原則上，此金額乘以遲延日數，依據機械性計算金額而被確定<sup>374</sup>。但是在暫定性強制金之情形則須由法官裁量確定金額，而不論確定性強制金或暫定性強制金，皆有因為外在原因不履行時得否廢止或減額之問題，此等議題於以下檢討之。

#### 第一目、暫定性強制金之金額確定基準

##### 一、1959年判例變更

早在前述之1959年判決<sup>375</sup>，廢棄法院即提出暫定性強制金之金額確定基準係，按照頑強債務人之過錯重大性及其資力確定金額。關於以債務人資力為基準是否適當，學說上有所對立。反對說認為，基於法律下之平等原則，與制裁（刑罰）之平等原則之關係上會有問題。因為資力調查有所困難，造成債權人之利得

<sup>370</sup> 大濱しのぶ，前掲註17，頁437。

<sup>371</sup> S. Guinchard/T. Moussa, *Droit et pratique des voies d'exécution*, éd. 2001/2002, Dalloz, 2001, n° 3145, par T. Fossier ; Mestre, RTDC 1991. 536 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註17，頁437。

<sup>372</sup> Cass. 2e civ. 11 janvier 1995, Bull. civ. 1995 II n° 5, p. 3 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註17，頁435。

<sup>373</sup> Cass. com. 2 octobre 2001, RTDC 2002. 148 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註17，頁436。

<sup>374</sup> 大濱しのぶ，前掲註17，頁25。

<sup>375</sup> 強制金之特別法即1949年法雖已有關於確定暫定性強制金金額基準之規定（第一節、第一款、第二目、三、（一）），但此時期之暫定性強制金性質為損害賠償，與現今法國一般法上強制金性質有所不同。因此，在此僅從1959年判例變更將暫定性強制金完整與損害賠償分離開始，討論其確定金額基準。

被債務人資力所左右<sup>376</sup>。相對於此，肯定說則認為有必要以資力為基準，相對於過錯，應使用資力作為二次性之調整基準，如此，得防止僅以過錯為基準時所可能發生之恣意性評價。依據制裁（刑罰）之個別化原則，得正當化資力之基準。其本來即屬刑事上原則，係民事法上所謂「為了預防某種事實上不公正，應考慮有責當事人之財產」。關於資力之調查，則提出關於扶養費早已經實行之反論<sup>377</sup>。

此外，依據暫定性強制金發令之情況，有金額確定時之額度是否被限制之問題。亦即，暫定性強制金之額度以每遲延日之形式訂定之情形，乘以經過之日數，其是否為金額確定時暫定性強制金之上限額。廢棄法院 1969 年 6 月 25 日第 3 民事庭判決中，發令每日 20 法郎之威嚇性（暫定性）強制金，因為經過 30 日，原判決確定強制金額度為 600 法郎，對此原判決所為之廢棄聲請。廢棄法院認為上訴法院係依發令威嚇性強制金裁判所定之限制中，專權性確定金額，不必確認損害之存在。關於此判決，學者首先指出，其沿襲 1959 年判例認為於（暫定性）強制金之金額確定時不須確認損害，更進一步，肯定（暫定性）強制金發令額度之限制。因為前述 1959 年之判例，對於暫定性強制金之金額確定基準，廣泛承認法官裁量，故有必要防止恣意性算定。依據發令時額度限制金額確定時額度，將此評價為抑制法院恣意算定之方法<sup>378</sup>。

## 二、1972 年法

於強制金一般法化之 1972 年法，並不直接規定暫定性強制金之金額確定基準。不過，依第一讀會國民議會之委員會報告書，1972 年法第 8 條第 2 項（即使係確認不履行之情形，減輕或廢止暫定性強制金屬於法官之權限）係以暫定性

<sup>376</sup> J. Boré, La liquidation de l'astreinte comminatoire, D 1966 chron. pp. 166 et 167 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 216。

<sup>377</sup> D. Denis, *op cit.*, nos 138-139 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 216-217。

<sup>378</sup> P. Hébraud, Observations. RTDC 1970. 815 et s; 轉引自：大濱しのぶ 前掲註 17 頁 218-219。

強制金之金額確定基準係債務人過錯而非損害之想法為基礎<sup>379</sup>。此想法係基於前述，認為暫定性強制金之金額確定基準係債務人過錯與其資力而非損害之 1959 年廢棄法院判決之立場<sup>380</sup>。但是，關於債務人資力，國民議會委員會報告書並未觸及，立法者是否認為此係暫定性強制金之金額確定基準，有所疑問。不過，參議院在第一讀會所採納之法案將資力與事件之情事、債務人之過錯並列，而將債務人之資力規定為暫定性強制金之金額確定基準<sup>381</sup>，雖此參議院案被國民議會駁回，但學者仍認為立法者並未否定將債務人之資力與債務人之過錯同時視為金額確定之基準<sup>382</sup>。

關於 1972 年法第 8 條第 2 項，學者則按照 1959 年以後之判例，將其解為基於債務人之過錯及資力，實行金額確定之旨趣。更進一步，在確定性強制金之發令階段，亦實行債務人過錯與資力之評價<sup>383</sup>。

不過，在暫定性強制金之金額確定，即使不必以損害為基準，是否亦不允許考量損害？若有鑒於國民議會之委員會報告書，其立法旨趣應係不允許考量損害，因為此時立法者已採取強制金與損害賠償不同之立場。雖然 1972 年法下之廢棄

<sup>379</sup> 報告書表示：所發令之強制金有暫定性性質時，法官有減少額度之權能，更進一步，有全體廢止強制金之權能。鑒於此制度旨趣，法官不考慮因為遲延事實債權人所受之損害，自不待言。法官考慮者係過錯之重大性，債務人所表示有程度差異顯著之不誠實。參見：Rapport Foyer/Mazeaud, Documents parlementaires. Assemblée Nationale 1971-72, n° 2447, p. 12；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 312。

<sup>380</sup> J. Boré, La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Études M. Ancel, t. I, 1975, n°s 28 et 36. V. aussi F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D 1972 chron., p. 274；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 320。

<sup>381</sup> 第一讀會參議院所提案之修正案：第 1 項係「法院確定強制金金額時，得考慮事件之情事、債務人之過錯及資力，增額、減額或廢止強制金」。關於本條參議院之修正案，與其不承認確定性強制金第 6 條之修正案，可理解為一組。參議院不承認確定性強制金，取而代之者係，「完全證明債務人不誠實之情形」，於金額確定時藉由強制金之增額，對顯著不誠實之債務人為處理。參見：Journal Officiel. Débats parlementaires. Sénat. Compte rendu 29 juin 1972, pp.1367 et 1371；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 312-313。

<sup>382</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 320。

<sup>383</sup> J. Boré, La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Études M. Ancel, t. I, 1975, n°s 35-36；F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D 1972 chron., p. 274；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 320。

法院判決亦有承認於確定暫定性強制金金額之際考量損害者，但至少 1972 年法下末期之廢棄法院，明確否定之<sup>384</sup>。

縱然上述立法者與學說皆肯認以債務人過錯為確定強制金額度之基準，但是如此之基準並不直接拘束法院<sup>385</sup>。1972 年法下之判例在強制金發令階段中，有強化法院權限之傾向，即使係在金額確定階段亦同。廢棄法院雖認為於實行強制金之金額確定時，法院必須確認裁判（債務）不履行存在，但於確認不履行之情形，法官有確定強制金金額之自由裁量權<sup>386</sup>。在此所謂「自由裁量權」係免除於裁判上附加理由之義務。因此，廢棄法院認為在確定暫定性強制金金額之裁判中，除了確認不履行存在之外，不必於理由中表示金額確定之根據。如此判例即使並非變更 1959 年判決之立場，但因為偏離 1959 年判決以及 1972 年法第 8 條第 2 項之立法旨趣而增加金額確定恣意之危險。後述之 1991 年法即明文暫定性強制金之金額確定基準，亦可看到關於判例上有所變化<sup>387</sup>，詳待後述。

不過，關於暫定性強制金金額確定之法官權能，1972 年法第 8 條第 2 項僅舉出減額（減輕）及廢止。因此，在暫定性強制金之金額確定階段，有是否得維持發令時所定額度或增加其額度之問題。關於維持發令額度，判例肯定之<sup>388</sup>，學說亦無異議<sup>389</sup>，但增額之許可與否成為問題。在第一讀會參議院所採納之法案，明確承認在暫定性強制金之金額確定階段法官得增額。此案雖然被駁回，但並未

<sup>384</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 320。

<sup>385</sup> B. Starck/H. Roland/L. Boyer, *op cit.*, n° 617；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 321。

<sup>386</sup> Cass. 1e civ. 22 novembre 1988, Bull. civ. 1988 I n° 323, p. 219; Cass. 3e civ. 18 mars 1987, Bull. civ. 1987 III n° 53, p. 32; Cass. soc. 25 septembre 1990, Bull. civ. 1990 V n° 378, p. 227; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 321。

<sup>387</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 321。

<sup>388</sup> Cass. 2e civ. 18 février 1987, Bull. civ. 1987 II n° 48, p. 26; Cass. 1e civ. 22 novembre 1988, Bull. civ. 1988 I n° 323, p. 219; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 322。

<sup>389</sup> F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D 1972 chron., p. 273 ; J. Boré, La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Études M. Ancel, t. I, 1975, n° 37 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 322。

經由實質檢討被否定。因此，關於增額之許可與否，立法者之想法並不明確。學說則否定暫定性強制金金額確定時之增額<sup>390</sup>。1972年法以前，有學者對於此增額禁止，承認有抑制恣意性金額確定之意義<sup>391</sup>，另外，亦有論者不承認金額確定時之增額，因為債務人無法知道所可能蒙受不利益之界限，且發令時之額度決定會變成無意義，對照系爭利益可能成為極端高額<sup>392</sup>。實際上，暫定性強制金於金額確定時，大多受到大幅減額。因此，有強制金實效性低下之問題，在1972年法及1991年法之立法階段皆對此檢討對策<sup>393</sup>。

## 二、1991年法

依1991年法第36條第1項規定，考量受命令人之態度及其為了履行命令所遭遇之困難，以確定暫定性強制金之額度。本條項屬於新規定，明文化暫定性強制金之金額確定基準。關於本條項並無議會討論，依據政府提案理由說明，本條項對於強制金之金額確定有明確考量債務人所犯過錯之旨趣，此修正之目的與強制金對損害賠償金之充當以及歸屬於公用基金之提案相同，實務上，為了避免債權人之不當利得，法官以最低限額確定強制金金額，有鑒於此種強制金之實效性低下現狀，確保暫定性強制金之實效性<sup>394</sup>。其次，依據國民議會之報告書，本條規定應考量債務人態度及履行判決債務人所遭遇之困難以確定金額。亦即，按照債務人所顯示出遵守裁判之迅速程度，以及按照債務人所面臨之困難之性質，法

<sup>390</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 111 ; J. Boré, La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Études M. Ancel, t. I, 1975, n° 39 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 322。

<sup>391</sup> P. Hébraud, *Observations*. RTDC 1970. 815 et s ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 323。

<sup>392</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 140-141 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 323。

<sup>393</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 323。關於強制金實效性低下之對策有：將強制金充當於損害賠償與強制金部分歸屬於國家之提案等，參見：本文頁 51、57。

<sup>394</sup> *Projet de loi*, Documents parlementaires. Assemblée Nationale 1989-90, n° 888, pp. 15-17 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 349-351、417。

官得增額或減額強制金之額度<sup>395</sup>。

如此，1991 年法第 36 條第 1 項之立法旨趣係，以暫定性強制金之實效性確保為目的，明確金額確定基準係債務人之過錯之旨趣。雖然係於 1972 年法所無之新設規定，但實質上係向來判例法理之沿襲<sup>396</sup>。亦即。本條項之立法旨趣與 1972 年法第 8 條第 2 項同旨趣<sup>397</sup>。但是，本條項之規定方法有所不同，其明文化暫定性強制金之金額確定基準，故有必要檢討新規定之內容。

首先，1991 年法第 36 條第 1 項關於暫定性強制金之金額確定基準，舉出受命令人之「態度」以及「履行命令所遭遇之困難」。此二基準之內容未必明確。本條項考量債務人之過錯，即使其係按照 1959 年廢棄法院判決旨趣，但該判決係表示暫定性強制金之金額確定基準為債務人「過錯之重大性」與「資力」，至少，兩者文句上並不同<sup>398</sup>。

依據前述國民議會之報告書，債務人之「態度」係指履行之迅速性，履行上之「困難」，則包含此困難並非因債務人而生之情形。即使學說上對於此二基準之意義說明不多，不過亦有認為債務人之「態度」，如同向來，意指過錯之重大性；履行上之「困難」則係為了債務人之免責，得考量債務人或第三人之態度（不論有無過錯之情形），以及無法直接或間接歸責於債務人之任何履行上障礙<sup>399</sup>。至於，1959 年判例所提及之債務人資力是否成為暫定性強制金之金額確定基準，

<sup>395</sup> Rapport Catala, Documents parlementaires. Assemblée Nationale 1989-90, n° 1202, p. 76；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 417。

<sup>396</sup> Thyraud, Documents parlementaires. Sénat 1989-90, n° 271, p. 49；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 417。

<sup>397</sup> R. Perrot, *op cit.*, n° 15；E. du Rusquec, *op cit.*, JCP 1993 I 3699, n° 4；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 423。

<sup>398</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 423。

<sup>399</sup> S. Cimamonti, Juris-Classeur, Formulaire analytique de procédure, Astreinte judiciaire, fascicule 10, 1993, n° 50；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 424。

與 1972 年法之情形相同，學說多採肯定立場<sup>400</sup>。此外，在 1991 年法下，廢棄法院不將損害作為暫定性強制金之金額確定基準，進一步確認了 1972 年法下之立場<sup>401</sup>。



關於 1991 年法第 36 條第 1 項明文化暫定性強制金之金額確定基準之目的，如前述係暫定性強制金之實效性確保。但是，學說見解有所不同。如前所述，在 1972 年法下之判例，承認法院有暫定性強制金金額確定之「自由裁量權」，否定附加理由之義務，但有力之學說認為本條項有抑制此種判例態度之意義。亦即，1991 年法之法律條文更為積極，對法官課以考量債務人過錯之義務，法官應於自身裁判附加理由<sup>402</sup>。換言之，法官為了按照此基準正當化自身之裁判，應附加理由<sup>403</sup>。如此，有力學說將 1991 年法第 36 條第 1 項解為修正 1972 年法下之判例，課以法院對確定暫定性強制金金額之裁判附加理由之義務（表示算定根據之義務）<sup>404</sup>。

關於 1991 年法下之廢棄法院態度，有廢棄法院 1996 年 7 月 3 日第 2 民事庭判決之出現，學說對此判決多採肯定態度<sup>405</sup>。此判決認為上訴法院因為提出調查之文書太過於古老且不明確，判斷被告無法免責，以所認適當額度確定強制金金額符合其專權之行使。亦即，「專權」與「自由裁量權」不同，而解為並不免除

<sup>400</sup> F. Chabas, *La réforme de l'astreinte*, D 1992 chron., p. 300 ; M./J.-B. Donnier, *op cit.*, n° 350 ; R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 93 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 424。

<sup>401</sup> 於廢棄法院 1999 年 10 月 28 日第 2 民事庭判決，法院廢棄因為對債權人所生損害少，而認為應減額強制金之原判決。但是，在下級法院之標準，實際上有考慮損害以確定強制金金額之傾向。參見：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 424。

<sup>402</sup> F. Chabas, *La réforme de l'astreinte*, D 1992 chron., p. 300 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 425。

<sup>403</sup> J./L. Boré, *op cit.*, n° 86. V. aussi J./L. Boré, *op cit.*, n° 21 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 425。

<sup>404</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 425。

<sup>405</sup> L. Boré, D 1997. 232 ; M./J.-B. Donnier, *op cit.*, n° 354 ; F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 111 ; J. Buffet, *La réforme de l'astreinte : premières applications*, in *Rapport de la Cour de cassation 1997*, p. 77 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 425。

法院附加理由於裁判之義務<sup>406</sup>，此判決係要求法院對確定暫定性強制金之金額附加理由<sup>407</sup>。

學者對此判決所為評釋中，關於對金額確定必須附加裁判理由之根據，著重於強制金作為制裁之性質此點，認為強制金在其發令時僅係威嚇，其金額確定時則成為真正之制裁。憲法法院希望立法者對「有處罰性質之任何實效確保措施」為特別保障，因此，對於制裁課以宣告理由之義務，此係為了符合最小限度保障<sup>408</sup>。

1991 年法第 36 條第 1 項雖然並非如同 1972 年法第 8 條第 2 項規定，明文承認暫定性強制金之減輕及廢止之可能性，但其金額確定基準係債務人過錯之立法旨趣，與 1972 年法第 8 條第 2 項相同，故兩者應與為相同處理。學說亦將其解為承認金額確定時暫定性強制金之減輕、廢止、維持<sup>409</sup>。不過，與 1972 年法之情形相同，金額確定時之增額許可與否成為問題<sup>410</sup>。

前述之國民議會報告書中，雖然肯定金額確定時暫定性強制金之增額，但有力學說採取否定立場<sup>411</sup>，實務上亦普遍不增額<sup>412</sup>。關於否定增額之理由，如同前述 1972 年法，若承認增額，有害於不利益之預測可能性，發令時之金額決定成為無意義，有過度高額化之虞等幾點疑慮。更進一步，學者指出制裁之預測可能

<sup>406</sup> L. Boré, D 1997. 231；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 426。

<sup>407</sup> 廢棄法院 2001 年 12 月 20 日第 2 民事庭判決亦立於與此判決相同立場。參見：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 426。

<sup>408</sup> L. Boré, D 1997. 231-232；M./J.-B. Donnier, *op cit.*, n° 354；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 427。

<sup>409</sup> M./J.-B. Donnier, *op cit.*, n° 356；R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 93；F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 111；J./L. Boré, *op cit.*, n° 86；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 428。

<sup>410</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 428。

<sup>411</sup> M./J.-B. Donnier, *op cit.*, n° 356；R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 93；F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 111；J./L. Boré, *op cit.*, n° 87；S. Cimamonti, *op cit.*, n° 52；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 428。

<sup>412</sup> J./L. Boré, *op cit.*, n° 87；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 428。

性，即使對被課以強制金之任何人而言，應符合最小限度之保障。不履行若持續法官得發令確實之高額新強制金，因此，關於其金額確定時無法加重從前之強制金。判例經常所述之強制金有威嚇性質，強制金即為威嚇，僅能向將來威嚇，而無法溯及過去。亦即，強制金之威嚇性質禁止其溯及<sup>413</sup>。相對於此，增額肯定說之根據並不明確。在前述 1972 年法之立法過程，參議院提案對顯著不誠實之債務人肯定增額，其根據係考量暫定性強制金之實效性強化之程度<sup>414</sup>。

綜上所述，在現行法下，暫定性強制金係以債務人之態度及履行所遭遇之困難為基準，確定其金額（1991 年法 36 條 1 項、現行法 L131-4 條 1 項）。實際上，發令時之金額，於確定金額時大幅減額之情況相當多。但是，不只是減額亦可維持發令時之金額，甚至廢止強制金。就增額而言，一般否定之。所謂債務人態度及履行所遭遇之困難之金額確定基準，則解為具體化考量債務人過錯程度之想法。損害並非金額確定之基準（1991 年法 34 條 1 項）。關於確定暫定性強制金金額之裁判，是否必須表示其算定根據之問題，近來判例採肯定見解<sup>415</sup>。

最後，關於強制金裁判之救濟部分。金額確定之裁判有既判事項之權威（相當於既判力）<sup>416</sup>，對此得提起上訴。因為允許對一般執行法官之裁判為上訴<sup>417</sup>，因此就確定強制金金額之執行法官裁判，很有可能解為允許上訴<sup>418</sup>。另一方面，關於發令強制金之裁判，是否成為獨立聲明不服之對象則成為問題<sup>419</sup>。學說上大

<sup>413</sup> J./L. Boré, *op cit.*, n° 87 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 428。

<sup>414</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 429。

<sup>415</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 25-26。

<sup>416</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 88 ; J./L. Boré, *op cit.*, n° 90 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 26。

<sup>417</sup> 1992 年赦令 28 條規定：「限於非法院管理上之處分，對於執行法官之裁判，得為上訴」。大濱しのぶ，前掲註 17，頁 414。

<sup>418</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 88 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 414。

<sup>419</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 22、26。

致肯認對命強制金裁判之上訴<sup>420</sup>，關於命暫定性強制金之裁判，有認為須與確定其金額之裁判同時方得上訴<sup>421</sup>。命強制金裁判與本案裁判同時實行之情形，對於命強制金裁判不服之聲請通常採取與對本案裁判聲明不服之形式<sup>422</sup>。因為強制金有附隨於本案裁判性質（附隨性），因此，限於在允許本案裁判上訴之情形，上訴效果亦及於強制金裁判<sup>423</sup>。

## 第二目、強制金之全部或一部廢止

### 一、1972 年法

依 1972 年法第 8 條第 1 項規定：「除了證明司法裁判不履行係因為偶發事件或不可抗力事由之情形外，法官不得於其金額確定時變更確定性強制金之額度」。第 2 項規定：「即使係確認不履行之情形，減輕或廢止暫定性強制金係屬於法官之權限」。本條第 1 項將因為「不可抗力或偶發事件」而不履行之情形，列為確定性強制金之金額變更不能性之例外。關此，提案人為如下說明：因為承認債權法之原則，若履行之拒絕係基於不可抗力，因為並非債務人之過錯，故無法確定強制金之金額<sup>424</sup>。民法典第 1148 條<sup>425</sup>將「不可抗力或偶發事件」解為債務不履行之損害賠償免責事由。1972 年法第 8 條第 1 項之立法旨趣係，將此民法典第 1148 條所規定損害賠償之免責事由，作為確定性強制金之免責事由<sup>426</sup>。

<sup>420</sup> J./L. Boré, *op cit.*, n° 65 ; S. Guinchard/T. Moussa, *Droit et pratique des voies d'exécution*, éd. 2001/2002, Dalloz, 2001, n° 3138, par T. Fossier ; F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 80 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 374。

<sup>421</sup> M./J.-B. Donnier, *op cit.*, n° 336 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 374。

<sup>422</sup> J./L. Boré, *op cit.*, n° 65 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 374。

<sup>423</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 80 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 374。

<sup>424</sup> *Journal Officiel. Débats parlementaires. Assemblée Nationale. Compte rendu 23 juin 1972*, pp. 2811-2812 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 312。

<sup>425</sup> 法國民法第 1148 條規定：「債務人因不可抗力或偶然事件而不能履行給付或行為債務，或實行不行為債務之行為時，不負損害賠償責任」。參見：羅結珍譯，法國民法典，北京：法律出版社，2005 年，頁 873。

<sup>426</sup> 一般而言，民法上之「不可抗力」與「偶發事件」解為同義。因此，得推測立法者關於本條 1 項亦為相同見解，且並未有特別區別本條第 1 項之「不可抗力」與「偶發事件」之想法。以下，

換言之，就 1972 年法第 8 條第 1 項之立法旨趣而言，立法者應係認為本條項之「不可抗力」與民法典第 1148 條同樣意義，學說一般亦如此解釋。但是，在 1972 年法末期，對本條項之「不可抗力」意義出現不同解釋。在廢棄法院 1990 年 11 月 7 日第 3 民事庭判決，係命給付之裁判時點已經因為應歸責於債務人之事由而履行不能之事案，原判決認為此不符合不可抗力情形而確定確定性強制金之金額，廢棄法院則以原判決違反本條項為理由，進而廢棄之<sup>427</sup>。廢棄法院表示，即使係因為應歸責於債務人之事由而履行不能，亦該當於本條項之不可抗力之旨趣。評釋此判決之學者支持此見解，關於本條項之不可抗力，認為應從履行可能性之有無觀點判斷，包含因為應歸責於債務人之事由之情形，亦即，所謂不可抗力意指履行不能之情形<sup>428</sup>。關於 1972 年法第 8 條第 1 項中「不可抗力」之新解釋，可謂係對使確定性免責事由與損害賠償事由一致之批判。1991 年法即使擴大確定性免責事由，因為維持限定於損害賠償之免責事由之立場，即使在新法下，上述問題狀況持續<sup>429</sup>。

不過，因為不可抗力而不履行之情形，是否承認確定性強制金之減額，關此學說上有所對立。學說對於 1972 年法第 8 條第 1 項規定方法有所批判，認為其混同強制金之金額確定要件與其額度修正要件，於不可抗力情形不得確定金額，因此主張亦無法減額<sup>430</sup>。此外，提案人亦論述不可抗力情形係「不得確定金額」，就此而言，可能得視為接近前述學者之見解。另一方面，有學者於債務人過錯與不可抗力競合之情形，承認將民事責任一部免責之想法，適用於確定性強制金，

---

將所謂「不可抗力或偶發事件」，以「不可抗力」之用語概括。大濱しのぶ，前掲註 17，頁 316-317。  
<sup>427</sup> Cass. 3e civ. 7 novembre 1990, Bull. civ. 1990 III n° 217, p. 125; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 317。

<sup>428</sup> J. Mestre, RTDC 1991. 535; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 317。

<sup>429</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 317-318。

<sup>430</sup> J. Boré, La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Études M. Ancel, t. I, 1975, n°s 26-27; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 318。

指出得減額強制金之可能性<sup>431</sup>。在廢棄法院之判決中亦有得解為，於一部不履行係因為不可抗力之情形，承認確定性強制金減額之旨趣<sup>432</sup>。



另一方面，批判見解有認為若承認如此緩和減額，確定性強制金有可能變換為暫定性強制金，故持反對見解<sup>433</sup>。更進一步，有學者提出，1972年法第8條第1項若係特別之程序延長而被濫用，擔憂有減損確定性強制金實效性之危險<sup>434</sup>。此等見解同時批判，與不可抗力並列，參議院加入「法院所認妨礙履行十分重大之原因」之提案<sup>435</sup>，結果，因為嚴格限制不可抗力之解釋，比起暫定性強制金，確定性強制金之修正更嚴格被限制<sup>436</sup>。

如此，學說中為了確保確定性強制金之實效性，亦可看到應嚴格限制此修正解釋之見解。但是，廢棄法院或立法者毋寧係，朝向擴大確定性強制金之修正可能性之方向。亦即，如同前述，廢棄法院擴大解釋不可抗力之履行不能意義，後述1991年法則取代不可抗力導入「外在原因」之概念，明確承認不履行係因為部分外在原因之情形之強制金一部廢止<sup>437</sup>。

## 二、1991年法

1991年法第36條第3項規定，若法官命令之不履行或遲延履行其全部或一部係因為外在原因時，廢止全部或一部之暫定性或確定性強制金。原案並未附加

<sup>431</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 248 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 318。

<sup>432</sup> Cass. 3e civ. 7 décembre 1974, Bull. civ. 1974 III n° 465, p. 360; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 318。

<sup>433</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 248 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 318。

<sup>434</sup> F. Chabas/P. Jourdain, *op cit.*, n° 144 ; F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D 1972 chron., p. 274 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 319。

<sup>435</sup> F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D 1972 chron., p. 274 ; D. Denis, *op cit.*, n° 248 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 319。

<sup>436</sup> F. Chabas/P. Jourdain, *op cit.*, n° 144 ; D. Denis, *op cit.*, n° 248 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 319。

<sup>437</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 319。

此「全部或一部」之文句，此文句之加入與否在議會成為問題。亦即，議會之爭點為不履行係部分因為外在原因時之強制金處理<sup>438</sup>。



依第一讀會國民議會之法務委員會報告書，指出 1991 年法第 36 條第 3 項之草案係將 1972 年第 8 條稍微修正。草案並未沿襲 1972 年法此條之例外（即除非證明不履行係因為偶發事件或不可抗力之情形，否則不得修正確定性強制金額度），草案於此情形僅提案單純廢止確定性強制金。亦即，暫定性或確定性強制金，在不履行或履行遲延係因為外在原因之情形被廢止（草案 35 條 3 項）。對於非因其本身理由而無法履行判決之債務人，此規定避免對其課以制裁<sup>439</sup>。

在參議院，議員提出以下修正案：得證明「全部或一部」係因為外在原因而不履行或履行遲延法官命令時，暫定性或確定性強制金被「減輕或」廢止。關於其提案理由，首先引用不履行被確認之情形，減輕或廢止暫定性強制金係屬於法官權限之 1972 年法第 8 條第 2 項規定，認為草案放棄減輕強制金之可能性，但是法官命令之履行遲延，可能有其全部或一部係因為外在原因之情形。因此，再次加入「減輕」之用語<sup>440</sup>。

在第二讀會之國民議會中，對參議院案提出二修正案。其一係委員會修正案，刪除「減輕或」之文句<sup>441</sup>。其二係政府修正案，將「減輕或廢止」之文句換成「廢止全部或一部」<sup>442</sup>。結果，後者（政府修正案）受到國民議會及參議院贊成，成

<sup>438</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 419。

<sup>439</sup> Rapport Catala, Documents parlementaires. Assemblée Nationale 1989-90, n° 1202, pp. 76-77；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 419。

<sup>440</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Sénat. Compte rendu 15 avril 1990, p.844；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 420。

<sup>441</sup> Rapport Catala, Documents parlementaires. Assemblée Nationale 1989-90, n° 1557, p. 39；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 420。

<sup>442</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Assemblée Nationale. Compte rendu 25 avril 1991, p. 1743；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 420。

為最後 1991 年法第 36 條第 3 項規定<sup>443</sup>。

由上述可知，在 1991 年法第 36 條第 3 項之審議中，在草案階段，不履行係部分因為外在原因之情形之強制金處理成為爭點，最後規定一部廢止，否定以全部廢止或承認減輕處理。否定以全部廢止處理之理由係，與不履行係全部因為外在原因之情形並不均衡。不減輕而採一部廢止之理由則係，因為減輕具不確定性、例外性。依據政府之說明，規定一部廢止與規定減輕得達到相同目的，就此而言，有認為一部廢止實質上亦與減輕並無不同，皆委由法院之裁量判斷<sup>444</sup>。

1991 年法第 36 條第 3 項規定取代 1972 年法第 8 條，有下述之修正點：

第一修正點係，不僅係確定性強制金，暫定性強制金亦為適用對象。關於此點，於立法資料並無特別說明。學者表示可能在 1972 年法之階段，承認確定暫定性強制金金額之法官有修正其金額權能之同時，廢止強制金之權能經常一起被承認，因此，在同法第 8 條第 1 項之適用對象不必包含暫定性強制金。但是，1991 年法之立法者，為了明確區分強制金之廢止與其金額之修正而為此規定。若從如此之看法而言，則已不必區別暫定性強制金與確定性強制金<sup>445</sup>。

第二修正點係，取代「偶發事件或不可抗力」而導入「外在原因」，但對此立法資料中幾乎無說明。「外在原因」之用語係，民法典第 1147 條<sup>446</sup>中債務不履行之損害賠償免責事由。1949 年法第 2 條第 2 項雖然亦使用此用語作為建物遷讓事件之強制金免責事由，但此規定係與民法典第 1147 條同旨趣。民法上之

<sup>443</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 420。

<sup>444</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Assemblée Nationale. Compte rendu 25 avril 1991, pp. 1743-1744；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 420-421。

<sup>445</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 90；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 429。

<sup>446</sup> 法國民法第 1147 條規定：「債務人除了證明其不履行債務係因為不可歸責於己之外在原因之外，即使債務人無故意，如有必要，須支付債務不履行或遲延履行之損害賠償」。參見：羅結珍譯，前掲註 425，頁 850。

外在原因，除了不可抗力、偶發事件外，亦包含第三人行為、被害人之過錯<sup>447</sup>。本條之「外在原因」亦普遍為同樣解釋，比起 1972 年法第 8 條第 1 項之「偶發事件或不可抗力」更為寬廣，包含第三人及債權人之行為<sup>448</sup>。

另一方面，不同見解認為廢棄法院 1990 年 11 月 7 日第 3 民事庭判決中，將 1972 年法第 8 條之「偶發事件或不可抗力」解為包含應歸責於債務人之事由而履行不能之情形。因此，1991 年法第 36 條第 3 項亦與 1972 年法相同，意指廣義之履行不能，包含應歸責於債務人之事由而履行不能之情形<sup>449</sup>。近年來，廢棄法院藉由 1999 年 10 月 14 日第 2 民事庭判決，在應歸責於債務人而履行不能之事案，認為因為履行不能而不必確定強制金之金額。此判決之評釋人亦支持同判決，強調其重要性<sup>450</sup>。不過，此判決並未登載於判例集故其詳細內容並不明確。所謂「不必確定金額」之用語經常使用於廢止強制金之情形<sup>451</sup>，但該判決是否適用 1991 年法第 36 條第 3 項，或此事案於何時點成為履行不能，皆不明確<sup>452</sup>。

關於 1991 年法第 36 條第 3 項之外在原因，與 1972 年法第 8 條第 1 項之偶發事件或不可抗力有相同之問題點，亦即，將強制金之免責事由限定於損害賠償之免責事由，此點有所疑問<sup>453</sup>。此外，關於本條之外在原因，必須由債務人證明

<sup>447</sup> H./L./J. Mazeaud/F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. III, 1<sup>er</sup> vol, 9<sup>e</sup> d, 1998, n° 572；山口俊夫，*フランス債權法*，東京：東京大學出版會，1986 年，頁 221；轉引自：大濱しのぶ，前揭註 17，頁 430。

<sup>448</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, nos 112 et 178；F. Chabas, *La réforme de l'astreinte*, D 1992 *chron.*, p. 300；J. Buffet, *op cit.*, p. 76；R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 90（但未提及債權人行為）；J./L. Boré, *op cit.*, n° 88；轉引自：大濱しのぶ，前揭註 17，頁 430。

<sup>449</sup> S. Cimamonti, *op cit.*, n° 56；轉引自：大濱しのぶ，前揭註 17，頁 428。

<sup>450</sup> Cass. 2e civ. 14 octobre 1999, RTDC 2000. 163, obs. R. Perrot；轉引自：大濱しのぶ，前揭註 17，頁 430-431。

<sup>451</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, p. 99, note 2；轉引自：大濱しのぶ，前揭註 17，頁 431。

<sup>452</sup> 大濱しのぶ，前揭註 17，頁 431。

<sup>453</sup> 大濱しのぶ，前揭註 17，頁 431。說明 1991 年法第 36 條第 3 項之立法旨趣者僅有 Catala 之報告書，據此，此規定係對於並非因為自身之理由而無法履行判決之債務人，避免對其課以制裁。立法者認為，關於履行不能係有責之債務人，不適用本條項。

之<sup>454</sup>。關於外在原因之法院判斷，則成為廢棄法院之審查對象<sup>455</sup>。

第三修正點係，不履行係因為外在原因之效果，並無強制金之變更可能性，而須全部或一部廢止強制金。其中，不履行係因為部分外在原因之情形，成為議會之爭執點。如前所述，在議會亦提案強制金之全部廢止或減輕（減額），結果，雖規定一部之廢止，但一部廢止與減輕之異同模糊不清。關此，學者有以下見解：首先，在因為外在原因而不履行之情形，必須廢止強制金，對此法院並無裁量之餘地<sup>456</sup>。但是，強制金之一部廢止與單純減額相同，就此點承認法院之裁量<sup>457</sup>。此外，1972年第8條第1項規定是否承認確定性強制金之減額，如前述學說上有所對立。若依據肯定解釋，1991年第36條第3項承認強制金之一部廢止，其實質上與1972年法並無不同<sup>458</sup>。

最後，關於1991年法第36條第3項之學說評價，批判確定性強制金制度之學者認為，若債務人證明債權人過錯、第三人行為或不可歸責於己之情事存在，得免除確定性強制金，因為在僅部分牽涉外在原因之情形得減輕確定性強制金，故其屬於緩和確定性強制金之安全措施，相當符合時宜<sup>459</sup>。相對地，對於不履行係部分因為外在原因之情形，若承認強制金之減額，可能使確定性強制金與暫定性強制金之區別模糊不清，以及減損確定性強制金之實效性，因此亦有強烈擔憂此等危險之看法<sup>460</sup>。

<sup>454</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 90 ; J./L. Boré, *op cit.*, n° 88 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 431。

<sup>455</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, nos 111-112 et 178 ; J. Buffet, *op cit.*, p. 77 ; J./L. Boré, *op cit.*, n° 88 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 431-432。

<sup>456</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, nos 112 et 178 ; F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D 1992 chron., p. 300 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 432。

<sup>457</sup> F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D 1992 chron., p. 300 ; J./L. Boré, *op cit.*, n° 88 ; S. Cimamonti, *op cit.*, n° 56 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 432。

<sup>458</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 433。

<sup>459</sup> J./L. Boré, *op cit.*, n° 88 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 433。

<sup>460</sup> F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D 1992 chron., p. 300 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，

#### 第四款、強制金之執行

關於強制金執行之問題，本案裁判允許假執行，則金額確定裁判在法律上當然得為假執行（1991 年法 37 條、現行法 R131-4 條）。但無法基於命強制金之裁判為強制執行（1992 年法敕令 53 條 1 項、現行法 R131-3 條 1 項），亦不得基於命強制金之裁判為假執行。僅在確定強制金金額之後允許為了收取強制金之強制執行。金額確定之前，僅得進行暫時算定金額之保全處分（1992 年敕令 53 條 2 項、現行法 R131-3 條 2 項）<sup>461</sup>，說明如下。

1991 年法第 37 條係關於強制金假執行之規定，其規定此法官之裁判，在法律上當然得假執行。1972 年法並未有相當之條文，係 1991 年法新設之規定<sup>462</sup>。此規定在審議過程並無特別說明或討論，在國民議會第二讀會兩院見解一致<sup>463</sup>。雖然本條之立法旨趣不明，但承認強制金假執行之旨趣則為明確。所謂假執行係，通常不服聲明之期間或其期間內之不服聲明儘管停止判決所為之執行（民事訴訟法典 539 條），承認判決送達後之執行，有關於假執行之民事訴訟法典第 514 條至 526 條規定<sup>464</sup>。所謂強制金之假執行則係為了收取強制金之假執行。假執行有法律上當然允許之情形以及法官個別命假執行之情形，後者較普遍，但本條則明確強制金之情形屬於前者。不過，關於強制金之假執行，解為限於本案裁判之假執行被允許之情形<sup>465</sup>。

1991 年法第 37 條中，得假執行者僅限於「此法官之裁判」，此「裁判」意

---

頁 433。

<sup>461</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 22、26。

<sup>462</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 441。

<sup>463</sup> Journal Officiel. Débats parlementaires. Assemblée Nationale. Compte rendu 25 avril 1991, pp. 1744；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 441。

<sup>464</sup> J. Vincent/S. Guinchard, Procédures civile, 25<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1999, n° 1285；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 441。

<sup>465</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, nos 124 et 182；轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 442。

指為何並不明確。關於確定強制金金額之裁判該當此規定，並無異議，但是否包含發令強制金之裁判則成為問題。對此，學說上採否定立場，理由係 1992 年赦令第 53 條禁止金額確定前之執行<sup>466</sup>及本條之位置<sup>467</sup>。



於 1992 年赦令第 53 條則係關於強制金之金額確定前，得否對以強制金支付為目的之債權為強制執行及保全處分，亦屬於 1972 年法所無之新規定。本條第 1 項規定，任何強制金在確定其金額前，不得為強制執行處分。第 2 項則規定，強制金之金額尚未確定時，基於命強制金之裁判，關於有確定金額權限之法官所暫時算定之金額，得為保全處分<sup>468</sup>。

關於金額確定前執行之容許性，本質上成為問題者係在第二次世界大戰以後，特別係 1949 年法制定後。同法對於建物遷讓施加相當大之限制（禁止履行前之金額確定），使其實效性低下，不過亦成為促使對此問題注目之契機<sup>469</sup>。此時關於金額確定前之執行許可與否，在下級審之層級有顯著對立<sup>470</sup>。下級審有積極承認此之傾向<sup>471</sup>。即使在學說上，此時期亦有強力主張承認金額確定前執行之見解之對立。積極說強調強制金之實效性確保之必要。另一方面，消極說則認為，債權確實存在（確實性）、確定金額（金額確定性）及請求可能（請求可能性）係扣押（金錢執行）之要件<sup>472</sup>，金額確定前之強制金並不滿足如此要件<sup>473</sup>。

<sup>466</sup> M./J.-B. Donnier, *op cit.*, n° 333 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 442。

<sup>467</sup> F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D 1992 chron., p. 300 ; H. Croze, La loi n. 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution: le nouveau droit commun de l'exécution forcée, JCP 1992 I 3555 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 442。

<sup>468</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 458。

<sup>469</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 458。

<sup>470</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 53 ; J. Savatier, L'exécution des condamnations au paiement d'une astreinte, D 1951. chron., p. 37 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 458-459。

<sup>471</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 53 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 459。

<sup>472</sup> J. Vincent/J. Prévault, *op cit.*, n° 71 ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 460。

<sup>473</sup> 消極說之見解：Hémar, S 1948 II 97 ; R. Savatier, D 1950. 252 ; H./L. Mazeaud, RTDC 1959. 367 ; J. Savatier, *op cit.*, p. 37 et s. ; P. Kayser, *op cit.*, n° 15。積極說之見解：Nuville, JCP 1951 II 6038 ; M. Fréjaville, La valeur pratique de l'astreinte, JCP 1951 I 910, n° 10 et s. ; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 460。關於此時期之學說討論，得指出以下幾點。第一，成為討論之前提者，主

1972 年法並未規定此金額確定前執行之許可與否，故討論仍持續。此討論不僅係暫定性強制金，亦及於確定性強制金。即使關於確定性強制金，其金額確定前之執行亦成為問題，因為 1972 年法認為確定性強制金係與損害賠償不同之強制金形式，同時確定性強制金亦要求金額確定。而且，關於金額確定前之執行許可與否，亦可發現按照強制金之種類，結論因而有所不同之學說<sup>474</sup>，此學說基本想法係，以金額確定時之變更可能性有無為根據，比起暫定性強制金，確定性強制金更容易承認金額確定前之執行<sup>475</sup>。

不過，廢棄法院在 1972 年法之前，關於金錢確定前之執行立場並不明確<sup>476</sup>。但 1982 年 2 月 18 日第 2 民事庭判決表示，依 1972 年法第 7 條規定，若不確定確定性強制金之金額，則無法進行強制金之強制收取。關於確定性強制金，在金額確定前，並不承認扣押（相當於執行）。其次，1985 年 2 月 7 日第 2 民事庭判決表示，基於 1972 年法第 7 條及第 8 條，發令強制金之裁判既然不為金額確定，則不成為執行名義，關於確定性強制金，在金額確定前不承認不動產扣押。依據上述判決，廢棄法院明確採取否定在強制金之金額確定前，實行強制執行之立場<sup>477</sup>。此外，此廢棄法院之立場係，不區分強制金之種類皆否定之。相較於前述按照強制金種類區分之學說，就金額確定前之執行，比起暫定性強制金，確定性強制金更容易肯定之立場；判例則係無論何事案，皆否定確定性強制金於金額

---

要係暫定性強制金。確定性強制金被除外之原因係，在當時一般而言，確定性強制金被解為損害賠償之一種，作為強制金並未被充分認知。第二，成為論點者係，金額確定前之強制金，是否具備作為債權之確實性、金額確定性、請求可能性。不過在此並不深入討論。第三，關於保全性質之執行處分，消極說亦有例外承認其適用之方向。學說上關於此點大致上為一致。所謂有此保全性質之處分係，保全處分及扣押之初期階段。參見：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 461。

<sup>474</sup> Y. Lobin, *op cit.*, n° 27 et s.; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 462。

<sup>475</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 462-463。

<sup>476</sup> D. Denis, *op cit.*, n° 53; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 463。

<sup>477</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, p. 100, note 1; S. Cimamonti, *op cit.*, n° 86; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 463。

確定前之強制執行<sup>478</sup>。

另一方面，廢棄法院 1987 年 5 月 13 日第 2 民事庭判決認為，在扣押(禁止)之保全階段中，債權人若藉由證書證明債權大致真實即為已足，因此，將撤銷基於發令強制金裁判所為扣押之原判決廢棄。同判決係直接關於扣押之保全階段，但間接地明確廢棄法院之立場，即肯定強制金之金額確定前進行保全性質之處分<sup>479</sup>。

關於 1992 年赦令第 53 條之旨趣，如上所述，1972 年法下之廢棄法院立場雖然否定基於發令強制金之裁判為強制執行，但容許保全性質之處分。本條得理解為遵從此 1972 年法下之判例。不過，1991 年法除了不動產扣押，因為實行關於強制執行及保全處分之全面性修正，關於金額確定前強制金執行之 1972 年法下判例，在 1991 年法下並不通用<sup>480</sup>。

本條雖然形式上而言，係按照如此判例之旨趣，但是實質上係基於 1991 年法下，作為應依強制執行被實現之債權要件，要求債權之確實性、金額確定性、請求之可能性（1991 年法 2 條）<sup>481</sup>。但是，應依保全處分被保全之債權要件則僅要求債權係大致上有理由即可，並不要求債權之確實性、金額確定性、請求可能性（1991 年法 67 條 1 項）<sup>482</sup>。有鑒於此點，本條之立法者僅考量，關於金額確定前之強制金係，欠缺作為債權之確實性、金額確定性、請求可能性任一者或

<sup>478</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 463。

<sup>479</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, p. 100, note 2; F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 106; S. Cimamonti, *op cit.*, n° 87; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 463-464。

<sup>480</sup> 1991 年法取代扣押=禁止而設置扣押=歸屬，無法基於金額確定前之強制金實行扣押=歸屬。關於此詳細內容，請參見：F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 106; S. Cimamonti, *op cit.*, n° 89; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 462-464。

<sup>481</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 282 et s.; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 464。

<sup>482</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, nos 286-287, 758 et s.; 轉引自：大濱しのぶ，前掲註 17，頁 464。

全部皆欠缺，但除此之外並未規定<sup>483</sup>。

使潛在之權利變化為確實存在、金額確定且請求可能之債權，強制金之金額確定有此等重要之效果，在金額確定前之階段，要求支付強制金之權利欠缺確實性、金額確定性以及請求可能性<sup>484</sup>。雖然有如此之有力學說<sup>485</sup>，但亦有認為僅欠缺金額確定性之見解<sup>486</sup>。此外，1992年敕令第53條第1項可謂係限制強制金實效性之規定。採取金額確定前執行之積極說根據，主要係為了強化強制金之實效性<sup>487</sup>，有鑒於此，前述本條規定之旨趣則更加明確。

關於容許金額確定前保全處分之1992年敕令第53條第2項，實行此保全處分係，藉由「有確定金額權限之法官」即執行法官或發令強制金之法官（1991年法35條），要求強制金暫時之算定。若依據1991年法第67條第1項<sup>488</sup>，實行保全處分原則上需要法官之事前許可，例外則係同法第68條規定，債權人接用執行名義或未生執行力之裁判時，則不需法官之事前許可。基於命強制金之裁判實行保全處分之情形，亦有認為依據此第68條，不需要事前許可之學說<sup>489</sup>，但是因為必須暫時算定強制金，經常不適用1991年法第68條，而要求事前許可<sup>490</sup>。

<sup>483</sup> 大濱しのぶ，前掲註843，頁465。

<sup>484</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 85；轉引自：大濱しのぶ，前掲註17，頁465。

<sup>485</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 104；J./L. Boré, *op cit.*, n° 64；轉引自：大濱しのぶ，前掲註17，頁465。

<sup>486</sup> S. Guinchard/T. Moussa, *Droit et pratique des voies d'exécution*, éd. 2001/2002, Dalloz, 2001, n° 3137, par T. Fossier；J. Vincent/J. Prévault, *op cit.*, n° 72；轉引自：大濱しのぶ，前掲註17，頁465。

<sup>487</sup> M. Fréjaville, *La valeur pratique de l'astreinte*, JCP 1951 I 910, n° 15；轉引自：大濱しのぶ，前掲註17，頁465。

<sup>488</sup> 1991年法第67條第1項規定：「擁有大致上有理由之債權之任何人，若證明可能威脅至其收取之情事，不需事前之催告，得向法官請求對其債務人財產進行保全處分之許可」。參見：大濱しのぶ，前掲註17，頁464-465。

<sup>489</sup> S. Cimamonti, *op cit.*, n° 90；轉引自：大濱しのぶ，前掲註17，頁466。

<sup>490</sup> R. Perrot/Ph. Théry, *op cit.*, n° 85；轉引自：大濱しのぶ，前掲註17，頁466。

### 第三章 日本法之間接強制金制度



#### 第一節、間接強制金制度之定性

##### 第一款、間接強制金之性質

##### 第一目、間接強制金與執行方法之關係

日本法上之間接強制金主要規定於民事執行法第 172 條第 1 項<sup>491</sup>，其係執行法院按債務人遲延之期間，或債務人於所認相當期間內不履行時，為確保債務履行，命債務人應給付所認相當一定額度金錢予債權人。從法典體系上而言，此條文規定於民事執行法第二章「強制執行」之第三節「非以金錢支付為目的請求權之強制執行」，故間接強制金屬於強制執行之執行方法此點並無異議<sup>492</sup>。亦即，藉由告知對債務不履行之制裁，給予為免於制裁而履行債務之動機，以此為目的之執行方法，對債務人施加心理強制促使其履行債務<sup>493</sup>。向來之學說亦將間接強制與直接強制、代替執行等方法並列說明，屬於眾多執行方法之一種，且在日本法上，因為並不採行對人執行之方法，故多以「間接強制」稱呼間接強制金<sup>494</sup>。

此外，日本之間接強制金制度僅由執行法院為之，裁判法院無法於裁判時一併命加給強制金之裁定，故與法國法上法院得於裁判時附加強制金有所不同。法國法特別於條文上規定，賦予執行法院強制金之管轄權，在日本則因為間接強制金為執行方法之一種，故由執行法院為之，並非特別立法賦予執行法院管轄權。

<sup>491</sup> 日本民事執行法第 172 條第 1 項：「作為又は不作為を目的とする債務で前条第一項の強制執行ができないものについての強制執行は 執行裁判所が 債務者に対し 遅延の期間に応じ、又は相当と認める一定の期間内に履行しないときは直ちに 債務の履行を確保するために相当と認める一定の額の金銭を債権者に支払うべき旨を命ずる方法により行う」。

<sup>492</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 484。

<sup>493</sup> 富越和厚，香川保一監修，注釈民事執行法(7)，東京：金融財政事情研究会，1989 年，頁 280。

<sup>494</sup> 三ヶ月章，民事執行法，東京：弘文堂，2008 年，頁 7、420；中野貞一郎，民事執行法，増補新訂六版，東京：青林書院，2011 年，頁 10、810。

## 第二目、間接強制金與損害賠償之關係

關於間接強制金是否為損害賠償之問題，於昭和 55 年（1980 年）制定之民事執行法第 172 條第 4 項規定：「債務不履行所生之損害額超過間接強制金支付額時，不妨礙債權人就其超過額度為損害賠償之請求」。因此，於民事執行法下已修正舊法，而將間接強制金與損害賠償切割，但是本條又規定有將強制金充當於損害賠償之要旨<sup>495</sup>，學說對其性質即有所討論：第一，損害賠償金說係以法定或裁定違約金說明，實質上重視損害賠償性質之立場；第二，制裁金說認為其與損害賠償不同而係制裁；第三，折衷說則採取併有制裁與損害賠償性質之立場。向來通說為損害賠償金說，制裁金說則成為近來之有力說<sup>496</sup>。

損害賠償金說，係源自於舊民事訴訟法第 734 條之規定<sup>497</sup>（明治 31 年（1898 年）法律第 11 號中民法施行法第 51 條修正後之規定），其規定於債務性質允許強制履行之情形，第一審受訴法院須依聲請，以裁定定相當期間，命債務人於期間內未履行時，應按其遲延期間為一定之賠償或直接為損害之賠償。其中有「損害之賠償」等用語，因此，對於此種債務人不履行時法官命其所應給付之金錢，在舊法下將其定位為損害賠償；即使在民事執行法制定後，對於同樣係於債務人不履行時法官命其所應給付之間接強制金，通說亦認為係債務人不履行債務所生之損害賠償金，其與損害額不一致乃係因為屬於法院所定之法定或裁定之違約金<sup>498</sup>；其中有認為因強制金歸屬於債權人，必須使債權人利得正當化有實體法上原

<sup>495</sup> 大濱しのぶ，山本和彦編，新基本法コンメンタール民事執行法，東京：日本評論社，2014 年，頁 429。

<sup>496</sup> 大濱しのぶ，間接強制の課題，三木浩一編，金錢執行の実務と課題，東京：青林書院，2013 年，頁 284。

<sup>497</sup> 日本舊民事訴訟法第 734 條：「債務ノ性質カ強制履行ヲ許ス場合ニ於テ第一審ノ受訴裁判所ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ相当ノ期間ヲ定メ債務者カ其期間内ニ履行ヲ為ササルトキハ其遲延ノ期間ニ応シ一定ノ賠償ヲ為スヘキコト又ハ直チニ損害ノ賠償ヲ為スヘキコトヲ命スルコトヲ要ス」。此法條相當於現行民事執行法第 172 條。

<sup>498</sup> 田中康久，新民事執行法の解説，東京：金融財政事情研究会，1979 年，頁 289；浦野雄幸，

因，故將其解為以債務人不履行為原因之法定違約金<sup>499</sup>。

制裁金說認為間接強制金包含制裁因素，並非損害賠償之性質<sup>500</sup>。亦即，參考前述法國法之間接強制金制度（astreinte），就間接強制裁定中應履行義務要旨之命令，可謂包含家事審判法上之履行命令（家事審判法 15 條之 6），認為強制金得解為違反此履行命令之制裁，且其本來即與損害賠償不同，沒有充當損害賠償之必然性。將強制金充當為損害賠償之現行法作法，僅係避免對債務人苛刻以及避免給予債權人過剩利得之便宜措施；在立法論上值得檢討，將強制金充當為損害賠償是否恰當，更甚者將強制金全面由債權人取得是否恰當<sup>501</sup>。此說中依成為制裁根據之履行命令所在，可分為兩種看法：一種係根據包含於債務名義（相當於我國之執行名義）中之履行命令<sup>502</sup>，另一種係根據間接強制裁定中之履行命令<sup>503</sup>。此種微妙之不同牽涉假處分命令之撤銷裁定確定時，基於該假處分命令所收取之間接強制金是否成為不當得利之問題，留待後述（第四節、第三款、第一目）。另外，對於平成 16 年（2004 年）民事執行法修法後，明文規定將債務人資力納入考量決定強制金額度（第 167 條之 15 第 2 項），有學者認為此事已意味著間接強制金完全與損害賠償無關。因為若不考慮債務人資力則無法產生強制機能，將此納入考量提高間接強制金額度，於債務人有高資力之情形必須將其列入

---

逐条概説民事執行法，東京：商事法務研究会，1980 年，頁 346；中野貞一郎，民事執行法〔新訂四版〕，東京：青林書院，2001 年，頁 678。其中，中野貞一郎教授於其同著作增補新訂五版（2006 年）後即改變見解，採取制裁金說。

<sup>499</sup> 富越和厚，前掲註 493，頁 282。

<sup>500</sup> 春日偉知郎，於「間接強制の現在と将来」座談會之發言，判例タイムス，1168 号，2005 年 3 月，頁 40；松本博之，民事執行保全法，東京：弘文堂，2011 年，頁 333；中西正、中島弘雅、八田卓也，民事執行・民事保全法，東京：有斐閣，2010 年，頁 248。

<sup>501</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 489。

<sup>502</sup> 山本和彦，事情変更による仮処分命令の取消決定が確定した場合に当該仮処分命令の保全執行としてされた間接強制決定に基づき取り立てられた金銭が不当利得となつた事例 法学研究，83 卷 5 号，東京：慶應義塾大学法学研究会，2010 年 5 月，頁 82。

<sup>503</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 489；中野貞一郎、下村正明，民事執行法，東京：青林書院，2016 年，頁 815；野村秀敏，仮処分・間接強制決定と仮執行宣言の失効に伴う事後処理に関する若干の問題点，専修ロージャーナル，6 号，2011 年，頁 192。

考慮而決定額度<sup>504</sup>。

另外，認為間接強制金有損害賠償與制裁金兩方面性質之折衷說。亦即，間接強制金之金額，基本上係為了確保債務人之義務履行，由法院合目的性地定相當之額度，應承認其係為確保債務人之義務履行而咎責其違反履行命令之制裁金性質；另一方面，間接強制金又以充當於債務人不履行債務，而對債權人所生損害之賠償為前提，因此認為其有制裁金與損害賠償之兩種性質<sup>505</sup>。

由上述可知，雖然向來通說認為因舊法規定而以損害賠償說為主，但近來不論係制裁金說或折衷說，學者多肯認其具有制裁之性質。亦即，單純以損害賠償尚不足以完整說明間接強制金之性質，因為其係以債務人違反執行院所為之履行命令為條件，對債務人所施加之心理強制，縱使對現行法強制金得充當於損害賠償之規定及強制金之歸屬問題有所爭論，但是至少其係屬於促使債務人自行履行之執行方法，與損害賠償金僅係賠償義務不履行所生損害，目的並不相同。

<sup>504</sup> 森田修，於「間接強制的現在と将来」座談會之發言，判例タイムス，1168号，2005年3月，頁47。

<sup>505</sup> 酒井博行，保全すべき権利が発令時から存在しなかったものと本案訴訟の判決で判断され、仮処分命令が事情の変更により取り消された場合において、当該仮処分命令の保全執行としてされた間接強制決定に基づき取り立てられた金銭につき、不当利得返還請求をすることができるか，法学研究，46卷1号，札幌：北海学園大学法学会，2010年6月，頁131。同此見解者有：三ヶ月章，前掲註494，頁420、422；松下淳一，扶養義務等に係る金銭債権についての間接強制，家庭裁判月報，57卷11號，2005年11月，頁16-17；山木戸克己，民事執行・保全法講義，補訂二版，東京：有斐閣，1999年，頁214；川嶋四郎，仮処分取消後における間接強制金の帰趨—保全執行と不当利得の成否，法学セミナーベストセレクション，666号，2010年6月，頁122。

## 第二款、間接強制金之歸屬

依民事執行法第 172 條第 1 項明定，強制金為債務人給付予債權人之一定金錢，隨著近來對於間接強制金性質之討論，學說多採取制裁金說，而非給付與債權人之損害賠償，如此應如何解釋債權人保有間接強制金利得之正當根據？換言之，若只是制裁，為何由私人取得？雖然有認為係懲罰性損害賠償，但很難合理說明私人得取得全部金額。在此意義上，能否理論性、整合性說明此制度現今亦有疑問。在法國法修正之時，出現應將所取得之間接強制金一部歸屬於國庫之討論，現實上如葡萄牙法制等係債權人與國庫各半取得。據此，終究係對違反債務名義內在給付命令之制裁，對債務人發生給付金錢義務，在此政策性根據上，債權人取代債務人而實現其義務，且一部由債權人取得，若係如此，將強制金充當於損害賠償則不合理<sup>506</sup>。

因此，有針對強制金歸屬之討論出現，其方法如下：①全額歸屬於債權人；②全額歸屬於國家或公家機關；③折衷方法，一部分歸屬於債權人，一部分歸屬於國家或公家機關。

無論採取何一方法皆有其優缺點。關於①全額歸屬於債權人之方法：雖然就是否充當於損害賠償有所不同，除了日本，法國外，亦被荷比盧等各國之統一法等所採用，有促進間接強制利用之效果。但是，若否定懲罰性損害賠償觀念，理論性說明有困難，且有可能因為債權人導致制度濫用。②歸屬於國家之方法：即相當於我國所謂之怠金。在日本家事審判法上之履行命令不服從之制裁制度（家事審判法 28 條 1 項）或德國法之怠金亦採用。但是，其與歸屬於債權人之方法相反，間接強制可能不被債權人利用。利用家事審判法上履行命令不服從之制裁

<sup>506</sup> 山本和彦，前揭註 500 座談會之發言，頁 38。

情況亦不多，其原因之一係因為採用間接強制金歸屬於國家之架構。此外，德國法除了間接強制方法之金錢支付（怠金）之外，亦承認拘禁，拘禁之實效性特別高。因此，與日本間接強制性質相當不同。然而，有採取此應歸屬於國家之見解者，認為若制裁金之目的即使係確保履行，亦帶有性質上為了維持民事法秩序之民事罰金或藐視法庭罪所仿效之刑事罰金要素。此外，從如當事人主義、處分權主義之程序法方針，救濟聲請本來委由當事人之自主性即為已足，應無必要強行賦予債權人超過損害填補限度之制裁金而誘發其聲請<sup>507</sup>。③一部分歸屬於國家，一部分歸屬於債權人之方法：在法國關於間接強制金之 1972 年法及 1991 年法立法之際所提案，在行政事件之間接強制金或葡萄牙等被採用。雖然就此理論性說明有困難，債權人與國家或公家機關間之分配比例為何等亦成為問題。惟其一方面確保間接強制利用之誘因，一方面避免債權人得到過剩之利益，故有學者採取此見解，認為強制金作為違反法院命令之制裁，本來全部即歸屬於國家，但遵循間接強制程序之債權人協力或代行國家任務，故作為其協力或代行之費用，承認其在合理範圍取得強制金<sup>508</sup>。並且，參考法國採取強制金之全部或一部歸屬於國家或公家機關方法，有將此作為扶養費或法律扶助財源之想法，故認為從政策之觀點得將歸屬於國家之強制金作為法律扶助等之財源<sup>509</sup>。


另外，亦有自債權人關係之角度說明，認為債務人所支付之間接強制金超過債權人實際損害之私的收取，係以對債務不履行後判決為機會所形成之債權人與債務人間協力義務之違反，由此賦予債權人保有強制金之實體法上基礎<sup>510</sup>。

<sup>507</sup> 石川明，暴力団組長に対し建物を組事務所として使用することを禁じた仮処分決定についての間接強制が抗告審において維持された事例，判例評論，354号，1988年8月，頁53。

<sup>508</sup> 關於債權人得收取強制金之說明，採取此見解者：酒井博行，前掲註505，頁132；難波讓治，保全執行にかかる間接強制金支払いが被保全権利の不存在によって不当利得とされた事例，法学セミナー増刊速報判例解説，6号，2010年4月，頁100。

<sup>509</sup> 大濱しのぶ，前掲註17，頁501-504。

<sup>510</sup> 森田修，強制履行の法学的構造，東京：東京大学出版会，1995年，頁348。



在日本現行制度下，間接強制金係歸屬於債權人，但是就其保有強制金之根據為何？關此，近來有認為上述間接強制法律性質論所用之「違約金」、「制裁金」等用語之法學意義未必明確，以此作為分析框架並不適切。故賦予間接強制實體法上根據，作為債權人之實體權內容，與損害賠償請求權被區別，而預設履行請求權更為被具體化之階段，亦即，履行請求權，雖然在間接強制之情形於程序上被考量，但作為實體法上請求權係朝向「強制履行請求權」被具體化。即使討論間接強制之法律性質論，其分析核心亦並非違約金、制裁金或損害賠償金，而係間接強制金之內容係被決定於實體法上或程序法上何處。因此，論者直接討論間接強制金被保持於執行債權人之根據為何，換言之，債權人保有強制金之「法律上原因」為何，提出應從①實體權、②債務名義或③執行行為中尋求之見解<sup>511</sup>。

若將間接強制定義為「確保債務名義所示債務之履行之手段」，在此，間接強制與實體上權利連結後，被定位為「手段」。此時，間接強制是否為債務之實現手段，抑或債務名義之實現手段成為問題。若採後者理解，②之標準係法律上原因，間接強制制度依據債務名義被賦予根據，並不與實體權直接連結。但是，間接強制作為手段被連結後作為「債務名義所示之債務」，並非「表示債務之債務名義」，應解釋為於①之標準實體權尋求法律上原因。亦即，基於實體權利而發生一般法律義務，對應於此義務之履行請求權，在間接強制情形被具體化，成為所謂之強制履行請求權，在保全程序中即係「被保全之權利」<sup>512</sup>。與此類似，亦有認為間接強制係為實現債務名義上請求權之制裁手段，若按照此制度旨趣，強制金歸屬於債權人之法律上原因之實體法上請求權，並非獨立於債務名義上之

<sup>511</sup> 森田修，保全執行において収受された間接強制金に対する不当利得返還請求の可否，法学協会雑誌，127卷11号，2010年11月，頁1915。

<sup>512</sup> 森田修，前掲註511，頁1917。

請求權，而應解為附隨性之請求權<sup>513</sup>。稍有不同者係，前者見解認為此請求權並非附隨性請求權，而係本質性請求權被具體化。



關於此議題多於實務上假處分命令撤銷確定後，對於保全執行中所收受之間接強制金可否請求不當得利返還有所討論，詳待後述。前述學者按照其所提出之依據區分各種見解如下<sup>514</sup>：學說上有認為其保有強制金之法律上原因並非係實體法上被保全權利，而係承認該被保全權利之假處分命令或間接強制裁定<sup>515</sup>。亦即，否定實體權為保有強制金之根據，而尋求於②債務名義或③執行行為。亦有尋求於④實體權或②債務名義者<sup>516</sup>；亦有將強制金組成一分為二，被充當於損害賠償之部分，其保有之法律上原因為①實體權，超過損害賠償之部分則為制裁，其保有之法律上原因為③執行行為<sup>517</sup>。

### 第三款、間接強制金制度之正當性與必要性

#### 第一目、打破權利判斷與執行機關二分論

日本之民事訴訟制度中，判決機關與執行機關嚴密被分離，嚴格區別實行債務名義形成程序與執行程序。此係為了民事執行中所期待之實體正當性與迅速性。例如，藉由國家權力強制實現私法上之權利，以此為任務之民事執行制度中，一

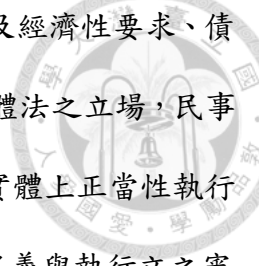
<sup>513</sup> 中村心，保全すべき権利が発令時から存在しなかったものと本案訴訟の判決で判断され、仮処分命令が事情の変更により取り消された場合において、当該仮処分命令の保全執行としてされた間接強制決定に基づき取り立てられた金銭につき、不当利得返還請求をすることができるか，ジュリスト，1392号，2010年1月，頁183。

<sup>514</sup> 森田修，前掲註511，頁1917、1929。

<sup>515</sup> 上原敏夫，間接強制、仮処分の取消しに伴う原状回復，法学教室，348号，2009年9月，頁48。

<sup>516</sup> 笠井正俊，保全すべき権利が発令時から存在しなかったものと本案訴訟の判決で判断され、仮処分命令が事情の変更により取り消された場合に、当該仮処分命令の債務者が、保全執行としてされた間接強制決定に基づき取り立てられた金銭について不当利得返還請求をすることができるか，法学セミナー増刊速報判例解説，5号，2009年10月，頁152。山田文，仮処分における被保全権利の不存在と間接強制金の不当利得，ジュリスト，1398号，2010年4月，頁152。

<sup>517</sup> 難波讓治，前掲註508，頁101。



一般而言，必須考慮國家權力對人及對物之界限、制度之效率性及經濟性要求、債務人之人格尊重等諸多要素，應成為其中心之指標因為係從實體法之立場，民事執行制度被理解為實體上正當性之「事前審查體系」以及欠缺實體上正當性執行之「事後更正體系」。亦即，藉由執行機關之事前審查有債務名義與執行文之審查即為已足，同時藉由作為事後更正手段之執行文付與及不服聲請之程序或請求異議之訴等保障實體上正當性，可以迅速、確實回應權利實現之要求。債務名義之存在主要係保障實體上正當性，一面保障執行制度以前債務人之參與機會，實現表示實體權之高度蓋然性之重要角色，在執行機關中並不嚴密審理判斷其內容。如此區別判斷機關與執行機關，執行機關應實行之執行內容係在債務名義上明確所指示，而要求單一意義。訴訟上請求之特定性亦與執行中作為債務名義之機能密切關連<sup>518</sup>。

特別關於金錢執行之直接強制，執行開始後之步驟因為在制度上較嚴格被規定，故此種判決與執行機關之嚴密區別係適當且簡單。亦即，為了滿足金錢債權明確規定之「扣押→換價→分配」程序，債務名義上，支付義務範圍若係明確則依債權人聲請執行後自動進行執行程序；但是，若係非直接強制之金錢執行，特別係關於行為義務或不行為義務之執行，債務名義所命內容並非得如此劃一執行，而必須依據執行機關「授權裁定」或「間接強制裁定」。此外，在間接強制中就違反行為之存否，等待依據執行文付與關係程序為判斷，在此執行機關實現原債務名義記載往往伴隨困難。因此行為、不行為執行中，判斷機關與執行機關之分離原則本身即發生變化<sup>519</sup>。

---

<sup>518</sup> 西川佳代，不作為義務の間接強制に関する諸問題—当事者の役割分担の視点から，河野正憲、伊藤真、高橋宏志編，民事紛争と手続理論の現在，京都：法律文化社，2008年，頁523-524。

<sup>519</sup> 西川佳代，前掲註518，頁524。

於實務見解<sup>520</sup>有表示：債務名義表示係以所謂「使成員集合等」之包括性表現禁止行為時，在間接強制裁定之情形，作為「假處分全體之旨趣」禁止同樣「得評價」之行為，在此「債務名義之一義性」與「執行機關之不可判斷性」並不嚴格貫徹。因此，不行為執行之情形並不同於金錢執行之直接強制中那般嚴格為判斷機關與執行機關之任務分擔，即使執行過程中亦期待為實體內容之判斷<sup>521</sup>。

往往從整體民事裁判體系中「救濟」之觀點分析，在其中定位執行程序。依據「救濟」之觀念如何，在裁判體系中執行程序之定位及執行機關之角色亦有所不同。學說上有重視「過程之救濟」之立場，認為權利形成過程與實現過程係不可分之一體，在執行過程亦實行當事人間之利害調整、關係建立之再建構，將其解為權利形成過程之一種情形<sup>522</sup>。亦即，著眼於當事人調整利害之程序，互相建立符合公正而朝向利害關係調整之程序，判斷過程與執行過程之嚴密分離並不妥當，故將兩者理解為不可分之一體。此外，並非僅係正式裁判過程而應從在紛爭處理過程整體中之法院或程序所完成任務之觀點，反思判決程序及執行程序<sup>523</sup>。換言之，判斷、執行無法分段，在作成債務名義之判斷程序中，必須有著眼於其後執行之對話，即使在執行階段亦並非按照債務名義機械般執行，必須有與債務名義作成之相同判斷程序<sup>524</sup>。

日本之間接強制係屬於執行方法，已於前述，與其他民事執行方法相同，均係由執行法院為裁定（民事執行法 172 條 1 項）。因此，基本上無明文規定判決法院得命為間接強制金之執行方法。不過，家事事件手續法有規定履行命令制度，

<sup>520</sup> 静岡地判昭和 62 年 11 月 20 日，判例時報 1259 号，頁 107；東京高決昭和 63 年 1 月 27 日，判例時報 1262 号，頁 105。

<sup>521</sup> 西川佳代，前掲註 518，頁 529、531。

<sup>522</sup> 井上治典，民事救済手続の理念と構造，新民事救済手続法，井上治典、中島弘雅編，京都：法律文化社，2006 年，頁 4。

<sup>523</sup> 西川佳代，前掲註 518，頁 533-534。

<sup>524</sup> 安西明子，作為、不作為、意思表示請求權などの執行，前掲註 522，頁 177。

即在家事程序中有不履行所命金錢支付或其他財產上給付義務之情形，家庭法院認為適當時，得依權利人聲請對義務人為命其應履行之命令；若無正當理由不遵從此履行命令，得處 10 萬日圓以下之罰款（家事事件手續法 291 條 1、5 項）；此制度係藉此心理強制義務人促使義務履行之旨趣，屬於間接強制之一<sup>525</sup>，且係由作成債務名義機關之家庭法院所作成，某程度肯認判斷機關得為間接強制之執行方法，已打破判斷機關與執行機關之二分論。

另外，於民事執行法修正後，擴大間接強制之適用範圍，並將債務人資力納入考量為間接強制後（民事執行法 167 條之 15 第 2 項），就執行法院是否得為債務名義之變更亦成為討論焦點。依據執行法院於何時發現債務資力減少而區分為：間接強制金裁定之發令階段中僅有債務一部之支付能力情形，以及發令後喪失債務一部支付能力情形<sup>526</sup>。在此僅討論前者問題，因為後者僅牽涉執行法院為間接強制裁定變更問題，並無重新作成或改變債務名義之問題。

於發令階段債務人就債務名義上債務之一部無支付能力之情形，例如依據家事調解約定每月支付 5 萬元扶養費，於某月未支付而聲請間接強制，訊問債務人（民事執行法 167 條之 15 第 6 項、172 條 3 項）後，發現調解成立後債務人資力惡化，由債務人證明現在支付超過 3 萬元即會使其生活陷入顯著窘迫狀態。於此情形，若沒有 5 萬元支付能力則無法為強制 5 萬元全額支付之間接強制裁定（民事執行法 167 條之 15 第 1 項但書），此時應僅就 3 萬元為強制金裁定抑或駁回間接強制之聲請成為問題。關於承認一部裁定之想法，有基於重視金錢債務之可分性<sup>527</sup>，或認為民事執行程序適用當事人處分權主義<sup>528</sup>，債務人不履行而聲請強制

<sup>525</sup> 西川佳代，家事事件における執行--判断機関と執行機関の連携，法律時報 81 卷 3 号，2009 年 3 月，頁 53。

<sup>526</sup> 松下淳一，前掲註 505，頁 18、20。

<sup>527</sup> 小野瀨厚、原司，一問一答平成十六年改正民事訴訟、非訟事件手続法、民事執行法，東京：

執行之情形，即使僅能履行一部債務通常債權人亦希望債務人履行，故得在支付能力範圍內決定強制金，即僅為 3 萬元之間接強制金裁定<sup>529</sup>。關於否認一部裁定之想法（全部駁回），作成債務名義代表就被表示於其之債權得為強制執行，故認為在執行法院無法僅就其一部為強制執行，因為債務名義作成機關與執行機關之任務分擔之應有狀態有所疑問，債權人明明係就債權全額為強制執行聲請，若認為執行法院得僅就其一部為強制執行，則就當事人意思尊重而言會有問題，故應駁回債權全部之間接強制聲請<sup>530</sup>。亦即，執行機關之執行法院僅就其一部為強制執行，實質上係重新作成債務名義，超過執行機關之任務，應由債務名義作成機關按照支付能力重新作成新債務名義<sup>531</sup>。

間接強制係為了實現內在於債務名義效力之一種命令，若採取屬於對違反其給付命令之制裁觀點，認為判決法院可能就自身所形成債務名義之執行方法有一定之裁量判斷。至少就間接強制而言，判決法院與執行法院可能無法如此嚴密區分而相互被納入。執行法院與債務名義作成或與記錄所在之關係有所規定（民事執行法 167 條之 15 第 6 項、173 條 2 項、33 條 2 項），即判決法院成為執行法院之構造上，則並非嚴密之執行法院與判決法院分離論，而係判決法院對於以間接強制之形式選擇執行方法有裁量性判斷，在此架構上，肯認如同間接強制一部容認或一部撤銷此事或許亦有其餘地，得朝此方向思考<sup>532</sup>。且儘管支付能力減少係債務人之情事，但改變債務名義或重新一部聲請係對債權人課與程序負擔，就此特別係關於扶養義務相關金錢債務之強制執行並不適當<sup>533</sup>。亦有認為此事不僅係

---

商事法務，2005 年，頁 160。

<sup>528</sup> 中野貞一郎、下村正明，前揭註 503，頁 65。

<sup>529</sup> 松下淳一，前揭註 505，頁 18-19。

<sup>530</sup> 小野瀨厚、原司，前揭註 527，頁 160。

<sup>531</sup> 松下淳一，前揭註 505，頁 19。

<sup>532</sup> 山本和彦，前揭註 500 座談會之發言，頁 38。

<sup>533</sup> 松下淳一，前揭註 505，頁 19。

因為「家事事件之特殊性」而不必特別嚴格解釋「判斷、執行二分論」，毋寧係，間接強制一般判斷程序與執行程序如何連攜，或者，在個別程序中如何相互合作而進行此事成為問題<sup>534</sup>。



向來判斷、執行二分論之問題更顯著表現於家事事件中，如以下將人際關係調整作為內容之義務執行。以人際關係調整為內容之行為義務，有關於子女與非監護雙親之會面交往者及子女交付者，任何一種皆有複雜人際關係與紛爭過程，且於強制實現義務內容之際，必須考慮多種因素如子女福祉、心理成長或環境等<sup>535</sup>。

關於面會交往之執行，雖然就執行方法得否採取間接強制有所爭議，關此於後說明（第四節、第二款、第二目、三）。在此若採取間接強制之執行方法，則關於債務名義上義務之特定性會有所問題。亦即，在判斷、執行二分論之基礎上要求債務名義之民事執行法立場，在執行之際，關於債務名義命債務人之義務內容必須單一意義且明確。但是，就會面交往微妙問題為合意或審判等情形，可否謂其有如債務名義性般之程度嚴格被決定？又，關於會面交往事件是否有必要嚴格確定義務內容？提出間接強制裁定之際，關於是否得允許執行法院具體特定義務內容之問題，一般而言，此係關於明確基於債務名義應為如何種類、內容、範圍之執行之「債務名義之解釋」。解釋之際所使用資料限於債務名義或執行文，原則上不可參酌其以外之資料，此係判斷、執行二分論之基礎，執行機關並未調查實體上給付義務之存否、內容，而使其迅速實施執行。但是，執行機關在為間接強制裁定之際，為當事人之訊問，可謂係作成第二次債務名義，故債務名義之解釋成為其作成程序之過程，當然參酌訊問當事人交往、協議內容之結果。在會

<sup>534</sup> 西川佳代，前揭註 525，頁 56。

<sup>535</sup> 西川佳代，前揭註 525，頁 56。

面交往事件中，最常發生之日常中與子女交往之人係親權人即債務人，故具體上如何履行，應聽取債務人意見與債權人協調，依據此為間接強制裁定<sup>536</sup>。

另外，關於子女交付請求之實現係，作為其執行方法應藉由直接強制或間接強制亦有爭論。這些對立終究係子女交付債務為「給付債務」抑或「行為債務」之債務法律性質之見解不同外，亦牽涉從交付目的係「人類」之人格尊重此點如何被考量。間接強制說認為子女交付請求係親權行使之妨害排除請求，以不行為為內容而有非代替性性質，此外，無論子女意思能力之有無應尊重其人格，將子女準用物之想法並不適當。實務上向來以間接強制說為主流<sup>537</sup>。

但是，無論採取何種執行方法，判斷機關與執行機關分離亦成為問題。例如，判斷機關之家庭法院關於九歲子女判斷無意思能力而為交付子女之審判，但是執行機關判斷九歲子女有意思能力而駁回聲請之情形，或家庭法院儘管預設間接強制而審判交付子女，執行機關受理債權人之直接強制聲請執行之情形<sup>538</sup>。

為了防止這些判斷機關與執行機關解釋之不一致，首先判斷機關就子女意思能力有無等問題，立於依子女意思能力之有無考量直接強制可否之立場時，子女意思能力有無之判斷伴隨困難，故僅使執行官負有此種直接強制可否之重要判斷責任並不適當。毋寧係，關於子女意思能力有無此點，應係在債務名義成立之裁判程序中，確定子女交付請求權之具體內容階段之問題，不應係執行階段之問題<sup>539</sup>。在執行階段並不特別認為有問題之同時，其判斷容易，在審判書中明確其旨趣應為適當<sup>540</sup>。此外，因為執行之場合無法得到家事調查官協力，故執行官與家

<sup>536</sup> 西川佳代，前掲註 525，頁 56-57。

<sup>537</sup> 西川佳代，前掲註 525，頁 57。

<sup>538</sup> 遠藤真澄，子の引渡と直接強制：主に家裁の審判，保全処分と直接強制の在り方について，家庭裁判月報，60 卷 11 号，2008 年 11 月，頁 30。

<sup>539</sup> 青木晋，子の引渡し執行実務，家庭裁判月報，58 卷 7 号，2006 年 7 月，頁 98。

<sup>540</sup> 遠藤真澄，前掲註 538，頁 30。

事法院之連攜有其必要<sup>541</sup>。

更進一步，即使係直接強制之情形，不限於立刻行使實力，仍有相當多藉由執行官說服對方債務人等之情形。至目前為止之紛爭經過等情報，事前對於執行官亦屬必要。依據東京地方法院之實務中，執行官由債務名義或家事調查官之調查報告書、聲請人之情事聽取而獲得情報，於是否承認直接強制之個別判斷之際，其認為必要之情形，家事審判官及家事調查官實行「事前會議」。而且直接強制是否無違反子女福祉之情事，檢討子女通常所在場所或監護環境、現監護人之性格或狀況等，依據案件實行要求執行補助者或警察官之援助。此點，採取何種方法（或是否聲請再調解）係債權人之選擇，但該當案件中應藉由何種方法，有必要檢討聲請債權人、執行機關、債務名義作成機關（若有家事調查官則包含之）間之系統<sup>542</sup>。

上述家事事件中所謂「紛爭解決後」之場合，可發現以「家事事件之特殊性」為背景，打破判斷、執行二分論制度以及實務上運用上之方法。但是在紛爭解決後之場合，紛爭再調整有必要者，並不限於家事事件。學者認為今後家事法院與執行機關之連攜方法，關於以家事調查官為首之法院書記官等之連攜有必要更為詳細檢討。而且其成為在通常事件中再考量判斷、執行二分論之際之一線索<sup>543</sup>。

綜上所述，判斷與執行機關二分論並非絕對，尤其在間接強制多有執行機關需要為裁量判斷之情形，尤其於家事事件中需要調整當事人間之人際關係等，有關子女間之福祉照顧皆為執行機關須考量對象。且在近來擴大間接強制之使用後，亦得適用於金錢執行，就債務人資力減弱執行機關是否得容認一部間接強制亦成

<sup>541</sup> 西川佳代，前掲註 525，頁 57。

<sup>542</sup> 西川佳代，前掲註 525，頁 57-58。

<sup>543</sup> 西川佳代，前掲註 525，頁 58。

為問題。因此，至少在間接強制，不需嚴格遵守判斷與執行機關二分論，反而促使判斷機關與執行機關之相互合作方為重點。



## 第二目、苛酷執行之防止

關於日本現行間接強制制度，間接強制金得持續課以而累積，以迫使債務人自動履行，與此同時，即須討論如何不對債務人產生苛酷結果，尤其關於金錢債務之強制執行，明明債務人無資力清償其金錢債務卻為間接強制裁定，或定過高之間接強制金額度之情形，任意增加債務人應支付金額，有對債務人產生苛酷結果之虞。為了避免間接強制不當沈重結果以保護債務人，可能考量事後調整作為其對策。但是，若僅止於此並不充分，亦必須在發令階段加上間接強制之限制。若僅依賴事後調整措施，後來想必會持續出現強制金大幅減額之案例，而有間接強制實效性低下之虞<sup>544</sup>。

因此，在現行法上，為了不使上述事態發生、不對債務人產生苛酷之結果，而採取各式各樣之措施。如債務人因為欠缺支付能力而無法清償時，或者因為清償債務生活顯著窘迫時，不得為間接強制之裁定；即使已為間接強制裁定後，有情事變更時，原則上得依債權人聲請，溯及至聲請時撤銷間接強制之裁定。更進一步，當為間接強制之裁定時，訂定適正之間接強制金額度應特別考量因為債務不履行債權人所應受之不利益、債務人之資力以及從前債務履行之態樣<sup>545</sup>。以下將分別討論之。

### 一、支付能力之發令要件

民事執行法第 167 條之 15 第 1 項但書規定：「債務人因為欠缺支付能力而無

<sup>544</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 497。

<sup>545</sup> 小野瀨厚、原司，前掲註 527，頁 157。

法清償金錢債務，或因為清償其債務造成其生活顯著窘迫時，就扶養義務等相關金錢債務無法實行間接強制」。之所以將債務人之支付能力列為間接強制金裁定要件，其原因如下：若係金錢債務以外之債務，社會交易通念上履行不能之情形係債務消滅而就此債務無法實行強制執行，相反地，金錢債務並不因為履行不能而消滅，故就金錢債務若得無條件依據間接強制方法為強制執行，債務人雖有履行意思但無資力或資力低弱之情形，若亦作成間接強制裁定，不僅沒有心理強制之機能而欠缺執行方法之實效性，間接強制金之累積增加亦會對債務人造成苛酷結果<sup>546</sup>。

當法院定扶養義務等相關金錢債權之額度時，債務人資力係主要考慮要素之一（民法 879 條<sup>547</sup>）。此外，定債權之額度後有債務人資力顯著減少等之情事變更時，因應其變更後之資力定債權額之變更等，得變更其內容或撤銷（民法 880 條<sup>548</sup>），故就扶養義務等相關金錢債權之債務名義若存在，基本上，債務人可能有支付能力。但是，債務人亦可能於債務名義成立後失業等，喪失間接強制裁定時之資力。因此，從盡可能避免上述對債務人產生苛酷結果之觀點，設置關於債務人資力之發令要件<sup>549</sup>。

民事執行法第 167 條之 15 第 1 項但書規定中，所謂「因為欠缺支付能力無法清償其金錢債權相關債務時，或係因為清償債務生活陷於顯著窘迫時」係指，因為債務人無資力無法清償金錢債務時，或係債務人因為清償其債務而無法維持其最低限度之生活水準時<sup>550</sup>。其係考量使債務人選擇低於最低限度生活水準生活

<sup>546</sup> 小野瀨厚、原司，前揭註 527，頁 158；松下淳一，前揭註 505，頁 12。

<sup>547</sup> 日本民法第 879 條規定：「關於扶養之程度或方法，當事人間無法達成協議時，或無法為協議時，由家事法院考慮扶養權利人之需要、扶養義務人之資力及其他一切情事訂定之」。

<sup>548</sup> 日本民法第 880 條規定：「關於應扶養人或應受扶養人之順序或扶養程度或方法，在協議或審判後發生情事變更時，家事法院得變更或撤銷其協議或審判」。

<sup>549</sup> 小野瀨厚、原司，前揭註 527，頁 158-159。

<sup>550</sup> 小野瀨厚、原司，前揭註 527，頁 159。

之心理強制，從債務人保護觀點而言並非理想<sup>551</sup>。

是否該當於此要件應考量債務人之資力及債務額，按照具體事例判斷，但亦須考量與債務人共同生活家人之收入或支出，不僅係債務人，包含與債務人共同生活之家人其生活陷於顯著窘迫之情形亦必須判斷。另外，是否該當於此但書要件，並非由間接強制之債權人而係由債務人證明之<sup>552</sup>。具體而言，例如為了清償本金之籌措，處分扣押禁止財產以外之財產仍不足以清償，亦必須處分扣押禁止財產之情形<sup>553</sup>。

有認為此但書包含債務人有相應之居住用不動產但缺乏收入之情形<sup>554</sup>。不過，亦有認為雖然其可能基於要求變賣居住用不動產籌措清償本金，比起債務額變賣、搬家、重新借貸花費之費用更大而有社會不經濟，且給予債務人生活過大影響之考慮。但因為於此情形亦可能對其不動產直接強制，與之均衡，至少，以不動產為擔保之借入與將來收入等有大略返還可能性之情形，亦可能認為不符合因為清償其債務而生活顯著窘迫之情況<sup>555</sup>。

## 二、決定強制金額度之考量因素

就一般間接強制之強制金額度係「確保債務履行所認相當之一定金額」（民執 172 條 1 項），應考量之因素有執行債權之性質（是否得藉由金錢受領能得到實質上滿足抑或終究應期待債務人行為之實現）、因不履行債權人所受之損害、債務人不履行之態度（是否之後在變更裁定中得處理）、履行之難易、因持續不

<sup>551</sup> 松下淳一，前揭註 505，頁 13。

<sup>552</sup> 小野瀨厚、原司，前揭註 527，頁 159-160。

<sup>553</sup> 松下淳一，前揭註 505，頁 13。

<sup>554</sup> 小野瀨厚、原司，前揭註 527，頁 160。

<sup>555</sup> 松下淳一，前揭註 505，頁 13。

履行債務人所受之利益、不履行之社會影響之有無等<sup>556</sup>。其額度應阻止對履行命令之違反以實現債務名義上之執行債權，按照心理強制之目的由執行法院合理裁量決定<sup>557</sup>。亦即，心理強制之實效性應從債權人與債務人之情形綜合判斷<sup>558</sup>。

在扶養義務等相關金錢債務間接強制之情形，決定強制金額度時，法律則明文規定應特別考慮之因素：①因為債務不履行債權人所受之不利益、②債務人之資力以及③債務人從前履行債務之態樣（民事執行法 167 條之 15 第 2 項）。此係按照金錢債權間接強制之特質，為了不對債務人產生苛酷結果而定適正之間接強制金之額度<sup>559</sup>。

就①因為債務不履行債權人所受不利益，此不利益若相當多則間接強制金額度亦可能變高。此外，就金錢債務，其損害金之額度原則上依據法定利率之限度，故其在此亦成為之考慮因素之一，但在此規定「不利益」，不限於此法定之損害金額度，亦必須考慮事實上損害，亦可能超過在利息限制法上所承認之遲延損害金額度而定間接強制金<sup>560</sup>。另外，此因素亦反映出因為扶養義務不履行對債權人生活直接造成深刻影響之特性。「不利益」之判斷，不僅係債權人方面日常支出之影響，亦應考慮臨時支出之必要性。因為不履行而必須向金融業者等借錢之情形，依照貸金業法在適法範圍內之利息相當額即係「不利益」，其額度在決定強制金額度時應考慮劃定其最低限度<sup>561</sup>。

就②債務人之資力，有兩方面之面向。第一，一般而言，債務人資力係判斷心理強制實效性之要因，若債務人有資力，則朝向為了實效化心理強制而提高強

<sup>556</sup> 中野貞一郎，前揭註 494，頁 820。

<sup>557</sup> 中野貞一郎，前揭註 494，頁 811。

<sup>558</sup> 松下淳一，前揭註 505，頁 14。

<sup>559</sup> 小野瀨厚、原司，前揭註 527，頁 162。

<sup>560</sup> 小野瀨厚、原司，前揭註 527，頁 162。

<sup>561</sup> 松下淳一，前揭註 505，頁 14。

制金金額之方向運作。第二，賦予金錢債務間接強制之正當性基礎在於債務人之資力<sup>562</sup>。

就③從前債務履行之態樣，因為扶養義務等相關金錢債權通常係定期金債權，應考量至目前為止債務人如何履行債務或是否不履行，例如至目前為止履行拒絕之態樣若為強烈，為了施加更強烈之心理強制，間接強制金之額度亦隨之提高。除了考量拒絕之程度以外，是否考量拒絕之理由。學者有不同看法，否定說者認為，債務人拒絕債務履行之理由若得為法律上主張，則應藉由另外途徑之請求異議之訴主張，債務人若拒絕債權人與子女間之會面交往之理由，此種問題應藉由另外途徑之調解等解決，無論如何，不成為決定間接強制金額度之考慮情事<sup>563</sup>。肯定說則認為，所謂「從前債務履行之態樣」意味著債務人態度特別惡性重大之程度（從以往不履行之情況來看債務人之態度係何程度惡質、不誠實），不僅係不履行期間、次數，亦考慮包含不履行之理由或履行難易。債務人之態度係惡性重大之情形，為了確保實效性，必須提高強制金額度。因此，債務人不遵從間接強制裁定（包含履行命令）之結果所受嚴重制裁係，限於不苛酷時得承認之。另一方面，債務人之態度係惡性微弱之情形，例如，按照社會通念得大致承認理由之情形，不必將強制金高額化，執行法院一併依據應履行要旨說服勸告以確保實效性即可。如此，仍不奏效之情形，則考量在變更裁定增加強制金額度之方法<sup>564</sup>。

不論係就支付能力之發令要件（民事執行法 167 條之 15 第 1 項但書）抑或強制金額度之決定因素（民事執行法 167 條 2 項），均明文於規定扶養費義務等相關金錢債務之間接強制條文，因此，就非金錢債務之間接強制是否有此二規定

<sup>562</sup> 松下淳一，前揭註 505，頁 15。

<sup>563</sup> 小野瀨厚、原司，前揭註 527，頁 162-163。

<sup>564</sup> 大濱しのぶ，間接強制決定に関する覚書——強制金の額及び期間を中心に，小島武司先生古稀祝賀——民事司法の法理と政策（上卷），東京：商事法務，2008 年，頁 919。

之類推適用則有所討論。採取消極立場者，認為與民事執行法第 172 條之關係；同法第 167 條之 15 第 1 項但書大部份並無作用。因為此時只有間接強制得作為執行方法，債務名義係以此成立，故其當然可能依據苛酷執行一般原理之限制，但以此條但書般形式之限制大部份並無作用；相對於此，同法第 173 條係有其他執行方法之情形，是否尚且承認間接強制，情況與同法第 167 條之 15 情形相同，故其情形有類推適用作為解釋論之餘地<sup>565</sup>。另一方面，大部份學者採取積極立場<sup>566</sup>，雖然金錢債務之間接強制有很大可能產生苛酷結果，但非金錢債務之間接強制亦有同樣可能，故必須謀求強制金額度之適正化，而承認類推適用同法第 167 條之 15 第 2 項於非金錢債務之間接強制。

關於①因為債務不履行債權人所受不利益，立法旨趣應包含事實上之損害，基本上考量損害賠償，而解為包含因為不履行債務人所得利益。此係有鑑於智慧財產關係各法上將侵害者利益推定為損害額之規定，因為兩者有相互代替之性質。此外，關於制裁之經濟學領域，抑制問題行為必須課以超過實行問題行為所得利益之不利益。若將此適用於間接強制，為了確保其實效性，必須課以超過因為不履行債務人所得利益之強制金。如此，若從實效性確保之觀點，因為不履行債務人所得利益係作為強制金額裁定之重要考量要素<sup>567</sup>。

關於②債務人資力，如同上述，向來學說<sup>568</sup>多以執行債權之性質、不履行之債權人損害、債務人不履行之態度、因為不履行繼續債權人之利益等作為應考慮要素討論，債務人資力則較不受重視。此係因為在行為、不行為債務之情形，其履行可能性基本上與債務人資力無關，債務人履行原本債務免於間接強制並不產

<sup>565</sup> 山本和彦，前揭註 500 座談會之發言，頁 47。

<sup>566</sup> 森田修，前揭註 500 座談會之發言，頁 46；松下淳一，同座談會之發言，頁 47。

<sup>567</sup> 大濱しのぶ，前揭註 564，頁 918。

<sup>568</sup> 伊藤剛，民事執行法の基礎，藤田耕三、河村卓哉、林屋礼二編，東京：青林書院，1983 年，頁 283；青山善充，ジュリスト，642 号，1977 年 6 月，頁 138。

生障礙<sup>569</sup>。因此，亦可能有在非金錢債務之間接強制不應考慮債務人資力之想法。然而，即使係非金錢債務為了履行亦花費費用之情形，其履行可能性無法謂與資力無關，日本之間接強制若重新著眼於課以金錢債務此事，為了防止苛酷執行及確保實效性，考量債務人之資力應屬有益，實務上亦在非金錢債務之間接強制上考慮資力<sup>570</sup>。

除了上述法律特別明文規定之因素外，關於強制金額決定之主要考慮因素，債務性質可謂係在學說中未被特別重視之要素。依據應否追求債務本來之實現抑或金錢滿足即足以，強制金額度有所不同，若按照此想法，在因為不履行很可能害及人身安全或健康此種性質之債務情形，應提高強制金額度<sup>571</sup>。

另外，附帶提及一問題，為了防止由於間接強制金累積對債務人產生苛酷結果，是否應將間接強制金上限額由法律規定？關此，為確保債務履行之相當額度，因應個別事案會不同，故訂定得對應一切事案般之一般間接強制金上限額有所困難；此外，為了不使間接強制對債務人產生苛酷結果，可能以提出執行法院定間接強制金額度時應特別考量之情事處理之。因此，法制審議會民事訴訟、民事執行法部會認為由法律規定間接強制金之上限額並不適當而未立法<sup>572</sup>。

### 三、間接強制金制度之情事變更

關於間接強制制度之情事變更，於一般間接強制情形規定於民事執行法第 172 條第 2 項：「有情事變更時，執行法院得依聲請變更間接強制裁定」；關於修法後之扶養義務等相關金錢債務之間接強制，於同法第 167 條之 15 第 3 項亦規

<sup>569</sup> 不過，同時學者亦認為設置禁止生活妨害之防止設備成為問題之情形等，關連於事業活動成為問題之行為或不行為，如此斷言履行可能性與債務人資力無關是否適當，亦殘留疑問：上原敏夫，執行手續における少額金錢債権の保護，民事訴訟雜誌，51 号，2005 年，頁 41、49。

<sup>570</sup> 大濱しのぶ，前掲註 564，頁 919。

<sup>571</sup> 大濱しのぶ，前掲註 564，頁 920。

<sup>572</sup> 小野瀨厚、原司，前掲註 527，頁 163-164。

定：「有情事變更時，執行法院得依債務人聲請，溯及於其聲請時（若其聲請之後有情事變更時，則溯及於情事變更時）撤銷間接強制裁定」。關此於後述詳細討論，在此僅簡單概述之。



在扶養義務等相關金錢債務間接強制之制度中，若對無資力之債務人為間接強制裁定有產生苛酷結果之虞，故在債務人無資力時，不得為間接強制之裁定。但是，即使間接強制裁定之際債務人有資力而為間接強制裁定之情形，亦有可能於之後喪失資力，但就喪失其資力之時點，儘管係本來無法為間接強制之裁定，但基於有資力之時點所為間接強制金裁定而會繼續課予間接強制金，結果，有對債務人產生苛酷結果之虞<sup>573</sup>。

在一般間接強制之制度中，有情事變更之情形得變更間接強制金裁定，但在此之裁定變更雖解為包含減額間接強制金，但並不包含撤銷間接強制裁定本身。因此，在修正法中就金錢債務得藉由間接強制方法為強制執行，為了不對債務人產生更苛酷結果，有情事變更時，得依據債務人聲請撤銷間接強制裁定。此外，此間接強制裁定之撤銷，必須盡可能不對無資力狀態之債務人產生苛酷結果，另一方面，亦必須考量債權人之預測可能性，故執行法院得溯及至有間接強制裁定撤銷之聲請時，撤銷間接強制裁定<sup>574</sup>。

綜上所述，日本現行法上之間接強制已經對債務人保護即苛酷執行之防止規定許多措施，從立法論上，關於發令階段之限制，有認為於間接強制不適當之情形，得駁回聲請，仿效法國之間接強制金制度，即關於間接強制之發令承認法院之裁量性判斷。設置強制金上限額雖亦被考量，但為了盡可能不損害間接強制實效性，有提出設置期間之方式，例如設置債權時效期間。關於事後調整措施，則

<sup>573</sup> 小野瀨厚、原司，前揭註 527，頁 164。

<sup>574</sup> 小野瀨厚、原司，前揭註 527，頁 164-165。

有論者以法國之暫定性間接強制金制度為模型，導入確定強制金額度之程序，考量債務人之有責性，若有特別情事，應得（溯及性）減額強制金。亦即，與間接強制之發令程序分開之預告確定強制金額度程序，使事後金額調整成為可能之架構<sup>575</sup>。此亦可供往後立法方向參考。

### 第三目、實效性之確保

民事執行法制定時，為了強化間接強制實效性，將向來命為損害賠償之制度（舊民事訴訟法 734 條），轉換為執行法院命「為了確保債務履行所承認相當之一定金額」（民事執行法 172 條 1 項）<sup>576</sup>。此時，即有學者立於權利實現之實效性觀點，以適切實現有債務名義之債權人權利為目的，批判間接強制補充性制度，亦即，為了債權人實效性之權利保護，主張間接強制制度之活用<sup>577</sup>。間接強制作為現代執行方法之重要性漸增，其一方面反映於基於智慧財產權之禁止請求或對公害、生活妨害之禁止請求等非金錢請求，此在社會中有重要意義，另一方面，則係金錢執行（特別係少額債權之執行）機能不全之問題。儘管藉由少額訴訟少額金錢債權在判決程序上受到保護，但在執行程序中並未受到充分實現，即使取得判決亦無法實現，則會招致市民對司法制度不信任之結果。在此意義上，對於間接強制之補充性修正及間接強制之實效性確保手段之檢討，因應國民期待考量民事司法之理想狀態，在日本即成為重要課題<sup>578</sup>。因此，之後更試圖提高強制執行之實效性，依據平成 15 年、16 年（2003 年、2004 年）之民事執行法修正，將間接強制擴大適用於物之交付債務或代替性作為債務及扶養義務等相關金錢

<sup>575</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 492-499。

<sup>576</sup> 大濱しのぶ，前掲註 496，頁 276。

<sup>577</sup> 山本和彦，強制執行手続における債權者の保護と債務者の保護，竹下守夫古稀祝賀—權利實現過程の基本構造，東京：有斐閣，2002 年，頁 288。

<sup>578</sup> 上原敏夫、長谷部由起子、山本和彦，民事執行・保全法，第三版，有斐閣，2011 年，頁 213-214。

債權之強制執行（同法 173 條 1 項、167 條之 15 第 1 項）<sup>579</sup>。

間接強制之主要兩個制度要求即係苛酷執行之防止與實效性之確保，因此上述之防止苛酷執行措施中，亦有許多納入實效性確保之考量（如債務人資力之考量因素），試圖於二要求中尋找平衡點，以謀求更為適當之間接強制金制度。例如，僅將金錢支付作為方法之間接強制，特別伴隨於實效性確保之困難。首先，對於無資力者欠缺實效性。即使對於有資力者，若未考量資力、惡性程度（從前履行態樣）等個別具體事情而定金額，則無法確保實效性。另一方面，如同德國，具備有拘禁之間接強制，不難想像其較容易謀求實效性確保。不過，此種制度中，實效性確保與苛酷執行防止之兩個要求間，必須將重點置於後者。如此一來，有關於間接強制中導入金錢支付以外之新方法，可能為今後之檢討課題，惟在此僅以現行金錢支付方法之間接強制作為前提檢討<sup>580</sup>。


日本間接強制之現況，因為利用增加，苛酷執行與欠缺實效性皆成為問題。作為今後之方向，強化實效性，應特別留意謀求實效性之確保與苛酷執行之防止要求兩者之調和，即防止苛酷執行亦必須盡可能考量不損害實效性之結構<sup>581</sup>。

如同前述，學者除了參考法國法制度提出苛酷執行防止之立法論建議外，亦有強化間接強制實效性之建議。主要有兩個方向，其一係與判決同時為間接強制裁定，此不僅係間接強制實效性之強化，從謀求程序精簡化之看法，在立法論上亦為適當。近來，關於不行為義務，有力學說採取即使無違反行為仍肯認間接強制裁定之立場，因此，與判決同時得為間接強制之裁判此事亦容易得到支持。此外，若允許與判決同時為間接強制裁判，法院對於確實把握履行情況決定強制金

<sup>579</sup> 松本博之，前揭註 500，頁 316。

<sup>580</sup> 大濱しのぶ，前揭註 496，頁 288-289。

<sup>581</sup> 大濱しのぶ，前揭註 496，頁 289。



額度有所困難，有可能招致其不當之高額化。因此，與判決同時為間接強制裁判之情形，如前所述，更加需要苛酷執行防止之措施，特別係承認強制金溯及性減額之措施。其二，刪除強制金充當於損害賠償之規定，使強制金與損害賠償完全脫離。在日本，強制金被充當於損害賠償（民事執行法 172 條 4 項），可能有得緩和對債務人產生苛酷結果、債權人利益過剩以及在簡易程序上得到關於損害賠償之債務名義，亦可能成為間接強制利用之誘因等優點。但是，強制金係制裁，若不解為填補損害，亦無將強制金充當於損害賠償之必然性。現行法將強制金充當損害賠償，應解為係有鑑於上述優點之便宜措施，是否將強制金充當於損害賠償可謂係立法政策上之問題。因此，在法國之戰後活用間接強制金中，作為最基本之實效性強化政策，係朝著與損害賠償完全分離之方向推進。此在關於荷比盧之間接強制金統一法（1 條 1 項）、以其為模範之歐洲民事訴訟模範法試案（13-1 條）、德國（民事訴訟法 893 條）等，強制金完全與損害賠償無關被處理。因此，即使在日本，為了間接強制之實效性強化，應轉換為不將強制金充當為損害賠償之方向<sup>582</sup>。

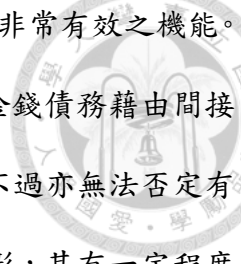
另外，亦有認為就強制金性質難以為單一說明，其併有損害賠償及對於債務名義不履行之制裁三種性質（甚至係對權利實現之報償），但是並非無條件承認債權人保持超過實際損害額度之給付，不過若依據損害賠償額劃定強制金金額之上限，對間接強制執行方法之實效性確實會有損害，因此亦有必要承認提高損害賠償額額度之餘地。依債務人資力、履行難易以及不履行之態樣等決定制裁之程度<sup>583</sup>。

附帶提及，學者觀察關於在法國利用強制金之實際狀態，在行為債務（名譽

---

<sup>582</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 499-501。

<sup>583</sup> 松下淳一，前掲註 505，頁 16-17。



毀損文書之回收等)或建物遷讓債務情形等,得評價強制金具備非常有效之機能。然而,關於金錢債務,強制金一般評價為無力而無實效性。就金錢債務藉由間接強制金履行強制之案例並非完全沒有,但是實際上相當少見,不過亦無法否定有其實效性之情形,例如債務人有資力,且有經濟合理行為之情形,其有一定程度得避免債務過度累積之誘因。因而,基於確保實效性之觀點,亦認為有考量人身拘束之餘地,但此在法國之近代法下不可能被承認,因此認為現代社會中有利選項之考量係,依據情報開示課予經濟生活、日常生活等障礙之負擔。亦即,公告債務不履行之事實,考量對債務人經濟交易與信用卡利用造成困難之措施。此在情報化社會中係一個有利之間接履行強制方法。亦即,除了間接強制金之外,亦考量其他得發揮間接強制效用之措施<sup>584</sup>。

綜上所述,間接強制金係立基於權利實現之實效性而建立,尤其在現行強制方法無法發揮機能,在許多債務執行中間接強制皆有其實效性,因此,新法修正後,打破間接強制之補充性,擴大間接強制之適用範圍。制度上最重要之要求即係苛酷執行之防止與實效性之確保,在要求苛酷執行防止措施之同時,亦須注意實效性確保,因此有學者提出立法論上之建議,採取與判決同時命強制金裁定及刪除充當損害賠償之規定,以提升間接強制金之實效性。

---

<sup>584</sup> 山本和彥,前揭註 16,頁 50、55。

## 第二節、間接強制金制度之適用債務範圍



關於間接強制之適用範圍，日本法向來採取間接強制補充性原則，舊法時期僅允許就不代替性行為義務與不行為義務為間接強制<sup>585</sup>（民事執行法 172 條 1 項），於金錢債務、物之交付債務與代替性行為義務則係以直接強制與代替執行為原則。但是近年來有學說對此種傳統見解，從理論面與實際面加以批判，甚至更進一步，作為司法改革一環，為了打破強制執行無效率而擴大間接強制之適用範圍<sup>586</sup>。以下就修法改革之順序，分別就物之交付債務、行為與不行為債務以及金錢債務，說明間接強制適用範圍。

### 第一款、不代替性行為債務與不行為債務

在行為、不行為債務中，舊法時期因為其債務性質，規定不代替行為債務即執行債權係行為請求權且無替代性之情形，其強制執行須依照間接強制（民事執行法第 172 條）為之。例如，遵照義務本旨履行係依存於債務人本人特別地位、技能、學識、經驗等情形，或債務人本人必須就自己法律上責任為行為，抑或必須委由債務人本人裁量之情形<sup>587</sup>。實際案例則有：資料之閱覽騰寫<sup>588</sup>、身為公寓管理工會法人之債務人，發行報告書及在公寓門口佈告欄張貼道歉啟事<sup>589</sup>。另外，關於父母與子女之會面交往，實務認為在具體特定日期時間或次數、每次會面之時間長短、子女交付之方法等情形，親權人（監護人）應給付內容之特定可謂並

<sup>585</sup> 日本民事執行法第 172 條第 1 項規定：「關於行為或不行為債務無法為前條第 1 項之強制執行，其強制執行依照執行法院因應遲延之期間，或於所認相當期間內不履行，為確保債務履行對債務人命應給付債權人所認相當之一定額度金錢之方法實行。」第 171 條第 1 項規定：「依民法第 414 條第 2 項本文或第 3 項規定請求之強制執行，執行法院依照民法規定為裁定實行之。」日本民法第 414 條第 2 項本文：「債務性質不允許強制履行之情形，其債務係以行為為目的時，債權人得向法院請求以債務人費用使第三人為之。」民法第 414 條第 3 項：「以不行為為目的之債務，得向法院請求以債務人費用，除去債務人所為行為之結果，或為將來作適當處分。」

<sup>586</sup> 中野貞一郎，前揭註 494，頁 806。

<sup>587</sup> 中野貞一郎，前揭註 494，頁 810。

<sup>588</sup> 東京高決平成 7 年 6 月 26 日，判例時報 1541 号，頁 100。

<sup>589</sup> 東京高判平成 17 年 11 月 30 日，判例時報 1935 号，頁 61。

非不足之情形，亦承認間接強制<sup>590</sup>。

另外，不行為債務之執行方法則係代替執行或間接強制。命除去違反結果或為將來作適當處分之代替行為時使用代替執行，抑或藉由謀求不行為強制實現之間接強制（民事執行法 171 條 1 項、173 條），就同一不行為債務名義之執行，可能有併用二者執行方法之情形。原本，不行為債務係不問其內容（債務人積極行為之禁止、債權人或第三人行為之容忍，抑或一次性不行為、反復性不行為、繼續性不行為），因為全部皆屬不代替性，應僅有間接強制得作為執行方法。法律上，因為不行為執程序構成上之技術而產生行為義務，必須藉由請求異議之訴爭執其行為義務存否，一方面謀求起訴責任之轉換，一方面承認形成與未違反不行為義務相同狀態或尚未違反狀態之方法，其所生行為義務之實現亦適用代替執行與間接強制<sup>591</sup>。實際案例有營業禁止<sup>592</sup>、建築工程妨礙禁止<sup>593</sup>。

## 第二款、物之交付債務與代替性作為債務

關於物之交付債務，雖然通說向來僅允許直接強制而不適用間接強制，但在平成 15 年（2003 年）之新擔保、執行法修正，緩和間接強制之補充性，依民事執行法第 173 條第 1 項規定，債權人得自由選擇聲請直接強制（同法 168 條~170 條）或間接強制（同法 172 條）<sup>594</sup>。何者作為執行方法更為適切、有效率，因個別具體事案而不同，因為接受聲請之執行機關判斷不易，故法律上委由與權利實現最有利害關係之債權人判斷之。債權人並非僅可以選一種方式，得聲請兩者併

<sup>590</sup> 最決平成 25 年 3 月 28 日，最高裁判所判例集民集 67 卷 3 号，頁 864。

<sup>591</sup> 中野貞一郎，前掲註 494，頁 813。

<sup>592</sup> 最決平成 17 年 12 月 9 日，最高裁判所判例集民集 59 卷 10 号，頁 2889。

<sup>593</sup> 東京高決平成 3 年 5 月 29 日，判例時報，1397 号，頁 24。

<sup>594</sup> 日本民事執行法第 173 條：「第 168 條第 1 項、第 169 條第 1 項、第 170 條第 1 項以及第 171 條第 1 項所規定之強制執行，除了分別依照第 168 條至第 171 條規定實行外，有債權人聲請時，執行法院依照前條第 1 項規定方法實行。在此情形，準用同條第 2 項至第 5 項規定。」其中第 168 條第 1 項規定不動產之交付與遷讓之執行，第 169 條第 1 項規定動產交付之執行。第 170 條第 1 項規定交付第三人所占有之物之執行，第 171 條第 1 項規定代替執行。

行，或其中之一種方式不奏效時則請求實施另一種方式<sup>595</sup>。有學者舉出在不動產等遷讓債務中，債務人有妨害或不任意交付之情形，確實可能請求相當於租金之損害金，若課予超過其之強制金，給予債權人有請求實效性之任意遷讓選擇權則較佳。在此之損害額與強制金額不一致，根據不行為債務之違反承認超過損害賠償額之強制金。其具體金額係具體債務人實現債務履行必要之額度，由法院訂定之（因此，若債務人資力強大，法院可能有命給付更高額之強制金）<sup>596</sup>。

關於代替性行為債務，新法修正後，間接強制亦被允許作為執行方法。雖然向來通說反對之，但是於代替行為債務，代替執行未必經常容易為之，間接強制可能更為適切、迅速而有效。平成 15 年（2003 年）之新法係以確保強制執行之實效性為主要目標，容許間接強制。即使就代替行為債務，債權人得聲請自由選擇代替執行或間接強制，甚至是併用順序。就間接強制程序，與不代替行為債務之強制執行相同<sup>597</sup>。

在此附帶提及子女交付義務之強制執行，就其執行方法法律並未直接規定，裁判例與實務則有對事案多樣性之對應。就有意思能力之子女交付，僅適用間接強制，無法間接強制或其不奏效之情形則為執行不能，此點並無異議。至於交付無意思能力子女之情形，學說上有不同見解，留待後述（第四節、第二款、第二目、三）。有將無意思能力子女準用動產之「直接強制說」，亦有不允許直接強制僅能為間接強制之「間接強制說」，此外，相當多學者採「折衷說」。折衷說中有認為以直接強制為原則，直接強制不能或不適當之情形則承認間接強制；亦有以間接強制為原則，在間接強制無法奏效之情形方承認直接強制；最後有認為應依不行為執行方法，債務人妨害子女交付之情形，執行法院得命為了抑制妨害之間

<sup>595</sup> 中野貞一郎，前揭註 494，頁 789。

<sup>596</sup> 山本和彥，前揭註 577，頁 291。

<sup>597</sup> 中野貞一郎，前揭註 494，頁 809-810。

接強制金錢支付，或者，為將來作成適當處分，由執行官向債權人為子女之取交；因為子女之交付不外乎係要求不得對親權人領回子女有所妨害之不行為請求權<sup>598</sup>。



### 第三款、金錢執行債務

間接強制金之適用中最有爭議者係，於金錢債務之執行上是否亦承認其適用？在修法前已有學者提出相關看法，認為遲延損害金確實有制裁機能，但是在與具體債務人（尤其係有強大資力之債務人）之關係上，承認以實效性債務履行為目的之強制金支付較佳。金錢債務間接強制實際活用之情形，係在與債務額相比債務人有充分資力卻意圖不清償之事案。另一方面，債務人無資力之情形，因欠缺間接強制之實效性，應承認法院得依債務人聲請撤銷強制金命令。若可設計此種制度，則得以避免遭消費金融業者濫用之擔憂。因此，沒有必要限制間接強制之適用債務範圍<sup>599</sup>。

日本在平成 16 年（2004 年）修正民事執行法，更進一步擴大間接強制適用範圍至金錢債務，惟同時對此加以限制（同法 167 條之 15）<sup>600</sup>。關於是否於金錢債務履行方法承認間接強制，修法前有肯定論之積極說與否定論之消極說兩方嚴格對立。在此，否定論有以下理由：①違反關於金錢債務之損害額法定（民法 419 條、420 條）之旨趣，②由法院判斷有無資力實際上會有困難，對無資力者命間接強制過於苛酷，相反地對有資力者依據財產開示制度處理已足夠，③因為

<sup>598</sup> 中野貞一郎，前揭註 494，頁 798-799。

<sup>599</sup> 山本和彥，前揭註 577，頁 291-292。

<sup>600</sup> 日本民事執行法第 167 條之 15 規定第 1 項規定：「關於第 151 條之 2 第 1 項各款所揭義務相關債權之強制執行，除了依照前各款規定以外，有債權人聲請時，執行法院則依第 172 條第 1 項規定方法實行之。但是，債務人因為欠缺支付能力而無法清償其相關債務時，或因清償其債務使其生活顯著窘迫者，則不在此限。」其中第 151 條之 2 第 1 項規定之義務分別為：第 1 款係民法第 752 條之夫妻間之協力扶助義務，第 2 款係民法第 760 條之因婚姻所產生之費用分擔義務，第 3 款係民法第 766 條之子女監護相關義務，第 4 款則為民法第 877 條、880 條之扶養義務。

消費者信用業者等違反利息限制法之旨趣而有濫用間接強制之擔憂。另一方面，積極說基於以下理由：①應確保關於容易造成費用浪費（費用倒れ）之少額債務等之強制執行實效性，②關於執行節省社會成本，③對有資力而不支付之債務人得發揮效果<sup>601</sup>。

對於消極說之擔憂，有認為可從以下方法著手：①限定得利用間接強制之債權種類，②設置利用次數限制（民事訴訟法 368 條 1 項但書）事實上排除業者之利用，③設置撤銷成為苛酷執行情形之制度，④將有依據間接強制為間接強制之必要性作為要件等<sup>602</sup>，以提供思考方向。亦有學者認為金錢債務因為不承認履行不能，即使法律上係履行可能，但事實上應係履行不能之情形比起其他債務相對較多，因此，得期待間接強制實效性之事例並不多，而有很大可能對債務人帶來苛酷結果。從而，將間接強制之適用範圍擴張至金錢債務，更有必要尋求債務人保護之措施，特別係在發令階段為事件審查，且得於事後調整強制金額度<sup>603</sup>。

兩說之對立在平成 15 年（2003 年）修法並未解決，而係之後於平成 16 年（2004 年）修法，限於扶養義務等相關金錢債務（民事執行法 151 條之 2 第 1 項各款），除了直接強制外債權人亦得選擇間接強制作為執行方法（民事執行法 167 條之 15 第 1 項）<sup>604</sup>，修法後之各債務執行方法得參考下表。

<sup>601</sup> 山本和彦，新しい担保、執行制度，道垣内弘人、山本和彦、古賀政治、小林明彦編，東京：有斐閣，2004 年，頁 158-159。

<sup>602</sup> 山本和彦，前掲註 601，頁 161-162。

<sup>603</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 507。

<sup>604</sup> 松下淳一，前掲註 505，頁 8-9。

〔表一〕平成 16 年（2004 年）修正後<sup>605</sup>

	給付債務		代替性作 為債務	不代替性 作為債務	不作為債務
	金錢	物之交付			
直接強制	○	○			
代替強制			○		(○ 除去請求權)
間接強制	16 年修法 (2004 年)	15 年修法 (2003 年)	15 年修法 (2003 年)	○	○

此次修法限定於扶養義務等相關金錢債務得利用間接強制之理由，大略如下：

一般而言，扶養義務等金錢債務清償期係反復到來，若每次不履行皆實施直接強制最終容易造成費用浪費。在因為債權人方面經濟情況而無律師代理之情形，連法律上較單純之程序，亦可能對債權人自身造成重大程序負擔。並且，此義務性質上係為了維持權利人生活而必須隨時履行，與避免成為費用浪費而進行統合之強制執行不相符合。因此，特別係有清償資力但不任意履行之債務人，間接強制對促使其自發履行具有實效性。另外，債務人為本金清償給付之情形，由於薪資債權之扣押債務人在職場無法繼續久待，恐有最終辭職之虞，此種情況係為強制執行最終反而危及將來清償本金。債務人無薪資所得之情形，即使藉由財產開示就少額且反復之債務亦未必能發現適於直接強制容易換價之財產。因此，就此等債務採取間接強制有其必要性。此外，就間接強制之正當性而言，因為在扶養義務等相關債務名義之作成階段，應考慮債務人之清償資力以決定扶養義務內容之額度(民法 879 條)，幾乎沒有對欠缺清償能力之債務人課予間接強制金之疑慮，此亦產生間接強制利用可能性之界限，此情形應不會發生對欠缺清償資力之債務

<sup>605</sup> 松下淳一，前掲註 505，頁 9。

人進行間接強制，造成間接強制金累積而對債務人苛刻之結果<sup>606</sup>。



#### 第四款、否定間接強制金適用之債務

向來在學說與判例上，即使該當於前述債務，亦有不得為間接強制之情形。

一般舉出以下情形：①無法強制履行之債務，例如強制履行違反公序良俗、強制則違反公序良俗或社會文化通念（如夫妻同居義務<sup>607</sup>）、債務人在自由狀態下之任意履行方能達到目的之債務（如以藝術作品之創造、發明為目的之債務）<sup>608</sup>、在一次性行為債務或不行為債務，因為期限屆至而無履行餘地<sup>609</sup>。②僅依債務人自己之意思無法履行之債務，即需要第三人協力、同意，有無法依債務人意思排除之事實上障礙之債務<sup>610</sup>。需要第三人協力或同意之案例，例如從第三人公司所得之再發行股票之交付義務<sup>611</sup>。物理上或能力上無法履行之案例，例如未完成債權人受電設備之情形中之送電債務<sup>612</sup>，或係在債務人欠缺資力之情形，一定期間內對特定銀行負有一定金額之存款債務<sup>613</sup>。不過，另有見解認為需要第三人協力之情形，並非直接否定間接強制之適用，強制獲取第三人之協力是否適當，應依具體情事判斷之<sup>614</sup>。③對限制行為能力人之債務，因為間接強制係藉由制裁而給予其履行動機，債務人無法理解伴隨於制裁內容或債務不履行之不利益時，則無法達到間接強制之目的。對欠缺意思能力人則一律不允許間接強制，對限制行為能力人之間接強制，則按照各種限制能力之類型，其中有不允許間接強制之情形

<sup>606</sup> 松下淳一，前揭註 505，頁 9-10。

<sup>607</sup> 大決昭和 5 年 9 月 30 日，最高裁判所判例集民集 9 卷，頁 926。

<sup>608</sup> 富越和厚，前接註 493，頁 186。

<sup>609</sup> 富越和厚，前接註 493，頁 283。

<sup>610</sup> 富越和厚，前接註 493，頁 283。

<sup>611</sup> 大決昭和 5 年 11 月 5 日，法律新聞 3203 号，頁 7。

<sup>612</sup> 大決大正 4 年 12 月 21 日，法律新聞 1077 号，頁 18。

<sup>613</sup> 東京控決昭和 3 年 12 月 10 日，法律新聞 2927 号，頁 15。

<sup>614</sup> 中野貞一郎，前揭註 494，頁 121-122。



然而，在修法前，因為係依各債務內容區分執行方法，若個別強制執行方法不可能實行之情形，則與該當債務名義無法為強制執行之情形基本上一致<sup>615</sup>。但是，在新法擴張間接強制之適用範圍後，關於否定間接強制適用之債務亦須重新思考，因為原本之討論多係以不代替性行為債務無法強制執行為前提，就新法擴張之物之交付債務、代替性行為債務及金錢債務等，其間接強制金之適用限制如何劃定與舊法時代即會有所不同，此問題將於後述關於間接強制之限制(第四節、第二款)章節檢討。

綜上所述，日本法上之間接強制適用已大幅擴張，同時亦在苛酷執行與實效性確保兩者間尋求平衡，選擇漸進地擴大間接強制金適用範圍之途徑，在金錢債務之執行上仍僅限於最具有必要性之扶養費相關金錢債務，而非如同法國法之全面性擴張適用。

---

<sup>615</sup> 富越和厚，前接註 493，頁 284；梅本聡子，間接強制の可否についての実務上の問題，金融法務事情，1972 号，2013 年 6 月，頁 41。

<sup>616</sup> 梅本聡子，前接註 615，頁 41。

### 第三節、間接強制金制度之程序

#### 第一款、間接強制金之聲請與審理



實行間接強制之機關即為執行法院（民事執行法 172 條 6 項準用 171 條 2 項），間接強制係藉由對債務人命於不履行之情形，給付一定額度金錢予債權人之裁定而實行<sup>617</sup>。命間接強制之裁判本文稱為「間接強制裁定」<sup>618</sup>，另外亦有稱為「支付預告命令」、「支付預告裁定」<sup>619</sup>或「強制金裁定」<sup>620</sup>。

間接強制係依據要求間接強制裁定之聲請而為之。為間接強制裁定時，必須訊問債務人（民事執行法 172 條 3 項）。審理對象有一般執行要件（執行正本存在等，民事執行法 29 條~31 條）、間接強制特定之要件（間接強制可能之債務等）<sup>621</sup>。一般舉出間接強制之發令要件有：①要求履行之債務與表示於債務名義之債務有同一性，②債務內容之特定性，③債務得作為間接強制之對象<sup>622</sup>。

債務之不履行是否為間接強制之要件，就此問題有所爭論（第四節、第三款、第二目）。不行為債務之情形，一般認為債權人須證明有違反（不履行）之危險，此危險不需要高度蓋然性或急迫性<sup>623</sup>。在不代替性行為債務之情形，債務人主張履行（成為本來請求異議之事由）時，執行法院能否審理之，就此，代替執行之情形亦有相同問題，一般否定之<sup>624</sup>，但有認為應限於得容易證明履行之情形方肯定<sup>625</sup>。

<sup>617</sup> 大濱しのぶ，前掲註 495，頁 430。

<sup>618</sup> 大濱しのぶ，前掲註 495，頁 430；梅本聡子，前掲註 615，頁 40。

<sup>619</sup> 富越和厚，鈴木忠一、三ヶ月章編，注解民事執行法(5)，東京：第一法規，1986 年，頁 108。

<sup>620</sup> 中野貞一郎，前掲註 494，頁 811。

<sup>621</sup> 大濱しのぶ，前掲註 495，頁 430。

<sup>622</sup> 富越和厚，前掲註 619，頁 106。

<sup>623</sup> 中野貞一郎，前掲註 494，頁 822-823。

<sup>624</sup> 富越和厚，前掲註 493，頁 290。

<sup>625</sup> 大濱しのぶ，前掲註 495，頁 430。

命強制金之方式有：①因應遲延期間或每次違反命一定額度之支付（定期支付），以及②一次全額給付之方式（一次支付），亦有③兩者併用之給付方式<sup>626</sup>。實務則多為①定期支付。若不履行態樣係一次性債務則依據②一次支付。若不履行態樣係繼續性或反復性之債務則依據①定期支付較適當<sup>627</sup>。

此外，實務上在不行為債務以外之情形，普遍在間接強制裁定設置猶豫期間（或稱履行期間<sup>628</sup>）。猶豫期間係以間接強制裁定之告知（送達）時為基準，應係現實履行可能之期間<sup>629</sup>，考慮向來之準備狀況、準備需要之期間、本身履行所須期間等而訂定。即時之履行在現實上不可能之情形，則必須設置猶豫期間<sup>630</sup>。此外，亦允許規定限制間接強制之存續期間，存續期間經過後亦可再為間接強制之聲請<sup>631</sup>。

就間接強制裁定或駁回其聲請之裁定得為執行抗告（民事執行法 172 條 5 項）。聲請人得以間接強制裁定之內容不足以確保履行為理由提起執行抗告，但對履行確保目的之裁定內容之適當性，必須為裁量判斷，且若考量到存有情事變更之途徑，則除非欠缺顯著適當性否則執行抗告並不適當。相對人則得以欠缺發令要件為理由提起執行抗告，強制金額度過大逸脫合理裁量之範圍亦成為抗告理由。履行債務一般不成為抗告理由，因為原本即不包含在間接強制裁定之審理事項內<sup>632</sup>。此外，間接強制裁定即使不確定亦產生效力<sup>633</sup>。

<sup>626</sup> 中野貞一郎，前揭註 494，頁 769、811。

<sup>627</sup> 大濱しのぶ，前揭註 495，頁 431。

<sup>628</sup> 富越和厚，前揭註 493，頁 289。

<sup>629</sup> 前野順一，新民事訴訟法強制執行手續，東京：松華堂，1933 年，頁 724；富越和厚，前揭註 493，頁 289。

<sup>630</sup> 大濱しのぶ，前揭註 495，頁 431。

<sup>631</sup> 中野貞一郎，前揭註 494，頁 769、811。

<sup>632</sup> 富越和厚，前揭註 493，頁 292-293。

<sup>633</sup> 大濱しのぶ，前揭註 495，頁 431。

## 第二款、間接強制金之情事變更

執行法院判斷為了確保履行間接強制裁定之內容是否為適當而發令，但關於發令後之實效性，若命令未奏效之情形，每次皆須重新提出間接強制，如此不僅過於繁雜，各個間接強制裁定間之關係亦模糊不清。因此，以已發出之間接強制裁定之變更裁定為方法處理之。亦即，有情事變更時，執行法院得為間接強制裁定之變更，即變更裁定（民事執行法 172 條 2 項）。此外，原本並不存在撤銷間接強制裁定之規定。若考量此制度旨趣按照確保履行之目的所帶有之間接強制裁定彈性，應係預設間接強制裁定本身之撤銷，但強制金裁定之發令審查事項消滅之情形，是否應對間接強制裁定之情事變更後相關部分提起請求異議之訴，抑或按照裁定事項，關於債務名義發令要件之情事變更，因為情事變更而承認撤銷間接強制裁定，有如此見解之對立<sup>634</sup>。

間接強制裁定發令後，關於判斷間接強制之方法、期間或金額之事實，若發生新事實時，執行法院得依聲請變更原裁定<sup>635</sup>。以間接強制裁定發令時執行法院或聲請人判明之情事為前提，發令內容欠缺適當性之主張雖然應在對間接強制裁定之執行抗告中主張，但間接強制裁定確定後債務人未任意履行之情形，若不承認情事變更，則不符合以彈性履行確保為目標之修正意圖。亦即，所謂間接強制裁定不奏效之情形，應承認情事變更。此外，藉由履行本來債務，就該當部分間接強制裁定執行力消滅之主張，係對間接強制裁定該當部分之請求異議之訴事由，並非情事變更<sup>636</sup>。

情事變更之典型係強制金不奏效時，得依據變更裁定向將來增加強制金額度

<sup>634</sup> 富越和厚，前揭註 493，頁 293-294。

<sup>635</sup> 富越和厚，前接註 619，頁 108。

<sup>636</sup> 富越和厚，前揭註 493，頁 294。

637。通說否定藉由變更裁定溯及過去減少強制金額度<sup>638</sup>，其中有認為作為變更與間接強制之方法，係依據間接強制裁定為了確保將來之履行，而並非判斷已終結之心理強制手段之強制金裁定適當與否<sup>639</sup>。對此見解，則有批評其將變更裁定限定於為了將來之履行確保（心理強制）之根據並不明確<sup>640</sup>。另外，亦有認為之前執行法院所發間接強制裁定已確定，且儘管有債務不履行，若為了避免苛酷執行，之後執行法院所為溯及撤銷已發生間接強制金之支付命令或減額，此行為超過執行機關之權限範圍<sup>641</sup>。對此則有論者提出批評，民事執行法對於間接強制，承認執行法院有廣泛裁量權。此顯現於執行法院為第一審法院（民事執行法 172 條 6 項、171 條 2 項）、關於間接強制金之額度、以命一時金方式之期間，明定委由執行法院裁量之要旨（民事執行法 172 條 1 項）。執行法院依據裁量，尋求未明文之措施。亦有定存續期間之實例，定猶豫期間係廣泛實行，關於間接強制執行法院之裁量權，實務上已承認不依明文限定之。若係如此，應得承認變更裁定之溯及減額<sup>642</sup>。因此，現在有力見解認為為了避免苛酷執行，應肯定間接強制裁定變更之溯及減額<sup>643</sup>。

另外，於擴張間接強制之適用範圍後，於扶養費等相關金錢債權之執行亦規定有情事變更時，執行法院得依債務人聲請，溯及於聲請時或情事變更時撤銷間接強制裁定（民事執行法 167 條之 15 第 3 項）。此立法意旨係為了不對債務人產生苛酷結果，必須盡可能溯及撤銷間接強制裁定。惟債權人直到為撤銷聲請時，

637 東京高判平成 7 年 9 月 1 日，判例時報，1541 号，頁 100。

638 富越和厚，前掲註 635，頁 110；小野瀨厚、原司，前掲註 527，頁 166；園尾隆司，破產者に対する制裁と破產者名簿調製の歴史：財産開示手続強化その他の判決の履行確保策への一つの視点，判例タイムズ，1388 卷，2013 年 7 月，頁 17。

639 富越和厚，前掲註 635，頁 110。

640 大濱しのぶ，前掲註 496，頁 290。

641 園尾隆司，前掲註 638，頁 17。

642 大濱しのぶ，前掲註 496，頁 291-292。

643 中野貞一郎，前掲註 494，頁 821；大濱しのぶ，前掲註 495，頁 431。

才認識其間接強制裁定之撤銷可能性，故假設得溯及至債務人為撤銷聲請前之時間點撤銷間接強制裁定，直到其為撤銷聲請之間基於間接強制裁定債權人所取得之間接強制金則可能必須返還予債務人，如此一來，有不當侵害債權人權利之虞。此外，間接強制裁定撤銷之聲請時債務人有資力之情形，其聲請後債務人喪失資力之情事變更時，此時不必溯及至聲請時撤銷間接強制裁定，溯及至債務人喪失資力時即為已足，故間接強制之撤銷聲請後有情事變更時，得溯及至有情事變更時，撤銷間接強制裁定<sup>644</sup>。

至於向來間接強制裁定之情事變更（民事執行法 172 條 2 項）是否不僅係間接強制金之額度變更亦包含間接強制裁定之撤銷，其旨趣並不明確，如同前述，若採變更裁定無溯及效力之見解，則關於間接強制金減額屬於間接強制之撤銷抑或變更適用上會有所差異。因此，向來變更制度與新撤銷制度之適用關係，殘留有解釋論上問題<sup>645</sup>。「變更」並不溯及變更，「撤銷」則得溯及於聲請時撤銷。因此，以債務人資力減少為理由之間接強制金之減額是否該當於間接強制之裁定「變更」抑或該當於「一部撤銷」，亦即是否得將間接強制金溯及減額，此為解釋論之問題。採取該當於「變更」之想法，認為現在之間接強制裁定變更之概念並未改變；且與原本即欠缺間接強制要件之情形不同，僅係間接強制金額度問題之情形，不得溯及變更並非不合理。另一方面，採取該當於「一部撤銷」之想法，則認為間接強制金之減額觀念上得該當於裁定之「一部撤銷」，既然設有新「撤銷」制度，則得解為該當於此；且在盡可能避免對債務人產生苛酷結果此意義上，即使在減額情形，認為得溯及至聲請時應屬適當<sup>646</sup>。

另外，亦有區分兩者情事變更適用情況之不同，承認關於撤銷之溯及效，亦

<sup>644</sup> 小野瀨厚、原司，前揭註 527，頁 165。

<sup>645</sup> 上原敏夫，前揭註 569，頁 42。

<sup>646</sup> 小野瀨厚、原司，前揭註 527，頁 166-167。

係以支付能力要件即間接強制存續要件為基礎，故成為撤銷原因之情事變更（民事執行法 167 條之 15 第 3 項），解為限於債務人支付能力減少、消滅。另一方面，「變更」係執行法院因應為了心理強制之實效性一般應考慮之要因（如債務人不履行態度或債權人因為不履行所受損害等）變動，向將來重新作成強制金裁定之作用，成為變更原因之情事變更（同法 172 條 2 項），一般意指強制金額裁定之際考慮要因之變動<sup>647</sup>。

至於強制金裁定發令後，扶養義務一部履行之情形，強制金裁定是否會因應履行比例而減少？例如，未履行五萬元債務時命對債權人須支付一萬元之強制金裁定作成後，僅清償三萬元則強制金金額是否變為四千元？對此，就一次性給付而言，依據強制金裁定主文之寫法而決定。亦即，「未履行五萬元全額債務之情形下，對債權人須支付一萬元」，此情形強制金額度當然不會依據一部清償而減少。相對於此，「若未履行五萬元債務之情形，每未履行額一萬元對債權人須支付強制金兩千元」此裁定則強制金額度當然會依據一部清償而減少。若其裁定旨趣不明確之情形，則應解為直到全額履行強制金額度並不減少；按照一部履行程度心理強制程度降低，結果難以全額履行並不理想<sup>648</sup>。

### 第三款、間接強制金之執行

間接強制裁定為債務名義（民事執行法 172 條 5 項、22 條 3 款），債權人得依據所受執行文之付與及通常金錢執行為強制執金收取之執行<sup>649</sup>。在不代替性行為債務，債務人應主張、證明其履行事實（請求異議事由），故以發單純執行文、履行期間屆滿為執行開始要件；就不行為債務，債權人應主張、舉證侵害行為（債

<sup>647</sup> 松下淳一，前掲註 505，頁 21。

<sup>648</sup> 松下淳一，前掲註 505，頁 22。

<sup>649</sup> 大濱しのぶ，前掲註 495，頁 432。

務不履行)，故債權人提出證明侵害行為之事實文書，或經過執行文付與之訴訟，必須受到條件執行文之付與<sup>650</sup>。

此執行雖然並非間接強制之程序，但在此金錢執行終了前皆有可能為間接強制裁定之停止、撤銷、變更裁定、請求異議之訴<sup>651</sup>，亦即，間接強制直到命金錢支付之金錢債權執行終了後，間接強制執行始終結<sup>652</sup>。此外，對間接強制裁定之請求異議之訴，可能主張行為、不行為債務之不存在或消滅<sup>653</sup>；惟亦有學說認為，此等主張必須提起行為、不行為債務名義之請求異議之訴<sup>654</sup>。

---

<sup>650</sup> 富越和厚，前掲註 493，頁 296-297。

<sup>651</sup> 大濱しのぶ，前掲註 495，頁 432。

<sup>652</sup> 田中康久，新実務民事訴訟講座(12)，鈴木忠一、三ヶ月章監修，東京：日本評論社，1984年，頁 121。

<sup>653</sup> 大阪高判昭和 54 年 7 月 20 日，判例時報 949 号，頁 123。

<sup>654</sup> 中野貞一郎，前掲註 494，頁 812-813。

## 第四節、間接強制金制度之實踐

### 第一款、間接強制金之活用——間接強制金與其他執行方法之併用

#### 第一目、執行方法之選用

民事執行法係關於強制執行之各種執行方法與執行目的物，原則上，從債權人與債務人之處分自由出發（處分權主義）<sup>655</sup>。亦即，作為私權保護之一環之民事執行程序適用當事人處分權主義應為適當。若無當事人聲請則民事執行則不會開始（民事執行法 2 條）。執行之內容、對象、方法，依據執行聲請而被特定，不允許超過聲請之執行（民事執行法 20 條準用民事訴訟法 246 條）。一旦開始執行，直到程序終了，原則上得依撤銷聲請使程序消滅（民事執行法 47 條 2 項、54 條 1 項、76 條 1 項）<sup>656</sup>。

關於債權人之處分權主義，執行機關不依職權開始執行程序。執行程序係依聲請人對執行機關（執行法院或執行官）之聲請而開始。執行實施之聲請係訴訟行為（取效之訴訟行為）。債權人為了金錢債權之實現，得選擇或併用對不動產執行、船舶或其他準不動產之執行，對債權及其他財產權之執行，或係動產執行之任一執行。此外，債權人在執行方法相同之情形，得選擇法律所定之複數可能方法。例如，債權人得在不動產執行中選擇不動產拍賣或不動產強制管理（或併用兩者），在債權執行中除了作為換價方法收取被扣押債權之外，亦可聲請支付轉給命令。債權人原本得不聲請執行，即使在聲請執行之情形亦得撤銷執行聲請，或一旦開始執行程序途中亦可不進行<sup>657</sup>。

關於當事人之合意，在一定範圍內，債權人與債務人關於執行方法與對象得

<sup>655</sup> 松本博之，前揭註 500，頁 21。

<sup>656</sup> 中野貞一郎、下村正明，前揭註 503，頁 65。

<sup>657</sup> 松本博之，前揭註 500，頁 21。



為合意。亦即，對於執行對象，得依契約為有效限制（執行限制契約）<sup>658</sup>。在債權人要求斷然執行時，要求執行必須迅速且確實提出其實效性，但原本執行對債權人經濟性或交易政策性即未必有利、最為適當，反而給予債務人過大打擊。若因為迅速執行之要求而禁止藉由執行當事人之私法自治性解決，則無法避免本末倒置之責難<sup>659</sup>。相對於此，擴張對債務人不利執行對象之合意，則為不適法。此係來自執行程序之公法性質限制，但同時與執行當事人之個人利益亦為一致<sup>660</sup>。

如同上述，關於民事執行法中適用處分權主義，就此並無異議，債權人得依其意思選擇執行方法，但在舊法時期係依債務名義內容規定執行方法，且受限於間接強制之補充性原則，故當事人聲請執行時，原則上依債務內容為金錢執行、行為或不行為債務以及行為是否為可代替行為區分是否適用間接強制。然而，在民事執行法修正後，藉由平成 15 年、16 年（2003 年、2004 年）修正排除間接強制補充性，同一債務中可能為間接強制與代替執行、直接強制、金錢執行等之複數執行方法。關此之間接強制與其他執行方法（直接強制或代替執行）之選擇，法條文義上係，依據其他執行方法實行外，於「有債權人之聲請時」實行間接強制（民事執行法 167 條之 15 第 1 項本文、173 條 1 項前段），此係將執行方法之選擇委由債權人意思之旨趣。因此，於被允許之複數方法中，債權人得選擇任一種為執行聲請。問題係是否得同時併用複數執行方法，就此點在法律規定上未必明確，而須委由解釋<sup>661</sup>。

而且，關於國際上子女交付之民事上層面條約施行之法律中，規定有代替執

<sup>658</sup> 松本博之，前掲註 500，頁 21。

<sup>659</sup> 中野貞一郎、下村正明，前掲註 503，頁 65。

<sup>660</sup> 松本博之，前掲註 500，頁 21。

<sup>661</sup> 大濱しのぶ，間接強制と他の執行方法の併用の許否--間接強制と代替執行の併用が問題になった事例を手掛かりとして，判例タイムズ，1217 号，2006 年 10 月，頁 74；山本和彦，間接強制の活用と限界，法曹時報，66 卷 10 号，2014 年 10 月，頁 2706。

行與間接強制二方法，並由法律規定將間接強制前置，今後，檢討間接強制與其他執行方法之併用事案亦可能隨之增多<sup>662</sup>。



## 第二目、間接強制金與其他執行方法併用之可行性

關於執行方法之併用可行性，學說及實務皆有所討論，就此可分為當事人聲請階段得否併行聲請以及執行法院裁定階段得否併行裁定之問題，以下分別討論之。

### 一、立法旨趣

平成 15 年（2003 年）修正綱要<sup>663</sup>中提及，關於執行方法之選擇，承認間接強制方法與其他執行方法之間，債權人得自由選擇聲請其方法。就間接強制與其他執行方法之選擇，委由債權人自由之旨趣應為明確，此亦蘊含有不承認法院個別判斷之含義。另一方面，此種執行方法之選擇是否限於擇一，亦即，關於間接強制與其他執行方法之併用許可與否，於此次修正法制審議會所公開之資料中，立案負責人之解說並無相關說明<sup>664</sup>。

之後，在平成 16 年（2004 年）修正綱要中間試案之補足說明提及，基於扶養義務等金錢債務之強制執行方法，存在直接強制與間接強制之複數方法，但關於選擇何種方法則依據債權人之意思。亦即，債權人可能先聲請間接強制，之後聲請直接強制，亦可能為順序相反之聲請，亦可同時為直接強制與間接強制之聲請<sup>665</sup>。對此說明之解讀，學說上有不同看法，肯定併行聲請者認為，據此，得評

<sup>662</sup> 鈴木雄輔，間接強制と代替執行・直接強制の併用の許否，金融法務事情，1990 号，2014 年 3 月，頁 67。

<sup>663</sup> NBL755 号，2003 年 3 月，頁 74 以下。

<sup>664</sup> 大濱しのぶ，前掲註 661，頁 86。

<sup>665</sup> NBL790 号，2004 年 8 月，頁 109 以下。

價為在金錢債務關係上已明示允許併行聲請<sup>666</sup>。否定併行聲請者則認為，依據先行修正之民事執行法第 173 條法制審議會公開資料或立案負責人之解說，並未發現提及關於併用與否之說明，故此點在平成 15 年（2003 年）修正階段不成為審議之對象。因此，關於同法第 173 條 1 項，解釋為承認併用之旨趣而立法，過於勉強。同法第 173 條 1 項與第 167 條之 15 第 1 項，關於執行方法之選擇使用相同文句，故視為不同之規範有所困難。即使關於同法第 167 條之 15，有上述補足說明後之部會議事錄、平成 16 年（2004 年）修正綱要、立案負責者之解說，亦未發現提及關於併用與否之說明。由此可知，此二規定並未規定關於任一併用之許可與否，而應委由解釋。關於民事執行法第 167 條之 15，承認併用要旨之上述補足說明及部會說明，並非謀求立法旨趣般之意思統一，僅係立法過程中所表示之一種解釋。不過，立法過程中所表示之此種解釋，應充分留意之<sup>667</sup>。

綜上所述，關於間接強制擴大適用範圍之修法立法資料中，有明確表示者應僅有債權人得自由選擇執行方法一事，對於是否得併行聲請或併行裁定則須委由解釋，因此，學說上有不同見解。

## 二、學說討論

### （一）否定併行聲請與併行裁定之見解

學說上有採取否定併行聲請且同時否定併行裁定（即否定併用）之見解，亦被稱為同時繫屬否定說<sup>668</sup>，即間接強制與其他執行方法同時聲請之情形，基本上應駁回兩者聲請，否定法院之裁量性判斷；惟此係間接強制與其他執行方法目的相同之情形，不應允許其併用；若係不行為債務本身之間接強制及違反結果除去

<sup>666</sup> 山本和彦，前揭註 661，頁 2707。

<sup>667</sup> 大濱しのぶ，前揭註 661，頁 87。

<sup>668</sup> 鈴木雄輔，前揭註 662，頁 61。

之代替執行之併用，則可承認之。因為於此情形，間接強制與代替執行之目的不同，若不承認併用則無法實現各目的，妨礙債權人之權利實現。此外，即使間接強制與其他執行方法目的相同之情形，債權人聲請其一而其執行不奏效而終了後，債權人為另一聲請之情形，可承認容認此聲請階段性實施二者之執行<sup>669</sup>。

關於否定併用，舉出以下理由：第一，間接強制與其他執行方法目的相同之情形，承認其併用並非為了實現債權人權利而必要不可或缺。第二，現行間接強制之架構本身，可能對債務人產生不當過重結果之虞，若更進一步承認其他執行方法之併用，對債務人心理壓迫可能過重，此係否定併用之主要理由。換言之，有苛酷執行之虞，即使無法說係苛酷執行，亦可能違反比例原則特別係必要性原則。將比例原則適用於執行法雖有爭議，但即使在日本依據比例原則承認執行限制亦有其必要。關於比例原則中之必要性原則係，在執行之關係上，執行機關之行為應在必要範圍內，對債務人不應採用施予超過必要負擔之手段<sup>670</sup>。有關違反必要性原則之案例，例如關於少額債權動產執行儘管充分滿足，卻限制施以不動產執行之債權人執行對象財產之選擇權<sup>671</sup>。依據必要性原則，限制關於間接強制與其他執行方法之債權人選擇權之想法應可成立。第三，關於併用肯定說之根據有：①修正法係以強化權利實現之實效性為目的，②且具有將執行方法之選擇委由債權人自由之旨趣，③條文並無禁止併用之文句。對如此根據，否定併用者提出以下反論。關於①，即使否定併用，因為並非否定間接強制適用範圍之擴張，得實現所謂強化權利實現之實效性之修正目的。關於②，若觀察修正過程，關於執行方法之選擇，因為要件法定化及法院之個別判斷皆有所困難，而委由對權利實現最有利害關係之債權人自由選擇，並非不允許限制債權人執行方法之選擇權。

<sup>669</sup> 大濱しのぶ，前掲註 661，頁 90。

<sup>670</sup> 石川明，ドイツ強制執行法と基本權，東京：信山社，2003 年，頁 49。

<sup>671</sup> 石川明，前掲註 670，頁 51。

因此，限制解釋此債權人之選擇權，並不違反修正之旨趣。關於③，依民事執行法第 173 條 1 項、167 條之 15 第 1 項之文義解釋，因為沒有如同法第 43 條第 1 項後段般之「得併用」之文句（對不動產之強制執行，得併用強制拍賣與強制管理），故不允許間接強制與其他執行方法併用之解釋，因此，所謂因為沒有禁止併用等之限制條文故當然允許併用，顯然並非如此。如前所述，無關於併用之條文，僅不過表示併用許可與否應委由解釋<sup>672</sup>。

關於間接強制與其他執行方法即直接強制或代替執行之併行聲請，區分為先行聲請其中一方法之情形，或同時聲請兩執行方法之情形，具體處理於後述說明。基本想法係債權人應擇一性選擇任一方法，除非依據此方法執行無法達成目的而終了，否則不得聲請其他方法<sup>673</sup>。

首先，關於直接強制或代替執行先行之情形。直接強制實施而未終了之情形或有代替執行裁定但未實施行為之情形，若聲請間接強制，以有直接強制之實施或代替執行裁定為理由，應駁回間接強制之聲請。在債務人訊問中明確直接強制之實施或代替執行裁定之存在（民事執行法 173 條 1 項、167 條之 15 第 6 項、172 條 3 項）。若係直接強制或代替執行無法達到目的而終了之情形，得聲請間接強制。再者，若係間接強制先行之情形，雖有間接強制裁定，間接強制效力尚未發生之期間（間接強制裁定所定履行猶豫期間經過前等），為直接強制或代替執行聲請之情形，應駁回此聲請；間接強制之效力發生後（間接強制不奏效之狀態持續），為直接強制或代替執行聲請之情形，則解為得開始於容認此聲請之執行。其理由如下：間接強制裁定中允許訂定存續期間，但實務上並不特別訂定存續期間，而通常採取直到債務消滅效力前皆存續之形式（如行為債務之案例，命

<sup>672</sup> 大濱しのぶ，前掲註 661，頁 90-91。

<sup>673</sup> 大濱しのぶ，前掲註 661，頁 93。

直到履行前每日支付○○元)。為此，在通常間接強制無法達到直接強制或代替執行般目的之終了。於此情形，債權人得不採取使間接強制終了之程序，而聲請直接強制或代替執行。直接強制或代替執行之實施係確定之時（交付催告時、告知強制拍賣開始裁定時、扣押命令確定時、代替執行裁定確定時），間接強制解為向將來失效<sup>674</sup>。

最後，關於間接強制與直接強制或代替執行同時聲請之情形，聲請一個方法而執行機關尚未裁判時即聲請其他方法之情形，亦認為係同時聲請之一種。此情形除了後述預備合併等之情形，應解為無法承認任一聲請。但是，執行法院應釋明選擇任何一種方法。應不允許由執行機關選擇適當之執行方法，因為可能違反修正法之立法旨趣，但主要理由係民事執行法不統一執行機關，並非得由執行機關選擇最適執行方法之架構。此外，間接強制與其他執行方法之管轄法院相同之情形，解為允許預備性合併間接強制之聲請與其他執行方法之聲請，此適用者主要係在間接強制與代替執行之關係。關於代替執行，如鈹殘土除去債務，債務代替性有無之判斷並不容易，要求債權人為執行方法之擇一性選擇過於苛酷，故此種情形為謀求債權人之救濟，即可承認預備性合併之方法。另有學者以程序錯綜違反程序經濟為理由，就民事執行之程序，認為不應準用關於客觀合併之民事訴訟法第 136 條，但並非全然否定此<sup>675</sup>。因此，比起肯定其併用而進行同時併行審理之情形，即使承認間接強制與代替執行之預備合併，亦並非特別違反程序經濟<sup>676</sup>。

<sup>674</sup> 大濱しのぶ，前掲註 661，頁 93-94。

<sup>675</sup> 中野貞一郎，前掲註 494，頁 70-71。

<sup>676</sup> 大濱しのぶ，前掲註 661，頁 94-95。

## （二）肯定併行聲請之見解

關於間接強制與其他執行方法得否併行聲請，學說上多採取肯定說（亦稱為同時繫屬肯定說<sup>677</sup>）。其理由為：間接強制係尋求債務人自行履行，使實效性權利實現成為可能之同時，間接強制之方法在何種事案中為有效率，難以法律一般性地規定，由接受聲請之法院個別判斷亦妨礙迅速執行，故委由對權利實現最有利害關係之債權人判斷應屬適當<sup>678</sup>。鑑於此賦予債務人履行方法之選擇機會而排除補充性之立法旨趣，對債權人而言，就該債權之具體實現，何一執行方法為優先亦可能有判斷困難之情形，因此，使其決定以何一方法聲請執行並不適當<sup>679</sup>。因此，債權人並非僅可以選一個，得聲請兩者併行，或一方不奏效時請求實施另一個<sup>680</sup>。

然而，肯認同時併行聲請執行方法之學說，又可分為是否許可法院併行裁定（併行實施、併用）數種執行方法。其中，關於債權人是否可併用代替執行與間接強制兩者之討論。有認為債權人雖可聲請代替執行與間接強制兩者併行，但執行法院係依聲請債權人所定順序實施執行，先行執行不奏效未確定時，無法著手其他執行。亦即，原則上不承認併行裁定。另外，聲請債權人未決定執行實施順序時，依照執行法院所定順序，原則上將對債務人可能產生苛酷結果之間接強制作為後順位，應先實施代替執行<sup>681</sup>。

另一方面，亦有直接肯定間接強制與其他執行方法併行裁定之見解。關於拆除建物請求權，同時請求代替執行與間接強制，現在，一面藉由間接強制由債務

<sup>677</sup> 鈴木雄輔，前揭註 662，頁 61。

<sup>678</sup> 谷口園惠、筒井健夫，改正担保・執行法の解説，東京：商事法務，2004 年，頁 128。

<sup>679</sup> 山本和彦，前揭註 661，頁 2712。

<sup>680</sup> 中野貞一郎，前揭註 494，頁 790。

<sup>681</sup> 中野貞一郎，前揭註 494，頁 806。

人本身拆除，即使經過一定期間未拆除之情形，基於已取得之授權裁定亦得承認實施代替執行。此外，當初僅要求間接強制，即使經過一定期間債務內容不實現之情形，亦承認轉移至代替執行或直接強制（此點向來，就抽象之不行為命令之執行，有論及從間接強制轉移至作為「將來適當處分」之代替執行<sup>682</sup>）。在此情形，聲請代替執行等之際，亦不必撤銷間接強制之聲請<sup>683</sup>。

前述否定說之理由有：併用執行方法對於債權人之權利實現並非不可或缺，以及對於債務人心理壓迫過剩（有苛酷執行或比例原則違反之虞）。對此，學者亦提出以下批判：第一，若非對權利實現不可或缺之併用則不承認此前提並不成立，對權利實現若為有用則併用被承認之理解可能成立。因此，其方法係對於上述立法旨趣即債權人權利實效化之整合性解釋。至於，個別單獨而言不會成為苛酷執行，則併行是否會成為苛酷執行，就所謂心裡壓迫是否過剩，否定說未充分說明。債務名義存在，若考慮到債務人原本即應直接履行債務之立場，亦考量心理壓迫為債務履行基本上並非過剩而係適正。因為債務人若履行其本來應履行之債務即得直接擺脫心理壓迫。其次，如同前述，有承認併行聲請但須依聲請債權人所定順序實施執行，認為須先行之執行方法無效方可實施後順位之執行方法此種原則上不承認併行裁定之立場。此見解雖承認併行聲請，但債權人必須為預備聲請，對此學者亦有所批判，即若法院不得為併行裁定，則失去承認併行聲請之意義。此外，最初若認為必須為預備聲請，其難謂係併行聲請。因此，容許併行聲請亦應承認併行裁定<sup>684</sup>。

近來，肯定執行方法併用之見解，亦考慮苛酷執行之問題。有認為依據間接強制之權利實現本身，終究係藉由任意履行，即使著手於直接強制或代替執行之

<sup>682</sup> 竹下守夫，生活妨害の差止と強制執行再論，判例タイムズ，428号，1981年2月，頁37。

<sup>683</sup> 山本和彦，前掲註601，頁160-161。

<sup>684</sup> 山本和彦，前掲註661，頁2712-2713。

一連串程序，原則上，依然存在允許債務人任意履行之階段，即使在其階段透過間接強制尋求任意履行，應無問題。因此，在此階段中允許執行程序之併用。不過，亦須避免藉由承認執行程序之併用使債務人本來所應負之負擔加重。在此點，代替執行之費用前付實現後藉由間接強制要求任意履行之情形，因為其仍係強迫債務人之費用雙重負擔，應解為間接強制金之發生被停止<sup>685</sup>。

另外，亦有論者認為若貫徹所謂間接強制之補充性否定之修正法旨趣，執行法院不應選擇任何一者，併行聲請之情形，因為聲請債權人得依據直接強制或代替執行而完了執行而堅持其聲請，在此重複為間接強制裁定該當於苛酷執行因而不被允許。但是，至少應承認其中之一執行方法，駁回二者並不適當。此外，若認為在此情形應直接駁回間接強制之聲請，在直接強制或代替執行不奏效之後債權人必須重新聲請間接強制，使其花費勞力時間並不適當。因此，此情形關於間接強制之聲請不表示判斷，而允許保留<sup>686</sup>。

### 第三目、間接強制金與其他執行方法併用之類型

#### 一、間接強制與代替執行之併用

關於選擇方法之併用，最受討論之類型為間接強制與代替執行之併用。首先，在代替執行中授權裁定之發令是否會成為間接強制金之障礙事由成為問題。

肯定授權裁定為強制金發生之障礙事由者，係採取須先行之執行方法無效方可實施後順位之執行方法之學說，即先行之代替執行授權裁定實施時，因為得視同為債務人自行著手行為債務履行之狀態，因此，在代替執行不奏效未判明之範圍內，不允許為間接強制金裁定。另一方面，先行間接強制金裁定時，則得為代

<sup>685</sup> 小林明彦，間接強制的適用範圍の擴張と執行方法の選択，ジュリスト，1461号，2013年12月，頁91。

<sup>686</sup> 鈴木雄輔，前掲註662，頁66。

替執行之授權決定，且為此授權決定時，債務人對包含強制金裁定之履行命令之不履行被免責，不允許對此部份之強制金裁定為執行文之付與<sup>687</sup>。

另一方面，否定授權裁定為強制金發生之障礙事由者，則多採取肯定併用之見解。其中，有學者認為應避免藉由承認執行程序之併用使債務人本來所應負之負擔加重。直到代替執行之費用預付實現後，若仍藉由間接強制要求任意履行，即使係一時性仍屬強迫債務人之費用雙重負擔而不被允許，此時應解為間接強制金停止發生。在代替執行中僅有授權裁定或不動產交付之直接強制中僅有交付催告時，因為尚有履行可能，故解為不喪失間接強制之效力。依債務人之任意履行並非阻礙債權人之權利實現程序。因此，透過間接強制得要求任意履行係直到直接強制或代替執行實行日之前日，若經過實行日，除非直接強制或代替執行不奏效，否則應解為停止間接強制金之發生。亦即，在直接強制或代替執行不奏效時，承認強制金之發生。另外，併用係債權人之選擇，故即使承認併用對債權人不利益，亦不需要考慮。例如，債權人朝向代替執行之實施進行準備時，實行日之前，因為債務人任意履行而債權人準備作業白費之情況，一般而言不成為承認間接強制併用之障礙。因此，僅在代替執行中費用前付實現之情形，抑或直接強制、代替執行實行日屆至之情形，間接強制之效力始向將來失效<sup>688</sup>。

另外，亦有區分情形討論之見解。在授權裁定階段，債權人得否實現該義務，或是否收取實現情形之費用等，債權人權利實現皆尚未明確，殘留有促使債務人任意履行之契機。因此，強制金持續發生，應解為債權人得收取之。其次，藉由授權裁定實施執行之情形，若履行債務名義所命之義務，則當然阻礙強制金之發生。但是，若債權人著手實行卻執行不能而終了時，則強制金持續發生，因為於

<sup>687</sup> 中野貞一郎，前揭註 494，頁 807。

<sup>688</sup> 小林明彥，前揭註 685，頁 91-92。

此情形債權人權利尚未實現，藉由間接強制使其履行義務應為可行。最後，關於費用預付之裁定（民事執行法 171 條 4 項）之情形，此時僅有裁定被作成，並不解為強制金發生之障礙事由，因為現實上沒有其履行之保障。另一方面，現實上若已預先支付，應該得藉由其使債務人應為之事全部被完成。假設實行不能，得解為其為債權人自己責任之問題，得阻礙強制金發生<sup>689</sup>。簡言之，與前述學者見解類似，僅有在義務確實被履行或支付代替執行所需費用時方可阻止強制金發生，若僅有作成授權裁定或費用預付之裁定，則強制金應持續發生。

關於前述肯定見解認為先行間接強制裁定時，則得為代替執行之授權決定，所命之間接強制裁定無法為執行文付與，包含已經經過之期間部分，依間接強制裁定所命支付之強制金無法以強制執行方法收取。關此，有學者提出批判，無法收取授權裁定前之期間部分所包含之強制金此結論並不適當。另一方面，為了不成為苛酷執行，雖有必要限制關於授權裁定後期間部分之強制金收取，但是前述直接強制或代替執行之實施確定時，間接強制裁定當然（向將來）失效之見解，為了收取強制金有必要於間接強制裁定為執行文付與，但與間接強制分別之其他程序即直接強制或代替執行之實施狀況，可能無法在間接強制程序或其執行文付與之程序中知悉，故並不適切。因此，學者更進一步提出，對間接強制裁定提起請求異議之訴，或在間接強制裁定中預先定存續期間方為適當。其中，關於前者，債務人為了免於依據間接強制裁定所命支付之強制金支付，經常必須提起債務人異議之訴者，此對債務人過於苛酷。因此，聲請伴隨於請求異議之訴之執行停止亦被考量，但需提供擔保此點對債務人負擔亦過重。因此，實務上採取後者，亦即原則上在間接強制裁定中預先定存續期間之運用應屬最理想之方法，如子女交付之國內事案有很多直到履行完成與定終期之主文例。在此情形，法院以債權人

<sup>689</sup> 山本和彥，前揭註 661，頁 2714-2715。

會面等，聽取具體期間、決定適當期間<sup>690</sup>。



## 二、間接強制與直接強制之併用

如同前述，採取肯定併用之見解認為即使於建物遷讓之情形，僅著手直接強制亦不阻礙強制金發生。即使為遷讓之催告，若實際上遷讓並未實現，則強制金不中斷而持續發生。另一方面，若現實上債務被履行（若實現建物遷讓等）強制金則當然不發生。在此意義上，在子女交付情形定有直到履行完了之終期，應屬適當<sup>691</sup>。

## 三、間接強制與金錢執行之併用

最後，就間接強制與金錢執行（扶養費等債務）之情形。就此問題，向來不受討論，需要檢討每個程序之階段。首先，就金錢執行即使債務人之財產被扣押，僅於無該當財產得換價之保障時，不成為阻礙強制金發生之障礙事由，亦即若有財產得供換價則強制金不繼續發生。另一方面，就金錢執行債務人財產若被換價，債權人即使尚未受到滿足達到確實滿足之階段，因為得評價為作為債務人已為一切應為之行為，應解為阻礙強制金發生。就此情形中，無法回收債務名義中支付義務之全額時，就殘額可能再度間接強制，但就此種情形，有強制金額度等之變動可能性，債權人應重新為強制金裁定之聲請<sup>692</sup>。

## 第二款、間接強制金之限制——存在無法僅依債務人排除之障礙

### 第一目、無法僅依債務人排除之障礙之意義

如同前述，法院在為間接強制裁定之際，現行法並未設置特別要件。亦即，

<sup>690</sup> 鈴木雄輔，前揭註 662，頁 66-67。

<sup>691</sup> 山本和彥，前揭註 661，頁 2715。

<sup>692</sup> 山本和彥，前揭註 661，頁 2715。

若係成為間接強制對象之債務，得依債權人聲請當然作成間接強制裁定。然而，關於前述否定間接強制之債務範圍，作為一般之法律原則，對債務人其履行係社會通念上不可能之債務，無法強制其為之。因為此種執行會成為苛酷執行，而不被允許。此外，其他執行方法中，若該執行係現實上不能，則最後會以執行不能之執程序終結，間接強制中在未履行此執行係現實不能之義務時，可能發生債務人必須永久持續支付強制金之不當結果。因此，何謂執行不能之債務履行成為問題<sup>693</sup>。

一般而言，關於債權人實體法上制約之同時，作為間接強制之固有限制，在有依債務人意思無法排除之障礙存在之情形，無法為間接強制裁定。舊舊民訴法（明治 31 年民法施行法修正前之舊民訴法 734 條<sup>694</sup>）中規定，該當行為係僅依債務人意思即可為之，且不得由第三人為之時，第一審受訴法院依聲請按民法（財產編第 386 條第 3 項）規定為裁定。即使已歷經多次修法不存有此種明文規定之現在，尚且可看到此規定對解釋論之一定影響<sup>695</sup>。

#### 一、判例見解

傳統實務見解認為債務人就債權人財產應為之管理精算行為債務中，其行為不可由第三人為之，且僅依債務人意思得實行，此該當於舊民訴法第 734 條之「債務性質允許強制履行之情形」<sup>696</sup>。亦即，刪除舊舊法之文句後，仍以向來學說作為前提，僅依債務人意思即可實行之債務成為間接強制之前提要件，於判例中確

<sup>693</sup> 山本和彥，前揭註 661，頁 2728。

<sup>694</sup> 舊舊民事訴訟法第 734 條（明治 23 年法律第 29 号）：「債務者カ其意思ノミニ因リ為シ得ヘキ行為ニレテ第三者之ヲ為シ得ヘカラサルモノナルトキハ第一審ノ受訴裁判所ハ申立ニ因リ民法（財產編第三百八十六條第三項）ノ規定ニ從ヒテ決定ヲ為ス」。

<sup>695</sup> 山本和彥，前揭註 661，頁 2716-2717。

<sup>696</sup> 大決大正 10 年 7 月 25 日，民錄 27 輯，頁 1354。此規定參見：本文頁 108。

認<sup>697</sup>。

再者，在需要第三人協力之實務案例，如質權人所占有之股票在關東大震災中燒毀滅失，故質權人對接受從該公司所發行新股票之債務人，請求應交付股票予質權人此債務之強制執行。但是舊民訴法第 734 條之適用限於債務履行係僅依債務人意思之情形，即使債務人有履行意思，但因為其他情事而無法履行之情形則不適用之。因此，本件裁判表示，在公司未發行新股票之情形，因為債務人無法履行該債務，公司有因應股東請求發行新股票之義務，但是是否容易再次發行股票係不明確而不允許速斷，故本件債務之履行無法謂係僅依債務人意思即得履行<sup>698</sup>。亦即，於債務履行（股票之交付）需要第三人（公司）協力之案例，雖然承認債務人有請求第三人該協力（股票之發行）之權利，但是能否得到第三人協力尚不明確，因而否定間接強制<sup>699</sup>。

以上之戰前判例，在現行法下解釋基本上被維持。例如，雨天中止之瑪丹娜演唱會重新演出之請求，即使假設被告有重新開始瑪丹娜演唱會之義務，其義務並非僅依被告意思即得履行，而係牽涉美國歌手瑪丹娜意思之契約或是沒有其協力無法實現之不代替行為，其債務性質上不允許間接強制應屬適當<sup>700</sup>。此係所謂需要第三人瑪丹娜協力，債務人為如何之努力等完全不成為問題而否定間接強制之事例，可謂係上述裁定之延伸<sup>701</sup>。

## 二、學說討論

向來之傳統見解，就需要第三人協力或承認等債務之間接強制，大多承認此

<sup>697</sup> 山本和彥，前揭註 661，頁 2717-2718。

<sup>698</sup> 大決昭和 5 年 11 月 5 日，法律新聞 3203 号，頁 7。

<sup>699</sup> 山本和彥，前揭註 661，頁 2720。

<sup>700</sup> 東京地判昭和 63 年 5 月 12 日，判例時報 1282 号，頁 133。

<sup>701</sup> 山本和彥，前揭註 661，頁 2721。

係法所未規定之障礙。其討論又可分為兩大類：第一種想法係，需要第三人協力之情形當然不允許間接強制，因為僅施加心理強制無法達到目的<sup>702</sup>。相對於此，第二種想法則係，需要第三人協力之情形中，限於無望能容易得到第三人協力時，方不允許間接強制。亦即，不拘泥於為了履行而需要事實上或法律上第三者之同意或協力，而係沒有希望容易取得第三人之同意或協力之情形（例如，他人之手術、攝影）始無法執行<sup>703</sup>。向來之見解無論何者，至少在無望取得第三人協力之情形，可謂係否定間接強制<sup>704</sup>。

然而，近期有力見解未必採用此種立場，有論者進一步認為，縱使將債務人僅依其意思應為之行為，視為係間接強制之要件，但是債務人履行其債務時需要第三人協力之情形相當多，不應將此要件侷限於僅按照文字理解，而應就是否有在執行方法上無法克服之外在障礙，於間接強制聲請之裁定前，應經由訊問審查之，且對於存在妨礙間接強制之外在障礙應由債務人負舉證責任。亦即，在需要第三人協力之情形不否定執行，又未論及容易取得其同意之可能性，而以有無「執行方法上無法克服之外在障礙」為基準<sup>705</sup>。此外，亦有認為於需要第三人協力之情形，不應直接否定間接強制之適用，關於包含第三人協力提供之強制是否適當，應按照具體情事判斷，亦即，於每個事案中判斷強制之適當性<sup>706</sup>。

換言之，雖然需要第三人之協力或同意，第三人若為任意協力，則債務履行應為可能。在此意義上，所謂「債務履行在僅牽涉債務人意思之情形，間接強制

<sup>702</sup> 我妻榮，債權總論，東京：岩波書店，1964年，頁93-94；富越和厚，前揭註493，頁284；中西正、中島弘雅、八田卓也，前揭註500，246-247。

<sup>703</sup> 兼子一，增補強制執行法，東京：酒井書店，1966年，頁289；三ヶ月章，前揭註494，頁421；山本戶克己，前揭註505，頁213；福永有利，民事執行法・民事保全法，第二版，東京：有斐閣，2011年，頁214。

<sup>704</sup> 山本和彦，前揭註661，頁2717-2718。

<sup>705</sup> 中野貞一郎，前揭註503，頁814。

<sup>706</sup> 大濱しのぶ，前揭註495，頁430。

為可能」之命題，若按照字義上解釋，會將間接強制範圍過度限定。在此情形，就第三人協力之可能性，有認為雖確實依第三人協力之內容、債務人與第三人間關係等諸般情事決定，但於此情形若無任何基準而委由個案判斷，並不適當<sup>707</sup>。

此點基於近來之德國法被討論，即有論者參考德國法認為可能為間接強制者係，該當債務之實行僅依債務人意思之情形。因此，為了債務履行需要第三人協力，但沒有希望得到其協力之情形，間接強制則為不適法。但是，於履行行為債務時經常需要第三人協力，債務人為了得到第三人協力最初即實行一切期待可能之行為，但最終因為未得到第三人協力而無法實行行為，發生此情形之可能性亦存在。因此，以債務人是否為了得到第三人協力而實行一切期待可能之行為作為基準<sup>708</sup>。


近來，亦有學者贊同此見解，且更進一步提出以下討論：應考慮第三人協力之可能性，若確實有其協力則可能為間接強制裁定，相反地，若確實無法得到協力，則不允許間接強制裁定。而且，協力之有無並不明確時，債務人是否有為了得到第三人協力所期待可能之一切行為則成為標準。債務人為所能為之一切行為，但無法得到第三人協力等而無法履行之情形，若課與強制金裁定一方面會成為苛酷執行，但是若對債務人而言殘留期待可能之行為，為了使其為此行為而為間接強制金裁定，因為有助於債權人之權利實現，應為適當。即使無望得到第三人之協力，債務人為了得到協力應為最大之努力，即使提供協力不容易，應賦予債權人對未盡最大努力之債務人，藉由間接強制要求其努力之方法<sup>709</sup>。

因此重要者係，對債務人而言「期待可能之一切行為」之範圍為何，應解為

<sup>707</sup> 山本和彥，前揭註 661，頁 2729。

<sup>708</sup> 松本博之，前揭註 500，頁 330。

<sup>709</sup> 山本和彥，前揭註 661，頁 2729。



包含法律上、事實上得期待之一切措施。債務人對第三人若有要求協力等之法律請求權，即要求行使此請求權。亦即，若有必要則提起訴訟，更甚者必須藉由強制執行要求第三人協力。即使在無法律請求權之情形，在債務人得期待之範圍內，必須對第三人採取要求協力之事實上措施。在此意義上，於殘留有實效性事實上措施之限度內，可能以間接強制裁定強制之。另外，是否為期待可能之一切行為，債務人應負有主張舉證責任<sup>710</sup>。因為債權人通常不存在有主張證明此之材料。不過，若對債務人而言，主張證明「盡一切行為」有所困難。在此意義上，對於採取從客觀情況通常被期待之措施，此主張舉證責任雖屬債務人，但在證明此之情形，若債權人認為有何應該追加之行為，主張其具體內容，若承認其為合理措施，應課與債務人有採取此行為一事之舉證責任<sup>711</sup>。

## 第二目、案件類型

前述一般標準考量與具體案例之關係，近來成為問題。以下先就間接強制成為問題之傳統情形，亦即非代替性行為債務之強制執行中，提出備受討論之諫早湾干拓裁判例，其後再提出學說上曾受討論之案例。

### 一、不代替性行為債務——諫早湾干拓<sup>712</sup>事件

本件前提事實係關於諫早湾土地改良事業之紛爭，佐賀縣之漁夫主張因為該當事業（諫早湾之排水門設置）產生同灣之水質變化造成漁業損害而要求其開啟排水門，長崎縣之開拓地農夫則為了持續農業耕作而反對排水門之開啟。漁夫對國家提起訴訟，法院最後表示，債務人（國家）對諫早湾近海之漁夫（原告），從判決確定日經過三年後，除了防災上不得已之情形，國營諫早湾土地改良事業

<sup>710</sup> 中野貞一郎，前揭註 494，頁 811。

<sup>711</sup> 山本和彥，前揭註 661，頁 2730。

<sup>712</sup> 「干拓」意指「排水開墾、填海造陸」。

之土地開拓事業中之設置，開放諫早灣開拓地受堤防之北部及南部各排水門，之後五年繼續開放各排水門<sup>713</sup>。此判決未上訴而確定。然而，即使該當判決所命三年期限屆至國家亦並未採取排水門開放之措施，債權人因而聲請間接強制裁定。

於間接強制裁定中，關於債務人主張本件債務有無法依債務人意思排除之事實上障礙存在，此要旨之具體內容為：①因為關係自治團體或地方關係人反對，排水門之開放本身而無法得到協力或同意，故無法實施對應方案之工程，開放之際無法作成必要之管理規定；②對於依據別件假處分裁定債務人負有不能開放排水門之義務。首先，就①之部分，地方法院表示：間接強制係因為制裁之告知而給予債務人履行動機，需要係債務人僅得依自己意思履行之債務，因為要求第三人協力或同意而有無法依債務人意思排除之事實上障礙之債務，不得成為間接強制之對象，以本件確定判決之判示內容為前提，負有本件各排水門之開放義務之債務人，為了履行該當義務，為了能得到本件關係自治團體以及本件地方關係人之協力或同意不僅繼續誠實交涉，亦應尋求檢討其他代替工程等之信用誠實原則上可能之措施，不足以認為債務人沒有尋求上述措施之餘地。關於②之主張，則表示：債務人雖依別件假處分裁定而負有不開放本件各排水門之義務，但是對假處分裁定因為可能為謀求保全異議之聲請等法律上措施，別件假處分裁定並不妨礙以基於本件確定判決之債務為間接強制對象此事，無論何者，債務人主張之情事難謂為事實上障礙，因此作成間接強制裁定<sup>714</sup>。

對此裁定，國家聲請執行抗告時，福岡高等法院駁回此抗告。首先，贊同第一審見解：間接強制係藉由對債務不履行之制裁告知賦予債務人履行動機，故必須係債務人僅自己意思得履行之債務，因為需要第三人協力或同意，依債務人意

<sup>713</sup> 福岡高判平成 22 年 12 月 6 日，判例時報 2102 号，頁 55。

<sup>714</sup> 佐賀地決平成 26 年 4 月 11 日（平成 25(ワ)第 20 號事件）。

思無法排除而有事實上障礙之債務，並非間接強制之對象。而且，本件確定判決之內容因為有開放排水門一事，就開門之管理係抗告人（國家）委託長崎縣，得僅依抗告人意思開放，因為並非需要第三人之協力或同意，債務人即抗告人可以僅依自己意思履行之債務。此則作成與第一審不同之理由，即以不需要第三人協力、同意為基礎。而且，關於假處分裁定存在，此事由亦無關於本件確定判決之債務本身性質之事由，因為此裁定只不過產生抗告人與對造以外之人間之效力，無法謂因為此事而使本件確定判決之債務性質變化，結果，並不妨礙本件確定判決之債務成為間接強制對象<sup>715</sup>。

關於以上近來之裁判例，學者對此進行若干檢討。首先，關於開放本件排水門之債務，長崎縣或當地居民之反對對此並無影響，抗告審認為僅依債務人意思可能實施。在此意義上，即使通常判斷之框架亦認為當然可能為間接強制裁定。相對於此，原審裁定雖然認為需要關係自治團體及當地關係人之協力及同意，認為「應尋求誠實信用原則上可能限度之措施」，因為判斷此種措施未被採用，得評價為接近於近來德國法或有力說之框架<sup>716</sup>。

關於此點，在本件所謂不需要第三人協力之評價應屬充分，作為具體事案之解決，抗告審之判斷可能亦作為一個果斷之結論。不過，（有事實認定之問題）認為可能發生實際上當地關係人不自該土地搬遷，因為開門而有浸水等危險之情形或長崎縣儘管解除管理委託契約而不交付管理之情形等，故需要第三人協力之看法仍為可能。在此意義上，關注原審之想法。而且，如同前述，債務人基本上必須實行為了得到第三人等協力所期待可能之一切行為，包含法律措施。債務人即國家，於伴隨於解除管理委託契約之管理交付等之強制執行，為了當地居民之

<sup>715</sup> 福岡高決平成 26 年 6 月 6 日（平成 26 年(ラ)第 155 號事件），判例時報 2225 号，頁 3。

<sup>716</sup> 山本和彦，前掲註 661，頁 2733-2734。

安全確保等之必要措施（包含行政上、警察上之措施）等若屬期待可能，則必須實施一切此種措施，本件中若認為國家難謂已盡其努力，應得評價為不論承認何裁定之結論皆屬適當<sup>717</sup>。



亦有學者認為原審判決雖判示間接強制必須係債務人僅得依自己意思履行之債務，但又認為本件債務人應尋求誠信原則上可能之措施，且因有別件負有矛盾義務之假處分裁定存在，可能對此假處分裁定聲請保全異議，故否定此成為間接強制之障礙。若依據此，則保全異議被駁回即債務人盡一切其聲明不服方法之情形，則有可能否定間接強制。但是，此保全異議之指摘，雖作為利益衡量容易理解，但理論性定位並不明確<sup>718</sup>。


抗告審認為別件假處分裁定並不妨礙本件確定判決之債務成為間接強制之對象，亦即，即使非依假處分裁定而係依確定判決而負有矛盾義務之情形，亦不否定基於本件確定判決之間接強制。此外，雖依別件假處分裁定負有矛盾義務，但義務衝突不限於本件可能發生。例如，伴隨於民事執行法第 173 條之創設所發生之問題，有命拆除建物返還土地債務名義之債權人（土地所有權人）為間接強制之聲請，債務人（建物所有人）即使在第三人租賃該當建物之情形，亦負有拆除建物返還土地之義務以及對建物承租人之建物出租債務，而發生義務衝突。但有此義務衝突，仍無法直接否定間接強制<sup>719</sup>。

之後，於此案例國家對抗告審裁定再提起許可抗告聲請，最後裁定將抗告駁回，認為本件債務性質上係僅得依債務人意思履行，此事並不會因為債務人依別

<sup>717</sup> 山本和彦，前揭註 661，頁 2734。

<sup>718</sup> 金炳学，相反する実体法上の義務の衝突における間接強制の適否——諫早湾土地改良事業における開門調査確定判決に基づく間接強制事件に関する最高裁（許可抗告審）決定，法学セミナー増刊速報判例解説，17 号，2015 年 10 月，頁 171。

<sup>719</sup> 金炳学，債務者の意思のみで履行することができる債務とされ間接強制が認められた事例（諫早湾土地改良事業における開門調査確定判決に基づく間接強制事件抗告審決定），法学セミナー増刊速報判例解説，17 号，2015 年 10 月，頁 163-164。



件假處分裁定負有不開放排水門之義務而被左右。民事訴訟中，法院基於當事人之主張舉證為判斷，其效力原則上僅及於當事人，有權利人（即當事人）不同之其他確定判決及假處分裁定之情形，其判斷在制度上有可能分歧，故同一人基於假處分裁定亦可能負有無法為依確定判決所命行為之義務。本件中，判斷間接強制聲請之許可與否之執行法院，並不擁有在各裁判中應審理實體判斷之適當與否之立場，基於本件確定判決要求為間接強制裁定之聲請，既然滿足民事執行法上其要件則應作成此裁定。若依據此，即使有國家依別件假處分裁定負有無法為開放排水門之義務之情事，執行法院基於本件確定判決得對國家為間接強制裁定。此外，關於本件排水門開放，依據本件確定判決與別件假處分裁定國家負有實質相反之義務，關於各義務為強制執行之聲請時，因為民事訴訟之構造等在制度上亦可能發生，應期待為了解決此情況、解決整體紛爭之充分努力<sup>720</sup>。

關於此裁定，就矛盾義務之相關判旨，基於判決機關與執行機關分離原則，執行法院並非應審理實體判斷之適當與否之立場，在滿足其餘間接強制要件之情形，則應作成間接強制裁定。另外，就相反實體法上之義務衝突，在民事訴訟之構造上可能發生，如雙重交付或雙重契約之案例。此外，如同前述伴隨民事執行法第 173 條創設所生新規定之問題，有命拆除建物返還土地債務名義之債權人（土地所有人）聲請間接強制時，債務人（建物所有人）出租該當建物予第三人（土地所有人）之情形，亦負有拆除建物返還土地與對建物承租人之出租建物之債務，可能發生義務衝突。而且，若有代替執行，被抵押權之建物亦可能成為對象，抵押不動產之所有人負有維持、保存抵押不動產之義務，抵押建物所有人本身拆除建物則違反此義務。若有義務衝突亦不否定代替執行，即使在間接強制，認為義務衝突為其障礙事由亦缺乏根據。若有義務衝突而否定間接強制，命某義務之債務名義成

---

<sup>720</sup> 最高裁第二小法廷決定平成 17 年 1 月 22 日，判例時報 2252 号，頁 36。

立後，債務人與第三人通謀進行訴訟等作出命相反義務之債務名義，則很可能承認間接強制之破壞（即使依誠信原則得否定債務人主張，但執行法院就此點審理是否違反誠信原則亦不適當）。因此，關於本件裁定相反之義務，不成為間接強制之障礙事由避免間接強制之破壞此點應屬適當<sup>721</sup>。

然而，就此事案亦有學者提出不同見解，本件中衝突之法律義務存在可謂係「事實上之障礙」。確實，衝突法律義務之存在並非「第三人協力可能性」有無之問題。在本件，義務之相對人不同。前述所舉出之二重買賣之案例，這些衝突義務係實體上可能兩立之義務，與第三人之關係發生而有問題。但是，此例示義務之衝突事案，與間接強制之本來事案即本件之情況不同。在本件中，同一事實狀況係實體上並不兩立，訴訟制度之構造上所發生，國家僅得履行其中一者之擇一性義務成為問題。即使履行任一者皆會發生鉅額賠償義務。對債務人而言，可謂係與其意思無關而無法為事實上履行之情況在訴訟體系上發生之事案。因此，得評價為關於「僅依債務人意思履行」之「事實上障礙」<sup>722</sup>。

## 二、拆除建物返還土地之債務

另一個近來被討論之問題係，關於拆除建物返還土地債務中有第三人占有之情形。民事執行法於平成 15 年（2003 年）修法前，拆除建物之執行僅有依代替執行（同法 171 條）之方法，交還土地之執行僅有依遷讓執行之方法（同法 168 條）。若有建物占有人存在，而沒有得到建物占有人之同意，代替執行則成為執行不能，該當債務名義之強制執行本身成為不可能。有認為於此種該當建物有債

<sup>721</sup> 金炳学，前掲註 718，頁 172。

<sup>722</sup> 松村和徳，確定判決により干拓地の潮受堤防の排水門を開放すべき義務を負った者が第三者の申立てに基づく仮処分決定により右排水門を開放してはならない旨の義務を負ったという事情がある場合における右確定判決に基づく間接強制決定の許否（〔1〕事件），私法判例リマックス，52 号，2016 年 2 月，頁 137。

務人以外之占有之情形，有間接強制適用之必要<sup>723</sup>。但是，從修正前所指摘之「債務人無法僅依其意思履行」之限制在修正後之第 173 條亦同樣適用，故此種情形得否為間接強制成為問題<sup>724</sup>。



例如，有命拆除建物返還土地義務債務名義之債權人（土地所有人）對債務人聲請間接強制裁定，債務人主張第三人占有該當建物，且債務人對該當第三人提起返還訴訟等之債務履行之措施，因而請求駁回債權人之聲請<sup>725</sup>。

從而，有學者分別情形討論此問題。首先，債務人無建物所有權之情形，不論有無第三人存在，皆不允許間接強制裁定之發令，對此應無異議。若無建物所有權，則拆除義務無法履行，債務人通常不可能對建物所有人為交涉（債務人與建物所有人間若有特別關係則有可能）。再者，債務人雖有建物所有權，而有占有建物不為任意返還之第三人之情形，其中任由無權源占有之債務人（債務人對占有未採取對應時），依間接強制裁定強制履行之制度旨趣或單純之正義感，對其採取間接強制亦屬適當。此外，債務人對占有提起之返還訴訟勝訴判決確定之情形亦同，雖得到勝訴判決但未為強制執行之債務人亦與此情形同視，依間接強制執行應屬適當<sup>726</sup>。

間接強制係預告間接強制金之支付，促使債務人履行債務之制度，故依據間接強制裁定，債務人得採取朝向債務履行之行動，在此限度內符合其旨趣。換言之，債務人可能尋求法律上或事實上之措施，在此限度內，為間接強制裁定有其意義。此外，債務人因為對債權人負有土地返還債務，為了其債務之履行，有尋求可能限度之措施之法律義務，此措施之界線應依誠實信用原則而定。因此，債

<sup>723</sup> 山本和彥，前揭註 601，頁 157。

<sup>724</sup> 梅本聡子，前接註 615，頁 42。

<sup>725</sup> 山本和彥，前揭註 661，頁 2735。

<sup>726</sup> 梅本聡子，前接註 615，頁 43。

務人雖有建物所有權，而有無權源之第三人占有建物之情形，債務人對占有人為事實上返還之交涉與提起返還訴訟之情形，因為對債務人有實行可能之措施（尋求法律手段或適切之訴訟活動），故此時間接強制手段應屬有效。但是，債務人對占有人提起之返還訴訟敗訴判決確定時之情形，對債務人而言，用盡合法之手段，無法更進一步尋求任何措施<sup>727</sup>。

最後，債務人有建物所有權，占有建物之第三人對債務人有正當占有權源之情形，債務人排除該當第三人之占有為法律上不可能，故不得藉由間接強制為之。但是，債務人採取與占有人交涉等之事實上措施之可能性尚未喪失，若因為負有尋求上述誠信原則上可能限度之措施之義務，僅占有人有占有權源此點尚不足夠，在債務人有交涉餘地之限度內，間接強制仍為可能<sup>728</sup>。

在拆除建物返還土地之事件中之間接強制裁定實體要件，一般而言，①要求履行之返還土地債務與表示於債務名義之債務之同一性，②特定返還土地債務之內容（實務上建物之同一性或特定成為問題），③債務係物之交付債務、代替性行為債務、不行為債務任一者，④為了債務人對債權人所負返還土地義務之履行，有得採取之事實上或法律上措施。不過，有返還土地請求之債務名義之情形，通常，①②③依據債務名義明確之。而且，就①②③要件應由債權人證明，此並無異議。問題係④之舉證責任分配，債權人有債務名義，債務人因為負有債務名義上之債務履行義務，為了免除義務，應自己證明④之要件（即證明為了對債權人所負土地返還債務之履行，無債務人得採取之事實上或法律上措施），在法律關係及程序之構造上應為自然且公平。此外，債務人與占有人交涉通常係債權人無

<sup>727</sup> 梅本聡子，前接註 615，頁 43-44。

<sup>728</sup> 梅本聡子，前接註 615，頁 44。

法得知之事項，此分配應為公平<sup>729</sup>。

另外，有學者基本上贊同以上學說，認為債務人應採取所有期待可能之措施，在未採取此種措施時，即使有需要第三占有之協力，亦應解為可能為間接強制，並且亦提出些許不同之具體討論。首先，在占有無權源之情形，原則上法律措施應屬可能，法律措施是否被採取成為基準。債務人放任占有之情形，當然成為間接強制之對象。債務人為事實上返還交涉之情形，並非從債務人提起訴訟，而係必須特別主張證明返還交涉屬有效（其方法可能係迅速確實之返還），在此種情形例外成為間接強制裁定之障礙事由。債務人提起返還訴訟時，已盡債務人一切行為，直到該訴訟之判決前無法為間接強制。在返還訴訟敗訴判決確定之情形，對債務人而言因為並沒有其上述之方法，故無法間接強制。最後，返還訴訟之勝訴判決確定情形，債務人若未著手強制執行，間接強制應為可能。執行著手後（即使執行不能）則無法為間接強制。再者，有權源之占有之情形，債務人僅藉由交涉，在實行合理交涉之情形，不成為間接強制之對象。交涉結果不奏效之情形，對債務人而言沒有上述得為之行為。拆除義務確定後債務人容納占有之情形雖有問題，但在該當占有權源適法之情形，因為從建物所有人無法為返還請求，無法為間接強制，（土地所有人只好實行直接返還請求）仍不得以損害賠償解決<sup>730</sup>。

此見解與前述看法最主要不同在於其係以是否採取可能之法律措施為基準，亦即，債務人對占有提起訴訟以及於事實上交涉返還有效之情形，則無法為間接強制。前述看法則認為即使為事實上之返還交涉或返還訴訟之提起，因為對債務人尚有實行可能之措施，故間接強制手段應屬有效，仍肯認間接強制。

<sup>729</sup> 梅本聰子，前接註 615，頁 44。

<sup>730</sup> 山本和彦，前揭註 661，頁 2736-2737。

### 三、會面交往與交付子女之債務

另一爭議之處係有關於子女與非親權人之會面交往者以及子女交付此種以人際關係調整為內容之行為債務，其有複雜人際關係與紛爭過程，強制實現義務內容之際，必須考慮許多因素如子女福祉、心理成長或環境等<sup>731</sup>。

會面交往係，因為離婚或分居未為子女監護、養育之一方雙親與子女為會面等交流。會面交往事件之解決困難在於，①當事人間對立激烈；②整體長時間而繼續性之實施不僅係對會面交往本身之合意，關於方法等之條件亦必須合意；③實際上會面交往者係未成年人，因為並非義務人（親權人）本人，必須列入未成年人之身體狀況、約定、意思等不確定要素考量；④抽象所定之面會交往內容之履行確實性較低，以及依循詳細內容或條件所定而喪失彈性等問題被指摘。此合意形成本身有困難，審判事件中決定審判內容之際亦有同樣困難<sup>732</sup>。

因此，關於會面交往如何執行之方法，會面交往債務終究作為沒有執行力之「無責任債務」或「自然債務」，有否定包含間接強制或代替執行一切強制執行之立場<sup>733</sup>。但是，通說採取肯定說，認為即使考量會面交往之性質或目的之特殊性，經由調解或審判之慎重程序所決定者，若完全沒有依據司法強制實現之保證並不適當。甚至子女交付請求之情形，通說、判例亦承認間接強制，從對司法程序之一般信賴保護層面而言，必須依據間接強制方法，促使本來應為之義務<sup>734</sup>。

<sup>731</sup> 西川佳代，前掲註 525，頁 56。

<sup>732</sup> 西川佳代，前掲註 525，頁 56。

<sup>733</sup> 梶村太市，「子のための面接交渉」再論，21 世紀の民法：小野幸二教授還暦記念論集，東京：法学書院，1996 年，頁 431。

<sup>734</sup> 棚村政行，離婚と父母による面接交渉，判例タイムズ，952 号，1997 年 12 月，頁 63。採肯定見解有：中野貞一郎，前掲註 494，頁 820；釜元修、沼田幸雄，面接交渉と強制執行，判例タイムズ，1087 号，2002 年 6 月，頁 41；沼邊愛一，家事事件の実務と理論，東京：日本評論社，1990 年，頁 134。

近來之下級審裁判亦穩定採取肯定說<sup>735</sup>。

一般而言，關於間接強制之發令，債務名義中必須有給付之特定表示。然而，在定會面交往之調解筆錄、審判上，具體規定會過於僵硬，因為可能成為子女之負擔等理由，而多為抽象規定之情形。在定會面交往之審判中給付之內容具體至何種程度，可否謂係特定給付成為問題<sup>736</sup>。學說上，雖有認為規定頻率即為已足，但多認為亦必須規定其他要素。例如「時間、場所、子女之交接等<sup>737</sup>」、「包含時間及時間長短、會面日之會面方法等<sup>738</sup>」等。此外，亦有認為在間接強制之發令階段，允許具體特定給付<sup>739</sup>。實務上則不太一致，依據兩個重要之高等法院裁定<sup>740</sup>，特定之必要要素大致有：頻率、會面交流之時間（或開始、終了時間）、日期（或指定日期之方法）、子女交付之方法（特別係交付場所）<sup>741</sup>。

若債務人（親權人）主張子女拒絕會面交往，則此情形是否得為間接強制？就此問題，向來判例見解不同，多數實務認為此等主張，應依據請求異議之訴或情事變更要求禁止會面交往<sup>742</sup>，不過，亦有認為得在間接強制程序審理或可能如此解釋之裁判例存在<sup>743</sup>。在學說上就此討論不多，有將此作為是否屬於不允許間

<sup>735</sup> 大阪高決平成 14 年 1 月 15 日，家庭裁判月報 56 卷 2 号，頁 142；東京高決平成 24 年 1 月 12 日，家庭裁判月報 64 卷 8 号，頁 60。

<sup>736</sup> 大濱しのぶ，子との面会交流を許さなければならぬと命ずる審判に基づく間接強制が認められた事例，私法判例リマックス，49 号，2014 年 7 月，頁 127。

<sup>737</sup> 中野貞一郎，前掲註 494，頁 820。

<sup>738</sup> 石川明，子との面接交渉を定めた調停条項と間接強制--大阪高裁平成 19.6.7 決定(抗告棄却)をめぐって，愛知学院大学論叢，法学研究，51 卷 2 号，2010 年 7 月，頁 383。轉引自：大濱しのぶ，前掲註 736，頁 127。

<sup>739</sup> 釜元修、沼田幸雄，面接交渉と強制執行，右近健男、小田八重子、辻朗編，家事事務の現況と課題，東京：判例タイムズ社，2006 年，頁 192。

<sup>740</sup> 東京高決平成 18 年 8 月 7 日，判例タイムズ 1268 号，頁 268。

<sup>741</sup> 大濱しのぶ，前掲註 736，頁 127。

<sup>742</sup> 大阪高決平成 15 年 3 月 25 日，家庭裁判月報 56 卷 2 号，頁 158；岡山家津山支部決定平成 20 年 9 月 18 日，家庭裁判月報 61 卷 7 号，頁 69；札幌高決平成 24 年 10 月 30 日，民集 67 卷 3 号，頁 884。

<sup>743</sup> 高松高決平成 13 年 3 月 7 日，釜元修、沼田幸雄，前掲註 739，頁 186；大阪高決平成 14 年 1 月 15 日，家庭裁判月報 56 卷 2 号，頁 142；神戸家決平成 14 年 8 月 12 日，家庭裁判月報 56 卷 2 号，頁 147。

接強制之債務之問題討論之，認為既然有命會面交往之審判，則應解為有親權人可能使子女改變主意之債務名義作成機關之判斷，以此為理由，即使在子女拒絕會面交往之情形亦允許間接強制<sup>744</sup>。有力學說則認為關於拒絕會面交往之正當理由或特別情事之存在，應以請求異議之訴主張<sup>745</sup>。另外，亦有認為有特別情事之情形，即子女拒絕意思係明確強烈的，考慮子女年齡或其他情事，強制履行不符合子女利益而不適當之情形，不應允許間接強制。子女拒絕會面交往之情形，間接強制許可與否雖然亦該當於債務履行需要第三人協力之情形之問題，但不僅止於此，此應重視與子女利益間之關係。即使在有此種特殊情事之情形，有反論認為因為得依聲請再調解、再審判救濟，故不必否定間接強制<sup>746</sup>，但是須考量難以救濟之案例。即使聲請再調解，若並非撤銷間接強制之聲請，而係間接強制裁定先行，間接強制金累積亦可能造成苛酷執行<sup>747</sup>。

另外，討論在子女交付或返還債務之強制執行中，關於子女拒絕之情形。在「國際子女交付之民事上層面之條約實施相關法律(平成 25 年 6 月 19 日法律第 48 号)」(以下稱為「海牙條約實施法」)之立案討論中，將間接強制前置，後採用代替執行之構造(同法第 134 條 1 項、136 條<sup>748</sup>)時，在子女拒絕返還之情形是否可能為間接強制？此點即使在國內子女交付之情形亦存有同樣問題，結果立法上未被解決而委由解釋。因此，同樣問題在國內子女交付義務之情形亦可能發生。無論如何達到一定年齡之子女強硬拒絕之情形，預設直接強制或代替執行以

<sup>744</sup> 釜元修、沼田幸雄，前掲註 739，頁 186。

<sup>745</sup> 中野貞一郎，前掲註 494，頁 820。

<sup>746</sup> 川嶋四郎，面会交流を内容とする家事審判に基づく間接強制の可否等，法学セミナー，713 号，2014 年 6 月

<sup>747</sup> 大濱しのぶ，前掲註 736，頁 129。

<sup>748</sup> 日本國際子女奪取之民事上層面之條約實施相關法律第 134 條第 1 項規定：「子女返還之強制執行，除了依民事執行法第 171 條第 1 項規定之執行法院為裁定使第三人實施子女返還之方法外，依同法第 172 條第 1 項規定之方法實行」。第 136 條規定：「子女返還之代替執行之聲請必須於民事執行法第 172 條第 1 項規定裁定確定日起經過兩週後始得為之」。

執行不能終結，其情形是否殘留有間接強制之可能性成為問題。若從雙親之立場來看，可能爭執其屬於「需要第三人（子女）之協力、承諾之間接強制」，此成為問題<sup>749</sup>。

就子女交付請求之實現，其執行方法並未明文規定，因此是否可能為直接強制抑或應藉由間接強制有爭論。這些對立除了子女交付債務係「給付債務」抑或「行為債務」之債務法律性質之見解之不同外，從交付目的係「人類」之人格尊重此點如何被考量之問題<sup>750</sup>。

採取間接強制說立場者，認為子女交付請求係親權行使之妨害排除請求，以不行為為內容而有非代替性之性質，此外，無論子女意思能力之有無皆應尊重其人格，將子女準用物之想法而適用物之交付執行並不適當<sup>751</sup>，且若依直接強制，危害幼兒身體而有危險，且雖說係幼兒因為害及其精神安定，故不應承認幼兒之交付<sup>752</sup>。相對於此之直接強制說則認為，得將子女準用動產之動產交付執行方法，其中有認為①不問子女意思能力有無之說法，因為於現實上相對人以實力奪取子女之情形，正當權利人依正當程序無法要求直接交付，不僅顯著欠缺平衡，且可能違反正義，將子女交付於權利人此事符合子女福祉之執行法院判斷無法直接實現，並不適當；現實之執行中，不論子女意思之有無，當然應最大限度尊重子女人格而實施，此並非直接強制可否之問題，而係直接強制之具體執行方法之問題<sup>753</sup>。②依據子女意思有無區別之說法，無意思能力之情形則採直接強制，有意思能力情形則否定直接強制，因為在有意思能力之情形，實體上交付請求不成立，

<sup>749</sup> 山本和彥，前揭註 661，頁 2737-2738。

<sup>750</sup> 西川佳代，前揭註 525，頁

<sup>751</sup> 高世三郎，香川保一監修，注釈民事執行法(7)，東京：金融財政事情研究会，1989年，頁 239。

<sup>752</sup> 本間義信，子の引渡請求の執行方法，別冊ジュリスト，177号，2005年8月，頁 177。

<sup>753</sup> 山崎恒，子の引渡しの強制執行——直接強制の可否，判例タイムズ，1100号，2002年11月，頁 188。

執行官無法違反其意思拘束其行動，其僅係債務人應忍受不妨礙債權人之交付而承認不行為義務之執行<sup>754</sup>。另外，亦有認為僅於間接強制無實效性時，承認直接強制<sup>755</sup>。亦有採取以不行為為目的之債權執行說，將子女交付請求權之性質解釋為要求不妨礙聲請人交付之行為（忍受）請求權，債權人前往帶回子女之際債權人妨礙其之情形，因為成為債務人之義務違反，執行法院除了得依聲請命間接強制之金錢支付外，為了預防將來反復違反義務之適當處分，亦得依授權裁定命執行官之在場委任、由執行官取交子女或向聲請人交付等之適當處分<sup>756</sup>。

另外，近來有提出必須因應子女發展階段區分情形。首先，在未成年子女完全不懂人情世故之情形，無法以子女意思為理由拒絕間接強制此事為明確。此外，子女判斷之獨立價值被承認之情形，就子女交付行為之妨害禁止債務名義，為了不施加雙親之影響於子女獨立之意思，原則上若無雙親之妨害措施，則本身不成為債務不履行，就子女返還或交付之債務名義，若得對子女在可能範圍進行說服行為，則解為已盡期待可能之一切行為。債務人若主張舉證進行此種說服行為，則無法為間接強制裁定。最後，在子女懂事，但難以承認其判斷之獨立價值之情形最微妙，既然子女意思並非獨立則解為從屬於雙親，實際上直到交付或返還，難謂雙親已為期待可能之一切行為。因此，在此結果未實現之情形，間接強制裁定應屬可能<sup>757</sup>。

實務上向來係以間接強制為子女交付之執行<sup>758</sup>，不過亦有提出以下見解：子

<sup>754</sup> 兼子一，前揭註 703，頁 278；富越和厚，前揭註 493，頁 177；三ヶ月章，前揭註 494，頁 413。

<sup>755</sup> 鈴木祿弥、唄孝一，人事法(1)，東京：有斐閣，1975 年，頁 74。

<sup>756</sup> 山木戶克己，幼児の引渡し，中田淳一、三ヶ月章編，民事訴訟法演習(2)，東京：有斐閣，1964 年，頁 241；花村治郎，幼児の引渡し，藤田耕三、河村卓哉、林屋礼二編，民事執行法の基礎，東京：青林書院，1983 年，頁 281；中野貞一郎、下村正明，前揭註 503，頁 802；上原敏夫、長谷部由起子、山本和彦，前揭註 578，頁 208。

<sup>757</sup> 山本和彦，前揭註 661，頁 2739。

<sup>758</sup> 執行官提要，第四版，頁 267；轉引自：青木晋，前揭註 539，頁 97。

女交付債務係因為可能無債務人干預而交付，故屬於給付債務而有直接強制之可能性。且間接強制對缺乏資力者並無用，作為子女交付方法太過於迂遠。再者，雖應尊重子女之人格，但若以更長遠之目光來看，應考量家事法院之裁判迅速實現。另外，若因為完全否定直接強制而無法實現權利可能招致誘發自力救濟之危險性。最後，對於子女人格之考慮，直接強制可否並不成為問題，依據考慮子女人格之妥當執行方法實現債務應為可能<sup>759</sup>。此過程中，為了確保子女交付之保全處分之實效性，對直接強制有很大期待，直接強制乃至於折衷說現在成為多數意見<sup>760</sup>。

### 第三款、其他實務爭議問題

#### 第一目、撤銷假處分後之間接強制金返還問題

##### 一、案例事實與最高法院判決要旨

日本之間接強制制度，不僅在依據確定判決等所確定義務之強制執行中可能成為問題，在有暫定性之民事保全程序上亦然。定暫時地位之假處分命令被發令之情形，依民事保全法第 52 條第 1 項規定，其保全執行依據強制執行為之；同條 2 項並規定，關於命物之給付或命其他行為、不行為之假處分（即滿足性之假處分）之執行，假處分命令視為債務名義<sup>761</sup>。


於最高裁第二小法廷判決平成 21 年 4 月 24 日之事件<sup>762</sup>中，假處分命令之債務人 X 對債權人 Y 主張，依據假處分命令被撤銷，基於其作為保全執行之間接強制裁定，Y 等人自 X 收取之金錢喪失法律上原因，因而請求返還不當得利。

<sup>759</sup> 遠藤真澄，前揭註 538，頁 20。

<sup>760</sup> 青木晋，前揭註 539，頁 98。

<sup>761</sup> 酒井博行，前揭註 505，頁 126。

<sup>762</sup> 本件案例事實整理自本件調查官解說：中村心，前揭註 513，頁 182。



其案例事實大致如下：X 及 Y 等人皆為化妝品公司代表人 A 之繼承人。A 留下 X 繼承全部財產等意旨之遺言而死亡。其後，X 與 Y 等人成立以下遺產分割協議：Y 等人取得 6000 萬日圓，X 取得剩餘全部財產。X 取得之財產中包含被繼承人 A 所有之商標權。之後，Y 等人主張依據遺產分割協議錯誤等而無效，依據特留分酌減請求取得商標權之持分，以 X 為債務人，商標權持分權為被保全權利，聲請商標權處分禁止之假處分，此要旨之假處分命令被發布（以下稱為本件假處分命令）。此外，若依據商標法第 35 條準用特許法第 73 條第 3 項，商標權係共有時，各共有人必須得到其他共有人同意，始可就該商標權設定專用實施權或許諾他人通常實施權。但是，因為 X 不遵從本件假處分命令，對第三人許諾商標權之使用，Y 等人聲請間接強制裁定作為本件假處分命令之保全執行，故法院作成以下間接強制裁定：命 X 違反本件假處分命令記載之義務時，須對 Y 等人給付間接強制金（起初為一日 5 萬元日圓，之後增額至一日 10 萬元日圓）。X 不遵從本件假處分命令，結果，對 Y 等人給付共 1 億 8000 萬元日圓左右之間接強制金。

Y 等人以 X 為對造，提起本件假處分命令之本案訴訟，但在上訴審中，法院認為遺產分割協議有效，Y 等人沒有商標權之持份，亦即本件假處分命令之被保全權利從發令時即不存在，且上訴遭駁回及受到不受理裁定而判決確定。因此，X 以上述本案訴訟之判決被宣示為理由，依據情事變更聲請撤銷本件假處分命令，而得到撤銷裁定。此外，聲請間接強制裁定之撤銷，而撤銷裁定亦被作成。從而，X 主張基於本件假處分命令之保全執行即間接強制裁定所收取之間接強制金係喪失法律上原因而該當於不當得利，而提起本件訴訟。

第一審<sup>763</sup>與第二審<sup>764</sup>判決皆肯定X對Y等人之不當得利返還請求權之成立。第二審法院認為：假處分命令之撤銷是否有溯及效並不左右不當得利返還請求權之存否，此外，雖然如同Y主張般間接強制金之法律性質為制裁金，但是間接強制裁定係以假處分命令裁定為前提，在本案訴訟判斷從當初假處分之被保全權利即不存在。故對X之制裁欠缺正當化根據（此外，因為間接強制金得充當於損害賠償，同時具有制裁金與損害賠償性質，損害賠償之根據全面被否定之情形，得保有間接強制金應屬不合理）。Y等人對此為上訴受理聲請<sup>765</sup>。

最後，最高法院為以下判旨：在本案訴訟之判決中判斷，假處分命令中應保全之權利從該當假處分命令發令時即不存在，認為此事該當於情事變更而撤銷該假處分命令之裁定確定情形，關於基於作為其保全執行之間接強制裁定所收取之金錢，受假處分命令之債務人得對債權人請求返還不當得利。間接強制係藉由對不履行債務之債務人，命其支付一定額度金錢，以確保債務履行，即確保表示於債務名義之債務履行手段。若係如此，成為保全執行債務名義之假處分命令中應保全權利，被判斷在本案訴訟之判決中從該當假處分命令發令時即不存在，此係該當於情事變更而撤銷該假處分命令裁定確定之情形，基於該當假處分命令之間接強制裁定係，明確係在應確保履行之債務不存在之情況下而發令，故交付予債權人之間接強制金應該當於欠缺法律上原因之不當得利<sup>766</sup>。

## 二、問題討論

強制執行只不過係為了私法上之請求權滿足之程序行為。財貨之移轉係依據確定私法上請求權之判決等債務名義而被賦予基礎，並非因為執行行為本身被賦

<sup>763</sup> 福岡地判平成 18 年 10 月 6 日。

<sup>764</sup> 福岡高判平成 19 年 10 月 31 日。

<sup>765</sup> 笠井正俊，前掲註 516，頁 149-150。

<sup>766</sup> 判例時報，2046 号，2009 年 9 月，頁 81。

予基礎。但是於執行行為形成新實體法律關係之情形，執行行為賦予財貨移轉基礎，執行行為有效與否決定法律上原因之存否。不過，以此執行行為為基礎之法律關係，未必經常最終被賦予財貨保有之基礎。即使執行行為本身有效，應賦予此基礎之訴之目的請求權不存在之情形，有效之權利變動本身為不當得利<sup>767</sup>。亦即，在執行關係上法律上原因之指標，基本上係債務名義，但執行行為形成新實體關係之情形則為執行行為，亦有請求權（即執行債權）之情形<sup>768</sup>。

保全命令事件中保全權利之判斷為暫定性，在本案訴訟中判斷被保全權利最初即不存在之情形，發令法院或本案受訴法院認為該當於情事變更，得撤銷保全命令（民事保全法 38 條 1 項），而假處分命令被撤銷之情形，原則上有溯及效<sup>769</sup>。債務人對債權人得提起命基於保全命令所給付之金錢返還之回復原狀裁判（民事保全法 33 條），以回復已移轉予債權人之金錢。惟如同本件間接強制金裁定作為命不行為假處分命令之執行方法，間接強制金支付予債權人後假處分命令被撤銷之情形，一般否定民事保全法第 33 條之適用<sup>770</sup>，因為無法謂間接強制金係基於同條要件之假處分命令所給付之金錢<sup>771</sup>。故本件債務人對債權人提起不當得利返還訴訟，主張依據假處分命令被撤銷，債權人基於作為其保全執行之間接強制裁定所收取之強制金喪失法律上原因。就此問題，須討論間接強制金之支付根據為何，亦牽涉間接強制金裁定是否獨立於假處分命令而存在，此討論受到間接強制金之性質論所影響，雖然最高法院判決並未明確表示間接強制金之法律性

<sup>767</sup> 加藤雅信，財產法の体系と不当利得法の構造，東京：有斐閣，1986 年，頁 237-238。

<sup>768</sup> 大濱しのぶ，仮処分命令が取り消された場合の間接強制金の返還—2つの事件を手掛かりにした覚書，松本博之先生古稀祝賀論文集——民事手続法制の展開と手続原則，東京：弘文堂，2016 年 4 月，頁 703-704。

<sup>769</sup> 福永有利，仮処分命令の取消しと原状回復，中野貞一郎、原井龍一郎、鈴木正裕編，民事保全講座(2)，京都：法律文化社，1996 年，頁 202；野村秀敏，民事保全研究，東京：弘文堂，2001 年，頁 334。

<sup>770</sup> 上原敏夫，前掲註 515，頁 48。

<sup>771</sup> 山田文，前掲註 516，頁 151。

質為何，但相關討論多以此為立論作解釋，分析相關見解如下：



### (一) 否定強制金返還義務之見解

第一審及第二審皆肯認 X 之不當得利返還請求。第一審判決認為，間接強制金裁定被撤銷之情形，因為係強制執行溯及不存在，基於間接強制裁之給付欠缺法律上原因，成立民法上不當得利。第二審則認為，不論假處分裁定撤銷及間接強制裁定撤銷有無溯及效，Y 等人取得間接強制金此事，在正義公平觀念上欠缺被正當化之原因，應成立不當得利。此外，間接強制金之法律性質雖然係違反間接強制裁定之制裁金，但本件間接強制裁定係以假處分裁定為前提，在本案訴訟中判斷從當初假處分被保全權利即不存在，對於 X 之制裁欠缺正當根據（又間接強制金得充當於損害賠償），可能併有制裁金與損害賠償性質，若係如此，則損害賠償根據全面被否定時卻仍得保有間接強制金，此事顯然不合理<sup>772</sup>。

因此，Y 等人對第二審判決提起上訴，其請求法院受理上訴之聲請理由係依據第二審訴訟野村秀敏教授所提出之鑑定意見書，主張間接強制金性質係制裁金，且否定本件不當得利返還義務。此鑑定意見關於此部分內容如下：強制金之告知係心理上強制被表示於債務名義之債務履行之手段，強制金係為此之制裁。但是，藉由課以制裁被保護者，終究係命應履行包含於間接強制裁定給付義務之法院命令本身。故此命令在違反行為時若為有效適法存在，不論成為命令前提之債務名義上給付請求權存否，對該違反行為必須課以制裁。亦即，保持強制金之法律上原因係對此法院命令之違反行為存在，被表示於債務名義之給付請求權不存在與強制金給付請求權不存在沒有連結。若有有效適法之法院命令，為了確保其遵守違反行為必須被課以制裁，無法容認若事後債務名義上給付請求權顯然不存在，

<sup>772</sup> 野村秀敏，前揭註 503，頁 182、205。

而得請求強制金返還。若承認此，可能誘發債務人一面爭執於債務名義所被表示之給付請求權存在一面無視法院命令。因此，在本件事案中，強制金被收取之時間點，本件假處分命令與間接強制裁定皆尚未被撤銷。前者在之後被撤銷，不論其撤銷是否有溯及效皆不影響後者之程序法上效果，Y 等人不負有強制金不當得利之返還義務<sup>773</sup>。

## （二）肯定強制金返還義務之見解

相對於上述之否定不當得利返還義務之見解，大多數學說毋寧係採取肯定看法，贊同最高法院之判決<sup>774</sup>，不過對於此問題之立論與間接強制金性質之說明有所不同。

首先，根據本件判決最高法院調查官之解說，關於間接強制金之法律性質，若採損害賠償金說當然得請求不當得利，即使採制裁金說，若按照間接強制係為了實現債務名義上請求權之制裁手段此制度旨趣，間接強制金歸屬於債權人之法律上原因之實體法上請求權係，不從債務名義上之請求權獨立，而得解為附隨性之請求權。本案訴訟判決判斷被保全權利從假處分發令時即不存在，因為係應確保間接強制之履行債務從最初即不存在，間接強制金請求權亦同樣從最初即不存

<sup>773</sup> 野村秀敏，前掲註 503，頁 192-193。

<sup>774</sup> 上原敏夫，前掲註 515，頁 48；中村心，前掲註 513，頁 183；笠井正俊，前掲註 516，頁 152；酒井博行，前掲註 505，頁 132；山田文，前掲註 516，頁 152；山本和彦，前掲註 502，頁 83；森田修，前掲註 511，頁 1917；西川佳代，保全すべき権利が発令時から存在しなかったものと本案訴訟の判決で判断され、仮処分命令が事情の変更により取り消された場合において、当該仮処分命令の保全執行としてされた間接強制決定に基づき取り立てられた金銭につき、不当利得返還請求をすることができる」とされた事例，私法判例リマックス，41 号，2010 年 7 月，頁 133；高部眞規子，保全すべき権利が発令時から存在しなかったものと本案訴訟の判決で判断され、仮処分命令が事情の変更により取り消された場合において、当該仮処分命令の保全執行としてされた間接強制決定に基づき取り立てられた金銭につき、不当利得返還請求をすることの可否，別冊判例タイムズ，29 号，2010 年 9 月，頁 223；川嶋四郎，前掲註 505，頁 122；安達栄司，不作為を命じる仮処分命令の事後的取消しと既払い間接強制金の返還の要否，63 卷 9 号，2010 年 9 月，頁 64；間濑清史，被保全権利の不存在を理由とする仮処分命令の取消しと間接強制金の不当利得，別冊ジュリスト，208 号，2012 年 3 月，頁 191；大濱しのぶ，前掲註 768，東京：弘文堂，2016 年 4 月，頁 709。有採取部分贊同、部分反對之見解；難波讓治，前掲註 500，頁 101。

在，故解為沒有正當化將間接強制金歸屬於債權人之法律上原因<sup>775</sup>。因此，根據此調查官解說，本件判決將間接強制金請求權解釋為附隨於「債務名義上請求權」之請求權<sup>776</sup>，被保全權利則為「債務名義上之請求權」<sup>777</sup>。



若採取損害賠償說，原本被保全權利不存在之間接強制裁定所預定之損害不產生，則容易承認不當得利之成立。相對於此，若立於制裁金說，理解為不遵守包含於間接強制裁定之不行為命令本身之制裁，即使事後債務名義上之義務被否定，義務違反之事實亦不變，故不構成不當得利，對於保有發令時適法之強制金並不喪失法律上原因<sup>778</sup>。

然而，即使採取制裁金說，若係以「包含於債務名義中之履行命令<sup>779</sup>」為制裁根據，當然債務名義若被推翻，履行命令則失去其根據，原來科處制裁之根據亦喪失（義務違反被治癒），制裁金之返還義務應被承認。另一方面若以「於間接強制裁定中之履行命令<sup>780</sup>」為制裁根據，間接強制裁定本身係以確保債務名義之履行為目的，若沒有債務名義上之債務，則間接強制之履行命令亦喪失其效力。在此意義上，即使以制裁說為前提，亦可肯定間接強制金請求權之附隨性性質，該請求權係與債務名義上請求權（即主要請求權）共同命運。若如此解釋，債務人自行判斷債務名義上義務之有無，應在自甘風險判斷是否遵守之其義務，科以制裁之目的，絕不係使債務人盲目地遵守債務名義之內容，而終究係使其遵守「正確之義務」<sup>781</sup>。亦即，應確保間接強制履行之債務從最初即不存在，故間接強制

<sup>775</sup> 中村心，前揭註 513，頁 183。

<sup>776</sup> 相同見解者：山本和彥，前揭註 502，頁 82；酒井博行，前揭註 505，頁 132；山田文，前揭註 516，頁 152；笠井正俊，前揭註 516，頁 151；大濱しのぶ，前揭註 774，頁 711。

<sup>777</sup> 大濱しのぶ，前揭註 774，頁 691。

<sup>778</sup> 山本和彥，前揭註 502，頁 82；山田文，前揭註 516，頁 152。

<sup>779</sup> 山本和彥，前揭註 502，頁 82。

<sup>780</sup> 大濱しのぶ，前揭註 843，頁 489；中野貞一郎、下村正明，前揭註 503，頁 815；野村秀敏，前揭註 503，2011 年，頁 192。

<sup>781</sup> 山本和彥，前揭註 502，頁 82-83。對此見解，否定返還義務之論者批判：此「正確」與否

金由債權人取得之根據同樣從最初即不存在之情形，而得解釋為沒有正當化間接強制金歸屬於債權人此事之法律上原因<sup>782</sup>。制裁之理由在訴訟上理由喪失之情形，履行確保之要求退後，而應最重視債務人之人格利益考慮<sup>783</sup>。

另一方面，有採取制裁金說者雖然贊成承認成立不當得利之判旨結論，但亦認為將強制金視為基於間接強制裁定之制裁金時，「法律上原因」之欠缺並非因為被保全權利不存在，而係因為假處分撤銷裁定確定，作為基於假處分命令之執行名義之間接強制裁定失效。此間接強制裁定無非係假處分命令之執行手段<sup>784</sup>。在此判決中，被保全權利從假處分命令發令時即不存在，因而撤銷假處分命令，假處分命令則溯及於其發令時失其效力，伴隨於此，以該當假處分命令為基礎之間接強制裁定亦溯及失效，基於此間接強制裁定之債權人所取得之間接強制金，欠缺法律上原因，故成立不當得利。相反地，若採取將被保全權利視為法律上原因之立場，此情形為了導向不當得利之結論必須以其他方式說明<sup>785</sup>，故此立場有其缺點<sup>786</sup>。另一方面，即使在本案訴訟判斷被保全權利存在之判決確定，若依上述，依據以假處分命令為基礎之間接強制裁定債權人所取得之間接強制金成為不當得利，在本案訴訟中被保全權利存在之確定不影響此結論。作為債權人，應藉由以本案訴訟確定判決為基礎之本執行謀求權利實現。此外，在本案訴訟債權人敗訴判決確定之情形，假處分命令當然失效，假處分之效果從當初即不發生，故

---

之判斷標準為何？就此點，參考處理同有制裁性質之刑罰之刑法中討論，論者採取彈性之客觀說，山本說則對應於準客觀說，因此論者意見有充分餘地能成立。且，山本說有具體不適當情形，假處分亦有可能成為最終妥適之結果。另一方面，假處分發令作為保全必要性，因為金錢賠償無法得到償還，或償還有困難之損害發生之虞成為前提。若係如此，債務人不論間接強制無視於假處分之情形，不只有損害賠償之問題，有可能對債權人殘留有無法解決之不適當。應否定依據自甘風險之判斷，為了貫徹此，不論假處分最終之命運，強制金之返還義務應被否定。請參見：野村秀敏，民事執行・保全手續の新展開，法律時報，83卷7号，2011年6月，頁42。

<sup>782</sup> 高部真規子，前揭註774，頁223；酒井博行，前揭註505，頁132。

<sup>783</sup> 山田文，前揭註516，頁152。

<sup>784</sup> 中野貞一郎，前揭註494，頁822；大濱しのぶ，前揭註774，頁709。

<sup>785</sup> 森田修，前揭註511，頁1921。

<sup>786</sup> 大濱しのぶ，前揭註774，頁709。

基於假處分命令之間接強制裁定亦溯及喪失效力，間接強制金成為不當得利<sup>787</sup>。

不論係以損害賠償說抑或以近來之制裁說為前提，皆肯定本件事案之強制金不當得利返還義務，然而，有見解基於強制金之損害賠償與制裁金兩面性折衷說，分別比較不承認不當得利返還請求與承認請求之情形，提出部分贊同返還強制金之見解。

債務人若認為係不當假處分，遵從假處分恐有發生莫大損害之虞，可能即選擇支付間接強制金不遵從假處分，之後間接強制被撤銷時是否承認不當得利返還？於承認所支付全額之不當得利返還請求權之情形，有受領者無資力之危險，但可以將被害人之損害最大限度停留在此額度。若可以回收間接強制金，除了程序成本之外並無損害。對法院而言，若認為即使發出有誤命令之後仍得命返還，則容易發間接強制裁定。假處分、間接強制聲請人得到假處分命令，雖未能得到債權履行，但因為終局性敗訴，故可謂本來並不需要保護。於不承認不當得利取回之情形，其金額部分不成為被處分人之財產權。另一方面，受領人保持制裁金並不合理，而法院為間接強制裁定時亦必須慎重為之。若係如此，承認強制金全額返還之情形應完全立於優勢地位，惟債權人此時無視於假處分之國家權力命令，卻得完全解消不利益狀態。若從一般預防觀點而言，可能被理解為有暗示「即使無視假處分制度亦無妨」此訊息。如果承認全額強制金返還，即取回不遵從假處分命令之懲罰規定所支付之金額，則懲罰規定之意義即不存在。民事執行法制定之初，所命金額若不可超過損害額度，則無法提高強制債務人之實效性，而有得不拘束於損害賠償額而定金額之規定。如此，若重視藉由國家權力貫徹強制執行，則可能否定全額返還請求權，但鑑於一併有損害賠償性質，應僅承認其部分之返

<sup>787</sup> 大濱しのぶ，前掲註 774，頁 709-710。本案敗訴確定之情形，即使不撤銷保全程序（假處分）亦承認不當得利返還請求之見解有：笠井正俊，前掲註 516，頁 152；川嶋四郎，前掲註 505，頁 122；酒井博行，前掲註 505，頁 133；間濑清史，前掲註 774，頁 191。

還請求。從而，為了提高強制實效性，就間接強制金金額最好超過被預設之損害賠償額，藉由不承認其部分取回係具有懲罰規定預告之意義。若強制金得充當於損害賠償，若被保全債權不存在則欠缺法律上原因，而可謂係不當得利；若強制金超過損害賠償，則因為此係為了制裁，並不與被保全債權連結。從此性質而言，間接強制裁定被撤銷時，損害賠償充當部分得請求不當得利得返還，超過之部分則不成為不當得利<sup>788</sup>。

除上述見解外，亦有不論及強制金性質而肯定間接強制金之返還義務之見解。有提出與前述強制金性質討論中相似看法，認為由本件判決意旨觀之，即使被保全權利之本案訴訟判決尚不確定，亦可承認返還義務，在此判決中，法律上原因也許並非係實體法上被保全權利，而係承認此之假處分命令或間接強制裁定<sup>789</sup>。另一方面，亦有論者認為，應受領間接強制金之債權人地位係依存於假處分之被保全權利存在，間接強制制度只不過具有手段性之性質，而且，在本件般之事例若不承認不當得利返還請求，而法律上亦肯定在民事保全所形成之暫時狀態永續化，則可能逸脫民事保全之機能<sup>790</sup>。前者見解著重假處分命令或間接強制裁定被撤銷此事而不論被保全權利不存在之本案判決確定與否，後者則著重於被保全權利不存在，間接強制僅有手段性質，且民事保全僅有暫定性質，分別從不同面向肯定強制金之不當得利返還義務。

另外，亦有從比較法角度觀察，在法國法上，間接強制金係附隨於所附加之裁判，作為間接強制金金額確定所為裁判，即使得到既判力之確定力，亦因為間

<sup>788</sup> 難波讓治，前揭註 93，頁 101-102。對此見解之批評則有論者認為：民事執行法第 171 條第 1 項規定不使用所謂損害賠償之用語，而係整體性考量強化間接強制機能，所謂基於本件般保全命令之間接強制裁定發令時之緊急時刻，能否明確損害賠償部分與罰則部分會成為問題。參見：西川佳代，前揭註 774，頁 133。

<sup>789</sup> 上原敏夫，前揭註 515，頁 48。

<sup>790</sup> 川嶋四郎，前揭註 774，頁 122。

接強制金所附加之裁判變更，而欠缺法律效力當然消滅，肯定返還請求權<sup>791</sup>。在德國法，間接強制金歸屬於國庫，債務名義溯及性被撤銷之情形，即使已被課以之制裁金執行，亦因為喪失其基礎而必須排除<sup>792</sup>。因而認為在相較於日本，間接強制制度更具有強烈制裁色彩之法國、德國類似制度中，債務名義被撤銷之情形，返還已支付之金額亦成為原則<sup>793</sup>。

以上見解大都從程序法上之路徑觀察，亦有實體法學者提出不同思考路徑，如前所述（第一節、第二款），選擇討論債權人保有強制金之法律上原因為何，而不觸及間接強制金之性質。不過，其亦說明「間接強制之法律性質為何」與「執行結果中法律上原因為何」此二問題設定之不同，只是將同一問題在何形式上成為問題之路徑不同；只是比起「間接強制之法律性質為何」之路徑，「執行結果中法律上原因為何」之路徑可能更為精密討論，後者之路徑包含前者路徑，而前者並非成為先決問題。從而，其在①標準即於債務名義所示之實體權，或②標準即債務名義之效力，或③標準即間接強制命令之執行行為，於此三種標準中尋求間接強制金收取之法律上原因<sup>794</sup>。

在此間接強制是否為債務之實現手段，抑或債務名義之實現手段成為問題。若採後者，②之債務名義標準成為法律上原因，間接強制制度依據債務名義被賦予根據，並不與實體權直接連結。但是，在判旨中間接強制作為手段被連結後作為「債務名義所表示之債務」，並非「表示債務之債務名義」，故應解釋為於①之實體權標準尋求法律上原因，亦即「應保全之權利」，本件係基於商標權之持分權，即一般法義務發生，對應於此義務之履行請求權，此係在間接強制局面被具

<sup>791</sup> 大濱しのぶ，前掲註 17，頁 370。

<sup>792</sup> 石川明，前掲註 670，頁 240。

<sup>793</sup> 中村心，前掲註 513，頁 183-184。

<sup>794</sup> 森田修，前掲註 511，頁 1917。

體化，成為所謂之強制履行請求權。其認為履行請求權係，作為規範間接強制實施程序之實體上請求權，既然必須被具體化，其並非沒有受訴訟法上考量之構造，其經過表示於「債務名義所表示之債務」。從判旨部分，於此種意義上間接強制之實體法上路徑與程序法上路徑之間，慎重決定本判決之定位<sup>795</sup>。

最後，附帶提及，有不同於上述見解，認為如同本件之間接強制金事案亦應允許聲請民事保全法第 33 條之回復原狀。其理由如下：第一，如同本判決所表示般，間接強制金之收取僅係附隨於債務名義假處分命令之執行方法之一態樣。此理解不違反同條之「基於假處分命令」之文句；第二，所謂債務人簡易迅速救濟之必要此同條立法旨趣，於間接強制金執行之事案均為適當；第三，同條之回復原狀程序係，關於民事保全法上裁定程序被實行，被收取之間接強制金金額算定等較為容易，與基於不法行為（不當假處分）之損害賠償金額算定不同，沒有必要特別要求慎重審理方式之判決程序（別訴之提起）<sup>796</sup>。

## 第二目、間接強制金裁定中不行為債務違反之證明問題

### 一、案例事實與最高法院裁判要旨

就不行為債務強制執行之間接強制程序，首先，債權人基於不行為債務名義於債務人不履行債務之情形，得到命一定金錢支付之間接強制裁定（民事執行法 172 條 1 項）。儘管如此仍不履行債務之情形，將間接強制裁定作為債務名義為其金錢支付之強制執行，但在此階段，必須受明示得具體收取金額之執行文付與（民事執行法 27 條 1 項），再以此作為債務名義依一般金錢執行程序從債務人收取金錢。在執行文付與階段中必須證明義務違反行為此並無爭議，但是於得到間

<sup>795</sup> 森田修，前揭註 511，頁 1917。

<sup>796</sup> 安達榮司，前揭註 774，頁 65；山本和彥，前揭註 502，頁 83-84。

接強制裁定時，是否必須有現實違反行為？亦即，是否允許作為事前預防措施之間接強制<sup>797</sup>？對此問題向來備受討論。

於最高法院第二小法庭平成 17 年 12 月 9 日裁定之事件<sup>798</sup>中，債務人 Y 與債權人 X 締結加盟契約，以「つばハ」之名稱營業居酒屋，但之後兩人解除該契約。此契約上儘管有契約終了後兩年間不行類似營業之競業禁止條項，Y 仍以「海鮮居酒屋はなの舞」之名稱繼續居酒屋營業，故 X 對 Y 提起不得進行居酒屋營業以及類似營業之營業禁止請求訴訟，得到容認判決後，基於有其執行力之判決正本聲請間接強制。相對於此，Y 主張之後將店鋪名稱變更為「海鮮レストランはなの舞」菜單亦更新，已經未進行居酒屋營業而爭執該間接強制之聲請。

地方法院<sup>799</sup>基於 X 之聲請，發令命 Y 違反前述判決所命之不行為債務時，每違反一日依 10 萬日圓之比例支付強制金。Y 提起執行抗告，主張 Y 在平成 17 年 3 月 1 日以後並未進行居酒屋營業或類似於此之營業，故原裁定有事實誤認。但是高等法院<sup>800</sup>在同年 4 月 26 日廢棄執行抗告。一部分理由如下：原裁定並未有認定 Y 主張事實之要旨記載，基於命不行為債務名義而命間接強制之情形，違反其不行為債務之債務人行為存在，並不成為其要件。Y 亦自認直到同年 2 月末日在複數店鋪進行居酒屋營業，進行違反禁止此不行為債務之行為，同年 3 月 1 日以後在同店鋪營業，但假設如 Y 所主張般即使並未該當居酒屋營業或類似於此之營業，因為在間接強制裁定時實際存在違反行為並非其要件，故並不判斷此點，此間接強制裁定並無違反、不當之處<sup>801</sup>。


<sup>797</sup> 山本研，不作為義務の間接強制における執行の要件，NBL，827 号，2006 年 2 月，頁 9-10。

<sup>798</sup> 本件案例事實整理自本件調査官解説：宮坂昌利，不作為を目的とする債務の強制執行として間接強制決定をするために債権者において債務者の不作為義務違反の事実を立証することの可否--最二小決平成 17.12.9，ジュリスト，1327 号，2007 年 2 月，頁 127。

<sup>799</sup> 東京地裁決平成 17 年 3 月 10 日。

<sup>800</sup> 東京高裁決平成 17 年 4 月 26 日。

<sup>801</sup> 大濱しのぶ，不作為を目的とする債務の強制執行として間接強制決定をするために債権者



本件最高法院裁定駁回抗告，認為關於以不行為為目的之債務之強制執行，所為民事執行法第 172 條 1 項之間接強制裁定，債權人若證明債務人有違反其不行為義務之虞即為已足，不必證明債務人實際違反其不行為義務，如此解釋為適當。其理由如下：間接強制係債務人不履行其債務之情形所為預先命應給付一定額度金錢之間接強制裁定，對於債務人為心理強制債務履行，因為係為了確保將來債務之履行，若不產生實際義務違反則無法為間接強制裁定，應無法充分達到其目的。其中不行為請求權性質上，因為一旦有債務不履行後其實現係不可能，若認為不甘受一次債務違反則無法要求間接強制裁定，如此會顯著損害債權人所享有之不行為請求權之實效性。間接強制裁定發令後，積極地為了收取前述金錢，必須受到執行文之付與，為此，因為要求證明間接強制裁定相關義務之違反事實，儘管未要求在間接強制裁定之階段證明該當義務違反之事實，債務人之保護亦不欠缺。不過，債務人沒有違反不行為債務之虞之情形，不承認有間接強制裁定之必要性，故應解為必須證明此義務違反之危險，但此要件，不解為必須高度蓋然性或急迫性之證明，本件中明確滿足此要件<sup>802</sup>。

## 二、問題討論

本裁定之問題得分為：(1)關於不行為債務為間接強制裁定是否必須有違反行為之存在；以及(2)即使不必有違反行為，債權人是否必須證明有違反之危險存在，此危險是否必須為高度之危險(證明高度蓋然性或急迫性)。關於前者((1))之問題又得區分為：①債務名義成立後尚未有違反行為之情形是否無法為間接強制裁定，亦即事前執行(事前為了預防違反之間接強制)之許可與否，以及②繼續性或反復性之不行為中，於債務名義成立後已經有違反行為之情形為間接強制

---

において債務者の不作為義務違反の事実を立証することの要否 民法判例リマックス 34 号，2007 年 2 月，頁 122。

<sup>802</sup> 判例時報 1920 号，2006 年 4 月，頁 39。

裁定，是否必須有實際違反行為之問題。本件裁定為債務名義成立後已經有違反行為之情形，本裁定直接處理②之問題，以下就各問題分別討論之<sup>803</sup>。



### （一）傳統學說與實務見解

關於(1)不行為債務為間接強制裁定是否必須有違反行為之存在，過去通說認為不行為債務之間接強制必須有現在之違反行為<sup>804</sup>，其於①債務名義成立後尚未有違反行為之情形是否無法為間接強制裁定之問題，採取否定間接強制見解之理由係，一次性不行為債務在履行期屆至之同時，無論有無履行債務皆消滅，關於反復性或繼續性不行為債務，在沒有違反行為之期間被任意履行債務，故欠缺執行開始要件。因此，並不承認事前違反之預防行為、不行為債務之執行。即使在②繼續性或反復性之不行為中，於債務名義成立後已經有違反行為之情形為間接強制裁定，是否必須有實際違反行為之問題，則因為既然過去違反行為已經終了，現在並沒有不履行之事實，於此使用間接強制亦要求現在之違反行為<sup>805</sup>；不過，因為此見解亦認為一旦有違反行為，為了將來之適當處分認為得命（相當於間接強制之）金錢支付<sup>806</sup>，因此，實質上等同於不要求現在之違反行為而承認間接強制<sup>807</sup>。此外，亦有認為於①情形認為必須有違反行為，於②情形則不要求現在違反行為而容許間接強制之見解，因為前者之一次性不行為債務於違反行為之同時，即具備強制執行開始要件之同時債務消滅，而沒有強制執行之餘地；但是，繼續性或反復性之不行為債務係，對此違反行為即使僅有一次亦具備強制執行開

<sup>803</sup> 以下討論主要整理自：大濱しのぶ，前掲註 801，頁 123-125；大濱しのぶ，不作為義務の間接強制の要件——義務違反の立証の要否，別冊ジュリスト 208号 2012年3月，頁 148-149。

<sup>804</sup> 兼子一，前掲註 703，頁 294；中野貞一郎，訴訟關係と訴訟行為，東京：弘文堂，1961年，頁 283-284。不過，中野教授現今已改變見解採取不必要說，參見：中野貞一郎，前掲註 494，頁 814。

<sup>805</sup> 兼子一，前掲註 703，頁 294-295。

<sup>806</sup> 兼子一，前掲註 703，頁 296。

<sup>807</sup> 大濱しのぶ，前掲註 803，頁 148。

始要件<sup>808</sup>。

相對於上述見解，於(1)問題採不必要說者，主張得將間接強制作為不行為債務違反之事前預防手段使用。於①情形直接容許間接強制，即債務名義成立後不行為債務之間接強制並不需要違反行為，②情形亦不要求現在違反行為而容許間接強制。其根據係不行為債務因為在事態性質上，有義務違反後不可能追加完成實現，因此有必要承認對義務違反之事前預防手段，若立於必要說，一次性不行為債務因為不殘留違反結果而無法執行，即使係繼續性不行為債務亦必須等到有一次違反行為方可為間接強制，如此並不合理。是否允許在履行期屆至前之執行行為只不過係政策問題，即使履行期未屆至亦得承認準用其屆至之執行，舉出制度之沿革（日本間接強制之來源係法國、德國制度係作為事前之預防手段被使用）等<sup>809</sup>。

向來實務採取必要說<sup>810</sup>，以必要說為前提者有靜岡地浜松支決昭和 62 年 11 月 20 日、東京高決昭和 63 年 1 月 27 日<sup>811</sup>。

## （二）現今通說與實務見解

上述不必要說得到多數學說支持，可謂係今日通說。另外，有見解基本上雖然立於不必要說，亦認為關於以一定日期之不行為為內容之一次性不行為債務之間接強制，因違反民事執行法第 30 條第 1 項<sup>812</sup>而不允許<sup>813</sup>。

<sup>808</sup> 山本卓，鈴木忠一、三ヶ月章、宮脇幸彦編，注解強制執行法(4)，東京：第一法規，1978 年，頁 175。

<sup>809</sup> 竹下守夫，不作為を命ずる仮処分，保全処分の体系：吉川大二郎博士還曆記念，京都：法律文化社，1966 年，頁 605-607；竹下守夫，ハンディコンメンタール民事執行法，東京：判例タイムズ社，1985 年，頁 415。

<sup>810</sup> 富越和厚，前掲註 619，頁 40。

<sup>811</sup> 參見：大濱しのぶ，前掲註 801，頁 124。

<sup>812</sup> 民事執行法第 30 條第 1 項規定：「請求涉及確定期限屆至之情形，限於此期限屆至後，始得開始強制執行」。

<sup>813</sup> 富越和厚，前掲註 493，頁 205。

採取不必要說者，關於(2)即使不必有違反行為，債權人是否必須證明有違反之危險存在，此危險是否必須為高度之危險（高度蓋然性或急迫性被證明）之問題。在立於不要說之論者中，於①情形討論之。有認為必須有高度之危險<sup>814</sup>，有認為必須有單純違反之危險<sup>815</sup>，無論何者皆認為債權人應證明之。相對於此，亦有認為若無違反行為之危險則原本即不會賦予判決或假處分命令等命不行為之債務名義，若依據違反行為之危險此不行為請求權成立，債務名義成立後此危險消滅時伴隨於此之不行為請求權亦消滅。因為此係債務名義所表示之請求權消滅，應依請求異議之訴或情勢變更撤銷主張之，因此債權人為了得到間接強制裁定，不須證明有違反之危險<sup>816</sup>。

之後，東京高決平成3年5月29日之裁定<sup>817</sup>，關於(1)①之問題，則立於不必要說。關於(2)之問題，認為不必作出沒有違反行為之危險之執行裁定，又因為執行法院得判斷沒有其利益。亦即，將違反之危險作為關於間接強制之發令要件，雖然不要求高度之危險，但債權人是否應證明違反之危險之立場並不明確<sup>818</sup>。於此裁定後，實務從必要說轉變成如同現狀之不必要說<sup>819</sup>。

<sup>814</sup> 竹下守夫，前掲註 809，頁 415，採取「高度蓋然性」；上村明広，新堂幸司、竹下守夫編，民事執行法を學ぶ，東京：有斐閣，1981年，頁 274，認為「危險係現實迫切」；中野貞一郎，前掲註 498，頁 685，認為「危險係重大且明白之情形」，惟中野教授於本件裁定後即改變見解而贊同本件裁定意旨，認為依據違反行為之蓋然性或危險性程度區分係實際上不可能，故僅須證明有違反之危險即足以，詳見：中野貞一郎，前掲註 494，頁 822-823。

<sup>815</sup> 中川敏男，不作為を命ずる仮処分違反の効果——とくに民法414条3項との關係において，判例タイムズ，197号，1966年12月，頁 136；山口和男，騒音の規制と被害者の救済，法曹時報，24卷10号，1972年10月，頁 1809；中野貞一郎，前掲註 494，頁 822-823。

<sup>816</sup> 野村秀敏，不作為仮処分の間接強制における執行の要件，ジュリスト，1002号，1992年6月，頁 136；池尻郁夫，不作為を命じる仮処分の間接強制における違反行為の存在と執行開始の要件，別冊ジュリスト，127号，1994年5月，頁 199；上原敏夫，不作為仮処分の執行，中野貞一郎、原井龍一郎、鈴木正裕編，民事保全講座(2)，京都：法律文化社，1996年，頁 398。

<sup>817</sup> 判例時報 1397号，頁 24。

<sup>818</sup> 大濱しのぶ，不作為を命じる仮処分の間接強制における違反行為の存在と執行開始の要件，別冊ジュリスト，177号，2005年8月，頁 181。

<sup>819</sup> 宮坂昌利，前掲註 798，頁 128。

### (三) 本裁定與相關學說見解

本裁定認為，為間接強制裁定「不必證明實際違反其不行為義務」，其理由舉出：(A)間接強制係以不履行為條件而命強制金給付之方法，確保將來之債務履行，(B)不行為請求權性質上不可能在不履行後實現，(C)若認為不甘受一次違反則無法為間接強制裁定，會顯著損害不行為請求權之實效性，(D)在執行文付與之階段因為必須證明違反行為，在間接強制裁定之階段即使不必要，亦得謀求債務人之保護。(A)(B)係，學說承認不行為債務之事前執行之主要根據，(C)(D)係承認不行為債務之事前執行之前揭東京高決平成3年5月29日裁定所舉出之根據<sup>820</sup>。

本裁定雖限定於討論(1)②之問題，但亦得視為採用不必要說。但是，若特別從不行為請求權之性質此理由（不要說之主要論據）來看，①之問題亦在射程內，本裁定得解為關於(1)問題採用不必要說，亦即，關於不行為債務為間接強制裁定，不必證明現在違反行為被實行或債務名義成立後違反行為被實行。

本裁定立於(1)之不必要說，因此(2)關於違反危險之需要與否則成為問題。本裁定前，如同前述學說上有力說採取(a)必須有違反之高度危險之說法。但本裁定則認為債權人必須證明違反之危險，且明確表示否定高度危險說之立場。本裁定之後，學者多支持此看法，即(b)不問程度但必須有違反之危險<sup>821</sup>。儘管如

<sup>820</sup> 大濱しのぶ，前掲註 801，頁 124。

<sup>821</sup> 中野貞一郎，前掲註 494，頁 814、822-823；福永有利，前掲註 703，頁 216；上原敏夫、長谷部由起子、山本和彦，前掲註 578，頁 216；生熊長幸，わかりやすい民事執行法・民事保全法，東京：成文堂，2006年，頁 299、301；森田修，不作為債務の間接強制の発令に際しては、債務者のその不作為義務に違反するおそれがあることを債権者が立証すれば足り、債務者が現にその不作為義務に違反していることを立証する必要はない，法学協会雑誌 123 卷 11 号，2006年 11 月，頁 2446；河村好彦，不作為を目的とする債務の強制執行として間接強制決定をするために債権者の不作為義務違反の事実を立証することの要否，法学研究，東京：慶應義塾大学法学研究会，79 卷 11 号，2006年 11 月，頁 114；大濱しのぶ，前掲註 801，頁 125。

此，亦有認為(c)不必證明違反之危險之有力見解，其理由除了如同前述向來採取此說之見解，即正因為有違反之危險才被賦予債務名義，此外，違反危險之消滅應以請求異議之訴爭執，且以違反之危險作為要件並不明確而欠缺法的安定性，另外，無違反危險之情形即使為間接強制裁定，對債務人並無現實不利益，應甘受關於履行之精神壓力此程度之負擔，且債務人就違反行為之存否因為得在執行文付與之階段爭執而受到程序保障等<sup>822</sup>。

(d)區分情形之見解亦被注目（依據是否在債務名義過程中證明違反之危險之情形，決定是否必須在間接強制裁定階段證明違反之危險）。關於本件，在基於契約之現在繼續性不行為債務情形，因為債務名義係判決，僅須契約成立即得被容認，不需特別證明有「違反之危險」即可成立債務名義，故應解為在為間接強制裁定之際，債權人必須證明有違反之危險。另一方面，若係基於法律之不行為債務之情形，或即使基於契約之不行為債務之情形，以一定時期之不行為為內容時或依據假處分命令時，則不必證明違反之危險。亦即，違反之危險係作為不行為請求權之成立要件，或「預先為請求之必要」或在保全必要性框架內被證明<sup>823</sup>。

此外，違反之危險其內容亦成為問題，惟本裁定並未明確之。關於(c)(d)說，係與在債務名義成立過程中成為問題之違反之危險等同視之。此外，亦有認為違反之危險係為了避免關於違反行為有無執行機關之判斷困難而被稀釋之要件，認為包含實體法內容，解為實體法上之義務違反之見解<sup>824</sup>。另一方面，有認為違反

<sup>822</sup> 山本研，前掲註 797，頁 11；川嶋四郎，間接強制決定における不作為義務違反事実の立証の要否，法学セミナー，620 号，2006 年 8 月，頁 115。對此等見解亦有提出反論：參見大濱しのぶ，前掲註 801，頁 125。

<sup>823</sup> 野村秀敏，間接強制における債務不履行の事実の証明責任，民商法雜誌，135 卷 3 号，2006 年 12 月，頁 523-525。

<sup>824</sup> 森田修，前掲註 821，頁 2441。

之危險係關於間接強制聲請利益之要件，時常擔負排除濫用聲請之消極性機能；在一次性不行為債務之情形，相對地增加其重要性<sup>825</sup>。換言之，在此見解，違反之危險係為了在個別聲請仔細斟酌間接強制裁定之必要性、實效性之要件，與在債務名義成立過程成為問題之違反之危險，理論上並不同<sup>826</sup>。在本件中存在過去違反行為，因為現在（第一審當時）亦實行類似於違反行為之行為（有視為現在亦繼續違反行為之餘地），故判斷滿足此要件。另外，債權人為了得到命高實效性之高額強制金之裁定，必須主張、證明關於履行狀況之具體事實（特別係違反行為之存在本身），故即使關於違反之危險課以其舉證責任，實質上並非課以新負擔<sup>827</sup>。

最後，關於本件裁定之射程問題，學說上有不同見解。就以一定日期之不行為為內容之一次性不行為債務之間接強制許可與否，雖有認為此為本裁定射程之外<sup>828</sup>，但是多認為本裁定容許此間接強制<sup>829</sup>。至於其他債務之間接強制，多認為本裁定著眼於不行為債務不履行之特質，故交付債務、作為債務屬於本裁定射程之外<sup>830</sup>，但亦有學者參照前述本裁定之理由(A)間接強制係以將來債務之履行確保為目的等，間接強制為預防手段，本裁定之射程係雖應視為限定於不行為債務，但若重視此理由，本裁定提示在不行為以外之債務無不履行（履行期未屆至）之情形亦允許間接強制之可能性。在扶養義務等相關金錢債務之情形雖然根據民事

<sup>825</sup> 宮坂昌利，前掲註 819，頁 128；大濱しのぶ，前掲註 801，頁 125。

<sup>826</sup> 大濱しのぶ，前掲註 803，頁 149。

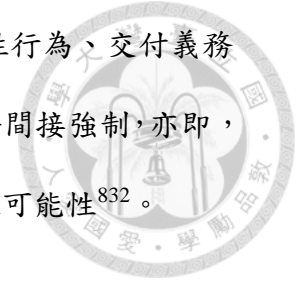
<sup>827</sup> 大濱しのぶ，前掲註 801，頁 125。

<sup>828</sup> 山本研，前掲註 797，頁 11。

<sup>829</sup> 宮坂昌利，前掲註 798，頁 128；野村秀敏，前掲註 823，頁 520；中山孝雄，不作為を目的とする債務の強制執行として間接強制決定をするためのに債権者において債務者の不作為義務違反の事実を立証することは必要か（消極），平成 18 年度主要民事判例解説，判例タイムズ，1245 号，2007 年 9 月，頁 215。

<sup>830</sup> 宮坂昌利，前掲註 798，頁 128；野村秀敏，前掲註 823，頁 526；中山孝雄，前掲註 829，頁 215；山本研，前掲註 797，頁 11。

執行法第 167 條之 16<sup>831</sup>有限制，但至少，如一定時期之一次性行為、交付義務般比照不行為債務，不可能追加完成實現之債務情形，亦可允許間接強制，亦即，認為本裁定有提示行為、交付債務之履行期前實行間接強制之可能性<sup>832</sup>。



---

<sup>831</sup> 日本民事執行法第 167 條之 16 規定：「債權人在有關於第 151 條之 2 第 1 項各款所揭示義務定有確定期限之定期金債權情形，其一部有不履行時，不論第 30 條第 1 項之規定，關於該當定期金債權中六個月內確定期限屆至者，得依前條第 1 項規定方法開始強制執行」。

<sup>832</sup> 大濱しのぶ，前掲註 801，頁 124；森田修，前掲註 821，頁 2447。

## 第四章 我國法之間接強制金制度



### 第一節、間接強制補充性理論之再檢討

若依據間接強制之補充性理論，則家事法間接強制金規定似乎與其相悖反，因法律明定相關金錢債務之執行事件得直接適用此制度(家事法 100 條 4 項、191 條 1 項)，而不須待直接強制無法發揮效用時始得使用。因此，以下欲先檢討於我國現行法下間接強制補充性理論是否仍屬適當？

#### 第一款、學說與各國立法例

依間接強制補充性理論，傳統學說與實務向來認為：於金錢執行與物之交付執行係採取直接強制，因其最為迅速、經濟，且不影響債務人之人格權。亦即，於金錢執行係先查封、再拍賣，最後分配，並不需要債務人之協力、介入。動產與不動產交付執行亦然。另外，不可代替行為請求之執行，在交付子女或被誘人之情形，依照強執法第 128 條第 3 項亦得採取直接強制。至於可代替行為請求權之強制執行，強執法第 127 條係採取代替執行之方法，由債權人或第三人代替債務人履行，或替代執行機關行使執行權。在不可代替之行為與不行為請求權之執行，無法採取直接強制與代替執行，故依照強執法第 128 條第 1 項、第 129 條第 1 項採取間接強制方法。間接強制手段有兩種：其一係給予財產上之不利益，即科處怠金；其二係給予人身上之不利益，即管收、限制住居等<sup>833</sup>。

不過，近年來有力見解則提出強執法第 21 條至 26 條之拘提、管收規定，體系上位在強執法第一章總則編，並未列於某一章關於何種請求權之執行中，且就法律文義上而言，此等規定並未以直接強制不可行作為前提，毋寧係規定符合一

<sup>833</sup> 許士宦，前揭註 5，頁 56-57。

定要件下，法院「得」為拘提或管收債務人，故對於採取直接強制抑或間接強制，立法者應係賦予法院相當之裁量權<sup>834</sup>。亦即，其認為不論執行債權為金錢請求權、物之交付請求權或行為、不行為請求權，應皆可採用間接強制<sup>835</sup>。

以下觀察各國立法例以探討「間接強制補充性原則」之運用。首先，與我國同樣於間接強制採取對人執行方法之德國，由學者確立債權強制構想，即一切債務原則上肯定本來之履行請求權及執行請求權，又稱為現實履行強制原則。其後產生一請求權一執行方法原則，亦即，根據給付內容將請求權分類，並非就債權執行可能性本身予以區別，而係按照其每一分類各指示一個執行方法之程序法上敘述性原則，並在其民事訴訟法中明文規定，相對於直接強制之代替強制補充性以及相對於代替強制之間接強制補充性（民事訴訟法 887 條第 3 項、887 條以及 888 條）<sup>836</sup>。

於其物之交付執行與行為執行關係之研究中，就今日法律技術性原則所確立之一請求權一執行方法原則，進行下列理論性批判：第一，最重要之實質性原則係，應盡可能實現本來的履行，即「現實履行強制原則」。第二，作為體系上原則，對特定之給付請求權配置一種最適合執行手段之原則，於德國強制執行法上所採用，即「一請求權一執行方法原則」。因此有必要就每一個請求權承認一個盡可能強力而有效率之執行方法。第三，導出直接強制作為簡單而有效率之手段

<sup>834</sup> 許士宦，前揭註 5，頁 61。

<sup>835</sup> 許士宦，前揭註 5，頁 56。對於拘提、管收採同見解，但仍採間接補充性理論者有：陳計男，前揭註 6，頁 236；陳榮宗，前揭註 6，頁 245。

<sup>836</sup> 德國現行民事訴訟法（ZPO）第 887 條第 1 項：「債務人不履行得由第三人履行之行為為義務時，第一審受訴法院依債權人聲請，以債務人負擔費用之方式，授權債務人使第三人實行其行為。」第 2 項：「債權人得同時聲請命債務人支付因實行作為所產生的費用預付。但是基於行為之實行，而產生更多費用支出之情形則不妨礙追加請求之權利。」第 3 項：「請求物之交付或給付之強制執行不準用前二項規定。」第 888 條第 1 項：「就行為主要依存於債務人之意思而無法由第三人實行時，第一審受訴法院得依聲請命為怠金或管收，以強迫債務人實行行為。怠金總額不超過二萬五千歐元。第二章管收規定適用於強制性管收。」第 2 項：「強制執行方法不事先告戒。」第 3 項：「此規定不適用於在服務提供契約下，判命其中一人提供服務之情形。」參見：森田修，前揭註 510，頁 237、251。

而優先於間接強制此具體原則。並且，同時主張第一原則較其他兩個原則更為優位。例如承認交付債務適用間接強制之情形，第一原則（現實履行強制原則）優先於第二原則（一請求權一執行方法原則），又立於較第三原則（直接強制優先於間接強制原則）更為優位之處<sup>837</sup>。由此推知，若基於間接強制得促使債務人實現履行本來之請求，且所謂現實履行原則之第一原則優於第三原則，應認為直接強制優於間接強制之原則並非理所當然。

另外，德國就金錢執行並未採行間接強制，但於財產開示程序採取代替宣誓之保證制度，其係為確保債務人履行開示保證義務，債務人於開示期日不到場或無故拒為開示者，法院為強制其履行，應依債權人之聲請命令管收債務人（民事訴訟法 802g 條）；若債務人故意為虛偽不實之財產開示者，則構成虛偽保證罪（刑法 156 條），此乃係以管收、刑事罰為手段，促使債務人為財產開示進而督促債務人履行債務，發揮間接強制之機能<sup>838</sup>。

英、美等國則著眼於扶養債權具有維持債權人基本生活等特性，基於公益上考量，皆容許對債務人施以間接強制。在英國，於一般民事債權之執行程序，雖已廢止對債務人拘禁之制度，但於扶養費請求權、租稅請求權等之執行程序，仍保留此項制度，對不履行債務之債務人可施以對債務人拘禁之制裁<sup>839</sup>；在美國，聯邦憲法雖未明文禁止「監禁逼債」（Imprisonment for Debt），但目前各州均藉由州憲或州法明文建立禁止此原則，因此，就各州法律所禁止之「監禁逼債」之「債」之範圍即成為對人執行之合憲性爭論。對此，判例法之原則如下：在涉及一定公共利益之金錢給付義務，並不屬於此處之單純金錢給付之「債」。在個

<sup>837</sup> Müller, Das Verhältnis der Herausgabe-zur Handlungsvollstreckung, 1987, S. 7~10, 轉引自：森田修，前揭註 510，頁 263-264。

<sup>838</sup> 許士宦，間接強制金之裁定及執行，家事審判與債務執行，台北：新學林，2013 年，頁 257。

<sup>839</sup> 長谷部由起子，變革の中の民事裁判，東京：東京大学出版会，1998 年，頁 173。

別特定領域：1. 離婚後夫妻財產分配、贍養費及子女養育費；2. 雇主在相關勞工法規中所積欠勞工之工資等情形；法院將其命債務人給付之意思，定位為「命債務人一定行為之命令」，故債務人未為給付時，屬於法院命令之違反，此時法院得對違反命令之債務人課予「藐視法庭」，實施對人執行。德州法院並將命給付子女扶養費及命夫妻一方於離婚後所應為之財產上給付之判決，定性為「衡平判決」而允許透過監禁債務人之間接強制方式予以執行<sup>840</sup>。

再者，於間接強制不採取對人執行之國家如法國，其雖然早於 1867 年法律即取消民事之對人拘禁（管收）作為執行債權手段，於行為、不行為之債務，若債務人不自動履行，其民法第 1142 條規定採債務不履行之損害賠償方式予以處理。不過，如前所述（第二章、第一節），其實務上於 19 世紀發展出「強制金制度」（*astreinte*），不論於行為、不行為請求權、金錢請求權或物之交付請求權，法院於裁判時，可同時於裁判上命債務人履行其裁判，若不履行，每遲延一日即應交付一定金額於債權人，作為強制金。此種強制金，並非由國家取得，立法規定歸由債權人取得，其係對債務人施加壓力，進而達成實現權利之效果<sup>841</sup>。並且，在實踐上其得發揮兩方面機能，第一，施加壓力於債務人促使其履行債務；第二，將未受履行債務之標的轉換為金錢給付<sup>842</sup>。

此強制金是否有「間接強制補充性原則」之適用？法國多數判例否定強制金之補充性，學者分析判例中否定補充性之理由，內容如下<sup>843</sup>：

第一，由於強制金以外之方法不具實際機能，導致強制金之利用急增。具體

<sup>840</sup> 黃國昌，在十字路口上自我選擇、自我負責的債務人，蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集：自由、責任、法，2005 年，頁 381-388。

<sup>841</sup> 許士宦，前揭註 5，頁 61-62。

<sup>842</sup> 許士宦，前揭註 7，頁 351。

<sup>843</sup> F. Chabas/S. Deis, *op cit.*, n° 39；轉引自：大濱しのぶ，前揭註 17，頁 83-86。

上如遷讓處分之情形。特別係第二次世界大戰末期以後，法院即使命為建物之遷讓，因為行政體系從社會、人道的理由拒絕國家實力之援助，無法實施遷讓處分之事案頻繁發生，因此法院以強制金處理之。




第二，強制金係簡便之方法，對債權人而言較嚴格意義之執行方法更為理想，藉由直接實力行使係過於激烈、複雜，對債務人不名譽，欠缺持續實效性之方法。更為簡單者毋寧係藉由債務人本身之行為，嘗試為行為之履行。亦即，使用國家實力之直接強制過於苛刻，多有最終未獲解決之情形，扣押尤其花費時間、費用。對此，強制金則較穩妥，最終容易得到解決，得進行迅速、低廉之程序。

第三，強制金不僅對債權人，即使對法院、債務人而言亦有優點。亦即，謀求債權人保護之多樣化。因為強制金具備法院對命令不服從之制裁，而有實際之效用。與直接強制相比，強制金因為可對應於任意履行，有助於人格尊重之理念。使用國家實力之執行（遷讓處分包含不動產遷讓執行）違反人格尊重理念，其藉由實力之行使，有害於債務人名譽、住居之保障等人格利益。強制金除了意思壓迫外，並非完全剝奪債務人不履行之意思決定自由，畢竟債務人係依照自己意思行動，反而有助於人格尊重之理念。

由前述可知，由於直接強制等執行方法不具實際效用、欠缺機能而無法實現債權，法國實務上發展出強制金制度，且該強制金並不具有補充性地位。亦即，法院得逕選用強制金作為強制手段，並不限於直接強制無效時才可使用。

與我國強制執行制度較為類似之日本，於近代法之個人人格尊重基準之下，以物之執行為執行原則，亦不承認對人之執行<sup>844</sup>。其間接強制係對債務人之不履行義務課予一定不利益（金錢支付）而壓迫其意思，以強制債務人履行之方法。

<sup>844</sup> 三ヶ月章，前掲註 494，頁 11-12。



傳統見解承認「間接強制之補充性」，關於可為直接強制之債務不允許為代替執行、間接強制，僅承認無法為直接強制、代替執行之債務得為間接強制，認為直接強制符合債務人人格尊重之理念，且最具效果，在可能為直接強制之情形承認其他方法，則會造成程序經濟上不適當<sup>845</sup>。亦即，舊法時期即平成 15 年（2003 年）修正前之民事執行法，執行方法之選擇規則有以下種類：僅就金錢債務及物之交付債務之執行承認直接強制（民事執行法 43~167 條、168~170 條），僅就代替行為債務承認代替執行（民事執行法 171 條），僅就無法為直接強制與代替執行之不代替行為債務及（繼續性）不行為債務之執行承認間接強制（民事執行法 172 條）。間接強制在與其他執行方法之關係上被定位為補充性之執行方法<sup>846</sup>。亦即，間接強制具有在無法為其他執行方法情形之最後手段機能，其理由乃係間接強制對債務人人格侵害甚鉅，屬於實效性有限之執行方法<sup>847</sup>。

對於賦予間接強制補充性基礎之「債務人人格之尊重」想法，學說對此進行批判。認為形式上直接強制在程序經濟上的確係最為理想，其並非對債務人人格之強制，故符合人格尊重之想法，但是直接強制只是不直接接觸債務人身體，在遷讓執行等將債務人家具移出外面之情形，毋寧其實力行使是更為激烈，亦造成債務人驚嚇。相較之下，施加心理強制而使其自行履行應較為人道<sup>848</sup>。近來亦有學者基於比較法、歷史之研究，就間接強制之補充性提出根本性質疑，作為民事執行法之解釋論，就遷讓房屋債務之間接強制，亦承認適用之可能性。此見解係從「重新檢視執行制度作為以低廉成本引導債務人自發履行為目的之制度」之立場，舉出下列間接強制之特徵：第一，若持續不履行，則間接強制金將隨之增加，

<sup>845</sup> 我妻米，新訂債權總論，東京：岩波，2008 年，頁 91。

<sup>846</sup> 松下淳一，前揭註 505，頁 2。

<sup>847</sup> 上原敏夫、長谷部由起子、山本和彥，前揭註 578，頁 213。

<sup>848</sup> 星野英一，民法概論Ⅲ，補訂版，1981 年，頁 40-41；轉引自：松下淳一，前揭註 505，頁 4。

間接強制係對拒絕履行課以高額代價；相對於此，拒絕直接強制之成本則並不高。第二，間接強制中之支付預告命令，因為殘留減額之可能性，而成為努力履行之誘因；相對於此，在直接強制，債務人之成本並不會減少。第三，為了減少支付額，必要之訊問程序，創造債權人與債務人交涉之機會；相對於此，直接強制反而有使債務人態度強硬化之可能性。第四，因為間接強制金額度係由法官裁量決定，算定成本較為低廉；直接強制則較花費成本<sup>849</sup>。另外，有學者批評直接強制更符合人格尊重乃係空虛之形式論，因為間接強制係以意思自由為前提，且間接強制性質上亦得適用於可為直接強制之債務，其運用可更迅速且有效。即使係代替性行為債務，依照其本質履行內容仍有差別之情形，間接強制毋寧係更好之方法。甚至進一步認為，不將執行方法固定於一種，承認間接強制併用之餘地，對事案之多樣性可為更彈性之對應<sup>850</sup>。

因此，日本近來之司法制度改革，從謀求權利實現之實效性確保觀點，批判伴隨於間接強制補充性而使執行無效率，故於平成 15 年（2003 年）之新擔保、執行法，保存向來之規定而新增民事執行法第 173 條，開始緩和間接強制之補充性。亦即，關於物之交付債務或代替性行為債務、不行為債務，亦可依債權人聲請，藉由間接強制方法為之。於平成 16 年（2004 年）之後續改善法，更進一步，就扶養義務等相關金錢債務，承認間接強制之強制執行（民事執行法 167 條之 15、167 條之 16）<sup>851</sup>。


## 第二款、分析檢討

由上述各國強制執行方法之立法例可知，在德國，雖然現行法就行為、不行

<sup>849</sup> 森田修，前揭註 510，頁 335-336。詳盡之日本法間接強制補充性理論的建立與相關學說批判介紹，請參見：森田修，前揭註 510，頁 291 以下。


<sup>850</sup> 中野貞一郎，前揭註 494，頁 11。

<sup>851</sup> 中野貞一郎，前揭註 494，頁 11-12。



為之債務仍採取間接強制補充性原則，於金錢請求權之執行仍不適用間接強制方法。但是其財產開示制度中所採取之代替宣誓保證制度，仍以管收、刑事罰等拘束人身自由方式促使債務人履行其相關財產資訊開示之義務，應可認為係藉由間接強制之方式輔助該制度以達到財產開示目的。而於英美法系國家，在對人執行方面其明顯採取較保守之作法，即原則上禁止監禁逼債。惟該原則並非嚴格執行，亦容許法律或判例形成一定之例外空間，基於公益考量、弱勢者保護等原因，於扶養費等債務容許對人實施拘禁，以間接強制方式促使債務人履行債務。在德國之所以仍不完全揚棄間接強制補充性原則，應係由於其間接強制方法係以對人執行為主，對於憲法所保障之重要基本權即人身自由有重大侵害，制裁內容十分強力，是否能以保障債權人之財產權為由限制債務人之人身自由在各國亦有不同之立法政策判斷，故其對於間接強制有所保留有其考量。然而，由前述可知，現今間接強制之補充性理論已受到批評與再檢討，縱使於德國現行法亦肯認於民事執行程序中採取管收等拘束人身自由之方式保障債權人之財產權，間接強制債務人履行其義務。

另一方面，法國在重視人格尊重而不採取對人執行之強制執行方法的同時，亦意識到債權人權利之確保，進而於實務上發展出強制金制度，更加重視強制履行實現權利之實效性。且其並不採取間接強制補充性理論，亦即，法官採用強制金方法並不受有限制，賦予其廣泛裁量權。而日本與法國相同，於間接強制亦不採取拘束人身自由之方式，僅採取間接強制金之執行方法，早期受德國學說理論之影響，雖採取間接強制補充性理論，但近年來受到學說廣泛批評，並已修法擴大間接強制金之適用範圍，參考法國之間接強制金制度，強制執行方法朝向多元化發展，可認為在日本間接強制補充性理論已不再被採用。況且，間接強制金之執行方法並非對人執行，僅係課與債務人財產上不利益促使其自動履行，而未拘



束其人身自由甚至未剝奪其意思決定自由，因此相較於拘提、管收等方式應更無適用上疑慮，甚至較直接強制等直接對債務人施加強制力之方法更為尊重債務人之人格權。因此，將間接強制金置於一補充性地位並無理由，執行法院應將其與其他執行方法等同視之，考量強制執行各種基本要求後，選擇妥適之執行方法。綜上所述，在各國並非全然否定間接強制之採用，毋寧係肯定間接強制之價值，在日本更有進一步擴大其適用之趨勢。就德、日傳統之間接強制補充性理論，在我國是否亦須採取相同解釋有檢討必要。

我國將拘提、管收之間接強制方法規定於強執法總則編，並非僅如同德國與日本法律體系上係區分各種債務分別規定不同之執行方法，故在我國應可解釋為不論以何種請求權為債務內容皆可適用拘提、管收等規定。另外，學者認為由強執法第 22 條各項規定可知，我國對債務人施予拘提、管收等間接強制之原因，包括債務人就應供強制執行之財產有隱匿或處分並且顯有逃匿之虞，其具有補助直接強制之一面，使其能順利執行，故可見我國並非採用一請求權一執行方法，而係併用二種方法。並且，在強執法修正後，對於拘提、管收之對人執程序已更為慎重，將「有事實足認顯有履行義務之可能故不履行」列為施以間接強制之原因（強執法 22 條第 1 項第 1 款），命有清償能力之債務人提供擔保或限期履行，提供債務人猶豫期間之程序保障，告知逾期不履行將受間接強制之制裁，使間接強制能確實發揮促使債務人自動履行之機能<sup>852</sup>。況且，強制執行應盡可能誘發債務人自動履行，以減少當事人及法院之勞力、時間、費用，不光於民事訴訟程序、家事訴訟或非訟程序等，在強制執程序上亦應注重程序經濟維持及程序利益保護之要求<sup>853</sup>。

---

<sup>852</sup> 許士宦，前揭註 7，頁 371。

<sup>853</sup> 許士宦，前揭註 7，頁 375。

我國於家事法制定後，更明文採取如同法國、日本之強制金制度，於裁判法院與執行法院均得就給付扶養費等相關費用之事件，命債務人於不履行債務時須對債權人加給強制金，以促使債務人自動履行債務，且此間接強制金之執行方法並不以直接強制無效為前提，而係由法院依職權或債務人聲請為裁量判斷，就各該事件選擇適當之執行方法。如同前述，間接強制金並沒有拘束人身自由之疑慮，且比直接強制更為尊重意思自由、更為迅速有效。因此，至少在我國已然採取間接強制金制度之現今，已不宜繼續固守間接強制補充性原則而限制執行方法之運用。

## 第二節、間接強制金制度之定性



### 第一款、間接強制金之性質

#### 第一目、間接強制金與執行方法之關係

依據前述論證，已不適宜再採取間接強制補充性理論之現行法下，於家庭生活費用、扶養費或贍養費等費用請求事件，裁判法院或執行法院得依職權或債權人聲請，裁定命債務人未遵期履行時，應給付一定金額予債權人（家事法 100 條 4 項、191 條 1 項）<sup>854</sup>。首先，須檢討裁判法院抑或執行法院所為之酌定加給金額或執行上強制金是否皆屬於執行方法？

擁有歷史悠久強制金發展之法國法，將強制金視為任意履行之強制方法而非強制執行之執行方法<sup>855</sup>，其係在強制執行前，促使債務人任意履行之手段，並非與債務人意思無關之強制性權利實現之執行方法。不過，之所以將間接強制金視為強制方法，係因為其法律體系所使然。首先，強制金並不規定於執行方法之章節中，且強制方法並不適用執行方法之相關規定，因而有區分實益。且由前述法國學說討論中，可知其強調執行方法係與債務人意思無關而強制實現權利之方法，如同直接強制與代替執行等直接施加強制力於執行對象。在法國之間接強制方法並無拘束人身自由之方式，因此，從實務上發展而來之強制金即被認為與傳統上直接強制或代替執行有本質上不同，而將強制金定位為促使債務人任意履行之強制方法，並不適用執行方法之相關規定。由此可知，法國法之民事執行制度本質上將間接強制債務人履行之方法與直接強制及代替執行區分，其強制金並不屬於

<sup>854</sup> 雖然本文認為間接強制金制度事實上原本即存在於民訴法中之小額訴訟程序，其中法院命分期給付或緩期清償之判決，不過此並未由法律明文或立法者表示其係所謂之間接強制制度，故在此暫且以法律所明文之家事法制度為前提討論。於後說明裁判上酌定加給強制金時，將檢討兩者之異同。

<sup>855</sup> 參見：本文頁 12 以下。

執行方法之一環，而係本質上並不相同之制度。

與我國民事執行制度相似之日本，不論係法律體系或學說討論上，皆將間接強制金作為執行方法之一種<sup>856</sup>。於法律體系上，間接強制金相關規定（167 條之 15、167 條之 16、172 條、173 條）係位於日本民事執行法之第二章「強制執行」，再依據執行債權分別規定；而於學說上，亦將間接強制金與直接強制與代替執行等執行方法並列說明，由此可知，間接強制金係屬於間接強制之執行方法之一種，此點在日本民事執行制度上並無異議。

關於我國家事法之酌定加給金（100 條 4 項）與執行上命給付強制金（191 條）應如何解釋，首先，觀察家事法之立法理由中，第 100 條第 4 項規定係法院得對義務人預定課予加給金額之間接強制方式，藉以督促義務人確實履行；第 191 條第 1 項亦表明其係與直接強制方法並列之間接強制制度。若觀察條文中之體系位置，第 191 條規定於家事法第五編第二章「扶養費及其他費用之執行」，明確表示間接強制金制度係執行方法之一。況且，依第 191 條第 1 項但書規定，法院已依第 100 條第 4 項規定酌定加給金額者，則不得再由執行法院作成間接強制金裁定<sup>857</sup>。由此可知，立法者係明確將酌定加給金與執行上強制金皆列為間接強制之方式。此外，於學說上，對於新設之間接強制金制度，並未特別討論其與執行方法之關係，毋寧係直接將其作為間接強制之執行方法為前提說明<sup>858</sup>。

在我國之強制執行制度發展上，當初強制執行法於 1996 年為因應時代變遷、

<sup>856</sup> 參見：本文頁 107。

<sup>857</sup> 雖然有論者在家事法立法過程中，關於家事法第 100 條第 4 項之加給金額規定，認為即使依照本條對債務人課予預定加給之金額，將來定期金給付之執行仍可依照強制執行法為間接強制，如此似乎從根本上區分本條規定與強制執行之間接強制執行方法二者之不同，但是在之後第 191 條第 1 項但書規定後，應認為立法者最後採取了將二者等同視之之作法，並不肯認裁判法院酌定加給金額後執行法院仍可依間接強制方法執行。參見：邱聯恭，於司法院家事事件法研究制定委員會第 190 次會議紀錄之發言，司法院家事事件法研究制定資料彙編（十），臺北：司法院秘書處，2010 年 12 月，頁 307。

<sup>858</sup> 許士宦，前揭註 5，頁 68。

社會發展，而參考外國立法例與國內外學說、判例及實務經驗，全面檢討修正強制執行法。觀察當年修正草案之修法理由說明，大多條文參考日本、德國之立法例<sup>859</sup>，因此，我國之強制執行法制度可謂係深受日本、德國立法例之影響，比起法國法，我國之民事執行制度體系更接近於日本法。

相對於法國法，我國於法律體系上直接將間接強制視為執行方法之一種，如前述立法者將酌定加給金與執行上強制金皆定位為間接強制，則其當然亦屬於執行方法。雖然此係於家事法制定時所新設置之制度，但是，我國之間接強制執行方法卻早已於強制執行法上有所規定，即管收、拘提等人身拘禁之間接強制（強執法 21 條、22 條）以及怠金此種預告財產上不利益之間接強制（強執法 128 條、129 條）。不論係酌定加給金或執行上強制金皆與怠金相同，皆係對債務人預告財產上不利益，迫使其自行履行債務之方法，只是酌定加給金或強制金係歸屬於債權人，怠金則歸屬於國家。因此，其屬於間接強制執行方法之一種，依我國向來之立法體例上，應屬一貫之解釋。在向來學說上，間接強制係與直接強制、代替執行等並列之執行方法<sup>860</sup>，就此並無異議，間接強制金屬於間接強制方法之一種，則其性質當然為執行方法。其次，我國並無另外獨立於執行方法創設強制方法之實益。如前所述，我國之強執法規定原本即存在管收等間接強制執行制度，向來之解釋論亦係將執行方法區分為直接強制、間接強制與代替執行等種類，並以此為前提來解釋、修正強制執行制度，並不如同法國法上因為向來法律規定不存在有間接強制制度，而必須另外創設強制方法解釋強制金制度，以區別其兩者適用法律規定之不同。

綜上所述，不論依據立法解釋、體系解釋或學說討論上，皆應將酌定加給金

<sup>859</sup> 立法院公報第 85 卷第 42 期院會紀錄，頁 176-361。

<sup>860</sup> 許士宦，前揭註 5，頁 56；張登科，前揭註 1，頁 8-9。

或執行上強制金（以下將二者統稱為間接強制金）定位為執行方法。因此，我國之制度更接近於日本之間接強制金定位，屬於執行方法之一種。



## 第二目、間接強制金與損害賠償之關係

間接強制金與損害賠償皆係於債務人不履行時，給付予債權人之一定金錢，因此，關於強制金與損害賠償性質相同與否之問題，不論在法國法或日本法上皆備受討論，至今尚未有定論。

尤其在法國法之強制金發展上，透過判例變更與立法，逐漸將強制金與損害賠償脫離，從當初僅有發令階段之暫定性強制金與損害賠償不同，至後來強制金之一般法上明文規定強制金與損害賠償個別獨立，此過程在學說上亦備受討論<sup>861</sup>。隨著 1959 年之判例變更，承認暫定性強制金係與損害賠償完全不同之手段，屬於克服不履行裁判之方法，並非以填補因遲延所生損害為目的，並按照頑強債務人之過錯重大性以及其資力確定金額。更進一步，在 1972 年法將判例法理立法化，承認強制金與損害賠償個別獨立（現行法 L131-2 條 1 項），認為強制金目的不僅係債權人利益，亦有裁判遵守之公益。裁判遵守之確保係強制金之目的，此等規定亦成為現行法之一部。

在日本法上，則係因為舊民事訴訟法之規定影響至民事執行法制定後之間接強制金性質之解釋，形成學說上有損害賠償金說、制裁金說以及折衷說之爭論<sup>862</sup>。損害賠償說主要以舊法明文規定為基礎，以及基於必須賦予強制金歸屬於債權人之根據，而認為其屬於法定違約金，然而，近年來之有力學說皆肯認強制金具有制裁性質，不僅係單純之損害賠償，不過，因為現行法仍有將強制金充當於損害

<sup>861</sup> 參見：本文頁 15 以下。

<sup>862</sup> 參見：本文頁 108 以下。

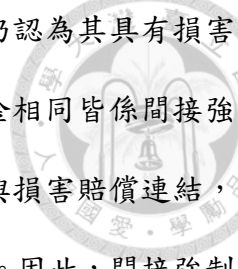
賠償之規定，因此，仍有一定數量之學者肯認其兼具損害賠償之性質。

在我國法上，並未明文規定間接強制金與損害賠償之關係，既無法國法上規定相互獨立，亦未規定強制金得充當於損害賠償，因此，究竟強制金與損害賠償間之關係應如何解釋有所問題。近來有學者表示其係類似於懲罰性違約金<sup>863</sup>，雖其理由並未明確，但卻係將間接強制金定位為損害賠償之一種。此種解釋是否適當？是否符合我國法之立法體系？

首先，就家事法立法理由而言，第 100 條第 4 項係法官於必要時，得對債務人預定課予加給金額之間接強制方式，藉以督促債務人確實履行。在此明確表明強制金係督促債務人確實履行之間接強制方式。第 191 條第 1 項更係直接表明除了裁判時已酌定加給金額外，執行法院亦得依債權人聲請命債務人給付強制金。此強制金係以違反包括強制金在內之有關執行名義之執行債權履行命令為條件之制裁金。由此可知，不論係法條或立法理由上，立法者皆未將強制金與損害賠償為任何連結，毋寧係，明確將其定位為制裁金。

再者，就法律體系上，不論係法國或日本，其強制金與損害賠償之爭議問題，可謂係與其立法過程或變遷有關，亦即，其過往之強制金發展歷史或過往法律規定對強制金性質解釋有很大影響。在法國，因為強制金係由其實務上發展而來，並非係由法律所創設，早期學說認為係由法官之損害賠償算定承認此種具懲罰性機能之強制金，因此強制金之性質亦透過判例與法律為多次變更，縱然其現今已由法律明文規定強制金與損害賠償個別獨立，但仍舊有論者認為如何賦予債權人取得強制金理由仍成為問題。在日本，則係受到舊法時代，明確規定法院應依聲請命債務人不履行債務時，須為損害之賠償，以及在現行民事執行法規定有將強

<sup>863</sup> 吳光陸，前揭註 15，頁 569。



制金充當於損害賠償之規定，因此，向來見解與現今部份學者仍認為其具有損害賠償性質。回到我國之強制執行制度上，間接強制金其實與怠金相同皆係間接強制方法之一種，早已在執行法上被規定之怠金，向來並不將其與損害賠償連結，其係促使債務人自行履行之強制執行方法，而非用以填補損害。因此，間接強制金在此應與怠金性質作相同之解釋，方符合強制金於強制執行體系上之定位。且我國既未如同法國與日本受限於過往強制金發展歷史之解釋，亦未有充分理由採取如同法國法或日本法上之損害賠償金說。至於，強制金歸屬於債權人此點是否有充分之正當化理由，則留待後述檢討，不應為了賦予強制金歸屬於債權人之理由或係為了防止對債務人過於苛刻，而採取將強制金視為損害賠償性質之解釋，否則將成為倒果為因之解釋論。

在我國之學說上，有力見解則係明確表示不論係第 100 條第 4 項之裁判上強制金或第 191 條第 1 項之執行上強制金，均係以督促債務人自行履行債務為目的，於其違反執行名義或履行命令時所科處之制裁金。換言之，此種執行法上之制裁金並非違約金或賠償金，債權人如因債務不履行受有損害，仍得請求損害賠償<sup>864</sup>。如此看法明確了間接強制金與損害賠償之不同，可謂係符合前述我國立法者意思與法律體系之解釋論，且亦係立基於強制金目的所為之適當解釋。前述雖然有論者採取所謂類似於懲罰性違約金之看法，此論者可能係參考前述所介紹之外國立法例，如日本有採取所謂法定之違約金看法，但是在我國所謂違約金係指，當事人為確保債務之履行，約定債務人不履行債務時，應支付之金錢或其他給付<sup>865</sup>。強制金雖同樣係為確保債務履行，但卻並非當事人間所約定而來，而係法院為促使債務人履行所酌給之金額，與違約金本質上不相同。因此，該論者之見解並不

<sup>864</sup> 許士宦，前揭註 7，頁 274-275、287。

<sup>865</sup> 孫森焱，民法債編總論(下冊)，修訂版，2013 年，頁 715。

可採。

綜上所述，不論係從立法目的或法律體系觀察，皆可明確推知我國之間接強制金明確與損害賠償不同，而屬於制裁之性質。至少在我國法律未明確規定強制金與損害賠償之關係之現行法上，並不適宜逕將強制金解釋為損害賠償，甚至係違約金。毋寧係採取前述之有力見解更為適當，亦即，基於立法理由認為強制金係制裁金，此強制金之課予並不妨礙債權人另外請求其因債務不履行所受損害之損害賠償請求。而強制金得否充當於損害賠償之問題，在採取此種強制金與損害賠償獨立之立場，又無法律明文之現行法下，並不宜隨意擴張解釋，壓縮債權人之損害賠償請求範圍，況且現行法對強制金仍係採取保守態度，對強制金設有一定上限，尚不致於產生對債務人過於苛酷之結果，因此，本文認為在我國法上強制金不得充當損害賠償。

## 第二款、間接強制金之歸屬

在本文採取上述見解認為間接強制金並非損害賠償而屬於制裁金後，則強制金歸屬於債權人之理由為何即成為問題。為何在我國法上已經有相同作用之怠金存在後，仍設置歸屬於債權人之強制金？

在法國，如前述其強制金之歸屬問題牽涉強制金與損害賠償之問題，此爭議從過往判例延續至其後之強制金一般法立法過程。早期學說將強制金解為損害賠償，其中一個因素亦係為了正當化歸屬於債權人而非國庫此事，但自從其制裁金性質成為通說後，如何正當化其歸屬於債權人之理由即成為問題。在 1959 年判例變更時，即有私的制裁與歸屬於國庫金想法之對立<sup>866</sup>。就債權人因為強制金之利得正當性，當時學說有提出債務人所負擔者係基於古老判例上之慣行而發令命

---

<sup>866</sup> 參見：本文頁 32 以下。

強制金支付之裁判，此符合法律上利得之原因；且因為損害賠償並不充分，以及以裁判嚴格處罰反覆抵抗者並非不道德，故不符合衡平上不當之利得。依此見解，對於債權人因為強制金所得之利得並非無原因之利得，不論係法律上或衡平上皆不符合不當得利。

近年來，對此債權人之利得正當性，有論者提出因為債權人為了克服債務人之頑強抵抗，必須付出相當之犧牲，因此將其取得之強制金作為一種補充性損害賠償。更進一步，有依據從懲罰性機能正當化私的制裁之見解，提出強制金之私的制裁係促使私人裁判之利用之想法，主張強制金全部歸屬於債權人<sup>867</sup>。不過，有力見解關於強制金之利得，亦參考英美法系之懲罰性損害賠償想法，認為私的制裁之機能相當於英美之懲罰性損害賠償，在現代扮演重要角色，私的制裁有促進訴訟之機能，且藉此賦予強制金之利得正當性依據，因為應給予實現確保法律遵守任務之私人相當之報酬，故將此私的制裁利得歸屬於債權人應為適當。另一方面，學者並不否定私的制裁有可能造成過剩之利得，即債權人之利得超過相當於此報酬之合理額度時，若將高額強制金之全部給付予債權人會成為問題。因此，主張將私的制裁之一部歸於國家或公益組織<sup>868</sup>。

在日本，對於強制金歸屬之討論相較於法國並不多，最有代表性者係參考法國法上討論所提出之有力見解<sup>869</sup>，傳統對於全部歸屬於債權人之見解，係認為得促使間接強制金之利用，不過，可能須借助懲罰性損害賠償說明，且會發生債權人過剩利得之危險。因此主張全部歸屬於國庫之見解對此提出批評：制裁金之目的即使係確保履行，亦帶有性質上民事罰金或刑事罰金要素。此外，從當事人主義、處分權主義等程序法方針，救濟聲請本來委由當事人之自主性即為已足，應

<sup>867</sup> 參見：本文頁 61 以下。

<sup>868</sup> 參見：本文頁 63 以下。

<sup>869</sup> 參見：本文頁 111 以下。

不必再賦予債權人超過損害額之制裁金而誘發其聲請。近來之有力見解係一部分歸屬於債權人，一部分歸屬於國家，此一方面得確保間接強制利用之誘因，一方面得避免債權人得到過剩之利益，認為強制金作為違反法院命令之制裁，本來全部即歸屬於國家，但遵循間接強制程序之債權人協力或代行國家任務，故承認其在合理範圍取得強制金，以作為其協力或代行之費用。

在我國，雖然從家事法立法理由中並未明確說明間接強制金由債權人歸屬之正當化依據，但是仍得參考上述外國立法例、學說見解與我國類似之制度，提出適當之解釋論。如同法國或日本學說上，對於債權人取得強制金之正當化理由，雖有依據懲罰性損害賠償機能說明，但在前述本文已採取強制金與損害賠償不同之立場後，應避免再與損害賠償作連結。不過，間接強制金係促使債務人自動履行債務，於債務人不履行時所須負擔之財產上不利益，屬於制裁金，此種制裁金歸屬於債權人之正當化依據可借助懲罰性賠償金之概念說明。所謂懲罰性賠償金係指：當不法行為加損害於他人時，加害人除應賠償被害人所受實質損害外，由於加害行為具有特別危險性，加害人主觀上具有特殊可歸責性，為懲罰制裁其加害行為，嚇阻預防加害行為再犯，補償被害人之損失，並鼓勵誘導被害人執行法律，乃由法院判令加害人額外支付被害人之賠償金額<sup>870</sup>。其具有四項特徵：第一，係屬於民事責任之範疇；第二，行為人主觀上有可歸責事由；第三，在填補性損害賠償外，額外課予行為人金錢負擔；第四，目的主要在懲罰與嚇阻<sup>871</sup>。由此可知，間接強制金與懲罰性損害賠償二者類似之處僅在於其目的皆具備懲罰、制裁之機能，且均由法官於法律規定之條件下酌定適當之額度，但是強制金並非民事

<sup>870</sup> 陳忠五，美國懲罰性賠償金判決在法國之承認及執行，陳聰富、陳忠五、沈冠伶、許士宦合著，美國懲罰性賠償金判決之承認及執行，台北：學林，2004年，頁74-75。

<sup>871</sup> 林家如，我國懲罰性賠償金制度之再反省——以消費者保護法第51條為中心，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2014年1月，頁119。

責任損害賠償之範疇，不由實體法規定，而屬於其他法律規定所發生之債務；至於懲罰性損害賠償之可歸責事由或損害等要件，皆不屬於強制金之法定要件。另外，此兩者之目的亦有所不同，懲罰性賠償金係為了懲罰、預防加害行為再犯，於填補實質損害外，由法院所定之額外金額；而強制金係為了促使債務人履行執行名義，所課以之附條件制裁金。

相對於前述由實體法規定之懲罰性損害賠償金，強制金係由程序法所創設出，若參考法國法上討論，從法律上不當得利之角度觀察，因為係由法律規定所規定於不履行執行名義時債務人所應負擔之財產上不利益，債務人因此所得之強制金應屬有法律上原因，不符合法律上不當之利得；從衡平法上不當利得之角度觀察，制裁屢次不履行執行名義之債務人亦並非不道德，而強制金與懲罰性賠償金相同皆屬於私的制裁而由債權人取得。

關於裁判上強制金（家事法 100 條 4 項），此制度已於民訴法中之小額程序有所規定<sup>872</sup>，而立法過程中學者亦肯認其屬於實質上民法，認為其與變更確定判決之訴相同皆屬於實體法非訟化之規定<sup>873</sup>。亦即，立法者賦予法官職權形成實體私權內容之權利。由此可知，立法者早已肯定此種由裁判法院酌定不履行債務時所應加給之金額，此次家事法之裁判上強制金解釋亦較無疑義。至於執行法院命不履行執行名義時應支付強制金（家事法 191 條），此規定目的與怠金相同，但是強制金並非與怠金相同係歸屬於國家而係歸屬於債權人，此可參考日本法上之討論，依據債權人遵從間接強制程序以協力或代行國家任務，完成確保法律被遵守之任務以賦予債權人取得強制金之正當理由，亦即，債權人聲請透過強制金此

<sup>872</sup> 參見：本文頁 235、245 以下。

<sup>873</sup> 邱聯恭，前揭註 13，頁 191。關於變更確定判決之訴，學者表示係立法者要求法院適用職權裁量之法理，變更、重新形成實體私權之內容，屬於實體法上非訟化現象之一種。參見：邱聯恭，民事訴訟法修正後之程序法學，程序利益保護論，2005 年，頁 307。

種私的制裁，促使債務人履行債務實現執行名義內容。

最後，考量我國制度上已存在怠金之間接強制方法，代表立法者係欲提供另一種選擇以增進強制執行之實效性，怠金係歸屬於國家且亦有金額上限與債務適用之限制，間接強制金係歸屬於債權人且擴大至扶養費等相關金錢債權之執行，毋寧係提供我國之強制執行上更多元之選擇。因此，在目前現行條文對怠金規定一定之適用限制下，由家事法新創設之間接強制金應與怠金有區別實益，不應再如同怠金般歸屬於國家，否則即喪失新制度設立之理由。至於，強制金歸屬於債權人是否會有過剩利得等問題，則亦牽涉後述強制金之苛酷執行防止問題，無法僅以此為理由即否定歸屬於債權人之間接強制金存在之必要性。


### 第三款、間接強制金制度之正當性與必要性

#### 第一目、打破權利判斷與執行機關二分論

在法國法上，因為強制金屬於強制方法而非執行方法，任何法官皆得於裁判時，依職權附加強制金，且例外性賦予執行法官管轄權係因為強制金係為了處理從判決執行所生爭執之強制手段，與執行方法有類似性與關連性。因此，在法國之強制金制度上，原則上係任何法官於裁判時皆得附加強制金，且例外賦予執行法官管轄權，在執行機關承認得作成命強制金之裁判，亦承認裁判機關得附加強制金<sup>874</sup>。

在日本法上，傳統見解採取權利判斷機關與執行機關二分論，此係為了民事執行中所期待之實體正當性與迅速性。在執行機關中並不嚴密審理判斷其內容，執行機關應實行之執行內容係在債務名義上明確所指示，而要求單一意義。但是，

<sup>874</sup> 本文受限於能力與研究資料之範圍，並未針對法國法上是否明確有判斷與執行機關二分論作介紹，僅以我國與日本法上之判斷與執行機關二分論為基礎而為分析討論。




日本實務上，在間接強制裁定之情形，所謂不行為債務假處分之旨趣係，禁止同樣得評價為此之行為，在此，「債務名義之一義性」與「執行機關之不可判斷性」並不嚴格貫徹。因此，於不行為債務執行中，並不嚴格為判斷機關與執行機關之任務分擔，即使執行過程中亦期待為實體內容之判斷。學說上亦有認為權利形成過程與實現過程係不可分之一體，執行過程亦係在此實行當事人間之利害調整、關係建立之再建構之場合，將其解為權利形成過程之一情形。判斷、執行無法分段，在作成債務名義之判斷程序中，必須有執行之對話，即使在執行階段亦並非按照債務名義機械般執行，必須有與債務名義作成之相同判斷程序。向來判斷與執行機關二分論之問題更顯著表現於家事事件中，例如將人際關係調整作為內容之債務執行，於強制實現債務內容之際，必須考慮多種因素如子女福祉、心理成長或環境等。於此等事件中，更需要判斷與執行機關之連攜。由前述可知，日本法上不論係實務或學說<sup>875</sup>，甚至係法律規定皆不再如同以往嚴格遵守判斷與執行機關二分論，最新之有力見解係強調判斷與執行機關二者間之對話與合作，方可適切且迅速實現權利。

在我國，向來亦係遵守權利判斷機關與執行機關二分論，因為強制執行之目的係實現債權人私法上之請求權，執行機關若於強制執行之際判斷該請求權存在與否，則會影響強制執行之迅速，因此發展出執行名義制度，亦即，判決機關與執行機關分離主義。債權人僅須提出執行名義，執行機關即應為強制執行，無須審查請求權存否，以確保執行之迅速，避免債務人故意爭執請求權不存在以逃避執行<sup>876</sup>。另一方面，近年來有力學者則提出權利判定機關與執行機關之連攜見解，首先，執行機關所為之裁判得作為執行名義。如家事法第 191 條第 1 項規定，執

---

<sup>875</sup> 參見：本文頁 114 以下。

<sup>876</sup> 張登科，前揭註 1，頁 2。



行法院得依聲請以裁定命債務人於不遵期履行時，應給付間接強制金。此項強制金係以債務人違反執行命令作為條件之制裁金，屬於債權人之權利，係債務人新增加之債務，此強制金裁定亦屬於執行名義，債權人得依此聲請強制執行。另外，於作成扶養費等裁定後債務人資力減少之情形，此時執行法院得按照比例核定強制金，應認為債權人不必再重新變更執行名義或重新聲請執行，此部分亦並非嚴格遵守權利判斷與執行二分，因於執行過程，執行機關得重新考量強制金裁定<sup>877</sup>。再者，權利判斷機關得施加強制執行方法，如家事法第 100 條第 4 項規定，裁判法院得於扶養費等相關事件酌定逾期不履行加給之金額，給予債務人財產上不利利益，促使其履行債務，此金額在一定限制下委由法院為合理裁量。法院於裁定之際，尚須顧慮如何促使將來債務人確實履行其債務，此時之權利判定與執行亦非截然二分<sup>878</sup>。

因此，在我國現行法上，已經採取裁判法院與執行法院皆得命間接強制金之執行方法，如同前述有力見解與日本學說所討論者，傳統上權利判斷與執行嚴格二分之見解已不合時宜，因為之所以嚴格區分兩者係為了確保強制執行之迅速施行，但是在一定之情況下，若採取嚴格區分權利判斷與執行之看法，反而會造成程序繁複，例如在扶養費裁定後債務人資力減少之情形，於執行法院即得按照比例核定強制金，債權人不必重新變更執行名義或聲請強制執行。在裁判法院得為強制金之裁定情形，亦得促使債務快速履行，且不至於會增加法院負擔。如此打破權利判斷與執行機關二分論，使執行機關得作成執行名義之判斷，使裁判機關得附加執行方法，從當事人與法院之勞力、時間、費用而言，亦符合私益層面之程序利益保護與公益層面之訴訟經濟維持等要求。

---

<sup>877</sup> 許士宦，前揭註 5，頁 35-36。

<sup>878</sup> 許士宦，前揭註 5，頁 37-38。

## 第二目、苛酷執行之防止

在法國法上，如前述之立法過程與學說討論，聚焦於強制金與損害賠償關係之探討，強制金之歸屬問題及強制金之基礎理論檢討。於此等問題之檢討過程中，可發現法國之強制金制度係實務上根據一定合理之要求自然形成。其制度要求包括強制效果（實效性）之確保、債務人保護（苛酷執行之防止）以及不給予債權人過剩利益之要求<sup>879</sup>。立法者試圖從事後調整措施與事前限制措施，謀求苛酷執行之防止。關於事前限制措施，強制金不適當情形法院得駁回聲請。於強制金之發令承認法院之裁量性判斷<sup>880</sup>，此係為了可以因應具體情事彈性處理，不僅係債務人之保護，亦有助於強制金之實效性確保，對於判斷強制金適當與否者之法院，承認其裁量應為適當。同時，為了防止確定性強制金之苛酷性，立法者規定兩點限制法官裁量。第一，暫定性強制金之後始得發令，賦予其補充性，第二，確定性強制金必須訂定期間，即課予訂定期間之義務（1991年法34條3項）。本條之立法旨趣，可謂係為了避免確定性強制金之過剩高額化。此外，在現今仍作為特別法之關於建物遷讓事件之1949年法，其為了避免苛酷執行，仍禁止確定性強制金。

另一方面，關於事後調整措施，在暫定性強制金之情形，雖然立法者並未特別強調苛酷執行之防止，不過仍規定法院須考量受命令人之態度及其為了履行命令所遭遇之困難，以確定暫定性強制金之額度<sup>881</sup>。此種規定確定暫定性強制金額度之考量基準，在確保實效性之同時，亦可避免強制金不當高額化或對債務人苛酷執行。亦即，暫定性強制金因為在金額確定階段得變更金額，則有正當評價履行時債務人之誠實或不誠實程度之機會。關於惡質不履行，得依金額確定時之增

<sup>879</sup> 參見：前揭註295。

<sup>880</sup> 參見：本文頁82以下。

<sup>881</sup> 參見：本文頁86以下。

額方法應對；對於相對不惡質之債務人，保持法院再考慮強制金之權能。如此相較於確定性強制金，在暫定性強制金情形，發生苛酷執行之可能性較低。最後，係關於強制金之一部或全部廢止，亦即，若債務人證明法官命令之不履行或遲延履行其全部或一部係因為外在原因時，法官應全部或一部廢止暫定性或確定性強制金<sup>882</sup>。此規定之立法目的係，對於非因其本身理由而無法履行判決之債務人，避免對其課以制裁。亦可推知其有防止對債務人苛酷執行之作用。

在日本法上，為了不對債務人產生苛酷之結果，採取多種措施<sup>883</sup>。首先，在扶養費等金錢債務之間接強制，規定有支付能力之發令要件，即債務人因為欠缺支付能力而無法清償時，或因為清償債務生活顯著窘迫時，不得為間接強制之裁定（民事執行法 167 條之 15 第 1 項但書）。其次，於此等事件中，亦規定法院決定強制金額度時，應特別考慮之因素有：因為債務不履行債權人所受之不利益、債務人之資力及債務人從前履行債務之態樣（民事執行法 167 條之 15 第 2 項）；此等支付能力之發令要件以及決定強制金額度之考慮因素規定，多數學者承認得類推適用於其他債務之一般間接強制情形。最後，設有間接強制之情事變更，於一般間接強制中，有情事變更時，執行法院得依聲請變更間接強制裁定（172 條 2 項）；扶養義務等相關金錢債權之間接強制，有情事變更時，則係執行法院得依債務人聲請，溯及於其聲請時撤銷間接強制裁定（第 167 條之 15 第 3 項）。因為，原本之一般間接強制之裁定變更雖解為包含減額間接強制金，但並不包含撤銷間接強制裁定本身。因此，為了不對債務人產生更苛酷結果，就金錢債務之間接強制亦規定有情事變更時，法院得依債務人聲請撤銷間接強制金裁定。

另外，為了避免間接強制金對債務人產生苛酷結果，是否應設置強制金上限

<sup>882</sup> 參見：本文頁 95 以下。

<sup>883</sup> 參見：本文頁 122 以下。

額之問題，最後立法者採取否定立場。原因係：為了確保債務履行之相當額度，係因應個別事案而不同，無法訂定得對應一切事案般之一般間接強制金上限額；此外，為了不使間接強制對債務人產生苛酷結果，以提出執行法院定間接強制金額度時應特別考量之情事來處理。

我國家事法所新設之間接強制金制度，關於強制金之苛酷執行防止，亦成為立法者考量重點。如前所述，我國之強制執行制度大多仿效日本，在此關於間接強制金之苛酷執行防止亦同。目前現行法僅在扶養費等相關金錢債務執行規定有間接強制金之制度，若僅從現行法觀察，得整理出以下措施。首先，家事法規定執行法院在為強制金裁定時，應斟酌債權人因債務不履行所受之不利益、債務人資力狀態及以前履行債務之狀況（家事法 191 條 2 項）。其立法理由表示，強制金裁定係以債務人具履行能力為前提，如債務人欠缺資力或因清償將使生活陷於窘迫者，則不宜為間接強制，此即係避免對債務人為苛酷執行。其次，雖然並非如日本般規定發令強制金之限制，但亦規定有關於事後職權撤銷裁定。亦即，當法官為裁定後，債務人證明其無資力清償或清償債務將致生活顯著窘迫者，執行法院應依債務人聲請或依職權撤銷強制金裁定（家事法 191 條 5 項）。立法理由亦明確表示，此係為了避免徒增債務人之強制金負擔，造成對其過於苛酷之結果所訂定。最後，關於強制金裁定之情事變更亦設有規定，即於強制金裁定確定後，情事變更者，執行法院得依債務人之聲請變更之（家事法 192 條 1 項）。由立法理由可知，此係為了於強制金裁定後，有債務人喪失或減少資力致無力清償債務或履行有困難之情事變更時，使債務人得聲請調整變更強制金裁定之內容，此亦屬於避免對債務人造成苛酷結果之措施。

除了上述三者，如同日本法規定之防止苛酷執行之措施外，家事法亦規定了

日本法上所無之最高金額限制，即於定期金或分期給付之情形每期不得超過債權額之二分之一（家事法 100 條 4 項、191 條 3 項），且法院亦得附加存續期間之限制，如此得避免無限制累積強制金對債務人造成苛酷執行之結果<sup>884</sup>。

從上述之各種防止間接強制金之措施，可知債務人具有支付能力係間接強制之正當化基礎及界限。此可謂係間接強制中最重要之要件，金錢債務在法律上無履行不能之觀念，即使債務人無支付能力，事實上債務履行困難，無法為直接強制之情形，間接強制仍屬可能。但對欠缺支付能力之債務人，即使想要任意履行亦無法為之，對其課以間接強制金，不僅缺乏實效性，而且徒增間接強制金之累積而對債務人造成苛酷結果。為避免致此，支付能力要件既係間接強制金之發令階段要件，亦係該項間接強制之存續要件<sup>885</sup>。

綜上所述，我國之間接強制金構造並非如同法國法上係採取發令階段與金額確定兩階段構造，在苛酷執行之防止係採取類似於日本法之規定，從決定強制金額度之基準、事後職權撤銷裁定以及情事變更規定，避免強制金過度累積對債務人產生苛酷結果。不過與日本法上不同者係，我國現行法設有強制金之額度上限，從立法理由觀察，強制金額度雖委由執行法院為合理裁量，但為了避免與債權金額失衡，宜適當限制其額度不得超過每期執行債權之二分之一。此規定對我國目前之強制執行制度應為適當，因為間接強制金在我國仍屬新制度，且在債務適用範圍亦有所限制，雖然此額度限制可能對實效性確保有所影響，但至少在目前此制度並非普遍落實之情況下，不宜貿然容許無限制之強制金額度。不過，往後可能得參考前述外國立法例以及前述學說見解，透過訂定強制金存續期間之限制即為已足，而刪除額度上限之規定，且若欲擴大強制金之適用範圍，則於行為或不

<sup>884</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 273。

<sup>885</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 271。

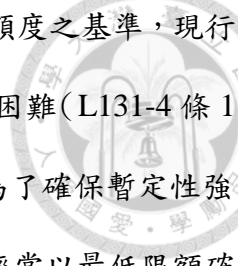
行為債務等並未有所謂債權額之概念時，如何訂定上限額標準亦成為問題，因此，本文認為我國往後之修法方向，得朝向刪除強制金額度上限規定之方向發展。

### 第三目、實效性之確保

如同前述，實效性之確保亦屬於間接強制金制度要求之一，且往往與苛酷執行之防止有所牽連，適當之制度設計係必須在苛酷執行防止與實效性確保之間尋求適當之平衡點，例如關於強制金之額度決定，必須訂定一定之額度以上方能發揮施加心理強制促使債務人履行債務之機能，同時須避免過高之額度會對債務人發生苛酷執行之結果，且過高之強制金對有限資力之債務人未必能發揮實效性。因此，二者可謂係一體兩面且相輔相成之考量要素。

在法國上，關於實效性之討論，首先，大多發生在強制金與損害賠償間之關係討論上，在 1972 年之強制金一般法立法後，肯認強制金與損害賠償個別獨立，其原因之一即係確保強制金實效性，不過因為法院對於債權人利得正當性之憂慮，實務上大幅降低強制金額度，因此在 1991 年法原案中出現將強制金充當於損害賠償之提案<sup>886</sup>。不過後來本條規定遭刪除，因為其可能混亂強制金之性質，且強制金與損害賠償之個別獨立係不可或缺，方能確保強制金之威嚇性與實效性，由此可知強制金與損害賠償之分離本身即為實效性確保之措施。且承認強制金與損害賠償個別獨立後，亦承認兩者之併課，此亦顯著增強強制金之實效性。其次，確定性強制金存廢之問題不僅與苛酷執行之防止有關，最後保留確定性強制金之制度亦係因為其有高實效性，比起於暫定性強制金之情形債務人可能期待於其後之確定金額階段減低額度，而降低其心理強制機能，確定性強制金則因為原則上無法於確定金額階段變更金額，對債務人之心理強制機能較高，得促使其盡快履

<sup>886</sup> 參見：本文頁 46 以下。



行債務以避免繳交高額強制金。此外，關於確定暫定性強制金額度之基準，現行法明確規定須考量受債務人之態度及其為了履行命令所遭遇之困難(L131-4 條 1 項)。明文化暫定性強制金之金額確定基準。此修正之目的係為了確保暫定性強制金之實效性，因為實務上為了避免債權人之不當利得，法官經常以最低限額確定強制金金額，造成強制金之實效性低下。最後，關於暫定性強制金在金額確定階段得否增額之問題，雖然在 1972 年法時基於強化實效性之考量，參議院有出現明文肯認增額之提案，且在 1991 年法之國民議會報告書中亦有提及肯認增額之想法，不過有力學說係採取否定立場，且實務上普遍不增額<sup>887</sup>。因為若承認增額則有害於債務人不利益之預測可能性，且有過度高額之虞。亦即，增額與否之立場中，亦係考量苛酷執行防止與實效性確保此二者之要求。

在日本法上之實效性確保<sup>888</sup>，首先係揚棄傳統之間接強制補充性理論，擴大間接強制金之適用範圍。再者，在前述之苛酷執行防止措施中，限制對於無資力人之間接強制金適用，其中亦係基於實效性確保之考量，因為對無資力之債務人如何施以間接強制金之心理強制並無法發揮實效性，況且，即使對於有資力者，亦須考量資力、惡性程度（從前履行態樣）等個別具體事情而定金額，否則無法確保強制金之實效性。此外，其不採取如同德國法上對人拘禁之間接強制方法，且對於苛酷執行之防止有完整之立法措施，可以推知其在實效性確保與苛酷執行防止之兩種要求間，將重點置於後者。最後，有論者參考法國法，對於強制金實效性之確保提出立法論上建議。其一係與判決同時為間接強制金裁定，此不僅可強化間接強制實效性，亦得謀求程序精簡化。其二係刪除強制金充當於損害賠償之規定，以使強制金與損害賠償完全分離，確保強制金之實效性，因為並無將強

---

<sup>887</sup> 參見：本文頁 87 以下。

<sup>888</sup> 參見：本文頁 130 以下。

制金充當於損害賠償之必然性。現行法將強制金充當損害賠償，僅屬於立法政策上之便宜措施。由此可知，防止苛酷執行之同時，亦必須盡可能不損害實效性。

在我國法上，關於實效性確保之措施，首先，如前所述，債務人具有支付能力係間接強制金之正當化基礎及界限。因為僅限於債務人雖具有清償能力卻怠於任意履行之情形，間接強制之心理強制效用始得實際發揮，故設有上述支付能力之發令要件，此要件係以債務人保護（苛酷執行防止）為目的，不過，對欠缺支付能力而無法任意履行之債務人，課以間接強制金，亦無從發揮心理強制之機能而缺乏實效性。其次，關於強制金額度之決定基準，法院為確保履行所認相當金額，應由債權人及債務人之情事綜合判斷心理強制之實效性，合理裁量決定之。其中，家事法特別規定須考量債務人之資力狀態，此即係因為債務人資力係判斷心理強制實效性之要因，為使心理強制得發揮實效性，對資力較高之債務人，宜提高強制金額<sup>889</sup>。

參考外國立法例，可得知我國之裁判上強制金（家事法 100 條 4 項）應係採取如同法國法上與裁判同時命強制金之裁定。因為定期給付係將來陸續發生而到期之債務，必須預先使債務人預知不履行時將受之制裁，始能課以其心理上壓力，督促其如期履行<sup>890</sup>。此外，我國法上並未採取如同日本將強制金充當於損害賠償之規定，此似乎使落實強制金與損害賠償完全獨立，而得確保實效性。但是，相對地，無此規定可能係因為我國之強制金已有上限額之限制，並無強制金額過高而可能產生苛酷執行之疑慮，但是此上限額之規定亦可能造成實效性低下，無法使間接強制金真正發揮心理強制之作用，因此，如同前述，期待往後刪除上限額之規定以提高強制金之實效性。

<sup>889</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 272-273。

<sup>890</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 266。

### 第三節、間接強制金制度之適用債務範圍



#### 第一款、解釋論上之觀點


依家事法規定得將我國之間接強制金制度分為「裁判上酌定加給強制金」與「執行上命令給付強制金」<sup>891</sup>，從法條文義觀之其適用債務範圍有所不同，故以此分類分別說明之：

#### 第一目、裁判上酌定加給強制金

關於裁判上酌定加給強制金，依家事法第100條第4項規定，於給付家庭生活費用、扶養費或贍養費之裁判，法院命為給付定期金者，除了得酌定逾期不履行時，喪失期限利益之範圍或條件之外，並得於不超過定期金每期金額二分之一之範圍酌定加給金額。就現行法而言，此規定不僅適用於夫妻間扶養費等費用請求事件，家事法第107條2項、第113條、第126條、第183條2項規定子女對父母及親屬間扶養費請求事件亦準用之。其立法理由提及：義務人必須於權利人與義務人間之身分關係存續中履行債務，給付定期金之情形下，難以令其後未必確定存在之債務亦發生視為到期之效果。惟此類請求既屬賴以維生之必要費用，為使義務人確實履行債務，法院自得於裁判時衡量雙方之經濟能力與實際需要，對義務人酌定逾期不履行時所喪失期限利益之範圍或條件，抑或預定課予加給金額之間接強制方式，以督促其確實履行。

關於本條所適用債務範圍，其中請求給付家庭生活費用、扶養費或贍養費之事件，屬於戊類事件（家事法3條5項），適用家事法第74條以下之家事非訟程序。此類事件包含「請求法院酌定給付上開費用事件」以及「依協議請求給付上開費

<sup>891</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 259、267。



用事件」(民法1003-1條第1項、1120條)<sup>892</sup>。請求法院酌定上開費用事件具本質上非訟事件性，因民法僅規定由法院斟酌個別情狀為公平裁判，而就其具體要件並未規定，故由法院衡量當事人之個別具體情況，為合目的性、妥適性、展望性裁判；尤其於請求酌定給付扶養費事件，賦予法院裁量權，使其斟酌權利人及義務人之需要、經濟能力、身份地位以及社會經濟現況，可預見之未來變動，定扶養之程度及方法，以具體形成扶養之權利內容，屬實定法上家事非訟事件<sup>893</sup>。另一方面，依協議請求履行事件則具有訟爭性，屬本質上訴訟事件，家事法將該事件非訟化，係因為此類事件具有特需迅速裁判以保護弱者權利之特性，並為了與家事法特設履行之確保及執行制度相配套，以迅速實現相關債權，且得便利關係人選用合併方式，併就法院認為該協議不存在時之上述費用請求，可適用同一家事非訟程序及其所採之簡易主義處理，更可有助於擴大制度解決紛爭功能、貫徹程序利益保護及程序經濟等要求；惟此請求事件仍具本質上訴訟事件性，屬於家事法第37條所定「其他家事訴訟事件」，宜適用部分訴訟法理(如事證蒐集層面適用家事法第10條第2項之協同主義)，且可依家事法第51條準用民訴法之程序規定，以回應該爭執事項所具處分可能性及訟爭性之需求<sup>894</sup>。


就裁判上酌定加給強制金，其適用範圍依家事法第100條第1項與第4項規定，從文義上觀之，應僅有請求法院酌定家庭生活費、扶養費或贍養費之事件，而不包含協議請求上開費用之事件。家事法第100條第1項之立法理由指出，所謂扶養費等費用請求事件，已緩和處分權主義，而明定法院於聲請人請求之總額內，依職權斟酌費用項目數額，並規定法院得依職權決定給付方法，不受關係人聲明拘

---

<sup>892</sup> 邱聯恭，民事訴訟法研究會第115次研討會之書面意見，法學叢刊，227期，2012年7月，頁217；許士宦，家事非訟之程序保障，家事審判與債務執行，台北：新學林，2013年，頁35。

<sup>893</sup> 邱聯恭，程序保障之機能，程序制度機能論，1996年，頁81；許士宦，前揭註892，頁87-88。

<sup>894</sup> 邱聯恭，前揭註892，頁216-217。

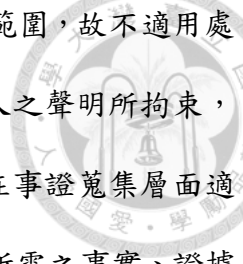


束。由此可知，本條之扶養費等費用請求事件係指緩和處分權主義之費用酌定事件。亦即，在事件性質上，僅有在本具有非訟性質而須適用職權主義之法院酌定費用事件方能依第100條第4項規定由法院酌定加給強制金；因為依協議請求費用事件雖然於家事法制定後已非訟化，但其仍屬於本質上訴訟事件，其訴訟事件性質並未改變，關係人就其程序標的有處分權，當事人就處分權主義中程序開始及審判對象、範圍均有決定、特定之權能及責任，故在此等事件尚須交錯適用處分權主義（第二層面內容）等訴訟法理，以回應其訴訟標的事項所具處分可能性之需求<sup>895</sup>。因此，於依協議請求費用事件，雖然本條規定係由法官依職權命強制金，相當於係由法院依職權開始強制執行而適用間接執行方法，然而，在此之依協議請求相關費用事件，原則上適用處分權主義及協同主義，法院對於扶養程度或方法並無裁量權，不得依職權斟酌權利人及義務人之需要、經濟能力、身份地位以及社會經濟現況，而係僅就當事人依協議所主張之權利存在與否為判斷。從而，在該等事件中，並無法確保強制金之支付能力，並不宜適用裁判上酌給強制金<sup>896</sup>，因為對無資力之債務人無法發揮間接強制金之心理強制效果，在此情形即使附加強制金裁定亦無實效性。

不過，在依協議給付扶養費事件中，其中有關於未成年子女之扶養費請求事件，因為此涉及未成年子女之利益，與上述處理有所不同而需特別說明。關於未成年人子女親權之協議，於協議不利於子女時，法院得依聲請或依職權改定，並且應依子女最佳利益，審酌一切情狀下為裁判（民法1055條1、2項、1055條之1）。因此，學者認為此種未成年子女扶養請求，基於保護未成年子女之公益性，不得

<sup>895</sup> 許士宦，家事審判之請求，家事審判與債務執行，台北：新學林，2013年，頁91。

<sup>896</sup> 若係命協議履行請求之執行事件，則得依家事法第191條規定適用執行上強制金之規定，此情形雖然於裁判法院於裁判時未斟酌債務人資力等因素，不過，執行法院可透過家事法第191條第2項規定斟酌債務人之資力等因素命強制金裁定，如此即得確保強制金之實效性，避免對無資力債務人課予強制金之負擔。



由關係人完全自由處分，關係人不得決定如何行使權利及權利範圍，故不適用處分權主義及協同主義。其中關於扶養之方式、金額並不受關係人之聲明所拘束，亦排除處分權主義第二層面聲明之特定要求及其拘束性，以及在事證蒐集層面適用職權探知主義（家事法10條1項、78條），就裁判上程序標的所需之事實、證據得由法院依職權探知，以作成妥適之裁判<sup>897</sup>。由此看法可知，基於特別保護未成年子女利益之公益，在排除處分權主義與事證蒐集之協同主義適用，法院應審酌扶養人與受扶養人之一切情事決定扶養程度與方法，亦包括義務人之資力，因此，在此情形下，並無前述對無資力債務人課以強制金之疑慮，裁判法院於未成年扶養費協議請求事件應得為了促使有資力之債務人確實履行債務，於裁判上酌定加給強制金，對其施以心理強制。

然而，上述解釋係僅從目前法條文義上觀察，若依後述之間接強制金聲請與審理說明中（第四節、第二款），依照兩者皆係為了促使有資力債務人遵期履行債務所作成之裁定，因為對無資力債務人課以強制金無法發揮其實效性，故應將執行上強制金之支付能力發令要件與審酌資力等明文規定皆得擴張解釋於裁判上強制金亦須適用，如此一來，前述不論係依協議給付費用或由法院酌定費用之事件皆得適用裁判上強制金規定。亦即，於依協議給付家庭生活費、贍養費或成年人扶養費之事件，可透過支付能力之強制金發令要件或發令強制金須審酌債務人資力等因素之措施，確保對有資力之債務人課以強制金，避免苛酷執行與確保強制金之實效性。

另外，若從費用給付方法觀察，依家事法第100條第1項與第4項規定，於裁判上酌定加給強制金限於法院命定期給付之情形，學者對此表示：由於期限利益

---

<sup>897</sup> 沈冠伶，扶養請求事件之審判（下），月旦法學教室，167期，2016年9月，頁37-38。

喪失條項僅使義務人喪失期限利益，並未增加債務內容，此對有資力卻不履行之義務人未必能發揮間接強制效用；且定期給付係將來陸續發生而到期之債務，有必要預先使義務人預知不履行時將遭受之制裁，始能課以心理上壓力督促其履行，故增設此制度。而定期給付之間接強制金制度乃係參考民訴法第436條之22規定所訂定，其係為達成小額訴訟之簡速目的，避免進入執行法院之程序，明定法院命分期給付或緩期清償者，得於判決內定被告逾期不履行時應加給原告之金額，以督促被告遵期履行。而分期給付之情形，則適用執行上命給付強制金（家事法191條）<sup>898</sup>。

相對於定期給付，於法院命分期給付或一次性給付扶養費等相關費用之情形，法律並未明定得適用裁判上酌定加給強制金，觀察立法過程資料<sup>899</sup>，得指出此條之立法目的係此類給付之特徵係金額不高，且是權利人賴以維生之費用，不論係分期給付或定期給付，若有一期不履行，竟許其他各期仍係照分期履行，如此每一次不履行時權利人皆須逐次聲請執行，會造成程序上不利益且無法保護權利人實體利益，故有需要將可執行之條件放寬或提前，如此規定規定在強制執行之位置亦可<sup>900</sup>。至於，之所以將第100條第4項規定限定於定期金給付係為了強調定期金與分期給付之不同，而將兩者分別規定於第100條之第3項與第4項<sup>901</sup>。亦即，定期金給付情形，不適於一期不履行者，其後期間視為亦已到期，所以此時採取

<sup>898</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 265-266。

<sup>899</sup> 司法院家事事件法研究制定委員會第 189 次會議紀錄，司法院家事事件法研究制定資料彙編（十），臺北：司法院秘書處，2010 年 12 月，頁 263-297。

<sup>900</sup> 邱聯恭，於司法院家事事件法研究制定委員會第 189 次會議紀錄之發言，前揭註 899，頁 271。另外，於家事事件法之立法院審查報告（立法院公報 100 卷 74 期 3926 號、87 期 3939 號、88 期 3940 號等）以及立法院司法及法制委員會所編之家事事件法公聽會報告中，皆未發現針對第 100 條第 4 項、第 191 條等規定有何特別討論。


<sup>901</sup> 邱聯恭，於司法院家事事件法研究制定委員會第 189 次會議紀錄之發言，前揭註 899，頁 281。

遲誤時，如何對債務人為間接制裁，其喪失利益之條件與範圍由法院斟酌，或用加給金額方式等，而將分期給付與定期金給付分別處理<sup>902</sup>。

不過，從立法理由僅可得知此類請求多係權利人賴以為生之必要費用，為使義務人切實履行債務，法院得酌定喪失期限利益或預定課予加給金額，以督促債務人履行。據此，本條所適用債務範圍係請求扶養費等相關費用事件，不論是否為定期給付之方式，此類債權皆為權利人維持生活所必需，皆需要間接強制金發揮督促債務人履行債務之效用，若於裁判上即讓債務人預知不履行時之制裁，應同樣能施以其心理上壓力，促使其確實履行，如此亦得避免債權人於執行法院再次聲請強制執行，對於債權人之程序利益與法院之訴訟經濟皆有所幫助；相較於直接強制，於裁判階段即對其預告不履行之制裁金，對於有資力之債務人應得更為快速促使其遵期履行。又，本條係參考民訴法第436條之22小額程序之加給金額制度所規定<sup>903</sup>，既然小額程序之規定得適用於分期給付或緩期清償之情形，則亦包括了分期給付與一次性給付之情形，則更無理由將此條規定解釋為限定於定期給付情形。此外，從前述立法過程資料可知，立法者之所以僅將酌定加給金額制度規定於定期給付之情形，僅係著眼於當初定期給付因為給付義務尚未發生，並不適於如同分期給付般，訂定一期不履行者其後期間視為亦已到期之條件。但是，如今定期金亦規定法院酌定逾期不履行時，喪失期限利益之條件與範圍，而賦予法院裁量權，因此，酌定加給強制金反而提供定期給付情形更多一種確保履行之間接強制手段，如此，於分期給付情形甚至一次性給付情形若透過以下解釋方法提供多一種確保履行之間接強制手段，亦無不可。

<sup>902</sup> 許士宦，於司法院家事事件法研究制定委員會第 189 次會議紀錄之發言，前揭註 899，頁 266。

<sup>903</sup> 吳明軒，於司法院家事事件法研究制定委員會第 189 次會議紀錄之發言，前揭註 899，頁 287。

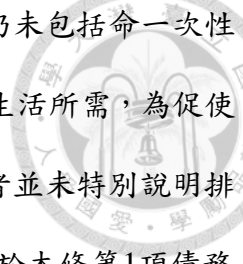


從而，本文認為立法者於酌定加給強制金規定並非有意地排除分期給付與一次性給付之情形，並非刻意遺漏之立法政策選擇，而屬於法律依其內在目的及規範計畫，應有所規定而未設規定之法律漏洞。於定期給付之情形得適用裁判上強制金規定，由裁判法院於酌定債務人不履行時應加給之金額，以促使債務人儘速遵期履行債務；於分期給付或一次性給付之情形，基於前述此等債權為債權人賴以維生之費用，促使債務人遵期履行等理由，依據平等原則，應得類推適用裁判上強制金之規定，肯認此情形裁判法院得藉由此間接強制方式促使債務人自行履行債務。

## 第二目、執行上命令給付強制金

關於執行上命令給付強制金，依家事法第191條第1項規定，於債務人未依執行名義給付家庭生活費用、扶養費或贍養費者，執行法院得依債權人聲請，以裁定命債務人應遵期履行，並命其於未遵期履行時給付強制金予債權人。但於裁判法院已依第100條第4項規定酌定加給金額者，則不在此限。其立法理由提及：執行名義係命債務人應定期或分期給付家庭生活費用、扶養費或贍養費者，債權人之該等債權，均係維持其生計所不可或缺，依一般金錢債權之执行程序進行恐過於迂遠，且該等債權數額原已將債務人之資力列入主要考慮因素始予決定，通常債務人沒有無資力履行之虞，為促使債務人確實履行債務而增設間接強制金制度，除法院於裁判時已酌定加給金額外，執行法院亦得依聲請命債務人給付強制金予債權人，以供債權人選擇利用。

從法條文義上觀之，執行上命令給付強制金應得適用於執行名義為給付家庭生活費、扶養費或贍養費之事件，故不論係請求法院酌定上開費用事件抑或依協議請求上開費用事件，且不論係命定期給付抑或分期給付之方式，均得由執行法



院依聲請命債務人於未履行時給付強制金。不過，法條文義上仍未包括命一次性給付之情形，觀察其立法理由，係基於此等債權為維持債權人生活所需，為促使債務人確實履行債務，提供債權人選擇利用間接強制金，立法者並未特別說明排除一次性給付之理由<sup>904</sup>。不過，於家事法第191條第4項規定，於本條第1項債務已屆履行期限者，法院得依債權人之聲請，以裁定命債務人限期履行，並命其於不履行時給付強制金。此條係規定期給付或分期給付情形下數期已屆履行期之扶養費等相關債務亦得適用執行上強制金，其事實上係相當於一次性給付之情形。因此，本文認為一次性給付扶養費等相關費用之情形，亦屬於債權人維持生活所必要之費用，為了促使債務人遵期履行債務，亦應提供債權人不同之執行方法選擇，從而，此時亦發生法律依其內在目的及規範計畫，應有所規定而未設規定之法律漏洞。於定期給付與分期給付之情形得適用執行上強制金規定，由執行法院作成間接強制金裁定，以促使債務人遵期履行債務；於一次性給付之情形，基於前述理由，亦得依據平等原則類推適用執行上強制金之規定。

## 第二款、立法論上之觀點

在法國法上之強制金適用債務範圍<sup>905</sup>，不論係1972年法或1991年法及其以後之現行法，皆不存在限制適用範圍之明文規定，判例亦自早期於廣義各式各樣之債務皆承認強制金之適用。行為債務（包含金錢以外之物之交付債務）、不行為債務成為其中心，甚至擴大適用範圍至金錢債務。判例否定強制金之補充性，即使在其他強制履行債務方法存在之情形，亦承認其適用。僅有在特定不適於強制債務人履行債務之情形，如涉及特別顯著人格性質之債務或不符合現代自由觀念

---

<sup>904</sup> 於家事事件法之立法院審查報告（立法院公報 100 卷 74 期 3926 號、87 期 3939 號、88 期 3940 號等）以及立法院司法及法制委員會所編之家事事件法公聽會報告中，皆未發現針對第 100 條第 4 項、第 191 條等規定有何特別討論。

<sup>905</sup> 參見：本文頁 73 以下。

之債務等，此等債務本身即不適用於強制履行，因此亦不適用強制金之執行方法。實際上是否適用強制金，係於具體個案中委由法院自由判斷，亦即，法院因應各種事案，以強制金之實效性為基準，決定是否適用。由此可知，於個案中之強制金適用與否，法官擁有廣泛之裁量權。

在日本法上，向來與我國相同係採取間接強制之補充性理論，僅於直接強制或代替執行無效果或無法實行之不代替性行為債務與不行為債務，方承認間接強制之適用。對此種傳統見解，近年來受到理論面與實際面之批判，並作為司法改革一環，為了打破強制執行無效率及確保執行之實效性，而擴大間接強制金之適用範圍。於平成15年（2003年）及平成16年（2004年）分別於物之交付債務、代替性行為債務以及一定範圍內之金錢債務，肯認間接強制金之選擇適用<sup>906</sup>。雖然其適用範圍並非如同法國般全面性擴張，不過亦有相當大之進展，在此等債務中，除了如本身性質不適用於強制執行之債務或近年來所討論之有無法依債務人意思排除之障礙存在情況等，原則上肯認間接強制之適用。於其金錢債務是否適用間接強制金在學說上有一定之爭論，有鑒於金錢債務並無法律上履行不能之情況，容易發生對無資力人課予強制金，而無法發揮強制金之實效性，且對債務人苛酷執行之結果。最後立法者採用限於扶養義務等相關債務得適用間接強制金，關於此情形之間接強制必要性，首先，扶養義務等金錢債務清償期通常係反復到來，若每次不履行皆實施直接強制會造成費用浪費、程序上負擔，且其債務係為了維持債權人生活所必須，間接強制對有資力之債務人具有實效性，得促使其履行。再者，若實施直接強制扣押債務人之薪資債權，可能使債務人無法繼續於職場工作最終辭職，如此反而使債務人無薪資所得，危及債務清償，因此就此等債務實行間接強制有其必要性。關於間接強制之正當性，因為在法官作成此等債務之債

---

<sup>906</sup> 參見：本文頁 134 以下。

務名義時，已考量債務人之資力而決定扶養義務內容之額度，因此並不會對欠缺資力之債務人課以強制金，如此亦不會發生對債務人苛酷執行之結果。

至於，我國法之部分如前述，目前之間接強制金適用僅明文規定於家事法中之家庭生活費、扶養費或贍養費等金錢債務。如此規定應係參考日本近年修法將間接強制金制度擴大於金錢債務之執行，但同時又限於扶養義務等相關金錢債務事件，之所以如此規定之理由，有學者參考前述日本學說認為，於此等債務事件中採取間接強制方法之必要性及正當性如下：首先，此類債權通常係維持債權人生計所必需，如不履行此債務，可能危及債權人生活，且此時債權人多屬經濟上弱者，並無資力委任專業代理人為其聲請強制執行。因此，基於保護債權人立場，應採用迅速、經濟、簡易之執行方法實現權利。再者，此等債權係分期或定期支付少額金錢，須長期執行，且債務人多以薪資債權清償，如依直接強制方法扣押其薪資債權，則可能使其不履行債務情事暴露，而有導致其被迫辭職或失業之虞，反而使往後之權利無法獲得實現。最後，法官決定此等債務金額時，係以債務人之資力為主要因素考量，通常不會發生債務人無資力而無法履行之情況。此外，學者亦認為相較於直接強制，間接強制金更有助於提升有清償能力之債務人主動履行相關家事債務。因為強制金此種財產上不利益之間接強制，使拒絕履行之債務人必須付出代價，且其支付預告命令具有減額之可能性，得提供債務人任意履行之誘因。再者，強制金之酌定係委由執行法官審酌個別案情而為裁定，得為具體妥當性之處理，與繁雜之直接強制程序相比，間接強制之成本較為低廉。此外，直接強制因逕行查封容易招致債務人反感而使其態度轉趨強硬，不僅降低主動履行意願，且不利於製造其與債權人間交涉之機會，但間接強制則係對債務人為履行命令，對其較易形成心理上壓迫，得以促使其出面與債權人商談償債事宜，創造雙方再溝通之機會，提高債務人主動履行之動力。因此，採用間接強制金制度

更能節省當事人及法院之程序上花費<sup>907</sup>。如此觀之，間接強制金對於公益層面之程序經濟維持與私益層面之程序利益保護皆有所助益，更符合程序法上之各種要求。



不過，關於適用債務範圍，我國之扶養費義務等相關金錢債務之執行規定仍與日本法有所不同，如前所述，我國不論係裁判上強制金或執行上強制金皆限定於命定期給付或分期給付之相關債務，但在日本法上，則並未就此相關債務再附加給付方式之適用限制，亦即，關於定期金給付，僅規定此等相關債務有定確定期限之定期金債權情形，其一部不履行時，關於該當定期金債權中確定期限於六個月內屆至者，得依間接強制金之方法開始強制執行（民事執行法167條之16）。由此可知，我國間接強制金之金錢債務執行範圍，相較於日本仍過於狹隘，因此，如同前述，本文認為適當之解釋論係，於其他並非定期給付或分期給付方法之相關債務事件中得類推適用間接強制金規定。

如前所述，我國目前新設之間接強制金制度，由法條文義上觀之，明顯僅適用扶養費等相關費用之金錢債務執行，對於行為、不行為債務或物之交付債務，皆未規定強制金之適用。如此之適用債務範圍可謂係在各國立法例上最為狹隘，其可能原因如下：對於我國而言間接強制金尚屬於新制度，不宜貿然大幅引進而應慎重為之。且或許係我國於強執法之間接強制方法上已存在怠金制度，而其作用又相當於間接強制金。不過，怠金在現行法上適用仍有所限制：首先，怠金僅得適用於不可代替行為請求權、不行為請求權以及交付子女之執行，適用範圍並不廣泛；再者，關於怠金之額度，法律上設有明文限制，法院僅得處三萬元以上三十萬元以下之怠金（強執法128條、129條），其能否真正發揮間接強制之實效

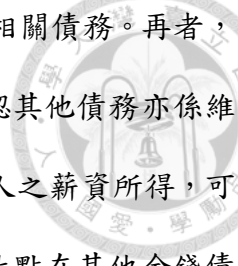
<sup>907</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 268-269。

性仍有待檢討。最後，其對於額度決定之考量因素與情事變更亦未明文規定，如此對於債務人保護並不周全。因此，本文認為仍有必要擴大強制金之適用債務範圍，應朝向如同法國法上之全面擴張債務適用。以下分別就各種債務說明我國間接強制金之適用可能性，以及未來可行之修法方向。

首先，就行為、不行為債務之間接強制金適用，在原本即規定有管收、怠金適用之不代替性行為債務與不行為債務中，得適用間接強金應無問題。因為怠金與間接強制金制度目的相同，不過，如前所述，現行法上怠金設有額度限制，並無法真正發揮間接強制之實效性，且怠金之額度決定法院應考量何因素亦不明確，因此，參照前述本文認為得朝向刪除間接強制金額度限制之修法方向，法院於決定間接強制金之額度時，須考量債務人資力等，如此得對高資力之債務人課以更高額度之間接強制金，而能對其施加更強烈之心理強制，促使任意履行債務。

至於並未明文規定適用怠金與管收之代替性行為債務、物之交付債務，如前所述我國現行法可謂係已揚棄傳統間接強制補充性理論，且在拘提、管收規定於總則之現行強制執行法中，於代替性行為債務與物之交付債務執行中，法院亦得依聲請或依職權適用拘提、管收之間接強制執行方法。如此，既然對人身自由侵害之手段已被允許，依舉重明輕之法理，則僅對債務人財產權造成侵害之間接強制金當然亦得於此等債務中適用。

最後，在金錢債務之執行中，法國法雖然對此全面適用，但是日本法上並未如此擴張而採取限定適用，僅限於扶養費等相關債務之執行得適用間接強制金。不過，關於其他金錢債務得否適用強制金，本文認為可從其他金錢債務之執行適用強制金之必要性與正當性說明。就必要性而言，前述日本學說認為扶養費等金錢債務之清償期通常係反復到來，其適用強制金得避免直接強制之程序上負擔，




此點在其他定期給付之債務亦有可能發生，應不限於扶養費等相關債務。再者，扶養費等相關費用通常係維持債權人生活所必需，此亦無法否認其他債務亦係維持債權人生計所需之可能。另外，關於實施直接強制扣押債務人之薪資所得，可能使債務人無法繼續於職場工作，進而使往後權利無法實現，此點在其他金錢債務之直接強制亦可能發生。在我國採取裁判上強制金制度之現行法下，應可肯認與裁判同時為強制金裁定，此較直接強制更為快速，提前對債務人預告不履行債務之不利益，得促使債務人儘速確實履行債務。因此，就其他金錢債務之執行亦有適用強制金之必要性。

至於適用間接強制金之正當性，不論日本法或我國法上對金錢債務執行適用間接強制金之疑慮無非係苛酷執行與無實效性之問題，則如何在此二要求中尋求平衡點則至關重要。在前述已說明從苛酷執行之防止與實效性之確保二者要求出發，採取適當之立法措施後，於其他金錢債務執行中適用間接強制金即非完全不可能。首先係事前之發令限制，在法院決定強制金額度之際，必須考量債務人資力因素，而在對無資力人發令強制金時，亦得事後撤銷。再者，於事後調整額度之措施，已規定有情事變更制度，於裁定後債務人發生資力減少時，法院亦得隨之降低額度甚至廢止強制金。如此，有適當之立法措施配合之情況下，應得肯定於全面金錢債務執行中亦得適用間接強制金。綜上所述，與法國或日本之制度相較，我國強制金制度可謂係採納兩國之優點所形成，亦即，採取如法國法上得由裁判法院於作成裁判同時命強制金，相較直接強制而更為快速，亦得節省法院與當事人之勞力、時間、費用，滿足維持訴訟經濟與保護程序利益之要求；另外，在強制金之程序則如後述多參考日本法上規定採取各種立法措施，以確保強制金之實效性與防止苛酷執行之發生。

不過，所謂全面擴張適用間接強制金係指原則上應肯認全部之債務類型皆得適用之，而例外否定適用，此得參考法國法與日本法以及我國法上原本之間接強制執行制度解釋，委由法院個案判斷否定本身債務類型不適用於間接強制之事例，此於後詳述（第五節、第二款）。


## 第四節、間接強制金制度之程序

### 第一款、間接強制金之種類



我國新設之間接強制金制度，如前述所提及，得分為「裁判上酌定加給強制金」與「執行上命令給付強制金」。亦即，由裁判法院抑或執行法院命強制金裁定為區分標準。前者規定於家事法第 100 條第 4 項規定，於請求扶養費等相關費用之裁判中，法院命給付定期金者，得酌定逾期不履行時加給金額。後者規定於家事法第 191 條第 1 項規定，債務人依執行名義應定期或分期給付家庭生活費用、扶養費或贍養費，有一期未完全履行者，執行法院得依債權人之聲請，裁定命債務人應遵期履行以及於未遵期履行時，應給付強制金。若參考前述之外國立法例，可推知我國並非採取日本法上規定，僅得由執行法院為強制金裁定，而係參考法國之強制金制度，各法院皆得為了確保裁判履行，依職權命強制金，執行法官亦得於有必要時，對其他法官所為裁判附加強制金(民事執行法 L131-1 條)。亦即，允許裁判法院與執行法院依職權或依聲請對債務人命強制金。不過，我國法並不同時採取法國法上強制金之架構，亦即，並不存在有發令階段與金額確定階段，即不如同法國法上有所謂暫定性強制金與確定性強制金之分類。就間接強制金之架構而言，反而較偏向日本法上規定。

由家事法之立法理由可知，二者制度設置目的皆係為了促使債務人自行履行債務，除了典型之執行法院得命間接強制金之執行方法之外，所謂裁判上強制金即係，裁判法院亦得於裁判時命強制金裁定。因為扶養費等債務性質，法院於審理裁判時即須於請求總額內，依職權斟酌一切情況定其數額與給付方法，故應係債務人有資力之情形，此時法院定強制執行方法，預先使債務人知悉將來不履行時所將受之制裁，課與其心理上壓力，有效促使其履行，亦不致於發生苛酷執行



之狀況。在此情形，賦予法院裁量權，除了依職權酌定數額與給付方法外，亦能預先定強制執行方法。此外，此等事件多為命定期金給付方法，此時應可避免將來權利人頻繁聲請強制執程序之困擾，且此時債權人不須等待債務人有不履行之情形時，方得聲請執行法院為強制金裁定，節省債權人之勞力、時間、費用，保護當事人之程序利益；另一方面，亦可節省司法資源，因為裁判法院就此等債權額之決定已衡量債務人資力等因素，應得快速作成強制金裁定，不須再由執行法院考量債務人資力而命強制金裁定。且於裁判時即附加強制金裁定，即可提前對債務人預告不履行時之不利益，促使其儘速履行債務，達到迅速執行之目的。如此不同之間接強制金制度，亦可作為執行方法之多元選擇，使間接強制金確實發揮實效性。

此外，前述曾提及民訴法之小額程序中原本即規定，法院依被告意願為分期給付或緩期清償之判決者，得定被告逾期不履行時應加給原告之金額。但金額不得逾判決所命原給付金額之三分之一（民訴法 436 條之 22）。關於本條規定法院所命被告逾期不履行時應加給之金額，此性質立法理由並未明確<sup>908</sup>，學說上則有對此規定大力批判之見解，認為在實體法上，係就原告無給付請求權之事項，為命被告給付之判決。在程序法上，係就原告未聲明且純為私權事項（無由法官酌減加給之必要），為給予原告利益之判決，因此，此係嚴重違法之立法<sup>909</sup>。因此，有論者提出為了避免被指責此種違法問題，可在實務上運用時，法官應於雙方當事人開庭時當場，就被告要求分期給付或緩期清償為准許之際，同時酌定不履行時加給原告之金額數目，向被告詢問其能否接受。若可接受，則沒問題；若無法

<sup>908</sup> 雖然於立法過程中，有學者提及此條文係參考日本民事訴訟法有類似本條之逾期不履行之處罰規定，不過本文受限於資料蒐集與時間，並未發現日本民事訴訟法上有類似規定。邱聯恭，於立法院第三屆第四會期司法委員會審查「民事訴訟法與非訟事件法」第三次全體委員會之發言，前揭註 13，頁 190。

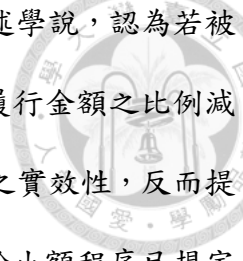
<sup>909</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，新北：弘揚圖書，2012 年，頁 674。

接受，法官則不宜自行定加給金額。若能如此運作，自不發生法官就原告無給付請求權之事項，為命被告給付之判決，亦不發生就原告未聲明且純為私權事項，為給予原告利益之判決<sup>910</sup>。不過，亦有學者指出，本條規定旨在間接強制被告按期履行，若被告已多次如期清償，就其已按期履行部分，自無仍加制裁之必要；本於誠實信用原則，應解為判決所命被告加給之金額，按其已如期履行金額之比例減輕之，始符本條之立法意旨<sup>911</sup>。

本文認為前者見解認為民訴法第 436 條之 22 係嚴重違法之規定，如此解釋並非妥適。觀此規定之提案理由，本條規定係為達成小額訴訟之簡速目的，避免小額事件進入強制執行程序，法院得斟酌被告境況及原告利益，依被告意願為分期給付或緩期清償之判決，使被告自動履行債務。更進一步，為督促被告遵期履行，兼顧原告之權益，而規定法院得於該等判決內定被告逾期不履行時應加給原告之金額。由此可知，此規定無疑係以督促債務人自動履行為目的，施加心理強制於債務人之間接強制金制度，毋寧係將本條規定認為係間接強制被告按期履行之解釋論更符合立法旨趣。而且，在已規定有裁判上強制金之現行法上，應可認為本條小額訴訟之加給金額規定亦屬於裁判上強制金之一種，皆係立法者肯認由法官依職權發令強制金之規定，此亦與訴之聲明或訴訟標的並不相關，目的僅係在促使債務履行，屬於間接強制方法之一種，並無所謂超出當事人聲明範圍之問題。雖然強制執行之開始係採取處分權主義，由當事人聲請而開始，而其後之程序進行則採取職權主義。不過，此規定得視為係強執法之特別規定，應可認為在裁判上間接強制金此制度，立法者選擇了得由法院依職權開始之職權主義。如此之立法政策，由前述可知，此規定應係立於小額程序之簡速目的，又能節省當事

<sup>910</sup> 陳榮宗、林慶苗著，民事訴訟法(下)，台北：三民，2011年，頁845。

<sup>911</sup> 吳明軒，民事訴訟法(中)，修訂八版，2009年，頁1276。



人與法院之勞力、時間、費用等考量所制定。至於是否應如前述學說，認為若被告已多次如期履行，則本於誠實信用原則，應解為按其已如期履行金額之比例減輕強制金，本文認為如此解釋並不適當，因為可能損害強制金之實效性，反而提高前期按期履行而後期遲延履行或不履行之可能性增加，且關於小額程序已規定有如經原告同意，法院得為被告於一定期限內自動清償者，免除部分給付之判決（民訴法 436 條之 21），如此應足以提供迅速履行誘因，不須再減輕有實效性需求之強制金額度。

## 第二款、間接強制金之聲請與審理

在法國法上，強制金基本上係依法院職權為之，亦即，法院對於強制金擁有廣泛之裁量權。且其架構上採取發令階段與金額確定階段，在發令階段，實務上認為不必事前促使當事人陳述，對命強制金之裁判或拒絕強制金聲請之裁判法院皆不須附加理由。發令時強制金之金額及樣態，皆委由裁判機關裁量<sup>912</sup>。不過，在金額確定階段，則須依當事人聲請方得為之，且法律明文規定關於確定強制金額度之基準，以及對其金額確定裁判法院須附加理由<sup>913</sup>。由此可知，雖然法國法上對於強制金之發令給予法官廣泛裁量權，但在金額確定階段亦附加一定限制，以避免法官恣意裁量，造成苛酷執行之現象。

在日本法上，如前所述間接強制金係屬於民事執行方法之一種，與其他執行方法相同，採取當事人處分權主義，由當事人聲請開始執程序，且關於執行之內容、對象、方法，皆藉由執行聲請而被特定。有關於間接強制金之要件，除了符合一般執行之要件外，尚須具備間接強制之發令要件，如履行之債務與表示於債務名義之債務有同一性、債務內容之特定性以及債務得作為間接強制之對象，

---

<sup>912</sup> 參見：本文頁 82 以下。

<sup>913</sup> 參見：本文頁 84 以下。

並且須注意新法修正後支付能力之發令限制<sup>914</sup>。而於法院審理過程中，必須訊問債務人。關於日本法上命強制金之方式，可能因應遲延期間或每次違反命一定額度之支付（定期支付），以及一次全額給付之方式（一次支付），抑或兩者併用之給付方式，實務則多為定期支付。

關於我國間接強制金之程序，如前所述，裁判上強制金與執行上強制金兩者有所不同。關於裁判上強制金，因為扶養費等相關債務請求既屬債權人賴以為生之必要費用，為使債務人切實履行債務，法院得於裁判時衡量雙方之經濟能力與實際需要，酌定義務人如有逾期不履行，對義務人預定課予加給金額。因此，此係裁判法院於認定實體上權利存否而形成裁判內容時，所附加於裁判之執行方法。不過，相較於執行上強制金，裁判上強制金相關規定過於簡單，法條上並未明文規定其詳細要件與決定金額時須考慮之基準等，本文參考外國立法例解釋與下述之執行上強制金規定，以作出妥適之解釋。

關於作成執行上強制金之要件，學者認為有以下兩點：第一，限於執行名義係命定期或分期給付家庭生活費用、扶養費或贍養費，且債務人有一期未完全履行或該等債務均已屆履行期限（家事法 191 條 1 項）。就開始間接強制之要件而言，除了定期或分期給付之扶養費等相關債權均已屆履行期限者得為執行以外，如其中一期之履行期限屆至而債務人未為全部清償，亦得為執行，並未限定確定期限屆至或將來一定期限內者，此係為便利債權人使用，放寬執行要件。第二，債務人須有履行（支付）能力。依家事法第 191 條第 2、5 項規定，執行法院為強制金裁定時，應斟酌債權人因債務不履行所受之不利益、債務人資力狀況及過往履行債務之狀況。債務人證明其無資力清償或清償債務將致其生活顯著窘迫者，

---

<sup>914</sup> 參見：本文頁 142 以下。

執行法院應依債務人之聲請或依職權撤銷強制金裁定。此要件係因為債務人具有支付能力係間接強制金制度之正當化基礎及其界限。只有在債務人具有支付能力時，始能發揮心理強制之實際效用，故若債務人無支付能力，則間接強制金裁定將無實效性。如前所述，此要件係以債務人保護為目的，同時亦可確保間接強制之實效性<sup>915</sup>。另外，就此支付能力之舉證責任，由於執行名義作成階段法院應酌定債務履行可能額度，故家事法第 191 條第 5 項規定，債務人須就其支付能力之欠缺、喪失負舉證責任<sup>916</sup>。

關於執行上強制金之程序，執行法院得依債權人之聲請為之，由其審查一般之執行要件及間接強制執行之要件，以裁定為裁判。雖未如同日本法上明文特別規定，但執行法院為強制金裁定前宜事先傳訊當事人賦予債務人陳述意見機會，避免其嗣後聲請撤銷強制金裁定（家事法 191 條 5 項），如此亦可促進其與債權人溝通、商談償債事宜。依處分權主義，債權人得就執行債權之全部，或限定於其中特定部分，聲請強制金裁定<sup>917</sup>。雖然我國法上之強制執行方法選擇原則上係依職權主義為之，不過在執行上強制金之適用上肯認由債權人聲請（家事法 191 條 1 項），對於此聲請，如同消費者債務清理條例第 75 條<sup>918</sup>，應解為係義務性裁量。亦即，除非顯然不當，否則若符合前述強制金之要件時，法院即須考量後述因素作成間接強制金裁定，如此解釋方得符合本條規定意旨，提供債權人不同之執行方法選擇。


關於命債務人給付債權人之強制金額度，為確保履行所認相當金額，法院應

<sup>915</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 269-271。

<sup>916</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 272。

<sup>917</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 272。

<sup>918</sup> 許士宦，消費者債務清理程序之更生機能，債務清理法之基本構造，2009 年，頁 363。消費者債務清理法第 75 條規定：「更生方案經法院裁定認可確定後，債務人因不可歸責於己之事由，致履行有困難者，得聲請法院裁定延長其履行期限」。學者認為對於此方案變更之聲請，法院並無裁量權，只要符合要件，法院即應允許。




從債權人及債務人之情事綜合判斷心理強制之實效性，為合理裁量決定。此時法院應考量之因素包括執行債權之性質、債權人因不履行所受損害、債務人不履行之態度、履行之難易、債務人不履行所受利益及不履行所生社會影響等；此外，家事法第 191 條第 2 項特別規定，法院尚須考量：①債權人因債務人不履行所受不利益。此乃係因為債務人如不履行扶養費等債務，將直接影響債權人之生活。關於此不利益，學者指出不僅包括日常生活支出，亦包括臨時性支出如債權人因該債務不履行而須向他人借款所支付利息之金額。②債務人資力狀態。債務人有資力方有可能履行債務，且若債務人資力較高，法院亦可提高強制金額度，如此亦較可能對債務人施加足夠強度之心理強制，而迫使其履行債務，亦即判斷心理強制實效性須考量債務人之資力。③債務人以前履行債務之狀況。因扶養費等債務係長期反復發生，若債務人以往大多皆按期履行，僅有近幾期未按期履行，則或許可評斷為其有履行誠意而不須施加過重之心理強制以促使履行，即強制金額度不宜過高<sup>919</sup>。

家事法並未予限定強制金之給付態樣，授權執行法院依具體情況個別決定。學者提出以下可行方式：①依遲延之期間而給付金額之定期支付方式（如每逾一日即支付○○元），此時得附加存續期間之限制（如以一百日為限度）；②於一定期間不履行即須給付一定金額之一次支付方式，並附加所認相當之一定期間決定存續期間；③兼採①及②之支付方式。在最高金額之限定下，附加上開存續期間之限制，應不致產生無限制累積強制金額度而對債務人苛酷執行之結果<sup>920</sup>。

另外，若債務人就執行債務僅有一部清償之支付能力時，學者認為執行法院經訊問債務人後，認定其於執行名義成立後資力惡化，如支付超過一定金額以上

<sup>919</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 272-273。

<sup>920</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 273。



即可能陷於生活顯著窘迫，執行法院得按其支付能力下強制金裁定。在處分權主義之下，債權人原得就執行債權之一部聲請強制執行，故法院得在債務人之支付能力範圍內為強制金裁定，因為通常即使係一部，債權人亦希望其履行。此際如因債務人支付能力減少等情事，要求債權人重新聲請變更執行名義或再度聲請執行，反而增加其程序上負擔。再者，執行法院就如何為強制金裁定具有裁量權，未改變原來執行名義之內容，僅因應債務人之支付能力而採行適當之執行方法，並未發生執行機關實質修正判斷機關所作成之執行名義而超越其裁量權之情形。何況在債務人證明其無資力清償或清償債務將致其生活顯著窘迫者，依家事法第191條第5項規定，執行法院本應依職權撤銷強制金裁定。如執行法院依債務人之支付能力酌定強制金，而債務人給付所定清償額度，即無庸支付強制金<sup>921</sup>。

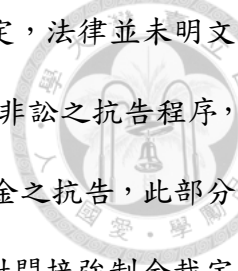
綜上所述，執行上強制金之程序法律上規定完備，大致上得提供裁判上強制金解釋論上參考，亦即，裁判上強制金之發令亦須具備執行上強制金作成之要件，尤其係家事法上特別規定決定強制金額度時法院應考量之因素，此在裁判上強制金之情形並無不同，應採取擴張解釋之方式將此等規定適用於裁判上強制金。至於裁判上強制金得否肯認債權人聲請之問題，雖然原則上係由法官職權為之，但是從法條文義上觀察，係規定法院「得」酌定加給之金額，應得肯認得由債權人聲請，因為最終仍須由法官於個案中判斷命強制金裁定是否適當。

最後，關於強制金裁定得否抗告之問題，在此一併說明。在法國之兩階段構造中，發令強制金之裁判通常係與本案裁判同時為聲明不服，而確定金額之強制金裁判則允許單獨上訴<sup>922</sup>。在日本則僅有執行法院發令強制金裁定得否抗告之問題，就此，於法律上明文規定，對於間接強制裁定或駁回其聲請之裁定得為執行

---

<sup>921</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 273-274。

<sup>922</sup> 參見：本文頁 94-95。



抗告（民事執行法 172 條 5 項）<sup>923</sup>。至於我國之間接強制金裁定，法律並未明文限制其不得抗告，故原則上皆得抗告；裁判上強制金應適用家事非訟之抗告程序，執行上強制金則應準用強制執行之抗告程序<sup>924</sup>。就執行上強制金之抗告，此部分係執行法院所為執行方法之裁定，如同日本法上解釋，亦允許對間接強制金裁定為抗告；而裁判上強制金之抗告，因為係與裁判同時作成，其得否與本案裁判分開，獨立對強制金裁定為抗告則會成為問題。我國之裁判上強制金雖然係類同法國法，但並未採納其兩階段構造，關於裁判上強制金裁定係直接由裁判法院酌定加給金額，性質上並非僅有發令性質而一併包含金額確定之作用，因此本文認為應將此裁定解釋為接近法國法上金額確定階段所作成之確定金額裁定，肯認關係人得對其單獨聲明不服，亦即，對裁判上強制金裁定得單獨提起抗告。

### 第三款、間接強制金之情事變更

法院作成間接強制金後，為了確保其實效性，原則上應不得變更，但是若在其後發生債務人資力減少等情事，若仍對債務人課以高額強制金，則會產生苛酷執行之結果。因此，在此須檢討強制金此時之情事變更問題。

在法國法上並未明文規定強制金之情事變更，不過其除了有金額確定階段，而發生暫定性強制金有增額或減額之可能性。另外亦規定如債務人其因為外在原因而不履行或遲延履行法官命令之一部或全部時，法官應一部或全部廢止暫定性或確定性強制金（現行法 L131-4 條 3 項）<sup>925</sup>。所謂外在原因係指，除了不可抗力、偶發事件外，亦包含第三人行為、被害人之過錯或不可歸責於債務人之事由等。而一部廢止之規定實質上亦肯定減額之可能性。此規定本身緩和了確定性強

---

<sup>923</sup> 參見：本文頁 143。

<sup>924</sup> 許士宦，家事債務之執行，家事審判與債務執行，台北：新學林，2013 年，頁 247-248。

<sup>925</sup> 參見：本文頁 95 以下。

制金，雖有減損確定性強制金之疑慮，但立法者仍採取有限度地給予強制金額度變更之可能性，以避免對債務人發生苛酷結果。

在日本法上，一般在強制金不奏效時，肯定強制金之增額，亦即，在原本之間接強制金制度即規定有情事變更時，執行法院得依聲請變更間接強制金裁定（民事執行法 172 條 2 項）。在新法擴張間接強制金之適用範圍同時，亦於金錢執行規定有情事變更時，執行法院得依聲請溯及於聲請時撤銷強制金裁定（民事執行法 167 條之 15 第 2 項）<sup>926</sup>。兩者之適用關係應如何解釋，尤其係債務人資力減少時之處理成為問題。依傳統見解認為原本規定之情事變更並無溯及效力，但是在近年來有力見解認為，為了避免對債務人發生過於苛酷之結果，應肯定有溯及減額之效力。若採取有力見解，則不論係適用何條文之情事變更規定，結果並無不同。亦即，債務人資力減少時，不論係採取情事變更或一部撤銷強制金裁定之方法，皆溯及於聲請時發生效力。不過，亦有學者以不同變更原因區分兩規定之適用範圍，在支付能力減少等原因之情形適用撤銷原因之情事變更規定（即一部撤銷），在其他一般強制金額度決定之考量因素之情形則適用變更原因之情事變更規定（即一般情事變更）。若依照此想法，在債務人資力減少之情況，亦肯認溯及於聲請時減額。

在我國法上之情事變更，應區分裁判上強制金與執行上強制金說明。首先，關於裁判上強制金，家事法並未特別規定有情事變更之條文。依家事法第 83 條第 3 項家事非訟事件之情事變更一般規定，裁定確定後有情事變更者，法院得撤銷或變更之；同法第 102 條就請求給付扶養費等費用事件之情事變更則特別規定，就家庭生活費用、扶養費或贍養費命為給付之確定裁判，如其內容尚未實現，因

---

<sup>926</sup> 參見：本文頁 144 以下。

情事變更致裁判內容顯失公平者，法院得依聲請人或相對人聲請，變更原裁判內容（同法 107 條 2 項、113 條、126 條、183 條 2 項）。由此等規定之立法理由可知，有情事變更時，依原裁判內容已失其公平性及妥當性，法院得變更裁定內容。後者係聲請人及相對人就得處分之事項所生爭執，本於處分權主義，須因聲請人或相對人提出聲請，法院始得斟酌裁判，係屬前者即法院得依職權撤銷或變更裁定之特別規定<sup>927</sup>。

因此，就扶養費等費用債務命給付定期金之裁定確定後，如有債務人喪失或減少資力致無力清償或全部履行有困難之情事變更時，依上開規定，法院得依債務人聲請或依職權撤銷或變更原確定裁定之內容。法院為督促債務人確實履行定期金債務，衡量雙方之經濟能力與實際需要，始酌定逾期不履行時債務人給付債權人強制金，採用間接強制方式係以債務人有支付能力為前提，因其具履行義務之能力，法院始作成定期金裁定並酌定強制金。於該裁定確定後，如債務人資力減少而全部或一部不能履行債務，亦即無資力清償或清償債務將致其生活顯著窘迫，此情形依原裁定內容實行則顯失公平。既然此項酌定強制金之裁判基礎事實已有所變更，自應賦予債務人事後救濟機會，使得聲請撤銷或變更強制金裁定或定期金裁定，以保障其程序權及實體利益。至於全部或一部撤銷強制金裁定，當視債務人之支付能力而定，得依其資力減退程度而調整，不宜逕自全部撤銷，否則將減少間接強制之實效性<sup>928</sup>。

家事法第 83 條第 4 項及第 102 條第 2 項均規定，法院就確定裁定為撤銷或變更前，應使關係人有陳述意見之機會（同法 107 條 2 項、113 條、126 條、183 條 2 項）。依其立法理由，此規定係為保護關係人之程序權，避免不當侵害其權

<sup>927</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 275-276。

<sup>928</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 276。

益。亦即，法院撤銷或變更強制金裁定前，應使債權人有聽審之機會，得就債務人資力有無減少、喪失等情事，及如何調整間接強制方式，提出事證進行攻防及表示意見，以保障債權人之聽審請求權，而避免突襲性裁判<sup>929</sup>。

關於撤銷或變更裁定之效力，依家事法第 83 條第 5 項規定，裁定經撤銷或變更，原則上不溯及既往。由立法理由可知，此規定係為了兼顧對善意第三人之權益，亦即，基於交易安全之維護及信賴利益之保護。於強制金裁定經撤銷或變更之情形，因家事法就其未作特別規定，故應適用此規定。不過，所謂不溯及既往，學者認為應係指不溯及聲請撤銷或變更裁定以前，而非不得溯及至該聲請以後。因該規定旨在保護信賴程序之善意者，在債務人聲請前，債權人未必確能知悉債務人資力減退之情事，如得溯及至該時點以前撤銷強制金，即有損於債權人對程序之信賴。並且，不宜解為該撤銷或變更裁定確定後之強制金始受調整，既然已發生債務人資力喪失、減少之情事變更，若繼續維持對有資力狀態所施之間接強制，不僅無從發揮間接強制之實效性，而且容易形成苛酷結果<sup>930</sup>。若依此見解，則與日本法上之扶養費等費用之間接強制金執行特別規定相同，亦即，有情事變更時，法院得溯及於聲請時撤銷強制金裁定。如此解釋可兼顧不對債務人過於苛酷，同時亦保護了債權人與第三人之信賴，應屬於妥適之解釋論。

關於執行上強制金之情事變更與事後撤銷，家事法則有特別規定，依家事法第 191 條第 5 項及第 192 條第 2 項，債務人證明其無資力清償或清償債務將致其生活顯著窘迫者，執行法院應依聲請或依職權撤銷強制金裁定；強制金裁定確定後，情事變更者，執行法院得依債務人之聲請變更之。此等規定之立法理由係，強制金裁定係以債務人具履行能力為前提，故如債務人無支付能力而不能清償債

<sup>929</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 276-277。

<sup>930</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 277。

務，或因清償該債務將使生活陷於窘迫者，即不宜為間接強制。此時，為免徒增債務人之強制金負擔，造成對債務人過於苛酷之結果，執行法院得依聲請或依職權撤銷強制金裁定。強制金裁定確定後，如有債務人喪失或減少資力致無力清償債務或全部履行有困難之情事變更時，宜許債務人得聲請法院調整變更強制金裁定之內容，以符實際狀況<sup>931</sup>。

如前所述，支付能力要件係強制金裁定之作成要件及存續要件。因此，縱於裁定確定之後，債務人仍得主張、舉證其自始（裁定時）即欠缺資力，事實上不能清償債務或清償債務將致其生活顯著窘迫者，而聲請執行法院撤銷該裁定，或由執行法院依職權撤銷，避免苛酷執行。此外，如於裁定確定後債務人喪失資力，於此情狀基於該裁定若繼續課處強制金，會造成苛酷執行。故於情事變更之情形，執行法院應依債務人聲請，撤銷喪失資力後之強制金裁定。如於裁定確定後，債務人資力減少僅能清償部分債務，則執行法院亦應依其聲請減少金額。亦即，在強制金裁定確定後，債務人之支付能力發生減少、消滅等情事變更情形，強制金裁定應依其資力減退程度而為調整變更，撤銷其全部或部分<sup>932</sup>。

關於變更或撤銷強制金裁定之效力，法律上並未特別規定，與前述裁判上強制金相同，學者參考日本法上之解釋，認為原則上溯及至債務人聲請時，如聲請後始發生情事變更者，則溯及至該情事變更發生時。於債務人變更聲請前，債權人無法認知強制金裁定被撤銷之可能性，如撤銷溯及至聲請前之時點，則債權人基於該強制金裁定從債務人所取得之強制金將成為不當得利而必須返還，如此會

---

<sup>931</sup> 至於裁判上強制金之裁定即裁判法院所為酌定加給金額之裁定（100條4項），發生情事變更之情形，是否得於執行該強制金裁定之階段，由執行法院為情事變更之裁定？此牽涉權利判斷機關與執行機關連攜之界限，雖然前述已立基於打破權利判斷機關與執行機關二分論說明強制金制度，即僅允許裁判法院為執行方法，由執行法院作成執行名義，但是否得由執行機關變更權利判斷機關所為裁定則有待考量，依現行法律而言，本文初步認為僅得由裁判法院依家事法第83條第3項規定變更其所作成之裁定，尚無法逕謂得由執行法院變更裁判法院所作成之執行名義。

<sup>932</sup> 許士宦，前揭註838，頁278-279。

不當侵害債權人權益，並有損於其對程序之信賴。而且，於債務人資力減少、喪失之情形，本即得隨時聲請執行法院變更強制金裁定，並由執行法院以裁定停止執行（家事法 192 條 2 項），如其竟怠於即時為之，即使可能發生無資力或資力不足猶支付強制金，亦應自負其責。至於聲請變更時債務人仍有資力清償，於聲請後始生資力喪失、減少等情事變更，則不必溯及至聲請時，自情事變更發生時予以撤銷或變更即為已足<sup>933</sup>。

由前述之外國立法例與我國學說上解釋可知，雖然我國法之裁判上強制金規定並未設有情事變更之明文規定，但仍可透過解釋論適用其他條文，以解決情事變更情形所導致之公平性與妥適性問題。因為不僅係執行法上強制金，在裁判上強制金情形，亦有可能發生裁定後債務人資力減少等情事變更，如此亦會產生苛刻執行與實效性無法發揮之狀況，因此，此時法院有必要變更或撤銷裁定。雖然前述我國法之學說與立法理由皆係將情事變更之焦點置於債務人資力減少或喪失而無法清償債務，不過強制金不奏效之情形係多樣的，對於高資力之債務人可能因為強制金金額過低而使其無懼於此制裁，因此本文認為得參考日本法上討論，考量債務人之履行態度與債權人所受不利益等，賦予強制金增額變更之可能性，如此，方得使間接強制金制度發揮最大之實效性。雖然家事法第 192 條第 2 項僅規定債務人得聲請情事變更之裁定，不過，基於上述理由應肯認債權人亦得聲請情事變更之裁定，由法院判斷是否為增額變更，以保護債權人之權益。

#### 第四款、間接強制金之執行

間接強制金雖屬於間接強制方法之一種，但其本身亦成為強制金債權，屬於執行名義之一種，因此亦有執行之問題。此問題隨著各國強制金架構之不同，著

<sup>933</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 279-280。

重於執行之討論亦不相同。



在法國法上，採取發令階段與金額確定階段，基於 1992 年敕令第 53 條第 1 項規定，任何強制金在確定其金額前，不得為強制執行處分。同條第 2 項則規定，強制金之金額尚未確定時，基於命強制金之裁判，關於有確定金額權限之法官所暫時算定之金額，得為保全處分<sup>934</sup>。亦即，僅在確定強制金金額後得為了收取強制金而為強制執行。金額確定之前，僅得進行保全處分。

在日本法上，間接強制裁定本身為執行名義（民事執行法 172 條 5 項、22 條 3 款），間接強制金本身即屬於金錢債務，債權人得依據所受執行文之付與及通常金錢執行為強制執金收取之執行<sup>935</sup>。在不代替性行為義務，債務人應主張、證明其履行事實，以發單純執行文、履行期間屆滿為執行開始要件；就不行為義務，債權人應主張、舉證侵害行為，故債權人提出證明侵害行為之事實文書，或經過執行文付與之訴訟，必須受到條件執行文之付與。

在我國法上，如前所述，此項強制金係對義務人不履行債務所施之制裁，且給付予債權人而非國庫。無論係裁判上強制金裁定或執行上強制金裁定，本身均係執行名義（家事法 186 條 1 項），債權人於義務人逾期未履行其原應給付之金額後，得逕依強制金裁定聲請就義務人應加給之金額為強制執行，無庸另行取得其他執行名義。強制金債權之發生以債務人違反執行名義或履行命令為條件，於強制金債權發生時，即執行名義所附條件成就時，債權人始得將之作為執行債權而聲請強制執行（家事法 186 條準用強制執行法 4 條 2 項）。在裁判上強制金裁定之情形，如債務人依該裁定給付，強制金裁定即失其效力；在執行上強制金裁定情形，如債務人依履行命令為履行，強制執行即終了，強制金裁定亦失其效力。

<sup>934</sup> 參見：本文頁 102 以下。

<sup>935</sup> 參見：本文頁 147 以下。

但如債務人違反上開執行名義或履行命令，而發生強制金債務，則在此範圍內強制金裁定仍未失效，得據以為執行<sup>936</sup>。

所謂強制金收取之強制執行，係以強制金支付請求權為執行債權，則債權人聲請強制執行時，應該主張、證明債務人違反執行名義或履行命令之條件已成就。不過，該等債務之履行（清償）則由債務人應予證明者，故就債務人有無違反執行名義或執行命令之審查，執行法院於必要時得傳訊債務人（準用強制執行法 9 條）<sup>937</sup>。於此執行中，如債務人就強制金支付義務之存否、金額多寡有爭執，得就該強制金裁定之執行名義提起請求異議之訴（準用強制執行法 14 條 2 項），但其如主張扶養費等費用債務本身之不存在、消滅，則須循該金錢債務執行名義之請求異議之訴為之<sup>938</sup>。

由前述可知，我國法上之間接強制金制度基本上係採取兼用法國與日本制度，如同法國法上容許裁判法院與執行法院皆得命強制金，如同日本法上僅採用命強制金之單一階段輔以情事變更制度配合，而非採取法國之發令階段與金額確定階段，如此在間接強制金之執行亦係與日本大致上相同，以強制金裁定本身為執行名義，於違反執行名義或履行命令時，即可按金錢執行直接強制之方法為之。

<sup>936</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 281。

<sup>937</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 281-282。

<sup>938</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 283。

## 第五節、間接強制金制度之實踐


### 第一款、間接強制金之活用——間接強制金與其他執行方法之併用

日本法上之民事執行程序適用當事人處分權主義<sup>939</sup>。若無當事人聲請則不會開始民事執行。執行之內容、對象、方法，藉由當事人之執行聲請而被特定，不允許超過聲請之執行。於間接強制與其他執行方法之選擇，除了得依其他執行方法實行外，於「有債權人之聲請時」得實行間接強制，亦即，將執行方法之選擇委由債權人意思。因此，於複數執行方法中，債權人得選擇任一種為執行聲請。

關於間接強制與其他執行方法得否併行聲請，日本學說多數採取肯定說<sup>940</sup>。因為間接強制係要求債務人自行履行，使實效性權利實現成為可能，同時，間接強制之方法在何種事案中有效率，難以法律一般性地規定，由接受聲請之法院個別判斷亦妨礙迅速執行，故委由對權利實現最有利害關係之債權人判斷。鑑於此新法賦予債務人履行方法之選擇機會而排除補充性之立法旨趣，對債權人而言，就該債務之具體實現，何一執行方法為優先亦可能有判斷困難之情形，因此，使其決定以何一方法聲請執行並不適當，亦即，債權人並非僅可以選一個，得聲請兩者併行，或一方不奏效時請求實施另一方法。關於法院是否得併行裁定執行方法，日本近來有力學說多採取肯定說。關於拆除建物請求權，同時請求代替執行與間接強制，現在，一面藉由間接強制由債務人本身拆除，另一方面經過一定期間未拆除之情形，基於已取得之授權裁定亦得承認實施代替執行。此外，若當初僅要求間接強制，即使經過一定期間債務內容不實現之情形，亦承認轉移至代替執行或直接強制。在此情形，聲請代替執行等之際，亦不必撤銷間接強制之聲請。

<sup>939</sup> 參見：本文頁 149 以下。

<sup>940</sup> 參見：本文頁 156 以下。



關於我國法上之執行方法選用，雖然強制執行程序之開始，採行當事人處分權主義，依債權人之聲請而開始。不過，一旦開始強制執行程序，其程序如何進行，如何滿足債權人之權利，即執行方法之選擇，此均由執行法院職權為之<sup>941</sup>。不過，近年來有認為雖然執行法院對執行方法有程序選擇權，針對事件之類型、程序之階段而選用，但應盡可能在上開方法施用之選擇上，讓債權人有表示意見之機會，因為使用何種執行方法之執行結果，會影響債權人。強制執行法修正後，已明訂得依債權人聲請為之（強執法 22 條），如此已賦予一定程度之程序選擇權。因此，讓債權人有參與執行方法之選擇，盡量尊重其程序主體地位，涉及其執行債權之實現（實體利益），是否多花勞力、時間、費用（程序利益），仍應使利益之歸屬主體即債權人有選擇或表示意見之機會<sup>942</sup>。

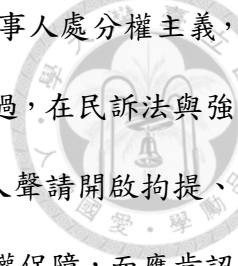
關於上述執行方法之選擇，債權人可否選擇使用兩個以上之執行方法等問題，強制執行法或家事法皆有規定執行法院得依債權人聲請或依職權，且有力見解認為如何有效執行涉及債權人實體利益實現之問題，程序如何進行亦牽涉程序上不利利益之問題，既然涉及債權人之實體利益及程序利益，原則上應保障債權人之程序選擇權，而盡量尊重其選擇決定之意思，只要不違反程序經濟，而影響公益，或造成債務人不當之情形。不過，最後法院仍有相當之裁量權。法院應依適切原則、損害最小原則及均衡原則以平衡雙方利益，考量債權人之權利性質、金額大小、債務人資力、履行狀況等等，依個別具體事件之特性需求，選擇一個或併用兩個執行方法為最適執行<sup>943</sup>。

參考外國立法例與上述學說，雖然目前我國現行法就間接強制金之適用範圍較為狹隘，但若往後擴大其適用範圍，則亦會面臨到間接強制金與其他執行方法

<sup>941</sup> 陳榮宗，前揭註 6，頁 32。

<sup>942</sup> 許士宦，前揭註 5，頁 70-71。

<sup>943</sup> 許士宦，前揭註 5，頁 71。



之併用問題。關於執行方法之選擇，不同於日本民事執行法之當事人處分權主義，我國係採取職權主義由法官裁量後選擇最適當之執行方法，不過，在民訴法與強執法修正、家事法增訂後，除了強執法已有明文規定得由債權人聲請開啟拘提、管收之程序，不難看出我國程序法走向保障當事人之程序主體權保障，而應肯認前述有力學者見解採取尊重債權人之程序選擇，因為選擇何種執行方法涉及債權人之實體利益與程序利益，應由利益歸屬主體之債權人依其意思選擇判斷對其最有力之方法，在不違反公益與法律之情況下，法院應盡可能依債務人之意思為執行。

至於在選擇複數執行方法之問題上，日本之學說上出現爭議，尤其係間接強制與其他執行方法之併用問題，因為主要涉及苛酷執行問題。簡言之，否定併行裁定甚至否定併行聲請之見解，多係考量間接強制金與其他執行方法同時存在，可能發生苛酷執行之問題。但是近年來之有力見解係採取肯定併行聲請甚至係併行裁定之立場，因為間接強制基本上係對債務人施加心理強制迫使其自動履行，是否履行得依債務人之自由意志，若債務人履行債務後則其他強制方法自然並不繼續進行，亦即，僅有在義務確實被履行或支付代替執行所需費用時，方可阻止強制金發生，若僅有作成授權裁定或費用預付之裁定，則強制金應持續發生。實務上為了避免間接強制裁定程序無法認識直接強制或代替執行之實行，法院多定有強制金之存續期間，抑或此時得由債務人提起請求異議之訴，以防止苛酷執行。如此解釋，得適當發揮間接強制之實效性，亦可避免苛酷執行之現象。因此，應得肯認間接強制與其他執行方法之併用，提供債權人更為多元之執行方法選擇，以確實促使債務履行。如此解釋亦得避免債權人再次聲請強制執行，得節省其與法院之勞力、時間、費用，保護其程序利益與程序經濟。

## 第二款、間接強制金之限制——存在無法僅依債務人排除之障礙

雖然我國目前之家事法間接強制金制度僅限於扶養費等相關費用之金錢債務得以適用，而金錢債務基本上並不存在不能履行之情況，僅有債務人資力高低之問題，不過，有鑒於未來仍可能有擴大間接強制適用範圍，本文試圖參考外國法之討論，提供適當之解釋。

在日本法上，因為間接強制金制度以前之民事訴訟法舊規定，規定行為係僅得依債務人意思為之，且不得由第三人為之時，得請求法院為於不直接履行時請求損害賠償之裁定。因此，傳統見解對於需要第三人協力或承認等債務，大多承認此係間接強制上法律所未明文之障礙。近年來之有力見解，以「執行方法上無法克服之障礙」為中心討論，提出為了債務履行需要第三人協力，但沒有希望得到其協力之情形，間接強制為不適法。但是，債務人為了得到第三人協力最初即實行一切期待可能之事，但最終亦可能因為未得到第三人協力而無法實行行為。因此，以債務人是否為了得到第三人協力而實行一切期待可能之行為作為基準。更進一步，即使得到協力不容易，亦肯認此時應賦予債權人藉由間接強制對未盡最大努力之債務人要求其實行一切期待可能之方法<sup>944</sup>。

在我國法上因為原本即存在有間接強制方法，即拘提、管收、怠金等，則可依照過往對間接強制適用限制之解釋，說明間接強制金之情況。傳統上在不適於間接強制之對象，有強制債務人之意思，有違現代文化觀念者；壓制債務人之意思使為行為時，難以實現債務之本旨者；抑或僅依債務人之意思無法實現者等<sup>945</sup>。如此之解釋基本上與日本法上相同，因此得參考前述日本法之學說討論，以提供我國法律更為適當之解釋論。此所謂僅依債務人意思無法實現，即係日本法上所

<sup>944</sup> 參見：本文頁 161 以下。

<sup>945</sup> 張登科，前揭註 1，頁 567-568；陳計男，前揭註 6，頁 556。

討論之僅依債務人意思無法實現，需要第三人同意或協力之情形，如此並不應全然否定間接強制金之適用，因為如此即容易造成債務人與他人通謀惡意占有執行對象等，對於債權人之債權實現相當不利，因此，此時須判斷債務人是否為了得到第三人協力而有採取一切期待可能之行為，若債務人放任第三人繼續占有或債務人消極不採行任何行為，則相當於惡意不履行債務，此時仍應肯認間接強制金之適用，讓負有履行義務之債務人積極努力獲得第三人協力以履行債務，使花費勞力、時間、費用獲取執行名義之債務人得以順利實現債權，發揮司法制度功用。

### 第三款、可能之實務爭議問題

以下參考日本法上相關討論，在間接強制金適用範圍極其有限之現行法雖未必會遭遇以下問題，不過在本文主張擴大間接強制金之適用範圍前提下，未來仍可能發生許多實務問題，故在此提供思考方向。


#### 第一目、撤銷假處分後之間接強制金返還問題

在日本法上，間接強制金得適用於民事保全程序中，因此在假處分得以間接強制金方法執行，不過，在因為本案裁判權利自始不存在之情況下，假處分與間接強制金亦隨之撤銷確定，則債權人基於強制金裁定自債務人所受領之間接強制金是否成為不當得利，此問題在實務與學說皆引起討論<sup>946</sup>。

雖然有認為基於強制金之性質基本上係立於制裁金說，而否定此情形下之間接強制金成為不當得利，因為制裁之根據乃係債務人違反履行命令而不為履行，此違反事實存在，則制裁金並不因為本案裁判被保全之權利不存在而喪失法律上原因。不過，多數學者仍基於強制金裁定係附隨於本案裁判之執行手段，而肯認

---

<sup>946</sup> 參見：本文頁 182 以下。



此情形之強制金成為不當得利而須返還，其討論面向多樣，若基於制裁金說，按照間接強制係為了實現債務名義上請求權之制裁手段此制度旨趣，間接強制金歸屬於債權人之法律上原因之實體法上請求權係，並不從債務名義上之請求權獨立，而得解為附隨性之請求權。被保全權利從假處分發令時即不存在，因為係應確保間接強制之履行債務從最初即不存在，間接強制金請求權亦同樣從最初即不存在，故沒有正當化將間接強制金歸屬於債權人之法律上原因，肯認強制金請求權。亦即，即使以制裁說為前提，亦可肯定間接強制金請求權之附隨性性質，該請求權係與債務名義上請求權共同命運。更進一步，債務人自行判斷債務名義上義務之有無，應在自甘風險判斷是否遵守之其義務，科以制裁之目的，絕不係使債務人盲目地遵守債務名義之內容，而終究係使其遵守「正確之義務」。另外，亦有學者不執著於強制金性質之討論，肯認此情形之強制金成為不當得利返還請求權，有著重假處分命令或間接強制裁定被撤銷此事而不論被保全權利存在之確定與否，亦有則著重於被保全權利不存在，間接強制僅有手段性質，且民事保全僅有暫定性質，而肯認強制金返還。

於我國之強制執行上，假處分等保全程序一般亦係按照強制執行方法為之（強執法 4 條 1 項 2 款、140 條），但是在撤銷假處分或暫時處分裁定之情形，實務上多係請求損害賠償或返還擔保物，少見有請求返還息金之情況。不過，若係扶養費等相關金錢債務之保全程序，法院亦可能作成暫時處分裁定，並以此為執行名義作成間接強制金裁定，間接強制金雖規定於家事法，但其與息金相同亦屬於間接強制執行方法之一種，亦即，間接強制金制度本身亦得適用於保全程序，如此亦可能發生於撤銷暫時處分裁定確定時，基於強制金裁定所給付予債權人之強制金是否成為不當得利之問題。

對此，學者認為強制金係對違反扶養費等費用執行名義或執行命令之債務人所施之制裁金，且依強制金裁定所收取之強制金歸諸債權人。如該執行名義因請求異議之訴等而喪失其執行力，則從屬該執行名義之強制金裁定（裁判上強制金裁定）或基於該執行名義所發之強制金裁定（執行上強制金裁定）亦喪失其效力。於此情形，債務人就債權人因強制金履行或執行所得利益，得依不當得利規定請求返還。因強制金係基於強制金裁定所生之制裁金，如強制金裁定失效，則依該裁定所收取之強制金即成為無法律上原因。強制金裁定本身被撤銷之情係亦同<sup>947</sup>。

若依此見解，即使在因為被保全權利自始不存在，而撤銷假處分裁定及間接強制金裁定之情況下，因為執行名義即假處分裁定喪失執行力，而附隨於執行名義之強制金裁定亦喪失效力，如此依該裁定所收取之強制金則成為無法律上原因，債務人得請求返還。此見解亦採取強制金係制裁金之看法，認為強制金係附隨於執行名義之裁定，在執行名義本身喪失效力之情形，則強制金裁定亦失其效力。如此並不執著於前述日本學說上所討論本案權利存否之問題，而僅就執行名義之執行力是否存在為考量，就目前我國係以執行名義為執行要件之強制執程序，如此解釋應更為符合法律體系。

## 第二目、間接強制金裁定中不行為債務違反之證明問題

關於不行為債務中，以間接強制金為執行方法聲請強制金裁定時，是否須證明有違反行為存在，此問題在日本法上亦為長久以來備受爭論之問題，從向來學說與實務上採取必須證明違反行為存在之看法，轉變為近年來實務與學說採取不

<sup>947</sup> 許士宦，前揭註 838，頁 283。

必證明現在違反行為存在或僅須證明有違反之危險之見解<sup>948</sup>。如此肯認對違反義務得採取事前預防之手段，其主要理由有：間接強制係以不履行為條件而命強制金給付之方法，係確保將來之債務履行，且不行為請求權性質上不可能在不履行後實現，若認為不甘受一次違反則無法為間接強制裁定，則顯著損害不行為請求權之實效性。此外在執行文付與之階段因為必須證明違反行為，在間接強制裁定之階段即使不必要，亦得謀求債務人之保護。

在我國法上，因為向來即存在間接強制之執行方法，間接強制金之適用應與其他間接強制方法適用相同。我國學說上對此問題，雖有認為依強執法第 129 條第 1 項，明定「債務人不履行時」方得處以怠金，因此僅於債務人違反其不行為義務時始可間接強制<sup>949</sup>，不過，有力見解係參考日本法上之討論，若債務人有違反行為之可能性或違反行為所致損害重大且明顯者，執行方法得事先核發以債務人違反行為為條件之間接強制命令。因為不行為債務一旦違反而不履行，事後要實現該債務則成為不可能，應有確保事先預防之手段<sup>950</sup>。依照此見解，則在不行為債務時，聲請間接強制金之情況亦同，僅須有違反行為之可能性或危險，即可聲請間接強制金裁定，不必等待有現在違反行為之情況才聲請間接強制金，如此方可確保債權人之權利確實實現。

#### 第四款、現行實務裁判檢討

##### 第一目、裁判上酌定加給強制金部分

於家事法施行多年後，關於裁判上酌定加給強制金部分，僅有 34 則裁判<sup>951</sup>，

<sup>948</sup> 參見：本文頁 193 以下。

<sup>949</sup> 陳世榮，強制執行法詮解，1988 年，頁 469。

<sup>950</sup> 張登科，前揭註 1，頁 574。

<sup>951</sup> 參見：本文註 9。

其中適用之債務皆屬於未成年子女扶養費酌定請求事件命定期金給付之情形<sup>952</sup>，裁判中多表示：為使債務人切實履行其對未成年子女之扶養義務，爰衡量雙方當事人之經濟能力與實際需要，併依家事法第 100 條第 4 項規定，酌定不履行時應加給之金額<sup>953</sup>。此外，亦有著重於未成年子女利益保護，為了維持子女之最佳利益而命酌定加給金額<sup>954</sup>。由此可知，可推認實務上目前對於酌定加給金額之使用主要在於為了未成年子女利益之保護，似乎尚未適切認識到此制度之目的係為了促使債務人遵期履行扶養費、家庭生活費或贍養費等相關債權，因為此等相關債權絕大多數係債權人賴以維生之所需，應不僅限於未成年子女扶養費之給付，期待往後實務在酌定家庭生活費、贍養費或成年人扶養費等事件盡可能利用此制度，以落實此規範目的。

<sup>952</sup> 其中，臺灣彰化地方法院 104 年度婚字第 58 號民事判決、103 年度婚字第 384 號民事判決，雖然使用「分期給付」之用語，但其實仍係命未成年子女至成年時之扶養費，仍屬於給付義務尚未發生之定期金給付性質，因此，仍屬於家事法第 100 條第 4 項命定期金給付之情形。

<sup>953</sup> 臺灣士林地方法院之 103 年度婚字第 305 號民事判決、102 年度婚字第 337 號民事判決、102 年度婚字第 329 號民事判決、102 年度婚字第 131 號民事判決、101 年度婚字第 359 號民事判決（102 年度家訴字第 8 號民事判決）、101 年度婚字第 311 號家事判決、101 年度婚字第 46 號家事判決、101 年度婚字第 158 號家事判決（101 年度婚字第 194 號家事判決）等裁判理由中皆表示：「本院為使被告切實履行其對未成年子女之扶養義務，爰衡量兩造之經濟能力與實際需要，併依家事事件法第 100 條第 4 項規定，酌定被告尚有逾期不履行之情形，即未按期給付各期扶養費時，每逾一個月未給付時，應加給上述各期扶養費之金額十分之一，但其因逾期而加給金額之總額，不得逾每期扶養費金額之二分之一」。

<sup>954</sup> 臺灣新北地方法院之 104 年度婚字第 657 號民事判決、105 年度婚字第 80 號民事判決、104 年度婚字第 714 號民事判決（105 年度婚字第 223 號民事判決）等裁判理由表示：「又為確保子女受扶養之權利，併依家事法第 107 條、第 100 條之規定，宣告被告應定期給付之扶養費遲誤二期履行者，其後十期之期間視為亦已到期，並應加給該十二期總金額之百分之二十（三十），以維子女之最佳利益」。臺灣新北地方法院 104 年度婚字第 838 號民事判決、105 年度婚字第 88 號民事判決、104 年度婚字第 663 號民事判決、104 年度婚字第 699 號民事判決、104 年度婚字第 578 號民事判決、102 年度婚字第 742 號民事判決、102 年度婚字第 914 號民事判決、103 年度親字第 85 號民事判決（103 年度家親聲字第 522 號民事判決、103 年度家親聲字第 604 號民事判決）、103 年度婚字第 670 號民事判決、102 年度婚字第 590 號民事判決、102 年度婚字第 491 號民事判決（102 年度家親聲字第 785 號民事判決）、102 年度親字第 158 號民事判決、102 年度親字第 126 號民事判決、102 年度婚字第 87 號民事判決、102 年度婚字第 486 號民事判決、102 年度親字第 9 號民事判決、101 年度婚字第 827 號民事判決、101 年度婚字第 190 號民事判決、101 年度婚字第 767 號民事判決等裁判理由中皆表示：「另本院為恐日後被告有拒絕或拖延之情，而不利子女之利益，爰依家事事件法第 100 條規定，宣告定期金給付遲誤一（二）期履行者，其後之十二（十）期視為已到期（抑或宣告定期金給付遲誤一期履行者，被告應以 30 萬元供擔保）；如再遲誤一期履行者，其後之給付應每期加給〇〇元，以維子女之最佳利益」。

關於酌定加給金額之金額上限問題，則有部分實務見解酌定被告逾期不履行時應加給各期扶養費之金額十分之一，但因逾期而加給金額之總額，不得逾每期扶養費金額之二分之一<sup>955</sup>。此見解似乎對於家事法第 100 條第 4 項但書規定有所誤解，所謂「酌定加給之金額不得逾定期金每期金額之二分之一」，應係指法院酌定債務人每期不履行時應加給之金額不得逾定期金每期金額之二分之一，而非指加給之總額不得逾每期定期金額度之二分之一。若如同前述實務見解，債務人可能遲誤長達五期之久（即五個月），最後加給總額又不得超過每期定期金之二分之一，此時強制金恐有過低之虞（往往不超過新台幣一萬元），不足以發揮強制金制度之實效性。況且，此等債權又係債權人生活所需之費用，在長達五個月未給付義務，卻僅增加不到每期定期金二分之一之強制金負擔，似乎無法發揮制裁債務人，對其施以心理強制之作用。因此，加給金額之總額上限應係指不超過逾期不履行定期金總額之二分之一，而非每期定期金之二分之一。

附帶提及，關於裁判上強制金是否得由債權人聲請之問題，現行實務上有發生雖然聲請人有聲請，但法院並未酌定且未附理由之情況<sup>956</sup>。若參考本文前述見解，則應肯認債權人之聲請，但最終仍由法官判斷是否作成強制金裁定，但此裁判似乎並未審理聲請酌定加給金額之部分，且並未附理由說明。如此，對於債權人即聲請人之程序權保障似乎有所不足，法官是否認為酌定喪失期限利益之條款已足而不必命酌定加給金額，亦不明確。

## 第二目、執行上命令給付強制金部分

關於執行上命令給付強制金之裁判更為少見<sup>957</sup>，適用債務皆係未成年子女之

<sup>955</sup> 同：本文註 953。

<sup>956</sup> 臺灣士林地方法院 104 年度家親聲字第 3 號民事裁定。

<sup>957</sup> 參見：本文註 9。

扶養費請求執行事件<sup>958</sup>。不過，其中僅有一則裁判中，司法事務官有明確職權調查債務人存款、不動產、營利或薪資所得相關資訊等，審酌債務人資力；於其他裁判中法院皆僅憑聲請人之聲請意旨與不履行事實即裁判，並未特別審酌債務人資力。此外，另有司法事務官表示聲請人並未陳報債務人有何財產，而認為債務人並無資力而駁回強制金聲請<sup>959</sup>，此問題涉及執行程序適用之職權探知主義<sup>960</sup>。債權人聲請強制金裁定時，因為係以債務人之支付能力為要件，故此應由債權人舉證證明之。不過，依強執法第 19 條規定，執行法院認有調查必要時，得命債權人查報或依職權調查之。且第 20 條已設有財產開示制度，發現債務人財產不足抵償債權時，執行法院得依債權人聲請或依職權，定期間命債務人據實報告該期間屆滿前一年內應供強制執行之財產狀況<sup>961</sup>。亦即，關於債務人資力之情況，得由執行法院依前述規定職權調查，亦得由債權人聲請財產開示等，以確實發現債務人財產，彌補雙方當事人資訊不對等。由此可知，強制金制度之完善運作，仍須與財產開示等制度相互配合。

<sup>958</sup> 臺灣板橋地方法院 101 年度司執字第 30713 號民事裁定、臺灣士林地方法院 103 年度司執聲字第 15 號民事裁定、臺灣臺北地方法院 105 年度司執聲字第 3 號民事裁定。

<sup>959</sup> 臺灣新北地方法院 102 年度司執字第 14577 號民事裁定。

<sup>960</sup> 職權探知主義之內容，有以下三原則與命題：第一命題係當事人所未主張之事實，法院亦得將之採為裁判基礎，即職權斟酌事實原則；第二命題係當事人間所不爭執之事項，法院得不將之採為裁判基礎，而依證據調查結果為相反認定，即自認無拘束力原則；第三命題係法院得依職權調查證據，而不受限於當事人所聲明者，即職權調查原則。參見：許士宦，家事審判之事證蒐集原則，家事審判與債務執行，台北：新學林，2013 年，頁 108。在此主要涉及職權調查原則之運用。

<sup>961</sup> 有關財產開示制度之詳細說明請參見：許士宦，強制執行之財產開示制度，家事審判與債務執行，台北：新學林，2013 年，頁 289 以下。

## 第五章 結論



不論係法國法之強制金制度或日本法上之間接強制金制度，均歷經長久之發展，但在我國仍屬於新創設之制度，目前相關實務裁判數量不多，雖然其目的與性質與怠金相同，但是其歸屬及法律規定仍與怠金有所不同。因此，仍須參考外國立法例之討論，以適當解釋此制度。

### 一、外國立法例

#### 1. 法國法

在法國法上，強制金係由實務法官所形成，屬於強制方法之一種，而非執行方法；關於此制度之定性，於其立法變遷過程中，主要集中於強制金與損害賠償之關係以及其歸屬等問題討論，其基礎理論係法官基於命令權對債務人所為之對法官命令不遵守之制裁金，其由債權人取得但並非損害賠償，而屬於私的制裁，由私人享有利益。不過，近年來有力學說與立法過程中，仍可觀察到有基於類似於懲罰性賠償金機能與避免債權人取得過剩利得，而採取強制金一部分歸屬於債權人，一部分歸屬於國家之見解。現行法亦明確強制金係為了確保裁判履行之目的，並且其制度形成係以實效性確保為根本，並同時謀求債務人保護，亦即防止苛酷執行。關於強制金之適用債務範圍，法律上並未設明文限制，而委由法官於個案中裁量決定。裁判法院與執行法院之法官皆得命強制金裁定，法官對是否發令強制金擁有廣泛裁量權。至於其強制金之程序構造可分為發令階段與金額確定階段，依據於金額確定階段得否變更發令金額為標準區分強制金種類，得分為暫定性強制金與確定性強制金。關於此確定性強制金之存廢亦備受討論，因為其金額原則上不得更改而有過於苛酷之疑慮，但最後仍因為其具備實效性而被保留。

為了確保強制金之實效性，現行法明文規定暫定性強制金之金額確定基準，即法官須考量債務人之態度及其為了履行命令所遭遇之困難。另一方面，為了避免苛刻執行，現行法亦規定有如不履行命令全部或一部係因為外在原因時，法官應廢止全部或一部之暫定性或確定性強制金。最後，關於強制金之執行，發令強制金之裁判基本上不得為假執行與強制執行，僅規定對金額確定裁判法律上當然得為假執行，因為於金額確定後始具有債權確實性、金額確定性與請求可能性，方得為強制執行。

## 2. 日本法


在日本法上，關於間接強制金係屬於間接強制執行方法，而受到過去舊法規定影響，對於間接強制金之性質，傳統上理解為損害賠償金或違約金，但近年來之有力學說已逐漸轉向制裁金說，或採取折衷說認為兼具有損害賠償金與制裁金性質。關於強制金之歸屬，則有論者參考法國法之討論，採取部分歸屬於債權人部分歸屬於國家之見解，但普遍學說上對於強制金歸屬於債權人此點並無提出疑慮。關於間接強制金制度之正當性與必要性，因為傳統上採取權利判斷與執行機關二者嚴格分離之理論，但是此制度卻肯認由執行法院形成債務名義，故學說認為此制度已打破權利判斷與執行機關二分論。其制度要求與法國法相同，亦在苛刻執行之防止與實效性之確保間尋求適當之平衡點，並採取相關立法措施。關於強制金之適用債務範圍，則從傳統上僅限於不代替性行為與不行為債務方得適用，擴大至代替性行為、物之交付債務與部分之金錢債務皆得以適用強制金制度，可謂係全面揚棄間接強制補充性理論。於強制金之程序中，執行法院係依債權人聲請，審理一般執行要件與強制金之發令要件，在扶養費等相關金錢債務，則規定有決定強制金額度時，法官應特別考慮之因素，如債務人之資力等。另外，於作

成裁定後，設有情事變更時之變更或撤銷裁定制度，此等規定皆得避免苛酷執行與確保實效性。而間接強制金裁定得為債務名義，債權人得依執行文付與及金錢執行而為收取強制金之執行。



另外，此制度於日本實行已久，再加上修法擴大其適用債務範圍後，在實踐上亦發生解釋運作之問題，備受學說討論。首先係間接強制金與其他執行方法之併用問題，有力學說肯認併行聲請與併行裁定，認為在債務人得選擇任意履行債務之前提下，並不會發生苛酷執行之疑慮，如此亦得多元運用各種執行方法，確保權利實現之實效性。另一方面，間接強制之運用亦有其限制，若執行係現實上履行不能之情況，則須避免強制金持續累積造成苛酷執行之情況。傳統見解將此債務解為不可由第三人為之，且僅依債務人意思即得實行。在需要第三人協力之債務，不同於以往之全然否定看法，近來有力見解認為於此情形應判斷是否有在執行方法上無法克服之外在障礙，甚至係以債務人是否有為了得到第三人協力而實行一切期待可能之行為為基準，判斷是否允許間接強制。若殘留有對債務人期待可能之行為，則得為了使債務人為此行為作成間接強制金裁定，亦即，賦予債權人藉由間接強制金要求未盡力之債務人盡其一切可能之方法。

再者係關於實務上所遭遇之問題如何妥當解釋。保全程序之執行方法中包含間接強制金，因此，即可能發生本案訴訟中被保全權利從最初即不存在，本案訴訟之被告(債務人)因而依情事變更聲請撤銷保全命令與間接強制金裁定之情形。此時，已支付予債權人之間接強制金是否成為不當得利而須返還債務人即成為問題。關此，多數學者皆肯認此時債務人之不當得利返還請求權，不過其理由並不一致。有認為間接強制金請求權係附隨於「債務名義請求權」之請求權，或係採取制裁金說者，其中分別以「包含於債務名義中之履行命令」或「間接強制金裁

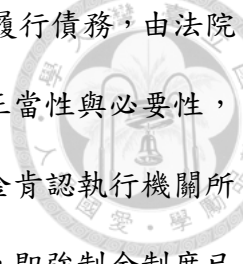


定中之履行命令」為制裁根據，若債務名義被推翻，不論係採取何者見解，制裁根據皆會喪失。接續此見解，若本案訴訟債權人敗訴確定之情形，有認為假處分命令當然失效，故間接強制金裁定亦溯及失其效力。相對於此，有論者不重視本案權利存在與否，而認為之所以欠缺法律上原因成為不當得利，係因為假處分裁定確定，而基於假處分命令之間接強制金裁定亦隨之失效。另外，在不行為債務中之間接強制程序，是否必須證明有現實違反行為始得作成間接強制金裁定亦成為問題。傳統學說與實務見解採取必要說，即必須有現在違反行為。現今通說與實務見解則基本上採取不必要說，即承認不行為債務之事前執行，其主要根據係間接強制係以不履行為條件而命強制金之方法，確保將來債務之履行，而不行為請求權性質上不可能在不履行後實現，若必須受一次違反行為始得為間接強制金裁定，則會顯著損害請求權之实效性，且在執行文付與階段已必須證明違反行為之存在，如此債務人保護即為已足。不過，於此情形，多數見解認為不問程度但必須有違反不行為義務之危險，但亦存在有力見解認為不必證明有違反之危險。

## 二、我國制度之解釋論與立法論

### 1. 間接強制金之定性

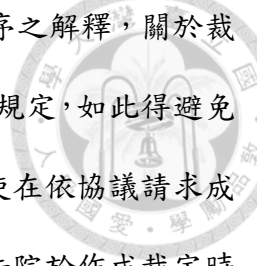
最後說明我國法之間接強制金制度，首先就強制金之定性而言，間接強制金與怠金相同皆屬於間接強制執行方法之一種，此可從家事法之立法理由得知。再者，關於強制金與損害賠償之關係，強制金並非由當事人間所約定，其目的亦非填補當事人之損害，且立法理由亦表明其屬於以不履行裁判為條件之制裁金，與損害賠償或違約金並不相同。而強制金歸屬之問題，在我國法上已存在怠金制度，又設立歸屬於債權人之強制金制度應係立法者認為有其實益存在，且參考小額程序之加給金額制度，係基於實體法非訟化之觀念，應可認為強制金制度亦係如同



實體法之懲罰性賠償金概念，程序法上亦得肯認對於債務人不履行債務，由法院酌定懲罰、制裁性質之私的制裁。此外，關於間接強制金制度之正當性與必要性，基於權利判斷機關與執行機關連攜之見解，得說明執行上強制金肯認執行機關所為之裁判得作為執行名義，而權利判斷機關亦得施加執行方法，即強制金制度已然打破權利判斷與執行機關二分論，如此得避免程序繁複亦得減輕債權人負擔，促使債務人儘速遵期執行，有助於保護程序利益與維持訴訟經濟。再者，強制金制度最主要之要求，如同法國與日本法上之討論，須在避免苛酷執行與確保實效性之間尋求平衡，採取適當之立法措施。而我國家事法關此之規定相較於法國與日本可謂係更充足，關於苛酷執行之防止，雖然不採取法國法上發令階段與金額確定階段之構造，而與日本法上採取類似規定，即規定決定強制金額度之基準、事後職權撤銷裁定與情事變更之規定，但在實效性確保方面，則如同法國法上肯認由裁判法院與作成本案裁判同時發令強制金，並且不採取日本法上強制金充當於損害賠償之規定，如此，得認為我國之制度相較外國制度並不遜色，反而係集外國制度優點之大成。不過，有鑒於我國之間接強制金制度尚屬新設立階段，不宜貿然大幅肯認高額強制金裁定以避免苛酷執行，因而法律明文規定強制金額度之上限，但此規定並不利於強制金實效性之確保，期待往後落實此制度之未來，能朝向刪除此上限規定而由法官定強制金存續期間之方向前進。

## 2. 間接強制金之適用債務範圍

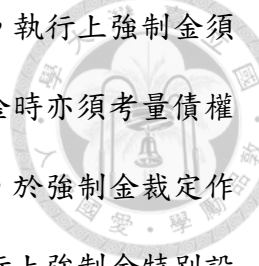
再者，關於間接強制金之適用債務範圍，首先從解釋論之觀點出發，雖然法條文義上，裁判上強制金僅限於法院命定期給付之家庭生活費、扶養費或贍養費等法院酌定費用事件與依協議請求未成年扶養費事件，而執行上強制金僅限於執行名義係命定期給付或分期給付之家庭生活費、扶養費或贍養費等費用酌定事件



與依協議請求事件。但是本文認為，若配合後述間接強制金程序之解釋，關於裁判上強制金裁定亦應擴張解釋家事法第 191 條第 2 項與第 4 項規定，如此得避免對無資力債務人作成裁判上強制金裁定之苛酷執行。因此，即使在依協議請求成年人扶養費之事件，亦得肯認裁判上強制金之適用，因為裁判法院於作成裁定時須考量債務人之資力，若事後債務人得證明其無資力，亦得聲請撤銷裁定。而關於一次性給付之扶養費等相關費用債務，應肯認得類推適用裁判上強制金與執行上強制金之規定，而分期給付之情形，除了適用執行上強制金外，應肯認得類推適用裁判上強制金之規定。因為於法院命一次性給付之情形，與命定期給付、分期給付之情況利益狀態相同，此等扶養費等相關費用亦係債權人日常生活之所需，皆須間接強制金發揮督促債務人之效用。再者，於立法論之觀點，參考法國與日本立法例，我國未來應朝向全面擴張強制金適用債務之方向修法。除了法律明文採取怠金之不代替性行為與不行為債務以外，在我國已將拘提、管收等限制人身自由之間接強制方法規定於強制執行法之總則編後，不論係行為債務、物之交付債務或金錢債務皆得適用拘提、管收規定，如此僅侵害債務人財產權而非限制其人身自由之間接強制金，於此等債務中應得肯認其適用。關於其他金錢債務之執行，亦有適用間接強制金之必要性與正當性。亦即，此等債務採取間接強制金之方法相較於直接強制更為快速且有實效性，且在我國已採取前述妥適之苛酷執行防止相關立法措施後，已可大幅減低對於苛酷執行之疑慮。

### 3. 間接強制金之程序

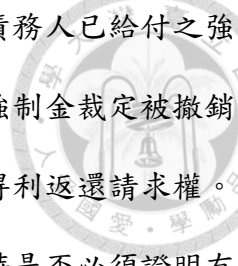
如前述，我國之間接強制金得分為裁判上強制金與執行上強制金，裁判上強制金基本上係參考小額程序加給金額制度所設立，即採取法國法上肯認由裁判法院職權命強制金之制度。不過，目前家事法中對於執行上強制金規定較為完備，



於命裁判上強制金之程序應得適用執行上強制金之規定，因此，執行上強制金須符合一般執行要件與間接強制金之特別要件，作成裁判上強制金時亦須考量債權人所受之不利益、債務人之資力與從前履行債務之狀況。另外，於強制金裁定作成後，亦有可能發生債務人資力減低等情事變更之情況，故執行上強制金特別設有情事變更規定，裁判上強制金則適用家事非訟裁定之情事變更規定亦得解釋之，此係確保支付能力之要件存續與避免苛酷執行之重要制度。而間接強制金裁定本身即為執行名義，於債務人逾期不履行債務時，債權人得將此強制金裁定作為執行債權聲請強制執行。而關於此強制金收取之執行係以強制金給付請求權為執行債權，由債權人主張、證明債務人已違反執行名義或履行命令。

#### 4. 間接強制金之實踐

最後，針對我國往後若擴大間接強制金適用範圍後，運作上之間接強制金活用與其限制之問題，以及實務上可能之爭議問題提出討論。基本上參考日本法上之解釋論，配合我國強制執行制度提出可行之方向。首先，應肯定間接強制金與其他執行方法之適用，如於代替性行為債務中，同時施以間接強制金與代替執行之方法，於債務人履行義務或支付代替執行所需費用時，即可阻止強制金發生，如此得提供債權人多元之執行方法選擇，並更能確保強制執行之實效性。再者，於間接強制金之限制，則會面臨債務係僅依債務人意思無法實現之情況，參考日本法之相關討論，其意指需要第三人同意或協力之情形，此時不應全然否定間接強制金適用可能，而應判斷債務人是否有為了得到第三人協力而採取一切期待可能之行為，若債務人並未盡力得到第三人協力，此時則肯認有間接強制金適用以促使債務人對取得第三人協力盡最大努力。另外，強制金在保全程序亦得適用，尤其依據假處分或暫時處分裁定作成間接強制金裁定後，發現本案權利不存在而



後撤銷暫時處分裁定或間接強制金裁定，則債權人是否須返還債務人已給付之強制金會成為問題。於此情形，我國學說已肯定執行名義失效或強制金裁定被撤銷之情形，就債權人因強制金履行所得利益，肯認債務人之不當得利返還請求權。此外，於不行為債務之執行中，亦會發生聲請間接強制金裁定時是否必須證明有違反行為存在之問題。對此，過往學說對於怠金已認為債務人有違反行為之可能性即可事先核發間接強制命令，如此承認不待現實上有違反行為發生即得作成強制金，以確保債權得以確實實現。最後，針對我國現行實務相關裁判提出檢討，發現現行實務對於此制度仍不熟悉，對於其適用債務範圍與酌定加給金額之上限等，皆施加許多限制，對此制度之認識尚且不足。另外執行法院於債務人資力審酌部分亦無法謂已完善，仍期待往後實務能配合其他強制執行制度妥適運用之。

總言之，本文透過參考各國立法例與我國有限之學說中，對間接強制金制度提出上述解釋，試圖在我國尚未完全落實間接強制金制度之現況中，作出妥適之制度運作解釋論，以供實務上各法律工作者參考。然而，間接強制金制度在實務上運作會遭遇何種困難，制度利用與權利實現之實效性狀況皆須透過更多實證資料輔助，此乃屬本文之研究限制所在。期待未來普遍落實該制度後，往後研究者能透過更多實證資料，提供更為符合我國實際運作情形之制度解釋論，以及朝向更適合我國法律體系與實務運作之修法方向邁進。



## 參考文獻

### 一、中文部分（依作者姓氏筆畫排列）

#### （一）專書

1. 吳明軒，民事訴訟法(中)，修訂八版，2009年，頁1276。
2. 吳光陸，強制執行法，台北：三民，2015年。
3. 孫森焱，民法債編總論(下冊)，修訂版，2013年。
4. 許士宦，強制執行法，台北：新學林，2014年。
5. 張台麟，法國政府與政治，四版，台北：五南，2013年。
6. 張登科，強制執行法，修訂版，台北：三民，2014年。
7. 陳世榮，強制執行法詮解，1988年。
8. 陳計男，強制執行法釋論，2012年。
9. 陳榮宗，強制執行法，修訂二版，2002年。
10. Jean Vincent=Jacque Prévault，羅結珍譯，法國民事執行程序法要義，第二版，北京：中國法制出版社，2005年。
11. 羅結珍譯，法國民法典，北京：法律出版社，2005年。

#### （二）專書論文

1. 邱聯恭，程序保障之機能，程序制度機能論，1996年。
2. 邱聯恭，民事訴訟法修正後之程序法學，程序利益保護論，2005年。
3. 許士宦，消費者債務清理程序之更生機能，債務清理法之基本構造，2009年。
4. 許士宦，金錢及物交付執行之間接強制，家事審判與債務執行，台北：新學林，2013年。
5. 許士宦，間接強制金之裁定及執行，家事審判與債務執行，台北：新學林，2013年。
6. 許士宦，家事非訟之程序保障，家事審判與債務執行，台北：新學林，2013年。
7. 許士宦，家事審判之事證蒐集原則，家事審判與債務執行，台北：新學林，2013年。
8. 許士宦，家事審判之請求，家事審判與債務執行，台北：新學林，2013年。
9. 許士宦，家事債務之執行，家事審判與債務執行，台北：新學林，2013年。
10. 許士宦，強制執行之財產開示制度，家事審判與債務執行，台北：新學林，2013年。

11. 陳忠五，美國懲罰性賠償金判決在法國之承認及執行，美國懲罰性賠償金判決之承認及執行，台北：學林，2004年。
12. 黃國昌，在十字路口上自我選擇、自我負責的債務人，蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集：自由、責任、法，2005年。



### (三) 期刊論文

1. 沈冠伶，扶養請求事件之審判(下)，月旦法學教室，167期，2016年9月。
2. 邱聯恭，民事訴訟法研究會第115次研討會之書面意見，法學叢刊，227期，2012年7月。

### (四) 其他

1. 司法院，103年司法業務概況，<http://www.judicial.gov.tw/juds/103all.pdf>。
2. 司法院，103年司法統計年報
3. 司法院家事事件法研究制定資料彙編(十)，臺北：司法院秘書處，2010年12月。
4. 立法院公報院會紀錄，88卷6期。
5. 立法院公報委員會紀錄，86卷57期。
6. 立法院公報第85卷第42期院會紀錄。
7. 林家如，我國懲罰性賠償金制度之再反省——以消費者保護法第51條為中心，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2014年1月。

## 二、外文部分(依作者姓氏五十音順序排列)

### (一) 專書

1. 生熊長幸，わかりやすい民事執行法・民事保全法，東京：成文堂，2006年。
2. 石川明，ドイツ強制執行法と基本権，東京：信山社，2003年。
3. 上原敏夫、長谷部由起子、山本和彦，民事執行・保全法，第三版，有斐閣，2011年3月。
4. 上村明広，新堂幸司、竹下守夫編，民事執行法を學ぶ，東京：有斐閣，1981年。
5. 浦野雄幸，逐条概説民事執行法，東京：商事法務研究会，1980年。
6. 大濱しのぶ，フランスのアストラント，東京：信山社，2003年。
7. 小野瀬厚、原司，一問一答平成十六年改正民事訴訟、非訟事件手続法、民事執行法，東京：商事法務，2005年。
8. 香川保一監修，注釈民事執行法(7)，東京：金融財政事情研究会，1989年。

9. 加藤雅信，財産法の体系と不当利得法の構造，東京：有斐閣，1986年。
10. 兼子一，増補強制執行法，東京：酒井書店，1966年。
11. 鈴木忠一、三ヶ月章監修，新実務民事訴訟講座(12)，東京：日本評論社，1984年。
12. 鈴木忠一、三ヶ月章編，注解民事執行法(5)，東京：第一法規，1986年。
13. 鈴木祿弥、唄孝一，人事法(1)，東京：有斐閣，1975年。
14. 竹下守夫，ハンディコンメンタール民事執行法，東京：判例タイムズ社，1985年。
15. 田中康久，新民事執行法の解説，東京：金融財政事情研究会，1979年。
16. 谷口園恵、筒井健夫，改正担保・執行法の解説，東京：商事法務，2004年。
17. 中西正、中島弘雅、八田卓也，民事執行・民事保全法，東京：有斐閣，2010年。
18. 中野貞一郎，訴訟関係と訴訟行為，東京：弘文堂，1961年。
19. 中野貞一郎，民事執行法，新訂四版，東京：青林書院，2001年。
20. 中野貞一郎，民事執行法，増補新訂六版，東京：青林書院，2011年。
21. 中野貞一郎、下村正明，民事執行法，東京：青林書院，2016年。
22. 沼邊愛一，家事事件の実務と理論，東京：日本評論社，1990年，頁134。
23. 野村秀敏，民事保全研究，東京：弘文堂，2001年。
24. 長谷部由起子，變革の中の民事裁判，東京：東京大学出版会，1998年。
25. 福永有利，民事執行法・民事保全法，第二版，東京：有斐閣，2011年。
26. 藤田耕三、河村卓哉、林屋礼二編，民事執行法の基礎，東京：青林書院，1983年。
27. 前野順一，新民事訴訟法強制執行手續，東京：松華堂，1933年。
28. 松本博之，民事執行保全法，東京：弘文堂，2011年。
29. 三ヶ月章，民事執行法，東京：弘文堂，2008年。
30. 森田修，強制履行の法学的構造，東京：東京大学出版会，1995年。
31. 山木戸克己，民事執行・保全法講義，補訂二版，東京：有斐閣，1999年。
32. 鈴木忠一、三ヶ月章、宮脇幸彦編，注解強制執行法(4)，東京：第一法規，1978年。
33. 山本和彦，新しい担保、執行制度，道垣内弘人、山本和彦、古賀政治、小林明彦編，東京：有斐閣，2004年。
34. 山本和彦編，新基本法コンメンタール民事執行法，東京：日本評論社，2014年。
35. 我妻栄，債権総論，東京：岩波書店，1964年。


36. 我妻栄，新訂債権総論，東京：岩波，2008年。

## (二) 專書論文


1. 安西明子，作為、不作為、意思表示請求権などの執行，井上治典、中島弘雅編，新民事救済手続法，京都：法律文化社，2006年。
2. 井上治典，民事救済手続の理念と構造，井上治典、中島弘雅編，新民事救済手続法，京都：法律文化社，2006年。
3. 上原敏夫，不作為仮処分の執行，中野貞一郎、原井龍一郎、鈴木正裕編，民事保全講座(2)，京都：法律文化社，1996年。
4. 大濱しのぶ，間接強制決定に関する覚書——強制金の額及び期間を中心に，小島武司先生古稀祝賀——民事司法の法理と政策（上巻），東京：商事法務，2008年。
5. 大濱しのぶ，仮処分命令が取り消された場合の間接強制金の返還—2つの事件を手掛かりにした覚書，松本博之先生古稀祝賀論文集——民事手続法制の展開と手続原則，東京：弘文堂，2016年。
6. 大濱しのぶ，間接強制の課題，三木浩一編，金銭執行の実務と課題，東京：青林書院，2013年。
7. 梶村太市，「子のための面接交渉」再論，21世紀の民法：小野幸二教授還暦記念論集，東京：法学書院，1996年。
8. 釜元修、沼田幸雄，面接交渉と強制執行，右近健男、小田八重子、辻朗編，家事事件の現況と課題，東京：判例タイムズ社，2006年。
9. 竹下守夫，不作為を命ずる仮処分，保全処分の体系：吉川大二郎博士還暦記念，京都：法律文化社，1966年。
10. 西川佳代，不作為義務の間接強制に関する諸問題—当事者の役割分担の視点から，河野正憲、伊藤真、高橋宏志編，民事紛争と手続理論の現在，京都：法律文化社，2008年。
11. 花村治郎，幼児の引渡し，藤田耕三、河村卓哉、林屋礼二編，民事執行法の基礎，東京：青林書院，1983年。
12. 福永有利，仮処分命令の取消しと原状回復，中野貞一郎、原井龍一郎、鈴木正裕編，民事保全講座(2)，京都：法律文化社，1996年。
13. 山木戸克己，幼児の引渡し，中田淳一、三ヶ月章編，民事訴訟法演習(2)，東京：有斐閣，1964年。
14. 山本和彦，強制執行手続における債権者の保護と債務者の保護，竹下守夫古稀祝賀—権利実現過程の基本構造，東京：有斐閣，2002年。

### (三) 期刊論文

1. 青木晋, 子の引渡し執行実務, 家庭裁判月報, 58 卷 7 号, 2006 年 7 月。
2. 青山善充, ジュリスト, 642 号, 1977 年 6 月。
3. 安達栄司, 不作為を命じる仮処分命令の事後的取消しと既払い間接強制金の返還の要否, 63 卷 9 号, 2010 年 9 月。
4. 池尻郁夫, 不作為を命じる仮処分の間接強制における違反行為の存在と執行開始の要件, 別冊ジュリスト, 127 号, 1994 年 5 月。
5. 石川明, 暴力団組長に対し建物を組事務所として使用することを禁じた仮処分決定についての間接強制が抗告審において維持された事例, 判例評論, 354 号, 1988 年 8 月。
6. 上原敏夫, 執行手続における少額金銭債権の保護, 民事訴訟雑誌, 51 号, 2005 年。
7. 上原敏夫, 間接強制, 仮処分の取消しに伴う原状回復, 法学教室, 348 号, 2009 年 9 月。
8. 梅本聡子, 間接強制の可否についての実務上の問題, 金融法務事情, 1972 号, 2013 年 6 月。
9. 遠藤真澄, 子の引渡しと直接強制: 主に家裁の審判, 保全処分と直接強制の在り方について, 家庭裁判月報, 60 卷 11 号, 2008 年 11 月。
10. 大濱しのぶ, 不作為義務の間接強制の要件—義務違反の立証の要否, 別冊ジュリスト, 208 号, 2012 年 3 月。
11. 大濱しのぶ, 不作為を命じる仮処分の間接強制における違反行為の存在と執行開始の要件, 別冊ジュリスト, 177 号, 2005 年 8 月。
12. 大濱しのぶ, 間接強制と他の執行方法の併用の許否—間接強制と代替執行の併用が問題になった事例を手掛かりとして, 判例タイムズ, 1217 号, 2006 年 10 月。
13. 大濱しのぶ, 不作為を目的とする債務の強制執行として間接強制決定をするために債権者において債務者の不作為義務違反の事実を立証することの要否, 私法判例リマックス, 34 号, 2007 年 2 月。
14. 大濱しのぶ, 子との面会交流を許さなければならないと命ずる審判に基づく間接強制が認められた事例, 私法判例リマックス, 49 号, 2014 年 7 月。
15. 笠井正俊, 保全すべき権利が発令時から存在しなかったものと本案訴訟の判決で判断され、仮処分命令が事情の変更により取り消された場合に、当該仮処分命令の債務者が、保全執行としてされた間接強制決定に基づき取り立てられた金銭について不当利得返還請求をすることができるか, 法学セミナー増刊速報判例解説, 5 号, 2009 年 10 月。

- 
16. 釜元修、沼田幸雄，面接交渉と強制執行，判例タイムズ，1087号，2002年6月。
  17. 川嶋四郎，間接強制決定における不作為義務違反事実の立証の要否，法学セミナー，620号，2006年8月。
  18. 川嶋四郎，仮処分取消後における間接強制金の帰趨—保全執行と不当利得の成否，法学セミナーベストセレクション，666号，2010年6月。
  19. 川嶋四郎，面会交流を内容とする家事審判に基づく間接強制の可否等，法学セミナー，713号，2014年6月。
  20. 河村好彦，不作為を目的とする債務の強制執行として間接強制決定をするために債権者の不作為義務違反の事実を立証することの要否，法学研究，東京：慶應義塾大学法学研究会，79巻11号，2006年11月。
  21. 「間接強制の現在と将来」座談會，判例タイムズ，1168号，2005年3月。
  22. 金炳学，相反する実体法上の義務の衝突における間接強制の適否——諫早湾土地改良事業における開門調査確定判決に基づく間接強制事件に関する最高裁（許可抗告審）決定，法学セミナー増刊速報判例解説，17号，2015年10月。
  23. 金炳学，債務者の意思のみで履行することができる債務とされ間接強制が認められた事例（諫早湾土地改良事業における開門調査確定判決に基づく間接強制事件抗告審決定），法学セミナー増刊速報判例解説，17号，2015年10月。
  24. 小林明彦，間接強制の適用範囲の拡張と執行方法の選択，ジュリスト，1461号，2013年12月。
  25. 酒井博行，保全すべき権利が発令時から存在しなかったものと本案訴訟の判決で判断され、仮処分命令が事情の変更により取り消された場合において、当該仮処分命令の保全執行としてされた間接強制決定に基づき取り立てられた金銭につき、不当利得返還請求をすることができるか，法学研究，46巻1号，札幌：北海学園大学法学会，2010年6月。
  26. 鈴木雄輔，間接強制と代替執行・直接強制の併用の許否，金融法務事情，1990号，2014年3月。
  27. 園尾隆司，破産者に対する制裁と破産者名簿調製の歴史：財産開示手続強化その他の判決の履行確保策への一つの視点，判例タイムズ，1388巻，2013年7月。
  28. 高部真規子，保全すべき権利が発令時から存在しなかったものと本案訴訟の判決で判断され、仮処分命令が事情の変更により取り消された場合において、当該仮処分命令の保全執行としてされた間接強制決定に基づき取り

- 立てられた金銭につき、不当利得返還請求をすることの可否，別冊判例タイムズ，29号，2010年9月。
29. 竹下守夫，生活妨害の差止と強制執行再論，判例タイムズ，428号，1981年2月。
  30. 棚村政行，離婚と父母による面接交渉，判例タイムズ，952号，1997年12月。
  31. 中川敏男，不作為を命ずる仮処分違反の効果——とくに民法414条3項との関係において，判例タイムズ，197号，1966年12月。
  32. 中村心，保全すべき権利が発令時から存在しなかったものと本案訴訟の判決で判断され，仮処分命令が事情の変更により取り消された場合において，当該仮処分命令の保全執行としてされた間接強制決定に基づき取り立てられた金銭につき，不当利得返還請求をすることができるか，ジュリスト，1392号，2010年1月。
  33. 中山孝雄，不作為を目的とする債務の強制執行として間接強制決定をするためのに債権者において債務者の不作為義務違反の事実を立証することは必要か（消極），平成18年度主要民事判例解説，判例タイムズ，1245号，2007年9月。
  34. 難波譲治，保全執行にかかる間接強制金支払いが被保全権利の不存在によって不当利得とされた事例，法学セミナー増刊速報判例解説，6号，2010年4月。
  35. 西川佳代，家事事件における執行--判断機関と執行機関の連携，法律時報81巻3号，2009年3月。
  36. 西川佳代，保全すべき権利が発令時から存在しなかったものと本案訴訟の判決で判断され，仮処分命令が事情の変更により取り消された場合において，当該仮処分命令の保全執行としてされた間接強制決定に基づき取り立てられた金銭につき，不当利得返還請求をすることができることとされた事例，私法判例リマックス，41号，2010年7月。
  37. 野村秀敏，不作為仮処分の間接強制における執行の要件，ジュリスト，1002号，1992年6月。
  38. 野村秀敏，間接強制における債務不履行の事実の証明責任，民商法雑誌，135巻3号，2006年12月。
  39. 野村秀敏，仮処分・間接強制決定と仮執行宣言の失効に伴う事後処理に関する若干の問題点，専修ロージャーナル，6号，2011年。
  40. 野村秀敏，民事執行・保全手続の新展開，法律時報，83巻7号，2011年6月。

- 
41. 本間義信，子の引渡請求の執行方法，別冊ジュリスト，177号，2005年8月。
  42. 松下淳一（まつした），扶養義務等に係る金銭債権についての間接強制，家庭裁判月報，57巻11号，2005年。
  43. 松村和徳，確定判決により干拓地の潮受堤防の排水門を開放すべき義務を負った者が第三者の申立てに基づく仮処分決定により右排水門を開放してはならない旨の義務を負ったという事情がある場合における右確定判決に基づく間接強制決定の許否（〔1〕事件），私法判例リマークス，52号，2016年2月。
  44. 間瀬清史，被保全権利の不存在を理由とする仮処分命令の取消しと間接強制金の不当利得，別冊ジュリスト，208号，2012年3月。
  45. 宮坂昌利，不作為を目的とする債務の強制執行として間接強制決定をするために債権者において債務者の不作為義務違反の事実を立証することの要否--最二小決平成17.12.9，ジュリスト，1327号，2007年2月。
  46. 森田修，不作為債務の間接強制の発令に際しては、債務者のその不作為義務に違反するおそれがあることを債権者が立証すれば足り、債務者が現にその不作為義務に違反していることを立証する必要はない，法学協会雑誌123巻11号，2006年11月。
  47. 森田修，保全執行において收受された間接強制金に対する不当利得返還請求の可否，法学協会雑誌，127巻11号，2010年11月。
  48. 山口和男，騒音の規制と被害者の救済，法曹時報，24巻10号，1972年10月。
  49. 山崎恒，子の引渡しの強制執行——直接強制の可否，判例タイムズ，1100号，2002年11月。
  50. 山田文，仮処分における被保全権利の不存在と間接強制金の不当利得，ジュリスト，1398号，2010年4月。
  51. 山本研，不作為義務の間接強制における執行の要件，NBL，827号，2006年2月。
  52. 山本和彦，事情変更による仮処分命令の取消決定が確定した場合に当該仮処分命令の保全執行としてされた間接強制決定に基づき取り立てられた金銭が不当利得となるとした事例，法学研究，83巻5号，東京：慶應義塾大学法学研究会，2010年5月。
  53. 山本和彦，フランス法からみた金銭執行の実効性確保，判例時報，1379号，2012年11月。
  54. 山本和彦，間接強制の活用と限界，法曹時報，66巻10号，2014年10月。