

基本案情·裁判要旨·学理研究·结论性观点

集萃200期《月旦法学》杂志的民事法判例

# 《月旦法学》

## 民事法判例研究汇编

CASE BOOK OF YUE DAN TAIWAN  
LAW REVIEW CIVIL LAW VOLUME

中国政法大学民商经济法学院

西南政法大学民商法学院 《月旦法学》杂志编委会 / 编

主编 赵万一 郑佳宁



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

基本案情·裁判要旨·学理研究·结论性观点

集萃200期《月旦法学》杂志的民事法判例

# 《月旦法学》

## 民事法判例研究汇编

CASE BOOK OF YUE DAN TAIWAN  
LAW REVIEW CIVIL LAW VOLUME

中国政法大学民商经济法学院

西南政法大学民商法学院 《月旦法学》杂志编委会 / 编

主 编 赵万一 郑佳宁

编 委 侯东德 易 军 汪青松 寇广萍 戴孟勇  
陈 汉 魏 华 李晶晶 袁淼英 韩 东



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

《月旦法学》民事法判例研究汇编/赵万一,郑佳宁主编.—北京:北京大学出版社,2016.7  
ISBN 978-7-301-26625-0

I. ①月… II. ①赵… ②郑… III. ①民法—案例—中国 IV. ①D923.05

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第297979号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权出版发行。

- 书 名 《月旦法学》民事法判例研究汇编  
《Yuedan Faxue》Minshifa Panli Yanjiu Huibian
- 著作责任者 赵万一 郑佳宁 主编
- 策划编辑 陆建华
- 责任编辑 苏燕英
- 标准书号 ISBN 978-7-301-26625-0
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路205号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱 [yandayuanzhao@163.com](mailto:yandayuanzhao@163.com)
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
- 印刷者 北京中科印刷有限公司
- 经 销 者 新华书店
- 730毫米×1020毫米 16开本 30.5印张 794千字  
2016年7月第1版 2016年7月第1次印刷
- 定 价 129.00元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

# 经由案例研究,形成“中国”民法学(代序)

## 一、案例研究与“中国”民法学

“中国”民法学如何形成?这个问题长期萦绕在我心头。

后发的中国法制领域,是各先进立法例之间的竞赛场。德国法、法国法、日本法、意大利法、瑞士法、英美法等,在中国都有代表,他们在中国法制的角斗场上翻翻滚滚地混战。热闹之余,静下心来想一想,不禁有一股凉意涌上心头——如果从法条到理论,我们的民法就是一个各国民法的杂拼版,它就应当叫做德法日意等国民法学,凭什么叫“中国”民法学呢?中国民法学者的贡献在哪里?

中国民法形成的关键,在于形成一套中国的民法解释论体系。法条与理论居于上,本土案例居于下,上下两层之间的血肉联系,就是本土的法解释论。我们的法条和理论均可能源于域外,但它们之前没有被用于分析解决中国案例;再强大的外国教授,也不可能代我们去做这一上下联系的工作。我们一旦去做了,并在以本国法条为起点,再追求上有合体系性、下有个案妥当性地解决本土案例的过程中,形成一套本土的法解释论,这一工作就有了原创意义。这就是世界法学知识的增量,这就是中国民法学者的贡献。

可以说,如果缺乏本土案例研究,我们的工作就只是在搬运。有了本土案例研究,原创意义才会以这一点为源头迸发出来,犹如画龙点睛,赋予我们其余的工作以生命和意义。

## 二、判例研究与大陆法系的民法传统

重视判例研究,已是当下大陆法系的共同趋势。这一点貌似与常识有违,但却是不争的事实。

判例在英美法系是法源,受到重视理所当然。但在当下的大陆法系,判例一样受到极大重视,尤其是最高法院的判例,常被作为实质意义上的法源对待。笔者有在美国与德国长期访学经历,对以上体系深有体会。德国联邦最高法院的判例堪称当代德国民法研究中最优先的对象,新判例甫一公布,会立刻引来法学教授的争相评论,焦点一方面在于凸显和评价其创新,另一方面在于如何将其融入既有体系。代表德国民法最高水平的法典评注,就是法条、法理与判例浑然凝结形成的板块;法律人遇到问题时,就可以在其中翻检答案。

判例在成文法体系中为何重要?该问题可作如下的证成。众所周知,成文法纵有法条万千,也不足以涵盖所有待调整的社会现实,此即成文法的不周延性;成文法颁布之后,随着社会的无限发展,必定会有越来越多的新的待调整社会现实出现,此即成文法的滞后性。以上是成文法的天然局限性。从理论上说,成文法可以通过修订来弥补这些缺漏,但修订需要等待时日,且通常是积累相当多的问题之后才会进行一次修订。裁判中的法官却无法坐等,他们面对漏洞时的窘境可想而知。而一旦有了发达的判例制度,就意味着在不修订成文法的情况下,可以利用判例对法律缺漏进行定点补充或更新,这是从司法层面对成文法局限性的一个非常重要的弥补手段。

从方法论上说,法律的适用方法有三种;规则的适用方法是涵摄,原则的适用方法是权衡,而判例的适用方法是类比。以上三者完全可以在同一大陆法系立法例下统一起来,互为补充,相得益彰。

## 三、中国的案例制度与案例研究

最高人民法院在制度建设上,长期以来发展了不同形式的案例制度,如《最高人民法院公

报》、最高人民法院中国应用法学研究所编辑的《人民法院案例选》等。最受关注的,当数最高人民法院指导性案例。指导性案例迄今已经公布了11批共56个,最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第7条规定:“最高人民法院发布的指导性案例,各级人民法院审判类似案例时应当参照。”等于以司法解释的方式肯定了指导性案例的实质性法源地位。这是我国案例研究的利好。

我国案例研究的重要利空,是法院判决书的说理还很薄弱,越是基层人民法院,这种情况越突出。在我国的法院判决书中,充斥着列举事实之后“根据某法某条,判决如下”的表述,从条文到结论之间的过程尤如一个黑箱,隐匿了法官的思维和判断,使得法律适用难以控制和检验,来自学说的力量难以与司法协力,也使判决书中蕴含的本国法治资源无法积累和生长。判决书说理薄弱有各方面的原因,其中一个重要的客观因素,恐怕是当下中国法官过高的办案量。试想,当一个基层法院法官每年要办四五百个案件(平均一个工作日两件)时,法官心里恐怕就只剩下最快地应付事务和最大限度地避免风险的念头,哪里还会想到去精心构想一个判决书呢?判决书说理的薄弱,影响了学说与司法的协力和本土法解释体系的形成。而判决书说理的增强,实须在司法改革的大背景下才能合理期待。

但是,学者不能因客观方面有待完善而放弃自己的责任。应当承认,随着我国民法学研究从立法论到解释论的变迁,案例研究也逐渐得到了一定的重视,研究成果中的本土案例分析成份在明显增加,一些中青年学者也开始将案例研究作为重心。但同样不能否认的是,本土案例研究还没有被当做法学作品中不可或缺的存在,本土案例研究的代表性成果还未出现,大规模、体系化、堪为法典评注奠基的本土案例梳理还未开始。一国的法学研究,最直接的目的就是服务于妥当判决的产生,这一点不经由大量本土案例研究,根本无从实现。对此,中国民法学界责无旁贷,也有很长的路要走。

我国台湾地区已有长期的判例研究传统和积累,王泽鉴先生的“民法学说与判例研究”是不朽的丰碑。但大陆民法学界对台湾地区的民法判例研究,却常常仅限于王先生的“天龙八部”,对王先生之外诸多优秀学者的优秀判例研究作品,却少有机会接触和学习,诚为遗憾。北京大学出版社蒋浩先生独具慧眼,发现了《月旦法学》杂志上刊载的诸多台湾地区优秀民事判例研究作品,并邀有能力的编者把它们集结成书,展现于广大读者面前——《〈月旦法学〉民事法判例研究汇编》。该书包括物权、债权、知识产权、婚姻家庭继承、侵权、商事法、民事程序法七部分,作者中既有前辈大家,也有新锐学者。论文普遍采取了法教义学与比较法相结合的研究方法,论述充分,说理透彻,是判例研究的精品佳作,值得大陆民法学界品读借鉴。

特别值得一提的是本书的两位主编。赵万一老师是民法学界的大家前辈,是西南政法大学民商法学科学术带头人;我作为后生晚辈,对赵老师的学术水平一向非常景仰。郑佳宁老师是民商法学界新秀,对外联系广泛,研究成果丰富,与我在同一教研室中经常交流。大家与新秀联袂,更使读者对合作成果多了一重期待。应佳宁之邀,在拜读了赵老师与佳宁主编的这部判例研究论文集后,结合自己以往思考,谈一些感受,聊作序言,敬请大方之家指正。

希望经由本土案例研究,我们能够早日面无愧色地在民法学之前冠以“中国”之名。



中国政法大学教授、博士生导师

2016年5月

# 目 录

## 第一编 物 权

“土地与房屋不同属一人所有”不宜类推适用“民法”第四二五条之一	
——“最高法院”2007年台上字第1359号判决在法学方法论上的再思考	吴从周…… 003
债权、物权相对化(二)	
——“最高法院”2007年台上字第1359号判决评释	谢哲胜…………… 013
对信托财产的强制执行	
——“最高法院”2000年台抗字第555号裁定评释	谢哲胜…………… 021
违章建筑的事实上处分权	
——“最高法院”1954年台上字第856号判例、1978年第二次民事庭决议(一)、1980年台上字第3726号判决、1997年台上字第2272号判决评释	谢哲胜…………… 032

## 第二编 债 权

种类之债或选择之债?	
——“最高法院”2008年台上字第1278号民事判决评释	吴从周…………… 041
一般情事变更原则于给付工程款案例之适用	
——兼评“最高法院”2005年台上字第898号判决	姚志明…………… 056
承揽瑕疵损害赔偿与不完全给付于“最高法院”判决发展之轨迹	姚志明…………… 072
预售屋广告之契约拘束力	
——评“最高法院”2003年台上字第2694号判决及相关判决	姜炳俊…………… 083
连带债务与不真正连带债务	
——评“最高法院”2000年台上字第1734号民事判决	王千维…………… 092
继续性契约下之阻却给付迟延责任之事由	
——评“最高法院”1998年台上字第2259号判决	陈洗岳…………… 099
性质错误与动机错误	
——评“最高法院”2000年台上字第465号判决	陈洗岳…………… 105
条件与期限	
——评“最高法院”2000年台上字第2747号判决	陈洗岳…………… 111

## 预扣利息与金钱借贷之成立

- 评“最高法院”1998年台上字第2244号判决 刘春堂 ..... 117
- 违约金分类标准之建立暨现行法违约金相关问题之省思
- 评“最高法院”1994年台上字第2879号判决 林忠义 ..... 124
- 非对话意思表示的生效时点
- 评“最高法院”1997年台抗字第628号民事裁定 黄立 ..... 131
- 旅游广告的效力以及异常条款问题
- 评台湾地区台北地方法院1998年重诉字第760号民事判决 黄立 ..... 135
- 预售屋契约适用“消费者保护法”之时点
- 兼论“最高法院”2001年台上字第443号民事判决 黄立 ..... 142
- 板桥地方法院2000年重诉字第65号“博士的家”判决评析 黄立 ..... 146
- 论违背据实说明义务之解除权与意思表示被诈欺之撤销权
- “最高法院”1997年台上字第2113号判例之检讨 刘宗荣 ..... 163

## 第三编 知识产权

## 均等论与禁反言之“权利纠葛”

- 评“最高法院”2007年台上字第1134号民事判决及其下级法院判决 沈宗伦 ..... 177

## 第四编 婚姻家庭、继承

## 论破绽主义离婚法之转折与突破

- 兼评“最高法院”2009年台上字第1223号判决 吕丽慧 ..... 203
- 台湾日据时期之养女与养媳
- 评“最高法院”1999年台上字第1943号判决 邓学仁 ..... 215
- 日据时期夫与妾收养子女之效力
- 评“最高行政法院”2000年判字第598号判决 邓学仁 ..... 222
- 虚伪出生登记之亲子关系
- 评“最高法院”1999年台上字第2318号判决 邓学仁 ..... 229
- 论否认子女之诉与真实主义
- 评释字第587号解释 邓学仁 ..... 235
- “民法亲属编施行法”第六条之一之适用
- 评“最高法院”1998年台上字第2316号民事判决 郭振恭 ..... 244
- 确认亲子关系存否之诉与认领之无效
- 评析“最高法院”2008年台上字第1613号判决 郭振恭 ..... 250

## 离婚后酌定、改定子女监护人之准据法

- “最高法院”1993 年台上字第 1888 号判决之评释 陈荣传 ..... 257

## 第五编 侵 权

## 从消费者保护之观点检讨金融卡盗领之风险分担原则

- 以“最高法院”2001 年台上字第 330 号判决为例 杜怡静 ..... 269

## 度假村会员权纠纷与“消费者保护法”第 19 条无条件解约权之适用

- 1998 年简上字第 91 号判决评释 杜怡静 ..... 278

## 棒球比赛中观众遭飞球击伤的责任探讨

- 评板桥地方法院 2006 年诉字第 1016 号判决 邵庆平 ..... 288

## 民法上的过失概念

- 以“最高法院”2007 年台上字第 1649 号判决为反思出发点 游进发 ..... 296

## 涉外亲子间法律关系判决之评析

- 评“最高法院”1993 年台上字第 1835 号判决 林益山 ..... 306

## 餐厅的商品与服务责任问题

- 评台北地方法院 1999 年诉字第 2039 号及同院 1999 年诉字第 541 号民事  
判决 黄立 ..... 309

## 第六编 商 事 法

## 劳动能力丧失与慰抚金的调整补充机能

- “最高法院”2004 年台上字第 1489 号民事裁判评释 陈聪富 ..... 321

## 受雇人执行职务之行为

- 评“最高法院”1997 年台上字第 1497 号判决 陈聪富 ..... 328

## 脱法行为、消极信托及借名登记契约

- “最高法院”2005 年台上字第 362 号民事判决评释 陈聪富 ..... 333

## 消极信托和借名登记形同脱法行为

- 实务相关判决评释 谢哲胜 ..... 343

## 第七编 民事程序法

## “民事诉讼法”第 3 条于涉外案件之运用

- “最高法院”2004 年台抗字第 176 号裁定评析 吴光平 ..... 357

## 否认子女之诉与确认亲子关系不存在之诉

- “最高法院”2003 年台上字第 1643 号判决解释论之批判 李木贵 ..... 375



## 国际管辖权的合意

- 评“最高法院”2003 年台上字第 2477 号民事判决 陈启垂 ..... 398
- 法院为重整裁定前快速筛选机制之研究
- 从台湾高等法院 2002 年抗字第 4078 号民事裁定谈起 庄佳玮 ..... 409
- 申请本票裁定强制执行非讼程序上时效抗辩之审究
- “最高法院”2005 年台抗字第 308 号裁定评释 许士宦 ..... 416
- 民事诉讼当事人诉讼权之保障
- 兼评“最高法院”1940 年上字第 2003 号判例、1952 年台上字第 94 号判例、1969 年台上字第 3015 号判决、1992 年台上字第 90 号判决 张文郁 ..... 428
- 当事人变更与追加
- 评“最高法院”2010 年台抗字第 393 号裁定与台湾高等法院 2010 年抗字第 1332 号裁定 刘明生 ..... 444
- 特别法对消灭时效期间无规定时应回归原则
- 评台中地方法院 1999 年诉字第 561 号民事判决 黄立 ..... 454
- 再论以仲裁判断强制执行之执行名义
- 兼评台湾高等法院 2001 年重上字第 300 号民事判决 吴光陆 ..... 459

# 第一编 物 权



# “土地与房屋不同属一人所有”不宜类推适用“民法”第四二五条之一

——“最高法院”2007年台上字第1359号判决在法学方法论上的再思考

吴从周\*

## 基本案情

本件事实是依据第二审台湾地区高等法院之判决认定,略为:系争房屋,系于1984年由其基地之所有权人即被上诉人乙(即本诉被告)之父亲林○成一人出资34万元,以被上诉人乙为起造人名义申请建造执照,委托刘○华建筑师兴建,作为林○成所营造连锁便当店之中央厨房之用,并取得使用执照,其后并以此形式缴纳税金,故“乃属赠与资金予儿女盖屋并且由儿女立即取得房屋所有权之情形”。因为类似情形亦曾发生过,亦即林○成于其长女林○净结婚前之1977年,林○成也是以林○净为起造人,于林○成所有之台中市○区○○段173之48/地号土地上,建造台中市○○路213巷10号房屋一栋,嗣于林○净结婚后房屋所有权亦归林○净所有。被上诉人乙则于2004年8月24日申办系争房屋之第一次(保存)登记。

嗣林○成于1997年病危后,却于1998年1月将系争土地赠与登记为其母谢○霞所有,谢○霞则于2005年7月将系争土地出售予上诉人甲(即本件原告),甲乃依“民法”第767条无权占有之规定,诉请系争房屋现占有人乙拆屋还地。

## 裁判要旨

### 一、高等法院判决理由

第二审台湾地区高等法院台中分院2006年重上字第130号判决采取否定见解,理由论述非常详尽,为求下文说明与讨论方便,将其分成以下两点臚列:

(1) 按土地与房屋为个别之不动产,各具相当之使用及经济价值等,各得单独为交易之标的,且房屋性质上不能与土地使用权分离而存在,亦即房屋之存在及使用房屋必须使用该房屋之地基,而不容轻易变动,此为房屋基地之使用权恒定原则,为房屋与其基地使用关系之基本法理,而为近代民法权利社会化、物权相对化、债权物权化发展趋势之所在,是早在1959年,“最高法院”即以1959年台上字第1457号判例揭示“土地与房屋为个别之不动产,各得单独为交易之标的,且房屋性质上不能与土地使用权分离而存在,亦即使用房屋必须使用该房屋之地基,故土地及房屋同属一人,而将土地及房屋分开同时或先后出卖,其间虽无地上权设定,然除有特别情事,可解释为当事人之真意,限于卖屋而无基地之使用外,均应推断土地承买人默许房屋承买人继续使用土地”之法旨,嗣“民法”于1999年修正,复基此而新增第425条之1,规定:“土地及土地上之房屋同属一人所有,而仅将土地或仅将房屋所有权让与他人,或将土地及房屋同时或先后让与

\* 台北大学法律学系副教授。

相异之人时,土地受让人或房屋受让人与让与人或房屋受让人与土地受让人间,推定在房屋使用期限内,有租赁关系。其期限不受第四百四十九条第一项规定之限制。”予以明文化,而确定上开债权物权化之大原则。

(2) 又按法律无规定者,相类事实得比附援引,类推适用相类之法理,此为“民法”第1条之基本精神。揆之上开判例及“民法”新增第425条之1规定之法旨,乃基于房屋及基地之使用权关系恒定暨房屋暨得使用权(笔者按:“暨”字为判决原文,似应为“既得使用权”之误)保护原则之考虑,而肯认基地使用权不因基地物权之嗣后变动而受影响之法则,是房屋所有权人对土地所有人原已取得基地利用权,嗣将土地或房屋出卖致房地异主时,虽与上开判例或“民法”新增之规定所称之“土地及房屋同属一人”情形未尽相同,惟乃与上揭基本法则相类,自可类推适用之,并据“最高法院”以2002年台上字第1919号、2003年台上字第1984号、2004年台上字第1328号判决要旨阐释甚详在案,可资遵循。是于房屋所有权人对房屋基地原已合法取得利用权者,虽其后基地物权发生变动,于房屋仍可使用之年限内,因受让而取得土地所有权者,当不得任意终止其使用关系,乃当然之结论,至该土地权利人得依租赁之法律关系请求房屋权利人给付租金,要属另一问题参照“最高法院”2004年台上字第1328号判决要旨。

## 二、“最高法院”判决之理由

“最高法院”对此作出之2007年台上字第1359号判决,基本上与第二审法院相同,但又另外单独补充一段独立论述,作为第三审判决的理由:“查系争房屋之建造即为系争土地原所有人林○成实际所出资,核与系争土地及房屋同属一人所有者相类,堪认林○成于出资建造时应已认知并允许该屋于堪用之期限内继续使用其基地,且上诉人于买受系争土地时,系争房屋已存在多年,当难诿为不知,自无不许类推适用民法第425条之1规定及本院1959年台上字第1457号判例之理由,应可推断上诉人已默许被上诉人乙之系争房屋继续使用系争土地,始与诚信原则及社会正义之要求无违,此与本院1970年台上字第2490号判例所揭房地现占有人与原所有人间订有单纯使用借贷契约之事实有别。原审因以上述理由,为不利于上诉人之论断,经核于法洵无违误。”

## 学理研究

### 一、问题之提出

本判决所涉及的事实,其实“最高法院”曾经出现过多种不同的见解,为此该院还特别召开2006年第16次民事庭会议决议,以求统一不同见解之“最高法院”判决。“最高法院”此一判决之事实,其实不脱上开决议之提案讨论对象<sup>①</sup>,但值得注意的是,在该决议作成之后的本件判决,见解似乎依然偏离“最高法院”之统一见解。

最近,学说上对此一“最高法院”判决(含第二审高等法院台中分院判决),从债权物权相对化的观点予以肯定与赞扬,学者见解固甚有见地<sup>②</sup>,但如果从法学方法论的思考角度观察,则此一判决容有诸多可以进一步检讨之处,为此,本文拟从法学方法论的角度,对此一判决再作思考。

<sup>①</sup> 本判决与2006年第16次民事庭会议决议事实的差异点,只在于:前者,也就是本判决,是土地所有权人异人,后者则是房屋所有权人异人而已。关于本决议之详细评释,参见吴从周:《债权物权化、推定租赁关系与诚信原则》,载《台湾本土法学杂志》2008年第111期,第1—25页。

<sup>②</sup> 参见谢哲胜:《债权、物权相对化》(二),载《月旦法学》2008年第162期,第196—206页。

本件“最高法院”与高等法院台中分院之见解,其实是一致的,这两个判决共同涉及如下疑问:

(1) 本判决作出于“最高法院”2006年第16次民事庭会议决议之后,但在结论上却与该决议结论不同,逸脱“最高法院”决议统一解释适用法律之功能,是否妥当?

(2) 高等法院之判决谓“民法”第425条之1是“确定债权物权化之大原则”,是否正确?

(3) “民法”第425条之1规定以“土地及房屋同属一人所有”为要件,就“土地与房屋不同属一人所有”之情形,系立法者有意排除不为规定抑或疏未规定?

(4) 本判决倘不宜将“土地与房屋不同属一人所有”之情形,类推适用“民法”第425条之1规定,有无其他解决途径?

## 二、形式上的疑问

### (一) 在2006年第16次民事庭会议决议之后

本判决所涉及之疑问,乃是“最高法院”曾经出现过的不同见解的通案案型,“最高法院”并为此于2006年11月14日作出2006年第16次民事庭会议决议,提出3种不同的看法进行讨论,分别从有无可能将使用借贷契约之债权效力物权化(甲说),在土地与其上之房屋不同属于一人时,有没有可能类推适用“民法”第425条之1(乙说),以及是否宜交由具体个案情形斟酌双方当事人的损益,而委诸诚信原则与禁止权利滥用等加以控制(丙说),最后作成结论。值得强调的是,“最高法院”上开决议的结论并未采取前面两种说法,而是采取第三种说法,决定交由具体个案,以诚信原则调整当事人之间的法律关系。决议结论为:“采丙说,视具体个案情形决定之。按使用借贷契约系债之关系,仅于当事人间有其效力。丙买受系争房屋,并不当然继受其前手与系争土地所有人间之使用借贷关系,原则上不得执该关系主张其有使用系争土地之权利。惟于具体个案,尚应斟酌当事人间之意思、交易情形及房屋使用土地之状态等一切情状,如认为土地所有人行使所有权,违反诚信原则或公共利益或以损害他人为主要目的,仍应驳回其请求。”

查本件台湾地区高等法院台中分院是在同年即2006年12月12日辩论终结,于同年12月26日作出判决宣示,已在该决议作成后将近1个月,却未能参考这个决议的见解,依然采取“最高法院”总会决议结论所不采纳的“类推适用民法第425条之1”。第二审法院或许未及参考嗣后始公布的该决议,虽属可惜,但尚可理解。

但令人惊讶的是,宣示判决日期为2007年6月21日的本件“最高法院”判决,由其判决文字固然可以推测其已经考虑到上开2006年第16次民事庭决议的结论,因此谓:“应……许被上诉人乙之系争房屋继续使用系争土地,始与诚信原则及社会正义之要求无违”,但却又同时认为,“系争房屋之建造既为系争土地原所有人林○成实际所出资,核与系争土地及房屋同属一人所有者相类,堪认林○成于出资建造时应已认知并允许该屋于堪用之期限内继续使用其基地,且上诉人于买受系争土地时,系争房屋已存在多年,当难诿为不知,自无不许类推适用民法第425条之1规定及本院1959年台上字第1457号判例之理由”,似乎又兼采上开民事庭决议所不采、“土地与房屋不同属一人”得类推适用第425条之1的乙说,令人费解。足见“最高法院”即便在作出上开决议之后,其内部见解似仍未统一,对于法律的统一适用,影响甚巨。

### (二) 四票赞成 vs. 十票反对

本判决的另一个形式上的疑问系,第二审判决提出用以支持其“土地与房屋不同属一人所有”的论据,是“最高法院”曾经作出的2002年台上字第1919号判决,2003年台上字第1984号判

决及2004年台上字第1328号判决,亦采相同说法。第二审法院引用“最高法院”的上开3个判决的见解,固非无据。其实,如果笔者没有遗漏,除了这3个判决以及本件“最高法院”2007年台上字第1359号判决外,应该还有一个采取相同见解的“最高法院”2006年台上字第551号判决。

在本判决之前的总共4个赞成类推适用的判决,可称为“赞成类推适用说”中理由论述最详尽、最具代表性者,堪推2002年台上字第1919号判决。笔者推测,本件第二审判决之说理应系受到此一判决相当大的影响。该判决谓:按本院1959年台上字第1457号判例谓:土地与房屋为个别之不动产,各得单独为交易之标的,且房屋性质上不能与土地使用权分离而存在,即使用房屋必须使用该房屋之地基,故土地及房屋同属于一人,而将土地及房屋分开、同时或先后出卖,其间虽无地上权设定,然除有特别情事,可解释为当事人之真意,限于卖屋而无基地之使用外,均应推断土地承买人默许房屋承买人继续使用土地。寻绎其规范之本旨,乃侧重于房屋所有权与基地利用权一体化之体现,并基于房屋既得使用权保护原则之考虑,进一步肯认基地使用权不因基地物权之嗣后变动而受影响,借以调和土地与建物之利用关系,庶符社会正义之要求。是房屋所有人对土地所有人原已取得基地利用权,嗣将土地或房屋出卖因致房地异主时,虽与上开判例所称之“土地及房屋同属一人”情形未尽相同,但就该判例规范之目的及债权物权化之趋势而言,得否依“相类事实,应为相同处理”之法理而为类推适用,即值深究。

但是,姑不论第二审判决忽略了前述其作出判决时已经存在的2006年第16次民事庭总会决议之不同结论,即便就第二审判决作出时已经存在的“最高法院”判决而言,绝大部分的判决都是采取反对“土地与房屋不同属一人所有”可以类推适用“民法”第425条之1的判决。因此,“反对类推适用说”其实才是居于多数。<sup>③</sup>就笔者所搜集到采反对说的判决,至少尚有:“最高法院”2008年台上字第721号判决、2007年台上字第1322号判决、2006年台上字第2717号判决、2005年台上字第551号判决、2003年台上字第968号判决、2002年台再字第30号判决、2001年台上字第1366号判决、2000年台上字第273号判决、1997年台上字第3515号判决、1995年台上字第2886号判决共10个判决,均强调:“民法”第425条之1或1959年台上字第1457号判例,系以“土地及房屋同属一人所有”为适用之前提要件。

此处可举判决理由具有相当代表性的为最近“最高法院”2007年台上字第1322号判决。该判决的第二审见解(高等法院台中分院2006年上字第245号判决)原本亦采“赞成类推适用说”,认为,系争土地与系争厂房屋原非同属一人所有,虽无法直接适用“最高法院”1959年台上字第1457号判例及“民法”第425条之1,但被上诉人于1987年间经系争土地当时所有权人陈○长等三兄弟之同意,在系争土地上兴建系争厂房,嗣该等土地因分割、赠与辗转登记在上诉人名下,其情形既与“最高法院”1959年台上字第1457号判例及“民法”第425条之1,系基于房屋与基地之使用权关系恒定及房屋既得使用权保护原则之考虑,肯认基地使用权不因基地所有权变动而受影响之法理相类,自可类推适用上开判例及法条。故受赠取得系争土地所有权之上诉人,仍应受其前手同意被上诉人在该等土地上兴建系争厂房之拘束,亦即被上诉人得对上诉人主张其有使用系争土地之正当权源,上诉人以陈○长等三兄弟出具之土地使用同意书仅具债权之效力,而谓

<sup>③</sup> 笔者在2007年4月的一篇文章《推定租赁关系:民法第四二五条之一之适用与类推适用》中,即已指出此一争论之概况,参见吴从周:《推定租赁关系:民法第四二五条之一之适用与类推适用》,载《民法法学与法学方法》(第三册),2007年10月版,第123—125页。

其不受该同意书之拘束,亦不足采。但“最高法院”以下列理由将其废弃<sup>④</sup>,改采“反对类推适用说”:惟按本院 1959 年台上字第 1457 号判例推断土地承买人默许房屋承买人继续使用土地,以及“民法”第 425 条之 1 推定土地受让人或房屋受让人与让与人间或房屋受让人与土地受让人间,在房屋得使用期限内存在,乃以土地及其上之房屋同属一人所有为前提,而使用借贷契约既为债之关系,仅于当事人间有其效力,则原审认定被上诉人陈○长等三兄弟间就系争土地有使用借贷关系,被上诉人嗣后在系争土地上建筑系争厂房,可否类推适用上开判例及法条,径对嗣后取得该等土地所有权之上诉人发生效力,自有再研求之余地。倘不得类推适用,则两造间就系争土地似无使用借贷或租赁关系存在,从而上诉人行使所有权,除别有违反诚信原则或公共利益或以损害他人为主要目的之情事外,其基于“民法”第 767 条之规定,请求被上诉人拆除系争厂房及返还系争土地,似难谓无据。

准此,实务歧见的现况应该是:“四票赞成 vs 十票反对”,“反对类推适用说”应该是实务通说,本判决理应跟随此说才对!当然,真理不能用表决,理论的对错,也不是以多数决为准,本件第二审判决在多数判决以及 2006 年第 16 次民事庭总会决议采“反对类推适用说”的前提下,仍然坚持采取不同的看法,在审判独立的原则上,确属难能。然而其类推适用的论述过程在法学方法论下是否正确无误,却有待进一步检验。

### 三、方法论上的实质检讨

#### (一) “土地与房屋同属一人所有”作为关键性要件

首应说明者系,“土地与其上之建筑物同属一人所有”,是与“民法”第 425 条之 1 立法目的完全相同的“物权法”第 876 条规定之关键性要件。因为“土地及土地上之建筑物不同属一人所有”时,并无拟制法定地上权存在之必要,殆为物权法学者间之通说见解。

谢在全教授谓:“土地及其上之建筑物如本即为不同之所有人,则其间利用关系或早有安排,或应由其自行解决之,法律并无介入之必要,故必以土地与建筑物同属一人所有,始有本条之适用。”<sup>⑤</sup>姚瑞光教授谓:“苟非二者同属于一人所有,则无论仅以土地或仅以建筑物为抵押,或以土地及建筑物为抵押,于拍卖抵押物时,土地上之建筑物可继续原来利用土地之关系,无庸另行拟制已有地上权设定。”<sup>⑥</sup>郑玉波、黄宗乐教授谓:“土地及其土地上之建筑物须属于同一人之所有,若原已异其所有人时,则利用关系已定,无适用本条之余地。”<sup>⑦</sup>史尚宽教授亦谓:“抵押权设定时,土地及建筑物须属于同一人,二者属于个别之人,则利用关系已定。”<sup>⑧</sup>在物权法学者中,主要似仅见谢哲胜教授采取不同见解,认为土地及其土地上之建筑物不同属一人所有时,为了减少基地与房屋所有权人间自行协商的交易成本,避免拆屋还地的社会成本,应将第 425 条之 1 类推适用于一开始“土地及房屋就不同属于一人”的基地使用借贷的情形,以平衡当事人的权义关系。<sup>⑨</sup>

<sup>④</sup> 本件废弃发回更审后,高等法院台中分院更一审判决[2007 年上更(一)字第 43 号判决]遵照这个“最高法院”2007 年台上字第 1322 号判决之见解,改采“反对类推适用说”,当事人不服上诉,经“最高法院”2008 年台上字第 721 号判决维持原判决驳回上诉而确定。

<sup>⑤</sup> 谢在全:《民法物权论(中)》(修订四版),台北新学林出版股份有限公司 2007 年版,第 569 页。

<sup>⑥</sup> 姚瑞光:《民法物权论》,1984 年 10 月版,第 245 页。

<sup>⑦</sup> 郑玉波:《民法物权》(修订十五版),黄宗乐修订,台北三民书局 2008 年版,第 293 页。

<sup>⑧</sup> 史尚宽:《物权法论》,1987 年 1 月版,第 273 页。

<sup>⑨</sup> 参见谢哲胜,注②书,第 204 页。



就“民法”第425条之1规定之要件而言,研究债法的学者似乎也多采取与物权法学者相同的看法,否定“土地及房屋不同属一人所有”有类推适用的可能性。林诚二教授扼要强调:“本条规定适用上以土地及房屋同属一人所有为前提。”<sup>⑩</sup>刘春堂教授进一步指出:“本条规定之适用,须土地及其土地上之房屋同属一人所有,其非同属一人所有者,如房屋属于基地承租人或地上权人所有是,则应适用“民法”第425条、第426条之1等规定。”<sup>⑪</sup>洵属的论。<sup>⑫</sup>

综上,不论是物权法学者还是债法学者对第876条或第425条之1规定的通说见解,都一致明白区分“土地与房屋同属一人”与“土地与房屋不同属一人”所有之情节不同,只有在前者,才会涉及需要法律介入“拟制(视为)有地上权设定”或者“推定租赁关系”,而创设一个新的法律关系,而在后者,则是涉及原有已存在的法律关系(例如使用借贷关系、基地租赁关系),是否“债权物权化”而被继受存在的问题,也就是要不要适用或者类推适用第425条、第426条之1等规定之问题。因此,就如同下文将要指出的,第425条之1与“债权物权化”之规定没有任何关系!

附带言之者,在比较法上,台湾地区“民法”第876条仿自《日本民法典》第388条,该条规定:“土地及土地上存在的建筑物属于同一人所有,而只以其土地或建筑物设定抵押权,又因抵押权实行致使所有权人不同时,视为已经就该建筑物设定了地上权。此时地租,根据当事人的请求,由法院确定。”<sup>⑬</sup>亦以“土地及房屋同属于一人所有”为适用上重要的前提要件。

## (二) “民法”第425条之1与“债权物权化”无关

由上开论述可知,第425条之1的立法目的,是为了避免危害社会经济所设的特别规定,与第425条所谓的“买卖不破租赁”,是为了保护社会经济之弱者而使得“租赁物权化”,取得某程度之物权效力而得以对抗租赁物之受让人,并不相同,因此,第425条之1之规定与债权物权化应无关涉,与第425条属于债权物权化的典型案例,应属二事。<sup>⑭</sup>

准此以解,前述第二审法院判决理由第一点中,谓:“房屋之存在及使用房屋必须使用该房屋之地基,而不容轻易变动,此为房屋基地之使用权恒定原则,为房屋与其基地使用关系之基本法理,而为近代民法权利社会化……趋势之所在”,固可赞同。但随即又加上,也是“物权相对化、债权物权化发展趋势之所在,是早于1959年,‘最高法院’即以1959年台上字第1457号判例揭示……(此)法旨……民法于1999年间修正,复基此而新增第425条之1规定予以明文化,而确定上开债权物权化之大原则”,把第425条之1误为“债权物权化”原则之表现,则嫌误解矣!

## (三) “土地与房屋不同属一人所有”是立法者有意排除抑或疏未规定?

前述高等法院第二点理由固然正确思考了“土地与房屋不同属一人所有”与法文所称之“土地及房屋同属一人”情形未尽相同,前者已超过后者之法律“可能文义范围”,无解释之可能,故属法未明文,应构成法律漏洞。因而求诸“民法”第1条之“基本精神”(按即“法理”),应类推适用相类似规定之法理,考虑应否将“土地及房屋同属一人”之规定,类推适用于法未明文的“土地

<sup>⑩</sup> 林诚二:《法律推定租赁关系》,载《民法问题与实例解析》(一),瑞兴图书股份有限公司2005年版,第358页;林诚二:《民法债编各论》(上)(修订二版),瑞兴图书股份有限公司2003年版,第395页。

<sup>⑪</sup> 刘春堂:《民法债编各论》(上),2003年版,第231页。

<sup>⑫</sup> 其他的债法各论教科书对于本条之论述,包括邱聪智:《新订债法各论》(上),姚志明校订,元照出版有限公司2002年版,第310页,以及黄立主编:《民法债编各论》(上),元照出版有限公司2002年版,第291—292页,虽均未特别区分说明,但在论述的前后脉络上显然都以限于“土地与房屋同属一人”之要件为限。

<sup>⑬</sup> 参见渠涛:《最新日本民法:日本民法典》,法律出版社2006年版,第81页。

<sup>⑭</sup> 参见吴从周,注①书,第16页。

与房屋不同属一人所有”之案型。

但是,在结论上,“最高法院”似乎只是形式性的宣示:“基于‘房屋及基地之使用权关系恒定’暨‘房屋既得使用权保护原则’之考虑,而肯认基地使用权不因基地物权之嗣后变动而受影响之法则”,因而直接认为“与上揭基本法则相类,自可类推适用之。”可惜此种推论似嫌太快。

按类推适用是一种取向于目的考虑的思考过程,固然正确。然而在此,“最高法院”似乎没有进一步清楚地区分思考:“漏洞认定”与“漏洞填补”这两个同时进行但却是一体两面之“目的探究”。亦即,“漏洞认定”是“漏洞填补”的前提,在操作的过程中,认定是否有漏洞存在,同样也应该比较未规定的案型与已规定的案型间是否具有类似性,以探知及确认现行法是否不完整,而此种类似性的判断则取决于法律背后的立法目的与立法评价。<sup>15</sup>

换言之,高等法院第二点理由所强调的,揆诸该条立法目的,重在“房屋所有权与基地使用权之一体化”,或者说“房屋与基地使用权关系恒定原则”以及“房屋既得使用权保护原则”之考虑,故本件事实与该条规定相类似,而可类推适用等语,系重在“漏洞填补”面的论述。但一个同时要考虑的前提是:如何认定本件事实是第425条之1未规定的法律漏洞,也就是说,如何作成“漏洞认定”?

如果考察本条之立法史所沉淀的立法目的,如所周知,本条是来自实务受到“民法”第876条法定地上权规定之启发,针对利用土地之建筑物原属于同一人,土地与其上之建筑物所有人之间原本没有任何法律关系存在,嗣后因故而分属不同之人的个案,造成土地上之建筑物没有占有土地之正当权源,为避免建筑物因此无法取得对土地之利用权,危害社会经济与成本,因此仿照该条规定作成1959年台上字第1457号判例而予以法则化,以“房屋与土地同属一人为要件”,进而在1999年5月5日“民法”债编修正时,被明文化成为第425条之1,以规范土地与房屋所有人间原本不存在之法律关系。<sup>16</sup>

因此,对于此一重要之构成要件要素,即便考虑本条之立法目的,但在两个案型之类似性的比较上或者说“漏洞认定”上,诚如本判决事实所显示的:在“土地与房屋不同属一人”时,一开始土地与土地上之房屋就分属于不同之人,则二者本来就已经存在法律关系(例如未定期限的使用借贷关系),也就是高院判决理由第二点中所谓的“房屋所有权人对土地所有人原已取得之基地利用权”,嗣后土地与房屋之所有权人易手,自得依循该法律关系处理,此与“土地及房屋同属一人所有”,原本并没有任何法律关系存在,因此才需要法律介入为其“拟制”(“民法”第876条所采)或“推定”(“民法”第425条之1所采)而创设一个新的法律关系,二者并不相同。因此,实在难以想象立法者会将此二者等同看待,而“疏未规定”此种案型,相反,它毋宁比较接近是立法者“有意排除”或“有意省略”之案型,因而立法者才会在构成要件上特别设定“土地与房屋同属一

<sup>15</sup> 参见吴从周:《民法上之法律漏洞、类推适用与目的性限缩》,载《民事法学与法学方法》(第1册),2007年版,第140页。

<sup>16</sup> 参见吴从周,注③书,第111—115页对本条立法缘由之详细说明。第425条之1的立法理由即载明:“土地及房屋为个别之不动产,各得单独为交易之标的。唯房屋性质上不能与土地分离而存在。故土地及其土地上之房屋同属一人所有,而仅将土地或仅将房屋所有权让予他人,或将土地及房屋同时或先后让予相异之人时,实务上见解(‘最高法院’1959年台上字第1457号判例,1984年5月8日第5次民事庭会议决议参照)认为除有特别约定外,应推断土地受让人默许房屋受让人继续使用土地,但应支付相当代价,故其法律关系之性质,当属租赁。为杜争议,并期明确,爰将其明文化。又为兼顾房屋受让人及社会经济利益,明定当事人间在房屋得使用期限内,除有反证外,推定有租赁关系,其期限不受第449条第一项20年之限制。爰增订第一项。”(本条之立法理由及本文所提及之判决例,参见陈忠五主编:《新学林出版有限公司分科六法——民法》,台北新学林出版有限公司2008—2009年版,第B491页以下多有收录,足供参考。)

人所有”作为区隔之要件,否则立法者大可不必列出此一法定要件。所以,在“漏定的认定”上,透过立法目的的探究,反而应该根本否定有这样的法律漏洞存在。

准此以解,前述“最高法院”多数判决,都认为第425条之1须以“土地与房屋同属于一人所有”为适用前提,“土地与房屋不同属于一人所有”时无类推适用之余地,应可赞同。本件高等法院第二点理由仅以本条之立法目的(立法意旨)在“保护房屋既得使用权”,就一律认为在“房屋所有权人对土地所有人原已取得之基地使用权”之外,也应该类推适用第425条之1,再创设或“推定”出另外一个(租赁)法律关系,反而将破坏当事人间原本基于其意思已经存在的原有法律关系,应不足采。也就是说,在“土地及房屋不同属一人所有”之情形,其所需要思考的毋宁是:该原有的债之法律关系是否以及如何继续存在于新的房屋或土地受让人间之问题,并不需要借助本条规定再拟制或推定其法律效果。

#### 四、类推适用以外的解决途径

准上所述,结论上“最高法院”如果认为已经存在于土地上之房屋应该受到保护,不应随意因为土地的转让而被请求拆屋还地,则在上开类推适用第425条之1以外,其实应该还有如下两个途径可以尝试解决:

##### (一) 直接将本案事实认定为“土地与房屋同属一人所有”

如果依照本件高等法院的事实认定所载:“系争房屋系于1984年,由其基地之所有权人林○成斥资34万元,以被上诉人乙为起造人名义……作为林○成所营造连锁便当店之中央厨房之用……兴建系争房屋之资金乃由林○成一人所出”;及“最高法院”维持该事实认定之基础谓:“系争房屋之建造系争土地原所有人林○成实际所出资”,“乃属赠与资金予子女盖屋并且由子女立即取得房屋所有权之情形……可知,系争房屋乃于1984年间经原地主林○成之同意而在系争土地上建造……足见原地主于房屋兴建之初,乃至其后十余年间,已明白显示该房屋有继续使用其基地之意思”,则系争房屋虽然“形式上”登记为其子即被上诉人乙所有,但“实质上”与同属于土地所有人林○成一人所有,其实并无相异之处。也就是将本案事实就认定或者解为“土地与房屋同属一人所有”。

换言之,此时可以探究本条之立法目的而扩张解释本条文,将“土地与其土地上之房屋‘同属一人所有’”中“同属一人所有”之概念,扩张解释为不限于“形式上”登记为同一人所有,也包括“实质上”为同一人所有之情形。例如土地所有人为父亲,出资在该土地上兴建房屋,虽以借名登记或信托登记之方式将房屋形式上登记为子女所有,但实际上父亲仍为管理使用者。此时,土地与房屋所有人之间必然不会有土地使用关系之明白约定,一旦土地所有人将土地所有权转让他人,或者形式名义登记之房屋所有人将房屋转让他人,即有由法律介入拟制或者推定当事人间法律关系之必要。

诚如姚瑞光教授针对“民法”第876条早已指出者:“亲子或夫妇间,就土地及其上之建筑物,名义上非同属于一人所有,但实际上土地上之建筑物利用该土地,并无明显之法律关系存在,依一般社会观念,常被认为同属一人所有……如依条文文义严格解释,既非同属于一人所有,则因仅以土地或仅以建筑物,或以土地或建筑物为抵押之结果,土地与建筑物之拍定人各异时,自均无该条各项之适用。但为顾全社会经济利益,避免拆屋起见,均有视为已有地上权之设定之必要”<sup>①7</sup>,在仿抄自该条的“民法”第425条之1的情形,也应该有其适用。申言之,此时不应拘泥于

<sup>①7</sup> 姚瑞光,注⑥书,第245页。

文义作严格解释,相反,应该扩张解释为“实质上”同属一人所有。此时,因为并未破坏“同属一人所有”之“最大可能文义范围”,因此并未进到类推适用的法官造法层次,而仍在法律解释的文义范围内。

## (二) 以“占有”作为债权物权化之基础

如果不愿采用上述方法,仍然坚持房屋一开始兴建时就是被告乙所有,土地则为其父亲林○成所有,二者非同属一人所有。此时,二者之间已有第二审判决书所说的“原地主于房屋兴建之初,乃至其后十余年间,已明白显示该房屋有继续使用其基地之意思”,或者第三审判决书所说的“林○成于出资建造时应已认知并容许该屋于堪用之期限内继续使用其基地”之“未定期限的使用借贷关系”存在。则另外一种方式可能考虑的解决途径,则是笔者所曾经呼吁的,由“最高法院”考虑以系争房屋已经有“占有”之外观事实,作为将原有仅具有债之关系效力的使用借贷关系赋予“债权物权化”之效力,而创设一个债权物权化的基础原则。<sup>⑩</sup>

在本案中,要考虑的应该是能否类推适用“民法”第425条或者第426条之1规定而取得其债权物权化之依据,而非类推适用第425条之1。也就是说,“最高法院”应该认真考虑是否以“占有”(例如“民法”第425条规定)或者“登记”(例如“土地法”第79条之1预告登记)之公示外观的存在与否,作为将使用借贷契约物权化之依据,而非仅以租赁与使用借贷是有偿或者无偿的差异,而否定使用借贷有类推适用租赁契约而物权化之可能性。本件“最高法院”谓本案“与本院1970年台上字第2490号判例<sup>⑪</sup>所揭房地现占有人与原所有人间订有单纯使用借贷契约之事实有别”,如果是用来强调本案土地与房屋所有人间的“使用借贷契约”有债权物权化的可能,而突破该判例向来的否定见解,在论理上则将更有价值。

如果肯定这点,则原告即上诉人甲于买受时是否“知悉”系争房屋存在多年,就不再重要;而且也不必再加上“默许被上诉人乙之系争房屋继续使用系争土地,始与诚信原则及社会正义之要求无违”,而诉诸抽象的法律原则作为论证依据了。

## 结论性观点

本件“最高法院”一开始似乎考虑想将实际出资建造房屋的土地所有人,认定为与房屋所有人是“同属一人”,但又碍于登记制度本身“形式上”土地与房屋分别属于不同人,因此只好作罢而强调“系争房屋之建造既为系争土地原所有人……实际所出资,核与系争土地及房屋同属一人所有相类”,其实,“最高法院”如果直接依本文所建议的,将本件认定为“实质上”土地与房屋同属一人所有,并作成一个宣示性的解释;第425条之1包括“实质上”土地与房屋同属一人所有之情形,即不必发生在说理上背离“最高法院”本身之2006年第16次民事庭会议决议的结果。

既然选择了认定“土地与房屋不同属一人所有”,却又必须让土地与房屋不同属一人时原本已经存在的使用(借贷)关系,可以继续存在于房屋所有人与土地受让人,并且突破“最高法院”1970年台上字第2490号判决所树立的“使用借贷不得类推适用第425条租赁契约”之原则限制,则“最高法院”只好转而求诸第425条之1类推适用的可能,因此,得出本判决的结论,背离上开“最高法院”的决议,采取“赞成类推适用说”似乎就属于不得不然的结局了。

<sup>⑩</sup> 关于“占有”等公示外观作为债权物权化之基础理论,参见吴从周,注①书,第4页以下之详细讨论。

<sup>⑪</sup> 该判例要旨谓:“使用借贷,非如租赁之有民法第425条之规定,纵令上诉人之前手将房屋及空地,概括允许被上诉人等使用,被上诉人等要不得以上诉人之前手,与其订有使用借贷契约,主张对现在之房地所有人即上诉人有使用该房地之权利。”

既然如此“赞成类推适用说”，则房屋所有人就已经有使用土地的正当权源，“最高法院”理由最后再加上一句：如此“始与诚信原则及社会正义之要求无违”，只不过再求其安心而已。

殊不知，“最高法院”如此作为的结果是造成了如下的矛盾：当事人之间原本已经存在的“未定期限的使用借贷关系”，不知不觉地被“推定租赁关系”的诞生而取代，或者说莫名其妙地消失无踪！

诚如笔者所曾经指出的，根本的难题还在于，“最高法院”何时能够面对使用借贷的债权契约在承认一定的公示要件下（“占有”或者“登记”），有被物权化的效力！不解决此问题，相信“最高法院”为求符合个案的“诚信原则及社会正义”而背离自己已经作出的 2006 年第 16 次民事庭会议决议之判决，一定还会再出现。笔者相信，本件“最高法院”2007 年台上字第 1359 号判决，不会是最后一个！

## 债权、物权相对化(二)

——“最高法院”2007年台上字第1359号判决评释

谢哲胜\*

### 基本案情

本件上诉人是系争土地所有人,主张被上诉人乙和其前手的前手就系争土地成立使用借贷关系,被上诉人乙不得对上诉人主张有使用系争土地之权利,系争房屋占用系争土地为无权占有,上诉人自得依“民法”第767条规定,请求乙拆屋交地。

系争房屋,于1984年由其基地所有权人林○成斥资34万元,以被上诉人乙为起造人名义,委托刘○华建筑师兴建,作为林○成所营造连锁便当店之中央厨房之用。乙于1987年结婚时,林○成并无将系争土地赠与登记为其所有,且林○成于1997年病危后,于1998年赠与登记为谢○霞所有。乙于1994年为系争房屋之权利归属与其母谢○霞发生争执,二次委任律师发函明载“系争房屋系经原地主林○成之同意建造,且于1984年11月24日已取得使用执照在案”等语,且其于2004年8月24日申办系争房屋之第一次(保存)登记,亦基于1984年中工建使字第2585号使用执照而为之,并非以1987年受赠与为原因。林○成于1984年斥资34万元,以乙之名义申请建造执照建造系争房屋,并取得使用执照,其后并以此形式缴纳税金,乙于其后自为系争房屋之第一次登记。系争房屋于1984年经原地主林○成之同意而在系争土地上建造,而于乙结婚后,土地所有权仍属林○成所有期间,系争房屋之租赁所得,亦归乙报税。系争土地于1998年及2005年间依序由谢○霞(赠与)及上诉人(买卖)因受让辗转取得权利,上诉人请求乙拆除系争房屋并交还系争土地,并请求因乙出租同意其使用系争房屋之丙、丁迁让房屋。

### 裁判要旨

本判决要旨:上诉人于买受系争土地时,系争房屋已存在多年,当难谄为不知,自无不许类推适用“民法”第425条之1规定及本院1959年台上字第1457号判例之理由,应可推断上诉人已默许被上诉人之系争房屋继续使用系争土地,始与诚信原则及社会正义之要求无违。

台湾高等法院台中分院2006年重上字第130号民事判决:按土地与房屋为个别之不动产,各具相当之使用及经济价值等各得单独为交易之标的,且房屋性质上不能与土地使用权分离而存在,亦即房屋之存在及使用房屋必须使用该房屋之地基,而不容轻易变动,此为房屋基地之使用权恒定原则,为房屋与其基地使用关系之基本法理,而为近代民法权利社会化、物权相对化、债权物权化发展趋势之所在,是早于1959年,“最高法院”即以1959年台上字第1457号判例揭“土地与房屋为个别之不动产,各得单独为交易之标的,且房屋性质上不能与土地使用权分离而存在,亦即使用房屋必须使用该房屋之地基,故土地及房屋同属一人,而将土地及房屋分开同时或先后出卖,其间虽无地上权设定,然除有特别情况,可解释为当事人之真意,限于卖屋而无基地之

\* 中正大学法律学系教授兼系主任。

使用外,均应推断土地承买人默许房屋承买人继续使用土地。”之法旨,嗣“民法”于1999年修正,复基此而新增第425条之1,规定:“土地及土地上之房屋同属一人所有,而仅将土地或仅将房屋所有权让与他人,或将土地及房屋同时或先后让与相异之人时,土地受让人或房屋受让人与让与人或房屋受让人与土地受让人间,推定在房屋得使用期限内,有租赁关系。其期限不受第四四九条第一项规定之限制。”予以明文化,而确定上开债权物权化之大原则。又按法律无规定者,相类事实得比附援引,类推适用相类之法理,此为“民法”第1条之基本精神。揆之上开判例及“民法”新增第425条之1规定之法旨,乃基于房屋及基地之使用权关系恒定暨房屋既得使用权保护原则之考虑,而肯认基地使用权不因基地物权之嗣后变动而受影响之法理,是房屋所有权人对土地所有人原已取得基地利用权,嗣将土地或房屋出卖,致房地异主时,虽与上开判例或“民法”新增之规定所称之“土地及房屋同属一人”情形未尽相同,惟乃与上揭基本法则相类,自可类推适用之,并据“最高法院”以2002年台上字第1919号、2003年台上字第1984号、2004年台上字第1328号判决要旨阐释甚详在案,可资遵循。是于房屋所有权人对房屋基地原已合法取得利用权者,虽其后基地物权发生变动,于房屋仍可使用之年限内,因受让而取得土地所有权者,当不得任意终止其使用关系,乃当然之结论,至该土地权利人得依租赁之法律关系请求房屋权利人给付租金,要属另一问题(“最高法院”2004年台上字第1328号判决要旨参照),先此叙明。

## 学理研究

### 一、债权和物权的区分不是绝对的

本件上诉人主张被上诉人乙和其前手的前手就系争土地成立使用借贷关系,因使用借贷关系是债权关系,不得对第三人主张,因而被上诉人乙不得对上诉人主张有使用系争土地的权利,系争房屋占用系争土地为无权占有,上诉人自得依“民法”第767条规定,请求乙拆屋交地。此一论述是以债权和物权严格区分为立论基础,然而,债权和物权严格区分并非普遍适用的法理,因为物权法定主义违反私法自治原则,物权法定主义禁不起现实的检验,区分债权和物权不如区分对人和对物效力,论述如下:

#### (一) 物权法定主义违反私法自治原则

以下先介绍物权法定主义的意涵和私法自治原则,然后说明物权法定主义违反私法自治原则。

##### 1. 物权法定主义的意涵

“民法”第757条规定:“物权除依法体或习惯外,不得创设。”通称为物权法定主义,又称为物权法定原则,许多教科书对物权法定原则的阐述为:物权种类和内容必须依照法律规定,创设新种类和新内容物权,不能有物权效力<sup>①</sup>,采债权物权区分绝对理论。<sup>②</sup>依此原则排斥行政机关以行政命令和司法机关以判决承认新种类和新内容的物权,更禁止当事人自由创设新种类和新内容的物权。<sup>③</sup>

##### 2. 私法自治原则

私法就是最广义的民法,而民法规范人民一般生活事项的法律,与公权力的行使原则上无

<sup>①</sup> 参见谢在全:《民法物权论》(上),(修订3版),2004年版,第56—61页。

<sup>②</sup> 参见史尚宽:《债法总论》,1983年版,第2—3页。

<sup>③</sup> 参见谢哲胜:《民法物权》,台北三民书局2007年版,第40页。

关,在私法的领域,原则上尊重当事人意思自治,不以公权力加以干涉。

私法上的权利称为私权,在私法自治的原则下,当事人原则上可以自由创设私权的内容,而人民的私权也是宪法所保护人民的基本权利,限制人民的私权必须符合宪法保护人民的意旨。

### 3. 物权法定主义违反私法自治原则

物权法是民法的一部分,当然是私法,物权法定主义限制当事人创设新种类和新内容物权的自由,等于在物权法的领域,不允许当事人自治,违反私法自治原则。

当然也会有学者表示民法不乏强行规定,所以强行规定的物权法定主义,不当然违反私法自治原则。然而民法的强行规定,基本上是关于人民私权的限制,而人民的私权也是宪法所保障的基本权利,因此先不论学者间对私法自治范围的认知差异,但至少不得违反宪法保障人民基本权利的意旨。

以下即检验物权法定主义的合宪性<sup>④</sup>,佐证物权法定主义违反私法自治原则<sup>⑤</sup>:

人民的基本权利,不管是以法律或行政命令加以限制,都应受到“宪法”第23条规定的限制。“宪法”对于财产权保障规定于第二章人民之权利义务第15条,财产权是基本权的一种,财产权人的权利即受到基本权的保障,并有“宪法”第23条的适用。关于“宪法”第15条和第23条的宪法解释,都一再强调,财产权自由为原则,限制财产权应符合“宪法”第23条的规范意旨。而财产权自由原则即是私法自治原则的内涵之一。

“宪法”解释的效力形同“宪法”,则违反“宪法”解释形同“违宪”,而“宪法”第23条也明订限制人民自由权利的“合宪”界线,都适合作为物权法定主义“合宪性”的检验标准。

#### (1) 依有效的“宪法”解释加以检验

1939年院字第1919号解释明确阐释,仅在保护交易安全的必要限度内才能剥夺真正权利,则物权法定主义,超过保护交易安全的必要限度(减少交易成本,避免第三人受到不测损害),剥夺真正权利(不承认当事人创设新种类和新内容的物权),当然违反1939年院字第1919号解释。

释字第349号解释认为,在第三人明知或可得而知的情形下,债权可以对第三人发生效力,即物权效力,因为债权可以自由创设,形同原则上可以自由创设物权效力的权利,则物权法定主义显然也违反释字第349号解释。

物权法定主义违反1939年院字第1919号解释和释字第349号解释,违反宪法解释形同“违宪”,则物权法定主义已构成“违宪”。

#### (2) 依“宪法”第23条加以检验

依“宪法”第23条加以检验,则必须检验正当性、必要性,如不符合其中一项要件,即违反该条规定而构成“违宪”,分别检验如下:

① 正当性。物权法定主义,限制物权自由创设,使物权种类特定,内容也已特定,使从事物权交易的当事人只需概括地就欲交易的物权加以协商即可,而不必就双方形成的每一项权利义务关系详细为协商,可以减少协商的成本,因而减少交易成本。又因为物权种类特定,欲从事交易的第三人,也仅需搜寻特定种类的物权是否存在于交易相对人拟交易的标的物上,搜寻范围较

<sup>④</sup> 参见苏永钦:《物权法定主义松动下的民事财产权体系——再探大陆民法典的可能性》,载《月旦民商法杂志》2005年第8期,116—129页。该文认为:“……仅从权利的定分(绝对)性质,还不能导出法定的必要,很多论点只是似是而非。因此要维持物权法定的立法政策,还需提出更积极的公共利益的理由。”依此见解,其实已否定物权法定的必要,又因该文认为缺乏物权法定的公共利益,已倾向认为物权法定违宪。

<sup>⑤</sup> 参见谢哲胜:《物权的自由与限制——兼评民法物权编修正草案通则章》,两岸物权法学术研讨会,辅仁大学法律学院暨法律学系主办,2008年5月版,第25—26页;另见谢哲胜,注④书,第43页。



少,交易成本较低。

因此,物权法定主义确可减少交易成本,而保护交易安全,保护交易安全即是促进公共利益,具有正当性。

② 必要性。为了保护交易安全,只要避免交易第三人受到不测损害即可。交易第三人如支出些微信息搜集的成本,即可避免不测损害,就已符合减少交易成本保护交易安全的目的。因此,使交易第三人无法明知或可得而知的权利瑕疵或物上负担,不能对交易第三人主张,交易第三人即无不测损害可言。

物权法定主义,不采“使交易第三人无法明知或可得而知的权利瑕疵或物上负担不能对交易第三人主张”的保护交易安全的必要方法,而采超过必要限度的“剥夺当事人创设新种类新内容的自由”的保护交易安全的方法,因此缺乏必要性。<sup>⑥</sup>

物权法定主义,既不符合“宪法”第23条的必要性,依“宪法”第23条的意旨,已违反“宪法”第15条财产权保障的精神。<sup>⑦</sup>

## (二) 物权法定主义禁不起现实的检验

“民法”第757条虽然明文规定物权法定主义,但司法实务上在2007年3月5日担保物权修正增订最高限额抵押前,承认最高限额抵押、公用地役权、让与担保等新种类和新内容的物权,释字第349号解释也认为,并非法定物权才有对抗第三人的效力(即物权效力)。显然条文虽然明文规定,但物权法定主义并未被严格遵守。<sup>⑧⑨</sup>

近年来,“最高法院”更出现完全无视物权法定原则的判决,在1997年台再字第97号判决,“最高法院”认为:“物权之新种类或新内容,倘未违反物权之直接支配与保护绝对性,并能以公示方法确保交易安全者,即可认为与物权法定主义存在之宗旨无违。”

此判决意旨,可以解释为新种类和新内容的物权必须符合两大要件:一是不能违反物权的直接支配与保护绝对性;二是具有公示方法确保交易安全。就前者而言,物权的本质是支配权,当事人要创设物权,则权利性质当然是支配权,而非请求权;就后者而言,公示方法并不限于法律所规定,只要事实上有公示方法,可以保护交易安全即可。因此,该号判决要旨简单地说,即是如能确保交易安全就可以创设物权的新种类或新内容。<sup>⑩</sup>

## (三) 区分债权和物权不如区分对人和对物的效力

如依债权物权二分法及物权法定主义,加上借贷契约规定在债编各论,则很容易将基地借贷契约认为是债权契约,然而依释字第349号解释与物上负担的概念<sup>⑪</sup>,即使将基地借贷契约认为

<sup>⑥</sup> 参见谢哲胜:《以法律经济分析突破概念法学的困境——兼评熊秉元教授的几个观点》,载《财产法专题研究》(五),翰芦图书出版有限公司2006年版,第18页。

<sup>⑦</sup> 参见谢哲胜:《中华人民共和国物权法综合评析》,载《上海交通大学学报》(哲学社会科学版)2007年第3期,第6页。

<sup>⑧</sup> 朱柏松教授认为,现行“民法”第757条规定无存在的意义,参见《民法物权编研究修正实录抵押权章》(上),2006年4月版,第65页。

<sup>⑨</sup> 参见蔡明诚:《习惯与物权法定原则》,载《私法学之传统与现代》(下)——林诚二教授六秩华诞祝寿论文集,台北新学林出版有限公司2004年版,第344页;蔡明诚:《物权编的发展与展望》,载《“民法”七十年之回顾与展望纪念论文集(三):物权、亲属编》,元照出版有限公司2004年版第87页,认为可删除“民法”第757条。

<sup>⑩</sup> 参见谢哲胜:《台湾物权法制发展》,注⑦书,第95页。

<sup>⑪</sup> 参见释字第579号解释。

是债权契约,也不当然可以认为此一契约当然对继受人不发生效力,因此定性基地借贷契约是否为债权契约,对于解释关于基地借贷契约的法律关系是否对第三人发生效力,并无太大帮助。况且,基地租赁一般学者也认为是债权契约,然而却都承认租赁物权化,使基地租赁具有物权的效力<sup>⑫</sup>,因此解释此一法律事实,显然不适宜采债权物权二分法加以解决。

债权和物权的区分是技术规定而非法理,既非法理就非一成不变<sup>⑬</sup>,重要的是某权利具有何种效力,否则就无法解释字第349号解释“具有物权效力(对第三人发生效力)的债权”的概念。债权和物权的区分既非一成不变,则定性为债权的权利,可能可以对物主张权利(如释字第349号意旨),定性为物权的权利,可能仅能对人主张权利(例如被征收人补偿金请求权、所有物被善意受让后所有人的权利)。

## 二、非法定的物权也可以对第三人发生效力

本件上诉人主张被上诉人乙和其前手的前手就系争土地成立使用借贷关系,因使用借贷关系是债权关系,不得对第三人主张,此一论述是以非法定物权(债权)不得对第三人发生效力为立论基础,然而此种说法是典型概念法学的思路,因为规范不动产使用的法律关系形成一个完整的法律关系,不应切割解释适用,况且不动产使用的法律关系,即使不是法定,也是本质上的物权关系,论述如下:

### (一) 规范不动产使用的法律关系形成一个完整的法律关系

任何法律关系都是一种事实,有法律意义的事实称为法律事实,经由解释适用法律的结果后,定义某一事实为某种法律关系。同理,不动产使用的事实经由解释适用法律的结果,定义某一不动产使用的事实为某种法律关系。

房屋坐落于基地是一个法律事实,对一个法律事实解释适用法律,当然要观察整体事实而为解释适用,除非确认法律规范意旨有意分开解释适用。然而,房屋既然不能没有基地,则如分开解释适用的结果,发生无法达到资源有效率利用的结果,显然违反财产法的规范意旨。因此必须就此一完整的法律关系通盘考虑而为解释适用。

即使将房屋和基地分开为两个事实,这两个事实在现实上也无法分开,因而即使是两个事实,也是具有密切关系不可分离的两个事实。对于有密切关系且不可分离的两个事实,解释适用法律时也要注意对个别事实产生的结果,而不能将二者截然划分为解释适用,况且,房屋和基地是人类赖以生存的物质基础,当然也要符合资源有效率利用的财产法规范意旨。

规范不动产使用的法律关系,形成一个完整的法律关系,不应切割解释适用。因此房屋和基地对于个别所有人,都是物权的法律关系,而此房屋的所有权又难以离开土地而存在,则显然是物的归属利用关系而非人的关系,因而衔接这两个物权人的法律关系,显然也要就该整体法律事实合并解释适用,而将整体都从规范物的归属利用关系的法律加以思考。而不能一部分以物的归属利用关系加以思考,一部分却以人与人之间的请求关系加以思考。

### (二) 不动产使用的法律关系是本质上的物权关系

不动产使用的法律事实,既然应整体上从物的归属利用关系加以思考,因物的归属利用关系

<sup>⑫</sup> 此即债权与物权相对化,参见王泽鉴:《民法物权(第一册):通则·所有权(修订版)》,台北三民书局2006年版,第33页。

<sup>⑬</sup> 债权与物权相对化的理论已确立,参见谢哲胜:《宪法解释对物权与土地法制发展的影响》,载《“司法院大法官”2005年度学术研讨会》(上册),2005年版,第22—24页。

所适用的法律就是物权法,所以应从物权法加以思考。况且理论上,只要事实上符合物权定义“直接支配特定物而享有其利益的权利”的权利,或归属性权利,即是本质上的物权,不管它有无法律规定或经过登记。<sup>⑭</sup>本质上是物权的权利,因当事人创设此权利时,就是要创设物权的权利(真正的权利是物权),如果将它解释为债权,必然违当事人意思,也必然影响投资的期待,进而影响资源的有效使用。因此,除非是为了保护交易安全所必要,否则无须变更当事人的真意,非法定的物权,在保护交易安全的必要限度内才否定其为物权,否则仍肯认其为物权。<sup>⑮</sup>

房屋起造人在建筑房屋时,如果双方没有明示反对的意思,参考房屋的使用年限,基地所有人必然给予房屋所有人在合理年限内使用基地的期待,这也符合整体社会的利益。因而解释房地异主的法律事实,当然不能违反房屋所有人的合理期待,否则将违反整体社会的利益。房屋对土地使用的事实,是物的归属利用的事实,是本质上的物权,即使不是法定,也应有物权效力,即非法定的物权也可以对第三人发生效力。如此解释才符合释字第349号解释与“最高法院”1997年台再字第97号判决意旨。

### 三、“最高法院”2007年台上字第1359号判决评释

针对本号判决,依据前述债权和物权的区分不是绝对的与非法定的物权也可以对第三人发生效力的论述,评释该判决。

#### (一) 房屋所有人与基地所有人的法律关系是对物的法律关系

“民法”第425条之1规定:“土地及其土地上之房屋同属一人所有,而仅将土地或仅将房屋所有权让与他人,或将土地及房屋同时或先后让与相异之人时,土地受让人或房屋受让人与让与人间或房屋受让人与土地受让人间,推定在房屋得使用期限内,有租赁关系。其期限不受第四百四十九条第一项规定之限制。前项情形,其租金数额当事人不能协议时,得请求法院定之。”立法意旨主要在解决原有权占有的房屋,因为基地或房屋所有权变动,而产生基地使用权是否存续的问题,此一规定可以减少自行协商的交易成本,并可避免拆屋还地的社会成本,立法意旨及其功能与第876条的法定地上权其实是相同的。<sup>⑯</sup>

虽然因为“民法”第425条之1规定的文义,不包括基地借贷的情形,而无法直接适用,但基于其立法意旨主要在解决原有权占有的房屋,因为基地或房屋所有权变动,而产生基地使用权是否存续的问题,此一立法意旨涵盖基地借贷的基地或房屋所有权变动的情形,为了减少自行协商的交易成本,并避免拆屋还地的社会成本,因此,“民法”第425条之1应可类推适用。<sup>⑰</sup>“民法”第425条之1类推适用于基地借贷,可避免原先房地间的有权占有关系,因基地或房屋所有权移转而可能变成无权占有,使受让后房地法律关系当事人间的权利义务得到平衡。

“民法”第425条之1类推适用于基地借贷的基地或房屋所有权变动的情形,并非让房屋所有人可以主张与基地所有人间有基地借贷关系,而可以无偿使用基地,只是在衡平双方的权利义务下,让房屋维持有权占有,避免拆屋还地的后果。原基地所有人愿意让原房屋所有人无偿使用,是基于双方间特殊的关系,并不能推定在所有人变更后,基地所有人仍同意无偿的法律关系。因此,应认为,除当事人间另行合意约定外,否则土地所有人和房屋所有人之间,在房屋得使用期

<sup>⑭</sup> 参见谢哲胜:《物权的公示》,载《月旦民商法杂志》2003年第2期,第4—16页。

<sup>⑮</sup> 以上参见谢哲胜,注⑤书,第81页。

<sup>⑯</sup> 参见谢哲胜,注⑦书,第205—207页。

<sup>⑰</sup> 参见谢哲胜,注⑦书,第217页。

限内,有租赁关系。本文认为,在房屋所有人为基地借用人的情形,仍可类推适用“民法”第425条之1,类推适用的结果,并非使房屋所有人可以继续借用基地,而是使房屋所有人可以主张与基地所有人间有推定租赁关系(或法定地上权)。<sup>18</sup>

况且,房屋所有人与基地所有人间的法律关系是对物的法律关系,对第三人效力的解释与债权和物权的区分无关。对于此种存在于土地上的法律关系或权利,必须以随不动产所有权移转的契约的法理加以解决,因而在符合四个要件下:即①书面契约;②具备契约将随不动产所有权移转的真意;③契约必须与不动产相关;④有财产上的相互关系,原则上对受让人发生效力,除非原契约有不符合均衡正义的情形,由一方主张无效,或情事变更因而不符合均衡正义或不符合不动产的使用效率,则可由一方主张终止契约,使其失效。<sup>19</sup>但一方当事人主张无效或终止契约而恢复原状,如违反诚信原则,则只能请求法院变更契约内容。

## (二) 对物的法律关系的权利当然可能对第三人发生效力

如果依概念法学的思维,将房屋所有人对于基地的权利定性为债权,认为房屋所有人就基地的权利,当然对继受人不发生效力,即违反释字第349号解释,违反“宪法”解释的思维所为的推论结果将构成“违宪”,而当然不能采用。

物权是直接支配特定物并享有其利益的权利,或归属性的权利,符合此一定义的权利,都是对物的法律关系的权利,不论是否规定在民法物权编,都是本质上物权的权利。本质上是物权的权利如经公示,当然可以对任何第三人发生效力,但如未经公示,仅是使其不得妨碍交易安全,第三人明知或可得而知既然不会妨碍交易安全,所以,未经公示的本质物权,可以对明知或可得而知的第三人发生效力,而符合释字第349号的解释意旨。<sup>20</sup>

## (三) “最高法院”实事求是的法学睿智值得赞扬

王道本乎人情,法律所追求的公平正义也必须在个案中实践,因此解释法律者要比立法者聪明外,法官应以当事人的心情,运用法学睿智,实事求是地在个案中实现公平正义。

“最高法院”本号判决,超越概念法学,超越法条文义,让合法兴建的房屋,不致受到因循苟且或故步自封的概念法学思维的羁绊,而能符合起造人的期待、社会经济的期待,合法地继续使用土地,既具有道德勇气,更具有法学睿智,值得赞扬。

### 结论性观点

“最高法院”有些判决因循苟且,被学者批评,但也有些判决深具道德勇气和法学睿智,而令人激赏,本判决即属后者。

因为物权法定主义违反私法自治原则,物权法定主义也禁不起现实的检验,区分债权和物权不如区分对人和对物的效力,可见,债权和物权严格区分并非普遍适用的法理,债权和物权的区分也不是绝对的。在本判决“最高法院”即是超越“债权和物权的区分”而为判决。

规范不动产使用的法律关系形成一个完整的法律关系,不应切割解释适用,况且不动产使用的法律关系,即使不是法定,也是本质上的物权关系,因此,非法定物权(债权)也可以对第三人发

<sup>18</sup> 参见谢哲胜,注⑦书,第216—217页。

<sup>19</sup> 参见谢哲胜:《相邻关系与随不动产所有权移转的契约》,载《财产法专题研究》(三),元照出版有限公司2002年版,第165页。

<sup>20</sup> 以上参见谢哲胜:注⑤书,第81—82页。

生效力。在本判决“最高法院”即是遵照 1939 年院字第 1919 号解释和释字第 349 号解释意旨，超越“法定物权才能对第三人发生效力”而为判决。

房屋所有人与基地所有人的法律关系形成一个完整的法律关系，不应切割解释适用，而且是对物的法律关系，对第三人效力的解释，与债权和物权的区分无关。对物的法律关系的权利，不论是否规定在民法物权编，都是本质上物权的权利，当然可能对第三人发生效力。“最高法院”在本号判决，超越概念法学，超越法条文义，让合法兴建的房屋，不致受到因循苟且或故步自封的概念法学思维的羁绊，而能符合起造人的期待、社会经济的期待，合法地继续使用土地，既具有道德勇气，更具有法学睿智，值得赞扬。

# 对信托财产的强制执行

——“最高法院”2000年台抗字第555号裁定评释

谢哲胜\*

## 基本案情

本件再抗告人以相对人甲前提供如台湾板桥地方法院(下称“板桥地方法院”)裁定附表所示之不动产,为债务人乙对伊所负债务之担保,设定本金最高限额新台币(以下同)3亿元之抵押权,已依法登记在案,因债务人所负2亿元债务届期未清偿,乃申请拍卖前开抵押物,并提出抵押权设定契约书、他项权利证明书、土地及建筑改良物登记簿誊本、不动产抵押借款合同等件为证,板桥地方法院裁定准予拍卖,相对人不服,提起抗告,原审法院以该抵押物系委托人A企业有限公司信托与相对人之财产,已为信托登记,依“信托法”第12条第1项规定,再抗告人不得申请拍卖为由,将板桥地方法院之裁定废弃,驳回再抗告人在板桥地方法院之申请,依首揭说明,即有未合。再抗告意旨,声明废弃,非无理由。爰将原裁定废弃,并由本院自为裁定,将相对人在原审法院之抗告驳回,以期适法。

## 裁判要旨

申请拍卖抵押物,属非讼事件,只须其抵押权已经登记,且债权已届清偿期而未受清偿,法院即应为准许拍卖之裁定。“信托法”第12条第1项虽规定对信托财产不得强制执行,惟同项但书规定“但基于信托前存在于该财产之权利、因处理信托事务所生之权利或其他法律另有规定者,不在此限”,同条第2项复规定“违反前项规定者,委托人、受益人或受托人得于强制执行程序终结前,向执行法院对债权人提起异议之诉”,同法第35条第1项亦规定,受托人于一定情形下,得于信托财产设定权利,可见信托财产非绝对不得受强制执行,而受托人以信托财产设定抵押权者,亦非当然无效。故受托人如以信托财产设定抵押权,并经依法登记者,债权人于债权届期而未受清偿时,即得申请法院拍卖抵押物。至于该抵押权之设定有无瑕疵,债权人能否为强制执行,应由委托人、受益人或受托人于强制执行程序终结前,提起异议之诉以资解决,法院不得因该抵押物业经为信托登记,即依“信托法”第12条第1项规定裁定驳回债权人之申请。

## 学理研究

信托财产(trust property)指信托的标的物<sup>①</sup>,信托财产具有实质的法律主体性,可以作为享受权利、负担义务的主体,但其主体性不完全<sup>②</sup>,也须受托人为机关而代表为法律行为。<sup>③</sup> 信托的成

\* 中正大学法律学系教授。

① 参见 Black's Law Dictionary 1515(1990)。

② 信托本身究竟是受托人的债务,还是独立的法律实体,美国法上目前倾向于后者。参见 Restatement (Third) of Trusts 2 comment a (Tentative Draft No. 1, 1996)。

③ 参见陈春山:《信托及信托业法专论》,1999年版,第71页。

立须有信托财产,信托财产是信托的要件,信托财产包括原本(principal)和收益(income),在设定信托情形<sup>④</sup>,原本是委托人移转的财产,收益是受托人处理信托事务所得的财产,二者加起来构成信托财产的全体。

“信托法”第6条规定,对信托财产不得强制执行,条文用语容易产生误解,该条文是指受托人的债权人原则上不得对信托财产强制执行,但条文缺少主体的结果,使人容易误会只要是信托财产均不得强制执行,让有意诈害债权人的人觉得有法律漏洞可钻。然而,信托制度虽缘起于脱法行为,但历经数百年演变,信托法理早已去芜存菁,不容许任何诈害债权人的行为有得逞的机会,如果利用信托制度事实上是为了诈害债权人的目的,终将徒劳无功。

为了确保信托本旨的实现,不致因为受托人处理信托以外事务所生的债权人追索的影响,信托财产具有独立性,有别于受托人的自有财产和其他信托的信托财产。此目的是在受托人自有财产与信托财产间建立一道防火墙,防止信托财产因受托人无资力或破产,而受到受托人债权人的追索,导致信托本旨无法实现;然而,信托财产虽独立存在,且有主体性,仍须有人处理信托事务,信托本旨才会实现,而且,在信托财产未承认其为法人前,信托财产仍须有形式上的归属主体,受托人即是。受托人既处理信托事务即会和第三人发生债权债务关系,如何保护债权人的权利,关系交易安全的保护,因此,对信托财产不得强制执行只是原则,例外情形仍得对信托财产强制执行。此外,对信托财产原则上不得强制执行,并不能排除对信托受益权强制执行的可能性,符合一定要件下,债权人对受益权仍得强制执行。

以下即针对上述三方面详细探讨:

## 一、目的是为了确保护合法信托本旨的实现

信托财产形式上归属于受托人(但与其自有财产分离),受托人如有债权人,其债权届清偿期未受清偿时,即可对受托人的财产强制执行,如无特别规定,债权人极可能对归属于受托人的信托财产强制执行,信托财产存在的目的是用来作为处理信托事务所需的财产,如信托财产因被强制执行而丧失,信托本旨即无从或难以实现,对信托财产不得强制执行是为了避免信托财产被强制执行,使得信托本旨无法实现。

依“司法院”1939年院字第1919号解释揭橥的财产法的两大价值——真正权利和交易安全的保护来看,确保护合法信托本旨的实现即是为了保护真正的权利,保护受益人的权利不受外在因素的影响,可以确保护合法信托本旨的实现,也等于确保护委托人的意思得以实现,委托人的意思受到尊重,委托人才会乐于提供财产成立信托,信托的特殊功能才能发挥,有助于社会经济。

然而,如有人成立信托的目的是为了诈害债权人,依“信托法”第5条,信托行为无效,信托财产归属的真正权利人的债权人,仍得对该财产强制执行。另外,如信托的受托人无积极管理信托财产的义务,只是一种消极信托,消极信托的受托人既然不负有积极的义务,信托制度所欲促进的专业经营效率的目的即无法达成,既无积极的功能,又可能造成交易成本的提高,此种信托并不被承认为有效,依信托法理,消极信托无效。因此,不合法的信托本旨并不在信托法保护之列。

## 二、只是原则仍有例外

对信托财产不得强制执行固然可以避免信托财产被强制执行,确保护信托本旨的实现,然而,

<sup>④</sup> 信托成立方式有多种,包括“信托法”第1条的设定信托、第2条的遗嘱信托、第71条的宣言信托、投资信托所属的商业信托以及法律所拟制的信托等,不应误以为信托成立的方式即是“信托法”第1条和第2条所规定的方式。

因为对形式上归属于受托人的信托财产不得强制执行,如造成与受托人交易的债权人无法受完全清偿,将迫使交易相对人增加信息搜集,因而提高其交易成本,其结果将有碍于交易安全。

为求债权确保和对信托财产不得强制执行的平衡,必须要在保护交易安全的必要限度以内剥夺真正的权利,在此即放弃对受益权的保护和信托本旨的实现,优先保护债权人,准许债权人对信托财产得强制执行,而为对信托财产不得强制执行的例外。在何种情形对信托财产得强制执行,将于本文第四部分详细探讨。

### 三、符合一定要件对受益权仍得强制执行

对信托财产不得强制执行固然可能造成受托人的债权人无法受清偿的结果,然而,受益人的债权人不必然因为受益人名下已无财产而无法受清偿,因为受益权是一种财产权,符合一定要件对受益权仍得强制执行,所以,如果委托人以自己为受益人成立信托,只是为了逃避债权人的追索,将徒劳无功,因为委托人的债权人可以查封拍卖委托人的受益权,受让受益权的人即可选择让信托继续有效,或终止信托,使信托财产归属于自己,与购买信托财产的结果相同。

当委托人为受益人,受益权都可以强制执行,但是当委托人并非受益人时,为了平衡委托人意思的实现和交易安全的保护,受益人的债权人是否可以针对受益权强制执行,适用上就较为复杂,以下先介绍美国法,然后再推论依“信托法”应如何解释适用。

#### (一) 美国关于受益权是否受债权人追索的信托法理<sup>⑤</sup>

依美国信托法理,受益权是否受债权人追索,有以下的法则:

##### 1. 节省信托

限制受益权移转的信托称为节省信托(spendthrift trust),节省信托的受益权是否受债权人追索,依其为原本受益权和收益受益权而有不同:

(1) 原本受益权。除非是委托人为受益人或特殊债权人的债权的情形,假如依信托条款,受益人未来有权利主张将信托原本财产移转给他,则限制信托原本财产的受益权的移转,是有效的;然而,假如受益人有权利主张立即将信托原本财产移转给他,则限制信托原本财产的受益权的移转,是无效的;假如信托原本财产在受益人终身期限内不移转给他,则限制信托原本财产的受益权的移转,也是无效的。<sup>⑥</sup> 因为限制受益权的移转在用来保护受益人的限度内为有效,如此种限制只是用来预防受益人以遗嘱处分其遗产,则是无效的,此时,受益人的债权人在受益人生存时即可主张对信托原本财产受益权强制执行。

(2) 收益受益权。除非是委托人为受益人或特殊债权人的债权的情形,假如依信托条款受益人有权利享受信托收益终身或一定期限,则在受益人终身期限内,信托条款限制信托收益受益权的转让或限制债权人对信托收益受益权的追索,是有效的。<sup>⑦</sup>

##### 2. 扶助信托

在扶助信托(trusts for support)的情形,除非是委托人为受益人或特殊债权人的债权的情形,假如依信托条款,受托人只能给付信托财产的收益或原本给受益人供教育或生活所需,则受益人不得移转受益权,债权人也不得向受益权追索。<sup>⑧</sup>

<sup>⑤</sup> 以下参见谢哲胜,注③书,第231页。

<sup>⑥</sup> Restatement, Trusts 2d, § 153.

<sup>⑦</sup> Restatement, Trusts 2d, § 152.

<sup>⑧</sup> Restatement, Trusts 2d, § 154.



### 3. 自由裁量信托

在自由裁量信托 (discretionary trusts) 的情形, 除非是委托人为受益人的情形, 假如依信托条款, 受托人给付信托财产的收益或原本给受益人的金额, 完全由受托人自由裁量如何为适当, 则受益权的受让人和受益人的债权人均不得强制受托人给付信托财产的收益和原本。<sup>⑨</sup>

### 4. 特殊债权人的债权

即使是节省信托或扶助信托, 特殊债权人的债权, 仍得就受益权强制执行。这些可以对节省信托或扶助信托的受益权强制执行的债权, 包括受益人的子女扶养费或离婚妻子的赡养费, 提供受益人生活必需物品或服务的债权, 保存受益权和使受益权获益所提供的服务或物品的债权, 联邦或州的税捐。<sup>⑩</sup>

## (二) “信托法”关于受益权是否受债权人追索的解释

信托法是英美信托法理的移植, 当代信托法又以美国为代表, 美国信托法理是充分理性平衡真正权利的保护与交易安全保护的<sup>⑪</sup>, 在受益权是否受债权人追索的上述信托法理, 充分权衡尊重委托人的意思和债权人的保护两大价值, 值得引进信托法的我们所采取。在“信托法”的条文中, 并无明示或默示否认节省信托、扶助信托、自由裁量信托的有效性, 基于此三种信托均有其特殊的功能, 在兼顾保护交易安全的前提下均应承认其效力, 因此, “信托法”关于受益权是否受债权人追索, 可为以下解释:

### 1. 节省信托

依信托法, 应可以创设节省信托, 节省信托是为了避免受益人挥霍, 限制受益权的转让, 然而, 如委托人为受益人时, 委托人避免受益人挥霍其实等于避免自己挥霍, 委托人避免自己挥霍的意思与委托人债权人保护相冲突时, 应保护债权人以确保交易安全, 因此, 不应承认委托人限制其所享有受益权移转的效力。如委托人并非受益人, 其避免受益人挥霍的目的是创设信托的诱因, 避免受益人挥霍可以使财产为有效率的使用, 具有正面功能, 因而应肯定其限制移转的效力。因为限制受益权的移转在用来保护受益人的限度内有效, 超过此部分则不须承认其效力, 而限制受益权的移转又可区分为限制原本受益权和收益受益权两种不同的情形:

(1) 原本受益权。原本受益权是关于信托财产的原本归属的权利, 在信托财产的原本和收益为不同受益人享有时, 即有必要区分原本受益权和收益受益权, 而且收益受益权也是独立的权利, 为了不影响收益受益权, 原本受益权往往是在信托终止时才可行使, 等于是附期限的权利, 而为期待权; 如果原本受益权立即可行使, 即受益人有权利主张立即将信托财产的原本移转给他, 则此一权利并非期待权而为既得权。

原本受益权如为期待权, 受益人尚不得行使其权利, 可以达到禁止挥霍的目的, 因而限制其移转也是合法的方法, 受益人既然不得行使其权利, 也不得移转, 其债权人也不得强制其移转, 因此, 不得强制执行。然而, 原本受益权如为既得权, 受益人已可行使其权利, 将信托财产的原本归属于自己, 然后拿去挥霍, 并无法达到禁止挥霍的目的, 因而限制其移转即不具意义, 受益人既然可以行使其权利, 将信托财产的原本归属于自己, 其债权人即可对属于受益人的财产强制执行, 使债权人强制执行受益权效果相同, 因此, 在此情形, 对原本受益权得强制执行。

<sup>⑨</sup> Restatement, Trusts 2d, § 155.

<sup>⑩</sup> Restatement, Trusts 2d, § 157.

<sup>⑪</sup> 参见谢哲胜, 注③书, 第 223—224 页。

另外情形,如受益人享有收益和收益受益权,而原本必须等到受益人死亡时才移转给他,则限制原本受益权的移转是无效的,因为限制受益权的移转在用来保护受益人的限度内为有效,而此种限制只是用来预防原本受益人以遗嘱处分其遗产,并不具有保护受益人的目的,此时,原本受益人的债权人在受益人生存时即可主张对信托财产的原原本受益权强制执行。

在特殊债权人债权的情形,因为保护的必要性,即使是上述有效的限制移转,则仍得对信托财产的原原本受益权强制执行。原原本受益权如经强制执行,其受让人如非收益受益权人,则其权利的行使仍受到收益受益权的限制。

(2) 收益受益权。收益受益权是享有信托财产的收入或收益的权利,有别于对信托财产原本的享有,假如依信托条款,受益人有权利享受信托收益终身或一定期限,也限制收益受益权的转让,或限制债权人对信托收益受益权的追索,此种限制就避免受益人挥霍是有必要的,否则,受益人只要转让收益受益权,即可提前取得将来才可享有的收益,而有进行挥霍的可能;因而在受益人终身期限内,即受益人可享有收益受益权的期限内,信托条款限制信托收益受益权的转让或限制债权人对信托收益受益权的追索,是有效的。

在特殊债权人债权的情形,因为保护的必要性,即使是上述有效的限制移转,则仍得对信托财产的收益受益权强制执行。收益受益权如经强制执行,其受让人如非原原本受益权人,则其权利的行使不受原原本受益权的影响。

## 2. 扶助信托

假如依信托条款,受托人只能给付信托财产的收益或原本给受益人提供教育或生活所需,则此依信托设立的目的是为了受益人供教育或生活所需,允许受益人移转受益权将违反信托本旨,因而受益人不得移转受益权,允许债权人强制执行受益权也将违反信托本旨,因而债权人也不得向受益权强制执行。

在特殊债权人债权的情形,因为保护的必要性,即使是扶助信托,仍得对信托财产的受益权强制执行。

## 3. 自由裁量信托

假如依信托条款,受托人给付信托财产的收益或原本给受益人的金额,完全由受托人自由裁量如何为适当,则受益人享有的受益权是一种没有请求权的权利,只有受领权,受益人既无请求权,则受益权的受让人和受益人的债权人均不得强制受托人给付信托财产的收益和本金。

## 4. 特殊债权人的债权

在某些情形,虽然不得对节省信托或扶助信托的受益权强制执行,以免违反信托本旨,然而,在信托本旨的尊重和某些特殊债权人债权的保护冲突时,则选择保护特殊债权人债权,因此即使是节省信托或扶助信托,某些特殊债权人的债权,仍得就受益权强制执行。

这些可以排除对节省信托或扶助信托受益权强制执行限制的债权,包括以下债权:

(1) 受益人的子女抚养费或离婚妻子的赡养费。限制对受益权强制执行是为了受益人的利益,但是受益人的未成年子女和离婚妻子的生活也须受保护,而后者相对于受益人是更为弱势,因此,应优先受保护,所以,此种债权可以对受益权强制执行。

(2) 提供受益人生活必需物品或服务的债权。限制对受益权强制执行是为了受益人的利益,但是提供受益人生活必需物品或服务的债权,则已非挥霍的考虑范围,也符合对受益人扶助的本旨,如此种债权不得受到清偿,则恐无人愿意提供受益人生活必需物品或服务,因此,此种债权亦应优先受保护,所以,此种债权可以对受益权强制执行。

(3) 保存受益权和使受益权获益所提供的服务或物品的债权。如有人对受益权提起诉讼, 受益人委任律师所生的费用, 即是保存受益权所提供服务的债权, 如受益人雇工修缮属于信托财产的建筑物, 即因而增加信托财产的价值, 则受益人的受益权也因而增加了价值, 此种债权优先保护, 将会对保存受益权和使受益权获益所提供的服务或物品的债权人具有重大诱因, 符合受益人的利益。

(4) 税捐。受益人应纳的各种税捐, 不论是上级或地方政府核课, 都关系着租税公平和公共事务的推动, 事关公益, 无理由让受益人有租税未纳而仍保有受益权, 因此, 税捐债权不受信托本旨的限制, 对于节省信托或扶助信托受益权仍得强制执行。

#### 四、信托财产得强制执行的类型

信托财产具有独立性, 指信托财产独立于委托人、受托人和受益人的财产而存在, 为委托人、受托人和受益人的债权人追及范围之外<sup>②</sup>, 但这只是原则, 仍有例外, 信托财产在符合一定的要件下, 仍然可以强制执行, 只是如欲对信托财产强制执行须受到相当的限制。

以下即分别说明对信托财产可以强制执行的类型:

##### (一) 存在于信托财产的权利

关于存在于信托财产的权利, 可以分为信托前与信托后发生的权利, 其法律关系的义务人不同, 法律关系也有不同。

###### 1. 信托前

信托前存在于信托财产的权利, 可以分为委托人设定的权利, 和第三人设定的权利, 两种情形并不相同。

(1) 委托人设定的权利。委托人在信托的重要性, 在于其移转信托原本财产并设立信托, 并就信托财产科以受托人对受益人负忠实义务, 然而, 在设立信托的意思表示和移转信托原本财产后, 委托人就和财产的前所有人一样。<sup>③</sup> 在信托原本财产由委托人移转给受托人的情形, 委托人原是信托原本财产的所有人, 在其权利存续期间, 可以有效地设定抵押权, 或其他权利, 而成为信托原本财产的物上负担。除非原始取得, 物上负担不受所有人的变更影响, 随着信托原本财产的移转而移转, 因此, 委托人于信托前就信托原本财产所设定的抵押权或其他权利, 在信托原本财产移转给受托人后, 权利人仍得行使其权利, 此时该债权人例外可以对信托财产强制执行, 但这是因为该权利系对物权的效力, 而与该债权人是否为委托人的债权人无关, 即使该对物的权利人是第三人的债权人亦同。

(2) 第三人设定的权利。信托财产除了原本外, 尚包括信托后取得的财产, 此种财产可能是受托人从第三人购得, 受托人仍然继受前手的物上负担, 如前手在该财产设定抵押权, 或其他物上负担, 因为该权利系对物权的效力, 此时该权利人也可以对信托财产强制执行。

###### 2. 信托后

因为受托人直接管理信托财产, 信托成立后才存在于信托财产的权利, 原则上为受托人设定的权利, 但受托人就信托财产设定权利给他人, 又可分为权限内的行为和权限外的行为, 两种情

<sup>②</sup> 参见方嘉麟:《信托法之理论与实务》, 1994年版, 第44—45页。

<sup>③</sup> Robert L. Mennell, Wills and Trusts 204 (1994).

形法律效果并不相同。

(1) 权限内行为。受托人就信托财产设定权利给他人,如果符合信托本旨,则是权限内的行为,完全有效。就此而言,该权利人也可以对信托财产强制执行。

然而,受托人不等于所有权人,因此,其权限范围有别于所有权人<sup>⑭</sup>,例如未经信托条款明示或默示授权,受托人原则上不得就信托财产设定担保物权,与所有人得自由处分其所有物不同。

(2) 权限外行为。受托人就信托财产设定权利给他人,如果违反信托本旨,则是权限外的行为,是有瑕疵的法律行为。台湾不动产登记采权利登记制,且采实质审查的原则下,对受托人的此种行为,地政机关应不准其登记,负实质把关的责任,然而,地政机关的人员并非法律专业人员,是否有能力把关仍有疑问,因此,法院终将面对许多受托人权限外的行为,而地政机关仍准予登记的案件。

受托人违反信托本旨处分信托财产,如设定担保物权,依“信托法”第18条的规定,是得撤销的行为,并非无权处分效力未定,在未行使撤销权前,权利人仍得行使其对信托财产的权利。因此,即使受托人违反信托本旨于信托财产设定抵押权,而地政机关也准其登记,则受益人固然可以申请法院撤销抵押权设定的行为,进而涂销抵押权的登记,但在受益人未为此一主张前,抵押权人仍得行使其权利,而查封拍卖属于信托财产的抵押物。

## 二、处理信托事务所生的权利

受托人的自有财产与信托财产分离,信托事务的处理发生的债务和自己事务的处理发生的债务,原则上分别由信托财产和自有财产担保债务的清偿。因此,受托人处理自己事务而产生的债权人,原则上不得向信托财产主张清偿责任,例外情形,因信托财产未公示,而受托人的债权人并非明知或重大过失而不知该财产为信托财产,为保护交易安全,可以让受托人的债权人对信托财产主张清偿责任。至于受托人因处理信托事务所生的债权人,从信托财产主体性而言,似乎可视为信托财产的债权人,然而,受托人处理信托事务,原则上仍是以本人名义为法律行为,受托人原则上仍须就其自有财产负责,虽然符合一定要件受托人可以向信托财产求偿。<sup>⑮</sup>

既然债权人可以向受托人请求履行,如果也得到清偿,似乎就不必再允许其向信托财产求偿,所以,依美国的普通法,即使是受托人合法处理信托事务所生的债务,债权人也不得向信托财产求偿,只有在特定情形,可以依衡平法向信托财产求偿。<sup>⑯</sup>

以下即参考美国衡平法的法理,解释就处理信托事务所生的权利,可以包括数种类型:

(1) 合法处理事务所生的权利,而且无法从受托人得到清偿。依美国法,受托人因处理信托事务所生的债务,该债权人无法从受托人得到清偿,而受托人就该债务可以向信托财产求偿,则该债权人可以向信托财产求偿。<sup>⑰</sup> 另外,如受托人于契约中明示免除其个人责任,契约由信托财产负责,则该债权人可以直接向信托财产求偿。<sup>⑱</sup>

参考美国信托法理可知,受托人合法处理事务所生的债务,受托人清偿后可以向信托财产求

<sup>⑭</sup> 有关于受托人的权限,参见谢哲胜:《信托业管理信托财产的权限》,载《月旦法学》2002年第90期,第65—76页。

<sup>⑮</sup> 参见谢哲胜,注③书,第230页。

<sup>⑯</sup> Restatement, Trusts 2d, § 266-§ 267.

<sup>⑰</sup> Restatement, Trusts 2d, § 268.

<sup>⑱</sup> Restatement, Trusts 2d, § 271.

偿,如该债权人无法从受托人的自有财产得到清偿,则可以向信托财产求偿;而受托人合法处理信托事务与他人交易,如受托人于契约中明示免除其个人责任,约定该契约由信托财产负责,因债权人也无法向受托人求偿,则该债权人可以直接向信托财产求偿。

(2) 信托财产得到利益,又无法从受托人得到清偿。依美国法,债权人提供信托财产利益,又无法从受托人的自有财产得到清偿,在信托财产受益的范围内,债权人可以向信托财产求偿,除非依客观情形准许此一救济是不符合衡平法的。<sup>①9</sup>

参考美国信托法理可知,债权人依据与受托人的法律关系,提供信托财产利益,又无法从受托人的自有财产得到清偿,在信托财产受益的范围内,债权人即可以向信托财产求偿。如允许某人此一权利,有违诚实信用原则,例如,强迫信托财产得利,则不允许其主张不当得利的返还。

(3) 信托条款明定。依美国法,受托人因处理信托事务所生的债务,如委托人于信托条款明示授予债权人直接向信托财产求偿的权利,则该债权人可以向信托财产求偿。<sup>②0</sup>

参考美国信托法理可知,委托人如明示某些债权的债权人可以直接向信托财产求偿,因不违反委托人的意思和信托本旨的实现,所以,此种债权人可以直接向信托财产求偿。

(4) 其他符合诚实信用原则的情形。依美国法,虽然不符合前述三种情形,受托人合法处理事务所生的债务,如符合衡平的情形仍可以向信托财产求偿。<sup>②1</sup>

美国的衡平法用来调整权利义务关系,如同台湾法的诚实信用原则,参考美国信托法理可知,虽然不符合前述三种情形,受托人合法处理事务所生的债务,如符合诚实信用原则的情形仍可以向信托财产求偿。

### (三) 其他法律另有规定

对信托财产不得强制执行,虽有助于委托人意思和信托本旨的实现,但却有害于受托人债权人的债权受清偿,因此,立法上可以针对某些应特别保护的受托人的债权人,就其债权,不限于前述两种情形,仍可对信托财产强制执行。

## 五、“最高法院”2000年台抗字第555号裁定评释

针对“最高法院”2000年台抗字第555号裁定,对照前述对信托财产得强制执行的类型,以下就信托财产并非绝对不得强制执行和受托人以信托财产设定抵押权的效力两方面,评析该裁定。

### (一) 信托财产并非绝对不得强制执行

该裁定理由提及“信托财产非绝对不得强制执行”,此见解非常正确,虽然该裁定仅举条文但书为依据,并未阐释何种债权可以对信托财产强制执行,本文第四部分所探讨的信托法理,应可作为将来对信托相关案例为裁判的依据。

<sup>①9</sup> Restatement, Trusts 2d, § 269.

<sup>②0</sup> Restatement, Trusts 2d, § 270.

<sup>②1</sup> Restatement, Trusts 2d, § 271 A.

## (二) “信托法”第35条第1项是限制自己交易,与本案无直接关系

受托人处理信托事务,负有忠实义务<sup>②</sup>,原则上不得自己交易<sup>③</sup>。“信托法”第35条第1项即是为了此一目的,与本案受托人将信托财产设定抵押权给第三人无关,只有当受托人就信托财产设定权利给自己,才是本条项规范的范围。就此而言,本案事实显然并非由受托人取得抵押权,因而裁定要旨所称“同法第35条第1项亦规定受托人于一定情形下,得于信托财产设定权利”,即与本案裁定理由的构成无直接关系。

## (三) 受托人以信托财产设定抵押权的效力

本案不动产系相对人甲受让委托人的信托财产,并已为信托登记,则本案相对人甲将该不动产设定抵押权给再抗告人,因为是担保受托人以外的债务人乙,等于受托人甲就信托财产设定抵押权给第三人。

受托人原则上不得就信托财产设定抵押权,例外情形才允许。未经信托条款明示或默示授权,受托人不得就信托财产设定担保物权,包括为借款而设定抵押权或质权,或就受托人处理信托事务而发生的债务提供担保。<sup>④</sup>

就本案言,乍看之下似乎应先确定信托条款是否有授权,如有授权,则受托人设定抵押权的行为完全有效,如无授权,则是违反信托本旨的行为,依“信托法”第18条,受益人得主张撤销之。然而,再对照受托人的忠实义务,受托人应为了受益人的利益处理信托事务,则设定抵押权给第三人,显然违反受益人的利益,当然违反信托本旨。受托人如欲就信托财产设定担保借款,除了得到授权外,也只能为了信托财产借款而设定担保,不得为了自己或第三人的借款而设定担保,本案为信托财产以外的债务人的债务设定抵押权,显然是权限外的行为,又对受益人不利,当然违反忠实义务,就受托人此种行为应负民、刑事责任。民事上受托人应负损害赔偿、被解任、丧失报酬,在美国法尚有惩罚性赔偿金的适用,刑事上构成背信,应科刑罚。

本案受托人行为应受制裁固无疑问,但是就受托人以信托财产设定抵押权,因为必须权衡受益人真正权利的保护和交易安全的保护,并不因而当然无效,在本案因为受托人的行为违反受益人的利益,应视为当然违反信托本旨的行为,依“信托法”第18条,受益人得主张撤销之,在受益人未申请撤销前,抵押权人仍得对信托财产强制执行。

## (四) 地政机关对登记被撤销应否负损害赔偿

台湾土地登记制度采权利登记制,并采实质审查<sup>⑤</sup>,因而理论上已经信托登记为信托财产的不动产,如受托人处分违反信托本旨,地政机关本不应准其登记,如不准其登记,受益人也无须再申请法院撤销。如地政机关未准许抵押权的设定登记,债权人也不会信赖设定抵押权为有效,而贷款给债务人,则当抵押权被撤销时,债权人变成无担保债权人,势必受到损害。

“土地法”第68条规定了因登记错误的损害赔偿,依“最高法院”1987年第五次民事庭决议

<sup>②</sup> 关于忠实义务,参见谢哲胜:《忠实关系与忠实义务》,载《财产法专题研究》(三),2002年3月版,第155页。

<sup>③</sup> 有关于受托人自己交易的禁止与例外,参见谢哲胜:《信托业管理信托财产的权限》,载《月旦法学》2003年第90期,第72页以下。

<sup>④</sup> Restatement, Trusts 2d, § 191.

<sup>⑤</sup> 参见温丰文:《土地法》,2001年版,第149页;并请参见“土地登记规则”第57条。

见解<sup>26</sup>，可以请求损害赔偿情形不限于“土地登记规则”第13条的情形，因此，如审查时可查知不应准许登记，如因承办人员的过失而准予登记，应可请求地政机关损害赔偿，如审查时无法查知不应准许登记，则承办人员似乎可以视为无过失，地政机关即可免责。

现行“土地登记规则”第九章的土地权利信托登记对于受托人可以为哪些处分，并未提供登记机关遵循的依据，因信托财产除了在所有权部或其他权利部登载信托登记外，仍将受托人登记为所有权人，地政机关不免仍视受托人为真正的所有人，而可以行使所有人全部的权利，就此而言，就地政机关不知受托人的权限受到一定限制，如无法从信托专簿看出，似乎可以视为无过失。

然而，以地政机关尚无法判断受托人可以行使哪些权限，因而免除其准许受托人权限外行为登记的责任，只能作为暂时的权宜之计，就长远考虑，为了确保登记的公信力，应就已为信托登记的信托财产的登记就受托人有无此权限为特别的审查，这必须承办人员具有信托法的专业知识，如有疑问，应申请上级机关解释后再行登记。另外一种解决的方式，则是将信托财产有关的登记仅采形式审查，登记机关不担保实质权利有无瑕疵，因此，就信托财产设定抵押权的权利人即须自行察看信托相关文件，以确保其权利不致遭到撤销。

### 结论性观点

“信托法”虽然于1996年即已施行，但在“最高法院”之前裁判的信托与“信托法”的信托概念不同的情形下，有关于“信托法”的信托相关的裁判，对全体民事庭法官是一项全新的挑战，所幸近年来法官们学养日有精进，能不拘泥于文义表面的意思，颇能深入法律的精髓，作出符合公平正义的判决。信托是能达成各种特殊功能的法律制度，妥为运用必能造福社会经济，然而，目前却出现许多以信托为名行诈害债权人之实的行为，将有劳法院秉持信托法理，作出妥适的裁判。

<sup>26</sup> 参见1987年3月10日“最高法院”1987年第五次民事庭会议决议，载《“最高法院”民刑事庭会议决议汇编》（上册），第232、245、922页。

决议：采甲说。

提案。民三庭提案：某地政事务所漏未将土地重测前已登记某甲之抵押权转载于重测后新设之土地登记簿。某乙不知情，就同一土地设定抵押权，向该地政事务所办理登记。嗣经该地政事务所发现该土地上原已登记有某甲之抵押权，乃更正某乙之抵押权为第二顺位。其后土地拍卖结果，因有第一顺位抵押权之故，某乙仅分得一部分价金而受损害。兹某乙依“土地法”第68条规定请求某地政事务所赔偿损害，应否准许，有甲、乙两说：

甲说：“土地法”第68条规定因登记错误遗漏或虚伪致受损害者，由该地政机关负损害赔偿责任。兹该地政事务所既未将重测前已登记之抵押转载于重测后新设之土地登记簿，自属登记有遗漏，某乙不知情，致其嗣后设定之抵押权未获全部清偿，自得请求该地政事务所赔偿损害。“土地登记规则”第12条（现行条文第13条）所指情形，乃属例示，不能以此而谓因土地重测而发生之错误遗漏之情形，不包括在“土地法”第68条之内。“土地法”第68条之立法精神，旨在保护土地权利人，土地之登记准确与否，影响人民之权益至巨，地政机关所负责任亦重。不应就“土地登记规则”第12条作狭义解释，致与土地法之立法精神不符。

乙说：“土地登记规则”第12条规定，“土地法”第68条及第69条所称登记错误或遗漏，系指登记之事项与登记原因证明文件所载之内容不符而言。某地政事务所就某乙设定抵押权所为之登记，与登记原因证明文件并无不符。虽某地政事务所漏未将土地重测前已登记某甲之抵押权转载于新设之登记簿，亦仅违背“土地登记规则”第101条第1项第4款之规定，非“土地法”第68条规定之情形。某乙不得依此法条请求某地政事务所赔偿其损害。另一说某乙信赖重测后土地登记簿之记载，而为设定抵押权之登记，应受“土地法”第43条之保护，享有无抵押权登记在前之抵押权，（即非第二顺位抵押权）地政事务所不得更正其为第二顺位抵押权，地政事务所纵予更正，某乙已取得之权利亦不受其影响，其未受分配之一部卖得价金，可向某甲依不当得利请求返还，故某乙并未受有损害，不能向地政事务所请求赔偿，其结论与前说相同。

本裁定案例事实,是由受托人将信托财产为第三债务人设定抵押权,此一行为不利受益人显然超过受托人的权限,如信托条款竟准许此种行为,则此一信托恐怕也是脱法行为,而不应承认其效力。本文借由对本裁定的评析,阐述对信托财产不得强制执行的真正意涵,其目的是为了确保护合法信托本旨的实现,只是一种原则,例外情形对信托财产仍得强制执行,而且符合一定要件,对受益权仍得强制执行,因此,想借由自益信托以诈害债权人将徒劳无功。

对信托财产得强制执行的情形,本文将区分为各种类型,在尚缺乏相关文献时,将可作为对信托强制执行的参考准则。对于本裁定所揭橥的信托财产并非绝对不得强制执行的概念,本文表示赞成和肯定,但是裁定理由所提到“信托法”第35条第1项的部分,则与本案无直接关系,本文有必要澄清。受托人以信托财产设定抵押权的效力应从“信托法”第18条区分其效力,并非完全有效,原裁定理由未论及,本文有必要补充。至于地政机关对登记被撤销应否负损害赔偿责任,则是虑及将来受托人的行为遭撤销时,将面对如何保护交易的相对人的课题,本文认为,如为了确保登记的公信力,则应须对受托人权限为审查,否则,须让当事人明了就信托财产取得的权利,如违反信托本旨,受益人可申请法院撤销,以避免其受到不测的损害。



# 违章建筑的事实上处分权

——“最高法院”1954年台上字第856号判例、1978年第二次民事庭决议（一）、1980年台上字第3726号判决、1997年台上字第2272号判决评释

谢哲胜\*

## 基本案情

### 一、1954年台上字第856号判例事实部分

本件上诉人对于台北地方法院民事执行处因被上诉人甲申请执行被上诉人乙清偿债务确定判决事件，就坐落台北市成都路64号木造平房店屋两间，面积25.5坪，所为之查封拍卖命令提起异议之诉，……以此项房屋曾经被上诉人乙于1953年1月17日，连同其右侧62号楼房经市政府登记有案者一并出卖予上诉人，有买卖契约及移转租地契约可凭，为其原因事实……系争房屋系属违章建筑，并未为所有权移转登记，……为上诉人在历审所自认，而台北市为已施行不动产登记法规之区域，……上诉人提出系争房屋买卖契约等书证，……主张对于系争房屋已生取得所有权之效力。此外系争房屋与其右侧之62号楼房彼此各自独立，并无主从关系，……并非……62号楼房之从物……原审本于上述见解，认为上诉人对于系争房屋并无足以排除强制执行之权利存在，其提起本件之诉，自为“强制执行法”第15条所不许，因而维持第一审驳回上诉人之诉之判决……

### 二、1980年台上字第3726号判决事实部分

本件上诉人起诉主张，系争坐落高雄县大寮乡山子顶段3238之16号地上建物即大寮乡明德路四巷三号二层楼房屋一栋，系伊于1980年1月11日向诉外人丙购买，业经法院公证，并办毕变更纳税义务人名义为上诉人，詎被上诉人竟以其对丙之债权，申请第一审法院假扣押该房屋侵害上诉人权利，应依“强制执行法”第15条规定，提起第三人异议之诉，请求为撤销该查封强制执行程序之判决。被上诉人则以上诉人尚非系争房屋之所有权人，无从排除强制执行等语，资为抗辩。原审审理结果……爰维持第一审所为不利于上诉人之判决，驳回其上诉……

### 三、1997年台上字第2272号判决事实部分

本件被上诉人主张：门牌号码为台北县中和市自立路99巷36弄17、19、21及23号之房屋系六层楼之集合住宅，伊为其中19号五楼房屋之所有人，詎上诉人未经全体住户同意，擅自在上开集合住宅屋顶平台加盖如第一审判决附图黄色部分所示面积共76.19平方公尺之建物，侵害全体住户之权利等情，依“民法”第767条、第821条及第184条第1项之规定，求为命上诉人将系争建物拆除，及将该屋顶平台交还伊与全体共有人之判决。上诉人则以：伊之女丁为台北县中和市自立路99巷36弄23号六楼房屋之所有人，对于该六楼房屋之屋顶平台有专用权，

\* 中正大学法律学系教授。

伊于该平台加盖系争建物赠与丁,无侵害其他住户之权利可言。况被上诉人并非 23 号房屋屋顶平台之共有人,亦无权为本件之请求等语,资为抗辩。原审维持第一审所为上诉人败诉之判决,驳回其上诉,系以:被上诉人就其主张之事实,业据提出所有权状、建物登记簿誊本及复丈成果图为证。上诉人虽以前揭情词置辩。然查大楼之屋顶平台为大楼之共同构成部分,依“民法”第 799 条规定,应推定属于大楼各区分所有人共有。上开集合住宅,为 4 栋结合在一起之六层楼建物,各栋房屋之屋顶平台均相通,并无隔间,该平台自为 4 栋房屋全体住户所共有。被上诉人为 4 栋房屋中 19 号五楼房屋之所有人,就上开平台有共有权。上诉人辩谓:被上诉人非系争平台之共有人等语,为无足取。次查上诉人提出之屋顶加盖同意书仅能证明 23 号房屋一至五楼所有人同意丁在其所有六楼房屋为加盖,不能证明彼等亦同意上诉人加盖,上诉人加盖系争房屋之行为,系属无权占有,其抗辩:伊未侵害其他住户之权利等语,亦无足采。上诉人既侵害上开集合住宅全体住户之权利,被上诉人依“民法”第 767 条、第 821 条及第 184 条规定,请求上诉人将系争建物拆除,及将该屋顶平台交还被上诉人与其余共有人,即有理由,应予准许等词,为其判断之基础。……上诉人加盖之系争建物似为违章建筑,果尔,上诉人抗辩:伊加盖之系争建物,已赠与丁等语,倘非虚妄,其是否仍有拆除之权限,即非无疑。原审对此未加审认,遽命上诉人拆除系争建物并交还该屋顶平台,尚嫌率断。上诉论旨,指摘原判决不当,应予废弃,非无理由。据上论结,本件上诉为有理由……

## 裁判要旨

### 一、1954 年台上字第 856 号裁判要旨

“民法”物权编关于登记之规定,限于在未能依同编施行法第 3 条所称之法律登记前,始在不适用之列,系争房屋既因违章建筑而未能登记,显与前开法条所定之情形有间,上诉人自不得执是,而为不适用“民法”物权编关于登记之规定之论据。

### 二、1978 年第二次民事庭决议(一)

违章建筑之让与,虽因不能为移转登记而不能为不动产所有权之让与,但受让人与让与人间如无相反之约定,应认为让与人已将该违章建筑之事实上处分权让与受让人

### 三、1980 年台上字第 3726 号裁判要旨

提起第三人异议之诉,须第三人就执行标的物有所有权等足以排除强制执行之权利者,始得为之,观“强制执行法”第 15 条规定自明。本件上诉人向诉外人丙购买系争房屋,固有公证买卖合同等件为证,但查不动产物权依法律行为而取得者,非经登记不生效力。本件系争房屋尚未办理保存登记(建物所有权第一次登记),上诉人自无从取得所有权,即无排除强制执行之权利。

### 四、1997 年台上字第 2272 号裁判要旨

违章建筑之让与,虽因不能为移转登记而不能为不动产所有权之让与,但受让人与让与人间如无相反之约定,应认为让与人已将该违章建筑之事实上处分权让与受让人,又房屋之拆除为一种事实上之处分行为,须有事实上之处分权者,始有拆除之权限。

## 学理研究

### 一、违章建筑所有权的发生和移转

#### (一) 违章建筑所有权的发生

违章建筑也是建筑物,建筑物只要符合“非土地之成分,继续附着于土地,而达到一定经济上目的,不易移动其所在”<sup>①</sup>,即是土地的定着物,也就是不动产。违章建筑只要建筑物符合定着物(不动产)定义的阶段,即发生违章建筑所有权,因为此所有权是创造出来的,所以是原始取得,原始取得人就是创造此一所有权人,也就是违章建筑的起造人。

#### (二) 违章建筑所有权的移转

违章建筑所有权的享有并无问题,所有人可以占有、使用、收益、事实上处分、排除他人干涉,但是遇到让与所有权(法律上处分)时,即需面对所有权如何移转的问题。

在违章建筑让与时,双方所签立的契约文字,和当事人的真意,都是让与所有权,遵照契约自由原则,此一意思应受尊重。然而公示的要件是否具备,也会影响当事人的意思能否贯彻,即法律一方面尊重契约自由,但另一方面,为了某些政策考虑,可以将有些法律行为效力的强弱系于某些要式的要件是否预备。<sup>②</sup> 物权具有对抗第三人的效力,一般规定有公示的要件。依“民法”第758条规定:“不动产物权,依法律行为而取得、设定、丧失及变更者,非经登记,不生效力。”依该条文义,似乎违章建筑的所有权因法律行为而变动,也需践行登记的手续,才发生效力。但是违章建筑是未能依现行不动产登记法令予以登记的不动产,又如何践行登记手续,使所有权发生变动?在此是法律上不允其登记,使其无法依登记而发生所有权变动,除非否认违章建筑为交易的客体,否则当事人的意思应加以尊重,这是为了保护真正的权利所必要,仅配合保护交易安全即可<sup>③</sup>,为保护交易安全,仅需避免善意无过失的第三人遭受不测的损害,也就是使交易对善意无过失的第三人不发生效力即可,而无须完全否定交易相对人所欲发生的效力。交易相对人所欲让与的标的是所有权,就应该在不危及交易安全保护的前提下,承认违章建筑所有权让与的效力。

关于未能登记的不动产物权的变动,其实“民法”物权编施行法第3条第2项已有规定:“物权于未能依前项法律登记前,不适用民法物权编关于登记之规定。”依“民法”物权编施行法第3条第2项的文义,可以解释为,“民法”物权编关于登记的规定,只适用于可以依现行登记法令予以登记的物权,例如现行可以办理登记的不动产物权,至于无法依现行登记法令予以登记的物权,例如违章建筑的物权,则不适用“民法”物权编关于登记的规定。依此解释,违章建筑的所有权因法律行为而发生变动,即不待登记即生效力。

违章建筑的所有权因法律行为而发生变动,虽然不待登记即生效力,然而为了保护交易安全,物权的变动仍以践行公示的手续为必要,违章建筑既然无法登记,则公示的方法可以占有移转的方式来代替,即以交付作为违章建筑的所有权变动的公示方法。实务见解虽有认为在未依土地法办理登记的区域,或如买卖时地方沦陷无合法的登记机关,致不能为登记,则于买卖契约

① 参见释字第93号解释理由书。

② 参见谢哲胜:《赠与的生效要件》,载《财产法专题研究》(二),元照出版有限公司1999年版,第138—139页。

③ 参见谢哲胜:《信托法总论》,元照出版有限公司2003年版,第113—116页。

书面成立时,即发生物权移转的效力<sup>④</sup>,然而,买卖契约的书面并无使第三人得知的方法,而且,买卖契约成立并不等于出卖人已完成履行移转不动产物权的的行为,因此,仍以出卖人履行买卖契约交付不动产给买受人,作为违章建筑的所有权移转的公示方法,也就是违章建筑的所有权变动的要件。

## 二、事实上处分权的内容及性质的争议

### (一) 事实上处分权的内容的争议

“最高法院”创设了事实上处分权此一名词,但并未对此名词的内容作任何说明,仅在相关的判决中阐释了事实上处分权的效力,如违章建筑出卖人不得以违章建筑不得登记为理由诉请确认其所有权<sup>⑤</sup>、违章建筑的受让人可以依侵权行为法则请求加害人赔偿损害<sup>⑥</sup>、受让占有的违章建筑的买受人可以对第三买受人主张权利。<sup>⑦</sup> 本段就试着从“最高法院”的判决中探求该名词的内容。

已让与事实上处分权的违章建筑的所有人无受确认判决的法律上利益,表示违章建筑的所有人的权利已成空,而违章建筑的受让人可以依侵权行为法则请求加害人赔偿损害,表示违章建筑的事实上处分权是支配权性质,受让占有的违章建筑的买受人可以对第三买受人主张权利,也表示违章建筑的买受人,在受让占有后具有物权的效力。如从以上判决的推论,事实上处分权是物权,因此可以排除第三买受人,并可以作为侵权行为的客体,事实上处分权的让与使所有权人的所有权变成空的,则所有权人是让与其全部的所有权,就此而言,事实上处分权似乎就是所有权。

然而,一方面,“最高法院”认为受让事实上处分权的买受人,并未取得所有权,不得提起第三人异议之诉<sup>⑧</sup>,明白地否定了事实上处分权为所有权;另一方面又认为,拆除违章建筑的权限在事实上处分权人,因此,必须诉请事实上处分权人拆除而非原所有权人。事实上,处分权人不是所有人,但却有权利拆除违章建筑,“最高法院”等于承认有一种权利可以排除所有权,却又不承认此权利可以作为第三人异议之诉的权利,对照前述事实上处分权又似乎就是所有权,理论上显有矛盾。

“最高法院”既无法周延地解决此一困境,下级法院就出现了以建造人为债务人而拍卖违章建筑,系拍卖无事实上处分权负担的所有权的见解<sup>⑨</sup>,等于宣告违章建筑买受人一遇到建造人的债权人申请法院拍卖,其事实上处分权就自动丧失(欠缺物权的追及效力)。另一方面,却又认为违章建筑的买受人为债务人而拍卖违章建筑,所拍卖的标的是建物的所有权。<sup>⑩</sup> 一再不被承认为所有权,而且不得主张物权的追及效力的事实上处分权,在法院作为拍卖标的时,却又突然变成所有权,法院实务对违章建筑的事实上处分权的解释适用,可说是身陷泥沼,不可自拔。

④ 参见“最高法院”1948年上字第6728号、1953年台上字第180号判例。

⑤ 参见“最高法院”1959年台上字第1812号、1961年台上字第1236号判例。

⑥ 参见“最高法院”1983年台上字第1453号判决。

⑦ 参见“司法院”(1992)厅民一字第18571号。

⑧ 参见“最高法院”1980年台上字第3726号判决。

⑨ 参见台湾高等法院暨所属法院1995年法律座谈会民事执行类第1号。

⑩ 参见台湾高等法院暨所属法院1966年法律座谈会民事执行类第46号。

## (二) 事实上处分权的性质的争议

依物权法定主义,事实上处分权如果是物权,等于“最高法院”创设了一个物权的类型,是否违反物权法定主义,是第一个必须探讨的问题,但如同作者所一贯主张的与其区分物权与债权,不如探讨某一权利具有哪些权能(法律效力)来得重要。<sup>①</sup>因此,探讨事实上处分权有哪些权能才是重要的,至于就其权能为剖析后,是否再将其定性,则是其次。

然而,如前所述,实务上所创设的事实上处分权,在买受人为债务人被查封拍卖时是所有权,其他情形就不承认是所有权,在建造人为债务人被查封拍卖时,不但不能行使物权的追及效力,也不能提起第三人异议之诉,理论上互相矛盾,因此,如欲从实务的见解探究事实上处分权的性质,将自寻烦恼。

抛开实务见解,观察违章建筑所有权买卖,如前所述,当事人就是买卖所有权,而且也履行了交付的义务,登记的义务是法律不能,可以视为不可归责于债务人的事由致给付不能,免给付义务,所以当事人所让与的就是所有权,因而事实上的处分权就是所有权,也就是物权。

此种因法律规定而无法依法定方式公示的物权,是一种事实上物权,相对于已依法定方式公示的法律上物权<sup>②</sup>,都是财产权,法律都应加以保护。只是在物权法定原则下,非法律规定的物权和未依法律所规定方式公示的物权,有些学者就将他纳入债权的范畴,因此,才有释字第349号解释理由书所称“如其事实为第三人明知或可得而知,纵为债权契约,其契约内容仍非不得对第三人发生法律上之效力”的说法。必须注意的是,单纯的(债权)契约,绝对不会只因第三人明知或可得而知就对他发生效力,会对第三人发生效力的契约,必然是当事人即欲发生物权的效力,而且也让相对人进入支配权利标的的状态,才会发生物权的效力。违章建筑买卖的当事人都具有使所有权发生变动的意思,如果出卖人也已移转占有给买受人,除非第三人并非明知或可得而知,否则都应对他发生效力。

## 三、“最高法院”上述判例、判决、决议评释

### (一) “最高法院”不当地限制“民法”物权编施行法第3条第2项的适用范围

从以上的分析可知,如果1954年台上字第856号判例不将“民法”物权编施行法第3条第2项的未能登记,解释为仅指不动产所在地无合法办理登记机关,不包括建筑物本身无法办理登记的情形,则违章建筑解释为可以适用该条的规定,即可在当事人让与合意加上交付时(不待登记)即发生物权变动的效力。违章建筑所有权如果可以借此方式而移转,“最高法院”即不必创设事实上处分权的概念。违章建筑的事实上处分权不仅理论矛盾,实务上也会形成不公平的结果<sup>③</sup>,因此,“最高法院”1954年台上字第856号判例限制“民法”物权编施行法第3条第2项的适用范围显然不当。

### (二) 事实上的处分权其实就是所有权

违章建筑的让与,当事人间都有让与和受让所有权的意思,只是受限于非经登记不生效力的

<sup>①</sup> 参见谢哲胜:《土地使用协议之性质及其法律效力》,载《财产法专题研究》,台北三民书局1995年5月版,第182—183页。

<sup>②</sup> 参见孙宪忠、常鹏翱:《论法律物权和事实物权的区分》,载《台湾法学研究》2001年第5期,第81页以下。

<sup>③</sup> 参见“最高法院”1980年台上字第3726号判决,违章建筑买受人不得就建造人的债权人申请对违章建筑强制执行时,提起第三人异议之诉,等于以买受人的财产担保出卖人的债务,显然对买受人不公。