

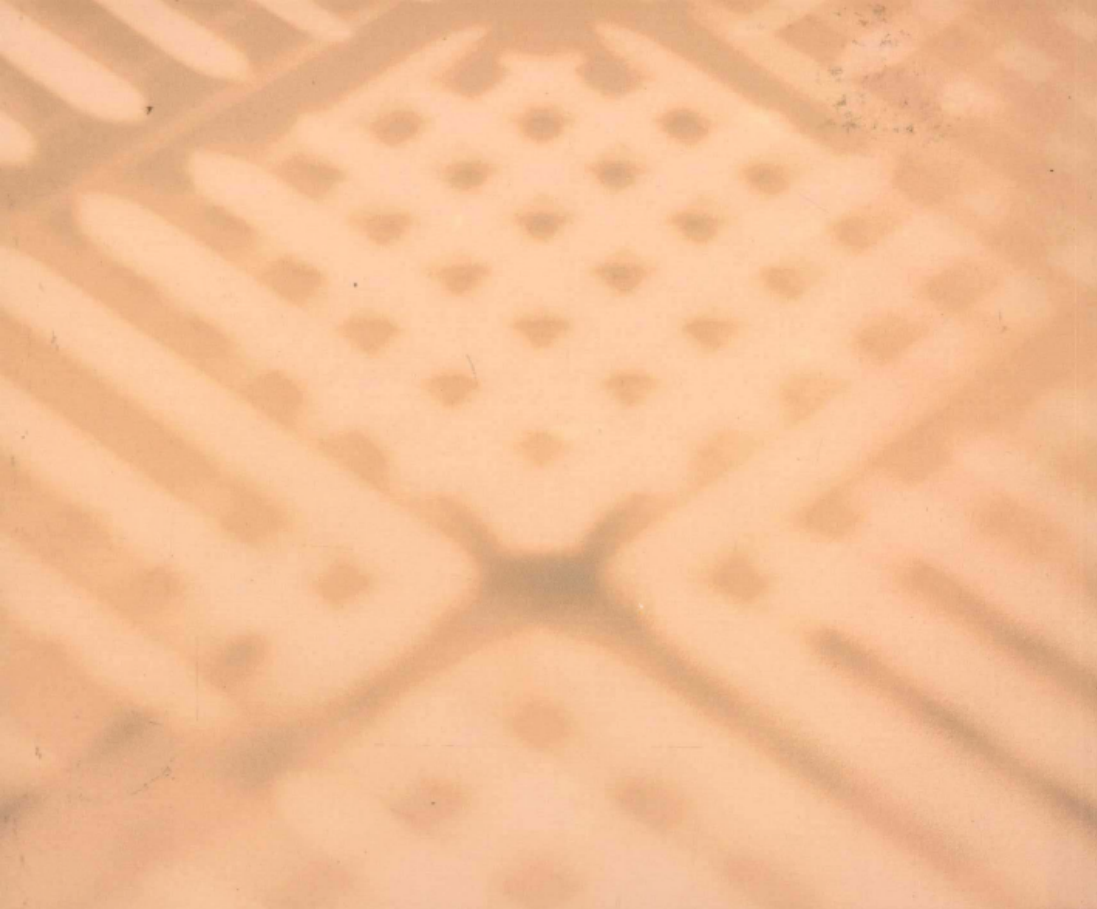
學術論文集


民事法學與  
法學方法

第四冊

吳從周 著

二〇一〇年三月初版



 新學林出版股份有限公司

地址：台北市大安區和平東路二段339號9樓

TEL：(02)2700-1808 FAX：(02)2705-9080

郵政劃報：19889774 新學林出版股份有限公司

E-mail:law@sharing.com.tw



005AY051003

ISBN 978-986-6419-84-3



00550

9 789866 419843

民事法學與

法學方法

第四冊

吳從周 著

二〇一〇年三月初版

國家圖書館出版品預行編目資料

民事法學與法學方法／吳從周著．--一版．--  
臺北市：新學林， 2010. 03  
冊； 公分

ISBN 978-986-6419-84-3 (第4冊；平裝)

1. 民事法 2. 民事訴訟法 3. 文集

584. 07

99003671

## 民事法學與法學方法 第四冊

作 者：吳從周  
出 版 者：新學林出版股份有限公司  
地 址：台北市和平東路二段339號9樓  
電 話：(02) 27001808  
傳 真：(02) 27059080  
網 址：<http://www.sharing.com.tw/>  
總 經 理：毛基正 總 編 輯：田金益  
主 編：江承勳 版 權 部：林靜妙  
製程管理：浩瀚

出版日期：2010年3月 一版一刷  
郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司  
劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元每本加收郵資50元  
定 價：550 元

ISBN 978-986-6419-84-3

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換  
門市地址：台北市和平東路二段 339 號 9 樓  
團購專線：(02) 27001808 分機 18  
讀者服務：[law@sharing.com.tw](mailto:law@sharing.com.tw)  
電子商務：[gotobuy@sharing.com.tw](mailto:gotobuy@sharing.com.tw)

# 序言

對於是否要將在台北大學法學院任教三年期間所撰寫的長短篇論文，集結成單一冊子，一直猶豫多時，主要是因為數十篇文章的長短不一，寫作的風格有時為了應邀稿所求，亦不一貫。最後仍決定將其彙編為論文出版系列的第四冊，目的是為了表達對於大學時代的母系國立台北大學法律系（前身為國立中興大學法商學院法律系）栽培之恩的感謝，特別是其中有多篇，是在台北大學民生東路校區由法學院所舉辦的學術研討會上所發表的文章，更具有特殊意義。

三年前因著偶然的機會，蒙師長提攜而返回台北大學司法系專任，一年後原來的法學系、財法系與司法系三系合併為現在之法律系，儘管三系磨合過程中不免的一些人事紛擾以及二〇〇九年秋天的一段兼課插曲，在三年的任教期間內，台北大學法律系始終提供給我一個自由地教學與研究，無虞地揮灑專業的學術空間。這本冊子中共二十四篇不成熟的嘗試作品，多少顯露了這樣的一個成果累積。雖然在二〇〇九年夏季末，因著學術生涯的規劃考慮，決定轉往我的另一個母系台灣大學法律系繼續任教，但對提攜與照顧我的台北大學法律系的師長們，我心中始終感念，在此僅以本書表達我心中萬分之感激。

這本冊子仍然延續我在民法與民事訴訟法領域，透過方法論的運用與實務判決對話的努力。本書在民法與方法論部分，特別是關於債權物權化理論與實務的探討，在民事訴訟法部分，特別

是關於否認子女之訴在比較法上的論述，最受到自己的關注。

本書的校對與出版，承蒙新學林出版社經理江承勳先生之熱心協助，使本書得以順利問世，併此致謝。

**吳從周** 2010/1/12 于梧桐屋

# 目 錄

序言 .....	i
<b>民法與法學方法</b>	
1. 法律溯及既往適用與類推適用 .....	1
—— 簡評最高法院九十六年度台上字第二〇八〇號判決	
2. 未出席社員能否提起撤銷總會決議之訴 .....	11
3. 債權物權化、推定租賃關係與誠信原則 .....	17
—— 最高法院九十五年度第十六次民事庭會議決議評釋	
4. 「土地與房屋不同屬一人所有」不宜類推適用民法 第四百二十五條之一 .....	59
—— 最高法院九十六年度台上字第一三五九號判決在法學方法論上 的再思考	
5. 互易契約之債權物權化 .....	81
—— 簡評最高法院九十七年度台上字第一七二九號判決	
6. 主人與狗 —— 動物占有人責任之實務案例整理 .....	99
7. 法律上的死而復活 .....	113
—— 死亡宣告之撤銷及其效力	
8. 上司罵下屬，公司連帶賠!?! .....	129
—— 受僱人「執行職務」概念之再探討	
9. 限制行為能力人之中性行為 .....	145
10. 仲裁判斷與時效中斷 .....	161
—— 最高法院九十六年度台上字第一四一二號判決在法學方法論上 的思考	
11. 在時效起算點決議仍採客觀基準說之後 .....	181
—— 簡評台灣高等法院九十七年度上國字第一一號判決	

12. 借名登記與無權處分…………… 189  
——簡評最高法院九十八年度台上字第七六號判決
13. 出租人之主給付義務與物之瑕疵擔保責任…………… 195  
——評析最高法院八十九年度台上字第六九九號、九十一年度台上  
字第一七三三號判決

## 民事訴訟法

14. 再訪否認子女之訴…………… 221  
——以親生父提訴權之探討為中心
15. 子女提起婚生否認之訴的被告適格…………… 253
16. 民事法官懈怠案件之進行與當事人之權利救濟…………… 269  
——從德國「不作為抗告法」(Untätigkeitsbeschwerdengesetz)之  
制定思考我國法之出路
17. 遲誤準備程序期日、不預納訴訟費用與視為合意停止  
訴訟程序…………… 311  
——一個民事訴訟法學方法論的基本介紹
18. 接續觀察主觀預備合併在我國之發展…………… 345  
——瀏覽德國學說、兼評最高法院九十四年度台上字第二八三號判決
19. 案件遲延之逆襲…………… 379  
——從防止「逃避爭點簡化協議」與「逃避失權」之角度出發整理與  
觀察相關最高法院判決
20. 再論第二審失權與補充第一審之攻擊防禦方法…………… 419  
——觀察後續實務見解發展中所產生的諸多疑問
21. 於第二審始提出時效抗辯之失權效果…………… 447
22. 民事裁判書附記不同意見書?…………… 457
23. 醫療過失舉證責任的實務新發展:醫病鬥「法」第二回合…………… 469  
——簡評最高法院九十六年度台上字第二七三三八號判決
24. 以一訴「附帶請求」不併計標的價額之範圍…………… 489
- 附錄:Gustav Radbruch 原著  
制定法的不法與超制定法的法…………… 503



# 法律溯及既往適用與類推適用

## ——簡評最高法院九十六年度台上字第二〇八〇號判決

### 目 次

#### 壹、判決

- 一、高院見解
- 二、最高法院見解

#### 貳、爭點

#### 參、簡評

- 一、法律溯及既往？
- 二、法律類推適用

#### 肆、結論

## 壹、判決

### 一、高院見解

九十二年十二月三十一日修正公布之公寓大廈管理條例（下稱管理條例）第二十九條第四項規定：「前項管理委員、主任委員及管理負責人任期屆滿未再選任……自任期屆滿日起，視同解任」，乙○○之主任委員任期至九十二年五月十五日屆滿，當時施行之管理條例就此雖無規定，然揆其嗣後增訂之立法目的，應為同一解釋較為妥適。上訴人雖認應類推適用公司法第一百九十五條第二項有關董事之規定，乙○○之任期應延長至改選之主任委員就任時止云云，惟股份有限公司與董事間之委任關係，不因任期屆滿而當然解任，實係因公司法第一百九十五條第二項之例外規定，管理條例既無相類似之規定，依委任關係，應認管理委員之任期屆滿即解任；且依修正後管理條例第二十九條第一項、第六項規定以觀，可知管理委員會並非公寓大廈法定必備機關，縱有未組成管理委員會，仍有其他方式因應，並無法律上漏洞，與公司之董事，乃董事會之構成員，而為股份有限公司之法定、必備、常設之業務執行機關有別，公寓大廈管理委員任期屆滿，自無從類推適用上開公司法規定，應認上訴人第八屆管理委員會包括乙○○在內之所有管理委員，均應於九十二年五月十五日任期屆滿而解任。

### 二、最高法院見解

惟九十二年十二月三十一日修正前之該管理條例，關於公寓大廈管理委員、主任委員及管理負責人之任期，僅於第二十七條第三項規定其任期一年，連選得連任；修正後之同條例第二十九條第三項、第四項始規定「管理委員之連任次數按其管理事務有不同規定，負責財務管理及監察業務者僅得連任一次。但區分所

有權人會議或規約未規定者，任期一年，連選得連任一次」、「前項管理委員、主任委員及管理負責人任期屆滿未再選任或有第二十條第二項所定之拒絕移交者，自任期屆滿日起，視同解任」。原審雖謂上訴人原主任委員乙○○之任期於九十二年五月十五日屆滿，修正前管理條例雖未規定，惟揆其立法目的，應為同一之解釋，即應認乙○○之職務因任期屆滿解任而喪失云云，惟所謂立法目的為何，原審並未說明，已嫌理由不備。又不溯及既往，為法律適用之大原則，故除法律明定新法應溯及適用，或該新法規定原即為法理，於施行前應為同一之解釋外，於新法施行前發生之事實，自不適用新法或得依該規定而為同一之解釋。修正後管理條例第二十九條第四項規定公寓大廈管理委員會之管理委員、主任委員及管理負責人任期屆滿未再選任或有同條例第二十條規定拒絕移交者，自任期屆滿日起，視同解任，既係規定於該特定情形始「視同」解任，自難以之為法理而予引用。次按修正前管理條例對於管理委員會之主任委員任期屆滿，是否即不得執行職務，未有明文；惟「公寓大廈應成立管理委員會或推選管理負責人。成立管理委員會者，應由管理委員會互推一人為主任委員，主任委員對外代表管理委員會。公寓大廈未組成管理委員會且未選任管理負責人時，以第二十五條區分所有權人互推之召集人或申請指定之臨時召集人為管理負責人。區分所有權人無法互推召集人或申請指定臨時召集人時，住戶得申請地方主管機關指定住戶一人為管理負責人」，修正前管理條例第二十七條第一項、第二項、第四項定有明文。依同條例第三條第八款規定，管理委員會係為執行區分所有權人會議決議事項暨公寓大廈管理維護工作，互選管理委員若干人設立之組織；其職務則依同條例第三十四條規定。公寓大廈之管理維護工作既由管理委員會執行，並由主任委員對外代表管理委員會，則管理委員任期屆滿，該公寓大廈本應召集區分所有權人會議改選之，然現行實務上，公寓

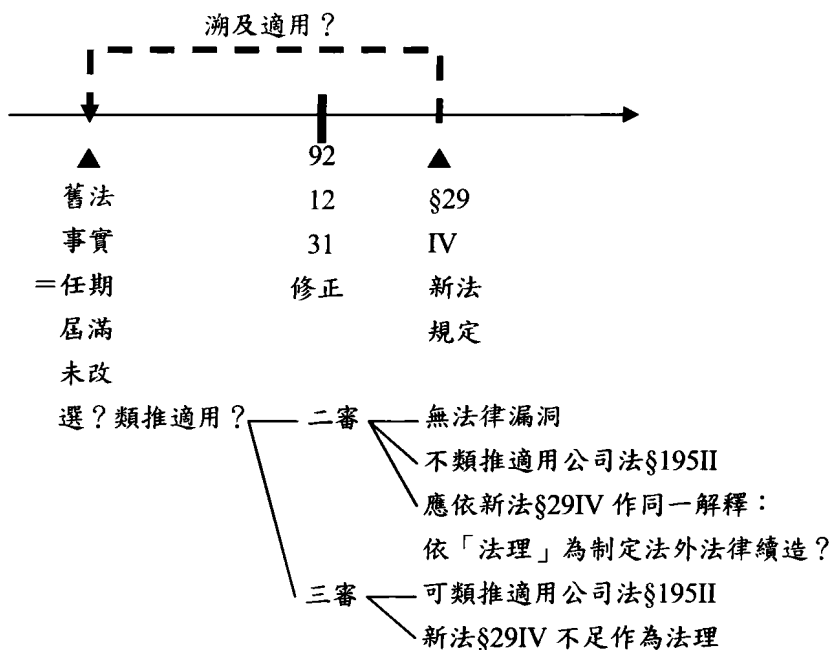
大廈管理委員會因故未能及時改選，或未能及時依修正前管理條例第二十七條第四項產生管理負責人之情事，所在多有，此與公司董事負責執行公司業務，惟於其任期屆滿常因事實上原因不及改選，致無法適時銜接之情形，並無不同；為保障該公寓大廈區分所有權人及住戶之權益，維持該公寓大廈管理維護事務之正常運作，是否不得類推適用公司法第一百九十五條第二項「董事任期屆滿而不及改選時，延長其執行職務至改選董事就任時為止」規定，延長主任委員職務至新選任之主任委員、或修正前管理條例第二十七條第四項所稱之管理負責人就任時為止？上訴人之原主任委員乙○○於任期屆滿後，以上訴人名義通知被上訴人不再續約，是否不生效力？均非無再事斟酌審究之餘地。上訴論旨，執以指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。

## 貳、爭點

九十二年十二月三十一日修正前之公寓大廈管理條例，未規定公寓大廈管理委員會之管理委員、主任委員及管理負責任期屆滿未再選任者，其任期如何處理。此時，究應與修正後之該條例第二十九條第四項規定：「任期屆滿未再選任……，自任期屆滿日起，視同解任」，作同一解釋，抑或應類推適用修正前即已存在之公司法第一百九十五條第二項規定：「董事任期屆滿而不及改選時，延長其執行職務至改選董事就任時為止」規定，延長主任委員職務至新選任之主任委員就任時為止？

高等法院顯然採「依新法作同一解釋」之見解，而與最高法院採取應類推適用公司法規定之見解，而有法律見解上之歧異。

為期明瞭，茲略圖解本件高等法院與最高法院在法律思維上的差異如下：



## 參、簡評

### 一、法律溯及既往?

近年來法律修正變遷迅速，民事法律亦同，因此在法院實務上一再出現一個疑問：新法所增修的新規定，法院能否將該規定「依法理」援引適用到舊法時代法律尚未規範的案例事實上？

實務上曾經出現過的疑問與爭論包括：民法第七百五十六條之三未定期間人事保證最長期間僅能為三年之規定，能否作為法理適用於修法前之事實（參見最高法院九十年度台上字第八三二號判決）？民法第二百四十七條之一定型化契約條款之控制規定，能否作為法理適用至新法生效前之案例事實（參見最高法院九十一年度台上字第一六六三號判決）？民法第四百二十五條之

一推定租賃關係之規定，能否作為法理適用於新法生效施行前之情形（參見最高法院九十二年度台上字第四八七號判決、九十五年度台上字第一六九號判決）<sup>1</sup>？民法第二百四十四條第三項特定物債權受侵害不得撤銷之規定，能否適用於修正施行前有害於特定物給付為標之債權之法律行為（參見最高法院九十五年度第四次民事庭總會決議）<sup>2</sup>？

筆者曾經一再地為文強調，在已經承認法官有候補立法權之造法權限的前提下，答案應為肯定；但在法學方法論上應該分辨的是，由於此時法律並未明文可以將新法規定溯及既往適用於舊法之事實，因此法官也沒有這樣的權限可以做此種越權之宣告，所以採肯定見解的理由並不是法官將新法「提早適用或溯及適用」，也不是比附援引而「類推適用」在舊法事實發生當時尚不存在的新法規定，而是將新法規定當作民法第一條「法理」（此時之「法理」，意指法律原則、法律思想）之內容，而對新法增訂前之案例事實進行「制定法外的法律續造」，它與類推適用是「制定法內的法律續造」，是屬於不同的法官造法的層次<sup>3</sup>。這是因為「制定法內的法律續造」已經不足以解決問題，因此有求諸「制定法外法律續造」手段之必要。

本件最高法院九十六年度台上字第二〇八〇號判決，在法學方法論上發生與前述相同的疑問仍是：九十二年十二月三十一日修正後之管理條例第二十九條第四項之規定：「任期屆滿未再選

---

<sup>1</sup> 以上判決之檢討請綜合參見吳從周，人事保證期間規定溯及適用之實務難題，載於民事法學與法學方法，第三冊，自版，2007年10月初版，頁134以下。

<sup>2</sup> 參見吳從周，詐害特定債權時撤銷權行使是否溯及適用之實務難題，註1書，頁93以下。

<sup>3</sup> 吳從周，論民法第一條之「法理」，載於民事法學與法學方法，第一冊，自版，2007年2月初版，頁106以下。

任……，自任期屆滿日起，視同解任」，能否作為「法理」，適用於修正前發生之管理委員會之管理委員等任期屆滿未再選任之情形？

在本件，最高法院顯然已經注意到上開方法論上的思考，因此正確地指出：「不溯及既往，為法律適用之大原則，故除法律明定新法應溯及適用，或該新法規定原即為法理，於施行前應為同一之解釋外，於新法施行前發生之事實，自不適用新法或得依該規定而為同一之解釋」，亦即，最高法院亦明白承認，除立法者以法律明文溯及既往適用之外，司法者也有可能且可以「依法理」為「制定法外的法律續造」，而使得新法施行前發生的事實，適用法院所創造、跟新法明文規定一樣的「法官法」（Richterrecht）的。

雖然最高法院在本案進一步指出新法規定不足以成為「法理」而加以適用的理由為：修正後管理條例第二十九條第四項之規定，限於公寓大廈管理委員會之管理委員等「任期屆滿未再選任或有同條例第二十條規定拒絕移交」之「特定情形」，始「視同」解任，故「自難以之為法理而予引用」。姑不論「任期屆滿未再選任者，視同解任」，應該是法律所描述的構成要件，並非所謂的「特定情形」，是否不能一般化成為一個法律原則或法律思想，容有討論之餘地，但最高法院思考順序正確，且賦予詳盡之理由說明，值得佩服。

與此相對，高等法院顯然認為本件並沒有辦法僅透過「類推適用」公司法第一百九十五條第二項規定之「制定法內法律續造」來解決問題，因此乃進一步求諸於修正後管理條例第二十九條第四項規定，在思考順序上其是否認為該規定可「作為法理」，進行「制定法外法律續造」而加以適用，不得而知。只不過其在方法論的說理上僅謂：「當時施行之管理條例就此雖無規定，然揆其嗣後增訂之立法目的，應為同一解釋較為妥適」，其

中所謂「揆其……立法目的，應為同一解釋」，相較於最高法院對「法理」採取否定見解的詳細說理，說理上顯有不足之處。此一說理最大的疑義在於：如果係認為管理條例新法第二十九條第四項可作為「法理」進行法官造法，則在「制定法外法律續造」的造法層次，已經不再需要諸於「立法目的」的探究，而係由司法者基於交易上實際需要等理由，探求法律原則或法律思想而創造法律即可<sup>4</sup>。明乎此，也就無怪乎最高法院要指責高等法院：「所謂立法目的為何，原審並未說明，已嫌理由不備」。

### 二、法律類推適用

本案與前揭向來最高法院判決中所出現的法律溯及既往適用的疑問，最大不同之處在於：本件提出了法律適用上可考慮的另一個焦點，亦即，在「依法理」適用管理條例新法第二十九條第四項（制定法外之法律續造）之前，有沒有可能「類推適用」舊法時已存在之公司法第一百九十五條第二項規定（制定法內之法律續造）？

關於此點，如前所提及，高等法院認為「公寓大廈管理委員會」與「股份有限公司董事會」二者並不相同，或者說並無類推適用所必要的「類似性」存在，因為前者「並非公寓大廈法定必備機關」，而後者則是「股份有限公司之法定、必備、常設之業務執行機關」，因此公寓大廈管理委員任期屆滿，自無從類推適用上開公司法規定。也就是說，高等法院採取以是否為「法定必備之業務執行機關」作為「公寓大廈管理委員會」與「股份有限公司董事會」有無類似性存在之判斷標準，進而決定能否類推適用公司法第一百九十五條第二項之規定，結果則得出否定之結

---

<sup>4</sup> 參見 Larenz 原著，陳愛娥譯，法學方法論，1996 年 12 月初版，五南，頁 321。



論；相對於此，最高法院則以「公寓大廈管理委員會」為公寓大廈之管理維護工作的執行機關，與「股份有限公司董事會」為公司的業務執行機關，二者同為「執行機關」，因此在「任期屆滿常因事實上原因不及改選，致無法適時銜接之情形，並無不同」；所以「為保障該公寓大廈區分所有權人及住戶之權益，維持該公寓大廈管理維護事務之正常運作」，應得類推適用公司法第一百九十五條第二項「董事任期屆滿而不及改選時，延長其執行職務至改選董事就任時為止」之規定。

最高法院與高等法院所以在類推適用與否的結論上不同，主要原因其實是在於進行類推適用時所選擇的「類似性」與否的「比較點」不同（高等法院選擇是否為「法定必備之業務執行機關」作為比較點，最高法院則選擇是否均為「業務執行機關」作為比較點），在類推適用的操作上，一般都是以「立法目的」的探求作為是否類似的比較點，本件最高法院的說理基本上也是從管理條例第二十九條第四項的立法理由出發進行思考<sup>5</sup>，應值贊同。

但應強調者係，類推適用的說理上對於「比較點」的選擇，

---

<sup>5</sup> 公寓大廈管理條例第 29 條第 4 項的立法目的為何，其實並不清楚，筆者查閱立法院公報之結果，發現公報上對該條項的立法理由說明也只是這樣記載：「明定管理委員、主任委員及管理負責人任期屆滿未再選任或有第二十條第二項之拒絕移交者，視同解任，爰增列第四項規定」（載於立法院公報第 92 卷，第 57 期，院會紀錄，頁 396，此部分公報上網可查閱網址 <http://lci.ly.gov.tw>），無異於把條文重複一遍，並沒有說明理由。最高法院判決中的這段「為保障該公寓大廈區分所有權人及住戶之權益，維持該公寓大廈管理維護事務之正常運作」之類似於立法理由的論述，應該是從該條例修正前第 3 條第 8 款（新法為第 9 款）對管理委員會職權之定義而來。明乎此，也就無怪乎高等法院在判決中只說到：「揆其嗣後增訂之立法目的，應為同一解釋」，卻說不出立法目的為何，而徒落得最高法院指責其判決不備理由了！

其實並不涉及對錯的問題，而是在價值判斷上標準選擇是否適當的問題，不同比較點的選擇代表的是法律適用者不同價值判斷表現的結果，而這點也再度凸顯出類推適用是一個帶有主觀價值判斷（恣意）成分，而非絕對理性客觀的法學認識過程<sup>6</sup>。

## 肆、結論

近年來民法各編包括債編、物權編及親屬編與繼承編均陸續修正，除此之外，尚有類似本案之公寓大廈管理條例（特別民法）之修正，這些民事法修正後在實務上所最常面臨的難題，其實相當部分都是法律溯及既往適用以及類推適用等民法與法學方法的問題，此等問題的方興未艾，在我國實務上的發展，實在值得繼續觀察與重視。

---

<sup>6</sup> 關於此點，參見吳從周，前註3書，頁57-58。

# 未出席社員能否提起撤銷總會 決議之訴

## 目 次

壹、爭點

貳、學說爭論與實務見解

一、學說爭論

二、實務見解

參、本文見解

## 【設例】

某社團法人召開社員大會，準備決議變更章程，反對該事項之社員甲知悉其事，又恐表決結果將不敵贊成之社員人數，乃於收受會議通知後故意不出席，再於決議後三個月內，以總會召集程序違反法令為由，訴請撤銷總會決議。問：受合法通知故不出席之社員甲，能否依民法第五十六條第一項提起該訴？

## 壹、爭點

民法第五十六條規定：「總會之召集程序或決議方法，違反法令或章程時，社員得於決議後三個月內請求法院撤銷其決議。但出席社員。對召集程序或決議方法，未當場表示異議者，不在此限」，準此，「出席並當場表示異議之社員」，得以總會召集程序或決議方法有瑕疵為由，提起撤銷總會決議之訴。但由此衍生之問題是：「未出席之社員」，依民法第五十六條第一項規定，能否提起撤銷總會決議之訴？

## 貳、學說爭論與實務見解

關於此點，學說及實務尚有不同見解。

### 一、學說爭論

有採肯定說者<sup>1</sup>，主張未經出席之社員，並未賦予當場異議

---

<sup>1</sup> 王澤鑑，民法總則，2000年10月版，頁202；該處註1並舉法務部80年法律字第01195號函釋：「依民法第五十六條第一項規定之文義及立法理由以觀，社團總會之召集程序或決議方法違反法令或章程時，曾經出席總會而對於召集程序或決議方法未當場表示異議之社員，固不得請求法院撤銷決議，但未出席或出席而當場表示異議之社員，均得依法請求法院撤銷之（參照「民法總則、民法總則施行法修正條文暨說明」第32、33頁）」，以為佐證。

之機會，本於平等原理，亦應同有訴諸撤銷之權利<sup>2</sup>。此說似未區分社員未出席之原因為何，一律承認其有提起本訴之撤銷權。

有採限制肯定說者，主張如係未受合法通知因而未出席，則應保有撤銷決議之權利<sup>3</sup>。

亦有採否定說者，主張未出席總會之社員，不問其不出席之原因為何，究係未受通知、途中受阻、交通斷絕或另有要事等，均為該社員個人之事，總會既已依法開會並有決議，自不應認許此等不出席之社員，得享有撤銷總會決議之權<sup>4</sup>。

## 二、實務見解

以最高法院之判決為代表之實務見解，雖然主要均係針對公司法第一百八十九條規定之「股東」而發，但在法理上與本條「社員」一樣，足供本問題作為參考。

對此，實務見解似較傾向肯定說，認為只要是未出席之社員，就可以提起本訴。最高法院八十六年度台上字第三六〇四號判決<sup>5</sup>謂：「股份有限公司之股東如已出席股東會而對股東會之召集程序或決議方法未當場表示異議者，固應受民法第五十六條第一項但書之限制，不得再依公司法第一百八十九條規定訴請撤銷股東會之決議。惟未出席股東會之股東，則因非可期待其事先預知股東會決議有違反章程或法令之情事而予以容許，亦無法當場表示異議，自應許其於法定期間內提起撤銷股東會決議之

<sup>2</sup> 邱聰智，民法總則，2005年2月初版，三民，頁362。但同書頁364之圖表，對於本條之權利主體，則謂：「未獲通知出席或出席而提出異議之社員」，似又採限制肯定說。

<sup>3</sup> 施啟揚，民法總則，2005年版，頁165，言下之意，如未出席之社員係曾經合法通知而未出席，則不得訴請法院撤銷。

<sup>4</sup> 姚瑞光，民法總則論，2002年9月版，頁195。

<sup>5</sup> 邱聰智，前註2書，頁362註420似誤載為「判例」。

訴。<sup>6</sup>」

但亦有採限制肯定說者，限於「未受通知而未出席」之社員，始得起訴，反面推論：「受通知而未出席」者，即無本條之權利。最高法院七十七年度台上字第五一八號判決謂：「公司法第一百八十九條規定：股東會之召集程序或其決議方法，違反法令或章程時，股東得自決議之日起一個月內，訴請法院撤銷其決議，對於得請求法院撤銷決議之股東，並未加任何限制。本院七十二年度九月六日七十二年度第九次民事庭會議，係鑑於出席而對股東會召集程序或決議方法原無異議之股東，若事後得轉而主張召集程序或決議方法為違反法令或章程，訴請法院撤銷該項決議，不啻許股東任意翻覆，影響公司之安定甚鉅，法律秩序，亦不容許任意干擾，始決議依公司法第一百八十九條規定，訴請法院撤銷股東會決議之股東，應解為仍受民法第五十六條第一項但書之限制。然所謂應受民法第五十六條第一項但書之限制，亦僅指出席會議之股東而言。即出席會議之股東，對召集程序或決議方法，未當場表示異議者，事後即不得再依上開公司法規定，訴請法院撤銷該股東會決議，而不及於受通知未出席會議之股東。」

---

<sup>6</sup> 公司法學者多贊同此說，參見王文宇，公司法論，2004年10月，頁326。同院78年度台上字第2584號判決亦曾謂：「依公司法第一百八十九條，民法第五十六條第一項但書之規定，限制出席股東對召集程序或決議方法，未當場表示異議者，不得訴請法院撤銷股東會決議者，原為防止出席會議之股東，事後任意翻異，致有礙公司營運之決策與推展。至因故未曾出席之股東，既尚未對召集程序或決議方法任意翻異，應否類推適用上開民法第五十六條第一項但書之規定，限制其不得訴請法院撤銷股東會決議，非無研求之餘地。」值得推敲的是判決意旨謂「『因故』未曾出席」，似不應類推適用第56條第1項但書規定限制其提起，則如「無故」未出席，是否仍得提起本訴訟，語意尚不明確。

## 參、本文見解

這個問題是一個典型的法律解釋方法之問題。特別是涉及到：究竟應該對第五十六條第一項但書作「反面推論」，得出：「未出席之社員」當然回歸本文的「社員」的範圍，而有撤銷訴權：抑或應該「類推適用」第五十六條第一項但書，將「未出席社員」與「出席但未當場異議」之社員作相同處理，剝奪其撤銷訴權？

思考方向仍指向立法目的之探求。查本條乃基於民國七十一年修正民法總則時而來，當時之修正理由第一點謂：「本條原第一項關於總會之召集或決議方法違法者，應非無效而為得訴請撤銷，但曾經出席總會並對召集程序或決議方法，未當場表示異議之社員，自無許其再行訟爭之理。爰修正第一項前段並增設但書規定，以資限制（參考瑞士民法第七十五條，我國公司法第一百八十九條）」，似乎僅限於防堵「出席但未當場表示異議之社員」，未及於未出席（包括受合法通知故意不出席）之社員。換言之，立法者似乎準備讓未出席社員均有提訴之權利，而將勝敗交由是否確有「召集程序或決議方法，違反法令或章程」之要件，加以限制與決定。

再參諸立法理由所參考的瑞士民法第七十五條規定：「總會決議違反法令或章程者，任何異議之社員得於知悉該決議後一個月內，向法院訴請撤銷該決議。」瑞士學說也認為，得提起本訴之社員（形成之訴的原告適格），限於出席並當場投下反對票之社員，或者「未出席」（abwesend）投票之社員<sup>7</sup>。

準此，應對第五十六條第一項但書作「反面推論」，得出：「未出席之社員」當然回歸本文的「社員」的範圍，而有撤銷訴

---

<sup>7</sup> ZGB-Bigler-Eggenberger, 1996, Art. 75 N 18.

## 6 民事法學與法學方法(四)

---

權，結論應以肯定說為是<sup>8</sup>。

---

<sup>8</sup> 同說參見最高法院 88 年度台上字第 1081 號判決所引述之台灣高等法院（87 年度上字第 431 號判決）之論證見解。



# 債權物權化、推定租賃關係與 誠信原則

——最高法院九十五年度第十六次民事庭會議決議評釋

## 目 次

### 壹、最高法院九十五年度第十六次民事庭會議決議

- 一、決議內容
- 二、涉及之問題點

### 貳、債權之物權化

- 一、基本內涵
- 二、個別情形
- 三、使用借貸之「物權化」？——「知悉公式」之一般化？

### 參、從「推定租賃關係」到「推定使用借貸關係」？

- 一、類推適用第四百二十五條之一之爭論狀況
- 二、分析檢討：四個疑問
- 三、小結：類推適用民法第四百二十六條之一

### 肆、具體個案中最高法院考量之誠信原則的因素

- 一、知悉占有
- 二、房屋價值
- 三、權利失效

### 伍、結論

## 壹、最高法院九十五年度第十六次民事庭會議決議

### 一、決議內容

會議日期：民國九十五年十一月十四日

院長提案：甲同意乙無償在甲所有土地上建造三層樓房一棟，未約定使用土地期限，不久之後，乙所有房屋經其債權人聲請查封拍賣，由丙拍定買受，並取得不動產權利移轉證書，甲即以丙不得繼受伊與乙間之使用借貸關係，屬無權占有為由，依民法第七百六十七條規定，訴請丙拆屋還地，是否應予准許？

甲說（肯定說）：按使用借貸契約僅有債之效力，不得以之對抗契約以外第三人，系爭房屋如已出賣並移轉所有權予他人，則買受該房屋之人自不得再執其前手與系爭土地所有人間之使用借貸關係，對系爭土地所有人主張其有使用該土地之權利，蓋上開使用借貸契約，僅存在於契約當事人間，故甲訴請丙拆屋還地，於法有據，應予准許。

乙說（否定說）：按民法第四百二十五條之一規定：「土地及其土地上之房屋同屬一人所有，而僅將土地或僅將房屋所有權讓與他人，或將土地及房屋同時或先後讓與相異之人時，土地受讓人或房屋受讓人與讓與人間或房屋受讓人與土地受讓人間，推定在房屋得使用期限內，有租賃關係。」此規範目的應係調和建築物所有人與基地所有人間之關係，使原存在之建築物不因其所占用之基地移轉他人，而成無權占有土地，致遭土地所有人以所有權之作用，請求將之拆除，對建築物所有人及社會經濟造成不利之影響，乃側重於房屋所有權與基地利用權一體化之體現，並基於房屋既得使用權保護原則之考量，進一步肯認基地使用權不因基地物權之嗣後變動而受影響，藉以調和土地與建物之利用關係。是本件案例雖與上開規定所稱之「土地及房屋同屬一人」情

形未盡相同，但揆諸上開法文規範之目的及債權物權化之趨勢考量，應依「相類事實，應為相同處理」之法理，而類推適用前揭法文之規定，推定房屋受讓人與土地所有人間於房屋得使用期限內，有使用借貸關係，從而，丙所有系爭房屋使用系爭土地，並非無權占有，甲本於所有權作用，請求丙拆屋還地，不應准許。

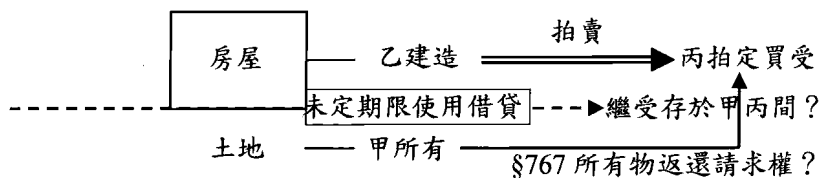
丙說：土地與其上之房屋之關係，究屬使用借貸、租賃或其他情形，及當事人間如何行使權利，應由個案查明衡酌當事人繼受情形、當事人間之關係、意思、使用情形、付費與否、雙方間所得利益與所受損害、有無權利濫用、是否違反誠信原則及公共利益等情，分別認定。本則提案題意不甚明確，關於土地所有人對於房屋受讓人可否請求拆屋還地等此類法律問題宜視個案之具體案情決定之。以上三說，應以何說為當？提請 公決

決 議：採丙說：視具體個案情形決定之。按使用借貸契約係債之關係，僅於當事人間有其效力。丙買受系爭房屋，並不當然繼受其前手與系爭土地所有人間之使用借貸關係，原則上不得執該關係主張其有使用系爭土地之權利。惟於具體個案，尚應斟酌當事人間之意思、交易情形及房屋使用土地之狀態等一切情狀，如認土地所有人行使所有權，違反誠信原則或公共利益或以損害他人為主要目的，仍應駁回其請求。

## 二、涉及之問題點

為便於思考，茲先圖示上開決議提案討論之事實如下：

【圖一】



對此案例，最高法院提出的三種可能見解分別涉及到如下值得討論的問題點：

第一、債之相對性原則與「債權物權化」之內涵與情形為何？此種使用借貸契約作為債之關係，有沒有可能也被「物權化」？（參見甲說）

第二、民法第四百二十五條之一「推定租賃關係」之規定，有無可能類推適用於使用借貸之情形，而有「推定使用借貸」之情形？（參見乙說）

第三、所謂「於具體個案，……土地所有人行使所有權，違反誠信原則」在實務判決例中，究指何種具體情形？（參見丙說與決議結論）有無進一步予以具體化或案例類型化以供將來個案參考之可能？

上開最高法院的案例，涉及到的其實是使用借貸關係之「債權關係相對性」的基本問題，但最高法院在各說中似乎分別企圖使用「債權之物權化」、「推定使用借貸」（類推適用第四百二十五條之一）以及「誠實信用原則」，來突破上開堅持使用借貸關係之相對性，所造成的結論上不合理之現象。本文即擬以此基本問題出發，探討這三個最高法院使用的不同方法的基本內涵，並檢討本決議在方法上的妥適性。

## 貳、債權之物權化

### 一、基本內涵

債權物權化之內涵，當然要從債權及物權的效力談起。一般認為，債權的主要特性在於：債權只在特定人與特定人間創造出拘束力，也就是所謂債之關係的相對性；而物權的主要特徵則在於：特定人對於存在其以外的標的物（包括物或權利），享有關連與歸屬的直接性，這種歸屬上的直接性也就是所謂的支配權，

因此，物權的特性也可以說是：對物或權利支配的絕對性（die Absolutheit），可以對抗一般不特定之人<sup>1</sup>。

此種絕對性的效力，特別表現在三方面，也就是一般所謂物權的共同特性上：第一、追及性：物權成立後，不論標的物輾轉至何人手中，物權人均得追及至物之所在，主張支配該物之效力；且物權人對任何第三人，均有所有物返還請求權、妨害除去請求權與妨害防止請求權（我國民法第七百六十七條參照），而追及於物之所在主張權利，此種權利並且成為侵權行為保護之「權利」客體；第二、排他性：同一標的物上不容許同時成立同一內容的物權，故發生在先之物權有排除發生在後而不相容之物權的效力；第三、優先性：包括（一）不相容之物權間依其成立之先後順序而定其效力<sup>2</sup>；（二）物權優先於債權之效力，而得享有優先於債權而受清償之權利；（三）特別是在破產或強制執行程序中，對物權有特別之保障而賦予別除權（破產法第一百零八條），或者得提起第三人異議之訴之權利（強制執行法第十五條）<sup>3</sup>。

至於所謂債權物權化，則是指使原僅具相對性的債權，亦被賦予具有對任何第三人均有效的絕對性，而有對抗第三人的效

<sup>1</sup> 王澤鑑，債法原理第一冊（基本理論：契約、代理權授與無因管理），2002年10月增訂版，自版，頁10；同作者，民法物權第一冊，1993年3月3版，自版，頁32；蔡明誠，物權法研究，2003年6月，學林，頁6；特別指明這種關連與歸屬的直接性為「物之歸屬權」，而可以對抗一般不特定人的絕對性效力為「絕對的歸屬權」。

<sup>2</sup> 故鄭玉波先生特別強調，物權之優先性乃物權排他性之直接效果，參見氏著，民法物權，1984年12月修訂10版，三民，頁22。

<sup>3</sup> 王澤鑑，前註1書（民法物權），頁50以下，其中第53頁以下特別將物上請求權並列為追及效力以外的第四種物權的共同效力；孫森焱，民法債編總論，2005年12月修訂版上冊，自版，頁9。

力<sup>4</sup>，學說上或稱之為債權相對性的例外<sup>5</sup>。應特別強調者係，「債權物權化」只是債權被承認個別地具有物權的「部分」特徵，而非「全部」特徵，否則就變成是「真正的物權」而非「物權化之債權」了<sup>6</sup>。債權物權化所引發吾人思考的問題便是：是否現行法中有一些債權，雖然清楚地被規定為債權，但本身則具有物權的特徵。它不再是真正的物權，但卻尚未被承認為真正的物權。它是一種正在自然地物權化之半路上的債權，而停留在實證法的中間狀態。

因此，值得進一步詢問的是：這種被物權化的債權，究竟是賦予具有上開物權絕對性中的那一個「部分」特性？對此，我國學者一般都僅無異議地提及，典型學說上所承認民法第四百二十五條所謂「租賃權物權化」之債權物權化類型，是上開物權特性中的優先性（也就是物權優先於債權之優先性）的例外<sup>7</sup>，也有強調是賦予租賃權以對抗第三人之「對抗力<sup>7-1</sup>」，但此種例外究竟係指租賃權被賦予何種物權之特性，仍屬模糊。有學者認為，此時是承租人的承租權優先於受讓人之租賃物所有權<sup>8</sup>，究其意似乎是指此時被賦予物權絕對性中的「優先性」。不過，德國學說上則認為此時是賦予租賃權物權絕對性效力中的排他性

4 王澤鑑，前註1書（債法原理），頁18。

5 黃立，民法債編總論，2006年11月修正3版，自版，頁12。

6 Claus-Wilhelm Canaris, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in: Festschrift für Werner Flume, (Hrsg.) Horst Heinrich Jakobs u.a., Bd. I, Köln 1978, S.372.

7 王澤鑑，前註1書（民法物權），頁51-52；姚瑞光，民法物權論，1985年10月版，頁8。

7-1 溫豐文，民法第四二五條修正條文評析——論租賃權物權化之範圍，東海大學法學研究第19期，2003年12月，頁201。

8 謝在全，民法物權論（上），2004年8月修訂3版（本書之中冊及下冊已有第4版），自版，頁47。

(排除成立在後之物權處分或者說所有權移轉之效力)<sup>9</sup>。

如果從法學方法論上來說，「債權物權化」是作為相對權的「債權」與作為絕對權的「物權」之間，唯一可能的中間或過渡型態<sup>10</sup>。也就是絕對權與相對權這兩種權利的理想類型 (Idealtypen) 之間的一種例外的混合型態 (Mischformen)，它並未改變民法上區分絕對權與相對權的重要性，也未改變現行民法第二編債編與第三編物權編是架構在此種區分之基礎上的事實<sup>11</sup>。不過，由此也可看出，除了上開「租賃(債)權」被物權化而享有「物權」絕對性中的優先性外，「債權物權化」理論的真正難題在於：從實際個別情形加以觀察的話，債權物權化的範圍究竟為何？也就是說：在多大的範圍內，可以承認某一個債權具有物權的特性？

德國民法學者 Canaris 特別指出，債權物權化應該遵守物權法上的兩個如下主要原則，呈顯出其特性。

首先是，物權法定原則，也就是物權的類型強制與列舉限定 (das numerus-clausus-Prinzip)，在債權物權化的情形也應該有其適用。也就是說，「私法自治原則」應該受限制：當事人不可以任意約定將債權之法律地位，提升為物權化的法律地位。但是，這並不禁止司法者以法官造法之方式承認「法未明文」的債權物權化類型，只不過這種以法之續造 (Rechtsfortbildung)<sup>12</sup> 形成新的債權物權化的要件，只能是個案的方式，而不可以變成是概括條款式地破壞物權的類型強制與限制列舉原則。

其次是，物權的公示性原則 (Publizitätsprinzip) 也適用於

<sup>9</sup> Canaris, a.a.O., S.392.

<sup>10</sup> Canaris, a.a.O., S.377f.

<sup>11</sup> Medicus, AT, 8.Aufl., Heidelberg 2002, § 10 Rn.64(S.31f.)

<sup>12</sup> 此一用語在我國現行法之規定，並請參見民事訴訟法第 469 條之 1。

債權物權化之情形，這點居於債權物權化的關鍵地位。申言之，也就是物權法上的「占有」對於債權物權化扮演重要的角色，它是確保物權公示性原則最重要的手段<sup>13</sup>。德國最早專文討論債權物權化問題的學者 Gerhard Dulckeit，早在一九五一年就指出：債權物權化與權利人對於系爭標的物的占有，或者在土地登記簿上的登記（學者或稱為登記占有 Buchbesitz），有著緊密的關連。因為透過占有，權利狀態對外公示而得以辨識，債權的權利人因此可以享有將其權利某程度物權化的利益<sup>14</sup>。也就是說，基於債權契約當事人在相對之間移轉標的物的所有權，但是透過占有與交付的外觀，使得權利的移轉有其可知悉性（Kundbarkeit），並且經由此種方式，債權同時變換成為一種絕對權或物權。Dulckeit 甚至認為，在標的物交付之際，讓與人基於權利之外觀應該被視為物權的權利人，而真正物的所有權人在內部關係上固然是真正的權利人，但是在外部關係上，則只是表象的權利人<sup>15</sup>。「占有將債權變成物權，但並不是指占有本身被保護成為物權，而是指在占有中以推定之方式被體現之權利而言<sup>16</sup>」！

## 二、個別情形

### (一)預告登記之債權物權化<sup>17</sup>

預告登記（Vormerkung）被德國絕大部分的學者認為，是債

---

<sup>13</sup> Canaris, a.a.O., S.380.

<sup>14</sup> Gerhard Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Tübingen 1951, S.11.

<sup>15</sup> Dulckeit, a.a.O., S.43.

<sup>16</sup> Dulckeit, a.a.O., S.14.

<sup>17</sup> 關於預告登記之債權物權化問題，並參見王澤鑑，基於債之關係占有權的相對性及物權化，載於民法學說與判例研究第七冊，1993年4月2版，自版，頁74以下，特別是頁92以下。



債權物權化最典型的案例。Gerhard Dulckeit 把它稱為是「債權物權化理論」在實證法上最重要的證據<sup>18</sup>。【設例】甲將土地賣給乙，在移轉登記於乙之前，甲又以較高之價格賣給丙，並即移轉登記於丙，倘乙未曾請求為預告登記，則乙將不再可能成為所有權人，僅能向甲請求損害賠償，倘乙透過預告登記制度，即可保全其移轉登記請求權。故預告登記之目的在於確保其債權請求為物權之變動得以貫徹。

德國民法第八百八十三條規定：「（第一項）為保全下列請求權，得在土地登記簿上為預告登記：關於給予或廢止土地移轉或設定負擔之請求權，或土地權利之內容或次序變更之請求權。為保全附條件或期限之請求權者，亦同。（第二項）在預告登記後就土地或其權利所為之處分，於妨害或侵害請求權之範圍內，無效。因強制執行或假扣押或破產管理所為之處分，亦同。（第三項）請求權以權利之給予為目的者，該權利之次序依預告登記定之。」及第八百八十八條規定：「（第一項）取得已登記之權利或取得對此種權利之權利，對於因預告登記而受利益之人無效，在此範圍內，該受利益之人得請求取得人，同意為實現預告登記所保全之請求權所必須之登記或塗銷登記。（第二項）請求權因禁止讓與而獲得保全者，亦同。」

雖然受重視情形不如德國，但我國法也有預告登記制度，土地法第七十九條之一即規定預告登記之原因、要件與效力：「（第一項）聲請保全左列請求權之預告登記，應由請求權人檢附登記名義人之同意書為之：一、關於土地權利移轉或使其消滅之請求權。二、土地權利內容或次序變更之請求權。三、附條件或期限之請求權。（第二項）前項預告登記未塗銷前，登記名義人就其土地所為之處分，對於所登記之請求權有妨礙者無效。（第三

---

<sup>18</sup> Dulckeit, a.a.O., S.24ff.

項)預告登記,對於因徵收、法院判決或強制執行而為新登記,無排除之效力。」

由上開規定可知,預告登記因此具有上述物權絕對性效力中的排他性(排除成立在後之物權處分之效力)與優先性(優先於預告登記後之物權)之特徵,同時因為預告登記以土地登記簿之登記為前提,因此也已考量並注意到物權的公示性原則在債權物權化之適用。

但對於預告登記之效力,應特別說明者係:預告登記欠缺上開物權特性中的追及性之效力。

換言之,第一、預告登記人的請求權基礎,並不是在預告登記本身,而仍然是在被保全的債權。也就是說,違反預告登記而為之處分行為,仍得為土地登記,此時被預告登記之請求權,其行使之相對人並未從原債權債務之當事人(即前揭設例之甲與乙)轉移至預告登記後處分行為之取得人<sup>19</sup>(即前揭設例之丙)。故預告登記之權利人並不是對土地取得人(丙),請求被預告登記權利之實現,而仍是向被保全之債的債務人(甲)主張。因此,在這點上,它並非真正的物權,而仍只是債權與物權的混合型態——也就是債權物權化而已<sup>20</sup>。第二、違反預告登記而為處分之無效,僅生「相對無效」(relative Wirksamkeit)之效果,也就是對乙而言,前揭設例中的甲移轉登記於丙之行為無效,但對其他人仍然有效<sup>21</sup>。故對乙而言,甲仍然是土地所有權人,乙仍得向甲請求履行登記之行為。此時,乙得依前引德國民法第八百八十三條第一項規定,請求丙同意乙登記為所有權人<sup>22</sup>。

---

<sup>19</sup> Jauernig, BGB, 11. Aufl., München 2004, §883 Rn.13.

<sup>20</sup> Canaris, a.a.O., S.382f.

<sup>21</sup> 王澤鑑,前註17書,頁93。

<sup>22</sup> Jauernig, a.a.O., §883 Rn.14-15.

## (二)租賃權之債權物權化

租賃權的物權化則是我國法上被舉例為債權物權化的典型案例。如所周知地，俗稱「買賣不破租賃」(Kauf bricht nicht Miete，亦有稱「讓與不破租賃」)的民法第四百二十五條第一項規定：「出租人於租賃物交付後，承租人占有中，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在」，乃現行法的明文依據。如前已指出地，此種租賃權物權化所具備的物權特性，應屬於上述物權絕對性效力中的排他性（排除成立在後之物權處分或者說所有權移轉之效力）<sup>23</sup>。

至於租賃權，特別是不動產租賃權將其物權化，其理由何在，學說上認為可以就房屋租賃與基地租賃而不同，就房屋租賃而言，主要是要保障居於社會經濟弱者地位之承租人，提供承租人之法律地位，至於基地租賃，則承租人未必是經濟上弱者，主要是要保護基地承租人在土地上所投下之勞力與資本能夠回收，或者說保護承租人的長期投資，促進土地之有效利用，帶動社會經濟發展<sup>23-1</sup>。此同時可以反映我國民法第四百二十五條第一項及第四百二十六條之一之立法目的，可供參考。

如前所述，物權的公示性原則對於債權物權化有其適用，並且成為債權是否可以「物權化」的重要法理依據；特別是「占有」，對於權利有無之宣示具有重要性。上開預告登記是透過「登記」宣告其具有物權公示性的外觀，而在非經登記的租賃權，則是透過「占有」的外觀，宣告其對物的使用權，而取得其

<sup>23</sup> Canaris, a.a.O., S.392.

<sup>23-1</sup> 參見溫豐文，前註 7-1 文，頁 198-199；簡資修，讓與（買賣）不破租賃及其類推適用：長期投資保障觀點之分析，政大法學評論第 78 期，頁 124。

物權化的正當性。也就是說，如果租賃物（特別是不動產<sup>23-2</sup>）在移轉讓與第三人之前，未曾交付與承租人占有，則承租人就沒有取得值得加以物權化保護的地位。因此，學說上又將此種「租賃權物權化」稱為是「占有權物權化」，或者說「基於債之關係占有權之物權化」的典型情況<sup>24</sup>。

我國民法第四百二十五條第一項在八十九年債編修正之前，原僅規定：「出租人於租賃物交付後，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約對於受讓人仍繼續存在」，並未有現行法的「承租人占有中」等字樣，八十九年修正時在立法理由中特別指明：「司法院三十五年院解字第三〇七三號解釋要旨稱『租賃物經出租人交付承租人後，即為承租人所占有，出租人如將其所有權讓與第三人，第三人可就承租人之占有，知有租賃契約之存在，不致因租賃契約於受讓後繼續存在，而受不測之損害。民法第四百二十五條，係基於承租人受交付後，必占有租賃物之普通情形而為規定。若出租人於承租人中止租賃物之占有後，將其所有權讓與第三人，則第三人無從知有租賃契約之存在，絕無使其租賃契約對於受讓人繼續存在之理』。為期明確，爰於第一項增列『承租人占有』等文字，使買賣不破租賃之規定，僅適用於出租人於租賃物交付後，承租人占有中之情形，以保障第三人之權益<sup>25</sup>」，亦強調「占有」作為本條規定得以債權物權化之正當化根據的相同意旨。

值得進一步說明者，係這裡所謂「占有」的型態為何。林誠

<sup>23-2</sup> 我國學者多有主張將第 425 條之規範客體限於不動產者，例如林誠二，民法債編各論（上），2003 年 7 月修訂 2 版，頁 386；黃立主編，民法債編各論（上），吳秀明撰第五章租賃，2002 年 7 月初版，元照，頁 450-451。

<sup>24</sup> Canaris, a.a.O., S.392.

<sup>25</sup> 引文中的底線與不同字體均為筆者所自加。

二教授特別強調，此法條所注重者，係承租人占有之事實，故現實交付而占有之情形，固無疑問；簡易交付，因租賃物本在承租人占有中，亦有本條適用；但占有改定，因租賃物仍在出租人占有中，無法使受讓人相信有租賃契約存在，故無本條適用；而指示交付，由出租人將其對第三人之返還請求權讓與承租人，倘承租人已自第三人取得占有，始有本條適用<sup>26</sup>。此項見解，本諸本條債權物權化之公示要件而為解釋，洵屬的論。

德國舊民法第五百七十一條第一項亦規定：「如果租賃之土地在交付於承租人占有後，出租人將其讓與第三人，則受讓人受讓出租人之地位，而加入租賃關係存續期間所生之一切權利義務關係。」新法第五百六十六條第一項規定相同，只是將租賃之土地（Grundstück）修改為租賃之房屋（Wohnraum）而已。

德國學說上亦強調將「交付承租人占有」（Überlassung）作為本條之要件，目的就是要使受讓人經由此種占有狀態，事先知悉他將要加入何種的租賃關係，換言之，此時是以「占有」來承擔與土地登記簿的「登記」一樣的公示作用<sup>27</sup>。只不過承租人在出租人讓與租賃物之際，是否仍應「繼續」占有，德國學者的看法並不一致，有認為此時是否繼續占有，無關緊要，如果承租人

<sup>26</sup> 林誠二，前註 23-2 書，頁 385。

<sup>27</sup> Staudinger/Emmerich, 1997, § 571 Rn.61; Staudinger/Emmerich, 2003, § 566 Rn.33。其他世界各國的情況大抵相同，均透過一定的租賃權公示性之要求，始賦予承租人租賃權物權化之保障，只是要求的程度不同而已，例如瑞士債務法（第 260 條）要求承租人須在土地登記簿上為預告登記，日本民法（第 605 條）及奧地利民法（第 1120 條）要求應完成租賃登記，法國民法要求應該公證。至於我國法上以「占有」作為公示機制是否充足與完備（新法在第 425 條第 2 項加上「公證」作為公示方法），是否也應該在立法論上改採租賃登記制度，則尚有討論空間。此等討論說明，請參見黃立主編，吳秀明撰第五章租賃，前註 23-2 書，頁 447-448；451-452。

將租賃物交付次承租人占有，或者交還給出租人，或者非自主地喪失租賃物之占有，仍可生本條之效果<sup>28</sup>；也有強調在租賃物讓與之際，承租人一定要占有租賃物，始受本條之保護<sup>29</sup>。

### (三)分管契約之債權物權化：「知悉公式」之創設

在我國法上另一個特有的債權物權化之案例，是有關於分管契約的效力問題。

共有人間所訂之分管契約，對於受讓應有部分者，亦應有效力，這在我國學說上幾乎是定見，只不過其法律上之理由，尚有爭執，簡單歸納有三種說法。第一種說法認為：共有人間訂立分管契約，並依約交付各共有人占有使用者，已具備公示之作用，此與民法第四百二十五條規定，出租人於租賃物交付後，將其所有權讓與第三人者，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在，有相同之法律上理由。第二種說法認為：民間買受不動產者，有實地調查其現況及權利關係之習慣，受讓人對分管契約，係明知或可得而知之事實。且共有物之分管，涉及共有人對共有物之權利義務，受讓人應受其拘束。第三種說法認為：不動產之分管契約為物權契約，受讓共有物之應有部分者，自應繼受其法律關係，依此說，則受讓應有部分之人，不問善意或惡意均應受共有人間分管契約之拘束。最高法院四十八年度台上字第一〇六五號判例向來均採取第一說，但到了民國八十三年六月三日作成的大法官釋字第三四九號則修正改採了上開第二說，雖然學說仍有批評，但似乎暫時平息了此一爭論。

該號解釋文謂：「最高法院四十八年度台上字第一〇六五號判例，認為『共有人於與其他共有人訂立共有物分割或分管之特

<sup>28</sup> Staudinger/Emmerich, 2003, § 566 Rn.33.

<sup>29</sup> Bamberger/Roth/Herrmann, 2003, § 566 Rn.14.

約後，縱將其應有部分讓與第三人，其分割或分管契約，對於受讓人仍繼續存在』，就維持法律秩序之安定性而言，固有其必要，惟應有部分之受讓人若不知悉有分管契約，亦無可得而知之情形，受讓人仍受讓與人所訂分管契約之拘束，有使善意第三人受不測損害之虞，與憲法保障人民財產權之意旨有違，首開判例在此範圍內，嗣後應不再援用。」

解釋理由書中特別強調一段解釋文所無之「分管契約」（債權契約）物權化之論述依據：「民法上之法律行為，有債權行為與物權行為，除法律有特別規定外，前者於特定人間發生法律上之效力，後者於以公示方法使第三人得知悉之狀態下，對任何第三人均發生法律上之效力。故動產以交付為公示方法，不動產以登記為公示方法，而以之作為權利取得喪失、變更之要件，以保護善意第三人。如其事實為第三人明知或可得而知，縱為債權契約，其契約內容仍非不得對第三人發生法律上之效力。最高法院四十八年度台上字第一〇六五號判例，認為『共有人於與其他共有人訂立共有物分割或分管之特約後，縱將其應有部分讓與第三人，其分割或分管契約，對於受讓人仍繼續存在』，就維持法律秩序之安定性而言，固有其必要，惟應有部分之受讓人若不知悉有分管契約，亦無可得而知之情形，受讓人仍受讓與人所訂分管契約之拘束，有使善意第三人受不測損害之虞，與憲法保障人民財產權之意旨有違，上述判例在此範圍內，嗣後應不再援用。」

但是，上開解釋以受讓共有物之第三人是否「明知或可得而知」之主觀要件，作為分管契約債權物權化之判斷標準（為便思考，本文將大法官會議解釋之此種創設簡稱為「知悉公式」），而非以不動產之登記或動產之交付占有之「公示」方法作為債權物權化之依據，是否符合債權物權化之理論依據，容有疑問，參與解釋之大法官已有多人提出不同意見書，均共同指出此點。認為：從民法第四百二十五條規定之債權物權化的法理來看，租賃

契約雖為債權契約，但租賃物一旦交付（移轉占有）由承租人使用，即處於一種公示狀態，顯現其所有人非使用人之物權內容，租賃物所有權之受讓人因此應受其拘束，而共有物之分管契約一經實行特定部分之管領，即相當於租賃契約中租賃物之交付，故應類推適用民法第四百二十五條之規定，不問受讓人是否善意，均應承受分管契約上之權利義務<sup>30</sup>。此號解釋，區分受讓人為善意抑或非善意而定，以共有人訂立之分管契約，僅對於非善意（知情）或雖係善意但有過失（可得而知而不知）之應有部分受讓人有其拘束力，對於並無過失之善意（非明知亦非可得而知）受讓人則否，顯然忽略了債權物權化的理論<sup>31</sup>。

學說上對此種由受讓人主觀知悉與否作為物權化之依據，亦多有批評<sup>32</sup>。謝在全大法官特別指出：「本號解釋理由謂：如其（分管）事實為第三人所明知或可得而知，縱為債權契約，其契約內容仍非不得對第三人發生法律上之效力云云，似有商榷餘地。蓋基於債權契約之相對性，惟契約當事人間始受拘束，第三人縱明知其存在，亦非當然因此受其拘束，受讓借貸契約標的物所有權之第三人，縱事先明知有借貸契約存在，亦不受該契約之

30 參見大法官楊與齡、張特生之部分不同意見書，及大法官鄭健才之不同意見書。

31 特別參見大法官鄭健才之不同意見書之理由二、(三)、3。

32 溫豐文，分管契約之效力，月旦法學教室第 50 期，頁 13；如此將難維物權關係之安定性。林大洋，使用借貸對第三人之效力——實務上相關見解在法學方法上之探討，法令月刊第 59 卷第 4 期，頁 13-14；釋字三四九號解釋創設之「明知或可得而知」之判斷標準，混淆債權相對性與物權絕對性，宜只適用於分管契約之案型，不宜作為一般之法律原則。實務見解之綜合分析整理並請參見蔡明誠，共有物分管契約與物上請求權問題，收錄於氏著，前註 1 書，頁 73 以下，特別是頁 83 以下。



拘束，即屬適例<sup>33</sup>」，此項見解，甚值贊同。但如依此號大法官會議解釋創設之「知悉公式」進一步窺其內涵，則所謂明知，例如受讓人事先已受有分管契約存在之告知，所謂可得而知，例如各共有人已按分管契約占有共有土地之特定部分。準此，則分管契約之物權化的公示方法，應與第四百二十五條租賃物權化相類似，均以標的物之占有為之<sup>34</sup>。誠如王澤鑑大法官針對此號解釋所言：「就個案認定受讓人是否善意，是否明知或可得而知分管契約之存在，不僅耗費社會成本，抑且有害物權秩序的安定性。根本解決之道，仍應經由立法建立具有公示性的制度<sup>35</sup>」。申言之，要將分管契約債權物權化，關鍵標準仍應在於：分管事實之公示性<sup>36</sup>：共有而分管不動產之登記或動產之占有，而非在於受讓共有物之第三人是否「明知或可得而知」。

相應於此，民法物權編於 98 年 1 月 23 日修正公布，已在第八百二十六條之一增訂分管契約效力之規定。其中第一項將物權「登記」之公示方法作為分管契約物權化之前提要件，洵屬正確，其內容為：「(第一項) 不動產共有人間關於共有物使用、管理、分割或禁止分割之約定或依第八百二十條第一項規定所為之

33 謝在全，分別共有內部關係之理論與實務，1995 年 1 月初版，自版，頁 107 註 30。

34 謝在全，前註 8 書，頁 593。

35 王澤鑑，憲法基本權利與私法，載於：司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集，1998 年 9 月司法院印行，頁 78。

36 不同見解，參見陳榮傳，分管契約得否對抗應有部分之受讓人？收錄於：蘇永欽主編，民法物權爭議問題研究，1999 年 11 月初版 2 刷，五南，頁 212-214，認為受讓人受分管契約之拘束，其效力來源並非交付占有而生之債權物權化效力，也不是當事人間法律安定性之要求，而是法律漏未規定救濟方法之一種必要的補充方法，此種補充方法不以受讓人明知或可得而知分管契約之內容為必要，即便非明知亦非可得而知之善意受讓人，也應接受此種法律之補充。

決定，於登記後，對於應有部分之受讓人或取得物權之人，具有效力。其由法院裁定所定之管理，經登記後，亦同<sup>37</sup>。」

但同條第二項則仍本於上開大法官釋字第三四九號解釋之意旨，規定：「動產共有人間就共有物為前項之約定、決定或法院所為之裁定，對於應有部分之受讓人或取得物權之人，以受讓或取得時知悉其情事或可得而知者為限，亦具有效力。<sup>38</sup>」此項增訂，將釋字第三四九號解釋所創設、但甚受學者批判的「知悉公式」加以一般化，是否妥適，容有斟酌之餘地。

<sup>37</sup> 第 1 項修正之理由為：「共有物之管理或協議分割契約，實務上認為對於應有部分之受讓人仍繼續存在（最高法院四十八年台上字第一〇六五號判例參照）。使用、禁止分割之約定或依法所為之決定（係指本法修正條文第八百二十條第一項情形），亦應作相同之解釋。又上述契約、約定或決定之性質屬債權行為，基於債之相對性原對第三人不生效力，惟為保持原約定或決定之安定性，特賦予物權效力，爰參照司法院釋字第三四九號解釋，並仿外國立法例，於不動產為上述約定或決定經登記後，即對應有部分之受讓人或取得物權之人，具有效力（德國民法第七百四十六條、第一千零十條第一項、瑞士民法第六百四十九條之一、第六百四十七條第一項參照）。又經由法院依第八百二十條第二項、第三項、第四項裁定所定之管理，屬非訟事件，其裁定效力是否及於受讓人，尚有爭議（最高法院六十七年度台上字第四〇四六號判例參照），且該非訟事件裁定之公示性與判決及登記不同，故宜明定該裁定所定之管理亦經登記後，對於應有部分之受讓人或取得物權之人始具有效力。爰增訂第一項規定，以杜爭議，並期周延。」

<sup>38</sup> 第 2 項之修正理由為：「共有人間關於前項共有物使用、管理等行為之約定、決定或法院之裁定，在不動產可以登記之公示方法，使受讓人等有知悉之機會，而動產無登記制度，法律上又保護善意受讓人，故以受讓人等於受讓或取得時知悉或可得而知其情事者為限，始對之發生法律上之效力，方為持平，爰增訂第二項。」

### 三、使用借貸之「物權化」？——「知悉公式」之一般化？

或許是受到大法官釋字第三四九號解釋所創設之「知悉公式」之影響，一方面，最高法院上開決議之甲說以及結論，固然堅持債權相對性之原則，而否認土地使用借貸可以對抗契約以外之土地受讓人。但另一方面，最高法院也出現某些判決，企圖透過受讓人受讓時「知悉」此等土地使用借貸之情事，使受讓人有忍受原有土地使用借貸之借用人繼續使用土地之義務，而形同使用借貸契約之「物權化」，似乎有將「知悉公式」一般化的傾向。

例如最高法院九十六年度台上字第二八二八號判決謂：「上訴人系爭房屋使用系爭土地，若係輾轉源自與陳○來之買賣行為而來，則於陳○來死亡後，其繼承人陳○興本應依繼承而有容忍上訴人繼續使用系爭土地之義務，苟被上訴人於買受系爭土地時已知悉上情，卻仍執意買受，或實際因其他原因而取得所有權而使陳○興因而得免對上訴人所負容忍繼續使用系爭土地之義務，則上訴人抗辯被上訴人於八十一年買受系爭土地時，已知悉其上房屋占有情形，並於取得系爭土地十餘年後，始濫用法律規定，請求拆屋還地，違反誠信原則，並有權利濫用情事乙節，是否不足採？」本判決雖然將「知悉」房屋占有情形，與權利濫用、誠信原則並列為土地受讓人不得請求返還之理由，但就「知悉」占有即不得請求返還之結論而言，確有「知悉公式」的影子。

應用此一「知悉公式」之判決，尚有同院九十六年度台上字第一三五九號判決：「查系爭房屋之建造既為系爭土地原所有人林○成實際所出資，核與系爭土地及房屋同屬一人所有者相類，堪認林○成於出資建造時應已認知並容許該屋於堪用之期限內繼續使用其基地，且上訴人於買受系爭土地時，系爭房屋已存在多

年，當難諉為不知，自無不許類推適用民法第四百二十五條之一規定及本院四十八年台上字第一四五七號判例之理由，應可推斷上訴人已默許被上訴人乙○○之系爭房屋繼續使用系爭土地，始與誠信原則及社會正義之要求無違」。此判決特別除運用「知悉公式」外，並且結合據以證立類推適用民法第四百二十五條之一的正當性，以肯定受讓人應容忍借用人繼續使用土地。其實，將「知悉公式」一般化而使土地使用借貸契約「物權化」，俾對抗土地受讓人，與類推適用民法第四百二十五條之一，使土地使用借貸之借用人獲得繼續使用該土地之正當權源（此部分將於下文討論），固然均可以獲得土地受讓人不得請求返還土地之相同結論，但二者係屬不同之理論基礎，也不應混為一談，本判決認「上訴人於買受系爭土地時，……難諉為不知」，故「自無不許類推適用民法第四百二十五條之一規定」，推論過程不無疑問<sup>39</sup>。

其實，如果最高法院認為在土地使用借貸之情形，土地受讓人於買受該使用借貸之土地時，均已可「知悉其上房屋占有情形」（參見九十六年度台上字第二八二八號判決之用語），也就是說土地使用借貸人已建築房屋「占有」該土地而具備公示之狀態，任何第三人要受讓該土地均有可以知悉其「占有狀態」之公示性的可能性，則最高法院儘可考量將土地使用借貸之情形透過法官造法之方式，在判決例中逕行賦予土地使用借貸契約「債權物權化」之效力，而不用再繞道「誠信原則」。至於在現行法上是否要以類推適用第四百二十五條之一或者下述的第四百二十五條或第四百二十六條之一，作為依據則可再進一步斟酌（此點，參見下述參之討論）。

本件決議的結論雖然最後仍採取債權相對性為原則，但最後

---

<sup>39</sup> 類似的思考論述，尚可見最高法院 90 年度台上字第 1775 號判決之高院見解（台灣高等法院 89 年度上更(三)字第 113 號判決）。