

民法学说 与判例研究

第五册

王泽鉴 著

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2009-3926

图书在版编目(CIP)数据

民法学说与判例研究·第五册/王泽鉴著. —北京:北京大学出版社,
2009.12

(民法研究系列)

ISBN 978-7-301-15835-7

I. 民… II. 王… III. ①民法-法的理论-研究 ②民法-审判-案例-研究
IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 167391 号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权出版发行

民法学说与判例研究·第五册,王泽鉴著

2005年1月版

书 名:民法学说与判例研究·第五册

著作责任者:王泽鉴 著

责任编辑:孟 瑶

标准书号:ISBN 978-7-301-15835-7/D·2423

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.yandayuanzhao.com> 电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者:三河市欣欣印刷有限公司

经 销 者:新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 16.25 印张 246 千字

2009 年 12 月第 1 版 2009 年 12 月第 1 次印刷

定 价:30.00 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 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

总 序

拙著民法研究系列丛书包括《民法学说与判例研究》(八册)、《民法思维:请求权基础理论体系》、《民法概要》、《民法总则》、《债法原理》、《不当得利》、《侵权行为》及《民法物权》,自2004年起曾在大陆发行简体字版,兹再配合法律发展增补资料,刊行新版,谨对读者的鼓励和支持,表示诚挚的谢意。

《民法学说与判例研究》的写作期间长达二十年,旨在论述1945年以来台湾民法实务及理论的演变,并在一定程度上参与、促进台湾民法的发展。《民法思维:请求权基础理论体系》乃在建构请求权基础体系,作为学习、研究民法,处理案例的思考及论证方法。其他各书系运用法释义学、案例研究及比较法阐述民法各编(尤其是总则、债权及物权)的基本原理、体系构造及解释适用的问题。现行台湾“民法”系于1929年制定于大陆,自1945年起适用于台湾,长达六十四年,乃传统民法的延续与发展,超过半个世纪的运作及多次的立法修正,累积了相当丰富的实务案例、学说见解及规范模式,对大陆民法的制定、解释适用,应有一定的参考价值,希望拙著的出版能有助于增进两岸法学交流,共为民法学的繁荣与进步而努力。

作者多年来致力于民法的教学研究,得到两岸许多法学界同仁的指教和勉励,元照出版公司与北京大学出版社协助、出版发行新版,认真负责,谨再致衷心的敬意。最要感谢的是,蒙神的恩典,得在喜乐平安中从事卑微的工作,愿民法所体现的自由、平等、人格尊严的价值理念得获更大的实践与发展。

王泽鉴

二〇〇九年八月一日

目 录

总则编关于法律行为之规定对物权行为适用之基本问题	(1)
三论“出卖他人之物与无权处分”	(30)
出租他人之物、负担行为与无权处分	(52)
租售他人之物、所有人之承认与债之主体的变更	(61)
买卖、设定抵押权之约定与第 758 条之“法律行为”	(70)
物权行为错误与不当得利	(85)
未成年人与代理、无因管理及不当得利	(96)
不当得利制度与衡平原则	(108)
不当得利之连带债务	(127)
侵害他人债权之侵权责任	(134)
信赖利益之损害赔偿	(150)
出卖之土地于移转登记前被征收时,买受人向出卖人主张 交付受领补偿费之请求权基础	(169)
德国法上损害赔偿之归责原则	(184)
代位权之代位	(198)
基于契约关系之越界建筑与土地受让人之拆屋还地请求权	(208)
离婚契约之拘束力与特别生效要件之履行	(220)
两愿离婚“登记”法律性质之争议在法学方法论上之检讨	(231)

总则编关于法律行为之 规定对物权行为适用之基本问题*

一、概 说

最近连续撰文讨论关于出卖他人之物、出租他人之物、无权处分以及物权行为错误与不当得利等问题^①，感到不仅初学者对物权行为深感困惑，实务上亦迭生疑义，可谓是民法上最难了解的制度之一。其原因有三：① 物权行为是法律抽象概念思维的产物，本身不易理解；② 总则教科书关于法律行为之论述，偏重于债权行为（负担行为），而忽略于物权行为；③ 物权法教科书于论及物权行为时，多认为可适用总则关于法律行为为一般规定，“可参照得之，兹不赘”，而未详论。^②

关于物权行为之问题，可举一例说明之：甲出售 A、B、C、D 等 10 册书给乙，价金 1 万元，其中 A 书为丙所借，其余为甲所有。甲于收到乙之汇款后，即寄书给乙，误置某名贵画册于其内。乙收到该画册，以为系甲所赠，即致函表示谢意。甲知其事，乃请求返还该画册，乙表示已转赠给丁，并为交付矣。试问甲、乙、丙、丁间之法律关系如何？欲处理此一案例，必

* 本文原载《法学丛刊》第 123 期（1986 年 7 月）。

① 参见王泽鉴：《出卖他人之物与无权处分》，载《民法学说与判例研究》（第四册），北京大学出版社 2009 年版；《再论“出卖他人之物与无权处分”》，载《民法学说与判例研究》（第四册），北京大学出版社 2009 年版；《三论“出卖他人之物与无权处分”》，载《法学丛刊》第 121 期（1986 年 1 月），第 18 页（载于本书）；《出租他人之物、负担行为与无权处分》，载《军法专刊》第 33 卷，第 4 期（1986 年 4 月），第 9 页（载于本书）；《物权行为错误与不当得利》，载《法令月刊》第 37 卷，第 7 期（1986 年 7 月），第 11 页（载于本书）。

② 参见史尚宽：《物权法论》，第 18 页；郑玉波：《民法物权》，第 35 页；姚瑞光：《民法物权论》，第 21 页。

须了解总则编关于法律行为之规定对物权行为适用之基本问题。

二、物权行为之理论体系

(一) 问题之说明

为了解物权行为,最好的方法是避免作抽象的论述,而从实例入门。设甲出卖某屋及某车给乙,价金若干元。当事人就标的物及价金互相同意时,买卖契约即为成立(第345条第2项*)。买卖契约系债权行为(负担行为),出卖人负交付其物并移转其所有权之义务(第348条)。于此发生一项在法学理论及实务上关系重大之基本问题:甲之房屋(不动产)及汽车(动产)之所有权如何移转给乙?

关于此一问题,就比较法上之主要解决途径归纳分析之^①,约有四种模式:

(1) 买卖标的物之所有权于买卖契约有效成立时,即行移转。

(2) 买卖标的物之所有权于买卖契约有效成立时,即行移转,但非经登记(不动产)或交付(动产),不得对抗第三人。

(3) 买卖标的物所有权之移转,以登记或交付为要件。

(4) 买卖标的物所有权之移转,除登记或交付外,尚须当事人就此标的物所有权之移转作成一个独立于买卖契约外之意思合致。此项意思合致系以物权之变动为内容,故称为物权合意(dingliche Einigung)或物权契约(dinglicher Vertrag)(物权行为)。

兹须探讨者,究竟采取何种制度?

(二) “民法”是否承认物权行为?

关于物权变动,“民法”系采第四种主义,即于债权行为外,尚承认独立之物权行为。此为判例及学说之一致见解,兹分三点说明之:

* 本书中法律条文如无特别注明,皆为台湾地区现行“民法”之规定。——编者注

^① 参见第758条立法理由书;史尚宽:《物权法论》,第21页;郑玉波:《民法物权》,第35页。von Caemmerer, Rechtsvergleichung und Fahrnisübergang, *RechtZ* (1938/39) 675-713; Friedrich, Artikel Übergang in: Schlegelbergers rechtsvergleichendem Handwörterbuch, Bd. 6 (1938), S. 606ff.; Kaden, Zum Problem der Fahrnisübergang im schweizerischen Recht, *Festschrift für Hedemann*, 1938, S. 246f.; Larenz, *Schuldrecht*, Bd. II Halbband I, Besonderer Teil, 13. Aufl. 1986, S. 10.

(1) 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。”第 761 条第 1 项规定：“动产物权之让与，非将动产交付，不生效力。但受让人已占有动产者，于让与合意时，即生效力。”此二条规定所称之法律行为及让与合意，就其文义^①、体系地位、比较法^②及规范目的而言，系指物权的意思表示（物权的合意，物权行为），为民法关于物权行为之基本规定。

(2) 总则编以法律行为（Rechtsgeschäft）为其核心，就其理论构成而言，除债权行为外，尚包括物权行为。^③又第 118 条所称之“处分”，系指处分行为，而以物权行为及准物权行为为其规律对象。

(3) 不当得利制度系建立在债权行为及物权行为之区别及物权行为无因性之上。在上开甲出售房屋及汽车给乙之例，设于登记或交付后，发现买卖合同不成立，通说认为甲仅得依不当得利之规定向乙请求返还房屋及汽车之“所有权”。易言之，即乙依物权行为取得房屋及汽车所有权，并不因买卖合同（债权行为）之不成立而受影响，惟因买卖合同不成立，乙之取得所有权，系无法律上之原因，应返还之（第 179 条）。此项见解，系以物权行为之独立性及其无因性为其前提。

（三）物权行为之意义

1. 学说上之争论

“民法”承认于债权行为外尚有独立之物权行为，已如上述。然而，并未使用“物权行为”之用语，对物权行为未设定义性规定，故何谓物权行为乃发生疑问。

^① 第 758 条之前身为民法第一草案（大清民律）第 978 条：“依法律行为而有不动产物权之得丧变更者，非经登记，不生效力。”第 761 条第 1 项之前身为民法第一草案（大清民律）第 980 条：“动产物权之让与，非经交付动产，不生效力。但受让人先占有动产者，其物权之移转，于合意时生效力。”关于“法律行为”及“合意”立法理由书并未指出是物权行为，但理由中有所谓：“关于不动产物权得丧变更之法律行为”，就文义而言，当属物权行为无疑也。

^② 就比较法而言，第 761 条系《德国民法》第 929 条、第 930 条及第 931 条之逐译，所谓让与合意，德文称为 Einigung，系指物权契约而言，为德国判例学说之定论（BGHZ 2, 819）。第 758 条系仿自《德国民法》第 873 条，其主要之不同，在《德国民法》称为 Einigung（物权合意），而台湾现行“民法”径以法律行为称之，包括物权契约及单独行为在内。

^③ 关于法律行为之基本理论及其分类，参见 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979; Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 1983. S. 282ff.

胡长清先生谓：“债权行为者，发生债权法上之效果之法律行为也。物权行为者，发生物权法上之效果之法律行为也。有为单独行为者，如所有权、地上权之抛弃是。有为契约者，如抵押权之设定是。其契约则称为物权契约。”^①其他学者多采类似定义。^②

须注意的是，姚瑞光先生认为上开定义概念不清，强调正确之定义应为：“物权行为者，由物权的意思表示与登记或交付相结合而成之要式行为也。”其主要理由为：“物权的意思表示（包括上述的物权的合意），与登记或交付相结合，始能成立所谓物权行为（dingliches Geschäft）。惟有完成此项方式后之物权行为，始能发生物权得丧变更之效力，始能不残留所谓履行问题，亦即物权行为一经成立，即生效力。不可认为物权行为因意思表示而成立、登记或交付，不过其生效要件而已。”^③

此项问题之提出，甚具意义，可使吾人对“物权行为之本质”，作更深一层的思考。惟须说明的是，此项争论，早在《德国民法》制定之际，即已发生，历时百年，尚无定说。

2. 德国学者之见解

物权行为之理论，系由德国法儒萨维尼（Savigny）氏在其名著《现代罗马法体系》（*System des heutigen römischen Rechts*）^④中所提出，而为《德国民法》所采纳。^⑤1876年之《德国民法第一草案》曾使用物权契约（dinglicher Vertrag）之概念^⑥，但受到批评，认为未臻精确。第二次委员会决定不采“dinglicher Vertrag”之用语，而以 dingliche Einigung（物权的合意）代之，并表示 dingliche Einigung 是否为物权契约，是一项法律理论构成（juristische Konstruktion）之问题，应由学说决定之。^⑦

物权合意是否即为物权契约？发生此项争论之主要原因，系有学者

① 胡长清：《民法总则》，第212页。

② 参见洪逊欣：《民法总则》，第266页；李宜琛：《民法总则》，第212页；施启扬：《民法总则》，第201页。

③ 姚瑞光：《民法物权论》，第14页。

④ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840, III, S. 312.

⑤ Felgentraeger, *Friedrich Carl v. Savigny's Einfluss auf die Übereignungslehre*, 1927; Filippo Ranier, *Die Lehre der abstrakten Übereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19 Jahrhunderts*, in: Coing-Wilhelm (Hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19 Jahrhundert*, II, 1977, S. 90f.

⑥ 参见《德国民法第一草案》第828条、第868条、第874条、第983条。

⑦ *Protokolle zum BGB* III, S. 56-59.

认为：“就法律行为概念而言，以发生一定法律效果为必要，物权变动须以物权之合意（意思的因素）与登记或交付相结合为要件。物权的合意本身既尚不足引起物权变动，故非物权行为。”采此见解者，有 Rosenberg, Wolff-Raiser, Enneccerus-Nipperdey 等著名学者。^① 须注意的是，目前三本具有代表性之物权法教科书的作者，均肯定物权的合意本身即为物权契约（物权行为）。Baur 教授简单明确地表示，Die Einigung ist dinglicher Vertrag（物权合意即是物权契约），未说明理由。^② Westermann 教授认为物权的合意本身尚未能发生法律效力，此一事实不足作为反对“物权的合意系物权契约”之论据；须得第三人同意之契约亦属如此，吾人并未因此而否认其契约之性质^③，Lent-Schwab 教授则强调，法律效果并非系契约概念之必要部分，此由吾人常称无效或不生效力之契约，即可知之。于此情形，显然欠缺契约之效力，但意思表示或缔结契约之构成要件实可认定，当事人关于发生物权变动之法律效果具有合意，契约业已缔结，至于效力是否发生，则视其他情形（例如登记）而定。抑有进者，物权的合意本身亦具有重要的法律效果，例如期待权是。^④

3. 本文见解

关于物权行为定义，本文采取传统之见解，认为物权的意思表示（包括物权的合意）本身即为物权行为（单独行为及物权契约），登记或交付则为其生效要件，兹分四点说明之：

（1）学者有认为物权行为系要式行为^⑤，此所谓要式行为与一般所谓要式行为，似有不同。物之交付（登记）乃现实的因素，严格言之，应属要物契约（Realvertrag）。其属方式者，乃第 760 条关于“不动产物权之移转或设定，应以书面为之”之规定。

（2）不动产之登记系公法上之行为，得否作为私法上法律行为之部分，似有研究余地。纵使此项登记系基于当事人申请，内容并由其决定，似仍难因此使其成为私法上契约之构成部分。^⑥

① Rosenberg, Kommentar zum Sachenrecht, 1919, S. 174; Wolff-Raiser, Lehrbuch des Sachenrechts, 10. Aufl. 1957, § 38 II; Enneccerus/Nipperdey, BGB, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. § 146 II 2.

② Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 12. Aufl. 1984, S. 33.

③ Westermann, Sachenrecht, 6. Aufl. 1969, § 38. 3.

④ Lent-Schwab, Sachenrecht, 17. Aufl. 1979, S. 43f.

⑤ 参见姚瑞光：《民法物权论》，第 18 页；郑玉波：《民法物权》，第 36 页。

⑥ 参见 Lent-Schwab, S. 43.

(3) 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。”显然将“法律行为”（物权行为）与“登记”分离，并以登记为生效要件。又第 761 条规定：“动产物权之让与，非将动产交付，不生效力。但受让人已占有动产者，于让与合意时，即生效力。”亦将“让与合意”（物权契约）与交付分开，而以交付为生效要件。

(4) 将物权行为与登记（或交付）予以分开，亦具有实益。例如，甲出卖某地给乙，于 3 月 1 日作成让与合意之书面契约（物权契约），于 3 月 14 日向某地政机关申请登记，在完成登记前，甲发现受乙诈欺。于此情形，甲是否即可撤销其物权行为？抑或须俟完成登记后，始得为之？显然应以前说为是，惟若认为登记系物权行为之构成部分，则须俟完成登记后始得撤销之，盖就理论而言，仅已完成之意思表示始能撤销也。又若物权的意思之无效在登记前业已确定，是否尚要等到地政机关办理登记后始得主张之？其答案应为否定，自不待言。^①

综合言之，关于物权行为法律性质之争论，基本上是理论上之问题。依第 758 条及第 761 条规定，仅物权的意思（物权的合意）或登记（交付），均尚不足引起物权变动，须意思的因素与现实的因素（登记或交付）二者兼具，始能发生物权得丧变动之效力，可称为物权变动之双重构成要件（Doppeltatbestand）^②，无论吾人对物权行为作如何之解释，均属如此。

（四）物权行为与公示

诚如上述，物权的变动须兼具双重要件，就不动产而言，须有物权行为（第 758 条之法律行为）与登记，就动产而言，须有让与合意与交付。登记或交付为物权变动之公示方法。因此，物权行为与公示之间具有何种关系，有说明之必要，兹分四点言之^③：

（1）物权的意思与登记（或交付），固须兼具，始能产生物权变动，但时间上之次序，无关紧要，何者为先，在所不问。

（2）处分权于完成此双重要件之际必须具备。例如，甲提供土地为乙设定抵押权，于登记前受破产宣告而丧失处分权时，纵为登记，乙亦不

^① Lent-Schwab, S. 43.

^② Baur, S. 37f.

^③ Baur, S. 39f.

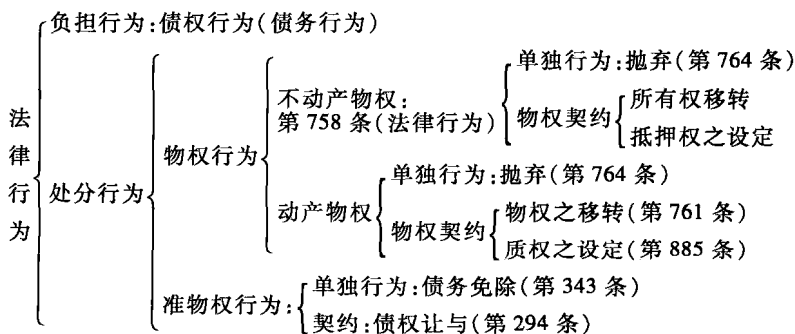
能取得抵押权。又例如,甲出卖某屋给乙,在订立书面物权契约之后,办理登记之前,甲之债权人丙对该屋查封者,甲对该不动产所为之处分,对于其债权人丙,不能生效。1961年度台上字第2087号判例略称谓:“不动产经查封后,债务人将其所有权移转于第三人者,其移转行为对于债权人不生效力,业经本院著有判例。为贯彻查封之效力起见,债权人自得禁止债务人为处分其财产之行为,是该不动产所有权移转登记日期既在上诉人申请法院查封以后,被上诉人以上诉人此项处分为无效而诉请涂销其所有权移转登记,自非法所不许。”可资参考。^①

(3) 意思的因素与公示必须互相一致。例如,甲出卖A地给乙,而地政机关误登记为B地时,乙既未取得A地所有权,亦未取得B地所有权。就A地而言,因未登记,就B地而言,因欠缺物权的合意。于此情形,就A地而言,地政机关应登记乙为所有人,因此项登记之申请业已提出而未办理也。就B地而言,甲得请求为土地登记簿之更正。自不待言。

(4) 在让与合意后,完成登记前,当事人一方因死亡而丧失行为能力时,依第95条第2项规定,其意思表示(合意)之效力不因此而受影响。

(五) 物权行为之体系

在法律行为中,债权行为(或称负担行为),较为单纯,虽可分为单独行为(如悬赏广告,有争论)及债权契约(如买卖),但易于了解。物权行为,因不动产及动产而异其规定,又散见各处,较为复杂,有加以体系化之必要。兹先图示如下,再行说明:



^① 详见骆永家:《查封效力之相对性》,载《民事法研究》II《台大法学丛书》(45),1986年初版,第169页。

关于上开图示,应说明者有三:

(1) 法律行为可分为负担行为(债权行为)及处分行为。处分行为,又可分为物权行为及准物权行为。

(2) 物权行为,因不动产物权或动产物权而异其规定,即关于不动产物权,以第 758 条为基本规定,其所称之法律行为(物权行为)兼指单独行为及物权契约,对不动产所有权及其他物权之得丧变更均适用之。关于动产物权,第 761 条系关于动产物权让与之规定。动产物权(例如质权)之设定,系属物权契约,应依第 885 条为之。

(3) 在此法律行为体系,就物权行为而言,最值得研究之问题为:首先,总则编关于法律行为之规定对物权行为之适用;其次,物权行为与债权行为之关系。本文以前者为论述之重点,后者亦附带说明之,非合此二者,不能了解物权行为之问题也。

三、物权行为之成立

(一) 单独行为

物权行为系法律行为之一种,以意思表示为要素,关于其成立,应适用总则之一般规定,即须有当事人、意思表示及标的。至于物权的意思表示之生效,就单独行为而言,其有相对人者,应向相对人为之,例如,地上权之抛弃应向土地所有人以意思表示之,并于相对人了解(对话)或到达(非对话)时生效(第 94 条、第 95 条)。单独行为无相对人者,如动产所有权之抛弃,于意思表示完成时发生效力。须注意的是,动产物权之抛弃,尚须有舍弃占有之事实,始生效力,而不动产物权之抛弃,则非经登记,不生效力(第 758 条)。^①

(二) 物权契约

物权契约者,以发生物权变动为内容之意思合致也。第 761 条第 1 项所称之让与合意,即为物权契约。又第 758 条所称之法律行为,系指物权行为,亦包括物权契约在内。关于物权契约之成立,物权编未设特别规

^① 参见史尚宽:《物权法论》,第 50 页。

定,总则编亦未设契约成立之一般规定,因此,应类推适用债编通则有关契约(债权契约)成立之规定(第153条以下),即当事人互相表示使物权发生变动之意思表示趋于一致,无论其为明示或默示,物权契约即为成立。^①除有特别情事外,通常可认为,于当事人交付动产,或订立不动产物权得丧变更之书面时,作成物权契约。

四、物权行为之有效要件

(一) 行为能力

1. 无行为能力人

总则关于行为能力之规定,对物权行为有全部适用之余地。第75条规定:“无行为能力人之意思表示,无效。虽非无行为能力人,而其意思表示,系在无意识或精神错乱中所为者亦同。”依此规定,设禁治产人甲出卖某车给乙,并依让与合意交付之,其买卖契约及关于移转该车所有权之物权行为均属无效。甲得主张所有物返还请求权(第767条)。

2. 限制行为能力人

(1) 得允许之物权行为。限制行为能力人得法定代理人允许之物权行为(无论单独行为及物权契约)均属有效,例如,10岁之甲经其父允许赠某玩具给8岁之乙,并依让与合意交付之,其赠与契约及物权行为,均属有效。就甲而言,因得法定代理人之允许,就乙而言,因纯获法律上利益(详后)。又限制行为能力人对其法定代理人允许处分之财产,有处分之能力(第84条),其“处分”兼括物权行为,自不待言。

(2) 纯获法律上利益。限制行为能力人为意思表示及受意思表示,应得法定代理人之允许。但纯获法律上之利益或依其年龄及身份,日常

^① 梅仲协先生于其著《民法要义》(第88页)谓:“按契约不以债之关系为限,其关于物权者,有物权契约,关于亲属事件如:婚约、结婚、收养等亦称契约。民法法典,既设有总则编之规定,则关于契约上之通常原则,似宜订明于总则编,方足以贯串全部,前后呼应,乃民法起草者只认契约为债之发生原因之一,规定于债编通则中,编制稍欠斟酌,论者或谓此种编制,系师承瑞士债务法法典,未可厚非。殊不知瑞士民法,并不设总则编,且于第7条明定:债务法中关于契约之订立、效力及消灭之普通规定,于民法事件,适用之。其特征体制自与台湾地区不同。”可供参考。“民法”虽未设如《瑞士债务法》第7条规定,但“民法”债编关于债权契约成立之规定,于其他契约,亦得类推适用,应无疑义。

生活所必需者,不在此限(第77条)。例如,甲赠某小型电脑给19岁之乙,并依让与合意交付之,其债权行为及物权行为均因乙纯获法律上之利益而有效。须特别提出讨论者,系如下之案例:甲以其大提琴与19岁乙之小提琴互易,并均依让与合意交付之,惟乙父拒不承认。于此情形:①甲与乙之间互易契约不生效力;②乙移转小提琴给甲之物权行为亦不生效力,故乙得依第767条规定主张所有物返还请求权;③有疑问者,系甲移转大提琴给乙之物权行为是否为纯获法律上利益。关于此点,应采肯定说,其理由为物权行为具有独立性,其效力应就该物权行为本身判断之。乙依物权行为取得大提琴所有权,并未因此负有义务,其负义务者,乃基于债权行为(互易),故乙之取得大提琴所有权,应属纯获法律上之利益,其物权行为有效。惟互易契约既不生效力,乙受有利益无法律上之原因,应依不当得利规定返还之。^①

(3) 限制行为能力人之单独行为。限制行为能力人未得法定代理人之允许,其所为之单独行为无效(第78条)。例如,18岁之甲抛弃其机车所有权时,其物权行为无效,甲之所有权并未消灭。

(4) 限制行为能力人之物权契约。限制行为能力人未得法定代理人之允许,其所订立之物权契约,须经法定代理人之承认,始生效力。例如,19岁之甲未经其父允许径提供其所有手表设定质权给乙,以担保乙对丙之债权,法定代理人拒不承认时,其质权之设定,确定不生效力,甲得向乙请求返还其物。又限制行为能力人得法定代理人之允许而订立物权契约,其后发现意思表示受詐欺或胁迫时,限制行为能力人有撤销权(第92条)。撤销权之行使,系单独行为,非经法定代理人之允许(明示或默示),其撤销无效。

(二) 标的之适法与妥当

1. 物权行为违反强行规定

第71条规定:“法律行为,违反强制或禁止之规定者无效。但其规定并不以之为无效者,不在此限。”此之所谓法律行为亦兼括物权行为。物权行为违反强行规定者,例如,创设“民法”或其他法律规定以外之物权

^① 参见拙著:《纯获法律上之利益》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社2009年版。

(参阅第 757 条)。其最值得注意者,系“土地法”第 30 条规定:“私有农地所有权之移转,其承受人以能自耕者为限,并不得移转为共有。但因继承而移转者,得为共有。违反前项规定者,其所有权之移转无效。”关于本条规定之适用,有两点疑问:其一,第 2 项所谓“所有权之移转无效”,其意义如何?其二,买卖契约之效力如何?

1976 年 12 月 7 日,1976 年度第九次民庭庭推总会决议:“‘土地法’第 30 条系就私有农地所有权移转之物权行为所作之强制规定,关于约定负担移转该项土地所有权之债权行为(如买卖、互易、赠与等契约),并不在限制之列,故约定出售私有农地于无自耕能力之人者,其所定之农地买卖契约(债权契约),尚不能认系违反强制规定,依第 71 条前段应属无效。惟此项买卖契约所约定之给付,既为移转私有农地之所有权于无自耕能力之人,属于违反强制规定之行为,即属法律上之给付不能,亦即客观的给付不能(自始不能),依第 246 条第 1 项规定以不能给付为契约标的者,其契约为无效。因之此项约定出售私有农地于无自耕能力之人之买卖契约,除有第 246 条第 1 项但书及第 2 项之情形外,其契约应属无效。”

关于第 246 条第 1 项但书及第 2 项规定于农地买卖之适用,系目前实务上最重要之问题之一,判决甚多,曾引起争议。1984 年 5 月 8 日,1984 年度第五次民事庭会议特再加检讨,作成如下之决定:“关于耕地之买卖,承买人虽无自耕能力,惟如约定由承买人指定登记与任何有自耕能力之第三人,或具体约定登记与有自耕能力之特定第三人,即非第 246 条第 1 项以不能之给付为契约之标的,难认其契约为无效。又在立约当时承买人虽无自耕能力,而约定待承买人自己有自耕能力方为移转登记,或约定该项耕地之所有权移转与无自耕能力之特定第三人,待该第三人有自耕能力时再为移转登记者,依同条项但书规定,其契约仍为有效。”可供参考。^①

2. 物权行为违反公序良俗

第 72 条规定:“法律行为,有悖于公共秩序或善良风俗者无效。”此之“法律行为”,自理论而言,应包括物权行为,固无疑义,但物权行为在

^① 关于“最高法院”见解之变更及发展,参见叶赛鹭:《给付不能之理论与实务》,1985 年初版,第 179 页以下。

何种情形下构成违反公序良俗,颇值得研究,特引用判例学说讨论之。

关于此一问题,有一则判例,即1929年上字第1745号判例谓:“以人身为抵押标的之契约根本不生效力,即不得据以责令相对人负交人之义务。”“最高法院”将此一判例列入第72条,似认为此项抵押所以不生效力,系因有悖于公序良俗。此项见解,自属无误。惟此项以人身为标的之抵押,亦可认为系违反第757条规定而无效(第71条)。

物权行为是否违反公序良俗而无效,其根本问题在于基础行为(原因行为)违反公序良俗时,其物权行为是否亦具有反社会性。梅仲协先生认为,要因行为(例如买卖契约之订立),虽因有悖于公序良俗而罹于无效,但处分行为(例如买卖物所有权之移转),并不因要因行为之无效而受影响。盖处分行为,乃发生直接的权利变动之效果,且系非要因行为,自不以所伴随之要因行为,违反公序良俗,亦当然罹于无效,如甲以开设妓馆为目的,而向乙购买房屋,而乙与甲订立买卖契约在于获得较高之价金,甲乙买卖房屋之契约,虽属无效,乙若已将房屋移转给甲而未收取价金,或甲虽已交付价金,而未受房屋之移转,则乙之移转或甲之交付行为,丝毫不受影响。盖此时甲之取得房屋所有权,或乙之收受价金,因买卖契约无效,固无法律上原因而受利益致他人受损害,但其给付,系基于不法之原因而为者,依第180条第4款规定,甲或乙均不能请求其给付之返还。^①

史尚宽先生认为,在不要因行为,例如权利移转之合意让与,债务约束,其目的非为法律行为内容之部分,故其原因行为虽有悖于公序良俗,通常仍为有效。因反社会性行为所交付之物,不得基于所有权依第767条请求返还。惟其物得因其原因行为无效,依第179条不当得利之规定,请求返还。然如物之权利移转之合意,亦为无效,则得依物上请求权,请求返还。物权的履行行为,原则上不因原因行为有悖于公序良俗而带有反社会性。^②

洪逊欣先生对此问题,基本上亦采相同见解,而作更进一步之说明,认为财产上之现实给付行为,尤其物权行为系无因行为,法律上得与其给付原因相分离,纵使欠缺其原因,或其原因行为(债权行为)纵使因违反强行法规或违背公序良俗而无效,亦不受其影响而得独立发生其效力。

^① 参见梅仲协:《民法要义》,第87页。

^② 参见史尚宽:《民法总论》,第307页。

不过,在此情形,仍须调节当事人间之利害关系,许财产之给付人于第180条第3款及第4款限制之下,请求不当得利之返还,盖民法系裁决法之一种,为完成其任务,具有高度之技术性,故有时虽尚可牺牲法律生活之实质的社会的正当性,但亦不应忽略法律生活之形式的安定。就物权行为言之,因物权系支配权,物权之种类及其内容如何,物权之存否等,皆与社会公益攸关,故法律重视物权关系之形式的安定。财产上现实给付(尤其物权行为)苟具备权利(尤其物权)变动本身之要件者,其给付原因,当事人已表示或虽未表示而已为相对人所明知之动机等,纵令违背公序良俗,仍为有效。在此情形,财产之给付人有时亦得请求不当得利之返还(第179条,第180条第3款、第4款)。物权行为既属有效,则于给付受领人未将给付标的物交还于给付人之前,第三人得由给付受领人有效取得其权利。至物权行为不具备法律行为之有效要件,尤其违反财产处分之禁止者,固为无效或不得发生完全之效力;惟单纯之财产上现实给付行为,由于私有财产处分自由原则之适用,并无违反公序良俗之可言。^①

就上开梅仲协、史尚宽及洪逊欣先生之见解分析之,通说之基本论点有三个:① 物权行为本身原则上不具反社会性,不因悖于公序良俗而无效;② 债权行为因违反公序良俗而无效时,基于物权行为无因性之理论,物权行为不因此而受影响;③ 其依物权行为而移转之权利,受领者系无法律上之原因受有利益,应成立不当得利。但为给付者具有不法原因时,则不得请求返还。

关于通说见解,所应强调者,系其认为物权行为本身原则上不违反公序良俗而无效,此项见解,可资赞同。物权行为之内容旨在移转物权,引起物权之变动,在伦理上系属中性(sittlich neutral),其本身尚不足作为论理上评价之对象,故原则上不发生物权行为因其内容违反公序良俗而无效之问题。^② 第180条第4款规定不法原因给付不得请求返还,基本上亦采此立场,盖倘物权行为亦因违反公序良俗而无效,则其救济方法非不当得利请求权,应为所有物返还请求权也。

3. 暴利之物权行为

第74条规定:“法律行为,系乘他人之急迫、轻率或无经验,使其为财

^① 参见洪逊欣:《民法总则》,第342页。

^② Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 410f.

产上之给付,或为给付之约定,依当时情形显失公平者,法院得因利害关系人之申请,撤销其法律行为或减轻其给付。前项申请应于法律行为后1年内为之。”其所称“为财产上之给付”,即包括物权行为在内。“为给付约定”则为债权行为。例如,某甲贫病,有古瓶待售,乙乘其急迫,使以半价出卖,并让与其所有权(第761条)。于此情形,甲于1年中得申请法院撤销买卖合同及物权行为,并依第767条规定向乙请求返还其瓶。

(三) 意思表示

1. 虚伪之物权的意思表示

虚伪意思表示有单独虚伪意思表示(第86条)及通谋虚伪意思表示,在实务上以后者较为重要,仅就此论述之。第87条第1项规定:“表意人与相对人通谋而为虚伪意思表示者,其意思表示无效。但不得以其无效对抗善意第三人。”所谓虚伪意思表示多用于诈害债权,避免债权人对其财产强制执行,故表意人与相对人通谋而为虚伪意思表示,除债权行为外,多涉及物权行为。兹举实务上常见之两种案例类型如下:

(1) 甲对乙有某不动产所有权移转登记请求权,乙意图避免强制执行,与丙通谋为不动产买卖(或赠与),并办理所有权移转登记给丙。于此情形,乙与丙间之债权行为及物权行为均属无效。甲得基于代位权(第242条)代位行使乙对丙之所有物返还请求权,请求丙涂销所有权移转登记。如丙已将该不动产售与善意之丁,并办理所有权移转登记者,其买卖合同有效(出卖他人之物),物权行为则为无权处分,但因丁系信赖登记之善意第三人,仍能取得其所有权(“土地法”第43条)。甲仅得依第226条第1项关于可归责于债务人(乙)之事由致给付不能之规定,向乙请求损害赔偿。

(2) 债务人欲避免其财产被强制执行,与第三人通谋为虚伪意思表示,将其所有不动产为第三人设定抵押权,此项物权行为应属无效,债权人欲保全其债权,可依第242条之规定,行使代位权,代位请求第三人涂销该项抵押权之设定登记。^①

^① 参见1978年度第五次民事庭推总会会议决议(二)。须注意的是,“最高法院”认为于此情形,第三人为侵害债权之侵权行为人,债权人自得请求涂销是项抵押权设定登记,使其回复至行为发生前之状态(1942年上字第891号判例)。

2. 物权意思表示之错误

依第 88 条及第 89 条之规定,意思表示之错误有三种不同之情形:

① 意思表示内容之错误;② 表示行为之错误(不知);③ 传达错误。物权的意思表示之错误,以表示行为之错误最为常见,例如,甲欲抛弃 A 笔误取 B 笔抛弃之(单独行为);甲卖 A 书给乙,误取 B 书依让与合意交付之(物权契约);又甲出售某地给乙,办理土地分割,移转所有权(物权契约),超过约定之坪数,亦属物权行为错误。于诸此情形,甲得撤销其物权行为,但应依第 91 条规定负信赖利益之赔偿责任。^①

须特别提出说明者,系债权行为意思表示之错误是否使物权行为亦具有同一之瑕疵?例如,甲非因过失误某画为贗品而赠与乙,并依让与合意交付之。于此情形,关于其物交易上认为重要之性质认识错误,视为意思表示内容之错误,甲得撤销其赠与之意思表示(债权的意思表示),自不待言。有疑问者,系甲得否以其物权的意思表示,亦有错误,而撤销之,并依第 767 条之规定,请求返还其画?对此问题,“最高法院”未著判例。史尚宽先生认为:“然债务行为之撤销,不必常使物权行为为无效,盖此为无因主义所否定也。物权行为如有特别的撤销原因,始得撤销,然此原因亦得与债权行为同一。例如,债权行为与物权行为同时订立,如有第 88 条第 2 项之错误,通常此两种行为俱受其影响,然如前后订立,则应审查债权行为所生之错误,是否影响物权行为之订立,或另有其他意思表示之错误视为表示内容之错误,按其情形,在物权行为,亦得有因果关系。”^②德国通说基本上亦同此见解。^③

3. 物权的意思表示受诈欺或胁迫

第 92 条规定:“因被诈欺或被胁迫,而为之意思表示者,表意人得撤销其意思表示。但诈欺系由第三人所为者,以相对人明知其事实或可得而知者为限,始得撤销之。被诈欺而为之意思表示,其撤销不得以之对抗善意第三人。”就物权行为而言,应说明者有二:

(1) 债权行为及物权行为得因受诈欺或胁迫而具有同一之瑕疵。例如,甲受乙欺罔使其陷于错误,误认某真画为贗品而为赠与,并依让与合

① 参见拙著:《民法总则》,载《民法实例研习丛书》(二),第 318 页。

② 史尚宽:《民法总论》,第 371 页。

③ RGZ 66, 385(389); BGHZ 31, 321f. MünchKomm/Mayer-Maly, 1978 § 142 RdNr. 1. 关于学说及判例之争论,参见 Grundmann, Zur Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts, JA 1985, 80.

意交付之。于此情形,甲与乙间之债权意思表示及物权意思表示均在乙之诈欺下作成,具有因果关系,俱得撤销之。又乙威胁杀害甲,使陷于恐怖而贱售某屋,并订立物权契约,办理登记以移转其所有权。于此情形,甲之债权的意思表示及物权的意思表示均系在乙之胁迫下所作成,并得撤销之。

(2) 在上开之例,甲究竟撤销何种意思表示,有疑义时,应解释为包括债权行为及物权行为,故甲得依第 767 条规定请求返还其画或涂销房屋移转所有权之登记。设乙将该画之所有权让与第三人或将房屋所有权移转登记于第三人时,其物权行为系属无权处分,第三人为善意时,应受法律之保护而取得其所有权(第 801 条、第 948 条;“土地法”第 43 条)。此为特别规定,应优先于第 92 条第 2 项适用之。^①

(四) 物权行为之要式性

1. 不动产物权契约

第 73 条规定:“法律行为,不依法定方式者,无效,但法律另有规定者,不在此限。”依第 760 条规定:“不动产物权之移转或设定应以书面为之。”本条系规定不动产物权契约之要式性,惟此项要式性仅限于不动产物权之移转或设定。至于不动产物权之抛弃(单独行为),以意思表示即为已足,不以订立书面为必要,但非办理登记,不生效力。动产物权行为,则为不要式行为,惟依“动产担保交易法”第 5 条规定,动产抵押非经订立书面,不得对抗善意第三人,应予注意。

2. 不动产买卖合同(债权契约)是否为要式行为?

第 760 条系关于不动产物权契约之要式规定,已如上述。有疑问者,系关于不动产之买卖合同(债权契约)是否应适用第 760 条规定,亦须以书面为之。

史尚宽先生从比较法之观点,强调第 760 条规定应解释为指不动产所有权及其他物权移转之债权契约与物权契约及不动产物权设定之物权行为而言,故不独不动产物权之移转契约,即其债权契约,亦须以书面为之。^② 对此,有不同之见解。1931 年上字第 2202 号判例谓:“买卖契约为

^① 参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版。

^② 参见史尚宽:《物权法论》,第 18 页。

诺成契约,一经当事人就标的物以及价金互相同意,买卖契约即为成立。”(并参阅 1929 年上字第 2956 号判例、1930 年上字第 335 号判例、1931 年上字第 1207 号判例)。1968 年台上字第 1436 号判例更进一步强调:“不动产物权之移转,应以书面为之,其移转不动产物权书面未合法成立,固不能生移转之效力。惟关于买卖不动产之债权契约,乃非要式行为,若双方就其移转之不动产及价金业已互相同意,则其买卖契约即为成立,出卖不动产之一方,自应负交付该不动产并使他方取得该不动产所有权之义务,买受人若取得出卖人协同登记之确定判决,则得单独申请登记取得所有权,移转不动产物权书面之欠缺,即因之而补正。”

关于此项争论,吾人基本上赞同“最高法院”之见解,认为第 760 条规定,就其文义及体系而言,既仅明定不动产物权移转及设定,须践行书面方式,对不动产买卖契约应不适用之。不动产买卖契约在解释上应属非要式行为,惟就立法论而言,是否妥当,颇值研究。

按法律之规定法律行为应以书面(或公开仪式)为之,其主要理由乃以该法律行为关系重大,或使当事人郑重其事,或图举证之便利。买卖不动产之债权契约既然不以订立书面为必要,而物权行为之书面契约又可依确定判决补正之,则第 760 条规定究竟具有何种功能,不无疑问。不动产买卖,关系当事人至巨,有人一生只买一次房屋,为期慎重,就立法论而言,明定不动产买卖须以书面为之,或有必要。^①

3. 第 760 条之“书面”与“土地登记规则”第 32 条之登记原因证明文件

“土地登记规则”第 32 条第 1 项第 2 款规定,申请登记应提出登记原因证明文件。所谓“登记原因证明文件”,系指登记原因发生之文件,就不动产(土地及建筑改良物)买卖及所有权移转登记而言,其登记原因为买卖。在地政实务上办理登记时,应附缴所谓之“公定买卖契约书”——“土地建筑改良物买卖所有权移转契约”——表明土地建筑物经买受人、出卖人双方同意买卖所有权移转特订立本契约。上开“土地登记规则”之规定及地政实务,在理论上涉及三个问题:① 不动产买卖是否因此规定而成为要式契约;② 不动产物权契约是否尚有存在余地;③ 第 760 条

^① 《德国民法》第 313 条明定不动产买卖契约为要式行为,可供参考。

书面与登记原因证明文件具有何种关系。^①

关于上开问题,在方法论上,首须强调者,系应从民法之立场加以处理,而不能从“土地登记规则”来解释民法。准此以言:

首先,申请不动产所有权移转登记,虽应附缴公定买卖契约书,但此仅为登记之证明文件,不动产买卖契约之不要式性并不因此而改变。抑有进者,当事人就不动产买卖另订有契约者,其内容与此公定契约书相同者,固无问题。其不同时,究以何为准,应依当事人意思决定之。在公定买卖契约书上所记载之价金,低于售价者,颇为常见,多出于税捐目的,并非意在改变契约之内容。

其次,学者有认为办理不动产所有权移转登记时,仅须附缴公定买卖契约书,不必附缴不动产物权契约之书面,从而认为民法并不承认有物权契约(物权行为)之存在。此项论点系以“土地登记规则”解释民法,应难赞同。

再次,在解释上得认为此项公定买卖契约书兼具不动产物权契约书之性质,以调和民法之基本原则与“土地登记规则”之特别规定。

五、物权行为之附条件及期限

(一) 附条件之物权行为

附条件之法律行为,以债权行为最为常见,例如“考上大学,赠此百科全书”。物权行为亦得附条件,实务上以所谓之“附条件买卖”最称重要。“动产担保交易法”第26条规定:“称附条件买卖者,谓买受人先占有动产之标的物,约定至支付一部或全部价金或完成特定条件时,始取得标的物所有权之交易。”此一条文,仿自美国之《附条件买卖法》(Conditional Sale of Goods),而英美法上并无所谓之物权行为,故就民法法律行为之理论而言,所谓“附条件买卖”,此一概念,易启误会。实则,买卖契约并未附条件,其附条件者,乃物权行为(第761条),史尚宽先生称之为所有权保留契约。^②其所附之条件,系停止条件,即物权行为效果之发生,系于

^① 有关争议,参见姚瑞光:《民法物权论》,第24页。

^② 参见史尚宽:《物权法论》,第47页。

不确定事实(支付一部或全部价金或其他特定事实)之成否。条件成就时,物权行为发生效力,买受人取得该动产标的物之所有权;条件若不成就,物权行为不生效力。条件成就前买受人虽占有标的物,仍不能取得其所有权,仅享有期待权而已。^①由是观之,此种所谓附条件买卖,可就两个方面观之:就出卖人而言,乃借着对物权行为附以停止条件而保留买卖标的物之所有权,以“担保”价金债权之实现;就买受人而言,则在于付清价金前得享有动产之用益。保留所有权制度,与分期付款相结合,对于促进交易便捷,贡献至巨。

(二) 附期限之物权行为

物权行为亦得附期限,使其效力于期限届至时发生效力(附始期之物权行为),或于期限届满时,失其效力(附终期之物权行为)。在不动产,物权行为附期限必须登记,始生物权效力,自不待言。实务上,物权行为附以期限,甚属少见,拟不详论。

六、物权行为之代理

(一) 直接代理

1. 物权意思表示之代理

第103条规定:“代理人于代理权限内,以本人名义所为之意思表示,直接对本人发生效力。前项规定,于应向本人为意思表示,而向其代理人为之者,准用之。”此项意思表示之代理,亦适用于物权行为。1934年上字第1910号判例谓:“共同共有物之处分,固应得共同共有人全体之同意,而共同共有人中之一人,已经其他共同共有人授与处分共同共有物之代理权者,则由其人以共同共有人全体之名义所为之处分行为,仍不能谓为无效。”可资参证。又1943年上字第418号判例谓:“子于父之财产,除别有授权行为外,并无代为处分之权。”反面推论之,子于父之财产,有授权行为时,自有代为处分之权。处分者,主要指物权行为而言。

^① 参见拙著:《附条件买卖中买受人之期待权》,载《民法学说与判例研究》(第七册),北京大学出版社2009年版。

2. 交付

依第 761 条第 1 项规定,动产物权之移转,除让与合意外,尚须交付,始生效力。让与合意,系物权的意思表示(物权行为),得代理为之,自不待言。交付乃事实行为,不得代理。“民法”不承认所谓之占有代理。^①故代理人只能以占有辅助人(第 942 条)或间接占有人(第 941 条)之地位,完成动产之交付。例如,A 遣其职员 B 赴 C 经营之书店以其名义购买某最新六法全书,而 C 之店员 D 将某六法全书交付给 B。于此情形,D 系居于 C 之占有辅助人之地位,将该六法全书之占有移转给 B,而 B 系以 A 之占有辅助人之地位受领其占有,而发生动产物权之移转。在上举之例,如果 B 系 A 之友人,而 A 委托 B 购书,并允许 B 使用 2 周,则于店员 D 将该书交付给 B 时,在 B 与 A 间成立使用借贷,B 为直接占有人,A 为间接占有人,成立占有媒介关系,C 对 A 之“交付”,因而完成。^②

(二) 间接代理

间接代理,系以自己名义,为本人之计算,而为法律行为。间接代理虽非“民法”所称之代理,但交易上使用甚广,其涉及物权行为者,亦有略加说明之必要。例如,A 委托其友人 B 向画廊经营者 D 购某画,而该画系 C 委 D 出售。B 与 D 订立买卖合同,并依让与合意移转该画之所有权时,若 B 与 D 不分别表明其系为 A 购画,及为 C 售画者,则属间接代理,债权契约及物权契约,均不直接对 A 及 C 发生效力。关于该画之物权变动,D 系经 C 之允许(授权)处分其画,故非属无权处分,并基于直接占有人之地位(C 为间接占有人),交付该画给 B,B 因而取得该画之所有权,惟 B 基于委任关系,有交付该画给 A,并移转其所有权之义务(参阅第 541 条)。倘 A 为维护其利益,得与 B 先为移转该画所有权之让与合意及占有改定(antizipierte Einigung und antizipiertes Besitzkonstitut)(参阅第 761 条第 2 项),而取得其所有权,并与 B 成立占有媒介关系(第 941 条)。^③

^① 参见李宜琛:《民法总则》,第 302 页;洪逊欣:《民法总则》,第 438 页;史尚宽:《物权法论》,第 494 页。

^② Baur, Sachenrecht, S. 456f.

^③ Baur, Sachenrecht, S. 456f.

七、物权行为与无权处分

(一) 物权行为与无权处分

第 118 条第 1 项规定：“无权利人就权利标的物所为之处分，经有权利人之承认，始生效力。”此之所谓“处分”，系指处分行为而言，包括物权行为及准物权行为（如债权让与），但不包括负担行为（债权行为）在内。例如，甲擅自出售乙寄托之某古董给丙，并依让与合意交付之，该“出卖他人之物”之买卖契约有效，物权行为系无权处分，效力未定，惟丙系不知情者，得依关于善意保护之规定，取得其所有权（第 801 条、第 948 条）。又例如，A 有某地，误登记为 B 之名义，B 设定抵押权于不知情之 C，其物权行为系属无权处分，C 因信赖土地登记，而善意取得抵押权（“土地法”第 43 条）。

(二) 无权处分与无权代理

与无权处分应严予区别者，系为无权代理。无权代理者，系无代理权而以本人名义为行为（债权行为或物权行为），例如，乙有某珍贵稀有之邮票寄存甲处，甲以乙之名义出卖给丙，并依让与合意交付之。此种无权代理与出卖他人之物及无权处分，在法律效果上有点不同，应予注意：

(1) 就债权行为而言，出卖他人之物者，其买卖契约之效力不因出卖人无处分权而受影响。于无权代理之情形，其买卖契约效力未定，须经本人承认始生效力（第 170 条以下）。

(2) 就物权行为而言，无权处分他人之物者，其物权行为效力未定，须经有权利人之承认，始生效力（第 118 条第 1 项），无权利人就权利标的物为处分后，取得其权利者，其处分自始有效，但数处分相抵触时，以其最初之处分为有效（第 118 条第 2 项、第 3 项）。惟受让人善意信赖“处分权”者，其善意应受保护，无权处分虽未经有权利人之承认，仍能取得其权利。于无权代理之情形，其物权行为，亦属效力未定，非经本人承认，对于本人不生效力（第 170 条第 1 项）。须特别强调者，相对人对“代理权”之信赖，并不受保护（关于表见代理，参阅第 169 条），故在上举之例，丙纵使不知甲无代理权，亦不能主张善意取得该画所有权，仅能依第 110 条之规

定向甲请求损害赔偿。

八、物权行为之解释

任何意思表示,任何法律行为,为探求其真意及内容,均须解释,债权行为如此,遗嘱如此,物权行为亦不例外。惟实务上以债权行为(尤其是契约)之解释,最为重要,其主要理由系基于契约自由原则,当事人得自定条款,其内容如何,有待确定,而契约之漏洞(Vertragslücke),于无任意法规可资适用时,则更须填补之(所谓之“契约的补充解释”,ergänzende Vertragsauslegung)。关于物权行为,因采物权法定主义,除民法或其他法律有规定外,不得创设(第757条),当事人意思活动余地较狭,解释必要性相对减少。

关于物权行为之解释,应适用法律行为解释之一般原则,即应探求当事人之真意,不得拘泥于所用之辞句(第98条),并应依诚实信用原则,参酌交易习惯,以决定物权行为之内容。在实务上,关于物权行为解释之判例较少。1939年上字第598号判例谓:“抵押权为对于债务人或第三人不移转占有而供担保之不动产,得就其卖得价金受清偿之权利,第860条规定甚明,债务人就其所有之不动产向债权人设定如斯内容之权利时,虽其设定之书面称为质权而不称为抵押权,亦不得拘泥于所用之辞句,即谓非属抵押权之设定。”在台湾地区,不动产抵押权之设定,必须登记,而且采用所谓之公定契约书,此类疑义,当不复存在。

值得注意的是,关于典权之设定,因系属固有法制,究为担保物权抑或为用益物权,颇有疑问^①,当事人对回赎条件常有不同之约定,易滋疑义,“最高法院”判例多达十余则,殊值重视。1939年上字第996号判例谓:“永佃权在民法上有得为抵押权标的物之明文,而无得为典权标的物之规定,永佃权人就其永佃权设定典权,自属无效。惟当事人之真意,系在基于买卖契约让与永佃权,而其买卖契约订明出卖人得返还其所受领之价金买回其永佃权者,虽误用出典之名称,亦应认为出卖人于买卖契约保留买回之权利。”又1944年上字第206号判例谓:“某甲将承典上诉人之田地典与被上诉人,其所立之典契内既载有‘自典之后,或卖或赎,听凭

^① 参见郑玉波:《民法物权》,第137页。

原主之事,与甲无干’字样,则探求当事人缔约之真意,显系为第 917 条第 1 项所谓典权之让与。”其他判例,请参阅,兹不赘。

九、物权行为与债权行为之关系

(一) 概说

总则编关于法律行为之规定对于物权行为适用之基本问题,已如上述。须注意的是,当事人之作成物权行为,多在于履行基于债权行为所生之给付义务。例如,甲出卖某屋及所有家具给乙(买卖契约),甲为履行其交付其物,及移转其所有权之义务(第 348 条),应依标的物为动产或不动产,分别作成物权行为以移转其所有权于乙。债权行为乃成为物权行为之原因行为(或基础行为)。债权行为与物权行为因此具有特殊之关系,在法律实务上及理论上极具重要性,特分四种情形说明之:① 债权行为及物权行为均有效成立;② 债权行为及物权行为均不成立、不生效力、被撤销或无效;③ 债权行为有效成立,而物权行为不成立、不生效力、被撤销或无效;④ 债权行为不成立、不生效力、被撤销或无效,但物权行为本身有效成立。

(二) 债权行为及物权行为均有效成立

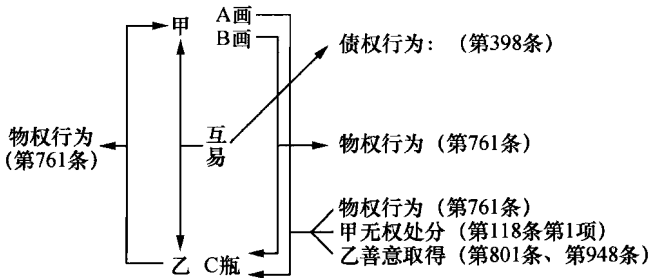
债权行为及物权行为均有效成立者,例如,甲以 A、B 二画与乙之 C 瓶互易(债权行为),并移转其所有权(物权行为),均无影响其效力之事由存在。于此案例,应说明者有三:

(1) 在当事人间共作成四个法律行为:除一个债权行为(互易契约),尚有三个物权行为,即就 A 画、B 画及 C 瓶均各作成一个移转其所有权之物权行为,盖依民法之基本原则,债权行为得以多数之物为其标的,但物权变动应就个别之物为之也(物权特定原则,一物一权主义)。①

(2) 甲及乙各依其物权行为分别取得 C 瓶及 A、B 二画之所有权。互易契约(债权行为)为甲及乙取得及保有 C 瓶及 A、B 二画所有权之法律上原因。

① 关于物权特定主义,参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版。

(3) 设 A 画系丙所有,借甲观赏,甲擅以自己名义与乙之 C 瓶互易,其互易契约仍为有效,但关于 A 画所有权之移转,则属无权处分,乙因善意受让而取得其所有权,并以法律上规定(第 801 条、第 948 条)为其法律上之原因。为便于观察,图示如下:



(三) 债权行为及物权行为均不成立、被撤销或无效

此种类型,以当事人欠缺行为能力、通谋虚伪意思表示,及意思表示因受诈欺或被胁迫而被撤销,最为常见,前已论及,为便于讨论,兹再综合说明之:

(1) 禁治产人甲出卖某屋给乙,并作成物权契约办理所有权登记。于此情形,因甲系无行为能力人,其所为之债权行为(买卖合同),及物权行为均属无效(第 15 条、第 75 条)。

(2) 设甲系未成年人,出售打字机给乙,并依让与合意交付之,法定代理人不承认时,其债权行为及物权行为均确定不生效力(第 79 条)。

(3) 甲为避免其债权人丙之强制执行与乙通谋虚伪买卖某屋,并作成物权契约,办理所有权登记,其债权行为及物权行为均因通谋虚伪表示而无效(第 87 条第 1 项)。

(4) 甲受乙胁迫(或诈欺)赠与电唱机,并依让与合意交付之,设甲依法撤销时(第 92 条),其债权行为及物权行为均视为自始无效(第 114 条)。

须说明者,系其法律效果,分三点言之:

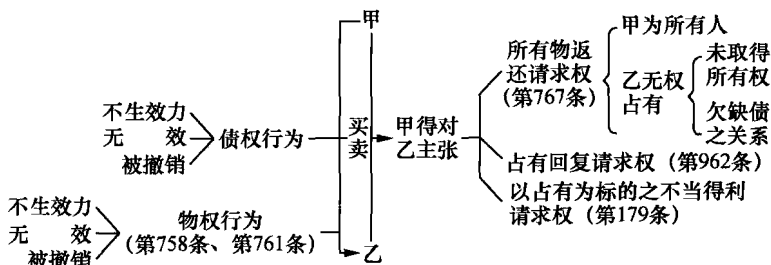
第一,在上举四例,债权行为及物权行为既均确定不生效力、无效或视为无效,乙不能依物权行为取得其物之所有权,又不能以债权行为作为占有其物之依据,因此,甲得向乙主张所有物返还请求权(物权的请求

权)及占有回复请求权(第 962 条)。此外,在理论上亦可成立以占有为标的之不当得利返还请求权(第 179 条),而成立请求权竞合。

第二,在通谋虚伪表示,甲(出卖人)通常不会主动提起所有物返还请求权(或涂销登记)之诉,债权人为保全债权,得行使代位权(参阅第 242 条),自不待言。

第三,在上举四例,设乙将其占有之动产或以其名义登记之不动产出卖给第三人时,系出卖他人之物,其买卖契约有效。设乙更进一步依物权行为移转其所有权,而为交付或登记时,系属无权处分(参阅第 118 条),第三人系善意受让其所有权者,则应受保护(第 801 条、第 948 条,“土地法”第 43 条)。第三人是否善意,视其是否知悉甲与乙间之物权行为确定不生效力、无效或得撤销事由而定。

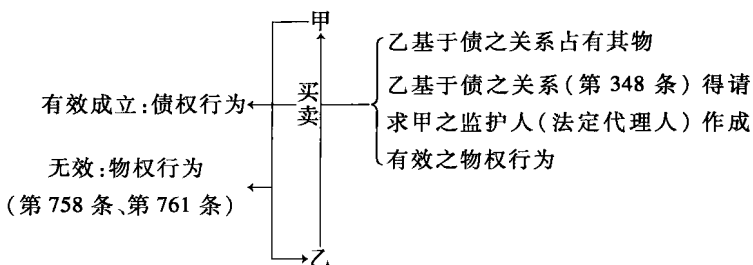
为便于观察,兹将上述之基本原则,简单图示如下:



(四) 债权行为有效成立,但物权行为不成立、被撤销或无效

债权行为有效成立,但物权行为不成立、不生效力、被撤销或无效,实务上较为少见。兹举一例说明之:甲于 3 月 1 日出卖某屋给乙,于 4 月 1 日作成物权行为办理所有权移转登记时,甲已受禁治产宣告,其物权行为无效。于此情形,乙因物权行为无效,不能取得该屋之所有权,但因买卖契约有效,其占有甲所交付之房屋,系属有权占有。^①又基于有效之买卖契约,乙得请求甲之监护人(法定代理人)为让与该屋所有权之意思表示,而于当事人意思合致时,其所有权即行移转(参阅下页图示):

^① 关于基于债之关系之占有,详见 Diederischen, Der Besitz aus dem Schuldverhältnis, 1967.



(五) 债权行为不成立、不生效力、被撤销或无效,但物权行为有效成立

1. 问题之说明

此一类型在实务及理论上最为重要,兹举三例如下:

(1) 甲出卖某套高级音响给乙,并依让与合意交付后,始发现买卖契约实际上并未成立。

(2) 甲误张三为救命恩人而赠与某屋,于依物权行为办理登记后,发现当事人错误而撤销其赠与契约。

(3) 甲与乙赌博,甲输百万元,以现金支付之,赌博(债权行为)因违反公序良俗无效,但“清偿赌债”系属物权行为,伦理上为中性,原则上不因违反公序良俗而无效。于诸此案例,发生一项基本问题:物权行为本身虽属有效成立,但其效力是否为其原因行为(债权行为)所左右?

此项问题,众所周知,涉及物权行为有因、无因之理论。有因主义者,谓物权行为之效力,为其原因行为(债权行为)所左右,即债权行为不成立、不生效力、被撤销或无效者,其物权行为亦同其命运;无因主义者,谓物权行为之效力,不受其原因行为(债权行为)所左右,债权行为虽不成立、不生效力、被撤销或无效,基于债权行为而作成之物权行为,并不受影响,仍然产生物权变动之法律效果。于此须特别提请注意的是,物权行为无因性理论之适用,以物权行为本身有效成立为前提。如果物权行为本身不成立、不生效力、被撤销或无效,则根本不发生有因、无因之问题。

2. 无因性理论下之当事人权利义务关系

台湾地区现行“民法”于债权行为外,尚承认物权行为之存在。物权行为与债权行为系各自独立,自应承认物权行为之无因性,此为继受德国

民法之基本理论^①,为学者之通说^②,判例虽未明白提出无因性理论,但亦肯定之。^③

兹须说明者,乃物权行为无因性理论下当事人间之权利义务关系,此在实务上颇为重要,分两点言之^④:

(1) 就当事人而言:设甲出卖某车给乙,依让与合意交付后,始发现买卖契约不成立、因意思表示错误被撤销或违反公序良俗无效时,若采物权行为有因性,其物权行为亦与买卖契约(债权行为)同其命运,不成立、被撤销或无效,则乙不能取得该车之所有权,应成立无权占有,甲得依第767条规定,请求返还其物。反之,依物权行为无因性之理论,乙因物权行为取得该车之所有权,因债权行为不成立、被撤销或无效,欠缺法律上之原因,甲仅得依不当得利之规定请求返还之。由是可知,物权行为有因或无因,关系当事人利益甚巨:首先,物权行为有因时,甲得主张所有“物”返还请求权(物权请求权),于乙破产时,有取回权,于第三人为强制执行时,得提起异议之诉;其次,物权行为无因时,甲得主张所有“权”之不当得利返还请求权(债权请求权),于乙破产时,只能参加分配,于第三人为强制执行时,不得提起异议之诉。

(2) 对第三人而言:于上开卖车之例,设乙将该车让售于第三人时,在物权行为无因性理论下,乙既已取得该车所有权,系属有权处分,丙当然取得该车之所有权,不因其是否明知买卖契约之有效与否而受影响。反之,倘采有因说,则乙未取得该车之所有权,其移转该车所有权之物权行为,系属无权处分,应依“民法”关于无权处分及善意取得之规定处理之。

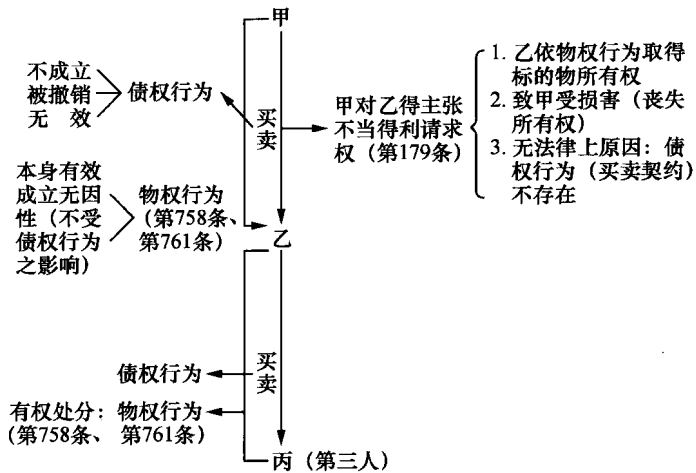
为便于观察,谨将上述物权行为无因性理论下之法律关系,简单图示如下页:

① 关于德国法上物权行为无因性(*Abstraktheit der dinglichen Rechtsgeschäfte*)之基本问题,参见 Baur, *Sachenrecht*, S. 32f.

② 参见史尚宽:《物权法论》,第19页;郑玉波:《民法物权》,第36页。

③ 据笔者所知,“最高法院”在其判例、判决及决议中似尚未使用“物权行为无因性”此一概念,但其于债权行为不成立、被撤销或无效时,认为为给付者,仅能依不当得利规定请求返还其所为之给付,自系以物权行为无因性理论为其前提。关于1985年台上字第1378号判决,参见拙著:《物权行为错误及不当得利》,载《法令月刊》第37卷,第7期,第11页。

④ 参见拙著:《物权行为无因性理论之检讨》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版。



(六) 物权行为无因性之相对比^①

物权行为之独立性及无因性,使法律关系明确,易于判断,有助于保障交易安全,为其优点,但由于过分技术性,一般人难以了解,尤其是将当事人之地位由物权请求权人(所有物返还请求权)贬为债权请求权人(不当得利请求权),殊为不利,加以善意取得制度已足以保护交易安全,故学者乃主张在若干情形下,应突破物权行为无因性,使之与债权行为同其命运,而其方法则为适用总则关于法律行为之若干规定,即:① 共同瑕疵;② 条件关联;③ 法律行为一体性。简述如下:

1. 共同瑕疵

即债权行为及物权行为具有共同之瑕疵,例如,因行为能力欠缺,通谋虚伪意思表示或意思表示被诈欺或胁迫时,债权行为及物权行为同为无效或并得撤销之,前已论及,兹不赘。

2. 条件关联

即将物权行为效力之发生系属于债权行为(原因行为)之有效成立(停止条件)。此项条件,亦得以默示为之。债权行为与物权行为同时作成时,是否具有条件关联,应解释当事人意思表示认定之。

^① 参见史尚宽:《物权法论》,第26页;郑玉波:《民法物权》,第35页;拙著:《物权行为无因性理论之检讨》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版。

3. 法律行为一体性

第 111 条规定：“法律行为之一部分无效者，全部皆为无效，但除去该部分亦可成立者，则其他部分仍为有效。”有争论者，系物权行为及债权行为是否得依当事人意思互相结为一体，而于债权行为无效时，亦使物权行为归于无效。台湾学者采肯定见解者，颇有其人。^①“最高法院”迄未著判例。反对者认为，此项见解破坏物权行为独立性及无因性之制度，殊难赞同。^②实则，此项争论实益不大，盖依共同瑕疵及条件关联之理论，通常亦可导致同一结果也。

十、结 论

法律行为系民法之核心，于总则编设其一般规定，贯穿其他各编，而以负担行为（债权行为）与处分行为（物权行为及准物权行为）为其结构基础。负担行为与处分行为之概念极为抽象，并涉及物权行为之无因性^③，了解不易，但若不能确实掌握二者之意义、区别及相互关系，实难明了民法之基本原理而作妥适之解释适用，“最高法院”30 年来一直误认出卖他人之物系第 118 条所称“处分”，即其著例。为此，特参酌判例学说，就总则编关于法律行为规定对物权行为适用之基本问题，试加整理、分析及检讨，希望能有助于建立法律行为之理论体系，并合理地处理实务上之疑难问题。

① 参见史尚宽：《物权法论》，第 26 页。

② 关于德国最新资料，参见 Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1985, RdNr. 358f.

③ 关于负担行为及处分行为，参见拙著：《民法总则》，北京大学出版社 2009 年版。

三论“出卖他人之物与无权处分”*

一、概 说

“出卖他人之物”之买卖合同是否有效,是实务上长期争议之问题,“最高法院”曾受困于此,特考司法官考试试题因受其影响而发生疑义。^①法律学系毕业生参加特考司法官考试约有 2/5 解答错误。最近阅读若干判决,尤其是 1983 年度台上字第 679 号判决,感到尚有分析检讨之必要。前曾撰写二文检讨出卖他人之物是否为无权处分^②,兹再撰本稿,分五点说明之:

- (1) “出卖他人之物”是否为第 118 条所称之无权处分?
- (2) 共有人中之一人或数人私卖共有物,其买卖合同是否有效?
- (3) “出卖他人之物”是否为第 246 条第 1 项所称“以不能之给付为契约标的”,其买卖合同无效?
- (4) “出卖他人之物”,其买卖合同之效力是否因买受人善意或恶意而受影响?
- (5) 善意取得与不当得利之特殊问题。

* 本文原载《法学丛刊》第 121 期(1986 年 1 月)。

① 1973 年司法官考试有一则试题谓:“甲、乙为兄弟关系,父母早亡,另无兄弟姐妹,均未结婚,甲外出经营商业,将其所有房屋一所托乙管理,詎乙竟以自己名义将该屋出卖给丙。嗣乙因病死亡,该项买卖合同之效力如何? 设如死亡者为甲,其法律上之效果有何不同?”又 1980 年律师考试亦有类似题目。此类题目均以 1950 年台上字第 105 号判例及 1950 年上字第 1405 号判例为依据。而如本文所述,1950 年台上字第 105 号判例误认第 118 条规定所称之“处分”包括负担行为(买卖合同)在内,因此上开两则试题究应如何解答,不无疑问。

② 参见拙著:《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社 2009 年版。

二、负担行为与处分行为

(一) 问题

在讨论“出卖他人之物与无权处分”之前,拟先再说明何谓“负担行为与处分行为”。此二者为最基本的概念,在某种程度上,我们可以说,不明了何谓负担行为,何谓处分行为者,即不能了解而为适当之解释适用。为此特设一例论述之:甲以其所有之A书与乙之B书互易。甲将其对乙之债权赠送给丙,并即让与之。乙获甲之通知后,即将B书依让与合意交付给丙,甲并即交付A书给乙。问甲、乙、丙间共有多少法律行为?负担行为?处分行为?

(二) 说明

1. 基本概念

1970年台上字第1590号及1971年台上字第1317号判例之检讨。

负担行为乃德文 *Verpflichtungsgeschäft* 一词之译,系指发生债法上给付义务效果之法律行为,亦称债权行为或债务行为。负担行为有为契约,例如买卖,出卖人负交付其物并移转其所有权之义务(第348条第1项),买受人负支付价金之义务(第367条);负担行为亦有为单独行为,如捐助财产设立财团之行为(捐助行为)。

处分行为乃德文 *Verfügungsgeschäft* 一词之译,系指直接使权利发生得丧变更之法律行为。处分行为可再分为:① 物权行为,如物之所有权之移转,抵押权之设定(物权契约),或所有权之抛弃(单独行为);② 准物权行为,如债权让与及债务免除,此等行为虽不以发生物权变动为效果,但亦直接发生权利之变动,颇与物权行为相似,故台湾学者以准物权行为称之,德国学者有称之为债权法上之处分行为(*Schuldrechtliche Verfügung*),可供参考。^①

法律行为,系民法使用之概念,负担行为(债权行为,债务行为)及处分行为(物权行为及准物权行为)则为学说之用语,“最高法院”判例亦使

^① Brox, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 4. Aufl. 1979, S. 54f.

用之。初学者对债权行为(买卖或租赁等),较有认识,对于物权行为,则多不知究在何处设其规定,“最高法院”对此亦难免发生误会,兹分述之:

(1) 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。”其所称“法律行为”,即系指物权行为而言。^①须注意的是,1970 年台上字第 1590 号判例谓:“买卖乃法律行为,基于买卖取得不动产之所有权,非经登记,不生效力,与承揽之定作人原始取得工作物所有权之情形不同。至所谓工作物供给契约,即工作物全部材料由承揽人供给者,如当事人之意思重在工作物财产权之移转时,仍不失为买卖之一种。”又 1971 年台上字第 1317 号判例谓:“讼争房屋,被上诉人既系购自日产清理处,自属依法律行为而取得,倘未办理所有权移转登记,不能徒凭日产产权移转临时证明书,即认其业已取得讼争房屋所有权。”在此两则判例,“最高法院”似认为“买卖”(债权行为)系第 758 条所称之“法律行为”,若属如此,则此项见解显然混淆债权行为及物权行为,根本否认物权行为之存在,误解第 758 条所称“法律行为”之意义,自难赞同。所幸在其他判例尚能明白区别“买卖契约”(债权行为)及物权行为。1941 年上字第 441 号判例谓:“不动产之出卖人于买卖契约成立后,本有使物权契约合法成立之义务,系争之买卖契约倘已合法成立,纵令移转物权契约未经某甲签名,欠缺法定方式,但被上诉人为某甲之概括继承人,负有补正法定方式,使物权契约合法成立之义务,自不得借口该物权契约尚未合法成立,即请求确认买卖契约为不存在。”本判决所谓物权契约,究何所据,未明确指出,依吾人所信,应系指第 758 条所称之法律行为(物权契约、单独行为)而言。

(2) 第 761 条第 1 项规定:“动产物权之让与,非将动产交付,不生效力。但受让人已占有动产者,于让与合意时,即生效力。”本条所谓让与合意,系德文 *dingliche Einigung* 之译(物权合意),即物权契约是也。^②

(3) 第 764 条规定:“物权,除另有规定外,因抛弃而消灭。”本条所谓“抛弃”,亦系指物权行为(单独行为)而言。所抛弃者,系不动产物权时,依第 758 条之规定,非经登记,不生效力。

^① 参见史尚宽:《物权法论》,第 22 页;梅仲协:《民法要义》,第 370 页;郑玉波:《民法物权》,第 35 页;拙著:《物权行为无因性理论之检讨》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版。

^② 参见梅仲协:《民法要义》,第 370 页;姚瑞光:《民法物权论》,第 18 页。

(4) 第 885 条第 1 项规定：“质权之设定，因移转占有而生效力。”所谓“设定”，亦系指物权行为（物权契约）而言。关于不动产抵押权或不动产用益物权（地上权、永佃权、地役权）之设定，因已于第 758 条设其规定，故第 860 条、第 832 条、第 842 条、第 851 条仅设定义性之条文而已。民法规定概念之精确，体例之完备，令人叹为观止。

2. 区别之实益

区别负担行为及处分行为之主要实益有二^①：

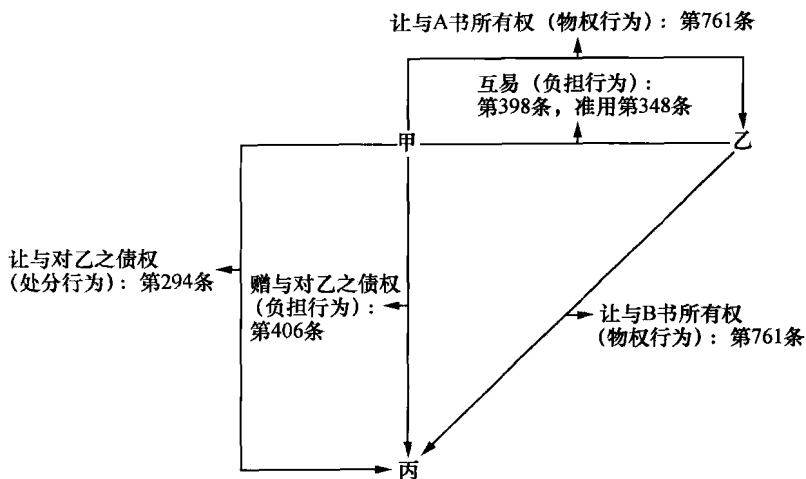
(1) 处分行为之有效以处分人具有处分权（Verfügungsmacht）为要件。反之，于负担行为，则不以负担义务者具有处分权为必要。此为本文之关键问题，俟后述之。

(2) 于处分行为，适用优先次序原则（Prioritätsgrundsatz）。反之，于负担行为则无次序关系。甲让与其对乙之债权给丙之后，再将该债权让与给丁时，则由丙取得该债权，对丁之让与，则不生效力，因为甲再为此项让与时，已非该债权之债权人矣。反之，甲将某屋先出卖给乙，再出卖给丙，则甲与乙及丙之买卖合同均属有效，乙、丙均得对甲请求交付该屋及移转其所有权。设甲将该屋登记于乙时，则由乙取得其所有权，丙只能依债务不履行之规定，向甲请求损害赔偿（参阅第 226 条）。

3. 例题说明

据上所述，就上开案例说明之：甲以 A 书与乙之 B 书互易，是为互易契约（第 398 条），为负担行为（债权行为、债权契约）。甲将其得对乙请求交付 B 书及移转其所有权之“债权”赠与丙，为赠与契约（第 406 条），亦为负担行为（债权行为、债权契约）。又债权让与（第 294 条），系属处分行为（准物权行为），丙因此继受取得甲对乙之债权。乙依让与 B 书所有权之合意，将该书交付于丙（第 761 条），成立物权行为（物权契约），丙因而继受取得 B 书之所有权。又甲将 A 书交付给乙以移转其所有权，亦属物权行为，乙亦继受取得 A 书之所有权。综据上述可知，甲、乙与丙间共有五个法律行为，其中两个为负担行为（债权行为），即甲与乙间之互易契约、甲与丙间之赠与契约；三个为处分行为，即甲与丙间之债权让与契约（准物权行为）、乙与丙间关于 B 书所有权移转之物权行为、甲与乙间关于 A 书所有权移转之物权行为。为便于观察，图示如下：

^① 参见拙著：《民法总则》，载《民法实例研习丛书》（二），第 196 页。



三、出卖他人之物是否为第 118 条所称之处分？

(一) 问题之说明

关于负担行为(债权行为)之意义,已详上述,赠与、租赁及买卖均属负担行为。设所赠与者、所出租者、所出卖者系自己之物,其赠与、租赁及买卖契约有效,不生疑问。倘所出卖(或赠与、出租)者系他人之物,则买卖契约是否有效? 买卖契约之生效,是否以出卖人对买卖标的物享有所有权为要件?

关于出卖他人之物,其买卖契约是否有效? 首先涉及第 118 条规定,即“无权利人就权利标的物所为之处分,经有权利人之承认始生效力。无权利人就权利标的物为处分后取得其权利者,其处分自始有效。前项情形,若数处分相抵触时,以其最初之处分为有效。”出卖他人之物,是否为本条所称之“无权处分”? 此端视本条所称之处分,是否仅指处分行为(物权行为、准物权行为),抑或包括负担行为在内?

(二) 1950 年台上字第 105 号判例及 1980 年台上字第 3037 号判决之检讨

1980 年台上字第 3037 号判决谓:“查第 118 条第 1 项规定权利人得

承认无权利人就标的物所为之处分,不以物权行为及准物权行为为限,买卖合同亦包括在内(参看1950年台上字第105号判例)。”在1950年台上字第105号判例一案,上诉人之母崔梁氏于1942年立契出卖于被上诉人之广州市河南永祥坊第10号房屋一间,原属于上诉人自行购置之产,以及崔梁氏已于1945年7月间,在上诉人提起本件诉讼之前死亡,均为不争之事实。判决认为:“是此项房屋纵使如上诉人之所主张,系因上诉人前往加拿大经商,仅交由崔梁氏保管,自行收益以资赡养,并未授与处分权限,但上诉人既为崔梁氏之概括继承人,对于崔梁氏之债务原负无限责任,以第118条第2项之规定类推解释,应认崔梁氏就该房屋与被上诉人订立买卖合同为有效,仍负有使被上诉人取得该房屋所有权之义务,自不得借口崔梁氏无权处分,请求确认该房屋所有权仍属于己,并命被上诉人恢复原状。原审为驳回上诉人之诉之判决虽未以此为理由,而结果要无不合。上诉讼旨犹执其主张之前开情词为声明不服之论据,不能谓为有理由。”据此判决理由观之,“最高法院”系认为崔梁氏擅自出卖其子房屋之行为(买卖合同),系属第118条第1项所称之“无权处分”,在类推适用同条第2项前,尚不发生效力。

“最高法院”认为第118条所称之“无权处分”,除处分行为(物权行为及准物权行为)外,尚包括负担行为,是一项重大的误会,笔者曾两度撰文分析检讨,认为第118条所称之“处分”,应不包括负担行为在内,可供参考,兹不赘。关于“最高法院”最近见解俟于讨论私卖共有物时论述之。

(三) 实例说明

据上所述,出卖他人之物,非属第118条所谓“无权处分”,买卖合同不因之而效力未定。为便于了解,再设三例说明之:

1. 出卖他人之动产及无权处分

某乙盗某甲之照相机,出卖给知情之丙,并依让与合意交付之。关于其法律关系可分四点说明之:

(1) 乙与丙间之买卖合同,为负担行为,非属第118条第1项所称之无权处分,不以出卖人对于标的物有所有权为要件,其买卖合同有效。

(2) 乙依让与合意交付甲之照相机给丙,此项物权行为,系属无权处分,效力未定(第118条第1项)。又丙系恶意,不适用善意取得之规定

(参阅第 801 条及第 948 条)。

(3) 设甲死,乙单独继承,而取得照相机之所有权时,系无权利人就权利标的物为处分后,取得其权利,其处分自始有效,丙因而取得照相机所有权(第 118 条第 2 项)。

(4) 设乙死,而甲单独继承时,系属无权利人就权利标的物为处分后,权利人继承无权利人,其处分是否有效,虽法无明文,但通说认为:“然在继承人就被继承人之债务负无限责任时,实具有同一之法律理由,自由此类推解释,认其处分为有效。”^①(参阅 1940 年上字第 1405 号判例)。

2. 出卖他人之不动产及无权处分

甲为诈害其债权人,与乙通谋虚伪出卖某屋,并即办理所有权移转登记,乙擅以自己名义将该屋出售给知情之丙,并办理登记。于此情形,甲与乙间为通谋虚伪表示,买卖契约无效(第 87 条),移转房屋所有权之物权行为,亦属无效(第 87 条),故该屋登记名义人虽为乙,但仍属甲所有。今乙将该屋出卖给丙,亦属出卖他人之物,办理所有权移转登记则为无权处分,其法律关系请参照上开关于出卖他人动产之说明,兹不赘。^②

3. 出卖他人之债权及无权处分

甲有某屋,出售给乙,尚有价金 500 万元约定半年内支付。甲之子丙居住该屋,向丁表示,该屋为其所有,为资金周转,愿以 450 万元出卖该对乙之价金债权,丁信其所言,即订立该价金债权之买卖契约(第 345 条、第 348 条第 2 项、第 350 条),并受让之(第 294 条)。于此情形,丙系出卖他人(甲)之债权,其买卖契约有效,让与他人债权,则属无权处分,效力未定,其法律关系请参照上开关于出卖他人动产之说明,兹亦不赘。须特别说明者,系关于动产物权之无权处分,设有善意取得之规定(第 801 条、第 948 条、第 886 条),关于不动产物权之无权处分,土地法设有公信原则之规定(“土地法”第 43 条),但关于无权处分他人债权,则无类似规定,故不发生善意取得之问题。^③

① 洪逊欣:《民法总则》,第 296 页。关于此点,《德国民法》第 185 条第 2 项设有明文。

② 参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版。

③ 参见史尚宽:《债法总论》,第 670 页。

四、私卖共有物是否为第 819 条第 2 项所谓之处分， 非经其他共有人之承认，其买卖合同是否有效？

（一）问题之说明

“出卖他人之物”之买卖合同，非属第 118 条所称之无权“处分”，已如上述。设共有人中之一人或数人擅以自己名义私卖共有物，例如，甲、乙共有某画，甲擅以自己名义出卖给丙时，其买卖合同效力如何？此涉及第 819 条规定：“① 各共有人得自由处分其应有部分。② 共有物之处分、变更及设定负担，应得共有人全体之同意。”又第 828 条规定：“① 共同共有人之权利义务，依其共同关系所由规定之法律或约定之。② 除前项之法律或约定另有规定外，共同共有物之处分，及其他权利之行使，应得共同共有人全体之同意。”私卖共有物是否为第 819 条第 2 项（或第 828 条第 2 项）所称之“处分”？其效力如何。此亦为实务上长期争论问题，有重新再为检讨之必要。

（二）“最高法院”之见解

关于共有人中之一人或数人以自己名义私卖共有物，1929—1983 年有甚多判例及判决，兹摘录具有代表性者五则如下：

（1）1929 年上字第 676 号判例谓：“共有财产非经共有人全体之同意，不得由共有人之一人或数人自由处分，若无共有人之同意而与他人缔结买卖财产之契约者，则该契约自不得认为有效。”本判例显然认为出卖共有物系属“处分”。至于共有人之一人或数人出卖共有物，究系以自己名义或全体共有人名义，虽不得确知，但应认为系以自己名义，盖倘以全体共有人名义，乃属无权代理之问题也。

（2）1981 年台上字第 1536 号判决谓：“共同共有人之一人或数人，以共同共有物所有权之移转为买卖合同之标的，其移转所有权之处分行为，虽因未经其他共同共有人之承认，不能发生效力，但其关于买卖债权债务则非无效。”^①

^① 《民刑事裁判选辑》第 2 卷，第 2 期，第 94 页。

(3) 1982 年台上字第 5051 号判决谓：“买卖并非处分行为，故共同共有人中之一人，未得其他共同共有人之同意，出卖共同共有物，应认为仅对其他共同共有人不生效力，而在缔约当事人间非不受其拘束。苟被上诉人林碧郎签立之同意书，果为买卖，纵出卖之标的为共同共有土地，而因未得其他共同共有人之同意，对其他共同共有人不生效力。惟在其与上诉人间既非不受拘束，而如原审认定之事实。该土地其后又已因分割而由被上诉人林碧郎单独取得，则上诉人请求林碧郎就该土地办理所有权移转登记，当非不应准许。”^①

(4) 1982 年台上字第 5268 号判决谓：“买卖契约之成立，不以出卖人对于买卖标的物享有所有权为要件，设共有人之一就其不得单独处分之共有物私自出卖，仅该买卖契约对于其他共有人不生效力而已，非谓该买卖契约当然无效。”^②

(5) 1983 年台上字第 679 号判决谓：“买卖契约之成立，非以出卖人对于标的物有所有权为要件，设共有人未得其他共有人之同意，擅自出卖共有物，其买卖契约并非无效，仅对于其他共有人不生效力而已，且得因其他共有人之事后承认而溯及既往发生效力。”^③此为最近之判决。

(三) 分析检讨

1. 概说

在上开五则判例、判决中，1981 年台上字第 1536 号判决明确区别私卖共有物之为债权行为，及移转其所有权之为处分行为，前者有效，后者效力未定，概念明确，思路清楚，最值赞同。1982 年台上字第 5268 号判决及 1983 年度台上字第 679 号判决认为买卖契约之成立^④，不以出卖人对于买卖标的物享有所有权为要件，及 1982 年台上字第 5051 号判决强调：“买卖并非处分行为”，均属妥适，可资赞同。惟所谓：“该买卖契约对于其他共有人不生效力而已”，尚有疑义，因而发生 1983 年台上字第 679

① 《民刑事裁判选辑》第 3 卷，第 4 期，第 117 页。

② 《民刑事裁判选辑》第 3 卷，第 4 期，第 113 页。

③ 《民刑事裁判选辑》第 4 卷，第 1 期，第 127 页。

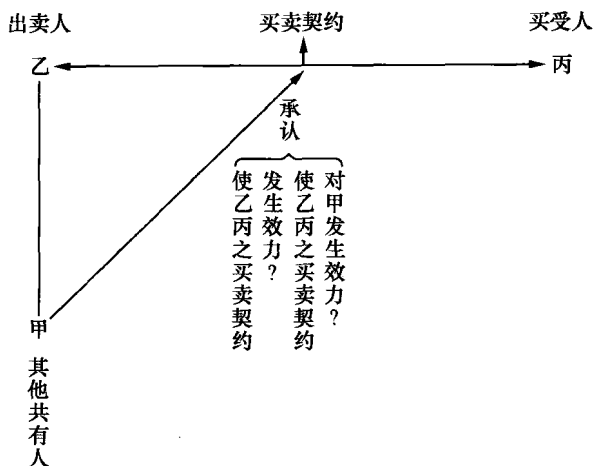
④ 此两则裁判均认为：“买卖契约之成立，不以出卖人对于买卖标的物享有所有权为要件。”此项论点甚为正确，惟买卖契约之“成立”一语，不无疑问，盖此应属买卖契约“效力”之问题也。事虽细微，仍有辨明之必要。

号判决之困惑。

2. 基本论点

为了解 1983 年台上字第 679 号判决所谓：“设共有人未得其他共有人之同意擅自出卖共有物，其买卖契约并非无效，仅对于其他共有人不生效力而已，且得因其他共有人之事后承认而溯及既往发生效力。”兹举一例说明之：甲与乙共有某机车，由乙保管之，乙以自己名义出售给丙，并交付该车以移转其所有权。依上开判决理由，其基本论点有二：其一，乙与丙间之买卖契约并非无效；其二，乙与丙间之买卖契约，对于甲不生效力，且得因甲之事后承认而溯及既往发生效力。

兹为便于观察，图示如下：



3. 两点疑问

(1) 出卖人与买受人间买卖契约之效力。共有人中之一人以自己名义出卖共有物时，在出卖人与买受人间其买卖契约是否有效，1929 年台上字第 676 号判例虽表示“该契约自不得认为有效”。但最近之判决已放弃此项见解，改采有效说，1981 年台上字第 1536 号判决最为明确。1982 年台上字第 5286 号判决及 1983 年台上字第 679 号判决所谓“擅自出卖共有物，其买卖契约并非无效”，应系采取同一见解。此项法律上判断实值赞同，盖买卖契约之生效，既非以出卖人对于标的物有所有权（或处分权）为要件，出卖他人之物，既非无权处分，私卖共有物，亦然，其买卖契约当属有效，自不待言。

(2) 何谓“买卖契约仅对于其他共有人不生效力而已,且得因其他共有人之事后承认而溯及既往发生效力”?在1982年台上字第5051号及第5268号判决,均认为该私卖共有物之买卖契约对于其他共有人不生效力。此段判决理由具有两点意义:其一,强调该私卖共有物之买卖并非无效;其次,表示买受人仅能向出卖人(私卖共有物之人)行使买卖契约上之权利,而不得对其他共有人主张之。惟严格言之,此段文字,不具实质意义,原可删除,盖买卖契约,系属债权行为,基于债之关系之相对性(Relativität der Schuldverhältnisse),买受人仅得向出卖人请求给付,其他共有人既非买卖契约当事人,买卖契约对于其他共有人不生效力,乃属当然也。

所谓“私卖共有物对于其他共有人不生效力”应属当然,已如上述。值得注意的是,1983年台上字第679号判决进一步认为:“且得因其他共有人之事后承认而溯及既往发生效力。”此项见解,令人惊奇!应说明者有二:

首先,其得因其他共有人之事后承认而溯及既往发生效力者,究为何物?难道是“共有人未得其他共有人之同意,擅自出卖共有物之买卖契约”?“最高法院”不是明白表示“其买卖契约并非无效”?难道“并非无效”,系指“效力未定”?倘买卖契约系属有效,则自法律逻辑以言,应不发生得因其他共有人之事后承认而溯及既往发生效力之问题,此为法律基本概念。第115条规定:“经承认之法律行为,如无特别订定,溯及为法律行为时,发生效力。”由是可知,已发生效力之法律行为(如买卖),应不发生事后承认而溯及既往发生效力之问题也。^①

其次,就其文义观之,似认为得因其他共有人之事后承认而发生效力者,系对于其他共有人而言。但其他共有人既非买卖契约当事人,如何得因其单方之意思表示,而使买卖契约对当事人以外之第三人发生效力,实在令人不解。乙私卖与甲共有之机车给丙,依“最高法院”见解,此项买卖契约于当事人间(乙与丙)有效,但对第三人(甲)则效力未定,此种形态之买卖契约,在现行法上颇难想象。

于此应附带说明者,系出卖他人之物,无权处分及无权代理在概念上

^① 关于“承认”之概念,参见洪逊欣:《民法总则》,第536页、第538页;郑玉波:《民法总则》,第334页。

之区别。甲以自己名义出卖乙所有之画给丙,是为出卖他人之物,其买卖合同有效,无待乎乙之承认,从而在理论上亦不发生得因乙之事后承认而溯及既往发生效力之问题。甲以让与合意交付该画给丙,则为无权处分,效力未定,须经乙之承认始生效力(第 118 条第 1 项)。设甲系擅以乙之名义出卖乙所有之画并移转其所有权给丙,则其买卖合同(负担行为)及物权行为均属无权代理,效力未定,须经本人承认,对于本人始生效力(第 170 条第 1 项)。共有人中之一人擅以其他共有人之名义,出卖共有物而成立无权代理时,自得因其他共有人事后承认而溯及既往发生效力,但在共有人中之一人以自己名义出卖共有物之情形,其买卖合同既为有效,应不发生因其他共有人承认而使其发生效力之问题也。

“最高法院”所以作上开解释,乃是实际上其他共有人对该私卖共有物之买卖合同有为“承认”之表示。然此实为当事人意思表示解释之问题。按其他共有人所以“承认”私卖共有物之买卖合同,无非在于得因而享受买卖合同上之权利(例如分配价金)或负担其义务。解释意思表示应探求当事人之真意,不能拘泥于所用之辞句,第 98 条设有明文。准此以言,其他共有人所谓之“承认”应探求其真义,或可解释为系欲加入该私卖共有物之买卖合同而成为该契约当事人(Vertragsbeitritt)之意思表示,惟此应得原契约当事人之同意,自不待言。^①

(四) 第 819 条第 2 项所称“处分”之意义

或有认为所以采取上开见解,系基于第 819 条第 2 项规定:“共有物之处分、变更及设定负担,应得共有人全体之同意。”所谓“处分”,应从广义,包括负担行为在内,故私卖共有物,未得其他共有人之同意,系属效力未定,自得因其他共有人之承认而溯及既往发生效力。须注意的是,史尚宽先生认为:“处分包括法律上之处分(广义的应包括设定负担)及事实上之处分,未得全体共有人之同意而为法律上之处分者,例如出卖、互易,其处分为无效,但共有物为动产时,占有其物之共有人,未经其他共有人

^① 关于契约加入(Vertragsbeitritt)之基本问题,参见 Pieper, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, 1963; Esser/Schmidt, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 6, Aufl. 1984, S. 120; Fikentscher, Schuldrecht, 7. Aufl. 1985, S. 379; 史尚宽:《债法总论》,第 718 页。

之同意,处分其物,善意受让之第三人,取得其权利。”^①设甲与乙共有某画,乙未得甲同意私卖给丙,并依让与合意交付之。依史尚宽先生之见解,乙与丙间之买卖契约无效,其物权行为为无权处分,效力未定,丙因善意而取得其画之所有权。对此见解,应说明者有三:

(1) 未经全体共有人之同意而出卖共有物,其买卖契约“无效”,此项论点似属无据,“最高法院”从未采此见解,依此“无效说”则出卖人对买受人可不负契约责任,其不合事理,甚为显然。

(2) 未经全体共有人同意而为出卖共有物,其买卖契约“无效”,而物权行为反为“无权处分,效力未定”,同为处分(广义),而其效力不同?理由何在,尚待推究。

(3) 乙与丙间买卖契约倘为无效,则丙善意取得该画之所有权,系无法律上原因而受利益致他人受损害,应成立不当得利(第179条),其理论是否一贯,不无疑问。

依吾人见解,第819条第2项所称之处分,纵作广义解释,认为亦包括负担行为在内,私卖共有物之效力亦应分别观之,即在出卖人(乙)与丙(买受人)之间,其买卖契约应为有效^②,至其他共有人(甲),系属第三人,该买卖契约当然对其根本不生效力,不能认为该买卖契约对其他共有人效力未定,且得因其事后之承认而溯及既往发生效力。为避免此项解释上之疑义,吾人认为,第819条第2项所称之处分,似应作限制解释,认为不包括负担行为在内,仅指处分行为而言^③,兹分三点言之:

(1) 民法上“处分”之概念,有广狭不同之意义,在本条项解释为不

^① 史尚宽:《物权法论》,第143页。李肇伟:《民法物权》第222页谓:“处分而未得共有人全体之同意者,若为法律上之处分,固属无效……”亦采同样见解;姚瑞光:《民法物权论》,第123页,认为第819条第2项之处分包括法律上之处分及事实上处分在内,但未明言,其所谓法律上之处分是否包括负担行为在内。惟须注意的是,姚瑞光先生认为:“惟共有物如为动产,由共有人之一人占有,该共有人未经全体同意,让与或出质于善意第三人,并经移转占有者,依第801条、第886条规定,该善意第三人仍取得该动产所有权或质权。”

^② 参见1944年上字第2489号判例谓:“共同共有人中之一人,以共同共有物所有权之移转为买卖契约之标的,并非所谓以不能之给付为契约标的,其移转所有权之处分行为,虽因未经其他共同共有人之承认不能发生效力,而其关于买卖契约则非无效。”

^③ 在本文发表后,发现1983年台上字第4657号判决亦采此见解,略谓:“上诉人系基于买卖契约而为本件之请求,买卖契约是否有效,自应基于债之有关规定断之,原审认为杨某之出卖行为因违反第821条第2项之规定(似为第819条第2项之误),应属无效,系以负担行为误为处分行为,其法律上之见解,不免违误。”可供参考。

包括负担行为在内,与法律文义尚无违背。

(2) 就法律体系而言,作此解释可与第 118 条所称之处分,互相配合。

(3) 本条似系参考《德国民法》第 747 条之规定:“Jeder Teilhaber kann über seinen Anteil verfügen. Über den gemeinschaftlichen Gegenstand im ganzen können die Teilhaber nur gemeinschaftlich verfügen.”(共有人得处分其应有部分。关于整个共有物,共有人仅能共同处分之。)依德国判例学说之一致见解,此所谓之“处分”(verfügen),亦不包括负担行为在内。^①

(五) 结语

甲与乙共有某画,乙未得甲同意私卖给丙,并交付之以移转其所有权,据上所述,其法律效果如下:

(1) 乙与丙间关于共有物之买卖契约有效。丙得向乙请求交付其物,并移转其所有权。关于此部分“最高法院”最近判决亦采此见解,可资赞同。私卖共有物与出卖他人之物,同属负担行为,买卖并非处分行为,其有效不以出卖人对于买卖标的物享有所有权为要件也。

(2) 乙将共有物之所有权移转给丙之物权行为(第 761 条),因未得其他共有人之同意,无处分权限(第 819 条第 2 项),系属无权处分,应适用第 118 条规定。丙系善意时,得依第 801 条及第 948 条之规定,取得其所有权。此际乙应对甲依侵权行为及不当得利之规定(第 184 条第 1 项前段及第 179 条)负其责任,自不待言。

(3) 其他共有人甲,乃乙与丙间买卖契约外之第三人,该买卖契约对甲“当然不生效力”,不发生所谓“得因其他共有人之事后承认而溯及既往发生效力”之问题。惟如前所述,关于乙让与共有物所有权之行为,未经甲之同意,系属无权处分,甲自得承认,使生效力。倘甲亦欲与丙发生买卖契约上之权利义务关系,得依“契约加入”(Vertragsbeitritt)之方式为之,但不得片面依其单方之意思表示(承认)形成之。

^① Erman/Schulze Wenck, Anm. zu § 747.

五、出卖他人之物是否为第 246 条第 1 项所称 “以不能之给付为标的”，其买卖合同无效？

(一) 问题

出卖他人之物，其买卖合同是否有效，所遭遇的第一个难关是第 118 条，第二个难关是第 246 条第 1 项，易言之，即其是否以不能之给付为契约之标的，其买卖合同无效？于此发生三个问题：

(1) 第 246 条第 1 项所称“不能之给付”，依其文义，系指自始不能，系通说之见解，其包括客观不能，亦属定论。有疑问者，系其是否兼括主观不能？

(2) 出卖他人之物而给付不能者，究为自始不能，抑或为嗣后不能？客观不能抑或为主观不能？

(3) 设出卖他人之物而给付不能系属自始的主观不能，出卖人应如何负其责任？

(二) 第 246 条第 1 项所规定者，系自始的客观给付不能

第 246 条第 1 项所谓之给付不能，在解释上仅指自始的客观不能，原为定论。惟最近学者有再三强调应兼括主观不能在内而引起争议。^① 实则此说近于拘执文义，自法律体系规范目的及比较法之观点而言，应难赞同，盖如采此见解，则契约相对人就自始的主观之给付不能，仅能请求信赖利益，而不能请求履行利益之赔偿，显非妥适。1981 年台上字第 1688 号判决明确肯定第 246 条第 1 项系指客观不能，足以澄清疑义，特摘录如下，以供参考：“私有农地出售与无自耕能力之人者，其买卖合同原则上固因有客观上之给付不能而无效，惟如同时约定可登记与买受人所指定有自耕能力之人者，则此约定，亦为法律所不禁，即难谓系以不能之给付为标的，而认其契约系自始无效。兹该不动产买卖合同书第 7 条约定：‘本件不动产实行移转登记时，其登记权利人无论以任何名义，甲方（指叶炳

^① 参见孙森焱：《民法债编总论》，第 365 页。参见拙著：《自始主观给付不能》，载《民法学说与判例研究》（第三册），北京大学出版社 2009 年版。

荣)得自由指定之,乙方(指吴火)绝无异议。’基此叶炳荣纵自己无自耕能力之人,依上述约定既可自由指定任何人(包括任何其他有自耕能力之人)为承受系争土地之移转登记名义,则该系争土地买卖契约之履行,显属可能,并无客观上自始给付不能情形,当无第246条第1项上段及‘土地法’第30条第1项、第2项之适用。”^①

第246条第1项前段所称之给付不能,既系指自始客观不能而言,则反面解释之,以主观不能之给付为契约标的者,其契约有效,自不待言。

(三) 出卖他人之物而给付不能者,究系主观不能抑或为客观不能?

1. 给付不能

出卖他人之物者,出卖人应先取得该物之所有权,然后移转于买受人,或使他人径将该物之所有权移转于买受人,而履行其给付义务。否则成立给付不能,关于此点1983年台上字第471号判决作有较详细之说明,略谓:“以他人所有之物为出卖人之标的物,订立买卖契约者,其出卖人须先取得该物之所有权,然后移转于买受人,或使该他人径将物之所有权移转于买受人,如出卖人不履行所有权移转之义务,依第353条之规定,买受人得依关于债务不履行之规定,行使其权利。又“民法”上所谓给付不能,系指依社会观念,其给付已属不能者而言。所有权属于他人之物,出卖人固不能将其所有权移转于买受人,故在出卖人取得买卖标的物之所有权以前,倘无请求该他人将物之所有权移转于出卖人之权利,或径行移转于买受人之权利存在,则移转该物所有权于买受人之义务,即属不能给付。”^②可供参考。须注意的是,设出卖人无权处分他人之物,而买受人善意受让其所有权者,即其权利已无瑕疵存在,出卖人即不必再依第353条规定负其责任。

2. 主观不能? 客观不能?

出卖人不能交付其物并移转其所有权于买受人者,即构成给付不能。此种给付不能之原因(出卖之物之所有权属于他人),于买卖契约订立时既已存在,故为自始不能,至其究为主观不能抑或为客观不能,史尚宽先生认为:“应给付之物属于第三人所有,其第三人绝对对于任何人不肯

^① 《民刑事裁判选辑》第2卷,第2期,第97页。

^② 《民刑事裁判选辑》第4卷,第1期,第137页。

出卖出让,则为客观不能。若因与债务人不睦,惟对于债务人不肯出让,则为主观不能。”^①德国通说基本上亦同此见解。^②1982年台上字第368号判决谓:“出卖人以第三人所有之物为买卖标的物与买受人订立之买卖合同,并非所谓以不能之给付为契约标的,即不得以第246条第1项前段规定认为该买卖合同为无效。”关于本判决有两点应予说明:首先,“最高法院”显然认为第246条第1项前段所称之给付不能系指客观不能;其次,出卖他人之物而给付不能,系属主观不能,其买卖合同有效。至于其是否采史尚宽先生所提出之判断标准,不得而知。

依通说之见解,给付因债务人本身原因而不能者为主观之不能,此外之不能,则概为客观不能。^③准是以言,上开史尚宽先生及德国通说之见解,自有所据,惟就实际情形而言,应给付之物属于第三人所有,而其第三人“绝对”对于任何人不肯出让,应属罕见,故出卖他人之物而给付不能者,一般言之,应为主观不能,其买卖合同有效。

(四) 出卖人之责任

据上所述,出卖他人之物,其出卖人因个人事由不能自他人取得该物之所有权,然后移转于买受人,或使该第三人径将物之所有权移转于买受人时,应构成自始的主观不能。买受人得依关于债务不履行之规定,行使其权利(第353条)。所谓债务不履行之规定,主要为第225条、第226条及第254条以下规定。问题在于所谓“依”应如何解释。德国通说认为,就自始的主观给付不能而言,系指依债务不履行规定(《德国民法》第440条第1项)之法律效果(Rechtsfolgeverweisung),故出卖人就其主观不能,应负担担保责任(Garantiehftung),不论有无可归责事由,均应负责,盖出卖人应承担其于订立契约时具有给付能力也。^④惟最近德国学者有认为所谓“依”债务不履行,应兼指其构成要件(Rechtsgrundverweisung),故以出卖人具有可归责之事由(故意或过失)为必要,其主要理由有二:①出卖人应负无过失责任,于条文并无依据,所谓“依”债务不履行之规定,解释

① 史尚宽:《债法总论》,第366页以下。

② 参见 Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 1986, S. 29 及所引资料。

③ 参见胡长清:《民法债篇总论》,第287页。

④ 关于德国学说及其批评,参见 Larenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 1978. S. 87f.; Fikentscher, Schuldrecht. S. 231f, 424f.

为依其“构成要件”，亦合法律文义；② 同为主观不能，因自始不能或嗣后不能而异其责任，例如，甲于3月1日出售某画给乙，于中午订立契约，设该画于上午被盗者（自始主观不能），应负无过失责任，而于下午被盗者（嗣后主观不能），则须以故意过失为要件，此项区别，不合事理。此说在德国亦受重视，可供参考。^①

六、出卖他人之物，其买卖契约之效力是否因买受人之善意或恶意而受影响？

（一）买卖契约之效力不因买受人之恶意而受影响

甲借录影机给乙，乙擅自出卖给丙，丙明知其事。乙与丙间之买卖契约是否有效？对此问题，法律系学生参加特考有如下之见解：

（1）乙出卖他人之物，系属无权处分，倘买受人丙为善意时，其买卖契约有效，丙为恶意，则其买卖契约当属无效。

（2）乙出卖甲物，虽属负担行为，但基于法律不保护恶意之原则，其买卖契约无效。

（3）乙让与甲之录影机给丙，系属无权处分，丙为恶意时，不能依善意取得之规定，取得其所有权，故其买卖契约无效。

上开三种见解，均有误会。首先应说明者，系出卖他人之物，其买卖契约之效力与买受人之善意或恶意无关。易言之，即买受人不知买卖标的物属于第三人者，其买卖契约固为有效，纵买受人明知买卖标的物属于第三人所有，其买卖契约仍为有效。买卖契约如此，赠与、互易、租赁等契约亦然。其理由何在？最简单之答复是法律并未规定买卖契约之生效，须以买受人之善意为要件。然则法律为何未设规定？此乃因为将买卖契约之效力系于买受人之善意或恶意，就当事人利益及交易安全而言，均无必要也。

其次应说明者，系无权处分之效力是否系于相对人之善意或恶意？第118条第1项规定：“无权利人就权利标的物所为之处分，经有权利人

① 参见 Evans v. Krebek. Gleichstellung des anfänglichen Schuldnerunvermögen mit dem nachträglichen? AcP 177, 32; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 2. Aufl. 1986, S. 33; 拙著：《自始主观给付不能》，载《民法学说与判例研究》（第三册），北京大学出版社2009年版。

之承认,始生效力。”又同条第2项规定:“无权利人就权利标的物为处分后取得其权利者,其处分自始有效……”由此可知无权处分系属效力未定,不因相对人善意与否而异。依第801条及第948条规定,以动产物权之移转或设定为目的,而善意受让动产之交付者,纵为移转或设定之人,无移转或设定之权利,受移转或设定之人,仍取得其权利。然此并不表示因受让人之善意而使处分行为(物权行为)有效,于此情形,物权行为仍属无权处分,惟受让人得依法律规定取得其权利而已。

(二) 买卖契约之效力是否因双方当事人明知买卖标的物属于第三人而受影响?

双方当事人“明知”买卖标的物属于第三人者,其“明知”,并不构成通谋虚伪表示(参阅第87条第1项前段),盖出卖人与买受人均有为其意思表示所拘束之意也。又甲出售乙之房屋给知情之丙,其“明知”并不当然使此买卖契约违反公序良俗无效(参阅第72条)。①要言之,买卖契约之效力原则上不因双方当事人明知“买卖他人之物”而受影响。

七、善意取得与不当得利之特殊问题

(一) 买受人善意取得所有权之法律上原因

出卖他人之物,而让与标的物之所有权者,其买卖契约有效,物权行为则为无权处分,惟买受人系善意时,仍能受让其所有权(第801条、第948条,“土地法”第43条)。于此发生一项疑问,即丧失所有权之第三人得否依不当得利规定(第179条),向受让人请求返还其所受之利益?

买受人因善意受让而取得标的物所有权,系受有利益,致第三人受有损害(丧失物之所有权),问题在于其是否有法律上之原因。吾人前曾以

① 参见史尚宽:《民法总则》,第305页。认为赃物之买卖,因违反公序良俗无效,又第298页谓:“法律行为违反强行法而为无效:该项规定须包括法律行为本身,即全部构成要件之禁止,惟当事人一方主观的违反禁止法规或为可罚的行为为未足。例如,他人之物之占有人,擅将其物让与善意之相对人,虽构成侵占罪,然受让人不构成犯罪,故此时二者间之法律行为,虽得以让与人无处分权而为无效(本文作者注:应为效力未定),然不因违反强行法而为无效。反之,他人之物之占有人,以之让与恶意之相对人时,则相对人成为侵占罪之共犯,受让人之行为亦构成侵占罪,此二者间法律行为之全部构成,皆违反强行法规,应为无效。”此项见解可供参考。

买卖合同作为法律上原因,如今思之,似有未洽。^① 甲让售其所有之画给乙,乙之取得所有权,固以甲与乙间之买卖合同为其法律上之原因。惟在甲让售丙所有之画给乙之情形,乙之取得该画所有权,系直接基于法律之规定(第 801 条、第 948 条),此法律之规定,乃为其受有利益之法律上原因。甲与乙间出卖他人之物之买卖合同虽属有效,但依债之关系的相对性,对第三人丙而言,似不足作为乙保有买卖标的物所有权之法律上原因。

(二) 无权处分之承认与不当得利请求权

在上举甲让售丙画给乙之例,设乙系恶意时,乙不能依善意取得之规定受让该画所有权。于此情形,丙得依第 767 条之规定向乙请求返还其物。在乙善意取得该画所有权时,丙固得依不当得利之规定向甲请求返还乙所支付之价金(或请求让与对乙之价金请求权),设乙为恶意时,则不成立不当得利,其理由为甲虽受有利益(价金),但未“致”丙受损害,盖丙并未因甲之无权处分而丧失其所有权也。丙仅能依侵权行为之规定向甲请求损害赔偿(第 184 条第 1 项前段),或向乙依第 767 条规定请求返还其画。此种法律状态,一般言之,对所有人丙并无不利。惟在若干情形,难免保护不周,此在乙不知去处,而甲并无故意过失时(不成立侵权责任),特为显著。此际倘丙得依不当得利之规定,向甲请求返还其所受领之价金,即具有重大实益。为达此目的,丙得承认甲之无权处分,使乙取得该画之所有权(参阅第 118 条第 1 项后段)，“致”丙受损害(丧失该画所有权)之要件得以具备,成立不当得利请求权。在实务上似尚未有此类案例,德国帝国法院著有判决,明白肯定之,可供参考。^②

八、结 论

基本概念之澄清,仍然是民法学研究的任务,此由“出卖他人之物与无权处分”之判例及判决,可以知之。兹综合说明如下:

^① 参见拙著:《无权处分与不当得利》,载《民法学说与判例研究》(第二册)。

^② RGZ 106, 44f. :此在法学方法论上甚具启示性,Engisch 教授特在其名著“Einführung in das juristische Denken”(《法律思维导论》)一书中详为说明(6. Aufl. 1977, S. 65f.)。

(1) 负担行为(债权行为)及处分行为之区别,关系整个“民法”之解释适用,最为基本,最称重要。处分行为包括物权行为及准物权行为。第758条所谓之“法律行为”系指物权行为,兼括物权契约及单独行为。1970年台上字第1590号判例及1971年台上字第1317号判例,似认为此法律行为系指买卖契约(负担行为)而言,当属误解。

(2) 第118条所称之无权“处分”,仅指处分行为而言,不包括负担行为(如出卖他人之物)在内。1950年台上字第105号判例及1980年台上字第3037号判决认为此项处分,“不以物权行为及准物权行为为限,买卖契约亦包括在内”,显有误会。最近若干判决强调“买卖并非处分行为”,“买卖契约之成立,不以出卖人对于买卖标的物享有所有权为要件”,显示“最高法院”已肯定第118条第1项之“处分”不包括买卖契约在内,实值重视。

(3) 共有人中之一人或数人未经其他共有人同意私卖共有物,其买卖契约效力如何,仍具疑义。“最高法院”见解前后不尽一致,1983年台上字第679号判决代表最近之观点,认为:“买卖契约之成立,非以出卖人对于标的物有所有权为要件,设共有人未得其他共有人之同意,其买卖契约并非无效,仅对于其他共有人不生效力而已,且得因其他共有人之事后承认而溯及既往发生效力。”此项判决显示“最高法院”已逐渐克服“出卖他人之物”系无权处分之误会,但仍未完全脱离其阴影。私卖共有物既然“其买卖契约并非无效”,何以“仅对于其他共有人不生效力,且得因其他共有人之事后承认而溯及既往发生效力”?其他共有人并非买卖当事人,如何得因其为单方意思表示而使该买卖契约对其溯及既往发生效力,使其成为契约当事人?此在理论上诚属费解!

(4) 第246条第1项规定所称之给付不能,系指自始的客观不能,系学说上之定论,1981年台上字第1688号判决予以肯定,足以澄清争议,应值赞同。

(5) 无论出卖他人之物,或无权处分,其效力均不因买受人(受让人)之恶意或善意而受影响。买受人明知买卖标的物系属他人所有,其买卖契约仍为有效。又就无权处分而言,无论相对人善意与否,其处分行为均属效力未定,惟善意受让人得依法律规定取得其所有权。

(6) 出卖人无权处分他人之物,买受人善意取得其所有权,系基于法律规定,具有法律上原因,不成立不当得利。该他人仅得依不当得利之规

定向出卖人请求返还其所受之价金。设买受人为恶意而不能取得标的物所有权时,该他人欲向出卖人主张不当得利请求权时,须承认其无权处分,使其自始发生效力,俾不当得利请求权之要件,得以具备。

出租他人之物、负担行为与无权处分*

一、概 说

关于出卖他人之物与无权处分,前面曾再三撰文讨论。^①最近发现“出租他人之物”之租赁契约是否有效,亦成为实务上争议之问题。在1982年台上字第4690号判决一案,原审法院认为租赁契约之成立,须以出租人有所有权为要件,“最高法院”不采取此项见解,而以租赁契约与买卖契约内容之不同为理由,肯定“出租他人之物”系属有效。由此判决可知“最高法院”正致力于摆脱“出卖他人之物系无权处分”之传统见解,实值赞佩,惟就判决理由观之,“最高法院”似尚未完全掌握负担行为(Verpflichtungsgeschäft)之本质,为协助克服长期遭遇之难题,特再撰此短稿分析讨论之。

二、1982年台上字第4690号判决

(一) 裁判要旨

查出租人固负有使承租人就租赁物为使用收益之义务,惟此项义务之履行,并不以移转租赁物之所有权为必要,故出租人对其租赁物是否有所有权或其他权利,概非租赁之成立要件。

* 本文原载《军法专刊》第32卷,第4期(1986年4月)。

① 参见拙著:《出卖他人之物与无权处分》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社2009年版;《再论“出卖他人之物与无权处分”》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社2009年版;《三论“出卖他人之物与无权处分”》,原载《法学丛刊》第121期(1986年1月),载于本书。

(二) 理由

本件上诉人起诉主张：坐落于台北市双园区莒光段二小段 104 号及 105 号土地，系伊继承先祖之遗产，其中如第一审判决附图黄色及红色所示部分，经被上诉人承租，建有房屋，即台北市大埔街 22 巷 12 弄 5 号。1976 年 1 月间，上诉人因继承登记，发生疑义，经函请被上诉人暂缓付租。迨 1978 年 10 月 20 日因已办妥继承登记，乃催告被上诉人偿还 1975 年 1 月起应付之租金，被上诉人未予置理，延至 1982 年 2 月 15 日始交来新台币（下同）6 300 元支票一纸，声明以之抵付 1975 年 7 月 16 日起至 1981 年 7 月 15 日止之租金。不惟欠付 1975 年上半年份之欠租，且来函及支票均指定付与“颜永裕”，伊乃将原件退回，并限于 5 日内付清 1975 年 1 月 1 日起至 1981 年 12 月止之欠租，并声明逾期不付，即予终止租约，不另通知。被上诉人收受上开通知后，仍以“颜永裕”名义，办理提存，以致无法送达，自不生清偿效力。两造间之租赁契约亦已终止而消灭等情，求为命被上诉人拆屋还地，及偿还欠租白米 588 台斤，暨自 1982 年 2 月 24 日起，按年赔偿伊 33 275 元之判决。被上诉人则以：系争土地之出租人原为上诉人之母颜碧，迨 1976 年 5 月 24 日由上诉人继承而为共有，1980 年始因分割而由上诉人取得所有权。在此之前，上诉人既非有权收取租金，其催告自不生效力。况催告请求给付之租金亦非依约定租金为之，伊已将应付之租金提存。上诉人主张租约业已终止，自非有理云云，资为抗辩。

原审维持第一审所为不利于上诉人部分之判决，驳回上诉人之第二审上诉，系以：系争 105 号土地究为何人所有，上诉人对之究有何权源，未见上诉人举证证明，而 104 号土地则系 1980 年 12 月 1 日经第一审法院判决分割，始归上诉人单独所有，并延至 1981 年 5 月 20 日因为更正错误之裁定，而取得处分管理之权能，从而上诉人于 1978 年 10 月 20 日催告被上诉人付租，暨限期 5 日催告被上诉人清偿，逾期不付即予终止租约之意思表示，均不生效力。又被上诉人执有租金收据多张，仅有一张为上诉人所出具，其余则多由颜碧具名，另有两张则由诉外人林永成注明为“地主颜碧之继承人”出具，已难认为上诉人即系争土地之出租人。且上诉人于 1978 年 10 月 20 日催告被上诉人给付租金并未按原约定每年租金白米 84 台斤请求，竟按土地申报地价 10% 请求给付，既属变更给付内容，自

难认系依债务本旨而为催告,即嗣后为附条件终止租约之表示时,亦同。其中并未述及姓名误写之事,是被上诉人将应付租金提存,堪认被上诉人从无拒绝给付租金之意思,上诉人主张租约已终止,因而请求拆屋还地并赔偿损害,固非有理。就欠租部分而言,在土地分割以前,上诉人尚未取得单独所有权,乃竟请求被上诉人向其个人为给付,亦非有据,为其判断之基础。

查出租人固负有使承租人就租赁物为使用收益之义务,惟此项义务之履行,并不以移转租赁物之所有权为必要,故出租人对租赁物是否有所所有权或其他权利,概非租赁之成立要件。本件原判决忽谓,上诉人就台北市双园区莒光段二小段 105 号土地究为何人所有,上诉人对之有何权源,未见举证,忽谓:上诉人就同所 104 号土地之租金,在未取得单独所有权以前,不得请求被上诉人向其个人为给付,因而为上诉人不利之判断。无异以出租人对于租赁物有所有权,为租赁契约之成立要件。其法律上之见解,已有可议。且被上诉人所承租者为台北市大埔街 22 巷 12 弄 5 号房屋之基地,其应付租金,初则以存证信函寄与上诉人,继则为上诉人办理提存。虽先后将上诉人之名,误写为“永裕”,然其与上诉人间存有租赁关系,似未发生疑义。原审就此漏未斟酌,遽认上诉人非出租人,亦嫌疏略。又依被上诉人提出租金收据之记载以观,被上诉人交付之租金均以新台币计付,被上诉人亦承认两造约定每年以白米 84 台斤,按时价折算现金,计付租金云云。究竟两造约定之租金系以白米给付?抑或以白米 84 台斤为折付新台币之依据?或由当事人之一方或双方保留代替权?亦滋疑义。此与认定上诉人请求给付欠租是否有理,及其催告之效力如何,所关颇切,自有详查必要。本件事实如何,既欠明了,本院即无从为法律上判断。上诉讼旨,指摘原判决违法,求予废弃,非无理由。

三、分析检讨

(一) 判决理由与结论

关于判决,从法学研究之观点分析之,可分为三类:

(1) 判决结论及理由构成均值赞同:即以法学方法论上可堪检验之推理支持其判决之正当结论。绝大部分之判决均属之。1983 年台上字

第 1332 号判决谓：“按遗嘱为法律行为之一种，遗嘱人以遗嘱将其所有之农地遗赠他人，旨在使该他人取得农地所有权者，应有‘土地法’第 30 条规定之适用，设遗嘱人将其所有农地遗赠给无自耕能力之人，即以不能之给付为遗嘱之客体，类推适用第 246 条第 1 项之规定，此部分遗嘱无效，受遗赠人自不得依遗嘱请求遗嘱人之继承人或遗产管理人履行。”^①为其著例。

(2) 判决结论及判决理由均值商榷：即因理由构成本身具有瑕疵而导致不当结论。1980 年台上字第 3037 号判决略谓：“查第 118 条第 1 项规定权利人得承认无权利人就权利标的物所为之处分，不以物权行为及准物权行为为限，买卖契约亦包括在内（参看 1950 年台上字第 105 号判决）。再就该条规定之精神言之，无权利人事前经权利人允许所为之处分，亦为有效，从而曾本与黄钦订立之协议书，是否为承认及允许黄钦处分该不动产，应予肯定，原审竟以上开法条不包括债权行为而不为认定，即判决上诉人败诉，上诉讼旨，声明废弃原判决，为有理由。”^②此项判决误认第 118 条第 1 项所称之处分包括债权行为，其理由构成及结论均难苟同。

(3) 判决结论虽属正确，但理由构成具有疑问，即判决理由不足以支持其结论。1955 年台上字第 1424 号判例谓：“第 169 条系为保护善意第三人而设，故本人有使第三人信以为以代理权授与他人之行为而与之交易，即应使本人负其责任。又此本人责任系指履行责任而言，并非损害赔偿 responsibility，故本人有无过失在所不问。”在此判例，“最高法院”肯定本人应负无过失责任，固系通说之见解，惟其支持此项结论之理由：“又此本人之责任系指履行责任而言，并非损害赔偿 responsibility”，是否坚强，不无疑问。依此见解，凡负履行责任者，必属无过失责任，凡负损害赔偿 responsibility，殆非无过失责任。此在现行法上实欠依据。第 110 条规定：“无代理人，以他人之代理人名义所为之法律行为，对于善意之相对人，负损害赔偿之责。”据上开判例之理由推论之，无权代理人之损害赔偿 responsibility，似应属过失责任。实则并非如此。1967 年台上字第 305 号判例谓：“无权代理人责任之法律根据如何，见解不一，而依通说，无权代理人之责任，系直接基于民法之规

① 《民刑事裁判选辑》第 4 卷，第 2 期，第 87 页。

② 《民刑事裁判选辑》第 1 卷，第 3 期，第 26 页。

定而发生之特别责任,并不以无权代理人有故意过失为其要件,系属于所谓原因责任,结果责任或无过失责任之一种,而非基于侵权行为之损害赔偿。故无权代理人纵使证明其无故意或过失,亦无从免责……”可资参照。

本文拟分析检讨之 1982 年台上字第 4690 号判决,亦属于此种“判决结论虽属正确,但理由构成具有疑问”之类型。

(二) 成立要件及生效要件

关于 1982 年台上字第 4690 号裁判要旨:“查出租人固负有使承租人就租赁物为使用收益之义务,惟此项义务之履行,并不以移转租赁物之所有权为必要,故出租人对其租赁物是否有所有权或其他权利,概非租赁之成立要件。”首先应指出者,系其所谓“成立要件”,似为“生效要件”之误,而此与澄清本文所讨论之问题,亦有关联,特附带说明之。^①

按法律行为之成立要件者,指法律行为之成立所必要不可缺之事实,若无此事实,法律行为即无从存在。其属一般成立要件者,为当事人、意思表示及标的。法律行为之生效(有效)要件者,指法律行为之生效所不可缺之事实,若无此事实,法律行为即无从发生效力。其属一般生效要件者,为当事人须有行为能力,意思表示须无瑕疵(即意思表示须健全),标的须确定、可能、适法、正当。兹举三例说明之:

(1) 禁治产人出卖其所有之镭射唱机给乙(买卖契约),并依让与合意交付之(物权契约,第 761 条)。于此情形,买卖契约及物权契约均属成立,但因甲无行为能力,故买卖契约及物权契约均属无效。

(2) 设甲偷乙所有之机车出售给丙,并依让与合意交付之。于此情形,买卖契约及物权契约亦均属成立,并具备一般生效要件,问题在于买卖契约及物权契约之“生效”,是否尚须以出卖人有处分权为要件。

(3) 设甲盗乙车出租给丙,其租赁契约之效力是否因甲无处分权而受影响?此为本文讨论之重点。

^① 关于成立要件及生效要件区别之基本问题,参见王伯琦:《民法总则》,第 129 页、第 197 页。Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1980, S. 284ff., 422., 444ff., 450f.; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 1982, RdNr. 487f. (S. 169).

(三) 出卖他人之物、出租他人之物与负担行为

就 1982 年台上字第 4690 号判决理由分析之, 首须确定者, 系其所谓: “惟此项义务之履行, 并不以移转租赁物所有权为必要”, 似系就买卖契约(出卖他人之物) 或赠与契约(赠与他人之物), 与租赁契约作比较对照之观察。倘此项解释无误, 则“最高法院”似系基于下列思考过程而作成判决:

(1) 买卖契约, 其义务之履行, 系以移转标的物所有权为内容, 须以出卖人对标的物有所有权为必要。

(2) 租赁契约, 其义务之履行, 在于使承租人就租赁物为使用收益, 并不以移转租赁物之所有权为必要。

(3) 故出租人对其租赁物是否有所有权, 非租赁之成立要件(有效要件)。

此项理由构成, 能否成立, 不无疑问。兹分两点言之: 其一, 买卖契约之生效, 须以出卖人对标的物有所有权为要件, 是否正确, 实有疑问; 其二, 买卖契约与租赁契约之给付义务虽有不同, 即前者在于移转标的物之所有权, 后者在于使承租人就租赁物为使用收益, 但此种给付义务内容之不同, 何以会影响其是否须以处分权(所有权) 为生效要件, 颇难理解。依吾人所信, “最高法院”显然忽略了买卖契约及租赁契约之共同性, 即二者均属负担行为。因此, 真正问题之所在, 系负担行为之生效, 是否须以处分权为要件。易言之, 即第 118 条第 1 项所称之处分是否包括负担行为在内。若采肯定说, 出卖他人之物与出租他人之物均属效力未定; 若采否定说, 出卖他人之物与出租他人之物, 其效力均不因无处分权而受影响。由是观之, 1982 年台上字第 4690 号判决似未触及问题之核心。

(四) 负担行为与处分权

买卖及租赁均属于所谓之负担行为, 前已论及。负担行为者, 使发生给付义务之法律行为也, 又称为债务行为或债权行为。与之应严予区别

者,系直接引起权利变动之处分行为(物权行为及准物权行为)。^① 负担行为及处分行为之生效须具备三项共通要件:① 当事人有行为能力;② 意思表示健全;③ 标的确定、可能、适法及正当。须注意的是,处分行为之生效,除上开要件外,尚以处分人有处分权为必要。此就处分行为之性质而言,实为当然自明之理,若处分人无处分权,如何能径使权利发生变动,若物之出卖人对买卖标的物无所有权,如何能依物权行为径将其所有权移转给买受人?第118条规定即在表示此项法律基本原则。^②

反之,于负担行为,则不以有处分权为必要。其理由有二:其一,自概念言之,负担行为之作成只发生给付义务而已,并不直接引起权利变动,负担债务者对给付标的物无处分权,在所不问;其二,自价值判断言之,倘负担行为之生效须以处分权为要件,则出卖他人之物、出租他人之物均不发生契约上之效力,与债务契约本质有违,不合交易之需要。

由上所述,可知负担行为与处分行为最主要之区别,在于处分行为之生效,须以处分人有处分权为要件,而于负担行为,则不以负担义务者对给付标的物有处分权为必要。准此以言,第118条第1项所称之处分,系指处分行为而言,并不包括负担行为在内,应属当然。关于出卖他人之物,最近判决已明确表示:“第348条第1项固规定,物之出卖人负交付其物于买受人,并使其取得该物所有权之义务。但买卖标的物之所有权,并非必须属于出卖人为必要。”(1982年台上字第4683号判决)。^③ 又1982年台上字第3617号判决谓:“买卖契约与移转所有权之契约不同,出卖人对出卖之标的物,不以有处分权为必要。本件上诉人之母林蔡稻将讼争土地出卖给被上诉人之父陈清泰,其移转所有权之处分行为,纵令未经上诉人及林兰之同意不能发生效力,惟其买卖债权契约则非无效。”^④ 明辨负担行为及处分行为,自值赞同。若“最高法院”能将此项见解予以原则化,肯定负担行为(债权行为)之生效,均不以负担义务者对给付标的物

① 参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社2009年版;Brox, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 4. Aufl. 1979, RdNr. 101 (S. 53); Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1985. RdNr. 232 (S. 191); v. Tuhr, Zum Begriff der Verfügung nach dem BGB, AcP 117, 193.

② 参见洪逊欣:《民法总则》,1976年修订初版,第287页。

③ 《刑事裁判选辑》第3卷,第4期,第108页。

④ 《刑事裁判选辑》第3卷,第3期,第62页。

有处分权为要件,则不但 1982 年台上字第 4690 号判决在理由构成上之疑义可以避免,而且可以确立一项明确基本原则,裨益法律之解释适用。

最后,尚须说明者,负担行为与处分行为之主要区别,在于前者不以处分权为必要,因而产生另一项重要差异,即于处分行为适用“次序原则”(Rangordnung),而于负担行为则适用平等原则。此点关系法律适用甚巨,再举三例说明之:

(1) 甲擅以自己名义出卖乙所有之电视机给丙、丁、戊。于此情形,甲与丙、甲与丁、甲与戊之买卖契约(负担行为)均属有效。设甲将该电视机依让与合意交付给戊时(第 761 条),此项物权行为,系属无权处分,效力未定。其后乙承认甲之无权处分时,其处分有效(第 118 条第 1 项),戊因而取得电视机所有权,丙及丁仅能依债务不履行之规定向甲请求损害赔偿。

(2) 甲对乙有租金债权,甲之弟丙擅以自己名义将该租金债权先后赠与丁、戊及庚,并让与之(处分行为、准物权行为,第 294 条)。于此情形,丙与丁间,丙与戊间及丙与庚间之赠与契约(负担行为)均为有效,但债权让与行为(处分行为),均为无权处分,效力未定。设甲死亡,由丙单独继承而取得该租金债权时,其处分自始有效,惟因数处分相抵触,以最初之处分为有效,由丁取得租金债权(参阅第 118 条第 2 项、第 3 项)。

(3) 甲擅以自己名义将乙之房屋先后出租给丙、丁、戊。于此情形,甲与丙间,甲与丁间及甲与戊间之租赁契约(负担行为),均为有效。设甲将该屋交付给戊时,因未涉及物权变动,不发生处分行为、无权处分、权利人承认或善意取得之问题。乙得依第 767 条规定向戊请求返还其屋。甲为避免发生此项结果,得与乙约定,将其对戊之租金债权让与甲(债权让与),或更经由戊之同意,将其出租人之地位移转于乙(契约承担)。①惟此与第 118 条第 1 项所称对无权处分之承认无关,应予注意。

四、结 论

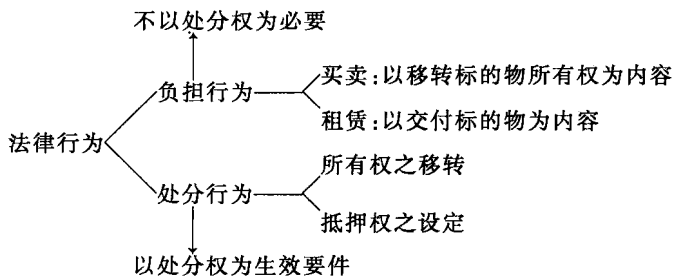
在 1982 年台上字第 4690 号判决一案,原审认为租赁契约之“成立”

① 关于契约承担之基本问题,参见郑玉波:《民法债编总论》,第 495 页。Norr/Scheying, Sukzession, 1983.

以出租人对于租赁物有处分权为必要。“最高法院”废弃此项见解，实值赞同，惟判决要旨之理由构成亦有商榷余地，兹分两点言之：

(1) 似认为以移转所有权为内容之债权契约（例如买卖），其契约之生效，以债务人对标的物有所有权为必要。在此基本观念下，似仍认为出卖他人之物系属第 118 条第 1 项所称之无权处分，犹未完全扬弃传统见解。

(2) 认为出租他人之物，其租赁契约所以有效，乃是因为租赁契约并不以移转标的物所有权为内容，故不以出租人对租赁物有所有权为必要。此项见解，殊难令人首肯。出租他人之物，其租赁契约之生效所以不因出租人无所有权而受影响，乃是因为租赁契约系负担行为，而第 118 条第 1 项所称之处分并不包括负担行为在内，与租赁契约系以物之使用收益为内容，而非在于移转租赁物之所有权，根本毫不相关。租赁契约如此，买卖契约亦然，互易、赠与、借贷亦不例外。要言之，出租他人之物、出卖他人之物、互易他人之物、赠与他人之物、借给他人之物，其契约之有效，均不以负担义务者对标的物有处分权为要件。何则？其理由无他，乃此等契约均属负担行为（债权行为、债务行为），非属第 118 条所称之处分也。^① 为期明了，图示如下：



^① 1983 年度台上字第 850 号判决之裁判要旨谓：“查租赁，就出租人无所有权之物，虽亦得成立，但租约系债务契约之一种，除经所有权人同意外，此项租约对所有权人并不当然继续有效。”（《民刑事裁判选辑》第 4 卷，第 1 期，第 165 页）。关于本判决，应说明者有四：（1）判决之结论认为出租他人之物，其租赁契约“成立”，可资赞同，惜未特别强调，此乃因租赁契约系债务契约（负担行为），不以有处分权为必要；（2）所谓“成立”，严格言之，应属“有效”成立；（3）租赁为债务契约，基于债之关系的相对性，对第三人（包括租赁物所有人），并不有效，乃属当然；（4）所有人之“同意”，如何使该租约对所有权人“当然继续有效”，颇难理解。“最高法院”似尚未完全摆脱，其认为第 118 条所称“处分”系包括负担行为之误会。

租售他人之物、所有人之承认 与债之主体的变更*

一、问题之说明

出租他人之物、出卖他人之物或私卖共有物(合称租售他人之物),涉及多层面的基本法律关系,可谓“法律思维的宝藏”,虽掘之再三^①,仍有可供开采之处。“最高法院”在1981年度以后之判决虽已逐渐扬弃“出卖他人之物系无权处分”之误会,但在另一方面却又强调此类契约,得因所有人之“承认”而对所有人发生效力。此项观点,先后出现于不同判决,代表“最高法院”一项基本法律见解,前曾分别说明^②,兹再综合论之,希望能有助于澄清此项在理论及实务上具有重要性之问题。

二、“最高法院”之见解

(一) 1981年台上字第2160号判决(裁判要旨)^③

本院按代理云者,代理人于其代理权限内,以本人名义与第三人为法律行为之谓。是故,纵有代理权,与第三人为法律行为时,非以本人名义

* 本文原载《台大法学论丛》第15卷,第1期(1985年12月)。

① 参见拙著:《出卖他人之物与无权处分》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社2009年版;《再论“出卖他人之物与无权处分”》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社2009年版;《三论“出卖他人之物与无权处分”》,载《法学丛刊》第121期(1986年1月);《出租他人之物,负担行为与无权处分》,载《军法专刊》第32卷,第4期(1986年4月1日)。

② 参见注1资料。

③ 参见《民刑事裁判选辑》第2卷,第2期,第30页。

为之者,亦不成立代理。又虽与第三人为法律行为时,未明示其为代理人,而如相对人按其情形,应可推知系以本人名义为之者,固难谓不发生代理之效果,即所谓之“隐名代理”。惟如代理人当时系以自己之名义而为,即非以代理人之资格而为代理他人行为。再无权代理或表见代理,除欠缺代理权外,非具备代理其他之要件,不能成立。故无代理权,又非以他人名义而与第三人为法律行为者,当不发生无权代理因本人承认而对本人发生效力,或使本人负表见代理授权人责任之问题。至无权利人就权利标的物,以自己名义与第三人成立买卖后,纵经有权利人之“承认”,尚难因此而谓有权利人已变为买卖契约之订约当事人(但负有使出卖人履行出卖人义务之义务),相对人仍不得径行对之为履行之请求。本件原审既依上诉人之陈述,并斟酌黄钦与上诉人订立之买卖契约书,而认定黄钦系以自己之名义与上诉人订约,而非以代理人资格而为,亦不能证明黄钦于当时曾表示已受委任代理出售之事,是则征之前开说明,既难谓黄钦就讼争房屋与上诉人订约,系代理被上诉人而为,或应成立“隐名代理”,更不发生无权代理因被上诉人承认而对上诉人发生效力或使被上诉人负表见代理人授权人责任,或因被上诉人已“承认”该项买卖契约,而变为该买卖契约订约之当事人。以此,原审认为上诉人前开各项之请求,均非正当。爰维持第一审所为驳回上诉之判决,于法洵无不当。上诉讼旨,仍执陈词,指摘原判决违法,求为废弃,非有理由。

(二) 1983 年台上字第 679 号判决(裁判要旨)^①

买卖契约之成立,非以出卖人对于标的物有所有权为要件,设共有人未得其他共有人之同意,擅自出卖共有物,其买卖契约并非无效,仅对于其他共有人不生效力而已,且得因其他共有人之事后承认而溯及既往发生效力。

(三) 1983 年台上字第 850 号判决(裁判要旨)^②

查租赁,就出租人无所有权之物,虽亦得成立,但租约系债务契约之一种,除经所有权人同意外,此项租约对所有权人,并不当然继续有效。

^① 参见《民刑事裁判选辑》第4卷,第1期,第127页。

^② 参见《民刑事裁判选辑》第4卷,第1期,第165页。

三、分析检讨

(一) 租赁他人之物,非属无权处分

就上开三则判决分析之,“最高法院”似已完全肯定出租他人之物或出卖他人之物,其契约之“生效”,不以出租人或出卖人对标的物享有处分权为要件。就法律适用之基本原则言之,即第 118 条第 1 项所称之处分,仅指处分行为(物权行为及准物权行为),并不包括负担行为(债权行为)在内。是以负担债务者对标的物纵无处分权,其负担行为(租赁、买卖等)之效力,仍不因此而受影响。

(二) 所有人为“承认”前之法律状态

租售他人之物,既非无权处分,则所有人之“承认”自不在于使此等契约本身在缔约当事人间发生效力。依“最高法院”之见解,此项承认乃在于使此等契约对“所有人”,“溯及既往发生效力”。所谓对所有人发生效力,无非在使所有人得因其承认而取得或负担契约上之权利义务。因此,为检讨此项“承认”之意义及功能,首先须了解于所有人承认之前,其法律状态究属如何。兹分述之:

(1) 契约当事人间之法律关系。租售他人之物,其契约之效力不因出租人或出卖人无处分权而受影响,故当事人间互负有给付义务。出租人或出卖人给付不能者,应依债务不履行规定负损害赔偿(第 348 条、第 353 条、第 226 条)。①

(2) 对所有人而言。所有人系契约关系外之第三人,不享有因该契约所生权利,或负担其义务,甚为显然。须注意的是,出租人已将标的物交付于承租人时,所有人除得向无权占有其物之承租人请求返还其物(第

① 参见 1983 年台上字第 471 号判决要旨:“以他人所有之物为出卖之标的物,订立买卖契约者,其出卖人须先取得该物之所有权,然后移转于买受人;或使该他人径将物之所有权移转于买受人,如出卖人不履行所有权移转之义务,依第 353 条之规定,买受人得依关于债务不履行之规定,行使其权利。又民法上所谓给付不能,系指依社会观念,其给付已属不能者而言。所有权属于他人之物,出卖人固不能将其所有权移转于买受人,故在出卖人取得买卖标的物之所有权以前,倘无请求该他人将物之所有权移转于出卖人之权利;或径行移转于买受人之权利存在,则移转该物所有权于买受人之义务,即属不能给付。”

767条)外,并得向出租人依不当得利之规定请求返还租金(参照第179条以下规定),或依侵权行为之规定请求损害赔偿(第184条第1项前段)。又于买卖契约,设买受人就出卖人之无权处分因善意取得其物之所有权时,所有人亦得依不当得利规定向出卖人请求返还其所受之价金,或依侵权行为规定请求损害赔偿。买受人为恶意者,所有人得向其请求返还其物,就其所受之损害,并得依侵权行为之规定,请求损害赔偿。

(三) 所有人对处分行为之承认

在出租他人之物之情形,出租人交付租赁物于承租人,乃事实行为,不涉及无权处分。在出卖他人之物之情形,例如,乙出卖甲所有之镭射唱机给知情之丙(债权行为),并依让与合意交付之(物权行为),其买卖契约有效,但物权行为则属无权处分,效力未定。依第118条第1项规定,无权利人(乙)就权利标的物(镭射唱机所有权)所为之处分,经有权利人(甲)之承认而生效力。关于此点,应说明者有三:

(1) 此项承认,法文虽称“始生效力”,但解释应认为有溯及力。

(2) 承认得为明示或默示。甲向乙起诉请求返还所受领之价金,依其情形得解释为系默示承认。所有人为承认时,得依不当得利之规定(第179条以下),向出卖人请求返还其所受领之价金。^①

(3) 承认非属后补之授权(nachgeholte Ermächtigung),并不改变无权处分人不法侵害他人权利之事实,故所有人就其于承认前所受之损害,仍得依侵权行为之规定请求损害赔偿。^②

须特别说明者,系多数无权处分承认之问题,例如,乙擅以自己名义出售甲所有之善本书给知情之丙,丙转售给丁,并依让与合意交付之。于此情形,乙及丙均无权处分甲所有之善本书。甲得选择承认乙或丙之无权处分。设甲承认乙之无权处分时,则乙与丙间之物权行为因甲之承认而生效力(第118条第1项),丙取得该善本书之所有权。此际,依第118条第2项规定,无权利人(丙)就权利标的物(善本书)为处分后,取得其

^① 此为德国之通说:BGH LM § 816 BGB Nr. 6; BGH DB 1960, 1212; RGZ 115, 31, 35; 106, 55. 参见拙著:《无权处分与不当得利》,载《民法学说与判例研究》(第二册),北京大学出版社2009年版。

^② 此亦为德国之通说:BGH DB 1976, 814; NJW 1960, 860; RGZ, 115, 31, 35.

权利,其处分自始有效,丁亦因此取得该善本书之所有权。^①

(四) 对负担行为之允许及承认

1. 允许

1983年台上字第850号判决谓:“查租赁,就出租人无所有权之物,虽亦得成立,但租约系债务契约之一种,除经所有人同意外,此项租约对所有人并不当然继续有效。”同意,有事先同意(允许)及事后同意(承认)之别。兹先对“允许”说明之。

就处分行为而言,第118条第1项仅就权利人之承认,设其规定,关于允许,则无明文,惟在解释上应肯定之,无权利人经有权利人之允许,就标的物所为之处分,有效(参照《德国民法》第185条第1项)。^②此种对无权处分之允许,学说上称为处分授权(Verfügungsermächtigung)。^③于此情形,无权利人系以“自己名义”为处分行为,无须表明其系处分他人权利,故与代理之须表明其系为“本人”为法律行为(包括处分行为)不同,应予注意。

应特别强调者,于负担行为,现行法不承认所谓之“负担授权”(Verpflichtungsermächtigung)。易言之,即在现行法上,其以自己名义所订立契约,纵经他人同意在前,对该他人亦不生效力。此项原则乃基于利益衡量,在使相对人知悉究与何人订立契约,享受权利,负担义务。^④惟此以言,甲允许乙出租其所有之房屋,无论其内部关系如何,设乙系以自己名义与丙订立租赁契约时,该租赁契约原则上不具“对他效力”(Fremdwirkung),不能因之使甲取得契约上之权利义务。为使甲取得契约上之权利,应利用代理制度,惟乙须表示其系为甲订立租赁契约(显名主义),自不待言。

2. 承认

(1) 对所有人发生效力? 在此须检讨者,系出租他人之物,经所有权人之承认(事后同意)者,此项租约对所有权人是否有效? 又出卖共有物,经其共有人承认,此项买卖对其他共有人是否溯及既往发生效力? 对

① 参见拙著:《民法总则》,载《民法实例研习丛书》(二),第379页。

② 史尚宽认为:“此为理之当然”。

③ Erman/Brox, BGB, Hand Kommentar, 6. Aufl. 1981, Anm. 7 zu 185.

④ MünchKomm/Thiele, BGB, 2. Aufl. 1984, § 185 RdNr. 47.

此问题,“最高法院”在上开 1983 年度两则判决中采肯定说。此项见解是否妥当,涉及“债之相对性”及“法律行为之承认”两项基本概念,兹分别讨论之。

债之相对性 租赁及买卖均属债之关系。债者,特定人(债权人)得向特定人(债务人)请求特定给付之法律关系,故债之关系外之第三人,除契约另有订定外(如第三人利益契约),不享有债之关系上之权利,亦不承担债之关系上之义务,学说上称之为债之关系的相对性(Relativität der Schuldverhältnisse)。^① 准此原则,在乙擅以自己名义出租甲屋给丙之例,丙不得向甲请求交付其屋,甲亦不得向丙请求支付租金;在私卖共有之物之例,其他共有人亦不负有交付其物及移转其所有权之义务,亦不享有价金债权。

法律行为之承认 法律行为之承认者,指有承认权人对效力未定之法律行为予以确定生效之意思表示。承认,在性质上属于形成权,依单方之意思表示而行使之,被承认之法律行为,溯及既往发生效力。例如,18岁之甲出卖所有电脑给乙,并依让与合意交付之。甲为限制行为能力人,其买卖合同及物权行为均属效力未定,其经法定代理人承认者,溯及既往发生效力。又例如,乙擅以甲之名义出租甲所有之房屋,因乙无代理权,故其代为之租赁契约对甲而言,效力未定,须经甲之承认,始生效力。由此两例可知,承认系以效力未定之法律行为为对象,法律行为倘已“有效成立”,自无承认之必要。

据上所述,“最高法院”认为出租他人之物,其租约得因所有人之“承认”而对所有人继续有效,私卖共有物,得因其他共有人之“承认”,而对其溯及既往发生效力,此项见解殊难赞同,其理由有二:其一,此项“租售他人之物”之契约,本属有效,不发生“承认”之问题;其二,第三人不能依其单方之意思表示,使他人以自己名义订立之契约,对其(第三人)发生,而取得契约上之权利义务。“最高法院”之见解与民法之基本概念及基本原则未符,似有商榷余地。

(2) 使所有人负有使“出卖人履行出卖人义务”之义务? 须特别指出者,系 1981 年台上字第 2160 号判决区别代理、无权代理及以自己名义

^① 参见拙著:《债之关系的结构分析》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社 2009 年版。

出卖他人之物,概念清晰,实值赞佩,其所谓:“至无权利人就权利标的物,以自己名义与第三人成立买卖合同后,纵经有权利人之承认,尚难因此而谓有权利人已变为该买卖合同之订约当事人,相对人仍不得对之为履行之请求。”诚属正确,可资赞同,自不待言。有疑问者,系“最高法院”认为有权利人因其“承认”而负有“使出卖人履行出卖人义务”之义务。此项见解之法律依据何在,颇费索解。在“民法”上有所谓“由第三人给付之契约”(或称担保第三人给付之契约),即以第三人之给付为契约之标的。^①例如,丙与甲约定,由甲负责使乙为丙绘画人像。依第268条规定:“契约当事人之一方,约定由第三人对于他方为给付者,于第三人不为给付时,应负损害赔偿责任。”此种负“使第三人为给付义务”债务,其发生须以“契约”为原因,无从依单方之意思表示(承认)形成之。因此,在乙出卖甲屋给丙之情形,须丙与甲订立使乙(出卖人)履行“其出卖人义务”之契约,甲始负有使乙“履行出卖人义务”之义务。惟甲与丙是否会订立此种不具实益之契约,不无疑问。

(五) 意思表示之解释与债之主体变更

1. 意思表示解释之问题

“最高法院”认为租售他人之物之契约,得因所有人之“承认”,而对所有人发生效力,此项见解,就“承认”之概念而言,虽有疑问,但不能因此而径否定此项“承认”具有法律行为上之意义。所有人所以对他人租售其物之契约予以“承认”,倘系纯在于使该租赁契约本身在当事人间发生效力,则此项承认可谓失其意义、失其标的、失其功能,盖租售他人之物,非属无权处分,原无待乎所有人之承认,始生效力也。然而,倘所有人之为“承认”,旨在取得该契约上之权利义务时,则此项“承认”究具何种意义,应就具体案件,依意思表示解释之方法,探求所有人真意决定之。

2. 债之主体的变更

所有人之为“承认”,旨在取得该租售其物契约之权利义务者,涉及债之主体变更之问题。关于债之主体的变更,其主要形态有四:

(1) 债权让与:即基于原债权人(让与人)与受让人(第三人、新债权人)之合意(准物权行为、处分行为),而为债权之移转,由新债权人代替

^① 参见郑玉波:《民法债编总论》,第389页。

旧债权人。例如,乙出卖其房屋给丙,而将其对丙之价金债权让与甲。

(2) 债务承担:即移转债务为标的之契约,例如,乙出卖其屋给丙,由①第三人甲(承担人、新债务人)与债权人乙订立契约,或②由甲与丙(原债务人)订立契约(须经债权人乙之同意),由甲承担丙支付价金之义务。

此种债务承担,得为免责债务承担,即由承担人(甲)代替原债务人(丙)负担债务,而原债务人脱离债务关系,免除其债务;亦得为并存的债务承担,即由第三人(甲)加入债务关系,与原债务人(丙)对债权人(乙)负相同责任。

(3) 契约承担:乃以承受契约当事人地位为标的之契约。民法对此未设明文,依契约自由原则,自得为之。例如,乙出租其屋给丙,丙将其承租人之地位移转于第三人甲(契约承担人)。此种移转系将由租赁关系所生之债权、债务及其他附随的权利关系一并移转,须由原契约之当事人及第三人之三面契约为之,自不待言。

(4) 契约加入:对此债之主体变更之态样,民法亦未设明文,依契约自由原则,亦得为之。第三人之加入契约,就债务而言,为并存的债务承担,故应与债务人负连带责任;就债权而言,则视加入契约而定,得为连带债权,不可分债权或可分债权。契约加入应否得契约相对人之同意,甚有争论^①,但似以采肯定说为是,盖加入契约者,有疑义时,亦取得债之关系之终止权或选择权等形成权,相对人之地位因此而受影响,具有法律上之利害关系也。

3. 所有人真意之探求

所有人所以对租售其物之契约为“承认”,倘其目的在于使该契约对其发生效力,以取得契约上之权利义务,则应就个案斟酌相关情事,认定其究属何种形态之债之主体的变更,兹举二例说明之:

(1) 甲预定外出2年,将空屋托乙看管,乙擅以自己名义出租给丙。甲提前半年返回,发现其事,原欲追究乙之法律责任。乙即对甲表示愿将已收租金交付给甲,其后并由甲向丙请求租金,惟不得向丙请求返还房屋,丙亦表示愿对甲履行租约上之义务。于此情形,甲之“承认”,得解释

^① 学者认为契约加入不需征得债务人同意者,有史尚宽:《债法总论》,第718页;Grunsky in Emmerich, Grundlage des Vertrags- und Schuldrechts, Bd. I. 1974, S. 609. 采肯定说有:Esser/Schmidt, Schuldrecht I, 7. Aufl. 1985, S. 623; Larenz, Schuldrecht I, S. 12. Aufl. 1981, § 35, 并参见 Fikentscher, Schuldrecht, 1985, S. 379.

为系甲与乙、丙(契约当事人)订立“契约承担”之意思表示,乙之出租人之地位因而由甲继受之。

(2) 甲与乙共有某屋,应有部分各为 1/2。乙擅以自己名义出售该屋给丙。乙事后悔之,为避免不能办理所有权移转之责任,乃向甲表示愿平分价金,请求甲“承认”其买卖合同,共同办理所有权移转登记给丙,甲允之。于此情形,甲之“承认”得解释为系“契约加入”之意思表示。

四、结 论

吾人曾将“出卖他人之物”譬为法学上之精灵,“最高法院”经过数十年终于认清其本性,肯定负担行为非属第 118 条第 1 项所称之无权处分,不以负担义务者有处分权为生效要件。惟精灵变幻无常,完全掌握,确属不易,“最高法院”认为“租售他人之物”之契约,得因所有人之“承认”而对所有人发生效力,可资证明。所有人系契约关系外之第三人,如何得依其单方意思表示,而使他人之契约对其发生效力? 此就“承认”之概念,契约原则及当事人利益以言^①,诚难苟同。第三人虽为标的物之所有人,为取得他人契约上之权利或负担他人契约上之义务,乃债之主体变更之问题,须依债权让与、债务承担、契约承担或契约加入之方式为之,应无依单方意思表示(承认)形成之余地。事关法律基本原则,不能不再三强调也。

^① 所谓“契约原则”(Vertragsprinzip),系指债之关系依法律行为而发生者,除法律另有规定外,应依当事人之契约为之。关于此点,《德国民法》第 305 条设有规定,台湾地区现行“民法”虽无明文,应采同一解释,就私法自治原则而言,乃理之当然也。

买卖、设定抵押权之约定与 第 758 条之“法律行为”*

一、问题之说明

众所周知,法律行为可分为债权行为及物权行为。所谓债权行为,指以债权之发生为内容之法律行为,例如买卖、租赁等;物权行为,指以物权之发生、变动、消灭为内容之法律行为,例如所有权之移转、抵押权之设定等。^①然而并非所有人都知道,物权行为究于何处设其规定,其理由有二:其一,物权行为本身,不易了解;其二,民法仅使用“法律行为”之概念,并无“物权行为”之用语。因此,“民法”所称法律行为,究指债权行为抑或物权行为而言,应就各个条文判断之。总则编上之法律行为,原则上应兼括债权行为及物权行为。第 167 条规定:“代理权系以法律行为授与者……”其所称“法律行为”,系指使代理人取得代理权限之单独行为,既非债权行为,亦非物权行为,而是另外一种类型之法律行为。^②至于第 170 条规定:“无代理权人以代理人名义所为之法律行为……”其所称“法律行为”应包括债权行为及物权行为在内。又第 283 条规定:“数人依法律或法律行为,有同一债权,而各得向债务人为全部给付之请求者,为连

* 本文原载《法学丛刊》第 122 期(1986 年 4 月)。

① 参见胡长清:《民法总论》,第 212 页;梅仲协:《民法要义》,第 66 页;史尚宽:《民法总论》,第 287 页;拙著:《民法总则》,载《民法实例研习丛书》(二),第 19 页。

② 关于代理权授与行为之法律性质,参见洪逊欣:《民法总则》(1976 年修订初版),第 451 页以下。Larenz 教授认为系属一种单方形成之法律行为,为授权行为之一种(einseitiges, gestaltendes Rechtsgeschäft, eine Art der Ermächtigung),参见 Larenz 氏著 Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1980, S. 563.

带债权。”其所称“法律行为”，系指债权行为，自不待言。

第 758 条规定：“不动产权，依法律行为而取得、设定、丧失及变更者，非经登记，不生效力。”其所称“法律行为”究系指债权行为、物权行为抑或兼指二者而言，不无疑问。“最高法院”长期以来一再表示，买卖或赠与即系第 758 条所称之法律行为，又 1983 年台上字第 1890 号判决，亦认为设定抵押权之约定（债权契约）为第 758 条所称之法律行为。此项见解是否正确，殊值研究。鉴于第 758 条在法律交易上之重要性，并涉及“民法”之基本体系，特撰本文检讨之。

二、买卖契约与第 758 条之法律行为

（一）判例、判决及决议

（1）1954 年台上字第 117 号判例。某股份有限公司股东，以其所有之某处土地与该公司订约，将约定价金抵充股款，亦属不动产所有权依法行为而移转之性质，依第 758 条之规定，非经登记，不生效力。在其所有权移转登记之前，尚难谓该公司为此项土地之所有权人。

（2）1970 年台上字第 1590 号判例。买卖乃法律行为，基于买卖取得不动产之所有权，非经登记，不生效力，与承揽之定做人原始取得工作物所有权之情形不同。至于所谓工作物供给契约，即工作物全部材料由承揽人供给者，如当事人之意思重在工作物财产权之移转时，乃不失为买卖之一种。

（3）1971 年台上字第 1317 号判例。讼争房屋，被上诉人既系购自日产清理处，自属依法行为而取得。倘未办理所有权移转登记，不能徒凭一纸日产产权移转临时证明书，即认其业已取得讼争房屋之所有权。

（4）1974 年 12 月 3 日，1974 年第六次民庭庭推总会决议。第 66 条第 1 项所谓定着物，系指非土地构成部分，继续附着于土地，而达一定经济上目的，不易移转其所在之物而言。凡屋顶尚未完全完工之房屋，其已足避风雨，可达经济上使用之目的者，即属土地之定着物，买受此种房屋之人，乃系基于法律行为，自须办理移转登记，始能取得所有权。如买受人系基于变更建筑执照起造人名义之方法，而完成保存登记时，在未有正当权利人表示异议，诉经涂销登记前，买受人登记为该房屋之所有权人，应受法律之保护，但仅变更起造人名义，而未办理保存或移转登记时，当

不能因此项行政上之权宜措施，而变更原起造人建筑之事实，遽认该买受人为原始所有权人。

(5) 1979 年台上字第 90 号判决。^① 上诉人系提供土地与敦泰公司合作建屋，俟房屋完成按双方约定比例分配房屋及基地，论其性质，应属民法上之互易，依互易准用买卖之规定，及买卖为物权变动之法律行为应适用第 758 条之规定之结果，敦泰公司虽将完工之讼争房屋分归上诉人，亦须办妥登记始能取得所有权。

(6) 1981 年台上字第 45 号判决。^② 上诉人既非事实上之原始起造人，其受赠人系因法律行为而取得，依第 758 条规定，非经登记，不生效力。讼争房屋既未办理保存登记及移转登记，上诉人自不因其具申领建筑执照而当然取得所有权，自无排除强制执行之权利。

(二) 分析检讨

(1) “最高法院”之基本见解。上开判例、判决及决议，认为买卖乃法律行为，基于买卖取得不动产，非经登记，不生效力；讼争房屋购自清理处，自属依法律行为而取得此种房屋之人，乃系基于法律行为，自须办理移转登记，始能取得其所有权；买卖为物权变动之法律行为，应适用第 758 条；受赠系因法律行为而取得，依第 758 条之规定，非经登记，不生效力。综合论之，吾人应可肯定，依“最高法院”之基本见解，买卖或赠与系第 758 条所称之法律行为。准此以言，关于不动产所有权之移转，得以下列模式表示之：

买卖或赠与(第 758 条法律行为) + 登记: 不动产所有权之移转

如果“最高法院”确实采取上开见解，而此项见解在现行法上可以成立的话，其冲击至深且巨，不但所有的民法教科书均须改写，“最高法院”所有关于物权行为之判决均将失其实体法上之依据，而且直接影响当事人之利益。问题在于，就“民法”而言，“最高法院”之见解是否可资赞同？

(2) “民法”是否承认物权行为？

学说 为检讨“最高法院”见解，首先应该提出一项基本问题：“民法”是否于债权行为外，尚承认物权行为？关于此点，台湾学者都采肯定

^① 参见《民事裁判专辑：有关房屋合建契约之裁判》(1970—1984 年)，第 597 页。

^② 参见《民刑事裁判选辑》第 2 卷，第 1 期，第 205 页。

说。胡长清先生谓：“债权行为之外，是否有物权行为之存在，学说及立法例颇不一致。法国学者解释彼国民法，多不认为物权契约之存在，而谓物权上之变动即直接由债权契约而生。德国学者则取反对之见解，而谓债权行为仅能发生债之关系，物权上之变动则由物权行为而生。自学理言之，应以后者为是。”^①洪逊欣先生谓：“除债权行为外，是否尚须承认物权行为之独立的存在？关于此点，学说及立法例不相一致。就‘民法’而言，其采肯定说，甚为明了（参见第 758 条、第 761 条）。”^{②③}

判例 值得注意的是，“最高法院”判例亦承认物权行为之存在，兹举四则判例如下：

1953 年台上字第 323 号判决谓：“债权人依第 244 条规定，撤销债务人所为之有偿或无偿行为者，只需具备下列条件：① 为债务人所为之法律行为；② 其法律行为有害于债权人；③ 其法律行为系以财产权为目的；④ 如为有偿之法律行为，债务人于行为时，明知其行为有害于债权人，受益人于受益时，亦明知其情事。至于债务人法律行为除有特别规定外，无论为债权行为抑或为物权行为，均非所问。”

1944 年上字第 2489 号判决谓：“共同共有人中之一人，以共同共有物所有权之移转为买卖契约之标的，并非所谓以不能之给付为契约标的，其移转所有权之处分行为，虽因未经其他共同共有人之承认不能发生效力，而其关于买卖债权契约则非无效。”本判例严格区别债权行为及处分行为，而其所谓之处分行为，即物权行为是也。

1941 年上字第 441 号判例谓：“不动产之出卖人于买卖契约成立后，本有使物权行为合法成立之债务。系争之买卖契约苟已合法成立，纵令移转物权契约未经某甲签名，欠缺法定方式，但被上诉人为某甲之概括继承人，负有补正法定方式，使物权契约合法成立之义务，且不得借口该物权契约尚未合法成立，即请求确认买卖契约为不存在。”

① 胡长清，前掲书，第 212 页。

② 洪逊欣，前掲书，第 266 页。并请参见史尚宽：《物权法论》，第 22 页。

③ 曾世雄先生在其近著《民法总问题研究》一书（1985 年 1 月），列有专节（第六节），就“物权行为”作有深入精密之分析，对于物权行为之存在及其价值，持怀疑之见解，并认为：“第 760 条仅规定不动产物权之移转，应以书面为之，即不动产物权之移转应为要式行为，至于其是否为契约行为，则尚难以该一规定而认定之。退一步而言，纵使为契约行为，亦不必因其列于物权编，而认为系物权契约。”（第 67 页）。实则，第 760 条并非系关于物权行为之规定，其规定物权行为者，乃第 758 条，其所称法律行为，即物权行为是也。

1982年台上字第1891号判决谓：“修正前‘土地法’第30条就私有农地所有权移转行为所作之强制规定，关于约定负担移转该土地所有权之债权债务行为，并不在限制之列。故约定出售私有农地于无自耕能力之人者，其所订之农地买卖契约，尚不能认系违反强制规定为无效。”^①

本文见解“最高法院”肯定物权行为之存在，视为当然，未说明理由。胡长清先生认为自学理言之，以承认物权行为为是。洪逊欣先生则强调应采肯定说，甚为明了。物权行为本身一方面颇为难懂，已如上述，在其他方面其存在又“甚为明了”，其理由如下：

民法法典并不是教科书。^②民法不能设一条规定，表示“本法除债权行为外，尚承认物权行为。”因此，必须了解民法典之理论基础，始能知之。台湾地区现行“民法”乃继受德国民法，而德国民法系学说之产物，总则编为其精华，以法律行为（Rechtsgeschäft）理论为其最卓越之成就。^③此项法律行为理论系以负担行为（债权行为）及处分行为（物权行为及准物权行为）之区别为其架构。物权行为及无因性理论是德国法系民法典之基本风格。^④

总则编之法律行为，就其理论构成及编制体制而言，除债权行为外，尚包括物权行为，应无疑问。第118条所称之“处分”，系指处分行为而言，并以物权行为为主要规律对象。如果否认“物权行为”之存在，则本条应如何解释适用，即生困难。

不当得利制度，系建立在物权行为无因性理论之上。例如，甲出卖某屋给乙，于登记后，甲因意思表示错误撤销其买卖契约。倘“民法”于债权行为外，不承认物权行为之存在，则买卖契约一旦被撤销而视为自始无效（第114条），乙虽为登记名义人，仍未取得该屋所有权。甲得向乙请求返还其屋，并涂销登记（第767条，物上请求权）。反之，若承认物权行为无因性，则乙基于物权行为取得其所有权，不因债权行为被撤销而受影

① 《民刑事裁判选辑》第3卷，第2期，第294页。

② 近代立法之法典化，均受著名法学家著作或教科书之影响，如《法国民法》之于Pothier，《奥地利民法》之于Zeiller，《瑞士民法》之于Huber，《德国民法》之于Savigny，Windscheid（参见Zweigert/Kötz，Einführung in die Rechtsvergleichung，Band I，2 Aufl.，1984.）。因此，民法典须参酌学说（教科书及其他法学著作）始能了解其规范目的及理论体系。

③ 参见Flume，Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts，2. Band，Das Rechtsgeschäft，3 Aufl. 1979.

④ Zweigert/Kötz，aa O.

响,惟债权行为既已不存在,乙之受让房屋所有权,系无法律上原因而受利益,应成立不当得利,甲仅得依不当得利之规定向乙请求返还其屋之所有权(第 179 条以下,债权请求权)。由是可知,给付不当得利请求权(Leistungskondition)系以物权行为无因性为其前提。易言之,给付不当得利请求权,乃在于治疗“民法因采物权行为无因性自创之伤痕”^①,旨在调整债权行为及物权行为分离之制度。^② 如果不承认物权行为,则所有民法教科书关于给付不当得利之见解均须重写,绝大部分“最高法院”之相关判例、判决均应“废弃”。^③

洪逊欣先生所以认为“民法”承认物权行为,甚为明显,乃基于第 758 条及第 761 条之规定。倘不承认物权行为之独立存在,则此二条规定所谓“法律行为”及“让与合意”,究何所指,其规范目的何在,势难理解。

(3) 第 758 条与物权行为之体系。据上所述,可知“最高法院”亦明白承认处分行为、物权行为及不动产所有权移转之物权契约。此项对民法基本原则之肯定,自值赞同。惟“最高法院”在其他方面又再表示,第 758 条所称之法律行为系指买卖或赠与而言,因而产生一项重大疑问:关于不动产物权得丧变更之物权行为,究于何处设其规定?^④

对此问题,“最高法院”从未作明确之说明,在关于第 758 条所著之三十余则判例,未曾肯定表示其所称之法律行为,系属物权行为,其关于物权行为或物权契约之判例,多列入第 760 条规定:“不动产物权之移转或设定应以书面为之。”以下,似认为本条系关于物权行为之基本规定。如果确实采此见解,实难赞同,其理由有二:其一,依本条文义,似系关于物

① 参见 Dernburg, Das Bürgerliche Recht, Schuldverhältnisse, Bd. II/2. 4. Aufl. 1915, S. 722: “Die vom Abstraktionsprinzip bewußt geschlagenen Wunden.”

② Flume, aaO. S. 156f.; Larenz, Schuldrecht II, 12. Aufl. 1981. § 66(S. 522).

③ 1985 年台上字第 1378 号判决谓:“本件被上诉人系本于其法定代理人李炳煌与上诉人及其他共有人分别订立之买卖契约(债权契约),由上诉人及其他共有人指界分割为 27613 号,再订立土地所有权移转契约(物权契约),然后办理所有权移转登记为被上诉人所有,其取得所有权,即非无法律上之原因。纵如上诉人主张有错误情形,在未撤销其错误之意思表示之前,仍难谓被上诉人之取得所有权,系无法律上之原因,即无不当得利可言。”(“司法院公报”第 27 卷,第 10 期,第 29 页)此项判决显然以物权行为无因性为前提。关于本判决之检讨,参见拙著:《物权行为错误与不当得利》,载于本书(北京大学出版社 2009 年版)。

④ 第 761 条第 1 项规定:“动产物权之让与,非将动产交付,不生效力。但受让人已占有动产者,于让与合意时,即生效力。”设甲出卖某画给乙,其画所有权之移转,除交付外,尚须让与合意。此项让与合意,绝非买卖契约,而是“物权合意”(物权契约)。惟“最高法院”在其判例中对此“让与之合意”之意义,尚未作有明确之解释。

权契约方式之规定；其二，物权行为有物权契约及单独行为，本条系指物权契约而言，并不包括单独行为（例如不动产所有权之抛弃）在内。依吾人见解，第 760 条系关于物权契约书面方式之规定，以物权行为之存在为其前提，其关于物权行为本身之规定，则为第 758 条，其所称之法律行为，既非指债权行为，亦非兼指债权行为及物权行为，乃专指物权行为而言，此就第 758 条之规定于物权编即可知之，就法律体系解释以言，诚如洪逊欣先生所云，甚为明了，而与第 761 条之让与合意互相对照，一为关于不动产之物权行为，另一为关于动产之物权行为，立法意旨，殆可肯定无疑也。^①

学者明确表示第 758 条所称之“法律行为”，系物权行为者有梅仲协、郑玉波、姚瑞光。^② 值得注意的是，史尚宽先生首先肯定：“依第 199 条与第 758 条至第 761 条规定之对照及关于不当得利之规定观之，则应有债权契约与物权契约之区别，盖无疑义。”^③ 并认为第 758 条明定：“不动产物权之变动，依法律行为而生者，非经登记，不生效力”，系采德国立法例，于债权行为外，应认有独立之物权行为^④，但其他方面史尚宽先生却又认为第 758 条所称之“法律行为”，系指买卖、赠与等而言^⑤，其论点前后不甚协调，易启误会，判决或受其影响，亦未可知。倘若第 758 条之“法律行为”，非指物权行为，则史尚宽先生所谓：“物权行为，谓以物权之设定、移转、变更或消灭为目的之法律行为”^⑥，究在何处设其规定？

综据上述，第 758 条旨在宣示民法物权变动之一项基本原则，即关于物权之变动，不是债权行为之当然结果，而是要作成一個独立于债权契约

① 关于第 758 条，“最高法院”共著有 30 则判例，但从未明确表示本条所称之“法律行为”系指物权行为。惟须注意的是，1938 年上字第 816 号判决谓：“不动产之买受人虽未支付价金，而依物权法之规定，出卖人移转所有权于买受人之法律行为已生效力者，自不能因买受人尚未支付价金，即谓其所有权未曾取得。”又 1970 年台上字第 1543 号判例谓：“不动产所有权之移转，不以交付该不动产为其效力发生要件，不动产之买受人虽未受交付，而依物权法之规定，出卖人移转所有权于买受人之法律行为已生效力者，自不能因买受人尚未交付即谓其所有权未曾取得，又不动产之重复买卖，以先办妥所有权移转登记者，应受法律之保护。”此两则判决似承认，于买卖契约外，尚有所谓之“法律行为”，依本文之见解，此项法律行为即物权行为是也。

② 参见梅仲协：《民法要义》，第 370 页；郑玉波：《民法物权》，第 35 页；姚瑞光：《民法物权论》，第 14 页、第 19 页。

③ 史尚宽：《物权法论》，第 22 页。

④ 参见史尚宽：《物权法论》，第 21 页。

⑤ 参见史尚宽：《物权法论》，第 31 页、第 46 页。

⑥ 史尚宽：《物权法论》，第 17 页。

外,以物权变动为内容之意思表示,并以登记为其表征。第 758 条所称之“法律行为”与第 761 条所称之“让与合意”(dingliche Einigung),均指物权行为而言。准此以言,设甲有 A 屋及 B 车出卖给乙,关于 A 屋及 B 车之买卖及其所有权之移转,可以下列模式表示之:

法律 行为	{	买卖(第 345 条):债权行为(负担行为)	
		{	A 屋所有权(不动产):物权行为[法律行为;要式行为(第 760 条)]
			+ 登记(第 758 条)
		B 车所有权(动产):物权行为(让与合意) + 交付(第 761 条)	

三、设定不动产抵押权之“约定”(债权契约) 与第 758 条所称之“法律行为”

(一) 1983 年度台上字第 1890 号判决

(1) 裁判要旨。设定抵押权之约定,为法律行为之一种,依第 758 条,非经登记,不生抵押权设定之效力。如不动产所有人与债权人订立设定抵押权契约后,未依约履行,债权人固得请求该所有人履行契约,倘该所有人拒不履行,债权人对于债务人之债权,并不因此消灭。

(2) 理由。本件被上诉人主张:上诉人为担保第一审共同被告大翔旅行社有限公司(以下简称大翔旅行社)机票债务 320 万元(新台币,下同),于 1980 年 11 月 29 日与被上诉人订立协议书,约定提供其所有如第一审判决所表示之不动产设定抵押权,使为大翔旅行社分期偿还债务之担保。嗣大翔旅行社积欠债务 248 万元未还,而供抵押之不动产经法院查封,无法为抵押权登记,惟此项不能为抵押权设定登记之原因,系因上诉人另欠谢金传之债务,由谢金传申请强制执行所致,上诉人应依第 226 条规定负损害赔偿等情,求为命上诉人与大翔旅行社共同给付 248 万元之判决。

上诉人则以:伊并未同意设定抵押权,以担保大翔旅行社之债务,且既未设定抵押权,被上诉人自未受损害等语,资为抗辩。

原审依被上诉人请求,命上诉人与大翔旅行社给付被上诉人 248 万元。无非以:上诉人提供系争不动产与被上诉人订立协议书,其真意在设定抵押权以担保大翔旅行社所欠被上诉人之债务,兹系争不动产经法院

查封进行拍卖,无法为抵押权设定登记,而不能为抵押权设定登记之原因,系因上诉人另欠谢金传之债务,经谢金传申请强制执行所致,被上诉人指为系可归责于上诉人之事由,自属可采,应有第 226 条规定之适用。按有抵押权担保与无抵押权担保,对于债权之保护并不相同,如原可受抵押权之担保而径成为无担保,对于债权当有损害,从而被上诉人据以请求上诉人为损害赔偿,洵无不合,为其判断之基础。

惟查上诉人在原审辩称:被上诉人主张其对于大翔旅行社之债权额为 248 万元,此项债权不因上诉人不提供担保而减少,纵未提供,亦无所谓所失利益。且依协议书所载,已有诉外人王秀凤以其所有台北县三重埔段菜子寮小段 236 之 1 号土地及地上三楼房屋提供担保,设定抵押权在案,在对大翔旅行社强制执行及拍卖王秀凤供抵押之不动产无法受偿前,不得谓被上诉人已受损害云云(见原审卷第 119、149、152 页)。原审就此项防御方法,未于判决理由项下,记载何以不足采取之意见,遽为上诉人不利之认定,已有判决不备理由之违法。且设定抵押权之约定,为法律行为之一种,依第 758 条规定,非经登记,不生抵押权设定之效力。如不动产所有人与债权人订立设定抵押权契约后未履行,债权人固得请求该所有人履行契约倘该所有人拒不履行,债权人对于债务人之债权,并不因此消灭,准此,被上诉人是否因上诉人不能履行契约而蒙受损害,亦非无疑。

上诉讼旨,执以指摘原判决不当,声明废弃,非无理由。

(二) 分析检讨

1. 设定不动产抵押权之债权契约

(1) 债权契约之肯定。本案系关于所谓之物上担保,即由第三人(上诉人)与债权人(被上诉人)约定提供不动产,设定抵押权以担保他人之债务。原审及“最高法院”均认为此项设定抵押权之约定,是为债权契约。此项观念,殊值重视,有进一步说明之必要。

关于物权行为与债权行为之关系,通说分为四种情形:①两者同时并存者,如即时买卖;②债权行为先行于物权行为者,如一般买卖(尤其是不动产买卖);③仅有债权行为者,如雇佣;④仅有物权行为而无债权行为者,如物权之抛弃。又不当得利返还原物所有权亦属此种有物权行为而无债权行为之类型。例如,甲出卖某画给乙,依让与合意交付其物

后,发现买卖契约并不成立。于此情形,先有债权行为,后有物权行为,债权行为契约不成立,乙依物权行为(无因性)取得该画所有权,系无法律上之原因,应依不当得利之规定返还该画之所有权。此项不当得利返还原物“动产”所有权,应依第 761 条规定为之,即当事人须有移转该画所有权之让与合意及交付。此项物权行为显无债权行为作为其原因行为。

须特别注意的是,洪逊欣先生认为第三人为债务人设定抵押(物上保证),系仅有物权行为,而无债权行为。^①然此系指设定抵押权所担保者为他人之债务,而非设定者自己之债务,抵押权人不能向物上保证人请求履行此项债务,仅能就其所提供之抵押物求偿而言。因此,所谓物上保证仅负无债务之责任,并不排除认为其先行于设定抵押权(物权契约)之“约定”,系属债权契约。倘不采此见解,则甲与乙约定提供土地,担保乙对丙之贷款,乙基此约定对丙贷款后,甲拒绝为抵押权之设定,乙即无从向甲请求为抵押权之设定或主张债务不履行之损害赔偿,不但不合情理,与私法自治原则且有违背。由斯观之,“最高法院”之见解,应值赞同。^②

(2) 债权契约之履行。第三人与债权人订立“设定不动产抵押”之债权契约后,第三人(债务人)即负有依约履行之义务。易言之,即应依第 758 条及第 760 条之规定,为抵押权之设定。第三人拒不履行时,债权人得依诉请求之。1968 年台上字第 1436 号判例谓:“不动产物权之移转,应以书面为之,其移转不动产物权书面未合法成立,固不能生移转之效力。惟关于买卖不动产之债权契约,乃非要式行为,若双方就其移转之不动产及价金业已互相同意,则其买卖契约即为成立。出卖不动产之一方,自应负交付该不动产并使他方取得该不动产所有权之义务,买受人若取得出卖人协同办理所有权移转登记之确定判决,则得单独申请登记,取得所有权,移转不动产物权书面之欠缺,即因之而补正。”此项判例要旨于不动产抵押权之设定,亦有适用余地,即债权人于取得协同办理抵押权设定登记之确定判决,则得单独申请登记,取得抵押权,设定不动产抵押权书面之欠缺,即因之而补正。

(3) 债务不履行之损害赔偿。本案判决之争点在于设定抵押权之给

① 参见洪逊欣,前掲书,第 226 页。

② 在实务上当事人基于设定抵押权之约定,而请求设定抵押权登记事件,颇为常见,参见 1980 年台上字第 1627 号判决、1980 年台上字第 1943 号判决、1982 年台上字第 3913 号判决。

付债务因可归责于债务人之事由,致给付不能时,债权人得否请求损害赔偿。原审认为:“按有抵押权担保与无抵押权担保,对于债权之保护并不相同,如原可受抵押权之担保而竟成为无担保,对于债权当有损害。”“最高法院”则认为:“设定抵押权之约定,为法律行为之一种,依第 758 条规定,非经登记,不生抵押权设定之效力。如不动产所有权人与债权人订立抵押权契约后,未依约履行,债权人固得请求该所有权人履行契约,倘该所有权人拒不履行,债权人对于债务人之债权,并不因此而消灭。准此,被上诉人是否因上诉人不能履行契约而蒙受损害,亦非无疑。”

关于此项争议,首须指出者,系“最高法院”所谓:“倘该所有权人拒不履行,债权人对于债务人之债权,并不因此而消灭。”此项论点,实属当然自明之理,盖债权为主权利,而抵押权为从权利,从权利之不发生或消灭,不影响主权利之存在,乃理之当然也。因此,“最高法院”所谓:“准此,被上诉人是否因上诉人不能履行契约而蒙受损害,亦非无疑。”似难赞同。债权人是否因不动产所有权人不能履行“设定不动产抵押权”债权契约,而蒙受“损害”,并非指此项债权是否“消灭”,而是指此项债权是否因未能提供担保,致“未获清偿”而受有不利利益而言。此应就个案而定。债务人资力足以清偿或有其他担保可供满足债权时,不动产所有权人虽不履行契约,债权人并不因此而受有损害。反之,则应认为债权人受有损害。例如,丙拟向乙借款百万元,第三人甲与乙订约愿提供某屋设定抵押权,以供担保。乙基此“设定担保物权”之债权约定,即贷款给丙。设于甲依第 758 条及第 760 条规定设定抵押权之前,因甲之过失致该屋灭失,丙无资力或无其他担保,致乙之债权之全部或一部未受清偿者,乙即受有损害,得依债务不履行之规定向甲请求赔偿(第 226 条)。^①

2. 抵押权之设定与第 758 条

如前所述,第三人与债权人约定提供不动产设定抵押权,是为债权契约。抵押权之设定,须依第 758 条规定为之。因此又发生一项疑问,即本条所称之“法律行为”,究指何而言。1983 年台上字第 1890 号判决谓:“设定抵押权之约定,为法律行为之一种,依第 758 条规定,非经登记,不生抵押权设定之效力。”如前所述,“最高法院”认为此项设定抵押权之

^① 抵押权设定后,抵押物因可归责于抵押人之事由而价值减少时,依第 872 条第 1 项规定,抵押权人得请求抵押人恢复抵押物之原状,或提出与减少价额相当之担保。

“约定”为债权契约。据此观之，依“最高法院”见解，第 758 条所称之法律行为，系指“设定抵押权”之债权契约而言。“最高法院”此项论点，似有商榷余地。

首先须说明者，系设定抵押权之“约定”，与抵押权之“设定”（或设定抵押权），在概念上应严予区别，前者为债权契约（负担行为），后者为物权契约（物权行为，处分行为）。1977 年台上字第 1097 号判例谓：“所谓最高限额之抵押契约，系指所有人提供抵押物，与债权人订立在一定金额之限度内，担保现在已发生及将来可能发生之债权之抵押权设定契约而言。”本判例所称之“抵押权设定契约”，即系指物权行为（物权契约）而言。^①

抵押权之设定为物权行为，系民法之基本原则。然则，此项原则究于何处规定之？曰：于第 758 条，其所称之“法律行为”，乃指物权行为而言，兼括单独行为（如抵押权之抛弃）或物权契约（如抵押权之设定）。本此基本认识，应说明者有四：

（1）设定抵押权之“约定”，系属债权行为，故虽以他人之不动产为标的，仍为有效，惟于就该不动产“设定”抵押权时，则须有处分权，否则应构成无权处分（参阅第 118 条）。1929 年上字第 570 号判例谓：“设定抵押权原须由抵押物所有人自为之，但债务人得抵押物所有人之许可者，则其抵押行为亦与所有人自为无异。”又 1929 年上字第 1899 号判例谓：“不动产抵押权应由不动产所有人设定之，其由第三人设定者，则须经所有人同意或追认，始能认为有效。”可资参考。

（2）设定抵押权之约定，既属债权行为，应属不要式行为，不适用第 760 条规定。

（3）设定抵押权之“约定”（债权行为）及抵押权之“设定”（物权行为），在概念上既应分开，则关于物权行为无因性理论，亦有适用余地。例如，甲与乙约定，提供土地担保丙之债务，倘于设定抵押权后，甲以意思表示错误为理由撤销其设定抵押权之“约定”（债权行为）时，其抵押权之设定（物权行为），固不因此而受影响，惟甲得依不当得利之规定，向乙请求

^① 设定不动产抵押权或用益物权，均系以第 758 条为其法律依据，第 860 条规定：“称抵押权者，谓对于债务人或第三人不移转占有而供担保之不动产，得就其卖得价金受清偿之权。”（参阅第 832 条、第 842 条、第 851 条），系为定义性之规定。

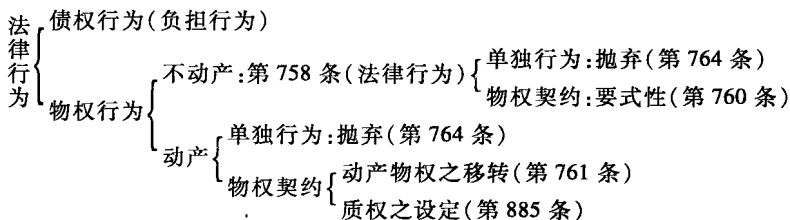
返还抵押权之设定(抵押权设定之涂销)。

(4) 设定抵押权之“约定”与抵押权之“设定”,在概念上固应严予区别,但实际上可同时为之,例如,第三人甲与债权人乙订立设定抵押权之书面契约,可解释为同时作成债权契约与物权契约。

四、修正抑或误会

(一) 物权行为之体系

据上所述,可知第 758 条所称之“法律行为”系指物权行为,兼括物权契约及单独行为。第 761 条第 1 项所称动产物权之让与合意则仅指物权契约而言。又物权之抛弃(第 764 条),无论动产或不动产物权之抛弃,均为单独行为。关于抵押权、典权、地上权、永佃权及地役权之设定,亦应适用第 758 条规定。惟质权之设定,依第 885 条之规定,物权之合意外,须移转占有,始生效力。综合观之,“民法”上物权行为之体系及其在法律行为体系上之地位可简单图示如下:



(二) 立法政策

上开物权行为之体系,体例严谨,是法律抽象逻辑思考方式的产物,可谓是一项法学理论之伟大成就。例如,甲以 A 瓶与乙之 B 盘互易,同时履行之,在此一交易中共有三个法律行为(一个债权行为,两个物权行为),当事人间法律关系透明,易于判断,裨益交易安全至巨,是其优点。惟将一个交易活动割裂为三个法律行为,不免悖乎常情,过分技术化、概念化,一般公民难以理解,是其缺点,故物权行为之独立性,并非是法学上不易之真理,亦非全无商榷余地。德国学者有认为在立法论上可舍弃独立之物权行为,而将物权变动之意思,纳入买卖或赠与等债权行为之内,

可供参考。^①

准据上述,须检讨者有三:

(1) “最高法院”是否企图借对第 758 条“法律行为”之解释,而扬弃物权行为?

(2) 物权行为能否经由解释而扬弃?

(3) “民法”修正宜否废弃物权行为?

就第一点而言,“最高法院”应无扬弃物权行为之意图,因为在其他判例仍一再肯定物权行为之存在。就第二点而言,“民法”系以债权行为及物权行为之独立并存为其基本架构,牵涉甚广,企图经由对个别条文之解释而变动物权行为,徒增混乱而已。就第三点而言,“民法修正研究委员会”并未将物权行为列为修改重点,兹事体大,自须慎重。要言之,历五十余年之解释适用,物权行为之理论业已生根,已成为法律生活不可分离之重要成分矣。“最高法院”对第 758 条所称法律行为之解释,似不具改革之意图,而是一项因未彻底究明法律行为理论体系而生之误会。

五、结 论

第 758 条事关不动产交易,在现行法上居于关键地位。“最高法院”在一连串的判例、判决及决议中认为买卖、赠与或设定不动产抵押权之约定(债权行为),即系物权变动之法律行为。此项见解,产生两项疑问:其一,“民法”于债权行为(买卖或赠与)外是否尚承认物权行为?其二,第 758 条所称之法律行为,倘非“物权行为”,则关于不动产物权变动之物权行为究于何处设其规定?依本文见解,物权行为之独立存在系“民法”之基干,第 758 条即在表示此项基本原则,其所称之法律行为,系指物权行

^① 德国学者关于物权行为之论述甚多,参见 Beyerle, Dinglicher Vertrag, in: FS für Boehmer, 1954, 164; Brandt, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft 1940; von Caemmerer, Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübertragung, RabelsZ 12, 675; Heck, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, 1937; Krause, Das Einigungsprinzip und Neugestaltung des Sachenrechts, AcP 146, 312; Lange, Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung im Boden und Fahrnisrecht, AcP 146, 28; Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 1984, S. 294f.; Larenz, Schuldrecht, Bd II, Halbband, 13. Aufl. 1986, S. 16f. 参见拙著:《物权行为无因性理论之检讨》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版;曾世雄:《民法总问题研究》,第 57 页以下。

为,绝非如“最高法院”所云,系指买卖契约、赠与契约或设定抵押权之约定(债权契约)。“最高法院”长期以来误认第 758 条之规范功能,为维护“民法”之基本体系,似有改正之必要,自不待言。

物权行为错误与不当得利*

一、三则民事判决

(一) 1985 年台上字第 1359 号

其判决要旨略谓：“台湾之祭祀公业并无当事人能力，故关于祭祀公业之诉讼，应为其派下全体起诉或被诉。而关于祭祀公业之诉讼，以管理人之名义起诉或被诉者，当事人栏应表明其为祭祀公业管理人，以表示其非以自己名义起诉或被诉。”此项判决系以“民事诉讼法”第 40 条为依据，事理至明，无待详论。

(二) 1985 年台上字第 1317 号判决

该判决涉及拆屋(违章建筑)还地问题。甲出租某地给乙，乙违章建筑二层楼房，出售给丙。其后甲以乙积欠租金为理由终止租赁契约，并请求丙拆屋还地。原审法院以乙未将该房屋所有权移转登记于丙，丙非该房屋所有人，遂以甲之请求为无理由而驳回之。“最高法院”肯定甲之请求权，认为：“就未办理保存登记之建筑物为让与时，虽因未办理保存登记致不能办理所有权移转登记，该建筑物之所有权不能发生让与之效力，但受让人与让与人间非不得约定将该建筑物之事实上处分权让与于受让人。”就此判决理由分析之，所谓“事实上之处分权”，当系指第 765 条所称物之所有人，于法令限制范围内，得自由使用、收益、处分其所有物之权能而言。本条所称“处分”，包括法律上处分及事实上处分在内，系通说

* 本文原载《法令月刊》第 37 卷，第 7 期(1986 年 7 月)。

见解^①,故“最高法院”上开判决,自有依据,固不待言。惟须注意者,物之出卖人,负交付其物及移转其所有权于买受人之义务(第348条第1项)。就未办理保存登记之违章建筑物为让与时,虽不能办理所有权移转登记,而使买受人取得其所有权,但买受人基于买卖契约占有房屋,得自由使用收益及为事实上处分(参阅第373条),对土地所有人构成无权占有时,土地所有人自得依第767条规定请求拆屋还地。所谓受让人与让与人间非不得“约定”将该建筑物之“事实上处分权”“让与”于买受人,其依据何在,未臻明确。“事实上处分权”,究其实际,无非是一种“权能”,如何“让与”,依何规定为之,颇难理解。在其列举之参考条文中除第758条及第765条外,尚有第1条,或系本于法理而作此判决,亦未可知,惟据上述,依吾人所信,处理本案,似尚无适用法理之必要。

(三) 1985年台上字第1378号判决

该判决涉及不当得利之基本问题。不当得利源自正义、公平之理念,历长期之发展,逐渐演变成为一个具有特定构成要件及法律效果之制度。关键问题在于一方受有利益,致他方受损害,在何种情形构成“无法律上之原因”。此为不当得利法困难之所在,亦为不当得利法魅力之所在。上开判决,初视之下,似甚妥当。实则,审思明辨之,此一判决对于债权行为、物权行为及不当得利之基本问题,似有误会,特撰此短文分析检讨之。

二、1985年度台上字第1378号判决

(一) 裁判要旨

本件被上诉人系本于其法定代理人李炳煌与上诉人及其他共有人分别订立之买卖契约(债权契约),由上诉人及其他共有人指界分割为27613号,再订立土地所有权移转契约(物权契约),然后办理所有权移转登记为被上诉人所有,其取得所有权,即非无法律上之原因。纵如上诉人主张有错误情形,在未撤销其错误之意思表示以前,仍难谓被上诉人之取得所有权,系无法律上之原因,即无不当得利可言(参考第179条、第88

^① 参见史尚宽:《物权法论》,第58页;郑玉波:《民法物权》,第59页。

条)。

(二) 理由

本件上诉人起诉主张:坐落于台北县板桥市番子园段番子园小段 27611 号土地,原为伊及诉外人刘乞食、刘进源共有,1971 年 11 月 10 日伊曾将该地应有部分中之 106.6 坪,出卖给被上诉人法定代理人李炳煌,经其指定登记为被上诉人所有。该地嗣于 1971 年 12 月 21 日分割为 27611、27613、27614、27615 号 4 笔,其中 27613 号面积 0.2302 公顷(折合 696.35 坪),伊之应有部分为 20910 分之 6528,折合 217.39 坪,依法只应移转与被上诉人 106.6 坪,但因办理登记时错误,将全部移转登记与被上诉人,被上诉人显有 110.79 坪之不当得利。兹查得该 27613 号土地,又分割为 27613、27616 号,其中新 27613 号,已由被上诉人出卖给第三人;27616 号面积 0.0930 公顷,折合 281.325 坪,伊自得依此比例请求被上诉人返还。因求为命被上诉人将 27616 号土地应有部分 20910 分之 8234,移转登记于伊之判决。

被上诉人则以:上诉人就上开所称不当得利事件,于另案(台北地方法院板桥分院 1981 年诉字第 1056 号返还不当得利事件),判决上诉人败诉确定,上诉人自不得就同一事件重新起诉。又不当得利之法则,以无法律上之原因而受利益,致他人受有损害为要件,则其请求返还利益之范围,应以对方所受利益为准。李炳煌系就上诉人与刘乞食、刘进源共有土地中之特定部分为买卖,并指界分割为 27613 号将其移转登记于伊,自无不当得利可言。

原审斟酌调查证据而为辩论之结果,以:① 上诉人于以前在另案提起之返还不当得利事件,与本件声明并不相同,非同一事件,即不生一事不再理之问题;② 被上诉人法定代理人李炳煌分别与上诉人及其他共有人刘乞食、刘进源订立之不动产买卖合同,其买卖之标的物,为上诉人等共有之原 27611 号(早 0.6760 公顷)中之特定部分,并由上诉人等共有人依约定于 1971 年 12 月 12 日申请台北县板桥地政事务所指界分割,将李炳煌买受之部分分割为 27613 号。1973 年 2 月 14 日,复与被上诉人另订土地买卖所有权移转契约,将所有权移转登记于被上诉人。且于办理 27613 号全部移转登记时,上诉人及其他共有人并未提及各人出卖之坪数,亦据证人杨秉坤供证在卷。纵其分割登记之面积,与原订买卖合同

(债权契约)有出入,亦系另一问题,被上诉人要无不当得利可言。况被上诉人所取得之土地,并未超过契约所载面积,而其实际位置及面积,复与土地登记簿所载相符,亦有台北县板桥地政事务所函可凭。被上诉人尤无受到其他利益可言。爰维持第一审所为不利于上诉人之判决,驳回其上诉。经核于法洵无不合。查本件被上诉人系本于其法定代理人李炳煌与上诉人及其他共有人分别订立之买卖契约(债权契约),由上诉人及其他共有人指界分割为27613号,再订立土地所有权移转契约(物权契约),然后办理所有权移转登记为被上诉人所有,其取得所有权,即非无法律上之原因。纵如上诉人主张有错误情形,在未撤销其错误之意思表示以前,仍难谓被上诉人之取得所有权,系无法律上之原因,即无不当得利而言。上诉讼旨,徒执债权契约仅约定出卖约106.6坪,而被上诉人竟取得217.39坪,遂指超过部分为不当得利,声明废弃原判决,非有理由。

三、分析检讨

(一) 问题之提出

本件判决之案例事实,拟简化如下,俾便讨论:甲出售某地之106.6坪给乙,指界分割订立土地所有权移转契约,并办理所有权移转登记于乙。若其后发现所移转土地所有权之坪数实为217.39坪时,即发生一项疑义:乙是否受有110.79坪之不当得利。易言之,乙之受有利益(110.79坪土地所有权),致甲之受损害,是否具有法律上之原因?

(二) 债权行为与物权行为

显然,本判决涉及债权行为及物权行为之关系,系属所谓之“给付不当得利类型”(Leistungskondition)。① 判决理由略谓:“本件被上诉人系本于其法定代理人李炳煌与上诉人及其他共有人分别订立之买卖契约(债权契约),由上诉人及其他共有人指界分割为27613号,再订立土地所有权移转契约(物权契约),然后办理所有权移转登记为被上诉人所有,其

① 关于不当得利之类型,参见 Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983(此为目前德国关于不当得利最详细之巨著,多达828页,资料丰富,可供参考)。参见拙著:《无法律上原因之财产损益变动》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版。

取得所有权,即非无法律上之原因。”如此明确区别债权契约及物权契约,实值赞佩,兹再引申说明之:

关于买卖契约(债权契约),第345条以下设有规定。物权契约究于何处规定,则有疑问。本判决所列举之参考法条有第179条(不当得利)及第88条(意思表示错误),未特别明确指出物权契约在实体法上之依据。第760条规定:“不动产物权之移转或设定,应以书面为之。”仅在表示不动产物权契约之要式性。依吾人见解,不动产物权契约系于第758条:“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。”设其规定。本条所称“法律行为”系指物权行为,包括单独行为(抛弃,第764条)及物权契约在内。

本判决明确区别债权契约与物权契约,前已论及,关于二者之关系,可分四点论之:

(1) 买卖契约及物权契约均有效成立。甲出卖A地给乙,作成物权契约并经办理登记,二者均有效成立时,乙依物权契约(第758条)取得A地所有权,而以买卖契约(债权契约)(第345条、第348条)为其法律上之原因。

(2) 买卖契约及物权契约均不成立、无效或被撤销。在上举甲出售A地给乙之例,设甲为禁治产人时,其买卖契约及物权契约均属无效(第15条、第75条),A地虽经登记给乙,乙仍不能取得其所有权,甲得请求涂销登记。设乙于涂销登记前将A地出卖给丙(出卖他人之物,债权行为,有效),并作成物权契约办理登记,移转其所有权给丙时,构成无权处分,丙为善意时,取得A地所有权(第118条第1项,“土地法”第43条)。

(3) 买卖契约有效成立,但物权契约不成立、无效或被撤销。在上举甲出售A地给乙之例,设买卖契约有效成立,其后于订立物权契约办理登记移转其所有权时,甲已受禁治产宣告者,其物权行为无效。此际乙虽不能取得A地所有权,惟乙基于买卖契约占有A地,系属有权占有,并得依第348条规定请求甲之法定代理人作成物权契约,以移转该地之所有权。

(4) 买卖契约不成立、无效或被撤销,但物权契约有效成立。在上举甲出售A地给乙之例,设仅买卖契约不成立、无效或被撤销时,依物权行

为无因性之理论^①，物权契约不因此而受影响，乙仍取得 A 地之所有权。惟买卖合同既不存在，乙系无法律上之原因受有利益，致甲受损害，应成立不当得利。

在 1985 年台上字第 1378 号判决一案，设出卖人所让与土地之坪数与买卖合同之坪数相符，买受人依有效成立之债权契约，受让土地所有权，具有法律上原因，不成立不当得利，自不待言。若让与土地坪数超过买卖合同坪数时，究应如何处理，是否成立不当得利，则有疑问。

（三）登记错误与不当得利

首先应说明者，系登记错误与不当得利。此之所谓登记错误，系指登记本身之错误，与物权契约无关。设某甲有 A、B 二地，出卖 A 地给乙，物权契约书面亦书写为 A 地，地政机关误登记为 B 地。此际，就 A 地而言，因未办理登记，乙不能取得其所有权，就 B 地而言，虽经登记，但未作成移转所有权之物权契约，乙亦不能取得其所有权。于此情形，甲本其所有权得请求地政机关为土地登记簿之更正。其须研究者，系乙是否受有“登记”之不当得利。问题在于“登记”，是否具有财产上利益，得为不当得利之客体。关于此点，应予肯定。例如，乙为 B 地之登记名义人，在更正之前，将 B 地所有权移转登记给第三人时，构成无权处分，善意之受让人得依“土地法”第 43 条规定，取得其所有权，故对甲而言，登记本身实具有财产上之利害关系，从而甲亦得依不当得利之规定（第 179 条以下）请求乙为土地登记簿之更正。^②

在 1985 年台上字第 1378 号判决一案，倘超过坪数纯系由于登记之错误时，自应依上开说明处理之。惟就案例事实观之，此项错误，似非纯为登记错误，此认定，可资赞同。

（四）债权行为之错误？物权行为之错误？

在 1985 年台上字第 1378 号判决一案，设出卖人指界分割，订立物权

^① 参见拙著：《物权行为无因性理论之检讨》，载《民法学说与判例研究》（第一册），北京大学出版社 2009 年版。

^② “登记”得为不当得利之客体，系德国判例学说之一致见解，参见 BGH NJW 73, 613; Erman/H. P. Westermann, BGB, Handkommentar, 1981, Anm. 1 zu § 812. 参见史尚宽：《债法总论》，第 71 页。

契约,所移转登记给买受人所有之土地超过买卖契约之坪数时,“最高法院”认为:“纵如上诉人主张有错误情形,在未撤销其错误之意思表示以前,仍难谓被上诉人之取得所有权,系无法律上之原因,即无不当得利可言。”肯定此项错误,系意思表示上之错误。有疑问者,系此项错误之意思表示,究为债权行为(买卖契约)上之意思表示,抑或为物权行为(物权契约)上之意思表示?此乃本件判决之核心问题,而为本文讨论之重点。

“最高法院”对此虽未明确表示其见解,惟就上开判决理由文义观之,认为其得撤销之错误的意思表示,乃指买卖契约(债权行为)上之意思表示,殆可肯定。而且惟有作此认定,上开之判决理由,在法律上始能成立。倘此项错误之意思表示,系指物权契约上之意思表示,则在其撤销之后,物权行为视为自始无效(第114条第1项),被上诉人不能取得所有权,根本不发生“被上诉人之取得所有权”是否有法律上原因之问题。依本文见解,此项认定似有误会。就案例事实详究之,买卖契约上之意思表示,似无错误,其有错误者,乃指界分割移转土地所有权之物权契约上意思表示。准此以言,本件判决真正之争点,不是物权行为有效成立,债权行为因意思表示错误未被撤销以前,是否发生不当得利之问题。问题之争点在于债权行为虽有效成立,但物权行为上之意思表示有错误而未撤销以前,其因物权行为而受有利益,是否无法律上之原因之问题。

(五) 物权行为之错误及其法律效果

1. 物权行为错误

第88条规定:“意思表示之内容有错误,或表意人若知其事情即不为意思表示者,表意人得将其意思表示撤销之,但以其错误或不知事情,非由表意人自己之过失者为限。当事人之资格或物之性质,若交易上认为重要者,其错误视为意思表示内容之错误。”本条所称之意思表示,包括债权行为上之意思表示及物权行为上之意思表示,就法律体系而言,系属当然。错误之意思表示,以债权行为上之意思表示,最为常见,误租赁为使用借贷(法律行为性质之错误),即其适例。又学说上有认为债权行为及物权行为同时作成者,债权行为有错误时,物权行为亦因之而有错误(同一瑕疵),例如,甲误纯金之佛像为镀金以贱价出卖给乙,并即同时依让与

合意交付时,应解释为买卖契约及物权契约均有瑕疵,俱得撤销之。^①

须特别强调者,系意思表示错误仅于物权行为发生者,亦属常见。兹分单独行为及物权契约说明之:

(1) 甲内心欲抛弃 A 笔,误取 B 笔舍之。抛弃为物权行为(单独行为),若甲知 B 笔非属 A 笔,即不为抛弃,故得撤销之。^②

(2) 甲出卖 A 杯给乙,误取 B 杯,依让与合意交付之。于此情形,甲若知 B 杯非属 A 杯,即不为让与 B 杯之意思表示,其物权契约上之意思表示有错误,亦得撤销之。^③

2. 物权行为撤销时之法律效果

债权行为因错误而被撤销,但物权行为本身并无瑕疵时,受让人仍能取得物权,惟应依不当得利之规定,负返还义务,前已论及,兹不赘。至于物权行为上之意思表示有错误时,其法律效果如何,应分三种情形述之:

(1) 仅有物权行为,而无债权行为,例如,甲误 B 笔为 A 笔而抛弃,乙先占之。于撤销之前,其抛弃有效,B 笔之所有权因而消灭,成为无主物,乙得依先占取得其所有权(第 802 条)。设甲撤销其抛弃之意思表示时,其抛弃视为自始无效(第 114 条第 1 项),B 笔复归甲所有,甲得向占有 B 笔之乙请求返还其物,惟应对乙因信赖其抛弃为有效而受之损害,负损害赔偿责任(第 91 条)。^④

(2) 债权行为及物权行为上之意思表示均有错误,如前开误纯金佛像为镀金而贱售之例(同一瑕疵),于此情形,在撤销错误之意思表示之前,债权契约及物权契约均属有效,乙取得纯金佛像,具有法律上之原因。此两项法律行为俱被撤销者,视为自始无效(第 114 条第 1 项),甲得依第 767 条规定,向乙请求返还佛像(物上请求权)。自理论言之,甲亦得依第 179 条向乙请求返还其对佛像无法律上原因之“占有”,因而发生所有物返还请求权与不当得利返还请求权之竞合。^⑤

① 参见史尚宽:《民法总论》,第 371 页。

② 参见拙著:《民法总论》,载《民法实例研习丛书》(二),第 315 页。

③ Brox, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 4. Aufl. 1980, RdNr. 392(S. 165).

④ 参见拙著:《民法总论》,北京大学出版社 2009 年版。

⑤ “占有”得为不当得利之客体,系通说之见解,参见史尚宽:《债法总论》,第 70 页;郑玉波:《民法债编总论》,第 130 页;孙森焱:《民法债编总论》,1985 年版,第 101 页;拙著:《基础理论》,载《民法实例研习丛书》(一),第 87 页;Kurz, Der Besitz als möglicher Gegenstand der Eingriffskondition, 1969;谷口知平:《不当得利的研究》,第 267 页以下。

(3) 仅物权行为具有意思表示上之错误,而债权行为并无瑕疵,例如,甲出卖 A 杯给乙,误取 B 杯依让与合意交付之。于此情形,应如何处理,实值研究,于下文说明之。

3. 不当得利请求权

(1) 物权行为被撤销。甲出卖 A 杯给乙,并依让与合意交付 A 杯,设仅物权行为不成立、无效或被撤销者,买受人基于买卖契约占有 A 杯(债权上之占有本权),自不成立不当得利,前已论及。设甲误交 B 杯时,乙对 B 杯并无债权,物权行为一旦被撤销,即构成无权占有,甲得向乙请求返还之(第 767 条)。就理论而言,甲亦得主张返还 B 杯“占有”之不当得利请求权。至于乙得向甲另行请求 A 杯,系属另一问题。^①

准上所述,在 1985 年台上字第 1378 号判决一案,设买卖契约当事人指界分割,订立物权契约发生错误,致移转超过买卖契约之坪数,出卖人于撤销其错误之物权行为意思表示之后,得依第 767 条规定向买受人请求返还其超过坪数之土地。

(2) 物权行为未经撤销。在出卖 A 杯而误交 B 杯之例,于甲未撤销其错误之意思表示或其撤销权因除斥期间经过而消灭(第 90 条)时,甲得否依不当得利规定向乙请求返还 B 杯所有权? 依第 179 条规定,不当得利请求权之成立要件有三:① 受有利益;② 致他人受损害;③ 无法律上之原因。甲误交 B 杯给乙,乙因物权行为而取得 B 杯所有权,受有利益,并因同一给付行为致甲丧失 B 杯所有权,均无疑问。须进一步检讨,系乙之受有利益,是否具有法律上之原因?

就给付行为而言,受益是否有法律上之原因,端视给付行为是否具有原因而定;其构成给付行为之原因,系法律行为(债权行为)时,又须视该法律行为是否有效成立判断之。易言之,即视受领该项利益,有无债权关系而定。债权云者,乃特定人间得请求特定给付之权利。甲出卖 A 杯给乙,乙得向甲请求交付 A 杯,并移转其所有权。甲依让与合意交付 A 杯,

^① 出卖 A 杯而误交 B 杯时,就买受人方面言之,出卖人并未依债之本旨提出给付,非属物之瑕疵担保问题,买受人自得请求出卖人为 A 杯之给付。参见史尚宽:《债法各论》,第 24 页;Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II. Halbband I (Besonderer Teil), 13. Aufl. 1986, S. 41. 80, 185; von Caemmerer Falschlieferung, Festschrift für Martin Wolff, 1952, S. 3; Fabricius, Schlechtlieferung und Falschlieferung beim Kauf, JuS 1964, 1, 460; Rape, Sachmangel und Irrtum beim Kauf AcP 150, 481.

乙之受益(取得 A 杯所有权),系基于对甲之债权,有法律上之原因,前已再三言之。若甲出卖 A 杯而误取 B 杯给付时,乙虽依物权行为取得 B 杯所有权,但就该 B 杯而言,乙并无债权,故其受益,即无法律上之原因,应成立不当得利,似无疑义。

综上所述,就 1985 年台上字第 1378 号判决一案而言,若上诉人(出卖人)主张其指界分割,订立物权契约有错误,致办理土地所有权移转登记超过买卖合同之坪数时,在未撤销其错误之意思表示以前,仍应谓被上诉人(买受人)之取得该超过约定坪数之所有权,系无法律上之原因,即有不当得利之可言。盖对超过约定坪数之土地,乙并无债权,论其情形,与甲欠乙 500 元,误取 1000 元大钞支付之,就超过之 500 元,乙受有不当得利,在法理上并无不同。

四、结 论

综据上述,甲出卖特定坪数之土地给乙,指界分割,订立物权契约,办理所有权移转登记给乙,设其坪数与买卖合同约定之坪数相符,乙所受利益,具有法律上之原因,自不成立不当得利。设所移转土地所有权之坪数超过约定出售之坪数时,1985 年台上字第 1378 号判决认为:“纵如上诉人主张有错误情形,在未撤销其错误之意思表示以前,仍难谓被上诉人之取得所有权,系无法律上之原因,即无不当得利可言。”关于此项判决,应说明者有三:

(1) “最高法院”似认为此项错误之意思表示系买卖合同上之意思表示。实则,就案例事实观之,此项错误之意思表示,应属物权行为错误。关于物权行为错误,一般教科书论述甚少,难免发生误会。^① 但此为民法基本概念,应有究明之必要。

(2) 在此种物权行为错误之情形,上诉人撤销其物权行为者,得主张物上请求权(第 767 条)。在未撤销其错误之意思表示以前,被上诉人取得超过买卖合同约定坪数土地所有权,系无法律上之原因,应成立不当得利,盖其对此超过部分,被上诉人既无债权,其受有利益,致他人受损害,乃无法律上原因,应负返还之义务。在撤销权于意思表示后经过 1 年而

^① 参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版。

消灭时(第90条),此项不当得利请求权,具有重大实益。

(3) 基此案例似可确立如下之原则:其一,债权行为(如买卖合同)不存在(如因错误被撤销)时,其依物权行为取得之权利(如所有权),系无法律上之原因而受有利益,致他人受损害,应成立不当得利;其二,债权行为本身(如买卖合同)虽有效成立,但因物权行为错误而给付标的物以外之“他物”(aliud)或数量超过时,买受人对之既无债权,其受有利益,致他人受损害,无法律上之原因,即有不当得利之可言。^①

^① Esser/Weyers, Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, 1984, 6. Aufl. S. 391; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 127.

未成年人与代理、无因管理及不当得利*

一、问题之提出

未成年人智虑未臻成熟,不能权衡利害,从事社会经济活动,在法律上自有保护之必要。就法律行为而言,“民法”规定未满7岁之未成年人为无行为能力,其意思表示无效,应由法定代理人代为意思表示或代受意思表示(第13条第1项、第75条及第76条);满7岁之未成年人为限制行为能力人,其意思表示,除纯获法律上利益或日常生活所必需者外,须得法定代理人之允许,其未得允许者,单独行为无效,契约则效力未定(第13条第2项、第77条以下)。又相对人对行为能力之信赖并不受保护,特值注意。^①就侵权行为而言,第187条规定:“无行为能力人或限制行为能力人不法侵害他人之权利者,以行为时有识别能力为限,与其法定代理人连带负损害赔偿。行为时无识别能力者,由其法定代理人负损害赔偿责任。前项情形,法定代理人如其监督并未疏懈,或纵加以相当之监督,而仍不免发生损害者,不负赔偿责任。如不能依前两项规定受损害赔偿时,法院因被害人之申请,得斟酌行为人与被害人之经济状况,令行为人为全部或一部之损害赔偿。”^②

须注意的是,未成年人参与交易活动,除法律行为(尤其是契约)及侵权行为外,尚有代理(尤其是无权代理),无因管理及不当得利。在诸

* 本文原载《法学丛刊》第124期(1986年10月)。

① 参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社2009年版。Heinz Hubner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1985, S. 401.

② 参见拙著:《未成年人及法定代理人之侵权责任》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社2009年版;曾隆兴:《现代损害赔偿法论》(1985年再版),第106页。

此情形,未成年人之法律地位如何?应负何种责任?“民法”未特设明文,究应适用一般规定,抑或为贯彻保护未成年人之基本思想应予修正,关系未成年人利益至巨,特撰本文论述之。

二、未成年人与代理

(一) 未成年人为本人

未成年人为代理关系上之本人,一般言之,固以法定代理较多,尤其是关于房地产之买卖、赠与及其所有权之移转。惟未成年人授与他人代理权(意定代理),亦属有之。代理权之授与系单独行为(第167条),应适用法律行为之一般规定,兹不详论,仅举一例说明之:19岁之甲授与乙以代理权,以其名义向丙书店购买《台大法学丛书》。乙即以甲之名义与丙订立买卖契约(第345条),并受让该丛书之所有权(第761条)。于此情形,倘甲事前得法定代理人之同意(允许),代理权之授与(单独行为)有效,乙与丙订立之买卖契约及物权契约直接对甲发生效力。设甲未得法定代理人之允许时,代理权之授与行为则属无效。无效之法律行为,不能因法定代理人之承认而生效,须经法定代理人之允许(明示或默示),重新为之,始生效力。如法定代理人不允许甲再为代理权之授与时,发生如下之法律效果:

(1) 代理权之授与行为无效,乙无代理权而以甲之名义与丙订立买卖契约及物权行为,系属无权代理(参阅第170条、第171条及第110条)。甲之法定代理人不为承认时,乙以甲名义与丙所订立买卖契约及物权行为,确定不生效力,甲不能取得该丛书之所有权,丙得依第767条规定向占有其物之甲或乙主张所有物返还请求权。

(2) 相对人丙,纵使不知未成年人甲之授权行为未经法定代理人允许,其善意仍不受保护。盖未成年人之保护应优先于交易安全,系民法之基本原则也。准此以言,对未成年人亦不成立表见代理(参阅第169条)。^① 丙就其所受之损害,仅能依侵权行为规定向甲请求损害赔偿(参阅第187条、第184条第1项后段),或依第110条规定向无权代理人乙主张其权利。

^① Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1980, S. 578f.

(二) 未成年人为代理人

1. 代理权之取得及代理行为之效力

对未满7岁之未成年人授与代理权,在理论上虽属可能,并于授权之意思表示到达法定代理人时生效(第96条),但在交易上殊为罕见,盖无行为能力人本身不能自为有效之代理也。对限制行为能力人为代理权之授与,则常有之。于此情形,涉及两个问题:其一,未成年人如何取得代理权?其二,代理行为之效力。

第77条规定:“限制行为能力人为意思表示及受意思表示,应得法定代理人之允许。但纯获法律上之利益或依其年龄及身份,日常生活所必需者,不在此限。”代理权之授与,仅在赋予代理人以一种资格或地位,代理人不因其代理行为而享有权利或负担义务,不生利或不利之问题,属于所谓法律上中性行为(rechtlich neutrale Geschäfte或称为无损益法律行为indifferente Rechtsgeschäfte),虽非纯获法律上之利益,但在解释上仍应认为不必得法定代理人之同意。^①故向限制行为能力人为代理权之授与者,于其通知达到限制行为能力人时,即生效力(参阅第96条)。

关于限制行为能力人所为代理之效力,第104条设有明文,肯定代理人所为或所受意思表示之效力,不因其为限制行为能力人而受影响,盖代理之效力直接归属于本人,代理人不因此享有权利负担义务,无保护之必要也。至于本人何以愿以限制行为能力人为代理人,则属其利益衡量问题。准此以言,本人原则上不得以不知代理人为限制行为能力人为理由,主张对当事人资格认识错误,而撤销其代理权之授与行为(参阅第88条第2项)。

2. 无权代理

无代理权限,而以本人名义为意思表示或受意思表示者,为无权代理。无代理权人,以他人之代理人名义所为之法律行为,对于善意相对

^① 施启扬:《民法总则》(1983年校订版),第227页谓:“除纯获利益的法律行为及不利益的法律行为之外,尚有所谓‘无损益法律行为’(indifferente Rechtsgeschäfte)。此项法律行为因未给予限制行为能力人利益,也未使其蒙受不利益,与限制行为能力人的财产状况无关,故宜解为无需得法定代理人之同意。此类行为主要有限制行为能力人以代理人身份所为之行为,以及经有权利人同意而处分的行为(尚有争论),因为未成年人所为法律行为的效力归属于第三人(本人或有处分权人),对未成年人无损益可言。”可供参考。并请参见Larenz, AT. S. 95. 552.

人,负损害赔偿责任(第110条)。限制行为能力人为无权代理人,其主要情形有二:其一,明知他人未为代理权之授与,而径自以他人之名义为法律行为,例如,19岁之甲未获其同学乙之授权,径以乙之名义向丙租屋;其二,不知授权行为无效,而为代理,例如,19岁之甲不知授与代理权之乙系禁治产人,而以乙之名义向丙购买录影机。于上开两种情形,设本人乙(或其法定代理人)不为承认,使代理行为发生效力时,乃发生一项重大疑义,即相对人丙得否依第110条之规定,向未成年之无权代理人甲请求损害赔偿?

关于此项问题,未设明文规定,亦未有判例。学者洪逊欣先生参酌德、日立法例(《德国民法》第179条第3项后段,《日本民法》第117条第2项)^①,认为无权代理人责任之成立,须以无权代理人为完全行为能力人为要件,惟限制行为能力人得法定代理人之同意,而为无权代理者,则应负责。^② 此项见解旨在保护未成年人,应值赞同,其主要理由为:未成年人未得其法定代理人同意,径以自己名义向他人租屋或购物者,其租赁或买卖契约不生效力,未成年人不负契约上之责任,倘未成年人无代理权而为租屋或购物时,须依第110条负无过失之损害赔偿赔偿责任,则其所负之责任显然超过以自己名义从事法律交易之责任,法律上之价值判断,显失平衡,故为贯彻民法保护未成年人之立法目的,对未成年人之无权代理责任加以限制,自有必要,就法学方法论而言,即应对第110条规定作目的性之限缩(teleologische Reduktion),认为:“但未成年人未得法定代理人允许而为无权代理者,不在此限。”^③ 惟须注意的是,未成年人之侵权责任并不因此而受影响。例如,19岁之甲明知无代理权而擅以他人名义向丙租屋或购物,意图使丙遭受损害者,应依第187条第1项及第184条第1项后段规定,负损害赔偿赔偿责任,自不待言。

① 关于《德国民法》规定,参见 MünchKomm/Teiele, § 179 RdNr, 441. 关于《日本民法》规定,参见川岛武宜:《民法总则》(法律学全集17),昭和50年,第402页。

② 参见洪逊欣:《民法总则》(1976年修订初版),第506页。

③ 关于“目的性限缩”(teleologische Reduktion)在法学方法论之说明,参见拙著:《基础理论》,载《民法实例研习丛书》(一),第172页以下。

三、未成年人与无因管理

(一) 未成年人为管理人

1. 无因管理之成立

无因管理之成立是否须以管理人具有行为能力为要件？德国以前通说曾认为管理他人事务，虽非法律行为（Rechtsgeschäft），但因以一定之意思指向（Willensrichtung）为必要，在性质上系属一种类似法律行为之行为（geschäftähnliche Handlung），故应类推适用关于法律行为（尤其是契约）之规定。^① 此项论点未尽妥适，业遭废弃。目前通说认为无因管理系事实行为，不以管理人具有行为能力为必要^②，学界一向采此见解^③，可资赞同。准此以言，未成年人救助车祸受伤之人，参加救火，为友人代收包裹或雇工修缮邻居破裂之水龙头，均可成立无因管理。

2. 未成年人之责任

未成年人未受委托，并无义务，而为他人管理事务，得成立无因管理，已如上述。无因管理人负有依本人明示或可得推知之意思，以有利于本人之方法管理事务之义务（第 172 条），管理人违反此项义务时，应依债务不履行之规定负损害赔偿赔偿责任（参阅第 220 条以下）。又管理人违反本人明示或可得推知之意思，而为事务之管理者，对于因管理所生之损害，虽无过失，亦应负赔偿之责（第 174 条第 1 项，但请参阅同条第 2 项）。法律所以如此加重管理人责任，旨在禁止擅自干预他人事务。

兹应检讨者，系上开关于无因管理人责任之规定，对于未成年之管理人是否完全适用？

关于此项问题，史尚宽先生认为：“管理人如无行为能力，仅负不当得利义务及依第 221 条之规定，惟依第 187 条之规定负其责任，但法定代理人对于限制行为能力人之管理事务已为同意者，则为完全有效之无因管

① Staudinger/Wittmann, § 682, LG Aachen, NJW63, 1252.

② Larenz, Schuldrecht II, Halbband I, Besonderer Teil, 13. Aufl. 1986, S. 446.

③ 参见梅仲协：《民法要义》，第 126 页；史尚宽：《债法总论》，第 56 页；孙森焱：《民法债编总论》，第 80 页。

理,应依关于无因管理之规定负其责任。”^①史尚宽先生此项见解指出解决问题之方向,殊具参考价值。以下拟分关于管理事务所取得者之返还义务;关于管理事务所生损害之赔偿责任两点,分别说明之:

(1) 因管理事务所取得物品或权利之返还义务。史尚宽先生认为:“管理人如无行为能力,仅负不当得利义务……”其所谓无行为能力人,应兼指完全无行为能力人及限制行为能力人,自不待言;其所谓“仅负不当得利义务”,当系指因管理事务所取得物品或权利之返还义务而言。按管理人因管理事务而为本人收取之金钱物品及孳息,或以自己名义,为本人取得权利者,例如,出卖腐败的鱼所取得之价金;收留之遗失母犬生产小狗;为友人代领之包裹;为救火而购置之灭火器等。管理人均负有交付或移转给本人之义务(第 173 条第 2 项,准用第 541 条)。就一般原则而言,管理人因故意或过失不能交付或移转者,应依债务不履行之规定,负损害赔偿责任。此项规定对于未成年人实属苛严。为此,《德国民法》第 682 条特明定未成年之无因管理人仅负不当得利之返还义务。^②史尚宽先生认为在台湾地区现行“民法”上亦应采此原则。此项见解应值赞同,至其依据,亦属民法上之利益衡量。未成年人受委任处理事务(例如购物或收取租金),其法定代理人拒不同意时,委任契约不生效力,于此情形,当事人间之关系,原则上应依不当得利规定定之。未成年人未受委任,而为他人管理事务,就其所取得物品或权利之返还义务,不应超过委任契约不生效力时所应负之责任。^③

(2) 关于管理事务所生损害之赔偿责任。史尚宽先生所谓:“管理人如为无行为能力人,依第 221 条之规定,惟依第 187 条之规定负其责任。”系指关于管理事务所生损害之赔偿责任而言。须注意的是,依史尚宽先生此项见解,未成年人所负之责任,在性质上仍属债务不履行责任,是否能够确实达到保护未成年人之目的,尚有疑问,分别言之:

① 史尚宽:《债法总论》,第 64 页;参见胡长清:《民法债篇总论》,第 80 页(注 1)。

② Larenz, Schuldrecht II, S. 446.

③ 《日本民法》关于无行为能力人及限制行为能力人在无因管理上之责任,亦未设规定,学说上亦认为无行为能力之管理者不负特别责任,而仅负不法行为及不当得利之义务。关于其理由构成,参见我妻荣:《事务管理、不法行为》(新法学全集),昭和 15 年,第 89 页;松坂佐一:《事务管理不当得利》(新版),法律学全集(22-1),昭和 48 年,第 12 页;广中俊雄:《债权各论讲义》,昭和 49 年,第 354 页;筱冢昭次、前田达明编:《债权各论》,1984 年,第 234 页。

首先,如何适用第 187 条规定,以定未成年无因管理人之债务不履行责任,争议甚烈,迄无定论:① 有认为第 187 条之 4 项可以全部适用;② 有认为除该条第 4 项之规定外,余则全部适用;③ 有认为除该条第 1 项及第 2 项关于法定代理人责任之规定外,余者均能适用;④ 有认为只适用该条第 1 项之一部分(即债务人为无行为能力人或限制行为能力人者,以行为时有识别能力为限,就故意或过失负责),至有关法定代理人责任之规定,则不能一并适用。^① 关于上开见解,无论采取何说,均不足适当保护未成年之无因管理人。何也? 其主要理由系债务不履行责任通常较侵权责任为重,例如,甲早晨在路边贩售鲜鱼,因急事回家,迄至中午,烈日当空,迟未归来,鲜鱼有腐败之虞,19 岁之乙为其出售,因斤两计算疏误,颇有亏损。于此情形,乙虽应负债务不履行之损害赔偿责任,但仍不成立侵权责任,盖甲仅受纯粹财产上损失(reines Vermögensschaden),并无权利遭受侵害也(参阅第 187 条、第 184 条第 1 项前段)。

其次,依第 174 条规定,管理人违反本人明示或可得推知意思所生之损害,虽无过失,亦应负赔偿责任。此项规定对未成年无因管理人颇为不利,盖未成年人管理他人事务,对其是否违反本人意思,常难判断,例如,乙在后院燃烧旧物,烟雾弥漫,15 岁之甲误为失火,进屋搬运物品,虽尽必要注意仍不免发生损害,于此情形,使其负“无过失责任”,似未尽合理。

据上所述,未成年人为管理人时,设其管理事务未经法定代理人同意者,就其因管理事务所生损害之赔偿责任,不宜适用债务不履行或第 174 条之规定,而应依侵权行为一般规定定之。易言之,即未成年人仅依第 187 条及第 184 条规定,负其责任,盖此原为未成年人擅自干预他人之事务所应负之责任也。《德国民法》第 682 条设有明文,可供参考。^② 就上开出卖鲜鱼及救火毁损物品两例言之,未成年之无因管理人均不负损害赔偿赔偿责任,因其并未构成第 184 条之基本构成要件也。应注意的是,未成年人无因管理之责任虽应减轻,但其因管理事务而得主张之权利(参阅第 176 条、第 177 条),并不因此而受影响。^③

① 关于各家见解,参见郑玉波:《民法债编总论》,第 271 页。

② 日本学说在结论上亦同此见解,参见松坂佐一,前掲书,第 12 页。

③ 参见 Larenz, Schuldrecht II, S. 446.

(二) 未成年人为无因管理之本人

未受委任并无义务,而管理“未成年人”之事务,颇为常见,救助遭遇车祸之小学生,收留迷途之幼童,均可成立无因管理,不因“本人”系未成年人而受影响。^①在无因管理,其事务之管理,应依“本人”明示或可得推知之意思,以有利于“本人”之方法为之(第172条)。无因管理上之“本人”系属未成年人时,其明示或可得推知之意思(参阅第174条、第176条),应以“法定代理人”为标准而判断之。^②

四、未成年人与不当得利

(一) 问题之说明

无法律上之原因而受利益,致他人受损害者,应成立不当得利(第179条)。不当得利之请求权人有为未成年人者,例如,17岁之甲未经其父同意自行出售某打字机给乙,并依让与合意交付之,乙不能取得该打字机之所有权。设乙复将该打字机转售给善意之丙,其物权行为(第761条),系属无权处分(第118条),但丙得依善意取得之规定(第801条、第948条),取得该打字机之所有权。于此情形,乙无法律上之原因受有利益(价金),致甲受损害,甲得依不当得利规定向乙请求之。

应特别提出讨论者,系未成年人系不当得利受领人时之返还义务。其发生事由有二:

(1) 因给付而受有不当得利(Leistungskondiktion)。例如,18岁之甲以A书与20岁乙之B书互易,并依让与合意交付之。设甲父不为承认,甲得依第767条之规定,向乙请求返还A书,但乙仅能依不当得利之规定向甲请求返还B书,盖甲取得B书系纯获法律上利益(第77条但书),物权行为仍为有效也。^③又19岁之甲获乙赠送某机车并受让其所有权,设其后乙因意思表示错误而撤销赠与契约(债权行为)时,甲负有依不当得

① Fikentscher, Schuldrecht, 7. Aufl. 1985, S. 579.

② Fikentscher, aaO. S. 579.

③ 参见拙著:《纯获法律上之利益》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社2009年版。

利规定返还该车所有权给乙之义务。

(2) 因给付外之事由而受有不当得利(Nichtleistungskondiktion)。例如,未成年人未购票而私搭游览车;未成年人承租房屋,租期届满,仍续居住或未成年人误他人之洋酒为亲友赠送而痛饮之。^①

于上开案例,未成年人系无法律上之原因而受利益,致他人受损害,负返还其利益之义务(第179条)。除其所受之利益外,如本于该利益更有所取得者,并应返还之,但依其利益之性质或其他情形不能返还者,应偿还其价额(第181条)。须注意的是,不当得利之返还范围,因受领人善意与否而不同:不当得利之受领人不知无法律上之原因,而其所受之利益,已不存在者,免负返还或偿还价额之责任(第182条第1项);受领人于受领时知无法律上之原因或其后知之者,应将受领时所得之利益,或知无法律上之原因时所现存之利益,附加利息一并偿还,如有损害,并应赔偿(第182条第2项)。由是可知,不当得利受领人是否“知”无法律上之原因,关系当事人利益甚巨。因此,不当得利受领人为未成年人时,是否“知”无法律上之原因,应如何判断,自有研究之必要。

(二) 因法定代理人之协力而生之不当得利

首先应说明者,系法定代理人介入未成年人不当得利过程之案例类型,例如,法定代理人乙,以未成年人甲之名义向丙购买某电脑,并以甲之名义受让其所有权。其后丙以意思表示错误,撤销买卖合同时,甲受让该电脑所有权,致丙受损害,系属无法律上之原因,应返还之。设该电脑毁损或灭失时,甲是否有返还价额之义务,端视其于受领时是否“知”无法律上之原因而定。关于此点,应就法定代理人乙决定之(参阅第105条)。

(三) 法定代理人未介入不当得利过程

有疑问者,系法定代理人未参与不当得利过程时,其是否“知”无法律上之原因,应如何决定。关于此点,判例迄未论及,德国法上则争议甚多,归纳言之,计有四种基本见解:

^① 参见拙著:《使用他人物品之不当得利》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社2009年版。

(1) 未成年人知之与否,不予考虑,概以善意不当得利受领人待之。^①

(2) 不论不当得利之事由如何,未成年人是否知无法律上原因,概以法定代理人为判断标准。^②

(3) 类推适用侵权行为关于识别能力之规定(《德国民法》第 827 条以下,台湾地区现行“民法”第 187 条第 1 项)。申言之,即未成年人有识别能力者,其是否“知”无法律上原因,就未成年人本身判断之。反之,未成年人无识别能力者,则不生“知”或“不知”之问题,不加重未成年人之责任。^③

(4) 区别不当得利类型而判断之:在给付不当得利之类型(Leistungskondiktion),依法定代理人而判断之;反之,在非给付之不当得利类型(Nichtleistungskondiktion),尤其是在所谓“侵害权益之不当得利”(Eingriffskondiktion),例如,不购票而乘车,无租赁关系擅住他人海边别墅等,因其与侵权行为类似,应依侵权行为关于识别能力规定判断之。^④

以上各说,均言之成理,惟比较言之,(1)、(3)、(4)说似仍有斟酌余地。就(1)说而言,未成年人恒以善意待之,保护太过,忽视法定代理人之监督义务,例如,15岁之学童未购票而搭车,法定代理人知其事而任其为之,自不能主张利益不存在而免责。就(3)说而言,类推适用侵权行为关于识别能力之规定,使具有识别能力之未成年人就其明知而加重其责任,甚具说服力,自不容否认。惟不当得利法与侵权行为法之性质及功能究有不同,前者在“取去”无法律上原因而受领之利益(德文称之为Abschöpfungsfunktion),后者在填补不法侵害他人权益所受之损害,是否具有类推适用之基础,不无疑问。就(4)说而言,区别不当得利之类型而异其判断标准,旨在折中不同之论点,自有所据,惟在现行法上,判例学说迄未明确区别不当得利类型,此说之适用,尚有困难。再者所谓“侵害权

① MünchKomm/Lieb, § 819 RdNr. 7; Canaris JZ 1976, 562.

② Esser/Weyers, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 6. Aufl. 1985, S. 430; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 453f.

③ Sorgel/Mühl, § 819 RdNr. 6; Diesselhorst, Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle, verfolgt an der Rechtssprechung zur Saldotheorie, 1968, S. 193ff.

④ Larenz, Schuldrecht II, 12. Aufl. 1981. S. 586; Erman/H. J. Westermann, § 819 RdNr. 6; RGRK-Heiman-Trosien, § 819 RdNr. 7.

益之不当得利”(Eingriffskondiktion)与侵权行为之构成要件及功能,仍有不同,类推适用“侵权行为法”关于识别能力之规定,未尽妥适,前已论及,兹不赘。

本文采(2)说,认为第182条第2项之“知”无法律上之原因而受利益,宜以法定代理人为判断标准。^①应说明者有五:

(1) 此项判断标准较能保护未成年人之利益,盖未成年人无法律上之原因而受领利益,多出于智虑未周,不能权衡利害,不宜以未成年人为判断标准也。

(2) 在现行法上,未成年人缔结契约,未得法定代理人之同意者,其契约不生效力,未成年人不负契约上之责任。倘以其“知”契约不生效力而加重其不当得利之返还责任,法律上之价值判断,显失平衡。

(3) 未成年人无法律上原因受有财产上利益,法定代理人负有管理之权利及义务(参阅第1088条),故法定代理人“知”未成年人受领利益而无法律上之原因时,当无减轻其返还责任之必要,纵使未成年人本身善意时,亦然。

(4) 此项判断标准于任何类型之不当得利均应适用。未成年人之行为同时构成不当得利与侵权行为者,如因过失误他人之酒为亲友赠送而痛饮之,应成立请求权竞合。

(5) 法定代理人参与不当得利过程时,应以法定代理人为判断标准,前已论及。法定代理人未参与不当得利过程者,亦以法定代理人为判断标准者,乃基于保护未成年人之基本思想,而非基于法定代理人明知其事而归由本人负担之原则(德国法上称之为 Willenszurechnung)^②,应予以注意。

五、结 论

“民法”系建立在若干基本原则之上,未成年人之保护,即为其中之一,表现于未成年人法律行为及侵权行为之规定。关于未成年人在代理(尤其是无权代理)、无因管理及不当得利之责任,虽未设特别规定,但于

^① 参见史尚宽:《债法总论》,第90页,亦同此见解,惟未详述理由。

^② Schilken, Wissenszurechnung im Zivilrecht, 1983.

诸此情形,未成年人仍有保护之必要。为此,本文乃提出三项基本见解:

(1) 在无权代理,除法定代理人同意外,限制行为能力人不依第 110 条规定,负无过失赔偿责任,未成年人亦不负表见代理之责任,仅其行为构成侵权行为时,始负损害赔偿责任。

(2) 在无因管理,无论未成年人为管理人或本人,均不影响无因管理之成立。未成年人为本人时,管理人应以“法定代理人”之意思,以有利于本人之方法为事务之管理。未成年人为无因管理人时,除法定代理人同意外,关于其管理事务所生之损害赔偿及管理事务所收取物品或权利之返还义务,不适用债务不履行及第 174 条之规定,应依侵权行为及不当得利之一般规定定之。

(3) 在不当得利,未成年人于受领时是否“知”无法律上之原因或其后“知”之,概以法定代理人为标准而判断之。

(4) 须再强调者,系未成年人之保护乃民法最高原则之一,具有法律伦理性(rechtsethisch)。因此,如何于法未规定之情形,以造法之方法(Rechtsfortbildung),实践其价值判断,维护法律体系之内在统一性,并促进法律发展,实在是判例与学说之任务。

不当得利制度与衡平原则*

一、概 说

不当得利制度,在实务上甚为重要,判例、裁判多达数十则。“民法”关于不当得利所设 5 个条文,多属抽象概括规定,何谓“无法律上之原因”、“受利益”,“致”他人受“损害”(第 179 条),均有待于就个案予以具体化(Konkretisierung)及类型化(Typisierung)。^① 判决对于促进不当得利法之发展,深具贡献,例如,1984 年台上字第 3398 号判决谓:“不当得利请求权,系以使利得人返还其所受利益为目的,非以相对人(损失者)所受损害之填补为目的,故与损害赔偿请求权不同。本件系争土地,原审既认系张天来之遗产,两造又系张天来之继承人。张天来之遗产是否业经其继承人依法分割?首应调查明晰。如未分割,上诉人对于该土地似有继承权存在。且据上诉人主张:该土地系伊出资缴清地价。果尔?上诉人所得利益若干,是否为系争土地之全部?此与被上诉人所得请求返还利益之范围关系至巨。原审未详加推求,即为上诉人不利之判断,自有

* 本文原载《法学丛刊》第 125 期(1987 年 1 月)。

① 关于法律概括规定之具体化,参见 Engisch, Die Idee der Konkretisierung in der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1968. 关于不当得利之类型化,参见 Wilburg, Die Lehre von ungerechtfertigten Bereicherung, 1934; von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für E. Rabel 1954, 333ff. 日本最近文献,亦受德国学说之影响,参见松坂佐一:《事务管理,不当利得》(初版),法律学全集 22-1,昭和 48 年,第 117 页;四宫和夫:《事务管理,不当利得,不法行为》(现代法律学全集)上卷,昭和 60 年初版第 2 次印刷,第 47 页以下;加藤雅信:《类型化による一般不当利得の再构成》,载《法学协会杂志》70 卷 7 号以下连载;川村泰启:《不当得利返还请求权の诸类型》,载《判例评论》76—78 号;铃木禄弥:《债权法讲义》,昭和 57 年第 6 次印刷亦列有专节讨论;土田哲也:《不当利得の类型的考察方法》,收集于星野英一编集:《民法讲座 6》(事务管理、不当利得、不法行为),昭和 60 年,第 1 页以下。

未合。再查本件被上诉人系依不当得利之法律关系而为请求(关于依侵权行为请求恢复原状部分,原审认已罹于时效而未准许),既系利得之返还,则原审准许被上诉人请求上诉人涂销已为继承之登记,亦不知何所依凭?”^①此项判决阐释不当得利制度之功能,受有利益之概念及不当得利返还之范围,虽属简略,但基本论点原则上可值赞同。

值得注意的是,对受利益致他人损害,是否“无法律上之原因”,此项不当得利核心概念之认定,似有渐趋松弛之倾向。1980年台上字第677号判决认为,买受人就买卖标的物具有瑕疵而“溢付”之价金,出卖人系“无法律上之原因”而受利益,致他人受损害,应负返还之责任。^②1984年台上字第4477号判决更肯定承揽人于定作人依第511条规定终止契约时,就其全部支出费用,得依不当得利之规定向定作人请求返还。此项判决误认不当得利请求权基础之思考方式及基本构成要件,有使不当得利制度趋于滥用之虞,特撰本文分析检讨之。

二、1984年台上字第4477号判决^③

(一) 判决

1. 裁判要旨

承揽契约之定作人,于承揽人完成部分工作后,依第511条规定终止契约,以致承揽人受有损害,承揽人得依同条但书规定请求定作人赔偿其损害。在被上诉人终止契约后,两造间之契约关系应向将来失其效力。如上诉人就其承揽工作之全部支出费用,因被上诉人终止契约而受有损害,并使被上诉人受有利益,此项利益与上诉人所受损害之间有相当因果关系,即与第179条后段所定“虽有法律上之原因而其后已不存在者”之情形相当,上诉人似非不得据以请求被上诉人返还不当得利。

2. 理由

本件上诉人起诉主张:被上诉人王昭月、王素美、谢王惠美、王美隆、王美蓉、简王樱樱之被继承人王吴金草与被上诉人王英杰、王英夫、王英

^① 《刑事裁判选辑》第5卷,第2期,第46页。

^② 参见《刑事裁判选辑》第1卷,第1期,第82页。

^③ 参见《刑事裁判选辑》第5卷,第2期,第52页。

智、王英义(以下简称王吴金草等)于1970年4月20日订立土地开发合约(以下简称合约)约定:由王吴金草等提供坐落于基隆市中山区木山段56号等32笔土地,交伊公司开发整地;开发完成之土地,各得1/2。订约后,伊依约开发之土地面积达33556平方米,詎被上诉人竟于1979年11月23日终止契约,伊自得就前述已开发之土地请求报酬。并就未开发土地被上诉人所受利益,请求被上诉人返还不当得利等情,求为命被上诉人就基隆市中山区木山段56号、66号、73之2号、79号、83号、124号、115号、111号、111之1号、111之2号、115之1号、86号、86之1号、86之2号土地如原判决附图(以下简称附图)所示红色部分33556平方米之应有部分1/2移转登记为上诉人所有并连带给付上诉人82059562元及加给法定利息。被上诉人则以:承揽契约并未约定可分批交付工作,及就得就部分工作请求给付报酬,上诉人既未完成工作,自不得请求报酬,且本于承揽契约所受利益,不生不当得利之问题,况上诉人之损害赔偿请求权已罹于时效等语,资为抗辩。

原审维持第一审所为上诉人败诉之判决,无非出于以下几方面考虑:

(1) 关于上诉人请求给付报酬部分

一依两造所订合约第5条约定:①开山整地,按山势照设计图开凿,原地整平;②道路在整地范围内,按设计拓筑道路;③挡土墙视实际需要情形及照设计做安全坎;④路边、坡坎边,均需按设计挖排水土沟,俾使排水畅通。第6条约定:以上整地开发范围所列之材料、人工、机器、管理、运输等费用,工资全部由乙方(上诉人)负担。第7条约定:甲方(被上诉人)提供土地,分全部开发土地50%;乙方承当开发整地,分全部开发土地50%。综上各条之约定以观,本件合约应为整体之工程,上诉人必须完成第5条约定之全部工作后,始能分得开发全部土地50%作为报酬。

二依受命推事实地勘验结果,系争土地为山坡地,山麓下现有道路边,有一大片低洼之平地,其工作性质,低洼地只需填土,山坡地则需作坡坎、水沟,山势较高者,需开山整地,各部分工作所需劳力、成本自不相同,是其工作之性质及报酬,显有不可分之关系,否则,上诉人仅对平坦之地稍加施工,即得请求报酬,而对施工艰难,成本较高者弃而不为,自失公平。

三依上诉人主张其已完成开发者,计有如附图所示A、B、C、D、E、F 6区,经受命推事勘验结果,各该土地无一符合两造约定开发之标准。

四依两造所订合约,并未约定工作得为部分交付,并依各部分给付报酬,为两造所不争执,且上诉人承揽工作之性质与报酬间有不可分之关系,纵认上诉人所主张之前述6区业已开发完成,然既未完成全部工作,亦不得以其完成部分工作,而得仅就已完成部分,请求各该土地之一半以为报酬。

五依定作人依第511条规定终止承揽契约后,纵认承揽人已为工作部分之报酬请求权,因有第505条第2项之规定而得独立行使,惟依第127条第7款及第128条规定,应自工作完成时起算,2年间不行使而消灭,上诉人自认已完成之工作,系于1973年1月5日及4月30日完工,计至1981年10月17日上诉人提起本诉时,显已逾前述2年之时效期间,既经被上诉人提出时效之抗辩,上诉人请求该部分报酬,难谓正当。

六依上诉人主张设计、规划、制作图表、雇工铲除林木及坟墓迁移等费用,纵曾支出,亦不得于报酬外,另为是项费用之请求。

(2) 关于上诉人请求返还不当得利部分

首先,被上诉人于1979年11月23日依第511条终止承揽契约,并无溯及既往之效力,在终止契约前,本于承揽契约所受领之利益,不生受领原因其后已不存在之问题。上诉人谓被上诉人所有土地因上诉人施工而增加之利益,因契约之终止,原有法律上之原因其后已不存在,依第179条后段之规定,仍属不当得利云云,未免误会。

其次,上诉人主张未完成开发之土地,因其支出测量、规划、完成都市细部计划,迁移坟墓、代地主收回375租约耕地、除草、整地等费用。促使该土地之地价高涨,远高于未规划施工之邻地,被上诉人因此部分土地之地价高涨而增加之利益,高达82059562元应由被上诉人返还,纵令所称属实,惟是项利益之增加,系被上诉人本于承揽契约所应取得者,并无不当得利可言。

再次,被上诉人终止契约后,上诉人仅得依第511条但书请求损害赔偿,并无与不当得利返还请求权竞合之问题,不得于损害赔偿请求权罹于时效后,对于被上诉人为返还不当得利之请求,为其判断之基础。

惟查上诉人在原审陈称:上诉人整地已完成部分,业经被上诉人至现场勘验验收,并经两造协议就已完成之整地,向基隆市政府申请建照,被上诉人并签发“申请书”5份交付上诉人,内载:“遵令将内木山65号等地局部整地,已完成公共设施,检呈图说请核办由”,签署之处,被上诉之5

人逐次盖章,达25次之多,足证当时工程确已完成,其中被上诉人王英智为台湾地区知名之杰出建筑师,岂能明知整地未完成,而于申请书上盖章之理,上诉人因被上诉人片面终止契约,以致工程无从继续,不可能依约完成全部工程,再行请求报酬,应于被上诉人终止契约时起,由上诉人取得报酬请求权,被上诉人于1979年11月24日终止契约,上诉人于1981年10月17日提起本诉,依第128条之规定,报酬请求权交并未罹于时效,又被上诉人就上诉人已完成整平之土地,向基隆市政府申请建照,为被上诉人所自认,且愿分批据以提出申请建照,其具有可分性甚明。就本件而言,上诉人历经辛苦,出钱出力,依约将被上诉人之土地部分整平后,突遭终止契约,而被上诉人之土地因上诉人施工之结果,目前价值已增至166倍之多,被上诉人竟拒不支付报酬及返还不当得利,有违衡平原则云云(见原审上更三字卷第96页、第42页、第98页至第106页)。原审就此项攻击方法,未于判决理由项下记载何以不足采取之意见,遽为上诉人不利之认定,已有判决不备理由之违法。且依两造所订合约之内容以观,并未约定上诉人得请求报酬之时期,依第505条第1项规定,定作人应于工作全部完成时给付报酬。原审认定至被上诉人于1979年11月23日终止契约时,上诉人尚未完成全部工作,则在契约终止前,难谓上诉人已得请求被上诉人给付报酬。如谓上诉人就契约终止前已完成工作之报酬请求权,不因契约终止而消灭,则其报酬请求权于契约终止时始得行使,从而自被上诉人于1979年11月23日终止契约时起,至上诉人于1981年10月17日提起本诉时止,似难谓已逾第127条第7款所定2年之时效期间。原审并未说明其认定事实之依据,竟依其主观之见解,认定上诉人之报酬请求权应自部分工作完成时起算,而已罹于时效,亦有未合。再者,承揽契约之定作人,于承揽人完成部分工作后,依第511条规定终止契约,以致承揽人受有损害,承揽人得依同条但书规定请求定作人赔偿其损害,在被上诉人终止契约后,两造间之契约关系应向将来失其效力。如上诉人就其承揽工作之全部支出费用,因被上诉人终止契约而受有损害,并使被上诉人受有利益,此项利益与上诉人所受损害之间有相当因果关系,即与第179条后段所定“虽有法律上之原因而其后已不存在者”之情形相当,上诉人似非不得据以请求被上诉人返还不当得利。原审仅以被上诉人在承揽契约有效期间内,因上诉人完成工作而受利益,系本于契约而来,并非无法律上之原因,不备不当得利之要件,据以认定上诉人对于

被上诉人不得为返还不当得利之请求,尤嫌率断。上诉讼旨,执以指摘原判决不当,声明废弃,非无理由。

3. 问题

本件判决涉及之诉讼标的在亿元以上,至为庞大,曾数度发回更审,可见处理之不易。就法律问题言之,则涉及第 511 条所称之“损害赔偿”之解释适用。“最高法院”认为承揽人除“报酬请求权”外,尚有“全部支出费用之不当得利请求权”,本文拟先就此二者分别论述之。

(二) 分析检讨

1. 承揽人之报酬请求权及损害赔偿请求权

1984 年台上字第 4477 号判决所涉及之第一个问题,系承揽人依第 511 条规定请求损害赔偿之范围。兹分三点说明之:

(1) 第 511 条立法理由及构成要件

第 511 条规定:“工作未完成前,定作人得随时终止契约,但应赔偿承揽人因契约终止而生之损害。”关于本条之解释适用,首先应说明者,系各立法例如《法国民法》(第 1794 条)、《德国民法》(第 649 条)、《瑞士债务法》(第 377 条)及《日本民法》(第 641 条)多设有定作人于工作完成前,得随时终止(《德国民法》)或解除契约(《法国民法》、《瑞士债务法》、《日本民法》)之类似规定^①,其立法目的主要系为定作人之利益。工作之完成倘因情事变更或其他事由对定作人已失其意义时,自应允其随时终止,盖无益工作之继续不独于定作人不利,于社会经济亦有损害。^② 终止契约系单方须受领之意思表示,不必叙明理由。^③ 惟须于工作未完成前为之,自不待言。

(2) 损害赔偿之范围与报酬请求权

① 学说。法律一方面允许定作人于工作未完成前,得随时终止契约,一方面亦须使定作人对承揽人有所补偿,以资平衡。至于如何补偿,规定不同:依《法国民法》为赔偿费用,劳力及因契约可取得之利益全部^④;依《德国民法》为请求约定之报酬,惟因契约消灭所节省之费用及因

① 参见史尚宽:《债法各论》,第 337 页。

② 参见史尚宽:《债法各论》,第 338 页。

③ Erman/Seiler, BGB, 7. Aufl. 1981, S. 649.

④ 关于《法国民法》(第 1794 条),其详参见 Fedrid, Das französische Zivilrecht, Bd. 1. 1971, S. 536, 730f.

劳力为其他使用所取得或恶意怠于取得者,应扣除之^①;依《瑞士债务法》为支付已给付劳力之报酬及赔偿全部之损害^②;依《日本民法》及台湾地区现行“民法”,则为损害赔偿。然则所谓损害赔偿究指何而言,其范围究应如何决定?

在《日本民法》,通说认为其第 641 条所称损害赔偿之范围与债务不履行之情形相同,应包括承揽人已支出之费用及可取得之利益,因解除而得之利益(例如免于支出之费用),则应扣除之。^③惟学说上亦有主张就已完成之工作得请求报酬者。^④

关于第 511 条所称之损害赔偿,台湾学者见解不一。戴修瓚先生认为系指支出之费用及可取得之利益^⑤,似受日本学说之影响。史尚宽先生认为,应解释为支付已为工作部分之报酬及赔偿就承揽人未完成部分应可取得之利益,盖其承揽契约仍为有效也。^⑥郑玉波先生认为,因契约终止并无溯及效力,故承揽人于契约终止前已完成部分之工作,仍应向定作人请求报酬,因而此之损害,当然不包括已完成部分之报酬在内(该项报酬定作人应另行给付),于是只有未完成部分所生之损害,得请求赔偿。此项损害若干,应由承揽人负责证明,惟解释上其数额应以不超过未完成部分如完成时原预定之报酬为限。此在《德国民法》第 649 条第 2 项规定:定作人终止契约时,承揽人得请求约定之报酬;但承揽人因废弃契约所减省之费用或转向他处服务所取得,或故意怠于取得之利益,应扣除

① 关于《德国民法》(第 649 条),参见 Larenz, Schuldrecht II, Halbband I, Besonderer Teil, 13. Aufl. 1986. S. 371f.; Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1984, S. 78, 287, 330f.; Palandt/Thomas, BCB. 45 Aufl. 1986, § 649.

② 关于《瑞士债务法》(第 337 条),参见 Gautsch, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 1967, V/Z. § 377. (S. 529)

③ 关于日本判例学说,参见我妻荣:《债权各论》(中卷 2),载《民法讲义》(V3),昭和 43 年,第 64 页以下。注释民法(16),债权(7),第 130 页以下(打田峻一代注释)。

④ 依日本通说就已完成之工作,承揽人仅能请求支出之费用,有力说学者认为此实不足保护承揽人之利益,而强调就已完成之工作,定作人及承揽人原则上均不得请求拆除,惟得依全工作量之比例支付报酬。铃木禄弥:《债权法讲义》(昭和 56 年,第 394 页)作有如下之说明:“この場合、すでになされた工事部分については、原則よして、注文者の撤去請求権も請負人の撤去権もなく、その全工事量に対する割合に応じて、報酬が支われるべきだ、とする見解も有力であり、かかる結果を説明するために、この場合の解除には溯及効力がなく、その性質は一種の告知だ、と説明する者もある。”可供参考。

⑤ 参见戴修瓚:《民法债编各论》,第 188 页。

⑥ 参见史尚宽:《债法各论》,第 337 页。

之,可与上述之解释,发生同一之结果,得作上述之参考。^①

由上述可知,学者所以认为承揽人得就已完成之工作请求给付报酬,主要理由系因终止契约,并无溯及力,系向将来失其效力,与日本之规定解除契约有别。史尚宽与郑玉波二位先生见解之主要不同,在于请求已完成工作之报酬,是否为第 511 条所称之损害,此与消灭时效期间具有关系。

② 实务上见解。关于第 511 条之损害赔偿,1978 年台上字第 2938 号判例认为,“第 511 条系规定:工作未完成前,定作人得随时终止契约,但应赔偿承揽人因契约终止而生之损害。可知终止契约与赔偿损害各为一事。原审解为须定作人对承揽人赔偿损害后始得终止契约,自非的论。”此项见解,事理至明,但未说明损害赔偿之范围。1980 年台上字第 2229 号判决略谓:“按定作人依第 503 条规定解除契约,以因可归责于承揽人之事由,迟延履行,显可预见其不能于限期内完成者为其要件,而依第 511 条规定,只须在工作完成前,定作人得随时终止契约,不受任何限制。但定作人应赔偿承揽人因契约终止而生之损害。申言之,在工作完成前,定作人固得随时终止契约,同时承揽人亦取得请求定作人赔偿其因终止契约所受损害之权利,承揽人之此项损害赔偿请求权,系因定作人之终止契约而发生,是故定作人之终止契约,不仅使契约向将来失其效力,并使承揽人取得请求损害赔偿之权利。”此件判决对损害赔偿之范围,亦未作进一步之阐释。

就上开 1984 年台上字第 4477 号判决而言,争论之问题,在于承揽契约并未约定可分批交付工作,及得就部分工作请求给付报酬。于此情形,承揽人是否仍得就已完成之部分工作,请求报酬?关于此点,原审法院采否定说。“最高法院”似肯定承揽人就契约终止前已完成之工作,有报酬请求权。至于此项报酬请求权是否为第 511 条所称之损害,并未明言,但就其适用第 127 条第 7 款关于承揽人报酬请求权之规定而言,似认为并非包括于第 511 条所称“损害赔偿”范围之内。

③ 本文见解。关于第 511 条之解释,以郑玉波先生之见解较为可采。兹分两点言之:其一,终止契约系向将来失其效力,则就终止前已完成之工作,承揽人应有报酬请求权。1984 年台上字第 4477 号判决似亦

^① 参见郑玉波:《民法债编各论》,第 392 页。

同此观点。《日本民法》第 641 条采解除契约说,承揽契约自始失其效力,故通说认为仅能请求支出之费用等^①,不宜作相同之解释。其二,第 511 条所称之损害赔偿,乃针对未完成之工作部分而言,系指工作完成时应可取得之利益,惟应扣除因终止契约而节省之费用。此项解释较能保护承揽人之利益,盖得请求之报酬,通常多高于所支出之费用,其消灭时效期间且较损害赔偿请求权为长也。

(3) 消灭时效

承揽人就契约终止前已完成工作之报酬请求权,因 2 年间不行使而消灭(第 127 条第 7 款)。此项报酬请求权,自定作人应支付报酬时起算(第 128 条),工作系部分交付者,而报酬系就各部分定之者,除当事人另有约定外,应于每部分交付时,给付该部分之报酬,其消灭时效自每部分交付时起算(参阅第 505 条第 2 项)。于依第 511 条规定终止契约之情形,其就已完成工作之报酬请求权应自契约终止时起算。1984 年台上字第 4477 号判决亦同此见解,可资赞同。

2. 承揽人之不当得利请求权

(1) 问题之说明

须注意的是,上开 1984 年台上字第 4477 号判决,尚肯定承揽人就其承揽工作之全部支出费用,对定作人有不当得利请求权。为便于讨论,兹再抄录其裁判要旨如下:“承揽契约之定作人,于承揽人完成部分工作后,依第 511 条规定终止契约,以致承揽人受有损害,承揽人得依同条但书规定请求定作人赔偿其损害。在被上诉人终止契约后,两造之间契约关系应向将来失其效力。如上诉人就其承揽工作之全部支出费用,因被上诉人终止契约而受有损害,并使被上诉人受有利益,此项利益与上诉人所受损害之间有相当因果关系,即与第 179 条后段所定‘虽有法律上之原因而后已不存在者’之情形相当,上诉人似非不得据以请求被上诉人返还不当得利。”

关于上开判决,涉及两个问题:其一,承揽人之不当得利请求权是否成立?其二,设承揽人之不当得利请求权业已成立,能否与报酬请求权(或损害赔偿请求权)竞合?前者应先予说明,盖倘承揽人之不当得利请求权不能成立,后者即无讨论之必要。

^① 日本学者之见解,载于本书。

(2) 不当得利请求权基础之思考方式

1984年台上字第4477号判决谓：“如上诉人就其承揽工作之全部支出费用，因被上诉人终止契约而受有损害，并使被上诉人受有利益。”此项论点，似未能把握不当得利之基本功能及其思考方式，因而造成出发点之误会。诚如上开1984年台上字第3398号判决所云：“不当得利之请求权，系以使得利人返还其所受利益为目的，非以相对人（损失者）所受损害之填补为目的，故与损害赔偿请求权不同。”因此，在侵权行为损害赔偿请求权，首须考虑者，系被害人是否受有损害，而在不当得利请求权，首须考虑者，乃被请求之相对人是否受有利益，而非请求者是否受有损害。此与判断不当得利请求权是否成立，返还之标的及其返还范围，具有密切关系，特先予提出，用请注意。

(3) 不当得利请求权之构成要件

① 受有利益。定作人于承揽人完成部分工作后，依第511条规定终止契约，承揽人得否向定作人请求不当得利，据上所述，首先应检讨者，系定作人是否受有利益？何种利益？关于此点，“最高法院”未为清楚之说明。定作人与承揽人间原具有契约关系，故定作人受有利益乃基于承揽人之给付（Leistung），属于所谓“给付得利”类型（Leistungskondiktion）。^①在给付得利之类型，一方当事人所受之利益，为他方所为之给付，例如，甲出卖A画给乙，并移转其所有权，乙所受之利益，系A画之所有权，而非甲所支出之费用。又例如，甲基于雇佣契约为乙打扫房屋，乙所受之利益，系甲所提供之劳务，而非甲所支出之费用。就承揽契约而言，定作人所受之利益，为一定工作之完成，例如，定作人乙所有之房屋遭地震毁损，由甲承揽修缮，甲购买材料施工。^②于此情形，乙基于甲之给付所受之利益，系工作之完成（房屋之修缮），而非甲为修缮乙屋所支出费用。

② “致”他人受“损害”。首先，关于损害。受有利益之应依不当得利规定负返还义务，尚须以“致”他人受“损害”为要件。此之所谓“损

① 关于 Leistungskondiktion（给付不当得利），乃不当得利类型化之基本类型。请参见 Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 75f. 台湾学者于论述非统一说时，其所谓因给付而受利益之情形，即属此种类型。参见史尚宽：《债法总论》，第73页；参见拙著：《无法律上原因之财产损益变动》，载《民法学说与判例研究》（第一册），北京大学出版社2009年版。

② 关于承揽契约上材料所有权之归属问题，参见郑玉波：《民法债编各论》，第354页以下。

害”，与侵权行为法所称之损害(Schaden)意义不同。^①就给付得利之类型(Leistungskondiktion)而言，一方所受“给付”，即为他方所受之损害，例如，甲基于买卖契约移转A书之所有权给乙，乙所受之利益，为A书之所有权之取得，甲所受之“损害”，即为A书所有权之丧失。在侵害他人权益得利之类型(Eingriffskondiktion)，其所谓之损害，系指财货之变动违反财货归属内容(Gütezuordnung)，例如，乙无权擅自使用甲之别墅，乙所受之利益为房屋之使用，而该别墅之使用，依所有权内容而言，应归属于甲(参阅第765条)，故乙使用甲屋乃致甲受损害也。1984年台上字第4477号判决所涉及者，为承揽契约，因承揽人之给付致定作人“受利益”，承揽人受“损害”者，即为此项工作之本身，而非承揽人因完成工作而支出之费用。其次，关于受益与受损之关系。不当得利请求权之以一方受利益，“致”他人受损害为要件，旨在适当限制不当得利当事人之范围。至其判断标准，1964年台上字第2661号判例谓：“执行法院拍卖查封之不动产，以其价金分配于各债权人者，纵该不动产嗣后经确定判决，认为不属于债务人所有，不能移转于买受人，而买受人因此所受价金之损害，亦只能向直接受其利益之债务人请求偿还，各债权人所受清偿之利益，系另一原因事实，除有恶意外，不能认为与买受人所受之损害有直接因果关系，自不负返还其利益之责任。”此项判例涉及债权人错误查封第三人不动产所生不当得利之问题，俟后再行论述。^②兹应说明者有二：A.“直接因果关系”，系属通说，自有所据；惟此一判例中所谓“除有恶意……外”，则有疑问，盖因果关系之有无，应就客观事实认定，不因当事人恶意与否而受影响也。B.就给付不当得利类型，其损益变动之“直接因果关系”，通常可依“给付关系”决定之，例如，甲基于买卖契约移转A画之所有权给乙，乙受有A画所有权之利益与甲之损害，基于同一给付行为，具有直接因果关系，甚为显然，在承揽或其他契约亦然，无待详论。

③ 无法律原因。受有利益致他人受损害，所以，应依不当得利规定负返还义务，在于其欠缺法律上之原因。法律上原因之有无，究应如何判

① 不当得利法上之一方受利益致他方受“损害”，与侵权行为法上“损害”，应严予区分，不容混淆。参见孙森焱：《民法债编总论》第103页；参见拙著：《使用他人物品之不当得利》，载《民法学说与判例研究》(第三册)，北京大学出版社2009年版。

② 参见拙著：《强制拍卖非属债务人财产与拍定人之地位》，载《民法学说与判例研究》(第一册)，北京大学出版社2009年版。

断,有所谓之统一说及非统一说两种理论,在此不拟评述。^① 兹应强调者,实务上系采非统一说(参阅 1980 年台上字第 677 号判决),在给付类型,凡基于契约关系而受利益者,均具有法律上之原因。在 1984 年台上字第 4477 号判决一案,诚如所云,承揽契约应向将来失其效力,则定作人在终止契约前所受领之给付具有法律上之原因,自不待言。

综据上述,可知定作人因承揽人完成部分工作,而受有利益,致承揽人受有损害,系基于承揽契约,并非无法律上之原因,不构成不当得利,原审法院基本上亦采此见解,可资赞同。

3. 承揽人支出费用、损害与不当得利请求权

(1) “最高法院”见解

1984 年台上字第 4477 号判决谓:“原审仅以被上诉人在承揽契约有效期间内,因上诉人完成工作而受利益,系本于契约而来,并非无法律上之原因,不备不当得利之要件,据以认定上诉人对于被上诉人不得为返还不当得利之请求,尤嫌率断。”此项对原审法院之指摘,不易了解。依本文见解,原审之法律上判断,并无不当,其“尤嫌率断者”,或在于“另”有不当得利请求权存在,而未为斟酌,此由判决理由中之“仅”字,可以推知。然则,此项不当得利请求权究指何而言?“最高法院”认为:“如上诉人就其承揽工作之全部支出费用,因被上诉人终止契约而受有损害,并使被上诉人受有利益,此项利益与上诉人所受损害之间有相当因果关系,即与第 179 条后段所定‘虽有法律上之原因而其后已不存在者’之情形相当,上诉人似非不得据以请求被上诉人返还不当得利。”

(2) 对见解之检讨

1984 年台上字第 4477 号判决上开见解,基本概念混淆,疑义甚多,似不足作为受发回法院之法律上判断之判决基础(“民事诉讼法”第 478 条第 3 项),兹言之:

“最高法院”似认为上诉人就承揽工作之全部支出费用,系因被上诉人终止契约而受之损害,倘采此见解,则难苟同,第 511 条所称之“损害”,并非指“就承揽工作之全部支出费用”,前已论及。或有认为“最高法院”所称之“就承揽工作之全部支出费用”,系不同于第 511 条所称之“损害”。无论采取何种见解,此项费用,得否依不当得利规定请求返还,应依

^① 参见史尚宽:《债法总论》,第 73 页;王伯琦:《民法债编总论》,第 56 页以下。

第 179 条所定之构成要件分析之。

就不当得利请求权而言,应说明者有:

上开判决首先提出:“如上诉人就其承揽工作之全部支出费用,因被上诉人终止契约而受有损害,并使被上诉人受有利益……”此项问题之指出,颇有误会,前已论及。不当得利制度在于使无法律上之原因而受利益者,负返还其所受利益之义务,故问题之关键,不是上诉人受有何种损害,而是被上诉人受有何种利益。在承揽契约中,定作人所受之利益是一定工作之完成,而非承揽人就其承揽工作所支出费用,判决似乎误认不当得利制度之功能,颠倒了利益与损害之思考层次,而导致不当之推论。

上开判决谓:“此项利益与上诉人所受损害之间,具有相当因果关系。”“此项利益”究指何而言,不易理解。“最高法院”似认为定作人所受之利益为承揽人就其承揽工作之全部支出费用。惟费用者,系承揽人完成一定工作之“成本”,应非定作人所受之“利益”。又其所谓“相当因果关系”之用语,究指何而言,亦难掌握^①,是否与 1964 年台上字第 2661 号判例所谓之“直接因果关系”相同?依吾人了解,所谓“直接因果关系”与相当因果关系,乃不同之概念,具有不同之功能,前者在于确定不当得利关系当事人之范围,后者在于确定侵权行为或债务不履行“损害赔偿”之范围,不宜混淆。岂“最高法院”有意以“相当因果关系”取代“直接因果关系”?设其有此意图,则应说明其理由。倘确有变更判例之意思,则难赞同,盖以相当因果关系来决定受利益与受损害之变动关系,势将使不当得利关系当事人之范围,不易认定,使不当得利请求权之适用,益增困难,应非妥适。

“最高法院”谓:“在被上诉人终止契约后,两造间之契约关系应向将来失其效力……此项利益与上诉人所受损害之间具有相当因果关系,即与第 179 条后段所定‘虽有法律上之原因而其后已不存在者之情形’相

^① 关于受益与受损间之关系,德国传统上系采直接财产变动说(Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung),此即目前通说所谓之基于同一原因事实之直接因果关系。在德国及日本学者尚提出所谓之非直接因果关系说,认为受利益与受损害之间不以有直接因果关系为限,凡受利益或受损害之间,依社会观念认为有牵连关系,即属有因果关系(参见郑玉波:《民法债编总论》,第 105 页;孙森焱,前揭书,第 104 页)。“最高法院”所称之“相当因果关系”是否即为所谓之“非直接因果关系”?前者为损害赔偿法上之概念,后者为不当得利法上之概念,仍有区辨之必要。关于此点,郑玉波,前揭书,第 104 页作有详细说明,可资参照。

当。”此项见解,最有疑问,终止契约即系向将来失其效力,则定作人于契约终止前所受之利益,何以法律上原因其后失其存在?

关于第 179 条后段所谓“虽有法律上之原因而其后已不存在者亦同”,1972 年台再字第 174 号判例谓:“所受利益虽原有法律上之原因,而其后原因已不存在者,依第 179 条后段之规定,仍属不当得利,再审原告于将戏院改组为公司后,再诉被告既已失去合伙经营戏院之权利,是再审原告继续使用再诉被告之土地,即系其后已无法律上之原因,原确定判决认定再审原告获有不当得利,要无适用法规错误之可言。”实则,依本文见解,再审原告于将戏院改组为公司后,再诉被告既已失去经营合伙戏院之权利,是再审原告继续使用再诉被告之土地,其继续使用乃“自始”欠缺法律上之原因,并非其后已无法律上之原因。判例上开见解似有误会。^①

三、不当得利之制度化与衡平原则

(一)“最高法院”之衡平思想

1. 1980 年台上字第 677 号判决:物之瑕疵担保责任与不当得利请求权之竞合

在 1980 年台上字第 677 号判决,“最高法院”认为:“按第 179 条规定所谓无法律上原因,而受利益,致他人受损害,就给付情形而言,对给付原因之欠缺,目的之不能达到,亦属给付原因欠缺形态之一种,即给付原因初固有效存在,然因其他障碍不能达到目的者是。本件上诉人就其出卖之房屋,应负瑕疵担保责任,但上诉人主张,被上诉人交付之房屋坪数短少,而有溢收价金之情形,如果属实,被上诉人对于溢收之房屋价金是否

^① 关于所谓“虽有法律上之原因而其后已不存在”,梅仲协先生谓:“法律上之原因,不问为自始欠缺,或为嗣后丧失,要皆不影响于不当得利之本质。例如,在附有解除条件之契约,因条件成就,当事人得依不当得利之原则,请求返还其给付。”(《民法要义》,第 132 页)。孙森焱先生认为:第 179 条后段规定系指目的消灭之情形(《民法债编总论》,第 111 页)。民律草案第 929 条(相当于第 179 条)理由谓:“凡无法律上之原因,而受利益,致他人受损害者,不可不返还其利益于他人,否则于事理不合。其先虽有法律上之原因,而其后已不存在者(如撤销契约,解除契约之类),亦应返还其利益。”依本文见解法律上原因之其后不存在(*condictio ob causam finisam*),其主要类型有二:(1)法律原因基于当事人之约定而不存在,例如,附解除契约之成就或终期之届满;(2)因当事人一方之意思表示而使法律上原因不存在,赠与之撤销(第 416 条)为其著例。解除契约是否亦属之,涉及解除契约之法律性质,在此不拟详论。

不能成立不当得利,尚有疑问,又上诉人之不当得利返还请求权与其瑕疵担保请求权如有并存竞合之情形,上诉人择一请求似非法所不许。”

在本件判决,买受人基于买卖合同支付约定价金,因物具有瑕疵,与给付之价金,失其均衡,“最高法院”认为系属“给付目的之不能达到,亦属给付原因欠缺形态之一种,即给付原因初固有效存在,然因其他障碍不能达到目的”。就此判决理由观之,对于“无法律上之原因”之认定,系采奥地利学者 Wilburg 所创之非统一说,在方法论上,诚属正确。惟“最高法院”认为买受人因物之“瑕疵”而“溢付价金”,系属“给付目的之不能达到”,则难令人首肯。通说认为给付目的不达者,乃拟实现某种目的而为给付,但日后并未达成其目的之情形,例如:①以受清偿为目的而交付收据,而债务并未清偿;②附停止条件之债务,预期条件之成就而履行,结果条件并未成就。①因物之瑕疵而溢付价金,显然非属所谓“目的不达”之给付不当得利,盖价金系基于当事人买卖合同上之合意,支付价金,旨在清偿债务,自始具有目的,应无目的不达之情事。②

认为买受人因物之瑕疵而溢付价金,系属目的不达,其理由何在,虽不得而知,可能系基于衡平之考虑,在于维持公平正义。例如,甲向乙以1万元购某物,该物具有瑕疵,仅值8000元,则乙多获2000元,就公平正义之观念,自非妥适,为此乃适用不当得利规定予以救济,易言之,即采类如德国学者 Hedemann 之思想,认为:“不当得利请求权,对于一切不能圆满解决之情形,负有调节人之任务。”③此项出发点,固值赞同,但忽略了不当得利业已制度化之意义。

2. 1964年台上字第2661号判例:权利瑕疵担保与不当得利请求权之竞合

1980年台上字第677号判决,系涉及物之瑕疵担保与不当得利请求权竞合之问题。应注意的是,“最高法院”尚肯定权利瑕疵担保与不当得利请求权之竞合并存性。其所涉及者,系债权人错误查封第三人不动产之问题。1942年9月22日民刑庭总会决议:“‘强制执行法’上之拍卖,应依通说解为买卖之一种(参照‘强制执行法’第69条、第113条),并认

① 参见史尚宽:《债法总论》,第77页;郑玉波:《民法债编总论》,第111页。

② 因物之瑕疵而溢付价金,应不构成不当得利,系德国判例学说之定论。参见 Fikentscher, Schuldrecht, 7. Aufl. 1985, S.457f., 646f.

③ Hedemann, Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. 1931.

债务人为出卖人。甲、乙基于对丙之执行名义,申请执行,误认戊之不动产为丙所有,拍卖给丁,由戊诉经确定判决命丁返还者,丙虽于拍卖时,确信该不动产为伊所有,亦应负第 349 条之担保责任。”由此决议可知错误拍卖查封之不动产系属第三人所有时,债务人(出卖人)应对拍定人(买受人)负权利瑕疵担保责任。^①又查 1964 年台上字第 261 号判例谓:“执行法院拍卖查封之不动产,以其价金分配于各债权人者,纵该不动产嗣后经确定判决,认为不属于债务人所有,不能移转于买受人,而买受人因此所受价金之损害,亦只能向直接受其利益之债务人请求偿还,各债权人所受清偿之利益,系另一原因事实,除有恶意外,不能认与买受人所受之损害有直接因果关系,自不负返还其利益之责任。”据此判例观之,“最高法院”似认为拍定人(买受人)得依不当得利规定向债务人(出卖人)请求返还其所支付价金。“最高法院”一方面认为债务人与拍定人间有买卖契约,应负权利瑕疵担保责任,一方面又认为债务人(出卖人)受价金之利益,系属不当得利。此项见解,出人意料之外。此一判例显然误认不当得利法上:① 无法律上原因;② 致他人受损害(所谓……除有恶意……)两个基本构成要件,实有检讨余地。

3. 1984 年台上字第 4477 号判决:承揽人报酬请求权(或损害赔偿请求权)与不当得利请求权之竞合

1980 年台上字第 677 号判决隐藏着衡平思想。此种衡平思想,于 1984 年台上字第 4477 号判决,跃然纸上。“最高法院”曾对原审法院作如下之指摘:“就本件而言,上诉人历经辛苦,出钱出力,依约将被上诉人之土地整平后,突遭终止契约,而被上诉人之土地因上诉人施工之结果,目前价值已增至 166 倍之多,被上诉人竟拒支付报酬及返还不当得利,有违衡平原则云云(见原审上更三字卷第 96 页、第 42 页、第 89 页至第 102 页)。原审就此项攻击方法,未于判决理由项下记载何以不足采取之意见,遽为上诉人不利之认定,已有判决不备理由之违法。”此项指摘,似难令原审法院信服,因原审法院业已确实检讨不当得利请求权构成要件,并明白肯定其不能成立,应无“判决不备理由之违法”之可言。

显然,从判决之结论以言,认为被上诉人(定作人)应返还不当得利

^① 参见拙著:《强制拍卖非属债务人财产与拍定人之地位》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版。

(承揽人就承揽工作之全部支出费用),始合衡平原则。所以采此见解似乎受到“上诉人历经辛苦,出钱出力,土地价值已增至166倍之多”之影响。惟须注意者,承揽人就其完成之工作得请求报酬;就未完成之工作,得请求损害赔偿,已足保护其利益,土地增值多少,系属另一件事,与不当得利请求权无关,不能混为一谈。此项主观之衡平思想误导“最高法院”采取一种得与报酬请求权或损害赔偿请求权并存竞合之所谓“全部支出费用”不当得利请求权。

(二) 不当得利之制度化

公平正义系法律确信之表现,法律、法学及判例学说导源于此,受其滋润。诚如 Wilburg 教授所云:“所谓衡平(aequitas, equity, Billigkeit)也者,乃在表示由严格之形式法到弹性法,由硬性之规则到个别精致化的发展,不当得利请求权曾艰辛地借助于衡平思想,而成为一项法律制度。但业经制度化的不当得利,已臻成熟,有其一定之构成要件及法律效果,正义与公平应功成身退。”^①因此,在认定无法律上之原因此项构成要件时,应予扬弃统一说所提出之正义说或公平说,而逐渐采取非统一说,并予以类型化,使不当得利请求权建立在一个客观上可检验之构成要件上,不能让法官依其个人主观之衡平思想,任意于个案适用之。

以“衡平思想”创设不当得利请求权,势必破坏既存之法律制度。如采1980年台上字第677号判决之论点,因物之“瑕疵”而“溢收”价金,不但可以成立不当得利返还请求权,而且可以与物之瑕疵担保请求权并存竞合,则物之买受人(房屋之承租人,甚至承揽契约之定作人)于出卖人(出租人或承揽人)依法不负瑕疵担保责任(参阅第355条),或瑕疵担保请求权因不行使而消灭时(参阅第365条、第498条),尚得依不当得利之规定请求返还所谓之“溢付”价金(租金或报酬),则“民法”关于物之瑕疵担保制度殆可以不当得利代之矣!^②又1984年台上字第4477号判决认为承揽人就承揽工作所支出之全部费用,系因终止契约而受之损害,得向定作人依不当得利之规定请求返还。如果此项理论可以成立的话,则

^① Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1934, S. 18f.

^② 参见拙著:《物之瑕疵与不当得利》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社2009年版;并请参见郑玉波:《民法债编总论》,第129页。

于承揽、雇佣、合伙等均应有适用余地，“民法”关于终止契约制度将尽失其规范功能。

四、结 论

综据上述,本文认为:

(1) 1972 年台再字第 174 号判决,误解第 179 条后段所谓“虽有法律上之原因而其后已不存在”之意义。

(2) 在错误查封第三人不动产情形,“最高法院”一方面认为债务人应负出卖人之权利瑕疵担保责任(1943 年民刑庭总会决议及 1958 年台上字第 152 号判例),一方面又认为债务人就拍定人支付之价金,应负不当得利之返还义务(1964 年台上字第 2661 号判例)。债务人与拍定人间既有买卖关系,出卖人(债务人)受领价金之利益,如何构成“无法律上之原因”,诚难理解。

(3) 买受人虽因物之“瑕疵”而“溢付”价金,但出卖人系基于买卖契约而受领约定之给付,具有法律上原因,1980 年台上字第 677 号判决认为系属所谓之给付目的不达,应成立不当得利,似有误会。

(4) 定作人依第 511 条终止契约时,承揽人就已完成之工作有报酬请求权,就未完成之部分,有损害赔偿请求权。1984 年台上字第 4477 号判决,认为:“承揽人就其承揽工作之全部支出费用,系因定作人终止契约而受有之损害,并使被上诉人受有利益。具有相当因果关系,并与第 179 条后段所定‘有法律上之原因而其后已不存在者’之情形相当,应成立不当得利。”此项判决之思考方式及结论,无论吾人对第 511 条之损害赔偿作如何解释,均难苟同。

所以作成此类判决,或许企图就个案实践衡平原则。惟衡平原则既已具体化于不当得利之构成要件,显然不能将不当得利制度作为一种负有衡平调节任务之高层次法律(Bereicherungsrecht als Billigkeitausgleich sei ein Recht höherer Ordnung),实现具体正义之万灵丹(Allheilmittel)。①易言之,即不能再以“衡平”为理由,创设不具备“不当得利构成要件”之不当得利请求权。诚如 Wilburg 教授所言,衡平思想被击毙(totgeschlag-

① 参见 Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S.23, 附有详细资料。

en),但仍时常出而为患,必须尽力制服之^①,以维护不当得利,物之瑕疵担保及终止契约制度之规范功能。

^① Wilburg, S. 18. 关于法律制度与个案之妥当性之基本问题,参见德国 Tübingen 大学法学院 1962 年举办之系列专题演讲 *Summum Jus Summa Iniuria* (法之极,恶之极): *Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben*, 1963; 其中收集 Josef Esser 所撰之 *Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtssprechung im modernen Privatrecht*. S. 22. (现代立法上衡平判例之变迁)及 Joachim Gernhuber 所撰之 *Die Billigkeit und Ihr Preis*, S. 205 (衡平及其代价),最值参考。

不当得利之连带债务*

一、问题之说明

第 273 条规定：“连带债务之债权人，得对于债务人中之一人，或数人，或其全体，同时或先后请求全部或一部之给付。连带债务未全部履行前，全体债务人仍负连带责任。”此项规定便利债权人实现其债权，甚为有利，惟债务人有先为全部给付之义务，并须承担其他债务人无资力，难以求偿之危险，甚属不利。因此，连带债务如何成立，关系当事人利益至巨。为此第 272 条特设明文：“数人负同一债务，明示对于债权人各负全部给付之责任者，为连带债务。无前项之明示时，连带债务之成立，以法律有规定者为限。”依此规定，发生一项疑义：不当得利返还义务得否成立连带债务（gesamtschuldnerische Bereicherung，连带债务之不当得利）。^① 1985 年台上字第 2733 号判决^②，第一次(?)提出此项在理论及实务上具有意义之问题，实值重视。

* 本文原载《法学丛刊》第 124 期(1986 年 10 月)。

① 关于不当得利之返还义务得否成立连带债务，德国判例学说论述甚多，最近资料参见 Selb, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern(多数债权人与债务人)，1984, S. 64f.; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 611f. 须注意的是，《德国民法》上关于连带债务之成立，除法律规定者外，“数人依契约共同负担可分给付者，有疑义时，以连带债务人负其责任”(《德国民法》第 421 条：Verpflichten sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner)，例如，学生数人共同租赁房屋，除另有约定外，对于租金债务，应负连带债务。关于《德国民法》与台湾地区现行“民法”规定之不同，参见史尚宽：《债法总论》，第 618 页。

② 参见“司法院公报”第 28 卷，第 3 期(1986 年 3 月)，第 38 页。

二、共同侵权行为与“共同”不当得利之连带债务

数人共同不法侵害他人权利者,连带负损害赔偿责任(第185条第1项前段)。例如,甲驾机车不慎与乙超速违规驾驶之计程车相撞,致路人丙受伤,甲与乙应对丙负连带损害赔偿赔偿责任。^①值得注意的是,数加害人因共同侵权行为受有利益者,亦颇常见,其主要情形有三:

(1) 共同无权使用或消费他人之物:例如,甲与乙共同无权占有使用他人之汽车。于此情形,依传统见解,无权占有者受有相当于租金之利益。最近学说则认为其所受之利益,系使用或消费他人之物本身,依其性质不能返还,故应偿还其价额,以租金计算之。^②

(2) 共同无权处分:例如,甲与乙通谋窃取丙之古董让售给丁(第345条、第761条),丁因善意而取得其所有权(第801条、第948条及第949条)。于此情形,甲与乙自丁受领之价金,对丙而言,应构成不当得利。

(3) 共同出租他人之物:例如,甲与乙乘其邻居丙外出,擅将其屋出租给丁,收取租金。于此情形,甲与乙系无法律上原因受利益,致丙受损害,应负返还之义务。

在上开三种案例类型,共同侵权行为损害赔偿请求权与不当得利返还请求权得发生竞合关系。就侵权行为损害赔偿请求权而言,加害人应负连带损害赔偿赔偿责任(第185条),对被害人固属有利,惟依第197条第1项规定,因侵权行为所生之损害赔偿请求权,自请求权人知有损害及赔偿义务人时起2年间不行使而消灭,自有侵权行为时起,逾10年者,亦同。至于不当得利返还请求权之消灭时效,依一般规定,则为15年(第125条)。1952年台上字第871号判例谓:“因侵权行为受利益致被害人受损

^① 参见“司法院”1977年6月1日判例变更(例变字第1号)。又1978年台上字第1737号判例:“查民事上之共同侵权行为(狭义的共同侵权行为,即加害行为)与刑事上之共同正犯,其构成要件并不完全相同,共同行为人间不以有意思联络为必要,数人因过失不法侵害他人之权利,苟各行为人之过失行为均为其所生损害之共同原因,即所谓行为关联共同,亦足成立共同侵权行为,依第185条第1项前段之规定,各过失行为人,对于被害人应负全部损害之连带赔偿责任,此为本院现时所持之见解。”

^② 参见拙著:《使用他人物品之不当得利》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社2009年版。

害时,依法被害人固有损害赔偿请求权与不当得利请求权,其损害赔偿请求权虽因时效而消灭,而其不当得利返还请求权,在第 125 条之消灭时效完成前,仍得行使之。”因此,因共同侵权行为无法律上之原因受利益,致被害人受损害时,关于不当得利之返还,数加害人应否负连带责任,于侵权行为请求权罹于时效后,具有实益。

在 1985 年台上字第 2733 号判决一案,甲(上诉人)与诉外人(陈国忠)乙共同无权占有丙(被上诉人)之房屋。侵权行为损害赔偿请求权已罹于消灭时效,丙主张甲与乙应负连带责任之不当得利,返还被害人所受相当于租金之损害。原审法院肯定之。“最高法院”则认为:“第查因不当得利发生之债,并无共同不当得利之观念,亦无共同不当得利人应连带负返还责任之规定。同时有多数利得人时,应各按其利得数额负责,并非须负连带返还责任。原审认被上诉人依不当得利之规定,请求上诉人与陈国忠连带负返还责任部分为无不当,已有违误。”

上开 1985 年台上字第 2733 号判决之见解,立论正确,实值赞同。兹分两点说明之:

(1) “共同”不当得利之概念。第 179 条规定:“无法律上之原因而受利益,致他人受损害者,应返还其利益。”就此规定言之,所应返还者,系实际上所受之利益,就不当得利之概念而言,乃属当然之解释。^① 不当得利法之功能在于使受领人返还其无法律上原因而受之利益,若实际上未受有利益,当无返还之义务。

(2) 共同侵权行为连带责任之类推适用。关于共同侵权行为虽设有加害人应连带负损害赔偿之规定,但对于“共同”不当得利,则乏明文。法定连带债务之规定虽具有类推适用性^②,但第 185 条关于共同侵权行为之规定,对于“因共同侵权行为”而生之不当得利,则不得类推适用之,盖侵权行为与不当得利制度之功能不同,欠缺类推之共同基础也。易言之,即前者重在侵害行为之共同,以填补被害人所受之损害为目的;后者重在所受利得之返还,纵有“共同侵权行为”,若实际上未受有利益,亦不负返还之责任也。

据上所述,诚如 1985 年台上字第 2733 号判决所云,数人虽因共同侵

^① 德国通说采此见解,参见 Reuter/Martinek, aaO. S. 611f.

^② Selb, aaO. S. 56f.

权行为受有利益,仍应各按其利得数额,负返还责任,不成立连带债务。申言之,即在“共同”无权使用消费他人之物之情形,应各依其实际所使用消费之部分,在“共同”无权处分他人之物之情形,应各依其实际所得之对价(价金),在“共同”出租他人之物之情形,应各依其实际所得租金之数额,负不当得利之返还义务。债务人中一人因所受利益不存在,免负返还义务时(参阅第182条第1项),债权人不得请求其他债务人负担之。由是观之,不当得利返还请求权虽有长期时效(15年)之利益,但因不成立连带责任,于债务人中之一人或数人所受利益不存在,或无资力时,即有难以求偿之虞,可谓“利之所在,弊亦随之”,应予注意。

三、契约之无效、撤销与不当得利之连带债务

兹拟再提出讨论者,系另外一种案例类型:契约无效或撤销时,一方多数债务人关于受领给付之不当得利返还义务,可否成立连带债务?对此问题,判例学说似未论及,亦有研究之必要。

应先说明者,系如下之案例:甲与乙出卖共有之房屋给丙,价金200万元。甲与乙各依其应有部分自丙受领100万元。于移转房屋所有权给丙之后,始发现该买卖契约不成立或无效。此际甲与乙得依不当得利之规定向丙请求返还房屋所有权。又丙亦得依不当得利规定向甲与乙请求返还其所受领之价金。然则,甲与乙应否负不当得利连带债务?关于此点,本文认为应采否定说,盖对此情形“民法”未设连带债务之明文,当事人亦未明示为连带债务之约定也。因此,甲与乙应各负依不当得利规定返还其实际所受之利益(100万元)之义务。

其难以处理者,乃如下之案例:甲与乙向丙贷款200万元,为期1年,甲与乙各受领100万元,约定连带负返还责任。设该消费借贷契约无效或被撤销时,甲与乙应否负连带之不当得利返还义务?

关于此一问题,就理论言之,有正反两种见解:

1. 肯定说

当事人关于消费借贷之契约上返还义务,既然有连带债务之约定,则此项约定于不当得利返还债务亦应继续作用之。就当事人之意思而言,亦应作如此解释,始合交易观念及诚信原则。否则债权人(丙)必须对个别债务人请求返还其实际所受之利益(100万元),不但诉讼上不经济,而

且尚须承担其中一人所受利益不存在或无资力之危险,显非合理。^①

2. 否定说

消费借贷契约既已无效或被撤销,契约上关于贷款返还连带债务之约定,随之俱逝,无所附属。不当得利返还义务乃法定债之关系,与契约上义务,其法律性质究有不同,契约上连带债务之约定,应无适用余地。^②

上开两项见解,各有所据,应采何说,颇费斟酌,取舍为难,可谓系属于法学上之“边界案件”(Grenzfälle)。再三思量之,本文认为,就第 273 条关于连带债务规定而言,以采否定说似较妥当,盖如前所述,当事人虽有连带债务之约定,但契约既属无效或撤销,此项约定于性质不同之不当得利返还义务,究难适用也。

四、共同共有之连带债务与不当得利之返还义务

(一) 继承人对被继承人不当得利债务之连带责任

继承人有数人时,在分割遗产前,各继承人对于遗产全部为共同共有(第 1151 条)。又第 1153 条规定:“继承人对于被继承人之债务,负连带责任。”所谓被继承人之债务,应包括不当得利债务,自不待言。遗产分割后,对于被继承人之不当得利债务,各继承人仍应负连带债务。^③ 设该未清偿之被继承人之(不当得利)债务,移归一定之人承受,或划归各继承人分担,除经债权人同意外,各继承人仍不免负连带责任(参阅第 1171 条第 1 项、第 2 项)。^④

^① 德国判例采此见解者有 RGZ 67 260。学者赞成者有 Ehmman, Die Gesamtschuld, S. 206; Berkenbrock, BB 1983, 279。

^② 德国判例采此见解者有 RG JW 1909 274, BGH NJW 1982, 2433。学者赞成者,有 Reinicke/Tiedtke, Gesamtschuld und Schuldsicherung, 1981, S. 22。

^③ 参见戴炎辉、戴东雄:《继承法》(1986年3月改订第1版),第160页。

^④ 1949年台上字第174号判例谓:“系争房屋既为被上诉人之父生前向上诉人承租,则在其父死亡开始继承后,因租赁关系消灭所负返还之义务,自系第1153条第1项所谓被继承人之债务,被上诉人对之本应负连带责任,纵使如被上诉人所称,其父所有遗产业经继承人全体协议分割,此项房屋已移归其他继承人承受云云,而依第1171条第1项之规定,被上诉人如不能就此证明曾经上诉人之同意,仍难免除连带责任。”此项判例要旨于不当得利之债务亦有适用余地,自不待言。

(二) 合伙之不当得利债务与合伙人之连带责任

合伙财产亦属合伙人全体之共同共有(第 668 条)。第 681 条规定：“合伙财产不足清偿合伙之债务时，各合伙人对于不足之额连带负其责任。”由此可知“民法”关于合伙人之连带责任，系采补充主义。^①所谓合伙债务应包括不当得利债务，亦不待言，至于不当得利之发生，究系基于给付或给付以外之事由，均所不问。

设合伙解散，合伙财产于返还各合伙人之出资或按各合伙人应受分配利益之成数分配后(第 698 条、第 699 条)，发现尚有不当得利债务迄未清偿时，应如何处理，不无疑问。如前所述，合伙人仅于合伙财产不足清偿合伙之债务时，始对于不足之额，连带负其责任。合伙财产足以清偿合伙债务，于解散分配合伙财产后，各合伙人不负连带责任，就未清偿之不当得利债务，应仅各就其实际所受利益之数额，负返还责任。^②

五、结 论

1985 年台上字第 2733 号判决对不当得利与连带债务之关系，表示了一项重要法律见解，即不当得利制度之功能在于使受领人返还其无法律原因而受之利益，数人不因其行为之共同而负连带责任，应仅各依其实际利得数额，负返还责任。此项见解，实值赞同。继承人对于被继承人之债务(包括不当得利债务)，应负连带责任，乃基于遗产及合伙财产之共同共有关系，系法律之特别规定。有疑义者，系消费借贷契约(或其他契

^① 参见史尚宽：《债法各论》，第 667 页；郑玉波：《民法债编各论》，第 677 页。

^② 《德国民法》虽明定合伙人之出资及其他合伙财产为合伙人共同共有(《德国民法》第 718 条)，但关于合伙债务，各合伙人应负如何责任，因未说明文，故在学说上对合伙人应否负连带责任，引起重大争论。就合伙之不当得利债务(尤其是所谓之给付不当得利 *Leistungskondition*)而言，通说认为各合伙人应负连带责任(BGH56, 36; 72, 271)。有争议者，系合伙财产分配后，始发现不当得利债务未清偿时，究应如何处理。德国最高法院认为各合伙人应负连带责任，但被请求之合伙人得抗辩所受利益在合伙财产，在其他合伙人或在该自身已全部或一部不存在(BGHZ 61, 338; NJW 1983, 1905)。学者持反对见解者，颇有其人(Lipp, BB 1982, 78ff.; Meincke, DB 1974, 1001; Nicknig, Die Haftung der Mitglieder einer BGB-Gesellschaft für Gesellschaftsschulden, 1972, S. 56ff; Reinhardt, JZ 1974, 768; Thielmann, ZHR1972, 397ff.)。Selb 教授亦特别强调：分配后，合伙之共同共有已不受利益，各合伙人仅就其所受分配数额享有利益，应不成立连带债务(aaO. S. 65)，可供参考。

约)一方多数当事人关于返还贷款(或其他义务)应负连带债务之明示约定,于契约无效或撤销时,就其所生受领给付不当得利返还义务,有无适用余地。关于此点,本文采否定说。此项在理论上颇为困难之问题,仍有待判决出现,以资适用。^①

^① 双务契约解除时,当事人互负返还受领给付之恢复原状义务(第259条)。设义务人为多数时,就其返还义务,应否负连带责任,在理论及实务上亦值研究。

侵害他人债权之侵权责任*

一、概 说

侵害他人债权,是否构成侵权行为?这是民法学上有名之争论问题,因为涉及债权本质及侵权行为制度,一向是法学上热门研究题目,历长期争论,迄未获一致见解。^①最近,在1983年度台上字第599号判决一案,对此问题表示了其最新见解,诚值重视,特撰此短文分析评论之。又本文系以上开判决之基本论点作为讨论对象,并非对侵害他人债权之侵权责任问题作通盘之探讨,先此说明。

二、1983年度台上字第599号判决^②

(一) 裁判要旨

买卖标的物经第三人侵害之结果,出卖人依第225条第1项之规定免给付义务者,买受人非不得依侵权行为之法则,径向该第三人请求赔偿所受损害。

* 本文原载《法令月刊》第36卷,第12期(1985年2月)。本文发表后,孙森焱:《论对于债权之侵害行为》,载《法令月刊》第37卷,第5期(1986年5月),提出若干具有启发性之论点,敬请参阅。

① 参见梅仲协:《民法要义》,第139页;史尚宽:《债法总论》,第137页;王伯琦:《民法债编总论》,第73页;郑玉波:《民法债编总论》,第152页;孙森焱:《民法债编总论》,第163页;庄春山:《侵害他人债权》(台大硕士论文)。Koziol, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, 1967; Löwisch, Der Deliktsschutz relativer Rechte 1970; Krasser, Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritte, 1971。日文资料,参见吉田邦彦:《第三者の债权侵害に関する基础的考察》(1—7,未完),载《法学协会杂志》第102卷,第9号以下各期连载;矶村保:《二重売買と债权侵害》(1—3,未完),载《神戸法学杂志》第35卷,第2号以下连载。

② 参见《民刑事裁判选辑》第4卷,第1期,第55页。

(二) 相关法条

第 184 条、第 225 条第 1 项。

(三) 理由

本件上诉人起诉主张：伊于 1979 年 10 月 17 日向台北地方法院标买债务人台运有限公司所有动产一批，经申请点交，竟发现货物不符。查执行法院拍卖之动产，系由被上诉人第一商业银行中山北路分行保管，原查封之动产，显遭调换。第一审共同被告苏松乔，系该分行经理，被上诉人黄官临为襄理，庄晋三为事务员，孙长丰则为经办人。该分行对于其职员因执行职务所为侵权行为，应连带负损害赔偿赔偿责任。伊所受损害计有新台币（下同）604 900 元。又被上诉人等应交付 JUKI 平车 5 部亦未交付等情，求为命被上诉人等连带给付伊上开金额，并加付法定迟延利息，暨连带交付伊 JUKI 平车 5 部之判决。

被上诉人则以：伊非出卖人，对于出卖货物与约定不符，并不负赔偿责任。至于点交之物与动产抵押证明书及法院公告所载不符，则系债务人缮写错误所致，伊等并未调换云云，资为抗辩。

原审维持第一审所为不利于上诉人之判决，驳回上诉人之上诉，系以：依台北地方法院 1979 年度民执字第 3248 号执行卷宗所存 1979 年 10 月 17 日拍卖动产笔录记载：谕知债权人代理人及买受人，若品型不符，按现货计价，退回不相符之价款。1979 年 10 月 23 日执行笔录记载：黄官临陈述发觉部分动产与动产担保明细表所载不符，双方愿于清查后陈报法院。1979 年 10 月 24 日讯问笔录记载：债务人陈述，所以发生错误，可能是抄错误列。1979 年 10 月 31 日执行笔录记载：买受人因发现货品与拍卖者不符，请求法院清点，不愿买受而退费时，另向第一商业银行请求损害赔偿。1979 年 11 月 5 日讯问笔录记载：买受人提出所欲承购之货品及计价、数量表，债权人代理人则表示同意，推事并批示价金部分应依比例核定计算。1979 年 11 月 9 日讯问笔录记载：买受人就应买部分已领取完毕。1979 年 11 月 9 日讯问笔录记载：买受人请求退还 792 438.5 元。可见全部执行程序，被上诉人并无故意或过失之行为，致侵害上诉人之权利。又鉴定人赖金木两次鉴价，差距甚大一节，则系两次货品不同之故。上诉人就其请求被上诉人赔偿所受损害，既未能举证证明，自应驳回。又

上诉人既经受领应买之货品,竟再行请求给付 JUKI 牌平车 5 部,亦非有理,为其判断之基础。

查买卖标的物经第三人侵害之结果,出卖人依第 225 条第 1 项之规定免给付义务者,买受人非不得依侵权行为之法则,径向该第三人请求赔偿所受损害。本件上诉人于原审系主张:伊向执行法院标买之动产,在被上诉人负责保管中,被蓄意调换。原审并未就上诉人之此项主张,调查审认,竟罗列执行卷宗中先后笔录之记载,并未加析论,遽认被上诉人无侵权行为,已嫌率断。对于上诉人主张:被上诉人未交付之货品与动产担保交易证明书记载设定动产担保之抵押品不符,与被上诉人出具指封切结所载查封之动产亦有出入一节,何以不足采取?亦未于判决理由项下说明其意见,自难认已尽审理之能事。且原审既认定鉴定人赖金木先后两次鉴定之货品不同,鉴价自属有异。然则查封之动产苟未经调换,鉴定之货品,又如何前后不符?亦殊属费解。上诉人一再指摘鉴价相差悬殊。果尔?何以不可证明查封之物品已遭调换?尤有再事推求必要。上诉论旨,执此指摘原判决违法,求予废弃,非无理由。

据上论结,本件上诉为有理由。依“民事诉讼法”第 477 条第 1 项、第 478 条第 1 项,判决如主文。

三、分析检讨

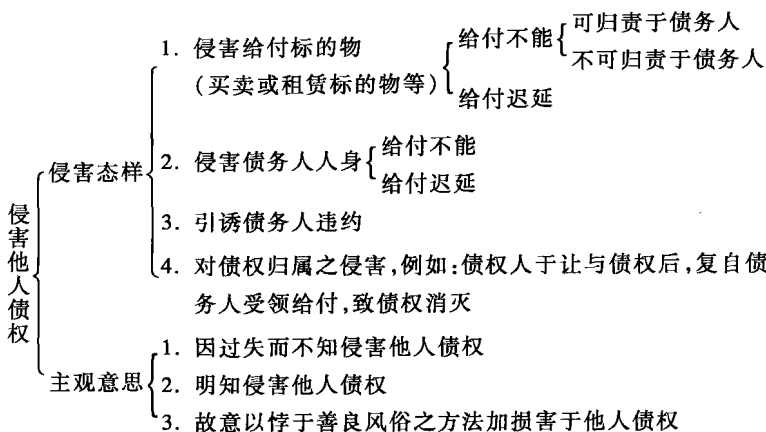
(一) 侵害他人债权之基本态样及问题之提出

1. 侵害他人债权之基本态样

在上开判决,“最高法院”废弃原判决发回“高等法院”,其终局结果如何,不得而知。关于案例事实,应说明者有二:其一,强制执行法上之拍卖,实务上认为系买卖之一种^①,故本案亦以买卖处理之;其二,银行应否负雇用人侵权责任,端视银行职员监守自盗,是否为执行职务而定,惟此与“侵害他人债权”本题无直接关联,兹不赘。

又本案所涉及者,仅系侵害“他人债权”之一种态样而已。为便于观察,兹将其主要情形列表如下:

^① 参见 1975 年台上字第 2200 号判例:“强制执行程序中之拍卖,为买卖方法之一种……”



2. 法律见解及疑问

在1983年度台上字第599号判决一案,提出如下之法律见解:“买卖标的物经第三人侵害之结果,出卖人依第225条第1项之规定免给付义务者,买受人非不得依侵权行为之法则,径向该第三人请求赔偿所受损害。”此项法律见解,具有三点疑问:

(1) 第三人侵害买卖标的物,亦有可归责于债务人之事由,致给付不能者,例如,甲出卖某物给乙,因照顾失周,被丙所毁。于此情形,买受人可否依“侵权行为之法则”径向加害人请求损害赔偿?

(2) 其他侵害他人债权之类型,如何处理?

(3) 所谓“依侵权行为之法则”究指何而言?

(二) 何谓“依侵权行为之法则”?

1. 不明确之请求权基础

民法上之基本问题,简单言之,乃“谁得向谁,依据何项法律规定,主张何种权利”。就1983年度台上字第599号判决而言,即债权人就其因给付不能所受之损害,得否向侵害标的物之第三人请求损害赔偿。关键问题在于,是否有一项法律规范足以支持债权人向第三人请求此种损害赔偿。此种法律规范,学说上称为请求权规范基础(Anspruchsnormensgrundlage),或请求权基础(Anspruchsgrundlage)。① 在本案,“最高法院”所

① 参见拙著:《基础理论》,载《民法实例研习丛书》(一),第54页以下。

提出之请求权基础是“依侵权行为之法则”。此项论点,虽其来自1929年上字第2633号判例谓:“债权之行使虽应对特定之债务人为之,但第三人如教唆债务人,合谋使债务之全部或一部陷于不能履行时,则债权人因此所受之损害,得依侵权行为之法则,向第三人请求赔偿。”惟所谓“依侵权行为之法则”,实在不能说是一个明确的请求权基础。设有某甲驾车不慎撞伤某乙,倘谓乙得“依侵权行为之法则”,向甲请求损害赔偿,尚无疑问,因为于此情形,显然系指第184条第1项前段“因故意或过失不法侵害他人权利”而言。但是在侵害他人债权之情形,究应适用第184条第1项前段或后段,乃关键之所在,争议之所在,所谓“依侵权行为之法则”^①,实在不能不说是以笼统之论点,掩饰了问题之本质及其解决之困难。

2. 请求权基础之思考方式

民法之教学,一向忽视请求权基础之思考方式。教学者似仍未应用或特为强调此项思考工具,致初学者处理实例时,常感束手无策,难以入门。曾有一考题:“乙盗甲之A物,与丙之B物互易,并即互为交付以移转其所有权。试问甲得否向乙请求交付其自丙受让之B物?”考生有谓:“甲得依不当得利之法则,向乙请求交付该B物”;有谓:“甲得依民法债编之规定向乙请求该物”;有谓:“甲得依民法规定,向乙请求该B物”;有谓:“甲得依法向乙请求B物”;有谓:“依情理公平正义之原则,甲得向乙请求该B物”。此类答案,显示一般法律系学生尚欠缺严格思考训练,不能确实指出甲之请求权基础,而检查其构成要件是否具备。

忆昔在德国慕尼黑大学读书之际,参加Larenz教授之民法研究会,有一学生宣读报告,说道:“依《德国民法》第823条规定(按:本条相当于第184条),A对B得请求损害赔偿……”Larenz教授立即叫停而郑重言道:“《德国民法》第823条有两项,究竟是第1项抑或第2项,必须指出。请求权基础是法律思考之出发点,必须明确,第1项或第2项,固应区别,前段或后段亦须明辨,究为适用或类推适用,更不容相混。”Larenz教授当时严肃之神情,令人感动。20年来学习民法不敢忘记此项教训,最近教学著述亦特别重视此点,希望对于促进法律思考训练,有所助益。^②

^① 参见1978年第五次民事庭会议决议:“债务人欲免其财产被强制执行,与第三人通谋而虚伪意思表示,将其所有不动产为第三人设定抵押权,债权人可依侵权行为之法则,请求第三人涂销登记,亦可行使代位权,请求涂销登记,两者任其选择行使之。”

^② 参见拙著:《基础理论》及《民法总则》,载《民法实例研习丛书》(一)。

“最高法院”若干判决亦曾受困于不能确实掌握请求权基础之思考方式,致生疑义,兹举数例说明之:

(1) 干扰婚姻关系与慰抚金。甲男与乙妇通奸,乙妇之夫丙得否向甲男请求“慰抚金”?其请求权基础何在?“最高法院”50年来数度变更见解,始终以第184条第1项后段,作为请求权基础。^①对此项见解,诚难赞同。第184条第1项后段可作为请求损害赔偿之基础,固无疑问。然慰抚金之请求,须以法律有特别规定者为限(参阅第18条第2项、第194条、第195条),何以第184条第1项后段得作为主张慰抚金之请求权基础,实在令人难以了解。^②

(2) 买受人对土地征收补偿费之请求权。甲出卖某地给乙,乙已付清价款。于甲移转该地所有权给乙之前,该地被征收。于此情形,乙得否向甲请求返还受领之补偿费?1981年度台上字第294号判决认为:“按该土地于买卖成立时,即应为所有权移转之登记,乃由于登记证件未能备齐,迄未登记,致为‘政府’所征收,被上诉人基于情事变更之原则,改为请求上诉人将领取之地价补偿费给付与伊,作为补偿,于法并非无据。”^③

此项判决,以情事变更之原则,作为买受人请求出卖人给付因土地被征收而领取地价补偿费之请求权基础,亦非妥适。依吾人见解,第225条第2项之适用(或类推适用),足资解决此项问题,殆无引用诚信原则之必要。^④

(3) 物之瑕疵与不当得利。甲出卖房屋给乙,交屋后,乙发现缺少约定之坪数。于此情形,乙得否向甲请求因缺少坪数而“溢付”之价金?“最高法院”采肯定之见解,并以第179条为请求权基础,1980年度台上字第677号判决谓:“第179条规定所谓无法律上之原因而受利益,就受损害人之给付情形而言,对于给付原因之欠缺,目的之不能达到,亦属给付原因欠缺形态之一种,即给付原因初固有效存在,然因其他障碍不能达

① 参见1952年台上字第278号判例及1966年台上字第2053号判例。

② 参见拙著:《干扰婚姻关系之侵权责任》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版;《干扰婚姻关系与非财产上损害赔偿》,载《民法学说与判例研究》(第二册),北京大学出版社2009年版。孙森焱先生亦同此见解,参见《民法债编总论》,第194页,注34。

③ 《民刑事裁判选辑》第2卷,第1期,第102页。

④ 参见拙著:《出卖之土地于移转登记前被征收时,买受人得否向出卖人主张交付受领补偿费之请求权基础——法学方法论上之检讨》,载《法学丛刊》第111期。

到目的者是,本件被上诉人就其出卖之房屋,固应负瑕疵担保责任,但上诉人主张,被上诉人交付之房屋坪数短少,而有溢收价金之情形,如果属实,被上诉人对于溢收之房屋价金,是否不能成立不当得利,尚有疑问……”^①

在本判决,虽明确指出请求权基础(第179条),但并未彻底检讨其构成要件。受领价金,纵因物之瑕疵,不能认为相当,但买卖合同既尚存在,有法律上之原因,应不构成不当得利。于此情形,买受人仅得主张物之瑕疵担保责任,请求减少价金,不当得利请求权应无并存之余地。^②

吾人所以再三引述其他判例、判决,旨在强调请求权基础思考方式之重要性。处理民事问题,必须精确地指出请求权基础,彻底检讨其要件。所谓“依侵权行为之法则”或“依情事变更原则”,均属空泛,难以作为请求权基础,再三使用,将使吾人之法律思考松懈,而导致不合理之推论。

(三) 请求权基础之探寻

1. 债权之相对性及侵权行为制度

侵害他人债权,应否负侵权责任,涉及两个基本问题:一为债权本质;二为侵权行为制度。

众所周知,债者,特定人间得请求特定给付之法律关系。债权人仅得向债务人请求给付,学说上称之为债权之相对性。基此理论,学者乃认为第三人既然处于“债之关系”之外,原则上即不发生侵害他人债权之问题。^③持反对见解者则强调,任何权利均应受保护,物权如此,债权何独例外,故侵害债权亦应构成侵权行为。^④此两项见解,均属正确,问题在于侵害他人债权在何种构成要件下,应成立侵权行为。此即涉及关于侵权行为之规定。

第184条系关于侵权行为之基本规定,共有两项。第2项规定:“违反保护他人之法律者,推定其有过失。”有争议者,系本项是否为独立侵权

^① 《民刑事裁判选辑》第1卷,第1期,第81页。

^② 参见拙著:《物之瑕疵与不当得利》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社2009年版。

^③ MünchKomm/Kramer, Einleitung zum Recht der Schuldverhältnisse, 1979, RdNr, 18.

^④ 参见王伯琦:《民法债编总论》,第73页。

行为类型,此与侵害他人债权是否构成侵权行为尚无适用关系,兹不赘。^①第1项共有两段,前段规定:“因故意或过失不法侵害他人之权利者,应负损害赔偿责任。”后段规定:“故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人者,亦同。”兹应特别说明者,系第184条第1项前后两段规定有何不同,为何不同。兹简单述之如下:

第184条第1项前后两段之不同有二:其一,关于受保护之法益:前段所保护者为权利,后段所保护者为一般法益(包括权利在内)。前者较狭,后者较广。其二,关于主观归责性:前段以故意或过失为已足,后者则须出于故意以悖于善良风俗之方法,加损害于他人。前者较宽,后者较严。由于前后两段之不同,在适用上发生如下之现象:具备第184条第1项前段规定之要件者,固不当然符合后段之要件,符合后段之要件者,亦不当然具备前段之要件,从而得发生所谓之请求权竞合关系。

所以设此规定,乃基于立法政策上之考虑,希望借此区别,适当平衡侵权行为法上之两项基本问题:其一,被害人保护之必要;其二,加害人活动自由之维护。易言之,即侵害权利者,加害人有故意或过失时,即应负赔偿责任,而侵害利益者,则须出于故意以悖于善良风俗之方法。此种就权益之轻重,而异其主观构成要件之做法,乃侵权行为法之基本特色。明乎此,才可了解为何不能笼统地以“依侵权行为之法则”,作为请求权基础。

2. 第184条第1项前段之适用

(1) 不以第184条第1项前段作为请求权基础之理由。据上所述,可知侵害他人债权,是否成立侵权行为,问题在于如何适用第184条第1项前段或后段。就学说分析之,计有三种不同见解:适用前段;适用后段;依侵害债权之类型,分别决定适用前段或后段。

首先应予指出者,系第184条第1项前段,不适于作为请求权基础。

^① 参见拙著:《违反保护他人法律之侵权责任》,载《民法学说与判例研究》(第二册),北京大学出版社2009年版。

易言之,即在解释上应认为第 184 条第 1 项前段所称“权利”,不包括债权。^① 此项解释不是基于“相对权”或“绝对权”概念之推论(概念法学),而是基于利益衡量及价值判断,即认为因故意或过失侵害他人债权,尚不宜使加害人依第 184 条第 1 项前段负损害赔偿赔偿责任。其理由有:

债权不具社会典型公开性(sozialtypische Offenkundigkeit)。^② 甲出卖电脑给乙等 20 家公司,运送途中被丙所毁,致乙等 20 家公司之工厂不能如期生产,遭受重大损失。电脑存在于外界,具有公开性,丙因故意或过失毁之,自应依第 184 条第 1 项前段负损害赔偿赔偿责任。至于乙等 20 家公司对甲之债权,不具社会典型公开性,外界难以知之,纵属知之,亦难查知其范围。故在上例,倘丙因过失不知乙等债权之存在,而应对乙等 20 家公司所受之损害,负赔偿责任,则其责任范围将漫无边际矣。准此以言,设有某歌星与十余家歌厅签有演唱契约,其经纪人与其发生感情纠纷,于演出前夕,因细故争吵而故意杀伤之,致不能登台。加害人纵明知此举将有害于他人之债权,仍不宜使其负赔偿责任,盖其目的并不在于侵害他人之债权也。

经济活动及竞争秩序。债之关系(尤其是契约),实系社会经济活动,倘因故意或过失,侵害给付标的物或债务人,致给付不能或给付迟延,即应负侵权责任,则社会交易活动及竞争秩序,势难维持。设某甲出卖一批电子材料给乙,丙因订单突增而以高价向甲购该批材料,倘其明知该批材料已出售给乙,或因过失而不知,即应负赔偿责任,则社会经济活动将因之而停滞。于此情形,使甲对乙负债务不履行责任,即足以保护乙之利益,尚无使乙径依第 184 条第 1 项前段规定,向丙请求损害赔偿之必要。

(2) 1968 年台上字第 3057 号判决。须注意的是,1968 年台上字第 3057 号判决认为:“按因故意或过失而侵害他人债权人,虽不能免侵权行为上之责任,但此系以第三人之行为,对债权之存续或其法律上之效力,

^① 参见梅仲协:《民法要义》,第 139 页。《德国民法》第 823 条第 1 项规定:“因故意或过失不法侵害他人之生命、身体、健康、自由、所有权及其他之权利者,对于他人负赔偿因此所生损害之义务。”德国通说亦认为本项所称其他权利,并不包括债权在内,参见 Larenz, Schuldrecht II, 11. Aufl. 1977, S. 534; Esser/Weyers, Schuldrecht II, 6. Aufl. 1984, S. 464; Fikentscher, Schuldrecht, 7. Aufl. 1985, S. 728; Medicus, Bürgerliches Recht, 12. Aufl. 1985, RdNr. 610(S. 349); BGHZ 12, 317f.; BGH NJW 70, 137.

^② Fabricius, Zur Dogmatik des sonstigen Rechts “gemäß § 823” Abs. I BGB, AcP 160 (1961), 273.

有直接影响者为限,例如,第三人以侵害他人之债权之意思而毁灭其特定之标的物体,或故意对第三人之身体,加以拘束,而使其不能为债权目的之特定给付等是,本件上诉人向债务人黄安心承买经扣押之生蛋鸭,并将该鸭转让给他人,亦不过使被上诉人之债权,不能就其该鸭卖得价金受满足之清偿而已,尚难视为第三人之债权侵权行为。”^①

此为迄至目前为止,理由构成较为详密之判决,惟迄未被选为判例。分析言之,应讨论者有:

本判决谓:“因故意或过失而侵害他人之债权人,虽不免侵权行为上之责任”,可知系以第184条第1项前段为请求权基础。惟应注意的是,虽明示“过失”亦构成侵害他人债权,但所举案例,均属“故意”,由此可知对于“过失侵害他人债权”是否成立侵权行为,未敢“肯定”,似恐加害人之责任过于广泛也。惟第184条第1项前段之构成要件,兼括“故意”及“过失”(实际上以过失为主要,又称为过失责任主义),故不能仅取“故意”而舍“过失”。退一步而言,纵认为构成要件可舍“过失”而留“故意”,则依所举之例而言,“明知”有害债权,尚属不足,必须系出于以侵害债权之目的。“最高法院”如此解释已逾越第184条第1项前段规定范畴,是否妥当,不无疑问。

关于第184条第1项前段之适用,“最高法院”尚设有限制,即须“第三人之为行为,对债权之存续或其法律上之效力,有直接影响者为限”。所谓有直接影响,系指第三人以侵害他人债权之意思而毁灭其特定标的物或故意对第三人之身体,加以拘束,而使其不能为债权目的之特定给付而言。所谓非直接影响者,系指第三人自出卖人受让买卖标的物之情形而言。

此项区别,不易了解。兹举一例说明之:甲出卖某机器给乙,运货途中为丙故意所毁。^①设甲无过失(不可归责于债务人),丙之侵害行为当属所谓“对债权之存续有直接影响”;^②设甲有过失(可归责于债务人),则丙之侵害行为是否对债权有直接影响?倘肯定其有直接影响,则其与第三人自出卖人受让买卖标的物有何区别?倘否定其有直接影响,则^①及^②种情形有何区别?为何区别?

据上所述,“最高法院”首先表示应适用第184条第1项前段,其后又

^① “司法院公报”第12卷,第3期,第2页。

将侵害他人债权,成立侵权行为之构成要件,加以限制:其一,须对债权之存续或其法律上之效力有直接影响;其二,须第三人故意侵害他人债权。所以如此解释适用法律,其意图甚为显然,乃认为第184条第1项前段所称之“权利”,应包括“债权”,但为适当限制加害人之责任,又不能不设上开两项限制。此两项限制解释,辗转曲折,与第184条第1项前段之规定之文义及规范目的,显有不合,应难赞同。依吾人所信,与其如此扭曲条文,不如径对第184条第1项前段所称之“权利”,作限制解释,认为并不包括债权在内,而改以第184条第1项后段作为规律侵害他人债权是否构成侵权责任之依据。实则,所谓“第三人以侵害他人之债权之意思而毁灭其特定之标的物,或故意对第三人之身体,加以拘束,而使其不能为债权目的之特定给付”,在解释上殆可认为系故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人也。

(四) 以第184条第1项后段作为请求权基础

第184条第1项前段不宜作为侵害他人债权损害赔偿之请求权基础,已如上述。依本文见解,以适用后段规定较为妥适。易言之,即以“债权”作为一般法益而保护之,因此,须故意以悖于善良风俗方法加损害于债权人者,始负赔偿责任。^①兹再以伤害歌星为例说明之:

歌女甲赴乙歌厅演唱途中,被丙不慎伤害,丙因过失不知其为歌星与乙订有演唱契约时,不对乙负侵权责任,自不待言。

设丙明知甲为歌星,且正赴乙处演唱,途中因感情纠纷杀伤之,纵其明知此举将使乙遭受损害,乙仍亦不得向丙请求损害赔偿。盖于此情形,尚不得谓丙系故意以悖于善良风俗之方法,加损害于乙也。诚然,乙受有损害,但并非所有损害,均可依侵权行为法获得赔偿。若干不测之危害应由被害人自己负担,依价格机能或保险消化之。

设丙亦经营歌厅,为使乙歌厅辍演,遭受损失而停业,乃制造假车祸,伤害歌女甲,致甲给付不能,则应认为丙系故意以悖于善良风俗之方法加

^① 所引资料,载于本书。值得注意的是,《瑞士债务法》第41条第1项规定:“因故意或过失不法加损害于他人者,负赔偿责任。”瑞士判例学说一致认为侵害债权,不适用本条规定,而应适用第41条第2项规定:“故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人者,亦负同一之责任。”参见 von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationsrechts, 3. Aufl. 1979, S. 409f.

损害于乙,应依第 184 条第 1 项后段负损害赔偿赔偿责任。

实务上明确以第 184 条第 1 项后段为“侵害他人债权侵权责任”之请求权基础者,有 1942 年上字第 891 号判例,略谓:“‘不动产登记条例’实施后,就同一不动产重为所有权移转契约时,如先之移转尚未登记,而后之移转已登记,依该条例第 5 条之规定,先受移转之人,不得以其先受之移转对抗后受移转之人,法律上既许后受移转之人否认在先未经登记之移转,则于其行使否认权后,自无从更以在先已有未经登记之移转为理由,认后之移转为无效。本件据原审认定事实,被上诉人甲虽于 1938 年 2 月间,已将讼争之稻田 2.2 公顷卖与被上诉人乙,至同年 12 月间始重卖与上诉人,然如被上诉人乙所受所有权之移转未经登记,而上上诉人所受之移转已经登记,则依上开说明,自不得以被上诉人乙受移转在先,遂认上诉人所受之移转无效。乃原判决竟谓上诉人纵令业经合法登记,其所受之移转亦属无效,于法殊有未合。至上诉人如果明知被上诉人乙已受所有权之移转,乘其未经登记唆使被上诉人甲更行移转于自己而为登记,致被上诉人乙受其损害,诚系故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人,依第 184 条第 1 项后段之规定应负赔偿责任。然此系另一问题,究不得因此遽认上诉人所受之移转为无效,原审以上上诉人之买卖不正当为其判决之理由,亦非有据。”

上开判例,涉及二重买卖,在结论上,与本文采同样见解。出卖人将该房屋所有权移转于后买受人,致给付不能时,应对前买受人负债务不履行责任(第 226 条)。后买受人虽明知前买卖契约之存在,仍不负侵权责任,须其买受该屋并受让其所有权,系出于故意以悖于善良风俗之方法,加损害于前买受人时,始应依第 184 条第 1 项后段,负损害赔偿赔偿责任。

所谓“故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人”,系一项概括条款,而“善良风俗”,则为不确定之法律概念,须于个案予以具体化(Konkretisierung),始能适用,以平衡“债权人之保护”及“第三人社会经济活动自由”此两项冲突之利益。此为法院之任务,在此暂不详论。^①

^① 关于不确定法律概念之具体化,系民法学上之重要课题。参见 Karl Engisch 之名著,Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2 Aufl. 1953, 1968.

(五) 依侵害类型决定第 184 条第 1 项前段或后段之适用?

1. 债权归属性之侵害

关于侵害他人债权,是否构成侵权行为,原则上应不适用第 184 条第 1 项前段规定,已详上述。学者有主张侵害债权归属性者,应例外地认为系侵害第 184 条第 1 项前段所称之“权利”。例如,A 对 B 有价金债权,让与给 C,B 于接获债权让与通知前,仍向 A 为给付,A 受领之,致 C 之债权因而消灭。此际,C 得否依第 184 条第 1 项前段规定向 A 请求损害赔偿?德国学者采肯定说者有之^①,台湾学者同此说者亦有之。^②实则,于此情形,C 得依“民法”关于不当得利之规定(第 179 条),向 A 请求返还其所受利益或基于其与 A 间之买卖契约向 A 请求损害赔偿,似无承认此系侵害他人“债权”,而有适用第 184 条第 1 项前段之必要。^③

2. 因不可归责于债务人事由致给付不能

应注意的,孙森焱先生在其《民法债编总论》一书中,对于侵害他人债权之侵权责任,作有深入精致之探讨,认为侵害他人债权,如何成立侵权行为,应分别情形而定之:① 第三人侵害债权标的之给付,致债务人免给付义务者,其结果即系侵害债权,应成立侵权行为;② 第三人之行为侵害债权标的之给付,但债权尚不致因而消灭者,在主观要件上须第三人具有故意,且其行为系权利之滥用或违反公序良俗,具有违法性,始得成立侵权行为。^④

1983 年度台上字第 599 号判决认为:“买卖标的物经第三人侵害之结果,出卖人依第 225 条第 1 项之规定免给付义务者,买受人非不得依侵权行为之法例,径向该第三人请求赔偿其所受损害。”是否采孙森焱先生之见解,不得而知,盖其所谓“依侵权行为之法例”,究指何言,未臻明确,且对上开②之情形,并未表示见解,立场如何,难以判断,不便猜忖。

关于孙森焱先生之见解,就①之情形而言,应系适用第 184 条第 1 项前段,即因故意或过失不法侵害权利(债权)者,应负损害赔偿责任。至

① Larenz. Schuldrecht I, 12. Aufl. 1981, S. 16.

② 参见史尚宽:《债法总论》,第 137 页;郑玉波:《民法债编总论》,第 152 页;孙森焱:《民法债编总论》,第 163 页。

③ Fikentscher, S. 46; Medicus, RdNr. 610(S. 349); Otte, JZ 1969, 253ff.

④ 参见孙森焱:《民法债编总论》,第 164 页以下。

于②之情形,似系适用第184条第1项后段。惟倘作此解释,则其所谓“第三人之行为系属权利之滥用”,颇为费解,盖此显与第184条第1项后段之要件无关,除非认为权利滥用,亦得构成故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人。

又第三人侵害债权标的物,是否成立侵权行为,分别其是否可归责于债务人事由,而作不同之处理,是否有据,亦值研究。设甲有某机器,出售给乙,托丙运送,丙因过失致机器灭失,是为第三人侵害债权之标的物。① 设甲无过失时,是为不可归责于债务人事由致给付不能;② 倘甲亦有过失(如其受用人看管不周,包装不妥,指示错误等),则为可归责于债务人事由致给付不能。第三人丙对乙应否成立侵权行为之构成要件,为何因是否可归责于甲之事由致给付不能而异?其理由颇值推敲。孙森焱先生认为,此乃因于②之情形,乙得对甲请求损害赔偿,其债权尚未消灭之故。^① 然则,乙对甲是否有损害赔偿请求权,似仅涉及乙是否受有损害或其损害范围大小之问题,似不应因此影响丙对乙应否负侵权责任之主观构成要件。依吾人见解,在①及②两种情形,均应适用第184条第1项后段。第三人因过失侵害买卖标的物者,应对买受人负赔偿责任,责任范围过于广泛,殊非合理,此点前已详论,兹不赘。再则依第225条第2项规定,买受人(债权人)有代偿请求权,显见法律于买卖标的物经第三人侵害,出卖人依第225条第1项之规定,免给付义务时,原则上已有救济之道。倘于此种情形,买受人仍得“依侵权行为之法则”,径向该第三人请求赔偿所受损害,则第225条第2项之代偿请求权,殆无规定之必要。

四、结 论

侵害他人债权,在何种情形下,成立侵权行为,是民法上之基本问题。第三人侵害标的物,致给付不能,为其典型案例。1983年度台上字第599号判决之法律上判断实不足作为受发回法院判决之基础(参阅“民事诉讼法”第478条第3项)。1929年上字第2633号判例,有依“侵权行为法则”之语,在1965年之后仍然沿用之,使第184条第1项前段或后段适用

^① 参见孙森焱:《民法债编总论》,第164页以下。

之区别,未获澄清,实属憾事。吾人虽主张以适用后段为宜,但不排除或有更坚强之理由可支持前段之适用。惟无论如何,时隔五十余年,我们应该有理由要求“最高法院”提出更令人信服之论点,来表示其对此问题之基本看法,不应再笼统地以所谓“依侵权行为之法则”来处理此项民法上的重大问题,使法律仍然停留在混沌不明的阶段,殆无进步之可能。

拟附带提及者,笔者去年赴德国柏林(自由)大学及英国伦敦政经学院做客,几无日不读法院判决。英国法院判决富于文采,运用“判例至判例”(from precedent to precedent)之推理方式,创造法律,表现英国法成长之过程及法官之学养风格。^① 德国法院之判决,结构严谨,旁征博引,颇具学术价值。^② 回来再读台湾地区“最高法院”最近判决,更深切地感到判决理由构成,实待加强。当然此须长期持续的努力,非旦夕可奏其功,而学说之协力亦属重要。世界各国和地区中,台湾地区法学水准逊于德、日、英、美等先进国家,自然不能要求“最高法院”之判决达到同等的品质,对实务见解之检讨,实在是学说之自我及省。但是不能不指出的是,“最高法院”若干判决,并不能反映法学研究的成果。关于侵害他人债权是否成立侵权行为,史尚宽、梅仲协、郑玉波、孙森焱等先生,都致力于检讨第184条第1项前段或后段之适用性,而提出不同之见解,从未表示“依侵权行为之法则”决定之。就物之瑕疵担保与不当得利之案例而言,郑玉波先生在其《民法债编总论》中早已明确表示,关于物之瑕疵,买受人只能依瑕疵担保之规定解除契约,或请求减少价金,而不能成立不当得利返还请求权。^③ 关于土地征收补偿费之请求,史尚宽先生在其《债法总论》中亦早已明确表示得适用第225条第2项。^④ “最高法院”置稳妥之学说于不顾,其原因不得而知,惟无论如何,倘不赞成学说之见解,理应提出更坚强之理由。最近阅读杨仁寿先生所著《阐释法律之方法论》,就法律解释之基本问题,参考学说在法学方法论上的认识,就实务问

① Cross, Precedent in English Law, 3rd Edition, 1977.

② Kötz, Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen, 1973.

③ 参见郑玉波:《民法债编总论》,第129页。

④ 参见史尚宽:《债法总论》,第375页。

题,作深刻动人之分析^①,殊值敬佩。可见“最高法院”已认识到有积极加强判决理由之迫切需要,而当有所改进,希望在不久的将来,我们能读到更好的判决书。

^① 《“最高法院”1985年度研究发展项目研究报告》,1985年7月。本书现经修订,改为《法学方法论》,1986年11月初版,可读性甚高,可供参考。

信赖利益之损害赔偿*

一、序 说

(一) 信赖利益与履行利益之意义

损害赔偿系民法之核心。损害赔偿之发生,有基于侵权行为,亦有基于法律行为。^①就后者而言,其损害复可分为信赖利益及履行利益之损害。

信赖利益(Vertrauensinteresse)者,指当事人相信法律行为有效成立,而因某种事实之发生,该法律行为(尤其是契约)不成立或无效而生之损失^②,又称为消极利益(negative Interesse)之损害。于此情形,被害人得请求赔偿者,系赔偿义务人在经济上应使其回复到未信赖法律行为(尤其是契约)成立或有效时之状态。所谓履行利益(Erfüllungsinteresse)者,指法律行为(尤其是契约)有效成立,但因债务不履行而生之损失,又称为积极利益(positive Interesse)之损害。于此情形,被害人得请求赔偿者,系债务人依债之本旨履行时,其可获得之利益。兹举一例说明之:甲于3月4日出卖A屋给乙,价金200万元,约定于3月30日交付。乙于3月10日

* 本文原载《军法专刊》第33卷,第4期(1987年4月)。

① 关于损害赔偿之发生原因,参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,1969年12月初版(本书为民法学重要著作之一,1986年10月再版),第1页以下;拙著:《损害赔偿之归责原则》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版。

② 关于履行利益(积极利益)及信赖利益(消极利益)之意义,参见梅仲协:《民法要义》,第158页;史尚宽:《债法总论》,第278页;郑玉波:《民法债编总论》,第333页;孙森森:《民法债编总论》,1985年版,第316页。德文资料,Hermann/Lange, Schadensersatz, 1979, S. 44; Keller, Das Negative Interesse in Verhältnis zum Positiven Interesse, 1948.须特别说明者,系信赖利益之赔偿,除法律行为无效(第91条及第247条)外,尚包括因信契约“成立”而受之损失,请参见本文关于订约上过失(Culpa in contrahendo)之论述。

出租该屋给丙,约定4月1日交付。经查该屋于3月8日因可归责于甲之事由毁于火,而乙于出租该屋时因过失不知其事。于此情形,丙得依第247条规定向乙请求信赖利益之损害赔偿(例如订约费用),而乙得依第226条规定向甲请求履行利益之损害赔偿(例如租金)。

(二) 判例及判决

关于信赖利益之损害赔偿,仅有两则判例。1963年台上字第518号判例谓:“契约成立后,债务人有依契约内容而为履行之义务,纵其契约标的为给付不能,不免罹于无效,而对于非因过失信其契约为有效,致受损害之他方当事人,仍负赔偿责任。”此则判例无非重复第247条规定,不具实质意义。须注意的是,1962年台上字第2101号判例:“契约因出卖人以不能之给付为标的而归无效者,买受人所得请求赔偿之范围,依第247条第1项自以因信赖契约有效所受之损害为限,此即所谓消极的契约利益,亦称之为信赖利益。例如,订约费用、准备履行所需费用或另失订约机会之损害等是。至于积极的契约利益,即因契约履行所得之利益,尚不在得请求赔偿之列。”此一判例之主要内容,在于区别“信赖利益”及“履行利益”,此为实务上迭生疑义之问题。1986年台上字第1355号一案涉及此一问题,为便于讨论,抄录判决理由全文如下:

本件被上诉人主张,伊于1973年11月26日与上诉人订立不动产买卖契约书,向上诉人购买坐落于台中市北屯区东光段61号、233号、234号、235号农地,面积共650坪,价金计新台币(下同)32.5万元,已经付清,上诉人亦早已测定界址,指定位置,交付伊占有使用。嗣伊于1982年1月31日诉请上诉人办理所有权移转登记,历经三甲以上述买卖契约有第246条第1项前段以不能之给付为契约标的而无效之情形,判决伊败诉确定。上开土地,位于台中市重划区内,重划结果伊可分配重划区内之面积430平方米,重划区外面积1452平方米,兹以1984年公告现值重划区内每平方米4000元。非重划区每平方米3500元计算,该土地共值679.2万元。因伊于订约时,非因过失而信契约为有效,致受上述损害,依第247条第1项规定,自得请求上诉人赔偿损害等情,求为命上诉人给付679.2万元及自1985年8月13日起至清偿日止按“中央银行”核定放款利率1/2计算利息之判决(超过此部分之利息,经原审判决被上诉人败诉后,未据声明不服,业告确定)。上诉人则以:本件土地买卖契约,被上

诉人系委由其夫林有容订立。林有容曾受高等教育,又任职于税捐机关,对于农业发展条例及土地法有关购买私有农地之禁止规定,知之甚稔,故对该买卖契约可得而知其无效,被上诉人委为非过失,主张信赖该契约为有效致受损害,请求赔偿,实无理由等语,资为抗辩。原审将第一审所为被上诉人全部败诉之判决,一部废弃,改判如其上述声明,系以:被上诉人主张伊向上诉人购买上述农地,诉求上诉人办理所有权移转登记,因农业发展条例规定,农地不能分割移转,经三审法院认定该买卖契约有第 246 条第 1 项前段规定之情形,而判决伊败诉确定等情,有历审民事判决影本及不动产买卖契约书影本附卷可稽,并为上诉人所不争执。查两造于 1973 年 11 月 26 日除订有不动产买卖契约外,另订有草稿一约,其中第 5 条明载:“现因土地不能分割,乙方(指上诉人)同意先办理预告登记,或将来继承持份额而适于移转,或‘政府’公告许可分割时,即应依规定分割移转之。”此项草稿虽为被上诉人之夫林有容所撰,但交给上诉人阅览后即被扣留不还,业经证人阮江洋、林水柳证明属实,即上诉人在另案所有权移转登记事件中亦自承不动产买卖契约书内容是在不能分割后写的,有倒填日期之情形云云,足见上诉人于订约时已明知该农地不能分割。反观被上诉人为一介女流,仅有初中文化程度,自不知农地不能分割移转。纵委由其夫林有容出面订约,但对于农业发展条例之禁止规定,不能谓必知情,况上开草稿系约定将来持分适于移转,自系确信契约为有效,始予购买,自无过失之可言。从而,被上诉人依第 247 条第 1 项请求上诉人赔偿损害,自非无据。次按损害赔偿,除台湾地区的有关规定另有规定或契约另有订定外,应以填补债权人所受损害及所失利益,第 216 条定有明文。被上诉人购买上述土地,系位于台中市重划区内,重划结果,地价涨幅甚大,兹以 1984 年公告现值重划区内每平方米 4000 元,非重划区每平方米 3500 元计算。上开土地之价值共为 679.2 万元。此为被上诉人可得之利益,被上诉人请求上诉人如数赔偿,并加付自起诉状缮本送达之翌日即 1985 年 8 月 13 日起算之法定迟延利息,自属正当等词,为其判断之基础。按契约因出卖人以不能之给付为标的而无效者,买受人所得请求赔偿之范围,依第 247 条第 1 项规定,以因信赖契约有效所受之损害为限,此即所谓消极的契约利益,亦称之为信赖利益。如订约费用、准备履行所需费用或另失订约机会之损害等是。至于积极的契约利益即履行利益,则以法律行为有效成立为前提,故契约因以不能之给付为标的而

无效者,履行利益即属无从发生,自不在得为请求赔偿之列(参照1962年台上字第2101号判例)。原审既认定两造于1973年11月26日订立之土地买卖契约因以不能之给付为标的而无效,被上诉人非因过失而信该契约为有效致受损害,得向明知该契约为无效之上诉人请求赔偿,则依上说明,被上诉人所得请求赔偿者,仅限于消极的契约利益即信赖利益。上开土地重划后之1984年公告现值,系以1984年所发生之利益为计算标准,原审未注意及此,遽命上诉人如数赔偿,即系命上诉人赔偿积极的契约利益亦即履行利益,自属不当。上诉讼旨,执以指摘此部分之原判决违法。应予废弃,非无理由。

(三) 问题之提出

在上开1986年台上字第1355号判决一案,原审法院依第216条规定,以土地之涨价计算第247条所定信赖利益之赔偿。“最高法院”引述1962年台上字第2101号判例废弃原审见解,但值得注意的是,对于第216条之适用本身,并未表示意见。此一判决涉及信赖利益与履行利益,及积极损害与消极损害这两个损害类型之区别及其相互关系。惟根本之问题在于信赖利益损害赔偿之请求权基础。^①

二、请求权基础

请求权基础(*Anspruchsgrundlage*)云者,系指当事人一方得向他方有所主张之法律规范。^②关于信赖利益之损害赔偿,“民法”设明文者,有第247条及第91条。第113条规定是否可作为信赖利益损害赔偿之请求权基础,尚值研究。不知无代理权而为代理者,是否仅负信赖利益之赔偿责任,涉及第110条之解释。理论上最值重视者,系订约上过失(*Culpa in contrahendo*),现分别说明之。

^① 关于信赖利益损害赔偿,林诚二先生曾著有专文《民法上信赖利益赔偿之研究》(一)(二)(三)(四),载《法学丛刊》第69期以下,提出具有启示性之基本问题。从事比较法之研究,甚为深刻周详,可供参考。

^② 关于请求权基础之思考方式,参见拙著:《基础理论》,载《民法实例研习丛书》(一)。

(一) 第 247 条: 契约因标的不能之无效

在实务上,关于信赖利益损害赔偿之请求权基础,以第 247 条规定最重要。^① 第 247 条第 1 项规定:“契约因以不能之给付为标的而无效者,当事人于订约时知其不能或可得而知者,对于非因过失而信契约为有效致受损害之他方当事人,负赔偿责任。”所谓“契约因以不能之给付为标的而无效者”,指第 246 条规定而言,即“以不能之给付为契约标的者,其契约为无效。但其不能情形可以除去,而当事人订约时并预期于不能之情形除去后为给付者,其契约仍为有效。附停止条件或始期之契约,于条件成就或期限届至前,不能之情形已除去者,其契约为有效。”

1986 年台上字第 1355 号判决涉及农地买卖,经三审法院认定,当事人买卖农地,因农业发展条例,不能分割移转,有第 246 条第 1 项本文之情形。关于此点,有补充说明之必要。

按“农业发展条例”第 30 条规定关于“每宗耕地不得分割或移转为共有。但因出售与毗邻耕地自耕农而与其耕地合并者,得为分割;因继承而移转者,得为共有;共有耕地每人持份达 5 公顷以上且有分割之必要者,得报经该‘省(市)主管机关’核准分割为单独所有;部分依法变更为非耕地使用者,其依法变更部分得为分割。”本条关于“每宗耕地不得分割或移转为共有”之规定,具有强行性。有疑问者,系其所禁止者,究为债权契约(买卖、赠与或互易),抑或为物权行为(处分行为)。就本条规定文义观之,应系指后者而言。^② 故甲出卖某宗耕地之部分给乙,并办理所有权移转登记时(参阅第 758 条),其违反上开农业发展条例规定而无效者(参阅第 71 条),系移转所有权之物权行为。耕地部分所有权之移转,既为法律所禁止,出卖人不能履行其义务(第 348 条),给付自始客观

^① 关于第 247 条解释适用之基本问题,参见史尚宽:《债法总论》,第 490 页。本条规定相当于《德国民法》第 307 条,参见 Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 45. Aufl. 1985, § 307.

^② 关于“农业发展条例”第 30 条(旧“农业发展条例”第 22 条)之解释适用,系实务上之重要问题(参见《民刑事裁判选辑》,第 2 卷第 4 期,第 285 页)。须特别指出者,系 1983 年台上字第 3349 号判决,略谓:“农业发展条例第 22 条本条固每宗耕地不得分割或移转为共有之明文规定,但关于约定负担移转该项土地应有部分之债权行为,并不在限制之列,如有第 246 条第 1 项但书之情形,预期于不能给付之情形除去后为给付者,其买卖契约(债权契约)仍为有效。”(《民刑事裁判选辑》第 4 卷,第 3 期,第 350 页)可供参考。

不能(法律上之不能),其买卖合同应为无效。“最高法院”在结论上亦同此见解。

此种因法律强制禁止物权行为,而导致债权行为(买卖、赠与、互易)因给付不能无效之情形,尚有“土地法”第30条关于“私有农地所有权之移转,其承受人以能自耕者为限,并不得移转为共有,但因继承而移转者,得为共有。违反前项规定者,其所有权之移转无效”之规定。1976年度第九次民庭庭推总会决议谓:“‘土地法’第30条系就私有农地所有权移转之物权行为所作之强制规定,关于约定负担移转该项土地所有权之债务之债权行为(如买卖、互易、赠与等契约),并不在限制之列,故约定出售私有农地于无自耕能力之人者,其所定之农地买卖合同(债权契约),尚不能认系违反强制规定,依第71条前段应属无效。惟此项买卖合同所约定之给付,既为移转私有农地之所有权于无自耕能力之人,属于违反强制规定之行为,即属法律上之给付不能,亦即客观的给付不能,依第246条第1项规定以不能之给付为契约标的者,其契约为无效。因之此项约定出售私有农地于无自耕能力之人之买卖合同,除有第246条第1项但书及第2项之情形外,其契约应属无效。”其买卖合同倘属无效,即有第247条规定之适用。^①

(二) 第91条:错误意思表示之撤销

关于信赖利益损害赔偿之请求权基础,“民法”设有明文者,尚有第91条规定:“依第88条及第89条之规定,撤销意思表示时,表意人对于信其意思表示为有效而受损害之相对人或第三人,应负赔偿责任,但其撤销之原因,受害人明知或可得而知者,不在此限。”例如,甲欲出卖A地,误书为B地,经委托代书办理登记后,始发现其事,甲即撤销之。买受人乙就其信买卖合同为有效而受之损害(信赖利益),得向甲请求赔偿。须注意的是,第91条构成要件与第247条规定不同,即错误表意人系负无过失责任,意思表示之错误或不知情事,须非由表意人之过失者为限,始得撤销之。

^① 参见拙著:《民法总则》,载《民法实例研习丛书》(二),第239页。关于“土地法”第30条,第246条及第247条之适用关系,尤其是实务上见解之变迁,参见叶赛莺:《给付不能之理论与实务》(1985年初版),论述甚详。

(三) 悬赏广告之撤销

第 165 条规定：“预定报酬之广告，如于行为完成前撤销时，除广告人证明行为人不能完成其行为外，对于行为人因该广告善意所受之损害应负赔偿之责，但以不超过预定报酬额为限。”通说认为所谓“行为人因该广告善意所受之损害”，亦属信赖利益之损害。^①

(四) 第 113 条：法律行为之无效与损害赔偿

第 113 条规定：“无效法律行为之当事人，于行为当时，知其无效或可得而知者，应负恢复原状或损害赔偿之责任。”（参阅第 114 条第 2 项）。本条规定可否作为信赖利益损害赔偿之请求权基础，殊值研究。例如，甲因过失不知乙为禁治产人而出租某屋，其后有人愿以高价承租该屋，甲乃主张乙为禁治产人，无行为能力，其租赁契约无效。于此情形，乙就其非因过失信租赁契约为有效而受之损害，可否依第 113 条规定请求赔偿？

第 113 条之规范目的，未臻明确，甚有争论。^② 学者及若干判例、判决有认为本条所谓“恢复原状”，系指受领给付之返还，而所谓“损害赔偿”，则系指不能恢复原状时之金钱赔偿而言。^③ 此项见解，就第 113 条规定之文义而言，固有所据，但就民法体系而言，则有两点疑义：其一，基于无效法律行为而受领给付，当事人须负返还义务，不应因其是否明知或可得而知其法律行为无效而异；其二，关于基于无效法律行为而为给付之返还，“民法”设有所有物返还请求权或不当得利制度，适用第 113 条规定，不但无此必要，而且未尽合理。例如，甲赠某画给乙，并依让与合意交付之。设甲因意思表示错误而撤销赠与契约时，其赠与之意思表示视为自始无效（第 114 条、第 113 条）。于此情形，设乙非因过失不知撤销之原因，依第 113 条规定，似不必返还其所受领之画。实则，乙仍应依不当得利规定负返还之义务。又设乙因过失不知撤销原因，而受领之画意外灭失时，依第 113 条规定，乙似应以金钱赔偿之。惟倘适用不当得利规定，乙不知无法律上之原因，而其所受利益已不存在，免负返还或偿还价额之责任（第

^① 参见史尚宽：《债法总论》，第 37 页。

^② 参见拙著：“民法”第 113 条规范功能之再检讨》，载《民法学说与判例研究》（第四册），北京大学出版社 2009 年版。

^③ 参见拙著，前揭文，对判例学说作有综合整理分析，敬请参阅。

182 条第 1 项)。由是可知,将第 113 条所称“恢复原状”解释为系受领给付之返还,而“损害赔偿”则系不能返还时之金钱赔偿,与“民法”之价值判断及当事人之利益状态,均有违背,似有商榷余地。^①

应特别提出讨论者,系可否将第 113 条解释为系关于无效法律行为损害赔偿之规定。1971 年台上字第 3051 号判例,略谓:“损害赔偿之方法,以恢复原状为原则,金钱赔偿为例外,故损害发生后,如有恢复原状之可能,受害人请求加害人赔偿,应先请求为原状之恢复,倘非法律另有规定或契约另有订定,不得径行请求金钱赔偿。”经检阅本判例全文,其内容为:“按损害赔偿之方法,以恢复原状为原则,金钱赔偿为例外,故损害发生后,如有恢复原状之可能,受害人请求加害人赔偿,即应先请求恢复原状,非法律另有规定或契约另有订定,不得径行请求金钱赔偿。本件坐落于桃园镇中路段 1677 之 7 号面积 0.1521 公顷,即桃园市育乐街道路,其土地所有权虽属上诉人所有,但被上诉人既仅在其路边水沟铺盖水泥板,及以砂石填平路面,并未将其土地作为公有,况此道路又系土地前业主李满前为达其请准建筑房屋之目的所开辟,则其恢复未开辟道路前之原状,并无任何困难,事实即无疑义,乃上诉人不向被上诉人请求恢复原状,而竟请求金钱赔偿,揆诸首揭说明,要属无从准许……”

就上开事实观之,本件判例似关于侵权行为损害赔偿之问题,与法律行为之无效,似无关联。又判例要旨本身系第 213 条规定之重复,实属当然自明之理。因此将 1971 年台上字第 3051 号判例列于第 113 条之下,是否寓有深意,不得而知。

德国法律哲学家拉德布鲁赫(Radbruch)氏曾谓:“解释法律之人,应比立法者聪明”^②,盖非如此,不能促进法律进步也。又解释判例之人,似亦应比适用法律之人聪明,否则判例难以推陈出新。倘能将第 113 条解释为“损害赔偿”之规定,则此项损害赔偿,自非履行利益之损害赔偿,应属信赖利益之损害赔偿,即无效法律行为当事人,因信契约为有效而受损害之赔偿。倘“最高法院”能明白作此具有创设性解释,则一个被学者视为来历不明之赘文,将重获新的规范生命。^③

① 参见洪逊欣:《民法总则》(1976 年修订再版),第 523 页。

② Radbruch, Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 1963, S. 211. 参见施启扬:《民法总则》,第 44 页。

③ 参见拙著,前揭文,对于第 113 条能否经由解释,而作为订约上过失(Culpa in contrahendo)之基本规定,持保留之态度,问题在于“最高法院”能否创设订约上过失之基本原则。

(五) 第 110 条:无代理人,于行为时不知无代理权时,是否仅负信赖利益之赔偿责任?

第 110 条规定:“无代理人,以他人之代理人名义所为之法律行为,对于善意之相对人,负损害赔偿之责。”本条之适用,不以无代理人有过失为要件^①,而其所谓“损害赔偿”,通说认为系指履行利益而言。例如,甲未经乙授权,径以乙之名义,向丙承租房屋。设乙不为承认时(参阅第 170 条),甲应赔偿丙关于租金之损失。

有疑问者,系设甲不知无代理权而为代理行为,例如,禁治产人乙授权给甲,以其名义承租房屋,而甲不知乙受禁治产宣告之情事时,使甲负履行利益之赔偿责任,是否合理。关于此点,梅仲协先生谓:“无权代理人所为之法律行为,经本人拒绝后,对于善意相对人因此所受之损害应负赔偿责任。此为第 110 条所明定。惟无权代理之原因,有时为无权代理人所明知者,有时为其所不自知者。该条仅规定损害赔偿之负担,而无权代理之原因,不知区别,于无权代理人之责任,亦不分轻重,似嫌率略。按《德国民法》,关于此点,有详密之规定,凡以代理人之资格订立契约,而不能证明其代理权之确已取得,其契约又经本人拒绝承认者,相对人得请求该无权代理人,依约履行其义务,或请求赔偿契约不履行所受之损害。在代理人不自知其代理权之欠缺而为代理者,对于相对人仅就因其信任为有权代理而受之损害,负赔偿责任。且相对人所请求之赔偿额,不得超过其在契约有效时所得利益之数额(参阅《德国民法》第 179 条第 12 项)。”^②梅仲协先生系从立法政策之观点,检讨第 110 条规定。洪逊欣先生则更进一步认为,关于无权代理人应赔偿之范围,“民法”未设明文,为顾及无权代理人对相对人应负责任之依据,并着重彼此间之公平,宜解为:无权代理人,如于行为时,不知其无代理权者,仅应赔偿信赖利益。^③

据上所述,第 110 条规定,不区别无权代理之原因,而对损害赔偿责任设不同之规定,就立法论而言,确有未妥,惟在解释上,可否作此区别而

^① 1967 年台上字第 305 号判例谓:“无权代理人责任之法律上根据如何,见解不一,而依通说无权代理人之责任,系直接基于民法之规定而发生之特别责任,并不以无权代理人有故意或过失为其要件,系属于所谓原因责任,结果责任或无过失责任之一种,而非基于侵权行为之损害赔偿。故无权代理人纵使证明其无故意或过失亦无从免责……”可供参考。

^② 梅仲协:《民法要义》,第 106 页。

^③ 参见洪逊欣:《民法总则》,第 506 页。

适用之,仍有进一步研究余地。1955年台上字第1566号判例谓:“被上诉人甲、乙两股份有限公司,均非以保证为业务,被上诉人丙、丁分别以法定代理人之资格,用各该公司名义保证主债务人向上诉人借款显非执行职务,亦非业务之执行,不论该被上诉人丙、丁等应否负损害赔偿之责,殊难据第28条、‘公司法’第30条令各该公司负损害赔偿责任,上诉人对此部分之上诉显无理由。惟查被上诉人丙、丁等对其所经理之公司,如系明知其并非以保证为业务,而竟以各该公司名义为保证人,依第110条及第184条规定,对于相对人即应负损害赔偿之责,不得因‘公司法’第22条、第23条、第24条,未有公司负责人应赔偿其担保债务之规定,予以宽免。”此项判例中所谓:“惟查被上诉人丙、丁等对其所经理之公司,如系明知其并非以保证为业务,而竟以各该公司名义为保证人,依第110条及第184条规定,对于相对人即应负损害赔偿之责”,未臻明确,易滋疑义。就第184条而言,究竟适用第1项前段或后段,尚待推究^①;就第110条而言,无权代理人损害赔偿责任之发生,并不以无权代理人有故意或过失为要件。前开判例虽特别强调无权代理人之“明知”,惟依吾人所信,“最高法院”似无区别无权代理人之“明知”或“不知”其无代理权,而异其赔偿范围之意思。

(六) 订约上过失 (Culpa in contrahendo)

关于法律行为无效(或被撤销)所生信赖利益之损害赔偿,第91条及第247条分别仅就意思表示错误之撤销及契约因标的不能无效,设有特别规定,未确立一般原则。第113条(参阅第114条第2项)可否作为无效法律行为一方当事人向“于行为当时,知其无效或可得知而其无效”之他方当事人,请求信赖利益损害赔偿之规范基础,尚有待“最高法院”作创设性之判决。

须特别说明者,系契约因一方当事人之过失不合意时,他方当事人就其信契约成立而受之损害,得否请求损害赔偿,“民法”未设规定。梅仲协先生认为:“当事人所欲订立之契约,其必要之点不合意时,契约固属不

^① 第184条第1项规定:“因故意或过失,不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任。故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人者亦同。”就本判例之情形而言,被害人被侵害者,非属权利,无第184条第1项前段之适用。是否有第1项后段之适用,端视有无“故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人”而定。

能成立,但当事人一方,因可归责于自己之事由,使事实不克臻于明了,致引起他方当事人之误解,酿成不合意者,则应负契约过失(拉 Culpa in contrahendo)之责任,该他方当事人因契约不成立而蒙受损害时,得请求相对人赔偿消极利益。”^①

梅仲协先生所谓之契约过失(或称为订约上过失、缔约上过失),系德国法学家耶林(Rudolf von Jhering)于1861年所提出之理论^②,Dölle教授称之为法学上之发现^③,其基本要义为:当事人因缔约而为交易上之接触,产生信赖关系,互负有说明、照顾、协力等义务,其因一方当事人过失,致契约不成立或无效者,应对他方因信其契约有效成立而受之损害,负赔偿责任。《德国民法》制定之际,对于是否采此原则,甚有争论,最后决定就个别情形,设特别规定(参阅《德国民法》第122条、第179条、第307条及第309条),其他情形,如何处理,则由判例学说决定之。历经100年之发展,Culpa in contrahendo在德国法上已发展成为一个庞大复杂之制度,在此不拟论述。^④就“民法”而言,第247条亦属缔约上过失之具体规定^⑤,梅仲协先生认为此项理论于契约不合意之案例类型,亦应适用之,已扩大其适用范围。就法律行为(尤其是契约)无效案例类型而言,倘不能经由判例肯定第113条系关于信赖利益损害赔偿之规定,则仅能依订约上过失理论处理之。因此,如何建立缔约上过失原则之理论基础,确定其规范功能及适用范围,实为民法学之重要任务。^⑥

① 梅仲协:《民法要义》,第93页。

② Jhering, Culpa in contrahendo, Jher Jb. 4, 1ff.

③ Dölle, Juristische Entdeckungen, 1958. 参见拙译:《法学上之发现》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社2009年版。

④ 参见Larenz, Schuldrecht I, 12. Aufl. 1979, S. 91f.; Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlung, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, 1981, S. 479f. (此篇论文系关于德国民法债编修正之研究报告,内容详尽,可供参考)。

⑤ 参见史尚宽:《债法总论》,第487页;郑玉波:《民法债编总论》,第332页;孙森焱:《民法债编总论》,第491页。

⑥ 参见刘春堂:《缔约上过失之研究》,1983年度台大法律学研究所博士论文。

三、损害赔偿之范围

(一) 财产上损害与非财产上损害

因法律行为不成立、无效或被撤销而生之损害,除财产上损害外,尚有非财产上损害。例如,甲承租乙之房屋作为结婚新房,一切业已准备就绪,乙突于结婚前3日以意思表示错误为理由撤销租赁契约。于此情形,甲就其信契约为有效所受之财产上损害,虽得请求赔偿,但就其精神上所受之痛苦,则不得请求以金钱赔偿之。盖慰抚金之请求,须以法律有特别规定者为限(参阅第18条第2项),而“民法”对此并未特设明文也。^①在债务不履行之情形,亦无债权人得请求慰抚金之规定。因此,设甲女向乙订购之名贵结婚礼服,于结婚前夕,因乙保管失周被火毁灭时,甲就其精神上之痛苦,在现行法亦乏得向乙请求赔偿相当金额之依据。

(二) 所受损害与所失利益

1. 第216条之适用

关于财产上损害之赔偿,依第216条规定:“I. 损害赔偿,除法律另有规定或契约另有订定外,应以填补债权人所受损害及所失利益为限。II. 依通常情形,或依已定之计划、设备或其他特别情事,可得预期之利益,视为所失利益。”本条所谓“所受损害”,学上说为积极损害(拉丁文 *damnum emergens*, 德文 *positive Schaden*),系指被害人既存财产减少而受之损失,例如,因身体受伤在治疗上所支出之医药费,货车被撞而减损之价值。所谓“所失利益”,学上说为消极损害(拉丁文 *lucrum cessans*, 德文 *entgangener Gewinn*),系指现存财产应增加而不增加所受之损失,例如,因身体受伤不能工作致减少之工资,货车被撞不能营业而减少之收入。^②

于此,须特别说明者,系第216条规定对所有财产上损害,均有适用

^① 参见拙著:《慰抚金》,载《民法学说与判例研究》(第二册),北京大学出版社2009年版;林诚二:《民法上信赖利益赔偿之研究》(三),载《法学丛刊》第72期,第40页。

^② 参见孙森焱:《民法债编总论》,第316页。

余地。^①对侵权行为所生之损害如此,对因法律行为而生之损害,亦不例外,故于信赖利益或履行利益之损害赔偿,其赔偿范围均包括积极损害及消极损害,应请注意。^②

在前开 1986 年台上字第 1355 号判决一案,原审法院首先表示:“按损害赔偿,除法律另有规定或契约另有订定外,应以填补债权人所受损害及所失利益为限,第 216 条定有明文。”并以此为依据认为:“被上诉人购买上述土地,系位于台中市重划区内,重划结果,地价涨幅甚大,兹以 1984 年公告现值重划区内每平方米 4 000 元,非重划区每平方米 3 500 元计算,上开土地之价值共为 679.2 万元,此为被上诉人可得之利益,被上诉人请求上诉人如数赔偿,并加付自起诉状缮本送达之翌日即 1985 年 8 月 13 日起算之法定迟延利息。”如上所述,第 216 条对信赖利益之损害赔偿,亦有适用余地,原审亦采此见解,固值赞同,惟其认为土地因重划结果而涨价,为被上诉人可得之利益,则有误会。因涨价可得之利益,系履行利益之范畴,非属信赖利益。“最高法院”以此为理由废弃原审之判决,自属正确。关于第 216 条对信赖利益之适用,虽未明确表示意见,似采肯定说,但仍有强调之必要,盖此为计算信赖利益赔偿范围之法律依据也。

2. 所受损害

1962 年台上字第 2101 号判例所列举之订约费用、准备履行所需费用,系属第 216 条所谓之“所受损害”。兹补充说明如下:

(1) 所谓缔约费用,包括邮电费用,赴订约地或察看契约标的物所支出之费用。

(2) 所谓准备履行所需费用,包括为运送标的物或受领对方给付所支出之费用。

(3) 被害人就其给付之金钱,得请求自受领时之利息。^③

(4) 须特别说明者,系赔偿权利人因信赖契约而为给付者,时常有之。例如,甲出卖某画给乙,并依让与合意交付后,乙以意思表示错误撤销买卖合同。于此情形,甲得依不当得利规定向乙请求返还其无法律上之原因而受之利益(画之所有权)(第 179 条),固不待言。值得注意的

^① 参见孙森焱:《民法债编总论》,第 316 页。

^② 参见孙森焱:《民法债编总论》,第 491 页。

^③ 参见孙森焱:《民法债编总论》,第 494 页认为:“信契约为有效,向银行融通资金而支付利息”,亦属积极损害,应予赔偿。

是,德国通说认为甲亦得依《德国民法》第 122 条规定(相当于第 91 条),请求返还其所为之给付,盖以此亦为信其契约为有效而受之损害也。^① 此项见解之主要优点,在于使损害赔偿请求权人不必承担给付标的物意外毁损或灭失之危险(参阅第 182 条第 1 项),甚其实益,在“民法”上应亦可作相同之解释。准此以言,设甲以其 A 书与乙之 B 书互易,甲先为交付,其后发现乙之 B 书在订约前业已灭失时,其互易契约无效,甲得依第 247 条规定向乙请求返还 A 书(信赖利益损害之恢复原状),如乙不能返还时,应以金钱赔偿之。

(5) 所受损害与责任原因须具有相当因果关系。例如,甲向乙购 A 屋,价金百万元,甲为支付价款,出售 B 屋。其后发现 A 屋于订约之际业已灭失,而 B 屋价格高涨时,甲就出售 B 屋所受损害与 A 屋买卖合同之无效,似不具相当因果关系,不在信赖利益赔偿范围之例。^②

3. 所失利益

信赖利益之“所失利益”,其主要者,系 1962 年台上字第 2101 号判例所提出之“另失订约机会之损害”。例如,甲对乙表示出售某新型电脑,价金 50 万元。乙于承诺后,拒绝丙以 45 万元出售同一厂牌电脑之要约。设其后甲以意思表示错误撤销买卖合同时,乙丧失与丙订立有利之契约,即为所失利益。故乙得向甲请求 5 万元之损害赔偿。^③

(三) 过失相抵

关于信赖利益损害赔偿之范围,应特别说明者,系过失相抵之问题。第 217 条规定:“I. 损害之发生或扩大,被害人与有过失者,法院得减轻赔偿金额或免除之。II. 重大之损害原因,为债务人所不及知,而被害人

^① 此为德国之通说,参见 Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1980, S. 352f.; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979, S. 422f.

^② 孙森淼:《民法债编总论》,第 494 页谓:“将土地处分,以筹办合伙事业,因合伙契约无效,事业不能开办,地价又猛涨而受损害(消极损害),均得请求赔偿。”关于此点,应说明者有二:(1) 此项因地价猛涨而生之损害,究为积极损害或消极损害,不易判断,属于边界案例,可知积极损害与消极损害之区分,并非绝对(参见 Hermann/Lange, Schadensersatz, S. 40);(2) 土地之处分,系在筹办合伙之前者,非因信合伙为有效而受损害,应不得请求赔偿。土地之处分在合伙契约订立之后者,地价猛涨而受损害与合伙无效是否具有相当因果关系,尚值研究。

^③ 关于因意思表示错误撤销所生信赖利益损害赔偿(尤其是所失利益)之基本问题,参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版。

不预促其注意或急于避免或减少损害者,为与有过失。”此项过失相抵原则之适用,在信赖利益之损害赔偿,受到限制。依第 91 条及第 247 条规定,受损害之相对人因过失而不知撤销原因,或因过失而信契约为有效时,即不得请求信赖利益之损害赔偿。此为过失相抵之特别规定,纵加害人系属故意(如明知出售之房屋业已灭失),而被害人因轻过失不知者,亦不得请求赔偿,故此项规定在立法政策上,是否妥适,非无疑问。^① 惟此系就损害发生而言,于损害赔偿责任成立后,被害人急于减少损害,第 217 条规定,仍有适用余地,自不待言。^②

(四) 信赖利益之赔偿额应否以履行利益为限度?

信赖利益与履行利益系两种不同之损害,各有其计算方法,因此,信赖利益之损害赔偿额高于履行利益者,亦属有之。于此情形,信赖利益之赔偿额应否以履行利益为限度,就第 91 条及第 247 条两种情形,未设明文(参阅第 165 条)，“最高法院”迄未著判决,参照德国立法例及判例学说论述之:

在第 91 条之情形(错误意思表示之撤销),依《德国民法》第 122 条第 1 项规定,赔偿数额,以不超过意思表示有效时相对人或第三人所可取得之利益为限。学者梅仲协先生认为此项立法例,颇足供参考,并举下列说明之:甲向乙购买汽车一辆,价金为 3 万元,该车成本为 2.5 万元,此时乙就买卖所得之积极利益,为 5 000 元。旋甲因行为错误,撤销其买卖契约,将原车退还给乙,乙因时价跌落,以 2.8 万元代价脱售之。于此情形,甲只需就乙因削价脱售而受之损失(即消极利益)2 000 元,予以赔偿,而无须偿以 5 000 元。又如时价狂跌,乙不得已以 2.2 万元售出其车者,甲亦只须偿以 5 000 元,而毋庸为 8 000 元之赔偿。梅仲协先生强调,盖非如此,撤销权之行使,不特无益,反受其害,甚非法律所以尊重当事人意思之自由,而赋予以撤销权之本意。^③ 学者多同此见解,认为信赖利益之赔偿额不得高于履行利益。^④ 兹另举一例以供参考:水果批发商甲,向乙购买

^① Erman/Brox, BGB, 7. Aufl. 1981, 8-9 zu § 122; Palandt/Heinrichs, 2 zu § 122. 参见黄金明:《与有过失之研究》(台大硕士论文)。

^② Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 352.

^③ 参见梅仲协:《民法要义》,第 81 页。

^④ 参见史尚宽:《民法总论》,第 371 页。

柳丁万斤,每斤 15 元,以 18 元转售给丙等,并因与乙订约在先,而拒绝了以 14 元出售柳丁之要约。其后乙以意思表示错误撤销买卖合同。甲为履行对丙之给付义务,不得已以每斤 16 元向戊购买同种类之柳丁。试问在此情形,甲得向乙请求信赖利益损害赔偿之数额为多少?

在第 247 条之情形(契约因标的不能无效),依《德国民法》第 307 条规定,赔偿数额亦以不超过契约有效时他方当事人可取得之利益为限。史尚宽先生认为,第 247 条损害赔偿之性质与第 91 条所定赔偿责任相同,即其赔偿利益亦不得大于履行利益。^① 史尚宽先生此项见解系参考《德国民法》第 307 条规定所为之解释,自有所据。^② 须注意的是,德国学者认为《德国民法》第 122 条(相当于第 91 条),系使表意人就其所引起意思表示有效之表见,负绝对之担保责任(eine unbedingte Einstandspflicht für den erweckten Anschein einer gültigen Willenserklärung),故规定其仅须负信赖利益之损害赔偿,并以履行利益为限度,自属合理。^③ 惟就《德国民法》第 307 条(相当于第 247 条)而言,德国学者认为在立法政策上具有两点疑义:其一,契约以不能之给付为标的者,就法律逻辑及当事人利益而言,并无使契约无效之必要,纵使使契约无效,亦无须将其损害赔偿限于信赖利益;其二,规定信赖利益之赔偿额,不得超过履行利益,显然忽略了《德国民法》第 307 条系以一方当事人有过失为要件,与《德国民法》第 122 条不同,显难相提并论。^④ 基此认识,德国判例对于因订约上过失(Culpa in contrahendo)所生信赖利益之损害赔偿,明白表示不以履行利益限制之。^⑤ 德国法上此项发展趋势,对第 247 条之解释,可供参考。^⑥

四、消灭时效

最后应提出讨论者,系信赖利益损害赔偿请求权之消灭时效。为便

① 参见史尚宽:《债法总论》,第 490 页。

② 关于《德国民法》第 307 条规定,参见 Palandt/Heinrichs, § 307.

③ Larenz, Schuldrecht I, S. 92f.

④ Larenz, Schuldrecht I, S. 93.

⑤ RGZ 151, 359.

⑥ 参见林诚二:《民法上信赖利益赔偿之研究》(三),载《法学丛刊》第 72 期,第 38 页,有较深入之说明,可资参照。

于了解问题之所在,先设一例说明之:甲向乙承租坐落于阳明山某处豪华别墅,期间1个月,租金10万元。订约后,甲以意思表示错误撤销租赁契约。于此情形,乙就其因信租赁契约为有效而受损害之赔偿请求权(例如订约之费用),其时效期间究有多长?如何决定?^①

关于此点,未设特别规定,是否应适用第125条关于“请求权因15年间不行使而消灭”之规定,不无疑问。“最高法院”虽未针对此一问题表示意见,但为贯彻短期时效之立法目的,著有若干判例,可供参考。1962年台上字第1940号判例谓:“第127条第2款载·运送费及运送人所垫之款之请求权,因2年间不行使而消灭,法律所以对此特定短期时效,旨在从速解决,而所谓延滞费,并非因债务不履行而生之损害赔偿,而为对于运送人就运送契约上约定以外所为给付之报酬,名称虽与运送费异,实质上仍为运送之对价,不因其为对于运送契约上约定以外所为给付之对价,而谓其时效之计算应有不同,自应解释为包括于第127条第2款所定短期时效之内,而不应适用于一般之长期时效。”(并请参阅1960年台上字第2620号判例)。又1960年台上字第1730号判例谓:“租金之请求权因5年间不行使而消灭,既为第126条所明定,至于终止租约后之赔偿与其他无租赁契约关系之赔偿,名称虽与租金异,然实质上仍为使用土地之代价,债权人应同样按时收取,不因其契约终止或未成立而谓其时效之计算,应有不同。”

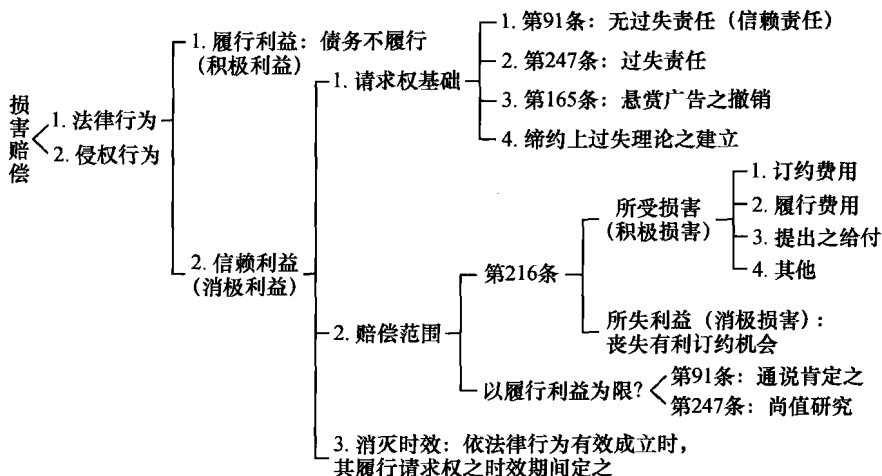
关于上开两则重要判例之内容,在此暂不详论,所应强调者,系其贯彻短期时效立法目的之基本见解,实值赞同,而此在信赖利益损害赔偿请求权,尤有适用余地。就上开甲承租乙之别墅之例而言,依第126条规定,租金请求权,因5年间不行使而消灭。于租赁契约被撤销之情形,信赖利益之损害赔偿请求权时效之计算,亦不应有所不同,其时效期间,亦为5年。

^① 林诚二:《民法上信赖利益赔偿之研究》(三),载《法学丛刊》第72期,第47页,关于信赖利益赔偿请求权之消灭时效之问题,论述甚详。其中提到“于此,《德国民法》虽无明文,但学者间有主张,信赖利益赔偿,既以不超过契约有效时,相对人所得利益之数额为限,则其损害赔偿请求权消灭时效之长短,应以法律行为有效时,权利人所有请求权消灭时效之长短定之,不得一概以30年为标准(《德国民法》第195条),方始合理。”查此为德国帝国法院(RG 151, 357)所采之见解。依联邦法院之最近见解(BGH 57, 191),于信赖利益损害赔偿之数额不受履行利益限制之情形,亦应以法律行为有效时,权利人之履行请求权消灭时效定之。

据上所述,吾人可提出一项基本原则,即因法律行为不成立或无效而生信赖利益损害赔偿请求权之消灭时效,应依各该法律行为有效成立时之履行请求权之时效期间定之,法律对履行请求权设有短期时效者(例如第126条、第127条等),对信赖利益之损害赔偿请求权,亦应适用之。^①

五、结 论

综据上述,谨将信赖利益损害赔偿之请求权基础,赔偿范围及消灭时效等基本问题,简单图示如下:



关于上开图示,应说明者有五:

(1) 关于信赖利益损害赔偿之请求权基础,“民法”设明文者,有第91条及第247条。第113条之规范意义尚待检讨。学说与判例之未来任务,在于建立订约上过失之理论(Culpa in contrahendo)。

(2) 履行利益又称为积极利益,信赖利益又称为消极利益。应注意的是,第216条所谓“所受损害”,又称为积极损害;“所失利益”,又称为消极损害。二者易于混淆,应请注意。

(3) 第216条规定,于财产上损害赔偿,无论其发生原因如何,均有

^① 此为德国法上之定论,参见BGH 57, 191;林诚二,前揭文,亦同此见解。

适用余地,故信赖利益(消极利益)之损害赔偿,亦应包括所受损害(积极损害)与所失利益(消极损害)。在1986年台上字第1355号判决一案,原审适用第216条规定,虽属正确,但以土地涨价计算所受损害,显然混淆履行利益与信赖利益之区别。“最高法院”采1962年台上字第2101号判例,明辨履行利益及信赖利益,殊值赞同,若能明确指出,第216条于信赖利益之损害赔偿,亦应适用,理由构成,当更臻周全。

(4) 信赖利益之损害赔偿,应否以履行利益为限度,“民法”未设明文。于第91条之情形,通说肯定之。于第247条之情形,尚有研究余地。

(5) 关于信赖利益损害赔偿请求权之消灭时效,应以法律行为(尤其是契约)有效成立时,其履行请求权之时效期间定之。

出卖之土地于移转登记前 被征收时,买受人向出卖人主张 交付受领补偿费之请求权基础*

一、绪 说

处理民事案件之最主要工作,在于寻找一个可以支持一方当事人得向他方当事人请求某种作为或不作为之法律依据(请求权基础)。^① 此实为艰难的法律思维过程,常须解释法律,类推适用,甚至创造法律,始克济事。例如,甲男与乙妇通奸,乙妇之夫丙得否向甲请求慰抚金? 其法律依据何在? 50年来,“最高法院”数著判决,四度变更见解,迄未能寻获适宜之请求权基础。^② 最近实务上出现一种新的案例类型,即出卖之土地于办理移转登记前即被征收,其所生之问题为:买受人(或利益第三人契约上之第三人)得否向出卖人请求交付其所受领之补偿费。^③ 对此问题,“最高法院”亦面临探寻请求权基础之难题,因涉及“民法”若干基本制度之解释或适用,具有法学方法论上之意义,特撰本文论述之。

* 本文原载《法学丛刊》第111期(1983年7月)。

① 参见拙著:《基础理论》,载《民法实例研习丛书》(一)。

② 参见拙著:《干扰婚姻关系与非财产上损害赔偿》,载《民法学说与判例研究》(第二册),北京大学出版社2009年版。

③ 在此情形,请求权人或为买受人,或为利益第三人契约上之第三人,为行文方便,后者多省略之。

二、1981 年度台上字第 294 号判决^①

本件被上诉人主张,上诉人公司之清算人钟佛兴于 1973 年 4 月 9 日,将其所有坐落于台北县新店市大坪林段 20 张小段 343124 号,及 343133 号土地两笔,出卖与诉外人林阿顺,约定以伊为登记名义人,嗣伊已将全部价金新台币(下同)12 万元,交付上诉人清楚。詎钟佛兴拒不提出其清算人之身份及印鉴证明,并将业已交与代书林连伙之土地所有权状等移转登记用之一切凭证骗回迟不交还,迄未办理所有权移转登记于伊。兹上开土地中之 343133 号一笔,业经台北县征收为道路用地,地价补偿费 614 759 元,已由上诉人领取,情事变更不能再为移转登记等情。求为命上诉人将上开 343124 号土地 0.0112 公顷,为所有权移转登记于伊,暨将上开地价补偿费如数给付与伊之判决。上诉人则以上开土地所以未办移转登记,系因该土地被编为工业区,林阿顺及被上诉人均不能提出工业用途之证明所致,伊之登记证件,则早已交与代书,况该土地买卖合同,经伊于 1977 年 2 月间催告林阿顺等备齐所需文件办理登记,逾期仍不提出证件,已予通知解除等语,资为抗辩。

原审依调查证据为辩论之结果,以上开 342124 号土地,地目原为“田”,虽于 1956 年间公布实施都市计划时编为工业区,并于 1973 年间办理登记时,经台北县新店地政事务所通知,应再补具工业区承购用途证明。但如将该土地仍作原来之使用,即可检附自耕能力证明,办理移转登记,有被上诉人提出之台北县新店地政事务所 69-02-29 北县店地一字第 748 号函记载足稽,而该事务所 69-06-24 北县店地一字第 2720 号复函亦称:都市计划工业区土地所有权移转,依照地政处函规定,仍属依法编定为建筑用地之一种,可依照“土地登记规则”第 82 条第 2 项规定(即免受自耕能力或工业用途证明之限制)办理等语,嗣该土地于买卖成立时,即经上诉人点交被上诉人在上耕作,被上诉人为自耕农有自耕能力,早已取得自耕能力证明书,连同其他有关证件,交于林连伙办理登记,复经林连伙到庭证明无异,则被上诉人诉请上诉人为所有权移转登记,依为第三人利益而订立契约之效力,即非不可准许,至其迟未登记之原因,实系钟佛

^① 参见《民刑事裁判选辑》第 2 卷,第 1 期,第 102 页。

兴将其交付代书林连伙之土地所有权状等证件,借词取回不还所致,被上诉人并无迟延责任可言,上诉人以催告林阿顺等备齐文件办理登记而置不为理由,通知被上诉人解除契约,自不发生解约之效力。复查上开 343133 号土地,已于 1979 年 7 月 3 日,由台北县公告征收为道路用地,地价补偿费 614 759 元,亦由上诉人全部领取,为不争执之事实。按该土地于买卖成立时,即应为所有权移转之登记,乃由于登记证件未能备齐,迄未登记,致被征收,被上诉人基于情事变更之原则,改为请求上诉人将领取之地价补偿费给付与伊,作为补偿,于法亦非无据,爰将第一审所为不利于被上诉人之判决废弃,改判如其上开之声明,于法洵无违背,上诉讼旨指摘原判决不当,求予废弃,不能谓有理由。

三、分析检讨

(一) 方法论上之说明

上开 1981 年台上字第 294 号判决之事实,可简述如下:甲于 1973 年向乙购买土地,订立利益第三人契约,约定以丙为登记名义人。乙迟延至 1979 年迄未办妥移转登记,由台北县公告征收为道路用地。“最高法院”肯定丙得向出卖人甲请求交付其所受领之补偿费,其理由为:“土地于买卖成立时,即应为所有权移转之登记,乃由于登记证件未能备齐,迄未登记致被征收,被上诉人基于情事变更之原则,改为请求上诉人将领取之地价补偿费给付与伊,作为补偿,于法并非无据”,并以第 219 条为依据。^①此就法律适用观点而言,是否妥适,似有疑问。^②

众所周知,情事变更,是诚实信用原则上一项重要制度。诚实信用原则为民法最高指导原则,在某种意义上,“民法”之规定(尤其是债编)可谓是诚实信用原则之具体化。易言之,即立法者秉持诚实信用之原则,斟

^① 1981 年台上字第 294 号判决所谓:“被上诉人基于情事变更之原则,改为请求上诉人将领取之地价补偿费给付与伊,作为补偿,于法亦非无据”,一方面似系指诉之变更(参见“民事诉讼法”第 256 条第 3 款“因情事变更而以他项声明代最初之声明”),一方面似以“情事变更之原则”作为被上诉人主张上诉人应将领取之地价补偿费给付给伊之“请求权基础”,此由“最高法院”于该判决仅列第 219 条规定。可以推知,本文以此作为论述之前提。

^② 参见蔡章麟:《私法上诚实信用原则及其运用》,载《社会科学论丛》第 2 辑,第 1 页以下;《债编各论(债权契约)与诚实信用原则》,载《法学丛刊》第 21 期,第 10 页。

酌各种典型事态作利益之衡量及价值之判断,厘定构成要件及法律效果,形成个别制度。基于此项法律制度形成在方法论上之认识,吾人于处理民事案例时,应严谨地遵守如下之原则:先以低层次之个别制度作为出发点,须穷尽其解释及类推适用上之能事仍不足解决时,始宜诉诸“帝王条款”(Königparagraph)、吁请救济。准此以言,在本案首先应检讨者,系有无其他“具体”规范可资适用。

(二) 征收土地:第 225 条第 2 项之适用?

1. 概说

准据上开方法论上之说明,出卖之土地于移转登记前被征收时,买受人得否向出卖人请求交付受领之补偿费,关于其请求权基础,首先应检讨者,系第 225 条第 2 项规定之适用。

第 225 条第 1 项规定,因不可归责于债务人之事由,致给付不能者,债务人免给付义务。同条第 2 项规定:“债务人因前项给付不能之事由,对第三人有损害赔偿请求权者,债权人得向债务人请求让与其损害赔偿请求权,或交付其所受领之赔偿物。”学说上称之为代偿请求权,其成立要件有三:① 须债务人负有给付某物或权利之义务,否则即无适用之余地,例如,甲受雇于乙,为丙驾车不慎被撞伤,致不能提供劳务时,乙就甲对丙之损害赔偿请求权,无请求让与之余地,自不待言;② 须因不可归责于债务人之事由,致给付不能;③ 须债务人因给付不能之事由,而取得损害赔偿请求权或赔偿物。1981 年台上字第 294 号判决系涉及买卖,出卖人负有给付某物之义务,符合①之要件。所须检讨者,系是否具备②及③之要件。

2. 因不可归责于债务人之事由致给付不能

出卖之土地,于办理移转登记前被征收时,应属给付不能,且属嗣后不能,盖土地已被征收,出卖人不能再行提出给付也。又土地之征收系公权力之行使,故其给付不能,系属不可归责于债务人,自不待言。

须特别提出讨论者,乃买卖标的物于债务人给付迟延中被征收时,应如何处理。按依第 231 条第 2 项前段规定:“债务人在迟延中,对于因不可抗力而生之损害,亦应负责。但债务人证明纵不迟延给付,而仍不免发生损害者,不在此限。”此项规定与第 237 条(在债权人迟延中,债务人仅就故意或重大过失,负其责任),立于相对关系,后者在于减轻债务人之责

任,前者加重之,惟均系基于同一思想,即对于履行障碍应负责之人,须承担由之而产生之危险。^①

关于第 231 条第 2 项之适用,应注意者有二:

(1) 迟延中之债务人对于任何过失,皆应负责,例如,依第 590 条规定无偿受寄人,保管寄托物,应与处理自己事务为同一之注意(具体轻过失),但于给付迟延中则不得享受此项优遇,其因抽象轻过失(未尽善良管理人之注意),致寄托物毁损者,亦应负责。

(2) 债务人给付迟延中,发生给付不能之情事时,其迟延即告结束,自斯时起,即改按给付不能处理,盖给付迟延应以给付可能为前提也。倘可归责于债务人事由之迟延,与给付不能之间具有相当因果关系时,则债务人应依第 226 条之规定,负损害赔偿责任。于此情形,第 231 条第 2 项规定之规范意义,在于推定给付迟延与其后发生之给付不能具有因果关系,债务人须证明因给付不能所生之损害,纵适时给付亦仍不免发生而免责。^② 例如,甲应给付于乙棉纱若干匹,于迟延中,因仓库失火,全部焚毁,倘甲不能证明即使在适当时期给付于乙,乙亦必存放于同一之仓库,仍不免于焚毁者,须负不履行之损害赔偿。其应注意的是,迟延与其后之给付不能之间纵使欠缺相当因果关系,债务人仍应依第 231 条第 2 项之规定,就不可抗力致给付不能所生之损害负责,例如出卖之陶器,于运送中因天灾、地变等不可抗力而灭失时,须给付迟延之出卖人能证明纵不迟延给付,而仍不免该出卖陶器之灭失者,始免负债务不履行赔偿责任。至于灭失之原因是否同一,在所不问,例如出卖之陶器,纵于约定时日发送,亦必于火车站仓库因地震而灭失时,出卖人仍得主张免责。^③

以上说明,对于在债务人给付迟延中,出卖之土地因被征收而生之给付不能,亦有适用余地。在前开 1981 年台上字第 294 号判决一案,“最高法院”所谓“按该土地于买卖成立时,即应为所有权移转之登记,乃由于登记证件未能备齐,迄未登记,致被征收”之语,应非指“登记证件,未能备齐,迄未登记”,系该笔土地被征收之原因,而系指此项征收系在债务人

^① Esser/Schmidt, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 5. 1977, Aufl. S. 70.

^② Larenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 1980, S. 288; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 2. Aufl. 1986, S. 165.

^③ 有关案例,参见洪文渊:《民法债编通则释义》,第 247 页;胡长清:《民法债编总论》,第 307 页;梅仲协:《民法要义》,第 175 页。

给付迟延中发生而言。征收系不可抗力,原则上不因土地所有权谁属而异。出卖之土地原被编为工业区,债务人得主张即使在适当时期,给付于乙,仍不免于被征收为道路用地,故债务人对于征收前,因迟延而生之损害,虽应负赔偿责任,但关于给付不能,则非属可归责于出卖人之事由所致,迟延与给付不能之间,不具相当因果关系,出卖人不负损害赔偿 responsibility。

3. 代偿之客体

关于代偿请求权之客体,即债权人得向债务人请求让与之代替利益(stellvertretendes commodum),依第225条第2项之规定,为对第三人之损害赔偿请求权,或受领之赔偿物。所谓损害赔偿请求权,无论系基于侵权行为或债务不履行(尤其是不完全给付)均属之。保险金具有损害赔偿之性质,亦包括在内,例如,业经保险之买卖物灭失时,买受人得请求出卖人让与其对于保险公司所得主张之请求权,以替代物之给付。^①

有疑问者,系土地征收之补偿费,是否亦属代偿之客体。按土地征收系基于公权力之作用,对于特定人所课之特别义务,补偿金系对其所生经济上损失之填补,乃属公法上损失补偿之一种,与“民法”上基于侵权行为所生之损害赔偿性质上固有不同,惟第225条第2项之规范目的,乃基于公平原则,使债务人返还因标的物给付不能而取得之代替利益,为贯彻立法上价值判断,关于所谓损害赔偿,应从广义解释为包括土地征收之补偿金在内。^②

4. 1981年台上字第4209号判决^③

关于出卖之土地于移转登记前被征收之案例,尚有1981年台上字第4209号判决一案,可资比较研究。本案上诉人主张被上诉人于1973年出卖其所有坐落于新竹县湖口乡某地与伊,价金付清后未办所有权移转登记,于1975年,该土地被新竹县征收,辟为湖口工业区,除现金补偿已由被上诉人具领转付与伊外,另配售与被上诉人坐落于某处土地,被上诉人迄未移转及交付与伊等情形,兹依第225条第2项之规定,求为命被上诉人将系争土地所有权移转登记交付与伊。“最高法院”采原审法院之见解,否定上诉人之请求权,其理由为:“上诉人虽依第225条第2项之规

① 此为学者之通说,参见梅仲协,前揭书,第172页。

② 通说,参见史尚宽:《债法总论》,第375页。德国通说亦采此见解,Emmerich, S. 85.

③ 参见《民刑事裁判选辑》第2卷,第4期,第71页。

定,请求被上诉人交付及移转系争土地所有权登记与伊,惟该条项所定债权人得向债务人请求让与其损害赔偿请求权或交付其所受领之赔偿物,须债务人对第三人有损害赔偿请求权存在为其前提要件。本件既系依法征收私有土地,辟为工业区,自非侵权行为可比,从而被上诉人依上开通知价购系争土地,显系另一德政,要与赔偿损害无关。上诉人竟依上开规定请求交付系争土地并办理所有权移转登记与伊,自属无据。况系争土地既由被上诉人备款申购而来,亦与无对价受领赔偿物有别。”

关于上开判决,最值重视者,乃依第 225 条第 2 项规定,检讨上诉人(买受人)之请求权。关于受领之补偿费,出卖人已交付于买受人,未生争议。关于配售之土地,否认买受人有请求交付之权利,实值赞同,理由构成亦甚周密、详尽,惟所应注意的是,买受人所以不能请求交付配售之土地,并非系“征收私有土地,非属侵权行为”,而是由于其系基于征收以外之另一行政措施,且须支付对价,非属征收土地之代替利益。又配售土地系德政,固属无误,惟法院之判决,旨在确定当事人之间权利义务关系,“德政”之用语,似宜尽量避免,较为妥适。

5. 结语

综据上述,可知出卖之土地于办理移转登记前被征收者,系因不可归责于出卖人事由,致给付不能,出卖人免给付义务(第 225 条第 1 项),在出卖人迟延中被征收者,亦然。补偿金系属代替利益,买受人(或利益第三人契约上之第三人)得依第 225 条第 2 项向出卖人请求交付之。代偿请求权系基于原来债之关系,故保证或担保仍继续存在,债务人对于此种请求权之履行,亦应负责任,其因可归责之事由致不能交付受领之赔偿物者,应负债务不履行责任。例如,甲赠 A 书给乙,遭丙毁灭而赔以 B 书时,设甲因故意或重大过失致 B 书灭失(或被盗)者,应依第 226 条规定负损害赔偿赔偿责任。又代偿请求权之性质,非属损害赔偿,而是使债务人返还其所取得之代替利益,故赔偿物之价值是否高于损害,在所不问^①,故在上举赠书之例,纵 B 书之价值高于 A 书,乙亦得请求交付之。就前开 1981 年台上字第 294 号判决一案而言,补偿金虽超过约定价金,亦在交付之列。又此项代偿请求权亦及于债务人就赔偿物已收取之孳息,故出卖人就补偿金所收取之利息,亦应返还,惟为平衡,出卖人得扣除必要

^① Münchkomm/Emmerich, § 281 Rdnr. 17.

费用,自不待言。^①关于代偿请求权之行使期间,未设明文规定,为兼顾债务人利益,应认为依诚实信用原则,债务人得定相当期间通知债权人是否行使权利,如逾期未为确定,其代偿请求权虽不因此而消灭,但应减轻债务人责任,仅就现存之利益,负返还义务。^②

(三) 议价购买:第 225 条第 2 项之类推适用?

1. 1980 年台上字第 259 号判决

(1) 事实及判决理由

“政府”使用土地,固多采征收方式,但为顺应民情,于征收前以议价方式购买者,亦时有之。于前者,买受人得请求出卖人交付其所受领之补偿费,已如上述。所应检讨者,系于后者,买受人得否请求出卖人交付其所受领之价金?

于 1980 年台上字第 259 号判决一案,上诉人起诉主张被上诉人之被继承人何国祥,于 1955 年出卖坐落于桃园某地之应有部分与上诉人,买卖成立当时,即由上诉人给付价金 3.4 万元,迟未办理所有权移转登记,于 1978 年被征收,发给补偿费,现由桃园县保管中,依第 225 条第 2 项规定,请求被上诉人让与其补偿费请求权。原审法院认为系争土地系经“陆军后勤司令部工兵署”(以下简称“工兵署”)于 1978 年间收购。即系议价收购,自系征得地主同意而成立买卖契约,与“政府”行使其行政权力强制征收之情形有别。“最高法院”谓:“按第 225 条规定‘因不可归责于债务人之事由,致给付不能者,债务人免给付义务(第 1 项),债务人因前项给付不能之事由,对第三人损害赔偿请求权者,债权人得向债务人请求让与其损害赔偿请求权,或交付其所受领之赔偿物(第 2 项)’。必须因不可归责于债务人之事由,致给付不能者,始有该条之适用。系争土地既系经‘工兵署’与被上诉人议价而后收购,显已征得被上诉人之同意而成立买卖关系,核与第 225 条所定因不可归责于债务人之事由,致给付不能之情形有间,且‘工兵署’应给付被上诉人之补偿费,实系买卖系争土地之价金,并非被上诉人对于‘工兵署’有何损害赔偿请求权,从而上诉人依据第 225 条第 2 项,请求被上诉人让与其对于‘工兵署’价金之权利,

^① MünchKomm/Emmerich, § 281 Rdnr. 17.

^② MünchKomm/Emmerich, § 281 Rdnr. 19.

自为法所不许。”

(2) 问题之说明

关于本案,首先应确定者,系给付不能是否为可归责于出卖人之事由所致。出卖之土地被征收,系属不可归责于出卖人之事由致给付不能,又出卖人擅将出卖之土地再转售移转登记给第三人时(二重买卖),则属可归责于出卖人之事由致给付不能,均无疑问。议价购买介于二者之间,论其形式,系属买卖,究其实质,则几近征收,盖不同意议价购买,势必被征收也。“最高法院”从形式立论,并否认第 225 条第 2 项规定之适用。此项见解,固有所据,所应检讨者,系第 225 条第 2 项规定有无类推适用之余地。

2. 第 225 条第 2 项之类推适用

(1) 类推适用性之肯定

因可归责于债务人之事由,致给付不能者,债权人得请求损害赔偿(第 226 条)。于此情形,应否尚须类推适用第 225 条第 2 项规定,使债权人亦有代偿请求权,尚有争论。采肯定说者有胡长清、梅仲协及史尚宽。^①王伯琦先生原先亦采肯定说,惟觉其未妥,而改采否定说,认为:“民法”仅于第 225 条因不可归责于债务人致给付不能之情形,规定债权人之代偿请求权,第 226 条既未有准用之规定,似难作同一之适用。盖以在第 225 条之情形,债务人已免给付义务,债权人对债务人已不得有所请求,如使债务人保有原给付之损害赔偿请求权或赔偿物,显将获得不当之利益,故债权人之代偿请求权乃属必要。在第 226 条之情形,债权人原得向债务人请求赔偿,债权人之代偿请求权,将全失其意义。债权人向债务人请求赔偿,为债权人之权利,债务人向第三人请求赔偿为债务人之权利,是否行使,如何行使,各应自由。倘使债权人亦可有代偿请求权,则债权人将可强使债务人让与其权利,以代给付,是无异谓债权人得强使债务人行使对第三人之权利,是大有悖于行使权利自由之原则。甲欠乙 1 000 元,丙欠甲 1 000 元,乙当无可请甲让与其对丙权利之理也。况如此解释,在时效之适用方面,亦将发生不当之结果。如债务人之给付物于时效进行至某一期间,被第三人毁损,债权人对债务人之损害赔偿请求权应与原

^① 参见胡长清,前掲书,第 292 页;梅仲协,前掲书,第 173 页;史尚宽,前掲书,第 373 页。郑玉波先生亦论及此项问题,但未采取立场(参见《民法债编总论》,第 280 页)。

债权之时效期间合并计算,则其对债务人请求权之时效已完成时,债务人对第三人之请求权则尚未完成,从而债权人对债务人代偿请求权之时效亦未完成(代偿请求权与债务人对第三人之请求权应属同时发生,其时效亦应同时开始)。在此情形,债权人将仍得请求债务人让与其对第三人之请求权,其为不当,显而易见。^①

关于王伯琦先生见解,应说明者有三:

首先,在第 226 条之情形,使债权人享有代偿请求权并非“全失其意义”。例如,甲将某稀有古瓶出卖给乙,交付前夕,甲托专家丙鉴定,丙送还之际不慎致该瓶灭失,而甲亦与有过失之丙赔以相同之古瓶时,倘该古瓶在市面上不易购买时,则乙之代偿请求权,实深具意义。此于将代偿请求权之客体扩张及于法律交易上之所得时(详后),更为显然。

其次,甲欠乙 1000 元,丙欠甲 1000 元,乙当无可请求甲让与其对丙权利之理也,惟设甲欠乙 1 个古瓶,丙毁之而欠甲 1 个古瓶(应恢复原状),而丙愿赔以相同(或等值)之古瓶时,乙当有可请求甲让与其对丙权利之理,盖于后者,甲对丙之请求权系基于给付不能而取得,代偿请求权旨在使债权人以“代替利益”满足其“原给付利益”,与前者之情形,应有不同,似难谓其系“无异使债权人行使对第三人之权利,是大有悖于行使权利自由之原则”。

再次,通说认为代偿请求权系新发生之债权,故消灭时效应重新起算,其期间为 15 年,通常于损害赔偿请求权已完成时效后,仍得主张之。此于第 255 条之情形,既属妥适,在类推适用于第 226 条之情形,应无不当之可言。

(2) 代偿请求权客体之扩张:法律交易上之对价?

第 225 条第 2 项所称损害赔偿请求权或赔偿物,除侵权行为(或债务不履行)之损害赔偿或保险金外,尚应包括土地征收之补偿费,已如上述。应检讨者,系代偿请求权之客体是否应更进一步扩张及于法律交易上之对价(das sog. commodum ex negotiatione)。例如,甲赠某画给乙,立有字据(第 408 条),因心脏病突发病逝,甲之继承人丙非因过失不知赠画之事,将该画出售给丁,获得 10 万元。于此情形,因不可归责于债务人之事

^① 参见王伯琦:《民法债编总论》,第 162 页;孙森焱:《民法债编总论》,第 370 页、第 381 页。

由,致给付不能,丙免给付义务(第225条第1项),然者,乙得否向丙请求交付其所受领之价金10万元?关于此项问题,德国学说上曾有激烈争论,目前判例学说完全肯定之^①,史尚宽先生亦采此见解^②,依余所信,应值赞同。诚然,损害赔偿,依其文义,不能包括法律交易上所得在内,但衡诸代偿请求权之规范目的,则应类推适用之,此就上举赠画之例观之,甚为显然,否则债务人丙一方面因不可归责之事由免给付义务,一方面又能保有让售该画之价金,显将获得不当之利益,故扩张债权人代偿请求权之客体,乃属必要。此于第226条之情形,尤其实益,例如,A以10万元出卖某画给B,其后复以12万元让售给C并移转其所有权,B依第226条规定请求损害赔偿时,原则上仅能请求10万元,倘类推适用第225条第2项规定,则得请求12万元。

3. 结论

根据上述,依第225条第2项之规范目的,代偿请求权客体,除须解为包括征收之补偿费外,应依类推适用扩大及于基于法律交易上之所得。此外,尚须更进一步类推适用于第226条之情形(因可归责于债务人之事由致给付不能),以贯彻立法上之价值判断,使债权人除损害赔偿请求权外,尚有代偿请求权,可择一行使,以维护其正当利益。准此以言,在上开1980年台上字第259号判决,让价收购土地,纵认为系可归责于出卖人之事由,致给付不能,买受人仍得主张类推适用第225条第2项规定,请求出卖人交付其所受领之价金。此在结论上诚属必要而合理,在法学方法论上亦属可行,但须借助多层次之类推适用,问题在于实务上能否如此善用类推适用,以促进法律进步?

(四) 情事变更原则之适用

1. 判例之整理

情事变更原则(Clausula rebus sic stantibus),自古有之,早期德国普通法亦采之,盛行一时,1798年之《普鲁士邦法》更设有详细规定。其后因鉴于其与“契约严守之原则”(pacta sunt servanda)有违,渐被舍弃,终

^① Larenz, S. 252.

^② 参见史尚宽,前掲书,第375页;梅仲协:《民法要义》,第172页谓:“出卖人遵奉政府之命令,应将买卖物交与第三人而得价较丰者,须将此项较丰之差额,给与第一次之买受人。”可供参考。

告式微。《德国民法》制定之际,立法者对情事变更原则,亦深表戒慎,未设一般规定,仅就特殊情形承认之(参阅《德国民法》第321条、第610条、第528条、第530条、第779条第1项等)。台湾地区现行“民法”亦采相同立场,除第219条(新修正第148条)规定诚信原则外,亦别无情事变更原则之一般性规定,仅散见于个别条文而已(参阅第265条、第418条、第424条、第442条、第457条、第472条、第489条、第549条、第561条、第750条、第976条等)。

所应注意的是,第一次世界大战后,德国社会经济发生重大变动,马克币值,一落千丈,各级法院乃开始适用情事变更原则,并进而发展出所谓“法律行为基础丧失”(Wegfall der Geschäftsgrundlage)之理论。^①第二次世界大战后,台湾地区社会生活亦生剧变,为适应情势之需要,乃先后颁行“非常时期民事诉讼补充条例”(1941年7月1日,1945年12月17日废止)及“复员后办理民事诉讼补充条例”(1945年12月8日,已失效),对于情势变更原则,设有专条。^②“新修正民事诉讼法”第397条更设明文规定:“法律行为成立后,因不可归责于当事人之事由,致情事变更,非当时所得预料,而依其原有效果显失公平者,法院应依职权公平裁量,为增减给付或变更其他原有效果之判决。前项规定于非因法律行为发生之法律关系,准用之。”

关于情事变更原则之适用,就第219条(第148条)而言,“最高法院”著有3则判例,均属给付金额之增减问题。^③就“非常时期民事诉讼补充条例”第12条而言,亦著有3则判决,但不具实质意义。就“复员后办理民事诉讼补充条例”第12条而言,共著有13则判例,多属物价变动或币值变动所生增减给付之问题。就“民事诉讼法”第397条而言,迄未

^① Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl. 1951; Oertmann, Geschäftsgrundlage, 1921.

^② “非常时期民事诉讼补充条例”第20条规定:“前条情形,经当事人起诉或于调解前已起诉者,法院应依下列规定裁判:(1) 争议之法律关系,就其因‘战事’所受影响法律有规定者,依其规定。(2) 无前款法律规定时,因‘战事’就争议之法律关系,已以命令定有无前项法律及办法时,如该法律关系,因‘战事’致情事剧变,非当时所得预料,而依原有关系发生效力,显失公平者,法院得斟酌社会经济情形,当事人生活状况及因‘战事’所受损失之程度为增、减给付,延期或分期给付之裁判。”

^③ “复员后办理民事诉讼补充条例”第12条规定:“法律行为成立后,因不可归责于当事人之事由致情事变更,非当时所得预料,而依其原有效果显失公平者,法院应公平裁量,为增、减给付,或变更其他原有效果之判决。”

著判例,应注意的是,1980年台上字第606号判决涉及1973年能源危机,钢筋限价,增加给付之问题^①,1980年台上字第3860号判决涉及地价剧涨,增加给付之问题^②,1981年台上字第2607号判决亦涉及1973年世界性经济变动调整给付工程款问题。^③大体言之,“最高法院”颇能妥适权衡“契约忠实”及“情事变更”两则原则,对于维护交易安全及当事人之信赖,实有助益。

2. 情事变更与给付不能

关于情事变更原则之适用,应注意两点:其一,契约上危险分配之优先性,即当事人对于契约上之危险已明示或默示设有规定时,即无适用情事变更原则之余地;其二,法律特别规定之优先性,例如,第442条规定:“租赁物为不动产,因其价值之升降,当事人得申请法院增减其租金,但其租赁定有期限者,不在此限。”于此情形,亦无适用第219条及“民事诉讼法”第397条之余地。

给付不能亦涉及情事变更,但关于其法律效果,则应依“民法”关于给付不能之规定定之。变压器工厂因“战事”不能给付^④,当事人约定运输国际间之买卖标的物,因订约后“输入国法令变更”禁止输入致给付不能^⑤,均不可归责于双方当事人之事由,债务人依第225条第1项规定,免给付义务,债权人依该条第1项规定免对待给付,并依第2项规定发生代偿请求权。出卖之土地于移转登记前,被征收时,亦应依此等规定处理当事人间给付与对待给付危险分配,基本上应无适用情事变更原则之必要。

四、结 论

第一,出卖之土地于移转登记前被征收(或议价购买)时,买受人得否向出卖人请求交付其所受领之补偿金(或价金),在某种意义上可谓是法学方法论上之问题:

(1) 究应适用“具体”之给付不能之规定,抑或诉诸“抽象”之情事变

① 参见《民刑事裁判选辑》第1卷,第1期,第681页。

② 参见《民刑事裁判选辑》第1卷,第4期,第512页。

③ 参见《民刑事裁判选辑》第2卷,第3期,第498页。

④ 1941年沪上字第209号判例。

⑤ 1955年台上字第383号判例。

更原则(诚实信用原则)? 出卖人给付迟延中,土地征收时,其处理方式是否不同?

(2) 倘应适用给付不能之规定,则第 225 条第 2 项之代偿请求权之客体,是否包括“补偿费”及法律交易上之所得(买卖之价金或互易所得之财产权)?

(3) 在第 226 条之情形(因可归责于债务人之事由,致给付不能),应否类推适用第 225 条第 2 项规定,使债权人亦享有代偿请求权?

第二,“最高法院”之见解可归纳如下:

(1) 出卖人迟延中被征收者,被上诉人得基于情事变更之原则,改为请求将领取之地价补偿费给付与伊,作为补偿(1981 年台上字第 294 号判决)。

(2) 关于第 225 条第 2 项代偿请求权之客体,是否包括补偿费及法律交易上之所得,未表示明确见解,惟应注意的,1981 年台上字第 4209 号判决特别强调:“征收私有土地,辟为工业区,自非侵权行为可比,从而被上诉人依上开通知价购系争土地,显系‘政府’之另一德政,要与赔偿损害无关。”似倾向于认为本条项所称损害赔偿,系指侵权行为之损害赔偿而言。

(3) 第 225 条第 2 项之代偿请求权,于因可归责于债务人事由致给付不能之情形,无类推适用之余地(1980 年台上字第 259 号判决)。

第三,本文见解与“最高法院”之基本观点不同:

(1) 出卖之土地于移转登记前为征收者,应依给付不能之规定定其法律上效果,基本上无适用情事变更原则之余地。土地在出卖人迟延中被征收者,亦然。

(2) 关于第 225 条第 2 项代偿请求权之客体,对所谓“损害赔偿”应作广义解释或类推适用,使能及于土地征收补偿费或法律交易上之对价。

(3) 在第 226 条之情形,应类推适用第 225 条第 2 项规定,使债权人亦有代偿请求权,得与对债务人之损害赔偿请求权,选择行使之。

本文见解所以与“最高法院”之论点不同,主要在于法律思考方法上之差异,“最高法院”虽勇于跨越给付不能之规定而逃避于概括条款

出卖之土地于移转登记前被征收时,买受人向出卖人主张交付受领 183
补偿费之请求权基础

(Flucht in die Generalklauseln)^①,但却犹豫于对第225条第2项作必要之扩张解释或类推适用,前者使法律之适用趋于松弛,后者未能贯彻立法上之价值判断,均有商榷余地。

^① 参见 Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln(逃避于概括条款),1933(本书为广受重视之法学名著)。

德国法上损害赔偿之归责原则^①

一、概 说^②

依德国法律规定,在许多情形之下,某人应赔偿他人因一定事故于其法益或特定法益所遭受之损害。显然,这时在损害赔偿义务人与损害事故之间,必须存在着某种关系,此项法律规定,才会显得合理。《德国民法》首先以故意或过失不法侵害他人法益为此种关系。对吾人之法律意识而言,此为至明之理:我为独立自主之人,则我应对可非难于我,即因我故意或过失侵害他人之行为负责。所谓负责,就是负担行为之结果,对受害人而言,即填补其所受之损害。因故意或过失不法侵害他人权利者,应负损害赔偿责任,为事物当然之理,立法者明著于《德国民法》之上,大家对此知之甚稔,毋庸详述。又《德国民法》上过失责任原则之构成形态,因是否有一定契约关系而不同。此点,本文在此不拟叙述。

今天我要特别提出讨论,以促请各位注意者,系《德国民法》尚规定有多种情形,令某人对一定损害负赔偿责任,而不以故意或过失为要件。

① 损害赔偿之归责原因,为民法学上最重要、最复杂的部分,学者研究著述甚多,但尚无有系统综合之叙述。前日读 Larenz 教授所著《德国法上损害赔偿之归责原则》一文,觉其内容简明清楚,乃请得 Larenz 教授同意,译成中文,希望能有助于认识了解《德国民法》与台湾地区现行“民法”之基本问题。本文系 Larenz 教授于 1965 年 7 月 9 日在 Göttingen 大学法学院之专题演讲,刊载于 1965 年 10 月之 *Juristische Schulung*, 1965, 373 杂志。Larenz 教授现任教于德国慕尼黑大学,早年即享威名,著作等身。他是法律哲学家,是新黑格尔法学派(Neuhegelianismus)之代表人,也是权威的民法学者。译者附志 1965 年 12 月于慕尼黑大学。

② 德文原文注解,重要者放在本文之内,其详情请参见 *Juristische Schulung* 1965, 373(台大法学院藏有此杂志)。为便于阅读,译者特附注《德国民法》中译(依据台大法律学研究所编译之《德国民法》)及台湾地区现行“民法”相关条文。又本文分为四节,系由译者所添加。

《德国民法》第122条^①、第179条第1项及第2项^②、第231条^③、第904条第2款^④等为其著例。法定担保责任(gesetzliche Garantiehaftung),如《德国民法》第463条第1项^⑤、第538条第1项^⑥等,皆属此类。又《德国民法》第833条第1项规定:动物致人于死,或伤害人之身体或健康,或毁损物品者,动物之占有人对于被害人因此而生之损害,负赔偿义务。此为《德国民法》上唯一关于危险责任(Gefährdungshaftung)之规定。学者向来视上述情形为过失责任原则之例外规定。由于我们不能将这些例外规定归纳在一个或数个原则之下,因此,我们也无法从事体系上之说明。

德国权威教科书 Enneccerus/Lehmann 之《民法债篇》,在其1930年第11修订版中,列举有三种损害赔偿之发生原因:①因故意或过失不履行债务或物上请求权;②因故意或过失不法侵害他人法益;③行为人对损害之发生,并无过失,但基于特殊理由,应负损害赔偿责任。属于最后一种者,情形甚多,因性质不同,我们不能积极提出一项原则加以说明,只就其消极特征立论,统称之为“无过失责任”(Haftung ohne Verschulden)。值得注意的是,在 Enneccerus/Lehmann《民法债编》1958年最新版中,共

① 《德国民法》第122条规定:“I. 意思表示依第118条之规定为无效,或基于第119条及第120条之原因经撤销者,若其意思表示系向相对人为之,或在其他情形,尚有第三人时,表意人对于信其表示为有效而受之损害之相对人或第三人,应负赔偿责任,但以不超过相对人或第三人因意思表示有效所得利益之数额为限。II. 被害人明知或因过失而不知有无效或可得撤销之原因者,表意人不负损害赔偿义务。”(参阅现行“民法”第91条规定)。

② 《德国民法》第179条第1项规定:“以代理人名义订立契约者,本人拒绝承认时,若不能证明其有代理权,应依相对人之选择对其履行之责任,或损害赔偿之义务。”第2项规定:“代理人不知其代理权之欠缺者,仅就相对人因信其有代理权而受之损害,负赔偿之义务,但以不超过契约有效时相对人所得利益之数额为限。”(参阅现行“民法”第110条规定,但应注意其不同)。

③ 《德国民法》第231条规定:“误认有阻却违法性所必备之要件而为第229条所定之自助行为者,纵其错误非由于过失所致,对于相对人仍负损害赔偿之义务。”[现行“民法”未设类似规定,参见史尚宽:《民法总论》,第691页;拙著:《民法总则》,载《民法实例研习丛书》(二),第426页]。

④ 《德国民法》第904条规定:“I. 物之所有人,在他人干涉其物,系出于防止现在危险之必要,且危险所能致之损害,远甚于干涉其物而加于所有人之损害时,不得禁止他人之干涉。II. 所有人得请求赔偿其所受损害。”(现行“民法”无相当之规定)。

⑤ 《德国民法》第463条规定:“I. 买卖标的物于买卖时欠缺所保证之品质时,买受人得不请求解除契约或减少价金,而请求不履行之损害赔偿;II. 出卖人故意不告知其瑕疵者,亦同。”(相当于现行“民法”第360条规定)。

⑥ 《德国民法》第538条第1项规定:“第537条所定各种之瑕疵于订约时已存在,或嗣后因可归责于出租人之事由致发生此项瑕疵,或出租人怠于除去其瑕疵者,承租人得不主张第537条所定之权利,而请求不履行之损害赔偿。”(《德国民法》第537条相当于现行“民法”第435条规定,《德国民法》第538条相当于现行“民法”第430条规定)。

列举有多达 9 种损害赔偿发生原因,而其中只有 2 种为过失责任。Esser 教授在其 1960 年第 2 版《民法债篇总论及各论》一书中,将损害赔偿原因分成五大类,其中契约责任与侵权责任同系基于过失责任原则,故 Esser 教授之分类,与本文以下所提出之四项原则相同。Esser 教授所提出之担保责任一类,除法定担保责任外,尚包括因契约而生之赔偿责任。关于此点,在此不讨论,因为本文旨在论述直接基于法律规定而生之损害赔偿责任。

今天德国法学界一致认为,德国之损害赔偿法(Schadensersatzrecht),并非建立在单一的归责原则,即过失原则及一些基于特别理由而形成之例外规定之上。相反,德国之损害赔偿法是建立在多种不同,但价值相等的原则之上。本文就在说明这些原则,并论述他们彼此间合作及互相限制关系。

二、四项损害赔偿归责原则

德国法上之损害赔偿,可归为四项:

第一项,过失责任原则。

第二项,因特定危险事物享受利益者,对于由此危险所生损害之责任。

第三项,于法律例外容许使用他人物品所生损害之赔偿责任。

第四项,基于法定担保义务,尤其是因自己行为创造某信赖要件而生之损害归责。

关于过失责任原则,学者讨论详尽,不必再加叙述。但在阐释其他三项原则之前,为避免引起误会,有一事须特别说明。我并非认为,我们可以直接从上述原则导出新的责任要件。相反,这些原则如果要变成可直接适用之法律,必须具体形成一种新的法律要件,或是一种由判例所承认的责任原因。我们所以特别提出数项原则,其目的在求得秩序与体系,以帮助了解构成这些原则基础之个别具体法律要件。此外,这些原则如果与判例所承认之责任原因相结合时,可借类推适用之方法,促进法律进步。

1. 危害归责(Risikozurechnung)

第一类:危险责任(Gefährdungshaftung)。基于特定危害而生之损害

赔偿原则中,以危险责任最称重要。危险责任者,谓特定企业、特定装置、特定物品之所有人或持有人,在一定条件下,不问其有无过失,对于因企业、装置、物品本身所具危害而生之损害,应负赔偿责任。依德国现行法律应负此项危险责任者有火车、汽车(Kraftfahrzeug)、动物、电气、煤气、导管装置或原子设备之占有人等。我们知道占有使用上述企业、物品或装置并非违法,而是法律容许之行为,纵使其本身具有不可避免损害他人之危险性。Esser教授在其名著《危险责任之基础与发展》(*Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, 1941,第5页、第69页以下)一书中曾明白提出,危险责任不是对不法行为所负的责任,危险责任的根本思想在于不幸损害之合理分配。依我们法律意识及法律价值判断,应令企业、物品或装置之所有人或持有人负责赔偿因此产生之损害,而不应让无辜受害人蒙受不利。首先因为企业、物品或装置之所有人或持有人制造了危险来源(危险来源说);其次是企业者在某种程度能控制这些危险(危险控制说);最重要的理由,则是他们从其企业、装置或物品获得利益(利益说),享受利益,负担危险,于情于理,谁曰不宜!

危险责任思想可综述如次:危险责任是某特定企业、物品或装置所有人或持有人对于此特定企业、物品或装置本身所具危险性所负之责任。损害之发生如与此危险性有关,所有人或持有人即应负责,不问其对于损害之发生是否具有过失。但损害之发生如果由于不可抗力或不可避免之事由,且不能归咎于企业、物品或装置之特殊危险时,在许多情形,所有人或持有人可不负责任。又危险责任之损害赔偿常有一定最高金额限制,立法意旨在使负担危险责任者,可预见并预算其所负担之危险责任,而依其经济能力,从事保险。值得注意的是,在危险责任,受害人通常不能请求慰藉金,此为危险责任与过失责任显著之不同。

第二类:法律常于权利状态尚未终局确定前,一方面允许某人从事强制执行或为保全请求权之行为,但其他方面又在一定条件下使其负担因此所生之危险。《德国民事诉讼法》第302条第4项第3款、第600条第2项、第717条第2项、第945条等为其著例。^①依上述规定,尽管权利状态

^① 《德国民事诉讼法》诸此规定相当于台湾现行“民事诉讼法”第531条规定:“假扣押裁定因自始不当而撤销,或因第529条第2项及第530条第3项之规定而撤销者,债权人应赔偿债务人因假扣押或供担保所受之损害。”(参阅现行“民事诉讼法”第533条规定)。

尚未终局确定,法律仍允许债权人执行未有既判力之判决、保留判决或为保全措施,如果请求权被驳回或保全债权之假扣押或假处分被撤销时,债权人应负损害赔偿赔偿责任。假执行或保全措施系法律所许可,因此执行人之行为,不具任何违法性,但是一旦请求权被驳回,则其所为执行之结果即与现在确定之权利状态不一致,法律乃令债权人赔偿被告因此所受之损害。*Stein-Jonas-Schönke-Pohle*之《德国民事诉讼法注释书》(1956年第18版,第717条,注2),认为发生损害赔偿请求权之原因,在于债权人执行行为之客观违法性,其意应当系指执行之结果与实体法不相符合,而非指债权人行使法律所允许之行为而言。简言之,责任原因不在行为之违法性,而在行为之危险性。第一类之危险责任系基于某特定企业、物品或装置本身所具有之危险,此处之危险则是权利状态尚未终局确定。

《德国民法》第231条规定,误认有阻却违法性所必备要件而为自助行为者,纵其错误非由于过失所致,对于相对人仍须负损害赔偿赔偿责任。我们亦可认为此亦属危险归责之一种。由于不当自助行为之特别危险性,关于其行为之错误虽非因过失所致,法律仍令其承担赔偿责任。

第三类所涉及之危险归责,系指为他人利益而从事具有一定危险性之事务(*Ausführung einer mit einem Schadensrisiko behafteten Tätigkeit im fremden Interesse*)。*Canaris*氏在其《法律漏洞之确定》(*Die Feststellung von Lücken im Gesetz* 1964年,第181页,注127)一书中,曾提到此为一种特殊类型之危险归责。*Anton Huber*氏在其《委任契约之委任人及无因管理本人对事务管理人所受损害应负之责任》(*Die Haftung des Geschäftsherrn für schuldlos erlittene Schaden des Geschäftsführers beim Auftrag und bei der Geschäftsführung ohne Auftrag*)博士论文中,亦持同样观点。委任契约之委任人,无因管理之本人对于受任人或管理人,合于委任人(或本人)之意思,利于委任人(或本人),处理事务遭受损害,而此损害可归咎于事务本身所具有之危险时,是否应负责任及应负何种责任,《德国民法》无明文规定。《德国民法》第670条规定,受任人为达成处理委任事务之目的而支出费用,依其情形,此项费用系可认为必要者,委任人负偿还义务。判例及学说认为应类推适用此条规定,使受任人或管理人有请求权。此项结论,可资赞同,惟将此种损害赔偿请求权视为“费用偿还请求权”,颇有可议之处,法律之适用亦将遇到许多困难,例如,管理人或受任人对于损

害之发生或扩大与有过失时,应如何斟酌?《德国民法》第 844 条^①及第 845 条^②如何适用? Hauss 氏深知其困难,认为应适用《德国民法》第 242 条诚实信用原则^③(ErmanHauss, BGB, 3 Aufl. 1962, § 670 注 5)。我们常于无法圆满说明所希望结果之际,引用此项帝王条款作为依据,但此终属一时救济之策,缺少使人信服之力量。

发生损害赔偿请求权之内在理由是:使他人从事一定事务,获取利益者,应负担与此事务相结合之危险。事务本身即具有危险性,则为图自己利益,使他人从事此项事务,倘他人因此遭受损害,依情依理,应负赔偿责任。此项原则亦应适用于无因管理,不因管理人管理事务系出于自愿而不同,因为管理事务利于本人也。从而受任人或无因管理人不仅得请求偿还支出费用,亦可请求赔偿从事处理事务所受之损害。此项请求依其本质为损害赔偿请求权,《德国民法》第 249 条以下有关损害赔偿规定,尤其是第 254 条^④可以适用。同样,《德国民法》第 844 条及第 845 条规定亦能类推适用。^⑤

这个使受任人或管理人取得损害赔偿请求权之论点,亦可说明通说承认劳工于从事具有危险倾向工作时,因轻过失致雇主或第三人遭受损

① 《德国民法》第 844 条规定:“ I. 侵害他人致死者,其赔偿义务人对于负担支出殡葬费用之义务人,应赔偿其费用。 II. 被害人于被害致死之时,与第三人间具有关系,而基于该关系,被害人对该第三人已负有法定扶养义务,或可能负担此项义务,而该第三人因被害人之死,丧失其扶养请求权者,赔偿义务人于被害人在其推定生存时期所负扶养义务之限度内,对于该第三人,应支付定期金以赔偿其损害;第 843 条第 2 项至第 4 项之规定; I. 于此情形准用之; II. 第三人于侵害时虽仅已受孕而尚未出生者,加害人对之亦应负赔偿义务。”(相当于现行“民法”第 192 条规定)。

② 《德国民法》第 845 条规定:“在第 844 条及第 845 条之情形,第三人所受损害之发生,被害人亦与有过咎者,关于第三人之请求权,适用第 254 条之规定。”现行“民法”虽无类似规定,但判例学说肯定之,参见拙著:《第三人与有过失》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版。

③ 《德国民法》第 242 条规定:“债务人应斟酌交易习惯,依诚实信用原则而为给付。”(相当于现行“民法”第 219 条、第 148 条第 2 项规定)。

④ 《德国民法》第 254 条规定:“ I. 损害之发生,被害人与有过咎者,损害赔偿义务及其赔偿之范围,应依当时情事而定之,即如关于损害之引起究于如何范围内系以加害人或被害人为其主要原因,应予斟酌。 II. (1) 被害人之过咎虽仅限于不预促债务人注意于重大损害之危险,而此项危险为债务人所不知,或非所应知者,或被害人怠于避免或减少损害者,亦同;(2) 于此情形,准用第 278 条之规定。”(相当于现行“民法”第 217 条规定)。

⑤ 《德国民法》此项问题之提出及争论,主要原因系《德国民法》关于无因管理人因管理事务所受之损害,得否请求损害赔偿,未设明文(参阅《德国民法》第 603 条规定,现行“民法”第 176 条规定)。由此可了解德国判例学说之“造法”活动。

害时,其赔偿责任应受限制之原则。通说引用《德国民法》第 242 条诚实信用原则,尤其是《劳工法》上雇主保护义务(Fürsorgepflicht)作为依据。我们不明白何以雇主保护义务可导致劳工责任限制。还有,这种损害分担是否只应限于劳工关系? Neumann/Duesberg 氏采否定说,其见解完全正确;Neumann/Duesberg 氏并要将此种责任限制于一定条件下,适用于雇佣契约、承揽契约及委任关系。他认为雇用人或定作人将具有危险性之工作交于他人,而此危险未计算于报酬之中时,依企业危险观点,应减轻雇用人或承揽人之责任(JZ 1964, 433)。

本文亦认为应该采取危险归责思想,作为劳工责任限制之依据。要特别注意的是,委任为无偿契约,但雇佣及承揽则为有偿契约,因此,危害性可能已计算于报酬之内,劳工因过失加损害于雇主时,依法律之规定通常应负全部损害赔偿赔偿责任。但如果此项工作危险性并未计算于报酬之内时,则基于上述思想,应斟酌可归责于雇主之工作危险性,全部免除或限制劳工之损害赔偿赔偿责任。

相反,劳工因从事带有危险性工作致自己物品遭受损害,倘若此项危险性并未计算于报酬之内,劳工亦得依上述原则请求赔偿。德国联邦劳工法院(Bundesarbeitsgericht,简称 BAG)类推适用《德国民法》第 670 条关于费用支出偿还请求权规定。^① 本文则认为应依上述危险归责思想类推适用判例所承认之责任原因,较为妥适。至于通常损害,如衣服破损率之增加,应视为已计算于报酬之内。劳工遭受损害,如果由于本身未尽必要注意,则应适用《德国民法》第 254 条规定,自不待言。

兹综述危害归责原则如下:损害赔偿义务之发生(或限制或免除),在许多情形,是基于特定危害归责思想。其情形可分成三类:① 危险责任;② 因从事假执行或保全行为而生之危害归责;③ 为自己利益使他人从事具有危险性工作之损害危险归责。

2. 于法律例外容许使用他人物品所致损害之赔偿责任

另一项损害赔偿归责原则是,于法律例外容许使用他人物品时所生损害之赔偿责任。关于此点,《德国民法》规定甚多,而且如第 906 条第 2

^① 《德国民法》第 670 条规定:“受任人为达成处理委任事务之目的而支出费用,且依照情形,此项费用系其可得认为有必要者,委任人负其返还义务。”(相当于现行“民法”第 54 条第 1 项规定)。

项所示^①,有日渐增加之趋势。其主要规定如《德国民法》第904条第2项(紧急避难)^②,第867条第2项(追寻权)^③,第962条第2项(逸失蜂群权)^④,第1005条(追踪权),第912条第2项(越界建筑地租)^⑤,第917条第2项(必要通行地租)^⑥,《德国工商业法》第26条及受其影响新修订之《德国民法》第906条(邻地之干扰)。其中最重要者,为《德国民法》第904条及《德国工商业法》第26条规定。德国判例从上述诸规定引导出一项法律基本原则:物之所有人,因他人或社会之优先利益(überwiegende Interesse),例外依法律规定不能行使其依德国民法第1004条^⑦所享有之侵害除去权时,对因此容许行为所受之损害,有补偿请求权。学者类推适用公法上之补偿请求权(öffentlichrechtlicher Aufopferungsanspruch),称之为私法上之补偿请求权(zivilrechtlicher Aufopferungsanspruch),采此说者,有 Fikentscher, Schuldrecht, 1965, § 112 III; Erman-Westermann, § 904 Anm, 6;持不同见解者有 Esser, Schuldrecht, § 53. 6。今日大家殆已承

① 《德国民法》第906条(新修正)规定:“I. 土地所有人对于瓦斯、蒸气、臭气、烟、煤、热、音响及振动之侵入,以及其他来自邻地之类似干扰,并不妨害其对土地利用,或其妨害仅系不重要者,不得禁止之。II. 重要之干扰系他土地上之地方惯行利用所引起,且非依经营上对其利用人可期待之措施所能加以防止者,亦同。土地所有人因而应忍受干扰时,得请求土地利用人以金钱为相当之补偿,但以自己土地之地方惯行利用或其收益,因干扰而造成超过一般预期程度之损害者为限。III. 干扰不得依特殊导引设置为之。”

② 载于本书。

③ 《德国民法》第867条规定:“I. 占有物脱离管领,偶至他占有地内者,土地占有人应许该物之占有人进入其地内,寻查取回;但其物已为人所占者,不在此限;II. 土地占有人因寻查取回而受损害时,得请求补偿;III. 土地占有人有受损害之虞时,在未提供担保前,得拒绝其进入;但因稽延足以致危害者,则不得拒绝之。”(相当于现行“民法”第791条规定)。

④ 《德国民法》第962条规定:“I. 蜂群所有人,为追寻其蜂群,得进入他人之土地;II. 蜂群进入他人未饲养之蜂房者,所有人有捉捕其蜂群,得开启其蜂房并得取出或抽出其蜂巢;III. 蜂群所有人,对于因此所生之损害,应负赔偿责任。”(现行“民法”无相当规定)。

⑤ 《德国民法》第912条规定:“I. 土地所有人非因故意或重大过失,建筑房屋逾越疆界者,邻地所有人应容许之,但邻地所有人于逾越疆界前,或逾越疆界后,即时提出异议者,不在此限。II. 邻地所有人得受地租之支付,以资补偿损害。地租之数额,以逾越疆界时为计算之标准。”(相当于现行“民法”第796条规定)。

⑥ 《德国民法》第917条规定:“I. 因与公路缺乏必要之联络,致不能为通常使用者,土地所有人于此项缺点未排除前,得请求邻地所有人容许其利用土地。必要通行之方向及通行使用权之范围,于必要时,得以判决定之。II. 对于必要通行所经过之邻地所有人,应以地租补偿其损失……”(相当于现行“民法”第787条规定)。

⑦ 《德国民法》第1004条规定:“I. 所有权非因侵夺占有或无权占有,而由于其他方法受妨害者,所有人得请求加害人除去其妨害。妨害有继续之虞者,所有人得提起不作为之诉。II. 所有人有容许之义务者,无前项之请求权。”(参见现行“民法”第767条规定)。

认于上开情形,所以赋予损害赔偿请求权之原因,在于物之所有人例外因他人优先利益,不能主张其依法应享之权利。前述之假执行及保全行为亦可归入此项原则。危害归责原则与因例外依法得使用他人物品所生损害赔偿原则,并不互相排斥。二者可发生叠合现象。兹举一例说明之。矿场对于采矿引起损害之赔偿责任可以用危害归责说明^①,即采矿本身带有一定危险,矿业权者为自己利益制造危险来源,故应对所生之损害负责。但我们也可以说,矿场邻近土地所有人为矿场优先利益,不能行使妨害除去请求权,所以对因此所受之损害有求偿权。此种叠合现象,不足为奇,因我们今日所研究者,为类型观察(typologische Betrachtung)。概念是停滞的,类型是变动的。因此在许多情形,损害赔偿责任之原因,可以这样说明,也可以那样说明。如果我们认为采矿并非就是侵害邻地所有人之权利,损害之发生,乃经过许多中间事故所致,则我们倾向于采取危险归责思想。反之,若以《德国民法》第905条所规定^②土地所有人权利为出发点,则矿场之赔偿责任乃由于邻地所有人之容许行为。每一种观察方式都有依据,均属正确。

3. 担保责任与信赖责任(Garantie-und Vertrauenshaftung)

担保责任与信赖责任,系与上述原则完全不同之归责原则。此项归责与法律交易具有密切关系,但在此不拟讨论当事人依法律行为所承担之损害赔偿赔偿责任,故所谓之担保契约(Garantievertrag),亦不在论述之列。在许多情形,法律使法律交易行为人负担类似担保(garantieähnliche Haftung)之责任,以保护相对人之信赖利益。当然,法定担保义务与契约担保责任之界限不易确定,如《德国民法》第463条规定:买卖标的物欠缺所保证之品质者,买受人得不请求解除契约或减少价金,而请求不履行之损害赔偿。^③ 此项规定符合品质保证(Zusicherung)之典型意义,因此亦属于基于法律行为所生之担保义务。保证范围,应就个别买卖契约,依解释

^① 关于台湾地区矿业权者责任,请参阅“矿业法”第66条、第68条及第73条规定。

^② 《德国民法》第905条规定:“土地所有人之权利及于地表上之空间及地表下之地壳。所有人对于排除而无利益之高处或深处之干涉,不得排除之。”(相当于现行“民法”第773条规定)。

^③ 《德国民法》第463条规定:“买卖标的物于买卖时欠缺所保证之品质者,买受人得不请求解除契约或减少价金,而请求不履行之损害赔偿。出卖人故意不告知其瑕疵者,亦同。”(相当于现行“民法”第360条规定)。

方法探求当事人明示或可得推知之意思决定之(Diederischen, AcP 165, 150)。《德国民法》第538条第1项规定出租人应对租赁物之瑕疵负损害赔偿责任^①,因为当事人间并无一种明示或依情事可推知无瑕疵担保之意思,故此项规定为法定担保责任,其范围应依法律保护目的决定之。关于此点,学者意见不一,有认为出租人之赔偿责任应限于承租人直接履行利益,通说则认为应包括因租赁物瑕疵所生之损害,其理由为承租人不知租赁物之性质,完全信赖出租人之给付,此种信赖,应受法律保护。

债务人自始主观给付不能之法律效果如何,《德国民法》无明文规定。^②判例及部分学者认为债务人应负担担保责任,即债务人于订立契约时,因其本身或其机关之事由,致给付不能时,不问其有无过失,应负损害赔偿责任。此项严格责任尤其适用于买卖契约债务人之自始主观给付不能。关于此点,学者见解已趋一致。就其本质而言,此为信赖责任。我出售一物,乃表示我可使买受人取得物之完全所有权,纵未明言,买受人应可信赖我能使其取得物之所有权。而此种交易上之信赖,应受法律保护。

信赖责任最明显之例,为《德国民法》第122条及第179条规定。《德国民法》第122条规定,意思表示因非诚意表示无效或因错误或传达不实而撤销时,表意人应赔偿他方因信其表示为有效而受之损害。^③撤销行为不具任何违法性,因为撤销权为法律所授予,但因撤销系一种消极形成权,在于解除意思表示对表意人之拘束力,相对人蒙受不利,法律斟酌双方利益,乃令撤销权人赔偿相对人之信赖利益,以为行使撤销权之代价。本条所规定是法定担保义务,不是过失责任,也不是缔约上过失(Culpa in contrahendo)。又《德国民法》第179条规定,无代理权人以本

① 《德国民法》第538条规定:“第337条所定各种之瑕疵于订约时已存在,或嗣后因可归责于出租人之事由致发生此项瑕疵,或出租人怠于除去其瑕疵者,承租人得不主张第537条所定之权利,而请求不履行之损害赔偿。”(相当于现行“民法”第430条规定)。

② 《德国民法》第306条规定:“Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.”(契约以客观不能之给付为契约标的者,无效)德文所谓 unmöglich,系指客观不能,Unvermögen 则系指主观不能。现行“民法”第246条系仿《德国民法》第306条,所称“不能”,在解释上亦系指客观不能。准此以言,现行“民法”关于债务人自始主观给付不能亦未设规定。

③ 《德国民法》第122条规定:“I. 意思表示依民法第118条之规定为无效,或基于第119条及第120条之原因经撤销者,若其表示系相对人为之,或在其他情形,尚有第三人时,表意人对于信其表示为有效而受损害之相对人或第三人,应负赔偿责任,但以不超过相对人或第三人因意思表示有效时所得利益之数额为限。II. 被害人明知或因过失而不知(应知)有无效或可得撤销原因者,表意人不负损害赔偿义务。”(相当于现行“民法”第91条规定)。

人名义订立契约者,如本人拒绝承认时,应依相对人之选择对其负履行或损害赔偿之义务,但代理人不知其代理权之欠缺者,则仅对相对人负信赖利益之赔偿责任。^① 本条亦规定无代理权人之法定担保义务,以保护交易安全及相对人之信赖。

三、各项归责原则之交互作用与彼此限制关系

由上述可知,各项归责原则事实上是建立在许多个别法律要件之上,构成了一种类型态样。这些原则虽然不是可以直接适用之法律,但在现行《德国损害赔偿法》上,具有指示性的基本思想。这些原则并非各自孤立,彼此毫不相关。相反,他们相互合作,彼此限制,构成一幅复杂的景象。此点前已论及,兹再举数例,详细说明之。

德国学者通说认为,契约行为开始后,在当事人间产生了一种无主给付义务之债之关系(Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht),当事人间互负有通知,说明保护及照顾等义务。学者称之为先契约行为义务(vorvertragliche Verhaltenspflicht),违反之者,应依契约法原则负损害赔偿赔偿责任。通说认为损害赔偿赔偿责任原因在于当事人间相互之信赖。Esser教授强调:“由于社会接触,当事人间对诚信之利益增高,信赖及义务之要求亦随之俱长。”此项赔偿义务乃直接基于故意或过失违反义务,而非来自制造或给予信赖。此点与上述《德国民法》第122条规定不同。如缔约上过失(Culpa in contrahendo)一语所示,此为有责违反义务行为所负之责任,故为过失责任。学说判例所以创设此种不具诉请履行性之给付义务,其目的乃在保护相对人之信赖利益。依此观点,缔约上过失制度结合了过失责任原则与信赖责任原则两种思想。

另一个数项归责原则结合之例,系《德国民法》第278条规定。^② 依

^① 《德国民法》第179条规定:“I. 以代理人之名义订立契约者,本人拒绝其承认时,若不能证明其有代理权,应依相对人之选择对其负履行之责任或损害赔偿之义务。II. 代理人不知其代理权之欠缺者,仅就相对人因信其有代理权而受之损害,负赔偿之义务,但以不超过契约有效时相对人所得利益之数额为限。III. 相对人明知或应知其代理权有欠缺者,代理人不负责任。代理人之行为能力受有限制者,亦不负责任,但经其法定代理人之同意而为之者,不在此限。”(参见现行“民法”第110条规定,但注意其不同)。

^② 《德国民法》第278条规定:“债务人就其法定代理人及为履行债务所使用之人之过咎,应视同自己之过咎,负同一范围之责任……”(相当于现行“民法”第224条规定)。

本条规定,债务人对于其法定代理人或使用人关于债之履行有故意过失时,应与自己之故意或过失负同一责任。法律明定债务人须于债务履行辅助人有故意或过失时,始负责任。由此点观之,《德国民法》第 278 条规定似为过失责任。但所谓过失责任,系谓一人应对可非难于自己之行为负责。因此,《德国民法》第 278 条债务人之责任不能以故意过失原则为依据。事实上,《德国民法》第 278 条所规定者,乃法定担保义务,部分基于信赖责任思想,部分基于危险归责思想。债务人使用他人以扩张其营业活动范围,获取利益,应对其使用人行为所生之损害负赔偿责任;同时债权人亦信赖债务人使用他人履行债务时,会使该使用人善尽债权人所期待于债务人之注意。基于上述两种思想,法律乃令债务人对其使用人于履行债务时之故意或过失,负同一责任。

又《德国民法》第 831 条规定:使用他人执行事务者,就该他人因执行事务所不法加于他人之损害,负赔偿责任。但使用人于选任受雇人及关于装置机械或器具,或指挥事务之执行,于为装置或指导时,已尽交易上必要之注意,或纵加以注意,而仍不免发生损害者,使用人不负赔偿责任。^① 此条规定,适用时会发生不合理之结果,因为使用人得证明其已尽交易上必要之注意而主张免责。为此德国联邦司法部曾提出修正案,规定使用他人执行事务者,就该他人因执行事务所不法加损害于第三人时,应与加害人同负赔偿责任。依此规定,使用人不能证明选任受雇人及监督其职务之执行,已尽必要注意而主张免责。修正案规定系基于过失责任及危险归责两种思想。又《德国民法》第 701 条^②规定中所含之危险归责思想多于信赖责任思想。

各项归责原则,不但协力合作,而且也相互限制。上述劳工责任限

① 《德国民法》第 831 条规定:“ I. 使用他人执行事务者,就该他人因执行事务所不法加于第三人之损害,负赔偿义务。使用人于选任受雇人时,及关于装置机械或器具、或指挥事务之执行,于为装置或指挥时,已尽交易上必要之注意,或纵加以注意,而仍不免发生损害者,使用人不负赔偿义务。 II. 依契约为使用人担任处理第 1 项第 2 段所定之事务者,亦负同一之责任。”(相当于现行“民法”第 188 条规定,但请注意其不同)。

② 《德国民法》第 701 条规定:“ I. 以供他人住宿为营业之旅店主人,对于因经营业务而收留住宿之客人,就其所携带物品之丧失或毁损,应赔偿损害。损害因客人自己、或其伴侣随从、或其来宾之所致,或因物之性质或不可抗力,所引起者,不负前段之赔偿义务。 II. 客人以物品交付旅店主人、或其所指定收受物品之人、或依情形可认为受有此项指定之人,或携至其所指示之处所,或无此指示时,携至一定放置之处所者,此项物品视为携带物品。 III. 旅店主人以揭示拒绝负其责任者,其揭示无效。”(相当于现行“民法”第 606 条规定、第 609 条规定)。

制,即为其例,但最重要之例,系判例学说所谓之过失标准客观化或典型化(*objektive oder typisierte Fahrlässigkeitsmaßstab*)。无疑,所谓过失原指对行为人之非难,应斟酌顾及其个人之智识能力。刑法上之过失即指此主观意义之过失。民事法上判例学说则采客观意义之过失概念,认为行为人如欠缺同职业、同社会交易团体分子一般所应具有之智识能力时,即应受到非难。如果我们认为民法上过失原则之过失,原应指主观之过失时,则此过失责任原则已受到担保责任原则之限制。每一个人必须保证其具有其所属职业或团体一般所应有之智识能力。同时,在法律交易上,每一个人必会信赖对方具有其所属职业或团体一般所应具有之智识能力。在其他情形,例如,亲属法或计算慰藉金,法律所要求者为对个人自身之非难,上述观点自不适用,应采主观说(参阅 *Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt 1963*,第 310 页,第 327 页)。在通常适用客观标准之情形,我们可以认为过失责任原则已受到担保责任原则之修正。

最后再举一个重要之例,说明一项归责原则如何受到他项归责之限制。《德国民法》第 254 条规定:“损害之发生,被害人与有过失者,损害赔偿义务及其赔偿之范围,应依当时情事定之,即如关于损害于引起之如何范围内系以加害人或被害人为其主要原因,应予斟酌,又被害人之过失虽仅限于不预促债务人注意重大损害,而此项危险为债务人所不知或非所应知者,或被害人怠于避免或减少损害者,亦同。”我们知道,德国法学界今天已将这条规定,逾越其文字,不仅适用于危险责任,还适用于加害人有过失而被害人应负企业、物品或装置危险责任之情形。过失及危险是两种不能比较的量数,如何量定?这的确是个问题。学者有认为可斟酌引起损害(*Verursachung*)的成数量定之。但此无济于事,因为引起损害是个中性价值概念,严格言之,是不能划成等级测量的。Rother 氏在其《赔偿法上之责任限制》(*Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965*,第 71 页)一书中正确指出,引起损害(*Verursachung*),故意过失及对合法占有危险物之责任是不能衡量的,因为欠缺一项标准去评断这些因素在一共同阶梯中所占价值及其在同一法律要件中彼此相互间所占份额之多寡。危险责任与故意过失,孰轻孰重,在向来视这些因素为完全独立责任因素之理论,是无法回答的。

Rother 氏认为,危害责任含有(即使是很少的)非难因素,因此,斟酌损害赔偿之范围,可依此非难因素之轻重量定之。此种见解,不能赞同,

因为法律不能一面允许,同时一面非难,一面赞同,同时一面反对。过失责任与危险责任是不能被放置在一个分数上去量定的。相信事实上可从台湾地区有关法律规定取得衡量之标准。依法律规定,危险责任多有一定最高金额之限制,而且被害人不能请求慰藉金,由此可以推知,依法律判断,危险责任应从轻斟酌。除此之外,只能依个别情况以衡平原则去斟酌衡量了。一种固定之位阶关系,即每一项归责原则在体系中占有一定价值分量,可以计算量定之,是不存在的,这不是一种消极的态度。我们必须确切究明诸归责原则之本质,并了解其相互彼此合作限制之关系。

四、结 论

本文试就德国法上损害赔偿之归责原则,作概要之说明。此种责任体系不是一种逻辑公理式的体系,源自单一的基本原则,自始只包含着有限的可能性。相反,它是动态、开放之体系(*bewegliches, offenes System*, 参阅 Wilburg, *Die Elemente des Schadens*, 1941; AcP 163, 346),以诸种不同,但在某种程度下可变化之原则作为基础,含有许多结合的可能性,故能适应变化不停法律生活之新现象。

代位权之代位*

一、问题之提出

债务人怠于行使其权利时,债权人因保全债权,得以自己名义行使其权利,但专属于债务人本身者,不在此限(第242条)。关于债权人之代位权,迨至1983年度止,“最高法院”共著有15则判例(1927年至1979年)、4则民庭庭推会议决议及数十则判决。历年判例、判决及决议,在法理上最具趣味,在实务上最值重视者,系代位权本身得否为代位权之客体。易言之,即债权人得否以自己名义行使债务人之代位权(代位权之代位)。关于此类案例,一般教科书论述未详,因有助于认识代位权制度之基本问题及错综复杂之债的关系,特撰此短文说明之。^①

二、“代位权之代位”之肯定及其行使要件

(一)“代位权之代位”之肯定

关于代位权本身得否为代位权之客体,1954年台上字第243号判例首度论及此项问题。本件之事实为:丁将其土地应有部分1/2出卖给丙,丙转卖给乙,均未办理移转登记。其后该地为戊拍卖。“最高法院”依其

* 本文原载《军法专刊》第30卷,第6期(1985年6月)。

① 关于债权人代位权之一般问题,参见史尚宽:《债法总论》,第444页;专论参见吴启宾:《代位权之行使》(《司讯》第350期);徐壮图:《代位权之行使及其效力》(《华银月刊》第204期、第205期);张木贤:《行使代位权之质疑》(《司讯》第326期);林锡湖:《债权人代位行使之范围》(《司讯》第460期);张龙文:《债权人代位权若干问题》(《法学丛刊》第2卷,第4期)。日本学者之论述,参见松坂佐一:《债权人代位权之研究》;我妻荣:《债权总论》(新订),第157页;于保不二雄:《债权总论》(新版),第159页以下。

认定之事实,认为丁对戊得请求返还其所受分配拍卖不动产之价金。丁、丙及乙均怠于行使其权利。问题在于乙之债权人甲得否代位行使之。“最高法院”采肯定说,其基本论点为:

- (1) 丁对戊有拍卖不动产分配价金返还请求权。
- (2) 丙得以自己名义行使丁之权利(丙之代位权)。
- (3) 乙得以自己名义行使丙之代位权。
- (4) 甲得以自己名义行使乙之代位权,并进而溯及行使丙之代位权,请求戊返还所受分配拍卖不动产之价金。

关于上开多次代位权之行使,“最高法院”之判例要旨认为:“第 242 条关于债权人代位权之规定,原为债务人怠于行使其权利,致危害债权人之债权安全,有使债权人得以自己名义行使债务人权利,以资救济之必要而设。故债权人对于债务人权利,得代位行使者,其范围甚广,凡非专属于债务人本身之财产上权利均得为之(参照同条但书)。对于债务人负有债务之第三人财产上权利,债权人得代位行使时,亦为非专属于债务人本身之财产上权利之一种,如债务人怠于行使其权利致危害债权人之债权安全者,自难谓为不在债权人得一并溯及而为代位行使之列。”须注意的是,“最高法院”公布之判例要旨删除上开判决理由最后一句中“得一并溯及而”之字眼,其理由何在,不得而知。

代位权本身得为代位权之客体,应予肯定,实值赞同。第 242 条泛称权利,而但书所排除者,系专属于债务人本身之权利,代位权既属权利,且非专属权^①,自堪为代位权之客体。^②抑有进者,为贯彻保全债权之目的,更应采肯定之见解,如上开 1954 年台上字第 243 号判例所示,非经由多次之代位,实不足保护债权人利益也。

(二) 行使要件

代位权得为代位权之客体,已如上述。债权人因保全债权,递次代位

① 关于代位权之客体,实务上常见者有:所有物返还请求权,第三人异议之诉,提供担保金向执行法院申请撤销假扣押之执行,债权人对诈害债权之撤销权,涂销土地所有权移转登记请求权,确认不动产所有权之诉,办理继承登记,受领给付等。

② 代位权得为代位系通说,参见史尚宽:《债法总论》,第 449 页;郑玉波:《民法债编总论》,第 316 页。日本判例及学说亦肯定债权人代位权之代位,参见于保不二雄:《债权总论》,第 170 页;昭和 5·7·14《大民判例集》第 9 卷,第 730 页;昭和 39·4·17《最高民判集》第 18 卷,第 529 页。

行使债务人之权利时,须其递次上溯代位之各人,均得行使权利,且皆怠于行使时始可,若其递次上溯代位之人中,有一人不得行使权利时,即不得行使代位权(1981年台上字第454号判决)。①易言之,即数个代位权均须具备行使代位权之一般要件,兹分述之:

1. 须债务人怠于行使其权利

此为行使代位权之基本要件,析言之,即:①代位权系债权人行使债务人之权利,故代行者与被代行者之间,必须有债权债务关系之存在,否则即无行使代位权之可言(1960年台上字第1274号判例);②须债务人有此权利(代位权)。债权人得以自己名义行使者,为债务人之权利而非自己之权利,若债务人自己并无该项权利,债权人自无代位行使之可言(参阅1960年台上字第175号判例);③须债务人怠于行使其权利。债务人是否怠于行使其权利,应视其有无行使之决心及具体行动,并是否积极求其达到圆满实现其权利之内容而定。

2. 须债权人保全其债权之必要

债权人行使代位权,系以保全债权为目的,原则上须债务人怠于行使其权利之结果,致其资力不足清偿债务时,债权人始得代位行使。惟通说认为以给付特定物为标的之债权,于债务人有履行不能或履行困难之际,即得行使代位权,债务人有无资力,在所不问(参阅1956年台上字第136号判例)。

3. 须债务人已负迟延履行责任

依第243条规定,债权人代位权,非于债务人负迟延履行责任时,不得行使。此实为当然自明之理,盖在债务人负迟延履行责任前,债务尚未至应为给付之时,债务人如何清偿其债务,仍可自由决定,债权人尚无代位行使其权利之必要。惟依第243条但书规定,专为保存债务人权利之行为(例如申请登记、中断时效),不在此限,因保存行为于双方当事人均有利益,而且非及时为之,其权利即有消灭之虞,将来势难代位行使也。

三、案例类型

代位权之代位,系实务上之重要问题,就历年判例、判决综合分析观

① 参见《民刑事裁判选辑》第2卷,第1期,第128页。

察之,其基本类型有三:① 同一标的物(尤其是不动产)辗转买卖,均未办理所有权移转登记;② 违章建筑房屋辗转买卖;③ 诈害债权之通谋虚伪表示。兹参酌实例说明之:

(一) 同一不动产之辗转买卖:不动产登记请求权之代位

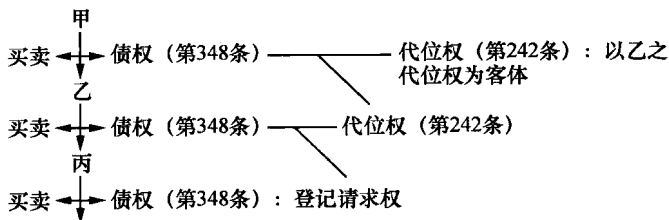
在1957年台上字第422号判例一案,当事人间请求所有权移转登记。本件讼争嘉义市下路头475号之7及475号之8土地,原为上诉人所有,系由上诉人出卖给诉外人黄耀东转卖给李江西,又转卖给赖汝辉,复转卖给蔡命,而由被上诉人于1948年5月6日因与蔡命涉讼,成立诉讼上之和解,经蔡命出卖与被上诉人并订明应协助被上诉人办理所有权移转登记手续。讼争土地自黄耀东向上上诉人买受后,辗转出卖均尚未为所有权移转登记。被上诉人以自蔡命追溯至黄耀东等均怠于行使其权利而行使代位权,为上诉人应将讼争土地为所有权移转登记之请求。上诉人则以其仅将讼争土地出卖给黄耀东,只能为所有权移转登记给黄耀东,蔡命非直接向其买受者,并无对其请求将所有权移转登记之权利,被上诉人主张代位行使权利,显属不当为抗辩。“最高法院”认为上诉人之抗辩不足采取,其判决理由为:“按债务人怠于行使其权利时,债权人因保全债权得以自己名义行使其权利,为第242条所明定。登记请求权虽非债权,然其性质上得类推适用债权人代位权之规定,应为当然之解释。故甲代位乙行使乙对丙之不动产移转登记请求权,如该不动产系由丁让与丙,亦尚未为移转登记时,则甲亦得代位丙行使丙对丁之移转登记请求权。”

上开1957年台上字第422号判例所谓:“登记请求权虽非债权,然其性质上得类推适用债权人代位权之规定,应为当然之解释。”实具疑义:其一,就法律学方法论而言,类推适用(Analogie),系为填补法律漏洞(Rechtslücke)而适用其他类似之法规,乃一项复杂之法律思维过程,应非“当然之解释”。其二,就实体法而言,甲对乙,乙对丙及丙对丁之登记请求权,系基于买卖合同而发生,乃债之请求权,即买受人得请求出卖人交付其物并移转其所有权之权利(第348条)，“最高法院”认为:“登记请求权虽非债权,然其性质上得类推适用债权人代位权之规定”^①,诚如孙森

① “最高法院”公布之判例要旨删除判决理由中“虽非债权,然其……”等字眼,或已发现此非妥适,亦未可知(“最高法院”此项判决理由似系采自史尚宽:《债法总论》,第446页)。

焱先生所云,颇属费解。^①又孙森焱先生认为登记请求权为不动产所有权受让人(买受人)基于基础的法律关系,得请求让与人(出卖人)给付之内容,属于债权之性质,系属“当然适用”代位权之规定,而非“类推适用”,可资赞同。^②

应予强调者,系“最高法院”在上开判例明白承认代位权本身得为代位权之客体。易言之,即:①丙基于买卖合同得请求丁交付不动产,并移转其所有权(第348条);②乙基于买卖合同得请求丙交付不动产并移转其所有权。基于此项特定物债权,无论丙有无资力,乙均得以自己名义行使丙对丁之登记请求权;③甲基于买卖合同亦得请求乙交付不动产并移转其所有权。基于此项特定物债权,甲亦得以自己名义行使乙之代位权(即乙得以自己名义行使丙对丁登记请求权之权利)。此项“代位权之代位”原则之肯定,使代位权保全债权之功能发挥得淋漓尽致,为便于观察,图示如下:



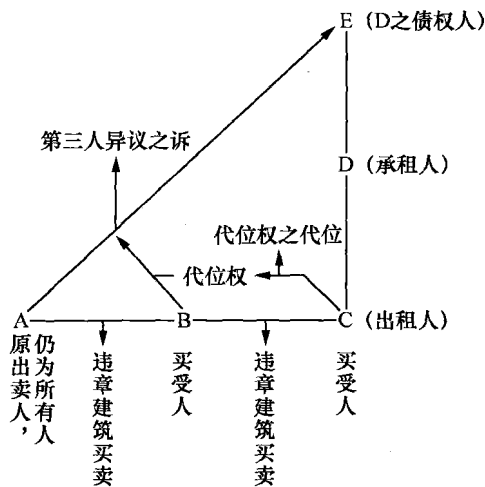
(二) 违章建筑房屋之辗转买卖:第三人异议之诉之代位

违章建筑系当前社会之特色,违章建筑房屋之辗转买卖甚为普遍,例如,A在某地违章盖一栋房屋,出卖给B,B转卖给C。违章建筑之让与,不能办理登记而为不动产所有权之让与,仅于受让人与让与人之间无相反之约定时,得认为让与人已将该违章建筑之事实上处分权让与受让人(参照1978年2月21日、1978年度第二次民事庭推总会决定)。故在上举之例,违章建筑房屋虽辗转买卖,其所有权仍属于A。B、C均不能受让其所有权,于此情形,设C将违章建筑房屋,出租给D,而D之债权人E对该房屋实施查封时,则C究得主张何种权利,以资救济,实值研究。

^① 参见孙森焱:《民事判例研究二则》,载《法令月刊》第2卷,第11期,第11页。

^② 参见孙森焱,前揭文,第11页。

1959年台上字第209号判例谓：“违章建筑之房屋，原非债务人所有，而被执行法院误予查封者，买受人因不能登记，自得代位原所有人提起异议之诉，若该房屋为债务人所有，买受人虽买受在先，亦无排除强制执行之权利。”又1963年台上字第681号判例亦谓：“房屋之买卖无论房屋为违章建筑与否，除其前手本身即为债务人外，在未为移转登记前，凡因第三人就买卖标的物对于承买人主张权利，指由执行法院实施查封时，原出卖人既均负有担保之义务，以排除第三人对于承买人之侵害（参照第349条），则承买人本于第242条代位前手行使此项权利，要无不合。”准此二则判例以言，在上举之例：① B得以A应负权利瑕疵担保责任而请求其依“强制执行法”第15条之规定，提起第三人异议之诉，排除第三人E之侵害；② A怠于行使提起第三人异议之诉之权利时，B得代位行使之；③ B亦怠于行使其代位权时，C亦得以自己名义，行使B之代位权。经由此项“代位权之代位”，C得排除其E之强制执行（参阅下图）。①

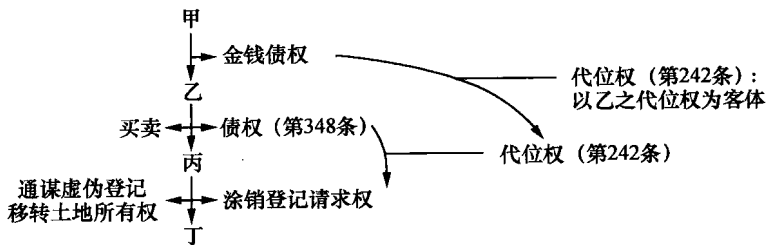


（三）诈害债权之通谋虚伪表示：登记涂销请求权之代位

在实务上曾发生如下之案例类型：甲对乙有金钱债权，乙意图避免强

① 1959年台上字第388号判决谓：“违章建筑之买受人，得代位行使原始建筑人之权利，以排除他人之侵害。买受人将其房屋出租后，承租人之债权人，如有查封房屋情事，买受人得排除其侵害。”可供参考。

制执行,与丙通谋,将其向丙购买之土地,由丙办理登记移转于丁。^①在此情形,乙与丙通谋将其购买之土地,由丙登记给丁,系属通谋虚伪意思表示,其物权行为无效,丁不能取得土地所有权(第87条),故丙得向丁请求涂销登记。丙既与乙通谋诈害甲,当然不会为此请求,而乙亦不会代位行使丙之权利。于乙与丙均怠于行使其权利时,甲为保全债权,自得以自己名义行使乙之代位权,而请求涂销丁之登记。此一案例具有启发性,为便于了解,亦图示如下,以供参考:



四、代位之效力

(一) 概说

债权人代位行使债务人权利时,因债务人财产为总债权人之共同担保,故行使代位权所得应直接属于债务人,俾总债权人得均沾之,债权人不得以之仅供清偿一己之债权。如需满足自己之债权,应另经强制执行程序始可(参照1932年上字第305号判例、1975年台上字第2916号判例)。例如,丙欠乙百万元,乙欠甲百万元,乙怠于行使其权利时,甲得代位起诉,请求丙应向乙为给付。甲代位乙起诉,请求丙向乙为给付时,得就代位为适当表明而为代位受领^②,受领物之所有权应直接归属于乙,甲

^① 参见1967年台上字第167号判决、1969年台上字第268号判决。

^② 1975年台上字第2916号判例谓:“债权人代位债务人起诉,求为财产上之给付,因债务人财产为总债权人之共同担保,故诉求所得应直接属于债务人,即代位起诉之债权人不得以之仅供清偿一己之债权,如需满足自己之债权应另经强制执行之程序始可,债权人虽亦有代位受领第三债务人清偿之权限,但系指应向债务人给付而由债权人代位受领而言,非指债权人直接请求第三债务人对自己清偿而言,故债权人代位债务人起诉请求给付者,须声明被告(第三债务人)应向债务人为给付之旨,并就代位受领为适当之表明,始与代位权行使效果之法理相符。”可资参照。

与乙间成立寄托关系,因乙之请求应随时返还之,不得以之仅供清偿自己之债权,须依强制执行程序或经乙之同意,始得将受领物抵偿债权。又代位受领清偿之债权人甲得否对于债务人乙主张抵销,尚有争论。^①上开关于行使代位时效力之一般原则,于“代位权之代位”之情形,亦有适用余地,自不待言。

(二) 直接请求所有权移转登记

丁出卖其地给丙,丙转售给乙,乙再转卖给甲,而乙及丙均怠于行使其登记请求权时,甲得代位行使乙之代位权,已如前述,通常须经过如下之程序:

(1) 甲代位乙行使其对丙之代位权,请求丁将该地移转登记给丙,此际丁得以对抗丙之一切抗辩(尤其是同时履行抗辩)对抗之(参照1951年台上字第304号判例)。

(2) 于丁将土地登记给丙之后,丙应将该地移转登记给乙。设丙给付迟延时,而乙怠于行使其权利时,甲得代位行使之,请求丙办理移转登记给乙。

(3) 乙未能依约履行出卖人之义务时(第348条),甲得诉请乙办理所有权移转登记。

据上所述,可知甲为取得土地之所有权,须经多次代位,办理多次所有权移转登记,其过程确属复杂,因而发生一项问题,即乙及丙均怠于行使其权利时,甲得否请求丁将该地所有权直接移转登记给自己?

1957年台上字第422号判例未明确表示其立场。在1963年台上字第1402号判决一案,“中央日报社股份有限公司”辗转自吴氏购买某地及地上建筑物,均未办理所有权移转登记。“最高法院”基本上采取1954年台上字第243号判例之见解,并明白表示“中央日报社股份有限公司”得一并溯及而行使代位权,径请最初出卖人(即所有人)吴氏办理所有权移转登记,毋庸逐一递次为之。惟须注意的是,“最高法院”在其后之判决变更其见解,认为:“债务人怠于行使权利,债权人因保全债权,固得以自

^① 采肯定说者,郑玉波:《民法债编总论》,第319页;采否定说者,孙森焱,前掲文,关于此点,“最高法院”迄未著判例(或判决?)。日本学者采肯定说者有於保不二雄:《债权总论》,第176页:“代位受領した目的物が債権者の債権の目的物と同種のものであつて相殺适状にあるときは,相殺することによって優先弁済をろはたのと同じ結果となるとあります。”可供参考。

己名义行使代位权,但债权人之行使权利虽用自己之名义,究系行使债务人之权利,故因行使权利所得之结果,自应当然归属于债务人,而非归属于债权人,从而债权人代位行使登记与债务人,而不得直接移转登记与债权人。”(1964年台上字第2211号判决)。

上开二者判决,应以后者较为可采,其理由有二:其一,债权人行使之权利既为债务人之权利,则其行使代位权后所得之效果,仍应归属于债务人,超越登记违反代位权仅在保全债权之功能;其二,超越登记妨害其他债权人之利益,并剥夺各当事人间基于个别债之关系得主张之抗辩,与债之关系相对性之基本原则,显有不合。惟逐一递次办理登记,诚属不便,因此,甲在诉讼上得一案以乙、丙、丁为共同被告而起诉(普通共同诉讼),以减少数次诉讼之麻烦。又当事人为节省诉讼费用及土地所有权移转时之租税负担(尤其是土地增值税及契税),自得同意经由丁将不动产所有权直接移转登记给甲,一举完成各当事人基于买卖契约所生之给付义务(参阅第310条及第11条)。

(三) 代位受领

债权人代位行使债务人对第三债务人权利时,系请求第三债务人应向债务人为给付。债务人怠于受领给付时,债权人得代位受领之。例如,A卖某画给B,B怠于行使其交付其物,并移转其所有权之请求权时,B之债权人C得代位行使此项权利,而于B怠于受领A之给付时,代位受领之。于C代为受领A之给付时,即发生清偿之效果,该画之所有权亦当然归于B,C与B间则成立寄托关系,前已论及。关于不动产之代位受领,1970年台上字第4045号判例谓:“债权人代位行使债务人对于第三人之请求权,得为代位受领,早经本院著有判例(1931年上字第305号),该判例既未将交付特定不动产之清偿行为除外,则本件之给付,自不能谓上诉人无代位受领之权。”经查此一判例系关于承租人代位出租人行使其对第三人所有物返还请求权,其代位受领者,系不动产占有之移转。在同一不动产辗转买卖之情形,关于不动产之交付,债权人(最后买受人)亦得代位受领,惟关于不动产所有权,原则上仍须办理登记移转与债务人(最初买受人)。

五、结 论

债权人之代位权,旨在防止债务人消极地减少其责任财产,对于债权之保全与实现,裨益至巨。“最高法院”数著判例再三肯定代位权本身亦得为代位权之客体,使代位权之功能益为扩大,在不动产辗转买卖之案例类型特为显著,实值重视。目前之主要争议在于债权人(最后买受人)于行使代位权之际,可否请求债务人(最初出卖人)直接将不动产所有权移转登记给自己。关于此种超越登记,判决有采肯定说者,有采否定说者,自代位权制度目的以言,以采否定说为是,深盼能明确表示其最近的见解,以促进法律适用之安定。

基于契约关系之越界建筑与 土地受让人之拆屋还地请求权

一、概 说

“最高法院”设有民(刑)庭庭推会议,其主要任务在于统一法律见解,其所讨论者,多属实务上具有争议之难题,对于促进法律适用之安定,著有贡献。一个法律问题历经数审,再三论辩,而各庭见解不同,可知其所涉及者,多非属“对”或“错”之问题,而是何种见解较为可采(Vertretbar)。所谓较为可采,系指某种见解较能实践现行法之价值判断(Wertung),促进法律进步,而在具体个案实现正义。^①民庭庭推会议所作之决议,多属较为可采者,最近关于抛弃继承及债权人撤销权与两愿离婚登记之决议,均其著例。^②

1986年度第五次民庭庭推会议,曾讨论一则基于契约关系越界建筑与土地受让人得否请求拆屋还地之问题。“最高法院”之决议虽属较为可采,但尚有若干争点,有待探讨,特提出报告,敬请教正。

(一) 1986年第五次民庭庭推总会决议

1. 院长提议

甲所有之A地与乙所有之B地相毗邻,因地界不规则,双方为建屋

^① 关于个案判决之正义及法律解释之问题,请参见Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 133f., 332f.

^② 关于抛弃继承与债权人之撤销权,参见《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社2009年版;关于两愿离婚与登记,参见本书。

方便,乃约定将相邻部分之界址取直,因而逾越原界址之土地,均同意对方建筑房屋(未办理所有权移转登记手续),嗣乙将B地售与丙,丙乃本于所有权诉请甲将占用B地上之建筑物拆除并交还土地,是否有理?有甲、乙二说:

甲说:甲、乙相互交换土地使用,无论其性质为互易抑使用借贷,均属债权契约,其效力仅存在于双方当事人间,并不及于第三人,乙之后手丙既未承受该债权契约之义务,自不受其拘束(参照1970年度台上字第2490号判例)。至于第796条越界建屋之规定,系指在未经协议之情形始有适用,而甲系本于与乙之契约占用B地,自不得引该法条为对抗,甲既属无权占有,则丙本于物上请求权诉请其拆屋交地,应有理由。

乙说:按土地所有人建筑房屋逾越疆界者,邻地所有人如知其越界而不即提出异议,不得请求移去或变更其建筑物,为第796条前段所明定。所谓知其越界而不即提出异议,乃无异于默示同意,则在邻地所有人明示同意之情形,尤无排除适用之理,且此土地所有人越界建屋使用邻地权之关系,并对嗣后受让各该不动产而取得所有权者继续存在(参见1981年度台上字第858号、1982年度台上字第409号判决),故丙以无权占有为由,诉请甲拆屋交地为无理由。

以上二说,应以何说为当,提请公决。

2. 决议

(1) 甲说所引本院1970年台上字第2490号判例,系就使用借贷之关系而为说明。乙说所引本院1981年度台上字第858号、1982年度台上字第409号判决,系就第796条之相邻关系而为论断。故本院前后判决所持之见解,并无不一致之情形。

(2) 本件例示情形,关于土地之交互使用并非无偿,不能认为使用借贷,既不为土地所有权之移转,亦不能认为互易,其性质应属互为租赁之关系,乙如已将B地所有权移转于丙,甲就B地之占用部分,应有第425条之适用。

(二) 问题之提出

就上开决议分析之,有四个问题,应予讨论:

(1) 甲与乙所订定者,究属何种契约?互易、使用借贷、互为租赁抑或其他契约?

(2) 设乙将其土地之所有权移转给丙时,丙得否向甲请求拆屋还地(越界建筑之问题暂不考虑)?此涉及债之关系(契约关系)之相对性及物权化之基本问题。

(3) 设甲与乙未订有契约,而甲擅在乙地越界建筑时,受让该地所有权之丙,得否向甲请求拆屋还地?

(4) 设甲系基于一定契约关系在乙地越界建筑时,受让该地所有权之丙,得否向甲请求拆屋还地?

二、契约类型之认定

(一) 问题之说明

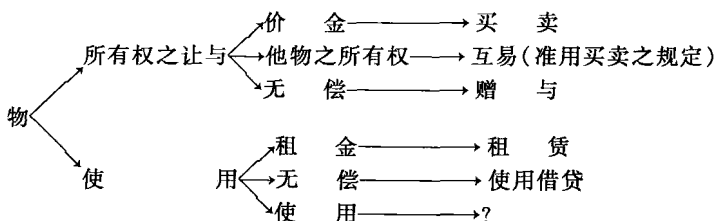
上开决议所涉及之第一个问题,系甲与乙所订立者,究属何种契约。甲说认为系互易或使用借贷,乙说虽未表示意见,惟似以甲说之认定为前提。决议(2)认为系属互为租赁,见解迄未一致。契约类型之认定,系处理契约问题之“第一步”,应先予究明。

现行“民法”关于契约,沿袭罗马法以来之传统,仿德国立法例,设有各种类型,称为有名契约或典型契约。然而基于契约自由原则,当事人为适应交易上需要,常于有名契约外,创设新的契约类型,盛行于民间之“互助会”为其著例,众所周知。^①最近由美国“输入”之 Leasing, Factoring 及 Franchising 在交易上正扮演着重要之角色。^②对于日益增加种类繁多之非典型契约,如何加以归类整理,系民法学之重要课题。

本件决议所涉及之问题,系关于物(不动产)之让与或使用,较为单纯。查“民法”就物之所有权之“让与契约”(Veräußerungsverträge)及“使用契约”(Gebrauchüberlassungsverträge),设有如下之契约类型:

^① “民法研究修正委员会”已初步决定将“互助会”予以“典型化”(有名化),于“各种之债”保证之后,增列条文,详加规定。

^② 关于此类新的非典型交易契约,参见吕荣海:《融资租赁契约之研究》(1981年台大硕士论文);陈冲:《论应收账款收买业务——Factoring》,载《企银季刊》第6卷,第3期(1983年1月),第120页。在德国之债法教科书多列有专章讨论,可供参考。Larenz, Schuldrecht, Bd. II, 12. Aufl. 1980, S.; Esser-Weyers, Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, 6. Aufl. 1984, S. 27, 186; Fikentscher, Schuldrecht, 1986, S. 370f., 483f.



兹应研究者,系本件当事人之约定,究竟属于何种契约?可否纳入上开有名契约?抑或为无名契约?①

(二) 使用借贷

首先应予肯定者,系于本件情形,甲与乙所订立之契约,显然不是使用借贷,其理由有二:其一,甲与乙相互交换土地建筑,似非仅在于“土地之使用”,而是在于土地所有权之移转;其二,纵认为甲、乙所约定者,系土地之相互交换使用,亦诚如决议(2)所云,非属无偿,既非无偿,自不成立使用借贷。②

(三) 互易

甲与乙间所订立之契约是否为“互易”,决议(2)采否定说,其主要理由为:“既不所有权之移转,亦不能认为互易。”此项理由,似值商榷。问题不在于当事人是否已为所有权之移转,而是在于当事人有无互相移转所有权之意思。关于此点应探究当事人真意、契约目的及利益状态(Interessenlage)认定之。就当事人而言,于本件情形,以订立互易契约较为有利,盖倘能取得土地所有权,不但使其占有使用土地具有物权上之基础,对于处分建筑物在交易上亦较方便也。

① 关于契约类型之认定问题,尤其是无名契约及混合契约之讨论,在现行法上以杨崇森先生所撰之《混合契约之研究》,载《法学丛刊》第16期(1959年10月),论述甚详,足供参考。德国文献甚多,摘录如下,作为进一步研究之资料:Charmatz, Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge, 1937; Dellias, Zur Präzisierung der Rechtsfindungsmethode bei “gemischten” Verträgen, Diss. Regensburg, 1981; Hoeniger, Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge, 1910; Kuhlen, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, 1977; Leenen, Typus und Rechtsfindung, 1971; Lotmar, Arbeitsvertrag, 1902, 170ff.; Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, 1905, 320f.

② 参见史尚宽:《债法各论》,第249页:“二人互易土地为使用时,则非无偿契约。”

(四) 互为租赁

“最高法院”在决议(2)中认为：“本件例示情形，关于土地之交互使用，其性质应属互为租赁之关系。”关于所谓“互为租赁”，未继续作进一步之说明，就其文义言之，似系指甲出租其地给乙，乙亦出租其地给丙，关于租金则依约定互相抵销之。此两种租赁似应构成所谓“契约之联立”(Vertragsverbindungen)，至其结合关系，并非是一种单纯外观之结合(die nur äußerliche Verbindung)，即两个租赁契约仅因缔结行为(例如依一个书面)而结合，相互间并无其他牵连关系，而是具有一种相互牵连关系(gegenseitige Abhängigkeit)。在此种具有相互牵连目的之契约结合，契约之发生或消灭具有依存的关系。须注意的是，此种“互为租赁”，除关于其成立及消灭之牵连外，在其他关系上，各租赁契约仍应依其固有契约规定处理之。^①

关于上开见解，应说明者有二：其一，当事人所约定者，是否确为“相互交换土地使用”，应探求当事人真意决定之；其二，倘当事人所约定者，确系相互交换土地使用，则认定其系“互为租赁”是否符合当事人意思，仍有推究余地。例如，甲在台北，乙在台中，因职务互调，而约定“相互交换房屋使用”，或丙有C车，丁有D车，因旅行需要，而约定“相互交换汽车使用”。于诸此情形，当事人间是否确有订立两个租赁契约，而互为抵销租金之真意，似有疑问。

(五) “物之相互交换使用”之无名契约

将甲、乙相互交换土地使用之契约，认定为“互为租赁”，其主要优点，在于以“民法”所设之典型契约(租赁契约)为出发点，就方法论而言，此种契约类型之认定方向，固值赞同，惟不能过于勉强，致失当事人原意或违反“民法”之契约类型体系。依本文见解，当事人约定“互相交换某物(土地、房屋、汽车等)使用”，应径认定其为“物之相互交换使用”契约，系属“民法”所未规定之无名契约，惟其构成分子相当于租赁之要件，故应类推租赁之规定处理之。甲出卖A地给乙，价金百万元，是为买卖。

^① 关于契约联立之基本问题，参见杨崇森，前揭文；Fikentscher, Schuldrecht, 7. Aufl. 1986, S. 400.

甲以 A 地与乙之 B 地互相移转其所有权,是为互易,而非“互为买卖”。又甲以 A 地供乙使用,租金 10 万元,是为租赁。设甲以 A 地与乙之 B 地互相交换使用,与上开“物之所有权相互移转”之契约类型对照观之,似不宜认为其系“互为租赁”契约,而应认为其系“物之相互交换使用”契约。关于物之所有权之互相移转,民法承认其为独立之契约类型(互易),准用买卖之规定,则关于物之相互交换使用,亦应承认其为独立之无名契约,而类推适用租赁之规定,较能符合现行法上契约类型之结构体系(请参阅上开图示)。

三、契约关系与第三人:债之相对性及物权化

据上所述,于本件情形,究为使用借贷、互易、互为租赁或所谓之“土地互相交换使用”(易地使用)契约,尚有争论,应就“民法”之契约类型体系,依当事人之意思、契约目的及利益状态认定之。惟无论在何种契约类型,均会发生土地所有权移转后,土地受让人得否请求拆屋还地之问题。兹分就各种契约类型加以分析检讨。又以下所讨论者,暂不涉及“越界建筑”,应请注意。

(一) 互易(买卖或赠与)

甲有 A 地与乙之 B 地互易(买卖或赠与),业已交付,甲在 B 地建筑房屋,惟迄未办理土地所有权移转登记(参阅第 758 条)。其后乙将 B 地出售给丙,并移转其所有权。于此情形,丙得否依第 767 条规定向甲请求拆屋还地? 问题之关键在于甲是否为有权占有。查甲对 B 地迄未取得所有权,自无物权之占有本权。又债之关系虽亦可作为占有之本权,但基于债之关系之相对性(Relativität der Schuldverhältnisse)^①,则仅得对相对人主张之。准此以言,甲占有乙交付之 B 地,甲基于互易(买卖或赠与)契约得对乙主张有权占有,固不待言,惟对受让该地所有权之丙(契约外之第三人),则不得主张之。故丙得依第 767 条规定向甲请求拆屋还地。

^① 关于债之关系相对性,参见拙著:《债之关系的结构分析》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社 2009 年版。

(二) 租赁

乙出租 B 地给甲,并即交付,甲在该地建筑房屋。其后乙将该地出卖给丙,并移转其所有权。于此情形,丙得否依第 767 条规定向甲请求拆屋还地?问题亦在于甲是否为有权占有,而此首先应视丙与甲间是否有债之关系而定。第 425 条规定:“出租人于租赁物交付后,纵将其所有权让与第三人,其租赁契约,对于受让人,仍继续存在”,学说上称之为租赁权之物权化或债权之物权化(Verdinglichung des Obligationsrechts)。^①所谓“其租赁契约,对于受让人,仍继续存在”,系指其租赁契约,依法律之规定,移转给受让人。^②甲与丙间即有债之关系之存在,甲之占有 B 地,即属有权占有,丙自无请求拆屋还地之权利。

(三) 使用借贷

乙有 B 地,无偿供甲使用建筑,其后乙将该地出售给丙,并移转其所有权。于此情形,丙得否依第 767 条规定向甲请求拆屋还地,不无疑问。关于此点,1970 年台上字第 2490 号判例谓:“使用借贷,非如租赁之有第 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。”此项判例可资赞同。准此以言,丙应得主张甲系无权占有,依第 767 条规定请求拆屋还地。之所以未设类如第 425 条之规定,其主要理由有二:其一,使用借贷系属无偿;其二,租赁事涉“住”之社会问题,承租人多属经济上弱者,有特别保护之必要。

(四) “易地使用”契约

甲有 A 地与乙之 B 地“互换使用”。关于此种契约,就契约类型而

^① 关于债权之物权化,参见拙著:《债之关系的结构分析》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社 2009 年版。德国法上之重要著作有:Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951; Canaris, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, FS. Flume, Bd. I, 1978, 371.; Weitnauer, Festschrift für Larenz, 1983, 705.

^② 参见史尚宽:《债法各论》,第 209 页;郑玉波:《债编各论》,第 200 页;廖义男:《买卖不破租赁与利益承受之时点及交付之观念》,载《台大法学论丛》特刊(1985 年度民商事裁判研究专集),1986 年 11 月,第 259 页以下。

言,似属无名契约,并应类推适用关于租赁之规定,前已论及。设乙将 B 地所有权移转给丙时,依第 425 条规定之类推适用,甲与乙间易地使用契约,对于受让人丙,仍继续存在。甲既系基于债之关系占有 B 地,乃属有权占有,丙不得依第 767 条规定,请求拆屋还地,自不待言。

四、第 796 条关于越界建筑之规定 及其对土地受让人之效力

(一) 第 796 条关于越界建筑之规定

第 796 条规定:“土地所有人建筑房屋逾越疆界者,邻地所有人如知其越界而不即提出异议,不得请求移去或变更其建筑物,但得请求土地所有人,以相当之价额购买越界部分之土地,如有损害,并得请求赔偿。”本条之立法理由为:“土地所有人建筑房屋,遇有逾越疆界之时,邻地所有人如知其越界,应即提出异议,阻止动工兴修,若不即时提出异议,俟该建筑完成后,始请求移去或变更其建筑物,则土地所有人未免损失过巨,姑无论邻地所有人是否存心破坏,有意为难,而于社会、经济亦必大受影响,故为法所不许。然邻地所有人对于越界部分之土地,得以相当之价格请求土地所有人购买,如有损害,并得请求赔偿,以示限制,而昭公允,此本条所由设也。”关于本条之解释适用,“最高法院”著有重要判例,即所谓土地所有人建筑房屋逾越疆界,系指土地所有人在其土地建筑房屋,仅其一部分逾越疆界者而言,若其房屋之全部建筑于他人之土地,则无第 796 条之适用(1939 年上字第 634 号)。倘为逾越疆界,其占用之土地究为邻地之一部抑或全部,在所不问(1969 年台上字第 120 号)。其越界建筑者,必为房屋,倘属非房屋构成部分之墙垣、猪栏、狗舍或屋外之简陋厨房,则非属所谓越界建筑(1970 年台上字第 1799 号)。若围墙确有越界情事,纵令占地无几,邻地所有人亦无容忍之义务,即非不得请求拆除(1973 年台上字第 1112 号)。土地所有人建筑房屋逾越疆界,主张邻地所有人知其越界而不即提出异议者,应就此项事实负举证之责任(1956 年台上字

第 931 号)。^①

(二) 第 796 条与土地受让人

兹应说明者,系上开第 796 条之规定对于邻地受让人有无适用余地。例如,甲在乙所有之土地越界建筑,乙知其事,未为异议,其后乙将该地所有权移转给丙时,丙得否依第 767 条规定请求甲拆屋还地(除去或变动其建筑物)?关于此点,有两则判决。1970 年度台上字第 858 号判决谓:“土地所有权人建筑房屋逾越疆界者,邻地所有人如知其越界而不即提出异议,不得请求移去或变更其建筑物,为第 796 条所明定,此项因相邻关系致一方之所有权扩张而他方之所有权受有限制,其权利义务对于嗣后受让该不动产而取得所有权之第三人仍继续存在,依卷附建物登记簿誊本,第 460 号、第 461 号地上二层楼房屋为郭道等所建造,当时该两笔土地为其所有,似为两造所不争,倘邻地即讼争第 462 号土地原所有人辜有正同意郭道等按旧有房屋原有壁位改建于前,于郭道等建筑房屋时,当已知其越界情事,而不即为异议,尚难谓无第 796 条之适用。”^②又 1982 年度台上字第 409 号判决谓:“第 796 条前段所谓土地所有人建筑房屋逾越疆界者,邻地所有人如知其越界而不即提出异议,不得请求移去或变更其建筑物云云,系因相邻关系致一方所有权扩张,而他方之所有权受有限制,该关系并对嗣后受让各该不动产而取得所有权之两造继续存在,不能与债权法上之借贷契约同视。”^③

上开两项判决,具有创设性,实值赞同。第 796 条系关于相邻关系之规定,旨在排除第 767 条所有物返还请求权之适用,系属对邻地所有权之限制,不因邻地所有权之移转而受影响。故土地受让人仍不得请求移去或变动其建筑物,仅得依第 796 条规定请求土地所有人(越界建筑人),以相当之价额购买越界部分之土地,如有损害,并得请求损害赔偿。

^① 关于学说上之见解,参见史尚宽:《物权法论》,第 99 页;姚瑞光:《民法物权》,第 92 页;黄茂荣:《越界建筑及其与物上请求权之法律竞合关系》,收于《民事法判解详释 I》,1978 年,第 214 页以下。

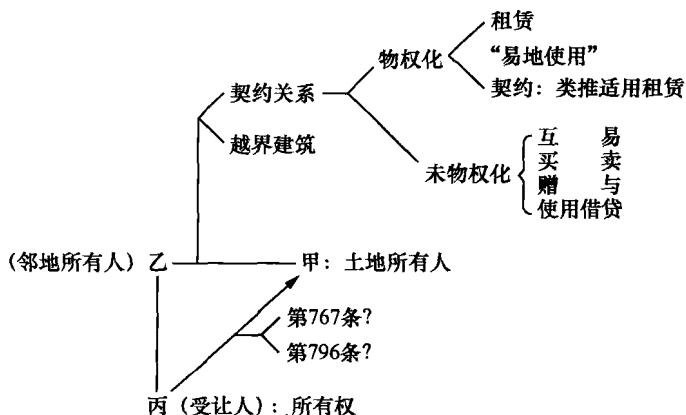
^② 《刑事裁判选辑》第 2 卷,第 1 期,第 228 页。

^③ 《刑事裁判选辑》第 3 卷,第 1 期,第 245 页。

五、基于契约关系之越界建筑

(一) 问题之争点

最后须说明者,系当事人(甲与乙)间依一定契约关系越界建筑时,土地受让人(丙),得否向基于契约关系越界建筑者(甲),请求拆屋还地?问题在于甲得否以1981年台上字第858号及1982年台上字第409号判决为依据,主张越界建筑使用邻地之关系,对土地受让人仍继续存在?此为上开决议甲说与乙说争论之所在。上开决议(1)认为:“甲说所引1970年台上字第2490号判例,系就使用借贷之关系而为说明。乙说所引本院1981年度台上字第858号、1982年度台上字第409号判决,系就第796条之相邻关系而为论断。故本院前后判决所持之见解,并无不一致之情形。”此项见解,洵为正确,固不待言。须注意的是,甲说与乙说之真正争点,不在于上开判例及判决是否一致,而是在于第796条对土地受让人是否有适用之余地。在上开决议(2)认定甲与乙间之关系系“互为租赁”,应适用第425条,虽然而因避开第796条适用之疑义,但问题本身,仍然存在,未获解决,仍有研究之必要(参阅下图)。



(二) 第796条之要件是否具备?

问题之关键,在于乙依一定契约关系(例如互易或使用借贷)同意甲

越界建筑时,第796条之构成要件是否具备。易言之,即乙是否“知”其越界而不即提出异议?

甲说所谓:“至于第796条越界建屋之规定,系指未经协议之情形始有适用”,究系指第796条之要件不具备,抑或指第796条之要件虽已具备,但因当事人间有契约关系存在而不能适用,未臻明确。若采前说,则其理由何在,尚待推求。

乙说所谓:“知其越界而不即提出异议,乃无异于默示同意,则在邻地所有人明示同意之情形,尤无排除适用之理。”显然,乙说在结论上肯定“明示同意”也属“知”其越界,为此目的,乃认为“知其越界而不即提出异议,乃无异于默示同意”。此说之结论,固可赞同,但推理过程,则值商榷。知其越界而不即提出异议与默示同意,系属二事。第796条关于越界建筑之规定,并非系建立在“默示同意”之理论上。所谓“知其越界”与“默示同意”,在概念上仍有明辨之必要。

依本文见解,依一定契约同意他人越界建筑,在解释上仍可认为系属“知其越界而不即提出异议”,盖既有同意,当知其事,而未为异议,具备第796条之要件,似无疑问。或有认为乙之所以未即为异议,乃基于契约,故不得认为“未即为异议”。此项论点,似难赞同,盖知他人越界建筑而未即提出异议,其原因如何,在所不问。

(三) 当事人契约关系与第796条

如前所述,甲基于一定契约关系在乙地越界建筑时,同时具备第796条之构成要件,惟甲与乙间既有一定契约关系存在,应优先依此契约关系决定当事人间之权利义务,而不适用第796条规定(契约关系之优先性)。

(四) 第796条对土地受让人之适用

设邻地所有人(乙)将其地之所有权移转给第三人(丙)时,丙得否依第796条规定,对越界建筑之甲请求拆屋还地,应分两种情形处理之:

第一,甲所据以越界建筑之契约具有物权性时(例如租赁契约),其契约关系对于土地受让人丙仍继续存在(参阅第425条),丙与甲之权利义务,亦应优先依此契约关系决定之。甲占有土地既系基于租赁契约,自非无权占有,丙不得向甲请求拆屋还地。上开决议(2)在结论上亦同此见解。

第二,甲所据以越界建筑之契约关系不具物权性时(例如互易或使用借贷),其契约关系对土地受让人不继续存在。于此情形,甲与丙之间无契约关系,第796条复有适用之余地,即土地所有人甲越界建筑使用乙所有邻地之关系,对受让人丙仍继续存在,故丙不得以甲无权占有为理由,诉请甲拆屋还地,仅得请求甲以相当之价额购买越界部分之土地。就此点而言,上开决议乙说之结论,可资赞同。

六、结 论

综据上述,谨就1986年度第五次民庭会议上开决议,提出几点意见:

(1)“最高法院”认为甲、乙所订立之契约,并非在于移转土地所有权(互易),而是在于“土地互相交换使用”,此项认定是否符合当事人真意及契约目的,尚待推究。倘甲、乙缔约之目的,确在于“土地互相交换使用”,在“民法”契约类型体系上,是否为“互为租赁”,亦值研究。本文认为此种“易地使用”契约,乃独立类型之无名契约,惟应类推适用关于租赁之规定,论其情形,与“所有权互易”之非属“互为买卖”,而应准用买卖之规定,基本上殆无不同。

(2)1981年台上字第858号及1982年台上字第409号判决,认为第796条关于相邻关系之规定,对于邻地受让人仍有适用余地,具有创设性,可资赞同。

(3)甲基于一定契约关系在乙之土地越界建筑者,仍符合第796条“知其事而不即提出异议”之构成要件。惟当事人间之契约关系应优先适用。设邻地所有人(乙)将该地所有权移转给第三人(丙)时,其法律关系应分下列情形定之:

首先,该契约关系对第三人(丙)仍继续存在者,例如租赁契约(第425条)或易地使用契约(类推适用第425条),该第三人系基于债之关系占有使用土地,土地受让人无依第767条规定请求拆屋还地之权利。上开决议(2)亦采此见解。

其次,该契约关系对第三人(丙)不继续存在者,例如互易、买卖、赠与或使用借贷,应采1981年台上字第858号及1982年台上字第409号判决,认为其相邻关系对于嗣后受让该不动产而取得所有权之第三人,仍继续存在。丙不得请求拆屋还地,以贯彻第796条之规范目的。

离婚契约之拘束力 与特别生效要件之履行*

一、绪 说

修正前“民法”第 1050 条规定：“两愿离婚，应以书面为之，并应有二人以上证人之签名。”新修正之规定为：“两愿离婚，应以书面为之，有二人以上证人之签名，并应向户政机关为离婚之登记。”此项修正在实务上产生如下之疑问：当事人两愿离婚，已订立书面，并有二人以上证人之签名者，其一方如拒不向户政机关为离婚登记之申请时，他方得否提起离婚户籍登记之诉？对此问题，“最高法院”著有两则裁判，见解不同，甚有争论，涉及法律行为基本理论及法律逻辑，实有分析检讨之必要。

二、判 决

(一) 1986 年台上字第 382 号判决^①

理由：本件上诉人主张：两造原系夫妻，嗣因意见不合，于 1985 年 6 月 25 日经吴桂英、刘菊英为见证人达成离婚协议，并作成离婚协议书，惟被上诉人拒不协同办理户籍登记等情，求为命被上诉人协同上诉人办理离婚户籍登记之判决。被上诉人则以：两造之离婚协议，依第 1050 条规定，不发生离婚之效力云云为抗辩。

原审维持第一审所为上诉人败诉之判决，系以两愿离婚，依 1985 年 6

* 本文原载《法学丛刊》第 123 期（1986 年 7 月）。

① 本判决迄未刊载。

月3日修正公布之第1050条规定,应以书面为之,有二人以上证人之签名,并应向户政机关为离婚之登记,故未为户籍登记者,协议离婚为不成立,上诉人即无户籍登记之请求权云云为论据。

查两愿离婚,应以书面为之,有二人以上证人之签名,并应向户政机关为离婚之登记,为第1050条所明定。从而两愿离婚时双方当事人应向户政机关申请为离婚之登记,如一方不为申请,他方自得向法院提起给付之诉,求命其履行。原审背于此见解谓上诉人无请求权,显有未合。两造之协议离婚是否以书面为之,有二人以上证人之签名?应予审认。(被上诉人有争执,见第一审卷,第16页)。上诉意旨,指摘原判决不当,声明废弃,为有理由。

(二) 1986年台上字第894号裁定^①

按对于第二审判决上诉,非以其违背法令为理由,不得为之,“民事诉讼法”第467条定有明文。依同法第468条规定,判决不适用法律或适用不当者,为违背法令,而判决有同法第469条所列各款情形之一者,为当然违背法令。是当事人提起上诉,如依“民事诉讼法”第468条规定,以第二审判决有不适用法律或适用法律不当为理由时,其上诉状或理由书应有具体之指摘,并揭示该法规之条项或其内容。若系成文法以外之法则,应揭示该法则之旨趣。倘为“司法院”解释或本院之判例,则应揭示该判解之字号或其内容。如以“民事诉讼法”第469条所列各款情形为理由时,其上诉状或理由书,应揭示合于该条款之事实。上诉状或理由书如未依此项方法表明,或所表明者显与不适用法律、适用法律不当或“民事诉讼法”第469条所列各款情形不相合时,即难认为已对第二审判决之如何违背法令有具体之指摘,其上诉自难认为合法。本件上诉人对第二审判决提起上诉,虽以该判决违背法令为由,惟核其上诉理由状所载内容,并未具体表明合于违背法令之情形,难认对该判决之如何违背法令已有具体之指摘,依首揭说明,应认其上诉为不合法。按两愿离婚须具备书面、二人以上证人之签名及办理离婚户籍登记三项要件,始生效力,此为1985年6月3日修正第1050条所为特别规定。本院1929年上字第1495号、1930年上字第453号判例,系指契约一般成立要件而言,于两愿离婚

^① 本裁定迄未刊载。

生效之特别要件并无适用。原审未适用上揭判例为上诉人有利之判决，核无违背法令之情形，附此叙明。

(三) 1986年5月民庭庭推会议决议

1. 院长提议

第1050条于1985年6月3日修正公布，同月5日有效施行，其后两愿离婚，当事人订立离婚书面，并经二人以上证人之签名，其一方如拒不向户政机关为离婚登记之申请，他方得否提起离婚户籍登记之诉，本院裁判所持见解，有甲、乙相异之二说。

甲说：两愿离婚，应以书面为之，有二人以上证人之签名，并应向户政机关为离婚之登记，为修正第1050条所明定，是两愿离婚，双方当事人应向户政机关申请为离婚之登记，如一方拒不为申请，他方得提起离婚户籍登记（给付）之诉，求命其履行（1986年度台上字第382号判决）。

乙说：两愿离婚，须具备书面，二人以上证人之签名及办理离婚户籍登记三项要件，始生效力，为修正第1050条所特别规定。当事人两愿离婚，只订立离婚书面及有二人以上证人之签名，而因一方拒不向户政机关为离婚之登记，其离婚契约尚未有效成立，他方自无提起离婚户籍登记之诉之法律依据（1986年台上字第894号裁定）。

以上二说，应以何说为当？提请公决。

2. 决议：采乙说

三、分析检讨

(一) 三个问题

1986年台上字第382号判决谓：“查两愿离婚，应以书面为之，有二人以上证人之签名，并应向户政机关为离婚之登记，为第1050条所明定。从而两愿离婚时，双方当事人应向户政机关申请为离婚之登记，如一方不为申请，他方自得向法院提起给付之诉，求命其履行。”此项判决理由，颇嫌简略，严格言之，可谓理由不备。所谓“从而”，未能表示判决应具之思考推理过程。究竟认为登记非属两愿离婚之“要件”（成立要件或生效要件），抑或认为其虽属两愿离婚之特别生效要件，但因已订立书面，并有二

人以上证人之签名,故一方当事人负有履行之“义务”?无从知悉。离婚事关重大,理由构成松懈如此,实有深刻检讨之余地。

1986年台上字第894号裁定肯定向户政机关为离婚登记,系属离婚之特别生效要件。然而,值得注意的是,其又认为:“1929年上字第1495号、1930年上字第453号判例,系指契约一般成立要件而言,于两愿离婚之特别要件,并无适用。”此段判决理由之真义,尚待探讨。而此又涉及1951年台上字第1496号、1952年台上字第175号及1955年台上字第1287号判例,关于不动产赠与契约所创设“一般契约之效力”理论之一般适用性之问题。

综上所述,应检讨之问题有三:

(1) 向户政机关为离婚登记,是否为两愿离婚之生效要件?

(2) 设登记为两愿离婚之生效要件,则一方当事人于离婚契约成立(具备一般成立要件),订立书面,并有二人以上证人之签名时,是否有向他方当事人请求办理离婚登记之权利?

(3) “最高法院”就第407条不动产赠与契约所创设之所谓“一般契约之效力”,于两愿离婚有无适用余地?

(二) 向户政机关为离婚登记是否为两愿离婚之生效要件?

首先应检讨者,系第1050条规定:“应向户政机关办理离婚登记”,是否为两愿离婚之生效要件。此为关键问题,尚有疑问,兹依法律解释方法检验之。^①

1. 文义

“民法”明定登记为法律行为之生效要件者,有第407条规定:“以非经登记不得移转之财产为赠与者,在未为移转登记前,其赠与不生效力。”又第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。”此两个条文均明定:“非经登记(或未登记前),不生效力”,第1050条虽无“非经向户政机关登记,不生效力”之明文,惟不得据此而反面推论第1050条所谓:“应向户政机关为两愿离婚登记”,非属两愿离婚之生效要件,盖此纯属立法技术问题也(参阅第73条),法律

^① 关于法律解释方法之基本问题,参见拙著:《基础理论》,载《民法实例研习丛书》(一),第130页。

规范系由构成要件及法律效果组成之。两愿离婚应向户政机关登记,既明定于第 1050 条之上,解释上自应认为系属两愿离婚之生效要件。

2. 法律体系

就第 1050 条规定,与第 982 条:“结婚应有公开仪式及二人以上之证人。经依户籍法为结婚之登记者,推定其已结婚”之规定,比较对照之,在法律体系解释上,可进一步肯定向户政机关为离婚登记,应为两愿离婚之生效要件。

3. 立法史

“行政院”提出之修正草案,对第 1050 条未为修正。“立法院”认为现行两愿离婚规定过于简略,极易发生弊端,特增设“应向户政机关为离婚之登记”规定,“使第三人对其身份关系更易于查考,符合社会公益”。由此可知,依立法者的意思,向户政机关为离婚之登记,确为两愿离婚之生效要件。^①

4. “立法目的”

第 1050 条所以增设“并应向户政机关为离婚登记”,其立法不仅在于便于公示以示社会之周知,更在于因须向户政机关为登记,而使当事人慎重其事,其属生效要件,可确信无疑也。

据上所述,依第 1050 条规定,向户政机关为离婚登记,系两愿离婚之要件,而且为特别生效要件^②,1986 年台上字第 894 号裁定,明白采此见解(民庭庭推会议亦采之)。兹为便于观察及讨论,谨将两愿离婚之成立要件及生效要件图示如下:

^① 参见杨与龄:《亲属继承之修正与亲属编之主要争议》,载《法令月刊》第 36 卷,第 7 期,第 6 页;林菊枝:《论亲属法编修正法》,载《法学丛刊》第 122 期(1986 年 4 月),第 25 页。

^② 法律行为之成立要件及生效要件如何区别,学者见解不一。一般亲属法教科书,多将结婚或离婚之要件,区别为实质要件及形式要件,而将结婚之仪式或离婚之书面及二人以上证人之签名列入形式要件[参见胡长清:《民法亲属论》,第 105 页、第 189 页;戴炎辉、戴东雄:《亲属法》(1986 年 8 月修订版第 1 版,在本论文刊登后出版),第 1109 页]。此等形式要件究为成立要件或生效要件,学者见解不一。戴著前揭书(第 212 页)认为:“修正后的第 1050 条,以离婚登记为成立要件,其性质一如离婚之书面及二人以上之证人同等重要地位,如欠缺其一,依第 73 条规定,该两愿离婚无效。”认为离婚登记为成立要件。惟倘采此见解,则离婚未为登记时,两愿离婚应属“不成立”,而非“无效”也。须强调者,系无论离婚登记为成立要件或生效要件,当事人两愿离婚只订立离婚书面及有二人以上证人之签名,其离婚契约尚未成立或生效,他方当事人不得提出离婚户籍登记之诉,殆无疑问。

- | | | |
|-------------|---|------------------|
| 离婚(契约、法律行为) | } | 成立要件: 离婚之合意 |
| | | 生效要件 { |
| | | 一般生效要件: 离婚能力 |
| | | 特别生效要件(第 1050 条) |
| | | 1. 书面 |
| | | 2. 二人以上证人之签名 |
| | | 3. 向户政机关为离婚之登记 |

(三) 两愿离婚之成立与特别生效要件之履行

1. 概说

向户政机关为离婚登记,系两愿离婚之生效要件,已于上述。1961 年台上字第 60 号判例曾谓:“户籍法因属公法性质,但婚姻当事人因有合法离婚之事实,请求对造协办离婚登记,则属私法上之请求,得为民事诉讼之标的。”此一判例系著于第 1050 条修正之前,于“民法”修正后已无适用余地。又其所谓合法离婚,当系指已具备离婚之成立及生效要件,自不待言。

须进一步检讨者,系一方当事人可否以离婚业已成立(具备一般成立要件),甚至已订立书面,并有二人以上证人之签名,而请求他方当事人办理离婚登记。1986 年台上字第 382 号判决,在结论上似采肯定说,惟是否以此为理由,不得而知。1986 年台上字第 894 号裁定,在结论上,系采否定说,理由亦未臻明确,仍有分析之必要。

2. 1929 年上字第 1453 号判例所谓“受契约拘束”之意义

由 1986 年台上字第 894 号裁定之理由,可知上诉人曾引用 1929 年上字第 1495 号及 1930 年上字第 453 号判例,作为主张他方当事人负有办理离婚登记之义务。查 1929 年上字第 1495 号判例谓:“契约当事人缔约一经合意成立,即应受其拘束。”又 1930 年上字第 453 号判例谓:“契约应以当事人立约当时之真意为准,而真意何在,又应以过去事实及其他一切证据资料为断定之标准,不能拘泥文字致失真意。”1986 年台上字第 894 号裁定认为此两则判例:“系指契约一般成立要件而言,于两愿离婚生效之特别要件并无适用,原审未适用上揭判例为上诉人有利之判决,核无违背法令情形。”1930 年上字第 453 号判例旨在阐释契约之解释方法,与本文所讨论之问题,尚无直接关系,可暂置不论。

就 1929 年上字第 1495 号判例而言,所谓:“当事人缔结契约一经合

意成立,即应受其拘束。”并非在解释某个法律条文,而是在宣示一项作为契约法基础之法律伦理原则,即契约一经订立,当事人应遵守之,不得反悔,与拉丁谚所谓之“pacta sunt servanda”^①,其义相近。诚如于1930年上字第985号判例所谓:“当事人间合法缔结之契约,双方均应受其拘束。除两造同意或有解除原因外,不容一造任意反悔,请求解除。”或1931年上字第1941号判例所强调:“当事人缔结之契约一经合法成立,其在私法之权利义务,即应受其契约之拘束,不能由一造任意撤销。”例如,甲出卖某屋给乙,一经合意成立,甲即应受此买卖契约之约束,除经乙之同意或有解除原因(如乙拒不付价金),或有撤销原因(如受诈欺)外,甲不得任意反悔,请求解除契约或撤销买卖契约。

3. 契约之拘束力与特别生效要件

1986年台上字第894号裁定认为:“本院1929年上字第1495号判例……系指一般成立要件而言,于两愿离婚生效之特别要件,并无适用。”此句裁定理由,亦属简略,真意何在,颇费推敲。

依吾人见解,问题在于:两愿离婚具备一般成立要件,当事人是否应受此离婚契约之拘束,而负有履行特别生效要件之义务?关于此点,应采否定说。如上所述,所谓“契约合意成立当事人,即受拘束”,系指不得反悔,任意解除、撤销或否认契约之存在而言,至于契约上之权利义务,则尚须具备生效要件(一般生效要件及特别生效要件),始焉发生。法律行为之生效要件,系为维护当事人利益及社会公益而设,具有特定立法目的。故不能认为契约因具备一般成立要件而成立时,一方当事人即因此取得向他方当事人请求履行特别生效要件之“权利”,例如,甲与乙虽已有结婚之合意(参阅第982条),但甲不得以具备成立要件为理由,而向乙请求举行公开仪式,以履行特别生效要件。又例如,乙向甲购买某屋,虽已订立移转所有权之书面(参阅第760条),而甲拒不为办理登记时,乙不得以物权契约已订立书面(具备成立要件及部分生效要件),而向甲请求

^① pacta sunt servanda,系有名之拉丁法谚,郑玉波教授在其《法谚》一书译为“契约应严守”,并作如下之说明:“契约等于当事人之私的立法,一经订立,双方均须遵守,而受其拘束,否则一方违约,他方得申请法院强制执行(第227条参照)。但此乃原则,不无例外,如为情事变更,当事人亦得申请法院为变更原有效果之判决(‘民事诉讼法’第397条)。”可供参考。

办理登记。于此情形,乙仅得依有效成立之买卖合同请求之(参阅第 348 条)。① 就两愿离婚而言,一方当事人亦不能以离婚契约业已成立,而请求他方履行特别生效要件,亦不能以已具备二项特别生效要件(书面及二人以上证人之签名)为理由,而请求履行第三项特别生效要件(向户政机关为离婚之登记),使两愿离婚发生效力。否则,第 1050 条关于两愿离婚特别生效要件之规定,将成具文。1986 年台上字第 894 号裁定在结论上似同此见解,应值赞同。

(四) 1951 年台上字第 1496 号、1952 年台上字第 175 号及 1955 年台上字第 1287 号判例所谓之“一般契约之效力”

1. “最高法院”之见解

应再提出检讨者,系“最高法院”数十年关于不动产赠与契约之基本见解。第 407 条规定:“以非经登记不得移转之财产为赠与者,在未为移转登记前,其赠与不生效力。”关于本条之解释,实务上最具疑问者,系当事人就不动产之赠与已为合意者,如赠与人拒不办理移转时,受赠人得否提出不动产移转登记之诉?

就上开问题,有三则判例:

(1) 1951 年台上字第 1496 号判例:“赠与契约之成立,以当事人以自己之财产,为无偿给予他方之意思表示,经他方允受为要件。此项成立要件,不因其赠与标的之为动产或不动产而有差异。惟以动产为赠与标的者,其成立要件具备时,即生效力。以不动产为赠与标的者,除成立要件具备外,并须登记始生效力。此就第 408 条与第 407 条之各规定对照观之甚明。故第 407 条关于登记之规定,属于不动产赠与之特别生效要件,而非成立要件,其赠与契约,苟具备上开成立要件时,除其一般生效要件尚有欠缺外,赠与人应即受其契约之拘束,就赠与之不动产,负为补正移转物权登记之义务,受赠人自有此项请求权。”

① 契约一方当事人不能以契约具备成立要件,而请求他方当事人履行特别生效要件,此系就同一契约而言。至债权契约有效成立时,得债权人得请求债务人作成物权行为,补正特别生效要件,自不待言。1941 年上字第 441 号判例谓:“不动产之出卖人于买卖合同成立后,本有使物权契约合法成立之义务。系争之买卖合同苟已合法成立,纵令移转物权契约未经某甲签名,欠缺法定方式,但被上诉人为某甲之概括继承人,负有补正法定方式,使物权契约合法成立之义务……”又依 1968 年台上字第 1436 号判例:“于买受人取得出卖人协同办理所有权移转登记之确定判决,得单独申请登记取得所有权时,移转不动产物权书面之欠缺,即因之而补正。”

(2) 1952年台上字第175号判例：“以非经登记不得移转之财产为赠与者，在未为移转登记前，其赠与不生效力，固为第407条所明定。惟当事人间对于无偿赠与与不动产之约定，如已互相表示意思一致，依第153条第1项之规定，其契约即为成立，纵未具备赠与契约特别生效之要件，要难谓其一般契约之效力亦未发生，债务人自应受此契约之拘束，负有移转登记，使生赠与效力之义务。”

(3) 1955年台上字第1287号判例：“上诉人所称被继承人某甲之分产行为，如系赠与性质，虽不动产之赠与非经登记不生效力，但某甲以讼争不动产无偿给予其四子，双方意思表示既经互相一致，依第153条第1项之规定，其一般契约之效力究已发生，某甲即应受其拘束，负有依约履行使生赠与效力之义务。此项义务因某甲之死亡，应由其继承人包括继承，被上诉人为继承人之一，自不能违反此契约，而请求确认其就讼争不动产仍有应继份，并命上诉人协同办理继承登记。”

2. 分析检讨

关于上开三则判例，笔者曾撰文加以检讨，提出四点不同意见^①：

(1) 所谓：“一般契约之效力”，似属虚构(Fiktion)，不但于法无据，且于法理上亦属欠通；

(2) 倘不动产赠与契约一旦具备成立要件，赠与人即负有办理登记使生赠与效力之义务，则第407条规定成为赘文，与法律保护不动产赠与人之目的，显有未符；

(3) 动产之赠与，在未交付前，赠与人得撤销之(第408条)。不动产赠与一经合意成立，即负有履行义务，不得撤销，法律适用之价值判断，殊失平衡；

(4) 所以作此三则判例，或在强调“重然诺”之美德，但不免混淆法律与道德之分际，似非妥适。

须注意的是，梅仲协先生对上开判例颇表赞同，略谓：“第407条此一规定，且于法理亦属欠通。盖赠与乃属诺成契约，而非要物契约也。第407条，似采《瑞士民法》第242条第2项之立法例，唯《瑞士民法》关于该项之规定，系承法国制度，但亦仅认以不动产或不动产上权利为赠与者，

^① 参见拙著：《不动产赠与契约特别生效要件之补正义务》，载《民法学说与判例研究》(第一册)，北京大学出版社2009年版。

在未经登记前,其赠与为未完成(…n, est partaite que),而不得指为不生效力。兹之所谓‘未完成’,亦即‘不得对抗第三人’之意(参照《法国民法》第941条),在当事人间,赠与仍有其效力也。‘最高法院’判例(1951年台上字第1496号),以第407条关于登记之规定,属于不动产赠与特别生效要件,赠与人负有补正移转物权登记之义务,而受赠人自有此项请求权。核其见解,在法理上虽不无尚待斟酌之处,但为补救立法上之缺陷,自不失为用心至苦之创例。”^①

梅仲协先生之见解,自有所据,固不待言,惟应说明者有三:其一,第407条规定,纵于固有习惯有违,似不得因此而认为系立法上之缺陷,盖“民法”之大部分规定均非固有习惯法之成文法化也;其二,赠与与契约是否为诺成契约抑或为要物契约,非其本质问题,而是立法上之价值判断问题。易言之,即如何保护不动产赠与人利益之问题。在立法政策上或可以要式契约代之,但此乃属另一问题;其三,“最高法院”所谓“一般契约之效力”之理论用心或为良苦,但就法学方法论而言,不能认为系一项妥适之创例,不但违反立法目的,而且破坏法律区别动产及不动产赠与之价值体系(system-und wertungswidrig)^②,尤其是不能予以“一般化”,关于此点有再加说明之必要。

在上开三则判例提出一项法律基本原则或法律思考方式:“当事人间对于某契约之约定,如已互相意思表示一致,依同法第153条第1项之规定,其契约即为成立,纵未具备该契约之特别生效要件,要难谓其一般契约之效力亦未发生,债务人自应受其拘束,负有履行特别生效要件,使生该契约效力之义务。”依据此项思考方式,可得如下之推论:

(1) 甲与乙为结婚之合意(一般成立要件),则甲负有举行公开仪式,使生结婚效力之义务(参阅第982条)。

(2) 甲与其妻乙约定订立分别财产制,则甲负有订立书面,使生订立夫妻财产制效力之义务(参阅第1007条)。

(3) 甲与乙为收养之约定,则甲负有订立书面,使生收养效力之义务(参阅第1079条)。

^① 梅仲协:《民法要义》,第265页。

^② 关于法律上之价值与体系,参见 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 128f., 429f.; Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969; Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, S. 123f., 134f., 217f.

(4) 就第 1050 条而言,甲与乙为离婚之合意,则甲负有订立书面,办理离婚登记之义务。

如果上开“最高法院”之逻辑及推理方式可以成立,则“民法”所有关于要式行为(或要物行为)之规定,均失其规范功能,第 73 条规定:“法律行为,不依法定方式者,无效”,殆无适用余地。依吾人所信,1951 年台上字第 1496 号判例、1952 年台上字第 175 号判例及 1955 年台上字第 1287 号判例,违反现行法之基本原则,不合乎法律逻辑,就法理而言,应无继续维持之余地。

四、结 论

最后,提出两个问题,对照分析,作为结论:

(1) 甲向乙为赠与某屋之表示,乙允诺之,不动产赠与契约成立。设甲拒不办理所有权移转登记时,乙得否请求甲履行之?

(2) 甲向乙为离婚之表示,乙允诺之,两愿离婚成立。设甲拒不办理离婚登记时,乙得否请求甲履行之?

就上开两则问题比较观察之,法律事实固有不同,一为不动产赠与,一为两愿离婚,但就法律适用而言,均面临同一法律问题:契约具备一般成立要件(甚至部分特别生效要件)时,一方当事人是否因此取得请求他方当事人履行特别生效要件,使该契约生效之“权利”? 此项请求权依据何在? 关于不动产赠与而言,“最高法院”创设所谓“一般契约之效力”之理论,明白肯定之,30 年来始终坚持见解。关于两愿离婚,见解不一,经民事庭庭推会议作成决议,否认甲之请求权,惟未提及“一般契约之效力”之问题。

在此,拟向“最高法院”请教者,系何以在不动产赠与契约有所谓“一般契约之效力”之适用,而在两愿离婚则又不适用之? 其理由何在? 或谓不动产赠与为财产契约,且为无偿;而两愿离婚为身份上契约,性质不同,故区别之。此项区别是否确有依据? 所谓“一般契约之效力”何以不具普遍适用性? 依本文见解,此项区别,实乏依据。民事庭庭推会议决议采 1986 年台上字第 894 号裁定之见解,似在摆脱所谓“一般契约之效力”判例之束缚,一方面言之,固属进步,其他方面又造成法律适用之歧异,根本解决之道,在于毅然变更判例,废弃“一般契约之效力”此项虚构理论。

两愿离婚“登记”法律性质之 争议在法学方法论上之检讨*

一、问题之说明

(一) “民法”修正及实务上之争论

新修正第 1050 条关于两愿离婚之要件,除“应以书面为之,有二人以上证人之签名”外,“应向户政机关为离婚之登记”。此项修正规定在实务上发生一项疑问,即两愿离婚,当事人订立书面,并经二人以上证人之签名,其一方如拒不向户政机关为离婚登记之申请,他方得否提起离婚户籍登记之诉?

关于此一问题,“最高法院”裁判有肯定与否定二说。1986 年度第九次民事庭会议(1986 年 5 月 20 日)讨论院长提案时,发言之推事甚众,争辩激烈,决议采否定说。在作成此项决议之后,意见仍甚分歧,吴明轩先生在《法令月刊》发表论文,坚强有力地肯定说辩护,令人敬佩。^①又吕潮泽先生在 1987 年 1 月台大民商法裁判研讨会,亦就“修订民法关于两愿离婚登记之探讨”作专题报告^②,提出新的资料,发掘新的问题,并综合整理正反不同意见之理由构成,使吾人对争论点有更进一步之了解。

值得注意的是,此项关于两愿离婚登记之争论,已由“最高法院”转移到司法考试。1986 年度“司法官及律师考试”题目,均涉及两愿离婚登

* 本文原载《法学丛刊》第 126 期(1987 年 4 月)。

① 参见吴明轩:《试论两愿离婚之法定方式》,载《法令月刊》第 37 卷,第 10 期,第 10 页。

② 参见吕潮泽:《修订民法关于两愿离婚登记之探讨》,台大民商法裁判研讨会(1987 年 1 月)专题报告。

记之问题。考生不知“民法”修正有之；知“民法”之修正，但不知“最高法院”不同裁判及决议者有之；知不同裁判及决议者，在作答之际，不免想到：出题先生究竟采取何种见解？较稳妥之答题内容应包括四个部分：① 第1050条之修正；② “最高法院”裁判所持不同见解；③ “最高法院”1986年度第九次民事庭决议；④ 个人见解及理由构成。

（二）问题之背景

为何第1050条两愿离婚登记之问题，受到如此广泛重视，争论如此热烈？其主要理由有二：其一，对两愿离婚之关切。众所周知，现行法上之离婚，有两愿离婚（协议离婚）及裁判离婚两种制度。据统计资料，在1981年，结婚之对数为167 165对，离婚之对数为14 877对。又从1961年至1982年，台湾地区之离婚对数总计为162 802对，涉讼之离婚案件约7 000件。由此可知两愿离婚制度之重要性，故两愿离婚之要件如何，关系个人及社会至巨，自值重视^①；其二，就法学理论而言，此项争论涉及“最高法院”关于第407条所著之三个判例（1951年台上字第1496号判例、1952年台上字第175号判例及1955年台上字第1287号判例）。在此判例中，“最高法院”创设了所谓“一般契约之效力”理论，再三认为不动产赠与契约如因当事人互相表示意思而成立，受赠人即可请求赠与人办理移转登记。抽象言之，即依法律规定，契约应具成立要件及特别生效要件者，成立要件一旦具备，一方当事人即负有履行“特别生效要件”之契约上义务。“最高法院”在讨论两愿离婚登记之问题时，深受此项判例思考方式之影响。从裁判所持不同见解，及推事在民事庭会议之发言意见，可以明显地看出，“最高法院”正处于如何摆脱受此项思考方式束缚之困境。

（三）争论点之探求

关于新修正第1050条规定之争论甚多，已如上述。然则，其争论点何在？有认为裁判所持不同见解，其争论点系第1050条新增设之“并向户政机关为离婚之登记”，究为两愿离婚之成立要件抑或生效要件？诚然，“最高法院”本身确有此项争论。但真正之问题，不是登记究为两愿离婚之成立要件抑或生效要件。真正之问题是：设登记为两愿离婚之生

^① 参见许树林：《台湾裁判离婚原因之研究》（1984年度台大博士论文），第9页、第28页。

效要件时,一方配偶得否以两愿离婚业已具备成立要件为理由,主张他方当事人应即受其离婚契约之拘束,负有向户政机关为离婚登记之义务?在上开决议作成后不久,本文作者曾著文陈述愚见。^①最近获知民事庭会议之发言意见,深觉此项争论,涉及法律思考方式,判例拘束以及判决理由构成等基本问题,具有法学方法论上之意义^②,特续撰此稿,提出若干论点,再加论述。

二、两愿离婚之要件? 户政手续?

(一) 修正前后之不同

首先须要提出讨论者,系修正后第 1050 条中之“应向户政机关为离婚之登记”,究为两愿离婚之要件,抑仅为户政手续?

查修正前第 1050 条并无“应向户政机关为离婚登记”之规定,故登记非属两愿离婚之要件,仅为户政手续而已。易言之,即两愿离婚,当事人订立书面,并经二人以上证人之签名者,其离婚即为有效成立。“户籍法”第 25 条第 2 项规定之“离婚者应为离婚之登记”,系户籍行政事项,与离婚效力无关。

修正后之第 1050 条明定“应向户政机关为离婚之登记”,故登记为两愿离婚之要件,为实务与学说之一致见解,殆无疑问。

(二) 1961 年台上字第 60 号判例已无适用余地

1961 年台上字第 60 号判例谓:“‘户籍法’固属公法性质,但婚姻当事人因有合法离婚之事实,请求对造协办离婚登记,则属私法上之请求,得为民事诉讼之标的。”^③又 1960 年台上字第 104 号判例谓:“户籍登记之应否准许,固属行政机关之职权范围,非当事人所得向法院为准驳之请求。然登记之申请,须由当事人协同为之,始克办理完竣者,则各当事人

^① 参见拙著:《离婚契约之拘束力与特别生效要件之履行》,载《法学丛刊》第 123 期(1986 年 9 月),第 44 页。

^② 关于法学方法论之一般问题,参见杨仁寿:《法学方法论》,1986 年初版。

^③ 修正前第 1050 条之解释适用之基本问题,参见戴炎辉:《亲属法》,第 151 页;陈棋炎:《民法亲属》,第 150 页;史尚宽:《亲属法论》,第 414 页。

在法律上即负协同申请之义务,如一方不履行此义务,他方自得向法院提起给付之诉,求命其履行。”此两则判例著于第 1050 条修正以前,在第 1050 条规定修正后,上开两则判例,就两愿离婚而言,已无适用余地。

三、成立要件? 生效要件?

(一)“最高法院”究竟采取何种见解?

1. 生效要件说:1986 年 5 月 20 日民事庭推会议决议

关于修正后第 1050 条规定中之“应向户政机关为离婚之登记”,系两愿离婚之要件,已如上述。有争论者,系此项要件,究为两愿离婚之成立要件抑为生效要件?“最高法院”对此问题,究竟采取何种见解?

首先应说明者,系 1986 年 5 月 20 日第九次民事庭推会议之见解。在此次会议提议:第 1050 条于 1985 年 6 月 3 日修正公布,同月 5 日生效施行,其后两愿离婚,当事人订立离婚书面,并经二人以上证人之签名,其一方如拒不向户政机关为离婚登记之申请,他方得否提起离婚户籍登记之诉,本院裁判所持见解,有甲、乙相异之二说:

甲说:两愿离婚,应以书面为之,有二人以上证人之签名,并向户政机关为离婚之登记,为修正第 1050 条明定,是两愿离婚,双方当事人应向户政机关申请为离婚之登记,如一方拒不为申请,他方自得提起离婚户籍登记(给付)之诉,求命其履行(1986 年度台上字第 382 号判决)。^①

乙说:两愿离婚,须具备书面、二人以上证人之签名及办理离婚户籍登记三项要件,始生效力,为修正第 1050 条所特别规定。当事人两愿离婚,只订立离婚书面及有二人以上证人之签名,而因一方拒不向户政机关为离婚之登记,其离婚契约尚未有效成立,他方自无提起离婚户籍登记之诉之法律依据(1986 年度台上字第 894 号裁定)。^②

以上二说,应以何说为当? 提请公决。

决议:采乙说。

上开 1986 年台上字第 382 号判决之理由,颇为简约,严格言之,可谓

^① 本判决迄未公布,全文载于本书。

^② 本裁定迄未公布,全文载于本书。

仅有结论,而无理由,其对两愿离婚之登记,究采成立要件说或生效要件说,从判决文义,实无法了解,但就结论分析之,当系采特别生效要件说,盖其显然遵循“最高法院”关于第407条所谓“一般契约之效力”之思考方式,认为离婚契约成立时,一方配偶享有要求他方配偶履行“特别生效要件”(向户政机关为离婚登记)之权利。

1986年台上字第894号裁定,理由较为周全,特别强调:“两愿离婚,须具备书面、二人以上证人之签名及办理户籍登记三项要件,始生效力,为修正第1050条所特别规定。”由此可知,此一裁定对于两愿离婚之登记,系采生效要件说。

值得注意的是,“最高法院”推事认为上开裁定,系采成立要件说者,颇有其人。^①吾人未曾参与“最高法院”判决及民事庭会议,其真意如何,不得而知。惟解释法律,应以表现于法律文义者为出发点,解释判例或判决,亦不例外,裁判文书上明白记载:“始生效力”,“两愿离婚生效之特别要件”(见该裁定全文),如何能将之解释为“始为成立”?

据上所述,可知1986年台上字第382号判决、1986年台上字第894号裁定及民事庭推会议决议,对于两愿离婚之“登记”,均系采取“特别生效要件”说。

2. 成立要件说:1986年7月3日1986年台上字第1342号判决

值得注意的是,在上开民事庭推会议决议之后,又刊发1986年台上字第1342号判决(1986年7月3日),明确采取成立要件说,其判决理由全文为:“本件上诉人起诉主张:两造原为夫妻,于1985年12月19日协议离婚,订有协议离婚书,并有证人左桂台、张献村二人之签名。詎被上诉人事后竟拒不协同伊前往户政机关,办理离婚户籍登记等情,求为命被上诉人协同伊办理离婚户籍登记之判决。被上诉人则以:协议离婚书系受胁迫而订立,伊不同意离婚云云,资为抗辩。本院查两愿离婚,应以书面为之,有二人以上证人之签名,并应向户政机关为离婚之登记,为修正第1050条所明定。是向户政机关为离婚之登记,应为两愿离婚成立要件之一(要式之一)。当事人两愿离婚,只订立离婚书面及有二人以上证人之签名,其两愿离婚因尚未成立而不生效力,当事人之一方自无请求他方协同办理离婚户籍登记之法律依据。原审本此见解,将第一审所为上诉

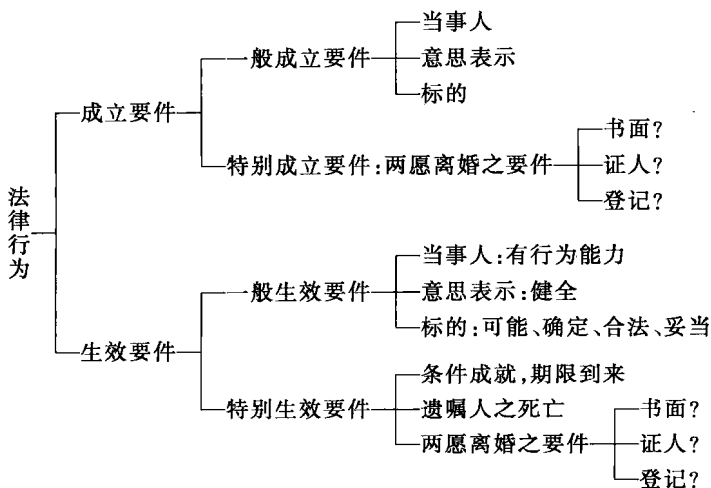
^① 参见吕潮洋,前揭专题报告;吴明轩,前揭论文。

人败诉之判决,判予维持,驳回上诉人之上诉,经核于法洵无违背。上诉讼旨,指摘原判决违法,求予废弃,非有理由。”

(二) 分析检讨

1. 法律行为要件之分类

修正后第 1050 条规定中之“应向户政机关为离婚之登记”,究为两愿离婚之特别成立要件抑为特别生效要件,涉及法律行为构成要件(Tatbestand des Rechtsgeschäfts)之基本问题。依学者之通说,法律行为可分为成立要件及生效要件。法律行为之成立要件者,系法律行为成立所必要之事实。如无其事实,不得认为有法律行为。法律行为之成立要件,有为法律行为所共通者(一般成立要件),即当事人、标的及意思表示;亦有为各个法律行为所特具者(特别成立要件)。法律行为之有效要件者,系已成立之法律,为使其发生完全效力之必要行为。法律行为之有效要件,有为法律行为所共通者(一般生效要件),即当事人须有行为能力,标的须可能、确定、合法及社会妥当性;亦有为各个法律行为所特具者(特别生效要件),如附条件或附期限法律行为之条件成就或期限到来,遗嘱人之死亡等。^① 为便于观察,图示如下:



^① 参见洪逊欣:《民法总则》(1976年修订初版),第259页;史尚宽:《民法总论》,第291页。

2. 特别成立要件及特别生效要件之判断标准及区别实益

关于法律行为之一般成立要件及一般生效要件之认定,尚无争论。其有争论者,系法律就个别法律行为所设之要件,究为特别成立要件抑为特别生效要件。兹举三例说明之:

(1) 要物行为之交付。第 465 条规定:“使用借贷,因借用物之交付而生效力。”第 475 条规定:“消费借贷,因金钱或其他代替物之交付而生效力。”于此情形,物之交付,究为特别成立要件抑为特别生效要件?学说上多认为系属成立要件。^①就法律文义而言,应属生效要件。

(2) 第 407 条规定:“以非经登记不得移转之财产为赠与者,在未为移转登记前,其赠与不生效力。”登记究为成立要件抑为生效要件?“最高法院”判例再三肯定其为特别生效要件(1951 年台上字第 1496 号、1952 年台上字第 175 号、1955 年台上字第 1287 号判例)。学说方面尚未见不同意见。

(3) 第 982 条第 1 项规定:“结婚,应有公开仪式及二人以上之证人。”公开仪式及二人以上之证人究为特别成立要件,抑为生效要件?依第 988 条规定,结婚不具备第 982 条第 1 项之方式者,无效。准此以言,似应属生效要件,惟学说上亦有认为,应不苟同法条“无效”之用语,将上开结婚形式要件,解释为成立要件。^②

据上所述,涉及之问题有二:一为区别之标准;二为区别之实益。由上开三例可知,关于如何区别特别成立要件及生效要件,尚无定论。德国通说认为,从法律行为之本质而言,凡属法律行为之构成部分者(Bestandteil des Rechtsgeschäfts),为其成立要件,如物之交付,或书面(有争论)是。反之,非属构成部分,处于法律行为本身之外(außerhalb des eigentlichen Geschäftsaktes selbst),而为生效所必须者,则为生效要件(Wirksamkeitsvoraussetzung),例如监护法院之同意。^③

问题之关键在于区别之实益。成立要件及生效要件,在概念上固应区别,但此纯为法学上认识(wissenschaftliche Erkenntnis)之目的。成立要

① 参见胡长清:《民法总论》,第 214 页;《民法债篇总论》,第 22 页;王伯琦:《民法总则》,第 198 页。

② 参见郭振恭:《结婚之形式要件为成立要件抑效力发生要件》,载《法学研究》(东海大学法律学系法学研究会出版)第 1 期(1984 年 11 月),第 1 页。

③ Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1980, S. 284.

件与生效要件,自法律行为之过程而言,自有不同,一为不成立,一为不生效,应予分辨,亦不待言。^① 但就当事人依法律行为所企图实现之法律效果而言,则无不同;就契约而言,其未成立时,双方当事人无从根据契约,而主张任何权利。契约虽成立而未生效,双方亦无从根据契约,而主张任何权利。为此 Larenz 教授乃强调:“特别成立要件及生效要件之争论,不具实益(Praktische Folgen ergeben sich aus dieser Meinungsverschiedenheit nicht)。”^②

(三) 两愿离婚之登记,应属生效要件

关于两愿离婚之登记,依本文之见解,应属特别生效要件,其理由有三:

(1) “最高法院”判例一向认为修正前第 1050 条所规定之离婚要件,系属生效要件。1939 年上字第 1306 号判例谓:“两愿离婚应以书面为之,并应有二人以上证人之签名,是为第 1050 条规定之方式,夫妻间虽有离婚之合意,如未依此方式为之,依第 73 条之规定自属无效。”由此判例观之,书面及二人以上证人之签名,依“最高法院”,系属生效要件,盖倘非生效要件。离婚合意,应为不成立,而非无效也。如果书面及证人之签名为生效要件,则增列之“应向户政机关为离婚之登记”,亦应为生效要件,殆无疑问。1986 年台上字第 894 号裁定亦明确表示书面、证人之签名及登记三者为两愿离婚生效之特别要件。

(2) “最高法院”一向认为第 407 条规定之“登记”,系属特别生效要件,学说上并无不同意见已如上述。然则,何以第 1050 条规定之登记非属生效要件? 1986 年台上字第 1382 号判决舍弃向来见解,突然采取成立要件说,理由何在,未为说明,不得而知。或有认为其理由有二:① 第 1050 号并未明定:非经向户政机关为两愿离婚之登记者,其离婚不生效力;② 基于两愿离婚系身份行为之本质。此二点理由均难赞同:就①而言,此纯属立法技术问题。就②而言,向户政机关为离婚之登记,系两愿离婚为取得法律上效力应具备之要件,纯基于“立法政策”之考虑,与身

① 参见李模:《民法总则之理论与实用》,第 231 页;并请参见王伯琦:《民法总则》,第 198 页。

② Larenz, AT. S. 285.

份行为本质,似无关联。同一“登记”行为,在不动产赠与为生效要件,在两愿离婚则为成立要件,此项区别在法理上似无依据。

(3) 就理论言之,法律行为之成立要件,系法律行为之构成部分,而法律行为之生效要件,则系该法律行为本身之外,为使其发生效力而应具备之其他要件,例如第三人之同意,或官署之行为。准此以言,第 1050 条规定之书面或证人之签名是否为一成立要件或生效要件,纵有疑问,新修正第 1050 条规定中之“应向户政机关为离婚之登记”,应属生效要件,殆可肯定。盖登记乃公法上之行为,不能作为私法上法律行为之构成部分,甚为显然也。^①

四、基于成立要件请求履行特别生效要件

(一) 1986 年台上字第 382 号判决及其理由

修正后第 1050 条规定中之“应向户政机关为离婚之登记”,倘为成立要件,一方当事人不能以订立书面,并经二人以上证人之签名为理由,而请求他方办理离婚,系属当然,无待详论。问题在于倘其为生效要件时,他方当事人得否提起离婚户籍登记之诉。1986 年度台上字第 382 号判决,在结论上系采肯定说。此项判决本身虽不备理由,但“最高法院”推事赞成此一判决者,共提出八项论点^②:

(1) “最高法院”判例一向认为婚姻当事人因有合法离婚之事实,即得诉求对造协同办理离婚登记(1961 年台上字第 60 号、1975 年台上字第 1985 号)。

(2) 离婚系夫妻以解消婚姻关系为目的之要式契约,此项契约于夫妻双方就解消婚姻关系互相表示意思一致,并具备“以书面为之,有二人以上证人之签名”之法定方式,即已成立,契约双方当事人即应受其拘束,至“向户政机关为离婚登记”系特别生效要件,纵未具备,要难谓不得请求对造负其协同办理离婚登记之义务。

(3) 从修正草案之提出以迄完成立法,修正第 1050 条规定之经过及

^① Larenz, AT. S. 285.

^② 参见吕潮泽,前揭报告,第 1 页;吴明轩,前揭文。

其立法意旨以论,“法务部”原向“行政院”提出之“民法亲属编、民法亲属编施行法修正草案”,原拟修正第1050条规定“两愿离婚,应以书面为之,并由双方当事人偕同二人以上之成年证人,至该管户政机关为离婚之登记”,惟“行政院”院会讨论后提出于“立法院”之草案,则不拟修正原条文,但“立法院”自行提案修正原第1050条为现行条文,并说明其修正理由为“现行两愿离婚规定过于简略,极易发生弊端,特增设‘应向户政机关为离婚之登记’规定,使第三人对其身份关系更易于查考,符合社会公益”,由以上提案立法之经过,修正理由,乃至参照结婚未相对采取登记主义以观,增订之两愿离婚登记应解释为生效要件,而非成立要件。

(4) 本次“立法院”修正亲属编,关于离婚原因,采放宽原则,此从原第1052条所采列举主义,增订第2项“有前项以外之重大事由,难以维持婚姻者,夫妻之一方得请求离婚,但其事由应由夫妻之一方负责者,仅他方得请求离婚”可知,相对而言,两愿离婚纵增订“应向户政机关为离婚之登记”之规定,亦应从宽解释为生效要件,否则两愿离婚不易成立,徒增裁判离婚,恐与上述离婚原因采放宽原则之本旨有违。

(5) “司法院”1985年院台厅一字第03689号函:“亲属编修正后,依‘民事诉讼法’第380条第1项、第416条第1项及‘乡镇市调解条例’第24条第2项前段和解或调解成立离婚者,具两愿离婚之性质,应适用第1050条后段规定,向户政机关为离婚之登记,始生效力。”杨与龄先生所著《民法概要》亦谓:“离婚虽已作成书面或经法院和解、调解成立,仍须经户政机关办理离婚登记后,始生效力”,似均谓增订之离婚登记为两愿离婚之生效要件。

(6) 或谓修正第1050条将“书面”、“证人签名”、“户政登记”并列,前二者为成立要件,后者亦应同为成立要件。惟查解释法律条文,方式甚多,以文字排列方式为解释,仅其一种,倘另依立法精神、社会需要解释两愿离婚之形式要件有三,前二者为成立要件,后者为生效要件,应无不可。

(7) 论者或谓:新法增列“应向户政机关为离婚之登记”,如仅解为生效要件,则此次修正毫无必要。关于此点,实系出于误会,盖旧法两愿离婚,只需具备“以书面为之,并应有二人以上证人之签名”之要件,即生消灭婚姻之效力。修正后,必须夫妻双方共同向户政机关申请办理离婚登记,或夫妻之一方请求他方协办离婚登记,并经登记完毕后,始生离婚之效力。前者,第三人是否知悉,均于离婚之效力不生影响;后者,必待

户政机关为离婚登记而具有公信力后,始生离婚之效力,两者显不相同,不得以此谓无修正之必要。

(8)如解释新增订离婚登记为两愿离婚之成立要件,将易生弊端,如:①夫妻之一方,佯称允为离婚,待双方订立两愿离婚书面后,一方拒不协办离婚登记,他方即有受愚弄之感;②夫妻感情破裂,经双方亲友多方努力,始达成离婚之协议,若许一方反悔,拒不协办离婚登记,则使上开努力徒劳无功;③夫妻两愿离婚后,其中一方拒不办理离婚登记,双方仍得诉求裁判离婚,将使离婚关系日趋复杂;④夫妻两愿离婚时,可能就离婚后分配财产或补偿他方一并达成协议,并已依法履行,若其中一方拒不协办离婚登记,离婚不生效力,前述附带协议财产之给付,必将扩大夫妻间之纠纷。

(二) 分析检讨

就上开八点理由分析之,理由(3)、(4)、(5)、(6),旨在说明登记系属两愿离婚之生效要件,其结论与1986年台上字第894号裁定及本文之见解并无不同,无待详论。理由(1)所引用之判例,系针对修正前第1050条之规定,应无继续适用余地。^①理由(2)、(7)、(8),虽值重视,但难赞同,分别说明如下:

首先,理由(2),显然系采“最高法院”关于第407条所著三则判例之基本思想,认为契约具备成立要件者,当事人即应受此契约之拘束,负有践行特别生效要件之义务。不动产赠与如此,两愿离婚亦不例外。此项所谓“一般契约之效力”理论,系“最高法院”所独创,实难赞同,俟后再行检讨,兹应强调者有二:其一,民事须依法律,第1条设有明文。所谓依法律者,系指当事人一方向他方有所主张时,必须有法律之依据,学说上称为请求权基础(Anspruchsgrundlage)^②,而以具备该法律规范之一切要件(成立要件或生效要件)为必要。依“最高法院”上开见解,于任何契约,

^① 1975年台上字第1985号判例谓:“结婚者,应为结婚之登记,结婚之登记以当事人为申请人,在‘户籍法’第25条及第48条已有明定。而户籍登记之申请,须由当事人协同为之始克办理完竣者,各当事人在法律上即负有协同申请之义务,如一方不履行此义务,他方自得诉求其履行。”此项判例,系针对结婚而言,而结婚之要件与离婚之要件不同,无援用之余地,自不待言。

^② 关于请求权基础(Anspruchsgrundlage)之概念及其思考方式,参见拙著:《基础理论》,载《民法实例研习丛书》(一),1986年,三版。

凡具备成立要件,一方当事人即可提起给付之诉,请求他方履行特别生效要件,使该契约生效。此项论点与法律逻辑及法律规定特别生效要件之目的,显有未符。其二,“最高法院”认为契约既已成立,当事人即应受其契约之拘束,而完成特别生效要件。此项见解显然误会“契约拘束”之意。按当事人因契约成立而应受其拘束者(Bindung des Vertrages)系指契约一旦成立,当事人不得任意反悔,请求解约而言,此乃基于契约神圣(Pacta sunt servanda)之伦理原则,绝不是用来拘束当事人,强行使其完成特别生效要件。^①

其次,依1986年台上字第382号判决,第1050条增列“应向户政机关为离婚之登记”,实无意义。支持上开判决之理由(7)认为:“关于此点,实系出于误会,盖旧法两愿离婚,只需具备‘以书面为之,并应有二人以上证人之签名’之要件,即生消灭婚姻之效力。修正后,必须夫妻双方共同向户政机关申请办理离婚登记,或夫妻之一方请求他方协办离婚登记,并经登记完毕后,始生离婚之效力。前者,第三人是否知悉,均于离婚之效力不生影响;后者,必待户政机关为离婚登记而具有公信力,始生离婚之效力,两者显不相同,不得以此谓无修正之必要。”此项论点不具说服力。新法增列“应向户政机关为离婚之登记”,其立法目的,不在于使离婚因登记而具公信力,而是在于严格离婚要件,使当事人慎重其事,在为登记前,是否离婚,仍有考虑机会,不因一时冲动而致轻率离婚。

再次,1986年台上字第382号判决具有社会政策之考虑,理由(8)特为强调,诚足重视,自不待言。但吾人亦可举出更多之理由支持不同之结论。理由(8)所列举之弊端在旧法亦同样会发生,夫妻口头郑重为离婚之约定,事后反悔,拒不订立书面,甚为常见。吾人未闻有人因此主张废除书面要件,或他方当事人得提起订立书面之诉。法律所以严格两愿离婚之要件,就是在给予当事人反悔之机会。离婚要件之宽严,各有利弊,

^① 诚如Flume教授在其巨著Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979, S. 605所强调,当事人应受契约之束拘(der Vertrag als Bindung der Vertragspartner)及契约之效力(Geltung des Vertrages)应予区别。前者系指当事人不得片面废止契约,后者系指契约产生当事人所企图之法律效果,而此当以具备法律所定全部要件为前提。

两愿离婚制度是否有存在价值,亦有争论,但此为立法政策问题^①,非法律解释适用范畴。

五、关于第 407 条所著判例之一般化, 区别(distinguishing)或变更?

(一) 关于第 407 条所著判例

修正后第 1050 条规定之解释适用所以发生重大争论,显然系受到“最高法院”关于第 407 条规定所著三则判例之影响。1952 年台上字第 175 号判例谓:“以非经登记不得移转之财产为赠与者,在未为移转登记前,其赠与不生效力,固为第 407 条所明定。惟当事人间对于无偿给予不动产之约定,如已互相表示意思一致,依第 153 条第 1 项之规定,其契约即为成立,纵未具备赠与契约特别生效之要件,要难谓其一般契约之效力亦未发生,债务人自应受此契约之拘束,负有移转登记使生赠与效力之义务。”(参阅 1951 年台上字第 1496 号判例及 1955 年台上字第 1287 号判例)。

关于上开三则判例,笔者曾撰文加以检讨,提出四点不同意见:

(1) 所谓“一般契约之效力”,似属虚构(Fiktion),不但于法无据,且于法理上亦属欠通。

(2) 倘不动产赠与契约一旦具备成立要件,赠与人即负有办理登记使生赠与效力之义务,则第 407 条规定成为赘文,与法律保护不动产赠与人之目的,显有未符。

(3) 动产之赠与,在未交付前,赠与人得撤销之(第 408 条)。不动产赠与一经合意成立,即负有履行义务,不得撤销,法律适用之价值判断,殊失平衡。

(4) 所以作此三则判例,或在强调“重然诺”之美德,但不免混淆法

^① 参见林菊枝:《评台湾离婚制度》,收于《亲属法专题研究》(1982年),第37页;黄宗乐:《协议离婚制度之比较研究》,载《台大法学论丛》第10卷,第1期,第18页;许淑林:《台湾裁判离婚原因之研究》,第23页以下;刘绍猷、吴正一:《修正协议离婚制度刍议》,收于陈棋炎先生《六秩华诞祝贺论文集》(1980年),第161页。

律与道德之分际,似非妥适。^①

(二) 一般化之不当

1952年台上字第175号判例所提出之“基于成立要件,得诉请履行特别生效要件”之理论,系针对第407条关于不动产赠与而作成。1986年台上字第382号判决则更进一步将此理论予以一般化(verallgemeinern),使其成为一般法律原则,适用扩大于两愿离婚之上。易言之,即将原为不动产赠与(财产行为)而创设之理论,移用于身份行为之上。“最高法院”所谓“一般契约之效力”,纯属虚构,在不动产赠与契约本有疑义,扩大适用于两愿离婚,更属不妥。身份行为注重当事人意思,一方当事人不愿办理登记,使两愿离婚发生效力,他方当事人岂得依所谓“一般契约之效力”,依诉之方法强行为之?^② 须附带说明者,依新修正第1079条第4项规定:“收养子女应申请法院认可。”依新修正“非讼事件法”第75条之一规定:“第1079条第4项所定申请认可收养子女,以收养人及被收养人为申请人。”设甲收养乙,当事人订立书面(第1079条第1项)后,乙改变意思,不愿被甲收养,拒不向法院为收养认可之申请时,甲得否提出“收养认可”之诉?依1986年台上字第382号判决之逻辑,似应肯定之,但是否妥当,实值商榷。

(三) 以区别(distinguishing)之方式突破判例之束缚

“最高法院”之裁判,一旦经采为判例,编入判例要旨,一登龙门,身价百倍,须经“司法院”召集变更判例会议,始能变更,故具有实质拘束力。迄至目前,“最高法院”判例经变更者,仅一则而已(例变字第1号)。^③ 台湾地区判例制度对于促进法律安定,维护判决品质,著有贡献,固不待言,但判例变更如斯之难,不免使判例制度趋于僵化,妨害法律之

^① 参见拙著:《不动产赠与契约特别生效要件之补正义务》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版。

^② 参见戴炎辉、戴东雄:《亲属法》,1986年修订新版,第212页。

^③ 关于例变字第1号,请参见游开亨:《“司法院”第一次变更判例会议纪要及观感》,载《法学丛刊》第86期(1977年7月),第4页;拙著:《“司法院”例变字第1号之检讨》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社2009年版。

进步。^① 在此种情形之下,对于不合理之判例,除公然违背外^②,只有设法规避,而其所采取之方法之一,即为所谓之“distinguishing”(暂译为区别)。Distinguishing者,简单言之,即找出本案判决之事实与某判例之不同,而避免受该判例之拘束。此为英国法院在判例拘束理论(Binding precedent, the doctrine of stare decisis)下,为促进法律发展,所采取之技巧,是每一个从事法律职业者所必具之基本能力。^③ 关于两愿离婚登记之争论,亦可依此观点分析之,即:

将第1050条中之“应向户政机关为离婚之登记”,解释为系属成立要件,以趋避“最高法院”关于第407条所著三则判例之适用。1986年台上字第1342号判决即采此方法。

将第1050条中之“应向户政机关为离婚之登记”,仍解释为生效要件,但认为“最高法院”关于第407条判例,系针对不动产赠与之财产行为而言,两愿离婚系身份行为,不宜适用。1986年度台上字第894号裁定,在结论上,系采此种方法。易言之,即将“最高法院”上开判例局限于不动产赠与之情形,不使之原则化。

从法学方法论之观点而言,以第二种途径较为可采,其理由为:①向户政机关为两愿离婚登记,在性质上本为生效要件;②惟有采1986年台上字第894号判决,一方面肯定“登记”为两愿离婚之生效要件,一方面又否定一方当事人得以两愿离婚具备成立要件为理由而向他方请求协同办理登记(特别生效要件),使离婚发生效力,始能显示“最高法院”正致力于突破所谓“一般契约之效力”理论之束缚。

(四) 判例之变更

诚如上述,新修正第1050条规定所以引起如此重大之争论,其主要原因,在于“最高法院”关于第407条三则判例所提出“基于成立要件,得

① 参见骆永家:《判例之拘束力》,收于《民事法研究》(1986年初版),第285页;参见拙著:《“最高法院”判决在法学方法论上之检讨》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版。

② 参见孙森焱:《“最高法院”判例中前后不同见解之比较研究》,载《“最高法院”1986年度研究发展项目研究报告》,1986年。

③ Rupert Cross, *Precedent in English Law*, 3rd edn, (1977); C. K. Allen, *Law in the Making* (7th edn, 1964); A. L. Goodhart, *Precedent in English and Continental Law*, 50 *Law Quarterly Review*, 1934, 40; Michael Zander, *the Law-making Process*, 1980, pp. 103-137, 155-196.

请求履行特别生效要件”之所谓“一般契约之效力”之理论。数十年来，实务界受其支配，逐渐成为一种思考方式，难以摆脱，因此才有1986年度三则互相矛盾裁判之出现。就治标而言，应限制关于第407条三则判例于不动产赠与，不应将之一般化；治本之道，则在于变更判例，彻底扬弃所谓“一般契约之效力”此一虚构之法学上命题。

六、结 论

第1050条修正后，两愿离婚当事人订立书面，并经二人以上证人之签名，其一方拒不向户政机关为离婚登记时，他方可否提起离婚登记之诉？

关于此一问题，实务上发生争议，其论辩之激烈，堪称空前。“最高法院”在1986年度曾著有三则见解不同之裁判。就裁判理由观之，其争论点似为第1050条修正增列之“应向户政机关为离婚之登记，究为两愿离婚之成立要件抑为生效要件”。1986年台上字第382号判决采生效要件说，1986年台上字第894号裁定亦采生效要件说，民事庭会议赞同之。出人意料者，系1986年台上字第1342号判决改采成立要件说。“最高法院”在数个月间再三变更其见解，绝非偶然。其所蕴藏者，实在是“最高法院”本身之企图突破及方法论上之犹豫。实务上之困惑，犹豫及力求突破之过程，在法学方法论上具有启示性，兹抄录法律座谈会研究意见一则，作为参考，希读者细加体会：

1. 台湾地区桃园地方法院法律座谈会研讨意见

法律问题：甲夫与乙妻于1985年6月5日在A、B二证人面前协议离婚，惟所订立之书面仅记载甲愿与乙离婚意旨，而未涉及离婚登记，嗣乙拒绝协同甲向户政机关办理离婚户籍登记，甲诉之法院，请求乙协办登记，法院应如何判决？研讨意见如下：

甲说：法院应驳回。按第1050条，业已修正为“两愿离婚应以书面为之，有二人以上证人之签名，并向户政机关为离婚之登记”，其立法意旨乃郑重其方式，以免夫妻因一时失和轻率为离婚之协议，是就上述全文意旨观察，既以“应向户政机关为离婚之登记”为言，将书面与登记作为平行并存之要件，则上开登记自应解释为协议离婚之成立要件。是甲、乙既于当时未向户政机关为离婚之登记，则两造所为协议离婚之成立要件

不完备,自难谓已成立,更不发生任何效力,两造之夫妻关系仍然继续存在,从而甲诉请法院判决乙应协同办理离婚登记,若无请求权存在,应予驳回。

乙说:法院应准许之。甲、乙二人既以书面表达离婚之意愿,且又经二人以上之证明,则其离婚之协议已经成立,纵未经为离婚之户籍登记,依修正后之第 1050 条之规定,尚不发生消灭婚姻关系之效力,惟两造仍应受该项离婚协议之拘束,互负使协议之离婚发生效力之义务(参照 1951 年台上字第 1496 号、1952 年台上字第 175 号判例意旨),如此解释亦无违修正后上开条文之意旨(按该法条修正理由,系谓现行两愿离婚规定过于简略,极易发生弊端,特增设应向户政机关为离婚之登记规定,使第三人对其身份关系更易于查考,符合社会公益),是甲之请求应有理由,法院应准许之。

研讨结果:多数采乙说。

2. “高等法院”审核意见

甲夫与乙妻于 1985 年 6 月 5 日在 A、B 二证人面前协议离婚,并订立协议离婚书,如 A、B 二证人已在该协议离婚书签名(依题意似已签名)则离婚之协议已经成立,惟尚未办理离婚户籍登记,依修正后之第 1050 条规定,自不发生消灭婚姻关系之效力,但两造应受该项离婚协议之拘束,互负使协议离婚发生效力之义务。该法条后段所规定“应向户政机关为离婚之登记”应解释为两愿离婚之生效要件,方能符合两愿离婚当事人意愿及立法之意旨[参考(85)院台厅一字第 03689 号说明一之(2)、1951 年台上字第 1496 号及 1952 年台上字第 175 号判例意旨],甲请求乙协同向户政机关办理离婚登记为有理由,法院应予准许,同意原研讨意见采乙说。

3. 第一厅研究意见

依离婚为消灭婚姻关系之身份行为,关系社会人伦秩序,故第 1050 条规定“两愿离婚,应以书面为之,有二人以上证人之签名,并应向户政机关为离婚之登记。”以示慎重。就其条文意旨观之,显系以“书面协议离婚及二人以上证人之签名”与“应向户政机关为离婚之登记”为并存要件,即“向户政机关为离婚之登记”,为两愿离婚要式行为之一,自应解为乃两愿离婚身份行为之特别成立要件。故当事人间虽曾以书面协议离婚,并经二人以上证人之签名,惟在向户籍机关为离婚之登记前,其离婚

身份行为尚未成立,自不能据此尚未成立之法律行为,起诉请求协办登记,本题应以甲说为宜。至1951年台上字第1496号、1952年台上字第175号判例,系就第407条有关赠与须经移转登记之财产生效规定所为之诠释,规定内容既与两愿离婚之条文不同,且债权行为与身份行为性质上复有差异,尚难比附援引。

“最高法院”所欲突破者,系如何摆脱其关于第407条规定所创设之“一般契约之效力”之束缚。由于判例制度之权威,实务界深受此项“一般契约之效力”理论之支配,思考方式不免受其影响。一旦发现此项理论在新修正两愿离婚难以适用时,“最高法院”乃力求从传统之束缚及思考方式解放,经过激烈的辩论,终于有1986年第九次民事庭推会议之决议及1986年台上字第1342号判决,认为当事人两愿离婚只订立离婚书面及有二人以上证人之签名,其两愿离婚因“尚未成立”或“不生效力”,当事人之一方自无请求他方协同办理离婚户籍登记之法律依据。此项结论,实值赞同。

“最高法院”感到犹豫或困惑者,系以如何之途径达成其目的,以如何之理由构成支持其结论。这涉及法学方法论,也暴露了“最高法院”之弱点。“最高法院”1986年度三则裁判实际上是针对“最高法院”本身关于第407条所著三则判例,但未能以实质之理由予以突破,欲在争论两愿离婚之登记究为成立要件或生效要件。在前后矛盾之见解中,“最高法院”似乎认为对两愿离婚登记之法律性质,若认定其为成立要件,他方即不得提起离婚户籍登记之诉;反之,强认定其为生效要件,他方即得提起离婚户籍登记之诉,此项思考方式,令人诧异。此项争论,殊无实益。将法律行为之构成要件,依不同之观点,认定为系成立要件或生效要件,而赋予截然不同之法律效果,认为具备一般成立要件,即可请求履行特别生效要件,不免成为概念游戏,实在是概念法学的罪过^①,法学上之神话。

问题之症结,在于“最高法院”所谓:“基于成立要件请求履行生效要件”之“一般契约之效力”之理论。就新修正第1050条规定之两愿离婚

^① 关于概念法学(Begriffsjurisprudenz)之一般问题,参见王伯琦:《概念法学》,载《台大社会科学论丛》第10辑,(1960年7月)第1页以下;洪逊欣:《法理学》,1982年初版,第97页以下;杨仁寿:《法学方法论》,第85页以下。德文资料参见Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 5. Aufl. 1983, S. 20f.; Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, S. 109ff.

而言,1986年台上字第894号裁定已突破此项虚构理论之束缚。今后的课题是,“最高法院”能否更进一步毅然变更于30年前关于第407条所创设之判例,扬弃所谓“一般契约之效力”之理论,重新肯定一项法学上之基本认识:法律行为之构成要件(Tatbestand),系由成立要件及生效要件共同组成之,须二者兼具,法律效果始焉发生。诚如德国民法及法学方法论权威学者Larenz教授所云,成立要件及生效要件之区别,其唯一之意义,在于使吾人能借此更能认识在法律行为整个要件中,何者为法律行为之意义核心(Sinnkern),何者为其发生法律效果所尚须具备者,而不是在于使一方当事人得基于成立要件,请求他方当事人履行特别生效要件。^①“最高法院”若能明确采此见解,而不要徘徊犹豫于成立要件及生效要件之间,沦为概念法学上无益论辩,则法律行为之基本理论及法律思考方式,将重归正途,向前迈进。

^① Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 284.