戲棚跤徛久就是你的？

試析論憲法法庭 112 年憲判字第 4 號憲法判決（上）

鄭健宏*

壹、楔子

民國（下同）20 年 5 月 5 日施行之民法第 1052 條規定（下稱修正前民法第 1052 條），將請求裁判離婚之事由，限於條文所列舉之十款離婚原因；反面言之，苟配偶之一方擬向他方訴請離婚，而他方欠缺前述十款列舉事由之行為或狀態者，即無訴諸裁判離婚之可能，此時倘欲解消婚姻關係，兩願離婚及死亡為唯二途徑。然而，婚姻關係為**「配偶雙方為經營共同生活之目的，並使雙方人格得以實現及發展，成立具有親密性及排他性之結合關係」**[1]，憲法法庭於 112 年憲判字第 4 號憲法判決（下稱本件憲法判決）中，對婚姻關係所為之定義，固恰如其分地廓清我國婚姻制度下婚姻關係應有之樣貌，並認婚姻制度「亦有使配偶間在精神上、感情上與物質上得以互相扶持依存之功能」，而為家庭與社會之基礎；惟婚姻關係之「排他性」特徵，亦映照出其封閉、隱晦而拒他人於高牆外之私密特性，旁人實難知悉婚姻牆垣內之實際情況，唯有當事人寒天飲冰水，箇中滋味冷暖自知。從而，苟夫婦雖有合巹之義，卻無魚水之情、甚若貓鼠同窠，而雙方均無修正前民法第 1052 條所列舉十款事由、他方又拒絕合意解消婚姻時，則此一婚姻關係除其中一方死亡外，別無消滅之法門；此時，夫妻雙方除難享琴瑟合韻之諧美而無婚姻之實外，尚須負擔諸般義務（包含作為及不作為義務，例如：夫妻間扶養、不得與配偶以外之人發生性行為[2]、不得重婚等義務），無異於婚姻墳塋之守墓人，其情較諸常伴青燈古佛，恐怕有過之而無不及。

有鑑於上開將裁判離婚原因限於列舉之十款事由過於苛刻，導致諸多婚姻關係已然空洞化，卻仍舊將配偶雙方綁縛於原地，人生無從前進開展而有礙於自我實現，恐終戕害人性尊嚴之弊病，民法第 1052 條於 74 年 6 月 3 日修正公布增訂第 2 項本文規定：**「有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。」**此舉影響所及，除形式上將裁判離婚之事由增加至十一種以外（即民法第 1052 條第 1 項所列舉之十款事由，以及同條第 2 項之「有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者」事由），實質上緣前述增訂文字極其抽象而概括，足資涵攝其中之事實情況不勝枚數，可謂大開裁判離婚之門；惟出於維護清白原則（clean-hands doctrine）、國民法感情與倫理觀念等理由，立法者緊接本文規定之後，設下但書：**「但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」**剝奪應對該重大事由負責之一方請求裁判離婚之權利，藉此限縮裁判離婚之範疇。準此，前揭修法雖引進破綻主義思想，惟並非一旦婚姻關係發生破綻，即容許夫妻

---

* 本文作者為展信法律事務所合署律師。

1. 本件憲法判決對於婚姻關係之闡述，自有我國歷來釋憲實務迤邐不絕之傳承痕跡，參本文以下「貳、一、（一）」部分論述。
2. 司法院大法官釋字第 791 號解釋 109 年 5 月 29 日公布前，刑法仍有處罰與配偶以外之人發生性行為之通姦罪。
3. 林秀雄，<有責配偶之離婚請求——兼論最高法院 93 年度台上字第 987 號判決>，《離婚專題研究》，2016 年 7 月，第 153-154 頁。

任一方訴請離婚，尚須起訴請求裁判離婚之一方，對於婚姻關係不可回復之破綻無可歸責，始有權請求之，學說上稱為「消極破綻主義」[3]。儘管司法審判實務對於前述可歸責性要件，長期以來多採取相對比較法——針對難以維持婚姻之重大事由，比較配偶雙方可歸責程度後，僅剝奪可歸責程度較高之一方訴請裁判離婚之權利，如若夫妻雙方可歸責程度相當，則均得訴請裁判離婚[4]——；然而現實中，不乏對於婚姻難以維持之重大事由具較高可歸責程度、且無意繼續婚姻關係者，仍執民法第 1052 條第 2 項規定，向法院起訴請求裁判離婚，想當然耳，類此請求胥遭法院駁回其訴。職是，部分請求裁判離婚之當事人於窮盡通常訴訟程序仍未果後，即以民法第 1052 條第 2 項但書規定牴觸憲法保障婚姻自由權為論據，向司法院大法官聲請解釋憲法[5]，此即為本件憲法判決之所由[6]。

承上，憲法法庭固於 112 年 3 月 24 日作成本件憲法判決；然就民法第 1052 條第 2 項但書規定，一方面認為：「**原則上與憲法第 22 條保障婚姻自由之意旨尚屬無違**」，另一方面卻又謂：「**惟其規定不分難以維持婚姻之重大事由發生後，是否已逾相當期間，或該事由是否已持續相當期間，一律不許唯一有責之配偶一方請求裁判離婚，完全剝奪其離婚之機會，而可能導致個案顯然過苛之情事，於此範圍內，與憲法保障婚姻自由之意旨不符。**」究竟民法第 1052 條第 2 項但書，是否合乎憲法保障婚姻自由之旨，本件憲法判決之結論，乍看之下頗令人無所適從。職是，本文擬先以本件憲法判決理由為本，循序爬梳形成本件憲法判決主文之論理脈絡，並摘要五位大法官之意見書內容，供與多數意見對照；其次，歸納本件憲法判決所確立之內容，以及對於司法實務之後續影響；繼而，本文將就本件憲法判決所遺留可能值得商榷之處，嘗試發問及探索問題根源；最後，將就後學以管窺豹之見，略抒一己看法，代為結論。

貳、憲法法庭 112 年憲判字第 4 號憲法判決繹析

本件憲法判決之聲請人有三，其一為臺灣高雄少年及家事法院第一庭敏股法官，其本諸就審理案件所應適用法律——即民法第 1052 條第 2 項但書剝奪有責配偶訴請裁判離婚之規定——，有違反憲法第 23 條比例原則而侵害人民受憲法第 22 條所保障婚姻自由權之確信，尤其在司法院大法官釋字第 748 號及 791 號解釋問世後，猶有再行檢討之必要，乃裁定停止訴訟程序，而為解釋憲法及宣告違憲判決之聲請[7]；至於聲請人二、三，則均係依民法第 1052 條第 2 項向法院提起裁判離婚之訴[8]，經歷審法院審認聲請人二、三本身為婚姻難以維持事由之唯一有

4. 最高法院 91 年度台上字第 2023 號民事判決、最高法院 95 年度第 5 次民事庭會議決議：「…採丙說。婚姻如有難以維持之重大事由，於夫妻雙方就該事由均須負責時，應比較衡量雙方之有責程度，僅責任較輕之一方得向責任較重之他方請求離婚，如雙方之有責程度相同，則雙方均得請求離婚，始符民法第一千零五十二條第二項規定之立法本旨。」均本斯旨。惟早期司法審判實務嘗有不同見解，認為：「倘該重大事由，係夫妻間共同可歸責之過失行為所造成，即無容夫妻之任何一方依上開規定請求離婚之餘地。」最高法院 88 年度台上字第 1177 號民事判決參照。

5. 憲法訴訟法於 111 年 1 月 4 日施行後，改稱為「憲法審查」。

6. 事實上，於本件憲法判決前，並非全無針對民法 1052 條第 2 項但書規定聲請解釋憲法之案件，譬若大法官曾於 109 年 6 月 19 日第 1507 次及 110 年 1 月 29 日第 1513 次會議，分別對解釋標的涉及民法 1052 條第 2 項但書之會台字第 13558 號與 109 年度憲三字第 38 號聲請案，作成不受理決議，可知大法官並非首次接觸本件憲法判決之爭議。

7. 其實，本件聲請人一臺灣高雄少年及家事法院第一庭敏股法官朱政坤，即為前註 6 所述 109 年度憲三字第 38 號聲請案之聲請人，詹森林大法官特於本件憲法判決所提出之協同意見書中，嘉勉其鍥而不捨賡續提請憲法解釋之行，參憲法法庭 112 年憲判字第 4 號，詹大法官森林協同意見書第 1 頁。
另應特別補充說明者係，本件憲法判決理由項第 15、16 段，將聲請人一之聲請事由分兩段論述，係肇於憲法訴訟法施行前、後，受理依據有別之故：質言之，聲請人一於憲法訴訟法施行「前」，即就所審理而應適用民法第 1052 條第 2 項但書之案件，依司法院大法官釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋意旨，裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋憲法；嗣憲法訴訟法施行「後」，又遇有應適用相同規定之其他案件，而依憲法訴訟法第 55 條規定，聲請憲法法庭作成宣告違憲判決，均經大法官受理，附此敘明。

8. 聲請人三提起裁判離婚訴訟時，同時有以民法第 1052 條第 1 項第 3 款為請求權基礎。

責或可歸責程度較重之一方，故駁回請求而判決確定，渠等乃依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款，聲請解釋憲法。案經憲法法庭通知全體聲請人及關係機關法務部於 111 年 11 月 15 日到庭言詞辯論，同時邀集專家學者蒞庭陳述意見，並於同日辯論終結，嗣因未能如期於辯論終結後 3 個月內宣示判決，而依憲法訴訟法第 26 條第 2 項後段規定，延長宣示判決期限[9]，迄至 112 年 3 月 24 日始行宣判，足見大法官們對於本件憲法判決之結論或理由形成，頗有眾口難調之勢。

以上即為本件憲法判決之聲請起源、受理依據、審理至宣判過程之簡要說明，後續則就本件憲法判決理由項下，憲法法庭形成主文結論之論理脈絡，析繹如下。

一、憲法第 22 條保障之「婚姻自由」，範圍涵蓋「結婚自由」、「維持婚姻關係（自由）」及「離婚自由」[10]。

（一）憲法法庭開篇即定義婚姻「關係」為：「婚姻係配偶雙方為經營共同生活之目的，並使雙方人格得以實現及發展，成立具有親密性及排他性之結合關係」，並具「使配偶間在精神上、感情上與物質上得以互相扶持依存」之功能，而「作為家庭與社會基礎」，故「受憲法第 22 條婚姻自由之保障」。

1、本件憲法判決對於婚姻「關係」之意涵，以及婚姻「功能」之探尋，主要應係歸納、演繹釋字第 372 號、第 554 號、第 748 號及第 791 號解釋而來：

(1) 釋字第 372 號解釋中，大法官處理最高法院 23 年上字第 4554 號判例對於民法第 1052 條第 1 項第 3 款「不堪同居之虐待」之闡論，是否違憲乙案中，首次嘗試對於婚姻「關係」具體定義，而謂：「婚姻係以夫妻之共同生活為目的，配偶應互相協力保持其共同生活之圓滿、安全及幸福，因而夫妻應互相尊重以增進情感之和諧，防止家庭暴力之發生，不僅為維繫婚姻所必要，亦為社會大眾所期待。」確立「共同生活」為婚姻之目的，而「配偶應互相協力保持其共同生活之圓滿、安全及幸福，因而夫妻應互相尊重以增進情感之和諧」等語，則稍備後續解釋中婚姻「功能」論述——夫妻在情感、精神及物質上相互扶持依存——之雛形。

(2) 嗣大法官在首次面臨刑法通姦罪規定是否違憲案之釋字第 554 號解釋時，再次闡論道：「婚姻係一夫一妻為營永久共同生活，並使雙方人格得以實現與發展之生活共同體。因婚姻而生之此種永久結合關係，不僅使夫妻在精神上、物質上互相扶持依存，並延伸為家庭與社會之基礎。」再次強調我國婚姻關係，係一夫一妻以經營永久共同生活為目的而排他地永久結合關係，具有使夫妻雙方在各方面相互扶持依存之功能，裨益夫妻雙方之人格自我實現，從而為家庭與社會構成之基礎，自應受憲法制度性保障。

(3) 其後，大法官於釋字第 748 號解釋

9.「憲法法庭審理 110 年度憲三字第 5 號等聲請案，業經辯論終結，依憲法訴訟法第 26 條第 2 項後段規定，延長宣示判決之期間。宣示判決日期另行公告。」，憲法法庭公告，112 年 2 月 3 日，網址：https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=77&id=346548，最後瀏覽日：112 年 5 月 10 日。

10. 本件憲法判決理由第 29 至 32 段。

（同性婚姻案）理由書第 13 段載敘：「按相同性別二人為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，既不影響不同性別二人適用婚姻章第 1 節至第 5 節有關訂婚、結婚、婚姻普通效力、財產制及離婚等規定，亦未改變既有異性婚姻所建構之社會秩序；且相同性別二人之婚姻自由，經法律正式承認後，更可與異性婚姻共同成為穩定社會之磐石。復鑑於婚姻自由，攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，就成立上述親密、排他之永久結合之需求、能力、意願、渴望等生理與心理因素而言，其不可或缺性，於同性性傾向者與異性性傾向者間並無二致，均應受憲法第 22 條婚姻自由之保障。現行婚姻章規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，顯屬立法上之重大瑕疵。」則係以「成立具有親密性及排他性之永久結合關係」，進一步充實「經營共同生活」之內涵。

(4) 當大法官再度面對刑法通姦罪違憲案之釋字第 791 號解釋中，稱：「查婚姻係配偶雙方自主形成之永久結合關係，除使配偶間在精神上、感情上與物質上得以互相扶持依存外，並具有各種社會功能，乃家庭與社會形成、發展之基礎，婚姻自受憲法所保障（系爭解釋與本院釋字第 748 號解釋參照）。」顯然係鎔鑄釋字第 554 號及釋字第 748 號解釋中，對於婚姻內涵之論述而成。

(5) 及至本件憲法判決，憲法法庭謂：「婚姻係配偶雙方為經營共同生活之目的，並使雙方人格得以實現及發展，成立具有親密性及排他性之結合關係，亦有使配偶間在精神上、感情上與物質上得以互相扶持依存之功能，且作為家庭與社會基礎之婚姻關係，自受憲法第 22 條婚姻自由之保障。」仍不脫歷來大法官解釋對於「婚姻」之闡論與堆疊。

2、其次，「婚姻自由」受憲法第 22 條保障之論述，則係秉諸釋字第 362 號（重婚無效規定是否違憲案）[11]、第 552 號（補充釋字 362 號所稱「類此特殊情況」意涵案）、第 791 號解釋及憲法法庭 111 年憲判字第 20 號判決（請求准許發給外籍配偶居留簽證案，以下簡稱 111 憲判 20 號判決）肯認婚姻自由為憲法第 22 條所保障之基本權利脈絡。

3、應特別說明者為，我國早期釋憲實務對於婚姻關係應受憲法保障之根據，似乞靈於基本權客觀功能面向之制度性保障理論[12]；然而，自釋字 748 號解釋以降，釋憲實務在論述上，雖仍保留婚姻尋求制度性保障時代以來，

11. 實際上，於釋字 242 號解釋案——於國家曾逢重大變故，夫妻長期隔離下之重婚得撤銷，是否違憲——中，理由書已提及：「…而國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期，甚或音訊全無，生死莫卜之情況下所發生之重婚事件，有不得已之因素存在，與一般重婚事件究有不同，對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，仍得適用上開第九百九十二條之規定予以撤銷，其結果將致人民不得享有正常婚姻生活，嚴重影響後婚姻當事人及其親屬之家庭生活及人倫關係，反足以妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定，有所牴觸。…」究其實質，似已有隱含肯定（後婚姻之）婚姻自由受憲法第 22 條所保障之旨；惜此號解釋對於婚姻之何種自由及權利受憲法第 22 條所保障，隱諱不明；相反地，釋字 362 號解釋，已明白指出「結婚之自由」應受憲法第 22 條保障，故而本文仍以釋字 362 號作爲「婚姻自由受憲法第 22 條保障」之端緒。

12. 參釋字第 242 號、第 362 號及第 552 號理由書。實際上，有論者分析釋字第 748 號（含）前所有關於「婚姻」之大法官釋字後，直指我國婚姻受憲法保障之理據，係植基於「婚姻制度性保障」，而非本於「婚姻自由權」之基本權。參賴俊唐，《制度性保障的檢討－從司法院釋字第 748 號解釋談起》，國立成功大學法律學系碩士論文，2021 年 9 月，第 83-97 頁。

自婚姻關係之「功能」觀點所構築之理由[13]，惟似乎趨向淡化婚姻係受制度性保障之色彩，轉而易以「婚姻自由」及憲法第 22 條之模式，重新建構婚姻自由之基本權理論[14]。此部分關乎我國憲法審查制度後續就婚姻關係之保障，究係採取「制度性保障」模式、抑或直接訴諸「婚姻自由」之基本權模式、甚或兩者並存之論述模式，殊值關切。

（二）受憲法第 22 條保障之「婚姻自由」，其內容非僅止於「結婚自由」及「維持婚姻關係（自由）」，尚包含「離婚自由」（即「解消婚姻之自由」）。

1. 首先，大法官在理由書第 30 段後半部，以文獻回顧之方式，載敘：「憲法保障之婚姻自由與人格自由、人性尊嚴密切相關，包括個人自主決定『是否結婚』、『與何人結婚』、『兩願離婚』，及其與配偶共同形成及經營婚姻關係（如配偶間親密關係、經濟關係、生活方式等）之權利（司法院釋字第 552 號、第 554 號及第 791 號解釋、憲法法庭 111 年憲判字第 20 號判決參照）」，彙整截至本件憲法判決前，憲法審查實務上對於「婚姻自由」，已申衍出之內涵。

2. 其次，大法官肯認「解消婚姻之自由」亦屬「婚姻自由」之內涵，並與上述「兩願離婚」連結，認為：「兩願離婚」固然係解消婚姻之方式，惟當「兩願離婚」不成時，欲解消婚姻一方之離婚自由（即解消婚姻之自由），仍應受到憲法保障；惟婚姻本身與制度息息相關，與一般個人自由權得單純強調防禦功能面向而達到保障不同，尚有賴婚姻制度之建構，故而婚姻自由保障之落實，有賴國家提供婚姻制度而盡其保護義務，裁判離婚制度即為婚姻制度之一環。總之，於配偶雙方無法兩願離婚時，為保障欲離婚一方婚姻自由，國家應使其有訴諸裁判離婚之機會，而裁判離婚制度既涉及保障人民婚姻自由（中之離婚自由），自應受憲法審查。

（三）由於向法院聲請裁判離婚為「婚姻自由」之內涵，而為憲法所保障，是民法第 1052 條第 2 項但書（下稱系爭規定）對於有責配偶請求裁判離婚之限制，應符合憲法第 22 條保障婚姻自由意旨之要求。又遭訴請裁判離婚一方之「維持婚姻關係自由」，與提起裁判離婚一方之「離婚自由」，均為憲法第 22 條所保障之婚姻自由，兩者應衡平考量。

二、系爭規定立法目的「維護無責他方配偶之婚姻自由、婚姻之法律秩序或國民之法感情」正當，限制手段非無助於立法目的之達成，而在婚姻有不能維持之重大事由時，優先保障無責一方配偶維持婚姻之權利，原則上無乖違憲法保障婚姻自由之意旨[15]。

13. 釋字第 791 號解釋理由書第 29 段：「按婚姻制度具有維護人倫秩序、性別平等、養育子女等社會性功能，且因婚姻而生之永久結合關係，亦具有使配偶雙方在精神上、感情上與物質上互相扶持依存之功能。」、本件憲法判決理由第 30 段：「亦有使配偶間在精神上、感情上與物質上得以互相扶持依存之功能，且作為家庭與社會基礎之婚姻關係，…」

14.「婚姻自由」與「婚姻制度性保障」係不同之概念，前者為我國釋憲實務自憲法第 22 條析繹並承認應受憲法保障之「基本權利」，而後者之現代意義，應係敦促國家建構婚姻制度，作為落實「婚姻自由權利保障之手段」。質言之，「婚姻自由」是基本權利本身，而「婚姻制度性保障」則作為基本權利之客觀功能面向，具有實踐基本權利保障之功能。然而，從制度性保障理論出發尋求婚姻關係之保障，看似言之成理，實則有使直接受憲法保障之「婚姻自由」受「制度性保障」侵蝕之風險，尤其在司法審查對於所謂「制度」之安排，採取高度尊重立法形成自由之立場時，制度性保障畫地自限與人為操縱之弊病，即昭然若揭。本文「肆、三」將有進一步論述。

（一）憲法法庭說明系爭規定之規範內涵，係在不具民法第 1052 條第 1 項所列舉之 10 款離婚事由，而欲取徑民法第 1052 條第 2 項本文——有其他難以維持婚姻之重大事由——請求裁判離婚時，排除唯一應負責一方配偶請求裁判離婚之權利；並補充說明：倘配偶雙方就導致難以維持婚姻之重大事由均應負責之情況下，無論責任輕重，均得請求裁判離婚，不受系爭規定限制[16]。

（二）憲法法庭繼而參酌民法第 1052 條第 2 項之立法理由[17]，以及修法過程中法務部之說明[18]，推闡系爭規定之立法意旨及目的，係為保護就婚姻難以維持之重大事由完全無可歸責之一方，其「維持或解消婚姻之自主決定權」，並防免恣意請求裁判離婚而破壞婚姻之法律秩序，同時維護國民法感情。如若雙方育有未成年子女之情況下，亦應考量渠等利益，而有維護家庭及社會責任之功能。至此，系爭規定立法目的之正當性，業經憲法法庭確認。

（三）再者，我國現行民法就裁判離婚制度之規範設計，係採多元離婚原因模式（即「有責與破綻混合且具體與抽象兼具之離婚原因」），而系爭規定限制有責一方提起裁判離婚之自由，有助於維護無責一方之婚姻自由（即維持或解消婚姻之自主決定權）、婚姻之法律秩序及國民感情，應屬有助於立法目的達成之手段。於立法者決意採取多元離婚原因模式之離婚制度中，苟對於離婚原因之法律規定形成，並未造成個案有顯然過苛之情，則容許立法者有自由形成空間。婚姻關係之維持與解消，皆屬憲法保障婚姻自由之範疇，於配偶雙方對於婚姻維持或解消意思不一致時，則產生基本權衝突，系爭規定基於維護婚姻之法律秩序及國民感情，於婚姻有不能維持之重大事由時，選擇優先保障無責一方維持婚姻自主決定之權利、限制有責一方請求裁判離婚之權利，原則上與憲法保障婚姻自由之意旨無違。

（四）承上，縱使本件憲法判決並未明文援引憲法第 23 條規定或揭露比例原則為本件審查基準；然而，上開論述模式實質上已然嵌合比例原則之審查脈絡，不無憲法第 22 條保障之「婚姻自由」基本權利，本身即蘊有比例原則機能之意味[19]。

三、儘管系爭規定原則上並未違憲；然而，系爭規定禁絕唯一有責一方配偶請求裁判離婚，將完全剝奪其離婚之機會，而可能導致個案顯然過苛之情[20]。

（一）憲法第 22 條「婚姻自由」基本權保障範疇及於「離婚自由」，實踐「離婚自由」之「裁判離婚」制度，賦予配偶一方於難以維持婚姻重大事由發

15. 本件憲法判決理由第 33 至 36 段。
16. 此一補充說明，顛覆了歷來審判實務面對配偶雙方均應就難以維持婚姻之重大事由負責時，所採取之可歸責程度相對比較法，詳參本文「參、二」。
17. 民法第 1052 條第 2 項之增訂理由：「舊法關於裁判離婚原因之規定，係採列舉主義，僅以本條所列之十種原因爲限，過於嚴格。現代外國立法例，多兼採概括主義，以應實際需要。爰增列本條第 2 項上段規定，較富彈性。又如足以構成離婚原因之重大事由，應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚，始屬公允，爰並設但書之規定。」
18. 立法院公報第 73 卷第 38 期委員會紀錄第 133 頁：「但書規定的理由是認爲離婚原因需自道德上加以某些限制，使應負離婚責任之當事人一方不能請求離婚，僅他方才能請求，以免造成不公平與不合理的結果。」
19. 參本文「參、三」。
20. 本件憲法判決理由第 37 至 39 段。

生時，向法院請求裁判離婚之權利，已如前述。儘管此一請求裁判離婚之權利，非不得以法律加以限制；惟法律所為之限制是否過苛，仍應受憲法審查。準此，系爭規定於婚姻不能維持重大事由，應全部歸責其中一方配偶時，限制該唯一有責一方配偶請求裁判離婚之權利，仍應依憲法第 22 條保障婚姻自由之意旨，審查是否有過苛之情形。

（二）緊接著，憲法法庭認為：「**婚姻關係建立之基礎，在於雙方自願相愛、相互扶持。**」並再次重申：「**婚姻關係之核心，係為維護及經營共同生活，在精神與物質上相互協助依存，讓雙方人格得以實現發展。**」且依民法第 1052 條第 2 項前段內容可推知：立法者所欲維護之婚姻關係，應係和諧之婚姻關係。隨後，憲法法庭承認：一段婚姻關係難以再繼續維繫下去，原因多端且難以詳究責任歸屬及劃清歸責程度，於婚姻關係已然難以維持、回復之情形，配偶一方、甚至雙方均已無意繼續婚姻關係時，系爭規定限制唯一有責一方不得提起裁判離婚，僅係保障婚姻關係之外在形式，已失卻婚姻關係之實質內涵，亦可能影響長期處於前述狀態下之未成年子女身心健全。立法者未慮及「難以維持婚姻之重大事由發生後，已經過相當期間」或「難以維持婚姻重大事由已持續相當期間」之情況，一律不許唯一有責一方配偶請求裁判離婚，實已完全剝奪其離婚之機會，而造成系爭規定適用於該等個案，有顯然過苛之可能。是於前述過苛之情形下，系爭規定對唯一有責一方請求裁判離婚之限制，與憲法第 22 條保障婚姻自由之意旨有間。

（三）承上，相關機關應自本件憲法判決宣示之日起二年內，修正裁判離婚相關規定，至於「難以維持婚姻之重大事由發生後，已經過『相當期間』」或「難以維持婚姻重大事由已持續『相當期間』」之期間規範，則委諸立法裁量；苟未於期限內完成修法，法院應依本件憲法判決意旨裁判。

四、最後，本件憲法判決直截了當地「建議」立法者，於修法時一併整體檢討現行裁判離婚制度，並特別舉出「裁判離婚原因」及「離婚後無責或弱勢配偶及未成年子女之生活保障」兩大應檢討區塊，甚至提供外國立法例及可行方向。

（一）系爭規定所涉裁判離婚制度與離婚原因等，屬法律位階之法規範設計，故「**相關機關於修法時，為因應社會變遷與現代婚姻關係之諸多變化，自有重新檢討改進現行裁判離婚制度，並妥為法規範設計之必要。**」

（二）憲法法庭宣稱，因應現代社會變遷，外國立法例不乏放寬離婚原因，並舉外國有採別居（或分居）制度者為例，明定別居相當期間即足為裁判離婚之原因，而為避免過度放寬離婚原因反生不良影響，亦可引進苛刻條款（例如為未成年子女利益考量，抑或裁判離婚將對拒絕離婚之一方造成極端苛刻情況，而有繼續維持婚姻之必要者，雖婚姻已破裂，仍不得離婚），加以因應。

（三）除建議立法者得放寬裁判離婚原因外，憲法法庭回過頭來，特別點名「無責或弱勢配偶及未成年子女」之生活保障，亦為檢討裁判離婚制度時，須兼籌並顧之事項，並舉隅如：「合理提高他方配偶請求夫妻剩餘財產分配之比例、令有責配偶給付較高額之贍養費、負擔較高比例之未成年子女扶養費，或加重離婚所生之損害賠償責任等不利效果。」供立法者參酌，期許保障前揭無責或弱勢對象，俾符法律秩序維護及國民法感情。

五、基於上開理由，本件憲法判決認系爭規定「原則上」與憲法第 22 條保障婚姻自由之意旨無違；惟「例外地」，於「難以維持婚姻之重大事由發生後，已逾相當期間」或「難以維持婚姻重大事由已持續相當期間」情況下，仍一律不許有責一方配偶請求裁判離婚，有可能導致系爭規定適用於個案顯然過苛之結果，於此一顯然過苛之結果範圍內，與憲法第 22 條保障婚姻自由之意旨不符。相關機關應依本件憲法判決意旨，於二年內妥適修正系爭規定；苟逾期未完成修法，則法院於審理之個案有前述顯然過苛之情者，應依本件憲法判決意旨進行裁判。

六、承上，憲法法庭經過一次延長宣示判決期間，始完成本件憲法判決，足徵大法官們對於判決形成意見，有相當程度之分歧，而本件憲法判決宣示之同時，有為數三分之一之大法官提出意見書，則所附之意見書，必能引導吾人深入瞭解本件爭議之難處，提供不同面向之啟發。以下即簡扼敘之：

（一）黃虹霞大法官之協同意見書：

黃虹霞大法官開門見山表明：伊贊同本件憲法判決之主文及理由，提具協同意見書，意在補充說明伊贊同之理由。

1、憲法保障婚姻自由之範圍，包含「結婚、不結婚之自由」及「兩願離婚」自由；惟不包括「片面離婚（自由）」。

2、民法第 1052 條單方請求裁判離婚之規定，亦不直接與婚姻自由相關，實質上應係一立法賦予之裁判離婚訴權。本件僅係認為在個案過苛之情形下，全然剝奪有責配偶請求裁判離婚之權利，牴觸憲法第 23 條比例原則爾。

3、然而，本件憲法判決意旨，並非謂：一旦具備「難以維持婚姻之重大事由發生後，已逾相當期間」或「難以維持婚姻重大事由已持續相當期間」要件，法院即應准予離婚，尚須滿足「過苛」要件，而「過苛」之判斷，非僅止於考量原告一方之情況，尚須「避免陷他方配偶（被告）及未成年子女於難以承受之痛苦。」

（二）黃瑞明大法官之協同意見書：

氏認為：本件憲法判決「基本上認為系爭規定為合憲，然而賦予法官個案衡量之權力，如認適用系爭規定不准有責配偶離婚將會產生過苛情事，則法官仍可依有責配偶之請求而判決離婚。」而贊同判決之結論，另就判決所稱「過苛」何指，提出協同意見。

1、黃大法官認我國憲法所保障之婚姻自由，係依當事人雙方之合意，進入婚

姻關係或解消婚姻關係之自由；對於雙方無法合意解消婚姻時，意欲片面解消婚姻之自由，是否屬於婚姻自由保障範疇，則抱持懷疑立場。蓋氏認為配偶間對於婚姻關係之存續與解消意思不一致時，雙方之意思應受等值尊重，並無輕重之別。從而國家欲以強制力介入解消私人間婚姻關係之合憲性，應係植基於裁判婚姻制度對於婚姻雙方平等之人格權保障（即若使婚姻持續，是否侵害雙方人格健全發展及人性尊嚴？侵害程度？），以及婚姻解消後之權利義務關係衡平（即夫妻財產、離因損害、贍養費、未成年子女親權等）；然而，氏亦承認，衡酌一破裂之婚姻關係對於雙方人格權之影響過於抽象，而考量婚姻解消後雙方權利義務關係，毋寧係較為客觀之審查依據，惟現行法對於弱勢配偶解消婚姻後之權利保障，尚嫌不足。

2、關於本件憲法判決所稱「過苛」，黃大法官建議得自未成年子女利益、離婚後財務分配及雙方情感因素三面向考量。申而言之，即法院得依個案衡酌解消婚姻是否較利於未成年子女人格健全發展？請求離婚者對於拒絕離婚者之財產補償是否有所不足，抑或拒絕離婚者對於財產之要求是否過高？裁判離婚對於拒絕離婚者之情感衝擊程度，是否須時間調適？等；至於難以維持婚姻重大事由之歸責對象及可歸責程度，於判斷是否「過苛」時，已不具重要性。

（三）詹森林大法官之協同意見書：

詹大法官則是認為：本件憲法判決主文難稱完善，但尚可接受，遂提出協同意見書。

1、參酌系爭規定之立法目的及意旨，法院得適用系爭規定駁回原告（即有責一方）裁判離婚之請求，限於其據以主張裁判離婚之難以維持婚姻之重大事由，係全部可歸責於己之情況。然而，審判實務踐行系爭規定時，對於該重大事由是否全然可歸責於原告，往往難以認定，嗣最高法院索性作成95年度第5次民事庭會議決議，試圖緩解前述困境；惟該決議所採有責程度相對比較法，已偏離伊始增訂修正後民法第1052條第2項，藉此導入破綻主義之原意。

2、系爭規定業因上揭最高法院95年度第5次民事庭會議決議長久實務運作，詹大法官認為：「系爭規定已經『回不去』堪予認可之立法原意。」因此系爭規定對於唯一有責配偶之婚姻自由限制，是否已達違憲程度，無論係從理論推導上或實際適用上觀察，「所牽涉之疑惑，實在遠多於答案。」是本件判決結論——「認系爭規定於可能導致個案顯然過苛之範圍內，有違憲法保障婚姻自由之意旨，並諭知相關機關應自本判決宣示之日起 2 年內妥適修法」——，係異中求同之妥協結果，縱不滿意，仍尚可接受。

3、此外，詹大法官尚進一步主張：本件憲法判決之結論，可立即適用於現正審理中之案件；亦即：苟個案中確有「難以維持婚姻之重大事由發生後，

已逾相當期間」或「難以維持婚姻重大事由已持續相當期間」之情，且配偶雙方因該重大事由而分居一段期間者，縱該重大事由全部可歸責於原告（即有責一方），亦不妨准原告所請。

（四）吳陳鐶大法官之部分不同意見書：

吳陳鐶大法官「贊同」多數意見認系爭規定不違憲之結論；惟「不贊同」多數意見要求立法者就一律限制唯一有責請求裁判離婚，可能導致個案顯然過苛之情形，限期修法，蓋氏認為此舉侵害立法者之立法形成空間（自由）。

1、氏認為，釋字第 791 號解釋釋明之「婚姻自由」，僅限於「是否結婚」、「與何人結婚」及「兩願離婚」，並未納入離婚自由，自無單方片面決定離婚之自由。是倘兩人締結婚姻關係後，無法透過雙方兩願離婚時，尚不容單方自由決定離婚，個人既自主決定與他方締結婚姻關係，即婚姻應受之法律關係拘束，負擔相關義務，不得恣意違反，且如使違反婚姻義務之一方，擁有得主動請求裁判離婚之權利，亦有違誠信原則。

2、依比較法觀點，各國因社會狀況、價值觀及法律制度，就離婚制度容有不同之設計，甚至有禁絕離婚者。氏並舉德國、瑞士、日本及愛爾蘭之立法例，歸結出各該國家亦不許具可歸責事由之一方，單方請求裁判離婚，作為支撐其不同意見之說理。

3、再者，氏認為縱使存在多數意見所稱適用系爭規定造成個案顯然過苛之情形；惟此一處境係唯一可歸責一方配偶之行為所自招，已欠缺權利保護必要，且多數意見未考量未成年子女之利益或拒絕離婚一方離婚後極為困難之極端例外狀況，以及要求不可歸責一方承擔唯一可歸責一方之行為而「被」離婚之結果，顯然忽略憲法第 23 條規定——法律限制自由權利，須基於公共利益或防止妨害他人自由——，**「侵害立法者比較權衡離婚自由與不離婚自由、子女之利益及婚姻關係存續中與離婚後各項錯綜複雜法律關係後，自由形成裁判離婚事由之空間，…」**

（五）楊惠欽大法官之不同意見書：

楊大法官認為，多數意見對系爭規定作成（部分）違憲結論之部分，關於「請求裁判離婚」為憲法所保障之權利乙節，是否已提供足夠之說理，有待商榷；且系爭規定限制唯一有責一方請求裁判離婚，藉以衡平婚姻存續或解消意思不一致之雙方配偶間婚姻自由，尚屬合憲，故提出不同意見書。

1、楊大法官首先確認：於裁判離婚解消婚姻關係之情況下，確實會產生配偶雙方婚姻維持或解消意思不一致之衝突；惟此間衝突，應由立法者以婚姻關係為兩人共同協力經營婚姻生活為出發點，考量這樣的婚姻生活於當代社會之於個人之價值意義，從而形塑裁判離婚制度，藉以衡平。立法者業於 74 年 6 月 3 日增訂民法第 1052 條第 2 項規定，擴大裁判離婚事由，加以現代婚姻關係如生嫌隙，該破綻通

常係肇於配偶雙方互動之結果，絕難將破綻僅歸責其中一方，且隨時間推移，破綻事由之發展及可歸責對象，即可能發生變動[21]，況破綻既生，除孰因孰果難以辨認以外，窮究雙方可歸責程度，亦無甚意義。若婚姻之破綻事由僅可歸責於配偶一方，卻仍使該唯一有責配偶得提起裁判離婚，不啻刻意忽視唯一有責配偶成立婚姻、共營生活之承諾，更逕然奪取無責一方配偶維持婚姻之意思自主，此不僅與國民法感情及社會價值齟齬，亦陷兩願離婚制度於喪失功能、裁判離婚制度遭不當利用之風險中。從而，婚姻關係破綻僅能歸責於一方配偶之情況寥寥無幾，故立法者限制唯一有責配偶不得請求裁判離婚，已足衡平就配偶間婚姻關係存續或解消意思不一致之雙方婚姻自由。

2、多數意見所稱「顯然過苛」之抽象描述，應係指：「**『婚姻破綻已發生或持續相當期間致婚姻形骸化』或『婚姻形骸化』**」，而「婚姻形骸化」者，依本件憲法判決理由載敘：「**其所保障者往往僅存維持婚姻之外在形式，而已不具配偶雙方互愛或相互扶持依存之婚姻實質內涵**」、「**漸行漸遠或已處於水火**」之內容推測，應係指婚姻關係中之冷暴力或口角頻繁之相處情況，此時，已非多數意見所稱存在唯一有責一方之情，而係雙方均有責；抑且，如上所述破綻事由之隨著時間發展，其可歸責對象及程度亦隨之變動，殊難想像於相當時間經過後，配偶間存在全然無可歸責一方之情況。「**換言之，適用系爭規定以限制唯一有責配偶不得請求裁判離婚之情形，微乎其微，實無再藉由所謂『個案顯然過苛』之見解，免除系爭規定對唯一有責配偶之裁判離婚請求權限制之必要。**」縱存在婚姻破綻事由持續相當期間，該唯一有責一方仍係唯一有責之極端個案，面對全然無責一方配偶，什麼樣的情況稱得上對唯一有責一方顯然過苛？實難想像。況且，縱不准唯一有責一方請求裁判離婚存在顯然過苛之情，為何對全然無責一方違反其意願強迫解消婚姻不會顯然過苛？再者，多數意見立論基礎在於：限制唯一有責配偶請求裁判離婚，僅換得徒具形式外觀之婚姻關係，亦可能對未成年子女產生不利影響；惟前述理由涉及高度個人價值選擇或個案差異，值今日價值、家庭、婚姻多元取向之社會，司法權實不宜代為價值判斷。此外，多數意見所稱「顯然過苛」亦屬高度主觀價值判斷事項，除意義未甚明朗外，日後個案裁判歧異，亦不難預見。

3、最後，楊大法官認為，本件憲法判決之作成，是對於婚姻破綻之裁判離婚制度全面檢討之起點，婚姻之社會功能日漸相對化，轉而強調婚姻關係當事人之主體性及雙方之人格發展，立法者應基於配偶雙方為婚姻自由基本權主體之角度，對裁判離婚制度加以整體修正。

21. 楊大法官舉例：配偶一方外遇、拒繼續與原配偶繼續同居，繼而依民法第1052條第2項請求裁判離婚遭駁回；嗣該唯一有責配偶結束外遇，回歸家庭繼續履行其配偶義務，惟本無責之他方配偶對之冷暴力、冷嘲熱諷，致雙方口角頻仍，難以和平共處。此時，即可能有新破綻事由產生，且雙方均有責。

未能舉證標的物交付時有瑕疵
－債務不履行舉證責任分配之實務觀察

陳思潔*

摘要

給付標的物瑕疵之債務不履行損害賠償責任，在訴訟舉證之攻防上，按法理原則，本應由買受人證明瑕疵之存在，再由出賣人證明瑕疵不可歸責於己，用以抗辯免責，符合債務人應「依債履行」之邏輯。循此標準，則依法審判應無疑義。然而所謂證明瑕疵之存在，應係指「已發生瑕疵之事實」而言，其與「發生瑕疵之原因」兩者應該清楚區辨。尤其發生瑕疵之原因為何？涉及歸責事由之判斷，倘若兩者混淆，舉證責任之分配必然發生違誤，致使買受人除證明瑕疵之存在以外，另須證明「瑕疵可歸責於出賣人」，已有悖於上述舉證責任之法理原則，進而產生民事訴訟法第 277 條適用法律不當之違法，影響判決結果之公正性。為突顯上述爭點，本文擬藉一則實際案例為題，自債法原理探討訴訟上分配舉證責任原則，並參酌類似案例在實務上之實踐結果，用以反思設題案例中有關法律適用之合理性。

問題 [1]

甲向乙汽車行購買中古車一輛，約定保固期間半年，詎交車後僅四個月，即在市區道路行駛中，發生引擎起火。甲立時棄車躲避，幸無人身傷亡，但該車陷入大火，終於燒燬。嗣後，甲依據債務不履行責任起訴請求乙賠償車價，乙則抗辯：甲應就系爭車輛於交付時有何瑕疵負舉證責任。經法院判決，雖經鑑定起火原因為引擎故障，卻認定甲未能舉證證明該引擎故障之原因為系爭車輛交付時所固有之瑕疵，因而駁回甲之請求。

試問：所涉債務不履行損害賠償之舉證責任應如何分配？

一、債之履行應合於債務本旨

債之成立、履行、消滅，若比喻為債之生命周期，而債務本旨，無疑居於骨幹的地位。民法第 153 條規定：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立，關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之。」規範了當事人如何在不斷的磋商中，逐漸達到對債務本旨的共同認識；復就同法第 235 條規定：「債務人應依債務本旨提出給付」；以及同法第 309 條第 1 項規定：「債務人應依債務本旨向債權人或其他有受領權人為清償」，足見債之成立、履行、消滅都是緊扣債務本旨概念所架構。

債之關係發生（成立）以後，即進入履行之問題。民法第 199 條規定：「債權人基於債之關係，得向債務人請求給付。」債務一經履行，債之關係即行消滅，所以履行又稱清償，有學者謂：給付、履行、清償是一體三面，只是觀察角度不同而已 [2]。但如何履行？並非債務人之自由，必須給付內容合於「債務本旨」，即雙方約定或法律規定。如果符合，債之關係消滅，如不符合，債之關係不消滅。民法第 235 條規定：「債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力。」第 309 條第 1 項規定：「依債務本旨，向債權人或其他有受領權人為清償，經其受領者，債之關係消滅。」債務人不依債

*作者爲執業律師，感謝薛西全律師提供本文法律意見，惟作者仍自負文責。
1. 實際案例改編，並省略原案關於瑕疵擔保責任之論述，以集中爭點。
2. 參見鄭玉波，民法債編總論，2002 年，修訂二版，三民書局，頁 319、612。

務本旨，任意提出給付者，不能稱為債務已經履行。債之目的不達，債之關係當然不消滅。是以債之效力，其爭點在於履行，履行之爭點，又仰賴當事人對於「債務本旨」的共同認識。

除此之外，界定雙方對於債務本旨之共同認識與約定為何，亦有助於理解「瑕疵」之具體內涵。基於債之相對性原則，在買賣契約中，標的物之某項特徵，特別為當事人甲乙所重視，或甲乙均有認識、並已允諾，進而構成約定內容者，嗣在實現該約定內容時，標的物已經不具備是項特徵，或特徵減損、增加、變動，此種前後不符的狀況，可謂之瑕疵。例如，在市場上購買蘋果，選擇顆粒較小、且有斑點、但價格較便宜的品項，買賣雙方銀貨兩訖，則外觀較差之特徵並不構成瑕疵。此參照最高法院 101 年度台上字第 1898 號判決意旨，亦可明瞭：「給付如以交付特定物為標的者，債務人應以契約成立時雙方約定之現狀交付之，苟以約定現狀交付之，即屬依債務本旨而為交付。」可見受債之相對性之影響，「瑕疵」之具體內容可能依據個案情形不同而產生浮動，倘若不能掌握當事人間所認識或約定之「債務本旨」為何，如同失去「定位點」，將無法釐清當事人所爭執之原因事實群中，哪些是審判上必須斟酌、調查，而於判決理由中必須敘明的「爭點」，哪些又是不影響判決結果之「其餘攻擊防禦方法」。

債務履行與否，視乎債務人提出之給付是否符合債務本旨，如果符合，債務已履行，債即消滅，反之同理。債權人與債務人雙方提出之主張及事證，雖有助於法院釐清債務本旨內容，但為了通盤掌握，仍須依照民法第 98 條關於解釋契約之原則，以過去事實及其他一切證據資料為斷定之標準，不能拘泥文字致失真意。誠如學者[3]所言，契約本旨主要為契約當事人如何約定之問題，給付之提出是否符合契約本旨，取決於雙方約定，債務人未依約定本旨履行而負擔契約責任，亦屬契約約束力之範疇。立法者無法規範契約本旨之具體內涵，充其量僅能於當事人未約定違約之救濟方法時，制定任意規定以補充契約之不足。

二、依債履行為債務人之義務

債之完全給付，除債權人有協力義務之場合，乃債務人之義務，非債權人之責任，是故債務人主張已為完全給付者，應自己證明之。在此項證明完足之前，債務是否已履行，尚處於事實真偽不明之狀態，債務人於訴訟上之主張與證明責任自不能有所消滅。契約之不完全給付，按通說見解認為債權人僅須證明契約之存在及損害之發生即可，若債務人欲求免責，按照民法第 230 條規定意旨，則須證明債務之不履行，係由於不可歸責於己之事由所致。此項關於債務不履行之舉證責任分配原則，其法理不難明瞭，但其中容易忽略：對於可歸責債務人之事由，債權人不負證明之責，亦無義務證明。從而，在確立債務本旨內容以後，關於債之不完全給付，首先由債權人舉證證明不完全給付之事實，再由債務人舉證證明給付不完全非可歸責於己，債權人則無庸證明債務人之可歸責性。上述舉證責任分配及證明順序，業經最高法院 77 年台上字第 1989 號判決略以：「債務人負有依債務本旨為給付之義務，違背債務之本旨為給付，即屬不完全給付，為瑕疵之給付，是以債務人如主張其已為完全給付，當由其負證明之責，雖債權人於受領給付後，以債務人給付不完全為由，請求債務人損害賠償，關於給付不完全之點，應轉由債權人負舉證責任，惟不完全給付，非

3. 參見陳自強，不完全給付與物之瑕疵－契約法之現代化II，國立臺灣大學法學叢書 214，新學林，2013 年 12 月版，頁 60。

有可歸責於債務人之事由，為債務人免責要件，故債務人以不完全給付係因非可歸責於己之事由所致為抗辯，就此仍應由債務人證明之。」明確表示見解，應可依循。除此之外，本於類似法理之物之瑕疵擔保責任，自最高法院 93 年度台上字第 956 號民事判決意旨：「按民法第三百五十四條規定：物之出賣人，對於買受人應擔保其物依第三百七十三條之規定危險移轉於買受人時，無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵。是買受人受領買賣標的物後，主張物之瑕疵擔保權利，而出賣人否認有物之瑕疵時，應先由買受人就瑕疵存在之事實，負舉證之責任，必須證明其為真實後，出賣人於其否認之事實，始應負證明之責任。」及臺灣高等法院 101 年度上易字第 1268 號民事判決意旨：「出賣人之瑕疵擔保責任係法定責任，固不以出賣人具有過失為必要，但買受人以買賣標的物有瑕疵，主張出賣人應負瑕疵擔保責任，須就標的於危險移轉時有瑕疵之事實先負舉證之責。出賣人如抗辯其有可免責之事由者，對此項免責之事由，始應由其負舉證責任。」均認為買受人以買賣標的物有瑕疵，主張出賣人應負瑕疵擔保責任，須就標的物於危險移轉時有瑕疵之事實先負舉證之責，出賣人如抗辯其有可免責之事由者，對此項免責之事由，始應由其負舉證責任，論理上亦無不合，應值贊同。

三、瑕疵之成因為歸責性證明問題

既然實務見解已確立上述舉證責任之分配原則，則依法為妥適之審判，似無問題，然而卻仍發生類似個案事實彼此判決結果不一致之情形。本文認為其疑義在於，通說所謂「買受人僅須證明給付標的物有瑕疵即可」，倘若不加深究，極易混淆「瑕疵事實」與「瑕疵原因」兩者，誤認為買受人對於該兩項事實皆必須舉證證明，疏未詳查「瑕疵原因」之判斷已經涉及「歸責性」之有無，即出賣人之主觀故意或過失責任。其混淆結果，導致買受人必須負擔額外之舉證責任，證明「瑕疵之存在時點」或「瑕疵於交付時已經存在」等重要構成要件，違反了出賣人原應依債履行之根本大原則，致生不恰當之舉證責任分配結果。舉例而言，外觀正常的蘋果買回後，某日出現潰爛，切開一看方知果核有蟲，才導致蛀蝕果肉；出廠檢驗合格的汽車使用數個月後，突在行進中起火燒燬，經鑑定方知是引擎電線短路，才導致電線走火。上兩項事例，「蘋果潰爛」與「汽車燒燬」為買受人之「損害結果」，「果核有蟲」及「引擎電線短路」則是「瑕疵事實」；試參照最高法院 109 年度台上字第 2186 號判決意旨：「按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。買受人主張買賣標的物有瑕疵，出賣人應負瑕疵擔保之損害賠償責任者，應由買受人就瑕疵之事實負舉證責任。」按上述債務不履行之舉證法理與實務見解，買受人只須證明發生損害結果、且標的物具有瑕疵之事實，以及損害乃該瑕疵所導致（即因果關係），即已盡其舉證責任。至於發生瑕疵之原因，例如果核為何有蟲？引擎電線為何短路？涉及最終責任歸屬，而歸責性之證明，應由出賣人負擔舉證責任。縱使出賣人主張標的物交付時無瑕疵，該瑕疵乃交付後，買受人使用不當或保管不當所致，亦屬「不可歸責於己」之抗辯，恆不影響此一舉證責任之本質，仍應由出賣人舉證免責，否則無異於強令買受人舉證證明「瑕疵不可歸責於買受人，且可歸責於出賣人」，即原告負擔本訴訟一切之舉證責任，其判決之違法不難考見。

事實上，若從債務不履行之法理，交付買賣標的物不符合約定內容或違反法律規

定，即屬不依債務本旨給付，至於發生該情形之原因，應由債務人舉證非可歸責於己，用以免除其過失責任。次按辯論主義之精神，主張與舉證，有不可分之關係，二者必相結合而歸於當事人一方，依據目前通說對於舉證責任分配所採之「利己事實說」，當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。據此，提出完全之給付既然為債務人之義務，給付不合債務本旨，而債務人能夠舉證不可歸責於己，藉以免除過失責任，此種有利於債務人之事實，當然應由債務人自己證明，實無債權人替債務人負擔舉證責任之理，誠如學者所言[4]：原告費錢繳納裁判費而起訴，必係主張有利於己之事實，不可能主張不利於己之事實，然則任何訴訟均須由原告先負舉證之責任，如不能舉證，即受敗訴之判決，顯不公平。

四、相關案例見解

「瑕疵事實不等於瑕疵原因」及「歸責性之證明責任」有時不易釐清，致使同類型案件在不同審判庭之間產生完全相反的判斷結果，有時損及人民對司法之信賴。試舉下列兩則判決為例，其事實前提，均為買賣中古車在一般行駛中起火燒燬，且起火點之零件於鑑定時已滅失不存在：

1. 第一則判決[5]（上訴人為買受人）

「……系爭汽車之設計，在機械零件本身無瑕疵之情形下，如冷卻風扇運轉過熱電氣負荷過大，則冷卻風扇保險會先熔斷，冷卻風扇應該會停止運轉，惟系爭汽車仍在冷卻風扇運轉過熱時，卻未停止運轉，終至熱熔異位與冷卻器摩擦起火，而導致本件火燒車之意外，系爭汽車保險絲雖因火災燒燬而不存，無從鑑定其未發生作用之原因為何，惟參諸證人○○○之前開證詞及○○公司上開函文，足知系爭汽車之冷卻風扇之設備或迴路存有機械上之瑕疵，方導致主風扇運轉過熱仍未停止運轉，系爭汽車起火燃燒與人為操作及外裝電器設備並無相關乙節，應堪認定。又參諸系爭汽車自 97 年 3 月 21 日交車至發生火災之 97 年 3 月 31 日止，僅僅 10 日，期間上訴人僅於同年月 27 日依兩造約定至被上訴人指定之賓聯汽車保養，惟其保養項目並不包括水箱冷卻電扇及電路迴路之更動，為兩造所不爭執，是系爭汽車冷卻風扇設備或迴路之機械瑕疵，顯係被上訴人交付系爭汽車時業已存在。……就侵權行為言，被害人固應就行為人因故意或過失，不法侵害其權利之事實負舉證責任，惟在債務不履行，因債務人所以應負損害賠償責任，係以有可歸責之事由存在為要件，故債權人苟證明債之關係存在，債權人因債務人不履行債務（給付不能、給付遲延或不完全給付）而受損害，即得請求債務人負債務不履行責任，如債務人抗辯損害之發生為不可歸責於債務人之事由所致，即應由其負舉證責任，如未能舉證證明，自不能免責，二者關於舉證責任分配之原則有間。本件引起系爭汽車起火燃燒之原因，係由於冷卻風扇設備或迴路之機械瑕疵所致，已如上述，系爭汽車係由被上訴人出售予上訴人，上訴人並因而受有損害，依上說明，被上訴人主張就損害之發生有不可歸責之事由，應負舉證責任。」

2. 第二則判決[6]（被上訴人為買受人）

「……系爭汽車自燃之原因應係水箱散熱電動馬達電流過載所致，然而，導致水箱散熱電動馬達電流過載之原因是否係因系爭汽車之固有瑕疵及瑕疵存在時點為何，經汽車工程學會以系爭鑑定報告表示：因學會人員現場勘查時，已不見散熱風扇電動馬達，致無從鑑定起火原因是否為系爭汽車零

4. 姚瑞光，民事訴訟法論，自版，2012 年 1 月，頁 484。
5. 取自臺灣高雄地方法院 98 年度簡上字第 317 號民事判決意旨，並節錄與本文題旨有關之爭點部分，僅用作學理討論。
6. 取自臺灣高雄地方法院 106 年度簡上字第 135 號民事判決意旨，餘同註 5。

件本身瑕疵所致，或因疏於保養等其他因素所致，亦無從鑑定瑕疵存在時點。則系爭汽車起火燃燒是否係因固有瑕疵所致，仍屬不明……導致水箱散熱電動馬達電流過載之原因並非必然係汽車之固有瑕疵，亦有可能係馬達內部零件在車輛正常行駛過程耗損產生故障所致，被上訴人既主張系爭汽車起火燃燒係因固有瑕疵所致，即應由被上訴人舉證證明之。尤其系爭汽車自上訴人交付被上訴人至起火燃燒時止，均在被上訴人使用管領之下，而被上訴人亦已駕駛 4 月餘，期間究為如何使用、行駛多少里程數及能否因此認係固有瑕疵而排除零件磨損之因素等與肇致水箱散熱電動馬達電流過載有關之事項，更應由被上訴人負舉證之責。」

上兩項案例最顯著之差異，在於車輛起火原因（即瑕疵原因）應由何人舉證？第一則判決認為應由出賣人證明瑕疵不可歸責於己，第二則判決認為應由買受人證明瑕疵不可歸責於己、而且可歸責於出賣人。按本文前述所引用之學理及實務見解，第二則判決之論理似已違反債務不履行關於歸責性之舉證責任分配原則，即有不當適用民事訴訟法第 277 條之違法。

除了同類型案件在舉證責任分配上之見解歧異之外，尚有同一案件在不同審級之間，為了證明責任歸屬而迭經上訴或發回更審者，引用如下：

1. 第一則案例

本案第一審判決[7]認定原告購買系爭汽車後原本行駛正常，嗣更換零件後便發生車輛起火事故，則原告應證明起火原因係車輛瑕疵所致，原告既不能證明，自應受敗訴判決。經上訴第二審認為系爭汽車均有按時回廠保養，於通常使用之下因引擎機械因素導致起火，堪認系爭車輛欠缺安全性（給付違反債務本旨），且被上訴人（出賣人）未能舉證證明車輛起火係肇因於上訴人（買受人）之過失，故而上訴人請求賠償損害為有理由。

案經上訴於第二審[8]，判決雖未特別論述舉證責任之分配，然而明確指出系爭車輛在通常使用中造成故障、起火燒燬，足認系爭車輛之品質已不符合債務本旨，至於被上訴人（出賣人）關於上訴人使用不當才導致車輛起火之抗辯，自應由被上訴人舉證證明之。其論理符合債務不履行之歸責事由應由債務人舉證藉以免除自己責任之法理，殊值贊同。

2. 第二則案例

本案第一審判決[9]認定車輛所以起火，肇因於冷氣加裝電瓶接線部分裝置不當，而此部分為被告（出賣人）所安裝，乃加害給付之行為，屬侵權行為性質，同時亦屬債務不履行。第二審判決[10]則認為，車輛出廠後應定期保養、更換機油及管線等材料，乃眾所週知之事實，系爭車輛平時維修保養係由被上訴人（買受人）自理，而同批型號車輛之電瓶線本有兩種不同之線路配置方式，

7. 節錄自臺灣臺中地方法院 102 年度訴字第 30 號民事判決意旨：「本件原告於 98 年 7 月 16 日購買系爭汽車後，開始頻繁使用並未發生問題，直到約二年半後，在更換多項零件、且在更換避震器上座後 4 天之 101 年 1 月 14 日即發生本件事故，則究是系爭車輛本身之瑕疵，亦或原告更換之零件或施工不當所致，即屬不明。原告既未能證明本件事故確係系爭車輛本身之瑕疵所致，其依消費者保護法、民法不完全給付之法律關係，請求被告等負損害賠償責任云云，即屬無據。」

8. 節錄臺灣高等法院臺中分院 103 年度上字第 140 號民事判決意旨：「查系爭車輛均按時送原廠保養，且未超速行駛，系爭車輛既按通常使用，且僅使用二年六月，尚不足五年耐用年數，於行進間卻因引擎室之「機械因素」起火燃燒，造成系爭車輛燒燬，足認系爭車輛之生產、製造或加工、設計存有瑕疵，且不符合現代科技或專業水準可合理期待之安全性，自難認系爭車輛之品質符合債務本旨，是上訴人請求被上訴人等賠償損害，洵屬有據，故原審逕駁回上訴人之請求，顯有未當。又查，系爭車輛均按時送原廠保養，且駕駛陳○○於案發當日發現系爭車輛有異後，即刻報警處理，業經駕駛陳○○證述明確，是被上訴人抗辯，上訴人並未按時保養，及就系爭車輛之燒燬，與有過失云云，未能舉證以實其說，自不足採。」

9. 請詳見臺灣臺北地方法院 93 年度重訴字第 1455 號民事判決意旨。

10. 參照臺灣高等法院 94 年度重上字第 484 號民事判決意旨：「汽車出廠後應定期保養，並爲機油、管線等材料更換，乃眾所週知。本件系爭大客車於民國 89 年 7 月 14 日領取牌照至民國 93 年 6 月 23 日中午起火燒毀，距上訴人交車時間已相隔近四年，而被上訴人自認其所有之汽車（營業大客車）都是在其自己之保養廠維修屬實，而系爭大客車起火原因，係因系爭大客車平時維修保養問題，難謂被上訴人就其損害之發生係因該商品之「通常使用」所致一節，已盡舉證責任。更未證明其損害之發生與商品之通常使用具有相當因果關係，是則，被上訴人據此請求令上訴人就其商品負侵權行爲之賠償責任，尚非有據。同批購買之同型車既有兩種不同之線路配置，尤難謂其配線與金屬管交錯之瑕疵情形，係上訴人於交車（底盤）時已存在，而實際維修該車之保養廠，係爲被上訴人自己所有，有如前述，而汽車之維修保養係汽車安全行駛之最大保障，本件系爭大客車業經被上訴人收受使用近四年之久而起火燒毀，被上訴人依民法第 373 條之規定，請求上訴人負債務不履行之賠償責任，亦無可取。」

難謂系爭車輛電瓶線與金屬管交錯之配置方式，即為系爭車輛該次起火之原因。被上訴人既無法證明系爭車輛於通常使用中發生損害之因果關係，又無法證明起火之電瓶線配置為交車時已有之瑕疵，則應認為系爭車輛起火原因，係車輛平時維修保養問題，被上訴人請求賠償即無理由。案經上訴第三審[11]以原審未查明不同之線路配置方式對於電線短路起火有何影響，若有不當配線之情形，是否為原廠裝置或交車後之添加物，是否涉及特殊專業知識而為非原廠設計之裝置者或維修者所不知等等，諸項事實調查未盡，攸關出賣人責任之歸屬而發回。惟更一審判決仍認定縱使有交叉配線之裝置，被上訴人（買受人）仍未能舉證證明系爭車輛於上訴人（出賣人）交付時具有線路絕緣不良之瑕疵，不足以認定交叉配線與電線短路起火之因果關係，且未證明車輛已為通常之使用（包含定期維修保養），故而請求賠償之主張為無理由[12]。嗣再上訴於第三審，仍維持更一審判決之見解[13]。

本案爭點除了系爭車輛是否符合通常使用之外，尚有車輛欠缺固定良好絕緣之瑕疵（即瑕疵事實），而線路絕緣磨損導致短路起火，究係交車時已具有之瑕疵，或交車後因買受人保養不當所致（即瑕疵原因）？論理應由出賣人負舉證責任。更一審及其上訴第三審判決雖認為出賣人主張買受人就系爭大客車未定期維修保養，致管線固定鬆動磨損絕緣而發生短路起火等，尚非全然無據，然而該兩項判決亦一再表示「上訴人未舉證證明系爭大客車於交付時有欠缺固定良好絕緣之瑕疵」，似仍認為買受人應自行舉證起火原因可歸責於出賣人，而非由出賣人舉證證明不可歸責於己。從本件案例亦可得知「瑕疵事實」與「瑕疵原因」並不容易區分，且由於瑕疵原因涉及出賣人責任歸屬之判斷，若兩者發生混淆，易造成買受人同時負擔兩者之舉證責任，出賣人僅予以否認即可，其違反舉證責任分配原則，將造成不公平之判決結果甚明。

五、結論

綜上總結，題示系爭車輛之瑕疵原因，無論是不可歸責出賣人或可歸責買受人，均應由出賣人負舉證責任，不應轉嫁買受人承擔，其舉證責任之分配應可以再商榷，以免將來此種案例，使出賣人心存僥倖，反不利於交易秩序與消費安全保障。

11. 參照最高法院 96 年度台上字第 245 號民事判決意旨：「金屬管路與電氣配線如成平行狀，且固定良好，未鬆動，將不致磨損電線之絕緣體，即得以避免短路之發生。則線路倘固定良好、未鬆動，配線非交叉狀，是否可不致發生短路？或者只要管線交叉配置，縱固定良好，仍會發生短路起火之結果？而管線之不得交叉配置，是否爲設計者、裝置者，乃至於維修者均應具備之基本專業知識？又鑑定結論二之「其中一條裸銅線部分像焊接般的粘著於金屬配管上，交叉配置　」，該裸銅線是否爲原廠裝置？或客車交付後之添加物？對系爭客車該起火點之發生短路有何關連性？在在均攸關被上訴人應否負出賣人責任之判斷。原審未遑詳查審認，遽認短路起火爲上訴人之保養不當所致，而爲上訴人敗訴之判決，自嫌速斷，尚屬難昭折服。」

12. 參照臺灣高等法院 96 年度重上更（一）字第 30 號民事判決意旨：「大客車之電線與管路如有固定良好之絕緣，縱採交叉配線之裝置，將不致因此磨損電線而發生短路起火，僅以系爭大客車之電氣配線與金屬管路採交叉配置，尚難遽認該商品必有安全上危險之瑕疵，已如上述。而被上訴人復未舉證證明系爭大客車於上訴人交付時確有欠缺固定良好之絕緣致引發系爭火燒車事件，即難認上訴人有不法侵害被上訴人之故意或過失。又系爭大客車於 89 年 7 月 14 日領取牌照至 93 年 6 月 23 日中午起火燒毀，距上訴人交車時間已相隔近 4 年，而被上訴人有未落實定期維修保養其所有大客車之情形，亦如上述，自難認被上訴人就其損害之發生係因該商品之「通常使用」所致乙節，已盡舉證責任。系爭大客車之電氣配線與金屬管路採交叉配置，尚難認有安全上危險之瑕疵，而被上訴人復未舉證證明系爭大客車於上訴人交付時確有欠缺固定良好絕緣之瑕疵，已如上述。況本件被上訴人於 89 年 2 月 22 日係同時向上訴人訂購韓國現代大客車底盤及其冷氣系統 18 部，系爭大客車係其中 1 部，此有訂購契約書附卷可稽。而兩造於買賣系爭大客車底盤及冷氣系統時並無約定管線不得交叉配置，爲被上訴人訴訟代理人所自承，且除系爭大客車因起火燒毀外，其餘之大客車（包括採交叉配線之車號 ×× － ××× 大客車）迄仍正常使用中。綜此以觀，上訴人於兩造於買賣系爭大客車底盤及冷氣系統時，上訴人並未保證管線絕無交叉配置，而被上訴人復未舉證證明系爭大客車於交付時有欠缺固定良好絕緣之瑕疵且上訴人故意不告知，即難認上訴人有未依債務本旨而爲瑕疵或加害之不完全給付。」

13. 參照最高法院 97 年度台上字第 975 號民事判決意旨：「被上訴人主張上訴人就系爭大客車未定期維修保養致管線固定鬆動磨損絕緣而發生短路起火等語，尚非全然無據。而上訴人又未能舉出其他證據以證明被上訴人所交付之系爭大客車確因欠缺固定良好之絕緣而有商品安全上之危險情事，即難謂系爭車故係因系爭大客車不具安全性而引發致上訴人受損，則上訴人依消費者保護法第七條之規定，請求被上訴人賠償其損害，尚非可取。次查，上訴人既未能舉證證明系爭大客車於被上訴人交付時確有欠缺固定良好之絕緣致引發系爭事故，即難認被上訴人有不法侵害上訴人之故意或過失。又受害人依民法第一百九十一條之一第一項規定請求商品製造人負賠償責任，仍應就其損害之發生係因該商品之「通常使用」所致乙節，先負舉證責任。於受害人證明其損害之發生與商品之通常使用具有相當因果關係前，尚難謂其損害係因該商品之通常使用所致，而令商品製造人就其商品負侵權行爲之賠償責任。本件系爭大客車於 89 年 7 月 14 日領取牌照至 93 年 6 月 23 日中午起火燒毀，距被上訴人交車時已相隔近四年，上訴人於交車後並有未落實定期維修保養其所有大客車之情形，自難認上訴人就其損害之發生係因該商品之「通常使用」所致乙節，已盡舉證責任。是上訴人主張因被上訴人生產交付之系爭大客車之通常使用而受有損害，不能回復原狀，依上述侵權行爲之法律關係，請求被上訴人負損害賠償責任，亦不足採。再查，上訴人於 89 年 2 月 22 日係同時向被上訴人訂購前述韓國現代大客車底盤及其冷氣系統十八部，系爭大客車僅係其中一部，除系爭大客車外，其餘大客車（包括亦採交叉配線之 ×× － ××× 車號大客車）迄仍正常使用中。而被上訴人於兩造買賣系爭大客車底盤及冷氣系統時，並未保證管線絕無交叉配置，上訴人復未舉證證明系爭大客車於交付時有欠缺固定良好絕緣之瑕疵，且上訴人復有故意不告知之情事，即難認被上訴人有未依債務本旨而爲瑕疵或加害之不完全給付之情形，則上訴人依瑕疵及不完全給付之規定請求被上訴人賠償財產上損害，洵非有據。」

民事訴訟法督促程序相關法律問題之研究
～以他債權人可否代位債務人聲明異議為中心

蘇吉雄*

壹、前言

民事訴訟法督促程序之立法目的固在使數量明確且無訟爭性之債權得以迅速、簡易確定，節省當事人勞費，以收訴訟經濟之效果，惟究難忽視債務人訴訟權之保障，兩者如何取其平衡而有所兼顧，有賴於周全之立法設計。

綜觀民事訴訟法督促程序編之立法沿革，計有 24 年 7 月 1 日版、34 年 12 月 26 日版、57 年 2 月 1 日版、60 年 11 月 17 日版、92 年 7 月 1 日版、98 年 1 月 21 日版及 104 年 7 月 1 日版等，就其重要條文內容變遷而言，24 年 7 月 1 日版創設支付命令宣告假執行程序及宣告假執行之裁定，與確定判決有同一之效力[1]。60 年 11 月 17 日版鑒於原法規定支付命令之宣告假執行程序，徒增債權人聲請及法院裁定之煩，對債務人亦無實益，除刪除宣告假執行程序，將督促程序予以簡化，便利債權人行使權利外[2]，並修正規定債務人對於支付命令未於法定期間提出異議者，支付命令與確定判決有同一之效力[3]。92 年 7 月 1 日版有 3 項修正，其一：原第 510 條係就對個別債務人聲請支付命令時規定專屬管轄法院，惟債務人如為多數，而住所不在同一法院管轄區域內，依法得對之提起共同訴訟者，應由何法院管轄，易滋疑義，爰增列「第 20 條」共同管轄之規定，俾利適用[4]。其二：法院就債權人聲請之數個請求，或債權人、債務人之一造或兩造為複數，發支付命令者，該數請求或多數債權人、債務人相互間，非必有牽連，參酌第 513 條規定得就請求之一部發支付命令之立法意旨，修正第 516 條規定允許債務人得對於支付命令之全部或一部提出異議[5]。其三：支付命令確定後既與確定判決有同一之效力，則支付命令如有第 496 條第 1 項之情形者，亦宜適用再審程序以為救濟。又再審之訴為前訴訟程序之再開或續行，而支付命令並未經訴訟程序，故對支付命令提起再審之訴者，應視其於支付命令聲請時，就原聲請事項已經起訴，俾其訴訟程序之再開或續行，有所依據，爰增設第 2 項[6]。98 年 1 月 21 日版鑒於因債權人聲請發支付命令時，即有行使權利之意思，時效應予中斷，但實務上常有法院以支付命令已合法送達而核發確定證明書，嗣後因債務人抗辯未合法送達，經查明屬實，而將確定證明書撤銷，致發生支付命令不能於核發後三個月內送達債務人，依第 515 條第 1 項規定支付命令失其效力。又民法第 132 條規定支付命令失其效力時，時效視為不中斷，因而造成債權人不利之情形，影響債權人聲請發支付命令之意願。為兼顧保障債權人之權益與債務人之時效利益，爰增訂第 2 項，規定如有未經合法送達，而法院誤發確定證明書者，自確定證明書所載確

*本文作者曾任高雄律師公會首屆理事長暨全國律師聯合會第 6 屆第 2 任理事長。

1. 24 年 7 月 1 日版民事訴訟法第 513 條第 1 項、第 517 條。
2. 60 年 11 月 17 日版修正民事訴訟法第 514 條立法理由。
3. 60 年 11 月 17 日版修正民事訴訟法第 521 條立法理由。
4. 92 年 2 月 7 日版修正民事訴訟法第 510 條立法理由。
5. 92 年 2 月 7 日版修正民事訴訟法第 516 條立法理由。
6. 92 年 2 月 7 日版增訂民事訴訟法第 521 條第 2 項立法理由。

定日期起五年內，經撤銷確定證明書時，法院應通知債權人，且債權人如於通知送達後20日之不變期間起訴者，視為自支付命令聲請時，已經起訴；其於通知送達前起訴者亦同。第2項所稱之「五年」係參考民事訴訟法第500條提起再審期間之規定訂定[7]。104年7月1日版有3項修正，其一：督促程序之立法目的固在使數量明確且無訟爭性之債權得以迅速、簡易確定，節省當事人勞費，以收訴訟經濟之效果，惟難免支付命令淪為製造假債權及詐騙集團犯罪工具，嚴重影響債務人權益，為兼顧並保障債權人、債務人正當權益，避免支付命令遭不當利用，爰增訂第511條第2項，強化債權人之釋明義務。若債權人未為釋明，或釋明不足，不合於本條第2項規定者，法院得依本法第513條第1項規定，駁回債權人之聲請[8]。其二：參酌德國及日本之督促程序制度，未於法定期間內提出異議之支付命令僅得據以聲請假執行裁定，仍不具有既判力。原第521條賦予確定之支付命令與確定判決具有同一效力，雖有便利債權人行使權利之優點，但對於債務人之訴訟權保障仍有不足之處。為平衡督促程序節省勞費與儘早確定權利義務關係之立法目的，及債務人必要訴訟權保障之需求，確定之支付命令雖不宜賦予既判力，惟仍得為執行名義，爰刪除原條文第1項確定支付命令具有既判力規定，修正僅賦予確定支付命令之執行力[9]。其三：本次修法後，支付命令確定後得為執行名義，已無既判力而僅有執行力。為使支付命令之債權人與債務人知悉支付命令之效力已有變更；且逾期提出異議之失權效果，影響當事人權益甚大，故支付命令應載明「債務人未於不變期間內提出異議時，債權人得依法院核發之支付命令及確定證明書聲請強制執行。」，作為教示之用，爰增訂第514條第3項[10]。此外，增訂民事訴訟法施行法第4條之4規定支付命令於民事訴訟法督促程序編依本施行法第12條第6項公告施行後確定者，適用修正後之規定（第1項）。支付命令於民事訴訟法督促程序編依本施行法第12條第6項公告施行前確定者，債務人仍得依修正前民事訴訟法第521條第2項規定提起再審之訴（第2項）。前項情形，債務人有債權人於督促程序所提出之證物係偽造或變造之情形，或債務人提出可受較有利益裁判之證物者，仍得向支付命令管轄法院提起再審之訴，並以原支付命令之聲請，視為起訴（第3項）。

前項再審之訴應於民事訴訟法督促程序編依本施行法第12條第6項公告施行後2年內為之，不受民事訴訟法第500條之限制。本施行法公告施行起至無行為能力人或限制行為能力人成年後二年內均得為之（第4項）。

前2項規定，債務人就已經清償之債務範圍，不適用之（第5項）。

綜觀司法院全球資訊網站刊載有關歷年民事訴訟　督促程序之個案資料，即可知悉民事訴訟督促程序實務運作現況之全貌，涵蓋支付命令債務人之債權人可否代位債務人聲明異議、法院錯誤核發確定證明書如何救濟、支付命令三個月失效前法院依職權更正相對人姓名或住所之裁定有無溯及效力以及民事訴訟法施行法第4條之4第3項規定創設確定支付命令之再審事由等法律問題之

7. 98年1月21日版增訂民事訴訟法第515條第2項立法理由。
8. 104年7月1日版增訂民事訴訟法第511條第2項立法理由。
9. 104年7月1日版修正民事訴訟法第521條第1項立法理由。
10. 104年7月1日版增訂民事訴訟法第514條第3項立法理由。

爭議。本文擬先就債權人可否代位債務人聲明異議問題整理摘述實務運作現況，再提出評析淺見。法律見解之表達，見仁見智，眾說紛紜，莫衷一是。依據法律規定最後定奪具有權威性的統一見解，無論是終審法院判例、決議、大法庭裁定或大法官解釋，事隔多年後仍有遭受廢止或變更的機會。敬盼法律人自我期許勇於挑戰具有權威性的統一見解，為司法革新略盡棉薄之力。

貳、支付命令債務人之債權人可否代位債務人聲明異議？

一、歷年來司法實務有關支付命令債務人之債權人可否代位債務人聲明異議？有否定說[11]與肯定說[12]之爭議，最高法院為統一法律見解，乃於 99 年度第 6 次民事庭會議決議採取否定說。謹將兩說之論述摘錄如下，以供評析：

（一）否定說：

按訴訟程序中之行為，僅訴訟當事人或訴訟法規定之關係人始得為之，是在訴訟程序上唯有債務人始得進行之行為，尚非他債權人所得代位行使。依民事訴訟法第 519 條第 1 項規定，債務人對於支付命令於法定期間提出異議者，支付命令失其效力，以債權人支付命令之聲請，視為起訴，即進入訴訟程序。且民法第 242 條規定之債權人代位權，係債權人以自己之名義，行使債務人之權利。若他債權人得代位債務人對支付命令提出異議，則異議人為該他債權人，被告反為債務人。故由他債權人 以自己之名義代行被告之訴訟行為，並不妥當。

（二）肯定說：

1. 按債權人聲請法院依督促程序對債務人發支付命令，債務人得不附理由向法院提出「異議」之行為，係屬訴訟行為之一。如該支付命令所載之「請求」確屬存在，債務人固得選擇不行使異議權，以達節省勞費，並使雙方之權利義務關係儘早確定之督促程序立法目的。惟債務人倘明知債權人之「請求」為無理由，或債務人與債權人通謀，使債權人取得虛偽之「請求」，或有類此之情形者，既無從期待債務人為「異議」而進行後續之訴訟程序，苟必待該支付命令因債務人未異議而生與確定判決同一效力後，其他債權人始得提起第三人撤銷之訴或其他訴訟，以求救濟，即形成訴訟程序之延滯，抑且因其他債權人無資力繳納另行起訴所須支付之鉅額裁判費，致任由該原不得核發之支付命令確定，顯不足以保障其他真正債權人之權利，並造成司法資源之浪費。故參酌最高法院 69 年台抗字第 240 號、92 年台上字第 1886 號判例意旨，應准許其他債權人代位行使該屬於訴訟行為範疇之異議權，使支付命令失其效力，而其「代位異議」之權限，亦於支付命令失其效力，督促程序終結時消滅，方無悖於督促程序規定之原意。至於督促程序終結，視為起訴應進行通常訴訟程序後（其間或因債權人撤回，或因其明知債權不實，未補繳裁判費而不備程式），原「代位異

11. 最高法院 85 年度台抗字第 590 號民事裁定、99 年度台抗字第 589 號民事裁定。
12. 最高法院 43 年台上字第 243 號民事判例、69 年台抗字第 240 號民事判例、97 年度台抗字第 490 號民事裁定、台灣高等法院花蓮分院 85 年度再抗字第 18 號民事裁定。

議」 之債權人如何行使其權利（參加訴訟或提起主參加訴訟等），係屬另一問題。

2. 代位權之行使，不限於訴訟上之方法，訴訟外之方法亦得為之。訴訟上之方法如起訴、聲請強制執行、提起反訴、上訴、參加訴訟、假扣押、假處分等。訴訟外之方法如中斷時效、申報破產債權、受領清償、通知、催告、撤銷、解除、選擇、登記，凡是債務人行使權利所得為者，債權人均得為之。故其他債權人應可代位提出異議。

（三）最高法院 99 年度第 6 次民事庭會議決議採取否定說後，司法實務幾乎找不到採取肯定說之個案裁判，而先前否定說之論述已經有所修正，茲摘錄典型否定說之論述如下：

按債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己名義行使其權利，民法第 242 條固定有明文，**惟在訴訟程序中之行為，如依法律之規定，僅該當事人始得為之，且依其性質，並不適於由他人代位行使之訴訟行為，自不能准由該當事人之債權人代位行使**，例如提起上訴、對強制執行方法之聲明異議、對假扣押假處分裁定提起抗告、攻擊防禦方法之提出等。又依民事訴訟法第 516 條第 1 項規定，僅債務人得對於支付命令提出異議，如債務人於法定期間內提出異議，依同法第 519 條第 1 項規定，其支付命令即失其效力，以債權人支付命令之聲請，視為起訴或聲請調解。易言之，支付命令之雙方當事人自債務人提出異議時起，即進入訴訟或調解程序，而成為訴訟或調解程序之當事人，**苟該異議得由債務人之其他債權人代位行使，該代位行使異議權之債權人並不因此而成為該訴訟程序之當事人**，該訴訟程序仍應以債務人本人為當事人，**該債權人即無從以自己之名義行使債務人之權利，此與前揭行使代位權之規定顯然不合，債權人並不能因此項異議而達成其保全債權之目的甚明**，是債務人對於支付命令之異議權，依其性質，與前揭之上訴、抗告權相類，一旦行使，即足以使原已可確定之法律關係，再度歸於不確定之狀態，仍由原來之當事人繼續進行訴訟，自不適於由當事人以外之第三人代位行使，此與債權人得以自己之名義提起訴訟，代位行使債務人實體法上之請求權者迥然不同[13]。

二、本文見解

（一）最高法院之裁判於 107 年 12 月 7 日修正刪除法院組織法第 57 條前，係採取判例制度，將最高法院裁判中之法律見解自個案抽離，而獨立於個案事實之外，成為抽象的判例要旨，使其具有通案之法規範效力，冀能達成統一終審法院法律見解之目的。**各級法院之裁判如有違反有效之判例，即構成民事訴訟法第 496 條第 1 項第 1 款適用法規顯有錯誤之再審事由**，此為最高法院於 107 年 12 月 7 日修正刪除法院組織法第 57 條，108 年

13. 最高法院 99 年度台抗字第 589 號民事裁定、102 年度台抗字第 378 號民事裁定、102 年度台抗字第 39 號民事裁定、111 年度台抗字第 1094 號民事裁定、111 年度台抗字第 1137 號、112 年度台抗字第 10 號民事裁定。（典型否定說之論述）

7 月 4 日施行前，有關民事訴訟法第 496 條第 1 項第 1 款適用法規顯有錯誤之詮釋，所持一致之見解[14]。

（二）查最高法院 43 年台上字第 243 號及 69 年台抗字第 240 號判例闡釋民法第 242 條所規定債權人對於債務人之權利得代位行使者，其範圍甚廣，凡非專屬於債務人本身之財產上權利均得為之（參照同條但書）。對於債務人負有債務之第三人之財產上權利，債務人得代位行使時，亦為非專屬於債務人本身之財產上權利之一種，**凡以權利之保存或實行為目的之一切審判上或審判外之行為，諸如假扣押、假處分、聲請強制執行、實行擔保權、催告、提起訴訟等，債權人皆得代位行使。**上述兩則判例，依據民國 108 年 1 月 4 日修正，108 年 7 月 4 日施行之法院組織法第 57 條之 1 第 2 項規定，其效力雖然與未經選編為判例之最高法院裁判相同，**但是於 108 年 7 月 4 日施行法院組織法第 57 條之 1 第 2 項規定前仍屬有效之判例，其中 69 年台抗字第 240 號判例為最高法院 99 年度第 6 次民事庭會議肯定說之論述基礎**，該次會議否定說以及嗣後典型否定說之論述不但並未指摘 69 年台抗字第 240 號判例意旨有何瑕疵，而且其論述欠缺周全（詳如後述），決議竟然採取否定說，**形同變更 108 年 7 月 4 日前上述兩則屬有效之判例，是否增加法律所無之限制，與憲法第 23 條法律保留原則以及第 15 條人民財產權保障、第 16 條人民訴訟權保障之意旨不符，非無爭議之餘地。**

（三）否定說論述之邏輯思維

詳細分析否定說三段論述之邏輯思維，**大前提：**「*在訴訟程序中之行為，如依法律之規定，僅該當事人始得為之，且依其性質，並不適於由他人代位行使之訴訟行為，自不能准由該當事人之債權人代位行使。*」**小前提：**「*民事訴訟法第 516 條第 1 項規定，僅債務人得對於支付命令提出異議*」、「*督促程序因合法異議而終結，進入訴訟或調解程序，督促程序之債權人與債務人轉換為第一審訴訟程序之原告當事人與被告當事人、該代位行使異議權之債權人並不因此而成為該訴訟程序之當事人*」、「*該債權人即無從以自己之名義行使債務人之權利，此與前揭行使代位權之規定顯然不合，債權人並不能因此項異議而達成其保全債權之目的甚明*」。**結論：**支付命令債務人之債權人不得代位債務人聲明異議。

（四）從督促程序之性質層面觀察

1. 民事事件種類甚多，立法機關設計多種程序以供解決紛爭，諸如：民事訴訟程序，家事訴訟程序，仲裁程序、強制執行程序、破產程序、公證程序及非訟程序等。狹義的非訟程序係指非訟事件法所明定的各種程序，諸如：民事非訟事件、登記事件、商事非訟事件等及家事訴訟法所明定的各種程

14. 最高法院 85 年度台抗字第 590 號民事裁定、102 年度台抗字第 709 號民事裁定、105 年度台再字第 35 號民事判決、107 年度台上字第 2296 號民事判決、108 年度台再字第 24 號民事判決、108 年度台簡聲字第 37 號民事裁定。

序，諸如：婚姻非訟事件、親子非訟事件、收養事件、未成年人監護事件、親屬間扶養事件、繼承事件、失蹤人財產管理事件、宣告死亡事件、監護宣告事件、輔助宣告事件、親屬會議事件等。**廣義的非訟程序係指除上述非訟事件法及家事訴訟法所明定的各種程序外，尚且包括規定在其他法律中的「非訟化」程序，諸如民事訴訟法中的督促程序、保全程序及公示催告程序。**

2. **非訟事件性質之督促程序**對於支付命令於法定期間提出異議者，不論係債務人自行提出或他債權人代位債務人提出，支付命令均失其效力，以債權人支付命令之聲請，視為起訴，督促程序終結，進入訴訟或調解程序，督促程序之債權人與債務人分別轉換為第一審訴訟程序之原告當事人與被告當事人，而他債權人「代位異議」之權限，亦於支付命令失其效力，督促程序終結時消滅，雖然並不能因此轉換為第一審訴訟程序之原告當事人，但原「代位異議」 之債權人仍得於第一審訴訟程序以自己名義參加訴訟或提起主參加訴訟或參加調解，代位行使債務人之防禦權，以防免債務人於訴訟程序中盡為不利於己之行為而達成保全債權之目的[15]。

3. 督促程序因合法異議而終結，民事法院應以債權人支付命令之聲請，視為起訴或聲請調解，進入民事訴訟或調解程序，督促程序之債權人與債務人雖分別轉換為第一審訴訟程序之原告當事人與被告當事人，**立法設計旨在繼續維護債權人中斷時效之權益而已。**此外，92 年 7 月 1 版民事訴訟法督促程序編增訂第 521 條第 2 項規定支付命令有第 496 條第 1 項之情形者，得提起再審之訴，並以原支付命令之聲請，視為起訴。其立法理由記載：「支付命令確定後既與確定判決有同一之效力，則支付命令如有第 496 條第 1 項之情形者，亦宜適用再審程序以為救濟。又再審之訴為前訴訟程序之再開或續行，**而支付命令並未經訴訟程序**，故對支付命令提起再審之訴者，應視其於支付命令聲請時，就原聲請事項已經起訴，俾其訴訟程序之再開或續行，有所依據，爰增設第 2 項，」**旨在配合再審事由之創設，但督促程序與第一審訴訟程序並無上下審級之訴訟關係，其非訟事件性質並未因支付命令之聲請，視為起訴或聲請調解而改變。**

4. **小結：督促程序具有非訟事件性質，督促程序之異議不能視為訴訟程序之行為，兩者不能相提並論。足認否定說「*以督促程序之異議為訴訟程序之行為*」為其小前提，並非真正。**

（四）從法律規定層面觀察

1. 民事訴訟法第 516 條第 1 項僅規定：債務人對於支付命令之全部或一部，得於送達後 20 日之不變期間內，不附理由向發命令之法院提出異議。**依文義解釋及論理解釋，無從排除民法第 242 條之適用而詮釋僅債務人具有**

15. 台灣高等法院花蓮分院 85 年度再抗字第 18 號民事裁定。

支付命令之異議權限。

2. 強制執行法第 14 條、第 14 條之 1、第 39 條及第 41 條均分別明文規定債務人得提起債務人異議之訴及分配表異議之訴，核與民事訴訟法第 516 條第 1 項及第 519 條第 1 項規定之權利主體均為債務人，權利客體均為異議權，**如債務人怠於行使此異議權，司法實務既均准許得由他債權人代位債務人提起債務人異議之訴及分配表異議之訴**[16]，足認徒憑民事訴訟法第 516 條第 1 項及第 519 條第 1 項規定債務人對於支付命令於法定期間提出異議者，支付命令失其效力，以債權人支付命令之聲請，視為起訴，顯然無法導出「他債權人不得代位債務人對支付命令提出異議」之結論。

3. **小結：否定說所稱「*依民事訴訟法第 516 條第 1 項及第 519 條第 1 項之規定，異議權不得代位行使*」之小前提並非真正。**

（五）從比較輕重法理層面觀察

揆諸前揭最高法院 43 年台上字第 243 號及 69 年台抗字第 240 判例意旨，債權人既得代位債務人提起訴訟、聲請強制執行或實行擔保權等，則依**舉重明輕之法理**，於非訟事件性質之督促程序中對支付命令提出異議，竟然認為不得由債權人代位為之，**豈符邏輯思維**[17]**？**

（六）從行使代位權限制層面觀察

民法第 242 條但書規定專屬於債務人本身之權利不得代位行使，**所謂「專屬於債務人本身之權利」，係指以人格或身分關係為基礎之權利。支付命令異議權既非以人格或身分關係為基礎之權利，則非專屬於債務人本身之權利，要無置疑。**依民法第 242 條但書規定之反面解釋，支付命令異議權自得為代位權之客體。此外，亦無任何法律明文規定支付命令異議權為禁止扣押之權利。

（七）概略分析債務人對於支付命令未於法定期間提出異議之原因：

1. 當事人間之債權債務關係，確屬真正，並無爭執或無可爭執，顯然毫無提出異議之必要。

2. 當事人間之債權債務關係，確有爭執（包括但不限於請求權時效消滅、部分清償等事由），支付命令之送達，形式上合法，但實際上並不發生合法送達之效力，而債務人並未收受支付命令，以致遲誤提出異議之法定期間。

3. 雙方當事人共謀虛設債權債務關係，侵害其他債權人完滿受償之權利，藉以詐取不法利益，顯然毫無提出異議之期待可能性。

（八）謹針對上述三項類型應否賦予他債權人「代位異議」之權限，說明如下：

1. 否定說所稱：「*督促程序，乃係為避免一般裁判程序之繁複，節省法院及當事人之勞費而設，對法律關係明確，以透過債權人之主張及債務人默認（不異議）之方式，不須經過通常*

16. 最高法院 110 年度台上字第 1693 號民事判決、110 年度台上字第 744 號民事裁定、108 年度台上字第 2673 號民事判決、108 年度台上字第 2269 號民事判決、最高法院 107 年度台上字第 352 號民事判決、106 年度台上字第 2057 號民事判決、101 年度台上字第 1200 號民事判。

17. 同註 15。

*訴訟程序，由債權人逕以最簡捷之途徑取得執行名義。苟當事人以外之第三人得以債務人之債權人地位，代位債務人對該支付命令行使債務人本不願行使之異議權，即無異准許第三人剝奪當事人間選擇督促程序以節省勞費，並使權利義務儘早確定之權利，於督促程序之立法本旨亦有未合。」*等語[18]，顯屬以偏概全及違反禁反言原則。**蓋其論述純係建構在假設真正債權債務關係之前提，惟其忽略督促程序聲明異議之立法設計，旨在提供虛設債權債務關係或真正債權債務關係之內容事後有所爭執之救濟途徑。甚者，虛設債權債務關係之支付命令債務人，依禁反言原則，豈可假借督促程序之立法本旨，指摘他債務人代位行使其異議權係剝奪其選擇督促程序以節省勞費，並使虛偽權利義務儘早確定之權利？**

2. 就虛設債權債務關係而言，無從期待支付命令債務人提出「異議」而進行後續之訴訟程序，他債權人若無「代位異議」之權限，必待該支付命令因債務人未異議而發生執行力後，其他債權人始得於強制執行程序代位提起確認支付命令所載債權債務關係不存在（全部或部分）或債務人異議之訴或分配表異議之訴或其他訴訟，以求救濟，即形成訴訟程序之延滯，抑且可能因訴訟標的價額甚鉅，而代位債權人欠缺資力繳納鉅額裁判費，致任由該原不得核發之支付命令確定，顯不足以保障其他真正債權人之權利，並造成司法資源之浪費[19]。

3. 就第 2 類型而言，債務人並未收受支付命令，自無從期待債務人自行提出異議，如果賦予他債權人「代位異議」之權限，即可阻止發生支付命令之執行力，藉以避免後續衍生債務人異議之訴或分配表異議之訴等司法資源之浪費。

參、建議替代結論

綜上所述，有關民事訴訟督促程序支付命令債務人之債權人可否代位債務人聲明異議之爭議，最高法院 99 年度第 6 次民事庭會議決議採取否定說，嗣後司法實務幾乎找不到採取肯定說之個案裁判，先前否定說之論述雖已經修正成為三段論述之典型否定說，但經本文從督促程序之性質、法律規定、比較輕重法理、行使代位權限制等層面觀察之結果以及概略分析債務人對於支付命令未於法定期間提出異議之原因，足認典型否定說三段論述之邏輯思維，無法導出「支付命令債務人之債權人不得代位債務人聲明異議」之結論。類此情形是否增加法律所無之限制，而與憲法第 23 條法律保留原則以及第 15 條人民財產權保障、第 16 條人民訴訟權保障之意旨不符，值得檢討與省思！ 縱認系爭決議係本於其確信之法律見解所為之判斷，固屬法律見解之形成自由，但系爭決議是否濫用屬法律見解之形成自由，增加法律所無之限制，正是系爭決議合憲性之審查標的。建議最高法院民事庭慎重考慮有無依據法院組織法第 51 條之 3 規定，認採為裁判基礎之法律見解具有原則重要性，以裁定敘明理由，提案予民事大法庭裁判之必要。

18. 最高法院 85 年度台抗字第 590 號民事裁定。
19. 最高法院 97 年度台抗字第 490 號民事裁定。

受詐欺匯款至第三人帳戶之損害回復研究

楊智守*

目次

一、前言
二、訴訟途徑
(一) 民事訴訟標的法律關係之選擇
1. 侵權行為法律關係
2. 不當得利法律關係
（二）訴訟外紛爭解決機制
（三）以支付賠償為負擔之緩起訴處分或緩刑宣告
三、非訴訟途徑
（一）存款帳戶及其疑似不法或顯屬異常交易管理辦法
（二）刑事訴訟程序的聲請發還給付
四、結論

一、前言

因詐欺犯罪而依詐術指示將款項匯入第三人帳戶之被害人，往往因刑事案件查獲匯入帳戶之開辦人而得向其請求損害賠償，但帳戶開辦人非必受刑事有罪判決或因帳戶經他人使用逕得認有為共同侵權行為，甚或犯罪所得仍留存帳戶內時，犯罪被害人在目前民刑事訴訟體系得循如何途徑實現權利，應有歸納實務見解俾保障私權之實益。

二、訴訟途徑

民事損害的傳統回復方式，即取得執行名義聲請國家發動強制力以事實上實現債權，而取得執行名義的最常見方式，即透過法院勝訴判決確定以觀念上實現債權，循此傳統訴訟途徑取回受騙之匯款，有下列值得探討之爭議。

（一）民事訴訟標的法律關係之選擇

受詐欺而匯款之被害人以目前通常顯現之詐欺款項提領人（車手）及帳戶開辦人為請求對象時，通常以侵權行為及不當得利為訴訟標的法律關係，以下分別就以該請求權基礎在實務上面臨之判斷爭議予以探討：

1. 侵權行為法律關係

依民法第 184 條第 1 項前段、後段及第 2 項規定，侵權行為之構成有 3 種類型，即因故意或過失之行為，不法侵害他人權利，或因故意以背於善良風俗之方法加損害於他人，及行為違反保護他人之法律，致生損害於他人。各該獨立侵權行為類型之要件有別，請求權基礎相異，訴訟標的自屬不同[1]，請求權時效亦應個別計算，以維護民事責任體系上應有之分際，並達成立法上合理分配及限制損害賠償責任，適當填補被害人所受損害之目的[2]。

以詐術騙取他人財產（如詐得土地），乃因故意不法侵害他人之權利，亦係故意以背於善良風俗之方法加損害於他人，亦屬違反保護他人之法律（即刑法第 339 條第 1 項），致生損害於他人，同時符合民法第 184 條各種侵權行為類型之要件，被害人得擇一或依競合之法律關係請求加害人負損害賠償責任[3]。

但若因詐欺所生之損害，係未與其他有體損害（如：人身損害或財產損害）相結合之所謂純粹經濟上損失或純粹財產上損害[4]者，除係契約責任（包括不完全給付）及民法第 184 條第 1 項後段及

* 本文作者係臺灣高等法院高雄分院法官。
1. 最高法院 111 年度台上字第 349 號民事判決。
2. 最高法院 106 年度台上字第 1895 號民事判決。
3. 最高法院 102 年度台上字第 342 號民事判決。

第 2 項所保護之客體外，並不涵攝在民法第 184 條第 1 項前段侵權責任（以權利保護為中心）所保護之範圍[5]。

因此，在詐欺行為人利用受害人之需求、疏忽、恐懼、同情、貪財、迷信等心理狀態，施以言語行動、傳媒資訊或數人分工等手法交互運作，使受害人逐步陷於錯誤，而影響其意思表示之形成自由時，若詐欺之不法行為，符合故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人之要件，受害人自得依民法第 184 條第 1 項後段、第 185 條規定，請求加害人共同負侵權行為之損害賠償責任[6]。

以上所稱損害，實務向來指以被害人之財產總額而言，因受詐欺而為之買賣，在經依法撤銷前，並非無效之法律行為，出賣人交付貨物而獲有請求給付價金之債權，如其財產總額並未因此減少，即無受損害之可言，惟該買賣雖未經依法撤銷，但出賣人倘已受有實際損害，即非不得依侵權行為之法則，請求買受人損害賠償，或依後述不當得利之法則，請求買受人返還所受利益[7]。

然而，問題在於：該買賣既未經依法撤銷，出賣人獲有請求給付價金之債權，則何謂出賣人倘已受有實際損害？本文認為在財產為債權時，應以獲償可能性計算其實際價值，倘該債權因債務人償債能力明顯不足，則其實際價值即不應以債權數額認列財產總額，應本於債權變現之一般性市場價值，參酌民事訴訟法第 222 條第 2 項「不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額」之精神，在審認之債權實現財產之價值與債權數額之落差，即所謂已受有實際損害。

從而，在帳戶開辦人未經刑事判決認定有罪，詐欺被害人所受損害又係匯出之款項時，該財產上之不利益係獨立於被害人之人身或所有權以外，堪認係純粹經濟上損失，則被害人向帳戶開辦人提起訴訟所得主張之侵權行為請求權三類型，似乎僅有主張其行為違反保護他人之法律，致生損害於他人之民法第 184 條第 2 項規定類型。

另外，2023 年 6 月 14 日增訂、同年月 16 日施行之洗錢防制法第 15 條之 2 前段：「任何人不得將自己或他人向金融機構申請開立之帳戶、向虛擬通貨平台及交易業務之事業或第三方支付服務業申請之帳號交付、提供予他人使用。」之規定，本於洗錢防制法第 1 條規定：「為防制洗錢，打擊犯罪，健全防制洗錢體系，穩定金融秩序，促進金流之透明，強化國際合作，特制定本法。」其立法目的除具有強烈保護國家法益性質，亦具有避免因洗錢而使被害人難以追償其財物之個人法益之保護[8]，益徵係保護他人之法律，自得主張因帳戶開辦人違反上開規定而提供金融帳戶予他人使用致生損害為請求權基礎，惟不免面臨帳戶開辦人以同條項但書「符合一般商業、金融交易習慣，或基於親友間信賴關係或其他正當理由者，不在此限。」為抗辯之訴訟攻防。

4. 可參照最高法院 102 年度台上字第 342 號民事判決闡述：獨立於被害人之人身或所有權之外而直接遭受財產上之不利益，而非因人身權或物權等既存法律體系所明認之權利被侵害而伴隨衍生之損害；亦即其所生之損害與人之死傷或所有權之受損無關，屬於非因法律上所保護（明認）之權益被侵害而發生之經濟損失，乃學說上所稱之「純粹經濟上損失」或「純粹財產上損害」，並非必然可以涵攝在民法第 184 條各類型之侵權行為所保護之客體內。
5. 最高法院 110 年度台上字第 2150 號民事判決。
6. 最高法院 111 年度台上字第 176 號民事判決。
7. 最高法院 104 年度台上字第 1902 號民事判決。
8. 臺灣高等法院暨所屬法院 104 年法律座談會民事類提案第 41 號審查意見及研討結果相同意旨。

2. 不當得利法律關係

在帳戶開辦人未經刑事判決認定有罪，或侵權行為請求權罹於時效時，常見被害人以不當得利法律關係為訴訟標的請求帳戶開辦人返還匯款金額，目前類型化不當得利理論已逐漸為實務採用，在成立要件的判斷上不同於固有見解，給付型與非給付型不當得利具有不同的規範功能與要件，在目前的二分法體系中，排除符合給付型者，即可歸類於非給付型。

（1）二者判別：實務上有以受益人之受有利益，若非出於給付者之意思導致他方受有利益，應屬非給付型不當得利[9]。但綜合學說見解[10]，給付行為應以雙重主觀要素進行檢查，唯有意識及有目的增加他人財產，當事人間始會成立「給付型不當得利」關係。

所謂有意識及有目的，係指知悉因自己給付而受利益的是他人，且有使該他人因自己給付而增加財產的意思，且該他人係以給付當時具有之給付目的所決定之對象。給付目的堪稱為給付原因，通常可區分為清償原因（為履行法律上權利義務狀態）、負擔原因（期待受給與人會因自己之給與因而為一定之作為或不作為）及贈與原因（無償增加他人財產）等三種。

（2）爭論部分：在指示行為（補償關係）無效，出賣人即債務人，依買受人之指示，移轉所有權登記予第三人時，出賣人向第三人請求返還不當得利，德國學者對於此一直接請求權，究竟歸類為給付型或非給付型不當得利，存有爭論[11]。此爭論也出現在我國就詐欺被害人得否對帳戶開辦人以不當得利法律關係請求返還所匯入款項。

A. 肯定說認為：詐欺被害人因受詐騙向詐欺行為人給付而匯款入帳戶，則詐欺被害人並非有意識基於一定目的而增益帳戶開辦人之財產，帳戶開辦人顯非以給付方式受領財產利益，所致詐欺被害人受有損害，核屬非給付型不當得利，帳戶開辦人未能舉證證明其具有保有該利益之正當性，自當成立不當得利[12]。

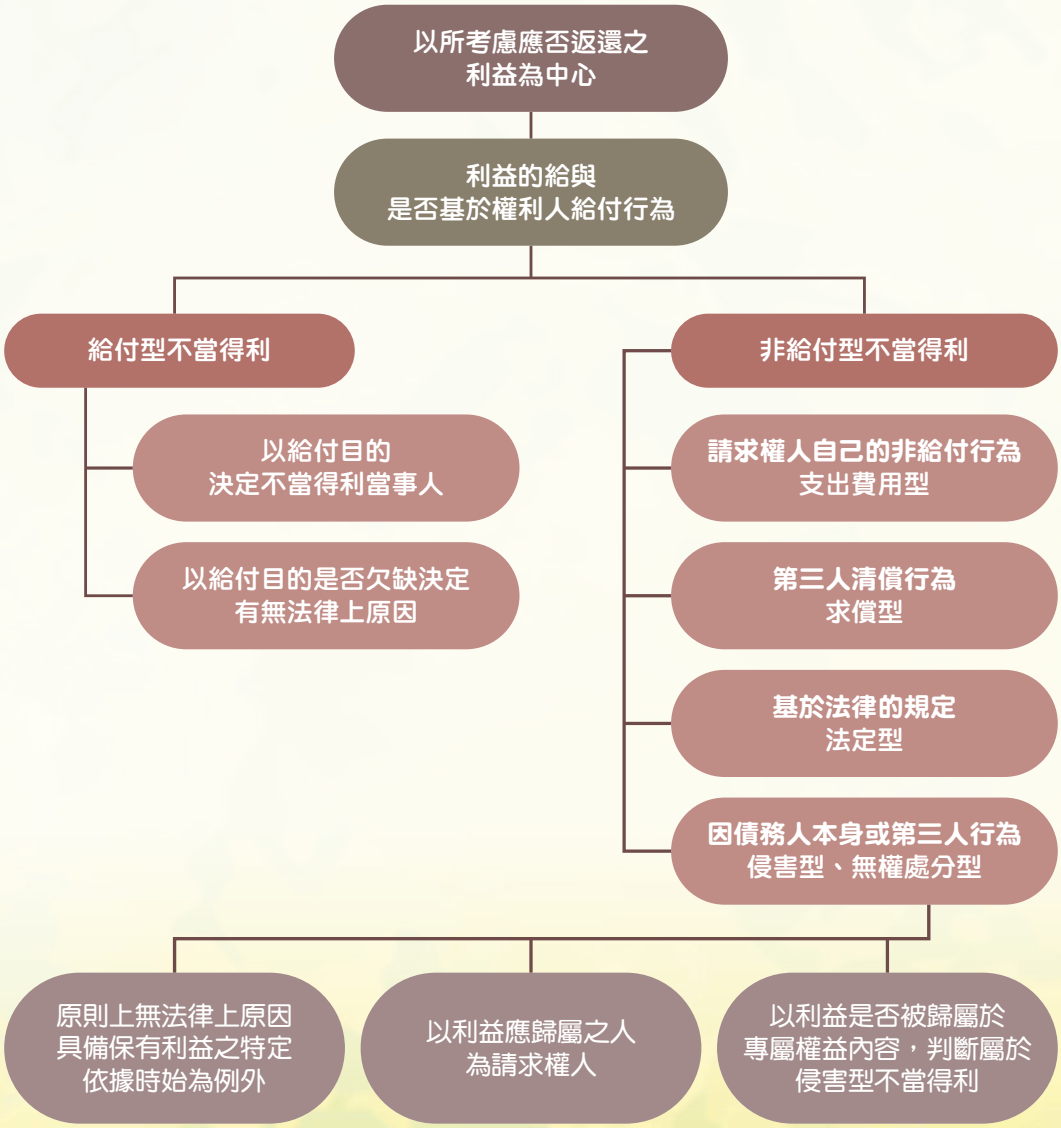
B. 否定說認為：帳戶開辦人係基於其與詐欺行為人之對價關係，由詐欺行為人指示詐欺被害人向帳戶開辦人給付，詐欺被害人與帳戶開辦人間僅發生履行關係，而不發生給付關係，縱詐欺行為人與被害人間之補償關係不存在，詐欺被害人只能向詐欺行為人行使不當得利返還請求權，而不得向帳戶開辦人請求[13]。

此外，最高法院循相同邏輯，

9. 最高法院 111 年度台上字第 2619 號民事判決。
10. 相關學說歸納整理，請見楊智守，出租他人之物三面關係的類型化不當得利分析—兼評最高法院 102 年度台上字第 232 號民事判決，法令月刊，65 卷 2 期，2014 年 2 月，202-203 頁。
11. 楊芳賢（2009），《不當得利》，頁 70 註 151、頁 74 註 160。台北：三民。惟劉昭辰（2010），〈「近年來最高法院所忽略的不當得利重要命題」〉，《台灣法學雜誌》，160 期，頁 6-7 則認為在當事人間「欠缺任何『給付關係』存在，當然也就不存在有『給付型不當得利』之可能，而是應依『非給付型不當得利』加以處理」，並稱此為德國通說。轉引自楊智守，出租他人之物三面關係的類型化不當得利分析—兼評最高法院 102 年度台上字第 232 號民事判決，法令月刊，65 卷 2 期，2014 年 2 月，203 頁。
12. 最高法院 108 年度台上字第 819 號民事判決，相同結論有 106 年度台上字第 575 號民事判決、臺灣高等法院暨所屬法院 100 年度法律座談會民事類提案第 2 號法律問題審查意見及研討結果。
13. 最高法院 112 年度台上字第 540 號民事判決意旨，相同結論有 109 年度台上字第 2508 號、107 年度台上字第 1795 號、102 年度台上字第 1855 號、102 年度台上字第 482 號、97 年度台上字第 176 號、94 年度台上字第 1555 號、92 年度台上字第 2581 號等民事判決。
14. 最高法院 92 年度台上字第 1189 號民事判決，理由略以：補償關係不存在，債務人既得拒絕給付予第三人，於給付後自得依不當得利向第三人請求返還等詞。此為 95 年度台上字第 1925、2610 號等民事判決相同結論。
15. 最高法院 92 年度台上字第 2581 號民事判決。97 年度台上字第 176 號民事判決採相同結論。
16. 楊智守，出租他人之物三面關係的類型化不當得利分析—兼評最高法院 102 年度台上字第 232 號民事判決，法令月刊，65 卷 2 期，2014 年 2 月，193-194、204 頁。

在真正利益第三人契約，認為給付一方得依不當得利向受領之第三人請求返還[14]；但在不真正利益第三人契約，則認為給付一方（被指示人）與領取人（第三人）間尚無給付關係存在，自無從成立不當得利之法律關係[15]而不得直接請求返還。

本文基於如下圖之判別順序[16]，認為詐欺行為人既取得人頭帳戶之管領使用權，並以詐術使被害人匯入款項，被害人即係有意識及有目的以匯款增加帳戶管領權人之財產而建立給付關係，此與一般三方給付之受領人具有獨立於指示人之受領主體及法律關係不同，在指示關係（補償關係）不存在時，應許詐欺被害人向帳戶管領權人（即帳戶開辦人或詐欺行為人）請求返還不當得利，且使被害人陷入以現實財產換取未能獲償而實際財產價值甚微之詐欺被害債權之法律上風險者，係詐欺行為人，自應由其承受最終債權不能實現之財產不利益，故應許詐欺被害人循利益給予之途徑向帳戶開辦人請求返還不當得利，不宜援用一般三方關係之見解，以詐欺被害人與帳戶開辦人間無給付關係予以否決。



（二）訴訟外紛爭解決機制

目前司法院就私權紛爭的處理方式，力推由法院以作成判決以外的方式解決，即所謂訴訟外紛爭解決機制（Alternative Dispute Resolution，簡稱 ADR）。

可分為行政型與民間型 ADR，其效力可分為：經法院核定與確定判決相同效力；經法院裁定後得為執行名義；經公證人公證後，得為執行名義；一般私法契約效力等。其中，常使用於本文討論之詐欺匯款返還紛爭處理機制，即鄉鎮市調解條例，其調解範圍包含在第一審法院辯論終結前的民事事件與刑事告訴乃論案件[17]。

此外，實務常利用的是法院調解、和解機制，包含：民事聲請調解、強制調解、移付調解、訴訟上和解、刑事移付調解、附帶民事訴訟和解、調解。其中，民事調解得由當事人一方或雙方聲請或擬制發動，民事移付調解則須經第一、二審訴訟繫屬中之當事人兩造合意始得移付調解（民訴 §420-1、§463）；刑事移付調解則無庸當事人聲請，可由檢察官、法院斟酌被告、被害人或其家屬進行調解之意願與達成調解之可能性、適當性，認為適當者，得使用既有之調解制度而將案件移付調解（刑訴 §248-2、§271-4）。

以上，詐欺被害人亦得藉以向詐欺行為人或帳戶開辦人以和解或調解取得賠償或利益返還，尤其在詐欺行為人或帳戶開辦人為刑事案件被告時，將犯罪所得返還詐欺被害人之行為，會產生三個有利的法律效果：一為增加有利科刑因素；二為免受宣告沒收追徵；三為消滅民事債務[18]，益得促使詐欺行為人或帳戶開辦人積極賠償或返還利益予詐欺被害人。

（三）以支付賠償為負擔之緩起訴處分或緩刑宣告

緩刑宣告，得斟酌情形，命犯罪人向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償，並得為民事強制執行名義，刑法第 74 條第 2 項第 3 款、第 4 項分別定有明文。

檢察官於偵查中，亦得以「向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償」為緩起訴條件，此亦為刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 3 款所明定。

二者不同在於，檢察官命被告履行損害賠償之事項，應得被告之同意；但法院以之為緩刑宣告之負擔，則「得斟酌情形」，屬於法院裁量之事項，不以得被告同意為限，只要非出於恣意，自不能指為違法[19]。

上開給付之性質為民法上之損害填補，被害人就同一侵權行為為民事上損害賠償之請求時，刑事案件被告就此已為給付者，自應予扣除[20]。

值得注意的是，民事實務多數認為縱被告緩刑宣告嗣經撤銷，亦不影響原緩刑負擔得為民事強制執行名義之效力[21]，但在經被告同意而以命被告遵守向被害人支付相當數額之損害賠償為緩起訴負擔，而緩起訴嗣經撤銷時，民事實務多數則改認：緩起訴遭撤銷後，其命被告為一定金錢給付之負擔應併同消滅，執行法院應否准被害人持原緩起訴處分為執行名義而聲請強制執行[22]。

---

17. 相關制度介紹請參閱司法院全球資訊網 https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1497-57069-fceff-1.html。
18. 楊智守，犯罪行爲人片面清償提存的法效探究－以量刑利益、沒收封鎖與債務清償爲中心（上）（下），司法周刊第 2141、2142 期，2023 年 1、2 月。
19. 最高法院 109 年度台上字第 5977 號刑事判決。至於被告受緩刑宣告而未履行上開支付損害賠償之負擔，依刑法第 75 條之 1 第 1 項第 4 款之規定，以情節重大始得撤銷其宣告，至違反情節是否重大，可參考臺灣高等法院 99 年度抗字第 218 號刑事裁定所述：法官仍應依職權本於合目的性之裁量，妥適審酌受刑人於緩刑期間內是否顯有履行負擔之可能，而隱匿或處分其財產、故意不履行、無正當事由拒絕履行或顯有逃匿之虞等情，以及是否已難收其預期之效果，而確有執行刑罰之必要。倘受刑人係非自願性失業，致其經濟狀況惡化，能否謂其仍有履行負擔之可能且情節重大，而撤銷緩刑宣告，即尚嫌率斷。
20. 最高法院 103 年度台上字第 50 號民事判決。
21. 臺灣高等法院暨所屬法院 102 年法律座談會民事類提案第 38 號問題（一）之審查意見及研討結果。
22. 臺灣高等法院暨所屬法院 107 年法律座談會民執類提案第 16 號審查意見及研討結果。

本文基於最高法院刑事判決闡述：緩刑之宣告，因刑法第 75 條第 1 項或第 75 條之 1 第 1 項所定事由遭撤銷時，因該緩刑宣告原屬合法，其撤銷之效力當非如違法之宣告（如不符合刑法第 74 條第 1 項之規定而宣告緩刑）應溯及既往失效，而係自撤銷緩刑確定時起失效，亦即排除其未來之效力。準此，被告尚未履行之部分，既已失踐行之依據，自無庸再履行。至已履行之部分，並無值得保護之信賴，尚難謂有信賴保護原則之適用，自不得請求返還或賠償[23]之意旨，贊同緩刑宣告嗣經撤銷後，原所命負擔亦已喪失執行名義之效力為宜。

三、非訴訟途徑

詐欺被害人除前揭訴訟途徑外，另有藉金融主管機關制訂之處理辦法及利用刑事訴訟被害人保護程序以取回損害，惟此係新增途徑且其要件與方式亦與傳統訴訟方式不同，有瞭解之實益。

（一）存款帳戶及其疑似不法或顯屬異常交易管理辦法

依銀行法第 45 條之 2 第 2 項規定「銀行對存款帳戶應負善良管理人責任。對疑似不法或顯屬異常交易之存款帳戶，得予暫停存入或提領、匯出款項。」就所謂疑似不法或顯屬異常交易存款帳戶之認定標準及暫停帳戶之作業程序，並於同法條第 3 項授權主管機關予以訂定，金融監督管理委員會（下稱金管會）遂訂定「存款帳戶及其疑似不法或顯屬異常交易管理辦法（下稱本辦法）」，以下就有關因詐欺犯罪匯入款項之取回辦法，其主體及作業程序予以探明。

1. 必要之基礎

（1）被害人匯（轉）款入係警示帳戶

A. 帳戶分類：本辦法對於第一類疑似不法或顯屬異常交易存款帳戶分成：a. 偽冒開戶。b. 警示帳戶。c. 衍生管制帳戶。其中，該辦法第 11 條規定可發還被害人匯入款項之帳戶僅警示帳戶。

就匯入偽冒開戶之款項，依該辦法第 5 條之規定，銀行雖應即結清帳戶，但無權直接匯還原帳戶，而係俟依法可領取者申請給付時處理。換言之，縱係被詐騙匯入偽冒開戶之帳戶，未經通報為警示帳戶前，被害人僅得循前揭取得執行名義之方式後申請銀行給付。就匯入衍生管制帳戶之款項，銀行亦僅將匯入款項以退匯方式退回匯款行。

B. 成為警示帳戶之程式要求：

a. 第一層帳戶：要使匯入款項帳戶成為警示帳戶，依該辦法第 3 條之規定，由法院、檢察署或司法警察機關以偵辦刑事案件需要而通報銀行將存款帳戶列為警示始可，非得由銀行主動或被害人通知要求為之。且上開所指通報，須以公文書通知，若屬重大緊急案件，雖得以電話、傳真或其他可行方式先行通知，仍應於通知後 5 個營業日內補辦公文書資料送達銀行，否則，銀行即應聯繫原通報機關後解除警示帳戶。

b. 第二層以後帳戶：即詐騙款項已轉出其他帳戶，當銀行接獲通報為警示帳戶，應即查詢該帳戶相關交易，如發現通報之詐騙款項已經轉出至其他帳戶，該其他帳戶並不當然成為警示帳戶，銀行應通知該筆款項之受款行及原通報機關（第 7 條）。

23. 最高法院 109 年度台抗字第 1372 號刑事裁定。

原通報機關接獲通知，依相關資料查證後是否為警示通報，為警示通報，該第二層帳戶始為警示帳戶。第二層帳戶銀行遂即重複上開查詢或通知作業。

（2）警示帳戶內尚有通報之詐騙款項

從上開警示帳戶通報可知，銀行接獲通報即應查詢帳戶內相關交易，在發現「通報之詐騙款項」已經轉出時，祇需進行暫停該帳戶全部交易功能，及通知受款行、原通報機關，並不需清查帳戶內全部交易。以下分述之：

A. 警示帳戶之銀行雖暫停該帳戶全部交易功能，但僅就通報之詐騙款項進行查詢，故非通報之詐騙款項之被害人，縱向銀行查詢得知該帳戶列為警示帳戶，亦無由主張銀行應依本辦法之規定逕行將尚存帳戶之受詐騙款項匯回。

其正辦應要求申告犯罪之司法警察機關或檢察署，或刑事案件繫屬之法院，即有權通報機關，向銀行通報警示及詐騙款項，銀行始得依本辦法第 11 條規定辦理。亦即，通報警示之效用就帳戶交易功能雖具全部性暫停，但就詐騙款項之作用則僅具單一性。換言之，暫停是帳戶交易功能全部暫停，但清查是僅就通報詐騙款項為清查。故銀行或被害人均不得以帳戶已遭警示而認為無必要再受或再要求行警示通報。

就此而言，暫停警示帳戶之全部交易功能，基於清查及發還款項僅以通報詐騙之款項而言，固有其必要，然在帳戶開辦人與匯款人已雙方確認並非詐騙之款項，且無其他警示通報時，是否仍有必要暫停全部交易功能，基於憲法對於人民財產權之保障，非無斟酌餘地。依目前本辦法之規定，警示帳戶僅在結清帳戶將剩餘款項轉列其他應付款而轉移警示效力至開戶人外，就該帳戶之警示而言，祇能依原通報機關之通報或警示期限屆滿或前揭法定公文書不備而予解除限制。此與衍生管制帳戶係由銀行主動於不法或顯屬異常情形消滅時即解除相關限制措施不同，故帳戶開辦人與匯款人於警示帳戶限制期間共同請求銀行或向非原通報機關之刑事案件繫屬機關聲請解除警示限制，均係與本辦法不合之要求。

B. 警示帳戶內尚有通報詐騙款項未轉出時，依本辦法第 11 條之規定，被害人得請求發還警示帳戶內剩餘款項，其前提在於整個過程中，銀行都不認為係疑似交易糾紛或案情複雜之案件，一旦認有該種情形即不發還，被害人僅得循司法程序辦理。此外，銀行發還程序為：

a. 須先聯絡開戶人：銀行與其協商發還。若經聯絡開戶人而發現係偽冒開戶者，即應循前揭結清帳戶，俟待申請給付時辦理，即無後續發還程序。

b. 若無法聯絡開戶人：洽警察機關協尋一個月。

c. 通知被害人：協尋期滿仍未獲開戶人聯絡，即透過匯（轉）出行通知被害人，由被害人檢具刑事報案三聯單及切結書載明：申請不實致銀行受有損失，由該被害人負一切法律

責任等詞，由銀行自最後一筆金額往前推算至帳戶餘額為零止，逐筆認定尚未被提領之帳戶內剩餘款項予以發還。

d. 例外不發還情形：上列程序進行中，若發現帳戶餘額不符作業成本、警示超過三個月而無法聯絡開戶人或被害人、被害人不願報案或不願出面領取款項時，銀行則得逕行結清該帳戶並將剩餘款項轉列其他應付款，俟依法可領取者申請給付時再予處理。

C. 以上可知，警示帳戶之銀行受理發還匯入款項之申請，設有諸多程序限制，並非開戶人願意匯還被害人，或被害人證明被害為已足，且非以全體被害人為對象，而係以各次單方為對象，若經銀行發還則形同先申請先贏，未見有閉鎖期設計。

2. 解除警示帳戶

實務上常見被告在法院審理期間陳述或聲請解除警示帳戶，俾以帳戶內款項賠償被害人，然如前述，警示帳戶之解除係由銀行依原通報機關通報或期限屆至始得為之，法院若非原通報機關，自無由解除警示帳戶，縱發通知，銀行亦將拒絕辦理解除。至若法院亦就該帳戶核發扣押裁定，依本辦法第 8 條之規定：「存款帳戶之款項若已遭扣押或禁止處分，復接獲法院、檢察署或司法警察機關通報為警示帳戶，該帳戶仍應列為警示帳戶，但該等款項優先依扣押或禁止處分命令規定辦理」，係採警示與扣押併行制，自無從以撤銷扣押裁定即同時解除警示帳戶之功能限制。

因此，在被告與被害人均有意以被告警示帳戶內款項為履行賠償之金源，亦僅能依本辦法前揭規定先申請銀行發還帳戶內餘額款項，若經銀行拒絕發還，自應循訴訟途徑取得執行名義向銀行申請給付或依強制執行程序處理。

（二）刑事訴訟程序的聲請發還給付

刑事訴訟程序之發還給付，可分為扣押物發還與沒收物發還或給付。其中，扣押物，依刑事訴訟法第 133 條之規定，包含可為證據或得沒收之物；得沒收之物，其範圍依實體法之規定，也包括權利。又為預防犯罪嫌疑人、被告或第三人脫產規避追徵之執行，必要時應扣押其財產[24]。以下分述之：

1. 扣押物發還

扣押物未經諭知沒收者，應即發還；而扣押物若無留存之必要者，應以法院之裁定或檢察官命令發還之，且扣押物之所有人、持有人或保管人亦得請求發還保管，刑事訴訟法第 317 條、第 142 條第 1、2 項分別定有明文。又得沒收或追徵之扣押物，法院或檢察官依所有人或權利人之聲請，認為適當者，得以裁定或命令定相當之擔保金，於繳納後，撤銷扣押，亦為刑事訴訟法第 142 條之 1 第 1 項所明定。就本文所討論之受詐欺而匯款至第三人帳戶之被害人而言，均非上開規定得請求發還保管或聲請撤銷扣押之主體，遂不贅論[25]。

2. 沒收物發還或給付

依刑事訴訟法第 473 條第 1 項規定：「沒收物、追徵財產，於裁判確定後一年內，由權利人聲請發還者，或因犯罪而得行使債權請求權之人已取得執行名義者聲請給付，除應破毀或廢棄者外，檢察官

24. 參照刑事訴訟法第 133 條之立法理由。
25. 至於金融八法以發還優先沒收宣告，以被害人為聲請主體之程序與效力等情形，請參考楊智守，因犯罪所受損害之賠償債權在沒收宣告體系內實現之探究——以民事和解與刑事發還之交互影響為中心，月旦法學雜誌，308 期，2021 年 1 月，221-237 頁。

應發還或給付之；其已變價者，應給與變價所得之價金」，及行政院依該法條第 4 項授權制訂之「檢察機關辦理沒收物及追徵財產之發還或給付執行辦法」可知詐欺被害人可行使下列權利：

（1）本於顯在被害人地位聲請發還：詐欺被害人雖喪失犯罪所得標的之所有權，但經刑事確定裁判認定其受損害之特定內容或具體數額與犯罪所得間具有直接之損益變動或相互對應關係，例如被害人因被詐欺而移轉沒收物之所有權、銀行法違法吸金案件中經確認屬被害人之投資款等情形，雖然由於移轉、混合等原因而無法行使物權上之請求，惟基於公平原則，仍應將其聲請發還之請求順序與權利人同列[26]。即檢察機關辦理沒收物及追徵財產之發還或給付執行辦法第 2 條第 1 項第 3 款所列之人。聲請發還之範圍限於犯罪行為人取得產自被害人之犯罪利得，若係因犯罪所得報酬，則不在聲請發還之列。

（2）本於因犯罪而得行使債權請求權之人地位聲請給付：刑事訴訟法第 473 條第 1 項所定「因犯罪而得行使債權請求權之人已取得執行名義者」，即檢察機關辦理沒收物及追徵財產之發還或給付執行辦法第 2 條第 1 項第 2 款所列之人，立法許其向執行檢察官聲請就沒收物、追徵財產受償，以免犯罪行為人經國家執行沒收後，已無清償能力，犯罪被害人因求償無門，致產生國家與民爭利之負面印象。

以上發還或給付之範圍，以檢察官實際執行沒收或追徵所得財產並扣除必要費用後為限，且有多數請求權人為聲請者，檢察官應作成分配表，並指定分配期日，於分配期日五日前將分配表通知各請求權人，與前揭存款帳戶及其疑似不法或顯屬異常交易管理辦法尚有不同。

四、結論

從刑事訴訟實務觀察，因詐欺犯罪而匯款至人頭帳戶之被害人，多在檢察官起訴後對刑事被告提起刑事附帶民事訴訟求償，而刑事被告多為幫助詐欺之帳戶開辦人或提領款項之車手，而此類刑事被告為求有利量刑因子多積極與被害人成立調解或和解，但因此類被告多處犯罪環節末端，若未截獲洗錢金流，犯罪所得僅佔被害金額一小部分且償債能力不足，被害人多未能獲全部損害回復，僅能考慮該被告個人應分擔之部分以獲賠償；倘若被騙匯款仍留存人頭帳戶，即可考慮循存款帳戶及其疑似不法或顯屬異常交易管理辦法之規定向銀行申請發還較為便捷，但不免受銀行多方面考量而有窒礙。倘若循傳統訴訟途徑，被害人在主張以侵權行為法律關係為訴訟標的時，應注意純粹經濟上損失僅以民法第 184 條第 1 項後段、第 2 項為請求權基礎；惟在僅人頭帳戶開辦人為刑事被告或侵權行為損害賠償請求權罹於時效時，被害人若以不當得利為請求權基礎，以目前民事實務見解可能受敗訴判決。普遍而言，詐欺犯罪之損害回復概率仍偏低或僅債權觀念實現較多，實應以預防勝於後續求償。

26. 刑事訴訟法第 473 條修正草案即採此分類，立法院院總第 246 號政府提案第 16554 號議案關係文書。網址：https://is.gd/6cEjbE。

從實務判決看債權物權化理論之發展趨勢

楊宏暉*

壹、前言

在基地的使用借貸關係中，於基地所有權轉讓他人時，基地之借用人能否對基地受讓人主張有權占有，並援用先前的使用借貸債權對抗受讓人，一直是近一二十年實務上的重要爭議問題，從 2003 年 11 月之臺灣高等法院暨所屬法院 92 年度法律座談會臺中地方法院提出民事類第 9 號提案起，掀開這一問題的鍋蓋，之後熱水就不斷地冒泡沸騰，在該次座談會的討論中，一說是基於使用借貸契約僅存於契約當事人雙方為由，肯定原地主對新屋主的拆屋還地訴訟；另一說則是主張類推適用民法第 425-1 條，對原先合法占用基地之建築物，不因基地產權轉移而化為無權占有，進一步得出基地使用權不因基地物權之嗣後變動而受影響，以調和土地與建物之利用關係，推定有使用借貸關係，而否定原地主的請求；但研討結果又增列視個案情形決定之第三說，並多數贊同送請最高法院決議[1]。其後，最高法院於 2006 年 11 月 11 日作出 95 年度第 16 次民事庭會議決議，決議採丙說，即視具體個案情形決之，並說明「按使用借貸契約係債之關係，僅於當事人間有其效力。丙買受系爭房屋，並不當然繼受其前手與系爭土地所有人間之使用借貸關係，原則上不得執該關係主張其有使用系爭土地之權利。惟於具體個案，尚應斟酌當事人間之意思、交易情形及房屋使用土地之狀態等一切情形，如認土地所有人行使所有權，違反誠信原則或公共利益或以損害他人為主要目的，仍應駁回其請求。」

此一結論，雖然沒有達到一槌定音的效果，但也開啟了「債權物權化」（Verdinglichung obligatorischer Rechte）的相關論戰[2]，學者也彙整最高法院的相關判決，而得出物權化公式 1.0 到 4.0 的演化論，採「先寬後嚴」的立場[3]，顯示最高法院的見解，迄今仍不斷地持續在蛻變當中。

貳、債權物權化之意義

一、債物二分與交易選擇

財產法中，「債權」（Schuldforderung）與「物權」的二分（Dingliches Recht），是民法中重要的基本原則，而債權與物權的性質上差異[4]，似可作為二分的合理化依據。在權利作用上，債權是以請求為作用，強調對債務人的請求；物權則是以支配為作用，強調對物的支配用益。因此，得出債權是一對人權或相對權，並具有相對性；物權則是對物權或絕對權，具有對世性。債權受契約自由原則的支配，除法律限制外，當事人可自由約定，以促進交易便捷；物權則因對世性而受限於「物權法定原則」（numerus clauses principle），須法律或習慣法承認

*國立中正大學法律學系教授。

1. 林大洋，使用借貸對第三人之效力—實務上相關見解在法學方法上之探討，法令月刊，第 59 卷第 4 期，頁 4-5。
2. 楊宏暉，借地建屋爭議之調和與房地分離的權源自治選擇，政大法學評論，第 131 期，2013 年 2 月，頁 191-216。林更盛，使用借貸物權化？—兼論法學方法論上「漏洞」的幾個問題，東海大學法學研究，第 35 期，2011 年 12 月，頁 128-134。
3. 張譯文，物權化公式 4.0 —最高法院 109 年度台上字第 1821 號民事判決評釋，台灣法律人，第 5 期，2021 年 11 月，頁 70-72。
4. 關於債權與物權之差異介紹，可參閱鄭冠宇，民法物權，9 版，2019 年，頁 9-15。

之，始可成立物權，以維護交易安全。二者在效力上與論據上，均呈現極大的不同，甚至是取決於立法者的政策決定，而非屬事物本質的當然定分或法理之必然[5]。立法者對於物的利用關係，可以訂入物權編中，使之成為用益物權，也可以訂入契約章中，使之成為用益契約，依此，則什麼時候是物權、什麼時候是債權，似乎又淪為立法者的恣意選擇，而沒有絕對必然如此的當然道理。但是，放在哪個體系位置，結果卻有很大的不同，作為用益物權，則必然受到物權法定原則的限制；作為用益契約，則受到契約自由原則的主宰，故債物的二分，仍具有本質上的重大差異。債權關係是以債權人跟債務人的內部關係進行特定化及相對化，物權關係初始是以所有權為典型，只有所有權人跟其他人的外部關係面向，但隨著對土地使用的需求，進一步發展出各種之用益物權與擔保物權的限制物權，就再形成了所有權人跟限制物權人的內部關係，亦即限制物權其實是一種把權利義務包裹在一起的「關係權」，限制物權與繼續性債之關係，沒有任何本質的或功能上的差異，就只是另一種交易選擇而已[6]。

以租地建屋為例，出租人負有交付土地供承租人建屋之用的義務，承租人則有依約支付租金的義務；若是設定有償地上權，則地主須容忍地上權人建屋，地上權人則須支付地租。二者的內部關係具有一定的類似性，但二者仍有若干本質上的差異[7]。於基地所有權易主，依民法第 425 條法定契約承擔之規定，新地主成為原租約出租人，有權要求承租人支付租金；但在地上權時，土地所有權易主時，地上權人仍可建屋，至於地租部分，依民法第 836-1 條規定，地租必須登記，新地主才可對地上權人主張地租，未登記者，則僅具債之效力[8]，新地主並未繼受而無法請求地上權人為給付；另地上權讓與時，亦同（民法第 836 條第 2 項）[9]。依此，物權也如同債權一般，是一種關係權，只不過是因為「定分」（Zuordnung）的結果，將物權從相對的關係中獨立剝離出來，而在原當事人間形成「物權」與「物務」（dingliche Leistungspflichte, Realobligationen）分立且並存的現象[10]，但若發生主體的變動，則只有物權發生讓與，物務不隨同移轉，除非物務也辦理登記，而具公示作用，才會隨同移轉給後手，以維護交易安全（民法第 836 條第 2 項及第 836-1 條）。因此，即使是物權，於主體發生變動時，其對世效力原則上也只有權利面，而不及於義務面，這就會跟法定契約承擔之「買賣不破租賃」（Kauf bricht nicht Miete），有著明顯的不同，但二者間又具有選擇與轉換關係，租地建屋時，承租人亦可依民法第 422-1 條申請地上權登記，將租約轉換成地上權，以強化對承租人的保護，形成互補關係[11]。

但債、物二者，在功能上又彼此間具有

5. 蘇永欽，物權法定主義的再思考，載：私法自治中的經濟理性，2003 年，頁 89，指出德國學者 Thibaut 認為兩者的區別只能視為一種法律的技術，而不能涉及什麼本質。謝哲勝，債權、物權相對化（二）—最高法院九十六年台上字第一三五九號判決評釋，月旦法學雜誌，第 162 期，2008 年 11 月，頁 196。
6. 蘇永欽，重新認識限制物權，法令月刊，第 61 卷第 5 期，2010 年 5 月，頁 139-140。張永健，物權的關係本質—基於德國民法概念體系之檢討，中外法學，第 32 卷第 3 期，2020 年，頁 726-728。
7. 謝在全，民法物權論（上），修訂 7 版，2020 年，頁 592-594。
8. 最高法院 101 年度台上字第 1970 號民事判決：「地上權之成立，不以支付地租為要件，地租既非地上權之必要內容，則關於地租之約定，如未經登記，自僅發生債之效力，其經登記者，始為地上權之內容，而有物權效力。」
9. 謝在全，前揭註 7，頁 618-620。
10. 蘇永欽，物權法定主義鬆動下的民事財產權體系，載：尋找新民法，2008 年，頁 107-108。
11. 最高法院 110 年度台上字第 195 號民事判決：「按土地法第 102 條及民法第 422 條之 1 有關基地租賃規定之立法目的，皆在鞏固承租人之地位，加強其保護，則依規定辦理地上權登記後，如解為基地租賃已轉換為地上權，將再無民法或土地法關於租賃規定之適用，反將減弱對承租人之保護，自非立法真意所在。故基地租賃為地上權登記後，租賃債之關係與地上權之物權關係應可並存，租賃關係如無消滅事由，即不因地上權之設定而失其存在；若承租人未請求為地上權登記，亦僅不生取得地上權之效力而已，尚不影響基地租賃契約之存續，仍應適用基地租賃相關規範決定權義內容。」

選擇與替代之關係，以借地建屋為例，當事人可以選擇締結土地的使用借貸契約，也可選擇設定無償的地上權，二種方式都可達到使用他人土地之目的。但二者的本質與法律關係，卻有著截然不同的效果。對於法律門外漢的一般民眾，在跟貸與人締結土地使用借貸契約之後，即確信自己有權使用他人土地，詎料，當土地所有權易主之後，該使用權之確信，是否仍立於不墜之地，或是搖搖欲墜，而使自身的鉅大投資付諸流水，保屋大作戰，遂成為近一二十年來實務上的重要爭議問題。

二、債權物權化之基本論述

實務的判決理由中，常常可以看到債權物權化的理論說明及基本要件的提示[12]。但是，物權化所指為何，卻未見清楚地說明，但大致是以對抗第三人效力及繼受保護（Sukzessionsschutz）之物權要素（Element der Dinglichkeit），亦即對世性或追及力，作為主軸觀點[13]。關於物權本質的討論，一般認為「支配」與「排他」為物權的重要特徵[14]，而債權物權化的典型例子，以買賣不破租賃及預告登記為例[15]，民法第 425 條之承租人對租賃物的支配用益，其實是來自於租賃契約，而土地法第 79-1 條的預告登記債權人，對標的物則無支配也無追及可言，但二者皆可排除他人的干涉與優先效力，而可用物權之「排他性」跟「優先性」加以說明，排他效力跟優先效力均屬物權的一般效力，但就結果而言，原先的債權可以對後手而為主張，並且發生對抗第三人之效力，故實務上對債權物權化的觀察，似已掌握其重點，即債權物權化，僅指具有部分物權效力的債權而言[16]。

對於物權一般效力之討論，學理上有不同分類[17]。但一般仍以「排他效力」、「優先效力」、「去害效力」為觀察[18]；或以「排他效力」、「優先效力」、「追及效力」為切入[19]；或以「排他效力」、「優先效力」、「追及效力」、「去害效力」為著眼點[20]。追及效力是否要獨立出來，或是納入優先效力當中[21]，或許有不同觀點[22]。但本文為方便討論和理解，仍將追及效力獨立出來。

追及效力係指當物權成立之後，其標的物不論輾轉流於何人之手，物權人均得追及物之所在，而直接支配其物的效力，民法第 867 條關於抵押權效力的規定，即是追及力的明文[23]。將之運用於債權物權化上，即指該債權得對抗債務人以外的其他第三人而繼續存在，以突破債之相對性的限制[24]。

參、近年來實務判決發展趨勢

一、釋字第 349 號的影響

關於債權物權化的討論，除了既有的「法定類型」之外，大法官解釋在 1994 年釋字第 349 號審理分管契約之外部效力問題

12 如：最高法院 97 年度台上字第 1729 號民事判．決、最高法院 101 年度台上字第 2119 號民事判決、最高法院 108 年度台上字第 757 號民事判決、最高法院 108 年度台上字第 787 號民事判決、最高法院 109 年台上字第 1807 號民事判決、最高法院 109 年台上字第 1821 號民事判決、最高法院 110 年台上字第 131 號民事判決、最高法院 110 年台上字第 1714 號民事判決、最高法院 110 年台上字第 1945 號民事判決、最高法院 111 年台上字第 601 號民事判決、最高法院 111 年台上字第 721 號民事判決等等。

13. 王澤鑑，買賣不破租賃：民法第四二五條規定之適用、準用與類推適用，載：民法學說與判例研究（六），1994 年 8 版，頁 195-196。

14. 王澤鑑，民法物權，增訂新版，2023 年 2 月，頁 67。

15. 王澤鑑，基於債之關係占有權的相對性及物權化，載：民法學說與判例研究（七），1994 年 4 版，頁 90-93。

16. 張譯文，債權物權化與類型法定原則，臺大法學論叢，第 50 卷第 1 期，2021 年 3 月，頁 160。

17. 陳榮隆，物權之一般效力，載：台灣法制現代化之回顧與前瞻－楊建華教授七秩誕辰祝壽論文集，1997 年，頁 431-434。

18. 謝在全，前揭註 7，頁 28-32

19. 鄭冠宇，前揭註 4，頁 18-21。

20. 王澤鑑，前揭註 14，頁 94-96。

21. 鄭玉波著、黃宗樂修訂，民法物權，修訂 18 版，2012 年，頁 35-36。

22. 相關討論，可參閱陳榮隆，前揭註 17，頁 444-446。

23. 王澤鑑，前揭註 14，頁 96。類似規定亦見於民法第 868 條及民法第 856 條。

24. 不過，就買賣不破租賃而言，結果上是因法律的特別規定，而發生法定契約承擔，使租賃物之受讓人因此成為契約當事人，以維持原先的債權債務關係，本質上跟物權化仍是有所差別的。

時，部分推翻過去最高法院 48 年台上字第 1065 號判例所持之「分管契約對於受讓人仍繼續存在」的見解，認為「惟應有部分之受讓人若不知悉有分管契約，亦無可得而知之情形，受讓人仍受讓與人所訂分管契約之拘束，有使善意第三人受不測損害之虞，與憲法保障人民財產權之意旨有違[25]」，並在解釋理由書中揭示「如其事實為第三人明知或可得而知，縱為債權契約，其契約內容仍非不得對第三人發生法律上之效力。」

此一命題，一直到最近，仍然對審判實務深具影響力，例如：最高法院 110 年度台上第 1714 號民事判決即謂：「債權契約具相對性，除法律另有規定或其他特別情形外，固僅對當事人發生效力，惟以使用土地為標的之繼續性債權契約目的，倘在便利社區發展、促進社會經濟或公共利益，且該社區團體成員已長期使用該土地，縱該債權關係未經以登記為公示方法，如第三人於受讓該土地所有權時，明知或可得而知該債權契約存在及土地使用實況，且令其受該拘束無致其財產權受不測損害之虞者，不妨產生『債權物權化』之法律效果，以維法律秩序之安定。」

二、物權化公式 1.0

而在前述學者所提之物權化公式 1.0 階段的指標性判決[26]，最高法院 97 年度台上字第 1729 號民事判決：「以不動產為標的之債權行為，除法律另有規定外，固僅於特定人間發生法律上之效力（對人效力之債權相對性），而非如物權行為，以登記為公示方法使第三人得知悉之狀態下，並以之作為權利取得、喪失、變更之要件，俾保護善意第三人，而對任何第三人均發生法律上之效力（對世效力之物權絕對性）。惟特定當事人間倘以不動產為標的所訂立之債權契約，其目的隱含使其一方繼續占有該不動產，並由當事人依約交付使用，其事實為第三人所明知者，縱未經以登記為公示方法，因已具備使第三人知悉該狀態之公示作用，自應與不動產以登記為公示方法之效果等量齊觀，並使該債權契約對於受讓之第三人繼續存在，此乃基於『債權物權化』法理所衍生之結果，觀之民法第 425 條第 1 項規定：『出租人於『租賃物交付後，承租人占有中』，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在』，特揭櫫『租賃物交付後，承租人占有中』等公示作用之文字，並參照司法院釋字第 349 號解釋文、理由書暨協同意見書、部分不同意書、不同意見書及本院 48 年台上字第 1065 號判例意旨自明。」即以「占有」之公示結合第三人的「明知」，發生債權物權化的效力。

三、物權化公式 2.0

到了物權化公式 2.0 階段，則是在「明知」要件外，另外加上「可得而知」之要件，予以放寬[27]。最高法院 108 年度台上字第 757 號民事判決：「倘特定當事人間以不動產為標的所訂立之債權契約，其目的隱含使其一方繼續占有該不動產，並由當事人依約交付使用，其事實為第三人明知或可得而知者，縱未經以登記為公示方法，不妨在具備

25. 民法物權編修正條文第 826-1 條第 1 項規定：「不動產共有人間關於共有物使用、管理、分割或禁止分割之約定或依第八百二十條第一項規定所為之決定，於登記後，對於應有部分之受讓人或取得物權之人，具有效力。其由法院裁定所定之管理，經登記後，亦同。」同條第 2 項規定：「動產共有人間就共有物為前項之約定、決定或法院所為之裁定，對於應有部分之受讓人或取得物權之人，以受讓或取得時知悉其情事或可得而知者為限，亦具有效力。」惟在本條修正前已存在之分管契約，實務上仍採用大法官釋字第 349 號見解，以解決相關爭議。
26. 張譯文，前揭註 3，頁 71。
27. 張譯文，前揭註 3，頁 71。

使第三人知悉該狀態之公示作用，與不動產以登記為公示方法之效果等量齊觀時，使該債權契約對於受讓之第三人繼續存在，產生『債權物權化』之法律效果。」則是明顯回應釋字第 349 號理由書的看法。

相同見解，亦明顯出現於最高法院 109 年度台上字第 1807 號民事判決中：「按以不動產為標的之債權行為，除法律另有規定外，僅於特定人間發生法律上之效力，惟倘特定當事人間以不動產為標的所訂立之債權契約，其目的隱含使其一方繼續占有該不動產，並由當事人依約交付使用，其事實為第三人明知或可得而知者，縱未經以登記為公示方法，不妨在具備使第三人知悉該狀態之公示作用，與不動產以登記為公示方法之效果等量齊觀時，使該債權契約對於受讓之第三人繼續存在，產生『債權物權化』之法律效果。」

四、物權化公式 3.0

其後的物權化公式 3.0 階段，或許是考慮到這樣的寬鬆要件，對於交易安全會發生不利的影響，過度動搖債物二分的根本體系，改採不是所有「明知或可得而知」情況皆會發生債權物權化，而又再加「公益目的及公平誠信」的考量，必須符合公共利益，才有必要使債權契約對受讓人發生效力，令第三人受該債權契約關於不動產繼續占有法效之拘束[28]。最高法院 108 年度台上字第 787 號民事判決即謂：「以占有特定不動產為標的所訂立之繼續性債權契約，其目的在配合社區發展，促進社會經濟及公共利益者，為使社區共同團體多數人之一方繼續占有他方所交付之不動產，該債權契約如對受讓特定不動產所有權之第三人發生效力，始能維持契約原先所欲達成之目的。為維持法律秩序之安定，使當事人締結契約之本旨及社會公益得以完全實現，固得例外令第三人受該債權契約關於不動產繼續占有法效之拘束，惟必須第三人明知或可得而知該債權契約存在及不動產之占有實況，令其受該拘束無致其財產權受不測損害之虞，且不悖公平正義及誠信原則者，始為適法。」類似看法，亦見於前述最高法院 110 年台上字第 1714 號民事判決。

五、物權化公式 4.0

最後的物權化公式 4.0 階段，則似乎已跳脫債權物權化的窠臼，將原本的債之關係對第三人繼續存在的看法，轉變為不得主張所有物返還[29]，但以公平為由，改承認所有人對使用人得主張不當得利[30]，以處理前揭最高法院決議未能解決的後續問題[31]，但其結果其實是否定使用借貸債權的物權化。

---

28. 張譯文，前揭註 3，頁 71-72。
20. 最高法院 107 年度台上字第 1677 號民事判決：「系爭 59、62 建號建物之起造人分別為訴外人黃義明、許淪，並經當時系爭土地所有權人黃國禎同意而建造；嗣陳瑞珍、蘇彗慈於系爭土地經法院強制執行中，陳家慧則於被上訴人因拍賣取得系爭土地所有權後，始因買賣分別取得系爭土地上之系爭 59、62 建號建物所有權，為原審合法認定事實。依上開說明，原審謂黃國禎同意系爭土地上興建建物，屬債之關係，不得拘束被上訴人，且上訴人分別取得系爭 59、62 建號建物時，或明知系爭土地已處於強制執行中，或明知系爭土地已為被上訴人所有而所購建物無權占有，已無保護上訴人使用系爭土地權利之必要，被上訴人本於所有權人地位，訴請拆屋還地，並無權利濫用及違反誠信原則，尚無不合。」最高法院 107 年度台上字第 2347 號民事判決：「惟按民法上之債權契約，除法律有特別規定外，固僅於特定人間發生其法律上之效力，惟不動產之受讓人若知悉讓與人已就該不動產與第三人間訂有債權契約，而猶惡意受讓該不動產所有權，以行使物上請求權者，參照民法第 148 條第 2 項所揭櫫之誠信原則，自應駁回其請求。」
30. 張譯文，前揭註 3，頁 72。
31. 此一請求不當得利的解決方式，在最高法院 99 年度台上字第 1705 號民事判決，即已出現，該判決揭示：「土地及其土地上之房屋同屬一人所有，而僅將土地或僅將房屋所有權讓與他人，或將土地及房屋同時或先後讓與相異之人時，土地受讓人或房屋受讓人與讓與人間或房屋受讓人與土地受讓人間，推定在房屋得使用期限內，有租賃關係。民法第四百二十五條之一第一項前段定有明文。是在土地及其上房屋同屬一人所有，於讓與人之讓與行為致房屋及土地分屬相異之人所有後，房屋所有人尚須支付使用土地之對價。系爭房屋係因國民黨與台北市政府間之使用借貸關係而得合法使用系爭土地，嗣國民黨將系爭土地所有權讓與上訴人，依誠實及信用原則，上訴人不得訴請拆屋還地，即系爭房屋仍得繼續合法使用系爭土地，已如上述，雖此情形與上開規定之情形尚有不同，而無上開規定之適用，但依同一法理，房屋所有人對於土地受讓人，自非可當然無償使用該土地，否則房屋所有人可免除繳納土地相關稅捐之義務，由土地所有人就無法再為使用收益之土地負擔稅捐，豈能謂平？又因兩造間就系爭房屋使用系爭土地尚無契約關係存在，則上訴人依不當得利之法則，請求被上訴人返還使用系爭土地相當於租金之利益，並無不合。」學者認為本件判決是受到權利社會化基本內涵的影響，一方面駁回所有物返還請求權，另一方面則以不當得利來調和房地衝突關係，為學理上爭議不休的法律適用基礎問題，提供另一選項的保守折衷之道。參閱許政賢，實用主義裁判觀與概括條款具體化—簡評最高法院九十九年台上字第一七〇五號民事判決，月旦裁判時報，第 8 期，2011 年 4 月，頁 34-35。

最高法院 109 年度台上字第 1821 號民事判決表示：「以占有使用土地為標的所訂立繼續性債權契約之目的倘在配合社區發展，促進社會經濟或公共利益，且該社區團體成員已共同繼續長期占有使用所交付之土地，如該債權契約對受讓土地所有權之第三人發生效力，始能維持契約原先所欲達成之目的，囿於為維持法律秩序之安定，使締結該債權契約之本旨及社會公益得以完全實現，固得例外令第三人受該債權契約關於土地繼續為社區團體成員共同占有法效之拘束，惟必須第三人明知或可得而知該債權契約存在及土地之占有實況，且令其受該拘束無致其財產權受不測損害之虞，復不悖公平正義及誠信原則者，始為適法。就具體個案情形，倘認該債權契約僅於當事人間發生效力，惟第三人行使所有權不符民法第 148 條規定之界限時，雖非不得限制其行使權利，然社區團體成員究與第三人間無任何法律關係，卻因而受有利用土地之利益，致第三人對該土地之使用收益或處分權能受限制，第三人自非不得請求返還不當得利；縱認第三人應受占有法效之拘束，如該債權契約未約定使用對價且難謂有永久無償使用之合意，但無償使用之情事繼續存在，將顯失公平者，亦同。」最高法院 108 年度台上字第 1037 號民事判決：「於具體個案，法院雖得斟酌當事人間之意思、交易情形及房屋使用土地之狀態等一切情狀，倘認土地所有人行使所有權違反誠信原則或公共利益或以損害他人為主要目的時，固非不得駁回其『拆屋還地』之請求。惟該土地上之建物所有人究與土地所有人間並未存有任何法律關係，倘其因而獲有利益造成土地所有人無法使用土地受有損害，土地所有人是否不得依侵權行為或不當得利法律關係請求賠償損害或返還不當得利，則非無疑。」以及最高法院 110 年度台上字第 1868 號民事判決：「查債之關係，僅存在於特定之債權人與債務人之間，除法律另有規定外，並無拘束第三人之效力。又土地上建物之所有人與土地所有人間未存有任何法律關係，而其因之獲有利益，致土地所有人受有損害者，土地所有人非不得依不當得利或侵權行為之法律關係，請求其返還不當利得或賠償損害。」亦明顯接受不當得利或侵權行為的主張[32]。

新近之最高法院 111 年度台上字第 721 號民事判決復謂：「債權物權化效力契約對買受土地者影響甚鉅，應衡量使用借貸契約原先所欲達成之目的；法律秩序之安定；社區發展、社會經濟及公共利益之實現；買受土地者是否明知或可得而知該債權契約之存在及不動產之占有實況；是否符合公平正義及誠信原則等諸多因素，以兼顧原債權人與買受土地者之權益，不能僅以買受土地者知悉占有之外觀，即謂其應受原使用借貸契約之拘束。」更是回到個案利益衡量的方式上，明顯地不再受到大法官釋字第 349 號的影響。

六、物權化理論的否定

對於最高法院採取之保守的「限制第三人行使權利」模式，在維持債權相對性原則下，例外以第三人行使權利有違反公共利

32. 最高法院 109 年度台上字第 2804 號民事判決亦接受不當得利的主張，謂：「土地受讓人明知現占有人使用土地之狀態及使用之目的，並斟酌其取得土地所有權之情形等項後，如可認其所有物返還等請求權之行使違反誠信原則或公共利益，固應駁回其請求，惟現占有人與土地受讓人未有任何法律關係，倘其因而獲有使用土地之利益，造成土地受讓人無法使用土地受有損害者，土地受讓人自得依不當得利法律關係爲請求，不因土地受讓人不得爲所有物返還等請求權之行使，而異其結果。」不過，學者有認爲此一問題的解決，不宜求諸不當得利，而應訴諸情事變更原則。參閱吳從周，誠信原則適用於拆屋還地事件之未竟難題：土地使用對價之請求權基礎？——簡評最高法院 109 年度台上字第 2804 號民事判決，月旦實務選評，第 1 卷第 2 期，2021 年 8 月，頁 93–95。

益、以損害他人為主要目的或違反誠信原則情事，而否定第三人行使權利的法律效果。學者認為此一從第三人行使權利應受限制的角度來解決問題，容易流於依個案具體情形而有不同，不易看出背後共通的政策考量或理論依據，且一旦確定第三人行使權利應受權利行使原則的限制，仍是肯認第三人取得完整的所有權，故與債權為何應予物權化的問題，並無直接關連，甚至於是實質上「否定債權物權化」！[33] 其認為「債權對抗第三人效力」模式，確定應受保護債權的合法存在及其內容或範圍，作為擴張債權具有對抗第三人效力的正當性基礎，並應進一步確定客觀上有無足以使第三人認識債權存在或其內容、範圍如何的公示外觀，以作為物權絕對效力應適度犧牲的正當性基礎，一旦確定債權應優先受到保護，物權即應適度被犧牲，債權因而具有對抗第三人效力，而發生債權物權化，此一模式，有其共通的政策考量或理論依據，並提出可供操作的判斷標準[34]。

最近之最高法院 112 年度台上字第 48 號民事判決表示：「按土地使用同意之借貸契約為債之關係，除法律另有規定外，僅於特定當事人間有其效力。是地上物占有人除與坐落土地所有人間另有約定或法律有特別規定外，尚不得援引該地上物對土地使用同意之借貸關係對抗土地所有人。倘其因而受有使用土地之利益，致土地所有人受有無法使用土地之損害，土地所有人自得依不當得利法律關係為請求。原審認定系爭房屋係黃景川出資興建，並於上訴人買受系爭土地時，以默示同意系爭房屋繼續使用系爭土地之事實。果爾，亦僅係彼等間發生土地使用同意之債權債務關係，被上訴人究係基於何種法律關係得占有系爭土地及房屋，並得據以對抗上訴人，攸關上訴人得否請求被上訴人返還使用系爭土地之利益，自應釐清。原審未予詳查，遽以上訴人同意系爭房屋繼續使用該坐落系爭土地，即認系爭房屋之占有使用人即被上訴人得對上訴人主張有占有之正當權源，進而為不利上訴人之論斷，亦嫌速斷。」指摘原審認定受讓人有默示同意之見解，有失輕率，則是又再度回到使用借貸的債之相對性、否定債權物權化的一般化、採物權化效果的法定例外立場上。

肆、分析與檢討

一、債物二分之基本原則

「債權」與「物權」的二分，是民事財產法上的重要基本原理原則，源自羅馬法上「對人權」（ius in personem）與「對物權」（ius in rem）的二分法，初始差異在於訴訟形式上的不同，「對物訴訟」（actio in rem）是指為維護物權而提起的訴訟，因這類訴權可以針對任何侵犯物權（所有權、地役權、人役權、地上權、永佃權、質權等）的人提起，返還所有物之訴是其中的典型，這類訴權可以針對任何人提出，任何人都要尊重他人的物權，任何人的侵犯都要受到法律的追究，而這類訴權後來發展成羅馬法中的「物權」；而「對人訴訟」（action in personam）是指針對原告與被告的特定的法律關係，只能發生在特定當事人之間，請求給付之訴為其典型，只適用於債的法律關係，這類訴權後來演化為羅馬法的「債權」[35]。

債權因是對人而為相對權，物權藉由

33. 陳忠五，土地同意使用關係的債權物權化—最高法院 111 年度台上字第 601 號判決簡析，台灣法律人，第 21 期，2023 年 3 月，頁 132。
34. 陳忠五，前揭註 33，頁 133。
35. 楊崇森，羅馬法對現代法之貢獻（羅馬法伴讀）（上），全國律師，第 26 卷第 1 期，2022 年 1 月，頁 81-83。

「歸屬」（Zuordnung）的理解，包括「免於侵奪」（Schutz gegen Entziehung）、「免於損害」（Schutz gegen Beschdigung）、「免於干預」（Schutz gegen andere Einwirkungen）、「可自由移轉」（Veruerungsbefugnis）、「遺囑自由」（Testierfreiheit），使某人得完全自由支配該物，而對物的支配是絕對的，故其為對世而為絕對權，因此發展出「物權」（dingliches Recht）的概念，即物權是權利人得對任何人主張的權利[36]。

德國民法中的債物二分，是源自於 19 世紀德儒薩維尼（Savigny），其認為意思自治是私法的核心，從而個人自由應該要受到保護，故任何人都不能對他人實施完全的支配，但是可以對物為支配，因物是在空間上被限制的非自由體，故可以作為所有權的客體，但是作為主體的人，因其自由受到保護，故不能成為他人支配的對象，為防止他人自由被剝奪，僅能在明確界定的範圍內，對他人自由施以一定程度的限制，僅形成作為或者不作為的義務。因此，對物的完全支配與對人的請求履行，成為債物二分的基本[37]，債法是自由意志的領域，故債權是自由人對自由人的請求權，物法則處理「不自由的自然世界」（unfreye Natur），是自由意志加諸「不自由的物」的支配權，衍生出「對物的權利」（Recht an Sachen）[38]。而債權物權化充其量就只是債權與物權之間一種例外的混合型態，但仍須謹守法定原則與公示原則[39]。

二、物權透過法定突破關係相對性

私法自治（Privatautonomie）是以人的「自主決定」（Selbstbestimmung）為核心，透過各種的自主決定去形塑自身的法律關係，並經由「自我拘束」（Selbstbindung）而達成「自我負責」（Selbstverantwortung），從而，不用承擔「他主決定」（Fremdbestimmung）的不利益。典型的契約自由及契約相對性，即是如此。但對於物權而言，基於物權的絕對性，購入及受讓土地所有權，固是基於受讓人的自主決定，但通常對於其上的負擔，因是對所有權內容的限制，往往受讓人是不同意其繼續存在的，因此，若其上的負擔是限制物權，基於物權的追及效力，才例外地使受讓人的所有權受到限制，即使受讓人內心百般地不願接受，也必須無可奈何地承受該負擔，其理由可基於物權法定原則及公示原則，推認出受讓人依法有同意的意思，即便是受讓人交易之前未先查清土地登記內容，亦然；反之，若土地上的用益物權未辦理登記，如未登記之意定地上權，則受讓人即使明知地上權人的利用，因地上權根本未發生，理應也不承受不存在地上權的負擔，以貫徹物權公示原則，並保護交易安全及受讓人的財產權完整；但是，如果是未依民法第 759 條辦理登記之法定地上權（如民法第 876 條），因地上權已依法發生，土地受讓人在知情的情況下，依民法第 759-1 條的反面解釋，其依法及依其自主決定取得之土地所有權，仍應受到地上權的負擔而不再完

36. Uwe Wesel, Geschichte des Rechts in Europa ― von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon, 2010, C.H. Beck, S. 60f.
37. 鄭觀、徐偉、熊秉元，為何民法要分物權和債權？，浙江大學學報（人文社會科學版），第 46 卷第 6 期，2016 年 11 月，頁 177-178。
38. Savigny, System des heutigen R mischen Rechts, Bd. I, S. 338f. 蘇永欽，前揭註 5，頁 89。李君韜，薩維尼物權契約學說中的歷史與體系—以其羅馬法淵源為中心，國立中正大學法學集刊，第 77 期，2022 年 10 月，頁 24-28。
39. 吳從周，債權物權化、推定租賃與誠信原則—最高法院九五年度第十六次民事庭會議決議評釋，台灣法學雜誌，第 111 期，2008 年 9 月 1 日，頁 5-6。

整，蓋法定地上權的發生，有其立法政策上保全地上物價值的特殊理由，而依法存在，即透過法律的明文規定，排斥當事人的自主決定，但不排除於後手不知情下，仍有適用善意受讓的空間[40]。從而，他主決定能夠凌駕於自主決定的情況，嚴格上來講，應僅局限於法有明文的情況，物權法定即是其一。若前手間的交易不是物權契約，而是債權契約，則還是有債之相對性的適用，原則上不及於未參與交易的當事人，此亦屬受讓人對法律制度與原則的確信，若欲使第三人受到他人締結契約之限制，必須該第三人同意加入契約才可[41]，否則即是未因自己同意而受到他人的限制，有違自主決定及自我負責的原則，除非對此情況，法律也設有特別規定，如買賣不破租賃及預告登記，而現行的不動產分管契約，依民法第 826-1 條的規定，也必須辦理登記才有對抗效力，也是基於法律明定的結果。

三、債權物權化之例外從嚴

在此想法下，債權物權化的情況，就很難予以一般化，雖然明知債權關係的存在，而仍願取得標的物所有權，似乎可用「默示同意」法則，予以合理化物權化效果，但此是否忽略受讓人對於債權相對性此一法律原則與制度理念的正確認知，而過度擬制了同意？是否犧牲了交易安全的保障？甚至於令受讓人陷於認知衝突的困境當中。

退言之，即使可以如此操作，又如何將之套用於可得而知的情況上？另外，明知或可得而知的觀點是以受讓人作為切入點，不足以作為第三人應受他人契約拘束之理由，典型之一物二賣的情況下，後買受人即使知悉前買受人的買賣契約及占有標的物的情形下，前一買賣契約亦不會發生對抗後買賣契約之效力[42]。但從物權的對第三人效力，係以物權人所為之公示為前提，並預設其為整體制度中成本最小的避險者，目的在保護交易安全，故原則上不考慮受讓人的觀點，即使受讓人因未查閱登記而不知，亦要承受物權繼續存在的不利益。

但是，物權化操作卻是以受讓人的明知或可得而知為重點，而非以占有或登記之公示此一客觀的核心關鍵因素為主，是否是反客為主、肇生個案分別認定之更多交易成本的激進作法？個案認定受讓人是否為善意、是否處於明知或可得而知狀態，不僅耗費成本而有失經濟，而且流於主觀恣意，有害物權秩序的安定性，不如立法建立具有公示性之制度為宜[43]。

是故，買賣不破租賃也僅以「承租人占有中」作為物權化要件，預告登記中的「登記」也是如此，並未要求受讓人的明知或可得而知，於法定類型之外，過度擴張債權物權化理論，將會犧牲後手的財產權保障，而與大法官宣示之財產權保障與交易安全相違，具有理論上的疑問。

四、相關交易之周延安排

近年來審判實務的問題，大多涉及交易價值高昂或利害關係重大的「不動產利用關係爭議」，由於當事人雙方先前沒有作好充分的物權設定安排，或是過於信賴相對人不

40. 謝在全，前揭註 7，頁 94。
41. 陳聰富，債權物權化之適用基礎—最高法院 96 年度台上字第 334 號民事判決評釋，法令月刊，第 61 卷第 10 期，2010 年 10 月，頁 32。
42. 陳聰富，前揭註 41，頁 33。參照最高法院 97 年度台上字第 1842 號民事判決：「買賣契約僅有債之效力，不得以之對抗契約以外之第三人，故在二重買賣之場合，出賣人如已將不動產之所有權移轉登記與後買受人，前買受人縱已占有不動產，後買受人仍得基於所有權請求前買受人返還所有物，前買受人即不得以其與出賣人間之買賣關係，對抗後買受人。」
43. 王澤鑑，憲法基本權利與私法—合憲性控制在法學方法上的分析，載：司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集，1998 年，頁 78-79。

會發生變動而僅作出契約機制的安排，尤其是在涉及多數人社區的使用借貸上，基於公益的考量，才例外地讓後手必須忍受前手之先前的使用借貸安排，而無法主張所有權保護，但又覺得後手無償忍受他人使用，有失公平，變通的方式，就是將之轉換為租賃契約[44]。但此際，原先的使用借貸債權，其實已經質變為租賃債權，那還是原先債權的物權化嗎？不無疑問[45]。

冒險地採用債權物權化理論，是否會開啟濫用的風險，單純交付占有不足以作為債權物權化之正當化論據，違背債權物權化的例外從嚴法則[46]，而使物權工具的自治選項被捨棄不用。或許是因為有這樣的困擾，最高法院在新近之相關判決中，才使用保守的治標方案，採納以誠信原則或公共利益為由，限制所有權人行使權利的作法，但並未據此承認占有人是有權占有，再輔以所有權人對無權占有人之不當得利或侵權行為的請求，變相地百般設法解決這類的用地爭議，替當事人收拾殘局，可謂是用心良苦，但也造成了個案適用結果不一的法安定性欠缺之疑義。

當然，如果原先交易的當事人雙方，事先就作好萬全的規劃，或是請教專業律師諮詢相關的法律意見，作好相關的成本效益及風險分析之後，再進行慎重仔細的選擇[47]，也許後續的紛擾就會少很多了。

---

44. 但是使用借貸係屬無償，租賃係屬有償，二者不具有可類推適用之類似性基礎。參閱林誠二，買賣不破租賃規定之目的性限制與類推適用，台灣本土法學雜誌，第 97 期，2007 年 8 月，頁 147-148。另有認爲土地與房屋不同屬一人所有的情況，也不宜類推適用民法第 425-1 條，蓋此時並無法律漏洞的存在，是立法者有意排除的案型，才會加上同屬一人所有的區隔要件。參閱吳從周，「土地與房屋不同屬一人所有」不宜類推適用民法第四二五條之一—最高法院九十六年度台上字第一三五九號判決在法學方法論上的再思考，月旦法學雜誌，第 165 期，2009 年 2 月，頁 226-228。但亦有認爲基於借貸之基地或房屋所有權變動的情形，爲了減少協商成本及拆屋還地的社會成本，應可類推適用民法第 425-1 條，在房屋得使用期限內，推定有租賃關係。參閱謝哲勝，民法第四二五條之一的類推適用，月旦法學教室，第 73 期，2008 年 11 月，頁 11。
45. 論者亦有參酌民法相關規定，立法者都在想方設法盡可能地不要輕易拆房子，另建議應類推民法第 876 條之規定，使屋主取得有償的法定地上權，蓋一方面不宜讓非貸與人的地主承受無償的債權關係，另一方面，推定租賃都是用於房地所有權合一的情形，其推定確有經驗法則和經濟合理性的基礎，但用在借地建屋情況，顯然不通，故應類推法定地上權之規定（精確而言係指屋對地的不動產役權）。參閱蘇永欽，夏蟲語冰錄（三十）－找到漏洞了嗎？法令月刊，第 61 卷第 7 期，2010 年 7 月，頁 160-161。實務上採此見解之判決，參見臺灣高等法院 104 年度上字第 1377 號民事判決，但該判決遭到上訴審最高法院 107 年度台上字第 1694 號民事判決質疑類推適用法定地上權之相類事實基礎，而予廢棄發回。
46. 張譯文，前揭註 16，頁 197-198。陳聰富，使用借貸契約之債權物權化—最高法院九十八年台上字第一三一九號民事判決評析，月旦裁判時報，第 2 期，2010 年 4 月，頁 56-57。
47. 楊宏暉，前揭註 2，頁 230-231。