

重要論文導讀 ①

登記生效與登記對抗之間

編目：民法

出處	月旦法學雜誌，第227期，頁47~65	
作者	陳自強教授	
關鍵詞	登記生效、登記對抗、物權修正、借名登記、意思主義	
摘要	<p>民法制定時不動產登記僅有非經登記不生效力、非經登記不得處分兩大類，物權編修正增訂非經登記不得對抗模式，最重要的意義在立法創設得使物權內容變更的物權契約類型，緩和繼受德國物權法定主義類型固定的嚴格。我國民法雖仍堅守登記生效主義的陣營，然學說常不知不覺繼受以意思主義為基礎的日本學說，使我國民法始終游移徘徊在德國登記生效主義與日本意思主義之間。</p>	
重點整理	前言	<p>我國民法繼受日本民法之規模雖無法與繼受德國民法及瑞士民法之情形同日而語，卻經常發揮關鍵的作用。就不動產物權變動登記的規定而言，我國民法制定時，固然採取與德國民法相同的登記生效主義，雖採取與日本民法不同的法律原則，但在民法施行後學說判例之發展上，甚至法律之修正上，日本登記對抗模式對物權之修正及意思主義對民法規定形成及適用皆有極深遠之影響。</p>
	不動產物權變動與登記	<p>一、與不動產登記有關之物權編修正： (一)不動產物權得喪之登記 1.非經登記不生效力 登記生效要件主義之規定，除原有民法（下同）第 758 條第 1 項之規定外，修正又新增第 870 條之 1 第 2 項之規定。 2.得請求登記 不動產物權之時效取得（第 769 到 772 條），雖係因法律規定取得，但即使取得時效要件具備，也僅得請求登記為不動產物權，登記完畢方取得其所有權，並不抵觸登記生效主義。 土地法第 102 條增訂基地租賃承租人得聲請為地上權登記，民法第 513 條修正將原先依法律規定當然而生的承攬法定抵押權，修正為承攬人得請求為抵押權之登記。第 881 條之 13 則為物權編修正所增訂者。</p>

<p style="text-align: center;">重點整理</p>	<p style="text-align: center;">不動產物 權變動與 登記</p>	<p>3.非經登記不得處分其物權 第 759 條修正後增列「或其他非因法律行為」，使因建築而取得不動產所有權、未完工建物、未辦理保存登記建物及違章建築的所有權取得，得到法律規定基礎。</p> <p>4.一併登記 (1)依第 824 條之 1 第 4 項，共有物分割應受補償之共有人對其補償金額對補償義務人所分得之不動產，發生法定抵押權，此抵押權應於辦理共有物分割登記時，一併登記。 (2)依第 906 條之 1 第 2 項，因設定權利質權之情形，質權人就該不動產物權有抵押權時，此抵押權應於不動產物權設定或移轉於出質人時，一併登記。 此兩者均屬於法定抵押權，無待登記即發生。則應有第 759 條規定之適用，故此「一併登記」並未有特別之處。</p> <p>5.非經登記不得對抗第三人 物權編修正在限制地上權、農育權人處分其物權之約定(第 838 條第 2 項、第 850 條之 3 第 2 項、流押權契約(第 873 條之 1)及典權絕賣條款(第 913 條第 3 項)導入登記對抗模式。</p> <p>(二)與不動產之利用有關事項之登記</p> <p>1.共有物使用、管理、分割或禁止分割之約定 特別是就約定共有物之特定部分由特定共有人管理使用(分管契約)，得否生拘束應有部分受讓人之效力，於物權編修正增訂第 826 條之 1 第 1 項之規定，仿德國、瑞士之立法例，以登記與否為準。他方面，物權編修正第 799 條之 1 第 4 項規定，似乎又採取不同之原則。</p> <p>2.地租之約定 物權編修正時，立法者認為地租之約定經登記者，因該地租已成為物權之內容，具有物權效力，地上權等物權讓與時，受讓人即應合併計算讓與人所欠租額，並與其連帶負清償責任，以保障土地所有人之權益(第 836 條第 2 項、第 850 條之 9、第 859 條之 5)。如地租之約定未經登記者，則僅發生債之關係。 此外約定地租，預付地租之事實經登記者，土地</p>
---	---	--

<p>重點整理</p>	<p>不動產物權變動與登記</p>	<p>所有權讓與時，土地及地上權、農育權及不動產役權之受讓人或其他第三人（例如抵押權人），受其拘束（第 836 條之 1、第 850 條之 9、第 859 條之 5）。至於未經登記者，立法者認為僅生債之效力。</p> <p>3.使用方法之約定 地上權、農育權及不動產役權設定時，當事人約定使用方法依第 836 條之 2、第 841 條之 2、第 850 條之 9、第 859 條之 5，使用方法之約定，非經登記，不得對抗第三人。</p> <p>(三)日本登記對抗制度之導入？ 日本民法物權編出現「對抗」用語之條文，高達十五條，但同一法條出現「登記」及「對抗」者僅有三個。我國物權法修正導入之登記對抗規定與日本同一法條出現「登記」及「對抗」之規定，內容上毫無相關，數量上亦不成正比。因此，嚴格而言，並非日本民法規定的忠實繼受，反而像東施效顰。</p> <p>二、物權效力與債之效力： 物權編修正在導入登記對抗模式時，立法理由常強調法律所規定之約定或登記事項，若未經登記者，僅生債之效力，經登記者，生物權效力，足以對抗第三人。然則，何謂「債之效力」、「物權效力」？</p> <p>(一)物權之得喪 雖然我國、德國或日本民法，物權變動均包括物權之取得、設定、喪失及內容變更，但實際上，仍以物權之得喪為討論之焦點。</p> <p>1.流押契約 我國民法制定第873條第2項規定時，立法者若認為此約定生效將使抵押人喪失抵押物所有權，故不承認該約定之效力，則該規定之規範基礎為意思主義，而非登記生效主義。 而後修正增訂第873條之1第1項，流押契約之效果修正為「非經登記，不得對抗第三人」，依其立法理由之說明，該約定須經登記，始能成為抵押權之物權內容，發生物權效力，而足以對抗第三人。若參照日本登記對抗主義的精神解釋前開規定，則流押契約雖未登記但在契約當事人間所有權已移轉，僅抵押權人不得對第三人主張其所</p>
-------------	-------------------	---

<p style="text-align: center;">重點整理</p>	<p style="text-align: center;">不動產物 權變動與 登記</p>	<p>有權而已，但此解釋顯然不是立法者的意思，蓋依前揭條文第2項，流押契約僅使抵押人負有移轉登記義務，仍須辦妥所有權移轉登記，抵押權人方可取得抵押物所有權，即流押契約僅為債權契約，而非直接發生物權得喪之物權契約。故立法理由所謂發生物權效力，並非發生物權得喪效力之意，而係強調流押契約非經登記無法「成為物權內容」。流押契約一旦登記成為物權內容，又如何對抗第三人？本文以為此登記似乎應該生類似經預告登記之債權之效果（土地法第79條之1），即若流押契約經登記，抵押人仍將抵押物移轉登記於第三人，抵押權人得主張所有權移轉對其不生效力（相對無效）。</p> <p>2. 典權絕賣條款</p> <p>物權編修正後增訂第913條第3項，依其立法理由之說明，絕賣條款未登記者，不生物權效力，所謂「不生物權效力」究指為何？謝在全教授主張絕賣條款無論是否登記，依第913條第2項，典權人仍因法律規定當然取得所有權。有學說主張絕賣條款未登記者，於當事人間僅生債之效力，典權之受讓人不得對出典人主張絕賣條款，典權人對於典物之受讓人亦不得主張絕賣條款之存在。</p> <p>對此，物權修正委員會委員則主張典權期限屆滿，即生絕賣效果，典權人取得所有權，受讓人得否取得所有權，應依該他人能否受登記公信力保護而定，如此解釋，則絕賣條款之效力變成「非經登記不得對抗善意第三人」。</p> <p>3. 處分權排除之約定</p> <p>地上權及農育權均為得讓與之權利，且得為抵押權之標的，但權利人得與所有人約定不得讓與或設定抵押權，此項約定依第838條第2項、第850條之3第2項之規定，非經登記不得對抗第三人。此三者之立法理由意旨相同。</p> <p>而所謂「約定經登記者，發生物權效力」，並不是發生物權變動效力，反而指違反該項約定而讓與地上權或農育權及設定權利抵押權之行為，不生效力，土地之受讓人亦得援用該項約定，對受讓人或權利抵押權人主張其未取得權利。</p>
---	---	--

<p style="text-align: center;">重點整理</p>	<p style="text-align: center;">不動產物權變動與登記</p>	<p>以上三者，立法者雖均認為登記者，生物權效力，未登記者，僅生債之效力。然後，實際運用結果，卻大不相同。從而，立法者所謂債之效力與物權效力之辨，僅在於約定若經登記成為物權內容，未登記不成為物權內容，而非該約定是否使物權直接發生變動。如此理解「登記對抗」，與登記生效主義並未背道而馳，但與日本登記對抗之本尊，則不免貌合神離。</p> <p>(二)物權利用之約定</p> <p>1.物權內容變更</p> <p>物權編修正增訂的「與不動產之利用有關事項之約定」登記對抗，看似為日本登記對抗之導入，實質上仍為跳出登記生效主義之範疇。物權修正最重要的意義在立法創設得使物權內容變更的物權契約類型，緩和繼受德國物權法定主義類型固定的嚴格，放寬當事人意思自主對物權關係形成自由的空間，此緩和與放寬雖有其侷限性，但的確擴張意思自主在物權內容形成上的空間。</p> <p>2.共有關係中的約定</p> <p>依第826之1第1項之規定，若經登記對應有部分受讓人有效，否則僅在約定當事人間生拘束力，法條用語雖與上述登記對抗模式不同，但實際運用上並無不同。</p> <p>(三)第三人</p> <p>本文認為物權登記對抗模式之導入，與登記生效主義並無矛盾衝突。涉及物權得喪及利用之約定，一經登記，也成為物權內容，對所有權及定限物權(典權或抵押權)之受讓人亦有效。如立法者真有意導人類似日本民法登記對抗模式，法條所謂的第三人是否以物權受讓人為限，特別是在涉及物權得喪之約定(流押契約及典權絕賣條款)，仍有疑問。</p>
	<p style="text-align: center;">日本民法意思主義暗渡陳倉</p>	<p>物權編修正雖企圖導入登記對抗模式，但仍與日本登記對抗有不小之差距，反而與登記生效主義的精神不謀而合。然而學說有時在未經熟慮德國與日本民法法律原則差異性的情況下，將法律價值判斷南轅北轍之立法例勉強湊合而不自知，以下即舉例證說明之：</p> <p>一、不動產讓與擔保：</p>

<p>重點整理</p>	<p>日本民法 意思主義 暗渡陳倉</p>	<p>為擔保債務之履行，將不動產所有權移轉於債權人，即為讓與擔保。</p> <p>在登記生效主義下，因讓與擔保所有權移轉於債權人，基於讓與擔保約定，債權人負有於被擔保債權消滅時移轉所有權於設定人之義務，設定人欲取回其所有權唯有由債權人辦理移轉登記一途，而此亦應屬於依法律行為使物權生變動之情形，非經登記不生效力。然我國學者有認為在清算型讓與擔保，標的物所有權當然復歸於債務人，設定人得行使所有物返還請求權。此種因債務消滅所有權當然回復由設定人所有之主張，應係學說不知不覺受日本意思主義影響之例證。</p> <p>二、和解契約之效力：</p> <p>日本民法關於和解效力之規定，於意思主義下，和解契約得逕使不動產物權直接發生變動，惟若採不動產物權登記生效主義，則有其困難。我國民法第737條若理解為上開日本立法例之繼受，則不啻不知不覺中將日本民法意思主義夾帶到以登記生效主義為原則的民法體系中。</p> <p>三、詐害行為之撤銷：</p> <p>我國通說判例一向認為，無論債權行為或物權行為均得為第224條詐害行為撤銷之客體。此見解認為債權人得一併撤銷債權行為，若係受到日本學說之影響，則此種抄襲似未充分顧慮到我國法有物權行為獨立性原則，而日本法則並無該原則之處理上的差異。若認得一併撤銷債權行為及物權行為，該債權行為亦歸於無效，固然斬草除根，但此似乎已超出以責任財產保全為撤銷制度設計目的之必要。</p> <p>四、意思表示無效不得對抗善意第三人：</p> <p>就通謀虛偽意思表示及因詐欺脅迫意思表示之規定為基礎討論之。</p> <p>日本及德國民法對通謀虛偽意思表示第三人之保護均係基於信賴保護原則，但因日本法之登記無公信力，在善意第三人對登記信賴保護上，日本民法第九四條第二項（我國民法第87條第1項但書之母法）有極重要之地位。我國民法一方面繼受德國登記的公示性原則，承認登記的公信力，他方面又繼受不承認登記公信力的日本意思主義下之立法例，使我國民法第87條第1項但書之解釋適用，無所適從而生矛盾。</p>
-------------	-------------------------------	---

重點整理	日本民法意思主義暗渡陳倉	<p>第92條第2項關於詐欺脅迫意思表示之規定，也應該繼受自日本民法，情形相仿。</p> <p>五、最近發展—借名登記契約：</p> <p>近來最高法院透過一連串判決確立借名登記契約屬合法有效之契約，性質與委任契約類同。依法律行為為不動產物權變動，立法者企圖透過絕對登記及相對登記制度之併用，盡可能使真正權利與權利外觀一致，但有時登記名義人在利害關係人間僅有公法（土地登記法、租稅法等）之意義，不動產真正權利歸屬關係在私法生活關係上，反而無爭執，此時若堅持登記生效主義，反而違逆一般人民之法律感情，故此或許為我國最高法院近來多勇於突破登記生效主義，而透過借名登記契約之承認，達到意思表示主義類似結果之考量。</p>
	結語	我國民法一方面以德國瑞士為主要法律繼受國，他方面又以日本為學說繼受的重要對象，解釋論及立法論亦往往徘徊游移在德國及日本兩大勢力之間。
考題趨勢	<p>1.物權修正導入登記對抗模式，立法理由常強調法律所規定之約定或登記事項，經登記者生物權之效力，若未經登記者僅生債之效力，然而何謂「債之效力」、「物權效力」？</p> <p>2.日本登記對抗模式及意思主義對物權之修正有極大之影響，而我國物權修正所導入之登記對抗模式，與日本之登記對抗有何差異？</p>	
延伸閱讀	<p>1.朱柏松(2010)，〈民法登記對抗效力規定適用疑義解析—以流抵契約登記之對抗效力為討論中心〉，《世新法學》，4卷1期。</p> <p>2.黃健彰(2010)，〈承攬人抵押權登記之效力—登記生效或登記對抗〉，《中原財經法學》，第25期。</p> <p>※延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】 www.lawdata.com.tw立即在線搜尋！</p>	

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！