

## 國考偵測站 ②

## 民法篇

主筆人：蘇台大

## 一、前言

研究所考試與國家考試時有以相同爭點命題之現象，蓋國家考試之命題者亦以各學校教授為主，了解當年度研究所考試之考試重點及命題趨勢，對準備考試上有相當助益。並且，筆者需強調不論係研究所考試或國家考試，最新實務見解之重要性。104年台大（A卷及B卷試題）及北大、103年台大、政大、北大之民法考題有數題皆係改編實務見解。以107年之法研所考試來說，《台大》及《政大》皆以「借名登記之內部及外部效力」為爭點，此涉及最新見解——最高法院106年第三次民事庭決議：又《台大》、《政大》、《東吳》又皆以最新實務見解——最高法院104年第三次民事庭決議為測驗重點，此涉及共同共有債權之行使。以下即整理107年《台大》、《政大》、《北大》、《東吳》、《成大》之法研所民法考題，整理出重要爭點，以觀今年國考命題趨勢：

## 二、各校法研命題趨勢

## (一)借名登記之內部及外部效力

## —《107台大（A）卷第一題》、《107年政大財法組第一題》

借名登記一向是法研所的常客<sup>註1</sup>，而在最高法院106年第三次民事庭決議作成後，重要性更不言而喻，是今年國考十分有可能命題的爭點，且近年有相當多之學者對此有為文評析，例如：吳從周老師、王千維老師、林誠二老師，筆者將相關爭點整理如下：

## 1. 爭點：當事人一方死亡時，借名契約是否直接消滅？

民法第550條規定：「委任關係，因當事人一方死亡、破產或喪失行為能力而消滅。但契約另有訂定，或因委任事務之性質，不能消滅者，不在此限。」則類似委任之借名契約，於當事人一方死亡時間是否有本條之適用而使借名契約直接消滅？實務上似有不同見解，分述如下：

<sup>註1</sup>在107年法研所以前，已考過無數次。例如：「106政大財法（一）」、「105政大民法（四）」、「105台大A卷（二）」、「105成大（一）」、「104台大B卷（二）」、「104成大民法組（二）」、「103中正財法（一）」。

### (1)肯定說

如最高法院 103 年度台上字第 2405 號民事判決謂：「次按借名登記者，謂當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約，其成立側重於借名者與出名者間之信任關係，性質與委任關係類似，應類推適用民法第五百五十條規定，因當事人一方死亡而消滅。」

### (2)否定說

有判決認為當事人死亡時，由繼承人繼承借名契約之法律關係，故借名契約非直接消滅，惟判決似未詳盡理由。最高法院 104 年度台上字第 1787 號民事判決謂：「李連修所有系爭土地持分二分之一係以謝明欽名義登記，雙方並約定分管之位置使用，而由李連修及被上訴人使用土地迄今，足認其等間成立借名登記契約。謝明欽與李連修均已死亡，而由兩造各自繼承該借名登記契約之權利義務，被上訴人於起訴時並已終止系爭借名登記契約…」。

### (3)小結—應視「契約是否另有訂定」

邱玟惠學者認為<sup>註2</sup>，既然已經肯認借名契約性質上應視同委任契約，則此時應直接對民法第 550 條加以操作，準此，借名契約是否因當事人死亡而消滅，審酌重點即在——第 550 條但書：「但契約另有訂定，或因委任事務之性質，不能消滅者，不在此限。」易言之，借名契約原則因當事人死亡而消滅，惟符合但書之情事者，當不消滅。

## 2.爭點：借名物之所有權人？

借名契約僅為債權契約，目的之達成仍須物權行為之配合，故在借名契約下，借名物之所有權人究為借名人抑或出名人？以下以實務及學說見解分述之：

### (1)實務見解

實務見解認為，在「內部關係上」仍應以借名人為真正所有權人。最高法院 104 年度台上字第 1787 號民事判決謂：「按當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之借名登記契約，於其內部間仍應承認借名人為真正所有權人。借名人於借名登記關係消滅後，自得類推適用委任之

<sup>註2</sup>邱玟惠，〈借名登記契約當事人死亡之實務爭議—最高法院 104 年度台上字第 1787 號民事判決評析〉，《月旦裁判時報》，第 51 期，頁 35。

規定，請求出名人返還借名登記財產。」

## (2)學說見解

應如何判斷借名物之所有權歸屬，王千維教授認為可分為兩種類型觀察：

### A.借名人以出名人之名義自第三人處取得標之物之所有權者<sup>註3</sup>：

此時物權行為係存在於出名人與第三人間，由出名人單獨取得標之物完全之所有權，借名人僅得以債權性質之借名契約，對抗出名人。

### B.借名人將其既有之標之物所有權移轉登記在出名人者<sup>註4</sup>：

此時本於借名登記契約，得證明借名人與出名人並無所有權移轉之「讓與合意」，故所有權人仍為借名人。從而，出名人僅取得登記名義，標之物所有權仍歸借名人所有。

## 3.爭點：出名人未經借名人同意，處分借名物之效力為何？

《案例》借名人甲與出名人乙就特定不動產成立借名登記關係，乙未經甲同意，將該不動產所有權移轉登記予第三人丙，其處分行為效力如何？

### (1)無權處分說

舊穩定實務見解認為，出名者違反借名登記契約之約定，將登記之財產為物權處分者，對借名者而言，即屬無權處分，除相對人為善意之第三人，應受善意受讓或信賴登記之保護外，如受讓之相對人係惡意時，自當依民法第 118 條無權處分之規定而定其效力，以兼顧借名者之利益（最高法院 98 年台上字第 76 號判決）。

### (2)有權處分說

吳從周教授採之，且此見解亦受最高法院決議接受。最新實務決議一改以往之無權處分見解，改採有權處分說<sup>註5</sup>：

<sup>註3</sup>王千維，〈由最高法院一〇六年度第三次民事庭會議決議看不動產借名登記〉，《月旦法學雜誌》，第 271 期，頁 31-34。

<sup>註4</sup>王千維，〈由最高法院一〇六年度第三次民事庭會議決議看不動產借名登記〉，《月旦法學雜誌》，第 271 期，頁 34-35。

<sup>註5</sup>在 106 年之民事決議作成前，已有零星最高法院之判決採有權處分說。例如：最高法院 103 年台上字第 1518 號判決：「出名人既登記為該不動產之所有權人，其將該不動產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分，無無權處分可言。」最高法院 103 年台上字第 2142 號判決：「是借名人有將該財產所有權移轉予出名人之意思表示，出名人亦有同意該財產所有權移轉於己之意思表示，並依法完成所有權移轉登記手續者，出名人即取得該財產之所有權，僅出名人基於其與借名人間之內部關係（即借名登記契約），對於借名人負契約約定之義務，及於借名登記契約終止時，負將借名登記之物返還予借名人之給付義務。」

**A.【最高法院 106 年 2 月 14 日第 3 次民事庭會議決議】**

不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，出名人依其與借名人間借名登記契約之約定，通常固無管理、使用、收益、處分借名財產之權利，然此僅為出名人與借名人間之內部約定，其效力不及於第三人。出名人既登記為該不動產之所有權人，其將該不動產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分。

**B.吳從周教授見解**

吳從周教授認為，應貫徹有權處分說以抑制不動產借名登記契約，理由簡述如下<sup>註6</sup>：

**(A)貫徹信託制度的立法者價值判斷**

借名登記本質上係一種信託的型態，僅係屬於現行信託法以外的消極信託。而依信託法第 4 條<sup>註7</sup>，信託財產具有登記制度之公示要求；且依信託法第 18 條<sup>註8</sup>，受託人違反信託本旨處分信託財產時，僅賦予受益人有聲請法院撤銷之權利。準此，借名契約既為未如信託契約有相當之公示要求，則避免立法者之價值判斷失衡，此時更應貫徹土地登記簿上登記名義人之公示外觀與效力。

**(B)損益同歸之法理**

借名人在透過借名契約獲益之同時，即應自行考量與承擔出名人違約處分財產之風險。至於借名人因此所受之損害，則由其依內部關係之債務不履行或不當得利規定，返還其所受利益。

**(C)抑制借名契約之濫用**

借名登記制度常被以「進行投機、逃稅、規避法律等違反社會秩序之行為」而進行濫用。此時，透過借名登記契約之外部關係在效力上風險承擔的轉嫁，應是法律政策上能夠抑制借名人不當的不動產借名契約被濫用的最後手段。

<sup>註6</sup>吳從周，〈我國不動產借名登記契約之發展現狀—特別著重觀察內部效力與外部效力演變之互動〉，《軍法專刊》，第 61 卷第 4 期，2015 年 8 月，頁 66-67。

<sup>註7</sup>信託法第 4 條第 1 項：「以應登記或註冊之財產權為信託者，非經信託登記，不得對抗第三人。」

<sup>註8</sup>信託法第 18 條第 1 項：「受託人違反信託本旨處分信託財產時，受益人得聲請法院撤銷其處分。受益人有數人者，得由其中一人為之。」

## (二) 共同共有債權之行使

### — 《107 年台大 (A) 卷第一題》、《107 年政大財法組第四題》、《107 年政大民法組第一題》、《107 年東吳財法組第二題》

關於共同共有債權之行使方式，104 年第三次民事庭決議作出決議後，多數學者對此決議持反對見解，整理如下：

1. 最高法院 104 年第三次民事庭決議見解：共同共有債權之行使，非回復共同共有債權之請求，應依民法第 831 條準用民法第 828 條 3 項之規定，由全體公共共有人同意，方得行使。
2. 多數學者批評決議見解，認為決議違反物權法之修法意旨及民法第 828 條之適用順序，且忽略民事訴訟法第 67 條之 1 職權通知、第 507 條之 1 第三人撤銷訴訟制度，分別賦予事前與事後之程序保障。

## (三) 定型化契約之程序及實體管制

### — 《107 年台大(B)卷第一題》

107 台大(B)卷第一題，係改編最高法院 106 年度台上字第 431 號判決，近年民法之法研所及司律考試，多改編自最新實務見解，考生應對此保持敏銳度。該判決甚及定型化契約之管制——包括程序管制及實體管制<sup>註9</sup>：

#### 1. 程序管制

(1) 程序管制係指「定型化契約條款」於何種程序下始認為已訂入契約成為契約內容之一部。旨係實現契約「**程序正義**」，避免擬定者利用**優勢地位**，在充分準備下，稱相對人「無經驗、欠缺足夠資訊、專業知識」造成「**締約突襲**」，而輕率同意條款內容。

(2) 程序管制之判斷標準：

條款擬定者是否以**適當方式提起相對人注意條款存在**、相對人有無**適當合理機會瞭解並同意**。例如：消保法 11-1 (審閱期間)、消保法 13 (條款明示)、消保法 14 (顯非預見)、消保法 15 (磋商)、消保法細則 12 (難以注意辨認)。

#### 2. 實體管制

係指定型化契約條款內容何種條件下始能認為有效。旨在實現契約「**交換正義**」，避免過分不合理分配履約風險，致給付與對待給付顯然喪失「**對價均衡**」關係，判斷是否「**公平合理**」。例如：消保法 12 (違誠信原則、

<sup>註9</sup>整理自陳忠五，〈定型化契約條款的規範依據與管制方法〉，《台灣法學雜誌》，第 197 期。

顯失公平)、消保法 17、消保法細則 13、消保法細則 14、民法 247-1。

#### (四)民法第 876 條「同屬一人所有」之判斷

##### —《107 年北大第二題》

- 1.民法第 876 條法定地上權之規定，係以設定抵押權時土地及「房屋」同屬一人所有為要件。此時若僅取得「房屋」之「事實上處分權」而非「所有權」，是否有法定地上權之適用？此時應可認為，本條之立法目的係為促進土地之利用，貿然將屋拆除無法維護經濟公益，故應擴張解釋同一人所有之意涵，而包括違章建築之事實上處分權。
- 2.對於此於民法第 425-1 條「同屬一人所有」之操作，實務見解亦肯定擴張於「事實上處分權」，可參最高法院 99 年台上 1723 號判決「民法第四百二十五條之一規定『土地及其土地上之房屋同屬一人所有，而僅將土地或僅將房屋所有權讓與他人，或將土地及房屋同時或先後讓與相異之人時，土地受讓人或房屋受讓人與讓與人間或房屋受讓人與土地受讓人間，推定在房屋得使用期限內，有租賃關係。其期限不受第四百四十九條第一項規定之限制』，雖以『所有權讓與』為明文，然未辦登記建物因無法辦理所有權移轉登記，而僅得以事實上處分權讓與，受讓人所取得之事實上處分權，較之所有權人之權能，實屬無異。」

#### (五)使用借貸是否得類推適用民法第 425 條

##### —《107 年東吳民法組第三題》

此為傳統之重要爭點，亦即使用借貸得否產生債權物權化之效果：

##### 1.否定說

- (1)實務判例（59 台上 2490）認為，此為立法者有意排除，就租賃及使用借貸兩種用意債權為不同之價值判斷，並非法律漏洞。王澤鑑老師亦以租賃為有償契約、使用借貸為無償契約；租賃為居住問題，涉及弱勢承租人保障，使用借貸無此社會性之觀點採否定說；林誠二老師認為，欲確保使用權存續，應採取成本較高的方式，有償無償涉及當事人保護之厚薄應以否定說較為可採。

##### (2)陳聰富老師之見解

契約自由原則為民法之基本原則，不容輕易破壞。債權相對性係屬契約自由原則、私法自治原則的表現，而債權物權化則屬法律的例外規定，在解釋上應從嚴解釋。基此，若以單純交付占有得以成為債權物權化之正當依據，應屬可議。綜上所述，不具法明文之狀態下，應不

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

得任意擴張物權化之範圍。

## 2. 肯定說

詹森林老師及吳從周老師認為，依民法第 425 條之意旨，維護正當信賴及達到風險合理分配及效率之要求，有無支付對價無關緊要。且參酌德國學說（知悉說），強調物權債權化的重要基礎為交付占有之事實。準此，使用借貸在具備占有之公示外觀下，亦得賦予債權物權化之效力。

### (六) 優先承買權之效力

#### 一 《107 年成大民法組第三題》

土地法第 104 條、土地法第 34 條之 1、民法第 426 之 2 條之優先承買權，效力如何？競合之情形下應如何處理？此亦為 104 年台大 A 卷所考之爭點，應注意最高法院 68 年第 5 次民事決議見解：「土地法第一百零四條僅規定基地出賣時，承租人有依同樣條件優先購買之權，並未限制承租人對於共有之基地必其共有人全部出售時始得主張優先購買之權，果係如此，則基地共有人將其應有部分分別或先後出售時，承租人將無法獲得基地所有權，有違土地法第一百零四條之意旨。故出租之共有基地共有人之一出售其應有部分時，基地承租人有依同樣條件優先購買之權，承租人此項優先購買權，且優先於同法第三十四條之一第四項所規定之他共有人優先承購權。」亦即，共有人間之優先承買權之立法目的係為消滅共有關係，立法者就土地法第 34-1 條第 4 項之承買權賦予債權之效力；基地之優先承買權之立法目的在於解決土地利用關係，第 426-2 條立法者給予物權之效力。就此立法目的為競合之價值判斷，物權效之優先承買權應有優先效力。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！