

黄茂荣法学文丛

债法通则之三

债法通则全面涵盖债之基础问题，原则上采专论的形式，收录法规、令函及判解，写作时注重法学方法的引用，有助于法学方法在债法上的应用，力求在法律价值、观点、论证及实务思潮方面能与法治及法学进步国家的现况接近

债之保全、移转及消灭

黄茂荣 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

黄茂荣法学文丛

债法通则全面涵盖债之基础问题，原则上采专论的形式，收录法规、令函及判解，写作时注重法学方法的引用，有助于法学方法在债法上的应用，力求在法律价值、观点、论证及实务思潮方面能与法治及法学进步国家的现况接近

债法通则之三

债之保全、移转及消灭

黄茂荣 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

债法通则. 3, 债之保全、移转及消灭/黄茂荣著. —厦门:厦门大学出版社, 2014. 6
(黄茂荣法学文丛)

ISBN 978-7-5615-4994-0

I. ①债… II. ①黄… III. ①债权法—研究—中国 IV. ①D923.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 120475 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

厦门集大印刷厂印刷

2014 年 6 月第 1 版 2014 年 6 月第 1 次印刷

开本:720×1000 1/16 印张:19 插页:2

字数:386 千字 印数:1~3 000 册

定价:50.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

序 言

债法通则将分五册：第一册含导论、债之关系及债之意定的发生原因。意定的发生原因指契约及悬赏广告。关于契约，再就契约之缔结、要式契约、电子商务进一步加以说明。第二册含损害赔偿之债的概论、债务不履行责任及特种侵权行为责任。第三册含债之保全、债权之确保、债之连带、债之移转、债之消灭。第四册含债之法定的发生原因中之无因管理及不当得利。另有一个重要之债的法定发生原因——一般侵权行为将编入第五册，预计一年内出版。以上将大致全面涵盖债之基础问题。

上述题目的体裁，原则上采专论的形式。法规、令函及判解的引用所以及于内容，主要是为节省读者查考的时间及检证的需要，因此篇幅比较长。写作时注重法学方法的引用，希望因此有助于法学方法在应用上的介绍，以及力求在法律价值、观点、论证及实务思潮方面，能和法治与法学进步国家的现况接近。

法律文化因与国情相依，而有不同法系间之差异，但由于人同此心，其基本价值及逻辑方法一般说来并无二异。如何透过比较法的研究，师人之长，缩短法治与法学之真正现代化及本土化的时程，与法律、经济及社会政策所追求之公平、效率及关怀目标的实践成果之高低，至为重要。愿以本书与有志于推动中华法治与法学之真正现代化及本土化的女士们、先生们，互相切磋、努力。

本书厦大简体版之出版，承厦门大学法学院李刚学长之慷慨帮助及厦门大学出版社副社长施高翔博士与责任编辑甘世恒先生之百般费心，十分感谢！

黄茂荣
2014年1月

目 录

第一章 债之保全	1
第一节 代位权	1
一、前言	1
二、代位权的构成要件	2
三、代位权之行使	9
第二节 二重买卖与撤销诉权	12
一、前言	12
二、二重买卖之利益冲突	12
三、规范目标：保护原来给付或履行利益	17
四、保护方式：撤销诉权	19
五、诈害债权行为之要件	21
六、得撤销之法律行为	23
七、契约责任与侵权责任	24
八、诈害债权与侵权行为	28
九、保护之规范类型的经济分析	29
十、结论	34
第二章 债权之确保	38
第一节 债权之确保	38
一、概说	38
二、定金	40
三、违约金	42
四、票据担保或现金担保	47
五、第三人担保	49
六、担保信托及强制担保信托	49

七、担保物权之证券化·····	52
八、强制责任保险·····	52
九、选择权之销售与避险交易·····	53
第二节 抵押担保与担保信托·····	55
一、物上担保概说·····	55
二、抵押权之缺点·····	58
三、担保信托之优点:容易实行与流通·····	58
第三章 债之连带——多数债务人或债权人之债·····	61
一、概说·····	61
二、多数债务人之债·····	62
三、多数债权人之债·····	97
四、结论·····	101
第四章 债之移转——债之主体范围的变更或扩张·····	105
一、前言·····	105
二、债之移转·····	108
三、有第三关连之契约·····	148
第五章 债之消灭·····	163
第一节 债之消灭·····	163
一、债之消灭的概念·····	163
二、债之消灭的原因·····	165
第二节 有益费用之偿还义务及其保证或承担 ——“最高法院”2003 年度台上字第 1540 号民事判决·····	224
一、事实要述·····	224
二、涉讼经过要述·····	224
三、问题提出·····	228
四、第三人同意偿还债务的连带关系·····	241
五、结论·····	245
第三节 债之清偿 ——无效契约之债务的清偿效力·····	248
一、清偿无效债务契约之债务·····	248
二、关于无效契约之效力的规定·····	249

三、解除之善后规定得准用于撤销	251
四、利益第三人契约之清偿及其回复原状	251
五、因禁治产而无效之利益第三人契约	253
第六章 附 论	255
第一节 准占有	255
一、准占有之概念	255
二、准无权占有与信赖保护	256
三、准无权占有之无权处分或无权代理	257
四、向债权之准占有人清偿债务	258
第二节 占有人权利之推定及其反证之举证范围	261
一、谁得质疑该推定之权利	263
二、所有人应负之举证责任的范围	265
第三节 盗赃物回复请求权与所有物返还请求权之竞合	267
一、事实要略	267
二、“最高法院”对于本案先后两次判决所持见解	267
三、盗赃股票之转让	268
四、盗赃物回复请求权与所有物返还请求权之竞合	271
五、诉讼标的之特定及法院之阐明	273
六、争点的整理	275
七、法学方法上的检讨	276
八、结论	289
附录一 “最高法院”1996 年度台上字第 1329 号民事判决	291
附录二 “最高法院”1997 年度台上字第 2423 号民事判决	294

第一章

债之保全

第一节 代位权

一、前言

为了保全债权人之债权的实现,“民法”在第 242 条至第 243 条规定了债权人之代位权,在第 244 条至第 245 条规定了债权人之撤销权,其功能与“民事诉讼法”第 522 条以下关于保全程序所定之假扣押、假处分相当。所不同者为,在“民法”所定之债的保全手段为代位行使债务人对于第三人之权利,或撤销债务人与第三人所为有损害于债权人之权利的法律行为;而在“民事诉讼法”中所规定之保全程序,则在于限制债务人对于其财产或权利之处分行为。两者相较,“民事诉讼法”所定之保全程序比撤销诉权积极,制于机先。至于代位权则又更具有自主增益债务人清偿能力的意义。

在“民事诉讼法”所定之保全程序,因债权人对之行使权利的对象就是债务人,所以,就金钱请求或得易为金钱请求之请求,只要有日后不能强制执行或甚难执行之虞,债权人欲保全强制执行,即得声请假扣押(“民事诉讼法”第 522 条、第 523 条)。有无请求及假扣押之原因,债权人虽应释明之,但其如就债务人所应受之损害已供法院所定之担保,法院仍得命为假扣押(同法第 526 条)。相应的,在假扣押裁定内,应记载债务人供所定金额之担保后,得免为或撤销假扣押(同法第 527 条)。类似的,就金钱请求以外之请求,如有可能因请求标的之现状变更,致日后不能强制执行,或甚难执行之虞,债权人欲保全强制执行,得声请假处分(同法第 532 条)。关于请求假处分之原因的释明及担保的提供,准用假扣

押之规定(同法第 533 条)。唯非有特别情事,法院不得允许债务人供担保而撤销假处分(同法第 536 条)。基于债之关系在主体上的相对性,本来仅债权人与债务人始享有债权或负有债务。第三人非经债权之移转或授权,或非经债务承担或保证,原则上除法律另有规定外,不因他人间之债的关系而享有债权或负有债务,也不得介入他人之债务关系。^① 在“民法”所定之代位权或撤销诉权的行使中,因不但其行使权利的对象扩及债务人以外之第三人,而且又违反债务人之明示或默示之意思,所以,其行使应有来自于债务人之危害的行为所构成之法定要件的限制;债务人之不作为(怠于对第三人行使其权利)或作为(与第三人从事诈害债权之行为)。代位权之行使可在诉讼外直接对于第三人为之;反之,诈害债权之行为的撤销,则须以诉的方法为之。是故,该撤销权也便习称为撤销诉权。

二、代位权的构成要件

关于代位权,“民法”第 242 条规定:“债务人怠于行使其权利时,债权人因保全债权,得以自己之名义,行使其权利。但专属于债务人本身者,不在此限。”^② 第 243 条规定:“前条债权人之权利,非于债务人负迟延履行时,不得行使。但专为保存债务人权利之行为,不在此限。”归纳之,其要件为:(1)该权利非专属于债务人本身;(2)债务人怠于行使其权利;(3)债务人已应负迟延履行或系属专为保存债务人权利之行为;(4)因保全债权之需要。

^① “债权债务之主体应以缔结契约之当事人为准,故契约当事人以外之第三人,不问其实际上有无参与情事,除有‘民法’第二百四十二条规定之代位权外,不得本于他人间之契约关系,对于该契约之债务人请求履行债务。”(“最高法院”1957 年度台上字第 1539 号民事判决)此即契约效力在主体上之相对性。是故,“基于租赁关系终止契约,请求返还租赁物及给付租金并赔偿损害者,除有特别情事(例如‘民法’第二百四十二条之代位行使权利)外,唯出租人始得为之。至于所谓出租人,系指自己名义以物租与他人使用收益者而言,此观诸‘民法’第四百二十一条以下关于租赁之规定自明”(“最高法院”1955 年度台上字第 812 号民事判决)。

^② “最高法院”1985 年度台上字第 1779 号民事判决:“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,固为‘民法’第二百四十二条所明定;唯依此规定行使代位权,应以债权人为限。”

(一)该权利非专属于债务人本身

依上述要件,债权人所行使者必须是债务人之权利。^① 唯该权利因含代位权,所以,可能基于代位权,而代位行使债务人之债务人的权利。^② 这在特定物之辗转买卖,特别是因法律之规定,而不能移转标的物之所有权的买卖(例如违章建筑之买卖),最为常见。^③ 唯该权利必须不是专属于债务人本身之权利。^④ 所谓专属于债务人本身之权利,首先指以身份为基础,其次指基于人格权或社员权发生之权利。基于身份权者,必然是专属于债务人本身之权利,例如因婚约而为赠与契约之缔结时(“民法”第 979 条之一),其赠与债权、扶养请求权。基于人

① “债权人依‘民法’第二百四十二条规定以自己名义代位行使者,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,债权人即无代位行使之可言。”(“最高法院”1980 年度台上字第 1535 号民事判决、“最高法院”1981 年度台上字第 2643 号民事判决)

② 在此所称债务人之权利含债务人对于第三人之债权,及其对于该第三人之代位权。“最高法院”1954 年台上字第 243 号判例:“‘民法’第二百四十二条,关于债权人代位权之规定,原为债务人怠于行使其权利,致危害债权人债权安全,有使债权人得以自己之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,债务人得代位行使时,亦为非专属于债务人本身之财产上权利之一种,如债务人怠于行使此项权利,致危害债权人债权安全者,自难谓为不在债权人得代位行使之列。”“最高法院”1957 年台上字第 422 号判例:“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‘民法’第二百四十二条所明定。登记请求权性质上得类推适用债权人代位权之规定,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,则甲亦自得代位丙行使对丁之移转登记请求权。”

③ 违章建筑,其起造人固能原始取得其所有权,但因违章建筑不准登记,而不动产之所有权依法律行为取得者,以登记为生效要件,所以,其买受人不能受其所有权之移转。于是,违章建筑在辗转买卖后,如为第三人所侵害,其最后之买受人必须辗转借助于代位权始能依所有权对于加害人请求赔偿。本例同时亦可说明,为何代位权之成立,不但不宜规定,以债务人有破产原因(债务超过资产、无清偿能力)为其要件,而且就所谓债务人怠于行使其权利的认定,亦宜以债务人有得行使,而不即为行使的情事为已足。

④ 关于“民法”第 242 条但书所称专属于债务人本身之权利,请参考孙森焱,《民法债编总论》,作者自刊,1979 年初版,第 445、446 页。

格权或社员权者则通常如此,但不必然,例如专利权、著作财产权。^①其中与社员权有关者例如“民法”第684条规定:“合伙人之债权人,于合伙存续期间内,就该合伙人对于合伙之权利,不得代位行使。但利益分配请求权,不在此限。”此即基于权利之性质对于债权人代位权之行使的限制。

由于债权人代位行使债务人债权之情形,债权人所得请求者依然是对于债务人为给付,不因代位而发生财产利益之归属的移转结果。所以,债权之让与性或继承性受到法定或意定之限制的情形,原则上不因此导出其不可代位性。与是否可代位有关之论点,应在于系争权利之行使与否,论其性质应尊重债务人之意思的情形。“民法”第242条但书所称“专属于债务人本身”,当作如是观。基于上述认识,“民法”第194条、第195条关于人格权之侵害所造成之非财产上损害的赔偿,其请求应尊重债务人之意思,当无疑问。至于第294条所定不得让与之债权,是否皆不得代位,恐还须就个案具体情形认定之。又劳务之债务契约的给付义务内容固常因具有属人性,而在移转上受有限制,但是否因此不得代位,同样不能一概而论。

得代位行使之权利态样繁多,“不以保存行为为限,凡以权利之保存或实行

① 例如就特定专门技术申请专利的权利。除“专利法”另有规定或契约另有订定外,以发明人、创作人或其受让人或继承人为专利申请权人(“专利法”第5条)。专利申请权及专利权虽均得让与或继承(同法第6条第1项)。但专利申请权因涉及人格权的行使,在技术人不愿行使时,其债权人不得代位行使。在著作权方面亦有类似的问题。唯在著作权的发生与取得改采创作主义后,已无所谓著作申请权。于是,与之有关的问题必须退到著作发表权,亦即著作人到底愿不愿意发表其已完成之著作。这应尊重著作人之意思(“著作权法”第15条)。盖著作首次以何种方式发表,应定性为著作人格权之行使的层次。从而在著作人不愿发表时,其债权人并不得代位行使其著作发表权,将之以著作人不同意之方式,公开发表。至于同一著作已一度以一定之方式发表后,继续以该方式发表的问题,可定性为著作财产权的层次。唯其改作又回到著作人格权的层次。这时候,是否得勉强其以未改作的形态继续发表,进入著作财产权与著作人格权之交集层次,应采否定的见解(“著作权法”第41条)。因为既涉及著作人格权,便应尊重著作人之意思。关于著作人格权之保护,“内政部”1986年8月23日台内营字第429302号释称:“三、同法第二十五条规定,‘受让或继承著作权者,不得将原著作改窜、割裂、变匿姓名或更换名目发行之。但经原著作人同意或本于其遗嘱者,不在此限’,旨在保障著作人有保持其著作及其标题之同一性之权利,此项著作权利(著作人格权)专属于著作人享有。建筑物变更设计之设计建筑师,并非限为原设计之建筑师,但出资人或第三人之变更设计,如侵害原设计之著作人格权(同一性保持权)时,依著作权法之立法精神,应经原设计之建筑师同意。”唯“著作人约定不行使著作人格权时,契约之他方当事人如有未经著作人同意而公开发表、表示或不表示著作人之姓名或改变著作之内容、形式及名目等行为者,因著作人对该他方当事人已约定不行使其著作人格权,自不得向其主张著作人格权”(“内政部”1994年3月18日台内著字第8304406号函)。

为目的之一切审判上或审判外之行为,诸如假扣押、假处分、声请强制执行、实行担保权、催告、提起诉讼等,债权人皆得代位行使”(“最高法院”1970年台抗字第240号判例)。含债务人对于第三人之代位权。^①在特定物之租赁、买卖,而该标的物尚为债务人(第三人)所有或占有。而第三人对于债务人负有返还或移转该物的债务且届清偿期者,债权人即得代位行使债务人对于第三人之返还^②或移转请求权,即便标的物系违章建筑亦然。^③代位权既然涉及债务人权利的行使,该权利在债权人代位行使时必须处于可以行使之状态。^④

“唯在诉讼程序中之行为,如依法律之规定,仅该当事人始得为之,且依其性质,并不适于由他人代位行使之诉讼行为,自不能准由该当事人之债权人代位行使,例如提起上诉、对强制执行方法之声明异议、对假扣押假处分裁定提起抗告、攻击防御方法之提出等是。又依‘民事诉讼法’第五百十六条第一项规定,仅债务人得对于支付命令提出异议,如债务人于法定期间内提出异议,依同法第五百十九条第一项规定,其支付命令即失其效力,以债权人支付命令之声请,视为起诉或声请调解。是债务人对于支付命令之异议权,依其性质,与前揭之上诉、抗告权相类似,一旦行使,即足以使原已可确定之法律关系,再度归于不确定之状态,唯仍由原来之当事人继续进行诉讼,自不适于由当事人以外之第三人代位行

① “最高法院”1963年度台上字第1403号民事判决:“‘民法’第二百四十二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之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权利,债务人得代位行使时,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。”

② “最高法院”1958年台上字第1815号判例:“出租人有以合于所约定使用收益之租赁物交付承租人不动产之义务,苟租赁物为第三人不法占有时,并应向第三人行使其返还请求权,以备交付,其怠于行使其权利者,承租人因保全自己债权得代位行使之,此观‘民法’第四百二十三条及第二百四十二条之规定自明。”

③ “最高法院”1963年台上字第681号判例:“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‘民法’第三百四十九条),则承买人本于‘民法’第二百四十二条代位前手行使此项权利,要无不合。”

④ “最高法院”1976年台上字第381号判例:“‘民法’第二百四十二条前段所定债务人怠于行使其权利时,债权人因保全债权,得以自己之名义,行使其权利之先决条件,须债务人果有此权利,且在可以行使之状态,始有债权人代位行使之可言。兹债务人对被上诉人之移转系争房屋所有权之请求权,尚不得行使,上诉人主张代位其行使,殊非有理。”

使。”(“最高法院”1996 年度台抗字第 590 号民事裁定)^①

(二) 债务人怠于行使其权利

所谓债务人怠于行使其权利,指债务人对于第三人之权利已得行使,而债务人不为行使。因为在代位权的行使,所行使者为债务人对于第三人之权利,是故,是否得代位行使,不用与债权人对于债务人之债权比清偿期之先后。^② 其专为保存债务人权利者,甚至不以债务人已负迟延履行责任为必要。

(三) 债务人已负迟延履行责任或得专为保存债务人之权利

债务人对于债权人固然负有给付的义务,但并不因此使得债权人取得介入债务人之事务的权限。^③ 是故,首先必须债务人已负迟延履行责任,债权人为保全其债权,始在必要之范围内,得代为行使债务人怠于行使之权利。有疑问者为,如债务人尚未陷于给付迟延,债权人在什么情形下,依“民法”第 243 条但书,得专为保存债务人权利而代位行使债务人之权利? 依该但书规定,本来看似只要专

① “司法院”1989 年 11 月司法业务研究会第 16 期之十九:“按债务人怠于行使其权利时,债权人因保全债权,固得依‘民法’第二百四十二条之规定以自己之名义,行使其权利,唯在诉讼程序上所为之行为,仅诉讼当事人或诉讼法所规定之关系人始得为之。尚非他人所得任意代位行使。依‘民事诉讼法’第五百十六条第一项规定,债务人对于支付命令,得不附理由向发命令之法院提出异议。足见对支付命令声明异议者,唯该支付命令之债务人始得为之,此乃诉讼程序上唯有债务人始得进行之程序,揆诸前开说明,自非他人所得代位行使。”

② “最高法院”1983 年台上字第 3534 号判例:“债权人为保全其债权,行使‘民法’第二百四十二条规定之代位权者,于债务人怠于行使其权利时,即得为之。至于债权人所欲保全之债权与债务人怠于行使之权利,孰先孰后,则与代位权之行使,不生影响。”

③ 行使代位权者与其所行使之权利的权利人间,必须有债权债务关系。“最高法院”1968 年度台上字第 3322 号民事判决:“‘民法’第二百四十二条所定之代位权,系债权人代行使债务人之权利,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。”基于该意旨,“最高法院”1995 年度台上字第 1022 号民事判决意旨称:“又土地征收之性质与买卖有别,非属继受取得,而系原始取得,需用土地人与被征收土地之所有权人之间,并无任何私法上之债权债务关系之存在。原审未说明被上诉人与阮吕阿陂间有何债权债务关系存在,遽谓被上诉人得依‘民法’第二百四十二条之规定代位阮吕阿陂请求上诉人涂销系争土地之赠与登记,非无可议。”

为保存债务人权利的行为，^①在债务人履行债务前，债权人皆得无条件代位行使债权人得行使而未行使之权利。然这似乎有点操切。盖既云为保全，自必须有不代位行使权利，即有危及债权之可能的情事存在，方始该当。这当中，债务人纵非已陷于给付迟延，至少必须有陷于主观给付不能的情事。单单因为具有债权人身份，便认为即可无限制地为债务人从事以权利之保存或实行为目的之一切审判上或审判外的行为，显然过当。

(四)因保全债权之需要

代位权之行使目的既在于保全债权，则债权人虽得因代位权之行使，而自第三人受领权利或物品，但其受领之权利或物品仍应直接归属于债务人^②。债务人如欲从其自第三人受领之给付获得清偿，尚必须经过移转或交付的方法。这在外观上虽不必然以仪式性的操作表现出来，但还是必须注意有该过程之存在。特别是必须有债务人自己对于债权人之履行行为。不得认为，债权人单独的即

① “最高法院”1970年台抗字第240号判例要旨认为：“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‘民法’第二百四十二条前段所明定。此项代位权行使之范围，就同法第二百四十三条但书规定旨趣推之，并不以保存行为为限，凡以权利之保存或实行为目的之一切审判上或审判外之行为，诸如假扣押、假处分、声请强制执行、实行担保权、催告、提起诉讼等，债权人皆得代位行使。”以该判例见解为基础，就“债权人甲对债务人乙之土地取得所有权移转登记胜诉判决确定后，尚未完成登记时，其他债权人丙对该土地执行假扣押（可能采系乙串通丙假扣押阻碍甲登记），问甲得否依假扣押裁定所定金额提供担保请求撤销假扣押？又甲如主张系债之履行有利害关系之人，于债权人丙拒绝甲代为清偿时，甲可否清偿提存，请求执行法院涂销查封登记。”这个法律问题，“司法院”第一厅研究意见认为：“本题情形债务人乙对丙之执行假扣押，若怠于依假扣押裁定所定金额提供担保请求撤销假扣押，债权人甲因保全其债权，自得代位行使之。至债权人甲如主张系债之履行有利害关系之人，于债权人丙拒绝甲代为清偿时，甲虽可为清偿提存，唯仍应依‘民法’第二百四十二条之规定，以假扣押原因消灭为由，代位声请撤销假扣押裁定后，始可请求执行法院启封并涂销查封登记。”（“司法院”1983年12月29日厅民二字第0920号函复台高院之一）“司法院”第一厅之研究意见的意旨为：在该问题所示情形，债权人固得以利害关系人的身份依‘民法’第三百十二条清偿债务人对于第三人所负之债务，但在该债务清偿后，系争假扣押之撤销的声请权因仍属于债务人，固债权人还是必须依‘民法’第二百四十二条之规定，以代位的方法为之。所谓专为保存债务人权利的行为，孙森焱认为中断时效、申请登记及报明破产债权等皆属之（氏著，《民法债编总论》，作者自刊，1979年初版，第443页）。

② “查债权人依‘民法’第二百四十二条规定行使代位权之效果，直接归属于债务人，债权人行使者既为代位权，权利之内容，并非债务人固有之请求权，即不得请求第三债务人径向债权人为给付。故承租人对无权占有租赁物之第三人，代位出租人行使返还请求权，自不得请求径向自己为给付，此与代位债务人受领第三人清偿之行为不同。”（“最高法院”1982年度台上字第863号民事判决）

得就其自第三人受领之给付,经由双方代理完成清偿的过程。要之,这当中必须保留给债务人之其他债权人参与分配的机会。^①至若债权人如果事先同意债权人以双方代理的方式清偿,则这已非代位权之行使,而是委任。

与“因保全债权之需要”这个要件有关之另一个重要问题是,代位权之行使是否应以债务人有破产原因为要件?^②这是比应以债务人已陷于给付迟延、已陷于或将会陷于主观给付不能更进一步的要件。从第244条第3项规定债务人之行为……仅有害于以给付特定物为标的之债权人者,不适用前两项关于诈害债权的规定观之,应当认为第242条关于代位权之规定的适用,亦应以债务人有破产原因为必要。唯实务上认为只要系实现债权所必要即得代位行使,这特别表现在以特定物之给付为债之标的的情形。^③类似的问题为第三人与土地共有人之一缔结合建契约,协议在其将来分割所得之单独所有土地上合建房屋者,该第三人为实现其债权,于其债务人与其共有人迟迟不能协议分割时,代位提起分割

① “最高法院”1968年度台上字第3010号民事判决:“‘民法’第二百四十二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之名义,行使债务人之权利,以资救济之必要而设。故债权人对债务人之权利,除专属于债务人本身者外,如债务人怠于行使其权利,均在债权人得代位行使之列。又债权人行使债权人对于第三债务人之债权时,虽应以其行使债权所得之利益,归属于债务人,俾总债权人得均沾之,但不得因此即谓该债权人无受领第三债务人之权利。”

② “最高法院”1999年度台上字第694号民事判决:“查债务人怠于行使其权利时,债权人因保全债权,固得以自己之名义,行使其权利;唯此须以有保全债权之必要为前提,即债权人如不代位行使债务人之权利,其债权即有不能受完全满足清偿之虞时,债权人始有保全其债权之必要,而得行使代位权;倘债之标的与债务人之资力有关者,如金钱之债,其债务人应就债务之履行负无限责任,债务人苟有资力,债权即可获得清偿,若债务人陷于无资力或资力不足,债权之经济上价值即行减损,故代位权之行使应以债务人陷于无资力或资力不足为要件。”

③ “最高法院”1995年度台上字第1730号民事判决:“出租人有以合于所约定使用收益之租赁物交付承租人之义务,苟租赁物为第三人不法占有时,并应向第三人行使其返还请求权,以备交付,其怠于行使此项权利者,承租人因保全自己债权得代位行使之,此观‘民法’第四百二十三条及第二百四十二条之规定自明。又当事人对于代位权行使与否,意思不明时,审理事实法院之审判长,有依‘民事诉讼法’第一百九十九条第二项行使阐明权之职责。”

共有土地之诉便有必要。^① 以上问题的答案系关于如何保护债权的政策立场。重视债权之履行者,认为只要是实现债权所必要,即得代位行使;重视市场竞争机能者,认为债权之保护应止于履行利益之赔偿,而不达到原来债之内容的实现。

三、代位权之行使

代位权在行使上之特征为,债权人得以自己之名义为之。唯其虽得以自己之名义,但其行使之成果,犹如授有代理权之法定委任,应归属于债务人(“民法”第541条),充为债务人所负债务之总担保。^② 是故,不但在第三人因债务人行使代位权而对其给付时,与其受领之给付相关的权利应直接归属于债务人,纵使

① 台湾地区高等法院暨所属法院 1996 年法律座谈会民事类第五:“甲乙共有一笔土地,应有部分各为二分之一,乙与建商丙订立合建契约,约定乙应分割系争土地(未约定特定部分)交由丙兴建房屋,唯嗣乙以合建契约所示内容不利于己,故迟迟不与甲协商分割系争土地,致丙未能兴建房屋,丙为保全其权利,代位乙与甲协议分割系争共有物不成,乃以甲、乙为共同被告代位乙请求分割系争土地后,由乙将分得之土地交付丙兴建房屋,其诉有无理由?讨论意见甲说:按不动产物权系采登记主义,分割共有物之诉自限于有登记之共有人方能提起,丙非共有人自不得提起分割系争共有物之诉,再者,对于分割土地,分割前之共有与分割后之单独所有只是所有权存在之样态不同,并无优劣之分,不请求分割共有物并非急于行使权利,丙欲行使‘民法’第二百四十二条之代位权,自属与法未合,其代位乙提起分割共有物之诉等为无理由。乙说:‘民法’第二百四十二条所定债务人急于行使其权利时,债权人因保全债权,得以自己之名义,行使其权利,并无限制债权人所得代位行使债务人权利之种类,故无论物权、债权或形成权、请求权均得代位行使之,因而丙为保全债权,自得代位乙提起分割共有物之诉。审查意见采乙说。研讨结果照审查意见通过。”

② “最高法院”1984 年度台上字第 1163 号民事判决:“债权人依‘民法’第二百四十二条之规定行使其权利而求为财产上之给付时,因债务人之财产为总债权人之共同担保,故债权人虽有代位债务人受领给付之权限,而系指向债务人给付而由债权人代位受领而言,非谓债权人得请求第三债务人直接对自己为清偿。”

给付种类相同,债权人亦不得主张抵销,^①而且除非债权人另依其他规定享有优先受偿权,否则,仍应与其他债权人平等受偿。由此可见,在代位权之行使中,虽以债权人自己之名义为之,但在法律上还是等于以债务人之名义为之。基于该效力,将依“民法”第242条赋予之权利称为代位权,不如称为法定代理权较为传神,且容易理解。称为代位权,且要求应以债权人自己之名义为之,而又将代位行使权利之结果规定应直接归属于债务人,其效力内容与其权利之行使的方式事实上是互相矛盾的。^②

因之,司法实务上认为,债权人代位债务起诉请求给付时,须声明被告(第三

① 在此意义下,债权人如因行使代位权而自第三人取得有体物之占有,其占有为辅助占有。债权人仅是债务人关于该物之占有辅助人。“占有辅助人,或称主人之占有机关,系指受雇人、学徒或基于其他类似之关系,受主人之指示,为主人而对于物为占有之人而言。”(“最高法院”1969年度台上字第1020号民事判决)“‘民法’第九百四十二条所规定之占有辅助人于受他人指示而为他人管领物品时,应仅该他人为占有人,其本身对于该物品即非直接占有人,与同法第九百四十一条所定基于租赁、借贷关系而对于他人之物为直接占有者,该他人为间接占有人之情形不同。”(“最高法院”1999年度台上字第2818号民事判决)至于委任,因称委任者,谓当事人约定,一方委托他方处理事务,他方允为处理之契约,“民法”第528条定有明文。故受任人基于委任关系对于物有管领之力者,其究为直接占有人或占有辅助人,非无疑问。“最高法院”1997年度台上字第1049号民事判决采直接占有人说。“唯查所谓占有辅助人(原法院称为辅佐占有人),重在其对物之管领,系受他人之指示,至是否受他人之指示,仍应自其内部关系观之。所谓内部关系即‘民法’第九百四十二条所指受雇人、学徒或基于其他类似之关系。再抗告人虽为债务人李达淮之女,并与李达淮住于同一屋内,但其本人如确已结婚成家,独立生活,而无从自内部关系证明其使用执行房屋系受李达淮之指示时,尚难谓该再抗告人为李达淮之占有辅助人,可不另行取得执行名义对之强制执行。”(“最高法院”1976年度台抗字第163号判例)该判例要旨虽续谓,应自内部关系证明占有之使用系争房屋是否受房屋所有人之指示,认定其究为直接占有人或占有辅助人,但究诸实际,其认定显非以其占有是否应依委任人之指示而定,而应以其占有在形式上是否以自己之名义,或在实质上是否为自己之利益而定。盖受任人依委任人之指示,可能应以自己之名义,或以委任人之名义,从第三人受领物之给付。当其以委任人之名义受领,受任人为占有辅助人;当其以自己名义受领,仍不失其为直接占有人(“民法”第541条)。辅助占有人既非为自己之利益而为占有,故在法律上辅助占有人不是占有人,而仅是直接占有之占有机关而已。不论是直接占有或间接占有,皆是为自己之利益而为占有。但为自己之利益而为占有,并不即表示其系以所有之意思而为占有。必须是“以所有之意思而占有,即系占有人以与所有人对于所有物(之)支配相同之意思而支配不动产(或动产所构成)之占有”(“最高法院”1992年度台上字第285号民事判决),其占有始为“自主占有”。

② “最高法院”1982年度台上字第4947号民事判决:“债权人依‘民法’第二百四十二条规定代位行使之权利,原属债务人之权利,故债权人行使代位权时,唯有请求第三债务人向债务人为给付。原判决既认被上诉人代位林某行使权利为正当,竟命上诉人将系争土地所有权直接移转登记予被上诉人,尤见矛盾。”