

一物二賣： 有效率之不履約或債權之侵害

簡資修

中央研究院中山人文社會科學研究所副研究員

將財產權分為債權與物權，以物權具對世效力而債權僅具對人效力，故當物權與債權相衝突時，物權應具優先的效力，是我國財產法上的通說。依此說法，在一物二賣的案件中，如果後買受人已經取得物權，即使其為惡意，前買受人並不得對後買受人有任何的主張。不過，我國最高法院的判例認為，在此情況，前買受人得適用民法第 244 條的規定，聲請法院撤銷後約，因而與此概念操作不一致。因之，此次民法修訂，乃將之刪除。本文主張，從經濟效率、憲法財產權的保障、民法整體體系及實務案件分析來看，此一民法修訂恐有抽象邏輯濫用之嫌。

關鍵詞：債權、物權、一物二賣、有效率之不履約、債權之侵害、特定債權之撤銷權、金錢賠償、強制履行、回復原狀、民法第 179 條、第 184 條、第 227 條、第 244 條、大法官釋字第 349 號解釋、補償法則、財產法則、45 台上字 1316 號判例、概念法學

本文的初稿，曾以「特定物債權人應否具撤銷權：強制履行或金錢賠償之選擇」之題目，發表於民法研究會第十七次學術研討會（1999.11.20），該次研討會的實錄已循例刊載於法學叢刊第 45 卷第 3 期（2000），頁 114-46，作者非常感謝該次與會者的批評指教。另外，中研院社科所法律組同仁及世新大學經濟系教授們，在分別的學術討論會中，對本文提供很多的意見，亦要一併致謝。

收稿日期：89 年 3 月 21 日；接受刊登日期：89 年 9 月 22 日

一、前言

將財產權分爲債權與物權，並且以物權具對世效力而債權僅具對人效力，故當物權與債權相衝突時，物權應具優先效力，係我國財產法上之通說。其說略謂：物權的權能係權利人直接支配物權客體之物，因而得以物權本身對抗干涉其權利行使之任何人，物權人因而有所有物返還請求權、妨害除去請求權及妨害防止請求權等權利；而債權的權能則係受領特定債務人的給付行爲，非直接支配債權客體的債務人本身或債的標的物，故債權無排他性，不發生所謂債權妨害除去或防止請求權等排他的支配方法（洪遜欣，1976: 31, 32）。

於是依此說法，當物之所有人，將之出賣予他人，但是未將之移轉予此前買受人，又將之出賣予第三人，並且將之移轉予此後買受人，則前買受人即使因爲買賣契約成立在先，但因爲尚未取得物權，即僅能向出賣人主張金錢賠償，而無法向買賣契約成立在後但已取得物權之後買受人，主張該物應由前買受人而非後買受人取得。此說的精義尤其是在，即使在後買受人係惡意時，亦即明知或可得而知有前買賣契約存在之事實時，前買受人對於後買受人仍無此請求權。

但是，吾人若從財產法的目的係在於促進人盡其才、地盡其利與物盡其用的功能觀點來看（謝在全，1990: 3,4），上述法律的解決方式是否能達到此種目的，尚非無疑問。在經濟分析的文獻上，對此有兩種說法。一可稱之爲有效率之不履約說（efficient breach of contract），支持上述債權與物權兩分見解，另一持反對見解者，可稱爲債權之侵害說（tortious interference with contract），則認爲惡意的後買受人係侵害前買受人的財產權，前買受人得直接對後買受人主張回復原狀。

所謂有效率之不履約說，是指出賣人之所以寧願將物移轉於後買受人，而對前買受人負債務不履行的賠償責任，基於出賣人及後買受人的自利理性計算，必然是因爲後買受人所出的價款不但較高，而且其差額足以彌補其應賠償前買受人的金額，因此可推出該物對於後買受人具有較高的價值，物盡

其用於焉達到！同時由於前買受人可由出賣人處，獲得債務不履行之損害賠償，因而也就無損害可言。則後買受人受利，前買受人無受害，豈非柏雷托最適境界（Pareto efficiency）！

債權之侵害說則認為有效率之不履約說，其假設是出賣人對前買受人的補償不須耗費成本，此與實際頗不符合。殊不知會引起紛爭的一物二賣狀況，必然是前買受人認為其未受完全的補償，因而有興訟的必要。而前買受人與出賣人之所以就補償未達成協議，多數應是因為該物無一客觀的市場價格，則法院要正確決定其補償價格，即非一無成本的裁判。或者因訴訟成本過高，使得前買受人起訴反而得不償失，買受人即不會起訴，出賣人因而取得補償協議的談判優勢，要其完全補償，何其困難。反觀如果法律賦予前買受人得對後買受人主張權利時，這些困難即不存在，雖然如此亦使得前買受人成為談判的要角，可能在某些情況下因而限制物的流通性，但總體說來，其成本恐怕還是比較低的。

另外，吾人若從憲法保障財產權及我國民法體系來看，前買受人僅享有金錢賠償請求權的解決方式，亦非必然。我國大法官釋字第 349 號解釋，曾從憲法保障人民財產權的角度，說明公示與否應該才是債權與物權效力的區分基礎而非行為本質上應如此。此外，即使從民法有關債權自由轉讓、強制履行及特定債權人得行使撤銷權等規定來看，其與債權物權兩分的概念操作亦非一致。可嘆的是，即將於今年（民國八十九年）五月五日開始施行的修訂民法，基於上述通說的思維，刪除了特定債權人得行使撤銷權的規定，此不但有背於體系性及功能性的考量，而且是亦無視於數十年來保障人民權利的法院實務，因而值得作為個案深入一論。

二、財產權保障方式之效能分析： 金錢賠償、強制履行與回復原狀

不履約而有效率的說法，初見之，頗令人有矛盾之感。因為依理說，二理性自利之人，訂定契約，必然是預期雙方皆獲利，從而雙方應履約實現其期待，應該才是有效率的。不履約居然可以有效率，豈不矛盾？但是此說認

為在契約成立後，如果債務人履約成本增加，致其履約成本將大於債權人因履約可得的利益，則此時債務人即應不履約，始有助於經濟效率（Cooter and Ulen, 1996: 215-221）。

的確，有效率之不履約，可以下例來說明。例如出賣人以 1000 元的價格，將訂約當時對其價值為 900 元之物賣予買受人，而買受人亦認為該物對其有價值 1100 元，訂約後，若是出賣人對該物的使用價值或交換價值增加至 1200 元，則該物應該留在出賣人處，始是有效率的，因為 1200 元大於 1100 元。在出賣人使用價值增加之例，如訂約後，發現該物係故人之物而有情感價值。在交換價值之例，如訂約後，另有他人願意出更高的價錢購買該物，即一物二賣是也。

不過，現實上，不履約並非皆是有效率的，或甚至可能大部分是無效率的，則如何確保債務人一旦為不履約時，確係有效率，即為法制設計上的重要課題。或者若是因為確保有效率之不履約成本過高，吾人甚至應該放棄此一設計（Coase, 1960: 141-142）。

按對於債權之不獲實現，法律上的救濟途徑，可有補償法則（liability rules）及財產法則（property rules）等兩種模式（Calabresi and Melamed, 1972）。前者指金錢賠償，後者則指強制履行（Kronman, 1978）及回復原狀。金錢賠償，係指債權人僅能向不履約的債務人，請求以金錢賠償其因之所受的損害。反之，強制履行則是指在債務人非於給付不能時，債權人得強制債務人履行；回復原狀則是指在第三人介入債務人之不履行時，債權人得請求第三人回復原狀。

首先吾人應瞭解的是，如果是在一無交易成本的世界，無論採取何種救濟模式，物還是會留在最有價值者手中（Coase, 1960）。例如在上例，在金錢賠償之制，由於出賣人於不履約相較於其履約時，可多得利 200 元（1200 元－1000 元）而僅須賠償買受人的損害 100 元（1100 元－1000 元），仍享有剩下的 100 元，毋庸置疑，出賣人是不會履約的，所以，是有效率的。不過，即使在強制履行之制，例如在上述故人之物之例，出賣人也會以 1100 元至 1200 元間的價格，從買受人手中買回，或給予買受人 100 元至 200 元間的價格，請求其解約，因而免除其給付該物的義務，其效果與金錢賠償是無分軒輊。

同樣地，在一物二賣之例，若是採取回復原狀之制，後買受人被前買受人請求返還該物，他也會以 1100 元至 1200 元間的價格，從前買受人手中買回，或給予前買受人 100 元至 200 元間的價格，請求其解除與出賣人的買賣契約，使得後買受人成為合法的財產權人。總而言之，物還是會流至最有價值之人，只是增加了一事後再交易罷了。

當然，現實世界是一充滿交易成本的世界，於是一可能狀況是，如果法律強制出賣人履行債務或後買受人返還系爭物，而出賣人的履約成本高於（前）買受人可得的利益時，出賣人與買受人間或前買受人與後買受人間，即可能因過高的交易成本，以致於無法再將該物移轉回出賣人或後買受人，而致無效率。而的確在金錢賠償，即無此一問題。

但問題是，金錢賠償有效率說得以成立的基礎：精確的金錢賠償及其所需的探求成本分配合理，在現實世界是不存在的。有效率之不履約說最大的問題是，其有效性是建立於太強的假設及條件之上。其假設是，債務人不履約時，必然是因為其履約成本高於債權人的損害額度。其條件一是，債務人自願不拖泥帶水補償債權人的損害，亦即沒有投機的心態（no opportunism）；其條件二是，債權人與債務人對於債權人的損害額度有高度共識，亦即處於完全訊息的狀態（perfect information）。顯而易見，此一假設及二條件，在現實世界中是很難成立的（McChesney, 1999）。

因為在現實上，債務人在其履約成本即使不高於債權人損害的情況下，仍有極強的誘因去不履約。例如，在一物二賣的情況，雖然前約價金是 1000 元，若該物對前買受人的價值卻高達 1300 元，即使後買受人僅出價 1100 元，出賣人基於多賺 100 元的差價，是極有誘因去不履約，雖然即使該物對於後買受人僅有 1200 元的價值，而此是無效率的。所以如果訴訟結果對於債權人之不利大於對於債務人，債務人即有可能迫使債權人接受其不履約（McChesney, 1999）。

當然如果法院具完美的訊息，無成本的知悉債權人的損害額度，就不會誤判，債務人也就無誘因去爭執其不履約是否有效率。而現實是，法院的訊息，絕對不可能完美，誤判即在所難免。如果法院高估債權人的損害額度，此時債務人的不履約成本即不當的增加，而有過度履約之無效率問題。如果

法院低估債權人的損害額度，此時債務人的不履約成本即不當的減少，反而有過度不履約之無效率問題。

而在一不履約之訴，基於自利，債權人會想誇大其損害額度，而債務人當然會主張較小的損害額度，至於法院會採取何方的主張，我們在此假定法院並不偏袒債權人或債務人的一方，完全以雙方所提的證據為判斷基礎，則舉證責任的分配，是其關鍵。因為當雙方所提證據，仍無法使事實確信時，負舉證責任的一方，即為敗訴（駱永家，1984: 59-62），所以，負舉證責任的一方想要勝訴，即必須比他方多負訴訟成本始可。如此一來，負擔訴訟成本較低的一方，即有誘因利用訴訟去要脅負擔較高訴訟成本的一方，接受其較實際損害額度為小或為大的和解條件，因而有過度不履約或過度履約之無效率。

按在債務不履行的訴訟中，債權人為原告而應負舉證責任（駱永家，1984: 84-98），因而債權人較之債務人是負擔較重的訴訟成本，於是有過度不履約問題。以前述無效率的一物二賣為例，系爭物對於出賣人的價值是 900 元，對前買受人的價值是 1300 元，前約價金是 1000 元，出賣人以 1100 元再賣予後買受人，而該物對後買受人僅值 1200 元，則出賣人不履行前約應是無效率的。現在如果債務人不履約，而債權人訴諸法院，假定其訴訟成本為 600 元而債務人為 100 元，則債權人的訴訟實得，為損害賠償額減去訴訟成本，即 $300 - 600 = -300$ 元，而債務人則為不履約所增加價值減去損害賠償支出及訴訟成本，即 $200 - 300 - 100 = -200$ 元。所以，債權人因訴訟多損失 300 元，而債務人則因訴訟，其利益由 200 元降至 -200 元，因而多損失 400 元，此時債權人與債務人即有和解不去訴訟的空間，來減少雙方的損失，亦即債務人可給予債權人 0 至 100 元間的價額，雙方可達成和解，在此假定雙方的談判地位相同，則達成的和解條件是債務人給予債權人 50 元，債務人尚享有 150 元的利益，仍高於履約的利益 100 元（如表 1）。換言之，不履約成真，有效率則非。

當然如果雙方的訴訟成本失衡不太嚴重，例如若債權人的訴訟成本降為 400 元，債務人仍為 100 元，則債權人訴訟實得為 $300 - 400 = -100$ 元，債務人仍為 -200 元。此時債權人因訴訟損失 100 元而債務人仍為 400 元，若其和

表 1：訴訟成本失衡嚴重

	履約	不履約		
		不訴訟	訴訟	和解
債權人	300	0	-300	50
債務人	100	200	-200	150

解可成立，其條件應為債務人給予債權人 150 元，債務人僅尚享有 50 元，已低於履約可得利益 100 元（如表 2），債務人因而會履約，不致於有無效率的不履約發生。

表 2：訴訟成本失衡輕微

	履約	不履約		
		不訴訟	訴訟	和解
債權人	300	0	-100	150
債務人	100	200	-200	50

總之，訴訟成本在債權人與債務人間愈是失衡，此一無效率的不履約，愈是可能發生。相對於金錢賠償之訴，在強制履行之訴，債權人則僅須證明債務人不履行債務，無須證明其損害額度，因而其舉證責任大大減低，¹ 從而債權人與債務人間訴訟成本之失衡亦大為減低，債務人即比較無法利用訴訟要脅債權人接受其無效率的不履約。

不過，雖然強制履行比之金錢賠償較具效率，但是若無回復原狀之制的輔助，將只是畫餅，毫無實益可言。因為債務人可將系爭物移轉給第三人，

1 英美法院在請求救濟債務不履行的訴訟中，往往因債之標的具「獨特性」(uniqueness)，亦即無客觀的市場價格時，不命債務人金錢賠償而是強制其履行，Kronman 認為此會增加法院的探求成本及可能低估損害 (Kronman, 1978)。中文文獻，可參見林誠二，1982: 191, 231-233。但是從債權人訴訟成本的觀點來看，債之標的獨特性，因為無客觀的價格，即使得債權人必須花下更大的證明成本去說服法官，債權人與債務人間訴訟成本的失衡，因而加大。

規避強制履行，因而債權人僅能請求金錢賠償。換言之，若無回復原狀之制，將使所有的債務不履行之訴，成為金錢賠償之訴，強制履行即為死規定。

其實，回復原狀之制另外亦有其獨立的實質意義。因為回復原狀之制所引起的直接效果是，將迫使後買受人直接向前買受人去協商訂定買賣契約，使交易次數減少，有助於物之流通。這是因為在金錢賠償時，出賣人必須分別與前後買受人協商，使得其在後約所得的差價，足以彌補前買受人的損害，因而有兩次的交易。反之，後買受人避開出賣人，直接與前買受人協商，僅只生一次交易 (McChesney, 1999: 145)。更何況，後買受人既明知或可得而知前買受人，其所以捨前買受人而就出賣人為訂約，合理的推論是，前買受人對該物的價值較高，因而開出較高的價碼，而出賣人因為只要後買受人出高於前約的價額，即有利可圖，故乃利誘之，而此往往是無效率的。

另外，法律對於債權人保障不足，最重要的問題是，由於可能債權人理性預期的結果，其結果是債權根本不會成立，又何來不履約是有效率之可言 (Kaplow and Shavell, 1996: 765-7)。或者，即使債權成立後，債權人亦只能死守其債權無法移轉，因為有誰會去買一由債務人於訂約後仍可恣意決定其價值的財產？如此一來，又有何市場交易之可言。

三、財產權保障之憲法基礎與法律體系

在我國，否定債權物權兩分的概念操作，是非同小可，足以促成大法官對之進行違憲審查。我國違憲審查機關大法官在其釋字第 349 號解釋，如下說道：

最高法院四十八年度台上字第一〇六五號判例，認為「共有人於與其他共有人訂立共有物分割或分管之特約後，縱將其應有部分讓與第三人，其分割或分管契約，對於受讓人仍繼續存在」，就維持法律秩序之安定性而言，固有其必要，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，首開判例在此範圍內，嗣後應不再援用（司法院公報，1994: 1）。

雖然從解釋文的字義來看，該最高法院的判例之所以違憲，是因為其「有使善意第三人受不測損害之虞」，無關於債權與物權之分。不過，在其解釋理由書中，大法官開頭即說：

民法上之法律行為，有債權行為與物權行為，除法律有特別規定外，前者於特定人間發生法律上之效力，後者於以公示方法使第三人得知悉之狀態下，對任何第三人均發生法律上之效力。故動產以交付為公示方法，不動產以登記為公示方法，而以之作為權利取得、喪失、變更之要件，以保護善意第三人。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（司法院公報，1994: 1）。

可見大法官之所以慎重其事作此一解釋，應是來自於該判例對債權與物權二分的衝擊。² 學者亦認為，此一判例之所以可為大法官違憲審查的標的，是因為其對我國民法之基本原則的偏離，因而從制度性保障的觀點，大法官始取得審查的權利（蘇永欽，1995）。

雖然有人會認為，大法官此一解釋宣告分管契約具物權效力的判例部分違憲，是強化了債權與物權二分在我國民法的地位。在此我們可以不論此一解釋對於共有物分管契約效力的影響是否妥當（王文宇，1998；謝哲勝，1994），抽象上，從解釋文中的「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」及解釋理由書中的「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」，其合

2 大法官李志鵬在其協同意見書，更是明言「……無論分割契約或分管契約，均屬債權契約。當不動產物權之移轉，因登記而生效力後，上開分割或分管契約，既為債權契約，若為受讓人所不知，對該受讓人仍繼續存在，即有使善意之受讓人有受損害之虞，與憲法第十五條保障人民財產權之意旨不符……」（司法院公報，1994: 1,2）。

理的推論反而應該是合理的公示是否足以保障善意人，³ 而非債權與物權的絕對區分，才是我國財產法的憲法基礎。

另外，吾人即使不慮及所謂「政策考量」的「買賣不破租賃」（民法第 425 條），與債權物權效力二分的概念操作不一致，而僅就民法有關債權的移轉、保全及行使等「體系」規定為觀察，基於其間的互補而發揮整體的功能考量，亦可以發現此一概念操作，並非一以貫之。

在我國，債權是以自由轉讓為原則，此規定於民法第 294 條，其目的，當是在於促進財產的流通。而財產之所以得以流通，必然是轉得人轉得的財產，有法律的保障，否則是無人會承受的，即無流通性。例如在一物二賣情形，如果前買受人要將其請求給付特定物的債權轉售，但是由於出賣人仍然可以任意地再賣予他人，則前買受人的債權保障即有重大的缺陷，因而其轉讓將是困難重重，則民法第 294 條豈非僅是具文而已。

另外，我國民法第 242 條及第 243 條規定，債權人於債務人怠於行使權利時，因保全債權，得以自己名義，代位行使債務人的權利。即使在特定債權人若是享有此代位權，係有違債權相對性的觀點下，我國學說及實務，仍是採肯定的見解。之所以如此，不外，此一見解「既有助於問題之解決，對於第三人之利益亦無損害，民法之解釋上，亦不致有窒礙之處」（孫森焱，1990: 442）。

也許最重要的是，我國法律規定，債權人於債務不履行時，得聲請法院強制債務人履行債務。但是，吾人若是嚴格操作債權與物權二分的概念，此一規定可能是不符此觀點。因為於所有權尚未移轉前，債務人仍是所有權人，對系爭特定物仍具有排他獨占的效力，債權人僅具有請求權而已，即使債務人不履行給付的債務，債權人不可對債務人就系爭特定物強制履行，而只可轉為金錢賠償之債，就債務人的全體財產取償，始符合此二分法的邏輯推演。所以，未修訂前的民法第 227 條中有關強制執行的規定，⁴ 不管是其來自於

3 公示的產能及效益評估，可參見蘇永欽 1994。

4 修訂前民法第 227 條規定：「債務人不為給付或不為完全之給付者，債權人得聲請法院強制執行，並得請求損害賠償。」

公平⁵ 或是效率，⁶ 有防止所有之債皆淪為金錢之債之效，並非是贅文，在我國財產法中應極具意義。可嘆的是，此次民法修訂以此是自明之理，認定其為程序規定，因而將之刪除。短期上，此雖然不影響我國整體民法的理解，但是明白宣示的效用不再，一段期間後，若有人執上述概念的操作，質疑有關強制執行程序的規定，即不足為奇。

另外一值得考慮的是，如果債權無法對抗惡意第三人，則在動產之買賣，有法律效果不易確定之可能。例如在一般動產買賣，於買賣成交後，買受人以下的說詞非常普遍：「我先去辦一下其他的事，等一下，再來拿。」如果我們將之定性為其所有權尚未移轉，買受人即僅享有債權請求權，則出賣人可將之再出賣，前買受人僅享有債務不履行之損害賠償請求權。或者我們可將之定性為民法第 761 條第二項之間接占有，出賣人之仍占有此物，係來自於寄託契約中受託人的身份，則出賣人若將之再出賣予惡意的第三人並交付，此時第三人即不受民法第 948 條及第 801 條有關善意受讓之保護，不當然取得所有權，前買受人仍為所有權人，前買受人如果不承認出賣人此一無權處分行為，自可以所有權人的地位，主張民法 767 條的所有物返還請求權。⁷ 雖說民法第 98 條規定，解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。在上述情況，何者才是當事人的真意，那真是只有天知道。不過，後者應是較符合一般人的正義感情。

四、民法第244條修訂之商權： 特定債權人不應具撤銷權？

按我國民法第 244 條第一項規定：「債務人所為之無償行為，有害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之。」其第二項接著規定：「債務人所為之有償行為，於行為時明知有損害於債權人之權利者，以受益人於受益時亦知其

5 英美普通法中的強制履行 (specific performance)，即是由法院有鑑於僅以金錢損害賠償作為債務不履行的唯一救濟手段有失公平，乃衡平創設而來 (equity) (Kronman, 1978)。

6 見本文上一節。

7 Epstein 即特別強調此一雙面辯證 (Epstein, 1987)。

情事者為限，債權人得聲請法院撤銷之。」單純從文義來看，以一物二賣為例，出賣人將物先賣予前買受人，此時前買受人對出賣人，僅享有請求交付該物及移轉其所有權的債權（民法第 348 條），如果出賣人於對前買受人履行債務前，又將該物出賣予明知先前買賣契約有效存在的後買受人，並且交付標的物及移轉所有權，後買受人即取得該物所有權。如此一來，即形成出賣人對於前買受人給付不能，可視為有害於前買受人的債權，因此應有民法第 244 條第二項的適用。最高法院 45 年台上字 1316 號判例，即採取如是的見解。⁸

但是在今年（民國八十九年）五月五日開始施行的修訂民法第 244 條第三項，卻新增「或僅有害於以給付特定物為標的之債權者」，不適用前二項的規定。於是不管是基於法律優越原則或後法優於前法原則，前述最高法院判例，因此將不再有適用的餘地。

本條文的修訂理由在文書上是，「債務人之全部財產為總債權人之共同擔保，債權人應於債權之共同擔保減少至害及全體債權人之利益時，方得行使撤銷權。易言之，撤銷權之規定，係以保障全體債權人之利益為目的，非為確保特定債權而設」（法務部，1997: 87）。

之所以如此，該修訂理由提及，係參考日本民法第 424 條及第 425 條而來的（法務部，1997: 87）。按日本民法第 424 條規定：「債權人，對於債務人明知害及其債權人而為之法律行為，得請求法院撤銷之。但因其行為而受利益之人或轉得人，於其行為或轉得當時，不知害及債權人之事實者，不在此限。前項規定，於非以財產權為標的之法律行為不適用之」（李木貴，1996: 14），與我國民法第 244 條未修訂前相似。但是其第 425 條又規定：「依前條之規定所為之撤銷為總債權人之利益發生效力。」應即是我國修法理由之所在。

不過，此一參考外國法例，頗有問題。一者，從我國民法立法史來看，原條文的立法者，顯然有意不制定此一條文。我國民律第一次草案，在第 401 條即有如日本民法第 425 條的規定：「依第 399 條規定之撤銷，為總債權人

8 有些最高法院判決的見解與此一判例並不一致，參見王澤鑑，1983 及林榮耀，1966。

之利益生效力。」(李木貴, 1996: 17) 但是在第二次民律草案, 其第 342 條僅規定: 「債務人所為之無償行為, 有害及債權之虞者, 債權人得以訴撤銷之。其雖屬有償, 而債務人於行為時知有害及債權之虞者, 亦同。債務人之行為, 非以財產為標的者, 或屬有償行為而受益人或轉得權利人於受益或轉得時, 不知有害及債權之虞者, 不適用前項規定。」並無為總債權人之利益之條文(李木貴, 1996: 18)。而民法原條文, 即沿襲民律第二次草案而來, 則此應可視為我國立法者有意不將之制定為法律, 而非僅是立法疏漏而已。

二者, 「為總債權人之利益發生效力」的規定, 其實並不當然排除特定債權人行使債撤銷權。法條既明言「撤銷」, 則定義上, 該訴訟即非請求債務人及其相對人給付予債權人, 而是使其間的法律行為無效, 使該財產回歸債務人所有, 因而再度成為所有債權人的擔保。此一「為總債權人之利益發生效力」的條文, 其實只是一附加的說明措施, 目的在於說明撤銷權人不因請求而取得優於其他債權人的地位, 對於金錢債權人及特定債權人而言, 都是一樣的, 故如果特定債權人於請求撤銷後, 物權又尚未移轉於其前, 債務人始陷於無資力, 其他債權人仍得就該財產求償。故容許特定債權人得行使撤銷權, 並不致於造成債權人間不平等。反而是立法者應該考慮及「搭便車」問題 (free-ride), 是否應該給予提起撤銷訴訟之債權人一定程度的補償或優先權, 增強起訴的誘因, 否則為人作嫁衣裳, 又是何必。例如德國撤銷法承認起訴人有優先權存在(李木貴, 1996: 116), 當非無的放矢。另外, 若因特定債權人因此即無實益去請求撤銷, 即認為特定債權人不適用此條(林榮耀, 1966), 則是只見樹不見林, 因為金錢債權人同樣也面臨此一搭便車問題。

三者, 即使吾人不咬文嚼字, 日本判例及通說對於特定債權人是否得行使撤銷權, 根本是採肯定說(李木貴, 1996: 76-80)。⁹ 則修訂理由中所謂

9 對於此一修訂條文, 李木貴法官將之對照於日本民法、判例及通說後, 認為「昧於數十年來日本之判例及通說, 反其道而行, 令人費解。」(李木貴, 1996: 80)。不過, 李木貴法官在其書中第 77-79 頁引用翁如玲限定肯定說的理由, 易令人誤解日本通說及判例, 認為僅當債務人陷於無資力時, 特定債權人始可行使撤銷權。李木貴法官在第十七次學術研討會民法研究會中的發言, 則很明確地指出, 日本判例及通說採肯定說, 所謂限定肯定說與肯定說在實質上並無不同。(法學叢刊民法研究會第十七次學術研討會實錄)

參考日本法例云云，真不知如何說起。

或者我們若自認為我國民法係大陸法系的一員，則大陸法系的源頭—羅馬法及其他國家又是如何處理相同的問題，值得一看。的確，羅馬法中有一 *actio Pauliana*，提供因債務人詐害債權之救濟，但必須是為全體債權人利益而提出（李木貴，1996: 9-12）。但是此一說法，亦有兩個問題。一是，羅馬法雖然比之於其同時期的其他文明法律，有體系分明之特徵，但是抽象化的程度，仍不及現代的大陸法，其所謂契約法是眾契約的彙編（law of contracts）而非一嚴謹的體系（law of contract），且以救濟程序為主軸（Nicholas 1992: 165），則原本僅是用之於金錢債權之規定，經體系化後，並非不可用之於特定物債權。二是，繼受羅馬法而第一個以現代民法典方式呈現的法國民法典，雖然並無明文規定特定債權人得行使撤銷權，但是其法院判例承認之（孫森焱，1990: 463），應當作如是觀。¹⁰

既然從上述法制史或比較法的觀點來看，不必然導出特定債權人應不得行使撤銷權之規定，吾人為何修法？¹¹ 深層的理由應該是，如此這般將使得特定物債權具物權效力，有違債權及物權二分的概念操作（孫森焱，1990: 463, 464；王澤鑑，1982: 163）！

因為依債權物權效力二分概念操作，在一物二賣之例，其結果應如下：依民法第 348 條的規定，出賣人僅負交付買賣標的物於買受人及使其取得該物所有權的義務，該物的財產權並不當然移轉於買受人，則出賣人仍是所有權人；於是一方面，出賣人對於物仍有直接支配的權利，可以自由使用、收益或處分，則雖然已有一有效成立的買賣契約，仍可再另訂一買賣契約並移轉其所有權於後買受人；另一方面，成立在先的買賣契約，僅使得其買受人取得請求出賣人給付的債權而已，當然不得以之對抗雖然契約成立在後，但

10 陳忠五教授指出，法國學者對此有所批評，但是理由不是因為此違反債權相對性，而是因為法國民法已將一物二賣視為侵權行為，可以直接適用有關侵權行為之規定，無須訴諸撤銷權之行使（法學叢刊民法研究會第十七次學術研討會實錄）。另外，參見 du Perron, 1998。

11 前最高法院院長錢國成先生似是此次修訂條文的主導者。請參見孫森焱大法官及陳志雄律師在第十七次學術研討會民法研究會的發言。

是非其契約當事人的後買受人。因此吾人若是賦予前買受人得撤銷後買賣契約或所有權移轉行為，的確使得買賣契約可能取得所謂物權效力。

不過，誠如本文第二、三節所言，債權之侵害說並不違反財產權的憲法或體系基礎，從功能性角度來看，甚至應以債權之侵害說而非有效率之不履約說為當，則即使不合債權與物權二分概念的操作，賦予特定債權人撤銷權即非不當。更何況，在我國現行民法的實際運作中，已無其他可能實現債權之侵害說之途徑，而特定債權人具撤銷權是碩果僅存者，並且是其中副作用最少者。

首先來看以侵權行為法為規範基礎的可能性。¹² 我國民法第 213 條規定：「負損害賠償責任者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應回復他方損害發生前之原狀。」則在一物二賣之例，如果依法律規定，後買受人對於前買受人應負損害賠償責任，前買受人即可依民法第 213 條，要求後買受人返還該物。但是在前買受人與後買受人無任何契約關係下，前買受人要後買受人負損害賠償責任，就只能求諸侵權行為法。我國民法第 184 條第一項前段規定：「因故意或過失不法侵害他人權利者，負損害賠償責任。」學說及實務見解，皆不認為債權是條文中的權利，因而無適用的餘地。同項後段雖然規定：「故意以背於善良風俗之方法加損害於他人者，亦同。」因而債權雖非前段中的權利，但是其為利益則無爭議，所以應受後段的保護。不過，後買受人單純知悉前一買賣已經存在，而仍為後一買賣並受領物權的移轉，通說認為在無其他可議的行為下，實難說其有背於善良風俗，因此民法第 184 條第一項後段，在此亦無適用的餘地（王澤鑑，1983: 104-107）。¹³

另一可能防止債務人規避強制履行的方法是，將債務人因違約所得的利益歸屬於債權人，則債務人即無誘因為詐害債權的行為。¹⁴ 例如在前述一物二賣之例，出賣人僅能保有其後價金 1100 元中等同前價金的 1000 元，其餘 100 元應移轉為前買受人享有，則出賣人即無誘因為一物二賣。我國民法第

12 參見 Epstein, 1987 及 McChesney, 1999。

13 英美法中有關「不履約之誘引」(inducement of breach of contract) 的規定及爭議，參見 Epstein, 1987。

14 在英美法中有 'constructive trust'，即是此之謂 (Kronman, 1978: 377-382)。

179 條之不當得利規定，相對於侵權行為以賠償損害為方法的規定，係強制不當得利人應返還其利益，即有此一效力。不過，基於現行債權與物權二分之說，尚未移轉物權前的債務人即仍是合法物權人，則其於前債務成立後，所為的物權移轉行為仍是合法的，因而不符「無法律上之原因」而受利益的不當得利成立要件，債權人即無法依不當得利的規定請求債務人吐出其利益。不過，即使不當得利的規定得適用於詐害特定物債權，因為其僅以債務人所得利益為返還標的，則若是債務人以無償行為詐害債權，債務人即無利益可言，在此情況，不當得利的規定將無用武之處。

還有一可能的途徑是，在契約明文約定高額的違約金，間接強制債務人履行債務。¹⁵ 不過，此一違約金約定，亦有其限制。定義上，此一約定，僅能適用於契約所生的債權，而受詐害的債權，不僅限於契約債權而已，此其一。法院如果認為違約金應僅是在於填補債權人的損害，而一般上又低估其損害，即可依民法第 252 條，減低違約金，因而降低了債務人履約的誘因，此其二。違約金的約定，必然增加談判的成本，此其三。

有人甚至可能會質疑，前買受人可以聲請法院假處分防止出賣人同物再賣，因而釜底抽薪根本不生金錢賠償或回復原狀的問題。此說的問題在於，債權人如何證明「有日後不能強制執行」之假處分聲請要件（民事訴訟法第 532 條第二項）。現實是，出賣人於一物二賣時，一者，不會大張旗鼓使前買受人知曉，二者，後買賣契約完成時，往往亦是其物權移轉完成時，從而前買受人要不是根本不知，或即使得知，亦已來不及聲請保全。總而言之，前買受人根本是無機會行使此一事前的保全程序。¹⁶

另外，採債權之侵害說，的確，可能有其副作用，亦即債務人可能事後假造成立在前的債權以詐害成立在後之債權。如果真是如此，物之交易安全將完全喪失，那就得不償失。而此中的關鍵，誠如法諺云：「舉證之所在，敗訴之所在」，還是在舉證責任的分配。則在後債權人負舉證責任時，即可能

15 有關英美法上之實踐，參見 Goetz & Scott, 1977。

16 其實，若是要貫徹債權物權效力二分的概念操作，即使前買受人能證明二賣已成或正在協商，法院根本就不應該核准假處分。因為實體法允許而程序法禁止，絕對是法律體系上之矛盾。

有此情事發生。不過，前債權人，一者，應對其債權之存在，負舉證責任，二者，相對於民法 948 條及第 801 條有關他人之物之善意取得，善意取得人應對其善意負舉證責任，在民法第 244 條之撤銷詐害債權之訴，則係前債權人，應就後債權人之惡意，負舉證責任。此二重舉證責任，應足以防止債務人去假造債權。而的確從以下有關民法第 244 條的實務來看，在 30 個案件中，僅有二個案件，未以前債權存在與否及後債權人是否惡意為爭點（如附錄），可見一斑。

即使吾人漠視前述有關理論的探討，民法第 244 條施行至去年修訂為止，已有近七十年的歷史，既然要將之修訂，理應對實際訴訟的案件作一分析，瞭解此一條文是否造成法院資源之浪費或者保護當事人不週等。畢竟，法律是為民眾服務，而非為理論而理論。如果實務上並無窒礙難行之處而又給予當事人適當的保護，實在無須大費周章修法，只求所謂體系的完整而搗亂民眾的法秩序。

本文檢視最高法院在民國八十五年至八十七年間，有關民法第 244 條的 34 個案件（如表 3）。¹⁷ 令人驚訝的是，其中 30 件是基於特定物債權之詐害而請求法院撤銷者，4 件才是基於金錢債權，其間比例可達 7.5 倍之多，則目前修訂的條文，將特定物債權之詐害，排除於適用之外，對於民眾以法院作為爭議解決之管道，衝擊不可謂不大。

合理化此一改變的可能理由之一是，多數詐害特定物債權之訴是浮濫的。如此一來，此一修訂，不但有助於紓解訟源，並可防止濫訴詐財。在此我們可以特定物債權人獲得撤銷勝訴的比例，來檢定此一防止濫訴的說法，可信度如何。其理由在於，如果原告勝訴的比例愈低，愈顯示出其愈可能利用訴訟詐財或浪費法院資源。在表 3，的確我們可以發現，在 30 件特定物債

17 民國八十八年七月三十一日進入司法院網站司法院法學資料全文檢索資料之最高法院裁判類 (<http://wjirs.judicial.gov.tw:8000/bin/yas/datascop.asp>)，鍵入民法第 244 條，並選取 85 年至 87 年，得資料 37 筆，其中各有兩筆是同一案件，併入同案計算，另外有一筆是抗告案件，無法知悉其債權類型，故得 34 個分析案件。該網站另收錄有地方法院及高等法院的裁判，不過，由於其經過選取，而非如最高法院裁判係全數收錄，代表性即有問題，故本文不予討論。

權的案件，特定物債權人獲得勝訴判決確定者，僅 4 件，而敗訴確定者，則為 9 件，比例近於 1：2。不過，此一原告最終勝訴比例是否過低，必須與全部平均案件及詐害金錢債權的案件作比較，才有意義。如果此一原告勝訴率並不低於全部平均案件，則實在無理由，即認定特定物債權詐害案件為濫訴居多。又如果原告勝訴率不低於金錢債權詐害案件，則亦無理由，僅將詐害特定物債權案件視為濫訴，而留存詐害金錢債權案件。可惜本資料僅有 4 件詐害金錢債權案件，數量過少，在此因而無法提供一可靠的比較。

表 3：最高法院詐害債權案件判決結果分析表

債 權 年 度	特定物債權				金錢債權				總計
	撤銷 確定 a	不撤銷		小計	撤銷 確定	不撤銷		小計	
		未定 c	確定 b			未定	確定		
85	3	10	4	17		1		1	18
86	1	5	4	10					10
87		2	1	3	1	1	1	3	6
總計	4	17	9	30	1	2	1	4	34

a. 指被告上訴於最高法院而遭上訴駁回之案件

b. 指原告上訴於最高法院而遭上訴駁回之案件

c. 指高院判決遭最高法院廢棄之案件

不過，即使詐害特定物債權有濫訴之虞，現在將之排除於民法第 244 條適用之外，並不表示濫訴即會消失。因為如果這些案件的特性，結構上即無法私下和解，則為了避免暴力相向，訴諸法院裁判是比較可行之道。於是訴訟仍在，只是改變了適用的法條而已，此是無助於紓解訟源或防止濫訴。

在特定物債權案件中，系爭特定物債權是否存在，往往是爭執的焦點，則此類案件，不會因此一修訂而減少訴訟。原因在於，畢竟債權如果存在，其法律效果，除了得行使撤銷權外，尚有強制履行或損害賠償之請求權等，故仍有爭訟的實益。在本文所處理的 30 個特定物債權案件中，有高達 24 個案件，當事人對於債權存在否有爭執（見附錄）。在有關民法第 244 條的案件中，另一當事人爭執的重點是，債務人為有償行為時，受益人於受益時是否

知悉，債務人此一行爲是損害於債權。此一修訂，雖然避免了此一爭執點，但是在實際訴訟案件中，我們發現債權人同時主張該有償行爲係通謀虛偽表示者，不在少數，有 12 案件之多（見附錄）。債權人此一主張，是不難理解。因爲依據民法第 87 條的規定，通謀虛偽意思表示，係無效，而多數案件中，受益人與債務人的關係，往往非親即故，則主張其間的有償行爲是通謀虛偽意思表示，並不離譜。而要證明通謀虛偽意思表示所需的證據，與證明受益人知悉損害債權比較起來，恐怕是有過之而無不及，則此一修訂，反而可能是增加而非減少法院的負荷。綜而觀之，在 30 個特定物債權案件中，每一案件的爭點，皆有債權存在否或通謀虛偽意思表示，可預見民法 244 條之此一修訂，應是無法消除這些訴訟的。

另外，即使特定物債權人無法取得該特定物，其仍享有損害賠償請求權。此請求權可來自於民法第 227 條的債務不履行或民法第 184 條的債權侵害。債權人可以主張債務不履行，一般而言，是無庸置疑。依據我國實務及學說，債權非屬民法第 184 條前段的權利，而是利益的一種，於是僅得於受益人以背於善良風俗的方法，加損害於債權人時，始須負損害賠償之責。雖說其條件，較嚴於同條前段的規定，但是在實際訴訟案件中，我們發現以此爲主張者，亦所在多有。由此可見，訴訟仍然存在，只是爭執點不同而已。

或者吾人從正義感情來看，保護善意人亦應高於惡意人。例如在撤銷請求獲得勝訴確定的 86 台上 1772 判決，原告與被告之父是兄弟，共同繼承祖先的土地應有部分遺產，將之登記在被告之父名下，不過，兄弟間訂有書面協議，若該土地與人合建房屋，應將某些特定樓層，登記予原告。豈知被告之父與人合建房屋後，竟將約定應予原告的特定樓層，贈與並登記予被告後死亡。如果原告對於被告與其父間的贈與行爲無撤銷請求權，雖然其對於被告之父有損害賠償請求權，但是因爲被告之父已經死亡，而合理的推斷是被告將會拋棄繼承，原告將求之無門，此豈是事理之平？

五、結論

將財產權分爲債權與物權，在其成立及效力上，分別予以獨立不同的處

理，是我國繼受德國民法，構成我國財產法的基本精神及架構，應是毋庸置疑之事。不過，誠如王伯琦先生所言：

在一方面，概念邏輯雖是科學，亦是法學的特徵，沒有概念邏輯，就不成其為法學；在另一方面，概念邏輯亦成為法學的枷鎖，往往使法律與社會正義脫節，而其癥結所在，就是把方法當作了目的。……法律上的原則原理能使正義實現，固是最好，而在一般情形下，應當能辦得到，縱有多少些出入，亦是不可避免的副作用，我們應當忍受，但若盲目的使用方法而不顧目的，當然就發生了流弊，這亦就是謝尼所謂「抽象邏輯的濫用」……（王伯琦，1999: 37, 38）。

此次民法修訂，吾人僅以違反債權與物權二分之概念操作為由，無視於其經濟功能及數十年的實務經驗，刪除了特定債權人得行使撤銷權的規定，可是此之謂？

附錄：最高法院特定物債權案件爭點分析表

爭點 判決	債權之 存在	受益人 之知悉 或無償	虛偽意 思表示	侵權行為 或 不當得利	判決結果		
85 台上 15			*	*	b		
85 台上 38、2376	*	*		*	c		
85 台上 149		*	*		c		
85 台上 254	*	*			a		
85 台上 437	*	*			c		
85 台上 923	*	*	*	*	b		
85 台上 1219		*	*		c		
85 台上 1643	*		*	*	b		
85 台上 1648	*	*			c		
85 台上 1708		*	*		a		
85 台上 1936、2494	*	*			b		
85 台上 1941	*		*		c		
85 台上 2407			*		c		
85 台上 2468		*			a		
85 台上 2472	*	*	*		c		
85 台上 2824	*				c		
85 台上 2832	*				c		
86 台上 108	*	*			c		
86 台上 129	*		*	*	c		
86 台上 365	*				b		
86 台上 1300	*		*		b		
86 台上 1727	*				b		
86 台上 1772	*				a		
86 台上 1877	*	*			b		
86 台上 2214	*				c		
86 台上 2424	*	*	*		c		
86 台上 3811	*				c		
87 台上 2269	*				c		
87 台上 2295	*				b		
87 台上 2298	*				c		
總計 30	24	14	12	5	a	b	c
					4	9	17

- a. 指被告上訴於最高法院而遭上訴駁回之案件
b. 指原告上訴於最高法院而遭上訴駁回之案件
c. 指高院判決遭最高法院廢棄之案件

參考資料

王文宇

- 1998 〈從財產權之保障論釋字第 349 號解釋〉，《憲法解釋之理論與實務》，頁 421-456。
台北南港：中央研究院中山人文社會科學研究所。

王伯琦

- 1999 《王伯琦法學論著集》。台北：三民書局。

王澤鑑

- 1983 〈二重買賣——最高法院歷年判例、判決綜合檢討——〉，《民法學說與判例研究(四)》，頁 153-169。台北：自刊。
1993 〈基於債之關係占有權的相對性及物權化〉，《民法學說與判例研究(七)》，頁 74-96。
台北：自刊。

李木貴

- 1996 《債權人撤銷權之研究——以基本理論體系及基本案例體系為中心》。基隆：台灣基隆地方法院。

林誠二

- 1982 〈債權契約法之經濟方法論〉，《中興法學》，第 18 卷，頁 191-244。

林榮耀

- 1966 〈雙重買賣與債權人撤銷權之行使〉，《法律評論》，第 32 卷，第 11、12 期合刊，頁 29-32。

洪遜欣

- 1976 《民法總則》。台北：自刊。

孫森焱

- 1990 《民法債編總論（修訂九版）》。台北：自刊。

鄭健才

- 1991 《債法通則》。台北：自刊。

謝在全

- 1990 《民法物權論（上）》。台北：自刊。

謝哲勝

- 1994 〈從釋字第 349 號解釋論土地所有權移轉的債權契約〉，《財產法專題研究》，頁 57-77。台北：三民書局。

蘇永欽

- 1994 〈物權法定主義的再思考——從民事財產法的發展與經濟觀點分析〉，《經濟法的挑戰》，頁 1-58。台北：五南圖書出版公司。
1995 〈民事判例的合憲性控制——以釋字第 349 號解釋為例〉，《憲政時代》，第 20 卷，第 3 期，頁 52-68。
1999 〈財產權的保障與大法官解釋〉，《大法官釋憲五十週年學術研討會紀錄》，頁 35-104。台北：司法院。

駱永家

- 1984 《民事舉證責任論》。台北：臺灣商務印書館。

司法院

1994 《司法院公報》，第 36 卷，第 8 期。台北：司法院。

行政院：法務部

1997 〈民法債編部分修訂條文暨民法債編施行法修訂條文草案〉。台北：行政院法務部。

Calabresi, Guido and A. Douglas Melamed

1972 "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of Cathedral,"
85 Harv. L. Rev. 1089.

Coase, Ronald H.

1960 "The Problem of Social Cost", *The Firm, The Market and The Law* (1988).
95-156. Chicago: The University of Chicago Press.

Cooter, Robert, and Thomas Ulen

1996 *Law and Economics* (2nd ed.), New York: Addison-Wesley.

Edgar du Perron

1998 "Contract and Third Parties," *Towards a European Civil Code* (2nd ed). 311-
326. Boston: Kluwer Law International.

Epstein, Richard A.

1987 "Inducement of Breach of Contract as a Problem of Ostensible Ownership,"
16 J. Legal Stud. 1-42.

Goetz, Charles J. and Robert E. Scott

1977 "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some
Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach," *77
Columbia L. Rev.* 554-594.

Kaplow, Louis and Steven Shavell

1996 "Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis," *109 Harv.
L. Rev.* 713.

Kronman, Anthony T.

1978 "Specific Performance," *45 U. Chi. L. Rev.* 351-382.

McChesney, Fred. S.

1999 "Tortious Interference with Contract Versus "Efficient" Breach: Theory and
Empirical Evidence," *28 J. Legal Stud.* 131.

Nicholas, Barry

1992 *An Introduction to Roman Law*, Oxford: Clarendon Press.

A Thing Sold Twice: Efficient Breach of Contract or Tortious Interference with Contract

Tze-shiou Chien

Sun Yat-Sen Institute for Social Sciences and Philosophy
Academia Sinica

ABSTRACT

In Taiwan's current jurisprudence, property rights are divided into 'right to person' and 'right to thing'. When 'right to person' conflicts with 'right to thing', the latter prevails. Accordingly, in the situation of double sales, the first buyer cannot make any claim on the second buyer to whom the thing has been transferred, even given knowledge of the previous sale. However, the Supreme Court has held that the first buyer may invoke section 244 of the Civil Code to request the courts to revoke the second sale. So legal formalism and legal practice clash. Based on economic analysis, constitutional property rights, the structure of Civil Code, and the statistical analysis of cases, this paper argues that the holding of the Supreme Court should prevail.

Key Words: obligations, property, right to person, right to thing, efficient breach of contract, tortious interference with contract, right to revoke, liability rules, property rules, restitution, sections 179, 184, 227, and 244 of the Civil Code, specific performance, damages, legal formalism