

2023 年民事法發展回顧： 以民事大法庭關於民事實體法之裁定為中心

吳從周*

<摘要>

整體回顧與觀察施行已經 5 年的民事大法庭裁定共計 24 則，最高法院平均每年作成將近 5 則之大法庭裁定。如果加上徵詢階段統一見解之裁定 7 則，則平均每年最高法院必須做成超過 6 則的大法庭裁定，相較起制度起源的德國，我國最高法院使用民事大法庭的頻率與負擔，高達將近 12 倍之多。其中，經統計後，民事大法庭裁定占比例 6 成以上為民事實體法之法律爭議問題。

5 年來，最高法院民事大法庭裁定之論證說理，逐漸成熟完備，特別是與自己判決對話、與不同見解對話以及法律解釋方法的運用作為科學論證方法，均有顯著的開展，值得讚佩。唯一較美中不足者，係應該在裁定中多增加並引用學說見解對該問題討論之整體面貌，並且與學說通說或少數說對話，甚至作為繼受法國家，司法繼受特色上必要時也應該有比較法上的學說與實務見解參考，俾能以裁判理由之翔實論證為基礎，贏得人民對司法更穩固的信賴！

關鍵詞：民事大法庭、原住民保留地、招領通知書、違約金酌減

* 國立臺灣大學法律學院特聘教授。

E-mail: wucjj2@ntu.edu.tw

• 責任校對：江昱麟、陳怡君、龔與正。

• DOI:10.6199/NTULJ.202411/SP_53.0005

◆目次◆

- 壹、概論：民事大法庭制度施行 5 週年現況綜覽
- 貳、重要民事實體法大法庭裁定效力觀察
 - 一、「原住民保留地買賣予非原住民」案（表一編號 12 最高法院 108 年度台上大字第 1636 號民事裁定）
 - 二、「掛號郵件製作招領通知單置於信箱」案（表一編號 10 最高法院 109 年度台上大字第 908 號民事裁定）
- 參、「違約金酌減之性質與同時履行抗辯」案（表一編號 18 最高法院 110 年度台上大字第 1353 號民事裁定）
 - 一、本案基礎事實
 - 二、本案法律問題爭議
 - 三、提案裁定整理之不同見解
 - 四、大法庭裁定之理由
 - 五、本文評析
- 肆、結論

壹、概論：民事大法庭制度施行 5 週年現況綜覽

民國（下同）108 年 1 月 4 日法院組織法通過修正並公布（並訂於 6 個月後即 108 年 7 月 4 日開始施行）第 51 條之 1 至第 51 條之 11、行政法院組織法第 15 條之 1 至第 15 條之 11，廢除臺灣施行將近百年的最高法院決議及判例制度，改採德國式的最高法院大法庭制度（包括民事、刑事、行政大法庭），是我國最高法院統一見解制度之大變革¹，但我國沒有同時採行

¹ 德國法院組織法第 132 條（舊法為第 137 條），強調最高法院民事庭組成之大法庭（der Grosse Senat）具有 2 項重要任務：確保該審判權中最高法院法律見解之一致性，及法律續造之作用。此與 2003 年增訂之民事訴訟法第 469 條之 1 相同，在有關最高法院「許可上訴」之規定中宣示：「以從事法之續造、確保裁判之一致性」等具有原則上重要性之法律見解為限，以符合第三審上訴「在求裁判上法律見解之統

德國的民、刑事「聯合大法庭」，也沒有該國的民、刑事與其他審判權的「共同大法庭」制度²。

施行迄今，就民事大法庭而言，迄本論文完稿前之最新狀態（113 年 10 月 31 日前）在最高法院大法庭專區，可以查到經言詞辯論而統一法律見解之大法庭裁定有 24 則、於徵詢階段統一法律見解之裁定則有 7 則，總計民事大法庭制度施行迄今 5 年以來，已經有高達 31 則裁定作成，扮演民事最高法院統一法律見解之重要功能。

茲列表以供讀者概觀上開共計已多達 31 則之民事大法庭裁定涉及之案由與要旨。

一」之目標與功能（參見民事訴訟法第469條之1立法理由）。2019年，司法院決定在法院組織法中引進德國大法庭制度，取代之多年的判例與決議制度，以解決裁判見解歧異之法律爭議（法院組織法第51條之1：「最高法院之民事庭……應設民事大法庭……裁判法律爭議。」），立法者相應上開規定強調：「最高法院為民事訴訟……之終審機關，所為裁判有確保**法律適用一致**，及促進**法律續造**之作用，如民事庭……各庭就相同事實之法律問題見解歧異，將影響裁判之安定性及可預測性，使下級審及人民無所適從；另就具有原則重要性之法律問題，縱使尚未出現見解歧異之裁判，亦應賦予最高法院於涉及該問題之首件裁判作成前有統一見解之機會，以發揮法律續造之功能」（參見法院組織法第51條之1之增訂理由）。

² 我國並未進一步設計者，如果民事大法庭與刑事大法庭（所謂普通法院內的雙軌制Zweispurigkeit）見解不一致者，則應由2個大法庭成員組成之「聯合大法庭」（Vereinigte Grosse Senate）制度。此外，如果1個大法庭與其他大法庭間，有不同見解，德國另外有一個「維持聯邦最高法院判決一致性法」（Das Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshoeefe des Bundes, RsprEinhG）第1條及第2條，則規定可以組成「共同大法庭」（Gemeinsamer Senat）（德國5個審判權＝普通、勞工、行政、社會、財政等），例如德國基本法第14條徵收範圍，德國聯邦最高法院見解與德國聯邦行政法院見解不同時。亦即，透過「聯合大法庭」及「共同大法庭」之設置，以克服審判權分工造成之可能缺陷。（Vgl. Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, 3. Aufl., 2003, Rn. 359 f., 391; Wolf, Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige, 6. Aufl., 1987, S. 133）關於我國法上引進德國「共同大法庭」制度之可行性探討，並請參見陳信安（2020），〈德國共同大法庭（Gemeinsamer Senat）制度初探：兼評引進我國之可行性〉，《興大法律學》，28期，頁163-230，詳細介紹「共同大法庭」之功能定位、組成、提案程序、程序進行與裁判，並建議考慮引進該制度，以解決不同審判機關間所生裁判見解歧異之統一制度。

【表一】經言詞辯論統一見解之民事大法庭裁定一覽表³（依作成時間順序排列）

案號／作成日期	案由	要旨	涉及法領域
1. 最高法院 108 年度台上大字第 980 號民事裁定 （109 年 7 月 3 日）	載貨證券準據法	載貨證券所載準據法約定，對託運人、運送人、持有人均有拘束力	海商法
2. 最高法院 108 年度台上大字第 1719 號民事裁定 （109 年 7 月 31 日）	確認親子關係	民國 74 年 6 月 3 日前之收養性質為身分契約	民法 （親屬法）
3. 最高法院 108 年度台抗大字第 953 號民事裁定 （109 年 8 月 25 日）	刑事附帶民事賠償	刑事附帶民事訴訟移送民事庭，應許原告補繳裁判費	民事訴訟法
4. 最高法院 108 年度台上大字第 2680 號民事裁定 （110 年 2 月 26 日）	消保法損害賠償	消保法第 51 條懲罰性賠償金之損害額，包括非財產上損害之賠償金額	消費者保護法、民法
5. 最高法院 109 年度台上大字第 495 號民事裁定 （110 年 4 月 16 日）	不當得利請求返還依政府採購法第 59 條之扣款	違反政府採購法第 59 條第 2 項而扣除不當利益，不以採購契約價款高於市價為要件	政府採購法之採購契約、民法

³ 最高法院曾經依照大法庭裁定做成之年份順序製作「大法庭裁定統一見解彙編」，可惜並未加上基本的案由或要旨，以便利讀者概觀瀏覽。

6. 最高法院 108 年度台聲大字第 1525 號民事裁定 (110 年 4 月 16 日)	聲請定第三審律師酬金	遲誤民事訴訟法第 90 條第 2 項不變期間仍得聲請法院為訴訟費用裁判，定第三審律師酬金	民事訴訟法
7. 最高法院 108 年度台上大字第 2470 號民事裁定 (110 年 4 月 23 日)	租佃爭議返還耕地三七五租約之耕地	耕地租佃爭議確定租約無效，並依據民法第 767 條返還耕地，免徵裁判費	耕地三七五減租條例、民法
8. 最高法院 109 年度台抗大字第 94 號民事裁定 (110 年 5 月 14 日)	分配表異議之訴	強制執行程序對分配表異議，未於分配期日 10 日前為起訴證明，視為撤回異議之聲明	強制執行法
9. 最高法院 109 年度台上大字第 2169 號民事裁定 (110 年 5 月 28 日)	共有人請求損害賠償	共有人出賣共有土地，未依土地法第 34 條之 1 通知，他共有人不得依給付不能之法律關係請求賠償	土地法、民法
10. 最高法院 109 年度台上大字第 908 號民事裁定 (110 年 6 月 11 日)	解約之意思表示到達	掛號郵件招領通知書逾期未實際領取，應已發生到達之效力	民法
11. 最高法院 109 年度台抗大字第 1196 號民事裁定 (110 年 9 月 3 日)	公司對卸任董事之損害賠償訴訟	公司與董事之訴訟，監察人承受訴訟，毋庸審酌與董事之利害關係	公司法

12. 最高法院 108 年度台上大字第 1636 號民事裁定 (110 年 9 月 17 日)	原住民保留地買賣契約效力	原住民保留地借名登記、買賣、設定地上權、移轉所有權，均違反民法第 71 條禁止規定而無效	山坡地保育條例、民法
13. 最高法院 110 年度台上大字第 1153 號民事裁定 (111 年 3 月 18 日)	所有權之妨害除去請求權	臺灣光復後之浮覆地，原所有權人未辦土地總登記，該土地登記國有後，行使民法第 767 條有消滅時效適用	民法
14. 最高法院 108 年度台上大字第 1652 號民事裁定 (111 年 4 月 1 日)	詐害行為撤銷特定物債權	終止借名登記請求返還特定物債權，縱出名人無資力，未轉換為金錢損害賠償債權前，仍不得撤銷特定物債權及物權行為	民法
15. 最高法院 110 年度台抗大字第 1069 號民事裁定 (111 年 10 月 21 日)	確認債權不存在及塗銷抵押權登記之訴	最高限額抵押權之執行名義債權雖經法院確認不存在，如有其他擔保之債權存在，法院不得駁回執行聲請	強制執行法、民法
16. 最高法院 110 年度台簡抗大字第 33 號民事裁定 (111 年 11 月 11 日)	宣告終止收養事件	成年養子女依民法第 1081 條第 1 項第 4 款宣告終止收養事件，屬家事非訟事件	民法 (親屬法)

17. 最高法院 108 年度台抗大字第 897 號民事裁定 (111 年 12 月 9 日)	強制執行債務人為要保人之壽險契約	執行法院得核發扣押命令，終止債務人為要保人之保險契約，命第三人保險公司償付解約金	強制執行法
18. 最高法院 110 年度台上大字第 1353 號民事裁定 (111 年 12 月 30 日)	違約金酌減返還金額，與同時履行抗辯	買受人請求出賣人返還違約金酌減數額以外之金額，與買受人之回復原狀義務構成同時履行抗辯	民法
19. 最高法院 110 年度台上大字第 3017 號民事裁定 (112 年 1 月 6 日 ⁴)	土地法第 68 條損害賠償	土地法第 68 條規定地政事務所登記人員損害賠償，責任性質為無過失責任	土地法、民法
20. 最高法院 110 年度台上大字第 279 號民事裁定 (112 年 6 月 16 日)	抵銷抗辯第三審上訴之上訴利益及裁判費計徵	抵銷抗辯第三審上訴之上訴利益應併計抵銷額度，上訴裁判費應就原告請求範圍內計徵	民事訴訟法
21. 最高法院 111 年度台上大字第 1706 號民事裁定 (112 年 6 月 16 日)	國家賠償事件	國家賠償法所保護法益，包括權利及純粹經濟上損失	國家賠償法、民法

⁴ 參見顏佑紘（2024），《論土地法第68條第1項損害賠償責任之歸責原則：兼評第三人冒名處分案（影音線上版）》，元照。

22. 最高法院 112 年度台抗大字第 630 號民事裁定 (113 年 2 月 20 日)	普通共同訴訟人上訴後撤回起訴裁判費之退還	普通共同訴訟人上訴後撤回起訴，應依民訴法第 83 條第 3 項退還撤回部分二審裁判費	民事訴訟法
23. 最高法院 112 年度台上大字第 1305 號民事裁定 (113 年 7 月 26 日)	對公司負責人請求損害賠償	依公司法第 23 條第 2 項對公司負責人請求賠償，時效期間應依民法第 197 條第 1 項侵權行為短期時效期間	公司法、民法
24. 最高法院 112 年度台上大字第 840 號民事裁定 (113 年 10 月 18 日)	投保法第 10 條之 1 裁判解任訴訟	投保法第 10 條之 1 裁判解任訴訟之範圍，不包括起訴時已卸任之董事	證券投資人及期貨交易人保護法

※ 資料來源：作者製表。

【表二】徵詢階段統一見解之民事大法庭裁定一覽表(依作成時間順序排列)

案號／作成日期	案由	要旨	涉及法領域
1. 最高法院 108 年度台上字第 2035 號民事判決 (109 年 8 月 19 日)	法人之侵權責任	民法第 184 條於法人之侵權行為有適用	民法
2. 最高法院 110 年度台簡抗字第 97 號民事裁定 (110 年 6 月 9 日)	簡易訴訟第三審上訴程序補正	對簡易程序二審判決提起第三審上訴，未委任律師為訴訟代理人，應裁定命補正	民事訴訟法

3. 最高法院 111 年度台聲字第 2198 號民事裁定 (111 年 12 月 7 日)	聲請核定第三審律師酬金	第三審上訴不合法經二審裁定駁回，已委任律師者，仍可聲請核定第三審律師酬金	民事訴訟法
4. 最高法院 110 年度台上字第 3013 號民事判決 (112 年 1 月 4 日)	推定租賃關係請求法院核定租金	民法第 425 條之 1 推定租賃關係請求法院核定租金，得請求給付「自租賃關係成立時起」，而非限於「請求法院定租金額之意思到達房屋所有人時起」	民法
5. 最高法院 111 年度台抗字第 1052 號民事裁定 (112 年 5 月 24 日)	附帶上訴	第一審就本、反請求合併判決，就本請求敗訴部分上訴，應得就反請求部分提起附帶上訴	民事訴訟法
6. 最高法院 110 年度台上字第 2523 號民事判決 (112 年 7 月 12 日)	對慰撫金債務主張抵銷抗辯	慰撫金債務，未以契約承諾或起訴請求賠償之前，其性質上仍適於為抵銷	民法
7. 最高法院 112 年度台上字第 1612 號民事判決 (112 年 12 月 22 日)	可責性一方請求離婚	離婚事由雙方均有責時，雙方均得請求離婚，毋庸比較有責程度	民法（親屬法）

※ 資料來源：作者製表。

綜合上開【表一】及【表二】民事大法庭裁定，觀察各領域發生法律爭議而作成大法庭裁定之分佈比例，大致可歸納出以下觀察：

以各年份作成之民事大法庭裁定數量而言，109 年作成 3 則大法庭裁定、110 年作成 9 則、111 年作成 6 則、112 年作成 3 則、113 年迄今作成 3 則。5 年來平均每年作成將近 5 則之大法庭裁定。如果加上徵詢階段統一見解之裁定，共計 31 則民事大法庭裁定，則 5 年來平均每年最高法院必須作成超過 6 則的大法庭裁定，相較起制度起源的德國，我國最高法院使用民事大法庭的頻率與負擔，顯然高的許多⁵。

以民事大法庭裁定涉及民事實體法之比例而言，言詞辯論統一見解者有 15 則（表一編號 2、4、5、7、9、10、12-16、18、19、21、23，包括親屬法、消費者保護法、土地法、耕地三七五減租條例、政府採購契約、國家賠償法、公司法、山坡地保育條例等廣義涉及民法理論或規定者在內，以灰底標示），在 24 則總數中占比高達 62.5%。如果加上徵詢階段統一見解之裁定 7 則中有 4 則（表二編號 1、4、6、7，以灰底標示），共計 19 則，占總數 31 則民事大法庭裁定，比例仍高達 61% 左右。顯見民事大法庭裁定 6 成以上仍為民事實體法之爭議法律問題。

其餘實體法以外之領域，大法庭裁定涉及民事程序法者，經言詞辯論統一見解者有 6 則（表一編號 3、6、8、17、20、22），在 24 則總數中占比為

⁵ 相較於學者精確之研究指出，德國民事大法庭裁定從 1950 年到 2018 年之 68 年間，僅有稀少的 36 個裁定，參見沈冠伶（2018），〈最高法院大法庭與統一法律見解：以民事大法庭為中心〉，《月旦法學雜誌》，280 期，頁 37 及該處所引註 25 之德文文獻。準此，則德國最高法院平均每年約僅須作成約 0.5 個大法庭裁定（36/68），而我國最高法院透過民事大法庭統一見解之負擔，如同本文所統計的，平均每年 6 個，則顯然遠超過我們所師法的德國最高法院平均數量高達 12 倍之多！2013 年 10 月 11 日司法院邀請德國聯邦最高法院（BGH）院長 Prof. Dr. Tolksdorf 演講「聯邦最高法院如何保障法之統一性：尤其討論大法庭之功能」，詳盡說明德國大法庭制度之實際運作狀況時，不諱言因大法庭之程序十分繁複，花費時間較長，近 15 年來民事大法庭只召開過 2 次，參見司法周刊（10/18/2013），〈德聯邦最高法院院長演講大法庭功能：另參加「德國東亞法學研討會」討論司法自治、司法改革等〉，1667 期 1 版。也大致呼應德國大法庭制度被使用的機率很低，與我國 5 年來施行的成效，相當不同。

25%。如果加上徵詢階段統一見解之裁定 7 則中有 3 則（表二編號 2、3、5），共計 9 則，占總數 31 則民事大法庭裁定，所占比例為 29% 左右，係屬於第二高比例之民事法領域，亦即，民事程序法之爭議法律問題之裁定大約占 3 成左右。

其餘大法庭裁定涉及之領域主要為商事法（包括海商法或公司法等），經言詞辯論統一者有 3 則（表一編號 1、11、24，徵詢階段統一見解之裁定則無），在 24 則總數中占比為 12.5%。亦即，民事實體法及程序法以外之爭議法律問題之裁定，大約占 1 成左右。

貳、重要民事實體法大法庭裁定效力觀察

在上開民事大法庭裁定中，筆者曾經先後撰文選評幾則裁定，發表拙見⁶，對於筆者先前表示過之見解，本回顧將不作過度重複敘述，而係著重於回顧其對最高法院本身及下級法院見解之後續影響，進行案例類型化之觀察，並對筆者尚未及研究之民事大法庭裁定，擇要重點評析。

⁶ 收錄於吳從周（2023），《民事大法庭裁定選評：民事法學與法學方法第九冊》，頁1-31、33-51、53-77、79-124、177-222，元照。除了該書序言頁前-3至頁前-16，從方法論及民事程序法角度對表一編號16之最高法院110年度台簡抗大字第33號民事裁定（關於成年人宣告終止收養應屬訴訟事件或非訟事件之法律爭議）簡評，暨序言頁前-18至頁前-22、連結第四章「上訴利益併計抵銷抗辯數額」案（表一編號20最高法院110年度台上字第279號提案裁定，見該書頁79-124）外，其餘涉及民事實體法之裁定，依該書編排順序，包括：第一章「原住民保留地買賣予非原住民」案（表一編號12最高法院108年度台上大字第1636號民事裁定，見該書頁1-31）；第二章「掛號郵件製作招領通知單置於信箱」案（表一編號10最高法院109年度台上大字第908號民事裁定，見該書頁33-51）；第三章「共有人出賣共有物違反優先承購權通知義務」案（表一編號9最高法院109年度台上大字第2169號民事裁定，見該書頁53-77）；第八章「消保法第51條懲罰性賠償金在消費訴訟之法院裁判現狀」案（表一編號4最高法院108年度台上大字第2680號民事裁定，見該書頁177-222）。

一、「原住民保留地買賣予非原住民」案（表一編號 12 最高法院 108 年度台上大字第 1636 號民事裁定）

（一）結論正確、理由簡略之大法庭裁定

108 年度台上大字第 1636 號民事裁定基本爭議事實為：A 地原為原住民甲所有之原住民保留地（下稱原保地），非原住民乙為經營民宿而出資購買 A 地，並與原住民丙成立借名登記契約，而以丙之名義與甲簽訂買賣契約，（一）該借名登記契約、買賣契約有無違反禁止規定之情形？其效力如何？（二）甲於 A 地為乙設定地上權，該設定行為有無違反禁止規定之情形？其效力如何？（三）甲將 A 地所有權移轉登記予丙，該移轉登記行為有無違反禁止規定之情形？其效力如何？

最高法院統一見解之裁定理由主要在第（五）點，概括性地指出，上開當事人間之法律行為，違反系爭規定（即山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項規定：「原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限」，及依該條第 6 項授權訂定之原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定：「原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限」），性質為民法第 71 條之禁止規定而無效。要旨為：「系爭規定之內容，自立法目的與法體系整體觀察，並非難以理解，且個案事實是否屬系爭規定欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷。再綜合考量系爭規定之規範目的、倫理性質、實效性、法益衝突情形、締約相對人期待、信賴保護利益與交易安全，暨契約當事人之誠信公平等相關事項，自應否認違反系爭規定之私法行為效力，始得落實其規範目的，以維保障原住民族國策之公共利益，故違反系爭規定者，應屬無效。當事人為規避系爭規定之適用，以迂迴方法達成該規定所禁止之相同效果之行為，違反系爭規定意旨，依民法第 71 條本文規定，亦屬無效。

⁷」

⁷ 如果以「108年度台上大字第1636號」查詢司法院法學資料檢索系統，可以查得69筆法院判決（除了6筆最高法院本身之判決外，其餘均為下級法院之判決）引用該

筆者曾經指出上開爭議中有關借名登記契約、買賣契約、地上權設定契約及所有權移轉契約之效力，應分別考量與論述，不宜以過度抽象之原則作為概括之理由⁸。

其中應再特別指出是有關借名登記契約無效的部分，相應於買賣契約之效力，第一審及第二審均認為借名登記契約有效，但本件大法庭裁定則認其違反禁止規定而無效，特別是強調：「當事人為規避系爭規定之適用，以迂迴方法達成該規定所禁止之相同效果之行為，違反系爭規定意旨，依民法第 71 條本文規定，亦屬無效」。雖然最高法院可能也希望限制地對外宣示：其僅係個案認定「原住民保留地」買賣之「借名登記契約」無效，因而在主文中，幾乎極為少見地加入了全部的事實陳述後，才認定上開借名登記契約無效：「非原住民乙欲購買原住民甲所有原住民保留地經營民宿，為規避山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項、原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定，乃與原住民丙成立借名登記契約，以丙名義與甲簽訂買賣契約，甲以該地為乙設定地上權後，將所有權移轉登記予丙。乙丙間之借名登記契約、甲丙間之買賣契約、甲為乙設定地上權及將所有權移轉登記予丙之行為，無異實現非原住民乙取得原住民保留地所有權之效果，自違反上開禁止規定，依民法第 71 條本文規定，應屬無效。」

固然，關於借名登記契約之內部關係效力如何，究竟應該採取有效或者無效說，學說本有極大之爭論。但無論如何，最高法院經過數十年的發展，已經形成穩定之見解，大致確立以下基本命題⁹：只要借名登記契約之「目的或內容無違強制、禁止規定或悖於公序良俗，且原因正當」，在此前提下，依「契約自由原則」，借名登記之內部契約即應為有效（最高法院 92 年度台上字第 1054 號民事判決、最高法院 97 年度台上字第 2445 號民事判決參照）。所謂原因不正當，實務上長期以來認為係屬於脫法行為之案型，以針

大法庭裁定意旨。

⁸ 吳從周，前揭註 6，頁 7-20。

⁹ 詳見吳從周（2019），〈台灣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〉，氏著，《民事實務之當前論爭課題：民事法學與法學方法第八冊》，頁 98-100，元照。

對「規避已修正之舊土地法第 30 條第 1 項之禁止規定」而訂立之借名登記契約為代表。

最近之代表性判決，例如最高法院 104 年度台上字第 65 號民事判決謂：「按當事人為規避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果行為，其事實上之效果違反法律規定之意旨，屬脫法行為，應非法之所許，自屬無效。系爭土地使用分區、使用地類別為『山坡地保育區、農牧用地』，屬農業發展條例第三條第一項第十一款所規定之耕地。上訴人無自耕能力，依修正前土地法第三十條第一項規定，不得取得系爭土地所有權，系爭六十七年間借名登記契約，係為規避上開法律之限制。又依農業發展條例第三十三條前段規定，私法人不得承受耕地。上訴人為私法人，系爭九十年契約書亦為規避上開規定之脫法行為，均為原審合法確定之事實。依上說明，該借名登記契約自屬無效。原審本此見解，就上訴人先位聲明請求被上訴人辦理系爭土地繼承登記及移轉所有權部分，為其敗訴之判決，經核於法洵無違誤。」

準此，最高法院只須依循自己見解之原有脈絡下，比較舊土地法第 30 條第 1 項之「農地買賣予非自耕農」案型，而將此種「例外認定其無效」之見解，同樣延伸用以評價「原住民保留地買賣予非原住民」案型，即可解決問題，以免引發最高法院是否變更見解認為「借名登記契約均為脫法行為¹⁰，無效」之整體圖像的疑慮¹¹！

¹⁰ 關於脫法行為理論之基本內涵、判斷標準及案例評析，最近重新反思而具有啟發性之研究，參見楊舒涵（2021），《脫法行為與法律解釋》，頁115以下，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

¹¹ 應附帶說明者係，最高法院在肯認內部契約有效之前提下，已經同時透過最高法院106年度第3次民事庭決議（02/14/2017）肯認出名人處分借名登記物之外部行為效力為有權處分。亦即最高法院106年度第3次民事庭會議，對於「院長提議：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？」已經在無權處分說與有權處分說之爭論中，決議統一見解為採取有權處分說：「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

（二）維持縱向法律見解之統一

臺灣高等法院 111 年度上字第 551 號民事判決，特別針對在本大法庭裁定「作成前」之 99 年間，簽署之原住民保留地買賣之借名登記契約，強調仍有本大法庭裁定見解之適用，以維持「縱向法律見解之統一」。要旨謂：「……馮○城因本身未具備原住民身分，為規避系爭規定取得屬原住民保留地之系爭土地，乃與上訴人簽立系爭借名契約，以上訴人名義與被上訴人簽訂系爭買賣契約，將系爭土地所有權移轉登記予上訴人，依前開說明，顯已

動產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分。」故最高法院對於借名登記契約內部效力之否定，也會牽動對於外部效力之見解變化，不可不慎。

在該決議後最高法院107年度台上字第2096號民事判決謂：「按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。出名人既登記為該財產之所有權人，則在借名關係存續中，其將該財產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分，初不因第三人為善意或惡意而有異，為本院自106年2月14日以後所持之法律見解。本件被上訴人係因系爭車行契約而將系爭車輛借名登記在德嘉公司名下，乃原審所確定之事實……，果爾，德嘉公司既為系爭車輛之出名人，其在借名關係存續中，將系爭車輛設定系爭抵押權予上訴人，即非無權處分，原審為與此相反之見解，並進而為上訴人不利之論斷，已有違誤。」

同院最高法院110年度台聲字第2295號民事裁定，更明確強調該院對此問題已無歧異，並無提請以新制大法庭再統一見解之必要。要旨謂：「按最高法院民事庭各庭審理案件期間，當事人認為足以影響裁判結果之法律見解，民事庭先前裁判之見解已產生歧異或具有原則重要性者，得以書狀表明法律見解歧異之裁判，向受理案件之民事庭聲請以裁定提案予民事大法庭裁判，法院組織法第51條之4第1項第2款定有明文。又所謂『法律見解具有原則重要性』，係指法律見解有促使法律續造之價值，或因屬新興、重大且普遍性之法律問題，有即時、預為統一見解之必要性而言。至以歧異提案類型，則以維持最高法院法律見解之一致性為目的，倘就同一法律爭議，各庭間並無歧異，即無須以歧異提案方式開啟大法庭程序。查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係屬有權處分，此為本院現無歧異之見解（本院民國106年2月14日第三次民事庭會議決議參照），亦無促進法律續造之價值，或因屬新興、重大且普遍性之法律問題，而有即時、預為統一見解之必要性。上訴人聲請本院裁定准予提案大法庭，核與法院組織法第51條之4規定要件不合，不應准許。」

違反系爭規定之禁止規定，故馮○城與上訴人間系爭借名契約、兩造間系爭買賣契約、系爭移轉行為自屬無效。上訴人雖以最高法院民事大法庭 108 年度台上大字第 1636 號裁定關於當事人為規避系爭規定，所成立之借名登記契約、買賣契約及所有權移轉登記，應屬無效之意見，為系爭移轉完成後方表示之法律見解，應無溯及適用於本件之情況云云，然依法院組織法第 51 條之 2 第 1 項第 1 款規定，最高法院大法庭裁判係為確保最高法院各庭間法律見解之一致性，再透過審級制度，下級審法院對於該項統一之法律見解，亦應遵循，由此達成縱向法律見解之統一，是上開最高法院大法庭裁判之見解，於本件自有遵循必要，此與法律自其生效時起，以後所發生之事項始有其適用，至其生效前所發生之事項，不適用此法律之法律不溯及既往原則有異，故上訴人此部分主張，難以採憑。¹²」

（三）個案見解之限制適用

1. 援引適用於農地買賣之借名登記？

實務上值得觀察者係，下級法院後續適用此項大法庭裁定之宣示時，是否僅侷限於原住民保留地，抑或將之擴張援引適用於原住民保留地以外之借名登記契約亦認其無效？

對此，有採限制適用之角度者。在臺灣高等法院 109 年度重上字第 745 號民事判決有關農地買賣借名登記契約效力之爭議事件中，當事人雖提出系爭農地買賣借名登記關係已違反修正前土地法第 30 條第 1 項之強制規定，應屬無效之抗辯。但就此爭點，高院判決認為：「89 年 1 月 26 日修正公布前之土地法第 30 條第 1 項前段規定：私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限。然依系爭契約第 11 條第 2 項約定：『本約 62 之 13 地號土地（即系爭土地）為山坡地保育區為陳○柱所有，其移轉登記承受人由甲方

¹² 類似說法，臺灣高等法院臺中分院 111 年度原重上更二字第 2 號民事判決強調，系爭大法庭裁定宣告非原住民借名登記買賣原住民保留地，違反民法第 71 條無效，「此乃符合憲法意旨之法律解釋，尚未涉及法規變更，亦非新法溯及既往之適用問題，至為明灼」。

（即被上訴人）指定人名義登記』……，可知系爭土地係由被上訴人購買，買賣雙方並具體約定系爭土地登記予自耕能力之特定第三人……。上訴人執最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定，辯以上開借名登記契約關係違反修正前土地法第 30 條規定，屬脫法行為而自始、當然且確定無效云云。按『民事大法庭、刑事大法庭之裁定，對提案庭提交之案件有拘束力』法院組織法第 51 條之 10 定有明文。依上揭規定，大法庭裁定之拘束力，僅針對『提案庭提交之案件』，不及於其他訴訟案件。查上開大法庭裁定乃針對非原住民為購買原住民保留地而借名登記於原住民名下之事實，核與本件所涉農牧用地情形有別，對本件並無拘束力。是上訴人上揭所辯，自非可取。」顯然法院並未打算將系爭裁定宣示原住民保留地買賣借名登記契約無效之意旨，擴張適用於農地買賣借名登記亦一併無效¹³。

更明白宣示者，臺灣高等法院臺南分院 112 年度上字第 294 號民事判決：「被上訴人雖抗辯借名登記違反強制規定而無效，請求權時效應自系爭土地於 88 年 6 月 23 日登記於廖○治時起算云云。惟按農地借名登記並非無效，有前揭說明及最高法院見解可資參照。被上訴人又抗辯上訴人逃避土地法第 30 條之規定，以達其享有土地所有權之實質目的，此種脫法行為應屬無效，有最高法院 73 年度台上字第 4072 號判決及最高法院大法庭 108 年度台上大字第 1636 號裁定可資參照云云。惟最高法院 73 年度台上字第 4072 號判決固認為逃避土地法第 30 條之規定，以達其享有土地所有權之實質目的，為脫法行為而為無效，雖非無見，然尚有如前所述最高法院之見解認為有效之情形，實務之不同見解，有賴日後最高法院大法庭就個案為裁定。惟本院基於本件個案之情形，系爭土地為農地，上訴人買受後仍租予訴外人陳○林之父陳○（已死亡），有陳○林之證述可參（原審卷一第 81 頁），故系爭土地雖有借名登記之情形，惟農地仍供農用。且如認上訴人與廖○寶間之買賣契約無效，將使法律關係趨於複雜，造成廖○寶仍係系爭土地所有權人之情形，而徒增紛爭，並不合理，本院因認於本件仍採借名登記有效說。至最高法院大法庭 108 年度台上大字第 1636 號裁定雖於該案採借名登記無

¹³ 類似見解，臺灣屏東地方法院 110 年度原再易字第 3 號民事裁定。

效說，惟按最高法院民事庭各庭審理案件，經評議後認採為裁判基礎之法律見解具有原則重要性，得以裁定敘明理由，提案予民事大法庭裁判。最高法院民事庭各庭審理案件期間，當事人認為足以影響裁判結果之法律見解，民事庭先前裁判之見解已產生歧異，或具有原則重要性，得以書狀向受理案件之民事庭聲請以裁定提案予民事大法庭裁判。民事大法庭之裁定，對提案庭提交之案件有拘束力；分別有法院組織法第 51 之 3、4、10 規定可參。故大法庭裁判僅係針對提交之案件有拘束力，並非為通案之原則而足以拘束其他案件。而 108 年度台上大字第 1636 號大法庭裁定係有關原住民保留地之問題，與本件之基礎事實已有不同，且依前開說明，本件亦不受前揭案件裁定之拘束，被上訴人此部分抗辯，尚非可採。依此，本件借名登記仍屬有效。」

2. 援引適用於非原住民保留地之借名登記？

臺灣高等法院 110 年度抗字第 1286 號民事判決，在適用該大法庭裁定時，亦限制系爭大法庭裁定僅適用於原住民保留地，與「非原住民保留地」無關。裁判要旨謂：「至原裁定以最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定意旨，認定抗告人主張之借名登記契約縱使存在，亦屬無效而不能據以請求相對人履行契約或給付損害賠償云云，惟最高法院上開裁定係針對非原住民乙欲購買原住民甲所有原住民保留地經營民宿，為規避山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項、原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定，乃與原住民丙成立借名登記契約，以丙名義與甲簽訂買賣契約，甲以該地為乙設定地上權後，將所有權移轉登記予丙之事實，認定乙丙間之借名登記契約、甲丙間之買賣契約、甲為乙設定地上權及將所有權移轉登記予丙之行為，違反上開禁止規定，應屬無效。然系爭房地並非坐落原住民保留地，尚難逕依最高法院前開裁定認定抗告人主張之借名登記契約為無效。」

3. 援引適用於尚未回復取得原住民身分前之具原民血統者之借名登記？

實務上還發現特殊案例者係，臺灣高等法院臺中分院 112 年度原上字第 1 號民事判決認為「具有原住民血統之人，於尚未回復取得原住民身分

前，與原住民約定借名登記原保地，待其本人將來取得原住民身分時，再為移轉登記」之情形，並非系爭大法庭裁定要禁止之情形。要旨謂：「按借名登記契約乃當事人約定一方經他方同意，而就屬於一方現在或將來之財產以他方名義為所有人或權利人登記而成立之契約，其成立側重於借名者與出名者間之信任關係，在性質上應與委任契約同視，倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，應賦予無名契約之法律上效力，並類推適用民法委任之相關規定（最高法院 111 年度台上字第 171 號判決意旨參照）。至於非原住民為購買原保地，為規避利用條例第 37 條第 2 項、管理辦法第 18 條第 1 項規定，乃與其他原住民成立借名登記契約，借名登記取得原保地。其買賣與借名登記契約，無異實現非原住民取得原保地所有權之效果，依民法第 71 條規定，固屬無效（最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定主文參照）。惟具有原住民血統之人，於尚未回復傳統姓名而取得原住民身分前，與原住民約定借名登記原保地，待其本人將來取得原住民身分時，再為移轉登記，即非民法第 246 條第 1 項以不能之給付為契約標的，且核與利用條例第 37 條第 2 項、管理辦法第 18 條第 1 項規定，均在於保障原住民取得並使用原保地，以維持其生計之規範本旨，尚無不合，是其借名登記契約仍屬有效。」

二、「掛號郵件製作招領通知單置於信箱」案（表一編號 10 最高法院 109 年度台上大字第 908 號民事裁定）

（一）重要性被忽略的大法庭裁定

最高法院 109 年度台上大字第 908 號民事裁定之基本事實是涉及一個履行契約之催告函及解約函，債權人以郵寄掛號方式，寄送至債務人之住所地，郵差因不獲會晤債務人，乃製作招領通知單置於信箱，招領期滿未經領取，郵局於信封加蓋「招領逾期退回」之戳記而退回，是否發生意思表示送達而生催告及解約之效力爭議。

對此，最高法院做成統一見解認為：「表意人將其意思表示以書面郵寄掛號寄送至相對人之住所地，郵務機關因不獲會晤相對人，而製作招領通知

單通知相對人領取者，除相對人能證明其客觀上有不能領取之正當事由外，應認相對人受招領通知時，表意人之意思表示已到達相對人而發生效力，不以相對人實際領取為必要」（最高法院 109 年度台上大字第 908 號民事裁定意旨參照）¹⁴。

筆者曾從德國文獻比較指出，德國聯邦最高法院之穩定見解及德國通說均採取否定見解，認為單純製作招領通知書通知相對人，如果相對人實際未領取者而被退回，則相對人對於通知之意思表示內容，僅有「知悉可能性」而非「事實已知悉」或「已有知悉可能性」，不能認為已經到達相對人之支配範圍而發生送達效力，以適當分配「由發信者承擔寄送之風險」。採取與

¹⁴ 值得注意者係，臺灣高等法院臺中分院111年度重上更一字第73號民事判決以下述文字，更詳引大法庭裁定之**主文及理由意旨，係為避免相對人以「任意性行為（任意不閱讀其受領之書面）而左右非對話意思表示之生效時點」**：「(1)按民法第95條第1項前段規定：『非對話而為意思表示者，其意思表示，以通知達到相對人時，發生效力。』，乃採達到主義。所謂達到，係指意思表示已進入相對人之支配範圍，置於相對人隨時可以了解其內容之客觀狀態。而意思表示之生效，指表意人開始受其意思表示拘束而言。在非對話之意思表示，表意人無從依書面之交付，逕使相對人了解其意思表示，尚須經由相對人之閱讀始能了解表意人之意思表示，**相對人之閱讀行為，完全在表意人實力支配範圍外，僅得由相對人為之，如相對人不閱讀其受領之書面，即謂意思表示不生效力，將使其效力之發生任由相對人支配，顯非事理之平。**因此，書面所為之意思表示，如已進入相對人之實力支配範圍，且處於依一般社會觀念，可期待相對人了解之狀態時，應該認該意思表示已對相對人發生效力。掛號郵件招領通知單雖非表徵意思表示之郵件本身，惟依郵件處理規則第50條第1項規定，可知掛號郵件通知招領前，必經郵務機關按址投遞而無法投遞，始製作招領通知單通知領取郵件，如該招領通知單經置於相對人之住居所或營業所，依一般社會觀念，可期待相對人受通知後，於郵局營業時間前往領取郵件，該郵件自斯時起進入相對人之支配範圍，置於相對人可隨時了解內容之狀態，應認表意人之意思表示已到達相對人而發生效力，**不以相對人實際領取郵件為必要，亦與該郵件事後是否經招領逾期退回無涉，並可避免相對人以任意性行為左右非對話意思表示效力之發生時點。**惟基於相對人並非掛號郵件之發動者，其如能證明受招領通知時客觀上有不能領取郵件之正當事由，自不在此限，以兼顧其權益（最高法院109年度台上大字第908號裁定意旨參照）。」（完全摘錄相同見解者，尚有臺灣高等法院臺中分院110年度重上字第225號民事判決、臺灣高等法院臺南分院110年度上易字第158號民事判決）

我國相同的肯定說，則僅為德國少數說¹⁵。筆者個人較贊同德國聯邦最高法院的見解。

作為債之發生最重要的契約及法律行為基礎之「非對話而為意思表示」，以其意思表示之「通知到達（條文的本文文字是用「達到」，惟但書則用「到達」）」相對人時發生效力（民法第 95 條），因此，認定「書面通知之意思表示」何時「到達」？攸關交易現實上法律行為效力發生時點，其重要性不言而喻，但被文獻上討論者似乎並不多¹⁶。筆者一直認為這個涉及民法上意思表示如何「到達」或「送達」之大法庭裁定，所宣示之見解，是近年來最具重要意義之裁定，其深遠之影響似被忽略，頗為可惜¹⁷。

臺灣高等法院 111 年度聲字第 453 號民事裁定特別聚焦重申該大法庭裁定，強調：最高法院 109 年度台上大字第 908 號民事裁定「裁定意旨係以意思表示通知到達相對人之住所為前提，系爭地址既非相對人目前之住所，……與上開裁定之情形有違」。亦即表意人以書面掛號郵寄而郵政機關不獲會晤相對人之處所，必須是以相對人住所地，才能發生相對人受郵務機關製作之招領通知單「通知時」，即發生意思表示送達之效力，不必再依民法第 97 條規定行意思表示通知之公示送達程序¹⁸。

¹⁵ 吳從周，前揭註6，頁42-47。

¹⁶ 學說基本上引述並贊同此大法庭裁定見解，鄭冠宇（2023），《民法總則》，8版，頁298，新學林。但陳聰富（2022），《民法總則》，4版，頁218，元照，則認為「到達」時期應為「依相對人最早可至郵局領取信件之日」；同頁註28引述本號大法庭裁定，認為裁定所謂「受招領通知時」，係指相對人，受通知後，於郵局營業時間前往領取郵件，該郵件自斯時起發生效力。

¹⁷ 如果以「109年度台上大字第908號」查詢司法院法學資料檢索系統，已經有多達237筆法院判決（除了4筆最高法院本身之判決外，其餘均為下級法院之判決）引用該大法庭裁定意旨。

¹⁸ 此項見解與訴訟文書之送達如果有因「招領逾期」而退回，法院實務上亦不認為構成公示送達事由，結論基本上相同。例如最高法院109年度台抗字第1506號民事裁定：「按民事訴訟法第149條第1項第1款所謂應為送達之處所不明者，係指已用相當之方法探查，仍不知其應為送達之處所者而言。查卷附石承鑫寄與石美花等2人之郵件信封僅記載『招領逾期』……，自與送達之處所不明有間。」又，最高法院87年度台抗字第582號民事裁定：「惟按民事訴訟法第一百四十九條第一項所謂『應為送達之處所不明者』，係指已用相當之方法探查，仍不知其應為送達之

（二）「招領逾期」退回，仍屬合法送達

不過，因為住所並不以登記為必要（民法第 20 條：「……以久住之意思，有久住於一定地域之事實，即為設定該住所」），因此除非表示人能證明相對人另有住所，否則通常以相對人登記之戶籍地址作為送達地址。若果，則即使係因為郵務機關蓋用「招領逾期、按鈴無回應」戳印而退回，亦不影響送達效力。

例如，臺灣高等法院 113 年度非抗字第 38 號民事裁定因此謂：「（一）本件再抗告人以相對人之戶籍地址『新北市○○區○○路 000 巷 00 弄 00 號 5 樓』為送達地址，寄送前述存證信函予相對人通知受領關於系爭確定判決所命應找補金錢，郵務機構以『招領逾期、按鈴無回應』為由於 112 年 5 月 26 日退回，致無法送達通知等情，提出系爭確定判決及確定證明書、存證信函及由經郵務機構蓋章退回之信件封面為證，聲請原法院准予裁定公示送達……（二）查系爭確定判決所記載之相對人地址即為上述戶籍地址……。原法院司法事務官曾函請新北市政府警察局永和分局……派員至相對人之前述地址查訪，永和分局派員實地查訪後，於 112 年 10 月 11 日以新北警永刑字第 1124172652 號函暨查訪紀錄表回復在卷……，原裁定係依前述函復結果，認定相對人並無應為送達處所不明之情事，而『招領逾期為由退回』僅係因郵務人員投遞時發生相對人不在或按鈴未答等情形，僅顯示郵務人員投遞時未能會晤相對人、或相對人未於招領期間內領取，均不足證明相對人有送達處所不明，進而認再抗告人聲請公示送達於法不合應予駁回。是以，

處所者而言。是以公示送達為意思表示之通知，僅因當事人「拒收」、「逾期招領」或「人在國外」等原因致未受送達，而非應為送達處所不明者，即與公示送達之法定要件不合。本件依相對人古○旺等所定二十日以上之期間催告受擔保利益人即抗告人行使權利之存證掛號信函暨回執所載，抗告人李○壽、李○全……部分均載為『招領逾期』，抗告人李○福……等人則記載『拒收』，抗告人李○月……更記為『在日本或國外』等字樣……。各該記載是否即表示該抗告人應為送達之處所不明而符合公示送達之要件，已滋疑義。乃原法院未遑進一步調查審認，徒因桃園地院八十六年度聲字第二六九號裁定認定抗告人李○壽……有上述『招領逾期』、『拒收』、『人在國外』等原因而准予公示送達裁定確定，即謂上開催告函均已合法送達該抗告人，進而為抗告人不利之裁定，亦有可議。」

原法院依據上開事證就相對人之戶籍地址認為係可收受送達之處所，因而認定相對人並無應為送達處所不明之情事，不應適用民法第 97 條及民事訴訟法第 149 條第 1 項第 1 款規定進行公示送達，並無適用法規錯誤可言。另參酌最高法院 109 年度台上大字第 908 號裁定所載理由，……原則上應認相對人受招領通知時，表意人之意思表示已到達相對人而發生效力，並不以相對人實際領取為必要，且亦與該郵件事後是否經招領逾期退回無涉。從而，本件存證信函，已因寄送至相對人具實力支配範圍之處所，而可發生意思表示達到之效力，不至於因郵務機關蓋用『招領逾期、按鈴無回應』戳印退回而有影響。」

臺灣高等法院臺中分院 111 年度重上字第 13 號民事判決更明確區分，送達地址為戶籍地而非住所地時，無該大法庭裁定之適用。要旨為：「依一定之事實，足認以久住之意思，住於一定之區域者，即為設定其住所於該地，為民法第 20 條所明定，是我國民法關於住所之設定，兼採主觀主義及客觀主義之精神，……住所並不以登記為要件。又戶籍法為戶籍登記之行政管理規定，戶籍地址乃係依戶籍法所為登記之事項，戶籍地址並非為認定住所之唯一標準（最高法院 93 年度台抗字第 393 號、97 年度台抗字第 118 號裁定參照），被上訴人以系爭存證信函，通知上訴人終止系爭同意書，經郵局於 109 年 3 月 24 日、109 年 3 月 25 日兩次送達『臺北市○○區○○街 000 號』不應而招領，嗣因招領逾期於 109 年 4 月 13 日退回，該通知地址為上訴人之戶籍地兼營業地，固為兩造所不爭執，然上訴人否認該址為上訴人的住所地，且依上訴人提出該址之現場照片……，顯係供營業用之咖啡廳，難認係可供人居住之處所，是上訴人雖將戶籍地設址於此，亦難因此認定是上訴人之住所地，被上訴人既未能舉證證明該址為上訴人之住所地，自難援引最高法院民事大法庭 109 年度台上大字第 908 號裁定見解，認定系爭存證信函於上訴人受招領通知時，被上訴人終止系爭同意書之意思表示已到達上訴人而發生效力。¹⁹」

¹⁹ 同旨：臺灣高等法院 111 年度上字第 1052 號民事判決、臺灣高等法院 112 年度聲字第 240 號民事裁定。

（三）「查無此人」退回，應為公示送達

但是如果是招領逾期，而以「查無此人」退回，既然該送達處所並無受送達之相對人，則法院實務上通常不認為意思表示已到達相對人，應進一步透過公示送達之方式完成意思表示之到達。例如最高法院 85 年度台上字第 3145 號民事判決即同時以「查無此人退回」掛號通知，應公示送達，且有實際住所地，尚應向相對人住所地送達，而不得僅向戶籍地送達。判決要旨：「原審以：……非對話而為意思表示者，其意思表示以通知達到相對人時發生效力。民法第九十五條第一項前段定有明文。所謂『通知達到相對人』係指意思表示達到相對人之支配範圍，置於相對人隨時可了解其內容之客觀狀態而言。上訴人於八十三年七月十九日將解除本件保險契約之意思表示以存證信函投寄至台北市○○路○段○○○巷○○○號，因查無此人而被退回。然被上訴人之戶籍地仍在該址並未變更。則上訴人應依據民法第九十七條之規定，對被上訴人為意思表示之公示送達，始足以使被上訴人居於可受領該意思表示之狀態，而發生解除契約之效力。……洵屬正當，應予准許。因而維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回上訴人之上訴。查原審以上訴人之收費員謝美珠及杜秀錦自始至終均至被上訴人實際住所地即台北市○○○路○段○○○號收取保險費為上訴人所不爭執。因而認定上訴人之解約信函未向該住所地為送達，而向被上訴人戶籍地為送達，致遭退回，其解除契約尚未發生效力，爰為上訴人敗訴之判決，經核於法洵無違誤。經核於法洵無違誤。²⁰此時，似應無本號大法庭裁定之適用，以免架空民法第 97 條準用民事訴訟法第 149 條公示送達之規定。

²⁰ 同旨：最高法院 85 年度台上字第 2366 號民事判決。

參、「違約金酌減之性質與同時履行抗辯」案 (表一編號 18 最高法院 110 年度台上大字第 1353 號民事裁定)

一、本案基礎事實

甲向乙購買 A 地，並約定價金分 3 期給付，如有可歸責於甲之債務不履行，經乙解除契約者，得將甲已付價金均沒收充為違約金。甲已依約給付 2 期價金合計新臺幣（下同）3746 萬元，乙則將 A 地所有權移轉登記為甲所有。嗣甲未依約給付第 3 期價金，乙解除契約，並依約將甲所給付之全部價金沒收充為違約金，另依民法第 259 條第 1 款、第 179 條規定訴請甲將 A 地所有權移轉登記予乙。甲抗辯乙將其已繳價金沒收充為違約金，有過高顯失公平之情事，請求法院依同法第 252 條規定予以酌減，就酌減數額以外之金額，應負返還責任，爰依同法第 261 條準用同法第 264 條規定，就乙之本案請求為同時履行之抗辯。

二、本案法律問題爭議

假設買賣契約業經合法解除，買賣雙方互負回復原狀之義務。惟出賣人依買賣契約將買受人給付之價金沒收充為違約金，嗣經法院依民法第 252 條規定酌減至相當數額後，出賣人應返還之金額，其性質為何？買受人得否就自己應負之給付義務（回復原狀），與出賣人應返還之金額（即酌減後之餘額），為同時履行抗辯？

三、提案裁定整理之不同見解

最高法院 110 年度台上字第 1353 號民事裁定整理最高法院先前對此問題之不同見解如下：

（一）否定說

買受人原付之價金，既經出賣人於契約解除後，依約明示將之移作違約金，顯已變更該價金之性質，應不生民法第 261 條準用同法第 264 條（同時履行抗辯）問題。至違約金如屬過高，法院縱可為酌減，然酌減後金額之返還，係屬不當得利之範疇，要不能使違約金性質再度回復為價金，而認出賣人返還該不當得利與買受人返還買賣標的物之義務應同時履行（本院 81 年度台上字第 2500 號判決；94 年度台上字第 1874 號、97 年度台上字第 427 號、103 年度台上字第 2211 號判決同上意旨）。

（二）肯定說（一）

契約解除，雙方互負回復原狀之義務，民法第 259 條定有明文。此項互負之義務，依同法第 261 條準用第 264 條之規定，於他方未為對待給付前，得拒絕自己之給付。又按約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，同法第 252 條定有明文。買受人一再抗辯，約定之違約金額過高。倘法院認買賣雙方約定之違約金額確屬過高而准予核減，該核減後應返還之金額，即非違約金，應認仍屬原契約關係所付價金之一部，與債務人應返還之給付物係本於同一雙務契約所生，於回復原狀時，自有同時履行抗辯規定之適用（本院 86 年度台上字第 2300 號判決；105 年度台上字第 1151 號、92 年度台上字第 1865 號、90 年度台上字第 127 號、89 年度台上字第 408 號判決同上意旨）。

（三）肯定說（二）

同時履行抗辯權，原則上固適用於具有對價關係之雙方債務間。然而，雖非基於具有對價關係之雙務契約而生之債務，其兩債務之對立，在實質上有牽連性者，基於法律公平原則，亦非不許其準用或類推適用關於同時履行抗辯之規定（本院 78 年度台上字第 1645 號判決；101 年度台上字第 159 號、

104 年度台再字第 8 號、106 年度台上字第 1270 號、106 年度台上字第 2048 號、109 年度台上字第 2591 號判決同上意旨）。

四、大法庭裁定之理由

本件大法庭裁定對於上開 2 個疑問，主要理由有二：

（一）採取酌減後應返還之違約金性質仍為違約金之見解，認為：「買賣契約約定如有可歸責於買受人之債務不履行，出賣人得沒收買受人已繳價金充為違約金者，買受人所為之給付，除為履行價金給付義務外，並有備供將來違約時，充為違約金之目的。嗣買受人發生違約情事，經出賣人依違約金約款沒收其已給付價金充為違約金時，該價金即變更性質為違約金，且不因法院依法予以酌減，致出賣人應返還之餘額部分回復為價金性質。此時，因出賣人取得或保有該部分給付之法律上原因不復存在，自屬不當得利。」

（二）就同時履行抗辯能否採用，「基於誠信及公平原則」透過類推適用第 264 條採取肯定見解，主要論點為：

1. 同時履行抗辯制度，係為保障同一雙務契約當事人，以交換給付方式，履行彼此之反對給付，本適用於具有互為對待給付或對價關係而互相關聯之雙方債務間。而買賣契約經出賣人合法解除，買受人已給付之價金並經出賣人依違約金約款沒收充為違約金，經法院於出賣人所提起之返還買賣標的物訴訟中，本諸買受人違約金過高之抗辯而酌減後，出賣人應返還餘額之義務，與買受人應返還標的物之義務，既源自同一契約關係所生，基於誠信及公平原則，仍應認為具有履行實質牽連之交換給付性質，買受人得類推適用民法第 264 條規定主張同時履行抗辯，以利當事人紛爭之終局解決及訴訟經濟。

2. 民法第 264 條第 1 項但書規定有先為給付之義務者，不得拒絕自己之給付，係就雙務契約當事人互負之對待給付義務而言；該先為給付義務之發生，或因當事人合意，或為法律明定，或係交易習慣。至非基於同一雙務契約所生具有牽連性之對立債務，係本於誠信及公平原則，類推適用該規定，原無該項但書所稱何人有先為給付義務之問題。而法院為同時履行之諭知，

係判決之執行附有條件，純為謀訴訟上經濟而設；出賣人因法院酌減違約金所負返還餘額之義務，既於該判決確定時必已存在且屆期，則法院為交換給付之判決，並不悖於同時履行抗辯之規範目的²¹。

五、本文評析

本件大法庭提案主要涉及 2 個問題：

第一、當事人間違約金之約定，經法院依民法第 252 條規定酌減至相當數額後，出賣人就該應返還之酌減金額，其性質為何？究竟是該契約對價之性質（例如買賣價金、承攬報酬等），抑或是違約金性質，而應該依不當得利請求權請求返還？此同時涉及該返還之消滅時效期間問題²²。

第二、買受人就自己應負之給付義務（例如本件為回復原狀移轉已移轉之房屋登記，或者也可能是其他返還已交付之承攬工作物等情形），與出賣人應返還之金額（即酌減後之餘額），能否主張同時履行抗辯？

應先說明者係，第一個問題是本裁定主要第二個問題的前提問題，亦即如果採取應返還之酌減金額性質為不當得利（下稱不當得利說），則第二個問題在「適用」第 264 條時為否定說，反之，如果採取應返還之金額性質為原契約對價（下稱契約對價說），則第二個問題在「適用」第 264 條時，即可為肯定說。

其實，不當得利說還有一個重要判決是最高法院 105 年度台上字第 289 號民事判決（涉及工程違約金酌減），似未被列為上述否定說所整理的裁判。該判決要旨亦指出：「按約定之違約金過高者，除出於債務人之自由意思，

²¹ 關於此一大法庭裁定之詳細評析，參見顏佑紘（2023），〈論出賣人將買受人已付價金全部沒收充為違約金之法律關係：評最高法院110年度台上大字第1353號民事裁定〉，《台灣法律人》，30期，頁119-133；劉姿汝（2024），〈契約解除後違約金過高之餘額返還與同時履行抗辯權之適用：最高法院110年度台上大字第1353號民事裁定〉，《月旦裁判時報》，141期，頁22-31。

²² 違約金之問題，在實務上推陳出新，最近之疑問包括：違約金債權是否為民法第146條之從權利、違約金債權之消滅時效為15年、違約金數額能否酌減為「零」等問題，可參見吳從周（等著）（2017），《違約金酌減之裁判分析》，增訂3版，第三版增補頁III-9、10-14、34-37等，元照。

已任意給付，可認為債務人自願依約履行，不容其請求返還外，法院仍得依民法第二百五十二條規定，酌減至相當之數額。且於法院為核減後，債務人就該核減部分之數額，因原給付之法律上原因已不存在，自得依不當得利法律關係請求債權人返還。查被上訴人係依系爭契約第十七條第一項約定，將本應給付上訴人之工程款三千五百二十九萬一千二百零九元轉作其遲延九日改善系爭缺失之逾期違約金扣抵後，開立收據與上訴人，為原審確定之事實。果爾，被上訴人既已將上開應給付上訴人之工程款轉作上訴人交付之逾期違約金。且該違約金係被上訴人自工程款中扣抵，非出於上訴人自由意思任意給付。則倘是項違約金有過高情事，上訴人請求酌減，並依不當得利法律關係請求被上訴人返還酌減部分之數額……，似非全然無據。原審就此未詳加審究，徒以系爭違約金係被上訴人自工程款中扣抵，非由上訴人交付，及酌減後之違約金仍屬工程款（報酬），上訴人請求返還已罹二年時效等由，遽謂被上訴人並無不當得利，不無可議。」

就邏輯上而言，出賣人解除契約後，應返還所受領之買受人乙給付之價金，但可請求買受人給付因此所生之違約金。出賣人依約「沒收其已給付價金充為違約金」，應該只是為了避免返還受領價金後，應獲得之違約金請求落空，因此直接自以受領之買賣價金中扣抵而已，故扣抵沒收之買賣價金，確實應該於此時已因扣抵而轉變為違約金之性質。如果法院認為出賣人沒收扣抵之違約金過高，因此依據民法第 252 條酌減該違約金，而應返還酌減後之餘額，應不至於變更已轉變為違約金性質之買賣價金，而再度回復為買賣價金。此時，出賣人受領溢扣之違約金，即屬受有溢扣部分違約金之利益，致買受人受損害，故應依據不當得利規定負擔返還責任。準此，則否定說或不當得利說在邏輯上似較為可採²³。

就理論一貫性而言，採取不當得利說亦可避免如果在買賣契約案型，採取買賣價金說返還請求之時效為 15 年，在承攬契約案型，採取承攬報酬說

²³ 同說法，劉姿汝，前揭註21，頁31。也有基於違約金酌減之形成力角度，法院係溯及認定違約金數額，酌減後應返還之金額並非違約金，採性質為買賣價金之契約對價說者，論述亦甚具說服力，參見顏佑紘，前揭註21，頁133。

返還請求之時效將變成 2 年，而形成消滅時效因酌減違約金所由之契約性質而不一的情形。

採取不當得利說，必須面對的難題即是：結論可能因此變成返還標的不是原契約對價，如何得與原給付義務構成並主張同時履行抗辯？對此，本件大法庭結論從紛爭解決之角度，認為「買受人得類推適用民法第 264 條規定主張同時履行抗辯」，筆者予以肯定。然其理由是「基於誠信及公平原則」，則在方法上尚有不足，此或許是受到已故大法官孫森焱教授之見解「雖非基於雙務契約而發生之債務，若當事人間互負之債務，在實質上有履行之牽連關係者，基於公平原則，亦應類推適用同時履行抗辯權之規定²⁴」等語之啟發。不過以誠信及公平原則作為上位指導理念，固無不當，但在具體法學方法操作上，還是應該先確認此種情形為立法者所思慮未及，於現行法應構成法律漏洞（漏洞確認），而有以類推適用民法第 264 條填補漏洞之必要（漏洞填補），方法步驟，較臻穩妥。

肆、結 論

大法庭制度師法自德國，因此，最高法院同時有必要透過民事大法庭裁定之作成，師法德國聯邦最高法院裁判理由之論證構成，筆者曾提出至少應具備以下 4 個基本要點或特色：

一、**與自己**（過去之）**判決對話**：回顧最高法院判決本身，並確認未曾表示過法律見解。德國聯邦最高法院通常在最新的判決中，詳引自己曾經做過之判決見解，並引述其字號，使讀者可以透過該則最新判決即能全盤掌握最高法院之前所有判決發展而成之穩定見解為何。

二、**與不同見解**的下級法院判決**對話**：曾有德國聯邦最高法院判決，整理了其下級審高等法院曾經表示過之 3 種法律見解、詳列其字號；如果最高

²⁴ 參見孫森焱（2008），《民法債編總論（下冊）》，2008年8月修訂版，頁977，自刊。

法院已經有統一見解，下級法院仍出現特殊而有力之不同見解者，最高法院也會與該下級法院判決對話。

三、**與學說見解對話**：在各該判決中，德國聯邦最高法院會詳細引述支持各該判決之學說文獻。最後再表明應該採取何種法律見解，並且進行該院自己之裁判說理，當然這個說理過程一定會引用學術文獻（例如何以採取通說見解）及該院過去相關之裁判，以支持自己之論證，並且反駁其所不採取之其他學說（例如少數說何以不足採）或實務見解。

四、在其裁判中隨時運用各種法律解釋進行闡釋，或確認是否為法律漏洞而填補漏洞等而進行「法律續造」之**法學方法運用**。此更應該為最高法院基本的法律基本思維訓練，自不待言。

整體回顧與觀察這 5 年來，最高法院民事大法庭裁定之論證說理，逐漸成熟完備，特別是與自己判決對話、與不同見解對話以及法律解釋方法的運用作為科學論證方法，均有顯著的開展，值得讚佩。唯一較美中不足者，係應該在裁定中多增加並引用學說見解對該問題討論之整體面貌，並且與學說通說或少數說對話，甚至作為繼受法國家，司法繼受特色上必要時也應該有比較法上的學說與實務見解參考。若能如此，相信將更可使我國民事大法庭制度作為統一法律見解，發揮「從事法之續造、確保裁判之一致性」（參見民事訴訟法第 469 條之 1、法院組織法第 51 條之 4）之法律安定性功能，以裁判理由之翔實論證為基礎，贏得人民對司法更穩固的信賴！

Developments in the Civil Law in 2023:

Focusing on the Rulings of the Civil Grand Court Relating

Substantive Civil Law

*Chung-Jau WU**

Abstract

Total 24 civil grand court rulings have been reviewed and observed in the past five years since its implementation. The Supreme Court makes an average of nearly 5 grand court rulings every year. If we add the 7 rulings with unified opinions during the consultation stage, the Supreme Court must make more than 6 grand court rulings every year on average. Compared with Germany where the system originated, the frequency and burden of using the civil grand tribunal by our country's Supreme Court is as high as nearly 10%, which is 12 times as much as in Germany. Among them, according to statistics, the Civil Court ruled that more than 60% were disputed legal issues of civil substantive law.

Over the past five years, the reasoning behind the rulings of Civil Law of the Supreme Court has gradually matured and become more complete. In particular, dialogue with prior judgments, dialogue with different opinions, and the application of legal methods as scientific argumentation methods have made significant progress. The only thing that remains insufficient is that more doctrinal insights should be added to the ruling to discuss according to the issue of theory as a whole, and there should be dialogue with the theory or the minority doctrinal theory. As a country of judicial succession characteristics should be adopted when necessary. There are theoretical and practical insights in comparative law as a

* Professor of Law, College of Law, National Taiwan University.
E-mail: wucjj2@ntu.edu.tw

reference, so that we can win more trust in the judiciary based on detailed arguments for the reasons for the judgment!

Keywords: Civil Grand Tribunal, Aboriginal Reserved Land, Recruitment Notice, Reduction of Liquidated Damage

