



信託契約終止後之複數返還請求權人受領順序之特定及其返還請求權時效起算點

——最高法院111年度台上字第1644號判決評析

■林慶郎 臺北大學法律學系助理教授

本案事實

系爭標的為不動產之應有部分，為家族之繼承遺產，由被繼承人之配偶及四名兄弟繼承，於民國（下同）93年間簽立性質上屬於遺產協議之和解書，約定僅由該四名兄弟繼承，並信託登記於兄弟中之一人乙名下。後來委託人丙（共有丙1、丙2、丙3三兄弟，以下合稱丙）終止該信託契約關係，但受託人乙因稅務案件致系爭應有部分之一部遭查封，從而無法履行信託契約終止後之返還義務。因此，丙乃向法院起訴，請求乙返還土地，並且於案件繫屬中，乙丙於94年3月3日成立調解。

惟調解筆錄簽訂後，乙並未依調解筆錄確實履行，故丙其中二人乃先後分別於94年及109年7月6日，將其等對於乙於調解筆錄所成立之返還請求權，讓

與給甲，並且遲至109年7月7日始對債務人乙為債權讓與之通知。後來，乙於收受債權讓與通知後，旋即與第三人丁另成立信託登記契約，將標的物應有部分讓與給丁。

因此，甲乃以乙及丁為共同被告，先位請求：若標的物應有部分尚能返還時，依信託法第6條第1項規定，請求撤銷乙與丁間債權與物權行為，並依民法第244條第4項規定，請求塗銷丁之登記，並回復於乙名下，且乙應將丙之應有部分，辦理移轉登記於甲方。備位聲明則在無法返還時，請求損害賠償。

乙及丁則以：系爭土地部分經查封無法移轉，調解時亦未約定待法律上不能情況除去後始為履行，系爭調解因土地經查封而屬給付不能，應屬無效，丙既未提起調解無效之訴，其依無效之調解筆錄請求返還，自無理由。縱認調解

DOI：10.53106/207798362023070133003

關鍵詞：主觀選擇之債、受領順序之特定、時效起算、法律障礙、信託契約、選擇權行使、法律上障礙

有效，甲取得丙讓與之調解筆錄返還請求權，應自調解筆錄94年3月3日成立之翌日起算，迄109年3月4日已罹15年消滅時效，甲遲至109年7月7日始通知乙，乙自得為時效抗辯拒絕給付資為抗辯。

爭點

本件涉及應有部分之一部遭查封而無法履行時，其時效之起算問題，最高法院111年度台上字第1644號判決與原審法院見解¹，有所不同，值得玩味。

本件有若干前提事項須加以說明。首先，遺產協議之和解書，約定由四名兄弟繼承，但僅登記於兄弟中之一人，論其實質，為坊間流行之「借名登記」，而「借名登記」之效力，雖經最高法院於108年度台上大字第1636號裁定，針對原住民保留地借名登記之買賣契約及所有權移轉登記行為，均因違反山坡地保育利用條例、原住民保留地開發管理辦法等規定而屬無效，惟本例買賣標的並非原住民保留地，兩造又均係以「信託契約」而非「借名登記」稱呼，縱然繼承人間實質內容與借名登記無異，但因兩造對此部分未為爭執，歷審法院亦未加以認定，本件和解書之效力有效，殆無疑義。

此外，受託人乙又將標的設定信託於第三人丁，乙丁間信託契約之效力，於兩造間也無爭執，亦為有效。

因此，在乙丙、乙丁間之信託契約均為有效之前提下，當乙丙間信託契約終止後，針對丙三兄弟對乙之應有部分返還請求權，因一部遭查封而無法移轉時，起算點應如何認定，涉及返還請求權有「部分無法行使」時，時效是否應立即開始起算，或應待「全部均得行使」才開始起算，此涉及「法律上障礙」之認定，實務上頗具重要性。

判決理由

就此而言，原審法院認為系爭返還請求權之計算，應從調解筆錄成立之翌日起算，故原告之請求權已罹於時效，顯然認為此時並不存在「法律上障礙」。

最高法院則持相反見解，認為調解筆錄仍存在客觀上無法行使之法律上障礙，必待法律障礙除去後始得為移轉，從而廢棄原判決並發回原審法院。

因此，原審法院與最高法院間，就應有部分因一部遭查封而無法移轉時，是否屬於「法律上障礙」，認定有所歧異，值得研究。

評析

本案尚有幾個重要時間點值得注意。首先，乙丙間信託契約，於93年間成立，嗣經終止後，雙方於94年間針對信託契約終止後之返還請求爭執，於訴訟上成立調解。之後丙先後分別於94年

¹ 本件受託人尚有爭執甲係三名兄弟返還請求權之受讓人，為調解筆錄既判力所及，本件屬重複請求，該部分經法院認為本件當事人、訴訟標的及原因事實，均與調解筆錄不相同，不受系爭調解筆錄所生既判力之拘束，無就同一事件更行起訴之情事。因與本件爭點無重大關聯性，爰不贅述。

與109年間，將調解筆錄所載之債權讓與於丁，但最後通知債務人乙之時間，卻距調解成立時已逾15年，乙與丁乃提出時效抗辯。

從而，本件爭點在於時效究竟應從何時開始起算？由於乙丙間於信託契約終止後，已於94年間於訴訟上成立調解，屬於「債之更改」，乙丙間返還請求之依據，已更改為調解筆錄，從而，時效起算點，究應從調解筆錄成立後，或從查封登記塗銷後，乃成為爭點。

首先，因系爭繼承遺產為二筆土地之各 $\frac{8}{3}$ 之應有部分，協議由四兄弟繼承，每人應有部分均為 $\frac{32}{3}$ （計算式： $\frac{8}{3}$ 除以4），從而，丙三兄弟信託登記於乙之標的，為各自應有部分之總和（即 $\frac{32}{3}$ 之9），但該信託登記之標的，卻有一部因遭查封而無法移轉，此時該如何界定「遭查封」與「未遭查封」之應有部分究屬何人所有，乃生爭議。

易言之，乙丙繼承二筆土地各 $\frac{8}{3}$ 之應有部分（即各 $\frac{32}{3}$ 之12），其中經查封無法為所有權移轉者，僅占二筆土地各 $\frac{8}{3}$ 之1（即各 $\frac{32}{3}$ 之4），換句話說，就二筆土地各 $\frac{8}{3}$ 之2（即 $\frac{32}{3}$ 之8，為全部 $\frac{32}{3}$ 之12減去遭查封之 $\frac{32}{3}$ 之4），性質上仍得為移轉。但乙之應有部分，僅有 $\frac{32}{3}$ 之3（乙及丙三兄弟共有 $\frac{32}{3}$ 之12，四人均分，每人應有部分為 $\frac{32}{3}$ 之3），但查封之應有部分，卻超過乙之應有部分 $\frac{32}{3}$ 之3，從而，遭查封部分，除了影響乙個人外，

亦影響丙三人。因此，「得」為移轉之應有部分，不足調解筆錄所載「應」移轉之應有部分；從而，調解筆錄針對「應有部分之一部遭查封」，應如何定性，滋生疑義。

換句話說，本件繼承標的為乙與丙四兄弟共有，並信託登記於乙之名下，而乙因稅務案件致系爭繼承標的遭查封，但遭查封之應有部分「數量」，卻超過乙之應有部分，導致「波及」其他人之應有部分，此時「遭波及」之共有人，其返還登記請求權是否已屬可行使，便會影響其時效之起算。

然而，針對債之給付標的，於訂約時遭查封或假扣押等「法律程序」致不能為物權行為，是否屬於以「不能之給付為標的」而致契約無效，乃第一個必須處理之問題。

就此問題，實務上採取否定說，認為假扣押登記塗銷前，雖不能為所有權移轉登記，但此僅屬債務人實際上能否履行其移轉登記義務之問題，難謂係債務人有何不能行使其移轉登記請求權之法律上障礙存在²。

因此，本件縱然調解筆錄所載之給付標的（ $\frac{32}{3}$ 之9），有部分（ $\frac{32}{3}$ 之1）遭查封而未能履行，性質上亦僅為事實上不能，而非法律上障礙。故本件調解筆錄之效力，並無自始客觀不能之情事，自屬有效，接下來便是時效起算之問題。

總的來說，乙丙間調解筆錄，係針對「信託登記標的」，也就是乙以外之

² 最高法院109年度台上字第1816號民事判決。另可參閱吳昱農，論消滅時效制度下債權人利益之兼顧，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2022年1月，22頁。

應有部分（32分之9）為調解標的，但未經查封而得移轉者，卻僅有32分之8，亦即「得移轉」少於「應移轉」，故乙倘先移轉給丙三兄弟中之「某二人」（均32分之3），合計32分之6，尚屬可能，但移轉給「最後一人」時，則因剩餘可移轉之應有部分，僅有32分之2（即全部得移轉之32分之8，扣除第一、二人之32分之6），尚不足應給付之32分之3，究該如何處理？換句話說，丙三兄弟中，誰當前二人，誰當最後一人，產生複數請求權人間，如何特定給付順序之問題。

從而，本件於調解筆錄「成立當時」，應移轉之應有部分，因一部遭查封而不能移轉，其餘「得移轉」之部分，卻少於「應移轉」之全部，在這種「部分給付無法移轉」之情形下，時效之起算點，究應以「全部得移轉」即本件查封登記塗銷後，始整體為起算，或是考量既然「部分得移轉」，該得移轉部分之請求權已處於「得行使」狀態，至於「遭查封」部分，性質上亦僅屬債務人實際上能否履行其移轉登記義務之問題，並非法律上障礙，故整體來說，並無法律上障礙，自應整體自調解筆錄作成時起算，在原審及最高法院間，認定有所歧異。

原審法院採取後者之觀點，認為調解筆錄所載之移轉義務（32分之9），部分遭查封（32分之1），剩餘部分（32分之8）仍得移轉，故就「未經查封」部分，不屬民法第246條第1項之給付不能，「遭查封而不得移轉」部分，

也僅屬民法第226條可歸責於債務人所致之給付不能，故調解筆錄並無以不能之給付為契約標的而無效之情形。從而，丙之返還請求權，應從調解筆錄成立時起算，迄109年3月3日時效完成。

惟最高法院則持不同見解，認為應待整個調解筆錄之義務（即32分之9）均無客觀上行使之障礙，始得起算。其認為「民法第128條規定消滅時效，自請求權可行使時起算。該所謂『可行使時』，係指請求權人行使其請求權，客觀上無法律上之障礙而言。又解釋契約，應於文義上及論理上詳為推求，以探求當事人立約時之真意，並通觀契約全文，斟酌訂立契約當時及過去之事實、交易上之習慣等其他一切證據資料，本於經驗法則及誠信原則，從契約之主要目的及經濟價值作全盤之觀察，以為其判斷之基礎。³查丙等三人及乙於系爭調解程序時，均明知登記於乙名下系爭二筆土地應有部分各為3/8，其中應有部分1/8已遭板橋行政執行處查封，仍於系爭調解達成乙將系爭二筆土地應有部分各9/32分別辦理移轉登記予丙等三人，每人應有部分各3/32之合意，為原審所確定之事實，似見系爭調解係以乙名下原有系爭二筆土地應有部分各9/32為給付標的。果爾，在乙名下系爭二筆土地應有部分各1/8遭查封，僅各為2/8可得移轉登記之情形下，能否謂丙等三人對於乙各3/32之移轉登記請求權，於系爭調解成立後即得行使而應自翌日起算請求權時效？自非無進一步研求之餘地。」

³ 為便利讀者閱讀，作者將判決意旨之當事人姓名，簡化為乙丙，惟不影響判決意旨之理解。

簡言之，原審法院認為本件三兄弟之返還請求權中，其中二個並無不能情況，另一個亦僅屬嗣後不能，均不影響調解筆錄之效力，且均非法律上障礙，應自調解筆錄成立開始即起算其時效。最高法院則認為三個請求權應整體觀察。

本判決另一個有趣之點，在於其實原審法院與最高法院，對於丙三兄弟之請求權起算時點，其實都是「整體觀察」，只是觀察之角度與結果有所不同。亦即，在不知何人為前二人，何人為最後一人，且丙三兄弟亦互不相讓，也就是無人願意擔任「最後一人」的情況下，原審與最高法院都是採取「同其命運」的操作方法，即罹於時效就通通罹於時效，尚未起算就通通尚未起算，其理由很簡單，因為：沒人想當最後一人！

因此，比較原審法院與最高法院見解歧異之根本原因，其實就是在於乙「得履行」之應有部分，僅有32分之8，不足乙「應履行」之32分之9，導致丙三兄弟中「前二人」得為受領，「最後一人」仍受限於查封而無法移轉之窘境，該如何評價此「查封而無法移轉」之情事，又該如何特定丙三兄弟中，究竟何二人享有受領「未查封部分」，何人該受領「查封部分」之問題。亦即，乙應該移轉予「哪二人」，此涉及「多數債權人」中何人請求權得為行使之特定問題。

從而，以下爰依原審法院及最高法院間，對於應有部分之「一部遭查封」

見解之歧異，觀察原審法院與最高法院就應有部分遭查封時之處理方式（壹、應有部分一部遭查封之定性）；再就複數債權人間，孰有請求權之特定問題，討論「主觀選擇之債」之適用問題（貳、複數債權人受領順序之特定及其請求權時效起算點），以下分析之。

壹、應有部分一部遭查封之定性

應有部分遭查封，性質上屬債務人能否實際履行之問題，非屬法律上障礙，已如前述。本件信託契約終止後，所返還之標的為應有部分之移轉，其中乙丙所繼承之應有部分（8分之3）中，扣除遭查封而無法移轉（8分之1）外，剩餘部分（8分之2）仍得為移轉，但得請求移轉之債權人，卻有三名，從而，應如何將「得移轉部分」與「不得移轉部分」分離、獨立而合理分配，便生疑義。

亦即，應有部分依學者見解，係「所有權」之「量」的劃分，並非「所有物」之「量」的劃分，亦非所有權「質」的劃分⁴。換言之，應有部分之比例，性質上屬於可分標的。但是，觀察原審法院及最高法院在本件之作法，卻有二種不同移轉方法。

第一種移轉方法，為原審法院所採，可簡稱為「有人足夠，有人不足夠」，亦即將「得移轉」部分，劃歸丙三兄弟中其中二人，另一人則承擔「不得移轉」之部分。亦即，丙兄弟之應有部分32分之9當中，就「得移轉」之32分之8，先行移轉32分之6於丙兄弟中之

⁴ 鄭冠宇，民法物權，2014年9月，277-278頁。

二人，剩餘一人，則待遭查封部分塗銷後，才為移轉，但三人之時效，因均非屬法律上障礙，故均自調解筆錄成立時起算。

第二種移轉方法，便是全部待查封部分塗銷後，再一起為移轉。因此，該得移轉之32分之8，與查封而不得移轉之32分之1，兩者「相互影響」，致得移轉之32分之8，時效仍不起算，此為最高法院所採。

簡單說，第一種移轉方法，時效均從調解筆錄成立時起算；第二種移轉方法，「不得移轉部分」影響「得移轉部分」，均待查封登記塗銷後，始為時效之起算。

從原審與最高法院見解歧異，值得反省者在於，最高法院向來認為標的遭查封而無法移轉，僅屬事實上能否履行，而非法律上障礙之見解，是否應重新加以調整，非無疑義。

本案就是一個很好之例子。當「得履行」之部分少於「應履行」之部分時，如果仍然執意認為，該查封狀態不屬法律上障礙，時效仍然起算，就會造成丙三兄弟中，無人願意當最後一人的窘境，畢竟對於丙三兄弟來說，任誰都想競相爭取當「前二人」，查封與否，對於當事人來說，就是不同！

從而，本文認為，標的遭查封或假扣押未塗銷前，既不能為所有權移轉，即應認為係屬法律上障礙，最高法院之見解，應予修正。

然而，在最高法院見解未修正以前，該如何評價本件丙三兄弟間類似童話故事中「白羊黑羊過橋」之僵局，仍然是吾人必須面對之問題。

最高法院採取第二種移轉方法，將應有部分之移轉為「整體觀察」得行使之時效，合理之推測，應該是基於共有關係避免複雜化以及兼顧丙三兄弟間之公平性為考量，然而，本件當事人間終止信託契約後為返還請求，登記名義上由「單一所有人」乙變成乙與丙三兄弟共有狀態，固然造成所有關係複雜化，但此僅為信託契約登記終止後回復原狀方法所造成之「必然狀態」而已。

其次，因繼承而取得財產，繼承人間本得意定將繼承財產「歸於一人」，自然亦得將「歸於一人」之狀態，再經意定而「劃歸眾人」，因此，本例返還請求權之行使，縱然產生複數共有之狀況，自然亦無禁止之理。

此外，共有物之分割，我國通說與實務均採「應有部分相互移轉」之概念，既然應有部分得相互移轉，更突顯應有部分中之「部分」單獨、分別為移轉，性質上亦無不可之理，就此而言，最高法院見解似乎與應有部分為所有權「量」之劃分之性質不符。

換言之，應有部分既然屬於「量」之劃分，而本件得移轉之32分之8，確實足夠提供丙三兄弟中之「某二人」先為移轉（32分之6），從而本件真正的關鍵點，在於丙三兄弟中「哪二人」應如何特定之問題。法院應該關心、解決者，也應該著眼於複數債權人（丙三兄弟）中，如何特定誰得先受領該得為移轉之32分之6，誰又該「稍待片刻」待查封登記塗銷，才受領給付之問題，而不應因當事人未行使選擇權，致請求權人無從特定，率爾將「得移轉」之應有部分，與「不得移轉」之應有部分，綁

在一起而「相互影響」，致混淆了應有部分屬於「量」之劃分之性質。

簡單來說，本件最高法院不應將「客體」的應有部分綁在一起而相互影響，反而應該思索，該如何迅速將「主體」之請求權人加以特定⁵。

接下來之問題，便是丙兄弟三人中，應該如何兼顧其「公平性」，妥適解決丙三兄弟中，誰成為「前二人」，誰又該成為「最後一人」，此涉及「多數債權人」間「給付順序」之特定權限之歸屬。

貳、複數債權人受領順序之特定及其請求權時效起算點

按廣義之選擇之債，依代替權行使之效果，分為「主觀的選擇之債」與「客觀的選擇之債」，其中主觀的選擇之債，係指給付標的特定，惟透過代替權之行使，決定何人為債權人，或何人為債務人之債之關係；客觀選擇之債，即係透過代替權之行使，決定具體給付標的⁶。

就我國實定法而言，民法關於懸賞廣告之規定，即為一種法定之主觀選擇之債；因此，主觀之選擇之債，並非法所禁止，堪以認定。

至於我國民法第208條，能否作為另一個主觀選擇之債之依據，非無討論空間。

我國學說上認為我國民法第208條屬於客觀之選擇之債⁷，且就選擇之債之法律效果，最高法院向來認為選擇權一經行使，債務人應履行債之內容，即告確定，其餘各宗債務內容，即隨之失其效力，當事人間債之關係，乃從選擇之債，轉為單純之債，足以變更現存之法律狀態，為形成權，並溯及於債之發生時，即為單純之債⁸，似乎也指向客觀之選擇之債。

因此，我國學說及實務所認定之「選擇之債」，均係指當事人間就「數宗（不同之）給付」當中⁹，經選擇權之行使，使選擇之債，成為單純之債，其餘未經選擇之債之內容，即失其效力，均指向客觀之選擇之債¹⁰；此與本件丙兄弟三人，均有請求權，只是乙得為移轉之應有部分有所不足，僅足以移轉給「某二人」，剩餘一人則無法立即為移轉，須待查封登記塗銷後始為移轉之情形有別，從而，本例自無從適用民法之客觀選擇之債。

而本例又跟學說上所謂「主觀選擇之債」，係用於決定何人為債權人，何

⁵ 值得注意者，本件經最高法院廢棄發回後，更一審（臺灣高等法院111年度重上更一字第132號民事判決）仍然認為調解筆錄並非無效，且認丙三兄弟之請求權「均」自調解筆錄成立後起算。

⁶ 王千維，給付標的相對不確定之債之關係——種類之債、選擇之債以及任意之債，行政院國家科學委員會專題研究計畫期末報告，計畫編號NSC101-2410-H004-048，2013年10月，51頁。

⁷ 王千維，同前註，51頁。

⁸ 最高法院108年度台上字第997號民事判決、111年度台上字第1082號。

⁹ 楊芳賢，民法債編總論（下），二版，2021年5月，20頁。

¹⁰ 鄭冠宇，民法債編總論，三版，2019年8月，123頁。

人為債務人之情形不同，因本例乙為債務人，丙三兄弟均為債權人，並無任何爭議，只是丙三兄弟當中，「哪二人」得先為受領，「哪一人」必須待塗銷登記，屬於債權人中「受領順序」之特定問題。

換言之，本件所面臨之問題，不在於「誰為債權人」之特定，而係「優先順序」之特定，倘若將之視為一種「選擇之債」，其選擇權之行使，並不是讓「數宗給付」轉為單純之債；也不是讓複數「可能」債權人中，選定其一為債權人，其他未經選定者，失其效力而脫離債之關係；而係將複數「確定」之債權人，決定何人「先受領」，何人「後受領」之問題，屬於一種既有別於實定法之客觀選擇之債，亦不同於學說上定義之主觀選擇之債，而為一種「特殊選擇之債」。

從而，本件雖未為實定法所禁止，但亦未為民法所明文規定，從而，造成適用上之漏洞，應予填補。

至於填補之方法，因系爭調解筆錄就給付標的早已特定，僅因部分給付標的遭查封而陷於無法移轉之情事，而應有部分既為「量」之區分，而非「質」之改變，縱將部分之應有部分，與其餘應有部分，分開移轉於數共有人，並無損於其性質或價值，堪認應有部分之一部移轉，性質上屬可分之債¹¹，應先就得移轉之給付標的為移轉，剩餘不得移

轉之給付標的，待其不能移轉之事由消去後，再為移轉，始符合應有部分之性質。惟當事人間並無約定「必須丙三人同時為移轉」¹²，故就何人為「先受移轉之請求權人」，仍處於「可得特定」且「待特定」之狀態，此利益狀態其實跟客觀選擇之債之情況類似，都需要藉由選擇權之行使，使債之關係特定。從而，本文認為，於查封登記未塗銷前，應類推適用民法第208條規定，選擇權屬於債務人乙，以特定該懸而未決之狀態。

若乙行使選擇權，債權人之受領順序即為特定，作為前二名受領移轉之債權人，其時效自應開始起算，而最後一名受領移轉之債權人，依本文立場，應認為查封登記未塗銷前，仍屬法律上障礙，尚不起算時效；縱然依最高法院見解認為查封非屬法律上障礙，但在乙行使選擇權後，該名作為最後一位受領移轉之債權人，也可以清楚知悉自己之時效已經開始計算，較能採取相對應之措施。

惟若乙遲未行使，依我國民法第210條第2項規定，於未定選擇權行使期間時，僅得於債權屆清償期時，由無選擇權之當事人定相當期限催告他方當事人行使後，發生選擇權移轉之效果。但在本案中，當債務人乙怠於行使選擇權，兩造又未約定清償期及選擇權行使期間，債權人丙三兄弟復怠於催告，則

¹¹ 孫森焱，新版民法債編總論，下冊，2004年11月，875頁。

¹² 此由該案中，調解筆錄之給付標的，實為二筆土地，系爭土地外之另一筆土地，即由丙兄弟三人中之二人，先於調解筆錄成立後辦理登記，另一人則待查封登記塗銷後為登記。顯見當事人間確實沒有約定必須「一同登記」，參最高法院111年度台上字第1644號判決內理由欄第21-25行。

「誰得先為受領」之狀態仍然繼續陷於未特定之不明，此時應可參考法國立法例，以解決此僵局。

法國民法第1307條之1第2項規定：「未於約定時間內或合理期限內行使選擇權，他方經催告後，得行使該選擇權或解除契約。¹³」，賦與無選擇權之當事人，於合理期限經過後，即得為催告並行使選擇權或解除契約，以兼顧當事人利益，而無庸必須等到清償期屆至，始得發動¹⁴。

從而，在立法論上，若參考法國立法例之結果，丙三兄弟於乙未於合理期限內行使選擇權時，即得為催告並行使選擇權或解除契約，使當事人間法律關係早日確定，以維法律適用之安定性。

而就解釋論上，現階段應參考最高法院107年度台上字第353號之意旨，於債務人不履行其選擇權時，由丙三兄弟擔任原告，以主觀選擇合併之方式共同起訴，當法院認為原告丙三兄弟有理由時，依其聲明就「全部請求」為選擇關係之判決，再於判決確定或強制執行時，由被告乙就丙三兄弟三人中，何二人得先為受領，選擇為給付。

因此，其訴之聲明，可草擬如下：「乙應移轉座落於○○○之土地應有部分各12分之3於丙一、丙二或丙三中之二人，並應於上揭土地經……（查封案號）塗銷後，移轉應有部分12分之3於

另一人」。

結 論

綜上所述，本件乙丙間成立調解後，其應有部分之移轉，屬可分之債，應有部分因一部遭查封而無法移轉，對於當事人來說，其利益狀況與法律上障礙無異，應認屬法律上障礙，最高法院之見解，有待商榷。

然在最高法院見解尚未改變下，為了避免一方面債權人「受領順序」尚未特定，他方面「遭查封部分」之時效又已開始起算，可能造成當事人之突襲與不確定性之不利益，在查封登記塗銷前，應類推適用民法第208條規定，由債務人乙行使選擇權，將受領順序加以特定。

惟乙若遲未行使選擇權時，因我國民法第210條第2項對無選擇權之當事人保護似有不足，在解釋論上，應參考最高法院107年度台上字第353號之意旨，由法院為選擇關係之判決。

就立法論上，可參考法國民法第1307條之1之規定，賦與無選擇權人更積極之權利，以使該相對不確定狀態盡早確定，始足以保障債權人，避免法律關係不安定。♣

（本文已授權收錄於月旦知識庫www.lawdata.com.tw；更多裁判分析☛月旦法律分析庫lawwise.com.tw）

¹³ 法條原文為「Si le choix n'est pas exercé dans le temps convenu ou dans un délai raisonnable, l'autre partie peut, après mise en demeure, exercer ce choix ou résoudre le contrat.」

¹⁴ 當然，若債務人怠於行使選擇權致其無法履行債務，若有造成債權人損害，仍應負遲延責任。參閱林誠二，民法債編總論（上），2000年版，428頁。