

## 名師啟試錄 ②

## 請求返還違章建築之請求權基礎

編目：民法

主筆人：武政大

## 壹、前言

按實務見解認為，「未辦保存登記建物」（俗稱「違章建築物」）之讓與，雖因不能移轉登記而不能為不動產所有權之讓與，但受讓人與讓與人間如無相反之約定，應認為讓與人已將該違章建築之「**事實上處分權**」讓與受讓人（最高法院 67 年 2 月 21 日 67 年度第 2 次民庭庭推總會決議決定（一）參照）。而就該「事實上處分權」之性質，最高法院 99 年度台上字第 1723 號民事判決曾謂：「…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**…」。不過，於「**違章建築**」遭他人「**無權占有**」之情形，該「事實上處分權人」得否比照「所有權人」，適用「民法第 767 條第 1 項前段」之規定：「所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。」請求占有人返還該建物？抑或必須主張其他「請求權基礎」？就此，學說、實務上存在不同見解，也成為近年國家考試的熱門議題<sup>註1</sup>，值得考生關注。為此，本文即透過以下改編自「最高法院 106 年度台上字第 187 號民事判決」之案例，為各位讀者分析此項議題如後。

## 貳、案例事實

未辦保存登記之 A 屋為甲所有，甲將 A 屋出租與乙，約定之租期為不定期，該租賃契約未辦理公證。後甲於租期內將 A 屋賣給丙，丙則隨即辦妥 A 屋之稅籍變更登記。嗣後，丙向乙請求返還 A 屋，乙則主張買賣不破租賃，以及 A 屋為未辦保存登記建物丙無從取得所有權為由，拒絕返

<sup>註1</sup>如：106 年司法官考試「民法與民事訴訟法（一）」第二題：「二、未辦保存登記之 A 屋為甲所有，自民國（下同）95 年 9 月起甲將 A 屋出租與乙，約定之租期為不定期，該租賃契約未辦理公證。甲在 100 年 3 月將 A 屋賣給丙，甲與丙之間則約定使丙間接占有以代 A 屋之交付，丙則隨即辦妥 A 屋之稅籍變更登記。嗣後，丙在 100 年 10 月向乙請求返還 A 屋，乙則主張買賣不破租賃，以及 A 屋為未辦保存登記建物丙無從取得所有權為由，拒絕返還 A 屋。試問：丙依民法第 767 條、第 962 條、第 184 條、第 179 條等規定，請求乙返還 A 屋，有無理由？（75 分）」

還A屋。

## 參、案例解析

### 一、丙是否有取得A屋之「所有權」或「事實上處分權」？

(一)按實務見解認為，「未辦保存登記建物」(俗稱「違章建築物」)之讓與，雖因不能移轉登記而不能為不動產「所有權」之讓與，但受讓人與讓與人間如無相反之約定，應認為讓與人已將該違章建築之「事實上處分權」讓與受讓人(最高法院67年2月21日67年度第2次民庭庭推總會決議定(一)參照)。

(二)此外，關於「事實上處分權」之轉讓，實務作法除物理上之占有外，多以變更房屋稅納稅義務人名義為之，司法實務調查有無轉讓未保存登記建物之事實上處分權時，一般均會向稅捐稽徵單位查詢房屋稅納稅義務人變更情形<sup>註2</sup>。有實務家亦認為，違章建築物權之移轉，並無堅持非以登記方法不可之理。如交易第三人得綜合參考稅籍資料之記載、水電用戶資料，甚或不動產仲介同業公會之相關記載等，凡足以表彰其屬狀態者，均非不得作為公示方法。<sup>註3</sup>

(三)於本件，A屋為「未辦保存登記建物」，因不能移轉登記而不能為不動產「所有權」之讓與，但甲將A屋賣給丙，雙方間並無相反之約定；且丙已辦妥A屋之「稅籍變更登記」，揆諸上開說明，應認為丙已取得A屋之「事實上處分權」。

(四)小結：雖然A屋為「未辦保存登記建物」，因不能移轉登記而不能為不動產「所有權」之讓與，但丙仍可取得A屋之「事實上處分權」。

### 二、乙主張「買賣不破租賃」，有無理由？

(一)按民法第425條規定：「出租人於租賃物交付後，承租人占有中，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在。(第1項)前項規定，於未經公證之不動產租賃契約，其期限逾五年或未定期限者，不適用之。(第2項)」。此即「所有權讓與

<sup>註2</sup>葉張基，〈事實上處分權取得物權化地位之研究—兼評臺灣屏東地方法院一〇〇年度簡上字第九十號民事判決〉，《全國律師月刊》，2015年5月號，頁72-73。

<sup>註3</sup>魏大曉，〈違章建築物所有人及受讓人之財產權保障〉，《月旦裁判時報》，第30期，頁91。

**不破租賃**」（俗稱「**買賣不破租賃**」）之原則。

(二)有疑義者係，若租賃物為「未辦保存登記建物」，則出租人無法讓與該租賃物之「所有權」，僅能為「事實上處分權」之讓與，此時是否仍有上開民法第 425 條規定之適用？就此，最高法院 99 年度台上字第 1723 號民事判決認為：「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，依上開法條立法意旨，所謂『所有權讓與』，解釋上應包括就無法辦理所有權登記之土地或建物受讓事實上處分權之情形，始符法意。」。本此意旨，臺灣高等法院 103 年度上更(一)字第 138 號民事判決進一步認為：「又民法第 425 條規定雖以『所有權讓與』為明文，然未辦保存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，依上開規定之立法意旨，所謂『所有權讓與』，解釋上應包括就無法辦理所有權登記之建物受讓事實上處分權之情形，始符法意（最高法院 99 年度台上字第 1723 號判決意旨參照）。」

(三)故於本件，出租人甲於租期內將租賃物 A 屋賣給丙，該 A 屋雖為「未辦保存登記建物」，揆諸前開實務見解，仍得適用上開民法第 425 條規定。不過，因甲、乙間租賃契約所約定之租期為不定期，且未辦理公證，揆諸上開民法第 425 條第 2 項規定，承租人乙即不得適用同條第 1 項之「所有權讓與不破租賃」(「買賣不破租賃」)原則。

(四)小結：乙主張「買賣不破租賃」，應無理由。易言之，乙不得以其與甲間之租賃契約對抗丙。

### 三、丙得否依民法第 767 條第 1 項前段規定請求乙返還 A 屋？

按民法第 767 條第 1 項前段規定：「所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。」如前所述，承租人乙不得適用民法第 425

條第1項之「所有權讓與不破租賃」(「買賣不破租賃」)原則。申言之，乙不得以其與甲間之租賃契約對抗丙，**則對丙而言，乙就A屋並無合法之占有權源，屬「無權占有」**。此時，A屋之「事實上處分權人」丙得否依上開民法第767條第1項前段關於「所有物返還請求權」之規定，請求乙返還A屋呢？茲說明如下：

(一)丙不得「直接適用」民法第767條第1項前段規定：

如前所述，依實務見解，A屋為「未辦保存登記建物」，因不能移轉登記而不能為不動產「所有權」之讓與，故甲雖將A屋出賣與丙，但丙仍無法取得A屋之「所有權」，**僅能取得其「事實上處分權」**。基此，丙並非A屋之「所有權人」，僅為「事實上處分權人」，**與民法第767條第1項前段所定「所有人」之要件尚有未合**，故丙不得「直接適用」民法第767條第1項前段規定。

(二)丙不得主張依民法第767條第2項「準用」同條第1項規定：

按民法第767條第2項規定：「前項規定，於**所有權以外之物權**，準用之。」有疑義者係，「事實上處分權」是否屬此項規定所稱「所有權以外之『物權』」？就此，學說、實務上有不同見解：

1.按新修正之民法第757條規定：「物權除依法律或**習慣**外，不得創設。」此即「**物權法定主義**」之相關規定。就此，學說上有認為，**新修正民法第757條之規定，已賦予「習慣」得創設物權之法源依據，實務上所承認之「事實上處分權」，即屬於「習慣」創設之物權類型之一**。「事實上處分權」既為「習慣」創設之物權，**則依照民法第767條第2項規定，物上請求權之規定自得「準用」於「事實上處分權」之物權**。<sup>註4</sup>

2.不過，實務上，最高法院認為：「**事實上處分權究與物權性質不同**…」(最高法院104年度台上字第586號民事判決、103年度台上字第2241號民事判決參照)，若依此見解，則「**事實上處分權**」並非「物權」，自無從依民法第767條第2項「準用」同條第1項規定。

(三)丙不得「類推適用」民法第767條第1項前段規定：

<sup>註4</sup>魏大曉，〈違章建築物所有人及受讓人之財產權保障〉，《月旦裁判時報》，第30期，頁89、91；張永健，〈違章建築事實上處分權之理論建構〉，《臺北大學法學論叢》，第95期，2015年9月，頁89-90。

如前所述，「事實上處分權」並非「物權」，權利人既不得「直接適用」民法第 767 條第 1 項前項規定，亦不得依同條第 2 項規定「準用」之。那麼，「事實上處分權人」得否主張「類推適用」民法第 767 條第 1 項前段規定呢？就此，學說、實務上亦有不同見解：

1. 學說上有認為，事實上處分權人之實際權能，僅在為不動產處分權能與換價權能之若干限度內，例如：移轉登記、設定抵押權登記等事項上，與所有人有異。除此以外，在對標的物為占有、自由使用收益、為事實行為之範圍內，應與所有人無殊，而具有相似性。既然事實上處分權與所有權二者，在占有、用益權能之範疇內，具有法律特徵上同一性，遇有他人不法干擾或妨害事實上處分權人自由使用、收益違章建築的場合，**應許事實上處分權人主張「類推適用」所有人之物上請求權，請求返還其物，並排除他人之干涉**，俾貫徹「等者等之、相同者齊一處理」之平等原則的憲政價值。<sup>註5</sup>
  2. 不過，最高法院多數見解卻認為，不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力，民法第 758 條第 1 項定有明文。又未辦理保存登記房屋之買受人，固取得該違章建築之事實上處分權，惟依前開規定，**該事實上處分權究與物權性質不同，自無同法第 767 條第 1 項物上請求權規定適用，亦無類推適用餘地**。（最高法院 103 年度台上字第 2241 號民事判決參照，最高法院 100 年度台上字第 1275 號民事判決、95 年度台上字第 94 號民事判決亦同此旨）
  3. 故於本件，若依上開最高法院多數見解，A 屋之事實上處分權人丙亦不得「類推適用」民法第 767 條第 1 項前段規定。
- (四) 小結：A 屋之事實上處分權人丙不得依民法第 767 條第 1 項前段規定請求乙返還 A 屋。

#### 四、丙得否依民法第 962 條前段規定請求乙返還 A 屋？

<sup>註5</sup> 曾品傑，〈民法物權編所有權修正評析—以通則部分為中心〉，《國立中正大學法學集刊》，第 27 期，2009 年 11 月，頁 25-26。

(一)按民法第962條前段規定：「占有人，其占有被侵奪者，得請求返還其占有物。」又「按占有人，其占有被侵奪者，得請求返還其占有物，民法第962條前段定有明文。查上訴人為系爭33號、35號房屋2樓之事實上處分權人，亦為該房屋之占有人，惟目前系爭33號、35號房屋2樓為被上訴人無權占有侵奪中，是上訴人基於占有人之地位，依前揭規定請求被上訴人自系爭33號、35號房屋2樓遷出，並將房屋分別返還予上訴人陳和麟、陳和穎，自屬於法有據，應予准許。」有臺灣高等法院101年度重上字第770號民事判決可參。故若未辦保存登記建物之「事實上處分權人」同時為該建物之「占有人」，且其「占有被侵奪」者，即得依上開民法第962條前段規定請求「返還占有」。

(二)惟於本件，A屋始終為乙所占有，丙並未取得A屋之占有，丙難謂符合上開民法第962條前段所定「占有人」之要件；此外，最高法院見解認為：「民法上占有物返還請求權之行使，以占有人之占有被侵奪為要件，觀於民法第九百六十二條之規定而自明。所謂占有之侵奪，係指違反占有人之意思，以積極之不法行為將占有物之全部或一部移入自己之管領而言。若承租人於租賃期間屆滿後，未將租賃物返還者，因租賃物原係基於出租人之意思而移轉占有於承租人，其後承租人縱有違反占有人意思之情形，既非出於積極之侵奪而占有租賃物，出租人尚不得對之行使占有物返還請求權。」(最高法院83年度台上字第2311號民事判決參照)、「按占有人其占有，被侵奪者，固得請求返還其占有物，惟所謂占有被侵奪，係指占有對於物之管領力，被他人奪取，失去其管領力而言，若非由於奪取，而係由占有人交付者，縱交付係被詐欺、恐嚇所致，亦難謂為占有被侵奪；且侵奪占有，尚須有外表可見之積極行為始可。本件附圖A及B1、B2、B3部分係基礎結構，為大樓之重要成分，而非上訴人所有，已如前述，上訴人於出售房地與住戶即被上訴人時，應認為一併將該基礎結構部分交付被上訴人占有使用，揆諸前揭說明，難謂為占有被侵奪。上訴人主張被上訴人侵奪其占有，即非有據。」(最高法院89年度台上字第1377號民事判決參照)。故於本件，乙取得A屋之占有，係因乙與甲締結租賃契約，而由甲將A屋交付於乙，乙未有「侵奪占有」之積極行為，與上開民法第962條前段所定「占有被侵

奪者」之要件亦難謂相符。

(三)小結：綜上所述，丙並非A屋之占有人，乙亦未有「侵奪占有」之積極行為，故丙不得依民法第962條前段規定請求乙返還A屋。

#### 五、丙得否依民法第184條第1項前段規定請求乙返還A屋？

按民法第184條第1項前段規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」有疑義者係，「事實上處分權」是否屬本項規定所稱「權利」？

(一)學說上有認為，違章建築事實上處分權，原本因無法辦理第一次登記與移轉登記，從而不具社會典型公開性。但由於其以占有與使用收益違章建築為內涵，取得社會典型公開性，故而具民法第184條第1項前段所指權利的資格。違章建築為他人無權占用或使用收益時，其受讓人得依民法第184條第1項前段規定請求損害賠償，即請求「返還占有」或賠償相當於租金的價額。他人物理上毀損或滅失違章建築時，其受讓人得依民法第184條第1項前段規定請求損害賠償。<sup>註6</sup>

(二)就此，實務見解亦認為：「按因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。負損害賠償責任者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應回復他方侵害發生前之原狀，民法第184條第1項前段、第213條第1項定有明文。承前所述，被上訴人為系爭建物之事實上處分權人，上訴人無正當權源占有系爭建物1樓部分，係故意不法侵害被上訴人之財產權，被上訴人依上開規定，請求上訴人騰空遷讓返還系爭建物1樓部分，洵屬有據。」

(臺灣高等法院103年度上更(一)字第138號民事判決參照)、「按民法第一百八十四條第一項前段所稱之權利，係指既存法律體系所明認之權利。所謂既存法律體系，應兼指法典（包括：委任立法之規章）、習慣法、習慣、法理及判例。受讓未辦理所有權第一次登記之建物，受讓人雖因該建物不能為所有權移轉登記，而僅能取得事實上處分權，但該事實上處分權，具占有、使用、收益、事實上處分及交易等支配權能，長久以來為司法實務所肯認，亦為社會交易之通念，自屬民法第一百八十四條第一項前段所稱之

<sup>註6</sup>林誠二，〈論違章建築事實上處分權之移轉〉，收錄於：《物權與民事法新思維——司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集》，2014年1月初版，頁6-7。

權利。」(最高法院106年度台上字第187號民事判決參照)。

(三)於本件，乙不得以其與甲間之租賃契約對抗丙，則對A屋之事實上處分權人丙而言，乙就A屋並無合法之占有權源，屬「無權占有」，業如前述，揆諸上開學說、實務見解，乙之「無權占有」已侵害丙對於A屋之「事實上處分權」，丙得依民法第184條第1項前段規定請求乙返還A屋。

(四)小結：丙得依民法第184條第1項前段規定請求乙返還A屋。

#### 六、丙得否依民法第179條規定請求乙返還A屋？

(一)按民法第179條規定：「無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同。」

(二)次按，最高法院106年度台上字第187號民事判決認為：「再按民法第一百七十九條前段規定，無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。是否該當上述不當得利之成立要件，應以『權益歸屬』為判斷標準，亦即倘欠缺法律上原因，而違反權益歸屬對象取得其利益者，即應對該對象成立不當得利。又未為所有權登記之建物之占有利益，應歸屬於享有事實上處分權之人，第三人未經事實上處分權人同意而占有該建物，受有占有之利益，致事實上處分權人受有損害，且無法律上原因時，該事實上處分權人自得依民法第一百七十九條規定，請求返還其占有。

被上訴人為系爭建物之事實上處分權人，則該建物一樓之占有利益，自應歸屬於被上訴人，上訴人既不得對之主張租賃契約存在，其占有系爭建物一樓即欠缺法律上原因，而為無權占有，是其受該占有之利益，致被上訴人受損害，則被上訴人依民法第一百七十九條前段規定，請求上訴人返還其占有，為有理由，應予准許。」

(三)故於本件，A屋之占有利益，應歸屬於享有事實上處分權人丙，乙未經事實上處分權人同意而占有A屋，受有占有之利益，致事實上處分權人丙受有損害，且無法律上原因(無權占有)，揆諸上開最高法院見解，丙自得依民法第179條規定，請求乙返還A屋之占有。

(四)小結：丙得依民法第179條規定請求乙返還A屋。

#### 七、結論

於「違章建築」(未辦保存登記建物)遭他人「無權占有」之情形，



按目前之最高法院見解，該建物之「事實上處分權人」無法比照「所有權人」，適用「民法第 767 條第 1 項前段」之規定，請求占有人返還該建物。不過，其仍有可能依民法第 962 條、184 條第 1 項前段、179 條等規定（請求權基礎）請求返還建物。惟應注意者係，於本件，因請求人丙並未取得 A 屋之占有，且占有人乙亦未有「侵奪占有」之積極行為，故事實上處分權人丙無法依「民法第 962 條前段」規定請求乙返還 A 屋。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！