

名師啟試錄 ②

違章建築之相關爭點彙整

編目：民法

主筆人：蘇台大

壹、前言

本文簡單彙整關於違章建築之近期實務見解^{註1}（如：最高法院具參考價值裁判之最高法院 106 年度台上字第 187 號民事判決），以及謝在全教授、林誠二教授及吳從周教授之相關文章見解，最後以【106 年司法官】之考題擬答作結，盼對考生讀者有所助益^{註2}。

貳、爭點整理

▲爭點：違章建築之意義及性質？

一、違章建物之意義

違章建物係指不能取得土地權利證明文件，或違反建築管理法令而不能取得建築執照，致無法辦理建築物第一次所有權登記（即保存登記）之建物^{註3}。因無法辦理保存登記，故無法依法律行為移轉登記所有權（民法第758條）。

二、違章建物之性質

違章建物倘若符合最高法院63年度第6次民庭庭推總會決議之定著物要件，性質上即為不動產，尚不因無從辦理登記，而喪失物權客體之資格。依實務見解，由出資興建者透過事實行為原始取得該所有權。又違章建築係人民所創設之不動產，具有一定之經濟價值，且得為交易之客體，為憲法第15條所保障之財產權範圍。

臺灣高等法院106年度上易字第589號判決：「按未辦理建物第一次所有權以前，房屋所有權屬於出資興建之原始建築人，與起造人及納

^{註1} 相關判決搜尋至 2019 年 1 月 30 日止。

^{註2} 礙於篇幅，本文未能將全部關於違章建築之爭點收錄，主要聚焦在違章建築與民法第 767 條、第 184 條、第 179 條之適用關係。例如：事實上處分權人是否得主張優先承買權（民法第 426-2 條、土地法第 104 條）？事實上處分權於租賃規定之適用關係（民法第 425 條、第 425-1 條、第 426-1 條）為何？

^{註3} 謝在全，〈違章建築物買受人之民法地位〉，《物權法之新思與新為—陳榮隆教授六秩華誕祝壽論文集》，2016 年 8 月，頁 77。

稅人名義誰屬無涉（最高法院85年度台上字第247號、98年度台上字第1188號判決意旨參照）。」

▲爭點：違章建築之交易效力？

一、債權契約

依判例見解，違章建物為融通物，得為交易之標的。

最高法院48台上1812判例：「違章建築物雖為地政機關所不許登記，但非不得以之為交易之標的，原建築人出賣該建築物時，依一般法則，既仍負有交付其物於買受人之義務，則其事後以有不能登記之弱點可乘，又隨時隨意主張所有權為其原始取得，訴請確認，勢將無以確保交易之安全，故此種情形，即屬所謂無即受確定判決之法律上利益，應予駁回。」

二、物權契約

(一)事實上處分權之概念

違章建物不得辦理登記，故無法依法律行為移轉所有權。惟為符合社會現況，實務創設「**事實上處分權**」之概念。基此，違章建物不得移轉所有權，惟得移轉事實上處分權。**實務見解認為，受讓人因受領交付而取得事實上處分權**^{註4}。

最高法院67年度第2次民事庭庭長會議：「違章建築之讓與，雖因不能為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。」

(二)移轉事實上處分權—以交付為要件

如何判斷事實上處分權已移轉，以下以實務見解說明之：

1.受讓人因受領交付而取得事實上處分權

最高法院102年度台上字第1472號判決：「按尚未向地政機關辦理所有權登記之建物，非不得為讓與之標的，讓與人負有交付其物於受讓人之義務，受讓人因受領交付而取得事實上處分權。」

^{註4}林誠二，〈論違章建築事實上處分權之移轉〉，《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》。

2.以「間接交付」亦無不可

臺灣高等法院106年度上易字第589號判決：「所謂交付其物於買受人，即移轉其物之占有於買受人之謂。依民法第946條第2項規定，占有之移轉得準用同法第761條之規定，亦即移轉占有並不以現實交付為限，簡易交付、占有改定或指示交付，均生移轉占有之效力。…則被上訴人於95年1月19日向李蜂買受系爭房屋後，已受讓系爭房屋之事實上處分權，又因將系爭房屋出租李蜂予其家人居住使用，而以占有改定方式移轉占有系爭房屋，應認被上訴人業已受讓系爭房屋之事實上處分權及為系爭房屋之占有人至明。」

3.多以「稅籍登記」作為移轉之舉證認定

臺灣臺中地方法院105年度中簡字第3063號民事判決：「按房屋稅之納稅義務人應為房屋所有人、典權人、或共有人，而納稅義務人之變更，自應有其法定之原因，非依法不得變更之。又未辦所有權第一次登記之建物，其買賣事所常見，無從辦理所有權移轉登記，惟稅籍登記或稅籍變更登記，某種程度仍可作為事實上處分權歸屬、移轉之佐證，私法上仍具意義。」

▲爭點：事實上處分權人，得否主張民法第767條？

一、不得主張「適用」或「類推適用」民法第767條第1項：

依目前最高法院之穩定見解，事實上處分權究與物權性質不同，自無民法第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年台上字第2241號判決、最高法院95年台上字第94號判決意旨參照）。

最高法院103年台上字第2241判決：「按不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力，民法第七百五十八條第一項定有明文。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，自無同法第七百六十七條第一項物上請求權規定適用，亦無類推適用餘地。」

二、得否適用民法第767條第2項？

得否依民法第757條將「事實上處分權」創設為「習慣法物權」？

第767條第2項規定：「前項規定，於所有權以外之物權，準用之。」民法第757條規定：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」是以，

版權所有，重製必究！

可否將「事實上處分權」作為物權，依第767條第2項主張物上請求權，爭點在於「**事實上處分權得否依757條之習慣法，創設為新的物權**」？

(一)肯定說

對此，我國多數學說見解認為，實務長久以來，對於讓與事實上處分權之新型態交易關係予以承認，應屬新型態之財產關係，實已具備長久慣行及法之確信，得以習慣法創設其為物權，其公示外觀不必拘泥於登記，亦可以房屋稅籍登記之方法取代^{註5}。

(二)否定說

然而有力說認為，事實上處分權多發生在違章建物買賣之情形，且以「法秩序一致性」原則之觀點論證，違章建築不論於行政法上抑或民事法上，皆具有違法性，實與民法第2條，要求習慣不得違反公序良俗之要件相違，更遑論將事實上處分權近一步提升為完全合法地位的權利。肯定說亦可能架空登記制度，破壞市場秩序之交易安全^{註6}。

▲爭點：事實上處分權人，得否主張民法第184條第1項前段、第2項？

一、請求權基礎

實務向來肯定違章建物被無權占用時，得請求侵權行為之損害賠償。如臺灣高等法院臺中分院90年度上字第63號判決即謂：「另違章建築受他人不法侵害時，已取得該違章建築之事實上處分權之人，非不得依侵權行為之法則，請求賠償該建築物被毀損所生之損害，最高法院七十二年度台上字第一四五三號民事判決足資參照。」然而，何謂依「侵權行為之法則」？請求權基礎究竟為民法第184條第1項前段抑或第2項？「事實上處分權」受侵害者，究竟為民法第184條第1項之「權利」抑或係「占有」受侵害，判決似未明言。

二、民法第184條第1項前段？

近年最高法院已對事實上處分權是否為民法第184條第1項前段所保護之「權利客體」明確表態，係採肯定見解，該判決亦被選為「最高法院具參考價值裁判」：

^{註5}參〈「最高法院關於違章建築判例之研究」座談會會議綜述〉，《月旦裁判時報》，第29期，2014年10月。

^{註6}吳從周，〈再訪違章建築—以法學方法論上「法秩序一致性」原則出發觀察其法律性質與地位〉，《法令月刊》，第68卷第6期，2017年6月，頁103。

最高法院106年度台上字第187號判決：「按民法第184條第1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184條第1項前段所稱之權利。」

三、民法第184條第2項？

違章建築之買賣契約應認係以違章建築之占有權為買賣標的，買受人對其買受而占有之違章建築自有使用、收益權，自得主張民法第962條之權利^{註7}。是以，事實上處分權遭侵害者，是否亦得主張「占有」受侵害之侵權行為損害賠償？

(一)占有係對物之事實上管領力，係一種事實而非權利；而「占有」受侵害者，實務見解認為並非民法第184條第1項前段之「權利」，而應適用民法第184條第2項^{註8}。

最高法院71年度台上字第3748號判決：「占有固為事實，並非權利，但究屬財產之法益，民法第九百六十條至第九百六十二條且設有保護之規定，侵害之，即屬違反法律保護他人之規定，侵權行為之違法性非非具備，自應成立侵權行為。至占有人對該占有物有無所有權，初非所問。」

(二)謝在全師認為，占有受不法侵害時，乃違反民法第960至962條之保護他人之法律，故得主張民法第184條第2項之請求權基礎；惟應注意者，違章建物之買受人並非取得占有之事實而已，而係具有本權之占有，縱其占有本權係屬債權，然因占有與該本權結合之結果，此占有權之侵害，亦構成民法第184條第1項前段之侵權行為^{註9}。

^{註7}謝在全，〈違章建築物買受人之民事法地位〉，《物權法之新思與新為—陳榮隆教授六秩華誕祝壽論文集》，2016年，8月，頁86-87。

^{註8}吳從周，〈再訪違章建築—以法學方法論上「法秩序一致性」原則出發觀察其法律性質與地位〉，《法令月刊》，第68卷第6期，2017年6月，頁89。

^{註9}謝在全，〈違章建築物買受人之民事法地位〉，《物權法之新思與新為—陳榮隆教授六秩華誕祝壽論文集》，2016年，8月，頁87。

▲爭點：事實上處分權人，得否主張民法第179條？

一、實務向來認為事實上處分權遭侵害者，得主張不當得利；而前揭「最高法院具參考價值裁判」更表明亦得依不當得利請求權，請求返還占有：

最高法院 106 年度台上字第 187 號判決：「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。」

二、謝在全師亦強調，占有具有財產價值，自得為不當得利請求之客體，是以侵害事實上處分權，自應負不當得利之責任^{註10}。

參、考古演練

【106 司法官（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，租金每月 10 萬，約定之租期為不定期，該租賃契約未辦理公證，簽約時乙即交付甲 20 萬之押租金。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）

【擬答】

茲將當事人法律關係及丙之請求權基礎，分析如下：

(一)丙取得 A 屋之事實上處分權

1.按民法第 758 條，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。次按就未辦理保存登記之建築物為讓與時，雖因未辦理保存登記致不能辦理所有權移轉登記，但受讓人與讓與人間

^{註10}謝在全，〈違章建築物買受人之民事法地位〉，《物權法之新思與新為—陳榮隆教授六秩華誕祝壽論文集》，2016 年，8 月，頁 87。

非不得約定將該建築物之事實上處分權讓與於受讓人（最高法院 74 年度台上字第 1317 號判決意旨參照）。再按**事實上處分權之讓與，係以受領交付為要件**（最高法院 102 年台上 1472 號判決參照）。而依民法第 946 條第 2 項準用同法第 761 條之規定，移轉占有並不以現實交付為限，簡易交付、占有改定或指示交付，均生移轉占有之效力。而關於事實上處分權之讓與，實務上多以**稅籍登記或稅籍變更登記，作為事實上處分權歸屬、移轉之佐證**（臺灣臺中地方法院臺中簡易庭民事判決 105 年度中簡字第 3063 號意旨參照）。

2.本案，甲所有之 A 屋未辦理保存登記，自無從依民法第 758 條辦理所有權移轉登記，丙無取得 A 屋所有權並無疑義。然而有疑義者係，甲丙間以占有改定之方式交付 A 屋，是否已移轉事實上處分權？依實務見解，因占有改定亦生移轉占有之效力，且甲丙間並辦妥稅籍移轉登記，應已足認丙取得 A 屋之事實上處分權以及占有人之地位（臺灣高等法院 106 年度上易字第 589 號判決參照）。

(二)乙主張買賣移轉不破租賃，應無理由

1.按民法第 425 條第 1 項，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。次按同條第 2 項之規定，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。

2.本案有疑義者，甲並非讓與所有權，而係事實上處分權，此時是否有買賣不破租賃之適用？對此，縱然部分實務見解認為，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，故依民法第 425 條之立法意旨，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（最高法院 106 年度台上字第 187 號判決意旨參照、最高法院 99 年度台上字第 1723 號判決意旨、臺灣高等法院 103 年度上易字第 1177 號判決意旨參照），然而，因甲乙間之租賃契約係未定期限且未經公證，亦不符合民法第 425 條第 2 項之要件，故無從主張買賣不破租賃之規定。

(三)丙主張民法第 767 條應無理由，分述如下：

1.丙應不得主張適用民法第 767 條第 1 項前段

按民法第 767 條第 1 項前段，所有權人對無權占有人得請求返還之。然本件丙並無所有權，已如上述，自不得主張適用本條項之規定。

2.丙應不得主張類推適用民法第 767 條第 1 項前段

【高點法律師班】
版權所有，重製必究！

有疑義者係，事實上處分權是否得類推適用本條項之規定？雖有部分學者及下級審見解認為，事實上處分權與所有權在靜態性權利保護應採相同觀點，應肯定有類推適用之空間；然而，依最高法院之穩定見解，事實上處分權究與物權性質不同，自無民法第 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 年台上字第 2241 號判決、最高法院 95 年台上字第 94 號判決意旨參照）。準此，本案丙應不得以事實上處分權，主張類推適用民法第 767 條第 1 項前段，請求返還 A 屋。

3.丙應不得主張民法第 767 條第 2 項準用同條第 1 項前段

(1)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。次按民法第 757 條之規定，物權得依習慣法創設之。準此，事實上處分權是否有以習慣法創設為物權，進而主張第 767 條 2 項之可能？我國多數學說見解認為，實務長久以來，對於讓與事實上處分權之新型態交易關係予以承認，實已具備長久慣行及法之確信，得以習慣法創設其為物權，其公示外觀不必拘泥於登記，亦可以房屋稅籍登記之方法取代。

(2)對此，本文認為，事實上處分權多發生在違章建物買賣之情形，而違章建築不論於行政法上抑或民事法上，皆具有違法性，實與民法第 2 條，要求習慣不得違反公序良俗之要件相違，更遑論將事實上處分權近一步提升為完全合法地位的權利。肯定說亦可能架空登記制度，破壞市場秩序之交易安全。準此，本文採否定之見解，本案之丙應不得以民法第 767 條第 2 項之規定，主張返還。

(四)丙主張民法第 962 條前段請求返還，應有理由

1.按民法第 962 條，占有人其占有被侵奪者，得請求返還其占有物。次按最高法院 92 年台上字第 324 號民事判決，占有被侵奪，得依民法第九百六十二條規定請求返還、除去妨害及防止妨害之占有人，雖須就其占有物有事實上之管領力者，始克當之，惟此之所謂占有人並不以實際占有人為限，即間接占有人亦屬之。

2.本案，丙為間接占有人，依實務見解，得主張民法第 962 條前段之占有回復請求權。

(五)丙主張民法第 184 條第 1 項前段請求返還，應有理由

1.按民法第 184 條第 1 項前段，因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。本條項所保護之客體，依實務及多數學說見解係限於權利不包括利益，從而本案之爭點係，事實上處分權是否為本條項之保

護客體？對此，學說上有認為事實上處分權係無所有權之名，然有所有權之實之權能，具有使用收益等利益歸屬狀態之法定地位，應屬本條項保護之客體。**最高法院見解亦認為，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 184 條第 1 項前段所稱之權利**（最高法院 106 年度台上字第 187 號判決意旨參照）。次按民法第 213 條第 1 項，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。

2.本案，丙之事實上處分權，依學說及最高法院見解，乃民法第 184 條第 1 項前段所保護之客體，故就此侵害應得向乙主張侵權責任，又依民法第 213 條 1 項之規定，應以返還作為回復原狀之方法。另本案依最高法院 71 年度台上字第 3748 號判決意旨，亦得主張同條第 2 項之請求權，併予敘明。

(六)丙主張民法第 179 條之不當得利請求返還，應有理由

- 1.按民法第 179 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 179 條規定，請求返還其占有（最高法院 106 年度台上字第 187 號判決意旨參照）。
- 2.本案，丙為 A 屋之事實上處分權人，則該建物之占有利益，自應歸屬於丙，乙既不得對之主張租賃契約存在（債之相對性），其占有系爭建物即欠缺法律上原因，而為無權占有，是其受該占有之利益，致丙受損害，則丙依民法第 179 條前段規定，請求乙返還其占有，為有理由，應予准許。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！