

最高法院四十八年台上字第二〇九號判例存廢之研究 —兼論讓與違章建築有無物權移轉之效力

編目：民法

出處	月旦法學雜誌，第 257 期，頁 52~60	
作者	吳明軒教授	
關鍵詞	物權法定主義、違章建築、登記要件主義、第三人異議之訴	
摘要	<p>1.最高法院 48 年台上字第 209 號判例認：違章建築之讓與，因不能登記，固不生所有權移轉之效力；如被執行法院誤予查封，受讓人仍得依民法第 242 條代位原所有人提起異議之訴，排除強制執行。</p> <p>2.迨至民法物權編增訂依習慣亦得創設物權之規定後，若干學者據以主張違章建築即為依習慣創設之新物權，違章建築之讓與雖不能登記，然得依交付、占有、使用收益、事實上處分權及稅籍登記為公示方法，而生物權移轉之效力，惟該文認為此說不可採。</p>	
重點整理	本案爭點	違章建築是否為修正後民法第 757 條所定依習慣創設之物權？
	解評	<p>一、問題之發生</p> <p>(一)不動產物權之變動，民法物權編採登記要件主義，第 758 條第 1 項規定：「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」。</p> <p>(二)最高法院 48 年台上字第 209 號判例：違章建築之讓與，因不能登記，固不生所有權移轉之效力；如被執行法院誤予查封，受讓人仍得依民法第 242 條代位原所有人提起異議之訴，排除強制執行。</p> <p>(三)民法物權編於民國 98 年 1 月 23 日修正時，增訂依習慣亦得創設物權之規定後，若干學者據以主張違章建築即為依習慣創設之新物權，違章建築之讓與雖不能登記，然得依交付、占有、使用收益、事實上處分權及稅籍登記為公示方法，而生物權移轉之效力，應受法律之保護，因而發生該判例存廢之爭議。</p> <p>二、民法物權編修正前不動產物權之範圍</p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

重點整理	解評	<p>(一)第 757 條規定：「物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設」。採物權法定主義，即物權必須以民法或其他法律（不包括命令）所規定者為限，不得任意創設，以民法第 1 條所定之習慣創設物權，亦為法所不許。</p> <p>(二)不動產物權之範圍：民法第 773 條不動產所有權、第 832 條地上權、第 842 條永佃權（現已刪除）、第 851 條地役權（現已修正為不動產役權）、第 860 條抵押權及第 911 條典權，而不包括其他。</p> <p>(三)不動產物權之變動，依民法第 758 條第 1 項規定：「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」，係採登記要件主義。然當事人於登記前已取得不動產物權者，民法第 759 條設有特別規定，即：「因繼承、強制執行、徵收、法院之判決或其他非因法律行為，於登記前已取得不動產物權者，應經登記，始得處分其物權」：</p> <ol style="list-style-type: none">1.因繼承取得不動產物權者 被繼承人死亡時，無須辦理繼承登記，當然由繼承人承受該土地之所有權，然繼承人嗣後如欲將該土地之所有權讓與他人，仍非經登記，不生所有權移轉之效力。2.因強制執行取得不動產物權者 強制執行法第 98 條第 1 項規定，買受人或承受人自領得執行法院發給權利移轉證書之日起，無待登記，即取得該不動產所有權，嗣後欲將該不動產所有權讓與他人，仍非經登記，不生所有權移轉之效力。惟如為違章建築，應如何處理？違章建築為辦理第一次登記，是否應受民法第 758 條第 1 項所定登記要件主義之限制？有待進一步研究。3.因徵收取得不動產物權者 待徵收程序完成（於應受之補償費發給完竣）時，始無待登記，由國家取得被徵收不動產之所有權（土地法第 231 條）。4.因法院之判決取得不動產物權者 係指依其宣告足生物權法上取得某不動產物權效果之力，恆有拘束第三人之必要，惟形成判決始
------	----	--

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p>重點整理</p>	<p>解評</p>	<p>足當之。</p> <p>5.因其他非因法律行為取得不動產物權者 例如：自己建造之房屋，於房屋完成時，即取得其所有權，非以辦理登記為其取得所有權之要件。</p> <p>三、民法物權編修正後物權範圍之變動</p> <p>(一)第 757 條規定：「物權，除依法律或習慣外，不得創設」，擴張其範圍，另增設依習慣亦得創設物權之規定。</p> <p>(二)依法律創設或增刪之不動產物權計有：民法第 773 條不動產所有權、第 832 條地上權、第 851 條不動產役權、第 860 條抵押權，另增訂第 850-1 條農育權，並刪除第 842 條永佃權。</p> <p>四、有關違章建築之判例及民事庭決議</p> <p>(一)最高法院 48 年台上字第 209 號判例：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.「違章建築之房屋，原非債務人所有，而被執行法院誤予查封者，買受人因不能登記，自得代位原所有人提起異議之訴。若該房屋為債務人所有，買受人雖買受在先，亦無排除強制執行之權利」。 2.其理由，係以： <ol style="list-style-type: none"> (1)強制執行法第 15 條所謂第三人就執行標的物有排除強制執行之權利，係指債務人以外之第三人對於執行標的物有所有權、典權、留置權、質權存在情形之一而已，不包括一般債權在內。 (2)第三人（買受人）向原所有人（起造人）買受違章建築，因無法辦理所有權移轉登記而取得其所有權。 (3)如該違章建築經執行法院誤予查封，該第三人固無排除強制執行之權利。然原所有人對於買受人負有權利瑕疵擔保責任，即擔保第三人就買賣標的物不得主張任何權利（民法第 349 條）。 (4)因此，第三人於其買受之違章建築經執行法院誤予查封時，自得依民法第 242 條規定，以自己名義代位原所有人（出賣人）提起第三人異議之訴。 (二)最高法院 67 年 2 月 21 日民庭總會決定（一）謂：「違章建築之讓與，雖因不能為移轉登記而不能為
-------------	-----------	---

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p>重點整理</p>	<p>解評</p>	<p>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」：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.所謂讓與事實上之處分權，僅在解決原所有人所建違章建築無權占有他人之土地時，土地所有人得認受讓人有事實上之處分權，直接以受讓人為被告訴求拆屋還地而已，非認受讓人取得違章建築之所有權也。 2.受讓人既非違章建築之所有人，自不能依民法第 767 條所定本於所有權，直接以無權占有人為被告，請求排除侵害及返還所有物，是為當然之解釋。 <p>(三)前述判例及決定於民法第 757 條增訂習慣亦得創設物權後，是否仍得繼續援用？</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.肯定說：民法第 757 條修正後，雖增列依習慣得創設物權之規定，然非認違章建築亦為依習慣創設之物權，仍應繼續援用。 2.否定說：民法第 757 條修正後，放寬物權法定主義之限制，應認違章建築屬於依習慣創設物權之範圍，得以交付、占有及修正土地登記規則第 4 條第 1 項第 9 款之登記作為公示方法，前述判例及決定不得再予援用。 <p>五、違章建築是否為修正民法第 757 條所定依習慣創設之物權：</p> <p>(一)肯定說</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.修法之立法理由 <ol style="list-style-type: none"> (1)本條所稱「習慣」，係指具備慣行之事實及法的確信，即具備法律上效力之習慣法而言。 (2)其立法理由並無提及「違章建築」屬於該條規定適用之範圍，且所謂違章建築，係指在建築法適用地區內，未經當地主管機關之審查許可並發給執照，而擅自建造之違法建物，自不應受法律之保障。 2.創設物權習慣之範圍 <p>民法第 2 條規定：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限」。違章建築之形成，係違法政府頒布有效之命令，有害公共秩序，自不能使違法建造之違章建築，成為新物權。</p>
--------------------	-----------	--

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p>重點整理</p>	<p>解評</p>	<p>3.交易安全之確保</p> <p>(1)我國民法為確保交易安全，於第 758 條第 1 項規定採絕對的登記要件主義。以物權變動之登記，為認定物權變動之唯一標準。</p> <p>(2)因物權為對世權，不得任意為擴張解釋或類推適用，始符法定物權變動生效要件之本質。</p> <p>(3)違論修正民法物權編增列第 759 條之 1 第 2 項明定：「因信賴不動產登記之善意第三人，已依法律行為為物權變動之登記者，其變動之效力，不因原登記物權之不實而受影響」以維交易之安全。</p> <p>(4)綜上，違章建築既非依習慣創設之物權，其讓與復不能為所有權移轉登記，縱經交付，亦不生物權移轉之效力。</p> <p>(二)否定說</p> <p>1.修法之解讀</p> <p>(1)認違章建築之讓與，與新法所定依習慣創設之物權想當。</p> <p>(2)如讓與人已將違章建築交付，受讓人對之有使用、收益及處分之權，在實務上，最高法院亦承認受讓人有事實上處分權，僅未為所有權移轉登記而已，按其情節，幾與取得所有權相差無幾，其為依習慣創設之新物權無疑。</p> <p>2.公示方法之變通</p> <p>(1)違章建築之讓與雖不能以登記為所有權移轉之公示方法，仍得以交付占有，或為稅籍登記代之。</p> <p>(2)違章建築之讓與人及受讓人得依土地登記規則第 4 條第 1 項第 9 款所定「依習慣形成之物權」，向地政機關為取得或移轉所有權登記之申請。</p> <p>(3)綜上，違章建築之讓與既為修正民法依習慣創設之新物權，並有適當之公示方法，以保護交易安全。</p> <p>(三)本文認否定說不可採：</p> <p>1.違章建築為不動產物權，原始建造人將違章建築之所有權讓與他人，亦應受登記要件主義之限制，毫無例外。</p>
-------------	-----------	--

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p>重點整理</p>	<p>解評</p>	<p>2.占有僅為對於物有事實上管領力之狀態（民法第940條），並非實體法上之權利。無權占有人如不能證明其有本權存在，仍屬無權占有。且依民法第761條規定，交付占有之方法，除現實交付外，外觀上皆無交付占有之客觀事實，以此為不動產物權移轉之公示方法，有害交易安全。</p> <p>3.違章建築之讓與雖得向該管稅捐機關申請變更稅籍登記，然房屋稅籍登記之變更與否，與房屋所有權之移轉無涉，係在盡其公法上之義務，不得以此認定已備所有權移轉之要件。</p> <p>4.土地登記規則第79條規定：違章建築不得為建物所有權第一次登記，同規則第4條第1項第9款所定「依習慣形成之物權」，顯不包括違章建築在內。</p> <p>六、結語</p> <p>(一)最高法院48年台上字第209號判例，以不動產物權為對世權，對於不特定之任何人均有效力，堅守不動產物權讓與應採登記要件主義之底線，以保護交易安全，甚為允當。</p> <p>(二)對於違章建築所有權之讓與，未經登記，認為不生所有權移轉之效力，受讓人不得本於所有權，依強制執行法第15條提起第三人異議之訴，並另闢合法之途徑，曉示受讓人得依民法第242條規定，代位行使原所有人排除強制執行之權利，兼顧受讓人之利益。</p>
<p>考題趨勢</p>	<p>違章建築是否為依習慣創設之新物權？而得依交付、占有、使用收益、事實上處分權及稅籍登記為公示方法生物權移轉之效力？</p>	
<p>延伸閱讀</p>	<p>一、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，頁72-106。</p> <p>二、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，頁55-97。</p> <p>※延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】 www.lawdata.com.tw 立即在線搜尋！</p>	

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！