

## 民事法判解

## 事實上處分權之性質

## 臺灣高等法院107年上字第1381號民事判決

## 【實務選擇題】

甲自行出資建造違章建築房屋一幢，將之出售予乙，並已交付乙占有。但事後甲對乙主張其為所有權人，請求乙返還房屋。下列敘述何者正確？

- (A) 甲之請求為無理由。因為違章建築是違法行為，甲無法取得該屋所有權
- (B) 甲之請求為有理由。因為違章建築買賣是違法行為，買賣契約無效，甲得請求回復原狀
- (C) 甲之請求為有理由。甲可根據民法第767條第1項前段，所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之
- (D) 甲之請求為無理由。縱甲根據民法第767條第1項前段，所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。乙基於買賣契約非無權占有該屋，故無須返還

**答案：**D

## 【裁判要旨】

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年台上字第2241號判決意旨參照。上訴人固主張其為系爭建物之事實上處分權人，惟依上開判決意旨，上訴人尚無從適用或類推適用民法第767條物上請求權之規定，則上訴人請求除去系爭建物房屋稅納稅義務人為被上訴人之登記，自不生效。

## 【爭點說明】

違章建物之爭議一直係實務與學說對話之重要爭點，實務對此以累積大量裁判見解、學者相關文獻亦不少，值得注意者，為2014年「最高法院關於違章建築

判例之研究」座談會中對於事實上處分權概念之定位，亦有最高法院103年台上字第2241號判決表明實務向來之見解，故此爭點說明如下：

(一) 違章建物－融通物？不融通物？

所謂違章建物，係指未經主管建築機關審查許可並發給建築、及使用執照，而擅自建造即使用之建物，又此無法依法補辦執照並繳交相關稅款，成為合法的建物之「實質違建」（參照內政部之定義）。對於違章建物，如何所有權？通說認為，違章建物若符合定著物之要件（最高法院63年第6次民事決議），由「出資興建者」，原始取得所有權。

再者，違章建物是否為融通物？亦即是否為法律上容許交易之物，實務採肯定說，按最高法院48年台上1812判例見解，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，故屬於融通物。

(二) 實務對於事實上處分權之創設

違章建物按實務見解係屬融通物，惟因無法辦理第一次所有權登記（保存登記），而無法移轉所有權移轉登記（民法第758條第1項）於買受人，基此，買受人取得何種權利？按最高法院67年度第2次民事庭庭長會議之見解，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。亦即，違章建築之買受人雖不得取得「所有權」，惟得取得「事實上處分權」。

(三) 事實上處分權之性質－所有權？其他物權？

1. 事實上處分權類推適用民法第767條第1項？

實務雖創設事實上處分權之概念，惟並無明確定義該權利之性質。雖有學者認為事實上處分權實際係所有權之概念，惟最高法院對此明確採否定說，按實務見解（最高法院103年台上2241號判決、最高法院100年台上字第1275號判決、最高法院95年台上94號判決參照）：「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。」

2. 事實上處分權適用民法第767條第2項？

按民法第757條之規定：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」亦即，2009年增訂容許以習慣法創造物權後，有論者（學者蔡明誠、學者張永健）認為得以習慣法創設事實上處分權為其他物權。蓋判例得認為係民法第1條

之所指之習慣法，且民間上大量違章建物之交易慣行，是否可認為具備客觀上有長期慣行之事實，主觀上具備人民法之確信，可創設事實上處分權為物權之種類，不無討論空間。若採肯定者，則得依民法第767條第2項：「前項規定，於所有權以外之物權，準用之。」準用第1項之物上請求權。

惟應注意者，習慣法以不違反公序良俗為要件（第2條），違章建物是否違反公序良俗，而無透過習慣法創設之空間，仍待法院判決予以判斷。

#### （四）小結

綜上所述，實務見解認為事實上處分權並非物權性質，不得類推適用物上返還請求權，惟學說上有主張得以習慣法創設物權種類，有民法第767條第2項之適用。應加以說明者，按實務見解之脈絡，雖不得主張物上請求權，惟事實上處分權人亦受占有相關規定之保護（民法第962條），再者，實務見解肯認，事實上處分權人得代位建物所有人提起債務人異議之訴（最高法院100年台上字第1183號判決），亦即應注意事實上處分權人有無民法第242條代位之權利。

#### 【相關法條】

民法第757、767條

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！