

# 《民法與民事訴訟法(一)》

一、甲男任職某地方法院檢察署擔任法警，成年之乙男因案受緩起訴處分，須至該檢察署從事義務勞動。某日，乙在該檢察署從事義務勞動時，甲竟不顧乙之反對及推阻，於違反乙之意願下，強行以其性器官進入乙之口腔，對乙強制性交得逞。乙因本件事故而常有做惡夢、哭泣等創傷反應；乙之配偶丙及母親丁，亦因甲對乙的侵害行為而受有情感上之傷害。乙、丙、丁三人因此分別向甲請求非財產上損害賠償。甲對乙、丙、丁之請求，抗辯其並未侵害乙、丙、丁之任何權益，乙、丙、丁不得對其請求損害賠償。

試問：雙方之主張，何者有理由？（75 分）

命題意旨	本題係測驗考生有關於侵權行為之非財產上損害賠償的相關概念。
答題關鍵	1.對於被害人之人格權遭受侵害，得主張侵權行為之損害賠償，並得主張非財產上之損害賠償。 2.對於被害人配偶及父母，是否亦得主張身分法益受侵害而屬情節重大，得請求非財產上之損害賠償一事，學說與實務見解有不同看法，如能列出正反兩面見解，應可獲致不錯的分數。
考點命中	1.《高點民法講義》第四回，高台大編撰，頁 92-96。 2.《民法債編(Ⅰ)(圖說)》，高點文化出版，張志朋律師編著，2016 年，頁 5-182~5-184。

## 【擬答】

(一)本題乙得依民法第 184 條第 1 項前段、後段及第 2 項規定向甲主張侵權行為損害賠償責任，並得依第 195 條第 1 項規定向甲請求非財產上損害賠償：

1.本題乙得依民法第 184 條第 1 項前段、後段及第 2 項規定向甲主張侵權行為損害賠償責任：

- (1)按因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限，民法第 184 條第 1 項前段、後段及第 2 項分別定有明文。
- (2)本題，甲不顧乙之反對及推阻，於違反乙之意願下，強行以其性器官進入乙之口腔，對乙強制性交得逞，係侵害乙之身體權及貞操權，並造成乙之身體權及貞操權受到損害，而甲之行為與乙之身體權及貞操權之損害間應認為有因果關係，且甲亦認識其行為會造成乙之身體權及健康權受到損害，又甲之行為並無任何阻卻違法事由具有不法性，是以，本題乙得依民法第 184 條第 1 項前段規定，向甲主張侵權行為損害賠償責任。
- (3)此外，甲於違反乙之意願下，強行以其性器官進入乙之口腔，對乙強制性交得逞，係屬故意以背於善良風俗之方法加損害於他人，故本題乙得依民法第 184 條第 1 項前段規定，向甲主張侵權行為損害賠償責任。
- (4)再者，甲對乙強制性交得逞一事，係可能構成刑法第 221 條第 1 項之強制性交罪，且該規定係屬保障個人之身體性自主權之法益，故係屬「保護他人之法律」，且乙之身體性自主權亦屬該保護他人法律所欲保障之對象及法益，故本題乙亦得依民法第 184 條第 2 項規定，向甲主張違反保護他人法律之侵權行為損害賠償責任。
- (5)綜上，本題乙得依民法第 184 條第 1 項前段、後段及第 2 項規定向甲主張侵權行為損害賠償責任。

2.本題乙並得依民法第 195 條第 1 項規定向甲請求非財產上損害賠償：

- (1)按人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害；有受侵害之虞時，得請求防止之。前項情形，以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金。不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額，民法第 18 條第 1 項、第 2 項及第 195 條第 1 項分別定有明文。
- (2)準此，本題甲不顧乙之反對及推阻，於違反乙之意願下，強行以其性器官進入乙之口腔，對乙強制性交得逞，係侵害乙之身體權及貞操權，是乙得依民法第 184 條第 1 項前段、後段及第 2 項規定向甲主張侵權行為損害賠償責任，故乙自得依民法第 195 條第 1 項規定向甲請求非財產上損害賠償。是以，乙向甲主張非財產上之損害賠償責任者，於法應屬有據。

(二)丙得否向甲依民法第 195 條第 3 項規定請求非財產上損害賠償，學說及實務見解上有爭議，茲分述如下：

- 1.按民法第 195 條第 3 項規定，前二項規定，於不法侵害他人基於父、母、子、女或配偶關係之身分法

益而情節重大者，準用之。

2. 本題，丙為乙之配偶，而甲之行為侵害乙之身體權及貞操權，是否亦屬侵害丙之身分法益而得依民法第 195 條第 3 項規定請求非財產上之損害賠償，有正反兩面之見解：

(1) 肯定說：

採肯定說認為，依債篇修正民法第 195 條第 3 項規定，其立法理由謂：鑑於父母或配偶與本人之關係最為親密，基於此種親密關係所生之身分法益被侵害時，其所受精神上之痛苦最深，且條文並未限定侵害身分法益之類型，又如一方配偶被強姦，他方身分法益被侵害所致精神上之痛苦等是，故他方配偶得依此主張侵害身分法益而情節重大之事由，請求非財產上之損害賠償。

(2) 否定說：

採否定說認為，基於個人人格自主之精神，不宜認為對他人配偶為強制性交時，亦同時構成對被害人配偶之身分法益侵害，而僅構成對該強制性交者之人格權侵害，故他方配偶即不得依此主張侵害身分法益而情節重大之事由，請求非財產上之損害賠償<sup>註1</sup>。

3. 準此以言，本題，倘採「肯定說」之見解，則可認為甲係侵害丙之配偶身分法益而屬情節重大，故丙自得依民法第 195 條第 3 項規定，向甲請求非財產上損害賠償；惟採「否定說」之見解者，則丙不得依民法第 195 條第 3 項規定，向甲請求非財產上損害賠償。

(三) 丁得否向甲依民法第 195 條第 3 項規定請求非財產上損害賠償，學說及實務見解上有爭議，茲分述如下：

1. 本題，乙為成年人，此時甲對乙為強制性交之行為，是否侵害乙之母親丁之身分法益而屬情節重大，故丁得請求非財產上損害賠償一事，實務及學說上履有爭議：

(1) 肯定說：

肯定說認為，民法第 195 條第 3 項規定並未排除被害人父母，以其基於父或母之關係之身分法益被侵害時而得請求損害賠償之權利，又子女為他人不法性侵，身為父母者，當會因痛心、不捨、自責而有精神上之痛苦，故被害人父母基於父或母之關係之身分法益被侵害且情節重大者，自有請求非財產上損害之權利。<sup>註2</sup>

(2) 否定說：

否定說認為，被害人於遭受不法侵害時已成年，其心智已經成熟，有相當之自主性，毋庸由其父母為監護行為，按其情節應認為非屬重大；況父母對於已成年之子女並無保護教養之權利與義務，故被害人已成年遭受強制性交一事係侵害父母何種身分法益亦不明確，除非該已成年之被害人受監護宣告或輔助宣告而與侵害未成年人之情形相當，否則被害人之父母自不得依民法第 195 條第 3 項規定請求非財產上之損害賠償<sup>註3</sup>。

2. 綜上所述，倘本件採「肯定說」之見解者，丁得向甲依民法第 195 條第 3 項規定請求非財產上損害賠償；惟採「否定說」者，除非乙受有監護宣告或輔助宣告，否則丁自不得依民法第 195 條第 3 項規定請求非財產上之損害賠償。

- 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）

版權所有，重製必究！

註<sup>1</sup> 葉啟洲，性侵害與被害近親的身分法益，月旦法學教室，第 180 期，2017 年 10 月，頁 10-11。

註<sup>2</sup> 參見臺灣新竹地方法院 98 年訴字第 58 號民事判決、臺灣士林地方法院 101 年訴字第 459 號民事判決。

註<sup>3</sup> 參見臺灣高等法院 臺南分院 101 年訴字第 2 號民事判決；葉啟洲，性侵害與被害近親的身分法益，月旦法學教室，第 180 期，2017 年 10 月，頁 11-12。

命題意旨	<p>本題命題意旨說明有三：</p> <p>(一)本題係改編最高法院 106 年度台上字第 187 號民事判決。依筆者之整理，近年民事法出題趨勢皆係改編最高法院判決<sup>註4</sup>，考生應對最新之重要性判決有所掌握。</p> <p>(二)我國法並未強制建物必須辦理登記，未登記僅不得處分（第 759 條）。故考生應了解，<b>並不是未辦理保存登記之建物即屬「違章建物」</b>。不過，目前實務皆已肯認，未辦理保存登記之建物，得移轉事實上處分權。故本題建議圍繞在事實上處分權之用語作答，而非違章建物。</p> <p>(三)本題所測驗之請求權基礎，皆係以「<b>事實上處分權之性質</b>」為核心爭點。究應定性為債權、物權，抑或為特殊地位之權利實屬本題最困難之點，蓋對於事實上處分權之性質，不僅學說上見解分歧，甚至連最高法院亦存有矛盾見解<sup>註5</sup>。準此，本文認為，回答是否返還並非重點，重點在於理由構成，只需前後脈絡一貫、無矛盾，相信即有不錯分述。</p>
答題關鍵	<p>(一)說明事實上處分權之移轉 爭點：間接占有之方式是否移轉事實上處分權？</p> <p>(二)說明買賣不破租賃之適用 爭點：事實上處分權是否符合第 425 條 1 項「移轉所有權」之要件？ 爭點：第 425 條第 2 項之要件</p> <p>(三)說明第 767 條 1 項、2 項之請求權 爭點：事實上處分權得否類推適用第 767 條第 1 項？ 爭點：事實上處分權得否依第 757 條創設為習慣法物權，主張第 767 條第 2 項？</p> <p>(四)說明第 962 條 爭點：本條之占有人是否包含間接占有人？</p> <p>(五)說明第 184 條第 1 項前段之請求權 爭點：事實上處分權是否為第 184 條第 1 項保護之客體？</p> <p>(六)說明第 179 條 爭點：債之相對性、權益歸屬說之判斷</p>
考點命中	<p>1.《高點民法講義》第一回，蘇律編撰，頁 82-83。</p> <p>2.《高點民法講義》第二回，蘇律編撰，頁 65。</p> <p>3.《高點民法講義》第三回，蘇律編撰，頁 23。</p> <p>4.《高點法研所民法題庫班講義》第一回，蘇律編撰，頁 96-99。</p>

## 【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

## 高點法律專班

註<sup>4</sup> 例如【105 年律師第一題】涉及最高法院 102 年台上字第 1825 號判決；【105 年律師第三題】涉及高等法院 103 年台上字第 43 號判決；【104 年律師第一題】涉及最高法院 103 年台上字第 560 號判決；【104 年律師第二題】涉及台中高等法院 100 年上字第 100 號判決；【104 年司法官第二題】涉及最高法院 104 年台上字第 2019 號判決；【104 年司法官第三題】涉及最高法院 103 年台上字第 618 號判決；【103 年司法官第二題】涉及最高法院 102 年台上字第 141 號判決；【103 年律師第二題】涉及最高法院 103 年台上字第 104 號判決；【102 年司法官第一題】涉及最高法院 101 年台上字第 1695 號判決；【102 司法官第二題】涉及最高法院 102 年台上字第 232 號判決；【102 律師第一題】涉及最高法院 101 年台上字第 443 號判決。

註<sup>5</sup> 本文作答主要以最高法院之見解為主。就學說見解之部分，強烈建議參閱以下文章：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，72-106 頁；〈「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，171-196 頁。

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

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<sup>註 6</sup>。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，應無理由

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 64 年台上第 2026 號判例見解，占有被侵奪者，依民法第 962 條上段規定，其占有人固得請求返還其占有物，但所謂占有人，必就其占有物有事實上之管領力，否則，即使對於占有物有合法之權源，亦不能本於占有請求返還。
2. 本案，丙雖為占有人，然其係間接占有之地位，對 A 屋並無事實上管領力，故依判例見解，應不得主張民法第 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，有論者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

註<sup>6</sup> 吳從周教授更以「法秩序一致性」之觀點有更深入之論述，建議參閱：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，72-106 頁。

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<sup>7</sup>。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。另本案並非以違背公序良俗之方法，且無保護他人之法規存在，同條第 1 項後段及第 2 項之請求權自無從成立，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。

#### (七) 結論

綜上所述，丙具 A 屋之事實上處分權，應得依民法第 184 條第 1 項前段、第 179 條之規定，請求返還。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<sup>7</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》，頁 5、7。