

106 年公務人員特種考試司法官考試第二試試題

等別：三等考試

類別：司法官

科目：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)

【擬答】：

(一)乙得依民法第 184、195 條第 1 項請求甲負損害賠償責任：

1. 人格權受侵害時，以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金。因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。不法侵害他人之貞操者，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 2 項、第 184 條第 1 項、第 195 條第 1 項分別定有明文。
2. 所謂貞操權，係指性行為之自主權。任何違反他人意願而強迫發生之性行為，均屬貞操權之侵害。又所謂性行為，解釋上不以男女性器接合為限，只要符合刑法第 10 條第 5 項性交之定義者，均屬之。故縱使口交、肛交或以異物插入性器或肛門等行為，均屬性交之範疇。且不以男對女為限，即女對男、男對男或女對女，只須係違反他人意願所發生之性行為，均構成貞操權之侵害¹。
3. 據此，本件甲男違反乙男意願，以口交方式對乙強制性交得逞，係構成對乙男貞操權之侵害，並導致乙男有做惡夢、哭泣等創傷反應，就此種非財產上之損害，依上開規定，乙自得請求甲負非財產上損害賠償責任即慰撫金。

(二)丙得依民法第 184、195 條第 3 項請求甲負損害賠償責任：

1. 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，被害人得準用民法第 195 條第 1、2 項規定請求非財產上損害賠償。民法第 195 條第 3 項定有明文。
2. 所謂身分權，係指人與人之間基於特定身分關係所發生之權利，立法理由認為未成年子女被人擄掠時，父母監護權被侵害所受精神上痛苦，以及配偶一方被強制性交，他方身分法益被侵害所致精神上痛苦等是。
3. 有疑問者係，配偶一方被強制性交，究竟侵害何種「身分權」？
 - (1)有認為配偶間的親情或感情利益，亦屬身分權之內涵，故被害人配偶就被害人被強制性交所致之精神痛苦，應認被害人配偶得依民法第 195 條第 3 項請求損害賠償²。

¹ 陳聰富，侵權行為法原理，頁 80、81。

² 關於身分權之侵害，亦有學者認為：「值得說明者係民法第 195 條第 3 項，於請求權人並非『被害人』的情況下，是否有適用？學者採取肯定之看法，首先，民法第 195 條第 3 項係保護獨立的『身分法益』（立法理由中『擄掠』、『強姦』應係例示規定，非限於此種情形），與『人格法益』的保護同等重要，且若肯定得獨立請求，則民法第 195 條第 3 項的規範地位將可能提升作為原則性規定，至於民法第 194 條則成為『例示類型』而已。從而民法第 195 條第 3 項的保護主體應係具有身分關係的父、母、子女、配偶相互之間，而其保護客體係身分法益，具體內涵應為上述關係人彼此間所享有的『親情或感情利益』。最後，學者並提出，實務上雖有否定之看法，但大多並非直接否認於請求權人並非『被害人』的情況下，無民法第 195 條第 3 項的適用，而是在『侵害情節是否重大』的判斷上，採取否定看法，進而否定有本項適用」參陳忠五，侵害他人身體健康，被害人父母的慰撫金請求，台灣法學

然另有學者認為，基於個人人格自主的精神，對他人配偶為強制性交時，因不影響配偶間之權利義務（配偶權），故不宜認為亦同時構成對被害人配偶的身分法益侵害，此時被害人配偶應不得依民法第 195 條第 3 項求償³。

(2) 上述不同見解之差異在於，身分權究竟應以基於身分關係所生之權利義務為限（例如親權、配偶權），抑或係指基於身分關係所生之親情、感情利益？就民法第 195 條第 3 項之立法意旨觀之，此一身分法益應不僅指近親間之權利義務關係，而應包括近親間之感情、親情利益，始能確實保障身分法益。然因此種利益範圍過大，故須於情節重大時，始能請求損害賠償。

4. 故本件丙女為乙男之配偶，基於其配偶間之情感，本應相互扶持、禍福與共。就乙男被甲男強迫口交得逞事，亦只能陪伴在乙男身旁或積極勸其就醫，但此種無法回復的損害，所造成的重大精神壓力，對丙而言，在精神上自必感受不可言喻之重大痛苦而構成身分權之侵害且情節重大。據此，丙得依民法第 184、195 條第 3 項向甲請求非財產上損害賠償。

(三) 丁亦得依民法第 184、195 條第 3 項請求甲負損害賠償責任：

1. 如前所述，就身分權受侵害且情節重大之情形，被害人得請求非財產上損害賠償。有疑問者係，成年子女被他人強制性交得逞時，除構成對子女貞操權之侵害，是否同時構成對父母身分權之侵害？

2. 若認為身分權係指基於身分關係所生之親情、感情利益，則無論該子女是否成年，均應認為因子女被強制性交所致之父母精神痛苦，均構成身分法益之侵害，且於情節重大時，該父母得依民法第 195 條第 3 項求償。然若認為身分權僅指父母對子女之親權，則於子女成年後，除子女被監護宣告（或輔助宣告）而由父母擔任監護人（或輔助人）之情形外，應認為父母對子女已無保護教養義務，故對成年子女為強制性交並不同時構成對其父母身分權之侵害，被害人父母不得依民法第 195 條第 3 項規定求償⁴。

3. 然子女被強制性交時，父母所受之精神痛苦並不亞於子女本身，若以子女已經成年、父母已無保護教養義務為由而否認父母有身分法益受侵害，則身分法益所保護者似嫌狹隘。且未成年子女被強制性交，究竟侵害父母何種保護教養之權利義務？亦難界定。故如前述，應以基於一定身分關係所生之親情、感情利益作為身分法益之內涵，以情節是否重大作為得否求償之標準，始符立法意旨。

4. 故本件丁女為乙男之母，雖乙男已經成年，然父、母對子、女之身分法益，並不因子、女成年而消滅⁵。則於子、女被他人強制性交之情形，父、母目睹子、女所受之痛苦，基於親子間之親密情感，必感同身受而有精神上痛苦而構成身分權之侵害且情節重大。據此，丁亦得依民法第 184、195 條第 3 項向甲請求非財產上損害賠償⁶。

(四) 茲有附言者，本件侵權行為損害賠償請求權之消滅時效，依民法第 197 條規定，應於知有損害及賠償義務人時起算，經二年間不行使而消滅。另本件甲為地方法院檢察署法警，其於執行職務或藉由職務機會侵害乙之貞操權以及丙、丁之身分權，乙、丙、丁亦得以民法第 186 條為其請求權基礎向甲求償，亦得依國家賠償法第 2 條請求國家賠償。

雜誌，第 193 期，頁 29-36。

³ 葉啟洲，性侵害與被害人近親的身分法益，月旦法學教室，第 180 期，頁 10-12。

⁴ 葉啟洲，性侵害與被害人近親的身分法益，月旦法學教室，第 180 期，頁 10-12。

⁵ 最高法院 96 年台上字第 1624 號裁定：「未查，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，被害人雖非財產上之損害，依民法第一百九十五條第三項準用同條第一項規定，亦得請求加害人賠償相當之金額。原審以被上訴人丁○○、甲○○因其子乙○○遭上訴人撞傷而成為植物人，身分法益受侵害而情節重大，認渠等得依上開規定請求上訴人給付精神慰藉金，於法並無不合，附此敘明。」足茲比較者係，父母受侵害時，子女亦得依民法第 195 條第 3 項請求非財產上損害賠償，此可參最高法院 97 年台上字第 1084 號裁定：「且被上訴人已○○以次四人，分別為乙○○之配偶及子女，乙○○已至重大精神障害，堪認己○○以次四人與乙○○間之親情、倫理及生活相互扶持之利益受到侵害，必須持續終身照顧，可認其情節為重大，上訴人應依民法第一百九十五條第三項規定，賠償己○○以次四人因身分法益所受之非財產上損害。」

⁶ 陳忠五，侵害他人身體健康，被害人父母的慰撫金請求，台灣法學雜誌，第 193 期，頁 29-36。

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）

【擬答】：

(一)丙得否依民法第 767 條請求乙返還 A 屋？

1. 丙是否為 A 屋之所有人？

- (1) 所有人，對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。民法第 767 條定有明文。有疑問者係，A 屋為違章建築，則丙買受 A 屋所取得者，究係 A 屋之所有權或事實上處分權？
- (2) 實務見解多認為因違章建築無法依民法第 759 條規定辦理保存登記，自無法依民法第 758 條辦理移轉登記，故違章建築之買受人，僅取得違章建築之事實上處分權。然有學者認為，民法第 758 條應限縮適用，即無法辦理所有權移轉登記之違章建築，其縱未經移轉登記，僅須完成交付等一切必要行為，該違章建築之所有權即行移轉⁷。
- (3) 據此，若依實務見解，則因丙非所有人而不得主張民法第 767 條請求乙返還 A 屋⁸；若依學說見解，則丙係 A 屋所有人，對於無權占有其屋之人得依民法第 767 條規定請求返還之⁹。

2. 乙是否無權占有 A 屋？

- (1) 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。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) 倘依實務見解，認違章建築買受人僅取得事實上處分權時，是否仍有買賣不破租賃之適用？最高法院曾有見解認為，民法第 425 條係以出租人移轉房屋所有權為必要，若僅移轉房屋之事實上處分權，自無民法第 425 條適用¹⁰。若依學說見解，認為違章建築買受人得取得所有權，則有本條適用。
- (3) 然無論採何種見解，因本題係未經公證之不動產租賃且未定期限，故無本條規定之適用餘地，據此。甲、乙之租賃契約對丙不生法定債權移轉之效力，乙即不得以該租賃契約對丙主張有權占有。

3. 綜上所述，若依實務見解，因丙非 A 屋所有人，故不得主張民法第 767 條請求乙返還房屋；然依學說見解，因丙係 A 屋所有人且乙係無權占有 A 屋，故丙得依民法第 767 條規定請求乙返還 A 屋。

⁷ 楊芳賢，違章建築房屋遭毀損時之損害賠償請求權，月旦法學教室，第 151 期，頁 12-14。謝哲勝，三論民法第 425 條之 1 的類推適用，月旦法學教室，第 172 期，頁 12-14。

⁸ 最高法院 103 年度台上字第 2241 號判決：「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。原審以被上訴人為系爭未辦理保存登記房屋之買受人，有取得該建物之事實上處分權，得類推適用前揭物上請求權規定，請求上訴人返還系爭建物一樓部分，於法自有違誤。」

⁹ 楊芳賢，違章建築房屋遭毀損時之損害賠償請求權，月旦法學教室，第 151 期，頁 12-14。另亦有學者將事實上處分權解為一種「習慣物權」，而依民法第 767 條第 2 項規定，得準用第 1 項規定主張權利，參陳重見，違章建築物上請求權，台灣法學雜誌，第 287 期，頁 187-191。

¹⁰ 最高法院 69 年台上字第 720 號判例：「況民法第四百二十五條所定所有權讓與不破租賃之原則，應以所有權移轉業已生效為其要件，而不動產所有權依法律行為移轉者，非經登記，不生效力，原審既認定系爭房屋未為保存登記，並謂縱令屬於郭宗煥所有，於出租後贈與被上訴人，無從辦理所有權移轉登記。自難認被上訴人已取得系爭房屋之所有權，應無民法第四百二十五條規定之適用。原審誤以被上訴人受贈系爭房屋後按期繳納房屋稅，即認其得依民法第四百二十五條規定繼承出租人地位，所持法律上之見解，顯有違誤。」

(二)丙得否依民法第 962 條請求乙返還 A 屋？

1. 占有人，其占有被侵奪者，得請求返還其占有物。占有被妨害者，得請求除去其妨害。前條請求權，自侵奪或妨害占有，或危險發生後，一年間不行使而消滅。民法第 962、963 條定有明文。
2. 民法第 962 條之占有人，依通說見解包括間接占有人在內¹¹，故本題丙縱僅係間接占有人，亦得對侵奪其占有之人主張本條權利。然所謂侵奪，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¹²。據此，乙係向甲承租 A 屋，並由甲將 A 屋交付於乙，難謂有侵奪之事實。故丙應不得依本條規定向乙請求返還 A 屋。

(三)丙得否依民法第 184 條請求乙返還 A 屋？

1. 因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。民法第 184 條第 1 項前段、第 2 項定有明文。有疑問者係，違章建築之受讓人所取得者，係事實上處分權，若其事實上處分權受有侵害，是否屬於權利之侵害？
2. 早期見解多認為，違章建築受讓人此種對房屋之事實上管領力，並非法律上之權利，而僅係一種占有之狀態。而占有非屬權利，自不得依民法第 184 條第 1 項前段求償。然占有為法律所保護之狀態，故占有人得依民法第 184 條第 2 項主張權利¹³。晚近則有見解認為，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，自屬民法第一百八十四條第一項前段所稱之權利¹⁴。
3. 本題乙因不得依民法第 425 條規定主張甲、乙之租賃契約對於丙繼續存在而構成無權占有，負有返還 A 屋於丙之作為義務，其違反該義務，自構成對於不動產事實上處分權之不法侵害，據此，丙得依民法第 184 條第 1 項前段（或第 2 項）請求乙負損害賠償責任，其方法係回復原狀即返還遷出 A 屋並返還 A 屋之占有於丙。

(四)丙得否依民法第 179 條請求乙返還 A 屋？

1. 無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。民法第 179 條定有明文。有疑問者係，本題乙基於甲、乙間之租賃契約占有 A 屋，而丙係事實上處分權人，乙是否無法律上原因取得應歸屬於丙之利益？
2. 實務見解認為，違章建築之占有利益，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本條規定，請求返還其占有¹⁵。

¹¹ 謝在全，民法物權論（上），頁 538。

¹² 謝在全，民法物權論（上），頁 534、538。

¹³ 王澤鑑，侵權行為法，頁 211。最高法院 71 年台上字第 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。」

¹⁴ 最高法院 106 年台上字第 187 號判決：「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權利。原審謂事實上處分權被侵害者，得依上開規定請求損害賠償，固非無見。惟因侵權行為所生之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅，民法第一百九十七條第一項前段定有明文。所謂知有損害，係指知其請求之損害內容。加害人侵奪建物事實上處分權之占有，或違反返還占有之作為義務，而構成對於不動產事實上處分權之不法侵害，被害人如主張其損害為占有本身，而請求加害人返還占有以回復原狀時，因是項損害於加害人為該侵權行為時，即已確定，自應以請求權人知悉其受該占有損害內容及賠償義務人時，起算其時效，尚不得因加害人持續占有，而謂該占有本身之損害亦不斷漸次發生。」

¹⁵ 最高法院 106 年台上字第 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

3. 據此，丙為 A 屋事實上處分權人，則 A 屋之占有利益，自應歸屬於丙，且如上述，乙既不得對丙主張租賃契約存在，其占有 A 屋即欠缺法律上原因，而為無權占有，是乙受該占有之利益，致丙受損害，故丙得依民法第 179 條請求乙返還 A 屋之占有。

公 職 王