

大學叢書

民法詮解

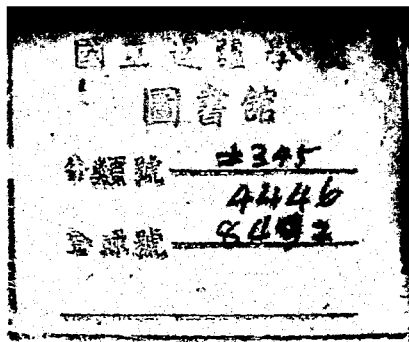
物權編

上册

黃右昌著



商務印書館發行



國立中央圖書館

圖書部

分類號 4345

架號 4446

8442

NG
0929.6
1555

大 學 叢 書
民 法 詮 解

物 權 編

上 冊

黃 右 昌 著



3 1763 4726 2

商 務 印 書 館 發 行

例言

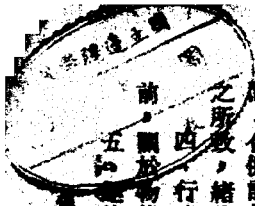
一、本書與近著民法總則，同一體例，仍分緒論本論，學理與實用並重，其適應時代性而為實用所必要者，列入緒論。其須逐條解釋以示整齊而便稽考者，列入本論。

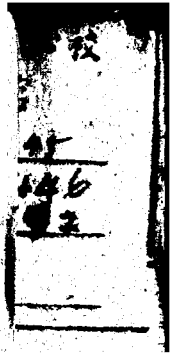
二、物權法與土地法，性質及實用上應以合併研究為宜，此點在緒論中最高為主要，故關於土地法問題之解釋，及戰時地籍整理條例，戰時地價申報條例，戰時征收土地稅條例，與土地法之規定，尚無抵觸，在現在狀況下，自應先於土地法而適用。他如登記與投稅，及依不動產登記條例所為之判解，為現時採用登記對抗主義所須知。辦理土地陳報綱要，田賦推收通則，契稅條例，戰時田賦征收實物條例，為未舉辦土地登記征收土地稅以前之過渡法令，尤為現時實用上所必要，均於緒論中說明以資適用。

三、坊間關於物權法教科書，多忽略時際法（即施行法），本書特於緒論中列為第七條，逐條說明，例如本編施行前發生之物權，最著者為舖底權，大押大佃，不動產質權，除施行法有特別規定外，不適用本編之規定。又本編所定之物權，在施行前發生者，其效力自施行之日起，仍依本編之規定。保存及法律行為以外原因所生物權之變動，已變更從前判解，不以登記為對抗要件。本編施行前定有期限之典權，依舊法規得回贖者，仍依舊法規得回贖。未定期限之典權，經過三十年者，典權人取得典物所有權，其已經過之期間，與施行後之期間，合併計算。以上情形，本不過於複雜，然而典當糾紛，至今未已，判例解釋，時有變更，皆由忽略時際法之所致，緒論中對於此點，尤為注意。

四、行政法院判決，就其事件有拘束各官署之效力，在行政訴訟未與英美取同一制度均歸普通法院裁判以前，關於物權爭議物權所生之行政訴訟，由行政法院所下之判決，可供本法之參考者，附帶列入。

五、編者說明之章節，均依民法法典物權編順序，例如第三編物權第一解為本編之總說明，第一章通則第





二解爲本章之總說明，第三解爲本章之逐條說明，以下類推，於每章或每節總說明之第一點，則用簡單摘由，以概括本章或本節條文之要旨，摘由號數，用壹、貳、參、肆、伍、陸、柒、捌、玖、拾數目字，其下括弧內簡寫之數目字，即摘由之第幾條。其他在性質上，不能逐條說明者，均於總說明中分點說明之。

六、逐條說明，每條分爲四點：第一點該條摘由，以次爲關係條文，參考條文，參考他國條文。第二點立法例。第三點釋本條之意義。第四點判解，僅有判例者爲判例，僅有解釋者爲解釋，雖便利上有合併二條以上說明者，或每條僅有兩點說明者，則因條文之性質使然，爲數極少。

七、逐條說明之第一點，稱關係條文者，爲民法（中政會定有原則者載原則第幾目）及民法各編施行法。稱參考條文者，爲民法以外與該條文有關係之法令，其間所稱「一草二草者，爲第一次草案（即大清民律草案）第二次草案之簡稱（全文見法律草案彙編及拙著民律要義附錄）。參考他國條文，則以各國物權法均根據固有之國情與歷史而規定，毋庸強爲比擬，故在第一、二章通則，第二章所有權，參考德、奧、法、義、瑞、泰、日等國民法條文外，在第三章以下之他物權，參考他國條文者甚少。第四點判解，根據國民政府關於民國十六年三月以後，北庭大理院判決之案，一概無效之明令，引用前大理院判例，以十五年截止，最高法院判例，以十七年開始，無須註明前大理院與最高法院判例之字樣。次序則判例用亞拉伯數字，解釋例用中國數字，以示區別。

八、現代各國民法著作，已由教科書的民法時代，進於特殊問題的研究時代，本書隨時代之要求，對於有關現行法令之參考，及特殊問題之研習，特別注意，每章之後，列有實用問題以資練習。

九、本書引用之參考條文，其中屢經修正，以截至交稿時（三十三年十一月）爲劃時期，例如契稅條例，地價申報條例，房租條例，優待出征抗敵軍人家屬條例等等，依現行法規整理原則之七，法規名稱上修正二字，應一律刪去，故本書將引用法令公布及修正年月日，另爲索引（附表一）。

十、關於他國學者之譯名，現尙未有標準譯音，坊間民法著書，關於譯名，人各不同，本書引用他國學者

人名，均用漢譯，原文另按字母次序，列表以便稽考（附表二）。

十一、民法學科，莫殫莫究，條文之規定有限，社會之事實無窮，而立法例及學說，又至爲繁賾，喪亂以來，典籍淪失，參考深成困難，全書緒論，大體參酌舊著法律的新分類，與近著民法總則緒論，主張一貫。本論則就歷年講稿，加以充實。然以學力及時間有限，疏漏舛誤，自知不免，海內閱達，幸賜指教。

目錄(上)

緒論

第一解 物權屬財產法經濟法主要的部分	一
第一點至第三點	一
第二解 經濟物法的實用	四
第一點至第三點	四
第三解 經濟物法實施的步驟	一一
第一點至第四點	一一
第四解 現狀下未舉辦土地登記區域的過渡法	一九
第一點至第六點	一九
第五解 登記與投稅	二九
第一點至第五點	二九
第六解 物權的定義特質及在學理上的分類	四三
第一點至第三點	四三
第七解 物權的時際法(即施行法)之逐條說明	五一
第一條至第十六條	五一
緒論實用問題	七五

本論.....七九

第二編 物權.....七九

第一解 本編之總說明.....七九

第一點至第三點

第一章 通則.....八二

第二解 本章之總說明.....八二

第一點第二點

第三解 本章之逐條說明.....八四

第七五七條至第七六四條

本章實用問題.....一〇三

第二章 所有權.....一〇四

第四解 本章之總說明.....一〇四

第一點至第四點

第一節 通則.....一〇七

第五解 本節之總說明.....一〇七

第一點第二點

第六解 本節之逐條說明.....一〇八

第七六五條至七七二條

第二節 不動產所有權.....	一二七
第七解 本節之總說明.....	一二七
第一點第二點.....	
第八解 本節之逐條說明.....	一二八
第七七三條至第八〇〇條.....	
第三節 動產所有權.....	一五九
第九解 本節之總說明.....	一六〇
第一點第二點.....	
第十解 本節之逐條說明.....	一六一
第八〇一條至第八一六條.....	
第四節 共有.....	一八七
第十一解 本節之總說明.....	一八七
第一點至第三點.....	
第十二解 本節之逐條說明.....	一八九
第八一七條至第八三一條.....	
本章實用問題.....	二二五
第三章 地上權.....	二二九
第十三解 本章之總說明.....	二二九
第一點至第三點.....	
第十四解 本章之逐條說明.....	二三一

第八三二條至第八四一條

本章實用問題.....二四四

第四章 永佃權.....二四五

第十五解 本章之總說明.....二四五

第一點至第六點.....二五六

第十六解 本章之逐條說明.....二五六

第八四二條至第八五〇條.....二六五

本章實用問題.....二六五

第五章 地役權.....二六七

第十七解 本章之總說明.....二六七

第一點至第三點.....二六七

第十八解 本章之逐條說明.....二七〇

第八五一條至第八五九條.....二七〇

本章實用問題.....二八〇

民法詮解 物權編(上)

緒論

第一解 物權屬財產法經濟法主要的部分

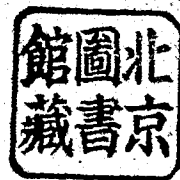
本解應說明者三點

第一點 物權者財產法(Vermögensrecht)之一部

民法所規定之權利關係有二：一、人身權；一、財產權。關於財產權之規定，謂之財產法。物權者屬於財產法之一部也。財產權之種類甚多；其主要者，即爲物權與債權，蓋物權與債權，乃吾人日常生活上所須臾不可缺者，無論何國，莫不以之爲民法之中樞。且物權得排斥他人之干涉，有直接管領其物之權，尤爲人類所需要。至債權所規定之大部分，不過爲物權取得之手段而已。故物權法首就所有權以至其他各種物權而規定其成立要件及效力，蓋即財產法之基礎也。至財產權之爲何？議論紛紜，莫衷一是，德仁布喜，謂其價格得以金錢計算者爲財產權。溫第賒底，謂凡自己所得之權利爲財產權。巴隆，謂關於權利人身體以外之權利爲維持自身(Beliebshaltung)者爲財產權。余折衷諸說，以得爲處分之目的者爲財產權。蓋人身權以人之資格爲基礎，不得自由處分，反是物權則無不可以自由處分者，故物權屬於財產權，而爲構成財產法主要的一部分。

第二點 物權者經濟法(Wirtschaftsrecht)之一部

舊派學者以民法爲私法，土地法爲公法，於是研究民法中之物權者，往往置土地法於度外，適用上遂發生莫大之困難。(註一)歐戰以後，公法私法之區別，業已崩壞，已於總則緒論中詳述之。赫德曼，以土地法爲經



(南)

濟法之主要部分。魯斯施，以不動產法爲新經濟法之內容，卡斯克魯，以經濟人法爲經濟法之第一部，經濟物法爲第二部。而經濟法之界說，於以確定，故廣義的物權，實包民法上物權，及土地法，土地法施行法，推行土地政策之戰時地籍整理條例，戰時地價申報條例，戰時征收土地稅條例，其他建築法，森林法，水利法，及準物權上營業法之營業權，漁業法之漁業權，非常時期難民移遷條例之耕作權等而言，此等法規，皆現代學者之所謂經濟物法也。經濟物法，其作用有二義：一爲所有權之社會化，即所有權之行使，固以不妨害他人爲目的，同時須顧及公共之福利，而利用土地，尤爲土地所有人對於公衆所負之義務，德國以此原則，規定於憲法中，戰後新興國家新憲法，亦多仿之。一爲社會之所有權化，即土地應否私有？雖爲學者所爭論，然不應使多數土地，集中於少數人之手，而使不勞而獲之大地主，坐享其成，則爲理論所從同，現代國家，莫不願有以解決之，惟手段有寬嚴緩急之不同，蘇俄則根本不認私有權之存在，一切土地所有權，屬於國家，由國家分配人民爲耕作之用，其手段最爲急。捷克斯拉夫，羅馬尼亞等國，則對從前大地主享有巨額之土地，於其超出相當限度，認爲與社會利益發生衝突，乃施行土地徵收辦法，將彼徵收之土地分配於人民耕作，其手段寬而緩。我國自三十一年六月九日公布地政署組織法以來，全國土地行政事務，實成地政署專管，關於地籍整理之程序，如土地測量，土地登記，規定地價，業已依法積極進行，以地價徵稅之方法，逐漸達到一般人民享用利益之平等權利，社會之所有權化，在我國已入於實驗期中矣。應注意者，關於土地之訴訟，情節必非輕微，亦有甚複雜而重要者，應由該管司法機關，依照民法及民事訴訟法等辦理，(註二)(註三)准許上訴與否？已有相當規定，無限以二審終結之必要，至若土地訴訟案件繁多之縣，在第一次土地登記時，於縣市司法機關，附設專庭，使其掌理土地裁判，以期便利，而附設專庭與否？仍有酌量之地步。中央修正土地法原則之四「土地裁判所之規定應刪，第一次土地所有權登記時，關於土地之訴訟，及其他爭執，得於縣市司法機關，附設土地裁判庭辦理之。」據此則研究物權法，非研究土地法，即不足以致用也。

第三點 民法物權及債權租賃與土地法之比較

一、土地法第一條所稱土地，謂水陸及天然富源。民法六十六條，以土地及其定着物爲不動產，雖用語不同，然在登記之法律關係，均包在土地法第一條之內。

二、土地法三二條、三三條，關於土地權利之取得設定移轉變更或消滅，登記取列舉主義，民法七五八條，則爲概括規定。

三、土地法上規定土地使用，重在地盡其用，施以勞力資本，爲土地之利用，並使人民有平均享受土地之權利。民法規定不動產所有權，重在所有權之包括管領，土地所有權，在其利益範圍內之使用，雖及於土地之上下，但應受法令之限制，不但受土地法及其他法令之限制，即民法本身，關於相鄰者之關係，亦定有所有權行使之限制也。

四、房屋租賃，原爲私人相互間契約關係，應適用民法債編第二章第五節之規定。惟土地法爲解決市民住的問題，於特種情形之下，對租金及租賃期間部分，特有規定，即一六一條至一七〇條所定之房屋救濟是也。但在現狀下另有關於房屋救濟之規定。（註四）

五、房屋標準租金，租賃擔保，債編無明文規定，收回房屋，繼續租賃，債編雖有規定，土地法在特別情形之下，自應優先適用，而債編反居於補充地位也。

六、未定期限之租賃契約，依債編可由當事人隨時終止，但遇有土地法房屋救濟之情形，出租人必具有土地法一六六條各項情形之一，方得收回房屋，定有期限之租賃契約，土地法上規定在房屋標準租金，施行期間以內終止時，承租人得依原契約條件，繼續租賃，較民法四五〇條一項，顯有差別。收回房屋，土地法一六六條所列條件，與債編所定出租人終止契約之原因，並無大異。

七、耕地租賃之終止契約，土地法一八〇條所定情形，與民法四五九條之所定，有所差異，例如出租人收回自耕之終止契約，在民法四五八條，專適用於定期租賃，在土地法則除一七二條係定期租賃之終止契約外，適與民法相反。土地法一七四條，禁止耕地全部或一部之轉租，即令承租人得出租人之承諾，亦不許可，否則

修正契約，民法四四三條，則有相反之規定，耕作地經出租人之承諾，可以轉租。又土地法地租積欠二年之總額，亦為終止契約原因之一，民法四四〇條，無此限制。

依以上所說明，從而下物權法之定義如左：

物權法者，規定人類在物上的生活與需要，而為財產法與經濟法之一部也。

(註一)查土地法、及土地施行法、均自二十五年三月一日起施行，業經國民政府明令公布在案。如關於耕地及房屋之租賃、土地法中、已有明文規定者，自應儘先適用土地法，不得適用民法，其無明文規定者，始得適用民法，乃本部審核各法院呈送判卷中，對於耕地及房屋租賃等案件時，有未經注意土地法而一概適用民法者，似此漫不經心，殊屬非是，嗣後各司法機關，對於耕地及房屋租賃等案件，務須注意適用土地法中各規定辦理(三十一年一月三十日司法行政部訓民字第三五五號訓令各法院)。

(註二)關於土地權利，在登記程序進行中發生之爭訟，在土地裁判所未成立以前，應由地政機關，令於一定期限內，向司法機關，聲請處理，逾期不聲請者，得由地政機關，予以調處，不服其調處者，仍應向司法機關，聲請處理(行政院二十五年九月二十五日第五六三一號訓令)。

(註三)土地已登記後，始發生權利移轉或擔保之爭執，在土地裁判所未成立前，應向法院提起確認產權之訴，俟判決確定，即由地政機關，依判決旨意辦理(二十七年五月四日陸字一七二四號)。

(註四)抗戰以來，機關移動，人口遷移，難民流離失所，後方房屋缺乏，因之地主好商，乘機牟利，高抬租金，無故驅除房客，屢覺情形，日趨嚴重，民法債編租賃及土地法房屋租賃之規定，已不足以適應現狀。行政院與司法院雖有非常時期重慶市房屋租賃暫行辦法之公布，然其適用範圍，僅限於重慶一市，其他人口密集或租屋困難之地區，無法可以救濟，法院辦案，至感不便。至如各國戰時買賣所禁止住屋減少，或強制空屋出租等立法政策，該辦法未有規定，仍不足以解決當前屋荒之問題。因於三十二年十二月廿七日公布戰時房屋租賃條例，計二十四條，共有效期間，至戰事結束後六個月為止，為民法債編租賃及土地法房屋租賃之特別法，而民法及土地法反居於補充地位，適用時應予注意。

第二解 經濟物法的實用

本解應說明者三點

第一點 土地法上登記與不動產條例登記之差別

土地法上之預告登記，相當不動產登記條例第七條之暫時登記，即在預告保全土地權利的移轉消滅，或擔保保全土地權利內容或次序的變更爲標的之請求權所爲之暫時登記也。請求權附有條件或將來始行確定者，亦得爲預告登記，例如以土地買賣預約爲登記原因者，即其一例，有此預告登記，土地權利人，對其土地權所爲之處分，有妨礙預告登記人之請求權時，應歸無效（土地法施行法二十七條）。

土地法上之異議登記，相當不動產登記條例第八條之預告登記，即因登記原因之無效或撤銷而起訴時，許利害關係人爲異議登記，有此異議登記，在未塗銷以前，主管機關，應停止與異議有關部分權利的新登記（土地法施行法二十八條）。

第二點 地政機關登記與法院登記

地政機關登記者，依土地法第二編土地登記之規定所爲之登記，有絕對的效力，並給聲請人以土地所有權狀，是爲地券交付主義。法院登記者，根據物權編施行法第三條第二項之規定，依前北京政府公布之登記通例，不動產登記條例，地方審判廳及兼理司法縣公署登記處規則之規定所爲之登記，有對抗第三人之效力，（註一）（註二）是爲登記對抗主義。該地方地政機關，開始土地法上登記之日起，法院登記，應即停止辦理。

（註三）

（註一）已依不動產登記條例登記，不食依土地法再爲登記者，其以前取得對抗第三人之效力，仍繼續不變（二十七年九月三日院字一七七三號）。

（註二）土地所有人，未依法登記，固不生登記效力，但亦不得遽視爲公有，至該土地上，設有其他權利，在土地法施行前已登記者，其對抗之效力，自仍存在，土地法施行後，應即登記者，即不應准許（二十七年九月三日院字一七七三號）。

（註三）法院所辦之不動產登記，不在各省市地政施行程序大綱第十五條所辦呈准奉辦土地登記之內，依同大綱第二十條第一項規定，自該地方地政機關開始登記之日起，應即停止辦理，二十六年四月三十日院字一六六〇號解釋後段，應予變更（二十八年十月三十日院字一九三四號）。

第三點 關於土地法問題之解釋

一、土地法第八條所載不得爲私有之名勝古蹟，係指原屬於國有或公有者而言，若原屬於私人所有，在有權未經依法消滅以前，仍應認爲私有（二十六年五月二十二日院字一六七八號）。

二、土地法第八條第一項各款所載不得爲私有之土地，係指土地法施行時，屬於國有或公有者而言，若原屬於私人所有，在其所有權未經依法消滅以前，仍應認爲私有（二十七年十月二十九日院字一八〇二號）。

三、不定期限之租用耕地契約，於解約有爭，出租人聲明解約，其計算訴訟標的之價額，除有土地法第一百八十條所列之第三款第五款情形，應以該法第一百八十三條所定預告期間之租金爲準外，因其他情形聲明解約者，應以習慣上預告期間之租金爲準。

耕地租用，依土地法第一百七十七條規定，不得收取押租，其出租人已收取押租者，於有同法第一百八十條第七款情形終止契約時，自應於其已收取之押租，抵充積欠地租外，尙達二年之總額，始得終止。

耕地之出租人，於土地法施行前已收押租者，土地法施行法，並無應行退還之規定，出租人自毋庸退還，但承租人得隨時以之抵充租金（二十七年五月二十八日院字一七二五號之一之二之三）。

四、徵收土地，依土地法第三百二十八條，第三百二十九條，第三百六十條，應由國民政府行政院或省政府核准，令知地政機關公告並通知，是徵收處分之權，原不屬於需用土地人，但需用土地人，亦係官署者，如在土地徵收後，因實行使用，另爲處分（如未給與所有權人定着物之遷移費即令遷移之類），亦得視爲原處分官署而對之提起訴願（二十七年八月六日院字一七六二號）。

五、土地法所稱之公有土地，無論其管理使用收益之權，屬於地方政府，或自治團體，其所有權應專屬於國家，自治團體，對公有土地，行使管理用益之權，則應視爲國家所付與，不得視爲所有權之歸屬。如另依法令取得土地所有權，則該土地已成爲私有，不屬於公有土地之範圍。又土地法施行法第五條所稱之保管機關，即土地法第二十八條所稱，亦即土地法施行法第八條所稱之地政機關（二十七年九月十日院字一七七六號）。

六、地產所有人，以捐助行爲，將其地產之所有權，移轉於學校，不得因該學校停辦，復以自己名義爲所

有權之登記，惟依土地法所爲之登記，有絕對效力，則該管教育行政機關，在未依法使其登記之效力消滅以前，不得就該地產另爲指撥之處分（二十八年五月三日院字一八八四號）。

七、土地法第三十六條，所謂登記有絕對效力，係爲保護第三人起見，將登記事項，賦與絕對真實之公權力，故第三人信賴登記而取得土地權利時，不因登記原因之無效或撤銷而被追奪，惟此項規定，並非於保護交易安全之必要限度以外，剝奪真正之權利，如在第三人信賴登記而得土地權利之前，真正權利人，仍得對於登記名義人，主張登記原因之無效或撤銷，提起塗銷登記之訴，並得依土地法施行法第二十八條，向主管地政機關，聲請爲異議登記，此項異議登記之聲請，與土地法第一百〇一條第五款所謂提出異議，係在未爲第一次所有權登記前，由土地裁判所爲之者，本屬兩事，此就土地法施行法第二十八條第二十九條與土地法第一百〇一條第五款第一百〇三條第一項對照觀之自明，真正權利人，得於登記完畢後，提起訴訟，並聲請爲異議登記，既爲土地法施行法第二十八條所明定，同條又未就第一次所有權登記，設有例外，則土地法第一百條所定六個月公告期間，雖已屆滿，亦僅有同法第一百〇三條第一項第一百〇四條第一項所定之效力，不能據以除斥真正之權利（二十八年九月十五日院字一九一九號）。

八、依土地法施行法第二十七條之規定，得以預告登記保全之權利，係以土地權利之移轉消滅或其內容或次序之變更爲標的之請求權，並非土地權利之本身，至此項請求權之預告登記，依同法第二十九條因假處分或經土地權利登記名義人之同意爲之，該請求權是否曾受何種侵害，與能否爲預告登記之問題無涉。

土地法施行法第二十七條第二項不過示明第一項之請求權，不以現已發生者爲限，附有條件或將來之請求權，亦在其內，並非謂附有條件或將來之請求權，不以土地權利之移轉消滅或其內容或次序之變更爲標的者，亦得爲預告登記，同條第三項所稱第一項之請求權，自係包含第二項之請求權在內，否則就附有條件或將來之請求權所爲預告登記，即屬毫無效力，顯與法律許爲預告登記之本旨不符（二十九年一月十八日院字一九五八號之一之二）。（註一）

九、「甲」原呈所請先買權，當指土地法第一百七十三條之優先承買權而言，此項優先承買權，以出租人出賣耕地時，承租人得依同樣條件優先承買為其內容，實屬訂立買賣契約之請求權，買賣契約訂立後，始有耕地所有權之移轉請求權，惟其將來可以取得耕地所有權移轉請求權之原因，業已存在，應解為將來之請求權，許為預告登記，如其優先承買權未為預告登記，則在買賣契約訂立後，自得就耕地所有權之移轉請求權，為預告登記。

「乙」原呈所謂供役地所有人，與地役權人，訂定供役地內建築房屋時，地役權人應為拋棄地役權之意思表示者，供役地所有人，因於建築房屋之停止條件成就時，有消滅地役權之請求，此際自得就該請求權為預告登記。惟設定地役權之初，即有此種特別訂定者，依土地法第一百十八條，第八十二條第二項，既於為地役權設定之登記時，將其訂定一併登記，自無須再為預告登記。倘地役權設定契約，係附以供役地內建築房屋時地役權即消滅之解除條件，則解除條件成就時，地役權當然消滅，無所謂地役權消滅之請求權，此際應為地役權消滅之登記，無須預告登記之可言。

「丙」土地權利內容之變更，例如地上權存續期間之變更，永佃權地租數額之變更，地役權目的範圍之變更是也，以此為標的之請求權，固得為預告登記。若原呈所舉之例，係將土地所有權移轉於他人後，禁止他人變賣土地，其請求權係以不變賣土地之不作為為標的，與土地權利內容變更之請求權，以變更土地權利內容之作為為標的者迥異，自不得為預告登記。

「丁」土地權利次序變更之請求權，例如次序在後之抵押權人，以某種原因，對於次序在先之抵押權人，有請求拋棄次序在先之利益之債權是也（參照民法第八六五條第八七四條）。原呈所舉之例，係以遺囑變更法律所定遺產繼承人同等之順序，既非所謂土地權利次序變更之請求權，更無所謂土地權利次序變更之請求權，絕無為預告登記之餘地。

「戊」原呈所舉之例，係全族就其共同共有之養贖田，訂定由將來畢業於某種學校之族中子弟收益，此項收

盡請求權，既非關於土地權利之移轉消滅或其內容或次序之變更之請求權，自不得爲預告登記。至附有條件之請求權之例，可參照乙項前段之說明。

「己」原呈所舉之例，如係地上權之設定，且定有地上權存續期間者，將來存續期間屆滿時，地上權當然消滅，無所謂使地上權消滅之請求權，惟土地所有人與地上權人約定地上權存續期間屆滿時，地上權人，應將該地上房屋之所有權，移轉於土地所有人者，得就將來之房屋所有權的移轉所有權，爲預告登記（二十九年一月十八日院字一九五八號之三）。（註二）

十、土地法施行法第二十九條，係就同法第二十七條之預告登記，或同法第二十八條之異議登記規定其程序上應備之要件，並非於該兩條以外，別認預告登記或異議登記之原因。至土地法施行法第二十七條之情形，已有判決命土地權利人爲移轉或消滅其土地權利或變更其內容或次序之意思表示時，因該判決之確定，即視與土地權利人已爲此項意思表示同，此際既可爲土地權利移轉消滅或變更之登記，即無須爲預告登記。又土地法施行法第二十八條之情形，已有確定判決認登記原因之無效或撤銷，命被告爲塗銷登記之聲請者，依土地法第五十九條後段，得僅由原告聲請爲塗銷登記，亦無須爲異議登記（二十九年一月十八日院字一九五八號之五）。（註三）

（註）土地法施行法第二十七條之意義有兩說：（甲）預告登記所保全之標的，乃某種請求權，並非標的物之本身權利。（乙）預告登記，即所以保全標的物之本身權利，如依甲說，則一般的請求權，在何種情形受侵害而需要保全，如依乙說，則所有物權，均已應請爲第一次所有權或他項權利登記，何必重爲預告登記。又同法第二十七條第三項規定，何以第一項登記之優先於第二項。

（註二）原呈所舉之例如下：（甲）保全土地權利移轉之請求權，例如某甲租賃荒地一片，租給某乙墾植成熟，甲書出賣該地，則乙應有先買權，惟欲保全該項先買權，須作預告登記。（乙）保全土地權利消滅之請求權，例如張三房屋，係近李四空基，雙方約定，在目前狀況之下，准予張三出入該基，若李四興建房屋，張三則願拋棄通行權，於此情形，須作預告登記。（丙）保全土地權利內容之變更之請求權，土地權利內容，包含使用收益處分，如欲保全變更，須作預告登記，例如某遺產家願將伊之手前民田一百畝，均給孤老堂，收取租息，美應孤老，但不許變賣是。（丁）保全土地權利次序之變更之請求權，例如王實翁有遺產萬頃，依照繼承法例，應由某直系血親承襲，有同

等繼承之權，惟當繼承先配偶而後及直系血親卑屬，乃立遺囑，或在開親族會議，而將繼承之權等遺與，須有預告登記。(戊)附條件之贈與，例如潘氏兩案，有獎賞田五十畝，全族公議某房之子弟，須在某種學校畢業，始得享受該田之權利是。(己)將來之請求權，例如某甲以土地給予某乙，按畫使用，不取利息，惟約至民國五十年間，乙則將該屋及屋基一併交還某甲矣。

(註三)土地法施行法第二十九條，有兩種解釋：(甲)本法第二十七條第二十八條之預告登記，或異議登記，須因債權分或得權利名義人之同意，始得爲之。(乙)除前二條之原因，當然得爲預告及異議登記外，如有因法院假處分或得權利名義人之同意，亦得爲之，與依甲說，非將當事人雖已具備以上二條之原因，不得爲異議及預告登記，即有因法院之判決，亦不得爲之。如依乙說，則任何人，均可將他人權利，妄爲預告登記，或異議登記。(以上所註，均見內政部呈行政院咨司法部請解釋土地法疑義案。)

十一、土地法施行法第二十八條第二項所稱權利之新登記，係指對於該權利之前登記，由第三人取得權利之新登記，觀土地法第一百〇八條，一百〇九條，均以新登記與前登記對稱，其義自明。施行法第二十九條所稱土地權利登記名義人，即在登記簿上有土地權利名義之人，徵以同條並舉之預告登記，須對於請求權負義務者之土地權利，已經登記，始得爲之，亦甚明顯，是施行法第二十八條，第二十九條所稱之異議登記，係對於既存之土地登記爲之，與土地法第一百〇一條第五款無涉，施行法第二十八條之本旨，係因該第一項之訴訟，爲請求塗銷登記之訴，此項訴訟提起後，如有第三人取得土地權利之新登記，即不得塗銷前登記，以追奪第三人取得之權利。故許提起訴訟者，聲請爲異議登記，並認異議登記，有停止此項新登記之效力，以保全其塗銷登記請求權，施行法與其本法，同爲依立法程序制定之法律，以施行法確定其本法之意義，或限制其適用，本無不可，綜合土地法與其施行法之規定而探其一貫之法意，土地法第三十六條，所謂登記有絕對效力，係爲保護第三人起見，將登記事項，賦與絕對真實之公信力，真正權利人，在已有第三人取得權利之新登記後，雖得依土地法第三十九條請求損害賠償，不得爲塗銷登記之請求，而在未有第三人取得權利之新登記時，對於登記名義人，仍有塗銷登記請求權，自無疑義，院字第一九一九號解釋，無須變更(二十九年一月十六日院字一九五六號)。

十二、凡爲維持一家生活，直接經營耕作者，雖非自在耕作，亦不失爲土地法所稱之自耕，在土地法施行

法第十三條，規定甚明，但所謂維持一家生活，專指自然人而言，故土地法第一百八十條第三款之規定，惟耕地之出租人爲自然人時，始有適用（二十九年七月二日院字二〇二八號）。

十三、土地法第一百七十七條第一項所載不及千分之三百七十五者，從其約定一語，不過宣示其約定之爲有效，並非限制民法第四百四十二條之適用，土地法施行法第五十二條第三項之規定，亦僅於其所定情形排除民法第四百四十二條所定之限制，俾定有期限之租賃，亦得請求增加租金，非謂耕地增加租金之原因，以該條項所定情形爲限。耕地之出租人，自得於不超過耕地正產物收穫總額千分之三百七十五範圍內，依民法第四百四十二條之規定，聲請法院，增加租金（三十一年一月十日院字二二七二號）。

十四、適用土地法關於房屋救濟之規定，不以地政機關已有公告爲要件，至適用此項規定之房屋，不以供居住者爲限，開設店舖之房屋，亦包含在內（三十一年十一月十六日院字二四二八號）。

第三解 經濟物法實施的步驟

本解應說明者四點

第一點 總說

經濟物法，主要爲土地法，土地法第一編第四章規定土地測量，第二編規定土地登記，第四編第二章規定地價之申報及估計。但在戰時，爲使推行土地政策工作，簡捷易行起見，先後有戰時地籍整理條例，戰時地價申報條例，戰時征收土地稅條例之頒布，三種法規，與現行基本法律的土法之規定，尙無抵觸，故在現在情況下，自應先於土地法而適用，而土地法反居於補充地位也。

第二點 戰時地籍整理條例之內容

甲 地籍整理之程序

(一)爲土地測量。於必要時，得以法律另定簡易程序。(二)爲土地登記。其程序爲：(1)調查地籍，並分

發登記聲請書。(2)定期收件。(3)審查公告。(4)登記發給書狀並造冊。(三)爲規定地價。依戰時地價中權條例規定之程序辦理之。

乙 登記申請及公告

土地測量調查地籍時，按戶分發土地登記申請書，指導土地所有權人或其代理人，查對原圖及畝分，並填寫申請書。申請登記期限，由地方地政機關，報請中央地政機關核定之。在每一區測量完竣，應將地籍圖公布，定期舉辦土地登記，並於開辦登記時，派員按戶收取土地登記申請書，限期令赴該區登記處所，呈驗土地權利證件，核對原圖畝分，及繳納登記費，此項申請書，在可能情形，得於分發申請書時，指導填寫，即時收回之。

登記機關，收到申請登記證件後，應儘速審查，依次公告之。逾申請登記期限，無人申請登記之土地，或經申請登記，而未呈驗證件者，由登記機關公告，在此公告期間，補行申請時，得比照原登記費，加征百分之十。公告期間，不得少於二個月，由地方地政機關擬定，報請中央地政機關，轉呈備案，其逾公告期間，仍無人申請登記之土地，應由政府代管，至抗戰結束後一年爲止，其代管辦法，由中央地政機關定之。公告期滿無異議之土地，應儘速登記，發給書狀及造冊，如有異議之土地，應依法處理之。

丙 簿冊

土地登記所用簿冊，依中央地政機關規定之格式，但除登記簿、地籍索引簿，所有權人索引簿等必要簿冊外，其他得酌量情形，暫緩設置。各項簿冊書表內容，除必要項目外，可酌量情形，暫緩填寫。

丁 地價

查定標準地價，應儘先辦理，並於開始土地登記前，調查地籍時，分區公布之。人民申報地價，應與申請登記，同時爲之，地價冊應與登記簿同時編製，必要時得提前編製之，登記完竣時，如有錯誤，再據實改正。

戊 應儘先舉辦之地方

整理地籍，應就下列各地方，儘先舉辦：(1)省會所在地方。(2)已設市地方。(3)交通要衝商業繁盛之城鎮地方。(4)因特殊建設地價劇漲之地方，或預期地價有劇漲趨勢之地方。以上所指地方，如地籍未經整理，得由中央地政機關，呈請行政院，以命令限期舉辦，但因特殊情形，由地方地政機關，呈經中央地政機關核准者，得暫緩舉辦，各地方地政機關，依該條例整理地籍，應將實施計劃，報請中央地政機關轉呈備案。

第三點 戰時地價申報條例之內容

其一 緣起

查各省市規定地價辦法，有依照土地法之規定訂定者，有依照非常時期地價申報條例之規定訂定者，亦有參酌土地法及非常時期地價申報條例之規定訂定者，程序不同，辦法各異，所需人員經費完成時間及規定地價成果，亦因之大相懸殊，地政署於三十二年十二月召開全國地政業務會議，各省根據實施經驗及行政需要，僉以欲求平均人民負擔，節省人力物力，加速完成規定地價工作，以期貫徹土地稅政策起見，亟應統一規定地價辦法，並以非常時期地價申報條例，自三十年十二月十一日公布施行以來，雖於三十一年十月十七日，一度修正，但僅將內政部字樣，改為中央地政機關，對於條例內容，並無修改，提出再修正意見，經大會決議，採集各項意見，送地政署核辦，地政署根據各項意見，參酌各地方實際情形，附具草案，呈經行政院六〇八次會議修正通過，復提交國防最高委員會第一一六次常會決議，交立法院審議，立法院於三十二年十月二十九日院會二四八次修正通過，改稱為戰時地價申報條例。

其二 內容

甲 主辦機關

地價申報事宜，以市縣地籍整理機關，為主辦機關，凡主辦土地測量登記之地方，應依該條例之規定，同時申報地價。

乙 申報程序

辦理地價申報之程序如下：(1)查定標準地價。(2)業主申報。(3)編造地價冊。

丙 地價調查及標準地價之評議

地價調查，應抽查最近二年內土地市價或收益價格，以爲查定標準地價之依據，其抽查起數，得視地目繁簡，地價差異，平均每十起至四十起，抽查一起，此項地價抽查，應與地籍調查，同時爲之，依據上開調查結果，就地價相近地段相連之土地，劃分爲地價區，並就每區內抽查起地之市價或收益價格，爲總平均計算，以求得各該地價區之平均地價，每地價區之平均地價，由標準地價評議委員會評議，送經主辦機關核定，爲該地價區之標準地價。標準地價，應於開始土地登記前，分區公布之，標準地價評議委員會，由市縣地籍整理機關，指派估價人員一人，並聘請各該市縣農會工會商會教育會主管征稅機關，及參議會代表各一人組織之，其評議規則，由中央地政機關定之。

丁 重估地價

地價申報滿五年，或一年屆滿，而地價已較原申報地價有百分之五十以上之增減時，得舉辦重估地價，其查定標準地價事項，適用上開丙項之規定辦理之。又依上開規定，查定之標準地價經分區公布二個月後，即以改編地價冊，在限期內，業主得比照標準地價，聲請爲百分之二十以內之增減，逾期不得異議。

重估地價，由主管地政機關辦理，未設地政機關之市縣，由省政府派估價人員協助市縣政府辦理之，凡舉辦地價申報，及重估地價之市縣，應依該條例之規定，擬具計劃，送請中央地政機關核定辦理。

戊 業主登記之申請

業主聲請登記土地所有權時，應同時按照標準地價，申報地價，但得爲百分之二十以內之增減，其聲請土地登記而未同時申報地價者，即以標準地價爲其申報地價，每登記區地價申報完竣，應即編造地價冊二份，分存主管地政機關，及主管征稅機關。

己 土地稅（包括地價稅及土地增值稅）爲單一稅之確定

每市縣地價冊編造完竣，應即舉辦地價稅及土地增值稅，其原有田賦及附加捐稅，不再征收，據戰時田賦徵收實物條例第四條之規定，爲適應戰時需要，凡依法開辦土地稅之市縣，其農地區域，均徵收實物。

第四點 戰時征收土地稅條例之內容

甲 通則

全國各縣市之土地，已完成測量登記，並規定地價（即戰時地價申報條例內之申報地價）製備地價冊者，在戰時一律依該條例之規定，征收土地稅，其開征區域，由行政院以命令定之。

土地稅包地價稅及土地價值稅二種，由縣市土地稅管理機關征收之，征收土地稅之土地，不再征收財產租賃出賣所得稅，亦不得用任何名目，征收附加稅。

土地稅之征收，不因規定地價發生異議而停止，惟於異議決定時，依其決定，分別退補。

乙 地價稅之征收

地價稅照規定地價，按累進稅率征收之，以其規定地價數額千分之十五爲稅率，土地所有權人之地價總額，未超過累進起點地價時，依規定地價數額千分之十五稅率征收之，超過累進起點地價時，依左列方法，累進課稅：

（一）超過累進起點地價在百分之五百以下者，其超過部分加征千分之二。

（二）超過累進起點地價在百分之一千以下者，除按前款規定征收外，就其已超過百分之五百部份，加征千分之三。

（三）超過累進起點地價在百分之一千五百以下者，除按前款規定征收外，就其已超過百分之一千部份，加征千分之五，以後每超過百分之五百，就其超過部份遞加千分之五，以加至千分之五十爲止。

上開累進起點地價，以十萬元至二十萬元爲度，由各縣市土地稅管理機關，商承縣市政府，會同地政機

關，按照自住自耕地必需面積，參酌地價及當地經濟狀況，就規定範圍內擬訂，層報財政部會商地政署核定之。

地價稅每年征收一次，必要時得分兩期征收，開征日期及征收期限，由省市主管機關擬訂，呈請財政部核定辦理，在開征前一個月，應將納稅須知事項公告，並將征稅通知單，送達納稅人（即土地所有權人，其設有典權之土地，由典權人繳納），納稅人接到納稅通知單後，如認為有不符時，得備具理由書，申請更正，地價稅收入應提給縣市之成數，由行政院定之，凡征收地價稅之土地，原有田賦契稅及附加稅，一律免除。

丙 土地增價稅之征收

土地增價稅，照土地增價之實數額計算，於土地所有權移轉時征收之，土地增價總數額之標準，依左列之規定：

一、規定地價後未經過移轉之土地，於超賣移轉時，以現賣價超過原規定地價（即原地價）之數額為標準。

二、規定地價後未經過移轉之土地，於繼承或贈與移轉時，以移轉時之規定地價超過原規定地價（即原地價）之數額為標準。

三、規定地價後曾經過移轉之土地，於下次移轉時，以現賣價超過前次移轉時之賣價（即原地價），或規定地價超過原規定地價為標準。

土地增價總數額，以除去免稅額，為土地增價實數額。此項免稅額，由各省省市主管機關，商承省市政府，按照各縣市經濟變動狀況擬訂，報由財政部會商地政署規定之。

土地增價稅之稅率，依左列之規定：

一、土地增價實數額，在原地價數額百分之一百以下者，征收其增價實數額百分之二十。

二、土地增價實數額，在原地價數額百分之二百以下者，除按前款規定征收外，就其已超過百分之一百部

份，征收百分之四十。

三、土地增值實數額，在原地價數額百分之三百以下者，除照前二款規定分別征收外，就其超過百分之二百部份，征收百分之六十。

四、土地增值實數額，超過原地價數額百分之三百者，除照前三款規定分別征收外，就其超過部份征收百分之八十。

土地所有權之移轉為絕賣者，其增值稅，向出賣人征收之，移轉為遺產繼承或贈與者，其增值稅，向繼承人或受贈人征收之，征收土地增值稅之土地，應將稅通知單，送達納稅人限期繳納，納稅人接到通知單後，如認為有不符時，得備具理由書，申請更正，土地增值稅收入應提給縣市之成數，由行政院定之。

丁 欠稅處分

土地稅不依限期完納者，就其所欠數目，自逾期之日起，按月加征滯納罰鍰，為其所欠數目百分之一至百分之三，不滿一月者，以一月計，欠稅屆一年未清繳者，移請司法機關，將欠稅土地及其定著物拍賣，土地及其定著物，如可劃分拍賣一部份即足抵償者，得因欠稅人之聲請，僅拍賣其一部份，以所得價款抵償，餘款交還原欠人，滯納土地增值稅，除依上開規定辦理外，並不為移轉登記。

戊 土地稅之減免

土地有下列情形之一者，得由財政部會同地政署，呈經行政院核准，免稅或減稅：(一)公有土地。(二)學校及其他學術機關用地。(三)公園公共體育場用地。(四)農林試驗場用地。(五)森林用地。(六)公共醫院用地。(七)公共墳場用地。(八)其他公益事業用地而不以營利為目的者。

因地方發生災難，或調劑社會經濟狀況，得由財政部會同地政署，呈經行政院核准，就關係區內之土地，於災難或調劑期中，免稅或減稅。在自然環境及技術上無法使用之土地，或在墾荒過程中之土地，由財政部會同地政署，呈經行政院核准，免征土地價稅。因土地征收或土地重劃，致所有權有移轉時，或農產地因農民施用

勞力與資本，致地價增漲時，均不征收土地增值稅。凡減稅或免稅之土地，其減免之原因事實，有變更或消滅時，仍應繼續徵稅。

己 附則

各省市土地稅征收規則，由各省市政府擬訂，呈請行政院核定之。又凡條例未規定之事項，仍依土地法之規定。

綜觀戰時征收土地稅條例之內容，雖為抗戰期間實施土地稅的過渡法，但仍有其重大意義，為平均地權的立法之嚆矢，較土地法所規定，亦有其獨特之點：(一)依據該條例所征收的地價稅及土地增值稅，是單一稅，除卻條例中的稅之外，不再征財產租賃出賣所得稅，亦不得用任何名目，征收附加稅。(二)農產地因農民施用勞力及資本，致地價增漲時，不得征收土地稅，乃為自耕農而設之保護規定。(三)對無法使用或尚在墾荒過程中之土地，得由財政部會同地政署呈經行政院核准而免征其地價稅，一方面是使有土地而無法使用的人，得免賦稅的負擔，另一方面是求能達成獎勵墾荒之目的。(四)地價稅雖以累進法征收為原則，但累進起點地價，則以十萬元至二十萬元為度，由各縣市土地稅管理機關，商承縣市政府，會同地政機關，按照自住自耕地必需的面積，參酌地價及當地經濟狀況，就規定範圍內擬訂，再報由財政部會同地政署核定，為一種限制土地集中而又欲使其與戰時地方經濟能互相配合的折衷辦法，如果運用得宜，可以逐漸削弱並預防土地集中的傾向。(五)土地所有權轉移時，始征收土地增值稅，可以避免每經過五年從新估價征稅之煩。(六)土地稅之征收，以完成測量登記，並規定地價製備地價冊者為限，換言之：舉凡尚未完成測量登記並規定地價製備地價冊者，即不適用該條例。(七)土地稅開征區域，由行政院以命令定之，則係開征土地稅中的具有彈性的規定，在此規定之下，即已完成測量登記並規定地價製備地價冊之縣市，倘有特殊困難，亦可在猶豫征收之列。由此觀之，地價稅和土地增值稅，是平均地權的一種手段，早應實行征收，所以遲至於今始作征收之規定者，一部份固然是受戰時的影響，但主要原因，還在於各省對於土地的測量和登記，地價的規定和地價冊的製備，未能迅速進行。

之所致也。今國民政府既繼土地法之後，更頒布補充條例，而已完成測量登記並規定地價製備地價冊之縣市，亦已有相當數目，政府自應一面就先決條件已具備的地方，開始作示範的征收，一面則嚴定期限，令先決條件尙未具備的地方，儘速完成測量登記並規定地價製備地價冊的要政，則土地稅之從立法階段，進於具體實施的階段，亦非難事也。

第四解 現狀下未舉辦土地登記區域的過渡法

本解應說明者六點

第一點 總說

全縣土地經過測量及登記，進有正式地籍圖冊，依土地法規定地價，征收地價稅及土地增值稅，方足爲土地政策之實現，因我國以農立國，抗戰迄今，決不能再以開稅墾稅爲國家收入之主體，而當以土地糧食之稅收，爲國家財政之基本，此中央決定之政策也。在未能如期辦完土地測量及土地登記之縣，應辦理土地陳報，造具臨時地籍冊，對於全縣土地，分鄉分段大體規定其地價，對於原有之土地賦稅，加以釐整，此辦理土地陳報綱要之所由產生也。但舉辦地價申報之地方，不再辦理土地陳報。又依該綱要第十八條陳報清冊式樣及籌措陳報經費，改訂科則，厲行征收及改善征收辦法另定之，因此有田賦推收通則之制定。推收與契稅，應同時辦理，一面稅契，一面辦理推收，先後有契稅條例之公布。又爲充裕戰時之糧食，應付當前之環堵，制定戰時田賦征收實物條例，均爲關於土地之規定。關於房屋，在未依土地法舉辦土地物改良稅區域，征收房捐，因此有房捐條例之公布。除田賦征實，由財政部會同糧食部辦理外，均以財政部或省財政廳爲主管機關會同地政機關辦理之，與土地登記，征收土地稅，或土地物改良稅，屬於中央或地方地政機關之主管者，有所不同。以上各種法令，均爲土地法之過渡法，以下分點說明之。

第二點 辦理土地陳報綱要之內容

甲 主管機關

各省辦理土地陳報由財政廳會同省地政機關，或由省地政機關會同財政廳（以下簡稱主管機關）辦理（二條），土地陳報由主管機關令縣區區管率鄉鎮公所辦理，縣區鄉鎮，各設土地陳報辦事處（四條）。辦理土地陳報，得由主管機關，先期訓練或遴選專門人才，分赴各縣切實指導，並得會同地政機關，釐訂專章，考選有測繪學識經驗人員，登記給照，准在各該縣執行測丈業務，以便人民於必要時，委託測丈田畝（二六條）。各省辦理土地陳報，得就地方人力財力，分區舉辦，其區域及日期，並應由主管機關，先期會同呈報省政府，分別轉請主管部察核備案（二四條）。各省主管機關，應於事前，依照本綱要釐訂章程，呈送主管部備案，主管部遇必要時，得派員實地考察指導（三三條）。

乙 陳報事項

各省境內，凡公有及私有一切田地山蕩等土地，除道路橋樑河流城牆外，在依法辦理測量登記以前，均遵照本綱要據實陳報，以便政府編造征冊，更訂科則等事宜。營屯衛等項田地，由地方政府，會同原主管機關，辦理陳報（三條）。陳報分：（一）冊書編查，（二）業戶陳報，（三）鄉鎮長陳報，（四）審查復查或抽丈，（五）縣府公告，（六）編造征冊，發給土地管業執照，（七）改訂科則等項程序（五條）。業戶陳報，以戶為經（直線），即戶領坵（外鄉之戶不得登入），每鄉陳報單，合訂一冊，冊尾應統計本冊共若干戶，並地若干畝，內分坐落本鄉者若干畝（各註明某鄉）。鄉鎮長陳報，以地為經，即坵領戶（外鄉之地不得登入），亦每鄉陳報單合訂一冊，冊尾應統計本冊共若干畝，並若干戶，內分住居本鄉者若干戶，住居外鄉者若干戶（各註明某鄉）。以上兩冊，同時陳報，庶可互相比對，藉防欺隱而免漏舛，此項單冊式，由部分別規定（見五條說明）。

丙 陳報手續

冊書依照糧戶，按鄉鎮自治區域，參照原有征糧區域，造具編查清冊，呈縣核發各區，轉交鄉鎮辦事處查考，其冊式另訂之。同時由縣政府先期召集各區鄉鎮長會議，俾認諳陳報要義，然後成立鄉鎮辦事處，分請公

正士紳及公團法團代表，及學校校長教師，申說陳報意義，應其分別預爲勸導，務於實行陳報前，全縣人民，完全明瞭陳報意義（七條）。縣辦事處，於業戶填報期間，未開始前，印就陳報單及收據，轉發鄉鎮辦事處，分別發交各業戶及存處備用。陳報單款目，及收據式樣另訂之（八條）。業戶於填報期限內，應檢同證明文件，逕赴鄉鎮辦事處呈驗，分填報畝數地價等項，坵塊相連者，得合併陳報，戶在乙鄉，地在甲鄉者，得由業戶逕向甲鄉填報，核送乙鄉彙轉，業戶在他縣或他省市者，得派代表逕向縣辦事處填報，並由縣分別轉飭田地所在地鄉鎮辦事處知照（九條）。業戶因交通不便，或其他特殊情形，未能於填報期內辦竣者，在未公告前，得准予逕向縣辦事處補報（一〇條）。呈驗之證明文件，應隨時驗明，加蓋驗訖圖章，當場發還，並附給陳報單收據，將來憑據發給土地管業執照。土地管業執照式另訂之（一一條）。各業戶陳報田地畝數，應按地方習慣，以畝爲準（另由縣辦事處依照六千平方市尺折合市畝註明入冊），如所報畝數，不及申載冊畝者，應由鄉鎮辦事處，詳查原委，以免隱匿（一二條）。各業戶陳報時，遇有契載田地畝數，多於折合冊畝者，應據實列報，其新增畝數，應由鄉鎮辦事處，於陳報單冊備註欄內註明（一三條）。各業戶陳報戶名，應用本人真實姓名，不得沿用舊日某記某堂等名號，凡屬公產或社廟義莊等田地，亦應詳註經管人或代表人姓名（一四條）。鄉鎮辦事處，應於業戶填報期滿後十五日，彙轉區辦事處，區辦事處，亦於十五日內，轉縣辦事處（一六條）。復查抽丈公告造冊給照及改訂科則，均由縣辦事處辦理（一七條）。辦理土地陳報，及改訂科則，限期一年（一六條）。

丁 免費免罰

土地陳報，概不收陳報費及執照費，並准免貼印花（一五條）。土地管業執照，除坵塊相連者，得併發一張外，均按坵發給，不收執照費（二三條）。凡遇有地無糧，或地多糧少之田畝，概不究既往，一律准予免費升科，不得征收補糧費及手續費，無地之糧，即予開除（一九條）。未稅契據，准予緩期報稅，並免征罰金（二〇條）。

戊 增收之用途

陳報後田地加多新增之收入，悉數撥抵減輕田賦附加之用，如再有餘，均撥充地方事業經費（二二條）。凡依限陳報，或延期陳報者，准於第一年田賦項下，分別增減其稅額百分之十至二十，以示懲獎，其隱匿不報之土地，於陳報結束後，由鄉鎮公所暫管，如經過三年，仍無人過問者，視為無主土地，作為地方公產，其暫管期內之孳息，及作為公產後之收入，均同上條辦法，悉數撥抵減輕田賦附加，及指充地方事業經費之用（二二條）。

己 取得時效及爭執冒認阻撓之處理

一 無契土地，確經長期和平占有，經四鄰證明，合於民法之規定者，即依規定辦理（二八條）。辦理土地陳報，遇有產權爭執時，應由區鄉鎮調解之，調解不洽，由縣政府核定，其已提起訴訟者，仍由司法機關處理（二七條）。凡對於公地或他人產業，冒認陳報者，除查明註銷陳報外，並依法辦理（二九條）。凡阻撓土地陳報者，依法治罪（三〇條）。

庚 免予舉辦

各縣有下列情形之一者，得免予舉辦：（一）已舉辦清丈登記，或已着手清丈，而在三年內，可期完成者。（二）已辦土地陳報，土地調查，或其他清賦事宜，著有成效者，其正在辦理第二項事務者，應一律改照本綱要辦理（二五條）。

第三點 田賦推收通則之內容

甲 主辦機關

凡土地所有權移轉，無論買賣、繼承、分析、合併、贈與、交換，或其他依法取得所有權之土地，受讓人均應聲請推收過戶，推收手續，由縣市政府，設立田賦推收處辦理，所有縣市戶冊，並應交由該推收處，整理保管，其已設有地政科之縣市，推收事務，即由地政科辦理，不另設處（二條）。鄉鎮公所，為土地所有

權移轉暨證人，遇有土地所有權移轉事項發生，應將受讓人及原業人之姓名住址，移轉性質（買賣之類）移轉年月日，土地面積及價額等，即行登記，按月列表，彙報縣市政府，發交田賦推收處，以便稽考（五條）。鄉鎮公所，應派員赴縣市政府，將該管區域內之坵戶圖冊，抄錄副本，保存備查，以後土地所有權，如有移轉，並應隨時分別改註，每屆年終，須赴田賦推收處對勘一次（六條）。土地之新墾升科，及除糧復糧等事項，均由田賦推收處辦理（一一條）。

乙 承辦人員

田賦推收處，應設勘丈員，辦理土地勘丈事宜，必要時並得於鄉鎮公所，設置勘丈員，辦理該管區域勘丈事宜（一一條）。推收應與稅契同時辦理，承辦推收人員，得兼辦稅契事務，業戶投完契稅時，應即聲請推收，俟過戶完畢，始准將原契蓋印發還（一三條）。田賦推收事務，不得由田賦經征人員兼辦以杜流弊（一四條）。推收主任，推收員及勘丈員，均由縣市政府，就中等學校或相當職業學校畢業者，選取訓練派充，在已辦土地陳報之縣市，並應於辦理土地陳報人員中，擇優任用（一六條）。

丙 推收手續

受讓人聲請推收時，應於聲請書內，載明下列事項：（一）受讓人姓名住址（住址應將所屬保甲及居住街村敘明），（二）原業人姓名住址，（三）移轉性質（如買賣繼承等類），（四）土地種類段號坵號坐落四至及面積，（五）賦額及原有糧區戶名，（六）地價，（七）移轉日期，（八）契約（包括土地管業執照、賣契、遺囑、分關、贈字、併字、換約等），（九）原業人最近年份納糧收據，八款或九款契據，於聲請推收時，由受讓人呈驗，驗畢，除白契交契稅處課稅，其應換之管業執照，由田賦推收處換發外，其餘應即發還（七條）。受讓人聲請推收，應具真實姓名，其契約所載，如係堂名或別號者，仍須加註真實姓名，倘屬共有者，並應詳列共有各個人姓名（八條）。田賦推收處，接到聲請書及證件時，應將糧戶與土地有關之冊籍（如坵領戶冊戶領坵冊之類），逐一分別改註，至原有土地管業執照，並應換發新照，執照得酌收工本費，解入公庫（九條）。受讓人聲請推

收過戶，自土地所有權移轉之日起，不得超過三個月，其逾期不聲請者，得分別延期遠近，酌處罰鍰，其最高額以不超過契價或估價千分之十爲限，罰鍰應解入公庫（一〇條）。推收戶名權額，田賦推收處，應按月列表送交田賦征收處，添註征冊，並應於每年田賦開征兩個月前，造具征冊，交田賦征收處，以爲造冊根據（一五條）。

丁 典權或承租權

土地典權之設定與變更，得辦理推收，其推收手續，準參照土地所有權移轉推收各條規定辦理（三條）。外國人在通商口岸，或外國教會，在內地依法取得永租權之土地，其辦理推收手續，準用上開之規定，但如查明其土地與國防或公共建設事業有妨礙者，推收處得呈明上級政府，拒絕推收（四條）。

第四點 契稅條例之內容

甲 經過

契稅條例，係民國三年一月十二日北京政府公布，契稅僅賣契與契二種，國民政府成立後，爲貫徹土地政策，籌備土地登記，相沿未改，二十九年十二月十八日公布契稅暫行條例，仍以賣契與契爲限，三十一年五月二十五日修正公布，契稅加交換贈與二種，三十二年五月十五日全案修正公布，於賣契交換贈與外，加分割占有，故現行之契稅條例，共有六種。

乙 領用契紙

在未依土地法舉辦土地登記區域，凡不動產之典賣交換贈與分割之承受人，及因占有而取得所有權人，均用領用官印契紙，完納契稅。領用官印契紙，每張酌交工本費，由財政部按照各地情形核定之，不依法領用官印契紙者，責令繳價補領，並科以二十圓以下之罰鍰。契紙分存根檢查本契三聯，於騎縫處，各編字號，並於契內載明契據類別，土地類別，坐落丘號，四至面積，價額，訂立或給與日期，當事人中證人姓名，及其他事項。契紙式樣，由財政部定之。

丙 契稅

(一) 凡承買他人不動產者，應立契載價，由承買人完納契稅，賣契稅爲其契價百分之十五。(二) 凡承典他人不動產者，應立契載價，由承典人完納契稅，典契稅爲其契價百分之十，其先典後賣之賣契，得以原納典契稅額，劃抵賣契稅，但以典權人與買主同屬一人者爲限。(三) 凡以不動產互相交換者，應估價立契，由交換人各就承受部份完納契稅，交換契稅爲其契價百分之六。(四) 凡以不動產贈與他人者，應估價立契，由受贈人完納契稅，贈與契稅爲其契價百分之十五。(五) 凡分割共有不動產者，應估價立契，由分割人完納契稅，分割契稅，爲其契價百分之六。(六) 凡占有不動產依法取得所有權者，應估價立契，由占有人完納契稅，占有契稅爲其契價百分之十五。

丁 估價與監證

關於交換與分割占有契稅之估價，應組織評價委員會，分區估定標準價格，並公告之，其規程由財政部定之。

凡不動產遇有典賣交換贈與分割或占有而取得權利時，以鄉鎮公所爲監證，鄉鎮公所不得拒絕留難，除按契價抽取百分之二監證費外，並不得索取其他費用，但取得權利人，依公證法請求公證人作成公證書者不適用之。此項監證費，充該鄉鎮公所經費，列入預算，監證人有違法情事時，依法懲辦。

戊 納稅免稅、處罰及免罰

人民依法領買官產，持有合法印照者，仍應完納契稅，已稅契紙有損壞或遺失者，得提出合法證明文件，請求補換，不另征稅。凡各機關公用及因公徵用之不動產，免征契稅，但供營業用者，不在此限。

完納契稅，應於賣典交換贈與分割契約成立後，或因占有而取得所有權之事實成立後，三個月內爲之，逾期不納者，應責令補納，並科以應納契稅額百分之十之罰鍰，其後每再逾期二個月，遞加百分之十，至達應納稅額之同數爲止。

繳納契稅時，如遇匯報契價，應令另換契紙，據實改正，補繳短納稅額，並科以下列之罰鍰：(一)匯報契價未滿百分之二十者，其短納稅額之半數。(二)匯報契價百分之二十以上未滿百分之五十者，其短納稅額之同數。(三)匯報契價百分之五十以上者，其短納稅額之二倍。

在規定完納契稅期間，因不可抗力致不能如期完納者，得聲明事由，經查明屬實，免予處罰，未稅白契，由各省市主管契稅機關，酌定期限，准予補稅免罰。

己 征收機關

契稅由財部主管契稅機關征收之，契稅收據，應分存根檢查收據三聯，於各聯騎縫處，載明契稅額，此項收據聯，應黏貼於本契之後，由征收機關於接合處，加蓋印信。關於契稅條例之施行細則，及征收契稅考成辦法，均由財政部定之。

第五點 戰時田賦征收實物條例之內容

甲 田賦及征收實物之標準

田賦為經中央核定各省市縣原有科則之田賦，及經辦竣土地陳報改訂科則之田賦，所有正附各稅，應合併征收。

戰時田賦，一律征收實物，其有特殊情形地方，得呈經行政院核准，按照當地市價，折收國幣。

征收實物，就各地方主產稻穀或小麥徵收之，不產稻穀或小麥之地方，得由省市田賦管理機關，呈准財政部糧食部，折征雜糧，其折征比例，由財政部會同糧食部定之。

盛產棉花之地方，其植棉土地，得將應納田賦，改征棉花，征棉實施區域，由財政部會同糧食部定之。

田賦征收實物，依各省市縣冊載賦額為基數，並依下列標準折征之：(一)征收稻穀區域，按賦額每圓折征皮棉五市斤，其賦額較輕或較重之區域，糧棉價格相差過甚之地方，得經行政院核定，酌量增減其征率。

乙 農地土地稅之征收實物

爲適應戰時需要，凡已依法開辦土地稅之市縣，其農地區域，得征收實物，其折征率，由各省市田賦管理機關，比照鄰近征收田賦區域農地之實物折征率，並參酌規定地價時之糧價妥爲擬訂，呈請財政部會同糧食部核定之。

丙 徵購或借征

辦理田賦征實地方，除征棉土地外，得隨賦徵購，或徵借糧食，其標準以實物額之一倍爲原則，仍依當地糧產多寡，分別增減之，並得呈准以征實額三成爲範圍，帶征縣級公糧。

征購或征借糧食，得採用累進辦法，由財政糧食兩部擬定，呈經行政院核准後施行之。

丁 實物驗收工具

實物驗收工具，採用市制量器或衡器，採用量器者，以市石爲計算單位，其尾數至合爲止，合以下四捨五入。採用衡器者，以市擔爲計算單位，其尾數至兩爲止，兩以下四捨五入。一省以內，不得同時使用兩種驗收工具。

戊 納稅人

田賦向土地所有權人征收之，其設有典權之土地，向典權人征收之，由納稅人自向征收處繳納，不得由任何個人或團體代收代納，但糧戶自願組織集中納糧者，不在此限。

己 征收機關

田賦之征收，由縣市田賦管理機關辦理，征收棉花地方，採經征經收分立制度，經征事項由縣市田賦管理機關辦理。經收事項由花紗布管制機關辦理。征收國幣地方，其征收款項事宜，由代理公庫之銀行辦理，如無代理公庫之銀行代收時，由縣市田賦管理機關辦理。田賦之征收，以每年一次爲原則，其開征日期，由省市田賦管理機關，參照所征實物收穫時期，呈請財政部糧食部會同核定之，在開征前一個月，征收機關，應將開征

時期地點，及一切納賦須知事項，布告周知，並印發通知單，分送納稅人。

庚 滯納處分

田賦征收實物，應於農產物收穫後一個月內開征，自開征之日起，滿三個月收齊，逾期尚未繳納者，依下列規定處罰之：(一)繳納逾期未滿一個月者，照應完糧額，加征百分之五。(二)繳納逾期一個月以上未滿二個月者，照應完糧額加征百分之十。(三)逾期兩個月以上尚未繳納者，由縣市田賦管理機關，開列欠賦名單，送請縣市政府，傳案追繳，並照欠額加征百分之二十。

欠戶經傳案追繳，仍不繳納者，由市縣田賦管理機關，聲請司法機關，強制提取其收益，或其他資金，抵償欠賦。如收益不足抵償，或無收益及其他資金提取時，由市縣田賦管理機關，聲請司法機關，將欠賦土地及其定着物拍賣抵償，如有餘款，交還原欠賦人，如劃分拍賣一部分，即足抵償欠賦者，應僅拍賣一部分。

業戶遷出，或住址不明，無法傳案追繳者，應由佃戶代完，照數抵納地租。

業戶短匿糧額者，得按短匿糧額二倍以上五倍以下處罰之。如業戶自行首報者，免予處罰。

關於土地受災或公用之減免田賦辦法，及戰區田賦征收減免辦法，由行政院定之。

辛 附則

除該條例規定外，不得再以土地為對象，帶征或攤派任何稅捐。

各省市征實征購或征借事宜，應由省市田賦管理機關，依照本條例之規定，擬具實施辦法，呈請財政部糧食部會同核定之。

第六點 房捐條例上所稱之房捐與土地法上所稱之土地改良物稅不同點

(一)改良物稅之征收，於征收地價稅時為之。房捐則凡未依土地法徵收土地改良稅之縣市政府所在地，及其他商業繁盛，或住民聚居在一百戶以上，確有納捐能力之地區，其房屋均應徵收房捐。

(二)土地法三一五條鄉地改良物，不得徵稅，係指地價稅施行後所徵土地改良物稅而言。房捐係土地改良

物稅之過渡稅捐，不受該項規定之限制，除政府機關及公私學校所有之自用房屋，每戶不超過一間居民自住之房屋，毀損不堪居住之房屋而外，均徵房捐。

(三)土地法三十一條最高稅率，不超過百分之五爲限。房捐率則營業用房屋出租者，爲其全年租金百分之二十，自用者爲其房屋現值百分之二，住家用房屋出租者，爲其全年租金百分之十，自用者爲其房屋現值百分之二。

(四)土地法規定改良物稅之納稅人，除法律別有規定外，向所有權人征收之。房捐則規定較爲詳細，除原則上向房屋所有人征收外，其設有典權者，向典權人征收之。又依地方習慣，得按月或按季定期征收，轉租之房屋，其轉租租金超過原租金者，其超過部分應納房捐，由轉租人負擔。出租或轉租之房屋應納房捐，得由承租房客代繳，抵付房租。出租房屋，應自出租之日起十日內，由出租人申報租額，自住房屋，應自居住之日起十日內爲之。

(五)土地法規定改良物價值之估計，受通知人認爲不當時，得向主管機關，提起異議，經主管機關決定後，原異議人不服，得要求召集公斷員公斷之。房捐則出租房屋應征捐額，依其租約所載之租金核算，自用房屋應征捐額，依房主自報房屋現值核算，租金或房屋現值征收機關，認爲不實時，得予估定，如有爭執，得交由房屋評價委員會評定之。

(六)土地法對於改良物欠稅，準用關於積欠地價稅各條之規定。房捐則逾征收限期不繳者，除違繳外，逾限期一月者，照應納捐額，加收滯納罰鍰十分之一，逾限期二月者，照應納捐額，加收滯納罰鍰十分之三。逾限期三月以上者，照應納捐額，加收滯納罰鍰十分之五。又所有權人或典權人，隱匿房屋不報，或以不正當方法，希圖短漏捐額者，除責令補繳應納捐額外，並照短繳捐額處以三倍以下之罰鍰。

第五解 登記與投稅

本解應說明者五點
第一點 已實行法院登記之區域

前北京政府頒布之不動產登記法令，依前北京政府司法部民國十一年八月五九六號部令，原定京師（即北平）及各省地方法院第一審管轄區域爲施行區域，其施行日期，原定爲三期，第一期爲京師，奉天、吉林等省，於民國十一年九月一日施行。第二期爲河北、江蘇、安徽、山東、山西、河南、福建、浙江、江西、湖北等省，於民國十一年十一月一日施行。第三期爲其他各省，於民國十二年一月一日施行。嗣因各省或值軍興，或因籌備情形，或因經費困難，呈由前北京政府司法部核准緩辦，其已施行之區域及開辦登記之地方法院報部有案者如左：

河北爲天津，保定（十二年三月開辦），北平（十一月九日），高全（十一年十一月）。

江蘇爲江寧，吳縣（十二年二月），上海，丹徒（同年六月）。

安徽爲懷寧，蕪湖（十一年十一月）。

山東爲濟南，福山（十一年十一月），青島（同年十二月）。

河南爲開封，洛陽（十一年十一月）。

福建爲閩侯（十三年五月），莆田（十五年三月），龍溪（十五年一月），思明（十二年五月），晉江（十四年九月）。

浙江爲杭縣（十一年十一月），鄞縣（十一年十二月），紹興、吳興、嘉興（均十二年七月），永嘉（十三年一月），金華（十三年四月）。

江西爲南昌（十二年四月），九江（同年七月）。

湖北爲武昌，夏口（十一年十一月）。

陝西爲長安（十二年四月）。

廣西爲南甯（十三年六月）。

吉林爲吉林、濱江、長春、延吉（均十一年十二月實行），吉林高等審判廳附設之地方分庭（十三年九月）。

甘肅爲皋蘭（十五年一月）。

黑龍江爲龍口、呼蘭（十二年五月）。

奉天爲已辦登記省分，由前北京政府司法部令發新條例，後於十四年七月，據該省高等審判廳呈報，業於十二年一月施行，而收費辦法，則請暫照舊規則核收，經司法部核准備案。

哈爾濱特別區域法院（十四年一月）。

山西據該省高等審判廳呈請暫緩舉辦，於十三年一月經前北京政府司法部令准緩辦。

上述之不動產登記，係採登記對抗主義，依不動產登記條例第三條第四條所定應行登記之權利，爲（一）所有權，（二）地上權，（三）永佃權，（四）地役權，（五）典權，（六）抵押權，（七）質權，（八）租借權，（九）習慣相沿之物權。

習慣相沿之物權，其名義與右列各種不符，依其性質認定之，其性質得認爲右列之一種者，應從其性質登記，仍添原有名義，不能認定爲右列之一種者，應從原有名義登記。

右列各種權利，依該條例第三條不動產權利之設定保存移轉變更限制處分或消滅，非經登記，不得對抗第三人（保存及法律行爲以外原因所生變動依二十九年八月二十二日院字二〇五四號解釋應予除外），第五條租借權已登記者，對於以後取得物權之人，亦生效力，民國十五年東省特別區域法院，詳察該地方情形，呈由北京政府司法部呈准將不動產登記條例第五條修改爲依法律行爲而有不動產物權之得喪變更，依該條例應行登記之事項，非經登記，不生效力，明定採登記要件主義，然對於非依法律行爲而有不動產物權之得喪變更，應如何辦理，則未及之，該條修改之實行區域，前北京政府司法部呈明以東省特別區域高等法院土地管轄內爲限，因

此項北京政府頒布之不動產登記制度實行之區域，有採登記對抗主義，及採登記要件主義二者，其實行登記要件主義之區域，雖其所採主義，與本法相同，但依其所修改之不動產登記條例，第五條規定所屬應行登記之事項，仍以不動產登記條例所稱之所有權、地上權、永佃權、地役權、典權、抵押權、質權、租賃權、及有價證券之物權爲限也。

第二點 未實行法院登記之區域

未實行法院登記之區域，關於不動產物權得喪變更之效力，應依我國向來慣例辦理，我國向來慣例，以設定或移轉不動產物權爲標的之契約，除有特別習慣外（如黑龍江買賣荒地），以作成契據爲憑，一經合法作成契據，即生不動產物權設定或移轉之效力，至契據之投驗，及依該地方慣例向警廳呈報或其他行政官署註冊，係該地方整理稅則管理市政之程序，均非不動產權移轉設定成立之要件。

貼身紅契及上手老契，於訂立以移轉不動產物權爲標的之契約時，慣例上多以交執爲憑，其交執與否？雖非不動產物權之移轉要件，倘若一併交付，亦足以爲證明該不動產無他項糾葛之要件，可藉以補無登記制度之窮，故買主不交貼身紅契，上手老契，買主貿然承買者，一經他人提出此項契據爲其在於該不動產上有某種權利之證明，買主不能以其所有權之移轉，與之對抗，至契據是否用官契紙，及不動產與買價，實否交付，稅契過割之遲早，於不動產物權之移轉，均無關涉。

第三點 不動產登記之要件

甲 不動產登記之意義

不動產之登記，實用上採登記對抗主義，不動產之登記者，謂因當事人之聲請或官署之委託將不動產之權利狀態，登記於公簿也。蓋登記制度，即在於明確不動產之權利狀態，俾衆周知，故人皆可以領取登記簿之抄本，及閱覽登記簿，與其附屬書類，夫如是而後人知不動產權利狀態，始克安心交易，可知不動產之登記，非僅明示不動產本身之狀態，乃以詳記其權利關係，故不動產之權利，因登記而變爲公示之物，吾人不僅得知不

動產之面積大小等，並得知不動產之所有權與物上有無負擔，雖然，此亦限於必須登記之權利關係，非關於不動產之各種事項，悉為登記也，例如不動產所有人，或為未成年人，或為妻，或為獨立婦人，以及未成年人聲定抵押權時，是否得法定代理人同意等項，俱不在登記簿登記之列也，故登記之權利以不動產物權為限，即不動產所有權、地上權、永佃權、地役權、典權、抵押權，以此等權利之存立，不能持有目的物，自非依據登記，無由明確其權利狀態。反是動產所有權，動產質權，留置權，以標的物之管領為要件，其占有之事實，人皆不難認識，故無須乎登記。至不動產中之家屋，則認為獨立之不動產，得與土地分離而為各別之登記。竹木雖為土地之定著物，然不得與土地分離而為各別之登記，以不能認其為獨立之不動產也。除房屋以外，其他土地之定著物亦然。若動產物權之可得而登記者，則惟船舶、航空器。關於船舶登記。係依海商法及船舶登記法之所定，航空器（飛機汽艇汽球）登記，依航空法之所定，不受不動產登記法之適用。

乙、不動產登記之聲請

登記者，法院因當事人之聲請或官署之囑託而為之者也，以登記權利人登記義務人與其代理人赴登記所聲請為原則，而以官署之囑託為例外，其所以使登記權利人與登記義務人共同聲請，蓋期登記之確實，而免陷登記義務人於不利，苟無上述情形之可虞，則僅由登記權利人聲請可也。至其聲請登記，則不可不提出左列之文件：

一、具備不動產登記條例所定條件之聲請書。（明註）

二、登記原因之證書。

三、關於登記義務人之登記訖證。

凡登記以就登記訖之權利為之為原則，故關於登記義務人原權利之登記訖證，自非提出不可，蓋必有是而後始知登記義務人之無誤，與其應行登記之權利狀態也。登記訖證者，證明既經登記之證書也。例如甲以所有土地，讓與於乙，而聲請登記時，則甲係土地所有人，不可不提出其業經登記之證書也。

四、其登記原因，須第三人之同意許可及承諾時，則須提出其同意許可及承諾之書面。
五、由代理人聲請登記時，則須提出其權限之證明書。

(附註)查不動產登記條例第一〇六條內載聲請爲抵押權設定之登記，而其標的，爲關於數宗不動產之權利時，聲請書內，應註明在數宗不動產權利之標示，又不動產登記聲請書記範例第六項押權設定登記之聲請注意內載：有共同標的時，亦應於此項之後，加共同標的之一項，註明各不動產或其權利之標示各等語，是數宗不動產，爲共同標的時，既須在聲請書內，將其共同標的，逐一註明即可，毋庸另製共同標保目錄格式(三十年八月二十九日司法行政部指令第八五七號)。

丙 不動產登記之效力

登記之效力，有二主義：(一)絕對的公信主義，凡已登記之事項，不問是否真實，與登記人爲交易之第三人，係屬善意，均可取得其權利，此乃比較真正所有人及第三人之利害，而認保護善意之第三人，於公益爲有利故也。(二)相對的公信主義，凡登記之效力，以有合法原因爲要件，登記原因，苟不合法，與登記人爲交易之第三人，不問是否善意，均不得取得其權利，此乃比較真正所有人及第三人之利害而認保護真正所有人爲有益故也。我國現行登記制度，未臻完備，爲保護交易之安全起見，應以採相對的公信主義保護真正所有人爲有益，故現行判例，於未合法取得登記之權利而爲登記，認爲不生登記之效力。

登記之期間，不動產登記條例，並無限制，依現行判例，凡在第二審言詞辯論終結以前，依法登記，其次欠缺登記之程序，認爲業已補正，可生登記之效力。

實行登記對抗主義之登記制度區域，其所謂不得對抗第三人，應如何解釋，依各國立法例，原有以在同一不動產上，取得物權，且已登記之第三人爲限者，如法國民法是。有以當事人及其包括承繼以外之人，即凡有權利，在此同一不動產上可以主張之人，均認爲第三者，如日本民法是。登記制度，原以保護一般交易之安全，應以後者爲當，故現行判例取後之解釋，認不動產登記條例第五條所稱之第三人，係指契約當事人及其包括承繼以外之人而言，若在同一之不動產上，並無權利可以主張之人，雖亦爲當事人及其包括承繼以外之人，

但此第三人，於同一不動產上，並無權利可以主張，即與在不動產上取得權利之人，並無利害關係，不生對抗問題，自亦非該條例所稱之第三人。例如甲以其土地，賣與乙後，更以其土地賣與於丙，若乙丙均未登記時，則乙不得以其權利，對抗於丙，丙不得以其權利，對抗於乙，以丙對於甲乙間所有權移轉之契約，立於第三人之地位，乙對於甲丙間所有權移轉之契約，亦立於第三人之地位故也。儻非乙丙登記其權利，則各不得對於第三人而主張之。又不動產物權之得喪變更，與第三人之權利有接觸時，則其優劣，依登記之前後而定，例如甲以其土地，賣與於乙，更以其土地賣與於丙時，倘乙先丙登記，則乙可完全取得其土地之所有權，得對於丙而主張之，反是丙先乙登記，則其土地之所有權歸於丙，丙對於乙，得主張其權利，以此時乙丙之權利，絕對不可兩立，一方既登記其權利，則他一方決不得再登記也，惟甲以其土地抵押於乙後，復賣於丙，則乙可先登記其抵押權，丙可後登記其所有權，以此時丙祇取得其負擔抵押權之所有權而已，而乙之抵押權，固得對抗於丙也。

第四點 登記與稅契之協助

不動產之登記，在已實行法院登記之區域，登記與稅契並行，（註一）在未實行法院登記之區域，以稅契爲證明之方法，（註二）（註三）若依土地法舉辦土地稅區域，因採用地券交付主義之結果，不動產之登記，即無須領用契紙，（註四）又自該地方政機關開始土地法上登記之日起，法院登記，應即停止。（註五）

（註一）查舊約不動產登記費，因其權利取得，在不動產登記條例施行之前後而不同，其取得在施行前者，應依該條例第一二八條第一二九條規定，繳納登記費，至該條例之施行日期，應以奉令開辦不動產登記之日，作爲施行日期，送經本部指示各省高等法院有案（二十年指令江西高院指字第一〇二四九號，二十九年指令甘肅高院指字第三一七三號，指令四川高院指字第四一八九號），自應遵照辦理（二十九年十月十一日司法行政部訓字第三二六七號）。

（註二）二十三年八月財政部令發之改訂契稅辦法四項之丙項查辦法。

一、查行司法行政部，通行全國各級法院及掌理司法之縣政府，專凡審理民刑訴訟，遇有未經完過契稅之契紙，應交由稅務機關，分別補稅後再行辦理，倘有拘礙情弊，由高級長官，依法懲戒。

二、逕行司法行政部，將法院登記不動產條例訂明買賣與質之權利，應以完納契稅之紅契爲證明方法，未稅之白契，不准登記。

(註三)二十八年九月二十九日司法行政部訓字第三一九二號。

(上略)本部前准廣西、福建、江蘇等省政府，以法院對於未經印稅之白契，如准其登記，人民往往逃避重稅，不往投稅，吾謂本部會飭各法院，對於未經印稅之白契，勿予登記，本部乃以嗣後法院辦理登記，遇有買賣與質，尙未投稅之契紙，應飭權利人先向稅契機關迅速稅契，再行登記，如稅契機關，遇有未登記之契紙，亦應將已稅之契紙，移送法院，以便登記，若復各該省政府並經會飭各該省法院遵照有案(見國民政府司法行政部令第一五二〇頁)，此項協助辦法，於促進登記，亦頗有利，除本部已咨飭財政部轉飭各省稅契機關，厲行爲別外，則各該辦理不動產登記之法院，仍應隨時與所在地稅契機關接洽，務使不動產登記制度，得迅速普遍順利進行，合行令仰該院長轉飭所屬各地方法院遵照辦理。

(註四)財政部答覆立法院二十九八年八月十五日函詢七點之四。

已辦土地登記，開征地價稅者，其土地權利書狀，既爲土地之唯一有效憑證，土地轉讓出典時，自應依照中央政治委員會「凡已依法開始辦理土地稅區域，不得再行沿用契稅法令征收契稅之決議案」，停止征收，至舉辦土地陳報，原爲清厘賦籍，其所發土地管業執照，與土地權利書狀之性質，既不相同，其效力自亦差異，且依照財政收支系統法施行條例第六條各省市現行契稅在依土地法籌辦土地稅區域得照舊征收分配之規定，自仍應依法請領契紙，繳納契稅。

(註五)見精詳第二解第二點註三。

第五點 判解

(1) 買賣契已合法成立，雖未交付貼身紅契，亦非無效(四八上字一三四九號)。

(2) 訟爭房屋雖已設定抵押權，然未依法登記，即不得與第三人對抗(十八上字八七三號)。

(3) 抵押權之真實爲一事，其於第三人能否發生對抗力，又另爲一事(十八上字八七九號)。

(4) 已實行登記區域，凡在該區域內房產上設定之抵押權，依不動產登記條例第五條規定，非經登記，固不得對抗第三人，但該條例並無期間限制，若其所主張於查封標的物上之抵押權，其設定之時日，係在查封以前，而查封之際，又即提起異議及確認優先權之訴，並於第二審辯論終結前，補行登記，是其欠缺登記之程序，業經補正，如其主張果屬真實，自不得僅以其登記在實施查封以後，指爲未備對抗第三人之條件，遽予駁斥(十八上字一〇七一號)。

(5) 按不動產物權應行登記之事項，非經登記，不得對抗第三人，故提起異議之訴之原告，苟非有該不動產已登記之物權，足以對抗為被告之債權人，則所提起異議之訴，自應認為無理由，予以駁回（十八年上字二七七〇號）。

(6) 不動產登記條例所謂第三人者，原指契約當事人，及其包括承繼以外之人而言，並非以同一不動產取得物權之人為限（十八年上字八七九號）。

(7) 若其人並未合法取得同條例第三條應為登記之權利而竟為登記，自不能發生登記之效力（十八年上字二三五〇號）。

(8) 登記制度，原係保護合法取得權利之人，今設爭房屋，究係已否合法取得所有權，尙待審究，自難徒以已經登記為藉口（十九年上字三五九號）。

(9) 不動產登記條例第五條所定關於物權應行登記之事項，非經登記，不得對抗第三人者，乃法律為保護第三人之利益而與以否認權，此否認權，本可自由拋棄，故第三人如對於本人之權利，已承認其存在，則否認權即因其承認而拋棄，嗣後不得再以本人未登記為理由，對其物權，予以否認（十九年上字七五五號）。

(10) 不動產所有權之移轉，及抵押權之設定，非經登記，固不得對抗第三人，惟登記條例，尙無期間限制，苟在第二審言詞辯論終結前，為登記或預告登記者（按土地法稱異議登記），即不得謂其對抗條件之未具備（十九年上字二一八一號十五年上字七一號同旨）。

(11) 不動產所有權之移轉，未能登記，如由於他人以詐欺或其他不正方法，從中妨礙者，則妨礙其登記之人，當然不得以其未登記而主張其對抗條件之欠缺（十九年上字二五四六號）。

(12) 當時房地所在地之地方，既係已實行不動產登記制度之區域，依該條例第三條第五條規定，不動產抵押權之設定，非經登記，不得對抗第三人，所謂第三人者，係指當事人及其包括繼承人以外之人而言，並非僅以同一不動產上，取得同一物權，且經登記之人為限（二十年上字一三四四號）。

(13) 權利之設定，既屬應行登記之事項，則非經登記，即不得對抗第三人，若因設定抵押權之債務人，先未就標的物為所有權之登記，致抵押權之登記程序，被其停止，而為確保其抵押權起見，儘可按照登記條例第七條，為暫時之登記（按土地法稱預告登記），倘不此之務，自不得以已經登記論，即不得對抗第三人（二十一年上字一三六九號）。

(14) 不動產應行登記之事項，雖無時間之限制，第於第二審言詞辯論終結前，依法登記，應認為有對抗之效力，所謂依法登記，自係指審查核准，已經給予登記證書而言（二十一年上字二九七號）。

(15) 不動產所在地，如已施行不動產登記，其買賣行為，非經登記，不得對抗第三人（二十一年上字六五號）。

(16) 抵押紅契，既未於第二審辯論終結以前，為抵押權設定之登記，則第二審法院，認其不得對於為第三人之被告上告人，主張優先受償之權利，以駁斥上告人之上訴，於法並無不合（二十一年上字七五號）。

(17) 不動產登記，與在行政官署註冊，劃然兩事（二十一年上字三〇五二號）。

(18) 不動產登記條例之適用範圍，因條例本身，並無除外之規定，而國內其他法令，以及與外國訂立之約章，又均於登記制度，未加限制，則凡因不動產抵押權之爭執，在已實行登記區域之中國法院涉訟者，無論其為中國人，抑為外國人，抑無論其抵押物，在中國界，抑在租界，中國法院，於其抵押權之對抗力，當然適用該條例以為判斷（二十一年上字一八一三號）。

(19) 不動產條例第三條所載應行登記之事項，如經登記，固得對抗第三人，惟登記係以公示實際上存在之事項為目的，實際上不存在之事項，雖為登記，亦不能因此變為存在，自無以之對抗第三人之餘地（二十一年上字二四八號）。

(20) 不動產登記條例第二條，於地方法院外，又規定縣公署為管轄登記機關，不過於地方法院尚未設立時，以之為管轄登記機關，地方法院若已設立，則不動產登記管轄，仍屬於地方法院而不屬於縣公署（二十一

年上字一八一三號)。

(21) 未施行登記之地方，不動產物權之設定，不以登記為成立或對抗之要件(二十二年上字二五二號同年上字四八九號同旨)。

(22) 契據之投驗，在現行法上，不能為登記之代用(二十二年上字四八九號)。

(23) 北平地方買賣房屋，須先向警廳呈報移轉者，僅為市政管理之程序，非不動產物權移轉契約之成立要件，故呈報當時，雖未經警察官署批准，亦與其所有權之取得，不生影響，其他如買價之高低，稅契之遲早，中保底保之為何人，更與契約之成立無涉(二十二年上字六六七號)。

(24) 不動產所有權之移轉，依不動產登記條例之規定，為應行登記之事項，而不動產物權應行登記之事項，非經登記，不得對抗第三人，所謂第三人者，係指當事人及其包括承繼人以外之人而言，並非僅以同一不動產取得物權之人為限，故確認所有權成立之訴，原告以不動產登記條例施行後，受所有權之移轉為原因者，若其受所有權之移轉，未經登記，則在第三人地位之被告，據此否認其所有權後，則該原告為無權利保護之請求權而駁回其訴，至被告對於該不動產有無足以對抗第三人之所有權，在所不問(二十二年上字五九一號)。

(25) 抵押權之設定，依舊法雖應以登記為對抗第三人之要件，惟抵押權標的之所在地，並非施行登記法令之區域，不得據為否認抵押權之理由(二十二年上字二五二號)。

不動產物權之移轉，未經登記，依不動產登記條例第五條之規定，雖不得對抗第三人，而在當事人間，仍有效力(二十六年渝上字九六四號)。

(26) 不動產應行登記事項未登記者，依不動產登記條例第五條之規定第三人固有否認權，惟此項否認權，得拋棄之，一經拋棄，即不得再行否認，本件上訴人就其對於甲之金錢請求，聲請假扣押之某處田業，在實施假扣押之前，已由甲將其所有權移轉於被上訴人，當時上訴人曾經到場，分得中費，並會向被上訴人承租該田

業之一部，爲原判決合法認定之事實，是甲將該田業所有權移轉於被上訴人，雖未依不動產登記條例第三條爲所有權移轉登記，但上訴人之否認權，既因承認所有權之移轉而拋棄，即不得再行援用登記之欠缺以否認之，原判決認該田業爲被上訴人所有，不得供上訴人對甲所爲假扣押之執行，於法並無違背（二十七年上字一〇八四號）。

(27) 設定抵押權之債務人，未就抵押物爲所有權之登記，致不能爲抵押權設定之登記者，債權人得請求債務人，先爲所有權之登記，再爲抵押權設定登記（二十八年上字一九八五號）。

(28) 抵押權之設定，依不動產登記條例第三條第五條之規定，非經登記，不得對抗第三人，縱令設定抵押權之當事人間，曾有確認抵押權存在之確定判決，亦不得以之對抗抵押權設定人之債權人（二十八年上字一九八五號）。以下爲解釋例。

(29) 不動產登記條例第五條之規定，係爲保護第三人起見，將應登記而未登記之事項，賦予第三人以否認之抗辯權，是登記不過爲除去第三人否認之要件，並非向第三人主張物權之要件，故物權人主張物權時，居第三人地位之被告，如不援用登記之欠缺以行使其否認權，法院不得適用同條之規定而爲原告敗訴之判決（二十八年上字二一八五號）。

(30) 不動產登記條例施行後，就同一不動產，設定典權及抵押權，均已登記者，其權利次序，應依登記之先後定之，縱令典權設定在先，而其登記在抵押權設定登記之後者，應認抵押權有優先之效力（二十九年上字三〇五二號）。

以下爲解釋例

一、房屋所有權人（甲），以其房屋之一部，與他人（乙）訂有期限之租賃，因迫於經濟狀況，將該產全部，賣與第三人（丙），甲乙間之租賃，係債權契約，甲丙間之移轉所有權，係物權契約，甲對乙固有遵守期間之義務，而乙如未登記，不得以期限對抗於丙，祇能向甲要求因不能遵守期限所生之損害賠償（最高法院十七年

解字一九〇號)。

二、不動產登記條例第五條，所稱非經登記云者，即非登記完畢之謂，僅着手登記而未完畢，不生何等效力，以詐欺或強迫妨礙登記者，僅實施詐欺或強迫人，不得主張登記之欠缺，其他一般善意第三人，仍得為登記欠缺之主張(二十一年六月七日院字七五八號)。

三、第三人不以不動產權利未登記而為不得對抗之主張，法院固毋庸干涉，若第三人就此事項已有爭執，則未登記者自不得與之對抗(二十三年四月十六日院字一〇五四號)。

四、江河之所有權屬於國家，田業契載有直抵河心為界者，在未經更正前不准登記(二十三年六月二十二日院字一〇七九號)。

五、法院依不動產登記條例第一四五條命為登記，如受命令人抗不遵行，得依行政執行法強制處分(二十三年十二月三日院字一四六號)。

六、債務人不動產經宣示假扣押後，尚在抗告中，復為設定抵押權之登記，得塗銷之(二十四年五月二十五日院字一二七七號)。

七、外國私人從前在中國所絕賣之地，既賣與中國人，可因中國人之請求為所有權移轉之登記(二十四年十月二十六日院字一三三〇號)。

八、合法買賣移轉地產所有權，自可許其登記，不因父子間而有所限制(二十五年十月十四日院字一五六〇號)。

九、抵押權之登記並無期間限制，如在關於抵押物之訴，第二審辯論終結前已為登記，仍應發生效力(二十六年二月一日院字一六二五號)。

十、因代物清償而移轉不動產所有權者，係民法第三百四十七條所規定之有價契約，應準用買賣之規定，按照買賣稅(二十六年五月二十八日院字一六八一號)。

十一、私有水面，與公用水面，連成一體者，得劃分界限，爲所有權之登記（二十六年七月二十日院字一六九六號）。

十二、外國私人，將有永租權之土地，移轉於中國人，如其設定之初，確有買賣性質，自可准中國人爲所有權移轉之登記（二十七年六月十三日院字一七三七號）。

十三、外國教會，在內地外國教會租用土地房屋暫行章程施行前已絕賣之土地及房屋，如在該暫行章程施行後，尙未違章向該管官署，補行呈報，其契約自不發生物權之效力，至已經補報核准占用之土地及房屋，依同暫行章程第五條第六條之規定，亦與所有權人得行使之權利有別（二十八年一月十八日院字一八三四號）。

十四、不動產登記條例施行後，就同一不動產，重複買賣，因而重爲所有權移轉契約時，如先之移轉，尙未登記，而後之移轉，則已登記，先受移轉之人，不得以其先受之移轉，對抗後受移轉之人（二十八年四月二十四日院字一八七九號）。（附註）

（附註）查不動產之重複買賣，歷來判例，均認所有權應屬第一買主，原無問題，惟自不動產登記條例施行後，有第二買主，已爲所有權移轉登記，而第一買主，並未依法登記，適用上不無疑問？於此有二說：（甲）說，重複買賣，係無權處分，在實法上，其處分行爲無效，故第一買主，雖未登記，然既已合法取得所有權於先，則第二買主，不問是否善意，其「買賣契約」，及「登記證書」，均屬無效，有前大理院院字第一九四八號解釋可據。（乙）說，不動產物權契約，合法成立，雖亦同時發生物權效力，但依不動產登記條例第五條規定，「非經登記，尙不得對抗第三人」，實言之，當事人受所有權之移轉，未經登記，如與爲第三人之原告或被告，因所有權涉訟，在法律上無保護之請求權，送經最高法院二十一年上字第五九一號及上字第一〇八四號，皆有判例。第一買主取得所有權後，既未依法登記，在法律上即無保護之請求權，當然不能對抗第二買主（即第三人），重複買賣之問題，實屬無從發生。（第二買主，爲重複買賣，當然因第一買主，提出買賣在先之契約，而認定現在第一買主所持之契約，因未登記，無保護請求權，即不能據以對抗第二買主，則重複買賣問題，自屬無從發生。）故第二買主，如爲善意之第三人（善意又當別論），則其提出之買賣契約，及登記證書，均不得認爲無效，如依前大理院上述之解釋，則登記條例，不得對抗第三人之規定，將等於具文，究以何說爲是，及前大理院院字第一九四八號之解釋，有無變更（安慶高等法院解釋不備重複買賣適用法律要義原呈）。

十五、債務人於其不動產已依法執行假扣押後，所有移轉所有權於第三人之處分，對於債權人爲無效，在

施行不動產登記條例區域內，登記官吏，誤爲所有權移轉登記者，自由由債權人提起塗銷登記之訴，其處分及登記，在准許被扣押之裁定，尙未依法實施執行前爲之者，如處分行爲合於民法第二四四條第一項第二項之規定，債權人亦得提起撤銷該行爲及塗銷登記之訴以資救濟（二十八年六月七日院字一八八九號）。

十六、明知爲他人不動產，私擅出賣，如有實行交付或登記，及其他將該不動產移置於第三人實力支配下之行爲，即應成立刑法上之竊佔不動產罪（三十年三月十四日院字二一六三號）。

附行政法院判決例

一、地方頓莊田，遇絕賣時，佃戶原繳頓莊（卽權禮江蘇南通縣用語），業主應全數償付，如買主於田價數內，將此扣除，其所扣之數，卽爲正價之一部，當然並列契價之內，照章投稅（二十六年判字第二九號判決）。

二、人民聲請登記之地產，四至現狀，超過證明文件所載面積達七分之一以上，原處分官署，予以繳價登記處分，並無不合（二十六年判字第四三號判決）。

三、未稅白契緩期報稅之期間，應以登記期間爲期間，不得於登記期間外，准由任何官署，酌定期間。

緩期報稅，並非免稅，人民之未稅白契，在辦理土地登記期間以外，尙未舉辦土地稅以前，自應依法報稅（二十七年判字第四六號判決）。

四、匿價處罰規定，應以認定確證爲先決問題，不能由行政官吏，自由心證，比擬推定而爲處罰之根據（二十八年判字第九號判決）。

五、聲請土地所有權登記，必須審核該土地，確爲該聲請人所有，方得予以登記，否則以未取得之權利，聲請登記，而登記機關，予以駁斥，自難謂爲違法（二十八年判字第十一號判決）。

第六解 物權的定義特質及在學理上的分類

本解應說明者三點

第一點 物權的定義

物權者，直接管領物而可對抗一般人之權利也，分釋如左：

(子)物權以物爲其標的

物之定義，應取廣義解釋，不以有體物爲限，已於總則第三章物第十四解之第三點述之。

(丑)直接管領物之權利

一、物之管領，有直接間接之別，直接管領者，不介於他人之行爲而爲管領者也，間接管領者，權利人與標的物間，須以他人之行爲爲媒介，始能管領者也。物權爲直接管領之權利，故不須以他人之行爲爲其媒介，此其特異之點也。

二、管領者何，即施實力於物上之謂也。物權之種類不一，然無論何種物權，其權利人對於標的物，皆得施以相當之實力，此亦特異之點也。至不融通物，不得爲私人管領者（見總則第三章物第十四解之第四點），則不得爲物權之標的物。

三、其物須爲特定物。蓋物權爲行於物上之權利，苟非有特定物，則其管領權，無從實施，故物權之標的物，必不可不爲特定之物。若夫債權則異是，債權直接以債務人之作爲不作爲爲標的，非直接以物爲標的，雖有時以物之給付爲標的，乃間接而非直接，故其物特定與否，均無關於權利之成立，至物權之標的，在於物之直接管領，其不能不特定也固宜。

四、其物須爲獨立物。蓋物權祇成立於獨立物之上，故物件集合，不能爲物權之標的物，物件集合者，謂集種種之物件，立於一名稱之下，如羊羣圖書館畜牧場之類是，其組成之物體，原爲獨立物，不過經濟上之便宜，視爲一體，其實各有其各個之物體也，然則物權之設定或移轉，爲對組成物件集合之各個物體而言也明矣，所謂物權存立於各個之物也。又集合物件，不得單獨爲各別物權之標的，集合物件者，謂合種種之物件而

爲一，如家屋船舶之類是，蓋物權爲直接管領物之權利，於同一物之組成部分，無由施其各個之管領權也。例如對於房屋一所，祇認一所有權之存在，以其所有權已涉及組成房屋之各個物體故也，至其組成分之屋頂樑柱地板等，不得獨立爲所有權之標的，所謂物權存立於物之全部也。

(實)物權爲可對抗一般人之權利

權利有絕對權與相對權之分，相對權（一曰對人權）以特定之人爲義務主體，故其標的，或爲作爲或爲不作爲，要皆非對於特定之人，不得主張，債權是也。絕對權（一曰對世權）則不然，其主體爲一般之人，其標的爲不行爲，故無論何人，皆有不加侵害之消極義務，所謂排他的關係（民法七六五條），即物權是也。然絕對權不限於物權一種，例如人格權身分權，亦得以對抗一般之人，然此種權利之標的，不在乎物之直接管領，其與物權不同之點自明。

從前學者，關於物權觀念，大別兩派：第一派視物權爲人與物之關係，德國德仁布喜及耶凌主張之，探此見解者，其所下物權之定義有二：（一）爲物權者管領物之財產權。一爲物權者，人類直接對物享受一定利益之財產權。第二派視物權債權，均人與人之關係，其與債權不同之點，在債權僅得對抗特定之人，物權得對抗一般之人也，德國溫第賒底及薩威尼主張之，探此見解者，其所下物權之定義亦有二：（一）爲物權者爲得對抗一般人之財產權。一爲物權者以無論何人不可侵犯之消極作用爲本質之財產權。然第一派之說，非謂物權無涉於人，第二派之說，亦非謂物權無涉於物，原來物權存在，具有二種要素，一爲權利人對於標的物所得爲之管領（積極要素），一爲權利人得對抗一般人之權能（消極要素），此固兩派所同認，而兩派之爭點，特其觀念本位，有所差異，在第一派則以積極要素爲本位而以消極要素爲結果，在第二派則以消極要素爲本位，而以積極要素爲內容，此根本上之差異也。然以吾人觀之，二要素皆爲物權之本質，不宜有畸輕畸重之分，何也？權利者所以杜競爭之端倪，而維持共同生活之關係，向使一己之外，無人對立，則權之觀念，無自而生，即有人相與對立，而人皆無競爭之心，則無權利之必要，然則權利者乃反對他人之意思，使不得與己競爭者也，主物上

管領說者，徒見尊重權利爲社會常態，遂謂對人關係，非物權之本位而爲其結果，未免流於一偏矣。又吾人於一種權利爲下定義者，欲以明其性質別於他種權利也，故研究之際，必以此權利與彼權利比較，舍同取異以爲立言之基礎，對人關係，乃債權物權及一切權利之所同，而物上管領，則爲物權特有之性質，其不宜僅置重於對人關係而視物上管領爲對人關係之內容，亦不待言矣。定義云直接管領物而可對抗一般人之權利，蓋以物上管領與對人關係並重也。

第二點 物權的特質

其一 物權生物上請求權(dinglicher Anspruch)而債權則否。

物權無特定之相對人，故可使一般人負消極之義務，然苟有人侵害之，則此侵害者，卽爲特定之相對人，權利人可請求返還其物，或回復原狀，或排除妨害，或賠償損害，此卽物上請求權，或以其在審判上請求，稱爲物上訴權云。蓋物權之標的在乎物，其權利不能離物而存在，故標的物之被侵害，卽不外侵害權利人管領權之結果，而物權人有排斥其加害行爲之權能，故於權利之標的物，得發生請求權，且物權不僅存在於自己之物上，卽他人物上，亦存在之，所有權無論已，凡地上權、永佃權、地役權、抵押權、典權、留置權等，均可發生物上請求權(民法七六五條，七六七條，七八二條，七九六條，七九一條，八三三條，八五〇條，八五八條，八七一條，八七二條，八九九條，九一四條，九三二條，九三四條，九六〇條至九六三條)，若債權則不然，乃對於一定之人，要求一定財產上行爲之權利，例如乙負甲金萬元，有償還之義務，則甲對於乙卽有請求償還萬元之權利，其乙卽一定之人，其金萬元卽一定之財產，其萬元之償還，卽一定財產上之行爲，而對此有請求之權利者，是謂債權。

其二 物權有優先權(Vorzugsrecht)而債權無之。

吾人於一物之上，享有某物權，則他人於此物，不惟不能再享有同一之權利，卽性質不能相容之他權利，亦不能再享有之，故於同一物上，設定數個權利而時有先後者，其權利之優劣，依設定之先後而定，先設之權

利，優於後設，蓋物權爲直接管領之權利，自不能就同一關係，同時屬於二人管領，此事理上當然之結果，敝之一物不容二主之格言，毫無可疑。至債權則一律平等，不得藉口於發生之順序，以爲權利行使之先後，敝之破產程序開始時，各破產債權人，祇應按照其債權額之比例，以受破產財團之分配，而不許何人，先行權利，獨受完全之清償，強執執行開始時亦然，此蓋由於債權同等之原則所致，與物權迥異其性質者也。

其三 物權有追及權 (Vorfolgsrecht) 而債權無之。

追及權者，不因其標的物爲他人所有，遂妨其權利行使之謂也，茲舉三例以明之：(一)甲所有之土地，縱乙冒稱爲自己之所有，賣與於丙，丙復賣與於丁，而甲依然不失其土地之所有權，得對現在之丁取返之。(二)乙竊取甲所有之書籍賣與於丙，即更輾轉而歸於任何人之所持，甲亦得請求其書籍之返還，但有例外，即八〇一條九四八條即時取得之保護是。(三)甲於乙所有之家屋，取得抵押權時，其後該家屋之所有權，無論屬於何人，甲依然爲抵押權人，得於該家屋之上實行之。(附註)反是債權之標的，不在乎物，縱有時以物之給付，爲履行債務時，亦非直接於債務人物上，有其權利，不過對於債務人，有使其給付物之權利耳，至對於特定債務人以外之人，即不得主張其權利，無論其物讓與何人，債權人不得對抗之，故債權不生追及權。

(附註)案三人對於執行標的物，有地上權地役權永佃權抵押權者，其權利係存在於該執行標的物之上，如該權利業經依法登記，則無論在執行中執行後，均可追及物之所在而行使其權利，否則應由有爭執之人，提起確認之訴。對於已拍賣之不動產，有優先受償之權利人，於拍賣時，其債權已屆清償期時，自可追及物之所在而行使其權利(二十六年五月十四日院字一六七〇號)。

其四 物權於破產時生別除權 (Absondrungsrecht)。

物權人所受之保護，特厚於普通之破產債權人，故物權人於債務人之破產，生別除權，即有物上擔保之債權人，得就破產財團中之擔保物，實行其權利，排除普通債權人，而已獨先受清償之謂也(破產法一〇八條一〇九條一二條)。

第三點 物權在學理上的分類

其一 所有權、他物權

羅馬法上稱所有權曰 *dominium ve proptias*，包占有 (*Possessio*)，使用 (*Jus utendi*)，收益 (*Jus fruendi*)，處分 (*Jus disponendi*) 四要素，又以其於他人之物權無關，稱爲自物權 (*Jus in re propria*)，而在於他人物上之權利，稱爲他物權 (*Jus in re aliena*)，德國學者稱所有權爲 *Eigentum*，而以成立於他人物上之物權，稱爲限制物權 (*beschränktes Sachenrecht*)，或定限物權 (*begrenztas Sachenrecht*)，我民法有時用所有 (民法七六二條)，有時用所有權以外之物權 (民法七六三條)，土地法則用土地所有權 (土地法第二章七條) 及其他物權至一七條)，所有權以外之權利 (土地法第三章第四節一六條至一八條)，至所有權以外之財產權 (民法七七二條八三一條)，則其涵義更廣也 (包債權他物權準物權無形財產權等)。

此種區別，乃以管領力之範圍及性質爲標準者也。蓋所有權者，具有極強大之管領力，對於物之一切法益而包括管領之也。故所有權之內容，以圓滿無限制爲本質，唯不過依法令之規定，或顧全他人之權利，不無限制其作用之事，即七六五條七七四條至八〇〇條所規定者是也。至所有物上，存有他人之某種物權，權利之標的物，已移於他人管領之下，所有人不能完全施其管領力，然亦祇所有人基於自己之權能，使發生特別之管領關係，而一時服從其限制耳。倘一旦限制解除，當立刻回復其完全之管領力，故稱所有權有彈力性 (*Elastizität*)。限制物權者，由一般管領權而發生，僅於單一關係，而利用其物之權利也。所有權有包括管領力，故其管領關係，爲一般的，而限制物權，則唯於特定之關係，管領其物，爲單一的。所有權存在於自己之物上，限制物權則祇成立於他人之物上。蓋限制物權，從所有權產出，所有人基於自己之權能，使發生特種之管領關係者也，限制物權，於設定範圍內，有管領其物之權，且因行使權利之故，不能不限制所有權之作用，此所以有負擔之物，同歸於一人時，則其限制物權，原則上不能不因混同而消滅也。然限制物權之內容，係依權利之種類而定，不必一致，例如典權，在存續期內，限制所有人占有使用收益處分之權能，細分之可稱爲限制物權。地上權、永佃權，則以土地之使用收益爲目的，地役權則限制其使用所有土地之權能，擔保債權行使

之質權抵押權留置權，則限制其處分所有物之權能，細分之可稱爲定限物權也。

其二 主物權、從物權

物權得獨立存在者，謂之主物權，如所有權、地上權、永佃權、典權是。其必須隨從他之權利而生存者，謂之從物權，如附從於債權之質權抵押權，附從於所有權之地役權是。主物權得獨立處分，從物權則否，以其運命繫於爲主之權利故也。

其三 用益物權、擔保物權

羅馬法上以用益權 (*usus fructus*)，爲人役權 (*Servitutes Personarum*) 之一種，德國民法役權 (*Dienstparketten*) 章，除地役權 (*Grunddienstbarkeiten*) 外，有所謂物之用益權 (*Nießbrauch an Sachen*)，權利之用益權 (*Nießbrauch an Sachen*)，財產之用益權 (*Nießbrauch an Vermögens*)，而無與擔保物權並列之用益物權之名稱。擔保物權，羅馬法有三種，曰 *fideiussio*，曰 *pignus*，曰 *hypotheca*，第一種行之不久即廢，優帝時僅 *pignus* 與 *hypotheca* 二種而已。法民法雖有擔保權 (*droit de garantie*) 之用語，亦未於法文中列爲一章，德民有擔保 (*Sicherung*) 之文字，而無擔保物權之用語，唯義大利民法學者，有擔保物權 (*diritto reale di garanzia*) 之名稱。

此爲日本民法學者之分類，他物權之細別也，其以物之使用收益爲目的者，曰用益物權，即地上權、永佃權、地役權等是也。其出於擔保債權之目的者，曰擔保物權，即抵押權、質權 (動產質權利質)、留置權等是也。

其四 不動產上之物權、動產上之物權、財產權上之物權

此以物權之目的爲標準，如土地家屋之所有權、地上權、永佃權、地役權等，以不動產爲目的之權利，謂之不動產上之物權。動物器具，及其他動產之所有權，謂之動產上之物權。以權利爲目的之質權，及以地上權永佃權典權爲目的之抵押權，謂之財產權上之物權。

其五 民法上之物權、附屬法上之物權

此以創設物權之法律爲標準，民法上之物權，即由民法所創設之物權，附屬法上之物權，即由民法以外之法律所創設之物權，或稱準物權，例如漁業法第一條所稱之漁業權，(註一至五)礦業法第十二條所稱之礦業權，(註六至一〇)土地法第一九六條一九七條所稱之耕作權，非常時期難民移墾條例第十九條所稱之耕作權是。

(註一)漁業法上，漁業人本不限於有漁業權之人，漁業人間，關於漁場爭執，應得呈請該管行政官署裁定，若逕向法院起訴，亦非法律所許(二十四年六月十一日院字一二九〇號)。

(註二)公用水面之漁業權，由私人占有者，如漁業法施行後一年內，未登記時，既應以廢棄論，該占有者，即無權再與他人訂立入漁契約，及收取入漁費用(二十四年九月二十八日院字一三一五號)。

(註三)非公用水面，本得爲私人所有，其與公用水面連成一體者，亦得就非公用部分，劃分界限，依土地法關於土地所有權登記之規定，請求登記(二十六年七月二日院字一六九六號之一)。

(註四)私有水面，僅在欲於該水面取得漁業權時，應爲漁業登記，若欲限制或廢止他人關於漁業之利用，僅向該管行政官署，請求核准，即爲已足(二十六年七月二日院字一六九六號之二)。

(註五)漁業權除依漁業登記規則爲登記外，毋庸再爲土地所有權之登記，又漁業法雖認漁業權爲物權，並準用民法關於土地之規定，但此項物權，既與土地所有權之性質有別，而漁業法及漁業登記規則所顯示，又僅有抵押權之一種，則與漁業權性質不相容之其他物權，自屬無從準用(二十六年七月二日院字一六九六號之三)。

(註六)礦業權之強制執行，得依民事訴訟執行規則，關於不動產執行各規定辦理(二十五年四月三十日院字一四八九號)。

(註七)礦業法第八章所定之罰則中，罰金與徒刑並見，故依該法所處罰金，係刑罰而非行政罰(二十七年八月三十一日院字一七七二號)。

(註八)礦業法第一百十一條所追繳之相當代價，不扣除工資運費，及其他一切費用(二十七年七月二十七日院字一七五八號)。

(註九)礦業法第一百〇八條第一款，所謂取得礦業權，係以取得同法第四條之探礦權或採礦權爲限，其第二十條第一項礦業權之優先權，不包括在內，又在他人測勘礦區着手繪圖，準備設定礦業權之期間，於同一地點迅速具備圖件提請領取執照，對於主管官署，並無請求行爲，亦不成立該條款之罪(三十一年十月九日院字二四〇五號)。

(註一〇)礦業法第二十五條第一項規定，二以上之礦業呈請地相重複，如礦業呈請地相重複，其重複之部分，應以呈請者主管官署在先者，爲

取得礦業權之優先權，所謂二以上之礦業呈請地者，係指同一地域而有二以上同業礦業之呈請者而言，倘呈請者之一方，係礦業權，而他方爲小鐵業權時，則以小鐵業權呈請者，要藉以呈請在先，而爲主設優先權之理由，蓋小鐵業之存在，原不得妨礙礦業權之呈請，若尙未經省主管官署核准設定，自無對抗礦業權之餘地，徵之同法第六十二條第二項，其法意至爲明顯（二十六年行政院判字第三號判決）。

其六 登記物權、不登記物權

此以登記爲權利確保之條件，登記者，對於不動產之物權爲之也。民法所認物權中之須登記者，爲不動產所有權、地上權、永佃權、地役權、典權、抵押權，至動產所有權、及動產質權、留置權，爲不須登記之物權，以動產所有權、動產質權、動產留置權，均以物之交付占有爲其權利成立之要件，其占有移轉之事實，無論何人，皆得了知，其須登記者，僅海法上之船舶，（註一）（註二）空法上之航空器，不特船舶航空器之所有權，須爲登記，即抵押權亦然，至其他動產之物權，則固不須登記也（海商法一一條三六條，船舶法一條至四二條，船舶登記法一條至四八條，航空法八條至二〇條）。

（註一）海商船舶登記時，已繳納登記費，如未備齊必要文件，應予駁回者，無庸發還登記費（二十五年三月六日院字一四四八號）。

（註二）對於船舶之強制執行，準用關於不動產執行之規定者，應以船舶法第一條所稱依海商法規定之船舶爲限（二十五年十一月三十日院字一五八六號）。

第七解 物權的時際法（即施行法）之逐條說明

時際法者，法律效力之關於時者也，與過渡法爲對立之名辭，已於民法總則緒論述之，民法關於時際法，不定於直接法（即民法）中，五編皆有施行法，而以本編施行法，情形至爲複雜，實用上最關重要，茲逐條說明於左：

第一條 民法物權編施行前發生之物權，除本施行法有特別規定外，不適用民法物權編之規定。

本條應說明者三點

第一點 何種爲施行前發生之物權

在十九年五月五日以前所發生之物權，即不動產登記條例所稱已經登記之租借權（同條例三條六條），暫無相沿之物權（同條例四條）是也。習慣相沿之物權，例如舖底權，碼頭權，頂脚碼頭權，先買權，旗地佃權，不動產質權等是。至四川省租賃契約與典權性質不明之大押大佃，福建仙遊縣收大租人之權利，廣東梅縣與寧五華三縣之田業租賃（現已定有田業租賃歸併辦法），亦為習慣相沿之物權，其情形極為複雜，俟於本論中質權及典權章比較說明之。

第二點 本施行法有特別規定者

本編施行前發生之物權，在本施行法有特別規定者：即（一）物權之效力（二條）。（二）消滅時效期間之計算（四條）。（三）除斥期間之計算（五條）。（四）占有動產之取得時效（六條）。（五）占有不動產二十年或十年之取得時效（七條）。（六）以得請求登記之日視為所有人（八條）。（七）動產或動產質權之即時取得（九條）。（八）遺失物漂流物洗沒品所有權之取得（一〇條一一條）。（九）共有物分割期間之計算（一二條）。（十）抵押權消滅期間之計算（一三條）。（十一）當舖不適用動產質權之規定（十四條）。（十二）依舊法規得回贖之有期典權（一五條）。

第三點 判解

物權編施行前所發生習慣相沿之物權，依本施行法第一條，並參照司法院五八六號解釋，左列判例，應仍適用。

其一 舖底權

何謂舖底，殊難得適當之定義，就事實上言之，商人經營商業，自己常無房屋，租賃他人房屋者甚多，有舖底者，其租金較輕，無者較重，且有舖底者，不許加重租價，惟限於修理門面或出倒（讓與於人）時得加價，然其所加之價甚微，就舖底之標的言，以無期永久租賃房屋之權利為要素，以供營業用之器具為常素，以貨物為偶素，約言之，即以無期租賃房屋之權利，為舖底之本質可也，實際上不以舖底出倒於人，而典當於

入者甚多，故舖底亦爲與之客證。至舖底之由來如何，殊難斷定，就理想上言之，舖底之取得，應由房主設定，然事實上並未見有此事，大約房屋被火延燒之後，而商人自建房屋，即因而取得舖底，或原無舖底，因時經久，輾轉數主，而商人自認爲有舖底，遂至兩方無事者有之，就實際上考之，以此情形爲多，蓋有舖底之房屋，其房租中常寫無押租倒價，其起源或由於此。

(1) 舖底係限制房屋所有權之一種物權，苟非得所有權人明示或默示之同意，不能設定（十八年上字八〇三號二十二年上字三三五號同旨）。

(2) 舖底之設定，於舖房所有人，有重大之關係，除其取得所有權時，該舖房已有舖底外，苟非得舖房所有人之同意，或可認爲同意之事實者，不能認其舖底爲合法存在（十八年上字七二二號）。

(3) 舖戶對於舖房，不得擅行創設舖底，故非得其所有人之同意，或可認爲同意之事實而創設，即不能認其舖底合法存在（十八年上字六一號十九年上字一六三四號同旨）。

(4) 設定舖底，如不能證明已得房主之同意，即不足以對抗房主（十八年上字一二二號）。

(5) 舖底登記於法本以通知舖主爲必要程序，否則舖主既無了知之機會，則其有無異議，全然不明，其登記自屬無從生效（十八年上字六九號）。

(6) 舖底權之發生，由於建築者，並非即以所建築之房屋爲舖底權發生之原因，而以出有建築費，未向房主取價，爲其發生之原因，且此等權利，並不限於所建築之房屋，即地皮及他部分房屋，亦爲舖底權之所及。故所建房屋，雖經不可抗力之事實而滅失，其舖底權，並非當然銷滅，因之所建房屋滅失後，其舖底價值，是否喪失其全部，抑僅減少一部，尙有審究之必要（十八年上字一二六九號）。

(7) 舖底權爲對於房屋之物權，房屋所有人之所有權常受種種限制，苟非主張權利之人，證明其權利確有合法取得之原因（如承受原有舖底之房屋，或新由業主設定），斷難遽認其存在（十九年上字八六六號）。

(8) 取得舖底權之原因有二：(一) 傳來取得，(二) 原始取得。前者爲繼承的，後者爲創設的，創設舖底權

者，僅有相當的設權行為爲已足，繼承舖底權者，則不特應證明其有繼承的事實（即頂受），並應證明其前主（即原租戶）之出頂，實爲有權行為（十九年上字一一七九號）。

（9）舖屋既有舖底，則關於拆修舖面之費，當然應由有舖底權人負擔，不得以此抵租（十九年上字三四五號）。

（10）已登記之舖底權，無論是否物權，對於以後取得舖房或舖地之人，依法亦生效力（二十年上字二五六號）。

（11）舖底權自法成立後，非有正當消滅原因，不能由房舖所有人，任意否認（二十年上字一四九六號）。

（12）舖底權因承頂而取得者，若因舖房被焚，舖主舖客，無力建復，即行消滅，是舖客獨受損失，舖主一方反因此而得利益，豈得謂平，故廣州市清理舖底頂手辦法第八條，所稱：得由舖主自由處分之語，不能解爲無償消滅舖底權，僅得以自由意思，償還承頂價額以消滅之（二十年上字二五六號）。

（13）民法物權編施行前之法律，凡舖底之構成，係以舖房之永久使用爲必要之原素，若所租舖房，因終止租賃契約，而無使用之事實，即屬欠缺舖底構成之要素，祇得就其舖底現存之價值，爲償還之請求（二十三年上字三八二八號）。

其二 碼頭權

碼頭權利，爲不動產所有權之限制，除有特別習慣，可由承租人一方之事實發生外，自非有出租人即不動產所有人之設定，不得發生（十九年上字二〇七四號）。

其三 頂脚碼頭權

頂脚碼頭權，如何發生，應由主張事實之人，負立證責任，如係發生於年久租賃，亦須有此習慣，方可依據，年久租賃之舖房，雖無頂脚碼頭權，業主亦不得任意終止租約之習慣，究應適用於舖房全部，抑僅限於店面，自應以店面以外之房屋，是否與店面有必要之聯屬關係，分別論斷（二十年上字一八〇三號）。

其四 先買權

(1) 無先買權之第三人，出而主張先買，實法所不許（十八年上字八一〇號）。

(2) 族隣先買之習慣，於經濟之流通，地方之發達，不無障礙，難予以法之效力（十八年上字二〇八〇號）。

(3) 本族地畝有先買權之習慣，因有背公共秩序，不能認為有法之效力，自以原佃有先買權之習慣為有效，惟所謂原佃，係指自始開墾佃種，或持有價買佃權之賣據者而言，因其與所種之地，有特別利害關係，自非普通租種他人土地者所可比擬（十八年上字一二七四號）。

(4) 當事人合意所生之先買權，原與法令習慣所生者不同，如買賣當時，買主並不知其合意先買權之存在，則其先買權人，僅得對於不遵合意之賣主，請求損害賠償，而不得即主張該買賣為無效（十八年上字三〇號）。

(5) 凡租房以開工廠或商店之長期租戶，如依該地方習慣，應有先買權，固無妨認其習慣有法之效力，惟認許此種先買權之習慣，應以期限較長，或無期之租戶為限，若其他短期租戶，主張先買權，不獨限制所有權人之處分自由，且於地方之發達，及經濟之流通，不無影響，為維持公共之秩序及利益計，縱令該地方有此習慣，於法亦斷難認許（十八年上字一五三號）。

(6) 通常租戶有先買權之習慣，依法尚難認為有效（十八年上字二七七二號）。

(7) 永遠佃租他人之土地，就其土地有利害關係時，該地方習慣，租戶如有先買權利，法院可採為判斷標準，否則無從引為根據（十七年上字三六六號）。

(8) 長期佃戶，縱令依習慣有先買權，而且未經捨棄，祇能對於業主與買主所立之買賣契約，訴請撤銷，而不能謂其契約當然無效（十八年上字三九〇號）。

(9) 賣生就同一標的物，為二重買賣，在前之賣約，僅發生債權關係，而後之賣約，已發生物權關係者，

前買主除依舊慣有先買權外，對於後買主，不能就該標的物已經發生之物權關係，主張其為無效（十八年上字二五號）。

(10)承租房屋人，基於習慣而生之先買權，在民法物權編施行前，認其有物權之效力而得以對抗第三人者，民法物權編雖未定為物權，惟依民法物權編施行法第一條之規定，其發生民法物權編施行以前，該施行法未有特別規定者，自應不適用民法物權編之規定，仍依當時之法律辦理。按民法物權編施行前之法律，承租房屋人，得依舊慣而認許其先買權者，以租期較長或無期者為限，否則因先買權不獨限制所有權人之處分自由，且於地方之發達，及經濟之流通，不無影響，為維持公共秩序及利益計，縱該地方有此習慣，亦難認其存在。又先買權人，必須表示願照時價留買之意思，若已表示不願留買，或圖措不照時價，即不得於原業主與第三人買賣成交之後，仍對原業主或第三人主張其先買權（二年上字五九九號）。

其五 旗地佃權

(1)歷久耕種旗地之佃戶，應推定其有佃權（十八年上字二一七七號互見民法八四二條）。

(2)人民佃種旗地，地雖易主，不得無故奪佃，為法例所明定，此項規定，明認現種旗地之人，為有永佃權，莊頭既係前清王公府第經征租項之人，凡在莊頭管理下之王府園地，若無相當之反證，即應推定其佃權，屬於現種該地之人，不屬於莊頭（十九年上字二〇一一號互見民法八四二條）。

其六 不動產質權及大押大佃

不動產質權之設定，既在民國十三年，自係民法物權編施行前所發生之物權，依民法物權編施行法第一條，自不適用該編之規定，在民法物權編，雖無不動產質權之規定，而該質權設定在民法施行前者，自應認其成立（二十年上字一五二六號）。

一、不動產質權，及物權編施行前習慣相沿之物權，在物權編施行前發生者，其登記仍生對抗之效力，若在施行後，即非法定物權，不能依登記而生效（二十四年一月二十九日院字二二一一號）。

二、佃戶雖因交有大押，占該不動產收益之大部分，但既須向所有人繳納租息，自非典權，除其發生在民法物權編施行前，並依該地習慣，得認爲一種相沿之物權外，不生物權效力（二十五年三月三日院字一四四四號）。

三、大佃性質，據當地習慣，係作抵押，並將房屋移轉占有，則此項權利，既非抵押權，又非典權，其發生在民法物權編施行後者，雖經登記，不生物權效力，如發生在民法物權編施行前者，依當地習慣，可認爲相沿之物權，並經依法登記，則依當時法例，自得對抗第三人（二十五年二月二十四日院字一四三七號）。

第二條 民法物權編所定之物權，在施行前發生者，其效力自施行之日起，依民法物權編之規定。

本條應說明者三點

第一點 本編所定之物權

本編所定之物權，即地上權、永佃權、地役權、抵押權、質權（動產質、權利質）、典權、留置權是，其發生雖在十九年五月五日以前，而關於此等物權之效力，仍依本編之所定。

第二點 何者爲本條所稱之效力

其一 地上權之效力

地上權之效力，關於地上權人之權利者，依八三三條，八三八條，八八二條之規定。關於其義務者，依四二三條，八三六條，八三七條之規定。

其二 永佃權之效力

永佃權之效力，永佃權人之權利，依八四三條，八四四條，八四九條，八五〇條，八八二條之規定。其義務依八四五條一項，八四六條，八四七條之規定。

其三 地役權之效力

地役權之效力，地役權人之權利義務，依八五四條，八五八條，八五五條之規定。供役地所有人之權利義務

務，依八五五條二項及三項之規定。

其四 抵押權之效力

抵押權之效力，(一)抵押權人相互間，依七五八條，八六五條，八七四條之規定。(二)抵押權人之權利義務，依八七〇條至八七三條，及八七五條至八七八條之規定。(三)抵押人之權利義務，依八六五條至八六七條之規定。(四)第三人之權利義務，依八七九條之規定。

其五 質權之效力

質權之效力，動產質權人之權利，依八七八條，八八九條，八九〇條二項，八九一條至八九五條，及八九九條之規定。其義務依八八八條，八九〇條一項，八九六條之規定。權利質以債權為標的物者，質權人之權利，依九〇五條，九〇六條之規定。其權利質債務人之義務，依九〇七條之規定。以有價證券為標的物者，依九〇九條，九一〇條之規定。

其六 典權之效力

典權之效力，(一)典權人之權利，依八八二條，九一四條，九一五條一項，九一七條，九一八條二項，九一九條，九二三條二項，九二四條但書，九二六條，九二七條之規定。(二)典權人之義務，依九一五條二項，三項，九一六條之規定。(三)出典人之權利義務，依九一八條一項，九一九條，九二三條一項，九二四條本文及九二五條之規定。(四)典物滅失時典當事人之權利義務，依九二〇條至九二二條之規定。

其七 留置權之效力

留置權之效力，留置權人之權利，依九三二條，九三四條至九三六條之規定。其義務依九三三條之規定。

第三點 判例

(1)民法物權編施行前取得之永佃權，其效力自施行之日起，應依民法物權編之規定(二十二年上字三九

四四號互見民法八四二條。

(2) 民法物權編施行法第十五條規定，民法物權編施行前，定有期限之典權，依舊法規得回贖者，仍適用舊法規，尋釋法意，不過關於得否回贖之問題，新舊法規規定不同時，仍適用舊法規，許其回贖而已，並非其他關於典權之事項，概適用舊法規之謂，民法第九百十九條，為關於典權效力之規定，依同施行法第二條，於民法物權編施行前發生之典權，亦適用之（二十八上字一八八一號）。

第三條 民法物權編所規定之登記，另以法律定之。
物權於未能依前項法律登記前，不適用民法物權編關於登記之規定。

本條應說明者三點

第一點 總說

本編所規定之登記，另以法律定之，為本條所明定，在未能依另定之法律登記制度前，本條第二項明定不適用本編關於登記之規定，則關於本編應登記之物權，於未能依另定之登記法律登記前，尚不適用，凡從前已經實行不動產登記制度區域，依民國十七年七月二日國民政府司法部指令，及十九年五月十二日司法院院字二七四號解釋，仍暫緩用從前施行之法令辦理，所謂從前施行之不動產登記法令者，即民國十一年五月二十一日前北京政府公布之登記通例，不動產登記條例，地方審判廳及兼理司法縣公署登記處規則等是。

第二點 保存及法律行為以外原因所生之變動不以登記為對抗要件

本條第二項規定物權於未能依前項法律（即土地法）登記前，不適用民法物權編關於登記之規定，其所謂民法物權編關於登記之規定，專指民法物權關於以登記為法律效果發生要件之規定而言，其不以登記為法律效果發生要件之消極方面，本不以物權能依土地法登記為其適用之前提，自不包含在內，故在物權未能依土地法登記前，不動產登記條例第五條之規定，僅於民法第七百五十八條不適用之限度內，即其關於依法律行為所為不動產物權之變動以登記為對抗要件之部分，尚繼續有效，至其關於依法律行為以外之原因所生不動產物權



之變動，及不動產物權之保存，以登記爲對抗要件之部分，則自民法物權編施行之日起，卽已失其效力。

按不動產登記條例第五條規定不動產應行登記之事項，非經登記不得對抗第三人，由同條例第三條所舉應行登記之事項觀之，不動產物權之保存，及依任何原因所生不動產物權之變動，均以登記爲對抗第三人之要件，民法則於第七百五十八條規定依法律行爲所爲不動產物權之變動以登記爲生效要件，未登記者不僅不得以之對抗第三人，即在當事人間，亦不生效力，至依法律行爲以外之原因所生不動產物權之變動，及不動產物權之保存，皆非以登記爲對抗第三人之要件，是不動產登記條例第五條之規定，顯與民法相抵觸，除民法物權編施行法有特別規定外，當然因民法物權編之施行而失其效力。

基上理由，所有二十四年二月十九日院字二一九號保存登記爲對抗要件之解釋，二十九年上字一七三八號與權應爲保存登記之判例，及其他判解與上開見解有異者，均於二十九年八月二十二日院字二〇五四號解釋例（見第三點），予以變更。

第三點 判解

(1) 民法物權編關於物權登記之規定，在未能依該法所定法律登記以前，本不適用，其關於設定不動產物權之契約，倘已合法成立，在未施行不動產登記條例之區域，自應同時發生物權之效力。其在不動產登記條例業已施行之區域，則設定不動產物權契約，合法成立，雖亦同時發生物權效力，但非經登記，不得對抗第三人（二十二年上字一〇八四號）。

(2) 因遺產繼承取得不動產物權，係因法律行爲以外之原因所生不動產物權之變動，自民法物權編施行後，雖在不動產登記條例施行區域內，未經登記，亦非不得對抗第三人（二十九年上字一九七二號）。

(3) 在不動產登記條例施行前，爲不動產所有權之移轉者，該移轉行爲成立之際，卽得以之對抗第三人，迨不動產登記條例施行時，祇須爲所有權保存登記，無須爲所有權移轉登記，自民法物權編施行後，不動產登記條例第五條關於不動產物權之保存，非經登記，不得對抗第三人之規定，已失其效力，雖未爲所有權保存登

記，亦非不得以所有權之存在，對抗第三人（二十九年上字一九七五號）。

（4）自民法物權編施行後，不動產登記條例第五條關於依法律行為以外之原因所生不動產物權之變動，非經登記，不得對抗第三人之規定已失其效力，補訂民事執行辦法第三十一條第二項，關於應將假扣押裁定囑託登記機關登記之部分，不過為訓示規定，雖未將假扣押裁定，囑託登記，假扣押債權人，亦得以此項不動產所有權之限制處分，對抗第三人。（二十九年上字二〇〇〇號，按二十三年十一月六日院字一一二一號假處分裁定之囑託登記，甚後列解釋，亦應變更。）

不動產登記條例施行區域，在物權未能依土地法登記前，該條例第五條關於依法律行為所為不動產物權之變動，非經登記，不得對抗第三人之部分，固尚繼續有效，而其關於不動產物權之保存，及依法律行為以外之原因所生不動產物權之變動，非經登記不得對抗第三人之部分，則自民法物權編施行之日，即已失其效力，所有從前解釋判例與此見解有異者，應予變更（二十九年八月二十二日院字二〇五四號）。

第四條 民法物權編施行前，依民法物權編之規定，消滅時效，業已完成，或其時效期間，尚有殘餘不足一年者，得於施行之日起，一年內行使請求權，但自其時效完成後，至民法物權編施行時，已逾民法物權編所定時效期間二分之一的者，不在此限。

本條說明如左

所謂消滅時效者，指物上請求權之消滅時效而言，例如張甲耕牛，於民國十八年五月五日，被李乙搶去，至十九年五月五物權編施行時，經過一年，尙未行使民法九六二條之返還請求權，消滅時效，業已完成，則自十九年五月五日起，至二十年五月五日止之一年內，尙得行使請求權。又如上例，搶牛在十八年十一月五日，至十九年五月五日，時效殘餘期間，尙剩六個月，則自十九年五月五日起，至二十年五月五日止之一年內，亦得行使請求權，但已逾民法九六三條所定一年之期間二分之一的，即經過六個月以上者，則不得行使請求權，若李乙自願返還耕牛於張甲，則無論何時，均屬有效，蓋所有權不因時效而消滅也。

第五條 民法物權編施行前，無時效性質之法定期間已屆滿者，其期間爲屆滿。

民法物權編施行前已進行之期間，依民法物權編所定之無時效性質之法定期間，於施行時，尙未完成者，其已經過之期間，與施行後之期間，合併計算。

前項規定，於取得時效準用之。

本條應說明者二點

第一點 釋明

例如張甲在紀元前十二年（前清光緒二十六年）五月五日，將基房典與李乙，未定贖回期限，至民國十九年五月五日，卽爲期間屆滿，如不贖回，卽由李乙取得典物所有權。又如上例，張甲在紀元前九年（前清光緒二十九年）五月五日，將基房典與李乙，至民國十五年五月五日，已經過二十三年，尙有七年，合併算至民國二十二年五月五日，卽爲期間屆滿，如不贖回，亦由李乙取得典物所有權。民法七六八條至七七〇條及七七二條之取得時效，照此類算。

第二點 判例

（1）民法物權編第九二四條關於年限之規定，係無時效性質之法定期間，在民法物權編施行前，已屆滿者，其期間爲屆滿，如已進行之時間，於施行時，尙未完成者，其已經過之期間，與施行後之期間，合併計算（二十二年上字一六六八號）。

（2）典權爲民法物權編所定之物權，在該編施行前發生者，自該編施行之日起，其定有期限者，依該編之規定，出典人於典期屆滿後，經過二年，不以原典價回贖者，典權人卽取得典物所有權，此二年之期間，係無時效性質之法定期間，若在該編施行前，業已屆滿，應認爲期間屆滿，若在該編施行時，尙未屆滿，其已經過之時間，與施行後之期間，合併計算，其未定期限者，依該編之規定，自出典後經過三十年不回贖者，典權人卽取得典物所有權（二十二年上字七九〇號）。

第六條 民法物權編施行前，占有動產，而具備民法第七百六十八條之條件者，於施行之日，取得其所有權。

第七條 民法物權編施行前，占有不動產，而具備民法第七百六十九條，或第七百七十條之條件者，自施行之日起，得請求登記爲所有人。

第八條 依法得請求登記爲所有人者，如第三條第一項所定之登記機關，尙未設立，於得請求登記之日，視爲所有人。

第九條 民法物權編施行前，占有動產，而具備民法第八百零一條，或第八百八十六條之條件者，於施行之日，取得其所有權或質權。

第十條 民法物權編施行前，拾得遺失物、漂流物、或沉沒品，而具備民法第八百零三條，及第八百零七條之條件者，於施行之日，取得民法第八百零七條所定之權利。

第十一條 民法物權編施行前，依民法第八百零八條，或第八百一十一條至第八百一十四條之規定，取得所有權者，於施行之日，取得其所有權。

右六條合併說明爲左之二點

第一點 總說

右六條均係規定自物權法施行之日（十九年五月五日），取得所有權，在動產即於十九年五月五日取得所有權，在不動產則自十九年五月五日起，有登記機關者，向登記機關，請求登記，無登記機關者，於得請求登記之日（即除去事實上之障礙），視爲所有人，視爲與推定不同，不能以反證推翻，又此六條規定，爲新法與舊法過渡時期之交代，本編施行以後，實用上已無必要。

第二點 解釋

民法物權編施行前處分共同共有之不動產，未得公同共有人全體之同意者，除定其公同關係之契約，另有

訂定外，固屬無效，惟因其處分而占有該不動產之人，已依民法物權編施行法第七條或第八條之規定，取得所有權者，公同共有人之權利，當然消滅，即使取得時效，尙未完成，而公同共有人之公同共有物返還請求權，依民法第一百二十五條，民法總則施行法第十六條之規定消滅時效已完成者，該占有人亦得依民法第一百四十四條第一項之規定，拒絕返還（三十年七月二十三日院字二二六號）。

第十二條 民法物權編施行前，以契約訂有共有物不分割之期限者，如其殘餘期限，自施行日起算，較民法第八百二十三條第二項所定之期限爲短者，依其期限，較長者應自施行之日起，適用民法第八百二十三條第二項之規定。

本條說明如左

例如甲乙二人，於民國十七年五月五日，共有耕牛，約定三年不分，則自十九年五月五日起，依其一年之殘餘期限，至二十五年五月五日，卽爲屆滿，如上例約定八年不分，則自十九年五月五日起，依民法八二三條二項，算至民國二十二年五月五日，卽爲屆滿，甲乙二人，應將耕牛（不可分物）作價，孰得牛，孰得價金，依協議分之。

第十三條 民法物權編施行前，以抵押權擔保之債權，依民法之規定，其請求權消滅時效已完成者，民法第八百八十條規定抵押權之消滅期間，自施行日起算。但自請求權消滅時效完成後，至施行之日，已逾十年者，不得行使抵押權。

本條說明如左

例如張甲於民國四年五月五日，以某樓房作爲擔保品，向李乙（債權人兼抵押權人）借洋一萬元，至民國十九年五月五日（十五年），請求權之消滅時效，業已完成，則自十九年五月五日起，算至二十四年五月五日止（五年），李乙尙得實行抵押權，將其樓房拍賣，以供償額一萬元之清償。如上例張甲在紀元前八年（前清光緒三十年）五月五日，向李乙設定抵押權，則自民國八年五月五日（十五年）消滅時效完成後至民國十九

年五月五日，即爲已逾十年，不得行使抵押權。

第十四條 民法物權編關於質權之規定，於當舖或其他以受質爲營業者，不適用之。

本條應說明者二點

第一點 立法例

當舖爲營業之一種，已定於商業登記法第三條之第十二類，在立法例上，有以之列於民法動產擔保之中而定名爲質取業者，如瑞士民法九百零七條乃至九百一十五條是。我國民商合一，自應採用，而將典當利率及滿當限期（至少二十四個月）作大體之規定，餘依特別法令之所定，理論上方得貫徹，有須受行政官署之監督，認爲內務行政中警察法規之一者，如日本明治二十八年三月十日法律第十四號公布之質屋取締法是。我國民國三年八月公布之典當業法亦然。至民國十六年冬江蘇財政廳頒布之典當營業新則，則認爲地方財政行政法規之一。

第二點 判解

人民違章私開小押，地方行政官署，得依該地方單行章程，處以罰金（二十六年行政法院判字四五號判決）。

當舖因敵軍燒搶，以致所當物件損失者，除事前確有避免之機會，因過失而未及避免外，對於當戶，不負賠償責任（二十九年二月二日院字一九六〇號）。

第十五條 民法物權編施行前，定有期限之典權，依舊法規得回贖者，仍適用舊法規。

本條應說明者四點

第一點 未定期限典權之回贖不適用本條

依舊法規得回贖之典產，不問定有期限與否，依法可以回贖者，許其回贖，而本條之規定，則以定有期限依舊法規許其回贖者爲限，得適用舊法規，其未定期限者，如於本編施行後回贖，應依本編施行法第二條，第

五條第一項第二項之規定，依民法第九百二十四條但書，於出典後三十年內，回贖典物，然必其回贖權，依舊法現在本編施行之日尙未消滅者，始得爲之，若在本編施行前，回贖權已依舊法規消滅者，不能因本編之施行而回復（見第三點解釋例八至十一），蓋當事人不因新法之施行而受利益，亦不因新法之施行而蒙損害也。

今有甲於六十年前，將房屋典質於乙，而隨房地基，並未列入契內，後甲乙因回贖爭執，雙方訴訟，甲受終審敗訴之判決，房屋不能主張回贖，而未經列入契內之隨房基地，並未經過裁判，甲有無請求收回之權，謹請函轉解釋示遵等情到廳，相應函轉，並請迅予解釋，以便令遵等因到院，查隨房基地，如果並未在典質範圍以內，自不發生回贖問題，如已與房屋同時出典，而未經列載契內，自應與房屋同論，惟既未經裁判，並不能解釋爲包括於前判之內，則除依法請求補判，或另行訴理外，未便以前判爲根據，並予強制執行（六年六月二十九日前大理院復江蘇高等審判廳函統字第七三三號）。

查不動產之絕賣契與典契之分別，在舊律土規定，（一）契內註明絕賣，永不回贖字樣，（二）絕賣文契，並未註有找貼字樣，或註定回贖年限者，均爲絕賣契，若（一）契內並未註明絕賣，（二）契內雖註明絕賣，而又註定年限贖回，（三）契內雖註明絕賣，而又註明找貼字樣者，均爲典契。前大理院四年上字一九五〇號判例，亦如此解釋。然社會上尙有一種文契，首尾均載明絕賣，而所得代價，亦係時值實價，但中間註明若干年內，銀到回贖，逾期永不回贖字樣，其性質如何，則爲現行法例所未經明定，倘認爲絕賣契，則中間註有回贖字樣，如認爲典契，則又有逾期永不回贖字樣，究爲絕賣契，抑爲典契，在法律上，實有斷定其性質之必要。於此分爲兩說，（甲）說，謂凡文契中無論會否載明絕賣字樣，一經註定年限回贖，不問逾期與否，依律均爲典契。（乙）說，此項文契，爲附有期間之絕賣契。果如甲說，則不免生以下兩點之結果，（一）違背當事人之意思也。當締約之時，在讓與人本附以期間讓與其不動產，而在受讓人亦未因附有期間而絕不買受，故此項期間，雙方均有遵守之義務，而此項文契，既與契約之原理相合，亦不違反強行法規，如強認爲典契，逾期亦

准回贖，實不免違背當事人之意思。(二)違背民法之原理也。查附期間之法律行為，既爲通行民事制度所許，斷無不適用於移轉不動產所有權契約之理，清理不動產典當辦法第八條，曾有「不滿十年之典當不准附有到期不贖聽憑作絕之條件」之規定，依此解釋，則十年以外之期間，當然有效，此雖屬於典產之規定，然由此可知附期間法律行為之制度，實爲現行法所許，至舊律上，所謂註定年限回贖者，係指附有回贖期間，而對於逾期不贖之效果如何，未嘗明定者而言，與此項文契，已經註明逾期永不回贖者，不能同論，況現行法，並無禁止以附期間法律行為移轉不動產所有權之明文，故此項文契，爲附有期間之絕賣契，期間一經完成，當然發生完全絕契之效力，如強認爲典契，實不免違背上述民法之原理。以上甲乙兩說，未知孰是，現在社會上此項文契極多，往往發生糾葛，既無法律可以引據，又無先例堪資遵守(略)，請求解釋，經前大理院解釋如下：查所詢情形，係附買回期限之賣契，依其性質，自爲典契之一種，惟逾期不贖，即以合意作絕論，清理不動產典當辦法，已有明文規定，希即查照辦理(十一年六月二十二日前大理院致江蘇高等審判廳轉江甯律師公會函統字第一七四六號)。

第二點 定期典權回贖之舊法規適用

民國元年以後，典當田宅之訴訟，日益增多，民間爭贖遠年典當田地之案，尤復數見不鮮，無統一法規以資遵守，審判執行，均感困難，於是前司法部擬訂清理不動產典當辦法，於民國四年十月六日呈准施行，其辦法都爲十條，第一條至第三條，規定回贖找絕及別賣之權利與其時效。第四條至第七條，規定此項權利之行使。第八條規定典期之限制。第九條及第十條，爲施行法。此辦法公布後，大多數省分，依此辦理，唯其中典當加價收贖辦法，聽屬暫不適用。(註一)川省准其緩行。(註二)遼甯(即舊奉天)則在該辦法施行前，關於加價收贖，另有辦法。(註三)

(註一)熱河地近初設，土地價格，自與腹地各省不同，本部前咨所訂地價確有增減者，始准加價贖回，亦以各地情形殊異，回贖加價與否，自以地價漲跌與否爲準，既准咨以聽屬現無酌議加價之必要，即該辦法第七條規定，加價等差一層，暫時可不適用(見四年十二月二十

（一）前北京司法部咨熱河都統第一九二七號）。

（註二）清理不動產典當辦法規定，加價收購，係以地價確有增漲者為條件，川省地價，既據該廳詳報價值漸有漲落，數目並非懸絕，則該辦法所定加價收購一層，暫時可不適用（民國五年三月前北京司法部咨四川巡按使三六三號）。

（註三）民國元年奉天訂定王府莊地加價回贖辦法，以出典年限之久暫，分為五等：（一）出典在二十年以內者，照原價回贖。（二）出典在二十年以前者，照原價加四倍回贖。（三）出典在三十年以前者，照原價加五倍回贖。（四）出典在四十年以前者，照原價加六倍回贖。（五）出典在五十年以前者，照原價加七倍回贖。蓋以從前王府莊地，率由莊頭管領，莊頭不自耕種，典於他人，數十年前，奉天土地極賤，典價亦輕，以後地價非常昂貴，莊頭回贖其數十年之地，典主所得之原價，不能得相當之土地，失業者多，故有上開之單行辦法以資救濟。

第三點 該辦法施行前與施行後之典關係

清理不動產典當辦法所定回贖權之消滅原因，有關於該辦法頒行以前之典關係者，有關於該辦法頒行以後之典關係者。

甲 關於該辦法頒行以前之典關係者

其一 左列情形，准其回贖：

舊律典賣田宅例凡契載不明之產，除有絕賣文契，未註找貼等字樣，不得回贖外，其（一）未載絕賣字樣，（二）未載絕賣字樣而註定年限回贖，（三）絕賣文契而註有找貼字樣，（四）絕賣文契而註定年限回贖者，均准回贖。

其二 左列情形，回贖權消滅：

一、典賣契載不明之產，合於左列情形之一者，其回贖權即消滅：

（1）自立契時起，已經過三十年。

（2）契內並未註明回贖字樣。

（3）別無佐證，可以證明其得以回贖者。

二、契內業經載明之典產，具備左列要件之一者，其回贖權亦即消滅：

(1) 自原立約之時起，已逾六十年者。如未逾六十年，則無論原典是否定有回贖期限，除業經找絕，另立經賣契據，或別經合意作絕者外，仍准回贖，惟在該辦法施行以前，典主久視典業爲絕產，經業主相安無異者，或原契內載有逾期不贖，聽憑作絕字樣，業主於期滿時，並未依約回贖者，以有合意作絕論。

(2) 自原立約之日起，已滿三十年，而原業主於該辦法頒行以後，三年以內不回贖者，此時祇許原業主告找作絕，不許告贖，至其找價，應由兩造協定，協議未調，則由法院斷定之。

乙 關於該辦法頒行以後之典關係者

其一 左列情形，准其回贖：

一、在該辦法施行前典賣之產，契載不明，未滿三十年者，概以典產論。

二、在該辦法施行前之典產，未經找貼作絕，或合意作絕，未滿六十年者。

三、在該辦法施行後所置典業，契載典限，不滿十年，附有到期不贖，聽憑作絕條件者。

上述第二項之典產，不論有無回贖期限，均准回贖，惟依該辦法第三條規定，自立約之日起算，已逾三十年者，無論有無回贖期限，及曾否加典續典，業主僅得於該辦法施行後三年內回贖，其所謂合意作絕者，依該辦法第二條規定，則凡在施行前，典主久視爲絕產，經業主相安無異，或原契載有逾期不贖，聽憑作絕字樣，業主未依約回贖者，均以合意作絕論。至若典契內所載之文義，僅爲典主易於收回典價計，而爲逾期不贖，得由典主轉典，或代爲出賣等之表意，不得謂業經合意作絕，前大理院著有判例，可資參考（見第四點判例之5）。上述第三項之典產，依該辦法第八條規定，自立約日起，十年期限內，業主仍得隨時取贖（參照該辦法第一條第二條第三條及第八條）。

其二 關於贖價之規定

贖價原應與原典價相同，惟田地經典主管領耕種，滿二十年，及現時地價，確有增漲者，於原典價外，應由雙方議定，增加價額收贖，若雙方協議不調，由法院依該管地方行政長官酌量情形，商同司法部訂定之應加

等差斷定之。在該管行政官署未頒布所定應加等差以前，由法院以原典價與現時價值相差率十分五之範圍內，酌量處斷。至田地之時價，則以一年租金額之二十倍為準（參照該辦法第六條第七條）。是蓋以當事人於地價知之甚悉，由其協議定之為最當，協議不調，法院應按原典價與現時價值相差之率十分五範圍內定之，例如原典價千圓，現時價二千圓，法院應在一千圓以上一千五百圓以下之範圍斷定，至現時價多寡，鑑定殊為繁難，該辦法又定田地以一年租金二十倍為標準，蓋照金融狀況，利息之二十倍，恰與原本相當，如原本二千圓，年利五厘，計其利息，每年百圓，二十倍即為二千圓也。

其三 左列原因，回贖權消滅：

(一) 典期滿十年，而原業主於期滿後，不即時回贖者。

(二) 典期在十年以下，且於契內載明，到期不贖，聽憑作絕之條款，而立約後已逾十年者。

丙 地方單行章程之特別規定

(一) 前直隸灤縣查辦升科章程。凡人民承典無權無租旗地（即黑地），已逾二十年者，應由典主呈契升科，原業主不得回贖。

(二) 前奉天整頓田房稅契章程。凡典產過二十年不回贖，即聽典主呈契升科，不得再行告贖。

第四點 判解

其一 依舊法規之判例

(1) 依清理不動產典當辦法第一條之規定，凡未滿三十年契載不明之不動產，概以典產論，准其回贖（四年上字二四五〇號）。

(2) 典當不動產回贖時，除原典時地價高於現時價值，或與現時價值相當外，典主既將該地管領滿二十年，按諸清理不動產典當辦法，即可加價回贖（五年上字七八一號）。

(3) 凡典當不動產原立典契，未載明典當年限者，即可認為無期限收贖之契約，除應受清理不動產典當辦

法之拘束外，業主隨時自行備價請求回贖，典主於法，並無可以拒絕之理（五年上字一三九六號）。

(4) 典產之應行增價收贖者，按照清理不動產典當辦法第六條之規定，應以具備典主管領耕種滿二十年，及現時地價確有增漲之條件為限（六年上字一三三號）。

(5) 出典未滿六十年，又未經找貼作絕，另立絕賣契者，雖典契所載文義解釋到期不贖之時，得由典主轉典或代為出賣，俾原典價易於受償，要不能即指其有轉移所有權於典主（作絕）之意思，即亦不得解為別經合意作絕，於法應准其回贖（六年上字九五—號）。

(6) 舊律載典限未滿，業主強贖者，照不應重律治罪等語，關於治罪一節，不適用外，依照律文典產自不許業主於典限未滿前，強行告贖（七年上字一〇〇六號）。

(7) 就清理不動產典當辦法第三條解釋，並不適用時效中斷之法則，該條內所稱三十年，乃自立約之日起算，原約有無回贖期限，及中間有無聲請回贖之事，均非所問，凡自立約日起算，已逾三十年者，即一律限於該辦法施行後，三年內向典主回贖（十一年上字一〇五二號）。

(8) 清理不動產典當辦法第八條所載不滿十年之典當，不准附有到期不贖聽憑作絕之條件，違者雖經逾期，於立約日起，十年限內，仍准業主隨時告贖云云，原係關於該辦法施行後典產之規定而非該辦法施行前立約之典當所得援用（十一年上字一三七九號）。

(9) 清理不動產典當辦法第三條載未滿六十年之典當，無論有無回贖期限，及曾否加典續典，自立約之日起算，已逾三十年者，統限原業於本辦法施行後三年內回贖，如逾限不贖，祇准原業主向典主告找作絕，不許告贖等語，是典當契約，已逾三十年，於民國四年該辦法施行後三年內未回贖者，不得告贖（十七年上字五八二號）。

(10) 清理不動產典當法第二條所稱六十年之期間，為無時效性質之法定期間（二十一年上字二〇八〇號）。

(11) 民法物權編施行前定有期限之典權，仍適用舊法規者，應以依舊法規得回贖之典權為限，若典權雖曾

定有期限，並係在物權編施行前所定，但若經過三十年，即依舊法規（清理不動產典當辦法），亦係不得回贖，自不得適用舊法規，即不得許其告找（二十二年上字一六六八號）。

(12) 在民法物權編施行前發生之典權，在民法物權編施行後，得仍適用舊法規規定者，以定有限期而依舊法規得回贖者為限，其依舊法規不得回贖者，不得仍適用舊法規，故依舊法規不得回贖之典權，出典人於物權編施行後，即不得更依舊法規，為告找作絕之主張（二十二年上字九七九號）。

(13) 民法物權編施行法第十五條之規定，民法物權編施行前定有期限之典權，於民法物權編施行後，仍適用舊法規，係以依舊法規得回贖者為限，否則該編所定之物權，在該編施行前已發生者，依該編施行法第二條，業經定明關於物權之效力，自物權編施行之日起，應依該編之規定，即無適用舊法規之餘地（二十三年上字三二四七號）。

(14) 上訴人所稱民國十年十二月間典受被上訴人之地六畝，約定六年期限，民國十年十月間，典受被上訴人之地二畝及一畝三分，亦約定十年期限等情，如果屬實，則約定六年期限之六畝，依民法物權編施行法第十五條及清理不動產典當辦法第八條之規定，僅得於六年滿後之四年內回贖，其約定十年期限之二畝及一畝三分，依民法第九百二十三條之規定，亦僅得於十年滿後之二年內回贖，被上訴人遲至民國二十八年，始行回贖，顯已超過得贖之期間（二十九年上字一五〇五號）。

(15) 清理不動產典當辦法第八條所稱十年內仍准告贖之期間，為無時效性質之法定期間，不待當事人之主張，法院應依職權適用（二十九年上字一二二三號）。

(16) 清理不動產典當辦法第八條之規定，僅能適用於該辦法施行後所設定之典權，觀同條所載嗣後字樣，其義甚明（二十九年上字一八四三號）。

其二 依舊法規之解釋例

一、典權人取得典物所有權後，另訂贖回契約，不能認為無效（二十三年九月八日院字一一〇八號）。

二、物權編施行前之典產，雖議定三年贖取，仍應依清理不動產典當辦法第八條，定其回贖期限，至契載典價，係屬銅圓，回贖時，應按出典時銅圓，與銀圓時價，折算銀圓給付（二十四年二月十二日院字一二二四號）。

三、清理不動產典當辦法所定之回贖期間，如出典人於此期間，已提出原典價，向典權人回贖，典權人雖拒不受領，亦應認為有同法之回贖（二十五年三月七日院字一四一三號）。

四、民法物權編施行前定有期間之典權，依該編施行法之特別規定，固不能依新法所定之回贖期間以相繩，惟依清理不動產典當辦法第三條規定，即在該辦法施行前立約，而於其施行始滿三十年者，應於三十年期滿後，三年內回贖，如原業主未於此期間內回贖，即不許再行告贖（二十五年二月七日院字一四一三號）。

五、典權在民法物權編施行前發生者，以定期典權，依舊法得回贖者為限，適用舊法，清理不動產典當辦法第八條，關於聽憑典主過戶投稅之規定，係屬不得回贖之典產，應適用民法物權編關於典權之規定，就該辦法第八條所為之解釋，在同編施行後，無再適用之餘地（二十五年六月五日院字一五〇三號）。

六、典權人將典物轉典與第三人，其與出典人之典權契約，依然存續，並不因出典之繼承人，曾有向轉典之第三人加典情事而更新，故自出典人立約之日起算，至清理不動產典當辦法施行時，已逾三十年，或於施行後，始滿三十年（參照院字第一四一三號解釋），如未於施行或期滿後三年內，向典權人回贖，依該辦法第三條所定，即不許再行告贖（二十七年八月十七日院字一七六四號）。

七、清理不動產典當辦法施行前，定有期限之典產，自立約之日起算，至該辦法施行時，未逾三十年者，仍應遵照院字第一四一三號解釋辦理（二十九年四月九日院字一九七六號）。

八、民法物權編施行前設定之典權，未定期限者，依民法物權編施行法第二條，第五條之規定，出典人因得依民法第九百二十四條，於出典後，三十年內，回贖典物，惟此僅指出典人之回贖權，依舊法規在民法物權編施行之日尚未消滅者而言。其回贖權，在民法物權編施行前，已依舊法規消滅者，不能因民法物權編之施行

而回復。清理不動產典當辦法施行後，民法物權編施行前，設定典權者，依該辦法第八條規定，務須約定不逾十年之期限。未約定期限者，按諸同條之本旨，僅得於出典後十年內，隨時回贖，故自出典後至民法物權編施行時，尙未滿十年者，出典人雖得依民法第九百二十四條，於出典後三十年內回贖，其已滿十年者，出典人仍不得援用同條回贖。原呈所稱未定期限之典權，既爲民國六年所設定，則至民國十六年出典之回贖權，已因十年屆滿而消滅，自無援用嗣後施行之民法物權編回贖典物之餘地（三十年二月十五日院字二一三五號）。

九、甲於民國十年十二月出典，約定經過四年，原價取贖，依民法物權編施行法第二條第五條第一項，民法第九百二十三條第二項之規定，甲本不得於出典滿六年後回贖，惟依民法物權編施行法第十五條清理不動產典當辦法第八條之規定，甲得於出典滿四年後六年內，即民國二十年十二月初回贖，一屆十年期滿，當然不得再行回贖，所有以前解釋及判例，與此見解有異者，應予變更（三十年三月八日院字二一四五號後段）。

十、物權編施行法第十五條，所謂舊法規，係指不動產典當辦法而言，依同辦法第九條，應從各省單行章程或習慣辦理者，即指該章程或習慣而言（三十年六月二十六日院字二二〇五號之三）。

十一、清理不動產典當辦法施行前設定之典權，未定期限者，如於民法物權編施行後回贖，依同編施行法第二條第五條第一項第二項，民法第九百二十四條但書之規定，僅得於出典後三十年內爲之，至同編施行法第十五條之規定，於未定期限之典權，不適用之（三十二年一月十七日院字二四五二號）。

第十六條 本施行法自民法物權編施行之日施行。

本條說明如左

此爲時際法上應有之規定，查新舊法律交替之際，必賴時際法以爲調劑，有二大原則，應注意者，其一爲法律不溯既往，即本施行法第一條所規定者是。其二爲法律之施行期限，方法有二：（一）自公布以後，經一定之期間，全國同時實施。（二）定達到期間，依公布地距離之遠近，各地施行期間不同。第一種方法，民法全部採用之，總則於民國十八年五月二十三日公布，定同年雙十節爲施行日期，並於同年九月二十四日頒布其施行

法。債編於十八年十一月二十二日，物權編於十八年十一月三十日公布，定十九年五月五日施行，並於同年二月十日頒布其施行法。親屬繼承二編於十九年十二月二十六日公布，定二十年五月五日施行，並於同年一月二十四日公布其施行法。第二種方法，一般的法律採用之，法律施行日期條例，及法律施行到達日期表，即爲法律施行期限之一般的標準云。

緒論實用問題

- 一、經濟法之界說，以何人學說爲最具體？經濟法之涵義，以何種法律爲最主要？
- 二、耕種及房屋租賃，民法與土地法適用之順序如何？
- 三、土地權利，在登記程序進行中發生之爭執，在土地裁判所未成立前，由地政機關處理？抑由司法機關處理？
- 四、土地法施行法第二十七條之預告登記，及第二十八條之異議登記，與不動產登記條例上之用語，意義是否相同？
- 五、土地法施行法第二十九條係就同法第二十七條之預告登記，或第二十八條之異議登記，規定其程序上應備之要件，在第二十七條情形，已有判決，命土地權利人爲移轉或消滅其土地權利，或變更其內容或次序之意思表示而且確定者，此時請求權人應否仍須爲預告登記？在第二十八條情形已有確定判決，認登記原因之無效或撤銷，命被告爲塗銷登記之請求者，此時原告是否仍須爲異議登記？
- 六、土地法施行法之預告登記，試就左列各項，各舉一適當之例：
 - (1)保全土地權利消滅之請求權。
 - (2)保全土地權利移轉之請求權。
 - (3)保全土地權利內容之變更之請求權。
 - (4)保全土地權利次序之變更之請求權。
 - (5)附條件之請求權。
 - (6)將來之請求權。

七、錢乙將趙甲西隣之田（甲爲真正權利人），向地政機關爲第一次所有權登記（乙爲登記名義人），經過土地法第一〇〇條六個月公告期間後，孫丙（丙爲第三人）信賴登記（即土地法所稱之前登記），只受西隣之田，惟尚未爲取得權利之新登記，趙甲聞之，一面對於錢乙向法院提起登記原因無效或撤銷之塗銷登記之訴，一面向主管地政機關聲明爲異議登記，於此情形，是否應受公告期間之拘束？

八、土地法第一〇八條第一〇九條所稱之新登記與前登記應作如何解釋？其所稱新登記，與同法施行法第二十八條二項所稱權利之新登

記，是否為同一意義？真正權利人，在已有第三人取得權利之新登記後，是否僅得請求損害賠償，抑尚得為塗銷登記之請求？

九、土地徵收處分之權，是否屬於需用土地人，如需用土地人係官署者，未給與所有權人定着物遷移費而勒令遷移，所有人是否視其為原處分之官署，向上級官署提起訴訟？抑向司法機關提起訴訟？

十、土地登記採用何種主義？法院登記採用何種主義？其依法辦理土地登記之地方，自開始登記之日起，法院登記停止辦理，其根據安在？

十一、現狀下地籍整理之程序有幾種，並應於何種地方儘先籌辦？

十二、何謂標準地價？何謂宣佈地價？

十三、現行法上地價稅採累進制，及單一地稅制，試略言其內容及理由。

十四、契據之已否投標及過戶之遲早，於物權移轉之效力有無影響？現行契稅條例，典賣以外新增加者，共有幾種？又因代為買賣而移轉不動產所有權者，應否投稅？

十五、房捐條例上所徵之房租，與土地法上所稱之土地改良物稅，有何不同之點？

十六、趙甲將所有西廡田十畝，移轉錢乙，孫丙曾到場作中，並向錢乙承租該田之一部，其時錢乙未曾登記，孫丙對趙甲之金錢請求，趙西廡田十畝，採用登記欠缺，行使否認權，聲請法院宣告假扣押之執行，法院應否准許？

十七、趙甲於民國二十九年，將西廡田十畝，向錢乙設定典權，乙未登記，三十年又將該田向孫丙設定抵押權，丙為登記，在趙甲無力回贖及落價時，乙之典權與丙之抵押權，誰有優先之效力？

十八、趙甲有房屋一棟，東西共二十間，以其東房十間，於民國二十六年一月一日租與錢乙，期限為十九年，三十三年十二月三十日，因經濟壓迫，將該房全部賣與孫丙，趙甲對於錢乙，有遵守剩餘十一年期間之義務，而錢乙之租借權，未經登記，可否以剩餘十一年之期間，對於孫丙主張？

十九、趙甲錢乙，住河南民權縣，甲有田十畝，在洛陽縣，甲之友人孫丙，住在洛陽，甲將洛陽之田，暗中出賣於乙，價四萬圓，兩相合意，成契交價，惟錢乙尚未登記，孫丙聞之，暗中並攜款八萬圓，乘買此田，甲與丙又成立賣契，丙即向洛陽地方法院登記，乙以買在丙先，抑丙得業，並以甲丙為共同被告，在甲住所地法院，提起確認之訴，丙以登記為斷執理由，又以住在洛陽，不去應訴。問此田應歸誰乙得，如何得？如判歸一方，而他一方之交付及損失，如何取償？

二十、何種動產，其所有權之移轉，及抵押權之設定，應以登記為對抗第三人之要件，是否受不備登記條例之適用？

二十一、物權編施行前發生之舖底權，碼頭權，頂頂碼頭權，先買權，旗地佃權，不動產買權及大押大佃，其效力如何？

二十二、本編所定之物權，發生在十九年五月五日以前者，其效力是否依本編所定，並論各種物權，何者為本編所定之效力？

二十三、本編施行前發生之典權，依該地方習慣，典主本有先買權，本編施行後，其習慣是否尚有法之效力？

二十四、不產物權之保存，及依法律行為以外原因所生不產物權之變動，最近解釋及判例，一反從前見解，不以登記爲對抗之要件，其論據安在？

二十五、在不動產登記條例施行區域內，因繼承而取得不動產物權者，未經登記，是否發生對抗第三人效力？

二十六、假扣押或假處分之裁定，法院未將該項裁定囑託登記，債權人是否得以此項所有權之限制處分，對抗第三人？

二十七、在不動產登記條例施行區域內，第三人不以不動產權利未登記而爲不得對抗之主張，法院是否得以職權干涉？又依同條例第一四五條命爲登記，受命令人，拒不遵行者，法院是否得引用他種法律強制處分？試分別論之。

二十八、外國人就施行不動產登記制度區域內之不產產，受抵押權之設定者，該不動產係在租界，未經登記，能否對抗第三人？

二十九、趙甲於民國十八年一月一日以所有房屋出典與錢乙，約定超過四年，原價取贖，於此情形，趙甲應於出典滿六年後回贖（即二十三年十二月底爲止，適用本編第九二三條本編施行法第二條）？抑應於出典滿四年後六牛內（即二十七年十二月底以前，適用本編施行法第一五條清理不動產典當辦法第八條）回贖？試根據最近解釋例以判斷之。

三十、左列情形，若者可以回贖？若者不能回贖？試分別根據最近解釋例，並舉出其適用之法條以判斷之：

(1) 趙甲於民國六年五月五日將所有房屋典與錢乙，未定期限，至本年（三十三年）五月五日，請求回贖，應否准許？

(2) 趙甲於民國九年五月五日將所有房屋典與錢乙，未定期限，至本年（三十三年）五月五日，請求回贖，應否准許？

至六六一條，共四七六條。巴威里地方法（一七五六年制定一八六二年修正）各編條文，自爲起訖，其第三編占有與物權分爲七章：第一章占有，分物之占有權利之占有兩節，第二章不動產權利通則，第三章所有權，分通則，所有權之取得與喪失，所有權之效力，相鄰權等四節，第四章役權，分通則，人役權，地役權，役權之取得收回與保護等四節，第五章地上權，第六章土地負擔，第七章質權，分通則，抵押權，不動產用益質，動產質、權利質等五節，都四五〇條，其特點爲占有與物權平行，納抵押權於質權內。我國民法施行以前，亦有地方之存在。（註一）德國民法（一九〇〇年一月一日施行），第三編物權，增爲九章：一曰占有，二曰土地權利通則，三曰所有權，分所有權之內容，土地所有權之取得與喪失，動產所有權之取得與喪失，（內分讓與，取得時效，附合混合加工，產出物及物之其他成分之取得，先占，發見等六款。）由所有權所生之請求，共有等五節。四曰地上權，五曰役權，分地役權，用益權，（物之用益，權利之用益，財產之用益，及限制的對人役權。）六曰先買權，七曰土地負擔，八曰抵押權，土地債務，定期土地債務。九曰動產質權，權利質權，起八五四條訖一二九六條，都四四三條。

（註一）民國十五年國民政府公布之廣東土地登記條例，此條例之實行區域，以廣東省爲限，依該條例第一條第二條之規定，凡土地一切之權利，均須遵照該條例之規定，申請登記，領取登記完畢證書，否則不能爲土地權利之根據，享法律上之保障，及行物權上之絕對權，以之對抗一般人，即：（一）建築用地，（二）農地，（三）畜牧地，（四）森林地，（五）礦山地，（六）鹽地，（七）道路地，（八）雜地，而有（一）土地所有權，（二）永佃權，（三）抵押質權，（四）地上權，（五）公用土地之管理權者，無論公有或私有，其權利之保存移轉分合消滅添附及處分，不在該條例頒布前，曾否登記，有無書據，均須向廣東土地廳及所屬土地局登記之。

法國民法，無物權編之名而有其實，其第二編財產法第一卷財產之區別第一章不動產，第二章動產，第二卷所有權，第三卷孳息享受權，使用權，住居權，第四卷地役權，又於第三編財產取得之第十七卷規定質權，第十八卷規定優先權及書入質。義大利民法第二編爲財產所有權及其種類，其第二章爲所有權，第三章爲所有權之種類，第四章爲共有，第五章爲占有，第三編之第十九章爲動產質，第二十章爲不動產質，雖屬法法系，

內容亦不盡同。此外西班牙、荷蘭、及美國之路奚安拿、魁北克、卡利弗尼亞、秘魯、智利等國民法，關於物權之規定，均不脫法國式。

各國物權法，大抵根據一國固有之國情與歷史而規定，自多含有國別性，但大體上仍不外德國民法與法國民法之兩壁壘，形式不同，內容則大同小異。此外比較上獨樹一幟者，如瑞士民法第一編總則，第二編親屬，第三編繼承，第四編物權，債之規定，另有瑞士債務法。蘇俄民法第一編總則，第二編物權，第三編債權，而以繼承為債權編中之第十四章，無所謂親屬繼承兩編之名目，關於親屬，另訂有勞農政府婚姻法。泰國改正民商法第四編物權，分為八章：一曰通則，二曰所有權，三曰占有，四曰地役權，五曰居住權，六曰地上權，七曰用益權，八曰不動產物權之登記。自一二九八條至一四三四條都一二七條。

第三點 本編之位置及其理由

民法法典之編纂，有法國式（即採用羅馬式者），德國式，已如上述。德國式中，關於本編之位置者有二方式，一為索遜式，物權先於債權，其理由因物權為對世權，由此對世權而發生優先權，物上請求權，追及權，別除權。債權為對人權，故物權所生之各種權，債權無之，物權先於債權者，以效力之強弱而第其編次也。一為巴威里式，債權先於物權，其理由以凡屬契約，必先有債權契約（Obligatorischer Vertrag），而後有物權契約（Dinglicher Vertrag）。（註二）債權契約，以要約，承諾，合致為要素，物權契約，即所有權之移轉，他物權之設定，債權先於物權者，以契約成立之先後而第其編次也。本編位置，從巴威里式。

（註二）契約原有債權契約物權契約之分，蓋一以發生義務為目的，一則以直接發生物權上之變動為目的也，法國民法，因採意思主義，以登記為對第三人之要件，關於物權之得喪變更，認為債權契約之效力，故於債權契約外，不認物權契約之存在，我國登記制度，雖未全國實行，其已實行登記制度之區，又有除登記對抗主義與登記要件主義之分，而向來判例，對於我國習慣及法理，均認有物權契約之存在。

第一章 通則

第二節 本章之總說明

本章應說明者二點

第一點 本章之內容

壹、物權之創設採法定主義（七五七），貳、不動產物權之變動採登記要件主義（七五八），參、不基於當事人意思之不動產物權之變動（七五九），肆、不動產物權契約之要式（七六〇），伍、動產物權讓與之原則及例外（七六一），陸、所有權及他物權因混同而消滅之原則與例外（七六二），柒、他物權及以他物權為標的物之權利因混同而消滅之原則與例外（七六三），捌、物權因權利人之拋棄而消滅（七六四）。

第二點 關於物權契約效力之立法例

子 意思主義

此主義以為物權之得喪變更，僅屬債權契約之效果，依當事人之意思表示以發生，然其中又分兩種：一為絕對主義，以物權之得喪變更，不用何等方式，惟當事人有意思表示，即可對一般之人，發生效力；此主義採用者甚少，法國共和八年曆月十一日，（附註）以法律宣言行此主義，然不久即廢焉。二為折衷主義，即現行之法蘭西主義也，其於物權之得喪變更，就原則論，但使當事人之一方，表示設定移轉之意思，他一方表示其取得權利之意思，即可發生效力，惟其對於第三人之關係，則非履行某種方式，不能對抗，而其關於不動產之方式，則為登記，關於動產之方式，則為交付，今法法系諸國皆採之。

丑 形式主義

此主義以爲物權之得喪變更，非履行某種方式，則絕對不能生效，其中可分爲二種：一爲登記主義，以登記爲物權得喪變更之要件，凡採用方式主義之國，關於不動產者皆用之。二爲交付主義，以物權之得喪變更，實事人於意思表示之外，非有標的物之交付，不能生效，羅馬法及各國古代法律，不分動產不動產，皆採用之，今則採形式主義之國，惟關於動產者爲然。

（附註）法國共和曆，以十二月又五日或六日爲一年，第一月曰禧，始秋分日，即九月二十二日至十月二十二日，第二月曰露，十月二十二日至十一月二十二日，第三月曰霜，十一月二十二日至十二月二十二日，以下雪月、雨月、風月、霜月、花月、收月、霜月、葉月，照推，餘五日或六日爲寒月，官其上無所依從，此歷通行，僅十三年，革命時頒布法律，均用此歷。

現今各國立法上採用主義，可分法德兩派，法派即意思主義中之第二種，德派則凡物權之設定移轉，於當事人意思表示之外，若爲不動產，則以登記爲要件，若爲動產，則以交付爲要件，蓋即合形式主義中之第一第二兩種而成也。法蘭西主義之所根據者，爲自由意思之觀念，然學理上實際上，均有非難，今分述於下：（一）學理上之非難，所謂物權，乃行於物上之管領權，其成立時即具有對抗一切之效力，苟必俟有登記交付之行爲，可以對抗第三人，則所謂絕對之效力者，既有名而無實，豈不毀損物權之本質哉？（二）實際上之非難，謂依此主義，則物權有重複之弊，何則？當讓與物權時，讓與人受讓人之間，既以受讓人爲權利人，而至對於第三人之關係，則登記交付之程序未完以前，讓與人依然保有其物權，第三人仍可以有效受讓之，豈非發生重複之物權，使實際上陷於混雜困難乎？法蘭西主義之可攻擊者如此。而德意志主義則如何？德意志主義所根據者，爲物權本質之思想，非專依其國之習慣，亦非出於原始社會注重方式之精神，其中有正當之理由存焉，何則？物權雖爲絕對的權利，可以對抗一般之人，而其設定移轉，常與第三人之利害有重大影響，若不使之履行方式，即對於第三人發生效力，則第三人必受不測之損害，充其弊必至關於物權之交易，悉不安全，故此主義爲第三人之利益及交易之安全計，而以登記交付爲其設定移轉之要素，在學理上實際上實無可攻擊之點也。日本民法，採法蘭西主義，凡物權設定移轉之效力，以依當事人之意思表示而發生爲原則（日民一七六

條），惟欲對抗第三人，則不動產須經登記，動產須經交付而後可（日民一七七條）。本法七五八條及七一六條一項，所以採探德意志主義者，殆以吾國社會，性質複雜，信義之觀念不堅，物產交易之時，往往隱蔽真正之權利人以私相授受，甚至一物而移轉於數人，因此以詐欺取財者有之，設有特當事人意思表示以發生契約之效力，則第三人受害之事，將日出無已，故與其採法蘭西主義，不如採德意志主義，於未為登記與交付以前，雖惟不得對抗第三人，即當事人之間，亦不發生效力，似此辦法，既不失諸繁雜，而又無日本民法之既成物權，不得對抗第三人之弊，其於物權之本質，不能不謂為適合也。

第三解 本章之逐條說明

第七百五十七條 物權除本法或其他法律有規定外，不得創設。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定物權之創設應採法定主義。其關係條文為原則第一目，本法七六五條至八三一條，八三二條至八四二條，八四二條至八五〇條，八五一條至八五九條，八六〇條至八八三條，八八四條至九一〇條，九一一條至九二七條，九二八條至九三九條。參考條文，為土地法一九六條，一九七條，非常時期難民移居條例一九條，漁業法五條，一一條，礦業法五條，一二條，航空法一六條至一九條，海商法八條，一一條，一三條至一六條，一八條至二二條。參考他國條文，為日民一七五條，泰國改正民商法一二九八條。

第二點 立法例

關於物權之創設，立法例自來有二大主義：一曰放任主義，認許當事人得依登記方法，使關於取得特定物之債權發生物權的效力，普國地方方法採用之。（普國地方方法二章一三一條乃至一三五條，一部四章一六條乃至一九條，其他九章十章等。）一曰法定主義，物權之種類及其內容，均以法律明為規定，不許當事人自由創設，羅馬法以來大多數立法例，皆採用之。夫物權者直接管領物而可對抗一般人之權利，為財產法經濟法中之

最要者，故物權制度之良否，於國民經濟上，實有至大之影響，若物權之創設，一任當事人之自由意思，則其種類及內容，當事人俱得任意爲之，其結果必使權利紛雜，害物權之統一，破交易之安全，起經濟之紛亂，實不可枚舉。若法定主義則反是，其於物權之種類及內容，預以法律定之，則當事人之自由意思，已無活動之場，故權利可以不虞混雜，且整齊明確，得保交易上之安全，此我民法立法例，排斥放任主義而採用法定主義也。雖德法兩國之民法，不若本法之以明文規定，然其採用法定主義以限定物權之種類，則固無不同也，惟其種類及內容稍異耳。反是債權成立於特定人間之法律關係，故其種類及內容，無以法律限定之必要，惟基於契約自由之原則，一任當事人之自由意思，徵諸我民法債編全體之規定自明也。

第三點 釋本條之意義

子 物權僅能以法律創設而不得以命令爲之，縱將來有需創設之物權，亦應以法律爲之而後可，如以當事人意思與政府命令及地方習慣等而創設之，則絕對不許者也。法律指由立法院通過經國民政府公布者而言，法規制定標準法，立法程序綱領，及治權行使規程案，現行法規整理原則八點，應併參照。

丑 本編施行以前，我國所謂物權者，依習慣認定之，權利人隨意創設，亦爲例所不許，下列之（一）所有權，（二）典權，（三）先買權，（四）佃權，（五）地上權，（六）舖底權，（七）地役權，（八）擔保物權（即抵押權不動產質權動產質權），依前大理院判例，均認爲物權，該判例所認爲物權中先買權舖底權，及擔保物權中之不動產質權，本法既不定爲物權，則在本編施行後，其他法律未定其爲物權以前，自不得認其爲物權而適用本編之規定。若在奉編施行前業已發生，依本編施行法第一條除施行法有特別規定外，不適用本編之規定。第二條其爲本編所定者，如所有權典權佃權（即永佃權）地上權地役權擔保物權中之抵押權動產質權等，則其效力自施行之日起（即十九年五月五日），依本編之規定。

第四點 判例

凡物權不能由權利人隨意創設，而妨害物之利用以創設物權者，尤非法所應許（四年上字六五九號）。

第七百五十八條 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。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定不動產物權之變動採登記要件主義。其關係條文，為原則第二目，本編施行法一條至五條，八條。參考條文，為不動產登記條例一條至一〇條，土地法三三條，三六條。參考他國條文，為德民八七三條以下。

第二點 立法例

現代之立法，為保護第三人之利益及交易之安全，關於不動產物權得變更所行之主義，大別為三種如左：

子 登記要件主義

登記要件主義者，於各不動產所在地之官署，備置公簿，記載不動產物權之得喪變更，使有利害關係之第三人，得就公簿推知該不動產物權之權利狀態，而不動產物權之得喪變更，若不登記於公簿上，即不生不動產物權得變更之效力，非但不能對抗第三人，即當事人之間，亦不能發生效力，例如甲以土地，賣與於乙，未經登記，甲又以此土地賣與於丙，丙為登記，於是此土地為丙所有，匪惟乙不得以買取在先，與丙對抗，即甲乙相互間，亦不得對抗之，此時土地與代價二物，如俱未交付，初無問題發生，倘有一物業經交付，或兩物俱經交付時，則亦惟基於不當得利之理由，發生返還請求權而已，此就所有權而言也。再就他物權言之，例如甲向乙貸借而以土地為擔保，乃未經登記，甲又以此土地賣與於丙，以常理論，則乙似已取得抵押權，可以對其於丙，然以未先登記之故，竟不得對抗之，且不特此也，即當事人甲乙之間，亦不生效力，此主義為德國廣制（德民八七三條以下），一稱德國主義，其特質有四：不動產物權之得喪，必須登記，一也。登記有公簿為之。二也。權利之得喪，是否適法，經審查後，乃為登記，三也。由土地之異同，編製登記簿，每一土地備一冊紙，四也。現世德法系諸國，如匈牙利（一八五五年十二月十五日法），瑞典（一八七五年六月十六日

法），荷蘭（荷民六〇九條一二四條）均採此種主義，唯荷蘭登記簿，係因人名編纂，而另有參照簿，依土地番號編纂之，且參用法國主義，是其不同之處，但權利得喪，必須登簿，仍採德國主義也。

丑 登記對抗主義

登記對抗主義（或稱登記公示主義）者，於各不動產所在之官署，備置公簿，於簿上記載不動產物權之得喪變更，使有利害關係之第三人，得就該公簿推知該不動產物權之權利狀態，而不動產物權之得喪變更，若不登記於該公簿上，則不得以之對抗第三人也，至當事人間，僅依意思表示，即生效力，此主義為法國所創（一八八五年三月二十七日法），一稱法國主義，即以登記為一種公示之方法，而不以為物權移轉之要件，唯因欲對抗第三人，始以此為條件耳。現世各國，如比利時（一八五一年十二月十六日法），義大利（義民一九三二條以下及一九八一條以下），希臘（一八三八年八月十一日抵押法及一八五七年十月二十九日登記法），葡萄牙（葡民七二五條九四九條一七二二條及一八七五年六月十六日法），羅馬尼亞（一八五五年法），摩洛哥（一八四四年十二月二十五日法），盧克森堡，英領加拿大，及日本民法（日民一七七條）屬之。

寅 地券交付主義

地券交付主義者，各土地設地券，交付於權利人，於券上記載不動產物權之得喪變更以確定不動產物權之權利狀態，使有利害關係之第三人，得就該地券推知該不動產物權之權利狀態也。此主義起原於澳大利亞，為羅連斯爵士手創之法案，近年歐美各國，亦漸做行，故又名羅連斯主義（Robert Torrens system）。

現土地法第二編之土地登記，乃採羅連斯主義之精神而為規定，即（一）所有權，（二）地上權，（三）永佃權，（四）地役權，（五）典權，（六）抵押權，其權利之取得設定移轉變更或消滅，應為登記，不問公有土地及私有土地，均適用之（土地法三三條）。其所為之登記有絕對效力（土地法三六條），即羅連斯所謂不能推測之登記權利（Indefeasible）也。因登記權利有不能推翻之效力，故有第三十九條「因登記錯誤遺漏或虛偽致受損害者，由地政機關，負損害賠償責任，但地政機關證明其原因應歸責於受損害人時，不在此限。」蓋羅連斯氏

之意而加以但書之規定。至於契據審查事件，設有契據專員（土地法九五條九六條），土地及改良物價值之估計，設有估計專員（土地法三七條），以任其事。關於第一次土地登記程序，所有權及所有權以外權利登記程序，登記費，土地權利書狀，或他項權利證明書，均有規定。

地券交付主義，辦法甚繁，非訓練專門人員，不能收效，故關於土地法各種之施行日期及區域，分別以命令定之（土地法六條），施行法亦同（土地法施行法二條）。

要而言之，物權法採登記要件主義，但施行期間，留以有待。物權編施行法第三條之規定，未依物權編所規定之登記另定法律以前，仍依從前法令辦理，採登記對抗主義，已於緒論中述之。至土地法則採地券交付主義，土地法實行之區域，法院登記，停止辦理。

第三點 釋本條之意義

子 取得設定喪失變更之意義

物權之變動，即物權基於法律行為而有取得設定喪失及變更之狀態也。

一、取得者，權利歸屬於某特定人之謂，依法律行為而為物權之取得者，其內容必包含物權之移轉及設定，故從處分者方面觀察之，又得區別為移轉取得與設定取得二種，移轉取得者，謂既存之權利，移於新權利主體，設定取得者，謂從處分者所有之完全權利中創設之限制權利也。

二、喪失者，既存之權利，脫離原權利主體之謂，例如土地所有人舉其土地而讓於他人時，則喪失其所有權。又如土地所有人於其土地上設定地上權時，則喪失其所有權構成成分之一部是也。故權利之設定與移轉，必生取得與喪失之二結果。

三、變更者，權利之實質變動也，權利之實質變動者，例如增減擔保物之債權額，改換地役權之使用方法，及伸縮地上權永佃權之存續期間等是也。

丑 取得喪失變更之原因

第一 取得原因

物權取得之原因，得分爲二種如左：

一、原始取得

原始取得者，不本於他人之權利而從根源取得之謂，取得者於權利之標的物，無論以前有無他人權利存在於其上，及其權利者爲何人，俱無顧慮之必要，以取得者之權利，非從原權利者之權利而來也。原始取得之重要原因，即取得時效，先占，添附，遺失物之拾得，埋藏物之發見等是也。

二、傳來取得

傳來取得者，謂繼承原權利者權利之全部或一部而取得者也。取得之權利，係從原權利者之權利產出，其權利之分量，不能超於原權利者之所有，原權利者所受之限制，取得者亦不能服從之，如受讓有抵押權之土地所有權時，則新取得者不能有礙抵押權之實行是。至傳來取得之原因，有基於繼承法規定之繼承者，有由於單獨行爲之遺贈者，有出於契約之買賣贈與交換等類者，其中最普通者，尤莫如契約也，故從傳來取得之方法觀察之，厥有三點：（一）爲傳來取得者取得原權利者權利之全部，例如從所有權人受讓其所有權，及從地上權人永佃權人受讓其地上權永佃權等。（二）爲傳來取得者取得原權利人權利之一部，如從土地所有人取得其地上權，及其他限制物權之類，即土地所有人基於其一般管領之權能而新設所有權以外之物權付與於取得者是也。以取得者之權利，爲出於原權利人之所有，故屬於傳來取得之內。（三）爲傳來取得中，有普通與特定之別，普通繼承人，又謂之包括繼承人，蓋蹈襲前主財產上之地位而包括繼承其權利義務也，故普通繼承人，一面取得前主所有之物權，一面不能不繼承其義務，如因死亡之繼承，屬於此類。特定繼承人，又謂之特定承受人，基於特定原因而祇取得特定權利之謂，蓋由一定之法律行爲取得一定之物權而不承繼其義務者也，例如因買賣贈與而受讓特定之所有權及其他物權等是。原始取得與傳來取得之差異，即原始取得者，其於標的物未取得之前，他人有無權利存在於其上，不必論也。傳來取得者，其取得之權利，必以原權利人之權利爲基本，蓋法理上之原

則，無論何人，不能以自己所未有之權利，讓與於他人，故原權利者必須有真正之物權，為傳承取得之要件，所謂正權原是也。

第二 喪失原因

物權喪失之原因，得分為二種如左：

一、絕對的喪失

物權之絕對的喪失，謂物權全然失其存在也，喪失之原因，有出於當事人之行為者，如物權之拋棄。有由於他人之行為者，如第三人喪失其物。有不關於人之行為者，如因地震而土地陷落。又有基於法律之規定者，如消滅時效及混同是也。

二、相對的喪失

物權之相對的喪失，謂物權移轉於他人，前權利人失其物權也。其喪失之原因，有由當事人之意思表示者，如物權讓與之契約。有依法律之規定者，如因死亡之繼承是也。

第三 變更原因

物權變更之原因，得分為二種如左：

一、權利主體之變更

權利之內容不變更，變更者惟權利之主體，例如甲有不動產若干，甲死歸其子四人繼承，在未分割前，同一不動產，初為甲一人所有，繼為其四子共有。又如物權讓與之契約，其權利前屬於讓與人，後屬於受讓人是也。

二、權利內容之變更

權利之主體不變更，變更者惟權利之內容，例如設定地上權或永佃權，初以十五年為期限，後乃延長為二十年，或縮短為十年。又如喪失所有物之一部，或增加抵押之標的物是也。

右所論述，有不可不注意者，則權利之生滅與得喪是也，物權之取得與喪失，屬於主觀的，物權之發生與消滅，屬於客觀的，例如物權之移轉，此方為喪失，彼方為取得，而不得謂為發生及消滅，其不可謂為發生者，此移轉之權利，固有所自來也，其不可謂為消滅者，物權雖移轉於他人而固存在也，雖生滅與得喪，未嘗無一致之時，然其意義則固不可混也。

第四點 判解

(1) 民法物權編關於登記之規定，在物權未能依該編施行法第三條所稱之法律登記前，不適用之，故在此時期，依法律行為設定不動產物權者，該法律行為成立時，即生效力，不以登記為其效力發生事件，惟在不動產登記條例已施行之區域，非經登記，仍不得對抗第三人（二十二年上字一〇八四號）。

(2) 不動產所有權之移轉，不以交付該不動產為其效力發生要件，此就民法第七百五十八條與七百六十一條之規定對照觀之自明（二十八年上字五八三號）。

(3) 在土地法關於登記之部分施行前，設定抵押權者，依民法物權編施行法第三條，不適用民法第七百五十八條之規定，自不以登記為發生效力之要件，雖其設定在該地方施行不動產登記條例之後，依同條例第三條第五條，不得以其設定對抗第三人，而在當事人間，究已發生抵押權設定之效力，不因嗣後土地法關於登記部分之施行而受影響，被上訴人甲，在土地法關於登記之部分施行前，為被上訴人乙向上訴人設定抵押權，自不能僅以其在土地法關於登記部分施行後，未經登記，即適用民法第七百五十八條之規定，認為無效（二十八年上字一三一一三號）。

一、關於不動產之事項，法令定為應行登記，不必以非經登記不得對抗第三人者為限，不動產登記條例第五條，關於不動產物權之保存，及依法律行為以外原因所生不動產物權之變動，非經登記，不得對抗第三人之部分，雖已失其效力，但嗣後依法律行為發生不動產物權之變動，應行登記時，既須先為此種事項之登記，始得為之，則此種事項之應行登記，自不因其非以登記為對抗要件而受影響（三十年六月二十六日院字二二〇六

號)。

二、民法第七百五十八條之規定，依民法物權編施行法第三條第二項，於土地法所規定之土地登記未開辦地方，不適用之。徵收契稅，不能代替土地登記，典賣不動產，不依期完納契稅者，行政上本有一定之制裁，未便適用民法第七百五十八條之規定，認其物權之設定移轉，不生效力(三十二年四月九日院字二四九五號)。

第七百五十九條 因繼承，強制執行，公用徵收，或法院之判決，於登記前，已取得不動產物權者，非經登記，不得處分其物權。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定不基於當事人意思之不動產物權之變動。其關係條文，為繼承編一一四八條一一五一條。參考條文，為強制執行法一條至四四條，七五條至一一四條，及一一四一條，土地法六〇條，三六〇條至三七一條。參考他國條文，為瑞民六五六條二項。

第二點 立法例

本條係規定不基於當事人意思之不動產物權之變動，蓋認此種登記，非權利取得之要件，僅為其對抗要件而已。瑞民六五六條二項，有此規定，本條仿之。至不基於當事人意思之不動產物權之變動，應於何時發生效力，本編中未設概括規定，自應就關係之各該條文而為適當之解釋，參考民法八〇二條，八〇八條，八一一條，八一二條，八一三條及八一四條。

第三點 釋本條之意義

不動產物權之存在狀態，有由於法律行為者，有基於法律規定或其他原因者，本法採登記要件主義，則要覽不動產物權得與變更之要件，凡不動產物權之得與變更，非經登記，應均不生效力。惟不動產物權之存在狀態，不基於法律行為而基於法律規定或其他原因者，其得與變更之效力，基於其所規定之法律或其他原因，

業已發生，且亦明確，不得以其未經登記而否認其效力。前條定明依法律行為而取得設定喪失變更不動產物權者，非經登記，不生效力，本條定明因繼承，強制執行，公用徵收，或法院判決，於登記前已取得不動產物權者，非經登記，不得處分其物權，所以貫徹登記制度之精神，使不動產物權之現在狀態，於處分時之登記簿，至不致兩歧，以保護交易之安全。

第四點 解釋

民法第七百五十八條之規定，限於依法律行為所生不動產物權之變動，始適用之，依法律直接之規定，取得不動產所有權者，並不包含在內，民法第九百二十三條第二項，既僅規定出典人於典期屆滿後，經過二年，不以原典價回贖者，典權人即取得典物所有權，則雖在物權能依土地法登記後，典權人亦不待登記，即取得典物所有權，惟其依法律直接之規定，取得不動產所有權，與因繼承於登記前已取得不動產所有權者無異，依民法第七百五十九條之規定，非經登記，不得處分其所有權（三十年六月四日院字二一九三號）。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定不動產物權契約之要式。其關係條文，為總則三條六六條。參考條文，為土地法六五條，公證法四條二款，契稅條例二條，一六條，二一條。

第二點 立法例

舊律賣田宅條例第七，載凡人民告爭墳山，近年者以印契為憑，如係遠年之業，須將山地字號畝數，及庫存冊冊，完糧印串，逐一勘丈，查對果相符合，即斷令管業，若查勘不符，又無完糧印串，其所執遠年舊契及碑譜等項，均不得執為憑據。舊律戶役典賣田宅條例第七，載民間置買產業，如係典契，務於契內註明回贖字樣，如係賣契，亦於契內註明絕賣永不回贖字樣。第三載賣契立有絕賣文契，並未註有找貼字樣者，概不准貼贖，如契未載絕賣字樣，或註定年限回贖者，並聽回贖，若賣主無力回贖，許憑中公估找貼一次，另立絕賣

契紙，若買主不願找貼，聽其別賣，歸回原價。本條之立法例，係根據我國固有之律例及習慣，惟舊律只云賣，本條則包不動產所有權之移轉與他物權之設定也。

第三點 釋本條之意義

一、不動產物權之移轉設定，於當事人間，利害關係甚大，且不動產為土地及其定着物，苟於此種權利之移轉設定，無確定之證明方法，既易啓紛爭，而登記時，僅憑口述亦恐生錯誤，致失登記之效用，本條特定明以書面為之，即以書面為不動產物權移轉或設定之必要方式也。至不動產物權之變更，有關於移轉或設定者，亦當然受本條之適用。又關於所有權、地上權、地役權、永佃權、抵押權、質權、典權、或其他有關物權得變更之行為，依公證法之規定，得請求公證人，作成公證書或認證私證書。

二、我國向來習慣，關於不動產物權之移轉設定，原亦以書據為憑，惟各地之特別習慣，有不訂立書據者，故本法施行前之判例均附有「除有特別習慣外」一語（黑龍江省買賣荒地不生契據亦能生物權移轉之效力見四年上字二二四二號判例），本條定明應以書面為之，具有強行性質，則本法施行以後，在有特別習慣之地方，亦應適用本條之規定。又此書面，並無一定方式，凡訂立書據而有相當之記載者，均應認為合法。

第四點 判解

- (1) 真實田宅訂立契據，請人代寫，係屬常有之事，無須本人親筆之理（四年上字一四四一號）。
- (2) 不動產之讓與契約，不以交付不動產或代價為成立要件（五年上字一二號）。
- (3) 以移轉所有權為標的之契據，但須有相當記載，足以證明所有權移轉之意旨，及其可以確定範圍之特定標的物者，即可認為合法，不必載明數量價額，及報官投稅，為其成立要件（五年上字二〇八號）。
- (4) 設定移轉物權之契約，雖以作成字據為成立要件，然其字據，則僅須有相當記載，足表明該契約之內容及其成立，即為合法，本無兩造互換之必要（五年上字五一號）。
- (5) 不動產所有權之移轉，雖以訂立契據為要件，然其契據並無一定方式，如果足以表明移轉權利之意

思，即不得不認爲合法（六年上字九六二號）。

○號）。

(6) 律載禁止重複典賣田宅之規定，並不適用於租借關係，重複租賃之後約，非當然無效（八年上字五六

(7) 買賣田房，雖未另立契據，但既在分關老契內批明，即足爲所有權移轉之表示，自不能藉口未另立契據而主張不生所有權移轉之效力（十年上字二六六號）。

(8) 老契之交付，並非不動產所有權移轉之要件（十七年上字一六六號）。

(9) 設定或移轉不動產物權之契約，非經訂立書據，不生物權得喪之效力（十八年上字六四二號）。

(10) 約內倒填年月，與取得產權無關（十八年上字一九四八號）。

(11) 不動產物權之移轉，不以權銀過割爲要件（十九年上字二九八號）。

(12) 當事人間所立之買賣不動產字據，苟已明確表示買賣之合意，即生買賣之效力，原不以盈尺之紙，繁

重之語，與其字據開始處寫有立賣契人等字樣，及推種過戶等，爲成立之要件（二十年上字一八三四號）。

(13) 不動產之移轉，以訂立書據爲要件（二十一年上字一三〇八號）。

(14) 不動產之買賣，雖須作成契據，惟該契據之作成，如非出自雙方合意，仍不能發生何種效力（二十一年上字二七四四號）。

(15) 不動產物權之移轉，應以書面爲之，倘移轉不動產物權之書面，未合法成立，固不能生移轉之效力，

惟當事人間，約定一方以其不動產之所有權，移轉於他方，支付價金，其當事人間，苟就其移轉之不動產及價

金，業經互相同意，則其買賣契約，即爲成立，而出賣不動產之一方，即應負與他方訂立移轉不動產物權之書

面契約，並交付該不動產，使他方取得該不動產所有權之義務（二十二年上字二一號互見債編三四五條）。

(16) 不動產物權之移轉，依法僅須以書面爲之，關於物權編登記之規定，在登記法未經公布以前，尙不適

用，故當事人間，果已就特定之標的物，以書面表示移轉，並已交付管業契據，當然不能不認其物權契約，已

經合法成立，縱令依該處慣例，讓與人應協同受讓人履行過戶程序，此亦不過讓與人於物權移轉後，負有一種協定之義務，與物權之得喪，並不相涉（二十二年上字二一〇六號）。

(17) 不動產之典賣，依法應由出典人或出賣人，寫立書據，交由典權人或買受人執業（二十二年上字二二四五號）。

(18) 已否登記及投稅，與契據成立之效力無關（二十二年上字二三六九號互見物權編施行法三條二項）。

(19) 契約當事人，互相表示意思一致，其契約自應認為成立，惟關於不動產物權之設定，則應以作成書據，為其成立要件，故不動產物權之設定，其契約當事人間，關於債之契約為成立，而其物權契約，究不認其成立（二十二年上字一〇八四號）。

(20) 不動產買賣契約之合法成立，本不因未騰寫官紙而受何影響（二十二年上字九五三號）。

(21) 不動產物權之移轉，未以書面為之者，固不生效力，惟當事人間，約定一方以其不動產之物權，移轉於他方，他方支付價金之買賣契約已成立者，出賣人即負有成立移轉物權之書面，使買受人取得該不動產物權之義務（二十二年上字二一號）。

(22) 不動產之買受人雖未支付價金，而依物權法之規定，出賣人移轉所有權於買受人之法律行為，已生效力者，自不能因買受人尚未支付價金，即謂其所有權未曾取得（二十七年上字八一六號）。

(23) 轉典為不動產物權之設定依民法第七百六十條之規定，應以書面為之，縱有相反之習慣，亦無法之效力（二十八年上字一〇七八號互見民法九一五條一項）。

(24) 不動產所有權之移轉，應以書面為之，雖為民法第七百六十條所明定，惟將該書面向行政官署投稅，不過為完納契稅之方法，並非書面之成立要件，故雖未即行投稅，亦於所有權移轉之效力，不生影響（二十八年上字一七三三號）。

(25) 不動產物權之移轉或設定，應以書面為之，民法第七百六十條，設有明文規定，縱令當地移轉不動產

所有權，確有交付老契以代訂立書面之習慣，依民法第一條之規定，亦無適用之餘地（二十九年上字一五一三號）。

原告提起土地所有權確認之訴，依民事訴訟法第二百七十七條規定，自應就其主張負舉證責任，其所提證據，果能證明其有權利，並不以地契爲限，至對造所提之契據，原告雖得引用，但法院非必以該契據爲判決之基礎（二十五年十一月三十日院字一五八七號互見民訴法二七七條）。

第七百六十一條 動產物權之讓與，非將動產交付，不生效力。但受讓人已占有動產者，於讓與合意時，即生效力。

讓與動產物權，而讓與人仍繼續占有動產者，讓與人與受讓人間，得訂立契約，使受讓人因此取得間接占有以代交付。

讓與動產物權，如其動產由第三人占有時，讓與人得以對於第三人之返還請求權，讓與於受讓人以代交付。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定動產物權讓與之原則及例外。其關係條文，爲本編八八五條，九〇一條，九二八條，九四一條，九四六條。參考條文，爲海商法八條，航空法一六條。參考他國條文，爲德民九二九條至九三一條，法民一一四一條，日民一七八條。

第二點 立法例

動產之種類甚多，有易於移動之性質，非若不動產之一定不變，故關於動產權利之得喪變更，不得採用登記制度，（瑞士民法，准許農民人在農具上，設定抵押權，因許農具登記，是究以特種物件爲限。）且以動產所有者，普通係占有動產，其得認識權利之所在，實以占有爲標準，自羅馬法以來，無論何國法律，動產讓與，必要交付，唯關於交付之立法例有三：（一）以交付動產爲物權移轉之要件，雖當事人間，非經交付，亦絕

不生權利移轉之效果，此主義自羅馬法以來，恆為各國採用。(一)以交付為對抗善意第三人之條件，而不以交付為權利移轉之要件，即對抗善意之第三人，則必須交付，對抗惡意之第三人則否。(二)以交付為對抗第三人之條件，不同第三人意思之善惡，苟欲以動產物權之讓與，對抗第三人，則絕對須交付而後可。第一主義為德國民法所採用(德民九二九條)。第二主義，為法國民法所採用(法民一一四一條)。第三主義，為日本民法所採用(日民一七八條)。蓋以交付為公示方法，而本條立法例，則採用第一主義，是以交付為成立要件也。

第三點 釋本條之意義

其一 讓與

讓與者謂依權利人之意思作用，將其權利移轉與他人也，若由法律行為以外事實之取得，即未可稱為讓與而受本條之適用，故因繼承取得動產所有權時，雖無交付，亦得對抗第三人。若問讓與與移轉之區別為何？即讓與所以示權利移轉之原因，而移轉則從其結果立言也，雖讓與之原因，有出於買賣者，贈與者，交換者，然不問其原因為何，凡基於權利人之意思，將權利移於他人時，即稱之為移轉可也。

其二 交付

甲 現實交付。讓與人將所讓與之標的物，授與受讓人，現實的移轉標的物之占有也。交付無一定方式，於如何情形，可視為現實交付，法無明定，乃屬事實問題，應就交付之事實斟酌認定之，但使受讓人可實得其管領力，即可認為交付，不必將具體之物，一點點交於受讓人。

乙 簡易交付。例如物之所有人，讓與物之所有權於承租人(或借用人或受寄人)，祇須讓與人與受讓人之合意，即生移轉之效力。

丙 占有改定。例如甲以耕牛，讓與於乙，而甲因使用上之必要，仍須繼續占有耕牛時，則甲乙間得訂立租賃或使用借貸契約，使乙因此取得間接占有(即乙取得返還請求權之義)，以代現實之交付。

丁 求還代位。例如甲將其出租或借於乙之物，賣給於丙，甲即得將乙之返還請求權，讓與於丙，由丙直接向乙請求返還以代現實之交付，不必經由乙將物還甲，再由甲授與於丙而費往返周折之手續。

第四點 判例

讓與動產物權，如其動產，由第三人占有時，讓與人得以對於第三人之返還請求權，讓與於受讓人以代交付，可知占有之移轉，非必直接交付其標的物，亦可以指示交付之方法代之（二十三年上字一七四一號）。

第七百六十二條 同一物之所有權及其他物權，歸屬於一人者，其他物權因混同而消滅，但其他物權之存續，於所有人或第三人有法律上之利益者，不在此限。

第七百六十三條 所有權以外之物權，及以該物權為標的物之權利，歸屬於一人者，其權利因混同而消滅。前條但書之規定，於前項情形準用之。

右二條便利上合併說明為左之四點

第一點 右二條前者規定所有權及其他物權因混同而消滅之原則與例外。後者規定他物權及以他物權為標的物之權利因混同而消滅之原則與例外。其關係條文，為債編三四四條，本編八八二條，八九一條，參考條文，為土地法第二編第三章之第四節一六條至二二八條。

第二點 立法例

物權因混同而消滅，立法例有二，一曰消滅主義，即羅馬法主義也，其理由以同一權利關係，不能以積極消滅之兩方，集於一人，故一方之權利，不能不為他方之權利所吸收（吸收說），有謂對於自己之所有物而有他物權，有何實益，故法律上視為拋棄他物權（拋棄說），比較二說，後說本於擬制之觀念，仍以前說為正也。二曰不消滅主義，即德國民法主義也（德民八八九條），其根本之思想有二：（一）他物權之思想，出於羅馬法，在德國固有法，則對於一物而可以分為數種權利，認各部分上物權之存在，如於同一物上，併存所有權與地上權時，性質並不衝突，僅生不能實行之結果，不生混同之結果。（二）德國登記法，取得絕對公信主

義，於登記簿上登記之權利，絕對認爲存在，若採消滅主義，則已因混同而消滅之物權，在未塗銷登記前，登記簿上記載之權利，與現實之權利狀態，不能一致，有失登記之效用，我民法七六之條，七六三條，則採折衷主義，以消滅爲原則，不消滅爲例外也。

第三點 釋右二條之意義

其一 何謂混同

物權之消滅原因，有由於權利人之拋棄者，有由於標的物之滅失者，有由於標的物公用徵收，或宣告沒收者，以及其他種種原因，顧其中有爲各種物權所共通者，有爲各種物權所特有者，不在本條說明之列。本條所說明者，即混同是也，混同者何，謂不得併存之二資格，同歸於一人也，以原則論，無論何人，權利義務二資格，集合於一身時，即不能不失其一，故應用此原則於債權，則債權債務同歸於一人時，其債權不能不消滅，應用此原則於物權，則所有權及他物權同歸於一人時，他物權不能不消滅。又他物權及以他物權爲標的物之權利，同歸於一人時，其權利亦不能不消滅也，蓋物權中除占有外，不得認有二資格之併存，自理論言之，取得某物之所有權後，因繼承或其他原因，更取得物權資格，不過於兩種權利中，有一種不能實行而已，似不足爲權利消滅之原因，然使不能實行之權利存續，則法律關係，徒趨複雜，何如以混同爲消滅原因之爲愈，況一權利之上，苟欲設定他權利，則必須有各別之權利主體，若使一個權利，與其權利上所行之他個權利，以一人同時併有之，則匪惟與理論抵觸，且以他個權利混同後，無獨立存在之必要，是其歸於消滅者，乃事實上之當然也。

其二 原則與例外

物權因混同而消滅之原則有二：

一、同一物之所有權，及其他物權，歸屬於一人者。

所有權人甲，以其某土地與乙，栽植竹木而設定地上權，甲賣其土地於乙，乙對該土地同時有所有權地上

權，其地上權應歸於消滅。

二、他物權與以他物權爲標的物之權利，歸屬於一人者。

永佃權人甲（此時乙爲該土地之所有人），向丙借洋五千圓，以永佃權爲擔保而設定抵押權，其後丙爲甲之繼承人，取得永佃權，則丙同時有永佃權，及以永佃權爲標的物之抵押權，其抵押權應歸於消滅。

物權不因混同而消滅之例外有二：

一、他物權存續，於所有人或第三人有法律上之利益者。

例一

所有權人甲，向乙借洋一萬圓，將所有某土地抵押於乙（第一位），次又向丙借洋五千圓，以某土地抵押於丙（第二位），其後乙爲甲之繼承人而取得所有權，如因混同而消滅，則第一抵押權人乙，本應先受完全之清償，反因取得所有權，以致一物不獲，第二抵押權人丙，本不能得完全之清償，乃因第二抵押權消滅，遞升爲第一抵押權人，能受完全之清償，是受其害者在乙，蒙其利者在丙矣，不公實甚，故此時乙之抵押權，不因混同而消滅，依然爲第一抵押權人，俾得實行權利，以保護乙之權利而防杜丙之僥倖。

例二

所有權人甲，以其土地與乙設定地上權後，地上權人乙，復以其地上權抵押於丙，其後甲向乙購得此項，依一變原則，甲於取得所有權時，其地上權即當消滅，然丙之抵押權，本以甲之地上權爲標的，地上權消滅，則抵押權因標的物滅失而亦歸消滅，丙無端而喪失利益，不公平甚，故法律上於甲之地上權，雖混同而亦認爲存續，蓋以保護第三人丙之利益也。

二、以他物權爲標的物之權利，其存續準用以上二例：

例一

地上權人甲，以其地上權，向乙設定第一次抵押權後，又向丙設定第二次抵押權，其後乙爲甲之繼承人，

取得地上權，依原則乙之以地上權爲標的物之權利之抵押權，應歸消滅，然乙（即本法所稱以該物權爲標的物之權利人），爲第一抵押權人，其權利之存續，於法律有利益，不因混同而消滅（準用上之例一）。

例二

典權人甲，以其典權轉與於乙，乙有轉典權，乙又以該轉典權爲標的而抵押於丙，甲死乙爲甲之繼承人，依原則典權與轉典權歸於一人而混同，轉典權應歸消滅，然該轉典權，爲丙（第三人）抵押權之標的物，丙對之有法律上利益，如乙之轉典權消滅，則丙之抵押權，失所依據，是丙受無端之損失，於此情形，亦不因混同而消滅（準用上之例二）。

第四點 判例

民法物權編雖無舖底權之規定，但事實發生，在民法物權編施行前，依該編施行法第一條之規定，應依當時之判例辦理，按當時判例，係認舖底權爲物權之一種，於所有權與其他物權歸於一人時，其他物權應因混同而消滅，如房屋所有權與舖底權同歸一人所有，則舖底權即因混同而消滅（二十一年上字一二七五號）。

第七百六十四條 物權除法律另有規定外，因拋棄而消滅。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定物權因權利人之拋棄而消滅。其關係條文，爲本編七五八條，八三四條，八三五條，八五九條，本編施行法三條，參考條文，爲土地法一八一條，一八二條。

第二點 立法例

關於不動產物權，有定明在未塗銷登記前，不因拋棄而消滅者，此在登記制度行之已久之國家，固爲當然，我國物權編施行法第三條所定之登記法律，現尙未定，自不能援以爲例。

第三點 釋本條之意義

權利人本得自由拋棄其權利，惟權利之拋棄，須以不妨害他人之權利爲限，物產之得喪，於他人尤有利害

關係，故關於物權之拋棄，在法律上有不許權利人任意拋棄者，例如八三四條，八三五條之規定是。有因行債法律上或契約上所許之消滅請求權之結果而歸於消滅者，例如八五九條之規定是。本條特定物權除法律另有規定外，因拋棄而消滅，一經拋棄，自失去其從來所有之一切權利，非依法律再得權利，不得就該物為權利之主體。

第四點 判例

物權之消滅，具有種種原因，而拋棄亦其一端，故即正當取得之所有權，一經表示拋棄之意思，即失其從來所有該物之一切權利，苟非再行依法取得其所有權，即無重就該物主張權利之餘地（三年上字一二五一號）。

本章實用問題

- 一、何謂物權契約？何謂債權契約？
- 二、試述登記要件主義，登記對抗主義，地券交付主義之意義及其適用之法條。
- 三、依法律直接之規定，取得不動產所有權者，是否應受民法第七五八條之適用，並舉出其實例。
- 四、典賣不歸產，未依限稅契者，是否受民法第七五八條之適用，認其設定或移轉，不生效力？
- 五、交付老契以代訂立書面之習慣，是否有法之效力？
- 六、錢乙在民國十九年五月以前，對於趙甲舖房，有舖底權，其後將舖底田割趙甲，甲是否可先為房屋所有權登記，後為舖底權登記？
- 七、趙甲先將舖房所有權契據為擔保品，向錢乙借款五萬圓，雙方為所有權及抵押權登記，並後又將舖底權契據，摩房登記，同時又以此項舖底為擔保品，另向孫丙借款五萬圓，復由雙方請求為舖底權，及以舖底供抵押之抵押權設定登記，事為錢乙所知，請求重辦舖底之登記，於此情形，法院應否准予塗銷或予廢斥？

第二章 所有權

第四節 本章之總說明

本章應說明者四點

第一點 民法上所稱土地所有權，即土地法所稱之私有土地。

土地法第七條，中華民國領域內之土地，屬於中華民國國民全體，其經人民依法取得所有權者，為私有土地。但附著於土地之礦，以礦業法規之種類為限，不因取得土地所有權而受影響。憲章一百一十七條，一百一十八條，其規定大致相同。顧一方認土地屬於國民之全體，一方又認土地之私有，驟見之，似覺矛盾，細按之，意甚深遠，蓋民生主義上土地政策之最高原則，為平均地權，平均地權者，非謂將全國土地面積，平均劃分，以分配於全國國民，此在事實上有所不能，施行上亦可不必，既採按照地價徵稅之方法，使土地非因施以勞力資本所生之利益，完全歸為公有，結果則土地之地租（即所謂經濟之地代），其性質已變為地稅，由國家徵收，入於國庫，無異以全國土地利益，屬於全體國民所共有，雖維持土地私有制度之存在，仍不肯平均地權之原則也。抑土地私有權之思想，因傳統關係，已成爲一種強固勢力，彼欲維持私有土地者，以土地為不勞而獲之利益根源，不肯放棄，固屬重因，然以私有土地為恆產恆心之因素，歷史上亦一種牢不可破之心理，欲取銷之，則反抗在所不免，而惹起社會之騷動，今以徵稅手段，使私有者不能坐享不勞而獲之利益，形式上保存土地私有之制度，精神上不肯於平均地權之原則，且施行比較便利，大地主無從假借名目以為反抗，此顯民生主義之真諦也。至礦產水力之利，皆為地方之所有，為建國大綱第十一款所明定，而礦業法第一條，亦有中興民國領域內之礦，均為國有，非依本法取得礦業權，不得採探之明文，此雖為土地所有權行使範圍之一種要

領，要亦受國家所採計對經濟之影響也。

第二點 所有權存在之原理因時代之演進而左之諸說：

甲 占據說。原始時代，萬物無主，土地及物，一任個人占據而取得之，故取得所有權，在於占據之事實。此說發生於羅馬時代，其後虎哥格羅秋士及布拉馬贊唱道之，然對所有權之原理如何，毫無說明，徒以占據爲所有之事實，其事實果合權衡與否？則未之及。

乙 祖先契約說。大旨以所有權之本原，由於原始時代，人民因占據而得之物，傳之子孫，世守勿替之契約，於是各人因契約而自食其力，以保永久之和平，德國布魯多甫唱道之，比前說較爲進步，蓋悟占據事實，不足爲權利之基本，而採原因於契約之說，爲相近法律上之論據，然以契約爲權利之基本，而其契約之有無，又屬於事實問題，何也，果以此說爲所有權之基因，則原約之存在，必須確實。然原約之爲物，載籍無可考，口碑無所傳，則此說亦不過理想之談耳，以外類此學說，尙有盧梭民約說，大旨以因占據之受妨害，各人謀所有之安全，互相結社，以認所有權之存在而不相侵害，其與原約說之差異，則原約說之根據，本於原始時代之約束，民約說之根據，由於占有以後之契約，其論約束成立之時期稍異，而主旨則同也。

丙 自然說法。大旨謂宇宙間之萬事萬物，悉有自然之法則，稱爲自然法，所有權之基因，亦不外是，中古以來盛唱之，法國學者，至今未艾，鮑梭拿底氏（起草日舊民法者），亦採此種主義。

丁 人定法說。爲歷史法學派所唱道，與自然法學派，正相反對，德國辜斯他甫胡溝，英國邊沁、霍布士主張之。

戊 勞力說。此說如以所有權爲因於無主物上所加之勞力而取得之，則混所有權之原理，與所有權取得之方法而爲一，仍與占據說無異。如以因勞力加工而取得所有權爲適於正理，則以他人之材料爲建築，或改良耕作他人之土地，抑將以加勞力於其上，而爲材料及土地之所有者乎？不寧唯是，因加工而爲所有者，若再需他人之勞力，必將失其所有權，而成一所有權不確定之狀態矣，故對於公有荒地之耕作權取得（土地法一九六

條)，與民法所有權之取得，不可不辨也。

依我民法，憲法草案，及土地法之規定，所有權之原理，採法定說。

第三點 所有權之標的物，要具左之四種性：

甲 物理性。即在物理學上，占固體液體氣體分類之一，此外存於理想上之空氣光線濕熱，雖依五官之作用而覺其存在，然不具形體，不得為所有權之標的物，但電氣以動產論，並得為交易之標的物（參照民法三二三條）。

乙 管領可能性。所有權以物之管領為其內容，故得以人力管領之物，始得為所有權之標的物，其不得以人力管領之物，於實際上生活，無何等關係者，不得為所有權之標的，如日月星辰是。

丙 經濟性。物權法規定人類在物上的生活與需要，為財產法與經濟法之一部，而所有權又為物權之王，故不可不具經濟的性質，申言之，所有權以所有人排斥他人而得專有權利標的之物為其效用，其標的物之有經濟價格，為所有權不可缺之觀念，若人人利用之空氣光線，不得為所有權之標的。

丁 法律性。所有權者，一私權也，其標的須法律上許為私有，故如土地法第八條所列之各種土地，為公有物，及道路公園圖書館等之共用物。鴉片、嗎啡、高根、海洛因，與有害善良風俗之淫書圖畫等之禁領物，均不得為所有權之標的也。

第四點 所有權之主體

以民法上原則言之，限於享有權利能力之本國自然人、法人、外國人、外國法人，雖得為權利之主體，不得為不動產所有權之主體，蓋本國土地，許外國人有所有權，是本國土地上，外國人得自由處分也，土地法第十七條，農地、林地、牧地、漁地、鹽地、礦地、要塞軍備區域，及領域邊境之土地，均不得移轉，設置負擔，或租賃於外國人，不但物權當然，準物權之漁業權，其呈請人，以有中華民國國籍者為限（漁業法第三條）。營業權亦同（營業法第五條），而於公司組織，對於外國人入股，亦有相當之限制（營業法第五條第二

現特種股份有限公司條例第二條)。

第一節 通則

第五解 本節之總說明

本節應說明者二點

第一點 本節之內容

查、所有權之積極的作用與消極的作用(七六五)、或、物之成分及其天然孳息分離後歸屬之原則與例外(七六六)、或、物的返還請求權及權的保全請求權(七六七)、或、動產所有權之取得時效(七六八)、或、不動產所有權取得之長期時效之要件(七六九)、或、陸、不動產所有權取得之短期時效之要件(七七〇)、或、所有權取得時效之自然中斷(七七一)、或、捌、所有權以外財產權取得之準用(七七二)。

第二點 時效制度之立法例

羅馬法上之時效制度，取各別主義，*usucapio* 者，市民法上之時效也，動產一年，不動產二年 *Præscriptio* 者，取得縣之土地之時效也，同縣者為十年，不同縣者二十年。優帝時廢二者之區別而設通常時效 *ordinatio usucapio* 非常時效 *longissimi temporis Præscriptio* 之區別，除此之外，尚有訴權消滅之時效 *præscriptio actuum*，即出訴期限之經過，為債務關係消滅之一原因，後世註釋家，稱此種為消滅時效 *præscriptio extinctiva* 而稱上二種，為取得時效 *præscriptio acquisitiva*，自德國古法採用統一時效之規定以來，現行日民法，不問物權時效，與訴權時效，均以取得及消滅兩種包括之，而定兩時效於一編，唯薩威尼極力主張羅馬法上之各別主義，德民法採用其說，於繼則編規定訴權(請求權)時效 *Verjährung*，於物權編各章，規定取得時效 *Erwerbungs*，我民法一草沿法日之舊，將兩種時效，統括一處，編制殊屬不合，二草業經改正，我民法舍一草之短，用二草之長，以消滅時效，規定繼則編，取得時效，規定物權編。

第六解 本節之逐條說明

第七百六十五條 所有人於法令限制之範圍內，得自由使用收益處分其所有物，並排除他人之干涉。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定所有權有積極與消極之作用。其關係條文，為原則第三目，參考條文，為刑法三二〇條至三二四條，三二五條至三三四條，三三五條至三三八條，土地法第五編之土地徵收三三五條以下，森林法六條，二八條至四〇條，四五條，四八條至五一條，狩獵法一條至一七條，漁業法一〇條，水利法一三條至二三條，二八條，三八條，建築法一條，一六條，一七條，一九條至二七條，三九條至四一條，都市計劃法一三條，一四條，一八條，三〇條，要塞堡壘地帶法六條四款五款，污物掃除條例二條至九條，傳染病防治條例八條，九條，一〇條，一二條，二〇條，二三條，海港檢疫章程四條至六二條，獸疫預防條例八條至九條，一七條，奧民三五四條。

第二點 立法例

關於所有權定義之立法例，有二：第一為具體的列舉主義，即於條文內，列舉其積極的作用，法日民法是。第二為抽象的概括主義，即於條文內，僅示所有權在不牴觸法律或第三人之權利時，得隨意處分該物及拒絕他人之一切干涉者，如德國民法是（瑞民大旨同）。本條從第一之立法例。

所有權在物權中，為最完全之權利，在羅馬法上之思想，認為有包括的管領權，並非如十八世紀日耳曼法之思想，認為各種管領權之集合體，且其管領權，縱因設定他物權，或其他原因而受有有限制，致其效用之全部或一部，失卻自由，但其制限一經解除，即當然回復其圓滿之狀態，學者稱為所有權之彈力性（Elasticität），又所有權具有永久性，除因物體滅失，他人取得時效，或其他絕對消滅事由等情形而消滅外，無論經若干時日，

均屬存在，其存在之狀態，絕不因其效用之得自由與否而生何等之妨礙。

第三點 釋本條之意義

一、本條彙就所有權之對物效用，舉使用收益處分三者，與對人效用之排他性並列，惟近世立法趨向，乃為調和社會及個人之利益，本條注重之點，係在所有人行使所有權之範圍，即示明所有權非無限制，所有人行使權利，亦須在法令限制之範圍以內，至使用收益處分三者，均為所有權之效用，但以此效用較為重要，故特舉之，與排他性並列，以示應受法令之限制，法令限制，如國家公共事業之需要，國防設備，及公共衛生，公共安全等是。命令有法規命令（執行命令委任命令）及行政規則二種，前者以根本法及其他法律所容許之範圍為限，後者於不抵觸法律之範圍內，屬於行政機關當然之權限，此所謂合者以二種為限。

二、使用者，依物之用法而供人類之便益，例如以房屋供居住，以土地供耕作，以車馬供馳驅，以汽機車籍供服與園覽等，均屬物之使用也。收益者，不損物之實質而收取其物之出產，例如耕土地而獲穀黍，栽樹木而收果實，養鷄牛以取卵乳，或賃與土地房屋金錢以收取地租房租利息等是也。處分有事實上之處分（*de facto*），與法律上之處分（*de jure*）二種，事實上之處分者，就物體上為毀損滅失變更之行爲，例如拆毀房屋，搗碎器物，變田園為荒地等是，法律上之處分者，就權利上為移轉拋棄及限制之行爲，例如讓與，及為某期間內讓與所有權之契約，或拋棄所有權，或於不動產上，設定抵押權，於動產上，設定質權等是。（本條專就物方面而言，應解為不包含法律上處分在內。）又所有權為包括領物之權利，非將其物置於自己實力之下，即其管領力，莫由實現，故以占有為必要，亦事實使然而不待明定也。

三、干涉云者，如妨礙行為於所有權之謂也，所有權為對世權（但他國判例不以對世權為物權之專有權），無論何人，皆負有不可妨礙之義務，故他人若未得所有人之允許，遽加妨礙行為，即是違反義務，所有人得從而排除之，因排除之結果而生請求救濟之權，即請求干涉者，除去妨害，或回復原狀，或返還所有物，或賠償損害是也，所有權所生之物上請求權，蓋即指此。

第四點 判解

(1) 所有人應以法令所許，及不害他人合法權利範圍內，行使其權利，決非絕無限制，依據法令，土地所有權之限制，雖有種種，而因行政處分依法設定之權利，苟於土地所有人，不能不為一定之限制，則土地所有人，自不得以所有權有排除他人侵害之性質為理由而為不受限制之主張，惟土地所有權，雖受限制，而就其所受之損害，苟無法律明文，無論以何種限制方法，該所有人，自可請求相當之賠償。至賠償之額，當事人若不能協議，法院當就訟爭之點，實際調查而為公平之判斷（二十年上字一六六號）。

(2) 不動產所有人，於法令內，得自由處分其權利，而不動產之買賣，既屬處分行為之一，則其應與何人，係屬所有人之自由，第三人欲向買受不動產之買主，無故聲述異議，實為法所不許（三年上字六三號）。

(3) 所有權之處分，為所有權效用之一，所有人當然有此權能，斷非無利害關係之第三人，所可干涉（四十年上字八四九號）。

(4) 無所有權之第三人，私擅將他人不動產出賣者，此項行為，無論買主是否知情，當然不發生物權移轉之效力，買主有因此已繳買價或受其他損害者，祇可逕向該第三人請求賠償，不得以此為理由，對抗所有權人（二十一年上字三四四號）。

(5) 執有照契營業契約之地主，依法本有自由使用收益處分之權，斷非無法律根據之行政命令，所能限制其權利之效力（二十一年上字一〇一〇號）。

(6) 人民領得荒地之後，其已有之權利，應予以保護，非管轄官廳，所可裁量以為予奪（二十二年上字二一一號）。

(7) 按以房屋抵押於人，即就不動產設定物權，非出於所有人之處分，或得其同意追認者，不能有效（二十二年上字二五八四號）。

(8) 處分官產之行政公署，誤認人民所有之土地爲官產，以之標賣與人，其不生物權移轉之效力，與私人之處分他人所有物無異，故人民以行政公署之處分無效爲原因，提起確認所有權存在之訴，不得謂非屬於法院權限之民事事件(二十三年上字四七三六號)。

(9) 物權有排他性，在同一標的物上，不能同時成立兩個以上互不相容之物權，故就同一不動產設定兩個互不相容之同種物權者，惟其在先之設定爲有效(二十七年抗字三二〇號)。

一、墳墓所有權與土地所有權，非有不可分之關係，土地所有人，雖得將地轉賣，不得因而損害墳墓所有人之權利，在行政官署，未對於該墳墓有具體處分以前，墳墓所有人，仍得對於他人主張其權利(二十三年十一月十日院字一一二七號)。

二、留聲機片非出版品，亦非著作物，並無專有公開演奏之權，購買人本所有權作用，無論如何使用，出售人，製造人，發行人，均不得干涉(二十四年十一月二十二日院字一三五三號)。

三、竊盜罪之標的物，不以非違禁物爲限，鴉片雖係違禁物品，竊取之者，仍應成立刑法第三百二十條第一項之罪(三十一年六月十六日院字二三四八號)。

附行政法院判決例

一、人民翻造房屋，違反地方建築規則(指上海市建築規則第二十七條後段)，地方官署，依據規則，通知拆除，其處分自非違法(二十六年判字第五號判決)。

二、市房捐規則，有財政局估租徵捐之規定(指上海市房捐規則第九條至十一條)，經按照對於租戶，以其租約爲憑，改正租額，徵收房捐，並將其自建自居部分，予以估價徵捐，於法並無不合(二十六年判字第十七號判決)。

三、人民對於官產，爭執爲其私有者，係屬私權關係，應由普通司法機關受理，該管行政官署，要未可遽以行政職權，自爲處斷(二十六年判字第十號判決，同年判字第三十三號判字第四十一號同旨)。

四、省政府公布施行之各縣修築街道規則（此指民國十八年四月浙江省政府公布施行之浙江省各縣修築街道規則第六條及第七條），既經明定各縣縣政府修築街道，於其等級寬度，及兩旁建築地，應讓尺寸，須呈請省政府建設廳核准備案並公布，如縣政府規定街道寬度，及兩旁建築地應讓尺寸，既未呈報省政府建設廳核准備案，又未能證明其業已公布，自難認為有效（二十六年判字第二十八號判決）。

五、人民爭承山場，訴願官署，依據事實決定，將該山場歸其分承，自得情法之平，再訴願決定，予以維持，要無不合（二十六年判字第三十四號判決）。

六、地方荒地承領限制章程（此指廣東省荒地承領限制章程第三條），有凡領荒地，以與該荒地利害關係密切者，有優先權之規定，爭領荒地之雙方，如皆有利害密切關係，則准由雙方分領，即難謂為不合（二十六年判字第三十七號判決）。

七、給領荒地，固屬行政官署之職權，若承領後，人民就所領地，發生私權雜屬之爭執者，其審判權則屬於普通司法機關判決，一經確定，行政官署，對於領案，自不能任意變更（二十六年判字第五十七號判決二十七年判字第二十二號同旨）。

八、給領官地之處分，固屬行政官署之職權，惟一經合法放領之後，其所有權即移轉於承領人，若有人對於該地，以通契耕管有年為主張，出而爭執，則屬私權關係，應由普通法院，受理審判，要非行政官署，勝得逕為處置（二十七年判字第十一號判決）。

九、縣政府於管轄範圍內之未經許可，擅自建築之房屋，依照取締規則（指浙江省各縣城廂建築取締規則），責令拆除，並以抗不遵行，依規則強制執行，及追繳代雇工資墊款，實於法令無違（二十七年判字第五十號判決之一）。

十、市政機關，因設立公共碼頭，得於使用期間內，將岸線收回，此為南昌市民使用岸線規則第十二條第一款所明定，至何處應設立公共碼頭，行政上本有自由裁量之權，斷非原使用人，所得藉口反對（二十八年判

字第二十七號判決)。

十一、土地法第三百八十一條，因徵收土地致其定着物遷移時，應由需用土地人給予相當遷移費，所謂相當者係指因遷移通常所受之一切損失核計，補償而言(二十八年判字第四十八號判決)。

十二、人民私產，由國家或地方政府，強制收買或使用，須根據法律上明文規定，方得爲之，否則即與徵收時期約法第十八條，所謂人民財產因公利益之必要，得依法徵用之規定相違反，不能認爲違法(三十年判字第五號判決)。

十三、關於處分公有財產，固屬行政官署之職權，但若有人對於該項財產，主張爲其私有而爭執者，乃屬私權關係，應向該管法院，提起確認之訴，一俟判決確定，認爲私有，儘可依法執行，則原有之行政處分，當然失其效力(三十年判字第六號判決)。

十四、沙田升科章程第二條，所以分沙田爲成熟沙田，遠水荒沙，近水荒沙三種，原爲酌定升科年限之長短，並爾非除此三種以外，別有不須升科之沙田(三十一年判字第三十號判決)。(附註)

(附註)查浙江省各縣沙田升科章程第一條載，凡屬浙江沙田局管理範圍內之沙田，除歸鹽場管轄者外，均依本章程辦理升科，而沙田之範圍，依浙江省整理沙田官產暫行辦法第四條之規定，凡非民田之沙田、塗灘、灘地、淤沙等，均爲沙田，其人民依整理沙田辦法而報領之沙田，無論其種類性質如何，要不能謂非沙田範圍，即應一律適用沙田升科章程之規定。至沙田升科章程第二條所分沙田爲「成熟沙田」、「遠水荒沙」、「近水荒沙」三種，原爲酌定升科年限之長短，並非謂除此三種以外，別有不須升科之沙田，本件原告所有之水沙，既係向沙田清理處報領，即屬沙田之一種，自在應行升科之列(見判字第三十號本案事實)。

附他國判例

不問目的如何，債權人有不許侵害其債權履行之對世權(一八五三年英國法院判例)。

凡所謂權利者，不問親權夫權之親族權，與物權債權之財產權，其權利之性質內容，雖有不同，而其有不許侵害之對世權的效力，無論何人，負有不得侵害之消極的義務，則無不同，蓋此對世的不可侵害之效力，實爲一切權利之通有性，債權不能獨爲例外也，若第三人教唆債務人，或與債務人共謀，使債務之全部或一

部，致於不能履行，因而債權人之權利，受有損害，則債權人對於此第三人，得依侵權行為之一般原則，而請求損害賠償（日本大正三年大審院判例）。

第七百六十六條 物之成分及其天然孳息，於分離後，除法律另有規定外，仍屬於其物之所有人。

本條應說明者四點

第一點 本條規定物之成分，及其天然孳息分離後歸屬之原則與例外。其關係條文，爲總則六九條，七〇條，債編四六一條，本編七九〇條二項，七九八條。參考他國條文，爲德民九五三條。

第二點 立法例

物之成分，由於天然或人工，與原物分離時，有謂宜視爲孳息者，有謂宜視爲原物之一部者，有謂宜視爲新物體者，依前二說，分離成分，當然屬原物所有人，自不待論，然孳息乃果實動物之產物，及其他依物之用法所收穫之出產物，而分離成分則不然，總則編既設孳息之規定，物權編又特定分離成分之所屬，則不得謂之孳息可知也，而此成分，既與原物脫離物質上之關係，其非原物之一部，尤無可疑，比較觀之，當以第三說爲宜，德國民法，採用第三說，於總則九九條至一〇二條規定孳息，於物權編九五三條規定分離成分之所屬，本條之立法例仿之。

第三點 釋本條之意義

依第三說，分離成分，既爲新物體，則其所有權應屬何人，亦一疑問，或謂此新物體爲無主物，可因先占取得，而不必專屬於原物之所有人者，不知此乃蔑視中國習慣之談，徒啓爭端，不足以供採擇，即以土地來分離之出產物言之，當其未與土地分離之前，爲該不動產之部分（民法六六條），其所有權固屬於土地之所有人，及其與土地分離之後，實際上其所有權，非屬於土地之所有人而誰屬耶。故物之成分及其天然孳息分離後，仍屬於其物之所有人，但法律另有規定者，如本法七十條，七百九十條第二款，七百九十八條，則不在此限，有謂七十條已有規定，本條毋庸規定者，不知七十條所謂權利存續期間者，係指適法占有之一般情形言

之，不但本條之所有人，即占有人（九五二條），地上權人（八三二條），永佃權人（八四二條），質權人（八八九條），典權人（九一一條），留置權人（九三五條），承租人（四二二條），親權人（二〇八八條），監護人（一一〇一條），夫（二〇一九條），其取得孳息，均以其權利存續期間為限也。

第四點 判例

墳地內樹木，在與墳地分離前，為墳地之成分，自當與墳地同論，苟出賣墳地，僅係少數共有人出名，而無代理他共有人之權限，則該契約即屬根本無效，不但不得對抗他共有人，即在當事人間，通常亦不發生履行或賠償損害之問題，不過該出賣人，有使買主確信其有代理權之情形時，應適用無權代理之法則，仍許買主請求賠償損害而已（十五年上字九〇三號）。

第七百六十七條 所有人對於無權占有，或侵害其所有物者，得請求返還之，對於妨害其所有權者，得請求除去之，有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定物的返還請求權，權的保全請求權。其關係條文，為總則一四八條至一五二條，本編七八二條，七九一條二項，七九二條，九五六條，九五八條，九六二條。參考條文，為土地法七條至一七條，一四一條至一四七條，參考他國條文，為德民九八五條，一〇〇四條，瑞民六四二條二項。

第二點 立法例

物的返還請求權，羅馬法上稱曰 *rei vindicatio*，各國民法，皆承認之（德民九八五條，瑞民六四二條二項）。權的保全請求權，羅馬法上稱曰 *actio negatoria*，各國民法，皆承認之（德民一〇〇四條，瑞民六四二條二項）。本於所有權之請求權，散見本法者甚多，例如七八二條，七九一條二項，七九二條，九五六條，九五八條是。本條規定所有物返還之請求權，及所有權保全之請求權，從多數立法例也。

第三點 釋本條之意義

其一 所有物返還之請求權

所有物返還之請求權，依本條之規定，乃對於無權占有其所有物，及侵奪其所有物者行使之，故其相對人，一爲現在占有人，一爲侵奪人。行使此請求權人，即現在所有人，對於無權占有及侵奪之事實，須負舉證之責，且所有權係存於個體之上，若被無權占有，及被侵奪之所有物，不僅一個之獨立物體，請求權人，應就各個物體，各盡舉證之責。

無權占有人，不問其占有之原因，曾否基於正當之權原，但於所有人行使請求權時，無正當之權利而占有其物，或雖有占有之權利而其權利業已消滅者，即是無權占有，若其權利之成立，原不移轉占有（例如抵押權），而因實行權利，致所有人對於所有物失其占有者（例如將抵押物拍賣以供清償），實行權利人，除因實行權利之結果得使所有人失其占有外，倘仍將其物之全部或一部占有，自亦爲無權占有，所有人均得對之行使請求權。侵奪物若不爲侵奪人所占有，依所有權追及之效力，所有人自得一面對於侵奪人行使返還請求權，一面得追及物之所在（即物之現占有人），而行使其權利，惟侵奪物之占有人，若受法律之保護（例如民法九四八條所定是），或有其他之原因（例如民法九五〇條所定是），則所有人非合於法定情形，不得行使請求權。

其二 所有權保全之請求權

一、除去妨害之請求權

妨害者，謂反於所有人之意思而爲一種積極行爲，使所有人不得行使其權利於所有物之上，例如以煤煙散入於鄰家，使鄰家所有人，不得安居，以及不經所有人承諾而使建築物突出於所有人之地面，或使液體物滲流入於所有人之地面是。又所謂妨害，不以加害人出於過失爲限。

二、防止妨害之請求權

例如甲與乙比鄰而居，乙屋每夜製造炸藥，倘一旦爆發，則甲屋必大受影響，此時甲得請求乙預防其爆發是也。又如所有人之家屋土地，其鄰有將崩之建築物，或將倒之樹木，不亟往撲除，則危險雖未發生，而其

實岌岌可慮，故爲完全保護所有權計，許所有人對於此等現有妨害之虞者，得請求防止之。所謂有妨害其所有權之虞者，非指蓋然判斷 (probable judgment)，乃指必然判斷 (apodictic judgment) 而言也。

第四點 判解

(1) 所有權有追及之效力，得追及物之所在而行使其權利 (四年以上字四五五號)。

(2) 所有人對於妨害其權利之人，得請求除去妨害，若有妨害之虞者，得請求防止之 (四年以上字五三二號)。

(3) 確認或回復所有權之訴，應由原告證明其所有權之存在，如原告不能爲此證明，即不問被告有無所有權，應將該原告之訴駁回 (十八年以上字一四一號)。

(4) 凡對於現在占有人，爭所有權者，應由告爭人提出確實憑證，證明其主張之真實，如果告爭人，不能爲切實之證明，則現在占有人，自無須提出何等之反證，仍應維持現狀，歸其營業，而駁回告爭人之請求 (十八年以上字六七二號)。

(5) 物之所有人，對於無權占有其物者，得請求返還，故抵押物之所有人，不問其是否以自己名義爲抵押權之設定，倘抵押權業已消滅，除其消滅原因，係以其物全部賣價充清債外，對於占有其物者，自得請求返還物之全部或一部，或基此而行使其他之請求權 (十九年以上字五九三號)。

(6) 土地所有人，歷久失其土地之占有而不行使權利者，除應證明自己確爲土地之所有主外，並應證明不行使權利之原因，確係由於現時占有人妨害其權利之行使，或不能行使之特別情事，始能訴請確認所有權，歸屬於己，或返還占有，否則應認該所有人，早已喪失其權利，而其所有權，即應推定業已移轉於人，不得再行爭執 (二十一年上字九四六號)。

(7) 請求返還所有物之訴，應以現在占有該物之人爲被告，如非現在占有該物之人，縱分所有人之占有，係因其人之行爲而喪失，所有人亦僅於此項行爲具備侵權行爲之要件時，得向其人請求賠償損害，要不得本於

物上請求權，對之請求返還所有物（二十九年上字一〇六一號）。

甲既將無主古人遺骸，遷葬他處，而承祀之，該墳即應屬甲所有，如不在乙之地內，而乙將其平除時，甲自得請求回復（二十八年十二月十五日院字一九四九號）。

第七百六十八條 以所有之意思，五年間和平公然占有他人之動產者，取得其所有權。

第七百六十九條 以所有之意思，二十年間，和平繼續占有他人未登記之不動產，得請求登記為所有人。

第七百七十條 以所有之意思，十年間，和平繼續占有他人未登記之不動產，而其占有之始，為善意並無過失者，得請求登記為所有人。

第七百七十一條 占有人自行中止占有，或變為不以所有之意思而占有，或其占有為他人侵害者，其所有權之取得時效中斷。但依第九百四十九條，或第九百六十二條之規定，回復其占有者，不在此限。

有四條便利上合併說明為左之四點。

第一點 (子)七六八條，規定動產所有權之取得時效。(丑)七六九條，規定不動產所有權取得之長期時效之要件。(寅)七七〇條，規定不動產所有權取得之短期時效之要件。(卯)七七一條，規定所有權取得時效自中斷之原因。其關係條文，為原則第四目（關於前三條），本編九四九條，九六二條及總則六六條，六七條，一三〇條至一四三條（消滅時效之中斷及未完成應解為得以準用），本編八〇一條，八八六條，九四八條（學說上稱為即時取得時效），九四〇條，九四三條至九四五條，九五二條至九五五條，九六〇條，本編施行法四條，五條三項，六條。參考條文，為海商法八條，航空法一六條，參看他國條文，(子)為德民九三七條，瑞民七二八條，日民一六二條一項，(丑)為日民一六二條一項，(寅)為日民一六二條二項，(卯)為法民二二四二條，二二四三條。

第二點 立法例

五年取得動產之要件，仿德民九三七條，瑞民七二八條之立法例。二十年或十年具備取得不動產所有權要

件之立法例，仿日民一六二條二項二項。

英國法風稱占有爲所有權之根 (Possession is a root of title)，該當於即時取得之法則。

德民法二二四二條，時效分自然中斷或法定中斷。同二二四三條，物之占有人爲所有人或其他之人，於一年以上之期間，被奪其占有之權時，爲自然中斷。而於同二二四四條以下，規定法定中斷之原因，即我民法消滅時效中斷之原因也。

第三點 釋右四條之意義

其一 取得時效之要件

一、所有人久不行使其所有權，並將其所有物，任憑他人占有，則其權利之存在狀態，不能明確，不僅不足以保護第三人之利益及交易之安全，且物之效用，亦將無由發展，故本節爲注重社會公益起見，特定所有權之取得時效，俾不明確之所有權狀態，歸於確定。

二、因時效而取得所有權，不問其所有物之爲動產，或不動產，均須基於占有，但其占有，尙須具備左列要件。

(1) 須以所有之意思而爲占有。

(2) 須和平占有。

(3) 須占有他人之所有物。

(4) 占有須歷法定之期間。

占有人若非以所有意思而爲占有，則占有人原無所有之意思，自不因時效而取得所有權，占有若非和平，即不應受法律之保護，自亦不得因時效而取得所有權，占有之物，若非他人所有物，而爲無主之動產，則占有人應依先占之規定取得之（民法八〇二條），占有須歷若干期間，時效始得完成，各國立法例，大抵依其占有物之爲動產，或不動產，參酌其本國之社會經濟狀況而定以明文。

三、占有之所有物，既有動產不動產之分，動產之權利狀態，常由占有而推知，不動產之取得，則除有特別原因外，非經登記，不生效力，則所有權之取得時效，亦不能不因之而異，故本編第七百六十八條，專就動產之取得時效，設以規定，第七百六十九條，第七百七十條，則就不動產之取得時效，設以規定，其於動產之取得時效，即因動產之存在狀態，常由占有而推知，故定明具備占有之要件，即取得其所有權，並定占有之時間，須歷五年，而於不動產之取得時效，則因不動產之取得，須經登記，發生效力，其已登記之不動產所有權之存在狀態，已因登記而確定，雖其所有物為他人所占，自不得使占有人因時效而取得該不動產之所有權，其未登記之不動產，占有人雖可因時效而取得所有權，惟未經登記，究難生效，故特定明占有他人之不動產，以未登記者為限，並定明具備要件者，得請求登記為所有人，與第七百六十八條之規定，顯有區別，至占有之期間，則定明須歷二十年。又占有果具上列之要件，即因時效而取得，原不問其占有之是否善意，及有無過失，但不動產之取得時效，須經二十年之期間，則不確定之權利狀態，亦須二十年，始得確定。至占有他人未登記之不動產，其占有之始，為善意並無過失者，特將占有期間，縮短為十年，俾權利存在狀態，較易確定。

四、動產之占有，於和平要件外，須具備公然要件。不動產之占有要件，則僅以和平繼續為已足，其不同之點，因動產易於移置，非若不動產之有固定處所而有目共覩也。

五、占有他人所有物，具備上述要件，並屆滿法定期間，則取得所有權之時效，即已完成，其時效之完成，若在本編施行以前，其占有為動產者，依本編施行法第六條之規定，於施行之日，取得其所有權，其占有為不動產者，依本編施行法第七條之規定，自施行之日起，得請求登記為所有人，倘依本編施行法第三條第一項所定之登記機關，尙未設立，則於得請求之日，即視為所有人，若在本編施行時，時效尙未完成，依本編施行法第五條第三項規定，施行前已經過之期間，與施行後之期間，合併計算。

其二 取得時效之中斷

一、取得時效，乃以所有之意思，占有他人所有物為要件，占有人自行中止占有，及變為不以所有之意思

爾占有，或被他人侵奪而失其占有者，即不備取得時效之要件，取得時效，原則上自應從而中斷，若占有物係盜贓或遺失物，被害人或遺失人，自被盜或遺失之時起，二年以內，向現占有人請求回復其物者，及占有人請求返還占有物，或除去占有之妨害及妨止者，取得時效，自不因之中斷。

二、時效未完成前，不得拋棄，爲我民法一四七條後段所規定，若時效完成後之拋棄，就反面解釋，自非所禁。

其三 實用時之注意

第七百六十八條至七百七十一條，乃關於動產不動產所有權取得時效之規定，惟不動產之取得時效，以占有人未登記之不動產爲要件，在本編施行法第三條所定之登記法律尙未施行以前，北京司法部所公布之不動產登記條例，固得援用，但此條例，全國尙未一律施行，其已施行之區域內，因該條例無期間限制，不動產所有人，亦多未曾登記，其關於曾經丈放，或清丈，及推收過割其號址畝分權賦等，則業戶姓名登入官廳文冊，業繼續納稅完糧之不動產，應視爲與登記之不動產，有同等效力，不適用第七百六十九條，第七百七十條之規定，方得保護土地所有人之利益，司法院曾經解釋令行有案，實用上述兩條時，應注意及之。

第四點 判解

(1) 由時效所有之利益，其受益人，於時效完成後，本得自由拋棄（五年上字二四〇號）。

(2) 占有人須以自己所有人之意思，繼續占有他人之不動產者，其所有權取得之時效，始得因之而進行（二十一年上字四八一號法條七六九條）。

(3) 占有取得時效，原不問其請求權時效，是否消滅，祇以占有人以所有人之意思，二十年間，和平繼續占有，或十年間，和平善意繼續占有，並無過失爲已足（二十二年上字二四二八號法條七六九條七七〇條）。

(4) 迭在他人土地上放牛，與民法上所謂以有意思占有他人不動產之情形不同，若無他項確證，儘可維持現狀，不得抗告認其取得所有權（二十二年上字二一五一號法條七六九條七七〇條）。

(5) 民法第七百七十條所定之取得時效，不以原所有人之所有物返還請求權消滅時效業已完成為要件，取得時效完成時，原所有人即喪失其所有權，其所有物返還請求權，當然隨之消滅，自不得更以消滅時效，向來完成，請求返還(二十三年上字二四二八條法條七七〇條一二五條)。

(6) 民法七百七十條所定十年之取得時效，雖以占有之始，善意並無過失為要件，而民法第七百六十九條所定二十年之取得時效，則無以此為要件之明文，且民法第七百七十條特設短期取得時效，係以增此要件為其唯一理由，其他關於期間以外之要件，仍與民法第七百六十九條所定者無異，則二十年之取得時效，不以此為要件，實甚明瞭，故以所有之意思，二十年間，和平繼續占有他人未登記之不動產者，縱令占有之始為惡意，或雖係善意而有過失，亦得請求登記為所有人(二十六年上字四四二號法條七六九條七七〇條)。

(7) 所有權取得時效之第一要件，須為以所有之意思而占有，故占有依其所由發生之事實之性質，無所有之意思者，非有民法第九百四十五條所定變為以所有之意思而占有之情事，其所有權之取得時效，不能開始進行(二十六年上字八七六號)。

(8) 民法第一百二十五條所稱之請求權，包含所有物返還請求權在內，此項請求權之消滅時效完成後，雖占有人之取得時效，尙未完成，占有人亦得拒絕返還(二十八年上字二三〇一號)。

(9) 民法第七百七十條規定之取得時效，一經完成，當然發生同條或民法物權編施行法第八條所定之效果，雖未經占有人援用，法院亦得據以裁判，惟取得時效完成之基礎事實，苟未經當事人提出，法院仍無從予以斟酌(二十九年上字一〇〇三號法條七七〇條施行法八條)。

一、凡不動產曾經丈放或清丈及推收過割其號址畝分權賦等，則業戶姓名，登入官廳文冊，兼繼續納稅完糧者，於登記制度未施行前，以遇有依民法第七百六十九條，第七百七十條主張權利者為限，視為與登記之不動產，有同一之效力(二十年十二月十二日院字六四〇號)。

二、清丈土地，因改定測量器，致與契載面積不符，不能謂之溢出，倘非由前項原因而有溢出，除依民法

第七六九等條規定外，應依承領當時規定辦理（二十三年九月十一日院字一一一一號）。

三、占有他人未登記之不動產，既合於民法得請求登記爲所有人之條件，無論已否發給證書，應取得所有權，無更令其向並未占有之原承領人，及承租人，提起確證所有權之訴之必要（二十四年一月二十三日院字一三五九號）。

四、占有不動產後，被人侵奪而已回復者，其所有權之取得時效，自不中斷。至民法第九六三條規定，僅爲請求權行使之期間，其占有既經回復，自不因之而生影響（二十五年三月二十日院字一四六〇號互見民法九六三條）。

五、不動產所有人，於設定抵押權利時，已將不動產移轉占有，並約定期滿不贖，即以作絕贖，如受抵押人之占有該不動產，係和平繼續，且自始爲善意而無過失，則於約定期限屆滿後，計算其占有之期間，已在十年以上，可請求登記爲所有人（二十五年六月六日院字一五一五號）。

六、久淤成畝之湖基，如不在土地法限制私有之列，僅開墾成田，且具備民法第七六九條或第七七〇條之占有要件，自得請求登記爲所有人（二十七年四月二十日院字一七一八號）。

七、所有人未經登記之不動產，自被他人占有而得請求回復之時起，已滿十五年，尙未請求者，則不問占有人之取得時效，已否完成，而因消滅時效之完成，即不得爲回復之請求（二十八年一月十八日院字一八三三號）。

第七百七十二條 前四條之規定，於所有權以外財產權之取得準用之。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定所有權以外財產權之取得時效。其關係條文，爲本編九六六條，參考條文，爲土地法一九七條，商業登記法一七條，商標法一三條，著作權法一四條，專利法六條，七條，五九條，六〇條，六七條，九九條，一〇二條，一〇三條，一一四條，一一六條，及八九條，九〇條，一〇六條，一〇七條，一二五

條，一二六條，工業獎勵法二條五款，非常時期工業獎勵條例二〇條，礦業法四一條，漁業法二一條，參看他國條文，爲德民一〇一七條二項，日民一六三條，一六五條。

第二點 立法例

德國民法，於所有權以外之財產權，除一〇一七條二項：「地上權準用所有權之取得，及由所有權所生之請求之規定」而外，均無類似取得時效之規定。唯日本民法一六三條：「所有權以外之財產權，以爲自己之意思平穩且公然行使者，依前條之區別（即占有他人不動產或物）於二十年或十年後，取得其權利。」同一六五條：取得時效中斷（即占有人自行中止占有或爲他人所侵奪）之規定，於所有權以外財產權之取得時效準用之。蓋在理論上及事實上，所有權以外之財產權，無因時效而取得之必要，故德國民法，除地上權外，無此規定，我民法仿日民法例，就有體物所認之占有制度，擴張於物以外之財產權爲準占有（民法九六六條日民二〇五條），則認所有權以外財產權之取得時效，理論上非不可通，事實上亦有可能。

第三點 釋本條之意義

其一 用語之說明

七百六十三條用所有權以外之物權，即指其他物權。本條用所有權以外財產權（債權除外），則本法之他物權，附屬法上之財產權（無形財產權準物權），可解爲均包在內，土地法第一百二十六條至第一百二十八條，則稱地上權、永佃權、地役權、典權、抵押權（債權一部之讓與或代位清償供其擔保部分之抵押權），爲所有權以外權利。

其二 準用之範圍

一、前四條之規定，雖爲關於所有權取得時效之規定，所有權以外之財產權，其存在狀態不明確，而具備上述各條取得時效之要件者，應準用所有權取得時效之規定，使其權利之存在狀態，歸於確定，至於期間之計算，自亦與所有權同。

二、所有權以外財產權之取得，準用所有權取得時效之規定，固已，準用者，準用動產之規定乎，抑準用不動產之規定乎，學說上解爲當視權利應否登記爲斷，即應登記之權利，準用關於不動產所有權取得時效之規定，如係不以登記爲要件之權利，則準用關於動產所有權之規定，此種解釋，在民法上之財產權，固可以應否登記爲斷，而在附屬法上之財產權，則法令紛歧，須視各附屬法規定之內容以定之。

三、所有權以外之財產權，如地上權、永佃權、地役權、典權、及抵押權等，應爲登記之權利，準用關於不動產所有權取得時效之規定。如動產質權留置權等不登記之權利，準用關於動產所有權取得時效之規定。至關於所有權取得時效中斷之規定，自亦在準用之列。

四、土地法上耕作權，視爲物權，準用民法關於永佃權各條之規定（土地法一九七條）。

其三 附屬法上之財產權

一、商號權，以登記爲對抗善意第三人之要件（商業登記法第十七條），不以登記爲成立之要件，則可解爲準用動產時效之取得也。

二、商標權，則以註冊爲取得商標專用權之要件（商標法第十三條），此係應登記之權利，可解爲準用不動產取得時效之規定。

三、著作權，則於移轉及承繼時，以登記爲對抗第三人之要件（著作權法第十四條），其準用可解爲與商號權同。

四、專利權，依專利法之規定：（一）新發明專利權之期間爲十五年，專利呈請權及專利權，均得讓與或繼承（專利法六條七條），無人繼承時，於專利權人死亡之日消滅，專利權人自行放棄時，於其書面表示之日消滅（同法五九條），若專利權人爲非專利呈請人者，應撤銷其專利權（同法六〇條），其核准已滿三年，無適當理由，未在國內實施，或未適當實施其發明者，專利局得依職權撤銷其專利權，或依關係人之請求，特許其實施（同法六七條）。（二）新型專利權之期間爲十年，爲專有製造販賣或使用其新型之權，專利權人得有限制

或無限制讓與他人或租與他人實施（同法九九條一〇二條一〇三條）。（3）新式專利權之期間為五年，由製作者或其受讓人或繼承人，備具呈請書圖說及宣誓書，向專利局呈請之（同法一一四條一一六條），以上十五等十年五年之期間，均自呈請之日起算（同法六條九九條一一四條）。偽造仿造，分別處徒刑或併科罰金（同法八九條九〇條一〇六條一一〇七條一二五條一二六條），其權利之原因，基於工業技術之獎勵，故又稱工業所有權（Industriekontum），非可因登記而取得，亦無因不行使而罹於他人因時效取得之事實。至工業獎勵法第二條獎勵方法之五，准在一定區域內享有五年以下之專製權，非常時期工業獎勵條例第二十條，受獎勵之工廠，合於工業獎勵法第一條第二款之標準者，亦得依法為專製權之呈請。所謂專製權，與新式專利權相同，亦不能因時效而取得。

五、鑛業權，登記後無不可抗力之故障，二年內不開工，或中途停止一年以上者，其鑛業權應即撤銷（鑛業法四一條），事實上不能因時效而取得。

六、漁業權，自核准之日起，一年內不從事漁業，或繼續停業滿二年者，行政官署，得撤銷之（漁業法二一條），事實上亦不能因時效而取得。

第四點 解釋

官署對於人民向其承佃之土地，雖有永不升租，退佃，及得自由當賣之表示，仍係所有權之行使，其所謂自由當賣者，自係指人民承受之佃權而言，並非為所有權之拋棄，至地標乃使用土地之地租，不同種類多寡，異公益附加捐等，絕不相侔，惟人民對於官署，若久未繳納地標，以所有之意思，和平繼續占有，業已多年，應注意民法物權編第七百六十九條，七百七十條，及物權編施行法第七條，第八條之規定（二十年三月六日院字四五三號）。

依民法第七百七十二條規定，前四條之規定，於所有權以外財產權之取得準用之，地役權係屬財產權之一種，其取得時效，自應依該條規定，分別定取得時效之期間，至期間之計算，應注意民法物權編施行法第五條

第三項之規定（二十年二月十日院字四三七號）。

第二節 不動產所有權

第七條 本節之總說明

本節應說明者二點

第一點 本節之內容

壹、土地所有權之範圍（七七三）。貳、鄰地所有人之損害預防權（七七四）。叁、高地所有人對自然流至之水之排水權（七七五）。肆、工作物破壞阻塞之排水權（七七六）。伍、簷滴之排水權（七七七）。陸、低地所有人對水流阻塞之疏水權（七七八）。柒、高地所有人之過水權（七七九）。捌、因過水而使用工作物應負擔之費用（七八〇）。玖、水的所有人自由用水權（七八一）。拾、用水權人之物上請求權（七八二）。拾壹、所有人使用鄰地餘水之用水權（七八三）。拾貳、所有人變更水流或寬度之用水權（七八四）。拾叁、所有人設置與用權之用水權（七八五）。拾肆、線管安設權應具之要件（七八六）。拾伍、通行權應具之要件（七八七）。拾陸、通行權人因開設道路對通行地之損害賠償（七八八）。拾柒、因土地一部讓與分割所生之通行權（七八九）。拾捌、通行與樵牧之侵入爲禁止侵入權例外之一（七九〇）。拾玖、尋查取回物之侵入爲禁止侵入權例外之二（七九一）。貳拾、鄰地使用權應具之要件（七九二）。貳拾壹、禁止氣響侵入權之原則與例外（七九三）。貳拾貳、開掘土地或建築之危險損害預防權（七九四）。貳拾叁、建築物或工作物之危險損害預防權（七九五）。貳拾肆、新築越界告知權（七九六）。貳拾伍、竹木枝根刈除權（七九七）。貳拾陸、果實獲得權（七九八）。貳拾柒、區分所有及互有所生之負擔（七九九）。貳拾捌、區分所有人正中宅門使用權應具之要件（八〇〇）。

綜觀本節之立法精神（屬於維護個人經濟與社會經濟之範疇，故其要旨，可分爲三：（甲）不動產所有權之

土地所有權之範圍（七七三條）。（乙）不動產所有權之相鄰關係，屬於此者，曰損害預防權（七七四條），曰水權，即排水權（七七五條至七七七條），疏水權（七七八條），過水權（七七九條七八〇條），用水權（七八一條至七八五條），曰線管安設權（七八六條），曰通行權（七八七條至七八九條），曰禁止侵入權（例外七九〇條七九一條），曰鄰地使用權（七九二條），曰禁止氣響侵入權（七九三條），曰危險損害預防權（七九四條七九五條），曰新築越界告知權（七九六條），曰竹木枝根刈除權（七九七條），曰果實獲得權（七九八條），（丙）不動產所有權之建築物所有權之範圍（七九九條八〇〇條）。

第二點 本節之立法例

法法系各國之民法，以依法律之直接規定而發生之地役，稱為法定地役（Servitudes légales），以依當事人之法律行為而設定之地役，稱為人為地役（Servitude par le fait de l'homme），而法定地役，實屬於相鄰人關係之事，日本民法，則稱為所有權之限界，蓋土地所有人之權利行使，影響所及，每生出抵觸之結果，欲調和其權利抵觸，必設有一定之限制，俾行使所有權時，不至互相侵害，本節規定相鄰人之關係，即所有權與所有權相互之限制也，自限制者觀之，則為權利，自受限制者觀之，則為義務，然民法以權利為本位，德國學者，稱此關係為相鄰權（Nachbarrecht）云（德民九〇六條以下）。

除第一點種種權利之外，尚有所謂界標設置權，（德、法、義、奧、日、等國民法。）圍障設置權，（普國地方法一部八章一四九條以下，及法、義、奧、日、等國民法。）眺望限制權，（普國地方法一部八章一三七條至一四四條，及法、義、日、等國民法。）掘坑限制權（日民二三七條二三八條），我民法於以上各種，不設規定，讓其他法令或習慣解決之。

第八解 本節之逐條說明

第七百七十三條 土地所有權，除法令有限制外，於其行使有利益之範圍內，及於土地之上下，如他人之手

涉，無礙其所有權之行使者，不得排除之。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定土地所有權之範圍。其關係條文，爲原則第五目，總則六六條。參考條文爲土地法一條，七條至一七條，二一條至二四條，狩獵法一條至一六條，鑛業法一條，五條，森林法五條，六條，建築法一〇條至四五條，舊律檢踏災傷田糧條例第十五。參考他國條文，爲德民九〇五條，瑞民六六七條，法民五五二條。

第二點 立法例

子 關於淤淺沖斷沙洲等地所有權取得之立法例

羅馬法於不動產與不動產之附合，設有規定，卽淤淺 (alluvio) 歸沿岸地所有者之所有，沙洲 (Insula in flumine nata) 及河床 (alveus derelictus)，歸兩岸所有者所分有，但沙洲偏近一方之岸時，則屬於近方沿岸地所有者。若甲岸沖斷附着於乙岸時，avulso，亦屬乙岸所有者之所有，其他樹木與土地附合時，亦屬土地所有者之所有。此等詳細規定，今日法法系諸國，猶則倣之（法民五五一條至五六三條，義民四四八條至四六一條）。然德法系之民法，則僅示原則而不詳細，就中如德民法施行法，有關於淤地沙洲河床等所有權之取得，依地方方法之規定，可以概見。日本民法二百四十二條，亦設有原則的規定，是又採德國立法例也（德民九六四條同施行法六五條瑞民六五九條六六〇條）。我民法除動產因附合而爲不動產之重要成分有規定外（民法八一一條），其不動產與不動產之附合，則讓特別法之規定。

丑 關於水道湖澤等岸地的範圍之立法例

我民法上以土地爲主要之不動產，而土地法則以土地爲水陸及天然富源，其附着於私有土地之積，不因取得土地所有權而受影響。關於可通運之水道，及天然形成湖澤之私有岸地，因坍塌或浸蝕而變成水道或湖澤之一部分者，其所有權視爲消滅，但坍塌或浸蝕之岸地，回復原狀時，經原所有權人證明爲其原有者，仍回復其

所有權。岸地如因水流變遷而自然增加時，其接連地所有權人，有依法取得其所有權或使用收益之優先權。蓋道因天然變遷而成新水道時，新水道所經土地之所有權，視為消滅，但因天然或施用人工，新水道所經土地，回復原狀，經原所有權人，證明為其原有者，仍回復其所有權。此與舊律檢陰災傷田糧條例第十五章：凡沿河沙洲地畝，被冲坍塌，即令業戶報官，勒明註冊，遇有淤漲，亦即投官查勘，照原投之數撥補，此外多餘漲地，不許霸佔，如從前未經報坍，不准撥給，至隔江遠戶，果係報坍有案，即將多餘漲地，秉公撥補，若坍戶數多，按照報坍先後，以次照撥，倘補足之外，尚有餘地，許召無業窮民認墾，官給印照，仍令各屬挨額造報，統俟五年大丈，再行履勘，造冊送部，以定升除，其報坍報漲，在兩縣接壤之處者，委員會同兩邑地方官，據實勘驗，秉公撥補，如有私行霸佔，將漲漲入官，其規定大致相同。

河川河床及疏水等，不得為私權之標的，其占用河床，或使用河流，應得專管機關或地方政府之許可（見十九年三月內政部公布之河川法三條一二條）。

阻礙尋常洪水流之沙田灘地，及侵占尋常洪水所需蓄量之湖田，應廢。其餘之沙田湖田灘地，仍予保留，此後河湖沙洲灘地，經水利主管機關之研究，認為妨害水流及停儲者，一律嚴禁圩墾，依此辦法，並應制定治水法及防洪法（見二十一年行政院通飭之廢田還湖辦法）。

以上二種，有關於人民權利義務者甚鉅，應經立法程序，與七百六十五條第一點所舉者不同，適用時應予注意。

第三點 釋本條之意義

其一 土地所有權與土地測量

土地法之土地測量，為地籍測量（Cadastral survey）與地質探驗。地籍測量者，就一定區域內之土地，按其地面之形狀、位置、距離、段落、面積、而測量丈量，以其結果，記入於地籍冊中。地質探驗者，探驗土地所含之物質，如壤砂岩石之成分是。未經依法為地籍測量之土地，不得為所有權之登記，未經依法登記所有

權之土地，不得爲所有權以外權利之登記（土地法二二條三四條四四條）。

我國古代禹貢之辨土壤，冀州厥土惟白壤，（柔而無塊曰壤，自以辨其色，壤以辨其性。）兗州厥土黑墳，青州厥土白墳，（墳，土脈墳起也，黑白，辨其色也。）海濱廣斥，（以近海而言，則一望廣闊，斥而鹹也。）徐州厥土赤墳壤，（其色則赤，其性則粘膩而墳，脈起而墳，土性之美者也。）揚州厥土惟塗泥，荊州同上，（言其地卑溼，惟塗泥而已。）豫州厥土惟壤，下土墳壤，（不言色者，其色雜也，去而疏者謂之壤，高地則壤，下地則壤。）梁州厥土青黎，（黎，黑也，土不言質，質不一也。）雍州厥土惟黃壤，（黃者土之正色，物得其常性者最貴，故其田非他州所可及，雍田上上，塗泥最下，故揚田下下。）據此則土地測量，古代早已行之。

其二 土地所有權之範圍

一地表 (Erdoberfläche)，二空間 (Luftraum)，三地身 (Erdkörper)，若僅以地表爲所有權之範圍，則其權利幾無效用，蓋人履平地，其身當然出於空間，建築家屋，更不得不占有空間之地位，此土地所有權之效力，必及於地表以上，方爲適用也。至地表以下，倘爲土地所有權之效力，所不能及，則他人於土地所有權之地下，任意穿鑿，於所有人甚爲不利，故各國法律，均以土地上下，爲所有權所及之範圍，本條仿之，蓋從前立法上土地之觀念，注重於平面的（橫的），現代之觀念，更注重於立體的（縱的）也。

其三 法令之限制

對於地表者，例如森林法上之私有林，應受森林法之限制，滋洲淺渚涸河及沖斷地之取得，應受土地法之限制，對於地上者，例如於自己所有土地之範圍內，建築家屋，應受建築法之限制，鈺取通過其所有地之飛鳥，應依狩獵法之規定。對於地下者，其顯著之例，厥爲鑛產，立法例有三：（一）併有主義，認鑛質所有權，包含於土地所有權之中，土地所有人，於原則上，能自由採掘其所有地內之鑛質，如英美是。（二）絕對國有主義，即鑛產完全國有，不得爲私人所有權之標的，如日本是。（三）相對國有主義，即以國有爲原則，但於相當

之範圍內，亦許人民依法律之規定而取得營業權，我國及法國採之。

其四、排他性之限制

土地所有權，及於土地之上下，其所及之土地上下，不設限制，而以權利人之利益爲標準，所謂利益，應解爲包含財產上及精神上之利益而言，但社會進步，利用地表上之空間及地表以下之地表，以供一般人之公益者日多，本條爲調和社會與個人之利益起見，故於土地所有權之積極方面，特定明於法令之限制外，以所有權行使有利益之範圍內爲限，於消極方面，則以他人之干涉，無礙其所有權之行使者爲限（德民九〇五條二項及民六六七條同旨），例如揭紙蓋以通過上位之空中，潑濁水以經過他人地下之陰溝，及第七百九十七條第三項之情形是。至土地之四週，則隨所有權現存之狀態以定之。

第四點 判解

(1) 尋釋律載檢踏吳傷害田權條例第十五法意，凡有河淤，先儘撥補坍戶，餘悉由官召墾，果係報坍有案，雖隔江遠戶，亦得以多餘淤地抵撥，此外尚有餘地，應仍聽官處分，不許自由占據，故在現行法上沿河各地之業主，不能以淤漲原因，遂謂子母相生，當然取得其子地（二年上字八六號）。

(2) 凡沿河塌後淤復之地，除依法撥補因塌倒所失之地外，多餘淤地，即屬官產，其業主現管四週外，未塌新淤之地，亦屬官產（三年上字一一九五號）。

(3) 律載沖沒沙洲，應由原業戶報官，方准回復，惟依解釋及判例，如確有不能報官情由，或與報官有同一功效之動作者，亦得准其回復營業之權（四年上字八四六號）。

(4) 沿河多餘濕地，依律係屬官地，不許霸占，更何能於未漲以前，以私人間之契約，預定業主（四年上字五二五號）。

(5) 查檢踏災傷田權門，雖有將淤洲入官之例，然此係對於私行霸占者之一種行政處分，而在法院應待代表國家之機關競爭，不能遽引此例，判歸國有（五年上字七七號）。

一、河岸私有之田地，因水道變遷，致界沒一部或全部者，其所有權依土地法第九條所定，應即視為消滅，除該岸土地回復原狀時，仍得回復其所有權外，不得以對岸淤地增多，請求撥補（二十七年五月二十八日院字一七二六號）。

二、沙洲淤地，未經人民依法取得所有權者，依土地法第十二條第一項之規定，為公有土地，此項土地，其所有權屬於國家，國家為公法人，占有公法人之土地，自屬民法第七百六十九條，第七百七十條所謂占有他人之不動產，故公有土地，除土地法第八條所定不得私有者外，亦有取得時效之適用，人民已因取得時效，取得所有權者，既係土地法第七條所謂依法取得所有權，嗣後即為私有土地，國家得向該人民徵稅，不得再令補繳地價（三十年五月三日院字二一七七號）。

附行政法院判決例

關於公共水利，及交通事業，行政官署，因公益上之必要，固可為適當之處置，但需用人民私有土地時，應依照土地法所定徵收程序辦理（二十六年判字第四號判決）。

縣政府為沙洲另闢幹河，按照圍築田畝，徵收水利費，既經民財建三廳會准，嗣後又定徵收此項水利費辦法，如其範圍，溢出三廳原案之外，縱經建廳指令備案，然與三廳會准之效力不同，未便視為以後成田徵收水利之根據（二十八年判字第七號判決）。

第七百七十四條 土地所有人經營工業，及行使其他之權利，應注意防免鄰地之損害。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定鄰地所有人之損害預防權。其關係條文，為總則一四八條，本編八三三條，八五〇條，九二四條。參考條文，為工廠法四一條至四四條，工廠檢查法一三條，工廠安全及衛生檢查細則二條至四八條。

第二點 釋本條之意義

其一 所謂工業，指性質上有使鄰地發生損害之可能者而言，尤以化學工業，易於發散其毒之氣體，或流出有毒之液體，侵入鄰地，致鄰地之人畜農作物等，發生損害，例如製造亞硫酸瓦斯，將其凝縮製成硫酸而以之鍊鋼，如使其硫酸或亞硫酸瓦斯漏出，侵入鄰地，則鄰地必因此而受損害，故必使經營此種工業之土地所有人，依該工業之性質為適當防免之設備，以免鄰地發生損害。至所謂行使其他之權利，例如經營礦業而附設有鍊鋼事業，經營製鹽事業，或經營牧畜事業等，對於鄰地亦負同樣之注意義務，自鄰地所有人言之，則為損害預防權也。

其二 本條之規定，依第八百三十三條，第八百五十條，第九百一十四條之規定，地上權人，永佃權人，典權人，亦應為本條之注意。

第七百七十四條至第七百九十八條之規定，於地上權人間，永佃權人間，典權人間，或地上權人，永佃權人，典權人 與土地所有人間準用之。附識於此，以下各條，除有說明之必要外，不另說明。

第三點 判例

土地所有人行使其權利，固應注意防免鄰地之損害，惟土地所有人，雖行使其權利，而鄰地之損害，若仍可避免，則除鄰地所有人為圖一己之利益或便宜，曾與土地所有人設定限制其權利行使之權利外，自不得以恐有損害為藉口而妄加干涉（二十一年上字一七二六號）。

第七百七十五條 由高地自然流至之水，低地所有人，不得妨阻。

由高地自然流至之水而為低地所必需者，高地所有人，縱因其土地之必要，不得防堵其全部。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定高地所有人對自然流至之水之排水權。其關係條文，為本編八三三條，八五〇條，九一四條。參考條文，為水利法五二條。參考他國條文，為法民六四〇條，瑞民六八九條，日民二一四條。

第二點 立法例

法國民法，本於羅馬法上之原則，使低地所有人，忍受高地自然流下之水，據德國古代法，低地所有人，對於高地自然流下之水，得以妨阻，但高地所有人，亦得以其費用，設水道於低地，排溢自己所不容容之餘水，據國民法，以此規定讓於各聯邦之特別法，而普魯士法，則仍與德國古代法相同。

第三點 釋本條之意義

水性就下，常向低地而流，由高地自然流至之水，不問其在於土地之上，抑在土地之下，若低地所有人，圖一己之利益，可任意妨阻，則水無宣洩之處，勢必積注於高地，不僅高地所有人，將因此而不得利用其土地，且亦有礙衛生，本條第一項特定低地所有人不得妨阻，使負承水之義務，低地所有人，若不負此義務而妨阻之，高地所有人，即可對之主張排除之權利，自高地所有人言之，則排水權也。抑本條在注重自然流至之水，若非自然流至之水，自不適用本條第一項之規定，使低地所有人，負不得妨阻之義務。

土地所有人，自得利用其自然流至之水，苟自然流至之水，恰為其土地之必要，土地所有人，原得防堵其全部或一部，惟低地所有人若亦有必需時，則為調和社會與個人之利益起見，於高地所有人，不得不設以限制，本條第二項所以有高地所有人，縱因其土地之必要不得防堵其全部之規定，其所謂不得防堵其全部者，係以自然流至之水為低地所必需及為高地所必要二者為要件，低地倘無必需之情形，則高地所有人，自得防堵其全部，倘低地有必需之情形，而高地所有人，並無必要之情形，則高地所有人，即不得加以防堵，蓋高地所有人，縱因其土地之必要，尚須顧全低地所有人之利益，不得防堵其全部，若無必要情形，更不得准加防堵。

第四點 判解

土地所有人，不得妨阻由鄰區自然之流水，故低地所有權人，有妨阻此項流水行為者，高地所有人，有對之主張排除之權利（三年上字一三一八號）。

高地或低地所有人間，因水流發生之爭執，屬於民事範圍，要非行政官署，所應處斷（二十八年行政法院

判字第三號判決同年判字第二十四號同旨。

第七百七十六條 土地因蓄水排水或引水所設之工作物，破潰阻塞，致損害及於他人之土地，或有致損害之虞者，土地所有人，應以自己之費用，為必要之修繕疏通或預防，但其費用之負擔，另有習慣者，從其習慣。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定工作物破潰阻塞之排水權。其關係條文，為本編八三三條，八五〇條，九一四條。參考條文，為水利法五四條。參考他國條文，為德民九〇八條，日民二一六條，二一七條。

第二點 釋本條之意義

土地因蓄水排水引水所設之工作物，若有破潰阻塞，其損害必及於他人之土地，本條特定修繕疏通及預防之責，由土地所有人負之。關於修繕及預防之費用，亦明定除有習慣外，由土地所有人負擔，以保護他人土地之利益，他人之土地，若受有損害，或有受損害之虞者，自得向土地所有人，為修繕疏通或預防之請求，但此修繕疏通及預防，以必要者為限，自他人言之，則排水權也。

蓄水排水引水之工作物，若非土地所有人所有，而為地上權人，永佃權人，典權人所敷設，依本編第八百三十三條，八百五十條，九百一十四條之規定，應由地上權人，永佃權人，典權人負擔修繕疏通或預防之責。關於疏通修繕預防之費用，除另有習慣外，亦應由地上權人，永佃權人，典權人負擔。

本條得從習慣者，以費用之負擔為限，關於修繕疏通及預防之責，雖另有習慣，亦不得從習慣，仍應適用本條之規定。

第三點 判例

高地所有人，若因所施水之工作，有破壞或阻塞情形，致低地蒙其損害，或有受損害之虞者，低地所有人，對之亦得請求修繕疏通，遇有必要時，並得於適當程度內，為預防損害之工作（三年上字一三一八號）。

第七百七十七條 土地所有人，不得設置屋簷或其他工作物，使雨水直注於相鄰之不動產。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定簷簷之排水權。其關係條文，爲本編八三三條，八五〇條，九一四條。參考他國條文，爲法民六八一條，義民五九一條，瑞民六八六條，日民二一八條。

第二點 立法例

關於簷簷（羅 *Schildium* 德 *Dachranne* 法 *l'égout des toits*）之排水權，自羅馬法以來，即已有之，其理由以各土地所有人，對自己地上之水，僅有任其自然而流之權，如因設置屋簷或其他工作物，使入鄰地，則鄰地所有人，無承水之義務，故設置屋簷或工作物時，務使雨水注入自己之所有地內，不得流注鄰地，故自鄰地言之，則爲排水權也。

第三點 釋本條之意義

本條注意之點，在於直注，即設置屋簷或其他工作物，而集雨水於一處，使其注瀉於相鄰人不動產之謂。所謂不動產者，即土地及其定着物，凡定着物，如建築物工作物等，均包含在內，其設置之屋簷或其他工作物，不以近於相鄰之不動產者爲限，但可使雨水直注於相鄰之不動產者即是，若設置屋簷或其他工作物於相鄰人土地之上下，則爲直接妨害相鄰地之所有權，應適用第七百六十七條，第七百七十三條之規定。

第七百七十八條 水流如因事變，在低地阻塞，高地所有人，得以自己之費用，爲必要疏通之工事。但其費用之負擔，另有習慣者，從其習慣。

本條應說明者四點

第一點 本條規定高地所有人之疏水權，其關係條文，爲本編八三三條，八五〇條，九一四條，參考條文，爲水利法五五條，參考他國條文，爲法民六四〇條，瑞民六八九條，日民二一五條。

第二點 立法例

本條之規定，爲高地所有人之權利，與第七百七十六條所定爲土地所有人之義務者，立法趣旨，迥然不同，故第七百七十六條所定，爲土地所有人應以自己之費用爲必要之修繕疏通或預防，本條乃高地所有人得自己之費用爲必要疏通之工事，前大理院判例，認爲高地所有人之義務者（見第四點），乃因當時無法定明文，而就訟爭之事件認定，不得援爲本條之先例。

第三點 釋本條之意義

水流在低地阻塞，係因事變者，始適用本條之規定，若非因事變而因人爲，則應由行爲之人負疏通之責，本條所稱高地者，與第七百七十五條所稱高地者同，凡在阻塞水流之低地以上之地，均爲高地，該高地所有人，均得在低地以自己費用，爲必要疏通之工事，不以鄰接於阻塞水流之低地者爲限，蓋水流既阻塞在低地，原應由低地所有人疏通之，若低地所有人，於其土地有所利用，必將自行疏通，不必高地所有人代爲疏通，本條乃於阻塞水流之低地，爲公有荒地，或所有人於其所有地無所利用，而任憑荒廢，或怠於疏通，或無力疏通時特設之規定，使高地所有人，得於阻塞水流之低地，爲必要疏通之工事，俾其地之水，得所排洩，不至因阻塞積澱溢注於高地。至於疏通之工事，則以必要爲限，與第七百七十六條所定之修繕疏通或預防以必要爲限者，趣旨不同，第七百七十六條之以必要爲限者，乃保護負修繕等之義務之土地所有人之利益，不許受損害之他人，於必要之限度外，爲過分之請求，本條乃保護水流阻塞地所有人之利益，不許高地所有人，於必要之限度外，爲其他之疏通工事而爲過分之干涉也。

本條得從習慣者，亦以費用之負擔爲限，與第七百七十六條同。

第四點 判例

凡水流若因事變在低地阻塞者，高地所有人，對之須負疏通之義務，而其疏通之方法，原則固應開濬其水流之故道，但若故道不能開濬，或能開濬而費用過大，有種種困難事情者，自可由當事人別求疏通之方法，至當事人就其方法，協商不成時，法院自應實地查勘，斟酌情形，擇其於兩造利多而害少者，以裁判定之（六年

上字八五〇號）

第七百七十九條 高地所有人，因使浸水之地乾涸，或排泄家用農工業用水，以至河渠或溝道，得使其水通過低地，但應擇於低地損害最少之處所及方法爲之。

前項情形，高地所有人，對於低地所受之損害，應支付償金。

第七百八十條 土地所有人，因使其土地之水通過，得使用高地或低地所有人所設之工作物。但應按其受益之程度，負擔該工作物設置及保存之費用。

右二條便利上合併說明爲左之四點

第一點 右二條係規定土地所有人之過水權。其關係條文，爲本編八三三條，八五〇條，九一四條。參考條文，爲水利法五三條，市縣工程受益征收條例二條三條五條。參考他國條文，爲義民六〇九條，瑞民六九一條，六九二條，日民二二〇條，二二一條。

第二點 立法例

關於過水權之規定，爲德國民法及法國民法所無，德國則讓諸地方特別法及習慣法。法國則於一千八百五十四年六月十日，及一千八百五十六年六月十七日關於疏水（Drainage）之法律，及一千八百四十五年四月二十九日，一千八百四十七年七月十一日關於灌溉（Irrigation）之法律規定之。但義大利瑞士及日本民法，亦此規定。

第三點 釋右二條之意義

其一 凡低地所有人有承水之義務者，在高地所有人，則爲過水之權利，法律所以爲此規定者，乃爲人類衛生及利用土地起見，故低地所有人，不能有所阻拒，然高地所有人之得行使此過水權者，亦須具左列條件：

一、其所有地須不接於河渠或溝道者，其鄰近之河渠或溝道，雖有阻塞而不糜鉅費，可以疏濬者，仍不得

向低地排洩。

二、所有地與他人所有地之間，須有高低之關係。

三、須因乾涸浸水地或排灌家用農業用餘水之必要。

四、須擇低地損害最少之處所及方法爲之，如利用地下以設暗溝是。

五、須對低地所受之損害，支付償金。

其二 土地所有人（即排水地所有人），因使其水通過，若須另設工作物，則應費物力人力，排水地所有人與高地或低地所有人（即承水地所有人），均不利益，故第七百八十條規定土地所有人，因使其土地之水通過，不問其水通過地所設之工作物，爲高地所有人所設，抑低地所有人所設，排水地所有人，均得使用之，俾排水地所有人，不必另設工作物，而承水地之所有人，亦因其使用工作物而減少負擔，其標準則以排水地所有人按其受益之程度計算之，即以工作物之設置及保存費用之總額，與受益之程度，比例計算而負擔其幾分之幾是。

市縣政府，因改良土地而建築堤防溝渠，得向直接收益之土地，征收工程受益費，按土地受益之程度爲標準，由市縣政府，分別等級，擬定費率，其總額以不超過各該工程實際所需之費用爲限，向直接受益之土地所有權人征收之，設有典權者，向典權人征收之（市縣工程受益費征收條例二條三條五條）。

第四點 判例

凡高地所有人，爲乾涸浸水地，或排洩餘水起見，得選擇低地損害最少之處所，並用損害最少方法，使其水通過低地，如低地所有人，受有損害，應支付其賠償，此查相鄰人關於水流，本其相鄰關係所有之權利義務之一也，是故高地積水之宣洩，若就自地鄰近公共河流，駱車疏濬，即可有效者，自毋庸許其通過別項有主之低地，如果別無宣洩之路，或鄰近公共河流疏濬之勞費過鉅者，則雖有主低地，亦自不能不許其通過，惟於通過之際，須擇損害最少之處所，爲相當宣洩之設備，而並須補償其損害，以期平允（三年上字三二三號互見七

七九條)。

第七百八十一條 水源地、井、溝渠、及其他水流地之所有人，得自由使用其水，但有特別習慣者，不在此限。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定水的所有人自由用水權。其關係條文，爲本編八三三條，八五〇條，九一四條。參考條文，爲水利法一三條至一九條，三八條，三九條，舊律市廛門把持行市例。

第二點 立法例

官井之水，吾國舊律，不許挑水之人把持，任意爭長價值，私相售賣，舊律市廛門把持行市例，載「京城官地井水，不許挑水之人，把持多家，任意爭長價值，及作爲世業，私相售賣，違者許該戶主首將把持挑水之人，照把持行市律治罪。」本編雖未就此定以明文，而此項挑水之人，既非本其所有權之作用，且有害公益，自亦不應受法律之保護，而私井所有人把持售賣，本編施行前，北京大理院爲保護一般市民會解釋爲不應受法律之保護（見第四點解釋），本編第七百八十三條，於鄰地所有人向土地所有人請求給與餘水時，雖有支竹價金之規定，但若把持售賣，勢必害及公益，亦應不認爲正當權利而予以保護。

第三點 釋本條之意義

一、源、水泉本也。韓詩外傳，源清則流清，源濁則流濁，孟子，源泉混混，不舍晝夜，朱熹詩，爲有源頭活水來，均指水源地言。井、穴地出水也，或曰黃帝所作，或曰伯益所作。溝、田間水道也，禹卑宮室而盡力乎溝洫，周禮，遂人十夫之田之首，必有一溝，廣四尺，深四尺，百夫之地相連屬，同以一道瀉水，廣八尺，深八尺。渠、水所居也。水流地，水行之地也，張茂先勵志詩，戶樞不蠹，流水不腐，民生在勤。

二、土地所有權，及於土地之上下，凡在土地內停注發湧，或經過之水，土地所有人，自均得自由使用，惟水爲吾人生活及利用土地所必需，依各地習慣，有限制所有人之使用者，此項習慣，關於社會公益，故有但

審之規定。

三、公共流水，非私人所得專，水流地所有人，依本條規定，雖得自由使用其水，究不得害及他人，即須於不害他人之限度內，自由使用。

第四點 判解

公共流水，非私人所得專，故水流地之所有人，以不害他人使用之限度內，得自由使用公共之流水（十九年上字三〇一號六年上字一〇〇四號同旨）。

律載京城官地井水，不許挑水之人，把持多家，任意爭長價值，及作為世業，私相售賣等語，茲就民事言，該律例對於以官地井水營業者，明禁其有分段專售之權，以此比例類推，私地井水，雖所有人可以自由營業，而把持售賣，則為貫徹律例保護一般市民之精神，亦當然應認其同歸禁阻，於律著有明文，即令習俗相安，仍未便顯然悖反，此種慣行，即不能認為權利而予以積極之保護（六年九月十三日大理院統字六七七號解釋例）。

附行政法院判決例

屬於公共團體所得使用之公水，主管行政官署，於不妨害其使用之限度，原得以其餘水，准許其他公共團體使用（二十八年判字第六號判決）。

江河及其他公共水面所有權，屬於國家，如人民以特定之事業而使用公水時，其限制使用之辦法，主管地方行政官署，自當於相當範圍內規定行之（二十八年判字第四十六號判決）。

第七百八十二條 水源地或井之所有人，對於他人因工事杜絕減少或污穢其水者，得請求損害賠償，如其水為飲用或利用土地所必要者，並得請求回復原狀。但不能回復原狀者，不在此限。

本條應說明者二點

第一點 本條係規定用水權人之物上請求權。其關係條文，為本編八三三條，八五〇條，九一四條。參考

條文，爲刑法一九〇條，水利法四八條，四九條。

第二點 釋本條之意義

水源地或井之所有人，得自由使用其水，前條定有明文，他人若故意或過失，杜絕減少或污穢其水，即妨害所有人之所有權，所有人自可依第七百六十七條後半段之規定，而行使其保全請求權，本條乃就他人因工事而杜絕減少污穢水源地或井之水時，關於所有人之物上請求權特設之規定，所謂工事者，於土地之上下，有建築營造等工之事，水源地或井之水，常因此二事而污穢或減少水量，甚至遮斷水脈而水源杜絕者，其杜絕減少污穢之原因，基於他人之工事，水源地或井之所有人，自可依其實受之損害而請求賠償，其得回復原狀者，亦可請求回復原狀，本條爲顧全社會經濟起見，除飲用或利用土地所必要之水，許其請求損害賠償，並於能回復原狀者，得請求回復原狀外，僅許水源地或井之所有人，得請求損害賠償，不許其並得請求回復原狀，蓋恐因請求回復原狀而廢止工事也。

第七百八十三條 土地所有人，因其家用或利用土地所必要，非以過鉅之費用及勞力，不能得水者，得支付償金，對鄰地所有人，請求給與有餘之水。

本條應說明者二點

第一點 本條係規定所有人使用鄰地餘水之用水權。其關係條文，爲本編八三三條，八五〇條，九一四條，參考條文，爲水利法一九條，三八條，三九條。

第二點 釋本條之意義

飲料洗濯，及一切家用之水，爲日常所不可缺，灌園播種，亦爲利用土地所必要，然必人人於自己所有地內取得之，則費用與勞力所需甚鉅，故不如明定通融之法，凡用水有餘者，使之供鄰地所有人之家用或利用土地所必要，惟此餘水，究爲鄰地所有，對於請求人不能不有條件：即（一）苟在自己地內，不需過鉅之費用及勞力而可得水者，不能使用他人有餘之水。（二）請求人之使用，得按受益程度，支付償金。此皆於維持公益之

中，仍寓限制之意也。

第七百八十四條 水流地所有人，如對岸之土地，屬於他人時，不得變更其水流或寬度。

兩岸之土地，均屬於水流地所有人者，其所有人得變更其水流或寬度，但應留下游自然之水路。
前二項情形，如另有習慣者，從其習慣。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定所有人變更水流或寬度之用水權。其關係條文，為本編八三三條，八五〇條，九一四條。參考條文，為水利法八條，二〇條，五七條，五八條至六六條。

第二點 釋本條之意義

水流地所有人，須於不害他人使用之限度內，自由使用其水，故水流地之兩岸，若非均屬於水流地所有人，則須顧全對岸土地所有人之利益，不得變更水路或寬度，若兩岸均屬水流地所有人，雖得任意變更水路或寬度，亦應留下游自然之水路，以顧全下游所有人之利益，但其地方另有習慣者，仍應從其習慣。

第三點 解釋

行政官署，擅將運運之水道，發給執照，交與人民管業，依法雖有未合，但非對於運道有權利或利益之人，不得出而主張（二十五年四月八日院字一四七四號）。

第七百八十五條 水流地所有人，有設置之必要者，得使其堰附着於對岸。但對於因此所生之損害，應支付償金。

對岸地所有人，如水流地之一部，屬於其所有者，得使用前項之堰。但應按其受益之程度，負擔該堰設置及保存之費用。

前二項情形，如另有習慣者，從其習慣。

本條應說明者四點

第一點 本條規定所有人設堰與用堰之用水權。其關係條文，爲本編八三三條，八五〇條，九一四條。

第二點 立法例

堰 (Saumlage) 之設置及使用，德國民法，雖無規定，而關於水車及其他用水事件，各聯邦中有種種之規定存焉。而德國工業條例 (Gewerbeordnung) 第十六條，亦有堰之設置，須得政府許可之規定，法國則於一千八百四十七年七月十一日灌溉法規定之。

第三點 釋本條之意義

水流地所有人，如須設堰，始得全用水之利益，雖其對岸之土地，非屬其所有，得使其堰附着之，若對岸地所有人，有水流地一部之所有權，亦得節約無益之勞費，而使用水流地所有人所設之堰，前者設堰權，惟水流地所有人有此權利，後者爲用堰權，惟對岸地所有人而有水流地一部之所有權者，始有此權利，但對岸地所有人，因設堰所生之損害，設堰人自應支付償金，用堰人於設堰人之設置及保存費用，自亦應按其受益程度負擔之，本條亦應尊重習慣，故有第三項之規定。

第四點 判例

對岸地所有人，若有用水之權，雖得使用水流地所有人設置之堰，但其設置及保存工作物之費用，須接受益之分，依法負擔（六年上字一〇〇四號）。

第七百八十六條 土地所有人，非通過他人之土地，不能安設電線、水管、煤氣管、或其他簡管，或雖能安設而需費過鉅者，得通過他人土地之上下而安設之。但應擇其損害最少之處所及方法爲之，並應支付償金。

依前項之規定，安設電線、水管、煤氣管、或其他簡管後，如情事有變更時，他土地所有人，得請求變更其安設。

前項變更安設之費用，由土地所有人負擔。但另有習慣者，從其習慣。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定土地所有人線管安設權應具之要件。其關係條文，爲本編八三三條，八五〇條，九一四條。參考條文，爲刑法一七七條。參考他國條文，爲瑞民六九一條一項。

第二點 立法例

本條土地所有人，有通過他人土地上下安設線管之權利，即有支付償金之義務，他國立法例，爲保護他土地所有人之利益，有於法定明須預付者，如瑞士民法是，本條無此規定，乃注重社會之公益，不許他土地所有人，以未預付償金爲拒絕安設之理由，惟於安設之後，有求償權耳。

第三點 釋本條之意義

土地所有人，因利用其土地而安設電線水管煤氣管或其他簡管，往往非通過他人之土地，不能收其效力者，此項電線簡管等之安設，爲時非暫，勢又必礙及他人所有權之行使，本條調和社會與個人之利益，一面畀予土地所有人以得通過他人土地而安設之權，一面顧慮他人土地之利益而又設限制，於不必通過他人土地而可安設，其費用較之通過他人土地而安設之費用，不爲過鉅者，不許土地所有人，行使本條所畀予之安設權。更於土地所有人，行使此權利時，定明須擇他人土地損害最少之處所及方法爲之，並應支付償金，而於情事有更時，更畀予他土地所有人以請求變更安設之權，以保護他土地所有人之利益。至變更安設，雖基於他土地所有人之請求，惟此電線等之安設，究爲土地所有人之利益，故本條第三項定明變更安設之費用，除另有習慣外，由土地所有人負擔之。

第七百八十七條 土地因與公路無適宜之聯絡，致不能爲通常使用者，土地所有人，得通行周圍地以至公路。但對於通行地因此所受之損害，應支付償金。

前項情形，有通行權人，應於通行必要之範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法爲之。

第七百八十八條 有通行權人，於必要時，得開設道路。但對於通行地因此所受之損害，應支付償金。

第七百八十九條 因土地一部之讓與或分割，致有不通公路之土地者，不通公路土地之所有人，因至公路，僅

得通行受讓人或讓與人或其他分割人之所有地。

前項情形，有通行權人，無須支付償金。

右三條便利上合併說明爲左之四點

第一點 右三條爲關於通行權之規定。其關係條文，爲本編八三三條，八五〇條，九一四條，及八五二條，八五三條至八五七條。參考他國條文，爲普國地方法一部二二章六三條至七九條，德民九一七條，九一八條，法民六八二條至六八五條，義民五九三條至五九八條，瑞民六九四條至六九六條，日民二一〇條至二一三條。

第二點 立法例

通行權，德曰 *Nothweg od. Wegegerechtigkeit*，法曰 *droit de passage*，此通行權，在羅馬古代田野地役權 (*Servitutes praediorum rusticorum*) 中，占重要地位，其初僅於不通公路之墓地 (*locus religiosus*)，與展墓者以便宜，其後遂以之爲地役權，而有所謂人的通行權 (*Iter*)，獸車通行權 (*Actus*)，重載貨車通行權 (*Via*)，航渡權 (*Jus navigandi*) 四種矣。古代德國法，繼受羅馬法，其有此種規定，自不待言，普國地方法，則淵源古代德國法，漸次擴充之，使一切不通公路之土地所有人，皆得享有通行權，德、法、義、瑞、及日本民法之立法例，皆仿倣之（見上第一點參考他國條文）。唯其中有採絕對主義，以袋地準袋地爲限者。例如日本民法是。（土地四圍，皆不通公路者，日本學者，稱爲袋地，不通過他人土地而至公路，其費用過鉅或有非常不便者，爲準袋地，例如濱海之地，一面近岸，其餘三面，均爲他人土地所包圍者是。）有採相對主義，僅與公路無適宜聯絡，不能爲通常使用者，即許其有通行權。例如德瑞民法是。吾國第一次草案，係採絕對主義，前北京大理院之判例亦然（見第四點）。本法採相對主義，蓋通行權本爲增加土地利用而設，採相對主義，始得全土地之利用，故第七百八十七條所稱之適宜聯絡，通常使用，均宜就土地所有人之方法認定之，與增加土地利用之本旨，方能適合。

第三點 釋右三條之意義

一、土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用者，有通行權之土地所有人，於其周圍之土地，均有通行之權，但對於通行地因此所受之損害，應支付償金，並應於通行必要之範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之，其有開設道路之必要時，通行地因開設道路而受之損害，土地所有人，亦應支付償金，此通行權，乃就土地與公路原無適宜聯絡者而設，若該土地本與公路有適宜之聯絡，而因土地一部之讓與或分割，致有不通公路之土地，則其不通公路之結果，乃基於受讓人讓與人或分割人之任意行為，且為受讓人讓與人分割人所預知，自不得因讓與或分割之當事人間任意行為，使其周圍地負通行之義務，故又定明該不通公路土地之所有人，僅得通行受讓人讓與人或分割之人所有地，並無須支付償金。

二、第七百八十九條，乃推測讓與或分割之當事人，應供給一方通行而設之規定，若分割後，取得不通公路土地之特定繼承人，及因審判上之分割，致有一部土地不通於公路，是否亦適用此條之規定，學者不無爭論，就審判上分割言之，審判官於為分割之裁判時，應於公路之通行，為相當之注意，若怠於注意，而致一部土地發生不通公路之結果，則此結果，非由分割當事人之任意行為而生，應不適用此條之規定，至分割後，取得不通公路土地之特定繼承人，應依其所承受權利之範圍定之。

三、通行權與通行地役，大有區別，應予注意，通行權基於法律之規定，因土地與公路缺適宜之聯絡而取得，通行地役，依法律行為或時效而取得，乃以他人土地供自己土地便宜之用也（參照八五二條八五三條至八五七條）。

第四點 判例

自己之土地，為他人土地所圍繞，不通於公路者，則以通行圍繞地之必要，其圍繞之所有人，當負容忍之義務，不必依設定行為，即得有通行之權利，此之謂通行權，而因共有土地之分割，或讓與土地之一部於他人，致土地不通於公路者，均有必要通行之關係，亦為取得通行權之原因，其被通行地之所有人，不容藉端拒

絕，並不容要求償金（五年上字七二七號）。

第七百九十條 土地所有人，得禁止他人侵入其地內。但有左列情形之一者，不在此限。

一、他人有通行權者。

二、依地方習慣，任他人入其未設圍障之田地、牧場、山林、刈取雜草，採取枯枝枯幹，或採集野生物，或放牧牲畜者。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定通行與樁牧之侵入，爲禁止侵入權例外之一。其關係條文，爲本編八三三條，八五〇條，九一四條。參考他國條文，爲日民二六三條，二九四條。

第二點 立法例

日本民法，依地方習慣，於一定區域之住民，在一定土地之上，刈取牧草，採取落葉枯枝者，稱爲入會權，有共有性質者，依習慣外，適用共有之規定（日民二六三條），無共有性質者，依習慣外，準用地役權之規定（日民二九四條），是又一種特別之立法例。

第三點 釋本條之意義

土地所有人，本其所有權之作用，原則上自得禁止他人入其地內，惟他人於其土地，若有通行之權，或依地方習慣，而應任他人入其地內，刈取、採取、或採集，或放牧牲畜者，土地所有人，不得禁止之。

依地方習慣，得任入他人地內之人，須遵守法文之限制：即（一）得任入之地，須爲田地牧場山林。（二）得任入之田地牧場山林，須未設圍障。（三）得刈取採取採集者，須爲雜草枯枝枯幹及野生物。（四）放牧牲畜。

第四點 解釋

一、民法第七百九十條第一款，所謂圍障，係指牆垣籬笆，或其他因禁人侵入所設圍繞土地之物而言，私有之湖蕩，未必盡有圍障，其未設圍障之湖蕩，除依社會觀念，非可視同田地牧場者外，自得適用同條款關於

未設圍障之規定（二十八年七月四日院字一八九二號）。

二、湖蕩所有人以外之人，入湖蕩取藻，如合於民法第七百九十條第二款之情形，湖蕩所有人，自不得因政府征收湖蕩賦稅，或登記費，遂加阻止，至院字第一八九二號，僅就湖蕩是否為民法第七百九十條第二款所稱未設圍障之田地牧場，加以解釋，並未謂私有湖蕩所產蘆藻魚類及一切有價之物，均任他人入內採取，原代電所稱解釋意旨，未免誤會（二十八年十二月十二日院字一九四八號）。

第七百九十一條 土地所有人，遇他人之物品或動物，偶至其地內者，應許該物品或動物之占有或所有人，入其地內，尋查取回。

前項情形，土地所有人受有損害者，得請求賠償，於未受賠償前，得留置其物品或動物。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定尋查取回物之侵入，為禁止侵入權例外之二。其關係條文，為本編八三三條，八五〇條，九一四條，及本編九二八條，九三九條，九四〇條，九六〇條二項，九六一條。參考他國條文，為普國地方法一部九章一七八條，奧民三八四條，日民一九五條，一九六條。

第二點 立法例

普國地方法一部九章一七八條，僅認捕自己地內遁出之魚類，得有侵入隣地之權。與國民法三八四條，許捕自己地內遁出之養蜂，得有侵入隣地之權。日本民法一九五條一九六條，則以尋查物之侵入，及請求回復人償還其物之保存所費之金額及其他必要費，規定於占有權之效力中。

第三點 釋本條之意義

占有人或所有人之物品或動物，因天然力或自動力，偶至於非其所有之地內，應使占有人，或所有人，得進入該地內，尋查取回，以保護占有人或所有人之利益，惟占有人或所有人進入該地內，應得該地所有人之許可，本條對於該地所有人特設以限制，使負應許之義務，所謂應許者，即土地所有人，於占有人或所有人有尋

查之請求時，不得拒絕之謂。若土地所有人，因此而受有損害，得向占有人或所有人請求賠償，於未受賠償前，並許土地所有人，有留置其物品或動物之權，至所謂損害，則不問其爲物品動物偶至時所發生，抑占有人或所有人進入尋查時所發生。

第四點 判例

土地所有人，遇有他人之物品，偶至自己地內，該物品所有人，欲爲尋查收還，固應許其進入，惟此項處理，於物品因天然力或自動力，偶至他人地內者，可以適用，若物品久已存留他人地中，則不得據以相繩（八
年上字一三一四號）。

第七百九十二條 土地所有人，因鄰地所有人，在其疆界或近旁，營造或修繕建築物，有使用其土地之必要，應許鄰地所有人，使用其土地。但因受損害者，得請求償金。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定鄰地使用權。其關係條文，爲本編八三三條，八五〇條，九一四條，參考他國條文，爲義民五九二條，日民二〇九條。

第二點 立法例

鄰地使用權（Neibrecht），德法民法，均無明文規定，委諸學說，義民五九二條，日民二〇九條，限於建築修繕，得使用鄰地。德國地方習慣，認建築或修繕時設置之間架，有使用他人土地之權利（Hammerschlagrecht, Leitrecht）。

第三點 釋本條之意義

土地所有人，營造或修繕建築物，常有必須使用鄰地之時，自應先得該地所有人之許可，本條對於該土地所有人，亦特設限制，使負應許之義務，不許任意拒絕，與前條所定之旨趣同。惟於使用土地人，應加以限制，即（一）營造或修繕之建築物，須在其疆界或近旁。（二）須有使用之必要。所謂有使用之必要者，當以有含

使用鄰地無由完成其營造或修繕之工事之情形爲限，若僅有得減少工作之時間或費用之情形，不應認爲必要，蓋土地所有權之受限制，大都關於社會之公益，不應因一方可減少時間或費用，而使他方負應許使用之義務，至於使用鄰地，本爲土地所有人之利益，鄰地所有人，斷無任其損害之理，故以求償權界之，所以劑利益之公平也。

第七百九十三條 土地所有人，於他人之土地，有煤氣、蒸氣、臭氣、烟氣、熱氣、灰屑、喧器、振動、及其他與此相類者侵入時，得禁止之。但其侵入輕微，或按土地形狀，地方習慣，認爲相當者，不在此限。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定禁止氣響侵入權之原則與例外。其關係條文，爲本編八三三條，八五〇條，九一四條。

第二點 立法例

氣響之侵入，雖與前條之鄰地使用權有別，然爲維持公共衛生及住居之安甯，不可不有原則與例外之規定，據國民法九〇六條後段，設有規定，本條仿之。但日本民法，無此規定。

第三點 釋本條之意義

土地內若有煤氣等類氣體聲響之侵入，卽有礙所有權之行使，原則上所有人自得禁止侵入之權，惟煤氣等類之氣體聲響，有爲吾人日常生活所不能免者，爲圖工業之發達，及維持一般人之利益，不能不使所有人於可能範圍內，負容忍之義務，故例外有但書之規定。

本條所定之侵入土地，不以鄰地爲限，凡他人土地內煤氣等類之氣體聲響能侵入之土地，其所有人皆有禁止之權，其得禁止與否，除有本條但書之情形外，依一般學說，皆以土地所有人能忍受與否爲條件，不問他土地所有人有無使其侵入之故意，亦不問被害地有無防止之方法。

第七百九十四條 土地所有人，開掘土地，或爲建築時，不得因此使鄰地之地基動搖，或發生危險，或使鄰地

之工作物，受其損害。

第七百九十五條 建築物或其他工作物之全部或一部，有傾倒之危險，致鄰地有受損害之虞者，鄰地所有人，得請求爲必要之預防。

右二條便利上合併說明爲左之三點

第一點 右二條係規定危險損害預防權。其關係條文，爲本編八三三條，八五〇條，九一四條，參考條文，爲刑法一九三條，建築法四三條。

第二點 立法例

在不動産所有權標題之下，第七百七十四條，係關於土地之規定，第七百九十四條，係關於土地及建築之規定，第七百九十五條，係關於建築物或其他工作物之規定，故第七百七十四條，爲損害預防權，與右二條之爲危險損害預防權者，涵義有廣狹之不同。而第七百九十四條之標的，爲土地或建築，第七百九十五條之標的物，爲建築物或其他工作物之全部或一部，雖同爲危險損害預防權，而涵義又有廣狹之不同也。

第三點 釋右二條之意義

子 開掘土地或建築之危險損害預防權（七九四條）

第七百七十四條，係規定鄰地所有人之損害預防權，即土地所有人行使權利，應注意防止鄰地之損害，第七百九十四條，乃因開掘土地，或建築，最易使鄰地之地基動搖或發生危險，或使鄰地工作物受其損害，爲保護公共利益計，特定明不得因此云云，乃爲禁止之規定，不僅使所有人盡防免損害之注意爲已足。

丑 建築物或工作物之危險損害預防權（七九五條）

建築物或工作物之所有人，於其建築物或工作物，有使用收益處分之自由，其建築物或工作物之全部或一部，有傾倒之危險，所有人聽憑傾倒，不爲修繕，他人自不得干涉，本條乃就鄰地有受損害之虞時，畀鄰地所有人以必要預防之請求權，以保護鄰地所有人之利益，其立法旨趣，在防免鄰地之損害，故其所謂必要之預防

者，即可免鄰地因傾倒而受損害爲已足，建築物或工作物之所有人，因鄰地所有人之請求，將其有傾倒危險之全部或一部，全行拆毀，或僅拆毀其危險可及於鄰地之部分，或將物支撐，不使發生傾倒之危險，或將危險之部分，予以修繕，均任所有人之自由，鄰地所有人，不得干涉，本條所稱之鄰地，不以鄰接所有人之土地爲限，凡爲該建築物工作物之傾倒危險可及之鄰近土地，均包含在內，蓋建築物工作物之高度，依第七百七十三條所定之旨趣，除有法令限制外，可任所有人之自由，不加限制，而其鄰接土地之寬度，常有不及該建築物或工作物之半者，若將本條之鄰地，以狹義解釋之，認爲緊接該建築物或工作物之鄰地，則緊接該建築物或工作物以外之鄰近土地，爲傾倒危險所可及者，不得行使本條之請求權，顯失本條規定之旨趣。又鄰地所有人，得行使本條之請求權者，自亦以其傾倒危險致有受損害之虞者爲限。

第七百九十六條 土地所有人，建築房屋，逾越疆界者，鄰地所有人，如知其越界而不即提出異議，不得請求移去或變更其建築物。但得請求土地所有人以相當之價額，購買越界部分之土地，如有損害，並得請求賠償。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定新築越界告知權。其關係條文，爲本編八三三條，八五〇條，九一四條。參考條文，爲建築法一條，二條，一〇條，一一條，一七條，一九條至二七條。參考他國條文，爲德民九一二條，九一三條，瑞民九六四條。

第二點 立法例

新築越界告知權 (operis novi nuntiatio)，起源於羅馬法，其期間初爲一年，僂帝時廢除之，凡建築訴訟，自爲建築禁止告知之日起，限三個月內了結之。德國及瑞士民法，規定土地所有人，無惡意及重大過失，逾越疆界而爲建築者，鄰地所有人，若不於逾越前，或逾越時，陳述異議，則僅能請求年金以爲補償，而不得爲變更廢止之請求。本條仿德國立法例而加以變通。日本民法，無此規定，學說上鄰地所有人得以占有人或所

有人之資格而請求法律上之救濟。

第三點 釋本條之意義

一、土地所有人，逾越疆界，建築房屋，被侵越之鄰地所有人，本其所有權之作用，原得請求移去，或變更其建築物，惟建築物移去或變更，定多損毀，個人經濟之不利，即社會經濟之不利，本條特設限制，祇許被侵越之鄰地所有人，於知其越界而即提出異議者，始得為移去或變更之請求，否則僅許被侵越之鄰地所有人，對土地所有人，行使以相當價額購置越界部分土地之請求權，及有損害時之賠償請求權，此兩種請求權，得同時行使之。

二、他人與所有人夥修房屋，係附於原有房屋而構成其一部者，夥修之時，當事人若無特別之意思表示，應與原有房屋，視為一體，前大理院著有判例（見第四點之2），亦係顧全社會經濟之意也。又關於被侵越之鄰地所有人，能否行使拆毀或變更建築物之請求權，前大判則以建築物之竣工前後為界限，與本條異其旨趣（見第四點之1），本條以所有人知其越界而即提出異議，其越界人建築之房屋，依通常狀態，多未至於竣工，故許其得行使移去或變更建築物之請求權，然容或有被侵越之土地所有人，因有某事實之障礙，於房屋竣工後，始知其越界而提出異議者，此時若因其請求，而將已竣工之建築物移去或變更，殊非社會經濟之利，似不如以竣工前後，為能否行使移去或變更建築物之請求權之界限，較為適當，本條在論理解釋，與大判同。

第四點 判解

(1) 土地相鄰人，若臨界線侵及他人土地於其地面建築房屋牆址，而其所侵害甚屬微小者，鄰地所有人，固得於該屋牆竣工前，請求建築人，拆毀或變更其建築，若已至竣工後，始行聲明異議者，則為顧全社會經濟起見，不許異議人為拆毀或變更之主張，惟許其調查損害，請求賠償（二年上字一五七號）。

(2) 所有人與他人夥修之房屋，如係附於原有房屋而構成其一部，則當夥修之時，無特別之意思表示，自

應與原有房屋，視為一體，原有房屋之所有人，得以之併行出賣（三年上字九五六號）。

(3) 民法第七百九十六條，所謂土地所有人建築房屋，逾越疆界，係指土地所有人，在其自己土地，建築房屋，僅其一部分逾越疆界而言，若其房屋之全部，建築於他人之土地，則無同條之適用（二十八年上字六三四號）。

民法第七九六條之規定，既祇限於房屋，則凡非房屋之建築物，自不得援引該條（二十五年四月八日院字一四七四號）。

第七百九十七條 土地所有人，遇鄰地竹木之枝根，有逾越疆界者，得向竹木所有人，請求於相當期間內刈除之。

竹木所有人，不於前項期間內刈除者，土地所有人，得刈取越界之枝根。

越界竹木之枝根，如於土地之利用無妨害者，不適用前二項之規定。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定土地所有人對鄰地之竹木枝根刈除權。其關係條文，為本編八三三條，八五〇條，九一四條。參考他國條文，為德民九一〇條，法民六七三條，義民五八二條，瑞民六八七條一項，日民二三三條。

第二點 立法例

竹木之枝或根，逾越疆界線時（*Überhang und Überwuchs*），相鄰人是否有刈除之權，立法例亦不一致：（一）相鄰人有自行刈取枝根之權。（二）相鄰人對於竹木所有人有得請求刈除之權。（三）竹木所有人不應刈除之請求時，相鄰人得自行刈取之。（四）竹木之枝，得要求所有人刈取，其根則由相鄰人自行刈取之。法、義、日民法，採第四主義。唯德國民法，則分別規定，對於自鄰地侵入喬木（*Bäume*）或灌木（*Sträucher*）之根，許土地所有人，切斷以為己有，對於險界之枝，許土地所有人，定相當期間而請求其刈除，逾期不刈除者，得

自行刈除之。瑞士民法，則不分根與枝，凡由鄰地侵入者，得行催告，令其於相當期間內刈除，逾期不刈除者，土地所有人，得刈除之以爲己有。抑德日民法，所以設枝與根之差別者，以枝之價值，較根爲大，然就竹木之利用言，枝之價值，誠較根爲大，而就植物之生理言，則根之關係，轉較枝爲切，二者無可軒輊之理，故本條仿瑞士民法，不爲區別而視爲一體。

第三點、釋本條之意義

一、土地所有權，及於土地上下，鄰地竹木之枝，突出於其地表，其根深入於其地下，皆有害土地之利用，故土地所有人，得對於竹木所有人，定相當期間以爲刈除之催告，蓋因竹木侵入之枝根，究爲竹木之成分，爲竹木所有人之所有，應由竹木所有人刈除之，且竹木所有人，於其竹木有所愛惜，刈除之際，亦能加以適當之注意，其應定相當期間者，乃使竹木所有人，得有相當準備之機會也。若竹木所有人，不於其所定之相當期間內刈除，土地所有人，固可以提出排除妨害之訴，然以瑣事而煩訴訟之程序，實際上嫌其不便，故規定土地所有人，得自行刈除之，因此時竹木所有人，無顧全土地所有人利用土地之意思，土地所有人，自得行使其排除妨害權。

二、本條第二項，於土地所有人自行刈除越界之枝根，不曰刈除而曰刈取者，乃認定刈除之枝根，歸屬於土地所有人，以補償其刈除之費用，故關於刈除之費用，無許土地所有人向竹木所有人求償之規定。

三、竹木之枝根，雖逾越疆界，不妨害土地所有人土地之利用，即於土地所有人之所有權，無何妨礙，土地所有人，不得行使刈除請求權。

第七百九十八條 果實自落於鄰地者，視爲屬於鄰地。但鄰地爲公用地者，不在此限。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定鄰地之果實獲得權。其關係條文，爲本編八三三條，八五〇條，九一四條，及七六六條，總則七〇條。參考他國條文，爲德民九一一條，九二三條，瑞民六八七條二項。

第二點 立法例

鄰地果實獲得權 (*Überfallrecht*)，由來甚遠，羅馬十二標法第七標第十條，果實墜於鄰地者，三日以內 (*tertio quoque die*)，所有人得自由拾取，過此以往，即屬於鄰地所有人。德國普通法亦然。德國古法，及德國民法九百一十一條，定為屬於墜落地所有人，瑞士民法，僅規定土地所有人，於自己已有建築物或植物之地面上，聽任樹枝侵入時，取得其枝上所生之果實 (瑞士六八七條二項)，若樹木在疆界線上者，其果實應由何人取得，依德國民法，此種果實，相鄰人應平分取得之 (德民九二三條)，日本民法，於此點均無規定。

第三點 釋本條之意義

物之成分及其天然孳息，與原物分離後，仍屬其物之所有人，本編第七百六十六條，定有明文，果實自落於鄰地，其果實究應誰屬，立法例亦不一致，本條特定明屬於鄰地，以維持相鄰間之和平，所謂自落者，但非由於人為者即是。鄰地若為公用地，則此果實無所歸屬，仍依一般原則，視為原物所有人之果實，以杜爭執。第七百九十九條，數人區分一建築物而各有其一部者，該建築物及其附屬物之共同部分，推定為各所有人之共有，其修繕費及其他負擔，由各所有人按其所有部分之價值分擔之。

第八百條，前條情形，其一部分之所有人，有使用他人正中宅門之必要者，得使用之。但另有特約，或另有習慣者，從其特約或習慣。

因前項使用，致所有人受損害者，應支付償金。

右二條便利上合併說明為左之二點

第一點 右二條係規定建築物所有權之範圍。其關係條文，為本編八二三條但書，九一四條。

第二點 釋右二條之意義

子 區分所有及互有所生之負擔 (七九九條)

土地與建築物，俱得獨立為所有權之標的物，故一建築物而為一人所專有時，則其所有權，當然及於

建築物之全部，惟數人區分一建築物而各有其一部時，不在此限，例如一三層之建築物，甲有上層，乙有中間，丙有下層，又如有一平屋，以東屋屬甲，中屋屬乙，西屋屬丙是，此等所有，學說上稱曰區分所有 (Teiligentum)，區分所有，與共有不同，共有者對於共有物之全部，皆得有其權利，特以抽象的觀察之，於其共有物之全部中，各有其或部分之權利，當其行使權利時，仍得及於全部，而區分所有，各自分有其一部，僅能對於所有之部分，行使其權利，決不得及於全部，此兩者不同之點也。但區分所有中，亦常有一部分為共同部分者，自其直線言之，如家屋之階梯及屋極等，皆屬共同部分，自其橫線言之，如家屋內之隔障牆壁，及屋外照壁等，亦皆屬於共同部分，此共同部分，至不能確證為何人所有者，即推定為共有物，此等共有，學說上稱曰互有 (Mitoyenneté)，普通共有物，可以自由分割，而區分所有中之互有，則不許分割，何則，此等物因共用而始著其效用，若分割之，則成為廢物，例如分割家屋內之隔障牆壁，必致失其功用，故一般共有物分割之規定，在區分所有中之互有，不得用之（八二三條但書），蓋即物之使用目的不能分割也。至區分所有中之共同部分，欲為修繕時，其費用以各所有人按其各自所有部分之價值為標準而分擔之，例如修繕牆壁，甲所有之部分，其價值較高，乙所有之部分，其價值較低，則其負擔，即屬甲多而乙少也。所謂其他之負擔者，以租稅為主，因家屋稅通常以一棟定其額，其分擔之計算方法亦同。

丑 區分所有人正門使用權應具之要件（八〇〇條）

一建築物而由數人區分之各有其一部，其一部之所有人，常有須使用他人之正中宅門，始得全其效用者，應使該一部之所有人，有得使用之權。但此正中宅門，既屬於他人，不得由該一部所有人，任意使用，致害他人之利益，故又加以限制，以有必要時為限，並定明有特約或習慣者，從特約或習慣，所有人若因其使用而受有損害者，使用人應支付償金，以保護正中宅門所有人之利益。

第三節 動產所有權

第九解 本節之總說明

本節應說明者二點

第一點 本節之內容

壹、占有動產之保護（八〇一），貳、無主動產之先占（八〇二），參、遺失物拾得之招領揭示或報告（八〇三），肆、拾得物揭示後之手續（八〇四），伍、所有人認領後費用之償還，及對拾得人之報酬（八〇五），陸、拾得物不便保存之拍賣（八〇六），柒、拾得人取得遺失物所有權之要件（八〇七），捌、一般埋藏物之取得要件（八〇八），玖、特別埋藏物之除外規定（八〇九），拾、漂流物或沉沒品適用遺失物之拾得（八一〇），拾壹、動產與不動產附合所有權之歸屬（八一—），拾貳、動產與動產合成物所有權之歸屬（八一—），拾參、混合物所有權之歸屬（八一三），拾肆、加工物所有權之歸屬（八一四），拾伍、添附及於所有權及其他權利之效果（八一五），拾陸、因添附而喪失權利之補償（八一六）。

第二點 本節規定為原始取得且為法律事實中之事實行為

因即時時效而取得動產所有權（八〇一條），因先占而取得無主動產之所有權（八〇二條），因拾得而取得遺失物所有權（八〇七條，八一〇條），因發見而取得埋藏物所有權（八〇八條），因添附而取得合成物混合物加工物之所有權（八一一條至八一四條），均為原始取得（Originärerwerb）而非傳來取得（Derivatio rei, abgeleitete Erwerb），為事實行為（Realtat）而非法律行為（Rechtsgeschäft, Actus iuridicus），因此添附取得所有權者，祇因有添附之事實，而即取得合成物混合物加工物之所有權，取得人究欲取得與否，及有行為能力否，則不問也。其因於第三人之行爲與否，或因偶然事變與否，亦不問也。又關於先占，遺失物之拾得，埋藏物之發見，漂流物或沉沒品之拾得，當事人或其他關係人，得請求公證人，作成公證書或認證私證書。

第十解 本節之逐條說明

第八百零一條 動產之受讓人占有動產，而受關於占有規定之保護者，縱讓與人無移轉所有權之權利，受讓人仍取得其所有權。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定占有動產之保護。其關係條文，爲本編八八六條，九四〇條，九四四條，九四八條，九五〇條，九五一條，本編施行法九條。參考他國條文，爲德民九三二條至九三五條，一二〇七條，法民二二七九條，瑞民八八四條二項，九三三條，義民七〇七條，日民一九二條至一九六條。

第二點 立法例

本條在法法系諸法典，規定於取得時效之中，然不以時之經過爲要件，法國學者稱此爲即時時效，或瞬間時效 (Præsentation Instantanée)。日本民法，因占有而取得所有權者，仍規定於占有中。德國固有法，以所有人不基於其意思而喪失占有者（例如被盜或遺失），所有人不失其權利，其動產無論歸何人占有，均得請求返還，然如任意讓與占有於他人（例如租賃寄託）時，所有人僅得對契約之相對人（即承租人受寄人），請求物之返還，對於由其相對人之手取得物之占有之第三人，則不得爲返還之請求，惟對於其契約之相對人，得請求損害賠償而已，於此情形，所有人尙有所有權，第三取得人，雖取得占有，但未取得其物之所有權，若其相對人由第三人回復物之占有時，所有人尙能由其相對人之手而回復其物之占有，現代多數立法例，大體採德國固有法（見上第一點參考他國條文）。

第三點 釋本條之意義

讓與動產之所有權時，讓與人有移轉其所有之權利，則受讓人因讓與之效力，取得其所有權，此爲當然之理，然有時讓與人雖無移轉其所有權之權利，受讓人以和平公然之法，開始占有動產而出於善意者，即時取得

所有權。質權人占有動產而係和平公然並出於善意者，縱出質人無處分質物之權利，質權人仍取得質權。又盜贖或遺失物，如係金錢或無記名證券，善意占有者，可即時取得所有權。至由拍賣或公共市場，或由販賣與其物同種之物之商人，以善意買得者，讓與人雖無讓與之權利，受讓人亦即時取得所有權，有回復權人，非償還其支出之價金，不得回復其物。蓋以上情形，均應受占有之保護，受讓人雖不能藉讓與之效力，取得所有權，而可藉占有之效力，取得所有權，法律上認因占有而取得之理由，以動產不似不動產之有登記制度，習慣上以書據行之者甚少，故不得不就占有情形而推定其所有權之歸屬，否則人當受讓之時，必將觀望遲延，審查其有權處分與否以判定受讓之能否生效，則交易之安全，不得保持矣。是以在原則上，讓與人無移轉動產所有權之權利，受讓人本不得因之取得所有權，例外受讓人若已占有動產，且受占有規定之保護，則受讓人可基於保護之效力而仍取得所有權，其占有動產，若在本篇施行前，依本篇施行法第九條之規定，於本篇施行之日，取得所有權。

第八百零二條 以所有之意思，占有無主之動產者，取得其所有權。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定無主動產之先占。其關係條文，為原則第六目，本編九四〇條，九四四條。參考條文，為土地法一二條二章八一四條，八一六條。參考他國條文，為普國地方法一部九章七條至一三條，德民九五八條至九六四條，義民七一一條至七一九條，奧民三八一條至三八四條，三八六條，三八七條，瑞民六五八條，六六四條，七一八條，七一九條，法民五三九條，七一三條，日民二三九條。

第二點 立法例

本條雖未用先占之術語，實即各國民法之所謂先占，拉丁曰 *Occupatio*，德曰 *Anneignung*，或 *Okkupation*，法曰 *Occupation*，謂以所有之意思，先他人而占有無主之物也。自羅馬法以來，訖於現代各國，如普國地方法及德、義、奧、瑞、法、日、等國民法，均規定之（見上第一點參考他國條文）。

未開之世，無主之土地甚多，先占不限於動產，即土地亦得先占，羅馬法德國古代法，即其例也。現代社會進步，人口增加，凡土地皆為人民所分配，殆無無主之物，即如航海探險所得之新地，當然為國家所有，非一二私人所能竊據者，且即使有無主之土地，不以屬諸國家，而許人民以先占取得之，則土地之價值愈昂，取得之慾望愈大，民間必因此而起爭鬪，故現代各國，皆以無主土地，屬於國有，意即以國庫為先占人也。因此立法例，關於先占，有兩種主義：其一為自由先占主義，使先占人自由取得無主之所有權，於動產適用之。其二為國庫先占主義，於無主之不動產適用之。本條關於無主之動產，採自由先占主義，而於未經人民依法取得所有權之土地，採國庫先占主義，於土地法第十二條規定之。

先占之標的物，須為無主物（拉丁 *res nullius* 德 *herrenlose od. freisohard sache* 法 *choses sans maître*），亦各國立法例所同。無主物者，謂不屬於何人所有之物也，其為何人所有與否，則非所問，如山野之禽獸，河海之魚介，其得為先占之標的物無論矣，即所謂遺棄物（*res derelicta*），亦得因先占而取得之，至不得為先占之標的物者，即狩獵法漁業法所禁止或限制者是（狩獵法第三條第三類漁業法第二〇條）。又自奴隸制度廢止後，人之身體，不得為所有權之標的物，不得依先占而取得所有權。又各國民法，除遺棄物外，以及於動物者為多，其實皆源於羅馬法，羅馬法分禽獸為家畜，野生動物，飼養之野生動物三者，於家畜則規定不因逃失而消滅所有權，野生動物之無主者，得因先占而取得之，飼養之野生動物逃去時，視其歸還性（*animus revertendi*）之有無，以決定其無主與否，（德民九百六十條至九百六十三條，瑞民七百一十九條，法民七百一十三條，均做效之。本條立法例，則取概括主義，凡他動產之遺棄物，自動產之動物，均包在內，例如被獲之野棲動物，脫所有人之占有而回復天然之自由時，所有人併其所有占有而喪失之，則其動物即為無主物，而可以為先占之標的物，至馴養之野棲動物，不能復歸一定之處所者亦然。惟被獲之野棲動物，雖已脫離捕獲者之占有，而捕獲者仍在追捕中，則彼對於該動物，尙有尋查收還之權，即不能以無主物論。日本民法，關於此點，規定於占有條文中（日民一九五條），而於所有權之因先占而取得者，則以無主動產以所有之

意思占有而取得所有權之條文概括之（日民二三九條）。蜜蜂得爲先占之標的物與否，亦與野蜂動產無異，如蜂羣移住他人之土地，其所有人並不追捕，則得以無主物視之，所有人仍在追捕中，則彼對於該蜂羣，尙有尋查收還之權，即不能以其蜂羣爲先占之標的物，然苟移住之蜂羣，已與他人所有蜂羣混合而並住其蜂室，則移住之蜂羣所有人，既疏於防護，又怠於追尋，其對於蜂羣之所有權，歸於消滅，受其移住之蜂羣所有人，即依先占規定，併有兩蜂羣之所有權。（參照二草八一四條，八一六條，德民九六一條，九六三條，九六四條。）

第三點 釋本條之意義

其一 先占之性質，自來有二種學說，一曰先占爲法律行爲說，謂先占須以所有之意思而占有無主物，故爲法律行爲。二曰先占爲事實行爲說，謂先占不要取得所有權之意思，即所有權之取得，由於事實，二說以後說爲正，蓋第八百〇二條，以所有意思占有云云者，非指取得所有權之意思，指事實上所有之意思，即全然管領其物意思之義也，其意思僅關於事實之占有而無生法律上效果之傾向，故先占非法律行爲，因此而生下之三種論斷：（一）能力之規定，不適用之，僅以有占有取得之能力爲已足。（二）關於意思表示通則之規定，不適用之，故例如信爲他人之物而占有者，其實乃無主物，亦不妨取得所有權，不適用錯誤之規定。（三）雖不妨依他人之行爲而爲先占，然不用總則代理規定，可適用民法第九百四十二條之規定。

其二 無主物應使所有意思而爲占有之人，取得其所有權，俾物有歸屬，得呈其效用而並有改良之機會，所謂物能盡其用也。故無主之動產，即指占有時該動產無所歸屬而言，其先本有主而因拋棄或廢置（即遺棄物）而成爲無主者，自亦爲本條所稱之無主動產（見第四點判例）。惟權利拋棄，不許推定，占有人對於拋棄之物，須負證明責任。又本條所定之占有，學者多稱爲先占者，自取得所有權方面觀察之，通常情形，固須對於無主物，最先而以所有意思爲占有者，始得取得此無生物之所有權，然最先占有人，儘有自行中止占有，或變爲不以所有意思而占有者，而在其次占有之人，若具備本條所定之要件，該無主動產所有權，即應由次占有

人取得之，且就占有物方面觀察之，苟該物係因拋棄或廢置而成爲無主者，則該物曾經被人先占，而現占有者，究不得謂之先占也，故本條不曰以所有之意思先占無主之動產，但以所有意思及占有爲取得動產所有權之要件。

其三 所有之意思，即欲與所有人有同一管領力之意思，但占有人依民法第九百四十四條之規定，推定爲以所有之意思爲占有，故本條所定之意思要件，不適用關於一般意思表示通則之規定，若有事實足以表見其以所有之意思爲占有者，固可認爲具備本條所定之意思要件，其僅有事實上管領力，並無可以表見其以所有意思爲占有之事實者，依民法第九百四十四條規定，既可認爲占有人，即亦可依民法第九百四十四條規定，推定可具備本條所定之意思要件。

第四點 判例

廢廟頽垣之石料，廟經久廢，即爲無主，無主動產，應由先占人取得（三年上字八九六號）。

第八百零三條 拾得遺失物者，應通知其所有人。不知所有人，或所有人所在不明者，應爲招領之揭示，或報告警署或自治機關，報告時，應將其物一併交存。

第八百零四條 拾得物經揭示後，所有人不於相當期間認領者，拾得人應報告警署或自治機關，並將其物交存。

第八百零五條 遺失物拾得後，六個月內，所有人認領者，拾得人，或警署，或自治機關，於揭示及保管費受償還後，應將其物返還之。

前項情形，拾得人對於所有人，得請求其物價值十分之三之報酬。

第八百零六條 如拾物有易於腐壞之性質，或其保管需費過鉅者，警署或自治機關，得拍賣之而存其價金。

第八百零七條 遺失物拾得後，六個月內，所有人未認領者，警署或自治機關，應將其物或其拍賣所得之價金，交與拾得人歸其所有。

右五條便利上合併說明爲左之四點

第一點 右五條係規定拾得遺失物爲取得動產所有權之原因，及拾得物之招領認領與拍賣換價之程序。其關係條文，爲總則一二〇條，一二一條，本編施行法一〇條。參考文件，爲周禮秋官地官，舊律戶役門得遺失物條例。參考他國條文，爲德民九六五條，法民七一七條，日民二四〇條，及其遺失物法一條至一五條。

第二點 立法例

遺失物，德曰 Verlorene sache，法曰 chose perdue，英曰 Lost thing，其取得所有權，各國法律，均有規定，然所採之主義，羅馬法與德國古代法不同，據羅馬法拾得人不易取得其所有權，若遺失人不因時效而消滅其權利，無論何時，得對於拾得人提起占有物收回之訴，起訴後拾得人必須交還原物，但拾得人得本善無因管理之法則，以要求遺失人賠償費用，而無所謂拾得遺失物之報酬，據德國古代法，凡拾得遺失物者，有赴官署呈報之義務，若不履行此義務，則構成刑法上隱匿遺失物罪，官署得此呈報，則當催告遺失人呈報遺失，遺失人呈報後，則官署以原物交還遺失人，但遺失人對拾得人，須付以一定之報酬，若遺失人不呈報，則其物爲寺院國庫拾得人所分有，分有之比例，以法律定之。依羅馬法爲不取得所有權主義，依德國古代法爲取得所有權主義，現代各國，大概仿照德國古代法。取得之程序，法國民法，又與德國民法不同，法國於遺失物之拾得，不規定於民法，而以特別法規定之，凡海上之遺失物，及湖川上之遺失物，屬國庫所有，沿海之遺失物，以三分之一屬諸拾得人，若陸上遺失物，則以屬於拾得人爲原則，但遺失人得於一定之期間內，向拾得人索還。德國民法，仿照德國古代法，凡拾得人明知遺失者爲何人時，則告知遺失人，請其領回（但拾得價格三馬克以下之物不要呈報）。在鐵道等處，拾得遺失物者，則依特別法之規定，其他程序，概於民法中規定之。日本民法第二百四十條云：「遺失物從特別法之規定，爲公告後，一年內不知其所有者時，拾得者取得其所有權」，至其公告以前之程序，及公告之一切方法，任特別法之規定，斯又與德國民法不同之點也（參照日本大正二年法律第四號改正遺失物法）。

英國一九一六年竊盜條例第一條第二項第四款遺失物之規定，則包含於廣義之盜品中。

吾國古昔載籍，於遺失物之拾得，略有規定。周禮秋官，凡得獲貨賄人民六畜者，委於朝，告於士，旬而舉之，大者公之，小者庶民私之，鄭司農註曰：大者公之，沒入公家也，小者私之，小物自界也。地官凡得貨賄六畜者，亦使置其地，三日而舉之，唐陸德明音義，得遺物者亦使置其地，貨於貨之肆，馬於馬之肆，則主求之是也。三日而無認識者，舉之沒入官。舊律戶役得遺失物律載，凡得遺失之物，限五日送官，官物盡數還官，私物召人認識，於內一半，給與得物人充贖，一半給還失物人，如三十日內，無人認識者全給，五日限外不送官者，官物坐贓論，追物還官，私物減坐贓二等，其物一半入官，一半給主，若無主，全入官。

第三點 釋右五條之意義

子 遺失物之招領揭示或報告（八〇三條）

稱遺失物者，謂非因權利人有拋棄權利之意思，又非因他人之奪取而喪失其所占有之動產也。關於遺失物之例甚多，而欲明其為遺失物與否，必先具備二條件：（一）非出於權利人拋棄之意思。（二）非因他人之奪取。此二條件具備，無論其物為所有，為占有，無論其遺失於道路中，或一定之處所，皆為遺失物。日本民法學者通說，以（1）遺失於一定之處所，（2）誤占有之物件，（3）家畜，（4）犯罪者所遺去之物件，稱為準遺失物。

拾得人拾得遺失物後，須負通知所有人之義務，其所有人為拾得人所知者，應逕通知之，若所有人為拾得人所不知，或知所有人，而不知其人之所在者，應為招領之揭示，或報告警署或自治機關，使遺失人有得知之機會，報告時，並須將物一併交存，俾遺失人得知時，得逕向領取。

丑 拾得物揭示後之程序（八〇四條）

稱拾得物者，謂拾得人發見且實在占有其遺失物也。

拾得人拾得遺失物後，為招領之揭示，抑報告警署或自治機關，本可任憑拾得人之便，其揭示之方法如

何，法律上未有明定，亦可任拾得人自爲之，惟揭示之後，所有人不於相當期間認領者，拾得人尙應負報告之責，並應將拾得之物，交存警署或自治機關，蓋慮私人之揭示，未能周至也。

寅 所有人認領後費用之償還及對拾得人之報酬（八五條）

一、所有人認領遺失物之期間，立法例不一，吾國舊律，定爲三十日，失之過短，日本定爲一年，又嫌過長，本條定爲六個月，較爲得當。此期間之起算點及終點，本編無特別規定，應依民法總則編第一百二十條，第一百二十一條計算。

二、所有人認領時，應償還拾得人或警署或自治機關之揭示及保管之費用，依本條所定，拾得人或警署或自治機關，於受償還該費用後，應將拾得物返還於所有人，在未償還該費用前，拾得人或警署或自治機關，得將拾得物留置之。

三、拾得人對於認領之所有人，自得請求報酬，惟此報酬，應定相當之制限，以杜爭執，本條第二項定明以遺失物之價值十分三爲限，較之舊律所定以原物之一半充之爲適當。

四、拾得價格輕微之物，德國民法，定明可由拾得人即取得所有權，不必經揭示報告等法定程序者，本編未定及此，可與德民爲同一之解釋，倘拾得之物，其價格甚微，而拾得人仍須踐行揭示報告等程序，於所有人拾得人兩方，均不利益，就社會經濟上觀察之，似亦無所裨益。

五、價值 (Value)，謂物價也，即價與物之相當也，自人之滿足其物而言者爲主觀價值，自其物有使人滿足之力而言者爲客觀價值，可以供利用者爲使用價值，可以資交換者爲交換價值。價格 (Price)，即物之交換價值，用他物數量以表示之，現代以貨幣爲易中 (medium of exchange)，故言價格，恆以貨幣爲準，如米之價格每石若干圓是也。

卯 拾得物不便保存之拍賣（八〇六條）

拾得物之性質，易於腐壞，或保管需費，應顧慮所有人及拾得人之利益，將該物拍賣而保存其價金（參照

債編三三一條，三九一條至三九七條），本條所謂得者，乃予警署或自治機關以考慮之權，使其就事實上所有者可認領之期間，及拾得物可保存之期間，與拾得物本身之價值及保存之費用，斟酌審定而為相當之處置。又拍賣惟警署或自治機關得為之，拾得人遇此情形，應即報告警署或自治機關，並將物交存，請求警署或自治機關為相當之處置。

辰 拾得人取得遺失物所有權之要件（八〇七條）

遺失物於所有人不認領時，現代各國立法例，大都均許拾得人取得該物所有權，其有不許拾得人取得所有權者，則以法文明定之，例如法國之海上遺失物，湖川上遺失物，不許拾得人取得所有權是。吾國舊律，拾得物為官物者，亦不許拾得人取得所有權，並不給拾得人以報酬，若拾得物為私物，無人認領，則全給拾得人，與本條所定同。

本編施行前，拾得遺失物而具備第八百零三條，及第八百零七條所定之條件者，依本編施行法第十條規定，於本編施行之日，取得所有權，其拾得物如已依第八百零六條拍賣者，即於施行之日，取得拍賣所得之價金。

第四點 判解

戶役門得遺失物條例載：凡得遺失之物，限五日內送官，若係私物，應召人認領，於內一半，給與得物人充實，一半給還失物人，如三十日內，無人認識者全給，若於官私地內，掘得埋藏無主之物者，並聽收用等語，此項規定，依本院歷來判例，自應繼續適用，至前人窖藏之物，一時失憶所在而經發見者，自應準用遺失物規定，予以判斷（三年上字二九二號按此判例本編施行後不能適用列此以作參考）。

一、崗警值勤時查獲之遺失物，應認其所屬機關為拾得人，如六個月內，無人認領，應將其物或賣得金，歸入國庫（二十五年二月二十一日院字一四三二號）。

二、銀行發給存戶之各種存單存摺，係屬權利證書之一種，與證券不可與權利分離者有別，不適用民事訴訟

法關於宣告證券無效之公示催告程序，設遇遺失，除得依照銀行慣例以求救濟外，別無他法可據（二十七年十一月十七日院字一八一五號）。

第八百零八條 發見埋藏物而占有者，取得其所有權。但埋藏物係在他人所有之動產或不動產中發見者，該動產或不動產之所有人與發見人，各取得埋藏物之半。

第八百零九條 發見之埋藏物，足供學術藝術考古或歷史之資料者，其所有權之歸屬，依特別法之規定。

右二條便利上合併說明爲左之四點

第一點 右二條係規定取得埋藏物所有權之條件，及特種埋藏物之歸屬。其關係條文，爲本編施行法一一條。參考條文及文件，爲古物保存法一條七條，訓政時期約法五八條，及唐律，舊律戶役門得遺失物條例。參考他國條文，爲法民七一六條，德民九八四條，瑞民七二三條，日民二四一條，日遺失物法一三條。

第二點 立法例

埋藏物（拉丁 *thesaurus* 德 *Schatz* 法 *trésor*）之規定，各國法律皆然。據羅馬古代法，關於埋藏物之發見，其所有權屬於包藏物土地所有人之所有而不認發見人之權利，至哈德羅里亞魯士帝時，始有以一半歸發見人，一半歸土地所有人之規定，凡埋藏其物於動產中者，照此辦理，解釋羅馬法者，學說不一：有謂發見埋藏物，與無主物之先占同，故其物之所有權，應全部屬於發見人，但發見人對於包藏物之所有人，有提供一半之義務，此說未免牽強，埋藏物不過所有人不分明，要與無主物不同，不能混而爲一也。有謂發見埋藏物而取得其所有權，乃法律上取得所有權之一種特別方法，其物之所有權，半屬於發見人以酬其發見之勞，半屬於包藏物之所有人，乃推定此物爲包藏物所有人之祖先所埋藏，此說最有勢力，一般學者皆是認之。現代各國，皆採用羅馬法而稍加以變更。法國民法，規定包藏物所有人，發見埋藏物時，全部所有權，屬於包藏物所有人，若由他人發見，則半屬於發見人，半屬於包藏物所有人，祇言發見，不言占有者，不以占有爲取得所有權之要素也。其平分所有權之理由，法國學者，謂一則本於先占之法理，一則保護包藏物所有人之利益。德國民

法，發見所有物者，依發見之結果而占有其物時，發見人取得一部所有權，包藏物所有人，取得一部所有權，其物當未分配以前，爲包藏物所有人及發見人所共有，以占有爲發見人取得一部所有權之要件，與法國民法，僅以發見爲取得所有權之要件者不同也（法民七一六條，德民九八四條）。日民二四一條規定：「埋藏物依特別法規定，公告後六個月內，不知其所有者，則發見者取得其所有權，但於他人物中發見者，則發見者及其物之所有者，折半而取得其所有權」，重發見而不重占有，從法國立法例也。本編第八百〇八條，以發見而占有爲取得所有權之要件，從德國立法例也。至瑞士民法規定，與法德又稍不同，發見人不能與包藏物所有人，折半取得所有權，唯有請求相當報酬之權利，但其報酬，不得超過埋藏物價值之半額（瑞士民法七二三條）。

羅馬法及法義民法，包藏物限於土地，唯法國學說，以其規定爲就通常情形立言，於動產中發見者，亦應適用之。日遺失物法第十三條二項，亦係視包藏物爲土地觀念，然德、奧、瑞各國民法，並日本新舊民法，包藏物無動產不動產之區別，故在不動產中發見者，爲埋藏物，即在動產中發見者亦然（見第三點舉例）。又埋藏物有以高價品爲要件者，如羅馬法所謂 *Theasaurus* 者，即含有高價物品之意味，德國普通法，即與羅馬法取同一之解釋者也。現行德法民法，日本新舊民法，及本編第八〇八條所謂埋藏物者，則不含有高價物品之意義。

埋藏以亘永久年月日爲必要與否？據羅馬法，則以亘永久時間而不知所有主爲要件，做之者始於德國普通法，現代立法例，亦多從之（德民九八四條，瑞民七二三條一項）。法、義、奧民法，日本新舊民法，及本編第八百〇八條，雖未明言，苟爲埋藏之物，總以亘長年月日爲必要，蓋自發見當時不知所有主爲誰而推知也。但時間長短，係屬事實問題，例如火災之後，容易發掘之物，未能以埋藏物論，又雖經永久之年月日，爲埋藏當時所有人之繼承人得知者，亦不能以埋藏物論（參照第四點德國判例）。

羅馬法，義民法，日舊民法，發見以偶然爲要件，本編第八百〇八條，及德、奧、瑞民法，日新民法，則不以偶然爲必要也。

供學術技藝或考古之資料之埋藏物，如不知其所有者，以其物歸屬國庫，發見者及土地所有者，得受相當之金額，此種辦法，有規定於民法中者（瑞士七二三條二項）。有規定於遺失物法中者（日遺失物法一三條一項）。本編第八〇九條，仿瑞士民法而略為變通。

唐律謂於他人地內，得宿藏物隱而不送者，計合還主之分，坐贓論，減三等，（若得古器形制異而不送官者，罪亦如之。）疏議曰：謂凡人於他人地內，得宿藏物者，依令合與地主中分，若有隱而不送，計應合還主之分，坐贓論，減三等，罪止徒一年半，注云：若得古器形制異而不送官者，謂得古器鐘鼎之類，形制異於常者，依令送官酬直，隱而不送者，即準所得之器，坐贓論，減三等，故云罪亦如之。舊律戶役於得遺失物條例後段載：若於官私地內，掘得埋藏無主之物者，並聽收用，若有古器鐘鼎符印異常之物（非民間所宜有者），限三十日內送官，違者其物入官，以埋藏物之規定，附於得遺失物內，與現代各國立法例正同。德國民法第六款發見項下，以關於遺失物之規定為主，而埋藏物之發見附之，（但法國民法七一六條列埋藏物，七一七條列遺失物，與德不同。）日本民法遺失物之拾得，從特別法之所定，所謂特別法者，指遺失物法言，埋藏物之發見，亦於遺失物法規定之（日遺失物法第十三條），此亦中外立法例上膾合之處也。

第三點 釋右二條之意義

子 一般埋藏物之取得要件（八〇八條）

一、我國舊律，以埋藏於土地之無主物，為埋藏物，與本條所定不同。本條所謂埋藏物者，不以埋藏於土地為限，凡藏於動產或不動產中者皆是。依普通情形言之，埋藏物大抵藏於地下（例如窖藏），然亦有不藏於地下而藏於家屋之牆壁中，如我國漢時發見壁中藏書，其實例也。又於動產中而為發見者，亦不得謂絕無其例，例如於古衣中發見之貨幣，於書籍中發見之紙幣，於老蚌中發見之明珠，於病牛中發見之牛黃是。有史以前之化石，鑛山之鑛石，非埋藏物。

二、埋藏之物，不問埋藏之原因，其為原所有人故意埋藏，抑因天然力，或不由於人力之其他原因而隱藏

於他物中之物，皆爲本條之埋藏物，至於其物是否原有歸屬之人，亦所不問，但於發見時並無歸屬之人，或雖有歸屬之人，而其人已不存在，並無可繼承其權利之人者皆是。若其物爲有主之物，其人故意以之隱藏於他物中者，則在未被他發見前，其人本可隨時本其所有權之作用，將該物取回，縱爲該物所隱藏之動產或不動產爲他人所有，亦可隨時向該動產或不動產之所有人，請求交回（見第四點判例二）。若被人發見，其發見之人，倘係明知其隱藏之處，而故意乘所有人之不備，掘取而占有之，則此人既係明知所有人之隱藏而故意掘取，不得謂之發見人，且其占有出於惡意，亦不得受善意之推定，自不適用本條之規定，若發見人之發見，出於偶然，不知該物尚有歸屬之人，掘取而占有之，而爲此隱藏之所有人，亦可本其所有權之作用，逕向發見人請求交回，或提起本權訴訟以受保護，亦不適用本條之規定，苟因埋藏過久，本人忘卻所在，而爲他人於無意中發見，此時能否適用本條規定，不無疑義，前大理院判例，認爲應準用遺失物辦理，因該物既係確有歸屬之人，準用遺失物，較爲允當（見第四點判例一）。

三、埋藏物所有權之取得，日本民法，定明發見人於發見後，亦須負揭示等義務，與遺失物之拾得人同視者，本條僅定明發見而占有者，即可取得所有權，不使發見人負揭示報告等義務，立法趣旨，顯不以埋藏物與遺失物同視，其認埋藏物爲無歸屬之人之物，即認該物上現無應受法律保護之人，意甚明晰，關於採用埋藏物與遺失物同視之國家，其學者就其本國法例所爲埋藏物之解釋，自難引用。至本條與第八百〇二條異者，該條不以發見爲要件，本條以發見爲要件，其所有權之取得，且定明屬於發見人也。埋藏物之發見，爲事實行爲，但有發見之事實已足，不問其原因如何，即可取得所有權，若在他入所有之土地內，發見埋藏物時，不得獨自取得其所有權，須與其土地之所有人，折半分之而各取得其所其權，若於甲乙兩土地接壤之處而發見者，則以折半部分之半部，歸各土地所有人取得之，於他人動產中發見者，其比例亦同，因物隱藏於他人動產或不動產之中，發見人如未發見，所有人或可發見，且隱藏於他人之不動產中，亦認爲該不動產之成分也。

四、本編施行前發見埋藏物者，其發見而占有之人，及應得該埋藏物之半之動產或不動產所有人，依施行

法第十一條規定，於施行之日，取得其所有權。

丑 特別埋藏物之除外規定（八〇九條）

有關歷史文化及藝術之古蹟古物，國家應予以保護或保存，爲約法所明定，埋藏物若足以供學術藝術等資料，則與一國之文化有關，其所有權之歸屬，應依特別法規定，發見人不得因占有而取得所有權，例如與考古學、歷史學、古生物學、及其他文化有關之一切古物，埋藏地下，及由地下暴露地面者，依古物保存法之規定，概歸國有，此項古物發見時，發見人應立即報告當地主管行政官署，呈由上級機關，咨明教育部內務部，及中央古物保管委員會，收存其古物，並酌給相當獎金，其有不報而隱匿者，以竊盜論。

寅 埋藏物與遺失物之異同

一、遺失物之拾得，以發見及占有，爲構成拾得人地位之要件，埋藏物之發見，以發見及占有，爲取得所有權之要件，而就發見言之，亦有不同之點，遺失物之發見人，不必有積極之動作，埋藏物之發見，因埋藏物乃隱藏於人所難觀之處所，其發見多有積極之動作，據羅馬法所有權取得之原因，存於占有者，不以實際之占有爲必要，於此情形，可因眼力而占有之，後世立法例及學說，沿襲此種觀念者不少，德民法九百八十四條，其適例也。

二、他國學說，以遺失物人無遺失之意思，而埋藏物人有埋藏之故意，爲遺失物埋藏物之區別，例如本條遺失之物，一旦埋沒地中而發掘者，仍不失爲遺失物，本係埋藏之物，偶因天災地震而露於地面者，仍不失爲埋藏物也（日本法典質疑問答一三一頁片山義勝解答）。日梅謙氏亦謂埋藏物以故意埋藏爲通例，其因天災與不由占有人之意思而埋藏之物，其性質應屬於遺失物，因不能證明其實事，故概之以爲埋藏物（梅氏民法要義二卷六八頁）。三浦信三之說，則謂被埋沒之事實的原因，非遺失物埋藏物區別之主要標準，故不問故意埋藏與否，應以永久埋沒而不見目擊之狀態，與所有主不明之二點，以定埋藏物之性質，故遺失物若永久埋沒者，應以埋藏物論，反之埋藏未久之物，偶然露出地面，應以遺失物論，以被埋藏原因爲區別，無成文法上之根據。

(日)三浦信三物權法一二九頁)。

三、埋藏物之呈報、保管、酬金、發見人之權利義務，在日本準用遺失物法之規定(日遺失物法第十三條)。然遺失物之拾得，以公告後，一年內不知所有人為取得條件，埋藏物之公告期間，則為六個月內，日政府原案，遺失物埋藏物之公告期間，均係六個月，經衆議院議決，改遺失物為一年，其理由以埋藏物比遺失物不能發見所有人之情形為多，故縮短期間，使權利關係，早日確定也。

第四點 判例

(1)前入寄藏之物，一時失滅所在而經發見者，自應準用遺失物規定，予以判斷(三年上字二九二號)。(2)所有權人對於所有物，既可為一切之支配，其效力之所及，當然得排除他人之侵害，然他人之所有物(動產)，因特別情事，存留於不動產之中者，除此項物品，為構成不動產之成分，或天然附屬於不動產，或依法令規定(如时效)，經過若干時期，當然取得，及動產所有人，顯為捨棄者外，其物既非無主之埋藏物，苟動產所有人，果能證明其取得所有之原因，並存留之事實，則不動產所有人，雖得以所有權之效力，禁止他人侵入其範圍，而對於存留物品，要不能主張為自己所有，該動產所有人，自得依物品存留之情形(例如埋藏何處，應如何掘取)，以無償或支出必要費用，請求不動產所有人，交出所有物(八年上字一三一四號)。

附他國判例

德國當一千八百九十九年拆毀某人家屋之際，壁竈之中，發見金貨，印刻一千八百九十一年鑄造字樣，據國法院判例，認為非埋藏物，應以遺失物論(Entscheidung des kammerrichterliches Bd. 8, S. 115ff)。

第八百一十條 拾得漂流物或沉沒品者，適用關於拾得遺失物之規定。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定漂流物或沉沒品適用遺失物之拾得。其關係條文，為本編八〇三條至八〇七條。參考條文，為海商法一二九條，一三一一條，刑法三三七條。參考他國條文，為日本水難救護法二四條至三〇條。

第二點 立法例

漂流物或沉沒品，自學理上觀之，認其性質與普通遺失物同，而實際上，則分別其待遇，各國法律之立法例，亦各別有規定，日本於普通之遺失物，適用遺失物法之規定，漂流物與沉沒品，不受遺失物法之拘束，而適用明治三十二年法律第九十五號水難救護法第二章第二十四條至第三十條之規定。

第三點 釋本條之意義

漂流物可爲遺失物與否？雖不乏議論，然可以爲遺失物者，固無容疑也，例如海中時有船板漂流而來者，推其由來，必爲難破船舶一部分，本屬所有人之物，然遺失物之條件，於此等漂流物，皆具備之，即（一）船主必無拋棄其船舶之意思。（二）船舶破難，多基於不可抗力，決無有人奪取或拆毀之事實。（三）船舶既漂流於海上，即爲無主之物，且屬動產是也。

其次沉沒品亦可爲遺失物，例如漁戶以網捕魚，而於水底取得鐵矛刀劍，此種物品沉沒之原因，不外二種：一爲海損物，二爲無意沉沒，後者可爲失物，固無疑義，而前者似有意投棄物品，與遺失物之條件不合，不知海損原出於不得已，決非權利人有拋棄權利之真意，其沉沒也，非因人之奪取，鐵矛刀劍，又皆爲動產，此於遺失物之條件，一無欠缺，則歸入遺失物之範圍，固無不可，唯海損與遺失，事實上大有區別，在遺失者當時常不自知其喪失，而海損之喪失，當時非不知之，特恨無回復之方法耳，然自法律上觀察之，其爲遺失物則一也。

第四點 解釋

甲排長據乙班長報告，發見漂流之竹木排，由甲率同乙及其他士兵撈取持有，經該竹木排所有人索還，設詞拒絕，命乙變賣得價，依陸海空軍刑法第一條第二項，及第十五條之規定，甲應適用刑法第三百三十七條（占漂流物處斷，乙應論以共同正犯（三十年六月十日院字二一九四號））。

第八百一十一條 動產因附合而爲不動產之重要成分者，不動產所有人，取得動產所有權。

第八百一十二條 動產與他人之動產附合，非毀損不能分離，或分離需費過鉅者，各動產所有人，按其動產附合時之價值，共有合成物。

取項附合之動產，有可視為主物者，該主物所有人，取得合成物之所有權。

第八百一十三條 動產與他人之動產混合，不能識別，或識別需費過鉅者，準用前條之規定。

第八百一十四條 加工於他人之動產者，其加工物之所有權，屬於材料所有人。但因加工所增之價值，顯逾材料之價值者，其加工物之所有權，屬於加工人。

右四條便利上合併說明為左之四點

第一點 右四條係規定添附為合成物混合物加工物所有權取得之原因。其關係條文，為本編八三九條，八四八條，本編施行法一一條，債編四三一條二項，繼承編一二〇三條。參考條文，為一草一〇三六條但書。參考他國條文，為普國地方法一部九章二九八條至三一二條，德民九四六條，九四七條，九四八條，九五〇條，法民五六六條，五七〇條，五七二條，五七三條，五七四條，義民四六四條，四六八條，四七一條，奧民四一四條，四一五條，瑞民七二六條，七二七條，日民二四二條至二四六條。

第二點 立法例

添附，拉丁曰 *accessio*，德曰 *zunachtsrecht*，法曰 *accession*，其意義謂物之接合，或基於人工之改造，使某人取得合成物 (*Vereinigte Sache*, *Verbundene Sache*)，混合物 (*Vermengte od. Vermischte Sache*)，或加工物 (*Verarbeitete Sache*) 全部之所有權也。添附雖為羅馬法之語源，其用例常不一致，或以狹義解釋，謂加工不在添附之類 (富井政章民法原論二卷上册一三七頁)，其理由以加工者，取得加工物之所有權，非基於原有物之所有權而來，與添附之觀念不合，或以最狹義解釋，謂添附僅指附合而言 (*Bechnann, zur Lehre vom Eigentumsverw durch Akzession*)，反之以廣義解釋之，即取得自原物產出之孳息，亦包含於添附中者有之，(例如普國地方法一部九章六節，法民二編二章一節，奧民二編一部四節等。) 古代羅馬，且以埋藏

物之發見，亦爲添附一種之思想，是更取廣義者矣。以孳息之取得，爲添附之一種，其觀念之隱誤，不待煩言，何也，孳息者，不過所有權之效力，與從原物享有收益之權利者，以其效力而取得者耳，但以孳息取得爲添附之一種，可謂適合於羅馬法之趣旨也（*Dernburg Pandekten Bd. 1. 2. Abt. § 201 Ann. 6*）。

本節雖未使用添附之語，而余合附合混合加工而稱爲添附者，爲便利起見也，何也，本節於此三者，在第八百一十五條，第八百一十六條，設有共同之規定。德國民法，亦以附合混合及加工，規定於一目之下，法民及日舊民法，亦以加工包含於添附之中，日本學者，合加工附合及混合而稱爲添附者不少（梅氏民法要義二卷，橫田氏物權法，三瀧氏物權法，松岡氏民法理由等）。不寧唯是，立法上於此三種之取得方法，理由亦略相同，且自其不問取得所有權人出於惡意與否之點觀之，亦無不同也。然余以加工置於添附之中者，乃爲說明之便宜，而非如薩比魯士派主張勞力與材料之附合而爲加工之見解，故自純理言之，加工之意義，與附合混合之因物與物結合而取得所有權者，固大相逕庭也。

添附爲所有權取得之一方法，自羅馬法以來，各國皆設規定（見上第一點參考他國條文），其立法之理由，以合成物混合物加工物之分離，不僅事實上不能，且顯有困難，於經濟亦有不利，不如以其物爲單獨所有者，而免生共有之不便，故欲取得所有權之善意惡意，在所不問。

第三點 釋右四條之意義

子 動產與不動產附合所有權之歸屬（八一一條）

動產與不動產之附合，拉丁曰 *incorporatio*，法曰 *adjonction*，德曰 *Verbindung*，其條件有二：（一）須異其所有人之動產，合體於不動產，若同一所有人之動產，合體於不動產，則祇於所有物生變更，非所有人生變更，故不必依附合之法則，定其孰爲所有人。（二）必動產爲不動產之從物而合體，於此情形，其動產即爲不動產之重要成分，例如生根於土地之植物，或附置於家屋之棟樑是也，若動產爲不動產之從物而存在，不成其重要成分，則不必使變更所有關係，故不成附合，例如附合物件於家屋之門扉是也。（三）須無使附合之

權限，蓋有使附合權限之人，則附於不動產之物，即屬於此權利人，不爲附合之法則所支配，例如地上權人植竹木於他人之地上，則其竹木，即爲地上權人所有是也。

例一、甲於其所有地上，以乙之材料爲建築物，或乙以其所有材料，在甲之土地上爲建築物，建築之後，如欲使材料與土地分離，則必毀損建築物而後可，此所謂非毀損則不能分離之狀態，即爲不動產之附合，蓋甲於其所有地上，或乙於甲之地上所爲之建築物，落成之後，其所費之工作料，必已不貲，若許其取回材料，不特建築時工作之費用，歸於泡影，且不免因其毀損而生格外之負擔，殊非社會經濟之福，故其附合物之所有權，歸土地所有權人取得。

例二、甲於其所有地上，就固有之建築物，以乙之材料增築之，或乙以其材料，在甲固有之建築物上而爲增築，如使固有建築物，與增築之建築物分離，亦非損毀不可，有此狀態，亦爲不動產上之附合，其建築物增築之後，使任材料所有人乙，得取回之，必於固有之建築物有所損害，且其所取回之材料，決不能保固有之價值，亦足生經濟上不良之影響，故以其附合物之所有權，歸建築物第一所有人取得。

或謂本條不分不動產所有人之善意惡意，皆使其取得附合物之所有權，其結果必至保護惡意者，殊爲不當之規定，是說也。雖觀似甚有理，抑知本條所規定之情形，決非保護不動產之所有人，不難基於社會經濟之理由，分離之而不利甚大，故不許分離也，至對於惡意者，尙可依第八百一十六條所規定，而適用第一百八十二條第二項之制裁，亦已足矣。

本條之規定，亦有例外，即因權原以物附着於他人之物上時，不在此限，例如乙於甲之土地上，有永佃權，或地上權，或租賃權，即以此等權利爲原因，而以自己費用，於其土地上爲建築物，或其他之定着物，其所有權若歸土地所有人取得，亦生不平結果，故有此等權利之人，於其權利消滅之日，得分離其土地之附合物而取去之，或賣卻之，任其自由，惟對於其土地，須回復其原狀耳（參照八三九條，八四八條，四三一條之二及第四點判例）。一草一〇三六條「動產因附合而爲不動產之成分者，不動產所有人，取得動產所有權，但

動產所有人，得本其權利原因，保留其動產所有權。」本條無但書之規定，解釋上是爲當然。

丑 動產與動產合成物所有權之歸屬（八一—二條）

動產之附合 (Vereinigung bei beweglichen Sachen)，其條件亦有三：(一)須異其所有人之動產合體，同一所有人之動產合體，於所有人不生變更，故不必依附合之法則，定其孰爲所有人。(二)須數個之動產合體，至於不能分離，所謂至於不能分離者，乃彼動產爲此動產之重要成分，非毀損其成分，不能分離，或因分離而需過分之費用者，均使適用附合之法則，以全社會之經濟，例如甲用乙所有之線，縫自己外套是也，至動產與他動產合，不爲其主要成分時，則於所有關係，絕無變更，各所有人得請求分離，例如以糊或繩合二個動產是也。(三)須動產之附合時，未經加工，蓋因一經加工，則據加工之法則矣，例如集合所有人各異之木片而作家具是。

例如甲爲金指環之所有人，因故意或過失，以乙之寶石嵌入，乙如主張其寶石之所有權，則非分離不可，此於乙之寶石，雖無所損，而於甲之指環，一則失其裝飾，形狀殘缺，二則當時工作，亦歸無用，法律爲維持經濟上之利益，不許分離，即使主部分之所有人，取得所有權，惟金環與寶石附合後，爲一物乎？抑爲兩物乎？依本條解決之，視爲一物，即所謂合成物也。既認爲一物矣，而孰爲主？孰爲從？亦一問題也。此問題但能從習慣及事實解決之，故如上例，原則當認金環爲主部分，寶石爲從部分，例外如寶石係金剛石等，則應爲主部分，故此主從之區別，純爲事實問題，法律不爲規定，否則舉一種之標準，轉囑東法官之認定權，殊不當也。曰舊民法，於原則上，因物之便益裝飾或保管而附合者，爲從部分，因之而得便益或受裝飾保管者，爲主部分，例如裝書籍之皮革，附指環之寶石，備土壺之銅壺等，爲從部分，而其被裝之書籍，無飾之指環，不附銅壺之土壺等，即爲主部分，然此亦非絕對之標準，而因物之便益裝飾保管所附之物，反爲主部分者，例如裝飾外觀之人，爲備置於書架之書籍，不擇其種類爲何，唯擇裝訂之美，於此情形，往往有附美麗之表紙，而裝訂無價值之書籍者，或有利利用高價之金剛石，製造指環者，故依物之性質，難別主從時，寧以價格之高低爲準

則，是在法官之認定也。

主部分與從部分不能區別時，則使各共有人共有合成物，其兩物價值相同者，應有部分，各有其半，若價值不同，則可依價格之多寡，以定共有部分之多寡，如甲物價五十圓，乙物價一百圓，則合成物之所有權，甲物所有人，有其三分之一，乙物所有人，有其三分之二，其價格高下之標準，不外依附合之當時定之。

附合之程度如何，亦為事實問題，即如上例，於二個之附着物，至使分離之時，必生多少毀損，固可受附合規定之適用，即其附着之程度，不至如此之甚，然其分離之結果，失物之性質時，亦可謂之毀損，例如以屬於他人所有之裏料而製衣服，雖可使之分離，然分離之，即不能復其為一切裏料之原狀，亦可適用附合之規定，歸主部分所有人，取得所有權。又非毀損而可分離，其分離需莫大之費用，較原物之價值更多，或與原物之大部分相當者，若分離之，各當事人亦往往因而受損，例如裱紙於屏風之上，雇一裱工，使剝取之，欲不破裂其紙，亦不毀損屏風，雖其事非不可能，而所費且多於紙之代價，亦應從附合之法則，不必使紙與屏風分離，而其合成物之所有權，亦照上述原則辦理。

本條第二項之主物，與總則第六十八條之意義不同，應作主部分解釋之。

寅 混合物所有權之歸屬（八一三條）

混合，拉丁曰 *Confusio*，德曰 *mescolanza*，法曰 *mélange* 之動產，有液體及固體二種：

液體之混合稱混融（*Confusio, Vermischung*），此可細別為二：（一）為天然液體之混融，例如甲所有之酒與乙所有之酒相混融，不知何者為甲所有，何者為乙所有，是有不能識別之狀態，即混合也。（二）人為液體之混融，例如甲以所有之金與乙所有之銀，鎔成一體，欲分別之，則非用化學上之化分法不可，此即識別而需費過鉅之狀態，亦混合也。

固體之混合稱混滯（*Commixtio, Vermengung*），例如甲以所有之米與乙所有之米，混於一處，即不能識別其孰為甲有，孰為乙有，有此狀態時，亦混合也。

關於混合之情形，在學理上言之，一與附合無異，惟附合在物體上，非不能識別，但基於經濟上之理由，不許其分離，故法律作爲不能識別者，反之而爲混合之情形，事實上亦不能識別，應與附合受同一規定之適用，且關於二者之間，又毫無差別之理由，故本條準用動產附合之規定，所謂準用者，即混合時各得分其主從，即以其主部分之所有人，爲混合物全體之所有人，如不能分別主從時，則按物之價格，爲各所有人之共有物（普通地方方法一部九章二九八條至三一二條，德民九四八條，法民五七三條，五七四條，義民四七一條，奧民四一四條，四一五條，瑞民七二七條，日民二四五條）。又混合須屬於各別所有者之數個動產合體，故屬於同一所有人之數個動產雖合體，不必設變更所有關係之規定，且數個之動產，須合體而至於不能識別，不能識別云者，事實上不能分離，或非出過鉅之費用，則不能分離之謂也。不能識別之混合物，須定其所有關係者，乃不害社會經濟起見也。

卯 加工物所有權之歸屬（八一四條）

加工，拉丁曰 *Specificatio*，德曰 *Verarbeitung*，法曰 *Spécification*，謂於他人之動產，加工作而爲新動產，或於他人動產之表面，加工作而取得加工物之所有權也。

羅馬法及法國民法，以改造他人動產而爲新動產之事實稱加工，例如以絲爲織物是也（狹義加工），德日民法，擴張加工之意義，於改造他人動產而爲新動產，固爲加工，即加工作於他人動產之表面（*Veränderung der Oberfläche*），由此而成新動產時，亦稱加工，例如於他人之動產，施彩色與鍍金是也（廣義加工），本條之加工，可解爲應從廣義。加工須於他人之動產，故於他人之不動產施工作，不爲加工，至加工物之材料，雖半屬自己之動產，但其內有他人之動產而加以工作，即是加工。

加工物之所有權，應歸何人取得？羅馬普洛苦路士主張歸加工人，薩比魯士主張歸原料所有人，至今尙無定論，法義民法（法民五七〇條至五七二條，義民四六八條），及日本民法（日民二四六條），以屬材料所有人爲原則，而以加工所增之價值，顯逾材料之價值者，始屬於加工人爲例外。德國民法（德民九五〇條），則

以加工於他人動產者，取得其加工物之所有權爲原則，而以材料價值，顯逾因加工而生之價值者，所有權始屬材料所有人爲例外，一則着眼於通常之情形，一則着眼於勞力之保護，而所差異者，不過原則與例外之區別而已，本條從前者之立法例。

加工往往有與附合合併者，例如甲加工工作於乙所有之皮革，製成篋筒，因裝飾又附以自己之銅器，是製筒爲加工，而附銅器爲附合。又如甲加工工作於乙所有之木料，製成器具，因裝飾又附以自己之象牙，是製造爲加工，而附象牙爲附合。其因加工又附合所成之物之所有權，應歸何人取得？以附合言之，或歸甲乙共有，或歸乙所專有，以加工言之，則又應歸乙有，亦一問題也。此問題當以加工人供給一部分材料之價格，合算於因工作而生之價格以解決之（德民九五〇條，法民五七〇條至五七二條，瑞民七二六條，日民二四六條）。就第一例言之，乙之皮革值二百圓，甲製成皮箱，反只值百圓，其供給一部分之銅器，又僅值二十圓，合算加工而生之價格，與供給一部分材料之價格，共一百二十圓，依原則論，應歸乙有。就第二例言之，乙之木料，值二百圓，甲製成器具，值二百四十圓，其供給一部分之象牙，又值四百圓，合算加工之價格，與供給一部分材料之價格，共六百四十圓，依例外論，應歸甲有。本條雖無明文，在法理上，應作如此解釋也。

辰 關於添附各條之用語及在時際法上之規定

第八百一十二條，第八百一十三條，第八百一十四條，均有他人二字，第八百一十一條，無他人二字，關於此點，學者亦有研究，惟第八百一十一條，乃動產附合於不動產，一爲動產，一爲不動產，權利性質，本不相同，動產既因附合而爲不動產之重要成分，既有不動產所有人取得動產所有權，則其爲他人之動產，不言而喻。

本編施行前，依第八百一十一條至第八百一十四條規定，得取所有權者，依本編施行法第十一條規定，於本編施行之日，取得其所有權。

第四點 判例

動產附合於不動產而爲其成分者，固應由不動產所有人，取得其所有權，但其附合之原因，如係由於某種權利之行使，則動產所有人，仍得保留該動產之所有權（九年上字三九二號）。

第八百一十五條 依前四條之規定，動產之所有權消滅者，該動產上之其他權利，亦同消滅。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定添附及於所有權及其他權利之效果。其關係條文，爲本編八三九條，八四八條，債編四三一條二項，繼承編一一〇三條。參考條文，爲一草一〇三六條但書，一〇三九條二項。參考他國條文，爲德民九四九條，九五〇條二項，瑞民七二七條，日民二四七條。

第二點 立法例

本條在原則上，概歸消滅，爲多數立法例所從同（見上第一點參考他國條文），唯無例外規定，立法例上有左列二說：

甲 概歸消滅說

就添附中合消滅物權言之，例如甲以木石於乙所有地上，建築家屋，所有權歸乙取得，甲即喪失其木石之所有權，此不動產附合足以消滅物權也。又如甲以所有動產，與乙之動產相附合，則乙以所有動產與甲之動產相附合，則甲乙間之動產所有權，均歸消滅，至合成物歸何人所有，乃另一問題，此動產附合足以消滅物權也。次就混合消滅物權言之，例如甲以所有之酒與乙所有之酒混合，成爲液體混融，是混融物全體所有權發生，同時甲酒乙酒之舊所有權消滅，此混合之足以消滅物權也。終就加工消滅物權言之，例如甲加工作於乙所有之材料而變爲器具，此製成之器具，已全失乙所有材料之原狀，故乙因甲之加工，即喪失其材料之所有權，此加工之足以消滅物權也。以上各例，皆足爲動產所有權消滅之原因，蓋即由添附之效果，從部分之所有權，爲主部分之所有權所吸收，而因以消滅其吸收之一物之所有權也，倘於此被消滅之物上，已與他人以留置權，質權，因附合混合加工之結果，而消滅其物之所有權，則有是等權利者之權利，亦惟隨標的物之所有權

消滅以爲消滅而已。更就實益方面研究之，認動產之所有權有不消滅者，無非保護該動產上有其他權利之第三人利益，本編既有第八百一十六條之規定以保護其權利，且依前四條之規定而可認爲所有權消滅者，均屬動產上之所有權，該動產上之其他權利，屬於物權者爲質權，留置權，而質權留置權，以質權人或債權人占有動產爲其成立及存在之要件（民法八八四條，八八五條，八八八條，九二八條，九三八條），不發生附合混合之事實，並無保護之必要。更就近世立法趨向言之，凡法律關係，由複雜而趨於簡單，依前四條之規定，認動產之所有權，概歸消滅，使受損害之權利人，概依第八百一十六條，請求償金，亦可使法律關係，趨於簡單化。

乙 例外不消滅說

物之所有人，原則上因添附消滅其物之所有權，亦有時因添附轉取得其合成物混合物加工物全體之所有權，則於其前所有物之上，有質權留置權者，對於其後所有之合成物混合物加工物，更得以此爲標的而行使其權利，例如甲乙所有之動產，因附合而變爲合成物，或因混合而變爲混合物，此即消滅甲乙兩物之所有權，更生一合成物，或混合物之所有權，設原物（即對其物有他權利者之原物）之所有人，爲合成物或混合物之單獨所有人，或共有人時，即使關於原物而成立之他項權利，存於合成物或混合物之上，或其應有部分之上。因加工而消滅者，材料所有人爲加工物所有人時（即加工人供給一部之材料者），他權利仍存於加工物之上，所以保護第三人之利益也。日民法第二百四十七條第一項曰：因添附而消滅物之所有權時，存乎其標的物上之其他權利，亦同消滅。第二項曰：右物之所有者，爲合成物混合物或加工物之單獨所有者時，第三人之其他權利，爾後存乎合成物混合物加工物之上，其爲共有者時，則存乎其應有部分之上，（一草一〇三九條二項，德民九四九條，瑞民七二七條同旨）。若在不動產上之附合，被消滅物之所有者，斷不能取得附合物全體之所有權，或共有權，則關於其物之其他權利，終歸消滅，但動產所有人，本其權利原因而保留動產所有權者，則他權利仍存於其保留部分之上（參照民法八三九條，八四八條，四三一條二項）。

第三點 釋本條之意義

本條之規定，依法理論之，似應解為採取乙說，故不曰動產之所有權，因前四條之規定而消滅者，而曰依前四條之規定，動產之所有權消滅者，其涵義依前四條之規定，動產之所有權，亦有不消滅者存在，則依前四條之規定，動產所有權，是否概歸消滅，殊有研究之必要，依原則言之，附合物混合物之原有物，皆已失其原來之獨立狀態，而為構成新物之分子，應不問其為附合者為混合者，抑為被附合者被混合者，其原物既失其獨立狀態，不成為獨立之物體，其所有權及存乎其物之他權利，自應均隨之而消滅，而此因添附喪失權利而受損害者，及第三人之權利，因之而受損害者，自可分別請求償金，似無不平之可言。惟例外就所有人之方面觀察，附合物混合物，若為原物所有人取得所有權，實為原所有權之擴張，究不得謂為原所有權消滅，附合物混合物，若為原物之所有人取得共有，不過所有權存在之狀態變更，即兩個或數個所有權合併為一個所有權，而由兩個或數個之所有人行使之，亦不得謂為原所有權消滅也。其因此另發生之單獨所有權或共有，若不許第三人之權利，存乎其合成物混合物加工物之上，或其應有部分之上，則非依八百一十六條之規定以為救濟，別無他途，似失權衡而非立法之本意，以繼承編一千二百〇三條之精神類推之，受遺人可以有此權利，則第三人亦無排斥其主張此權利之理由也。又在動產所有人，本其權利原因而保留其動產所有權者，在本編第八百一十一條，雖無相當第一次草案一千〇三十六條但書之概括規定，而在八三九條，八四八條，四三一一條二項，均有規定，則第三人之權利，更無無端喪失而另行主張請求償金之必要。

第八百一十六條 因前五條之規定，喪失權利而受損害者，得依關於不當得利之規定，請求償金。

本條應說明者二點

第一點 本條係規定因添附而喪失物權及其他權利者之補償。其關係條文，為債編一七九條至一八三條。參看他國條文，為德民九五一條一項，瑞民七二六條，七二七條，法民五五四條，五五五條，五七六條，五七七條，日民二四八條。

第二點 釋本條之意義

無論爲附合爲混合爲加工，其結果必有一人取得所有權，而他之所有人亦必同時消滅其所有權，此在消滅者即受損害，而在取得者實爲不當得利，故必使之對於受損害者，任賠償之責，仍區別善意與惡意，以定其實任之等差，例如不動產之附合，甲以乙之材料，於其土地上建築家屋，乙之材料，歸甲取得其所有權，實爲不當得利，乙因是消滅其材料之所有權，實受損害，故使甲對於乙任賠償之責，如甲爲善意者時，僅於利益現存之限度，負賠償之責（即適用債編第一百八十二條一項），若爲惡意者時，此非僅爲不當得利者，實爲侵權行爲者，從純理上言，應使其受侵權行爲規定之適用，但立法者爲圖實際上之便利，使適用不當得利中惡意受領人之規定（即適用債編第一百八十二條二項），於返還材料代價之外，須附以利息，倘受有他項損害，並應同時賠償，本條不曰因前五條之規定受損失者，對於因此而受利益之人，得依不當得利規定，請求償金，而曰因前五條之規定，喪失權利而受損害者，得依不當得利規定，請求償金，祇以喪失權利人之受有損害爲已足，不問其所有權之歸屬於誰，且不問其相對人之曾否受益也。

因第八百一十一條至第八百一十四條之規定，而喪失所有權者，及依第八百一十五條之規定，喪失該動產上之其他權利者，固均得依本條規定，行使求償權，若加工人供給材料之一部，於加工物依原則屬於材料所有人，或依例外屬於加工人時，加工人或材料所有人，亦係因前五條之規定，喪失權利，而受損害之人，自亦得行使本條所定之求償權。

第四節 共有

第十一條 本節之總說明

本節應說明者三點

第一點 本節之內容

登、共有之意義（八一七）。貳、共有人之用益權（八一八）。參、共有人之處分權（八一九）。肆、共有人之管理權（八二〇）。伍、共有人之請求權（八二一）。陸、共有人費用之分擔及逾額之請求（八二二）。柒、共有物分割之請求及約定不分割之限制（八二三）。捌、共有物分割之方法（八二四）。玖、分得物之追奪擔保或取贖擔保之義務（八二五）。拾、證書之保存與使用（八二六）。拾壹、公同共有之意義（八二七）。拾貳、公同共有入權利義務之準則（八二八）。拾叁、請求分割公同共有物之限制（八二九）。拾肆、公同共有之消滅（八三〇）。拾伍、準共有（八三一）。

第二點 共有之立法例

共有（拉丁 *Condominium* 德 *mitteigenthum* 法 *Copropriété*）者，數人共有一所有權於一物之上之狀態也。按所有權之性質，雖不能數人同時對於同一之物，各有完全之所有權，然以一個所有權，同時分屬於數人，則未嘗不可，故共有之狀態，習慣上所不能無，而又無背於所有權之本質，各國立法例，殆無不公認之，惟規定之位置，各有不同耳。德國民法，以一般財產之共有，為債權關係之一原因，規定於債權編中（德民七四一條至七五八條），而於物權編則於所有權之部，規定共有關係之特則（德民一〇〇八條至一〇一一條），而其債權編所揭一般共有之通則，以羅馬法為主，日本民法物權中共有之規定，全仿倣之。法國民法，關於繼承（法民財產取得編八一五條至八四二條）及其他事項（法民財產取得編一八三二條），規定共有關係，與德之一部相當，而不設一般之規定，可謂一缺點也。義大利西班牙民法，補此缺點，規定共有關係於所有權之部，是蓋以他之財產權，雖亦有共有者，究不外認其所有權之結果也。本編及日本民法（日民物權二四九條至二六四條），以共有規定於所有權中，從義西立法例也。

共有之形式，立法例亦有二種：（一）分別共有，其源發於羅馬法，乃於共有範圍中，定各人之應有部分，為五分之三、三分之二、或二分之一，即各就其應有部分以支配之，其應有部分，可以隨意處分。分別共有之名稱，一草一四〇三條以下用之，本編施行前之判例亦然，本編僅稱共有者，以數人按其應有部分而對於一物有

其所有權，乃共有之常態，不必冠以分別二字之名稱而亦可顯瞭也。(二)共同共有，其源發於德國古代法，其性質彼此牽制，不能隨意處分。二種共有之形式，雖為各國民法所採用(日民六六八條，德民七一九條一項)，本編則併二者而規定之。公同共有之制度，雖為各國民法所公認，本編則網羅共通之原則而規定之。至日本民法物權中共有之規定，則專就分別共有而言也。

第三點 共有發生之原因

共有發生之原因，有基於共有人之意思者，如數人共同受讓一物，合夥，及夫妻共同財產契約(Chiffers, Gemeinschaft, Communauté)，有不基於共有人之意思者，如遺產繼承(民法一一五一條)，區分所有中之互有(七九九條)，附合(八一二條)，混合(八一三條)等是。

第十二解 本節之逐條說明

第八百一十七條 數人按其應有部分，對於一物有所有權者，為共有人。

各共有人之應有部分不明者，推定其為均等。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定共有之意義。其關係條文，為本編七九九條。參考條文，為姓名使用限制條例三條，海商法一三條至一六條，一八條至二二條，航空法一九條。參考他國條文，為德民七四二條，七四三條，一〇〇八條，一〇一一條，奧民八三九條，瑞民六四六條，六四八條，日民二四九條，二五〇條。

第二點 立法例

本條之立法例，受應分部分學說之影響者有五：第一實在的部分說(Pro. partibus indivisis)，為羅馬法學者所創(Digesta, 三〇卷三二一卷)，例如甲、乙、丙共有一物，即推定某部分為甲所有，某部分為乙所有，某部分為丙所有，甲、乙、丙即各就其應有部分，為實在的所有者，此說在現代猶有主張者，然只可以說明區分

所有，不足以說明分別共有，蓋數人區分一建築物而各有其一部，其所有權係獨立存於其所有建築物一部之上，其所有權之行使，不生何等障礙，此為建築物之特則（民法七九九條），若未區分之共有物，而認共有人各有一所有權，即於一物上同時有數所有權存在，則共有人勢不能對於共有物，同時行使其完全管領之權，於所有權之觀念實相矛盾。第二理想的部分說（Miteigentum zu ideellen Teilen），即於物之部分，想像各共有人所有權，此說為章西特兒氏所主張（見氏所著民事實用二七卷一六九頁），然於物之部分，而特別成立一理想的所有權，實反於所有權之觀念，且既各有一理想的所有權矣，而其全體之所有權，勢必無所歸屬，豈不與共有之本旨刺謬耶。第三內容的分屬說（Verteilung eines Eigentums nach seinem Inhalte），蓋謂所有權之作用有種種，共有人可以分別享有之，如甲享有收益之作用，乙享有使用之作用，此說乃從所有權內容而生，（第一說就所有物言，此就所有權言，）為羅馬法學家塞爾漢士，烏爾鄺亞魯士，拋路士等所創，今日學者多不採用，蓋所有權為包括管領之物權，若謂所有權之作用，可以分別享有，與包括管領之理論不合。第四計算的部分說（Rechnungsteil），此說為溫第路底，斯泰因西涅兒所唱道，大旨謂所有權，有金錢計算之價格，如某物在經濟上價格若干，甲乙丙共有之，則甲或有五分之三，乙或有三分之一，丙或有二分之一是，然價格無獨立之性質，因物與物比例之評價而始顯，未有無比例而能知物之價格者，故此說亦不足採。第五權利的範圍說（Nach seinem Umfang），此為德仁布喜所唱道（Dernburg, Pandekten Bd. I, § 195），大旨謂同一物上，數人所有所有權，欲免權利之衝突，不得不予以一定之範圍，使各人在範圍內，得以行使其權利，此範圍內，即各人應有之部分。本條第一項之規定，採取第五說（參照德民七四三條，一〇〇八條，一〇一一條，瑞民六四六條，六四八條，日民二四九條）。

第三點 釋本條之意義

共有（Miteigentum）或稱分別共有，或稱普通共有（Gemeinschaft nach Bruchteilen）者，一所有權而有二以上權利主權之謂也。而此共有人所行使之權利，其實即所有權而已，蓋二人以上之權利，互相說合，使不

劃分其範圍，則強者不免紛爭，弱者必受牽掣，甚非尊重權利之道也，故欲使各共有人，均能完全享有權利，則必就其標的物上所行使之權利，各立一定之範圍，俾各就其範圍以內完全行使之，是明明以一管領權分配於數人，而又限制各人不得逾越一定之範圍以管領其標的物也，此標的物上權利管領之範圍，即謂之應有部分（拉丁 Quota，德 Bruchteil，Anteil，法 Quote-Part，英 Share），故各共有人，對於共有物，有同等之權利者，其應有部分亦同，有不同之權利者，其應有部分亦異，例如甲乙共有一屋，如其權利相等，則甲乙各有其屋三分之二，即甲乙各自應有之部分也，其權利不相等者則反是，例如甲出六萬圓，乙出三萬圓，合購一屋，則甲有三分之二，乙有三分之一是。

分別共有，所以無害其所有權者，適以各人之管領標的物，均有一定範圍，其範圍以內，仍不過為一個權利之行使，而未嘗有兩個權利之存在，其所以異於單獨所有權者，彼以一個主體獨立行使之，而此以數個主體分立行使之而已，而各共有人行使權利部分之廣狹，則依其原因而定，惟就普通之狀態論之，各共有人在共有物上之權利，以均等者為常，故非有反對之證明者，其應有部分，推定為均等可也（參照德民七四二條，舊民二五〇條，奧民八三九條，瑞民六四六條）。

第四點 判例

(1) 關於共有之應有部分，若無特別意思表示時，本可推定為同等（八年前上字一六〇號）。

(2) 男女聯合之財產，在法律上並無根據，除能證明屬於特有外，應推定其為共有（二十二年上字二〇一〇號）。

(3) 各共有人之應有部分不明者，民法第八百一十七條第二項，固推定其為均等，惟各共有人之應有部分，通常應依其關係發生原因定之，如數人以有價行為，對一物發生共有關係者，除各共有人間有特約外，自應按出资比例，定其應有部分（二十九年上字一〇二號）。

第八百一十八條 各共有人按其應有部分，對於共有物之全部，有使用收益之權。

本條應說明者二點

第一點 本條係規定共有人之用益權，其關係條文，爲本編七六七條，債編一八四條至二九八條。參考他國條文，爲德民七四一條，七四三條，八六六條，一〇〇八條，瑞民六四六條，六五二條，奧民三六一條，日民二四九條。

第二點 釋本條之意義

各共有人，得就共有物全部，按其應有部分而使用之，故苟無害他共有人之權利者，不論他共有人意思如何，均得就其權利範圍以內，行使其使用權，而各共有人，可以同時使用共有物之全部與否，則依其物之性質或共有人之意思以定之，使用權所以必就共有物之全部行之者，蓋各共有人，對於共有物，雖各有應有部分，然所謂應有部分者，指其權利所行之範圍，非指其標的物上所劃之範圍，凡行使權利者，必管領其標的物全體，而後有效用可言也。又各共有人對於共有物之全部，得按其應有部分以爲收益，例如甲乙共有田十畝，而其應有部分均等，則每年全數之收穫，甲乙平分之。

共有乃數人共同享受一所有權，故各共有人本其所有權之作用，對於共有物之全部，均有使用收益權，惟其使用收益之權，應按其應有部分而行使之，不得害及他共有人之利益，若互相侵害，則與侵害他人之所有權同，被侵害之他共有人，得依第七百六十七條主張其權利，並可依債編侵權行爲之規定而行使其請求權。

第八百一十九條 各共有人得自由處分其應有部分。
共有物之處分變更及設定負擔，應得共有人全體之同意。

本條應說明者四點

第一點 本條規定共有人之處分權。其關係條文，爲本編七五八條，七五九條，七六五條。參考他國條文，爲瑞民六四七條，六四八條，德民七四五條，一〇〇九條，日民二五一條。

第二點 立法例

就單獨所有人言，祇有一個權利，共有則不然，有個人權利 (Zwei Individuenrechte)，有各共有人全體之權利 (Recht der Gesamtheit)，互相對立，而共有關係之規定，於此二者中，應重視何者，爲立法上重大之問題，羅馬法注重個人權，各國民法從之，畀以獨立性質，即雖與各共有人權利有關係，亦可獨立行使，但不可害及共有人，故有同意之限制，本條於變更處分及設定負擔，用共有人全體同意之方法，次條於改良行爲，則用過半數同意之方法。

第三點 釋本條之意義

各共有人，於不害他共有人權利之範圍以內，可以按其應有部分之比例，以處分共有物，原不必得他共有人之同意，如甲乙丙三人，共有一土地，而其應有部分均等，則甲得將其三分之一，讓與他人，或以供擔保之用，本條所云各共有人，得自由處分其應有部分者，乃指權利所行之範圍而言，不得以標的物上所劃之範圍解釋之。惟共有人處分其應有部分，須不害他共有人之權利，否則不能生效（見第四點判例4：20）。若對於共有物而爲處分或變更或爲負擔之設定，則關於共有人全體之利益，應得共有人全體之同意，否則不生效力，例如以金銀銅鐵錫爲器物，或於共有之土地，設定地上權永佃權者，非得各共有人全體之同意不可，因各共有人之權利，常存於共有物之全部故也（見第四點判例1、5、12、14、16、17、18、19、21、25、26、27、28）。其未得全體同意之共有人一人或數人，與其締約之相對人間，雖發生債之關係，而其相對人，僅得對於締約之共有人一人或數人，依據債之法則而爲主張，其未同意之他共有人，對於該相對人，不負何等義務（見第四點判例3、13）。但所謂全體之同意者，不以約據之形式上曾否表示爲斷，亦不以行爲時有所表示爲限，凡有明確事實，足以證明他共有人，已爲明示或默示之同意，或於事前曾經預示，或於事後予以追認，均應認爲有效（見第四點判例8、9、15）。又所謂全體同意，不必均由全體各共有人，各自爲同意之表示，若共有人間基於特約或歷來相互之關係或授權行爲，而可認共有人中之一人或數人有代理或代爲處分之權者，其此共有人中之一人或數人之同意，即可認爲全體之同意（見第四點判例2、10、11）。倘共有人衆多，

而經共有人全體表示，願依會議方式，各舉代表到場，依多數議決而為同意之表示者，則其多數之議決，即屬全體之同意，自亦有效（見第四點判例22）。

第四點 判解

(1) 凡物權之移轉設定，苟非有完全處分權之人，為法律上有效之意思表示者，則不生物權法上之效力，是故共有人，不得他共有人之同意，而逕以其共有物之全部，供債權之擔保，為設定物權之行爲者，其無設定物權之效力，自無疑義，雖債權人之取得此項擔保物，係屬善意無過失，然既無正當之權原，不得主張物權之取得（三年上字一三四號）。

(2) 共有人間有互相代理之特約，或雖無明白之特約，而依歷久相互間之關係，可以認其代理者，則雖共有人一人，就其共有物為處分，而其處分行爲，亦不得謂爲無效（三年上字一一二四號）。

(3) 共有財產，非經共有人全體同意，不得由共有人之一人或數人，自由處分，若竟無共有人之同意，而與他人締約，讓與其財產者，則該契約，對於該共有人，不發生效力，相對人僅可依擔債權法則，對於不履行之締約人，要求追還定銀或損害賠償（三年上字七八號）。

(4) 共有物之共有人，雖未嘗不可將其共有物之應有部分，讓與他人，而不能因以變更其物之共有狀態，是故共有人中之二人，若不能得他共有人全體之同意，而擅以其物之特定部分自爲處分者，其行爲即害於他共有人，於法難認爲有效（四年上字七號）。

(5) 共有人之於共有物，不得他共有人同意，不能爲變更行爲（四年上字七號）。

(6) 各分別共有人，對於分別共有物，得自由處分其應有部分，故凡各分別共有人，將其應有部分，讓與他人以供擔保之用，不問他分別共有人，是否已經同意，其行爲均屬有效，他分別共有人，不得因共有關係，出而干涉（四年上字三二號）。

(7) 共有人於不害他共有人之權利範圍內，得行使其權利，故共有人之一人，不得他共有人同意，雖不

能對於共有物加以變更或爲其他處分，而就自己應有之部分以爲處置，則固屬其自由（五年上字二三號）。

(8) 共有財產，除有特別法令或習慣法例外，非經共有人全體同意，固不得處分，惟同意與否，不僅以處分該財產之約據，形式上曾否表示爲斷，苟有他明確事實，足以證明他共有人，已經爲明示或默示（有消極動作）之同意者，則共有人一人或數人之處分行爲，仍不能不認爲有效（五年上字四八三號）。

(9) 共有人中一人或數人，若未經全體共有人同意，專擅處分共有物者，其處分行爲，除在債權法上，得有相當效力外，不生移轉物權之效力，惟法律之同意，不必限於行爲時爲之，若就契約成立，於事前預示，或事後追認，均在有效之列（六年上字九七八號）。

(10) 共有人中之一人，有代理全體或一部共有人之權者，其所爲之同意，與該共有人所自爲者，有同一之效力（六年上字九九三號）。

(11) 共有人中之一人，先經他共有人同意，授以代行處分之權者，則其後該共有人，根據授權行爲，而就共有財產與第三人締結讓與物權之契約者，自屬完全有效，他共有人，不得復行告爭（六年上字八一號）。

(12) 共有人中一人，以曾經合法當給他人之共有財產，併行擔保，自向當主新借款項者（即就全部擴張擔保之範圍），是爲處分行爲，非經他共有人之同意或追認，不能有效（八年上字一六號）。

(13) 處分共有物，未得共有人全體之同意，不生物權移轉之效力，未同意人，對於處分所得物價，自不負代價之義務（十二年上字九六〇號）。

(14) 共有財產，非得共有人全體同意，自不能擅爲處分（十七年上字六八四號）。

(15) 共有人中一人或數人，未經全體共有人同意，專擅處分共有物者，其處分行爲，固不生移轉物權之效力，惟法律行爲之同意，不必限於行爲時爲之，若事前預示，或事後追認者，亦不得謂爲無效（十七年上字一〇一四號，十九年上字二〇一四號，二十一年上字三二七九號同旨）。

(16) 共有財產，非經共有人全體之同意，不得由共有人之一人或數人自由處分，若無共有人之同意，而與

他人締結買賣財產之契約者，則該契約自不能認爲有效（十八年上字六七六號）。

(17) 共有財產未分析前，共有者一人或數人，未得他共有人同意，擅爲處分，自非有效（十八年上字六六二號）。

(18) 共有人之一人，指共有物爲己有，私擅典押，無論其相對人是否善意，不生物權法上之效力（十八年上字一九一二號）。

(19) 共有權中之一人，就共有物全部或一部，爲其債務之抵押品，倘能證明其他共有人，確經同意，可認爲合法追認者，其抵押契約，自屬有效（十八年上字四四八號）。

(20) 共有物之共有人，雖未嘗不可將其共有物之應有部分，讓與他人，但須不害他共有人之權利，是故共有人中之一二人，若不顧他共有人之權利，而擅以其物之應有部分，自爲處分者，其行爲即害於他共有人，於法不能認爲有效（十八年上字七三五號）。

(21) 共有財產，非經共有人全體同意，不得由共有人之一部分，自由處分（十九年上字二四〇一號）。

(22) 處分共有物，固應得全體共有人之同意，但因共有人衆多，苟願開會議，依多數之議決，經各共有人均舉有代表到場預議者，自應遵從議決，不得事後翻異（十九年上字二二〇八號）。

(23) 共有物之處分，應得共有人全體之同意（二十年上字一三二號）。

(24) 共有物之處分，固應得共有人全體之同意，但共有人之一人，自由處分其應有部分，原非法所不許（二十年上字一七四〇號）。

(25) 凡公同共有之物，固無單獨處分之權，然如僅爲通常共有，則各共有人，得將其應有部分，自由讓與他人，即不問其他共有人，是否已經同意，其行爲均不能謂爲無效，故通常共有人，處分共有物，雖亦應得共有人全體之同意，若各該共有人，處分應有部分，則可以自由，而毋庸其他共有人之同意（二十二年上字四〇號）。

(28) 債權人就債務人與人共有之物，祇得扣押債務人之應有部分，不得扣押共有物之全部或一部（二十二
年上字八〇五號）。

(27) 共有人中之一人，處分共有物時，依法既須得他共有人之同意，自不因他共有人，負有共同債務，遂
可不得同意而逕行處分（二十二年上字二二四八號）。

(28) 共有人對於共有物，得單獨為保存行為，本於所有權為回復共有物之請求者，亦即為保存行為之一
種，苟係為共有人全體之利益而為之，自為法律所許，至於共有人，雖得自由處分其應有部分，而處分共有
物，則非經共有人全體之同意，不得為之（二十三年上字二〇六號）。

第八百二十條 共有物除契約另有訂定外，由共有人共同管理之。

共有物之簡易修繕，及其他保存行為，得由各共有人單獨為之。

共有物之改良，非經共有人過半數，並其應有部分合計已過半數者之同意，不得為之。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定共有物之管理行為。其關係條文，為本編七六〇條，債編一五三條，一六六條。參
考條文，為一草一〇四六條二項。參考他國條文，為德民七四四條，瑞民六四七條，義民六七八條，奧民八三
三條，日民二五二條。

第二點 立法例

不變更物或權利之性質，為利用或改良之行為，學者稱為狹義之管理行為。利用者謂依物之用法而為有利
之使用，改良者謂增加收入或價格之有益狀態，此種行為，無急遽之必要，故不必使各共有人單獨為之。德民
法原則上，係以全體同意為要件，奧民法與日民法，則以按應有部分價格之過半數決之。我民法採瑞士立法
例，須有人數及應有部分合計已過半數者之同意。

第三點 釋本條之意義

共有物之管理，原則上由共有人以契約定之，如未有契約訂定，應由共有人共同管理，若共有人間，關於管理方法，有所爭執，亦應斟酌各共有人全體之意思定之（見第四點判例2）。本編施行前之判例，認共有物之管理，依各共有人間之協議或成例定之，與本條前半段所規定之趣旨同，惟於未有協定者，認爲應依通行習慣爲斷，因當時無法定明文也（見第四點判例4）。管理人僅能爲管理行爲，若擅自處分共有物，其處分行爲，自不生效（見第四點判例6）。至管理共有物所收取之利益，應交還共有人全體（見第四點判例1），依第八百一十八條規定，按其應有部分支配之。

保存行爲者，防止物之滅失毀損，或防止權利之消滅滅縮之行爲也。如共有物將壞者修繕之，易腐敗者賣出之，第三人取得時效將完成者中斷之，我民法所示簡易修繕，不過爲保存行爲之一端耳。保存行爲，不論各共有人中之何人，均認爲必要，且所費無幾，故各共有人單獨可以爲之，不必俟其全體同意，是蓋以物之滅失毀損，權利之消滅滅縮，常在倏忽之間，必以各共有人之全體同意爲要件，則恐坐昧時機，無所施其防止之手段也（見第四點判例3、5）。

改良行爲者，因增加收益之目的而改良其物之行爲也，例如塗脂膏於車輪以便馳騁，施肥料於田地以冀豐收是也。凡改良行爲，雖有益於全體共有人，而未必認爲必要，且其需費甚鉅，而所希望之利益，又須視其改良方法如何，未必皆可收效，是與各共有人之利害得失，關係不淺，似非有全體同意，不得爲之，惟改良行爲，於經濟上甚有裨益，當使其容易實行，故以各共有人過半數，並其應有部分合計已過半數者之同意爲之，不必得全體同意也。

本條第二項所定之過半數同意，與第一次草案第一千〇四十六條第二項所定僅按應有部分價格之過半數議決者有別，第一次草案，僅着眼於共有物之應有部分，故僅定明經應有部分價格之過半數議決，即可爲改良行爲，其實際上是否必須得應有部分之過半數同意，不無疑義，且設有共有人一人，獨占應有部分價格之過半數，則他共有人，將無置喙之餘地，本條規定經共有人過半數，並其應有部分合計已過半數者之同意，既無上

遠之弊，亦可收集思廣益之效。

第四點 判例

(1) 共有之人一人，管理共有物所收取之利益，應交還共有全體，不能獨自得利（三年上字四一號）。

(2) 共有財產之管理方法，如當事人有爭執者，應斟酌各共有全體意思定之（五年上字三〇五號）。

(3) 保存共有物之行爲，縱僅少數共有入單獨行之，亦不得謂其行爲不當（七年上字一〇六九號）。

(4) 共有財產之管理，應依各共有人間之協議定之，如關於其管理，共有人間，歷有成例，可認爲各共有入有所協定，自可依其成例辦理，如各共有人間並未有所協定，則應依通行之習慣爲斷（七年上字一一七四號）。

(5) 共有入得單獨爲保存行爲，告贖係保存行爲之一，非處分行爲可比（十年上字九號）。

(6) 共有物之管理人，只能爲保全行爲，不能自由處分，若未經共有全體同意，擅自處分，其處分行爲，不能生移轉物權之效力（十七年上字一一七九號）。

第八百二十一條 各共有入對於第三人，得就共有物之全部，爲本於所有權之請求，但回復共有物之請求，僅得爲共有入全體之利益爲之。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定共有入對於共有物上之請求權。其關係條文，爲本編七六五條末段，七六七條，七七三條至七七八條。參考他國條文，爲德民四三二條，一〇一一條。

第二點 立法例

羅馬法，德國普通法，各共有入，對於第三人主張所有訴權時，應就共有部分爲主張。德民法則以不交付物爲標的之請求權（如請求除去或防止妨害之請求權），於各共有入，均有利益，可以單獨爲之，若請求回復所有物或交付孳息，準用多數債務之規定，須爲共有入全體之利益爲之，本條採德民之立法例。

第三點 釋本條之意義

共有人之權利，即所有人之權利，凡所有人一切固有之權能，各共有人均得行使之，故苟第三人侵權行為，則各共有人，依據所有權，就共有物之全部，對第三人為種種適法之請求，如行使本編七六七條所定之各種請求權是也。其本於相鄰關係所生之權利義務，於此均有適用，亦為當然。惟各共有人行使回復請求權時，尙有一定要件，即非為各共有人全體之利益不可，蓋共有物為第三人所侵害，而共有人專為自己部分以請求回復，則必害及他共有人之利益，此本條所以有但書之規定也。

第四點 判解

(1) 共有人就共有權利之全部為訴訟，應由共有人全體，或共有人內部利害相同之全體，共同起訴或被訴（十五年上字第一七九號）。

(2) 民法第八百二十一條之規定，於公同共有，不適用之（二十九年上字四九四號，三十二年三月二十三日院字二四八八號解釋例同旨）。

一、為訴訟標的之權利，非數人共同不得行使者，固須數人共同起訴，原告之適格，始無欠缺，惟民法第八百二十一條規定，各共有人對於第三人，得就共有物之全部，為本於所有權之請求，此項請求權，既非必須由共有人全體共同行使，則以此為標的之訴訟，自無由共有人全體共同提起之必要。所謂本於所有權之請求權，係指民法第七百六十七條所規定之物權的請求權而言，故對於無權占有，或侵奪共有物者，請求返還共有物之訴，對於妨害共有權者，請求除去妨害之訴，對於有妨害共有權之虞者，請求防止妨害之訴，皆得由各共有人單獨提起，惟請求返還共有物之訴，依民法第八百二十一條但書之規定，應求為命被告向共有人全體返還共有物之判決，不得請求僅向自己返還（二十八年十二月十六日院字一九五〇號之一前段，同年上字二三六一號判例同旨）。

二、債權的請求權，例如共有物因侵權行為而滅失毀損之損害賠償請求權，固不在民法第八百二十一條規

定之列，惟應以金錢賠償損害時（參照民法第一百九十六條，第二百十五條），其請求權爲可分債權，各共有人僅得按其應有部分，請求賠償，即使應以回復原狀之方法，賠償損害，而其給付不可分者，依民法第二百九十三條第一項之規定，各共有人，亦得爲其共有人全體請求向其全體爲給付，故以債權的請求爲訴訟標的之訴訟，無論給付是否可分，各共有人，均得單獨提起，以上係就與第三人關係言之，若共有人中之一人，越其應有部分，行使所有權時，他共有人得對之行使物權的或債權的請求權，並得單獨對之提起以此項請求權爲標的之訴，尤不待言（二十八年十二月十六日院字一九五〇號之一後段）。

三、原告就物或權利，提起確認為己獨有之訴，法院認爲兩造共有者，應將其訴駁回（二十八年十二月十六日院字一九五〇號之二）。

附他國判例

所有權確認之訴，各共有人須全體提起，不得單獨爲之，蓋因確認之訴之結果，被否認所有權，受敗訴之判決者，於其他共有人利害關係（日大正五年六月十三日大審院判決）。

共有人之一人，對共有人以外之他人，請求確認自己之共有權者，得各自單獨提起之（日大正八年四月二日大審院判決）。

第八百二十二條 共有物之管理費及其他擔負，除契約另有訂定外，應由各共有人按其應有部分分擔之。

共有人中之一人，就共有物之廢負爲支付，而逾其所應分擔之部分者，對於其他共有人，得按其各應分擔之部分，請求償還。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定共有人費用之分擔及逾額之請求。其關係條文，爲本編七六〇條，債編一五三條，一六六條。參考條文，爲二章八三九條。參考他國條文，爲德民七四八條，七五五條二項，日民二五三條一項，二五四條，奧民八三九條，義民六七四條，瑞民六四九條。

第二點 立法例

第二次草案八三九條，仿日民二五四條立法例，關於共有人中之一人，向他共有人請求償還此等之擔負，有得向其特定承受人，請求償還之規定，前大理院著為判例，本條雖無明文，而所謂他共有人者，解釋上自亦包含特定承受人或繼承人在內也。

第三點 釋本條之意義

共有物以管理費為通常情形，故首揭之，其他擔負，如收益費，及租稅捐款等皆是，各共有人當各按其應有部分以清償之，惟此等事項，無關於公益，故各共有人間，苟有特別契約，則依其契約可也。至於共有人中之一人，清償擔負，逾於自己應分擔之部分，例如代墊購買金，或管理收益等費，則各共有人相互之間，已發生債權債務之關係，有債權之共有人，得對於有債務之共有人，依不當得利之法則，以請求償還，故有債務之共有人，當然負償還之義務。

第四點 判例

因清償共有物之擔負，而共有人之一人，對於其他共有人之有債權者，得向其人或其繼承人，請求償還（四年上字一二七號）。

第八百二十三條 各共有人得隨時請求分割共有物。但因物之使用目的不能分割，或契約訂有不分割之期限者，不在此限。

前項契約所定不分割之期限，不得逾五年，逾五年者，縮短為五年。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定共有物分割之請求，及約定不分割之限制。其關係條文，為本編八三〇條二項，本編施行法一二條，繼承編一一五一條。參考他國條文，為法民八一五條，德民七四九條，奧民八三〇條，義民六八一條，瑞民六五〇條，六〇八條，日民二五六條，及一〇一〇條。

第二點 立法例

禁止分割之期間，各國法律，長短不同，法國民法財產取得編，定爲五年，唯至期仍可更新（法 *Renouvelement* 德 *Erneuerung*），日本民法立法例倣之。德國民法，不定期間，一任當事人契約之自由。義大利民法，定爲十年。瑞士民法，亦定爲十年，於繼承編六〇八條，則不設規定，日民法二百五十六條，定爲五年，於繼承財產分割之禁止，亦定爲五年（日民相續編一〇一〇條）。本編仿法日立法例而規定之形式略殊，即繼承財產分割之請求及年限之限制，不定於繼承編，而適用本編第八三〇條第二項之規定。

第三點 釋本條之意義

共有取得之原因，或依法律行爲取得之，或依事實行爲取得之，而各共有人之權利，既不外爲一個所有權，則其權利喪失之原因，當然與所有權無異，法律上無再揭之必要，其必須特別規定者，即分割耳，蓋共有人雖按其應有部分，對於共有物所有權，惟其對於共有物，究不能如單獨所有人之注意，民間所以有「屋共漏牛共瘦」之諺也。且對於共有物之改良或處分，爲顧全共有全體之利益，須經共有人過半數之同意或全體之同意，（參照第八百一十九條第二項，第八百二十條第三項。）亦不若單獨所有權之方便，此項制度，原非社會經濟之利益，故本條於因共有物之使用目的，不能分割，（例如設於疆界線上之界標、圍幃、牆壁、溝渠，及區分所有中之共用部分，）或契約訂有分割之期限，及遺囑禁止分割外，特予各共有人以隨時請求分割之權，其定分割之期限者，並定明不得逾五年，俾其有關係，易由分割而消滅，本編施行前之判例，亦認共有人得隨時請求分割（見第四點判例1、2、5），而於共有人間，有爲分割之約定者，因當時並無限制約定分割期限之法定明文，故僅於共有人間，因重要事由，主張分割爲「有利益」時，許共有人請求分割（見第四點判例3）。

共有物之分割，乃本於各共有人之請求而爲之，除共有物之性質，不能爲一部分割外，各共有人均可任意其意思，爲共有物全部或一部分割之請求，但分割時共有人間，若有約定保留某部分，爲共有人公共之用者，則

共有人受約定之拘束，並須顧慮共有人公共之利益，非得各共有人全體同意，不得就該保留之部分，隨時請求分割（見第四點判例4），惟此保留部分，亦應受本條第二項之限制。

第一次草案一千〇五十一條，於約定不分割之期限，雖亦定有制限，但於共有人間，若有逾越其限定期限之約定者，應如何處置，未定以明文，學者間因此不無爭議，有謂應認該契約全部為無效者，有謂其在法定期限之部分內者為有效，其超過法定期限之部分者為無效，本條第二項定明逾五年者，縮短為五年，可息爭議。

在本編施行前，共有人以契約定有不分割之期限者，依本編施行法第十二條之規定，其殘餘期限，自施行日起算，短於五年者，依其期限，長於五年者，應自施行日起，縮短為五年。

第四點 判例

(1) 共有財產，除先有特別約定外，本可由共有人隨時請求分析（三年上字三五號）。

(2) 共有人對於共有之標的物，本有依法請求分割之權，自無無端禁止其分割之理（六年上字七四號）。

(3) 共有田畝，如絕對不許分割，則有妨害該田畝之改良與融通，足以影響於社會上經濟之發展，故共有田畝，即令向有不許分割之特約，若共有人因重要事由，主張分割為有益時，則該特約，亦無永遠不許變更之理。（十八年上字一二四號，按此為本編施行前最高法院之判例，本編施行後，應受本編施行法第十二條之限制。）

(4) 共有物雖得由共有人請求分析，但已經分析，並於分析時約定保留某部分為各共有人公共之用，嗣後非得各共有人全體之同意，自不得將該保留部分，強求分析（十八年上字二一九九號）。

(5) 共有物依其使用目的，並非不能分割，又未有不分割之期約者，各共有人，自得隨時請求分割（十九年上字一八五三號）。

(6) 共有物分割請求權，為分割共有物之權利，非請求他共有人同為分割行為之權利，其性質為形成權之

一種，並非請求權，民法第一百二十五條所謂請求權，自不包含共有物分割請求權在內（二十九年上字一五二九號）。

第八百二十四條 共有物之分割，依共有人協議之方法行之。

分割之方法，不能協議決定者，法院得因任何共有人之聲請，命爲左列之分配：

一、以原物分配於各共有人。

二、變賣共有物，以價金分配於各共有人。

以原物爲分配時，如共有人中，有不能按其應有部分受分配者，得以金錢補償之。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定共有物分割之方法。其關係條文，爲債編二四四條。參考條文，爲民訴一〇條，一八條，五八條至六七條。參考他國條文，爲法民八二三條至八二八條，八三一條至八三八條，及八八二條，德民七五二條，七五三條，瑞民六五一條，義民六八〇條，日民二五八條，二六〇條。

第二點 立法例

對共有物有物權（地上權、永佃權、地役權、抵押權、質權等是），或有債權之利害關係人，法、義、日等國民法之立法例，許其於分割時，可以參加（Intervention, Intervento, Beitritt）（法民八八二條，義民六八〇條，日民二六〇條），殊無何等實益，蓋以參加者，不過到場實行監察陳述意見之謂，而非予以同意也，故反於參加人之意見而漠視其監察，分割仍然有效，故我民法未設此等規定，在裁判上之分割，自得依民事訴訟法而爲訴訟參加，若分割構成詐害行爲時，得依債編二四四條之規定，行使撤銷訴權（拉丁 Aetio pauliana 德 Paulianische Klage od. anfechtungsklage 法 action paulienne）。又分割原物，務與應有部分相當，若應有部分相當，而可任取其一宗者，德民七五二條有抽籤之規定，我民法無之，於此情形，法院得依職權，命各共有人取得任何部分。

第三點 釋本條之意義

共有物分割之方法，可任各共有人全體之意思協議定之（見第四點判例10）。法律上不加以制限，故依各共有人之協議，分配原物而為分配，或由各共有人之一人或數人，收買原物，以價金分配於他共有人，或將原物賣給第三人，以其價金而為分配，或將原物分配於共有人之一部而由受此分配原物之一部共有人，將其遠越應得部分，各以價金分配於其他一部之共有人（即一部分割原有物，一部分分配價金），或以其他方法分配，均無不可，此協議分割之利益有三：省費用一也，保感情二也，程序迅易三也。所謂協議者，亦非以約據形式上曾否表示意思及當時有無表示意思為斷，凡有明示默示之意思，及事前或事後之意思表示，均應認為有效（見第四點判例8），且於協議之後，若經共有人全體同意，廢止原議，另為協議，亦應生效（見第四點判例7）。

協議分割，以各共有人全體同意為要件，設有一主張異議者，其程序即不能進行，故法律上必明定補救之法，以裁判上之判決，代各共有人之同意，凡協議不諧之時，欲分割之共有人，可對不欲分割之共有人，提出聲請，求法院為共有物適當之分配。本條之文義，應解為非訟事件，非訟事件法未制定前，在民訴上此訴為形成之訴而非給付之訴，蓋因當事人求以形成判決發生共有物分割之效果也（若以為無理由而駁回者，仍為確認判決）。惟法院定分割之方法，依本條第二項之規定：（一）須經共有人聲請，（二）須依該項所列分配方法而為分配。為此聲請之共有人，不以共有人全體為限，任何共有人，均得為之。法院為分配之方法，雖有法定明文，若共有人受法院之勸諭，而願依法定以外之方法而為分割，自無不可。又法院命為分配，應對酌各共有人之利害關係，及共有物之性質及價格定之，要以維持公共利益為標準（見第四點判例1、3、5、9）。

以原物分配時，依原物性質，其共有人中，不能按其應有部分而受分配者，得由遠越應有部分分配之共有人，以金錢補償（見第四點判例2）。至因分割所生之損失及費用，自應由各共有人按其應有部分分擔之（見第四點判例4、6）。

第四點 判例

(1) 共有物之分析，得斟酌該共有物之價值，及各共有人之利害關係以定其標準（三年上字八九二號）。

(2) 共有財產，除當事人別定辦法外，於分析數處不動產，若按數分配，不得均平時，法院得依照價值，命當事人間為相當之找貼，若如是猶不得其平時，得因必要，命變賣產業，得價均分（三年上字一六九號）。

(3) 凡共有財產，各共有人除有相當之特約外，得隨時請求分割，如依共有物之性質，確有不能劃分情形，或因劃分而其價格有損失之虞，共有人中不願劃分者，則或令其中共有人收買全部，以價銀償給其他共有人，或出賣共有物以價銀公同分配，要以維持公共利益為標準（四年上字二一八九號）。

(4) 因分析所生之損失，應由共有人按股分擔，不得偏枯一造（四年上字二一八九號）。

(5) 共有物分析之法，或剖分其原物，或由共有人中之一人，收買全部，以買價分給其他共有人，或出賣其共有物，以其賣價共同分配，均應由當事人協議定之，協議不諧，則法院自應按照應有部分之大小，斟酌共有人之利益，及共有物之性質，以裁判定之（五年上字六四號）。

(6) 因分析所生之費用，應由共有人按股分擔（同上）。

(7) 分析共有財產之約，雖經合法成立，而依契約自由之法則，各當事人，如經全體同意，原不妨廢止另訂，而一經另訂之後，除有特別聲明外，其原約當然失其效力（六年上字七八三號）。

(8) 共有人雖得隨時請求分析，而實行分析其共有之物，必由共有人公同議定，至其果否合意，並不專以寫立書據，及是否到場為斷。苟經事前協議，或事後追認有據者，自不能謂為無效（七年上字五七號）。

(9) 分析共有物，於當事人協議不諧時，如當事人無特約，或共有人之不同意，顯無理由者，得以裁判定之（十八年上字二一九九號）。

(10) 共有物非有特種情形，各共有人固得隨時請求分割，但其分割，須依共有協議之方法行之（十九年

上字一〇〇四號)。

(11) 原判決雖謂共有物之分割，應依共有人協議之方法行之，上訴人不得違向法院，訴請分割，然被上訴人主張西南角之田八十畝，西北角之田三十畝，均應歸伊所有，不願與上訴人分割，既為原判決所認定之事實，則兩造不能協議決定分割之方法，已甚明顯，上訴人依民法第八百二十四條第二項訴請分割，倘非法所不許(二十九年上字四二七號)。

(12) 裁判上定共有物分割之方法時，分配原物，與變賣之而分配價金，孰為適當，法院本有自由裁量之權，不受任何共有人主張之拘束(二十九年上字一七九二號)。

共有物或公同共有物分割之訴，其訴訟標的之價額，以原告因分割所受利益之客觀價額為準，非依共有物或公同共有物全體之價額定之(三十二年四月九日院字二五〇〇號)。

第八百二十五條 各共有人，對於他共有人因分割而得之物，按其應有部分，負與出賣人同一之擔保責任。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定分得物之追奪擔保或環覓擔保之義務。其關係條文，為債編三四七條，三四九條，三五四條，三九八條，三九九條，繼承編一一五一條，一一六七條，一一六八條。參看他國條文，為法民八八三條至八八五條，一八七二條，義民六四八條，一〇三四條，德民七五七條，瑞民五六一條，六五二條，六〇二條，日民二六一條，五六一條至五六四條，五六九條，五七〇條，一〇一二條。

第二點 立法例

(甲) 認定主義又稱宣示主義(Deklarativ)，為法國學者所主張，法國民法(法民八八三條一八七二條)，及法法系民法(義民六四八條一〇三四條，日舊民財產取得編一〇六條一項，一五五條，四一七條)採用之，因歐洲中古時代，法國徵收土地移轉稅，其稅額甚鉅，人民不堪負擔，學者遂提倡分割共有物為權利之認定，則與通常交易不同，毋庸納稅以避免之，法國革命後，移轉稅雖廢止，而是說仍流傳至今，其說蓋謂共有物之

分割，實爲認定財產關係之行爲，並非移轉共有人間之應有部分，在分割以前，共有人對於其物，原各有其應有部分存在，但其範圍未能確定，須經分割程序以認定之，故分割之效力，溯及於共有成立之時。

舊律典賣田宅，須爲稅契過割之程序，然以一家產業，分之子孫，亦不獨犯戶律典賣田宅不稅契不過割之罪（現行契稅條例繼承亦須稅契），本編七五九條，因繼承而取得不動產物權者，非處分其物權，得不登記，是關於繼承財產之共有，與法民同探認定主義，而與瑞民同爲公共共有也。至遺產分割後之擔保責任，仍與普通共有同（我繼承編一一六八條）。

乙 付與主義又稱移轉主義（*Aufheben*），爲德國學者所主張，繼法系民法採用之（德民七五七條），其說謂共有人，於其共有物未分割以前，僅有分量上之一部所有權，分割後始於其物上取得完全之權利，故分割共有物，實爲共有人間權利之移轉，即各共有人將其共有物之一所有權，分割之而互相移轉其應有部分於各共有人，使各共有人，在共有物上，各按其應有部分而各取得新所有權，與互易之性質相同，故分割之效力，不溯及既往，祇以分割時為準。

以上兩主義，從實際言之，互有短長，蓋採付與主義，往往不能達分割之目的，而使法律關係，趨於複雜，探認定主義，則於第三人往往發生不公平之結果也。茲設一例以證明之：

例如甲乙丙三人，共有田三百畝，散在於東南西三處，東地爲上地，南地爲中地，西地爲下地，其契約定有五年不分割之期限，其共有人中之丙，因流通經濟關係，於民國二十六年一月一日，向丁借法幣一萬圓，以東南西上中下三分之一之應有部分爲擔保而設定抵押權，此時丁之抵押權，即存於東南西上中下三分之一上，設甲乙丙三人，於民國三十年十二月三十一日，分割共有物，丙分得西地下等田百畝，新時也，如採付與主義，則分割當日所生之效力，不能溯及設定行爲之當時，丁之抵押權，仍存於東南西上中下三分之一上，因分割在三十年十二月三十一日，而設定行爲，則在二十六年一月一日也，此時丙如履行一萬圓之債務，則抵押權消滅，自無問題，若不履行，則丁因實行抵押權，仍得以東南西上中下三分之一之權利，付諸拍賣，假

定戊爲拍定人，自應與甲乙二人共有，而甲乙亦不得主張分割之事以爲反對，因抵押權人，既拍賣東南西上中下三分之一之權利，拍定人自非專買其一部，係合買東南西上中下三分之一之田地也，是則該地前係甲乙丙三人共有，後經分割，各對其應得之分，有獨立所有權，後因抵押權人實行權利，增一拍定之人，與乙丙間，成一共有關係，是前之共有既分，而因實行抵押權之故，復歸共有，不特無以達分割之目的，而法律關係，愈趨複雜，此則採付與主義之失也。如採認定主義，則分割當日所生之效力，直溯及設定行爲之當時，即丙分得下等田，雖在民國三十年十二月三十一日，而在二十六年二月一日，與丁設定抵押權，此下等田，即視爲丙所專有，丙所抵押者，爲其應得分，與甲乙應得分無涉，其後丙不能償債，抵押權人行使權利，亦第以丙分得之分，付諸拍賣，自無復歸共有之弊，而爲丁計，與其存於物之全部上共有部分而有其權利，不如存於其一部分上而有完全之權利，較爲便利而無牽掣，但如設定抵押權人丙，不履行債務，抵押權人丁，拍賣上中下三分之一，得一萬元而優乎有餘，僅拍賣其下等田，得一萬元而竟有不足，是使抵押權人丁，因採認定主義而受無端之損失，此則採認定主義之失也。

我民法立法例，斟酌兩大主義之間，關於繼承財產，認爲公同共有（繼承編一一五一條，一一六七條，民法六五二條，六〇二條，日民一〇一二條）。未分割前，不能處分其權利以保護第三人，則採認定主義，效力溯及既往，自無上開例示之複雜情形，而對於普通共有物之分割，則認爲係採付與主義。

第三點 釋本條之意義

甲、各共有人因分割而取得完全所有權於其所受分配之部分之上。

各共有人，在分割以前之應有部分，本爲權利的範圍應受分配之部分，及其分割共有物也，則各人所有之部分，必須確定，凡前屬於甲之應有部分者，乙可以受讓之而爲單獨所有人，前屬於乙之應有部分者，甲亦可以受讓之而爲單獨所有人，其性質實與互易相同，可準用買賣之規定（債編三九八條），而其分割之效力，可解爲採付與主義，其權利取得於分割之時，而不必溯及共有之當日以發生效力。

乙 各共有人按其應有部分，對於他共有人因分割而得之物，負擔保之責，與賣主同。

分割應按各共有人之應有部分爲之，各共有人，既因分割而皆取得完全之所有權，則其所有權之範圍，必皆與應有部分均等，苟因分割而屬於各共有人中之一人之物，依分割前發生之原因，有爲第三人所追奪，或發見其瑕疵，則是分割後所受分配之部分，明明與應有部分不等，豈非不公之甚，故各共有人應按其應有部分以互負擔保之責，而後不至有因分割而獨受損失之理，擔保之法有二：（一）於標的物被奪於第三人時，負責任者，謂之追奪擔保（Gewährleistung wegen Rechtsübergang）；garantie d'éviction）。（二）於標的物上發見瑕疵時負責任者，謂之瑕疵擔保（Gewährleistung wegen Sachmängel）；garantie de vices cachés），前者例如甲乙兩人，分割每畝五十圓之共有田地二十畝，其屬於甲所有田十畝，早爲丙之所有物，致被丙追奪，不能取得其所有權，則乙對於甲，當按其應有部分，負擔償被奪損害之責，於是乙須償還損害之半額，以五畝二百五十圓之田價畀甲焉。後者例如甲乙共有二百圓之耕牛一頭，因分割共有物，乙讓其應有部分於甲，甲遂完全取得耕牛之所有權，而不知此耕牛既於分割以前罹病，甲受讓而耕牛死，是其標的物上，明明藏有瑕疵，乙對於此瑕疵，當按其應有部分以負責，於是須償還二百圓之半額於甲焉。

第八百二十六條 共有物分割後，各分割人應保存其所得物之證書。

共有物分割後，關於共有物之證書，歸取得最大部分之人保存之，無取得大部分者，由分割人協議定之，不能協議決定者，得聲請法院指定之。

各分割人，得請求使用他分割人所保存之證書。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定所得物證書之保存及共有物證書之保存與使用。其關係條文，爲總則三條。參考條文，爲公證法四條，四六條，公證費用法二條，三條，二〇條，及舊律分析家財田產。參考他國條文，爲法民八四二條，義民九九九條，日民二六二條，及日非訟事件手續法八〇條。

第二點 立法例

舊律典賣田宅條例第一載：「告爭家財田產，但係五年之上，並雖未及五年，驗有親屬寫立分書已定，出賣文約是實者，斷令照舊營業，不許重分再贖，告詞立案不行」。所謂分書，即本條所稱之證書，習慣上稱為分圖或分單。此項證書，當事人得請求公證人，作成公證書或認證私證書，並依公證費用法納費。

第三點 釋本條之意義

分割物之證書，各分割人常有使用之必要，分割後此項證書，如何保存，應依其證書之性質定之，蓋分割物之證書，可分為二：（一）分割人所得物之證書。（二）共有物之證書。分割人所得物之證書，自應隨產分執，由分割人各自保存（見第四點判例），共有物之證書，則依分割人取得之部分，有無最大部分定之，如無取得最大部分之人，則由分割人協議定之，不能協議決定者，得聲請法院指定之，此項聲請，亦為非訟事件，應依非訟事件程序法。又證書之保存，本以備分割人之使用，各分割人如要使用時，自得請求保存人交付應用。

第四點 判例

現行法令，官廳並無為人民保存契據之職務，如官廳不肯代為保存，而兩造又於交由公正第三人代為保管一層，不能調協者，自應仍由兩造隨產分執，以符各自管理之責（四年上字一七一〇號）。

第八百二十七條 依法律規定，或依契約，成一公同關係之數人，基於其公同關係而共有一物者，為公同共有
人。

各公同共有人之權利，及於公同物之全部。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定公同共有之意義。其關係條文，為原則七目之一，債編六六七條，六六八條，親屬編一〇〇四條，一〇三一條，繼承編一一五一條，民總施行法九條。參考文件，為舊律典賣田宅條例。參考他國條文，為舊民六五條，六〇二條，德民七一八條，七一九條一項，日民六六八條，六七六條，及其信託法二四

條。

第二點 立法例（與本節第十一解第二點參照）

公共共有，即德國學者所謂 *Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand*，德國民法七百一十八條所稱 *Gesellschafts Verdingen* 是也。所以異於分別共有者，彼各按其應有部分而以其物為所有，此則對於標的物全體，人人可以行使權利，而無應有部分可言，所以然者蓋依法律或契約之效力，公同結合，以其物為所有而不可分開，故任取共有物中之一部分，無不為公同共有之權之所及，就理論上觀之，似其互相牽掣之病，更甚於普通共有，而不知權利之狀態，有時因主體複雜，其相互之關係密切而基礎益固，不獨德國民法，特有規定，即英國法亦明認之。德國民法，為主以氏族財產，一般夫婦財產共有制，職工組合，為共同公有。瑞士民法六百五十二條，數人依法律規定或契約，公同結合，因而以其物為所有者，為全部的共有人，其各自之權利，及於物之全部，本條之立法例仿之，惟瑞士所謂依法律規定者，即指公同繼承而言，故六百〇二條規定繼承人有數人時，於繼承財產未分割以前，一切權利義務，均屬共有。第二項共同繼承人，於繼承財產，為全部的共有者，屬於繼承財產之權利，唯共同得為處分，但不妨契約上或法律上之代理權或管理權。第三項管轄官署，本於共同繼承人一人之請求，於未分割以前，得指定代表人，代表共同繼承團體（*Erben-gemeinschaft, Communauté hereditaire*），是未分割以前，無論物及其權利，非共同不得處置，我繼承法一一五一條規定，雖無如瑞士之詳細，而立法例則一致也。關於公同共有之制度，可參照 *Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. II; Seeler, Mitgeltum nach dem BGB.*

舊律盜賣田宅條例第一載：子孫將公共祖墳山地，朦朧投獻王府，及內外官豪勢要之家，私擅文契典賣者，投獻之人，問發邊遠充軍，田地給還應得之人，其受投獻家長，並管莊人，參究治罪。第五載凡子孫盜賣祖遺祀產至五十畝者，照投獻擅賣祖墳山地例，發邊遠充軍，不及前數，及盜賣義田，應照盜賣官田律治罪。其盜賣歷久宗祠一間以下杖七十，每三間加一等，罪止杖一百，徒三年以上，知情謀買之人，各與犯人同罪，

戶產收回，給族長收管，賣價入官，不知者不坐。足見墳地、祀產、義田、祭田，在我國法觀史上，亦含有公共共有之意義也。

第三點 釋本條之意義

公共共有，亦係數人共同享有一所有權，與普通共有同，所不同者普通共有，乃數人按其應有部分，對於一物所有權，公共共有，則係數人基於公共關係而共有一物，並無應有部分之可言，公共共有，既係基於公共關係而共有一物，各公共共有人之權利，自應各及於公共共有物之全部。

公共關係，依法律規定或依契約而成，所謂依法律規定者，例如遺產未分割之數繼承人應繼承之遺產，依繼承編第一千一百五十一條定為公共共有，夫妻之財產及所得，合併為共同財產，依親屬編第一千〇三十一條，定為屬於夫妻公共共有是。所謂依契約者，如合夥契約是。祀產祭田墳地祠堂，依我國習慣及歷來判例，亦為公共共有（見第四點各判例），蓋其公共關係，亦係依契約而成也。

第四點 判解

- (1) 祭田共同營業之一人，不得獨自處分，若與第三者締結物權契約，斷不生效，反是與第三者所結之債權契約，自應有效成立（二年上字八號）。
- (2) 盜賣墳地，在民事法上所為之物權契約，當然無效（三年上字一二六五號）。
- (3) 同族設置公產，以供一定用途，應視為公共共有（三年上字一一四四號）。
- (4) 祭田共有之分割，須得共有人全體之同意（三年上字一五六號）。
- (5) 公共墓地，子孫不得以自己名字，私稅新契，擅行典與他人（三年上字一二〇一號）。
- (6) 數人公共繼承，並夥同營業之商店，其所有財產，自應作為公共共有，其營業債務，亦應公共負擔（三年上字五五號同年上字五二三號同旨）。
- (7) 墓田之性質，在現行法上，亦屬公共共有（四年上字一八一六號十八年上字一七二號同旨）。

(8) 團族公同設置之祠堂，原係共有性質（九年以上字七九九號）。

(9) 族人處分祀田，就公同共有性質而言，自以有必要情形，並得族人全體同意為有效（十七年以上字一六九號十八年以上字四七八號同旨）。

一、公同共有物未分割前，其中一人之債權人，不得對於公同共有物，聲請強制執行，而對於共有人共同之權利，得請求執行（二十三年四月十六日院字一〇五四號）。

二、典業公會出資建設之會所，原出資人雖經歇業，如其建設目的或規約，並無特別表示，則該會所應仍歸屬原出資人，現組織之典業同業公會，不得向其保管人，請求騰交（二十五年三月二十日院字一四五一號）。第八百二十八條 公同共有人之權利義務，依其公同關係所由規定之法律或契約定之。

除前項之法律或契約另有規定外，公同共有物之處分，及其他之權利行使，應得公同共有人全體之同意。本條應說明者四點

第一點 本條係規定公同共有人權利義務之準則。其關係條文，為原則七目之二，債編六六九條至六七一條，六七六條，六七七條一項，六七八條二項，親屬編一〇三二條，一〇三三條，繼承編一一五二條，一一五三條。參考條文，為海商法一二九條至一四四條，航空法五三條。參考他國條文，為德民第二編債務關係第七章第十四節七〇五條至七四〇條規定之合夥 *(Gesellschaft)*，法民第三編財產取得方法第九卷合夥契約 *(Du Contrat de Société)*，第一、第二、第三、第四等章一八三二條至一八七二條，日民第三編債權第二章契約第十四節組合六六七條至六八八條。

第二點 立法例

我國祠堂：祭田、合夥等，均為公同共有關係，故不可無公同共有之規定，至公同共有人，非如普通共有人，對於共有物，各有其應有部分，故明定除依其公同關係所由規定之法律或契約，另有規定外，非經公同共有人全體之同意，不得處分公同共有物，或行使其他之權利，以保護公同共有人全體之利益（見原則第七目之

說明)。

第三點 釋本條之意義

公同關係，依法律規定，或依契約而成立，故公同共有人之權利義務，自應依其所由成立之法律規定或契約定之（見第四點判例2），公同共有物之處分，及其他之權利行使，亦應依其公同關係所由成立之法律或契約定之，其法律或契約有另定者，自應依所另定（見第四點判例3、4、9、16、25）。若無另定，即應得公同共有全體之同意（見第四點判例1、5、6、7、10、11、19、21、26、27）。惟所謂同意者，不必在形式上曾表示同意，及行為時曾為意思表示為限，凡明示默示或事前事後所為之意思表示，均得生效。又所謂全體同意者，亦不以各公同共有各自為同意之表示，凡公同共有中之一人或數人，有代表或代理全體之權，或依習慣或先例而可認公同共有中之一人或數人，或有某種關係之人，有代表或代理之權者，其所為之同意表示，或所為之行為，亦可解為全體同意（見第四點判例8、12、13、22、23）。又依習慣或先例，得依開會形式，以多數議決行之者，其多數之議決，亦可與全體同意同視，但應予各公同共有人以與議之機會，始得生效（見第四點判例15、18、24）。

第四點 判解

(1) 祀產係共有性質，其所有權屬於同派之各房，自其維持祖先祭祀之宗旨言之，原期永遠保全，不容擅廢，故凡設定祀產字據內，例有永遠不得典賣等字樣，然查我國慣例，此等祀產，遇有必要情形（例如子孫生計艱難，或因管理而生重大之糾葛），得各房全體同意時，仍得分析典賣，或為其他之處分行爲，此種慣例，並無害於公益，亦不背於強行法規，即律載關於盜賣祀產之規定，意亦僅在禁止盜賣，所謂盜賣者，以無出賣權之人而私擅出賣之謂，如未經各房同意，僅由一房或數房主持出賣，固在盜賣之列，若已經各房全體同意，自不得以盜賣論（四年上字七七一號）。

(2) 數人因法律或契約共同結合，經營某事，因而以某項財產，為其共有者，是為公同共有，非待公同結

合之關係消滅後，各共有人，不得違反他共有人之意思，請求分析，若共有人，均願依法消滅此項公同結合，得以協議分析其共有物，苟協議不諧，得訴求法院判斷（八年上字五四三號）。

(3) 闈族公同設置之祠堂，原係共有性質，於不背族中規約之範圍內，其族人固有使用之權，但其使用若為規約所明禁，自未便任其違反（九年上字七九七號）。

(4) 公同共有之祖塋山地，各共有人能否進葬，應以向來有無進葬事例，或特別規約為斷，與通常處分公同共有物，概須得他共有人同意之情形，原不相同（十五年上字九六三號）。

(5) 族人處分祖遺塋田，除有特定規約或習慣法外，非得族中共有人全體之同意，不得處分（十七年上字一一〇九號）。

(6) 族人處分祀田，就公同共有物性質而言，自以得族人全體同意為有效（十七年上字一七九號）。

(7) 遺產既係公同共有，非經共有人全體表示贈與之意思，自屬不生效力，斷不能僅以共有人之一人贈與行為，遂指為全體共有默認之理（十七年上字二一七號）。

(8) 族人處分祀田，就公同共有物性質而言，自以有必要情形，並得族人全體同意為有效，但依地方習慣，各房房長，得共同代理全體族人以為處分，或各房房長，集眾會議，依多數議決以為處分，或已處分後，經族眾追認其事者，亦應認為有效（十七年上字一六九號）。

(9) 族人處分祖遺祭田，固以得族人全體同意為有效要件，惟依習慣或規約，得依族長房長或董事，或多數議決以為處分者，雖未得族人全體同意，亦應認為有效（十八年上字三四號）。

(10) 公同共有之合夥財產，依法非經全體合夥員之同意，不得處分（十八年上字一六一九號）。

(11) 公同共有物，由共有人中一人處分，未得其他共有人全體之同意，該處分行為，應為無效（十八年上字一九一四號）。

(12) 遺產雖在設定字據內，載有永遠不得典賣等字樣，但遇有必要情形，如得各房全體明示或默示之同

意，亦未始不可爲典賣之處分（十八年上字四七八號）。

(13) 族中處分共有財產，可舉代表爲之（十八年上字二一四四號）。

(14) 公同共有人，未得共有全體同意，雖無擅自處分共有物之權，然一共有人，若係他共有人之家長，事實上確係以家長資格，代表共有全體所爲之法律行爲，則不能概謂爲無效（十八年上字一九六號）。

(15) 合族共有之財產，原則上固須族人全體之同意，方能處分，惟依該處慣例，可由各房房長，或多數族人議決，代爲處分時，亦不能謂爲無效（十八年上字一四七三號）。

(16) 按族人處分祭田，以共有物之常規言之，固當以得族人全體之同意爲有效，惟依地方習慣，或族中特定之規約，各房房長，可代理該房以爲處分者，自亦應認爲有效（十九年上字一八八五號）。

(17) 公同共有物之處分，及其他權利之行使，應得公同共有人全體之同意，非任何一人，可得私擅處分（十九年上字二四一八號）。

(18) 按族人處分祖遺祭田，縱謂依地方習慣，得從多數議決行之，然必要召集全體族衆，予以與議機會（十九年上字一八一三號）。

(19) 民法第八百二十八條第一項規定，公同共有物之權利行使，除依其公同關係所由規定之法律或契約另有規定外，固應得公同共有人全體之同意，惟公同共有人，對於管理共有物之方法，如果事實上不能得全體之同意，致有紛爭時，法院自應就全體共有人之利益，爲之審定，而不必受共有多數意見之拘束（二十一年上字一一五四號）。

(20) 公同共有人，就公同權利爲訴訟者，乃屬固有之必要共有訴訟，應由公同共有人全體，或其利害相同之全體，共同起訴或共同被訴，否則係當事人適格，有所欠缺（二十一年上字二二〇八號互見民訴五六條）。

(21) 祖墳山地，爲子孫之公同共有物，非有必要情形，經派下各房全體同意，不得分割讓與，或爲其他處分行爲（二十一年上字二二九七號）。

(22)所謂合族全體同意，依法固須全體意思一致，但依我國家族情形，如族中習慣，向以族長及各房房長或各柱柱長，為各該支之代表，行之已久，視為當然者，則各代表如已意思一致，即得視為全體同意（二十一年上字一〇九六號）。

(23)各房共有財產之處分，以應得共有人全體之同意為原則，如當事人主張依地方習慣，各房房長理事，得共同代理各房以為處分，或各房房長理事，得集各房族衆會議，依多數決議以為處分時，即應提出相當證據方法，以證明該項習慣之存在（法院亦得依職權調查之），始能認其處分為有效（二十二年上字七九六號）。

(24)共同共有物之處分，依法本應得共同共有人全體之同意，縱令全體同意為事實之所難能，要非另有習慣或特約，可由少數代表全體，或得以多數取決者，不能認為有效（二十二年上字九五—號）。

(25)共同共有物之處分，固應得共同共有人全體之同意，而共同共有人中之一人，已經其他共同共有人，授與處分共同共有物之代理權者，則由其人以共同共有人全體之名義所為之處分行為，仍不能謂為無效（二十三年上字一九一〇號）。

(26)鑿地屬於共同共有性質，非得共同共有人全體同意，不得處分（二十三年上字二一七七號）。

(27)祀田屬於共同共有性質，非經共同共有人全體之同意，不能處分或分析（二十三年上字二六四六號）。

(28)共同共有之關係，雖發生於民法物權編施行前，但依物權編施行法第二條，及民法第八百二十九條規定，公同關係存續中，各公同共有人，不得請求分割其公同共有物（二十八年上字一三五八號）。

一、不動產之公同共有人，若僅存甲乙二人，而甲所在不明，無從取得其同意，則乙就共有物之全部，為共有人全體利益計，對於第三人為回贖之請求，要難謂為當事人不適格（二十五年二月十七日院字一四二五號）。

二、丙就與甲乙共有之房地，私擅設定抵押權，其行為不能有效，如非基於公同關係而共有，則丙難得處

分其應有部分，但不符爲抵押權之標的物（二十五年六月二十五日院字一五一六號）。

三、公同共有之遺產，請求清算，苟非另有約定或慣例，應得全體同意，如僅由一二人自行起訴，即難謂當事人爲適格（二十七年四月十九日院字一七一六號）。

四、屠業公會之公產，並無原出資之特定人者，則公產屬之公會，該會會員，自得基於大會決議，組織公產保管委員會保管之（二十七年五月三日院字一七二三號）。

五、鄉民捐建之積穀倉米，依民法規定，爲法人之登記者，如係鄉民之公同共有物，非公同共有人全體，或係選定之人，不得起訴，如係非法人之財團，則可依產生管理人之方法，選任特別管理人，代表該團體起訴（二十八年九月二十九日院字一九二六號）。

六、墓田墓廬，或墳地以外之合族共有山場，並非民事訴訟法第四十條第三項所謂當事人能力之團體，其共有如係公同共有，依民法第八百二十八條第二項之規定，除定其公同關係之法律或契約另有規定外，固非得公同共有人全體之同意，不得由公同共有人中之一人起訴，惟既常置經營管理，則充任經營之公同共有人，能否單獨起訴，應解釋契約定之（二十八年十二月十六日院字一九五〇號之四）。

七、族人對於祠內之權利，除該祠規約，有特別訂定外，不因拒絕參加修譜而受影響。又關於該族中事務之決議，應依族衆共認之規約或慣例辦理，必依此項規約或慣例所爲之決議，始有拘束族人之效力（二十九年十一月十一日院字二〇七八號之一之二）。

附行政法院判決例

人民對於共有祀產處分問題，有所爭執者，係屬民事範圍，應由普通司法機關辦理（二十六年判字第八號判決）。

第八百二十九條 公同關係存續中，各公同共有人，不得請求分割其公同共有物。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定請求分割公同共有物之限制。其關係條文，爲債編六八二條，六八三條，六八九條二項，六七七條，六九二條，親屬編一〇一二條，一〇三一條，繼承編一一六四條。參考條文，爲一草一〇六三條，一〇六六條，二草八五〇條。

第二點 立法例

本節立法例，係網羅公同共有之原則而爲規定（見第十一解第二點），故在原則上公同共有人，並無應有部分之可言，第一次草案第一千〇六十六條規定各公同共有人，於公同關係尙存在時，不得請求分割公同共有物，或處分其應有部分，與同草案第一千〇六十三條所定，「數人依法律規定或契約公同結合，因而以物爲其所有者，爲公同共有人」之規定，顯相牴觸。第二次草案第八五〇條，已糾正之，本條第四點所列判例，在本編施行前，因誤於第一次草案第一千〇六十六條之規定，故亦有公同關係存續中，不准共有人之一人，處分其應有部分之語（見第四點判例5、6、7）。本編施行後，關於上開判例，似不宜更行援用。惟本編與總則不同，其所規定者，不一定適用於各編，故如合夥之公同共有，雖未明言應有部分，然其所謂股分（債編六八三條，六八九條二項），及分配損益之成數以出資額爲比例（債編六七七條），則儼然應有部分也。夫妻二人之公同共有，則明定其有應有部分（親屬編一〇三一條二項），繼承財產未分割前，雖爲公同共有，然得隨時請求分割（繼承編一一六四條），與普通共有同（本編八二三條），皆爲本編公同共有之例外也。

本編公同共有物之分割，僅有廢止有關係之意義，並非請求其他共有人互易其應有部分，或依一定之方法而爲分割，其與八二三條普通共有不同之點，即在乎此，然按之合夥人全體同意解散（債編六九二條），夫妻廢止財產契約（親屬編一〇一二條），及前條第二項之規定，用論理解釋，則以公同共有人之全體同意，廢止共有關係者，亦無背於立法之精神也。

第三點 釋本條之意義

公同共有，乃基於公同關係而共有一物，在公同關係存續中，公同共有人，在原則上不得請求分割其公同

共有物，已如上述。故如墓地祀產祠堂，為族人之共同共有，其共同關係存續中，原不得分割，惟此共同關係，其存續期間較長，在共同關係存續中，儘有因必要情形，不分割共同共有物，而於共同共有人，轉形不便者，例如子孫生計困難，或因管理而生重大之糾葛，非分割共同共有物，無以維持其生計，或同族之和平是。我國習慣，於有此情形時，倘得共同共有人全體之同意，可分割共同共有物，前大理院本此習慣，著有判例，此項判例，無害公益，且有利於社會經濟，可資援用（見第四點判例1、2、3）。

第四點 判例

(1) 祀產在現行法上，雖以不可分為原則，然遇有必要情形（例如子孫生計困難，或因管理而生重大之糾葛），並得各房全體之同意時，仍准分析，此項必要情形，如已顯然存在，各房中仍有意圖自利，故不表示同意者，法院依其他房分之請求，亦得准其分析（四年上字一八四九號）。

(2) 闔族公同設置之祠堂，原則上固不許請求分析，惟族中如有特別原因，積不相能，終難維持共同關係者，法院依當事人請求，得許分析祠產，自行建設（四年上字二三八號）。

(3) 同族為供祭祀或其他一定用途所設置之公產，原則上自非合族同意，不能分析，但有特別情形，例如族人因公產之管理使用，屢生爭執，致不能完全達其設置之目的時，則為維持同族之和平起見，法院自可依當事人之請求，准予分析（五年上字四二〇號）。

(4) 墓地為公同共有性質，非遇有必要情形，經派下各房全體同意，或有確定判決後，不准分析讓與，或為其他處分行為，違者其處分行為無效（十八年上字一七二號）。

(5) 族人對於祀產，其性質係公同共有，非分別共有，若非經分析以後（即尚在共同關係存續中），原不准共有入之一人，處分其應有之部分（十八年上字四七八號同年上字二九〇七號同旨）。

(6) 分別共有物，雖得由分別共有人，自由處分其應有之部分，而公同共有，則在共同關係存續中，原不准共有入中之一人，處分其應有之部分（十九年上字二三四號）。

第八百三十條 公共共有之關係，自公共關係終止，或因公共共有物之讓與而消滅。

公共共有物之分割方法，除法律另有規定外，應依關於共有物分割之規定。

本條應說明者二點

第一點 本條係規定公共共有之消滅。其關係條文，爲本編八二四條，債編六九七條至六九九條，親屬編一〇四〇條，繼承編一一三八條至一一四四條。

第二點 釋本條之意義

公共共有，乃基於公共關係而共有一物，公共關係終止，或公共共有物讓與，公共共有之關係，自應隨之而消滅也。公共共有之關係消滅後，公共共有物之分割方法，法律另有規定者，應依法律之所定，例如合夥解散後之合夥財產，應依債編第六百九十七條，六百九十八條，六百九十九條規定分割之。夫妻之共同財產關係消滅後之共同財產，應依親屬編第一千〇四十條規定分割之。公共共有之遺產，應依繼承編所定之應繼人順序及應繼分割之。未有法律規定者，應依共有物分割之規定，即依共有人協議之方法行之，協議不諧，任何公共共有人，均得聲請法院，爲之分割，由法院斟酌公共共有物之性質及價格，與各公共共有人之利害關係，或以原物分配於各公共共有人，或變賣公共共有物，以其價金而爲分配。公共共有之關係，因公共共有物之讓與而消滅者，其因讓與所得之利益，亦依上述方法分割之（參照民法八二四條）。

第八百三十一條 本節規定，於所有權以外之財產權，由數人共有，或公共共有者準用之。

本條應說明者三點

第一點 本條係關於準共有之規定。其關係條文，爲債編二七一條，二九二條，本編八三二條，八四二條，八五一條，八六〇條，八八四條，九〇〇條，九一一條，九二八條。參考條文，爲漁業法一三條，礦業法一二條，土地法一九七條，專利法四七條，四八條，一一〇條，一二九條，商業登記法九條，一七條至二五條，商標法一六條至一八條。參考他國條文，爲德民七四一條，日民二六四條。

第二點 立法例

數人共占有，亦所有權以外之權利，是否可準用本節共有之規定，欲解決此問題，當先研究占有之性質，在以占有爲事實關係者，則不受本條之拘束，本編之立法例是（參照本編九四〇條至九六六條）。在以占有爲權利關係者，則占有權亦一財產權，數人共占有時，當然準用共有之規定，日本之立法例（參照舊民一八〇條至二〇五條）及學說（參照川名兼四郎博士物權法要論一三四頁）是。

第三點 釋本條之意義

其一 何謂所有權以外之財產權

所有權以外之財產權（參照七七二條第三點其一），指所有權以外之物權（參照七六三條說明），即地上權、永佃權、地役權、抵押權、質權、典權、留置權（占有爲事實而非權利）、債權，準物權之漁業權、礦業權、耕作權，無形財產權之專利權，專用權，著作權等是（參照拙著總則緒論第九解第二點「寅」及本編緒論第六解第三點）。

其二 準用之範圍

共有者，一所有權而屬於數人之狀態也。所有權以外之權利，似不得稱爲共有，然所有權以外之權利，分屬於數人者，亦爲事實上所恆有，例如債權，所有權以外之物權，準物權，無形財產權等是。本條於此等情形之共有，無論共有或公同共有，均準用本節八一七條至八三〇條之規定。但此亦以所有權以外財產權爲限，至財產權以外之權利，則不得準用之，例如人格權，身分權是。

其三 法律無特別規定

準用與適用不同，準用以法律無特別規定時爲限，非一概可以準用，故所有權以外之財產權，在法律有特別規定者，亦不受本編共有規定之準用，例如債權所有權以外之財產權也，在可分給付之共有，則有債編第二七一條之規定，在不可分給付之共有，則有債編第二九二條之規定，他如漁業法一三條，專利法四七條，四八

條（發明），一一〇條（新型），一二九條（新式樣），著作權法五條，均有關於共有之規定。礦業法一二條，礦業權視為物權，準用關於不動產諸法律之規定。土地法一九七條，耕作權視為物權，準用民法關於永佃權各條之規定，無關於共有之專條。關於專用權之商標商標，在商業登記法商標法，亦未規定共有，按日本民法二六四條但書「有法令另有規定者，不在此限」，本條無之，其理由蓋以所有權以外之財產權，如上所述有關於共有之規定者，亦有無此規定者，其有規定者，又有詳略之不同，故予法官在實用時以自由裁量之權也。

本章實用問題

第一節 通則

一、處分官產之行政公署，誤認趙甲所有之土地為官產，讓與與人，趙甲以行政公署之處分無效為原因，應向上級官署訴願，請求撤銷，即向法院提起確認所有權存在之訴。

二、趙甲將西麓之地一段，永遠租與錢乙，作為租地，其後趙甲將西麓之地，賣與孫丙，乙對丙是否可以主張其墳墓所有權？

三、趙甲將古人遺骸，遷葬承祀，錢乙平除之，甲可以提起所有權回復之訴否？

四、趙甲私藏鴉片，錢乙竊取，乙是否構成竊盜罪？

五、第七六六條所稱之成分與華息，有何區別？所稱除法律另有規定，究指何條規定？

六、第七六七條之規定，於占有被侵奪或妨礙者，是否包括在內？

七、錢乙於民國九年一月一日，占有趙甲未經登記之西麓田五畝，並不知有物主自為耕種，無人過問，十年間並未開闢，至民國十九年五月五日，請求登記為所有人，應否准許？

八、錢乙於民國九年一月一日，占有趙甲未經登記之西麓田五畝，明知為趙甲所有，自為耕種，無人過問，二十年間，並未開闢，至民國十九年五月五日，請求登記為所有人，應否准許？

九、錢乙於民國二十三年一月，占有趙甲未經登記之西麓田五畝（具備和平繼續並善意無過失之條件），三十三年一月，趙甲以取得時

放棄已完，而消滅時效尚未完成，請求返還，錢乙是否可以拒絕，並請求登記為所有人？

十、錢乙於民國十七年一月，占有趙甲未經登記之西麓田五畝（僅具和平繼續兩條件），三十三年一月，趙甲以消滅時效，業已完，而取得時效，尚未完成，請求返還，錢乙是否可以拒絕，並請求登記為所有人？

十一、取得時效，以占有他人未登記之不動產為要件，在今日未施行登記之區域甚廣，究以何者認為與登記有同等之效力？

十二、鄉民開墾久淤成畝之湖基，且具鄉民法第七六九條或第七七〇條之占有要件，可否請求登記為所有人？

十三、錢乙於民國二十三年一月，占有趙甲西麓田五畝，二十八年一月被孫丙奪去，同年十二月錢乙向孫丙提起回復之訴（應依民法第七六七條抑或第九六二條）？二十九年十二月確定判決，予以返還，於此情形，錢乙取得時效，是否中斷？其起訴至確定判決之日為止之二年期間，於計算取得時效，有無影響？

十四、趙甲於民國十八年一月，向錢乙借款萬元，以其西麓地五畝為擔保，五年為期，約明期滿不贖，即以作絕贖，但錢乙在事實上已占有該地五畝，於二十二年十二月期滿後，自始即為善意無過失，和平繼續占有，至三十三年十月，錢乙請求登記為所有人，應否准許？

十五、何處所有權以外之財產權，其因時效而取得者，準用動產之規定乎？抑準用不動產之規定乎？

第二節 不動產所有權

十六、沿河淤漲之沙洲地畝，能否因子母相生，由母地取得子地之所有權？

十七、私有岸地被沖沒者，對岸地所有人，可否請求補授？

十八、沙洲淤地，未經人民依法取得所有權者，得因先占而取得否？

十九、礦產探掘對國有主義？抑探掘對國有主義？

二十、左列情形，何者可由行政官署處斷？何者不由其處斷？

(1) 公共水利所生爭執。

(2) 交通事業所生之爭執。

(3) 高地或低地所有人因水流所生之爭執。

(4) 屬於公共團體所得使用之公水所生之爭執。

(5) 人民以特定之事業使用江河及其他公水者限制其使用之辦法。

二十一、私有湖澤所產蓮蓬魚類，得任他人援民法第七九〇條第二款之規定採取否？

二十二、新築越界地之界，隣地所有人不知悉時，於竣工後，得請求其移去或變更否？

二十三、通行權與通行地役之區別及其實用。

二十四、區分所有與互有共有之區別及其實用。

第三節 動產所有權

二十五、趙甲在拍賣行或公共市場，以善意買得錢乙被竊或遺失之物，錢乙對於趙甲，可行使追及權否？

二十六、廢銅廢瓦之石料，可由先占人取得所有權否？

二十七、遺失物，埋藏物，與拾得物包藏物之區別及實用。

二十八、商標價值時查獲之遺失物，得認爲拾得入否？

二十九、銀行存摺遺失，可否投用公示催告程序以求救濟？

三十、錢乙有牛皮一張價值五千元，趙甲加工製成皮箱，反只值二千五百元，因裝飾又附合自己之銅器，亦僅值五百元，合計值三千三百元，或錢乙有木料價值二萬元，趙甲加工製成鏡匣，值二萬五千元，因裝飾又附合自己之象牙值五千元，合計值五萬元。以上兩種情形，其取得所有權，依加工之規定，歸於趙甲？抑依附合之規定，歸趙甲錢乙共有？或專歸錢乙所有？試依法理以判斷之。

三十一、民法第八一五條因添附而消滅動產所有權者，第三人之其他權利，是否亦同歸消滅？試依法理以解釋之。

第四節 共有

三十二、共有與公有之區別及實用。又在物權編以外，公同共有，是否尚有應有應得部分之可言？

三十三、男女聯合之財產，可否推定其爲共有？

三十四、共有財產，未經共有人之同意，擅自處分，其物權契約失效時，相對人應用如何方法以求救濟？

三十五、債權人就債務人與入共有之物，能否聲請扣押？

三十六、本於所有權之請求權（即民法第七六七條所規定之物權之請求權），是否可由各共有人單獨起訴？如可單獨起訴，則返還共有物之判決，應向共有全體爲之，抑僅向起訴者爲之？

三十七、債權之請求權，應以金錢賠償損害時，其請求權，爲可分債權者，各共有人是否得按其應有部分，請求賠償，而單獨起訴？應以回復原狀之方法，賠償損害時，而其給付不可分者，各共有人，是否得爲共有全體請求向其全體爲給付，而單獨起訴？

三十八、共有入中之一人，起其應有部分，而行使所有權時，他共有人可否對之行使物權的或債權的請求權，而單獨提起以此項請求權爲標的之訴？

三十九、共有物分割之請求，爲請求權抑爲形成權？其分割之訴，爲給付之訴抑爲形成之訴？

四十、共有物分割之效力，應溯及於共有成立之時（認定主義）？抑應以分割時之狀態爲準，而不溯及既往（付與主義）？

四十一、公同共有之關係，發生於十九年五月五日以前者，在物權編施行後，各公同共有入，在公同關係存續中，是否可以請求分割？

四十二、公同共有之祖產山地，各共有人能否過葬？

四十三、族人處分祖產祭田或祀產或祖產山地，祖產祭田，是否應得族中共有人全體之同意？

四十四、族長各房房長或各柱柱長，召集會議，共同議決處分之祀產或祭田，未得族人全體之同意，其處分是否有效？

四十五、公同共有入，授與其中一人以處分公同共有物之代理權者，代理人所爲之處分，是否有效？

四十六、公同共有入，就公同共有權利爲訴訟者，如非由公同共有入全體或其利害相同之全體，共同起訴或共同被訴者，當事人是否適

格：若不動產之共同共有，僅存甲乙二人，甲所在不明，無從取得同意，乙就共有物全部，為全體利益計，可否對於第三人為回贖之請求？

四十七、所有權以外之財產權，其單行法規，若有共有之規定，若有無共有之規定，是否不問其有無規定，一律適用民法共有或公同共有？抑或僅就其無規定者而準用之？

第三章 地上權

第十三解 本章之總說明

本章應說明者三點

第一點 本章之內容

壹、地上權之意義（八三二）。貳、地上權人之相隣關係（八三三）。參、地上權未定存續期限之拋棄（八三四）。肆、地上權人拋棄權利應盡之義務（八三五）。伍、地上權人因欠租而被撤銷（八三六）。陸、地上權人繳納租金之義務（八三七）。柒、地上權之讓與及其限制（八三八）。捌、地上權人之取回義務及地主之出價購買爲地上權消滅效果之一（八三九）。玖、地主對建築物補償之原則及例外爲地上權消滅效果之二（八四〇）。拾、地上權消滅原因之消極規定（八四一）。

第二點 與租賃權永佃權之差異

甲 與租賃權之差異

一、地上爲物權，租賃權爲債權，故地上權人得直接使用其土地，而承租人對於出租人，僅有請求使用其土地之債權。

二、地上權之得喪變更，由於法律行爲者，非登記不生效力，而不動產租賃權，則以出租人之交付租賃物爲對抗第三人之條件（債編四二五條），但不動產登記條例第六條，則以登記爲對抗第三人之要件。

三、設定或讓與地上權之契約，須立書據，始生效力，而不動產租賃書據，僅關係於存續期間之效力（債編四二二條）。

四、地上權之存續期間，法律上無特別之限制，而租賃權，則不得逾二十年（債編四四九條）。

五、地上權在物權中，爲主物權，故得獨立處分，而租賃權，則承租人若無出租人之承諾，不得將租賃物轉租他人（債編四四三條）。

六、出租人關於租賃物之應納稅捐及修繕，應負擔之（債編四二七條，四二九條），而土地所有人對地上權人，則無此義務。

七、地上權人關於相隣關係，與土地所有人有同一之權利義務，而租賃權則不然。

八、地上權人縱因不可抗力，妨礙其土地之使用，不得請求免除或減少租金。承租人對於耕作地因不可抗力，致其收益減少或全無者，得請求減少或免除租金（債編四五七條）。

九、地上權之設定，以有償（德 *Ingeltliche* 英 *Consideration*）爲通則，然亦有無償（德 *Unentgeltlich* 英 *Nonconsideration*）設定者，有償設定，地上權人，有一時支付其對價者，有定期支付其地租者，其定期支付之地租，有償權之性質，與租賃相似，故關於定期支付地租，本章無規定者，應解爲可以準用債編租賃之規定。

乙、與永佃權之異同

一、地上權以所有建築物工作物或竹木爲目的，而永佃權則以耕作牧畜爲目的。

二、地上權有無償有償（一時付及定期付）之別，惟有償定期付，地上權人對於土地所有人繼續負其義務，而永佃權以對於地主交納佃租爲成立之要件，無無償者。

三、爲所有權以外之物權（即他物權），在他人土地上使用收益（即用益物權），與得獨立處分（即主物權）之點，則二者有同一性。

四、地上權之成立，通常皆以法律行爲設定之，此行爲稱曰設定行爲（德 *Bestellungs akt* 英 *setting Act*），凡他物權成立，皆稱設定行爲云。設定行爲，不外二種方法，曰契約，曰遺囑，通常以契約設定者爲最

多（本編七五八條）。又他物權有繼承性，本編雖無直接明文，然從七五九條之規定觀之，可解爲當然有繼承性。

丙 與永租權之差異

外國人不能有土地所有權，內地外國教會租用土地房屋暫行章程第二條載「本暫行章程施行前，外國教會
在內地已占用之土地及房屋，應向該管官署，補行呈報，倘其土地係絕賣者，以永租權論。」是永租權之名稱，唯對於外國人用之，乃一種獨特之物權而爲本編七五七條之例外。

第十四解 本章之逐條說明

第八百三十二條 稱地上權者，謂以在他人土地上，有建築物或其他工作物或竹木爲目的而使用其土地之權。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定地上權之意義。其關係條文，爲總則編七〇條，本編七五八條，七六〇條，八三一
條。參考條文，爲土地法一一六條，及其施行法三〇條，森林法二條，建築法一條，一〇條，一一條，一七
條，一九條至二六條，民訴法一〇條，民訴費用法四條，公證法四條二款，公證費用法六條，民訴補充條例一
一條，財產租賃出賣所得稅法五條。參考他國條文，爲德民一〇一二條，及其一九一九年新地上權法，奧民二
四七條，一一四八條，一一五〇條，法民五五三條，日民二六五條，瑞民七七九條。

第二點 立法例

地上權（拉丁 Superficies 德 Erbbaurecht, Baurecht 法 droit de superficie）爲使用土地之權，抑爲於
他人土地上有附着物所有權之權，各國立法例不一，歐洲各國，多本於羅馬法之觀念，視土地之上附着物，爲
土地之構成部分，故釋明地上權之性質，着眼於土地上附着物之所有權，而認地上權爲在他人土地上有附着物、
所有權之權，其因在他人土地上有附着物所有權而使用他人之土地，則認爲間接之效果。德國新地上權法十二

條，即明定基於地上權所建設之工作物，爲地上權之構成部分。我國無認土地上附着物爲土地構成部分之習慣，故釋明地上權之性質，着眼於土地之使用。

使用他人之土地，以何者爲目的，始稱之爲地上權，各國立法例，亦不一致：

甲 德國民法一千〇十二條之規定曰：受負擔之利益者，得將地面上下之工作物之權利，讓與或繼承，並享有土地之工作物。索遜地方法亦然，惟現代地上權，於工作物外，主張有植物之權利者不少，則此說未免過狹。

乙 奧國民法，於地上權無專條之規定，另以特別法發布之（Baurechtsgesetz vom 26 April 1912, Krautz, system des allgemeinen privatrechts I § 266），分土地所有權，爲屬於地上權人之部分，與屬於地面所有人之部分（奧民二四七條，一一四八條，一一五〇條），此蓋源於羅馬註釋法學派，分割土地所有權爲上部所有權一稱直接所有權（Obererwerb, dominium directum），下部所有權一稱間接所有權（Untererwerb, dominium utile），而以地上權人爲上部所有權之觀念，實反於所有權不可分之原則，自德國學者齊波攻擊此說以來，頓失其價值云。

丙 法國民法五百五十三條之規定曰：於地上及地中一切之營造栽植及工事，非有反證，則視爲所有人以其自己之費用爲之而爲其所有，但他人於其建造物之地下，或其建造物之一部，因時效而取得時，不在此限。依此條文觀之，隱示地上權爲關於建築物（construction）竹木（Plantation）工事（Ouvrages）之所有權，日舊民法採用之，日新民法改建築物爲工作物（日民二六五條）。

丁 普國地方法，及比利時民法草案，以地上權人於他人土地之上，有建築物及樹木，得有如所有人自由處分之權，果從此說，則所有地窖及其他建築物以外工作物之權利，不包含於地上權也可知。然現代法律及判例，建築物外之工作物，以認爲地上權爲適當，則其說之不當也明矣。至瑞士民法，雖認 Baurecht，然不以之爲地上權，而認爲 Dienstbarkeit 之一種（瑞民七七九條），亦與現代多數立法例不合。

第三點 釋本條之意義

地上權者，以所有工作物或竹木爲目的而使用他人土地之物權也。

本條斟酌我國習慣，及社會經濟狀況，定明以工作物及竹木爲限，所謂工作物者，指廣義之工作物，包含建築物在內，故本條所稱建築物，或其他工作物，與第八百四十條所稱地上權人之工作物爲建築物者，互相對照。地上權爲使用土地之權，故稱地上權者，但須有在他人土地上有工作物或竹木之目的，即可成立，不必同時有工作物或竹木存在，其有工作物或竹木存在時，亦不必土地全部，均有工作物或竹木，其無工作物或竹木之部分，自亦爲其權利所及之範圍。

在他人土地上，有工作物或竹木而使用其土地，是否即可稱之爲地上權，尚須視當事人之契約內容而爲認定，倘其契約，僅爲租賃關係，則僅發生債之效力，應適用債編租賃之規定（見第四點解釋）。至土地所有人，若有更換，在土地上權人本於物權之效力，其地上權固仍存在，不受影響（見第四點判例），而僅爲租賃關係者，於民法債編施行後，依債編第四百二十五條，債編施行法第十三條之規定，於租賃物交付後，其租賃契約，亦得繼續存在。

第四點 判解

(1) 土地所有人，爲他人設定使用其土地建造房屋之權利者，是爲地上權，地上權爲物權之一種，與債權法上所謂土地之租賃，其性質各不相同，即彼此不容混視（五年上字一二一一號）。

(2) 約內雖有借地不拆房之限制，而修蓋多寡，則純屬地上權人之自由，故修後如經自然倒塌者，是否重修，原非地主所得干涉，即無請求賠償之可言（七年上字一四六五號）。

(3) 地上權得對抗後買該地之買主，不容後之買主，加以限制（八年上字八三八號）。

(4) 地上權爲物權之一種，依法得以對抗第三人，無論業主更換何人，當然得以存在，不受影響（十八年上字六五一號）。

(5) 稱地上權者，謂以在他人土地上有建築物，或其他工作物或竹木爲目的而使用其土地之權，固爲民法第八百三十二條所明定，但承租他人之土地建築房屋之租賃權，亦係在他人土地上，有建築物而使用其土地之權，故在他人土地上有建築物而使用其土地之權，究爲地上權，抑爲租賃權，應觀察地上權與租賃權在法律上種種不同之點，解釋當事人之意思，予以判定，不得僅以在他人土地上有建築物之一端，遂認爲地上權（二十年滬上字一〇一號）。

一、茶桑雖係木本植物，惟依民法第八百三十二條之規定，僅以在他人土地上有竹木而使用他人之土地爲目的者，始稱爲地上權，若其目的在於定期收穫，而施人工於他人之土地以栽培植物，則爲耕作，其支付佃租而以永久爲目的者，依民法第八百四十二條第一項之規定，稱爲永佃權，若當事人間，定有期限，則依該條第二項之規定，視爲租賃，適用關於租賃之規定（二十一年六月七日院字七三八號互見八四二條）。

二、在他人土地上建築房屋，其所生法律上之效果，當視契約之內容，分別認定，如爲不定期之租賃關係，在所有人自可隨時終止契約，若該地有利於承租人之習慣，固可繼續租賃，但依民法第四百四十九條之規定，其繼續租期，亦不得於民法施行後，更逾二十年，至建築房屋存在與否，祇爲解約時應否償還有益費用之問題，與租賃期間無涉，惟在存續期間之內，若因經濟狀況發達，所有人得以請求增加地租，自不待言，如爲地上權，則其撤銷原因，以有民法第八百三十六條之情形爲限，不因工作物之滅失而消滅，但地上權人，亦不得藉口該地習慣，對於使用之土地而主張所有（二十一年八月七日院字五三六號）。

三、第三人對於執行標的物，有地上權等物權，如已登記，無論在執行中執行後，均可追及行使權利，否則應提起確認之訴（二十六年五月十四日院字一六七〇號）。

第八百三十三條 第七百七十四條至七百九十八條之規定，於地上權人間，或地上權人與土地所有人間準用之。

本條應說明者二點

第一點 本條係規定地上權人間，或地上權人與土地所有人間之相隣關係，互見八五〇條，九一四條。

第二點 釋本條之意義

第一次草案，第二次草案，關於地上權人，有準用得行使本於土地所有權請求權（即回復請求權保全請求權）之規定（一草一〇七三條，二草八五四條），本編七七二條，既無準用七六七條之明文，當然依九六〇條，九六一條，九六二條，保護占有之規定而為救濟，坊間各本，仍沿舊說，與現行民法不符，但為需役地所有權之從權利之地役權，不在此限（本編八五八條）。

普通共有或公同共有地上權者，準用本編第四節八百一十七條至八百三十條之規定（本編八三一條）。第八百三十四條 地上權未定期限者，地上權人得隨時拋棄其權利，但另有習慣者，不在此限。

前項拋棄，應向土地所有人以意思表示為之。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定地上權未定期限之拋棄。其關係條文，為本編七六四條，總則八六條至九八條。參考條文，為土地法施行法五三條，五五條，五六條，一草一〇七六條，二草八五六條。參考他國條文，為日民二六八條。

第二點 立法例

地上權之存續期間，應否設最長期之限制，各國立法例不一，十九世紀以前，歐洲學者，因着眼於土地上附着物之所有權，故多認地上權之存續期間，為無限制。現代學者，則多認地上權為所有權以外之物權，係在他人之所有權上，行使其權利，應加以相當限制，比利時法，因此有以五十年為最長期之限度之規定（一八二四年一月十日法律），英國通常為九十九年，雖有短於九十九年者，然亦有極長期者。

第三點 釋本條之意義

本編不認地上權有過久之性質，而亦未嘗設最長期之限制，故地上權人及土地所有人，無論約定如何長久

之年月，亦可有效，惟就立法上之利害而論，地上權爲強有力之他物權，當其存續時，土地所有人，因不能自行利用土地，必不肯投巨額之資本以謀改良，而地上權人，亦往往注重目前利益，而不欲爲永久之計劃，故存續期間，如失之過長，其結果適足以妨礙土地之改良，本編不定最長期之限制，亦爲缺點。因此存續期間，可由當事人任意定之，若依當事人意思或地方習慣，應認爲永久存續者，自爲有效（見第四點解釋）。

權利人本得隨時拋棄其權利，地上權人於未定期限之地上權，自亦得隨時拋棄之，惟各地方若另有習慣，則此項習慣，原不害於地方公益，地上權人應從其習慣，至拋棄之意思，應向土地所有人以意思表示爲之。

未定期限間之地上權，二章八五六條一項，法院因當事人起訴，於十年以上五十年以下之範圍內，酌量其建築物工作物或竹木之情形，及利用狀況定存續期間（參照第四點判例1、3）。第二項前項期間，自權定判決宣示之時起算，較日民二六八條二項之規定，實爲進步，因日民關於期間之起算，法無明文，有謂從設定時起算者（富井、梅謙、橫田、末弘），亦有反對者（中島），二章第二項，特以明文規定之，以省爭論，適用時可資參照。

第四點 判解

(1) 法院對於地上權之設定行爲，並未定期間者，爲定存續期間，應就工作物之種類及一切情形，予以酌量（四年上字第一五二七號）。

(2) 地上權之存續期間，現行法上，並無最長期之限制，故當事人間以合意設定永久存續之契約，亦非無效（四年上字九〇〇號）。

(3) 關於地上權之存續期間，在現行法上，尙無明文規定，若該地亦無關於此項事實之習慣法則，則本院以爲地上權之存續期間，以其權利自身之性質定之，其期間決不宜過促，故於此酌定相當之期間，在以建造房屋爲目的設定地上權者，則推當事人設定之意思，自應以設定之字據成立時，預計建造房屋得以利用之時期以

爲標準，例如當事人於設定地上權時，預定爲建築磚瓦房屋，則預計得以利用之時期長，即存續期間亦應長，反是若預定建築草房或土房，則預計得以利用之時期短，則存續期間亦應短，執此以定地上權存續之時期，適合於當事人設定時之意思（五年上字一二一一號）。

地上權本不因工作物之滅失而消滅，不定期間之地上權，該地方確有永久存續之習慣，自得從其習慣（十八年二月二十六日院字一五號）。

第八百三十五條 有支付地租之訂定者，其地上權人，拋棄權利時，應於一年前通知土地所有人，或支付未到支付期之一年分地租。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定地上權人拋棄權利應盡之義務。其關係條文，爲本編七六四條，八四九條。參考條文，爲財產租賃出賣所得稅法五條。

第二點 立法例

地上權之地租，是否爲獨立之債務，各國立法例，亦不一致，甲說，地租爲物上負擔，當然與地上權有不可分之關係，故欲讓與地上權者，其地租即隨之而移轉（S. Demburg Pand § 259, Windscheid, Pand. §. 220 N. 3 § 223），如奧民法是。乙說，地租債務，非當然追隨於地上權，惟欲與地上權結合者，須特以地上權人爲物權人，所有權人爲債權人，而爲設定物上負擔（Real lasten）之登記（Plandk. Vormerkung z. § 1012 N. 7, Biermann z. 1012 N. 1. §. 220 Glöcke D. P. R. II 141. N. 8），如德民法是。丙說，以地租與地上權之設定，截然兩事。當事人一面爲地上權設定之物權行爲（Conveyance），一面即爲地租支付之債權契約（Contract），地上權人，不得所有權人之同意，雖得讓與（Assignment）及租賃（Underlease），然地租債務，非當然隨地上權以爲轉移，故所有權人之請付地租，仍唯原地上權人是問，英國普通法原則上採用之，惟此原則，甚妨礙地上權之處分，故實際上常記載地租債務，本人及受讓人均受拘束之旨於地上權設定證書，且

附以 (Covenant which run with the land, Covenant attached to land) 之約款者甚多。要而言之，甲說地上權與地租債務，當然結合，乙說丙說，以二者分離為原則，但得以當事人之意思而結合之。

第三點 釋本條之意義

本條之解釋，於甲乙丙三說中，應取何說，學說不一，但本編第八百四十九條於永佃權人讓與權利於第三人時，有前永佃權人，對於土地所有所欠之租額，由該第三人負責還之責之規定，第八百三十八條，於地上權人讓與權利於他人時，無此規定，兩相比較，關於地上權之地租，似應認為獨立之債務，不隨地上權而移轉，若契約另有訂定，或另有習慣，自應從其契約或習慣。

權利人拋棄其權利，不得害及他人之利益，地上權雖不以支付地租為成立要件，當事人間，若合意約定支付地租，自為法之所許，故地上權有支付地租及不支付地租二者。訂定支付地租之地上權，則地上權人拋棄其權利，自不得害及土地所有人之利益，應予土地所有人以可得顯全其利益之機會，本條酌定一年之期間，使土地所有人於此期間內，得另籌利用其土地之方法，不至突然喪失其權利。然權利人既自甘拋棄其權利，亦不得因此而使權利人過受其拘束，故於地上權人，非欲即時拋棄其權利時，可於一年前通知土地所有人，若欲即時拋棄其權利，可支付未到支付期之一年分地租，使兩方均不因之而受損失。

設定地上權一次付給租金者，依財產租賃出賣所得稅法第五條其課稅準用關於財產出賣之規定。

第八百三十六條 地上權人，積欠地租達二年之總額者，除另有習慣外，土地所有人，得撤銷其地上權。

前項撤銷，應向地上權人，以意思表示為之。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定地上權人因欠租而被撤銷。其關係條文，為總則八六條至九八條，債編四四條，本編八四六條，八六四條，八七六條。參考他國條文，為日民二六六條，二七六條。

第二點 立法例

此撤銷權爲形成權，非請求權，以一方之意思表示而成立，不以相對人之承諾爲必要。唯旧民法之立法例，認爲請求權，定爲土地所有人，得爲消滅之請求（旧民法二六六條準用二七六條），易起爭執，不如本條第二項之妥善。

第三點 釋本條之意義

地租非地上權成立之要件，地上權人，怠付地租，得否爲撤銷地上權之原因，學說不一，惟有訂定支付地租之地上權，則當事人間，既以地租爲地上權之報酬，若地上權人，怠付地租，應許土地所有人，得撤銷地上權，方合當事人之意思。惟地上權人，於地上權成立後，在土地上定有相當之經營，其意於交付地租，或有因一時之不得已事故者，苟一經怠付，即許土地所有人得撤銷之，於地上權人，既多不利，且害及社會之經濟。本條爲調和地上權人及土地所有人兩方之利益計，故於另有習慣外，定明積欠地租達二年之總額者，土地所有人，得撤銷其地上權。至撤銷之意思，但向地上權人表示之爲已足。

第四點 判例

地上權於有民法第八百三十六條所定情形時，土地所有人，雖得撤銷之，而其設定地上權之物權契約，要無請求解除之可言（二十一年上字四七六號）。

第八百三十七條 地上權人，縱因不可抗力，妨礙其土地之使用，不得請求免除或減少租金。

本條應說明者二點

第一點 本條係規定地上權人繳納租金之義務。其關係條文，爲本編八四四條，八六四條，八七六條，債編四四二條。

第二點 釋本條之意義

地上權爲他物權之王，土地所有人，對於地上權人，不負使其常得完全使用土地之義務，其有訂定支付地租者，其所訂定之地租，乃設定地上權之報酬，非使用土地之代價，故地上權設定後，因不可抗力，妨礙土地

之使用，地上權人，不得為免除或減少租金之請求。

第八百三十八條 地上權人，得將其權利讓與他人。但契約另有訂定或另有習慣者，不在此限。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定地上權之讓與及其限制。其關係條文，為本編八四三條，八五三條，八七〇條，八九一條，九一七條，債編四四三條，四四四條。

第二點 釋本條之意義

地上權為主物權，且無專屬性質，故地上權人，得將其權利讓與他人，其讓與自應在其權利存續中，且在其權利範圍之內，惟當事人間，若另有不得讓與之訂定，或另有習慣，則應從其約定或習慣。

第三點 判例

(1) 地上權人，於其權利存在之期中，非有特別約定，自無禁止其將地上權讓與第三人之理（五年上字一二二一號）。

(2) 地上權人雖得為地上權之讓與，而該地基之土地所有權，則決非地上權人所得處分，且所讓與之地上權，亦祇於地上權之存續期間限度內，得為有效之移轉，而於地上權存續期滿後，該地上權仍應依法消滅（同上）。

第八百三十九條 地上權消滅時，地上權人得取回其工作物及竹木，但應回復土地原狀。

前項情形，土地所有人，以時價購買其工作物或竹木者，地上權人不得拒絕。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定地上權人之取回義務及地主之出價購買，為地上權消滅效果之一。其關係條文，為本編八一條，八四八條，債編四一三條。參考他國條文，為日民二六九條一項但書。

第二點 立法例

德國立法例，關於地上權人不得拒絕之規定，以地上權人無正當理由時爲限，例如日民二六九條一項但書。我第一次第二次草案亦然。本條第二項，無此規定，則地上權人雖有正當理由，自亦不得拒絕。又本條第二項之規定，有解爲土地所有人之先買權者，似未盡當，所謂先買權者，必於所有人有出賣之意思時，始有權先買，本條二項，則不問地上權人有無出賣之意思，但土地所有人，欲以時價購買，地上權人，即不得拒絕。

第三點 釋本條之意義

地上權人於地上權消滅時，取回土地之上工作物及竹木，乃地上權人之義務，非地上權人之權利，與回復土地原狀之爲地上權人義務者同。蓋地上權人，因以在他入土地上有工作物或竹木爲目的而使用他人之土地，則地上權既已消滅，自不得更使用他人之土地，即不得更將其所有物放置於他人之土地，其取回云者，自係義務之性質。就工作物言，凡在土地上地下之工作物者，均應取回，就竹木言，見於地面之枝幹等，固應取回，其存在地下之根，亦應挖去，否則其義務即屬未盡。他國立法例，因基於土地構成部分之觀念，有認爲權利者，我民法着眼於土地之使用。立法旨趣，迥然不同。學者因本條有取回工作物及竹木之字樣而專解爲權利者，固屬非是，即解爲爲其權利同時爲其義務者，亦有未妥。蓋恐拋棄權利，致義務之履行，亦生影響。又有因本編第八百一十一條之規定而認本條得取回工作物或竹木，爲該條之例外，而引爲解爲權利之論據者，殊不知第八百一十一條之規定，爲無附合權限之人，因動產附合而爲不動產重要成分之事實行爲而取得權利。本條則爲法律行爲，即或有可認爲不動產之重要成分者，而其附合，乃基於正當權原，依法本應取回，性質不同，亦難認爲第八百一十一條之例外。

地上權人，將工作物及竹木取回，則工作物及竹木，定因取回而多所毀損，而土地之價，或亦因而減少，土地所有人，若以時價向地上權人購買，則於兩方均有利益，本條第二項，故有許土地所有人以時價購買之規定，並爲社會經濟計，定明地上權人，不得拒絕。

第八百四十條 地上權人之工作物爲建築物者，如地上權因存續期間屆滿而消滅，土地所有人，應按該建築物之時價爲補償。但契約另有訂定者，從其訂定。

土地所有人，於地上權存續期間屆滿前，得請求地上權人，於建築物可得使用之期限內，延長地上權之期間。地上權人拒絕延長者，不得請求前項之補償。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定地主對建築物補償之原則及例外，爲地上權消滅效果之二。其參考條文，爲土地法施行法四四條至四六條。

第二點 釋本條之意義

本條乃對於前條之特別補充規定，其適用之範圍：(一)地上權人之工作物，須爲建築物。(二)地上權須因存續期間屆滿而消滅者，始適用本條規定，若地上權人之工作物，非建築物，自應適用前條之規定。若工作物爲建築物，而地上權之消滅，係因地上權人之拋棄，或土地所有人之撤銷，或其他不因存續期間屆滿之事由而喪失者，亦不適用本條之規定。

建築物非如工作物之易於拆卸，且一經拆卸，損失較鉅，當事人於設定地上權時，必預計建築物得以利用之時期，爲其存續期間之標準，若其存續期間，與該建築物之利用時期，不相適合者，則關於存續期間屆滿時，該建築物如何處置，亦應另有訂定，故本條對於前條之規定，特爲補充，定當事人於存續期間屆滿時，如無另有訂定，則由土地所有人，按時價補償之，蓋此時建築物，若由地上權人拆回，毀損既多，且或無甚可得之利益，而由土地所有人，按時價補償，則建築物無所毀損，仍得使用，其所得之利益較多，而於社會經濟，亦不生妨害。惟土地所有人，若無力補償，或不欲補償時，本條應如何補償之，此本條應說明第二項，使土地所有人，於地上權存續期間屆滿前，得請求地上權人，於建築物可得使用之期限內，延長地上權之期間，本有其使用之權利以補償其利益，地上權人亦應盡力補償，又

復拒絕，則地上權人，於該建築物之歸還，
故本條第二項又有不得請求前項補償之規定。

第三點 判例

地上權因存續期間屆滿而消滅者，除契約另有訂定外，地上權人，固得依民法第八百四十條第一項之規定，請求土地所有人，按建築物之時價為補償，但地上權因解除條件成就而消滅者，不在同條項規定之列，地上權人，自無請求土地所有人收買建築物之權（二十二年上字四二號）。

第八百四十一條 地上權不因工作物或竹木之滅失而消滅。

本條應說明者三點

第一點 本條係地上權消滅原因之消極規定。其關係條文，為本編八三四條至八三六條，八四〇條，七七二條，七六二條，七五八條。參考條文，為土地法三六〇條，三六一條，土地法施行法五三條，八五條。參考他國條文，為德民一〇一六條。

第二點 釋本條之意義

地上權人所有之工作物或竹木，雖為使用他人土地之原因，而究非地上權存續之要件，故此等工作物或竹木，雖經滅失，而地上權亦決不因之消滅，故以明文規定之。本條之工作物，從廣義解釋，與前條同。此為地上權消滅原因之消極規定，以與八三二條相照應。至積極規定，則有左列原因：

- 一、土地之滅失。
- 二、土地徵收（土地法三六〇條，三六一條，土地法施行法八五條）。
- 三、地上權之拋棄（民法八三四條，八三五條，互見土地法施行法五三條）。
- 四、土地所有人之撤銷（民法八三六條）。
- 五、存續期間屆滿（民法八四〇條）。

六、第三人之取得時效（民法七七二條）。

七、混同（民法七六二條）。

地上權之消滅，不因其原因到來，當然成就，尤須塗銷登記，始生消滅之效力（民法七五八條）。

第三點 判例

(1) 地上權除有法定原因發生時，土地所有人得予以之撤銷外，其設定地上權之物權契約，要無請求解除之可言（二十一年上字四七六號）。

(2) 地上權因存續期間屆滿而消滅，與因解除條件成就而消滅，效果顯有不同，前者除去契約另有訂定，得援用民法第八百四十條上段，向所有權人主張補償建築物之時價，後者祇應回復原狀，不生收買建築物問題（二十二年上字四二二號）。

本章實用問題

一、趙甲以所有四畝土地，借與錢乙造屋，約內有「借地不拆屋」之限制，錢乙於造屋後，自然倒塌，趙甲是否可以要求重建，或酌量損害？

二、錢乙於趙甲之西隣土地一畝，有地上權，趙甲將該土地，賣與陳丙，錢乙之地上權有無影響？孫丙對該土地之使用，可否加以限制？

三、錢乙與趙甲訂約，在甲之西隣土地一段，栽種茶桑，每年支付租金，是否認為地上權？

四、錢乙在趙甲西隣土地上，建築房屋，如為不定期限之租賃關係，趙甲可否隨時終止契約？如為地上權，則以如何情形為限，始得為撤銷之原因？究為租賃？抑為地上權？應如何認定之？

五、地上權之存續期間，法無明文，若該地方無關於此項之習慣法則，法院應用如何標準以定之？

六、地上權之讓與，應受何種限制？

七、地上權因存續期間屆滿而消滅，與因解除條件成就而消滅，在法律上之效果，有何不同？

第四章 永佃權

第十五解 本章之總說明

本章應說明者六點

第一點 本章之內容

壹、永佃權之意義及租賃之適用（八四二）。貳、永佃權之讓與（八四三）。參、佃租減免之請求（八四四）。肆、因永佃權人出租而撤佃爲永佃權消滅原因之一（八四五）。伍、因永佃權人欠租而撤佃爲永佃權消滅原因之二（八四六）。陸、撤佃爲單獨行爲（八四七）。柒、永佃權人之取回權及地主之出價購買爲永佃權消滅效果之一（八四八）。捌、第三取得人償還前永佃權人欠租之責任爲永佃權消滅效果之二（八四九）。玖、永佃權人之相鄰關係（八五〇）。

第二點 小沿革

自井田制度廢止以來，富者田連阡陌，貧者地無立錐，富者又不能躬自耕作，於是分佃與人，在習慣上，稱永佃爲老佃，稱土地所有人爲地主或業主，稱耕作人爲佃戶或莊戶，稱佃租爲稞谷，凡膏原沃野乃至水澆山阪，無不有此制度之存在。前清戶部則例之撤佃條款與民國六年頒行之奉天永佃地畝規則，即關於佃權之法令，前大理院歷來判例，均認佃權爲物權，可資參考。國民政府成立以後，有佃農保護法，保障佃農辦法原則（二十一年內政部頒發全文計九點），浙江省佃農二五減租暫行辦法（二十一年七月修正浙江省政府公布計二十二條）（註一）及其施行細則（全文計十條），浙江省佃業訂立租佃契約規則（二十三年一月浙江省政府公布施行計七條），南京市八卦洲農地租佃規則（二十二年五月十五日南京市政府公布施行全文計二十一條），八

封洲佃戶莊規（二十二年五月十五日南京市政府核准備案）。此等特別法令，在本法施行後，或土地法施行之區域，於不抵觸本法或土地法之範圍內，自可保有其效力。

（註一）所謂二五減租者，定佃農之最高繳租額，爲正產收穫量百分之五十，佃農依最高租額繳百分之二十五繳租，若以百分數計算，佃農之繳租額，爲正產物全收穫量百分之三十七、五，故二五減租，又稱百分之三十七、五標準，至農業副產，純屬佃農所有，不另起租。

第三點 與債編賃租土地法耕地使用及土地法施行法第四十二條之關係

土地法第三章農地所載之耕地租用，本爲租賃契約關係，民法債編第二章第五節四五七條至四六三條，均爲關於耕作地租賃之規定，在適用上土地法爲特別法，在土地法施行區域，自先於債編而適用，而債編耕作地租賃之規定，居於補充之地位。

土地法農地一章，爲耕地租用之規定，而土地法施行法四十二條規定：「土地法第一百七十一條，第一百七十三條，第一百七十五條，第一百七十七條至第一百七十九條，第一百八十六條及第一百八十七條之規定，於永佃權準用之。」而在本編八百四十二條二項：「永佃權之設定，定有期限者，視爲租賃，適用關於租賃之規定。」則永佃權與耕地租賃，除一爲物權，一爲債權差異外，在適用上除無期之永佃權外，並無多大區別，土地法施行法，既以永佃權準用耕地租用之規定，則本編之規定，在土地法施行區域，按之上開理由，亦居於補充地位也。

耕者有其田之涵義：（一）耕者在實際上要有可耕之田，即一夫不耕或受之饑之意。（二）以田供給於自爲耕作之農（土地法一七一條及其施行法一三條），所以在不定期限之租用耕地契約中，出租人收回自耕，爲終止契約之一（土地法一八〇條），在定期租用耕地契約中，契約屆滿，須出租人收回自耕，方可拒絕承租人繼續耕作（土地法二七二條）。故債編四四三條一項，雖許承租人經出租人承諾，得將租賃物轉租他人，而土地法一七四條，則承租人縱經出租人承諾，仍不得將耕地全部或一部，轉租與他人，與本編八四五條之規定，精神一貫，蓋同爲防止承租人不爲耕作而將耕地轉租他人以取利也。

第四點 永佃權之取得

一、荒地承墾人，自墾竣之日起，無償取得耕作權，除土地法有規定外，準用民法永佃權各條之規定（土地法一九六條一九七條）。

二、永佃權除法令有特別規定外，須以法律行為設定之，其設定行為，須因登記始生效力，且以契約設定者，尚須立設定書據，與地上權同。

三、永佃權除有設定行為禁止讓與外，亦可因受讓取得，其受讓行為，須立書據，且非登記，不生效力。

四、永佃權亦可依時效為原始取得，但其成立，以交付佃租為要件，故依時效取得，在事實上殊不可觀。

第五點 永佃權之喪失

一、期限屆滿（民法八四二條二項，適用四五〇條）。

二、終止契約（民法八四二條三項，適用四五八條）。

三、永佃權人之拋棄（民法七六四條，互見土地法一八〇條，及其施行法五三條）。

四、永佃權之讓與（民法八四三條）。

五、土地所有人之撤佃（民法八四五條二項，八四六條，互見土地法一八〇條）。

六、混同（民法七六二條）。（土地法一七三條，出租人出賣耕地時，承租人以同樣條件有優先承買之權，依土地法施行法四二條，於永佃權準用之。於此情形，其耕地使用權，亦因混同而消滅。）其他土地滅失，公用徵收，皆足為永佃權喪失之原因，與地上權同。

永佃權喪失時之程序：

一、塗消登記（民法七五八條）。

二、取回工作物或耕作物（民法八四八條，準用八三九條。八四二條二項，適用四三一條）。

第六點 各地方習慣相沿類似於永佃權之解釋

一、佃戶雖因交有大押，占該不動產收益之大部分，但既須向所有人繳納租息，自非同法第九一一條所定之典權，除其發生在民法物權編施行以前，並依該地習慣，得認為一種相沿之物權外，不生物權之效力（二十年三月二日院字一四四四號之二）。（註二）

二、耕佃或大佃之押租金，如係交納於不動產原所有人者，依租賃契約對於受讓人仍繼續存在之法則，則取得該不動產之所有人，對於此項押租金，自均得就賣價內扣除以爲給付（二十七年十一月二十三日院字一八一六號）。（註三）

三、大佃契約，當事人之一方，因支付鉅額押金，祇須支付小額租金，即得占有他方之不動產而爲使用及收益者，應認爲租賃契約與典權設立契約之聯立，一方所支付之押金，即爲民法第九一一條所稱之典價，對於該不動產相當於押金數額部分之使用收益權，即爲同條所稱之典權，該不動產之其他部分，因支付租金所得行使之收益權，仍爲租賃權，但當事人明定一方所支付之金錢爲借款，他方就該不動產全部，設定抵押權，並將該不動產全部，出租於抵押權人，約明以其應付之租金，扣作借款之利息，僅須支付其餘額者，仍應從其所定，所有以前解釋及判例，與此見解有異者，應予變更（三十年二月八日院字二一三二號）。

四、原呈所舉二例，其押少租多之第一例，爲租賃契約，當事人所授受之押租，即係擔保租金義務之押租。其押多租少之第二例，爲租賃契約與典權設定之聯立，應依院字第二一三二號解釋辦理（三十年三月八日院字二一四八號）。（註四）

五、大佃契約，爲租賃契約與典權設定契約之聯立，兩契約相互間，具有結合關係，在法律所許範圍內，應依當事人立約之本旨，使租賃權與典權，同其存續時期，依法律之規定，其存續時期不能一致者，仍應分別辦理，當事人所約定之期限，爲三十年者，關於租賃部分，依民法第四百四十九條第一項，第四百五十條第一項之規定，其租賃關係，於二十年屆滿時消滅，惟有民法第四百五十一條，或土地法第一百七十二條情形時，

視為以不定期限繼續租賃契約，關於典權部分，當事人明定三十年內租賃關係消滅時，典期即為屆滿者，從其所定，當事人雖未明定，兩契約之結合關係，亦應解為有此意思，故二十年屆滿時，租賃契約，不再繼續者，典權部分，得即回贖典物，二十年屆滿後租賃契約繼續者，得於終止契約時，回贖典物，租賃關係在回贖典物前消滅者，民法關於其有之規定，於定當事人間之關係時，應準用之（三十二年一月二十八日院字二二九〇號）。

以上為川省習慣相沿之物權。

六、據原咨附表所敘福建仙遊縣地權形態，納大租人對於土地之權利，為附有負擔之所有權，收大租人之權利，則為物上債權之一種，納大租人之權利，移轉於他人時，納大租之義務，當然隨之移轉（三十一年八月二十九日院字二三八七號）。（註五）（註六）

（註三）南川縣司法處呈高等法院轉呈司法行政部原呈摘要。

近年四川省府，鑒於人民以大押佃規避納稅者日多，影響稅收，殊非淺鮮，經呈准行政院規定大押佃契約，仍應照典契稅章程稅契，查此種規章，完全係為防止漏稅，並無因照典契稅章程稅契，即取得典權之規定，縣民不知，誤以一經征收局貼典契稅契尾，即取得典權，實則大有區別。又關於大押佃，業主取得押銀，將田地移轉占有後，其承佃人對該項田地，即轉召耕佃耕種收取租息外，照其轉給之租賃契約規定，仍應自向業主繳納經營之租息外，一般民間習俗所謂無租不成佃，故無論租息之多寡，至低亦須約定少許，譬如大佃田粟十石，有約定業主收取租息一斗者，此亦不過具備租佃之形式耳。該呈文經於二十九年九月十七日司法行政部批字一九一三號鈔發院字一四四四號解釋例，知照在案。

（註四）四川高等法院原呈（據璧山縣司法處轉呈）摘要。

四川押銀，有普通與大佃押銀之分，普通係將佃業自行耕種，大佃則係將所佃轉與他人耕種，每年坐取租谷，納與放債收利谷無異，而大押契與普通押銀，是否同樣有優先受償之權利。

（註五）四川安岳縣第二區護國鄉調解第四分會原呈。

查農村糾紛，每因租種田地或典當田地而生，故關於典權佃權不得有所區別以資調解，惟川北習慣，押少而租多者，概作租賃，只一方訂立契約，交付地主存執（如何例一的方式），佃權即已成立。其押多而租少，或並無租而負擔種稅者，相沿仍舊佃約合同交地主，地主同時書領約合同交佃戶（如何例二的方式），然其異於普通租賃者，契約上押金之數額，恆等於當時之房價，彼法律常識，鄉愚無知，縱有註明典

當事業，亦應為經理不經，不合習慣，今以典佃實業，究竟能否依前推解釋，適用清理不動產典當辦法及民法典權，抑或只能適用租賃，而法律又無明文，呈請司法處指示，久未奉令，用特逕呈司法院解釋。

(例一)普通佃約式(假定為田地二十畝)

立佃田土地房屋山場文約人○○○(佃戶)今憑證佃到

○○(地主)名下水田二十畝，山土概行在內，牛欄房廄，概行齊全，比日憑證議定安押租法幣一百元正，每年滿納租銀十九石，秋收晒乾草滿不少升合，倘若年歲欠豐，主人重田納租，佃內黃荆茨草，隨客取用，成林樹竹，不得妄伐，原贖佃耕三載主人贖取，押退田還，兩無異言，恐口無憑，立此佃約一紙為據。

憑證人
○○○
○○○
○○○
同左
代筆

民國○○年○○月○○日立佃田土地房屋山場文約人○○○(佃戶)押

(例二)典當佃主合同式(假定為田地二十畝)

立佃田土地房屋山場文約人○○○(佃戶)今佃到

○○(地主)名下水田二十畝，山土在內，房屋牛欄房廄，概行齊全，比日憑證面議安押租法幣肆千元正，每年滿納租銀貳斗正，秋收晒乾草滿，不少升合，其有糞蓬雜派，由佃戶完納，不與主人相涉，佃內黃荆茨草，隨客取用，成林樹竹，不得妄伐，原贖佃耕，不拘年限，主人贖取，押退田還，兩無異言，恐口無憑，立佃領合同為據。

憑證人
○○○
○○○
○○○
同左
代筆

民國○○年○○月○○日立佃領合同文約人○○○(佃戶)押

立領屬租押洋文約人〇〇〇（地主）今憑證領到

〇〇〇〇（佃戶）名下領出隨租押洋肆千元正，比日憑證親手如數領足是實，並無少欠角分，自領之後，不得異言，恐口無憑，立個領合同為據。

憑證人
〇〇〇〇
〇〇〇〇
〇〇〇〇
〇〇〇〇
〇〇〇〇
〇〇〇〇
代筆

民國〇〇年〇月〇日立個領合同文約人〇〇〇（地主）押

（註五）內政部原咨。

案查前准福建省政府咨送仙遊縣土地權利清理暫行辦法請備案等由到部，當以查所送仙遊縣土地權利清理暫行辦法第二條內所載「莊權」、「根權」的名詞，涵義不明，是否與本部核准之長汀清流兩縣土地權利清理辦法內之「田皮」、「田骨」，意義相同，及與土地法第三十三條所規定之何項土地權利性質相似，應請分別詮釋以憑核辦等語，咨復查照辦理，去後，茲准福建省政府咨轉據仙遊縣政府呈稱略以本縣前呈土地權利清理暫行辦法所稱「莊權」、「根權」，即本縣習慣俗稱之大租收租人與納租人，（收租人稱為「莊權」，納租人稱為「根權」。）似均有土地所有權，與長汀清流兩縣所稱「田皮」、「田骨」意義，不甚相同，其性質亦不與土地法第三十三條所規定之何項土地權利相似等情，抄同該縣地權形勢調查表，復請核辦等由前來，查所稱「莊權」、「根權」兩名詞，涵義似難含混，在未解釋明確以前，原送辦法，本都未便據核，該項「莊權」、「根權」，究應屬於土地法所規定之何項土地權利性質，案關法律解釋，事屬司法院主管範圍，理合備同原送地權形勢調查表，備文呈請核示等因。

（註六）仙遊縣地權形勢調查表摘要。

大租，該縣俗稱戶民田，通行全縣，尤以第四區（前之興泰里）為最普遍，莊權人（即收租人又稱大租權人），負納賦責任，雖有所有權，實占業權三分之一，根權人（納大租人），占業權三分之二，其收租租額約占正產物收穫總額六分之一，收租人可以自由移轉，惟應獲得根權人之同意，納大租人亦可自由移轉，仍須獲得大租權人之同意，內容係依契約設定，其原有大租契，多因年久遺失，現在民間遺存者，多為承管契，舊契「立承管契人某某有戶田一坵」，坐落「某處」字樣，此項權利之造成，時間甚久，由來不明，斷志上亦無記載，據本縣紳耆

之見解，以明未滿期，民間積習，凡貧戶種額，多者爲祭，故股實之戶，大都收買大租，承納賦義務，以表揚其富者，而一般農民，亦因不勝書吏之敲勒，多願出賣大租，拾完糧之資，當時收買此項大租，價廉物美，而過去賣田不置糧以贖糧面之陋習，遂成此項大租者，亦復不少，流弊所及，大租權人，因當時但求戶糧之可得，只認租不認地，年運代運，或契據遺失，或土地變遷，其後人只知收租與納稅，對土地之所在及性質，更不究詰，刁滑之戶，顛倒是非，乘機混淆，土地調查時，租權人大都陳報爲己業，並借阿納賦，大租可不必再納，以資引起糾紛，且大租以共有財產爲最多，因管理人隨時變更，田賦徵收，諸多困難，甚至田地荒蕪，對於土地生產，亦生影響，地方人士，食以此項大租之糾紛，欲期澈底清理，須由政府強制人民減價收買，一律歸自己所有。

第十六條 本章之逐條說明

第八百四十二條 稱永佃權者，謂支付佃租，永久在他人土地上爲耕作或牧畜之權。

永佃權之設定，定有期限者，視爲租賃，適用關於租賃之規定。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定永佃權之意義及租賃之適用。其關係條文，爲原則八目（關於本條二項），本編七五八條，七六〇條，八三一條，總則七〇條，債編四二一條至四六三條。參考條文，爲土地法一一七條，一七一條，土地法施行法四二條，佃農保護法一條，八條，民訴法一〇條，民訴費用法四條，公證法四條，公證費用法六條，八條，優待出征抗敵軍人家屬條例二九條，戰時田賦征收實物條例二〇條，財產租賃出賣所得稅法五條。參考他國條文，爲德民施行法六三條，法民五七八條至五八二條，五七三條，奧民三五七條，三五九條，一一二二條至一一二四條，一一二九條，一一三〇條，一一四三條，一一四五條，一一四六條，義民一五五六條至一五六七條，日民二七〇條至二七九條。

第二點 立法例

現代歐洲諸國永佃權之名稱，蓋屬於羅馬法之 *emphyteusis*，德曰 *Erbpachtrecht*，法曰 *emphytéose*，義曰 *enfiteusi*，唯關於永佃權之立法例，則各有不同：

甲 德國民法，無永佃權之名目，關於與本編相當之永佃權，編入物權法第五章役權 (*Dienstbarkeiten*) 之第二節用益權 (*Niessbrauch*) 中，其第一〇五五條二項，對於農業地 (*Landwirtschaftliches Grundstück*) 之用益權，準用第五百九十一條，五百九十二條之規定，對於莊園 (*Landgut*) 之用益權，準用第五百九十一條至五百九十三條之規定，其所準用各條，相當我民法債編租賃之規定，而德民法施行法六十三條，則有民法施行前之永佃權 (*Erbpacht, Pächterrecht, Hauslerrecht*)，依然存在之規定。

乙 法國民法，與德國同，亦無永佃權名稱之規定，關於永佃權，適用財產編第三卷第一章用益權 (*De Usufruit*) 之規定 (法民五七八條至五八一條，五八二條，五七三條)，此卷係一千八百零四年一月三十日決定，二月九日公布，然當時判例，仍明認永佃權之制度，至一千九百零二年，始以明文規定之。

丙 現代歐洲民法，直接有永佃權之規定者，惟德法系之奧地利，及法法系之義大利而已，奧地利民法之永佃權，規定極為詳密，日民法二百七十條至二百七十九條之規定，多襲用之 (奧民三五七條，三五九條，一一二條至一一二四條，一一二九條，一一三〇條，一一四三條，一一四五條，一一四六條)，義大利民法，則於一千五百五十六條至一千五百六十七條規定之。

第三點 釋本條之意義

其一定義

永佃權者，支付佃租永久在他入土地上為耕作或牧畜之權也。晰言如左：

一、永佃權以支付佃租為要件。蓋永佃權之起源，實為租借之關係，歐洲學者因此有謂永佃權為貸借之一變體者，各國立法例，關於永佃權之規定，均以支付佃租為要件，我國習慣，亦須支付佃租，本條故明定之，至地上權，則有支付地租者，有不支付地租者，不以之為成立之要件。永佃權在本編施行前之判例，謂之

佃權（見第四點判例2至10），我國舊例，稱之爲佃，戶部則例「民人佃種旗地，地雖易主，佃戶仍舊，地主不得無故增租奪佃。」蓋即永佃權之意也。永佃權爲使用他人土地之權，與地上權同，若就房屋永租契約，則屬債權性質，即不得稱之爲佃權（見第四點判例10）。

二、永佃權之目的爲耕作或牧畜。各國立法例，原有不以耕作或牧畜爲限者，惟我國習慣則爲耕作或牧畜，故本條亦以耕作牧畜爲限，與地上權以在他人土地上有建築物或其他工作物爲目的者，迥不相同，所謂耕作或牧畜者，應如何解釋，自應以我國向來之觀念，並參酌社會當時之需要而爲根據，耕作云者，即栽培植物而施人工於土地之謂，耕作之目的物，不以五穀蔬菜爲限。我國習慣，桑蔴之類，亦向認爲農產物。求應現時社會之需要，耕作之解釋，尤應從寬，凡菜果等類木本植物，其栽培之目的，在於定期收穫因而施人工於他人之地者，均應爲耕作（見八三二條第四點解釋），牧畜即牧養蕃殖畜類之謂，牧畜之目的物，亦不以牛羊鷄鴨豕等爲限，凡屬畜類，可由人工飼養蕃殖者皆是。

三、永佃權有永久之性質。地上權之存續期間，可由當事人約定之，永佃權則須永久在他人土地上爲耕作或牧畜，若當事人間定有期限，則縱當事人之意思，原爲設定永佃權，亦應視爲租賃，不得適用本章之規定。

四、永佃權之存續期間。他國立法例關於永佃權之存續期間，有將起點期最長期，以法文限定者（例如日民二七八條一項爲二十年以上五十年以下），我民法既訂明爲永久，自無庸有此規定，而在民法施行以前，於永佃權之存續期間，亦未曾有法文限制，惟當事人間所訂定之契約，是否爲永佃權之設定，多次明瞭，且不以訂立書據爲要件，故在民法施行前發生之永佃權，應依其歷久慣行之事實及契約之內容而爲認定。

其二 特別

出征抗敵軍人或其家屬承租耕作之田地或自住之房屋，在出征抗敵期內，出租人不得收回或改租於他人。其承租耕作或收益之田地或自住之房屋，在出征抗敵期內，以別無耕作或收益之田地或自住之房屋爲限，出典

人不得收回或改典於他人，爲本條第二項之例外，適用時應予注意。

關於田賦征收實物，如業戶遠出或住址不明，無法傳案追繳者，應由佃戶代完，照數抵納地租。

設定永佃權一次付給租金者，其課稅準用關於財產出賣之規定。

第四點 判例

(1) 永佃關係，本屬物權性質，故其訂特約，如不能解釋爲有一定期間，或已聲明爲永久者，則法律既無最長期之期限，即得永遠存在（二年上字一四〇號）。

(2) 佃權之成立，應具有一定之要件，習慣上亦即有一定之標準，不能以原契據內無永佃字樣，即可斷定爲非佃權（二年上字一三七號）。

(3) 佃權本係物權性質，無論業主更換何人，當然永久存在，不受影響，現租則係債權性質，僅對於原業主得以主張，如新業主並未允佃，當然無強求之權（三年上字三〇五號）。

(4) 佃權之存在，爲現行法律所明認，而其是否佃權，抑係通常租賃權，自應視當事人間契約之內容以爲斷（三年上字六八八號）。

(5) 所有權與佃權爲各別之物權，所有權移轉，佃權當然不能消滅，故如以所有權讓與他人，並與受讓人爲消滅佃權之契約者，其契約不能對於佃權人生效，自不待言。即因該契約履行之不能，致受讓人受有損害者，亦祇許受讓人向讓與人請求賠償，斷無令讓與人賠償佃權人，而將佃權消滅之理（四年上字一一七號）。

(6) 現行法令關於佃權之存續期間，並無明文限制，則審酌我國現在適當之條理，當事人於設定當時，既已訂明永遠存續者，若違請求消滅權利，或減縮期間，於法既無根據，即不得認爲正當（四年上字五〇一號）。

(7) 佃權之存在期間，在現行法上，並無最長期之限制，故依當事人之約定，或各該地之習慣，自得使之永遠存在（四年上字八三六號）。

(8) 租契雖無永遠耕種明文，然經載明佃戶不願，或不能耕種時，仍將地交回，而除拖欠租糧外，並未附有何項解約之條件，其爲佃權之設定，斷無疑義（四年上字二二五〇號）。

(9) 佃權之設定，固不必盡出於地主收有押租之原因，而就民糧地畝設定佃權者，與旗地永佃關係發生之原因，雖有不同，要難謂旗地以外之地畝，不能有此項權利之存在（八年上字三七七號）。

(10) 佃權僅就土地得以成立，若就房屋締結永租契約，仍屬債權性質，僅於當事人間有效（十四年抗字一四五號）。

(11) 佃權之存續期間，現行法尙未設有限制，故佃約未含有一定期間之意義，即屬永遠存在，至佃權與通常租賃權之別，則視契約內容爲斷（十七年上字六九〇號）。

(12) 永佃權原爲所有權之重大限制，除旗園各地，當然有永佃權，及租戶創墾之地，應推定其有永佃權（但有反對特約者不在此限）外，則非有設定永佃權之明白表示，不足以資認定，至佃戶耕種之久暫，實與永佃權之有無無關（十八年上字一三〇一號）。

(13) 歷久耕種旗地之佃戶，應推定其有佃權（十八年上字二一七七號）。

(14) 人民佃種旗地，地雖易主，不得無故奪佃，爲法例所明定，此項規定，明認現種旗地之人，爲有永佃權，莊頭既係前清王公府第經承租項之人，凡在莊頭管理下之王府園地，若無相當之反證，即應推定其佃權，屬於現科旗地之人，不屬於莊頭（十九年上字二〇一一號）。

(15) 佃權之發生，原不限於佃戶佃墾之一端，亦非以訂立書據爲要件。苟有歷久慣行之事實，足認定有佃權之存在者，依法即應予以保護，雖地已易主，亦不許新業主無故撤佃（十九年上字八五六號，七年上字二六五號，十八年上字一八三〇號同旨）。

(16) 業主就田地所有權，輾轉出賣，與佃戶之永佃權，本屬無關，關於所有權之賣契，未載明佃戶有永佃權，固不能據爲佃戶無永佃權之認定，至其契內載明買主開墾，挖河，起屋，苟於永佃權無損，亦係買主應有

之使用收益處分之權，何能以此爲佃戶並無永佃權之根據（二十一年上字一五二〇號）。

（17）於不定期限租用耕地之契約，出租人收回自耕時，依法雖得終止之，但所謂得終止者，實僅爲租地契約（即僅爲債權關係），若既有永佃權，即有物權關係，兩者不可相混（二十二年上字二〇二九號且見土地法一八〇條）。

（18）土地所有人與永佃權人間，關於地租之約定，在性質上本屬債之關係（即對人請求之關係），法文既未就永佃權地租，特別定明，自應適用債編之規定，此與民法第八百四十二條第二項係就永佃權之本質（即物權）立言者，迥不相同。因之設定永佃權時所約定之地租，如因嗣後經濟狀況之變遷（如土地之繁榮衰落，賦稅之增減昇降，鄰近地租比較之差異等），在社會一般情形上，足認爲顯失公平時，即應適用民法第四百四十二條之規定，許當事人得爲增減地租之請求（二十三年上字四八九號三十年十二月二十七日院字二二六七號解釋例同旨）。

一、田面權與永佃權性質相當，可以永佃權登記，至保有田底權之地主，當然以所有權登記（二十六年七月三十二日院字一七〇三號）。

二、出租人應返還之押租，以舊有制錢，定其數額者，應依民國三十一年十二月財政部所定制錢一千枚折合法幣一圓之標準，以法幣返還之。至銅元折合法幣，依同月財政部所定標準，舊有各種銅圓不分別其面額，概以一百枚折合法幣一圓（三十二年四月十九日院字二五〇二號）。

附行政法院判決例

縣行政官署所定攤款，寄莊戶地畝，既應擔負，則攤派此項攤款，依據全縣征收地畝總數計算，責令寄莊戶應納攤款，自無違誤（二十八年二月二十八日判字第八號判決）。

第八百四十三條 永佃權人得將其權利讓與他人。
本條應說明者四點

第一點 本條係規定永佃權之讓與。其關係條文，爲本編八三八條但書。參考條文，爲土地法一一七條，一草一〇七二條，一〇九一條，二草八六四條，八七一條。

第二點 立法例

第八百三十八條關於地上權之讓與，設有「契約另有訂定或另有習慣者不在此限」之但書，本條不設此限制，正與第一次民律草案第一千〇七十二條「讓與地上權者須立讓與字據」，第一千〇九十一條「永佃權人得將其權利讓與他人，但設定行爲禁止讓與或有特別習慣者，不在此限」，剛剛相反，蓋第一次草案因地上權不以支付地租爲要件，且其使用他人土地之目的，僅以有工作物或植物爲目的，不至十分減少地力，故不設但書之限制，而永佃權則以支付佃租爲要件，其使用他人土地，以耕作或牧畜爲目的，乃在收取土地之利益，土地所有人，或有慮地租之剝奪，或欲顧全其地力，不願使其所約定之永佃權人以外之人，使用其土地，因而與永佃權人，另有訂定者，或該地方爲尊重土地所有人之意思禁止永佃權之讓與業已成爲習慣者，爲顧全土地所有人之利益起見，故設但書以限制之，且該草案於永佃權之存續期間，設有限制，以二十年以上五十年以下爲限，其設定行爲，未定永佃權存續期間者，有除有特別習慣外，概作爲三十年之規定。地上權之存續期間則未設限制，當事人可任意定之，其定在五十年以上者，法律亦無禁止明文，僅於未定存續期間之地上權，於當事人起訴時，有法院得酌量其工作物或植物之種類及一切情形於二十年以上五十年以下定其存續期間之規定，則地上權之存續期間，有較永佃權爲長久者，若於地上權之讓與，亦設但書，使與永佃權受同一之限制，於經濟之流通，顯生窒礙，即於個人及社會，均不利益，地上權之讓與，不與永佃權之讓與，設同一但書以爲限制，殆亦爲此。本編則因地上權不以永久爲要件，不妨顧全當事人之意思及地方之習慣，使地上權之讓與，受特別及習慣之限制而設以但書，永佃權則以永久爲要件，爲謀經濟流通起見，不設但書之限制，其立法之意，各有所在，優劣未易斷言。第二次草案八六四條地上權人於其權利存續期內，得將權利讓與他人，但設定行爲，禁止讓與或有特別習慣者，不在此限。八七一條永佃權人，於其權利存續期內，得將其權利讓與或將土地質

質，但設定行爲，禁止讓與及貸貸或有特別習慣者，不在此限。蓋認地上權永佃權之讓與，均得以當事人間之特約禁止之，不設區別，與土地法一一七條之精神，正相符合，前大理院關於此點，著有判例，可資適用。

第三點 釋本條之意義

永佃權爲主物權，永佃權人，得將其權利讓與第三人，或以之供債權之擔保，但其設定時，若地主與永佃權人間，曾有禁止讓與之特約者，其效力如何，頗滋疑問。有謂我民法於此，並未設有如第八三八條之但書規定，故不得以當事人之意思成爲專屬權，雖有禁止讓與之特約，僅於當事人間，發生債權關係，非有物權效力，此種主張，不能謂無相當理由。但我國習慣，永佃權之設定，多着眼於永佃權人之一身，故以特約禁止讓與或供債權之擔保者，徵諸土地法一一七條其他特約得依登記而生物權之效力，亦非無據。

第四點 判例

(1) 佃權人對於自己之佃權，除與地主有特約外，自得自由處分，毋庸受地主干涉（二年上字一四〇號）。

(2) 佃權於權利之存續期間內，得將其權利轉讓於人（四年上字二五二號）。

(3) 佃權人雖得將其權利讓與他人，但設定行爲，禁止讓與，或關於讓與有特別習慣時，法律並不強行干涉，仍許其依設定行爲，或照習慣辦理（五年上字三三三號）。

(4) 佃權之設定，除有特別習慣，或設定行爲，禁止轉佃外，佃權人原得本於其權利轉佃於第三人，其因轉佃關係取得權利之第三人，在原佃人權利未消滅之前，即得以之對抗業主（五年上字一〇一五號）。

(5) 永佃權依法本可轉讓，如果受讓屬實，則永佃權內容原有之權利，非有合法變更原因，不能無故消滅（十八年上字四四〇號）。

(6) 永佃權在民法上，有得爲抵押權標的物之明文，而無得爲典權標的物之規定，永佃權人就其永佃權設定典權，自屬無效，惟當事人之真意，係在基於買賣契約讓與永佃權，而其買賣契約，訂明出賣人得返還其所受領之價金買回其永佃權者，雖誤用出典之名稱，亦應認爲出賣人於買賣契約保留買回之權利（二十八年上字

九九六號互見民法九一一條)。

第八百四十四條 永佃權人，因不可抗力，致其收益減少，或全無者，得請求減少或免除租金。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定永佃權人減收租金之請求權。其關係條文，為原則九目，債編四五七條，四四一條。參考條文，為土地法一七七條，及其施行法四二條，佃農保護法二條，六條。參考他國條文，為日民二七四條，法民一五五九條，一五六〇條。

第二點 立法例

他國立法例，規定永佃權人，縱因不可抗力而減少收益者，亦不得請求免除佃租或減少其額數，例如日民二七四條，法民一五五九條，一五六〇條二項是。本法不採用之。

佃權為物權之一種，就理論言之，土地所有人，固不應負何種責任，然佃權人多屬經濟上之弱者，故為顧全實際狀況計，規定如因天災地變等不可抗力，致其收益減少，或全無收益時，仍許其請求減少佃租，或免除佃租，以保護佃權人之利益（中政會原則第九目之說明）。

第三點 釋本條之意義

永佃權人，負擔佃租義務，為永佃權成立之要件，蓋以永佃權為主物權，永佃權人自得支配土地，非如租賃之地主，尚負有積極義務者可比，則關於土地之危險，應由永佃權人負擔，然永佃權人多為經濟上之弱者，若非特別保護，則地主壓迫農民之事愈多，况永佃權之目的，在於定期收穫，若一期之收益全無或減少，仍使負擔原定佃租，則是富者愈富，貧者愈貧，助長為富不仁而失保護弱者之道，故本條特為規定之，此項請求權，並不得預先拋棄（債編四五七條二項）。

佃租之最高數額，本章未設規定，在土地法未施行之區域，應解為採用佃農保護法第二條之規定。在土地法已施行之區域，當然依土地法一百七十七條之規定。

第八百四十五條 永佃權人，不得將土地出租於他人。
永佃權人違反前項之規定者，土地所有人得撤佃。

本條應說明者四點

第一點：本條係限制永佃權人之出租並以出租爲永佃權消滅原因之一。其關係條文，爲債編四四三條，四四四條，參考條文，爲土地法一七四條，佃農保護法九條，一草一〇九二條，二草八七一條，參考他國條文，爲日民二七二條，義民一五六二條，奧民一二二七條。

第二點 立法例

他國立法例，在原則上有許其轉租者，例如日民、義民、奧民是。我國從前草案，亦採此說（一草一〇九二條二草八七一條），按之財產權之通性，自無限制永佃權人轉租之理由，本條限制永佃權人之出租，立法例則純基於土地政策也。

第三點 釋本條之意義

本法設定永佃權之目的，一方面保護自耕農，一方面希望其改良土地而發展農產，如許其將土地出租，則是獎勵情農而不易遂改良土地之目的。況我國習慣，永佃權之設定，往往着眼於永佃權人之一身，其以土地出租於他人以從中取利，即超過永佃權人行使權利之範圍。又依佃農保護法第九條廢除從來之包佃包租制度，如許永佃權人轉租，則不能廢除包佃包租之惡習，而釀成大農剝削小農之流弊，殊與本法保護自耕農之本旨相違。基於此理由，故有本條之規定。在土地法施行之區域，依該法一七四條之規定，縱經出租人之承諾，亦不得將耕地全部或一部，轉租他人，比本條之規定，更爲硬性矣。又前大理院著有佃權人得將佃地轉租於人之判例（七年上字九八三號），本編施行後，依本編施行法第二條之規定，自不得再行援用。

第四點 判例

永佃權非有法定撤佃原因，土地所有人，不得撤佃。此按諸永佃權之性質及法律規定撤佃原因之本旨，殊

無產權，民法既未規定土地所有人，得因收回自耕而撤佃，土地法施行法第四十二條所舉土地法關於耕地租用各條之準用於永佃權者，又無第一百八十條第三款在內，土地所有人，自不得以收回自耕為撤佃之理由（二十年上字一〇三〇號）。

第八百四十六條 永佃權人，積欠地租，達二年之總額者，除另有習慣外，土地所有人得撤佃。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定因積欠地租而撤佃為永佃權消滅原因之二。其關係條文，為本編八三六條，債編四〇條。參考條文，為土地法一八〇條七款。

第二點 釋本條之意義

永佃權以支付佃租為要件，永佃權人，積欠地租，自可為撤佃之原因，本編施行前之判例亦同（見第三點判例1、5）。惟積欠之數額，須達若何程度，得以撤佃，應着眼於調和個人及社會之利益，不能僅以佃權人及土地所有人間之利害為準。前大理院判例，僅於佃權人屢經催告，仍怠於付租者，認地主得令其退佃，而於積欠之數額，究須達至何程度，尚無成例。前大理院解釋，曾認欠租在二年以上或一年以上或一年以內，有意抗欠，顆粒不交者，許其撤佃，所謂二年以上或一年以內者，尚無明確之準據（見第三點判例2，解釋1），本條定明確有習慣外，積欠地租達二年之總額者，土地所有人得撤佃，與因欠租而撤銷地上權之規定同，蓋調和永佃權人及土地所有人之利益兼顧全社會經濟也（參照民法八三六條）。所謂積欠者，自係指永佃權人居心積欠而言，若其延欠之原因，係有正當事由，自不得撤佃（見判例3、4）。其所謂達二年之總額者，係就其頻年所積欠之地租，合併計算，達至二年總額，不以繼續二年怠付地租者為限，又撤佃後，佃權即歸消滅，永佃權人雖於撤佃後，補清欠租，非經土地所有人同意，另有設定行為，不能復得永佃權（見第三點解釋二）。

按舊律田賦門撤佃條款第二載「凡佃戶欲於現種納租地內，蓋房葬墳，地主允從者聽，若地主因欠租撤佃，或自種退地，而地內舊有佃戶所建房屋，並非填佔用地基，應丈明丈尺畝數，令原佃照上等地交納，地主

不得動合遷移及類外需索。」蓋從前無地上權永佃權之觀念，故以蓋房葬墳，認為佃戶之一種權利，依本編施行法第一條之規定，在本編施行前發生者，可資適用，若在本編施行後，則葬墳非地上權、永佃權之目的，應不獲許。

第三點 判解

(1) 佃權消滅之原因，雖不一端，而如交租年分，不按照原約或裁判所定租額交租者，即可舉為一例（二年上字一四〇號）。

(2) 佃權人屢經催告，仍怠於支付佃租者，地主得令其退佃（四年上字五八二號）。

(3) 佃戶欠租之事實，成為撤佃之原因者，亦自有限制，在地主故意不肯收租，以致佃戶未能繳納者，地主固不得據以主張撤佃，即令佃戶因一時水旱天災，以致滯納，並非存心措欠者，亦自不得為奪佃之原因（四年上字一七三號）。

(4) 因涉訟以致無從交租，與通常無故延欠者，究不相同，業主不得據以主張撤佃（八年上字五〇五號）。

(5) 設定佃權，若有短稜等情事，亦足成解約之原因（十八年上字二二〇八號）。

一、欠租固為消滅佃權之一，其次租在二年以上，或一年內有意抗欠，顆粒不交者，自許撤佃（十年十一月二十九日前大理院統字一六四五號）。

二、業主有效撤佃之後，若佃戶補清欠租，不經業主同意，即可回復佃權，殊於土地之移轉，經濟之流通，以及權利之效用等，多有窒礙，即使有此習慣，亦應認為有背公益，不能採用（九年二月十八日前大理院統字一二三二號）。

第八百四十七條 前二條之撤佃，應向永佃權人，以意思表示為之。

本條應說明者二點

第一點 本條係規定撤佃爲單獨行爲。其關係條文，爲本編八三四條二項，八三六條二項，總則八六條至九六條。參考他國條文，爲日民二七六條。

第二點 釋本條之意義

永佃權人將土地出租於他人，或積欠地租達二年之總額，土地所有人，均得因之而撤佃，此撤佃之意思，但向永佃權人表示之，即可生效，爲形成權，非請求權；他國立法例，有定土地所有人得爲消滅之請求者（例如日民法第二百七十六條永小作人，繼續二年以上，怠於小作料之支付或受破產宣告者，地主得請求消滅其永小作權），謂之請求，似須得對方之同意，始得生效；學者因此頗有爭論，惟該國之判例，初採承認說，後亦改爲單獨行爲說，毋庸得永佃權人之同意。

第八百四十八條 第八百三十九條之規定，於永佃權準用之。

本條之說明，與第十四條第八百三十九條說明相同，不贅。

第八百四十九條 永佃權人讓與其權利於第三人者，所有前永佃權人，對於土地所有人所欠之租額，由該第三人負責還之責。

本條應說明者二點

第一點 本條規定第三取得人償還前永佃權人欠租之責任爲永佃權消滅效果之一。其關係條文，爲債編三一二條。

第二點 釋本條之意義

永佃權以支付地租爲要件，故永佃權之地租，爲物上負擔，應隨永佃權而移轉永佃權人，若將其權利讓與第三人，永佃權人所欠之租額，即應由受讓其權利之第三人負責還之責，受讓人清償讓與人所欠之租額，則爲第三人之清償得對於讓與人代位行使債權人之權利，此與地上權不同之點，地上權不以支付地租爲要件，故地上權人有付地租者，有不付地租者，其付地租者，其地租是否爲獨立之債務，雖各國立法例，不甚一致（見八三

五條第二點說明），惟近今多數學說均認地上權與地租，一為創設物權之法律行為，一為創設地租之債務關係，前者可對抗第三人，後者僅地上權人與土地所有人間，發生效力，地上權雖有讓與，其地租不隨之而移轉，前地上權人所欠之租額，仍由前地上權人負責償還之責，受讓地上權之人，不負何等責任，此地上權一章，所以無與本條相同之規定也。

第八百五十條 第七百七十四條至七百九十八條之規定，於永佃權人間，或永佃權人與土地所有人間，準用之。

永佃權乃在他人土地上為耕作或牧畜之權，永佃權人與土地所有人，大致類似，故永佃權人間或永佃權人與土地所有人間，應準用第七百七十四條至七百九十八條之規定，說明與第八百三十三條第一點，第二點，第三點相同，於此不贅。

本章實用問題

- 一、土地法施行法四十二條，以永佃權準用新地租賃之規定，民法八四二條二項，又有定期之永佃權視為租賃之規定，關於耕地租賃案件，在土地法施行區域，民法與土地法適用之順序如何？
- 二、錢乙於民國十八年將趙甲所有西麓之土地，佃來自耕（耕佃），交有押租金三百圓於趙甲。或錢乙將其所佃權與孫丙耕種，每年應取穀谷（大佃），交有租金三千圓於趙甲。民國二十七年趙甲將西麓土地賣與李丁，價一萬圓，李丁可否扣除押金以給付之？
- 三、錢乙佃趙甲水田二十畝，押租一百圓，每年應納租谷十九石，佃耕三年，期滿，押退田還，此為何種契約？又錢乙佃趙甲水田二十畝，押租四十圓，每年應納租谷二斗，不納年限，地主贖取，押退田還，此為何種契約？
- 四、趙甲（業主）以水田二十畝，移轉占有，與錢乙（承佃人）締結大佃契約，收家押租金四千元，每年應納租谷二斗，應差雜派，由佃戶完納，耕田不納年限，主人贖取，押退田還，由錢乙在佃賃合同文約上簽押，交與趙甲，復由趙甲立領租押洋文約，由趙甲簽押，交與錢乙，趙甲一方面為出租人，同時又為出典人，錢乙一方面為承租人，同時又為典權人，於此情形，兩契約之結合關係，究應如何辦理？
- 五、錢乙（大佃契約人）於紀元前三年一月，租趙甲（地主）西麓山地四十畝，押金四萬圓，每年應納租谷四斗，三十年內地主贖取，押退田還，錢乙自為耕種，至民國十七年租實關係依法清償，而錢乙繼續耕作，趙甲並不反對，應否視為不定期限繼續租賃契約，如其租

質關係，在民國二十七年退還押金以前消滅者，當事人間之關係應用何法以解決之？

六、趙甲於錢乙之土地，有永佃權，年納租銀百石，甲讓其權利於孫丙，欠租二年未繳，此時錢乙向趙甲索租乎？抑向孫丙索租乎？

七、佃權發生，祇有歷久價行之事實，並無書據，佃戶亦未佃墾，地已易主，新業主可否撤佃？

八、土地所有人，對於永佃權人，得授出租人收回自耕，終止契約之規定否？

九、錢乙對趙甲之土地，有田面權，趙甲保有田底權，錢乙應以何種權利登記？趙甲應以何種權利登記？

十、永佃權佃租之增減，得適用民法四四二條之規定否？又土地法一七七條一項，是否限制民法四四二條之適用？土地法施行法五二條三項，是否排除民法四四二條所定之限制？

十一、永佃權之讓與，無相當於八三八條但書之規定，其理由安在？又依土地法一一七條之規定，可否以契約為禁止讓與之登記？

十二、讓與轉租之區別及其實用。

十三、地租之最高限度，未超過耕地面積百分之三百七十五者，如佃戶因不可抗力，收益減少者，得援民法第八四四條之規定，請求減少租金否？

十四、永佃權人就其永佃權與他人為典權之設定者，是否有效？若誤用出典名稱，而實質係在返還價金買回其永佃權者，應否認其為有保留買回之權利？

十五、佃戶於現種地內雜植，並得地主之允許者，於撤佃之日，地主能否勒令遷移？

十六、撤佃之意思表示，為形成權，抑為請求權？

第五章 地役權

第十七解 本章之總說明

本章應說明者三點

第一點 本章之內容

壹、地役權之意義(八五一)。貳、地役權可因時效而取得(八五二)。參、地役權之從屬性(八五三)。肆、地役權人之必要行為爲權爲地役權人權利之一(八五四)。伍、地役權人之義務及供役地所有人之權利義務(八五五)。陸、需役地之不可分性(八五六)。柒、供役地之不可分性(八五七)。捌、地役權人之請求權爲地役人權利之二(八五八)。玖、地役權消滅之概括規定(八五九)。

第二點 本章之立法例

甲 羅馬法

地役權在羅馬法上，屬於役權(Servitutes)之一種，羅馬法之役權有二：第一爲人役權(Servitutes personarum, S. hominum)，內容爲用益權(usus fructus)，使用權(usus)，住居權(habitatio)，第二爲地役權(Servitutes praediorum, S. rerum)，內容爲田野地役(Servitutes Praediorum rusticorum)，都市地役(S. P. urbanorum)，人役權有採用者，有不採用者，地役權則無不採用之國也。

乙 德國民法

德國民法第五章標題曰役權(Dienstbarkeiten)，其內容除第一節地役權(Grunddienstbarkeiten)外，僅有第二節用益權(Niessbrauch)之規定，本編之地役權，大致與第一節相當，而所謂用益權者，則分爲對於物之

用益權 (Nussbrauch an Sachen) 對於權利之用益權 (N. an Rechten) 對於財產之用益權 (N. an einem Vermögen) 三種，實即採用羅馬法人役權之第一種用益權也。至第二種使用權 (Benutzungsrecht) 及第三種住居權 (Wohnungsbezugsrecht)，則以制限的對人役權 (Beschränkte Persönliche Dienstbarkeiten) 名之，以與前二者並列，可謂有羅馬法之精神，而無羅馬法之形式也。

丙 法國民法

法國民法，第二編財產法，共分四卷，其中第三卷，即羅馬法人役權，標題爲用益權，使用權，及住居權 (De l'usufruit de l'usage et de l'habitation)，是卷以一千八百〇四年一月三十日決定，二月九日公布之。第四卷標題曰地役即地務 (Des servitudes ou services fonciers)，是卷於一千八百〇四年一月三十一日決定，二月十日公布之，計分三章：第一章爲從土地之位置所生之地役 (Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux)，第二章爲從法律所設定之地役 (Des servitudes établies par la loi)，第三章爲因人爲而生之土地義務 (Des servitudes établies par le fait de l'homme)，凡本編相鄰之關係，則於第二章規定之，其形式精神，一與羅馬法無殊云。義大利西班牙及其他法法系民法亦同。

丁 日本民法

日本民法之役權，僅有地役權之規定，而無人役權之名稱，其地役權，與羅馬法上所稱之田野地役相近。至都市地役，則於所有權之界限中規定之，與上述德法二國之民法採用人役權者不同（參照日民二八〇條至二九四條）。

東亞各國，無人役權之習慣，近世學者，且認人役權足以妨害經濟之發達，故本編僅有關於地役權之規定。

第三點 地役權之分類

甲 法定地役 (servitude légale)，人爲地役 (Servitudes par le fait de l'homme) 。

法定地役者，依法律之直接規定以發生之地役也。人為地役者，依當事人之法律行為以設定之地役也。而法定地役，皆關於相鄰人關係之事（日民法稱為所有權之限界，見日民二〇六條以下）。法法系各國之民法，有地役別，本編則已規定相鄰人關係，於第二章第二節不動產所有權各條之中，不認為地役之一種，故無用為此區別也。

乙 積極地役 (Servitutes affirmativae; Affirmative od. positive Dienstbarkeiten; servitutes affirmativae, ou positives), 消極地役 (servitutes negativae, negative Dienstbarkeiten, servitutes negativae)。

積極地役（或稱作為地役）者，地役權之行使，依權利人之積極行為以成立也，例如汲水地役通行地役之類是。消極地役（或稱不作為地役）者，地役權人對於供地役所有人禁其為或種行為也，例如不設妨害需役地觀望之建築物或其他工作物之地役，於一定距離內不為穿地工事地役之類是。

丙 繼續地役 (Servitutes continuae; Ständige od. fortdauernde Dienstbarkeiten; servitutes continuae) 不繼續地役 (servitutes discontinuae; nichtständige Dienstbarkeiten; servitutes discontinuae)。

繼續地役者，繼續行於供役地上之地役，水道地役，不設有妨害眺望之地役，開設通路之通行地役屬之。不繼續地役者，地役權之行使，須常有地役權人之行為也，汲水地役，不開設通路之通行地役屬之。但繼續地役，例如設窗眺望，事實上偶然關閉，水道地役，水管偶然阻塞，通路地役，道路偶然破壞，不妨其為繼續地役也。

丁 表現地役 (servitutes apparentes; offene od. ins Auge fallende Dienstbarkeiten; servitutes apparentes) 不表現地役 (servitutes simplices; verborgene Dienstbarkeiten; servitutes non-apparentes)。

表現地役者，地役權之行使，依外形的標識，而現於表面，汲水地役，通行地役，開扉地役，地面上設置或路物之引水地役等屬之。不表現地役者，地役權之行使，不依外形的標識以現於表面也，埋設水管於地下之引水地役，依地下工事疏通污水之地役等屬之。

第十八解 本章之逐條說明

第八百五十一條 稱地役權者，謂以他人土地供自己土地便宜之用之權。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定地役權之意義。其關係條文，爲本編七五七條至七六〇條，七六二條，七六四條，七六七條。參考條文，爲土地法三三條至四五條，一一八條，一一九條，一三二條。土地法施行法五三條至五五條，民訴法一〇條，民訴費用法五條，公證法四條二款，公證費用法五條。參考他國條文，爲德民一〇一八條，一〇一九條，瑞民七三〇條，法民六八六條，義民五三一條，六一六條，奧民四七四條，日民二八〇條。

第二點 立法例

地役權之爲何，羅馬法以來，立法例有二學說：一爲延長需役地所有權說（*Erweiterung des Eigentums am herrschenden Grundstücke*），德國溫第路底唱道之，此蓋由於德民九六條（瑞六五條七三一條同旨），以地役權視爲需役地之構成部分而有此見解也。一爲增加需役地價格效用說（*Wertsteigernde Eigenschaft des herrschenden Grundstück*），德國德仁布喜唱道之（*W. P. I. § 209, D. P. I. § 238*），我民法在解釋上，可解爲保探此說。他國立法例，有認土地所有人，得爲屬於自己之其他土地，在自己土地上，設定地役權者（德民七三三條），有認於自己土地上新築房屋時，而以他人房屋供支柱之用，亦得成立地役權者（德民一〇二二條，法民六三七條），前者在我民法上，爲解釋之問題，而後者則認爲相鄰人中之鄰地使用權，與德民法所認藥物或其他定着物與土地爲一體之觀念不相容也。

第三點 釋本條之意義

一、地役權因土地與土地之關係而生，必有所有人各異之兩個土地存在，而後有地役權，而此兩個土

地中，有地役之，土地謂之需役地（拉丁 Prædium dominans 德 herrschendes Grundstück 法 fond dominant），負擔地役之土地，謂之供役地（拉丁 prædium serviens 德 dienendes Grundstück 法 fond servant），地役權之本質，只要需役地供役地之兩個土地異其所有權之主體，其所謂自己土地者，法文並未明言以自己所有之土地為限，解釋上凡為自己所利用之土地，均為本條所稱之自己土地，蓋地役權之性質，着眼於增加土地之效用，若利用他人土地之人，為求增加其所利用土地之效用，而使用他人之土地，自為法之所許，故土地所有人，若以其土地之一部，設定地上權永佃權與權使他人在此一部之土地上，有使用或收益之權，而地上權人永佃權人與權人因其所使用土地之便宜而得土地所有人之允許，將土地所有人未設定地上權永佃權或與權之一部土地，供其所利用土地之用，亦為本條所稱之地役權，此時就土地所有人之眼光觀之，此兩部分之土地，因為其自己之土地，而自地上權人永佃權人與權人之眼光觀之，則於土地所有人設定地上權永佃權與權一部之土地，為其自己土地，而就其未設定地上權永佃權與權一部之土地，則為他人土地也。又本條所稱之自己土地，他人土地，不必毗連，因地役權之性質，為增加土地之效用，其足以增加土地之效用者，不限於毗連之土地，例如觀望地役權，其供土地便宜之用之土地，即不必為其毗連之地，惟古羅馬立法例，則以毗連 (Prædia vicina) 為必要。

二、本條所謂便宜，乃為土地自身之便宜，非為利用土地之人之便宜，故其性質為固定的非流動的，即不問該土地屬於何人，均可認為便宜，而非甲或認為便宜乙或不認為便宜之謂也。蓋便利與否，須從土地自身之地位狀況及用法等認定之，不從使用土地個人之意思認定也。又所謂供土地便宜之謂者，但得土地之所有人允許而以供其土地便宜之用，即可以取得此種權利，不以為必要情形為限，即不問舍此供其土地便宜之用之土地外，更有可以供其土地便宜之用之土地與否也（見第四點判例），通行權與通行地役不同之點，亦在乎此。

三、地役權之性質，乃以甲土地供乙土地便宜之用而增加土地之效用，故地役權有繼續之必要時，除有法

定消滅原因外，應隨土地而存在，不有期間之限制，亦不因需役地或供役地之所有權移轉而有何變更（見前點解釋），又地役權不以支付地租為要件，與地上權同，其有支付地租者，亦不應認為物上負擔，故地役權有移轉時，其地租不應認為當然隨之而移轉。

第四點 特解

(1) 以通行為目的之地役權，乃因供自己土地之利益，而由自己土地，通行他人土地之謂，其含通行他人土地以外，有無可以通行之處，即其通行他人土地，是否出於必要情形，則在所不問，第須經被通行地之所有人允許而依設定行為，即能取得其權利（五年上字七二七號）。

(2) 通行地役權，因設定行為而取得，至其通行於他人之土地，是否出於必要情形，在所不問（十九年上字七九四號）。

一、依法設定之地役權，不因該供役地或需役地之所有權移轉而變更其效力，除有法定消滅原因外，自應繼續享用（十年五月十九日前大理院統字一五三六號）。

二、因地役權提起上訴時，不問上訴人為地役權人，抑為供役地所有人，亦不問對造之主張如何，其上訴之利益計算，概以上訴人一造因主張地役權所得增加需役之價額，或否認地役權免致減少供役地之價額為準。又原告訴請被告返還土地並拆除地上房屋，或砍去樹木之訴訟，不問由何造上訴，應各按其請求裁判部分，以其因勝訴所得積極或消極之利益，為計算上訴利益之標準（二十七年十二月三十一日院字八三〇號）。

第八百五十二條 地役權以繼續並表見者為限，因時效而取得。

一 本條應說明者四點

第一點 本條係規定地役權可因時效而取得。其關係條文，為本編七五八條，七五九條，七六〇條，八二一條，本編施行法五條三項。參考條文，為一草一一〇六條，二草八八一條。參考他國條文，為德民八七三條，瑞民七三三條，法民六九〇條，六九一條，義民六二九條至六三一條，日民二八三條，二八四條，二九一

條。

第二點 立法例

地役權因法律行為而取得，我民法於通則中七五八條規定之。他國民法，有定爲要書面者（德民八七三條，瑞民七三二條），我民法亦併於通則中七六〇條規定之。繼續並表見，法日民法（法民六九〇條，六九一條，日民二八三條），以此爲因時效而取得地役權之要件，我民法亦同。但德國民法，關於此點，則無表現不表現之區別。又法民法及法法系立法例，以初屬於同一所有人之二個土地間，有成立表現地役之位置者，爾後爲各別所有人時，當然生地役關係（法民六九二條至六九四條，義民六三二條，六三三條），我民法於七八九條規定之，不認爲地役之一種。又需役地共有一人，因時效而取得地役權者，對於他共有人，亦生效力。供役所有人，對於需役地共有一人，中斷時效及停止時效者，對於各共有人，不生效力（參照一草一一〇六條，二草八八一條，日民二八四條）。此蓋本於地役權不可分之效果，我民法雖無明文，然就一三八條之理論而爲解釋，供役地所有人，對需役地共有人，爲時效中斷之行為，亦非對共有人全體爲之，不生效力。

第三點 釋本條之意義

地役權爲財產權之一，依本編第七百七十二條之規定，自可準用本編第七百六十九條，第七百七十條之規定，因時效而取得（見第四點解釋），惟時效之制度，原爲權利人怠於行使其權利，而使繼續行使其權利之人，依時效之完成，取得其權利，使權利之狀態，歸於確定，而不繼續之地役，非繼續無間存在，自不發生時效之問題。不表見之地役，則權利人常缺發覺之機會，雖或繼續無間存在，權利人不行使其權利，往往係由於不知而非出於懈怠，亦難適用時效之制度，本條故定明以繼續並表見者爲限，其繼續不表見，或表見不繼續者，自均不得因時效而取得地役權。

第四點 解釋

依民法第七百七十二條規定，前四條之規定，於所有權以外財產權之取得準用之，地役權係屬財產權之一

種，其取得時效，自應依該條規定，分別定取得時效之期間，至期間之計算，應注意民法物權編施行法第五條第三項之規定（二十年二月十日院字四三七號）。

第八百五十三條 地役權不得由需役地分離而為讓與，或為其他權利之標的物。

本條應說明者二點

第一點 本條係規定地役權之從屬性。其關係條文，為本編八三八條，八四三條，八七〇條，參考他國條文，為奧民四八五條，日民二八一條二項。

第二點 釋本條之意義

地役權為土地之便宜而存在，乃從性的權利，不能離需役地而獨立存在，故地役權應與需役地同為移轉。又因存於需役地之上，故不得單獨為其他權利之標的物，若與需役地同時而為讓與，或與需役地同時為其他權利之標的物，自為法之所許，以其仍為土地所有權之讓與及以土地所有權為其他權利之標的物也。

設定地役權時，倘有以現需役地人為限，不隨需役地而為移轉，此項約定，是否有效，依地役權為以土地供土地便宜之用，及為從性的權利言之，不得認為有效，否則本條等於虛設矣。

第八百五十四條 地役權人，因行使或維持其權利，得為必要之行為。但應擇於供役地損害最少之處所及方法為之。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定地役權人之必要行為權為地役權人權利之一，其關係條文，為本編七七九條，七八六條，七八七條。參考他國條文，為德民一〇一九條，一〇二〇條，瑞民七三七條一項，法民六九六條，六九七條，義民六四〇條，奧民四九六條。

第二點 立法例

本條但書，係仿德民一〇一九條，一〇二〇條，瑞民七三七條二項而為此規定，日民法無之。

第三點 釋本條之意義

地役權於行使或維持其權利之必要範圍內，應許其得爲一切之行爲，俾得實現便宜之效果，但地役權人，若不願供役地之利害，而求一己之便利，則必因增加需役地效用之結果，而損害供役地之利益，殊非社會經濟之利。故本條一面許地役權人，得因行使權利或維持權利有爲必要行爲之權，一面復設但書以制限之，使地役權人，爲此行爲，應擇供役地損害最少之處所及方法爲之，以圖全供役地之利益。

第八百五十五條 地役權人，因行使權利而爲設置者，有維持其設置之義務。
供役地所有人，得使用前項之設置。但有礙地役權之行使者，不在此限。
前項情形，供役地所有人應按其受益之程度，分擔維持其設置之費用。

本條應說明者三點

第一點 本條第一項係規定地役權人之義務，二項三項係規定供役地所有人之權利義務。其關係條文，爲本編七七六條，七七八條，七八五條二項。參考他國條文，爲德民一〇二〇條，一〇二三條，瑞民七三七條，七四二條，法民六九八條，六九九條，七〇一條，義民六四一條，六四三條，六四五條，奧民四九四條，日民二八六條，二八七條，二八八條。

第二點 立法例

本條第一項之立法例，係仿德民一〇二〇條，瑞民七四一條，法民六九八條，義民六四一條，第二項第三項之立法例，係仿義民六四一條二項，奧民四九四條，日民二八八條一項二項。第二項之但書，則仿瑞民七三七條三項，法民七〇一條一項二項，義民六四五條一項二項之立法例，爲日民所無。關於此點，他國立法例，於行使地役權必要部分之供役地所有人，甚感不便，有向需役地所有人，請求變更其他部分之權利者，例如德民一〇二三條，法民七〇一條三項，義民六四五條三項四項，瑞民七四二條是，我民法無之。又他國立法例，於本條第一項之義務，得以設定行爲或特別契約，科其義務於供役地所有人，且其義務，供役地所有人之

特定承受人，亦擔負之，非供役地所有人，自願委棄土地所有權於需役地所有人，則此負擔不能免除者，例如法民六九九條，義民六四三條，日民二八六條，二八七條之規定是。我民法以此種規定，對供役地所有人，生之太奇，故不採用。

第三點 釋本條之意義

地役權人因行使其權利，在供役地上，既有為必要行為之權，則地役權人，在供役地上，自可為工作物或其他之設置，此乃地役權人因行使其權利而設置者，地役權人自應負維持設置之義務，不得因此而使供役地，遭受損害。地役權與地上權、永佃權、典權，雖同為使用他人土地之權，惟地役權設定後，供役地所有人，非其地上權、永佃權、典權之設定人，應守消極狀態，故在不害地役權人行使權利之範圍內，得與地役權人，同時行使其權利，故地役權人所為之設置，常有供役地所有人使用之時，自理論上言之，此設置乃地役權人因行使其權利而為之，供役地所有人，原不得使用，但為社會經濟計，若不使供役地所有人，得使用此設置，則供役地所有人，勢必另為設置，殊非社會經濟之利，本條第二項，故特定期供役地所有人，得使用之，俾供役地所有人，不必另為設置，惟於有礙地役權之行使者，仍應顧全地役權人之利益，故又有但書之規定。

供役地所有人，得使用地役權人所為之設置，關於維持設置之費用，應按其受益之程度分擔之。但應注意者，本條第三項所定，僅關於維持其設置之費用，而非指設置之費用而言，則設置之費用，供役地所有人，自不必分擔也。

第八百五十六條 需役地經分割者，其地役權為各部分之利益，仍為存續。但地役權之行使，依其性質，祇關於該需役地之一部分者，僅就該部分仍為存續。

第八百五十七條 供役地經分割者，地役權就其各部分，仍為存續。但地役權之行使，依其性質，祇關於該需役地之一部分者，僅對於該部分，仍為存續。

右二條便利上合併說明為左之二點

第一點 右二條係規定地役權之不可分性。其關係條文，爲本編八二〇條二項。

第二點 釋本條之意義

地役權係以他人土地供自己土地便宜之用，其內容實有不可分之性質，故其權利，亦爲不可分之權利，若以一個地役權，而分爲數個地役權，即失地役權之效用，換言之，即不足以供土地之便宜，故需役地經分割，其地役權爲各部分之利益，仍爲存續，供役地經分割，地役權就其各部分，仍爲存續，若地役權之行使，依其性質，祇關於需役地或供役地之一部分者，則就該部分仍爲存續，試舉例以明之：

例一 需役地之分割

甲地東隅有園亭，因設觀望地役權於乙地之上，當甲地未分割時，其地全部，皆爲需役地，既分割後，則惟有園亭之地，爲需役地，即惟取得有園亭之所有人，有地役權，而供役地之所有人，既對無園亭之地之所有人，無供以便宜之義務，則需役地之範圍，顯與最初設定之時有異，故僅就取得園亭所有之部分存續之。

例二 供役地之分割

甲有引水地役權，在乙地之上，而水之通路，有一定方向，常在供役地一小部分之上，使供役地分割後，變爲水路所經，與水路所不經之兩部分，則惟水路所經之部分，負擔地役權，其因分割而取得水路所不經之部分者，則與地役權人，無何等關係，此時水路所不經之部分之所有人，既無供役義務，則供役地之範圍，顯與最初設定之時有異，故僅就水路所經之部分存續之。

此外關於取得時效，亦不可分，即需役地共有人中之一人，因時效而取得地役權者，對於他共有人，亦生效力。關於消滅時效，亦不可分，即需役地共有人中之一人，對供役地，有妨止地役權消滅時效完成之情事（中斷或停止），對於他共有人，亦生效力。本編關於此點，雖未如法民七〇九條，七一〇條，法民六七一條，六七二條，日民二九二條之以明文規定，然推本編八二〇條二項，各共有人，得單獨爲保存行爲之旨趣，亦應取同一之解釋也。

第八百五十八條 第七百六十七條之規定，於地役權準用之。

本條應說明者二點

第一點 本條係規定地役權人之請求權，為地役權人權利之一。其關係條文，為本編八三三條，八五〇條，九一四條，九六〇條，九六二條。

第二點 釋本條之意義

本於所有權之物之返還請求權，權的保全請求權（即七六七條之規定），地役權人可以準用，而於地上權人，永佃權人，典權人，反不準用者，其故安在？因地上權永佃權典權，均獨立存在，為主物權，其要素在於占有，當適用第九六〇條，第九六二條保護占有之規定。地役權從屬於所有權，不能獨立存在，為從物權，運命繫於為主之權利（即需役地），依其性質，得準用本於所有權之請求權的規定。又依第八三三條，第八五〇條，第九一四條之規定，關於相鄰人之關係，地上權人，永佃權人，典權人，可以準用，而於地役權人，反不準用者，其理由亦與上同，故其關於相鄰權人之關係，仍為所有人之關係，即應適用不動產所有權第七七四條至第七九八條之規定而無所謂準用。

第八百五十九條 地役權無存續之必要時，法院因供役地所有人之聲請，得宣告地役權消滅。

本條應說明者二點

第一點 本條係地役權消滅之概括規定。其關係條文，為總則一條，九九條二項，一〇二條二項，一二五條，一二八條，本編七五八條，七六二條，七六四條。參考條文，為土地法三六二條，三六三條，土地法施行法五五條，準用五二條二項至四項，八五條，二章八九七條。參考他國條文，為瑞民七四三條，七三五條，奧民五二五條，九二六條，法民七〇三條，七〇五條，七〇八條，義民六六二條，六六四條，六六八條，日民一七九條，九二三條。

第二點 地役權消滅之事由

甲 無存續之必要

此即本條所規定，蓋地役權設定後，因情形變遷，或其他事由，而無存續之必要時，供役地所有人，得聲請法院，宣告地役權消滅，法院因其聲請，得爲地役權消滅之宣告。

乙 存續期限之屆滿或解除條件之成就

地役權定有存續期間或附有解除條件者，當然因期限之屆滿或條件之成就而消滅（本法九九條二項，一〇二條二項）。

丙 土地之滅失

地役權因需役地或供役地滅失而消滅。他國立法例，有以明文規定者，如瑞士七四三條，奧民五二五條是。我民法以係當然，不爲規定，且亦可解爲包括於無存續必要之中。但一部分之滅失，因之地役權不能行使者，不可謂爲當然消滅。

丁 事實的不能

例如引用泉水之地役，而泉水絕對不能湧出之時，其地役權自亦消滅，法民七〇三條，義民六六二條，以明文規定之。本編不設規定，可解爲包括於無存續必要之中。

戊 供役地之土地徵收

有地役權人，即土地法三六二條，三六三條，所稱土地他項權利人是，其地役權之消滅，依土地法及其施行法之規定。

己 拋棄

於本編通則七六四條，已有概括之規定。

庚 混同

於本編通則七六二條已有概括規定。他國立法例依地役權不可分之原則，規定因需役地或供役地共有人中

之一人而生混同者，其地役權不消滅，例如舊民七三五條，法民七〇五條，舊民六六四條，與民九二六條，日民一七九條是。

辛 消滅時效

消滅時效，為請求權之消滅，地役權之有請求性質者，可解為因時效而消滅，其起算點，自為行為時起算，例如眺望地役，即自供役地所有人，違反其不行為義務而建築房屋或其他工作物，阻礙需役地眺望時起算，依請求權消滅之結果而地役權自亦消滅（民法一二五條一二八條）。

本編就地役權之消滅時效，無特別規定，他國立法例，有規定供役地占有人，具備取得所有權要件時，地役權即歸消滅者（日民二八九條），有規定其權利一部不行使時，僅其部分，因時效而消滅者（法民七〇八條，舊民六六八條，日民二九三條），例如八寸尺土地之通行地役，二十年間，僅通行三寸尺，其未通行之五寸尺之地役權，即歸消滅。又晝夜汲水之地役，僅於晝間汲水二十年，則夜間之汲水地役，即歸消滅。

第二次草案，以消滅時效，規定總則編，取得時效，規定物權編，與現行民法所採時效各別規定之主義正同。然對於地役權之消滅時效，則規定二十年間不行使者，因時效而消滅，其期間之起算點，在不繼續地役，自最後行使時起算，在繼續地役，自妨害行使之事實發生時起算（參照二草八九七條），前者例如汲水地役，進行地役，皆為不繼續地役之一，則自地役權人，最後汲水通行之日起算，如已閱二十年，不再行使，則地役權消滅。後者例如安設水道之地役，開設窗牖之地役，自水道窗牖破壞或閉鎖之日，如已閱二十年，不行使之，則地役權因之消滅焉。本編雖無規定，然依總則第一條之規定，於無習慣時，亦解為可以引用。

地役權之消滅，亦須塗銷登記，與地上權永佃權等同（本編七五八條），此後供役地，即回復其完全管領力，如地役權人因行使權利而設置有工作物者，似應比照本編八三九條之規定，予供役地所有人以購買之權。

本章實用問題

- 一、地役權之取得時效，應依何條規定，分別定其期間？此種期間應依何條規定以計算之？
- 二、以他人房屋供支柱之用，能否成立地役權？
- 三、設定地役權時，約定以現需役地為限，不隨需役地而會移轉，其約定是否有效？
- 四、需役地所有人趙甲，其某土地全部，在饒乙地，設有觀望地役，趙甲死，其繼承人丙丁，分割該地，趙甲得東邊園亭所在之處，趙丁得西邊，該丙丁之土地，是否均對乙地有地役權？又例，需役地所有人趙甲，其某田全部，在饒乙田南段，設有引水地役，後水路改向北，饒乙死，其繼承人丙丁，分割該田，饒丙得南段，饒丁得北段，該丙丁二人之田，是否仍均不免供役之義務？
- 五、饒乙房屋，傍近趙甲空基，為通行該基之便，與趙甲設定地役權，特別訂定「趙甲興建房屋，饒乙地役權即歸消滅」，並著特別訂定，依法（土地法）登記，至條件成就時，是否當然消滅，迨為消滅登記？抑或須行使地役權消滅請求權，先為預告登記？

8492

士345 系法論輯 附本上

4446 舊存書

國立邊疆學校
圖書館

借閱者注意

- (一) 加意愛護勿失原有形狀
- (二) 損壞或遺失應照原價加倍賠償
- (三) 借閱以一星期為限期滿欲續借者須持書至館聲明但本館於必要時須即收回
- (四) 逾期不歸還者應照章納金

中華民國三十四年五月重慶初版
中華民國三十六年十二月上海三版

◆(37308-1A)滬報經

大學叢書
民法詮解——物權編上冊

定價國幣伍元貳角

印刷地點外另加運費

著作者 黃 右 昌

發行人 朱 經 農

印刷所 商務印書館

發行所 商務印書館

版 翻
權 印
所 必
有 究

58
445046

