

法學叢書之一

# 民 法 物 權 論

---

王 去 非 著

上海法學編譯社出版

---

會文堂新書記局總發行

MG  
D929.6  
2420



3 2497 8685 0

## 凡例

- 一、本書以我國現行民法第三編物權爲根據，開引同法總則及債編以資說明。他國立法例如德日民法有參攷之必要者，亦多引用之處。
- 二、本書之編制及內容，一以整潔明瞭爲主。凡學說涉於龐雜無關宏旨者，概不闕入。故頗適合於教本之用。
- 三、本書之系統以學理方法而爲編制，不囿於法規之體裁。故書內所定編章節款項目等，與民法物權編未能盡同。閱者參合觀之可也。
- 四、典權爲我國特有之制度，具有益物權之性質，亦即主物權也。我民法以之列入抵押權之後，使人不無誤解爲擔保物權之嫌。故本書乃更厘定其

凡例

一

說明之次序俾系統整然有序焉

五、東鄰法家屈指難數治民法學者尤夥就中梅謙次郎富井政章岩谷孫藏松岡義正等允推巨擘尤以松岡氏學說爲純正故本書每多引用之處其他學者著書汗牛充棟未能一一列舉焉

六、本書間有引用「京師法律學堂筆記」之處特此誌明示不掠美

七、本書付梓倉卒舛錯之處在所難免海內鴻碩尙祈指示是幸

著者附誌

民國十九年 九 月 一 日

# 民法物權論目錄

## 緒論

第一 物權法之概念……………一

第二 物權法之內容……………一

第三 物權法之系統……………一

## 第一編 物權總論

第一章 物權之意義……………一

第二章 物權之效果……………五

第三章 物權之種類……………一〇

目錄

第四章 物權之活動..... 一六

第五章 物權之消滅..... 二七

## 第二編 所有權..... 三三

第一章 所有權之通則..... 三五

第一節 所有權之性質..... 三五

第二節 所有權之內容..... 四一

第三節 所有權之保護..... 四三

第四節 所有權之時效..... 四七

第二章 不動產所有權..... 四八

第一節 不動產所有權之取得..... 四八

第二節 不動產所有權之範圍..... 四九

第三節	土地所有權之限制	五二
第一款	相隣防險權	五三
第二款	隣地流水權	五三
第一項	排水權	五三
第二項	疏水權	五七
第三項	過水權	五八
第三款	隣地用水權	六一
第一項	關於水源地所有人之用水權	六三
第二項	關於水流地所有人之用水權	六四
第四款	線管安設權	七〇
第一項	安設之原因	七〇
第二項	安設之條件	七一

第三項 安設之變更·····	七二
第五款 隣地通行權·····	七三
第一項 通行權發生之原因·····	七三
第二項 通行權行使之條件·····	七七
第六款 禁止侵入權·····	七七
第七款 隣地使用權·····	八〇
第八款 越界建屋權·····	八二
第九款 竹木刈除權·····	八三
第十款 果實發取權·····	八五
<b>第二章 動產所有權</b> ·····	八六
<b>第一節 動產所有權之概念</b> ·····	八六
<b>第二節 動產所有權之取得</b> ·····	八六

第一款	占有	八七
第二款	先占	八八
第一項	先占之概念	八八
第二項	先占之性質	九一
第三項	先占之要件	九二
第三款	遺失物之拾得	九四
第一項	遺失物拾得之法例	九四
第二項	遺失物拾得之觀念	九六
第三項	遺失物之取得程序	九九
第四款	埋藏物之發見	一〇〇
第一項	埋藏物發見之法例	一〇〇
第二項	埋藏物成立之要件	一〇二



第三項 埋藏物所有權之取得.....一〇五

第五款 添附.....一〇七

第一項 添附之意義.....一〇七

第二項 添附之種類.....一〇八

第三項 添附之效果.....一一七

第四章 共有.....一一九

第一節 總說.....一二九

第一節 分別共有.....一二二

第一款 分別共有之性質.....一二二

第二款 分別共有人之權利.....一二六

第三款 分別共有人之義務.....一二二

第四款 分別共有物之管理.....一三三

第五款 分別共有物之分割……………一三六

第三節 公同共有……………一四八

第一款 公同共有之意義……………一四八

第二款 公同共有之效力……………一四九

第三款 公同共有之消滅……………一五〇

第四節 準共有……………一五一

### 第三編 地上權……………一五三

第一章 地上權之性質……………一五四

第二章 地上權人之權義……………一六〇

第三章 地上權之存續期間……………一六六

第四章 地上權之消滅……………一七〇

## 第四編

### 永佃權

#### 第一章

永佃權之性質

一七五

#### 第二章

永佃權人之權義

一七八

## 第五編

### 地役權

#### 第一章

地役權之性質

一八三

#### 第二章

地役權之種類

一九三

#### 第三章

地役權之取得

一九六

#### 第四章

地役權之效力

一九七

#### 第五章

地役權之消滅

二〇〇

## 第六編

### 典權

二〇三

#### 第一章

典權之釋名

二〇五

#### 第二章

典權之性質

二〇六

#### 第三章

典權之成立

二〇八

#### 第四章

典權之存續

二〇九

#### 第五章

典權之移轉

二一一

#### 第六章

典權之效力

二一三

#### 第七章

典權之消滅

二一四

## 第七編

### 抵押權

二一七

#### 第一章

抵押權之性質

二一八

目

錄

九

第二章 抵押權之客體	二二六
第一節 抵押權標之物之性質	二二六
第二節 抵押權行使之範圍	二二九
第三章 抵押權之效力	二三四
第一節 抵押權人相互間之關係	二三四
第二節 抵押權人與抵押人之關係	二三六
第三節 抵押權人與第三人之關係	二三九
第四章 抵押權之實行	二三九
第五章 抵押權之消滅	二四六
第八編 質權	二四七
第一章 動產質權	二四八

第一節	動產質權之性質	二四八
第二節	動產質權之設定	二五二
第三節	質權之效力	二五四
第四節	質權之消滅	二五八
第二章	權利質權	二五九
第一節	權利質之性質	二五九
第二節	權利質之通則	二六〇
第三節	權利質之特則	二六一
第一款	以債權爲標之物之權利質	二六二
第二款	以有價證券爲標之物之權利質	二六四
第九編	留置權	二六七

第一章 留置權之性質……………二六八

第二章 留置權之要件……………二七三

第三章 留置權之限制……………二七五

第四章 留置權之擴張……………二七六

第五章 留置權之效力……………二七七

第六章 留置權之實行……………二七八

第七章 留置權之消滅……………二七九

第十編 占有……………二八一

第一章 占有之意義……………二八二

第二章 占有之種類……………二八六

第三章 占有之主體……………二八八

第四章	占有之客體	二八九
第五章	占有之取得	二九一
第一節	原始取得	二九一
第二節	傳來取得	二九二
第一款	移轉	二九五
第二款	繼承	二九六
第六章	占有之推定	二九八
第七章	占有之合併	二九八
第八章	占有之效力	三〇一
第一節	權利之推定	三〇一
第二節	權利之取得	三〇二
第三節	危險之負擔	三〇五
目	錄	三



第四節 費用之償還	三〇六
第五節 孳息之取得	三〇九
第六節 占有之保護	三一〇
第一款 占有人之自力救濟權	三一三
第二款 占有人之請求權	三一五
策九章 占有之變更	三一九
第十章 占有之消滅	三二三
第十一章 數人占有	三二三
第十二章 準占有	三二四

# 民法物權論

王去非著

## 緒論

第一 物權法之概念 物權法者。從廣義言之。規定物權的法律關係之法規全體也。除民法中之物權編外。如土地法鑛業法漁業法森林法中。皆有關於物權法之規定。故專就民法中之物權法規。論。乃物權法之一部也。而物權法與債權法又同屬於財產法。其制於國家之經濟及人民之習慣有至大之關係。其法規率為強行的。故各國對於物權之種類及範圍。不委諸當事人之意思。恆以法律限定之。此物權法規之特色。所以比諸債權法規為尤多也。

第二 物權法之內容 物權法乃規定物權的法律關係。此關係之別有二。一為基於物權之關係。一為基於附隨物權之債權關係。基於物權之關係者。如所有權地上權永佃權。為物權之基礎。故規定於物權法中。徵之各國立法例莫不相同。其附隨物權之債權關係。乃為全物權之效用而附隨於物權者。因之亦有規定之必要。故各國立法例亦多使同隸屬於物權編中焉。

第三 物權法之系統 物權乃對於一般世人得請求無數之不行爲之私權。故學者有以對世權或絕對權稱焉。其意從同。徵諸德日諸國民法。咸題曰「物權」。爲規定一般物權及其附隨的債權。而特別物權及其附隨的債權。以其與普通私法之性質不合。甯讓諸特別法。我國新民法物權一編設通則一章。示各種共通之原則。凡物權之得喪變更及消滅等情形皆屬之。是爲共通的規定。其次規定主物權。復次規定從物權。最後殿以與物權類似之占有。是爲特別的規定。此物權法系統之概要也。

## 第一編 物權總論

### 第一章 物權之意義

物權之意義如何。從來學說聚訟盈庭。莫衷一是。或以爲管領有體物之權利。或以爲就物受益之權利。或以爲以物爲標的之權利。或又以爲直接行於物上得對抗一般世人之絕對的權利。然民法及其他法律均未明白規定。故其意義亦難依法律以定之。惟有研究關於物權法律全體之旨趣及其權利之

本質。並根據學理以決定之而已。茲參酌諸說。而下以定義曰。

『物權者。於全部或一部之關係直接管領特定物之權利也。』試分析說明之如左。

第一、物權者。乃以特定物爲標的之權利也。

凡權利必須有其主體。此不待論。其尤不可缺者。則爲權利之標的。物權亦然。物權者以有體物爲標的之權利也。（何謂有體物此應於民法總則中說明之茲不贅）物權在諸種權利中形成特別之種類。實因此點而存在。但其物體又必須特定。何則。蓋物權爲管領物之權利。標的物不特定則其管領力無從而施行也。反之。若債權。其權利之標的不在於物體。而在於行爲。雖偶以物之給付爲其標的。然又不限於特定物。是物權與債權異點之所存也。

第二、物權者。乃直接以特定物爲標的之權利也。

吾人所有權利於物有關係者。不必限於物權。例如支付金錢及返還寄託物之權利等。何在不與物有關係。然而權利直接之標的在支付或返還之行爲。其行爲不過有關係於物耳。是物爲權利間接之標的。非直接之標的。而物權則否。蓋物爲權利直接之標的。不須他人之協力。得自由任意行動於

標之物之上。此亦物權之特色。而與他種權利區別之要點也。

第三、物權者。乃直接管領特定物之權利也。

物之管領者。即施實力於物上之謂。故權利人對於權利之標的物得直接以自己意思自由處理。有法律上之效力者也。若權利者以外之人。不問其為誰何。皆處於消極地位。不能為妨害之行為。故物權之效力較他種權利尤為強大。

第四、物權者。乃於物之全部或一部有管領力之權利也。

物權雖為直接管領特定物之權利。然其管領之方法及範圍要不無差別。如地上權永佃權。對於不動產僅以直接使用或收益為標的。非有總括的管領力。因斯二種權利均無處分不動產之權能故也。反之。若所有權則足以為總括之管領。祇要為事實上法律上所許。一切使用收益處分方法皆可聽所有人之自由。此權利行使之範圍所以有廣狹之分也。

物權之意義既如上述矣。若債權則以特定人之行為或不行為為其權利之標的。試比較參觀其本質上差異之點如左。

一、物權者。直接以物爲標的。債權者直接以行爲或不行爲爲標的。故物權爲對物權利。債權爲對人權利。

二、物權者。對於一般世人之權利。他人負有不得侵害其物權之消極義務。債權者。存於特定人間之權利。相對人負有爲某事或不爲某事之積極或消極義務。故物權謂之對世權。債權謂之對人權。

(債權原則上爲對人權而例外  
則亦爲對世權此最難之學說)

## 第二章 物權之效果

物權爲直接管領特定物之權利。其效果如左。

### 第一物權生優先權。

優先權者。謂在同一物上。依設定次序之前後。或担保之有無。定權利之優劣。前之權利。優先於後之權利。有担保之權利。優先於無担保之權利也。原來吾人於或物之上。取得某種物權。則後來之人。對於此物。匪特不能享有同一之權利。卽其權利之性質不相容者。亦不得享有之。故於同一物上。異時

而設定數個物權時。其優劣依設定之前後定之。前所設定之權利。優先於後所設定之權利。蓋物權爲直接管領物之權利。一物之上。既成立或種關係。而生一管領關係。即不容於同一物上。復生一管領關係。此事理所當然。徵諸一物不容二主之格言。毫無疑義。此即所謂依設定秩序之前後。定權利之優劣也。抑尤有進者。物權之有優先權。所以鞏固其基礎。增高其信用也。故二種權利。縱或同時設定。然而一則附有担保物權。一則未附有担保物權。則附有担保物權者。當然優先於未附有担保者。蓋不如是。不足以顯担保之效用。此即所謂依担保之有無。定權利之優劣也。茲更分別舉例。以證余說之不謬。

- 一、二種以上主要之定限物權。異時設定。則先設者。優先於後設者。例如甲於丙之土地上取得地上權。乙於丙之土地上亦然。然而甲之設定秩序在先。乙之設定秩序在後。則甲取得優先權。何者。蓋甲完全取得地上權。此地上權。乙不可不尊重之。因而乙不得蔑視。而於該土地上行使自己所取得之地上權也。乙縱未取得地上權而取得永佃權或地役權亦然。此其例一也。
- 二、二種以上附有担保物權之債權。異時設定。則先設者。亦優先於後設者。例如甲對於乙。借用于

金。於其所有之土地上。爲乙設定抵押權。其後又對於丙。借用千金。亦於該土地上爲丙設定抵押權。此時乙之抵押權。優先於丙之抵押權。須嗣乙行使其權利之後。丙方得行使之。何則設定先後之秩序使然也。此其例二也。

三、二種以上之債權。其一則有担保物權。其一則否。則有担保者。優先於無担保者。例如甲乙丙丁四人。丁以所有物抵押於甲。而借金千元。同時丁更借乙丙金又各千元。並無担保物品。後丁陷於無實力之狀態。而受破產之宣告。乙丙兩人對於破產財團。不外以平等分派。受相當之清償。然甲爲有担保物權者。自有別除權。卽是自破產財團中。得請求優先之清償。質言之。甲由優先權之結果。可先於他之權利人。而受圓滿之清償。乙丙僅爲有債權者。故無優先權。卽不能阻止甲行使其優先之權利。此其例三也。

由上三例觀之。卽可知物權之特點。而與債權之差異。亦卽因此點而存在。歸納言之。物權相互間常發生優先權之關係。有擔保物權之債權相互間。亦常發生此種關係。獨至於尋常債權則否。故未附有担保物權之債權相互間。決不發生此種關係也。蓋自尋常債權言之。債權人對於債務人。無排斥



第三人權利之力。多數債權人。對於一債務人。其債權實行時。不因權利發生之前後。而有優劣之差。其自債務人財產受清償時。均立於同等之地位。故無生優先權之理由。例如甲向乙借金千元。其後更向丙借金千元。乙丙之債權。其效力全為同等。毫無差異。各債權人僅得以自己債權之履行。請求債務人。對於債權發生時日之前後。無顧及之必要。唯各債權人。欲得滿足債權之清償時。則一係債權人對於債務人請求之遲速為如何耳。

## 第二、物權生追及權。

追及權者。謂權利標的物。無論輾轉入於何人之手。權利人得追隨其物。以保全其管領力也。蓋物權為對抗一般世人之權利。故無論何人。均負不可侵害之義務。由此義務之結果。不拘權利之標的物。現為某誰占有。權利人總之可以追隨於其所在。而行使其權利也。此其理由。亦與物權之有優先權同。茲就動產與不動產舉例以明之。以動產言。例如甲乙丙三人。甲為債權人。乙為所有人。乙以其所有之馬一頭。質於甲。其後復以之讓與於丙。而變更為丙之所有物。此時質權人甲。依追及權作用。仍可追隨其物而行其權利是。以不動產言。例如甲貸金與乙。於乙之土地上有抵押權。為其債權之追

保。其後該土地之所有權。無論歸屬何人。甲依然爲抵押權者。對於該土地上。仍得行使其抵押權。是由上二例觀之。又可知物權債權之差異。蓋尋常債權。爲對於特定人之權利。對於特定人以外。不得行使其權利。故無生追及權之理由。例如甲乙二人。締結契約。由甲賣與馬十頭於乙。斯時也。乙向甲得請求交付。假令行甲於此際將所有之馬匹。完全讓與於丙。且交付完畢。則乙對於丙不得請求其所讓受者。向自己交付也。何則。乙爲債權人。只對於債務人甲。有使之交付馬之權利。對於非債務人丙。則不有何等之請求權故也。

### 第三、物權生對物訴權。

對物訴權者。謂權利人因物被侵害。對於侵害人。要求停止其侵害之權利也。又謂之物上訴權。或物權的請求權。蓋物權爲對世權。不過使一般人負不侵害物權之消極義務。爲相對人者。初無特定之人。必有侵害物權者。始對於爲侵害之人。有要求其作爲或不作爲之權利。故此種權利之發生。僅對於侵害者。而爲權利之行使。究不能與物而爲分離。此物上訴權或物權的請求權之所由稱也。由此種權利論之。又可知與債權不同。蓋債權者。對於特定人而行使之。其訴權之相對人。本屬確定。

故無生對物訴權之理由。

## 第二章 物權之種類

關於物權之創設。從來有二主義。一曰放任主義。一曰法定主義。前者以物權之創設。一任當事人之自由意思。法律上不予以制限。後者以物權之種類及內容。概以法律限定。不容當事人任意濫設。(按舊民法、若依委任主義、羅馬法法國西民法德意志民法日本民法、均採用法定主義、以貸借權言之、貸借權者、關於物之債權也、若依舊民法、以不動產為貸借權之標的物時、則當事人得以自由意思、加以登記、使貸借權變為物權、若依日本民法、以不動產為貸借權之標的物時、本於登記、亦能對抗第三者、但不能變債權為物權、然有對抗第三者之效力、即是有物權之效力、無物權之名、而有物權之實、故二種主義、效力上無甚差異、但學說上有此分別而已耳。)此二種主義。從事實上、學理上研究。均應以法定主義為正當。何者。因物權為直接管領物之權利。其效力之強。遠在債權之上。若采放任主義。則當事人能任意創設物權。於交易上、信用上。必多窒礙。其影響於經濟界甚大。例如甲乙間締結契約。使權利關係成立。若此種權利。可由甲乙間任意變為物權。則第三人。常處於危險地位。因甲乙間若為債權關係。則不能對抗第三人。若為物權關係。則能對抗第三人。於是乎丙不能不隨時偵察甲乙之舉動。以致交易不能安心。權利無由確定。反之法定主義。則物權之

種類。預以法律限定。當事人無自由變更之餘地。則權利分明。交易上可保安全。經濟界不受影響。此近世文明各國。所以采法定主義。排斥放任主義也。茲試舉羅馬以來立法例。表示如左。

羅馬法 所有權

物權

定限物權

(甲) 役權

地役權

人役權 (A 用益權 B 使用權 C 住居權 D 奴隸使用權)

(乙) 永借權 (丙) 地上權 (丁) 質權 (A 約定質權 B 法定質權 C 抵押權)

德意志民法

(甲) 所有權 (乙) 地上權 (丙) 役權 (A 地役權 B 用益權) (丁) 先買權

(戊) 土地負擔 (己) 抵押權 (A 土地債務 B 定期土地債務)

法蘭西民法

(甲) 所有權 (乙) 用役權 (丙) 使用權 (丁) 住居權

(戊) 地役權 (己) 質權 (庚) 先取特權 (辛) 抵押權

第一編 物權總論

日本民法

(甲)占有權(乙)所有權(丙)永小作權(丁)地役權

(戊)留置權(己)先取特權(庚)質權(辛)抵當權

我新民法亦采法定主義。規定物權除本法或其他法律有規定外。不得創設。(本法七五七條)就通編考察。本法所規定之物權。則爲所有權、地上權、永佃權、地役權、典權及担保物權各種。並附以類似物權之占有。若從學理分析之。則爲左之數種。

一、完全物權與定限物權 完全物權者。其對物管領。有總括的關係之權利也。定限物權者。其對物管領。僅於一定範圍內。得以行使之權利也。前者爲所有權。後者爲地上權、永佃權、地役權、典權及其他擔保物權。是。

完全物權與定限物權之區別。以其管領力是否涉及標的物全體爲標準。其區別之實益。在完全物權之管領。但須爲事實上、法律上、所許。皆可聽權利人之自由。可以使用。可以收益。可以處分。定限物權則不然。或僅能使用。或僅能收益。故其管領標的物之力。常限於一局部。此區別之實益也。

二、用益物權與担保物權 用益物權者。以物之使用或收益爲內容之物權也。担保物權者。以物之交換價格爲內容。使歸屬於權利人之物權也。前者如地上權、永佃權、地役權、典權、後者如抵押權、動產質權、留置權是。

用益物權與担保物權之區別。以其管領關係。是否出於用益爲標準。其區別之實益。在用益物權。則就該物使用或收益。在担保物權。則就該物作爲一種債務之担保品。債務不清償。該物卽爲權利所取得。故用益物權。爲獨立的權利。而擔保物權。則爲附隨的權利。此區別之實益也。

三、主物權與從物權 主物權者。獨立而存在之物權也。從物權者。附隨他種權利而存在之物權也。如所有權、地上權、永佃權、地役權、典權屬於前者。質權、抵押權、留置權屬於後者是。

主物權與從物權之區別。以獨立存在與否爲標準。其區別之實益。在主物權。大抵屹然獨立。且常以物之使用收益。爲其權利之內容。其間更不發生何種關係。在從物權。則無爲主之權利。決不能存在。例如有債權。而後有担保物權。是擔保物權。乃因債權而存在。又從物權與主權利。以同時取得爲原則。例如以債權讓與於人。取得債權者。卽取得其担保物權是。此區別之實益也。

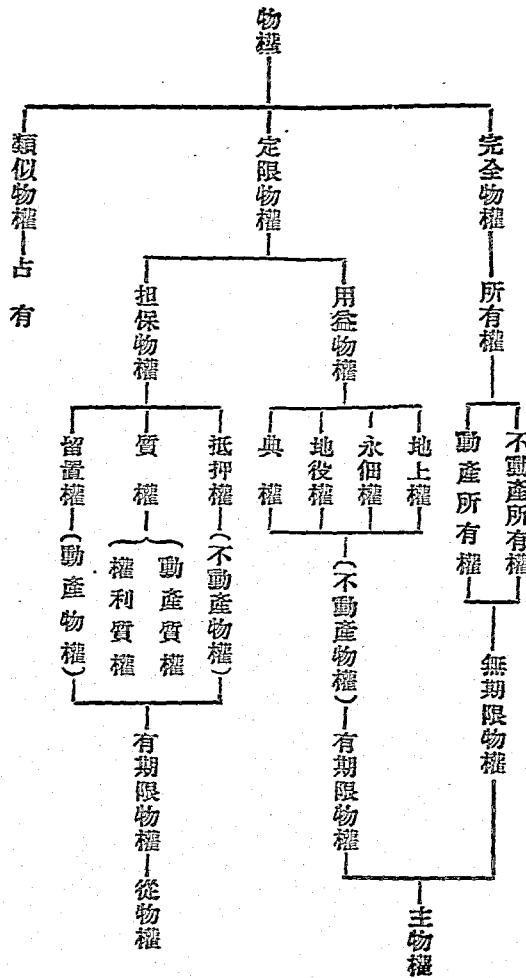
四、動產物權與不動產物權。動產物權者。以動產爲標之物權也。不動產物權者。以不動產爲標之物權也。如所有權質權以動產爲標的物時。則爲動產物權。反之所有權地上權永佃權地役權典權抵押權以不動產爲標的物時。則爲不動產物權。留置權是。

動產物權與不動產物權之區別。以其標的物之狀態如何爲標準。其區別之實益。則因其取得方法及成立要件而顯。如無主之動產。可以先占取得所有權。而無主之不動產。則無論何人。不能因先占取得所有權。其所有權。屬於國家。是取得之方法不同。動產可因交付。而發生所有權讓與之效力。不動產則必須登記後。始能發生設定移轉之效力。是成立之要件亦各異。此區別之實益也。

五、有期限物權與無期限物權。有期限物權者。謂附有一定期限之物權也。無期限物權者。謂永久存在之物權也。前者如地上權永佃權典權動產質權留置權等。後者如所有權是。

有期限物權與無期限物權之區別。以其權利是否於一定期限內存在爲標準。至其區別之實益。在有期限物權。則權利屆期滿時。即當然消滅。在無期限物權。則權利除拋棄及讓與或其他情形外。永久存在。而無消滅之時。此區別之實益也。

綜上所述物權之種類。乃分別根據法律上學理上而加以研究。余茲參合此兩方面更為圖解如左。



第一編 物權總論



以上所述。爲物權在學理上之分類。但就中名詞上。尚有一問題。卽定限物權是也。按此種名詞。爲日本松岡義正博士所獨創。其源出於羅馬。Jus in re aliena 之語。學者之間。有譯爲他物權者。有譯爲制限物權者。然皆未妥。今請述其理由。他物權者。於他人物上所成立之權利也。然此等物權。有並不於他人之物上成立者。例如甲以土地抵押於乙。復抵押於丙。乙爲第一位抵押權人。丙爲第二位抵押權人。若乙死。甲爲乙之繼承人。乙之抵押權。並不消滅。蓋消滅則丙進於第一位。而爲不當利得矣。此時甲亦在自己物上有權利。非在他人之物上有權利。(詳見  
疑問)則他物權之說爲不遵。制限物權者。制限他人所有權而成立之權利也。例如乙在甲地上有地上權。則甲土地所有權之使用一部分受限制。故謂之制限物權。但所有權亦有時受所有權之限制。如甲乙鄰居。因有相鄰地之關係。甲有時可使用乙之土地。乙有時亦可使用甲之土地。是甲乙彼此土地所有權之使用一部分。彼此可以限制。此所有權受所有權限制之明證。故以制限物權。爲所有權對立之名稱。亦殊未妥。茲稱爲定限物權。庶可從主觀方面。表示其權利之內容。有一定的限度也。不敢謂盡善。然現尙無善於此者。故用之。

#### 第四章 物權之活動

物權之活動者。卽物權基於法律行爲而有設定、移轉、取得、喪失、變更、或讓與之狀態也。故物權之活動者。卽其權利在於一種動狀之中也。關於物權活動之方法。從來有**意思主義**形式主義二種。試詳述如左。

**第一意思主義** 意思主義者。物權之設定移轉。不要何等形式。單依意思表示。卽生效力之謂也。采此主義之立法例如左。

一、**法國法制** 法國法制。關於物權之設定移轉。在民律未定以前。採用羅馬法。亦以交付爲必要。但所采者爲略式耳。其後漸發生一種理論。謂交付爲占有之移轉。但可行於有體物之上。若權利爲無體物。無所謂交付。則交付之說不得通。故實際上於是漸漸不以交付爲必要。而唯依當事人意思表示爲之。其後意大利民律及其他屬於法法系諸國民律。亦採用之。

二、**日本法制** 日本法制。關於物權之設定移轉。亦仿法制。專因當事人之意思表示。而生效力。故物權之取得。乃意思表示直接之結果。不以交付（動產物權）或登記（不動產物權）爲必要。顧日本學者間。有謂物權設定移轉時。其先尚須有物權移轉之債務關係。因履行此債務。遂移轉物權。依其主張。

物權之設定移轉。有三階段。(甲)最初須有物權設定移轉之意思表示。(乙)次之始發物權設定移轉之債務關係。(丙)其終始現物權設定移轉之結果。爲此說者甚多。其實非是。蓋意思主義之物權設定移轉。乃意思表示之直接之結果。但有意思。卽爲移轉。若如學者之說。是間接之結果。與意思主義不合。故此種學說。凡采意思主義之國。皆不採用。

總之意思主義之精神。以物權之設定移轉爲標的之法律行爲。乃由發生物權設定移轉之債務契約。與發生物權設定移轉效力之物權契約。相混合而成之行爲。此種行爲。一面使債權發生。一面則使物權取得。學者稱之爲混合行爲。故此後所發生物權設定移轉之效果。乃意思表示之直接效果。而非債務契約之效果。若謂爲債務契約之效果。則成爲意思表示之間接效果矣。豈非從根本上破壞意思主義之觀念乎。

第二形式主義 形式主義者。物權之設定移轉。於意思表示外。尚須履行一定程式。始生效力之謂也。采此主義之立法例如左。

一、羅馬法制 羅馬法制。關於物權之取得。不論動產不動產。以占有之移轉爲必要。所謂物之交付

是也。在交付以前。僅發生債權關係。不發生物權移轉之效力。例如甲以物賣與乙。若已交付。則乙爲所有者。若未交付。則乙不過爲應受交付之債權者。其交付之方式。異常複雜。因當時證據思想薄弱。文字又甚簡單。故尙現實之交付。以爲簡單之方式。不足以資將來證據也。迨其後證據思想發達。交易日有進步。嚴重之方式。於實際上諸多不便。於是乃有略式之交付。詳具羅馬法。由此可知法律與時變通。不能始終一律。羅馬當時。無論何種物體。皆須交付。因未發明登記制度故也。近來有登記制度。故不動產無須交付。而以登記代之。其用意正同。德法系諸國民律採用之。

二、德國法制 德國法制。係繼受羅馬法。故羅馬法所採用之主義。德意志多所採用。關於物權之設定移轉亦然。特交付之性質。德國學者。議論不一。有謂交付。爲物權移轉之實行行爲者。物權雖已移轉。但欲使物權人行使物權。則非交付不可。有謂交付。爲物權移轉之要件者。謂爲要件。則非交付。不得移轉。又有謂交付。爲物權契約者。既認爲物權契約。故應與債權契約相區別。議論紛歧。莫衷一是。其爭議之結果。物權契約說。獨占優勝。故德意志民律採用之。例如甲約以馬贈乙。則甲有應交付馬之義務。是甲爲債務人。乙爲債權人。此即所謂債權契約。至甲表示以馬交付於乙之意。

思。乙表示接受馬之意思。是爲授受之合意。因此合意。而即實行交付。是爲授受之實行。合意與實行相合併。此即物權契約也。至此二種契約。有無關係。因立法例而不同。據普國私法。則認爲有主從關係。而德帝國民法。則認爲互相獨立。若認爲有主從關係。則債權契約無效時。物權契約。亦自無效。若認爲互相獨立。則債權契約雖無效。而物權契約仍爲有效。二立法例之理由。一就當事人一方面言。故應有主從關係。如甲乙贈馬之債權契約不成立。則實行交付之物權契約。亦當然不能成立矣。一就第三人一方面言。故應互相獨立。如上例。丙若從乙購買此馬時。甚不安心。須調查甲乙間之債權契約。果爲有效與否。恐日後或有無效之虞也。若物權契約獨立。則無此種不便矣。綜觀二立法例。而比較其利弊。實以德國民法保護第三人之主義爲佳。蓋認物權契約獨立。則債權契約雖無效。但經合意實行。仍屬有效。甲乙間雖有變局。亦與丙無關。丙固可安心而爲交易矣。總之形式主義之精神。在於區別債權契約與物權契約。已如上述。茲對於物權契約。更下一定義。即「物權契約者。以物權設定、移轉、爲標的之要式的、無因契約也。」試分析說明。其特質如下。(甲)物權契約。以物權之設定移轉爲標的。凡以發生法律上效果爲標的。而爲合致之意思表示者。皆曰契

約。物權契約亦然。其設定移轉。卽所謂法律上之效果也。(乙)物權契約爲要式契約。凡設定移轉不動產之物權契約。以登記爲必要方式。讓與動產之物權契約。以交付爲必要方式。皆物權契約成立之要件。非僅對抗他人已也。(丙)物權契約爲無因契約。物權之設定移轉。乃財產之捐出。所以爲此捐出者。必有一定之理由。此理由卽爲物權契約之原因。凡物權之設定移轉。僅依物權契約而成立。不問其原因如何。故物權契約爲無因契約也。

右述二大主義。自以形式主義爲佳。何者。彼意思主義。以爲但有意思表示。卽爲物權之移轉。固屬簡便。然實際上不能如此。誠以一切動產不必交付。一切不動產不必登記。其權利之移轉。甚不確定。例如甲願以某物賣與於乙。既有此意思表示。則乙爲權利人。其物當然爲乙所有。然物未交付。甲或以其物轉賣於丙。理論上乙可以對丙主張所有權。將物取回。如此。則交易益見煩雜。法律上不能不設法爲之補救。故規定物權之移轉。雖得以意思表示爲之。然非交付或登記。則不能對抗第三者。既重在意思表示。而又須交付登記。可知意思主義爲徒託空言。而仍歸於形式主義。同一所有權。而有時能對抗第三者。有時不能對抗第三者。亦至爲不便。况物權之效力。比債權爲優。其特點卽在能對抗第三人。若采意思

主義。則物權亦有不能對抗第三人之時。豈非違反物權之法理。有此種種流弊。故意屈主義之勢力。日漸微弱。近日新出民法。皆不采此主義。

自近日一般立法之趨勢觀之。大抵皆采形式主義。形式主義。有關於不動產者。有關於動產者。然。要。不。外。保護。第三。人。之。利益。圖。交易。之。安全。茲。更。分。別。說。明。之。如。左。

(其一)不動產

不動產之地位有定。且其種類不如動產之多。故其設定移轉。當用嚴重方式。以圖交易之安全。茲就各國制度舉其重要者有三。即如左。

(甲)地券交付主義 地券交付主義者。就各土地創設地券。送交官廳登記。交付於權利人。以不動產之得喪變更。記載於其上。確定不動產物權之權利狀態。使有利害關係之第三人。得就該券推知該不動產之權利狀態之謂也。例如甲以所有地賣與乙時。從一定方式。作讓與證書。連同地券。送交登記官廳。登記官廳塗銷賣主之舊地券。以其所送交之同式新地券交付買主。且記入該買賣於登記簿是。又如甲為債權人。乙於自己所有之土地上。設定抵押權時。從一定方式。

作物權設定證書二通。連同地券送交登記官廳。登記官廳於登記簿上。記明物權設定之理由。而以設定證書一通。連同地券。交付於乙是也。采此主義者。爲英國殖民地。澳大利亞洲。及法國殖民地等處。

(乙)登記公示主義 登記公示主義者。乃以登記爲公示不動產權利狀態之方法。不動產之得與變更。非有登記。則不得對抗第三人之謂也。例如甲以所有地讓與於乙。尙未登記以前。更以是讓與於丙時。則乙不得以其讓與向丙對抗。而自稱所有者是也。采此主義者。爲法蘭西、意大利、比利時、希臘、葡萄牙、西班牙、日本、等諸國。

(丙)登記要件主義 登記要件主義者。乃以登記爲不動產得與變更之要件。非有登記。匪但不能對抗第三人。卽當事人間。亦不能發生效力之謂也。例如甲以所有地讓與於乙。而乙尙未登記。甲依然爲所有者是也。采此主義者。爲德意志、奧大利、匈牙利、瑞典、荷蘭等諸國。

以上三種。地券交付主義。辦法失之繁雜。登記公示主義。有已成物權不得對抗第三人之弊。與物權之本質不合。唯登記要件主義。辦法既簡捷易行。亦不至有不得對抗第三人之慮。實際理論。均臻妥



協。據我新民法規定不動產物權依法律行為而取得設定喪失及變更者。非經登記。不生效力。(本  
法七  
五條)蓋即採用此主義也。

不動產物權之取得。必以登記為要件。此為普通一般之原則。但有一例外。即有時不必登記。亦可取得不動產物權者。例如因繼承、強制執行、公用徵收、或法院之判決而取得之是也。此際其新物權人非經登記不得處分其物權。(本法七  
五九條)蓋登記之物權人與現在之物權人必須一致。始能確保交易上之安全。若未為取得之登記。即能處分其物權。是登記之物權人非現在之物權人矣。其流弊所及。影響於經濟界。豈淺鮮哉。

關於不動產物權之登記程式。已如上述矣。然此特指表彰不動產物權活動的效力之主要的程式而言。此外尚有一附隨的程式焉。即當其移轉或設定時。當事人尤須締結契約。以為雙方遵守及履行之佐證。此契約。學者以物權契約稱焉。夫在通常之契約方式。或以口頭。或以書面行之。皆無不可。獨至物權契約之締結。則應以書面為之。始足以資準繩。而堅強其效力。且此程式之履行僅在於雙方當事人間。故對於主要的程式。可稱為附隨的程式焉。我新民法規定。不動產物權之移轉或設定。

應以書面爲之。(本法六〇條)即指此表彰不動產物權活動的效力之附隨的程式而言也。

### (其二)動產

經濟社會之交易品。以動產爲多。如必一一登記。則不勝其煩。故登記制度。不適用於動產。且動產之移轉。貴於迅速敏捷。若須登記。亦不合於交易頻繁之時。故各國於動產之移轉。均以交付爲憑。惟交付主義。又分爲二。即如左。

(甲)交付公示主義 交付公示主義者。乃以交付爲對於第三人公示物權讓與之方法。其在交付以前。則當事人不得以動產物權之讓與。對抗第三人之主義也。例如甲以所有動產。讓與於乙。尙未爲交付。更以是讓與於丙。乙不得以讓與之事。向丙對抗。而主張爲所有者是也。采此主義者。爲法蘭西、意大利、日本等諸國。

(乙)交付要件主義 交付要件者。乃以交付爲動產物權讓與成立之要件。當交付以前。物權讓與。對於第三人固無效。即當事人間。亦不生效力之主義也。例如甲以所有動產。讓與於乙。當尙未交付之時。惟担負所有權移轉之義務。不發生所有權移轉之效力是也。采此主義者。爲羅馬法。

德意志民法及其他德意志法系諸國。

以上二種。交付公示主義。辦法繁雜。交易上殊多不便。且有已成物權不得對抗第三人之弊。惟交付要件主義。於物權法理極合。我新民法規定動產物權之讓與。非經交付動產。不生效力。(本法七六一條一項本文)蓋即採用此主義也。

抑動產物權之讓與。雖以交付為要件。然法律上。為使動產物權。易於移轉起見。特設變通之法。是為交付要件主義之例外。其情形於左。

A、簡易交付 凡受讓人於讓與之先。已占有其動產者。當其受讓之時。只須彼此合意。移轉其物權。即生讓與效力。此之謂簡易交付。例如甲有馬一頭。賣與於乙。本應現實交付。然乙於買賣契約成立之先。已占有此馬。則甲無須更為交付。僅須甲乙二人合意移轉其馬之所有權。即有效力。是也。(本法七六一條一項但書)

B、占有改定 凡讓與動產物權時。而讓與人仍繼續占有該動產者。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。此之謂占有改定。例如甲以一車賣與於乙。買賣

關係成立之後。乙本即時可以占有其車。而此際甲願向乙貸貸此車。則甲仍能繼續占有。僅另結一貸貸借契約。以證明乙之所有權之關係可也。(同條)  
(二項)

C、求還代位 凡讓與動產物權。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。此之謂求還代位。例如甲有一錶。為丙設定質權。現為丙占有。後甲又以該錶與乙結讓與契約。雖未即時由丙取還。交付於乙。然得以對於丙之返還請求權。讓與於乙。以代交付。是也。(同條)  
(三項)

以上所述。乃關於動產之規定。惟無記名證券。雖所以表明債權。而實有物權證券之性質。其證券之輾轉流通。一與動產之活潑無二。故應使之準用動產物權讓與之規定。我新民法雖無明文。然固不得不同樣之解釋也。

## 第五章 物權之消滅

物權之消滅。其原因不一。自學理上觀察。可分為二。(一)共通之原因。此即各種物權消滅之共通事實。

例如權利人之拋棄權利是。(一)簡別之原因。此卽某種物權消滅之特殊事實。例如時效之經過、標的物之全部毀滅、標的物之被沒收宣告、或公用徵收等是。我新民法就此兩種原因而設抽象的概括的規定云。物權除法律另有規定外。因拋棄而消滅。(本法七  
六四條)是拋棄爲共通原因。而法律另有規定爲簡別原因矣。

除上所述外。關於物權消滅之原因。尙有混同一項。混同云者。不可兼有之二資格。集於一人之謂也。就債權舉例以明之。譬如債權人與債務人之二資格。本非一人所能兼有。苟債權人死亡。而債務人爲繼承人。則債權人與債務人之二資格。並屬於一人。卽混同也。而在物權上之混同。卽於同一物上。其所有權與其他物權。又所有權以外之物權。與以此物權爲標的之權利。集於一人之謂也。自純理言之。混同。祇不能實行權利而已。不得爲權利消滅之原因。然必使不能實行之權利存續。既無實益。徒使法律關係趨於錯雜。故不如簡捷了當。仍認爲權利消滅之原因之爲愈也。茲分二段。以說明之。

第一原則 物權因混同而歸於消滅。是爲原則。其情形如左。

一、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。就於同一物上。所有權

與其他之物權。同歸於一人時。只所有權存在。而他之物權因混同而消滅。例如甲於乙之所有土地上。有抵押權。其後。或甲死。乙爲繼承人。或乙死。甲爲繼承人。則二權并屬於一人。其抵押權。即因而消滅。又如甲於乙之所有動產上。有動產質權。甲又由乙受讓其動產。而爲所有者。或乙爲甲之繼承人。而爲承繼者。無論何方。其質權應歸消滅。是也。(本法七六  
二條本文)

二、所有權以外之物權。及以該物權爲標的物之權利。歸屬於一人者。其權利因混同消滅。所有權以外之物權者。如地上權、永佃權、抵押權、質權等。是也。其因混同而消滅者。卽以此類權利爲標的物之權利也。例如甲於乙之地上。權。或永佃權。之上。取得抵押權。後甲又由乙受讓其地上權。或永佃權。抑或乙爲甲之繼承人。而爲包括的承繼時。則地上權。或永佃權存在。而抵押權應歸消滅。又如甲於乙之動產上。有質權。而以其質物轉質於丙。後又爲丙之繼承人時。則轉質之權利消滅。只對於乙之質權。仍依然存續。是也。(本法七六  
三條一項)

第二例外 對於物權因混同而消滅之原則。有左列之例外。

一、其他物權之存續於所有人或第三人。有法律上之利益者。原則中之第一項。不適用之。蓋同一

物上所有權與其他之物權混同。則他之物權消滅。雖如前述。然因此而使所有人或第三人受不測之損失。或博意外之奇利。理論上亦非得當。故其物權。如消滅而有礙於所有人或第三人之法律上利益時。則他之物權。不得消滅。例如甲於土地有所有權。先因借乙八千元。以其土地作抵押品。後又抵押於丙。借五千元。依登記先後爲序。則乙爲第一順位。丙爲第二順位。若甲不償清債務。扣押其土地。而拍賣之。其價僅得萬元。則乙可行使優先權。而取得八千元。丙只能得其餘之二千元。若其時乙爲甲之繼承人。取得甲地之所有權。依一般原則。其抵押權當因混同而消滅。乙之抵押權消滅。則僅丙之抵押權存在。將來土地賣得萬元。丙固可取得五千元。而乙亦只取得五千元。是乙有優先權者。反受三千元之損失矣。若其地並不能賣萬元。只可賣五千元。則全數歸之丙。而乙受損最大。是豈情理之平。故法律特設例外以保護之。乙之抵押權。雖已與甲之所有權混同。仍使不能消滅。得依然行使八千元之債權也。(以上然所有人有法律上利益而言)又如甲於丙之所有地上。有永佃權。又以之抵押於乙。後因繼承或其他事由。取得丙地之所有權。依一般原則。甲之永佃權。當因混同而消滅。甲之永佃權消滅。則乙之抵押權。無所附屬。亦隨以消滅。而乙受無極之損失矣。因此情

形。法律上不使甲之永佃權消滅。以保護乙之抵押權。是也。(以上就第三人而言) (本法七六) (法律上利益而言) (二條但書)

二、所有權以外之權利人或第三人。於其他物權之存續。有法律上利益者。原則中之第二項不適用之。蓋所有權以外之物權。及以此為標的物之權利。歸併於一人時。若因混同而有礙於權利人或第三人之利益時。則前述之原則。亦不可得而適用。所以保護利害關係人之利益。維持交易上之安全也。例如地上權人甲。對於乙。設定第一次之抵押權。後又為丙設定第二次之抵押權。嗣後乙因繼承取得甲之地上權。一般適用上。乙之抵押權。似應歸於消滅。然乙為第一抵押權人。其權利之存續。於法律上有利益。故不因混同之故。而使之消滅也。否則。丙將進而為第一位抵押權人。其權利反占優勝之地位。而乙受損大矣。(以上就其他之物權人而言) 又如甲為永佃權人。乙於其永佃權上。取得質權。俟後乙又以該質權為標的。而轉質於丙。甲死乙為其繼承人。則二權集於乙之一身。自原則言之。乙之質權。似應歸於消滅。然該質權為丙轉質之標的物。丙對之有法律上利益。如使乙之質權消滅。則丙之轉質權無所附麗。亦隨以消滅。是使之受無端之損失矣。故此種權義關係。亦不因混同而消滅。(以上就第三人而言) (本法七六) (法律上利益而言) (三條二項)



於此有一問題即所有權或其他之物權與占有混同時。則關於所有權與他之物權或所有權以外之權利因混同而消滅之原則。能否適用是已。付於此點。我新民法無明文規定。自解釋而論。仍以不適用爲宜。何則。蓋占有之性質。爲事實上之管領關係。當受法律之特別保護。若因混同而消滅。轉失立法承認占有之真意也。故占有不適用混同之原則。例如甲有一金錶。被乙占有。後乙又因他種原因。取得甲錶之所有權。設所有權取得之際。其錶忽被丙奪去。則乙對丙可提起所有之訴。亦可提起占有之訴。是也。（此係就所有權與占有相與混同之例而言）又如甲有土地一片。爲乙設定抵押權。後又因或種關係。而爲乙所占有。設不幸而爲丙侵占。以致涉訟。則可以請求保護占有是也。（此係就其他權利與占有相與混同之例而言）綜此二例觀之。若因混同而遂消滅其占有。則以後不得提起占有之訴。非法律所以保護占有者矣。（我舊民律九八一條二項及九八二條二條二項參照）

## 第二編 所有權

人類欲在社會生存。斷不可無管領外物之力。管領外物之力。莫過於所有權。故各國民法中。皆有所有權之規定。但所有權之性質如何。其學說如何。欲爲沿革的研究。當先知所有權之起源。歐西各國學者。於所有權之起源。議論甚多。不可殫述。茲就其最簡單者言之。所有權者。由共產制度。進於家產制度。由家產制度。進於個人財產制度。數千年之沿革。欲以一二語概括之。實難盡其底蘊。然此其大要也。

原始社會。人民渾噩。生存之競爭不激。因彼時人口稀少。生活資料繁多。故人類無爭。無爭則無畛域之分。彼我之別。所有權之觀念。自無從發生。遠後人類日益蕃息。食物日漸減少。取得生活資料。漸感困難。不得不出之以競爭。爭則力厚者占優勝。力薄者歸劣敗。遂不能不講團結之法。於是首由血統相同之人。組織血統團體。以與他團體相抗。學者稱爲酋族時代。是也。

酋族時代。所有食物土地。皆爲一族人所共有。學者謂之爲共產制度。然共產制度之發生。細分之。又可別爲三期。第一期。爲狩獵時代。第二期。爲牧畜時代。第三期。爲農業時代。狩獵、牧畜、農業。皆人類取得生

活資料之方法。再進而爲半農業時代。則漸有進化之現象。其現象維何。卽由共產制度。漸進於家產制度。是也。

共產制度。乃迫於當時之情形。不得不爾。學者謂井田之法。卽出於此。而所有權之觀念。亦由是發生。例如一塊土地。分屬甲乙丙丁四人。每年調換耕種。故土地尚非四人之所有物。乃共有物。其後以調換爲不便。甲乙丙丁永遠就原有地耕種。遂漸生所有權之觀念。其土地耕種所得。則歸各人占有。尤與所有權相近。故半農業時代。以共有爲原則。以占有爲例外。

家產制度。始於有一定之婚姻。婚姻有定。則系統分明。形成一家之組織。在會族時代。目女子爲一族共有。並無一定婚姻。婚姻無定。則血統混淆不分。家族之組織。無由而成。故共產制度。進爲家產制度之原囿。大之則在有一定之婚姻。小之則在農業之發達。

觀此可知半農業時代之初期。爲共產制度。其終期爲家產制度。家產制度時代。一切品物。皆爲一家所共有。雖家長不能自由處分。然其時亦有爲個人所獨有者。如家長因勞力所得之物。族人因軍功所得之物。認爲其所獨有。猶之會族時代。一族共有中。亦有爲一家占有之物。然個人獨有。卽個人財產制

度發達之起點。故家產制度。以一家共有爲原則。以個人獨有爲例外。迨後社會進步。工商日益發達。個人勞力之所得。逐漸增多。以個人勞力所得。如作爲一家共有。於情不合。於理不順。於是個人財產制度。亦日益發達。而所有權關係日繁。各國法律上。遂不得不有詳密之規定焉。

## 第一章 所有權之通則

### 第一節 所有權之性質

所有權爲物權中最強、最重要之權利。其意義云何。從來學者。聚訟盈庭。茲舉其重要學說。評駁之如左。

甲、所有權者。處分物之實質之權利也。是僅舉所有權作用之最重要者。若依此說解釋。則所有者於設定質權時。可謂無所有權。何則。既設定質權。即因之不能行使處分之權利也。

乙、所有權者。絕對之權利也。是雖表明所有權之性質。爲獨立而存在。然所謂絕對之文字。其意義

失之廣漠。尙未表明所有權之爲何也。

丙、所有權者。無制限之權利也。是表明所有權之內容。爲無限度也。然近世各國立法例。關於所有權。均認法律上之制限。此說以無制限立言。適與此觀念相衝突。故亦不謂當也。

丁、所有權者。自由使用、收益、處分物之權利也。是說爲晚近學者所唱導。然有二大謬點。第一、此定義。以所有權所生之效果。與其本質相混。是欲以結果而說明原因也。第二、此定義。以物之使用、收益、處分。爲所有權之成立要素。苟欠缺其一。即可惹起所有權之消滅。爲論理當然之結果。然所有者以其所有物貸貸於人。與以使用或收益之權。所有者決非失其所有。是足證明論決之謬矣。

以上所揭諸家之定義。均欠妥洽。爲近世學者所批難。茲據余輩所信。則「所有權者。依其物之性質。及法令限制之範圍內。於事實上。法令上。有完全管領其物之單一權利。而永久存續者也。」就此定義。試分析說明其性質如左。

第一所有權。管領物之權利也。

所有權以物之管領爲內容。故其標的物。不可不爲有體物。且須特定。(參照第一編第二  
章第一之說明)考諸羅馬律。

定所有權之標的物。爲有體物。而德意志古代法。則無體物。亦得爲所有權之標的物。現在各國。凡舊式法律。如法國民法。皆認無體物之所有權。新式法律。如德日民法。僅認有體物之所有權。蓋若認無體物之所有權。則所有權將涉及民律法典之全體。譬諸債權。亦將成爲所有權。而所有權之特質。必因之泯滅。充其量。將使民法成爲所有權法。不幾反於各種私權之性質乎。故我民法做德日立法例。所有權之標的物。以有體者爲限。良有以也。

所有權之標的物。以有體物爲限。雖如上述。然不能謂凡是有體物。皆得爲標的物。又必其物有獨立之性質。且爲法律所認許者。而後可。故如物之構成分子。及未自母體分離之果實。皆不得爲所有權之標的物。何則。以其無獨立之性質也。又如公有物及禁止私人所有之物等。亦皆不得爲所有權之標的物。何則。以其非法律之所認許也。

## 第二、所有權者。完全管領物之權利也。

所有權有完全管領物之權利。所謂完全管領權者。非指於特定關係及以特定方法而得管領物之權利。乃指於一切關係以一切方法而包括管領物之權利也。此即與定限物權異點之所存焉。是故

所有人對於其所有物之使用、收益、處分，均能運用自如。反之，若定限物權，其權利人對於權利之標的物，或僅可使用，或祇能收益，而處分不與焉。進是以觀，則所有權之觀念思過半矣。

### 第三、所有權者，物權而有單一的性質者也。

所有權者，物權也。故所有人得直接完全對物管領，而所有權重大之權能則有使用、收益、處分（積極的權能）及排除世人之干涉（消極的權能）又曰排他作用。如所有人消費或出售其所有物是。後者之例，如禁止他人通行於自己之地內是。雖然，所有權之狀態為如何乎。古來學說，頗有爭論。約之則為二派。（一）權利集合說。此說謂所有權為各種支分權集合而成者。如使用權、收益權、處分權占有權、獨立則為各箇之支分權。合之則為一整個的所有權是。（二）權利單一說。此說謂所有權雖具有各種之作用（權能），而其本體則為單一的狀態。是故使用、收益、處分者，所有權之作用也。而非各箇之支分權也。（占有本所有權之一部。因法律另有規定獨立存在。故應除却。其列為作用者，誤矣。）質言之，所有權者體也。所有權之權能者用也。體用分明。譬如太陽之於光綫也。斯二說皆言之成理。持之有故。因其立論各異。致引起後來學說之激盪。隨而大有裨益於所有權學理之

進化。若自事理上言之。則後說實較前說爲勝。故我新民法從晚近學說及立法例之趨勢。而採用後說。蓋果採用前說。而以所有權爲諸種支分權之集合體。勢必網羅各種權利而一一列舉之。苟缺一。則所有權形將解體。豈非於實際上理論上大相刺謬乎。

夫所有權既爲單一之權利。而有種種之作用。故有時其作用雖或受制限。仍依然爲所有權。決非來所有權之消滅也。是以近世學者。因所有權有種種作用。故謂有彈力性。又因合種種作用。而成爲一個權利。故謂有歸一性。凡所有權受有限制。不能爲充分之行使。除却限制。所有人仍有圓滿之管領力。有彈力性之謂也。(例如於所有土地上、設定地上權、爲所有權之限)又他種物權。只得有作用之一部。而所有權、則無不具。有歸一性之謂也。(例如地上權只有使用之作用、永佃權只有用益之作用而所有權則兼種種作用而有之是也、)

第四、所有權者依其物之性質、於事實上、法律上、而施管領之權利也。

所有權爲管領物之權利。然其實行管領也。又必依其物之性質。蓋物之性質不同。有爲動產者。有爲不動產者。所有人常依其性質。而行管領。例如以房屋供居住。以牛馬供耕種或駕車之用。皆是也。至所謂於事實上而爲管領者。即所有人在於實際情形上。當然可以管領之理也。例如以書供讀。以茶



解渴之類是。反之若事實上不可得而管領者。則固無所謂所有權矣。例如日月星辰之類是。所謂於法律上而爲管領者。卽所有人應遵循法律。甫能管領之謂也。例如土地所有人以管領力而爲第三人設定質權。則必須履行登記之程式是。反之若不履行此程式。則不可得而實行其管領矣。

第五、所有權者。永久存續之權利也。

所有權存續之期間無限。苟非標的物滅失。第三人取得時效。或其他絕對消滅之事由發生。則其權利可以永久存續。非如地上權等恆因設定之時期經過而消滅。故有期所有權爲法律所不許。若夫自甲以移轉於乙。則不過爲所有人之更迭。(卽權利主體之變更)其所有權固存續如故也。是以所有權之移轉附有期限者。非甲之所有權因期滿而消滅。亦非乙之所有權因期至而發生。實則不過甲權依期以移轉於乙耳。

第六、所有權者。於法令限制之範圍內得爲管領之權利也。

所有權爲物權中之最高權。其管領力備極完全。其內容亦極廣泛。然所有權亦權利之一。爲法律所承認。亦非絕無限制者。其限制雖何。卽所有人於法令之界限內。始得管領其物也。法令之所以設此

限制者。其理由有二。

一、爲維持社會之公益。此指民法以外之法令所設之限制而言。如土地收用法。在土地雖爲私人所有。然政府因國防、軍備、交通、需用土地時。則所有人不能絕對主張所有權。客不受售。又如地上礦產。礦業法中規定之。在私人土地所有權之作用。雖可及於地下。然礦產則屬之國有。不能自由處分。至要塞地帶法。徵發令。及其他之國家經濟上、習俗衛生上、法令。對於私人所有權。加以限制者。不可枚舉。所有者欲行使權利。不能超出制限範圍之外。蓋法令無非基於公益而設者也。

二、爲保護第三人之權利。此指民法法典所設之制限而言。如土地所有人。使用土地時。須用不害相鄰人利益之方法。又如第三人於其所有土地上。設有地上權或永佃權時。則地上權或永佃權之存續期間內。不得加以妨害。即凡建築樹植諸事。所有者亦不能自由舉辦矣。蓋民法概指基於私益而設者也。

## 第二節 所有權之內容

所有權與定限物權不同。在物權中爲最普通最完全之權利。苟不與法令抵觸。及他人權利相衝突外。所有人皆得自由處置其物也。故所有權有積極的作用。與消極的作用二種。

一、積極的作用。積極的作用者。卽所有人對於所有物。得自由使用、收益、處分是也。(1)使用者。不  
變物之性質。依物之用法。而使用之謂。例如房屋爲其所有。卽以房屋供居住之用。土地爲其所有。  
卽以土地供耕作或植林之用。其他以書籍供誦讀。以花瓶盛茶水。皆使用也。(2)收益者。收取物  
上所生利益之謂。例如田地所有人。自其田地收獲米麥。樹木所有人。自其樹木採取果實。其他以  
房屋出賃。而取租金。以銀錢貸付。而得利息。皆收益也。(3)處分者。蓋兼事實上之處分。及法律上  
之處分而言。事實上之處分。於物之全部或一部。加以變更或消滅之謂。例如焚燒書類。折毀房屋。  
及開墾荒地。改作稻田。是也。法律上之處分。所有權移轉拋棄或設定之謂。例如將所有權讓與於  
人。或拋棄不顧。或於其所有權上設定抵押權、質權。是也。綜此三項。爲所有權之構成分。卽以明所  
有權之重要作用也。(本法七六  
五條前段)

二、消極的作用。消極的作用者。卽所有人於其所有物。得排除他人之干涉。是也。(本法七六  
五條後段) 干涉

云者加妨害行爲於所有權之謂也。至其干涉之程度。則從地方習慣及各種實際情事而定。例如宅地所有人。得禁止鄰地所有人。修造房屋。無故侵入自己之地內。(干涉)又宅地所有人。得禁止建築妨害健康之製造所。(干涉)是也。蓋所有權爲對世權。無論何人均負不可妨害之義務。故他人若未得所有人之允許。遽加妨害行爲。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。即請求干涉者返還所有物。或除去妨害。或恢復原狀。或賠償損害是也。所有權所生之物上請求權。蓋即指此。(本法七六條參照)

於此有一問題。即物之成分及其天然孳息。於分離後。是否仍歸屬原物之所有人是已。據我民法七六五條規定。所有人於其所有物。本有收益之權能。則物之成分及其天然孳息分離以後。雖另爲一新體。仍屬於其物之所有人。是爲一般之原則。然分離以後。別有權利原因。爲善意占有有人取得其所有權時。且在本法有特別規定者。則不屬於其物之所有人。是爲原則之例外。

## 第三節 所有權之保護

國家對於所有人。付與諸種請求權。以保護其權利。其理由安在。對此問題。古來學者間。頗有爭論。其說甚多。要以秩序維持主義爲較當。據此主義而言。則所有權之起源。在於社會的生活。其保護之理由。在於社會之秩序維持。夫爲單獨生活之人類。無彼我之區別。因亦無所有權之觀念。而爲社會的生活之人類。則有維持社會秩序之必要。而秩序之維持。則在於明彼我之區別。使各人間不起爭鬥。此所以謂所有權者。發其源於社會的生活。又因維持社會秩序。而承認請求權以保護之也。

按所有權保護之理由。學說甚多。不能列舉。茲就法理學中最重要者言之。約有七種。第一種、先占保護主義。謂所有權之起源。在於先占。人類欲全生活。必須利用外界無主物。無主物以先占而取得。既有先占。卽有所有權。國家保護所有權。卽保護先占。此說未合。不知先占乃取得所有權之方法。所有權爲先占之前提。須先有所有權。而後有先占。故不得謂所有權由先占發生。第二種、加工保護主義。謂人類對於外界之物。加以勞力。則人與物之關係生。而所有權之問題以起。國家保護所有權。卽保護加工。此說亦未當。不知加工爲得報酬之原因。或得生產物所有權之原因。故不得謂所有權由加工發生。第三種、經濟的必要主義。謂保護所有權。乃本於國家經濟的必要。若不加以保護。則個人無

勞動心。無貯蓄心。由是國家富力日削。必保護所有權。而後國家經濟始得發達。此種議論。就今日常形言之。尊重個人之所有權。其說固是。然不合於歷史上之沿革。原始時代。並未尊重個人之所有權。而國家之經濟。亦未嘗衰頹。第四種。人性的必要主義。謂保護所有權。即所以保全人類之性命。若不加保護。則人類不能生存。然原始社會。無所謂所有權。而人類亦能生存。今謂所有權由生命而在。亦與歷史上沿革不合。第五種。社會的契約主義。謂社會由人類組織而成。人類彼此訂立契約。不得侵奪所有權。國家保護所有權。即所以保護社會的契約。欲知此說之當否。須先研究民約說之當否。如不當。則此說亦未能確。第六種。法律創設主義。謂人類由自由的生活。進於國家的生活後。始有法律。有法律而後所有權之制度以起。此說注重法律。不為無見。然法律因何創設所有權。其理由仍未發揮。故此說亦不圓滿。第七種。秩序維持主義。即本節所采之主義。社會的生活。為所有權之起源。社會的秩序。為保護所有權之根據。比較上可允為完全。但究為確當不易否。尙未能斷定。學問日益進步。以後發生之主義。必更有優於此者。但在今日。此主義。較前六種為完善耳。

請求權者何。即權利人對於當事人之一面。有要求其行為或不行為之權利也。關於所有權之請求權。

其目甚繁。有損害賠償請求權。有占有人之歸還滋息請求權。有占有權之確認請求權。本節所述。乃所有物之返還請求權。及所有權之保全請求權也。試分述如左。

一、所有物返還請求權 所有物返還請求權。乃現未占有標的物之所有人。對於其物之占有者。請求返還之謂也。蓋所有人占有其標的物。始能全所有權之效用。故以不法而繼續保留他人之所有物。或以暴力侵奪他人之所有物者。所有人得向之主張所有權。請求原物之返還。(不法保留、與暴力侵奪、同為侵權行為、然前者乃占有中之不法手段、例如竊賊竊與他人而他人保留之是、後者、乃占有開始之手段、如竊盜者與夜之間、竊取他人之財物是、)此種請求權。自羅馬法以來。各國民法皆採用之。我新民法亦然。(本法七六、七條前段)

二、所有權保全請求權 所有權保全請求權。乃所有人對於用保留或侵奪以外之方法。妨害其所有權者。或將加妨害之人。請求妨害之除去。或防止之謂也。蓋所有權為對世權之一。無論何人對於所有物。負有不得干涉之消極義務。因之所有人得對於世人要求不為何等之妨害。他人若妨害所有權之行使。或將加妨害。所有人得對於此妨害者。請求妨害之除去。或防止妨害之行為。否則不能完全保護所有權也。(除去與防止、同為保護所有權之法、然前者乃對於已然之妨害而言、例如相隣人建築、而破壞所有者之牆基、是、所謂妨害已經發生是也、後者乃對於未然





權。(本法七六八條)故以強暴秘密占有其物者。從令時效完成。亦不能取得其物之所有權也。

二、不動產所有權之取得時效。此可分之爲二。(甲)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。得請求登記爲所有人。(本法七六九條)(乙)以所有之意思。十年間和平繼續占有他人未登記之不動產。而其占有之始爲善意。並無過失者。得請求登記爲所有人。(本法七七〇條)

三、所有權取得時效之中斷。占有人自行中止占有。或變爲不以所有之意思而占有。或其占有爲他人侵奪者。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。(本法七七一條)

右列之規定。於所有權以外財產權之取得。準用之。(本法七七二條)

## 第二章 不動產所有權

### 第一節 不動產所有權之取得

不動產所有權者。以不動產爲標的物之所有權也。所謂不動產。在總則法中謂土地及其定著物。(本法

六六條)在物權法中則指土地及建築物。用語雖稍嫌差異。而意義固顯然無殊。關於不動產所有權取得之方法。有因包括權原者。有因特定權原者。其因包括而取得不動產者。繼承是也。其因特定權原而取得不動產者。買賣讓與。其適例也。近今社會進步。經濟發達。以買賣讓與者居多。惟凡為不動產所有權之移轉。必履行一定程式。始生效力。即當事人締結契約。當以文書訂之。方為確實可據。(本法七六條參照)前已言之矣。至因遺囑移轉不動產所有權者。則依遺囑之特別方式。此亦當然之理也。

## 第二節 不動產所有權之範圍

不動產所有權之範圍者。即不動產所有人對於不動產如何部分。始有效力之謂也。茲試就土地及建築物分言如左。

第一 土地 土地者。限於地球表面之部分也。其疆界廣大無垠。常依人為劃定。以為土地所有權之範圍。夫土地可界劃為三層。一地表。二空間。三地身。土地所有權之效力及於地表。毫無疑竇。至地之上下。仍得為土地所有權之範圍否。是一問題。設不認為土地所有人之範圍。則無論建屋植林鑿井

擺弄等事。在土地所有人不能爲。即有人架空爲屋。穿隧爲道以相妨害者。土地所有人亦無力以排除之。如是則土地所有權幾完全失其作用。故法律認定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。無論如何高深。皆得管領之也。(本法七七三條前段)然因此遠使土地所有人於他人。在其地上下爲不妨害其行使所有權之行爲。均有排除之權。則保護所有人。未免失之過重。在土地所有人既無實益。而於一切公益。亦多妨礙。故法律又爲規定。如他人之干涉無礙其所。有權之行使者。不得排除之。(本法七七三條後段)以免權利之濫用也。

第二 建築物 關於建築物之所有權。有爲專有者。有爲共有者。專有者。一建築物屬於一人所有。其所有權之行使。當及於全部者也。共有者。基於抽象的觀念。於建築物之全部。各有或部分之權利。其所有權之行使。仍得及於全部者也。反之。不爲專有。不爲共有。而爲區分所有。亦實際上常有之事。即一廣大建築物。區分爲若干部分。各自有其一部分。則其所有權之行使。僅能及於所有之部分。而不能及於全部矣。例如有一高屋。以三層樓屬甲。二層樓屬乙。其下屬丙。是即區分所有。又如有一平屋。以東房屬甲。西房屬乙。其餘屬丙。亦爲區分所有。雖然。區分所有中亦常有一部分爲共同部分者。就

高屋之直線(自上至下)言之。如家屋之階梯屋頂等皆屬共同部分。自平屋之橫綫(自東至西)言之。如屋內之隔壁牆壁及屋外之照壁等。亦皆屬於共同部分。此共同部分。倘不能確證爲何人所有時。卽推定爲各所有人之共有。此等共有。法理上稱曰互有。(本法七九條前段)至區分所有人對於此項互有物。欲爲修繕時。其費用由各所有人按其所有之價值分擔之。其他負擔。如租稅國課亦同此例。(同條後段)於此尙有應注意者。普通共有物。可以自由分割。而區分所有中之共有。則不許之。何則。蓋此等物因共有而始顯著其效用。若分割之。則成廢物矣。(舊民法第一等六二條參照)我新民法雖無明文規定。然不得不采同樣之解釋也。

此外關於區分所有。其一部分之所有人。如有使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。且因此項使用致宅門之所有人受損害者。應支付償金。(本法八〇條)以賠補其損害。

### 第三節 土地所有權之限制

土地所有權之限制云者。即相鄰地間所有權互相所受之限制也。自限制者方面觀之。則爲權利。自受限制者方面觀之。則爲義務。然近今民法要以權利爲本位。故德國學者稱此限制關係爲相鄰權焉。蓋土地所有人既於廣闊範圍內。有管領其土地之權利。然其權利之行使。設毫無限制。不免減殺公共之利益。故土地所有權法律上當受限制。土地所有人亦不能不服從許多義務也。觀其限制。有由公法上而來者。有由私法上而來者。試先述其梗概。

第一 公法的限制 公法的限制。乃國家因維持社會一般之利益。加於土地所有權內容之限制也。如關於公安衛生風俗財政國防軍備等行政事項。其數甚多。不遑枚舉。茲就其重要者而言。例如房屋所有人。於軍需必要之宿舍廢庫等。受徵發令之限制。森林所有人。於樹木砍伐時。受森林法之限制。土地所有人。就其土地之使用及處分。受要塞地帶法或土地收用法之限制。其他鑛業法、下水道法、河川法、砂防法。皆與土地所有權以限制者也。

第二 私法的限制 私法的限制。乃國家因保護一私人之利益。加於土地所有權內容之限制也。申言之。即土地所有人在自己所轄地內往往與隣地利害互相衝突。民法爲調和雙方利益起見。所以

對於相隣地間所有權加以諸種限制也。詳述之如下。

### 第一款 相隣防險權

相隣防險權者。即相隣人之一造因使用土地。或興修工事。有防免鄰地損害之義務。而他之一造即有請求防險之權也。關於此項相隣間防免損害及危險之權義關係。民法所定之法則如下。(甲)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。(本法七)(乙)土地所有人開掘土地或為建築時。不得因此使隣地之地基動搖或發生危險。或使隣地之工作物受其損害。(本法七)(丙)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。鄰地所有人得請求為必要之豫防。(本法七)(九五條) 凡此皆所以維持相鄰人間雙方之利益。亦即用之敦睦鄰誼也。

### 第二款 隣地流水權

#### 第一項 排水權

第一、關於自然流至之水之排水權。

由高地自然流至之水。低地所有人不得妨阻。(本法七七)(五條一項) 蓋水之就下。乃其本性。若自高地自然流

至之水。低地所有人得任意妨阻之。則高地必因水無出路。變為澤國。遂成廢土。於衛生上、經濟上、均有損害。故使低地所有人、對於由高地流至之水。負承受之義務。而自高地言之。則一種排水權也。所謂自然流至之水。例如雨水、泉水、乃天然之水。由其本性而流行。非假以人力也。夫低地所有人、既有承水義務。自應畀予以一種需水權利。以維持權利義務之均衡。蓋低地所有人、僅有義務。而無權利。必失公平。故法律又為之規定。即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。不得妨堵其全部。(同條二項)

右述我民法之規定。乃抄襲法蘭西所采羅馬法之原則。僅使低地所有人忍受高地流下之水。且夫水之流行。自高就低。乃事理之當然。容知亦有自低地溢出泛濫流入高地。或自地勢相同之處流來者。今僅以承水義務。責諸低地所有人。殊失公平之道。轉不如舊民草規定相隣人均有承水義務。地之高下。則非所問。(查民一千  
條參照)之為愈也。

第二、工作物潰塞之排水權。

土地所有人在其地內。為蓄水排水。或引水。設置工作物時。須注意保全。無使破潰阻塞。致流於他地。

蓋因工作物破潰阻塞而流溢者。非自然流至之水。土地所有人無承受之義務。且有損其權利故也。故我民法規定。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。爲必要之脩繕。疏通或預防。(本法七七)此種規定。自他地言之。卽排水權也。茲更就義務方面。分別說明如左。

一、脩繕之義務 此卽因土地上之工作物破潰。土地所有人負有脩繕之義務也。以蓄水之例言之。如甲乙兩地相隣。甲地所有人鑿池蓄水。以供耕作灌溉之用。乙地所有人不能妨阻之。固無論已。然或因雨澤浸淫之結果。至令池口破潰。使水橫流及於乙地。於乙地頗不利益。乙地所有人可要求速爲脩繕。卽不要求。甲地所有人亦應速爲脩繕也。以排水之例言之。如甲地濱海或河。乙地居其後。設甲於其疆界之堤防。不事脩築。而任其破潰。則水患之來。甲地隔絕。當然蒙其損害。因之而及於乙地。乙地所有人。可要求速爲脩繕。卽不要求。甲地所有人亦應速爲脩繕也。以引水之例言之。如甲地所有人。因耕作或灌溉之用。由遠方引水入其地內。經過乙地。苟於乙地無損害時。乙地所有人固不得加以妨阻。然若因其引水之管道破潰。致乙地受損害。故乙地所有人可要求脩繕。



即不要求。甲地所有人。亦應速爲脩繕也。

二、疏通之義務。此即因土地上之工作物阻塞。土地所有人。負有疏通之義務也。以蓄水之例言之。如甲地有水池。供養魚或灌花之用。池底、污泥、存積過多。致不能爲多量雨水之容積。一旦淫雨連日。池水阻塞。臭味穢氣。侵入乙地。則乙可要求甲挖去其池中之污泥。或另開一臨時水道以疏通之。即不要求。甲亦當然負此義務。以排水之例言之。如甲地因排泄不需之水。經過乙地。開設水道。達於江河。不幸而其水道爲障礙物地阻塞。致乙地受害。乙可以要求速爲疏通。即不要求。甲亦當然負此義務也。以引水之例言之。其情形亦從同也。

三、預防之義務。此即因土地上之工作物有破潰阻塞之虞。土地所有人。負有預防之義務也。以蓄水之例言之。如甲地水池。雖未至破潰。然預想一旦雨降。其池水恐致滯溢。有流入乙地之虞。乙地所有人。即不要求。甲地所有人。亦宜審度情勢。別開水道。使水得於適當方向流下。(如引入河渠是)以排水之例言之。如甲地濱海或河。雖其堤防未至破潰。然不甚堅牢。或不無稍低之嫌。預想水流暴漲時。必有滿溢之患。而損害可及於乙地。乙地所有人。即不請求。甲地所有人。亦應預施以改良之工

事。而防患於未然。以引水之例言之。如甲以竹管引水。其質脆弱。易於破潰或阻塞。致水流橫溢。於乙地有損害之虞。乙地所有人即不請求。甲地所有人亦應易以他種之引水管。皆適例也。

關於工作物潰塞。其脩繕、疏通、或預防之費用。自應由負擔此種義務者。自行支出之。但另有習慣者。則從其習慣耳。(同條但書)

### 第三、關於設置雨具之排水權。

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。(民法七七條) 質言之。土地所有人。接近疆界。營造工作物時。其工作物之構造。須使雨水墜落於自己境內。蓋自然流至之雨水。鄰地固有承受之義務。其因工作物而流及者。乃假借人力。非自然流至可比。誠恐有害於鄰地。故特禁止之。而自鄰地言之。斯亦為排水權也。

### 第二項 疏水權

水流如因事變。在低地阻塞。高地所有人。得以自己之費用。為必要疏通之工事。蓋高地流來之水。阻塞於低地時。其損害亦往往及於高地。故為高地利益計。常有疏通之必要。然土地所有人。對於鄰地自然

流至之水。有承受之義務。僅不得加以妨阻。使其阻塞。由於低地所有人之故意或過失所致。則低地所有人。應依侵權行為之原則。而任其責。自不待言。若夫因地震洪水。以及凡不本於低地所有人責任而生之事變。致使水流在低地阻塞者。既非低地所有人故意妨阻。即無疏通之義務。高地所有人。亦無請求其疏通之權利。然水之阻塞。於高地低地。均有損害。故法律使高地所有人。得設必要工事以疏通之。低地所有人。惟不禁其疏通耳。無疏通之責也。至其費用。原則上。屬於高地所有人負擔。如另有習慣。則當依其習慣。而使低地所有人。分擔之。故自高地所有人言之。對於低地。可謂有疏水之權也。由是言之。疏通工事之施設。既為高地所有人之權利。而非其義務。故低地所有人。因水流阻塞而受損害。亦不得以疏通之事。向高地所有人。而為請求。此又當然之結果也。(民法七七八條)

### 第二項 過水權

土地所有人。為通過境內之水。從左列條件。得在他人地上。開設水道。(民法七七九條參照)

一、其所有地。須與河渠溝道相隔絕。蓋土地與河渠溝道。若相鄰接。所有人直得利用之。以排泄境內之水。更無須通過他人之土地。惟土地與河渠溝道相隔絕時。則生此種必要故也。且所通過之

鄰地。如與河渠溝道不相鄰接。則凡介於所有地與河渠溝道間之土地。皆得通過之。以疏洩其水。二、其所有地與他人土地。須有高低之關係。水之就下。水之性也。疏水亦當依之。故低地所有人。對於高地。不得行此權利。法律所以設此規定者。乃爲人類衛生。及利用土地起見。故高地所有人。行此權利。低地所有人。不能拒阻。

三、須爲欲使浸水乾涸。或排泄家用農工業用之水。土地浸水。地氣卑濕。有妨利用。須使乾燥。（如

甲爲高地。乙爲低地。甲地卑濕。污水盈溢。而又與河渠溝道相隔絕。若不施以相當工）而家用農工業用餘

事使其水通過乙地。則甲地之經濟及衛生上。均不利。故得使之於乙地開設水道。

水之排泄。又爲土地利用上。及吾人衛生上。所必不可缺者。（所謂排泄家用或農工業用之餘水者何。以

上、沐浴用、洗濯用、等之污水、於應排泄之必要上、若不使之通過低地、常發生種種之不便、以農工業言、在農業

上、如田水及對於水車、或其他水力機關等之用水、在工業上、如洗濯業、染色業、繅絲業、等所使用之水、若不

使之通過低地、亦殆不能爲其營業、故無論何種或農工業）若因與河渠溝道隔絕。境內之水。不得流通。則經濟上、衛生上、兩有妨礙。是以法律使土地所有人。得在低地上開設水道。以通過之也。然亦僅有關

低地所有人之權利。而法律所以對高地所有人。付與此開設權者。以經濟上。及衛生上之需要。出於不得已耳。故此種權利之行使。務圖於低地所有人。避免損害。即其開設也。須擇於低地損害最少之處所及方法為之。所謂方法云者。指水道之狀態。例如明溝暗溝之類。明溝害多。暗溝害少。須擇暗溝是。所謂處所云者。指開設水道之地方。例如低地有宅地。有庭園。有荒土。須先擇荒土。而庭園。而宅地是。

五、對於低地之損害。應支付償金。高地所有人在低地開設水道。若生損害。是高地所有人。用他人土地而受益。低地所有人。因他人之故而蒙害。豈謂公平。故法律使高地所有人。對低地之損害。支付償金。以為賠償焉。

六、甲造使用乙造之工作物。其設置及保存費。甲造須擔負之。通水須有費用。費用擔負。屬於高地。此為事理之當然。不必法有明文。蓋以通過流水。設置工作物。原為高地所有人之利益故也。然民法。因特殊情形。又設一規定。即工作物共用是也。據此規定。則低地所有人。得利用高地所有人。所設之排水工作物。蓋此種工作物。一人使用。與二人使用。實際上。決不至增加損害。而在高地所有

人。既不關痛癢。在低地所有人。實增便利。反之。高地所有人亦復得以利用低地所有人所設之排水工作物。蓋自高地所有人觀之。可節省設置同一工作物之勞力與費用。誠受莫大之利益。而自低地所有人觀之。可以不必另以自己其他有用土地之一部。供高地所有人。設置工作物之用。亦爲比較的少受損害。要之法律上所以有此規定者。不外基於經濟上之理由。實際上節省其勞費。以調和雙方之權利關係也。唯其設置費及保存費。須由兩造擔負之。至其擔負額之輕重。則應按其受益之多寡。而決定之。例如以排水分量之多寡。水道使用之長短。爲分擔之標準是。凡受益多者。擔負額重。受益少者。擔負額輕。實際上決無不公平之患也。(民法七  
八零條)

### 第二款 鄰地用水權

水之使用。影響於土地利用及日常生活者。至爲重大。然國內之習慣。輒隨地而異。欲設詳細之規定。稍有不當。轉多窒礙。故民法就一般原則規定之。自第七百八十一條以下。共設五條。以定關於利用水源地及水流之權利焉。

夫欲就民法爲用水權之解釋。則先於水流之性質。有一言之必要。水流之性質如何。學者間議論紛歧。

莫能一致。有謂床地水流均屬國有者。有謂床地水流均屬沿岸人之所有者。又有謂床地應屬沿岸人之所有。而水流應屬公共所有者。依民法推論之。則采最後之主義無疑。今試自學理上闡論水流之性質。且夫土地所有人。於自其土地湧出之水流。有管領權。固其土地所有權之效果也。則水源地所有人。有任意爲其水流之使用、收益、處分之權能。所不待言也。雖然。水流既離其土地之境界。而流向他處。則於其水流之上。已無何等之權能。不得以其水流發源於自己境內爲理由。追及水流所到之處。而主張權利。以妨他人之利用。而一自發源地流出之水流。恆從自然之法則。漸次逐下而流。與發自他水源地之水流。同趨江海。水流既從自然之法則。求其通路。則位其流域之土地所有人。皆可取得利用其水流之權能。蓋水流若以先占爲取得之權原。則應由水源地所有人先占取得之。下流地所有者。不得占有。不惟僭佔。且於下流地承水之義務。多所抵觸也。又若以水流屬沿岸者之所有。則水流自上而下。權利者之確定。亦至困難。轉不如以之爲公共物。較爲適當且平允也。溝渠及其他人工之水流。亦本此觀念。視爲其通過之土地所有人之利益。認其使用權。實言之。土地所有人。本於附隨土地管領權之權能。於通過其土地自然之水流。有使用之權利。位於上流之土地所有人。因地勢之便利。有先下流之土地所

有人利用其水流之權利。同時不得害地勢上可利用水流之下流土地所有人之利益。觀民法七八一條及七八五條之規定。則關於水源地之權利。思過半矣。茲爲便利起見。關於用水權。分爲左之二項說明之。

### 第一項 關於水源地所有人之用水權

土地所有權。及於地之上下。此民法第七七三條所明定者也。所有人得自由使用其所有物。此又第七六五條所明定者也。故以此類推。所有人對於其地內所有一切。悉在其管領權之下。即此可知其地之水源。土地所有人。亦有管領權。除有特別習慣外。土地所有人得自由使用之。乃當然之結果也。(民法七八一條)

(七八參照) 僅言水源。則泉水、井水、溝渠及其他水源。悉數包括在內可知。唯是菽粟水火。人生日常所必需。始有人類。即有關於此等之事實。然必人人於自己地內求之。則費用與勞力。所需甚鉅。故法律特定通融之辦法。凡用水有餘者。使之供鄰地所有人之家用。但須具備左之條件。(民法七八三條)

A、在土地所有人境內。係有餘之水。鄰人得使用之。B、在鄰地所有人。係供家用。或利用土地所必要者。C、支付償金。D、在自己地內。非以過鉅之費用及勞力。不能得水者。蓋土地所有人有餘之水。若不聽他人使用。則愈積愈



多。常須排泄。而鄰地所有人別求水源。亦須勞費。毋甯使鄰地所有人得使用土地所有人之餘水。經濟上較爲利益也。(第一條件之理由)但鄰地所有人。若因家用或利用土地所必要以外之使用。則不得主張此權利。恐土地所有人窮於供給故也。(第二條件之理由)鄰地所有人。由此使用權。得甚大之利便。故不得不支付償金。以昭公平。而睦鄰誼。(第三條件之理由)又鄰地所有人之請求給水。於土地所有人甚不利益。故鄰人在彼地域內。不需過鉅之勞費。而能得水者。則不得向土地所有人請求之。所以防權利濫用之弊也。(第四條件之理由)

水源地或井之所有人。既有水源之管領權。自有排除侵害其權利之權能。故他人之因開鑿土地。營造房屋。或其他工事。致將其水源杜絕減少或污穢者。水源地所有人得本侵權行爲之規定。對於加害人。請求賠償其損害。如其水爲飲用。或利用土地所必要者。則被害人並得爲回復原狀之請求。其必以飲用或利用土地所必要爲限者。蓋欲回復原狀。則必拆卸已成之工事。一與一廢間。經濟上之損失已甚大矣。(民法七  
八二條)

## 第二項 關於水流地所有人之用水權

水流爲公共物。已如上述。則吾人使用水流。亦如呼吸空氣然。完全享有自由乃當然之結果。故水流地所有人。可以自由使用其水。卽用之於灌溉。用之於飲澆。用之於通行。或用之爲發電機之原動力。要無受他人干涉之理。但其使用之程度。常依各地方之習慣而異。故其用水權。往往爲習慣所制限。蓋基於公益之理由而然也。(民法七八條參照) 所宜注意者。水流地所有人。雖得自由用水。然不得處分之。例如專用全部流水。不使他人使用。或變更水質。妨害他人使用。皆法所不許。蓋使用流水可。濫用流水則不可也。

水流爲公共物。而其通過私地之情形。計有三種。(一)不出於自己所有地。(二)通過一人所有地。(三)通過兩人所有地。自第一種情形言之。則所有人可本所有權之作用。隨意使用水流。自第二種情形言之。若上流所有人隨意使用。則妨害下流所有人之利益。自第三種情形言之。若甲地所有人隨意使用。則妨害沿岸地所有人乙之利益。故民法於此復加制限。凡水流或寬度可以變更與否。皆有一定辦法。但有特別習慣者。則依其習慣。(民法七八條參照)

一、水流地之兩岸。不屬於同一之人者。在此情形。則兩岸之所有人。不得變更其水流或寬度。(條同)

(一) 蓋兩岸之所有人。關於水流之使用。有同等之權利。及同一之利害關係。各就其水流自然之流域形狀而利用之。若一方之所有人。變更其水流或寬度。則水流將有缺乏或漲溢之虞。而他之所有人利用水流之權利。將致損害之結果矣。例如甲乙各有其一岸。而中分其水流之所有權。依法律論之。本得以傍甲岸者為甲所有。傍乙岸者為乙所有。然流水同源。法律上雖能為抽象的區分。事實上究不能為具體之確定。往往一方變更。他方即受影響。倘甲利用其水流。開一水口。或以水管分至他處。同時乙因甲變更水路之結果。其所有部分之水流。立見減殺。又或甲於其岸傍之土地。開出若干部分。以為水流地。使水流加寬。乙亦受甲變更幅員之影響。水流必因之更淺。又或甲於水流中之疆界綫止。修築隄防時。乙亦有因甲之變更。而蒙水流減少之損失也。

二、水流地之兩岸。屬於同一之人者。在此情形。則水流地之所有人。得變更其水路流或寬度。(條同)  
(二) 蓋兩岸既屬於同一之人所有。苟不使變更其水流或寬度。則水流地不能為充分之利用。且其變更之影響。並不直接及於他人。尤無禁止之必要。但其變更時。應留下游自然之水路。否則危險往往及於他人。且使下游地所有人。喪失利用所有水流之權利。其弊實殆與上項所述。無以稍

異。例如甲乙兩岸。同屬於一人之所有。而丙居其上游。丁居其下游。則甲乙兩岸之所有人。須於下游之水口。存其固有之形狀。(即自然之水口)若因變更其水路之遠近。及幅員之廣狹。並其水口而亦狹小之。則上游之水。壅滯難通。於丙不利。同時對於下游所行之水。因之亦減。不得爲充分之利用。於丁亦有不利益。蓋水之就下。水之性也。若使水流失其本性。則不能完其效用。故水流地所有人。於其所有之疆界內。雖得自由變更其水流。而其水口(上游或下游)之廣狹。則不可失其固有之形狀。否則他部分之所有人。常失水流之利益。或被不測之損害。是以行使自己之權利。而害他人之權利矣。此法律以留下游自然水路之義務。責諸水流地所有人者。職是故耳。

水流地所有人之用水權。已如上述。而有時因增加水勢。以全土地之利用。亦常得設堰以附着於對岸。此之謂設堰權。又因他人設堰而自己使用之者。此之謂用堰權。第堰之法律關係有二。(其一)水流地兩岸同屬於一人之時。則水流地所有人得自由設堰使用之。不生何種問題。(其二)水流地兩岸不同屬於一人之時。則因雙方之利害關係。常生重大之影響。今所考究者即指第二種情形而言。茲就設置及使用的關係。分別言之如左。

甲、設堰之法律關係 水流地所有人有設堰之必要者。得使其堰附着於對岸。此之謂設堰權。但對於因此所生之損害。應支付償金。(民法七八五條一項) 蓋水流地所有人。嘗有束水以隸導之於地內之必要。然對岸之地屬於他人之所有。若因此而附着於對岸。必須得對岸所有人之承諾。則水流地所有人。遂不能充分利用其水流。故民法限制對岸所有人之權利。與水流地所有人以附堰於對岸之權。然對岸所有人。無因之受損害之理。故水流地所有人。須負賠償之責任。

乙、用堰之法律關係 水流地一部之對岸所有人。因用水有用堰之必要者。得使用水流地所有人。附着於自己岸傍之堰。此之謂用堰權。但應按其受益之程度。負擔該堰設置及保存之費用。(同條一項) 蓋對岸所有人。對於水流地有其一部。自亦同有設堰之權利。若因此而另設新堰。則重擲勞費。殊不經濟。且恐無適當之處所。故法律許其有使用已設之堰之權。且無須得設堰人之承諾也。

右開兩種法律關係。如有習慣者。則從其習慣。(同條三項)

(附說)堰之法律關係圖解

水流地全部之所有者。於有設堰之必要時。例如乙岸所有者、兼有水流地全部之所有權。其對岸則屬甲之所有。乙欲利用其水流。導之而入於自己所有之地內。是有設堰之必要。此其例一也。

水流地全  
部屬於乙

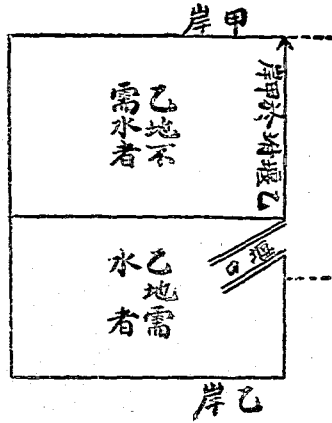
第二編 所有權

水流地之一部。屬於對岸之所有者。亦有設堰之必要時。如上所述。乙爲水流地全部之所有者之時。甲不得使用其水。自不待言。若甲亦有其水流地之一部。即亦有用水之權利。同時或至生設堰之必要。倘再於水流中。設與乙同樣之堰。是徒滋耗費。故法律使甲有利用乙堰之權利。此其例二也。

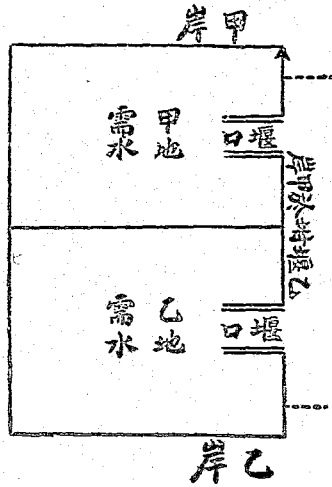
水流地甲乙  
各有其一部

六九

(A) 設堰圖



(B) 用堰圖



第四款 線管安設權

第一項 安設之原因

土地所有權之範圍。及於地之上下。故甲地所有人。非得乙地所有人認許。則不能通過於其地之上下。而安設物件。此當然之理也。惟電綫、水管、煤氣管、或其他簡管。常爲利用土地之所必需。倘使不能自由安設。則土地之利用。必不完全。故民法規定。土地所有人。(地甲)於左列情形。得通過他人土地。(地乙)之上下。安設電綫、水管、煤氣管、或其他簡管。

一、非通過其地。不能安設者。

二、非通過其地。而需費過鉅者。

右列二種原因。乃民法第七八六條一項本文所規定。具此原因之一時。土地所有人卽有安設權。蓋以電氣、煤氣、及自來水等物。皆足以增進人生之幸福。而助長土地之效用。設有甲乙二地。若甲地因阻於乙地。不能安設線管而利用之。是剝奪甲地所有人之幸福。復減少其土地之效用。卽或有他道可設。而需費用過鉅。公私俱損。故法律使甲地所有人。於前列兩項情形。得通過乙地之上下。而安設之。俾得享人生之幸福。且全其土地之利用也。

## 第二項 安設之條件



土地所有人因有前項所述原因之一時。享有管線安設權固已。但其安設權之行使也。又須合於左之條件。(民法七八六條一項但書)

- 一、安設之處所及方法。須擇於通過地損害最少者爲之。其理由與前款第四同。故茲不贅。
- 二、土地所有人。對於通過所有人。須支付償金。土地所有人在他人土地之上下。安設線管。乃使用他人之土地。須支付償金。以爲抵償。實事理之當然也。

### 第二項 安設之變更

土地所有人。通過他人土地之上下。安設線管。乃侵害他人之土地所有權。而土地所有人。所以有此權利者。乃法律斟酌特別情形。賦予之耳。若夫既設之後。情形變更。前述障礙。俱已消除。例如(一)安設當時。非通過乙地。不能安設。今則不然者。(二)安設當時。非通過乙地。費用過鉅。今則不然者。(三)安設當時。其安設之處所及方法。於乙地損害最少。今則不然者。諸如此類。乙地所有人。(即通過地所有人)當然對於甲地所有人。(即安設人)得請求變更其安設。何則。以無特別情形故也。至於變更安設之費用。當然由甲地所有人擔負之。以此種線管之安設。全爲甲地所有人之利益也。唯乙地但另有習慣者。則從其習慣。

(同條二項  
及三項)

## 第五款 鄰地通行權

凡土地因與公路無適宜之聯絡。致不能爲通常使用者。土地所有人因至公路。得通行周圍地。其周圍地之所有人。負忍耐之義務。是之謂鄰地通行權。羅馬法最初爲保護宗教上之利益起見。對於不通公路之墓地所有者。因展墓之便宜。使之支付償金。界予以通行周圍地之權能。至後遂以之爲地役權。更分而爲人的通行權、家畜及貨車通行權、乘車通行權。鼎足而三矣。德意志古代法。係繼受羅馬法。其有此種規定。自不待言。德意志普通法。則更擴而充之。舉凡一切不通公路之土地所有人。因至公路之故。對於周圍地所有人。支付償金。卽有通行權。(普國私法一編二十二章) 法國民法。(法民六八二條乃至六八五條) 意國民法。(意民五九三條) 瑞西新民法。(瑞民六九四條) 前德意志帝國民法。(德民九一七條) 日本民法。(日民二三〇條) 皆仿倣之。我民法第七八七條乃至第七八九條規定。卽淵源大多數立法而來也。鄰地通行權之法律關係複雜。分項述之如下。

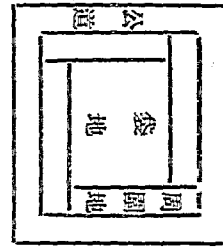
### 第一項 通行權發生之原因

#### 第二編 所有權

土地所有人。於左列情形。在他人土地上。有通行之權利。

一、袋地

凡周圍皆為他人土地。非通過之。不能至公路者。學術上謂之袋地。設欲自袋地通行於公道。必由周圍地經過。此經過即通行權也。苟他人禁止其通行。則袋地



與公道。內外無由而通。其效用必大為減殺。或竟有廢棄之虞。殊非一般經濟之福。故法律使之對於周圍之他人土地。有通行之權利。以其利用。若周圍地所有人。拒絕其通行時。法律得強制之。且此權利。因袋地而生。故其土地若不為袋地時。則此權利。歸於消滅。此又當然之

理也。(民法七八七條一項本文)

袋地發生之原因不一。或由天災地變。或由公路廢止。或由共有土地分割。又或由一部分土地讓與。其由土地之一部讓與或分割。致成為袋地時。此其結果。由當事人之任意行為而然。故其土地所有人。只能不給報價。而通行於讓受人取得之公路接續地。或讓與人現存之公路接續地。或已屬於他分割人之公路接續地。其他之鄰地所有人。不負容許其通行之義務。此無他。蓋以袋地之

發生。乃由於分割或讓與。若不使發生袋地當事人。供其通行。而使他人擔負此種義務。甚不公平也。(民法七八)

二、準袋地。凡有他道可通。而費用過鉅。或有非常不便者。此之謂準袋地。故準袋地之情形。可分為

二。(或參草案一〇〇)  
(八條二項參照)

甲、有他道可通公路。而費用過鉅者。此即因通行他道。而需鉅大之費用。例如河渠海洋是也。今有濱海之地。一面近岸。其餘三面。均為他人土地所圍繞。此時土地所有人。如欲由其地內。行至公道。舍通過他人土地外。唯有航海之一途。然航海之費甚鉅。且有時因風浪險惡。最為不便。如必以此責諸此等土地所有人。其結果。殆與禁止所有人使用其土地無異。故法律亦視為不通公路者。使得假道於周圍地也。

乙、有他道可通公路。而非非常不便者。此即因土地與公路。其地勢高低懸殊。例如峭壁崖岸是也。今者假定其土地較公路為高。則非削去所有地之一部。造成階級不可。其土地較公路為低者。則非於其所有地之上。添設階級不可。二者情形。勞力。耗財。皆足招經濟上不利益之結果。而於

實際上非常不便。故法律對於其土地。亦視為不通公路者。使之準用袋地之規定。而得通行於圍繞地也。

右述準袋地之規定。我舊民法做自日本。我新民法規定缺如。孰為適當。尚有商榷之餘地也。

### 第二項 通行權行使之條件

土地所有人行使通行權。須具左列條件。

一、通行之處所及方法。在通行權人爲必要者。則於周圍地。須擇損害最少者爲之。袋地所有人。不得隨意通行鄰地。其通行之處所及方法。僅以袋地可以利用之範圍爲限度。不可超越之。例如收獲最少田地。其通行周圍鄰地。徒步已足。若車馬往來。卽屬越其必要之限度也。又通行他人土地。乃侵害他人之土地所有權。故其行使。務必於周圍地所有人。不生損害。例如周圍鄰地有荒地時。則通行之。無荒地。始可通行其田地。無田地。始可通行其庭園。非萬不得已。不得變更其房屋。及其他建築物。又如徒步不足。始用車馬之類。此卽所謂須擇損害最少之處所及方法也。

（參照）

（民法七八  
七條三項）

抑通行權。乃所以全土地之利用。故通行權人。或為一家之需要。或為其土地之利用。僅通行周圍地。不能充其需要。尚得開設道路。以全其利用。例如收獲田中產物。及其他物品之搬運。與人丁之出入。必須牛馬車輛之往來是也。(民法七八八條)

二、通行地因通行或開設道路。而生損害者。須支付償金。土地所有人。通行他人土地時。於通行地。常生損害。此種損害。通行權人。須賠償之。蓋既使用土地。支付對價。以為抵償。乃事理之當然也。

(民法七八七條一項但書及七八八條但書參照)

但袋地因土地之分割及讓與而發生者。通行權人。無須支付償金。蓋此種袋地之發生。實由於當事人之任意行為。當事人既自以其行為發生袋地。自應供給其通行也。(民法七八九條二項參照)

### 第六款 禁止侵入權

禁止侵入權者。土地所有人。對於他人之不法侵入。加以禁止之權利也。蓋所有權為一種對世權。其在自己境內。得排除一切之干涉。是其固有之權能。故凡他人無故侵入自己境內。自由行動。與乎凡來自他地之音響振動等。土地所有人得要求停止其侵害。以全土地之利用。此乃一般之通則。但為保護他

人之利益計。亦不可不受多少之制限。此種權利。德意志普通法（第五一四條）德意志帝國民法（第七八條）皆採用之。法日民法。均無明文規定。一任之於學說。然其規定。於社會進步後。達於工業時代。最爲不可少者。故民法特明白規定。其情形有如次述焉。

一、氣響振動之侵入 土地所有人對於來自他土地之煤氣、蒸氣、臭氣、煙氣、熱氣、灰屑、噴霧、振動及其他與此相類者。侵入時。得禁止之。例如鄰地建設工場。其工場內所發散之氣體音響等。常有礙於身體之衛生。住居之安甯。故土地所有人。有禁止之權。但不免有二例外耳。其例外維何。（甲）其侵入實際上。顯係輕微者。例如鄰地之煙。易於侵入。其爲炊煙也者。則爲輕微之侵入。不得禁止。其爲製造廠之爐煙也者。則煙氣濃厚。有礙衛生。可以禁止。又如兩地比鄰。甲地音響振動。侵入乙地。若係斫樵伐木。打禾篩穀而致者。不得禁止。若係製造廠機器運動而致者。則終日不停。攪人安靜。亦則得禁止之。是也。（乙）其侵入。按地形。習慣。認爲相當者。例如甲地高阜。乙地低卑。乙地製造之爐煙。由下而上。凌空而散。勢所必致。甲不得禁止之。此土地形狀之說也。又如習俗。人死爲之超度。鑄鏡鑄然。終宵莫止。喧囂所及。侵入鄰地。鄰地所有人。不能禁止。此地方習慣之說也。要之噴霧振

動之侵入。如與法定情形相符合。土地所有人。應忍受之。而不得有禁止之權。雖然。影響所及。又不獨噴蠶振動等爲然。法文旣不能一一列舉。故又曰與此相類者云云。此概括之規定也。例如甲地園林之荒榛蔓草。因風吹捲。飄入乙地。穿房入戶。室爲之污。固可以禁止。然使草葉甚稀。僅飛來一莖之草。一片之葉。則無禁止之權。又如鄰家飼養蜜蜂。爲數甚少。小兒不知防禦。爲蜂所螫傷。尙爲輕微之侵入。如係蜂羣。則族類繁多。無人不爲所刺。顯非輕微之侵入。可加以禁止是也。(民法七九三條)

二、通行及權獵之侵入 所有權爲對世權。有排外的作用。故土地所有人。得禁止他人入其地內。事理之當然也。雖然。如認土地所有人。得以絕對主張之。則實際上反有不便。經濟上亦有不良之結果也。故法律又設例外以救濟之。其例外雜何。(甲)他人有通行權者。此蓋基於法律所賦予之權。故不得加以禁止也。(乙)基於地方之習慣者。凡按地方習慣。得入他人未設圍障之田地、牧場、山林、刈取雜草。採取枯枝枯幹。或採取野生動物。或放牧牲畜者。其習慣有效。土地所有人。不得禁止之。蓋所有人旣未設圍障。其境內野草等類。未嘗特表示其禁人採取之意。則此等不背於公益之習慣。法律無須限制之也。(民法七九〇條)



三、尋收物品之侵入。土地所有人對於他人侵入境內者得禁止之。此一般之原則也。然他人物品有偶因風吹水盪或其他自然力。至落於自己地內者。至動物之可自由飛走者。尤易竄入自己境內。若土地所有人依第七九零條本文之規定。拒絕尋查人入內。則物品或動物之不能自然出其境域者。悉無異於爲土地所有人之所有。在物之所有人爲不虞之損失。在土地所有人爲分外之利得。兩者均未適當。且土地所有人。或更設法誘擻。致肇爭端。甚非所以保物主之利益。全社會之安甯也。故物之占有人。或所有人。之爲尋查收還而來者。土地所有人。應許其進入。但土地所有人。不應因此情形。致受損害。故對於物主有賠償請求權。其未受賠償以前。得留置在其地內之物品。或動物。所以鞏固賠償請求權之效力也。(民法七九一條)

### 第七款 鄰地使用權

鄰地使用權者。土地所有人。因營造脩繕。其土地不敷用。依法律規定。於必要限度內。有使用鄰地之權利也。蓋各土地所有人。在其疆界或附近。營造或脩繕建築物時。若鄰人之土地。絕對不能使用。則所有人必須初創造時。卽於疆界綫上。酌留空地。以備後日營造脩繕。充工場之用。此等空地。無法利用。棄地

既多。所損害大。甚非國家經濟之福。於是鄰地使用權之制以起。此制爲德意志普通法。(普私一編九章一七八條三二)

二、索遜民法。(索民二三〇條二五〇條)前奧國民法。(奧民三八四條)意國民法。(意民五九二條)日本民法。(日民二〇九條)等之所

是認。法國民法。雖無明文。而學說及判例皆認之。前德帝國民法。亦未規定。一任之於學說。我民法從意日例。茲據第七九二條規定。分述其要件如左。

一、使用鄰地。以有必要情形爲限。鄰地使用權之行使。關係於鄰地之利害者甚大。使不加以限制。則鄰地所有人。往往受意外損失。故民法又以有必要情形爲行使之要件。必要云者。舍使用鄰地外。無由完成其營造脩繕之謂。如尙有他道足以完成。則土地所有人。雖受損失。亦決不得使用之。蓋所以防權利之濫用。而保護相鄰人之利益。此其要件一。

二、使用鄰地。不得侵入住家。住家爲日常飲食燕居之處。且爲一家秘密之所在。各國憲法。皆畀人民家屋不可侵入之權。以保護之。其不得任意侵入。乃當然之理。日本民法。以明文規定。行使鄰地使用權時。非得相鄰人允許。不得侵入其家。我民法雖無明文。亦當與日民取同一之解釋也。此其

要件二。(日民二〇九條一項)

三、使用鄰地。須請求相鄰人之許可。凡欲使用鄰地。須對於相鄰人申述其旨。而請求其許可。若相鄰人不允許時。可訴於法院。使其服從法院之命令。苟不願相鄰人之允諾與否。而竟妄以腕力從事。闖入鄰地。則非法律之所許。關於此點。民法從被使用者一方規定。須許其使用土地云云。據此規定。苟無請求。則無從而許之。固彰彰明也。此其要件三。

四、使用鄰地。須支付償金。鄰地使用權之賦與。實出於不得已之規定。營繕人既享有此項便利。則對於因此而受損害之鄰地所有人。當然有賠償之責。此法律所以認定受損害者。有償金請求權也。此其要件四。

### 第八款 越界建屋權

越界建屋權者。即逾越疆界建築房屋。雖致妨害鄰地之利用。尚能享有建屋之權利也。原來土地所有人建築房屋。本應於疆界線內爲之。密着於疆界線已屬不可。矧更逾越疆界而爲之。尚予以享有建屋之特權。詎非大謬於事理。然法律之所以如此規定者。亦自有故。蓋以建屋既成。於國家社會及個人三方面之經濟均有裨益。如必拘泥於疆界之說。則落成之屋宇。勢必非移去或變更不可。其經濟上之損

失。較之越界而致鄰地之損失。其低昂不卜而決。故甯使鄰地所有人負容忍之義務。而全建屋經濟上之利益也。雖然。此種越界建屋權之維持。以鄰地所有人知其越界。而不即提出異議者爲限。此際鄰地所有人固不得請求移去或變更其建築物。祇可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。(民法七九六條)準是而反面觀察之。假令越界之事實。爲鄰地所有人所不及知。又或知之且即時提出異議。是此種越界建屋之權利。又終於不能維持。惟有出於移去或變更之途矣。

### 第九款 竹木刈除權

竹木刈除權者。即因竹木根枝蔓延蟠繞。土地所有人。有芟刈剪除之權利也。蓋土地所有人。不得踰越疆界。種植竹木。特在自己所有地範圍內。得自由種植之。但因此侵害鄰地之所有權。亦當受多少之制限。引伸言之如左。

夫竹木所有人。於其竹木之枝根。蔓延入於鄰地時。鄰地所有人應以何種方法處置之。方爲適當。對此問題。從來立法例。至不一定。(一)以相鄰人有自行截取枝根之權。(二)以相鄰人對於竹木所有人。有請求截取之權。(三)以竹木所有人受截取之請求後。不應之時。相鄰人得自截取之。(四)以竹木之枝

得請求其所有人截取其根，則相鄰人可自刈除之。日本及法、意民法，采第四主義。（日民法三三條法民六七三條意民五八二條）前德帝國民法九一零條，則分別規定。對於自鄰地侵入喬木或灌木之根，許土地所有人切斷以爲己有。對於鄰界之枝，許土地所有人定適當之取除時間，而要求其刈除。逾期不刈除者，得自行刈除之。我民法及瑞士民法，則不分別爲枝與根。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。（民法七九七條一項二）在德日民法，所以設枝與根之差別者，以枝之價值，常較根爲大故也。然就竹木之利用言，枝之價值，常較根爲大，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。故我民法及瑞士民法，不爲區別而視爲一體也。蓋土地所有權及於土地上下，則竹木之枝，突出於鄰地之上，其根深入於鄰地之下，皆有害鄰地之所有權。故土地所有人得對鄰地所有人，定相當期間，以爲刈除之催告。催告無效，固可以提出排除妨害之訴。然以些微瑣事而煩訴訟程序，實際上殊感不便。故規定竹木所有人，經過相當期間，而不應刈除之催告者，土地所有人可以自行刈除，以爲己有。蓋折衷第二第三兩主義而爲規定也。然此種規定，不過保護所有權，俾無害於土地之利用而已。使竹木枝根，踰越疆界，而仍與土地之利用不妨，則既無刈除之必要。土地

所有人即不能催告刈除。或自行刈除矣。(民法七九七項)至斷定果妨於土地之利用與否。則事實問題也。

### 第十款 果實獲取權

果實獲取權者。即墜落於鄰地之果實。鄰地所有人。有取得該果實之權利也。夫果實墜落於鄰地。其所有權。是否應歸原物所有人。抑歸鄰地所有人。此一問題也。關於此問題。立法攸分。考諸羅馬法。果實墜於鄰地。三日以內。仍由原物所有人。自由拾取。鄰地所有人。要負忍耐之義務。三日以後。則屬於鄰地所有人。德意志古代法則不然。其果實應歸鄰地所有人。因墜落之果實。若仍由原物所有人收取。則鄰家無故受擾。非事理之平。法蘭西法派立法例。如法國、日本等。對於此問題。不規定於民法。而委之於學說。德意志前帝國民法及我民法。則仿古代法。規定凡墜落鄰地之果實。不問由於何等原因。亦須經過一定時日。即當視為該地之果實。以維持相鄰人間之和平。若鄰地係供公眾使用之地。如公行道路等。既不能以其果實為公眾之所有。莫如仍視為原物所有人之果實。以免爭執。較為妥協也。(德民九一九條)

但於此有一問題。若樹木在疆界綫上者。其果實應由何人取得。我民法無明文規定。依前德意志帝國民法。此種果實。應平分取得之。蓋適當之規定也。(德民九二三條一項)

## 第三章 動產所有權

### 第一節 動產所有權之概念

動產所有權者。以動產爲標之物之所有權也。所謂動產。在民法雖無直接之規定。然由第六十六條之反對的解釋。可得而知。申言之。卽土地及其定著物以外之有體物。均得稱之爲動產也。故對於通常之動產。及無記名證券。而有所有權者。卽爲動產所有權人。至其取得之方法。民法有特別規定。當於次節。分款詳述之。

### 第二節 動產所有權之取得

關於動產所有權取得之方法有二。一爲原始取得。一爲承繼取得。前者謂無論其物上。從前曾有所有權與否。但至吾人所有時。而無所有人也。例如占有、先占、遺失物之拾得、埋藏物之發見、及添附等是。後者謂當事人以所有權之移轉爲標的之意思表示也。例如買賣、互易、贈與等是。本節所應研究者。厥爲

原始取得。試分款論之。

### 第一款 占有

占有規定。民法獨立列爲一章。本書亦列爲一編以說明之。原不在本款說明之列。第本款所欲說明者。在闡明占有爲動產所有權取得之一原因而已。蓋凡讓與動產之所有權時。若讓與人有移轉其所有權之權利。則受讓人因讓與之效力。取得其所有權。此自然之理也。然有時讓與人雖無移轉其所有權之權利。而受讓人如受關於占有規定之保護者。仍取得其所有權。如以平穩且公然之法。開始占有動產。或無記名證券。而善意無過失者。即時取得所有權。又如盜賊遺失物。及前占有人。不由己意而孳失之物。有回復權人。自被盜遺失或孳失之時起。一定期限內。不向占有人請求者。占有人取得其所有權。其雖係盜賊遺失物或孳失物。若係金錢。或無記名證券。受讓人可即時取得所有權。至由拍賣。或公共市場。或向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。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。所以確保交易之安全也。(本法八〇一條)



## 第二款 先占

### 第一項 先占之概念

先占者。謂以所有之意思。先於他人。而占有無主物也。例如漁者捕魚於河海。魚之所有權。並未歸屬於何人。設有最先捕得之者。即可先占。為其所有。又如獵者狩獵於山林。山林之鳥獸。本為無主物。設有最先捕得之者。亦可以先占取得其所有權。蓋漁獵者專以漁獵為生業。即不外以先占方法為生業也。此種原則。自羅馬法以來。近今各國立法例。悉承認之。（普國普通法一編九章七條乃至一三條。德民九五八條乃至九六四條。意民七一一條乃至七一九條。奧民三八一條乃至三八八條。三六條。三八七條。瑞民六五八條。六六四條。七一四條。七一九條。法民五三九條。七一三條。日民二三九條。）（以上說明先占之意義）

關於動產所有權。得以先占方法而取得之理由。若以社會學哲學研究之。其問題頗難解決。若以人類之生活及經濟之狀況論之。似又迎刃而解。故無論如何幼稚之法律。無不認之。迄今權利思想。日益發達。此觀念殆將成為世界各國共通之法則矣。茲就其顯著之理由。分言如下：（一）凡有性之物。必須就其性增進之保全之。方得為充分之發達。人類初生。雖有生命。然甚幼稚。欲其形體。日趨發育。而又增進其知識。遂生食物上及其他種種之需要。動植物者。能充此等需要者也。則吾人取而利用之。以遂生存

之標的。實自然之結果。此其理由一也。(二)凡人類在社會之中。宜互相親愛。不宜互相殘害。而後可望社會之發達。然對於人類以外之動植物。不必存此觀念。凡於吾人生存上有利者。即殘害之。殆無不可。由此立論。則吾人對於動植物。皆有取得之權利。如鳥獸魚介及其他之天然物。本爲無主物。爲充吾人食料上之需要。皆得以先占方法取得之。此其理由二也。基於此二個理由。吾人對於動產之取得。認先占方法。尤須在法律上明認所有權。方足達利用之標的。否則取得之後。仍難免爲他人所侵奪。於先占人生活上。即生損害。非但與先占之旨趣不合。且將因此釀大紛爭也。(以上說明先占之理由)

先占之根本理由。已如右述。但先占之主義。各國不能盡同。有先占自由主義。有先占權利主義。列舉如左。

一、先占自由主義 先占自由主義者。謂使先占人自由取得無主物所有權之主義也。羅馬法採用之。以爲先占。可以自由。不先占則已。苟爲先占。則不問標的物之爲動產或不動產。亦不問在他人之土地上。或非他人之土地上。但爲自然物。(即無主物)即可以取得所有權。即本係有主物。而變爲無主物之後。亦可因先占而取得也。如他人所拋棄之動產或不動產是。然在他人土地上。取得無主

物。(如係他人土地)則先占之問題。與所有之問題。未免衝突。就先占一方言。可以取得權利。就所有權一方言。則他人受其損害。故在當時。有兩種調和方法。第一所有人得禁止侵入。第二如他人任意侵入。所有人得請求損害賠償。此羅馬法關於先占之概略也。

二、先占權利主義 先占權利主義者。謂非有先占權之人。不能用先占方法。而取得無主物所有權之主義也。德意志古代法採用之。以爲無主物。不能由個人自由先占。必須爲法律所許可。法律所許可之情形有二。第一無主之土地。惟國家得先占之。第二無主之動產。惟國家所許之特定私人得先占之。故國家以外之人。不能取得無主土地之所有權。非國家所許之特定私人。不能取得無主動產之所有權。如依狩獵法、漁業法之規定。許私人有先占權。是也。此德意志古代法。關於先占之概略也。

現在各國立法例。關於先占問題。非採用先占自由主義。即採用先占權利主義。就法國法例言。關於無主之動產。認先占自由主義。關於無主之不動產。用先占權利主義。蓋土地乃國家領土之一部。不屬於私人。當屬於國家。故關於無主之土地。一私人不得先占之也。就德國法例言。關於無主之土地。認先占

權利主義。凡無主地皆屬於所在地之國庫。國庫者。由財政一方面觀察之國家也。至於無主之動產。則以採用先占自由主義為原則。以採用先占權利主義為例外。就奧國民法言。則無論動產或不動產。要皆以之屬於國庫。是純粹採用先占權利主義。日本民法與法國法例同。我舊民草與法國、日本之規定亦同。觀舊民草第九八九條本文（無主土地）第一零二五條一項（前條不動產其先占）一零二八條（以所有意思占有無主之物）等規定。可以知已（以上詳明先占者即取得其物之所有權）

## 第二項 先占之性質

先占之性質如何。從來學說極不一致。而其重要者。厥有二種。一曰法律行為說。謂先占須以取得所有權之意思。而占有無主物。故為法律行為。二曰法律事實說。謂先占不要取得所有權之意思。即所有權之取得。由於事實。非由於欲取得所有權意思之效果。二說以後說為正。蓋我民法第八零二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。即完全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。故先占非法律行為。因此而生下之三種論斷。（一）能力之規定。不適用之。對於無主物。能為實際上之管領已足。（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。(二)雖不妨依他人之行爲而爲先占。然不適用代理之規定。可適用民法第九四二條之規定。

### 第三項 先占之要件

因先占而取得所有權時。須具備左列之要件。(民法八〇)  
(二條參照)

一、須以所有意思。先於他人。對於標的物。以實力占領之。因先占而取得物之所有權者。必須先於他人。而占有其物。故先占有二元素。即意思的元素與實力的元素是已。具此二元素。先占之觀念。甫得成立。所宜注意者。先占雖爲占有之一種。然乃特別的。而非普通的。蓋普通的占有。在民法第九四零條。固不問占有人之心的狀態若何。(心的狀態、曰心素、即意思之謂、如占有之意思、爲他人、抑爲自己是、)只須實力管領。即能成立。在日民第一八零條。則僅以爲自己之意思。爲占有之成立要件。此二者差異之所存。獨至於先占。則無論何國皆以所有意思。爲成立之要件。然此種所有意思。須含有爲自己之旨趣。實言之。須爲自己所有之意思。蓋若僅爲爲自己之意思。則又爲成普通的占有。而非先占。吾人因之不能取得所有權矣。

二、先占之標的物。須爲動產。占有無主之動產。而爲自己之所有者。乃取得所有權最天然之方法。而吾人之所以得廣泛以利用禽獸魚介。以及其餘之天產物者。亦因此方法之故耳。是以因先占取得所有權。昔時無論何國之立法。莫不認之也。但因先占而可以取得所有權。僅限於動產而已。不動產不得爲先占之標的物也。蓋在原始時代。地廣人稀。雖認先占爲取得不動產所有權之方法。亦不至生爭奪之結果。然社會進步。人口漸繁。土地則概爲人所有。無主之事。殆不常見。故先占無主之土地。亦不常有。况土地乃構成爲國家基礎之領土。故無主之土地。當然應歸國有。而不能讓諸私人之先占。且若許因先占而取得所有權。則人民之間必多爭攘。而害國家之安寧。故現今文明各國。莫不採用以無主之土地。歸於國有之制。而不許先占以取得之也。

三、先占之標的物。須係無主者。先占之標的物。須爲無主之動產。屬於他人所有之動產。不得爲先占之標的物。自不待言。所謂無主云者。乃其物件。現在不屬於何人所有之謂。故從前曾否爲他人所有。非所問也。例如甲將動產拋棄。乙先占之。其動產當然可認爲無主物。又其動產之爲無主。先占人是否知之。亦於先占效力。無何等影響。例如甲信爲乙之所有物。而捕獲一鳥。若該鳥實際不

屬於何人之所有時。甲則可取得所有權。而不問其意思如何也。

四、先占之標的物。須為法律所不禁者。法律所禁之物件。無論何人。不得以之為所有權之標的物。亦即不得先占之標的物也。例如有害公共秩序、善良風俗之文書圖畫。有礙衛生之食品。以及鴉片烟土、并各種烟具等物品。皆其例也。

五、先占之手段。須為適法者。先占人因不法行為。而占有無主動產者。則不得於其物上。取得所有權。蓋先占乃關於狩獵捕魚最廣泛適用者。吾人欲為狩獵捕魚。則又須常遵守法令之規定。如係此等法令禁止捕獲之動物。則仍不能先占之。(例如狩獵者、雖係狩獵法而係捕獲行為、皆捕獲係護鳥、則先占之手段適法、而不能取得所有權是、)又反於法令之時期。(例如鳥獸滋生不準) 場所(例如深山、歷代陵寢、公園公道等處法) 及方法(例如罽網、陷阱等法、皆為法律所禁止、今竟用之者是) 而為之先占。亦不能取得所有權也。

### 第三款 遺失物之拾得

#### 第一項 遺失物拾得之法例

自來立法例關於因拾得遺失物。而取得所有權。均有規定。唯所采之主義。略有不同。就羅馬法言。拾得

人不易取得所有權。若遺失人不因時效而消滅其權利。則不論何時。皆得對於拾得人。提起占有物回復之訴。起訴後。拾得人必須交還原物。但拾得人本諸無因管理之法則。要求遺失人賠償費用。而無所謂遺失物拾得之報酬。就德意志古代法言。凡拾得遺失物者。有赴官署呈報之義務。若不履行此義務。則成爲刑法上之犯罪。(各國刑法皆規定)官署既得此呈報。即應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。但遺失人對於拾得人。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。或各得三分之一。或遞加遞減。依羅馬法。爲不取得所有權主義。依德意志古代法。爲取得所有權主義。現在各國。大抵倣德意志古代法。法國法例。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。(即離岸較遠之遺失物)以三分之一。屬諸拾得人。若陸上之遺失物。則以屬於拾得人爲原則。但遺失人得於一定期間內。向拾得人索還。德帝國民法。仿照古代法。凡拾得人。明知遺失者爲何人時。則告知遺失人。請其領回。若遺失人不分明。則呈報警察官署。拾得人對於遺失人。可請求法定報酬。但在鐵道等處。拾得遺失物者。則依特別法之規定。日本民法。沿古來之習慣。以遺失物之所有權。屬諸拾得人。但



拾得人須履行一定程序。其程序另以特別法規定之。此與德國民法不無稍異者也。(日本明治三十二年三月二十三日、

法律第八十七號、遺失法、同年四月八日、內務省令四號頒布、遺失物法施行細則)

## 第二項 遺失物拾得之觀念

### 第一遺失物之意義

遺失物者。無拋棄之意思。又非因他人之侵奪。偶然失却所占有之動產之謂也。因之遺失物。必須具備三要件。即(1)非因本人拋棄之意思。(2)非出於他人之侵奪。(3)占有之喪失。含有偶然性。是已。故雖為動產。而或因故意拋棄。或被他人侵奪者。均不為遺失物。至於占有之喪失。是否基於占有人之所為。抑因其他意外之事實。皆非所問也。

### 第二遺失物之取得

遺失物之拾得。為取得所有權之原因。拾得人應從左列之條件。而取得所有權。

〔須為非法所禁之物。法律禁止所有之物。無論何人。不得以之為所有。故拾得此種物件者。不能取得所有權。毫無疑義。〕

二、須遵守法令所定程序經過一定之時期者。於茲所謂法令云者。指民法及其他特別法令而言。特別法令。例如各國之遺失物法。及水難救護法是。關於法定程序。及一定時期。請於次項詳述之。茲僅明了其為取得所有權之一要件已足。

三、須不為隱匿及不為不正之處分者。法律使拾得人取得遺失物之所有權。畢竟為一種之恩典。拾得人若隱匿不報。或為不正之處分。則固無昇予此恩典之必要。至拾得人拋棄其權利。或喪失其權利時。則應歸屬於國庫也。

於此有宜注意者。即拾得之意義。應解為取得所有權之法律事實。而非法律行為。質言之。拾得人因拾得之一事實。而自然取得所有權。初不問其願取得與否。故無行為能力人。亦得為拾得人也。

### 第三遺失物之類別。

遺失物包含陸上之遺失物。及水上之遺失物而言。水上之遺失物。即漂流物與沉沒品是已。漂流物得為遺失物否。學者雖不無議論。然通說則皆是認之。例如江河湖海。時有船板逐波而來。潮厥自來。必為遭難船舶之一部分。本屬所有人之物。然於遺失物之意義。即(甲)船主無拋棄之意思。

乙) 船舶破毀。係基於不可抗力。決非有他人侵奪或拆毀之事實。(丙) 其物既漂流於水上。已爲無主物。且屬他人是也。復次沉沒品。例如漁夫張網捕魚。而於水底適獲戈矛刀劍。此類物品沉沒水底之原因。(1) 爲海損物。(2) 沉沒無意。後者爲遺失物。了無疑間。而在前者。似有意投棄。與遺失物之本質不符。不知海損原非得已。決非本人有拋棄之真意。其沉沒也。非因人侵奪。又不待言。且屬動產。固於遺失物之本質毫無欠缺。故仍無礙其爲遺失物也。

於此有一問題。卽盜賊所拋棄之贓品。有人拾得。應否認爲遺失物是也。多數學者否認之。在理論上難謂正當。吾人見解。以爲遺失物應從廣義解釋。而主張此項盜品。亦包含在內。例如甲之財物。乙糾衆掠奪之。甲率僕役追捕。乙棄委物而遁。甲徒知追捕。物品適爲路人拾得。此固應認爲遺失物。豈在當時。物入盜手。而不委棄。固不爲遺失物。斯甲與乙生直接之關係。無如乙始而掠奪。既則委棄。二種行爲相殺。是乙與物無關係矣。(按乙之掠奪。雖成立刑法上之罪名。然係另一問題。於遺失物已無關係) 其生關係者。厥維甲丙之間。甲無拋棄之意思。丙無侵奪之意思。其與遺失物之本質。固完全無缺。雖有乙之兩個行爲(掠奪行爲及委棄行爲)介乎其間。然仍不妨爲遺失物也。

所不可與遺失物相混者。斯爲無主動產。蓋無主動產者。不屬何人所有之物也。遺失物則爲所有人不明之物。此二者異點之所存。故逃逸之家畜。及逃逸而在追捕中之野棲動物。雖成爲遺失物。然逃逸不經追捕。而成爲無主物之家畜以外之動物。則不屬之也。

### 第二項 遺失物之取得程序

遺失物拾得。爲取得所有權之原因。已略如前項所述。其取得所有權之程序。各國立法例。大抵仍之特別法令之規定。僅於民法略示其綱。我新民法從輓近法例。而設詳細規定。自屬進步。茲分別敘述如左。

- 一、招領 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。(民法八零三條) 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。(民法八零四條)
- 二、認領 遺失物拾得後。於法定期間。所有人認領與否。於拾得人之權利攸關。我民法特定左列之法則。

甲、遺失物拾得後六個月內所有人認領者 在此情形。拾得人警署或自治機關。於揭示及保管

費受償後。應將其物返還之。且在此際。拾得人對於所有人。得請求其物價值十分之三之報酬。

(民法八  
零五條)

乙、遺失物拾得後六個月內所有人未認領者。在此情形。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。(民法八  
零七條)

三、拍賣。拾得物如有易於腐壞之性質。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。(民法八  
零六條)

右開各項。為一般遺失物拾得之程序。其拾得漂流物或沉沒品者。亦適用此種規定。(民法八  
零一條)

#### 第四款 埋藏物之發見

##### 第一項 埋藏物發見之法例

自來立法例。對於因發見埋藏物。而取得所有權。皆有規定。唯其觀念各異。據羅馬法。關於埋藏物。作為土地之附合。其物之所有權。屬於土地所有人。至哈託利亞魯士帝 Hadrianus 時代。始改正此種規定。以其物之所有權。半屬於發見人。半屬於土地所有人。凡埋藏其物於動產中者。亦照此辦理。學者解

釋羅馬立法法之理由。其說不一。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。然埋藏物不過所有者不分明。要與無主物不同。不能混而爲一。此說併爲一譚。未免牽強。有謂發見埋藏物而取得所有權。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。所以酬其發見之勞。半屬於包藏物之所有人。乃推定其物爲包藏物所有人之祖先所埋藏。此說最有勢力。一般學者皆認爲正確。近來各國。皆採用羅馬法。而稍加以變更。法蘭西民法。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。若他人發見。則半部所有權。屬於發見人。半屬於包藏物所有人。只言發見。不言占有者。是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。一則保護埋藏物所有人之利益。德帝國民法。發見埋藏物者。依發見之結果。而占有其物時。發見人。取得所有權之一部。包藏物所有人。亦取得所有權之一部。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所有權之要素。與法國僅以發見爲取得所有權之要素不同也。（法民七一六條）（德民九八四條）日本民法。埋藏物。依特別法所定。公告後六個月內。不知其所有者。則發見人取得其所有權。但於他人物中發見者。

則發見人及其物之所有人。折半而取得其所有權。重發見而不重占有。從法國立法例也。(四一條)我民法第八〇八條規定。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云云。以發見而占有。為取得所有權之要素。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。不得超過埋藏物價格之半額。(三三條)此各國立法例關於埋藏物大概之觀念也。

### 第二項 埋藏物成立之要件

埋藏物者。永年埋沒於他物之中。不知究屬何人所有之動產也。故茲就此定義。分述其成立之要件如左。

一、須有埋藏之事實。凡埋藏物。必須隱匿於人目所難覩之處所。斯之謂埋藏之事實。故或物件之所有人。雖不明瞭。然其物件。若在容易目擊之場所。則非埋藏物。而為遺失物也。第所謂埋藏物。以動產為限。蓋動產始有埋沒。而不動產則不有此情形也。又所謂隱匿於人目所難覩之處所。即埋

藏物存在之他物。學說上所謂包藏物是也。

考諸羅馬法及法意民法。包藏物以土地爲限。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。日本遺失物法第十三條二項亦係認包藏物爲土地之觀念。然德澳瑞各國民法。并日本新舊民法。包藏物無動產不動產之分。故在土地中發見者爲埋藏物。即在箱奩中發見者亦然。今舉例以明之。例如寶石藏匿於棹杙之抽斗中。則其棹杙乃包藏物。又金製之指環埋沒於地中。則其土地爲包藏物是也。要之不問爲動產爲不動產。凡人目所難覩之處所。皆可稱之爲包藏物也。民法條文不曰在土中。而曰在他人所有之動產或不動產中。其意義至爲顯明矣。二、須其物之所有人不分明。凡埋藏物。必須所有人不分明。故雖有埋藏之事實。而所有人尙分明時。此爲隱蔽物。而非埋藏物也。例如某甲因天災地震或兵燹。將其金銀珍寶埋沒於土地。將來尙須發掘之者。此屬於隱匿物。自實際論之。應準用遺失物法之規定。又雖有埋藏之事實。而確無所有人者。此爲無主物。例如發見鳥獸之化石。又礦物雖伏於土中。不觸人目。然爲土地自然之產出物。皆非埋藏物也。故在化石。得以先占方法取得之。在礦物得依礦業法規定取得之。皆其例也。



三、須具永年的狀態。凡埋藏之事實。以經過永久年月爲必要。此一般之原則也。羅馬法卽認此原則。自德國普通法仿倣以來。近世立法例。亦多從之。(德民九八四條瑞民七二三條一項)法意與民法。日本新舊民法。及我民法。雖未明言。然不得不爲同樣之解釋。蓋自發見當時。不知所有主之爲誰而推知也。但時間長短。雖係事實上問題。然德意志當一八九九年。折毀某人家屋之際。壁龕之中。發見金銀。上刻一八九一年之字樣。德國學者。以爲非埋藏物。應以遺失物論。此亦足爲參考之助也。故例如大災之後。容易發掘之物。不能以埋藏物論。又雖經永久之年月。爲埋藏當時所有者之繼承人得知者。亦不能以埋藏物論。此自然之結論也。

以上所述。爲埋藏物成立之要件。至埋藏之原因。或基於人之行爲。(卽因最後占有人之意思而埋藏者)或基於自然之墜落。(卽因天災地震及其他事變而埋藏者)前者之埋藏物。斷不能知埋藏者。果係何人。是認爲埋藏物。當然無疑。而後者之埋藏物。學者間有否認之者。然究宜認之爲埋藏物。不得謂其不當。何則。依理論言之。設謂埋藏物。絕對係人有意埋沒。而無基於自然墜落者。信如是。則欲斷或物之是否爲埋藏物。卽須先知埋藏其物之人。然若得知之。則不合於埋藏之條件。卽不得爲埋藏物矣。故埋藏物者。其埋藏之人。既不得而知。又奚能

辨其物爲人所埋藏乎。抑因事變而埋藏乎。此對於後者宜認之爲埋藏物之理由一也。更自法律之適用言之。欲分別其爲人埋藏。非人埋藏。必賴有一定之證據。而埋藏物之規定。固因無證據可證明而設者也。既不能證明。猶必強爲之區別。謂以人所埋藏者。適用埋藏物之規定。非人所埋藏者。則不適用此規定。是必確知者爲人埋藏。若者非人埋藏然後可以適用之。否則終難判難。將有明明爲人埋藏者。因事實上不明證明之結果。亦視爲由事變而埋藏之物。遂不得受埋藏物規定之適用。豈不與立法之標的。大相矛盾耶。此對於後者宜認之爲埋藏物之理由二也。基於此二理由。故後者認爲埋藏物。毫無疑義。要之埋藏之原因。雖有以上之區別。然却不可強執一端。即概認爲埋藏之原因。斯可已。申言之。基於人之行爲者。埋藏之原因也。基於自然之墜落者。亦埋藏之原因也。

### 第三項 埋藏物所有權之取得

埋藏物之發見者。乃發見埋藏物。而取得所有權之法律事實也。(埋藏之發見、乃所有權取得之法律事實、而事、即取得所有權、其欲取得與否、則非所問也、故無行爲能力者、亦得爲發見人、而取得其埋藏物之所有權)故發見埋藏物。亦爲取得所有權方法之一。據我民法規定。發見埋藏物而占有者。取得所有權。雖然。此專就在自己所有物內發見時言之。乃當然之事理。

也。若夫在他人所有物中發見埋藏物時。則不得獨自取得其所有權。須與其包藏物所有人折半分之。而各取得其所有權。考其理由。蓋以是等之埋藏物。多係其包藏物所有人之祖先。或前所有人之所埋藏。由前言之。包藏物所有人。即埋藏物之真所有者也。由後言之。包藏物所有人。於受讓包藏物之時。固已取得附隨於其包藏物之一切權利。埋藏物者。當亦包含其中。且凡所有人得自處分其所有物。故如開掘土地。亦屬於其所有權中。假令發見若遲一日。安知不自為發見乎。乃一旦因偶然之事實。被他人所發見。而即讓其人取得埋藏物全部之所有權。可謂不當。况其人大抵為因於所有人之命令。或經其承諾。而於其包藏物上施工作或管理者乎。故法律規定包藏物所有人。得折半取得其所有權。然發見人亦得折半而取得其所有權。抑又何也。是無他。誠以無人發見。則永久埋沒。其物之效用不著。與社會無益。一經發見。則其物為世界所利用。發見之功。殊不可沒。故特予一半。以酬其勞。洵為適當之辦法。而包藏物所有人。決不能藉口收取附隨於其物之利益。遂置發見人之功蹟於度外也。(民法八〇八條)所宜注意者。若於甲乙二土地接壤之處。發見者。則以折半部分之半部。歸各土地所有人取得之。其在二人以上共有物中發見者。則以折半部分。按其應有部分之比例分配之。關於此點。法無明文。然此為余輩認

爲最公平之解釋也。

綜上所述。歸納言之。關於埋藏物所有權之取得。無論全部或一部。須具有二要件。(一)發見。發見云者。乃比他人先認識埋藏物之所在也。故存在之推斷。不稱發見。然依目望或接觸而直覺埋藏物之所在。則足爲發見也。(二)占有。占有云者。乃既經發見之後。而實際持有其物也。發見之後。若不能持有其物。仍不能取得所有權。是以占有爲取得所有權之必要條件也。

抑發見之埋藏物。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。(民法八〇九條)  
例如發見古物。依古物保存條例。而歸屬於特種團體或國庫。而予發見人以酬勞金是。

## 第五款 添附

### 第一項 添附之意義

添附有廣狹二義。廣義的添附。謂物之接合。又基於人工之改造。使某人取得合成物。混合物。或加工物。全部之所有權也。狹義的添附。謂加工不能在添附之類。蓋以加工者。取得加工物之所有權。非基於元物之所有權而來。故不得稱之爲添附也。關於此點。自羅馬以來。爭執不決。然究係一種理論的爭議。而

無礙於實際。取甲說可。取乙說亦無不可。余圖實際上便利起見。特取甲說。

## 第二項 添附之種類

### 第一目 附合

附合者。乃異其所有人之動產之從而合體。或屬於各別所有人之動產。於非毀損。則不能分離之程度而合體。因此取得所有權之法律事實也。其意義凡三。

第一異其所有人之動產。若爲不動產之從而合體。則成不動產之附合。

故不動產之附合。須具有三條件。(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)

須動產爲不動產之從而合體。於此情形。其動產即爲不動產之重要成分。(即所謂物  
動的從物)例如生根於

土地之植物。或附置於家屋之房樑是也。若動產爲不動產之從物(即所謂因用  
法的從物)而存在。不成其爲

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。則附合於不動產之物。即屬於此權利者。不爲附合之法則所支配。

例如地上權人植樹木於他人之地上。則其樹木。即爲地上權人之所有是也。

第二屬於各別所有人之動產。於非毀損則不能分離之程度。而合體時。則爲動產之附合。

故動產之附合。亦具有三條件。(一)須異其所有人之動產合體。同一所有人之動產雖合體。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。乃彼動產成爲此動產重要成分也。(參民草一六)故附合之動產。非毀損其成分不能分離。(因分離而毀損之致用亦與不能分離同視)則適用附合之法則。以全國家之經濟。例如甲用乙所有之線。縫自

己之外幣是也。至動產與他動產合。不爲其重要成分時。則於所有關係。絕無變更。各所有人得請求分離。例如以糊合二個動產是也。(三)須動產之附合時。未經加工。蓋一經加工。則據加工之法則矣。例如集合所有者各異之木片。而作家具之時是也。

第三附合乃取得所有權之法律事實。非法律行爲。

故由於附合取得所有權時。因附合之一事。而即取得合成物之所有權。取得者究欲取得與否。則不問也。因於第三人之行爲與否。或因偶然之事變與否。亦均非所問也。

上述爲附合之意義。於所有之關係。極有影響。自羅馬法以來。卽有此項法則。引伸言之。更別爲左之二種。

一、不動產之附合 此卽一動產附着於不動產上之謂也。例如甲於所有地上。以乙之材料。築造建物。或乙以其所有材料。在甲土地上。築造建物。築造之後。如欲使材料與土地分離。則必毀損建物。而後可。此所謂至非毀損則不能分離之狀態。卽爲不動產之附合也。又如甲於自己之所有地上。就固有之建物。以乙之材料增築之。或乙以其材料。在甲固有之建物上。而爲增築。如使固有建物。與增築建物分離。亦非毀損不可。有此狀態。亦爲不動產之附合也。此第一例。附合物之所有權。歸於土地所有權者取得。第二例。附合物之所有權。歸於建物第一所有者取得。其理由何耶。就第一例言之。甲既於其所有地上。築造建物。落成之後。則所費之工作料。必已不貲。若許乙得取回其材料。不特甲建築時。工作之費用。歸於泡影。且不免因其毀損。而生格外之負擔。於甲受損甚鉅。殊非國家經濟之福。就第二例言之。則於建物增築之後。使任材料所有者之乙。得取回之。必於固有之建物。有所損害。殊非國家之福。就第二例言之。則於建物增築之後。使任材料所有者之乙。得取回

之。必於固有之建物有所損害。且其所取回之材料。決不能保其固有之價值。亦足與經濟上以不良之影響。故法律就上二例之固有不動產。與其附合物。視爲一體。不許其分離。而使土地之所有者。及建物之第一所有者。取得其所有權之爲便也。故我民法規定。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。(民法八二條)

二、動產之附合。此卽二個以上之動產。附着合併而成一物之謂也。例如甲以乙所有之動產與自己之動產相併。而造成一物。乙如主張其動產之所有權。則非分離不可。一旦分離。則發生兩種流弊。(1)形態毀損。(2)需費過鉅。法律爲防止此二種弊竇。維持經濟上之利益。故不許分離。竈使之成爲一物。卽法律上所謂合成物是也。然是等之合成物。有能爲主從之區別者。有不能主從之區別者。其法律關係。各個不同。故法律規定亦各異。(第一)合成物不能爲主從之區別時。則各動產所有人。按其附合時價格之分。共有其合成物。(民法八一條一項)所謂不能爲主從之區別者。卽物之種類相同。不能爲若何之分別也。此時該物品價格。縱有軒輊。亦不必問。例如甲以乙所有之木料。與自己所有之木料相集。而造成一橋。其集合之木料。品質相同。不能爲主從之區別。然



其附合之當時。甲之木料。值洋一元。乙之木料。值洋二元。則此椅屬於甲乙二人所共有。甲有三分之一權利。乙有三分之二之權利是也。(第二)合成物能為主從之區別時。則主物所有人。取得合成物所有權。(二項)所謂能為主從之區別者。即物之種類不同。而其價格亦復懸殊。能為一定之分別也。此時當以價格之高低為準則。例如甲為金指環所有人。以乙之寶石嵌入。是其物之種類不同。而價格亦異。假定乙之寶石為翠玉者。則為從物。若為鑽石者。則為主物。是也。抑附合之程度如何。亦一問題。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。至使物失其性質時。亦不可不謂毀損。例如以屬於他人之裏料而製衣服。雖可使之分離。然分離之。即不能復其為一切裏料之元狀。亦可適用附合之規定也。以上所言。為非毀損則不能分離之附合。然非毀損而即可分離者。即不適用乎。是又不然。蓋有因分離而需莫大之費用。較原物之價格更多。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。若不從附合之本則。不必使紙與屏風分離。

而其合成物所有權。亦照上述原則辦理。

## 第二目 混合

混合者。乃屬於各所有人之動產合體。至不能識別。而取得所有權之法律事實也。其意義有三。第一混合之動產。有液體及固體二種。液體之混合。稱混融。此可細別為二。(一)天然液體之混融。例如甲所有之酒。與乙所有之酒相混合。不知何者為甲所有。何者為乙所有。是即陷於不能識別之狀態。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。鑄成一體。欲分別之。則非用化學上之化分法不可。故當混合時。即屬不能識別之狀態。亦混合也。固體之混合。稱混交。例如甲以所有之米。與乙所有之米。混合一處。即不能識別其孰為甲之所有。孰為乙之所有。至有此狀態時。亦混合也。混融及混交。在羅馬法異其法則。故有區別之實益。現今各國民法。則不區別焉。(按羅馬法、凡屬各別所有人之動產。須領額之費用、則與所有關係、並無影響、否則有影響於所有關係、蓋在液體物、混合以後、則作各別所有人之共有團體物、混合以後、各所有者、就其物之一部分、有所有權、前者曰混合物共有主義、後者曰混合物專有主義、此其區別無多實益、近日各國民法均不采之。)第二混合須屬於各別所有者之數個動產合體。至於不能識別故屬於同一所有者之數個動產雖合體。不必設變更所有關係之規定。又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。此種混合物。須定其所有關係者。乃屬不害國家之經濟起見也。第三混合乃法律事實。非法律行為也。此由於混合物所有權之取得。因混合之一事而成立。不問爲混合物所有者其人心願與否。或因第三者行為。或因偶然之事變（例如與否也。關於混合之情形。自學理上言之。一與附合無異。唯附合之動產。在形體上非不能識別。但基於經濟上之理由。不許其分離。故法律視爲不能識別者。反之而爲混合之情形。事實上已不能識別。則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。故我民法第八一三條規定云。「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。」所謂準用者。即混合之時。若能分其主從。則以其主部之所有人。爲混合物全體之所有人。（例如。甲以十兩之金。與乙一兩之銀。相混合。而造成一物。則甲爲該物品全體之所有者。是也。）若不分其主從。則依其物之價格。爲所有人之共有物。（例如。甲以十五兩之金。與乙十兩之金。而造成一物。之權利。而乙對於其物。則有十分之四之權利。此最顯明之例也。）

第三目 加工

加工者。乃於他人之動產加以工作。以此爲新動產。或於他人動產之表面。加以工作。以取得所有權之

法律事實也。其意義有三。第一羅馬法及法國民法。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。(加工)日本民法。德國民法。及我民法。擴張加工之意義。於改造他人動產而爲新動產。固爲加工。卽加工於他人動產之表面。由此而成新動產時。亦稱加工。例如於他人之動產。施彩色或鍍金是也。(加工)而他人之動產。究成新動產與否。則從一般之交易觀念定之。未可一概論也。第二加工行於他人之動產。故於他人之不動產施工作。非加工也。至加工之材料雖半屬自己。但其內有他人之動產。而加以工作。卽是加工。第三加工爲法律事實。非法律行爲也。此因加工者有欲取得加工物所有權之意思與否。可以不問。祇因加工之一事。卽取得所有權也。故無行爲能力之人。亦得依加工而取得所有權。卽其例也。

關於加工物之所有權。應歸何人取得。自羅馬法以來。學說及立法例。均不一致。試舉其沿革如下。第一羅馬法。羅馬法學者。關於此問題。有學派之爭議。在薩畢魯士派 *Sabiniana* 謂加工爲不變物之本質。所有權無受影響之理。故雖加工於材料之上。而其物仍屬諸材料所有人。是爲保護材料所有者主義。在浦洛苦魯士派 *Proculiana* 謂加工物純是一種新動產。與原有材料全然不同。應置重其改造原因。故其

物之所有權。應屬之加工者。是爲保護加工者主義。兩派交爭。各不相下。於是遂生一中間說。(折衷)謂加工而可以回復原狀者。其所有權屬諸材料所有人。不能回復原狀者。其所有權屬諸加工者。優帝法典採用之。例如取人之金屬。加以彫刻。一經鎔化。卽可以回復原狀。應屬之材料所有人。然如象牙之加工。不能回復原狀。便當屬之加工者。但此說只能行於美術思想不發達之時。今則美術思想。已大發達。若仍用此說。則不足以資獎勵美術之發達。且有妨礙。蓋自美術思想發達以後。往往有將他人金屬。加以彫刻。其價值數倍於材料者。如所有權仍屬之材料所有人。則保護加工者之利益。未免過於薄弱。故現今各國皆不採用。第二法國民法。加工物之所有權。屬之材料所有人。但因加工之所增工價額。材料所有人。應向加工者爲賠償。若因加工而增之價額倍蓰。則所有權屬之加工者。(法民五七〇條)立法精神。頗偏於保護材料所有人。雖表面與薩畢魯士派不同。而精神仍屬之。日本民法。與此相同。(日舊民法取  
至五七二條)(新  
二十條)(民二四  
六條)日本立法家所主張之理由。以爲所有權必當保護。苟非萬不得已。不能使所有者喪失所有權。不然。則所有權之基礎。易於動搖。第三德國民法。與法國適相反對。加工物之所有權。爲加工者取得。但因加工而所增之價值。遠不及材料所有之價值。則所有權仍屬之材料所有人。(德民九  
五〇條)此種法例。

表面雖與浦洛魯士派不同。而精神仍屬之。我民法仿法國法例。其第八一四條規定『加工於他人動產者。其加工物之所有權。屬於材料所有人。惟因加工所增之價值。顯逾材料之價值者。其加工物之所有權。屬於加工人』云云。蓋一方所以保護材料所有人之利益。而他之一方復獎勵生產之行爲也。觀以上所述。可知現在各國民法。皆不外採用羅馬法兩派學說。故羅馬法實爲各國法律之淵源。惟因立法政策不同。故所採之主義亦異耳。

### 第三項 添附之效果

添附之效果者。謂因添附而生法律上權利義務之效果也。試分二項說明如左。

#### (甲) 及於物權之效果

添附爲物權消滅之原因甚多。先就添附中因附合消滅物權言之。例如甲於乙所有地上。建築家屋。所用木石。歸乙取得。甲卽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。或乙以所有動產。與甲之動產相附合。則甲乙間動產之所有權。均歸消滅。至合成物。歸何人所有。乃別一問題。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。是混融物全體之新所有權。由是發生。同時甲酒乙酒之舊所有權。卽因是消滅。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。卽喪失其木料之所有權。此加工之足以消滅物權也。以上各例皆足爲消滅物權之原因。蓋卽因添附之效果。從部分之所有權。爲主部分之所有權所吸收。而因以消滅其被吸收之一物之所有權也。但於此被消滅之物上。已與他人以留置權。質權。法定質權。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。亦隨標的物之所有權消滅。以爲消滅而已。故我民法八一五條規定云。『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。』所謂前四條者。卽附合混合與加工是也。

### (乙) 及於債權之效果

此債權由不當得利而發生。就添附言之。無論爲附合爲混合爲加工。其結果必有一人取得所有權。而他之所有者。亦必同時消滅其所有權。此在消滅者。卽受損害。而在取得者。實爲不當利得。故必使之對於受損害者。任賠償之責。且區別善意與惡意。以定其責任之等差。例如不動產之附合。甲以乙之材料。

於其土地上建造家屋。乙之材料。歸甲取得其所有權。實爲不當利得。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。若爲惡意者時。此非僅爲不當利得者。實爲不法行爲者。從純理上言。應使其受不法行爲規定之適用。但立法者爲圖實際上之便益。使適用不當利得中惡意受益者之規定。於返還材料代價之外。須附以利息。倘受有他項之損害。亦同時賠償。法律之保護受害者。不可謂非厚矣。我民法第八一六條規定云。「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。」

## 第四章 共有

### 第一節 總說

共有者。數人共同享有一所有權。於一物之上之狀態也。蓋一物不容二主。乃所有權一般之原則。故數人不能同時於一物之上。各有完全之所有權。實所有權當然之性質。固毫無疑義。雖然於一物之上。所成立之一個所有權。同時共屬於數人。數人因之共同而有一所有權。則非反於所有權之本質者也。但



在共有之時。所有權屬於數名之主體。故為權利主體之各共有人。與為所有權之單獨主體之時不同。不得以一己之意思。任意管領其標的物。蓋他之共有人。亦為權利之主體。而有管領其標的物之權利者也。故標的物之管領權。必須分配於他之共有人。而其管領權之行使。常須基於共有人全體之意思。不得委之於各自之專斷也。設共有人中之一人。於標的物之上。而欲單行自己之意思。則他之共有人。有反對之權利。由斯以談。共有人於相互間之關係。能互制其權利之行使。故無論共有中之何人。不得完全行使其管領權也。

共有之位置。各國法例。頗不一致。德帝國民法。以一般財產之共有。為債權關係發生之一原因。而規定之於債權編中。而於物權編。則於所有權之部。規定共有關係之特則。而其債權編。所揭一般共有之通則。以基於羅馬法為主。凡日本民法物權編中。共有之規定。殆皆編入之。法國民法關於繼承。及其他事項。分別規定共有之關係。與德之一部相當。唯不設一般之規定。不可謂非缺點也。意大利。西班牙民法。及日本舊民法。補此缺點。於所有權之部。設共通之規定。是蓋以他之財產權。雖亦有共有者。究不外認其有所有權之結果也。(日舊民法第六條三項。係財取。第二四條。受遺理由。參照) 我民法及日民法(日民二四九條。乃至二六四條) 以共有規定於所

有權中。從意西立法例也。

共有之形式。計有二種。(一)分別共有。(一名持分  
的共有)發其源於羅馬法。乃於共有中。想像各人之應有  
部分。爲五分三。三分二。或二分一。即各就其應有部分。爲實在所有者。其應有部分。可以隨意處分。(二)  
公同共有。(一名共手  
的共有)發其源於德意志古代法。其性質彼此牽掣。而不能隨意處分者也。此二種共有  
之形式。雖爲各國法律分別採用。而我民法則併二者規定之。蓋公同共有之制度。雖爲各國法律所承  
認。然網羅共通之原則。規定於物權編中。則自我民法防也。至日本民法物權中。共有之規定。則專就分  
別共有而言也。

共有之原因。亦不一致。今舉數例如下。(一)遺產繼承。有二人以上之同順位繼承人。則其遺產。爲繼承  
人所共有。(二)遺贈。以同一之物。遺贈於數人。則其物屬於受遺者之所共有。(三)合夥契約。於此項契  
約成立之時。則合夥員所出資金。及其一切財產。均爲合夥員全體之所共有。(四)共同契約。即二人以  
上。共同買取一物。而有之之約束。例如甲賣却不動產。乙丙締約。共買取之。而共有是。(五)夫婦共有財  
產契約。此即於婚姻前。男女協議其所有財產。於婚姻繼續中。爲雙方共有之約束也。據民法及日民之

立法精神觀之。凡婚姻前於夫婦財產關係。設無如何之契約。則視為各有。歐洲各國反是。設無如何之契約。則視為共有。蓋歐西以夫婦財產常為共通也。(一)發見埋藏物。附合。混合。亦為共有之原因。前已說明。以上所舉。為共有之大原因。他姑從略。

## 第二節 分別共有

### 第一款 分別共有之性質

分別共有者。數人按其應有部分。共同面有一所有權之謂也。夫兩人行使一個所有權。互相競合。使不分割其範圍。則強者紛爭不已。弱者受累何堪。殊非尊重權利之道也。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。不得踰越一定之範圍。以管領標的物也。此標的物上之權利。管領之範圍。即謂之應有部分。(本法八十七條一項)

各共有人之應有部分。因其對於共有物之權利。是否相等。而有差別。故各共有人。關於共有物。而有同

等之權利時。其應有部分。亦爲相等。其權利若不相同時。則其應有部分。亦不相同也。例如甲乙二人。共有一所之房屋時。如其權利相等。則甲乙之部分亦相等。二人應各有其二分一之部分。二人之權利。若不相等時。則比例權利而定其部分。即甲有房屋十分四之權利。則其部分。亦爲四分。乙有房屋十分六之權利。則其部分。亦爲六分也。但應有部分之多少。唯於其有人就標之物之使用收益等。所應享受之利益分配。有所影響。對於處分權。則無何等之關係。是蓋因處分權。爲不可分割之權能。故標之物之處分。常基於其有人全體之意思。共有人中之一人。不能借口部分獨多。而獨自專斷。以行使其處分標之物全體之權能也。

分別共有之權利範圍。按其應有部分而定。已如上述。願應有部分。常有等差。則基於共有之原因而定也。例如甲乙共同購買一地。價值千元。甲出七百元。乙出三百元。並已約定比例所出之價。以定應有部分。是則甲有七分之部分。乙有三分之部分。設乙若償還甲洋二百元。而甲承領時。則甲乙所出之金額相同。因之其部分亦同。是以此際之應有部分。實因共同契約而定者也。又遺贈人以一物分遺數人。受遺者之部分。則依遺贈人之意思而定之。又於添附之時。共有人準據附合或混合當時動產之價格而

共有合成物混合物。至於遺產繼承之時。繼承人之權利。法律認爲同一者。故其部分亦同也。此外於因發見埋藏物。而生共有關係時。發見人與包藏物所有人。則依平等之比例。而共有埋藏物。皆其例也。應有部分之等差。常依共有之原因而定。吾人既已知之。然或因歲月悠遠。原因已忘。不能明知其應有部分。又或有時雖依共有之原因。而仍不能明知其應有部分者。例如甲以一古玩。遺贈乙丙。乙有其三分二之權利。丙有其三分之一之權利。乙丙死亡。仍爲乙丙之子丁戊共有。迨後累代相傳。而兩家卒不知權利範圍之廣狹。又如甲以一馬。分贈乙丙二人。而未言明應有部分。值此情形發生。當如何處置乎。據民法八一七條二項規定。『各共有人之應有部分。不明者。推定其爲均等。』蓋分別共有時。其應有部分均等者多。不均等者少故也。唯此種推定。以無反證之事實。爲必要條件。若於其原因上。有一種反證時。則仍當從反證而不受此種法規之適用。蓋不如是。則分別共有人之部分多者。反因其推定而減少矣。關於應有部分之學說有五。第一實在的部分說。謂分別共有之標的物。確有實在的部分存在。各共有入於其實在的部分上。各自享有一個之所有權。例如甲乙丙共有一物。即推定某部分爲甲所有。某部分爲乙所有。某部分爲丙所有。甲乙丙即於其不可分之標的物上。就其應有部分。而爲實在的所有者。

此說爲羅馬學者所創。(Digesta 三〇卷三二卷)今日猶有主張此說者。然與共有之性質不合。蓋一物之上。不容有數個所有權存在。且其管領力。常及於物之全體。果如是說。則不啻使數所有權集於一物之上。而其管領力可附屬於物之一部而生效力。豈非與所有權之性質。大相刺謬乎。第二理想的分割說。謂各分別共有人。於其標的物上。成想像的部分之分割。而各自享有一個所有權。此說爲 Wasco-Itar 所主張。(氏著民法上卷用二七卷一六九頁)然於物之部分上。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。而其實在的所有權。勢必無所歸屬。豈不與共有之旨趣相背戾耶。第三內容的分屬說。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。是此說乃從所有權內容分割着眼。亦爲羅馬學者所唱。(Celsus, Ulpianus, Paulus.) 今日學者。多不採用。蓋所有權爲單一物權。(即管領權括之物權)若謂所有權之作用。可以分別享有。則與單一物權之理論不合。匪直此也。果如是說。作用可以分別享有。一旦某部分之所有人死亡。且無繼承人時。則所享有之作用消滅。此後尙欲名之曰所有權。詎非笑談。第四計算的部分說。謂所有權有金錢計算之價格。如某物在經濟上價值若干。甲乙丙共有之。則甲或有五分。乙或有三分。丙或有二分。是此說爲

Windscheid, Steinöner, 所唱導。然價格無獨立之性質。因物與物比例之評價而始顯。如此物價值若干。便可知彼物價值若干。未有無比例而能知物之價格者。故此說亦不足采。第五權利的範圍說。謂同一物上。數人共有一所有權。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。此說爲 *Dahlke* 所主張。揆諸法理。自以此說爲較當。余故採用之。

## 第二款 分別共有人之權利

分別共有人之權利。不外爲所有人之權利。故凡所有人一切固有之權能。分別共有之人。皆得行使之。不待言。然一個之所有權。爲數名之權利主體所共有。則行使所有權中一切固有之權能。其狀態較之單一所有人。專有所有權時。自不能無異。今試列舉其權能如左。

### 第一共有物之使用

各分別共有之人。得就共有物全部。按其應有部分。而使用之。故苟無害他分別共有人之權利。不問他分別共有人之意思如何。得於其權利範圍以內。行使其使用權。而各分別共有之人。可以同時使用共

有物之全部與否。則依其物之性質定之。凡能同時使用者。即同時使用之。其不能同時使用者。則依順序使用之。例如家屋可以同時使用。苟甲乙二人。共有一家屋時。則甲乙可以同時居住之。且其使用也。就全部而言。唯不得以一人而常獨占。致礙他人之使用耳。且按其應有部分。而權利範圍有廣狹之差。如甲之部分。為三分之二。乙之部分。為三分之一。則甲使用之權利。當二倍於乙。假定甲住二室。則乙只能住一室。而其他餘室。如接待室者。甲使用之。亦恆得二倍於乙是也。反之車馬不可以同時使用。苟甲乙二人。共有一車或一馬時。則惟有按期輪流乘坐之而已。如甲之部分。為三分之二。乙之部分。為三分之一。則甲使用之時。為二日。而乙為一日是也。至其同時或順序使用之方法。多以契約或審判定之。上例乃就普通情形言之耳。(民法八  
一八條)

夫使用權所以必就共有物之全部行之者。蓋以分別共有人。對於共有物。雖各有應有部分。然所謂應有部分者。指其權利所行使之範圍而言。非指其標的物上所劃分之範圍而言。凡行使權利者。必管領其標的物之全體。而後有效用可言。例如其有之馬。可以輪流乘坐。而不可以分半乘坐。但能無害於他分別共有人之權利。而又不越自己權利應有之範圍。則唯就標的物全體行之。亦不失其為



共有也。(同條參照)

### 第二共有物之收益

各分別共有人。按其應有部分。對於分別共有物之全部。以爲收益。其理由一與使用權同。茲不贅。唯舉例以明之。例如甲乙共有一田。每年由該地可獲米百石之時。若甲乙之應有部分相等。則甲乙可各得米五十石。其部分若甲六乙四時。則甲可得米六十石。而乙僅能得米四十石也。又如甲乙二人共有房屋一所。共同賃佃於丙。而收取其賃金。若雙方之應有部分相等。則對於所收之賃金。應平均分配之。若不相等。則按部分之多寡而分配之。(同條參照)

### 第三共有物之處分

各分別共有人。於不害他分別共有人之權利範圍內。就其標的物上。得自由處分應有部分。故各人得將其應有部分。讓與他人。或以之供擔保之用。(各人之債權人得扣押其應有部分。以資債權之清償。)但此際之所謂處分者。乃指權利所行之範圍而言。而不得以標的物上所劃之範圍解釋之。各分別共有人。得按其應有部分。以處分共有物。固也。然其所得處分者。不過共有物上。自己權利所

應行之部分而止。且必以影響不及於他共有人者爲限。苟不俟他共有人同意。而於其共有物上。加有形之變更。(即變更物之本質或其用法)或設定其他負擔。則不論利害如何。均爲法律所不許。例如以共有之金銀爲器物。或於共有之土地。設定地上權。永佃權者。非得各分別共有人之同意不可。是蓋以各分別共有人之權利。常存於共有物之全部故也。(本法八一九條)

分別共有人中之一人。以其應有部分讓與他人時。則受讓人繼承其地位。取得其部分。而爲共有人。又共有人中之一人。以其部分供債權之擔保時。則債權人得售賣其部分。以其賣價。供債權之清償。此蓋基於第八一九條一項規定所生之結果也。

就單獨所有者言。祇有一個權利。共有則不然。有個人權。(即部分權)有各共有人全體之權利。互相對峙。而共有關係之規定。於茲二者中。應重視何者。尙爲立法上重大之問題。羅馬法注重個人權。德日瑞各國民法從之。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。故有同意議決之限制。我民法於變更及負擔。用同意方法。於改良行爲。則用議決方法。

#### 第四對於第三人之權利

#### 第二編 所有權

分別共有人之權利。即所有人一切固有之權能。各分別共有人均得行使之。此當然之理也。故苟第三人有侵權行爲。則各分別共有人。可依據所有權。就分別共有物之全部。對第三人。爲種種適法之請求。如分別共有物爲他人占有或侵害。各共有人對於占有人或侵害人。得主張所有權。而請求共有物之回復。或侵害之排除。(民法七六七條參照)若共有物爲土地。對於隣地所有人。則得主張由相隣關係所生之權利。(民法七七三條乃至七七九條參照)是也。惟關於請求回復其分別共有物。尚有一定條件。即非爲分別共有全體之利益爲之不可。蓋專爲自己之部分計。以請求回復。則必害及他分別共有人之利益矣。(民法八二二條)

至爲分別共有全體請求回復共有物。應依何種方法收管。則依當事人之意思。及法院之意見爲最適當。例如請求交付標的物於各分別共有人之共同代理人。或爲各分別共有人請求提存。又或於不得爲提存時。則請求將標的物交付於法院所選定保管人。皆爲實際上最適當之方法。

羅馬法、德意志普通法。各共有人對於第三人。主張所有訴權時。乃就應有部分爲主張。德意志帝國民法。則就所有物之全部爲主張。惟對他共有者。主張權利時。仍以應有部分爲標準。民法規定。采德

制也。

### 第五應有部分之增加

分別共有者。各分別共有人之權利競合也。若分別共有人之一人。拋棄其應有部分。或死亡而無繼承人時。其競合之程度。自應減少。而各分別共有人之權利範圍。亦應聽其擴張。質言之。遺贈之部分。應分屬其餘分別共有人也。例如甲乙丙三人。共有一土地。各以其三分之一。爲其應有部分。其後甲拋棄其權利。或死亡而無繼承人。則甲之應有部分。三分之一之土地。卽分屬於乙丙二人。乙丙各有其土地二分一。苟其後乙復拋棄權利。或死亡而無繼承人。則丙卽爲其土地唯一之所有人。而取得完全之所有權。(我發民草一第  
四七條參照)由是言之。分別共有人之權利範圍。因人數愈多而愈狹。少一權利者。卽足以擴張其餘共有人之權利範圍。所謂減少競合之程度者此也。而學術上所稱之「共有物之歸屬權」。亦卽因此發生。然學者或有以無主物先占之法理。說明此種關係者。究嫌未合。何則。蓋此際應有部分之歸屬。不過係共有物發生問題。而此共有物上之所有權。並未消滅。因之其遺贈之部分。仍不得不受所有權之羈絆。若因一人之拋棄或死亡。而遽以無主物先占之法理衡之。豈不謬乎。

### 第二編 所有權

### 第三款 分別共有人之義務

分別共有。既依其應有部分。以享受權利。則當依其應有部分。以擔負義務。其義務之擔負。亦各以自己應有部分。爲其範圍。惟分別共有。中有讓與其應有部分於第三人者。第三人受讓其應有部分時。即承受分別共有人之地位。其權利遂與他分別共有。無異。所謂特定承受人。是也。特定承受人。承受前分別共有人之權利。則前分別共有。所應負之義務。對於特定承受人。亦生效力。此亟須注意者也。今分述其義務如左。

一、費用之擔負。各分別共有。於其分別共有物。既能按其應有部分。而享受用益權。則付於共有物上。所必需之費用。自應按其應有部分。平均擔負。而後權利與義務該當。例如管理費、收益費、及其一切租稅、捐款等。各分別共有。皆有清償之義務是也。雖然。此等事項。無關公益。當事人不妨以契約定之。既有約定。則其所生之費用。自不適用平均擔負之原則。例如分別共有物爲田地。而約定各耕若干畝。或爲馬匹。而約定各乘若干日。則因此所生之費用。應各自擔負之。蓋所以尊重當事人之意思也。（民法八二二條一項）

二、償還之請求。各分別共有人。清償分別共有物之擔負。有過於自己應分擔之部分者。例如代墊買入代金。或管理收益等費。則分別共有人相互間。已發生債權債務之關係。有債權之分別共有人。得對於負債務之分別共有人。依債法不當得利規定。以請求償還。而負債務之分別共有人。當然負債還之義務。惟自債權之普通性質論之。不得對抗第三人。此則不然。即兼得對於特定承受人。請求償還是也。蓋不如是。則分別共有人之一人。於負有債務時。常以自己之應有部分。讓與他人。而得免除。而他之有債權之分別共有人。必因之受損害矣。或者以此效力所及。似待特定承受人。流於苛酷。然無足慮也。蓋特定承受人對於讓與人。自有求償權。且可促其注意於未讓受以前。不尤為善耶。(民法八二二條二項)

#### 第四款 分別共有物之管理

分別共有物之管理者。分別共有人。因共同利益。而為之行爲也。蓋共有物非有適當之方法管理之。則難保無破壞耗盡之虞。故我民法特以明文規定管理之方法。即第八二零條所揭之管理保存簡易修繕與改良是也。今分別說明之如左。

- 一、保管行爲 保管行爲者。防止物之滅失毀損。及其權利消滅減縮之行爲也。據民法規定。共有物除契約另有訂定外。由共有人共同管理之。其他之簡易修繕及保存行爲則共有人得單獨爲之。茲舉數例以證明之。(1)修繕行爲。例如甲乙丙三人共有一家屋。牆壁坍塌。若不加以修繕。必至大壞。因而丙得任意修繕之。是也。(2)賣却行爲。例如甲乙丙共有魚蝦若干隻。溫暖之時。容易腐敗。甲因之變賣是也。(3)中斷行爲。例如甲乙丙共有一馬。而爲他人所占有。其時效將屆完成。三人權利。卽有消滅之虞。乙因之向占有人主張權利。而收回其馬是也。(4)登記行爲。例如甲乙丙共同買受一土地。而未登記。卽有喪失之虞。甲因之登記是也。(民法八二條一項二項參照)夫分別共有物之保管行爲。法律許各分別共有人。得以單獨爲之者。蓋保管行爲。係有益的行爲。無論何人。均認爲必要。明白無疑。且其所費無幾。故各分別共有人。不問其餘共有人之意思如何。得以一己之意思而爲之。不必俟其全體同意。誠以物之滅失毀損。權利之消滅減縮。常在俄頃之間。設必須其餘共有人之同意。勢必至坐失時機。而無從施其防遏之手段。此法律所以許分別共有人。單獨爲之也。
- 二、改良行爲 改良行爲者。以增加收益爲標的。而改良其物之行爲也。例如加油漆於房屋。以美觀

贖。施肥料於田地。以望豐收。是也。此種行爲。似亦應認各分別共有人。得以自由單獨爲之。然其行爲。雖有益而非必要。且所費甚鉅。而其希望之利益。又須視其改良方法如何。未必皆可收效。利害得失。關係匪淺。故終不能與保管行爲等量齊觀也。但既改良。則於經濟上。甚有裨益。當使其容易實行爲宜。是以使經共有入過半數。並其應有部分合計。已過半數者之同意。即可改良其分別共有物。而不必待其全體同意也。(民法八二條三項)

抑所謂過半數云者。乃依共有入過半數並其應有部分合計已過半數而定之也。蓋當部分相等時。即以人數取決。亦不生如何之疑問。若部分不相等時。即不能以人數爲定。故又必合計部分。已過半數取決之。例如三人共有一物。而部分相等。則以二人取決之。反之五人共有一物。而部分不相等時。甲有三分一。乙有四分一。丙有五分一。其殘餘者。爲丁戊所有。甲乙之意見。與丙丁戊相衝突時。依人數則當從丙丁戊之意見。依部分則不可不從甲乙之意見。蓋共有人對於共有物。則依其應有部分之權利。故於改良時。各共有人。亦得有依其應有部分之權利。其意見不一致時。則以從部分價格過半數權利人之意見。最爲適當也。



分別共有物之改良與變更不同。改良者以不變更物之性質。而增進其利益爲標的。變更則否。考諸羅馬法。以改良與變更視同一律。仍以共有人全體同意爲要件。現在德日立法例。以改良於經濟上有益。皆僅爲過半數之規定。此與羅馬法不同。實較羅馬法爲進步。唯以改良之標的。而加變更於其物上者。仍以全體同意爲要件。例如甲乙丙三人。共有森林一所。甲意欲爲田地。獲益較多。若得乙丙同意。則可變更之。是也。

### 第五款 分別共有物之分割

分別共有之制度。法律雖承認之。然按諸實際。弊害甚鉅。蓋以數人共有一物。則各人所蒙之利害。較單獨所有時爲少。因而利用保存。常不如單獨所有人之注意。以致多不能充分盡物之效用。其弊一。分別共有物之處分及改良。非全體合意及經過半數同意不可。故常致不能全經濟上之效用。而價值亦難於增加。其弊二。又因一物立於數人管領力之下。則個人利害。容易衝突。如有不願維持共有狀態者。雖欲強之。亦決不能保持圓滿之關係。其弊三。有此三弊。故法律對於分別共有之關係。絕非企望其永久存續者。因此而分別共有物之分割起焉。

分別共有物之分割者。以分別共有關係消滅為標的之清算程序也。故分割乃分別共有消滅原因之一。蓋分別共有。或依法律行為取得之。或依法律事實（如附合混）取得之。而其權利。既不外為一個之所有權。則其權利喪失之原因。自與所有權無異。故法律無再為規定之必要。其必須特別規定者。即分割耳。此外如共有物之拋棄及共有人之死亡而無繼承人。雖亦為分別共有之特別喪失原因。然彼為分別共有之一部消滅。此則為其全部消滅。其關係更為重要。故規定之詳略亦異焉。今將關於分割之請求。及其程序效果。分言如左。

#### 第一分割之請求

分別共有之關係。必使其容易消滅。其理由已述如前。故各分別共有人。無論何時。若認分割為有利益。即不妨請求共有之廢止。而其他分別共有人之意思如何。可以不問。因而受其請求之各分別共有人。不得以分割之不利為理由。而拒絕其請求也。蓋以一物服從數人管領力之下。故其改良。應從多數之意思。否則不得為之。然於實際。共有人之意思。常不一致。因此而生意見。釀成爭端。其勢不可以一朝安。此所以界予各分別共有人以分割請求權也。（民法八二三條一項本文）此乃原則。尚有例外如左。

一、當事人之意思 分別共有物。不宜於急速分割者。又或因價格之高低。必不遵令分割。乃爲有利者。因其需要。則雖依當事人之意思。以契約訂定於一定之期間內。不爲分割。亦無害乎公益。且有實利於個人。故仍爲法律之所許。(本法八二三條一項但書) 惟其期間之短長。法律必須明定。否則有害社會之經濟。或不滿當事人之慾望矣。

關於此點。各國法例。不一其揆。然要於同一法律之中。不生抵觸。法日民法。定特約最長期間爲五年。於此期間內。不許分割。且至期更可延長五年。(法財取八一五條) 日民二五六條 實際上經兩番程序。當事人可以有十年之契約也。(法日民法對於因重要事由請求分割無其規定。且第一或第二條) 實際上經兩番程序。當事人可以有十年之契約也。(法日民法對於因重要事由請求分割無其規定。且第一或第二條) 瑞士民法。於此期間。定爲十年。(瑞民六五條) 於繼承財產分析之禁止。則無規定。日民既於禁止分割之期間定爲五年。故於分析之禁止。亦定爲五年。以求照合。(日民一零二條) 至德國民法。不定期間。一任當事人契約之自由。(德民七四九條) 而於重要事情時。仍使其有人得請求分割。我民法斟酌瑞日德諸立法例而規定。契約所定。不分割之期限不得逾五年。逾五年者。縮短爲五年。(民法八二三條三項)

二、共有物之性質 分別共有物。有必須共用。方能達使用目的者。如必廢止共有。則互爲不利。此即

因其物之性質而不得任意請求分割。例如牆界綫上所設之界標圍障牆壁溝渠。此在實際上應推定爲相隣人之共有物。又如數人區分一建築物。而各有其一部。建築物及其附屬物之共同部分。法律推定爲各所有人共有物者。(民法七九  
九條參照)此類物件。實際上雖非絕對的不可分割。然一經分割。即有破壞之虞。而大不利於分別共有人。故法律使不適用關於一般分別共有物分割之規定。以保全其效用。而維持其經濟。(民法八二三  
條一項但書)

## 第二分割之程序

分別共有物分割之方法有二。即協議分割與審判分割是已。試分列如左。

一、協議分割 共有物之分割。依共有人協議之方法行之。(民法八二  
四條一項)蓋分割爲各分別共有人之便利計。故得以協議行之。協議和諧。則無論爲原物或價金之分割。又或賠償價額。均無不可。此種分割其利有三。費用掙節一也。感情和睦二也。程序迅速三也。

二、審判分割 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。(同  
條二  
項)

甲、原物分配 原物分配者。即以現存之共有物。實際分割之謂也。故其分割。應以無損物之性質。及其價格爲前提。例如甲乙二人。共有土地六十畝。應有部分相同時。各得三十畝。應有部分不同時。則斟酌分配之。務與其應有部分相當。若共有物係可以任取一項者。則用抽籤法。各取其一。是也。

乙、價金分配 價金分配者。即以共有物之賣得金額。而分割之謂也。蓋原物之性質。不適於分割。(如共有人共有之股票債權之類)或雖能分割。而有損價格之虞。(如土地數畝房屋數間細爲分割則價格因而減少是)則法院唯有命其拍賣與第三人。隨其應有部分之多寡。而以價金分配之。惟其拍賣。應準用出售質物之規定。例如甲乙共有土地。法院命之轉賣與丙。得金千元。應有部分同。則各得五百元。若甲占十分六。乙占十分四。則甲得六百元。乙得四百元是也。

右開爲分別共有物分割之法定方法。故於審判上得適用之。自不待言。雖在協議上。亦不妨援用。不過在審判上。則有強制適用力。而在協議上。則隨當事人之自由援引。此其差異耳。此外於實際上。尚有一種分割方法。且多用之於協議分割者。即價格賠償是已。所謂價格賠償。蓋指各分別

共有人有取得共有物之全部或一部者。必於其應有部分外。而賠償相當價格於他之分別共有人也。例如甲乙丙三人因遺產繼承。共有三千元之財產。當分割時。甲得不動產。值二千元。乙丙得動產。僅值千元。此時應令甲補出千元。歸乙丙平分。是謂賠償一部之價格。至於三人所繼承者。若爲股票、機械、古玩之類。則應令其中之一人。支付三分二之金錢。歸諸他二人。而專有其物之全部。是謂賠償全部之價格。此種方法。法律無明文規定。蓋因其係私人相互間之約定關係也。

### 第三分割之效果

分別共有物之分割。其效力。在使共有關係終了。共有關係終了。則各分割人於其所受應有部分。取得所有權。而爲單獨所有人。且爲維持嗣後分割人相互間之利益起見。仍須責各分割人負分割物擔保。及共有物證書保存之責任。故分割之效果有三。

一、所有權之取得 各分別共有人。因分割而取得完全的新所有權。於其所受分配部分之上。然此效果。果自何時發生乎。因各國所采之主義不同。其結果遂生重大之差異。第一付與主義。(一名 主) 謂分割生權利移轉之效力。蓋在分割以前。各共有人就共有物之全部。不過有想像上之部

分。(即權利範圍)因分割，始就特定之部分，取得專屬之所有權。而分割的效果，實不外共有人間部分互讓的關係。例如甲乙共有一土地，其權利各得及於土地之全部，乃分割而各有其一部。則甲對於其所有之部分，實由乙讓與之，而為單獨所有人。乙對於其所有之部分，實由甲讓與之，而為單獨所有人。故分割為權利移轉之關係。所謂生付與的效力是也。是為羅馬法之原則。及德國學者一般之見解。第二認定主義。(一名宣示主義)謂分割生權利認定之效力。蓋依法律之擬制，各共有人因分割而得之部分，視為由共有之始，即有專屬的所有權。不過於分割時宣示之而已。是以從來有『分割非移轉(付與)權利，乃宣示(認定)權利』之格言也。如前例，甲乙二人非因分割而取得新所有權。於其共有部分之上，其各自所有之部分，乃從共有關係發生之始，即認定歸於甲乙所有者也。故分割為權利宣言之關係。所謂生迺及的效力是也。是為日本舊民法(取得第一等六、六條)及法法系諸法典(法民八八三、一八七二、意民六八四、一等三四等條)所采之主義。兩種主義，互有得失。依付與主義，如前例，假定甲乙於其土地，各有三分之一之權利，皆能及於土地之全部。若於分割前，甲以其應有部分，或讓與於丙，或抵押於丁，甲之三分之一之權利，既可行於全部之上，則丙丁之權利，亦可行於

全部之上。故分割開始。丙丁對於甲乙因分割各自取得之部分。皆得實行其權利。因之害分割之平等。而於乙之保護尤虧。匪直此也。抵押權既存於全部。則其實行之結果。常致共同分割人及拍賣物承受人之間。更發生其有關係。匪惟不能達分割之目的。且反因分割之結果。更增加一共有入矣。其不便於實際。顯而易見。而繁雜糾紛。猶其餘事。然從法理上言之。此主義甚合於分割之性質。依認定主義。如甲於分割前。處分其應有部分。而使他人於物之全部。取得權利。於乙有礙。因保護共同分割人利益之必要。故以甲所處分者。為自處分其分割時所得之部分。視為與乙無涉。而丙丁不啻因分割而失其對於乙之權利。僅得向甲為損害賠償之請求耳。此主義不僅反於分割之性質。且為保護共同分割人之利益。而以第三人之利益為犧牲。害法律關係之安穩者不少。然依此主義。可免分割後更生出共有關係。對於共有物之有權利者。其權利行使之程序。亦較為簡單。實際上。非無利益也。日本民法斟酌兩大主義之間。而采折衷主義。關於遺產分割。采認定主義。效力適及既往。(日民一〇一二條)其餘概從分割之本質。采付與主義。不特設明文。故分割之結果。與買賣無異。共同分割人間。互依其應有部分。而任擔保之責。其詳於次。



二、分割物之擔保。各分別共有人。按其應有部分。對於他分別共有人。因分割所得之物。負與出賣人同一之擔保責任。(民法八二五條)蓋分割乃各共有人。就共有物上。互相讓與其應有部分上之權利。以予各共同分割人。故各共有人。互負移轉其應有部分之義務。苟因分割。而歸屬於共有人中一人之物。依分割前發生之原因。被第三人追奪。或發見藏有瑕疵。是分割後。所受分配之部分與應有部分不符矣。詎非不公平之甚。故法律特使各共有人。按其應有部分互負擔保之責。而後不至有因分割而獨受損失之事發生。是蓋採用付與主義當然之結果也。

至擔保之種類。又可分為二。(甲)追奪擔保。謂讓與人於其所讓與之權利全部或一部。為第三人追奪。致不能讓與時。應負其責任也。例如甲乙二人分割每畝五十元之共有田地二十畝。其屬甲之十畝。早為丙之所有物。致被丙追奪。不能取得所有權。則乙對於甲。當按其應有部分。負賠償被奪的損害之責。因之乙不可不償還損害之半額。以二百五十元(五畝價格)予甲。故其結果。甲乙二人於其應有部分。互受有損失焉。(此種權利一部被追奪而言。若全部被丙追奪之。則其結果。二人均無所得。至向丙交涉。則另一問題。)(乙)瑕疵擔保。謂讓與之物上。有隱伏瑕疵。各讓與人應就其瑕疵。擔負責任也。例如甲乙二人共有馬一頭。價值二

百元當其分割。甲欲得馬。乙欲得價。如是用賠償價格之分割方法。由甲支出百元與乙。由乙交付其馬於甲。甲遂取得馬之單獨所有權。詎知此馬於分割前罹病。甲讓受無何。而馬死。是其讓與物明明伏有瑕疵。乙因之應負賠償之責。而就其應有部分。以甲所支出之百元返還之。其結果乃至甲乙均無所得焉。（此物之全部言、若就一部伏有瑕疵、則甲乙雖不能均毫無所得、而其損失亦各半焉、例如土地肥瘠不同、則分得肥厚者、當賠償分得瘠薄者以價金是、）此二種擔保。無論何種有價的讓與關係。均可適用。尤以買賣為最。共有物之分割。與買賣之關係相同。故亦能適用之。

三、證書之保存 各分別共有人。因分割而取得分別共有物之一部。分割終結後。關於共有物證書。及所得物證書。均應保存之。蓋共有人分割後。各共同分割人。對於相互間。主張權利。對於第三人。借以證明常有使用證書之必要。法律若不設特別規定。則實際上持有證書之共同分割人。對於他共同分割人。往往不負絲毫之責任。故為一切之利益計。法律特設規定。以明其責任也。今就保存之法則。分析於左。

甲、所得物證書之保存 各共同分割人為主張自己之權利。須保存分割所得物之特別證書。而

此種保存權之歸屬。常因共有物之數目。及其分割之方法不同。而生差異。其情形如下。(1)數人分割數物。出於原物分配。或價格賠償。而證書有數通者。則歸各共同分割人。分別保存之。例如甲乙丙三人。共有子丑寅三地。各有證書一通。當分割時。則各保存所受地之證書。(此就原物分割而言)

(2)然三人中。有以所受地。讓與他之分割人者。而取得其價金。則其讓與地之證書。又當歸受讓人保存之。(此又就價格賠償而言)此一例也。(2)數人分割一物。出於價格賠償。而證書只有一通者。則

歸取得其物之主體之分割人保存之。例如甲乙丙三人分割一馬。甲分得全馬。乙丙分得價金。則關於其馬之證書。歸甲保存之。此又一例也。(民法六二六條一項)

乙、共有物證書之保存。各共同分割人爲保全共同之利益。須保存共同分割物之共通證書。而此種保存權之歸屬。純因分割人利害關係之深淺而差異。其情形如下。(1)就一個原物。分與數人。只有證書一通時。則歸取得最大部分之人保存之。例如甲乙丙三人。共有田十二畝。甲有十分之五之權利。應得六畝。乙有十分之三之權利。應得三畝六分。丙有十分之二之權利。應得二畝四分。其證書則歸甲保存是也。(此就應有部  
分不平等而言)(2)應有部分相等。而無取得最大部分之

人。則由分割人協議定保存證書之人。協議不諧。則聲請法院指定之。如前例。三人之權利。各應得四畝。可由三人磋商以其中之一人充之。意思相反。則以判決指定之。是也。(此說應有部) (民

八二六)  
條二項

共同分割物之證書。本無各別與共通之區別。有之則分割後見其實益也。蓋自學理言之。計有數種異點。(A)以主張自己之權利。為主標的者。各別證書也。以保全共同之利益為主標的者。共同證書也。此其區別一。(B)分割後。標的物各自獨立。而權利關係。亦就各個證書證明之。立於牽連的地位者。各別證書也。分割後。標的物雖各獨立。而權利關係。仍須就同一證書證明之。立於牽連的地位者。共同證書也。

雖然。無論為各別證書。抑為共通證書。且無論其為何人保存。各分割人苟有使用之必要。要可使用之。故分割人自己主張權利。固可使用。即他人主張權利。而向自己請求。亦得使之使用。故是保存雖權利亦義務也。(同條三項)

## 第二類 所有權

## 第三節 共同共有

### 第一款 共同共有之意義

共同共有者。數人依法律規定。或契約共同結合。因而以物爲其所共有之謂也。第一、共同共有。乃數人共同享有一所有權。共同共有。乃以數人共同結合。同時享有一所有權。與分別共有人之獨立享有者。其性質迥不相同。故分別共有。人人就所有權全體。皆得自由行使。法律欲調和其行使之衝突。不得不爲之定其應有部分。而共同共有。則非同一。不能行使其所有權。此二者根本上之差異也。第二、共同共有。必須於數人共同結合之後。始能發生。共同共有。就社會經濟上。甚非有利益之制度。而爲維持各個人共同結合之關係。又有時不得不認許之。民法以共同結合爲發生之前提。故必有數人先行結合。而後本此結合關係。以一物爲其所有時。始能成爲共同共有。此又與分別共有。大異其趣者也。第三、共同共有。以依於法律規定。或契約共同結合者爲限。共同共有發生之原因。有由於法律者。如共同繼承是。有由於契約者。如合夥契約。夫婦共有財產契約是。必須依此等原因結合之人。始得爲共同共

有人。否則雖有共有關係，亦不失爲分別共有矣。（民法八二七條一項）

## 第二款 共同共有之效力

共同共有，常基於法律，或契約而發生。則其權利義務如何，亦必依法律之規定，或契約之內容而定。所以免相衝突之虞。例如二人合夥，因而共有一物者，其權利義務，應依合夥契約定之。以合夥契約無特別訂定，則應依債篇合夥法規定之是也。（民法八二八條一項） 以下就我民法規定之共同共有之效力，分別言之。

一、各共同共有人之權利，及於共同共有物之全部。凡數人對於一物，以共同之結合，而爲共有人時，既非依其應有部分，而共有其物，則其所有權之行使，其效力，當然能及於物之全部，而非僅及應有之部分也。（民法八二七條二項）

二、共同共有物之處分，及其他之權利行使，除法律及契約另有規定外，應得共同共有人全體之同意。凡各共同共有人，關於共有物之處分，及其他一切權利之行使，均須全體一致，始得爲之。故一人以獨斷之意思行之，有害全體之權利，爲法律所不許。此乃共同共有性質當然之結果。惟當

行使權利之際，如必一一得全體同意，事實上常有不能之虞。故關於此點，法律或契約有特別訂定者，應依其所定。（民法八二）  
八條二項

三、**公同關係尙存續中**。各公同共有人，不得請求分割其公同共有物。凡公同關係，依法律或契約而成立。既成立後，未消滅前，法律不認各公同共有人有請求分割公同共有物之權利。所以維持公同之關係也。蓋公同共有人之權利，既對於標的物全體爲有效，即不能請求其物之一部。屬於何人所專有，或受何人所處分，故請求共有物之分割，及爲應有部分之處分，皆公同關係終止以後之事。其關係存在以前，無論公同共有人之何人，皆有維持之責，不得爲破壞公同關係之行爲也。（民法八二九條）

### 第三款 公同共有之消滅

公同共有權，除依於一般所有權消滅之原因而消滅外，依非民法規定，尙有特別消滅之原因，即如左。

一、**公同關係之終止**。公同關係之終止，如合夥之解散，婚姻關係之解消是。此時發生分割之問題。（分別共有因分割而消滅，公同共有，因消滅而分割，此亦二者不同之點。）其分割之方法，亦依分割別共有物之法行之。惟法律或契

約有特別訂定者。不在此限。(民法八三條第一項前段及二項參照)

二、公共共有物之讓與。公共共有物。如其標的物。讓與於第三人時。其公共共有權。亦即消滅。例

如合夥人以合夥財產。讓與他人是。此亦民事所規定。雖然。此亦不過所有權變更而已。不得謂之

消滅也。(同條一項後段參照)

## 第四節 準共有

關於所有權之規定。無不適用於共有。共有云者。乃專指所有權之共有而言。所有權以外之權利。固無所謂共有矣。然所有權以外之財產權。分屬於數人。而為分別共有。或公共共有。亦事實上所恆有。例如定限物權中之地上權、永佃權、地役權、抵押權、典權、質權等是。故我民法於此等情形之共有。無論為分別的。抑公同的。均準用民法八一七條乃至八二九條之規定。而後不至以無端之爭議。間接妨害公益。且自理論言之。權利之性質雖殊。而其為共有則一。其一切規定。當然許其適用也。但法文明示以所有權以外之財產權為限。則財產權以外之權利。如人格權、身分權等。其不得準用。較然明矣。(民法八三條)



民法物權論

## 第三編 地上權

地上權之制度。發其源於羅馬法。羅馬自共和時代（中世時代）以後。國有地、公有地。如必由國家、或公共團體、自行改良。則費用有限。其收效亦鮮。唯租借與人。則除國家或公共團體。他人尚有改良其土地之機會。且使借地人負擔交納一定地租之義務。法至善也。但土地租借。如係暫時的（短期）到期仍可收回。則投資改良者。不能安心為久遠之計劃。終難達充分改良之標的。唯永久租借。令納地租。則改良之效可期。隨而國家或公共團體之財源亦裕。一舉而數善備。實遠勝於土地所有人。自以費用。及有期租借之政策也。故羅馬當時。有地上權辦法。但此權利。若無相當之保護。鮮不為他人所侵害。因之當時又設地上權保護之方法。即關於地上權而有爭論時。由確定訴權為其起點。（甲本為地上權、而乙欲爭之、則甲得確定訴權、以求確定自己為地上權人）其次為物上訴權。（甲為地上權人、乙於實際上、擅自其土地、則甲被害、因對乙有物上請求權、）最後為占有訴權。（甲為地上權人、乙為土地占有人、乙對於甲、毀壞占有其土地、而妨礙甲之使用、則甲有占有訴訟權、）於是地上權有物權的性質。而作為物權保護。益為顯明矣。

公有地辦法。租借與人。遂有私有地租借之辦法。由此可知地上權成爲物權後。乃爲一般通用之制度。軌近德法日諸國法典。殆無不認之。蓋因社會日益進步。有土地者。可以租借於人。無土地者。可以使用他人土地。且土地之價格。隨社會之進步而益高。使無地上權之辦法。在所有人有地廣而荒之歎。在無土地者。有無從自食其力之虞。其不便孰甚。故現今無論何國。皆承認此制度。以供社會上之需要云。

## 第一章 地上權之性質

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。而使用其土地之定限物權也。

(民法八三條) 茲就此定義。分析說明其性質如左。

第一地上權者。使用他人土地之權利也。

關於地上權之本質。自來立法觀念。頗不一致。羅馬古法。視存於土地之上之定着物。爲其土地之構成部分。不許與土地分離。而立於他人所有權管領之下。是爲添附之原則。逮其後。社會進步。經濟發達。土地價格。逐漸騰貴。定着物所有權。與土地所有權。有不能不分離之勢。因而此等法制。甚感不便。遂

承認使用他人土地。而占有定着物之權利。是地上權觀念之濫觴也。但此權利。因觀察點之不同。而學說亦異。有着眼於定着物者。謂地上權。乃於他人土地上。所有定着物之權利。有着眼於土地者。謂地上權。乃占有及使用土地之權利。法蘭西民法<sup>(三五條)</sup>及法法系諸國民法<sup>(如日本德帝國民法)</sup>。及德法系諸國民法<sup>(如索遜、普魯士、瑞士、及比利時民法草案、民)</sup>。皆採用前說。故注重定着物之所有權。爲對於添附原則之一大例外。而同時對於土地之使用。反視爲間接之結果。日本民法<sup>(二六條)</sup>則採用後說。因注重土地之使用。而其定着物。本係獨立於土地外之物體。以之爲所有。自屬當然。兩種立法思想。差異如此。無論採用何種。於實際上無關係。惟理論上。應以後者爲佳。蓋據法德法例。則不得以地上權。視爲與所有權相異之物權。據日本法例。則因在他人土地有定着物之故。須有使用其土地之權利。此與地上權之性質甚合。

要之。歐洲大陸諸法制。終不外蹈襲羅馬法之觀念。自法理言之。定着物爲土地之構成部分。不能獨立爲所有權之標的物。然自事實言之。則又不能不在他人土地上享有定着物之所有權。故地上權之性質。必不可不自定着物所有權一方面觀察。反之日本本其固有的習慣。及民法之規定。<sup>(日民八六條)</sup>

（以定着物爲土地以外之獨立物。而非土地之一部。地上權人有完全之所有權。乃當然之事。不得謂爲地上權之本質。因而專由土地上觀察。作爲占有使用土地之權利。最爲適當。此又兩派思想之真諦也。

第二地上權者。爲享有建築物工作物或竹木之權利也。

關於地上權人享有定着物之範圍。從來立法例不一。第一羅馬法、德意志民法。以建築物或工作物之所有爲限。（羅馬法於建築家屋、得使用他人土地、德則稍異）第二普魯士私法、比利時以家屋及樹木之所有爲限。第三、法蘭西民法、日舊民法、以建築物及竹木之所有爲限。（日新民法改建築物爲工作物、其意義更爲擴張、參照日民二六五條、）（民法較上開諸立法。更爲完全。以建築物或工作物及竹木。爲其範圍。是亦立法之進步。惟自社會經濟論。雖因竹木以外之植物。使用他人土地。亦有鞏固永久之必要。且自價格言。一花一卉。常有較竹類爲高者。僅言竹木。不能賅括。轉不如舊草案定爲植物之能涵蓋一切矣。

於此有一問題。按各國立法情形。就建築物或工作物之全部。可以有地上權固已。但可否因其一部。而有地上權。各國法例。不能一致。羅馬法關於此點。頗不明瞭。德意志帝國民法禁止此種辦法。德意

志普通法。則有因建築物之一部。而有地上權之規定。如甲樓房在乙屋之上。甲即因此而有地上權。是其例也。日民及我民法。無禁止之明文。應照德意志普通法之解釋。但不能謂世界各國民法。皆應同此解釋也。因建築物或工作物之一部。而有地上權。固已。即因土地之一部。亦可有地上權。如甲乙土地毗連。甲造屋跨於兩地之間。甲即因占有乙地之一部。而於乙地有地上權。此理最爲明顯。又地上權不固定着物之現存而發生。亦不固定着物之不現存而消滅。如地上權設定之時。並無着物。亦可發生。又如工作物被火焚失。地上權仍不消滅。是蓋地上權之性質。在於使用土地。其定着物。現存與否。非所問也。

### 第三地上權者。定限物權也。

關於地上權之性質。頗有沿革可言。羅馬最初認爲債權。因羅馬法規定。凡在他人土地上。有定着物者。須有借地契約。因此地上權人。僅有對人訴權。是爲債權之一種。債權不能對抗一般之人。故地上權祇能對抗土地所有人。土地所有人易主。便不能對抗。與永久使用他人土地之觀念不合。其後羅馬有一法官。謂地上權之辦法。乃土地所有者。將其所有之物權授與租借人。租借人得此物權。與土

地所有者無異。不但可以對抗所有者。並可對抗一般之人。於是地上權乃有物權之性質。而各國亦因之倣效焉。

雖然。物權有所有權與定限物權之分。地上權是否所有權。抑係定限物權。羅馬當時未能研究。此種疑問。遂為各國學者之所爭。有從理想上。認為所有權者。實始於羅馬法註釋派。(此派在羅馬滅亡後。野蠻人種。欲利用土地。遂成羅馬法之註釋派。)此派分土地所有權。為直接所有權。(上部所有權)及間接所有權。(下部所有權)

而視地上權為間接所有權。與國民法。即採用此種學說。而為規定。(與民三四七、一一四八、一一五零條)法德學者間。亦有附和者。然多數學者。皆主張地上權為定限物權。故解釋羅馬法。德意志民法。法蘭西民法。日本民法。及我民法皆應以此為準繩。而不能採註釋派之臆斷的見解。蓋地上權人雖使用他人土地之範圍極廣。然決不能因此而認為土地所有人。况所有權為單一體。非集合體。若照註釋派之說明。則不啻認所有權為權利之集合。殊反於所有權不可分之觀念。故自德國學者飛保特氏 (Thibaut) 攻擊以來。註釋派之主張。殆不可存在云。

地上權之性質。已述如上。第與土地使用賃借權之標的。大致相同。故往往難於識別。茲舉其重要之差

異於下。(甲)地上權爲物權。賃借權爲債權。此二者之根本差異。故地上權人得直接使用其土地。而賃借主只能對於賃貸主。有請求使用其土地之債權。至其土地之使用。不過行使債權之結果耳。(乙)地上權之得喪變更。由於法律行爲者。非因登記不生效力。而不動產賃借權之登記。則僅爲對抗第三人之要件。(丙)設定讓與地上權之契約。須立書據。始生效力。而不動產賃借權之書據。僅關係於存續期間之效力。(丁)賃貸主關於賃貸物必要之脩繕。應擔負之。而土地所有人對於地上權人。則不任此義務。(戊)地上權得爲抵押權之標的物。而賃借權則否。(己)地上權人得任意以其權利讓與他人。而賃借主則非得所有人承諾。不得轉賃賃借物。或讓其賃借權。(庚)地上權人得行使本於土地所有權之請求權。並適用分別共有之特則。而賃借權則不然。(辛)地上權之存續期間。法律上無特別限制。而賃借權則不得逾二十年。(壬)因不可抗力。致不能使用賃借物者。賃借主得拒絕賃金之支付。而地上權人反之。以上所舉。皆地上權與使用賃貸借重要之差異。今有人於此。有使用他人土地之權利。其權利將爲地上權乎。抑爲賃借權乎。不外依當事人意思解釋而決定之。雖普通依地上權或賃借權之用語。可以推知其意思。然決非僅依此法也。必須本於契約書據之條項。探究其欲設定權利關係之內容。例



如使用土地之標的。存續期間之長短。修繕義務之擔負等是也。日本當民法實施之際。對於從前在他  
人土地而所有工作物或竹木者。可以爲地上權否。頗滋疑義。於是法律解決之。即限於無反證。推定  
爲地上權者。而在現今。則不認如斯之推定。如不超過二十年之借地權。而未經登記者。限於未明言爲  
地上權者。寧視爲賃借權。較適合於當事人之意思也。

羅馬法以設定地上權之行爲爲有償行爲。非約定交付地租。不能成立。而近世各國則均不以交付地  
租。爲其成立之要件。故設定行爲。不問爲有償的與無償的。要無礙於地上權之成立。此又與永佃權之  
差異也。

## 第二章 地上權人之權義

### 第一地上權人之權利

一、土地之占有使用 地上權人得直接使用土地。故取得地上權後。即可向土地所有人。請求其占  
有之交付。而一旦占有後。如他人對之有妨害行爲時。更得實行占有之訴。以保衛之。至其使用。則

不准限於狹義之使用。且於其標的範圍內。包含有收益之權焉。(如獲取礦質之類是)

地上權人於標的範圍內。固有管領土地之全權。然苟踰越此範圍。任意管領之。則爲地上權之濫用。非法律所許。例如未得土地所有人之承諾。遽變更其地形是也。

二、地上權之處分。地上權人得自由處分其權利。其情形有二。第一地上權人除契約另有訂定或另有習慣外。得以其權利讓與於人。(民法八三八條)第二地上權人得以其權利供擔保之用。如以地上權供抵押之用是。(民法八二條)蓋地上權。非專屬權。且其權利。雖不過存於他人所有權之上。而所有權所生利益。強半爲其所占。故得以之讓與或供擔保也。雖然。苟依當事人之特約。使其權利專屬一人。此項特約。能對抗第三人否。此誠一疑問。法律既無明文。惟有依解釋以決定之。據余輩所信。苟設定時。有專屬之特約。則地上權亦即不能爲讓與或供擔保之處分。蓋設定契約。爲物權契約。故得以之對抗第三人也。

三、本於土地所有權之請求權之行使。地上權爲使用土地之權利。於特定關係上。得與土地所有人。爲同一之管領。以達其標的。故民法規定。凡本於土地所有權之請求權。地上權人。皆可行使之。

例如請求廢止變更建築之權。請求變更安設之權。請求給水之權。請求賠償之權等。是皆出於相鄰人間之權利關係。而相鄰地上權人間。或地上權人與土地所有人間。可以準用其規定者。蓋以地上權人掌握土地之實權。可與土地所有人同視。否則不能達其一面規定相鄰人權利義務。一面設定地上權之標的故也。(民法八三三條參照)

四、第三人干涉之拒絕 地上權人關於權利標的之土地。得拒絕第三人之干涉。並對於第三人之侵害行為。有請求救濟之權。此亦基於第八三八條規定所生之結果也。蓋地上權人對於土地有使用權。不論何人。咸負消極之義務。而不得為積極之干涉。此與對於所有人同。故第三人苟有妨害地上權人關於土地之行為。或無權占有其土地。則地上權人可以主張權利。以拒絕其干涉。或請求救濟。如基於回復請求權。而為土地返還及原狀回復之請求。又基於保全請求權。而為妨害除去之請求。皆其例也。

### 第二地上權人之義務。

一、地狀之回復 地上權人。於其地上。所建設之工作物。及其所種植之竹木。乃本於正當權利而附

着之者。不當適用添附之原則。使屬於土地所有人。自不待論。然土地之使用。以存續時爲限。且不得因而使土地所有人受重大損失。故於地上權消滅後。竟不收回。或雖收回而不同復土地之原狀。亦非所以保護土地所有人之道也。我民法規定地上權消滅時。地上權人得回復土地原狀。而收回其工作物或竹木。職是故耳。(民法八三九條一項)雖然對於此原則。尚有例外。卽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。(同條一項)學術上以先買權稱焉。

時價者。現時之行情也。當以地上權消滅後。所有人有表示購買意思之時爲標準。當依民法規定。以時價算定之代金。實際交付於地上權人。而不僅以聲明爲畢事。使僅聲明之。而卽取得工作物竹木等之所有權。則其後有遲延不繳之事。於地上權人之不利實甚。

我民法所以予先買權於土地所有人者。蓋以收回工作物或植物之時。往往兩方毀損。價格驟減。且因欲回復土地之原狀。而運搬工作物竹木於他處。以另行築造之。栽培之。則勞力與費用。虛糜何堪。必招經濟上不利之結果。故不如使土地所有人。得以出資購買。以維持其土地之原狀。庶雙方之利益。均足保全之也。

二、地租之支付 地上權之設定。有索取報償者。有不索取報償者。以索取報償爲通例。然索取報償之方法。又微有不同。有由地上權人一時支付其對價者。有由地上權人定期支付其地租者。其定期支付地租。與借貸。頗相類似。故通常使之準用使用借貸借之規定焉。要之地上權人。以支付地租爲其絕對的義務。故地上權人縱因不可抗力妨礙土地之利用。亦不得請求免除或減少其

租金焉。(民法八三七條)

抑關於定期地租之性質如何。自來有二學說。第一說。爲羅馬法與國民法之主義。謂地租爲物上擔負。當然與地上權相隨屬。而有不可分離之關係。故有讓與其地上權者。其地租即隨之移轉。第二說。爲德國及英國之主義。據德國主義之原則。地租債務非當然追隨於地上權。惟欲與地上權結合者。須特以地上權人爲債務人。土地所有人。爲債權人。而爲設定物上負擔之登記。據英國普通法主義之原則。以地租與地上權之設定。截然兩事。當事者一面爲地上權設定之物權行爲。一面即爲地租支付之債權契約。地上權人不得所有人之同意。雖得將其權利。讓與或借貸。然地租債務。非當然隨地上權以爲轉移。故所有人請付地租。仍爲原地上權人是問也。此種原則。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。且附以一種特別約款者甚多。以上各說。皆持之有故。未可斷其優劣。比較上以英國主義爲佳。

三、信用之保全 地上權人對於土地所有人。有保全信用之必要。故地上權人積欠地租達二年之總額者。除另有習慣外。土地所有人得表示撤銷其地上權之意思。(民法第八三四條)蓋地租爲使用土地之對價。地上權人不支付地租。而依然使用其土地。是使所有人陷於不利益之地位也。我民法因保護所有人之權利。特設適當之救濟方法。故許其表示消滅地上權之意思焉。至其積欠。必以達二年之總額爲標準。所謂積欠。即聯貫而無間斷之意。故地上權人雖怠於支付。而僅一年有奇。未達二年。仍無遲延之責。土地所有人仍不得爲撤銷地上權之意思表示也。

雖然。法律上。所以必以積欠達二年爲標準者。其理由安在。蓋以地上權爲物權之一。應以鞏固而不易消滅爲必要。况在長期之地上權。權利人以將來之利用爲目的。往往投莫大之資金。施改良於土地。若輕易使之喪失其權利。則必被非常之損害矣。故土地所有人不能因一次或二次之支付遲延。而遂剝奪其權利也。

### 第三章 地上權之存續期間

地上權爲有期物權。早晚必歸於消滅。故常不可不有一定之存續期間。而永久無期之地上權。不得設定。蓋若設定永久無期之地上權。即不啻永久剝奪土地所有人之土地管領權。而大損其所有權之本質矣。唯自羅馬法以來。歐洲各國法律。大都基於沿革上之觀念。認地上權有永久無期之性質。其限定地上權之存續期間者。唯比利時耳。(一八二四年一月十日法律)我民法雖不認有永久之性質。然亦未嘗設有最長期之限制。故地上權人及土地所有人。無論約定如何長久之年月。亦不得不認爲有效。第就立法上之利害而論。地上權爲一種強有力之物權。當其存續時。土地所有人因不能自行利用其土地。必不肯投鉅額之資本。以謀改良。而地上權人亦往往注重目前之利益。而不欲爲永久之計畫。故存續期間如失之過長。其結果。適足以妨礙土地之改良。而減少其效用。我民法不定最長期之限制。不可謂非立法之缺點也。茲從法理上關於地上權存續期限之方法。推論如左。

第一設定行爲。定有存續期間者。從其約定。

地上權之設定。常基於當事人之法律行為。當其設定時。當事人得從其所欲。預定存續期間。惟民法關於期限長短之限制。規定闕如。則長至百年。短至半載。一任當事人之自由。自不待論。(參照日本明  
治三十一年大  
審院判例) 民法之所以不規定最長期或最短期者。蓋圖滿足地上權人之使用。而長期之地上權。於繁華之市街地。他人之所有地內。構造堅牢之家屋。常有必要。短期之地上權。於偏僻之田野地。他人之所有地內。種植竹木。頗形便利也。雖然。不定最長期。而一聽當事人任意為之。如其期限過長。危害實大。究非允當。然此係立法論。茲姑從略。惟所謂期限者。乃自此時經過月日達到彼時之謂。如約定永久存續。則反於期限之性質。應以未定期限論。

第二設定行為。未定存續期間者。應從法定。

一、地上權人。不願拋棄其權利時。地上權之設定。當事人未定存續期間。而在地上權人。若情願廢續其權利關係者。當如何辦理。我民法無明文規定。就舊民法而言。則當事人之一方或雙方。得訴請法院。從左列條件。確定其存續期間。(我舊民法一零  
七六條參照)

甲、須於二十年以上。五十年以下之範圍內。地上權設定之後。其土地利用之實益。已全然歸諸



地上權人。土地所有人於其土地。殆不過僅有空權耳。故地上權存續時。土地所有人一造。因其土地之改良。與已無直接之利益。必不願投資為改良之設備。地上權人一造。因其土地使用權。無久遠之性質。亦不免徒顧目前之利益。而不謀久遠之計畫。此必至之數也。果爾。則因設定地上權之結果。將大不利於土地所有人。因之地上權之存續期間。以不失之過長為必要。然失之過短。則地上權人之需要。又或不能充分滿足。殊與法律認許地上權之本旨不符。故其法定存續期間。以二十年以上。五十年以下為限。以調劑兩造之利害。斯於地上權人與土地所有人間。皆無遺憾矣。顧或謂地上權之存續期間。原則上。係採用無限制主義。而於法院之判定。則以二十年乃至五十年為限。似於立法之趣旨。未能貫徹。不無前後衝突之感。不知當事人以自由之意思表示。協定其存續期間。不設限制。固無流弊。若其協議無有。起訴法院。而其存續期間之長短。乃一任之審判官之判定。漫無限制。則必有濫用職權。任意為過長過短之判定者。此於當事人之權利。危險殊甚。故為預防由職權濫用所生之弊害。是以特設法定的限制也。

時為標準、即以起訴時為標準、自事理言之、當從前說、又雖  
超過五十年後起訴、則可認為廢了、蓋最長期為五十年故也。)

(期間之起算、應以設定

乙、須酌量其工作物或植物之種類。及一切情形。法院所定期間。有一定範圍。然就此範圍內。判定期間之長短。應依如何標準以決之。是非酌量於工作物或植物之種類。及其他一切情形。不可。所謂酌量工作物或植物之種類者。即就工作物堅弱新舊之等級。或植物生長之程度。以定期間之長短是也。例如住宅鋪屋。堅牢者。較諸脆弱者。其存續期間宜長。反之。頹敗者。較諸新建者。其存續期間宜短。又如竹木花卉。新植者較諸已生者。其存續期間宜長。反之。容易培植者。較諸難於養成者。其存續期間宜短。凡此皆審判上所宜酌量者也。所謂酌量其他一切情形者。即就實際上或種植情事。相機以定期間之長短是也。例如地上權設定之時。地上權人於一度支付其地租。其租額多者。期可較長。租額少者。期可較短。此其一也。又如地上權人對於所種植之植物。或欲俟其長成。而賣却之。則期長。或欲隨時採伐。而賣却之。則期短。此其二也。要之各種情形不同。其期間不能無異。其他可爲判定期間長短之情事。不一而足。民草僅示以概括的標準。不復爲列舉之規定。蓋以其屬於實際問題。寧由審判官按事審查。以爲判決材料之爲愈也。

二、地上權人願拋棄其權利時。地上權之設定。當事人未定存續期間。而在地上權人。不願廢續其

權利關係時。則除地方上有特別習慣外。得隨時拋棄其權利。其拋棄也應向土地所有人以意思表示行之。(所謂特別習慣。例如地方上以工作物之損毀失為期限。或以植物之採伐為期。)蓋地上權為財產權之一。故得從一般之原則。隨意拋棄之也。(民法八三四條)

雖然。拋棄時。地上權人尚有一定義務。即應支付地租是已。蓋地上權人欲拋棄其建築種植之權利。必須使之負特定義務。而不許為單純之拋棄。否則。地上權人因拋棄而脫免支付地租之義務。則於土地所有人極為不利。故我民法為保護土地所有人計。規定地上權人拋棄權利時。應就下列兩種義務。履行其一。(甲)應於一年前。為拋棄之通知。法律之所以課地上權人。以此種義務者。蓋使土地所有人。得以及早對於該土地。自己為利用之準備。或另覓相當之人。以承乏。庶不至驟失利用之機會。(乙)支付其未到支付期之一年分地租。蓋地上權人突爾拋棄權利。雖未於一年前預為通知。然既支付一年分地租。則土地所有人亦不至受損矣。(民法八三五條)

#### 第四章 地上權之消滅

地上權基於左列之原因而消滅。

一、標的物之滅失。地上權之標的物。厥爲土地。土地滅失。則權利無所附麗。亦即隨之消滅。此當然之理。不諉多言。惟此種事實。極爲罕見。非經滄海桑田之變。無從發生。

二、公用徵收。公用徵收。爲土地所有權消滅之公法的原因。地上權。乃土地所有權之定限物權。自必隨所有權而消滅。但地上權人對於徵收人。有請求損害賠償之權利。以填補其喪失之利益。

三、特定之消滅事由發生。關於地上權之消滅有特約者。苟其特約無反於公秩良俗。自應依契約自由之原則。認其效力。故依於特約所定之消滅事由發生。則地上權因之消滅。

四、存續期間之屆滿。存續期間屆滿。地上權即當然消滅。關於期間之法則。前已詳論。茲不復贅。但有注意者。地上權人之標的物爲建築物者。如因存期屆滿而消滅。則土地所有人。除另有約定外。對於該建築物。應按時價補償所有人。且於滿期前得請求地上權人於建築物。可得使用之期限內。延長其地上權之期間。如地上權人拒絕延期。不得請求補償。(民法八四零條)

五、地上權之拋棄。地上權之拋棄。亦爲地上權消滅原因之一。前已述之。參照自明。茲不多贅。唯此

種拋棄之表意。乃地上權人之單獨行爲。故毋庸得土地所有人之同意。即可發生效力。

六、地上權之撤銷。地上權之撤銷。亦地上權消滅原因之一。前已論之。茲不復重贅。唯此種表意。亦

爲土地所有人之單獨行爲。故不須得地上權人之承諾。即生效力。

七、權利之混同。一物之所有權。與其他之定限物權相混同時。其定限物權因混同而消滅。故土地

所有人。取得地上權。或地上權人取得土地所有權者。其地上權均因之消滅。(民法七六  
二條參照)

以上所論。皆爲地上權消滅之原因。至於地上權人所有之工作物及竹木。雖爲使用他人土地之原因。而究非地上權之存續之要件。故此等工作物或竹木。雖經滅失。而地上權亦決不因之消滅。乃當然之理。惟歐洲各國。論地上權之性質。大都自定着物一方面着眼。故關於此點。有特別規定之必要。我民法於地上權之性質。就法典全部之精神推究。誠屬模稜。然僅就第八三二條解釋。則不可不認地上權爲土地使用權之一種。是此事不至再生疑義。乃竟以明文規定。蓋亦立法主義之不能貫徹所致也。(民法

## 第四編 永佃權

永佃權之制度。發其源於希臘。迨後羅馬東部當哈託利尼亞魯士帝時。乃爲種植樹木葡萄起見。於是模仿希臘賃借土地種植葡萄之制。其永佃權人對於土地所有人。須交付一定之報酬。而永久使用其土地。此永佃權制度之由來也。此制度初行於帝室之領地。因羅馬極盛時代。征服外國。曠地最廣。若不租借與人。則毫無所收益。而終成廢地故也。繼則行於公共團體所有地。如羅馬西部以公共團體及寺院所有之土地。租借與人。唯其使用之範圍。不過爲供永久耕作之用。由此可知。羅馬時有永佃權後。而利用土地者之目的。其西部與東部不同也。蓋東部爲種植樹木葡萄之用。而西部則爲供耕作之用故也。雖然。在羅馬當時之永佃權。要不過一種債權而已。但債權不能對抗一般之人。不足以保護永佃人之權利。立於鞏固之地位。於是與土地所有人之同一之權利。亦使享有之。故當時之大法官。視爲物權之一種。而付與物上訴權之效力也。至優斯底尼亞魯士帝時代。關於此種權利之性質。在法學者間大生議論。或以爲有賃貸借之性質。或以爲有買賣之性質。此等爭論。於權利之行使。甚有關係。何則。蓋若

以爲賃借權之一種。倘耕作人一旦因不可抗力而於土地上發生損害。致其收益有損失時。則有請求免除地租或減額之權利。若以爲買賣之一種。則耕作人即爲買主。土地所有人爲賣主。就其物所生之一切危險。耕作人不可不自己負擔之。故雖因不可抗力而不得充分之收益時。然決無請求減免地租之權利。此固至爲顯明者也。二種主張。學者間爭論最烈。至遮諾帝時。始定爲一種非賃借非買賣之永佃契約。(Einpflanzliche Verträge)而以耕作之不利歸永佃人自己負擔。其理由蓋以永佃之地租。概屬低廉。不論年之豐凶。平均計算。永佃人每年結有若干之收入。即有時因不可抗力而有損失。然比較上究竟利益多於損失。故應使永佃人負擔其危險也。自茲以後。關於永佃權之見解。學者間之紛紜聚訟。始寢息矣。德意志普通法。關於此權利。亦承認之爲物權。大概除法律行爲可以設定永佃權以外。又可依習慣或一地方之特別法而設定之。然其後該國民法。關於此權利。則無明文規定。其判決例雖認許之。而一般學者尙不承認。非嚴加討論。不得其真相不止。由此一點觀之。亦足徵該國學術之所以發達之理由也。又就法國言之。該國民法亦不承認。故無正當之規定。但判決例認有此制度而已。至一九零二年。特別法令。上始有明文規定。其他意大利規定於民法中。而比利時則如法國而規定於

特別法中也。日本民法本其固有永小作之習慣。而又參以歐洲 *Emphyteusis* 之觀念。規定於民法物權篇中。我國爲農業國。佃租田地之習。由來已久。故我新民法亦承認爲物權。蓋揆諸理論事實沿革及習慣。不得不認爲物權之理由在也。

## 第一章 永佃權之性質

永佃權者。支付佃租永久在他人土地爲耕作或牧畜之定限物權也。茲就此定義分析說明其性質如左。(民法八四二條一項參照)

第一 永佃權者。利用他人土地之權利也。

永佃權者。於他人土地之上。以其利用爲標的之權利也。付與此點。全然與地上權相同。中日兩民法仿各國法例。以永佃權僅爲借地權。而不認於他人建築物上有此權利。此所以與地上權相同之理由也。

第二 永佃權者。爲耕作或牧畜而利用他人土地之物權也。



耕作云者。栽培植物(多爲農產物)以收穫爲標的。而施勞力於土地之謂也。例如種穀麥於田圃。穀麥爲植物。其種之也。卽爲施勞力於土地。且以收益爲標的。故可謂之耕作。又如種蔬菜以供食料。種棉花以充衣料。栽茶以充飲料。其他種桑以飼蠶。種花卉以爲生業。蔬菜。棉花。茶。桑。花卉等。皆植物也。種是等之物。以收益爲標的。亦是於土地上施勞力而培養者。皆可謂之耕作也。牧畜云者。利用土地以收益爲標的。而飼養畜類之謂也。例如於一定區域之土地上放牛牧馬。卽以其土地出產物飼養之是也。永佃權與地上權不同之點。卽在於此。又永佃權之標的地。類皆荒蕪。供牧場之用。故永佃權行於田圃牧場之上。而地上權則行於宅地。(例如設定地上權而築房屋)山林(例如設定地上權而植樹)之上。此又二者差異。尤大彰明較著者也。(則地上權行於建築物之上)

第三 永佃權者。支付佃租而利用他人土地之權利也。

佃租爲利用土地之代價。與地上權之地租無異。唯地上權不以地租爲要件。且得於設定之始。一時支付。而永佃權則以納佃租爲永佃權成立之要件。且必須按期支付此又與地上權相異之點也。

第四 永佃權者。定限物權也。

永佃權既爲利用他人土地之權利。故非作爲物權。則不足以資保護永佃權人之利益。此羅馬法以來之通例也。雖然。物權之中。有所有權與定限物權之分。永佃權究何屬乎。關於此問題。學者之議論。既不一致。而各國立法例。亦復攸分。然據多數學者之解釋。及多數立法例。所秉之觀念。類皆以之屬於定限物權。我新民法亦從此例。而定爲定限物權。蓋因所有權爲單一之物權。不能分割。若以永佃權爲所有權。則反於所有權之本質矣。

【注意】於此有一問題。卽在他人土地上爲狩獵或捕魚。是亦得爲永佃權否乎。從來立法例頗不一致。考諸羅馬法。永佃權行使之範圍甚廣。除耕作種植外。更可從事於狩獵或捕魚。近世法蘭西及意大利等法系之民法。亦與羅馬相同。反之日本則本其舊有之習慣。永佃權之範圍。以耕作及牧畜爲限。其範圍較羅馬法爲狹。我國相沿之習慣。亦與日本相同。故兩民法皆定爲以耕作及牧畜爲限也。所宜知者。卽因耕作及牧畜上所必要之行爲。而利用土地。（例如耕作設置排水等類）此亦爲民法之所許也。

抑永佃權之設定。有訂存續期間。與不訂存續期間之分。一任當事人之自由意思以行之。惟定有期間

者。則視為租賃。適用關於租賃之規定。(民法八四二條二項參照)蓋有期之永佃權。其性質有類乎租賃。其權利義務。及其他之法律關係。在於本章容或有所未盡者。故使之適用租賃之規定。以期周密也。

## 第二章 永佃權人之權義

一、權利之讓與 永佃權人得將其權利讓與他人。(民法八四三條)蓋永佃權為財產權之一種。故可自由讓與於人也。但於此有亟應注意者。即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。由該第三人負償還之責。(民法八四九條)蓋所以保護土地所有人之利益。而防第三人為無理之抗爭也。

二、佃租之減免 永佃權人因不可抗力。致其收益減少或全無者。得請求減少或免除佃租。(民法八四四條)關於此點。與地上權大相逕庭。蓋地上權之目的。在於使用土地。且其期間類皆長久。雖因一時不可抗力。妨礙土地之利用。然他日仍得回復之。故不許任意要求減免地租。(民法八三三條參照)反之永佃權之目的。在於利用土地而有所收益。此期之收益減少或全無。已不能完成其目的。而來期

有無收益。又在不可知之數。故不得不即昇永佃權人以佃租減免請求權。而保證其利益。此二者異點之所存也。

三、出租之禁止 永佃權人不得將土地出租於他人。違反此規定者。土地所有人得撤佃。(民法八四條)關於撤佃時。應向永佃權人以意思表示行之。(民法八四條參照)蓋永佃權以耕作或牧畜為其內容。此為土地所有人與永佃權人相互間。自初所同意者。假使永佃人得以自由出租於他人。他人是否仍用之於耕作或牧畜。要難預斷。與其將來發生無益之糾紛。無甯慎之於始。自初即不許永佃人出租於他人。以杜厥弊也。況法律既經明認永佃權人。得以讓與權利於他人。永佃權人果不甘永佃。則固不妨以此權利轉讓。是尤無取乎出租之辦法矣。

四、佃租之支付 永佃權人因耕作或牧畜而收益。自應向土地所有人完清其佃租。此無俟煩言而解。然使永佃權人偶有積欠。或所欠甚微。而即使之有撤佃之權。則於保護土地所有人。未免過厚。甚非所以維持勞資均衡之道。即與近代之經濟政策不符。故我民法規定。永佃權人積欠佃租達二年之總額者。除另有習慣外。土地所有人得撤佃。(民法八四六條)關於撤佃時。應向永佃權人以意思

表示爲之。(民法八四七條參照)

五、地狀之回復。永佃權消滅時。永佃權人得取回其耕作物或牧畜物對於當初因耕作或牧畜所變更之地狀。應回復之。且在此情形。土地所有人得以時價購買其耕作物及牧畜物者。永佃權人不得拒絕。(民法八四七條參照)其理由蓋同於本法第八三九條關於地上權消滅之說明焉。

抑永佃權人須使其能完全利用土地。故本於土地所有權之請求權。在於永佃權人間。或永佃權人與土地所有人間。皆得而行使之。此我民法第八百五十條之所由規定也。

## 第五編 地役權

地役權之制度。乃隨社會之進步而發達者。其在狩獵時代。人民逐水草而居。來去無定。無地役權之必要。故地役權未由發生。迨後由狩獵時代。轉而為牧畜時代。漸有進化之現象。而地役權實萌芽於此時期。蓋在牧畜時代。人民泰半有居處而事遊牧。然牧畜者。未必人人皆有土地。故有利用他人土地之必要。再進而為農業時代。則因享農業上之便益。而發生田野地役。至商工業時代。則因商工業上之便益。而發生市廛地役。

考諸羅馬法。卽有役權之制。役權云者。爲人或土地之便益。而使用他人所有物之權利也。其因特定之人。而使用他人所有物之權。曰人的役權。因特定之土地。而使用他人所有物之權。曰地的役權。故在羅馬時代役權之意義。實有廣狹之分。廣義的役權。包含人的役權與地的役權二者而言。狹義的役權。則僅就地的役權而言。現代法例所謂地役權者。實指此狹義的地的役權也。

人的役權及地的役權。其大概情形。已如上述。唯是人的役權。是屬於爲人之利益。而地的役權。是屬於

爲土地之利益。此二者差異之點也。故如地上權、永佃權、乃爲所有工作物或植物。有使用他人土地之權利。及於他人土地上有耕作牧畜之權利。此二者非爲自己（土地）而爲自己（人）之便益。而使用之。此卽所謂人之役權是也。反之爲欲利用自己土地起見。便益上非使用他人土地。則不能盡利用之方法。如欲通行自己土地。須從他人土地經過。因灌溉而引水。須從他人土地上引水。所謂通行地役權是也。所宜注意者。卽通行地役權。非自無土地。而單爲普通通行之謂。必須自己居住於土地。欲以他人之土地。供其通行之用。乃得爲通行地役權。故地役權必與自己之土地有關係也。

自羅馬法以來。地役權外。承認人之役權。卽地上權、永佃權、亦歸於人的役權之中。然近時歐洲各國。皆以地上權永佃權。爲獨特的物權。不隸屬於地役權內。但羅馬法之所謂人的役權。細別之又可分三種。雖至今日。猶未至於絕對遺廢。而有採用者。其種類維何。（一）用益權。（二）使用權。（三）住居權是也。今更述之以供參攷。

（一）用益權 用益權者。以他人之所有物。而供自己使用收益之權利也。無論動產與不動產。皆得爲用益權之標的物。此實與地役權不同。蓋地役權專以土地爲限故也。雖然。若在事實上。則以土

地爲用益權之標的物實占多數。例如他人之山林。可以由自己採樵之類是也。但用益權僅限於使用收益。而無處分之權能也。

(二)使用權 使用權者。使用他人所有物之權利也。故使用權僅能使用。不能收益。故又與用益權不同也。

(三)住居權 住居權者。住居他人家屋之權利也。付與此點。不必多贅。

以上三者。皆羅馬法所謂人的役權。法蘭西、西班牙、意大利諸國尙採用之。德意志則於役權內分地役權。(德民一零一八條)用益權。(法民一零三零條)制限的對人役權。(德民一零九零條)三種。要之人的役權。在歐洲一方面有此習慣。而在東亞則無。以日本論。則只有地役權之規定。而無人役權。我國因無此等習慣。故民法亦無規定焉。

## 第一章 地役權之性質

地役權者。謂以他人土地供自己土地便宜之用之定限物權也。(民法八五一條)就此定義。分析說明其性質



如左。

第一 地役權者。使用他人土地之物權也。

地役權者。在他人土地上所享有之物權也。故與地上權、永佃權、及質權、抵押權等同屬於他物權。惟就其對於所有權之制限而論。則地上權與永佃權之制限範圍較大。而地役權之範圍極小。又就其權利自身之效力而論。則質權與抵押權。足以剝奪所有權。而地役權則僅以制限所有權之行使。此地役權所以與他種定限物權不同之點也。

地役權之標的物。須爲土地。故以土地以外之物。爲標的物者。不得謂之爲地役權。歐洲各國。自羅馬法以來。所謂地役權。不限於在他人土地上有之。並於他人建築物上亦有之。例如於自己土地上建築房屋時。以他人房屋供支柱之用之權利。亦謂之地役權。我民法及日民法則否。蓋歐洲向來觀念。以房屋爲土地之成分。我民法及日民法則視房屋爲土地以外獨立之不動產故也。

地役權爲一種物權。故地役權人僅於其權利範圍以內。有直接管領土地之權利。而土地所有人。對於地役權人。無積極之義務。不過僅負擔消極的爲某行爲之義務。詳言之。地役權人於其土地上有

爲某行爲之權利時。則土地所有人負容忍其行爲之義務。又地役權人有制限土地所有人之權利行使之權能時。則土地所有人不爲所禁之行爲之義務。蓋土地所有人對於地上權人。只負消極行爲之義務。而不負積極行爲之義務也。故當事人間如以特約使土地所有人爲積極行爲時。其特約固屬有效。但此不過一種之債權關係。不得視爲地役權之內容也。故地役權人一旦將其權利讓與他人。則其前與土地所有人所結之特約。(如修築道路等)受讓人不得請求履行。何則。蓋債權者。特定人間之權義關係也。

## 第二 地役權者。乃土地所有人在他人土地上所享有之權利也。

地役權者。乃由此土地與彼土地相隣接而發生之關係也。故此權利之成立。須有二個之土地存在也。明矣。而此二個之土地中。稱地役權所附着之土地。曰需役地。稱負擔地役權之土地。曰供役地。地役權者。係需役地所有人。爲需役地之便宜。而享有之權利也。故其權利不能獨立存在。常從屬於需役地。質言之。與需役地之所有權。有不可分離之關係者也。此則地役權與地上權及他物權差異之點也。

需役地之所有權。與地役權之間。有從屬之關係。既如上述。由此關係推論之。常生左列各種之效果。

(一) 由地役權。從屬於需役地所有權。而生之效果。

(甲) 地役權須與需役地之所有權同時移轉。例如甲有一土地。有通行於乙地之地役權。則甲爲需役地之所有人。乙爲供役地之所有人。嗣後甲將其土地賣却或讓與於第三人丙。則丙取得甲地之所有權。同時并取得對於乙地之通行地役權。此無他。地役權從屬於需役地所有權之故也。嗣後需役地新所有人丙。若無需此權利之必要。則得拋棄之。是又當然者也。(日民二八參照)

(乙) 地役權爲存於需役地上權利之標的物。需役地人於其需役地設定其他之權利。(如永佃權之類) 則地役權亦必隨之而爲其權利之標的物。如前例。甲若爲丙設定地上權。於其土地之上。則丙於其土地所附隨之權利。亦取得之。例如附隨於土地之權利爲通行權。則丙可以行使其通行權也。其他設定永佃權。於其土地之上。或以其土地貸與與人亦同。(參照同前條本文)

地役權雖以與需役地之所有權。共其運命爲原則。然亦有例外。卽地役權之設定行爲。有特別

訂定者則從之。準此以談。則當事人若以設定行為禁止現時需役地所有人以外之人爲地役權之行使。則不生前記(甲)之效果。再者地役權設定行為禁止爲需役地所有權以外之他權利之標的。則存於需役地上之他權利。不能行使其地役權。換言之。不生前記(乙)之效果也。此無他。蓋地役權爲定限物權。其作用不如所有權完全。故雖禁其讓與或禁止當事人以外之人行使此權利。不但無傷其本質之虞。且亦不害公之秩序。故法律就當事人之意思表示而與以效力也。(參照日民六一條一項但書)

由上二種之原則所生之結論。簡而言之。則凡物及權利有主從關係時。關於主物及主權利之處分。其效力當然及於從物及從權利。此法理上不易之原則也。夫地役權爲需役地所有權之從權利。故需役地所有人。以其所有權移轉於人時。地役權亦即隨之。或於其土地上設定他種權利時。地役權亦即附從之。關於此二種原則。及對於此原則之例外。日本以明文規定之。(參照日民二八一條一項)

我民法關於此兩點。雖無明文規定。但此乃理論上當然之結果。固毫無可疑者也。

(二)地役權不得離需役地所有權獨立存在而生效果。

(甲)地役權不得由需役地分離而爲讓與。需役地之所有人。不得將土地所有權與地役權分離。故僅以土地之所有權讓與他人。而自己保留地役權。或僅以地役權讓與他人。而自己保留土地所有權。又或以土地所有權讓與他人。而以地役權讓與此人。皆法律之所不許也。(民法八

段前)

(乙)地役權不得與需役地分離而爲他權利之標的。需役地之所有人。不得將土地所有權與地役權分離。而僅以地役權爲他權利之標的。例如僅以地役權供擔保。及以之質貸於他人。皆

法律之所不許也。(民法八五  
三條後段)

第三 地役權者。以他人土地供自己土地便宜之用之權利也。

地役權者。以供役地供需役地便宜爲目的之權利也。故地役權之內容。爲供役地使用。而其使用之目的。則在圖謀需役地之便宜。所謂便宜云者。須具備左列性質。

(一)爲地役權標的之便宜。乃需役地自身之便宜。而非需役地所有人之便宜。需役地自身之便宜云者。乃以需役地自身爲主眼。所認爲便宜之事。不因所有人之變更而異者是也。例如通行鄰

地。或通於隣地而設水道之類。此於需役地自身之利用上。與以一定不變之便宜者也。而此便宜附着於土地不問所有人之變更。常常存在。故此種便宜。可得而為地役權之標的也。反之。需役地所有人之便宜云者。乃本於需役地所有人之主觀的判斷。認為便宜之事。因所有人之變更而異者也。例如於隣地為狩獵游牧。或於隣地之庭園內。為自由散步之權利者。是皆非為需役地自身之便宜。乃係為所有人之便宜也。蓋此權利目的之便宜。輒隨所有人而異。非於需役地之利用上。有一定不變之便宜故也。

雖然。對於當事人所設定之權利。由事實上而觀察。何者為需役地之便宜。何者為需役地所有人之便宜。往往生許多疑問。當此之時。則不得不以社會上實際生活之普通（後一）觀念而決定之者也。

(二)為地役權標的之便宜乃供役地自身所供之便宜而非供役地所有人所供之便宜 供役地自身所供之便宜云者。乃供役地應需役地所有人為土地便宜之要求。而自己即供給需役地之便宜是也。例如土地所有人。因自己土地之便宜起見。對於隣地所有人。有通行其土地之權利。其

以通行之便宜供之者。乃隣地也。非隣人也。故其權利爲地役權。而其便宜。可以爲地役權之標的也。反之。供役地所有人所供之便宜云者。乃供役地所有人應需役地所有人爲土地便宜之要求。而自己卽供給需役地之便宜是也。例如供役地所有人施工事或種植草木。則是依人之勞力所供之便宜。故不得爲地役權之標的也。蓋土地所有人取得他之土地所有人供此種便宜之權利。雖頗有利益。而自其權利之性質上觀察之。乃不過一種之債權。在法律上只受債權之保護。而不能以之爲地役權。使受法律上地役權之保護也。

(三)爲地役權標的之便宜須爲適法。設定地役權之行爲。乃法律行爲。故不得以違法之便宜爲目的。而設定地役權也。所謂違法之便宜。大都爲違反相隣人關係中之強行的規定者。例如不受第七七五條規定之適用。而免除承水義務。或違反第七七七條之規定。而行使隣地通行權。又或不依第七九二條之規定。而使用隣地。若是者皆爲反於公之秩序。其所結契約。全然無效。因而此種之便宜。不得爲地役權之標的。其不依第七七八條及第七七六條之權利。行使之契約亦同。

#### 第四 地役權者。定限之物權也。

地役權者。乃制限供役地所有權之權利也。質而言之。即因需役地之便宜。制限供役地所有權之作用而成立。例如甲有土地一塊。爲土地之便宜。而於乙地上取得通行地役權。則所通行之地。乙必不能爲他項之利用。是所有權受制限也。又如汲水地役權。亦是。其所有權受制限。又如甲爲土地之便宜。禁止乙地所有人。於其所有地上建築高屋。亦同。故曰地役權者。乃制限供役地所有權之權利也。所宜注意者。地役權因設定行爲所定之一定標的而取得之。故其作用有定。不能如所有權。有完全之作用。例如地役權無處分之作用。此其明證。故曰地役權者。定限之物權也。

地役權之性質。已述如右。夫既以他人土地。供自己土地便宜之用。然其標的。又可大別之爲四種。(一)以他人土地之使用爲標的者。如通行地役權。水道地役權是也。(二)以他人土地之收益爲標的者。如汲水地役權是也。(三)以免除相隣人間之法定義務爲標的者。如得設注射雨水於鄰地之工作物是也。(四)以限制他人土地所有權之行使爲標的者。如約定不建設過高之建築物是也。地役權之設。本所以制限供役地。而謀需役地所有人之利益。故其標的。亦須以設定行爲定之。惟依時效取得之時。是爲例外耳。



於此更有亟應注意者。即關於地役權存續之權能的狀態是已。蓋自羅馬法以來。即有「地役權不可分」之格言。羅馬法以後之諸國立法例。殆皆繼受此格言之精神。而莫之或異。故論地役權之性質。必曰地役權者。不可分之權利也。雖然。此僅指原則言之而已。如必絕對的貫徹此原則。則實際上往往又多所不便。故於原則外。又不得不認相當之例外。茲就我民法之規定。分述如左。

(壹)需役地經分割者。其地役權為各部分之利益。仍為存續。此民法第八五六條本文所規定地役權不可分原則也。例如甲乙二人。為其共有地之便宜。有通行於丙地之地役權。嗣甲乙分割其共有地。而各有其一部時。則該通行地役權。存續於各分割部分之上。即甲乙依舊各自有完全之通行地役權。不因需役地分割。而生通行地役權分割之結果也。

但對此原則。有一例外。即地役權之行使。依其性質。祇關於需役地之一部分者。僅就該部分。仍為存續。此同條但書之所規定。例如子丑寅三人。共有之土地內。有花園一所。園溉灌土地。以資花木茂盛計。適於卯地設定汲水地役權。嗣子丑寅分割共有地。其花園為子所分有。則丑寅二人分有之土地。無需此汲水地役權存續之必要。此時卯地所有人。縱無所請求。而丑寅亦當然不至再行

使權利矣。

(貳)供役地經分割者。地役權就其各部分。仍爲存續。此亦民法第八五七條本文所規定之原則也。如前例。丙地所有人。將其土地之一部。出賣於他人。又或分別賣與二以上之買主。因而其地役分割。而甲乙之通行地役權。依然存續。卽甲乙仍可得而通行該地各部分之上也。但對此原則。亦有一例外。卽地役權之行使。依其性質。祇關於供役地之一部分者。僅對於該部分。仍爲存續。此亦同樣。但書之所規定。例如乙丙丁三人共有地上。有井一眼。甲地所有人爲灌溉土地計。於該共有地上。設定汲水地役權。嗣乙丙丁將地分割。其井分屬於乙。此時丙丁縱不發言。而甲亦當然不至再行使權利矣。

## 第二章 地役權之種類

地役權。自其發生之原因。及權利之內容。與乎權利行使之方法。而有區別。茲列舉其種類如左。

第一屬人地役屬地地役 屬人地役。爲人之便宜。所設之地役。屬地地役。爲土地之便宜。所設之地役。

此乃歐洲各國法律上之區別。然在日本民法及我民法則不認之。以其僅有屬地地役故也。

第二天然地役法定地役人爲地役。天然地役。乃由於土地之性質及其他關係。而當然發生之地役。如袋地通行權是也。法定地役。乃法律所直接規定之地役。例如準袋地之通行權是也。人爲地役。乃依人之行爲而設定之地役。此乃法國民法所用之區別。日本舊民法亦曾採用。我民法以前二者爲相隣人間之權義關係。規定於所有權中。茲所謂地役權者。僅限於人爲地役。蓋依德日民法而規定也。

第三積極地役消極地役。積極地役者。地役權之行使。由地役權人之積極的行爲而成立者是。例如汲水權、通行權之類。其地役權人通行於他人土地。或於他人土地內、汲取其水。是皆積極行爲也。消極地役者。對於供役地所有人。禁止其爲或種之行爲者是。例如使供役地所有人。不得建設過高之建築物。或使供役地所有人。不拒絕需役地所有人接近疆界建築工作物之類。供役地所有人負容忍義務。是皆消極行爲也。

第四繼續地役不繼續地役。繼續地役者。地役權行於供役地上。久不間斷之地役也。詳言之。供役地

如具備適當狀態。適於地役權之行使。則嗣後縱不依於地役權人之所爲。其行使亦自然繼續不間斷。例如水道地役。一度敷設水道之後。則水自然順其水道由需役地流下於供役地。而不必更須人之行爲也。故水道地役。爲繼續地役。又如免除相隣人間法定義務亦同。譬如除去法定距離。而所有竹木與工作物之地役。及一般之消極地役。皆爲繼續地役。不繼續地役者。地役權之行使。在於各時之地役也。詳言之。卽地役權人之行爲。有時間斷於每次行使地役權時。皆以地役權人之行爲爲必要。例如汲水地役、通行地役、是已。蓋地役權人雖爲汲水通行。開設道路。而地役權之行使。究非無時不有。故謂之爲不繼續地役也。

第五田野地役市街地役 田野地役者。關於土地之地役。市街地役者。關於建物之地役。所以有此名稱。蓋土地多在田野。建物多在市街。例如通行地役、汲水地役、水道地役等。屬於前者。觀望地役、及免除相隣人間法定義務之地役。屬於後者。此區別羅馬法採用之。日民法及我民法以前者屬於地役權研究之範圍。而後者屬於所有權界限內。故二者之間。無區別之必要也。

第六表現地役不表現地役 表現地役者。地役權之行使。依外形的標識。而現於表面者是。例如設置

露出地面之水道。以通水之地役是也。不表現地役者。地役權之行使。不能依外形的標識。而現於表面者。例如伏設於地下之水道。以通水之地役是。其他一切之消極地役亦屬此類。

### 第三章 地役權之取得

地役權取得之原因有二。(一)設定行為。(二)時效。設定行為者。謂以設定地役權爲目的之法律行為也。其由契約者。或依遺囑之單獨行爲者。均可爲之。時效者。謂因時效之利益而取得地役權也。其因時效而取得地役權者。應以繼續並表見之地役爲限。(民法八五二條)

依此規定之結果。則(1)繼續而不表見。或(2)表見而不繼續。皆不得因時效之成就。而發生地役權也。立法理由。蓋自第一種繼續而不表見之情形論之。其地役權之行使與否。常爲土地所有人所不及知。倘使承認取得時效。則土地所有人每於不知不覺之中。喪失莫大之利益。甚欠公允。例如甲地所有人。埋設引水管於乙地。乙地所有人每多不知。如經過時效。即認甲地所有人有汲水地役權。是乙地所有人因不知而致所有權受害。豈謂情理之平。反之自第二種表見而不繼續之情形論之。倘亦使因時

效而取得地役權。則待遇供役地所有人。抑何苛酷。何以言之。原來不繼續地役之行使。本不致土地所有人被重大之煩累。故土地所有人常有容許相隣人行使之者。如以行使多年。遂使因時效而取得權利。則土地所有人。必時時警惕。不肯使他人利用。相隣交誼。必來不圓滿之結果。敦睦隣誼之謂何。例如甲乙二地。乙地所有人。偶在甲地經過。甲地所有人。因事出偶爾。且極細微。無足介意。曾不之阻。使竟因時效而謂乙取得地役權。是甲地所有人。反因睦隣之好意。而發生供役之義務矣。於情於法。夫豈得當。此又本條立法之理由也。

況就法律設立時效制度之理由以言。其原因雖不盡同。然要不外因權利人怠於權利之行使。如前第一例。乙地所有人。既不知甲地所有人。有埋設水管之舉。即對之無術行使權利。如請求撤去水管之類。固不得謂為怠忽。又如第二例。甲地所有人。專謀隣地間之輯睦。默許其通行。斷無自拋棄其土地之一部。而為他人設定地役權之意思。尤不得謂為怠忽。故二者均不能依時效而取得地役權也。

## 第四章 地役權之效力

地役權之效力如何。要不外依其取得之原因定之。其取得原因爲設定行爲者。其效力亦依設定行爲而定。其取得原因爲時效者。其效力亦依時效期間內之行使方法而定。我民法取法乎一般通例。僅規定其特別之效力如左。

第一 需役地所有人之權利義務。

(一) 地役權人因行使或維持權利得爲必要之行爲。行使或維持地役權時。於其主要之權利外。尚須種種之附屬行爲。始能達其目的者。則此種種附屬行爲。是爲必要行爲。地役權人皆得爲之。例如汲水地役權人。因汲水之故。而通行供役地是也。惟關於此種行爲。又必須設有限制。否則害及供役地所有人之利益。殊不合法律上公平之原則。其制限維何。(甲)必用於供役地損害最少之方法。例如用車載水。較之以人工挑水。其損害大。則須用人工挑水也。(乙)必釋於供役地損害最少之處所。例如供役地有庭園有市街有荒地。而皆有水地。則須先釋荒地之水而汲取之也。故我民法第八五四條規定云「地役權人。因行使或維持其權利得爲必要之行爲。但應釋於供役地損害之處所及方法爲之。」

(二)地役權人因行使權利得於供役地設置工作物。例如修築道路、開溝或設水管之類。地役權人皆得爲之。惟當設置之時。則須有維持通常狀態之義務。所謂維持通常之狀態有二。(一)維持供役地通常之狀態。即當工作物設置之時。如因面變更供役地之狀態。則須維持之。否則有害供役地所有人之利益。例如修築道路。在供役地起土事竣後。必須填滿其坑是也。(二)維持工作物通常之狀態。例如水管溝渠之類。須維持之。否則水管一旦破裂。或溝渠阻塞。則於供役地上常來衛生上經濟上之利益。若不使負維持之責。則釀成不公平之弊矣。故我民法第八五五條一項規定云：「地役權人因行使權利。而爲設置者。有維持其設置之義務。」

(三)有妨害其權利之行使者。得請求除去或防止之。地役權人對於妨害地役權行使之供役地所有人。有請求地役權之確認。及妨害除去或防止之權。所謂確認。謂權是也。此外對於第三人。有妨害其權利之行使者。得依占有之訴。除去或防止之。此我民法第八五八條之所由規定也。

## 第二 承役地所有人之權利義務。

地役權人於供役地上所爲之設置。供役地所有人。如有使用之必要。亦得使用之。所以節無益之勞。



費也。例如地役權人爲引水之故。於供役地上安設水管。如供役地所有人因有用水之必要。亦得用之以引水。惟因使用有利於供役所有人。一旦供役地所有人任意濫使。則不免有害及地役權人利益之虞。故法律特設規定。以限制之。其限制維何（甲）不得有礙地役權之行使。此當然之理。固田畝重贅者也。（乙）須按其受益之程度分擔維持其設置之費用。例如地役權人爲灌溉三畝之地。供役地所有人爲灌溉一畝之地。假設安設其水管之當時。爲四十元之設置費。則供役地所有人須分擔十元也。此我民法第八五五條第二項及第三項。關於供役地所有人權利義務之規定也。

## 第五章 地役權之消滅

地役權消滅之原因極夥。有因期間已滿而消滅者。有因意思表示而消滅者。有因土地滅失而消滅者。有因解除條件之到來而消滅者。或有因供役地之公用徵收而消滅者。有因第三人取得時效而消滅者。有因權利混同而消滅者。有因消滅時效之成就而消滅者。更有因聲請宣告而消滅者。我民法僅就最後之一種。而明白規定之。其第八五九條有云。「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。一卽此意也。

第五編 地役權

民法物權論

二〇二

## 第六編 典權

典之沿革。載諸律令。由來尙矣。遠者勿論。考之清律。載凡典賣田宅。不稅契者。笞五十。又載其所典田宅園林碾磨等物。年限已滿。業主備價取贖。倘與主藉故不肯放贖者。笞四十。限外遞年所得花利追徵給主。仍依價取贖。其年限雖滿。業主無力取贖者。不在此例。由此足徵定法之始。殆以典賣視爲同種之法律關係。不過賣出之後。賣主無回贖之權。而典則有定數。期滿業主仍可回贖。至期限之長短。法無限制。一任當事人之隨意約訂。而於典期屆滿後。原業主無力回贖時。典之關係。仍然存續如故。洎清乾隆朝以民間置產。典賣契載不明。由是定例。斷自同朝十八年止。以前契載不明之產。在三十年以上者。除記明回贖外。卽作絕賣。不准找價回贖。其在三十年以內。契無絕賣字樣者。仍准分別找價回贖。可知當時於回贖外。已認原業主有找價之權利。又其後以典之關係。永久存續。於不動產之改良進步。多所妨礙。關於存續期限。大有限制之必要。於是戶部則例。始訂民間活契典賣田房契載十年以內者。概不納稅。又定明民人典當田房。契載年分統以十年爲率。倘於契內多載年分。一經發覺。追徵稅銀。按例治罪。

見戶部則例) 又定明嗣後典契年分。統以三五年至十年爲率。凡從前典契。載有二三年四五十年以上者。統限三年內呈明。即令改典爲賣。一體納稅。(見戶部則例)而關於旗人間與民間之典當。則又定明旗人典當田房契。載年分以十年爲率。十年限滿。原業主力不能回贖。再予餘限一年。逾期不贖。典主得以報稅。報稅之後。即不許告找。告贖。(戶部則例)又定明民人契與旗地。回贖期以二十年爲斷。如立契已逾例限。即許呈契升科。不准回贖。(旗民交產稅)一方限制典期。一方即樹回贖權消滅時效之先聲。惟典期之設。不過爲原業主回贖權之限制。若原業主於典期屆滿後。無力回贖。或不欲回贖。則其關係。仍不能不任其存續。則限制典期之精神。終末由貫徹。於是立法者。爲補偏救弊計。又不得不認典之新效力。故於戶部則例。又定明賣主。(原業主言又他與售賣同故又稱賣主)無力回贖。許憑中公估找貼一次。別立絕賣契紙。若買主(指真主言)不願找貼。聽其別賣。歸還原價。又訂明典契。而原業主不願找賣契。而現業主不願找貼者。均聽原業主別售。歸還典價。本價。即所謂別賣與找貼之權利也。近年以來。典當田宅之訴訟。日益增多。而民間爭贖。遠年典當田地之案。尤復數見不鮮。審判執行。均極困難。於是前司法部於民國四年十月六日。頒行清理不動產典當辦法。都爲十條。其第一至第三條規定。回贖找絕及別賣之權利與時效。第四至

第七條規定。此項權利之行使。第八條規定典期之限制。第九及第十條爲施行法。此吾國典權制度沿革之厓略也。

## 第一章 典權之釋名

典之爲言轉也。囊內錢空。無以治事。則轉而謀諸所有之物。以所有而匡救其所無。亦轉計之善也。然考之於古。典字爲三墳五典之用。其意義亦曰經也。常也。法也。間有變體改寫作敷。繼又變體改寫作鑑。字形雖異。而字義攸同。是故古時典猶職守。官有典屬。國之官。又有典吏。典守之稱。並無以典爲典借之用。惟質字則爲常文。按周禮地官質人掌楮市之書契。長曰質。短曰劑。及春秋戰國時。有周鄭交質。秦昭王之子。質於趙。燕太子質於秦之事。漢司馬相如以鸕鶿裘質酒。質與典雖異。而其義相通。後漢書劉虞傳。則有虞所賣質典當胡夷之說。是爲典當二字并用之始。金史大定十三年。上謂宰臣曰。聞民間質典利重。重者至五六分。或以利爲本。小民苦之。舊唐書憲宗紀。應賜王公公主百官等。莊宅碾磨店鋪車坊園林等。一任貼典貨賣。是爲典賣二字並用之始。歷代相承。均以典爲典借。甚至形諸歌詠。以寫其窘。不特

唐杜工部有朝回日日典春衣。宋戴復古有絲未落車園贖典之句已也。近世以來。典當二字。率多通用。典賣二字。則仍併稱。而以習慣言之。典指移轉占有而言。土地房屋。均可出典。當字用之不動產。則不移轉占有有用之動產。則須移轉占有。如習慣用語。所謂取當滿當轉當是也。

## 第二章 典權之性質

典權者。謂支付典價。占有他人之不動產。而為使用及收益之定限物權也。(民法九一條)就此定義分析說明其性質如左。

第一典權者。以不動產為目的物之權利也。

典權在學理上屬於不動產物權。故其權利之目的物。以不動產為限。而所謂不動產者。謂土地及其定着物。(民法總則第六十六條第一項參照)但對此通則。其特例有二。(一)典之目的物。通常雖為土地。及其定着物。然亦有以不動產上權利為目的者。如北京商習慣以舖底權為目的者。蓋數見不鮮也。(二)典之目的物。雖為不動產。然其不動產上之從物。通常亦同被視為目的物。如前清現行律。典賣田宅註釋。既曰

田。則山園陂蕩之類在其內。曰宅。則碾磨店肆車船之屬。在其內是也。抑更有注意者。典之目的物。以屬於出典人所有爲原則。惟習慣上亦有他人得所有人之同意。或追認。而以其物出典者。前大理院判例亦嘗認許之也。

### 第二典權者。支付典價而設定之物權也。

典權之設定。通常皆係有償行爲。其無償者。蓋不經見。至典價之多寡。一任當事人之自由訂定。通例則爲不動產。原價十分之七八。但亦有僅及原價十分之五六者。要視各地方之習慣。而有差異耳。殊未可一概論也。

### 第三典權者。占有他人之不動產。而使用及收益之權利也。

典權之本性如何。自來學說及立法例。頗不一致。約之則有兩說。(一)主物權說。此說謂典權爲主物權。而非從物權。其權利之自身。恆因物的關係而存在。物的關係不見有任何法律關係爲先驅。質言之。因物而產生典的關係。決非因先有或別有何種法律關係(價的)而始發生典權。故曰。典權者。主物權也。雖然主物權之作用。要非一致。而典權則恆包舉占有使用收益而完具之。故除所有權以外。



在諸主物權中。可謂最完備者。是以在學理上。以用益物權稱焉。(一)從物權也。此說謂典權爲從物權。而非主物權。其權利之自身。非僅單純的物上關係已也。實則典的關係發生。恆以債的關係爲前提。卽標榜於債的關係。而擔保之也。是故用益與否。不足以顯著其權利之特點。其權能惟在於因護衛其債權。而賦以擔保效。要與不動產質權或抵押權同其精神也。故在學理上。實應以擔保物權稱焉。兩說優劣。頗難論定。吾國自來習慣。則采第一說。新民法從之。惟其章次列於抵押權質權之後。洵非得宜。蓋常有使人誤解爲擔保物權之嫌也。

第四典權者。定限物權也。

典權之作用。有一定之限度。違此限度。恆侵犯所有權之利益。故在各國學說及立法例。雖有主物權與從物權之爭。然認爲定限物權。則靡有異論也。關於定限物權之理論。參照前述諸篇自明。茲應從略焉。

## 第三章 典權之成立

典權之設定。通常應以契約爲之。而其契約。則以訂立書面的典契爲必要。(民法七六〇條參照)且非登記不生效力。(民法七五八條參照)其成立也。尤以移轉占有爲要件。故在未移轉占有之前。典權仍不能認爲成立。(民法九一一條參照)至典契之方式。從無一定。惟據一般慣例。應記載下列各項事由。(一)契之名稱。(二)出典人之姓名。(三)出典之原因。(四)目的物所在地坐落四至數目。及每年應納錢糧。但四至有記於契尾者。(五)中人在場之意旨。(六)典權人之姓名。(七)典價數目及收清之意旨。(八)交付典物之意旨。與典主權利之範圍。及典主負擔正供之意旨。(九)典期。(十)期滿後原業主得備價回贖。及典主不得借口推諉之意旨。(十一)結文。(如恐口無憑立此爲據字樣)(十二)年月日。及出典人與中人之署名畫押。

## 第四章 典權之存續

典權爲限制所有權之不動產物權。其存續之運命如何。恆因附有期限與否而有差異。其未附有期限之典權。除受有法定限制外。出典人固得隨時備價。向典權人回贖其典產。(民法九二四條參照)反之。附有約定期限之典權。則其存滅繫乎期限到來。惟約定之期限過長。即徒使出典人擁有所有權之虛名。而勿能

獲所有權之真實利益。過短又有害於典權人用途的經濟上目的。甚至以典之交易爲畏途。我民法有鑒於此。凡就典權而附與約定期限者。須遵守法定之範圍與限制。以期維護雙方相互之利益。而促產業界經濟之發達。試分述其規定如左。

(一) 約定期限之範圍 典權約定期限。不得逾三十年。逾三十年者。縮短爲三十年。(民法九一條) 故出典人與典權人之訂定契約。應於此法定期限內酌定其期限。其有超過此法定期限者。非約期全然無效。惟使超過之部分歸於無效。即使之短縮。而合於法定期限耳。在法律上既定三十年。已不待謂爲短促。在典權人固無慮不得利用發展。若使突破此期限。而任意訂約。是何殊剝奪出典人之所有權也。此典權存續期限所以有用強行的規定之必要也。

(二) 絕賣條款之限制 典權之約定期限。不滿十五年者。不得附有到期不贖。卽作絕賣之條款。(民法九一三條) 出典人而爲他人設定典權其原因雖可不問。然其緣於經濟之不充裕。至不惜將所有產業付之典當。假令不問所約期限之長短。得以附設絕賣之條款。則典權人挾其資本之雄。乘出典人之窘迫輕率。而脅制爲絕賣之聲明。是何異使出典人飲鴆止渴。自趣絕地。故法律有鑒於此。

凡典期未滿十五年者。概不得附以絕賣之條款。所以保護出典人之利益也。夫既以未滿十五年者爲度。則約期爲十五年以上者。則又非法律所得而干涉之矣。

押典之關係成立後。典權存續中。其典產已歸典權人占有而用益之。此際典權人不當代出典人而立於所有人之地位。從而土地相隣者間之一切關係。恆發生典權人間。或典權人與土地所有人間。故本法就相隣者間。權利義務所設之法則。皆可得而準用之也。(民法九一四條)

## 第五章 典權之移轉

典權之移轉原因有三。一曰繼承。二曰轉典。三曰讓與。典權之繼承。與一般財產權同。茲不贅論。而轉典及讓與。則皆以書立契約。爲成立要件。試分別論究如左。

### 第一轉典。

轉典者。卽典權存續中。典權人將典物轉當或出租於他人之謂也。蓋典權人於取得典權後。遇有急需。而出典人無力回贖。或典期尙未屆滿。一時不能要其回贖。使無轉典之制。將使典權人陷於經濟

之經濟。甚非得計。故法律爲救濟典權人之經濟呆滯計。特設此制度也。但此制度在於法律上非強行規定。故契約另有訂定。或另有習慣者。依其訂定或習慣。卽典權人受約束或習慣之支配。不得任意轉典也。(民法九一五條一項)

典權定有期限者。其轉典或租賃之期限。不得逾原典權之期限。未定期限者。其轉典或租賃不得定有期限。轉典之典價。不得超過原典價。(民法九一五條二項) 凡此皆所以解除出典人與典權人及轉典人三方面將來無益之糾紛也。

典權人因典權關係成立。而得占有使用收益其典物之權利。則因轉典或出租而致典物受有損害時。自不可不負賠償之責。(民法九一六條) 蓋不如是。則出典人之利益終無由保全也。

### 第二讓與。

讓與者。卽典權人將典權讓與於他人之謂也。在此情形。典權人與出典人終止其典之權義關係。而受讓人對於出典人取得與典權人同一之權利矣。(民法九一七條)

## 第六章 典權之效力

關於典權之效力。有自典物所有權發生者。有自典物自身發生者。我民法均有規定。試分述如左。

第一自典物所有權而發生之效力。

一、典權人之追及權 出典人於典權設定後。得將典物之所有權讓與他人。此蓋本於所有權行使之結果。惟此際典物之所有權上。既有典權之存在。則此典權。決非因所有權之讓與。而使之歸於消滅也。故典權人對於該受讓人仍有同一之權利。蓋典權為物權固自有其追及權之效力也。（民法九一八條）

二、典權人之先買權 出典人將典物之所有權讓與他人時。如典權人聲明提出同一之價額留買者。出典人非有正當理由。不得拒絕。（民法九一九條）此蓋本於典權而有優先權之結果故也。

第二自典物自身而發生之效力。

一、典權存續中典物因不可抗力致全部或一部滅失時 在此情形。就其滅失之部分典權。與同贖

權均歸消滅。然若出典人就典物之餘存部分爲回贖時。得由原典價中扣減典物滅失部分滅失時之價值之半數。但以扣盡原典價爲限。(民法九二〇條)又在此種滅失場合。典權人除經出典人同意外。僅得於滅失時滅失部分之價值限度內爲重建或脩繕。(民法九二一條)凡此皆所以維持雙方之利益。兼謀經濟之發展也。

二、典權存續中因典權人之過失致典物全部或一部滅失時。在此情形。典權人於典價額限度內。負其責任。但因故意或重大過失致滅失者。除將典價抵償損害外。如有不足仍應賠償。(民法九二二條)蓋此種危險。既因典權人有可歸責之事由而發生。自無可免責之餘地。否則不足以保護出典人之利益。且無以維持交易界之安全也。

## 第七章 典權之消滅

典權因典權人支付典價而成立。故出典人備價回贖者。典權關係卽自茲消滅。茲述回贖權之時限行使及效果如左。

### 第一回贖權之時限。

一、典權定有期限者。典權之定有期限者。於期限屆滿後出典人得以原典價回贖典物。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。(民法九二三條)要之。無論出典人之備價回贖或典權人之取得所有權。而其為典權消滅之原因。固無所異也。

二、典權未定期限者。典權未定期限者。出典人得隨時以原典價回贖典物。但自出典後經過三十年。不回贖者。典權人即取得典物所有權。(民法九二四條)

### 第二回贖權之行使。

出典人之回贖如典物為耕作地者。應於收益季節。後次期作業開始前為之。如為其他不動產者。應於六個月前。先行通知典權人。(民法九二五條)

### 第三回贖權之效果。

典權人因支付有益費用。使典物價值增加。或依第九百二十一條之規定。重建或修繕者。於典物回贖時。得於現存利益之限度內。請求償還。(民法九二七條)



回贖權爲典權消滅之一大原因。然亦有出典人不爲回贖而情甘讓與典物、所有權於典權人者。此際典權人得按時價找貼。取得典物所有權。(民法九二六條)此亦典權消滅之一原因也。此外從於一般物權消滅之原因。而使典權歸於消滅抑又事理所當然。而無待深論者也。

## 第七編 抵押權

原始時代。無論何國。大都以債務人之身體。爲債權之擔保。故債務人一旦負債。則週身受其羈絆。其後文化漸開。知嚴酷之無益。乃一變而爲物上擔保之制。然其時之社會經濟。不甚發達。無鉅大之交易。故在當時之所謂物上擔保。亦僅有動產質權之一種。迨夫社會經濟漸次發達。債務額數。亦因之加鉅。動產價值較小。不足供擔保之用。乃以不動產爲質權之標的。然設定質權。必以質物之占有。移轉於債權人。其所以保證債權人。固不爲不厚。而所有人之保護。則不免失之薄弱。且擔保物權之謂。所以謀債權之鞏固。債權人往往不欲投勞力資本。以謀其改良利用。故爲質權標的之不動產。常有蕪廢之虞。此法蘭西學者脫羅龍氏所以有不動產質權。非文明人所宜設定之嘆也。逮至近世社會。一般之人。知不動產擔保無移轉占有之必要。而使用收益。委諸他人爲失策。於是以不動產爲擔保時。始有不移轉占有之制。此抵押權之所由發生也。

粵稽古代羅馬法。無抵押權之名稱。有之惟法德法制。然抵押權之事實實濫觴於羅馬。爲法德等國所

採用。而定有抵押權之名稱。抑嘗考之。羅馬法審判官因質權之移轉占有爲不便。始發明契約上之擔保。實爲抵押權之源泉。抵押權人可特約賣却其抵押物。或於設定抵押權時。與債務人爲代償契約。其抵押權之性質。與質權無異。其標的物爲債務人之一切財產。(總財)非以不動產爲限。其結果。遂使第三人受無窮之損害。法蘭西法制。分抵押權爲三種。曰合意上之抵押。曰法律上之抵押。曰審判上之抵押。合意上之抵押。與羅馬契約上之擔保相同。德意志法制。於抵押權許發行無記名證券。與登記制度之觀念相反。日本及我民法皆以固有之習慣爲主。又從而斟酌古今各國之立法例而設規定焉。

## 第一章 抵押權之性質

抵押權者。抵押權人於債務人或第三人不移轉占有。而供擔保之不動產上。就其賣得價金。受優先之清償。而從屬於債權之定限物權也。(民法八六〇條)茲就此定義分析說明其性質如左。

第一抵押權者。物權也。

抵押權一經設定。則所有權受其制限。故非第一抵押權人行使其權利之後。則第二抵押權人不得

行使其權利。此優、先、權、之、效、果、也。且無論何人保存其抵押物。抵押權人皆得以抵押物代價。供清償之用。此追及權之效果也。斯二者皆爲物權之重要內容。而抵押權有之。故曰抵押權者。物權也。或曰物權乃管領物之權利。抵押權人不過於不動產上。有受優先清償之訴權。并無領管之關係。謂爲物權。毋乃失當。雖然爲此說者實似是而非之論也。何則蓋自向來之觀念言之。無不以抵押權爲物權。若從此說則有反向來之觀念。其謬點一。債權斷無優先權追及權之效果。抵押權則兼而有之。此說并未說明抵押權無優先權追及權之理由。其謬點二。當抵押權存在之時。所有人對於抵押物。如爲不當之處分。抵押權人得從而干涉之。此種關係。非管領關係而何。此說謂抵押權無管領關係。實不可通。其謬點三。依余輩所信。抵押權實際上具備優先權追及權及管領力三內容。則抵押權之爲物權。更不容反對者之置喙矣。

第二抵押權者。就不動產上賣得價金受優先清償之權利也。

抵押權就擔保目的物而優先受償。此點與動產質權同。特所謂優先者其義有二。(一)有抵押權之債權人對於普通之債權人(無抵押權之債權人)得排除之。而就抵押物上受優先之清償。例如甲借乙一千

元。以房屋一所爲抵押品。而設定抵押權。後又借丙一千元。未設定抵押權。一旦甲賣去其房屋。無論其代價足以清償乙丙二人之債務與否。總之。須先清償乙之一千元。丙決無主張平均分配之理由也。(二)先設之抵押權人。在抵押物上優於後設之抵押權人。而受清償。例如同一不動產上。設定數個抵押權。則已經登記者優先於無登記者。前之登記者優先於後之登記者是已。其如數個不動產上設定數個抵押權時亦同。

第三、抵押權者。依法律行爲以設定。或依法律而成立也。

抵押權有三種。一爲法律行爲之抵押。二爲法律上之抵押。三爲審判上之抵押。各國立法例。有認此三種抵押權者。有祇認前之二種者。我新民法以審判上之抵押。無有實益。故亦僅認前之二種。所謂法律行爲之抵押云者。抵押權人與債務人或第三人間。依法律行爲。而以債務人或第三人之不動產。爲債權之擔保物。如以契約遺囑設定者是也。以契約設定者。則以立設定書據爲必要。所以防詐欺錯誤。而保護債權人債務人之利益也。各國立法例。有用公正證書者。然費用過鉅。爲我民法所不取。故許用私的證書。至抵押權之實行。必使標的物所有人喪失其所有權。故設定抵押權。實爲處分

行爲之一種。非所有人不得爲之。乃必然之理。以遺囑設定者。則須遵繼承法上遺囑之方式。始能生效。所謂法律上之抵押者。以法律之力。於一定關係上。不問當事人意思如何。當然視爲有抵押權是也。此種抵押權之種類。最普通者有三。(一)妻對於夫之不動產。(二)未成年入及禁治產人。對於監護人之不動產。(三)國家及其他公共團體。對於其會計官吏之不動產。皆有法律抵押權是也。此三者皆各有相當理由。而我新民法之所規定者。則僅第五百十三條及第八百八十三條而已。至親屬法尙未頒行。故其有無法律上抵押權之規定。實無從懸揣也。

第四抵押權者。不移轉占有標的物之權利也。

抵押權乃不移轉占有之權利。其所以異於不動產實權者。卽在於此。至標的物。不由債權人。其利益有三。(甲)設定抵押權後。仍得占有標的物。而使用收益處分之。於設定抵押權人頗有利益。(乙)抵押權人不負保存標的物之義務。而能取得完全之擔保權。是於抵押權人有利益也。(丙)標的物仍存於所有人之手。卽仍存於設定抵押權人之手。於改良并無妨礙。而於社會尤有利益也。

第五抵押權者。不動產物權也。

抵押權。乃一種不移轉占有之擔保物權。如以動產爲標的。則權利之存在不明。而抵押權人與標的物之善意取得人。皆有損失之虞。此抵押權之標的。所以限於不動產也。且既爲不動產。則決不限於所有權。卽地上權、永佃權等。亦得爲抵押權之標的物。

第六抵押權者。從屬於債權之物權也。

抵押權者。以確保債權之清償爲目的。而從屬於債權之物權也。故其性質常依附債權。不能獨立存在。一旦其所擔保之債權消滅移轉。則抵押權亦卽隨之。而消滅移轉。乃不易之理。自我民法八七零條規定觀之。則抵押權爲從物權。不能離開所擔保之債權而附從於他債權。然以吾人之眼光觀之。抵押權。固必須附從於債權始能存在。但其附從於特定之某債權。則爲事實上偶然之結合。而非法理上必備之要件。故一旦附從於甲債權之抵押權。雖以之附從於乙債權。亦於抵押權之性質。無傷也。例如乙借錢與甲。而取得抵押權。嗣後乙在丙處借錢若干。則乙可以將所取得甲之抵押權。供丙之債權擔保也。(此係說明抵押權可以離  
開債權而爲擔保之用)又抵押權可以離開此債權。而附從於彼債權。例乙欠甲錢。而設有抵押權。欠丙錢。則若甲以其抵押權讓與於丙。則甲之抵押權不妨附從於丙之債權。而丙嗣

後對於乙則享有擔保之權利也。(此係說明抵押權可以證明此債權而附從於彼債權)

### 第七抵押權者。定限之物權也。

定限物權。前已屢述之。今再引伸其義。定限物權云者。乃特定有體物之定限的管領權也。如前述之地上權永佃權及地役權皆是。即此際之抵押權亦屬之。

定限物權爲日本法學博士松岡義正所首創之名詞。前夫氏之著書。多有稱爲他物權。或制限物權者。然此三者之語源。又同出於羅馬法上 *Jus in aliena* 之語。不過其譯詞有當否而已。據余輩所信。則亦以氏之所創爲正當。今試述他物權及制限物權用意不當之理由。則足徵余輩之主張爲不謬矣。

學者謂他物權云者。於他人物權上所存在之權利也。例如地上權永佃權抵押權質權等皆屬之。然羅馬法上之 *Jus in aliena*。斷非如此之意。何以言之。蓋若以之爲他物權。則他人之所有權一旦被拋棄。則其權利無所附麗。亦不得不消滅之矣。於法理上實際上皆爲不合。例如乙以動產爲質於甲。則甲爲有質權之人。於乙之物上有權利。是謂存於他人物權上之權利。若乙拋棄所有權。則此動產變



爲無主物。而甲之質權。則不因乙之拋棄所有權而喪失。此時甲之質權。乃存在於無主動產。而不得謂爲存在於他人物權上之權利。故他物權一語驟觀之。似無可疵。然仔細論究。則成爲不可通之用語矣。又如甲以不動產抵押於乙。未幾又抵押於丙。則乙爲第一抵押權人。丙爲第二抵押權人。若甲死亡乙爲甲之繼承人。或乙死亡甲爲乙之繼承人。則乙之抵押權。并不消滅。蓋若消滅。則丙遂爲第一位抵押權人。而成爲不當得利矣。此時甲在自己物上享有權利。尙得稱爲他物權乎。由此例證之。益知他物權之名詞爲不當矣。

又有學者稱羅馬法上之 *ius in aliena* 爲限制物權。制限物權云者。制限他人之所有權而成立之物權也。例如乙在甲地有地上權。則甲土地所有權之使用一部受限制。故謂之制限物權。但所有權亦有待受所有權之制限。例如甲乙二人爲隣。因有相隣地之關係。甲乙二人之土地。有互相使用之時。其互相使用之部分。即彼此互相之制限也。故所有權亦可爲制限物權。今以制限物權爲所有權對立之名詞。則是於所有權之內容。未嘗盡悉。烏乎可也。

第八抵押權者。不可分之物權也。

因抵押權爲不可分之物權。故有左列結果存焉。

(一)抵押權人未受主債權全部清償以前。對於標的物全部得行使權利。此爲擔保物權當然結果。故債務人雖償還債務之一部。亦不得請求消滅一部之抵押權焉。

(二)分割抵押物。或以其一部讓與他人。或以數抵押物之一。讓與他人。而其抵押權。尚不因此而受影響。抵押權人以標的物全部存在爲限。得就全部債權以行使權利。故爲抵押物之不動產。雖分割與數人。而抵押權人對於其分割之部分。仍得行使權利。分割中之一人。不得僅支付與其分割部分相當之金額。卽免其責。其以抵押物之一部。讓與他人。或抵押物有數個。而將其一讓與他人者亦然。蓋必如是。而後可以鞏固抵押權之基礎也。(民法八六八條)

(三)以抵押權擔保之債權。若有分割。或讓與其一部。抵押權仍不受影響。債務分割時亦然。以抵押權擔保之債權。雖有分割。而其抵押權仍不分割。債權之各分割人。仍得就分割之部分。實行其全部抵押權。其以債權之一部。讓與他人。或分割債務者亦然。蓋亦以鞏固抵押權之基礎也。(民法

九六六條)

## 第二章 抵押權之客體

### 第一節 抵押權標之物之性質

第一抵押權之標之物。須爲不動產。

抵押權之標之物。須爲不動產。此民法第八六零條規定所生之結果。故其性質。不特爲不動產之土地。得爲抵押權之標之物。卽定着於土地之建築物。亦包含之。自理論上言之。建築物定着於土地。似不得與土地分離。而爲抵押權之標之物。然各國法制。土地與建築物。皆爲獨立之不動產。不認建築物爲土地之從物。故得與土地分離。而供擔保焉。至附隨於土地之出產物。(如樹木、花、草之類)因保存房屋而附置之物。則法律上。視爲不動產之重要成分。故非與土地房屋共。卽不得爲抵押權之標之物。此又基於民法第六十六條所生之結果也。

抵押權之標之物。須爲不動產。有如上所述。但對於此原則。尚有例外。卽地上權、永佃權、典權、雖非不動產所有權。亦得爲抵押權之標之物。蓋抵押權。所以使抵押權人。行使屬於設定人之不動產之處分

權。故名爲以不動產爲標的物。而實與以不動產之所有權爲標的物無異。而地上權等。其可以獨立讓與於他人。又與所有權無異。故亦得以之爲標的物。所以謀交易上之便利者也。惟地役權雖爲關於不動產之物權。然因不能離需役地以獨立存在。故法律上明定其不得爲他權利之標的物。則凡以地役權爲抵押權之標的物者。必歸無效。是又例外之例外。若以供役地或需役地爲抵押。仍爲不動產所有權之抵押也。(民法八五三條八八二條八八三條)

第二抵押權之標的物。須爲可讓與者。

擔保物權之權利人。因出售其標的物。得有金額。始能受清償。蓋抵押權者。擔保物權也。苟以不可得而讓與之物。即不融通物。(又名不可有物)爲抵押權之標的物。則債務人不清償債務時。抵押權人將無從賣出之。以先受其賣得金之清償。詎非使抵押權有名無實乎。至所謂不可讓與之物者。如公有道路及其他公有建物之類是也。我新民法於此。雖無明文。然固不可不采同樣之解釋也。(參民草一一三零條參照)

第三抵押權之標的物。須爲現實可以取得者。

抵押權者以將來可以取得之物。爲其標的物。是不管許人處分其尚未得有之權利。匪徵於理論不

合。而繼承人藉此可將被繼承人生前之財產。供抵押之用。實有敗壞風俗之虞。故特禁止之。此在  
新民法亦無規定。應依據學理解釋者也。(舊民草一一)  
三一條參照)

第三抵押權之標的物。須爲物之全體。

物之一部。不得爲抵押權之標的物。此物權之性質當然之結果。但分別共有物。不妨爲抵押權之標  
的物。蓋分別共有。乃爲達其共同目的而設。不至因此而害及分別共有人之利益也。此在民法之  
解釋。亦有同然者也。(舊民草一一)  
三二條參照)

第四抵押權之標的物。須爲在設定時指定之物。

抵押權之標的物。爲不動產。此不動產尤須於設定權利時。特別指定。不得以總財產充之。蓋不如是。  
則易使第三人蒙不測之損失。有害交易之安全也。(舊民草一一)  
三三條參照)

第五抵押權之標的物。須爲抵押人之所有。

非自己所有之權利。不得讓與於他人。此法律上之原則也。抵押權既使不動產物權上之處分權。歸  
屬於抵押權人。苟抵押人。無此權利。何能使抵押權人取得之。既不能使抵押權人取得處分權。而虛

爲設定。則終不能賣出標的物。以受清償之用。又何貴有此抵押權乎。是以設定抵押權者。不論爲債務人。抑爲第三人。均必爲其抵押物之所有人而後可。否則無以達擔保之目的也。(舊長草一一三七條參照)

## 第二節 抵押權行使之範圍

(其一) 自抵押權標的物觀察之範圍

第一抵押權之效力。及於抵押物之從物與從權利。

抵押物附屬之從物。若屬抵押人所有。抵押權之效力。亦能及之。以使抵押權之信用鞏固。其抵押物之從權利亦然。(例如地役權) 惟該從物於抵押權設定以前。第三人對之取得權利者。則抵押權之效力。不能及之。否則抵押人不能獨立處分其從物。且不足以保護與所有人交易之第三人利益也。(法民二八六條)

第二抵押權之效力。及於抵押物。扣押後。由抵押物分離之天然孳息。

抵押權之標的物。本不移轉於抵押權人。其所有人仍得收益之。若是則抵押物所生之天然孳息。不

應爲抵押權效力所及。然債務不清償而實施扣押時。則與抵押權分離之天然孳息。亦能爲抵押權效力之所及。故此時所有人對於抵押物之天然孳息。失其收益權。且失其處分權。此亦以圖抵押權信用之鞏固也。(民法八六三條)

第三抵押權之效力。及於抵押物扣押後抵押人就抵押物得收取之法定孳息。

抵押物扣押後。則抵押人對於該物之法定孳息。亦失其收益權。惟法定孳息云者。爲使用該物之對價所受之金錢、或其他物之謂也。此孳息必由第三人負清償之義務。抵押權人如欲扣押之。非對於清償抵押物法定孳息之義務人。預先通知。則義務人雖清償於抵押人。不清償於抵押權人。抵押權人亦不得與之對抗。本法所以定此通知要件者。以保護清償法定孳息之義務人之意也。(民法八六四條)

右開說明。係關於標的物範圍之擴張。更進而論標的物範圍之減少。

第一因可歸責於抵押人之事由。而減少價值者。

(一)抵押人之行爲。足使抵押物之價值減少時。抵押權人於此得請求停止其行爲。(別如抵押物抵押人欲改爲耕地。致其價值將有減少之虞。抵押權人得請求其停止之是)蓋債權人之得受完全清償與否。恆視乎抵押物價值之大小爲斷。

斷。故以此請求權昇之抵押權人俾得自衛其利益也。至此請求於審判上爲之。抑於審判外爲之。均無不可。不甯惟是。倘使情形急迫。不能徐俟請求。則抵押權人可自爲必要之處分。以保全權利。此等費用。悉由抵押人負擔之。蓋因彼有此行爲。而後生此費用。使不由彼負擔。而由抵押權人負擔。則抵押權人受損大矣。(民法八七一條)

(二) 抵押人之行爲。已使抵押物價值減少時。抵押權人於此得請求抵押人回復抵押物之原狀。或提出與減少價額相當之擔保。其依此以鞏固權利。不使標的物之範圍實際上減少者。與上段所述正同。(民法八七二條一項)

第二因不可歸責於抵押人之事由。而減少價值者。

抵押物之價值。因第三人之行爲。或其他不可歸責於抵押人之事由而減少。在理論上。法律上。本不能責抵押人爲之回復原狀。或提出擔保。然抵押人既受損害賠償於第三人。則抵押權人得就抵押人所受賠償之限度內。請求提出擔保。庶抵押權人不至獨受損害也。(民法八七三條二項)

(其二) 自抵押權所擔保之債權以觀察之範圍



抵押權所擔保之範圍。應以登記之債權額爲限。因抵押權爲不動產物權。必須依登記以生效故也。然絕對的貫徹此原則。則債權人不足受擔保物權之完全保護。故我新民法第八六一條特規定左列諸項。如設定行爲。(即約)無特別訂定者。均應爲抵押權所擔保焉。

### 第一原債權。

原債權之全額。應受抵押權之擔保。自不待言。此種原債權。抵押權人於登記時。須記明其債額。以登記之。

### 第二利息。

此項利息。指由債權所生之約定利息。或法定利息而言。

立法例中。有限於已至清償期最後二年分。(日本民法三三四條參照)或三年分。(我舊民律一一三八條參照)之利息者。例如

甲於民國十年元月。向乙借款一千元。以其田畝爲抵押物。月息五釐。而其清償期。則以民國十九年十二月三十一日爲度。設乙於民國十九年十二月。實行抵押權。則原債權一千元之外。加以民國十八年分十九年分。(此就日制二年分而言者。就舊民律章論則更加十六年分即足)滿期最後之二年分利一百二十元。合計得一千一百

二十元。則乙得就一千一百二十元。以行抵押權於甲田畝之上。而自十年至十七年之利息。(八百四十元)則不得行抵押權。所以爲此制限者。蓋利息通常於每期請求。積年延宕。事所罕有。是故他之債權人。雖知有抵押之債權。附有利息。而延宕積至若干年。均由抵押而被擔保。在理殊不之信。苟以總利息爲名。而行抵押權。則他之債權人。未有不蒙不測之損失矣。此所以於利息之年分加以限制也。我民法不設此限制。不可謂非缺憾也。

### 第三遲延利息。

凡因金錢債務不履行而生之損害賠償。謂之遲延利息。此賠償金。常以約定利率。或法定利率爲標準。隨清償期之經過而發生。我民法亦不設一定年度之範圍。而在舊民草(一一三八條參照)則以四年以內者爲限。例如甲乙間之金錢債務。以民國十二年末爲清償期。苟甲不如期清償。乙於民國十七年十二月。始實行抵押權。則對於民國十二年後四年內之遲延利息。(即民國十三年至十六年之遲延利息)行使權利於甲之擔保物之上。此其限制之理由。亦與上同。茲不贅及。

### 第四抵押權實行費。

#### 第七編 抵押權

此即抵押權人於實行抵押權時。所支出之必要費用。既因債務人不清償債務而起。故亦應以抵押權擔保之也。

以上抵押權擔保之範圍。當以當事人之設定行為爲上。無特約者爲限。苟有特約。則不可不依當事人之意思。如設定行為。僅約擔保原債權。則原債權以外之金額。不爲抵押權所擔保。抵押權人卽不能因利息實行費等。行使權利於抵押物之上矣。(同條但書)

## 第二章 抵押權之效力

### 第一節 抵押權人相互間之關係

一 不動產。苟僅可設定一箇抵押權。則無所謂抵押權人相互間之關係。然一不動產之價值。未必僅與一債權之金額相當。故爲不動產所有人之便益計。許其於同一不動產之上。設定數個抵押權。既有標的物同一之數個抵押權。則此抵押權人與彼抵押權人之間。權利不能無所優劣。因之抵押權次序之問題以起。凡抵押權次序先於他人者。其權利優於他人。例如債務人甲對乙負五百元債務。對丙負四

百元債務。對丁負三百元債務。而均以其價值千元之家屋爲抵押物。假使甲乙間抵押權之次序。先於甲丙。甲丙間抵押權之次序。先於甲丁。則乙爲第一位抵押權人。丙爲第二位抵押權人。丁爲第三位抵押權人。設其後實行抵押權。卽當以甲家屋賣得金千元。先清償乙之債權額五百元。次清償丙之債權額四百元。而以其餘額百元。清償丁之債權。是乙丙因次序較先。均受完全之清償。丁因次序較後。遂獨受不完全之清償。然則權利人順位之先後。關係匪細。故我民法爲防爭議規定左列之通則焉。(民法八六五條)

前段  
參照

第一標的物同一之數抵押權。其次序以登記之先後定之。(同條後段參照)

不動產物權以登記爲要件。則先登記者之權利。優先後之登記者。故不得以設定行爲之先後爲標準以定之。如前例中之乙丙優於丁者。亦必其抵押權登記先於丁而後可。使丁先乙丙而爲登記。則乙丙之抵押權。雖先設定於丁。而受不完全之債還者。不在丁而在乙丙。此蓋所以維持登記制度之意也。

第二抵押物賣得之價金。按各抵押權人之次序分配之。其次序同者平均分配之。(民法八七四條)

抵押權人之次序異者。依次序以分配抵押物賣得金。自不待論。使因同時登記之故次序相同則權利無所優劣。其能受完全之清償與否。各抵押權人共之。故平均分配其抵押物賣得金。最爲公允也。

## 第二節 抵押權人與抵押人之關係

欲知抵押權人與抵押人之關係。當分述其權利義務如左。

### (其一) 抵押權人之權利義務

第一抵押權人得於清償期屆滿。未受債務人清償時。實行其權利。

此爲抵押權當然之結果。其實行方法。卽將抵押物變價。就其賣得金額。先他人而受清償是也。民法所定之變價法。曰拍賣。由抵押權人聲請法院爲之。然抵押權人實行權利。使除聲請拍賣外。別無他法。則亦常覺其不便。故本法又許其於不害設定抵押權人之利益範圍內。依左列兩法以行使權利焉。(民法八七三條一項)

(一)得與抵押人訂立契約。取得抵押物之所有權。以代清償。一抵押人自願讓與抵押物所有權

於抵押權人。則可以免清償之義務。即在抵押權人。亦可以免聲請拍賣之程序。於兩方均爲便利。故許其依抵押權人與抵押人之合意以爲之。惟此法須行於債權清償期屆滿之後而後可。(民法八七八條本) 故於清償期屆滿以前。豫約於滿期而未爲清償。將抵押物之所有權。移屬於抵押權人者。其約定爲無效。(民法八七七條三項) 蓋所以保護抵押人之利益也。

(二)得以拍賣以外之方法。處分抵押物。此亦必在清償期屆滿後而後可。清償期屆滿以前債務人清償與否。尚在不可知之數。既不得聲請拍賣。遑論其以拍賣以外之方法。處分抵押物乎。(民法八七八條本) 文後段參照。

右述兩法。以無害於其他抵押權人之利益爲限。(民法八七八條但書參照) 否則。仍不得行之也。

第二抵押權人於抵押物減價。或有減價之虞時。得分別爲停止其行爲之請求。回復原狀。或提出擔保之請求。

此已於第二章說明之。茲不贅。(民法八七一、八七二條)

第三抵押權不得由債權分離。而爲讓與。或爲其他債權之擔保。

日本民法許抵押權人爲他債權人之利益讓與其抵押權。又許抵押權人以其抵押權爲他債權之擔保。(日民法三七五條)我民法則皆禁止之。蓋以抵押權爲從的物權。與主債權有不可離之關係。使爲他債權人之利益計。離主債權而讓與其抵押權及次序。或爲自己之利益計。以抵押權爲他債權之擔保。則大反乎抵押權爲從的物權之本質。且使法律關係愈趨複雜。於抵押人往往不利。故特禁止之也。

(民法八七零條)

(其二) 抵押人之權利義務

第一抵押人於設定抵押權後。得就同一不動產上。再設定地上權及其他權利。

此爲抵押人之利益計而許之。蓋抵押權人得優先受償。抵押人雖再設定他種權利。然其抵押權並不因此而受影響。故於彼亦無損也。(民法八六六條)

第二抵押人於設定抵押權後。得將不動產讓與於他人。

抵押人以既供抵押之不動產。讓與他人。不過抵押物之所有人變更而已。然其抵押權。並不因此而受影響。即於抵押權人。毫無所損。故本法許之也。(民法八六七條)

第三抵押人得將抵押之不動產。分割或讓與其一部。或將擔保一債權之數個抵押不動產之一。讓與於他人。

此說明已見第一章。故不贅。本法所定之條件亦與上同。即抵押權不因此而受影響也。(民法八六八條)

### 第三節 抵押權人與第三人之關係

抵押權人與第三人之關係者。謂第三人代償債務時。對於抵押權人有如何之關係也。夫第三人以自己所有之不動產。為債務人設定抵押權。其地位確與保證債務之保證人無異。若代債務人清償債務。或因抵押權人實行權利。而失其抵押不動產上之所有權。則抵押權已就消滅。彼與抵押權人間。固絕無問題。而對於債務人。則依保證債務之規定。當然發生其求償權。否則債務人坐享其利益。第三人坐受損害。其不公孰甚焉。(民法八七九條)

## 第四章 抵押權之實行



債務人屆期不爲債務之清償。則抵押權人得賣出其權利之標的物。以充清償。所謂抵押權之實行也。實行之法。由抵押權人聲請法院以拍賣程序行之。(本法八七三條一項參照)茲更述有關於拍賣之實體的規定如左。

甲、拍賣之標的

債務人已屆清償期而不清償。則抵押權人可實行權利。拍賣其標的物。是拍賣期。以在清償期。以後爲原則。此事實之當然也。至拍賣之標的物。斯即抵押權之標的物。實言之。非土地卽建築物也。土地與建築物。在法律上爲各別之不動產。是買賣就土地行之者有之。就建築物行之者有之。然拍賣之結果。每使土地所有人。與土地上之建築物所有人。關係因以複雜。茲分別說明之如左。

第一 土地及土地上建築物之所有人。僅以土地或建築物抵押於人者。

土地及土地上建築物之所有人。僅以土地或建築物抵押於人。其後抵押權人實行權利。而拍賣其土地或建築物。則其結果。必使土地與建築物之所有人各異。故本法規定此種情形。設定抵押權人與設定地上權人同視。(本法八七六條一項前段)如抵押權之標的爲建築物時。拍賣後建築物所有人視爲取

得地上權於他人土地之上。仍得依建築物。以利用其土地。如抵押權之標的物爲土地。拍賣後建築物所有人。(即土地抵押於人既經拍賣。而惟有建築物所有權之人)視爲保留地上權於自己。亦仍得依建築物以利用其土地。如是則抵押物雖經拍賣。而土地所有人。與土地上建築物所有人間之關係。仍極明確。要即視拍賣後。土地之建築物所有人爲地上權人。俾不受損害而已。惟地上權人。以有償使用他人之土地爲原則。故建築物所有人。恆須支付地租於土地所有人。其地租之額。以當事人之協議定之。協議不諧時。得聲請法院定之。(民法八七六條一項後段)

## 第二 土地及土地上建築物之所有人。以土地及建築物皆抵押於人者。

土地及建築物。屬於一人所有。而均以爲抵押權之標的物者。其後抵押權人因實行抵押權。將土地及建築物。并付拍賣。苟拍定人不同。則其結果。必使土地及建築物。各異其所有人。如甲以所有之土地房屋。抵押於乙。其後乙實行權利。丙拍受房屋。丁拍受土地。或甲以土地抵押於乙。以房屋抵押於丙。其後乙丙均實行權利。乙以之拍賣於丁。丙以之拍賣於戊。此亦常見之事。本法欲使此等相互關係。明確而無膠轕。故又規定其與前項相同。視土地所有人爲設定地上權人。建築物所有人。爲取

得地上權人焉。(民法八七六條二項)

第三 土地所有人以土地抵押於人後。復在抵押地上、營造建築物者。

土地所有人於設定抵押權後。復在該土地之上營造房屋或其他建築物者。此時抵押權人因實行權利。於必要情狀之下。得將其建築物與土地并付拍賣。蓋僅得拍賣抵押地。恐抵押權人有所不利故也。如抵押權人爲自己利益計。仍以專拍賣其抵押地爲利。則不將抵押地上之建築物。并付拍賣亦可。又抵押權人。雖得將抵押物之土地。并其抵押地上之建築物。悉行拍賣。而其抵押權。究以土地爲標的。故拍賣之結果。抵押權人亦僅就土地之代價。得行其優先權。建築物之代價則否。如此規定。庶不至過厚於抵押權人。而使抵押人及普通債權人。受非常之損害也。(民法八七七條)

乙、拍賣之結果

抵押物既爲抵押權人所拍賣。則抵押人即喪失對於抵押物之所有權。此爲事理所當然。至拍賣之後。抵押權人應如何而受拍賣價金之分配。此在本法亦有明文規定。據第八七四條之規定。以觀各抵押權之次序異。則順次分配。次序同則平均分配。此固無何等問題。因其抵押物祇有一箇故也。今使抵押

權人數名。其中之一人。以一個債權。而有抵押權在數個不動產之上。則其拍賣所得金。如何分配。與各抵押權人相互之利害。不無影響。故法律又須規定及之。茲分述其方法如左。

第一 債權人於數箇不動產上有擔保一債權之抵押權。而應同時分配價金者。(八七)  
(五條)

例如乙對於甲有一千元之債權。甲以東南西三個土地。為抵押物。東地值一千元。南地值六百元。西地值四百元。使乙將甲土地。同時拍賣。而分配其價金。則以債權額一千元。與土地價相比例。分配擔負於各土地。以受其清償。於是甲於東地價金一千元中。領收五百元。於南地價金六百元中。領收三元。於西地價金四百元中。領收二百元。合計共一千元。得完全之清償焉。本法所以為此規定者。蓋以抵押權為不可分之權利。乙之抵押權標的物。東南西三地。均擔保債權額千元之全部。乙得任意就其債權金額。行使權利於各土地之上。如就東地賣得金。領收千元。以清償債權全額。或先就南地賣得金。領收六百元。復就西地賣得金。領收四百元。以清償之。為乙計。固無所不可。然此三個土地上。使復有其他之抵押權人。則其利益。必大受損害。例如乙抵押權之外。丙對甲有五百元債權。甲嘗以東地抵押之。丁對甲亦有三百元債權。甲嘗以南地抵押之。使乙苟專就東地以行權利。則東地賣得金

千元。以充乙債權額千元之清償。而適盡。丙必至於一金不能得矣。又使乙就南西兩地以行權利。必至於一金不能得矣。由是觀之。乙之抵押權行使方法如何。足使或抵押權人利得。或抵押權人虧損。其結果之不公平殊甚。故惟按各不動產之價以受分配。則丙丁可各受債權之清償。而於乙亦毫無損害。何則乙就各抵押地行使權利。與就一抵押地行使權利。其受債權額全部之清償者一。而依分配擔負之法則。東地賣得金千元。除負擔抵押權人乙之債權額五百元外。尚餘五百元。足以清償丙之債權額。南地賣得金六百元。除負擔抵押權人乙之債權額三百元外。尚餘三百元。足以清償丁之債權額。西地賣得金四百元。除負擔抵押權人乙之債權額二百元外。尚餘二百元。以充拍賣及其他之費用。豈非使乙丙丁抵押權人均不受損。為調和相互權利之最善方法乎。(我國民草一五二條一項日民三九二條參照)

第二 債權人於數不動產上有擔保一債權之抵押權而僅以一不動產之價金行分配者。

此時抵押權人得就其價金。受全部債權之清償。蓋前所述。抵押權負擔之分割。本所以保護次序相同之抵押權人。若次序不同之抵押權人。猶用分割負擔之方法。則位次在先之抵押權人。不能及時

得償權金額之清償。且他項抵押物亦難保異日無滅失毀損之虞。非所以保護抵押權人之道。故以明文規定。使抵押權人。得受全部之清償焉。(我舊民草一五二條二項日)唯抵押權人中之一人。於數抵押物中。就一抵押物之價額。已受全部之清償者。其次位抵押權人。就已受清償之抵押權人。在彼不動產上。應受清償之金額限內。得行使其抵押權。所謂抵押權人之代位是也。蓋前抵押權人。於數個抵押物中。就其一個之價額。受全部清償。則此物上之次位抵押權人。即不能再行使其權利。而他個不動產上之次位抵押權人。或抵押物所有人。則反因前抵押權之消滅。而反受意外之利益。法律爲預防此不公平之結果計。故於此時。使因前抵押權之行使。而受損失之次位抵押權人。得在他抵押物上代前抵押權人之位而行其權利。(我舊民草一五二條三項日)

我新民法。關於此種法律關係。雖有第八七五條之規定。然極不完全。且就法文中之一抵押權人得就各個不動產賣得之價金……「語氣觀之。顯係任意法規。而非強行法規。其流弊之所及將有不可勝言者。余故就舊民草及日本民法說明如右。習法者不可不深長思之也。

## 第五章 抵押權之消滅

抵押權之消滅原因。同於一般權利之說明。至民法所特爲規定者。則有左列兩種

- 一、主債權之消滅 以抵押權擔保之債權。其請求權已因時效而消滅。如抵押權人於消滅時效完成後。五年間。不實行其抵押權者。其抵押權消滅。(民法八零條)
- 二、抵押物之滅失 抵押權因抵押物滅失而消滅。但因滅失得受之賠償金。應按各抵押權人之次序分配之。(民法八一條)

## 第八編 質權

質權爲物上擔保之一種。卽所謂擔保物權是也。自羅馬法以來。各國立法例。關於質權。概別之爲三種。雖其間因立法思想之遞嬗。經濟思潮之變遷。與乎習俗時代之推移。致法律之規定。不無異同。而其基礎觀念。要無大謬。所謂基本觀念奈何。卽「質權者。謂債權人爲其債權之擔保。占有債務人之物。」(即動產是)且就其物而有優先於他債權人受清償之權利也。此羅馬法以來最通行之界說。無論屬於法蘭西法派。或德意志法派。之立法例。要皆奉之爲圭臬者也。

所謂質權之類別。凡三。卽不動產質權。動產質權。權利質權是已。引伸言之。(一)不動產質權者。謂權利人。因擔保債權。得占有向債務人或第三人領受之不動產。並於其不動產之賣得金。較他債權人先受清償之物權也。(二)動產質權者。謂權利人因擔保債權。得占有向債務人或第三人領受之動產。並於其動產之賣得金。較他債權人先受清償之物權也。(三)權利質權者。質權之標的物。存於所有權以外之財產權者也。此三種質權之基本觀念相同。所異者其標的物而已。又質權之本質。雖與抵押權同屬



於擔保物權。然一則移轉占有。一則不移轉占有。是又大相逕庭者也。

各國立法例。雖分質權爲三。然我新民法。則僅認動產質權與權利質權之二種。不動產質權無與焉。蓋自我國自來之習慣。有典權之存在。不動產質權。於社會上所不習見。未能與之苟同。是以不設規定焉。

## 第一章 動產質權

### 第一節 動產質權之性質

動產質權者。質權人因債權之擔保。占有由債務人或第三人移交之動產。並於其賣得金。較他債權人。先受清償之定限物權也。(民法八八四條)茲就此定義。分析說明其性質如左。

第一動產質權者。物權也。

質權之爲物權。各國立法例及學說。並無或異。蓋質權直接行於物上之權利也。惟動產質權以賣却其質物。而優先受償。爲其最終之目的。故與通常以使用或收益爲目的之用益物權。大有區別。惟既係物權。故其質權人對於一般債權人。或此後取得物權之權利人。有優先權。對於第三人有追及權。

又對於妨害質物之人。有排斥權。由是言之。動產質權之本質。思過半矣。

第二動產質權者。就質物之賣得價金。受優先清償之權利也。

物權除所有權以外。自學理上言之。有以物之交換價值爲目的者。有以物之用益價值爲目的者。動產質權。卽屬於前種之目的。而其他之用益物權。(如地上權等)則屬於後種之目的。因之質權之實行。祇有一次。其結果使出質人喪失質物之所有權。若其他用益物權。其行使也。常爲廢續的狀態。其結果亦斷無使義務人喪失其物之所有權之理。此動產質權所以異於其他用益物權也。

第三動產質權者。依法律行爲以成立之物權也。

動產質權之設定。以債務人或第三人。與債權人間之法律行爲而設定。此與抵押權略同。而與留置權有異矣。蓋留置權者。非依當事人之意思表示。乃由於法律之直接規定而發生者也。

第四動產質權者。以占有質物爲要素之權利也。

動產質權與抵押權。均爲擔保債權而成立之物權。惟一則不移交占有。一則移交占有。此爲其顯著之差異。故法律規定。質權之設定。因移轉占有而生效力。(民法八八五條一項)蓋質權之本質。係排斥他人。以

質物供自己債權之清償者。假使不由質權人占有質物。何以排斥第三人。且何以使第三人。知該質物上有質權之設定。但代理占有者。不在此例。惟仍不得使出質人。代自己占有質物。(同條三項)

於茲有宜注意者。即質權成立之要素。與質權存續之要素。不必一致也。蓋質權成立。固當占有質物。及其債權。惟既生之質權。一旦離質物之占有。其質權仍未消滅。其與留置權相異者。即在於此。若留置權。其物之占有。不但為留置權成立之要素。且為其存續之要素也。

#### 第五動產質權者。動產物權也。

動產質權者。於特定有體動產之上。設定質權之謂。動產質權有廣狹二義。廣義之動產質。係包含狹義之動產質權及權利質權二者而言。狹義之動產質。則專指動產為標的物之質權而言。我民法於質權一章中。分別規定動產質權。與權利質權。則知此際所謂動產質權。乃采狹義的觀念。所不待言也。

#### 第六動產質權者。從屬於債權之擔保物權也。

擔保物權者。因擔保債權而存在之物權也。從物權者。從屬於主權利之存在而存在者也。質權所以

擔保主債權而存在者。故謂之從屬於債權之擔保物權。此種觀念。自羅馬以來。學者皆公認之爲原則。近世德意志學者。多倡對物信用之說。遂有謂質權之附從於債權。不過事實上常有之現象。而非其性質上當然之要素者。我民法明定質權爲擔保債權之權利。所以其爲從物權之性質也。

#### 第七動產質權者。定限物權也。

物權有完全物權。與定限物權之分。定限物權。謂非自己之所有物。乃於他人之所有物上而行其權利者也。動產質權。實與此觀念相符。故爲定限物權也。

於此有宜注意者。卽動產質權得設定於債務人或第三人之所有物上。然不得設定於債權人自己之所有物上。故動產質權人。若取得質物之所有權。則動產質權。卽依混同之原則而消滅。但斯時質物之所有人。關於質權之存續有法律上之利益。則不在此限。(民法七六條參照)例如甲將其所有物順次質入於乙及丙。而使乙及丙共同之代理人保管。此後因乙死亡。甲爲乙之繼承人。如丙行使質權。則乙得主張自己之質權。而求優先於丙是。何則蓋乙關於質權之存續。有法律上之利益故也。

#### 第八動產質權者。不可分之物權也。

動質權人以主債權存在爲限。得就質物全部以行使權利。又以質物存在爲限。得就質權全額。以行使權利。故曰質權者。不可分之物權也。

## 第二節 動產質權之設定

### 第一質權之標的物。

動產質權之標的物。有左列之特質存焉。

(一)質權之標的物。須爲特定之有體物。質權爲物權。直接行於物上。故以有體物爲原則。然於權利質則認爲例外。可不以物。而以權利爲標的物。是蓋爲增進交易上之便益計。於有體物外。認權利亦得爲質權之標的物也。

(二)質權之標的物。必爲可讓與之物。質權人得行使質物所有人之處分權。賣出其物。以供自己債權之清償。故質權之標的物。以可讓與者爲必要。使其性質不可讓與。(例如人身)抑依法律之規定。不可讓與。(即法律所禁讓與之物。例如鴉片)而以之爲質物。則債務人不履行債務時。質權人無從賣出。以得其

價金。何以全質權之效用乎。觀於民法第九百條謂權利質。必以可讓與之債權及其他權利爲標之物。則動產質之標的。尤必爲可讓與者明矣。

(三)質權之標的物。須爲出質人之所有物。或爲其有處分權之物。非自己所有之物。或無處分其物之權。則安能設定質權於其上。此當然之理也。然於此亦有例外。皆依本法之特別規定而生者。試述如左。

甲、轉質 質權人於質權存續中。得以自己之責任。將質物轉質於第三人。(民法八九一  
條前段參照) 則非物  
之所有人而亦得設定質權於質物之上。此一例外也。

乙、占有 質權人占有動產。而受關於占有規定之保護者。縱出質人無處分其質物之權利。質權人仍取得質權。(本法八八  
六條參照) 蓋一方以保護質權人。他一方又以保護真正之所有人者也。

### 第二質權之設定行爲

質權之設定。以依法律行爲(即依設  
定行爲)爲本則。依時效可否設定取得質權。實一疑問。理論上固無不可。然自具體上言之。則又不然也。付於此問題。唯有俟諸將來學術之進步以論定之。至由繼承以取

得質權。則又毫無疑問者也。

## 第二節 質權之效力

質權有一般物權之效力。自不待言。本節所論究者。關於質權之特別效力。

### 第一質權擔保之範圍。

質權所擔保債權之範圍。除設定行為有特別訂定者外。可推測當事人之意思如左。

- 一、原債權 卽債權所受主要之給付者是。
- 二、利息 利息附原債權而生。既設質權以擔保原債權。則並其利息擔保之。亦事理之當然者也。
- 三、遲延利息 因金錢債務不履行而生之損害賠償。謂之遲延利息。使質權擔保不及此。則無以爲債務不履行之制裁矣。

四、實行質權費用 如拍賣物受領價金時。所需之費用皆是。此費爲實行質權所必要。亦由質權設定而生之結果。故當然以質權擔保之。

五、因質物隱有瑕疵而生之損害賠償。質物已有瑕疵而交付於債權人。是明明使之受損也。此損害因質物發生。當然由出質人賠償之。即使出質人以質物任賠償之責。亦不爲過也。

上述質權擔保之範圍。無非推測一般當事人之意思。苟其設定行爲上。已表示反對之意思。而爲特別訂定。則從其所訂定者可也。例如設定時。專約以質權擔保原債權。是原債權以外。卽爲其擔保所不及。質權人不能違反特約。以責其所不應爲者也。(民法八八七條但書)

### 第二質物保管之義務。

質權人應以善良管理人之注意。保管質物。(民法八八八條)蓋質物雖占有於質權人。而當質權人實行權利以前。其所有權。究屬於出質人。使質權人。不以善良管理人之注意。保管之。則出質人必受損害。且使質權人不善保管質物。至其後欲實行權利。賣却以清償。價金必致減損。於質權人自身。亦至不利也。

### 第三孳息收取之權義。

質權人以不就質物收益爲原則。因動產之性質。與不動產異。恆因收益而生毀損故也。然苟設定行



爲(即特別約定)上。認質權人有收益權。則亦不必反當事人之意思而禁止之。故由質物而生之孳息。設定時。有由質權人收取之特約。質權人即得依特約以收取。蓋無害於公益者。法律上仍以尊重當事人意思爲必要也。(民法八八九條)

質權人既有收取孳息權。則當收取時。不可不負一定之義務。茲分述如左。

(一)質權人應以與自己財產同一之注意。收取孳息。并爲計算。物之所有權不屬於質權人。則質權人固有收益權。不惜物力。利用他人之物。以獲孳息者有之。任意動用其孳息。而不爲詳晰計算者有之。本法欲保護出質人之利益。故必責質權人以與自己財產同一之注意。收取孳息。並爲計算。此其義務一也。(民法八九零條一項)

(二)質權人應將孳息金。先抵收取費用。次抵債權之利息。與原債權。質權人所收取質物上之孳息。除先抵收取費用外。尙應減少債務人原債權及利息之負擔。而非爲質權人單純之收益。故本法規定。孳息所抵除之次序如右。此其義務二也。(同條二項)

第四質物轉質之關係。

轉質者。質權人對於自己之債權人。交付質物。以爲其債務之擔保是也。質權爲物權之一種。本可讓與於人。惟附屬於主債權。而爲從的物權。故非將質權。並其所擔保之主債權。同時移轉之。尙難發生轉質之效力。此理論上當然之結果。然法律所定轉質之要件。尙不止此。卽（甲）質權人應以自己之責任。而爲轉質。（乙）其因轉質所受不可抗力之損失。亦應負責。（本法八九一條）蓋質物轉質於第三人。與出質人之利害關係甚大。使不依一定之條件。而任意爲之。則出質人將蒙不測之損害焉。

#### 第五質物賣却之實行。

（一）因質物有敗壞之虞。或其價值顯有減少。足以害及質權人之權利者。質權人得拍賣質物。以其

賣得價金。代充質物。（民法八九二條）

（二）質權人於債權已屆清償期。而未受清償者。得拍賣質物。就其賣得價金。而受清償。（民法八九三條一項）

約定於債權已屆清償期。而未爲清償時。質物之所有權。移屬於質權人者。其約定爲無效。（同條二項）

右列兩種情形。質權人應於拍賣前。通知出質人。但不能通知者。不在此限。（民法八九四條）

抑質權人於債權清償期屆滿後。爲受清償。得訂立契約。取得質物之所有權。或用拍賣以外之方法。

處分質物。但有害於其他質權人者。不在此限。(民法八九五條)

### 第四節 質權之消滅

動產質權之消滅原因。除一般物權所共通者外。本法所揭者如左。

(一)主債權之消滅。質權爲從物權。以主債權存在爲前提。主債權因清償混同抵銷更改或免除而消滅時。則質權失其存在之基礎。亦當然消滅。且其消滅時。質權人尙有一定之義務。卽應將質物返還於有受領權之人是也。(民法八九六條)

(二)質物之返還。質權人向出質人返還質物。則質權消滅。於此情形。當事人卽欲保留質權。使其存續。亦無效力。(民法八九七條)

(三)占有之喪失。質權人喪失其質物之占有。不能請求返還者。其質權歸於消滅。(民法八九八條)

(四)質物之滅失。質權因質物滅失而消滅。如因滅失得受賠償金者。質權人得就賠償金取償。(民法八九九條)

## 第二章 權利質權

### 第一節 權利質之性質

權利質者。質權之標的物。存於所有權以外之財產權者也。就質權之性質言。以直接行於有體物之上爲原則。而凡質權人。能行質物所有人之處分權。又得移轉所有權於第三人。以其價金充自己債權清償之用。是質權名爲以有體物爲標的物。而實與以有體物之所有權爲標的物無異。而其所有權。既得爲質權之標的物。則所有權以外之財產權。苟有交換價值者。設定質權於其上。以擔保債權。亦何不可。各國民法。特於普通質權之外。承認權利質。並許其準用動產質權之規定者。蓋爲增進交易上便益故也。我新民法倣之。(民法九百條)所有權以外之財產權。例如地上權、永佃權、礦業權、版權、特許權、商標權等皆是。而此等財產權。得爲質權之標的物者。尚有一大要件。即可以讓與他人是也。若親權夫權等之身分權之本身權。其權利之本質。因無財產之性質。且專屬於特定之人。固不得爲質權之標的物。即

因是而發生扶養費請求權、喪葬費請求權。雖有財產上之性質。然係專屬權。特定人而非可以讓與者。亦決不適於爲債權之擔保矣。

## 第二節 權利質之通則

權利質既不以有體物爲標的物。而以權利爲標的物。則關於動產質權之規定。有能引用者。有不能引用者。今揭舉其法則如左。

### 第一權利質之準則。

權利質之準則。可分爲二。卽一般的準則。與設定的準則。是已。(甲)一般的準則者。卽謂以權利爲質於人。其入質以後。出質人與質權人雙方之權利義務。準用關於動產質權之規定。但本法有特別規定者。又當別論。(本法九等) 例如權利質擔保之範圍。權利質孳息之收取。及轉質消滅等法。則皆準用動產質權之法則是也。(乙)設定的準則者。卽謂權利質之設定。依關於其權利讓與之規定爲之也。(本法九等) 愛動產質權。以移轉標的物之占有於質權人爲要件。若權利質之標的物。非自體物。

(本法九等)  
(二條參照)

乃權利也。無占有之可言。何從而移轉之。既無所謂移轉占有。則權利質之設定。何以發生效力。本法謂讓與權利之規定。以設定之。蓋以爲權利質標之物之權利。與爲動產質權標之物之有體物地位適同。在彼則移轉有體物於質權人。在此則讓與權利於質權人。其依是以固質權人之權利。而免第三人之損害者。一依設定行爲以生效。則無不同也。

### 第二權利質之實行。

動產質權。得依拍賣方法。使其被擔保之債權受清償。然此法則。不能適用於權利質。蓋權利質之標之物爲權利。何從而拍賣之。若是則權利質權人實行權利時。亦惟有依拍賣以外之方法。如依債權之支付命令、執行命令等。以受清償是。此亦根於其性質而生之當然結果也。(參民草一二四四條參照)

### 第三權利質之變滅。

爲質權標之物之權利。非經質權人之同意。出質人不得以法律行爲。使其變更或消滅。(民法九三三條)蓋恐其有害於權利質權人之利益故也。

### 第三節 權利質之特則

#### 第一款 以債權爲標之物之權利質

##### 第一債權質之設定。

債權質者。以債權爲質權之標之物。而以其擔保債權也。此種質權之標之物爲債權。而其所擔保之權利。亦爲債權。故其關係。較爲複雜。本法特設法條以規定之。今先示其設定要件如左。

(一)爲質權標之物之債權。無證書者。債權如無證書。則其質權之設定。應以書面爲之。此與債權之讓與相類。蓋因無可交付之有體物。不得已而以訂立書據之法代之也。(民法九零四條前段)

(二)爲質權標之物之債權。有證書者。債權既有證書。則設定時。債務人並應交付證書於債權人。蓋占有證書所以定債權之所在。以此代標之物之占有。一以使債權人之地位鞏固。一以使第三

人易於認識債權之所屬。而不至受意外之損害也。(同條後段)

##### 第二債權質之效力。

債權質之質權人。其優先受償權。必俟質權所擔保之質權。清償期屆滿。而後可以行使之。此當然之理也。然於此有一問題。質權所擔保之債權。與爲質權標之物之債權。其清償期未必一致。使一先一後。其效力將如何。此誠有研究之必要。茲依本法規定分別說明如左。

(一) 爲質權標之物之債權。其清償期。先於所擔保之債權之清償期者。質權人自己之債權。(即質權者)未達清償期。則爲其質權標之物之債權清償期。雖已屆滿。質權人亦不能取第三債務人(即爲質權標之物之債權之債務人)所清償之標之物。以充自己債權之清償。然使因質權人不能取第三債務人債權之目的物。以清償己之債權。遂以其標之物。仍付與設定質權之債權人(即出質人)。則恐設定質權之債權人。有濫行消費其標之物。而使質權不能鞏固者。故此時質權人。有請求第三債務人。提存標之物之權利。標之物提存之後。質權人之質權。遂變爲以提存之標之物爲標之物。不以債權爲標之物矣。其提存而爲金錢。則質權存於提存金之上。其提存而爲物品。則質權存於提存物之上。俟其所擔保之債權。屆滿清償期。而後以提存金錢或物品。充自己優先受償之用。如是則質權得完全之保護矣。(民法九零五條)



(二)爲質權標之物之債權。其清償期。後於所擔保之債權之清償期者。質權人自己之債權。已逾清償期。應得行使其優先受償之權利。然因爲質權標之物之債權。清償期尚未屆滿。則第三債務人。無必須清償之義務。以此之故。使質權人不得行使權利。又使設質權之債務人(質人)藉此以免如期清償之責。豈非不公平之甚。故此時質權人。應得主張自己之債權。向第三債務人。直接索取之。其索取者爲金錢。抑爲他物。則視擔保之債權性質如何以定之。如其標之物爲金錢。質權人即索取與自己債權額相當之金錢。因之其質權與已受出質人之清償者同視。而歸於消滅。又如其標之物。爲金錢以外之他物。質權人即索取債權標之物之全部。歸其占有。以暫時存續其質權。如此則質權人之權利。不至瀕於危險矣。(民法九零六條)

抑於此有亟應注意者。卽爲質權標之物之債權。其第三債務人受質權設定之通知者。如向出質人或質權人一方爲清償時。應得他方之同意。他方不同意時。第三債務人應提存其爲清償之標之物。(民法九零七條)此蓋所以使第三債務人及時脫離其債務關係。而免受無謂之羈勒也。

## 第二款 以有價證券爲標之物之權利質

有價證券之發行。所以圖債權移轉之容易。其證券之持有人。即爲債權人。持有人以證券爲質物。質入於質權人。則與以債權質入者無異。然債權與有價證券。雖均以給付爲標的。而亦有情形不同者。如有價證券質。得以證券交付質權人。而債權質則不必均有證書。可以交付質權人。故以有價證券爲標的物之權利質。又不能不特設明文以規定其權利關係焉。試分述如左。

### 第一有價證券質之設定。

無記名證券質之標的。雖在證券上之權利。而不在證券。然證券與證券上之權利。相依附而不可分離。故無記名證券之質權。其設定也。須交付證券於質權人。始生效力。(民法九零八條前段)故與動產質權之設定。同其旨趣焉。

有價證券有得以背書之法。讓與於他人者。以此種證券爲質物。其應交付證券於質權人。固不待論。惟並應依背書之方法爲之。此又於設定時。所應加之意也。(民法九零八條後段)

### 第二有價證券質之實行。

證券上之權利。原爲有價證券之主要標的。宜於迅速實行。使礙於債權之償還期。尙未屆期滿。而不

敢索取之。抑雖有必要情形。亦不得發通知於債務人。以保護自己及出質人之利益。則其質權。安望其有完全之效。本法卽以此故。許證券質之質權人。得於主債權清償期以前。索取主證券上之權利。或發必要之通知。又規定債務人亦僅得向質權人爲給付。如是則質權人之利益鞏固。交易上始得  
以有價證券質之效力與一般動產質同視焉。(民法九零九條)

### 第三有價證券質之效力。

就有價證券自身之效力言。其持有人恆有受取利息、定期金、分配利益之權利。故利息證券、定期金證券、分配利益證券。皆附屬於主證券。由有證券之占有人。一並持有之。而持有人以證券質人者。交付主證券之時。並交付此等附屬證券者有之。而不交付之而自行留保者有之。如自行留保。則質權之效力。當然不及於此等附屬證券。如一並交付於質權人。則質權之效力。當然能併及之。以後質權人卽得收取利息、定期金、分配利益等。以充自己債權之清償。此關於有價證券質行使權利範圍之定則也。(民法九一零條)

## 第九編 留置權

留置權之法律關係。綜錯複雜。莫可端倪。自羅馬法迄今。諸國立法例及學說。尙未歸於一致。以故於法理上殊有研究之價值。而其研究之範圍。尤應以留置權之起源。爲其始點焉。

關於留置權有民事的與商事之分。而其起源各有不同。前者發其源於羅馬法。後者發其源於意大利。試伸敘之。(一)自羅馬法言之。凡占有人就其物所支出之費用。當未受履行以前。得本於詐欺抗辯拒絕排斥所有人取回其物。而關於債務契約。當事人一造。在受債務之履行以前。亦得本於詐欺抗辯拒絕自己債務之履行。此羅馬法之留置權。乃根據於條理者。在當時純然爲詐欺抗辯作用之一。非如現今諸國以留置爲整個的私權也。因之羅馬法制上。雖有留置權之萌芽。而其一般法則。尙付闕如焉。(二)自意大利言之。當十六世紀間。維時習慣上。雖認商人間之留置權。然於商事法制中。亦鮮規定。有之實自德意志舊商法(第三一條乃)始。匈牙利商法(第三零九條)。德意志前帝國商法(第三六九條乃)繼之。終乃爲日本商法(二四八條)及我舊商志田案(第二編一二三條以下)所採用焉。

以上僅就留置權之起源。述其厓略而已。至關於留置權之性質、效力、實行及消滅等關係。亦各有其歷史。俟於以後各章中分別詳論焉。

## 第一章 留置權之性質

留置權者。謂債權人占有屬於債務人之動產。就其物所生之債權未受清償以前。有留置其物之權利也。(民法九二八條)茲就此定義。分別說明其性質如左。

第一留置權者。物權也。

留置權之爲物權。自我新民法言之毫無疑義。然各國之學說及立法例。則不盡同。請於左方商榷焉。  
(一)法蘭西法制 法蘭西民法中。雖亦有留置權之規定。然其性質。頗欠明瞭。故該國學者間議論。莫如。約之則有兩派(甲)物權主義。謂留置權。乃直接以物爲標的之權利。故爲物權。此主義之要旨。謂物之占有人。得拒絕其物之返還。而行其權利。無須相對人有何等行爲。介於其間。而得直接行之於其物上。且也此權利匪微。可以對抗債務人。(即因留置而有留置權之債務人)即對於取得標的物之所有

權人。以及在標的物上有定限物權之人。亦可對抗。故其性質屬於物權也。(乙)債權主義。謂留置權爲債權之特別的效力。故爲債權。此主義之要旨。謂留置權乃就標的物擔保債權人之債權。不過債務人欲取回標的物時。債權人得以之抗辯。抗辯乃債權之效力。故其性質非物權。而屬於債權也。兩派所采之基本觀察不同。故其立論自異。但自一八六一年五月十三日法國大審院判決例採用第一說以來。第二說已逐漸消失其勢力焉。

(二)德意志法制 德意志前帝國民法。認留置權爲債權。(其實則爲同時履行抗辯權)而列入債務關係法中。

(德民二七三條二七四條)凡留置權之成立。須債權人之債權。與債務人之債權。有牽連的關係。即雙方互負

有債權人債務人之資格。而視同抵銷也。抵銷者何。考諸羅馬法。爲節約清償之方法。並無權利之觀念。然求之德國法例。則不但作爲節約清償。抑且視爲一種之權利。即關於留置權之效力。(即

時爲得抗辯權之效力)亦視同抵銷權也。惟一則爲單純之債權。一則爲繫於物的關係之債權。不無差別耳。

日本民法。認留置權爲物權。而列入物權編中。(日民二九五條至三零二條)我新民法從之。其理由蓋以之擔保債

權。使其效力臻於確實之途也。

第二留置權者。擔保物權也。

擔保物權。爲因擔保債權而發生之物權。實具從的性質者也。留置權既爲債權者。擔保關於其物所生之債權。故其屬於擔保物權也明甚。

第三留置權者。定限物權也。

定限物權之意義。前已屢述之矣。留置權之作用。在於擔保債權。故以留置爲開始。以取償爲終點。是其作用頗有一定之限度。且既以擔保自己債權爲要着。故斷無發生於自己所有物之上者。又恆因相對人提出相當之擔保。而其權利歸於消滅。尤足徵效力之薄弱矣。

第四留置權由債權人留置債務人之動產而發生者也。

留置權基於留置(即占有)其物而發生。而其被留置之物。又以動產爲限。不動產無與焉。故基於此點。而論留置權之本質。又可知屬於動產物權也。至關於留置物所生之債權。其狀不一。應從實際上決之。例如鐘錶舖因修理鐘錶。而受取費用。則修理費未支付以前。留置其物是也。

第五留置權者。不可分之物權也。

凡擔保物權皆具不可分之性質。如抵押權質權之類是。留置權爲擔保物權。則其所擔保者。爲債權之全部。而非可以分割者也。故債權人於其債權未受全部清償前。得就留置物之全部。行使留置權。

(民法九三二條) 卽所以表彰此性質也。

第六留置權者。依法律直接規定而成立之物權也。

物權之中。有依當事人之設定行爲而生者。有依法律之直接規定而生者。前者如抵押權質權(此但等權利亦固有依法律直接規定而發生如法定抵押法定質權是)。後者卽留置權。故留置權無依設定行爲而發生者也。故法定留置權除法律另有規定外。準用本法之規定。(民法九三七條)

第七留置權者。以物之占有爲要素之權利也。

留置權以物之占有爲要素。不但於其發生之時爲然。卽其後留置權存續。亦不可不爲物之占有也。故喪失占有。留置權卽隨之消滅。

於此有一問題。卽留置權與同時履行抗辯權之關係是已。同時履行抗辯權者。謂因契約互負債務者。於他方當事人未爲對待給付前。亦得拒絕自己給付之權利也。(民法二六四條參照)此與留置權相異與否。及



其關係如何。學說尙不一致。

(一)同質說 此說解釋留置權有廣狹二義。以廣義言之。當事人之債權債務。相對人若不履行之。自己亦得拒絕履行。準此推論。則同時履行之抗辯。亦包含於留置權中。於法理上兩者之觀念固無以異也。物權法與債權法。各設特別之規定者。純爲便利起見耳。但狹義的留置權。則僅指物權法上之留置而已。凡法法系諸家學說皆屬之。

(二)異質說 此說謂留置權與同時履行抗辯權。不但名稱相異而已。法理上之觀念。亦全然相異。比較論之。約有數點。(1)同時履行抗辯權。由對待給付契約(即契約)之性質而生。即令法無明文。亦有此當然結果。反之留置權。則爲法律直接規定所特認之權利。此差異之點。(2)同時履行抗辯權。以維持同時履行之原則爲標的。故爲債權之效力。雖他方當事人提供擔保。而此方當事人之抗辯權。仍然存在。反之留置權。則以避免物之占有人之損害爲標的。故一旦相對人提供擔保。則損害自免。留置權因而無存續之必要。應歸於消滅矣。此差異之點。(3)同時履行抗辯權。限於雙方之債務。均已屆清償期時得適用之。而留置權則無論債務人(即物之占有人)負擔之給付。

已否到期。但使債權人（即租）負擔之給付。已屆清償期。則債務人得本其留置權而拒絕給付。此其異點三也。（4）同時履行抗辯權。不必有關於物之占有。雖以行爲不行爲之給付爲標的者。亦可發生。例如甲乙約定。甲雇乙傭工。月資五元。一年爲期。則甲對乙有支付工資之義務。乙即有請付工資之權利。使甲不付工資。則乙亦可拒絕勞役。然此無關於物之占有。故僅得爲同時履行之抗辯。反之留置權。則以有關於物之占有爲標的者。例如甲將衣箱寄託於乙。應支付報酬。甲若不爲支付。則乙可以拒絕衣箱交還是也。此其異點四也。

## 第二章 留置權之要件

留置權之性質。雖如前章所述。然債權人占有屬於債務人之動產。而欲享有留置權。尚須具備左列之要件。（民法九二八條）

（一）債權已至清償期者 留置權爲關於物之占有而發生之物權。必其物之交付義務人之債權。已屆清償期。始得享有此種權利。至其物之歸屬人之債權。是否已屆清償期。要非所問也。但此原

則有一例外。即債務人（物之歸屬人）無支付能力時。則債權人（物之交付義務人）縱於其債權未屆清償期前。亦有留置權。（民法九三條一項）蓋彼債務人已無支付能力。則債權人所取償者。皆留置物是賴。固無拘泥於債權屆期之必要矣。

（二）債權之發生與該動產有牽連之關係者。留置權所擔保之債權。必其債權與該留置物有牽連之因果關係。始有留置權之可言。藉非然者。自不得以此而主張留置。所謂與該動產有牽連之關係者。例如鐘錶店之修理鐘錶。染坊之加染衣服。錶糊店之錶裝字畫等。在該手工作等之取得工資。恆因工作於該項物品上而發生債權。物之歸屬人。不給以工資。物之交付義務人。可留置其物。毫無疑問。然使物之交付義務人。因貸借關係。而對於物之歸屬人。別有債權。則此因貸借關係而生之債權對於該項物品等。毫無所謂牽連之關係。即亦無所謂因果之聯絡。因之不得主張留置權也。

右述之要件。凡商人間因營業關係而占有之動產。及因營業關係所生之債權。亦視為有牽連之關係。（民法九二條）

(三)其動產非因侵權行爲而占有者。留置物之占有。其行爲須適法。蓋物之交付義務人。因侵權行爲而占有其物。則法律上無保護之必要。故縱令因物而負擔費用。或因物而受損害。皆不得向正當權利人請求支付費用也。例如盜他人之物者。雖就其物爲保存。或因改良而施以費用。不能留置其物。又如因詐欺而使他人賣其所有物者。若賣主依其詐欺而撤銷其買賣時。雖買主已支付價金。而於其受價金返還前。不得留置其物之類是也。

### 第三章 留置權之限制

留置權之要件。已如上述。具備此要件者。債權人取得留置權固已。但有下列情形之一時。則仍不能取得之。學者以留置權之限制。稱焉。其情形維何。即(1)動產之留置。如違反公共秩序。或善良風俗者。例如甲以楠木之類。使乙製成棺槨。以供親喪之用。屆時而不能給付工資於乙。乙因之扣留其棺槨。此爲有反於公秩良善者。法律上不認乙之留置。爲有權利是也。(2)其與債權人所承擔之義務相抵觸者。例如債務人以特定物寄託於債權人使其保管。而債權人不得債務人之承諾。自由使用留置物。或質

貸於人。或以之供自己債權人之擔保。凡此皆與自己承擔之義務相抵觸者。即亦不得認為有效。何則。蓋債權人僅有純然留置其物之權。債務人違約而不盡其義務。則拒絕其物之交付斯可已。使逾越留置權之範圍。不得債務人之同意。而為上開之行爲。則是與自己所承擔之義務相抵觸矣。烏乎可。(3) 與債務人於交付動產前或交付時所爲之指示相抵觸者。關於此點至易明瞭。故不贅述。徒增厭感焉。

(民法九  
三零條)

## 第四章 留置權之擴張

留置權之取得。以合乎上述之要件與限制爲必要。但有時不合此中之要件或限制。而債權人仍不妨有留置權者。學者以留置權之擴張稱焉。據我民法第九三一條第一項規定云。「債務人無支付能力時。債權人縱於其債權未屆清償期前。亦有留置權。」此對於要件擴張也。同條第二項規定云。「債務人於動產交付後。成爲無支付能力。或其無支付能力。於交付後。始爲債權人所知者。其動產之留置。縱有前條所定之抵觸情形。債權人仍得行使留置權。」此對於限制擴張也。

## 第四章 留置權之效力

留置權之效力云者。即說明留置權人因留置關係所發生之權利義務也。據我民法規定如左。

### 第一留置權人之權利。

(一)全部留置權 債權於未受全部清償前。得就留置物之全部。行使留置權。(民法九三二條)蓋留置權有不可分之性質。故債權人雖因天災人事而喪失留置物之一部。尚得就其殘部。為債權全部而行使留置權。又或債權人雖已受債權一部之清償。尚得留置其物之全部。又或債務人有數人時。就中一人未為清償而死亡。至使債權人未受全部之清償。則依然得留置其物之全部者也。

(二)費用求償權 債權人因保管留置物。所支出之必要費用。得向其物之所有人。請求償還。(民法九三三條) 債權人因債務人之不為給付。始對於其動產而留置。其因保管而支出費用純屬有利於物之所有人之行爲。使不賦予以求償權。則無異使物之所有人獲得不當得利矣。

(三)孳息收取權 債權人得收取留置物所生之孳息。以抵償其債權。(民法九三五條)此亦事理上當然

之結果。無庸深論者也。

### 第二留置權人之義務。

債權人應以善良管理人之注意。保管留置物。(民法九三三條)蓋債權人既於留置物上享有諸種之權利。則對其物之保管。自不可不負善良管理人之注意。否則僅享權利。而不負義務。於法律上未免有失公平之觀念矣。

## 第六章 留置權之實行

留置權之實行云者。即債權人就留置物而清償其債權之謂也。茲就民法所規定實行之程序如次。

- (一) 清償之通知 債權人於其債權已屆清償期。而未受清償者。得定六個月以上之相當期間。通知債務人。聲明如不於其期限內為清償時。即就其留置物取償。(民法九三六條一項)若不能為此通知者。於債權清償期屆滿後。經過二年。仍未受清償時。債權人亦得行使次項所定拍賣之權利。(同條三項)
- (二) 拍賣之實施 債務人不於右述期限內。為清償者。債權人得依關於質權之規定。拍賣留置物。

或取得其所有權。(同條)  
(二項)

## 第七章 留置權之消滅

留置權消滅之原因如左。

- 一、擔保之提供 債務人爲債務之清償。已提出相當之擔保者。債權人之留置權消滅。(民法九三七條)
- 二、占有之喪失 留置權因占有之喪失而消滅。(民法九三八條)





## 第十編 占有

占有關係。異常重要。就私法言。占有有於時效。就公法言。占有有於領土。就刑法言。占有有於竊盜問題。就訴訟法言。占有有於立證責任。皆有重大關係。是以各國學者。皆從事研究。第今日法學雖較前世紀進步。而法理思想。尚不能謂爲十分發達。故關於占有之觀念。亦尚不甚明了。然此亦無可如何之事也。茲試就占有起源而伸論之。

原始時代。人民之生活甚簡。有動物之占領。而無所有與占有之區別。因當時人類無團體之觀念。需用此物時。則占領之。保守之。不用時。則拋棄之。毀滅之。故動物之占領。爲一時的占領。而無占有與所有之分焉。

迨至半開化時代。人民始知欲在社會生存。必須維持社會之秩序。欲維持社會之秩序。必杜絕人民之爭鬥。欲杜絕人民之爭鬥。必保護永久利用外物之狀態。此種永久利用外物之狀態。與原始時代動物之一時占領。適成反對的現象。例如甲有一物。苟不拋棄。則乙不能攘奪之。國家當保護甲。使之能永久

利用。不然甲利用此物時。乙亦欲利用此物。紛爭起矣。然此時代。永久利用外物之狀態。究爲占有的狀態。抑爲所有的狀態。仍屬漠然也。

迄夫近世文明時代。始有所有與占有之分。卽就質權一事而論。例如甲爲所有人。而以此物質入於乙。則其物爲乙所占有。所有與占有。顯然不同。但就此二者發生之先後觀之。則占有之觀念。實先於所有而發生。此占有之起源之厓略也。

## 第一章 占有之意義

占有發源於羅馬法。及德意志古代法。茲先就兩法順次說明之。

第一 羅馬法 羅馬法。謂凡應受法律保護之事實的管領力。稱曰占有。不應受法律保護之事實的管領力。稱曰所持。德意志普通法。亦採用羅馬法之法理。謂應受法律保護之事實的管領力。爲法律上之占有。否則非法律上之占有。該法之所謂法律上之占有。卽羅馬法上之占有。所謂非法律上之占有。卽羅馬法上之所持。雖用語不無差異。而意義則互該當。近世學者。雖知羅馬法有占有與所持

之區別標準。然當此標準未發明以前。學者間議論甚多。(一)客觀主義。謂占有即所持。不過法律上對於某種之所持。而加以保護。遂名之曰占有。是占有與所持。在法律之規定不同。而於實質上。則并無何等之區別也。(二)主觀主義。謂占有與所持之區別。不在於法律之保護與否。而在於占有意思之有無。無占有之意思。謂之所持。有占有之意思。謂之占有。此主義又分爲二派。(1)所有說。是派學者。謂占有不僅有占有之意思已足。必須有所有的占有之意思。(2)爲己說。反對所有說而爲之說。曰。占有不必有所有的意思。方爲占有。只須有爲己的意思已足。故質權人亦得爲法律上之占有。以其有爲己之意思故也。比較觀之。爲己說實占勢力。此羅馬法之概念也。(又羅馬法分占有爲物的占有。準標物之不同。權利行於有體物。謂之物的占有。權利行於無體物之上。謂之準占有。)

第二 德意志古代法 以占有爲權利之外觀。因權利人行使權利。則名實俱副。非權利人行使權利。不過有權利之外觀而已。占有即權利之外觀。非單純之事實關係。乃一個之法律關係。據此則凡有權利之外觀者。皆爲占有。至其有無爲己之意思。可以不問也。

以上係就羅馬法及德意志古代法。而說明占有之觀念。茲再就現在各國之立法例而說明法律上

之占有。可得三種主義。然此三種。亦不外受羅馬法及德意志古代法之影響。(其一)謂法律保護之占有。乃以所有之意思(內論要素)而保持有體物於自己實力之範圍內。(外論之)其理由。謂凡法律與人民以保護。必人民願意領受。而後能收保護之實益也。法蘭西民法及日本舊民法。皆採此主義。此主義實淵源於所有說。而生者也。(其二)謂法律所保護之占有。乃以爲自己之意思(內論之)保持所有物於自己實力範圍之內。(外論之)此主義。日本新民法採取之。其第一八零條規定曰。「占有權者以爲自己之意思。因所持之物而取得之。」此根據於爲己說而規定者也。(其三)謂占有者保持有體物於自己實力範圍之內。更詳言之。卽占有者對於物上有事實上管領力之謂也。至於意思之有無。在所不問。其理由謂凡法律與人民以保護。不問其爲權利與非權利。夫在第一及第二之有內部要素。固應受法律之保護。所不待言。卽無內部之要素。而爲人占有(利非極)不應受保護。蓋在維持社會上安寧現象防止個人之爭執。不得不爾也。至意思(所有爲己)之有無。原屬內部之關係。難於推知其真象。固不必爲有名無實之規定也。此主義德意志前帝國民法採取之。其第八五四條第一項規定曰。「物之占有。因在物上獲得事實上實力而取得之。」我民法第九四零條規定云「對於

物有事實上管領之力者。爲占有。一蓋亦採用德例也。

占有爲事實關係。抑爲法律關係。古來學者對於此問題。議論甚多。(羅馬法有時作爲事實關係。有時又作爲法律關係。近世各國民法。大部以羅馬法及德意志古代法占有之觀念合而爲一。)約之可得三說。(一)事實關係說。此說以占有爲一種之單純

之事實的關係。甚不足探。蓋人類欲全其生存。則必需衣食住三要素。需此三要素。則必須有管領外

物之力。此種管領外物之力。卽所謂事實的占有是也。然此乃占有之作用。(基)非占有之本體。所

謂占有之本體。必賴有法律之保護。不然。雖有事實關係。而無法律爲之保障。則紛爭起矣。由此可知

占有。乃一個法律所保證之事實關係。非一個單純之事實關係也。(二)權利關係說。此說以占有爲

一種權利之關係。亦不可通。蓋關於權利之解釋。從來有二說。一謂權利卽利益。(利益)一謂權利非

卽利益。不過亦有權利卽爲利益之時而已。(非利)從前說。則占有爲權利之本體。從後說。則占有爲

權利之行使。二者之中。占有究何所屬乎。殊爲漠然。且占有者不必卽爲權利者。例如竊儻所取之物。

亦爲占有。然不能謂竊儻者卽爲權利人。由此更足證明占有非權利之主體。故此說亦不足採用。(

三)權利效力說。此說以占有爲一種之事實關係。由此事實關係。而能生權利之效力也。要亦牽強

無謂。蓋占有不必有事實。換言之。即無占有。仍不喪失其權利。例如甲有一物借與乙。則甲無占有之事實。而乙爲占有者。然甲仍可向乙處取回。由此例觀之。更足證明無占有之事實。仍不喪失其權利也。以上三說。皆不足探。據余輩主張。則占有者。法律所保護之一種事實關係也。

## 第二章 占有之種類

占有自學理上觀察。可爲左列之分類。

第一 自主占有他主占有 此區別。在以占有人之意思爲標準。(一)自主占有者。乃占有人以其占有物。爲自己所有之意思。而占有之者也。例如甲買受乙之一馬。而將此馬占有時。是甲卽爲該馬之自主占有是也。(二)他主占有者。乃占有人於一定之法律關係存續之中。以爲自己之意思。而占有其物。非以爲自己所有之意思。而占有其物也。例如甲占有自乙質入之一古畫。則甲爲他主占有者是也。

第二 善意占有惡意占有 此區別。亦以占有人之意思爲標準。(一)自信有正當之權利。而占有之

者是爲善意占有。例如甲以乙之書籍賣與於丙。丙買受時信其爲甲自己之所有物。而收受占有之者。是。(二)自知無占有之權利。而占有之者。是爲惡意占有。例如前例買主丙受賣主甲所交付之書籍。此後作爲所有者而占有。在當時明知該書籍爲贓物則丙爲惡意之占有是也。又占有人雖不自知爲無占有之權利。而其不知。係由於重大過失者。視爲惡意占有。

第三 瑕疵占有無瑕疵占有 此區別在以占有之狀態爲標準。(一)凡以強暴或隱秘之法爲占有者爲瑕疵占有。所謂強暴之法者。卽由於強迫或暴行而占有之。例如甲以高壓手段施於乙而占有其物是也。所謂隱秘之法者。卽對於利害關係人祕密而占有之。例如甲竊乙之一愛狗而占有之是也。(二)以平穩及公然之法而占有者。爲無瑕疵占有。所謂平穩之法者。卽謂自其占有之時。并非以強暴之手段而爲奪取。及其占有中間。亦未嘗以強暴之手段而爲保持也。所謂公然之法者。卽謂對於利害關係人。不以隱秘之手段。而占有并保持也。換言之。視其占有物爲普通之物。而公示於一般之人也。

第四 直接占有間接占有 此區別亦以占有之狀態爲標準。(此種區別、係羅馬法古代法、德國私法、及德國民法八六八條所認、而在羅馬法德意志



憲章通法、法日兩國、此概不是、我民法則認之、）本於質權承租受寄及與此相類之法律關係對於他人占有、或負占

有義務者、爲直接占有、其他人爲間接占有、例如甲於乙之物上享有質權而占有之是、爲直接

占有、而乙爲間接占有、如甲此時不自行占有而使丙爲占有、則丙爲直接占有、（民法九四一條）

第五 完全占有補助占有 此區別、以占有之關係爲標準、自爲占有或使他人補助占有者、是爲完

全占有、反之、僱用人學徒及本於與此相類之法律關係而爲他人占有之人爲占有補助人、（民

九四二條參照）

### 第三章 占有之主體

占有之主體者、即占有人與其補助人是也。我民法既屬德意志法系、認占有爲事實、則其唯一要件、在有管領有體物之實力、即足爲占有人、至其人有意思能力與否、則可置諸不問、故九百四十條自下條釋曰、對於物有事實上管領之力者、爲占有人。

占有雖不重意思、然多數占有人、以自主占有爲常例、故本法所謂占有人者、首推定其爲出於所有之

意。思其次則曰善。意曰無瑕疵。(和乎且)曰繼續。此皆就一般常態以規定之者也。(民法九四四條參照)  
基於債權或物權之法律關係。對他人而有占有權利或占有義務者。謂之直接占有人。已如上述。其與直接占有人。似同而實異者。占有補助人是也。占有補助人之占有。為他人為之。非為自己為之。是固與直接占有人相似。惟占有補助人。為自主占有人之一機關。其占有之事實。依自主占有人之指示以為之。非其自身有物權關係。或債權關係。而發生管領之事實者也。例如僱用人或學徒。並無何等權利義務。為其占有之依據。不過基於身分關係。輔佐主人以管領有體物。故稱之曰補助占有人。以示區別於直接占有人焉。(本條九四二條)

## 第四章 占有之客體

占有之客體者。即占有之標的物也。占有既為管領物品之事實。則其標的物可推敲如左。

(一) 占有之標的物必為有體物。占有必保持標的物於其實力之下而後可。有此事實。則可以發生法定之權利。其權利在法定範圍以內。直接行於物上。亦與其他之物權同。故其標的物必為有

體物而後可。質而言之。占有之標的物。限於動產或不動產也。

(二) 占有之標的物必爲事實上有交易能力之物。占有之標的物。必在交易上可成獨立之財產。故縱令其物爲有體之動產或不動產。然使無交易能力。卽仍不得爲占有之客體矣。蓋無交易性之物。匪微難於交付。而並難於占有。占有之亦復奚益。故如日月星辰大洋公海欲爲事實上之管領。實不可能。卽不得特別而占有之也。

(三) 占有之標的物必同時可爲實體上權利之標的物。占有之標的物。必可得而爲權利行使之物。故物之構成分子。及物之一部。或化合物等。不得爲占有之標的物。例如屋之一柱。衣之一袖。與乎牛馬之一蹄。既非實體上權利之標的物。亦卽不得爲占有之標的物矣。

於此更有與占有標的物相關聯而亟應注意者。卽一物不得同時爲二個以上占有之標的物是也。夫占有爲現實管領物品之一事實。而一物之上。不能同時發生數箇管領之事實。(例如馬一頭不能同時有數人管領之)惟數人同時共占有一物。則其占有之事實。仍係有一無二。其占有人不過共有一占有之事實。其占有之標的物。亦不過爲一占有之標的物。(例如甲以馬一頭貸與乙丙兩人共爲馬乘。乙丙兩人無爭。而爲分別關係或公同關係其對甲之管領契約究止一個)而

已。是在其占有關係之上。其占有人對於第三人固均可主張占有之效力。而對內則不得互相主張之。蓋其占有仍爲一個占有。與共有權之爲一個物權同。使共占有人中各人各有主張。以求保護。則不啻一物。爲數箇占有之標的物矣。本法第九六五條所以限制共占有人者。卽此意也。

## 第五章 占有之取得

### 第一節 原始取得

占有之成立要件。爲對物之事實上管領力。故取得占有。亦以事實上對物之管領力爲必要。不啻爲無占有人之物。抑爲有占有人之物。但使占有人就其物爲事實上之管領。卽皆爲原始取得占有人。所謂事實上之管領者。以實力之存在爲前提。如對於可以左右之。又可以排斥他人于涉。卽謂之事實上之管領力可也。而對於物有事實上之管領力。則可以完全取得其占有。至有取得之意思與否。可置諸勿論焉。今更詳釋之如左。

(一)對於物得以實力左右之。以實力左右或物云者。不必以其身體。逕與物相周旋而後可。例

如在某人所有地內之物件。雖非時時握持於其人之手。而其地內之物。得隨時任意以實力施於其上。是即可以左右之謂矣。又凡物件。雖不在吾人所直接管領之處所。而苟爲吾人實力之所能及。則亦可謂得以實力左右之。例如置於遠方。或他人宅內之物件。苟能隨時處置。卽不失爲有左右之實力矣。

(二)對於物得排斥他人之干涉。得排斥他人之干涉云者。不必防他人之施實力於其占有物。而爲必要之設備。但使他人能依表面之狀況而察知其物。已爲某人占有之標的物。卽爲已足。例如放置於道路之物。苟加以標識。使人一望而認其已歸某人占有。不敢爲侵害之行爲。則謂之得排斥他人之干涉。非必收藏閉鎖而後可也。

## 第二節 傳來取得

### 第一款 移轉

占有雖爲事實。而依此可得法律上一定之利益。此利益不必永久歸屬於一人。而可以由他人繼承之。

本法所謂占有之移轉。因占有物之交付。而生效力。即此意也。惟占有之標的物。除占有人自行占有者外。有於移轉前已在受移人管領力之下者。有在第三人管領力之下者。有移轉以後。原占有人（即移人）仍欲繼續管領者。在種種關係之上。欲其生移轉之效力。以便受移人傳來取得。則非分別規定不可。茲分析說明移轉之方法如次。

### 第一原則。

占有之標的物。在占有人管領力之下。祇以交付標的物為移轉。（民法九四六條一項參照）蓋私權之移轉。首以當事人之意思表示為要件。此通則也。而當事人表示移轉及受移之意思以外。苟非交付標的物。其移轉仍不能生效。所謂交付標的物者。即移其在舊占有人管領力下之物。於新占有人管領力之下是也。移轉占有時。其必以交付標的物為要件者。蓋因占有之事實。依管領標的物而成。標的物不屬受移人管領。必無以認識其事實之存在。故欲移轉占有。則必同時移轉標的物。至如何而後謂之交付。則屬於實際問題。可依各事實關係判斷之。要以占有物。事實上在新占有人（即受移人）管領力之範圍。即為已足。例如舊占有人。將自己占有之動產。手付於新占有人。或以移交倉庫內物件之標的。而

手付倉庫之鎖鑰。於新占有人。或將自己居住之房屋。移交新占有人居住之。或施外形之標識於物品之上。使人知其已移轉占有是也。

第二例外。

占有之移轉。僅由當事人之意思表示而生效果者。是爲例外。茲就我民法之規定。分別說明之如左。

(民法九四六條二項參照)

一簡易交付 占有之標的物。已先在占有受移人管領力之下者。僅以當事人之意思表示爲移轉。

此準用民法第七六一條一項但書所生結果也。如乙因保管爲甲占有某物。其後甲欲移轉占有於乙時。不必由乙返還標的物於甲。又由甲交付於乙。但使彼此合意。即可移轉占有。一可免飄轉周折之勞。一可增交易上之便利。故法律僅以合意爲移轉之要件焉。

二占有改定 占有之標的物。占有移轉人因他種法律關係。繼續占有者。僅以當事人之意思表示爲移轉。此準用民法第七六一條二項所生之結果也。如甲將其占有移轉於乙後。欲依借貸借之法律關係。仍繼續占有其標的物。以原則論。甲應交付標的物於乙。復由乙借貸於甲。法律爲略省

程序。以圖交易之便利起見。故當事人合意。即許其以移轉占有論。雖不交付標的物。而亦與交付等也。

三求還代位 間接占有。以移轉其對直接占有人之請求交付權為移轉。此準用民法第七六一條三項所生之結果也。如甲為間接占有人（例如貸貸人）乙為直接占有人（例如貸借人）其後甲移轉其間接占有於丙。以原則論。甲應先請求乙返還標的物。而交付之於丙。次由丙再使乙為之占有。輾轉交付。煩勞未免太甚。故法律定一簡便之法。但使甲將對乙請求交付之權。移轉於丙。即可以代標的物之交付。間接占有之移轉因之生效焉。

## 第二款 繼承

繼承得為取得占有之方法與否。各國之立法例不同。以理論之。占有既有法律上之利益。而為一種類似物權。即不妨以財產權視之。繼承人可繼承所繼人之財產權。何獨於占有所生之法律上利益。不可繼承之。付於此點。本法雖無直接的規定。然自第九四七條「占有之繼承人……」之文字觀之。已不啻暗示。占有得繼承而取得之也。但於此有宜注意者。即繼承人之取得占有。與其他取得方法不同。



但使開始繼承。繼承人即取得之。不必事實上立於管領占有標的物之地位。亦不必問其知此占有。或有欲占有之意思與否也。蓋繼承人與所繼人。非有移轉受移之關係。故繼承開始後。所繼人之占有。即爲繼承人所取得。不必別有何種要件也。

## 第六章 占有之推定

凡欲主張自己之利益者。非先證明其有或種事實不可。占有亦然。能具備一定之要件者。法律即予以效果。故此要件之具備與否。爲可以享受法律上利益與否之前提。占有人必能證明其有或種事實。可以構成要件。而後可享受法律上之利益。此證據法之原則也。願占有人往往於其所主張之事實。難於證明。而不得享受利益。則法律所以認占有而保護之者。豈不等於具文。是以立法者。必依普通經驗。爲占有人設種種推定。以免其舉證之責。而使之易享利益。是即本法第九四四條之所由設也。今示其推定事項如左。

(一)自主占有之推定 凡占有皆推定爲所有之意思。故占有人如主張其以所有之意思。爲自己

占有或物。此意思之有無，不必證之。蓋依普通經驗論之，所有人多同時爲物之占有，且物之占有多以所有之標的而爲之，乃一般之狀態也。苟有人主張其爲他人而占有者，則主張之人，應負證明他主占有事實之責焉。

(二)善意占有之推定 凡占有概推定爲善意之占有，不推定爲惡意。苟占有人必一一立證其爲善意，彌感困難，而反乎法律特認占有制度之精神矣。

(三)和平公然之推定 凡占有皆推定爲和平，且公然之占有。蓋占有人之和平且公然占有者，爲常態，而強暴隱秘之占有爲例外。故非有人舉其反證之事實，皆推定爲和平且公然占有者。

(四)占有繼續之推定 凡占有人能以證據證明其前後兩時均爲占有，則推定其爲前後兩時間繼續占有者。例如占有人能證明一月一日占有某物之事實，與十二月三十一日占有某物之事實，則其占有可推定爲一年繼續無間者。是蓋依普通之經驗，而知前後兩時占有之者，其間必繼續無間，不繼續者則爲變例。故法律但責占有人證明前後兩時之事實，而不必證明繼續之事實焉。

要之占有事實。概以推定爲之。苟欲推翻此推定。則必須舉其反證。所不待論也。

## 第七章 占有之合併

占有之合併云者。謂合併二個以上相異之占有爲一之狀態也。夫占有雖爲一個事實。然基於法律之精神觀察。既認因繼承而取得。則新占有人之占有。即繼承舊占有人之占有而來。凡舊占有人所應占有之利益。新占有人亦應享之。然占有以自主占有爲常例。(民法九四四條)新占有人既以所有之意思取得占有。則法律認爲於舊占有以外。別取得新占有者而保護之。亦無流弊可言。故凡占有繼承人。於自己之占有。與前主占有之兩方面。均可以主張。今就占有繼承人專主張自己占有。與合併主張新舊兩占有之利益。分言之如左。(民法九四四條參照)

第一占有人以主張自己之占有爲利者。

例如占有人自己之占有。爲善意無過失之占有。而其前主之占有。爲惡意或有過失之占有。苟合併主張前後兩占有。則惡意有過失之責。亦不能不負之。故不如專主張自己之新占有。得以善意無過

失論也。

第二占有人以合併主張自己之占有與前主之占有爲利者。

例如新舊兩占有。均爲善意無過失之占有。則占有人於主張自己占有之外。不妨並援前主之占有。以合併主張之。抑前主之占有。卽爲惡意有過失者。繼受人亦嘗以合併主張爲利。此例每於取得時效見之。如前主爲惡意或有過失之占有人。而旣以所有之意思。占有十五年間。繼受人乃以善意無過失。受讓其占有物。受讓之後。苟再占有五年間。則繼受人自以合併主張新舊兩占有爲有利。何則。新舊兩占有之年間。合計得二十年。依本法第七六九條之規定。則取得時效完成。可以直接取得其物之所有權。使專主張自己之新占有。卽無此利益矣。故不如合併占有與新占有。以一併主張之爲得也。反之。若使前主之惡意占有。時僅五年。而繼受人以善意爲占有則十年。苟僅主張自己之占有。則可依本法第七七零條之規定。而完成其取得時效。倘與前主之惡意占有合併。反使年限不足。因之不能依第七六九條而完成時效。於是又以僅主張自己之占有爲有利矣。

占有繼受人之得主張前主占有。爲其固有之利益。無可說明。惟欲主張自己占有。或合併主張新舊

兩占有者。恆與第三人有害關係。故須具備左列之要件。

(甲) 占有人須為舊占有人之繼承人。繼承人有普通與特定之別。普通繼承人即原占有人之繼承人。

(乙) 繼承人(受遺人亦包括在內)是特定繼承人。即由買賣、互易、贈與等之法律行為。特別繼承或物之受讓人。是此等繼承人或受讓人主張自己之占有有可主張前主之占有有可主張自己之占有有與前主之占有合併。亦無不可。總視何者為利。而有任意選擇之權也。

(丙) 占有人欲為合併主張。必須完全援用舊占有。法律許舊占有合併於新占有。無非推定新占有。繼續舊占有之意。故新占有人欲合併主張舊占有。則於舊占有。不能不完全援用之。如上述舊占有。有惡意過失或瑕疵者。新占有人主張之。即繼續惡意過失或瑕疵之占有。不得專援用有利之部分。而棄其不利之部分也。

(丁) 占有人欲為合併主張。須其占有與舊占有互相接續。法律許新舊占有合併。無非推定新占有。繼續舊占有而然。故苟舊占有與新占有間。有占有喪失之事實。或他人之占有。介於其間之事實。則不能視新占有為繼續舊占有者。夫如是則新占有人不得合併主張之矣。

實。則不能視新占有為繼續舊占有者。夫如是則新占有人不得合併主張之矣。

## 第八章 占有之效力

### 第一節 權利之推定

凡權利與事實相伴者爲常態。無權利而有事實者爲變例。占有人既有占有某物之事實。則依普通經歷。可推定其所行使之權利。有適法之原因。蓋自多數之占有人而言。率爲有行使權利之人。其強占他人之物者。實鮮其事。例如占有土地。以行使地上權。占有質物。以行使質權者。苟無人反證之。則推定其有正當之地上權與質權是也。(民法九四三條)

占有人行使占有物上之權利。既推定之爲適法。則其效果。對於占有物。得以使用及收益。此第九五二條所規定者也。抑推定適法之效果。尚不止此。如占有人將來有本權之訴。不論原告。或被告。既爲正當權利人。則均不必自證明其權利。苟其相對人。主張占有人確無權利。則由相對人負反證之責。反證苟不奏效。卽訴訟之勝利當然歸於占有人。故推定之法則。殊於占有人有莫大之利益焉。

## 第二節 權利之取得

凡取得權利。以具備法定要件爲主。占有亦然。故占有具備法定要件。則於占有物。可以取得一定權利。而此權利。有經過特別期間。而後可以取得之者。有即時可以取得之者。前者曰。時效取得。後者曰。即時取得。關於時效取得。前於本書第二編中所有權時效一章中說明之。卽本法第七六八條乃至第七七一條之規定是已。茲不重贅。茲所欲論究者。卽關於即時取得。據各國民法規定。(日民一九二條、我舊民一、二七八條參照)凡以和平及公然之法。開始占有動產之人。若係善意。並無過失者。即時取得於其動產上行使之權利。學者以瞬間時效。Prescription instantanee 稱焉。蓋動產既無定居。交易亦繁。苟自甲移乙。自乙移丙之後。突有人出而主張權利。遂不能不以之返還。於是則商業或其他交易。常存不穩定之狀態。其所以妨經濟發達。害權利穩固者甚大。故無論何國。於動產之占有。皆設特例。而使占有人得以迅速立於權利者之地位。以資保護焉。(我民法九四八條規定云、以動產所有權、或其他物權之移轉、或設定爲目的而善意受讓該動產之占有者、縱其讓與人無讓與之權利、其占有仍受法律之保護、亦卽含有即時取得之意也)占有人之即時取得權利。其效力可使所有人喪失權利。而不得請求回復。法律所以保護占

有人者。至爲周密。然亦有例外焉。茲述如左。

(一) 占有物爲盜賊時。盜賊云者。專指強竊盜之賊品而言。至委託物消費。詐欺取財。橫領脅喝等。關於犯罪之物品。則不在此例。蓋此類雖皆有瑕疵。然係由所有人任意移轉其所有物之占有。與遭遇盜難。無意思而喪失占有者有別故也。

(二) 占有物爲遺失物時。此即所有人。因過失而失其占有之物也。

凡遭遇盜或遺失其占有物後。向占有人請求回復者。謂之有回復權人。回復權人自遭遇盜遺失時起。二年以內。得向占有人請求回復其物。(民法九四九條)如是則占有人縱具備和平公然善意無過失之要件。亦不能即時取得所有權。此無他。蓋以回復權人本無意而喪其占有。此種不測之變。非人力所能救濟。倘竟使之喪失權利。則待之未免過刻。故法律於此。又不能不移其保護占有者。以保護回復權人。至回復權人。逾越法律所規定之二年期間。而不請求回復。是不啻間接表示其拋棄權利之意思。法律對之亦即無庸再予以保護。因之占有人此際仍取得盜賊或遺失物上之權利焉。

抑回復權人得於遭遇盜遺失後二年間。請求回復其占有物者。尚有法定之限制焉。(此項限制亦可謂爲必要之條件)其



限制維何。即（甲）盜賊或遺失物。如占有人由拍賣、或公共市場、或由販賣與其他物同種之物之商人。（所謂販賣與其他物同種之物之商人、例如衣莊之衣、米舖之米、估衣莊之舊衣、古董肆之古董等、皆原之。）以善意買得者、非償還其支出之價金、不得回復其物。（民法九）蓋盜賊或遺失物之所有人及其他之權利人、雖有可受特別保護之正當理由、而於占有人苟亦有其須受保護之理由、則勢不得不對於所有人等之保護、而略加限制。彼占有人由拍賣所等處、以善意買得、可謂毫無過失之責、而其物品之性質、尤無可致疑。借使原權利人、於此尙可充分主張其權利、而請求回復其物、則占有人之受害過甚。其結果人人將視交易為畏途、殊影響於社會之經濟。彼原權利人、究亦不能全然不加保護。是以立法者、謀保護兩造之利益、雖原權利人、於此仍可回復其物。然須償還其支出之價金於占有人。俾一造得以物歸舊主。一造得以毋所蒙損。其規定良為得當矣。

（乙）盜賊或遺失物。如係金錢、或無記名證券、不得向其善意占有人、請求回復。（民法九）蓋金錢與無記名證券、最易流通。其脫離原權利人之手、亦難於辨證。如使原權利人、得以請求回復、則日常金融界之交易、勢非一一追溯其原因。即難保不意外之損失。其待遇善意占有人、未免過苛。立法者有鑒於此、且為解除糾紛計。徵論其交易之金錢或無記名證券、有所自來。原因頗正。退一步言之。即令係盜賊

或遺失物。苟值占有人之占有。出於善意時。則無論原權利人所持之理由。如何。斷不能任其請求回復也。

### 第三節 危險之負擔

凡占有人所占有之物。若無正當之權原。不問其爲善意惡意。對於真正權利人。均應返還其占有物。變詞言之。卽真正權利人除受法定的限制（民法九五零條）外。對於占有人。有請求回復其物之權能也。（民法九四四條參照）關於此點。已於前節詳論之矣。假使占有人不幸因歸責於自己之事由。致占有物滅失或毀損。而不能返還之者。是不可不任賠償之責。學術上。以危險之負擔。稱焉。然賠償責任之責任。恆因占有人之爲善意抑係惡意而有區別。試分論如左。

#### 第一 善意占有人。

善意占有人。因可歸責於自己之事由。致占有物滅失或毀損者。對於回復請求人。僅以因滅失或毀損所受之利益爲限。負賠償之責。（民法九五三條）蓋恐善意占有人。蒙意外之損害。故輕減其責任也。例如

房屋占有人毀損其房屋。苟仍占有其磚瓦木石。則仍當還返之。又如賣却是等材料。而占有其價金者亦同。

#### 第二惡意占有人。

惡意占有人或無所有意思之占有人。因可歸責於自己之事由。致占有物滅失或毀損者。對於回復請求人。負損害賠償之責。(民法九五六條)蓋占有物本屬於他之真正權利人。後日必須返還。要為惡意占有人或無所有意思占有人所豫知。茲因歸責於自己之事由。致不能履行其義務。此尤無保護之必要。而應使其負賠償之全責矣。

#### 第四節 費用之償還

占有人為占有物之返還。對於回復權人。自有費用償還之請求權。所謂費用。指就占有物所投之費用而言。詳言之。即占有人對於保存其物之必要費。及改良其物之有益費之總稱也。此項費用之種類。既不能盡同。而其償還。又恆因善意占有人與惡意占有人而有差異。更分述之如左。

## 第一必要費。

所謂必要費者。謂因保存占有物所費之金額。及占有物管理上必不可缺之費用也。此有通常費及臨時費二種。前者爲因保存管理上平常所生之費用。後者則因水火震災而擴大修繕之非常費用也。此等費用其應償還於占有物。固無容疑。然因善意占有有人與惡意占有有人而有差異。甲)善意占有有人得請求回復權人償還必要費。但已就占有物取得孳息者不在此限。(民法九)蓋占有物苟有孳息。爲占有有人所取得。則足以抵除通常必要費之支出。故占有有人取得孳息。通常必要費。即歸其負擔。否則占有有人將受不當得利矣。(乙)惡意占有有人。依無因管理之規定。得向回復權人請求償還必要費。(民法九)蓋惡意占有有人明知無占有其物之權利。而居然占有之。與無因管理無異。故僅得依無因管理之規定。以求償其費用於回復權人。庶與善意占有有人有別也。

## 第二有益費。

所謂有益費者。謂因改良占有物。所費之金額。及其他增加價值之一切費用也。此項費用。應分別善意占有有人與惡意占有有人。而定原權利人償還與否之標準。(甲)善意占有有人因改良占有物。所支出

之有益費用。於其占有物現存之增加價值限度內。得向回復權人請求償還（民法九）（五五條）例如變池沼爲田園。變穉瘠地爲沃土之費用是。然此種費用之支出。或不足增加物價。或雖暫增。而逾時仍減。故占有人得向回復權人求償者。必以回復占有物時。增加價值之現存者爲限。否則回復權人。即亦無必償之義務。蓋改良占有物之有益費。與上開之必要費有異。有益費縱不投下。亦無損於占有物。况投下而所增之價值。至回復時。已歸消滅。則回復權人。絕無利益可享。何得責以償還。反是者。有益費所生之增價。現存於回復占有物之當時。則於回復權人明明有利。苟無價享受之。豈非不當得利乎。本法所謂於其增加價值限度內。以求償改良占有物之有益費者。卽此意也。（乙）惡意占有人能否向回復權人。請求償還有益費。本法無明文規定。殆以爲惡意占有人明知其無占有其物之權利。何樂爲之改良。且苟許其求償於回復權人。則必有任意投下有益費於占有物。藉以與回復權人爲難者。故斬之以示限制焉。

占有人無論如何。不得向回復權人。請求冗費之償還。所謂冗費者。指因占有人之嗜好。供其娛樂。所支出之費用。而於占有物之價值。毫無增加者也。例如易庭樹之位置。變建物之樣式。皆冗費之適例也。

抑占有他人之物者。關於其物有債權時。其債權未清償以前。得留置其物。此第九二八條所承認者也。其在占有人之費用求償權。亦爲關於其物所生之債權。故未償還以前。亦有留置其物之權利。此又事理上所生之當然結果也。

## 第五節 孳息之取得

孳息取得之法則如次。

(一)善意占有人 占有人取得孳息之利益。溯源於用益權而起。其對於占有物。可得而用益之者。必具善意之要件。受權利適法之推定而後可。而占有人既得用益其物。則自信有正當權利。於其占有物之孳息。必收取之。以供種種之用途。而靡有顧忌。故其後雖所有人出而請求回復。其取得之孳息。亦不必返還之。蓋彼出於善意。以收取孳息。使責之返還。則將蒙意外之損失。本法雖無明文。而依第九五二條及第九五八條之規定。當然爲此解釋。庶有以保護善意之占有人焉。惟受真正權利人之起訴。而善意占有人敗訴時。則迺及起訴之時。視爲惡意之占有人。自其時起以後。所

生之滋息不可不返還之。(民法九五九條)

(一)惡意占有人 善意占有人既可以取得孳息。則惡意占有人的結果自有不同。蓋惡意占有人明知已無權利。則將來須以占有物及其所生滋息返還於回復權人。自在意料之中。故一受回復權人之請求。其現存之孳息無論已。即業經消費或因其過失而毀損。或怠於收取者。亦有償還其孳息價金之義務。此本法第九五八條之所規定。立法理由。因惡意占有人既以不正當占有。使真正之權利人不得自受孳息。苟許其拒絕返還。或任意消費毀損及怠於收取。則真正之權利人必將蒙不測之損害。故法律以此義務責之焉。

## 第六節 占有之保護

夫法律對於正當權利人之占有。加以保護。當矣。然非權利人之占有。亦加保護。其理由果何在耶。例如強竊行為。為國家所必罰。乃反保護其因強竊占有之物。此種現象頗奇。是亦亟應研究之問題也。在昔羅馬法學者。未嘗研究及此。實足見當時法律尚屬幼稚。然今日法學進步。一般學者對於此問題始詳

細研究。並釋明其所以保護之理由。所謂絕對的占有保護主義。及相對的保護占有主義。是也。分舉如左。

第一絕對的保護占有主義。此主義謂占有應保護之理由。乃主張因占有之事實而保護之也。其要點在於求占有保護之理由。於占有之自體也。但就中又有二種之主張。(一)意思說。謂因占有而實行之意思較諸未因占有而實行之意思尤宜尊重。故宜加以保護。例如甲欲占有此物而遂占有之。是爲占有意思之實行。則應保護之。設有乙欲奪取甲之占有。但有意思而未實行。此時無論其理由爲何如。祇當保護甲。而不能保護乙。進一步言。縱使乙爲正當權利人。而自表面上觀之。已爲形式的非法行爲。法律上無保護之必要。蓋因乙既爲正當權利人。欲取還此物。自當以相當手續行之。決不能出之掠奪。此說僅謂甲之意思已實行。尤宜尊重。然並未闡明其何以應保護之理由也。故爲近世學者所批難。其不足採。較然明矣。(二)權利自由保護說。此說係德意志前帝國民法理由書中所主張。大意謂人與物之事實的關係。(占有)苟不加以保護。則權利不能自由。但此說僅就權利立論。亦未說明占有所以保護之理由。且所謂權利自由者。是純然以占有爲一種之權利也。夫占有未必盡



爲權利者。卽非權利者。而法律亦加以保護。由是觀之。此說之不能成立。不待煩言而可知矣。

第二相對的保護占有主義。此主義主張保護特定之法律上利益。因達特定之法律上目的。故保護

占有。質而言之。占有之所以須保護者。乃爲達其他法律上目的之手段之主義也。其要點在於求占有保護之理。由於占有自體以外也。但就中又有三種主張。(一)人格保護主義。謂占有之保護。乃保護占有者之人格。因占有人一或受暴力時。則須加以相當之保護。蓋以占有之受侵害。卽占有者之人格受侵害也。如人之生命身體受侵害。宜加以保護。至於占有。亦何獨不然。據此主義以立論。如在占有受侵害時。其說可通。但保護占有。不專在於受侵害時。則此說即偏而不全矣。何者。占有被侵奪時。可以提起回復之訴。因其侵奪占有物。乃屬於不法行爲。故提起回復之訴。謂之保護人格。未嘗不可。第有時不專以回復之訴爲限。卽用他方法。亦可以保護之。則此說徒見其偏而不全矣。(二)所有權保護主義。謂占有。有大率卽爲所有人。若不保護占有。則所有人欲主張所有權。必任立證之責。但所有權難於證明。不如占有之證明易。能證明占有。卽可推定爲所有者。故保護占有。卽是保護所有之前提。然占有果盡係所有者。則此主義甚合。若占有不盡係所有者。則此主義非也。主張

此主義。又有辯護之說。謂占有而非所有者甚少。法律爲多數所有者。故非所有者之占有者。亦受多數所占之利益。然無論如何辯論。實際上終不能採用。例如原告提起占有之訴。果能證明占有。被告又主張爲所有者。審判官調查證據。如認原告之占有爲正當。則被告雖主張爲所有。亦不能得勝訴之判決。由此觀之。占有時與所有。絕不相涉。保護所有者主義。實不足以說明占有之理由。(二)秩序維持主義。謂人類欲保全共同生活。非維持社會之秩序不可。社會秩序之維持。不外保全人類生活關係之現狀。人類生活關係之現狀之保全。莫妙於保護占有。但對占有之現狀。苟不能舉出反證。則法律上有保護之必要。就此三主義比較觀之。應以第三主義爲較當。但關於占有問題。乃法律上最難解決者。將來法學進步。或別有新主義發現。亦未可知。在於目前。則當以秩序維持主義爲定論。占有應保護之理由。既如上述。於是保護之方法。我民法所規定之占有。人自力救濟及占有人占有訴權。是已。分述如左。

### 第一款 占有人之自力救濟權

占有人之自力救濟權云者。不假國家之公力。而以個人之實力。自爲保護之謂也。自力救濟之法。常致

引起紛爭。擾亂秩序。法律上本不宜輕易認許。惟當占有被侵害時。其情形較爲緊迫。若必請求公力救濟。則占有人往往蒙不可恢復之損失。非所以保護占有之道。故本法特認許自力救濟之方法焉。

自力救濟權行使之狀態有二。一曰防禦。二曰取回占有。茲分述如左。

第一占有人對於侵奪者或妨害者之防禦。

被妨害之行爲。可分爲二。一曰侵奪之行爲。例如強盜竊盜等奪人之物。使其人喪失占有是也。二曰妨害之行爲。例如不經占有人之允許。而闖入其家宅。或使建築物。突出占有人之地面。凡爲有形的障害。致占有人對於其物之實力。不能完全行使者是也。惟侵奪者。使占有人喪失占有。妨害者。則不過加占有人以妨害而止。其占有仍然如故。不無稍異耳。

凡占有人對於侵奪。或妨害其占有之行爲。得以己力防禦之。(民法九六條一項)防禦云者。以實力抵抗加害人。使不得加害之謂。例如驅盜賊以保護物品。閉家宅以拒絕闖入。而防禦之有效與否。以實力爲前提。苟有實力。而不得自行防禦。至使依訴訟以求救濟。則所以保護占有者。猶爲未周。故本法特以此權異予之也。

## 第二占有人對於加害人之取回占有。

此專就占有被侵奪者言之。蓋加害人之侵奪占有。往往依強暴或秘密之手段。使占有人之防禦無效。占有於此不論其自身之占有。有瑕疵與否。均得向加害人取回。故被奪者。為不動產。則得於被奪後。即時排除加害人取回之。如甲所占有家宅。為乙強佔。甲可即時排乙於家宅之外。而回復占有。是也。被奪者為動產。則得就地或追蹤。向加害人取回之。如甲所占之衣服。為乙所竊取。甲可於發現竊盜時。就地向乙奪回其衣服。或尾追及之。而奪回其衣服是也。(民法九六零條二項)

占有人之自力救濟權。不必定由占有人自己行使之。即占有補助人為其主人占有或物。遇有他人之侵奪妨害。亦得行使防禦或取回占有之權。否則坐視人之加害。而不能為其主人保護占有。則所謂占有補助人。為他人占有。與他人自行占有之效力無異者安在乎。故法律許占有人行使自力救濟權之外。又必許占有補助人行使之。而於保護占有之道。甫為完全也。(民法九六一條)

## 第二款 占有人之請求權

占有人之請求權云者。占有對於當事人(即侵奪者或妨害者)之一面。有求其行為或不行為之權利也。關於

此項請求權之行使。其方式可分兩方面言之。即（一）裁判外之請求。此即占有人不依訴訟。而逕對加害人本於占有。以請求返還占有物。或除去妨害。或預防妨害是也。（二）裁判上之請求。此即占有人本於占有之請求。而以訴訟程序主張之是也。學術上以占有訴訟稱焉。此項請求權之行使。其形式雖異。而其實質。則全然相同。占有人以何種方式而行使之。為便宜且有利。儘可依何種方式行使之。法律上無干涉之必要也。惟自實際上之經驗以言。則多依裁判上之方式而行使耳。

關於占有人之請求權。其目甚繁。本法之所規定者。則有左列三種。

### 第一占有返還之請求。

占有人其占有被侵奪者。得請求返還其占有物。（民法九六二條前段）詳言之。即占有人無拋棄占有之意。思而依第三人侵奪之行為。喪失管領力於占有物之上。向侵奪者。或其普通繼承人。（即繼承人）主張占有。以使之返還占有物。或賠償損害是也。此種請求權。因第三人之侵奪行為而發生。侵奪行為之例。如前述之強盜竊盜是。

右開請求權。應於被侵奪後一年內行使之。苟逾一年。而不請求返還占有。則請求權消滅。（民法九六三條參照）

（占有亦絕對消滅。所以然者。蓋此種請求權。原以維持社會之秩序爲目的。占有入於占有被侵奪後。事隔一年。而不自謀回復。則新占有入之權利狀態。已經確定。法律遂不能不移其保護舊占有入者。以保護新占有入。故無論何國法律。皆制限此種請求權之期間。過此期間。則占有入失法律之保護。侵奪者以後變爲完全占有入。不獨權利得以確定。即社會之秩序。亦因以不致發生危險焉。侵奪後逾一年。則此種請求權消滅固也。但占有入。不逕向侵奪者請求。而會於侵奪後一年內。以訴訟主張此請求權。則效力與裁判外之請求等。故其權利。仍不至消滅。蓋裁判上之行使。與裁判外之行使。本得由占有入任意選擇。但行其一足矣。

## 第二妨害除去之請求。

占有被妨害者。占有入得請求除去其妨害。（民法九六條中段）詳言之。即占有入因第三人所施有形的障害之行爲。不能完全行使實力於占有物時。向加害人或其普通繼承人（即繼承人）主張占有。以使之除去妨害是也。此種請求權。因加害人之妨害行爲而發生。妨害行爲之例。如前述不得占有入允許而闖入其家宅。或使建築物突出占有入之地面是。

右開請求權亦應於被妨害後一年內行使之。苟逾一年而不請求除去。則其請求權。因期間之經過而消滅。(民法九六三條參照)蓋妨害經一年。而占有人能忍受之。則非妨害之程度輕微。即積久已成慣習可知。故不許其於一年後。再行使此權。亦維持社會秩序之意也。惟占有人於被妨害後。一年內曾以訴訟主張之者。則請求權亦不至因逾期而消滅。其理由。與前所述者同。

### 第三妨害預防之請求。

占有有被妨害之虞者。得請求防止其妨害。(民法九六二條後段)詳言之。即占有人之占有。有為第三人所妨害之虞時。向欲加妨害之人。或其普通繼受人(即繼承人)主張占有。以使之豫防妨害。或提出損害賠償之擔保是也。此種請求權。因其占有有妨害之危險而發生。而所謂有妨害之危險者。例如占有人所占之家宅。其隣地有占有物將崩。或樹木將倒。而危害必及之者是也。

右開請求權。亦應於危險發生後一年內行使之。苟逾一年而不請求預防。則請求權亦歸於消滅焉。(民法九六三條參照)其自危險發生後。不逕向加害人請求預防。而曾於訴訟上行使之者。則其請求權無應歸消滅之理。與前所述者。殆從同焉。

## 第九章 占有之變更

凡占有未經喪失。皆爲永續的事實。惟其事實雖永續如故。而性質則無可不變之理。茲依本編第二章所揭占有之種類。示其變更之法則如左。

### 第一變更之原因。

(一)他主占有與自主占有之相互變更。他主占有。雖得變爲自主占有。然自主占有。則無變爲他主占有之理。雖依九四六條第二項規定。占有移轉人。因其他法律關係。繼續受移人之物。然此爲占有之改定。非自主占有變而爲他主占有也。今示他主占有變爲自主占有之原因如次。

(甲)占有人對使已占有之本人表示所有之意思時。占有依其所由發生事實之性質。無所有之意思者。其占有人對於使其占有之人。表示所有之意思時起。變爲以所有之意思而占有。(即自主占有)所以必須對本人表示所有意思者。蓋爲保護本人之利益起見。否則他主占有人僅以片面的意思。隨時任意變更他主占有。爲自主占有。而使本人於不知不覺間。喪失權利。甯非



大悖於事理乎。(民法九四  
五條前段)

(乙)占有人因新事實而以所有之意思開始占有時。新事實者。指買賣贈與互易等所有權移

轉之原因而言。(新事實一語不如自民一八五條我舊法  
草一三〇九條所用之新權原三字為妥)他主占有。依此等原因。而以所有之意思。

開始占有者。不論其原因。與使已占有之本人有關係與否。皆足使其他主之性質消滅。而變為

自主之性質焉。(同條  
後段)

(二)善意占有與惡意占有之相互變更。善意占有得變為惡意占有。惡意占有亦得變為善意占有。茲示其相互變更之原因如次。

(甲)惡意占有。於占有人確信其占有基於正當權利時。變為善意占有。例如甲以乙所有之家屋。出賣於丙。丙明知為乙之家屋。而向甲買受之。其後甲以乙之賣與證書示丙。丙因信其占有。

基於正當權利。則惡意變為善意。此無待明文規定。而必然變更者也。

(乙)善意占有。於占有人知其無占有其物之權利時。變為惡意占有。例如甲以乙所有之圖籍。賣之於丙。丙信為甲之圖籍而買受之。其知為乙之所有。則善意變為惡意。此亦無待明文之

規定也。

於此有必須注意者。即善意占有有人於本權訴訟敗訴時。變為惡意占有人是已。如前例之乙。基於自己之所有權。對丙提起索回圖籍之訴。丙苟敗訴。則自其訴訟拘束發生之日起。視為惡意占有。(本法九  
五九條)蓋既有人提起本權訴訟。則占有有人得知其無占有之權利。然訴訟拘束尚未發生時。則起訴者之主張。果屬正當與否。尚不可知。故善意占有變為惡意占有之時期。必自訴訟拘束發生時始。而不當自起訴時始也。訴訟拘束發生後。一切占有有所生權利義務。依惡意占有  
人辦理。亦推定占有有人為知其無占有之權利而已。

(三) 瑕疵占有與無瑕疵占有之相互變更 瑕疵占有得變為無瑕疵占有。無瑕疵占有亦得變為瑕疵占有。茲示其相互變更之原因如次。

(甲) 瑕疵占有於占有和平及公然行使管領力於物時變為無瑕疵占有。例如隱匿贓物之後。復公然販賣之於市場。則變隱秘占有為公然占有。又以脅迫手段占有他人土地後。被脅迫者。並無何等要求。或雖有要求。而占有有人不再用脅迫手段。可以保持其土地之占有。則變強暴

占有。爲和平占有焉。此亦無待明文規定者也。

(乙)無瑕疵占有。於占有人。因保持占有。而用強暴。或隱秘之方法。時變爲瑕疵占有。例如和平占有。人以腕力保持占有。而其腕力。軼於自衛權範圍之外。則變爲強暴占有。公然占有。人忽匿其常用之物。使之不現於外。如每日攜帶之時計。忽匿之箱篋。則變爲隱秘占有焉。此亦無待於明文規定者也。

### 第二變更之效果。

占有性質變更之後。則一切權利義務。悉依變更者辦理。如善意變爲惡意者。雖和平公然。並以所有之意思爲占有。而非經過二十年取得時效。不能完成。此與善意之以十年爲取得時效者異矣。又如無瑕疵占有變爲瑕疵占有。則絕對不能依時效以取得所有權。瑕疵占有之變爲無瑕疵占有者。則反是。又如即時取得權之有無。使用收益權之有無。滋息返還義務之有無。及對於回復權人之關係如何。(因善意無瑕疵者與惡意有瑕疵者各別)是皆可參照以上各章之說明者。茲不復贅焉。

## 第十章 占有之消滅

占有因於物有事實上之管領力而取得之。其喪失之時。占有自應消滅。即占有人喪失其占有物。無發見之希望。此事實即占有消滅之原因。然占有人僅暫時不得行其事實上之管領力。不得以喪失事實之管領力論。即其占有尚不消滅。如占有人因遺忘或洪水。有不能管領其占有地之事實。仍不能為占有消滅之原因。此我民第九六四條之所由設也。

## 第十一章 數人占有

凡數人共占有一物。無論其為分別關係。抑公同關係。各占有人之對外關係。得向第三人主張占有之效力。而其對內關係。則不得各自互相主張占有之效力。何則各占有人所共有之占有物。其使用權之範圍及方法。皆基於本權故也。（民法九六五條）

## 第十二章 準占有

第一準占有之要件 凡財產權不因物之占有而成立者。行使其財產權之人。爲準占有人。(民法九六條一項)此乃法定之定義也。本此定義。可知準占有須具備下列之要件。(一)須爲財產權。故地役權抵押權及一般債權之行使。皆得謂之準占有。而親屬權則否。(二)須爲不必占有或物而可得行使之財產權。故質權留置權之行使。不得謂之準占有焉。

第二準占有之釋名 準占有又曰權利占有。發其源於羅馬。嗣後歐洲各國立法例。殆莫不是認之。(

普魯士普通法一部七章五條以下德意志帝國民法一〇二九條一〇九〇條諸法九一九條二項與民法三二一條乃至三一四條民法二二八條德意志六八五條日民法二〇五條我國民草一三二六條參照)法律上所以定此名稱者。以占有之標的物。須係有體物。而占有又以事實上管領該有體物爲必要。其僅行使權利。而無有體物。爲其現實管領者。不得謂之占有可知也。然現實行使權利。與現實管領有體物。曾無少異。則法律推其保護占有有體物之意。以保護占有權者。殆亦同其旨趣。此準占有或權利占有之名稱所由來也。

第三準占有之效力 占有之成立。着眼於事實上管領力。則準占有亦專在有組成權利行使之行爲可知。至有爲自己行使之意思與否。姑置勿論。此因占有。不重意思。而專重實力。故類推之於準占有焉。卽凡依占有以生之權義。當然可準用之於準占有。且不論其行使權利與否。而其效力。均爲存續。至一旦不可得而行使權利時。則準占有始因喪失要件。而歸於消滅。所謂得行使與不得行使。又當依權利之性質。與各種行爲以判斷之。例如通行地役權。以通行供役地爲行使之證。若供役地所有人拒絕通行。通行地役權人無如之何。則爲不得行使矣。又如金錢債權。以向貸借人受取利息爲行使之證。若貸借人拒絕付息。貸借人亦無如之何。則爲不行使矣。

本法關於占有之規定。除第九四零條規定占有人之意義者外。其他法條。均得準用之於準占有。而其實益。尤於請求權之規定見之。例如行使地役權者。得援用裁判上之請求權是也。(民法九六六條二項)

民法物權論

三六

民法物權論終

中華民國十九年十月再版

民法物權論 (全書一册)

定價大洋 5.50

(外埠酌加寄費)

不許翻印

著者 王 去 非

出版者 上海法學編譯社

印刷者 上海會文堂新書局

總發行者 上海會文堂新書局

分發行所 會文堂新書局

漢口昇平街  
廣州永漢北路  
北平楊梅竹斜街  
濟南西門大街  
長沙南陽街

總發行所 上海會文堂新書局

河南路  
拋球場



