

柯凌漢著

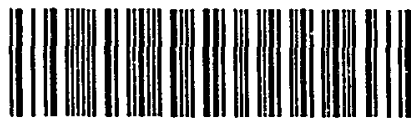
中華物權法論綱

商務印書館發行

柯凌漢著

中華物權法論綱

商務印書館發行



3 0600 9666 0

例言

一 本書係就著者歷年在廈門大學及福建學院教授物權法所用之講稿，增訂而成。其主要目的，在以最經濟之方法，就民法物權編，為最精密之研究；與前著中華債法論綱出於同一之體裁。

二 本書定名論綱，故組織力求完整，敘述力求簡明。但遇有重要問題，則不厭詳加討論；除述已見外，並徵引學說立法例，以資參考。

三 本書雖以民法物權編之規定，為編述之根據，但其章節之排列，則不盡依法典規定之順序。至法典規定之有未當或遺漏處，亦逐一評論，以貢一得之愚。

四 本書對於我國歷來關於物權法之解釋例與判決例，足資考證者，均盡量收集。期理論與實用，雙方並顧。

五 本書對於近時之法律思想，特別注意。如「債權之動產化」，「動產之證券化」，「所有權之社會化」，「用益物權之普及化」，「租賃權之物權化」，「登記與占有之公信力」等新法律觀念，及「地役權非不可分」，「添附之規定，非純屬強行法規」，「占有之保護，非專為維持社會之秩序」等新法律學說，均於適宜處摘要述及。

六 本書徵引中外學說時，每有附以反對之見解者；然此單純基於共同研究之目的，非敢故爲異論。至其中不乏著者個人獨創之主張，尤欲藉此提請大方之教正。

七 本書所引之條文，其未經示明何種法律者，指民法法典；其他則各從其名稱。又本書所用之略語，如「舊民律」，指前清之民律草案，於民國十年，經廣東軍政府修正公布者。「德民」指德國民法，「瑞民」指瑞士民法，餘倣此。

八 外國語限於敘述語源，及外國學者姓名時用之。餘以其無必要，故不一一註入。

中華民國二十四年一月

著者識

目次

緒論.....一

第一 物權法之意義——第二 物權法之特質——第三 物權法之內容——第四 本書之順序

第一章 總論.....五

第一節 物權之意義.....五

(一) 物權之標的——(甲) 須為人力所得支配之個體——(乙) 要為特定物——(丙) 要為獨立一個之物——(二) 物權之內容——(甲) 支配其標的物——(乙) 直接支配

第二節 物權之特質.....八

(一) 物權之絕對性——(二) 物權之排他性

第三節 物權之限定.....一〇

第四節 物權之分類.....一二

第一 不動產物權與動產物權——第二 所有權與制限物權——第三 本權與占有——第四 主物權與從物權

第五節 物權之變動……………一五

第一款 物權變動之意義及態樣……………一五

(一)物權之取得——(甲)原始取得——(乙)承繼——(二)物權之喪失——(三)物權之變更

第二款 物權變動之原因……………一七

第一項 物權行爲……………一八

第一目 物權行爲之意義及性質……………一八

第二目 物權行爲之原因關係……………一九

第三目 物權行爲之要件……………二〇

(一)其標的物須爲特定物——(二)其當事人須有處分權——(三)其意思表示須公示——(甲)不動產上物權行爲之公示方法——(乙)動產上物權行爲之公示方法——(四)不動產物權之移轉設定須作成書面

第二項 物權之混同……………三一

第一 所有權與其他物權混同——第二 所有權以外之物權與準物權混同

第二章 所有權……………三四

第一節	所有權之社會的基礎	三四
第二節	所有權之性質	三五
	(一)所有權爲最完全之物權——(二)有彈力性——(三)有永久性	
第三節	所有權之作用	三七
	第一 所有權之權能——(一)使用——(二)收益——(三)處分——(四)排除干涉——第二 所有權作用之制限	
第四節	所有權上之請求權	四一
	第一 所有物返還請求權——第二 所有物保全請求權	
第五節	所有權之範圍	四六
第一款	總說	四六
	第一 動產所有權之範圍——第二 土地所有權之範圍——第三 建築物所有權之範圍	
第二款	相鄰關係	四九
	第一 鄰地使用權——第二 鄰地通行權——第三 排水權——第四 用水權——第五 關於開掘土地及爲建築之權利義務——第六 電線及筒管安設權——第七 竹木刈除權——第八 各種氣體灰屑喧囂振動等侵入禁止權	
第六節	所有權之取得	五七
第一款	取得時效	五七

第一款 所有權取得時效之要件——第二款 所有權取得時效之中斷——第三款 所有權取得時效之效力	
第二款 即時取得	六四
第一款 所有權即時取得之要件——第二款 所有權即時取得之效力——第三款 所有權即時取得之制限	
第三款 先占	六八
第一款 先占之要件——第二款 先占之效力	
第四款 遺失物之拾得	七〇
第一款 遺失物拾得之要件——第二款 遺失物拾得之效力	
第五款 埋藏物之獲得	七三
第一款 埋藏物獲得之要件——第二款 埋藏物獲得之效力	
第六款 添附	七七
第一項 總說	七七
第二項 附合	七七
第一款 不動產上之附合——第二款 動產上之附合	
第三項 混合	八一
第四項 加工	八二

第五項 添附之一般效果·····	八四
第一 所有權之取得——第二 所有權之喪失——第三 價金之請求	
第七節 所有權之消滅·····	八七
第一 標的物全部滅失——第二 拋棄——第三 他人之原始取得	
第八節 共有·····	八八
第一款 總說·····	八八
第二款 分別共有·····	八九
第一項 分別共有之性質·····	八九
第二項 分別共有人之應有部分·····	八九
第一目 應有部分之性質·····	九〇
第二目 應有部分之成數·····	九〇
第三目 應有部分之處分·····	九一
第三項 分別共有人之支配權·····	九二
(一) 占有權——(二) 使用權——(三) 收益權——(四) 處分權	

第四項 分別共有物之管理……………九四

(一)保存行爲——(二)改良行爲

第五項 分別共有物之擔負……………九六

第六項 共有權上之請求權……………九七

第七項 分別共有之終止……………九八

第一 分割之請求——第二 分割之方法——第三 分割之效果——(一)權利移轉主義——(二)權利認定主義

第八項 分別共有之推定……………一〇四

第三款 共同共有……………一〇六

第一項 共同共有之性質……………一〇六

第二項 共同共有之效力……………一〇八

第三項 共同共有之終止……………一〇九

第四款 準共有……………一一〇

第三章 用益物權……………一一一

第一節 總說	一一一
第二節 地上權	一一二
第一款 地上權之性質	一一二
第二款 地上權之發生	一一四
第一 法律行爲——第二 法律規定	
第三款 地上權之存續期限	一一六
第一 意定地上權之存續期限——第二 法定地上權之存續期限	
第四款 地上權之效力	一一七
第一 使用權——第二 占有權——第三 物上請求權——第四 相鄰權	
第五款 地租	一一九
第六款 地上權之處分	一二一
第七款 地上權之消滅	一二三
(一) 土地全部滅失——(二) 存續期限之屆滿——(三) 約定消滅事由之發生——(四) 第三人之原始取得——(五) 混同——(六) 拋棄——(七) 撤銷	
第八款 地上物	一二五

第三節 永佃權……………一二七

第一款 永佃權之性質……………一二七

第二款 永佃權之發生……………一二九

第一 法律行為——第二 取得時效

第三款 永佃權之效力……………一三〇

第一 利用權——第二 占有權——第三 物上請求權——第四 相鄰權

第四款 佃租……………一三二

第五款 永佃權之處分……………一三三

第六款 永佃權之消滅……………一三四

(一) 土地全部滅失——(二) 第三人之原始取得——(三) 混同——(四) 拋棄——(五) 撤佃

第四節 地役權……………一三五

第一款 地役權之性質……………一三五

第二款 地役權之分類……………一三九

第一 意定地役權與法定地役權——第二 積極地役權與消極地役權——第三 繼續地役權與不繼續地役權——第四 表現地役權與不表現地役權

第三款	地役權之發生	一四一
第一	法律行爲——第二	取得時效
第四款	地役權之存續期限	一四三
第五款	地役權之效力	一四三
第一	地役權人之權利——(甲)利用權——(乙)物上請求權——第二	地役權之優先的效力
第六款	地役權之處分	一四六
第七款	地役權之消滅	一四七
(一)	土地全部滅失——(二)第三人之原始取得——(三)混同——(四)存續期限之屆滿——(五)約定事由之發生——	
(六)	拋棄——(七)法院之宣告	
第五節	典權	一四九
第一款	總說	一四九
第二款	典權之性質	一四九
第三款	典權之發生	一五一
第一	法律行爲——第二	取得時效
第四款	典權之期限	一五三

第五款 典權之效力……………一五四

- 第一 典權人之權利——(一) 用益權——(二) 占有權——(三) 物上請求權——(四) 相鄰權——(五) 先買權——
- (六) 重建修繕權——(七) 償還費用請求權——
- 第二 典權人之義務——(一) 保管典物之義務——(二) 返還典物之義務

第六款 典權之處分……………一五九

第七款 典權之消滅……………一六〇

- (一) 回贖——(二) 典物全部滅失——(三) 混同——(甲) 逾期不贖——(乙) 取得時效——(丙) 找貼——(四) 典權與回贖權之拋棄——(五) 第三人之原始取得

第四章 擔保物權……………一六七

第一節 總說……………一六七

第二節 抵押權……………一六九

第一款 抵押權之性質……………一六九

第二款 抵押權之發生……………一七二

- 第一 法律行為——
- 第二 法律規定

第三款 抵押權之範圍……………一七四

第一 抵押權標的物之範圍——第二 抵押權所擔保債權之範圍

第四款 抵押權之效力……………一七五

第一 抵押權人之權利——第二 抵押權之優先的效力

第五款 抵押權之實行……………一七七

(一) 拍賣之時期——(二) 拍賣之條件——(三) 拍賣之程序——(四) 拍賣之標的——(五) 拍賣之結果——(甲) 抵押物權利之變動——(乙) 抵押物價金之分配——(丙) 物上保證人之權利

第六款 抵押權之消滅……………一八四

(一) 抵押物全部滅失——(二) 混同——(三) 拋棄——(四) 第三人之原始取得——(五) 抵押權之實行——(六) 債權全部消滅

第七款 準抵押權……………一八六

第三節 質權……………一八六

第一款 質權之性質……………一八六

第二款 質權之發生……………一八八

第一 法律行為——第二 取得時效——第三 即時取得

第三款 質權之範圍……………一八九

第一 質權標的物之範圍——第二 質權所擔保債權之範圍

第四款 質權之效力……………一九一

第一 質權人之權利——(一)占有權——(二)物上請求權——(三)優先權與變價權——(四)用益權——(五)轉讓權——第二 質權人之義務——(一)保管質物之義務——(二)返還質物之義務

第五款 質權之實行……………一九五

第六款 質權之消滅……………一九六

(一)質物全部滅失——(二)混同——(三)拋棄——(四)第三人之原始取得——(五)質權之實行——(六)債權全部消滅——(七)質物之返還——(八)占有之永久喪失

第七款 準質權(權利質權)……………一九八

第一 關於一般準質權之規定——第二 關於債權質之規定——(一)債權質之設定——(二)債權質之實行——第三 關於有價證券質之規定——(一)有價證券質之設定——(二)有價證券質之標的——(三)有價證券質之實行

第四節 留置權……………二〇四

第一款 留置權之意義……………二〇四

第二款 留置權之要件……………二〇四

第一 積極的要件——第二 消極的要件

第三款 留置權之發生……………二〇七

第四款 留置權之範圍……………二〇八

第一 留置權標的物之範圍——第二 留置權所擔保債權之範圍

第五款 留置權之效力……………二〇九

第一 留置權人之權利——(一)占有權——(二)優先權與變價權——(三)用益權——(四)償還費用請求權——第二 留置權人之義務——(一)保管留置物之義務——(二)返還留置物之義務

第六款 留置權之實行……………二一一

第七款 留置權之消滅……………二一二

(一)留置物全部滅失——(二)混同——(三)拋棄——(四)第三人之原始取得——(五)留置權之實行——(六)債權全部消滅——(七)占有之喪失——(八)擔保之提出

第五章 占有……………二一五

第一節 占有之性質……………二一五

第二節 占有之要件……………二一七

第三節 占有之態樣……………二一九

第一款 占有態樣之分類……………二一九

- 第一 自主占有與他主占有——第二 有權占有與無權占有——第三 善意占有與惡意占有——第四 有過失占有與無過失占有——第五 繼續占有與不繼續占有——第六 和平占有與強暴占有——第七 公然占有與隱祕占有——第八 單獨占有與共同占有

第二款 占有態樣之推定……………二二三

- (一)關於自主占有之推定——(二)關於善意占有之推定——(三)關於和平占有之推定——(四)關於公然占有之推定——(五)關於繼續占有之推定

第三款 占有態樣之變更……………二二四

- 第一 占有態樣變更之制限——第二 占有態樣變更之擬制

第四節 占有之取得……………二二五

- 第一 原始取得——第二 承繼取得——(一)占有之讓與——(二)占有之繼承

第五節 占有之效力……………二二八

第一款 權利之推定……………二二八

第二款 權利之取得……………二二九

第三款	物上請求權	二二〇
第一	總說——第二 占有物上請求權之種類——第三 占有物上請求權之當事人——(一)權利人——(二)義務人——	
第四	占有物上請求權之行使(占有之訴)	
第四款	私力救濟權	二二三
第五款	無權占有人與本權人之關係	二三四
第一	損害賠償之義務——第二 返還孳息之義務——第三 請求償還費用之權利	
第六節	占有之消滅	二三六
	(一)占有物全部滅失——(二)事實上管領力喪失	
第七節	準占有	二三七
附 錄		
一	民法物權編施行法	二三九
二	民法物權編立法原則	二四一
三	清理不動產典當辦法	二四五
四	不動產登記條例	二四八

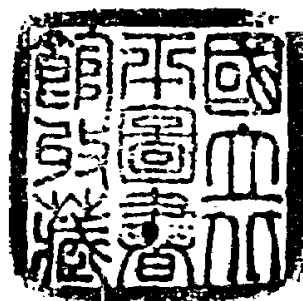
中華物權法論綱

緒論

第一 物權法之意義

物權法者，規定物權關係之法規也。即我民法物權編所規定者是。雖然，民法物權編所規定者，僅屬普通之物權；而特別之物權，則規定於其他之法律。例如：法定留置權及法定抵押權，規定於民法債編（民法第四四五條以下第六一二條及第五一三條參照）；漁業權及入漁權，規定於漁業法（同法第五條以下參照）；鑛業權規定於鑛業法（同法第一二條以下參照）；永租權規定於內地外國教會租用土地房屋暫行章程（同章程第六條參照）；耕作權規定於土地法（同法第一九七條參照）；優先權規定於海商法（同法第二七條以下）皆是。又民法物權編所規定者，僅關於物權之實體的事項；其關於物權之程序的事項，則另以各種單行法規定之。例如：不動產物權之登記程序，規定於不動產登記條例；擔保物之拍賣程序，規定於拍賣法是。（註一）

（註一）不動產登記條例，係北京政府於民國十一年五月二十一日所公布；依十六年八月十二日國民政府令，暫准採用。拍賣法現在我國



雖尙無此種法律，然民法債編施行法第一四條，有「民法債編所定之拍賣，在拍賣法未公布施行前，得照市價變賣。但應經法院、公證人、警察官署、商會或自治機關之證明。」足見我國將來必有拍賣法之制定。又依司法院院字第九八〇號解釋，實物之拍賣，在拍賣法未公布施行以前，可照債編施行法第一四條規定辦理。則將來拍賣法公布施行後，實物及其他擔保物之拍賣，應依拍賣法之規定，自無可疑。

物權法雖爲規定物權關係之法規，但其所規定者，非盡屬物權關係之事項；附隨於物權而生之債權關係，因立法上之便宜，亦有規定於物權法者。例如：第八一六條關於請求償金之規定，第八三六條關於支付地租之規定，第九五四條以下關於償還費用之規定是也。

第二 物權法之特質

物權與債權同爲財產權，故物權法與債法同爲財產法；而成民法之重要部分。然物權得直接支配物資，以充權利人之需要；較之債權必先請求債務人履行債務，而後方得滿足其需求者，更爲重要。且物權有絕對性及排他性，（註一）物權人得向第三人主張權利；較之債權僅得對抗債務人者，（註二）尤有強固之效力。故民法上關於物權之規定，與關於債權之規定，不得不異其主義。舉其要者：（一）債權僅得對於債務人主張，其利害關係只及於當事人，多與公益無涉，不妨委諸當事人之自由訂定。故債法廣採契約自由之原則，其所規定者，多屬任意法規。反之，物權與一般第三人可生重大之關係，影響於社會者甚鉅。故物權法特取干涉主義，其所規定者，多屬強行法規。（二）債權關係較爲簡易，立法上不妨採取外國成規，以改良本國之現制。故各國債法規定，大同小異，有漸趨於

世界法之傾向。反之，物權法則與本國固有之社會經濟組織，有密切關係，應尊重本國習慣，其立法富有保守性。故各國物權法，大異其內容，此點與親屬法、繼承法極爲類似。再由法律之沿革言，則物權中之所有權，先於債權而發生，故物權法亦先於債法而成立。

(註一)第一章第二節物權之特質參看。

(註二)債權爲絕對權抑爲相對權？此爲從來學者之所爭。余以爲就我民法第二二五條第二項而解釋，應認債權爲相對權，只得對於債務人主張。拙著中華債法論綱（商務印書館出版）五頁及四三七頁參看。

第三 物權法之內容

物權法在民法法典中之地位，各國立法例不同。(註一)我民法倣德國民法，規定物權於第三編。內分十章：第一章通則，規定關於物權一般之事項。第二章以下，則順次規定：(一)所有權，(二)地上權，(三)永佃權，(四)地役權，(五)抵押權，(六)質權，(七)典權，(八)留置權，(九)占有等九種之物權。物權編係於民國十八年十一月三十日公布，由十九年五月五日施行。但依民法物權法施行法第一條之規定，民國十九年五月五日以前發生之物權，除該施行法有特別規定外，不適用物權編之規定。

(註一)外國民法，有不特設物權一編，以與其他財產權同規定於財產編中者。如法奧兩國是。有特設物權一編者，其編列之次序，或置於債編之前，或置於債編之後。前者如日俄兩國，後者如德國是。

第四 本書之順序

本書編述之順序，大體從物權編規定之順序。第一章總論，論述物權之一般事項。第二章以下，論述各種之物權。惟地上權、永佃權、地役權及典權，其性質同爲用益物權；又抵押權、質權及留置權，其性質同爲擔保物權；均宜各併爲一章論述之。卽本書除緒論外，計分五章：第一章總論，第二章所有權，第三章用益物權，第四章擔保物權，第五章占有。

第一章 總論

第一節 物權之意義

物權者，直接支配物之權利也。故物權要具備左列兩條件：

(一) 要為對物之權利 即物權之標的為物，是乃物權之標的物。對之有應注意之點三：

(甲) 物權之標的物，固不限於有體物，但必須為人力所得支配之個體。故權利不得就之成立物權。就於權利而存之權利，雖規定之於物權法，與物權受同一之待遇，只得謂為準物權，而非真正之物權。如權利質權（第九〇〇條以下），及以地上權、永佃權或典權為標的物之抵押權（第八八二條）是。（註一）

（註一）此為學者之通說。日儒中島玉吉，主張：「財產權亦得為物權之標的物；故此等權利，亦為真正之物權。」松本蒸治主張：「物權原則只得存於物體之上，例外亦得存於權利之上。」不外認此等權利為例外的物權（參看中島民法釋義二卷二頁，松本註釋民法全書一卷五五頁）。我國劉鴻漸氏，大體從松本之說（參看劉氏中華民國物權法論一〇頁）。

(乙) 物權之標的物，要為特定物，故不特定物，雖得就之成立債權（即種類債）然不得就之成立物

權，因物權乃直接支配物之權利；非其標的物具體特定，即無從直接支配也。

(丙)物權之標的物，要為獨立一個之物。故物之成分，與物之集合，均不得為物權之標的物。蓋物之成分（如家屋之樑柱），乃物之一部，而非獨立之物；又物之集合（如某圖書館之書籍），乃多數物，而非一個之物；均不能就之成立一個之物權，但物之成分，在法律有特別規定時，例外亦有得為物權之標的物者。如數人區分一建築物，而各有其一部者是也（第七九九條參照）。

(二)要為直接支配物之權利 即物權之內容，在直接支配其標的物。分析說明之：

(甲)物權之內容，在支配其標的物。支配云者，調度之義；即其標的物服從物權人之調度之謂。若權利人不能支配其物，僅得請求他人，就物上為一定之行為，則其權利乃債權，而非物權。（註一）惟其支配力之大小，依物權之種類，而有差異；有得為總括的支配者，如所有權是；有僅為特定的支配者，如地上權、永佃權、地役權、抵押權等皆是。（註二）

(註一)例如甲與乙約，以其所有之馬贈乙，尙未交付。此際，乙只得對甲請求交馬，而不能就該馬自為何種之行為；故乙只取得債權，尙未取得物權。反之，若甲已因履行，將其馬交付於乙，則乙得支配此馬。即由債權人一變而為所有人矣。

(註二)統括的支配，謂得用一切方法支配其物。如所有人得占有、使用、收益及處分其所有物是。反之，特定的支配，謂僅得用特定方法支配其物。如地上權人、永佃權人、地役權人、及典權人，僅得使用收益其標的物；抵押權人僅得變賣其標的物；質權人、留置權人，僅得扣留及變賣其標的物；占有人僅得占有其占有物皆是。

(乙)物權之內容，在直接之支配。直接云者，乃無須他人行為之介入之義。若有他人行為之介入，縱能支配其標的物，仍屬債權，而非物權。如承租人所有之租賃權是。蓋承租人事實上雖亦得支配其租賃物，然不能不賴乎出租人之作為（即交付租賃物）與不作爲（即許容承租人使用租賃物），非得直接支配其租賃物故也。（註一）

（註一）租賃權乃請求出租人協助（如交付租賃物修繕租賃物），並許容其爲使用收益租賃物之權利，其性質乃單純之債權。至承租人事實上雖得使用收益租賃物，然此不外對人關係而生之結果，租賃權非因之變爲用益物權之一種。但此係就我民法之規定而立論；外國法律，非無以租賃權列爲物權者，如普奧二國是也。拙著中華債法論綱二七八頁參看。

物權之要件已如上述。但德日一派學者，主張「物權除直接支配其標的物之外，尙以請求一般人不侵害其權利爲內容（消極的內容）；從一般人均負不侵害其物權之義務。」其意以爲，一切權利均爲人與人之關係，物權不能單純就於人與物之間而存在，故對人關係，亦爲物權之本質。（註一）余謂權利本用以對抗他人，物權固不能專對其標的物行使，始終不向他人主張；但不得因此遽認物權於未被他人侵害之先，即對一般人有不侵害其物權之請求權。蓋在物權，一般人所以不得侵害其支配關係者，係因無侵害之之權利，非負不侵害之之義務。且此種請求權，理論上縱認其存在，然不得行使，亦不得讓與於他人，實際上無絲毫之效用，不如不認其存在之爲愈。若謂一切權利，均爲人與人之關係，則物權於將來被人侵害之時，權利人得基於其權利，請求加害人回復原狀或賠

償損害，已不失其為對人關係之本質。何必強創對於一般人之請求權，方足以補其缺陷哉？

（註一）我國余榮昌氏民法要論物權二頁謂：「物權者，絕對權也。絕對權者，對於一般人請求其不侵害之權利也。物權既為一種之絕對權，故須具備絕對權所必要之分子。」不外認物權含有對於一般人之請求權。王去非氏民法物權論五頁謂：「物權者，對於一般世人之權利，他人負有不得侵害之消極義務。」其反面即認物權人對於一般人有請求不侵害其物權之權利。均從上述之見解。

第二節 物權之特質

各種物權，皆有其特別之性質，應於第二章以下述之。茲只說明一般物權共通之特質於左：

（一）物權為絕對權，得對於一般人主張之。此為物權之第一特質，稱之為物權之絕對性。因生左之效果：

（甲）無論何人，有侵害物權，致物權人受損害者，物權人得依第一八四條規定，請求加害人賠償損害。故物權可生損害賠償請求權。例如：甲毀壞乙之所有物，乙得請求甲賠償其損害是。

（乙）物權標的物，不問落於何人之手，物權人均得追隨其物而行使其權利。是即物權之追及權。因物權為對物之權利，認物不認人，故生此效果。例如：甲以其所有之家屋，先抵押於乙，後又因買賣而交付於丙，則乙得直接對丙主張抵押權，將其買受之家屋付拍賣。又如：甲竊取乙之所有物，賣於不知情之丙，則乙亦得向丙主張所有權，而請求其交還標的物是也。（註一）

(註一)反之，債權爲對人之權利，認人不認物，故其標的物已落第三人之手時，債權人不得直接向第三人主張權利。例如甲約以其所有之馬贈乙，未交付，復以之賣丙，則乙不得以債權人資格，請丙交付其物是。惟物權之追及權，非毫無制限。在占有其物之第三人，已依取得時效或即時取得之規定，取得其物之所有權時，原物權人即不得再向其追及。(第二章第六節第一款第二款參看)。

(二)物權爲直接支配物之權利，常獨占的享受其物上之利益，勢不得不排斥物上其他之物權。此爲物權之第二特質，稱之爲物權之排他性。但其排他性之強弱，因物權之種類而不同。有絕對不容他物權之存在者，如所有權排斥所有權，及地上權排斥永佃權是。(註一)有許容他物權存在，惟其兩權利之效力優劣不同者，如抵押權排斥抵押權，及抵押權排斥典權是。(註二)又在同一標的物上，物權與債權併存時，則債權常爲物權所排斥；其兩權利發生之先後，且可不問。(註三)

(註一)此可謂絕對排他。因一個所有物，只能成立一個所有權，故一所有權存在時，不能再生他所有權。是即所有權排斥所有權之理由。稱之爲同種絕對排他。又地上權與永佃權同以利益土地爲內容，性質上不能並存，故就一所土地既成立地上權時，即不能再生永佃權。是乃地上權排斥永佃權之理由。稱之爲異種絕對排他。

(註二)此可謂相對排他。因抵押權乃擔保物權，且不占有抵押物，故不妨就同一抵押物上，與他之抵押權或典權併存。惟該抵押權先發生，故其效力優於其後所設定之他抵押權(即第二抵押權)或典權。即將來抵押權人實行抵押權時，得否認典權，而拍賣其抵押物。從其典權因抵押物之拍賣而消滅。又抵押權人就於抵押物之賣得金，得較第二抵押權人先受清償，不必與之平等分配(第四章第二節第四款參看)。上述抵押權排斥抵押權，可稱同種相對排他。抵押權排斥典權，可稱異種相對排他。

(註三)物權之效力，優於債權，故物權常排斥債權。不但先發生之物權，能排斥後發生之債權；即後發生之物權，亦能排斥先發生之債權。例

如：甲先以其家屋贈乙，未為履行，復以之出典於丙，則乙為債權人，丙為典權人，乙不得否認丙之典權，丙得否認乙之債權是也。前大理院民國十年上字第七〇四號判例云：「賣主為二重買賣，如前之賣約僅有債權關係，後之賣約已發生物權關係者，前賣主不得主張後賣約無效。」即明示此旨。此與物權相互間，依其物權發生之先後，定其權利之優劣者不同。但依第四二五條第四二六條之規定，出租人於租賃物交付後，縱將其所有權讓於第三人，或就租賃物對於第三人設定足以妨礙承租人使用收益之物權，其租賃契約對於受讓人或物權人仍繼續存在。不外認先發生之租賃權（債權），優於後發生之物權，是其例外。

物權因有排他性之結果，較之其所排斥之權利，有優先之效力，是即物權之優先權。惟此優先權之內容，依情形而有差異。在絕對排他之兩物權相互間，則有優先權之物權發生，其他之物權不發生。在相對排他之物權相互間，及物權與債權間，則有優先權之物權，先享受物上之利益，其他之權利不能與之受同等之待遇。例如：甲以其家屋先向乙押借五千元，嗣又向丙押借三千元，則乙丙同有抵押權；然乙之抵押權優於丙。若拍賣該家屋得價七千元，應以五千元還乙，以其所餘之二千元還丙是。（註一）

（註一）反之，債權無排他性，故無優先權。對於同一債務人取得數個債權時，不問其發生之先後，其效力同等。例如：甲先負乙三千元，嗣又負丙七千元，則乙丙對甲同有債權。若其後甲破產，變賣其財產只得五千元，乙丙應比例債額，以為分配。即乙得一千五百元，丙得三千五百元是。

第三節 物權之限定

債法採契約自由之原則，凡債權之種類及其內容，均許當事人自由訂定，以不加限制為原則。故當事人不妨

以契約創設債法所未規定之債權，及與債法規定內容相異之債權。(註一)反之，物權之種類及其內容，現今各國法律，均加嚴格之制限。除民法及其他法律所明認者外，不許當事人任意創設。蓋物權有強固之效力，影響於財產之流通者甚大。若許當事人任意創設各種之物權，或自由變更法定物權，內容，勢必至妨害交易之安全，而阻礙財產之流通也。

(註一)拙著中華債法論綱二〇七頁參看。

我民法第七百五十七條規定：「物權除本法及其他法律有規定外，不許創設。」亦採限定主義。所謂不許創設者，其立法意旨，包含兩點：(一)禁止創設法律所未規定之新物權。是乃關於物權種類之制限。如以契約設定先買權或不動產質權是也。(二)禁止變更法定物權之內容。是乃關於物權內容之制限。因變更法定物權內容時，不啻間接創設新物權故也。例如：設定以利益為目的之抵押權，或不以移轉占有為要件之質權是。又其所謂本法者，指民法法典；所謂其他法律者，係指狹義法律（即由立法院制定者）而言。當然不包含行政命令（註二）及習慣法（註三）在內。故依行政命令或習慣法創設物權，亦為法律所不許。

(註一)法律與法令涵義不同。因法令乃兼法律與行政命令二者而言故也。我民法用「法令」文字之條文不少。如第二六條第一一九條第七六五條皆是。

(註二)此為日本學者之通說。末弘嚴太郎物權法上卷四一頁，我妻榮物權法二四頁，石田文次郎物權法論二二頁，則反對之。我國學者非無從其主張者，然依我民法之用語例，凡單稱「法律」者，乃專指成文法而不及習慣法。若於成文法之外併及習慣法，則以「法律」

與「習慣」並列。如第三一四條及第三七八條有「法律另有規定或另有習慣」云云，即其適例。今第七五七條既未增入「習慣」二字，其不包含習慣法在內，實屬無疑。又最高法院二十二年上字第七四一號判例，內有：「房客於租用之房屋，關於優先承買之權，在民法及其他現行法律，既無規定，則該種習慣，自不得適用……」云云。亦不外認定在民法物權編施行後，不得以習慣法創設物權。

違反上述規定創設物權，或變更法定物權之內容時，則其法律行為無效（第七一條）。但法律有以明文認定其有一部之效力者，如第八七三條二項第八九三條二項及第九一二條所規定者是。有認其僅能發生債權者，如第八四二條二項所規定是。

第四節 物權之分類

我民法物權編所明定之物權，計有：（一）所有權，（二）地上權，（三）永佃權，（四）地役權，（五）抵押權，（六）質權，（七）典權，（八）留置權，（九）占有等九種，已如上述。此等物權，仍得以種種標準分類之。茲舉其重要者於左：

第一 不動產物權與動產物權

不動產物權者，以不動產為標之物權也。動產物權者，以動產為標之物權也。此兩種物權，法律對之異其待遇，（註一）故有嚴格區別之必要。如地上權、永佃權、地役權、抵押權、典權，均為不動產物權。如動產質權、留置

權，均爲動產物權。至所有權與占有，則有爲不動產物權者，有爲動產物權者，要視其標的物如何耳。

(註一)舉其要者：(一)不動產物權之變動，要登記；反之，動產物權之變動，則要交付(第七五八條第七六一條)。(二)不動產物權之取得時效，其期間爲二十年或十年；動產物權之取得時效，其期間則爲五年(第七六八條至第七七二條)。(三)不動產物權，無即時取得之規定；而動產物權，則有即時取得之規定(第八〇一條第八八六條及第九四八條)皆是。

第二 所有權與制限物權

所有權者，總括的支配其標的物之物權也。制限物權者，僅於特定之關係，支配其標的物之物權也。(註一)由兩者之關係言，制限物權不外制限所有權之作用之物權，故其效力較優於所有權。(註二)但此乃基於制限物權之特質，非由物權之排他性所生之結果。(註三)如地上權、永佃權、地役權、典權、抵押權、質權、留置權，皆屬制限物權。

(註一)制限物權，學者有稱之曰定限物權(見王去非氏民法物權論一二頁)，有稱之曰限制物權(見劉鴻漸氏物權法論二六頁)，但此僅屬用語之差異，而其意義則無不同。又外國學者，有以制限物權常存於他人所有物之上，稱之爲他物權者。然在例外場合，所有人亦有就於自己所有物上取得制限物權者(第七六二條但書參照)，他物權之名稱，終嫌未當(同說日儒末弘殿太郎物權法上卷四六頁，川名兼四郎物權法要論五頁)。

(註二)例如就同一土地上，所有權與地上權(制限物權)併存時，則該土地應歸地上權人利用，所有人不得均沾其利益。又如在同一動產上，所有權與質權(制限物權)併存時，則其物應歸質權人占有，所有人不得干涉。

(註三)同說日儒遊佐慶夫民法概論物權編一一頁

制限物權更可分爲用益物權與擔保物權兩大類。以物之使用收益爲目的之制限物權，謂之用益物權，如地上權、永佃權、地役權、典權屬之。反之，以擔保債權爲目的之制限物權，謂之擔保物權，如抵押權、質權、留置權屬之。

第三 本權與占有

本權者，爲占有權利（即占有其標物之權利）發生之基礎之物權也。占有者，基於支配物體之事實上關係所生之物權也。占有物體之人，有占有其物之權利者，有無占有其物之權利者。如所有人占有所有物，質權人占有質物，屬於前者。拾得遺失物者之占有遺失物，善意由盜賊買受贓物者之占有贓物，屬於後者。前之場合，其占有物體之權利，必基於其他之物權（如所有權質權）而發生；此種其他之物權即本權。基於本權所爲之占有，乃有權占有（如所有人占有所有物），固受法律之保護；即不基於本權之占有（即無權占有如盜賊之占有贓物），法律亦附與以種種之效力。（註一）是即占有之所以爲獨立之物權也。

（註一）第九四八條、第九五二條、第九五四條、第九五五條、第九五七條、第九六〇條至第九六三條參看。其詳細說明，見第五章第五節第一款至第四款及第五款之（三）簡言之：即無權占有人，縱係惡意，亦有償還費用請求權，物上請求權，及自力救濟權。若係善意，尙有即時取得及使用收益等權利。

第四 主物權與從物權

主物權者，與他之權利無關，得獨立存在之物權也。如所有權、地上權、永佃權、典權、占有皆是。反之，從物權者，以他之權利之存在，為發生要件並存續要件之物權也。（註一）如地役權、抵押權、質權、留置權皆是。（註二）

（註一）發生要件，謂其權利之發生所不可缺之條件。缺此要件，則其權利自始不能發生。存續要件，謂其權利之繼續存在所不可缺之條件。缺此要件，則其權利即歸消滅。從物權以他之權利存在為發生且存續之要件，與他之權利有密切之關係。故（一）他之權利不發生時，從物權亦不發生。（二）他之權利消滅時，從物權亦隨之消滅。（三）他之權利移轉時，其從物權原則亦隨同移轉。此與利息債權（從債權）之僅以元本債權之存在，為發生要件者不同（拙著中華債法論綱二八頁參看）。

（註二）地役權乃因自己土地之便利，而利用他人土地之權利，附隨於土地所有權而存在，故為從物權。又抵押權、質權、留置權，均以擔保債權之履行為目的，與其所擔保之債權，有不可分離之關係。故亦為從物權。

第五節 物權之變動

第一款 物權變動之意義及態樣

物權之變動者，即物權之取得，喪失及變更之謂也。其態樣可大分為三，析述於左：

（一）物權之取得

物權附著於某主體時，由其主體方面觀察，即物權之取得。有原始取得及承繼二種：

（甲）原始取得 乃不基於他人之權利，而獨立取得物權之謂，如因取得時效、即時取得、先占、添附、遺

失物之拾得、埋藏物之獲得等，而取得所有權或其他物權皆是。在此種取得，其取得人所取得之物權，完全爲新發生之權利，與他人之權利絲毫無涉。故其標的物雖曾爲他人權利之標的物，原始取得人亦不承繼其擔負。即其取得人既取得物權時，所有前權利人之權利，立歸消滅。例如：甲之所有物，先質於乙，則甲爲所有人，乙爲質權人。嗣該物爲丙所竊，丙依取得時效規定（即第七六八條），取得其物之所有權時，則甲之所有權，與乙之質權，同歸消滅。（註一）

（註一）此際其原始取得，不僅爲自己物權發生之原因，同時爲他人物權消滅之原因。反之，其標的物本不爲他人物權之標的物時，則其原始取得，只爲自己物權發生之原因，非同時爲他人物權消滅之原因。如因先占無主物，而取得所有權是（第八〇二條參照）。

（乙）承繼 亦稱繼受取得，乃基於他人之物權而取得物權之謂。此種取得，係以他人之物權爲基礎；故他人本不有物權時，則其承繼人亦無從取得物權。又他人之物權本有擔負時，則承繼人所取得之物權，亦附有同一之擔負。例如：甲以其家屋先抵押於乙，嗣復賣丙，則丙雖取得該屋之所有權，然不得否認乙之抵押權是。此即承繼與原始取得之異點。

承繼又可分爲單純承繼與創設承繼二種。前者，指單純取得前權利人之物權，即前物權人喪失物權，承繼人取得物權，稱此現象，曰物權之移轉。如甲以其家屋所有權讓與於乙是。後者，乃基於他人之物權，取得與之相異之物權。即承繼人雖取得物權，然前物權人不喪失物權，僅在其原有物權上，增加一種之擔負而已。稱此現象，

曰物權之設定。如甲以其所有之土地向乙設定地上權，或抵押於丙是也。

(二) 物權之喪失

物權脫離其主體時，由其主體方面觀察，即物權之喪失。亦分絕對的喪失與相對的喪失兩種。絕對的喪失，謂物權不特離其主體，且客觀的失其存在。是即物權之消滅。如因標的物滅失，或他人之原始取得，而喪失物權是。反之，相對的喪失，謂前物權人喪失物權，後物權人取得物權。是即物權之移轉。如甲以其所有權讓與於乙是。

(三) 物權之變更

物權之變更者，不變物權之本質，惟變更其體樣之謂。詳言之：即保持物權之存續，而變更其內容或標的是也。如標的物之增減變更，存續期限之伸縮，皆其適例。若夫物權主體之變更，乃物權之移轉，非茲所謂物權之變更。

第二款 物權變動之原因

物權之變動，不可無其原因之事實，稱之爲物權法上之法律事實。此等法律事實中：(一)有與人之行爲無涉者；如物之新生（如第七六六條），物之滅失（如第八八一條），附合（第八一二條），混合（第八一三條），取得時效完成（如第七六八條），混同（如第七六二條），繼承（第一一四八條），等是。(二)有以人行爲爲其事實之成分者；其中又分爲二：(1)其行爲非法律行爲者，如先占（見第八〇二條），拾得遺失物（見第八

○七條），獲得埋藏物（見第八〇八條），加工（見第八一四條），等是。（2）其行爲爲法律行爲者，卽物權行爲是也。就中物權行爲與混同，最爲重要。我物權編設有一般規定，茲分項述之。至物權之拋棄，物權編雖亦規定之於通則中（見第七六四條），然一切物權，非均許拋棄。且其拋棄方法，亦非盡相同。（註一）宜於各種物權中說明之。

（註一）如後述附有地租之地上權，其地上權人雖有用益土地之權利，一面亦負支付地租之義務。又永佃權人一律負有支付佃租之義務。故均不許其任意拋棄權利。至拋棄之方法，在一般物權，要以意思表示爲之，雖爲法律行爲，而所有權與占有之拋棄，則不以意思表示爲必要，故非法律行爲。

第一項 物權行爲

第一目 物權行爲之意義及性質

物權行爲乃對於債權行爲而言，卽以直接發生物權之變動爲目的之法律行爲也。如物權之設定或讓與是。所謂直接發生物權之變動者，卽其行爲發生效力時，立生物權之變動，當事人不必再爲其他之行爲。此與物上之債權行爲，僅能於當事人間發生債權關係，而不能使物權卽生變動者不同。（註一）

（註一）例如甲與乙約以其所有之馬賣乙，價金百圓，此爲買賣契約，乃債權行爲之一種。依此契約，甲僅對乙負移轉其馬之所有權之義務（債務），其馬之所有權尙未發生變動。至其後甲對乙表示讓與所有權，並現實交付其馬時，其馬之所有權始移轉於乙。此讓與馬之所有權之表示，卽物權行爲；其馬所有權之移轉，卽物權之變動。

物權行爲能直接發生物權之變動，故其性質屬於處分行爲。又其當事人所以爲此處分行爲，使發生物權之變動，固不無其原因（詳見次目）。但此種原因，無須於物權行爲上一併表示，故又爲無因行爲。（註一）又物權行爲雖多係契約，但不以此爲限，亦有爲單獨行爲者，如制限物權之拋棄是也。

（註一）物權行爲之爲無因行爲，此在德國民法之解釋上，尙無異說。而在日本民法之解釋上，從前多數學者雖亦主無因說，但最近末弘殿太郎及我妻榮二氏，則以日本民法非如德國民法以登記與交付爲物權行爲之要件，僅以之爲對抗第三人之要件，謂不應盲從無因說（末弘氏物權法上論九四頁以下，我妻氏物權法六二頁以下）。我民法以登記與交付爲物權行爲之要件（第七五八條第七六一條參照），與德國民法同，自應與德國民法取同一之解釋（同說劉鴻漸氏物權法論五九頁以下）。

第二目 物權行爲之原因關係

物權行爲爲處分行爲，故其成立，必有一定之原因關係。若當事人本無原因關係，而誤爲物權行爲，則其因此物權行爲而受利益之人，卽屬不當得利，應返還其所受之利益於相對人。例如：甲誤認對乙負債，交付百圓於乙，以清償之是也。

物權行爲之原因關係，有種種：（一）有因使他之法律行爲成立者。此際其物權行爲，爲他之法律行爲之成立要件。如因訂立定金契約，而交付金錢；因訂立代物清償契約，而移轉所有權是。（二）有因他之法律行爲發生效力者。此際其物權行爲，爲他之法律行爲之有效要件。如因使消費借貸發生效力，而交付金錢或其他代替物是（第四七五條參照）。（三）有因履行對於相對人所負之債務者。如甲因負乙百圓，而交付百圓於乙，以清償之

是。此債務若由債權行為而生，則在同一當事人間，有債權行為與物權行為先後成立。學者稱此債權行為，曰原因行為；稱此物權行為，曰履行行為或給付行為。如因履行買賣契約，而移轉標的物之所有權時，其買賣契約即原因行為；其移轉所有權之契約，即履行行為。（註一）

（註一）原因行為與履行行為，通常多異時為之。但事實上非無同時為之者。如現物買賣，現物贈與是。此際仍應認其債權行為與物權行為，各各獨立存在，不得謂由一個行為，同時發生債權與物權兩效力。故其兩行為之效力，應各別斷定之（同說余榮昌氏民法要論物權一〇頁，劉鴻漸氏物權法論五八頁）。

上述物權行為之原因關係，非物權行為內容之一部；故其關係之存否，均與物權行為之效力無涉。惟其關係不存時，其當事人之一方，得依不當得利之規定，請求相對人返還利益，不得主張其物權行為之無效。是蓋基於物權行為之無因性所生之結果，亦所以保護第三人之利益也。（註二）

（註二）例如甲誤認前曾與乙訂立贈馬之契約，故將某馬之所有權讓與於乙，以履行之。則其讓與所有權之行為，不因未有贈與而當然無效。即其馬之所有權，仍屬於乙，不過甲得向乙請求回復所有權而已。故乙若已以該馬轉讓於丙，則甲即不得向丙請求交還其物，只得向乙主張權利。

第三目 物權行為之要件

物權行為，乃法律行為之一種，故其有效成立，應具備一般法律行為之要件。如（一）其當事人須有行為能力；（二）要有意思表示；（三）其意思表示要無瑕疵皆是。此應詳於民法總則。茲欲述者，即物權行為之特別要

件是也。

物權行爲之特別要件，又可分爲二：（1）各種物權行爲之特別要件。如設定永佃權，應約定佃租（第八四二條參照）；設定動產質權，應交付質物（第八八五條參照）。此應於各種物權中說明之。（2）一般物權行爲之共通要件，計有三項，茲析述於左：

（一）物權行爲之標的物，必須爲特定物。因物權係就於特定物而存之權利也。若就於不特定物而爲之法律行爲，乃債權行爲，而非物權行爲。如甲與乙約願以一馬贈乙是也。

（二）物權行爲之當事人，就於其行爲標的之物權，須有處分權。因物權行爲，乃處分行爲；非就於其所處分之物權有處分權，則其行爲不能有效故也（第一一八條參照）。物權之處分權，原則屬於物權人。然在例外情形，有非物權人，而有處分權者，如運送人之得拍賣運送物是（第六五〇條三項參照）。有雖爲物權人，而無處分權者，如自己所有物，現經法院扣押是。故物權人與物權之處分權人有別。（註一）

（註一）上述兩要件，我國判例曾明示此旨。即大理院民國二年上字第八號判決要旨云：「物權契約，以直接發生物權上之變動爲目的，其普通有效成立之要件，約有三端：（一）當事人須有完全能力，且締約者除法律有特別規定外，須就該物或權利有完全處分之權。故無處分權者所爲之物權契約，當然不生效力。（中略）（二）標的物須確定。（三）當事人之意思表示，不得反於一般法律行爲及契約之原則。」是也。

（三）物權行爲之意思表示，須依法定之形式，以爲公示。詳言之：即不動產上之物權行爲，須依法登記，動

產上之物權行爲，須交付動產，方能發生效力是也（第七五八條第七六一條）。

物權行爲爲否履踐一定之形式？各國立法例，本有兩主義：（1）意思主義。以物權之設定移轉，單依當事人之意思表示，卽生效力，此外無須何等之程序。惟不動產物權之變動，非經登記；動產物權之變動，非經交付，則不得以之對抗第三人已耳。此爲法國民法所採之主義，日本民法從之，故又稱法國主義。（註一）法國民法不明債權行爲與物權行爲之區別，以特定物之買賣、贈與（債權行爲），當然發生物權移轉之效力。債權行爲爲既以不要式爲原則，則物權之設定移轉，自亦無須何種之形式。惟同時又慮第三人不知其物權之設定移轉，致蒙不測之損害，故復以登記與交付，爲對抗第三人之要件。（註二）（2）形式主義。以物權之設定移轉，除當事人之意思表示外，尙須履踐一定之形式。卽不動產物權要登記，動產物權要交付。否則不特不得對抗第三人，卽在當事人間亦不發生效力。此爲德國民法首先採用之主義，奧瑞兩國民法從之，故又稱德國主義。（註三）德國民法將物權行爲與債權行爲嚴爲區別，物權行爲雖須履踐上述之形式，而債權行爲則無此制限。我民法採形式主義，故有第七五八條及第七六一條之規定。茲就此規定分別說明之：

（註一）法國民法章七一一條、第一一三八條、第一一四〇條、第一一四一條、及第一五八三條，日本民法第一七六條至第一七八條參看。

（註二）例如甲約以某馬贈乙，未交付復以之賣丙，已將該馬交付於丙，則丙可對乙主張所有權，乙不得以先取得所有權爲理由，向丙請求交還其馬。但茲所謂第三人，是否專指善意第三人，抑兼指惡意第三人，此在不動產物權，法日兩國民法，規定相同，均不分別善意惡意，一律不得對抗（法民第一一四〇條，日民第一七七條）。反之，在動產物權，法國民法規定，不得對抗善意第三人；日本民法則規

定，不得對抗第三人，不以善意第三人為限（法民第一一四一條、日民第一七八條）。

（註三）德國民法第八七三條至第九二五條、第九二九條及第一〇三二條、奧國民法第四二五條、第四三一一條、第四四一條、及第四四四條；瑞士民法第六五六條一項、第七一四條參看。

（甲）不動產上物權行為之公示方法

不動產上之物權行為，以登記為有效要件。非經登記，雖有意思表示，亦不能發生物權得喪變更之效力（第七五八條）。其登記程序，本依登記法（民法物權編施行法第三條一項）。因此項登記法，現在尚未公布施行，暫照不動產登記條例辦理。（註一）不動產上之物權行為，既因登記始生效力，故後登記之行為，其效力較遜於先登記之行為。不以其意思表示之先後為標準，定其兩行為效力之強弱。（註二）

（註一）在登記法未公布施行以前，不但其登記程序，應依不動產登記條例之規定，且不適用民法物權編關於登記之規定。即其應否登記，及登記之效力，均依不動產登記條例定之（民法物權編施行法第三條二項）。司法院院字第二七四號解釋謂：「在新登記法未公布前，凡從前已實行不動產登記制度之區域，關於已未登記之效力，暫仍援用從前法令辦理」云云，即明示此旨。依不動產登記條例第五條之規定，不動產物權，應行登記之事項，非經登記，不得對抗第三人。不外以登記為對抗第三人之要件，而非其有效要件，與民法第七五八條規定不同。此為現行法令，不可忽視。

（註二）例如甲先以其家屋所有權讓與於乙，後又讓與於丙，丙先登記，乙後登記。則丙得對乙主張所有權，乙不得對丙主張所有權。又如甲先以家屋所有權抵押於乙，後又抵押於丙，丙先登記，乙後登記。則丙為第一抵押權人，乙為第二抵押權人。丙就於抵押物之賣得金，得較乙先受清償（不動產登記條例第九條參照）。

不動產之登記，只爲不動產上物權行爲之有效要件，非登記自體能單獨發生物權之變動。故其物權行爲不成立或無效時，其登記亦不生效力；從其物權即不生變動。最高法院民國二十一年上字第一一四八號判決要旨云：「在施行不動產登記條例之區域內，依該條例第三條所定應行登記之事項，業經登記，固得對抗第三人，惟所謂應行登記之事項，必須有此事實，而爲登記，始能發生登記之效力。」即斯意也。（註一）

（註一）德國民法第八九二條以下，及瑞士民法第九七三條以下規定：「在不動產登記無效之場合，若第三人誤信爲有效，由登記簿上之權利人取得權利，或對之爲給付時，則其已登記之權利關係，視爲存在。」不外欲以保護善意第三人之利益，並以貫徹登記制度之精神。學者稱此種登記效力，曰公信力（*öffentlicher Glaube, foi publique*）。法日兩國民法則均無此規定，應與我民法取同一之解釋。

不動產物權之得喪變更，應登記者，以因物權行爲所生者爲限。此外因繼承、強制執行、公用徵收，或法院之判決，取得不動產物權者，則其事實明確，無須乎公示；故不經登記，即生效力。但其後若欲處分其物權，仍須先爲取得之登記，否則其處分無效（第七五九條）。蓋登記簿上之權利人與處分權人，必須一致，方足維持登記之信用，藉以確保交易之安全。若未爲取得登記，即許其處分權利，則處分權人與登記簿上之權利人不符，難免招人誤會也。（註一）（註二）

（註一）我民法第七五九條係直接採取瑞士民法第六五六條二項之規定。德法兩國之法律，均明定不動產物權之變動，以由法律行爲而生者爲限，方須登記，與瑞民略同（德國民法第八七三條，法國一八五五年三月二三日之法律第一條第二條參照）。日本民法第

一七七條則定，不動產物權之得喪變更，均要登記。故其國學者之通說，主張非因法律行為所生不動產物權之變動，亦在應行登記之列，但非無異說（石坂音四郎改纂民法研究上卷三四七頁以下，橫田秀雄物權法六三頁參看）。其國最後之判例（大審院明治四一年一月二十五日聯合部判決）從通說。

（註二）第七五九條之規定，亦因新登記法尚未公布施行，現仍不能適用（民法物權法施行法第三條二項）。關於因物權行為以外之原因所生之不動產物權變動，其登記事項，自應援用不動產登記條例辦理（前揭最高法院院字第二七四號解釋參照）。依不動產登記條例第三條第五條規定，凡不動產物權之設定、保存、移轉、變更、制限、處分或消滅，均應登記，否則不得對抗第三人。不以基於不動產上之物權行為所生之變動為限，此應注意之點。

上述不動產物權之登記，須俟登記完畢，方能發生效力。若僅聲請登記，尚未領到登記證書，即不得謂業經登記。又關於不動產應行登記之事項，不問其物權人之為中國人抑外國人，亦不問其不動產之在中國界抑在外國租界，均應依法登記。但有二例外：（1）不動產所在地尚未實行登記制度者，無庸登記。（2）因受他人之詐欺強脅，致未為登記者，對於實施詐欺或強脅之人，視為業經登記；故實施詐欺強脅之人，不得主張其登記之欠缺。（註一）

（註一）上述說明，有相當之解釋例及判例，足資參考。茲錄其要旨於後：

（A）司法院院字第七五八號解釋 不動產登記條例第五條所稱非經登記云者，即非經登記完畢之謂。僅着手登記而未完畢，不生何效力。以詐欺或強脅妨礙登記者，僅實施詐欺或強脅之人，不得主張登記之欠缺。其他一般善意第三人，得為登記欠缺之主張。

（B）最高法院二十一年上字第一八一三號判決 不動產登記條例適用之範圍，因條例本身並無除外之規定，而國內其他法令，以及

與外國訂立之約章，又均於登記制度未加制限，則凡因不動產抵押權之爭執，在已實行登記制度區域內之中國法院涉訟者，無論其爲中國人抑爲外國人，亦無論其抵押物在中國界抑在外國租界，中國法院於其抵押權之對抗力，當然適用該條例以爲判斷。

(C) 司法院院字第一六四號解釋 在已實行登記地方，主張抵押權之人，未爲登記，當然不得對抗第三人。

不動產上之物權行爲，僅以登記爲其公示之方法，不以交付不動產爲必要。蓋依不動產上之物權行爲所取得之物權，有其性質上本無須占有不動產者（如設定抵押權），其不以交付不動產爲要件，固無疑義。卽在其取得之物權，必須占有不動產之時（如移轉所有權），其交付不動產，只屬其原因行爲之效力（第三四八條參照）。而非其取得物權之必要條件。故在其不動產未交付以前，其所有權不妨移轉於相對人。（註一）然此係就一般不動產物權而言。在特種物權，法律有特別規定時，仍從其規定。例如取得典權者，必須占有典物是也（第九一一條參照）。

（註一）大理院民國五年上字第一二號判決要旨云：「不動產之讓與，不以交付爲要件。」卽據此理由。但其讓與之原因，若基於買賣契約，則其讓與人同時爲出賣人，依第三四八條規定，仍負交付之義務，不得以所有權業經移轉爲抗辯。

（乙）動產上物權行爲之公示方法

動產物權之讓與，非將動產交付，不生效力。此爲第七六一條一項前段所明定。卽以交付動產爲其物權讓與之公示方法，並爲其有效要件。（註一）本條所謂動產物權，係泛指一切之動產物權而言，不加制限。（註二）但於實際，只就動產所有權有其適用。因所有權以外之動產物權，如動產質權、留置權及動產占有，其性質上均

以占有標的物，爲其物權發生或存續之要件，在第八八五條第八九七條第九二八條第九三八條第九四六條及第九六四條，已有特別規定，自無適用本條之必要。又茲所謂讓與者，乃專指以法律行爲移轉其物權於他人。蓋即物權單純承繼之一種。至動產所有權之原始取得，如時效取得（第七六八條），即時取得（第八〇一條），先占（第八〇二條），拾得遺失物（第八〇七條），獲得埋藏物（第八〇八條）等，本以占有其動產爲成立要件。此外因繼承取得動產所有權者，應認其同時取得占有，故亦無本條適用之餘地。

（註一）第七六一條雖只就動產物權所設之規定，而非就於債權而設之規定，然在債權的有價證券（拙著中華債法論綱三八三頁參看），其債權已化爲證券，即所謂債權之證券化，亦即債權之動產化。理論上其債權之讓與，應類推適用上述之規定。即亦以交付證券爲其有效要件。其證券之有無記名，在所不問。不過在有記名債權的證券，其債權之讓與，於交付證券之外，尚須其他之手續（如背書）而已（第七一六條二項參照）。

（註二）船舶亦爲動產之一，自應適用第七六一條之規定（海商法第八條參照）。故其所有權之讓與，非經交付船舶，不生效力。但船舶之讓與，除交付外，尚須呈經官署蓋印證明，方生效力；又須登記，方得對抗第三人；與普通動產不同（海商法第十條第十一條參照）。

交付動產云者，即移轉動產之占有之義，與第八八五條所謂移轉占有者相同。故其應交付之動產，已在受讓人占有之下時，則事實上自無須再行移轉占有。其物權之讓與，於當事人合意時，即生效力（第七六一條一項但書）。例如：甲之馬先爲乙所竊，嗣即以之賣乙。又如：甲之書籍先被乙借用，後即以之贈乙皆是。此等情形，我國學者有從德日學者之用語，稱之曰簡易交付者（劉鴻漸物權法論五二頁，胡長清民法物權精義一二頁，王

去非民法物權論二六頁，鍾洪聲物權新論三五頁參看。）然此際其當事人除就物權之讓與，表示合意外，並無其他何種之行爲，則所謂簡易交付者，即無所指。故余不從其說。（註一）又茲所謂交付動產者，本指現實授受動產而言。然現實交付，事實上每感不便，故民法特設數種變通辦法，以代現實交付。（註二）茲分述之：

（註一）德國民法第九二九條，就於動產所有權之讓與，規定云：「動產所有權之讓與，須所有人交付其物於取得人，且雙方有移轉所有權之合意。若取得人已占有其物，則只以移轉所有權之合意爲足。」本與我民法第七六一條一項相同。惟其第八五四條二項規定云：「取得人現在得加實力於物上之狀態時，其占有之取得，以前占有人與取得人之合意爲足。」德國學者稱此關於移轉占有之合意，曰 *traditio brevi manu*。日本學者譯之曰簡易引渡，用以指稱其民法第一八二條二項所定「讓受人或其代理人現實所持占有物時，占有權之讓與，得只以當事人之意思表示爲之」之情形。我國學者復譯之爲簡易交付。然我民法第七六一條，既無與德民第八五四條二項及日民第一八二條二項之相當規定，則此種名稱，即不宜採用。

（註二）動產有移動之性質，非如不動產有一定之所在，不能利用登記制度，故不得已以交付動產爲其物權讓與之公示方法。然動產之占有，其主體極易變更，而在實際上物權人與占有人，復未必一致，以之爲公示方法，已非適宜。今民法上又許當事人以其他變通辦法，以代現實交付，更覺不安。但舍此別無良策爲可憾耳！（日儒末弘殿太郎物權法上卷七五頁及一七七頁參看。）

（1）其動產在讓與人占有中時，讓與人若欲繼續占有動產，得與受讓人訂立契約，使受讓人因此取得間接占有。（註一）以代交付。德國學者稱此情形，曰占有之改訂。（*Constitutum possessorium*）例如甲向乙買牛一隻，仍交乙飼養是也（第七六一條二項）。

（註一）間接占有規定於第九四一條，係對於直接占有而言。如上例甲即間接占有人，乙爲直接占有人（第五章第一節參看）。

(2) 其動產在第三人占有中時，讓與人得以對於第三人之返還請求權，讓與受讓人，以代交付。德國學者稱之曰返還請求權之讓與 (Vindikationscession)。例如：甲有一馬，先貸乙使用，後以之贈丙，令丙直接向乙索取是。(第七六一條三項)

(3) 倉單、提單及載貨證券，依第六一八條第六二九條及海商法第八九條之規定，其證券之交付，與證券上所記載物品之交付，有同一效力。故其所記載物品所有權之讓與，不必將該物品交付，只須交付證券足矣。是可謂為動產之證券化，與上述債權之動產化相似。

上述之交付動產，祇為動產物權讓與之有效要件；非交付行為自體，能單獨發生物權之移轉。故其讓與行為不成立或無效時，縱已為交付，其物權亦不移轉。讓與人得依不當得利之規定（即第一七九條），請求受讓人返還其動產。但受讓人既占有動產，依第九四三條規定，應推定其有所有權。是乃由受讓人現在之占有所有權之推定力。又該讓與行為因讓與人無處分權而無效時，若其受讓人不知其情，誤信其有處分權，由讓與人受讓動產之占有，則依第九四八條及第八〇一條規定，仍取得其所有權。是乃由讓與人過去之占有所生之公信力。其詳當於第五章述之（第五章第五節第一款第二款參看）。

(四) 不動產物權之移轉設定，應以書面為之（第七六〇條）。即以不動產物權之移轉設定為要式行為。是不外尊重我國固有習慣而設之規定，因此等行為從來均有立契故也，如未繕立書面，即係違反法定方式，

其行為無效（第七三條）。其書面如何記載，法律不加制限。且不必當事人自寫，祇由其親自簽名或蓋章足矣（第三條）。（註一）既經繕立書面，則是否購用官紙，曾否投稅，及有無附繳老契，均非所問。（註二）又移轉房屋所有權，依地方慣例，須先向行政官署呈報者，其呈報僅為市政管理之程序，而非不動產物權移轉契約之要件。

（註三）

（註一）其不動產物權之設定移轉，如係單獨行為，固只由一人簽名或蓋章；如係契約，則應雙方當事人簽名或蓋章。但通常不動產物權之讓與或設定，其契據上多僅由讓與人或設定人一方簽名或蓋章，不啻一方以書面表示意思，一方以言辭表示意思，殊不合理。

（註二）關於此點，有二三判例，足資參考。茲錄其要旨於次：（A）最高法院二十二年上字第九五三號判決云：「不動產買賣契約之合法成立，本不因未謄寫官紙而受影響。」（B）大理院七年上字第五七六號判決云：「稅契非私權關係成立之要件。」（C）大理院四年上字第九〇二號判決云：「不動產讓與，不以移轉老契為要件。」

（註三）最高法院二十二年上字第六七六號判決要旨云：「買賣房屋，依地方慣例，須先向警察官署呈報移轉者，其呈報僅為市政管理之程序，並非不動產物權移轉契約之成立要件。故呈報當時，雖未經警察官署批准，亦與其所有權之取得，不生影響。（下略）」即明示斯旨。

繕立書面，乃不動產上物權行為之要件，非其債權行為之要件。故不動產之買賣，不必繕立書面，即生效力；其出賣人因之負移轉所有權之義務，但其所有權尚未移轉耳。（註一）

（註一）最高法院二十二年上字第二一號判決要旨云：「不動產物權之移轉，應以書面為之。倘移轉不動產物權之書面，未合法成立，固不能生移轉之效力。惟當事人間約定，一方以其不動產之所有權移轉於他方，由他方支付價金，其當事人間，苟就其移轉之動產及價

金，業經互相同意，則其買賣契約即爲成立。而出賣不動產之一方，即應交付該不動產，並負使他方取得該不動產所有權之義務。」
即明示繕立書面，非不動產買賣之要件。

第二項 物權之混同

混同云者，無併存價值之兩資格，同歸一人之謂。混同不但物權關係有之，即債權關係亦有之。就同一債權關係，其債權債務同歸一人時，謂之債權之混同（第三四四條參照）。反之，就同一物體上，兩種物權同歸一人時，謂之物權之混同。

物權之混同，其情形有二，茲舉於左：

第一 所有權與其他物權混同時

因繼承讓與其他原因，特定物之所有人，取得存於同一物上其他之物權（如地上權抵押權之類），或其他之物權人，取得該物之所有權時；其他之物權，因混同而消滅。（註一）例如：甲先以其土地向乙設定地上權，其後乙死，甲爲乙之繼承人，取得其地上權；或甲死，乙爲甲之繼承人，取得其所有權，則所有權與地上權同歸一人，其地上權歸於消滅。蓋所有權以外之物權，原係存於他人所有物上之權利。倘該物既歸自己所有，則該物權已欠缺其存續之要件，自不得不歸於消滅。但有左列之例外（第七六二條）：

（註一）混同爲物權消滅之原因。故其後縱回復混同以前之狀態，其物權亦不能復活。此爲日本學者之通說。法國法系之立法及學說，則以

混同爲權利一時的行使不能，而非消滅之原因。又各國民法就於混同一事，多就各種物權分別規定，日本民法則於物權通則中設一般的規定（日民第一七九條）我民法從之。

（一）其他之物權存續，所有人於法律上有利益時，不因混同而消滅。蓋欲使所有人不因混同而受損害故也。例如：甲有價值八千圓之不動產，先因其友人乙負丙六千圓，甲將該不動產抵押於丙，丙爲第一抵押權人。嗣因乙又負丁四千圓，甲復將該不動產抵押於丁，丁爲第二抵押權人。其後甲爲丙之繼承人，取得丙就於該不動產上所有之第一抵押權。此際該抵押權若仍舊存續，於甲有法律上之利益。因丁之第二抵押權，本只能就該不動產之賣得金，受二千圓之清償。倘甲之第一抵押權消滅，則丁遞升爲第一抵押權人，得就該不動產之賣得金，受全部之清償，甲不免蒙損失，法律爲維護其利益起見，特使其第一抵押權，不因混同而消滅。

（二）其他之物權存續，第三人於法律上有利益時，不因混同而消滅。此係指該物權爲第三人權利之標的者而言。例如：乙於甲之土地上有地上權，丙於乙之土地上權上有準抵押權（第八八二條參照）。其後甲若爲乙之繼承人，取得乙就土地上所有之地上權，則該地上權亦不因混同而消滅。否則丙之準抵押權，將因失其標的，與地上權同歸消滅，非所以保護第三人者也。

（三）物之占有與物之所有權同歸一人時，不因混同而消滅。因占有原與其本權分離，獨立存在，且受法律上特別之保護（第九六〇條以下參照），實際上有獨立之效用。若因混同而消滅，則所有人必感不利故也。

此節民法雖無明文規定，理論上應以如此解釋為正當（舊民律第九八一條二項及日本民法第一七九條二項參照）。

第二 所有權以外之物權與以其為標的之權利（即準物權）混同時

所有權以外之物權（如地上權、永佃權、典權）與以此等物權為標的之權利（如第八八二條之準抵押權），同歸一人時，則後之權利全失其效用，當然歸於消滅。例如甲以就於丙之土地所有之地上權抵押於乙，其後甲為乙之繼承人，取得其準抵押權時，則其準抵押權因混同而消滅（第七六三條一項）。但亦有例外：（一）其權利存續，權利人於法律上有利益時，其權利不消滅（同條二項）。如甲以就於乙土地所有之地上權，因擔保丙之負債，先後抵押於丁及戊，其後甲丁混同是。（註一）（二）所有權以外之物權，與占有同歸一人時，其占有不消滅。其理由與上述之第三例外同。

（註一）第七六三條二項，本規定第七六二條但書之全部規定，均準用於第七六三條一項之情形。甚似其權利存續於其權利人或第三人。有法律上利益時，均不因混同而消滅。然此種權利（如準抵押權），不能再為其他權利之標的，實際上並無「其權利存續第三人於法律上有利益」之情形，故無上述之第二例外。

第二章 所有權

第一節 所有權之社會的基礎

所有權爲效用最廣，發生最早之制度；古今中外之法律，無不認之。雖其所認所有權之分量，因時代與國情而有差異，（註一）而其以所有權爲最主要之財產權，加以重視，則無不同。

（註一）古代法律，以團體爲權利之主體，一切物資，原則屬於團體所公有，僅就於衣類、武器、獵具等少數之物，例外認個人之所有權。其後依社會之進化，與個人思想之發達，社會之一切財產，遂由團體公有，漸次變爲個人私有。再就現代各國法制而論，多數國家雖均明認個人有動產不動產之所有權，而俄國民法，則不認個人有土地所有權。

然則所有權之根據何在？詳言之：即法律何故明認所有權之存在乎？就此問題，學者多對於所有權之起源，爲歷史的檢討。從來有先占、勞動、掠奪諸說。然此僅足說明個人獲得所有物之原因，而非法律明認所有權制度之根本理由。依余所見，法律本爲人類共同生活而設，一切權利，亦爲社會全體之福利而設。此在所有權，與在其他之權利，毫無所異。

所有權既爲社會公共之福利而設，則其存在與行使，自不得與社會公共之福利相牴觸（中華民國訓政時期約法第一七條參照）。故從前所有權神聖不可侵之思想，（註一）已不適用於現代。時至今日，一切法律制度，漸趨社會化，所有權自難獨異。夫所有權制度，足以獎勵勤勞，促進生產，爲共同生活不可缺之要素，固不宜妄行廢除；然極端尊重所有權之結果，每至阻礙社會之安定與繁榮，亦不可不設法救濟。是以最近各國立法，對於所有權多加以嚴密之制限，以謀個人利益與社會公益之調和（本章第三節參看）。一面復對於各種用益物權，予以優越之保護，俾一般無產之人，亦得利用他人之財產，以期所有物利用之普及（第三章第一節參看）。其目的無非欲使個人之所有權，漸次變爲社會之所有權。是即所有權之社會化。德國新憲法第一五三條三項規定：「所有權包含義務；行使所有權，同時須顧及公共之福利。」最足代表現代之立法精神。

（註一）所有權神聖不可侵之思想，始見於法國大革命後之人權宣言。其第十七條前半有：「所有權爲神聖不可侵之權利」之規定。其後法國制定民法，即本此精神，於第五四四條規定：「所有權乃以最絕對的方法收益及處分其物之權利」云云。蓋當時之法律思想，單純尊重個人之自由，盛倡個人主義。故法國民法以所有權不可侵，與契約自由，過失責任，同爲立法上之三大原則。學者稱之爲「所有權法典」即是故也。

第二節 所有權之性質

所有權者，總括的支配其標的物之物權也。（註一）總括的支配乃對於特定的支配而言，即得用一切方法支

配其物之謂，是乃其與制限物權相異之點。蓋制限物權有僅得用益其物者，如地上權、永佃權、地役權、典權是。有僅得占有其物者，如質權、留置權是。有僅得優先享受其物之價值者，如抵押權是。均不得對於標的物爲總括的支配。故所有權爲最完全之物權。

(註一)就於所有權之定義，各國立法例之所定，不能一致：(一)有概括的規定其內容者，如德國民法第九〇三條規定：「物之所有人，於不違反法律及第三人權利之範圍內，得自由處置其物，並排除他人之干涉。」瑞士民法第六四一條一項規定：「物之所有人於法令之制限內得任意處分之」是。(二)有列舉的規定所有權之各種權能者，如法國民法第五四四條規定：「所有權於法律或規則所禁止者之外，得以最絕對的方法收益及處分其物。」日本民法第二〇六條規定：「所有人於法令之制限內，有自由使用收益及處分其所有物之權利」是。我民法第七六五條係從後之立法例。就理論言，使用收益及處分三者，均屬所有權固有之權能，而非其成立要素。法、日及我國民法，將所有權之本體與其權能混而爲一，已嫌誤解。且所有權之權能，亦不只上述三種，今僅列舉三種，而不及其他（如占有），亦有遺漏。殊不足取。故本書特從學者之通說，揭所有權之定義如上。至第七六五條應認爲關於所有權權能之規定，俟於次節說明之。

所有權以總括的支配標的物爲本體，由此本體復生種種之作用。如使用、收益、處分、占有等權能皆是。此等作用，每因制限物權之存在，而受制限。即在同一物體上，若所有權與制限物權同時存在，則制限物權對於所有權，因占優越之地位，常制限所有權之作用。是乃制限物權性質上當然所生之結果。例如：就同一土地，甲有所有權，乙有地上權時，則其土地應歸乙占有用益是。學者稱在此狀態之所有權，曰虛有權。(Nuda proprietas)然此制限，只及於所有權之作用，而不及其本體。且僅一時的停止所有權之某種權能（如使用權能），並非剝奪所有權之某

種權能。將來其制限消滅時，所有權立復於完全之狀態。是乃所有權之彈力性，亦曰所有權之回歸力（Elastizität des Eigentums）。

所有權爲總括的支配物之權利，有永久的性質，不因時之經過而消滅。故民法上對於所有權，無存續期限及除斥期間之規定。但以處分所有權爲內容之法律行爲，不妨附以終期或解除條件。蓋終期屆至或解除條件成就時，祇其已處分之所有權，復歸於原所有人，其所有權非因之而消滅，仍不妨害其永久性故也。例如：甲以其家屋所有權讓與於乙，約明有效期間十年，將來期限屆至時，其讓與行爲失其效力，所有權當然復歸於甲是。

第三節 所有權之作用

所有權之作用，第七六五條規定之。即所有人於法令制限之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉是也。茲就此規定分析說明之：

第一 所有人有使用、收益、處分其所有物，及排除他人干涉諸權能。

（一）使用 使用云者，不毀損原物，及變更物之本質，從其物之用法，以供人類之需要之謂。如以房屋供人居住，以書籍供人閱覽皆是。倘毀損原物（如殺雞作饌），或變更其本質（如以水釀酒），則爲處分，而非使用。

(二) 收益 收益云者，收取物之天然孳息或法定孳息之謂。前者，如以土地自行耕種，而取得其收穫；後者，如以房屋供他人使用，而收取其租金是。又所有人不特得收取孳息，凡物之成分及其天然孳息，非由所有人收取，而因其他事由從原物分離者，除法律另有規定外（第七九八條參照），亦屬其物之所有人。如果實因成熟而自行落地是（第七六六條）。

(三) 處分 處分一語，本有二義：一為事實上之處分，即使其物之形體生變更，如毀損或消費其物是。一為法律上之處分，即使其物之權利生變動，如物權之設定或移轉是（第一一八條參照）。茲所謂處分，係指事實上之處分而言。蓋第七六五條明定「處分其所有物」而非處分其所權，就文理解釋，既難認為包括法律上之處分在內，且法律上之處分，乃以所有權自體為標的，故其處分權係存於所有權之外，尤不得謂為所有權之權能也。（註一）但所有權為財產權，而非專屬所有人本身之權利；所有人得以法律行為處分其權利，固不俟言。

（註一）此為我國學者之通說（胡長清物權精義一六頁，余榮昌民法要論物權一六頁，劉鴻漸物權法論七四頁參看。）獨王去非氏謂本條處分係兼指事實上之處分及法律上之處分而言（同氏物權論四二頁參看）。

(四) 排除干涉 所有權為總括的支配物之權利，故所有人就其所有物，得排除他人之干涉，干涉乃不法侵害之義。若為合法之侵害，縱因之害及所有人之利益，亦不得排除之。但「排除」一語，本有二義：一指事實上之排除，即所有人自以腕力，排除他人之干涉，一指法律上之排除。即所有人於審判上或審判外，請求他人除

去其干涉。例如：甲將其羣羊擅在乙之果園內放牧，乙以己力驅之園外，則爲事實之排除；反之，請甲自行驅出園外，則爲法律上之排除。然則第七六五條之所謂排除，果何指乎？王去非氏謂：「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」云云（同氏物權論四三頁參看）。其指法律上之干涉，毫無庸疑。余榮昌、劉鴻漸二氏，則謂：「排除干涉，乃禁止他人侵犯或干涉之義」（余氏民法要論物權一六頁，劉氏物權論七五頁參看）。甚似亦爲同一之主張。余謂就民法全體而解釋，應指事實上之排除。茲述其理田：（1）民法第七六五條以排除干涉，與使用、收益及處分並列。使用、收益及處分，係指事實上之行爲，既如上述，則排除干涉，自亦指事實上之行爲。（2）法律上之排除，於第七六七條已有詳密規定；在第七六五條無再設規定之必要。（3）我民法對於占有，尙設有私力救濟（即事實上排除侵害）之規定（第九六〇條以下參照）；而對於最完全物權之所有權，斷無反不與以私力救濟權之理。此余所以獨持異議也。

上述使用、收益、處分三權能，可謂所有權之積極作用。反之，排除他人干涉之權能，可謂所有權之消極作用。但第七六五條列舉此四種權能，僅屬例示的規定。所有權之作用，非盡於此。如所有人有占有其所有物之權能，即其明證（俄國民法第五八條參照）。

第二 所有權之作用受法令之制限

所有權爲謀社會公共之福利而設之制度，故國家得因社會公益，而制限個人所有權之作用。（註一）其制

限之方法，要以法令，不得以行政處分爲之。茲所謂法令者，乃兼指法律與行政命令而言。（註二）但依我國訓政時期約法第十六條及第十八條之規定，對於所有物之查封、沒收、徵用及徵收，非依法律不得爲之。

（註一）所有權應受法令之制限，本屬當然之事，無待明文規定。因一切權利均爲法律之產物，法律自得加以制限也。各國民法所以特設此規定者（本書三六頁註一參看），純出於沿革上之理由。因自法國人權宣言發布以後，「所有權乃天賦之人權，神聖不可侵犯」之思想，極爲盛行，一般人往往誤認所有權亦不得以法令制限之。各國民法因欲免此誤解，特增入「法令制限內」之文句，我民法第七六條亦然。

（註二）關於此點，日本學者就於其國民法第二〇六條中「法令」二字之解釋，原有爭議。通說謂法令指一切之法律與命令，少數學者則以其國憲法第二七條，有「日本臣民之所有權不可侵犯，公益上必要之處分，依法律之所定」云云，主張上述法令二字，應解爲法律及其委任命令（即根據法律所發布之命令），以免與憲法之規定相抵觸（末弘毅太郎物權法上卷三二五頁，我妻榮物權法一四二頁參看）。我國最高法院二十一年上字第一〇一〇號判決要旨云：「執有契約照契管業之地主，依法本有自由使用收益處分之權，斷非無法律根據之行政命令，所能制限其權利之效力。」似亦主張其命令應限於委任命令。但我國訓政時期約法，既無與日本憲法第二七條同一之規定，似不宜盲從日本少數學者之見解。

制限所有權之規定，散見於公私各法，不勝枚舉。至其制限之態樣，可大分爲三類，茲列舉於左：

（一）使所有人負容忍他人侵害之義務。此類制限，多於土地所有權見之。例如第七七三條後段規定：「他人之干涉，無礙其土地所有權之行使者，不得排除之。」第七九一條規定：「土地所有人，遇他人之物品或動物，偶至其地內者，應許該物品或動物之占有人或所有人，入其地內尋查取回。」第七九二條規定：「土地所

有人因鄰地所有人，在其疆界或近旁，營造或修繕建築物，有使用其土地之必要，應許鄰地所有人使用其土地」等皆是。

(二)使所有人負不爲一定行爲之義務 即禁止所有人就於所有物，爲一定之行爲。例如所有人不得燒燬其所有物，致生公共之危險（刑法第一八七條至第一八九條參照）；森林所有人，於一定情形，不得斫伐其森林（森林法第一六條第四二條）皆是。

(三)使所有人負爲一定行爲之義務 即強制所有人，就於所有物，爲一定之行爲。例如林地所有人，於一定情形，有造林之義務（森林法第四二條參照）；農地所有人，負開墾或耕作之義務（土地法第二〇八條參照）皆是。

第四節 所有權上之請求權

所有權雖爲支配物之權利，然當其權利被人侵害時，常能發生請求權。由所有權所生之請求權，本有兩種：一即所有權被人侵害，所有人因之受損害時，請求當初之加害人賠償損害之權利（第一八四條參照）。學者稱之爲債權的請求權，亦曰對人的請求權（*Persönlicher Anspruch*）。一即所有權因被人侵害，致呈不圓滿之狀態時，所有人請求現在之加害人回復原狀之權利。學者稱之爲物權的請求權，亦曰物上請求權（*Dinglicher An-*

apprauch)。如甲竊取乙之所有物，售於不知情之丙。則乙得請求甲賠償損害，屬於前者；同時亦得請丙返還原物，屬於後者。此債權的請求權，為損害賠償債之一種，應於債法論述之（拙著中華債法論綱三九頁以下及四三五頁以下參看）。茲所述者，限於因所有權所生之物權的請求權。

物權的請求權，為所有權固有之權能？抑係獨立之權利？此為從來學者之所爭。又在主張物權的請求權，為獨立權利之學者中，有謂其權利乃債權者，有謂其非債權者，議論亦不一致。（註一）余意，物權的請求權，乃因所有權被人侵害而後發生，非所有權自始即有此權能，應認其為獨立之權利。又此權利之內容，在請求特定人為一定之行為，與債權並無相異之點，亦不得謂其非債權。（註二）惟此種請求權，絕對附屬於所有權，與所有權立於不可分離之關係。故所有權消滅時，其物權的請求權亦隨之消滅。又所有權存在之間，其物權的請求權，亦不單獨罹於消滅時效。是乃物權的請求權之從屬性。

（註一）日儒富井政章三瀨信三兩氏，主張物權的請求權，乃物權之作用，而非獨立之權利。鳩山秀夫石坂音四郎我妻榮諸氏，則主張為獨立之請求權，而非純粹之債權。川名兼四郎末弘殿太郎橫田秀雄等則以之係純粹之債權。我國余榮昌氏，主張物權的請求權，為物權之效用，係從上述之第一說（同氏民法要論物權四頁參看）。劉鴻漸氏謂：「物權請求權云者，於物權受侵害時，物權人為回復其侵害前之狀態，對於侵害人請求為一定行為之權利。」其以之為獨立之權利，固無可疑。但是否債權？則尚無明顯之表示耳。（同氏物權法論二〇頁參看）。

（註二）主張物權的請求權非債權之學者，不外以物權的請求權，以回復物權之圓滿狀態為目的，與普通債權不同（日儒石坂音四郎債

債法大綱八頁，鳩山秀夫日本債權法總論一一頁參看。然物權的請求權，雖有特殊之目的，而其本質則與債權無異。且債權的請求權亦有以回復權利之圓滿狀態爲目的者，如回復名譽請求權是（第一九五條一項後段參照）。回復名譽請求權，既認其爲債權，則物權的請求權，自無非債權之理。故余不採其說。

所有權上之物權的請求權，我民法所認者，計有兩種：即所有物返還請求權，及所有物保全請求權是也。分述之：

第一 所有物返還請求權

所有物被人不法奪取（即侵奪）或不法扣留時，所有人得請求其物之占有人返還所有物（第七六七條前段），是謂之所有物返還請求權。不法奪取，謂本無占有權利者，反於所有人之意思，開始占有所有物。不法扣留，謂現無占有權利者，反於所有人之意思，繼續占有所有物。前者，如盜賊占有贓物是。後者，如租賃契約終止後，承租人仍扣留租賃物是。此種請求權之發生，以占有人無占有權利爲要件，若有占有之權利，所有人即不得請求其返還。（註一）但以無權占有爲足，其占有人有無責任能力與故意過失，均非所問。此點與債法上之侵權行爲不同（拙著中華債法論綱四四一頁以下參看）。又此種請求權之內容，在請求占有人返還所有物，非請求其忍容所有人取回所有物。故占有人須將其物交付所有人；若僅不阻止所有人取回所有物，尙不得謂已履行其義務。其所有人與占有人間權利義務之關係，依第九五二條以下之規定定之（第五章第五節第五款參看）。

(註一)關於此點，各國立法例不同。德國民法第九八五條規定：「所有人對於占有人得請求物之交付。」而無「無權占有」之文句。故其國學者，多謂所有人對於有權占有人，亦得請求其返還。不過有權占有人，有拒絕返還之抗辯權而已。日儒末弘、嚴太郎及川名兼四郎從其說（末弘物權法上卷五九頁，川名物權法要論六三頁參看）。反之，瑞士民法第六四一條二項規定：「所有人對於其物之無權占有人，有請求物之交付，及排除一切不法侵害之權利。」其對於有權占有人，則無返還請求權。我民法第七六七條係採瑞士立法例，故應解為所有人對於有權占有人，根本無返還請求權，方為正當。乃我國學者余榮昌、劉鴻漸二氏，竟從日學說，主張所有人對於有正當權利之占有人，仍有返還請求權，不過占有人有拒絕其請求之抗辯權。未免忽視第七六七條「無權占有」之文句。故余不從其說（余氏民法要論物權一九頁，劉氏物權法論二〇頁以下參看）。

所有物返還請求權，係所有人對於占有人有之。即其請求權，附屬於所有權；與之相對立之返還義務，附屬於占有。故原所有人若喪失所有權，則亦喪失此權利。原占有人若喪失占有，亦免其返還之義務。此際應由現在之所有人，對於現在之占有人，為返還之請求。是乃由物權的請求權本質上所生之效果。例如：甲以其家屋借乙居住，訂期一年，期滿乙不肯交還，反將該屋轉借丁使用。同時甲亦將該屋贈丙，且已登記。則應由丙向丁請求返還是也。

所有物被人侵奪時，所有人有時對於侵奪人，依第一八四條及第二一三條，本有返還請求權；同時復有第七六七條之返還請求權。若所有人前本占有其物，則因其占有亦被侵奪，其以占有人資格，對於侵奪人又有第九六二條之占有物返還請求權。又在所有物被人不法扣留時，所有人有時對於侵奪人依第四五五條第四七

○條或第八九六條之規定，本有返還請求權；同時復有第七六七條之返還請求權。是乃請求權之競合。所有人得同時行使此數個的權利，或擇一行使之。若行使一權利，已達其目的時，則數個權利，同因目的到達而盡歸於消滅。（註一）

（註一）依第一八四條及第二三一條所生之侵奪物返還請求權，第四五五條之租賃物返還請求權，第四七〇條之借用物返還請求權，及第八九六條之質物返還請求權，其性質均為債權的請求權，係對於侵奪人、承租人、借用人、質權人有之，非對於現占有人有之。故此等人雖喪失其占有，仍不能免其義務。與上述之所有物返還請求權不同。

第二 所有物保全請求權

所有人對於用不法奪取及不法扣留以外之方法，現實妨害其所有權者，得請求除去其妨害。其有發生妨害其權利之虞者，得請求防止足為妨害之行為（第七六七條後段）。是謂之所有物保全請求權。例如：甲將其父母遺骸葬於乙之山地，則乙得請求甲起遷。若尚未葬入，則乙得請求甲停止埋葬。此請求權之發生，亦以為妨害行為之人，對於所有物，無為妨害行為之權利為要件。若有為妨害行為之權利（如地上權地役權之類），則所有人不得請求其妨害行為之除去或防止。但以無權妨害為足，其加害人有無責任能力與故意過失，則非所問。與所有物返還請求權同。又有此請求權者，固為所有人；而其義務人，則為現在使所有權生不圓滿之狀態者，不限於當初為妨害行為之人。故甲在乙土地上設置之工作物，若其後已讓與之於丙，則乙應向丙請求除去

其妨害。

所有人因他人為妨害行為已受損害時，有時對於加害人，依第一八四條規定，本有損害賠償請求權，同時復有第七六七條之所有物保全請求權。若其所有人占有其所有物，則因其占有亦被妨害，其以占有人資格，對於加害人又有第九六二條之占有物保全請求權。在所有物保全請求權與占有物保全請求權同時存在時，乃請求權之競合。若所有人行使其一權利，已達其目的，則兩個請求權同歸於消滅。反之，在所有物保全請求權與損害賠償請求權同時存在時，則非請求權之競合，其權利人不妨併行使之。（註一）

（註一）司法院院字第三三〇號解釋要旨，略謂：「甲非土地相鄰人，因建築佔用乙丙岸地，乙丙本於所有權之效力，可請求除去其侵害，但得以賠償損害代之。」云云。其所謂「得以賠償損害代之」者，不外許所有人不請求除去侵害，單請求賠償損害，非許加害人主張以賠償損害代除去侵害。否則第七六七條關於所有物保全請求權之規定，直同虛設矣。

第五節 所有權之範圍

第一款 總說

所有權之標的物，均有一定之界限。此種界限，即所有權之範圍。所有權之標的物，多為動產土地及建築物三種，故其範圍亦可分三項述之：

第一 動產所有權之範圍

動產所有權，及於動產之全部。區分一動產，而使數人各有其一部者，爲法所不許。（註一）又堆積物（如米穀之類）之各個體，在交易上不得單獨爲所有權之標的物，必集合一定數量，始有社會的價值。故此種所有權，係以堆積物之全量爲其範圍。

（註一）一個動產，不妨現實分割之，爲數個之動產，使之分屬於數人。例如：剪斷一幅四丈之布，爲兩幅二丈之布，使之分屬甲乙二人是。若不現實剪斷，僅指定此端二丈屬甲，彼端二丈屬乙，則不啻認一物有兩所有權，即非法之所許。又一個動產，不妨由二人以上共有。但共有制度，係認二人以上就於同一物體之全部，共有一所有權，非認各共有人分別就於物之一部，各有一所有權。

第二 土地所有權之範圍

土地所有權之支配力，不特及於地表，除法令有制限外，於其行使有利益之範圍內，並及於土地之上下。故未得土地所有人之同意，或法令之特許，飛行其土地之上空，或貫通其地體，即爲土地所有權之侵害，所有人依第七六五條之規定得排除之。但他人之干涉，若無礙其所有權之行使（如高空飛行），則不得排除之（第七七三條）。此與一四八條禁止權利濫用之規定，基於同一之理由。（註一）

（註一）關於土地所有權及於土地上下之支配力，德瑞兩國民法，均加以制限。德民第九〇五條規定：「土地所有人之權利，及於其土地之上下。但他人之干涉，應於土地高或深之處，所有人排除之而無利益時，則不得禁止之。」係消極的制限土地所有人排除干涉之權能。反之，瑞民第六六七條規定：「土地所有權，於其行使有利益之限度內，及於空中及地下。」係積極的制限土地所有權之範圍。我

民法第七七三條前段，既有「於其行使有利益之範圍內」之文句，其後段又設制限排除干涉權能之規定，不外兼採德國兩國立法例，殊嫌重複。

土地所有人有排除干涉之權能，自得禁止他人侵入其地內（第七九〇條前段）。但有左列例外：

（一）他人有通行權者，土地所有人不得禁其進入。其通行權基於法律規定而生（如鄰地通行權）？抑基於法律行為而生（如通行地役權）？均非所問（第七九〇條但書及一款）。

（二）依地方習慣，任他人入其未設圍障之田地、牧場、山林、刈取雜草、採取枯枝枯幹、採取野生物、或放牧牲畜者，土地所有人亦不得禁其進入（同條但書及二款）。因此種習慣，不但與一般小農生計，關係至鉅；且與所有權社會化之理想，亦相適合。故民法特明認之。

（三）土地所有人遇他人之物品或動物偶至其地內者，應許該物品或動物之占有人或所有人，入其地內尋查取回。應許云者，乃應為許諾之義；非僅消極的不禁其進入。土地所有人不為許諾時，該物品或動物之占有人或所有人，不外訴請法院以判決代許諾，不得強行進入。但土地所有人在此情形，若受有損害時，請得求賠償。於未受賠償前，得留置其物品或動物（第七九一條）。此種損害賠償請求權，單純基於公平之觀念而設，非對於侵權行為所加之制裁。故其損害由物品或動物自體而生，抑由尋查行為而生，及其進入尋查之人，有無故意過失，均非所問。

上列情形中所謂之「他人」係指土地所有人以外一切之人，不以鄰地所有人爲限。此徵諸第七九〇條及第七九一條規定之文句，實屬毫無疑義。余榮昌氏總稱之爲「鄰地侵入權」，謂係以限制鄰地所有權之禁止作用（同氏民法要論物權第三〇頁以下）。劉鴻漸氏亦總稱之爲「關於土地侵入之權利關係」，於「鄰地間之關係」項目之下述之（同氏物權法論第一二七頁）。均不外以上述之他人，限於鄰地所有人，不無誤解。

第三 建築物所有權之範圍

一建築物屬一人獨有，或數人共有時，其所有權及於建築物之全部。若區分一建築物，使之分屬數人，則各人之所有權，均存於建築物之一部。如甲乙共分一座之房屋，甲得左半，乙得右半是。但該建築物及其附屬物之共同部分，如圍牆、門戶、廳、廊等，各所有人如無反對意思，則推定爲各所有人之分別共有物（第七九九條）。夫區分一建築物，使數人各有其一部，本與「一物只有一所有權」之原則不相容；然高樓大廈，勢非富有資力者，所能獨享。不得已區分之爲若干部分，使數人各就其一部分有所有權，亦屬實際上常有之事，亦不容忽視。民法爲圖實際之便宜，特設此例外之規定。

第二款 相鄰關係

所有權之範圍，雖如上述；然不動產疆界，彼此相連，故其所有人行使所有權，（註一）應注意防免鄰地之損害

(第七七四條)。有時又須利用鄰地，以增進其不動產之效用。此即相鄰關係之所由生也。茲就我民法上關於相鄰關係之規定，分述之：

(註一)關於此點，民法第七七四條特舉「經營工業」一項為例，並以「行使其他之權利」一語，以概其餘。不外因經營工業，其性質上極易使鄰地發生損害，故特別明示之。又「行使其他之權利」一語，乃指為經營工業以外之行爲，非指行使所有權以外之權利。因第七七四條係專就所有權而設之規定，不應併及於其他權利故也。上述用語，足以招人誤解，不得謂為適當（瑞士民法第六八四條一項參照）。

第一 鄰地使用權

土地所有人因鄰地所有人在其疆界或近旁營造或修繕建築物，以有必要情形為限，應許鄰地所有人使用其土地。此由營造或修繕建築物者方面觀察，即鄰地使用權。應許云者，乃應為許諾之謂。故鄰地所有人必先請求土地所有人之許諾，而後方得使用其土地；不過土地所有人負有許諾之義務而已。是以鄰地使用權，其性質不外鄰地使用請求權。但土地所有人因之受損害時，得向鄰地使用權人請求償金（第七九二條），以昭公允。

第二 鄰地通行權

與公路無適宜聯絡之土地，致不能為通常使用者，其土地所有人因至公路，得通行周圍地。是即鄰地通行權。（註一）所謂與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用之土地，有二種：（一）為與公路完全不相聯絡之土

地，即其土地被他人之土地所圍繞者，學者稱之曰袋地。（二）爲與公路有不適宜之聯絡，致不能爲通常使用之土地。例如住屋三面均與他人土地接壤，僅於一面由水路可通公路，致不便於住居是。學者稱之曰準袋地。在此等情形，其土地所有人不特得通行鄰地，有必要時，並得在鄰地開設道路。但其通行與開設道路，均應於自己必要之範圍內，擇其鄰地損害最少之處所及方法爲之。鄰地因之受損害時，通行權人應支付償金（第七八七條第七八八條）。

（註一）鄰地通行權與通行地役權，極爲類似。然鄰地通行權乃基於土地所有權之相鄰關係而生，爲所有權之效力，而非獨立一種之物權。反之，通行地役權乃用益物權之一種。其異點一。鄰地通行權之標的物，限於鄰地。而通行地役權則無此制限。其異點二。鄰地通行權單純基於法律規定而生。反之，通行地役權則多數基於設定行爲而生。其異點三。

因土地一部之讓與或分割，致有不通公路之土地者，其土地所有人欲至公路，僅得通行受讓人、讓與人或其他分割人之所有地，不得通行其他鄰地。蓋此際其新生之袋地，本在當事人意料之中，則因此所生之不便，當然應由其當事人互相救濟也。在此情形，其通行權人無須支付償金（第七八九條）。

第三 排水權

土地所有人因排泄自然流水，得使之流入與其相鄰之低地。故低地所有人遇有由高地自然流至之水，不得妨阻（第七七五條一項）。此種流水，如因事變在低地阻塞，高地所有人並得施必要之工事以疏通之。其所

需之費用，除另有習慣外，應由高地所有人負擔（第七七八條）。但不得設置屋簷，或其他之工作物，使雨水直注於鄰地（第七七七條）。自然流水云者，乃對於人爲流水而言；即非由人工汲引之水之謂。不問其爲泉水抑爲雨水，凡天然流至者，均包含之。又不得妨阻云者，只不得爲妨害水之就下之一切行爲。故其流水在低地阻塞時，低地所有人不負設法疏通之義務。

高地所有人欲使浸水之地乾涸，或排泄家用農工業用餘水，以至河渠或溝道，得使其水通過低地。此等浸水與餘水，皆屬人爲流水。高地所有人使人爲流水通過低地，原係排泄其流水於河渠或溝道之方法；故通過低地後，必設法使其流水達於河渠或溝道，不得單使其流水流入低地。此與排泄自然流水之場合不同。高地所有人使人爲流水通過低地時，須擇於低地損害最少之處所及方法爲之。低地因之受損害時，高地所有人須支付償金（第七七九條）。又高地所有人因使其流水通過低地，得使用低地所有人所已設之工作物。高地所有人因排水在低地設有工作物時，低地所有人亦得使用之。但應各按其受益之程度，負擔該工作物設置及保存之費用（第七八〇條）。

土地所有人因蓄水、排水或引水，在其土地內所設之工作物破潰、阻塞，致損害及於他人之土地，或有致損害之虞者，土地所有人應爲必要之修繕、疏通或預防之。其所需之費用，除另有習慣外，應由土地所有人負擔（第七七六條）。但此只屬防止未來損害之方法；至他之土地所有人已受之損害，土地所有人仍應依一般侵

權行為之規定，負賠償之義務。

第四 用水權

水源地、井、溝渠及其他水流地之所有人，除有特別習慣（如許鄰地所有人共同使用其水之習慣）外，得自由使用其泉水、井水或流水。其使用方法，從所有人之選擇（第七八一條）。（註一）對於因工事（如開鑿土地營造房屋）而杜絕、減少或污穢其泉水或井水者，得請求賠償損害。其泉水或井水若為飲用或利用土地所必需，於可能範圍內，並得請求回復原狀（第七八二條）。但由高地自然流至之水，而為低地所必需者，高地所有人縱因其土地之必要，不得防堵其全部（第七七五條二項）。又土地所有人因其家用或利用土地所必要，非以過鉅之費用及勞力，不能得水者，得支付償金，對於鄰地所有人，請求給與有餘之水（第七八三條）。

（註一）水源地謂水由其下天然湧出之地。井謂人工開鑿之水穴。水流地謂流水經過之地，不問其由地下經過抑由地上經過，但其水僅由地旁經過時，則非水流地，而為沿岸地。水源地、井或水流地之所有人，得使用其泉水、井水或流水，係土地所有權固有之效力。然此係其水源地、井或水流地為私有地者而言。若為公有地，則一般人均得使用其泉水、井水或流水，非特定人所得而私之。大理院統字第八四五號解釋要旨，謂：「江河及其他公之水面，其所有權自應屬之國家。除特別制限使用方法或使用之人外，人民皆有自由使用之權。」又司法院院字第一〇七九號解釋要旨，謂：「江河及其他公之水面，人民雖得使用，但其所有權應屬於國家。」即明示此旨。

溝渠及其他水流地之所有人，不但得自由使用其流水；若兩岸之土地，均屬其所有，則以保留下游自然之水路為限，尚得變更其水路或廣度。若其一岸之土地屬於他人所有，則不得變更其水路或廣度。否則將使對岸

所有人，有水患之虞，或失用水之利，非公平之道也。但有特別習慣者，仍從其習慣（第七八四條）。

水流地所有人，在兩岸之土地均屬其所有，因用水有設堰（註一）之必要時，固得將堰之兩端，附著於兩岸，以阻塞水流，使增高其深度，藉便灌溉，或供其他之用。若其一岸之土地屬於他人所有，亦得使其堰附著於對岸。但對岸所有人，因之受損害時，須對之支付償金。其對岸地所有人若亦有水流地一部之所有權，得使用此岸地所有人所已設之堰。惟須按其受益之程度，負擔其設置及保存之費用。以上係就無特別習慣者而言。有特別習慣者，則從其習慣（第七八五條）。

（註一）辭源謂堰者，壅水爲埭也。實即堵塞水流之設備。如水閘、水壩、水壩等皆是。此種設備，直接以堵塞水流，間接即以增高水面，使其流水容易流入於較高之土地。故農家多利用之。

第五 關於開掘土地及爲建築之權利義務

土地所有人開掘土地或爲建築時，不得因此使鄰地之地基動搖，或發生危險，或使鄰地之工作物受其損害（第七九四條）。其原有之建築物或其他工作物之全部或一部有傾倒之危險，致鄰地有受損害之虞者，鄰地所有人得請求爲必要之預防（第七九五條）。土地所有人違反此等義務，致鄰地所有人受有損害時，應負賠償之責。

土地所有人建築房屋時，不得逾越疆界；否則鄰地所有人得請求移去或變更其建築物。但鄰地所有人知

其越界，而不即時提出異議者，則不得請求其移去或變更，只得請求土地所有人以相當之價額購買越界部分之土地。如有損害，並得請求賠償（第七九六條）。蓋此際應認鄰地所有人對於越界建築，業經表示同意故也。

（註一）

（註二）第七九六條立法本意，原欲使業已完成之建築物，保持現狀，以免建築物所有人，蒙非常之損失。純屬體恤建築物所有人之規定，非認其自初本有越界建築之權利。王去非氏民法物權論八二頁謂：「土地所有人有越界建屋權，」不無誤解。余榮昌氏民法要論物權三二頁，以土地所有人於建築之後，得使用鄰地，謂為鄰地占用權，較為切當。因此際土地所有人於建築之後，仍未取得鄰地之所有權，而法律已許其繼續使用鄰地，不能不認其為一種權利也。

第六 電線及筒管安設權

土地所有人非通過他人之土地，不能安設電線、水管、煤氣管或其他筒管，或雖能安設，而需費過鉅者，得通過他人土地之上下而安設之。但應擇其損害最少之處所及方法為之，並應對之支付償金（第七八六條一項）。

電線、水管、煤氣管或其他筒管安設後，其情形若有變更，他土地所有人得請求變更其安設。例如：其土地所有人嗣後因取得鄰地所有權，無須通過他人土地，已得安設電線及筒管是也。其變更安設所需之費用，由土地所有人負擔。但有特別習慣者，仍從其習慣（同條二項三項）。

第七 竹木刈除權

土地所有人遇鄰地竹木之枝根，有逾越疆界者，得先對竹木所有人發出催告，請求其於相當期間內刈除

之。倘竹木所有人逾期不為刈除，土地所有人得刈除其越界之枝根，取為己有，但其越界之枝根，如於土地之利用並無妨害（如其土地係池沼之類），則土地所有人不得請求刈除或自行刈除之（第七九七條）。（註一）又樹木之果實自落於鄰地時，視為鄰地之果實，不許樹木所有人主張所有權，以免相鄰人間發生爭執。但其鄰地為公用地時，其果實仍歸樹木所有人之所有（第七九八條）。公用地云者，謂現供公眾使用之土地，如供公眾通行之道路是。其為公有地抑為私有地，則非所問。

（註一）民法第七九七條係從瑞士民法第六八七條一項之規定。日本民法第二三三條規定：「越界之枝應請竹木所有人剪除，越界之根土地所有人得即截取之。」德國民法第九一〇條規定：「越界之根土地所有人得即截取之，越界之枝於定期催告後，竹木所有人不為剪除時，土地所有人亦得剪除之。」其對於枝根，均予以不同之待遇，不外以枝之越界，土地所有人因之所受之損害較少，故不許其自行截取或即行截取也。

第八 各種氣體灰屑喧囂振動等侵入禁止權

土地所有人由他人之土地，有煤氣、蒸氣、臭氣、煙氣、熱氣、灰屑、喧囂、振動及其他與此相類者（如音響）侵入時，得禁止之。但其侵入輕微，或按土地形狀地方習慣認為相當者，則無此權利（第七九三條）。如某處設置工廠，機聲軋軋，其周圍適屬山地，無人住居。又如於新年時，燃放爆竹，皆其例也。

以上所列，皆由不動產相鄰關係所生之權利，故學者特稱之曰相鄰權。此等權利，乃基於不動產所有權而生，雖非不動產所有權固有之權能；但絕對附隨於所有權，與所有權同其運命。故其所有權一旦移轉或消滅時，相鄰

權亦隨之移轉或消滅。又所有權存在之間，相鄰權亦不單獨罹於消滅時效；與上述之物權的請求權同。

第六節 所有權之取得

所有權依種種之原因而取得之。其原因有爲一般財產權所共通者（如法律行爲、繼承、遺贈等），有爲所有權所特有者。前者，散見於民法各編，茲不贅及。後者，物權編設有詳細之規定，分款說明之：

第一款 取得時效

取得時效對於消滅時效而言，卽爲財產權取得之原因之時效也。日本民法將消滅時效與取得時效，合併規定於總則編（日民第一四四條以下）。德國民法則分別規定消滅時效於總則編，規定取得時效於物權編（德民第一九四條以下及第九三七條以下）。我民法從德國立法例。

如何之權利，得依時效而取得之乎？各國民法之所定，亦不一致。德國民法從羅馬法之主義，以取得時效祇爲所有權取得之原因。日本民法則以之爲一般財產權取得之原因。我民法從日本立法例（第七七二條）。故我民法上之取得時效，可分所有權之取得時效，與其他財產權之取得時效二種。後者，應於各種物權中述之。茲所述者，限於所有權之取得時效。

第一 所有權取得時效之要件

所有權之取得時效者，以所有之意思，於一定期間內，和平、公然、繼續占有他人所有物，因而取得其所有權之謂也（第七六八條至第七七〇條）。茲分述其要件於左：

（一）要有他人所有物之存在。即所有權取得時效之標的，要為他人所有物。故不獨就於自己之所有物，不成立取得時效；即就於無主物，亦不生取得時效之問題。因無主物可依先占而取得其所有權故也（第八〇二條參照）。茲所謂他人所有物，原包括動產與不動產而言。但依第七六九條及第七七〇條之規定，他人之不動產，限於未經登記者，方得依時效取得其所有權。其已經登記者，則否。蓋他人之不動產，既經登記，則其權利存在明確，縱由所有人以外之人永續占有，亦不至使一般人發生誤會，自無使其占有人取得所有權之必要也。

（註一）

（註一）取得時效制度之目的，原在尊重事實上永續之狀態，以維持交易之安全。因一定之物，既由一定之人永續占有，而無反對之形迹時，則一般人往往信賴其永續占有之狀態，誤以占有人為所有人，而與占有人為交易。故法律特使其物之占有人，取得所有權，以保護一般人之利益。若永續占有之不動產，業經其所有人依法登記，則已有反對之形迹，一般人不至再生「占有人為其不動產所有人」之誤信。雖不使其占有人取得所有權，亦不至妨害交易之安全。此即已登記之不動產，不成立取得時效之理由。但外國非無相反之立法例（日民第一六二條參照）。又依司法院院字第六四〇號解釋，凡不動產於登記制度未施行前，曾經丈放或清丈，暨推收過割其號址畝分權賦等，則業戶姓名，登入官文冊，兼繳續納稅完糧者，視為與已登記之不動產，有同等之效力。故亦不得為取得時效之標的。

(二)要以所有之意思和平公然占有他人所有物。所有權取得時效之目的，在尊重永續占有之狀態，以保交易之安全；故以占有他人所有物為要件。占有云者，乃對物有事實上管領力之義（第九四〇條參照），其詳應於第五章述之。又其占有他人所有物，應以所有之意思和平且公然為之。再析述於後：

(甲)須以所有之意思為占有。即其占有須為自主占有。所有之意思者，乃將其物據為己有之意思，無須自信有其物之所有權。故不但由無所有權者善意受讓所有權之人，為有所有之意思；即竊盜就於其所盜取之贓物，亦不妨有所有之意思。

所有之意思，乃心裏狀態，本無須表示於外部。惟依其占有所由發生之事實之性質，無所有之意思者，其占有人須對於使其占有之人表示所有之意思，方得認為有所有之意思（第九四五條）。例如：受寄物件者，其占有受寄物，常無所有之意思；須俟其對於寄託人表示所有之意思（即主張為其自己之所有物）時，方得認為自主占有是也。

(乙)須為和平之占有。和平之占有者，對於強暴之占有而言；即不以強暴方法保持其占有之謂。故強暴之占有，不能享受時效之利益，因其違反正義故也。但其和平之占有，祇須相對的，不必絕對的。即只對於因取得時效完成蒙不利益者（即物之所有人）和平占有為足，對於其他之人，不妨以強暴為占有。例如：甲占有乙之所有物，丙向甲奪取之，並以暴力阻止其取回。此際丙對甲雖為強暴之占有，而對乙則為和平之

占有，得完成其取得時效。此為學者之通說。

(丙)須為公然之占有。公然之占有者，對於隱祕之占有而言；即不以隱祕之方法占有其物之謂也。故隱祕之占有，不能享受時效之利益。但公然之占有祇須相對的，與和平之占有同。此亦學者之通說。(註一)

(註一)我民法第七六八條關於動產所有權取得時效之規定，雖以公然占有為要件，而第七六九條及第七七〇條關於不動產所有權取得時效之規定，則無此明文。不得謂非立法之不備。劉鴻漸氏物權法論九二頁謂：「不動產之占有，其性質上當然為公然占有，故民法不特設此明文。」鍾洪聲氏物權新論六一頁亦持此見解。然按諸事實，不動產之占有，非無為隱祕之占有者。如秘密由後門進住他人鎖閉之空屋是。劉鍾之說，仍嫌未當。

上述之自主占有，和平占有，及公然占有，無須於開始占有之際自初存在。若其後始變為自主占有，和平占有，及公然占有，則自其變更之時起，取得時效亦開始進行。又其占有是否為自主、和平及公然，乃事實問題，本應由占有人負舉證責任。但關於此點，法律設有特別規定。即占有人之占有，如無反證，推定其為自主、和平及公然之占有(第九四四條一項)。故占有人主張其為自主、和平及公然占有時，無須舉證。

(三)要於一定期間內繼續占有。其期間依標的物之不同，而有長短之別。

(甲)其標的物為動產時，其繼續占有之期間，須滿五年。(註二)其占有之始，是否善意及有無過失，均可不問。但以動產所有權之移轉為目的，由無權利人善意受讓該動產之占有者，依第八〇一條及第九四八條之規定，即時取得該動產之所有權(本節第二款參看)，當然無取得時效適用之餘地。

(註一)動產所有權之取得時效，以繼續占有為要件，此由時效之本質上觀察，已屬無疑。且第七六九條及第七七〇條關於不動產所有權之取得時效，既明定須繼續占有，則動產所有權之取得時效，情形相同，自亦應具此要件。第七六八條無「繼續」字樣，顯屬遺漏。

(乙)其標的物為不動產時，其應行繼續占有之期間，視其占有人於占有之始，是否善意且無過失，而有差異。其占有之始為善意並無過失時，其繼續占有之期間，須滿十年。反之，其占有之始為惡意，或雖為善意而有過失時，其期間須滿二十年。善意云者，不知自己無所有權之謂。無過失云者，非因不注意致不知自己無所有權之謂。其是否善意與有無過失，係以開始占有之時為標準，與其後之情形無涉。又其占有是否善意及有無過失，乃事實問題；然第九四四條一項設有推定善意占有之規定。故占有人主張其為善意占有時，無須舉證。反之，法律對無過失占有，不加推定。故占有人主張其為無過失占有時，仍須舉證。

上述繼續占有之期間，非只以現占有人占有之期間計算；其在占有有繼承或讓與時，得將現占有人之占有期間，與前占有人之占有期間，合併計算（第九四七條）。又其占有之是否繼續不斷，法律亦設有推定的規定。即占有人經證明前後兩時為占有者，推定前後兩時之間，繼續占有（第九四四條二項）。

第二 所有權取得時效之中斷

所有權之取得時效，須自主和平公然繼續占有，滿一定之期間時，方能完成，已如前述。若於其期間進行之中途，發生與之相反之事實，則其已經過之期間，歸於無效。是謂之所有權取得時效之中斷。其中斷之原因，依第

七七一條之規定，可大別爲左之二種：

(一) 占有之喪失 卽占有人喪失其對物之事實上管領力之謂。占有人喪失占有時，已不能繼續占有，不問其喪失基於占有人之意思抑反於占有人之意思，其取得時效均因之中斷。前者，如占有人自行中止占有；後者，如其占有被他人侵奪是。(註一)但在其占有被他人侵奪之場合，占有人已依第九四九條或第九六二條之規定，回復其占有時，其占有視爲自始不喪失，從其取得時效亦不中斷。

(註一)第七七一條所謂中止占有，乃占有人基於自己之意思，喪失占有之義。如拋棄占有物，或交還占有物於其所有人皆是。但占有人將其占有物交付所有人以外之人時，係占有之讓與，依第九四七條之規定，前後兩占有人之占有期間，得合併計算。故其取得時效不中斷。又第七七一條所謂占有爲他人侵奪，乃占有人反於其自己之意思，喪失占有之義。不以其占有被他人強奪爲限，卽其占有物被竊或遺失之場合，亦包含在內。此徵諸同條但書有「依第九四九條之規定回復占有」云云，實屬無疑。因第九四九條係關於回復盜賊及遺失物之規定故也。

(二) 占有態樣之變更 所有權取得時效之占有，須爲自主、和平及公然之占有。倘其占有之態樣，中途變更，如(甲)變自主占有爲他主占有(卽不以所有之意思而占有)，(乙)變和平之占有爲強暴之占有，(丙)變公然之占有爲隱祕之占有，則取得時效亦因之中斷。關於此點，第七七一條雖只規定「變爲不以所有之意思而占有」，而不及其他，然此顯係立法上之疏漏，自應類推解釋之。

此外民法總則編中，關於消滅時效中斷，及停止完成之規定(卽第一二九條至第一四三條)，其性質非

不得準用於取得時效。我民法未設明文，殊爲遺憾。（註一）

（註一）同說余榮昌氏民法要論物權五三頁，陳瑾昆氏民法通義總則三四五頁。

所有權之取得時效中斷時，其已經過之期間，歸於無效；自中斷之原因終止後，其取得時效，從新進行。若其中斷之原因，永不終止，其取得時效即永未完成。如占有人喪失其占有是。

第三 所有權取得時效之效力

所有權之取得時效完成時，在動產，則其占有人即取得其所有權（第七六八條）。在不動產，則其占有人只得請求登記爲所有人（第七六九條及第六七〇條）；於登記完畢後，始取得其所有權。但其不動產所在地未實行登記制度，尙未設立登記機關時，事實上無從登記；於其占有人得請求登記爲所有人之日，視爲所有人（民法物權編施行法第八條）。

依取得時效之取得所有權，乃原始取得；故在該占有物上從前他人已有之物權，不問其爲所有權，抑爲制限物權，均歸於消滅。然此乃原始取得性質上當然發生之結果，非取得時效自體所生之效力；不得因此遂謂取得時效同時爲消滅時效。又取得時效之效力，係自時效完成之日發生，不溯於既往。此徵諸民法物權編施行法第八條，有「於得請求登記之日視爲所有人」云云，實屬無疑。余榮昌氏民法要論物權五三頁謂：「因時效之所有權取得，其效果溯及時效起算之日發生。」未免無據。

取得時效制度爲公益而設，與消滅時效同。故因之而生之效力，占有人不得預行拋棄。其時效期間，亦不得以法律行爲加長或減短之（第一四七條類推適用）。

以上係就其開始占有及時效完成，均在民法物權編施行後者而言。若其時效完成或開始占有，在民法物權編施行以前，則民法物權編施行法，尙有特別規定：即（一）民法物權編施行前，占有動產，而具備民法第七六八條之條件者，於施行之日（即民國十八年五月五日），取得其所有權（同施行法第六條）。（二）民法物權編施行前，占有不動產，而具備民法第七六九條及第七七〇條之條件者，自施行之日起，得請求登記爲所有人。若不動產所在地尙未設立登記機關，於得請求登記之日，視爲所有人（同施行法第七條第八條）。（三）民法物權編施行前，開始占有動產或不動產，於施行之日，其取得時效尙未完成者，則其施行前已經過之期間，與施行後之期間，應合併計算；依民法第七六八條至第七七〇條之規定，以定其取得時效完成之時期（同施行法第五條三項）。依上述規定觀察，可知民法物權編中關於取得時效之規定，有溯及既往之效力。

第二款 即時取得

以動產所有權之移轉或動產質權之設定爲目的，由無處分權人善意受讓該動產之占有者，即時取得其所有權或質權（第九四八條、第八〇一條、及第八八六條）。是謂之即時取得。例如：乙將由甲受寄之馬擅售於不知情之丙，業經交付，則丙即取得該馬之所有權是也。

由純理而言：凡無處分權人所爲之處分行爲不能發生效力（第一一八條一項參照）。從以所有權之移轉或質權之設定爲目的，由無處分權人受讓動產之占有者，亦無從取得所有權或質權。然動產非如不動產之有登記制度，一般人往往誤信其占有人爲有處分權人，而善意與之爲交易。若貫徹上述原則，使善意受讓人不能取得其所有權或質權，則無以保交易之安全與敏捷。此卽即時取得制度之所由來也。故即時取得之根本目的，在保護信賴動產占有狀態之一般人，以圖動產交易之迅速與安全。學者稱之爲占有之公信力。（註一）

（註一）即時取得，淵源於德國固有法上之 Hand wahren Hand 原則。羅馬法雖不認此制度，然至近世，法國民法第二二七條首先採此原則。其後德民第七〇七條、德民第九三二條第一二〇七條、瑞民第七一四條二項、第八八四條二項、第七一四條二項、日民第一九二條皆倣其例。法國民法以即時取得之規定，置於時效章中，與取得時效並列。因此其國學者，特稱之曰即時時效。（Prescription instantanée）然即時取得不以時之經過爲要件，而以之爲時效之一種，殊非正當。

即時取得不特爲動產所有權取得之原因，且爲動產質權取得之原因。故可分爲所有權之即時取得與質權之即時取得。後者，應於第四章述之。茲所述者，限於所有權之即時取得。

第一 所有權即時取得之要件

所有權之即時取得者，以所有權之移轉爲目的，由無處分權人善意受讓動產之占有，因而取得其所有權之謂也（第九四八條第八〇一條）。茲分述其要件於左：

（一）要有他人動產之存在。卽所有權即時取得之標的，要爲他人之動產；故他人之不動產，不得就之

成立即時取得。因不動產設有登記制度，一般人得依登記簿之記載，而知其為何人之所有物，不至誤信其占有人為有處分權人故也。但船舶雖為動產，然其有登記（海商法第五條參照）與不動產同，故不得為即時取得之標的。反之，債權的有價證券，雖為債權之代表，然其債權已化為動產，故得為即時取得之標的（第九五一條參照）。是皆其例外。

（二）要以所有權之移轉為目的受讓他人動產之占有。所有權即時取得之目的，在維保交易之安全；故必須因移轉所有權，由他人受讓動產之占有者，方得受此制度之保護。若因誤認他人之物為自己之物而占有之，或因繼承取得動產之占有，均無即時取得之適用。

（三）要由無處分權人受讓動產之占有。即其交易之相對人，要為無處分權者。若由有處分權人受讓動產之占有，祇因相對人無行為能力，或其意思表示有瑕疵，致其讓與行為不生效力時，受讓人雖不知其情，亦不能取得其動產之所有權。

（四）要因善意受讓動產之占有。即其由無處分權人受讓占有之際，要不知其相對人無處分權。若明知其情，則法律即無加以保護之必要。但其善意只須於受讓占有之際存在；其後不妨變為惡意。又其受讓占有之際，只以善意為足；其有無過失亦非所問。

第二 所有權即時取得之效力

動產占有人具備上述要件時，即取得其所有權。此種取得與時效取得同，亦爲原始取得；故他人在該動產上所有之物權，當然歸於消滅。其取得人對於原權利人，且無須依不當得利之規定，負返還利益之義務。

上述關於即時取得之規定，不特就於民法物權編施行後占有動產者，有其適有；即在民法物權編施行前占有動產，而具備民法第八〇一條之條件者，於施行之日，亦取得其所有權（民法物權編施行法第九條）。

第三 所有權即時取得之制限

即時取得爲所有權取得之原因，雖如上述；但對此原則，民法尙設有制限。即其占有物如係盜賊或遺失物，除金錢及無記名證券外，其被害人或遺失人，自被盜或遺失之時起，二年以內，得向占有人請求回復其物是也（第九四九條及第九五一條）。此種規定，純爲保護不基於其自己之意思而喪失占有之權利人而設。然其結果，不免使占有之公信力，趨於薄弱。由近代之法律思想而觀，未以適當（日儒我妻榮物權法一二七頁參看）。有回復請求權者，爲盜難之被害人或遺失人，不限於所有人。其物在質權人承租人等有權占有人占有中被盜或遺失時，則除所有人外，其有權占有人，亦有此權利。受此請求之相對人，爲現占有盜賊或遺失物之人，不限於直接由盜賊或拾得人取得占有者。此回復請求權，應於二年間行使之，否則歸於消滅。但此二年之期間，乃除斥期間，而非時效期間，故不適用關於時效中斷及未完成之規定。

然則在其被害人或遺失人，得請求回復之間，其占有物之所有權，屬於原權利人歟？抑屬於取得人歟？關於

此點，日本學者不無爭論。(註一)余謂爲貫徹即時取得之原則，應認其所有權屬於取得人；不過其被害人或遺失人，得向占有有人請求所有權之回復而已。

(註一)富井政章民法原論物權七〇七頁，三齋信三物權法提要三〇〇頁，石田文次郎物權法論三六六頁，主張其所有權仍屬於原權利人。橫田秀雄物權法二二三頁，主張其所有權屬於取得人，但其後經被害人或遺失人依法回復時，迺於占有之始，失其所有權。末弘嚴太郎物權法上卷二七二頁，末川博破毀判例研究二卷一八六頁，我妻榮物權法一三〇頁，主張其所有權屬於取得人。我國學者王去非氏民法物權論八七頁，鍾洪聲氏物權新論九四頁，從最前之說。

第三款 先占

先占者，以所有之意思，占有無主動產之謂也。(第八〇二條)。如捕獲海中之魚，及狩獵山中之獸是。茲先述其要件，而後及其效力。

第一 先占之要件

(一)要有無主物之存在 卽先占之標的，要爲無主物。若係他人之所有物，雖已脫離其所有人之占有，亦不得先占之。如遺失物是。但他人捕獲之野棲動物，已回復其自由時，除其所有人尙在追捕者外，理論上應視爲無主物；他人馴養之野棲動物，不能復歸一定之處所時，亦同。(舊民律第一〇二九條、瑞民法第七一九條、德民法第九六〇條二項三項參照)。無主物云者，謂現在不屬何人所有之物；其會屬他人所有與否？可以不問。故他人拋棄之物，亦不妨謂爲無主物。又其物是否無主？應依客觀的事實決之，與先占人主觀的認識無涉。從先占

人誤認無主物爲自己或他人之所有物時，仍不失其爲無主物。

(二) 其無主物要爲動產。羅馬法對於不動產，亦認先占。然近世各國民法，多明定先占之標的，限於動產。(註一) 我民法從之。蓋無主之不動產，若爲土地，依土地法第十二條之規定，應屬公有；若爲土地之定着物，則其所有權理論上應屬於土地所有人。(註二) 故均不得爲先占之標的。

(註一) 德民法第九五八條，日民法第二三九條，意民法第七一一條，法民法第七一三條，第七一五條參照。獨瑞士民法第六五八條明定，無主之土地，亦得先占使之，適用關於無主物先占之規定。(即第七一八條關於動產先占之規定)。

(註二) 日民法第二三九條二項規定：「無主之不動產，屬於國庫之所有。」則無主之土地定着物，與無主土地同，亦屬於國庫，固無問題。我土地法只對於無主土地，設有規定，而不及無主之定着物，則無主定着物應歸何人所有？不無問題。關於此點，我國學者之著書，尙無論及之者。余以爲：依我國一般人之見解，多認土地與其定着物爲一個之物，屬於同一人之所有，故使無主之定着物，屬於其被定着之土地所有人，不但適於我國固有之習慣，且足以防止多數人之爭奪，較爲正當。

(三) 要以所有之意思占有其物。先占之成立，以占有無主物爲要件，無待說明。此種占有，無須先占人親自爲之，且得由其補助人爲之。例如經營漁業者，常僱用工人從事捕魚是。但其占有須以所有之意思爲之，即須爲自主占有。否則其占有人不能取得所有權。所有之意思，乃心裏狀態，不必表示於外部。故先占非法律行爲；從先占人無須有行爲能力，又所有意思之存在，民法第九四四條一項，設有推定的規定，故先占人不負舉證之責任，與時效取得人同。

第二 先占之效力

先占成立時，其先占人即時取得其占有物之所有權（第八〇二條）。此種取得，乃原始取得，故先占為所有權原始取得之一原因。然此係就適法之先占而言。違法之先占，則不取得占有物之所有權。所謂違法之先占有兩種：即（1）其先占侵害他人之先占權者，如侵害他人漁業權（先占權之一種）之先占是。（2）其先占違反法律之制限者，如獵取狩獵法第六條禁止狩獵之鳥獸是。（註一）

（註一）先占侵害他人之先占權，或違反法律所禁止時，不取得所有權。此在德國民法第九五八條二項，定有明文。日本民法因無此規定，其國學者遂有異說（川名兼四郎物權法要論八九頁，遊佐慶夫民法概論物權篇八四頁參看）。我民法就於此節，雖亦無明文規定，然違法之先占，若仍使之取得所有權，殊不足以防止違法行為之發生。應類推適用第七一條之規定，認其先占無效為正當（同說王去非氏民法物權論九四頁，鍾洪聲氏物權新論九八頁）。

第四款 遺失物之拾得

遺失物之拾得者，發見他人之遺失物而占有之之謂。遺失物之拾得人，於相當條件之下，即取得其遺失物之所有權。故遺失物之拾得，亦為所有權取得之原因。茲分述其要件及效力於後：

第一 遺失物拾得之要件

（一）要有他人遺失物之存在。即其所拾得者，要為他人之遺失物。若覓得自己所遺失之物，只得謂為回復占有，而非拾得。遺失物云者，謂不基於占有人之意思，絕對的喪失其占有之動產。（註一）其要件有三：（甲）

須爲動產。若係不動產，雖其占有人非無一時遺忘管業之情事，然屬性質上不得移動之物體，其占有人不問何時，均得回復其占有，故非遺失物。(乙)須爲占有人絕對的喪失占有之動產。即其動產自占有人喪失占有後，已不在何人占有之下。若僅由自己之占有移於他人之占有，縱不基於占有人之意思，亦非遺失物。如被竊之物是。(丙)須其絕對的喪失，不基於占有人之意思。若因占有人自行拋棄占有，致其動產入於無人占有之狀態，亦不得謂爲遺失物。但茲所謂占有人，當然不以所有人爲限。

(註一)何謂遺失物？日本學者之所說，不能一致。通說謂：「遺失物，乃不基於占有人之意思，且非被他人侵奪，而離其占有之物」(末弘殿太郎物權法上卷三五八頁，富井政章民法原論物權一二六頁，我妻榮物權法一六九頁，三浦信三物權法提要九五頁，梅謙次郎民法要義物權編一六六頁參看。川名兼四郎物權法要論八九頁，橫田秀雄物權法三四六頁，亦大體相同。)少數學者，則謂：「遺失物乃屬於某人所有，而不屬何人占有之物」(中島玉吉民法釋義物權上卷三八九頁，遊佐慶夫民法概論物權八五頁參看。)我國余肇昌氏民法要論物權三九頁，王去非氏物權法論九六頁，鍾洪聲氏物權新編九八頁從前說。胡長清氏民法物權精義四〇頁，劉鴻漸氏物權法論一四三頁從後說。余意前說以「非被他人侵奪」爲遺失物之消極的要件，不如以「絕對的喪失占有」爲遺失物之積極的要件，較爲明顯。又後說僅以「不屬何人占有」爲遺失物之要件，而不以「不基於占有人之意思」爲要件，則不免誤認占有人自行拋棄占有(不拋棄所有權)之物爲遺失物，亦有缺點。故特創上述之定義。

(二)要發見遺失物而占有之。故僅發見遺失物，而不實施占有，則只屬單純之發見，而非拾得。茲所謂占有，與一般之場合同，僅以取得事實上之管領力爲足，不以拾得人與遺失物發生物理的接觸爲必要。故拾得人雖未握其物於掌中，然已加以看守時，不妨謂爲拾得。又其占有遺失物，純屬客觀的狀態，拾得人主觀方面，有

無遺失物之認識？及所有之意思？均可不問。故誤認他人之遺失物爲無主物，而占有之；或以返還之於所有人之意思，而占有遺失物時，均不妨謂爲拾得。

第二 遺失物拾得之效力

拾得遺失物者，應通知其所有人。不知所有人，或所有人所在不明時，應自爲招領之揭示，或將其物繳交警署或自治機關，揭示招人認領（第八〇三條）。其自爲招領之揭示後，所有人不於相當期間認領者，拾得人亦應將其物繳交警署或自治機關揭示招人認領（第八〇四條）。倘其拾得物有易於腐壞之性質，或其保管需費過鉅者，警署或自治機關得拍賣之，而存其價金（第八〇六條）。既爲招領之揭示後，其遺失物之所有人，於拾得人拾得之日起六個月內，已向拾得人警署或自治機關認領者，拾得人警署或自治機關，於受揭示及保管費用償還後，應將其物返還之。但拾得人得向所有人，請求其物價值十分之三之報酬（第八〇五條）。（註一）若自拾得之日起六個月內，其所有人未爲認領者，警署或自治機關，應將其遺失物或其拍賣所得之價金，交與拾得人，歸其所有（第八〇七條）。拾得人即因此取得其遺失物或其價金之所有權。此種取得，亦爲原始取得，故其原所有人之所有權，當然歸於消滅。

（註一）第八〇五條一項規定：「拾得人於受指示及保管費用償還後，應返還遺失物於其所有人。」不外以所有人之償還揭示及保管費用，爲其請求返還遺失物之條件。從所有人不償還揭示及保管費用時，拾得人自得拒絕返還遺失物。又同條二項只規定拾得人得

請求報酬，不以支付報酬為請求返還遺失物之條件，雖與一項不同，然拾得人於未受報酬以前，亦得依第九二八條之規定，留置其物，其結果無異。

上述關於遺失物拾得之規定，當然適用於漂流物及沉沒物（第八一〇條）。外國立法例，對於漂流物及沉沒物，有另以特別法規定之者，如日本之水難救護法是。我民法以漂流物及沉沒物，亦係遺失物，無特別規定之必要，故不採其主義。又此規定不特就於民法物權編施行後，拾得遺失物漂流物或沉沒物者，有其適用，即在民法物權編施行前，拾得遺失物漂流物或沉沒物，而具備民法第八〇三條及第八〇七條之條件者，於施行之日，亦取得第八〇七條所定之權利（民法物權編施行法第一〇條）。

第五款 埋藏物之獲得

埋藏物之獲得者，發見他人之埋藏物而占有之之謂。如因開掘土地，獲得古人之藏鏹是。茲先述其要件，而後及其效力。

第一 埋藏物獲得之要件

（一）要有他人埋藏物之存在 即其所獲得者，要為他人之埋藏物。若覓得自己之埋藏物，不生所有權取得之問題，非茲所謂埋藏物之獲得。但以其物確係他人所有為足，其獲得人無須有此認識，故誤認他人之埋藏物，為自己之埋藏物，而占有之時，不妨謂之埋藏物之獲得。埋藏物者，埋藏於他物之中，而不知其所有權誰屬

之動產也。其要件有三：（甲）須爲動產。不動產中之房屋及其他建築物，雖非無被埋藏之事實，然此時已失其爲不動產之性質，應以動產視之。（註一）（乙）須爲埋藏於他物中之動產。即其動產須埋沒於他物之中，而在通常不易窺見之狀態者。此乃其與遺失物相異之點。其埋藏之事實，不要出於人爲；因天災地變而被埋藏之物，亦得謂爲埋藏物。又其包藏之他物（即包藏物），雖以土地爲常，但不以土地爲限；凡牆壁衣服等之能包藏他物者，均無不可。（註二）至其埋藏時間之長短，更非所問。（丙）須爲不知其所有權誰屬之動產。即其被埋藏之動產，須爲有主物，且不知其所有人之爲誰。若爲無主物，或已知其爲何人所有之物，則均非埋藏物。前者如古代動物之遺骸，後者如鑛山中之鑛物是。但茲所謂不知誰爲所有人者，乃其所有人無從探求之義；非僅以獲得當時獲得人之主觀狀態爲標準。故獲得之後，經原所有人提出確據，主張其所有權時，則其所有人業已明瞭，從其所獲得之物，自始即非埋藏物。（註三）

（註一）埋藏物限於動產，此爲日本學者之通說。我國學者多從之。（余榮昌民法要論物權四二頁，劉鴻漸物權法論一四五頁，胡長清物權精義四二頁，鍾洪聲物權新論一〇二頁，王去非民法物權論一〇二頁參看。）惟末弘嚴太郎物權法上卷三八九頁謂：「埋藏物以動產爲常，但發掘古屋時，應就其全部之狀態，以埋藏物視之。」我妻榮物權法一七一頁亦謂：「埋藏物實際上通常限於動產，理論上無限定動產之必要。」立論雖較特殊，然其認埋藏之不動產，得爲獲得之標的物，察其結果，與通說並無不同。所異者，通說謂應視之爲動產，反對說則謂應仍認爲不動產而已。我民法規定埋藏物於「動產所有權」節中，其從通說也無疑。

（註二）羅馬法及法國法系之立法，以包藏物限於土地。德日瑞諸國之民法，則無此制限。理論上以後之立法例爲當，我民法從之（第八〇

八條但書。

(註三)例如於自己田地內掘得今人之藏鏹，經所有人證明因避強盜之奪取，暫行埋藏時，即非埋藏物。德國民法第九八四條揭埋藏物之定義爲「永久埋沒不得探求其所有人之物」。即明示斯意。我民法雖無此明文，理論上應取同一之解釋。

(二)要發見埋藏物而占有之。故僅發見埋藏物，而未占有之時，尙不得謂爲獲得（第八〇八條）。外國民法有僅以發見爲足者（日民第二四一條法民第七一六條參看），我民法不從其例。蓋探德制也（德民九八四條參看）。但其發見與占有，無須出於偶然；即基於預定之計畫，亦無不可。此際其獲得行爲，不妨使他人代爲之。例如僱用他人發掘古物是。又獲得人無須有所有之意思，即無須爲自主占有。此點與先占異，而與拾得同。

第二 埋藏物獲得之效力

獲得埋藏物者，即取得埋藏物之所有權；非如拾得遺失物，必須履踐公告之程序。（註一）但其埋藏物係在他人所有之動產或不動產中獲得者，該動產或不動產之所有人與獲得人，各取得埋藏物之半（第八〇八條）。（註二）蓋獲得人使其埋藏物再現於世，固屬有功，而包藏物所有人之利益，亦應兼顧，故法律特平等保護之。此種取得，亦爲原始取得，與遺失物之拾得同。上述關於埋藏物所有權取得之規定，不特就於民法物權編施行後，獲得埋藏物者，有其適用；即在民法物權編施行前，獲得埋藏物，依民法第八〇八條之規定，得取得其所有權者，

於施行之日，亦取得其所有權（民法物權編施行法第十一條）。

（註一）關於埋藏物所有權之取得，各國立法例不同。有規定發見人應先將埋藏物呈報警署，經公告後無人認領時，始取得其所有權者。如日民第二四一條，奧民第三九七條是。有規定發見人發見埋藏物時，即取得其所有權，不以公告為要件者。如法民第七一六條，德民第九八四條是。此外瑞士民法第七二三條規定：「埋藏物屬於包藏物所有人之所有；發見人只得請求相當之報酬。」在近世立法中，罕見其例。

（註二）依第八〇八條規定，埋藏物之所有權，原則屬於獲得人。惟包藏物為他人之所有物時，應以一半分與之，是其例外。日民第二四一條，法民第七一六條規定，與我民法同。獨德民第九八四條規定：「埋藏物一半之所有權，發見人取得之，他一半包藏物所有人取得之。」無原則例外之分，其結果雖與上述各國民法無異；然在自己所有物中發見埋藏物時，其以發見人資格，僅能取得一半之所有權，他一半則以所有人資格取得之，其立法理由既有不同。且在上述各國民法，發見人主張取得埋藏物全部之所有權時，無須證明其為包藏物之所有人；反之，在德國民法，發見人主張取得埋藏物全部之所有權時，則須證明其為包藏物之所有人，其舉證責任亦有差異。

以上係就其埋藏物為通常之物者而言。若其所發見之埋藏物，係屬古物，足供學術、藝術、考古或歷史之資料者，其所有權之歸屬，應依特別法之規定（第八〇九條）。即此等古物，依古物保存法第七條，概歸國有；發見人應於發見當時，立即報告當地主管行政官署，呈由上級機關，咨明教育行政兩部及中央古物保管委員會，收存其古物，並酌給相當獎金。其不報而隱匿者，以竊盜論。（註一）

（註一）古物保存法第七條二項所定之獎金，純以酬發見人之勞，而非古物之價金。因此等古物，原屬國有，政府自無庸再給價金。此徵諸同

條一項之規定，實屬無疑。故其古物縱由他人所有物中發見，其發見人亦無須依民法第八〇八條但書規定，將其所受領獎金之一半，分與包藏物之所有人。

第六款 添附

第一項 總說

添附者，某物與他物結合而成一物，或加工於物使之變成新物之謂也。如兩種之酒置於一樽，屬於前者。裁縫綢緞爲衣服，屬於後者。

因添附而結合之兩物，若本同屬一人所有，或所有人自加工於所有物時，則其結合物或加工物，亦屬於原所有人，固無待論。若其結合之兩物，本分屬兩人所有，或加工於他人之所有物，則其結合物或加工物，是否仍許原所有人請求回復原狀？若不許原所有人請求回復原狀，則其結合物或加工物，應歸何人所有？或歸兩人共有？均應由法律解決。此即民法上關於添附規定之所由設也。

添附有三種：即（一）附合（二）混合（三）加工是也。茲先順序說明各種添附之性質效力，而後及其一般的效果。

第二項 附合

數所有人之數所有物結合爲一，而得認識其各物之所在者，謂之附合。其情形有二：（一）不動產上之附合，

(二) 動產上之附合。茲分說之：

第一 不動產上之附合

不動產上之附合者，一人之動產附合於他人之不動產，而為其重要成分之謂也（第八一一條）。例如播種子或施肥料於他人之土地是。學者稱此不動產，曰被附合物。稱此動產，曰附合物。

不動產上之附合，有三要件：（一）須為不動產與動產相附合。故不動產與不動產相附合，及動產與動產相附合，均非不動產之附合。（註一）（二）須其附合之不動產與動產，異其所有人。若同屬一人所有，則不生所有權取得之問題，亦非茲所謂不動產之附合。（註二）（三）須其動產因附合而為不動產之重要成分。即其動產附合於不動產之後，已成不動產之部分，且非變更物之本質或毀損其物，不能與該不動產分離（舊民律第一六七條一項參照）。否則其動產雖附合於不動產，然不難回復原狀，亦非不動產上之附合。（註三）但其附合之原因，法無制限，不問基於人之行為抑基於自然力，其基於人之行為時，亦不問基於不動產所有人之行為，或基於動產所有人之行為，抑基於第三人之行為，及其行為人之為善意抑惡意？

（註一）不動產與不動產相附合時，其各不動產均不失其獨立性，而不組成一物，故非附合。如建築房屋於他人之土地是。又動產與動產相附合時，乃動產上之附合，故亦非不動產上之附合。

（註二）在不動產上之附合，其不動產與動產是否須異其所有人，第八一一條尚無明文規定。少數學者，有不以此為不動產上附合之要件者（劉鴻漸物權法論一五二頁參看）。然第八一二條動產上之附合，及第八一三條動產之混合，既均以自己之動產與他人之動

產相結合爲要件，則不動產上之附合，情形相同，斷無獨異之理。故類推及之。

(註三)物之重要成分一語，舊民法曾明定其意義。即同律第一六七條一項規定：「非變更物之本質或毀損其物，不能與其物分離之部分，爲物之重要成分」是。在不動產上之附合，其動產須已成不動產之重要部分。故如埋設於地下之水管，乃獨立之物，而非土地之部分；又如裝置於門窗之玻璃，雖爲房屋之部分，然不必變更其物之本質或毀損其物，而能與其物分離，而非房屋之重要成分，故均不得謂爲不動產上之附合。

具備上述條件時，不動產之所有人，即取得附合動產之所有權（第八一一條）。（註一）但法律有反對之規定者，仍從其規定。此際其動產所有人，不失其所有權，得回復不動產之原狀，而取回其動產。例如第八三九條一項、第八四八條、第四三一條二項、第四六九條二項，所規定皆是。我國多數學者主張，此等情形，其動產所有人所以得保持其所有權者，乃因其有一定權原（如地上權租賃權之類）之故。例如地上權人於他人土地上栽植竹木時，因其有地上權，故能保持其竹木之所有權。（註二）是殆採用日本民法第二百四十二條但書之規定；驟觀之似甚妥適。然在我國民法上，基於一定權原，將自己動產附合於他人之不動產時，亦有不能保持其動產之所有權者。例如耕作地承租人在租賃地上所種植之稻草是（第四六一條參照）。上述學說，未免失之概括，故余改以法律有反對規定之場合，作爲例外，自信較切當。

(註一)第八一一條所謂「取得動產所有權」，乃其不動產所有權擴張及於其附合之動產之義。非謂其所有人就於原有之不動產，及附合之動產，同時各有一個之所有權。蓋其附合之動產既變成不動產之重要成分，即失其獨立性，不得再爲所有權之標的也。

(註二)余榮昌氏民法要論物權四六頁,王去非氏物權論一〇八頁,鍾洪聲氏物權新論一〇七頁,胡長清氏物權精義四四頁參看。

第二 動產上之附合

動產上之附合者,數所有人之數動產,結合爲一,非毀損不能分離,或分離而需費過鉅者之謂。如植樹於盆,裱畫於聯皆是(第八一二條一項)。

動產上之附合,其要件有三:(一)須爲動產與動產相附合。(二)須其附合之數動產異其所有人。(三)須非毀損不能分離,或欲分離需費過鉅者。至其附合之原因如何,則非所問,此與不動產上之附合同。但其附合因加工而生時,則爲附合與加工之併存,非單純動產上之附合。如將綢布各一幅,合製夾衣一襲是也。

因動產上之附合而成之物,謂之合成物,應由各動產所有人按其動產附合時之價值共有之(第八一二條一項)。即依附合時各動產之價值,以定各所有人就於合成物之應有部分,使之共有合成物。但其附合之兩動產中,若有可視爲主物者,則由主物之所有人取得合成物之所有權(同條二項)。茲所謂可視爲主物者,實非真正之主物,乃與主物類似之義。蓋真正之主物,必須有從物附屬之時,方能存在(第六八條一項參照)。在動產上之附合,其兩動產於附合之前,各各獨立,尙未發生附屬關係;既附合之後,則均爲合成物之部分,已失原物之存在;皆與主物之性質不相容故也。其是否可視爲主物,應視其物之效用價值等,從一般人之見解認定之。如前例裱畫於聯,則畫可視爲主物是。又第八一二條二項之規定,原屬例外情形;應由其主物所有人,負舉證之

責。故該所有人若不能證明其動產可視為主物，即應依同條一項規定，由兩人共有其合成物，他之所有人不負責。提出反證之義務。（註一）

（註一）關於此點，我民法規定與德國民法第九四七條完全相同。反之，日本民法第二四三條第二四四條則規定：合成物之所有權，屬於主動產之所有人。若附合之動產不能區別主從，方由各所有人共有其合成物。故所有人中之一人欲主張共有時，不但須他人不能證明其為主物之所有人，且須自己證明他人非主物之所有人。

第三項 混合

混合者，數所有人之數動產，混合為一，不能識別，或欲識別而需費過鉅者之謂（第八一三條）。如兩種之米，盛於一器；兩種之酒，貯於一樽皆是。

混合之要件有三：（一）須為動產與動產相混合；（二）須其混合之動產異其所有人；（三）須不能識別，或識別而需費過鉅者。前二者，與動產上之附合同；後者，則為混合之特徵，而與動產上之附合異。蓋在附合，其各動產只不能分離或不易分離，尚能容易識別。在混合，其各動產不但不能分離或不易分離，且不能識別，或不易識別也。故混合之動產，以液體氣體之物為常；但固體中之堆積物，其性質亦宜於混合。如米、穀、食鹽、砂糖等是。

因混合而成之物，謂之混合物；應由各動產所有人，按其動產混合時之價值共有之。但其混合之動產中，有可視為主物者時，則由主物之所有人，取得混合物之所有權（第八一三條）。此與動產上之附合無異。其主物從物

之區別，亦視其物之效用價值等，從一般人之見解認定之。例如甲一斤之酒精與乙半斤之紹酒混合時，則甲之酒精應視為主物是。

第四項 加工

加工者，加工作於他人之動產，使之變成新物之謂也。如將木材加以雕刻，及將紙張繪以圖畫是（第八一四條）。此新物謂之加工物，他人之動產謂之材料。

加工之成立，須具備三條件：（一）要有他人動產之存在。即加工之標的，要為他人之動產；故加工作於他人之不動產（如開墾他人之土地），及親自加工作於自己之動產，或使他人代自己加之時（如僱用職工），非茲所謂加工。（二）要加工作於動產。加工作云者，乃供給勞力之義。故加工不外物體與勞力相結合。但其加工作無須出於善意。亦不必由加工人親自為之；僱用第三人就他人之動產，實施工作時，亦不失為加工。又加工乃事實上之行為，而非法律行為，故加工人無須有行為能力。（三）要因工作使成新物。即加工後之物，與未加工前之物，要為異種類之物。若僅將他人之動產，加以修繕、洗刷、改良，而未發生新物者，不得謂為加工。其已否變成新物，純屬事實問題，不易預定標準。大概言之，凡加工物與其原料已異其名稱時，常為新物。如以紙製書，以皮製靴；其書與靴，皆新物也。

由加工而成之加工物，其所有權應歸何人？各國立法例，不能一致。（註一）我民法做法日等國民法，於第八一

四條規定：「加工物之所有權，屬於材料所有人；但因加工所增之價值，顯逾材料之價值者，其加工物之所有權，屬於加工人。」即以屬於材料所有人為原則，以屬於加工人為例外。蓋重材料而輕工作也。其因加工所增之價值，是否顯逾材料之價值？應從一般人之見解而定，不必精密估計其工作與材料之價值，以算定其差額。例如：名畫家以他人之紙張，繪成圖畫，則一見而知其圖工之價值，遠在紙張價值之上是也。

（註一）法國民法第五七〇條第五七一條，意國民法第四六八條第四七〇條，瑞士民法第七二六條一項，日本民法第二四六條一項，均規定：加工物之所有權，原則屬於材料所有人；但其工作之價值，超過材料之價值時，例外屬於加工人。反之，德國民法第九五〇條一項則規定：加工物之所有權，原則屬於加工人；但工作之價值較少於材料之價值時，例外屬於材料所有人。以上兩種立法例，均比較工作與材料價值之多少，以定加工物所有權之誰屬，其結果雖無不同；但因其原則與例外之互易，舉證責任，亦不免互異。即在法意等國民法，其加工人欲取得加工物之所有權，須證明其工作之價值，超過材料之價值；反之，在德國民法，材料所有人欲取得加工物之所有權時，須證明其材料之價值，超過工作之價值。

以上係就加工人單純供給勞力者而言。若加工人亦供給材料之一部時，則如何關於此點，法國民法第五七二條及意國民法第四六九條規定，其加工物應按材料所有人所供給材料之價值，與加工人所供給勞力及材料之價值，使兩人共有之。日本民法第二四六條二項則規定：應就工作價值中，加入加工人所供給材料之價值，與材料所有人所供給材料之價值比較其多少，以定加工物所有權之誰屬。我國民法則未設特殊規定，學者亦未有論及之者。余意上述情形，其性質乃加工與附合之併存；其加工物之誰屬，不外順序適用加工之規定與附合之規定。

以解決之。例如甲以乙之綢緞，與自己之棉布，合製一夾衣時，則先依第八一四條前段，以其加工物屬於材料所有人，再依第八一二條二項，使其加工物歸諸乙之所有。因此際其工作之價值，既不及材料之價值，而綢緞之於棉布，又立於主物之地位故也。

第五項 添附之一般效果

各種添附之效果，已如前三項所述。茲再分說其一般的效果：

第一 所有權之取得

附合、混合或加工發生時，必有因之取得附合物、合成物、混合物或加工物之所有權者，前已詳述之矣。此種取得乃原始取得，與先占、拾得等同。又此種取得為確定的，故將來其結合物縱有分離，其已取得之權利，亦不因之消滅。

上述關於因添附取得所有權之規定，不特就於民法物權編施行後之添附，有其適用；即在民法物權編施行前之添附，依民法第八一一條至第八一四條之規定，得取得所有權者，於施行之日，亦取得所有權（民法物權編施行法第一一條）。

又民法上所以特設因添附取得所有權之規定者，有兩種之理由：即（一）禁止結合物回復原狀之請求，以免發生社會經濟上之不利益；（二）確定結合物所有權之誰屬，以防止當事人間之爭執。由前而言，則上述

規定有關公益，純屬強行法規，故不許當事人爲回復原狀之特約。由後而言，則此項規定僅關於個人財產上之事項，又屬任意法規，當事不妨就所有權之歸屬，爲反對之特約。（註一）從來學者，多謂關於因添附取得所有權之規定，概屬強行法規者，誤也。

（註一）日儒末弘嚴太郎物權法上卷三九三頁，我妻榮物權法一七三頁以下，遊佐慶夫民法概論物權編一〇三頁以下參看。例如承攬契約上之定作人，向承攬人定製之物品，其所有權概屬諸定作人，卽基此特約。

第二 所有權之喪失

在添附一面既生所有權之原始取得，反面必生所有權之消滅。例如：在不動產上之附合，因不動產所有人取得附合物之所有權，則動產所有人之所有權，當然歸於消滅。又在動產上之附合，因主動產所有人取得合成物之所有權，兩所有人之原有所有權，當然均歸於消滅。此種消滅，亦爲確定的；故將來其結合物縱有分離，然其已消滅之所有權，不因之復活。

因添附之結果，物之所有權消滅時，則該物上之他權利亦消滅。例如：動產所有權因添附消滅時，則動產上之質權，亦歸消滅是（第八一五條）。蓋因添附取得所有權者，乃原始取得，自不承繼其物上之擔負也。舊民律第一〇三九條二項及第一〇四〇條三項後段，做日本民法第二四七條二項，對於上述原則，設有例外，我民法不從其例。

第三 償金之請求

添附之結果，常由一所有人或加工人，單獨取得其附合物、合成物、混合物或加工物之所有權。此際該所有人或加工人既得利益，則其他當事人不免蒙損失。例如在動產上之附合，若主物所有人取得合成物之所有權，則他之所有人即蒙損失；在加工，若材料所有人取得加工物之所有權，則加工人即蒙損失；殊欠公允。故法律特使蒙損失之人，得依不當得利之規定（即第一七九條以下），向受利益之人請求償金（第八一六條）。茲所謂蒙損失之人者，係廣指因添附受損害一切之人，不限於喪失所有權者；即喪失他物權之人（如動產質權人），及加工人等，均包含之。（註一）但因添附喪失動產質權，因有第八九九條之規定，得就於動產所有人所受之償金，行使權利，事實上未必受有損害耳。

（註一）我國余榮昌氏民法要論物權五〇頁，及王去非氏物權論一一八頁，均謂因添附喪失所有權者，有請求償金之權，而不及喪失其他物權之人。未免忽視第八一六條中「喪失權利」之文句。但該條僅對於因添附喪失權利者，許其請求償金，而對於加工人，不予一律之待遇，仍失之狹，故余特擴張解釋之。

上述之添附，若基於當事人之侵權行為而生，則因添附受損害者，對於為侵權行為之受益人，除得依不當得利之規定，請求償金外，仍得依侵權行為之規定（第一八四條以下），請求賠償損害。例如甲因故意或過失，將乙之木料加以雕刻，因而取得其加工物之所有權是也。但此償金請求權與損害賠償請求權，同時併存，乃請

求權之競合。即兩個請求權共有一個之目的，故其權利人行使其一個之請求權，已達其目的時，則他之請求權亦同時歸於消滅。

第七節 所有權之消滅

所有權之消滅者，所有權客觀的失其存在之謂也。其原因有三：

第一 標的物全部滅失

所有權爲存於物上之權利；其標的物全部滅失時，所有權當然消滅。若僅一部滅失，則其所有權雖減縮其範圍，不歸於消滅。茲所謂消滅，應從社會一般之觀念而定，非依科學上之法則而定。故貯藏於瓶中之氣體已漏逸時，仍得謂之消滅。

第二 拋棄

所有權爲財產權，所有人得拋棄之。既經拋棄，其標的物即變成無主物，所有權當然歸於消滅（第七六四條）。所有權之拋棄者，所有人以消滅所有權之意思，拋棄物之占有之謂。不以意思表示爲要件，故非法律行爲。（註一）此點與其他權利之拋棄不同。但動產所有權之拋棄，因拋棄行爲之完成，即時發生效力；不動產所有權之拋棄，須經登記始生效力。此在舊民律（第一〇二四條）定有明文。民法雖無此規定，理論上應取同一之解

釋，方為適當（德國民法第九二八條參照）。

（註一）劉鴻漸氏物權法論六七頁謂：「所有權之拋棄與其他物權之拋棄，同為法律行為，且為單獨行為。」然同時又謂：「所有權之拋棄，不以有對特定人之意思表示為必要。」既無意思表示，何以能成法律行為？頗不可解。故余不從其說。

第三 他人之原始取得

一人之所有物，經他人因取得時效、即時取得、遺失物之拾得、埋藏物之獲得、及添附等原因，取得其所有權時，其原有之所有權，即歸消滅。其物經官署沒收或公用徵收時亦同。因所有權有絕對的排他性，一物之上，不能有兩個所有權之存在故也。

第八節 共有

第一款 總說

共有亦稱共同所有，即數人共同享有一個所有權之狀態也。例如甲乙共有一座房屋是。共有之成立，要具備二條件：（一）須有多數之所有人。蓋即所謂共有。所有人單數時，乃獨有（即單獨所有）而非共有。（二）須共同享有一個所有權。即一個所有權，同時屬於數人。若數人分別享有數個之所有權，縱係就於一個物體存在之現象，乃分有而非共有。例如甲乙區分一建築物，而各就其物之一部有一個所有權是（第七九九條參照）。

夫所有權有絕對的排他性，數人雖不得就於同一標的物，各有一個之所有權；然以一個所有權，同時屬於數人，使之共同享有，則無反於所有權之本質，故共有不外所有權之一態樣；不得認共有權為獨立一種之物權。

我民法倣瑞士民法，分共有為兩種，即分別共有及共同共有是也。茲分款述之：

第二款 分別共有

第一項 分別共有之性質

分別共有者，分數的分割一個之所有權，使之分屬數人之狀態也（第八一七條一項）。例如甲乙二人就於一匹之馬，各有二分之一之所有權。分數的分割（亦稱分量的分割），與內容的分割不同。內容的分割，係分析所有權內容之權能，使之分屬於數人。如甲有使用權，乙有收益權是。此乃普國民法上所謂分割所有權（*Getheiltes Eigentum*），非分別共有。又分數的分割，與物理的分割亦異。物理的分割，係現實分割所有權之標的物，使之分屬於數人。此乃所有權之分化（即一個所有權化為數個所有權），亦非分別共有。

分別共有之發生：（一）有基於共有人之意思者，如數人共同受讓一所有權，及其同先占一無主物是。此可稱意定共有。（二）有基於法律之規定者，如因添附而生之共有（第八一二條第八一三條），及建築物共同部分之共有（第七九九條）皆是。此可稱法定共有。

第二項 分別共有人之應有部分

第一目 應有部分之性質

分別共有既係分數的分割一個所有權使之分屬於數人，故各共有人均享有所有權之一部，是即分別共有人之應有部分。如就於同一之物，共有人甲有三分之一之所有權，共有人乙有三分之二之所有權時，其三分之一之所有權，與三分之二之所有權，即應有部分也。應有部分有時雖亦為各共有人擔負義務之標準（第八二二條一項參照），然仍不失其為所有權之性質，不得遽謂應有部分自體為義務，或為權利義務之標準。（註一）

（註一）關於共有人應有部分之性質，從來學者之所說，頗不一致：（一）債權關係說。謂應有部分，不外各共有人相互間存在之債權關係。（二）權利義務標準說。謂應有部分，乃各共有人就於共有物享有權利及擔負義務之標準，非權利亦非義務。（三）所有權說。謂應有部分，乃所有權之一部，是即所謂共有權。其與完全所有權比較，只有分量之差，其內容則無所異。以第三說為最當。蓋應有部分，不但於共有人相互間得主張之，且得對於第三人主張之（第八二二條參照），即有物權的效力。第一說以之為債權關係，已非適當。又應有部分有時雖為擔負義務之標準（例如第八二二條一項），然此際不外按各共有人共有權之分量，以定其各人應擔負之義務之範圍；猶之第七九九條一項情形，按其所有部分，以定各所有人應分擔之費用。此種所有部分，既不因是變為權利義務之標準，則上述應有部分，當然具有同一之情形。第二說誤認應有部分自體為應有部分之成數，故有上述之主張，亦不足採。

第二目 應有部分之成數

各共有人應有部分之成數，依其共有之發生原因定之。即基於當事人意思所生之共有，應依當事人之意思，定其應有部分之成數。反之，基於法律規定所生之共有，應依法律之規定，定其應有部分之成數（第八一二條一

項第八一三條參照)。若不能依當事人之意思及法律之規定定之時，則其各共有人之應有部分，推定爲均等（第八一七條二項）。

第三目 應有部分之處分

共有人之應有部分，其性質不外所有權之一部；故各共有人得自由處分之，不必經他共有人之同意（第八一九條一項）。如讓與或拋棄其應有部分，或就之設定擔保物權，均無不可。（註一）但拋棄應有部分時，該應有部分屬於其餘分別共有人，非變成無主物。例如：甲乙丙三人共有一座之房屋，其應有部分之成數，均爲三分之一；若甲拋棄其應有部分，則乙丙之應有部分之成數，均變爲二分之一。因在共有狀態，其各共有人之一部所有權，互相制限。若共有人中之一人拋棄其權利，則他共有人一部所有權上之制限，立歸消滅，依其彈力性之作用，當然擴張其內容。此與制限物權消滅時，所有權立即回復其原有之狀態者無異。又應有部分於共有人死亡時，得繼承之。若無人繼承，其應有部分亦屬於其餘分別共有人，不歸國庫，其理由與拋棄之場合合同。此節在舊民律（第一〇四七條）及日本民法（第二五五條）設有明文，新民法雖無此規定，理論上應取同一之解釋。（註二）

（註一）其處分方法，應視其共有物之爲不動產抑爲動產，分別依關於不動產或動產之規定。如讓與不動產之應有部分，應登記；讓與動產之應有部分應交付。又如不動產之應有部分，得就之設定抵押權；動產之應有部分，只得就之設定質權皆是。

（註二）劉鴻漸物權法論一六六頁，王去非物權論一三一頁，鍾洪聲物權新論一二〇頁所主張，均與本書相同。獨余蔡昌民法要論物權五八頁，以法無規定爲理由，持反對之見解。但最終亦謂「此種處置之當否，立法上不無疑義。」足見其亦以民法未設明文爲一缺點。

也。又前大理院民國三年上字第一〇二七號判例要旨謂：「共有人中一人或數人之應有部分消滅者，他共有人之應有部分即因之擴充。」及民國八年上字第九八九號判例要旨謂：「共有人中一人死亡無繼承人者，其應有部分分屬他共有人。」亦明示此旨。

第三項 分別共有人之支配權

分別共有人對於共有物，各有一部之所有權，當然得直接支配其共有物。是即分別共有人之支配權。茲列舉其支配之權能於左：

(一) 占有權

分別共有人得各按其應有部分，與他共有人共同占有其共有物。共同占有乃對於單獨占有而言；即置其共有物於全體共有人管領之下之謂。如甲乙同居一室，將其共有之報紙安置室中是。但共同占有事實上非無不便，共有人全體不妨協議，以其共有物交共有人之一人單獨占有，或由各共有人輪流占有，或交第三人占有。其協議於共有成立之時訂立，或於共有成立之後訂立，均無不可（第八二〇條一項）。蓋共有物之占有，其反面不外共有物之守護，乃共有物管理行為之一，故應適用第八二〇條一項之規定。

(二) 使用權

分別共有人得各按其應有部分，使用其共有物之全部（第八一八條）。其使用方法，以共有物之性質所許者為限，不妨由共有人全體同時共同使用之。如共有之花園，共有人全體不妨同時散步其間，各無妨礙。若其

共有物之性質不宜於同時共同使用，則應由共有人全體協議定其使用方法。如訂明（甲）由各共有人就共有物之一部，同時分別使用。（乙）或由各共有人就共有物之全部，先後輪流使用。（丙）或將其共有物交第三人使用，共有人全體均不使用等等。（註一）其協議於共有成立當時及事後均得爲之，是亦適用第八二〇條一項之規定。因共有人之使用共有物，其反面即共有物之利用，亦共有物之管理行爲故也。

（註一）同時分別使用，例如甲乙共有之樓屋，約明甲住樓上，乙住樓下是。先後輪流使用，例如甲乙共有一馬，約明前半月由甲乘用，後半月由乙乘用是。交第三人使用，例如甲乙將其共有之田地租丙耕種是。

（三）收益權

分別共有人得各按其應有部分，就共有物之全部爲收益行爲（第八一八條）。如收取共有物之天然孳息或法定孳息皆是。其收益行爲乃共有物之利用，亦屬共有物之管理行爲；故其收益方法，除依共有物之性質，許共有人全體同時共同收益者外（如汲取共有井內之水），應由共有人全體協定之（第八二〇條一項）。如約明就其共有之田地，分割部分，各共有人分別耕作；或以之租賃他人，共有人各按其應有部分，收取其一部之租金，均無不可。又此協議，得於共有成立當時或事後爲之，與上述之使用同。

（四）處分權

分別共有人雖各得自由處分其應有部分，然非得共有人全體之同意，則不得處分其共有物（第八一九

條二項)。蓋共有物之處分，不免侵害他共有人之權利，非上述之使用收益可比，故法律特嚴格限制之。(註一) 茲所謂共有物之處分，係兼指事實上之處分與法律上之處分二者而言；此徵諸第八一九條二項有設定負擔一語，毫無可疑。因設定負擔，即法律上處分之一種也。故不但變更共有物之形體（如毀損或消費其物），須經共有人全體之同意；即變更其物上之權利（如讓與其權利或就之設定他物權）亦然。又不特就於共有物全部所爲之處分，須經全體之同意；即就共有物一部所爲之處分亦同。但此種同意，各共有人非必於處分時爲之；即事前預示或事後承認均無不可（最高法院二十一年上字第三二七九號判例參照）。未經共有人全體同意所爲之處分，若爲事實上處分，則他共有人得向爲處分之共有人請求賠償損害（第一八四條參照）。若爲法律上處分，則其處分行爲不生效力（第一一八條參照）。

(註一) 共有人就共有物爲使用收益時，其使用收益之方法，有時須經共有人全體之協定，似與共有物之處分，應經共有人全體之同意者無異。然上述情形，僅其使用收益之方法，須經共有人全體之協定；而其使用權與收益權，則非俟共有人全體之協定而後發生。反之，在共有物之處分，不但其處分方法須經共有人全體之同意；且在未經全體同意以前，各共有人根本無處分權。故兩者有別。

第四項 分別共有物之管理

稱共有物之守護、利用、保存及改良諸行爲，曰共有物之管理。分別共有物應由何人管理？並如何管理？共有人相互間有特約時，從之。此種特約，無論何時，均得訂立。其特約內容，法無制限，一任共有人全體之自由訂定。若無特

約，則由共有人共同管理之。故其各個管理行爲，應隨時經共有人全體之協議（第八二〇條一項）。但有左列兩例外：

（一）保存行爲各共有人得單獨爲之

保存行爲者，保全共有物自體及其物上權利所必需之行爲也。保全共有物自體之行爲，如將共有物加以簡易修繕，或施以防腐之設備皆是。保全共有物權利之行爲，如中斷取得時效，或爲保存登記皆是。此等行爲既屬必需，又貴迅速，故應許各共有人單獨爲之，以免鄭重商議，致失機宜，於共有人全體反感不利也（同條二項）。

（二）改良行爲得以多數決行之

改良行爲者，增加共有物之效用或其價值之行爲也，如開墾山地改爲田園，及油漆房屋以增美觀是。改良行爲雖非如保存行爲必須緊急處置，然其結果均有利於全體共有人，亦不宜嚴加制限。故民法權衡輕重，特許各共有人於經共有人過半數並其應有部分合計已過半數者之同意，即得爲之（同條三項）；無須經共有人全體之同意。蓋即所謂多數決者也。惟此種過半數，係同時以共有人全體之人數與應有部分之總數爲標準；故雖經共有人過半數之同意，而其應有部分未過半數者，仍不得爲之。例如：共有人爲甲乙丙三人，其應有部分甲爲五分之三，乙丙各爲五分之一。若其改良行爲經甲乙同意時，即得爲之，而經乙丙同意時，則否。因乙丙應有部分之合計，只爲五分之二，尙未過應有部分總數之半故也。

第五項 分別共有物之擔負

分別共有物之擔負者，乃共有物之管理費，因共有物所納之租稅，及因共有物加損害於他人所支出之賠償金額（第一九〇條第一九一條參照）等之總稱也。各分別共有人對於共有物，既各有一部之所有權，則對於此等擔負，除共有人全體另有特約外，自應各按其應有部分分擔之。若共有人中之一人，就共有之擔負所支出之金額，超過其所應分擔之部分者，對於其他共有人，得按其各應分擔之部分請求償還（第八二二條）。例如：共有人甲之應有部分為五分之三，乙丙之應有部分各為五分之一，其共有物之擔負為三百元。則甲應分擔一百八十元，乙丙各應分擔六十元。若乙已支出一百元時，則乙得對甲請求償還三十元，對丙請求償還十元。

分別共有人相互間因共有物之擔負所生之償還請求權，乃附隨於償還義務人之應有部分而存在，與通常之債務關係不同。故其債權人不特得對於債務人請求償還，且得對於其特定承繼人請求償還。所謂特定承繼人者，即指受讓該債務人之應有部分者而言。此際債權人對於債務人及其特定承繼人，均有請求權。但此兩個請求權，只有一個之目的，因一回之履行，同時歸於消滅。此節在舊民律（第一〇五〇條）定有明文，新民法雖無此規定，理論上應取同一之解釋（日本民法第二五四條參照）。但以上係就其債務人讓與其應有部分於他人者而言。若其債權人讓與其應有部分時，則其特定承繼人對於債務人，無請求償還之權利。因其債權非附隨於債權人之應有部分故也。

第六項 共有權上之請求權

各分別共有人之應有部分，不外所有權之一部；故所有人就於所有物上，對於第三人所有之請求權（本章第四節參看），各分別共有人亦得有之。從第三人不法奪取或不法扣留分別共有物者，各分別共有人得請求其返還。又第三人用其他方法現實妨害分別共有物之所有權者，得請求除去其妨害。其有發生妨害其權利之虞者，得請求防止之。此等請求權，得就分別共有物之全部行使之，非但存於其應有部分之上。因各分別共有人之權利，本及於共有物之全部；且此等請求，又為保存共有物所必需故也。但其返還分別共有物之請求，須為分別共有人全體之利益行之。即返還之後，該分別共有人應將其共有物，歸共有人全體共同占有，不得留為自己單獨占有（第八二一條）。（註一）

（註一）第八二一條僅就出共有物所生之物權的請求權而設之規定。若由共有物所生之債權的請求權，各分別共有人只得按其應有部分向第三人行使權利，不得請求全部之給付。例如甲乙共有之馬，被丙殺害時，甲乙之應有部分，倘均為二分之一則甲對於丙只得請求賠償金之半數是也。

上述各分別共有人就於共有物上所有之請求權，不特對於第三人得行使之，且得對於他之共有人行使之。即各共有人對於超越應有部分而占有共有物之他共有人，得請求其與自己為共同占有，或輪流占有。又對於妨害自己共有權之他共有人，得請求其除去，或防止其妨害。

第七項 分別共有之終止

分別共有不外所有權之一態樣，故共有人全體喪失共有物之所有權時，（註一）共有關係當然終止。又分別共有人只剩一人時，（註二）則該共有人變為單獨所有人，共有關係亦歸終止。均無說明之必要。茲只就分別共有物之分割，析述如左：

（註一）此際不問其喪失所有權之為相對的喪失抑為絕對的喪失，其共有關係，均歸終止。前者，如共有人全體共同讓與共有物之所有權於一個第三人是。後者，如共有物滅失是。在其共有物之滅失因第三人之侵權行為而生時，各共有人雖得按其應有部分，對第三人請求賠償損害，然其共有關係亦歸終止。

（註二）共有人所以只剩一人，其原因有種種。例如：（1）共有人之一人受讓他共有人應有部分之全部時；（2）他共有人全數拋棄其應有部分時；（3）他共有人全數死亡而無人繼承其應有部分時皆是。

第一 分割之請求

在分別共有，係以一物服從數人之支配；其各共有人行使權利，互相制限；非如單獨所有時之自由。且各分別共有人對於共有物之利害關係，非如單獨所有時之密切；其對於共有物之管理，往往不願施以綿密之注意；於其物之利用改良，難免諸多妨害，實為經濟上不利益之制度。故在可能範圍內，應使其關係速歸終止。因是各國民法，均予各分別共有人，以隨時請求分割共有物之權利。（註一）我民法亦然（第八二三條一項前段）。此分割請求權，係各分別共有人請求他共有人，與之協同分割共有物之權利。（註二）附隨於共有關係而存在，其

性質屬於物權的請求權。故其有關係消滅時，分割請求權亦隨之消滅。又其有關係存續時，其分割請求權亦不罹於消滅時效，且不得以之供抵銷。

(註一)德民第七四九條一項，法民第八一五條一項，意民第六八一條，瑞民第六五〇條一項，奧民第八三〇條，日民第二五六條一項參照。

(註二)分割請求權乃一種之請求權，此為學者之通說。惟日儒末弘殿太郎氏主張：「由日本民法第二五八條之規定而解釋，應認為形成權，而非請求權。」我妻榮氏從之。(末弘氏物權法上卷四三〇頁，我妻氏物權法一九二頁參看。)然形成權之行使，係以一方的意思表示為之，一經意思表示，不必再得他人之同意，即生效力。此為形成權之特質。末弘氏一面主張分割請求權為形成權，同時又謂：「分割之請求，以共有人全體就於分割方法協議成立為條件。其協議不諧時，分割之意思表示，不生何等之效力。」云云。是其分割之請求仍須經共有人全體之同意，方能發生其有關係消滅之效果，核與形成權之本質，未免不合，故余從通說。

上述各分別共有人，有隨時請求分割共有物之權利，乃一原則。但有左列兩例外：

(一) 共有人全體訂立五年內不分割之契約時

分別共有關係之存續，若為時過暫，亦有反不利於共有人者。故法律特許共有人訂立於一定期限內不分割之契約。此際各共有人，於其約定期限內，不得請求分割。但其所定不分割之期限，不得逾五年；逾五年者，縮短之為五年（第八二三條一項但書及二項）。（註一）又此五年之期限，法律上無許其更新之規定；故期限屆滿後，不得續訂不分割之契約。（註二）

(註一)民法物權編施行前，以契約訂有共有物不分割之期限者，於施行後，其契約仍有效力。但其殘餘期限，自施行之日起算，不得逾五年。逾五年時，亦縮短之為五年（民法物權編施行法第一二條）。

（註二）日本民法第二五六條二項明定：「不分割之契約，得更新之。但其期限自更新之時，不得逾五年。」我民法則無此規定，且我民法上所定之期限，許其更新者，則設有明文。如第四四九條二項是。而對於不分割之期限，不設同一之規定，其不許更新也，實屬無疑。

禁止分割之契約，雖爲債權契約，然附隨於共有關係而存在，構成共有關係之一部。故對於共有人之特定承繼人，亦有效力。否則將因共有人之一人讓與其應有部分，致其契約歸於無效。不免違反共有人之本意也。（德國民法第七五一條參照）。

（二）因共有物之使用目的不能分割時

共有物有以專供共有人全體之共同使用爲目的者，如第七九九條所定之共有物是。此等共有物，一旦分割，則各共有人必感不便，故法律不許各共有人請求分割（第八二三條一項但書）。

第二 分割之方法

共有人之一人請求分割時，他共有人應與之協同分割。其分割之方法，即依共有人全體之協議定之。共有人全體協議成立時，其以何種之方法爲分割，委諸共有人之自由，法無制限。或現實分割共有物，各取其一部；或變賣原物，而分取其價金；或由共有人之一人，取得共有物全部之所有權，另對於他之各共有人，補償其應有部分之價金，均無不可。是謂之協議上之分割。反之，共有人全體協議不諧，致不能定其分割之方法時，各分別共有人均得聲請法院，核定分割之方法。是謂審判上之分割。（註一）審判上分割，若原物適於分配（如土地），應以

原物分配於各分別共有人。若原物不適於分配（如牛馬），則應變賣共有物，以其價金分配於各共有人。前者謂之現物分割；後者謂之價金分割。又以原物為分配時，如共有人中有不能按其應有部分受分配者，亦得以價金補償之（第八二四條）。

（註一）審判上之分割，依第八二四條二項之規定，係於共有人不能協定分割之方法時，基於共有人之聲請為之。夫既僅不能協定分割之方法，足見其就於應否分割，根本並無爭執。又既以聲請之程序為之，足見其無庸起訴。依此觀察，審判上之分割，其性質不外非訟事件。故此際法院應以命令定其分割之方法，不得以判決為之。此徵諸第八二四條二項，有「命為左列之分配」一語，至為明顯。劉鴻漸氏物權法論第一七八頁謂：「共有人得向法院請求為分割之判決。」無非認審判上之分割，為訴訟事件，似嫌無據。惟共有人相互間，若就於分割請求權之有無，根本發生爭執，則請求分割之共有人，自應以訴請求法院，判令他共有人與之協同分割，固無待言。因此非所謂審判上分割，當然不適用第八二四條二項之規定也。

第三 分割之效果

分別共有物分割後，共有關係消滅。其在現物分割時，則各共有人就於其因分割所得之部分，為單獨所有人。例如甲乙共有一所之土地，分割後變為子丑兩地，甲得子地，乙得丑地，則甲為子地之單獨所有人是也。但此效力，係自何時發生乎？就於此點，從來有兩主義：

（一）權利移轉主義

此主義謂：各共有人於分割之前，對於共有物全部，有不完全之所有權（即一部所有權）。至分割之後，專

就物之一部，有完全之所有權。是各共有人因分割就於自己所分得之部分，係受他人權利之移轉；就於他人共有人所分得之部分，則移轉權利於他共有人。即共有人間互為權利之移轉。故分割只向將來生效力。此為羅馬法上之原則，且為德、日兩國學者之通說。

(二) 權利認定主義

此主義謂：各共有人之權利，於分割之前，本存於共有物之一部（即其因分割所得之部分）；此種關係，於分割之後，始臻於明確。分割只為權利之認定，非生權利之移轉。故其效力應溯於共有關係發生之時。法、意兩國民法，均採此主義（法民第八八三條第一八七二條，意民第六八四條第一〇三四條參照）。

上述兩主義，於共有人之一人，在分割前，已就其應有部分，對第三人設定擔保物權之時，可生相異之效果。且亦因此各顯短長。蓋依權利移轉主義，則其所設定之擔保物權，於分割之後，仍存於共有物全部該共有人原應有部分之上，不因分割之不公平，而受影響，足以保護擔保物權人之利益，是其所長。但將來擔保物權人實行權利，拍賣該共有人之原應有部分時，則其買受人，不免就於各共有人分得之部分，與各該共有人又生共有關係，足以引起共有關係之復活，是其所短。反之，若依權利認定主義，則其所設定之擔保物權，只存於該共有人所分得部分之上，其擔保物權人難免因分割之不公平，而蒙損失，是其所短。然將來擔保物權人實行權利時，只得將該共有人分得之部分，付諸拍賣，不至使已消滅之共有關係，再度發生，是其所長。（註一）我民法既非如法意

民法之有明文規定，且權利認定主義，以各共有人本就於共有物之一部有權利，尤不合於分別共有之本質；自以從移轉主義為正當。（註二）

（註一）例如：甲乙共有土地一所，其應有部分均為二分之一，甲曾將其應有部分，對丙設定抵押權。其後實行分割，變為子丑兩地，甲得子地，乙得丑地。此際若依權利移轉主義，則丙之抵押權，仍存於全部土地二分之一之上，非僅存於子地之上。將來得將此全部土地（即子丑兩地）之二分之一付諸拍賣。倘由丁買受，則丁就於子丑兩地，各取得二分之一所有權，與甲乙二人各生共有關係。反之，若依權利認定主義，則丙之抵押權僅存於子地之上，丙只得將子地拍賣，不得將全部土地（即子丑兩地）之二分之一拍賣。故拍賣結果，不至再生共有關係。但子地面積，若不及共有土地之二分之一，則丙即不免受損失矣。

（註二）於上述權利移轉及權利認定兩主義之外，日儒末弘嚴太郎物權法四四三頁，又倡權利集中說。謂：各共有人於分割前，所設定之擔保物權，係存於共有物全部該共有人應有部分之上。至分割之後，則集中於該共有人所分得部分之上。遊佐慶夫民法概論物權一三七頁，亦倡權利變更主義，其主張與末弘氏大體相同。然此等學說，在我民法上均無根據，其不足採用，與權利認定主義同。

分別共有物之分割，既係共有人間相互移轉權利，不問其為協議上之分割，抑為審判上之分割，均帶有債行為之性質。故各共有人就於他共有人因分割而得之物，應按其應有部分，負與出賣人同一之擔保責任（第八二五條）。出賣人之擔保責任，規定於第三四九條至第三六六條，可大別為兩種：（1）關於財產權之擔保責任。即出賣人應擔保，第三人就其標的物無對買受人得主張之權利。若違此義務，買受人得請求不履行之損害賠償，或解除契約。（2）關於標的物之擔保責任。即出賣人應擔保其標的物之價值或效用，無滅失或減少

之瑕疵。若違此義務，買受人得請求損害賠償減少價金或解除契約（詳見拙著中華債法論綱下卷二三七頁以下）。在分割共有物之際，其適用較多者，為損害賠償請求權與補償金減額請求權。而解除分割契約，則事極罕見。

已分割之共有物，常有證明其權利之證書。此等證書，有於分割時已存在者（如共有物之契據），有於分割時方作成者（如分割契約書），於分割後仍有效用，故有保存之必要。其證書僅關於一分割人所得之物時，則由該分割人保存之。例如：分割後由共有人之一人，取得共有物全部之所有權，另對於他之各共有人，補償其應有部分之價金之場合是。若其證書關於數分割人所得之物時（如共有契據），則歸取得最大部分之人保存之。無取得最大部分者，則由分割人協議定其保存證書之人。倘協議不諧，得聲請法院指定之。（註一）證書之保存，乃保存人對於他分割人之權利，同時亦為對於他分割人所負之義務。故其後他分割人有使用該證書之必要時，保存人經請求後，應供其使用，不得拒絕（第八二六條）。

（註一）此種指定，亦屬非訟事件，與上述由法院核定分割方法之情形無異。因此際分割人對於該證書之應由分割人中推舉一人保存，根本無爭，不過不能自行協定保存之人，故聲請法院指定耳。若保存人已定之後，其證書被分割人中的一人不法扣留，則應由保存人以訴請求法院，判令該分割人交由保存人保存。不適用上述聲請及指定之程序。

第八項 分別共有之推定

分別共有關係，乃一事實，其存否本應依證據認定之。但法律就於是否共有事實上不明瞭之物，因特種理由，有設推定的規定者。即數人區分一建築物，而各有其一部者（即分有），其建築物及其附屬物之共同部分，推定爲各所有人之分別共有物是也（第七九九條一項前段）。所謂共同部分者，乃與建築物或其附屬物之全部均有關聯之部分。如圍牆、門戶、水井、廁所、浴室、廳、廊等皆是。此等部分，雖非不可另以特約劃歸一所有人之所有，但通常多爲各所有人所共有。故民法於事實不明瞭之時，特設此推定的規定，以期適合於社會一般之情形。（註一）

（註一）第七九九條一項前段，關於推定共有之規定，限於其是否共有事實上不明瞭之時，方有適用。此乃由推定的規定性質上當然所生之結果。故當事人不妨提出反證，主張其物不屬於共有，而屬其自己之所有。惟在未有反證以前，應認爲共有，凡主張共有之人，不必提出證據已耳。

共同部分既推定爲各所有人之共有，則各所有人自得共同使用之。但各所有人不得請求分割。又共同部分之修繕費及其他擔負，自亦應由各所有人共同分擔之。其分擔標準，則按各所有人所有部分之價值定之（同條一項後段）。例如：一座兩進之房屋，甲分前進，乙分後進，設前進之價值爲六千元，後進之價值爲四千元，今因修繕圍牆，用款百元，則甲應分擔六十元，乙應分擔四十元是。

共有部分若經各所有人訂立契約，劃歸一所有人所有，則他所有人自不得共同使用。但其共同部分若爲正中宅門，他所有人有使用之必要者（如遇有喜喪事之時），除有反對特約或習慣外，仍得使用之。因正中宅門爲

房屋之重要部分，如絕對不許他所有人共同使用，則他所有人必甚感不便故也。此際正中宅門之所有人，如因他所有人之使用致受損害，他所有人應對之支付償金，以昭公允（第八〇〇條）。

以上係就法律以明文推定爲共有者而言。此外我國從前判例，亦有爲共有之推定者。如（一）祖產無歷久平穩占有之事實者，應推定爲共有（大理院三年上字第五九八號判決）。（二）未分家者之財產，推定爲共有（大理院四年上字第四八號判決）。（三）家長出名置產，推定爲共有（大理院四年上字第二四四一號判決）。皆是。此等判例，雖未必有法令可據，但其推定確與實際情形相合，特附及之。

第三款 共同共有

第一項 共同共有之性質

共同共有者，數人依法律規定或法律行爲，發生共同關係，因而共有一個所有權之狀態也（第八二七條一項）。例如甲乙丙因合夥共有一物之所有權是。

共同共有之發生，要具備左列二條件：

（一）須其共有人相互間有共同關係

倘無此共同關係，縱由數人共同享有一個所有權，乃分別共有，而非共同共有。共同關係云者，乃數人就於一個法律關係，利害與共之謂。此種關係，有基於法律規定而生者，謂之法定共同關係。如共同繼承是（第一一

五一條參照)。有基於法律行為而生者，謂之意定共同關係。(註一)如合夥關係(第六六八條參照)、夫妻關係(第一〇三一條參照)是。

(註一)第八二七條一項，以共同關係非由法律規定而生，即由契約而生，故有「依法律規定或依契約成一共同關係」之文句。余以為共同關係，除由契約而生者外，非無由單獨行為而生者。契約一語，殊失之狹，不如易為法律行為之較為概括無遺。蓋我國之祀田祭產等項，依司法院院字第八七六號及第八九五號解釋，均認為共同共有物。在此情形，其共同關係之發生，通常基於被繼承人之遺囑。此為社會上所習見者。遺囑乃單獨行為，既亦能發生共同關係，則第八二七條一項之「依契約」云云，未免失當。

(二) 須因共同關係而共有一個所有權

即共同共有，須基於共同關係而生。蓋共同關係存在時，其當事人為達其共同目的，常有設置共同財產之必要。其共同財產中，若有所有權存在，遂生共同共有之關係。此共同共有物之所有權，係整個的共屬於數人；非如分別共有係分數的分割一所有權，使之分屬於數人。故共同共有人只得全體共同，對於共同共有物，為整個的支配；非如分別共有人，各按自己成數，而有一部之所有權。即各共同共有人之權利，均及於其標的物之全部，無應有部分之存在(第八二七條二項)。(註一)

(註一)共同共有人對於共同共有物，雖無應有部分，但共同共有人除該共同共有物外，常有其他之共同財產，如債權物權及商號權等是。此際其各共同共有人，就於其共同財產之全部，當然有應有部分之存在。如合夥人之股分(第六八三條第六八五條參照)，共同繼承人之應繼分(第一一五三條參照)皆是。

第二項 共同共有之效力

共同共有之發生，必有共同關係之存在，故共同共有人間之權利義務，應先依法律上關於其共同關係之規定（第八二八條一項）。（註一）例如因合夥關係而共有物者，其合夥人就於共有物之權利義務，應依關於合夥之規定（即第六六八條以下）；因共同繼承關係而共有物者，其共同繼承人就於共有物之權利義務，應依關於共同繼承之規定（即第一一五一條以下）；皆是。若法律上就於其共同關係，未設特別規定，（註二）則共同共有人相互之關係，應從左列之原則：

（註一）第八二八條一項規定：「共同共有人之權利義務，依其共同關係所由規定之法律或契約定之。」云云。依此規定，則共同關係基於契約而生者，其共同共有人之權利義務，純依其契約之訂定，而不依法律上關於其共同關係之規定。例如因合夥而共有物者，其合夥人之權利義務，純依其合夥契約之訂定，而不依民法上關於合夥之規定。其結果至使民法上關於合夥財產共同共有之規定，不適於合夥之共有物，寧有是理？且本條文句，於「所由規定」下，而綴以「之法律或契約」，將契約之訂定，與法律之規定，混稱為規定，亦有未當。考本條一項規定，係淵源於瑞士民法第六五三條一項「全部的共有人之權利義務，依規律其法律上或契約上共同關係之規定定之」之規定。而所用之文句，則與之微有不同，當係逐譯之誤；非立法者別有用意。故特從瑞士民法第六五三條一項之文義，以解釋之。

（註二）共同關係不勝枚舉，民法上未能均設特別之規定。如上述因遺囑所生之共同關係，在民法上即未特設明文，故置一般之規定以規律之。即第八二八條二項及第八二九條是也。

（一）共同共有人行使權利應得共同共有人全體之同意

共同共有物之所有權，係整個的共屬於共同共有人之全體，非分數的分割其所有權使之分屬於各共有入。故共同共有人之處分共有物，及爲其他行使權利之一切行爲，均應得全體共有人之同意（第八二八條二項）。但此非強行規定，當事人不妨另以規約爲特別之訂定。（註一）

（註一）大理院四年上字第九七七號判決要旨謂：「處分祭田，依習慣或規約得由房長或多數議決爲處分者，其處分爲有效。」又最高法院十七年上字第一六九號判決亦謂：「族人處分祀田，若依地方習慣，各房房長得代理全體族人以爲處分，或各房房長集族衆會議，依多數議決以爲處分（中略）者，亦認爲有效。」均認習慣有優先之效力。在現行民法之下，並無根據，不足援以爲例。

（二）共同有人於共同關係存續中不得請求分割其共同共有物

共同共有物，原以供共同共有入達其共同目的之用，故在共同關係存續之間，不許各共同有人請求分割（第八二九條）。但經共同共有入全體同意而爲分割者，自爲法所不禁。此際其分割方法，不外由共有入協議定之。（註一）

（註二）大理院四年上字第一八四九號判決要旨謂：「祀產於必要情形，得由法院令其分析。」又五年上字第四二〇號判決要旨亦謂：「同族公產，爲維持同族之和平，得由法院令其分析。」均認法院有判令分析之權。在現行民法上，亦無根據，不得援以爲例。

第三項 共同共有之終止

共同共有因共有入全體喪失共有物之所有權（註一）及共同共有入只剩一人而終止，此與分別共有同。又共同關係終止時，則共同共有即失其目的，亦無繼續之存在，當然歸於終止。如合夥之解散，婚姻之解消皆是（第

八三〇條一項。

（註一）第八三〇條一項後半段規定：「公共共有物之讓與而消滅。」仍失之狹。因公共共有人全體喪失公共共有物之所有權時，不問其是否基於讓與，公共共有均歸終止。如公共共有物滅失之時是也。

公共共有因公共關係終止而終止時，每有分割公共共有物之必要。此際其分割方法，除法律另有規定（如第一一六五條）外，應依關於分別公共共有物分割之規定（第八三〇條二項）。蓋公共關係終止後，公共共有物未分割前，其公共狀態，已由公共共有變為分別公共共有故也。

第四款 準共有

物權法上所謂公共，係指數人共同享有一所有權而言。若數人共同享有所有權以外之財產時，則非公共。然其情形與公共極為類似，故法律特使之準用關於公共之規定（第八三一條）。學者稱之曰準公共。（註一）

（註一）公共與準公共之區別，只基於形式上之理由。因民法上以所有權之共同享有為公共，故不得不以其他財產權之共同享有為準公共。有然由實質上觀察，則公共之觀念，無限於所有權存在之理由。即其他財產權之共同享有，亦不妨謂為公共，不必稱為準公共。

得為準公共標的之權利，限於所有權以外之財產權。如地上權、永佃權、地役權、典權、擔保物權、債權、著作權、鑛業權等皆是。但法律就於特種財產權之共同享有，設有特別規定時，應先適用其特別之規定，而後準用關於公共之規定。如第二九三條以下關於不可分債權之規定，著作權法第五條二項關於著作權公共之規定，即其例也。

第三章 用益物權

第一節 總說

用益物權，謂以物之使用收益爲目的之制限物權；詳言之，卽使用收益他人不動產之物權也。用益物權僅得以一定之方法（如使用收益之類），支配其物，其內容雖不若所有權之完滿；但其社會的效用，亦甚重大。蓋在私有財產制度之下，所有權常集中於少數人之手；而所有權之得喪原則，又委於個人之自由；其結果遂使多數之無資力人，難得享用所有權之機會，不平孰甚？欲矯此弊害，惟有廣設各種之用益物權，使一般無產之人，亦得利用他人之財產，以圖所有物利用之普及，而濟私有財產制度之窮。近時各國立法，對於用益物權多予以優越之保護者，卽是故也。

用益物權之制，在外國立法例中，非無推行於動產之上者，如德、瑞兩國民法上所認之用益權（*Niesbrauch*）是也（德民第一〇三〇條，瑞民第七四五條參照）。我民法則以不動產爲限；故欲利用他人之動產者，只得與他人訂立租賃或使用借貸等債權契約，以達其目的。因動產得用人工自由製造，其數量無限，且價值較廉，非如不動

產之難於取得；又利用他人動產者，其就於物上所生之關係，非如利用他人不動產者之密切，而不易更動，自無使之發生用益物權之必要。此即我民法只就他人之不動產，承認用益物權之理由。

我民法所認之用益物權，共有四種：即（一）地上權，（二）永佃權，（三）地役權，（四）典權是也。此外尚得依租賃及使用借貸等方法，以利用他人之所有物。夫租賃及使用借貸，只能發生債權（即租賃權及借用權），而不能發生物權；其承租人與借用人在法律上之地位，難免較為薄弱。惟我民法從多數立法例，對於租賃權，特予以物權的保護（第四二五條第四二六條及拙著中華債法論綱二七八頁參看），實際上幾與用益物權有相等之效力。學者稱之曰租賃權之物權化。

第二節 地上權

第一款 地上權之性質

地上權者，以在他人土地上有工作物或竹木爲目的，而使用其土地之物權也（第八三二條）。依此規定，則地上權要具備左列二條件：

（一）須爲使用他人土地之物權

即地上權之標的，限於他人之土地，故爲不動產物權。又地上權之內容，在使用他人之土地，故爲用益物權。

但其使用之範圍，不限於土地之表面，亦得爲地下之使用。如開設隧道地窖之類。是以地上權之名稱，頗不適當。此節在德瑞兩國民法，均有明文（德民第一〇一二條、瑞民第七七九條），我民法雖無此規定，理論上應取同一之解釋。

（二）須以在他人土地上有工作物或竹木爲目的而爲使用

即地上權人使用他人土地之目的，在工作物或竹木之所有。（註一）此乃其與永佃權相異之點。因永佃權係以耕作或牧畜爲目的故也。惟其工作物或竹木，不必於地上權發生之際，自初存在；爲供將來建造工作物或栽植竹木之用，不妨預行設定地上權。又已有之工作物或竹木，其後雖有滅失，其地上權亦非因之歸於消滅。（第八四一條）；地上權人得再行設置工作物，或栽植竹木。工作物者，廣指人工建造之物，而附著於土地者。如建築物、橋梁、溝渠、鐵路、隧道、地窖、水井、銅像、紀念碑等皆是。竹木之種類，法律雖無制限，然由理論上言，應不含爲耕作標的之植物。故種植稻、麥、茶、桑、果樹、菜蔬等類之植物，只能就之設定永佃權，不能設定地上權。（註二）但地上權人於已有工作物或竹木之外，不妨附帶種植此類之植物。

（註一）關於地上權人使用他人土地之目的，各國立法例不同。羅馬法只許因建築物之所有，而設定地上權。德瑞兩國民法，則擴張之爲工作物之所有（德民第一〇一二條、瑞民第七七九條）。日本民法，更擴張之爲工作物或竹木之所有（日民第二六五條）。我民法從之。

（註二）司法院院字第七三八號解釋云：「茶桑雖係木本植物，惟依民法第八三二條規定，僅以在他人土地上有竹木，而使用他人之土地

爲目的者，始稱爲地上權。若其目的在於定期收穫，而施人工於他人之土地，以栽培植物，則爲耕作。其支付佃租而以永久爲目的者，依民法第八四二條一項稱爲永佃權。若當事人間定有期限，則視爲租賃，適用關於租賃之規定。〔即明示此旨。〕

地上權之要件，盡如上述。此外地上權人因使用他人之土地，非無對於土地所有人約明應支付地租者。然此僅屬通常之情形；約付地租，非地上權之要素。此點與永佃權及租賃權不同。故地上權中有伴有地租者，有不然者。前者可稱有償地上權，後者可稱無償地上權。兩者之效力，間有不同，容後述之。

地上權以使用他人之土地爲內容；地上權發生時，土地所有人之使用權，雖不免因之而受限制。然祇不得再爲土地之使用，非對於地上權人，應爲何種之協助，以圖地上權人使用上之便利。故土地出租人對於承租人，雖負有交付修繕等義務（第四二三條第四二九條參照），而土地所有人對於地上權人則無之。因地上權係直接使土地之物權，而非請求土地所有人許容並協助其爲使用之債權。土地所有人對於地上權人，自不負任何義務也。

第二款 地上權之發生

地上權發生之原因，得大別爲二種，即法律行爲與法律規定是也。分述之：

第一 法律行爲

地上權得由當事人以法律行爲設定之。此可謂意定地上權。其設定行爲，乃以直接發生地上權爲目的，不

外物權行爲之一種。通常爲契約，但亦有以遺囑設定之者。此設定行爲，必須訂立書面，且非經登記不生效力（第七五八條第七六〇條），故爲要式行爲。又設定行爲除訂明地上權之標的及內容之外，並得訂明應支付地租。此際其當事人兩方均應爲給付，其行爲同時爲有償行爲。

第二 法律規定

地上權亦有基於法律之規定而發生者。此可謂法定地上權。其情形有二：

（一）土地及其土地上之建築物，同屬一人所有，而僅以土地或僅以建築物抵押他人者，於抵押物拍賣時，視爲已有地上權之設定。其以土地及建築物一併抵押他人者，如經拍賣，其土地與建築物之拍定人各異時，亦視爲已有地上權之設定（第八七六條）。此際其建築物之所有人，依法律規定，就於他人之土地，取得地上權。

（二）以行使地上權之意思，二十年間，和平繼續於他人未登記之土地，有工作物或竹木者，得請求登記爲地上權人。其以行使地上權之意思，十年間，和平繼續於他人未登記之土地，有工作物或竹木，而其所有之始爲善意並無過失者，亦得請求登記爲地上權人（第七六九條、第七七〇條、第七七二條）。是謂之地上權之取得時效。（註一）

（註一）因取得時效而生之地上權，雖須經登記而後發生，但若其土地所在區域尙未設立登記機關，則無庸登記，於得請求登記之日，視爲

地上權人（民法物權編施行法第八條類推）。又上述關於地上權取得時效之規定，於民法物權編施行前所生之事項，亦有適用。即在施行前行使地上權，已具備上述取得時效之條件者，自施行之日起，得請求登記為地上權人（民法物權編施行法第七條類推）。若未具備上述之條件，則施行前已進行之期間，與施行後進行之期間，應合併計算之（同施行法第五條三項）。

第三款 地上權之存續期限

地上權非如所有權之有永久的性質，通常只於一定期限內存續，期滿即失其權利。是即地上權之存續期限。分述於左：

第一 意定地上權之存續期限

意定地上權得以設定行為定其存續期限。其期限之長短，法無制限，當事人得依實際之需要，自由訂定之。然則得設定永久之地上權否歟？日本學者，多持消極說，（註一）我國學者亦有從之者。（註二）余欲左袒積極說。蓋持消極說者，無非以地上權為制限物權，性質上應有一定之期限。若許其永久存續，不免使土地所有權有名無實，有礙其土地之利用與改良。然我民法就於地上權之最長期，並未加以制限；故當事人設定千百年之地上權，本非法所不許。此種長期之地上權，與永久之地上權，實際上所差甚微。則設定永久之地上權，自亦法律所不禁。況在所有權社會化之現代，用益物權之應重視，不亞於所有權。若因重視用益物權之故，致使所有權有名無實，亦不背於今日之法律思想。此徵諸民法上明認永佃權之制度，實屬無疑（第八四二條參照）。則永久地上

權當然不能獨予否認也。(註三)

(註一)梅謙次郎民法要義第二卷二二九頁，橫田秀雄物權法四六四頁，宮井政尊民法原論物權一九九頁，三浦信三物權法提要一七二頁，末弘嚴太郎物權法四八八頁參看。

(註二)王去非民法物權論一六六頁，劉鴻漸氏物權法論一九六頁參看。

(註三)大理院民國四年上字第九〇〇號判決要旨謂：「地上權得以合意使之永久存續。」又司法院院字第一五號解釋略謂：「不定期限之地上權，如確有永久存續之習慣者，得從習慣」均認永久地上權之存在。

設定行為未定地上權之存續期限時，則依當地之習慣定其期限。如習慣上以工作物之滅失，或竹木之砍伐，為地上權之終期，或許其永久存續皆是。若亦無此習慣，則地上權人得隨時拋棄其權利（第八三四條）。惟此規定，僅足保護地上權人，而土地所有人尚不免永受拘束，殊欠公允。似應許其請求法院酌定地上權之存續期限，以資救濟。

第二 法定地上權之存續期限

法定地上權，其地上權人與土地所有人，得以契約協定其期限。如無此協定，則與未定存續期限之意定地上權同；其地上權之存續期限，應依習慣定之。若並無此習慣，則地上權人得隨時拋棄其權利（第八三四條）。

第四款 地上權之效力

地上權之效力，可從地上權人之權利說明之。地上權人之權利有三，茲分述於左：

第一 使用權

地上權人於其權利目的之範圍內，得使用他人之土地。其權利目的，有限定建造工作物者，有限定種植竹木者，有並限定其工作物及竹木之種類者，要不外依其設定行為之訂定與法律之規定（第八七六條參照）。若超越此目的，而為使用時，則為土地所有權之侵害；其所有人得依第七六七條之規定請求除去之，如有損害，並得第一八四條之規定請求賠償。但茲所謂使用，應從廣義解釋。地上權人於所有工作物或竹木之目的範圍內，將其土地轉貸他人，亦為使用方法之一種。例如：地上權人將其所有之工作物租賃第三人時，不妨將其土地一併租賃是也。（註一）此種轉貸契約，不特不問其為租賃抑為使用借貸，即轉行設定地上權，亦無不可。惟其轉貸之期限，不得超過原有地上權之期限。又此際地上權人就於使用土地之第三人之行為，應負其責。即因應歸責於該第三人之事由所生之損害，地上權人對於土地所有人均應負賠償責任（第四四四條二項類推）。

（註一）地上權人於土地上尚未建造工作物或種植竹木時，可否只將其土地轉貸他人使用？此在日本學者本有異說。通說主張可以轉貸。遊佐慶夫氏則持反對說（同氏民法概論物權一五三頁）。我國學者余榮昌劉鴻漸二氏，似均贊成積極說（余氏民法要論物權七一頁，劉氏物權法論二〇〇頁參看）。余謂由我民法第八四五條之規定而類推，應解為不許其只將土地轉貸第三人。否則將使地上權人居第二地主之地位，從中取利，以增重第三人之負擔，非法律特設地上權制度之本意也。

第二 占有權

地上權為獨占的使用他人土地之權利；非占有土地，則無從達其目的。故當然有占有權。從地上權人之占

有其土地，乃有權占有。此點與永佃權及典權無異。

第三 物上請求權

地上權人有土地之使用權及占有權，故亦有物上請求權。詳言之，即地上權人對於不法奪取或扣留其土地者，得請求其交付。對於妨害其土地之使用者，得請求除去之。其有妨害之虞者，得請求防止之。與所有人無異。此在我民律第一〇七三條設有明文，民法雖無此規定，然理論應取同一之解釋。（註一）

（註一）民法第七六七條明定，所有人有物上請求權。又於第八五八條規定：「第七六七條之規定，於地役權準用之。」是亦認地役權人有物上請求權。夫地役權之支配力，遠遜於地上權（詳見本章第四節）。地役權人既有物上請求權，地上權人斷未有反無之理，故類推及之。

第四 相鄰權

地上權為強大之土地使用權，實際上可與所有權同視；地上權人於相鄰關係，應與所有人有同一之權利義務。即第七七四條至第七九八條關於土地所有權相鄰關係之規定，準用於地上權（第八三三條）。（註一）

（註一）第八三三條規定：「第七七四條至第七九八條之規定，於地上權人間，或地上權人與土地所有人間準用之。」由文理解釋，甚似地上權人與永佃權人，或地上權人與典權人間之相鄰關係，不能準用上開之規定，至為不當。宜改為「第七七四條至第七九八條之規定，於地上權準用之。」較為詳密。

第五款 地租

第三章 用益物權

地上權之發生，雖不以支付地租爲要件，然土地所有人設定地上權時，常與地上權人約定應支付地租。即法定地上權，間亦有以法律規定須支付地租者，如第八七六條所規定是也。

地租應以何物支付？及其數額若干？法律上均無制限。（註一）在意定地上權，由當事人於設定行爲中訂定之。在法定地上權，由當事人協定之。若協定不諧，則聲請法院判定之（第八七六條）。（註二）又地租支付之時期，當事人如無特別訂定，應依習慣。若亦無習慣，其地租係分期支付者，應於每期屆滿時支付之（第四三九條類推）。

（註一）地上權之地租與金錢之利息，同爲使用他人財產之對價；民法就於約定利息，既設有制限（第二〇五條參照），而對於地租，則任當事人之自由約定，立法精神殊欠一貫。又佃農保護法第二條，雖有「佃農繳納租項等，不得超過所租地收穫量百分之四十」之規定；然地上權人非佃農，亦無適用該條之餘地，不得謂非立法上之一缺點。

（註二）地租之數額確定後，土地之價值若有昇降，除其地上權定有期限外，當事人仍得聲請法院增減其租額。司法院院字第九八六號解釋要旨謂：「地上權之地租與租賃之租金，同爲使用土地之對價，故第四四二條之規定，於地租之增加亦應類推適用。」即明示此旨。

地上權人不履行支付地租之義務時，固得以訴強制其履行。若地上權人積欠地租達二年之總額者，除另有習慣外，土地所有人尙得撤銷其地上權。此種撤銷，應向地上權人以意思表示爲之，故爲單獨行爲（第八三六條）。既經撤銷，地上權人即喪失其權利。但其積欠之地租，仍負支付之義務。又支付地租之義務，乃基於當事人之訂定，與法院之判定而生；非因土地之使用而後發生。故地上權人縱因不可抗力妨礙其土地之使用，不得請求免除或

減少租金（第八三七條）。

地租與租賃之租金，同為使用他人所有物之對價，其性質相若。但土地所有人對於地上權人請求支付地租之權利，雖為請求權之一種，而其性質非單純之債權關係，乃構成地上權關係之一部。即此請求權，常從屬於土地所有權；與之相對立之支付地租之義務，常從屬於地上權。故其地租如經依法登記（不動產登記條例第九六條參照），則其後受讓土地所有權者，當然取得地租請求權；受讓地上權者，應負支付地租之義務。（註一）（註二）

（註一）此為日本大審院判例所明認（明治三十九年七月五日及大正五年六月一二日判決），且為其國學者之通說（中島玉吉民法論文集三三九頁，三儲信三物權法提要一八二頁，末弘嚴太郎物權法五一頁，我妻榮物權法二三一頁參看）。在德國於其地上權改正法第二條規定：「土地所有人與地上權人間所約定之事項，為地上權之內容。」亦明示此旨。

（註二）地上權之受讓人，不但就於將來到期之地租，負支付之義務，就於前地上權人所積欠之地租，亦負償還之責。此類推適用第八四九條之規定，當然所生之結果。故土地所有人得以前地上權人積欠地租為理由，依第八三六條向受讓人為撤銷之表示。

第六款 地上權之處分

地上權為財產權，地上權人得自由處分之；或以之讓與他人，或就之設定抵押權（第八八二條參照），均無不可。但土地所有人不妨與地上權人訂立特約，禁止其地上權之讓與。此種禁止，亦為地上權內容之一事項，如經登記，不僅於當事人間發生效力，且得以之對抗第三人。故地上權人違反特約所為之讓與，土地所有人得否認其效力。（註一）又依當地之習慣，其地上權不許讓與時，亦從其習慣（第八三八條）。

(註一)同說余榮昌民法要論物權七二頁,及劉鴻漸物權法論二〇三頁參看。

地上權得拋棄之。其拋棄應向土地所有人以意思表示爲之(第八三四條二項),故爲單獨行爲。但其地上權附有地租時,地上權人因拋棄其地上權,一面亦免其支付地租之義務,故其拋棄實帶有解除契約之性質。(註一)法律不得不稍加制限。卽未定存續期限之地上權,若無支付地租之訂定,除有特別習慣外,地上權人得隨時拋棄其權利(第八三四條一項)。若有支付地租之訂定,其地上權人於一年前預行通知土地所有人,或支付未到支付期之一年分地租,亦得拋棄之(第八三五條)。(註二)反之,在定有存續期限之地上權,本不得於期限屆滿時自由拋棄。但有左之例外:

(一)其地上權不附地租,或其全部地租已一次付清時,地上權人得隨時拋棄。惟不得索還其已付之地租。

(二)應定期支付地租之地上權,其地上權人自願一次付清其殘餘期限內地租之全部時,亦得隨時拋棄。惟不得扣除中間利息。

(註一)日僑末弘嚴太郎物權法五四五頁,以地上權之拋棄,認爲地上權之法定解除,不外基此理由。

(註二)反之,土地所有人在此情形,則不得表示消滅地上權之意思。最高法院二十一年上字第四七六號判決要旨謂:「地上權除有法定原因發生時,土地所有人得以撤銷之外,其設定地上權之物權契約,要無請求解除之可言。」卽明示此旨。又土地所有人雖不妨任意拋棄其地租請求權,然其拋棄與地上權毫無影響。

第七款 地上權之消滅

地上權因左列事由發生而消滅：

(一) 土地全部滅失

地上權爲存於土地之權利；土地全部滅失時，地上權當然消滅。若僅一部滅失，則地上權只縮小其範圍，不歸於消滅。但應按其滅失之部分，減少其地租之數額（第四三五條一項類推）。又土地上之工作物或竹木滅失時，其地上權不消滅（第八四一條）。

(二) 存續期限之屆滿

地上權定有存續期限者，其後期限屆滿時，地上權當然消滅。但此際當事人不妨以契約更新之，使其地上權依舊存續。

(三) 約定消滅事由之發生

當事人以契約訂定地上權之消滅事由者，其事由發生時，地上權消滅。如約定以工作物之朽腐，或竹木之砍伐，爲地上權消滅之原因。

(四) 第三人之原始取得

第三人因取得時效，原始的取得該土地之地上權或所有權時，則地上權人之地上權歸於消滅。（註一）又

其土地因公用被收買時，則與辦事業人即原始的取得其所有權，原有之地上權亦歸消滅。但因此所受之損失，地上權人得依土地徵收法第三十條之規定，請求與辦事業人補償之。

(註一) 第三人因時效取得地上權時，則原有地上權即歸消滅，此無問題。反之，第三人因時效取得土地之所有權時，原有地上權是否因之消滅？此在日本學者，原有爭論。三瀨信三我妻榮兩氏，主積極說（三瀨氏物權法提要一九八頁，我妻氏物權法二三七頁）。川名兼四郎主消極說（川名氏物權法要論一四四頁）。鳩山秀夫末弘嚴太郎主折衷說。謂：「此際其地上權原則歸於消滅。但第三人於時效進行中，已知其有地上權之存在時，則地上權不消滅」（鳩山氏民法註釋全書二卷六七八頁，末弘氏物權法五四〇頁）。我國余榮昌氏（民法要論物權七七頁）從消極說，劉鴻漸氏（物權法論二〇三頁）謂理論上應從積極說，但在事實上地上權標的之土地，均經登記，依第七六九條第七七〇條之規定，無從因時效取得其所有權，故不生此問題。余以因時效之取得所有權，乃原始取得，不能再許原有地上權之存在，欲從積極說。余氏謂：「地上權乃存於他人土地上之權利，非存於土地所有權上之權利，不應因土地所有權之得喪而受影響。」不外忘卻地上權之為制限物權，足以制限所有權，與所有權之時效取得，乃原始取得，其性質不容原有制限之存留。」又劉氏謂：「在現行民法上不生此問題。」若就將來登記法制定施行後之情形而言，固甚正當。然在不動產登記條例仍有效力之今日（民法物權編施行法第三條參照），地上權之登記，祇為其對抗第三人之要件，而非其有效要件，不得謂地上權標的之土地，均經登記，不能就之完成所有權之取得時效。且若如劉氏所主張，其土地因已登記，不能進行所有權之取得時效，則依同一之理由，其地上權之取得時效亦不進行。此乃第七七二條準用第七六九條第七七〇條當然所生之結果。何以同時又主張地上權標的之土地，第三人得完成其地上權之取得時效哉？故余不從其說。

（五）混同

地上權與其標的土地之所有權同歸一人時，原則其地上權歸於消滅（第七六二條）。此節已詳於前，茲

不再贅（第一章第五節第二款第二項參看）。

（六）拋棄

地上權人依第八三四條或第八三五條之規定，拋棄權利時，其地上權即歸消滅（本節第六款參看）。

（七）撤銷

土地所有人因地上權人積欠地租，依第八三六條規定，為撤銷之意思表示時，其地上權亦歸消滅（本節第五款參看）。

第八款 地上物

地上物者，謂地上權人因行使權利，使附着於他人土地之物；即工作物及竹木是也。此等物，雖與他人之土地附合，地上權人仍保有其所有權。

地上權人得自由處分其地上物；或以其地上物與地上權一併讓與第三人，或只讓與其地上物而保留其地上權，均無不可。地上權人讓與其地上物之時，其地上權是否一併讓與？不外解釋當事人之意思定之。若當事人之意思不明，應推定為一併讓與，使受讓人不必撤去其地上物。（註一）

（註一）此節為日本判例所明認，（大審院明治三十三年三月九日及大正一〇年一月二八日判決）其國多數學者亦贊成之（富井政
尊民法原論物權一九七頁，中島玉吉民法釋義物權四八五頁，末弘嚴太郎物權法五〇頁，我妻榮物權法二二六頁）我國雖無此
判例，然依第八七六條一項之規定而推，亦應採同一之解釋。

地上權消滅時，地上權人得使其土地回復原狀，而取回其地上物；同時且負取回之義務。故土地所有人不得妨害其取回，同時亦得請求其取回。但土地所有人對此地上物，有買取權。若願以時價購買其物，地上權人不得拒絕（第八三九條）。蓋地上物一經取回，則其價值必至減少。今土地所有人既願以時價買取，於地上權人有益無損，自無拒絕之理由。此即法律所以賦與土地所有人以買取之權利也。此買取權乃請求土地所有人與之訂立買賣契約之權利，其性質為債權，而非形成權。（註一）又此買取權，應於地上物未取回前行使之。若地上權已取回其地上物，土地所有人之買取權即歸消滅。

（註一）此點與典權人之先買權同（第九一九條參照）。但先買權須俟出典人欲將典物之所有權讓與他人時，方得向其買取。且出典人如有正當理由，仍得拒絕。與土地所有人之買取權之得無條件向地上權人表示買取，地上權人絕對不得拒絕者，又有差異。余榮昌
民法要論物權七八頁，王去非物權論一六三頁，均混稱此買取權曰先買權，未免失當。

土地所有人只有買取權，不負買取之義務；故地上權人不得請求土地所有人買取其地上物。但對此原則，又有例外。即其地上物若為建築物，其地上權因存續期限屆滿而消滅時，除有反對特約外，地上權人亦得請求土地所有人以時價購買其地上物（第八四〇條一項）。（註二）此際土地所有人若不欲購買其地上物，得於地上權之存續期限屆滿前，商請地上權人，於建築物可得使用之期限內，延長其地上權之期限。地上權人拒絕延長者，即不得再向土地所有人請求以時價購買其地上物（同條二項）。

(註一)在此情形，第八四〇條一項本規定：「土地所有人應按該建築物之時價爲補償。」若就「應爲補償」一語解釋，甚似其建築物之所有權早已移屬於土地所有人，地上權人不得取回，故使之補償地上權人之損失，以昭公允（余榮昌民法要論物權七八頁，即持此見解。）然建築物之所有權因何已移屬於土地所有人？在法律上毫無根據，故應解爲土地所有人經地上權人之請求後，應以時價購買其建築物，較爲切當（同說劉鴻漸物權法論二〇五頁，及日本借地法第四條參照。）

第三節 永佃權

第一款 永佃權之性質

永佃權者，支付佃租。永久在他人土地上爲耕作或牧畜之物權也（第八四二條一項）。依此規定，則永佃權要具備左列三條件：

（一）須爲永久利用他人土地之物權

即永佃權之標的，限於他人之土地，故爲不動產物權。又永佃權之內容，在利用他人之土地，故爲用益物權。此與地上權同。但地上權原則附有存續期限，其約定永久存續者，特例外耳。而永佃權則不許附有存續期限，其性質上應永久存續。若永佃權之設定，定有期限，則視爲租賃，適用關於租賃之規定（同條二項）。

（二）須以耕作或牧畜爲目的而爲利用

即永佃權人利用他人之土地，其目的專在耕作或牧畜。耕作者，因欲得定期收穫，施勞力於土地以栽培植

物之謂。如種植稻、草、菜蔬、果樹之類（本書第一一三頁註二參看）。故開礦、捕魚、造林等，均非耕作。牧畜者，飼養牛、羊及其他家畜之謂。故養殖魚、介、蜂、蠶，皆非牧畜。但永佃權雖以耕作或牧畜為目的，永佃權人為達此目的，不妨於土地上設置必要之工作物。如農舍、牧舍皆是。

（三）須支付佃租而利用他人之土地

即永佃權必須為有償，非如地上權之有有償無償之分。此不特由佃之性質上當然所生之結果；且永佃權永久存續，若永佃權人利用他人之土地，而無須支付佃租，則土地所有人永久不沾絲毫之利益，不啻已移轉其所有權於地上權人，尤非理論之所許也。

永佃權之制度，發源於羅馬；近世意日兩國民法，亦有此規定。惟意日民法均不以永久存續為永佃權之要件，（註一）我民法以此種權利，與佃農問題，有密切關係；為保護農民利益計，應先謀永佃權之強固確實，故特認其為永久存續之物權。使土地所有人僅有佃租請求權，其土地所有權幾因之變成土地上一種之負擔，不得謂非適合於今日所有權社會化之理想。然徵之實際，因永佃權之有永久性，土地所有人往往不欲設定永佃權，致受永久之拘束，其結果將令農民無從取得永佃權，已足使此制度等於虛設。且永佃權附有佃租，一旦取得永佃權之後，即負永久支付佃租之義務；若欲中途改業，既不得將其土地轉貸他人（第八四五條參照），復不得拋棄永佃權以免其義務（本節第五款參看），祇有將其權利讓與他人，方能脫離關係（第八四三條參照）。倘事實上無人受讓，

則永佃權人不免反感永久之拘束，亦非所以保護永佃權人之道也。余意永佃權之存續期限，應由當事人自由訂定，不必限定其為永久存續，較能適應實際之需求。

（註一）意民法第一五五六條明定：「永佃權分有期無期二種，由當事人自由訂定。」日民法第二七八條一項規定：「永佃權之存續期限，為二十年以上五十年以下。若以較長於五十年之期限設定永佃權時，其期限短縮之為五十年。」我舊民律第一〇八九條從之。

第二款 永佃權之發生

永佃權發生之原因有二，即法律行為與取得時效是也。分述之：

第一 法律行為

永佃權得由當事人以法律行為設定之。此設定行為，有為契約者，有為遺囑者，均因登記始生效力。且須訂立書面，故為要式行為（第七五八條七六〇條）。

設定行為應載明永佃權之標的、內容、及佃租之數額。其內容或限定耕作，或限定牧畜，或並限定其耕作及牧畜之種類，均無不可。如訂明專供栽植果樹是。

第二 取得時效

永佃權亦得依時效而取得之。即以行使永佃權之意思，二十年間，支付佃租，和平繼續於他人未登記之土地上，為耕作或牧畜者，得請求登記為永佃權人。其以行使永佃權之意思，十年間，支付佃租，和平繼續於他人未

登記之土地，爲耕作或牧畜，而其耕作或牧畜之始，爲善意並無過失者，亦得請求登記爲永佃權人（第七六九條第七七〇條第七七二條）。此等規定，於民法物權編施行前所生之事項，亦有適用。即在施行前行使永佃權，已具備上述取得時效之條件者，自物權編施行之日起，得請求登記爲永佃權人（民法物權編施行法第七條類推）。

因時效而生之永佃權，雖須經登記，而後發生，但若其土地所在區域尙未設立登記機關，則無庸登記；於得請求登記之日，視爲永佃權人（民法物權編施行法第八條類推）。（註一）

（註一）最高法院十八年上字二一七七號判決要旨謂：「歷久耕種旗地之佃戶，應推定其有佃權。」又十九年上字二〇一一號判決要旨謂：「人民佃種旗地，地雖易主，不得無故奪佃，爲法例所明定。此項規定，明認現種旗地之人爲有永佃權（下略）。」不外根據取得時效之法理。但其所稱「歷久」「推定」各文句，按之現行民法之規定，不無未合。

第三款 永佃權之效力

永佃權之效力，可從永佃權人之權利說明之。永佃權人之權利有三，分述於左：

第一 利用權

永佃權人於其權利目的之範圍內，得利用他人之土地。如爲耕作或牧畜皆是。其權利目的，在因法律行爲而生之永佃權，依其設定行爲之所定；在因取得時效而生之永佃權，則依其時效進行中，永佃權人之行爲定之。

例如因在他人土地繼續耕作，而取得永佃權時，其權利之目的，亦限於耕作是也。茲所謂利用，係指自爲使用收益而言。故永佃權人除自行耕作或牧畜外，不得將其土地出租於第三人；否則土地所有人得撤佃，使其永佃權消滅（第八四五條）。蓋若許其出租，則將使永佃權人變成第二地主，居中從利，以增重承租人之負擔，大失法律保護佃農之本意也。（註一）此爲強行規定，不得以設定行爲爲反對之訂定。（註二）

（註一）關於此點，余榮昌氏謂：「第八四五條之立法理由不明。」（余氏民法要論物權八〇頁）劉鴻漸鍾洪聲二氏謂：「承租人對於土地之改良，多不加注意，非經濟上之利益，故特禁止出租。」（劉氏物權法論二一八頁，鍾氏物權新論一五〇頁）若然，則通常之地租賃，於土地之改良，均有妨礙，亦應一律加以禁止，有是理乎？

（註二）當事人雖不得爲許其出租之訂定，但不妨爲許其出借之訂定。因出借爲無償行爲，不至發生上述弊害也。既經出借，則因應歸責於借用人之事由所生之損失，永佃權人對於土地所有人，應任賠償之責。（第四四四條二項類推）

第二 占有權

永佃權人爲耕作或牧畜，必須占有土地；故有占有其土地之權，與地上權人無異。

第三 物上請求權

永佃權人有土地之利用權，與占有權，當然亦有物上請求權。故永佃權人對於不法奪取或扣留其土地者，得請求其交付；將於妨害其土地之利用者，得請求除去之；其有妨害之虞者，得請求防止之。此節民法雖無明文規定，然由第七六七條與第八五八條之規定而推，應認永佃權人有此權利（本書第一一九頁第三註一參看）。

第四 相鄰權

永佃權爲強固之土地利用權，實際上可與所有權同視，故永佃權人於相鄰關係，應與所有人有同一之權利義務。即第七七四條至第七九八條關於土地所有權相鄰關係之規定，準用於永佃權。（第八五〇條）（註一）

（註一）第八五〇條規定之文句，與上述之第八三三條關於地上權之規定，有同樣之不當。可參照本書第一一九頁第四註一茲不詳述。

第四款 佃租

佃租爲永佃權之要件，故土地所有人有請求支付佃租之權利，永佃權人負支付佃租之義務。此種權利與義務，各別從屬於所有權與永佃權；當然隨土地所有權與永佃權之移轉而移轉，與地上權之地租同（本章第二節第五款參看）。

佃租應以何物充之？於何時支付？及其數額若干？在因法律行爲而生之永佃權，純依當事人之訂定；在因取得時效而生之永佃權，則依時效進行中之事實定之。惟佃租依其性質，應定期支付，且通常以土地收益之一部或其價額充之；故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（第八四四條）。又佃租支付之時期，當事人如無特別訂定，應依習慣。若亦無習慣，應於每屆收益季節終了時支付之（第四三九條類推）。

佃租之數額，法律爲保護佃農，設有最多額之制限。即每年不得超過所租地收穫量百分之四十（佃農保護法第二條）。又租額確定後，土地之價值若有昇降，當事人仍得聲請法院增減之（第四四二條及司法院院字第

九八六號解釋類推。

永佃權人不履行支付佃租之義務時，得以訴強制其履行；若永佃權人積欠佃租達二年之總額者，除另有習慣外，土地所有人尙得撤佃（第八四六條）。此種撤佃以意思表示向永佃權人爲之，故爲單獨行爲（第八四七條）。既經撤佃，其永佃權即歸消滅。但其積欠之佃租，仍負支付之義務。

第五款 永佃權之處分

永佃權爲財產權，故永佃權人得任意處分之；或就之設定抵押權（第八八二條參照），或以之讓與他人（第八四三條），均無不可。此種處分權，不得以設定行爲或習慣制限之。蓋第八四三條，非如第八三八條設有但書規定，兩相對照之結果，當然生此論斷。且永佃權人既不得出租其土地，及拋棄其權利，若並不得將其權利讓與他人，則全失其改業之自由，殊非所以保護佃農者也。永佃權既經讓與，不但此後之佃租應由受讓人支付；所有前永佃權人對於土地所有人積欠之租額，亦由受讓人負償還之責（第八四九條）。

永佃權附有佃租，與單純之權利，微有不同；故不許永佃權人自行拋棄。但永佃權人自願於拋棄後仍繼續支付佃租時，則於土地所有人有益無損，不妨許其拋棄。（註一）又舊民律第一〇九九條規定：「永佃權人因不可抗力繼續三年以上，全無收益，或繼續五年以上，其收益尙不及佃租時，若無特別習慣，得表示拋棄其權利之意思。」（日本民法第二七五條參照）新民法因已於第八四四條明定，在此情形，永佃權人得請求減免佃租，故不再設

此規定。

(註一)永佃權不許自由拋棄，此爲日本學者之通說。我國劉鴻漸物權法論二一九頁，以永佃權之拋棄，列爲其消滅原因之一，但不說明永佃權人於如何情形之下，得爲拋棄。余槩昌民法要論物權八一頁，鍾洪聲物權類論一五〇頁均謂：「永佃權人得將其權利拋棄，但須準用第八三五條之規定。」然第八三五條緊接於第八三四條之後，原係專就未定期限之地上權所設之規定。永佃權既爲無期物權，即非未定期限，自不能準用該條之規定而爲拋棄。

第六款 永佃權之消滅

永佃權因左列事由發生而消滅。

(一) 土地全部滅失

永佃權爲存於土地之權利，土地全部滅失時，永佃權當然消滅。若僅一部滅失，則永佃權只縮小其範圍，不歸於消滅。但應按其滅失之部分，減少其佃租之數額（第四三五條一項類推），此與地上權同。

(二) 第三人之原始取得

第三人因取得時效，原始的取得該土地之永佃權或所有權時，則永佃權人之永佃權，歸於消滅。又其土地因公用被收買時，則與辦事業人即原始的取得其所有權，原有之永佃權亦歸消滅。但因此所受之損失，永佃權人得依土地徵收法第三十條之規定，請求與辦事業人補償之。

(三) 混同

永佃權與其標的土地之所有權，同歸一人時，原則其永佃權歸於消滅（第七六二條）。

（四）拋棄

永佃權人自願繼續支付佃租，而拋棄其永佃權時，其永佃權亦消滅。

（五）撤佃

土地所有人因永佃權人擅將土地出租，或積欠佃租，將其撤佃時，其永佃權亦消滅（第八四五條二項第八四六條）。

永佃權消滅時，永佃權人得回復土地原狀，而取回其所設置之工作物及農產物；同時且負取回之義務。但土地所有人願以時價購買者，永佃權人不得拒絕，此與上述地上權人之買取權同（第八四八條）。

第四節 地役權

第一款 地役權之性質

地役權者，以他人土地，供自己土地便宜之用之物權也（第八五一條）。例如通行他人土地之權利是。依此規定，則地役權要具備左列二條件：

（一）須為利用他人土地之物權

即地役權之標的，限於他人之土地，故爲不動產物權。又地上權之內容，在利用他人之土地，故爲用益物權。此與地上權及永佃權同。但地上權與永佃權，係獨占的利用他人之土地，不免絕對排斥土地所有人之利用權。即其土地所有人，不能與地上權人或永佃權人，同時各別利用其土地。反之，地役權僅於一定之限度，利用他人之土地（如通行、汲水、引水之類）；雖足以制限土地所有人之利用權，然非絕對的排斥其利用權。故其土地所有人得與地役權人，同時各別利用其土地。是其異點。

地役權雖爲利用他人土地之權利，並足以制限土地所有人之利用權；但地役權與土地所有權，同爲直接支配土地之權利，其土地所有人非對於地役權人，負忍容其利用或其他不作爲之義務。此點與地上權人對於土地所有人之關係，毫無所異。（註一）

（註一）日本學者末弘殿太郎三瀨信三我妻榮等謂：「在積極地役權（如地役權人得通行他人土地之類）其土地所有人，負忍容地役權人所爲一定行爲之義務。在消極地役權（如土地所有人不得建築一定高度之牆垣）則土地所有人，負不爲一定行爲之義務。」（末弘物權法六三一頁，三瀨物權法提要二一九頁，我妻物權法二六一頁參看。）我國學者多從之（余榮昌民法要論物權八九頁以下，劉鴻漸物權法論二三七頁，鍾洪擊物權新論一六〇頁，王去非民法物權論一九四頁參看。）余意在積極地役權，其土地所有人只暫時喪失其固有排除干涉之權能，非另負忍容之義務。在消極地役權，其土地所有人亦只暫時一部喪失其固有自由使用之權能，非另負不作爲之義務。若如通說所主張，則地役權將以土地所有人之行爲爲標的，未免喪失其物權性，而與租賃權借用權無別矣。且地上權永佃權等之爲使用他人土地之權利，與地役權同。在地上權永佃權，其土地所有人既不負忍容之義務，何以地役權之土地所有人，獨負此義務，尤不可解。故余不從通說。

(二) 須因自己土地之便宜而爲使用

即地役權人使用他人之土地，其目的在供自己土地之便宜；從地役權之發生，以有兩個土地之存在爲必要。稱其受便宜之土地，曰需役地；稱其被利用之土地，曰供役地。此需役供役兩地，無須相鄰；祇須其一土地，在可供他土地便宜之位置足矣。所謂便宜一語，義極廣泛；不問其屬於如何之種類？並有無財產的價值？故地役權之內容，包含甚大，幾與所有權相等。惟設定地役權時，必須限定一定之目的，如通行、引水、汲水、排水之類。地役權人只能於其目的範圍內，利用他人之土地，非得爲便宜自己土地一切之行爲。又此所謂便宜，以與需役地之利用有關者爲限；即因利用供役地，足以彌補需役地之缺陷，而增加其價值。若僅謀需役地所有人自身特別之便宜，而與其土地之利用無關，則不得以之爲設定地役權之目的。至其便宜是否存於土地之本體？抑存於某土地所有一人之身？不外於各情形，依社會一般之見解判斷之。(註一)

(註一) 例如甲之住宅內無井，因與乙約，常到乙之地內汲水，則屬於土地之便宜，得就之設定地役權。反之，甲畫家與乙約，常到乙之園內寫生，則只屬該土地所有人之便宜，不得就之設定地役權。法德兩國民法，於地役權之外，又認人役權，(servitudes personnelles, persönliche Dienstbarkeiten) 即以他人之物，供自己個人便宜之用之物權。易言之，即特定人因謀自己之便宜，而用益他人之物之物權。此種物權，雖得對於一般人主張，但專屬於特定人，以不得讓與或繼承爲原則。(法民法第五七八條至第六三六條，德民法第一〇三〇條及第一〇九〇條參照。) 我國民法從日本立法例，不設此制度。故上述寫生之約定，只能發生債權，不能發生物權。

地役權爲利用供役地之物權，其支配力當然及於供役地之全部。故供役地雖經分割而成二個以上之土地，其地役權仍存於各部分之上。但依其權利之性質，祇關於供役地之一部者，其地役權僅存於該部分之上（第八五七條）。例如：甲因乙地有井，就之取得汲水地役權，其後乙地經分割變成丙丁兩地，其井存於丙地時，則地役權只存於丙地之上。又地役權爲謀需役地之便宜而設，當然附隨於需役地之全部。故需役地雖經分割而成二個之土地，其地役權仍爲各部分之利益存續之。但依其權利之性質，祇關於需役地之一部者，其地役權僅爲該部分而存續（第八五六條）。例如：甲之土地因與乙地相鄰，遂就之取得不在距離疆界五尺以內建築房屋之地役權，其後甲地經分割變成丙丁兩地，僅丙地仍與乙地相鄰時，則地役權只爲丙地而存續。多數學者，以此主張地役權爲不可分之權利（註一）然依此規定，祇可謂爲地役權原則上，不因供役地或需役地之分割，而變更其範圍；地役權之自體，實非不可分割。蓋供役地被分割時，其地役權亦按供役地之數，被分爲數個；又需役地被分割時，其地役權亦按需役地之數，被分爲數個（註二）此其明證也。

（註一）余蔡昌民法要論物權八五頁以下，劉鴻漸物權法論二二七頁以下，王去非物權論一九二頁以下，鍾洪聲物權新論一五八頁，胡長清物權精義六九頁參看。日本學者之通說，亦謂地役權有不可分性；但其意義如何？議論紛紜，尙無定說。故末弘嚴太郎主張：「此種名稱，毫無實用，徒足招人誤解，應予廢止。」（末弘氏物權法六三四頁參看）

（註二）例如：甲地對於乙地有汲水地役權，其後甲地分割爲丙丁兩地，則依第八五六條前段規定，丙丁各有汲水地役權。是一個地役權，已分爲兩個地役權。此在余蔡昌民法要論物權八八頁，亦有同一之說明。然同時又謂地役權有不可分性，未免自相矛盾。余氏又以地

役權不能存於共有人應有部分之上，及不能專為應有部分之便宜，而發生地役權，為地役權不可分之一理由。劉鴻漸氏亦有同一之主張。然地役權所以不能就於供役地或需役地共有人之應有部分而存在者，乃因其內容在物質的利用之故，非基於不可分性。此與地上權永佃權不能就於他人土地某共有人應有部分之上而存在者，情形相同。地上權永佃權既不因此變為不可分之權利，自亦不得以此遂謂地役權有不可分之性質（日儒我妻榮物權法二六六頁參看）。

第二款 地役權之分類

地役權之內容，當事人得以設定行為自由訂定之。其種類千差萬別，不勝枚舉；但得依各種標準，為左列之分類：

第一 意定地役權與法定地役權

此乃以地役權之發生原因為標準之分類。意定地役權者，謂基於當事人意思所生之地役權，如依契約設定之地役權是。反之，法定地役權者，謂基於法律規定所生之地役權，如依時效取得之地役權是。

土地所有人基於相鄰關係所生之相鄰權（第二章第五節第二款參看），亦因自己土地之便宜，而使用鄰地；且基於法律之規定而生，與法定地役權極為類似。惟此項相鄰權，係由土地所有權當然而生之權利，應認為土地所有權固有之效力，非另發生一種之物權。故其權利雖依法律規定而生，非茲所謂法定地役權。（註一）

（註一）相鄰權與法定地役權，詳細之區別，可參看本書第五一頁註一關於鄰地通行權與通行地役權差異之所述。

第二 積極地役權與消極地役權

此乃以地役權之內容爲標準之分類。卽其地役權以在供役地上爲一定作爲爲內容者，謂之積極地役權，亦曰作爲地役權。如通行地役權，引水地役權是。反之，其地役權人不得在供役地上爲何等之作爲，僅以維持供役地上之一定狀態爲內容者，謂之消極地役權，亦曰不作爲地役權。如制限供役地不築可遮蔽需役地光線之牆垣，及不開可窺視需役地內部之窗戶之地役權是。（註一）

（註一）積極地役權之內容，通常所習見者，有（一）通行，（二）引水，（三）排水，（四）汲水，（五）採取石材，（六）採取泥沙等等。消極地役權之內容，通常所習見者，有（一）禁止設置一定高度之建築物，（二）禁止設置某種類之工場，（三）禁止鑿井，（四）禁止於疆界線附近設置工作物，（五）禁止開放某方向之窗戶等等。

第三 繼續地役權與不繼續地役權

此乃以其權利行使之方法爲標準之分類。卽其地役權之行使繼續不斷者，謂之繼續地役權。如開設道路之通行地役權，安設水管之引水地役權，及消極地役權是。反之，其權利之行使時斷時續者，謂之不繼續地役權。如汲水地役權，採取泥沙之地役權是。

第四 表現地役權與不表現地役權

此乃以其權利行使之外形爲標準之分類。卽其地役權行使之狀態，表現於供役地之表面者，曰表現地役權。其不表現於供役地之表面者，曰不表現地役權。如汲水地役權，通行地面之地役權，及其他利用地表之地役

權，屬於前者。各種消極地役權，設置隧道地役權，埋設水管地役權，及其他利用地底之地役權，屬於後者。

第三款 地役權之發生

地役權發生之原因有二，即法律行為與取得時效是也。分述之：

第一 法律行為

地役權得由當事人以法律行為設定之。此設定行為，有為契約者，有為遺囑者，均因登記始生效力，且須訂立書面，故為要式行為（第七五八條第七六〇條）。

設定行為中，須載明需役地、供役地，及設定地役權之目的。此外尚得訂定地役權之存續期限，及其使用供役地之報償。（註一）但其設定之目的，不得違反法律上之強行規定與公序良俗，固無俟言。

（註一）設定行為訂明地役權人應支付報償時，則其行為為有償行為。但此種訂定，非經登記，不能對抗第三人。又日本學者，有主張地役權性質上必須為無償者（遊佐慶夫民法概論物權一九五頁參看）。惟其國之通說，則與之相反（富井政章民法原論物權二六五頁，三諸信三物權法提要二二四頁，末弘嚴太郎物權法六五二頁，我妻榮物權法二六九頁參看）。我民法既無禁止支付報償之規定，應解為得設定有償之地役權為正當（同說余榮昌民法要論物權八五頁，劉鴻漸物權法論二二三頁參看）。

設定行為之當事人，原則為需役地與供役地之所有人。第八五一條中有一「以他人土地供自己土地便宜之用」云云，亦不外就於土地所有人為當事人之場合而設之規定。然理論上無限於所有人之理，地上權人、永佃權人及典權人，為利用土地之必要，亦不妨就他人土地上，取得地役權。又於不妨害其自己利用土地之限度

內，亦不妨以其土地向他人設定地役權。（註一）

（註一）同說劉鴻漸物權法論二三三頁參看。

第二 取得時效

地役權亦得依時效而取得之。即以行使地役權之意思，二十年間，和平繼續以他人未登記之土地，供自己土地便宜之用者，即請求登記為地役權人。其以行使地役權之意思，十年間，和平繼續以他人未登記之土地，供自己土地便宜之用，而其利用之始，為善意並無過失者，亦得請求登記為地役權人（第七六九條第七七〇條第七七二條）。但依時效取得之地役權，以繼續並表現者為限（第八五二條）。故表現而不繼續之地役權，或繼續而不表現之地役權，均無取得時效之適用。蓋不繼續之地役權，其行使常有間斷，供役地所有人往往以其妨害尚小，姑為忍容。若因此遽使發生地役權，則對於供役地所有人，不得不謂為苛酷。又不表現之地役權，其行使不表現於外部，常為供役地所有人所不知，一旦時效完成，不及防止，祇得坐受損失，揆之情理，豈得謂平？故民法特以繼續且表現，為地役權取得時效之特別要件。

依時效取得之地役權，亦應限定一定之目的，與依設定行為所生之地役權同。其權利目的，不外依時效進行中取得人所為之行為（即權利之行使）定之。

上述關於地役權取得時效之規定，於民法物權編施行前所生之事項，亦有適用。即在施行前行使地役權，

已具備上述取得時效之條件者，自物權編施行之日起，得請求登記為地役權人（民法物權編施行法第七條類推）。

因時效而生之地役權，雖須經登記而後發生；但若其土地所在區域，尙未設立登記機關，則無庸登記；於得請求登記之日，視為地役權人（民法物權編施行法第八條類推）。

第四款 地役權之存續期限

依法律行為而生之地役權，得於其設定行為明定其存續期限。其期限之短長，法無制限；即設定永久存續之地役權，亦無不可。設定行為未定存續期限之地役權，及依取得時效而生之地役權，應認為永久存續。蓋地役權人之利用供役地，既不能占有供役地，又不妨害供役地之重要使用，其制限所有權之程度，遠不及其他之用益物權。倘使其永久存續，亦不至因此減卻供役地所有權之效用也。但地役權發生後，因四圍之情形變更，其權利無存續之必要時，不問其已否定有存續期限，法院因供役地所有人之聲請，得宣告其地役權消滅（第八五九條）。例如：甲因住宅前臨河道，出入不便，乃向乙地取得通行地役權，其後已填河成路，則乙得聲請法院宣告其地役權消滅是。

第五款 地役權之效力

地役權之內容，不一而足，其效力亦各各不同。茲只就其一般的效力，分項述之：

第一 地役權人之權利

(甲) 利用權

地役權人因謀其自己土地之便宜，於其權利目的範圍內，得利用他人之土地。其為利用時，並得為利用上一切必要之行為。如汲水地役權人，得因汲水而通行供役地；引水地役權人，得因引水於供役地上安設水管是也（第八五四條前段）。但有左列之制限：

(一) 其行使權利須擇於供役地損害最少之處所及方法為之（第八五四條但書）。即地役權人一方雖圖自己之便利，一方亦須顧慮供役地所有人之損害；否則為權利之濫用，法律不保護之。例如在通行地役權，其供役地已設有邊術時，應從該術出入，不得穿堂入室是。

(二) 地役權人不得因需役地之需要特別增加，擴張其權利之範圍。蓋地役權之內容，應以設定時之情形為標準。若因設定後需役地之需要特別增加，而擴張其權利之範圍，必反於供役地所有人之本意也。例如有通行地役權之需役地，本為住宅，後改充學校，不得使其多數學生通行供役地是。但此係就其需要特別增加者而言。若係通常之增加，則本在供役地所有人意料之中，地役權人自得按其需要之增加，行使其權利。如上例地役權人因生子娶媳，家屬增加時，不妨使其子媳通行供役地是也（舊民律第一一〇條參照）。

(三) 地役權人因行使權利，在供役地而為設置者，須維持其通常之狀態（第八五五條一項）。即其在

供役地所設置之工作物，有損壞時，地役權人負修繕之義務。又此種設置，供役地所有人以不礙地役權之行使爲限，亦得使用之。地役權人不得阻止。但此際供役地所有人，應按其受益之程度，分擔維持其設置之費用（同條二項三項）。

（乙）物上請求權

地役權爲利用土地之物權，當然有物上請求權。若有現實妨害其權利，或有妨害其權利之虞者，地役權人因保全其權利，自得請求加害人除去或防止之。但地役權人不占有供役地，故只有保全請求權，而無返還請求權與相鄰權（第八五八條）。此與地上權及永佃權異。

第二 地役權之優先的效力

地役權爲制限物權之一種，有優先於供役地所有權之效力。從其權利存在之範圍，當然制限供役地所有權之作用。但出此範圍，供役地所有人不妨占有、使用、收益及處分其土地。

地役權非獨占的利用土地之物權，無絕對排他之性質。故於一個土地上，不妨設定性質相容之數個地役權。此數個地役權，其性質絕對相容時，則其權利互不相妨，固不生優劣之問題。（註一）反之，其性質相對相容時，則依其權利發生之先後，定其效力之優劣。（註二）若其權利同時發生，則其效力相同。（註三）此際其各地役權行使之範圍，應由各地役權人協議定之。協議不諧時，各地役權人不外以訴請求法院，確定其權利行使之範圍。

(註一)數地役權之目的各異時，則其性質絕對相容。例如：通行地役權與汲水地役權之關係，積極地役權與消極地役權之關係皆是。但在各個消極地役權相互間，不問其權利之目的是否相異抑相同，其性質均絕對相容。是乃基於不作爲之性質，非消極的地役權獨無排他性也。

(註二)數個積極地役權之目的相同時，則其性質僅相對相容，其效力即不能無優劣之分。例如：汲水地役權與汲水地役權之關係是。此際應由權利發生在先之地役權人，先行使權利，而後及於權利發生在後之地役權人。又在數個消極地役權相互間，其性質均絕對相容，已如上述，故無相對相容之情形。

(註三)例如：在汲水地役權，其後因其需役地分割或讓與其一部於他人，變爲數個汲水地役權時，其數個汲水地役權，即屬同時發生，其效力亦無分優劣矣。

第六款 地役權之處分

地役權乃因謀需役地之便宜而存之物權，完全附隨於需役地所有權，其性質爲從物權之一種，與後述之擔保物權同。故地役權不能與需役地所有權分離，而單獨讓與，或以之爲其他權利（如抵押權）之標的物（第八五三條）。又讓與需役地所有權，或就需役地設定地上權、永佃權、典權或抵押權時，其效力當然及於地役權。即其地役權同讓與，或與需役地同爲上述物權之標的物。是乃基於地役權之從屬性當然所生之效果。

地役權爲財產權，不問定有存續期限與否，地役權人均得隨時拋棄之。其拋棄應向供役地所有人以意思表示爲之（第八三四條二項類推）。且因登記始生效力（第七五八條）。但其設定行爲有支付報償之訂定時，地役權人雖拋棄其權利，非當然免其支付報償之義務。

第七款 地役權之消滅

地役權因左列事由發生而消滅。

(一) 土地全部滅失

地役權之存續，以需役地與供役地之存在為必要。故需役地或供役地全部滅失時，則地役權當然歸於消滅。若僅一部滅失，其地役權仍為其所餘部分（即需役地之一部）存續之，或仍存於其所餘部分（即供役地之一部）之上，不歸於消滅。但依其權利之性質，祇關於需役地或供役地已滅失之部分者，不在此限。

(二) 第三人之原始取得

第三人因取得時效，原始的取得供役地之所有權時，則地役權消滅。又供役地因公用被收買時，則與辦事業人即原始的取得其所有權，地役權亦消滅。但因此所受之損失，地役權人得依土地徵收法第三十條之規定，請求與辦事業人補償之。

地役權無絕對的排他性，其性質上許容他之地役權同時併存。故第三人因時效就於供役地亦取得地役權時，地役權人之地役權，不因之而消滅。

(三) 混同

地役權與供役地之所有權同歸一人時，原則其地役權歸於消滅（第七六二條）。

(四) 存續期限之屆滿

地役權定有存續期限者，其後期限屆滿時，地役權消滅。但此際當事人不妨以契約更新之，使其地役權依舊存續。

(五) 約定事由之發生

當事人以契約訂定地役權之消滅事由者，其事由發生時，地役權消滅。如約定需役地所有人讓與其所有權於第三人時，則其地役權因之消滅是。

(六) 拋棄

(七) 法院之宣告

法院依供役地所有人之聲請，依第八五九條爲地役權消滅之宣告時，則地役權因其宣告之裁判確定而消滅。

地役權消滅時，地役權人得回復供役地原狀，而取回其所設置之工作物；同時且負取回之義務。但供役地所有人願以時價購買者，地役權人不得拒絕。此節法律雖無明文規定，然不難由第八三九條及第八四八條類推解釋之。

第五節 典權

第一款 總說

典爲我國特有制度，在前清律例，早已定有明文（見同律典賣田宅門）。鼎革以還，各級法院均資爲審判上唯一根據。至民國四年，前北京司法部，以遠年不動產典當，流弊滋多，亟應設法清理，特擬訂清理不動產典當辦法十條，於同年十月六日呈奉大總統核准公布。但前清律例與清理典當辦法，內容既不詳密，法文尤欠完整，施行多年，疑義叢生。新民法將典權納於物權編之內，另立一章，參酌我國固有習慣，與關於物權之一般理論，詳加規定，不得謂非立法之進步。第事屬創舉，考其內容，仍不乏法意不明與規定遺漏之點，有待於學者之研究者。余於民國二十年，曾草『典權之初步研究』一文，登諸法律評論第九卷第二號（即第四一八期）。茲即將原文略加修訂增補，作爲本書內容之一部。

第二款 典權之性質

典權者，支付典價，占有他人之不動產，而爲使用收益之物權也（第九一一條）。茲就此定義分析說明之：

（一）典權爲使用收益他人不動產之物權

典權之標的，限於他人之不動產；故自己之不動產，及他人之動產，均不得就之成立典權。是以典權爲制限

物權，且爲不動產物權。此與地上權、永佃權、地役權同。所異者，地上權、永佃權、地役權，只以土地爲標的，而典權則以一切之不動產爲標的，不限於土地耳。茲所謂不動產，原指一個不動產之全部；但建築物之一部，亦得就之設定典權。此際進用關於建築物分有之規定（第九一四條準用第七七九條及第八〇〇條）。又典權之內容，在使用收益與抵押權之以擔保債權之履行爲目的者不同。故又爲用益物權之一種。（註一）

（註一）典權爲用益物權，而非擔保物權，此在第九一一條解釋上毫無疑義。舊民律誤以典權爲不動產質權，故設不動產質權之規定，而不規定典權。民國十五年北京修訂法律館所起草之民法修正案，雖定有典權，然於其第一〇〇二條規定：「典權準用關於抵押權及質權之規定。」不外仍以典權爲擔保物權。其不當也，固無待論。但民法將典權規定於留置權之前，質權之後，即置諸擔保物權之列，編制上尙嫌失宜。

（二）典權乃因支付典價而取得之物權

即典權必須爲有償；故不支付典價而得用益他人之不動產者，乃借用權而非典權。典價謂典權之對價，不以金錢爲限；凡一切有價物，當事人合意時，均得以之充典價。典價支付之時期，法無規定；但習慣上均先支付典價，而後使發生典權，故宜解爲至遲，應於設定時支付之。即支付典價，爲典權發生之條件。從典權發生後，其典權人不再負支付典價之義務。（註二）

（註二）典價與地上權之地租，永佃權之佃租，似同而實異。蓋地租、佃租不外使用收益他人土地之對價，通常於地上權、永佃權發生後，陸續定期支付。故地上權人、永佃權人負支付地租佃租之義務。反之，典價乃取得典權之對價，非支付典價，即不能取得典權，故典權人負支付典價之義務。

(三) 典權之發生以占有他人不動產爲要件

故典權人已與他人訂立設定典權之契約而未占有其不動產時，仍不能取得典權。此與質權同（第八八五條參照），而與地上權、永佃權異。蓋地上權人、永佃權人雖均占有其標的之土地，然其占有乃權利之效力，而非其發生要件故也（第八三二條第八四二條參照）。（註一）

（註一）典權之發生，以占有其標的物爲要件，此徵諸第九一一條有「占有他人之不動產」一語，原無可疑。最高法院二十二年上字第二二三號判決要旨謂：「典權之成立，以移轉占有爲要件」云云，亦明示此意。惟立法論則不無研究餘地。因典權與地上權、永佃權同爲用益物權。地上權、永佃權既不以占有其標的之土地爲其發生要件，則典權事同一律，自無獨異之理。若謂非占有不動產，無以使第三人知其典權之發生，然典權爲不動產物權，既有登記制度，已足以資公示，自不必再以占有爲必要也。故第九一一條宜改爲：「稱典權者，謂支付典價，而使用收益他人不動產之權。」較爲合理。

第三款 典權之發生

典權之發生，其原因有二：卽法律行爲與取得時效是也。分述之：

第一 法律行爲

典權原則由當事人以法律行爲設定之。此設定行爲，有爲契約者，有爲遺囑者，均因登記始生效力；且須訂立書面，故爲要式行爲（第七五八條第七六〇條）。稱此設定典權之人曰出典人，取得典權之人曰典權人，其所典之不動產曰典物。

典權通常由不動產所有人向他人設定之，但不以所有人爲限；對於不動產有典權者，亦得以其典物轉向他人設定典權（第九一五條參照）。而地上權人及永佃權人，則無此權利。又設定行爲之內容，須訂明典物及典價，此爲必要事項。此外尙得訂明存續期限（第九一二條參照），禁止轉典或出租（第九一五條一項但書參照），制限用益典物之方法，並附到期不贖即作絕賣之條款（第九一三條參照）。此爲任意事項。（註一）

（註一）典權之設定行爲，雖得訂明典權之存續期限，與附到期不贖即作絕賣之條款，但非必須爲「可以回贖」之訂定。縱未約明可以回贖，其出典人亦得依第九二四條之規定，備價回贖。因典權以得回贖爲其特性故也。此與附有買回特約之買賣不同。蓋在普通買賣，本不得買回，因附有買回特約，方得買回（第三七九條參照）。又在設定典權之時，典物之所有權，仍屬於出典人，不過典權人因之取得典權。反之，在附買回特約之買賣，則其標的物之所有權，應移轉於買受人；其出賣人僅保留買回權而已。此亦其兩者重要之異點。但在實際，當事人所訂立之契約，是否設定典權，抑爲附買回特約之買賣，雖於區別之場合不少。

第二 取得時效

典權亦得依時效而取得之。即以行使典權之意思，支付典價，二十年間，和平繼續於他人未登記之不動產，爲使用或收益者，得請求登記爲典權人。其以行使典權之意思，支付典價，十年間，和平繼續於他人未登記之不動產，爲使用或收益，而其用益之始，爲善意並無過失者，亦得請求登記爲典權人（第七六九條第七七〇條第七七二條）。（註二）此等規定，於民法物權編施行前所生之事項，亦有適用。即在施行前，行使典權，已具備上述取得時效之條件者，自物權編施行之日起，得請求登記爲典權人（民法物權編施行法第七條類推）。

(註一)典權爲財產權，得依時效取得之。此在第七七二條解釋上，毫無疑義。惟我國學者，除余榮昌外（余氏民法要論物權九九頁參看），均不以取得時效爲典權發生之原因。推其意，無非以典權之發生，必須支付典價，事實上無從依時效而取得之。然徵之實際，非無欲就他人不動產上取得典權，而誤向第三人支付典價者。如丙以乙之不動產盜與於甲是。此時甲既支付典價，若復就乙之不動產繼續行使典權，即應使其依時效取得典權。

因時效而生之典權，雖須經登記，而後發生，但若其土地所在區域，尙未設立登記機關，則無庸登記；於得請求登記之日，視爲典權人（民法物權編施行法第八條類推）。

第四款 典權之期限

設定典權時，有訂明其期限者，有不然者。後之情形，出典人得隨時以原典價回贖典物，使其典權消滅（第九二四條）。前之情形，則在其期限屆滿前，出典人不得回贖典物，須俟其期限屆滿時，方得回贖。但若出典人到期不爲回贖，其典權非特不歸於消滅，且經過二年後，典權人反可取得典物之所有權（第九二三條）。故典權之期限，乃制限回贖之期限，而非其存續之期限。此與地上權地役權所附之期限不同。（註一）

(註一)典權之期限，雖爲制限回贖之期限，但與買回之期限（第三八〇條參看）亦有差異。蓋典權之回贖，應於其期限屆滿後爲之，而買回則應於期限內爲之，逾期即失其權利。二者之性質適相反也。

典權之期限，當事人固得任意訂定之；但至長不得逾三十年，逾三十年者，縮短之爲三十年（第九一二條）。蓋其期限過長時，則出典人徒擁所有權之虛名，而不能享所有權之實益，與出賣其不動產幾無差異，故法律特設

此最長期之制限。然則期滿得更新之否乎？關於此點，法無明文規定，但就我國素有續典之習慣而言，自應許其更新。

清理不動產典當辦法第八條規定：「設定典當期間，以不過十年為限；違者一屆十年限滿，應准業主即時收贖」云云。其立法意旨，不外以長期典當，流弊滋多，故設此制限。但十年之期間，殊嫌太短，往往不能滿足典權人之需要。新民法對於地上權、地役權等用益物權，均無最長之制限，則對於同為用益物權之典權，自無獨加短期制限之理。況租賃權乃債權，其最長期已達二十年（第四四九條參照），而典權乃物權，自應再予伸長。新民法定為三十年，實屬至當。

第五款 典權之效力

典權之效力，可分典權人之權利與義務說明之：

第一 典權人之權利

（一）用益權

典權人得使用及收益典物（第九一一條）。其使用收益之方法，在設定行為有特別訂定者，從其訂定。否則應依典物之性質定之（第四三八條一項類推）。

典權人不特得自為使用收益，於典權存續中，且得以其典物轉典或出租於他人，供其用益。但設定行為另

有訂定或另有習慣者從其訂定或習慣。其爲轉典或出租時，若典權定有期限，則其轉典或租賃之期限，不得逾原典權之期限。若典權未定期限，則其轉典或租賃，亦不得定有期限。且轉典之典價，不得超過原典價（第九一五條）。以免將來出典人向典權人回贖時，典權人不能轉向第三人收回其典物。（註一）又因典物之轉典或出租，致出典人受損害時，不問典權人有無故意過失，均應負賠償責任（第九一六條）。

（註一）第九一五條二項只規定：「轉典之期限，不得逾原典權之期限。」則轉典之期限，短於原典權之期限者，自非法律所禁。然轉典之期限，較短於原典之期限時，則將來轉典之期限，當然先到。此際典權人縱不於期限屆滿後二年內，向次典權人回贖典物，次典權人亦不得依第九二三條二項，即取得其典物之所有權。蓋次典權人之取得典權，不外承繼典權人之地位，即創設承繼之一種。其所取得典權之範圍，不能較大於原典權。故典權人尙未取得典物之所有權時，自應解爲次典權人亦無從取得其所有權。

有轉典時，典權人之典權，仍舊存續，次典權人新取得典權，非原有典權之移轉。故與典權之讓與不同。此際在同一典物上，有二個典權之存在。次典權人之典權，雖發生在後，其效力反優於典權人之典權。此與通常情形，以物權發生之先後，定其效力之優劣者，完全相反。又次典權人之典權，當然優於所有權。故次典權人得以其權利，與典物之所有人對抗。

（二）占有權

典權之發生，以典權人占有典物爲要件；則在典權發生之後，其典權人自得繼續占有典物（第九一一條），與典物所有人立於同一之地位。

(三) 物上請求權

典權人對於典物有用益權與占有權，當然亦有物上請求權。故典權人對於不法奪取或扣留其典物者，得請求其交付；對於妨害其典權之行使者，得請求除去之；其有妨害之虞者，得請求妨止之。此節民法雖無明文規定，然由第七六七條與第八五八條之規定而推，應認典權人有此權利（本書第一一九頁第三註一參看）。

(四) 相鄰權

典權為強固之不動產利用權，實際上可與所有權同視，故典權人於相鄰關係，應與所有人有同一之權利義務。即第七七四條至第七九八條關於土地所有權相鄰關係之規定，準用於典權（第九一四條）。（註一）

（註一）第九一四條規定之文句，與上述之第八三三條關於地上權之規定，有同樣之不當。可參照本書第一一九頁第四註一，茲不詳述。

(五) 先買權

出典人於設定典權後，仍不失其不動產之處分權，故得將其所有權，讓與他人。此際典權人固得以其典權向受讓人主張，不因典物所有權之讓與，而蒙影響（第九一八條）。但典權之內容，究不如所有權之充實，且因其典權之繼續存在，不免阻礙其典物之利用與改良。故在出典人自願出讓其典物之時，最好即由典權人受讓其所有權，為較有利益。因是法律特賦與典權人以先買權。即出典人將典物出賣時，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（第九一九條）。（註二）此種聲明，其性質為買賣之要約，應以意思

表示向出典人爲之。其聲明之時期，民法雖無制限，然理論上應於出典人與第三人買賣契約未成立以前爲之（最高法院二十一年上字第五九九號判例參照）。若出典人已將其典物出賣第三人，仍許典權人留買，則非使出典人對於第三人負不履行之責任，即應使第三人失其契約上之權利，均非公平之道也。但出典人於欲與第三人訂立買賣契約以前，應先通知典權人，使之不至喪失留買之機會。

（註一）典權人之先買權，乃請求出典人與之訂立典物買賣契約之權利，其性質乃請求權，而非形成權。典權人既表示留買時，出典人雖不得任意拒絕，但在其未爲承諾之前，買賣仍未成立。又先買權限於出典人願出賣其典物時，方能發生。若出典人欲無償讓與其典物之所有權於他人，則典權人即不能留買。此屬當然之解釋。第九一九條概括的規定：「出典人欲讓與其典物之所有權於他人時，典權人均得留買。」未免與先買權之本質不合，殊嫌失當。

（六）重建修繕權

典權存續中，典物因不可抗力致全部或一部滅失者，其典權不歸消滅，或縮小其範圍（第九二〇條一項及本節第七款參照）。但典權人得爲重建或修繕，使其典權依舊存續。其重建或修繕之費用，除經出典人同意外，僅得於滅失時滅失部分之價值限度內，依第九二七條之規定，請求出典人償還（第九二二條）。（註二）

（註二）典權人得爲重建或修繕之典物，民法雖不限定其種類，然就重建二字解釋，則重建之典物，理論上應限於建築物。惟在事實上出典人出典其建築物時，通常多併其土地而出典之。此際若僅其建築物滅失，其土地尚存在，乃一部滅失，而非全部滅失。故本條所謂典物全部滅失，不外指建築物出典，其土地一併出租或設定地上權，嗣其建築物全部滅失之場合而言。

重建及修繕權，依第九二一條之規定，限於其典物因不可抗力致全部或一部滅失之時，典權人方得有之。然其典物之滅失因歸責於第三人之事由而生時，其情形相同，典權人自亦有同一之權利。

(七) 償還費用請求權

典權人就於典物支出有益費用，使典物價值增加；及典物因不可抗力或應歸責於第三人之事由而滅失，典權人已爲重建或修繕者，於典物回贖時，得於現存利益之限度內，請求出典人償還（第九二七條）。反之，典權人就典物所支出之必要費，則不得請求出典人償還。因典權人既有用益典物之權利，自應負擔典物必要之費用也（同說余榮昌民法要論物權一〇三頁，鍾洪聲物權新論二〇九頁參看）。

第二 典權人之義務

(一) 保管典物之義務

典權存續中，典權人應以善良管理人之注意保管典物（第八八八條類推）。若違此義務，因過失致典物之全部或一部滅失者，將來典物回贖時，典權人應於典價額限度內，對於出典人負賠償損害之責任。若因典權人之故意或重大過失致滅失者，除將典價抵償損害外，如有不足，並應賠償（第九二二條）。又典物應由典權人自行保管；若交由第三人代爲保管，因此所生之損害，應任賠償之責（第九一六條類推）。

(二) 返還典物之義務

典權人於典權發生時，曾由出典人接受典物；其後典權消滅時，自應將原物返還出典人。但典權人已因一定事由取得典物之所有權時（本節第七款之（三）參看），無須返還。又典物之全部或一部滅失，典權人未為重建或修繕時，其滅失之部分，亦無須返還。

典物若為土地，典權人已在該土地上設置工作物時，典權人於返還土地之際，得使其土地回復原狀，而取回其工作物；同時且負取回之義務。但出典人願以時價購買其工作物者，典權人不得拒絕。又其工作物若為建築物，其典權因期限屆滿被回贖而消滅時，除契約另有訂定外，出典人應按時價為補償，與地上權消滅之場合無異（第八三九條及第八四〇條一項類推）。

第六款 典權之處分

典權為財產權，且無專屬性，故典權人得任意處分之，不必經出典人之同意。如讓與其典權於第三人（第九一七條一項），或就之向第三人設定抵押權（第八八二條），均無不可。典權人讓與其典權於第三人時，典權人即時脫離關係，由受讓人承繼其地位，受讓人取得與典權人同一之權利（第九一七條二項）。（註一）故與轉典之有兩個典權同時存在者不同。

（註一）第九一七條二項原定：「典權之受讓人，對於出典人取得與典權人同一之權利」云云。然典權本為對於典物之支配權，而非對於出典人之請求權。其有「對於出典人」一語，不特使人誤解典權為對於出典人之權利，同時又可使受讓人對於第三人不能取得與典權人同一之權利，極為不妥，應行刪去。又第九一八條二項之「對於前項受讓人」一語，亦有同一之不當，應一併刪除。

典權得拋棄之。(第七六四條)其拋棄不外由典權人以意思表示向出典人爲之(第八三四條二項類推)且因登記始生效力(第七五八條)。既經合法拋棄,則典權消滅,出典人不負返還典價之義務。

第七款 典權之消滅

典權因左列事由發生而消滅。

(一) 回贖

回贖者,出典人現實提出原典價,以銷除典權之單獨行爲也。回贖爲單獨行爲,只須由出典人向典權人以意思表示爲之,不必經典權人之同意。但應現提出原典價爲之,否則不生效力。既經回贖,典權即歸消滅。

得爲回贖者(卽有回贖權者),限於出典人。若出典人已讓與其典物之所有權於第三人時,則其受讓人與出典人立於同一之地位,當然亦有回贖權。又回贖係對於典權人爲之。此典權人亦不以最初取得典權之人爲限,由典權人受讓典權者,回贖權人不妨直接向其回贖。(註一)回贖權乃以單獨行爲銷除典權之權利,其性質雖爲形成權;但其權利人及其相對人,常隨出典人與典權人之變動而轉移,實帶有物權的效力。此點與物上請求權無異(第二章第四節參看)。

(註一)其在轉典之時,應由典權人向次典權人爲回贖,典權人讓與其典權於第三人時,應由其受讓人向次典權人爲回贖,其原出典人不得單獨逕向次典權人爲回贖。此徵諸社會上有會贖(卽出典人會同典權人向次典權人回贖之意)之習慣,本無可疑。大理院五

年上字第一二八〇號判決要旨謂：「業主有時雖得直接向轉典權人贖回典物，但不得逕向轉典權人找絕」云云，雖明認出典人有直接向次典權人回贖之權，但又冠以「有時」二字，足見亦僅限於例外之情形，而非一般之原則也。

然則回贖權人應於何時回贖乎？依情形而不同。即（甲）在定有期限之典權，回贖權人須於期限屆滿後二年内，備價回贖。逾期不贖，則典權人即取得典物之所有權。回贖權歸於消滅（第九二三條）。（註一）（註二）（註三）又約定期限在十五年以上者，其設定行為得附到期不贖即作絕賣之條款（第九一三條之反對解釋）。若已附此條款，回贖權人須於期限屆滿後，相當期間內，即行回贖；否則典權人即取得典物之所有權，回贖權亦消滅。（乙）在未定期限之典權，其回贖權人應自出典後三十年內，備價回贖。（註四）逾期不贖，典權人即取得典物之所有權，回贖權消滅（第九二四條）。但其典物若為耕作地，其回贖權應於收益季節後，次期作業開始前為之。若為其他不動產，應於六個月前先行通知典權人（第九二五條），予典權人以準備之機會。

（註一）第九二三條二項所定之二年期間，乃除斥期間（即民法物權編施行法第五條所謂無時效性質之法定期間），又係關於典權效力之規定。依照民法物權編施行法第二條及第五條，則上述規定，於民法物權編施行前已發生之典權定有期限者，亦適用之。即此種典權，於施行前，上述二年期間已屆滿者，則施行後，亦應認為其期間業經屆滿，回贖權消滅。若施行前尚未屆滿者，則施行前已經過之期間，與施行後之期間，合併計算（司法院院字第九八九號解釋及最高法院二十二年上字第七九〇號判例參照）。例如：民國七年一月一日設定之典權，原定期限十年，則扣至十九年五月五日物權編施行時，其典權於約定之十年期限屆滿後，已逾二年之法定期間，其出典人即不得回贖。又如：民國八年一月一日設定之典權，原定期限十年，則扣至十九年五月五日物權編施行時，其典權於約定十年期限屆滿後，僅經過一年四月五日之期間，應將此期間，與施行後之期間，合併計算，扣至十九年年終，其法

定二年之期間，方屆滿，其出典人於是時以後，不得回贖。

(註二) 民法物權編施行前發生之典權定有期限者，因受第九二三條二項適用之結果，於原定期限屆滿後，經過二年，不回贖者，出典人失其回贖權，已如上述。但有例外：即此種典權雖於約定期限屆滿後，已逾二年之法定期間，然依舊法規得回贖者，仍適用舊法規，許其回贖（民法物權編施行法第一五條）。其所謂舊法規者，係指各省關於典產回贖之單行章程，及清理不動產典當辦法而言（司法院院字第五七七號解釋參照）。例如：清理不動產典當辦法第八條規定：「（上略）不滿十年之典當，不准附有到期不贖聽憑作絕之條件。違者雖經逾期，於立約之日起，十年期限內，仍准業主隨時告贖。」依此規定，則設有原定期限為五年之典權，其出典人得於五年後十年內，向典權人回贖。而依民法第九二三條二項之規定，則出典人於已滿七年後，即不得回贖。倘此典權，於物權編施行時，方滿八年，則出典人仍得於十年限內，依清理不動產典當辦法第八條為回贖，不受民法第九二三條二項及民法物權編施行法第五條之制限。

(註三) 定有期限之典權，於期限未屆滿以前，不得回贖。此由第九二三條一項之反對解釋，毫無可疑。此種規定，依照物權編施行法第二條，於物權編施行前發生之典權，亦適用之。但亦有例外：即此種典權，雖其約定期限尚未屆滿，而依舊法規得回贖者，仍適用舊法規，許其回贖（民法物權編施行法第一五條）。例如：清理不動產典當辦法第八條規定：「（上略）設定典當期間，以不過十年為限。違者一屆十年限滿，應准業主即時收贖（下略）。」依此規定，則設有原定期限為二十年之典權，其出典人得於十年後，即向典權人回贖。而依民法第九二三條一項之規定，則出典人於未滿二十年以前，不得回贖。倘此典權於物權編施行時，方滿十二年，則出典人得依清理不動產典當辦法第八條，向典權人回贖，不受民法第九二三條一項之制限（司法院院字第七三六號解釋參照）。

(註四) 第九二四條所定三十年之期限，係自出典之日起算，不問其間有無加典或續典情事（最高法院二十一年上字第二三四號判例參照）。又本條係關於典權效力之規定，依照民法物權編施行法第二條及第五條，於民法物權編施行前已發生之典權，未定期限者，亦適用之。即此種典權，於施行前已滿三十年者，則施行後，亦應認為其期間業經屆滿，回贖權消滅。若施行前尚未滿三十年者，則

施行前已經過之期間，與施行後之期間，合併計算（最高法院二十二年上字第一六六八號及同年上字第七九〇號判例又司法院院字第三六一號解釋參照）。

上述典權人取得典物所有權時，不但出典人失其回贖權，亦不得向典權人請求找價。（註一）又此種所有權之取得，其性質係原有典權擴張其內容，其所取得之所有權，與原典權有傳統之關係。故其取得之為原始取得，抑為承繼取得，應視其當初取得典權之原因事實定之。即其典權因取得時效而生時，其所有權之取得，為原始取得；反之，因設定行為而生時，其所有權之取得，亦為承繼取得。

（註一）典權人於民法物權編施行後，依第九二三條二項或第九二四條取得典物之所有權者，其出典人不得請求典權人找價，固無問題（司法院院字第八六八號解釋參照）。即在物權編施行前，適用清理不動產典當辦法，不許告贖之典產，出典人依該辦法第三條第八條之規定，本得向典權人告找作絕者（該辦法第八條雖無告找之規定，然依司法院院字第五三號及第四三四號解釋，出典人於典權人過戶投稅後，仍得告找作絕），於物權編施行後，亦不得更依該辦法而為告找作絕之主張（最高法院二十二年上字第七九〇號同年上字第九七九號同年上字第一六六八號各判例參照）。但出典人於民法物權編施行前，已提起告找之訴者，於施行後仍許其告找（司法院院字第四九二號解釋參照）。此種解釋，並未附有理由，實屬費解。

（二）典物全部滅失

典權為存於典物之權利，其典物因不可抗力全部滅失時，典權當然消滅。若僅一部滅失，則典權只縮小其範圍，非歸於消滅。（註二）但此際出典人就典物之餘存部分為回贖時，得由原典價中，扣減典物滅失部分滅失

時價值之半數，以扣盡原典價爲止（第九二〇條）。因已滅失部分所生之損失，應由出典人與典權人平均負擔，方爲公允。（註二）

（註一）第九二〇條一項規定：「典權存續中，典物因不可抗力致全部或一部滅失者，就其滅失之部分，典權與回贖權均歸消滅」云云。是典物一部滅失時，其典權亦一部消滅。然一個物權，斷無一部消滅一部存在之理。本條規定，殊嫌失當。故應解爲其典權只縮小其範圍，而非一部消滅（本章第二節第七款第三節第六款第四節第七款參看）。

（註二）第九二〇條雖係專就其典物因不可抗力滅失時而設之規定，然其典物因歸責於出典人或典權人之事由全部滅失時，理論上其典權亦歸消滅。不過其典物因歸責於出典人之事由而滅失時，典權人得請求出典人賠償損害而已（第一八四條）。反之，其典物因歸責於出典人或典權人之事由一部滅失時，不但其典權不消滅，其出典人且不得減價回贖。蓋其典物若因歸責於出典人之事由一部滅失時，固無反許其減價回贖之理由。即在因歸責於典權人之事由一部滅失時，出典人已得依第九二二條之規定，請求典權人賠償損害，亦毋庸再許其減價回贖。

典物因不可抗力全部滅失時，其典權原則雖歸於消滅，但其典權人若已依第九二二條之規定，爲重建時，其典權視爲自始不消滅。故典權人得繼續用益其所重建之典物，出典人亦得就重建之典物爲回贖。但其後回贖時，出典人既須依第九二七條規定，償還其重建之費用於典權人，自得準照第九二〇條二項關於一部滅失之規定，由原典價中，扣減典物價值之半數。

（三）混同

典權人取得典物之所有權，或出典人取得典權時，其典權原則歸於消滅（第七六二條）。依民法物權編

之規定，典權人取得典物所有權之特別原因，有左列數種。至其一般原因，如讓與繼承等，則與其他物權之混同無異，無庸贅及。

(甲) 逾期不贖

即典物逾越法定期間，未經回贖，典權人依第九二三條二項及第九二四條之規定，取得其所有權是也。

(乙) 取得時效

即典權人依第七六九條第七七〇條第七七二條之規定，取得典物之所有權是。

(丙) 找貼

找貼者，典物所有人（即出典人）由典權人，受領典物時價與原典價之差額，表示移轉典物之所有權於典權人，典權人承諾之，依之而成立之契約也。故找貼契約之成立，要具備二條件：即（1）典物所有人，要現實由典權人受領時價與典價之差額。若僅約明將來應由典權人支付其差額者，乃找貼之預約，非找貼。故找貼為要物契約。（2）典物所有人與典權人間，要有移轉所有權之合意。其典權人即基此契約，取得典物之所有權。故找貼為物權契約（第九二六條一項）。（註一）又找貼性質上，非不得就於典物之一部為之；即得就典物之各部分，依次找貼。然照此辦理，則不免使法律關係，趨於複雜，故法律特明定找貼以一次為限。即應就典物之全部為找貼（同條二項）。（註二）

(註一)第九二六條一項規定：「出典人於典權存續中，表示讓與其典物之所有權於典權人者，典權人得按時價找貼，取得典物之所有權。」甚似典權人於出典人表示讓與意思後，有找貼之權利。然依此解釋，則找貼不外找貼權之行使，乃單獨行爲，而非契約，不免與實際之情形不合。故余特創上述之定義。

(註二)第九二六條二項所謂「找貼以一次爲限」者，原有兩義：一謂其找貼，應就典物全部一次爲之，不得就其各部依次找貼。一謂其找貼，應一次支付典價差額之全部，不得分作數次支付。余取前義。蓋其差額分作數次支付時，其最終一次之找價，方可認爲找貼。其前數次之找價，乃加典（即增加典價）而非找貼。此爲習慣上所通行（即習慣上之湊契），不必加以禁止也。

(四) 典權與回贖權之拋棄

典權人拋棄其典權時，典權消滅。又出典人拋棄回贖權時，則其典物永不得回贖，其典權因之變爲所有權，當然亦歸於消滅（第九二三條二項類推）。但轉典之出典人（即典權人），不得向次典權人表示拋棄其回贖權之意思。

(五) 第三人之原始取得

第三人因時效原始的取得典物之典權或所有權時，則典權人之典權，歸於消滅。又其典物因公用被收買時，則與辦事業人即原始的取得其所有權，原有之典權，亦歸消滅。但因此所受之損失，典權人得依土地徵收法第三十條之規定，請求與辦事業人補償之。

第四章 擔保物權

第一節 總說

債務人之全部財產，爲其全體債權人之共同擔保，（註一）各債權人原則即依此財產而受清償。且債權非如物權之有排他性，在事實上其各個債權之發生，雖有先後之分，而在法律上其各個債權之效力，則無優劣之別。一旦債務人財產缺乏，不足清償其全數之債務時，各債權人不得不立於同一之地位，按其債權額受平等之分配；其因之蒙意外之損失，勢所難免，（註二）殊非所以鞏固債權之效力，而計交易之安全。故法律於共同擔保之外，復設特別擔保之制度，以資救濟。

（註一）關於此點，在法意兩國，均認爲民法上之大原則，特以明文規定之（法民第二〇九二條第二〇九三條，意民第一九四八條第一九四九條參照。）我國民法以其係屬當然之事，故不設同一之規定。

（註二）例如：甲先負乙六千元，嗣復負丙四千元，其後甲破產，變賣其財產只得價五千元，則按其各人之債額，平等分配。即乙得三千元，丙得二千元，乙丙均受意外之損失矣。

特別擔保有二種：一爲對人擔保，乃由第三人擔保特定債務之履行。此際債權人對於該第三人，取得保證債

權。一爲物上擔保，乃以特定物供特定債務之擔保。此際債權人就於該特定物，取得擔保物權。前者詳於債編，（註一）茲只就後者述之：

（註一）第七三九條至第七五六條及拙著中華債法論綱第三六九頁至第三七九頁參看。

擔保物權者，以擔保債權爲目的，就於他人所有物而存之物權也。其要件有二，列左：

（一）須爲就於他人所有物而存之物權

即擔保物權之標的，限於他人之所有物，故爲制限物權。其中有以他人之不動產爲標的者，如抵押權是。有以他人之動產爲標的者，如質權、留置權是。但以他人所有物爲足，不要爲債務人之所有物，即第三人所有物亦可。

（二）須以擔保債權爲目的

即擔保物權之存在目的，在鞏固自己債權之效力，故與用益物權之以使用收益他人所有物爲目的者不同。擔保債權云者，乃確保債權之實現之義。蓋債權若無擔保物權以擔保之，每因債務人缺乏資力，與任意遲延，而受損失；其債權或至有名無實。倘同時附有擔保物權，則債權人得拍賣其擔保物，以充債權之清償；或扣留其擔保物，以催促債務人之清償。

擔保物權既以確保債權之實現爲目的，完全附隨於債權而存在，與其所擔保之債權，同其運命。故其所擔

保之債權不發生或消滅時，擔保物權亦隨之不發生或消滅。（註一）其債權移轉於他人時，其擔保物權亦隨同移轉。又其擔保物權不得與債權分離，單獨讓與，或移充其他債權之擔保（第八七〇條）。故擔保物權為從物權，此點與地役權同。

（註一）為擔保附始期之債權，及附停止條件之債權，不妨設定擔保物權。至於將來發生之債權，現在尚未發生，不得為之設定擔保物權。但以債權之發生為停止條件，而設定擔保物權，則無不可。此際其擔保物權，須俟債權發生時，隨同發生。

關於擔保物權之種類，各國立法例不同。我民法所規定者，只有三種。即抵押權、質權及留置權是也。舊民律設有土地債務與不動產質權之規定，新民法以我國無此習慣，將其刪除，實屬至當。

第二節 抵押權

第一款 抵押權之性質

抵押權者，債權人變賣由債務人或第三人不移轉占有，而供其債權擔保之不動產，就其賣得價金先受清償之物權也（第八六〇條）。分析述之：

（一）抵押權之主體限於債權人

即抵押權須與其所擔保之債權，同屬於一人；此乃其為擔保物權當然所生之結果。稱此債權人曰抵押權

人。

(二) 抵押權之標的爲由債務人或第三人不移轉占有而供債權擔保之不動產

抵押權之標的，爲由債務人或第三人提供債權擔保之物。(註一)此與質權同。所異者，其標的物須爲不動產。若爲動產，只能就之發生質權或留置權，不能發生抵押權。(註二)故抵押權爲不動產物權。又其不動產須不移轉占有。卽仍由其所有人繼續占有之。若已由其所有人移轉占有於權利人，則其權利乃典權而非抵押權。(註三)稱此不動產曰抵押物。稱此不動產之所有人曰抵押人。

(註一)抵押權之標的物，有爲債務人之所有物者，卽債務人以其所有物，供自己負債之擔保。有爲第三人之所有物者，卽第三人以其所有物，供債務人負債之擔保。學者稱此第三人曰物上保證人。如甲因其友乙負丙千元，將其不動產向丙設定抵押權以擔保之是。

(註二)動產因無登記制度，故不適於爲抵押權之標的。但船舶雖爲動產，不妨就之設定抵押權，乃其例外(海商法第三四條至第三八條參照)。

(註三)抵押權之發生，因無須交付抵押物，在抵押權人方面，既無保管抵押物之煩；在抵押人方面，又有繼續用益其物之便。實爲擔保物權中最適宜之制度。故各國民法多明認之。

(三) 抵押權之內容在變賣抵押物就其賣得之價金先受清償

卽抵押權人對於抵押物，有變價權與優先權，而無占有權與用益權。抵押權人之有變價權，此徵諸第八七三條有「抵押權人得聲請法院拍賣抵押物」之規定，毫無可疑。其拍賣程序，雖應由法院爲之，但法院非基於

抵押權人之聲請，不得自動的實行拍賣，且亦不得任意駁回抵押權人之聲請，故其變賣之權，應認為屬諸抵押權人。至於抵押權人之優先權，在第八六〇條及第八七三條，雖無明文規定，然不難由第八七七條但書之反對解釋而推知之。蓋依同條但書之規定，土地所有人於設定抵押權後，在抵押之土地營造建築物者，抵押權人若將其建築物與土地併付拍賣，對於建築物之價金，無優先受清償之權。足見其對於土地之價金，有優先受清償之權也。（註一）

（註一）日本民法第三六九條一項規定：「抵押權人就於債務人或第三人不移占有而供債務擔保之不動產，有先於他之債權人，受自己債權清償之權利。」舊民法第一一三五條從之。均明認抵押權人有優先權。新民法第八六〇條及第八七三條只定：「抵押權人得就抵押物之賣得價金受清償。」而無優先之字樣，殊不足以表明抵押權之特質。蓋其抵押物若為債務人之所有物，則抵押權人以一般債權人之資格，本就其物之賣得價金受清償，何必法律之特別規定哉？故應解為有優先權為當（最高法院二十二年上字第二五二號判例參看）。

如上所述，抵押權乃以不動產為標的之物權，其支配力當然及於不動產之全部。故其抵押之不動產，雖經分割或讓與其一，其抵押權仍存於各部之上，不受影響。其以供抵押之數不動產中之一，讓與他人時，亦同（第八六八條）。又抵押權為擔保債權之權利，當然附隨於債權之全部。故其所擔保之債權，雖經分割或讓與其一，其抵押權仍為各債權之擔保而存續，不受影響。其債務分割時亦同（第八六九條）。多數學者，以此謂抵押權為不可分之權利。（註二）實則抵押權性質上非不可分。蓋抵押物被分割而成數個之物時，其抵押權當按其分割之數

被分爲數個。(註二)又其所擔保之債權被分割而成數個之債權時，其抵押權亦按其分割之數被分爲數個。(註三)此其明證也。

(註一)此爲日本學者之通說。我國余榮昌民法要論物權一〇七頁，劉鴻漸物權法論二七〇頁，鍾洪聲物權新論一七八頁，王去非物權論二二四頁，胡長清物權精義七五頁均從之。

(註二)因有一個抵押物，即能發生一個抵押權。此際既有數個之抵押物，當然發生數個抵押權。蓋即以數個抵押權，共同擔保一個之債權。
(註三)因有一個債權，即可爲之設定抵押權。此際既有數個之債權，當然亦有數個抵押權。蓋即以一個抵押物，同時擔保數個之債權。但此數個抵押權，同時發生，其效力亦相等，彼此無優劣之分。與通常就一個不動產，先後設定數個抵押權者不同。

第二款 抵押權之發生

抵押權發生之原因有二，即法律行爲與法律規定是也。分述之：

第一 法律行爲

抵押權原則由當事人以法律行爲設定之。以設定行爲，有爲契約者，有爲遺囑者，均因登記始生效力；且須訂立書據，故爲要式行爲（第七五八條第七六〇條）。

設定抵押權者（即抵押人），必須爲抵押物之所有人；但是否債務人自身抑爲第三人，則非所問。其設定行爲中，應載明抵押物及其所擔保之債權，並得訂明其所擔保債權之範圍（第八六一條但書）。

第二 法律規定

抵押權有單純基於法律之規定而發生者，即第五一三條規定：「承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物，或為此等工作物之重大修繕者，承攬人就承攬關係所生之債權，對於其工作所附之定作人之不動產有抵押權」是也。此即第八八三條所謂之法定抵押權。

抵押權只有變價權及優先權，其性質上不能於一定期間內繼續行使，乃因一次行使即歸消滅之權利，故無取得時效之適用（第七七二條第九六六條參照）。

第三款 抵押權之範圍

抵押權之範圍，得由其標的物與其所擔保之債權兩方面，觀察之：

第一 抵押權標的物之範圍

抵押權之標的物，為抵押人所提供之不動產（即抵押物）固矣。但法律為鞏固抵押權之效力，特擴張其標的物之範圍，列舉於左：

（一）抵押權之效力，及於抵押物之從物及從權利（如地役權）。但第三人於抵押權設定前就從物取得之權利（如動產質權），不因抵押權之存在而受影響（第八六二條）。（註一）

（註一）附加於抵押物之物，已成抵押物之一部分者，其抵押權之效力，當然及於其上。其附加時期是否在抵押之前抑在抵押之後均非所問。如於抵押之土地上栽植樹木是。反之，雖附加於抵押物，而未組成其部分者，則抵押權不及其效力，例如於抵押之土地上營造建築物是（第八七七條參看）。

(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（第八六三條）。其未分離之天然孳息，不外抵押物之一部分（如附着土地上之農產物），為抵押權效力之所及，更無待論。其分離之原因，出於人為，抑基於自然，法律雖不加制限；但其分離之時期，則限於抵押物扣押之後（即拍賣裁定之後）。故扣押前分離之孳息，抵押權不及其效力。蓋非如是，不免妨害抵押人就於抵押物為收益之權利也。

(三) 抵押權之效力，及於抵押物扣押後就抵押物得收取之法定孳息。故實施抵押物拍賣之法院，應向清償法定孳息之義務人（如抵押物之承租人）收取法定孳息。但抵押權人非以扣押抵押物之事情，通知清償法定孳息之義務人，不得與之對抗（第八六四條）。故此際其法定孳息若已被抵押人所收取，則只能向抵押人追繳，不得再向義務人請求清償。

第二 抵押權所擔保債權之範圍

抵押權所擔保之債權，當事人已以契約明定其範圍時，從之。若無特別訂定，則抵押權所擔保者，為（一）原債權，（二）約定利息，（三）遲延利息，（四）實行抵押權之費用四項（第八六一條）。蓋約定利息與法定利息，以廣義言，本為原債權之一部。又實行抵押權之費用，乃抵押權當然發生之結果，倘無特別訂定，自亦應以抵押權擔保之。但其關於利息之訂定，應於抵押權登記時，與原債權一併登記（不動產登記條例第一〇二條）。（註一）

(註一) 違約金與損害賠償兩項，爲第八六一條規定所不及，當然不屬抵押權所擔保範圍之內。但因原債權給付不能所生之損害賠償請求權，其性質乃原債權變更其內容，而非新發生之權利（拙著中華債法論綱七三頁參看），理論上應以抵押權擔保之，無須明文規定也。

第四款 抵押權之效力

抵押權之效力，可就抵押權人之權利，與抵押權之優先的效力，分述之：

第一 抵押權人之權利

抵押權爲擔保物權，且其權利人不占有抵押物，故抵押權人只得於其所擔保之債權，已屆清償期，未受清償之時，聲請法院拍賣其抵押物，就其賣得價金先受清償（第八七三條一項）。不得就其抵押物爲使用收益。抵押權人因不占有其抵押物，故無物上返還請求權與相鄰權。但不妨有物上保全請求權。若抵押人或第三人，有現實妨害其權利之行為，或有妨害其權利之虞者，抵押權人爲保全其權利，自得請求其除去或防止之。在其妨害基於抵押人之行為時，若有急迫情事，抵押權人尙得自爲必要之處分。因其處分所生之費用，由抵押人負擔（第八七一條）。（註一）

(註一) 第八七一條專就抵押人爲足使抵押物價值減少之行為時，而設之規定。其對於第三人所爲之妨害行為，則不一併提及。然抵押權爲支配抵押物之物權，而非對於抵押人之債權；抵押權人對於抵押人之妨害行為，既有請求除去或防止之權利，則其對於第三人之妨害行為，當然亦得請求除去或防止之。且地役權人不占有其標的物，與抵押權人同；地役權人既有物上保全請求權（第八五

八條參照），則抵押權人斷無不有此權利之理。故類推及之。

第二 抵押權之優先的效力

抵押權爲制限物權之一種，有優先於抵押物所有權之效力；從在其權利目的之範圍內，所有權之作用，當然受其制限。但出此範圍，抵押人仍有一切之權能。如占有、使用、收益其抵押物皆是。反之，處分其抵押物之行爲，則不得爲之。倘抵押人已爲處分抵押物之行爲，致其物之價值減少時，卽爲抵押權之侵害，抵押權人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（第八七二條一項）。（註一）

（註一）第八七二條一項雖只規定抵押物價值減少，而未明定其價值減少因抵押人之行爲而生；然其第二項有「抵押物之價值因非可歸責於抵押人之事由致減少者」之文句，兩相對照之結果，則其第一項之價值減少，係因可歸責於抵押人之事由而生，不難依此斷定（舊民法第一一五九條參照）。

抵押權非獨占的支配抵押物之物權，無絕對的排他性；抵押人於設定抵押權後，不特仍得將其抵押物之所有權讓與第三人，且得就其抵押物，設定地上權、永佃權、地役權、典權等用益物權，或再設定抵押權。然原有之抵押權，不因此而受影響（第八六五條第八六六條及第八六七條）。所謂不受影響云者，卽其抵押權不因所有權之讓與及其他物權之設定而消滅，或減縮其內容之義。分述之：

（一）抵押人讓與其抵押物之所有權時，抵押權人仍得對於第三取得人（卽受讓人），主張抵押權之存續。

(二) 抵押人就抵押物設定用益物權時，抵押權人得否認其以後所設定之用益物權，而拍賣其抵押物。即其以後所設定之用益物權，因抵押物之拍賣，歸於消滅。蓋其用益物權若不消滅，則抵押物之賣得價金，必至減少，不免妨害抵押權人之利益也。

(三) 抵押權人就抵押物再設定抵押權時，則其以後所設定之抵押權，其效力劣於先設定之抵押權。將來抵押物拍賣時，先之抵押權人（即第一抵押權人），得就抵押物之賣得價金先受清償。後之抵押權人（即第二抵押權人），祇得就其餘額受清償。其先後之次序，依登記之先後定之。學者稱此次序，曰抵押權之順位。

以上係就抵押人任意處分其所有權者而言。至於法院就抵押物之所有權所為之強制處分，如假扣押及強制執行等，其情形相同，抵押權人當然不得禁止之。但其抵押權亦不因此等強制處分而受影響。（註一）

（註一）最高法院二十二年上字第四〇一號判決要旨謂：「第三人對於假扣押之不動產有抵押權時，雖就該不動產之賣得金，有優先受償之權，但不得禁止他人就該不動產為假扣押。」又同年上字第二一一七號判決要旨謂：「抵押權之效力，僅得就權利標的物之賣得金，優先受償，並不得以阻止所有人為其所有物之讓與。故所有人苟因另欠債務，由其他債權人對於該抵押權之標的物，聲請執行，若與抵押權人應受優先清償之權利不生影響，則抵押權人即不得據以訴請阻止執行。」均明示此意。

第五款 抵押權之實行

抵押權所擔保之債權，其債務人於清償期不清償債務，抵押權人就抵押物取償時，謂之抵押權之實行。實行抵押權與否，乃抵押權人之自由。故抵押權人固得實行抵押權，就其抵押物取償，亦得不行使抵押權，而請求債務

人清償。其債務人不得以先就抵押物行使權利爲抗辯。(註一)

(註一)最高法院十九年上字第七四六號判決要旨謂：「債權之附有擔保者，債權人固得就擔保物行使權利，然並非其義務。故債權人如要求現款清償，債務人即不得以應先就擔保物行使權利爲抗辯。」又二十二年抗字第七二四號裁定要旨略謂：「債權人行使債權時，並不以就擔保物減價抵償爲限；債務人亦無強以擔保物供清償之權。」均明示此旨。

一 抵押權實行之方法，抵押權人得與抵押人以契約訂定之。或約明由抵押權人取得抵押物之所有權，以抵償債權；或約明以拍賣以外之方法（如照市價變賣之類），處分其抵押物，均無不可。但不得因此害及其他抵押權人之利益（第八七八條）。故在其抵押人已就抵押物設定第二抵押權時，即不能將抵押物減價抵償第一抵押權人。又其抵償契約，不得預於債權未屆清償期前爲之；否則其約定無效（第八七三條二項）。蓋恐抵押權人利用抵押人之困迫，故意壓抑抵押物之價額，加損害於抵押人故也。

倘抵押權人與抵押人未有上述特約，則其抵押權之實行，應以拍賣抵押物之方法爲之（第八七三條一項）。抵押權人不得逕將抵押物之所有權，歸屬自己（最高法院十九年上字第九四五號判例參照）。抵押人亦不得強以抵押物作價，代充債務之清償（最高法院十八年上字第二〇二九號判例參照）。茲將關於拍賣抵押物之各事項，分述於左：

(一) 拍賣之時期 應在其所擔保之債權已屆清償期之後，不以已向債務人催告清償爲必要。

(二) 拍賣之條件 祇須其抵押權人到期未受其債權之清償，不必先經法院確定之判決。司法院院字第四九三號解釋謂：「抵押權人對於抵押物欲實行其抵押權，非先訴請法院判決確定，不得執行拍賣。」未免與第八七三條一項之明文不合，實屬費解。(註一)(註二)

(註一) 院字第四九三號解釋，未附理由。推其意，不外以拍賣抵押物，屬於強制執行之程序(因原解釋內有「執行拍賣」一語)。強制執行，必須根據債務名義爲之，故拍賣抵押物，亦須先訴請法院判決確定而後可。然拍賣抵押物一事，既規定於民法(第八七三條以下)，不規定於民事訴訟執行規則，又其拍賣係依拍賣法爲之，不依民事訴訟執行規則爲之(民法債編施行法第一四條類推)，而謂此乃強制執行之程序，既屬毫無根據，且拍賣抵押物，如果確屬強制執行之程序，則對於債務人所有不動產之強制執行，在民事訴訟執行規則第五二條以下，本有詳密之規定。抵押權人已得根據該規則第六一條，聲請拍賣抵押物，何必於民法第八七三條再設聲請拍賣抵押物之規定哉？且民法上所設關於拍賣之特別規定，除第八七三條所定抵押物之拍賣外，尚有第三三一條關於給付物之拍賣，第五八五條一項關於買受物之拍賣，第六二一條關於寄託物之拍賣，第六五〇條三項關於運送物之拍賣，及第八九二條第八九三條一項關於質物之拍賣等規定。此等拍賣，均屬非訟事件，與抵押物之拍賣性質相同。若照上述解釋，則將謂此等拍賣，亦須先訴請法院判決確定，方得爲之，有是理乎？況抵押物原不以債務人之所有物爲限，亦有爲第三人所有物。若照上述解釋，則在抵押物爲債務人之所有物時，抵押權人應先以債務人爲被告，提起給付之訴，經判決確定後，再就抵押物聲請拍賣，固無問題。而在其抵押物爲第三人所有物時，則抵押權人應對債務人起訴乎？抑應對第三人起訴乎？又其所提起之訴，爲請求履行債權之訴(給付之訴)乎？抑爲確認抵押權存在之訴(確認之訴)乎？倘以債務人爲被告，提起給付之訴，則其判決之效力，不及該第三人，自不得據此判決對於該第三人所有物爲強制執行，即不得聲請拍賣抵押物。反之，若以第三人爲被告，提起確認之訴，則法院就之所爲之判決，乃確認判決，而非給付判決。按確認判決，不得爲強制執行之債務名義，更不得據此判決，對於該第三人所有

物爲強制執行，即亦不得聲請拍賣抵押物。此外復無適當之辦法。則抵押權人之聲請拍賣權，不免有名無實；第八七三條之規定，直同虛設矣。（參看法律評論第五〇〇期所載拙作「拍賣抵押物果須先經確定判決乎」一文）。

（註二）最高法院二〇年抗字第七七二號判例，曾說明院字第四九三號解釋之理由。略謂：「民法第八七三條雖規定抵押權人於債權已屆清償期，而未受清償者，得聲請法院拍賣抵押物，就其賣得價金而受清償。但依第七五八條，不動產物權依法律行爲而取得設定喪失及變更者，非經登記不生效力；而依民法物權編施行法第三條一項，民法物權編所規定之登記，另以法律定之；故抵押權人苟未能依該項所請之登記法爲登記者，即不能謂係依物權編規定已經登記之抵押權。現在登記法與拍賣法均未制定施行，對於拍賣之程序，尙未有嚴密之法規，故第四九三號解釋，謂抵押權人對於抵押物欲實行其抵押權，非經訴請法院判決確定，不得執行」云云。不外以未能依民法物權編施行法所規定之登記法而爲登記之抵押權，不適用民法第八七三條之規定。然押抵押權未能依登記法登記前，只不適用民法物權編關於登記之規定（民法物權編施行法第三條二項參照），非不適用民法第八七三條之規定。上述理由，亦欠充分。

（三）拍賣之程序 應由抵押權人聲請法院爲之。法院拍賣抵押物時，本應依拍賣法之規定（民法債編施行法第一四條類推）；現在拍賣法尙未制定施行，不外暫照民事訴訟執行規則之規定爲之。

（四）拍賣之標的 以抵押權之標的物爲限；但土地所有人於設定抵押權後，在抵押之土地上，營造建築物者，抵押權人於必要時，得將其建築物與土地併付拍賣。此際抵押權人就於建築物之價金，無優先受清償之權（第八七七條）。

（五）拍賣之結果 可分爲三：即抵押物權利之變動，與其賣得價金之分配，及物上保證人之權利是也。

分述之：

(甲) 抵押物權利之變動

抵押物拍賣後，抵押人喪失其所有權，第三人（指拍定人）取得其所有權。又原抵押權，及該抵押權設定後就抵押物所生之制限物權（不問其為用益物權抑為抵押權），均歸消滅。（註一）但在例外情形，有反生法定地上權者。即（1）土地及其土地上之建築物，同屬一人所有，而僅以土地或僅以建築物抵押者，於抵押物拍賣時，視為已有地上權之設定。（2）土地及土地上之建築物，同屬一人所有，而以土地及建築物抵押者，如經拍賣，其土地與建築物之拍定人各異時，亦視為已有地上權之設定。此等情形，其地上權之地租，由當事人協議定之。協議不諧時，得聲請法院定之（第八七六條）。

（註一）在原抵押權設定前，就抵押物所已生之制限物權，若為抵押權，則因抵押物之拍賣，亦歸消滅。若為用益物權，則不因抵押物之拍賣而受影響，仍舊存續，其權利人得以其物權，向拍定人主張。

(乙) 抵押物價金之分配

抵押物拍賣所得之價金，應先提充拍賣之費用，次以償還抵押權人之債權。其抵押權人如有二人以上，其價金應按各抵押權人之次序，依次分配之。其次序相同者，按其債額平均分配之（第八七四條）。倘抵押物之價金，除清償各抵押權人之債權後，尚有剩餘，則以其餘額交還抵押人。如尚不足，則未受清償之抵押權人，仍得

以其不足額，對於債務人行使權利。

爲擔保一個債權，於數個不動產上，設定數個抵押權時，則抵押權人不妨將其數個不動產同付拍賣，或擇一拍賣。在此情形，若當事人於設定當時，已限定各不動產所負擔之債額者，則抵押權人自應按其所定金額，就各不動產賣得之價金，分別取償。若無此限定，則各不動產均擔保債權之全部，抵押權人得任意就各個不動產賣得之價金，受債權全部或一部之清償（第八七五條）。此可稱連帶擔保，或物上連帶。與共同保證人之連帶負責，情形相同（第七四八條參照）。（註一）

（註一）第八七五條關於物上連帶之規定，係從德國立法例（德民第一一三二條參照）。由實際觀察，易生不公平之結果。即（甲）其數不動產各異其所有人時，若抵押權人專就一個不動產之價金取償，則該不動產之所有人，獨蒙損失，其不公平者一。例如：甲負乙千元，丙丁各以不動產供抵押，嗣乙專就丙之不動產價金千元取償是。（乙）數不動產雖同其所有人，然各不動產上已設定第二抵押權時，若抵押權人專就一個不動產之價金取償，則該不動產上之第二抵押權人，亦不免獨家損失，其不公平者二。例如：甲負乙千元，以A B兩不動產供抵押，嗣復以A不動產向丙抵押五百元，以B不動產向丁抵押三百元，其後拍賣A不動產，得價千元，乙專就之取償，丙因之不能受分配是。（甲）之情形，因物上保證人相互有代位權（後詳並參看拙著中華債法論綱第一一一頁），尙足以資救濟。在（乙）之情形，則無補救之辦法。依日本民法第三九二條之規定，此際乙之千元債權，應先按A B各不動產之價額，使兩不動產分擔之。假定A B兩不動產之價額均爲千元，則其負擔額各爲五百元，乙本應就A B兩不動產之價金各千元中，各取價五百元。今乙既專就A不動產之價金取償千元，則丙得代位乙，就B不動產之價金中，優先取償五百元，使丙丁之間，歸於公平，實屬至當。借我民法不採其規定。

(丙) 物上保證人之權利

抵押物拍賣後，其抵押人喪失所有權，已如上述。若該抵押物係債務人自己所有，則債務人以自己之物，抵償自己之債務，固不生求償之問題。若係第三人所有，則第三人於喪失所有權後，對於債務人有求償權，是即物上保證人之求償權。其求償之範圍，依物上保證人與債務人相互間之關係而定。即(1)在物上保證人因受債務人之委託，而設定抵押權時，則其相互之關係，為委任之一種。其物上保證人，得依第五四六條之規定，向債務人求償。(2)在物上保證人不受債務人之委託，而設定抵押權時，則其相互之關係，為無因管理。其物上保證人，得依第一七六條及第一七七條之規定，向債務人求償。

物上保證人除得向債務人求償外，且得代位債權人。即債權人對於債務人之債權，於其求償之限度內，移轉於物上保證人。其債權之擔保，及其他從屬之權利，亦隨同移轉。是即物上保證人之代位權(第八七九條第七四九條)。(註一)至其代位權之效力，詳於債法，(註二)茲不贅及。

(註一)第八七九條原定：「物上保證人因抵押權人實行抵押權，致失抵押物之所有權時，依關於保證之規定，對於債務人有求償權。」而

不定明有「代位權」。然我民法就於保證並未特設求償權之規定，只有代位權之規定(即第七四九條)。應解為物上保證人依關於保證之規定，對於債務人有代位權為正當。至其求償權，已有第五四六條第一七六條第一七七條，足資依據，自無特設規定之必要。又第八七九條對於物上保證人之代位債權，亦一併予以規定。然物上保證人代位債權時，依第三一二條之規定，對於債務人，已有代位權，更不必再設此規定。故同條「代位債權」一語，應行刪去。

(註二)拙著中華債法論綱第一〇九頁以下關於債權之法定移轉之所述參看。

第六款 抵押權之消滅

抵押權因左列事由發生而消滅。但其所擔保之債權，如非另有消滅原因，非當然隨同消滅。

(一) 抵押物全部滅失

抵押權爲存於抵押物上之權利；抵押物全部滅失時，抵押權當然消滅。但其滅失因歸責於第三人之事由而生，抵押人得由第三人受領賠償金時，應按各抵押權人之次序分配之，與其賣得之價金同。學者稱此情形曰物上代位（第八八一條）。

抵押物因一部滅失或毀損，致減少其價值者，其抵押權只縮小其範圍，非歸於消滅。但其價值之減少，因歸責於第三人之事由而生，抵押人得由第三人受領賠償金時，抵押權人於抵押人得受損害賠償之限度內，得請求其提出相當之擔保（第八七二條二項）。

(二) 混同

抵押權與抵押物之所有權，同歸一人時，原則其抵押權歸於消滅（第七六二條）。

(三) 拋棄

抵押權爲財產權，其權利人得拋棄之，其抵押權即因拋棄而消滅（第七六四條）。其拋棄不外以意思表示

示向抵押人爲之（第八三四條二項類推）；且因登記始生效力（第七五八條）。

（四）第三人之原始取得

第三人因時效原始的取得抵押物之所有權時，則抵押權消滅。又其抵押物因公用被收買時，則與辦事業人即原始的取得其所有權，其抵押權亦消滅。但抵押人依土地徵收法第三十條之規定，所得受領之補償金額，應按各抵押權人之次序分配之（第八八一條類推）。

（五）抵押權之實行

抵押權人因實行抵押權，將抵押物拍賣，或依其與抵押人之契約，以之抵償債權，或以拍賣以外之方法處分之時，則抵押權人已達其目的；不問其債權已否全部消滅，其抵押權均歸消滅。

（六）債權全部消滅

抵押權乃附屬於其所擔保之債權而存在；若債權全部消滅，則其抵押權當然消滅。但其債權一部消滅時，其抵押權仍舊存續，不生一部之消滅。

債權之消滅時效完成時，只其請求權能消滅，其債權自體不消滅。從其抵押權亦不消滅（第一四五條一項參照）。但抵押權人於其請求權消滅完成後五年間，不實行其抵押權時，其抵押權消滅（第八八〇條）（註二）。

（註二）民法物權編施行前以抵押權擔保之債權，依民法之規定，其請求權消滅時效已完成者，抵押權人得於物權編施行之日起，五年間

實行其抵押權。但自請求權消滅時效完成後，至物權編施行之日，已逾十年者，其抵押權消滅（民法物權編施行法第一三條）。

第七款 準抵押權

抵押權之標的，本限於不動產。然地上權、永佃權、典權等存於不動產上之物權，例外亦許其為抵押權之標的，使之準用關於抵押權之規定。學者稱此以不動產物權為標的之抵押權，曰準抵押權（第八八二條第八八三條）。依我民法第八八三條之規定，準用關於抵押權之規定者，除準抵押權外，尚有法定抵押權一種。然法定抵押權，不過基於法律之規定而生，其性質乃真正之抵押權，當然適用關於抵押權之規定。第八八三條特予一併規定，不但毫無必要；且不曰適用而曰準用，尤為失當。

第三節 質權

第一款 質權之性質

質權者，債權人占有並變賣由債務人或第三人移交，而供其債權擔保之動產，就其賣得價金先受清償之物權也（第八八四條）。析言之：

（一）質權之主體限於債權人

即質權須與其所擔保之債權，同屬於一人；此乃其為擔保物權當然所生之結果。與抵押權同。稱此債權人

曰質權人。

(二)質權之標的爲由債務人或第三人移交而供債權擔保之動產

質權之標的，爲由債務人或第三人提供債權擔保之物，此與抵押權同；但須爲動產。若爲不動產，則不能就之發生質權。此因我民法不認不動產質權之故。又其動產必須已由其所有人移交債權人占有。若尙在其所有人繼續占有之間，其質權亦不發生。蓋動產既無登記制度，倘不移轉占有，則無以使第三人認識其質權之存在，有害交易之安全也。稱此動產，曰質物。此動產之所有人，曰出質人。

因質權以動產爲標的，故民法有時特稱之曰動產質權，(註一)不外欲以此與權利質權(第九〇〇條以下參照)區別。實則權利質權，係以權利爲標的，只得謂爲準質權，而非真正之質權；與第八八二條之準抵押權同其性質。故余不用動產質權與權利質權之名稱，而代以質權與準質權。

(註一)第八八四條第八九五條第八九六條第八九七條一項第八九八條及第八九九條，均有動產質權之語，而第八八五條第八八七條第八九一條及第八九七條二項，又均簡稱之爲質權，未免自相抵觸。不如一律改爲質權較爲妥適。

(三)質權之內容在占有質物並變賣之就其賣得之價金先受清償

即質權人對於質物有占有權、變價權與優先權。詳言之：卽在其所擔保之債權未屆清償期以前，得扣留質物，以預防債務人之不履行；在其所擔保之債權已屆清償期之後，得變賣質物，就其價金先受清償(第八九三

條一項參照)；與後述之留置權，略同其效用。但留置權之作用，重在扣留(第九三六條參照)；質權之作用，重在變賣抵償；二者又有差異耳。(註一)

(註一)質權人於其所擔保之債權已屆清償期之後，若未受清償，即得拍賣質物，就其價金取償(第八九三條)。其拍賣前之扣留，不外拍賣之準備行為。反之，留置權人於其所擔保之債權已屆清償期之後，僅得扣留留置物(第九二八條)，並定六個月以上之期限，催促債務人清償。至逾限尙未受清償時，始得拍賣其留置物(第九三六條)。足見其拍賣不過最終之救濟辦法。此即兩者效用之所以不同也。

第二款 質權之發生

質權發生之原因有三，即法律行為、取得時效及即時取得是也。分述之：

第一 法律行為

質權原則由當事人以法律行為設定之。此設定行為，有為契約者，有為遺囑者，均須移轉質物之占有(即交付質物)，始生效力。且其移轉占有，必須現實為之；質權人不得使出質人代自己占有質物(第八八五條)。即不得依占有之改訂，而為質權之設定。蓋欲藉此使一般人知其有質權之發生也。

設定質權者(即出質人)，通常為質物之所有人；但對於動產有質權者，亦得以其質物轉質於第三人(第八九一條參照)，至出質人之為債務人自身抑為第三人則非所問。其設定行為，必須指質物及其所擔保之債權，並得訂明其所擔保債權之範圍(第八八七條但書)。

因設定行爲取得質權者（即質權人），固限於債權人；而其債權人之種類，則法律不加制限。惟在當舖或其他以受質爲營業者所取得之質權，不適用民法物權編關於質權之規定（民法物權編施行法第一四條）。因將來當另以單行法（如日本之質屋取締法）規定之故也。

第二 取得時效

質權理論上亦得依時效而取得之。即債權人以擔保債權之意思，五年間和平公然繼續占有他人之動產者，即取得其質權（第七六八條第七七二條）。

第三 即時取得

質權爲動產物權，得依即時取得而取得之；與動產所有權同。即債權人以質權之設定爲目的，由無處分權人善意受讓動產之占有者，即時取得該動產之質權（第八八六條第九四八條）。如甲負乙百金，而以丙託其保管之鋼琴質乙，乙不知而受之是。關於即時取得之要件效力及制限等，前已詳述（第二章第六節第二款參看），茲不再贅。

第三款 質權之範圍

質權之範圍，得由其標的物，與其所擔保之債權兩方面，觀察之：

第一 質權標的物之範圍

質權之標的物，爲出質人所移交之動產（即質物）固矣。但法律爲鞏固質權之效力起見，特使其效力及於質物之孳息。故除設定行爲另有訂定外，質權人不但得扣留已由質物分離之孳息；其尙未分離者，且得自行收取之（第八八九條）。惟其收取孳息時，應以對於自己財產同一之注意，並以出質人之計算爲之（第八九〇條一項）。所謂以出質人之計算云者，即其所收取孳息之所有權，仍屬出質人，其質權人只得就之取得質權而已。

質權之效力，既及於質物之孳息，故質權人不妨以此孳息抵充其所擔保之債權。其抵充之順序，第八九〇條二項設有特別規定。即其孳息應先抵充收取孳息之費用，次抵充原債權之利息，最後抵充其原本。若其孳息與其所抵充之費用利息及原本，爲異種類之物，除由出質人與質權人協議估價抵償外，應依第八九三條一項之規定拍賣之，以其賣得之價金抵償。

第二 質權所擔保債權之範圍

依質權擔保之債權，在設定行爲已定其範圍時，從之。若無特別訂定，則其所擔保者，爲（一）原債權，（二）約定利息，（三）遲延利息，（四）實行質權之費用，（五）因質物隱有瑕疵而生之損害賠償共五項（第八七條）。前四項與抵押權相同（第八六一條參照），第五項則爲質權所特有。因質權人同時占有質物，故有此特別規定。惟此種因質物隱有瑕疵而生之損害，出質人於如何條件之下，對於質權人方負賠償之責任？法無

明文，不外準用第五九六條關於寄託之規定以解決之。即質權人因質物隱有瑕疵所受之損害，出質人原則應負賠償責任；但出質人於移交質物時，非因過失而不知質物之有瑕疵，或為質權人所已知者，不在此限。（註一）

（註一）因原債權給付不能所生之損害賠償請求權，其性質乃原債權變更其內容，應屬質權擔保之範圍，此與抵押權同（註一九三參看）。又質權人因保管質物所支出之費用，出質人既負償還之義務，理論上亦應以質權擔保之（日本民法第三五〇條第二九九條參看）。第八八七條未予一併規定，不無疏漏。

第四款 質權之效力

質權之效力，可分質權人之權利與義務述之。

第一 質權人之權利

（一）占有權

質權之發生，以質權人占有質物為要件（第八八五條）；則在其質權發生後，當然得繼續占有質物，至質權消滅之日為止。

（二）物上請求權

質權為物權，且含有占有權，當然有物上請求權。故對於侵奪質物者，得請求其返還；對於妨害其質權者，得請求其除去；其有妨害之虞者，得請求防止之。此點民法雖無明文規定，但理論上以準用第七六七條為適當。

(三) 優先權與變價權

即質權人得就質物之賣得價金，較之出質人之其他債權人，先受其所擔保債權之清償。因欲受優先之清償，並得變賣其質物。是即質權之實行，應另詳於次款。

(四) 用益權

質權為擔保物權，而非用益物權，質權人本不得使用或收益其質物。但出質人允許質權人用益時，或依質物之性質，保管上以用益為必要時，例外得用益之。其因收益所得之孳息，質權人只得就之取得質權，而不取得其所有權，已如前款所述。故其收益行為，實際上不外代出質人為之而已。

(五) 償還費用請求權

質權人有保管質物之義務（後詳），其因保管質物所支出之必要費用，得請求出質人如數償還。此乃類推第九三四條之規定，當然所生之結果也。

(五) 轉質權

質權人於質權存續中，得因擔保自己對於第三人所負之債務，將質物轉向第三人設定新質權（第八九一條）。稱此設定新質權之行為，曰轉質。取得新質權之第三人，曰次質權人。

轉質乃以質物轉質他人，與原質權及其所擔保之原債權無涉。（註一）其性質與前述之轉典相同。轉質行

爲之內容，法律上雖非如轉典之設有制限（第九一五條參照），然次質權人之取得新質權，不外創設承繼之一種；其新質權之範圍，當然不能較大於原質權。故新質權所擔保之債額，不得逾原質權所擔保之債額；在原質權尙未具備實行權利所必需之條件以前（如其所擔保之債權未屆清償期之類），新質權亦不得實行；此爲當然之解釋。（註二）又因轉質致出質人受損失時，不問其質權人與次質權人有無過失，質權人均應負賠償之責（第八九一條後段）。

（註一）關於轉質之性質，從來有四說：（一）共同出質說。謂轉質係質權人將其質權與該質權所擔保之債權，共同出質於第三人。（二）質物出質說。謂轉質乃質權人將質物轉向第三人設定新質權。（三）質權出質說。謂轉質乃質權人將質權轉向第三人設定權利質權。（四）附條件質權讓與說。謂轉質乃質權人將其質權讓與第三人，而附以解除條件；即將來第三人對於質權人之債權消滅時，其質權當然復歸於質權人（日儒三浦信三擔保物權法三一九頁以下參看）。我民法第八九一條，有「將質物轉質於第三人」云云，其採第二說也無疑。劉鴻漸氏物權法論三〇三頁謂：「質權人非質物之所有人，無就質物設定質權之權限。」主張質物出質說，不可採用。然質權人就質物設定第三人之新質權，乃第八九一條所特別賦與之權限；不得因其非質物之所有人，即謂其無此處分權。劉氏僅以此爲反對第二說之理由，尙非充分。

（註二）轉質乃質權人將其質物出質於第三人，與原債權無涉。故出質人於轉質後，仍得向質權人清償其負債，以消滅其原質權。然則此際次質權人之質權，因之消滅否乎？由轉質之本質言，轉質既與原質權無涉，則新質權本不隨同原質權而消滅。惟民法第八九一條有「質權存續中」云云，足見新質權僅得於原質權存續中存在，故應解爲新質權隨同原質權而消滅。

有轉質時，質權人之質權，依舊存續；次質權人新取得質權，非原有質權之移轉。故與質權之讓與不同。此際

在同一動產上，有兩個質權之存在；次質權人之質權，雖發生在後，其效力優於質權人之質權。與通常情形以權利發生之先後，定其效力之優劣者不同。又次質權人之質權，當然優於所有權；故次質權人得以其質權與出質人對抗。

第二 質權人之義務

(一) 保管質物之義務

質權人得占有質物，同時亦應以善良管理人之注意，保管質物。倘違此規定，致出質人受有損害時，不得免其賠償之責（第八八八條）。但質物有敗壞之虞，或其價值顯有減少，足以害及質權人之權利者，質權人不妨拍賣其物，以其賣得價金代充質物（第八九二條）。其拍賣程序，除於可能範圍內，應預行通知出質人外（第八九四條），不外依拍賣法之規定為之。現在拍賣法尚未公布施行，得照市價變賣；但應經法院、公證人、警察官署、商會或自治機關之證明（民法債編施行法第一四條及司法院院字第九八〇號解釋參照）。

(二) 返還質物之義務

質權所擔保之債權消滅時，則質權亦隨之消滅。此際質權人無繼續占有質物之權利，應將其物返還於有受領權之人（第八九六條）。又其質權因其他事由而消滅，其質物尚在質權人占有中時，由理論上言，質權人亦負返還之義務。第八九六條未予一併規定，仍嫌遺漏。如質權人拋棄其質權時，即其一例（瑞士民法第八八

九條參照)。

第五款 質權之實行

質權所擔保之債權已屆清償期，其債務人不清償債務時，質權人得就質物取償。是即質權之實行。其實行之方法，質權人得與出質人以契約訂定之。或約明由質權人取得質物之所有權，以抵償債權；或約明以拍賣以外之方法，處分質物；均無不可。但不得因此害及其他質權人之利益（第八九五條及第八七八條）。且其抵償契約，不得預於債權未屆清償前爲之；否則其約定無效（第八九三條二項）。其理由與就於抵押權所述者同（本章第二節第五款參看）。

倘質權人與出質人，未有上述特約，則其質權之實行，應以拍賣質物之方法爲之（第八九三條一項）。債務人不得預擬一定價額，強令質權人承受抵償（最高法院二十二年上字五八六號判例參照）。拍賣之時期，應在其所擔保之債權已屆清償期之後，不以已向債務人催告清償爲必要；更不必先經法院確定之判決。拍賣之程序，除於可能範圍內，應預行通知出質人外（第八九四條），民法物權編無特別規定，不外依拍賣法爲之。現在拍賣法尚未公布施行，得照市價變賣；但應經法院、公證人、警察官署、商會或自治機關之證明（民法債編施行法第一四條及司法院院字第九八〇號解釋參照）。其拍賣所得之價金，應先提充拍賣之費用，次以償還質權人之債權。其質權人如有二人以上，其價金應按各質權人之次序分配之。倘質物之價金，除抵償各質權人之債權後，尚有剩

餘，則應交還出質人。如尙不足，則未受清償之質權人，仍得以其不足額，對於債務人行使權利。

在其質物係第三人（即物上保證人）所有，該第三人因質權之實行，喪失其所有權時，依關於委任或無因管理之規定，對於債務人有求償權。且依關於保證之規定，對於債務人有代位權。其關係與第三人設定抵押權之場合無異。此點雖非如抵押權之有明文規定（第八七九條參照），然理論上應取同一之解釋。

第六款 質權之消滅

質權因左列事由發生而消滅；但其所擔保之債權如非另有消滅原因，非當然隨同消滅。

（一）質物全部滅失

質權爲存於質物之權利；質物全部滅失時，質權當然消滅。但其滅失因歸責於第三人之事由而生，出質人得由第三人受領賠償金時，質權人得就賠償金取償（第八九九條）。是亦物上代位之一種。

質物一部滅失時，其質權只縮小其範圍，非歸於消滅。但其一部滅失，因歸責於第三人之事由而生，出質人得由第三人受領賠償金時，質權人於出質人得受損害賠償之限度內，得請求其提出相當之擔保（第八七二條二項類推）。

（二）混同

質權與質物之所有權同歸一人時，原則其質權歸於消滅（第七六二條）。

(三) 拋棄

質權爲財產權，其權利人得拋棄之，其質權因拋棄而消滅（第七六四條）。其拋棄不外以意思表示向出質人爲之（第八三四條二項類推）。

(四) 第三人之原始取得

第三人因添附或其他事由，原始的取得質物之所有權時，則質權消滅。其質物經官署沒收時亦同。

(五) 質權之實行

質權人因實行質權，將質物拍賣，或依其與出質人之契約，以之抵償債權，或以拍賣以外之方法處分之時，則質權人已達其目的，不問其債權已否全部消滅，其質權均歸消滅。

(六) 債權全部消滅

質權乃附屬於其所擔保之債權而存在，若債權全部消滅，則其質權當然消滅。但其債權一部消滅時，其質權仍舊存續，不生一部之消滅。

(七) 質物之返還

質權人返還質物於出質人時，不問其返還之原因如何，其質權均歸消滅。質權人於返還當時，縱爲質權繼續存在之保留，亦屬無效（第八九七條）。蓋非如是，將使一般人誤信其質權業已消滅，因之蒙不測之損害也。

(八) 占有之永久喪失

占有質物，不特為質權發生之要件，且為其存續之要件。若質權人已喪失其質物之占有，且不能依質物返還請求權（即質權之物上請求權）及占有物返還請求權（第九六二條參照）請求返還者，其質權當然消滅（第八九八條）。（註一）如其質物現由善意受讓人占有，依第九四八條及第九四九條之規定，已不得請求其返還是。

（註一）質權人有物上返還請求權（本節第四款參看），因其同時占有質物，當然亦有第九六二條所規定之占有物返還請求權。第八九八條所謂不能請求返還者，當然指兩種請求權俱失者而言。余榮昌氏民法要論物權一三六頁謂：「質權人不於一年內提起返還之訴時，其質權消滅。」不外以質權人已喪失占有物返還請求權時（第九六三條參照），不問其尚有質物返還請求權與否，其質權均歸消滅，不無失當。

第七款 準質權（權利質權）

質權之標的，本限於動產；然債權及其他權利，例外亦許其為質權之標的（第九〇〇條），使之準用關於質權之規定（第九〇一條）。此種以權利為標的之質權，我民法稱之曰權利質權，以與動產質權相對立。然權利質權不以物為標的，既非真正之物權，自不宜謂為真正之質權，故余改稱之為準質權，以表明其僅係與質權相類似之權利。

準質權既以權利為標的，然則如何之權利，方得為準質權之標的乎？我民法第九〇〇條舉債權為例，並用

「其他權利」一語，以概其餘，只設有「可讓與」之制限。甚似可讓與之財產權，除所有權外，均得爲準質權之標的。以故我國學者，有謂地上權、永佃權及典權，亦得爲準質權之標的者。(註一)若從斯說，則準質權得以不動產物權爲標的，與準抵押權相同（第八八二條參照）。此在認不動產質權之日本民法上解釋，固屬毫無疑義；而在不認不動產質權之我民法，余以爲應持反對之見解。蓋我民法既認不動產所有權不宜於爲質權之標的，則其他之不動產物權，如地上權、永佃權及典權，自亦不宜於爲準質權之標的。且此等權利，既得依第八八二條設定準抵押權，以供債權之擔保，更無再許其設定準質權之必要也。

(註一) 余榮昌民法要論物權一三八頁，劉鴻漸物權法論三一四頁，王去非物權論二五九頁，鍾洪聲物權新論一九七頁參看。

準質權之設定，應依關於其權利讓與之規定爲之（第九〇二條）。詳言之，卽其權利之讓與，應用如何之方式時，則就其權利設定準質權，亦應用如何之方式。(註二)例如：就著作權設定準質權時，必須依照著作權法第一六條，向內政部註冊，方得對抗第三人；就商標權設定準質權時，必須依照商標法第一八條，向商標局註冊，方得對抗第三人。是也。又準質權爲類似質權之權利，故其權利之效力，實行及消滅等，一切準用關於質權之規定（第九〇一條）。但對於上述原則，民法尙有例外規定，茲分述之：

(註二) 此爲我國學者之通說。（余榮昌民法要論物權一四〇頁，劉鴻漸物權法論三一八頁，鍾洪聲物權新論一九八頁參看。）獨王去非物權論二六一頁主張：「設定準質權時，其權利人應讓與其權利於質權人。」若如斯說，則準質權之設定，與權利之讓與，毫無區別。殊非正當之見解也。

第一 關於一般準質權之規定

即準質權設定後，出質人非經質權人之同意，不得以法律行為，使準質權標的之權利消滅或變更（第九〇三條）。此點與質權異。蓋質權以動產為標的，出質人於質權存續中，雖以法律行為處分其質物（即法律上處分），僅質物所有權發生變動，其質物之本體不生影響，質權人仍得就其質物行使權利，故無制限其處分權之必要。反之，準質權則以權利為標的，一旦出質人以法律行為使其權利消滅或變更，則準質權亦隨之消滅或變更，質權人不免受意外之損害。如出質人拋棄其權利時，即其一例。故民法特規定此種法律行為，應經質權人之同意。其同意應以意思表示，向該法律行為當事人之一方為之（第一一七條）。

第二 關於債權質之規定

以債權為標的之準質權，簡稱之曰債權質。我民法就於債權質，特設之規定有三，如左：

（一）債權質之設定

債權質之設定，應以書面為之。其債權如有證書，出質人並應交付債權證書於質權人（第九〇四條）。否則其設定行為不生效力；從其債權質亦不發生（司法院院字第九九八條參照）。蓋債權質既無質物可資交付，自應使其作成書面及交付證書，以供證明。茲所謂有證書之債權，不含有價證券之債權在內，因其另有規定故也（第九〇八條參照）。

(二) 債權質之實行

債權質之實行，理論上非不適用拍賣之方法（日本民法第三六八條及民事訴訟法六一三條參照）；惟我民法爲圖質權人利便起見，特使其得代出質人向債務人（可稱第三債務人）請求給付，以充其自己債權之清償。但其請求給付，須具備三條件。即（甲）須其供擔保之債權（可稱質入債權）已屆清償期（第九〇六條）。倘未屆清償期，則出質人自己尙不得請求給付，質權人自亦不得代其請求給付。（乙）須其所擔保之債權已屆清償期。否則其供擔保之債權，雖已屆清償期，質權人只得請求債務人提存其爲清償之給付物，而就其提存物取得質權，不得請求給付（第九〇五條）。（丙）其供擔保之債權，如爲金錢債權，質權人須就自己對於出質人之債權額，爲給付之請求（第九〇六條）。因逾此限度時，不但質權人無代爲請求給付之必要，且係侵害出質人之利益也。質權人因請求給付之結果所受領之物，如係金錢，當然抵充其所擔保債權之清償；如係其他之物，則質權人就此給付物取得質權，再依拍賣之方法，行使權利。

質權人因實行債權質，對於債務人有請求給付之權利，則債務人自得對於質權人爲清償；同時仍得對於出質人爲清償。其對於何人爲清償，原屬債務人之自由。然出質人與質權人就於質入債權，均有其所得主張之利益；質入債權不啻爲出質人與質權人共有之權利。民法爲保護雙方利益起見，特規定債務人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，應提存其爲清償之給付物；不得對於任何一方爲清償。

但此只就債務人已由出質人或質權人受質權設定之通知時而言。若未受此通知，則債務人得向出質人爲清償，無須經質權人之同意（第九〇七條）。因此際質權人不得以其質權之設定對抗債務人故也（第九〇二條及第二九七條一項參照）。

第三 關於有價證券質之規定

有價證券質者，以有價證券所表彰之財產權爲標的之準質權也。（註一）民法就於有價證券質，特設之規定亦有三點，分述於左：

（註一）關於有價證券之意義及種類，可參看拙著中華債法論綱第三八二頁以下。

（一）有價證券質之設定

有價證券質，雖係以其證券上之財產權爲標的，然其證券乃財產權之代表；故其設定時，除意思表示外，尚應交付其證券於質權人，方生效力。若係有記名證券，並應依背書之方法爲之（第九〇八條）。即於證券之背面，載明設定質權之文句，由出質人簽名。

（二）有價證券質之標的

有價證券質之效力，及於其質入財產權之孳息，此乃由第九〇一條準用第八九〇條所生之結果。惟其財產權純以證券爲代表，故由其財產權所生之孳息，如利息、定期金、利益等，如另有證券，應以已交付於質權人者

爲限，其準質權之效力，方及於此等附屬之證券（第九一〇條）。

（三）有價證券質之實行

有價證券質之標的，通常爲債權的有價證券；故有價證券質，通常乃一種之債權質。此際若其所擔保之債權已屆清償期，質權人得依第九〇六條，向債證券上之債務人請求給付，固無問題。惟有價證券上之債權，有迅速行使之必要；縱其所擔保之債權，尙未屆清償期，質權人仍得向證券債務人請求給付。但均以證券上債權已屆清償期爲限。如有預向證券債務人終止契約之必要，並有終止契約之權利。例如：甲先向乙銀行存款千元，約明不定期限，由乙銀行給以存款憑單，嗣甲以該存款憑單，出質於丙，則丙於其所擔保債權已屆清償期之後，得先代甲向乙終止存款契約，而後支取其存款是。（註一）又證券債務人，僅得向質權人爲給付，不得向出質人爲給付。故債務人向質權人爲清償時，無須得出質人之同意。因證券上之債權，限於證券持有人方有受領給付之權利也（第九〇九條）。

（註一）第九〇九條原定：「質權人有預行通知證券債務人之權利，」而非規定：「其有終止契約之權利。」然其所得通知者，究爲何種之事項？又將一定事項通知他人，何以能成一種權利？在本條均未明白規定，實難索解。考本條係由德國民法第一二九四條照譯而來。德民第一二九四條云：「票據及其他依背書得讓與之證券，或無記證券，爲質權之標的時，雖未具備第一二二八條之要件（即其所擔保之債權未屆清償期），質權人得支取其債權；且在要終止契約之時，有終止契約之權利。及債務人只得向質權人爲給付。」則我民法第九〇九條「通知」二字，當係「終止契約」一語之誤。因「終止契約」一語，在德文爲 *Kündigung*，日人譯之爲

「告知」本條或係由日文譯本轉譯，致生此錯誤也。

第四節 留置權

第一款 留置權之意義

占有他人動產之人，基於該動產上之法律關係，對於所有人取得債權時，於未受清償前，得留置其動產。稱此留置動產之權利，曰留置權。留置權人因留置債務人之動產，間接足以強制債務人清償其債務；且依我民法第九三六條之規定，留置權人於具備一定條件之下，亦得拍賣其留置物，就其賣得之價金取償。故留置權亦為擔保物權之一種。

留置權制度淵源於羅馬，近世各國民法多規定之。惟其規定之方法，不能一致：德國民法認留置權為債權關係上之抗辯權，規定於債權編（德民第二七三條第二七四條）；日本及瑞士民法，則以之為擔保物權，規定於物權編（日民第二九五條以下瑞士第八九五條以下）。我國舊民律從德制（同律第三五二條以下），新民法則從日、瑞立法例。蓋關於債權關係之抗辯權，在第二六四條已設有明文，自無重複規定之必要也。

第二款 留置權之要件

留置權之發生，須具備積極的消極的兩要件，分述於左：

第一 積極的要件

(一) 要債權人占有債務人之動產

留置權之標的（即留置物），限於債務人之動產；故第三人之動產，或債務人之不動產，雖在債權人占有中，不得留置之。（註一）又留置權係以扣留留置物為內容，故其發生以占有留置物為必要（第九二八條前段）。但無須為直接占有，即間接占有亦可。

（註一）日本民法第二九五條就於留置物，不加制限，故不動產均得發生留置權。瑞士民法第八九五條一項，則明定留置物限於動產。我民法從之。

留置權之發生，以占有為要件，此與質權相同。惟質權之發生，乃基於當事人之意思表示，而占有不過其要件之一。反之，留置權之發生，乃基於法律之規定。法律所以特設規定賦與債權人以留置權，則因其現占有債務人動產之故。是以占有實為留置權重要之原素；較之質權之占有，僅為質權設定行為之有效要件者，其情形又相懸殊。

(二) 要其債權已至清償期

若其債權未屆清償期，債權人本不得請求履行，自不得使之取得留置權，以間接強制債務人之履行（第九二八條一款）。此點與抵押權、質權異。蓋抵押權、質權，於其所擔保之債權未至清償期前，即已發生，祇其實行

須受清償期之制限而已。但債務人無支付能力時，債權人雖在其債權未屆清償期前，亦有留置權（第九三一條一項），以保護其利益。

（三）要其債權基於留置物上之關係而生

即其債權之發生，須與留置物有牽連之關係。否則不得留置之（第九二八條二款）。例如占有物之修繕費、保管費、運送費等償還請求權，及因占有物所加損害之賠償請求權，皆與占有物有牽連之關係，故能發生留置權。其是否有此關係？本應就各場合具體的研究之。但法律尙設有擬制的規定，即商人間因營業關係而占有之動產，及其因營業關係所生之債權，視為有牽連關係（第九二九條）。（註一）又留置權之發生，以有此牽連關係爲足；其債權是否於留置物占有中所生抑在占有前所生均可不問。

（註一）第九二九條係採取瑞士民法第八九五條二項之規定。反之，日本商法第四一條及第二八四條則規定：「商人間之留置權，其債權與占有物無須有牽連關係。」用語雖有不同，但其結果則無差異。

第二 消極的要件

（一）須非因侵權行爲而占有動產

即因侵權行爲而占有他人之動產者，縱基此動產而取得債權，然不生留置權。蓋侵權行爲，法律應加以制裁，不應反予保護也。例如竊取他人之物者，不得以未受保管費用之償還，而扣留其贓物是（第九二八條三款）。

(二) 須其留置行為不違反公序良俗

故因留置他人之動產，致違反公共秩序或善良風俗時，則不生留置權。例如：於火災發生之際，不得扣留他人救火之器具；於他人死亡之時，不得扣留其殯殮之用品皆是（第九三〇前段）。

(三) 須其留置行為不與債權人所承擔之義務相牴觸

故債權人若同時對於債務人亦負有義務，且依其義務之性質，不容為動產之留置時，則不生留置權（第九三〇條後段）。例如：乙因甲由京赴滬之便，以書籍一箱，託其帶交住居滬上之丙，則甲不得以乙未付其所代墊之運費，而扣留其書籍是。但債務人於動產交付後，始變成無支付能力；或於交付前已無支付能力，於交付後始為債權人所知者，債權人仍有留置權，以免其蒙意外之損失（第九三一條二項）。

(四) 須其留置行為不與債務人於交付動產前或交付時所為之指示相牴觸

即債務人於交付動產前或交付時，曾對債權人為一定之指示，且其指示之內容，不容為動產之留置時，自亦不生留置權（第九三〇條後段）。例如：債務人曾對債權人為不得留置之指示是。但債務人於動產交付後，始變成無支付能力；或交付前已無支付能力，於交付後始為債權人所知者，債權人仍有留置權（第九三一條二項）。

第三款 留置權之發生

留置權非如質權之有時效取得與即時取得，且無依法律行為設定之。其發生，乃單純基於法律之規定。其規定可大別為二種：（甲）一般規定。即第九二八條以下所規定者是。基此規定而生之留置權，可稱普通留置權。（乙）特別規定。即第四四五條及第六一二條所規定者是。基此規定而生之留置權，我民法稱之曰法定留置權，使之準用物權編關於留置權之規定（第九三九條）。余意應改稱之為特別留置權或準留置權。蓋普通留置權，亦基於法律規定而生，法定留置權之名稱，殊嫌廣泛也。此特別留置權，其留置權人未必占有留置物；且其所擔保之債權，未必基於留置物之關係而生，故與普通留置權有別。（註一）

（註一）參看拙著中華債法論綱第二八一頁以下關於因租賃而生之留置權之所述。

第四款 留置權之範圍

留置權之範圍，得由其標的物，與其所擔保之債權兩方面，觀察之：

第一 留置權標的物之範圍

留置權之效力，不但及於留置物，且及於留置物之孳息。故留置權人得扣留已由留置物分離之孳息；其未分離者，且得自行收取之，以抵償其債權（第九三五條）。其抵償之順序，先收取孳息之費用，次原債權之利息，最後及於原債權，此與質權同（第八九〇條二項類推）。若其所收取之孳息非金錢，除由債務人與留置權人協議估價抵外，應依第九三六條之規定拍賣之，以其賣得之價金抵償。

第二 留置權所擔保債權之範圍

留置權所擔保之債權，其範圍若何？民法上並無明文，不外類推適用第八八七條之規定。即其所擔保者，爲（一）原債權，（二）約定利息，（三）遲延利息，（四）實行留置權之費用是也。至因留置物隱有瑕疵所生之損害賠償請求權，及因保管留置物之費用償還請求權，雖亦得依留置物以擔保之，然此等請求權，乃一個獨立之原本債權，應另生留置權，故不組入前留置權擔保之範圍。

第五款 留置權之效力

留置權之效力，可分留置權人之權利與義務述之：

第一 留置權人之權利

（一）占有權

留置權之發生，以留置權人占有留置物爲要件；至留置權發生後，留置權人自得繼續占有留置物，與所有人立於同一之地位。留置權之主要內容，即在乎此。

留置權人雖有占有權，然無物上返還請求權。此節民法雖無特設明文，然依第九三八條「留置權因占有之喪失而消滅」之規定，得推知之。（註一）但留置權人同時占有留置物，其留置物如被人侵奪，留置權人不妨以占有人之資格，依第九六二條向侵奪人請求返還留置物。

(註一)第八九八條規定：「質權人喪失其質物之占有，不能請求返還者，其動產質權消滅。」而第九三八條只規定：「留置權因占有之喪失而消滅」，而無「不能請求返還」之文句。兩相對照之結果，自應解為留置權人本無返還請求權。

(二)優先權與變價權

留置權人不但得扣留留置物，以催促債務人之履行，且得就留置物之賣得價金，較之債務人之普通債權人，先受其所擔保債權之清償。留置權人因行使優先權，得拍賣留置物（第九三六條）。是乃留置權之實行，當另詳於次款。(註一)

(註一)日本民法不認留置權人有優先權，只於其拍賣法第三條，認留置權人有拍賣權。反之，瑞士民法第八九八條，則規定留置權人有上述兩權利。我民法第九三六條二項，明定留置權人得拍賣留置物，其認留置權人有變價權，固無問題。而於同條一項，只定留置權人得就留置物取償，尙無先受清償之文句，其是否兼認留置權人有優先權？似有疑義。然第八九三條一項關於質權人優先權之規定，亦無優先之字樣，與第九三六條相同。則第九三六條自應解為關於留置權人優先權之規定。

(三)用益權

留置權為擔保物權，留置權人原則不得用益留置物。但債務人允許留置權人用益時，得用益之。又依留置物之性質，其保管上以用益為必要時，亦得用益之。其因收益所得之孳息，應以之抵償債權，已如上述。故其收益行為，實際上不外代債務人為之而已。

(四)償還費用請求權

留置權人有保管留置物之義務（後詳）；其因保管留置物所支出之必要費用，得請求債務人如數償還（第九三四條）。

第二 留置權人之義務

（一）保管留置物之義務

留置權人得扣留留置物，同時應以善良管理人之注意，保管留置物（第九三三條）。倘違此義務，致債務人受有損害時，不得免其賠償之責。

（二）返還留置物之義務

留置權所擔保之債權消滅時，則留置權隨之消滅。此際留置權人無繼續占有留置物之權利，應將其物返還債務人（第八九六條類推）。其留置權因其他事由而消滅，其留置物尚在留置權占有中時亦同。

第六款 留置權之實行

留置權人於其債權已屆清償期，而未受清償以前，得扣留留置物。同時並得定六個月以上之相當期限，催告債務人清償債務；且聲明逾期不為清償時，即就其留置物取償。既經定期催告，若債務人仍不清償，則留置權人得依第八九三條至第八九五條關於實行質權之規定，拍賣留置物，或取得其所有權。若因債務人住所不明或其他事由，不能為上述之催告，留置權人於債權清償期屆滿後，經過二年，仍未受清償時，亦得拍賣其留置權（第九三

六條)。其拍賣之程序，與賣得金之分配，一切與質權無異。

第七款 留置權之消滅

留置權因左列事由發生而消滅。但其所擔保之債權，如非另有消滅原因，非當然隨同消滅。

(一) 留置物全部滅失

留置權為存於留置物之權利；留置物全部滅失時，留置權當然消滅。且留置權以扣留動產為其主要之內容，動產既全部滅失，留置權人亦不得就債務人得由第三人受領之賠償金取償。即留置權無物上代位，此點與質權不同（第八九九條參照）。

(二) 混同

留置權與留置物之所有權同歸一人時，原則其留置權歸於消滅（第七六二條）。

(三) 拋棄

留置權為財產權，其權利人得拋棄之；其留置權因拋棄而消滅（第七六四條）。其拋棄以意思表示向債務人為之（第八三四條二項類推）。

(四) 第三人之原始取得

第三人因添附或其他事由，原始的取得留置物之所有權時，則留置權消滅。其留置物經官署沒收時亦同。

(五) 留置權之實行

留置權人因實行留置權，將留置物拍賣；或依其債務人之契約，以之抵償債權；或以拍賣以外之方法處分之時，則留置權人已達其目的。不問其債權已否全部滅消，其留置權均歸消滅。

(六) 債權全部消滅

留置權乃附隨於其所擔保之債權而存在；若債權全部消滅，則其留置權當然消滅。但其債權一部消滅時，留置權人仍得就留置物之全部行使權利，不生一部之消滅（第九三二條）。

(七) 占有之喪失

留置權以占有留置物為重要原素，若留置權人已喪失留置物之占有，（註一）則留置權立歸消滅（第九三八條），但留置權人已依第九六二條之規定，回復其占有時，則其占有視為自始未喪失（第七七一條但書類推），從其留置權亦自始不消滅。

（註一）其喪失占有之原因如何？及其留置物現歸何人占有？均可不問。故不特留置權人返還其留置物於債務人時，得謂之喪失占有；即其留置物被第三人侵奪或拾得時亦同。但留置權人僅將留置物暫交第三人保管時，則留置權人雖喪失直接占有，然同時取得間接占有（第九四一條參照），故其留置權仍不消滅。

(八) 擔保之提出

債務人爲債務之清償，已向留置權人提出相當之擔保時，則留置權人之債權，已無不能清償之危險，其留置權亦消滅（第九三七條）。其擔保之種類，法無制限。不問其爲對人擔保抑爲對物擔保均無不可。又其擔保之提出，須留置權人接受時，留置權人負接受之義務。但其所提出之擔保若不能相當，留置權人仍得予以拒絕。至其擔保是否相當？不外視其保證人之資力，或擔保物之價額，與原債權額是否相當定之。

第五章 占有

第一節 占有之性質

占有一語，得由事實及法律兩方面觀察之；由事實方面觀察時，則占有為現實支配物體之狀態；由法律方面觀察時，則占有為單純基於支配物體之事實上關係所生之物權。蓋占有雖本為一種之事實，然法律基於一定之理由，亦予以相當之保護。（註一）事實上之占有，因受法律之保護，遂成法律上之權利。此即占有所以為獨立之物權也。從來學者，對於占有為事實抑為權利之問題，頗費爭論，各國立法例亦不一致。（註二）實則皆由片面觀察所生之結果，而非正當之論。

（註一）民法對於占有所予之保護，約有五點：即（一）推定占有人享有就於占有物所行使之權利；（二）使占有人於一定條件之下，取得占有物上之權利；（三）賦與占有人以物上請求權；（四）賦與占有人以私力救濟權；（五）賦與占有人以占有物之利益權。是參看本章第五節關於占有效力之所述。

（註二）占有為事實抑為權利，此問題在德國普通法時代，學者爭論甚烈。其後德國制定民法，於其物權編第一章題曰：「占有」，而日本民法物權編第二章，則以「占有權」為標題，我民法物權編第十章以「占有」名，純從德制，不外均受上述學說之影響。我國學者種

洪聲氏主張：「占有非事實，亦非權利，乃法律所保護之一種事實關係」（同氏物權新論二二五頁）。然一定之事實關係，既受法律之保護，即不得謂其非權利。例如：因先占動產而取得所有權者，亦不外基於法律保護先占之故，不得謂因先占所取得之所有權爲非權利。則占有具有相同情形，自不應於其已受法律保護之後，仍認其爲事實關係也。

占有與爲占有行爲之權利（即本權）不同。占有人未必同時均有爲占有行爲之權利（如竊盜占有贓物），民法上所保護之占有，亦不以同時有爲占有行爲之權利者爲限。是乃占有爲獨立物權當然所生之結果，固無可疑。然則法律特設保護占有之規定，其理由果安在乎？關此問題，在德國普通法時代，議論紛紜。近時之通說，則主張保護占有，乃所以維持社會安寧之秩序，與認時效制度之理由相似。蓋特定物既在特定人實力支配之下，若許一般人濫以私力侵害之，則社會之安寧秩序，必不可保，故不得不加以適宜之保護也。（註一）此說就占有人有物上請求權與私力救濟權之點觀察，固無不當；然就其受享有權利之推定與物上權利之取得之點觀察，尙不足爲保護占有之惟一理由。何則？法律所以推定占有人有就於占有物所行使之權利，並使其於一定條件之下，取得占有物上之權利者，純在確保交易之安全，而與社會之安寧秩序無涉（本章第五節第一款第二款參看）。未容以一概論也。故法律保護占有之理由，半在維持安寧之秩序，半在確保交易之安全。（註二）

（註一）關於保護占有之理由，德國學者間，約有四說：（一）占有人之人格保護說。謂以暴力侵害占有者，乃侵害占有人之人格，故保護占有，不外保護占有人之人格。主此說者爲 Savigny 氏。（二）所有權保護說。謂欲完全所有權之保護，須先保護占有，故占有之保護，不外以所有權之保護爲目的。主此說者爲 Ihering 氏。（三）占有人之意思保護說。謂占有乃占有人依具體的事實，表示其

意思；占有之侵害，實即侵害占有人意思之自由。故保護占有，不外保護占有人之意思。主此說者爲 Windscheid 氏。（四）社會之安甯維持說。其論旨已如上述。主此說者爲 Dernburg 氏。我國學者多從之。（余榮昌民法要論物權一五二頁，劉鴻漸物權法論三四七頁，王去非物權論二八四頁，鍾洪聲物權新論二二五頁參看。）

（註二）日儒我妻榮物權法二九八頁，末弘嚴太郎物權法一九七頁以下參看。

第二節 占有之要件

占有不論由事實方面觀察抑由法律方面觀察均以現實支配物體爲必要。是乃占有之惟一要件。現實支配云者，係事實上之管領之義。有此事實上管領之力者，即得謂之占有人。此爲第九四〇條所明定。茲就此規定分析說明之：

（一）占有之成立，不以占有人之身體與物體（即占有物）相接觸爲必要。凡依社會一般之觀念，足認特定物現在特定人之監督範圍內者，即不得不認其有占有之關係。故在門外之家畜，與在遠方之耕地，不妨就之成立占有。是乃占有與握有之異點。蓋握有係指身體與物體接觸之狀態（如身著衣服眼戴眼鏡之類），其義較狹也。

（二）占有之成立，不以占有人親自有所事實上管領力爲必要。凡其受僱人（註一）學徒，或基於其他類似之關係，受占有人之指示，對於物體有事實上管領力時，與占有人自身有管領力者無異，得因之取得占有。此際

該受僱人、學徒等非占有人，僅爲占有人之補助機關。學者稱之曰占有補助人（第九四二條）。

（註一）第九四二條本定「僱用人」，而非「受僱人」。然僱用人係指僱用他人者（第四八四條參照），今用以指稱被僱之人，極爲不當。宜改爲受僱人較爲合理。

（三）占有之成立，只以有事實上管領力爲足，占有人無須有何種之意思。蓋事實上管領力之存在乃狀態，而非行爲，故與占有人之意思無涉。例如投入信箱之函件，雖爲郵局所不知，然不得謂郵局尙未取得該函件之占有。是以占有與持有，（註一）毫無所異。但就於此點，從來學者多持異說，而各國亦有相反之立法例，（註二）不可不加以注意。

（註一）持有一語，爲現行刑法所常用。同法第二二一條、第二五一條、第二七二條、第二七七條、第三三四條、第三三五條、第三五六條及第三五七條參看。

（註二）占有之成立，除事實上管領力外，是否尙以占有人心裏有一定意思爲必要？在德國學者間，原有主觀客觀兩說：（一）主觀說，爲 Savigny 氏所首倡。彼於一八〇三年著占有論，主張占有人必須有所有之意思。其後 Dernburg 氏又將此說加以修改，謂占有人無須有占有意思，只須有爲自己之意思，故爲他人之利益，而現實支配物者非占有。法民法第二二九條、德民法第六八六條第六八七條、奧民法第三〇九條從前說，日民法第一八〇條從後說。（二）客觀說，爲 Thering 氏所首倡。彼於一八八九年著占有論，主張占有人無須有所有意思與爲自己之意思，以指摘主觀說之不當。然同時尙以占有爲行爲，謂占有人須有占有之意思。其後 Bekker 氏更進一步，主張占有爲狀態，只以有事實上管領力爲足，亦無須有占有之意思，故在不知不覺之間，對於某物已取得事實上管領力時，仍不失爲占有。德民法第八五四條、瑞士民法第九一九條一項即採此最後之說，我民法第九四〇條從之。

占有之要件，已如上述。但民法倣德國民法，於真正占有外，尙認間接占有。（註一）間接占有者，即基於質權、租賃、寄託或其他類似之關係，使他人占有自己之物之謂。此際他人乃直接占有，自己即間接占有（第九四一條）。例如甲以其所有物，託乙保管，則乙取得直接占有，甲仍不失爲間接占有。然占有原以現實支配物體爲惟一之要件；間接占有，人既不能現實支配其物，其性質實非占有，不過依法律之擬制，視爲占有，予以與占有同一之保護而已。

（註一）德民法第八六八條至第八七一條參看。日民法第一八一條，設有代理占有之規定。其所謂代理占有者，乃依代理人爲占有之義，相當於德民法之間接占有。然代理之標的，本限於法律行爲；占有既非法律行爲，則代理占有之名稱，即非適當。故我民法不從其例。

第三節 占有之態樣

第一款 占有態樣之分類

占有之態樣，得依種種標準分類之：

第一 自主占有與他主占有

此乃以占有人的意思爲標準之分類。即以所有之意思爲占有者，謂之自主占有。反之，不以所有之意思爲占有者，謂之他主占有。所有之意思者，即將其物據爲己有之意思；與占有人在法律上是否有所有權？及在事實

上是否自信爲所有權均毫無關係。故盜賊之占有贓物，亦不妨謂之自主占有。其有無所有之意思，應依其占有所有由發生之事實之性質定之（第九四五條）。例如因買賣取得占有者，爲有所有之意思；反之，因租賃取得占有者，則爲無所有之意思。

自主占有與他主占有，在民法上異其效果。如取得時效（第七六八條至第七七一條）先占（第八〇二條），均以自主占有爲要件。又就於占有物毀損滅失之賠償責任，兩者異其範圍（第九五三條第九五六條）。故有嚴格區別之必要。

第二 有權占有與無權占有

此乃以占有人有無本權爲標準之分類。即基於本權而爲之占有，謂之有權占有。如所有人占有所有物，質權人占有質物是。反之，不基於本權而爲之占有，謂之無權占有。如拾得人占有遺失物，盜賊占有贓物是。

有權占有與無權占有，雖均受法律之保護；然有權占有因有本權，故他人不得請求其交付占有物（以無其他原因發生爲限）。反之，無權占有，則不得妨害其占有物上他人本權之行使，故有本權之他人，依適法之程序（如起訴及審判外之請求），向之請求返還時，其占有人原則不得拒絕。故無權占有之保護，僅屬暫時之保護，而非終局之保護。例如占有贓物者，經所有人請求返還時，應即將原物返還之是也。（註一）

（註一）無權占有，在原則言，法律固僅予以暫時之保護，但非無例外之情形，舉其要者：即（一）占有人依取得時效，已取得占有物之所有

權時；(二) 占有人依即時取得，已取得占有物之所有權時；(三) 拾得人依民法之規定，已取得遺失物之所有權時是。在此等情形，其占有已由無權占有變為有權占有，無須將占有物交還其原所有人。故其法律之保護，亦由暫時之保護，變為終局之保護矣。

第三 善意占有與惡意占有

此乃無權占有之分類。即誤信自己有本權而為占有者，謂之善意占有。反之，明知自己無本權而為占有者，謂之惡意占有。例如：甲將竊取之物贈乙，此際乙若不知其為贓物，誤信為可依此取得其所有權，因而受領之，則為善意占有。乙若明知其為贓物，而故受之，則為惡意占有。

善意占有與惡意占有之區別，在法律上亦有實益：如(一) 不動產之取得時效(第七六九條第七七〇條)；(二) 即時取得(第九四八條)；(三) 占有人與本權人之關係(九五二條至九五八條)；皆因善意占有與惡意占有而異其效力，即其例也。

第四 有過失占有與無過失占有

此乃善意占有之分類。即因欠缺注意，誤信自己有本權而為占有者，謂之有過失占有。反之，並無欠缺注意，不知自己無本權，而為占有者，謂之無過失占有。此種區別，只在不動產之取得時效有其必要(第七七〇條參照)。

第五 繼續占有與不繼續占有

此乃以其占有狀態有無間斷爲標準之分類，卽其占有繼續不斷者，謂之繼續占有。反之，其占有中斷不相繼續者，謂之不繼續占有。此區別於取得時效亦有實益（第七六九條第七七〇條參照）。

第六 和平占有與強暴占有

此乃以占有之方法爲標準之分類。卽不以強暴及其他法律所禁之私力爲占有者，謂之和平占有。反之，以強暴及其他法律所禁之私力爲占有者，謂之強暴占有。此區別之實益，只在於取得時效（第七六八條至第七七〇條參照）。

第七 公然占有與隱祕占有

此乃以其占有狀態是否表現於外部爲標準之分類。卽其占有狀態表現於外部者，謂之公然占有。反之，其占有狀態不表現於外部者，謂之隱祕占有。此區別之實益，亦在於取得時效（第七六八條參照）。

第八 單獨占有與共同占有

此乃以占有人數爲標準之分類。卽一占有物由一人獨自占有者，謂之單獨占有。反之，由數人協同占有者，謂之共同占有。例如：公同繼承人公同占有繼承財產是。

共同占有之各占有人，其事實上之管領力，均及於占有物之全部。故若二人以上，各別就物之一部，有事實上管領力時，則其占有物之上，成立兩個之占有；只可謂爲分割占有，而非共同占有。例如：甲有樓屋一座，以樓上

租乙，樓下租丙，則乙丙非共同占有人是。

此外學者，有分占有爲直接占有與間接占有者。然間接占有其本質非真有之占有，不宜置之於占有分類之中。又一派學者，又分占有爲有瑕疵占有與無瑕疵占有者。然何謂有瑕疵占有？學說既不一致，（註一）而在實際上此種區別，又無實益。故余不認此分類。

（註一）日儒三諸信三物權法提要二八七頁謂：「有瑕疵占有者，乃因強暴所爲之占有，或因隱祕所爲之占有之義。」反之，末弘殿太郎物權法二二〇頁及我妻榮物權法三一二頁則謂：「有瑕疵占有，乃他主占有、強暴占有、隱祕占有、惡意占有、有過失占有及不繼續占有之總稱。」我國余榮昌民法要論物權一五四頁從前說；劉鴻漸物權法論三五三頁從後說。

第二款 占有態樣之推定

占有態樣之如何？本屬事實問題，應就各場合具體的認定之。但法律以通常之情事爲標準，特設有推定的規定。即第九四四條云：「占有人推定其爲以所有之意思，善意和平及公然占有者。經證明前後兩時爲占有者，推定前後兩時之間，繼續占有」是也。茲析述本條規定之內容於左：

（一）關於自主占有之推定 即當事人就於占有人之占有，究爲自主占有抑爲他主占有有爭執時，推定其爲自主占有。

（二）關於善意占有之推定 即當事人就於占有人之占有，究爲善意占有抑爲惡意占有有爭執時，推

定其爲善意占有。

(三)關於和平占有之推定 卽當事人就於占有人之占有，究爲和平占有抑爲強暴占有，有爭執時，推定其爲和平占有。

(四)關於公然占有之推定 卽當事人就於占有人之占有，究爲公然占有抑爲隱祕占有，有爭執時，推定其爲公然占有。

(五)關於繼續占有之推定 卽占有人已能證明其前後兩時爲占有，惟其間是否繼續占有，當事人就之有爭執時，推定其爲繼續占有。

上述之外，第九四三條又規定：「占有人於占有物上行使之權利，推定其適法有此權利。」是不外關於有權占有之推定。此點當於第五節述之。惟此等推定的規定，均以無反證爲限，方有適用，與其他之推定的規定無異。故因此等推定而受不利益之當有人，不妨提出反證，以推翻其推定。

第三款 占有態樣之變更

占有之態樣，非一成不變。有本爲自主占有，中途變爲他主占有者。有本爲無權占有，中途變爲有權占有者。有本爲善意占有，中途變爲惡意占有者。此原屬事實問題。但法律就於此點，尙設有制限的與擬制的規定，茲分述之：

第一 占有態樣變更之制限

凡他主占有欲變爲自主占有，須其占有人對於使其占有之人，表示所有之意思；或因新事實，變爲以所有之意思爲占有（第九四五條）。（註一）否則縱中途變爲以所有意思爲占有，仍爲他主占有。蓋單純意思之變更，不表現於外部；若即得變他主占有爲自主占有，其結果將使他人蒙不測之損害，故法律特設此制限。

（註一）占有人對於使其占有之人表示所有之意思者，例如：甲先以書籍寄存乙處，嗣向其索取，乙謂此書係其自己所有之物，不肯交還是。因新事實變爲以所有之意思爲占有者，例如：甲先租賃乙之家屋，嗣復向乙買受該家屋是。

第二 占有態樣變更之擬制

即善意占有人於本權訴訟（註一）敗訴時，自其訴訟拘束發生之日（即起訴之日）起，視爲惡意占有人（第九五九條）。夫善意占有人，於本權訴訟受敗訴判決之場合，由事實上言，未必於其訴訟拘束發生之時，即知自己之無本權。然其後占有人既受本權敗訴之判決，使其於訴訟拘束發生後，判決確定前，仍受善意占有之待遇，殊欠公允。故法律不問占有人心理狀態之如何，特設此擬制的規定。

（註一）本權訴訟，係對於占有訴訟而言。乃因爭執本權之有無，而提起之訴訟。例如：甲先誤認乙所有之馬，爲自己之馬而占有之（善意占有），其後經乙以訴對甲主張所有權，請求法院判令歸還是（詳見本章第五節第三款）。

第四節 占有之取得

占有之取得，可大分爲二：即原始取得及承繼取得是也。分述之：

第一 原始取得

不基於他人之占有，而取得占有者，謂之占有之原始取得。此種取得，以占有人已獲得對物之事實上之管領力為惟一要件。其占有人是否有取得占有之意思？及其占有物從前曾否歸他人占有？均可不問。但其事實上管領力之獲得，不妨由其占有補助人補助之。

第二 承繼取得

占有一方面雖為一種之事實，然他方面亦為一種之物權，故其性質非不宜於移轉。此即我民法所以認占有之承繼取得；蓋即占有物權之移轉也。此種取得，其原因有二：

(一) 占有之讓與

即占有人以契約，將其占有物權移轉於他人。占有之讓與既係契約，當然以雙方意思表示之合致為必要。此外因占有特殊之性質，尚以交付占有物為其契約發生效力之條件（即有效要件）；但不妨以占有之改訂，與占有物返還請求權之讓與，以代占有物之現實交付（第九四六條第七六一條）。此與一般動產物權之讓與無異。（註一）

（註一）第一章第五節第二款第一項第三目（三）之（乙）關於「動產上物權行為之公示方法」之所述參看。

(二) 占有之繼承

即占有人死亡時，其繼承人因承繼其地位，取得占有物權之謂。（註一）占有之繼承，亦不外占有之移轉，非占有人已獲得物之事實上管領力，不生效力（第九四六條一項類推）。故如旅客於中途死亡，其所攜帶之行李，由旅館主人暫為收存時，其在家中之繼承人，對於該行李，雖已繼承其所有權，但尙未繼承其占有。蓋此際其行李業經旅館主人原始的取得占有故也。

（註一）羅馬法不認占有之繼承。中世日耳曼之法律則認之。近世之立法，如法民法第七二四條，意民法第九二五條，德民法第八五七條，民法第五六〇條，均明認占有之繼承。日民法雖無明文規定，但其國之判例及學者之通說，亦持同一之見解。

占有物權之移轉，不問基於讓與抑基於繼承均以占有人獲得物之事實上管領力，為有效要件。則在占有移轉時，現占有人一方面雖為承繼前占有人之占有，一方面亦係原始的取得占有。故占有之受讓人或繼承人，從其選擇，得只主張自己之占有，或將自己之占有與其前占有人之占有，合併而為主張。但合併前占有人之占有而為主張者，並應承繼前占有人占有之瑕疵。（註一）實際上未必均有利益耳（第九四七條）。例如：甲明知為乙之不動產，而以所有之意思開始占有，五年後復以該不動產出賣於不知情之丙，由丙繼續八年。此際甲為惡意占有，丙為善意且無過失之占有。若丙只主張自己之占有，則於再經二年之後，即可依第七七〇條主張取得時效之完成；若併甲之占有而主張之，則其前後共計十三年之占有，均為非善意之占有，須於再經七年之後，方可依第七六九條主張取得時效之完成。是丙因合併主張占有，反生不利益之結果，不如單獨主張自己占有

之較爲得策也。

(註一)占有之瑕疵者，乃不利於占有人之一切事實之總稱。如(一)無所有之意思，(二)惡意，(三)強暴，(四)隱祕，(五)有過失，(六)不繼續皆是。因有此等事實存在時，其占有之效力，即不免薄弱，其占有人殊感不利也。

第五節 占有之效力

第一款 權利之推定

占有本有有權占有與無權占有之別，故占有人就於占有物，未必均有本權。詳言之，即占有人雖事實上就占有物行使所有權、地上權、永佃權、典權、質權或其他之權利（如租賃權），在法律上未必即有此權利。是否確有此權利？乃另一問題。占有人若欲主張有此權利，本應另行提出證據，以資證明；否則其主張即不能成立。然在通常情形，占有人多確有其就於占有物所行使之權利，故民法以無反證爲限，特推定占有人於占有物上行使之權利爲適法（第九四三條）。因有此推定，占有人遂免其舉證之義務；若欲主張其本權之存在，無須另行舉證。而因其主張而受不利益之相對人，若欲否認其本權之存在，則須提出反證。學者稱此效力，曰占有之推定力。

因占有所推定之權利，單純以占有人現於占有物上所行使之權利爲標準。不問其爲物權抑爲債權（註一）又受本條適用之占有物，法律不限定其種類。不問其爲動產抑爲不動產（註二）但在業經登記之不動產，其登記

自體已生推定力（登記通例第一條參照），即不動產上之權利關係，如無反證，應依登記之內容而定；自不能同時再認占有之推定力。故本條之規定，理論上於已登記之不動產，無其適用。

（註一）德民法第一〇〇六條第一〇六五條第一二二七條規定，因占有推定之權利，限於物權。瑞民法第九三〇條第九三一條，日民法第一八八條，則無此制限。

（註二）德民法第一〇〇六條瑞民法第九三〇條法民法第二二七九條規定，因占有受權利之推定者，限於動產。日民法第一八八條無此制限。但其國學者，多主張已登記之不動產，應行除外（末弘巖太郎物權法二五二頁，我妻榮物權法三二六頁參看）。

第二款 權利之取得

占有與本權，原為兩種權利，其取得要基於各別之原因。不能因取得本權，即謂其同時取得占有；亦不能因取得占有，即謂其取得本權。故占有人如非另有取得本權之適法原因事實，仍不取得本權，祇可謂為無權占有。但法律為維持交易安全計，對此原則，特設例外。即以動產所有權或其他物權之移轉或設定為目的，而善意受讓該動產之占有者，縱其讓與人無讓與之權利（即處分權），其占有仍受法律之保護（第九四八條）；其占有人得因之取得動產所有權或質權（第八〇一條第八八六條）。此種權利之取得，純以占有為原因，故為占有之效力。是即上述之即時取得（第二章第六節第二款參看）。

占有人既因即時取得而取得本權，則占有物之前權利人，當然失其權利，或其權利因之受有制限（指占有人取得質權之時）；不得向占有人請求返還占有物，只得向該讓與人請求賠償損害。但其占有物如係盜賊或遺

失物，除金錢及無記名證券外，其被害人或遺失人，自被盜或遺失之時起，二年以內，得向占有人請求回復其物（第九四九條第九五一條）。其所以特除金錢及無記名證券者，因金錢及無記名證券，以流通無礙爲貴，不能與普通動產同視故也。又其盜賊或遺失物，如占有人由拍賣或公共市場或由販賣與其物同種之物之商人，以善意買得者，非償還其已支出之價金，不得回復其物（九五〇條）。以免善意占有人蒙意外之損失。

第三款 物上請求權

第一 總說

占有被人侵害時，與本權同，亦生物上請求權。此請求權係以回復占有之圓滿狀態爲目的，故與因占有被人侵害所生之損害賠償請求權不同。日本民法，將此性質各異之兩種請求權，合併規定於物權編中（日民第一九七條以下），其編制不無失宜，我民法不從其例。又此物上請求權，非必於審判上以訴行使之。法國法系之民法，多從羅馬法之用語，稱之曰占有訴權，亦屬不妥。余欲稱之爲占有物上請求權，以期名實之相符。

第二 占有物上請求權之種類

占有物上請求權，我民法第九六二條所規定者，計有兩種：（一）占有物返還請求權，即占有被侵奪時，占有人請求返還占有物之權利；（二）占有物保全請求權，即占有被妨害或有被妨害之虞時，占有人請求除去或防止其妨害之權利。侵奪云者，不法奪取之義；即反於占有人之意思，不法開始占有之謂。不以施用暴力爲限；

故強取、搶奪及竊取，均得謂爲侵奪，而騙取與拾得則否。蓋騙取仍基於占有人之意思，而拾得遺失物，亦爲法律之所許也。妨害云者，乃以侵奪以外之方法，不法阻礙占有人之占有之謂。占有物上請求權之發生，以有上述之侵奪或妨害爲足，其加害人有無責任能力與故意過失均非所問。

第三 占有物上請求權之當事人

(一) 權利人 占有物上請求權之權利人，限於占有者。其占有人之種類，法律不加制限。故不問有權占有人與無權占有人，善意占有人與惡意占有人，直接占有與間接占有，一律有此權利。(註一)至占有補助人，其自身非占有者，當然無物上請求權。(註二)

(註一)德民法第八六一條第八二條規定：「被侵害人之占有，係於侵害前一年內，由侵害人或前占有者侵奪而取得之者，不得主張占有物上請求權。」法民事訴訟法第二三條，亦設有類似之制限，我民法不從其例。

(註二)此點可由第九六一條之規定推斷之。因同條特別規定占有補助人有自力救濟權，而於物上請求權，則不設同一之規定，其不認占有補助人有物上請求權，至爲明顯。

共同占有被他人侵害時，其各占有者均得對於侵害人，行使物上請求權(第八二一條類推)；但於內部之關係，其各占有者不得就其占有物使用之範圍，互相行使物上請求權(第九六五條)。蓋各共有人就占有物使用之範圍，事實上既難明確，復與本權有關。如許其互有物上請求權，則徒增紛擾，而鮮實益也。

(二) 義務人 占有物上請求權之義務人，在占有物返還請求權，爲現占有侵奪之物者，不限於當初之

侵奪人；在占有物保全請求權，則爲現使占有人之占有生不完滿之狀態者，不限於當初之加害人。此乃物上請求權性質上當然而生之結果。此等義務人，不得以有本權或善意受讓占有，主張免責。蓋有本權之人，亦應依正當之程序，向占有人請求返還，不許擅加不法之侵害。至善意受讓人，其情形雖較可原，然由所受讓之占有物，既由侵奪而來，法律爲維持社會秩序計，仍不能予以保護也。（註一）

（註一）舊民法第二〇〇條二項規定：「占有人不得向侵奪人之善意特定承繼人，請求返還占有物。」我民法不從其例。但該受讓人已依即時取得之規定，取得占有物之所有權或實權者，其原占有人仍不得單純以占有人之資格，請求其返還；只得以本權人之資格，依第九四九條請求返還（第二章第六節第二款第三參看）。

第四 占有物上請求權之行使

占有物上請求權，其權利人應於被侵奪或妨害占有或危險發生後，一年內行使之；否則其被侵害之狀態，縱尙繼續存在，其請求權亦歸於消滅（第九六三條）。蓋欲使其法律關係迅速了結故也。至其行使之方法，法律不設制限，於審判上及審判外均得爲之。其在審判上行使時，須提起訴訟，是卽占有之訴。占有之訴，單純以保護占有爲目的，故應以占有被侵害爲理由。反之，以本權被侵害爲理由，所提起之訴，則爲本權之訴。占有之訴與本權之訴，原因各異，兩不相妨，因生左之結果（日民法第二〇二條參看）：

（一）占有之訴，得於本權之訴進行中提起之；被告人不得提出權利拘束之抗辯。

(二) 占有之訴，得於本權之訴判決確定後提起之；被告人不得提出一事不再理之抗辯。(註一)

(三) 占有之訴與本權之訴各別提起時，法院應各別為兩個之判決；不得於本權之訴判決前，停止占有之訴之進行。

(四) 占有之訴，法院不得根據本權上之理由以為裁判；其被告人亦不得提出基於本權之抗辯。(註二)

但不妨對於占有人，另行提起本權之訴，或提起反訴。

(五) 就於占有之訴所為之判決，與就於本權之訴所為之判決，不妨互相抵觸。(註三)

(註一) 例如：甲所有之馬，在自己占有中，被乙竊取。甲先對乙提起所有物返還之訴(本權之訴)，因不能證明其有所有權，致受敗訴之判決。其後復向乙提起占有物返還之訴(占有之訴)，乙不得以一事不再理之理由，請求法院駁回其訴。

(註二) 例如：甲占有之馬，被乙竊取，甲對乙提起占有物返還之訴。乙不得以該馬係其所有以為抗辯；法院亦不得因該馬確係乙之所有物，以駁回甲之請求。

(註三) 例如：甲所有之馬，在自己占有中，被乙竊取。甲先提起所有物返還之訴，法院因甲不能證明其有所有權，諭知駁回請求之判決。其後甲復提起占有物返還之訴，法院因甲能證明被竊之事實，不妨判令乙將原物返還。

第四款 私力救濟權

占有人於其占有被侵害時，得行使物上請求權，已如上述。然行使物上請求權，只屬事後之救濟；不但需時費事，且歷時既久，情形變更，未必能收實效。故民法特做德瑞立法例，(註一)賦予占有人以私力救濟權；即(一)占

有人對於侵奪或妨害其占有之行為，得以己力防禦之；（二）占有物被侵奪後，如係不動產，其占有人得即時排除加害人，而取回之；如係動產，其占有人得就地或追蹤，向加害人取回之（第九六〇條）。前者謂之自力防衛權；後者謂之自力奪回權。占有人因行使此等權利，加損害於他人時，當然不負賠償之責；但以不逾必要之程度為限（第一四九條類推）。

（註一）德民法第八五九條第八六〇條，瑞士民法第九二六條參照。反之法國法系之民法，則無此規定。

私力救濟權，不但占有人自身得行使之，其占有補助人亦得行使之（第九六一條）。因占有補助人，對於占有物有管領之實力，其地位與占有人無異。至間接占有人，對物無直接之支配力，不得不謂無此權利。

第五款 無權占有人與本權人之關係

占有有權占有與無權占有之別，已如上述。有權占有人，因有本權，雖得永續占有其占有物，而無權占有人，則無此權利。經占有物之所有人或其他本權人（如典權人質權人），依適法之程序，請求返還時，應即將原物返還之（第七六七條參照）。於是無權占有人與本權人（即回復請求人）之間，遂生權利義務之關係。此種權利義務，依其占有人意思之善惡，及有無所有之意思，而有不同。茲分項述之：

第一 損害賠償之義務

善意且自主占有人，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，負賠償損害之義務（第九五三條）。故占有人不受利益時，得免其責。反之，惡意占有人或他主占有人，因可歸責於自己之事由致占有物滅失或毀損者，不問已受利益與否，對於回復請求人，均負賠償全部損害之義務（第九五六條）。

第二 返還孳息之義務

善意占有人得依其基於第九四三條所受推定之權利，爲占有物之使用及收益（第九五二條）；故其因收益所收取之孳息，無須返還於回復請求人。反之，惡意占有人無用益占有物之權利，其因收益所收取之孳息，應返還之於回復請求人。其孳息如已消費，或因其過失而毀損，或怠於收取者，負償還其價金之義務（第九五八條）。

第三 請求償還費用之權利

善意占有人因保存占有物所支出之必要費用，得向回復請求人請求償還。但已就占有物取得孳息者，應以占有物之孳息，抵充保存占有物之必要費用，不得請求償還（第九五四條）。其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，亦得向回復請求人請求償還（第九五五條）。

反之，惡意占有人因保存占有物所支出之必要費用，雖得依關於無因管理之規定（即第一七六條第一七七條），向回復請求人請求償還（第九五七條）。其因改良占有物所支出之有益費用，則不得請求償還。因

恐惡意占有人故意支出多額有益費，使回復請求人，不易償還，藉便長期留置占有物故也。（註一）

（註一）關於此節，我民法係採瑞士民法第九三〇條二項之規定。因預防占有人長期留置占有物，遂使之喪失有益費償還請求權，理論上殊欠公允。旧民法第一九六條二項規定：「惡意占有人亦得請求有益費之償還，但法院因回復請求人之聲請，得展緩其償還之期限。」既足以預防占有人長期留置占有物，復使占有人仍保有其償還請求權，較為適當。

第六節 占有之消滅

占有因左列事由發生而消滅：

（一）占有物全部滅失

占有為存於占有物之物權；占有物全部滅失時，不問其滅失基於何種之原因，其占有均歸消滅。但占有物一部滅失時，其占有僅縮小其範圍，不歸於消滅。

（二）事實上管領力喪失

占有以占有人就於占有物有事實上管領力為必要條件。一旦管領力喪失，不問其喪失基於占有人之自由拋棄，抑基於其他之事由，其占有均歸消滅。其依占有補助人為占有之場合，占有補助人喪失事實管領力時亦同。但占有人僅一時不能實行其管領力者，非管領力之喪失，從其占有不消滅（第九六四條）。如因疾病，一時不能保管其家中之物品是。又占有物被人侵奪之後，占有人已依適法之程序，回復其占有者，其占有視為自

始不滅（第七七一條但書參照）。

以上所述，爲直接占有消滅之原因。至間接占有之消滅，民法上雖無明文規定，然由理論言，在（一）其直接占有之人之占有消滅時，及（二）其直接占有之人與間接占有之人間之質權、租賃、寄託等原因關係消滅時，間接占有當然歸於消滅（第九四一條參照）。

第七節 準占有

占有之標的，本限於物體，而不及於權利。然現實行使權利，與現實支配物體，其情形相同，亦有加以保護之必要。故我民法特做多數立法例，使之準用關於占有之規定。學者稱之曰準占有。

得爲準占有標的之權利，非無制限。今舉其要件：（一）須爲財產權。故人格權與身分權，均不得就之成立準占有。（二）須爲不必占有物體而得行使之權利。若爲必須占有物體，方得行使之權利，如所有權、地上權、永佃權、典權、質權、留置權等，則其行使權利之人，已同時占有物體，乃真正之占有，而非準占有（第九六六條一項）。（註一）（三）須爲性質上可得繼續行使之權利。因占有爲繼續之狀態，故準占有亦不能欠缺繼續性。若經一次行使即歸消滅之權利，如撤銷權、解除權、回贖權等，其性質與占有懸殊，亦不能就之成立準占有。故準占有之標的，不外地役權、債權、著作權、商標權、商號權等等。（註二）

(註一)第九六六條一項規定：「財產權不因物之占有而成立者，行使財產權之人，爲準占有人。」依此規定，則將謂所有權亦得爲準占有之標的，因所有權之成立，原不以所有物之占有爲必要故也。然所有權只能就之成立占有，不能成立準占有，此爲學者所一致主張。上述規定，殊不合理。余意其「成立」二字，應改爲「得行使」較爲切當。

(註二)準占有之標的，各國民法之所定，不能一致。法國民法上所明定之準占有，其範圍最廣，不限於財產權，並及於身分關係（法民第一九五條以下及第二二二八條）。日本民法，則限於財產權（日民第二〇五條）。德國及瑞士兩民法，則限於地役權與人役權（德民第一〇二九條第一〇九〇條，瑞民第九一九條二項）。

準占有準用關於占有之規定（同條二項）。即視其情形相同者，類推適用之。其情形相異者，則否。故第九四八條以下關於即時取得之規定，於準占有不適用之。因即時取得係專就動產而設之規定也。（註一）此外準占有之結果，得因之完成取得時效（第七七二條）；又對於債權之占有人善意所爲之清償，有清償之效力（第三一〇條二款）；是皆關於準占有效力之特別規定。

(註一)一般準占有，雖不準用即時取得之規定，然無記名證券債權之準占有，例外得準用之。此徵諸第九五一條之規定，毫無可疑。蓋此項債權，純以證券爲其代表，已具有動產之性質，與普通之債權不同故也。

附錄

一 民法物權編施行法（民國十九年二月十日公布同年五月五日施行）

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

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

第三條 民法物權編所規定之登記，另以法律定之。

物權於未能依前項法律登記前，不適用民法物權編關於登記之規定。

第四條 民法物權編施行前，依民法物權編之規定，消滅時效業已完成，或其時效期間尚有殘餘不足一年者，得於施行之日起，一年內行使請求權。但自其時效完成後，至民法物權編施行時，已逾民法物權編所定時效期間二分之一者，不在此限。

第五條 民法物權編施行前，無時效性質之法定期間已屆滿者，其期間為屆滿。

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

前項規定，於取得時效準用之。

第六條 民法物權編施行前，占有動產，而具備民法第七六八條之條件者，於施行之日，取得其所有權。

第七條 民法物權編施行前，占有不動產，而具備民法第七六九條或七七〇條之條件者，自施行之日起，得請求

登記爲所有人。

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

第九條 民法物權編施行前，占有動產，而具備民法第八〇一條或第八八六條之條件者，於施行之日，取得其所有權或質權。

第十條 民法物權編施行前，拾得遺失物、漂流物或沈沒物，而具備民法第八〇三條及第八〇七條之條件者，於施行之日，取得民法第八〇七條所定之權利。

第十一條 民法物權編施行前，依民法第八〇八條或第八一一條至第八一四條之規定，得取得所有權者，於施行之日，取得其所有權。

第十二條 民法物權編施行前，以契約訂有共有物不分割之期限者，如其殘餘期限，自施行日起算，較民法第八二三條第二項所定之期限爲短者，依其期限，較長者，應自施行之日起，適用民法第八二三條第二項之規定。

第十三條 民法物權編施行前，以抵押權擔保之債權，依民法之規定，其請求權消滅時效已完成者，民法第八八〇條所規定抵押權之消滅期間，自施行日起算。但自請求權消滅時效完成後，至施行之日，已逾十年者，不得行使抵押權。

第十四條 民法物權編關於質權之規定，於當舖或其他以受質為營業者，不適用之。

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

第十六條 本施行法自民法物權編施行之日施行。

二 民法物權編立法原則

一 物權除於本法或其他法律有規定外，不得創設。

說明 物權有對抗一般之效力，若許其以契約或依習慣隨意創設，有害公益。故明定除本法或其他法律有規定外，不得創設，以示限制。所謂其他法律，指特別法而言。蓋物權非必悉以民法規定，如漁業權、著作權及其他另有特別法規定者，皆是。

二 不動產物權，依法律行為取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。

說明 物權既有極強之效力，得對抗一般世人，為貫徹吾黨土地政策起見，其權利狀態，應使明確。故對於不動產物權取得、設定、喪失及變更，採用登記要件主義，明定非經登記，不生效力。所謂不生效力者，不僅不能對

抗第三人，即當事人間，亦不發生物權效力也。

三 所有人於法令所限制範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。

二 說明 所有人固得任意使用、收益、處分其所有物，然為社會公益，及貫徹吾黨土地使用政策起見，不得不加以限制。故特設明文，以示其旨。至對於他人之非法干涉，則許其排除，以資保護。

四 以所有之意思，五年間和平公然占有他人之動產者，取得其所有權。

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，得請求登記為所有人。
以所有之意思，二十年間和平繼續占有他人之不動產，而占有之始為善意並無過失者，得請求登記為所有人。

說明 為注重社會公益起見，動產所有權及不動產所有權之狀態，不宜久不確定，故規定其取得時效。至時效期限亦不宜過長，故分別規定動產取得時效為五年，不動產取得時效為二十年或十年。

五 土地所有權除法令有限制外，於其行使有利益之範圍內，及於地上地下。若他人之干涉，無礙其所有權之行使者，不得排除之。

說明 土地所有權之效力，固可及於土地之表面，土地之內部，及土地以上之空間。然如漫無限制，亦屬有害公益。故明定須受法令之限制。至其行使，亦須以有利益者為限，否則即為權利之濫用，應在禁止之列。

六 以所有之意思，占有無主之動產者，取得其所有權。

說明 無主之動產，得因占有取得其所有權，各國法律，大抵相同。但占有人如事實上無自己所有之意思，即無使其取得所有權之必要。故明定以所有意思占有無主之動產者，始得其所有權。

七 依法律規定，或依契約，成一共同關係之數人，基於其共同關係而共有一物者，為共同共有人。

說明 我國祠堂、祭田、合夥等，均為共同共有關係，故不可無共同共有之規定。至共同共有人，非如普通共同共有人，對於共有物，各有其應有部分。故明定除依其共同關係所由規定之法律或契約另有規定外，非經共同共有人全體之同意，不得處分共同共有物，或行使其他之權利，以保護共同共有人全體之利益。

八 佃權之設定，定有期限者，視為租賃。

說明 佃權本有永久存續之性質，故定為有期限者，即視為租賃，適用債編關於租賃之規定，以示區別。

九 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。

說明 佃權為物權之一種，就理論言之，土地所有人固不應負何種責任；然佃權人多屬經濟上之弱者，故為顧全實際狀況計，規定如因天災地變等不可抗力，致其收益減少或全無收益時，仍許其請求減少佃租或免除佃租，以保護佃權人之利益。

十 支付典價，占有他人之不動產，而為使用及收益者，為典權人。

說明 我國習慣，無不動產質，而有典，二者性質不同。蓋不動產質為擔保債權，出質人對於原債務，仍負責任。苟質物價格低減，不足清償，出質人仍負清償之責。而典則否。質權既為擔保債權，則於出質人不為清償時，祇能將質物拍賣，就其賣得金額，而為清償之計算，無取得其物所有權之權利。典則用找貼方法，使可取得所有權。二者相較，典之習慣，實遠勝於不動產質。因（一）出典人多經濟上之弱者，使其於典物價格低減時，拋棄其回贖權，即免負擔；於典物價格高漲時，有找貼之權利。此我國道德上濟弱觀念之優點。（二）拍賣手續既繁，而典權人既均多年占有典物，予以找貼，即取得所有權，亦係最便利之方法。故於民法中應規定典權。至典係以移轉占有為要件，故又與抵押不同。

十一 典權存續期間，不得逾三十年。約定期間逾三十年者，縮短為三十年。

說明 典權存續期間，漫無限制，則有害經濟上之發展。故明定其權利存續期間，不得逾三十年。約定期間逾三十年者，縮短為三十年。

十二 出典人於典權設定後，仍得將典物之所有權，讓與他人。

說明 出典人於設定典權後，對於其典物之使用收益，固受限制；但典物之所有權，仍屬於出典人，以之讓與他人，自無不可。

十三 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。

典權未定存續期間者，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。

說明 典權之特質，在於出典人有回贖之權利。如逾期不贖，則權利狀態，不能確定，於經濟之發展，甚有妨害。故明定典權定有期間者，於期間屆滿後，經過二年不回贖，未定期間者，經過三十年不回贖時，典權人即取得典物所有權。

十四 出典人對於典權人，表示讓與其典物所有權者，典權人得按時價找貼，取得典物所有權。但其找貼以一次為限。

說明 找貼習慣，於出典人及典權人雙方，均甚便利，故設此項之規定。但習慣上往往有迭次請求找貼，致生糾紛者，故規定找貼以一次為限。

十五 以動產所有權或其他物權之移轉或設定為目的，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。

說明 為保護交易上之安全起見，對於善意取得動產之占有人，應予以保護，故為此項規定。

三 清理不動產典當辦法（民國四年十月六日施行）

第一條 民間所有典賣契載不明之不動產，遠在三十年以前，並未註明回贖字樣，亦無另有佐證可以證明回贖者，即以絕產論，不准回贖。其未滿三十年，契載不明之不動產，即以典產論，准其回贖。但契載已明者，不在此限。

第二條 典產自立原約之日起，已經過六十年者，不論其間有無加典或贖典情事，概作絕產論，不許原業主再行告爭。其未滿六十年之典產，不論原典是否定有回贖期限，如未經找貼作絕，另立絕賣契據，或別經合意作絕者，仍准原業主回贖。但在本辦法施行以前，典主久視典業爲絕產，經業主相安無異者，或原契內載有逾期不贖，聽憑作絕字樣，業主於滿期時，並未依約回贖者，均以有合意作絕論。

第三條 未滿六十年之典當，無論有無回贖期限，及曾否加典續典，自立約之日起算，已逾三十年者，統限原業主於本辦法施行後三年內回贖。如逾限不贖，祇准原業主向典主告找作絕，不許告贖。其找價，由雙方協定。若協議未調，由審判衙門斷定之。

第四條 依照本辦法得以回贖之典業，或向典主告找作絕，或別賣與他人，或回贖自行管業，均聽原業主自行選擇，概不許典主借端勒掇。

第五條 凡准回贖之典業，若經典主添蓋房舍，開渠築堤，及爲其他永久有利於產業之投資，原業主回贖時，應聽典主撤回。其有不能撤回，或因撤回損其價格，或典主於撤回後，無相當用途者，由雙方估價，歸原業主留買。若協議未調，由審判衙門斷定之。

第六條 凡准回贖之田地，若經佃主管領耕種，滿二十年，及現時地價確有增漲者，原業主於回贖時，除備原典價外，應加價收贖。其增加之額，由雙方協議定之。協議未調，由審判衙門依照本辦法第七條之規定斷定之。其未滿二十年之田地，或已滿二十年之房屋，仍照原價回贖。

第七條 所有應行加價回贖之田地，得由該管地方行政官長，酌量地方情形，商同司法部，訂定應加等差。地方情形有不同時，得分別區域定之。其未經該管行政衙門頒定應加等差以前，審判衙門除令業主備原價外，應調查原典價與現時價值相差之率，以不過該率十分之五之範圍內，酌量處斷。田地之時價，以一年租金額二十倍為準。

第八條 嗣後民間置買產業，應仍照前清現行律，務須註明絕賣或不准找價字樣。如係典業，務須註明回贖年限。設定典當期間，以不過十年為限，違者一屆十年限滿，應准業主即時收贖。業主屆限不贖，聽憑典主過戶投稅。不滿十年之典當，不准附有到期不贖聽憑作絕之條件。違者雖經逾期，於自立約之日起，十年期限內，仍准業主隨時告贖。

第九條 本辦法所定各節，各省已另有單行章程或習慣者，仍從其章程或習慣辦理。

第十條 本辦法自奉批准之日施行。由司法部咨各省巡按使，各特別行政區域都統，及京兆尹，飭行各地方官出示通告，用資遵守。所有京外訴訟未結案件，自施行日起，悉依本辦法處斷。

四 不動產登記條例（十一年五月二十一日公布國民政府令准援用）

第一章 總綱

第一條 本條例所稱不動產，以土地及建築物爲限。

第二條 不動產登記，以不動產所在地之地方審判廳或縣公署，爲管轄登記衙門。

第三條 不動產左列權利之設定、保存、變更、限制、處分或消滅，應爲登記。

（一）所有權，（二）地上權，（三）永佃權，（四）地役權，（五）典權，（六）抵押權，（七）質權，（八）租借權。

前項規定，於一切官產、民產、前清皇室私產、旗產及其他特標名義之官公產，均適用之。

第四條 習慣相沿之物權，其名義與前條第一項所列不符，依其性質得認定爲其一種者，應從其性質登記，仍添註原有名義。若不能認定者，應從原有名義登記。

第五條 不動產物權，應行登記之事項，非經登記，不得對抗第三人。

第六條 租借權已經登記者，對於以後取得物權之人，亦生效力。

第七條 暫時登記於左列情形爲之。

（一）未具備聲請登記程序上必要之條件時。（二）預爲保存以不動產權利之設定、移轉、變更或消滅爲標

的之請求權時。其請求權附有期限或條件，或有將來始行確定之情事者，亦同。

第八條 預告登記，於因登記原因無效或撤銷，而提起塗銷或回復登記之訴訟時爲之。但登記原因之撤銷，不得對抗善意第三人者，不在此限。

第九條 同一不動產爲登記時，其權利次序，除法律別有規定外，應依登記之先後。登記無先後者，視爲同一。

登記之先後，在登記用紙中同部者，應依權利先後欄數。不同部者，應依收件號數。

第十條 附記登記之次序，應依主登記之次序。但附記登記間之次序，應各依其先後。已有暫時登記者，正式登記之次序，應依暫時登記之次序。

第二章 登記簿冊

第十一條 登記衙門，應置不動產登記簿。

第十二條 登記簿中，對於一宗不動產，應備一用紙，各以六頁爲限。土地內有建築物者，應登記於土地之後。

第十三條 登記簿得就地方情形，畫分區域登記之。但應於簿面標明某區登記簿字樣。

同一登記衙門管轄之不動產，跨連數區域時，登記官吏得依聲請或依職權，在一區之登記簿登記之。但應於簿面標明本簿有跨某某等區登記字樣，并通知跨連區域之各分處。

第十四條 登記簿每一用紙，分爲登記號數欄，不動產標示部，所有權部，及他項權利部。又於不動產標示部，設標

示事項欄，及標示先後欄。於所有權及他項權利二部，各設權利事項欄，及權利先後欄。

登記號數欄，記載各不動產在登記簿開始爲登記之次序。

標示事項欄，記載關於不動產之標示及其變更事項。標示先後欄，記載登記標示事項之次序。

所有權部權利事項欄，記載關於所有權之事項。

他項權利部權利事項欄，記載關於所有權以外權利之事項。

權利先後欄，記載登記各權利事項之次序。

第十五條 登記簿應附備索隱簿及共同人名簿。

第十六條 高等審判廳長或審判處長，應於登記簿面，鈐蓋官印。於簿面裏面，記明頁數簽名。並於每頁連綴處，以官印蓋騎縫印。

第十七條 登記衙門應置不動產登記收件簿，並由地方審判廳長或縣知事爲前條程序。

第十八條 登記聲請書，應由各登記衙門，照定式刷印發行。

第十九條 各項登記簿冊文件，除已經高等審判廳處鈐蓋騎縫印者外，應由登記官吏於連綴處，加蓋騎縫印。

第二十條 登記簿、索隱簿、共同人名簿、收件簿、圖式及調查筆錄，應永遠保存之。

第二十一條 登記聲請書及其附屬文件，自接收之日起，應保存二十年。

第二十二條 登記簿及其附屬文件，除有緊急事項外，不得私擅攜出。

第二十三條 登記簿一部或全部滅失時，應由廳縣報高等審判廳長或審判處長，公示三個月以上之期限，命登記人聲請回復。其於期限內聲請者，仍保持原有次序。

第二十四條 聲請給與登記簿之繕本或節本者，繳納鈔錄費後，鈔錄給與之。其以郵信聲請，於鈔錄費外，並納郵費者亦同。又以有利害關係部份爲限，得聲請閱覽登記簿，或其附屬文件。

第三章 登記程序

第一節 通則

第二十五條 登記應由登記權利人及登記義務人或其代理人聲請之。

官產、公產、前清皇室私產、旗產、或特標名義之官公產爲登記時，其主管者視爲代理人。

第二十六條 因判決或繼承之登記，得僅由登記權利人聲請之。

第二十七條 登記人因更名或住址變更爲登記時，得僅由原登記人聲請之。

第二十八條 就未經登記之所有權，爲保存登記時，得由依裁判、或他項文件證明自己或其被繼承人有所有權之人聲請之。其關於建築物者，基地登記權利人，亦得聲請之。

第二十九條 就未經登記之所有權爲變更或限制處分之登記時，得由依裁判證明自己或其被繼承人有權利

之人聲請之。

第三十條 前條規定，就所有權以外權利，或以所有權以外權利為標的之權利，為設定、保存、變更或限制處分之登記時，準用之。

第三十一條 因官署或公立機關，執行拍賣，或公賣處分，為所有權移轉之登記時，登記權利人得請求官署或公立機關，速具登記原因證明書，囑託於登記衙門。

第三十二條 因公共事業，收用土地為所有權移轉之登記時，得僅由登記權利人聲請之。

第三十三條 就官有公有不動產各項權利為登記時，登記權利人得請求官署或公立機關，速具登記原因證明書，囑託於登記衙門。

第三十四條 官署或公立機關自為登記權利人，為不動產各項權利人登記時，應取具登記義務人之承諾書，或他項證據，囑託於登記衙門。

第三十五條 暫時登記，得由登記權利人取具登記義務人之承諾書，或他項證明書聲請之。

登記權利人不能取具前項書狀者，得向該管地方審判廳長或縣知事，證明原因，聲請命為暫時登記。
對於駁回前項聲請之裁決，得向高等審判廳長或審判處長聲明抗告。

第三十六條 預告登記，應由受理第八條所載訴訟之法院，速附訴狀繕本或節本，囑託於登記衙門。

第三十七條 聲請登記，應呈出左列文件。

(一) 聲請書。(二) 證明登記原因文件，及參考文件。(三) 曾經登記者之登記證明書。(四) 登記原因與第三人有關係時，第三人之證明文件。(五) 保證書。(六) 圖式。

證明登記原因文件，如係有執行力之判決時，無須提出前項第三至第五各款書狀。

第三十八條 聲請書應記載左列事項。

(一) 不動產坐落、四至、種類、畝數或間數。(二) 登記原因及其年月日。(三) 登記標的。(四) 不動產之價額。(五) 證明登記原因文件件數，及參考事項。(六) 登記衙門。(七) 年月日。(八) 聲請人之姓名、籍貫、住址、職業。聲請人若為法人，其名稱及事務所。(九) 由代理人聲請時，代理人姓名、籍貫、住址、職業。

第三十九條 聲請書應由聲請人或其代理人簽名蓋章或畫押，或按捺拇印。

第四十條 登記原因定有他項特約時，聲請書內應記明之。

第四十一條 登記權利人係多數，而於登記原因定有股份時，聲請書內應記明之。

第四十二條 證明登記原因文件，或登記證明書，不能提出時，應取其村區長或四鄰之保證書。

前項保證書，應證明聲請人確無假冒，及原文件不能提出之實情。

善意第三人，因其保證致受損失，不能由登記人賠償者，得向保證人請求賠償。

第四十三條 聲請登記人，如係登記權利人或登記義務人之繼承人時，除提出證明身份之文件外，並應取具親屬之保證書。

前項保證書，應證明聲請人確為繼承人。

前條第三項規定，於本條之保證人準用之。

第四十四條 登記人因更名或住址變更聲請登記時，除提出證明變更之文件外，並應取具村區長或四鄰之保證書。

前項保證書，應證明聲請人確為原登記人。

第四十二條第三項規定，於本條之保證人準用之。

第四十五條 聲請登記，須有第三人認可同意或承諾之證明書時，得由第三人在聲請書簽名蓋章，或畫押或按捺指印代之。

第四十六條 數宗不動產在同一登記衙門管轄區域內者，以登記原因及登記標的同一為限，得併於一聲請書聲請登記。

第四十七條 登記官吏收受聲請書時，應將收件年月日時、收件號數、聲請人姓名、登記標的，記載於收件簿。並將收件年月日時、收件號數，記載於聲請書。

前項收件號數，應按接收聲請書之先後編列，其就同一不動產同時有二箇以上聲請時，應編爲同一號數，記明收件第幾號之幾。

登記官吏爲第一項程序後，應給與聲請人收據，記明收受各文件，並其件數，收件號數，及收件年月日時。

第四十八條 登記官吏於左列情形，應附理由，以裁決駁回登記聲請。但可以補正者，應命聲請人補正。若經即日補正時，仍應依原次序登記之。

(一) 事件不屬於登記衙門之管轄者。(二) 事件係不應登記者。(三) 當事人或其代理人不到場，或代理權限不明者。(四) 聲請書不合程式者。(五) 聲請書所載當事人、不動產、或權利之標示，或關於登記原因之事項，與登記簿或證明登記原因文件不符，而未能證明其確有變更者。(六) 不加入聲請書所必要之文件或圖式者。(七) 不納登記費者。

前項裁決，得記入聲請書，由登記官吏簽名，以代原本。

聲請人對於登記官吏或登記衙門長官之裁決，有不服者，登記官吏或登記衙門，應於三日內，將其異議書或抗告書，連同關係文件，呈送登記衙門長官，或上級管轄衙門核辦。如認爲必要時，并應附具意見書。

第四十九條 登記衙門長官或上級管轄衙門，接受前條第三項異議或抗告後，得依聲請或依職權，命爲暫時登記。

第五十條 駁回聲請之裁決，經登記衙門長官或上級管轄衙門撤銷者，應即命為登記，仍保持原有聲請次序。

第五十一條 登記官吏接收聲請書後，曾為必要之調查者，應製作調查筆錄，記載左列事項。

(一) 調查結果。(二) 登記衙門。(三) 調查員姓名。(四) 年月日。

第五十二條 聲請若係合法者，登記官吏應於接收聲請書後，即行登記。其有須調查者，至遲應於一星期內，調查完畢。但有特別事由者，不在此限。

第五十三條 為不動產權利之設定、移轉或變更者，登記權利人，得依第二十四條規定，請求閱覽登記簿冊文件，視其曾否登記。其權利如未經登記，登記權利人，得於訂契約前，邀同登記義務人，準照第三十七條規定，詳具聲請書請求登記衙門，先行調查。登記官吏接受前項聲請書後，應即依通例第十一條規定，調查其實際情形，是否與聲請書相符，并有無糾葛。調查後應即通知於登記權利人及登記義務人。

登記人接收通知後，完成契約，為登記聲請者，得以其事前聲請調查之日，為聲請登記之日。

第五十四條 登記應按收件號數之次序為之。

第五十五條 未經登記之不動產為登記時，應依次記載號數於登記號數欄。

第五十六條 在標示事項欄或權利事項欄為登記時，應依次記載欄數於標示先後欄，或權利先後欄。

第五十七條 標示事項欄之登記，應記載收件年月日、收件號數、登記標的，及其他聲請書所載關於不動產之標

示。

權利事項欄之登記，應記載收件年月日、收件號數、登記權利人姓名、住址、登記原因、并其年月日、登記標的、及其他聲請書所載關於權利應行記載之事項。

登記官吏在前二事項欄登記完畢時，應於其後加蓋名章。

第五十八條 登記權利人係多數時，得僅記載聲請書首列人姓名、住址、及此外若干名於登記用紙。其餘姓名住址，應記載於共同人名簿。登記義務人為多數，須記載於登記用紙時亦同。

第五十九條 附記登記之權利先後欄數，應與主登記之欄數同。但應於附記欄數及主登記欄數左側，各記明附記某號。

第六十條 暫時登記，應於相當權利事項欄為之。但左側須存餘白。

第六十一條 為暫時登記後，有正式聲請時，應於左側餘白處為之。

第六十二條 登記人更名或住址變更之登記，以附記為之。但前記之名稱或住址，應塗銷之。

第六十三條 權利變更之登記，若與第三人有利害關係時，應於聲請書外，加具第三人之承諾書，或其他證明書。

第六十四條 前條登記，以附記為之。但前記已經變更之事項，應塗銷之。

第六十五條 行政區域或其名稱有變更時，登記簿記載之行政區域或其名稱，視為已經變更。

第六十六條 因不動產區域變更，接受移送登記簿繕本之登記衙門，應將登記事項移載於相當區域之登記簿。並於新登記號數左側，記明舊某區登記某號。於相當各事項欄之末行，記明移載事由並其年月日。

第六十七條 同一登記衙門管轄內，有一宗或數宗不動產所在地，由甲登記區轉屬於乙登記區時，登記衙門應將前登記用紙截止，移轉其登記於乙登記區。

前條規定，於前項情形準用之。

第六十八條 因第二十三條情形為回復聲請時，僅由登記權利人聲請之。但應於聲請書內記明前登記號數。權利先後欄數，收件年月日，及收件號數。並附呈前登記證明書。

第六十九條 因前條聲請為登記時，除於新登記簿，各為相當之登記外，應將前登記號數，權利先後欄數，收件年月日，收件號數，一併記入。

第七十條 依第二十三條所定之期限內，有聲請新登記時，應另設臨時登記簿登記之。並將臨時登記事由，記明於臨時登記證明書。

第七十一條 第二十三條期限屆滿後，臨時登記簿，應即截止，將其登記事項，移載於原登記簿。並將臨時登記簿所記之號數欄數，記入於新號數欄數左側。於相當各權利事項欄之末行，記明移載事由並其年月日。

第七十二條 臨時登記簿之登記，移轉於原登記簿，而遇有回復登記時，其原登記簿權利先後欄數，應按回復登

記之次序，記載新欄數。

第七十三條 臨時登記簿之登記，移載於原登記簿時，應通知聲請人，呈出臨時登記證明書，請給原登記證明書。若回復登記與移載事項有牴觸時，應一併通知。

第七十四條 登記簿中用紙，某部登記已滿時，應另登新登記簿。於其登記號數欄，轉載前登記號數。並於該欄及前登記簿登記號數欄左側，各記明與某登記簿某冊某頁連續字樣。但前登記簿用紙別部，尚有餘白時，仍應依次登記。

第七十五條 登記官吏登記完畢時，應即給聲請人以登記證明書。

登記證明書應記載登記號數，收件年月日，收件號數，登記人姓名，不動產標示，登記原因，並其年月日。登記標的權利先後欄數，登記年月日及登記完畢字樣，並蓋登記衙門印。

登記人係多數時，僅應記載聲請書首列姓名及外若干名。

第七十六條 原呈證明登記文件，及其他應行返還之文件，應加蓋登記衙門印，並記載登記號數，收件年月日，收件號數，分別交還於登記權人或登記義務人。

第七十七條 官署或公立機關，代登記權人囑託登記時，由登記衙門送致之登記證明書，或附屬文件，應分別去留，轉送於登記權人。

第七十八條 僅由登記權利人聲請登記時，登記官吏登記完畢，應即用登記通知書，通知於登記義務人。

第七十五條第二項規定，於登記通知書準用之。

第七十九條 登記官吏登記完畢後，發現登記有錯誤或遺漏時，應速通知於登記權利人及登記義務人。

其錯誤或遺漏，若係出於登記官吏之過失時，除第三人於該登記有利害關係外，登記官吏應即呈明登記衙門長官更正之，並通知於登記權利人並登記義務人。

第八十條 第六十三條及第六十四條規定，於爲更正登記時準用之。

第八十一條 登記用紙截止者，應記載截止字樣。

第八十二條 登記官吏爲登記，及聲請人作聲請書，或其他關於登記之書狀時，其字畫應明瞭，不得潦草挖補。遇有數量號數年月日或其他各數字，均用大寫。若有添註塗改，應將字數批記格外，塗銷文字應存可認字體，其上附括弧與批記，一並加蓋名章。

第二節 所有權登記程序

第八十三條 就所有權一部，聲請爲移轉登記時，聲請書內應記明其移轉部份。

第八十四條 不動產有分合增減滅失，或其他變更時，所有權登記人，應速聲請登記。

第八十五條 前條聲請，依左列各款爲之。

(一) 記明變更之現狀或現名，並其畝數間數於聲請書。(二) 其登記用紙內，有關於所有權以外權利之登記時，加具該權利登記人之承諾書或其他之證明書。

第八十六條 不動產一部份分割為獨立不動產時，應依左列各款為登記。

(一) 於新登記用紙內，登記號數欄，記載新登記號數。於標示事項欄，記明因分割由登記某號移載字樣。於相當權利事項欄，轉載關於所有權或所有權以外權利之登記。並於所有權以外權利之登記後，記明與登記某號不動產共同為權利標的字樣。(二) 於前登記用紙內標示事項欄，登記殘餘部份，記明他部份因分割移載於登記某號字樣，塗銷前標示事項及欄數。並於相當權利事項欄內，記明與登記某號不動產共同為權利標的字樣。

第八十七條 前條分割，若僅新不動產為所有權以外權利之標的時，除依前條規定外，應於新登記用紙內，相當權利事項欄，轉載關於該權利之登記。並於前登記用紙內，相當權利事項欄，以附記記明分割部份，及因分割移載於登記某號字樣，塗銷前登記。

第八十八條 前二條聲請書，若附呈有所有權以外權利登記人承諾其權利已經消滅之文件，或其他證明書時，應於前登記用紙相當權利事項欄，以附記記明該權利已經消滅字樣，並塗銷前登記。但在殘餘部份之權利，尚未消滅者，不在此限。

第八十九條 不動產一部合併於他不動產時，應依左列各款爲登記。

(一) 於他不動產登記用紙內，標示事項欄，記明合併部份及由登記某號移載字樣，並塗銷其標示事項及欄數。於相當權利事項欄，由前登記用紙轉載關於所有權或所有權以外權利之登記，並記明由登記某號某權利事項某欄轉載，及僅合併部份爲權利標的，或與登記某號不動產共同爲權利標的各字樣。(二) 於前不動產標示事項欄，登記殘餘部份，記明他部分因合併移載於登記某號字樣，塗銷前標示事項及欄數。並於相當權利事項欄，記明與登記某號不動產共同爲權利標的字樣。

第九十條 不動產全部合併於他不動產爲登記時，除依前條規定外，應於前登記用紙內，標示事項欄，批明截止。第九十一條 第八十八條規定，於前二條情形準用之。

第九十二條 爲不動產增減之登記時，應於登記用紙內標示事項欄，記明增減原因，並塗銷前標示事項及欄數。第九十三條 爲不動產滅失之登記時，應於登記用紙內標示事項欄，記明滅失原因，塗銷登記號數標示事項及欄數，並批明截止字樣。

第九十四條 滅失不動產與他不動產共同爲所有權以外權利之標的時，應於他不動產登記用紙內相當權利事項欄，以附記記明滅失不動產之標示，滅失原因，及已經滅失字樣。並於載有滅失不動產與他不動產共同爲權利標的字樣之登記內，塗銷滅失不動產之標示。

他不動產所在地，屬於他登記衙門管轄時，應速囑託該登記衙門爲前項登記。受囑託之登記衙門，應即查照辦理。

第九十五條 因土地變遷，房屋改造，或其種類名稱變更等情事爲登記時，應塗銷前之標示事項及欄數。

第三節 所有權以外權利登記程序

第九十六條 聲請爲地上權設定或移轉之登記時，聲請書內應記明地上權設定之目的及範圍。其登記原因定有存續期間，或地租，並付租時期者，亦同。

第九十七條 聲請爲永佃權之設定或移轉之登記時，聲請書內應記明佃租數額。其登記原因定有存續期間，付租時期，或有其他特約者，亦同。

第九十八條 聲請爲地役權設定之登記時，聲請書內應記明需役地之標的，及地役權設定之目的並範圍。其登記原因有特別訂定者，亦同。

第九十九條 爲地役權設定之登記時，應於需役地登記用紙內，權利事項欄，記載供役地之標示及其爲地役權標的字樣。並地役權設定之目的及範圍。

需役地屬於他登記衙門管轄時，應速將需役地、供役地、地役權設定之目的及範圍，並收件年月日，通知於該登記衙門。

接受前項通知之登記衙門，應速將通知事項，記載於需役地登記用紙內權利事項欄。

第一百條 聲請爲典權設定或轉典之登記時，聲請書內應記明典價數額。其登記原因定有回贖期限或作絕期限者，亦同。

第一百零一條 聲請爲加典之登記時，聲請書內應記明加典數額。
加典之登記，以附記爲之。

第一百零二條 聲請爲抵押權質權設定或轉押轉質之登記時，聲請書內應記明債權數額。其登記原因定有清償時期，及於利息別有訂定，或於債權附有條件或其他特約者，亦同。

第一百零三條 聲請爲抵押權質權設定之登記，而債權不以一定金額爲標的時，聲請書內應記明債權估計價額。

第一百零四條 聲請爲抵押權質權設定之登記，而非債務人爲設定人時，聲請書內應記明債務人之標示。

第一百零五條 聲請爲抵押權質權設定之登記，而其標的爲所有權以外之權利時，聲請書內應記明該權利之標示。

第一百零六條 聲請爲抵押權質權設定之登記，而其標的爲關於數宗不動產之權利時，聲請書內應記明各數宗不動產權利之標示。

第一百零七條 聲請爲抵押權質權移轉之登記，而債權有一部讓與或代位清償時，聲請書內應記明讓與或代位清償之債權額。

第一百零八條 因第一百零六條聲請就其一宗不動產權利爲登記時，應於該不動產登記用紙內權利事項欄，記載他不動產權利之標示，及共同爲擔保字樣。

第一百零九條 抵押權質權之移轉登記，以附記爲之。

第一百一十條 抵押權質權之標的，爲數宗不動產權利，就其一宗不動產權利，爲抵押權質權變更或消滅之登記時，應於依第一百零八條規定所爲之登記內，以附記記明該權利已經變更或消滅字樣，並塗銷前登記內關於變更或消滅之事項。

第九十九條第二項及第三項規定，於前項情形準用之。

第一百一十一條 習慣相沿之物權，依其性質不能認定爲第三條第一項第二款至第七款權利之一種，聲請爲設定或保存之登記時，聲請書內應記明權利設定之目的及範圍。其登記原因定有存續期間，或其他特約者，亦同。前項聲請，應就其習慣，取具自治團體、商會或其他公立機關之證明書。但該習慣在登記衙門爲顯著者，不在此限。

第一百十二條 習慣相沿之物權，依其性質得認爲第三條第一項第二款至第七款權利之一種時，應準用第九

十六條至第一百一十條及前條第二項之規定。

第一百三十三條 聲請爲租借權設定或轉租之登記時，聲請書內應記明租賃數額。其登記原因定有存續期間或付租時期者，亦同。

聲請爲轉租登記，除許可轉租，已經登記者外，應加具租主之承諾書，或其他證明書。

第一百四十四條 爲第三十條之登記，而所有權未經登記時，應記載號數於登記號數欄。先於所有權部爲所有權之登記，並於各權利事項欄，記明因命爲某權利登記之裁判爲登記字樣。

第一百五十五條 爲第三十條之登記，若所有權已經登記時，僅適用前條後段規定。

第四節 塗銷登記程序

第一百十六條 登記權利，因其人之死亡而消滅時，得僅由登記權利人聲請登記之。但應加具死亡之證明書。

第一百十七條 登記權利人因登記義務人踪跡不明，不能共爲塗銷登記之聲請時，登記權利人得聲請管轄不動產之第一審法院，定一期限以公示告知。逾期所定期限者，得僅由登記權利人聲請塗銷登記。

前項情形，若有除權判決時，應加具判決繕本。

第一百十八條 塗銷暫時登記，暫時登記人得聲請之。利害關係人，加具暫時登記人之承諾書，或其他證明書者，亦同。

第一百十九條 塗銷登記於第三人有利害關係時，聲請人應加具第三人之承諾書，或其他證明書。

第一百二十條 第八條所載之訴訟，經確定裁判駁回，或有撤回捨棄或和解情事時，第一審審判衙門，應速具裁判繕本或其他證明書，囑託登記衙門，塗銷預告登記。

第一百二十一條 因官署或公立機關執行拍賣或公賣處分，為所有權移轉登記之囑託時，其扣押後債務人所為處分之登記，經登記權利人聲請塗銷者，應塗銷之。

第一百二十二條 因公共事業收用土地，為所有權移轉登記之聲請或囑託時，所有其他權利之登記，應塗銷之。但地役權登記，不在此限。

第一百二十三條 登記官吏登記完畢後，發見其登記有第四十八條第一項第一款或第二款情事時，應通知登記權利人登記義務人及利害關係人，告以不於所定期限內聲明異議，即行塗銷登記。

應受通知人之住址或居所不明時，得以公示代通知。

所定期限內無異議，或駁回異議之裁判確定時，登記官吏應即塗銷登記。

第一百二十四條 塗銷登記應於相當權利事項欄，記明應行塗銷事項，及已經塗銷字樣。若該事項係前登記一部者，應用朱筆將一部作縱線塗銷之。若係全部者，將全部作交叉線塗銷之。

第三人之權利係以塗銷之權利為標的，已有登記時，應於相當權利事項欄，記明第三人權利之標示，並因某權

利塗銷一併塗銷字樣。

第一百二十五條 因塗銷登記之無效或撤銷而爲回復登記時，應於相當權利事項欄，記明前經塗銷事項，並已經回復字樣。

一部塗銷登記之回復登記，以附記爲之。

前二項回復登記，與第三人有利害關係時，聲請人應加具第三人之承諾書，或其他證明書。

第四章 登記費

第一百二十六條 聲請爲不動產權利設定保存移轉之登記，應依左列規定，繳納登記費。

(一) 因贈與或其他無償名義，取得所有權者，不動產價值千分之三十。但公共事業因捐助行爲取得者，千分之十。(二) 因時效取得所有權者，不動產價值千分之二十。(三) 因繼承取得所有權者，不動產價值千分之六，非親生子孫繼承者，千分之十五。(四) 因前三款以外原因取得所有權者，不動產價值千分之五。(五) 爲共有物之分割者，不動產價值千分之三。(六) 取得地上權、永佃權、典權、質權者，該權利價值千分之五。(七) 取得抵押權者，該權利價值千分之五。(八) 取得地役權、租借權者，該權利價值千分之一。

民事訴訟條例第十條至第十二條規定，於計算前項第六款至第八款各權利之價值準用之。

第一百二十七條 習慣相沿之物權，其性質得認定爲第五款至第七款物權之一者，準用各款規定。不能認定者，

準用第八條規定。

第二百二十八條 聲請爲所有權保存之登記，其取得在本條例施行前者，應依不動產價值，繳納登記費千分之二。

第二百二十九條 聲請爲所有權以外權利之登記，其取得在本條例施行前者，應依該權利價值，繳納登記費千分之一。

前項規定，於習慣相沿之物權準用之。

第一百三十條 聲請爲所有權變更或限制處分之登記者，應依不動產價值，繳納登記費千分之二。

第一百三十一條 聲請爲所有權以外權利變更或限制處分之登記者，應依不動產價值，繳納登記費千分之一。

第一百三十二條 聲請爲不動產權利消滅之登記者，應依不動產價值，繳納登記費千分之一。

第一百三十三條 聲請爲暫時登記者，每件應繳納登記費四角。

第一百三十四條 聲請爲更正登記者，每件應繳納登記費四角。但按更正不動產價值千分之一計算，多於四角者，應補納之。

更正之原因，由登記衙門發生者，免繳登記費。

第一百三十五條 聲請爲回復登記者，每件應繳納登記費四角。

第一百三十六條 聲請爲預告登記者，每件應繳納登記費二角。

第一百三十七條 聲請爲登記人標示變更之登記者，每件應繳納登記費二角。

第一百三十八條 聲請爲塗銷登記者，每件應繳納登記費二角。

第一百三十九條 不動產價值，應依聲請書及契約所載。其有不明不實或較時價甚爲懸殊者，應由登記衙門平允估計。

聲請人不服登記衙門所估價值者，得呈出證據，分別聲明異議或抗告。

第一百四十條 登記費依不動產價值計算，未滿銀圓一分者，概以一分計算。其總額不滿四角者，仍以四角計算。

第一百四十一條 聲請書每分收費五分。

第一百四十二條 鈔錄費每百字收二角，不及百字者，依百字計算。

第一百四十三條 閱覽費每次收四角。

第一百四十四條 官署或公立機關自爲登記權利人時，除爲營利事業取得權利外，概免納登記費。

第一百四十五條 未登記之不動產，因他事發見，命爲登記者，照登記費加倍徵收。

第一百四十六條 登記官吏徵收登記費，不得額外浮收。

違背前項規定者，被害人得向檢察廳或相當官署告訴。監督長官亦得以職權移送。

第五章 附則

第一百四十七條 爲虛偽之登記者，除交納登記費不發還外，並依刑律治罪。偽造證據證明登記者亦同。

第一百四十八條 出具保證書之人，知其爲虛偽，而仍爲保證者，依刑律治罪。

第一百四十九條 本條例重要規定，登記衙門應以適當方法，隨時諭告，俾衆週知。

第一百五十條 登記衙門辦理不動產登記費用，由所收登記費內開支。其成數呈由高等審判廳長或審判處長核定之。但須報明司法部。

第一百五十一條 高等審判廳或審判處關於不動產登記所需費用，由各登記衙門所收登記費內，實用實銷，每月造具決算書，呈報司法部。

第一百五十二條 本條例施行日期區域及施行細則，由司法部另定之。

中華民國三十三年三月九日

收 到 呈 報

錄



中華民國二十四年六月初版

(35423-8)

中華物權法論綱一冊

每冊定價大洋壹元叁角

外埠酌加運費匯費

著者 柯 凌 漢

發行人 王 雲 五
上海河南路

印刷所 商 務 印 書 館
上海河南路

發行所 商 務 印 書 館
上海及各埠

版權所
翻印必究

