

581.2

現
行
物
權
法
論

余
蔭
昌
題



現行物權法論序

夫れ物權法のたゞ事柄、性質上屬地的なりのである、
土地法に於て物に就てする。蓋し地帯感上の現象なり、
併し封建制廢るゝ他の經濟政治の情勢の因りからま
に職由する可なり。是も物權法に各國固有の制を樹し
たを越し之を研究に方りても外法に於て他山の石たるのみ
真に採るに用に従ふを得ざるものが多い。民國典權の
なき西に於て一例である。中國民法には於て是も物權を以
て西の例に仿ぶるものあり、然し典權の如く固有の法制
なきに於て是も尚ほ他に存するものあり。是等に向て民國
物權法の研究者として誤意捜査して之れが理論構成

に力い、きよと考へる。

中華法別の中、取の位、用し位するに土地法と爲る。蓋し
是れ中華人民國訓政約法第四章國民生計の條、
に由來す。所、約法第三十四條列記し事項に於て中山
先生云、民之主義の經濟的方面に其現せるもの、一、
を要
個々主義の株を守り、又公共主義の新を衝つて、
廠中を視て、而して漫然折衷に甘するは、
出して、
土地法第七章に於て、
一面國土の國民全體に
出するを、
宣明す。り、
他、
土地私有制度を、
維持
するに、
又、
約法第三十八條に於て、
契約自由の原則を、
留
係するに、
並、
不、
妨害、
公益、
利、
益、
善、
良、
風、
俗、
を、
限、
定、
し、
て

法律的保障を与ふ事が如き歴史的指標を以て見る。歐洲大
我：除く露國に革命成り共産黨國柄を秉ふに至り
舊制を革命りて一炬に附し革命機を以てエウロパを以て
君といふたより成らん遂に半に舊制を廢し國家は共和
主義を採用し以て僅に危機を免れた。我は獨り
亦革命なりれ自然の情勢或は露國に仿して
拘らん及て之を斥け断然獨自の地歩を以て共和國憲
法を定めた。その趣旨内容之を民國訓政約法に比するに
頗る相響應するものあり。乃ち中山先生とワイマール憲法
を某者との間向く雲霧相通するものがある。就中土地法
第八條の規定の如き實に新時代主義の翹楚に如き者人の

飲養措り不可なり。唯、民國約法もワイマール憲法も
偏し、人民皆ふ所の理想を掲揚するに止り、未だこれお
實りの緒に就かず。獨りは在りて、農業議會の制、成り、重要
要素と、社會化を實現せんとす。迄き、而して民國あり、
後に土地法の制定を足らざるのみにして、未だ之れが實施し、遂に
到らず。且中外の情形、紛亂、好箇の計劃、徒ら、畫餅に
おぼえとす。

然りと雖、醒人の興る、必ず由來する所あり、渠成り、而して
既、河出、河出、書、聖人則して而已、乃ち今に於て諸
賢、土地法及び物權法の研鑽に、電のたが、形、筆、他日、景
星、明堂、麟、遊、鳳、翔、の時に、豫め、備、し、ることを、得人。

畏友法學士李宜孫君、是書、民法總則の一篇を出し、
嚴密を惜まぬ。亦來青年ならず、今後、現行物權
法論を著述し、世に問ひんとせらる。海内、凡傳、一海、易、紙、貴
期、清、すべからずあり。李學士の學に忠なり、端、述、片、言、復、法
と、雖、も、忽、諸、し、所、も、ん、一、頁、從、稿、す、も、每、一、轉、ち、推、考、未、ク、て
示、さ、る、。余、亦、之、を、連、つ、て、相、樂、し、む、而、リ、君、の、叙、述、并、論
真、し、到、ル、リ、盡、せ、リ、以、つ、加、之、ま、な、し、。其、の、考、高、尚、睿、智、從
て、知、ら、ま、す、や、あ、る、。君、を、一、稿、門、の、逸、是、。後、生、可、畏、と、爲、す
の、定、評、あり、宜、ち、と、謂、ふ、べ、し、。
此、書、。固、と、要、綱、を、述、ぶ、る、を、以、つ、て、主、旨、と、爲、す、敢、て、詳、密、周
列、。博、引、旁、證、と、爲、す、ん、。唯、簡、明、暢、達、と、爲、す、群、書、。

冠ごらんを欲す而も従来の日書本に収りたる新説
の網羅されざる余の當り喜ぶ一冊である。若夫れ中國
民法の一大著述に玉てり。李學士夙に腹案を蔵す而も
茲書を傾注するを後の一とらみ。

皇紀二千五百九十三年春三月

早稻田大学法学部研究室に於て

教授法學博士 中村萬吉識

現行物權法論序（譯文）

物權法之事物之性質上，原爲屬地的，土地法尤然。蓋因地勢風土之各異，封建制度及其他經濟政治情形之不同，有以致之。是以物權法多爲各國固有之制度，研究之時，外國法亦僅足爲他山之石，多未克卽行採用。如民國典權，卽其一例。中國民法所規定之物權，雖多仿自西歐，而典權則仍依固有法制而規定，此外當尙有之。是皆今後民國物權法研究者所應精心探討而致力於其理論上之構成者也。

中華法制中最值注目者爲土地法。是蓋本於中華民國訓政約法第四章國民生計之條章，約法第三十四條列記之事項，尤爲中山先生三民主義經濟的方面之具現。其要在不守個人主義之株，復不銜共產主義之新，克執

厥中，而非漫然折衷，別出獨創。如土地法第七章一面宣明國土之屬於國民全體，一面復維持土地私有制度；又如約法第三十八條既保留契約自由之原則，同時復以不妨害公共利益及善良風俗爲限度，始與以法律的保障，是皆歷歷可指者也。歐洲大戰之際，俄國革命成功，共產黨秉國政，舉舊制而付之一炬，萬機皆以布爾雪維克主義貫之，不成，遂又半復舊制，採用國家資本主義，僅免危機。戰後之德國，亦曾革命，就其自然之情勢，或應仿之俄國，但反排斥之，毅然立於獨自之地步，規定共和國新憲法，其趣旨內容，比之民國訓政約法，頗有響應。是中山先生與萬邁爾（*W. J. Jinar*）憲法起草者之間，洵屬靈犀相通。其中如土地法第八條之規定，實爲新時代立法之翹楚，而爲吾人所欣羨不置者也。唯民國約法與萬邁爾憲法皆止揭揚國民趨向之理想，而未就實行之緒，在德國所實現者不過產業

議會之制成及重要產業之實業化而已，而民國則僅有土地法之制定，尙未見諸實施，且因中外情形之紛亂，大好計劃，遂徒成畫餅焉。

雖然，聖人之興，必有由來。渠成而水至，河出圖，洛出書，聖人則之而已，於今諸彥黽勉於土地法及物權法之研鑽，庶幾可爲他日景星明堂麟遊鳳翔時之豫備也。

畏友法學士李宜琛君，曩既著有民法總則一書，博聲價矣，爾來未及期年，復著現行物權法論以問世。海內相傳，洛陽紙貴，可豫躬也。李君忠於學，其論述雖片言隻語，未敢忽諸，每頁脫稿，輒來見示，余亦迎而樂之。君之敘述論列，莫不精到無加，其秀雋睿智，從可知矣。君爲稻門逸足，後生可畏，夙有定評，可謂宜矣！

此書原以論述要綱爲主旨，而不期乎詳密周到，博引旁証，唯欲以簡

明暢達冠群書，且從來他書未採之新學說，亦皆網羅，此皆余所竊喜者也。若夫中國民法之一大著述，則李君已藏之腹案，只俟其傾注蘊蓄而已。

皇紀二千五百九十三年春三月

於早稻田大學法學部研究室

教授法學博士中村萬吉識

584.2
290

2



3 0600 9662 9

現行物權法論目次

第一章 物權法總論

第一節 物權法之意義

第二節 物權之觀念

第三節 物權之效力

第四節 物權之種類

第五節 物權之變動

第一款 總說

第二款 物權的法律行為

第三款 物權之消滅

現行物權法論 目次

一
一
八
一四
一八
二五
二五
三一
三八

第二章 所有權

四五

第一節 所有權之觀念

四五

第一款 所有權汎論

四五

第二款 所有權之內容

五六

第二節 不動產所有權

六二

第一款 總說

六二

第二款 土地所有權之範圍

六四

第三款 建築物所有權之範圍

六五

第四款 相鄰者間之法律關係

六六

第三節 所有權之取得

八一

第一款 總說

八一

第二款	取得時效	八二
第三款	先占	八六
第四款	遺失物之拾得	八九
第五款	埋藏物之發見	九四
第六款	添附	九八
第一項	總說	九八
第二項	附合	一〇二
第三項	混和	一〇四
第四項	加工	一〇五
第七款	物之分離	一〇七
第四節	所有權之效力	一〇九

第五節 共有

一一三

第一款 總說

一一三

第二款 共有人之應有部份

一一七

第三款 共有人之權利

一二〇

第四款 共有物之分割

一二五

第五款 共同共有

一三三

第六款 準共有

一三七

第三章 用益物權

一三九

第一節 總說

一三九

第二節 地上權

一四二

第一款 地上權之性質

一四二

第二款	地上權之存續期間	一四六
第三款	地上權之效力	一四八
第四款	地上權之變動	一五三
第一項	地上權之取得	一五三
第二項	地上權之消滅	一五五
第三節	永佃權	一五九
第一款	永佃權之性質	一五九
第二款	永佃權之效力	一六三
第三款	永佃權之變動	一六六
第四節	地役權	一六九
第一款	地役權之性質	一六九

第二款 地役權之種類

一七七

第三款 地役權之效力

一七九

第四款 地役權之變動

一八二

第一項 地役權之取得

一八二

第二項 地役權之消滅

一八五

第五節 典權

一八七

第一款 典權之性質

一八七

第二款 典權之存續期間

一九三

第三款 典權之效力

一九五

第四款 典權之變動

二〇二

第一項 典權之取得

二〇二

第二項 典權之消滅

二〇三

第四章 擔保物權

二〇七

第一節 總說

二〇七

第二節 質權

二一一

第一款 質權之沿革

二一一

第二款 動產質權

二一五

第一項 動產質權之性質

二一五

第二項 動產質權之設定

二一七

第三項 被擔保債權

二二〇

第四項 動產質權之效力

二二三

第五項 動產質權之消滅

二三〇

第三款 權利質權

一三三二

第一項 權利質權之性質

一三三二

第二項 權利質權之標的物

一三三四

第三項 權利質權之設定

一三三五

第四項 被擔保債權

一三三八

第五項 權利質權之效力

一三三八

第六項 權利質權之實行

一四〇

第三節 抵押權

一四三

第一款 抵押權之性質

一四三

第二款 抵押權之成立

一四七

第三款 抵押權之標的

一四九

第四款 被擔保債權

二五二

第五款 抵押權之效力

二五四

第一項 對於抵押人之效力

二五四

第二項 對於他債權人之效力

二五七

第三項 對於第三取得人之效力

二五八

第四項 抵押權之處分

二五九

第五項 抵押權之實行

二六〇

第六款 抵押權之消滅

二六四

第四節 留置權

第一款 留置權之性質

二六七

第二款 留置權之效力

二七三

第三款 留置權之消滅

二七六

第五章 占有

二八一

第一節 總說

二八一

第二節 占有之意義

二八八

第一款 占有之理論

二八八

第二款 占有之要件

二九一

第三節 占有之狀態

二九三

第一款 占有狀態之分類

二九四

第二款 占有狀態之推定

二九七

第三款 占有狀態之變更

三〇〇

第四節 占有之取得

三〇一

第一款	原始取得	三〇一
第二款	傳來取得	三〇二
第五節	占有之效力	三〇六
第一款	權利之推定	三〇六
第二款	使用收益權	三〇八
第三款	動產之即時取得	三〇九
第四款	占有之保護	三一七
第一項	自力救濟	三一七
第二項	占有訴權	三一九
第五款	占有人與回復人之關係	三三二
第六節	占有之消滅	三三四

現行物權法論 目次

三

第七節 準占有

三三五

現行物權法論

第一章 物權法總論

第一節 物權法之意義

第一 物權法之社會的意義

吾輩人類之得以生存，莫不以外界之物質爲其基礎。而外界之物質有限，人類之慾望無窮，因競欲滿足其個人之慾望，而人類之鬥爭以生。爲調處此種鬥爭，於是物權的觀念，遂行發達，但在原始未開之社會，此種觀念，要只係無意識的認其爲一種事實，而許其存在。迨共同生活漸行發達，於其社會法律生活必要程度上，此種事實上存在之觀念，遂成爲所謂物權之權利，而得受社會的保護。換言之，卽人類對於外界之物質之支配，認許爲權利，使其互不侵犯，然後物質之利用，始能安全確實，而人類



亦因之得以安心從事於生活。故物權法之構成，雖有種種之形態，但其爲最古之法律制度之一種，當無庸疑。

物權法雖爲最古之法律制度，而其內容，則因各時各地之社會情況，而顯有差異。其特色何在，其對於社會之功罪若何，並能否達到前述防止人類之鬥爭，俾能安心從事於生活之目的。凡此，固皆爲物權法之根本問題，而爲吾輩所不容忽視者也。

古昔之法律，僅於人類生活直接必要之程度，極少部份之物質（例裝身具其他動產），許其專用，外此則供諸社會全體之共用。就中土地其他生產用財，蓋咸屬部落家族等共同體之所有。其後，個人主義愈進步，物權法愈發達，個人所有之範圍，乃愈行擴大。不過直至十八世紀左右，在各國固尙相當有共用制度之存在。迨十八世紀個人主義之說大成，以爲當

利用個人之利己心，使其經營各人之獨占物，然後生產始能增加。生產增加，則世界之富源日增，而人類全體，亦從而幸福。此種經濟社會之實情及思想之表現於法律學上者，即所謂「個人財產權尊重」之原則。即確保個人之所有權，俾其專用。縱其物有與他人共同利用之必要時，亦當由權利人與欲共用利用之他人，締結契約，共同利用，例如租賃契約及用益物權之設定行爲。換言之，吾人社會生活所必要之物質，原則上皆爲個人之私有，且爲個人絕對之權利，而爲法律所保護。是爲近代法上物權之特色。

雖然，個人主義思想與此種法律制度之影響果何若乎？生產之能力固較前爲增加，物質之文明，亦視前爲進步，但人類之慾望亦從而擴大。以馬爾塞斯之人口理論徵之，生產之增加本較人口之增加爲遲緩。現因資本主義組織發達之結果，人類貧富之差別，乃愈形懸殊。資產階級，坐擁巨

金，窮奢極侈，其所私有之財富，於供其淫樂之餘，尙足以之爲役使他人之權勢之具，而勞動者則手胼足胝，猶不足以供溫飽。生存之需要，既不能滿足，而人類之鬥爭，乃愈形激化，其違反於人類共存之本意，自不待言。是故欲以個人主義本位之物權法，滿足社會全體之需要，維持社會之安寧，已不可能，而不得不加以根本的改造。

法律之所以允許個人私有其財產者，固非只以其個人之幸福爲前提，實以社會全體之公益爲目的，從而以公有之財貨，信託(Social Trust)於一定之個人耳。故私有財產制者，亦只於其與社會公益調和而不抵觸之範圍內，始有存續之意義。若徒知逞其個人之私慾，而忘信託之本旨，則實背戾私有財產制之本義。從來之法制，徒知『個人財產權尊重之原則』，而不計及其與社會公益之調和，於現今社會狀態之下，自有改革之必要。即個

人之所有權，當依社會之必要，而加以限制或竟剝奪之，以供萬人之共用，俾增加其使用生產之能率。是謂之「所有權之社會化」(Socialisation Sozialisierung)』之理論。此種理論，德國於歐戰期間，即經自實際之立場主張之，逮新憲法完成，遂行確定。如所謂「所有權伴同義務。所有權之行使，同時當計及公共之福利。」(德意志新憲法第一五三條第三項)又曰：「開拓及利用土地，爲土地所有人對於公共所負之義務」。(第一五五條第三項)而所有權遂非所謂得由所有人之專恣而任意處置其客體之權利。此種理論，其他國家亦多採入物權法理論之中。今後物權法之正軌，其在斯乎！

註：所有權之沿革及其觀念之演變，參照本書第二章以下。

第二 物權法之範圍

通常所謂物權法者，蓋指民法第三編之法文而言。是爲物權法之形式

的範圍。但法規之分類，原係由於實際之便宜，而非出於絕對的理論。故嚴格論之，則有非物權而便宜上規定於物權法中者；亦有原屬物權之法規，而另爲規定者。若以實質而言，則所謂物權法者，實應包括一切有關於物權之內容得喪之法規。與所謂物權法之形式的範圍相對而言，是可以謂之爲物權法之實質的範圍。但本書所述，則姑以前者爲中心焉。

第三 物權法規之特質

物權法與債權法同時形成財產法之主要部分。但物權與債權之性質既屬相異而形對立，此兩種法規之性質，亦各不同。蓋債權法原以保護交易安全爲目的，但時至今日，因經濟組織及交通機關之發達，經濟生活已漸次國際化，債權法遂亦因之而有國際化之傾向，東西各國，類皆相似。而物權法中，既多有屬地之關係，各國立法例，類皆參酌古風舊習，而制爲

法規，故顯有差異。且債權法爲特定人相互之關係，影響於第三人者較少，故於不失其社會的妥當性之範圍內，固得採用契約自由之原則，遇有法律問題之應解決者，當以當事人之真意爲標準，以信義誠實爲基礎。是爲債權法多爲任意法規之原因。但物權既爲財產法之基礎，有排他之效力，故其內容之何如，直接影響於一般第三人之利害，是以物權之種類及其內容，遂有以法律限定，以期確實統一之必要，故物權法多爲強行法規。

雖然，以上所述，要只爲原則的說明。輒近因經濟生活之進展，而物權法之証券化，債權之動產化之傾向益多，債權遂凌駕物權而占財產法之上位焉。

註：詳細參考拙著現行債法總論第一章

第四 中國物權法之特色

現行物權法論

現行民法物權編，係民國十八年十一月三日公布，與債編同自十九年五月五日起施行。物權編之制定，與債編均係根據中國國民黨之黨義，以社會利益爲重者。採取各國法理之長，同時並保持我國固有之良好習慣。對於所有權，則以社會之公益爲前提，而予以種種之限制；對於占有，則採客觀說，而不以意思爲占有要件。典權爲各國法例所無，但以其富於王道精神，且出於濟弱之道德觀念，故根據固有習慣，而予規定。不動產之得喪變更，則採用登記要件主義，以期權利狀態之明確，而求貫徹國民黨之土地政策，逐漸達到平均地權，耕者有其田，土地國有之目的。凡此，固皆爲我國物權法特色之所在，且皆以社會公共之福利爲前提者也。

註：以上參考立法院院長胡漢民氏在立法院紀念週演講民法物權編之精神。

第二節 物權之觀念

物權者直接支配物之財產權也。今請依此定義，分析物權之觀念如左。

(一) 物權係以物之支配爲內容之權利。但物之支配云者，要係就其標的物直接享受利益之謂，固不以事實之支配爲必要。故如土地之所有人，將其土地供他人之利用，從而取得佃租，仍不妨其土地所有權之存在。唯所謂直接享受利益，不在使他人爲一定之行爲，而在直接由物享受一定之利益。至債權則縱使以物之給付爲標的，而其內容仍在使特定之債務人爲物之給付之行爲，此爲物權與債權區別之一點，而地上權永佃權與租賃權之區別，即亦在此。

物權本以利用外界之物質爲其內容。所有權爲得享受其標的物所提供之一切之利益之權利。而地上權，永佃權，地役權，典權等，雖與所有權

有程度之差，然亦係於一定之範圍內，得爲使用收益之權利。但因近代經濟組織之信用之發達，於物質的利用之外，復可以之爲擔保，而爲信用獲得之手段，此種擔保制度漸行發達，且因其客體之交換價值，遂以受優先清償爲其本體。甚至只有交換價值而無使用價值者，亦得用爲擔保，如以有價証券爲標的之質權，即其適例。外界之物質，既於物質的利用之外，復得用爲擔保權之客體，而物權法上，遂有用益物權與擔保物權之顯明之對立。而其爲直接支配，並藉之直接享受利益，則一也。

物權既有上述之支配權，故若已有一物權，同時即不許更有同一內容之物權同時存在。例如，同一物上不得並存兩個所有權，同一土地之上，亦不得同時有兩個地上權之存在。以擔保物權言之，同一物上，雖可成立兩個以上之抵押權，但依其成立時之順序，而有順位，只於最先成立之抵

押權，滿足其權利內容後，次後成立之抵押權，始得就其殘部，主張其權利，是爲物權的特質，所謂排他性者是也。反之，債權則不然，不問債務人之經濟狀況若何，同一內容之債權，可以成立無數，甚至以特定物之給付爲標的者，同時亦得有二個以上之存在。事實上債權內容之實現，雖不可能，但亦無妨於其存在。且此等債權，並不因成立之先後，而有效力之差異。

(二) 物權以直接支配「物」爲其內容。雖然，究竟如何之「物」，始得爲物權之客體邪？對此，則有下列數種之原則。

(a) 物權之客體，須爲特定物。蓋物權原以物質的直接支配爲內容，其標的物若不特定，自屬無從支配。故如只有觀念的規定，曰三星牌葡萄酒半打，其種類，品質，數量雖已確定，但只能爲債權給付之客體，不

能有物權之存在。

(b) 物權之客體，須爲獨立之物。蓋物之一部，不能爲物權之標的。例如交易之通念上，認爲一單位之物，而分屬於二人所有，則既不得收直接支配之實益，且權利人相互之關係，亦無從由外部窺知，因之第三人難免有誤認而蒙不測損害之虞。故現行法上，咸以一物一權主義爲原則。但法律及判令所承認之例外，自亦恆有。

(c) 物權之客體，須爲單個之物。蓋物之集團以不得爲物權之標的爲原則。蓋物既各個有其經濟之價值，故無再承認物之集團爲客體之必要。但因經濟交易之通念，亦有承認之必要者。如米穀之類，皆於一斗一升之分量上，始得爲物權之客體，而不克以一粒計者，無論矣。外此，如牧場之羊群，商店之貨品，雖得單獨爲物權之客體，復可視其集合物爲單個

之物，亦爲例外。

(d) 物權之客體，須爲有體物。物權之本質，既在排他的直接支配權，故以有體物爲原則。但有體物之外，豈皆不得爲物權之客體邪。據通說言之，則咸以爲非有體物卽不得爲物權，縱與物權之內容相近似，亦不過法律得令其與物權受同一之待遇而已。但現行民法上，既對於非有體物之權利，屢承認其爲物權之客體，如權利質權(九〇〇條)及以地上權，永佃權，典權爲標的之抵押權，(八八二條)，既得大體適用關於物權之規定，自無再斤斤區別說明之必要。且因物質文明之進步，其非有體物，如電氣瓦斯之類，既亦有排他的直接支配之可能；而我民法對於物之定義，又不似日本民法上有限於有體物(八五條)之明白之規定。則吾輩對於物權之客體爲有體物之原則，雖不否認，但亦不必過於拘泥於是也。

第三節、物權之效力

物權以直接支配物爲其內容，因而有排他的特質，已如上述。物權之本質的效力，蓋卽在是。而普通所謂爲物權的效力者，則指此本質的效力之種種表現而言。其所列舉者，則有優先權，物上請求權，追及權三種。

第一 優先權

物權因爲排他性，而生出優先權（*Vorzugrecht, droit de préférence*）。優先權之內容，復有下列二種。

（一）物權相互間優先之性質

物權既係就其客體直接享受利益之權利，但一定之物所供給之利益自有一定之限制。甲若已享受其利益之全部，則乙自無絲毫享受之餘地。換言之，卽同一物上互不相容之內容之物權不得有二個以上同時存在。其二

個物權並不全然同一時，則僅於不害其先成立之物權之範圍內，允許後物權之成立。是蓋爲由物權之排他性而生之當然之結果，而學者則謂之爲「物權優先於後發生物權之效力。」

(二) 物權與債權間優先之性質

物權之內容在就其客體物上直接享受利益，而債權之內容，則只爲請求他人之行爲。故縱使其請求之標的之行爲，亦有關於物，債權人亦不能直接對之爲何等享益的行爲，不過能通過債務人之行爲間接由之享得利益而已。是以有擔保物權者，對於其擔保之標的物得先於一般債權人而受清償。學者稱之曰「物權優先於債權之效力。」

第二 物上請求權

物權既以直接支配物爲內容，故若有加以妨害而致其內容不能完全實

現時，物權之所有人得對妨害人請求除去其妨害，俾恢復物權內容之完全的狀態。是即學者所謂物上請求權（一名物權的請求權）（*dinglicher Anspruch*）。如所有之物被侵奪者，得對侵奪人請求返還，（*rei vindicatio*）又或土地所有人因隣家之建築物有傾倒之虞，得請求其豫防，皆其實例。

唯此種物上請求權之性質，果何若乎？學者之間，頗多爭議。有以爲係純粹之債權者；（註一）有以爲雖非純粹的債權，而爲獨立之請求權者；（註二）但所謂物上請求權者，實係因一般權利之不可侵性而流出之救濟權，其存在固非限於物權也。（註三）即屬於權利救濟法之一種者也。物上請求權非與基本物權同時，不罹時效，是爲其特色之一。又，物上請求權之發生，不以加害人之故意或過失爲必要，是謂之物上請求權之客觀性，亦其特色之一點也。

註一：橫田秀雄博士物權法，末弘嚴太郎博士物權法，石田文次郎博士物權法論參照。

註二：鳩山秀夫博士民事判例研究一卷，我妻榮教授物權法參照。

註三：中村萬吉博士日本民法論第二編物權參照。

第三 追及權

於上述二種效力之外，復有以追及權(Verfolgungsrecht, droit de suite)爲物權之效力之一種者。即權利之標的物無論輾轉歸於何人之手，亦得追隨其物而主張其權利。(註一)物權之有此種效力，固無庸疑，但此或爲優先權之當然之結果，或爲物上請求權之一種，固無特予說明之必要。(註二)

註一：橫田秀雄博士物權法參照

現行物權法論

註二：學者間亦有將追及權與物上請求權同視者。參照末弘嚴太郎博士物權法。

上述優先權，物上請求權及追及權皆不外爲物權之排他性之表現，故物權人欲現實行使此等權利時，非豫先具備公示方法（登記及交付）不可焉。

第四節 物權之種類

第一 物權法定主義

物權以排他性爲其本質，且有上述諸種之效力，故其存否及內容之如何，咸有關於一般第三人之利害。與債權之性質，迥然各異。故在以個人主義爲基礎之近代法律，對於債權，固承認『契約自由之原則』，其種類及內容，咸可由當事人以契約自由決定，其債權法上契約之典型，不過爲例示的而已。而物權之種類及其內容，則在近世各國之民法，多以法律限定，不許當事人任意創設。故物權上之定型，皆爲確定的。是謂爲『物權

法定主義」。〔法民法五四三條，日民法一七五條〕民法第七百五十七條規定，「物權除本法或其他法律有規定外，不得創設」。蓋亦採物權法定主義者也。

所謂「不得創設」云者，即民法及其他法律規定以外之物權，不許當事人以契約任意創設。如創設地表之所有權之「上土權」之類，自非法律之所許。（註）但縱令其名稱爲法律所認定，而內容與法定者不同時，亦與創設新物權無異，故亦不許其創設。

註：參照日本大正六年二月十日大審院判例。

但如違反第七百五十條之法律行爲，其效果如何？其不能全如當事人之意思，發生效力，固不待言。但其法律行爲是否全部無效，或將其法律行爲之內容改爲法定物權之內容而使之有效，抑只認其債權行爲之效力，

是當視其各種情形由法律行爲之解釋決定之。但法律上有明文認其法律行爲之一部爲有效者，如典權約定年限逾三十年應縮短爲三十年（九一一條），自應從其規定，是不待言。

雖然，於此有一疑問，即可否因習慣法而創設新物權是也。通說，皆以爲法律上既經規定，法律所未規定者依習慣法（第一條）則既於第七五七條規定物權法定之旨，即不得謂爲法律所未規定。況民法物權編施行法第一條規定『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』，又於第二條規定『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』，則在民法施行後，更無由習慣而創設物權之理。

但予則以爲不然。其理由有四：（一）習慣之物權，其內容效力皆爲一

般人所周知，可視為已具備一定公示之方法，雖承認之，亦無害於交易之安全。(二)施行法第一條末段之規定，止言明不適用民法物權編之規定而已，並不能解釋為施行期前發生之物權，即屬無效。(三)第七五七條所謂創設者蓋屬當事人以契約(法律行為)作成之意，因習慣而自然成立者，自不得謂為創設。(四)以一成不變之法規，而限定日新月異之國民生活關係，本不可能，且易阻止法之進化，故一般皆承認習慣法有對於成文法之補充的效力。若係應實際社會之需要而發生之習慣法，而人民對之又有法的認識，且不違反社會的妥當性，自無不許其創設之理。況所謂『法律所未規定者』之解釋，原極困難，而施行法之規定，要不過以整理民法施行前之由古昔慣例而生之混雜的物權關係為目的，不能解為在民法施行後永遠否認習慣創設物權之趣旨也。

註：同說參考末弘嚴太郎博士物權法，我妻榮教授物權法，石田文次郎博士物權法論。

第二 物權之種類

我國民法係倣照羅馬法及法蘭西之立法例，依照物權之內容，而規定其種類。雖可依學理之觀察，而為種種之分類，但茲僅就其大體，分別說明。

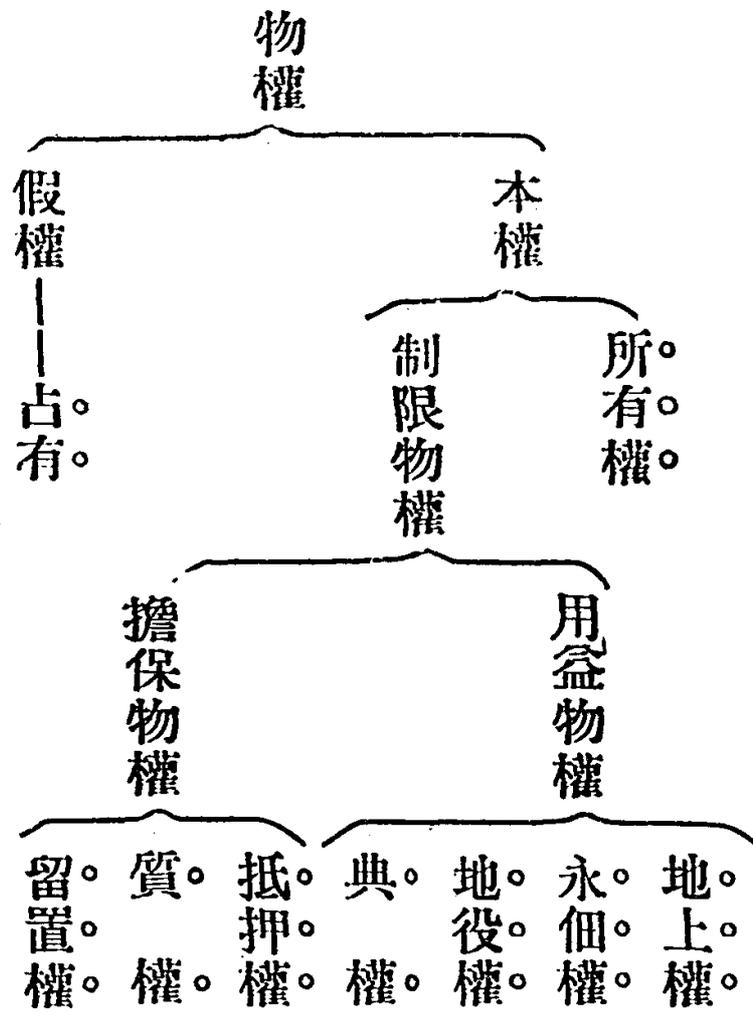
我民法上之物權，先可大別為本權之物權，及假權之物權（占有）二種。假權之物權，即所謂占有者，本非正當之權利，不過以其對於物有事實上之管領力，法律上以其具有權利之外形，因而予以一定之保護者也。

本權之中，又分為所有權及制限物權。所有權有對於物之完全圓滿之支配力，而制限物權（*beschränkte dingliche Rechte*），則其支配之旨趣，收

益之範圍，皆有限制、不過得所有權之一體而已。故有謂爲所有權之支分權(Eigentumssteilrecht)者。

註：石田文次博郎士物權法論第一章參照

制限物權又各因其權利之用途，而可大別爲用益物權及擔保物權二種。用益物權咸以不動產爲標的，以期標的物之經濟的利用，擔保物權則供債權担保之需，或以動產，或以不動產，或以權利，或以財產，多不一致。茲各爲之表示於左，其有圈點標識者，皆我民法上所規定者也。



第五節 物權之變動

第一款 總說

第一 物權變動之意義

物權之變動云者，物權之發生，變更，及消滅之謂也。學者亦名之曰，物權上之變動，亦曰物權之得喪變更。要皆總括物權對於一定主體之歸屬分離，及其在一定之主體處之內容及作用之變更而言。民法上用以表示此種變動者，則有取得，設定，喪失，變更，等種種之文字。（七五八條以下）所謂設定者，蓋云制限物權之創設，移轉則不問其原因之如何，用以總稱物權主體之變更。由法律行爲（就中之契約）移轉者謂之讓與，亦不由法律行爲而移轉者，例如繼承是。取得，喪失云者，蓋以主體爲標準，用示物權之附着或脫離。變更則爲主體以外之內容之變化，例如物體之

增減，順位之變動是也。

第二 物權變動之原因

發生法律效果之生活關係，謂之法律要件。其發生物權的法律效果（物權之變動）者，則謂爲物權法上之法律要件。

物權法上之法律要件，其種類極多。但大別之，則可分爲兩種。即以個人之意思表示爲要素者及不然者。前者爲所謂物權的法律行爲。此外物權法上之法律要件之重要者，於民法上則有時效（七六八條以下），先占（八〇二條），遺失物拾得（八〇七條），埋藏物發見（八〇八條），附合，混合，加工（八一一條—八一四條），及繼承等。民法以外，又有公用徵收，沒收等等。

第三 物權變動之公信主義與公示主義

吾人於論究物權之變動之時，有不應忽視之二種重要之原理並峙於是。即所謂公示主義 (Publicitätsprinzip) 與公信主義 (Prinzip des öffentlichen Glaubevo)

公示主義云者，物權之變動常以附有得自外界認識之表象爲必要之主義也。蓋物權既爲具有排他性之權利。若不有自外界得以認識之表象，則一般第三人易蒙不測之損害，且使物權關係陷於紛糾。至所以用爲物權之表象者，則因物權之爲動產與不動產而有差別。不動產物產，通常皆以登記制度，爲最完全之制度。凡不動產物權之一切變動，皆須登記簿上記載，俾使一般人易於明瞭其法律關係而免紛糾。至動產物權，通常皆以占有爲其表象。所謂占有之本來的態容即所謂『現實之占有』，本有用爲表象之價值。但以動產之交易日行發達，此種方法，遂欠敏活，次第遂有簡易交

付，占有改定等等表示占有移轉之方法。但此占有移轉之態容，並無何等表象之價值，用爲動產物權之表象，殊苦未臻完善。故法國民法已拋棄此種方法，而別以下述之公信主義，保護一般交易之安全。唯德意志民法則尙堅持此種主義。我民法之規定，亦係倣之德國民法。（第七六一條）

此種公示主義中，復有兩種之態容。其一，若無物權之表象，則其物權之變動，絕對不能成立。不問當事人間及與第三人之關係，皆無效力。德國民法及我國民法皆採此種主義。其二，則當事人間，雖無物權之表象，亦可生效，唯於第三人之關係上，則必要一定之表象。換言之，若不具有表象，則其物權契約雖已成立，但不足以對抗第三人。法國民法日本民法咸採此種主義。法民法對於動產物權之變動，雖已拋棄上述原則，唯日本民法則不問動產及不動產，皆非有表象，不得對抗第三人也。

但若貫徹公示主義之原則，則物權之所在，當必與表象相一致，第三人似無誤認之虞。然事實上亦非無例外之存在。例如，甲既登記爲某不動產之所有人，但此種登記或係錯誤而偶然存在，或其所有權之取得行爲，根本無效。又或既占有一定之動產，似爲所有人，而實則並非其所有物。此種場合，當然爲事實上所恒有。若於此種情形，而有第三人之乙，誤信爲甲之所有物而竟購入。若不使之取得所有權，則乙自蒙不測之損害。故於具有一般權利存在之外形，（登記，占有）而實無相當之權利時，則若有信賴此種外形者，亦應予以保護。是爲公信主義。

物權法上，採用此種公信主義，則真正之物權之所有人，自屬不利。如上例所言，既保護信賴具有物權外形之乙，而使之取得所有權，則真正之權利人丙，自受損失雖能向甲請求損害賠償，亦未足償其損失。於保護

丙之個人私權，自未得謂爲公允。但因物權法上，既採用公示之原則，則一般人自極重視物權之表象，而引爲交易之準繩，故雖徒具外形，並無真實權利之存在，而對於信賴者亦不得不曲予保護，以犧牲物權者個人之靜的安全，而保護一般交易之動的安全，固爲現代法制精神之表現也。

若貫徹公示主義，則在社會上尊重物權變動之表現之慣習，從而不得不採用公信主義，已如上述。但反之，如欲承認公信主義，則公示主義，亦屬必要。蓋公信主義既往往爲保護一般交易之安全，致犧牲物權者個人之靜的安全，然則若不能使物權者得有完全之表象，則其靜的安全，自屬不能確保，而有濫害之虞，是公信主義之結果，徒使社會增加紛擾。此所以登記制度未臻完備之國家，公信主義之原則，未易貫徹。公示主義與公信主義，固如車之兩輪，相輔爲用，未易偏廢者也。

第二款 物權的法律行爲

第一 物權的法律行爲之立法主義

立法例上，對於以物權之變動爲目的之法律行爲，有兩種不同之主義。即所謂意思主義與形式主義是也。

(一) 意思主義(Willeusprinzip)

物權之變動，不須有何等外在的之表象，只因當事人之意思表示，即生其效力，故曰意思主義。法法系之民法，及日本民法（一七六條）皆採之。（法民法七一一條，一二三八條，一五八三條。）（意民法一一二五條一四四八條西民法一〇九四條，一〇九六條荷蘭一二七一條）故亦稱法蘭西民法主義。法國古代對此雖亦有種種沿革，但在現行法上，則物權只須當事人合意，即可移轉，此外並無須何等之形式程序。唯對抗第三人之要

件，則又別一問題。故不動產之物權變動，原則上非經謄記(Transcription)，不得對第三人主張。蓋法國民法上，債權契約(即以債權之發生爲目的之合意)與物權契約(即發生物權之變動之合意)其效果內容，雖有差異，而外形上則並無何等特異之點。故兩種意思表示，當然可以混同存在。是以關於特定物買賣及其他債權契約，同時即可發生物權變動之效力。物權之變動之原因(Causa)——即買賣及其他債權契約——若有瑕疵，則物權之變動，亦受其影響。是謂之物權的意思表示之有因性。

(二) 形式主義(交付主義Traditionsprinzip)

物權之變動只因其以此爲目的之意思表示，不能發生效力，必具有外在的表象。換言之，即非履行法定之形式，則當事人雖經合意，亦不生效。此主意爲德法系民法所採(德民法八七三條至九二五條，九二九條，一〇

三二條，奧民法四二五條四三一條四四一條，四四四條，瑞民法六五六條一四條）故亦稱德意志民法主義。其所取之形式，在動產物權則爲交付（*liberatio*），在不動產物權則爲登記（*Eintragung*），此種主義，久爲羅馬法所承認，唯當時尙無登記制度，故無論動產及不動產，皆以交付（*Traditio*）爲必要。德國古代法對於物權之移轉，亦須當事人兩方履行臨檢騰讓及其他種種之形式。現行德國民法上，債權契約與物權契約亦屬截然劃分。物權契約，須於當事人物權的合意（*consensus*）之外，動產物權須經交付，不動產須經登記，否則雖當事人間亦不發生效力，對於一般第三人，更不待言。即在德國主義，物權的行爲爲踐成契約（法國主義則爲諾成契約）以合意爲其心素（*Animus*），以登記及交付爲其體素（*Corpus*），非心素與體素俱備，不能發生物權之變動。且此種物權變動之契約，與其契

約發生之原因 (Causa) —— 例如買賣贈與等法律關係 —— 離絕而存在，其原因之債權契約雖經無效，而物權契約亦不受其影響從而無效。不過得根據不當得利之原則，請求返還而已。是謂爲物權的意思表示之無因性。

以上兩種主義之優劣，原非遽能加以論斷。但形式主義之目的，自屬對於所謂公信主義之忠實。故對於不具有表象之行爲，絕不予以物權變動之效果。其不具有表象之債權契約雖有瑕疵，亦不能影響及於有表象之物權契約。是蓋以保護交易安全爲目的，而傾向團體主義者也。反之——意思主義之目的，則爲貫徹現代法上『私法自治之原則』，打破古代法上形式主義之束縛，尊重個人之意思，當事既經合意，即予以效果，對於當事人間，自不失爲簡便之制度，蓋傾向於個人主義者也。

唯自立法論上言之，採取意思主義之法國民法，對於不動產物權之

變動，非經登記，雖可成立，但不得對抗第三人。是有既成物權而不得對抗第三人之感，同一物權之變動，因人而異其效果，徒使法律關係，陷於紛糾。不若形式主義，更爲整齊明確。但對於動產物權，則占有移轉，已無表象之價值，既如前述，則用爲物權變動之要件，徒增當事人間之不便，仍不足達到公示主義之理想，反不如意主義能令交易趨於敏活也。

第二 我民法之主義

我民法之規定，『不動產依法律行爲而取得設定喪失及變更者，非經登記，不生效力。』（七五八條）『動產物權之讓與，非將動產交付，不生效力。』（七百六十一條一項前段）是蓋採形式主義，與德意志民法之規定相同，當無庸疑。是故，我民法亦係

（1）承認於債權契約外，別有物權契約之存在，二者截然區分。

(2)物權之變動，必履行法定之形式，即非具有物權之表象，不唯不足以對抗第三人，即當事人間亦不生效力。故爲成立要件，而非對抗要件。

唯於此有應注意者，即我民法上不動產物權變動之意思表示，其本身亦係要式行爲，應以書面爲之（七百六十條）此則係根據舊有習慣而爲之規定，與各國立法例稍有差異。

復次，以上所述，不動產物權之變動，其以登記爲成立要件者，蓋指物權的法律行爲而言。其不以個人之意思表示爲要素，而取得不動產之物權者，則又不然。民法規定，『因繼承，公用徵收，強制執行，或法院判決，取得不動產物權者，於登記前即取得其權利。不過取得人欲處分其權利時，仍非登記不可。（七五九條）（土地法四十四條參照）』

不動產物權之變動，就一般交易之安全言之，原以採用形式主義爲較

妥。且爲貫徹公示主義與公信主義兩大原則起見，亦應採取形式主義。唯我國登記制度，尙未臻完備，而一般人民，對之又未盡了然，加之舊有稅契制度尙行存在，對於登記制度之作用，更不明瞭，是故在實行上尙多困難也。

動產物權雖以交付爲公示方法。但因實際上之需要，亦有無須現實交付，其動產物權之變動，卽生效力者。

(一) 簡易交付 (Brevi Manu traditio)

交付云者，占有移轉之謂，換言之，卽由讓與人之現實占有，移轉爲受讓人現實占有之義也。但若受讓人現已占有該動產，則無須更爲移轉之程序，但於讓與合意時，已與交付無異，卽生效力。(七六一條一項但書)是謂簡易交付。

(二) 占有改定 (Constitutum possessorium)

讓與人於讓與動產物權後，苟仍繼續占有其動產，則讓與人與受讓人間，得訂立契約，使受讓人取得間接占有之法律關係，以代交付。(七六一條二項) 藉免彼此展轉交付之煩，是謂占有改定。

(三) 指示交付 (Traditio longa manu)

指示交付云者，亦曰返還請求權之讓與，謂讓與動產物權而其動產物權係由第三人占有時，則讓與人得以其向第三人之返還請求權，讓與受讓人，以代交付之謂也。(七六一條三項) 此種規定之趣旨，在使讓與人與受讓人與第三人間，免除返還交付兩種程序，使受讓人即取得請求權直接向第三人行之，以免繁複也。

第三款 物權之消滅

第一 物權之消滅

物權之消滅云者，一定的物權，絕對失其存在之謂也。至物權之脫離其主體而另歸屬於其他主體，則謂爲權利之移轉，非物權之消滅也。

物權消滅之原因，有爲各種物權所共通者，亦有爲特殊物權所特有者。後者當於論及各種物權時，逐一說明。至一般物權消滅之原因，則有下列之五種：

- (一) 標的物之滅失
- (二) 混同
- (三) 拋棄
- (四) 存續期間滿了
- (五) 沒收及公用徵收

以下順次說明之

第二 消滅原因

(一) 標的物之滅失

物消滅，則物權消滅；此就物權之性質而言，自屬當然。故法律未予規定。唯茲所謂之消滅，係就社會之通念而言，而不採物理學上之標準，自不待言。

(二) 混同

不能兩立之二種資格，同歸屬於一人，即謂之混同。如債權法上因債權人與債務人之混同，而債權即行消滅。物權法上則所有權與制限物權同屬一人，其制限物權即因混同而消滅。但前者係Plus（十）與Minus（一）之混同，後者則為大小之吞併。故若加以區別，則後者似以謂之併合為

宜也。

物權之混同有二：

(1) 所有權與制限物權之混同 『同一物之所有權及其他物權同歸屬於一人者，其他物權因混同而消滅。』(七六二條前段) 例如土地所有權爲地上權人之繼承人，其地上權因混同而消滅。

(2) 制限物權與以之爲標的之其他制限物權之混同 『所有權以外之物權及以該物權爲標的物之權利，歸屬於一人者，其權利因混同而消滅。』(七六三條一項) 例如地上權及以之爲標的之抵押權。

物權所以因混同而消滅，原因其無存續之必要故也。故如有存續之必要，則不能使之混同。於是遂有下列兩種之例外。(七六二條但書，七六三條二項)

1. 其應消滅之物權於所有人有法律上之利益者，例如甲將其所有土地，抵押於乙，又抵押與丙，則乙爲第一抵押人，而丙爲第二抵押人。其後甲爲乙之繼承人，若使其抵押權因混同而消滅，則丙之第二抵押權遂得遞升爲第一抵押權，應受完全之清償，甲遂有蒙損失之虞。故於此種場合，乙之抵押權並不因混同而消滅。

2. 其應消滅之物權與第三人有法律上之利益者，例如，乙於甲之所有土地上有永佃權，並將其抵押於丙，其後乙取得其土地所有權，若使其永佃權因混同而消滅，則丙之不利莫甚，故其永佃權不消滅。

(三) 拋棄

物權爲財產權之一種，故原則上得因權利人之意思拋棄而使其物權歸於消滅。但法律爲保護利害關係人起見，設有少數之例外。

拋棄係以權利人之拋棄意思爲要素，從而發生物權消滅之效果之法律要件也。但是否意思表示，則學者間頗多爭論。予以爲除地上權永佃權之拋棄係對所有人之單獨行爲，應以意思表示爲要素外，至所有權之拋棄，則以拋棄之意思與占有之喪失爲要素，固無須拋棄之意思表示也。

註參考鳩山秀夫博士物權法四六頁。反對說參考末弘嚴太郎博士物權法上卷一〇六頁。

(四) 存續期間滿了

物權訂有一定之存續期間者，則因存續期間之滿了，而歸於消滅，固不待言。

(五) 沒收及公用徵收

物權之標的倘被沒收或公用徵收，其物權亦當然歸於消滅。

現
行
物
權
法
論

第二章 所有權

第一節 所有權之觀念

第一款 所有權汎論

第一 所有權之定義

欲維持人類之生活，不得不由外界之物質取得一定之生活資料。所有權(dominium proprietatis, Eigentum proprieté ownership, property)者，即人類與物質之支配關係，而為法律所承認者也。法律既規定人類直接支配物之權利，謂之物權，而物權中之最完全圓滿者，即所有權是也。承認個人所有權之制度，謂之私有財產制度，是為現今文明社會通有之現象，且為極顯著之形態，而現今社會制度，蓋即以此為最有力之砥柱焉。

民法第七百六十五條之規定曰：『所有人於法令之限制範圍內，得自

由使用收益處分其所有物，並排除他人之干涉。』此項定義，亦係各國民法所共同，茲揭法德日三國民法之定義，於左；

(一) 『所有權爲於法律及規則不禁止其使用之範圍內，以最絕對之方法，享用及處分物之權利也。』(法民法五四四條)

(二) 『物之所有人於不觸悞法律及第三人之權利之範圍內，得任意處分其物，及排除他人對於其物之各種行爲。』(德民法第九百三條)

(三) 『所有人於法令之制限內有自由爲其所有物之使用收益及處分之權利。』(日民法二〇六條)

因此，一般學者，遂就所有權之定義，演繹爲三種觀念。卽所謂絕對的，排除的，恒久的是也。所謂絕對的云者，蓋以所有權之行使，於法令之範圍內，有完全之自由也。所謂排除云者，因所有人爲其所有物唯一獨

立之主體，得排除他人之干涉，獨斷行使也。至所有權爲恒久的云者，因所有權之標的物若不滅失，則所有權得永久存在。所有權固不得預定存續期間而存在，所有權之不罹消滅時效，亦職此故。

以上所述，要皆爲對於所有權之一般的通念。此種觀念之發生，自與所有權之沿革，有密切之關係。

第二 所有權之沿革

原始時代，除少數武器，衣飾而外，一切財產，咸爲家族部落所共有。當時，土地廣闊，人口稀少，土地殆爲天下人所共有，人類各茫然盤據於其生活根據之地，既不感土地之缺乏，私有之觀念遂亦無從發生。據人類學者之理論証之，則原始之人類，皆曾經過漁獵，游牧，耕種三時期。然則當漁獵及游牧之時期，人類咸逐水草而居，輾轉遷徙，仍無固定私有

之土地。迨耕種時代，乃漸確定，加以生殖日繁，遂漸感土地之需要。是時也，土地遂爲一部落血族所占據，由酋長將土地分配與大眾，共同耕作。此種共有制度，逐漸演變，遂漸成爲私有財產制度。但在歐洲中古封建時代，土地所有之制度，尙極複雜。主權者之國土領有權與私人之土地所有權，尙未劃分。國土爲君主所私有，君主分之以與諸侯，諸侯更配賦於其家臣，家臣乃使佃人耕作，而取得其孳息。於是土地所有權遂分爲高級所有權（*Oberigentum*）與下級所有權（*Untereigentum*）二種。高級所有權爲諸侯所有，下級所有權則爲家臣或佃人所有。歲月屢更，下級所有權殆已變爲完全所有權，不唯得使用收益，且得爲變象的讓與。但家臣佃人對於貴族，仍有種種瑣碎之負擔。此種制度，至法國大革命爆發，個人主義之思想，滂勃一時。土地制度上，遂由土地解放（*affranchissement du sol*）

而確立土地的個人所有權制度。一七九一年之憲法第八十七條宣言曰：『所有權爲神聖不可侵犯者也。』復於一七九三年之憲法第二條，宣言『自由，平等，安全，所有之四種權利，爲固著人性絕對不動，不可剝奪之權。』其第十六條並予所有權以明確之定義，曰：『所有權爲屬於各市民任意享用及處分其財產之收入及其勞動職業之孳息者也。』『私有財產之制度，自此遂爲世界各國所採取。是爲平民階級與貴族階級鬥爭之結果。』

此種思想制度，打破以前各方面社會之沉滯，使自由競爭，日形發達，在十七八世紀之當時，固出於事實上之需要。所有權之絕對性，倘不確保，則吾人自己之行動所生之效果，即無以確實計算。而法律生活之確實性，亦以此爲保全之第一要件。故此種思想既適合於文藝復興以後之哲學

，且能使產業革命以後之自由競爭，日趨旺盛，誠爲十九世紀法律文化最高潮之象徵焉。

所有權及私有財產制度之意義，原在獎勵人之自由競爭，而發揮各人人格能率之最高限度。而其結果，則鼓勵人之私慾，日相爭逐，致使財富集中於少數之資本家，而促成資本主義之發達。於資本主義之初期，所謂資本家者，固咸努力於資本之蓄積，以增加其個人之財產。對其個人之消費額，力行減縮。但於資本主義發展之後，因投機及信用制度之發達，則咸窮極奢侈，既可以其財富誇示於人，且可用爲其信用制之基礎。因此貧富懸隔日深，而形成資產階級與無產階級之對峙。所謂資本主義經濟之弊竇，蓋卽在此。而數十年來社會學者，所焦心疾慮以求解決之社會問題，亦卽發源于是。此種思想之表現於法律上者，約有兩種：其一，對於私有

財產制度，抨擊不遺餘力。至有『所有權爲盜賊』*La propriété est vol*(Prison)之語。其目的蓋在根本否認所有權之觀念，以爲廢止私有財產制度，停止自由競爭，而後人類之生活，始能得救。迄一九一七年十月俄羅斯之布爾雪維克之苦迭達成功，此種思想，遂行實現，以私有財產制度爲基礎之一切社會制度悉經顛覆，俄羅斯之私法，遂有全部廢止之勢。其支配各種財產關係者，唯有以共產主義爲根據之公法。於國家的生產，國家的分配之外，別無所有。所有權之制度，雖已破壞，而一般實際之生活，果已從而得救乎？則固大謬不然，對內則一時之疲勞困憊，幾達極點，觸處皆在表現悲痛，漶亂與無秩序之狀態。對外則喪失世界經濟的信用，希望外國之投資，勢不可能。於是俄羅斯政府轉換方向，樹立所謂『新經濟政策』，採用『國家資本主義』之原則，而私法亦即當然因而復興。第一

步，於一九二〇年十一月廿三日頒布命令容許投資之外國資本家有例外之特殊地位。對內則於一九二二年三月二〇日頒布關於商業票據之命令，同年五月二二日頒布『關於蘇維埃政府所承認保護之私法的基本財產權』之命令，而確認私法之再現。而俄羅斯之新民法亦即於是年十一月二十五日公布。其所有權之定義，規定爲『所有人於法律所定之制限內，有爲物之占有，利用及處分之權利。』（第五十八條），與一般民法之規定，初無二致。但對於所有權之種類，則分爲公共所有權（國有及公共團體有），團體所有權，及私所有權三種。（五十二條）土地，地中包藏物，森林，供公用之河川，鐵道及供其使用之材料及航空用具皆屬於國有。（五十二條）至物之得爲私所有權之客體者，亦於五十四條，有列舉之規定，即非公有之建築物，商業的企業，賃勞動者工作之工業之企業，其員數不超過特別法之規

定者，武器與生產器具，通貨有價証券金銀貨，外國貨幣及其他之有價物件，家庭用及個人用之物品，法律所不禁止販賣之商品及允許為私的交易之各種物品。其所規定之範圍，雖與一般民法有廣狹之分，但對於所有權之觀念，亦屬承認，則無疑義。足徵所有權之制度，雖多弊害，但尚為現在時代所需要，因未能完全加以否認，完全廢止者也。

其二，則對於所有之觀念，並不否認，且視為個人之利益，亦應從而尊重，但為維持社會之安寧，不能不予以一定之制限。換言之，即所有權之原則固應承認，但同時宜顧及社會的妥當性而予以種種之例外是也。此種主張，蓋在以現代的法律為基礎，尊重法律的秩序，而同時促成法律生活之進化。於立法上，則承認『權利濫用之禁止之原則』（一四八條德民法二二六條瑞士民法第二條參照）以調停所有權之絕對性。而最近之立法

例上，多採取各種裁判上之個別主義 *individualisation judiciaire*，擴張裁判官之權限。使之捨棄歷來之法律的概念，於自由的立場，對各該事件，具體的適應之，以謀解決之道。此種方法，既能免除傳統觀念之流弊，且維持法律秩序之確立，自皆不失為合於實際之方法。但此種思想，一方面承認『所有權之絕對性』之原則，一方面復因公序良俗之社會的妥當性，而予以種種例外的限制，其思想蓋為二元的，論理上自不能謂為精透。勿寧將此原則例外，並為包括，對於所有權之理論之本身，將以改造，從而樹立一元的理論之為愈也。竊以為所有權概念之將來，當如後述。

第三 所有權概念之將來

近代法上所有權之理論，蓋以為所有權之本質，即在其抽象之『所有』。此種『所有』之事實，為社會生活上，個人最高之力。因此，保護此種

所有之事實，即爲法律無上之使命。其所有人對於其所有之物，如何利用，則法律上毫無顧慮之必要，亦無干涉之可能。此種『所有』之事實，既得法律之保護，而個人財產之蓄積，遂得無窮之展開。是爲私有財產制度觀念本身之錯誤。吾人遂不能不就所有權之社會的機能，加以省察，而予以是正。蓋物之『所有』，其本身原無意義，不過因『所有』而後有利用——使用收益處分——之可能性，始有意義耳。故私有財產制度上，將一定之財貨信託於個人，而許其私有者，不在使其『所有』，而在使其『利用』。故自法律方面言之，所以保護『所有』之事實狀態者，非保護財貨之分配而使之固定也，乃使其得『利用』財貨，而發揮財貨之完全之效用也。故法律之使命，非用以保護『所有』者之個人之利益，而在保護信託財貨于個人『所有』之社會之福祉。即在個人本身，其『所有』也，亦並非爲其個人之利

益，而在將社會所信託之財貨，爲社會之福利，而充分利用之耳。因此，所有權之性質上，遂不能不有兩種之制限。其一，所有權之『利用』，必於社會生活之繁榮及維持之範圍內，始屬正當。第二，於社會生活之必要上，所有人必須『利用』其所有權，不得放置，始得謂爲發揮所有權之最高度能率。德意志憲法第一五三條所謂『所有權伴同義務』，蓋卽此義。

綜上所述，則古代共產時代，所有權原屬團體主義，其後演變爲個人主義之私有財產制度，團體主義與個人主義，原互有其利弊。個人主義之制度，固不能常此保持，但亦必不能復歸於團體主義。調和個人主義與團體主義，對於所有權之理論，加以改變。使之由抽象的『所有』，推移爲具體的『利用』，今後所有權之作用之變遷，當卽以此爲嚆矢也。

第二款 所有權之內容

現代法上之所有權，係於一定之物上，爲一般的支配之權利。一切物權，皆存在於一定之物上，是原爲一切物權共通之性質，故無特別說明之必要。所有權之性質，即在權利人所受之利益，爲物之一般的支配也。

一般的支配云者，蓋與特定的支配相對而言。所謂特定的支配者，或爲使用，或爲收益，或爲處分。如地上權，永佃權、質權等制限物權，蓋即以特定的支配爲內容。所有權則不然，其支配之方面，不限於特定之方面，是爲所有權之基本的性質。

所有權於其最完全之狀態上，自包含一切法律所認許之支配之權能。但包含一切之權能，則並非所有權成立之要件。故所有權人雖於其標的物上設定有地上權，永佃權，質權等制限物權，但仍無害於其所有權之存在。此種所有權，暫時缺乏物之使用，收益之權能，所有權之現實的作用，

近於虛無。故學者有名之爲裸體所有權或虛有權者，而其所有權之存在則無庸疑。蓋所有權人現在雖不得爲一般之支配，但除去其限制，卽回復其圓滿之內容。且所有之限制，必有定限，何時能回復圓滿之狀態，不難豫料而及。故亦可謂爲一般的支配權。此種性質，名爲所有權之彈力性（亦曰復歸性）（Elasticity）。學者亦有以此爲所有權之特質者，但此原爲一切權利所共通，不限於所有權，始有彈力性也。

一般的支配云者，係得於一切之關係上利用其標的之謂。其主要之作用，卽爲民法七百六十五條所列舉之使用，收益，處分三種權能。茲分述其意義如下：

（一）使用權（*ius utendi*）云者，不變更物之性質，依其用法，以滿足人之需要者也。

(一) 收益權 (*ius fruendi*) 云者，收取物之天然孳息或法定孳息之謂也。

(二) 處分權 (*Ius disponendi*)。茲所謂處分，有兩種意義。其一，主廣義說者，以爲於事實的處分（破毀，消費）之外，更包含法律的處分（拋棄，移轉，供與擔保，設定制限物權）。其二，主狹義者，則以爲專指事實的處分而言。按，一切之物權皆以有處分之權能爲原則，固非所有權所特有，且爲法律的處分時，其所處分者乃所有權而非所有物，故予亦以後說爲正當也。

唯於此有應注意者，即所謂使用，收益，處分三者，原係所有權主要之權能。所有權並非數種利益之總和 (*Sum*)，而爲單一之權利。非此種權能集合，成爲一所有權，係因有所有權始生出此等之權能。若爲權能之總

和，則倘缺少其中之一種，所有權即不存在，實違反所有權之本質。民法上之規定，原係就所有權主要之權能，加以例示，並非謂其權能之總和，即爲所有權。故所有權實爲此種權能之源泉。所有權人之得爲使用，收益，及處分者，即係其有此權能之源泉之結果也。

所有權之所有人，得排除他人之干涉，此爲德奧，瑞士及我國民法所規定（德民法九〇三條，奧民法三五四條，瑞民法六四一條，民法七六五條）。因此，學者亦有以此爲所有權之特質者。然所有權之基本的性質，原在爲一般的支配，因有第三人之干涉，所有人即不能完全其支配。故排除第三人之干涉，實爲支配權表現之一端。換言之，則所謂一般的支配云者，有兩種意義。其一，於積極的方面，所有人得從其所欲以爲支配；其二，於消極的方面，得排除他人之干涉。故所謂排除他人之干涉之特質，

要不外爲支配權之消極的方面而已。

所有權之效力，僅限於『法令限制之範圍內』，原屬當然之規定。蓋一切權利，皆因有法律然後始能存在，所謂天賦人權，要非法學上所謂之權利。而民法上所以特予明文規定者，良以法國大革命以來，恒謂『所有權爲神聖不可侵犯』者，因此每致誤信爲雖以法令亦難制限之故耳。

現行法上，對於所有權之制限頗多。民法上之規定，對於不動產之所有權，有本於相隣權而設之制限，其詳細當讓之於下節，另爲說明。其他法令所予之制限，亦復不少。如土地法第十四條，第十六條，第十七條之規定，及刑法二百七十一條之規定皆是也。

所有權爲對物之一般的支配權。故現行民法上，咸爲一物一權主義，即不許於一個物上，同時成立數個之所有權。是蓋爲物權之排他性的當然

結果。所謂共有制度，雖似爲此種原則之例外。但共有係一物之所有權爲數人所共有，共有人互有其應有部份，其應有部份之總和，始相當於一個所有權（八一七條），且各共有人得隨時請求分割共有物，則其應有部份即化爲完全之所有權。（八二三條）故與所有權之本質，並不矛盾。自不得謂爲「一物一權主義」之例外。而動產之因添附而取得其所有權，則實爲此種主義適用之結果焉。（八一一條至八一四條參照）

第二節 不動產所有權

第一款 總說

土地爲人類生存之基礎，且爲國家成立之要素。故土地制度與吾人公私生活關係之密切，自遠在一切動產之上。自古迄今，中外各國，屢隨經濟大勢及社會思潮，迭有變遷，已於「所有權之沿革」一節，爲簡略之說明

。蓋「土地解放」之目的，在要求個人所有權之擴張；但因個人所有權之擴張之結果，則反而要求個人所有權之制限。或要求廢止土地所有權，收歸國有，或要求根據公益之理由，而予以種種之制限。革命後之俄羅斯，及戰後之歐洲諸國，對此雖有緩急寬嚴之不同，但皆有種種之改革，以順應時代之需要。我國土地法上，雖承認人民依法取得所有權者，為私有土地。〔土地法第七條參照〕但以種種公益上的理由，予以種種之制限。蓋亦土地制度社會化傾向之表現也。其種種之制限，約如下述：

- 一 禁止私有之土地（土地法第八條）
- 二 土地面積最高額之限制（土地法第十四條第十五條）
- 三 土地處分之限制（土地法第十六條第十七條）
- 四 土地徵收（土地法三百三十五條以下）

凡此，因非本書論述之目的，姑從簡略。以下則就土地所有權之範圍，建築物所有權之範圍及隣地者相互間之法律關係分別說明。

第二款 土地所有權之範圍

法諺有云：『土地所有權上達天上，下及地心』，蓋謂土地所有權之效力，不只限於地表，並及於其上下也。法蘭西民法之規定，「土地所有權，包括其上下之所有權」(La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous)(五五二條)蓋即爲此種思想最簡明之表現。但十九世紀以降，土地所有權制限之思想日盛，而土地所有權及於上下之效力，遂亦成爲問題。德瑞民法之規定，蓋皆爲此種新傾向之表現。我國民法之規定：『土地所有權除法定有限制外，於其行使有利益之範圍內，及於土地之上下。如他人之干涉，無碍其所有權之行使者，不得排除之。』(七七

三條）所謂『於其行使有利益之範圍內』，蓋即倣自瑞士民法之規定，（六六七條），而予之限制也。至『法令有限制』云者，自與第七六五條之規定，出於同樣之趣旨。法令上所增予之制限，如關於相隣關係之規定即是。此外，則土地法第七條但書之規定，『增着於土地之鑛，不因取得土地所有權而受影響』，亦其適例，唯他人之干涉，如不碍於所有權之行使者，自不得以土地所有權為理由，加以禁止。此為一切權利共通之性質，以權利濫用法理言之，原屬當然。民法上既已規定『於其行使有利益之範圍內』，則其干涉之無碍於其所有權之行使者，自屬有利益範圍之外，更無排除之理由。本條後段之規定，適成蛇足，似以刪除為是也。

第三款 建築物所有權之範圍

建築物屬於單獨所有或共有者，其所有權之範圍，自不成問題。如數

人區分一建築物，各有其一部者，於其共用部分（例如階段，迴廊）及其附屬物之共用部分，遂生問題。我民法對此，設有特則，蓋爲一物一權主義之例外。即該建築物及其附屬物之共用部份，推定爲各所有人所共有。且其共同部份之修繕費及其他之負擔（例如各種雜捐），應按其各自之所有部份之價格分擔之。（七九九條）。固有價格，自不以其所有部份之大小爲標準。

於上述情形，其一部份之所有人，有使用他人正中宅門之必要者，得使用之。（八百條一項）但因此致使所有人受損害者，自應支付償金。（同條三項）但此種規定，原係任意規定，故當事人如有特約或另有特別習慣者，則從其特約或習慣。（同條二項）

第四款 相鄰者間之法律關係

第一 總說

隣接土地所有人，因各行使其權利，相互之間，遂當然發生諸種之關係。民法上爲使此等關係，各有適當之規律，以防止紛爭於未然，各國立法例，對此遂咸設有相當之規定。蓋不唯關係當事人之利益，且因此能使土地之利用完成，於國家之經濟，亦頗多裨益。此等規定之結果，土地所有人於法律上遂當然對隣地人負有一定之義務。故相隣關係之內容，與地役權之內容，遂極相似。但相隣關係間之權利義務，純因爲相隣關係之事實而發生，地役權則由於當事人間之契約，是其差異。兩者內容，既屬相似，法國民法遂名之爲法定地役權(*Servitudes légales*) (六三九條六四九條) 以之爲地役權之一種，但學者間亦未盡從之。德民法以之爲所有權之內容，德國學者遂恒用相隣權(*Nacherecht*)之名，以說明之焉。

此種相隣關係之內容，概括言之，可大別爲三種。卽所有權內容之制

限（所有人之不作爲之義務），鄰地侵害之容忍的義務，及相隣者之共同施設（互助之義務）三者是也。以個人主義之民法理論言之，所有權之行使，有絕對的適法性。可從其所欲，任意行使或不行使，他人原無干涉之權利。倘執此說以往，則某人之使用土地，如設置工場，其煤煙，塵灰，音響，震動，散及四隣，對於四鄰之被害者，究應負責任與否？就土地所有人方面言之，則曰：是吾正當之權利之行使也。而四鄰方面，則曰：是吾正當權利之受有侵害也。若皆極端主張其權利，則共同生活之秩序即無從維持。爲調解雙方之衝突，是爲英國法上之 *Nuisance* 法理之重要部份，而近代權利濫用之法理，亦發端於此。人類既羣居而營共同生活，則其土地所有人偶有不利利益之行爲，及於其鄰人，雖係權利之侵害，但爲共同生活之必要上，不能不負有忍容之義務。但此種行爲，如超越適當之限度，則

即成爲權利之濫用，自應加以禁止，而使土地所有人負有不作爲之義務。民法所以有相鄰關係之規定，即在調節雙方權利行使之範圍，維持共同社會之秩序。例如民法七百九十三條規定「土地所有人，於他人之土地有煤氣，蒸氣，臭氣，烟氣，熱氣，灰屑，喧囂，振動及其他與此相類者侵入時，得禁止之。但其侵入輕微，或按土地形狀，地方習慣，認爲相當者，不在此限，」明言雙方之相互妨害義務，即其適例。而七百七十四條規定，「土地所有人經營工業及行使其他之權利，應注意防免鄰地之損害。」是純就土地所有人之權利之行使方面言之，可謂爲相鄰關係上之一般的限制者也。

雙方之相互妨害義務，既如上述。然更進一步，鄰人因事實上之需要，乞求爲積極的助力，則果有與其助力之義務否邪？以法理言之，是自不

能謂爲義務，但此種助力，如屬絕對必要，且別無代替之方法，加之拂與助力，亦無須絕大之犧牲，則因所謂相鄰互助互讓之精神，遂使之負有此種互助之義務。如七八三條之規定，卽其一例。

第二 鄰地使用權

「土地所有人，因鄰地所有人在其疆界或近傍，營造或修繕建築物，有使用其土地之必要，應許鄰地所有人使用其土地。但因而受損害者，得請求償金。」（七九二條）此種償金，蓋出於調和雙方利益之趣旨，並非基因侵權行爲而生者也。

土地因與公路無適宜之聯絡，致不能爲通常使用者，土地所有人得通行周圍地以至公路。（七八七條一項前段）但對此又有下述之制限，及例外。

(一) 通行之場所及方法

『有通行權人，應於通行之必要範圍內，擇其周圍地損害最少之場所及方法爲之。』（七八七條二項）『於必要時，得開設道路。』（七八八前條段）

(二) 償金

『有通行權人，對於通行地因此所受之損害，應支付償金。』（七八七條一項後段七八八條後段）

(三) 例外

『因土地一部之讓與或分割致有不通公路之土地者，土地之所有人，因至公路，僅得通行受讓人或讓與人或分割人之所有地。』（七八九條）蓋因此等場合，其不通公路之情形，原爲當事人所豫期，故因此而生之不便

，應由當事人相互救濟之，不得損害他人，自屬當然。且有通行權，亦無須支付償金。（同條二項）

第四 鄰地通過權

『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。』（七八六條一項）但亦有下列種種之限制：

（一）其通過『應擇其損害最少之處所及方法爲之。』（同條一項但書）

（二）『應支付償金』（同條一項但書）

（三）安設後『如情事有變更時，他土地所有人得請求變更其安設。』（同條二項）其費用除有特別習慣外，自應由土地所有人負擔。（同條三項）

第五 鄰地侵入權

土地所有人之土地，本有禁止他人侵入之權利。(七九〇條一項前段)但除他人有通行權者外，有下列兩種情形，亦應限制其所有權之禁止作用：

(一) 依地方習慣，任他人入其未設圍障之田地，牧場，山林，刈取雜草，採取枯枝枯幹，或採集野生動物，或放牧牲畜者。(七九〇條二項)因其損害於土地所有人者極微。而在貧困之他人，則為生活之必需品，非此即無以為生，故得為此種收益之權利，實為其生計上之大問題，其應優予保護，自在土地所有人之上，故許其侵入，此實我民法保護弱者精神之表現也。

(二) 遇有他人之物品或動物至其土地內者，應許該物品或動物之占有人或所有人入其地內，尋查取回。(七九一條一項)於此種情形，土地所有

人受其損害者，得請求賠償，於未受賠償前，得留置其物品或動物。（同條二項）

第六 鄰地占用權

土地所有人建築房屋，逾越疆界者，鄰地所有人如知其逾界而不即提出異議，不得請求移去或變更其建築物但得請求土地所有人以相當之價額，購買越界部分之土地。此種權利，學者稱之謂強賣權。鄰地所有人於行使強賣權外，尙有損害時，仍得請求賠償。（七九六條）

第七 危害預防權

（一）『土地所有人開掘或爲建築時，不得因此使鄰地之地基動搖，或使鄰地之工作物受有損害。』（七九四條）

（二）『建築物或其工作物之全部，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豫防。』(七九五條)

第八 氣響禁止權

土地所有人，於他人之土地有煤氣，蒸氣，臭氣，烟氣，熱氣，灰屑，喧囂，振動，及其他與此相類者侵入時，得禁止之。(七九三條前段)但其侵入輕微，或按土地形狀，地方習慣認爲相當者，則應有忍容之義務，不得禁止。(同條但書)

第九 竹木刈除權

鄰地竹木之枝根，有逾越疆界者，土地所有人，得訂適當之刈除期間，要求竹木所有人刈除之。竹木所有人，不於前項期間內刈除者，土地所有人得自行刈取。(七九七條一項二項)以上規定，不過爲保護土地所有人，俾無害於土地之利用也。故竹木枝根，雖經越界，但並不妨害土地之

利用者，既無刈除之必要，則土地所有人即不得請求刈除或自刈取之矣（同條三項）

第十 果實墜取權

果實墜落鄰地，應屬何人所有，立法例頗不一致。羅馬法上，果實墜於鄰地者。三日以內，所有人得自由拾取，逾期則屬於鄰地所有人。瑞士民法則定為土地所有人能聽任鄰地樹枝侵入時，即取得其枝上所生之果實。（六七八條二項）我民法則規定，果實自落於鄰地者，視為屬於鄰地。（七九八條）但隣地如為公用地，既不得以之為公用物，或無主物，則仍依一般之原則，不在此限。（同條但書）

第十一 水與鄰地關係

（一） 排水權

(a) 自然排水權

水性就下，乃事理所當然。故『由高地自然流至之水，低地所有人，不得加以防阻』，(七七五條)否則高地中必成澤國，既碍個人之利益，復害國家之經濟。故使低地所有人負承水的義務。自高地所有人言之，即排水之權利焉。

(b) 人工排水權

低地所有人之有承水義務，原以自然流至之水爲限。其非自然流至者，則當然無使其負擔承水義務，甘受損害之理由。因此，遂有下列兩種之規定：

(1) 『土地因蓄水，排水，或引水所設之工作物，破潰阻塞，致損害及於他人之土地，或有致損害之虞者，土地所有人應以自己之費用

，爲必要之修繕，疏通或預防。』（七七六條前段）其費用之負擔，如有特別習慣，即從其習慣，否則由土地所有人負擔。（同條但書）

（2）土地所有人不得設置屋簷或其他工作物，使雨水直注於相鄰之不動產（七七七條）

但於此有一例外，即『高地所有人因使侵水之地乾涸，或排泄家用，農工業用之水以至河渠或溝道，得使其水通過低地。』是爲人工排水權。但有排水權者『應擇於低地損害最少之處所及方法爲之』，並『對於低地所受之損害，應支付償金。』（七七九條）

『土地所有人，因使其土地之水通過，得使用高地或低地所有人所設之工作物，但應按其受益之程度，負擔該工作物設置及保管之費用。』（七八〇條）

(二) 疏水權

低地所有人，對於高地自然流來之水，僅有不加防阻之義務。但如因天災或其他事變，阻塞於低地時，雖有損害及於高地，低地人亦不負代為疏通之義務。而使高地所有人有疏水權，得以自費為必要疏通之工事。但其費用之負擔如有特別習慣者，仍從其習慣。(七七八條)

(三) 用水權

(a) 『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』。(七七五條二項)

(b) 『水源地，井，溝渠及其他水流地之所有人。』除有特別習慣者外，『得自由使用其水。』(七八一條)

(c) 『水源地或井之所有人，對於他人因工事杜絕減少或污穢其

水者，得請求損害賠償。如其水爲飲用，或利用土地所必須者，並得請求回復原狀。但不能回復原狀者，不在此限。』（七八二條）

（d） 『土地所有人因其家用或利用土地所必要，非以過鉅之費用及勞力不能得水者，得支付償金，對鄰地所有人請求給與有餘之水。』（七八三條）

（e） 『水流地之所有人如對岸之土地屬於他人時，不得變更其水流及寬度。兩岸之土地均屬於水流地所有人者，其所有人得變更其水流或寬度，但應留下游自然之水路。』（七八四條一項二項）以上情形，以無特別習慣時爲限，如另有習慣，則仍從其習慣。（同條三項）

（f） 『水流地所有人』欲完全利用其水流，而有設堰之必要者，得使其堰附著於對岸。但對於因此所生之損害，應支付償金。對岸地所有人

如水流之一部，屬於其所有者，得使用其堰，但應按其受益之程度，負擔該堰設置及保管之費用。此種情形，亦以無一定之習慣爲限，否則仍從其習慣。（七百八十五條）

第三節 所有權之取得

第一款 總說

所有權之取得，可大別爲原始取得與傳來取得二種。傳來取得之原因，多爲一般財產權所共通，于此無說明之必要。原始取得之原因，約有（一）取得時效（二）即時取得（三）先占（四）遺失物之拾得（五）埋藏物之發現（六）添附（附和，混和，加工之總稱）（七）物之分離七種。除即時取得因說明之便宜上，讓之占有章中，再行講述外，餘皆分別說明於下：

第二款 取得時效

第一 取得時效之意義

所有權之取得時效云者，於一定之期間，以所有之意思和平且公然繼續占有他人所有物之事實，因此事實，法律即令其取得物之所有權者也。茲分析說明其要件，如下：

(一) 須占有他人之所有物也。於自己之所有物或無主物上自無時效存在之理由。

(二) 其占有須以所有之意思爲之者也。所有之意思云者，於自己之支配之外不承認有其他優等之權利存在之意思之謂也。實際上是否相信別無其他優等之權利存在（所有之信念）則非所問。故由無權利人讓受所有權者無論已，即盜賊亦得以所有之意思而爲占有也。

(三) 其占有須爲和平之占有也。和平云者，非強暴之占有之意也。此種要件之規定，蓋在使暴行強迫者不得享受時效之利益也。

(四) 其占有須爲公然之占有也。公然云者，非隱秘之占有之意也。所謂隱秘之占有者，對於利害干係人，以特別之方法，隱秘其占有之謂。如將占有物理藏地中，匿於井底皆是。如收藏於箱籠之中，則屬普通之方法，仍爲公然之占有。

(五) 須於一定之期間繼續占有也。其期間謂之時效期間，因其情形，而有長短之區別：

(a) 不動產之占有人，其占有之始，係善意且無過失者，十年間占有他人未登記之不動產，得請求登記爲所有人。(七七〇條) 善意云者，謂有所有權之信念，故盜賊不得謂爲善意。無過失者，謂其於所有權

之信念係無過失，即以相當之注意，斷定其信有權利也。

(b) 其占有之始為惡意或善意而有過失者，其期間為二十年。

(c) 動產之占有期間則為五年。(七六八條)唯動產之占有則有所有之意思且屬和平公然者已足，若善意且無過失，則可由八〇一條之規定，即時取得其權利矣。(本書第五章占有之效力節中即時取得參照)

第二 取得時效之效果

因時效取得所有權者，其效果遡及起算。故於其日以後所生之制限物權，皆因此而消滅；但對於其日以前業經存在之制限物權，並無何等影響。

一人因取得時效而取得所有權時，他人即因此喪失其權利，自屬當然。但其權利之喪失，並非消滅時效之效果，不過為取得時效之反射的效果。

而已。

第三 取得時效之中斷

時效之中斷云者，因法定事由之發生，其以前經過之時效期間，歸於無效者也。其法定事由，稱曰中斷事由。民法上規定之消滅時效之中斷事由，于取得時效亦當然適用。但此外尙定有取得時效之特別中斷事由。即占有人自行中止占有或變爲不以所有之意思而占有，又或占有爲他人所侵奪者，其所有權之取得時效中斷。（七七一條前段）學者與前述之法定的中斷相對，而名之曰自然的中斷。唯依第九百四拾九條或第九百六十二條之規定，請求回復其物或請求追還其占有物之類，則仍不生中斷之效力。（同條但書）

法定的中斷之效力，爲相對的，止於當事人及其繼承人間，發生中斷

之效力。但自然的中斷之效力則爲絕對的，對一切利害關係人皆生效力者也。

第四 所有權以外之財產權之取得時效

民法上所有權之取得時效之規定，於所有權以外財產權之取得，亦準用之。（七七二條）但左列之財產權，則不適用取得時效。

- （一） 不表現或不繼續之地役權。
- （二） 純因法律之規定而取得之權利，例如留置權。
- （三） 只由占有即取得之權利。（即占有之權利）
- （四） 因一回之行使而即消滅之權利，例如撤銷權，解除權等形成權及以一回之給付爲目的之債權。

第三款 先占

第一 先占之意義

先占 (occupatio, okkupation, occupation) 者，因就無主之動產，爲自主占有，而取得其所有權之謂也。(八〇二條) 最原始的所有權之取得方法，如漁獵所得，卽其適例。在原始社會，原爲唯一之所有權取得方法，但降至今日，一切財貨，莫不有主，故先占規定之適用，遂不多見。

第二 先占之要件

先占之成立，必須具備下列之要件：

(一) 先占之標的物須爲無主物 無主物 (res nullius, herrenlose Sache, chose sans maître) 者，不屬於任何人所有之物也。(例·野獸，飛禽，菌，蛤蚌之類) 其以前曾屬於何人所有，在所不問，只須現在無所有人即可。故拋棄物亦無主物也。

(二) 先占之標的物須爲動產羅馬法上無論動產不動產，咸可依先占取得。但我民法則做近代多數之立法例，其先占之標的物，只限於無主之動產。

註：無主之不動產，應歸國庫所有，德日民法，咸有明文規定，(德民法九二八條二項

日民法二三九條二項) 我民法雖無明文，但解釋上亦無疑義。(土地法七條參照)

(三) 須以所有之意思爲占有 先占物對於無主物須以所有之意思而爲占有，即開始自主占有是也。故只發見標的物，不得謂爲先占。只有所有之意思即可，是否知其物爲無主物，則在所不問，亦無庸有所有之確信 (Opinio domini) 也。

第三、法律的性質

先占之法理上的性質若何，學者間主張頗不一致。有以之爲法律行爲

者，有以爲非法律行爲者。余則以爲非法律行爲。何則？蓋以其成立，只須有所有之意思即可，不必要取得所有權之意思表示。且因先占而取得所有權，爲根據法律之直接規定，而爲原始的取得，非根據先占人之意思表示而發生。故非法律行爲，而爲事實行爲焉。

第四款 遺失物之拾得

第一 總說

羅馬法上，拾得遺失物者，直至遺失主之請求爲止，對拾得物應負有保管之義務，而不能取得所有權。但近世之立法例，則咸於一定條件之下，給與拾得人以所有權。（法民法七一七條以下。德民法九六五條以下。日民法二四〇條）即我舊律，亦有同樣之規定。（註）現行民法則將遺失物拾得之程序，亦規定於法文中焉。

註：現行律得遺失物律：凡得遺失物，限五日送官。官物還官，私物召人識認，於內一半給與得物人充賞，一半給遺失物人。如三十日內無人識認者全給。限外不送官者，官物坐贓論，追物還官，私物一半還官，一半給主。如無主全入官。

第二 遺失物之意義

遺失物 (chose perdue, verlorene Sache) 者，非由於權利拋棄之意思，亦非被他人侵奪，而喪失占有之動產也。茲分析說明其意義如下：

(一) 須非由於拋棄之意思 遺失物之遺失，非由於所有人拋棄其所有權之意思。故所有人若以拋棄之意思而遺棄之動產，則為無主物，非遺失物也。

(二) 須非被他人侵奪 其喪失占有，須非被他人侵奪，故盜品非遺失物也。

(三) 須喪失占有 遺失物者，占有人喪失其占有，而現在不屬於任何人之占有者也。但雖喪失其占有，而究有正當之所有人，故與無主動產有別。

(四) 須爲動產 以不動產之性質上，根本無遺失之可能故也。

具備以上之要件者，卽爲遺失物。漂流物及沉沒品，其性質上爲遺失物抑或無主物，原欠明瞭。但我民法上之規定，拾得漂流物或沒失物者，則準用關於拾得遺失物之規定。(八一〇條)

第三 拾得之意義

拾得者，取得遺失物之占有之謂也。故僅有發見，而未占有者自不得謂爲拾得，是以甲先發見，而乙占有，則拾得人爲乙而非甲。然其占有，無須爲自主占有，卽他主占有亦可。例如，以撻返還遺失人而暫爲保管之

意思，占有之者，即爲拾得人。又，拾得人是否確知其爲遺失物或無主物，亦非所問，只須其物客觀的爲遺失物足矣。

第四 拾得人之義務

(一) 無因管理之義務 拾得遺失物與否，原屬發見人之自由，但如一旦拾得，即爲無因管理之一種。遺失人與拾得人之間，遂發生債權債務之關係。因此，當然適用關於無因管理之規定，而負有種種之義務。

(二) 通知揭示之義務 拾得人拾得遺失物，如知其物之所有人應通知其所有人。不知所有人，或所有人之所在不明者，應爲招領之揭示。(八〇三條前段)

(三) 報告交存之義務 拾得人如不欲爲通知揭示，或已爲通知揭示而所有人不於相當期間認領者，拾得人應報告警署或自治機關，並將其物

交付。(八〇三條後段，八〇四條)

(四) 返還之義務 遺失物拾得六個月內，所有人認領者，拾得人或警署或自治機關應於通知揭示及保管費受償還後，返還之。(八〇五條一項)

第五 拾得人之權利

(一) 費用償還請求權 所有人認領其遺失物時，應償還拾得人代墊之揭示費(如紙張，印刷，廣告費等)保管費(如貴重物品之存於倉庫之費用)等，始將其物返還。(八〇五條一項)換言之，即拾得人有向所有人請求費用償還之權利也。

(二) 報酬請求權 遺失物經所有人認領時，拾得人得向所有人請求其物價十分之三之報酬。(八〇五條二項)

(三) 所有權之取得 遺失物拾得後六個月內，所有人未認領者，警署或自治機關應將其物交與拾得人歸其所有。但如拾得物有易於腐壞之性質，或其保管需費過鉅者，警署或自治機關原可拍賣之而存其價金。於此種情形，即將拍賣所得之價金，交與拾得人歸其所有。(八百〇六條八百〇七條)

第六 法律的性質

遺失物之拾得，原無須所有權取得之意思，故因此而取得所有權者，並非法律行爲。不過因酬其拾得管理之勞，且爲處置上之便宜，因而承認此種特殊之取得方法耳。

第五款 埋藏物之發見

第一 埋藏物之意義

埋藏物 (thesaurus, Sachtz, trésor) 者，埋藏於他物之中，不明其所有人之動產也。茲分析說明其意義如下：

(一) 須爲動產 埋藏物，動產也。房屋雖有因噴火地震而被埋沒時，但在發掘時，卽成爲土地之一部，不以之爲獨立物也。但不限於貴重物品，不過須有視爲獨立物之價值而已。

(二) 須埋藏於他物之中 埋藏物者，埋藏於他物之中，而在自外部難以自擊之狀態者也。至埋藏之所在，通常皆以爲須爲土地，實不盡然，例如將紙幣縫綴於古舊衣裳之夾縫內亦不失爲埋藏物也。其埋藏的原因係天然的抑人爲的均非所問。埋藏物通常皆以爲須有常久之年月，但亦非法律上之要件，法律上用以區別埋藏物與遺失物者，只視其是否埋藏而難自外部目擊而已。是以遺失物遺失後不久卽被埋藏者，卽爲埋藏物，否則雖

經過若干之年月，而因置於易自外部目擊之場所，依然爲遺失物也。

(三) 須不明其所有人 不明其所有人者，雖有所有人而難以識別者也。故無主物(例如化石)非埋藏物，而古墳中發見之寶玉則爲埋藏物也。但如在發見之當時，卽知其物之所屬者，仍不能謂爲埋藏物。

第二 發見之意義

發見云者，認識其埋藏物之存在之謂也。法蘭西民法上發見須爲偶然之事實(法民法七一六條)，但一般民法，皆未設此種之制限。故無論由於偶然，或係預定之計劃，皆爲發見。但偶然發見時，其事實上之發見人與埋藏物取得人必爲一人，而出於預定之計劃者，則不盡然。如因一定之計劃，而使人發掘，則發見人原爲使用人之機關，故其所有權仍屬於使用人焉。

第三 法律之效果

由埋藏物發見，而使其于一定條件之下，取得所有權之全部或一部。羅馬法以來，近世各國民法，殆咸有此種規定。（註一）即我舊律，亦有同樣之旨趣。（註二）現行民法之規定，則『發見埋藏物而占有者，取得其所有權。但埋藏物係在他人所有之動產或不動產中發見者，該動產或不動產之所有人與發見人各取得埋藏物之半。』（八〇八條）

但其『發見之埋藏物足供學術，藝術，考古，或歷史之資料者，其所有權之歸屬，依特別法之規定。』（八〇九條）

註一：德民法九八四條，法民法七一六條，日民法二三九條。但瑞士民法則規定埋藏物屬於包藏物所有人之所有，發見人僅有請求相當報酬之權利而已。（瑞民法七二三條）

註二：現行律得遺失物律：若於官私地內掘得埋藏之物者，并聽收用。若有古器，鐘鼎

，符印，即異常之物，限三十日內送官，違者其物入官。

第四 法律的性質

以埋藏物之發見爲所有權取得之原因者，其立法之理由蓋與遺失物拾得相似。唯在拾得人係酬其拾得管理之勞，在發見人則僅係酬其發見之勞而已。至包藏物之所有人亦得取得所有權者，則爲附隨於其所有權之利益。要皆根據公平之觀念，而爲便宜之規定也。

第六款 添附

第一項 總說

第一 添附之意義

添附(Accessio, Accession, Zuwachs)一語，有廣狹二義。以廣義論，則兼指附合，混合，加工三者而言；以狹義論，則僅指附合，混合，而加工

不與焉。(註一)自添附之意義言之，自以狹義說爲正當。但三者之立法理由及其法律上之效果，咸有共通之性質，故承認其共通之概念，而加以添附之名稱，於學問之研究上，不無便利。(註二)故予亦從權，而一併說明之焉。

註一：廣義說，梅謙次郎博士，橫田秀雄博士，岡松參太郎博士，三浦信三博士，末弘嚴太郎博士，游佐慶夫博士，我妻榮教授，

狹義說，富井政章博士，中村萬吉博士

註二 以上鳩山秀夫博士物權法參照

添附本爲羅馬法以來各國所公認爲所有權取得之原因者，羅馬法學者對此之研究，尤極精湛。但降至今日，其實際上之價值，大形減少。故法制上亦遂不與以重要之地位焉。

以添附爲所有權取得之方法者，蓋由於下列之兩種理由：

(一) 合成物，混合物及加工物等，其分離既屬困難，或需費過鉅，若必勉強加以分離，以承認原所有權之存續，自社會經濟之立場言之，殊為不利。

(二) 共有物之利用，有易生紛爭之虞，因使其成為單獨所有權，以貫徹一物一所有權主義，兼期物權關係之統一。

第二 添附之效果

因添附而發生之所有權之取得為絕對的，是後即因人之行為或偶然之事實，其物又分離者，其原有之所有權亦不因而復活。

添附之結果，在使舊物消滅。故舊物之所有權從而消滅，自不待言。

即原物上之其他物權——制限物權——亦不得因而消滅。(八一五條)
但因貫徹此種原則，而使第三人無故喪失其物權，自不得謂為公允。故使

其得依不當得利之規定，請求償金。（八一六條）

添附之結果，舊物化爲新物，新物只有一個，除雙方共有時之場合外，不得不使舊物所有人中之一方，取得新物之所有權。但一方因新物所有權之取得而受利益，同時他方即因舊物所有權之消滅，而蒙損害。若雙方之利益損害皆得其平，自不成問題。但添附之結果，多半皆爲一方享受較優之利益，一方喪失從來之利益。此種實質上之不平，固爲添附之不得已之效果，但亦應消除此種不平，救濟一方之損失。故法律上使其得依關於不當得利之規定，請求償金。（八一六條）本條之結果，即

（一） 受益人爲善意，即不知爲他人之物而爲添附時，或因自己行爲以外之原因，而生添附之結果時，受益人於其利益現存之限度，負支付償金之義務。

(二) 反之，受益人爲惡意時，須將所曾受之利益，或惡意當時現存之利益，附加利息，一併償還。如有損害，並應負賠償之責。(一八二條參照)

第二項 附合

我民法上，對於附合(Incorporatio, Verbindung, Adjunction)設有不動產之附合及動產之附合二種規定。

第一 不動產之附合

不動產之附合云者，動產因附合而爲不動產之重要成分之事實也。其要件如下：

(一) 附合之主物，限於不動產。但所謂不動產蓋指一切不動產而言，不限於土地也。

(二) 所附合之物，限於動產。我民法上所謂不動產之附合者，限於動產之與不動產附合者。其游漲洲渚及乾涸河身等情形之附合，則讓之土地法之規定。(土地法一〇條參照)

(三) 須有附合爲不動產之重要部分之事實。即其動產因附合而爲不動產之一部，不易脫離之謂也。

具備以上之要件，不動產之所有人即因附合而取得其動產所有權。(八一一條)但於此有應注意者，即有因權原而使動產之附合之場合也。例如他人因其地上權(權原)而於土地之上栽植竹木，則原爲其權利之行使，當然不能因此而喪失其附合物上之權利。

第二 動產之附合

動產與他人之動產附合，非毀損不能分離，或分離需費過鉅者，即謂

之動產之附合。

動產之附合之效果，因其附合物間，有主從之別與否，而有差異。即（一）無主從之別時，各動產所有人，按其動產附合時之價值，共有合成物。

（二）有可視為主物者，該主物所有人取得合成物之所有權。（八一二條）

第三項 混和

第一 混和之意義

混和（*Confusio, mélange*）云者，屬於各別所有人之動產，因混淆而不能識別分離或雖能而需費過鉅之謂也。其固體物之混和（例如穀物），名曰，混合（*Vermengung*）；液體物之混和（例如油酒），則曰融合（*Vermisc-*

hing)。

第二 混和之效果

民法上規定，混和物之所有權之歸屬，準用附合之規定。(八一三條)即二物間有主從之別者，其主物之所有人取得其全部之所有權。否則，各動產所有人，按其動產混和時之價值，共有其混和物。

第四項 加工

第一 加工之意義

加工 (Specification, Verarbeitung) 云者，用他人之材料，加以工作，因而製成新物之謂也。其要件分析說明之如下：

- (一) 須用他人之材料 即加工之材料，須為他人所有之動產也。
- (二) 須加以工作而製成新物也 但是否為新物，不能以科學之立場鑑

定之，專依一般社會之通念決定之也。

加工原爲事實的行爲，而非法律行爲，故加工人原不必有行爲能力，其善意惡意，亦在所不問。且可使他人爲之。例如紡績之工場偶然錯誤，致以他人之綿而爲加工，則其所有權不屬於勞動者，而屬於工場主人。但於此種情形，勞動者乃工場主之機關，而非代理，以其非法律行爲故耳。

第二 加工之效果

加工物之所有權之歸屬。羅馬法以來，卽多議論。薩維尼安(Sabinion)派以爲當屬於材料所有人；普羅枯尼安(Prokulian)派則以爲當屬於加工人。至儒帝(Justinian)法典編纂之時，遂規定爲加工物倘能回復原狀，則屬於原物之所有人，否則屬於加工人。但此種折衷方法，頗爲學者所非難。近世之法律，法國民法，卽傾向薩維尼安派，意大利，瑞士，日本民法

咸從之。而德國民法則傾向普羅枯尼安派。但因咸有例外之規定，故結果亦無甚大之差別。不過工作之價格與材料之價格大致相等時，其效果遂形反對耳。我國民法則倣照法國民法之規定，以使材料之所有人取得所有權爲原則，以保護材料人之利益。但如因加工所增之價值，顯然超過材料之價值時，例如，名畫家作畫於他人之畫布上時，則仍使加工人取得其所有權焉。（八一四條）

加工與材料之所有人，倘先成立有契約關係，使加工人爲材料所有人負有勞作之義務，則其所有權之取得關係，當然應從契約規定，不施用加工之規定，自不待言。（四九〇條以下承攬之規定參照）

第七款 物之分離

第一 總說

某物附着於他物，而不爲其一部者，則於該物上，原自有特別所有權之存在，故其物雖分離，亦不至發生所有權歸屬之問題。但物之構成份子（物之成分）及物之天然孳息（如果實，及動物之產物）則因與原物分離，而另成一物，有爲所有權之標的之能力時，其所有權之歸屬遂生問題焉。

第二 效果

分離物分離後，仍以屬於原物之所有人爲原則。如果木之所有人，因果實之分離而取得其果實之所有權。其分離由於自然人爲，皆非所問，即所有人是否知其分離，亦無關係。但法律上如另有規定者，則仍從其規定。（七六六條）例如，自落于鄰地之果實，屬於鄰地之所有人是也。（七九八條參照）

第四節 所有權之效力

所有權於依憲法刑法等公法法規而受保護之外，更於私法上受有種種之保護。而私法直接之保護，較之公法之保護，蓋更適切有利焉。所有人喪失其物之管領時，對於其占有人有返還請求權。又或其所有權因其他方法被侵害時，則所有人對於侵害人有妨害排除請求權。此等請求權謂之所有權上請求權。（七六七條）（德民法九八五條一〇〇條瑞民法六四一條二項參照）

（甲） 所有物返還請求權

所有物返還請求權云者，蓋與羅馬法上之*revendicatio*（*Heransgabeanä Ponings-recht*）相當，即所有人對於無權占有或侵得其所有物者得請求返還之權利也。（七六七條前段）蓋所有權為物之一般支配權，欲實現其權利

，必須占有其物。故他人占有其所有權標的物時，所有人遂有請求其返還之權利。其要件如下：

(一) 請求權人爲所有人 請求權人須爲所有人。無論其爲動產所有人與不動產所有人，或爲單獨所有人與共有人，均有此項請求權。但非物之所有人，即無此項請求權，故物之占有人不能有之。此其所以異於占有回收之請求權也。(九六二條參照)此種請求權之行使，固泰半由於占有之喪失，但並不以喪失占有爲要件。故所有人將其所有物委之於間接占有人或代理人者，對於其直接占有人亦有請求權焉。

(二) 返還義務人爲物之現占有人 所謂現占有人無論直接占有及間接占有人皆有此種義務。

(三) 須爲無權占有或侵奪 因所有物被他人無權占有或侵奪時，始

有此項請求權，同時其現占有人，始有返還義務。例如質權人已受債權之清償而仍扣留其質物之類是也。但如現占有人原有正當占有之權利，（例如物權中之地上權，質權等；債權中之租賃使用借貸等）則所有人原不得爲返還請求；縱爲物之返還請求，其現占有人亦有拒絕其請求之權利，此種權利，謂之抗辯權。

所有人於有返還請求權外，同時仍有債權的請求權。例如租賃關係消滅後，所有人於根據其所有權而爲返還請求權外，仍有根據其租賃契約而爲之債權之返還請求權。於此種情形，遂發生請求權之競合，所有人由一種之請求權而達成其物之返還之目的時，其他之請求權，即行消滅。

（2）妨害排除請求權

妨害排除請求權，羅馬法上謂之 *actio negatoria*。即所有權因占有侵

奪以外之方法被侵害時得請求回復其圓滿狀態之權利也。其妨害尚在繼續者，得請求除去之；有發生侵害之虞者，得請求防止之。（七六七條後段）茲分述其要件如下：

（一） 有此種請求權者為所有人。

（二） 有應請求之義務者，為妨害人。但如其所為之妨害行為，係由於正當之權利，所有人應負忍容之義務時，自應有抗辯之權利。如有通行權人得拒絕所有人禁止通行之請求也。

（三） 須有妨害行為、或有妨害行為發生之可能性。

（四） 請求權之內容，在除去或防止其所有物之妨害，以保持其圓滿狀態，而妨害賠償不屬之。如欲請求損害賠償，必另以侵權行為為理由焉。

第五節 共有

第一款 總說

第一 共同所有之型態

現行民法上之所有權制度，原爲個人主義思想之結晶，故一物也，應以專屬一人供其專用爲原則。但實際上則一物爲數人共同所有，共同使用之必要，亦復不尠。如合夥財產，共同發見物，以及我國之祠堂，祭田……等，固皆爲共同所有之一種。但一物一權主義，原爲物權法上共通之原理，則於此種共同所有之場合，其共同所有人對於其物應有如何之權義，自與單獨所有權所規定者不同。此種共同所有之法律構成，原亦因各國之國情而異；在我國則可大別爲兩種之型態。卽共有與公同共有（總有）是已。

共有（*Miteigentum, copropriété*）者，爲羅馬法系之觀念，而以個人主義爲基礎。蓋以爲財產以屬於各人之單獨所有爲本義，一物之上不得有兩個以上之完全所有權。縱令因特別情形，多數人各以其應有部份而共有一物，而此多數之所有人對於其標的物，咸有獨立所有人之地位，不過因共同所有之理由，互受節制而已。其各人對於其標的物之獨立之地位，亦可自由處分其應有部分，並得隨時請求分割標的物。

公同共有（*Gesamteigentum, propriété collective*）學者亦稱之爲總有，合有，同有，聯有，而我民法上則稱之爲公同共有。（八二七條）是爲日爾曼法系之觀念。其共同所有之各人，結合爲一團體，合有其標的物。其標的物之所有權，即屬於其團體。而團體中之各團體員，皆無獨立所有人之地位；亦無各自之應有部分。對於標的物之處分無論矣，即使用，收益

之關係，亦須全體一致，始得爲之。

共有既較總有富於個人主義之色彩，故各國民法皆有共有之規定，但對於總有則恒付之闕如。我國民法雖亦以共有爲主，而因參酌舊有之習慣，並設有共同共有之規定焉。

第二 共有之性質

共有之法律的性質，學者間約有兩種主張。一說，謂共有係數人於一物之上，各有一個所有權，而其各所有權於一定之比例上互相節制，其內容之總和始與一完全之所有權相等之狀態之謂也。一說，則以爲一個所有權分數的屬於多數人之所有之狀態也，（註）兩種說法，要純爲理論上之差異，其結果則初無二致。但前說似有擬制之嫌，故不若採後說爲更簡單明瞭也。

註：前說參攷末弘嚴太郎博士物權法，後說參攷中村萬吉博士日本民法論三濳信三博士物權法提要石田文次郎博士物權法論。我妻教授原探前說，其後則改取後說。

共有既爲所有權之量的分割之形態，故各共有人所有之所有權，實與完全之所有權，同種同質。而各共有人之目的，要皆對其物爲一般之支配。若將一客體之物分割而各有其一部之所有權，則爲「分有」，而非共有。例如「數人區分一建築物而各有其一部」者（八〇〇條）是也，

復次，則共有不過係就所有權之全面的支配權，以一定比例，而加以分量的分割。故其效力性質，實與單獨之所有權無異。例如一所有權分屬於甲乙丙三人共有時，則甲乙丙三人各按其應有部份對於其物有使用，收益，之權能，（八一八條）不過其分量上加以制限而已。故將所有權之權能，分割之而屬於數人，例如甲有收用權，乙有收益權，丙有處分權，則

爲分割所有權，亦不得謂爲共有也。

第三 共有之原因

共有關係之發生，亦有根據當事人之意思表示而發生者，亦有不根據當事人之意思表示而發生者。前者，例如數人共同出資購入一物；後者，例如因添附而生之共有等皆是也。（八一二條以下參照）

第二款 共有人之應有部份

第一 應有部份之意義

我民法上所謂「共有人之應有部份」云者，有兩種意義：其一，各共有人之部份所有權相互節制之比例之意。以此種意義言之，則爲規定各共有人權義分量之標準。例如八一七條，八一八條之規定，皆屬此義。其二，則所謂「應有部份」者，蓋指一個所有權之分量的一部分。以此種意義

言之，則所謂應有部份，蓋即共有人所有之共有權，亦與普通之所有權相同，具有物權之效力，得與一般人對抗者也。例如八一七條之規定。

第二 應有部份之規定

各共有人之應有部份，依其共有關係發生之原因定之。即因當事人之意思而發生共有者，其應有部份應由當事人之意思決定之。因法律之規定而發生共有時，則其應有部份應依法律之規定。例如數人合資購置房產，倘無特約，則其應有部份，應以出資之多少為標準。又如因附合而發生共有關係時，則以附合當時價值而共有其合成物（八一七條）。但如不能由此種方法規定其應有部份時，則各共有人之應有部份，推定其為均等。（八一七條二項）

第三 應有部份之處分

共有人之應有部份既爲其共有權而有物權之效力，則各共有人自得不經其他共有人之同意，自由處分其應有部份。故共有人自得將其應有部份讓與他人。但其所讓與者，既爲受有一定制限之共有權，故讓與之後，受讓人所取得者亦不得不與讓與人之共有權受有同樣之制限。換言之，則讓與人與其他共有人之共有關係完全移轉與受讓人，受讓人與其共同關係人與讓與人立與同樣之地位焉。

共有權之性質，既與所有權相同。則其變動亦與單獨所有權無異。故不動產共有權之讓與，非經登記不生效力，而動產共有權之讓與非交付其物之共同占有，不生效力。

各共有人雖得自由處分其應有部份，但對於共有物之處分，則必須得全體共有人之同意，不得單獨爲之。（八一—九二項）此當俟次款再詳論之

第三款 共有人之權利

共有及應有部份之性質，既如上述。是則共有人就其共有物上所有之權利，要不外乎所有人之權利。故各共有人自得行使所有權之固有之權能。但共有人係共同而有其物之所有權，其權利之行使，互相制限，故其權利之行使，乃與單獨所有人，稍異其趣。因此，遂有特予說明之必要焉。

第一 共有物之使用及收益

『各共有人按其應有部份對於共有物之全部，有使用收益之權。』（八一八條）

此種規定，就共有之性質上言之，自屬當然。但若依此以定其使用收益之範圍，實際上仍感困難；當事人間因此頗多紛爭。對此，通例皆以契

約或裁判規定具體的使用收益之方法。若仍不能解除其爭執，則除請求分割，終止共有，別無救濟之方法矣。

第二 共有物之處分

共有物者共有人全體之共同所有物也。故對於其應有部份，雖得自由處分，而對於其共有物之處分，則因影響及於共有人全體之權利，應得共有人全體之同意。

處分云者，廣義言之，當包括法律的處分及事實的處分二者而言。例如，讓與，或提供擔保及設定制限物權之類，屬於法律的處分；而毀滅或變更其物（例如變房舍爲水田；改住宅爲工場）則屬於事實的處分。無論如何，固皆非得共有人全體之同意，不得爲之也。（八一九條二項）但如共有物爲動產時，則善意取得之第三人，因即時取得之規定，取得其所有

權。各共有人不過得按其應有部分請求金額之賠償而已。

第三 共有物之管理

共有物之管理云者，共有物之保存，利用及改良之謂也。共有物之管理，其影響原及於共有人之全體，故除契約另有訂定外，應由共有人共同爲之。（八二〇條一項）此種原則，自屬當然之規定。但此種保管行爲，既以共有物之維持及改善爲目的，對於全體共有人，皆屬有利無害，故民法上對此特設有下例兩種之例外：

（一）保存行爲 保存行爲者維持共有物之現狀之行爲也。例如防止共有房產之倒塌而加以修葺之類是。且多由於迫切之需要，故『各共有人得單獨爲之』（八二〇條二項德民法七四條二項日民法二五二條但書）完全無須其他共有人之同意。唯茲所謂保存者，固不僅在保全所有物，且含

有保全其價值之意味。例如賣却易於腐敗之物，其行爲之性質雖屬處分行爲，但實係保存其共有物之價值，故亦應用本項之規定焉。

註：末弘嚴太郎博士物權法卷上四二四頁，三瀨信三博士物權法提要卷上一二六頁參照。

(二) 改良行爲 改良行爲云者，以共有物之利用及改良爲目的之行爲也。保存行爲原由於共有物保存之必要，且當然爲全體之利益，故可由各共有人單獨爲之。此種改良行爲，雖能增加共有物經濟上之價值，亦屬全體之利益，但因其並非必要，故不能由共有人單獨爲之。但亦不似處分行爲之必得全體之同意，而以共有人之過半數決之。所謂過半數者，共有人過半數，並其應有部份合計已過半數者也。(八二〇條三項與民法八三三條，日民法二五二條)

雖然，改良行爲，應以不加以重要之變更爲必要。故改築房屋，開墾土地等，應認爲處分行爲，須經全體共有人之同意焉。（八一九條二項）

第四 共有物費用之分擔

共有人於共有物上，既有分數的所有權，並按其應有部份，而有使用收益之權利。因此對於共有物之管理費及其他擔負，亦應由各共有人分擔，自屬事理之當然。其分配之標準，如當事人間另有特約，自應從其特約，否則即按其應有部份分擔之。（八二二條）（德民法七四八條，奧民法八三九條，瑞民法六四九條日民法二五三條一項）所謂管理費者，蓋包括一切因保存行爲改良行爲及共有物之變更而消費者而言。至其他之擔負云者，則租稅捐款之類皆屬之。

若共有人中之一人，就共有物之担負所爲之支付，逾其所應分擔之部

份者，對於其他各共有人有償還請求權，請求按其各應分担之部份償還。
(八二二條二項)

第五 對於第三人之權利

各共有人得就其共有物之全部行使所有權之權能。故對於物上請求權，自亦得單獨行使。即各共有人對於第三人得就共有物之全部爲本於所有權之請求。(八二一條)第三人對於共有物之干涉，得拒絕之；第三人對於共有物之侵害，得排除之。至各共有人對於占有人主張所有權，爲回復共有物之請求時，則僅得爲共有人之全體利益爲之。(同條但書)

第四款 共有物之分割

共有關係常因共有物滅失，期間之滿了，以及其他種種之事由而終了，而其主要之原因，則爲共有物之分割。分割之後，各共有遂成爲單獨所

有人。法律對於共有關係一切之紛爭，幾皆以此爲解決之方策焉。

第一 分割之請求

共有關係原爲所有權之變態，以財產利用之方法而論，自不及單獨所有之便利，而其對共有物之利用改良之念，亦不及單獨所有之注意。間接遂影響及於一般經濟之利益。因是，法律上遂盡量避免有此種之狀態之存在。故各國之立法例皆規定各共有人無論何時皆得請求分割其共有物焉。（德民法七四九條一項，法民法八一五條一項，瑞民法六五〇條，日民法二五六條一項）我民法第八二三條之規定，蓋亦出於同樣之旨趣。雖然，茲所謂請求者，原無須其他共有人承諾之必要，因請求人一方之意思表示，其他共有人遂當然有從事分割手續之義務；故此種請求之權利之法律的性質，雖有謂爲請求權者，但無寧謂爲形成權之爲愈也。

註：同說參攷末弘嚴太郎博士物權法上卷四三〇頁以下。

各共有人雖以無論何時皆得請求分割爲原則。但對此原則，又有下列兩種之例外：

(一) 由於法律行爲之制限

由於法律行爲之制限者，卽其契約上訂有不分割之期間者也。(八二三條但書) 因有此種契約，遂得禁止分割。唯其契約規定之期間，不得超過五年，卽超過五年亦應縮短爲五年。(八二三條二項)

(二) 由於共有物性質之制限

由於共有物性質云者，卽因其使用之目的而不能分割者，不得請求分割也。(八二三條但書) 例如一分有房屋之廁所是也。

第二 分割之方法

分割云者共有關係廢止之謂也。然其廢止只有分割請求之意思表示，不即生效，必俟實際分割之事實完了，始生效力。其分割之方法，有協議上之分割與裁判上之分割二種。

(一) 協議上之分割

共有物之分割，原以共有人之協議之方法行之爲原則。(八二四條一項)其協議之方法，或出於期間之契約，或由於各共有人之請求，均無不可。通常協議分割之方法，約有下列三種：

(a) 現物分割 是爲最普通之分割之方法，即將共有物按共有人之應有部份分配之也，採取此種方法時，以分配終了爲共有關係之終了。

(b) 代價分割 賣却共有物而以其代價分配於各共有人也。採取

此種方法時，以共有物移轉於第三人時爲共有關係之終了。

(c) 價格賠償。共有人中之一人取得單獨所有權，而賠償他共有人應有部份之價值。若採取此種方法，共有關係之終了之時期，則依其契約之旨趣而決定之矣。

(二) 裁判上之分割

共有物分割之方法，雖以協議爲原則。但如共有人間不能協議決定（即協議不諧）時，則任何共有人皆得聲請法院，代爲分割。（八二四條二項）是爲裁判上之分割。法院遂按照其應有部份之大小斟酌各共有人之利益及共有物之性質，以裁判定之。其分配之方法，則爲左列之兩種：

(a) 以原物分配於各共有人。（八二四條二項一款）但如共有人中有不能按其應有部份受分配者，（例如以房屋三所分配於甲乙丙三人其

應有部份原爲均等，而甲分得之房屋，面積較小者。）則得以金錢賠償之。
。（八二四條三項）

（b）如原物之性質上不能分割，（例如一匹馬，一部書）或雖能分割但因分割而顯然有損原物之價值時（例如一粒寶石）則法院「得變賣共有物以價金分配於各共有人」。
。（八二四條二項二款）

第三 分割之效果

凡共有物之分割，不問其爲協議上之分割，或爲裁判上之分割，皆發生下列之效果。

（一）單獨所有權之取得 共有物之分割契約係以其共有物之各部份單獨所有權之發生爲目的之物權契約。故因其契約之效果，而各共有人取得單獨所有權，其共有關係，因而終了。

(二) 共有人間之擔保責任 各共有人由分割之時互相交換其一部之應有部份，而於其分割所得之物，則取得其單獨所有權。故共有物之分割，實爲類似交換買賣之有償行爲。故民法上規定『各共有人對於他共有人因分割而得之物，按其應有部份負與出賣人同一之担保責任』。(八二五條)

(三) 分割之效果不遡及 法法系之民法之規定，認爲共有分割之效果，得遡及共有之始，各共有人取得之部份認爲最初卽屬於各自之單獨所有。是爲宣言主義，亦曰權利認定主義。(法民法八八三條，一八七二條，意民法六八四條一〇三四條)反之，德法系之民法則認爲各共有人本於共有物之全部上，各按其應有部份而有權利；分割之後，各共有人間發生權利的相互移轉，遂各有其單獨所有權，故只對將來生其效力。此種主義，

則稱爲移轉主義亦曰權利賦與主義。我民法對此雖無明文，但就其承認共有人之擔保責任一點而言，解釋上亦應採第二種主義，而理論上竊亦以此爲正當焉。

(四) 證書保存之義務 共有物分割之後，各分割人欲確保其分配之權利，則共有物之證書，自須保存，以資證明。故民法上遂定有保存義務之所屬。其規定如左：

(a) 分割之各部份有各獨立之證書時，『各分割人應保存其所得物之證書』(八二六條一項)

(b) 如無獨立證書，僅有共通之證書時，則歸取得最大部份之人保存之。無取得最大部份者，由分割人協議定之。不能協議決定者，得聲請法院指定之。(八二六條二項)

證書之保存，原爲共有人全部之利益而設。故『各分割人得請求使用他分割人所保存之證書。』（同條三項）

第五款 共同共有

第一 共同共有之意義

共同共有云者，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，而共有一物者也。（八二七條一項德民法七一九條一項瑞民法六五二條至六五四條參攷）其所以異於共有者，以共有人有其應有部份可以自行處分，而共同共有則渾然一體，不能單獨自由行使其權利。故亦有稱共有爲自由共有權（*freies Miteigentum*）而稱共同共有爲結合共有權（*gebundenes Miteigentum*）者。自理論上言之，此種共同所有之型態，似較共有更多牽掣之弊。實則權利之狀態，時因主體之複雜，其相互之關係

因而愈切，而其基礎乃益鞏固焉。

公共共有本係日爾曼法系之制度（*Gemeinschaft*），而為德瑞民法所沿用者。我國民法之規定，雖係倣自德瑞民法，實則此種制度，本為我國習慣所固有。如義田，祭田，塋地，祀產之類皆是。舊律上即有此種制度之精神（註一）大理院判例，亦照之辦理。（註二）

註一：現行律盜賣田宅條例第一：「子孫將公共祖墳山地，朦朧投獻王府，及內外官豪勢要之家，私捏文契典賣者，投獻之人，問發邊遠充軍，田地給還應得之人。其受投獻家長，並管莊人參究治罪。」第五載「凡子孫盜賣祖遺祀產至五畝者照投獻捏賣祖墳山地例，發邊遠充軍。不及前數 及盜賣義田，應照盜賣官田例治罪。其盜賣歷久宗祠一間以下，杖七十。每三間加一等。罪止杖一百，徒三年以上。知情謀買之人，各與犯人同罪。戶產收回，給族長收管，賣價入官，不知者不坐。」

註二：(1)盜賣墳地在民法上所爲之物權契約，當然無效。(三年十二月二十三日上字一二六五號墳地糾葛一件)

(2)同族設置公產，以供一定用途，應視爲共同共有。(三年十二月七日上字一一四四號公產涉訟一件)

(3)祭田共同管業之一人，不得獨自處分，若與第三者締結物權契約，斷不生效。(一年三月二十六日上字第八號爭地涉訟一件)

(4)祭田公有之分割，須得共有人全體之同意。(三年三月二十六日上字一五六號祭田糾葛一件)

(5)公共墾地子孫不得以自己名字，私稅新契，擅行典予他人。(三年十二月十八日上字一二〇一號墾地糾葛)

第二 共同共有人之權利義務

現行物權法論

共同共有發生之原因，有二：一，依法律之規定而發生者如共同繼承是也。二，依契約而發生者，例如合夥及夫婦共同財產是也。其共同關係之發生，既有此種之差別，故其權利義務之如何，亦必依其法律及契約之規定而定之。（八二八條二項）

第三 共同共有之效力

共同共有人之權利，及於其標的物之全體，非如各共有人各有其應有部份。故各共同共有人對於其共同共有物之處分及其他權利之行使，應得共同共有人全體之同意，始得爲之。但如爲其原因之法律及契約另有規定者，仍應從其規定，是不待言。（八二八條二項）

共同共有之發生，既以一定之共同關係爲前提，故其運命亦應與其共同關係相終始。於其共同關係存續期中，各共同共有人不得請求分割其公

同共有物焉。(八二九條)

第四 共同共有之消滅

共同共有之特別消滅之原因，有二；

(一) 共同關係之終止 共同共有與其共同關係同其始終，既如前述。則共同關係終了時，其共同共有之關係，自亦因而消滅。(八三〇條一項前段)如合夥解散，共有財產之夫婦離婚之類是也。其共同共有之關係，既經終了，其共同共有物自有分割之必要。其分割之方法，『除法律另有規定外，應依關於共有物分割之規定。』(八三〇條二項)

(二) 共同共有物之讓與 共同共有物讓與他人或共同共有人中之一人時，其共同共有關係，自亦從而消滅。(八三〇條一項後段)

第六款 準共有

共有原以所有權爲標的，但如數人共同享有所有權以外之財產權時，其法律關係原與共有相酷似。故民法上亦令其準用關於共有及共同共有之規定。（八三一條德民法七一四條日民法二六四條）是謂之準共有。例如地上權，地役權……等之共有是也。

第三章 用益物權

第一節 總說

第一 制限物權

所有權爲一般的支配權，對於其客體，有完全圓滿之支配力，而爲使用收益諸權能之源泉。同時，於同一客體上，雖得依設定行爲或法律之規定，爲某種特定之目的，而創設他種物權。但此種物權，實與所有權有顯著之差異。蓋此等物權，僅以所有權之某種權能爲內容，僅有制限的權限；同時，爲所有權之負擔，對於所有權之效力加以制限。俟其消滅時，所有權因有彈力性之故，無須何等法律上事實之發生，又復當然回復其完全無制限之權利。是則此等物權，蓋僅得所有權之一體，故曰制限物權（*Schärktes Sachenrecht*）。一般學者，因其時存在於他人之所有物之上，

亦有名之爲他物權（*ius in re aliena*, *Recht an fremder Sache*）者，但制限物權亦往往存在於自己所有物之上（例如七百六十二條及七百六十三條之場合）故此種名稱，實有語病，頗不足採。

第二 用益物權與擔保物權

制限物權中，因其內容之不同，又可大別爲用益物權及擔保物權之二種。

用益物權，蓋以管領標的物之實體（*Substanz*），利用其物，以取得其物之使用價值（*Gebranchswert*）爲目的。故權利人可因權利之存在，而享受其利益；因權利之實行，而滿足其需要。反之，擔保物權則以債權之擔保爲目的，其債權倘未受清償，則可變賣其標的物，就其賣得價金而受清償，故不以其標的物之使用價值爲目的，而以取得其交換價值（*Tausch-*

chvert.) 爲內容。是故凡有交換價值者，咸得爲擔保物權之標的物，而用益物權之標的物，則現行民法上蓋以不動產爲限者也。

第三 用益物權之種類

我民法上所規定之用益物權者，共有地上權永佃權地役權典權之四種，蓋咸以不動產之利用爲目的者也。其中之典權原爲我國固有之習慣，因與一般民法上之不動產質權相近似，而我民法之編別，復列之於抵押權，質權及留置權之中間，故有誤認之爲擔保物權者，但以使用收益爲目的，而不以擔保債權爲前提，則仍係著重於其使用價值，而不重視其交換價值，自屬於用益物權之一種焉。

復次，則我民法上所謂用益物權者，實與外國法上之用益權 (Usufructus) 不同。所謂用益權者，蓋爲人役權之一種，而爲我民法所不承認

者也。

第二節 地上權

第一款 地上權之性質

第一 地上權之沿革

地上權(Superficies, Erbbaurecht)之制度，發源於羅馬法。蓋在羅馬法·本以『地上物屬於土地』(Superficies solo cedit)為原則。是以地上之建築物竹木之屬，皆不能離去土地，單獨為所有權之標的；恒與土地為一體，歸屬土地所有人之所有。然若貫徹此種原則，則借用他人之土地，建築家屋，其家屋即因附合之原則，歸屬土地所有人之所有，借地人不能取得其家屋之所有權。此種結果，自屬不當。其後，因普來托爾(Praetor)之法制，始承認一種例外，即於他人土地之上占有建築物者認許其為一種

物權。是爲地上權之起源。此種制度，遂傳與近世歐洲各國之民法，咸承認地上權爲物權之一種焉。（德民法一〇一二條，法民法五七三條，五五三條參照）但在我國，原無以地上物從屬土地之觀念，加之古來習慣，房屋及其他建築物向於土地而外，獨立爲所有權之物體，則地上建築物原無歸屬於土地所有人之虞，故其立法之理由，實與羅馬法及歐洲各國民法大異其趣，而與日本民法相一致。蓋現行法上所以規定地上權爲特殊之物權者，原係認爲土地使用權之一種。不過於債權契約之土地租賃而外，更承認物權之借地權，俾使其能確實對抗一般人而已。故民法第八三二條規定地上權爲「以在他人土地上有建築物，或其他工作物，或竹木爲目的而使用其土地之權。」（日民法二六五條參照）即我民法上之地上權係以有建築物，工作物，竹木爲目的，而「利用」他人土地之權利，與歐西民法之

爲他人土地上之建築物「所有」之權利者，迥然不同。故在歐洲各國，其建築物若不存，則理論上即無地上權存在之餘地，其地上權之範圍，亦限於現存建築物之所有關係上必要而有益之範圍。但在我民法，則無此種限制，即工作或竹木滅失，其地上權亦不因之消滅焉。（八四一條）

第二 地上權之觀念

現行民法上之地上權，係以在他人土地上有建築物工作物或竹木爲目的而使用其土地爲內容，既如上述，茲復就其意義，分析說明之如左：

（一） 地上權者存在於土地上之權利也。故爲不動產物權之一種，其設定移轉，均須以書面爲之，且非登記不生效力，或不能處分其權利也。（七五八條，七五九條，七六〇條）

（二） 地上權者他人土地之使用權也。故其標的物自以係他人之土地

爲原則。故若土地所有人爲地上權人繼承人時，其地上權自因混同而消滅。○（七六二條）但其地上權之存續於所有人或第三人有法律上之利益者，不因混同而消滅，自不待言。（七六三條但書）

（三） 土地使用之目的以有建築物或其他工作物又或竹木爲限也。

（a） 所謂工作物者。蓋指建築物之外，地上地下設置之一切建築物也。故不限於地上，亦無須附合於土地（如橋梁，紀念碑），卽將土地加以工作變更，（如隧道，地窖之類）亦屬無妨。

（b） 所謂竹木者蓋指可供殖林之植物。其專爲耕作之植物（例如稻麥桑茶果樹等）則不在此限。蓋爲栽植此等草木而使用他人之土地之權利，實爲永佃權而非地上權也。但如建設其他建築物，同時栽植草花，以壯觀瞻，自不得謂爲超出地上權設定之目的。

(c) 所謂有建築物工作物或竹木者，原無須於地上權設定之際，即行存在。即設定後，其工作物及竹木滅失，亦無關繫。因地上權之標的物係屬土地而非工作物竹木之屬故也。

(四) 地租非地上權之要素也。永佃權必有佃租，租賃亦有租金。地上權人雖亦有時負有支付地租之義務，但不以此為必要。故地上權可分為有償無償之二種焉。

第二款 地上權之存續期間

民法上對於地上權之存續期間，並未設有一定之制限。解釋上地上權之最長存續期間若何，遂成問題。即地上權之設定行為未定存續期間者，或設定行為定為永久存續者，此種無期之地上權，是否可以存在？僅就條文論之，既無一定之制限。自可許其永久存在。但學者對此，頗持疑義。以蓋

爲無期地上權存在之結果，則土地所有權遂成爲虛有權，土地所有人不過徒擁虛名，未免阻止土地之利用及改良。不知土地所有權之事實之作用，久已演變爲地租徵收權，故自社會經濟之立場言之，土地利用人之地位，較之所有人更有確保之必要。因此，無期地上權之存在，不得認爲不當也。

註：同說參攷我妻榮教授現代法學全集物權法及新著物權法。反對說，梅謙次郎博士民法要義，富井博士民法原論，橫田博士物權法，末弘博士物權法。

綜上所述。以設定行爲定存續期間者，無論如何長期均可。若未定有存續期間，則從下列之規則：

- (一) 其地方有特別習慣時，從其習慣。(八三四條但書)
- (二) 無特別習慣時，地上權人得隨時拋棄其權利。其拋棄應向土地所有人以意思表示爲之。(八三四條本文)故若不拋棄則不得不承認無限

存續也。（此點日本民法二六條參攷）

（三） 但地上權負有支付地租之義務者，其拋棄權利時應於一年前通知土地所有人或支付未到支付期之一年分地租。（八三五條）

第三款 地上權之效力

第一 土地使用權

地上權者，土地使用權也，自得依其設定行爲或法律所規定，於其權利目的之範圍內，爲一切土地使用上必要之行爲。因此，地上權人遂有下列種種之權利。

（一） 地上權人因有土地使用權，結果自應包含有占有其土地之權利。故地上權人於本權上之保護外，且以土地占有人之資格，受關於占有之保護，並得行使占有訴權焉。

(二) 地上權人有使用土地之權利，其使用之目的及範圍，依設定行為及法律之規定。故其權利之行使，止以其目的之範圍內為限，非得土地所有人之承諾，不得超逾其範圍。故以植林之目的而設之地上權，不得變為宅地，為宅地之目的而設者，亦不得變為山林。

(三) 地上權有占有及使用其土地之權利，故於同一之土地上，自可排斥其他一切內容抵觸之物權（如地上權，永佃權），不許其成立，即土地所有權人亦受其制限，不得再使用其土地也。是為地土權之優先的效力。

(四) 地上權者直接使用他人土地之權利也。故於其目的之範圍內，與土地所有人全然類似，故地上權人相互間及地上權人與土地所有人間自應準用關於所有人相鄰關係之規定，始能達其土地使用之目的。故民法規定『第七百七十四條至七百九十八條之規定，於地上權人間或地上權與土

地所有人間準用之（八三五條）焉。

第二 地上權之處分

地上權爲直接使用收益他人土地之權利也。與租賃關係之爲對人的權利者不同，自得任意讓與他人。（八三八條）將其土地上之工作物或竹木之屬，轉租與人，亦無不可。因地上權人原有直接使用收益之權利，若不超越其權利之範圍，自可任意利用，無須徵求所有人之同意。但其租賃關係之存續期間及使用目的之範圍，不得超過地上權原定之制限，自不待言。

地上權人雖得處分其權利，但如其契約另有訂定，或地方上有特別習慣者，則仍從其特約或習慣，不在此限。（八三八條但書）

第三 地租支付之義務

地租云者，地上權人支付與土地所有人之土地使用之報酬也。地租之標的通常雖多以金錢爲之，但並不限於金錢，故約定以米穀木材之類爲支付者，亦無不可。

● 地租非地上權之要素，既如前述。故學者亦有以地租支付之義務爲一種獨立之債務者（註一）。但予以爲地租雖非地上權之要素，但既經以契約訂定，卽爲地上權內容之一部，而有物權之效力，故地上權之繼承人，亦當然承繼地租支付之義務焉。（日本大正五年六月十一日大審院判例參攷）（註二）

註一：富井政章博士民法原論物權二〇九頁參攷。

註二：川名鏡四郎博士物權法要論、橫田秀雄博士物權法，中村萬吉博士日本民法論，石田文次郎博士物權法論參攷。

民法上對於支付他租之義務，規定有下列之特則：

(一) 地上權人縱因不可抗力妨碍其土地之使用，不得請求免除或減少租金。(八三七條)

(二) 地上權人積欠地租達二年之總額者——除另有習慣外——土地所有人得撤銷其地上權。其撤銷應向地上權人以意思表示爲之。(八三六條)

復次，則地租之數額，原應由當事人協議定之。故地租之增減問題，倘有特約，自應從其特約。但若並無特約，而嗣後因地租之增加，地主之負擔日重，加以土地之繁盛，一般地價之騰貴，土地所有人是否得請求增租？學者間意見頗不一致。竊以爲我國民法既承認無期之地上權，倘一旦約定地租，復不許增減，對於土地所有人之保護，未免過薄。故當事人雖

有地上權存續期中地租不得增減之特約，要亦只就通常的經濟變更而言，倘發生顯著之經濟變更，自應許其以鄰近之地方爲標準而爲相當增租之請求也。（註）至永久不得增租之契約，則爲違反社會的妥當性，其契約無效。（七十二條）

註：前大理院民國四年上字五〇一號判決及日本大審院大正六年六月四日判例參照

第四款 地上權之變動

第一項 地上權之取得

地上權之取得之原因如左；

（一） 設定取得

地上權之設定云者，土地所有人與欲取得地上權之人雙方以契約設定之謂也。土地所有人亦可以遺囑設定之焉。

(二) 移轉

地上權之有移轉性，已如前述。(八三八條)則讓受人自可因地上權之讓與契約，取得地上權。並可因繼承而取得地上權焉。

(三) 法定取得

地上權有因法律之規定，而取得之者。即『土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有而僅以土地，或僅以建築物爲抵押者，於抵押物拍賣時，視爲已有地上權之設定』。(八七六條)『土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，而以土地及建築物爲抵押者，如經拍賣，其土地與建築物之拍定人各異時』，亦同。『其地租由當事人協議定之，協議不諧時，得聲請法院定之』。(八七六條)

(四) 取得時效(七七六條)

地上權之契約，既爲不動產物權之契約，故其設定移轉，必須以書面爲之，且非登記不生效力或不能處分其權利，已如前述，茲不復贅。

第二項 地上權之消滅

第一 消滅之原因

地上權消滅之原因，如左：

(一) 標的物之全部滅失

地上權之標的物，原爲土地，故土地全部滅失時，其地上權因而消滅，自不待言。但若一部滅失，則其地上權仍存續於殘餘之部份。至地上之工作物或竹木滅失，地上權並不消滅，已如前述。

(二) 土地收用

土地被收用時，其土地上所存之地上權，自亦消滅。但地上權人得依

土地法之規定，請求損害之賠償而已。

(三) 混同

地上權與土地所有權同歸一人時，地上權因混同而消滅。(七六一條)

(四) 存續期間之滿了

地上權之定有存續期間者，因存續期間之滿了而消滅。

(五) 時效

地上權本非請求權，故不能因消滅時效而消滅，不過第三人因取得時效直接取得其地上權，前地上權遂因反射作用而歸於消滅而已。至第三人因取得時效取得土地所有權時，其上之地上權是否因而消滅，學者間主張頗不一致。有主張不消滅者(川名兼四郎博士物權法要論)，有主張絕對消滅者(三瀨信三博士物權法提要)。愚以為地上權以消滅為原則，但若

第三人在占有之當時，雖有所有之意思，但同時已深知其上有地上權存在之事實時，自不能使其取得完全之所有權，且使地上權歸於消滅也。（末弘嚴太郎博士物權法下卷參照）

（六） 撤銷

土地所有人於地上權人積欠地租達二年之總額者，得撤銷其地上權。

（八三六條）地上權因之消滅。

（七） 拋棄

地上權人得隨時拋棄其權利，不過有支付地租之訂定者，應於一年前通知土地所有人或支付未到期之一年份租金。（八三四條八三五條）前已說明，茲不復贅。

（八） 特約消滅事由之發生

設定行爲時附有一定之解除條件者，則條件事實發生而地上權即行消滅。

第二 消滅之效果

地上權消滅，地上權人應取回其工作物或竹木，回復土地之原狀，交還土地所有人。（八三九條）是爲土地所有權彈性性之結果，故爲地上權人之義務，但亦不妨謂爲其地上物收去之權利。唯地上物收去，其經濟上價值，或致顯著減損，故民法上設有特則，土地所有人以時價購買之者，地上權人不得拒絕。（八三九條但書）但工作物如爲建築物時，則地上權人僅有按照時價，請求補償之權利，而無收回之權利。（八四〇條一項）蓋亦物之生產上之效用使然者也。但倘另有習慣，則仍從其習慣。

雖然，地上權人既有請求補償之權利，同時，土地所有人當然即負有

補償之義務。然土地所有人無力補償或不欲補償者，亦可請求地上權於建築物可得使用之期限內，延長地上權之期間。地上權人如拒絕延長，即不得請求補償（八四〇條）。此種規定，於保護所有人之利益上，固亦有相當之利益，但地上權人因此即失去其補償請求權，是則對於土地所有人之保護，未免過優也。

第三節 永佃權

第一款 永佃權之性質

第一 永佃權之社會的意義

農地所有人雖亦有以自己之勞力，躬爲耕作者，但如擁地較多，則恆倩人代爲耕作。有時，農地所有人若僱傭他人，代爲耕作，則不過單純之僱傭關係，一般所謂長工之類即是也。但大多數之地主，類皆將土地貸與

佃戶，使之耕作。本人則僅取佃租。依此種方法，則地主雖不及自身經營者獲利之厚，但同時可免除災荒之損失，可獲確實之收益。其經營之利益及損失，皆屬於佃戶焉。

此種佃戶與地主之法律關係，又有兩種。其一，則為租賃關係，（四二一條以下）是不過為債權的關係，故土地一經易主，往往不得對抗新地主，且皆埒有一定之期間，故其地位，實極不安。第二，即為物權法上之永佃權。永佃權因為物權，故不因地主之交替而受影響，且有讓與性，並無期間之制限，實較之租賃關係，為強固而確實焉。

雖然，永佃權之發生，多因於開墾他人之土地。於其開墾之後，土地所有人遂取得永久之貢納徵收權，而開墾之佃戶遂取得永久之土地耕作權。其土地所有權究應誰屬，似亦頗成問題。普魯士法嘗使耕作權（*Untererei*）

gentum) 人取得所有權，而貢納徵收權 (Oberigentum) 則爲「土地負擔」 (Reallasten) 之制限物權，僅有向土地所有人請求爲一定給付之權利焉。(普魯士一八五〇年頒布 Ablösungsgesetz) 而一般民法則恒使土地所有人仍取得其所有權，佃戶之勞力所得不過爲永佃權之用益物權，僅得一面的支配而已。蓋純出於所有權之絕對性之思想也。

第二 永佃權之法律的性質

我民法稱永佃權者，謂支付佃租永久在他人土地上爲耕作或牧畜之物權也。(八四二條一項) 茲更分析說明於下：

(一) 永佃權者支付佃租使用他人土地之權利也。地上權不以地租爲其要素，但永佃權則以佃租之支付義務爲其成立之要件。故不得設定無償之永佃權焉。其佃租則亦與地租同爲土地使用之代價，通常雖以金錢爲之

，但亦有爲其他之代替物（多爲收穫物）者，例如米穀之類是也。

（二）永佃權者爲耕作或牧畜而使用他人土地之權利也。永佃權雖與地上權同爲土地使用權，但其使用之目的，則限於耕作及牧畜。耕作云者加勞力於土地，用以栽培米穀蔬菜等類之謂也。牧畜云者飼養牛馬及其他家畜之謂也。總言之，則耕作牧畜云者，不過爲農業牧畜之概括的名辭，凡因農業牧畜而使用土地者，皆可屬之。不得以其他之目的設定永佃權。但如主要之目的在耕作牧畜，而因其附屬之目的使用土地，則屬無妨。例如因耕作之目的而建設附屬之工作物，自無庸另行設定地上權也。

（三）永佃權者永久使用他人土地之權利也。永佃權之存續期間，各國立法例有承認有期無期二種者（例如意大利民法一五五六條），亦有僅承認有期者（例如日民法二七八條），而我民法之規定，則爲無期。即可

永久使用他人之土地者也。若定有期限，即視爲租賃，適用關於租賃之規定焉。

第二款 永佃權之效力

永佃權與地上權同爲土地使用權，故永佃權人之權利義務，亦與地上權人大同小異。不過因使用目的之不同，且以佃租爲要素，故其效力遂與地上權略有差異耳。

第一 土地使用權

(一) 永佃權人於其目的必要之範圍內得任意利用其土地。雖土地所有人變遷，仍可行使其權利。

(二) 永佃權爲伴同占有之物權。故永佃權人對於他人之侵害，於物權的請求權之外，並有占有訴權者也。

(三) 永佃權爲直接使用土地之權利，於其使用目的之範圍內，與土地所有人全然無異。故關於相鄰關係，準用第七百七十四條至第七百九十八條之規定，與土地所有人有同一之權利義務焉。(八五〇條)

第二 永佃權之處分

永佃權之有讓與性，與地上權同，故永佃權人得將其權利讓與他人。(八四三條)但我民法規定，永佃權不得轉租，否則，土地所有人即可撤佃。(八四五條)蓋因永佃權人將其土地轉租與人，則土地所有人與永佃權人之間及永佃權人與承租人間，發生二重佃權，法律關係，徒趨繁複，故以明文禁止之也。(註一)(註二)

註一：反對立法例參攷日民法二七二條。

註二：永佃權禁止轉租之理由參攷末弘嚴太郎博士物權法下卷五九三頁註六。

第三 佃租支付之義務

永佃權人常負有支付佃租之義務。其支付之種類，數量，時期，場所等，悉由當事人之特約定之。

永佃權人因不可抗力致其收益減少或全無者，是否得請求減少或免除佃租邪？日本民法規定，不得減除（二七四條），據學者間之說明，則以佃租既屬少額，永佃權又有永久存續之性質，則凶年之損失，可以豐年爲之補償，自無許其減除之必要。（註一）但永佃權人本多爲經濟上之弱者恒恃耕作之收穫，以維生活，倘使收穫減少或竟全無，則永佃人之生活且苦無從維持，更何堪佃租之擔負。故近今學者對之頗多非議（註二）。而我民法之規定，則許其請求減少或免除佃租，（八四四條）蓋純出於保護弱者之精神，實屬至當之立法例也。

註一：富井政章博士民法原論物權及三瀨信三博士物權法提要。

註二：末弘嚴太郎博士物權法，石田文次郎博士物權法論，我妻榮教授物權法。

復次，則支付佃租本爲永佃權之要素，倘積欠佃租達二年以上總額者，土地所有人有撤佃之權利，（八四六條）所謂積欠達二年以上總額者，蓋累次拖欠達二年以上總額之謂，非連欠二年之義。但另有習慣時，則仍從其習慣，不得撤佃（同條）蓋亦出於保護永佃權人之趣旨也。至撤佃應向永佃權人以意思表示爲之。（八四七條）

永佃權人讓與其權利於第三人者，則其所欠之租額，應由第三人負償還之責。（八四九條）

第三款 永佃權之變動

第一 永佃權之取得

永佃權之取得之原因，大致與地上權相同，故無特別說明之必要。不過地上權有法定地上權（八七六條）之取得，而永佃權則絕無此種情形也。

第二 永佃權之消滅

永佃權消滅之原因，爲標的物之全部滅失，土地收用，混同，時效，土地所有人之撤佃及永佃權人之拋棄等。前數項殆皆與地上權相同，茲僅就撤佃及拋棄二項，略與說明如下：

（一） 撤佃

土地所有人得撤佃之原因有二：

- （1） 永佃權人將土地出租於他人者（八四五條）。
- （2） 永佃權人積欠地租達二年之總額而該地方無特別之習慣者（

八四六條）

凡撤佃均須向永佃權人以意思表示爲之。（八四七條）蓋爲有相對人之單獨行爲也。

（二） 拋棄

日本民法規定永佃權人「因不可抗力繼續三年收益全無或五年以上收益較佃租爲少者，得拋棄其權利。」（日民法二七五條）是對於永佃權人之拋棄設有一定之制限。我民法則全無明文。但永佃權既爲財產權，則永佃權人自得將其拋棄，蓋不待言。唯民法上既全無限制，是否應準用第八百三十五條之規定，亦一疑問也。

永佃權消滅後，永佃權人準用八三九條之規定，故亦與地上權人有同一之權利義務。即永佃權人得收取其附着於土地之耕作牧畜之工作物，並

應回復土地之原狀。同時，土地所有人欲以時價購買其耕作牧畜工作物者，永佃權人不得拒絕之是也。（八四八條八三九條參攷）

第四節 地役權

第一款 地役權之性質

第一 地役權之意義

民法上爲調節土地間之利用，故設有相鄰關係之規定，使相鄰人雙方負有一定之義務。唯此種義務之發生，自應具備法律所規定之要件。但如甲地與乙地之間，並不具備法定之要件，而甲地所有人因欲增加甲地之利用價值，亦可締結契約使乙地供其一定之使用。但所謂使用者，原僅以於其地上通行，引水或負有某種不作爲之義務（如不得建築穿井之類）爲內容。故乙地仍得繼續供乙地所有人之利用，不過於其需要之限度內，供給

其相當之便宜而已。此種關係，本可以土地之租借契約達其目的，但因欲使其與土地所有權結合，而為附屬的權能，故遂承認其為物權，而有地役權之規定焉。

如上所述，則地役權之作用，原與相鄰關係極形類似，故法國民法上對於相鄰關係遂有法定地役權（*servitudes légales*）之稱。雖然，兩者之作用，固相近似，而法律上之性質，則迥然各異。蓋相鄰關係乃法律所規定之利用調節，若具備法定之要件，即當然發生，故可視為所有權本身之範圍。而地役權則係當事人以契約所設定，超過法定限度之利用調節，而為更大之利用調節，故係位于所有權之外，而從屬於所有權之物權也。

地役權之制度，本以羅馬法為濫觴。羅馬法上之役權（*servituti*）云者，為一定之目的，使用他人之物之物權也。又分為兩種，其一，為以特定人

之便宜使用他人土地之人役權(*servitutes personalis*)；其二，即為特定土地之便宜而使用他人土地之地役權(*servitutes praedictum*)。而人役權中又分為使用權(*Usus*)用益權(*Ususfructus*)住居權(*habitatio*)奴隸及動物使用權(*Operae servorum et animalium*)。而地役權中又分為田野地役及市街地役之二種。近代各國民法對此兩種役權，殆皆承繼，唯日本及我國民法則僅採取地役權之制度，而未設有人役權之規定。人役權之目的，雖可依租賃關係，相當達到，但學者間則多主張有承認人役權之必要焉。(註)

註：末弘嚴太郎博士物權法，石田文次郎博士物權法論，我妻榮教授物權法參照。

第二 地役權之性質

我民法稱地役權 (*Prædialservitut, Grunddienstbarkeit, Servitades prædial-levovelles*)者，謂以他人土地供自己土地便宜之用之物權也。(八五一條

）析言之，則

（一）地役權者，爲特定土地之便宜而使用其他土地之權利也。因此，地役權之成立必以兩個土地之存在爲前提。其中受便宜之土地謂之需役地；供便宜之土地謂之供役地。需役地爲地役權附着之土地，供役地則爲負擔地役權之土地。地役權係兩土地間之權義關係，故於土地以外之他物上，不能成立地役權也。

（二）地役權者，爲需役地之便宜行使於供役地上之使用權也。所謂需役地之便宜云者，蓋能因此增加需役權之使用價值之謂也。故土地所有人或其他土地使用人之個人之便宜，並非地役權設定之目標。例如動物學者以採集昆蟲標本之目的設定地役權，則非所許。此卽地役權與人役權差別之所在也。羅馬法上以需役地與供役地之近接關係（Vicinis）爲成立要

件之一。近代法則不然。故爲事實上能供其便宜，即可設定地役權，無須鄰接。

(三) 地役權者爲需役地之便宜使用供役地之權利也。故地役權與地上權永佃權同爲直接使用他人土地之權利。不過地上權及永佃權以他人土地之全部的使用爲其目的，而地役權則爲其土地之便宜，制限的使用他人之土地者也。故供役地所供給之便宜乃存在於供役地之本身，而非供役地所有人之勞役。故供役地所有人因地役權而負之義務，或爲對於地役權人積極的行爲負忍容的義務，或爲對於某種特定之行爲負有不作爲之義務。而並不爲地役權人負有積極的作爲之義務。然於地役權行使之必要之限度內，使供役地有人負有設備修繕等附隨之義務，要亦爲法律之所許也。(註)

註：我妻教授物權法參攷。

(四) 地役權之目的須不違反社會的妥當性也。蓋土地便宜之種類，原無一定之制限，得由當事人任意訂定。故其內容實較地上權及永佃權爲廣汎。但不得以違反公序良俗之便宜爲其目的，自屬當然，日本民法對此曾設有明文，謂地役權之內容不得違反相鄰關係之強行規定（日民法二八〇條但書），原屬當然之規定也。

(五) 地役權者需役地所有權之從權利也。地役權原爲需役地之便宜宜而存在、故係附着於所有權之權利，不能離需役地所有權而單獨存在。故『不得由需役地分離而爲讓與或爲其他權利之標的物』（八五三條）（日民法二八一條二項）同時，需役地所有權移轉或爲其他權利之標的時地役權亦應同其運命。（日民法二八一條一項參照）

地役權爲供役地之負擔，故亦與供役地之所有權有不可分離之關係，

供役地之所有權若經移轉，則其負擔亦當然移歸於新所有人，是不待言。

第三 地役權之不可分性

地役權之有不可分性，爲羅馬法以來之原則，而爲各國法制所承認。（法民法七〇〇條德民法一〇二五條一〇二六條，瑞民法七四三條七四四條，日民法二八二條二八四條）其意非曰地役權與土地有不可分之關係，蓋謂地役權本身之不可分割耳。例如二分之一之通行權，三分之一之建築禁止權等觀念，皆非理論上所能承認。故地役權之消滅也，不能僅消滅其一部，地役權之取得亦不能取得其分數的地役權。因此原則，遂發生下列之結果：

（一）土地共有人之一人不得就其應有部份消滅其爲需役地或對供役地所存之地役權也。此點自羅馬法以來，殆無疑問。我民法對此未設規定

，解釋上亦應一致者也。（日民法二八二條一項）

（二）需役地經分割時，其地役權爲各部分之利益，仍爲存續。但如地役權於其性質上只關於需役地之一部分者，則僅存續于該部分。（八五六條）例如需役地之東鄰近傍有建築禁止地役權者，其需役地分割爲東西二個時，則地役權僅就其東方之分割地，仍爲存續。

（三）供役地經分割者，亦與上發生同樣之效果。（八五七條）

第四 地役權之存續期間

地役權之設定人，得規定其權利之存續期間。但地役權是否可以永久無限存在？我民法並無明文。竊以爲我民法上地上權永佃權皆可永久存在，則地役權既不奪供役地之占有，不過僅於不甚損害其利用之限度內，以增加需役地之便宜爲目的，自亦可許其永久存在者也。

第二款 地役權之種類

地役權之內容，得以設定行爲任意訂定。故其種類極多，未能預爲規定。但依各種之標準，得爲下列之分類。

第一 繼續地役權 不繼續地役權

繼續地役權 (*stänge oder fortlävernde Diensbarkeit, servitude continue*) 云者，其行使繼續不間斷者也。所謂繼續者，其地役權之行使無須人之行爲，得以不間斷行使之意，自非須實際上毫不間斷行使之也。例如引水地役權，及設有道路之通行地役權是也。不繼續地役權 (*nichtstänge Dienstbarkeit, servitude discontinue*) 者，非繼續不斷行使之地役權也。故於其行使之時，必須地役權人之行爲——如汲水地役權，不設道路之通行地役權也。

第二 表現地役權 不表現地役權

表現地役權（*offene oder ins Auge fallende Dienstbarkeit, Servitude apparente*）云者，其權利之行使有外部之設備可以認識之者也。如通行地役權，汲水地役權是也。反之，則爲不表現地役權（*Verborgene Dienstbarkeit, Servitude nonapparente*），如地下埋設瓦斯管之地役權及不作爲地役權是也。

第三 積極地役權 消極地役權

積極地役權（作爲地役權）（*affirmative oder positive Dienstbarkeit, Privilege affirmative on positive*）者地役權人得於其供役地爲何等積極的行爲者也。對此，供役地所有人負有容忍之消極的義務焉。例如通行役地權，汲水地役權是也。消極地役權（不作爲地役權）（*negative Dienstbarkeit, Privilege negative*）云者，因供地役不爲某種之使用而需役地受有便宜者

也。對此，供役地所有人所負之義務爲純正不作爲之義務。例如不爲穿井之地役權，及不植妨碍遠眺之樹木之地役權是也。

第三款 地役權之效力

第一 地役權人之權利義務

地役權爲於一定範圍內直接使用其供役地之權利，故於妨害其使用之場合，遂發生請求排除之物上請求權。羅馬法上承認地役權人有類似所有權之訴權之 *actio confessoria* 訴權，許其爲地役權之確認，妨害之排除及豫防，損害之賠償等請求。德意志民法上則地役權亦得準用所有權之妨害排除請求權之規定（德民法一〇二七條）。我民法八百五十八條之規定，蓋卽出於同樣之旨趣。但地役權並無與所有權之返還請求權相該當者，亦只有妨害除去請求權及妨害預防請求權而已。即對於妨害其地役權者，得請

求除去之；有妨害其地役權之虞者得請求防止之也。

地役權之目的在以供役地供需役地之便宜。故地役權行使或維持其權利，雖得爲種種之必要之行爲，但其方法，場所，及程度皆應擇於供役地損害最少者爲之，此爲羅馬法以來之通則，而爲各國民法所沿用者也。（德民法一〇二四條）故地役權人爲行使其權利，必須考慮供役地所有人之利益，否則即爲權利之濫用矣。

地役權人於其供役地上有設置必要之工作物之權利。例如引水地役權人得於供役地安置水管是也。但地役人對此負有維持之義務焉。（八五五條一項）

第二 供役地所有人之權利義務

供役地所有人因積極地役權之存在，而負有容忍之義務；因消極地役

權之存在，而負有不作為之義務。是為供役地所有人之中心義務。供役地所有人本以無積極作為之義務為原則，但如因設定行為而使供役地所有人負有一定附隨行為之義務，自亦可能。

地役權為制限供役地之使用權之物權。故與地上權及永佃權將土地所有人之使用權完全剝奪者不同。故供役地之所有人於不妨害地役權行使之範圍內，亦可為同樣之使用焉。

復次，則地役權人為行使其地役權，于供役地上所設置之工作物，供役地使用者於不防碍地役權行使之範圍內，亦得使用之也。（八五五條二項）例如因有道路之通行地役權人開設道路，供役地所有人亦得利用之也。但此種規定之旨趣，原在免除二重設置之煩費，並非使供役地所有人得無端享受其利益，故應按其受益之程度，分擔維持其設置之費用焉。（八

五五條三項）

第四款 地役權之變動

第一項 地役權之取得

地役權因下列之原因取得之。

第一 法律行爲

地役權恒以依法律行爲設定之爲原則。其法律行爲自以契約爲通例，但以遺囑爲之亦無不可。地役權不以有償爲要素，故有償無償均非所問也。

設定行爲之當事人，自以需役地及供役地之所有人爲原則。但地上權人及永佃權人得因爲自己利用之土地之便宜，或於其土地以上設定地役權否乎？民法上之規定爲「以他人土地供自己土地便宜之用」，似純以土地

所有人爲標準而規定者。但役地權之設立原以增加需役地之使用價值而使用供役地之權利，自供役地方面言之，則因地役權之設立，雖能繼續利用其土地，但因此受有一定之制限。故一方爲利用權之擴大，一方爲利用權之制限。然則其及於土地使用人之利害關係自較所有人爲更重大。故地上權人及永佃權人既爲直接利用土地之權利，則於其權利之範圍內，自應許其設定地役權。（註）況我民法上，地上權人及永佃權人皆得準用相鄰關係之規定，（八三三條八五〇條）則應許其設定地役權，更無不可。

註：同說參攷末弘博士物權法，我妻教授物權法，石田博士物權法論。反對說參攷橫田博士物權法，三浦博士物權法。

第二 需役地所有權之移轉

地役權既爲需役地所有權之從權利，不得由需役地分離而爲讓與，（

八五三條）則需役地所有權移轉時，其地役權自亦隨之同時移轉。

第三 時效

地役權爲所有權以外之財產權，自可因時效而取得。（七七二條）但地役權非皆可因時效而取得者也。必繼續且表見者，始得依時效取得者也。（八五二條）蓋因不繼續地役權對於供役地所有人之損害較少，故他人雖有相當於不繼續地役權之行爲，土地所有人亦多默然置之，蓋爲世間之常情，且多出於敦睦鄰誼之舉。因此種事實的狀態繼續多年，即謂爲取得地役權，對於土地所有人未免過苛。至不表現之地役權，多不易由外部察知，故雖有類似行使權利之行爲繼續多年，亦不能以土地所有人未經妨止（時效中斷）爲理由，取得地役權也。是爲民法上規定之趣旨。（法民法六九〇條六九一條，意民法六二九—六三一條，日民法二八三條參攷）

第二項 地役權之消滅

地役權因左列種種之原因而消滅：

(一) 土地之滅失

需役地滅失，地役權固因而消滅，即供役地滅失，其地役權因標的物消滅之故，亦因而消滅。

(二) 便宜關係之消滅

地役權之設定，原以土地之便宜爲目的，其便宜關係消滅，地役權因而消滅，蓋爲法理之當然。例如引水地役權之供役地之湧泉涸竭，其權利即行消滅。但其消滅非永久絕對的者，則應依其設定之趣旨具體的決定之。

(三) 拋棄

地役權既爲財產權自應準其拋棄。唯地役權爲有償時，則解釋上自應準用八三五條之規定。

(四) 混同

地役權與土地所有權同歸一人時其權利因混同而消滅。(七六二條)

(五) 存續期間之滿了

(六) 約定事由之發生

(七) 宣告

『地役權無存續之必要時，法院因供役地所有人之聲請，得宣告地役權消滅』(八五九條)

(八) 消滅時效

地役權非盡能因時效而消滅者，但消極地役權(不作爲地役權)則因

請求權消滅之結果，其他役權亦因而消滅。至其時效之期間，自應由供役地所有人違反其不作爲之義務而作爲時起算。例如建築禁止地役權之供役地所有人建築房屋是也。（一二八條參照）

（九） 供役地之取得時效

供役地之占有人具備取得時效之要件時，其所有權得爲原始取得，其土地上所存在之一切負擔皆歸消滅。但供役地之占有人若承認地役權之存在而繼續占有時，雖因時效完成而取得所有權，其地役權依然存續。

第五節 典權

第一款 典權之性質

第一 典權之意義

我民法稱典權者，謂支付典價占有他人之不動產而爲使用收益之物權

也。(九一一條)茲分析說明其意義如下：

(一) 典權者以使用收益他人之不動產爲目的者也。故爲用益物權而非擔保物權焉。其使用收益之方法，民法上雖無限定，但自應從其不動產之正常用法，如房宅則爲居住，田地則爲耕作也。

(二) 典權者以占有不動產爲要件也。蓋典權既以使用收益爲目的，自應占有其不動產。故典權以移轉占有爲要件。在未移轉占有之前，典權仍不能認爲成立。典權固以不動產爲標的物，但習慣上以關於房屋者爲最多，田地次之。其他土地之定着物解釋上自亦得爲典權之標的，實際上則不多見。至不動產之從物，通常亦同視爲標的物焉。(註)

註：現行律典賣田宅註釋載曰田則山園陂蕩之類在其內；曰宅則碾磨店肆船在其內。

(三) 典權以支付典價爲要素者也。地上權及地役權不以地租爲要素

而典權則與永佃權相同必須支付對價者也。但典權之對價通常皆以金錢爲之，其數目之多寡一任當事人之自由訂定，但大都爲原價之十分之七八也。

第二 典權之性質

典權本爲我國固有之習慣，舊律中規定綦詳（註）民國以來，前北京政府復有清理不動產典當辦法於民國四年十月六日批准施行。民法草案對此雖未設規定，而現行民法起草時，以我國習慣上，典物價格低減，出典人拋棄其回贖權，即可免除負擔，價格高漲復可向典權人請求按時價找貼，實爲道德上濟弱觀念之表現，故特予保存。唯此種物權既爲各國立法例所無，故其法律上之性質如何，誠有研討之必要。茲就其易於混同之各種關係，比較說明於下；

註：現行律典賣田宅律參照。

(一) 典權與不動產質權

典權之成立，以移轉占有爲要件，於其存續期間，典權人有使用收益之權，故與法日民法上之不動產質權，極易混淆。不知質權原爲擔保物權，以債權之存在爲前提。出質人對於原債務仍負責任。其所以允許質權人得從其質權標的之不動產之用法以爲使用收益者（日民法三五六條），蓋以不動產不似動產之有因用益而減損之憂，且往往不動產久經荒置更易頹壞，故便宜上始許質權人有使用收益之權，但如設定行爲有制限或禁止之特約時，仍從其特約。（日民法三五九條）典權則不然。典權之設立，固原以用益爲目的，且若典權契約成立後，其標的物之價格低落，出典人拋棄其回贖權，即可免除負擔者也。

(二) 典權與不動產抵押權

抵押權亦爲擔保物權，且不以移轉占有爲要件，故與典權之差別，極形顯著，無煩多贅。

(三) 典權與買回契約

前清律例典賣同列，習慣上且稱典曰活典，賣曰絕賣，似典爲買賣之一種而有可以回贖之性質者，其性質似與現行民法之買回契約極相近似。而日本民法對於不動產之買回，並特有規定。即『不動產之賣主得依與買賣同時所爲之買回特約，返還買主所付之代金及契約之費用爲買賣之解除。但當事人不表示特別之意思時，其不動產之滋息與代金之利息視爲相抵銷。』（五七九條）其買回期間最長得訂至十年。（五八〇條）其『買回特約與買賣契約同時登記者，其買回並對第三人發生效力。』（五八一條一項）似更與典權之性質相同。實則二者之區別，蓋極顯著。因買回契約

本爲債權關係，其買回權原爲解除權，買回契約要不外解除權保留之特約。故買回者乃出賣人行使其買回權，返還價金以使原買賣契約發生自始即未存在之效力者也。（民法三七九條一項參照）而典權則爲特殊之物權，典權契約成立後，典權人即取得典權。出典人於典期屆滿後經過二年不以原價回贖者典權人始取得所有權。（九二三條二項）而典之回贖，亦不過使典權消滅，並不能溯及既往，使其自始即失效力。

（四）典權與不動產之租賃契約

不動產之租賃權，沿革上有以之爲債權者（羅馬法系）有以爲準物權（*ius odierum*）者（普魯士民法），亦有以之爲物權者（日本舊民法財產編三章一一五條以下）。但自以債權爲常。不動產之租賃權既爲債權，原屬對人的關係，其法律上之地位，極爲薄弱。現代民法上不動產之租賃權

雖漸有物權化之傾向，如日本民法不動產之借貸借因登記而能對抗第三人（日民法六〇五條）。但事實上非得出租人之同意，即不能登記。而出租人既無必為登記之義務，又多不欲其租賃關係之強固，故事實上仍不能達到保護承租人之目的。典權以使用收益他人之不動產為目的，原與租賃關係之目的相同。而典權則純為物權，故其期間之久遠，保護之確實，則遠在租賃關係之上也。

第二款 典權之存續期間

我國習慣，永佃權以永久無限之存續為目的，而典則恒有一定期間之限制。期限屆滿，出典人仍有回贖之權。但期限之長短，習慣上並無一定之限制，一任當事人自由訂定，故民諺有曰：『賣字不回頭，典字千年在』。但代遠年湮，典權人幾視為自有之產，出典人復又請求回贖，動輒涉

訟經年，當事人固皆拖累困苦，不可勝言。而不動產之改良進步，亦因而停滯，間接影響及於一般之經濟。故自前清戶部則例及清理不動產典當辦法以來，皆對此設有一定之限制。現行民法之規定，則如左述：

(一) 典權之約定期限者

典權之約定期限者，最長不得逾三十年。(九一二條前段)如當事人設定三十年以上之典權者，其設定行爲亦非全部無效，不過其存續期間應縮短爲三十年而已。(同條後段)

典權之約定期限在十五年以上者，則可附有到期不贖即作絕賣之條款焉。(九一三條)

(二) 典權未定期限者

典權未以設定行爲約定期限者，如出典後經過三十年，即不許回贖。

（九二四條）蓋亦以典權之最長期間爲三十年也。

第三款 典權之效力

第一 典權人之權利義務

（一） 典物之用益權

典權者以使用收益爲目的，得直接占有他人之不動產者也。（九一一條）其使用收益之方法，法律上並無一定之限制，但解釋上自應依其典物之正常使用方法爲之，例如，在房屋則爲居住，在田地則爲耕作。典權設定之後，出典人對於典權人固負有不妨害其使用收益之消極的義務，但並無使典物適於使用收益之積極的義務。故不動產之修繕，如無特約時，自應由典權人負擔，此亦與不動產租賃之差異之一點也。

典權者，物權也。故有妨害其權利內容之實現者，典權人自應有物權

的請求權。但典權人同時爲典物之占有人，故亦受關於占有之保護。

典權人既爲直接占有不動產而爲使用收益之權利，故於其存續間內，與不動產之所有人之權義關係，殆極近似。故典權人之相互間及典權人與土地所有人之間，自有與相鄰所有人間設有同樣制限之必要，故民法上規定使其準用第七百七十四條至第八百條關於相鄰關係之規定焉。（九二四條）

（二） 典物及典權之處分

典權人係於一定期間內直接爲不動產之使用收益之權利。故於其存續期間內，自可任意利用。是以典權人自得將其典物轉典或出租於人。（九一五條一項本文）但對此有下列三項之限制

（一） 須無特約或非習慣不許者——倘有特約或另有習慣則仍依其

特約或習慣。(九一五條一項但書)

(2) 典權定有期限者，其轉典或轉賃之期限，不得逾原典權之期限；未定期限者，其轉典或租賃不得定有期限。轉典之典價不得超過原典價。(九一五條二項)

(3) 典權人對於典物因轉典或出租所受之損害負賠償責任。

轉典云者，典權人將其典物更與典他人而自負其責者也。故轉典時，第一典權人與出典人之法律關係，並未終結。故出典人回贖典物時，典權人應以其責任回贖典物而以之返還出典人。但典權既為物權，非同租賃權之僅有對人關係，故典權人自得將其典權任意讓與與他人。(九一七條一項)典權讓與之後，典權人即脫離典權關係，而受讓人對於出典人遂取得與典權人同一之權利。(九一七條二項)

(三) 典物之滅失毀損

典權既爲設定於他人不動產上之權利，故典權人對於典物負有善良管理之義務，並不得加以永久之損害及變動，蓋不待言。唯典權存續中，因典權人之過失致典物全部或一部滅失者，典權人僅於其典價額之限度內負負賠償之責任。但典權人係因故意或重大之過失致典物全部或一部滅失者，則應負賠償之全責，除將典價抵償損害外，如有不足，仍應賠償也。(九二二條)

但上述之典物之全部或一部滅失，非出於典權人之故意，而係由於不可抗力者，則究應由何人負責，每易發生爭執。我民法規定，就其滅失部份，典權與回贖權同歸消滅。但典物僅一部滅失而出典人就其餘存部份爲回贖時得由原價中扣減典物滅失部份滅失時之價值之半數，但以扣盡原價

爲限。(九二〇條)

典權存續中，因不可抗力致典物之全部或一部滅失者，典權人並得於滅失時滅失部份之價值限度內爲重建或修繕。倘超過其限度，則應得出典人之同意。(九二二條)因典權人於回贖時有有益費用之償還請求權，故不得不設有此種限制也。(九二七條參照)

(四) 典物所有權之取得

典期屆滿後，經過二年出典人不以原典價回贖者，典權人即取得典物所有權。(九二三條二項)

典權未定期限者，出典後經過三十年出典人不回贖者，典權人即取得典物所有權。(九二四條)

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，取得典物所有權。唯習慣上往往有迭次找貼致生糾紛者，故以一次爲限。（九二六條）

出典人將典物之所有權讓與他人時典權人有優先留買權。倘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。（九一九條）

（五）費用償還請求權

典權消滅之時，其不動產所有權，即回復其完全之支配力，是爲所有權之彈力性之當然的結果。唯典權消滅之原因，倘係由出典人回贖其典物時，典權人因支付有益費用使典物價值增加或依第九百二十一條之規定重建或修繕者，於典物回贖時得於現存利益之限度內，請求償還。（九二七條）

第二 出典人之權利義務

(一) 所有權之讓與

出典人於設定典權後，其使用收益之權限，固受有限制，所有權之作用，殆亦近於虛無，而所有權之本身，自仍屬諸出典人。故出典人倘以之讓與他人，自無不可。(九一八條一項)至典物之所有權讓與之後，典權人對於受讓人仍有同一之權利(同條二項)自屬物權當然之結果。

出典人於將其典物所有權讓與第三人之外，並得向典權人爲讓與之表示。典權人同意時，得按時價找貼，取得其所有權。(九二六條)

(二) 回贖權之行使

典權定有期限者，於期限屆滿後二年內，出典人得以原典價回贖典物。倘經過二年未以原典價回贖者，其回贖權即行喪失。(九二三條)

典權未定期限者，出典人得隨時以原價回贖典物，但出典權後三十年

不回贖者，其回贖權即行喪失。（九二四條）

出典人行使其回贖權時，復有一定之限制，即典物如為耕作地者，應於收益季節後次期作業開始前為之。如為其他不動產應於六個月前先行通知典權人。（九二五條）

第四款 典權之變動

第一項 典權之取得

典權取得之原因，可分為因時效而取得及因法律行為之取得二種。茲分述之；

第一 因時效之取得

典物既為財產權之一種，得依時效而取得，自不待言。（七七二條）

第二 因法律行為之取得

(一) 設定

設定取得云者，即因設定行為而取得典權之謂也。

(二) 讓與

(三) 繼承

典權既為不動產物權，故其設定移轉，均應以書面為之，且非登記不生效力，或不得處分其權利者也。(七五八——七六〇條)

第二項 典權之消滅

第一 消滅之事由

(一) 典物之滅失

典物如為土地時，其典權自應全部滅失，若僅一部滅失，則不過典權之範圍縮小而已，並不因而消滅。其典物如為房屋時，典權人且得自己

費用重建，如不爲重建，其典權始行消滅也。（九二二條）

（二） 回贖權之行使

出典人以原典價回贖典物時，其典權因而消滅，蓋不待言。

（三） 取得時效

第三人因取得時效取得典權時。其前典權人之典權即因而消滅。

（四） 拋棄

典權既爲財產權之一種，自得由典權人將其拋棄。

（五） 混同

典權與其典物之所有權同屬於一人時，其典權自因混同而消滅。（七

六二條）

（六） 特約消滅事由之發生

其典權之設定行爲附有解除條件者，因其事實之發生而典權消滅。

現行物權法論

第四章 擔保物權

第一節 總說

第一 物上擔保制度之必要

債務人不履行債務時，債權人雖得訴諸法院，請求強制其履行，或依民事訴訟法之規定，處分債務人之財產，以其價金，用爲清償。但債務人所負之債務，若在其總財產額之上，則實際上即不能達其目的。加之，債務人更可同時負擔數種相同之債務，其各債權人之地位，不問其債權發生之先後，概無優劣之區別。此種平等關係通常稱之爲「債務人之一切財產，爲一切債權人之共同擔保。」法國民法及日本舊民法對此咸設有明白之規定。（法民法二〇九二條二〇九三條。日本舊民法債權擔保第一條）一般民法雖無明文，蓋咸認爲自明之理，故未特設規定。但此種共同擔保實

實際上不能達到擔保之目的。欲確保債權之效力，非對特定債權人有特別之擔保不可。特別擔保之制度，共有二種。其一以債務人以外之人負擔保證債務；其一則設定特別物權，專以擔保債務爲其本務。前者謂之對人擔保（*Garantie Personelle*）後者則謂之物上擔保（*Garantie réelle*）。對人擔保民法上於債編中業有規定，（七三九條以下）而物上擔保則於物權編中設有數種擔保物權焉。

第二 擔保物權之經濟的效用

擔保物權之主要的效用，固在擔保債權之實行，於此一點上，原與對人擔保有同一之目的。但物之經濟的價格，較之人之經濟的信用，移動較少，且可由外部認識，故更易達到担保之目的。雖然，擔保物權之效用，固不止此，而促進一般經濟之流通，亦其效用之一也。

擔保物權之本務，在使債務之履行確實簡易。故擔保物權人或可賣却擔保物就其價金以受清償，（質權，抵押權）使債務人有所有權喪失之虞，實際上遂達到督促其履行債務之效用；或以留置擔保物妨害所有人之利用，為督促債務履行之手段。故所有權及用益物權，以物之使用價值為目的，而擔保物權則以物之交換價值為目的者也。

第三 擔保物權之法律的意義

擔保物權者以債權之擔保為目的之制限物權也。因此遂有左列之三種特性：

（一）從屬性 擔保物權以債權之擔保為目的，非有自身獨立之目的，故為從屬於債權之權利。（八七〇條）即以債權之存在為前提，債權若不存在，担保物權即不得存在，債權移轉則與之同時移轉，債權消滅亦當

然隨之消滅者也。

(二) 不可分性 擔保物權者以擔保財產之全部擔保其債權之全部之物權也。即於其債權未受全部清償前得就其標的權全部行使其擔保權者也。(九三二條參照)故雖債權之一部份抑或其標的物之一部份消滅時其擔保物權並不因而消滅也。(八六八條八六九條參照)

(三) 物上代位性 民法上規定抵押權及質權雖因其標的物之消滅而消滅，但如因滅失而得賠償金者，仍得就其賠償金取償。(八八一條八九條九〇一條)是爲物上代位 (Subrogation) 之原則。但留置權則無物上代位性也。

第四 擔保物權之種類

我民法上所承認之擔保物權，共有質權，抵押權及留置權三種。前二

種爲因當事人之意思而設定者故爲任意之擔保物權，後一種則由法律上之規定當然發生，故爲法定之擔保物權。

第二節 質權

第一款 質權之沿革

質權及抵押權二者，皆爲因當事人之意思表示而設定之擔保物權，於究明其本質及其區別之先，請先就其沿革加以探討焉。

羅馬古法原無質權及抵押權之存在，而以信託（Fiducia）之方法，爲債務之擔保。信託云者，一方面以物權之讓與行爲（Mancipatio, in jure oesio），由債務人將其一定之動產或不動產移轉於債權人，同時更以信託約束（præsum fiducia），使債權人負有兩種義務，即不得濫用該所有權，債務清償後並須將其所有權返還債務人是也。此種債權擔保之制度，對於

債權人固屬安全輕便，但因其所取之手段，殆已超過債權擔保之目的，故對於債務人之損害不利，極爲顯著。蓋債務人既不能用爲其他債權之擔保，且債權人若違背其信託而濫爲處分，將其所有權讓與第三人，則債務人只能請求損害賠償，不能再回復其所有權，是爲此種制度最大之缺點。

爲匡正此種缺點，於是遂有所謂占有質（*possessio*）之制度。此種制度，不過將其物之占有移轉與債權人，其所有權則並不移轉，故與現今之質權，可視爲相當。但占有質之始。債權人只能於未受清償期前有占有其物而爲利用之權利，並不能變賣其物以受清償，以取得其所有權之權利，故其效力，殆與留置權相等。然其後漸次發展，始以其變賣權爲占有質之要素。占有質之始雖恒於動產及不動產上行之，其後則事實上僅於動產上行之焉。

占有質之制度，其債務人雖較之信託制度爲安全，但不能不交付其標的物，且不能爲物之使用收益，故仍有相當之不安與不便。於是希臘之抵押制度，（*Hypotheca*）遂輸入羅馬，而用以彌補此種缺憾。抵押制度云者，即其標的物之占有依然爲債務人所保有，不過僅用爲債權之擔保而已。故債務人仍得爲使用收益，並得以同一之標的物爲數個債權之擔保。羅馬法上之物上擔保制度之發達，殆即可劃分爲信託，占有質，及抵押三種時期說明，但占有質及抵押發達以後，信託制度，日漸衰歇，至尤斯梯尼安法典編纂之時，則信託制度，殆已絕跡。而占有質及抵押制度，則爲歐洲諸國之民法所沿用，即所謂質權（*Pfandrecht, Gage ou Antichrèse*）及抵押權（*Hypothek Hypothèque*）是也。二者之區別大體上殆可以債權人之占有標的物與否爲標準。故比較言之，質權利於債權人，而抵押權則利於債

務人。二者互有短長，各有其存在之意義，故各國民法殆皆保存有此兩種制度焉。

雖然，以上所述之質權，其標的物殆皆爲有體物，而今日所謂之權利質，則爲羅馬法上之所無。蓋權利質之發生，原在中世紀權利運用漸盛之時。法國民法編於上世紀之始，尙無權利質之規定，足徵權利質之發達尙係最近時事也。

質之制度，原爲我國所固有。而以典質爲營業者，發達亦早。宋時卽有典質庫長生庫之稱。舊律名之爲典當，規定綦詳。（註）但民法則做日本民法名之爲質權，但其標的物則依舊慣及多數之立法例以動產權利二種爲限焉。

註：現行律錢債違禁取利律參照。

第二款 動產質權

第一項 動產質權之性質

我民法上稱動產質權（*Gage Pfandrecht an beweglicher Sache, Fährnis-Pfand*）謂因擔保債權占有由債務人或第三人移交之動產得就其賣得價金受清償之權也（八八四條）茲分析說明其意義如下：

（一）質權者擔保物權之一種。即質權者為有附隨性之權利也。故質權人必為債權人。但質權係其所擔保之債權外之別一權利，並非債權之效力。故條文所謂『受清償』云者，亦非以取得質物賣得價金為債權之效力。蓋為質權本身之內容。試就其質物非權務人之所有時或所謂流質之情形思之，當可明瞭。

（二）質權者由當事人之意思表示而設定之物權也。於此一點，蓋與

抵押權相同，而與留置權異者也。但此爲現行民法之說明，而非質權之本質。德國民法即承認法定質權，但現行民法則未採取。

(三) 質權者有占有其質物之權利者也。質權於其債權受清償之前得占有其質物。於此一點，雖與留置權相近似，但其本質的觀念，則迥然不同。蓋留置權係因占有其標的物始得保有之權利，其占有若喪失則留置權當然消滅。(九三八條)質權則不然。其取得標的物之占有雖爲質權成立之要件，(八八五條)但並非質權存續之要件。故雖喪失其占有，而質權並不當然消滅。不過喪失其質權之占有而不能請求返還者其質權始行消滅者也。(八九八條)

(四) 質權者就於其質物之賣得價金有受優先清償之權利者也。即質權人於其債務未受清償時得拍賣其質物就其價金優先於其他債權人而受清

償者也。

(五) 質權之標的物須爲動產也。此亦爲我國現行民法之說明，而非債權之本質，立法例上承認不動產質權(Pfandrecht an unbeweglicher Sache, Grundpfand)者，亦復不少(法民法二〇七二條日民法一二五六條以下)，而我民法則未予採用。至所謂動產，要以特定物爲限，其以代替物爲標的之不規則質(Pignus irregulare)，亦非民法所承認者也。

(六) 質權之標的物必爲出質人之所有物也。(德民法一二〇五條)但出質人固不限於債務人，即第三人亦得爲之。此第三人即所謂物上保證人者是也。

第二項 動產質權之設定

第一 質契約

我民法與外國法不同，不認許法定質權之存在。故質權之發生皆由於當事人之設定行爲。此種設定行爲學者名之曰質契約。質權之設定因移轉占有而生效力（九八五條），故質權設定行爲係由當事人之意思表示（心素）與質物之交付（體素）二者合成之要物契約也。唯茲所謂交付者，或爲現實交付或爲簡易交付或爲占有移轉均無不可。但占有改定則不可。因民法規定『質權人不得使出質人代自己占有質物』（八八五條二項）故也。

第二 質權之標的物

質契約之成立於將其質物交付之外並須出質人確有處分權（註）所謂有處分權者，須確爲出質人之所有物，或雖非所有物而法律上許其有處分之權能者也。故以他人之物爲質權之標的，其契約自屬無效。但質權人若

不知其無處分權且其不知確無過失者，則可依即時取得之法理使之取得質權。（八八六條）

註：前大理院五年上字第六三一號判例。

質權者爲就其質物之賣得價金優先受償之權利。非以標的物之使用收益爲目的者也。故質權之標的物蓋以有交易之價值者爲限，此爲民法於動產質權之外承認權利質之原因。但質權與留置權之純以留置其標的物爲目的者不同，故雖爲動產而不得變賣價金者不得爲質權之標的物，此所以日本民法有『質權不得以不得讓與之物爲其標的物』（日民法三四三條）之規定也。

質權既非以質物之使用收益爲目的，而係以變賣受償爲內容。故物上代位之法理亦應適用。（八九九條）但質權之設定原以移轉占有爲要件。

故主物之處分及於從物（六八條二項）之原則於此當不能適用也。（註）

註：有反對說

第三項 被擔保債權

第一 被擔保債權之種類

質權者無論何種債權皆得以之擔保者也。其債權發生之原因係由於契約或侵權行為抑或其他法定事由皆非所問。亦不以金錢債權為限，不過質權之本質，原在以金錢為清償，故現在雖非金錢債權，而因其不履行而生之損害，結果仍係以金錢賠償之也。

質權既為擔保物權，自應以被擔保債權之存在為前提，始得存在。是以前其被擔保債權所以發生之法律行為若係無效，或因某種原因而消滅，則為擔保而締結之質契約自亦因而無效。雖然，質權雖以債權之存在為前提

，但於質契約之當時原無庸其債權現實之存在。故豫計將來債權之可以發生因而豫先締結質契約，亦屬無妨。例如爲附始期或附停止條件之債權締結質契約，其質契約有效是也。但於此種場合，其質契約亦爲附條件及附期限者，自不待言。

第二 被擔保債權之範圍

質權所擔保之債權之範圍，原應於質契約上由當事人自行決定。但法律恐其質契約之趣旨有不甚明確時故設有可以適用之補充規定。即質權所擔保者爲原債權，利息，遲延利息，實行質權之費用及因質物隱有瑕疵而生之損害賠償是也。（八八七條）換言之，則質權所擔保者爲主債權，從債權及此外與質物有密接關係之債權者也。以上所述之原則，於第三人爲出質人時亦應適用，自不待言。但此種規定原非強行法規，故當事人間如

有特約者自應從其特約。(八八七條但書)

質權設定以後當事人間是否得以特約增加質物之負擔耶？學者所見，頗不一致。有以爲於第三人爲出質人時，則不能使之擔保者。(註一)是蓋純出於保護第三人之旨趣，而對於出質人以外之第三人之保護(如第二位以下之質權人)未免過疏。蓋質權人有優先受償之權，債權之實行即滅殺其他債權之担保力，故當事人間倘能以特約增加質物之負擔則第三人往往蒙受不測之損害。故竊以爲無論出質人爲債務人與第三人倘於質權設定以後皆不能增加其質物之負擔者也(註二)

註一：德民法二二〇條一項，富井政章博士民法原論物權，川名兼四郎博士物權法要論。

註二：遊佐慶夫博士民法概論物權參照。

第四項 動產質權之效力

第一 質權人之權利

(一) 占有之權利

質權以質物之移轉占有爲成立要件，故質權人有占有其質物之權利，蓋不待言。因之，質權人於其質物被侵奪妨害或有妨害之虞時，自得因占有而受保護。(九六二條)

(二) 留置之權利

質權人有占有其質物之權利，且有優先受償之權利，故直至其清償期爲止有繼續占有其質物之權利，原不待言。日民法規定『質權人直至受償權之清償時有留置質物之權利』(三四七條)。我民法雖無明文，解釋上自無庸疑，唯質權人之留置權較之一般之留置權其效力較爲薄弱，蓋不得

對抗有優先權之債權人者也。（日民法三四七條參照）

（三） 孳息收取之權利

質權人於繼續占有其質物之期間內，除契約另有訂定外，得收取質物所生之孳息。（八八九條前段）所收之孳息，先抵充收取孳息之費用，次抵原債權之利息，後抵充原債權。（八九〇條二項）

（四） 質物變賣之權利

質權人之留置其質物，原係用爲其債權之擔保。倘其質物有敗壞之虞，或其價值顯有減少，有害及質權人之權利者，質權人得拍賣其質物以其賣得價金，代充質物（八九二條），蓋一則保全物之效用，再則保護雙方之利益故也。但於此種場合，質權人除不能通知出質人者外，皆應有通知之義務。（八九四條）

(五) 優先清償之權利

質權人於其債權之清償期，而未受清償者，對其債物有優先受償之權利，是爲質權之實行，蓋爲質權之本體，故若特約剝奪質權人之此種權能者，其契約全然無效。但其質權實行之要件應爲債務之不履行。故在清償期前質權人自不得實行其質權。

雖然，質權人有優先清償之權利，並不負其義務。故若債務人別有財產時，不就質物行使其權利，而欲與普通之債權人相同先就其他財產，強制執行，自屬無妨。或就其質物受清償後尙不敷其債權之總額者，亦自得就其一般財產行使其權利也。

註：但若於典當業之爲質契約者，則債務人之責任，只限於其質物。無論自習慣及當事人普通之意思而論，均屬當然。且當舖既屬專門營業，自應有鑑別之能力，縱有不敷其

債權之總額亦應自負其責任。

質權實行之方法，我民法上以拍賣為原則。（八九三條）於拍賣前並應通知出質人，事實上不能通知者則不在此限。（八九四條）

民法上對於質權之實行方法，附有重大之制限，即流質契約（Säk Co mmissora, Verfa iklausei）（註）之禁止是也。凡『約定於債權已屆清償期而未為清償時，質物之所有權移屬於質權人者，其約定為無效。』（八九三條二項）各國民法亦多有同樣之旨趣。（德民法一二二九條法民法二〇）九八條瑞民法八九四條日民法三四九條）其立法之理由，蓋純由於保護經濟上之弱者。但此種規定，對於以典質為專門營業之當商，自不發生效力。

註：流質云者，原屬日本名詞，國內苦無適當譯語，故借用。即約定不如期清償，則債

權人即取得質物所有權之謂也。

上述之制限，自係就清償期前所定之契約而言，倘於清償期屆滿後，爲受清償，訂立契約，使質權人取得質物之所有權或用拍賣以外之方法處分其質物。則除有害於其他質權人之權利者外，其契約概屬有效。（八九五條）蓋因於此等場合，出質人已無失其意志自由之虞故也。

（五） 轉質

以上所述之質權人之種種權利，皆爲根據質權之本質的作用而發生，殆爲質權人之固有之權利。此外尙有法律所許與之特權，轉質即其最著者也。

轉質云者，質權人因供自己債務人之擔保於其質物上更設定質權之行爲也。質權人於債權清償期前有留置其質物以受優先清償之權利。故於其權利存續期間內，以其自己之責任將質權轉質於第三人，並無損害及於出

質人之虞，故爲法律所許可；唯加重原質權人之責任，卽其因不可抗力而生之損失，亦應負責是已。（八九一條）故原質權人倘能以自己之責任而爲轉質時，無庸徵求出質人之同意焉。

關於轉質之性質，原有各種之學說，其重要者約如下列：

- （1）共同質入說 謂將質權與被擔保債權同時質入者也。
- （2）質權質入說 謂係將質權質入設定權利質者也
- （3）附條件之債權讓與說 謂係質權人附有解除條件將其質權讓與轉質權人，迨將來轉質權人之債權消滅，而其質權復歸於原質權人者也。
- （4）質物再質入說 謂係於質物之上再設定質權者也。

上述諸說雖各有其相當之理由，但臆見所及，則以爲質物再質入說之解釋，爲最易了解，且無擬制之弊，而自第八百九十一條之條文言之，亦

以此種解說爲最率直而無障礙也。

第二 質權人之義務

(一) 保管義務

質契約設定之結果，質權人既有占有他人之所有物之權利，自應有保管之義務。其保管也，須以善良管理人之注意爲之。(八八八條)質權人有收取質物孳息之權利時，亦須以對於自己之財產同一之注意爲之。(八九〇條一項)

(二) 返還義務

質權爲擔保物權，有從屬性，既如前述。故於其被擔保債權消滅時，其質權自亦隨之消滅。於是，質權人即應將其質物返還於有受領權之人。(八九六條)有受領權之人者即有繼之而占有質物之權利者也。或爲出質

人，或爲第二位之質權人。

第五項 動產質權之消滅

第一 質權之消滅之一般的原因

動產質權消滅之一般的原因，略如下述：

(一) 標的物之滅失

標的物全部滅失時，其質權消滅。但因標的物滅失，而得受賠償金者，則因物上代位之原則，存續於出質人之損害賠償請求權之上。(八九九條)又，標的物之一部滅失時，其質權因不可分之原則，並不消滅。

(二) 拋棄

質權爲財產權，質權人自得任意拋棄之。(七六四條)

(三) 混同

質權與質物之所有權同歸屬於一人時，其質權以因混同而消滅爲原則。(七六三條)但如於所有人或第三人有法律上之利益者，不在此限。(七六三條但書)

(四) 取得時效

第三人因即時取得取得質物之所有權者，其質權因之消滅。

(五) 存續期間之滿了

(六) 解除條件之成就

第二 動產質權之特殊消滅原因

動產質權之特殊消滅原因中，亦有爲擔保物權所共通者，亦有爲動產質權之所特有者。其共通之原因則被擔保債權之消滅是也。凡被擔保債權因清償或其他方法而消滅時，質權人應即返還其質物於有受領權人。(八

九六條）但被擔保債權倘因時效而致其請求權消滅時，其債權之本身，依然存在，故仍可就其質物取償。（一四五條）

動產質權之特殊原因，又有二種：

（一）質權雖不因占有之喪失而消滅，但如喪失而不能請求返還時，其動產質權消滅。（八九八條）

（二）質權人不得使出質人代自己占有質物（八八五條二項），故質權人倘將其質物返還於出質人時其質權因而消滅。（八九七條德民法一二五條瑞民法八八八條二項參照）故雖於返還質物時爲質權繼續存在之保留者，其保留亦係無效。（八九七條二項）

第三款 權利質權

第一項 權利質權之性質

我民法稱權利質權（Pfandrecht an Recht, Rechtspfandrecht）者，謂以可讓與之債權及其他權利爲標的物之質權也。（九百條）其所以限於可讓與之債權及其他權利者，因其可以處分，能達到清償之目的故也。

權利質權之法律的性質若何，向有各種不同之說明，大別之則可分爲權利讓與說及權利客體說二種。持權利讓與說者，謂權利質權云者，要不外因擔保債權而讓與其權利之意也。但其讓與並非單純之讓與，而爲附有解除條件者，即因清償或其他事由其債權消滅者，其讓與亦從而失其效力。此外，亦有認爲其權利之讓與係附有債務不履行之解除條件者。要之，持權利讓與說者之立場，蓋認爲質權標的物原應限於有體物，無體物之權利上，不能設立質權，故不得不爲此迂遠之說明。實則就質權之本質言之，原以標的物之變賣清償爲目的，其標的物究爲有體物與否，於債權之本

質上並無何等之差異。故動產質權之設定爲以動產入質於人，而權利質權之設定則自不外以其權利人質於人。其客體雖有不同，而其本質則無所差異也。是以現今學者，殆咸持權利客體說。民法上規定『可讓與之債權及其他權利均得爲質權之標的物』（九百條），蓋即出於上述之趣旨、且關於權利質如無特別規定咸準用關於動產質權之規定焉。（九〇一條）

第二項 權利質權之標的物

凡可讓與之債權及其他權利均得爲質權之標的物（九〇〇條）準此，權利質權之標的物應具備下列之二要件：

（一） 權利質權之標的物須爲財產權也。質權之標的物固須有金錢之價值，但非有金錢價值之權利，皆可爲權利質權之標的物者也。例如父母對於其子女特產之使用收益權（一〇八八條參照）。親屬間之扶養權（一

一一四條以下參照），雖亦有金錢的性質，但因其係以親屬關係為基本之親族權故不得以之出質於人。反之，若為財產權則無論其為債權物權或其他的權利（例如著作權，特許權）皆得為質權之標的。

（二）須為有讓與性者也。蓋財產雖皆可以用為質權之標的，但應以有讓與性者為限。其不能讓與之財產權則不得用為質權之標的物。例如債權有性質上不得讓與者，有依當事人之特約不得讓與者，及禁止扣押者，皆不得讓與者也。（二九四條一項參照）。

第三項 權利質權之設定

動產質權之設定行為須有當事人之意思表示（心素）及質物之交付（體素）。但權利質權之標的物既為權利之無體物，自不能有交付之體素，遂應視其財產權之種類如何，另謀適當之方法，俾使之與交付相當。故權

利質權之設定除民法上業有規定者外，皆使其依其權利讓與之規定爲之。

（九〇二條）

第一 債權質

債權質之設定，應以書面爲之。如有債權証書者，並應將其證券交付於債權人。（九〇四條）蓋債權之証書通常皆用以證明債權之存在，故將之交付於質權人，則與質物之交付相當，既可確保其債權人之地位且使第三人易於辨認。至無債權証書時，則只有設定文書即發生效力。

以上所述，要爲一般債權質之成立要件，至其特別要件，則因債權之種類不同而有差異。如其債權爲記名債權（註）則無論爲普通記名債權（例如借款之返還請求權）抑爲證書債權（例如存單存摺之類）皆須依債權讓與之規定，非通知債務人或將其質權字據提示於債務人者，皆對有債務人

不生效力。(九〇二條二九七條)如係指示債權時，則須依背書之方法爲之。(九〇八條後段)但其債權係無記名債權之時，則須將其證券交付於質權人，始生設定質權之效力。(九〇八條前段)蓋通常有價證券皆與債權視爲一體，倘將其占有移轉即與交付債權之本身有同等之效力。因此質權人並不得使出質人代自己占有其證券焉。(九〇一條八八五條二項)

註：記名債權云者於債權成立之當時有特定之債務人者也。故與無記名債權及指示債權顯有區別。

第二 其他權利質

以債權以外之其他財產權爲質權之標的物者，民法上並未特設規定。自應各依其權利讓與之規定爲之。例如以物權之永佃權地上權等爲質權之標的物時，則須將其客體之土地交付，始生效力，且不能使物權人代質權

人占有其物權之客體者也。(九〇一條八八五條二項)

第四項 被擔保債權

權利質權所擔保債權之範圍，應準用關於動產質權之規定，即除契約另有訂定外，應擔保原債權，利息，遲延利息，實行質權之費用及因質物隱有瑕疵而生之損害賠償者也。(九〇一條八八七條)

第五項 權利質權之效力

關於權利質權之效力，除有特別規定者外，皆準用動產質權之規定。

(九〇一條)其主要者如左；

(一) 債權質權之有權利證書或地上權質永佃權質之占有不動產時，有占有及留置之權利。(九六二條)

(二) 質權人除契約另有訂定外，有收取孳息之權利。(八八九條前

段）例如爲債權質權時有收取其利息之權利，永佃權質權有收取其佃租之權利是也。其所收取之孳息，先抵除收取孳息之費用，次抵原債權之利息，後充抵原債權（八九〇條二項）。

（三） 權利質權人爲擔保其債務，亦得以自己之責任。將其質權之標的轉質於人。（八九一條）

（四） 權利質權人亦有優先受償之權利，蓋不待言。其實行之方法除對於債權質權有特別之規定者外，亦應適用動產質權之規定。

權利質權人之義務，亦準用動產質權之規定，對於權利質權之標的，須以善良管理人之注意保管之也。如有收取孳息之權利時，亦須以對於自己之財產之同一注意爲之。（八八八條八九〇條一項）於其質權消滅時，亦同樣負有返還義務，應將其質權之標的返還於有受領權之人。（八九六

條) 如有証書之債權須返還其証書是也。

復次，有應注意之一點，即因權利質之設定，其標的之權利之所有人（即出質人）對其權利之處分權，於法律上受有一定之拘束是也。即質權設定後，其出質人非得質權人之同意，不得將其質權標的之權利，以法律行為使其消滅或變更。（九〇三條）例如債權人於設定債權質權後不得自由受領其清償或免除債務是也。是蓋出於保護質權人之趣旨當然之規定也。

第六項 權利質權之實行

民法上對於債權質權規定有特別之實行方法。即債權質權人得直接向債務人爲給付之請求是也。就債權質權之性質言之，誠爲最適當之方法。

但債權質權人之所以有此種給付請求權（*Einziehmsrecht, Droit de reconv*

rance)者，並非因債權本身之讓與，不過法律所許與使其有請求給付他人債權而已。故債權質權人倘具備其成立之要件（即二九四條所規定之通知或提示），其債務人即不得拒斷其給付之請求。但如其質入之債權為金錢債權時，質權人之得為給付請求者，則僅限於與出質人債權額相當之部份。（九〇六條後段）

質權人非至入質債權之清償期到來時，不得向債務人為給付之請求，自不待言。蓋質權人所請求給付者為出質人之債權，若出質人不得行使之權利，質權人自無行使之理。但若質權人之債權（即被擔保債權）尙未至清償期，而入質債權（即為質權之標的物之債權）已至清償期時，質權人原無請求給付之理。但法律為保護質權人之利益起見，許其向債務人請求提存其為清償之給付物。（九〇五條）而其質權其後即存在於其提存之給付

物之上矣。（日民法三六七條參照）因此，質權人於其債權之清償期到來時，得就其提存之給付物上，優先清償，可以豫防將來之損失故也。

入質債權之債務人倘受質權設定之通知者，如向出質人或質權人一方為清償時，均應得他方之同意。倘他方不同意時，債務人即不得為清償，但可自動提存其為清償之給付物。（九〇七條）其債務關係，即行消滅。於此種場合，其質權亦因物上代位之原則，存在於其提存之給付物之上。質權人可就其給付受優先之清償。是故其權利質權即變為動產質權而應從動產質權之規定，實行其質權焉。

以上所述之債權質權之實行方法，蓋係就記名債權而言。其以無記名債權——如無記名証券票據或其他依背書而讓與之証券——為標的物時，縱未屆清償期，質權人仍得收取証券上應受之給付。如有預行通知証券人

之必要時，並有通知之權利。且債務人亦僅得向質權人爲給付。（九〇九條）

質權之以有價證券爲標的物者，其附屬於該證券之利息，證券，定期金證券或分配利益證券，倘已交付於質權人者，其效力並及於此等附屬之證券焉。（九一〇條）

第三節 抵押權

第一款 抵押權之性質

我民法上稱抵押權（*Hypothek, Hypothèque*）者謂對於債務人或第三人不移轉占有而供擔保之不動產得就其實得價金先於其他債權人而受清償之物權也。（八六〇條）

（一）抵押權者擔保物權也。抵押權雖不以標的物之占有爲其內容，

但因其最後有處分標的物之支配權，且有排斥第三人之權利，故不失爲物權焉。

(二) 抵押權者由當事人之意思表示而發生者也。我民法上抵押權，殆以因當事人之合意而發生者爲主。雖亦設有法定抵押權之規定，(五一三條)但毋寧謂爲此種原則之例外也。

(三) 抵押權之標的物原不限於債務人之所有物，即第三人亦得爲擔保債務人之債務而設定抵押權，與質權同。

(四) 抵押權之標的務須爲他人之不動產也。蓋動產有移轉性，非有占有之事實，不易達到公示之目的，故若承認動產之抵押權，殆違反物權之公示主義，故近時法制咸不承認動產抵押權之存在。但船舶雖屬動產，不過因船舶均須登記，其法律關係之公示極易，故亦認許其有抵押權焉。

（海商法三四條——三八條參照之）

物權係存在於特定物上之權利，故抵押權之標的物須以特定之不動產爲限。但地上權，永佃權及典權均係獨立之物權，故亦得爲抵押權之標的物。（八八二條）

（五）抵押權之設定無須移轉占有者也。是爲抵押權特色中最重要之一點。在抵押權人既免保管之煩累，抵押人復不喪失其用益之利益。故爲最進步之擔保物權。

（六）抵押權者就其標的物有優先受償之權利也。蓋抵押權專以爲債權之擔保，使抵押權人得就其標的物較一般之債權人受優先之清償，是爲其根本之目的，不似質權之尙有留置的效力也。

（七）抵押權亦有不可分性者也。抵押權之不可分性云者，即以其標

的物之全部爲債權之全部之擔保之謂也。抵押權不可分之結果，如下：

(1) 抵押之不動產如經分割，或讓與其一部或擔保一債權之數不動產而以其一讓與他人者，抵押權人對於其分割之部份仍得就全部債權，行其效力。(八六八條)

(2) 被擔保債權經分割或讓與其一部者，其抵押權不因此而受影響。(八六九條一項)

(3) 債務分割時，其抵押權亦不因此而受影響。(八六九條二項)

(4) 債權縱有一部經受清償，而就於其未受清償之殘部，仍得對於其標的物之全部行使其權利也。我民法對此雖未設規定，解釋上自無庸疑。

第二款 抵押權之成立

抵押權與質權同爲約定擔保物權，其發生也，通常恒以抵押契約設定之者也。其抵押契約之性質，蓋如下述；

(一) 抵押契約之當事人一方爲債權人，一方爲債務人或第三人。第三人爲擔保債務人之債務，以自己之所有物供其抵押時，亦與質權相同，立於物上保證人之地位，若因清償債務或因抵押權之實行，而喪失其抵押物之所有權時，自得依保證債務之規定，對於債務人有求償之權利。(八七九條)再者，第三人雖可因抵押權而致喪失其所有物，但並不負有何等債務，不過於抵押物之限度內負有物的責任而已。故抵押權人雖有實行抵押權之權利，但並無強要第三人履行債務之權利也。

(二) 抵押契約爲直接以抵押權之發生爲目的之物權契約，故與僅預

約設定抵押權之契約不同。後者蓋不過僅發生應設定抵押權之債務，而前者則直接使抵押權之本身發生者也。

(三) 抵押契約爲不動產物權契約，故須以書面爲之，且非依登記不生效力者也。(七五八條七五九條)

抵押權通常雖因當事人之抵押契約而發生，但法律上亦有於一定情形之下，許債權人對於債務人之財產當然發生抵押權者。此種抵押權因係由於法律之規定而當然發生者，故學者名之曰法定抵押權 (*hypothèques légales*)。我民法規定。承攬人所承攬之工作如爲建築物或其他土地上之工作物或爲此等工作物之重大修繕時，就其承攬關係所生之債權，對於其工作人所附之不動產，有抵押權。(五一三條)換言之，即對於其不動產得就其賣得價金先受清償者也。此蓋與日民法上不動產之先取特權之規定，同

出於保護承攬人之趣旨者也。（日民法三二五條三二七條參照）法定抵押權發生之原因雖與一般之抵押權不同，但其性質效用，則無二致，故民法使其全然準用普通抵押權之規定焉。（八八三條）

第三款 抵押權之標的

第一 標的物之種類

抵押權爲不占有其客體之權利，故爲公示之目的起見，自非登記制度完備之物，不能爲其客體。此民法上抵押權之客體遂以不動產（土地及其定著物）爲原則。（八六〇條）

不動產而外，地上權永佃權及典權三者，並得爲抵押權之客體。（八二條）蓋以此等權利原屬不動產物權，其設定須以書面爲之，非登記不生效力，且有讓與性之故也。而民法上對於此等抵押權咸使其全部準用普

通抵押權之規定焉。（八八三條）

船舶雖爲動產，但以其登記制度，極有完備，故亦得爲抵押權之標的物，已如上述。（海商法三十四條以下）

第二 標的物之範圍

質權之成立以其標的物之交付爲成立要件，故其標的物之範圍，自無疑義；但抵押權則並不移轉占有，故其標的物之範圍如何，遂有明白規定之必要。

日本民法規定，除當事人間有特約者外，抵押權之效力——除存在於其抵押地上之建築物——得及於其抵押物成爲一體之附加物。（日民法三七〇條）我民法對此雖未設規定，但解釋固亦認爲當然者也。

主物之處分及於從物（六十八條二項），不動產之抵押，固亦顯爲處

分之一種，則抵押權之效力，自應及於從物。但從物原非主物之成分，故從物倘爲動產時，遂有承認動產抵押權之嫌。因此頗滋疑問。但從物原係附隨而爲處分並非獨立而爲抵押之標的物，自無不可。故我民法上遂有明文之規定。（八六二條一項前段）但於此有應注意者，即所謂送物要以抵押權設定時屬於抵押人者爲限，倘第三人於抵押權設定前，就從物取得之權利，則並不因抵押權之設定而有影響者也。（八六二條二項）至不動產之從質利，如地役權等，其從屬之性質原與從物無異，故抵押權之效力亦能及之。（八六二條一項後段）

復次，則不動產之滋息，於其分離前原屬原物之一體，同爲抵押之標的，固不待言。但於其分離後，則爲獨立之物。民法上質權人雖有收取孳息抵充其本利之權利（八八九條八九〇條參照）但抵押權以不使抵押人喪

失其使用收益之權能爲目的，故抵押權之效力，自不能及於其滋息之上。

（日民法三七一條參照）但對於此種原則，亦有兩種例外：

（一）抵押權之效力及於抵押物扣留後由抵押物分離之天然孳息。（八六三條）

（二）抵押權之效力及於抵押物扣留後抵押人就抵押物得收取之法定滋息。但抵押權人非以扣留抵押物之事情通知應清償法定孳息之義務人，不得與之對抗。（八六四條）

第四款 被擔保債權

第一 被擔保債權之種類

抵押權爲擔保物權，故必以被擔保債權之存在爲前提，始能存在者也。但被擔保債權倘已存在，即可從而締結抵押契約，其發生之原因如何。

是否以金錢之給付爲目的，皆非所問。若全然並無債權之存在，而以擔保爲目的，從而締結抵押契約者，其契約自屬無效。就擔保物權之從屬性而言，原爲理之當然。但抵押權雖以債權之存在爲前提，但不必於抵押契約締結之當時，即現實存在。故豫計其將來債權之可以發生，因而先行締結抵押契約，則亦可能，例如爲附始期或附停止條件之債權締結抵押契約，其契約自應有效，但於此種場合，其抵押契約當然亦爲附條件或附期限者也。於此一點，蓋與質權全然相同。

第二 被擔保債權之範圍

抵押權所擔保之債權之範圍，亦與質權之擔保相同，應由當事人自由決定之。但法律恐當事人之意思有不明確之時，亦設有補充之規定。與質權同；但其規定之標準，則與質權略有差異。抵押權擔保之範圍、據民法

之規定，爲原債權，利息，遲延利息，及實行抵押權之費用。（八六一條）但此種原爲補充規定，當事人間倘有特約，自應仍從其特約。（同條但書）是蓋不待言者也。

第五款 抵押權之效力

抵押權之效力，蓋純在擔保債權，先爲清償，而並不移轉抵押物之占有，故因抵押權之設定，當事人間及第三人間之關係，遂較質權爲繁複。本款先述抵押權對於抵押人之效力，次述其對於其他債權人之效力，對於第三取得人之效力；復次，則述抵押人對於抵押權之處分。而抵押權之實行，原爲抵押權之主要之效力，則讓之於最末之一項，更爲說明。

第一項 對於抵押人之效力

抵押權之設定，既不必移轉抵押物之占有，故抵押權人只能於優先受

償之一點，對於抵押人之權利，加以制限。此外，一切支配之權能，則仍屬之於抵押人。因此，

(一) 抵押物之使用收益權仍為抵押人而非抵押權人。抵押人自可任意而為使用或收益。但其使用收益，因有抵押權存在之關係，遂應以善良管理人之注意為之。倘其行為足使抵押物之價值減少者，抵押權人得請求停止其行為，如有急迫之情事，抵押權人並得為必要之保全處分。其因請求或處分所生之費用，皆應由抵押人負擔。(八七一條一項二項)

(二) 抵押物上設定抵押權後，其處分的權能固仍屬之抵押人。故抵押人可無庸得抵押權人之同意，自由將其抵押物之所有權，讓與第三人。(八六七條)並可自由設定地上權，永佃權，典權等權利。(八六六條)即於同一之標的物上，更與其他之第三人設定抵押權，亦屬無妨。但因有

抵押權之存在，此等之處分，咸以抵押權之存在為前提。故將來抵押權之實行，亦不因此而受影響。（八六六條但書八六七條但書參照）即抵押權行使時，不得與之對抗，其後設定之抵押權亦處於順位之劣位者也。換言之，則抵押人於設定抵押後既不因此而妨害其法律的處分，同時，其處分亦不能對於抵押權之實行加以妨害者也。

（三）抵押人雖仍有使用，收益，處分之權能，但不能將其抵押物滅失毀損致使抵押物價值滅失毀損。蓋抵押物一方面固為抵押人所有權之標的物，同時亦為抵押權之標的物，故為抵押權人之利益計，自應使其保持抵押權設定時之價值。故抵押人之行為倘有使其抵押物價值減少者，抵押權人得請求停止或自為必要之保全處分，既如前述。同時，押物之價值倘已較設定當時減少時，抵押權人並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。但其減少之原因如非因於可以歸責於抵押人之事由，則抵押權人僅於抵押人得受損害賠償之限度內，請求提出擔保。（八七二條一項二項）

第二項 對於他債權人之效力

抵押權設定後，抵押人仍得就其同一之不動產，爲擔保其他債權，再行設定抵押權，既如前述。於此種場合，其抵押權之優先次序，不依其設定行爲之前後，而依其登記之先後定之。（八六五條）是爲抵押權之順位。蓋抵押權之設定，原以登記爲要件故也。（七五八條）

各抵押權順位之次序，應以登記之先後定之，既如上述。則抵押物之賣得價金，遂按其順位分配之。（八七四條前段）即抵押權人中之最先登記者得先就抵押物之賣得價金完全清償，次順位者則僅能就其殘額順次清

償。故後順位人因抵押物之價金不敷分配因而全然未受清償，亦屬可能。但如其次序同者，則應平均分配之。（八七四條後段）

第三項 對於第三取得人之效力

第三取得人云者，即於不動產抵押權設定後，於其不動產上取得所有權，地上權，永佃權，典權及其他物權之人也。但抵押權原為物權，其有排他性及追及之效力，自不待言。故第三取得人僅能於不妨害抵押權之範圍內，取得其權利。（八六六條但書八六七條但書）

對於上述之原則，法法系之民法，為保護一定之第三取得人起見，設有數種例外之規定，即所謂代位清償及滌除是也。（法民法二一六七條以下日民法三七七條三八八條）此等方法蓋以給與抵押權人以一定之價金而使其抵押權消滅為目的。抵押權人之追及權因此雖多少受有制限。但能取

得與不動產相當之價金，故亦無損害之虞，而第三取得人則可藉此免受抵押權之拘束。而我民法則做照德法系之民法，對此並未設有規定焉。

第四項 抵押權之處分

抵押權爲從屬債權之權利，故債權被處分時，抵押權亦應從其處分，債權拋棄，則其抵押權亦當然消滅，債權讓與則其抵押權亦從之讓與。我民法對此雖無明文，而解釋上蓋屬當然。而德民法則對此特設有規定焉。

（德民法一一五三條）

抵押權既爲被擔保債權之從權利，自不得與債權分離而讓與他人或爲其他債權之擔保，自屬當然。（八七〇條）但日民法爲使其抵押權融通圓滿之故，設有反對之規定焉。（日民法三七五條參照）此外，日民法復許可抵押權人爲其債務人之他債務人拋棄其抵押權或順位（同條）。我民法對

此未設規定，蓋因恐使其法律關係趨於繁雜之故耳。

第五項 抵押權之實行

第一 實行之要件及其方法

抵押權人於其債權已屆清償期而未爲清償者，得實行其抵押權。故債務之不履行實爲抵押權實行之要件。其實行之方法，原則上自應聲請法院拍賣其抵押物，就其賣得價金而受清償。（八七三條一項）但如抵押權人欲訂立契約取得其所有權，或用拍賣以外之方法處分抵押物，倘無害於其他抵押權人之利益，均無不可。（八七八條）但如於抵押契約締結之當時，即約定債權已屆清償期而不爲清償，其抵押物之所有權，即移屬於抵押權人者，其約定爲無效。（八七三條二項）其立法之理由，蓋與禁止流質契約出於同一之趣旨焉。

第二 抵押權實行之特則

抵押權人得請求法院拍賣其抵押物，但自不得請求拍賣抵押物以外之物。故土地及其土地上之建築物同屬於一人所有，而僅以土地或僅以建築物爲抵押時，抵押權人之所能請求拍賣者，僅爲其權利之標的物。例如於其土地上有抵押權之時，僅能請求拍賣其土地，自不能兼及其建築物。因此，拍賣之結果，其土地與建築物遂分屬於二人。則拍定與建築物所有人之間，既無任何關係，則建築物所有人遂不能收去其建築物，於經濟上損失極鉅。故法律特規定於抵押物拍賣時，即視爲已有地上權之設定。即於拍賣之時，當然發生法定地上權者也。其地租原則上自應由當事人協議定之，協議不諧時，則可聲請法院定之。（八七六條一項）至土地及土地上之建築物，同屬一人所有，且同爲抵押之標的，但拍賣之結果分屬於二人

人所有時，其情形與上述者完全相同，自應準用同樣之規定。（八七六條二項）

復次，則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，抵押權之效力本僅及於其土地，故只能請求拍賣其土地，但法律上爲保存建築物之價值且顧及土地與建築物之關係，遂特許抵押權人於必要時得將其建築物與土地併付拍賣。但此原爲一時便宜之規定，並非對於抵押權人之過分之保護，故抵押權人對於建築物之價金，並無優先受清償之權利。（八七七條）

『債權人爲擔保同一之債權，於數不動產上設定抵押權，而未限定各個不動產負擔之金額者，抵押權人得就各個不動產賣得之價金，受債權全部或一部之清償。』（八七五條）即欲就其中之任何不動產實行抵押權，

悉任抵押權人之自由，就抵押權之不可分性言之，自屬當然之結果。但若於此等不動產上，有次順位之抵押權存在時，則因其自由清償，而次順位人之相互間，遂顯然發生利害之差異。例如，甲爲擔保其五千圓的債權，於A（價值四千五百圓）B（一千五百圓）二不動產上咸有第一順位之抵押權。但同時於A不動產上，乙因有一千圓之債權，而有第二順位之抵押權；B不動產上，丙有一千圓之債權，亦有第二順位之抵押權。甲若於A不動產全部清償後，就其不足之五百圓。於B不動產上變賣清償，則與丙無害，而乙則損失極巨；反之，則利於乙而丙又受其損失。因甲之自由，而對於次順位人利害過鉅，故日本民法規定應以不動產之價格爲標準分別負擔其債權。（日民法三九二條一項）即A不動產負擔三千七百五十圓而B不動產負擔一千二百五十圓是也。似較我民法之規定爲完善。

抵押權人就其抵押物有優先受償之權外，而不負其義務。即債務人對於抵押債權所負之責任並不限定於其抵押物。故抵押權人倘不行使其權利而與一般之債權人同時起訴，就其一般財產以爲強制執行，自屬可能。但立法例亦有限定以抵押不動產之代價不敷清償之部分始能以其他之財產爲清償者，（日民法三九四條）但結果恒屬於抵押權人之不利益，似不足採。

第六款 抵押權之消滅

抵押權消滅之原因，有爲一般物權所共通者；亦有爲擔保物權所特有者。

第一 共通之原因

（一） 標的物之滅失

抵押權之標的物滅失時；其抵押權自以消滅爲原則。但因滅失得受之賠償金應按各抵押權人之次序分配之。（八八一條）蓋物上代位之原則，於此亦可適用者也。

（二） 拋棄

抵押權爲財產權。故於不害第三人權利之範圍內自得將其拋棄，蓋不待言。

（三） 混同

抵押權與抵押物之所有人混同時，其抵押權自以消滅爲原則。但抵押權之存續倘與所有人或第三人有法律上之利益者，不在此限。（七六二條）

（四） 消滅時效

抵押權雖不能先於其被擔保債權而消滅，但其被擔保債權之請求權倘已因時效而消滅，抵押權人於消滅時效完成後五年間不實行其抵押權者，其抵押權消滅。（八八〇條）蓋我民法對於消滅時效之規定，係倣自德國，僅喪失其請求權，與日本民法之喪失債權之本身者不同。（註）故日民法之規定抵押權非與被擔保債權同時不能消滅。（日民法三九六條）而我民法則消滅時效完成後五年內仍得就其抵押權取償者也。（一四五條）

註：拙著民法要論總則一百四十四頁以下參攷。

第二 特有之原因

（一） 被擔保債權消滅

被擔保債權消滅，則抵押權自亦因而消滅，但僅一部消滅，則抵押權因其不可分性，自不受何等影響者也。

(二) 抵押權之實行

抵押權人於已屆清償時，爲實行其抵押權，或得聲請法院拍賣其抵押物，或訂定契約取得其所有權，或用其他之方法，處分其抵押物，既如前述。其抵押權因實行而消滅，自屬當然。

第四節 留置權

第一款 留置權之性質

第一 留置權之意義

留置權 (*droit de retention, Retentions rechte, zuruckbehaltungs Recht*) 云者，謂他人之物之占有人，因其物上所生之債權，而得留置其物，直至其債權之清償爲止之擔保物權也。故債務人若希望返還其物，即不得不清償其債務，否則，債權人即可留置其物，拒絕返還。蓋留置權之立法之理由

，即在維持當事人間之衡平，防止有僅享受權利而不履行自己之債務之狀態，而促進其清償若也。

留置權之由來，蓋濫觴於羅馬法上之「惡意之抗辯」(exceptio doli)。即債權人於其債權未履行時有拒絕履行其債務之抗辯之權利；但並未以之為獨立之物權。德國民法亦僅以之為債權之一效力(德民二三二條二三四條)。但法意民法雖未以明文規定留置權之性質，而學者之通說，則認其為物權之一種。而我民法則倣照瑞士及日本民法之規定，承認其為獨立之物權焉。查留置權人雖無占有其物之權能，但其有留置物之孳息收取權(九三五條)，即為其物權性之表現。且留置權人於其債權未經清償對任何人咸有拒絕返還其物之權利，故每有排他的性質，而與對人的抗辯權有別。加之，留置權人於通知債務人後，即得就留置物直接取償(九三六條

），是留置權人無須債務人之行爲，即可以自己之意思，決定其留置物之運命，是爲留置權人之特有之支配的權能。凡此，均足證明留置權之爲純粹之物權者也。

第二 留置權之要件

留置權者法定擔保物權也。法定擔保物權云者，即特定之債權因具備法定之要件，而當然發生之擔保物權也。故與其他擔保物權之純因當事人之意思而發生者不同。我民法上規定，留置權之成立要件如左：

（一） 債權人占有屬於其債務人之動產（九二八條）

留置權之標的物爲其債務人之動產，故不動產固不得爲留置權之標的物，即非債務人之第三人之動產，亦不得留置。此我民法與日本民法不同之一點。（日民法二九五條參照）

(二) 債權已達清償期者(九二八條一款)

故占有人之債務雖已達履行期，而其債權尙未達清償期者，亦無留置其標的物之權利。蓋留置權之制度，原以雙方當事人之衡平爲目的；若不達清償期即行使留置權實違反衡平之趣旨故也。但債務人若無支付能力時，雖於其債權未屆清償期前，亦有留置權。(九三一條一項)

(三) 債權之發生與該動產有牽聯之關係者(九二八條二款)

即其動產與債權之間須有牽聯性(Congexite)之存在之謂也。蓋留置權原爲保護與占有物有特別關係之債權人之制度，故以其牽聯性爲成立要件之一。但所謂牽聯之程度，法律上並無一定之限制。故(1)因動產而發生者，例如因動產之瑕疵而發生之損害賠償權。(2)於其物上發生之債權，例如運送費，修繕費等。(3)此外，因以其動產爲標的物之一切法律關

係事實關係而發生之債權，例如動產之保管費，賣價等皆是也。雖然，於此有應注意者，即其債權之發生與動產須有牽聯之關係，而其占有之發生，則無庸與債權有牽聯之關係。故為占有前所發生之債權而行使其留置權亦屬無妨者也。

復次，則商人間因交易頻繁，對於其因營業關係而占有之動產及其因營業關係所生之債權，皆視為有上述之牽聯關係。（九二九條）例如旅店為其旅客由房飯費用而生之債權，於其旅客之行李上均可行使留置權者也。

（四）其動產非因侵權行為而占有者（九二八條三款）

債權人欲主張留置權固以占有其債務人之動產為必要。其占有之原因，雖以不問為原則，但如係因侵權行為而占有者，則非法之所許。是以為

清償其債務而竊取債務人之所有物，留置之以爲其債權之擔保，則其物雖與其債權有牽聯性，亦不認爲成立留置權者也。

(五) 其動產之留置須不違公共秩序或善良風俗(九三四條前段)
留置權之認許原在維持當事人間之衡平，故其留置倘有違反社會之妥當性者，自非法律所許可。是原屬當然之規定，無須明文者也。

(六) 其動產之留置須與債權人所承擔之義務，或與債務人於交付動產前或交付時所爲之指示不相抵觸(九三〇條後段)。

此蓋根據交易上信義誠實之原則所爲之當然之規定。但債務人於動產交付後成爲無支付能力或其無支付能力於交付後始爲債權人所知者，雖無抵觸之情形，債權人仍得行使其留置權焉。(九三一條二項)

第三 法定之留置權

一般之留置權，皆係具備上述之要件，然後發生，但亦有雖不具備法定之要件，而法律上亦許其行使留置權者。例如不動產之出租人就租賃契約所生之債權對於承租人之物置於該不動產者（四四五條一項參照）及旅店主人就其住宿飲食或墊款所生之債權於未受清償前對於客人所攜帶之行李及其他物品（六一二條）皆有留置權者也。此種留置權，我民法上稱之爲法定留置權，除另有規定外，咸準用一般留置權之規定（九三九條）。但一般留置權之發生，咸係因具備法定之要件而當然發生，並非出於當事人之合意，故此種名詞，實屬不當。爲使其與一般留置權區別起見，毋寧謂爲特殊留置權之爲愈也。

第二款 留置權之效力

第一 留置之效力

留置權人於其債權清償前有留置其占有之動產，拒絕交付之權利，是爲留置權之本質。此種留置之效力，於其債權全部清償前，得就其標的物之全部行之。（九三二條）故雖清償其債權之一部，不能請求其返還留置物相當之一部。即留置物之一部因不可抗力而致滅失時，留置權仍存續於其殘部，不能認與其滅失部分相當之一部債權即因此而致無擔保也。換言之，即以留置物之各部分擔保債權全部，以留置物之全部擔保債權之各部分。是爲擔保物權之不可分性之當然。

第二 保管上之注意義務

留置權人對於其留置物既有留置的效力，同時當然即負有保管上之注意義務。故應以善良管理人之注意，保管其留置物。（九三三條）善良管理人之注意云者，就其留置物之性質，以一般認爲必要程度之注意而爲保

管之謂也。

第三 費用償還請求權

留置權人既有保管之義務，故因保管其留置物所支出之必要費用，得對於債務人請求返還。（九三四條）必要費用云者，保存費等，以善良管理人之注意而為保管時所必要之費用也。

第四 孳息收取權

留置權人得收取其留置物之孳息，先於其他債權而受債務之清償。法律上所以許與留置權人以此種權利者，蓋以孳息為數極微，留置權人雖以之抵充債權，對於其他債權人並無甚大之損害，且孳息多屬易於消費者，故以此種簡單方法，抵充清償，既無損於債務人，並可兼酬債權人保管之勞也。

第五 留置權之實行

留置權之本質，固在留置物之留置，而其目的，自仍在供其債權之清償。其取償之方法，即爲留置權之實行。

我民法規定，留置權之實行方法如下：

(一) 催告 債權人於其債權已屆清償期而未受清償者得定六個月以上之相當期限，通知債務人，聲明如不於其期限內爲清償時，即就其留置物取償。

(二) 處分 債務人不於前項期限內爲清償者，債權人得依關於實行質權之規定，拍賣留置物或取得所有權。其不能爲前項之通知者於債權清償期屆滿經過二年者，亦得爲同樣之處分。(九三六條)

第三款 留置權之消滅

第一 一般原因之適用

留置權是否亦因物權一般消滅之原因而歸於消滅，頗不一致。故有逐一說明之必要。

(一) 標的物之滅失

擔保物權中之抵押權及質權二者，其標的物雖經滅失，而因適用物上代位原則之故，其權利並不消滅（八八一條八九九條）。而留置權則標的物滅失時其留置權即行消滅。蓋前二者雖為物權，但與其謂為以物之本身為標的，毋寧謂為以物之金錢價值為標的，而留置權則純以物之本身為標的者也。

(二) 拋棄

留置權係具備法定之要件而當然發生者，故債權人雖表示拋棄之意思

，而事實上仍占有其物者，其留置權即不得謂爲拋棄。若事實上不占有時，則根本即缺乏留置權存續之要件，其留置權自然消滅。故拋棄不得謂爲留置權消滅之原因也。

(三) 混同

留置權係因占有債務人之動產而發生，於自己之物上自無發生留置權之可能。故所有人取得留置物時，其留置權即因缺乏存續要件而消滅，並非因混同而消滅，故混同亦非留置權消滅之原因也。

(四) 時效

留置權以標的物之占有爲其存續要件。故自不罹消滅時效，即第三人亦無從占有其標的物而完成其取得時效。故時效亦非留置權消滅之原因也。

第二 留置權之特有消滅原因

(一) 被擔保債權之消滅

留置權與其他擔保物權相同，其被擔保債權消滅時，不問其消滅原因之如何，其留置權即行消滅。其債權之請求權因消滅時效而消滅時，亦同。不過於此種場合，留置權人仍得就其留置物取償而已（一四五條）。

(二) 相當擔保之提出

債務人爲債務之清償，已提出相當之擔保者，債權人之留置權消滅。（九三七條）其擔保爲物上擔保或人的擔保皆非所問，而以能使該債權充分滿足之「相當」爲要件。蓋留置權人往往爲輕微之債權而留置債務人重要之動產，對於債務人時欠衡平，故許可其提出擔保而使留置權消滅也。

(三) 占有之喪失

留置權不唯以動產之占有爲成立要件且爲存續要件。故留置權因占有

之喪失而消滅。(九三八條)其喪失之原因係由於自己之意思與否，毫無區別也。

第五章 占有

第一節 總說

第一 占有之社會的作用

占有 (Besitz, Possession) 一語，原爲人與物之間事實上之支配關係之義。在古代時，占有與所有之間，原無顯著區別，恒以爲凡對物能以實力支配者卽爲其物之所有人。其後因法律思想之發達，始對於此種事實之支配關係，特別予以保護，而賦與各種法律效果。其對物之支配究係正當之權利之行使，抑並無正當之權利僅爲事實上之支配，均非時間；倘事實上占有支配之狀態，咸認爲占有，而予以種種之保護。例如盜賊，雖無支配之權利，亦得受占有之保護，即其適例。雖然，此種制度之社會的意義，果何在？此一問題，十九世紀以來，幾爲法學界之中心問題，其代表之見

解，則（一）有以爲在尊重意思之自由者（黑智兒 Hegel 康德 Kant）（二）有以爲保護占有人之人格者（薩維尼 Savigny）（三）有以爲在保護所有權者（葉寧 Heintz）（四）有以爲保護占有人之意思者（溫德霞 Windscheid）而輒近之通說則咸謂占有制度在維持社會之秩序（鄧伯義 Derelictus 古勒 Kohler 等）。雖然，吾人於論究占有制度之社會之意義之先，有不可忽視者，即現行法上之占有，固不僅爲羅馬法上占有（Possessio）之遺存，且爲日爾曼法之 Gewere 之承襲。此兩種制度，就其以外形之事實爲基礎之一點而論，固相近似，而其本質，則各不同，其社會之機能，自亦因之而異。現行民法上之占有既爲此兩種制度混和而成，則純就一方之理論，欲爲一元之說明，自屬難能。

羅馬法之 Possessio 觀念之最初出現爲十二表法第六表關於取得時效之

規定，即非所有人而於一定期間事實上支配其物者即可因取得時效而取得其所有權。其出發點即與所有不同，而與所有相對立。故於占有之訴訟上，皆只依其占有關係而為裁判，而不以其所有權及其他本權為根據。蓋羅馬法之占有，實以占有訴權（*interdictum*）為中心，而以事實狀態之保護為目的。此種事實狀態之保護於依占有訴權而為訴訟間，雖仍得因真實之權利關係而顛覆，但此種狀態倘繼續經過一定之期間，即可依時效制度而為保護，不能因真實之權利而傾覆矣。

日爾曼法上，蓋無占有與所有之區別，凡對物有事實上之支配者，即有 *Gewere*，因此而受保護。管領動產者取得其動產之 *Gewere*；利用土地者取得其土地之 *Gewere*。蓋日爾曼法上以為事實上之支配即為其物權之表現；故保護其事實上之支配，即係保護其權利。而 *Gewere* 即為其物權表

現於外部之法的表象。其 *Gewere* 倘非有真實之權利者，固可因真實之權利而傾覆，但在其傾覆之先，則即推定爲有實質的權利。故 *Gewere* 之效果，約有三種

(一) 權利之防衛 (*Rechtsverteidigung*) 一切物權咸以 *Gewere* 形式表現之，故 *Gewere* 實有物權公示之作用，非以判決，不能傾覆。且在其傾覆之前，概認爲正當者也。

(二) 權利之實現 (*Rechtsverwirklichung*) 凡有 *Gewere* 者，即推定其爲有實質的權利，故爲實現其權利，對於妨害其支配者，自得加以排斥。例如所有人得向竊盜請求返還被盜之物等，皆 *Gewere* 作用之表現也。

(三) 權利之移轉 (*Rechtsübertragung*) 物權之處分，常對其 *Gewere* 行之，因 *Gewere* 之得喪，而發生物權得喪之效果，故 *Gewere* 之得喪，遂

爲物權得喪之要件。

Cewere 之效力既如上述、故其與羅馬法之 *Possessio* 之差異，實至顯著。即 *Possessio* 係與真實之權利分離，而承認 *Possessio* 之效力；至 *Cewere* 則係因保護真實之權利，而對其表象認與一定之效力。結果 *Possessio* 之爭訟，止於爲 *Possessio* 之爭訟而與其真實之權利無關；反之，*Cewere* 之爭訟，倘不能以 *Cewere* 之爭訟解決者，恒以真實之權利爲解決焉。

現行各國民法上之占有制度，咸係承繼 *Possessio* 及 *Cewere* 兩種制度混和而成，即以我民法言之，如占有人權利之推定，（九四三條）、動產之即時取得（九四八條），咸爲日爾曼法系 *Cewere* 理論之表現。而占有訴權及善意占有人之使用收益權及費用償還請求權之規定，則爲羅馬

法系 *Possessio* 之承繼，咸係雖無真實之權利純因其占有而受保護者也。

占有制度之作用，既如上述之繁複，則欲與以一元之說明，自不可能。故吾人對於占有保護之理由，遂主張持多元論。即其予權利之推定上，係保護社會之平和及交易之安全；即時取得則係因其有權利之表象而予以保護，蓋為公信主義之表現；占有訴權之旨趣在維持社會平和之秩序，而使用收益權及費用償還請求權則純在保護個人之私益者也。

第二 占有之法律的性質

占有云者究為事實抑為權利，於德國普通法時代，即多爭議。迄今學者聚訟紛紜，莫衷一是。我民法名之曰占有，而不曰占有權。蓋即純認為事實，而不承認其為權利者也。雖然，竊以為占有之本身固純為事實，但此種事實，既為法律所承認，且予以種種保護，則自應認為權利之一種，

不然，則其承繼移轉取得主張皆將失其根據。換言之，則占有係以事實上之管領爲法律要件，從而賦與法律上之效果之權利也。

雖然，一般之權利，一旦發生，即與其所以發生之法律要件分離，而爲獨立之存在，並不以發生原因之存在，爲其權利存續之要件。占有則不然。占有既係因占有之事實而發生，且與其實事同終始，此爲其與其他權利不同之一點。復次，則法律保護占有之理由，既純以表象之事實爲基礎，則倘以正當之法律之原因與程序，主張反對之事實者，其占有之效力，即不能再行繼續。故學者恒名占有爲假權，而其真實之權利，則爲本權。本權云者，卽有爲占有之權利者也。換言之，則占有權(Right of possession)與爲占有之權利(Right of possess)完全不同。前者爲假權，後者爲本權是也。占有人固亦時有本權，但事實上則恒有並無本權之占有人(如竊盜)

及雖有本權而非占有人者（例如所有物被盜之所有人），是不可不知也。

第二節 占有之意義

第一款 占有之理論

占有係人與物間之事實支配關係，固無疑義。然是否一切事實上支配之關係，皆可謂為占有，抑必須具有何等之意思，是為德國普通法學者論爭之中心，而各國之立法例亦因是而岐異。故於說明我民法規定之先，對於占有之理論，遂有研究之必要。

（一） 主觀說

占有之成立，於物之管領而外，並須要一定之意思。管領為體素（*corpus*）而意思為心素（*animus*）。是為薩維尼（*Savigny*）所唱導，但雖同為主觀說，其間亦略有差異。即

(a) 所有意思說

是爲薩維尼所主張。即於管領之體素而外，須有行使自己之所有權之意思，即所有之意思（*Animus domini*）是也。法民法（二二二八條二二二九條）與民法（三〇九條）即採是說。此說之缺點，在將租賃人及質權人等，咸置於占有人之範圍之外。

(b) 支配意思說

是爲溫德霞（*Windscheid*）所主張，對於薩氏之說，略加修正，即其心素之意思，無須爲所有之意思，但須有於一切方面支配其物之意思（*animus dominandi*）也。此說與 a 說同工異曲，從而亦有同一之缺點。

(c) 爲己之意思說

是說爲鄧伯義（*Denburg*）之主張。蓋以前兩說之主張，皆失之過狹

，其占有意思，只須有以自己之名義，或爲自己之利益管領其物之意思，則占有即可成立。日本民法（一八〇條）即採是說。

（二） 客觀說

對於主觀之理論，根本加以推翻者，爲葉寧（Hering）所主唱之客觀說。葉寧以爲占有成立之積極的要素，僅爲人與物間之管領關係，管領之內自有占有之意思，無須更有占有之意思。新葉氏並非完全否認意思之存在，不過以爲此種意思原非與管領相對立而爲占有成立之要素者；不過僅爲其管領成立之一要素而已。即只有管領其物之意思即可，無須其他特別之意思也。此說一出，主觀說之勢力遂日漸減削。

（三） 純客觀說

純客觀說者，蓋較葉寧之主張，更進一步。持是說者，以爲占有之發

生，完全根據其事實的支配之客觀的狀態，無論如何，所謂意思者，決非占有之要素也。是爲巴克（Bekker）之主張，德國學者，類皆從之，而德國民法（八五四條）及瑞士民法（九一九條）皆採是說。我民法之規定，亦純採此說者也。（九四〇條）

以上所述，爲占有理論進展之大致。在學者研討占有意思之始，原在闡明羅馬法之規定，而葉寧以後，則漸次注重占有制度之作用，適應社會之需要，而占有之觀念，及占有保護之範圍，遂皆次第擴大矣。

第二款 占有之要件

我民法規定『對於物有事實上管領之力者爲占有人』（九四〇條）故凡對於物有事實上管領之力者，即爲占有。蓋以體素爲占有之唯一之要件，此外無須更有任何之心素（意思）按人之意思，原不能自外部確知。

某人之管領其物，究有何等之意思，殆完全無從由外部加以推測，占有既以保護事實上之支配關係爲目的，自以採取客觀說爲最澈底也。

管領云者，物之置於事實上可以支配之實力狀態之謂也。唯於此有應注意者，則所謂管領云者，不能拘泥於其文字，爲狹義之解釋。其管領之狀態及其程度，當依時代之社會觀念，具體決定之。故雖未直接接觸其物之外形，但社會之通念上，認爲係可以依其物之一般使用之方法處置之者，即爲管領。例如收藏於倉庫中之物品，棲居於屋外之動物皆可認爲係支配可能之狀態也。即依占有之補助人而在保持實力之支配狀態者，亦謂之占有。例如店主得店夥之補助以支配店中之商品是也。蓋店夥爲占有之機關（Besitzgehilfe），不過爲占有人之手足之延長而已。（九四二條及德民法八五五條參照）

占有之主體須爲有權利能力之人，自無庸疑。但我民法既以體素爲唯一之要件不須任何之意思，故雖無意思能力之嬰兒及狂人，皆得爲占有之主體，是蓋採取純客觀說之當然結果，倘取主觀說，則正相反對。

占有既爲事實上之支配關係，故占有之客體與所有權之客體不同。故雖不得爲所有權之客體者，仍可爲占有之客體。（例如物之一部份）且占有與其本權原係各自獨立不相統屬者，故其客體之個數，亦無須統一。例如所有權之客體雖爲一個之物，而爲其占有之客體時，則不妨視爲若干各別之物。例如以一所房屋分賃於數人時是也。反之，數人分有之一所房屋而由一人租借而占有之時，則其所有權之客體，雖爲數個之物而其占有之客體則爲一個之物矣。

第三節 占有之狀態

第一款 占有狀態之分類

占有之狀態，得爲種種之分類，其主要者如次：

第一 自主占有 他主占有

以所有之意思，管領其物者，謂之自主占有；反之，則謂爲他主占有。所有之意思云者蓋自以爲係所有人而占有其物之意思也，但無須自信有所有權之信念，故雖竊盜對其贓物亦得爲自主占有者也。而地上權人，承租人質權人等則爲他主占有。

第二 直接占有 間接占有

我民法採純客觀說，凡事實上有管領力者皆爲占有人。（九四〇條）故凡現實占有其物者，即爲直接占有。其對物之直接占有人，有返還請求權者，則認爲間接占有人，亦予以保護。蓋純倣德國民法之規定。是以質

權人，承租人，受寄人或基於其他類似之法律關係對於他人之物爲占有者爲直接占有人，該他人則爲間接占有人。（九四一條）（德民法八六八條八七一條）

僱用人學徒或基於其他類似關係受他人之指示而對於物有管領力者，僅爲占有之機關，而非占有之主體。故於此種場合，其他人爲完全占有人，並非間接占有人也。（九四二條）

第三 善意占有 惡意占有

雖無爲占有之權利（本權）而誤信爲本權者，謂之善意占有。其明知並無本權，或懷有疑意者，則謂之惡意占有。唯茲所謂善意惡意者，蓋與其他之場合（例八七條一六五條……等）不同。其他所謂善意者爲不知某事實，惡意爲知某事實。反之，善意占有則係信爲有本權也。

第四 過失占有 無過失占有

善意占有時，因其占有人之誤信係有過失與否，而分爲過失占有及無過失占有二種。

第五 瑕疵占有 無瑕占有

瑕疵占有云者，其占有之爲強暴或隱秘者也。強暴云者，因暴行脅迫而取得或保持其占有者也。隱秘云者，對於利害關係人特別隱秘其占有之事實者也。強暴之反對爲和平，隱秘之反對則爲公然。故和平公然而爲占有者即無瑕疵占有。

第六 單獨占有 共同占有

數人共同占有一物者，謂之共同占有。其個人單獨占有者，則謂之單獨占有。不過數人共同占有一物時，對外雖得各向第三人主張占有之效力

，而於對內關係則就其占有物之使用範圍，不得互相請求占有之保護。（九六五條）共同占有人之相互間關係，咸依其本權以決定之故也。

第二款 占有狀態之推定

占有之存在，若僅由外部觀察之，則僅爲事實之管領而已，其占有究竟屬於何種狀態，既難由外部窺知，自易滋疑義。法律爲應此種需要，而設有種種推定之規定。

（一） 占有於占有物上行使之權利，推定其適法有此權利。（九四三條）（日民法一八八條與民法三二三條參照）

占有人之占有，究係有爲占有之權利（本權）邪，抑爲事實之占有邪。此種懷疑，自屬不免，於此種場合，則占有人咸推定其爲依法有占有之權利。即占有人咸推定其爲本權人者也。因此凡主張所有權或他項權利，

對於現在占有人請求交出其占有物者，占有人無證明其權利之必要，而告爭人則負有舉証之責任。（註）蓋各人之占有其物以有本權爲常例，而以無權爲變例，法律蓋以常例爲標準而推定之者也。

註：前大理院八年上字第九一九號判例參照。

（二） 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。（九四四條）（日民法一八六條法民法二二三〇，二二三一，二二三四條，德民法一〇〇六條，九三八條，瑞民法九三〇條九三一條）

占有人以自主占有善意占有及無瑕疵占有爲常例，故法律上得受此種推定。因此，倘有爭議時，占有人並無提出反証之義務，而主張其非以所有之意思（他主占有）惡意強暴穩秘之占有者或曾於其中間喪失其占有者

，則有舉證之責任。

雖然，有應注意者，則法律上對於無過失占有之推定，未設規定。自不得不謂爲立法上之不備。亦有認爲無過失占有應包括於善意中者，此種補充解釋，似有獨斷之嫌。但無過失占有亦屬常例，倘有爭議時，亦應由告爭人負舉證之責也。（註一）（註二）

註一：中村萬吉博士日本民法論物權編及游佐慶夫博士民法概論物權編參照。

註二：對於舉證責任之問題，游佐慶夫博士嘗列舉三種法則，倘以此三種法則而言，則九四三條九四四條之規定，概屬當然之法理。其法則如下：

- （一）主張消極事實（無之事實）者無舉證責任，而主張積極之事實者有舉證之責任。
- （二）主張普通事實者無舉證責任，而主張特別事實者有舉證責任。
- （三）主張利益者（例，權利，免責）對於其受利益之必要事實，有舉證責任。（早稻田

法學第三卷震災後之私法觀。

第三款 占有狀態之變更

占有之狀態，並非固定，故可時有變更。例如善意占有人因知其無爲占有之權利遂變爲惡意之占有人；無過失之占有，亦可變爲過失占有。其占有之狀態，倘有變更，則法律上之效力，自亦因而差異，是蓋不待言者。但法律上對於占有狀態之變更，附有一種之制限。即於其權原之性質，倘非以所有之意思而爲占有者（例地上權人永佃權人質權人承租人等），若僅變更其意思，不能使他主占有變爲自主占有。必須對於使其占有之人表示所有之意思，或因新權原（例買入受贈等）而變爲以所有之意思占有，其占有之性質，始因而改變。（九四五條日民法一八五條）蓋因人之意思，無從由外部窺知，倘許其自由變更，則從前之自主占有人自獲有不測之損

害。是蓋爲羅馬法上之原則，「無論何人皆不能自己變更其占有之原因」之應用也。（法民法二二四〇條意民法二二一八條一項同趣旨）

此外，則善意占有人於其本權訴訟敗訟時，自其訴訟拘束發生之日起，視爲惡意占有人。（九五九條）其詳容後論之。

第四節 占有之取得

第一款 原始取得

占有亦可分爲原始取得及傳來取得二種。

占有之原始取得，原非法律行爲，故不適用法律行爲能力之規定，且占有無須意思，故雖無意思能力之嬰兒及狂人皆可爲占有人，已如前述。

占有要不外爲所有權及其他財產之外形，故占有之標的物，亦與一般財產權之標的相同，故禁止管領之違禁物，自不得爲占有之標的，但物之

一部，倘有占有之可能性時，自無妨爲占有之標的，如一所房屋中之一間是也。至占有可爲共有否？曾有議論，但在今日則已爲世所公認。

占有既可於物之一部上成立，故同一物上，倘非不相容者，自可有兩個以上之占有，同時存在，且自主占有他主占有，直接占有間接占有皆以併存爲常者也。

第二款 傳來取得

第一 占有之移轉性

占有原係因事實上之管領而發生，且與之不能分離者。故某甲自某乙處受領其占有物之交付時，則受讓人自可獨立取得占有，無庸根據讓與人占有，始能取得。似無承認占有之移轉性之必要，且論理上亦似無承認之可能。但實際上則不然。何則？蓋占有既因繼續一定之時間而發生一定

之效力（取得時效節參照），則其物之讓受人因承繼前主之占有而可將占有之時間一併計算，自有承認之必要。復次，則占有雖為事實支配關係，但其事實支配關係原係為社會之秩序力而成立，故因承認其事實支配關係之移轉，而前主與後主之占有，遂不失其同一性，自社會的觀念言之，自屬可能。故占有之有移轉性，自無懷疑之餘地。（註）而我民法上固亦承認占有之讓與及移轉者。（九四六條九四七條），各國民法，亦咸設有同樣之規定。（德民法八五七條二二一條九四三條法民法七二四條一〇〇六條二二三三五條日民法一八二條一八七條）

註；末弘嚴太郎博士物權法上卷。我妻榮教授物權法參照。

第二 移轉之要件

占有之成立，本以事實支配關係為唯一要件，故占有之移轉，於當事

人之合意而外，亦非將其占有物交付不生效力。（九四六條一項日民法一八二條一項）交付云者，即將當事人一方所管領之物移屬於他方當事人之管領之謂也。

但於下列三種場合，則只有當事人之合意，即生效力，無庸占有物之現實交付焉。

（1）簡易交付（*brevi manu traditio*）受讓人已占有其標的物者於讓與合意時，即生效力。即於此種場合，無庸再將其物返還讓與人再行交付，以免煩累。至本條之適用，不唯一切現實之占有人皆可包括，即占有之機關（九百四十二條）亦可適用。

（2）占有改定（*constitutio possessoria*）讓與其物後，而讓與人仍繼續占有其物時，讓與人與受讓人間，得訂立契約使受讓人因此取得間接占

有，以代交付。

(3) 指示交付 (Bositzanweisung) 其讓與之物如現由第三人占有時，讓與人得以對於第三人之返還請求權，讓與於受讓人，以代交付。

第三 移轉之效果

占有之移轉而後，其受讓人或其繼承人之地位，可由兩方面加以觀察。即一方面繼續爲前主之有同一性之占有；另一方面，亦可視爲其自己之新占有之開始。蓋占有原爲事實狀態。其事實狀態之續繼時，既可認爲繼續之同一事態，同時亦可視爲各個獨立之事實狀態。故如某甲之惡意占有繼續十年後，某乙以善意繼承占有五年時，若合併計算，則爲十五年之惡意占有；若僅以自己之占有而論，則爲五年之善意占有。於此種場合，其受讓人或繼承人可任行選擇，或僅主張自己之占有，或將自己之占有與前

主之占有合併主張。不過於合併主張時，須一併承繼其瑕疵耳。（九四七條法民法二二三五條，德民法八五八條，九四三條九四四條，瑞民法九三六，九四一條日民法一八七條

第五節 占有之效力

第一款 權利之推定

占有人於其占有物上行使之權利，推定爲適法。（九四三條）是爲占有之權利推定力。蓋占有爲物權之表象，有表象雖未必卽有權利，但苟有表象卽推定其爲有權利，則可用以保護信賴表象之社會交易之安全。此種規定，蓋爲日爾曼法 *Cewere* 之餘流。日爾曼法以 *Cewere* 爲表現權利之基礎的形式，故有基礎之效力；而羅馬法上則占有與所有，全然分立，故不承認占有有權利推定力。然近世立法例既爲保護財產法之動的安全，而

取公信主義，故於不動產有登記制度，而於動產則承認占有有權利之推定力。（法民法三二七九條，奧民法三二三條，德民法一〇〇六條，瑞民法九三一條）唯日本及我國民法之規定，係占有物上行使之權利，（日民法一八八條）並未規定限於動產之占有人，故解釋自不能不謂爲於不動產之占有，亦能適用也。

民法上所謂占有物行使之權利，蓋指由占有而表現之一切權利，自不限於物權。故自主占有人推定爲所有人，他主占有人或推定爲制限物權人，或推定爲承租人或使用貸借人，共同占有則推定爲共有人。倘其占有繼續，其推定未因舉反証而顛覆時，咸應承認其推定之權利爲存續者也。

復次，則民法僅規定爲占有人，故並不因其占有之狀態，而有區別，不問其爲善意惡意，直接間接，皆可受權利之推定。且不唯現在之占有人

，即過去之占有人，亦推定於其占有之當時爲有適法之權利人焉。

第二款 使用收益權

善意之占有人，既推定其有適法之權利，故就其占有物，有使用收益之權利。（九五二條）使用云者，就其物之使用方法，以利用之之謂；收益云者，則有取得其占有物之孳息之所有權之謂也。而其所謂孳息，固不特天然孳息而已，即法定孳息亦有取得之權利。其所以許與善意占有人以此處權利者，蓋善意占有人既信其占有物爲自己所有，爲取得其孳息，必費有相當之勞力與資本，且既取得之孳息又多隨時加以處分，故使其取得所有權，而無歸還於回復占有人之義務。但惡意占有人則明知無占有之權利，而爲占有，自不能與善意占有人同樣予以保護，故負返還孳息之義務，其孳息如已消費，或因其過失而毀損，或怠於收取，負償還其孳息價金

之義務。(九五八條日民法一九〇條一項)

善意之占有人，於本權訴訟敗訴時，自其訴訟拘束發生之日起，視為惡意占有人。(九五九條日民法一八九條二項)占有人雖非因起訴而當然為惡意占有人，但因敗訴之結果，自應有非權利人之自覺；其所以溯及於起訴之時者，蓋恐占有人故意延宕訴訟，以待其孳息之分離之故耳。

第三款 動產之即時取得

第一 總說

民法八〇一條規定『動產之受讓人，占有動產，而受關於占有規定之保護者，縱讓與人無移轉所有權之權利，受讓人仍取得所有權』。其所謂受占有規定之保護者，即九四八條所規定，善意受讓該動產之占有者，縱讓與人無讓與之權利，其占有仍受法律之保護是也。其他之動產物權之移

轉或設定亦同。(九四八條)此種規定，學者名之曰動產之即時取得，亦曰善意取得。

羅馬法制固守『無論何人皆不得以自己所有以上權利讓與他人』(Z. p. *no plus iuris in alium transferre potest quam ipse haberet*)之原則，若自無權利人受讓動產，縱為善意而無過失，亦不能取得權利。必將其物占有經過一定期間，始能因取得時效而取得。但此種制度之實施，於實際上殊多抵觸。蓋受讓人既無確悉其真正權利人之方法，只能以現實之管領人為權利人。倘若受讓人之信賴一旦錯誤，真正權利人向之請求回復動產，則受讓人雖可向無權利之讓與人請求損害賠償，但亦必遭逢不測之損害。日爾曼法則不然。倘任意將動產之占有讓與他人時(如借貸或保管)則第三人由其占有人之受讓其動產時，原所有人只對其相對人有一定之權利。是為

日爾曼古法（Hand wahre hand, Hand muso Hand wahren）之原則，而爲古代德法二國所通用，其後雖因繼承羅馬法，而暫行廢止，但因採取羅馬法之原則，過分保護原所有人，而不顧及一般交易之安全，故法民法遂規定占有有權原之效力，遂復歸於日爾曼法原則，近世諸國之民法，大都採用。（德民法九三二條九三三條及九三五條瑞民法九三三條奧民法三六七條日民法一九二條）即英國法亦於一定範圍內，承認同樣之制度焉。

第二 即時取得之立法理由

雖然，即時取得之立法的理由，果何如乎。學者間頗多議論，有主即時時效說者，以爲第三人善意占有其動產，則其取得時效，即時完成者。但時效原以時之經過爲前提，所謂即時時效云者，實屬自相矛盾，故不足採。亦有主過失主義說者，以爲所有人信託其所委託之占有人，因而其動

產始讓與第三人，蓋純出於所有人之過失。但此種規定，原不以所有人之過失爲要件，所有人即證明其無過失，亦不能不適用此種規定，故亦不得謂爲立法之根據。竊以爲動產物權既無其他公示之方法，遂不得不以占有爲動產物權變動之表象，表象之所在，即與以公信力。故不能不犧牲動產物權之靜的安全，以保護其動的安全。因此，民法上遂設有動產即時取得之規定焉。

第三 即時取得之要件

即時取得之要件，有五：

(一) 須爲動產 但船舶雖爲動產，因有登記方法與不動產同，故亦不能爲即時取得之標的也。

(二) 其占有須爲善意 於此所謂善意者，即不知該讓與人爲無權利

人，且其不知，係無過失者也。（註）

註：日本民法一九二條之規定以平穩公然善意無過失為即時取得之要件，我民法則因別有九四四條之推定，故善意占有人當然推定為和平公然之占有。唯不以無過失為要件，立法論上不無多少之懷疑也。

（三）讓與人須為無權利人 即時取得蓋以讓與人無讓與之權利為前提者也。但所謂無權利人者，須為該動產之原占有人。於此一點，民法上雖無明文，但即時取得本係承認動產占有之公信力之規定，故讓與人自須為原占有人。

（四）取得人須以動產物權或其他物權之移轉或設定為目的 即時取得之規定，在承認動產占有之公信力，故取得人之取得其占有，必須根據其動產所有權之讓與行為或其他動產物權（質權）之設定行為，且以此為

限。故物之原占有人與第三人締結貸借等債權契約，自不適用本條之規定，即因繼承而取得，亦不適用。德民法規定，其取得為無償之時，則取得人為不當得利人，須負返還得利之義務。（德民法八一六條）我民法未設規定，則解釋上有償無償自無區別。但其讓與行為或設定行為之成立，必須有效，蓋即時取得之規定，原在補救讓與人之無權利，而非補救其讓與行為或設定行為之瑕疵也。

（五）其動產須非盜品或遺失物 日爾曼法上之Hand where Hand 原則，原以所有人任意將動產之占有授與他人時為限。但現行民法則以取得人之善意為重點，其占有之授與是否由於所有人之意思，則非所問，但盜賊或遺失物因九四八條之規定，以期間之經過為必要，故不適用即時取得之規定。

第四 即時取得之效果

具備即時取得要件之取得人，其占有因受法律之保護，故於其占有物上，即時取得其行使之權利。如善意之占有人因動產所有權之讓與行為取得占有時，即時取得其所有權；因質權之設定行為取得占有時，即時取得其質權。

因即時取得而取得其權利者，為根據法律之規定而發生者，與取得時效同為原始取得；非根據前主之權利而發生者也。因此倘原所有人向之為所有權返還之請求時，可以拒絕其請求，亦無因不當得利而返還其得利之義務焉。

第五 即時取得之例外

即時取得制度，原係濫觴於日爾曼之古法，既如上述。日爾曼法之規

定，原以信賴他人，授與其動產之占有時，始對於所有人之追及的效力予以限制，倘其動產之脫離占有非由於所有人之意思，則仍得追及請求返還。現行民法雖未完全承繼此種制度，但對於盜賊及遺失物則咸認爲即時取得之例外。（法民法二二七九條二項德民法九三五條瑞民法九三四條日民法失一九三條）我民法亦同。卽其占有物如爲盜賊或遺失物時被害人或遺人自被盜或遺失之時起二年內得向占有人請求回復其物。（九四九條）但此種特則，自近代法之理想言之，似未盡當。不唯對於盜賊及遺失物特別減輕其公信力，爲無理由，卽對於被害人或遺失人亦無特別保護其動產靜的安全之必要。故對此原則，又有兩種例外：

（一）盜賊或遺失物如占有人由拍賣或公共市場或由販賣與其他同種之物之商人以善意買得者非償還其支出之價金，不得回復其物。（九五〇

條）（日民法一九四條德民法九三五條二項）

（二）盜賊或遺失物如係金錢或無記名証券，不得向善意占有人請求回復。（九五一條德民法九三五條二項）

第四款 占有之保護

第一項 自力救濟

正當之權利人倘非依自力而為救濟，則其權利之實現為困難或不可能時，則可無庸依公權利，而以自力救濟。（德民法二二九條民法一五一條）此種規定之趣旨，蓋純在正當權利人之保護。但占有人對於其占有之侵害，是否得以自力防衛救濟之邪。此一問題，蓋與一般之自力救濟，略有不同。蓋占有原為事實上之支配狀態，占有狀態之維持回復，即為社會平和秩序之維持回復。故雖以占有人之私力為之，似亦無禁止之必要。是以

德瑞及我國民法咸承認占有之自力救濟。(德民法八五九條瑞民法九二六條民法九六〇條)且一般自力救濟，咸以倘依公權利救濟則其權利之主張即不可能或極困難為要件，而占有之自力救濟，則不設此種限制，蓋亦因前者以私人權利之保護為目的，而後者則出於維持社會之平和秩序之趣旨也。

占有人之自力救濟權，又可分為二種：

(一) 自力防衛權 (Selbstverteidigungsrecht) 占有人對於他人侵奪或妨害其占有之行為得以自力防禦之。(九六〇條一項)

(二) 自力奪還權 (Selbsthilferrecht) 占有物被侵奪者如係不動產，占有人得於侵奪後即時排除加害人而取回之、如係動產，占有人得就地或追蹤向加害人取回之。(九六〇條二項)

行使自力救濟之占有人，通常雖爲直接占有人，但對於直接占有之侵害，同時亦爲對於間接占有之侵害，故間接占有人亦有自力救濟權。占有之機關雖無自力救濟權，但因代替其主人之故，亦可行使者也。（九六一條）

第二項 占有訴權

第一 占有訴權之性質

占有訴權云者。排斥占有之侵害回復占有常態之物上請求權也。蓋羅馬法上既對於占有與所有加以區分，故與占有以占有訴權。占有之訴與所有之訴，完全分離，占有之訴，只以占有關係決定之，不得以所有權及其他本權而爲抗辯。近世各國立法例，皆採用之，我民法亦然。占有之訴，爲獨立之訴，與本權之訴，各不相妨，占有之訴，既不得以本權之理由而

爲裁判，而訴訟之事務管轄，亦不相同，因占有訴訟以迅速簡易爲必要，故恆專屬於最低級法院之管轄也。雖然，於此有應注意者，則占有訴權原係物上請求權，故有物權之效力，占有人倘於裁判外行使其請求權，自屬無妨，不能誤認爲非依訴訟不可者也。

第二 占有訴權之種類

占有訴權，復可分爲三種，即占有保持之訴，占有保全之訴，占有回收之訴是也。（九六二條）

（一） 占有保持之訴 占有保持之訴者，占有被妨害時，得請求除去其妨害之權利是也。所謂妨害云者，即以奪取以外之方法，使其管領失其圓滿之謂也。其妨害無須爲人之行爲，即因自然力而加之妨害亦可包括。例如鄰家之樹木倒落於己家之內致房屋倒塌是也。蓋占有訴權亦爲物上請

求權之一種，故有客觀性。其加害事實不以故意過失爲必要，倘係出於故意過失時，並可依侵權行爲之規定，請求損害賠償焉。

(二) 占有保全之訴 占有保全之訴云者，占有人於其占有有妨害之虞時，得向相對人請求妨止其妨害之權利也。其妨害之危險，須爲具體的事實之危險，其抽象的危險，則法律不能予以保護。具體的事實的危險云者，係何人以如何方法而爲妨害可以顯然感知者也。

(三) 占有回收之訴 占有回收之訴者，占有人於其占有物被侵奪時，得請求返還之權利也。侵奪云者，其占有物之管領之喪失非出於占有人之意思者也。

第三 占有訴權之行使期間

占有訴權，既係以回復事實之支配狀態。保持社會之平和秩序爲目的

，自應以簡易迅速爲必要，故自其占有物被侵奪，妨害，或危險已發生後一年間倘不行使，即行消滅。（九六三條）一年之期間云者，係除斥期間，而非時效期間，其法律上所以有此種時間之限制者，蓋如隨時皆得主張時，則事實之狀態，永不確定，實違反占有訴權之本旨故也。

第五款 占有人與回復人之關係

無正當權利之占有人，遇有爲占有權利人之請求返還時，則自不得不返還其物。但其物返還之際，占有人與回復人之間，遂發生一定之權利義務，但占有人之權利義務，因其占有狀態之爲善意或惡意，而顯有不同。茲分述之：

第一 善意占有人之權利義務

（一） 賠償責任 善意占有人因可歸責於自己之事由，致占有物滅失、

或毀損者，對於回復請求人僅以因滅失或毀損所受之利益爲限，負賠償之責。（九五三條）但其善意占有人倘係他主占有人——即非以所有之意思而爲占有時——則負損害賠償之全責。（九五六條）

（二）費用償還請求權 善意占有人不問其爲自主占有抑或爲他主占有，就其爲占有物所支出之費用，有下列之償還請求權：

（1）因保存占有物所支出之必要費用，得向回復人請求償還。但已就占有物取得孳息者則不得請求償還。（九五四條）

（2）因改良占有物所支出之有益費用，於其占有物現存之增加價值限度內得向回復請求人，請求償還。（九五五條）

第二 惡意占有人之權利義務

（一）賠償責任 惡意占有人因可歸責於自己之事由致占有物滅失或

毀損者，對於回復請求人負損害賠償之責。（九五六條）

（二）費用償還請求權 惡意占有人因保存占有物所支出之必要費用，對於回復請求人，得依關於無因管理之規定，請求償還。（九五七條）即以回復人之利益為限，得請求償還。（一七七條）至其所支出之有益費用，則不得請求償還。

第六節 占有之消滅

占有消滅之原因，有二：

（一）標的物之消滅 占有物滅失時，其占有自歸於消滅，無待煩言。

（二）管領力之喪失 管領力之喪失云者，占有人喪失其對於其占有物之事實支配關係之謂也。蓋占有之取得，既係以有事實上之管領力為唯

一要件，則其事實上之管領力喪失時，其占有當然因而消滅。（九六四條）但所謂管領力之喪失，當以社會之觀念決定之。如占有物偶然忘置於友人處，或被友人暫時使用，則其管領力不過一時不能實行而已，自不得謂爲喪失。（九六四條但書）又其占有物雖被侵奪但依占有回收之訴而回復其占有狀態者，則其管領力與未喪失同。

第七節 準占有

第一 準占有之意義

占有爲物上之事實支配，故占有制度之目的，即在保護此種物上之事實支配關係。但社會上之事實支配關係所應予以保護者，原不僅物之一種。其他之事實之支配關係，雖不皆有物之支配，但社會上倘能認識其外形而予以信賴，自亦應予以保護，就維持支配人之私益及社會平和秩序言之

，皆屬當然。此所以民法上於占有制度而外，又有準占有及權利占有（*Quasi possessio, Taxis possessio, Quasipossession Rechtsbesitz*）制度之規定也。

羅馬法制，占有僅爲對於物之事實上之支配，故以不承認權利之占有爲原則。但地役權係以物之事實上之支配爲要件，故承認地役權之占有，而稱之曰準占有（*Quasi Possessio*）焉。但日爾曼法制則對於物以外之支配關係，亦承認同樣之制度。如中世之寺院法，對於諸種之公權利，身分權等，咸承認有準占有。德國普通法時代占有制度之範圍，亦相當擴張。法民法即係因此時代思想制定者，故不只物以外之權利，即身分關係上亦承認有占有之制度。（法民法二二二八條一九五條以下）但德民法制定時，此種制度，遂又被制限，其所承認者不過人役權及地役權二種而已。（德民法一〇二九條一〇九〇條）瑞民法從之。（瑞民法九一九條二項）日

民法規定，則凡以爲己之意思行使財產權者，皆爲準占有，使之準用占有之規定。（日民法二七五條）除未及身分關係外，殆與法民法相近似。而我民法之規定，則除不以心素（爲己之意思）爲要件外，殆亦與日本法同趣旨焉。（九六六條）

第二 準占有之成立

我民法上得爲準占有之標的之權利，以不因物之占有而成立之財產權爲限。故不特親屬權，繼承權等身份權不得爲占有之標的，即財產權中因物之占有而成立者，如地上權，永佃權，典權，質權，租賃權，使用借貸權等皆不得爲占有之標的者也。

我民法於占有不採主觀主義，故準占有之成立，自無庸爲己之意思，其唯一之成立要件即其財產權之行使是已。所謂財產權之行使與一般占有

之事實之管領相當。蓋指其權利表現於外部之客觀的事實而言，故雖因一回之行使即行消滅之債權，但因其有債權證書等，可以客觀的認識其債權之歸屬，故雖不行使其權利，亦可成立準占有者也。

第三 準占有之效果

準占有成立後，其財產權倘已不能行使時，其準占有即因而消滅。但準占有有人倘有行使之權能，則事實上雖未行使亦不得謂消滅也。

準占有完全準用占有之規定。(九六六條二項)故一切效力，殆悉與占有相同。但其效力原係準用之效力，故應於各種場合，考慮其適用之範圍，如關於即時取得之規定，純為動產占有之公信力之規定，與其權利之表象，有密接關係，準占有自不得準用者也。



借 書 到 期 表

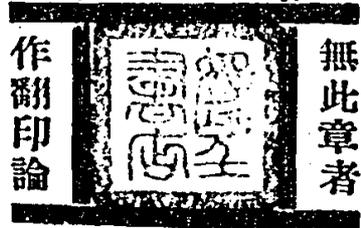
書 新 版 出 近 最

書	名	著	譯	者	定	價
行政法大綱(上卷總論)		白鵬飛著			八	角
行政法大綱(下卷各論)		白鵬飛著			一	元二角
經濟學原理十講上冊		陳豹隱著			九	角五分
社會科學研究方法論(再版)		陳豹隱著			九	角五分
比較勞動法學大綱		白鵬飛著			一	元
新經濟思想史		俄國魯平著	陶達譯		一	元
純粹商業論		林天樞著			(印刷中)	
票據法		余榮昌著			三	角
哲學概論		陳大齊著			五	角
民事訴訟法		包榮第著			七	角五分
比較憲法		章友江著			一	元五角
比較憲法		黃公覺著			三	角二分
蘇聯監獄制度		黃得中譯			(印刷中)	
蘇聯刑法典		黃得中譯			(印刷中)	

現行物權法論一冊
民國二十二年九月初版

無此章者

作翻印論



著作人 李宜琛

出版者 好望書店

發行所 好望書店

北平宣內大街甲二十一號
電話南局三八一八

分售處 各大書店

定價大洋九角
外埠酌加郵費匯費

