

民法要論物權

北平大學法學院教授
前大理院院長
日本東京帝國大學法學士

余榮昌著

民
法
要
論
物權

北平朝陽學院出版

中華民國二十年十月一日初版

定價大洋二圓二角
外埠加郵費洋二角

翻 印
必 究

著作人

紹興余棨昌

出版人

北平朝陽學院

總發行處

朝陽學院出版部

分售處

京外各大書店

印刷人

地址 北平西長安街八十二號
北平和記印書館
電話 南局六百七十七號

民法要論物權目錄

頁數

總論

第一章 物權之性質

一

第二章 物權之效力

三

第三章 物權之種類

四

第四章 物權之變動

六

第一節 總說

六

第二節 物權的意思表示

七

第三節 由於物權意思表示以外原因之物權變動

一一

第五章 物權之消滅

一二

各論

第一章 所有權

一四

第一節 所有權之性質

一四

第二節	所有權之保護	一七
第三節	所有權之界限	二〇
第一款	總說	二〇
第二款	相鄰權	二二
第四節	所有權之取得	三六
第一款	總說	三六
第二款	先占	三七
第三款	遺失物之拾得	三八
第四款	埋藏物之發見	四二
第五款	添附	四四
第一項	總說	四四
第二項	不動產上之附合	四四
第三項	動產上之附合	四六
第四項	混合	四七

第五項	加工	四八
第六項	添附之效果	四九
第六款	物之分離	五〇
第七款	取得時效	五一
第五節	所有權之消滅	五四
第六節	共有	五五
第一款	總說	五五
第二款	共有之性質	五六
第三款	共有人之應有部分	五七
第四款	共有人之支配權	五八
第五款	共有物之管理	五九
第六款	共有關係之終了	六一
第一項	總說	六一
第二項	分割之請求權	六一

第三項	分割之方法	六二
第四項	分割之效果	六三
第七款	公同共有	六五
第八款	準共有	六七
第二章	地上權	六七
第一節	地上權之性質	六七
第二節	地上權之取得	七〇
第三節	地上權之存續期間	七〇
第四節	地上權之效力	七一
第五節	地上權之消滅	七六
第一款	消滅之事由	七六
第二款	消滅之結果	七七
第三章	永佃權	七八
第一節	永佃權之性質	七八

第二節 永佃權之取得

第三節 永佃權之存續期間

第四節 永佃權之效力

第五節 永佃權之消滅

第一款 消滅之事由

第二款 消滅之結果

第四章 地役權

第一節 地役權之性質

第二節 地役權之種類

第三節 地役權之取得

第四節 地役權之效力

第一款 地役權人之權利義務

第二款 供役地所有人之權利義務

第五節 地役權之消滅

第一款 消滅之事由

九四

第二款 消滅之結果

九六

第五章 典權

九六

第一節 典權之性質

九六

第二節 典權之取得

九八

第三節 典權之存續期間

九九

第四節 典權之效力

一〇〇

第五節 典權之消滅

一〇四

第一款 消滅之事由

一〇四

第二款 消滅之結果

一〇五

第六章 抵押權

一〇六

第一節 抵押權之性質

一〇六

第二節 抵押權之取得

一〇八

第三節 抵押權之標的

一一〇

第四節 抵押權所擔保之債權

第五節 抵押權之效力

第一款 對於抵押權設定人之效力

第二款 對於他債權人之效力

第三款 對於第三取得人之效力

第四款 抵押權之實行

第五款 抵押權之處分

第六款 抵押權之消滅

第七章 質權

第一節 總說

第二節 動產質權

第一款 動產質權之性質

第二款 動產質權之設定

第三款 動產質權之標的

第四款 動產質權所担保之債權

第一項 總說

第二項 質權與債權之關係

第五款 動產質權之效力

第一項 質權人所有之權利

第二項 質權人所有之義務

第六款 動產質權之實行

第七款 動產質權之消滅

第三節 權利質權

第一款 權利質權之性質

第二款 權利質權標的之權利

第三款 權利質權之設定

第一項 債權質之設定

第二項 其他權利質權之設定

一一八

一一八

一一九

一一一

一一一

一一三

一一三

一一五

一一六

一一六

一一八

一一九

一三九

一四〇

第四款 權利質權所担保之債權

第五款 權利質權之效力

第六款 權利質權之實行

第七款 權利質權之消滅

第八章 留置權

第一節 留置權之性質

第二節 留置權之取得

第三節 留置權之效力

第四節 留置權之消滅

第九章 占有

第一節 占有之性質

第二節 占有之種類

第三節 占有之取得

第一款 總說

一四〇

一四一

一四二

一四二

一四三

一四三

一四四

一四七

一四八

一四九

一四九

一五二

一五五

一五五

第二欸 占有之繼承	一五五
第三欸 占有之讓與	一五六
第四欸 占有之分離及合併	一五七
第五欸 占有狀態之變更	一五九
第四節 關於占有之事實推定	一六〇
第五節 占有之效力	一六一
第一欸 權利之推定	一六一
第二欸 孳息之取得	一六一
第三欸 權利之取得	一六二
第一項 即時取得之性質及效果	一六三
第二項 即時取得之例外	一六四
第四欸 占有之自力保護	一六五
第五欸 占有訴權	一六六
第一項 占有訴權之性質及種類	一六六

第二項	占有訴訟與本權訴訟之關係	一六八
第六款	回復人與占有人之關係	一六九
第一項	占有人之賠償義務	一七〇
第二項	回復人之償還義務	一七一
第六節	占有之消滅	一七二
第七節	共同占有	一七三
第十章	準占有	一七三

民法要論物權

紹興俞采昌著

總論

第一章 物權 (Sachenrecht) 之性質

一 物權者。直接存於物上之絕對的財產權也。分析說明之於下。

(一) 物權之主體。原則無差別也。詳言之。即無論爲自然人。抑爲法人。爲一個人。抑爲多數人。爲本國人。抑爲外國人。原則皆得爲各種物權之主體者也。但例外之時。得依特別法令之規定。限制外國人有不得享有之物權而已。如土地所有權。即其一例。

(二) 物權者。直接存於物上之權利也。物者。自指有體物而言。物權既爲直接存於物上之權利。故非直接存於有體物上之權利。如準占有。(九六六條) 權利質權。(九〇〇條) 又以地上權永佃權典權爲標的之抵押權(八八二條) 等。本不得爲物權。不過法律令其得與占有、質權、抵押權、受同一之待遇而已。物權標之物。須特定也。故如單言肉而不言其種類。單言米而不言其數量之時。雖或得爲債權給付之標的物。然不得爲物權之標的者也。

物權標之物。原則須物之全體也。蓋以物之一部分爲物權標的之時。常有損於其物之價值。而反於

當事人之意思故也。

又物權標的之物。須爲各個之特定物也。故如聚合物。在交易界之習慣上固常視爲一物。而法律上則仍應認爲各個之所有權或其他物權之存在者也。

(三) 物權者。絕對權也。絕對權者。對於一般人請求其不侵害之權利也。物權既爲一種之絕對權。故須具備絕對權所必要之分子。但物權有(1)僅由多數不可侵權而成立者。例如不作爲地役權。(八五一條)抵押權。(八六〇條)質權。(八八四條)之類是。亦有(2)於多數不可侵權之外。尙須有爲某行爲之權利始成立者。此又可分而爲二。(a)其行爲在於拒絕其物之交付者。例如留置權。(九二一八條)(b)其行爲在於自由或於一定方向支配其物者。例如所有權、地上權之類是也。物權固以有支配作用爲最多。但謂物權即爲支配權亦非也。何哉。蓋如上所述物權亦非盡有支配之作用故也。

(四) 物權者。財產權也。財產權者。對於人身權而言。財產權以有金錢上之價值爲常。故物權原則皆可爲金錢之估價者也。

二 物權關係。爲人對於物之關係。抑仍爲人對於人之關係。學者間雖有爭論。惟是法律關係自以人與人間始能發生。學理上本無庸爭執。故謂人之支配物者。亦仍對人而言。非對於物而言也。是以物權關係與債權關係同爲對人關係。其與債權關係異者。乃在後者。爲對於特定人之關係。而在前者。則爲對於不特

定人（一般人）之關係而已。

第二章 物權之效力

一 各種物權。雖各有其特殊之效力。而於此所欲說明者。則一切物權所共通之效力也。

二 一般物權所共通之效力爲何。則物上請求權（dinglicher Anspruch）是也。物上請求權者。物權失其本來圓滿狀態時。請求回復其圓滿狀態之權利之謂。例如所有人喪失其物之占有。對於無因占有人得請求占有之返還。又或所有權因其他方法被侵害之時。得請求妨害人除去侵害之類是也。其他物權可以類推。

三 關於一般物權之效力。學者亦有以（一）優先權（二）追及權以說明之者。（宮井政章博士民法原論第二卷二五頁至三一頁參攷）優先權（Vorzugsrecht）者。又有二意義。（甲）物權得先於通常債權行使之義。例如有擔保物權之人。就其標的物。得先於普通債權人受清償。又有利益物權之人。對於破產財團。得請求別除之類是也。（乙）同一物上設定不相容之複數物權時。先設定者優於後設定者之義。例如一土地而重復典賣之時。應由先典先買之人。取得其典權所有權之類是也。追及權（Vertolgensrecht）者。物權之標的物。無論展轉至於何人之手。均得追及其物之所在。以行使其權利之謂。例如抵押權之標的物。屆債權清償期。雖已讓與第三人之時。抵押權人仍得追及其物之所在。而實行其權利。又所有人喪失

其物之占有。得向占有人索回其占有之類是也。但余以爲此兩種效用。均包含於物上請求權之內。故僅以物上請求權。說明一般物權之效力爲已足。蓋物上請求權。既爲回復物權本來圓滿狀態之請求權。則其結果。自必優先於債權及其他後有之物權。固不待論。而實行回復之結果。自必追及其物之所在以取回其物。或行使其他之權利。亦理之當然故也。

四 物上請求權。爲獨立之權利乎。抑僅爲物權之效用乎。學者間雖有爭論。（富井政章博士民法原論第一卷一一四頁三瀨信三博士物權法提要一七頁川名兼四郎博士債權法要論四至六頁參考）但余則贊成後說者也。又物上請求權者。雖對於爲侵害之特定人始能行使。然非僅對於該特定人而存在。故學者有謂物上請求權根本即爲債權者。而余則不敢贊同者也。（川名兼四郎博士物權要論三至四頁參考）

五 由於物權之侵害所有之損害賠償請求權。其性質爲對人的請求權。而非物上請求權。近來學者間對此已無爭執。物權被侵害之時。雖發生兩個請求權。但一則爲物權之效力。一則非物權之效力。何哉。蓋損害賠償請求權者。乃因侵害人之侵害行爲而發生。非由物權直接所發生故也。

第二章 物權之種類

一 依純理言之。債權固得依契約自由之原則。由當事人任意創造。而直接存於物上之權利即所謂物權。

亦未始不可由當事人自由創設之理。且古昔之立法亦不乏其例。（普魯士普通法第一編第二章一三一條至一三五條第四章一六至一九條又第九章第一節參考）但近世各國之立法則皆取限定主義。即關於物權之種類及內容皆以法律限定之。不許當事人任意創設者也。誠以物權效力之重大。既如前章所述。若無限制而得以增加其種類之時。則大有害於交易之安全故也。

二 民法第七百五十七條『物權。除本法或其他法律有規定外。不得創設。』云者。蓋亦採限定主義。認非依民法或其他法律。不得創設新物權或變更其物權內容之義。誠以物權內容若許其變更之時。則與間接許其創設新物權無異故也。

三 違反民法第七百五十七條之法律行為。一般雖為無效。但有時應認其債權行為之效力者。又或法律有明文認其法律行為之一部為有效者。（九一二條）是應注意者也。

四 民法所定之物權。依學理上之觀察。雖可為種種之分類。茲皆置而不述。於此所欲說明其重要之分類有二。即（一）所有權。（二）制限物權是也。所有權者。就於某物所存之最高私權之謂。而制限物權者。則僅於一定方向與其物有關係之物權之謂也。民法所定制限物權有七。即（一）地上權。（二）永佃權。（三）地役權。（四）抵押權。（五）質權。（六）典權。及（七）留置權是也。（註）

註 第（一）至（三）及第（六）四種權利以其目的在使用收益他人之不動產故學者稱之為用益物權

而第(四)(五)(七)三種權利則以其目的在供債權之擔保故稱之爲擔保物權(參考富井政章博士民法原論)

五 制限物權既爲物權。故其權利亦就於物而存在。非就於所有權而存在者也。不過其結果。其物之所有權多因之受限制而已。又制限物權。原則必就於他人所有物上始存在。故制限物權。又稱爲他物權(Rec. ht an fremder Sache焉)(反對說參考川名兼四郎博士物權法要論五頁)

第四章 物權之變動

第一節 總說

一 物權既爲權利之一種。則其變動必原因於法律事實而發生。惟爲其原因之法律事實。有與吾人之行爲無關者。(例如物之新生、物之湮滅、又時效之類)亦有以吾人之行爲爲要素者。後者又可分而爲二。(一)其行爲爲事實行爲者。(例如埋藏物之發見、先占、所有權之拋棄之類)(二)其行爲爲法律行爲者。至法律行爲中。又有單獨行爲與契約之分。是不待言。但實際上爲物權變動之原因者。自以契約爲最多也。

二 物權之取得或喪失之原因之法律事實爲法律行爲之時。構成其行爲要素之意思表示之性質如何。乃學者間大有爭論之問題也。關於此於次節再詳述之。

第二節 物權的意思表示

一 物權的意思表示者。爲物權變動原因之法律行爲之意思表示也。關於此種意思表示之性質如何。從來學者之研究。可分爲兩大主義。

(甲) 第一主義。即不認於債權契約之外尚有所謂物權契約。謂以物權變動爲標的之債權契約。依法律之力。當然發生物權得喪或變更之效果者也。法國民法。即採此主義。

(乙) 第二主義。則截然區分債權契約與物權契約。謂物權之變動。乃由直接以發生物權之得喪或變更之意思表示而生。至債權契約。無論何時不能直接發生物權上之變動者也。何哉。蓋在前者。其意思本欲直接發生物權之變動。而在後者。其意思本非欲直接發生物權之變動。不過欲生得請求其變動之債權而已。德國民法。則採此主義。

二 關於物權的意思表示之性質。既如上述之不同。故關於其效力。立法上亦有相異之二主義。

(甲) 意思主義。意思主義者。物權之設定及移轉。祇依當事人之意思表示即生效力之謂。法法系民法。(法民七一一條一一三八條一五八三條意民一一二五條一四四八條西民一〇九四條一〇九六條荷蘭民一二七一條日舊民財二九六條一項三三一條)皆採此主義。故又稱爲法法主義。蓋在法國民法。本於債權契約外。不認有物權契約。而債權法上之意思表示。又以不要方式爲原則。故物權

之設定及移轉。祇依當事人間不要式之行為。即生效力者也。

(乙) 形式主義。形式主義者。物權之設定及移轉。僅依以其爲目的之意思表示不生效力。必於意思表示之外。更履行法定之方式。始生效力之謂也。德法系民法。(德民八七三條至九二五條九二九條一〇三二條奧民四二五條四三一條四四一條四四四條瑞民六五六條一項七一四條)皆採此主義。故又稱爲德法主義。此等立法例所定物權設定移轉所必要之方式。在不動產。則爲登記。(Einführung)在動產。則爲交付(Uberragung)是也。

三 民法第七百五十八條曰。不動產物權。依法律行爲而取得設定喪失及變更者。非經登記。不生效力。又第七百六十一條第一項前段曰。動產物權之讓與。非將動產交付。不生效力。云者。蓋採德法主義。即(一)認於債權契約之外。另有物權契約。(二)認物權的意思表示。須履行法定之方式。始生效力。而法定之方式。即登記及交付是也。惟我民法規定不動產物權變動之意思表示。其自體亦爲要式行爲。詳言之。即此等意思表示。非以書面爲之。不爲有效。此則與各國立法例稍異者也。(七六〇條)夫物權契約應與債權契約截然區分。在今日學理上。已不容再有爭執。雖我民法之解釋契約二字。能否用之於物權的合意行爲。不無爭論。(民債第一章第一節參考)但認物權契約實質之存在。是固毫無庸疑。又關於物權的意思表示效力之原則。宜採形式主義。不獨沿革上古代之立法爲然。(註)即在保護交易安全之點觀之。理論

上亦屬至當之立法。所可慮者。我國一般人民對於官廳之信仰至薄。登記之舉。素不重視。兼以稅契制度之不能廢止。尤使人民對於登記制度。感多少之迷惑。實行上或不免有巨大之困難而已。

註 羅馬法雖未有登記制度。然物權之移轉。不問其爲動產爲不動產。均以交付 (Traditio) 爲要件。德國

古法關於不動產物權。亦以雙方當事人之臨檢騰讓爲移轉之必要程序者也。

動產物權之讓與。以交付始生效力。如上所述。但對於此原則。亦有三例外。

(一) 受讓人已占有該動產。得於讓與合意時即生效力。(七六一條一項但書)

(二) 讓與動產物權。而讓與人仍繼續占有該動產者。讓與人與受讓人間。得另訂契約。使受讓人因此

取得間接占有。以代交付。例如另訂租賃或寄託契約之類是。(七六一條二項)

(三) 讓與動產物權。如其動產由第三人占有時。讓與人得以對於第三人之返還請求權讓與受讓人

以代交付。(七六一條三項)

以上三者。雖與以交付爲要件之主義。不無違反。然爲使動產物權易於移轉起見。不得已所設之變通規定也。

四 物權的意思表示。雖以欲直接發生物權變動爲內容。然不必以之爲唯一內容者也。換言之。即與此內容同時尚發生其他債務之關係。亦無害其爲物權的意思表示者也。例如設定永佃權之意思表示。不爲對

於支付佃租而爲之設定佃權之意思表示。故由此意思表示所成立之契約。發生永佃權設定之效果。同時即發生支付佃租之債權者也。(八四二條一項)

五 由物權的意思表示所成立之法律行爲。稱爲物權的法律行爲。而物權的法律行爲。亦有單獨行爲與契約之分。其由物權的意思表示所成立之契約。即所謂物權契約是也。物權契約。與債權契約異。原則上爲不要因行爲。故如因買賣或贈與所爲所有權之讓與。其買賣贈與之債權契約縱爲無效之時。而因之所爲所有權讓與之物權契約。非常然無效者也。不過讓與人得依不當得利之理由。有請求讓還其所有權之債權而已。但雖爲物權契約。而依法律之規定應以其原因爲契約之內容者。其物權契約仍爲要因行爲。例如永佃權設定契約。須支付佃租。及典權設定契約。須支付典價之類是也。(八四二條九一一條參考)

六 最後所應注意者。則直接發生物權變動之物權的意思表示。與發生請求其變動之債權之債務的意思表示。兩者之關係是也。分別說明之於下。

(一) 物權的意思表示。與債務的意思表示併存者有之。例如特定物之買賣是也。特定物之買賣者。發生其特定物所有權讓與之債務之意思表示。與欲爲其所有權之讓與之意思表示併行存在者也。換言之。特定物之買賣者。發生移轉其物所有權之債務關係。同時即爲其所有權之讓與契約者也。因債

權契約而生所有權移轉之債務。因物權契約而生所有權之移轉。二者本各異其職分。事實上或難劃分。而法理上則不能無區別者也。

(二) 物權的意思表示。以債務的意思表示爲先驅者有之。例如不特定物之買賣是也。不特定物之買賣者。祇發生不特定物所有權讓與之債務關係。嗣後爲履行其債務而交付一定之物之時。始有所有權讓與之物權的意思表示者也。於此情形。其買主非因買賣即取得其物之所有權。乃因其後之所有權讓與契約。始取得其所有權。是固甚明者也。

(三) 物權的意思表示。全與債務的意思表示無關而獨立存在者有之。例如所有權讓與之債務因法律之規定而生者。如返還不當得利之債務。又所有權之讓與。直無何種債務而亦存在者。如買主拋棄其定銀之類是也。

第二節 由於物權意思表示以外原因之物權變動

一 非原因於當事人意思之物權之變動。應認爲何時發生效力。法律亦有規定之必要。依我民法之規定。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。則仍非登記不可。(七五九條) 依此規定。則此種登記。非權利取得之要件。僅爲其對抗要件而已。(瑞民六五六條二項參考)

二 非原因於當事人意思之動產物權之變動。應於何時發生效力。物權編中不設概括之規定。自應就關係之各該條文而爲適當之解釋者也。(八〇二條八〇八條八一一條八一二條八一三條及八一四條參考)

第五章 物權之消滅

一 於此所謂物權之消滅者。指物權絕對的脫離其主體之情形而言。故物權相對的脫離其主體之情形。即物權之主觀喪失者。(例如所有權之讓與)自不包含在內者也。

二 各種物權。各有其特別消滅事由。應讓之於各論中再行詳述。於此所欲說明者。則爲一般物權共通消滅原因中之最主要者而已。

(1) 標的物之滅失。物權因標的物實質之滅失而消滅者也。如房屋之燒失。則房屋之所有權消滅。米穀之消耗。則米穀之所有權消滅之類是。

(2) 沒收及公用徵收。物權因標的物之被沒收或公用徵收。亦當然消滅者也。

(3) 添附取得時效及其他原始之取得。物因添附或取得時效之完成。又或其他原因而爲他人原始取得之時。則以前存在其上之物權。自歸消滅。是不待言。(八〇八條以下各條參考)

(4) 拋棄及消滅請求。物權既爲財產權。原則上自得因權利人之拋棄而消滅。(七六四條)但例外

之時。法律亦有規定不許其自由拋棄者。又物權因行使法律上或契約上所許之消滅請求權之結果而歸於消滅。亦不待言。例如民法第八百五十九條所定之情形之類是。

(5) 存續期間滿了。物權訂定存續期間者有之。訂有存續期間之物權。則因其期間之滿了歸於消滅。是不待言者也。

(6) 混同。混同之情形。可分爲二。

(a) 同一物上所存之所有權與他物權之混同。因繼承或讓與等原因。某物之所有人取得其同一物上之他物權。(例如地上權永佃權)又或他物權人取得其物之所有權時。其他物權因之消滅。(七六二條前段)但有時因此或生不當之結果。故法律對此消滅原則更設例外之規定。即其他物權之存續於所有人或第三人有法律上之利益者。則其他物權仍不消滅者也。(七六二條但書)例如同一物上設有兩個抵押權。而其第一位之抵押權。與其物之所有權同歸於一人時。其抵押權不因之消滅。蓋否則第二位之抵押權進而爲第一位。於所有權人殊蒙不利故也。又例如甲所有之土地。乙於其上有永佃權。而丙又於其永佃權上有抵押權之時。甲乙之間縱生混同。而永佃權不因之而消滅。蓋否則丙之抵押權失其標的物。於理殊爲不合故也。

(b) 所有權以外之物權與以之爲標的之權利之混同。所有權以外之物權。與以之爲標的之他

權利同歸於一人時。其後之權利消滅者也。(七六三條一項)例如甲有地上權。乙有以其地上權爲標的之抵押權。甲乙之間生混同時。則抵押權消滅者也。但第七百六十二條但書之規定。於此種情形亦應準用。是不待言。(七六三條二項)

各論

第一章 所有權 (Eigentumsrecht)

第一節 所有權之性質

一 所有權者。就於一物所存之總支配權也。物之支配云者。物之任吾意之所爲之謂。物之支配。可分爲特定支配與總支配之二種。特定支配者。特於一定制限內任吾意所爲之義。其意在於使用其物者有之。在於利用其物者有之。又或僅在於占有其物者亦有之。無論如何。其支配必爲特定。反之。總支配者。總括的一任吾意之所爲之義。換言之。即吾人就於該物得爲一般支配之義也。故學者亦稱所有權爲總括的物權也。惟是所有權雖以總括的支配爲其內容。但其總括支配之作用。則不必時時存在。故有時其作用或受限制。甚而至於所有人徒擁虛名(註)之時。亦無害其爲所有權者也。何哉。蓋所有權者。有解除其制限即當然回復其完全效用之性質故也。此種特性。學者稱之爲所有權之彈力性。(Elastizität)

註 例如所有人於其土地上設定地上權時其土地之使用收益權均歸於地上權人而不屬於所有人。所有人不過徒有虛名而已。此種所有權學者稱爲虛有權 *Nuda Proprietas* 而其所有人則稱爲虛有者（日本舊民法財產編五〇條參考）。

二 各國民法關於所有權之定義因注重之點之不同而立言之法亦異。有注重其作用之積極方面并無限制之二點而爲所有權之定義曰：『所有權者於法令所不禁止之限度內無限制的利用並處分其物之權利』之謂。（法民五四四條意民四三六條日民二〇六條）亦有於此積極的作用之外更加以排斥第三人拒絕其干涉之消極的作用則曰：『所有權者以與法律又第三人之權利不抵觸爲限任意處分其物且拒絕他人之干涉之權利』之謂也。（德民九〇三條奧民三五四條瑞民六四一條）民法第七百六十五條曰：所有人於法令限制之範圍內得自由使用收益處分其所有物並排除他人之干涉云云。蓋仿後之立法例者也。（七六五條）

三 茲將民法第七百六十五條規定分析說明之於下。

（一） 所有人於法令限制之範圍內始得自由也。故如關於土地收用、要塞地帶及其他軍事、衛生等理由。特以法律命令制限所有權之作用固無妨也。

（二） 所有權惟就於物而存在。而物必爲有體物。如上所述（參考總論第一章第一段第二）故無體財

產權之工業所有權 (Industrieigentum) 或智能所有權 (wissenschaftliches Eigentum) 非此所謂所有權者也。

(三) 使用收益及處分三者之意義。簡單說明之於下。

(甲) 使用 (jus utendi) 者。不毀損其物之質體。亦不變更其物之性質。祇依其物之用法以供吾人之需用之謂。故使用與利用有別。蓋前者。僅爲依其用法以使用之義。後者。則除使用外尙包含收益在內者也。

(乙) 收益 (jus fruendi) 者。收取其天然或法定之孳息之謂。合使用收益二者。學者稱之爲用益焉。

(丙) 處分 (jus disponendi; jus abutendi) 一語。在私法上雖有種種之意義。但本條所謂處分者。解釋上應專指物質的意義之處分而言。而法律的意義之處分不包在內。何哉。蓋法律的意義之處分。於一切權利皆然。非所有權之特質故也。

(四) 所有人且得排除他人之一切干涉者也。排除他人之干涉者。就於自己之支配。禁止他人侵犯之義。所有權人若無此禁止作用之時。其結果即不能完成其支配。學者有謂禁止權當然包括於支配權之中。而民法就於所有權之此種消極作用不設規定。不爲缺漏者。以此故也。(川名兼四郎博士物權

法要論五八頁至五九頁參考)

(五) 所有權者。有永久的性質者也。詳言之。所有權者。不能有存續期間之訂定。且不因消滅時效而消滅者也。惟是所有權雖以有永久性質爲常。但非以永久性爲要素。故所有權依附期限或條件之法律行爲以爲處分。其處分依舊有效者也。

第二節 所有權之保護

一 所有權除依憲法刑法行政法等公法而受保護之外。在私法上所受主要之保護如左。

(一) 請求所有物之返還及請求排除侵害之權利。

(二) 所有權確認之請求。

(三) 與占有人各種之保護。

(四) 因侵權行爲一般之規定所有之救濟。

以上第(一)至第(四)三項。各於其有關係之條文處再行詳論之。本節所欲說明者。則第(一)項之權利是也。此種權利。學者略稱之爲所有權上之請求權焉。(參考川名兼四郎博士物權法要論六〇頁以下)

二 所有權上之請求權者。所有權因他人致失其圓滿時請求回復其圓滿狀態之請求權也。此種請求權有二。(一)所有權人失其物之管領。請求回復之權利。(二)所有權人於失其管領以外之方法被侵害時。

請求回復之權利是也。前者學者稱之爲所有物返還之請求權。後者稱之爲所有權保全之請求權。(六七條德民九八五條一〇〇四條瑞民六四一條二項參考)分別說明之於下。

(一) 所有人失其物之管領時。對於現在無權占有其物之人。有請求返還之權利。此種請求權。稱爲溫的卡其窩(*rei vindicatio*)。自羅馬法以來諸國之民法皆是認者也。(德民九八五瑞民六四一條二項)此種請求權之內容。在於請求無權占有人爲將其物交還於所有人之積極行爲。非僅消極容忍所有人取回其物者也。故此請求權。非所有權當然之作用也。何哉。蓋所有權不能要求他人爲積極行爲故也。又所有人失其物之管領之情形有二。(一)原占有人不法保留其占有之時。例如質權人已受債權之清償而仍扣留其質物之類。(二)被人侵奪之時。例如賊盜之類是也。此二者皆可名之爲無權占有。但我民法第七百六十七條所謂無權占有。蓋專指前者而言也。(瑞民六四一條二項參考)此種請求權。固因所有人喪失其物之管領而生。但其喪失爲本於所有人之意思。抑反於所有人之意思。在所不問。故所有人寄存其所有物之時。蓋有兩個之請求權。即(一)本於寄託契約之請求權。(二)本於所有權之請求權是也。爲前者之請求。固非證明其寄託契約之成立不可。而爲後者之請求。則祇證明其爲所有權人即可也。

此種請求權。惟物之所有人始能有之。物之占有人不能有者也。故此請求權。與占有回收之請求權(

九六二條)異者也。

返還義務人有應其請求之義務。但有時亦有暫時拒絕其請求之權利者也。此種拒絕之權利。學者稱之爲抗辯權。抗辯權發生之情形。即返還義務人於其時尙有正當占有其物之權利之時是也。此等正當占有之權利。爲物權者有之。例如質權留置權等之債務未經清償之類。爲債權者亦有之。例如租賃使用借貸等之存續期間未經滿了之類是也。

(二) 所有人於其所有權因喪失管領以外之情形失其圓滿狀態時。有請求回復其本來狀態之權利。此種權利。稱爲阿克其窩內哥脫里亞。(Actio negatoria)亦自羅馬法以來諸國民法皆採用者也。(德民一〇〇四條瑞六四一條二項)此等所有權失其圓滿狀態之情形有三。即(一)因他人侵犯其所有物而起者。例如通行他人之土地或在他人地上建築房屋之類是。但祇爭所有權之存在者。不得即謂打破其所有權圓滿之狀態。蓋於此情形。所有人提起所有權確認之訴。即足受保護故也。(二)因他人不防止其加害之原因而起者。例如關於非常之喧囂震動臭氣煤煙等不爲防止之設備之類是。(七九三條德民九〇六條瑞民六八四條參攷)但此等防害。在相當程度內無論何人均須忍耐。非至過甚之時。所有人亦不能有妨害排除之請求權者也。(三)他人妨害其所有權之行使而起者。例如禁止所有人於其土地上建築樓房之類是也。

所有權妨害排除之請求權。不獨於所有權已受妨害之時有之。即所有權有受妨害之虞之時。亦有請求排除之權利者也。故妨害排除之請求權。初無所有權必一度發生侵害之必要也。

此種請求權。因其備上述之條件而發生。初不必妨害人須僭稱其有妨害之權利之必要。亦不問妨害人有無過失者也。例如因自己之過失。超過經界建築房屋之時。相鄰人當然有妨害排除之請求權者也。

有此請求權者。為所有人。而有應其請求之義務者。則為妨害人。即將所有權置於不滿狀態之人也。但妨害人對於所有人。有為此妨害之權利。則得拒絕其請求。是不待言。其權利為物權有之。例如有土地通行之地役權人。得拒絕所有人禁止通行之請求之類。為債權者亦有之。例如租賃人於租期內使用其物。得拒絕所有人返還之請求之類是也。

又此請求權者。以請求妨害之排除為內容。故其妨害為現存者。則請求其除去。為將來者。則請求其預防者也。

第三節 所有權之界限

第一款 總說

一 所有權之支配作用。得依法律命令之規定而受限制。如上所述。而所有權之他一作用。即所謂他人干

涉禁止權。亦得因法令而制限之。乃當然之理也。其制限爲公法上之制限者有之。爲私法上之制限者亦有之。

二 公法上之制限者。主由行政上之必要所爲之限制也。例如關於土地收用、鑛產開採、要塞地帶、及其他關於槍砲彈藥火藥毒藥管理之法則。又傳染豫防及關於有害公序良俗之出版物之禁止等之規則皆是也。

三 私法上之制限而爲民法所規定者。僅爲關於不動產之所有權本於相鄰關係之理由而設之限制也。蓋相鄰者之一人就其不動產所有之支配權。與他一人就其不動產所有排斥他人干涉之禁止權相對立。故相鄰生活之必要上。彼此之支配權及禁止權。均須受若干之限制。因此限制。故相鄰人間發生種種之權利。此等權利。學者統稱之爲相鄰權 (Nachbartechnik) 焉。法法系之民法以相鄰權爲法律上之地役權。而以之與制限物權之地役權同視。殊屬不當。何哉。蓋地役權者。爲所有權由於外部所來之限制。而相鄰權者。乃爲所有權自身之界限。兩者絕不容相混者也。

四 土地所有權。除法令有限制外。於其行使有利益之範圍內。及於土地之上下 (七七三條前段) 此原則蓋自羅馬法以來諸國民法皆是認者也。土地之上下云者。地面 (Erdoberfläche) 地身 (Erdkörper) 及空間 (Luftraum) 皆包括在內。於其行使有利益云者。所有權人行使其權利爲有實益之意。自應包括極涸

極兩方面而言。詳言之。即不獨所有人因行使權利而積極取得利益。即所有人不因他人之干涉而受損害。即無排斥他人干涉之必要時。亦包含在內者也。我民法第七百七十三條後段之規定。難免蛇足之譏。
(德民九〇)五條。瑞民六六七條及清民草九九一條參考)

第二款 相鄰權

(一) 鄰地使用請求權。鄰地使用請求權者。土地所有人於其疆界或近傍營造或修繕建築物有使用鄰地之必要時。請求鄰地所有人許其估用之權利之謂也。(七九二條前段)此種權利之性質及要件。分別說明之於下。

(1) 此權利。為限制鄰地所有權之禁止作用者也。

(2) 此請求權。在於請求相鄰人許可使用其土地。並非不得其許可即當然使用其土地者也。不過相鄰人於此情形有應其請求之義務。如無故不予許可時。土地所有人得請求法院以裁判代其許可而逕自使用其土地者也。

(3) 鄰地使用之方法及程度。以在其疆界或近傍。修繕或營造建築物為其範圍者也。故通過鄰地安設水管電線等情形。不在此種權利之內。(七八六條參考)

(4) 有此請求權之人。限於土地所有人。而其對方。則限於鄰地所有人者也。何哉。蓋此請求權本為鄰

地所有權之禁止權之制限故也。因之對於鄰地租借人不能爲此請求者也。

(5) 此請求權須於有使用鄰地之必要時始能發生者也。其必要須由客觀定之而不能由主觀定之。是不待言。

(6) 鄰地所有人因使用而受有損害時得請求賠償(七九二條但書)者也。此種損害賠償請求權並非基於侵權行爲而生。僅爲其所受損害之補償而已。

(二) 鄰地通行權。鄰地通行權者。土地所有人因其土地與公路無適宜之聯絡致不能爲通常使用時得穿行周圍之鄰地以至公路之權利之謂也。(七八七條一項前段)此種權利之性質及要件分別說明之於下。

(1) 此權利亦爲限制鄰地所有權之禁止作用者也。

(2) 此權利非在請求通行之許可(但有反對之立法例參照瑞民六九四條)故無需鄰地所有人之許可。當然通行其土地者也。

(3) 此權利之發生須其土地與公路不聯絡也。不聯絡之原因由於天然抑由於人爲。固所不問。但本有聯絡之土地而所有人任意自斷其聯絡時則不能有此權利者也。(反對說川名兼四郎博士物權法要論七〇頁參攷)土地與公路不聯絡之情形有二。(一)絕對不通公路之時。即其土地爲他人土

地所包圍。非通過他人之土地。無由得至公路。學者所謂袋地是也。(一)雖非絕對不通公路。而因其通行之困難。以致失其土地通常之效用時是也。例如其土地非經過河渠海洋溪澗或崖谷不能得至公路之類是。

(4) 通行權爲至公路而通行他人土地之權利。故其通行之方法及處所。須爲通行權人所必要。且須擇鄰地損害最少之情形爲之者也。(七八七條二項)但通行權人於必要時得開設道路。不過因此而鄰地受有損害時。通行權人對之須支付償金而已。(七八八條)

(5) 通行權爲對於鄰地所有權之禁止權之制限。如上所述。故通行權。即爲其土地所有權效力之擴張。因之其通行被妨害之時。即爲對於其所有權之妨害。通行權人得依所有權妨害排除之請求。請求除去其妨害者也。

(6) 被通行地之所有人。對於通行權人得請求償金。乃當然之理也。(七八七條一項但書)

(7) 對於發生此種通行權之一例外。即因土地一部之讓與或分割。以致發生不通公路之土地時。該土地所有人。因至公路。僅能通行原讓與人或其他分割人之土地。而不能通行周圍他人之土地者也。(七八九條一項)蓋當事人任意發生袋地而使他人受損害。爲理所不許故也。又於此情形。其通行權人對於被通行地之所有人。無須支付償金。亦不待言。(七八九條二項)

(三) 鄰地通過權。鄰地通過權者。土地所有人因安設電線水管煤氣管或其他簡管有通過鄰地之必要時。得通過鄰地而安設之權利之謂也。(七八六條一項前段)此種權利之性質及要件。分別說明之於下。

(1) 此權利亦為限制鄰地所有權之禁止作用者也。

(2) 此權利非在請求通過安設之許可。故鄰地所有人有當然容忍其通過安設之義務者也。

(3) 此權利發生之情形有二。即(一)非通過鄰地不能安設。(二)雖非不能安設而需費過鉅之時是也。

(4) 此通過權。得通過鄰地之上下者也。但其通過須擇鄰地損害最少之處所及方法為之。自不待言。(七八六條一項但書)

(5) 通過權人對於被通過之鄰地所有人。須支付償金者也。(七八六條一項但書)

(6) 一旦安設後而情事有變更時。鄰地所有人有請求變更安設之權利。(七八六條二項)蓋鄰地所有權無永久受其制限之理。故與鄰地所有人以回復其圓滿狀態之機會者也。又此項變更安設之費用。除有特別習慣外。應由土地所有人負擔。亦當然之理也。(七八六條三項)

(四) 關於水之相鄰權。關於水。相鄰間發生種種之權利義務者也。將其分別說明之於下。

(甲) 自然泄水權。自然泄水權者。由高地自然流至之水。低地所有人不得防阻之權利之謂也。(七七五條一項)此種權利之性質及要件。即

(1) 此權利。為限制鄰地所有權之支配作用者也。

(2) 須自然流至之水也。自然流至云者。非由於人為而流至之義。例如雨水、泉流、雪解、水融之類。至流於地面。抑透過地下。在所不問者也。

(3) 不得防阻云者。不得為防阻之設備之義。故如低地所有人為防阻之設備時。高地所有人得依所有權妨害排除之請求。請求其除去者也。

(乙) 人為泄水權。人為泄水權者。高地所有人因使浸水之地。乾涸或排泄家用或農工業所用之水。以至溝渠或河道。得令其水通過低地之權利之謂也。(七七九條一項)此種權利之性質及要件。即

(1) 此權利。為泄水而使用他人之土地之權利。其目的在於乾涸高地或排泄家用或農工業用之餘水者也。

(2) 其使用之處所及方法。須擇鄰地損害最少之情形為之。是不待言。(七七九條一項但書)

(3) 高地所有人對於低地所有人。須支付償金者也。(七七九條二項)(反對立法例參照日民二

(4) 土地所有人爲排泄浸水及餘水。得使用高地所有人在自己地內所設之排水工作物。亦得使用低地所有人在其地內原設之排水工作物者也。但須按其受益之程度分擔該工作物之設置及保存費用。是不待言。(七八〇條)

(丙) 疏濬權。疏濬權者。水流如因事變在低地阻塞之時。高地所有人須爲必須疏通之工事之權利之謂也。(七七八條)其權利之性質及要件。即

(1) 此權利爲限制鄰地所有權之禁止作用者也。

(2) 水流因事變於低地阻塞有疏通之必要時。高地所有人所有之權利也。故在高地而阻塞之時。不在本條規定之內者也。(七七五條二項七七六條參照)

(3) 疏通工事之費用。除有特別習慣外。應由高地所有人負擔者也。(七七八條但書)

(丁) 工事請求權。工事請求權者。甲地因蓄水排水或引水之工作物破潰阻塞。致害及乙地或有害及之虞時。乙地所有人得請求甲地所有人爲必要之疏通修繕或預防之工事之權利之謂也。(七七六條)此種權利之性質及要件。即

(1) 此權利乃限制鄰地(甲地)所有權之支配作用者也。民法第七百七十六條雖就甲地所有人方面之義務立言。而在他一方面即爲乙地所有人之請求權。解釋上蓋無庸疑者也。(參攷日民二

一六條

(2) 此請求權。乃因甲地蓄水排水或引水之工作物之崩潰或阻塞而生。而請求權之內容。則在使甲地所有人爲修繕疏通或預防之工事者也。

(3) 有此請求權者。爲乙地所有人。而其對方。則爲甲地所有人者也。故對於甲地租借人。祇能有所有權妨害排除之請求權而已。不能有此請求權者也。

(4) 工事之費用。除有特別習慣外。應由甲地所有人負擔者也。(七七六條但書)

(戊) 簷溜禁止權。簷溜禁止權者。禁止鄰地所有人不得設置屋簷或其他工作物。使雨水直注於己地之權利之謂也。(七七七條)此種權利之性質及要件。即

(1) 此權利。亦爲限制鄰地所有權之支配作用者也。

(2) 此權利。以禁止鄰地所有人不得爲直注雨水於己地之設置爲內容者也。蓋土地所有人對於鄰地自然流至之水。固有忍受之義務。(七七五條一項)而對於鄰地故意使其注瀉之水。則得排斥者也。例如鄰地向己地突出之屋簷或天溝口等。土地所有人得請求其除去之類是。

(己) 用水權。相鄰間關於用水之權。尙有種種。分別說明之於下。

(子) 自然流至之水而爲低地所必需者。高地所有人縱因其土地之必要。亦不得防堵其全部者也。

(七七五條二項)此蓋限制高地所有人之支配權而使低地所有人不失用水之利益也。

(丑) 泉流、井、溝渠及其他水源地之所有人。固得自由使用其水。但有特別習慣時。更應從其習慣者也。(七八一條)蓋有特別習慣。則水源地所有人之支配權。即應受其限制故也。

(寅) 土地所有人因其家用或利用土地之必要。非以過鉅之費用及勞力不能得水。而又無特別得使用鄰地之水之習慣(七八一條但書)時。亦得請求鄰地所有人給與有餘之水者也。(七八三條)因此請求權。則鄰地所有人之支配權須受限制。是不待言。不過土地所有人對於鄰地所有人。須支付償金而已。

(卯) 井或水源地之所有人對於因工事斷絕、減少、或污穢其水。得請求損害賠償。如其水為飲用或利用土地所必需者。且得請求回復原狀者也。(七八二條前段)但不能回復原狀者。不在此限。(七八二條但書)蓋必使回復原狀時。則非除去其工事不可。於經濟上所損實大。故設此限制者也。

(辰) 水流地即水流所經過之土地之所有人。雖得使用其流水。但其使用須受限制者也。其情形可分為二。

(一) 對岸之土地。屬於他人所有時。水流地所有人不得變更其水路或寬度(即幅員)者也。(七八四條一項)此蓋使土地所有人之支配權於此限度內受限制。以俾對岸土地不失水利或受

水害而設之規定也。

(2) 對岸之土地同屬於一人時。水流地所有人固不妨變更其水路及幅員。但於下口之處。應回復其自然之水路者也。(七八四條二項)此亦對於土地所有人之支配權之制限。而令下遊之地不失水利而設之規定也。

以上兩種情形之辦法。自指無習慣之時而言也。若該地方有特別習慣時。則應從其習慣。自不待言。

(七八四條三項)

(巳) 水流地所有人有設堰之必要時。得使其堰附着於對岸土地者也。(七八五條一項前段)對岸土地所有人。於此限度內。其禁止權即受制限。是不待言。但對岸土地所有人就於因此而生之損害。得向水流地所有人請求支付償金。亦不待言者也。(七八五條一項但書)

對岸地所有人。如水流地之一部屬其所有時。得使用所設之堰者也。不過於其受益限度內須擔負設置及保存費用而已。(七八五條二項)

以上兩種情形。如有特別習慣時。仍應從習慣。是不待言。(七八五條三項)例如得不支付償金及無須分擔設置費用之類是也。

(五)

鄰地侵入權。鄰地以入權者。侵入他人土地之權利之謂也。除有通行權人行使其權利之時外。其

情形有二。

(甲) 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、或捕取野生動物、或放牧牲畜者。(七九〇條二款)

(乙) 物品或動物偶至他人土地內。應許該物占有人或所有人進入其地內爲尋查取回之時是也。(七九一條一項)

此兩種權利之性質及要件。分別說明之於下。

(1) 此兩種權利。均爲限制鄰地所有權之禁止作用者也。

(2) 前者須以有習慣爲前提。無習慣則不能有此權利。後者則須得土地所有人之許可者也。不過於此情形。土地所有人有應其請求之義務。如無故不予許可時。物之占有人或所有人得請求法院以裁判代其許可。而逕自進入搜查者也。

(3) 於後之情形。土地所有人因之受有損害時。得向侵入人請求賠償。是不待言。法律且規定土地所有人於未受賠償前。得留置其物品或動物者也。(七九一條二項)

(六) 穢惡排除權。穢惡排除權者。土地所有人。遇有由他人土地侵入之煤氣、蒸氣、烟氣、熱氣、灰屑、喧囂、振動及其他類似之物。得請求禁止之權利之謂也。(七九三條前段)此種權利之性質及要件。分別說明

之於下。

(1) 此權利。爲限制鄰地所有權之支配作用者也。

(2) 此權利。以請求鄰地所有人爲防止煤氣等侵入之設備爲內容。但若其侵入輕微。或按其土地形狀地方習慣認爲相當者。仍不得請求禁止。蓋土地所有人於相鄰關係上。就此輕微之損害。應有忍受之義務故也。(七九三條但書)

(七) 危害預防權。危害預防權者。土地所有人得請求鄰地所有人爲預防危害之注意或設備之權利之謂也。其情形有二。

(甲) 土地所有人因開掘土地或爲建築。有使鄰地地基動搖或發生危險。又或使鄰地工作物有受損害之虞時。(七九四條)

(乙) 建築物或其他工作物之全部或一部有傾塌之危險。致鄰地有受損害之虞時(七九五條)是也。此兩種權利之性質及要件。分別說明之於下。

(1) 此兩種權利。均爲限制鄰地所有權之支配作用者也。

(2) 前者。僅在請求爲預防危害之注意。後者。且進而請求爲必要預防之設備者也。

(八) 鄰地占用權。鄰地占用權者。土地所有人建築房屋。逾越疆界。鄰地所有人知而不提出異議時。土

地所有人有拒絕移去或變更其越界部分之建築物之權利之謂也。(七九六條)此種權利之性質及要件。分別說明之於下。

(1) 此權利。爲限制鄰地所有權之禁止作用者也。

(2) 此權利之目的。在於鄰地所有人不得請求其移去或變更其越界之建築物。故其結果。其建築物即占用相鄰人之一部土地者也。

(3) 此權利發生之唯一要件。即鄰地所有人知其越界而不即提出異議也。故鄰地所有人不知或知而不即提異議時。自不發生此權利。是不待言。

(4) 鄰地所有人得請求土地所有人以相當代價購買其越界部分之土地者也。此種權利。學者稱之爲強賣權。強賣權爲形成權之一種。故鄰地所有人爲此強賣之請求時。即當然發生買賣關係。無待土地所有人之承諾者也。至相當之代價。自以當事人協議爲原則。如當事人協議不成之時。則由法院決定者也。(七九六條但書前段)

(5) 鄰地所有人於行使上述強賣權外。如尚有損害時。仍得請求賠償者也。(七九六條但書後段)

(九) 竹木刈除權。竹木刈除權者。土地所有人遇鄰地竹木之枝根逾越疆界時。向竹木所有人請求其刈除之權利之謂也。(七九七條一項)此種權利之性質及要件。分別說明之於下。

(1) 此權利。原則爲請求權者也。換言之。即請求竹木所有人爲之刈除也。故土地所有人非於竹木所有人逾相當期間不爲刈除時。不能自行刈取者也。(七九七條二項)

(2) 越界竹木之枝根於土地利用有剔除之必要時。土地所有人始得有此請求權者也。(七九七條三項) 蓋若於土地利用無妨害時。則土地所有人於相鄰關係上。應有忍受之義務故也。

(3) 依民法第七百九十七條第二項規定。土地所有人自行截下之枝根。應歸何人所有。立法例殊不一致。(德民九一〇條一項。瑞民六八七條。日民二三三條) 但我民法之解釋。余則以爲應歸刈取人所有者也。

(十) 果實取得權。果實取得權者。取得由鄰地自然墜落之果實之權利之謂也。(七九八條) 關於墜落鄰地果實之應由何人取得。古來立法例殊不一致。在羅馬法。果實之所有權。屬於果木所有人之所有。縱使自落於鄰地之時。該所有人亦有間日進入鄰地拾取之權利者也。德國普通法亦然。而在普魯士民法及沙克遜民法則反之。認其墜落之果實。應屬於墜落地所有人之所有。蓋淵源於德意志古來所行 (Sitz den büssen Tropfen genießt, genieße den Guten) 之格言所立之法則也。瑞士民法。則定爲土地所有人能容忍鄰地突出之枝幹者。有取得該枝幹上所生果實之權利。(瑞民六八七條二項) 以立法論。洵最合事理之規定也。

果實取得權發生之要件。即

- (1) 須果實自然墜落。故以人力摘取。不能取得其所有權者也。
- (2) 其墜落之鄰地。須非公用地。(七九八條但書)如爲公用地時。則其果實仍歸果木所有人之所有。不能由拾取人先占取得者也。

(3) 其果實墜落同時。其所有權即屬於鄰地所有人。無須鄰地所有人有先占之意思者也。

(十二) 關於建築物之特別相鄰權。民法規定此種相鄰權有二。

(甲) 共有之推定。數人區分一建築物各有其一部者。該建築物及其附屬之共同部分。推定其爲各所有人之共有者也。例如院落廁所之類是。(七九九條前段)於此情形。其修繕費用及其他負擔。應由各所有人按其所有部分比例分擔。是不待言。(七九九條但書)

(乙) 正門使用權。數人區分一建築物各有其一部。而有使用他人正中宅門之必要者。得使用之也。(八〇〇條一項前段)但因使用致所有人受有損害時。則應支付價金。是不待言。(八〇〇條二項)惟此規定。乃爲任意規定。故如當事人於區分時有特別約定或該地方有特別習慣時。則不適用者也。(八〇〇條一項但書)

以上所述。皆我民法所規定之相鄰權也。至各國物權法關於相鄰權之規定。各因其習慣之不同。其詳略

殊不一致。除上述種種權利之外。尚有所謂界標設置權或界標設置請求權（日民二二三三條德民九一九條）圍障設置權（日民二二五條）眺望限制權（日民二三五條二二六條）及掘坑限制權（日民二三七條）等。關於前二者。依我國習慣或可無須規定。而關於後二者。則實有規定之必要。但我民法未設規定。不無缺漏之嫌。

第四節 所有權之取得

第一款 總說

一 所有權之取得。可大別為原始的取得與繼受的取得之二種。後者。依其既存之所有權之作用所為之所有權取得之謂。前者。不依其既存所有權之作用所為之所有權取得之謂也。

二 繼受的取得。有本於繼承者。有本於包括遺贈者。有本於國權之作用者。（例如沒收、土地收用、分割裁判等）有本於法律之規定者（例如代位）又有本於當事人之讓與契約者。原始的取得之重要者。則時效（七六八至七七二條）即時取得（九四三條）先占（八〇二條）遺失物之拾得（八〇七條）埋藏物之發見（八〇八條）附合（八一一條）混合（八一三條）加工（八一四條）物之分離等皆是也。繼受的取得之原因。於此無說明之必要。以下所欲說明者。則各種原始的取得之特別原因者也。（惟即時取得於後

占有章中再詳述之）

第一款 先占 (Okkupation)

一 無主物屬於最先占有者。(des nullius cedit primo occupanti) 爲羅馬法以來一般所公認之原則。除法國外。(法民五三九條七二三條) 今日各國民法概行採用者也。(例如普魯士普通法第一部第九章第七條至一三條德民九五八條至九六四條意民七一一條至七一九條奧民三八一條至三八七條瑞民六五八條六六四條七一八條七一九條日民二三九條一項) 我國舊律無主物雖以歸國有爲原則。(註) 但新民法仿照多數之立法例。就於無主動產。則許先占取得者也。(八〇二條)

註 現行律戶役卑幼私擅用財條例戶絕財產果無同宗應繼之人所有親女承受無女者准地方官詳明上司酌撥充公

二 民法規定因先占所爲之所有權取得之要件有三。即

(1) 須爲無主物。無主物者。現不屬何人所有之謂。其會否屬於他人。在所不問。故山林藪澤野生之禽獸鱗介。固爲無主物。即他人遺棄之物品或逃逸之野獸。亦爲無主物者也。又先占人於爲先占時。是否知其爲無主。亦所不問。

(2) 須爲動產。羅馬法無論爲動產爲不動產。皆可依先占以取得其所有權。但民法則仿多數之立法例。限於無主動產。始許依先占取得者也。蓋不動產就中尤以土地。本爲國家所有。所謂普天之下。莫

非王土。故與他物不同。不許依先占以爲取得。如遇無主之時。則應歸國家者也。各國民法有以明文規定其旨者。例如德民九二八條二項日民三二九條二項。我民法雖未設規定。解釋亦應從同。是不待言。

(3) 須以所有之意思爲占有。依先占爲所有權取得條件之占有者。不能以爲己之意思取得其物之管領爲己足。須以所有之意思而爲管領者也。所有之意思云者。非欲取得所有權之意思。乃對於其物爲完全支配之意思。換言之。卽欲有與所有人相當之事實上之地位之意思之謂也。惟此所有之意思。常爲法律所推定。(九四四條一項)故占有人就於舉證處於有利之地位者也。

三 先占者。非法律行爲也。蓋先占祇依物之先占之一事實。法律即賦與以一定之效果。不過其占有附以「以所有之意思」之條件而已。換言之。卽因先占之取得無主物所有權者。非基於占有人之效果意思者也。依此論結。故就一方面而言。先占不得依代理爲之。而就他方面而言。雖爲無行爲能力人。亦不妨依先占而取得所有權者也。

第三款 遺失物之拾得

一 遺失物。須依法通知或爲招領之揭示。若拾得後六個月內無人認領者。由拾得人取得其物之所有權者也。(八〇七條)於一定條件之下。將遺失物給與拾得人。除羅馬法外。殆爲一切立法例所承認。(德

與法意瑞及日本民法)即我舊律亦有同一趣旨之規定者也。(註)

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

一半給還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入官

一半給主若無主全入官

二 遺失物者。有主之動產非由於自己之意思亦非被他人所奪而喪失其占有之謂也。分析說明之於下。

(1) 就於不動產。不能有遺失物。例如土地縱有時因經界湮滅被人侵占之時。但不能謂土地所有人遺失其土地者也。

(2) 其喪失占有。須非原因於權利人自己之意思。故如所有人以拋棄之意思拋棄其物之時。即所謂遺棄物者。非遺失物也。

(3) 被他人奪去之物。不得爲遺失物。故盜品不得爲遺失物者也。但盜賊於途中失落之盜品。則仍爲遺失物。是不待言。

除上述之三要件外。其喪失占有之原因如何。在所不問。但是否遺失。爲客觀的事實問題。故所有人誤信其物遺失而實未遺失之時。不能成立遺失物者也。

三 拾得遺失物人取得其物之所有權。其條件有二。即

(一) 須有拾得之事實也。拾得者。發見而占有之之謂。故僅發見而不占有之時。不能為拾得者也。但拾得行為。非法律行為。故不能成立代理。是不待言。惟使用他人以獲得其物之管領固無妨也。

(二) 須依法為通知或揭示。又或交存警署或自治機關後。六個月內無人認領。依民法規定。拾得遺失物人應為之程序如左。

(1) 拾得遺失物而知其物之所有人者。應通知所有人。若不知其所有人或所有人所在不明無由通知者。應為招領之揭示。如不欲自為通知或揭示時。則報告警署或自治機關。又為報告時應將其物一併交存。(八〇三條)警署或自治機關於受拾得物交付後。應分別為通知或為招領之揭示。是不待言。

(2) 拾得物經通知(註)或揭示後。所有人不於相當期間內認領者。拾得人應報告警署或自治機關。並將其物交存。(八〇四條)

註 民法第八百〇四條無通知二字恐係脫漏

(3) 遺失物拾得後六個月內所有人認領者。拾得人應於通知揭示及保管費受償還後。反還之。但拾得人對於所有人得請求其物價值十分之三之酬勞。(八〇五條一項二項)此六個月之期間。解釋上自從通知或揭示之日起算者也。

(4) 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（如易於腐壞或保存需費過鉅之物已付拍賣者（八〇六條）則其拍得價金）交與拾得人。歸其所有。（八〇七條）於此所謂所有人未認領者。蓋包括無人認領及所有人不為認領之兩種情形在內者也。（註）

註 民法第八〇三條至八〇七條規定依其性質而言應否全行規定於民法之中不無疑問且規定不甚完備除上述缺點外其主要之缺點尚有二即（一）未定拾得後應為通知或揭示之期限（二）未定拾得人自為揭示之方法及（三）未定隱匿拾得物及不遵期通知揭示之處罰是也（日本遺失物法一條九條一六條參考）

四 遺失物之拾得。為管理事務之一種。故除本節規定外。關於無因管理之規定。當然適用者也。例如關於拾得人之賠償義務。應適用第一百七十五條之類是。

五 因拾得而取得遺失物之所有權。其法理上之根據如何。學者間頗有爭論。有主張先占取得者。亦有主張時效取得者。余皆以為不當。蓋一則因遺失物並非無主。一則因拾得後一定之期間。並非要求占有之期間故也。然則其取得之根據果安在哉。余則解為基於法律之直接規定而為特別的取得原因。其立法之理由。蓋在於從速確定權利之所屬。而全其物之利用者也。

六 拾得漂流物或沉沒物者。適用關於拾得遺失物之規定（八一〇條）漂流物及沉沒物。為遺失物者固

多。然爲遺棄物者亦未始無之。但民法則統令其適用於遺失物之規定者也。

第四款 埋藏物之發見

一 埋藏物於一定條件之下。令發見人取得其全部或一部之所有權。亦爲羅馬法以來各國立法所承認。即我舊律亦有同一趣旨之規定者也。(註)

註 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

二 埋藏物者藏於他物之中其所有權所屬不明之動產之謂也。(八〇八條)分析說明之於下。

(1) 埋藏物須爲動產也。蓋房屋埋沒於地中之時。即爲土地之一部。不得仍謂之房屋故也。又依古昔羅馬法及德意志普通法。埋藏物須爲貴重物品始可。而今日各國立法例。亦有依其是否貴重物品而異其待遇者。(參考意見七一四條與民三二九八條)但我民法則仿德日民法之例。不設區別者也。

(2) 埋藏物須埋藏於他物之中也。所謂他物者。依羅馬法須爲土地。我舊律亦同。但我民法則仿德日諸國民法之例。不問其爲動產或不動產者也。(八〇八條)

(3) 埋藏物須爲比較的長久年月所埋沒而在不易察見之狀態者也。蓋比較短時間埋沒之物。多爲遺失物。而在容易察見狀態之物。則無所謂埋藏故也。

(4) 埋藏物須發見當時不知其屬於何人。換言之。即其物之所有人須在不明之狀態也。故發見當時即知其物之所屬時。不能適用本條規定者也。

除上述之要件外。其埋藏之原因如何及其埋藏是否由於故意。在所不問。

三 發見埋藏物人取得其所有權。或與所埋藏之物主分得其所有權。其條件有二。

(一) 須有發見之事實也。發見者。察知其物之所在而占有之謂。但察知後使用他人獲得其物之管領。固無妨也。

(二) 須其物無關於學術藝術考古之用者也。蓋埋藏物如足供學術藝術考古或歷史之資料者。其所有權之歸屬。應依特別之規定故也。(八〇九條)

埋藏物與遺失物。理論上雖有區別。而實際上辨別則殊不易。故各國立法例。關於埋藏物之發見。皆使其履行與拾得遺失物同一之程序後。始令發見人取得其所有權。(參考日民二四一條日遺失物法一三條)我民法關於此未設規定。不無缺漏之嫌。

四 因發見而取得埋藏物之所有權。其法理上之根據如何。在昔羅馬法。謂若在自己所有物中發見之時。其令發見人取得其物之所有權者。爲本於添附之理由。而在他人所有物中發見之時。其一半令發見人取得其所有權。他一半令包藏物物主取得其所有權者。在後者。爲本於添附之理由。而在前者。乃本於先

占之理由者也。但其說實欠允當。何哉。蓋埋藏物並非無主物。不能成立先占。而依次款所述添附之性質。埋藏物亦不得認爲包藏物之添附故也。總之。因發見而取得埋藏物所有權。亦與因拾得而取得遺失物所有權同。皆爲基於法律直接規定之特別取得方法。其立法之理由。除前所述之一般經濟上理由外。一在酬報發見者之勞。一在推定爲包藏物主之附隨利益故也。

第五款 添附 (Accession)

第一項 總說

添附一語。用例頗不一致。狹義以解添附。則加工不包括在內。而廣義以解添附。則孳息之取得。亦應包含在內者也。但余則依多數之學說。(例如日本梅謙次郎博士、橫田秀雄博士、岡松參太郎博士、三浦信三博士)以附合、混合、加工三者爲添附。蓋以三者之共通之點甚多。故有共通說明之必要也。

第二項 不動產上之附合

一 依羅馬法。淤漲 (alluvio) 歸於沿岸地所有人所有。而河中沙洲 (insula nata) 及乾涸河身 (alveus derelictus) 則歸兩岸所有人所分有。至關於其他建築物及樹木等。均有詳細規定。法法系民法關於此亦有多條之規定。我舊律亦然。但舊律限於報冊有案。始許撥補。否則認爲無主土地。仍歸國家所有。此則與羅馬法異者也。(註)

註 現行律田宅欺隱田糧條例凡沿河沙洲地畝被冲坍塌即令報官勘明註冊遇有淤漲亦報官查丈照原報之數撥補此外多餘漲地不許霸占如從前未經報冊不准撥給至隔江遠戶果係報冊有案即將多餘漲地秉公撥補若冊戶數多按照報冊先後以次照撥倘補足之外尚有餘地許召無業窮民認墾

二 民法仿德瑞民法之例。規定爲動產因附合而爲不動產之重要成分者。不動產所有人取得該動產之所有權。(八一一條)(德民九四六條瑞民七二七條二項參攷)依此規定。則我民法所謂不動產上之附合者。蓋以動產附合於不動產爲限。而前述之淤漲洲渚及澗河等情形之附合。蓋讓之特別法規規定者也。(清民草九八九條瑞民六五九條)

三 民法規定不動產所有人因附合取得所附合之動產所有權。其要件有四。即

(1) 所附合之物須爲動產。所附合之物必爲動產。故土地之新生。如前述之淤漲洲渚及澗河等情形。不包含在內者也。

(2) 須有附合之事實。且須因附合而爲不動產之重要成分。附合者。結合於不動產之謂。因附合而爲不動產之重要成分者。即其結合之程度以致動產失其獨立之存在而爲不動產之一部之謂也。例如料種播種於地中。木料使用於房屋之類是。又附合行爲非法行爲。是不待言。

(3) 所附合動產。須與不動產屬於二人。所附合之動產與被附合之不動產同屬一人之時。則不生所有權取得之問題。又動產若爲無主物之時。亦得依先占取得。無須再依附合取得其所有權者也。

(4) 須非他人在權原上所附合。他人在權原上所附合者。例如永佃權人播種其籽種於土地。借房人增加工作物於房屋(四六九條)之類是。蓋本於權原所爲之附合。乃爲其權利之行使。自不能使其生所有權之變動者也。

四 因附合而合不動產所有人取得動產所有權。其法理上根據。蓋一在於定物之專屬。免因分離而有損其物之價值。致害社會之經濟。一在於重視不動產。而認爲其所有權之擴張故也。

第三項 動產上之附合

一 依羅馬法。動產與他人動產附合不能分別其主從時。許各所有人請求分離。如能分別其主從時。則歸於主物所有人所有者也。德瑞民法於後之情形。與羅馬法同。而於前之情形。則令各所有人按其附合時之價值共有其物。(德民九四七條瑞民七二七條)我民法蓋即仿德瑞民法之例者也。(八一一條)

二 依民法規定。動產因附合其主物所有人取得其合成物之所有權。(八一一條二項)其條件有三。即

(1) 所附合之動產。須屬於各別所有人。蓋以同屬一人之時。則不生所有權取得之問題故也。

(2) 須有附合之事實。且其附合之程度。須非毀損不能分離。或雖能分離而需費過鉅。此所謂非毀損

不能分離者。即至少非毀損其一不能分離之義。所謂分離需費過鉅者。即因分離須用過當之費用之謂。至附合之人爲附合抑爲天然附合。係出於善意抑出於惡意。在所不問。

(3) 所附合之動產。須能分別其主從。主從區別之標準如何。我民法未設規定。其蓋依交易上之觀念。或依其價格或依用法以定之。是不待言。

三 所附合之動產。具備上述第(1)(2)兩要件而不能分別其主從時。則歸各所有人所共有。其共有之應有部分。則依其附合當時之價值定之者也。(八一二條一項)

四 因附合令主物所有人取得其合成物之所有權。其法理上根據。全然與不動產上之附合同。至因附合而令各所有人共有其合成物。蓋出於保護物之價值之唯一理由。但以立法論。與其強之發生不自然之共有關係。實際上易生糾葛。無寧設法定其物之專屬之爲愈也。(奧民四一五條四一六條參考)

第四項 混合(Confusio)

一 混合者。屬於各別所有人之動產因混淆而不能辨識或不易辨識之謂也。混合物爲固體者有之。例如甲之米與乙之米混合之類是。爲流動體者亦有之。例如甲之酒與乙之酒混合之類是。因混合而至不能辨識者。爲識別不能。欲辨識而需用過當之費用者。則爲不易識別也。又混合行爲亦非法律行爲。是不待言。

二 就於混合之結果。準用關於動產附合之規定。(八一三條)此蓋羅馬法以來各國立法例皆同者也。(德民九四八條瑞民七二七條)

第五項 加工 (Specification)

一 加工者。於他人之動產加以工作而成新物之謂也。此新成之物。稱爲加工物。例如以他人之木材製作器具或以他人之綢緞裁作衣服之類是。分析說明之於下。

(1) 加工之標的物。須爲他人之動產也。換言之。即須於他人之材料。加以工作也。但其材料初不必全部屬於他人。祇有一部屬於他人時。即不害其爲加工者也。(日民二四六條二項參考)

(2) 因加工而成之物。須爲新物也。至何謂新物。仍應依一般交易界之觀念定之。

(3) 加工與附合混合異。蓋常由於人爲者也。但其性質則亦同。非法律行爲。故加工人爲加工時。初不必有取得所有權之意思。又無行爲能力人亦不妨因加工而取得其物所有權者也。至加工人之爲善意抑爲惡意。亦所不問。(但有反對立法例)

二 加工物之所有權應歸屬於何人。既在羅馬法。即學說紛歧。有應用先占之法理。認加工物應歸之加工人者。亦有目此爲資本與勞力之附合。依附合之法理。認加工物應歸之材料所有人者。至尤斯梯尼亞奴斯皇帝時。折衷二說。認加工物不能回復其加工前之原狀時。則令其歸於加工人。否則歸於材料所有人。

但加工人自己亦供給其材料之一部者。則常歸於加工人者也。近世各國民法如法意奧瑞日。以歸材料所有人爲原則。(法民五七〇條意民四六八條奧民四一四條瑞民七二六條日民二四六條)而德民法則以歸加工人爲原則。但兩者皆有例外規定。故實際之結果。無多大之差異。

三 我民法仿多數之立法例。亦以加工物之所有權令其歸屬材料所有人爲原則。其立法之理由。蓋一則着眼普通之情形。以加工於材料爲常。一則出於保護材料所有人之趣旨者也。(八一四條前段)但對於原則。亦有例外。即因加工所增之價值。顯然超過材料之價值時。其加工物之所有權。仍令其屬之加工人。例如名畫家繪畫於他人之布絹之類是也。(八一四條後段)

第六項 添附之效果

一 因添附而生之合成物、混合物、或加工物。無論歸於單獨所有人。或歸於數人所共有。其所有權之取得方法。皆爲原始的取得。換言之。其取得非本前主之權利。乃爲新權利者也。

因添附在一方生所有權之取得。而在他一方。則生所有權之消滅。且其消滅爲絕對的。故一旦已附合之物。縱其後分離之時。亦不能認爲其從前所有權之復活者也。

二 依添附之規定。其物之所有權消滅時。在其物上所存之他權利。亦同歸消滅者也。例如擔保物權是。(八一五條)蓋因添附所生之所有權取得。非繼承的取得。自無繼承其物從前之負擔之理故也。

如上所述。第三人之物權雖應當然消滅。但其所受之損害。得向受益人請求償金者也。(八一六條)但立法例亦有另定更確實之救濟方法者。(日民二四七條二項參考)

三 因添附而喪失所有權因而受有損害之人。得依不當得利之規定。請求償金者也。(八一六條)但依純理言之。因添附而取得利益之人。並非無法律之原因。故目之爲不當得利。雖屬不妥。然爲利害平均計。故法律令其援用不當得利之規定而已。(八一六條)依此規定之結果。故

(1) 受益人爲善意或添附係由其人之行爲以外之原因而生者。受益人於其利益現存之限度。負支付償金之義務。(一八二條一項)

(2) 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。並應賠償者也。(一八二條二項)

第六款 物之分離

一 某物附着於他物而不爲其一部者。就於該物。有其特別所有權之存在。故其物雖分離。不生所有權之變化者也。反之。某物之一部。本不得特別成立所有權。但因分離而成爲一物。有爲所有權標的之能力時。則分離物所有權之應屬於何人之問題生焉。

二 分離物因分離以當然歸屬於原物所有人爲原則。關於此點。我民法雖無明文。(德民九五三條)蓋以

爲當然之事。無待規定者也。例如果木所有人。因分離取得其果實之所有權。其分離爲由於天然抑由於人爲。固所不問。即所有人知其分離與否。亦無區別者也。

三 對於上述原則之例外。即所有人以外之人有取得孳息或其他分離物之所有權之時是也。其情形有二。

(甲) 所有人以外之人有取得孳息權利者。因分離當然取得其孳息之所有權者也。此等權利人。爲物權人者有之。例如留置權人(九三五條)永佃權人(八四二條)及典權人(九一一條)之類。爲債權人者有之。例如租賃權人(四二二條)之類。爲親屬權人者亦有之。例如行親權之父或母就於其子之財產有收益之權(一〇八八條二項)之類是也。

(乙) 善意占有人取得占有物之孳息者也。(九五二條)善意占有人者。自信有收取孳息權之占有人之謂。善意占有人於孳息分離時。當然取得其所有權者也。以上原理。於孳息以外之分離物。亦應準用。是不待言。

第七款 取得時效

一 取得時效者。於一定期間以所有之意思和平且公然占有他人所有物之事實之謂也。占有人因此事實。法律即令取得其物之所有權者也。(七六八條至七七〇條)取得時效之要件。分析說明之於下。

(一) 須占有他人之所有物也。故不獨就於自己之所有物。不能有取得時效之存在。即就於無主物。亦不生取得時效之問題者也。

(二) 占有人須以所有之意思爲占有也。所有之意思云者。就於其物不認有優於自己之權利存在之謂。故不獨由無權利人取得所有權之行爲。爲有所有之意思。即盜賊就於其所盜之物。亦有所有之意思者也。

(三) 占有人之占有須以和平之方法也。和平之占有者。非強暴之占有之謂。故以暴行脅迫之占領。不得享受時效之利益。是不待言。

(四) 占有人之占有須以公然之方法也。公然之占有者。非隱匿之占有之謂。故以種種方法隱祕占有者。其不能享有時效之利益。亦不待言。

(五) 須以一定期間繼續爲占有也。惟其期間因其情形不同而有長短之別。

(甲) 以所有之意思二十年間和平繼續占有他人未登記之不動產者。得因登記取得其不動產之所有權。(七六九條日民一六二條一項)

(乙) 以所有之意思十年間和平繼續占有他人未登記之不動產。而其占有之始爲善意並無過失者。得因登記取得其不動產之所有權。(七七〇條日民一六二條二項)

(丙) 以所有之意思五年間和平公然繼續占有他人之動產者。取得其所有權。(七六八條德民九三七條瑞民七二八條日民一六二條一項)

二 因時效之所有權取得。其效果溯及時效起算之日發生者也。故自該日以後所生之制限物權。皆因此而消滅。而該日以前已有之制限物權。則不因之受何影響者也。

三 關於取得時效之中斷。除準用消滅時效中斷之規定外。民法尙定有特別中斷原因。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。其時效因之中斷者也。對於前之法定中斷原因。學者稱之爲自然中斷原因焉。惟占有雖一度被他人侵奪。而占有人依第九百四十九條或第九百六十二條之規定。復將其回復之時。仍不生時效中斷之效力。是不待言。(七七一條)又此自然中斷之效力。爲絕對的效力。換言之。即其中斷對一切利害關係人皆生效力者也。

四 關於消滅時效不完成之規定。於取得時效亦應準用。是亦不待言者也。

五 所有權之取得時效。於所有權以外之財產權。亦準用者也。(七七二條)但左列各種權利。其性質上無由罹時效者。自屬不在此限。

(一) 不繼續或不表現之地役權。此則一因無由計算其時效完成之期間。一因不易察知之故也。前者如汲水地役權。後者如地下泄水工事地役權之類是。

(2) 一同行使即消滅之權利。時效必於一定期間以爲己之意思行使其權利爲要件。故因一度行

使即消滅之權利。則無由因時效其取得者也。例如解除權及選擇權之類是。

(3) 質權及抵押權。質權抵押權。不能離主債權而爲取得時效之標的。固不待言。且性質上亦爲一度行使即歸消滅之權利。故不能適用取得時效者也。

(4) 留置權。留置權。其權利性質上。亦無由爲取得時效之標的者也。(參考三瀨信三博士物權法提要五八一頁)

六 依德瑞民法之規定。所謂取得時效者。原祇限於動產所有權之取得。(德民九三七條瑞民七二八條)關於不動產。不過有類似時效取得之規定而已。(德民九二七條瑞民六六二條)而不應認取得時效者也。至所有權以外之財產權。除地上權(德民一〇一七條二項)外。均無類似時效取得之規定。良以理論上及事實上。均不能想像其有因時效取得之必要及可能故也。日本民法不明羅馬法時效制度之原委。其規定頗多疵累。學者非之。乃我民法仍沿其誤。是不可解者也。

第五節 所有權之消滅

一 所有權之消滅者。所有權全然失其存在之謂。其原因可別爲二。即(一)以所有人之意思爲必要者。(二)無須有所有人之意思也。例如時效、附合、混合、加工之類。皆屬於後者。蓋此等情形。一方生所有權之

取得。即他一方當然來所有權之消滅故也。又因物之滅失而來所有權之消滅。亦屬於後者。物之滅失者。依一般之客觀失其物之存在之謂。故物理上其物質已無存者。固不待言。即與從來之物完全變其性質時。亦爲物之滅失者也。例如牛馬倒斃之類是。德國民法。捕獲之野棲物回復其自由時。如所有人不立即追捕或停止追捕者。認原所有人消滅其所有權而成爲無主物者也。馴養之野棲物失其歸來一定處所之習慣者。亦同。清民律草案曾設規定。(清民草一〇二九條一〇三〇條)而民法則未採用。

二 所有權之消滅以所有人意思爲必要者。則所有權之拋棄是也。動產所有權之拋棄。須以拋棄之意思。拋棄其物之占有。而不動產所有權之拋棄。則以拋棄之意思表示爲已足。初不必爲占有之喪失。且亦無須登記者也。

第六節 共有

第一款 總說

一 共有者。數人共同享有一所有權之謂也。所有權爲就於一物所存之總支配權。如上所述。故一物之上不能同時有數個所有權。其理甚明。然一所有權同時歸屬於數人。由數人共同享有之。要無害於所有權之本質。此法律上所以有共有制度之發生也。

二 共有因其情形不同可分而爲二。即(一)純然共有(Mitigentum)學者又稱之爲分別共有(Gemeins-

chaft nach Bruchteilen) 民法單稱之爲共有。(八一七條一項)(二)合有。(Gesamteigentum) 學者又稱之爲公同共有。(Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand) 民法亦稱爲公同共有。(八一七條一項) 是也。合前後二者爲廣義之共有。故前者對於後者。則爲狹義之共有者也。

三 共有關係有本於當事人之意思而生者。例如數人共同受讓一物、合夥、及夫婦財產契約等所生之共有之類是。亦有不本於當事人之意思而生者。例如埋藏物發見或添附之結果所生之共有。又遺產繼承或包括遺贈所生之共有之類是也。

第二款 共有之性質

一 共有者。數人就於一物分數的有其所有權之狀態之謂也。分析說明之於下。

(一) 所有權雖以屬於一人爲常。但分屬於數人。固無妨也。屬於一人時。其所有權稱爲單獨所有權。其所有人稱爲單獨所有人。而分屬於數人時。則其各自之所有權稱爲共有權。其所有人稱之爲共有人焉。及此觀之。則共有權之性質。謂爲類似所有權之一種特別權者非也。又其所有權仍爲一個完全所有權。不過分數的分屬於數人而已。其各自之所有權雖有分量之差。要皆爲同一內容。而不失其物之總支配權之性質者也。故將一所有權之內容。分割各有其一。例如甲有其使用權。乙有其收益權。內有其處分權之時。不得謂爲共有者也。

(一) 共有權者。將一所有權分數的分割之謂。非將所有權客體之物分割而各有其一部分之所有權。祇一所有權應其共有人之數而存在而已。

二 共有權既仍爲一所有權。如上所述。故各共有人於其彼此相互間又對於第三人。有其所有權上之請求權者也。例如共有人之一人獨霸其物之時。他共有人對之得爲分占之請求。或共有人之一人妨害他人使用其物之時。他共有人對之得請求屏去其妨害。又共有人之一人於第三人妨害其共有物之時。對之固得請求妨害之屏除。即對於占有其物之第三人。亦得請求將其物之占有交還者也。(八二二條)不過共有人之一人爲後者之請求時。須爲共有人全體之利益爲之而已。(八二二條但書)

第三款 共有人之應有部分

一 共有人之應有部分。有二意義。(一)指各共有人對於他共有人之關係所有之支配力之限度而言。(例如八一七條一項二項)(二)指各共有人所有之共有權而言者也。(例如八一七條一項二項)

二 共有人之應有部分。爲定共有權分量之標準。如各共有人之應有部分不明時。推定其爲均等者也。(八一七條二項)但事實上有反對之證明或法律有特別規定時。則此推定不能適用。例如甲以千元乙以二千元共買一房。則甲之應有部分爲三分之一。乙之應有部分爲三分之二。又如動產附合時。各動產所有人應按其動產附合時之價值共有其合成物(八一二條)之類是也。

三 共有之應有部分者。共有人於其相互間所存之所有權也。故其取得喪失。與單獨所有權無異。例如不動產共有權之讓與。非登記不生效力。而動產共有權之讓與。非交付其物之共同占有。不生效力者也。又就於共有之應有部分。得設定擔保物權。固不待言。惟依法律行為而設定質權之時。共有人應將其物之共同占有。交付於質權人。亦無庸疑者也。

四 共有人得拋棄其應有部分（即共有權）是不待言。惟其拋棄之結果。各國立法例有定為其部分歸之於他共有人者（日民二五五條）我民法關於此未設規定。解釋上如其共有權為動產共有權時。固可依先占之法理。認為歸之於其他共有人。而如為不動產共有權時。則非歸之國庫不可也。此種處置之當否。立法上不無疑義。

第四款 共有人之支配權

共有人之支配權者。共有人於其內部關係應如何可支配其共有物之狀態之謂也。其狀態可分之為三。

(一) 各共有人於不妨害他共有人之使用之範圍內。得使用其共有物。例如甲乙丙三人共有之土地。甲乙丙皆能自由通行之類是。但因共有人一人之使用而妨他共有人之使用者甚多。於此情形。各共有人應各按其應有部分以使用其共有物（八一八條）故定其使用時間者有之。例如甲乙丙共有一馬之時。得按其應有部分。定為甲乙丙輪流乘騎若干日。或甲乘騎一日、乙乘騎二日、丙乘騎三日之類。

是定其使用部分者亦有之。例如甲乙共有一樓房之時。得按其應有部分。甲住樓上乙住樓下之類是也。

(二) 各共有人得按其應有部分取得其共有物之收益。(八一八條) 例如孳息於分離同時歸於共有人所共有者也。

(三) 各共有人各有處分其共有物之權能者也。蓋不然之時。則不能謂爲所有權分數的分屬故也。但共有人雖各有其權能。而不能單獨行使。蓋以處分爲關於共有物全部之運命。當然有礙於他共有人之權利故也。

廣義所謂處分者。包法律的處分及物質的處分兩者而言。如讓與設定他物權及提供擔保。屬於前者。毀棄或加以變更。(例如裁布爲衣之類) 則屬於後者。無論何種情形。民法均定爲非得共有人全體之同意。不得爲之。(八一九條二項) 缺此同意而爲之處分。則爲侵權行爲者也。又廣義以解處分之時。管理行爲亦處分之一也。關於此於次款再詳論之。

第五款 共有物之管理

一 管理行爲。依其性質可分爲二種。即(一)保存行爲(二)非保存行爲是也。非保存之爲。學者又稱爲狹義管理行爲。

(甲) 保存行爲。保存行爲者。指保全其物及保全其物上之權利之一切行爲而言。例如防其共有房屋之損壞。而加以修繕。或防第三人因時效而取得其共有物上之權利。而爲中斷行爲之類是。此等行爲。不獨爲共有人全體之利益。且多爲應急之處置。故法律令各共有人得單獨爲之。不必得他共有人之同意者也。(八二〇條二項)

(乙) 狹義之管理行爲。不變更其物或其權利之性質而利用或改良共有物之行爲。稱爲狹義的管理行爲。利用者。依其用法而爲有益之使用之謂。改良者。增加其收入或增長其價值及其他一切改善之謂也。但民法統稱之改良焉。此種行爲。其範圍甚廣。且無急速爲之之必要。故民法仿多數立法例。(奧民八三三條日民二五二條)認爲須得共有人依其應有部分過半數之同意。始得爲之者也。(八二

○條三項)

以上所述。自以共有人關於管理無特別訂定爲然。如有特別訂定時。則應從其訂定。是不符言。(八二二條一項)

二 共有物之管理費及其他負擔。(例如租稅)除共有契約另有訂定外。應由各共有人按其應有部分分擔之。(八二二條一項)若共有人中之一人就共有物之負擔爲支付而逾於其所應分擔之部分時。對於他共有人得請求償還者也。(八二二條二項)關於共有人不履行支出費用及其他負擔之義務。立法例

有定爲於一定期間經過後，令他共有人得支付相當之價金，取得其應有部分者（日民二五三條二項）如斯辦法。是將本來紛雜不便之共有關係，愈變紛雜。故我民法則不採取者也。

第六款 共有關係之終了

第一項 總說

共有關係終了之事由甚多。例如共有物之滅失、讓與、公用徵收等，固不待言。即共有物因他共有人讓與或拋棄，其應有部分歸於一人所有之時，亦爲共有關係終了之原因者也。關於此等原因，實無一一說明之必要。於此所欲說明者，則因共有物之分割，所爲之終了原因是也。

第二項 分割之請求權

一 共有關係比之單獨所有，其不便實甚。且各共有人就於其物之利用改良，亦不能如其己物之注意。其結果必歸之於社會經濟之不利益。故法律上亦不希望此種狀態之長存者也。是以民法仿多數之立法例，規定各共有人得隨時請求分割其共有物焉。（八二三條一項前段、德民七四九條一項、法民八一五條一項、瑞民六五〇條一項、日民二五六條一項）至其分割於他共有人是否不利，在所不問。

二 如上所述，各共有人雖以無論何時皆得請求分割爲原則，但對於此原則亦有二例外。

（一） 共有人得訂五年內不得分割之契約者也。（八二三條但書）不論何時皆得請求分割之原則，若

使其絕對貫徹。於共有人反感不便或竟招不利。例如共有物之時價不相當之類是。故民法仿各國之立法例。規定爲共有人關於共有物之分割。得定限制之期限。惟其期限至多不得過五年。如超過五年者。應縮短爲五年者也。(八二三條二項)二三立法例。有雖認不分割契約爲有效。但有重大事由。仍許請求分割者。(德民七四九條二項意民六八一條二項參考)以立法論。此種辦法。合於實際亦未可知。不分割之契約。對於共有人之特定繼承人。能否發生效力。雖屬無不疑問。但此種契約之性質。非純爲債務的契約。即非僅於各共有人間發生不爲分割之債務。乃使其不發生分割之請求權者也。故其效果。當然能及於共有人之特定繼承人。是不待言。(參考川名兼四郎博士物權法要論二二八頁)

(二) 依其物之用法不能分割之時。亦不許請求分割者也。例如一共有房屋之公用廁所之類是。(八二三條一項但書)

三 分割請求權。性質上不因消滅時效而消滅者也。何哉。蓋分割請求權於共有關係存續中隨時皆可發生。自無罹時效之理故也。但立法例亦有以明文規定其旨者。(德民七五八條參考)

第三項 分割之方法

一 共有物之分割。以共有人全員之協議爲之。(八二四條一項)協議不成時。始能請求法院爲分割者也。(八二四條二項)前者。學者稱之爲協議上之分割。後者。稱之爲審判上之分割焉。

二 協議爲分割之時不限於分割原物。即賣去其物而分配其價金。或共有人一人取得其物而賠償他共有人應有部分之價值者。不害其爲分割者也。

三 關於分割方法。共有人間不能以協議決定（即協議不成）時。各共有人皆得請求法院爲分割。如上所述。此種審判上之分割。立法例有定爲須共有人中有失踪人或無能力人時。始得爲之（例如法民法）但我民法則不採取。祇協議不成時。即得請求爲審判上之分割者也。

四 審判上之分割方法。雖亦以分割原物爲本則（八二四條二項一欸）但

（一）不能以原物分割時（例如一匹馬一卷畫）或

（二）因分割而顯然有損其物價值時（例如一方玉）法院得令變賣其共有物。以其賣價分配於各共有人者也（八二四條二項二欸）其變賣方法爲拍賣抑爲自由變賣。均無不可。

五 無論爲協議上之分割。抑爲審判上之分割。如因分割原物而有不公平之虞。換言之。即共有人中之一人或數人。其分配之物不能恰當其應得之分時（例如甲乙丙共有馬三匹而甲所分得之馬特別瘦小之類）他共有人應以金錢補償之也（八二四條三項）。

第四項 分割之效果

一 共有物因分割而各共有人各自取得其物之單獨所有權。其法律上之根據如何。簡言之。即分割之性

質如何之問題。從來原有兩說。

(甲) 宣言主義(或權利認定主義) 此說謂分割之效果。應溯及其有關係發生當時而發生。故各共

有人因分割所取得之部分。本自初即歸其各人所有。不過因分割而宣明此項事實。認定其權利而已。法法系諸國之立法。皆採用之。(法民八八三條一八七二條意民六八四條一〇三四條)

(乙) 移轉主義(或權利賦與主義) 此說謂各共有人本各按其應有部分。就於共有物之全部。而有其權利。故各共有人因分割而取得之部分。乃受他人權利之讓與。而因分割歸於他人之部分。乃讓與自己就於其上所有之權利者也。換言之。即因分割始賦與各共有人以單獨所為權者也。德法系民法。則採此主義。

以上兩主義。雖各有短長。但以理論上言之。自以第二主義為較優。我民法雖無明文。而解釋上蓋採第二主義者也。

二 民法就於共有物之分割。係採權利移轉主義。如上所述。故共有人間相互之關係。殆與普通所有權讓與之關係相類似。即因相互移轉之結果。各共有人就於他共有因分割所得之物。按其應有部分負與出賣人同一之擔保責任者也。(八二五條一項)所謂出賣人之擔保責任者。即追奪擔保及瑕疵擔保是也。關於此應於買賣章說明之。茲不詳述。又此規定。不問其為協議上之分割。抑為審判上之分割。皆應適

用所應注意者也。

三 關於分割物之證書。無論其爲分割前所已有。抑爲分割時所作成。於分割人相互間及其與第三人之間。爲證明其權利關係。皆有保存之必要。此民法第八百二十六條規定所由設也。分晰說明之於下。

(一) 分割完了時。如各分割人就於其所得之物各有其證書者。應各自保存之。(八二六條一項)

(二) 若關於共有物祇一個共通證書者。由取得最大部分之人保存之。無取得最大部分之人時。由分割人協議定其保管人。協議不成者。則由分割人請求法院指定其保管人。(八二六條二項)

(三) 法律之所以定保存義務者。蓋爲分割人將來有使用其證書之必要故也。是以民法定爲證書保存人。須應他分割人之請求。許其使用證書者也。(八二六條三項)

(四) 民法關於證書保存之期間未設規定。以立法論。不無缺漏之嫌。

第七款 共同共有

一 共同共有者。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之謂也。(八二七條一項德民七一九條一項瑞民六五二條至六五四條參考)故共同共同與純然其有異。即在純然共有。各共有人有其各自自由處分其應有部分之權。而在共同共有。乃一所有權全體屬於數人。非共同共有人全體一致。不能行使其所有權者也。

二 公同共有關係。有發生於法律規定者。亦有發生於契約者。前者如共同繼承。後者如合夥及夫婦共有財產契約是也。

三 公同共有之發生。以有公同關係爲前提。如上所述。故公同共有人之權利義務。應依其原因之公同關係如何而定。是屬自明之理。(八二八條一項)例如二人因合夥而共有一物時。其彼此之權利義務。應依其合夥契約而定之類是也。

四 各公同共有。人關於其共有物之處分及其他權利之行使。例如管理使用收益等。均須全體之一致。始得爲之。乃公同共有性質上當然之結論。惟爲其原因之法律或契約另有訂定者。則應從其訂定。是不待言者也。(八二八條二項)

五 公同共有。本因公同關係而生。故其運命亦應與其公同關係相終始。是以公同關係存續中。各公同共有。人不得請求分割共有物者也。(八二九條)

六 公同共有之關係。除依一般所有權消滅之原因而消滅外。尚有兩種特別消滅原因。(八三〇條一項)

(一) 公同關係之終止。公同共有。本因公同關係發生而發生。則其關係亦自應因公同關係之終止而消滅者也。例如因合夥解散而成合夥共有關係之消滅。因婚姻解消而成夫婦財產共有關係之消滅之類是。此等因公同關係終止而生公同共有物之分割時。除法律有特別規定外。應依關於共有物

分割之規定者也。(八三〇條二項)

(二) 標的物之讓與。共同共有人如將其標的物讓與他人或共有人中之一人時。其共同共有關係亦歸消滅。是不待言。

第八款 準共有

一 數人共同享有一所有權為共有。如上所述。故數人共同享有所有權以外之財產權。本不得謂為共有者也。例如數人共同享有地上權。永佃權。典權。抵押權之類。但此等共同關係。亦與共有關係相類似。故法律令其準用共有及公同共有之規定者也。(八三一條)

二 民法第八百三十一條規定。自為一般財產權之準共有而設。故如關於特種財產權之共有。有其特別法時。(例如著作權法。鑛業法)則仍適用其特別法。而不適用本條規定者也。

第二章 地上權 (Erbbaurecht)

第一節 地上權之性質

一 我民法上地上權者。指以在他人土地上有建築物或其他工作物。又或竹木為目的而使用其土地之物權而言也。(八三二條)蓋在羅馬法。本以地上物屬於土地為原則。(參照民法要論總則一二五頁)故其例外始有地上權之發達。今日歐洲各國地上權之制度。大都淵源於是。但我民法之地上權則異趣。蓋

我民法乃因經濟發達。地價騰貴。工作物及竹木之所有人。有時無力兼有土地所有權。故設此物權的借地權以救濟之。其理由蓋與日本民法同者也。(三瀨信三博士著作物權法提要一六五至一六八頁參攷)

二 茲將我民法地上權之意義分析說明之。而並及與歐洲地上權之異同焉。

(一) 地上權者。以土地使用爲本質之他物權也。(1) 地上權者。爲土地使用之權利也。惟其使用初不限於地面。即地下或空間之使用。亦不妨其爲地上權。例如在他人地底安設隧道之類。又被使用土地之範圍。亦不限於其工作物或竹木占用之面積者也。(德民一〇一三條參考)(2) 地上權者。使用他人土地之物權也。蓋使用他人之土地。僅爲債權關係者有之。如不動產之租賃是。惟租賃關係。純爲對人關係。有時或不能達其長久使用之目的。故民法又定此物權的借地權之地上權。而認其有對世之效力者也。(3) 地上權者。以使用他人土地爲其本質者也。故地上權不因工作物或竹木之滅失而消滅。是屬當然。(八四一條)(註)蓋我民法土地上權之性質。與歐洲地上權異。以其權利之標的物。係屬土地而非工作物或竹木故也。

註 就我民法地上權之性質言之。民法第八百四十一條乃爲不待言之規定。與德民第千零十六條之立法主義正相反者也。(參考三瀨信三博士物權法提要二冊一六八頁及一六九頁)

(二) 土地使用之目的。爲在其上有建築物或其他工作物或竹木也。關於地上權人使用土地之日

的。在羅馬法本限於爲所有建築物。至德瑞民法擴充至於工作物。而至日本民法則更擴充至於竹木者也。我民法蓋即仿日本民法之規定也。（八三三條日民二六五條）又在德國民法。地上權人不必限於爲所有工作物而使用他人之土地。即就已有工作物之土地使他人得占有利用其工作物。又且可以折毀其舊工作物。另建築新工作物而使用之。亦無害其爲地上權者也。（川名兼四郎博士物權法要論一三六頁參考）民法第八百三十二條以在他人土地上有建築物或其他工作物或竹木爲日的云云。其所謂『有』者。抑專指所有而言。亦兼指占有而言。解釋上不無爭論。但以立法政策言之。則以採廣義解釋爲宜。蓋廣義解釋之時。則舖底權可以包含在內者也。（理由詳後）

（三） 地上權不必皆有地租。永佃權必須有佃租。租賃亦必須有租金。而地上權則反之。有有地租及無地租之兩種者也。地上權須支付地租者。其支付地租義務與其權利存廢之關係。於後再詳論之。民法地上權之意義。雖如上所述。但就我國實際上言之。除舊京所有之舖底權外。（註）尠見此制度之發達者也。何哉。蓋一則因我國土地不若歐美之昂貴。一則因有典權及舖底權制度。亦足以資救濟故也。若是則我民法有無仿倣日本民法認此廣汎之地上權之必要。不無研究之價值矣。

註 舖底權者商人爲營業之便宜支付房租永久在他人土地上占有利用其原有之房屋且於必要時得折毀其原房屋另建新房屋之權利之謂也。及此定義觀之。則舖底權蓋與德國民法上之地上

權略同（新朝大雜誌第二卷第一期至第三期于光熙君『舊都之舖底權』論文關於舖底權之定義與此稍有不同參考）此蓋因商業與其地點至有關係故有此物權借地權之發達且其使用之標的仍主爲土地而非房屋是不可不知也

第二節 地上權之取得

- 一 地上權亦可分爲原始取得及繼受取得之二種。前者如因取得時效之取得（七七二條）後者如因讓與或繼承之取得是也。歐洲立法例中多有以明文規定地上權之讓與性及繼承性者。（德民一〇一二條德地上權法一條瑞民七七九條二項）然以財產權之性質上言之。是屬自明之理。但我民法亦仿倣之。定爲地上權者。除其設定契約別有訂定或地方另有習慣外。原則皆許讓與並繼承者也。（八二八條）
- 二 地上權既爲不動產物權之一種。則其設定或移轉。均須以書面爲之。且非登記不生效力。或不能處分其權利者也。（七六〇條七五八條七五九條）

第三節 地上權之存續期間

- 一 我民法依多數立法例。關於地上權存續期間。不設規定。解釋上蓋可分有期及無期兩種者也。無期地上權。除地上權人拋棄外。其權利永久存在。土地所有人不過徒擁虛名而已。故土地所有權僅爲虛有權者也。

二 以設定行為定存續期間者。無論如何之長期皆可。若未定有存續期間而其地方有特別習慣時。則應從習慣者也。(八三四條一項)

三 設定行為未定存續期間。而其地方又無特別習慣時。地上權人得隨時拋棄其權利。(八三四條一項) 但有支付地租之訂定者。則非一年前預為通知。或支付下一年分之地租。不得為拋棄者也。此蓋防土地所有人突然喪失其收入所設保護之規定也。

四 地上權之拋棄。應向土地所有人以意思表示為之。此乃當然之事。故民法第八百三十四條第二項。乃不待言之規定也。(八三四條二項)

第四節 地上權之效力

一 地上權人得直接使用他人之土地。但其使用之目的。限於在其土地上有建築物或其他工作物或竹木。故與永佃權固不相同。即與典權亦異者也。又使用權當然包括收益權在內。學者亦無異議。(三瀋信三博士著作權法提要一七八頁一七九頁參考)

二 地上權既為物權。則地上權人就其土地得排斥第三人之干涉。又受有損害時。並得請求賠償。是不待言。又地上權人除受本權上之保護外。以土地占有人之資格。且受關於占有之保護。(就中尤以得行使占有訴權)亦不待言者也。

三 地上權人得將其權利讓與或遺贈於人。又或爲債權之擔保。固不待言。即將其土地或並其上之工作物轉租於人。亦無不可。又地上權應有繼承性。我民法雖無明文規定。解釋上蓋亦相同者也。(八三二八條) 設定人以契約禁止地上權之處分或土地之轉租時。其契約之效力如何。學者雖不無爭論。然余則以爲違反此禁止之處分或轉租。不獨生地上權人契約違反之責任問題。而其處分或轉租。亦爲無效者也。何哉。蓋其契約爲有物權的效力故也。不過設定人欲其禁止契約發生物權效力時。須將其登記。是不待言。又地方有禁止處分或轉租之習慣者。其地上權亦失其讓與性者也。(八三二八條但書)

四 地上權人就於相鄰權之關係。準用第七百七十四條至七百九十八條之規定。故地上權人與土地所有人有同一之權利義務者也。(八三三條) 蓋地上權人於其目的之範圍內。與土地所有人全然類似。故地上權人相互間或地上權人與土地所有人間。非準用關於所有權界限之規定。無由達其土地使用權之目的故也。

五 地上權既爲財產權。則權利人得將其拋棄。亦不待言。惟附有支付地租之約者。須依特別規定之辦法。始得拋棄。於前已說明之。茲不再贅。(八三五條)

六 地上權雖不必常有地租。但附有支付地租之約之地上權。其地租與其地上權之關係如何。不得不略論之。

(一) 地租支付之義務。性質上爲一獨立之債務乎。(富井政章博士民法原論物權二〇九頁)抑爲地上權內容之一部而有物權之效力乎。(川名兼四郎博士物權法要論一四二頁)學者頗有爭論。蓋依前說。地租支付之義務。不因地上權之讓與而當然移轉。故讓與當時無特別訂定者。土地所有人祇能仍向讓與人請求地租。而不能向讓受人請求者也。反之。從後說之時。地租支付之義務。認爲從屬於地上權。與地上權同其運命。故地上權讓受人。當然負支付其地租之義務者也。(日本明治三十九年七月五日大審院判決參考)愚意我民法之解釋。則以取後說爲宜。不過採取後說。則於爲地上權登記時。其地租及其支付時期。應爲登記事項之一。所應注意者也。(日本登記法一一一條參考)

(二) 地租支付之時期。通常自以設定行爲訂定之。如設定行爲無特別訂定者。則應準用第四百三十九條之規定者也。(四三九條)

(三) 地租之標的。自以金錢爲常。但不限於金錢。故約定以取穫之米穀或果實等爲地租之支付。亦無不可者也。

(四) 地上權人雖因不可抗力妨碍其土地之使用以致受損害時。亦不得請求免除或減少租金者也。(八三七條)

(五) 地上權人積欠地租達二年之總額者。土地所有人得撤銷其地上權者也。積欠達二年總額者。累

次拖欠達二年總額之義。非連欠二年之義。是不待言。但有特別習慣時。則應從其習慣。雖已達二年總額。仍不以之爲撤銷原因者也。(八三六條一項)又其撤銷應向地上權人以意思表示爲之。(八三六條二項)此不待言之規定也。

(六) 地租之數額。以設定行爲定之。但當事人通常多以特約訂明得依嗣後租稅或其他公課之增加地價之騰貴土地狀況之變動等而爲增減者也。惟當事人雖以有此特約爲常。使無此特約而有上述之事實發生時。設定人能否以之爲理由請求增租。學者間頗有爭論。有謂地租之變動。爲重大事項之一。非當事人有特約之時。蓋不得爲變動。縱使該地方有增租之習慣或習慣法存在。亦應尊重當事人之意思。而排斥其適用者也。(中島玉吉博士民法釋義二卷四九七頁法學新報二二卷六號同博士『就於地上權之地租』論文京都法學會雜誌九卷五號石坂音二郎『關於地租增租之習慣』論文參考)亦有謂本於上述理由之增租請求。應認爲習慣或習慣法而存在者。(日本明治三一年五月二十六日大審院判決法學協會雜誌三〇卷九卷三滌信三博士『關於地租增租之判決』論文)愚意應以後說爲是。何哉。蓋不能以當事人關於地租數額已爲約定之一事。即推斷爲在其權利存續期間中已有不得變更之合意。而排斥習慣或習慣法之適用故也。况我民法認無期永久之地上權。使一旦約定地租。無論如何情形。永久不許變更。亦殊夫情理之平。尤爲不當者也。(註)又嗣後不得增租之特

約應解爲通常的經濟變動不得要求增租之義。若經濟發生大變動時。應不受其特約之拘束。(日本大正六年六月四日大審院判決參考)至永久不得增租之特約。應認爲違反第七十二條之規定。其契約無效者也。

註 前大理院民國四年上字第五〇一號判決當事人於設定權利時已訂明永遠存續者日後若因經濟狀況之變更足認爲原約租額太輕設定人原無妨以該鄰近地方爲標準向佃權人爲增租之請求

七 地上權爲他物權。故地上權人不得加上地以永久之損害及變動。是屬當然。民法雖無規定。解釋上亦應如是者也。

八 地上權人於地上權消滅時。有取回其工作物或竹木之權利。同時有回復其土地原狀之義務者也。(八三九條一項)

九 土地所有人於地上權消滅時。得通知地上權人以時價購買其工作物及竹木。地上權人不得拒絕者也。(八三九條二項)關於其詳細。於次節再說明之。

十 地上權人之工作物爲建築物者。除契約另有訂定外。於地上權消滅時。不許地上權人折去。應由土地所有人按照其建築物之時價。與以補償者也。如土地所有人不欲爲此補償時。得於期限屆滿前。請求地

上權人於其建築物可得使用之期限內延長地上權之期間。地上權人若拒絕延長。則失其請求補償之權利者也。(八四〇條一項二項)

十一 地上權爲直接使用他人土地之權利。故關於土地之修繕。(如建築物亦歸土地所有人所有時即建築物之修繕)如無特約時。當然由地上權人負擔者也。此地上權與土地租賃不同之點也。

第五節 地上權之消滅

第一欸 消滅之事由

一 地上權消滅之事由如左。

(一) 存續期間之屆滿。地上權定有存續期間者。其因期間滿了應歸消滅。是屬當然。至未定有存續期間。自應解爲永久存續。不過得依第八百三十四條之規定。拋棄其權利而已。

(二) 土地之滅失。地上權標的之土地滅失時。地上權因之消滅者也。但其土地之一部滅失時。應否認爲地上權消滅之原因。則惟有依設定當時當事人之意思以決定之而已。又土地被公用徵收者而收用者亦同。

(三) 取得時效。第三人因取得時效直接取得地上權時。前地上權因之消滅者也。至第三人因取得時效取得土地所有權時。其原在其上之地上權。是否因之消滅。學者間本有爭論。余則解爲地上權者。

乃存於他人土地之權利。非存於土地所有權上之權利。故不因土地所有權之得喪而受何影響者也。(川名兼四郎博士物權法要論一四四頁)(但有反對說參考三瀨信三博士物權法提要二冊一九三頁)又地上權非請求權。故地上權亦不能依消滅時效而消滅者也。(參考民法要論總則二一八頁二一九頁)

(四) 拋棄。地上權爲財產權。故以得以拋棄爲原則。但有支付地租之訂定時。則非一年前通知或支付未到期之一年分租金。不得爲拋棄。於前已說明之。茲不再贅。(八三五條)

(五) 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。其地上權亦因之消滅者也。(八三六條)又關於地上權之濫用。(例如加土地以永久之損害)能否爲地上權撤銷之原因。法律雖無明文規定。解釋上亦應是認者也。

(六) 混同。地上權與其土地所有權同歸一人時。其地上權因之消滅者也。(七六二條)

(七) 特定消滅事由之發生。例如設定行爲附解除條件者。其條件事實發生。則地上權消滅之類是也。

二 因工作物或竹木之滅失不生地上權消滅之原因。於前已說明之。茲不再贅。

第二款 消滅之結果

- 一 他物權之地上權消滅時。土地所有權因其彈力性回復其支配力。故地上權人有取回其工作物或竹木而回復其土地原狀之義務者。(八三九條一項)則取回與否。不能任之地上權人之自由。是不待言。
- 二 地上權消滅時。土地所有人將提出時價購買其工作物或竹木之旨。通知地上權人。地上權人無正當理由。不得拒絕者也。(八三九條二項)其立法理由。蓋因地上權人取回其物則其物不無毀損之處。如使土地所有人有先買權之爲愈。故爲雙方之便利計。設此規定以救濟之。至工作物爲建築物時。土地所有人祇有補償之權。地上權人不得取回其物者也。其立法理由。蓋亦保護物之生產上效用所設之規定也。(八四〇條一項前段)但契約另而訂定者。應從其訂定。是不待言。(八四〇條一項但書)
- 三 地上權消滅而地上所有建築物未消滅時。土地所有人得於建築物可得使用之期限內。請求地上權之延長。地上權人無正當理由亦不得拒絕。如拒絕時。則失其補償之請求權者也。(八四〇條二項)此條規定。對於有支付地租義務之地上權人。未免過苛。

第二章 永佃權 (Erdpacht)

第一節 永佃權之性質

我民法稱永佃權者。指支付佃租永久在他人土地上爲耕作或牧畜之物權而言也。(八四二條一項)(註)分析說明之於下。

註 永佃權舊律亦稱爲佃前清戶部則例民人佃種旗地雖易主佃戶仍舊地主不得無故奪佃增租蓋即認其地畝有永佃之性質也

(一) 永佃權者。以土地使用爲本質之他物權也。關於此。永佃權與地上權毫無差異。惟其使用之目的。爲耕作或牧畜。如後所述。故解釋上應在地面。是無庸疑。

(二) 土地使用之目的。限於耕作或牧畜也。耕作者。培植農產物而施勞力於土地之謂。(例如於田地種植米穀菜蔬之類)故不獨開礦晒鹽。不得謂之爲耕作。即植林亦不得謂之爲耕作者也。牧畜者。飼養蕃殖畜類之謂。(例如於山場放置牛羊之類)牧畜多爲原野。故普通稱之爲牧場。又爲耕作或牧畜必要之工作物。永佃權人自有設置之權。無須另設定地上權。是不待言者也。(富井政章博士民法原論二三〇頁川名兼四郎物權法要論一四八頁參考)

(三) 永佃權必須有佃租者也。永佃權必須有佃租。此與地上權異者也。佃租雖以金錢爲常。但爲其他替代物者亦有之。例如因耕作以其收穫物供佃租之類是。

第二節 永佃權之取得

一 就於永佃權之取得。與地上權無異。於前已說明之。茲不再贅。惟地上權偶有因法律之規定當然取得之時。(八七六條)而永佃權則絕無者也。

二 永佃權既爲不動產物權之一種。則其設定或移轉。均須以書面爲之。且非登記不生效力。或不能處分其權利者也。(七六〇條七五八條七五九條)

第三節 永佃權之存續期間

關於永佃權之存續期間。自羅馬法以來歐洲諸國之民法。皆認有期與無期二種。(例如意民一五五六條)而我民法則應解爲無期者也。(八四二條一項)何哉。蓋依我民法之規定。永佃權之設定若爲有期限之時。則視爲租賃。適用關於租賃之規定故也。(八四二條二項)

第四節 永佃權之效力

一 永佃權人得直接使用他人之土地。而其使用之目的。則在於耕作及牧畜者也。但如上所述爲耕作牧畜之必要而設置肥料屋或草料場。固無妨也。

二 永佃權既爲物權。則永佃權人就其土地。得排斥第三人之干涉。於受有損害時。並得請求救濟。是不待言。又永佃權人除受本權上之保護外。以土地占有人之資格。且受關於占有之保護。亦不待言者也。

三 永佃權人得將其權利讓與或遺贈於人。又或供債權之擔保。(八四三條八八二條)但不得以其土地出租於人。(八四五條)(其理由不明)又永佃權應有繼承性。民法雖無明文規定。解釋上蓋無庸疑者也。

四 永佃權人就於相鄰間之關係。準用第七百七十四條至第七百九十八條之規定。故永佃權人與土地

所有人有同一之權利義務者也。(八五〇條)蓋永佃權人於其目的之範圍內與土地所有人全然無異。故永佃權人相互間或永佃權人與土地所有人間非準用關於所有權界限之規定無由達其土地使用權之目的故也。

五 永佃權既爲財產權。則權利人得將其拋棄。是不待言。但須準用第八百三十五條之規定者也。立法例亦有限於某種情形。始許永佃權人拋棄其權利者。(日民二七五條參考)而我民法則不設限制。

六 永佃權人有支付佃租之義務者也。其佃租爲金錢。抑爲其他替代物。在所不問。又關於佃租之義務。除本法及設定行爲有特別訂定外。應準用關於租賃之規定。是不待言。

(一) 佃租支付之義務。固爲一債務。然永佃權讓與之時。則應將其一併移轉於受讓人。何哉。蓋無不付佃租之永佃權故也。

(二) 佃租支付之時期。佃租支付之時期。亦應以設定行爲訂定之。如設定行爲無訂定時。則應準用第四百三十九條之規定者也。(四三九條)

(三) 永佃權人如因不可抗力致收益減少或全無者。得請求減少或免除佃租者也。(八四四條)此蓋因永佃權爲長久無期。故設此規定以救濟之也。

(四) 永佃權人積欠佃租達二年以上總額者。土地所有人得撤佃也。但有特別習慣者。不在此限。(八

四六條)又其撤佃應向永佃權人以意思表示爲之。(八四七條)此不待言之規定也。

(五) 當事人一旦已約定之佃租。嗣後能否增加。學者間雖不無爭論。但前大理院之判例。則解爲得以增加者也。(參考前第二章第四節)

(六) 永佃權人讓與其權利於第三人者。所有前永佃權人對於土地所有人之欠租。受讓人須負償還之責者也。(八四九條)此蓋遇讓與行爲無訂定時所設保護土地所有人之規定也。

七 永佃權既爲他物權。故永佃權人不得加土地以永久之損害及變動。亦不待言者也。

八 第八百四十八條準用第八百三十九條規定之結果。故永佃權人應與地上權人有同一之權利義務者也。(八四八條)

九 永佃權爲直接使用他人土地之權利。故關於土地之修繕。如無特約時。當然由永佃權人負擔。此永佃權與土地租賃不同之點也。

第五節 永佃權之消滅

第一款 消滅之理由

- 一 關於永佃權消滅之理由。除以下說明之情形外。關於地上權所說明者。皆可準用。無再說明之必要。
- 二 關於撤佃之理由有二。

(甲) 永佃權人將其土地出租他人者(八四五條二項)

(乙) 永佃權人積欠地租達二年以上之總額者。但該地方有特別習慣者。不在此限。(八四六條)

撤佃爲土地所有人一方之意思表示乎。抑須得永佃權人之同意乎。在日本民法頗有爭論。(日本大審院判例其初則採承認說而其後則改爲單獨行爲說者也)而我民法之解釋。則不生疑問。不過爲有相對人之單獨行爲而已。(八四七條)

第一款 消滅之結果

永佃權消滅之時。土地所有權因其彈性力回復完全支配力之結果。故第八百四十八條準用第八百三十九條之規定。永佃權人有取消其耕作牧畜之工作物而負回復其土地原狀之義務者也。(八四八條)

第四章 地役權(Grunddienstbarkeit)

第一節 地役權之性質

一 我民法稱地役權者。指以他人之土地供自己土地便宜之用之物權而言也。(八五一條)分析說明於下。

(一) 地役權者。以他人土地之利用爲目的之物權也。地役權爲制限他人土地所有權之他物權。故就自己之土地。不能有地役權之存在者也。受便宜之土地。稱之爲需役地。而供便宜之土地。則稱之爲

(四) 地役權有有償者。有無償者。至其存續期間。亦可以有有期及無期之兩種者也。且供役地所有人。於不碍地役權人之範圍內。亦得行使與地役權同一內容之權利。是不待言。

(五) 地役權者。爲需役地所有權之從權利也。地役權原爲需役地之便宜而存在。故其爲需役地所有權之從權利。是不待言。是以其結果。

(1) 地役權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)例如僅將地役權與需役地分離以讓與他人。或地役權人留保其地役權而以需役地所有權讓與他人。又或僅以地役權供擔保或爲其他權利之標的時。皆不可者也。(日民二八一條二項與民四八五條)

(2) 供役地經分割者。其地役權就於各部分仍爲存續也。(八五七條前段)供役地如經繼承或讓與而爲分割之時。若在其上之地役權爲就其全部而存在者。其地役權不因分割而消滅者也。

(七) 地役權者。又與供役地所有權相伴者也。地役權爲需役地所有權之從權利。故因其所有人之變動而亦變動。如上所述。而供其地役之義務者。亦因其供役地所有權之移轉而亦移轉者也。關於此我民法雖無明文規定。解釋上當然如是者也。(日舊民財二二七條一項參考)

二 地役權之有不可分性。爲羅馬法所認之原則。而多數立法例亦皆是認。(例如德民一〇二五條一〇二六條瑞民七四三條七四四條法民六九四條七〇〇條意民六三三條六四四條日民二八二條二八

四條）我民法雖有第八百五十六條及第八百五十七條之規定。然不能盡地役權不可分性之意義。茲將其不可分之意義說明之後。再及其不可分之理由焉。

地役權之不可分性。可大別之爲三。即（一）關於地役權得喪之不可分。（二）與共有地關係之不可分。及

（三）土地之一部及數方土地與地役權之不可分是也。

（一）地役權得喪之不可分。

（甲）關於取得之不可分。此又可分而爲二。

（a）地役權不許部分的取得者也。例如設定通行地役權之時。其所設定者。爲通行供役地之全部。抑爲通行供役地之一部。於設定當時定之。固無不可。若欲設定全部之地役權。而於設定時僅先設定地役權一部。所謂人通行地役權。祇通行供役地之一部。則不可者也。（但原有全部通行之地役權人。而事實上通行其一部之時。固無妨也。）民法上關於此雖無明文。解釋上亦應相同。

（b）土地共有人於其所有權之想像的部分。（即應有部分）不能取得地役權者也。日本民法定爲共有人一人因時效而取得地役權者。他共有人亦取得之。（日民二八四條一項。荷民七四九條亦同）此雖就時效之取得立言。然就其他方法以爲取得之時亦同者也。（中島玉吉博士民法

釋義二卷五六〇頁參考）我民法關於此未設規定。解釋上不無爭論。

(乙) 關於喪失之不可分。此又可分而爲二。

(a) 就於地役權之消滅。亦有其不可分性者也。例如拋棄地役權時。應就其全部以爲拋棄之類是也。

(b) 土地共有人一人。不得就其應有部分。消滅其爲需役地或對供役地所存之地役權者也。關於此點。自羅馬法以來。殆無疑問。而我民法未設規定。不無疏漏之嫌。(日民二八二條一項)舊民財二六八條一項)

(二) 與共有地關係之不可分。地役權既經設定之後。而其需役地或供役地成爲共有時。須分別說明於下。

(甲) 需役地成爲共有之時。於此情形。其地役權不受何等影響。換言之。即其地役權不因土地成爲共有而分割於各共有人。不過其權利之行使須依各共有人爲之而已。

(乙) 供役地成爲共有之時。供役地成爲共有之時。亦不過其供役地所有權之制限。變爲對於其有人全體之制限。其地役權亦不因之受何影響者也。

(三) 土地之一部或數方土地與地役權之不可分。

(甲) 土地之一部與地役權之不可分。一旦設定地役權之土地。而一部滅失之時。不過其地役權

行使之範圍受限制而已。其地役權並不消滅者也。

(乙) 數方土地與地役權之不可分。

(a) 爲數方土地之便宜而於一土地上設定地役權者。仍應解爲數個之地役權者也。

(b) 一地役權而於數方土地上設定之時。則與上述情形異。仍應認爲一個地役權者也。換言之。即其數方之土地合而爲一地役權之標的者也。

(c) 一方需役地經分割而爲數方之土地時。其地役權爲各部分之利益。仍爲存續。(八五六條前段) 是一地役權而成爲數地役權者也。然其各地役權之行使。較之從前不能加重。是不待言。

(德民一〇二五條參考)

(d) 一方供役地經分割而成數方之土地時。其地役權亦就各部分仍爲存續。換言之。即其地役權就各分割地上而仍存在者也。(八五七條前段)

(e) 土地經分割者。其他原有之地役權或原存其上之地役權。固不因分割而消滅。如上所述。但其地役權依其性質僅關於土地之一部而存在者。則不在此限者也。(八五六條但書八五七條但書)(德民一〇二五條一〇二六條瑞民七四三條二項七四四條二項日民二八二條二項但書) 例如於一定距離內不得建築樓房之地役權。多爲需役地疆界之近傍或在供役地疆界之

近傍而存在。如該近傍地因分割歸於一人之時。則該地役權即僅就該地或對該地而仍爲存續。就他部分或對他部分則歸於消滅之類是。

至關於地役權之有不可分性之根據如何。學者間本有爭論。(一)有謂地役權者。爲土地所有權之制限。蓋所有權之作用。本應完全無缺者也。故限制其效力之權利。自應特別減縮其效用。是以與地役權以不可分性者。蓋所以保護所有權者也。(所有權保護說)(二)亦有謂需役地及供役地。均爲人格者。因之地役權應存於供役地之一切部分。而亦應屬於需役地之一切部分者也。(法人說)然余皆以爲不然。何哉。蓋地役權者。本爲土地之便宜而存在。其性質上自屬不可分。至地役權不因土地之應有部分之得喪而有增減。則因共有關係之特別狀態所生之結果故也。(參考三潛信三博士物權法提要)

第二節 地役權之種類

地役權因其觀察點之不同。本可爲種種之分類。在昔羅馬法。本分爲田野地役(例如通行地役權及引水地役權)及宅地地役(例如眺望地役權及支柱地役權)之二種。但如此區別。在近世法律上已不見其實用。其在近代公認爲地役權之重要分類有三。即

(一) 積極地役權與消極地役權。積極地役權(或作爲地役權)者。以地役權人在供役地得爲某行爲爲內容之地役權之謂。於此情形。供役地所有人有應忍受其行爲之義務者也。例如汲水地役權通

行地役權之類是。而消極地役權（或不作為地役權）者。以供役地所有人不為某行為（即地役權人之禁止）為內容之地役權之謂。於此情形。供役地所有人有當然不為其行為之義務者也。例如眺望地役權之類是。

(二) 繼續地役權與不繼續地役權。繼續地役權者。晝夜不斷得行使之地役權之謂。換言之。即無須每行使權利須有權利人之行為者也。例如引水地役權及設有道路之通行地役權之類是。而不繼續地役權者。非晝夜不斷得行使之地役權之謂。換言之。即每行使其權利。須有權利人之行為者也。例如汲水地役權及不設道路之通行地役權之類是。

(三) 表現地役權與非表現地役權。表現地役者。依外形之設施可以認識之地役權之謂。例如安設水管於地上之引水地役權及設有道路之通行地役權之類是。而非表現地役權者。其權利之行使依外形無由推知之地役權之謂。例如安設地下工事之泄水地役權之類是。

第三節 地役權之取得

民法不認依法律之規定當然得發生之地役權。則地役權之取得。蓋可歸之二者。即(一)因法律行為之取得。及(二)因取得時效之取得是也。

(一) 因法律行為之取得。地役權因法律行為而繼受取得之時。又可分而為二。即(一)設定之繼受

取得。(二)移轉的繼受取得是也。(1)地役權多依設定行爲以爲取得。設定行爲自以契約爲常。然以遺囑爲之。亦無不可。至存續期間之長短。有償無償之如何。在所不問。(2)地役權爲需役地所有權之從權利。故應與需役地一同移轉。(八五三條)又(3)地役權既爲不動產物權。故其設定及移轉。均應以書面爲之。且非登記不生效力。或不得處分其權利者也。(七六〇條七五八條七五九條)

(二) 因取得時效之取得。地役權非盡因時效可以取得。必繼續且表現者爲限。始得依時效取得者也。(八五二條)法律所以有此制限之理由。蓋因時效制度。本爲權利人怠於行使權利(即爲權利上之睡眠)爲確定權利之所屬。而便於法律上之融通之公益上之理由而設。若使不繼續之地役權。得以因時效取得。則供役地所有人以多年在情誼上置之不問之一事。即謂其對於自己之土地。怠於爲權利之保護。未免過刻。又使不表現之地役權。得以因時效取得時。則供役地所有人以不易查知之故。而未經置問。亦不得認其即爲忍受故也。此民法仿法國民法之立法例。(法民六九〇條六九一條意。民六二九條至六三一條。日民二八三條參考)設此第八百五十二條之規定也。

共有人一人因時效取得地役權。其效力能否及於他共有人。在民法上之解釋。或不無爭論。而對於共有人爲時效中斷之行爲。則非對於共有人全體爲之。不生效力者也。(一三八條)

第四節 地役權之效力

就地役權人及供役地所有人以觀察其權利義務則地役權之效力自明矣。

第一款 地役權人之權利義務

一 地役權爲物權。故於其目的之範圍內。有直接支配其供役地之權能。受諸種之保護。(八五八條)而地役權人若占有供役地之時。且受占有之保護者也。

二 地役權人有與需役地所有權一同移轉一同爲其他權利之標的物之權利及義務者也。(八五三條)因之地役權亦應與其需役地一同繼承。是不待言。

三 地役權者。爲以他人土地供自己土地便宜之權利。故其所謂便宜者。須有一定之目的者也。在設定的取得。其一定目的。自依設定行爲定之。而在移轉的取得。則其目的須與前者同一範圍。又因時效以取得之時。則依時效進行時起以至完成時止之行使之方法以定之者也。

四 地役權者。爲供役地所有權之限制。故其結果應優先於供役地所有權。是不待言。例如通行地之所有人。須不得通行權人通行之範圍內。始有通行其土地之權之類是也。

五 地役權人因行使或維持其權利。有爲必要行爲之權者也。例如汲水地役權人。得通行供役地。又引水地役權人。得安設水管於供役地之類是。(八五四條前段)但其行爲須擇供役地損害最少之處所及方法爲之。自不待言。(八五四條但書)瑞民七三七條一項法民六九六條六九七條意民六四〇條奧民四

九六條

六 地役權人因行使權利而爲設置者。有維持其設置之義務者也。(八五五條一項)例如引水地役權人安設水管之時。有修理其水管之義務之類是。但立法例亦有定爲得以設定行爲或特別契約。科其義務於供役地所有人者。(例如日民二八六條)

七 地役權既爲他物權。則不得加供役地以永久之損害。固不待言。即其行使權利不得超過其所定便宜目的之限度。亦不待言者也。民法關於此未設規定。解釋上亦應相同。

第二款 供役地所有人之權利義務

一 供役地所有人。於不妨碍地役權之行使範圍內。有與地役權人同一之權利者也。關於此。於前已說明之。茲不再贅。

二 供役地所有人。於不得地役權之行使範圍內。得使用地役權人所爲之設置者也。(八五五條二項)此蓋防二重設置之煩費所設之規定。絕非使供役所有人得無償使用其物。故法律於此情形。仍令供役地所有人。於其受益之限度。分擔維持其設置之費用者也。(八五五條三項)

三 供役地所有人。僅負忍受或不作爲之義務。而無積極爲某行爲之義務。於前已說明之。茲不再贅。

四 地役權爲有償之時。供役地所有人。應有請求代價之權利者也。

五 立法例有明言供役地所有人不得爲不利益於地役權行使之行爲者。(例如瑞典七三七條法民七〇一條一項二項意民六四五條一項二項日舊民財二八三條一項)我民法雖無規定。蓋認爲當然者也。

六 地役權所行使之供役地之部分。於供役地所有人甚爲不便之時。立法例亦有許供役地所有人得請求變爲他部分者。(例如德民一〇二三條法民七〇一條三項意民六四五條三項四項瑞民七四二條)我民法關於此既無規定。解釋上蓋不許請求變更者也。

第五節 地役權之消滅

第一款 消滅之事由

(一) 存續期間之屆滿。地役權定有存續期間者。其因期間之滿了而消滅。是屬當然者也。

(二) 土地之滅失。地役權因需役地或供役地滅失而消滅。立法例亦有以明文規定其旨者。(例如瑞民七三四條奧民五二五條)但我民法則認爲當然之事。故未設有規定。至土地一部滅失之時。則以無碍於地役權之行使爲限。地役權仍不因之消滅者也。

(三) 事實之不能。地役權設定之目的。事實上完全消滅之時。地役權亦因之消滅者也。例如泉水引用之地役權。若其泉水絕對不能湧出之時。其地役權自亦消滅之類是也。(例如法民七〇三條意民六六

二條

(四) 供役地之收用。供役地因公用徵收之結果被收用時。其地役權消滅者也。至需役地被收用時。多解爲由企業者取得其地役權者也。(日土地收用法六三條參考)

(五) 時效。就於地役權適用關於消滅時效及取得時效之規定者也。分別說明之於下。

(甲) 地役權非盡能因消滅時效而消滅。但以供役地所有人不行爲爲標的地役權。(例如眺望地役權)則應解爲得因消滅時效而消滅者也。何哉。蓋其請求權消滅之結果。其地役權自亦因消滅故也。至其時效之期間。應從供役地所有人違反其不行爲義務而行爲時起算。(例如供役地所有人建築房屋阻碍需役地眺望時)是不待言。(一一八條)

需役地爲數人共有之時。共有人之一人所爲之中斷行爲。其效力能否及於他共有人在我民法上之解釋。實屬不無爭論。而供役地爲數人共有之時。其中斷行爲。非對於其全體爲之不可者也。(一三三條)

(乙) 供役地占有人具備取得時效之要件時。(七七二條)其地役權自以消滅爲原則。但其地役權爲其占有以前之地役權。又爲對於占有人繼續行使之時。則應解爲不消滅者也。(川名兼四郎博士日本民法總論三〇三頁參考)

(六) 拋棄。地役權既爲財產權。則地役權人自得拋棄其權利。但定有存續期間而又爲有償之時。則解

釋上應準用地上權之規定者也。(八三四條參照)

(七) 宣告。地役權無存續之必要時。法院得依供役地所有人之聲請。宣告消滅其地役權者也。(八五

九條)此於有無定有存續期間皆適用者也。

(八) 混同。地役權與土地所有權同歸一人時。其地役權因之消滅。是不待言者也。(七六二條)

(九) 特定消滅事由之發生。例如以設定行爲附解除條件時。其條件事實發生。則地役權消滅之類是也。

第二款 消滅之結果

地役權消滅之時。除供役地所有權應回復其完全之支配力外。其他無特別說明之必要。惟以立法論。如地役權人因行使權利而設有工作物者。應以與供役地所有人以先買權爲宜也。(日本三瀨信三博士物權法提要二六九頁參考)

第五章 典權

第一節 典權之性質

一 我民法稱典權者。指以支付典價占有他人之不動產而爲使用及收益之他物權而言也。(九一一條)

分析說明之於下。

(一) 典權者他物權也。典權以使用收益他人之不動產爲目的。故爲他物權。是以典權原則在自己不動產上不能存在者也。(七六一條)

(二) 典權者以占有他人之不動產使用收益爲目的者也。典權以使用收益他人之田地爲目的者。稱之爲典地。而以使用收益他人房宅爲目的者。則稱之爲典房者也。(至其他土地定着物。依民法之解釋。自亦得爲典權之標的。然實際上則甚稀。)至於使用及收益之方法。我民法雖無限定。但在田地。則以耕作爲常。而在房宅。則以住居爲常者也。惟是使用收益他人之不動產。亦可依不動產之租賃而達其目的。但租賃爲對人之關係。殊不若此對世關係之較爲確實久遠也。

(三) 典權必須支付典價者也。典權契約之成立。必須典權人支付典價者也。典價自以金錢爲常。但爲其他替代物。亦無不可。

二 典權本我國固有之物權。其情形與活賣相類似。舊律關之規定甚詳。(註一)而民國以來亦有清理不動產典當辦法之規定者也。(註二)

註一 現行律典賣田宅律若將已典賣與人田宅朦朧重復典賣者以所得重典賣之價錢計贓准竊盜論追價還後典買之主田宅從原典買主爲業若重復典買之人及牙保知情者與犯人同罪追價入官

不知者不坐其所典田宅園林碾磨等物年限已滿業主備價取贖若典主託故不肯放贖者處罰限外
遞年所得多餘花利追徵給主仍聽依原價取贖其年限雖滿無力取贖者不拘此律

又現行律典賣田宅條例第二賣契立有絕賣文契並未註有找貼字樣者概不准貼贖如契未載絕賣
字樣或註定年限回贖者並聽回贖若賣主無力回贖許憑中公估找貼一次另立絕賣契紙若買主不
願找貼聽其別賣歸還原價倘已經賣絕契載確鑿復行告找告贖及執產動歸原先儘親鄰之說借端
措勒希圖短價並典限未滿而業主強贖者俱照不應重律治罪

又同條例第三民間置買產業如係典契務於契內註明回贖字樣如係賣契亦於契內註明絕賣永不
回贖字樣如有混行告爭者均照不應重律治罪

註二 清理不動產典當辦法參考

第一節 典權之取得

民法不認依法律之規定當然得發生之典權。則典權之取得。亦可歸之二者。即（一）因法律行為之取得。及
（二）因取得時效之取得是也。

（一）因法律行為之取得。典權因法律行為而繼受取得之時。又可分而為二。即（一）設定的繼受取
得。（二）移轉的繼受取得是也。（一）典權多依設定行為以為取得。設定行為自以契約為常。故典權有

其讓與性(九一七條)是不待言(繼承性亦同)又(2)典權既爲不動產物權。故其設定及移轉。均應以書面爲之。且非登記不生效力。或不得處分其權利者也。(七六〇條七五八條及七五九條)

(二) 因取得時效之取得。典權既爲財產權之一種。則其得依取得時效以取得。亦不待言者也。(七七二條)

第三節 典權之存續期間

依我國習慣。永佃權蓋以無期爲原則。而典權反之。則皆須有期者也。誠以無期之典權。殆與所有權無擇。不獨所有人徒擁虛名而已。且典權常與典價相伴。若使其長期存在。則遇地價有激烈變動之時。亦殊不適當故也。因此我民法設有左列規定以調和之。

(一) 典權之存續期間。須以三十年以內設定之。若約定逾三十年者。則縮短爲三十年者也。(九一二條)此蓋以耕作事業。多以比較的長歲月始爲有利。故依照習慣而設此三十年之制限者也。

(二) 典權未以設定行爲訂定期間者。如自出典後經過三十年者。亦不許回贖者也。(九二四條)此亦定典權之最長期間爲三十年者也。

(三) 典權之存續期間逾十五年者。得附到期不贖即作絕賣之條款者也。(九一三條)此蓋依民法第九百十三條反面之解釋當然所得之結果也。

第四節 典權之效力

- 一 典權人爲使用收益得直接占有他人之不動產者也。(九一一條)
- 二 典權既爲物權。則典權人就其土地或房屋。得排斥第三人之干涉。於受有損害時。並得請求救濟。是不待言。又典權人除受本權上之保護外。且以占有人之資格。應受關於占有之保護。亦不待言者也。
- 三 典權人得將其權利讓與、遺贈、或繼承。又或供債權之擔保。(九一七條一項八八二條)但除契約另有訂定或地方另有習慣外。不得以其典物轉典或出租於人者也。(九一五條一項但書)轉典者。典權人不脫離其典權關係而將其權利讓與他人之義。(註)故轉典之於未定期限之典權。不得定期限。或不得逾原典期限。及轉典典價不得逾原典價者。(九一五條二項)皆不獨不得以之對抗出典人。而爲轉典行爲之效力要件者也。至關於租賃期間之限制。則爲蛇足之規定。何也。蓋租賃爲債務的契約。本不能拘束契約以外之第三人故也。

註 前大理院民國五年上字第一二九號判決。凡典主於其權利之存續期間內。得以自己之責任。逕行轉典於人。然轉典權之範圍。應以原典權之範圍爲準。轉典人亦僅能於該範圍內行使其權利。而設定典權人。卽業主。祇須備齊原價。卽能直接向轉典人取贖。

又同院民國六年上字第一四二二號判決。轉典行爲。除原典主聲明以其典權完全讓與轉典主。而自

脫離關係者外轉典物之典權既爲原典主所取得則轉典之後原典主之典權雖不免爲轉典之權利所限制究不得謂其典權已經消滅

四 典權人就於相鄰間之關係。準用第七百七十四條至第八百條之規定。故典權人與不動產所有人有同一之權利義務者也。(九一四條)蓋典權人於其目的之範圍內。與不動產所有人全然無異。故典權人相互間或典權人與不動產所有人間。有準用關於所有權界限規定之必要故也。

五 典權既爲財產權。則典權人自得以將其拋棄。但典權人欲將其典權拋棄時。須與其典價一同拋棄而已。

六 典權存續中。典物因不可抗力致全部或一部滅失者。就其滅失之部分。典權與回贖權均歸消滅(九二〇條一項)者也。又於一部滅失情形。出典人如將來就典物之餘存部分而爲回贖時。應由原典價中扣減典物滅失部分滅失時之價值之半數。但如其半數超過原典價時。則以扣盡原典價爲限也。(九二〇條二項)此條規定。蓋指典物事實上不能回復原狀及典權人不欲依第九百二十一條之辦法辦理者而言。但其回贖時扣價之方法。與第九百二十三條及九百二十四條之規定。比例參觀。殊覺不當。何也。蓋後二條規定。既不問其典物之價值有無增減。即統依原典價以爲回贖。則典物因不可抗力而一部滅失者。亦應比例原典時其物之價值而減輕出典人之回贖費爲已足。初無以滅失時典物之價值爲比例。

而令典權人過受損失之理故也。(註)

註 大清律例彙輯便覽內輯註乾隆十二年之例典產延燒其年限已滿者聽業主依照原價減半取贖如年限已滿而業主不能取贖典主自爲起造加典三年仍依原價加四取贖(中略)其或被火延燒原業兩主均無力起造所有地基公共估價償還業主三股之一

又前大理院民國五年上字第一二九五號判決現行律關於典當房產之滅失毀損應如何負擔損失並無明文規定除地方有特別習慣外亦自可比照典產延燒之條理以爲判斷

七 典權存續中因不可抗力致典物全部或一部滅失者。典權人又有於滅失時以滅失部分之價值爲限度。自爲重建或修繕之權利者也。(九二一條)但超過其價值限度時。則應得出典人之同意。(九二一條除書)何哉。蓋出典人於回贖時有應其請求而爲償還之義務故也。(九二七條)

八 典權存續中因典權人之普通過失致典物全部或一部滅失者。典權人應以典價額爲限度。負賠償之責任。(九二二條)但因故意或重大過失以致滅失者。則應負全部賠償之責任者也。(九二二條但書)此條之缺點。在於因失火而滅失之時。與第四百三十四條之規定。有失權衡而已。(四三四條參照)

九 典權人遇出典人將其典物所有權讓與他人時。有以同一價額儘先留買之權。出典人非有正當理由不得拒絕。(九一九條)又或讓與之意思表示。即向典權人爲之之時。典權人且有找貼一次而取得其典

物所有權之權者也。(九二六條一項二項)此皆爲典權人之便宜而設之規定也。

十 典權人於典權定有期限者。於典期屆滿經過二年。若未定有期限者。則於出典後經過三十年。出典人不以原價回贖時。得即時取得其典物之所有權者也。(九二三條二項九二四條但書)此皆爲除斥期間之規定。而不容有中斷之觀念。是不待言。

十一 典權人既爲他物權。則典權人有不得加該不動產以永久之損害及變動之義務。是不待言者也。

十二 典權既爲使用收益他人不動產之權利。故關於不動產之修繕。如無特約時。當然由典權人負擔。此典權與不動產租賃不同之點也。

十三 典權人遇有特約或特別習慣將其典物轉典或出租時。就於典物因之所受之損害。亦有賠償之責任。(九二六條)此蓋保護出典人所設之規定也。

十四 出典人之權利義務。多與典權人之權利義務相對立。於此無再說明之必要。於此所欲說明者。則本章之數條特別規定而已。

十五 出典人於同一不動產上。雖不得重複設定典權。然於設定典權後將其不動產之所有權讓與他人。固無妨也。(九一八條一項)至典權人對於受讓人仍有同一之權利。此爲物權性質當然之結果。無待明文規定者也。(九一八條二項)

十六 出典人於定有期限之典權。得於期限屆滿後回贖之。如於滿期後經過二年不回贖者。喪失其回贖權。(九二二條一項二項)至未定有期限之典權。得隨時回贖之。而自出典後經過三十年不回贖者。亦喪失其回贖權者也。(九二四條)但第九百二十三條第二項之規定。於約定典期為三十年或縮短典期為三十年者。(九一二條)解釋上不應適用。是不待言。

十七 出典人之回贖。如遇典物為耕作地者。無論有無期限。應於收穫季節後次期作業前為之。如為其他不動產者。應於六個月前先行通知典權人者也。(九二五條)此皆為典權人之便宜所設之規定也。

第五節 典權之消滅

第一款 消滅之事由

(一) 回贖權之行使。出典人依第九百二十三條及第九百二十四條之規定而回贖時。其典權因之消滅。自屬當然者也。

(二) 標的物之滅失。標的物如為土地時。其典權自應因其全部滅失而消滅。(例如土地因水患而漂失之類)若僅一部滅失時。依理論上言之。不過典權之範圍縮小而已。不得謂之為消滅者也。(九二〇條一項)而標的物若為房屋而為全部滅失時。典權人且得以自己費用而為重建。如不為重建時。其典權始為消滅者也。其一部滅失者亦同。(九二二條)

(三) 土地之收用。土地因公用徵收而被收用之時。其消滅與否。應與上開滅失時同一理論者也。但不
得要求重建。是不待言。

(四) 取得時效。第三人因取得時效直接取得典權時。前典權人之典權。自應因之消滅者也。至第三人
因取得時效取得其土地所有權時。其典權不應因之消滅。與關於地上權同一理論者也。

(五) 拋棄。典權既為財產權。自得由典權人將其拋棄。不過典權人拋棄典權時。應與其典價一同拋棄
而已。

(六) 混同。典權與其標的物之所有權同歸一人時。其典權因之消滅。是不待言。(七六二條)本章第九
百二十三條二項第九百二十四條但書及第九百十九條第九百二十六條之情形。均其一例。

(七) 特定消滅事由之發生。例如以設定行為附解除條件時。其條件事實發生。則典權消滅之類是也。

第二款 消滅之結果

一 典權消滅之時。不動產所有權因其彈力性回復其完全支配力之結果。如典物為耕作地而典權人設
有工作物時。典權人應準用第八百三十九條之規定而取去之。且應回復其土地之原狀者也。

二 典權人遇有左列情形之一。於典物回贖時。在其現存利益之限度內。有請求償還之權利者也。

(一) 因支出有益費用使典物之價值增加。

(二) 依第九百二十一條之規定所爲之重建或修繕。

所應注意者。此種償還請求權。乃爲單純法定之債權。不獨與典價有別。(即不能因其不償還而扣留典物)即與無因管理之求償權亦異者也。(一七六條一七七條參考)

第六章 抵押權 (Hypothek)

第一節 抵押權之性質

一 我民法稱抵押權者。謂對於債務人或第三人不移轉占有而供擔保之不動產。得就其賣得價金。先於他債權人受清償之物權也。(八六〇條)分析說明之於下。

(一) 抵押權者。依當事人之意思所設定之擔保物權也。原來債權之擔保。可分對人擔保及物上擔保之二種。物上擔保者。以一定之財產供債權之清償之謂。此又可分爲二種。即(1)由於當事人之意思而發生者。(2)由法律之規定而發生者。例如留置權。爲屬於後者。而抵押權。爲債務人爲自己之債務或第三人爲債務人之債務而設定者。故應屬於前者也。

(二) 抵押權者。原則以不動產爲其標的物者也。不動產者。自指土地及其定着物而言。故土地房屋及其他之定着物。皆得爲抵押權之標的物者也。誠以動產容易變動其位置。故非依占有之移轉無由爲債權之擔保。而抵押權之設定。自應以不動產最爲適宜。此我民法依舊有之習慣(註)並斟酌多數

立法例而設此規定者也。(德民一一一三條至一一九〇條瑞民八二四條至八四一條日民三六九條三九八條)但對此原則不無數個之例外。於後再詳論之。

註 舊日以土地房屋爲抵押者亦祇交付其貼身紅契即爲抵押權之設定不必移轉占有者也

(三) 抵押權者。須不移轉標的物之占有者也。外國立法例。就於不動產。亦有於抵押權外。尙許設定質權。而以占有之移轉與否爲區別者。(如日本民法)而民法則未採此制度。故與權不能解爲不動產之質權者也。抵押權既以不移轉占有爲要件。則其成立須依登記之方法以行之。是不待言。

(四) 抵押權者。就其標的物之賣得金。有優先受償之權利者也。抵押權者。於債權不得清償時以變賣其標的物就其賣價先於他債權人受清償之權。故有完全擔保物權之性質。蓋與質權同者也。

二 抵押權之本質。即在於抵押物之變賣權。如上所述。故學者有謂抵押權者。非就其物而存在。乃就其物之所有權而存在者。(梅謙次郎博士民法要義五〇四頁富井政章先生亦同)殊不知就於物而存在之權利。與就於其物之權利內容而存在之權利。理論上不能有何差異。故抵押權仍不失爲就於物而存在之權利而爲物權者也。因之抵押物所有人拋棄其所有權之時。其抵押權不因之消滅。而以地上權永佃權及典權爲標的物之抵押權。(八八二條)本不得謂爲物權。不過得與物權同視而已。

三 抵押權有其不可分性者也。抵押權不可分者。乃在債權人未受其債權全部清償以前。就其抵押物之

全部得行使其權利之謂。換言之。即以抵押物之各部分擔保其債權之全部。又以抵押物之全部擔保其債權之各部分者也。故其結果。

(一) 縱令其抵押物一部滅失之時。其殘餘部分。依然擔保其債權之全部。又抵押物之分割或一部讓與之時。其分割人或受讓人。以債權未受全部清償爲限。仍應失去其取得之部分者也。至其抵押物爲數個者亦同。(八六八條)

(二) 債權人縱有一部受清償。而就於未受清償之殘部。仍得對於抵押物之全部而行使其權利也。我民法關於此未有規定。解釋上蓋認爲當然之事也。

(三) 債權經分割或一部讓與之時。則一個之抵押權屬於雙方之共有者也。(八六九條一項)不過因其權利實行所生之利益。當事人各應依其債權額以受分配而已。

(四) 債務經分割或一部承擔之時。亦一個之抵押物。擔保其數人之債務者也。(八六九二項)換言之。即其數個之債權。皆同時就於一抵押物而受清償者也。

第二節 抵押權之取得

一 抵押權之取得。有由於當事人之意思者。亦有由於法律之規定者。前者稱之爲約定抵押權。後者稱之爲法定抵押權者也。(法民二一二一條至二一二三條)舊民擔二〇四條富井政章博士民法原論物

二 抵押權依法律行為以設定爲常。

(一) 其法律行為爲契約也。其契約當事人一方爲債權人。而他一方則爲債務人或第三人。第三人爲抵押契約時。稱爲物上保證人。其與債務人之關係。或爲委任或爲無因管理者也。債務人不爲清償。而設定抵押權人爲之代償。或因實行抵押權之結果。喪失其抵押物之所有權時。自得依保證債務之規定。有向債務人求償之權利者也。(八七九條)又設定契約須以書面爲之。且非依登記不生效力。或不能處分其物權者也。(七七〇條七五八條七五九條)

(二) 抵押契約者。物權契約也。換言之。當事人須有成立抵押權之意思表示。故與僅發生設定抵押權債務之抵押預約異者也。

(三) 不動產共有人。能否就其應有部分。設定抵押權。又不動產所有人。能否就其不動產之一部。設定抵押權。學者間不無爭論。但就於前者。宜採積極說。(八一九條)德民一一一四條瑞民八〇〇條參考)而就於後者。則宜採消極說者也。(日不動產登記法八二條川名兼四郎博士物權法原論二七〇頁參考)

三 依德瑞民法。登記官吏得爲抵押權人之便利發行抵押證書者也。此證書爲有價證書。其證書占有人。

即得實行其權利。而其債權及抵押權之移轉。均依此證書之移轉爲之。（瑞民八六九條德一一五四條）但我民法則未設此規定者也。

四 立法例有於一定情形之下。許債權人就於債務人之財產。當然發生抵押權者。（法民二二二一條至二二三條日舊民擔二〇四條）學者以其抵押權非由當事人意思所設定。而由於法律之規定直接而生。故稱之爲法定抵押權。我民法亦然。我民法所規定法定抵押權。即承攬人如其所承攬之工作。爲建築物或其他土地上之工作物。又或爲此等工作物之重大修繕時。就其承攬關係所生之債權。在其工作所附屬之定作人之不動產上。當然發生抵押權。換言之。即承攬人於承攬債權屆清償期未受清償時。得就其不動產賣得金。先於他債權人而受清償者也。（五一三條）此蓋爲保護承攬人所設之規定。其用意殆與日本民法之認先取特權同者也。（日民三二五條一欸二欸）

第三節 抵押權之標的

一 抵押權既以不動產爲標的。則其不動產之各部。應皆在抵押權效力之範圍內。至其部分有爲設定後所附加者。亦所不問。不過對於附加物欲及其抵押權效力時。須具備左列各要件。

（一）須與不動產成爲一體。與不動產成爲一體者。蓋依一般交易界之觀念認爲一體或視同一體之義。但其附加爲有權原者。自屬不在其內。例如地上權人所種植之樹木之類是。

(一) 須設定行爲未有訂定。設定行爲另有訂定時。則應從其訂定。是不待言。

二 抵押權及於其標的不動產之從物及從權利者也。例如就於房宅設定抵押權時。其從物之裝修等。應屬其抵押權範圍之內。(八六二條一項)但第三人於抵押權設定前。已就該從物取得之權利。自屬不受影響。例如第三人已就其裝修取得留置權者。其留置權自不因抵押而消滅之類是也。(八六二條二項)至於抵押權設定後始附加之從物。自爲抵押權效力所不及。是不待言。

三 抵押權不能及於實行前已分離之孳息者也。此抵押權與質權不同之點也。但對此原則亦有二例外。即

(一) 抵押物扣押後由抵押物分離之天然孳息。不動產被扣押時。則抵押權人有早晚實行其抵押權之必要。故當此時令其抵押權效力及於孳息者。蓋以抵押物所有人所失甚微。而能完抵押權實行之功用故也。(八六三條)

(二) 抵押物扣押後由抵押物得收取之法定孳息。而抵押權人通知其扣押之事於清償債務人時。(八六四條)其理由於上述。但立法例亦有定爲通知一年後不就此抵押物爲扣押時。其抵押權之效力仍不及之者。(日民三七一條二項)以立法論。應有此保護第三人之規定爲宜也。

四 抵押權亦得以地上權永佃權及典權爲標的者也。(八八二條)不過於此等權利上設定抵押權時。其

亦須以書面爲之。且非登記不生效力。或不能處分其權利。是不待言。(民七六〇條七五八條七五九條)

第四節 抵押權所擔保之債權

一 抵押權者。爲債權之擔保。故不能有其獨立之存在。而爲債權之從權利也。但所謂爲從之性質。初不必其債權現在存在。即就未來之債權。亦得設定抵押權。例如銀行業者每爲一定限度之借款返還之擔保。而先令債務人設定抵押權者。日本名之爲根抵當者是也。

二 抵押權所擔保之債權。初不限於以金錢給付爲目的者也。但立法例亦有限於金錢債權者。(德民一一五條參考)而我民法則不能採取。又債權之發生如何。亦所不問。即對於因侵害行爲之損害賠償之債權。亦無妨設定抵押權者也。

三 抵押權擔保之範圍。第一。爲原本債權。第二。則附隨債權是也。附隨債權者。依民法之規定。蓋爲利息、遲延利息、及實行抵押權之費用之三者是也。(八六一條)關於利息及遲延利息。立法例有限定爲最後二年分者。(日民三七四條)蓋以債權人每恃其有抵押物之擔保。怠於爲利息債權之請求。故意增加抵押物之負擔。大有害於他債權人故也。又抵押權擔保附隨債權之範圍。固如上述。但契約另有訂定者。例如不擔保利息或遲延利息之訂定。則仍應從其訂定。是不待言。(八六一條但書)

四 依抵押權所擔保債權之內容。不得以有害於他抵押權人之方法而變更之。(德民一一一九條瑞民

八一八條二項)例如增加前抵押權人之利率不得後抵押權人之同意時。其契約無效之類是我民法關於此未設規定。蓋認爲當然之理者也。

第五節 抵押權之效力

抵押權之效力得從三方面論究之。(一)抵押權人與抵押權設定人之關係。(二)抵押權人與他債權人之關係。及(三)抵押權人與第三人取得人之關係是也。除此三點之外。至抵押權之實行。本爲抵押權之正當效力。尤有說明之必要。此外民法尙認抵押權人有讓與抵押權及爲其他處分之權利。亦爲與抵押權效力有關聯之事項。則於最後另列一款以說明之。

第一款 對於抵押權設定人之效力

一 抵押權人與質權人異。不能占有其標的物。而其標的物之使用收益。仍歸之不動產所有人。故不動產所有人於設定抵押權後。仍得於不害抵押權之限度內。將其讓與、典讓、或租賃。又或設定其他物權者也。(八六六條八六七條)

二 抵押不動產所有人。不失其占有使用收益之權利。如上所述。因之抵押權設定人就於足以致抵押不動產之滅失毀損及其他擔保減少之行為。應負責任者也。至其行為爲可歸責抵押權設定人者。則設定人應負停止、回復原狀、或補充擔保之義務。固不待言。即不歸責於設定人之事由者。亦應於得受損害賠

價之限度內。負補充擔保之義務。又有急迫之情形。抵押權人且有自爲必要保全處分之權者也。(八七一條八七二條一項二項)

第二款 對於他債權人之效力

一 就於同一不動產設定數個抵押權時。其各抵押權之次序。應依登記之先後而定者也。故最先登記之人。應就其不動產之賣得金。先受清償。其第二第三之登記人。依次就其殘額而受清償。以至於盡者也。(八六五條)此蓋依第七百五十八條適用上所生之當然結果。無待明文規定者也。

二 同一不動產有二人以上之抵押權時。解釋適用上雖不感受何等之困難。如上所述。反之。爲同一債權之擔保。於數不動產設定抵押權。而未限定其各個不動產所負擔之金額者。理論上自以令抵押權人得就於各個不動產受其債權全部或一部之清償。至爲適當。(八七五條)但對此原則不設例外之時。則就該不動產之一有次位抵押權人。每因之蒙受不公平之結果。何哉。蓋在前位抵押權人任其選擇不動產之一。而受全部優先之清償。則後之抵押權人必因之受重大之損害故也。是以民法關於此點未設規定。不能認爲周備者也。(日民三九二條二項參考)

第三款 對於第三取得人之效力

第三取得人者。指於抵押權設定前已取得他物權或於設定後取得他物權或所有權之第三人而言。所謂

抵押權對於第二取得人之效力者。即其抵押權不能害及設定前他物權之效力。而亦不受設定後所有權及他物權之影響者也。(八六六條但書八六七條但書)法國及其他多數之民法。爲防抵押不動產價值之低減。有害其利用及流通。而使第三人爲阻止抵押權之實行。設(一)代位清償。(二)抵押權滌除。及(三)抵押物委棄之制度。以救濟之者。(法民二一六七條以下二一八一條以下日民三七七條三七八條日舊民擔二五二條以下)我民法未設規定。解釋上自屬不應許可者也。

第四款 抵押權之實行

一 債務人於其債務已屆清償期而未清償者。抵押權人得實行其抵押權者也。抵押權之實行者。即抵押權人變賣其抵押之不動產。就於賣得金優先受清償之謂。至其變賣之方法。原則自以聲請法院依拍賣之方法爲之。(八七三條一項)但訂立契約使抵押權人取得其所有權。或依拍賣以外之方法以爲處分。祇以不害他抵押權人爲限。任何方法。均無不可。(八七八條)不過於設定契約中。豫爲不清償則移轉其抵押物所有權於抵押權人之約。則無效者也。(八七三條二項)何哉。蓋以其等於流質之契約故也。

二 拍賣者。依最高出價人所爲之買賣。其買賣以拍定爲完成。因之其抵押物當然移轉於拍定人。不由當事人之意思表示者也。何哉。蓋其移轉爲依法律之特別規定所生之移轉。無須另有讓與行爲故也。又拍賣者。法院須有抵押權人之聲請始得爲之。於此情形。其抵押物所有人固非賣主。而法院亦非賣主。何哉。

蓋法院不過爲抵押權人之幫助。以促成其拍賣之行爲而已。

三 土地及其土地上之建築物同屬於一人所有。而所有人僅以土地或建築物爲抵押者。其他之一物。不受抵押權作用之影響者也。何哉。蓋在民法。土地與建築物全認爲格別之物故也。於此情形。抵押權人於拍賣抵押物時。視爲已有地上權之設定（八七六條一項）換言之。其抵押權之設定。與同時設定附拍賣條件之地上權無異。故有拍賣時。則爲其條件成就而發生地上權。因之其建築物所有人。在其土地上爲有地上權者也。例如以土地爲抵押。而土地經拍賣歸於拍定人所有者。則建築物所有人（即抵押權設定人）在其土地上取得地上權。若建築物爲抵押。而建築物經拍賣歸於拍定人所有者。則建築物拍定人在其土地上爲有地上權是也。此不獨保護建築物所有人及抵押權人之利益。而自國家經濟上觀之。亦爲有益故也。但其地租及存續期間。自應由當事人協議定之。如協議不諧。則依當事人之聲請由法院定之者也。（八七六條二項後段）至土地及其土地上建築物同屬一人。而土地及建築物均爲抵押。如經拍賣而其土地與建築物之拍定人各異時。其情形與上述情形無異。應使其適用同一規定。是不待言。（八七六條二項）

四 土地所有人於設定抵押權後而在抵押土地上營造建築物者。於此情形。其存於土地上之抵押權。應不及於建築物。不過（一）抵押權人於必要時。有將其建築物與土地併付拍賣之權。（八七七條前段）故

因拍賣其拍定人取得其土地所有權。同時取得其建築物之所有權。即土地與建築物同歸一人所有。而免拆卸建築物之煩者也。(2)抵押權人就其建築物之對價。雖不得行使優先權。然有其請求權者也。何哉。蓋抵押權人爲其賣主故也。又抵押權人雖有其對價之請求權。然有返還其對價於建築物所有人之義務。縱其土地之對價。不敷清償擔保債務之全部時。亦不能有優先受償之權者也。(八七七條但書)

五 土地所有人於設定抵押權後。復設定地上權。而地上權人本其權原於其土地上營造建築物者。應否準用第八百七十七條之規定。學者間不無爭論。但自第八百六十六條之精神觀之。應解爲可以準用爲宜。

六 債權人爲同一債權之擔保。就數個之不動產。而有抵押權者有之。於此情形。其抵押權人爲其同一債權。於各不動產。一一有其抵押權者也。故其結果。抵押權人之清償受領權。因左列方法之一而消滅者也。

(一) 將其各不動產。依其價值之比例。使分擔其債權之負擔。例如(A)不動產爲三千元。(B)不動產爲二千元。兩者同爲某甲三千元債權之擔保時。甲可使(A)不動產負擔千八百元。(B)不動產負擔千二百元之債務。而變賣其兩個不動產時。甲可由(A)不動產受千八百元之清償。而由(B)不動產受千二百元之清償之類是。

(二) 得變賣其中之一不動產。就其賣得金受其債權全部之清償。例如甲得單賣(A)不動產受其三

千元債權之清償之類是。惟於此情形。若乙亦就於(A)不動產有第二位之抵押權時。將與全無抵押權同。德國民法放任此理論之結果。而不設何等之制限。我民法亦然。(八七五條)而日本民法則使乙得代位甲。就於(B)不動產行使抵押權者也。(日民三九二一條二項)

七 抵押不動產經變賣所得之價金。應按各抵押權人先後之次序分配之。若其次序同者。則平均分配者也。(八七四條)例如甲有三千元債權。乙有二千元債權。丙有千元債權。先後就於一不動產有抵押權。而該不動產假定賣價為五千四百元時。則甲乙各得全數分配外。丙祇能分配其餘額四百元。若甲乙內同時有其抵押權而為平均分配時。則甲應得二千七百元。乙應得千八百元。而丙應得九百元之類是也。

八 抵押權為就抵押不動產得受優先清償之權利。然抵押權人則仍為債權人者也。故就債務人之其他財產以為強制執行。與他之一般債權人競合。平等受其債權之清償。固無妨。但立法例亦有限於以抵押不動產賣得金不敷清償之部分。始能受償於債務人之其他財產者。(日民三九四條一項)其結果常歸之於抵押權人之不利益。故不足採取者也。例如甲有千元之債權。而有五百元之不動產為抵押。乙只有千元之債權。而無擔保。假定債務人於此不動產外另有千元之財產時。使甲得與乙競合。先就債務人之他財產千元而受清償。則甲與乙各得五百元。並已抵押權之實行。甲可得債權全部之清償。反之。若甲僅就不敷清償之五百元部分。始能與乙同受清償。則乙應得六百六十六元六角。而甲祇應得三百三十三

元三角。是乙比之以前多得百六十六元六角。而甲則失其百六十六元之分配。而不能受千元全部之清償矣。是常歸之於甲之不利益也。（川名兼四郎博士物權法要論三〇七頁）

第五款 抵押權之處分

一 抵押權爲其所擔保債權之從權利之結果。故其債權移轉。其抵押權亦應隨之移轉者也。（德民一一五三條）關於此我民法雖無明文。蓋認爲當然之理也。至其債權之移轉。係依法律之規定爲之。抑係依法院之命令爲之。在所不問。又債權一部之讓與。原則其抵押權亦自應隨之移轉。不過債權一部讓與而其抵押權不讓與者。其契約亦非無效。惟其抵押權就該部分應縮小其範圍而已。（八六九條一項）

二 抵押權爲其所擔保債權之從權利之結果。故不能祇將抵押權讓與他人者也。（八七〇條德民一一五三條）有此規定之結果。則抵押權人所設定之抵押權。不致擔保全然不知之債務人之債務。而有蒙受不測損害之虞也。其爲其他債權之擔保者亦同。

三 抵押權人得爲其債務人之他債權人而拋棄其抵押權者也。於此所謂拋棄者。乃爲總債權人之利益而消滅其抵押權之謂。換言之。即於普通一般債權人減少其一優先人之義也。反之。若爲某一債權人而拋棄其抵押權時。則其拋棄。於一般債權人毫無所利。不過對於受益人不能行使其抵押權而已。

四 抵押權人能否對於其債務人之他債權人。讓與其抵押權之位次。並能否爲其債務人之他債權人。拋

棄其抵押權之位次。法理上原有爭論。何哉。蓋其位次者。非權利。不過附着其抵押權之法律上性質故也。使法律上無特別明文之規定時。應解爲不能讓與或拋棄爲宜。（川名兼四郎博士物權法要論二八二頁至二八三頁參考）

以上所述抵押權之處分。自爲不動產物權之移轉。均應以書面爲之。且非登記不生效力。或不能再爲處分。是不待言。（七六〇條七五八條及五七九條）

五 抵押權既爲物權。故於無法律上理由侵害其抵押不動產時。則爲侵權行爲。抵押權人對於加害人得請求因此所生之損害賠償者也。（一八四條）在德國民法。於抵押不動產被侵害時。得定相當期間。請求除去其侵害。若在其期間內其侵害不除去之時。抵押權人得即時就該不動產受清償。（德民一一三三條一一三五條瑞民八〇九條）又有侵害之虞時。得請求爲侵害之預防。（德民一一三四條一一三五條瑞民八〇八條）我民法除第八十一及第八十二兩條對於抵押設定人有相當之規定外。其他均未設規定。蓋不認有此請求權者也。

六 不動產所有人。於其不動產上設定抵押權後。仍得將其不動產讓與或更爲抵押。抵押權人不得禁止之。是不待言。（八六七條）

一 抵押權因其標的物之滅失、收用、及混同或拋棄而消滅者也。不過抵押權之標的物為地上權永佃權或典權之時。則此等權利之拋棄。不得以之對抗抵押權人。故對於抵押權人不能成為消滅之原因者也。

二 抵押權雖不能於所擔保之債權存在時得因消滅時效而消滅。但於其所擔保債權之消滅時效完成後五年間不實行其抵押權者。其抵押權亦消滅者也。(八八〇條)

三 抵押不動產因取得時效由第三人取得之結果。原在其上之抵押權。應否消滅。立法例有明定其為消滅之旨者。(日民三九七條)我民法關於此既未設規定。余則解為不應消滅者也。

四 抵押權因債務人清償其債務或設定第三人代償其債務而消滅。是屬自明之理。無待明文規定者也。

五 抵押權雖因抵押物之滅失而消滅。若設定抵押權之抵押物所有人因之得有賠償金之時。抵押權人仍各依其次序而有分配之權者也。(八八一條)

六 為債務人設定抵押權之第三人代債務人清償債務。或因抵押權人實行抵押權。致失其抵押物所有權者。得依關於保證之規定。對於債務人求償。是屬當然之事。不待明文規定者也。(八七九條)

第七章 質權 (Pfandrecht)

第一節 總說

一 在羅馬法。其初祇依信託制度 (fiducia) 以達質權之經濟上目的。所謂信託者。即出質人讓與其質物

所有權於質權人。同時附以買回之特約。使讓受人不得處分其質物。而於債務消滅時負返還其物之義務。其情形蓋與我國之活賣同者也。惟此方法。若遇出質人（即活賣人）不履行其債務時。其質權人（即活買人）既非當然得變賣其質物以充債權之清償。而亦不能永久爲其物之所有人者也。故當事人祇有依 *Pactum de Vendendo* 及 *Lex Commissoria* 之兩種方法之一。以免去其不便而已。前者爲變賣其物以充清償之特約。後者則爲使其物完全屬於質權人之特約是也。獨是質權人爲其質物之完全所有人之結果。則無法剝奪而處分質物之權。故出質人除信賴質權人外殆無他法。而出質人常處於不安之地位。是以羅馬法於信託制度之外。又有 *Pignus* 之發達。 *Pignus* 者。即出質人不將其質物所有權讓與質權人。祇將其占有讓與而已。質權人蓋受占有上之保護。至債權消滅時止。而有占有其質物之權利者也。此則今日質權之鼻祖者也。

二 我舊律質權名爲典當。而關於以典當動產爲營業之典商。規定尤詳（註）但民法則仍名爲質權。而依舊慣及多數立法例。其權利之標的。則以動產及權利二者爲限者也。

註 現行律錢債違禁取利率載凡私放錢債及典當財物每月取利不得過三分。年月雖多不得過一本。

一 利又費用受寄財物條例載凡典商收當貨物自行燒燬者以值十當五照原典價計算作爲準數。鄰火延燒者酌減十分之二。按月扣除利息照數賠償。其米麥豆石棉花等嚴重之物典當一年爲滿者統

以貫三計算照原典價值給還十分之三鄰火延燒者減去原典價值二分以減剩八分之數給還十分之三均不扣除利息(中略)其未被焚燒及搬出各物仍聽當主照號取贖倘奸商店夥人等有貪利隱匿乘機盜賣等弊即照所隱之物按所值銀數計贓準竊盜論追出原物給主祇以自火為鄰火延燒希圖短賠償值即計其短賠之值為贓準竊盜為從論分別治罪如典商及店夥人等圖盜貨物或先有虧短因而放火故燒者即照放火故燒自己房屋盜取財物及兇徒圖財放火故燒人房屋各重律例從重問擬又載典舖被竊無論衣服米豆絲棉木器以及金銀珠玉銅鐵鉛錫各物概照當本銀一兩再賠一兩如係被判照當本銀一兩再賠五錢均扣除失事日以前應得利息如償還之後起獲原贓即給與典主領回變賣不准原主再行取贖

第二節 動產質權(Pandrecht)

第一款 動產質權之性質

一 我民法稱動產質權者。謂對於債務人或第三人移交而供擔保之動產。得占有之。且就其賣得價金。先於他債權人受清償之物權也。(八八四條)分析說明之於下。

(一) 質權者。依當事人之意思所設定之擔保物權也。質權者。為物上擔保之一種。而供債權清償之保證。與抵押權同。又其權利之發生。係債務人為其自己之債務。或第三人為債務人之債務而設定者。

也。立法例有於某種情形之下，認債權人當然就於其物取得質權，而名爲法定質權者（舊海草二五四條）而民法則未採取者也。

(二) 質權者。有占有其質物之權利者也。於此所謂占有權利者，乃拒絕質物之交付之義。換言之，即在債務未清償前，有扣留其質物之權利之意。是以此種權利爲質權內容之一，不能有其獨立之存在者也。

(三) 質權者。就於質物之賣得金有優先受償之權利者也。茲爲說明之便利，此種權利暫稱爲質物清償受領權焉。此種權利之性質如何，於質物之性質至有關係，不能不略論之。

(甲) 清償受領權者。處分質物以其賣得金充清償爲其內容。換言之，即清償受領權。爲受領清償而有之質物處分權及清償充當權者也。在昔羅馬法之 *Pignus* 者，其初本無此處分權，祇有扣留質物之權利而已。是以質權人每以附隨特約而取得此處分權，以增加其質權之效力者也。但至今日各國立法例，皆特以明文規定其爲質權之內容。（德民一二〇四條一二二八條瑞民八九一條法民二〇七八條參考）我民法亦然。其第八百八十四條得就其賣得金受清償云者，蓋許質權人有變賣其質物之權利，固甚明瞭，且其處分權（即變賣權）行使之方法，原則須依拍賣之方法爲之者也。於此質物之買賣，其賣主爲質權人，而非質物所有人，且質權人非爲質物所有人之代理人而處分

其物。乃爲其自己債權之清償而處分他人之物者也。

(乙) 質物之清償受領權者。爲在變賣其質物。將其賣得金。充當債權之清償。故依我民法之解釋。其買價應交付於質權人者也。何也。蓋質權人爲其賣主有請求支付價金之權利故也。因之其價金之所有權。全部歸於質權人。而質權人即以之爲其債權之清償。如其價金小於其債權額者。則其不足之數。仍爲殘存之債權。而大於債權額者。則其超過部分。須返還於出質人。故其所謂清償之受領者。乃法律上當然發生之受領。無須質權人即債權人另有受領之行爲者也。

(丙) 質物之清償受領權者。乃因質權人之行爲而收清償受領之結果之權利也。關於此點。故學者有謂質權爲債權者。何哉。蓋質權人有請求依質物而爲清償所必要之行爲之權利故也。換言之。即不問何人。苟爲其質物所有人時。對於質權人。即有負清償其質物所應償之債務。是以質權人對之。即有債權。而其債權即爲質權者也。此蓋認質權者。爲質物所負之債務。因之買得其質物之人。即有清償其債務之義務。而質權人對之。即有請求其清償之債權。殊不知由質物而受清償云者。不外依法定之方法變賣質物以其價金受清償之意。故買得其質物之人。不得爲清償人。何哉。蓋其人並未爲何等之清償行爲故也。是以受清償云者。初不必有爲清償之人。其依法律之結果足以使債權人滿足而消滅其債權者。亦不害其爲清償受領者也。依此理由。故質權非人的請求權。不能認爲有債

權之性質者也。

(丁) 又有謂質權者。惟祇以質物負其債權之責任。故無論何人爲其質物之所有人時。皆負支付與其債權額相當之金額之義務者也。換言之。即質權者。爲對於有限責任之物的債務之請求權者也。蓋普通債務。其債務人以其全財產擔保其債務而負無限責任。質權者。乃債務人以其特定財產擔保其債務而負有限責任者也。故附有質權之債權人。應就其質物而受清償。是以爲其物所有人者。均有支付其債務額相當金額之義務者也。此說之不當。亦不待煩言而解。

第二款 動產質權之設定

一 質權者。由當事人之意思而設定者也。其設定行爲。學者稱之爲質契約。關於質契約之性質。分析說明之於下。

(一) 質契約者。出質人與質權人間以發生質權爲內容所爲之契約。故其契約爲物權契約。而非債權契約者也。是以與僅發生設定質權之債務之質權設定預約異者也。

(二) 質契約者。以移轉質物之占有而生效力。(八八五條)換言之。即質契約者。須依質物之交付而成立者也。是以質契約者。第一。須當事人間有其約束。第二。須有質物之交付也。第一之約束。祇爲質契約構成之分子。不得即謂爲質契約。何哉。蓋質契約者。須有第二物之授受始爲成立。故質契約者。爲要物

契約者也。又所謂質物之移轉者。使質權人取得其物之占有之義。故質權人已管領其物時。須依占有讓與之意思表示以爲移轉。而其物爲自己代理人占有時。則令其嗣後爲質權人而占有其物者也。但質權人不得使出質人代自己占有其質物（八八五條二項）何哉。蓋其物上是否存有質權。無由而知。第三人常致受不測之損害故也。

二 設定質權人。固以債務人爲常。但爲第三人亦無妨。第三人爲質權設定時。稱爲物上保證人。其與債務人之關係。或爲委任。或爲無因管理者也。物上保證人於債務人不清償債務而爲之代償。或因實行質權之結果。以致喪失其質物之所有權者。亦自得依保證債務之規定。有向債務人求償之權利者也。本節未設準用第八百七十九條之規定。不無疏漏。而解釋上亦應相同。是不待言。

三 各國立法例。亦有於質契約發生質權之外。尙認依法律之規定而發生之質權。而名爲法定質權者。（德民又德民訴八〇四條八〇八條舊海草二五四條）而我民法另定有留置權。認爲足以保護債權人。故不再設法定質權之規定者也。

第二款、動產質權之標的

一 動產質權之標的。既爲動產。故其權利應及於動產之全部。而就於一部。不能成立質權者也。質權就於物之一部。雖不能成立。然其有人無妨。就其應有部分而設定質權者也。（八一九條一項）於此情形。設定

質權人無移轉其質物全體之必要。祇合質權人爲其共同占有之一人即可。

二 聚合物不能認爲一物。故就於聚合物。不能成立質權。不過就其聚合之各個物。成立質權而已。換言之。卽其各個物公同而爲一債權之擔保者也。

三 質權之效力。及於其質物之從物者也。(六八條二項)換言之。卽質權人亦得變賣其從物。而以其賣得金充清償者也。

四 質權標的之物。須爲可以讓與之物也。何哉。蓋質權者。以變賣權爲其必要之內容故也。(日民三四三條參考)可以讓與者。物之性質上有其交易之價值。而又非禁止融通之謂。故記名債權證券。其證券自身不能有交易之價值。而鴉片毒藥等爲禁止融通之物。皆不能成立質權者也。金錢爲得以讓與融通之物。故以金錢設定質權固無妨。不過於實行質權之時。質權人卽以其金錢歸其自己之所有。無須再爲變賣之程序而已。(註)

註 與金錢質權似是而非者則保證金是也。蓋保證金者由債權人取得其金錢之所有權得以自由消費故也。

第四款 動產質權所擔保之債權

第一項 總說

一 依民法之解釋。質權所擔保之債權。不限於金錢債權。此與抵押權所擔保之債權同。不過質權實行之結果。則亦變為金錢債權而已。何哉。蓋質權之本質。原在以金錢為清償故也。

二 質權所擔保之債權。須屬於質權人。故不能甲有其債權。而乙有其質權。是不待言。然其債權人則初不必一定。故對於無記名債權或指示債權。亦不妨以質權為擔保。此與抵押權不同之點也。

三 質權所擔保債權之範圍。原則自依當事人所訂定。如當事人於設定行為未有訂定時。民法為之設補充規定。即(一)原本債權。(二)附隨債權是也。所謂附隨債權者。即(1)利息。(2)遲延利息。(3)實行質權之費用。及(4)因質物隱有瑕疵而生之損害賠償是也。

四 以上所述。於設定質權人之為債務人抑為第三人。皆能適用。不過設定質權人為債務人者。則嗣後與債權人所約定利率之增高。其質權雖應並擔保其利息債權。若其設定質權人為第三人者。則其質權非當然擔保其所增加之利息債權。(德民一二一〇條)如欲其一併擔保時。非再得其設定人之承諾不可者也。我民法關於此雖無規定。但解釋上亦應如是。是不待言。

第二項 質權與債權之關係

一 質權既為債權之擔保。故與債權有不可分離之關係。而為債權之從權利者也。但如此而解為質權必須有現存之債權而始成立。則不可。何哉。蓋為將來之債權或停止條件附之債權而設定質權。亦無不可。

者也。且其質權之次序。依設定之時以定之。不依其將來債權之發生時而定者也。又擔保債權之質權。與其債權同一運命爲常。例如債權消滅時其質權亦應消滅之類是。質權因有此常性。故能完成其擔保債權之效用者也。

二 質權與所擔保之債權不能分離。故其擔保之債權移轉而亦移轉者也。何哉。蓋若債權移轉而其質權非常然移轉時。一則不能達債權移轉之趣旨。一則使其擔保之效用薄弱。殊屬不當故也。又債權移轉之原因爲何。在所不問。故其債權之移轉。爲債權讓與。抑爲法律所定。抑爲強制執行之方法。皆同然者也。且債權讓與時。無須另有讓與質權之約束。故不欲其質權移轉（即消滅其質權）非有反對之特約不可。又不移轉債權而祇移轉其質權固不能。而以甲有之質權移爲乙有債權之擔保。亦非依更改契約而爲更改不可者也。債權一部移轉之時。其新舊債權人應共有其質權。是不待言。

三 質權者。乃依上述意義而爲從權利者也。故就成立無望之債權。固不能成立質權。即以爲存在而實不存在之債權。亦不能成立質權者也。又質權爲擔保可撤銷之行爲所生之債權者。其質權亦因其行爲之撤銷而消滅者也。

四 質權人於其原本債權及附隨債權未受全部清償前。得就於質物之全部。行使其權利。換言之。即一部已受清償。其質權亦不能依其限度而消滅。故質權於此意義爲不可分者也。

第五款 動產質權之效力

第一項 質權人所有之權利

一 質權人爲質物之占有者。故當然有占有上之權利。而受占有之保護者也。因之質權人於其質物被他
人不法占有時。對於不法占有人得以質權爲理由而請求收回。又其質物有以占有喪失以外之方法被
侵害時。亦得請求賠償損害。若有侵害之虞時。且得請求防止其侵害者也。(九六二條)

二 質權人因保管質物支出必要費用者。對於質物所有人應有請求償還之權利。是不待言。民法關於此
雖無明文。解釋上應準用第九百三十四條之規定者也。關於必要費用之意義。於後留置權章中。再詳論
之。

三 質權人除契約另有訂定外。得收取質物所生之孳息者也。但所收之孳息。除抵充收取費用外。應先充
當原債權之利息。後充當原本債權。(八八九條前段八九〇條二項)

四 質權人於質權存續中有將質物轉質之權利者也。(八九一條)轉質者。就其質物而設定質權之義。故
第二質權人取得以其物爲標的之質權者也。是以轉質契約者。因其質物之占有移轉於第二質權人而
成立。即質權人於此意義內有處分他人之物之權利者也。瑞士民法。轉質以有質權設定人之同意。始能
發生。(瑞民八八七條)而我民法則仿日本民法(日民三四八條)之規定而認爲當然之權利者也。又關

於轉質契約之性質。學者頗有爭論。有謂質權爲質者。非也。何哉。蓋第二質權人並非就於質權而取得質權故也。有謂質權併其擔保之債權爲質者。亦非也。何哉。蓋轉質人無以其質權並債權爲質權之意思故也。又有謂質權之讓與者。亦非也。何哉。蓋質權不能離其債權以爲移轉。如上所述。則單讓與質權之說。於法文上亦無根據故也。然則第八百九十一條所謂將質物轉質於第三人之意義果安在哉。余則以爲即質權人於其質物上再設定質權之義。故其結果。第一質權人依然不失其質權者也。例如第一質權祇爲百元債務之擔保。而質權人不妨以其物轉質而爲其二百元債務之擔保者也。又質權人就其轉質。應完全負責（八九一條瑞民八九〇條二項日民三四八條）換言之。即因其轉質所生一切之損害。均須負賠償責任者也。是以所有人因轉質權人實行質權喪失所有權者。固不待言。即因轉質權人之過失或不可抗力而生之損害。第一質權人亦須賠償者也。不過不因轉質而生之不可抗力之損害。則無須賠償。（日民三四八條但書）例如轉質質物於鄰人。而其鄰人與自己同被延燒。以致燒失其質物之類是也。

五 質權人有拍賣其質物以其賣得價金代充質物之權利者也。（八九二條）但此權利。須（一）質物有敗壞之虞時。（二）或其價值顯有減少時。始得爲之。蓋一以保護質權人之債權。一以全物之效用故也。於此情形。除不能通知者外。均須通知出質人。

六 質權因質物之滅失而消滅者。質權人就其因滅失而得之賠償金。仍有取償之權利者也。（八九九條）

此不獨於侵權行爲之損害賠償之請求爲然。即因契約而生之債權。亦復如是。例如質物原付火災保險時。其質權當然及於火災保險金之請求權者也。換言之。即其動產質權。一變而爲同一次序之權利質權者也。

第二項 質權人所有之義務

一 質權人負保管質物之義務。而其保管且須以善良管理人之注意爲之。(八八八條)善良管理人之注意者。適當處置人應有之注意之謂。又此義務爲法定之義務。而非契約上之義務也。質權人如違反此義務時。對於出質人應負損害賠償之責。是不待言。

二 質權人有收取質物孳息之權利時。就其收取孳息。須以對於自己財產同一注意爲之。(八九〇條一項)至其孳息應以之充當收取費。次及利息。又次及原本。於前已說明之矣。

三 質權人於質權消滅後。對於質權設定人應負返還質物之義務。(八九六條)故質權設定人即有請求返還之權利者也。本條所謂有受領權人者。解釋上自爲出質人或其所指定之人。如債務人而未得出質人之指示者。亦不得爲受領人者也。

第六款 動產質權之實行

一 質權之實行者。清償受領權之行使也。至其實行。以債務人不履行債務爲必要。故不以債權已屆清償

期爲已足。更須債務人不爲清償之行爲也。換言之。即須債務人有遲延始可。(八九三條一項)此與日本民法同。而與德國民法異者也。(日民三五四條德民一二二八條二項)

二 質權之實行。以依拍賣之方法變賣爲原則。而其拍賣程序。則由拍賣法定之。且於拍賣前須通知出質人。但事實上不能通知者。不在此限。(八九四條)如能通知而不爲通知者。其拍賣非爲無效。不過質權人對於出質人。應負損害賠償之責任而已。

三 質權人有由質物受清償之權利。而不負其義務。故質權人仍就債務人之其他財產以爲強制執行而受清償。固無妨也。學者及立法例。雖有令債務人得請求質權人就質物先受清償之權。(普魯士民法)若質權人不拍賣質物而爲強制執行時。許債務人得提出異議者。(德民訴七七七條)但余則不贊同其說也。

四 依我民法。質權人須依拍賣之方法以處分質物。若依拍賣以外之方法爲處分之契約。其契約之締結在債務清償期前者。其契約爲無效。(八九三條二項)而締結在清償期後者。始爲有效者也。(八九五條準用八七八條)例如令質權人取得其質物所有權之契約所謂流質契約。(Lex Commissoria)又依拍賣以外之方法變賣之特約。若在清償期前者。皆爲無效。何哉。蓋若認爲有效之時。質權人爲其利益每爲強請。而債務人明知其不利益而不得不應之故也。(註)於清償期後許其爲此契約者。則以出質人無失

其意思自由之顧慮故也。

註 此種規定於當商頗難適用應以另有規定爲宜

第七款 動產質權之消滅

一 質權與他物權同。因左列原因之一而消滅者也。

(一) 混同。(七六三條)

(二) 質契約所附之終期之到來。

(三) 解除條件之成就。

(四) 拋棄。(七六四條)

(五) 物之滅失及收用。物之滅失時。其質權雖消滅。但變爲債權質者也。換言之。即其質權仍就出質

人之損害賠償請求權而存在者也。(八九九條)因公用徵收之被收用亦同。

(六) 取得時效。依民法規定第三人因即時取得取得質物之所有權時。則其質權因之消滅者也。惟

依其性質。質權不能依消滅時效而消滅。於要論總則消滅時效章中已詳論之。茲不再贅。

二 質權所特有之消滅原因。則因其所擔保債權之消滅而消滅者也。故債務人以清償或其他方法足以使債權人之滿足而消滅其債權時。質權人應返還其質物於有受領權人者也。因其他事由(例如時效)

而債權消滅時。亦不過質權人仍得就於質物取償而已。(一四五條一項)其質權仍為消滅者也。又留保質權而讓與債權時。其質權消滅。擔保未成債權之質權。而其債權確定不發生時。其質權亦消滅者也。

三 質權雖不因占有喪失而消滅。但於不能請求返還時。其質權亦消滅者也。(八九八條)例如質物被他人不法侵奪。而質權人於一年內提起請求返還之訴而收回者。其質權不為消滅。否則經過一年而不提起返還之訴時。其質權仍消滅者也。

四 質權雖不因占有喪失而消滅。但質權人將其質物返還於出質人者。則其質權消滅者也。(八九七條)德民一二五條瑞民八八八條二項)蓋質權人不得使出質人代自己占有質物。(八八五條二項)故其當然之結果。其質物之占有不能讓與出質人者也。因之無論如何原因而質物返還於出質人時。其質權即為消滅。縱有質權繼續存在之保留者。其保留亦為無效者也。(八九七條二項)

第三節 權利質權 (Rechtspfandrecht)

第一款 權利質權之性質

一 我民法稱權利質權者。謂以可讓與之債權及其他權利為標的之質權也。(九〇〇條)分析說明之於下。

(一) 權利質者。以權利為其標的物者也。權利質以權利為其標的物。猶之動產質以物為其標的者

也。故權利質者。乃爲權利上之質權者也。（權利標的說）但持反對之見解者。謂就權利而設定質權爲不當。所謂權利質者。不外以擔保爲目的之權利讓與而已。故以之爲質之權利。當然移轉於質權人。不過質權人於其受讓權利之行使。應受限制。且於質權消滅後。負讓回其權利於舊權利人（卽出質人）之義務而已。（制限的讓與說）但其說殊不當。何哉。蓋債權之質權人。雖得直接收取其債權。然不能因此即謂爲債權之讓與。何也。蓋法律許收取他人之債權。時固甚多故也。且權利質者。其特質卽在於權利之創設的移轉。若權利質而爲權利讓與之時。則爲繼受的移轉故也。夫動產質者。爲所有人就其動產。使他人取得與其所有權相異之新權利。則權利人亦何不可就其權利。使他人取得與其權利相異之新權利哉。蓋權利質者。仍爲以權利爲標的之權利之思想之爲正當也。（川名兼四郎博士物權法要論二二七頁二三八頁參考）

（二）權利質之標的。須爲可讓與之債權。或可讓與之權利也。以此爲要件者。蓋債權或其他權利不能讓與者。則其權利不能處分。無由得達受清償之目的故也。

二 權利雖爲法律之創作物。僅存在於吾人之意識。然以之爲他權利之標的。固無妨。學者有謂就於無形之權利不能設定權利者。非也。例如著作權。亦顯然就於無形之著作物而存在之權利故也。權利質者。以就其標的之權利得受清償爲內容。故直接行使其權利而受清償者有之。或變賣其權利由其價金而受

清償者亦有之。

三 權利質非以物爲標的。故非物權。然爲就於權利所存之絕對權。蓋與動產質無異。故不失爲準物權者也。是以各國民法。皆於物權編規定之。又權利質之絕對權的性質。常於債務人之破產或對於其財產爲強制執行時表現之。詳言之。即質權人於此等情形。均得排斥他債權人而受清償者也。

第二款 權利質權標的之權利

一 權利質權之標的。須爲財產權也。故非權利之商號及主顧等。就之固不能成立質權。即就人格權及親族權。亦不能成立質權者也。例如夫就於其妻之財產之收益權。(一〇四五條)不得以之爲質權之標的之類是。又公法上之權利。亦不能以之爲質權之標的。例如官吏之俸金請求權。不得以之爲質者也。

二 財產權無論其爲債權。爲物權。抑爲其他之權利。皆得爲質權之標的。故不獨地上權永佃權典權等。可以爲質。即著作權特許權等亦可以之爲質者也。但其權利須爲可以讓與之權利。是不待言。又權利質最重要之標的之債權。若爲不能讓與者。亦不得爲質權之標的者也。所謂不能讓與者。其本於當事人不可讓與之契約如第二百九十四條第一項第二款之規定。固不待言。即性質上不許讓與如第二百九十四條第一項第一款及由雇傭所生之勞務供給之債權。(四八四條)亦包含在內者也。但由侵權行爲所生之損害賠償之債權。則不妨以之爲質權之標的。

三 質權以有價證券爲標的者。如其證券附有利息證券或分配利益證券時。(例如股票之息單)以交付質權人者爲限。其質權之效力。應並及於此等之附屬證券者。(九一〇條)

第二款 權利質權之設定

第一項 債權質之設定

一 權利質之標的。以債權爲常。而實際上亦以債權質爲最多。故關於債權質之設定。益有說明之必要矣。

二 債權質之設定。第一、其就債權設定質權之合意。須以書面爲之。(九〇四條前段)第二、其債權如有證書者。並應交付其證書者也。(九〇四條後段)於此所謂證書者。不獨證明債權存在之證書如借券。卽爲債權行使要件之證書如票據及存摺等。亦當然包含在內。此等證書。均令其交付質權人者。蓋一以收質權設定之公示效力。一以免債權人有處分其權利之危險故也。

三 債權質設定之一般要件。如上所述。至其特別要件。則因其債權之種類不同而異。如其債權爲記名債權之時。則無論其爲普通記名債權。(例如借款之返還請求權或買賣之價金請求權之類)抑爲證書債權。(例如存單存摺之債權之類)皆須依債權讓與之規定。(九〇二條)非通知或將其字據提示於債務人。對於債務人不生效力。蓋使債務人得知其債權已經爲質。將來應向質權人爲清償故也。至記名式之公司債。則應依公司法第一百八十四條規定之程序爲之。是不待言。如其債權爲指示債權之時。(例如

票據)則須依背書之方法為移轉。始生設定質權之效力。(九〇八條後段)而其背書解釋上應為取款委任背書者也。(票三七條)又如其債權為無記名債權之時。則須將其證書交付。始生質權設定之效力。(九〇八條前段)蓋無記名債權與其證券常視為一體故也。

第二項 其他權利質權之設定

一 德瑞民法。以債權以外之財產權為質者。第一、須有質權設定之合意。第二、須踐行其權利讓與之方式者也。我民法亦然。(九〇二條)依民法第九百零二條之規定。第一、就其財產權須有設定質權之合意。其合意以書面或口頭為之。第二、如就於他物權設定質權時。則為其物權(如永佃權地上權等)標的之土地。應一併交付。如為無體財產權如著作權特許權時。則祇有合意即可者也。

二 股份。應解為(一)對於公司之財產上之請求權。即分配利益權及分配剩餘財產權。(二)對於公司事務干與之權利。即議決權表決權。及(三)出資之義務之三者。混合而成者也。故以股票為質之時。應解為僅以對於公司之財產請求權為質。而於設定合意及股票交付外。且須將質權人之姓名住所。記載於股東名簿並股票。否則不能以之對抗公司及第三人者也。(九〇二條公一一七條)

第四款 權利質權所擔保之債權

權利質所擔保債權之範圍。準用動產質之規定。(九〇一條八八七條)者也。換言之。即除質契約另有訂定

外。應擔保原本利息、遲延利息、實行質權之費用、及因權利隱有瑕疵而生之損害賠償請求權者也。

第五款 權利質權之效力

一 權利質者。其質權人除契約另有訂定外。有收取其權利所生之孳息之權。（例如收取債權之利息）如爲無記名證券票據或其他依背書而讓與之證券。因收取孳息有通知證券債務人必要時。且有通知之權利者也。（九〇一條八八九條又九〇九條）惟所收取之孳息。應以之充當收用費用。次利息。又次原本。是不待言。（九〇一條八九〇條二項）但不動產上之權利。例如地上權及永佃權等之收益。依我國習慣。概以抵充利息。不以之清償原本。（日民三六二條二項三五八條參考）我民法關於此不設規定。而使之準用第八百九十條之規定。殊覺不當。

二 權利質權人有將其標的權利轉質之權利者也。於此情形。質權人應自負其責任。是不待言。（九〇一條八九一條）

三 權利質權人爲保存其標的之權利。得爲必要之行為者也。例如中斷債權之時效之類是。其中斷之費用。得向出質人求償。是不待言。

四 權利質權人於其質權標的之債權。先於所擔保債權之清償期而清償期屆滿時。有請求債務人將其清償之給付物提存之權利者也。（九〇五條）債務人須應其請求而爲提存。是不待言。

五 權利質權人應以善良管理人之注意，負保存其權利之義務。且於收取孳息時，負與對於自己財產同

一 注意之義務者也。（九〇一條八八條八九〇條一項）例如保存證書及中斷時效之行為之類是。

六 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者也。（九〇三

條）此蓋保護質權人之利益所不待言之規定也。

第六款 權利質權之實行

一 權利質之實行，與動產質實行之方法不同。不能依拍賣之方法者也。民法關於權利質之實行，除第九百零六條外毫無規定。解釋上自應許質權人自由收取其債權，或變賣其權利，又或依強制執行之方法而受清償者也。

二 為質權標的之債權，其清償期後於其所擔質債權之清償期者，法律亦許質權人於其債權清償期屆滿時，得直接向債務人請求給付。若為金錢債權，則就其自己之債權額，得請求給付者也。（九〇六條）於此情形，其債務人因喪失期限利益所受之損害，自得向出質人要求賠償，是不待言。

三 質權人於清償期屆滿後得與出質人訂立契約取得其權利者也。（九〇一條八九五條八七八條）但於質契約預為約定時，則其約定為無效，是不待言。（九〇一條八九三條二項）

第七款 權利質權之消滅

以前關於動產質權所述之消滅原因。於權利質皆得準用者也。(九〇一條)其主要之原因。則爲(一)質權之實行。及(二)所擔保債權之消滅是也。爲質債權之消滅。雖亦爲權利質權消滅之原因。不過其債權係因歸責於第三債務人之事由而消滅時。質權人對之得爲損害賠償之請求。是不待言。質權與爲質權利混同時。例如質權人繼承爲質權利或受其讓與者。其質權消滅。(七六三條但對於次位質權人不在此限)惟就債權發生其他混同而其債權不因之消滅者。則其質權亦不消滅。(三四四條)又質權與對於爲質權之債務發生混同時。其質權亦不消滅者也。

第八章 留置權 (Retentionsrecht)

第一節 留置權之性質

一 我民法稱留置權者。謂受一定債權之清償爲止。扣留他人之物。且於通知後不爲清償時。得拍賣其物取償之物權也。分析說明之於下。

(一) 留置權者。他物權也。以其權利就他人之所有物存在者也。得扣留之物。立法例亦不無限於動產者。(如日本民法)而我民法則以動產爲限者也。(九二八條)

(二) 留置權者。扣留他人之物之權利也。扣留云者。即拒絕其物之交付之謂。故留置權者。即對於物之交付請求權所爲拒絕抗辯之權利也。至其請求權爲物權上之請求權。抑非物權上請求權。在所不問。

又此抗辯權爲就於物而存在之抗辯權。故爲物權。因之無論對於何人之請求。皆得爲拒絕者也。

(三) 留置權者。爲受一定債權之清償。拒絕交付其物之權利也。故於債權之清償完了爲止。有其扣留之權利。是以物之請求權人。欲得其物之交付。非清償債務不可。故此抗辯權有間接強制其債務清償之效用者也。

(四) 留置權者。且得於催告後不爲清償時。有就留置物取償之權利者也。詳言之。即留置權人得定六個月以上之期限。通知債務人。如不於期限內爲清償。即就其留置物取償。若債務人於期限內仍不清償者。留置權人得依關於實行質權之規定。拍賣留置物。以其賣得金受優先之清償也。此我民法與瑞士民法同。而與德日民法異者也。(瑞民八九八條)

二 我民法亦分普通人間之留置權及商人間之留置權。又分一般留置權及特別留置權(即法定留置權)者也。此等區別。皆與此權利之取得至有關係。於後取得節中。再詳論之。

第一節 留置權之取得

一 留置權因具備法定之要件而生者也。其要件如下。

(一) 留置權之第一要件。即須其債權已至清償期也。(九二八條一款)故留置權於未來債權不得爲之。固不待言。即現在之債權而未到清償期者。不得請求履行。故亦不得依留置權以間接強制其履行。

者也。但債務人若已無支付能力。則將因破產喪失其期限之利益。其結果與已至清償期同。故法律亦許其行使留置權者也。(九三二條一項)

(二) 留置權之第二要件。即須債權人占有其物也。(九二八條)蓋債權人不占有其物之時。無由得爲扣留而拒絕交付故也。但此所謂占有者。即事實上之管領。亦包含在內。故不獨自占有或他主占有如租賃或爲質之時。得發生留置權。即僅管有如雇用人及學徒之時。亦得有留置權者也。又其占有物須屬於債務人云者。應解爲信爲債務人之所有物而占有之義。不必其必爲債務人之所有物也。何哉。蓋必其爲債務人之所有物。始許留置之時。則債務人易行詐欺而脫免其扣留之不利故也。(參考瑞民八九五條三項日民二九五條日本民法則祇須爲他人之物不問其所有屬於何人尤無須信其爲債務人所有之必要也)

(三) 留置權之第三要件。須其債權之發生與其占有物有牽連之關係也。(九二八條二款)換言之。即其債權與其留置物須有關聯也。例如成衣店得因承做工資之債權扣留其所承做之衣服之類是。但商人與商人之間。亦必守此限制。則未免失之過刻。是以法律定爲商人間因營業關係而占有之物。及因其營業關係所生之債權。視爲皆有牽連之關係者也。(九二九條)是以運送人及承攬運送人所有之運送費及報酬等之債權。對於其運送物。固有留置權。即旅店爲旅客住宿飲食等費用之債權。對於

旅客交存之行李。亦有留置權者也。

(四) 留置權之發生。除上述之積極三要件外。其消極要件尙有三。

(甲) 其占有須非原因於侵權行爲。(九二八條三款)於此情形。不與債權人以留置權者。以無保護之必要故也。是以竊取債務人之物。或因詐欺強迫而取得其物嗣後已被撤銷之時。不能發生留置權者也。至其侵權行爲之爲由於故意。抑由於過失。在所不問。

(乙) 其留置須不違反公其秩序或善良風俗也。(九三〇條前段)於此不與以留置權者。亦以無保護之必要故也。例如浴室不得以浴資之故扣留浴客蔽體之衣服之類是。

(丙) 其留置與債權人所承擔之義務。或與債務人於交付前或交付時所爲之指示。不相抵觸也。此蓋尊重當事人意思之規定也。故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。縱有上述之抵觸情形。仍得行使留置權者也。(九三〇條九三一條二項)瑞民八九六條二項八九七條參考)

二 我民法於上述一般留置權之外。尙認有特別留置權者也。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。有留置權。(四四五條)又旅店主人就住宿飲食或墊款所生之債權。對於客人所攜帶之行李及其他物品縱未交存者。亦有留置權(六一二條)者也。此皆不備一般留

留置權之要件。而亦認其有留置權。故爲特別留置權。我民法稱之爲法定留置權。(九三九條)實屬不當。何哉。蓋留置權者。皆由法律之規定而生。無由爲當事人約定故也。

三 留置權於其債權未受全部清償前。就其留置物之全部而存在。故已受一部之清償者。其留置權亦不依其限度而消滅。故留置權於此意義爲不可分者也。例如留置米五石之債權人。不能因其債權五分之一之償還。即祇應留置其米四石之類是。

第三節 留置權之效力

一 留置權人有收取留置物所生之孳息之權利也。(九三五條)此收取之孳息。不能歸於留置權人所利得。留置權人應以之充當其債權之清償。其充當之方法。自應先抵利息。次及原本債權。又此權利之行使。祇由留置權人向債務人以意思表示爲之。無須債務人另有清償行爲者也。

二 留置權人因保管留置物所支出之必要費用。有請求償還之權利者也。(九三四條)必要費用者。留置物之保管上必要不可缺之費用之謂。此種費用可分爲二。即通常之必要費用及臨時之必要費用是也。前者如租稅。後者如暴風雨破損之修理費是也。留置權人對於留置物應負保管之義務。如後所述。則因保管所必要支出之費用。得向物之所有人請求償還。是屬自明之理。至爲物之保管上所支出足以增加物之價值之有益費用。能否求償。法律未設規定。可否適用關於占有之規定。學者不無爭論。但余則解爲

不應適用者也。

三 留置權人應以善良管理人之注意。負保管留置物之義務者也。(九三三條)留置權人如違此法定義務時。對於物之所有人。應負損害賠償之責任者也。

第四節 留置權之消滅

一 留置權亦因留置物之滅失、收用、及混同或拋棄而消滅者也。惟不因消滅時效而消滅。是不待言。何哉。蓋留置權之性質上無由得罹時效故也。

二 留置權之特別消滅原因。則因其所擔保債權之消滅而消滅者也。故債務人以清償或其他方法足以使債權人滿足消滅其債權時。則留置權自應消滅者也。至因消滅時效而所擔保之債權消滅時。不過債權人仍得就其留置物取償而已。(二四五條一項)其留置權仍為消滅者也。

三 又留置權因喪失其物之占有而消滅者也。(九三八條)何哉。以留置權為扣留其物之權利故也。但留置權人被他人不法侵奪其留置物。而依占有收回之訴回復其占有時。其占有為未喪失。其留置權不消滅者也。

四 債務人為債務之清償已提出相當之擔保者。其留置權消滅者也。(九三七條)至其擔保之為質權、為抵押權、抑為保人。在所不問。不過須與其債權相當而已。又債務人提出擔保之時。其留置權非當然消滅。

須留置權人應其請求時。其留置權始消滅也。故擔保之提出。僅發生消滅留置權之請求權者也。

第九章 占有 (Besitz)

第一節 占有之性質

一 我民法稱占有者。指對於物有事實上之管領力之謂也。(九〇四條) 茲就此定義說明占有之性質。而並及其他立法例及學說焉。

(一) 占有之客體。須爲物也。故無形體之財產權。不能爲占有之標的。不過行使此等財產權時。法律視之爲準占有而已。關於爲占有客體之物。尙應注意之點有三。

(1) 物之性質無爲本權客體之能力者。非必不能爲占有之客體也。例如公共河川。在法理上雖不能爲私權之標的。但經官署之特許取得其使用權者。則就於該物自不妨爲占有也。

(2) 物之部分不能成立所有權之觀念。於占有不適用也。例如房屋所有人。將其房屋之一部租賃於人。固無妨也。

(3) 財產之集團。不能爲占有之客體也。何哉。蓋財產之集團。不能視爲一物故也。例如繼承財產不得爲占有之標的之類是。

(二) 占有者。須有事實之管領也。學者稱之爲占有之體素 (corpus) 焉。管領者。事實上在於得支配其

物之可能狀態之謂。例如佩帶庫之鎖鑰者。則其庫中之物歸其管領。而暫時離去其庭園之家禽。亦無害其爲管領者也。要之。其在事實支配之可能狀態與否。應就各個具體之情形定之。且應以客觀爲標準。不能純依主觀者也。

占有補助人(Besitzgehilfe)者。雖爲實力之支配。然不得爲占有人。何也。蓋其爲本人而支配故也。例如馬車之馬。其御者乃爲主人之補助而占有。非自爲占有之類是。

(三) 占有者。以事實之管領爲唯一之要素也。換言之。即於事實之管領(體素)外。無須更有占有意思(學者稱之爲心素 *animus*)者也。在羅馬法。稱單純管領不受法律之保護者。爲自然占有。(*possessio naturalis*)。而受法律之保護者。則稱之爲法定占有。(*possessio civilis*)。而在德國民法則祇有管領與占有之分。不設自然占有與法定占有之別。但管領與占有以何標準而區別乎。學者間亦頗有爭論。持主觀說者。謂此二者之分。即在於有無占有意思。而持客觀說者則反之。謂不在於有無占有意思。而在於法律之規定也。此等爭論。不獨於解釋羅馬法爲然。即於近世之立法亦有直接之影響。不得不略述之。

(甲) 主觀說(*Subjektive Willenstheorie*) 依主觀說。謂占有之要素。於物之管領外。尚須有占有之意思也。但何謂占有意思。亦學說紛歧。(1)有謂須有所有之意思者。(*Wille, die Sache als eigene*

zu haben) (例如沙微尼) 蓋以占有爲於所有權最相應之事實。故須有所有之意思也。(參考法民二二二九條意民六八六條奧民三〇九條) 但依此說之時。盜賊得爲占有人。而地上權人永佃權人典權人及質權人等反不爲其物之占有人。而受法律之保護。於理殊覺不合。是以沙氏苦於羅馬法之索解。而於此等傳來之取得。認爲無須有所有之意思。祇須有支配意思即可者也。(2) 有謂祇須有爲己之意思者。(Wille, für sich selbst zu besitzen) (例如日本民法) 若依此說之時。則單爲他人管領其物者。雖非占有人。而承租人地上權人等。皆得爲占有人者也。惟依羅馬法。承租入及借用入不得爲占有人。而係爭物保管人轉爲占有人。則持此說者。亦甚難於說明。(3) 亦有謂祇須有爲他人之意思即可者。詳言之。即有爲他人之意思而事實上得支配其物之時。亦爲取得占有者也。

(2) 客觀說。(Objektivtheorie) 客觀說者。排斥意思爲占有之要素者也。伊靈格於其所著之占有意思論 (Besitzwille) 中。首創異論。謂占有須有體素與心素者。雖爲羅馬法以來之法則。但此兩要素。初非格別之要素。管領者。不外管領意思之表彰而已。故所謂占有意思者。即有此意思爲已足。初不必更有所有之意思或爲己之意思者也。換言之。占有與管領者。初非其性質有差異。乃因法律之保護與否而分者也。伊氏此說。從來雖稱爲客觀說。然並非全然否認占有意思。不過謂占有者。祇須有占有之意思。無須更有特殊之意思而已。故對於此說。尙有所謂純客觀說者也。

(丙) 純客觀說。純客觀說者。謂占有應純依客觀。即占有人之管領意思亦不必要者也。(例如克爾(Bekker)即此說之首唱者)依此說之時。則意思無能力人固不妨取得占有。而於不識不知之中。(例如夜間書信投入收信箱之類)亦不妨取得占有者也。我民法蓋即仿德瑞民法(德民八五四條一項瑞民九一九條一項)之例。而採此主義者也。(九四〇條)

二 在昔占有與所有之區別不明。對於物現實行使其實力者。蓋即認為所有人者也。但因交易之發達。所有權之觀念益明。而所有人與占有則初不必一致。於是占有遂獨立受法律之保護矣。惟是占有雖其所有權及其他本權而獨立受保護之理由何在。學者(1)有謂為保護人格者。(2)有謂尊重意思之自由者。(3)亦有謂保護占有可更使所有權保護之確實者。究之。皆不能為占有保護之根據。何也。蓋占有之受保護。初不因有侵權行為而始然。而尊重意思之自由。亦不能說明占有人之意思。何以能壓倒與之爭其占有人之意思。至占有與所有分離。為羅馬法以來之原則。占有之保護。決非因為保護所有權而始然。縱令所有人確證其占有無所有權者。亦不能因此即駁斥其占有之訴者也。若然。則占有有保護之本旨。果安在哉。余則以為在占有與所有分離頻繁之今日。而法律特與占有以保護者。蓋在於維持社會之安寧秩序。其理由與認時效制度相同者也。

第二節 占有之種類

一 占有之種類者。占有狀態之分類也。占有依其狀態之不同。得爲種種之分類。

(一) 自主占有與他主占有。自主占有 (Eigenbesitz) 者。以所有之意思所爲之占有之謂。他主占有 (Fremdbesitz) 者。不以所有之意思所爲之占有之謂也。例如買主及受贈人之占有。屬於前者。而地上權人與權人承租人等之占有。則屬於後者。以所有之意思之占有云者。非必有其所有權而管領之意。且無信爲有所有權之必要。僅事實上自己與物之關係在於與所有權人相當地位之意思爲已足。例如賊盜就於所盜之物。無害其自主者也。

他主占有者。僅於一定範圍內以支配其物之意思而爲占有。故學者有稱爲限定占有者。(中島玉吉博士民法釋義二卷一一〇頁) 亦有以爲他人之意思而爲占有。稱爲容假占有者。皆與他主占有有名異而實同者也。

自主占有與他主占有之區別。於取得時效及其他權利之取得。最見其實益者也。(七六八條至七七〇條九五六條八〇二條之類)

(二) 直接占有與間接占有。直接占有 (unmittelbarer Besitz) 者。自身現實占有其物之謂。間接占有 (mittelbarer Besitz) 者。非自身現實占有其物。僅對於現實占有其物之人。有返還請求權。因而間接有其物之管領之謂也。例如本於質權租賃寄託及與此相類之法律關係。對於他人之物有占有權或有

占有義務者。其質權人承租人受託人等皆爲直接占有人。而其他人則爲間接占有人者也。(九四一條)

雇用人學徒及其他本於類似之關係受他人之指示而對於物有管領力者。稱爲占有補助人。占有補助人只爲占有人之補助機關。不爲占有人。而其指示之他人始爲直接占有人者也。(九四二條)

直接占有與間接占有區別之實益。主爲關於占有之得喪者也。

(二) 善意占有與惡意占有。善意占有 (redlicher Besitz) 者。自己不知其無占有之權利而占有之謂也。惡意占有 (unredlicher Besitz) 者。知其無占有權利而占有之謂也。例如由無所有權人受讓所有權而占有其物之人。其不知其讓與人無所有權者。屬於前者。知其無所有權而仍讓受者。則屬於後者也。

占有人不知其無占有之權利。有由於過失者。換言之。即用相當之注意。即可得知其無權利者。學者稱爲過失占有。縱用相當之注意。亦無由得知其無權利者。學者稱之爲無過失之占有者也。

占有之是否善意及有無過失。其區別之實益甚多。而關於占有之效力及取得時效。其尤顯著也。(九四八條至九五八條七七〇條)

(四) 瑕疵占有與無瑕占有。瑕疵占有 (fehlerhafter Besitz) 者。因強暴或隱匿之占有之謂。而無瑕占有 (fehlerfreier Besitz) 者。則和平且公然之占有之謂也。

占有有無瑕疵之區別之實益。亦主爲關於占有之效力及取得時效者也。（九四七條二項七六八條至七七〇條）

二 於上述分類外。尙有正權原之占有。自己占有與代理占有。及完全占有與不完全占有之分類。但此等分類或與前述之分類名異而實同。或在我民法無此分類之必要。故皆略而不述。

第三節 占有之取得

第一款 總說

一 占有。須有權利能力之人爲其主體。自不待言。惟占有無須有意思。故無意思能力之幼童及瘋人。無妨爲占有人。又不誠不知之中。亦不妨爲占有者也。

二 禁止管領之禁制物。固不得爲占有之標的物。但就物之一部分而爲占有。固無妨也。

三 占有亦可分爲原始取得及繼受取得之二者。原始取得者。不本於他人之權利而取得占有之謂。例如野生物之捕獲是。而繼受取得者。本於前主之權利而繼受占有之謂。例如買主交付買賣標的物於買主之類是。

四 占有之繼受取得之情形有二。（一）繼承。及（二）讓與是也。分項說明之於後。

第二款 占有之繼承

在羅馬法。占有因占有之本人死亡當然歸於消滅。蓋認占有爲事實。故不容有繼承之觀念也。但於實際上被繼承人死亡同時即可認爲繼承人取得其占有之時甚多。故在羅馬。或不感重大之不便。然至近世日耳曼法之觀念。則與羅馬異。而認占有爲可以繼承者也。（德民八五七條瑞民五六〇條法民七二四條一〇〇六條意民六九三條）至我民法就第九百四十七條之規定觀察之。蓋亦採日耳曼法主義而認有繼承性者也。

第二款 占有之讓與

一 占有得因讓與而取得。而讓與中有由舊占有人完全移其占有於新占有人。而自己全脫其占有人之地位者。例如因買賣贈與等所爲之占有轉移之類是。亦有讓與人不全脫其占有人之地位。即所謂間接保留其占有者。例如出質人出租人寄託人等所爲之占有轉移之類是也。但無論如何情形。而占有之讓與。須具備二要件。（一）當事人之意思表示。及（二）占有物之交付是也。分別說明之於下。

（一）當事人之意思表示。占有之讓與者。當事人之一方。須有讓與之意思。而他一方至少亦有取得其管領之意思者也。故爲一個契約。原則自應適用一般法律行爲及契約之規定者也。

（二）占有物之交付。占有之移轉。非其標的物之交付。不生效力。（九四六條一項）交付（tradition, Übergabe）者。即管領之移轉也。換言之。即使受讓人取得其事實的支配力也。但所謂交付者。初不必

直接交付其物。即交付其物之證書或貯藏其物之鑰匙亦可。

二 占有之讓與。雖以交付占有物爲原則。但亦有例外。即不爲現實之交付。而僅依意思表示而爲移轉是也。其情形可分爲三。

(一) 簡易交付。簡易交付 (*traditio brevi manu*) 者。受讓人現已占有其物之時。祇依當事人之意思表示完成。其占有即移轉之謂。(九四六條二項準用七六一條一項但書) 例如出租人讓與其租賃物與承租人之類是。

(二) 占有之改定。占有之改定 (*constitutio in possessorium*) 者。占有讓與人與受讓人訂立契約。使受讓人因此取得間接占有之謂。(九四六條二項準用七六一條二項) 例如甲賣其馬於乙而不交付。而約定爾後租用其馬之類是。但甲僅爲乙之占有補助人時。則不得謂爲占有之改定。何哉。蓋乙仍直接爲其物之管領人故也。

(三) 指示交付。指示交付 (*Besitzanweisung*) 者。占有物依第三人爲占有之時。讓與人以對於第三人之返還請求權讓與於受讓人。而移轉占有之謂。(九四六條二項準用七六一條三項) 例如出租人讓與其租賃物之返還請求權於讓受其物之人之類是。

第四款 占有之分離及合併

一 與占有移轉之最有關係者。則占有之分離及合併是也。不問其爲包括繼承。抑爲特定繼承。占有之繼承人。雖得繼承其前主占有有所相伴之利益並瑕疵。但自他一方言之。而繼承人亦可主張與其所繼承之占有無干。而自己取得其固有之占有者也。換言之。即繼承人得任意主張其占有之合併。或主張其占有之分離者也。（德民八五八條二項九四三條九四四條瑞民九三六條九四一條法民二二三三五條意民六九三條日民一八七條參考）

二 前主之占有雖爲強暴或隱秘。而繼承人和平且公然者有之。又前者爲有過失惡意之占有。而繼承人之占有爲善意且無過失者有之。故若繼承人合併其前主之占有而爲主張時。其年數之計算雖有利益。但須繼承其瑕疵。（九四七條二項）是以有時繼承人以其占有分離而僅主張其自己之占有之爲便也。假如甲就於一不動產。占有之始。雖屬惡意。而和平繼續五年間占有有後。乙善意無過失承繼此占有。繼續十年間爲和平占有時。乙若合併甲之占有並自己之占有以爲主張。則承繼前占有之瑕疵之惡意。依第七百六十九條之規定。非二十年不能取得其不動產之所有權。何哉。蓋甲乙兩占有之年數合算。不過十五年故也。然乙若將其占有分離。而祇主張自己之占有。則其自己之占有。既於其始爲善意無過失。而又繼續占有十年。則依第七百七十條之規定。全然取得其不動產之所有權之類是也。至得主張占有分離之繼承人之爲一般繼承人（如繼承人）抑爲特定繼承人（如受讓人）毫無區別。在我民法上殆無爭

論者也。(九四七條一項)(參考日本三瀨信三博士物權法提要二二四頁)

三 占有之繼承人。亦得將自己之占有與前主之占有合併主張之時。須並承繼其瑕疵。(九四七條一項二項)合併主張爲有利益之時。例如甲於其始惡意占有他人之不動產。和平繼續十二年後。乙以善意無過失承繼其占有。和平繼續占有八年間者。於此情形。乙若祇主張其自己之占有。則僅八年。不能取得不動產之所有權。而合併前占有而爲主張。則爲二十年。雖惡意亦能取得所有權之類是也。

第五款 占有狀態之變更

一 與占有之取得有關聯應附帶說明者。則占有狀態或占有名義之變更是也。占有狀態得爲種種之區別。如上所述。故由此種狀態。變爲彼等狀態者。則爲占有狀態之變更也。例如原爲善意占有。而占有人知其瑕疵後。則變爲惡意占有。又原爲強暴占有。而後變爲和平占有之類是也。

二 於此最應注意者。則他主占有變爲自主占有之時是也。他主占有人。例如地上權人典權人承租人質權人等。非以所有之意思以爲占有。縱令於一定期間繼續占有。然不能適用取得時效之規定。但此等人之意思。如變爲所有之意思時。則理論上亦自能爲取得時效之基礎。不過此種意思變更。外部不易窺知。故自羅馬法以來。皆以『不問何人。不能以意思之變更。而變更占有之原因。』(nemo sibi causam poss-

essonis mutare potest) 爲原則者也。(法民二二四〇條意民二二一八條一項日民一八五條)我民法蓋亦採此原則而就變更時。非依左列方法之一。則不認其變更者也。(九四五條)

(甲) 他主占有。對於使其占有之人。表示所有之意思時。則變爲自主占有。

(乙) 他主占有。因新事實更以所有之意思開始占有時。則變爲自主占有。例如因買賣贈與等原因。移轉其所有權於他主占有之人類是也。

第四節 關於占有之事實推定

一 占有之狀態。蓋有種種。如上所述。而其占有之狀態。果屬何等占有。其能爲取得時效之基礎與否。以及其他占有效力之如何。均有重大之差異。則占有人欲主張其自己之占有爲善意爲和平爲公然。又或爲自主之時。勢非一一證明其事實不可。殊不知舉證之事。至極困難。若必強其舉證。則占有人事實上將不能收特別保護之實益。又俗所謂不可以小人之心度人。則預測人爲惡意。亦非人情。是以法律就占有之占有。推定其爲善意、和平、且公然之占有者也。加之物之管領狀態。以表示其爲所有之意思爲常。故又推定爲以所有之意思爲占有者也。(九四四條一項)(德民一〇〇六條瑞民九三〇條法民二二三〇條二二三一條意民六八七條七〇一條七〇二條日民一八六條一項)依此規定。則占有人免其事實舉證之責任。而反對其事實者。反須舉證以證明之也。

二 依同樣理由。於前後兩時證明其爲占有者。推定其爲繼續者也。（九四四條二項）（德民九三八條法民二二三四條意民六九一條日民一八六條二項）

第五節 占有之效力

占有之效力有六。（一）權利之推定。（二）孳息之取得。（三）權利之取得。（四）占有之自力保護。（五）占有訴權。及（六）回復人與占有人之關係是也。分款說明之於下。

第一款 權利之推定

占有人於占有物上行使之權利。即所謂本權者。爲所有權者有之。爲地上權永佃權典權質權等之他物權有之。爲租賃權使用借貸權之債權者有之。而全無此等權利者亦有之。然民法常就通常之情形觀察。而以無反證者爲限。蓋推定占有人於占有物上行使之權利爲適法者也。（九四三條）例如土地占有人行使典權時。推定其適法而有典權之類是也。

第二款 孳息之取得

占有物所生之孳息。應歸何人取得。則因占有人之爲善意抑爲惡意而異。分別說明之於下。

（一）善意占有人。善意占有人者。即孳息與原物分離時善意占有原物之人之謂。善意占有人取得由其占有物所生之天然或法定之孳息者也。（九五二條）此爲維馬法以來一切立法例皆有之規定。

其理由無特別說明之必要。惟縱爲善意占有人。而於本權訴訟敗訴之時。則自訴訟拘束發生之日起。視爲惡意占有人。(九五九條)應負孳息返還之義務者也。何哉。蓋本權訴訟敗訴之時。則占有人行使之權利。既有疑義。故使溯及訴訟拘束發生之日起。即爲惡意占有。自無不當故也。(德民九八七條一項)日民一八九條二項)

(二) 惡意占有人。惡意占有人者。即知其無正當權利而占有其物之人之謂。惡意占有人。法律自無特別保護之必要。故令返還原物於回復權人。同時並令其返還占有中所分離之孳息。如已消費或因過失而毀損或怠於收取者。且須償還其價金者也。(九五八條)又此規定。應準用於強暴或隱秘之占有。有不待言。(德民九八七條二項至九九三條)瑞民九四〇條)法民五四九條一三八二條一三八三條)日民一九〇條)

第三款 權利之取得

直接間接依占有之效力。以取得在其物上行使之權利。蓋可分爲種種。(一)關於不動產上權利之取得。則有第七百六十九條及第七百七十條之規定。(二)關於動產上權利之取得。則有第七百六十八條之規定。惟此因取得時效之取得。於占有外。尚須繼續一定之時間。故不謂爲純爲占有之效力。於此所欲說明者。則占有之純效力。即占有之直接效力是也。

第一項 即時取得之性質及效果

一 依第九百四十八條。以動產所有權或其他物權之移轉或設定爲目的。而善意受讓該動產之占有者。縱其讓與人無讓與之權利。其占有應受法律之保護。(九四八條)於此所謂其占有應受法律之保護者。即占有人仍取得其在動產上所行使之權利。而受法律保護之義。例如因讓與行爲而受讓動產之占有者。苟其受讓係屬善意。則即時取得其所有權。又如因設定質權行爲而受讓動產之占有者。苟其受讓係屬善意。則即時取得其質權之類是也。

二 在昔羅馬法。無論何人。不能以自己所有以上之權利與人。故其結果。當然不認由無權利人可取得權利。因之真正權利人得向取得人爲追奪者也。(Vindikationsprinzip)但德意志固有法之觀念則反之。即所有人不本於自己之意思而喪失其物之占有者。(例如盜竊遺失)雖不論對於何人。皆得請求返還。但任意讓與其占有於他人時。(例如借與寄託)除對於相對人得請求返還外。對於第三人不得爲追奪者也。如相對人違反信義將其物讓與第三人時。亦祇能向相對人請求損害賠償而已。多數立法例。皆採德意志固有法主義。而我民法亦然者也。(德民九三二條九三三條九三五條一二〇七條瑞民八八四條二項九三三條法民二二七九條意民七〇七條日民一九二條)

三 雖然由無權利人取得權利之法律上根據如何。學者間頗有爭論。法國學者中有稱爲即時時效或瞬

間時效而認爲取得時效之一種者。雖法法系諸國之法典皆從之。但時效而無須時之經過。於理爲不可通。於是又有以占有人應推定其爲所有權。而欲以權利推定以說明之者。（權利推定說）亦有以法律爲占有人所直接承認之一種取得方法。而欲以法律所定以說明之者。（法定取得說）更有以讓與人所與占有人與處分權能。而欲本於讓與人之權能以說明之者。（讓與人權能說）究之。諸說皆無足取。故余謂即時取得者。乃純爲保護交易之安全。對於善意占有人所與之占有之一效力而已。何哉。蓋動產上之權利。非依占有無從表現。此外別無公示之方法。他人往往信占有有人爲正當之權利人而與之交易。若對善意開始占有動產之人。不使其即時取得其所行使之權利。則交易之安全必無由確保故也。

四 即時取得者。爲依占有之效力法律上當然所生之權利取得。故與取得時效之取得。同爲原始取得者也。其取得之權利。自以所有權爲常。然爲其他之權利。亦無不可。又依德國民法之規定。如其取得爲無償之時。則取得人爲不當得利人。須返負還利得之義務。（德民八一六條）我民法既無規定。解釋上蓋不能採用者也。（參考富井博士民法原論物權七〇二頁）

第二項 即時取得之例外

一 占有物如爲盜賊或遺失物者。被害人或遺失人。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）此爲即時取得之例外也。他之立法例。亦有同樣之規定。（德民九三五條瑞民九三四

條法民二二七九條二項意民七〇八條日民一九三條)

二 盜賊或遺失物。雖以許被盜人或遺失人無條件得請求回復爲原則。但對此原則。亦有二例外。

(一) 占有人係於拍賣或公共市場。又或由販賣與其物同種之物之商人善意買得之時。被盜人或遺失人非償還其所支出之價金。不得回復其物。(九五〇條)

(二) 盜賊或遺失物。如係金錢或無記名證書。占有人無論於何處止係善意取得時。被盜人或遺失人皆不得對之請求回復。(九五二條)此皆爲保護毫無過欠之占有人而期交易安全所設之規定也。(德民九三五條瑞民九三四條法民二二八〇條意民七〇九條日民一九四條)

三 上述即時取得規定之適用。所應注意者。尙有數點。

(一) 船舶雖爲動產。然其所有權之取得。須爲登記。(海法一一條)故不適用即時取得之規定。

(二) 從物應隨主物之處分。故供不動產之常用所附屬之從物。於其附屬之間。亦不適用即時取得。

(三) 土地之定着物。當其定着時。則爲不動產。故亦不適用即時取得者也。

第四款 占有之自力保護

一 權利侵害。須依公力以救濟。爲今日各國法制上之原則。但占有之保護。貴在迅速。故各國立法。亦有認自力保護(Selbstschuts)者也。(德民二二六條至二二九條八五九條八六〇條瑞民九二六條奧民一

九條三四四條) 我民法亦然。(一五二條一五二條)

二 自力保護權之作用有二。即(一)自力防衛。(二)自力奪還是也。(九六〇條)

(甲) 自力防衛權 (Selbstverteidigungsrecht) 自力防衛權者。占有受急迫侵害之時。於一定條件之下。對之爲自力防禦之權利也。(九六〇條一項) 例如旅客於他人攘取其行李時。得自力禁止其攘取之類是。

(乙) 自力奪還權 (Selbsthilferecht) 自力奪還權者。於一定條件之下。以自力奪回其占有物之權利也。(九六條二項) 例如追趕盜賊而奪回所盜物之類是。

以上兩種權利。乃一般所規定之自力救濟 (Selbsthilfe im weiteren Sinne) 而就於占有而擴張者也。

三 此自力保護權。不獨占有人之本人爲然。即占有機關。詳言之。即僱用人學徒或本於其他類似之關係。受他人之指示而對於其物有管領力之人。亦得行使者也。(九六一條)

第五款 占有訴權

第一項 占有訴權之性質及種類

一 民法認爲占有效力之一。即所謂占有訴權是也。占有人本於所有權或其他本權得行使訴權外。特就於占有。亦許其出訴者也。其所以與以特殊訴權之理由。蓋因占有人不必一一爲本權之舉證。僅就占有

亦受保護。故有使其取此便易救濟手段之必要也。此占有訴權。爲羅馬法以來各國立法所承認。不過其種類及目的。不免有多少之差異而已。

二 民法所定之占有之訴有三。即（一）占有保持之訴。（二）占有保全之訴。及（三）占有收回之訴是也。分別說明之於下（九六二條）

（一） 占有保持之訴。 占有保持之訴者。以占有被妨害爲原因所提起之訴也。占有被妨害者。占有發生障礙之義。故因他人工作物之倒塌。而自己房屋被壓壞。或他人侵入占有地之事實上侵害。固不待言。即請求占有人退出之權利上侵害。亦包含在內。一言以蔽之。凡使占有人不能完全行使其占有權之狀態。皆爲占有被妨害者也。（德民八五八條八六二條八六三條瑞民九二八條意民六九四條日民一九八條）

占有保持之訴者。以除去妨害爲目的。而此除去妨害之請求。祇以占有受妨害即可。不問其妨害是否出於妨害人之故意或過失也。至因而請求損害賠償之時。則須以妨害人之有故意或過失。自不待言。（一八四條）

占有保持之訴。須於妨害後一年內提起之也。（九六三條）蓋此種特別訴權。若許永久存在。與保持現狀之意固屬相反。且易生弊害故也。（德民八六四條瑞民九二九條意民六九四條日民二〇一條一

項)但本於所有權或其他本權之訴。則不受此期間之拘束。是不待言。

(二) 占有保全之訴。占有保全之訴者。其占有雖未受侵害。然有侵害之虞。爲防止其侵害所提起之訴訟也。例如鄰人之房屋雖未倒塌。然有倒塌之虞。請求其修理之訴之類是。

占有保全之訴。以妨害之預防爲目的。而須於妨害之危險發生後一年內提起者也。(九六三條)

(三) 占有收回之訴。占有收回之訴者。占有全被侵奪之時所提起之訴訟也。占有被侵奪者。占有人因外力不由其意思而喪失其物之管領之謂。故因被詐欺脅迫或錯誤之喪失管領。固不包含在內。卽因遺失而被他人拾得之時。亦應除外者也。例如被強竊盜奪取之類是。

占有收回之訴。以請求返還其物爲目的者也。原來占有有人喪失其對於物之事實上管領力而消滅。但依占有收回之訴而收回者。其占有視爲繼續者也。

占有收回之訴。須於侵奪後一年內提起之。(九六三條)依純理言之。此回復占有之訴權。其行使期間。以極短爲宜。否則有背於占有保護之本旨故也。但本權之訴。則不受此期間之拘束。是不待言。

第二項 占有訴訟與本權訴訟之關係

占有爲現在之實力關係。不必與所有權或其他本權相陪伴。故占有之訴。以維持現在之實力爲目的。與本權之訴之爲確定根本的權利關係者。迥不相同。因之此兩種訴訟之間。其性質及效果。自不能不有差異。茲

將此兩者之關係。分述之於下。

(一) 占有訴訟與本權訴訟各不相妨。占有訴訟與本權訴訟各自獨立。不相妨害者也。換言之。即兩訴訟得同時並立。例如所有者之占有人。得將所有權之訴與占有之訴同時提起。亦得各別提起。雖其一訴訟或先他其一訴訟判決。然初不相關。不能因其一訴訟而中止他其一訴訟。因之先提起之訴訟敗訴時。仍得提起他一訴。於此情形。不得以一事不再理或訴訟拘束爲理由。提起抗辯者也。

(二) 占有訴訟不得依本權上之理由以爲裁判。占有訴訟與本權訴訟既各自獨立。故原告不得以本權上之理由。以維持其占有訴訟。而被告對於占有訴訟。亦不得以本權上之理由以爲防禦者也。因之法院不得本於本權上之理由。以裁判占有訴訟。是不待言。

(三) 占有訴訟與本權訴訟。其事物管轄不同。民事訴訟。依其訴訟物之價值。以定其訴訟應由某等法院爲第一審者也。但關於占有訴訟。則應定爲專屬於最低級法院管轄。何哉。蓋以占有訴訟以迅速簡易爲必要故也。(民訴草二條日裁判所構成法一四條參考)

第六款 回復人與占有人之關係

關於孳息取得之規定。雖亦爲回復人與占有人之關係。但於前已說明之。茲不再贅。於此所說明者。則與占有物直接關聯而生之回復人與占有人之關係是也。

第一項 占有人之賠償義務

一 在占有物上無權行使權利之人而占有者。對於權利人。應將其占有物返還。固不待言。至於就於其物之滅失或毀損。應負責任與否。則因占有人之爲善意抑爲惡意而異。多數立法例皆然。（德民九八九條至九九三條瑞民九三八條九四〇條法民一三七九條至一三八三條意民一一四八條一一四九條日民一九一條）而我民法亦同者也。分別說明之於下。

（甲）惡意占有人之賠償義務。惡意占有者。自知其無權利而占有之人之謂。惡意占有者。因自己之故意或過失致占有物滅失或毀損者。應賠償其損害之全部。（九五六條）換言之。即不問其利益現存與否。皆須賠償。固不待言。即占有人就於占有物返還遲延。因其遲延所生之損害。其損害縱不原因於自己之故意過失。亦須賠償者也。何哉。蓋皆爲可歸責於己之事由故也。（九五六條）

（乙）善意占有人之賠償義務。善意占有者。不知其無權利而占有之人之謂。善意占有者。因可歸責於己之事由致占有物滅失或毀損者。祇以現在所受之利益爲限度。負賠償之義務。（九五三條）故不獨占有物變質變形之時。得就其現有之狀態以爲返還。即其物已變賣之時。亦止返還其現存之價金者也。

縱爲善意占有者。而無所有之意思者。亦爲占有他人之物。（例如地上權人永佃權人典權人承租人

等）則與惡意占有人同。就其損害。應負全部賠償之義務者也。（九五六條）

二 第九百五十三條及九百五十六條之規定。雖爲關於占有人應負義務之規定。但非因此即可排除債務不履行及侵權行爲等之其他規定之適用者也。故例如承租人因自己之過失以致標的物毀滅。屆租期滿了而不能返還時。不能免其不履行及侵權行爲之責任之類是也。

第二項 回復人之償還義務

一 占有人返還其占有物於回復人時。回復人對於占有人。應償還其爲該物所支出之費用者也。但因其費用之種類。及占有人之爲善意抑爲惡意之不同。而其償還之範圍及方法亦異。（德民九九四條至一〇〇三條瑞民九三九條九四〇條法民五五五條三項意民七〇四條七〇五條日民一九六條）茲專就我民法之規定說明之於下。

（甲）必要費。必要費者。爲保存其物必要不可缺之費用之謂。例如房屋之修繕費牛馬之飼養料及其他稅捐之類是。善意占有人所支出之必要費。回復人應負償還之義務。（九五四條前段）至其必要之普通必要。抑爲臨時必要。在所不問。不過善意占有人於占有中已就占有物取得孳息者。則不得請求償還必要費用者也。（九五四條但書）何哉。蓋此種費用。通常多視爲由孳息所支出故也。至惡意占有人。則不能請求必要費用。祇得依無因管理之規定。以回復人所得利益爲限。請求償還而已。（九五

七條一七七條)

(乙) 有益費。有益費者。爲其物之利用改良所支出之費用之謂。例如房屋施以相當之裝飾及土地施加肥料之類是。善意占有人所支出之有益費。雖亦令回復人負賠償義務。但以占有物現存之增加價值爲限度。換言之。即有益費之數額。若使超過現存增加價值者。回復人不負賠償責任者也。(九五條)至惡意占有人不能要求有益費用之賠償。是不待言。

二 除上所述必要並有益費用之外。尚有所謂奢侈費用。即無關於物之保存及改良之費用。回復人不負償還之義務者也。

三 善意占有人。爲請求必要並有益費用之償還。得行使留置權。扣留其占有物。(九二八條)而惡意占有人則不能有留置權者也。

第六節 占有之消滅

占有消滅之原因有二。即(一)管領力之喪失。及(二)標的物之滅失是也。

(一) 管領力之喪失。管領力之喪失者。對於物之實力支配確至不能之狀態也。但僅一時不能實行其支配者。不在此限。(九六四條)對於物喪失其事實上之管領力者。其占有自爲消滅。至其喪失之由自己之行爲。抑被他人所奪。在所不問。不過占有爲他人所奪。而依占有收回之訴收回時。其占有仍爲

未喪失者也。

(二) 標的物之滅失。占有之標的物滅失時。其占有歸於消滅。是不待言。其滅失之由於人爲。抑由於天然。而人爲之由於自爲。抑由他爲。在所不問也。

第七節 共同占有

數人共同占有一物之時。各占有人就其占有物使用之範圍。不得互相請求占有之保護。(九六五條)蓋數人共同占有一物。各共同占有人於對外關係。雖與單獨占有人無異。得各向第三人主張占有之效力。而各共同占有人相互間之關係。則皆依其本權而定。故各占有人關於其占有物使用之範圍如有爭執。非依據本權。無由判定。其不能各自相互主張占有之效力。是屬當然之理也。

第十章 準占有

一 占有雖就於有體物始能存在。但一般財產權。例如債權抵押權著作權等。亦有爲已行使之時。則法律亦有保護之必要。而使之準用占有之規定。此則稱爲準占有或權利之占有者也。各國立法例。雖關其權利之種類不無多少之差異。而大都是認者也。(德民一〇二九條一〇九〇條瑞民九一九條二項奧民三一一條至三一四條法民二二二八條意民六八五條日民二〇五條)我民法亦同。(九六六條)

二 我民法準占有之標的。爲不因物之占有而成立之一般財產權。故以物之占有爲要件之財產權。固不

能成立準占有。即以一回行使即消滅之財產權（如質權）亦不適於準占有者也。又準占有僅就於財產權始能成立。就非財產權之人格權身分權等。亦無成立準占有之餘地者也。（法民一九五條以下參考）