

# 現物權法論

編者 王去非

584.2  
112.8-07

2

世界書局印行

# 目次

卷頭語	一
一 何謂物權	一
二 物權的效力	四
三 我新民法物權編的原則	六
第一章 通則	一一
第二章 所有權	一九
第一節 通則	一九
第二節 不動產所有權	二四
第一款 不動產所有權的取得	二四
第二款 不動產所有權的範圍	二五
第三款 土地所有權的限制	二九

第一項 相隣防險權	二九
第二項 鄰地流水權	三一
第三項 鄰地用水權	三六
第四項 安設權	三九
第五項 鄰地通行權	四〇
第六項 禁止侵入權	四二
第七項 鄰地使用權	四三
第八項 越界建屋權	四四
第九項 竹木刈除權	四五
第十項 果實獲取權	四五
第三節 動產所有權	四六
第一款 占有	四七
第二款 先占	四八

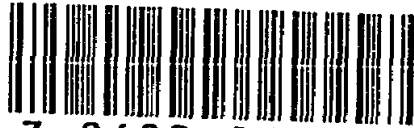
11714

第三款 遺失物之拾得	五〇
第一項 遺失物拾得的概念	五〇
第二項 遺失物取得的程序	五二
第四款 埋藏物之發見	五五
第五款 添附	五八
第一項 附合	五八
第二項 混合	六〇
第三項 加工	六〇
第四項 共通的規定	六一
第四節 共有	六二
第一款 一般共有	六四
第二款 共同共有	七三
第三款 準共有	七六

第三章	地上權	七九
第四章	永佃權	八九
第五章	地役權	九五
第六章	抵押權	一〇三
第七章	質權	一一九
第一節	動產質權	一二九
第一款	動產質權的意義	一二九
第二款	質權的取得	一二一
第三款	質權的效力	一二二
第一項	質權擔保的範圍	一二二
第二項	質物的保管	一二三
第三項	孳息的收取	一二三
第四項	質物的轉質	一二五

第五項 質權的實行	一二五
第四款 質權的消滅	一二七
第二節 權利質權	一二八
第一款 權利質權的標的物	一二九
第二款 權利質權的通則	一二九
第三款 權利質權的特則	一三一
第一項 債權的權利質權	一三一
第二項 有價證券的權利質權	一三三
第八章 典權	一三七
第九章 留置權	一四九
第十章 占有	一六一

584.2  
112.8-07  
2



3 0600 9686 8

## 卷頭語

### 一 何謂物權

從羅馬法以至輓近。關於物權本質的觀念，大別之可得兩派：第一派的主張，以爲物權是物上管領的關係，如德國學者德隆布爾格 Dermburg 氏是也；第二派的主張，以爲物權是人對於人之相互的關係，如德國學者 Windscheid 是也。但是第一派的主張，並非說物權爲物上關係，即與人毫無關涉。第二派的主張，也並不是說物權爲對人關係，即毫無關聯於物。大凡物權之所以存在，必須具備兩種要素：一種就是權利人對於標的物所得爲之管領；一種就是權利人可得而與一般社會之人對抗的權能。這兩種要素，從學理上觀察，前一種便是物權的積極要素，後一種便是物權的消極要素。這是上面兩派學說所同認，並不加以反對的。所以兩派爭論的焦點，並不是因物權裏面所應該具備的兩種要素有所爭議，實則僅僅因爲他們兩派所持的觀念之本位有所不同而已。詳細一點說，第一派的主張，是以積極要素作本位，而以消極要素爲結果。第二派的主張卻與之不同，即是以消極要素爲



本位，而將積極要素作內容，這便是兩派根本上觀察之差異。但是據我人的眼光觀察，對於一切物之法力觀念，從哲學上理解說，決不能得着一種概括而抽象的論斷。何以故呢，因為通常所稱「法力」原來就不是有同一的性質。譬如命令與服從的關係，固然是法之力量，然而對於一種特定的事物，同時賦予法律上之效果，也是法之力量。前者是意思關係，那末自然不能及於絕無意思之物，後者卻不然，因為法律具有萬能之力，無論對於如何之事和如何之物，都可以賦予一種特定的效果。那末萬不可以物無意思，便說非法之力所能達到。但是因法律有對物的力量，於是乎就說對人的關係，是物權的結果，確也不能謂為正當之論斷。為甚麼呢，因為從一般情形說，尊重權利，固然是社會的常態，然而窮其根源，權利之所由設，則不可不以反對他人意思一點為其立場。無他，權利之為物，乃杜絕競爭，維持共同生活之工具。假使除我自己一個人以外，別無他人與之對立，那末權利之觀念，還能發生，還能存在嗎？又即令有人相互的對立，要是人與人之間沒有競爭的意念，那末權利之需要，無由感覺，隨之權利也可以不生。照這樣說，權利之要點，實是反對他人之意思，使不得同自己來彼此競爭。譬如養軍隊，所以保衛國家，因為沒有強鄰外侮，於是乎就說養兵並非是供保國之用，這樣的話可以說嗎。準此，則對人關係，實在是權利裏面必不可不具備之要素。隨之所謂對世權（絕對權）與對人權（相對



權)亦並不是僅僅爲請求權的區別，而爲權利之根本性質之區別，是毋庸多說的了。

照上面的說明，物上管領，與對人關係，都爲物權的質素。但是所謂物，有有體物 *Material thing*,

*Körperliche sache, chose Corporelle* 與無體物 *Incorporeity unkörperlichkeit, Chose incorporeale* 之區別。這種區別，最初古代法無之，羅馬共和末期的法律，方始有這種區別。近代之立法例，因爲無體物即是權利，恐怕發生「權利之權利……」的玄妙而且滑稽的不可思議之謬誤理論，於是對此區別，加以廢止。所謂「物即有體物」已成一種不可移易之定則。縱令於民法不以明文規定「本法稱物者，謂有體物」而在學理上，實際上，此定則不能稍有動搖。物即有體物，則物權以有體物爲客體。尙復何疑。雖然關係於權利之物，有特定的與不特定的之分。何謂特定，即是指定此物而不可以他物替代之謂。何謂不特定，即是未指定任何之物，而能以數量同品貨同相替代之謂。物權以有體物爲客體，必限於特定的。何以故，因爲物權是對於物有直接管領之權。如果其物不特定，即不能完成其直接管領之事。譬如至陶器店，僅籠統說，購買陶器，則店中羅列之陶器，觸目皆是，何種爲我所有，尙且不知，試問管領力從何而施。必須指定一種而購妥，夫然後可以對之直接管領。所以物權之客體，限於有體物，尤其是限於特定的有體物。決非若債權之對於物，但以爲間接之客體，而不問特定的與不特

定的。由是吾輩對於物權可以歸納論斷而下一定義曰：

「物權，是直接管領特定有體物，並且可以對抗社會一般人之權利。」

## 二 物權的效力

物權既為直接管領物的權利，所以常常地發生左開之效力：

(一)物權生物上請求權 物權並沒有特定的相對人，惟使社會一般人，負一種消極的義務，不作為義務。所以必定物權被人侵害，而後才能對這個加害人請求作某種行為。這種特效，稱為物上請求權。物上訴權。譬如甲現在有一花瓶，乙對之或加毀損，或加奪取，此時甲對於乙始生一種所有物回復請求權，或損害賠償請求權，又或所有物返還請求權，這便是一種很簡明的例示。

(二)物權有追及權 追及權謂其物無論輾轉入於誰人之手，有物權的人可以追隨着行使他的權利。例如甲有土地，乙冒認以為己有，賣之丙，丙又賣之丁，而真正所有人甲得藉追及權的作用，直接對於丁，主張他所有的權利，要求返還。債權卻不如此，惟對於債務人可行使權利，對於債務者以外之人，不得行使。例如甲有土地，先對於乙締結買賣契約，那末乙對於甲固有求其交付的權利，然或甲

復將這土地給於丙，丙復賣給於丁，可是乙祇能對負債務的甲請求，卻不能對非債務人的丙丁請求。以債的關係，對於物沒有直接之權利故也。

(三)物權有優先權 優先權就是有物權之人可優先他人行使其權利之謂。吾人於某物之上，如果有物權，那末後到的第三者，不得再於同一物的上面取得同樣的物權。即或在同一物上，設定物權的時候，則當依設定前後，以定優劣。就是將以前設定的權利，優先於後來設定的權利，這是物權法上一種原則，即現在所稱的優先權便是。例如甲借乙洋千圓，沒有設定擔保，隨後又借丙洋千圓，用土地作擔保物，更又借丁洋千圓，復用這土地為擔保物。是丙丁二人，對此土地，都有抵押權，而乙無抵押權也。如甲能以三千圓完債各債，自然不發生問題，若不能完債，那末就將這土地變賣得價，償完債務。其價金或者不足三千的數目，祇得千六百圓，於是丙得先取回千元，丁得依次取回殘餘的六百圓，惟無抵押權的乙，不得取償。因為丙對於丁有優先權，丁對於乙也有優先權，而且丙丁對乙在其土地的上面，有有權無權的分別，故丙可先丁，丁可先乙。論到債權，卻與此不同。如前例甲借乙丙丁洋各千圓，如果都沒有設定抵押權，那末就沒有先後強弱的差異。因為乙丙丁債權，既然屬於同等，不得謂乙先發生的債權，對於丙丁後發生的債權，可享受優先之權利也。所以縱令債權者有數人，而債務人財產

不足完償，或以土地賣價分償時，則各債權者，應依破產管財人之分配，自初不問債權發生之時自也。

### 三 我新民法物權編的原則

(一) 物權除於本法，或其他法律，有規定外，不得創設。

〔說明〕 物權有對抗一般之效力，若許其以契約，或依習慣，隨意創設，有害公益，故明定除本法，或其他法律，有規定外，不得創設，以示限制。所謂其他法律，指特別法而言。蓋物權非必悉以民法規定，如鋪底權、著作權、專用權及其他另有特別法規規定者皆是。

(二) 不動產物權，依法律行為，取得、設定、喪失、及變更者，非經登記，不生效力。

〔說明〕 物權既有極強之效力，得對抗一般人，而為貫徹吾黨土地政策起見，其權利狀態，應使明確。故對於不動產物權之取得、設定、喪失、及變更，用登記要件主義，明定非經登記不生效力。所謂不生效力者，不僅不能對抗第三人，即當事人間亦不發生物權效力也。

(三) 所有人於法律令所限制之範圍內，得任意使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。

〔說明〕 所有人固得任意使用、收益、處分，其所有物，然為社會公益，及貫徹吾黨土地使用政

策起見，不得不加以限制。故特設明文，以示其旨，至對於他人非法之干涉，則准其排除，以資保護。

(四)以所有之意思五年間和平繼續占有他人之動產者，取得其所有權。以所有之意思，二十年間和平繼續占有他人未登記之不動產者，得請求登記為所有人。

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

〔說明〕 為注重社會公益起見，動產所有權及不動產所有權之狀態，不宜久不確定，故規定其取得時效。至規定期限，亦不宜過長。故分別規定動產取得時效為五年，不動產取得時效為二十年，或十年。

(五)土地所有權除法令有限制外，於其行使有利益之範圍內，及於地上地下；若他人之干涉，無礙其所有權之行使者，不得排除之。

〔說明〕 土地所有權之效力，固可及於土地之表面，土地之內部，及土地以上之空間。然如漫無限制，亦屬有害公益，故明定須受法令之限制。至其行使，亦須以有利益者為限，否則即為權利之濫用，應在禁止之列。

(六)以所有之意思，占有無主之動產者，取得其所有權。

〔說明〕 無主之動產，得因占有，取得其所有權，各國法律大抵相同；但占有人如事實上無自己所有之意思，即無使其取得所有權之必要，故明定以所有意思占有無主動產者，始取得其所有權。

(七)依法律規定，或依契約，成一共同關係之數人，基於其共同關係，而共有一物者，為共同共有人。

共同共有人非經其全體同意，不得行使其權利；但其共同關係所由規定之法律或契約，另有規定者，不在此限。

〔說明〕 我國祠堂祭田合夥等，均為共同共有關係，故不可無共同共有之規定。至共同共有人，非如普通共有人，對於共有物，各有其應有部分，故明定除依其共同關係所由規定法律或契約另有規定，非經共同共有人全體之同意，不得處分共同共有物，或行使其他之權利，以保護共同共有人全體之利益。

(八)佃權之設定，定有期限者，視為用益租賃。

〔說明〕 佃權本有永久存續之性質，故定爲有期限者，即視爲用益租賃，適用債權關於用益租賃之規定，以示區別。

（九）佃權人因不可抗力，致其收益減少，或全無者，得請求減少或免除佃租。

〔說明〕 佃權爲物權之一種，就理論言之，土地所有人固不應負何種責任；然佃權人多屬經濟上之弱者，姑爲顧全實際狀況計，規定如因天災地變等，不可抗力，致其收益減少或全無收益時，仍許其請求減少佃租，或免除佃租，以保護佃權人之利益。

（十）典權存續期間，不得逾三十年，約定期間逾三十年者，應縮短爲三十年。

〔說明〕 典權束縛不動產所有權之效用過甚，如其存續期間，漫無限制，則有害經濟上之發展，故明定其權利存續期間，不得逾三十年，約定期間逾三十年者，縮短爲三十年。

（十一）出典人於典權設定後，仍得將典物之所有權，讓與他人。

〔說明〕 出典人於設定典權後，對於其典物之使用、收益，固受限制，但典物之所有權，仍屬於出典人，以之讓與他人，自無不可。

（十二）出典人於典期屆滿後，經過二年，不以原典價回贖者，典權人即取得典物所有權，典權未

定存續期間者，出典人得隨時以原典價回贖典物，但自出典後經過三十年不回贖者，典權人即取得典物所有權。

〔說明〕 典權之特質，在於出典人有回贖之權利，如逾期不贖，則權利狀態，不能確定，於經濟上之發展，甚有妨害，故明定典權定有期間者，於期間屆滿後，經過二年不回贖，未定期間者，經過三十年不回贖時，典權人即取得典物所有權。

（十三）出典人對於典權人，表示讓與其典物之所有權者，典權人得按時價找貼，取得典物所有權，但其找貼以一次為限。

〔說明〕 找貼習慣，於出典人及典權人雙方，均甚利便，故設此項之規定，但習慣上往往有迭次請求找貼，致生糾紛者，故規定找貼，以一次為限。

（十四）以動產所有權或其他物權之移轉，或設定為目的，而善意受讓該動產之占有者，縱其讓與人無讓與之權利，其占有仍受法律之保護。

〔說明〕 為保護交易上之安全起見，對於善意取得動產之占有者，應予以保護，故為此項規定。



## 第一章 通則

我民法物權編，總共分爲十章，而在編首第一章，規定通則。所謂通則，就是自第二章以下各章，所應共通適用的法則。換一句話說，通則就是全編的綱領，不止民法物權是這樣，別種法律，大概在編首也都設有通則。現在專就民法物權通則來說，首先揭載的，便是創設物權的限制；其次便是物權之得喪變更及移轉等……的活動情形；最後方規定物權的消滅。這許多規定，對於一切物權都得適用。所以在通則裏面規定，這是立法上避煩就簡的手段。現在順着次序，分別說明於左方：

第一、創設物權的限制 從來對於物權的創設，立法例上，有兩種主義：一種名爲放任主義，一種名爲法定主義。所謂放任主義，就是當事人想創設某種物權，便創設之，法律並不加以干涉；所謂法定主義，卻不然，物權的種類和內容等，法律上面，都有明確規定；當事人創設物權，應該遵守法律的規定，不能隨自己意思爲轉移。談到這兩種主義的過去的沿革情形，很是複雜，在實際上沒有多少裨益，暫且從略。我們現在最緊要曉得的，就是物權有極強極大的效力，得以對抗社會上一般之人。如果准許私人用契約，或者按照習慣，隨隨便便可以創設。那末私人權利，一定要紊亂，交易上的安全，也要被妨

害了，在事實上真有說不盡的弊病。祇從這點觀察，上面兩種主義的優劣，已可明白，別的也就用不着多說了。我民法有見於此，所以在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，便是採用法定主義。對於創設物權，所賦予的限制，法文中所謂其他法律，指民法以外之特別法而言。因為除民法規定以外，有時尚有依別種法律，創設物權之必要。譬如專用權、著作權、意匠權、智能權等等，也都是物權。民法不過為普通的私法而已，決難一一網羅，故又不得不准根據特別法以創設之也。

## 第二、不動產物權之得喪變更

一、非經登記不生效力者 物權既有極強大的效力，得以對抗社會上一般之人。故關於不動產物權取得、設定、喪失、及變更的法律行為，倘不令其履踐一定的方式，立即對第三人發生效力，第三人必蒙意外損害，而交易上亦必致有不能安穩之恐怖。所以自古迄今，各國立法例，為保護第三人的利益和交易上安穩起見，在法律上設置種種制度。就中最重要有三種：（1）地券交付主義，（2）登記公示主義，（3）登記要件主義。但是第一種主義的辦法呢，未免過於瑣碎；第二種主義，又有已成物權而不得對抗第三人之弊；惟有第三種主義，決沒有上面所說的弊病，故我民法採用之。其第七五八條規定，不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失、及變更者，非經登記不生效力云云。

所謂非經登記不生效力，即是言其以登記爲必須履踐之要件，如其不然，不必說不能與第三人對抗，即令當事人兩造彼此之間，亦根本的不能有效力也。

二、非經登記不得處分者 按不動產物權取得之原因有二：由於法律行爲者，所謂由於法律行爲以外之事實，列如因繼承，強則執行，公用徵收，或法院之判決等，在登記前業已取得不動產物權者，固須經過登記程序，法律即認爲取得權利。但取得者如果欲處分其物權，那末仍非經過登記以後，不得爲之。主要理由，因爲登記之所有人，與現在之所有人必定要一致，才能够確保交易上的安全。若未曾爲取得之登記，說得以處分所有物，豈非使登記之所有人與現在之所有人，不一致麼？兩者不一致，試問登記制度的精神，怎樣貫徹呢？我民法第七五九條之規定，真是顯明地表章這個道理而已。

三、移轉及設定，應以書面爲之 不動產物權之移轉或設定，通當總要訂定契約時，在一般契約，用口頭表示或書面方法，無不可以的。但這種契約，關係很大，如果也照一般情形，隨當事人的意思表示爲之，未免非慎重之道。所以我民法第七六條，明定其應以書面爲之，此種規定，尤其是在我國證據法尙未完備之時代，愈爲顯著其實益。

第三、動產物權之讓與。動產的本體，與不動產有別。他的位置可以常常活動而不固定的。故動產所有人，大抵占有其物以管領之，則創設動產物權，自應交付其物，始可施其管領力，否則便無法行使權利。所以自來立法例，對於動產物權之讓與，必須以交付為憑，便是這個道理。動產物權雖采用交付主義，然因交付而發生之效力，各國所定的辦法，卻又大不相同。

一、僅以交付為動產物權讓與公示方法。名之曰交付公示主義，日本民法第一百七十八條規定，「動產物權之讓與，（即讓與之意）非引渡（即交付之意）其動產，不得以之對抗第三者。」即是採用這種主義的，由這種主義推論，在交付之前，固然不能將讓與的事實與第三人抗辯，但是當事人彼此之間，却不能隨便地翻悔。譬如甲某將鑽石一枚讓與乙某，當時未曾交付，甲某貪性高強，或者因其他原因，又將這一枚鑽石，讓與丙某。乙決不能向丙爭執說：「這一枚鑽石，甲某已早讓給我了，我現在要求你莫向甲某讓受。」乙如果這樣地說，便是不合法的主張。為甚麼呢，因為甲某雖然約定讓給乙某，但是並沒有交付，既沒有交付，那末鑽石的所有權，依然還是歸屬甲某。丙某想讓受，便行讓受，乙某是不容開口的。不過乙某對於丙某，雖然無說話的餘地，但是乙某對於甲某，他們當事人之間，是可以主張的。或者主張債權關係，而向甲某要求賠償或者違約金，這是另一問題。

總之，乙某不能主張物權關係之存在。

二、以交付爲動產物權成立必要的條件。名之爲交付要件主義。我民法第七百六十一條第一項本文規定「動產物權之讓與，非將動產交付，不生效力，一卽是采用這種主義。且由此推論，當交付之前，對於第三人不能對抗，自不必說。就是彼此當事人間，也不能有所主張。就前例來說，乙對丙對甲，都不能有所主張，而謂自己取得所有權也。這兩種主義比較觀察，交付公示主義，在交易上繁雜而且不便，且有已成物權而不得與第三人對抗之弊，還是以交付要件主義爲妥當簡捷。所以我民法採用這個主義，但是絕對的採用此主義，往往會發生麻煩，那末同時爲使動產物權容易移轉起見，又不得不設幾種通融的辦法，是爲交付要件主義之例外，其情形如左：

A 簡易交付 受讓人已占有動產者，於讓與合意時，卽生效力。（民法第七六一條一項但書）此之謂簡易交付。譬如甲某有牛一頭，賣與於乙某，按照以上所說的，甲某本應該現實地將牛交付於乙某，不過他們兩方當締結買賣契約以先，這一頭牛或因爲乙某向甲某借用，已經爲乙某占有，那末甲某無須乎交付，祇兩造合意於牛之所有權移轉，也就有效力了。如其不然，一定非用現實交付不可，那末結果必須乙某先將牛返還於甲某，然後再由甲某又交付於乙某，豈不

是徒添無謂的麻煩嗎。

B占有改訂 讓與動產物權，而讓與人仍繼續占有動產者，讓與人與受讓人間，得訂立契約，使受讓人因此取得間接占有，以代交付，（民法七六一條二項）此之謂占有改訂，譬如甲某有汽車一輛，賣與乙某，契約成立，甲某自應交付，由乙某占有；但是甲某此際還向乙某租賃此車使用，那末甲某依然繼續占有，而不必現實交付，但由兩造另外締結租賃契約，以證明這輛車是乙某所有，也就行了。如果一定要照現實交付的辦法，其結果必須先由甲某將車交付乙某，再由乙某又交給甲某，平空地添出一種沒意味的手續，試問實際上有甚麼好處呢。

O 求還代位 讓與動產物權，如其動產有第三人占有時，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。（民法七六一條三項）譬如甲某有鋼琴一座，曾借給乙某使用，自然由乙占有，後來甲又將這座鋼琴出讓與丙某，雖沒有立刻從乙某的手中取回，交付於丙某，然而可以將對於乙某所有的返還請求權，讓與丙某，以代交付，使丙某自己向乙某索回鋼琴，如果一定非照現實交付不可，那末反費許多周折，而並不能有怎樣的實益，這又何必呢。

#### 第四、物權之消滅

## 一、因混同而消滅

A 所有權與他物權之混同 同一物之所有權及其他物權，歸屬於一人者，其他物權因混同而消滅。譬如甲在乙所有土地之上有永佃權，嗣後甲死乙為甲之繼承人，或乙死甲為乙之繼承人，是永佃權與所有權混同，永佃權即歸消滅。本來從理論上說，混同不過不能實行權利而已，不得作為權利消滅的原因。但是一定使這種不能實行的權利，照樣存續，徒然使法律關係趨於繁雜，實際上毫無利益，何必如是呢。所以我民法第七六二條，以混同為物權消滅的原因，以期平允。但是其他物權的存續，對於所有人或者第三人有法律上之利益的時候，那末其他物權，卻不能因混同而消滅。因為不是這樣，那末必定有害所有人或第三人的利益。譬如甲將所有土地先抵押於乙，次又抵押於丙，嗣後甲死乙成為甲之繼承人，若依混同的普通原則，則乙之抵押權消滅，是第一抵押權人之乙應先受完全的清償，反因取得所有權而失其在先之權利。至第二抵押權人之丙，原本不能受清償，乃因第一抵押權消滅遞升為第一抵押權人，意外獲得清償的利益，是受其害者在乙，蒙其利者在丙矣。故此時不應使乙之抵押因混同而消滅，以防免不平的弊害。又如甲對於乙所有之永佃權，為丙設定抵押權，嗣後甲向乙購得其地，如果按照一般的原則，甲

在取得所有權的時候，其永佃權即應歸於消滅。但是丙之抵押權，本以甲之永佃權為目標，永佃權消滅，則抵押權因標的物滅失，也應同歸於消滅。是丙無緣無故喪失其利益，所以此時不應使甲的永佃權，因混同而消滅，即用以保護丙之權利也。

B 所有權以外之物權與他權利 我民法第七六三條與第七六二條規定的宗旨，是一樣的。不過一則為同一物的所有權及其他物權，歸屬於一人；一則為所有權以外的物權及以該物權為標的物的權利，歸屬於一人。所謂所有權以外之物權，如地上權、永佃權等皆是。所謂以該物權為標的之權利，如以地上權、永佃權等為標的之抵押是。

二、因拋棄而消滅 物權是一種財產權，以不妨害他人的權利為限。權利人可以自由拋棄，一經拋棄，物權就歸消滅，這是當然的結果。所以我民法第七六四條規定，物權因拋棄而消滅。但是有一例外，即法律另有規定，仍然不許其消滅，這是法律因為保護他人之利益的緣故。何謂法律另有規定呢，譬如第八三四條第一項規定，地上權未定有期限者，地上權人得隨時拋棄其權利；但另有習慣者，不在此限。設某地另有習慣，不許地上權人隨時拋棄其權利，那末地上權縱令拋棄，這項地上權還是不能消滅，此便是很顯明的一個例子。



## 第二章 所有權

所有權在物權之中，為最重要最強硬的權利。自古以來，學者的爭論，固然很多，就是各國立法例的規定，也極不一致。我國民法參酌各種學說，和各國立法例，而設規定。

在本章之下，復分為數節。即第一節通則，第二節不動產所有權，第三節動產所有權，第四節共有，現在按照次序，分別說明之。

### 第一節 通則

所有權自標的物觀察，有不動產所有權，與動產所有權兩種。更自權利的分量觀察，又有屬於一人所有，與屬與數人共有之分。茲所謂通則，就是適用於各種所有之法律關係的共通法則。且在通則之中，將所有權取得時效，一併訂入，以與總則編中之消滅時效，兩相對峙。這種分別規定時效的方法，是從德意志民法學來的，在適用上很感便利，比較日本民法，敢說是進步多了。

第一、所有權之內容 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。(民法第七六五條)準此規定,故所有權之內容,可以分爲積極作用與消極作用兩種。

一、積極作用 所有人對於他的所有物,得以任意的使用收益或處分,這便稱爲積極的作用。何謂使用,即指不變更物之本質,依物之用法而使用之是也。何謂收益,即指獲得自物上所生的天然或法定之孳息是也。何謂處分,自事實的言之,就是對物質上之處置;自法律的言之,就是所有權移轉、拋棄,或設定其他權利的意思。譬如甲某有房屋一所,以之供家人之居住(使用)固可以之租人而收取房租(收益)亦可,以之拆卸改建倉廩(事實的處分)或出賣於人(法律的處分)亦無不可也。

二、消極作用 所有人對於他的所有物,得以排除他人之干涉,這便稱爲消極作用。譬如甲某的土地,乙某無故侵害,或者甲某的房屋乙某無故毀損,甲某對乙某可以不准侵入或不准毀損是也。但現在有一點應該注意,即是所有權之作用,不可與其權利之本體相混淆。所有權之本體,是單一的狀態,而在內部有如斯之作用。有人以爲使用收益處分集合便成一個所有權,這種見解是不正當的。現在有一個愜當的比喻,所有權猶似太陽,而使用收益處分等,猶似太陽的光線;太陽祇有一個,光線卻有許多。故所有權本體祇有一個,而其使用便有多端也。昔人動輒謂「體用分明」譚

到所有權與作用的關係，亦祇是體用的關係而已。許多學者不明體用之故，而謂所有權為集合的狀態，是何異指「太陽就是光線」孫總理於五權憲法之中，昭示吾人以權利權能之區別。所有權者，權利也，作用者，則所有權之權能也。這樣的說明，益發顯明而無絲毫疑義了。再者何謂法令之限制，即指所有權，受一切法律或命令的限制而言。限制所有權的法令有兩種，一為公法的限制，一為私法的限制。民法所定，以私法的限制為主，至若公法的限制，散在各種法令之中。所以民法不能網羅規定，譬如土地收用法、要塞地帶法、徵發令等等，在在處處都與所有權特別之限制，不能一一遍舉也。

第二、物之分離成分之歸屬 物之成分及其天然孳息，於分離後，除法律另有規定外，仍屬於其物之所有人。（民法第七六六條）原來所有人對於一個物件的管領權限，且不問這件物體，是不是能够分離，應當對這件物體全部行使，這是不容多說的。然而物的成分或者天然孳息，既已與原物分離，是不是還作為原物的一部，或者作為一個新物體，應當歸屬於誰，如果法律上不明白規定，一定常常地要起爭論。所以我民法設有上面所述的規定，按照這種規定，雖在分離後，仍然歸屬原物所有人所有，此為原則。然分離以後，別有權利原因，為善意占有人取得其所有權，且在本法有特別規定。那末

不以之歸屬原物所有人，而以之歸屬善意占有人也，此爲例外。

第三、所有權之保護。所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之；對於妨害其所有權者，得請求除去之；有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。（民法第七六七條）基於保護所有權，法律所畀予所有人的請求權種類甚多。現所述的，就是所有物返還請求權和所有權保全請求權兩種。凡屬無權占有，（例如收買盜贓，不法保留其物）或侵奪其物（例如竄夜竊取他人之物）者，所有人對之請求返還其物，此爲所有物返還請求權。又用別種以外的方法而妨害所有權，或者雖未實有妨害之事實，然有妨害的恐怖之時，則所有人得以請求屏除其妨害，或防止其妨害之恐怖，此卽爲所有權保全請求權。這兩種請求權，自羅馬法以來，各國法例都採用的。我民法所以也設同樣的規定，立法的理由，因爲所有權，是一種完全管領物的權利。假使他人侵害所有人管領權之行使，而法律不加保護，其結果必使私人間起了鬥爭，而所有人太息於物被侵害，法律又不保護，於是乎祇有用個人的腕立去設法救濟。這樣一來，世上的人都如此辦法，那末社會的秩序，還能維持嗎？個人的生活與經濟，還能安穩麼？法律因爲此類理由，故不得不認此種請求權，以解決紛爭也。

#### 第四、所有權之取得時效

一、動產所有權之取得時效 以所有之意思，五年間和平公然占有他人之動產者，取得其所有權。（民法第七六八條）故於自己的動產，或者無主的動產，自不發生取得時效的問題。又不足五年的期限，不能完成其時效。此外以強暴秘密的手段占有之，縱令時效完成，也不能取得其物的所有權，這是必然的結論也。

二、不動產所有權之取得時效 我民法對此設有兩種規定

A 以所有之意思，二十年間和平繼續占有他人未登記之不動產者，得請求登記為所有人。（民法第七六九條）

B 以所有之意思，十年間和平繼續占有他人未登記之不動產，而其占有之始為善意，並無過失者，得請求登記為所有人。（民法第七七〇條）由這一條裏面「善意」兩字觀察，可以知道前一條即第七百六十九條規定，係專指惡意占有人之取得所有權之時效也。所以前一條規定的時效長，這一條規定的時效短，亦即作為意思善惡區別之點也。

三、所有權取得時效之中斷 占有人自行中止占有，或變為不以所有之意思而占有，或其占有為他人侵奪者，其所有權之取得時效中斷；但依第九百四十九條，或第九百六十二條之規定，回

復其占有者，不在此限。（民法七七一條）

四、其他財產取得之準用 前四條之規定，於所有權以外財產權之取得準用之。（民法第七二條）即所有權以外財產權中，如係應該登記的權利，那末就準用關於不動產所有權取得時效的規定。如係不必登記的權利，那末就準用關於動產所有權取得時效的規定。又關於中斷時效，也準用上面所述所有權取得時效中斷的規定。

## 第二節 不動產所有權

### 第一款 不動產所有權的取得

何謂不動產所有權，就是將不動產作為標的物（客體）之所有權。所以我人要明瞭不動產所有權的觀念，應該先明白甚麼叫做不動產。那末何謂不動產呢，這在我民法有規定的，據我民法總則編第六十六條規定：「稱不動產者，謂土地及其定著物」云云；但是從物權編的精神，則又指土地及建築物。定著物和建築物，用語雖然有點不同，然而意義卻沒有多少殊異。現在我們所研究的，是民法

物權編法則，所以現在所謂不動產，是就以土地和建築物為範圍了。

上面所述是不動產的本義，但是這種不動產的所有權，應該怎樣取得呢。通常不外有兩種方法：一種包括權原而取得；一種便是特定權原而取得。譬如父亡子繼，凡父親在日所有的房子田地，及其他種種，都歸他的後嗣繼承，這個便叫做包括取得。至於甲的房子出賣於乙，或者丙的田土讓與給丁，這個便叫特定取得。無論用那一種方法，都可以取得不動產的所有權。但是要知不動產的價值，通常比較動產來得大。論到經濟效用，也常常在動產之上，所以當其所有權移轉的時候，一定非去履行法律上所規定的程序不可。如其不然，便不能發生效力。再換一句話來說，當兩方當事人締結不動產所有權移轉或設定的契約，應該訂定一種書據。俗話說的好，「口說為得憑，買田不要契」便是這個道理。

## 第二款 不動產所有權的範圍

不動產所有人對於土地，或者建築物某一部分，有管領的效力，這便叫做不動產所有權的範圍，分別說明在後面：

一、土地 地球表面的一部分，叫做土地。從物質上說，他的範圍，是非常廣大，因為與人的生活有密切的關係。所以常常地依人爲劃定範圍，免得彼此衝突，發生許多糾葛紛爭。人爲怎樣劃定呢，就是從他的本身作標準，劃作三部分。第一部分地表，就是土地的表面；第二部分空間，就是土地以上的空處；第三部分地身，就是土地的內部；土地所有權的效力，達到地表，這是不必說的，至於地上和地下，土地所有權，也能達到嗎，這是一個疑問。假如認爲土地所有權的效力，不能達到，那末蓋房、栽樹、鑿水池、挖地窖，土地所有人都不能辦了。何以故呢，因爲蓋房栽樹，非用地上的空間不可，鑿水池挖地窖，非用土地的內部不可，現在不許對地地下有效力，豈不是甚麼都不能幹了嗎。更說得詼諧一點，甚至連站着都不行。何以故呢，因爲站着時至蹙至頂都豎在地以上之空間。不但站着，就臥着也不行。因爲臥在地上，還是用了空間的部分，豈非笑譚。又如喪葬這是要用土地的内部的，如果的認土地所有權可以達到地身，那末喪葬之道也窮了。且更進一步說，土地所有人不能使土地所有權，及其效力於地之上下，那末他人卻能隨意妨害。譬如有人架空爲屋，穿隧成道通過土地所有人的土地上下，土地所有人如果干涉，該他人就可說道，你的土地所有權祇在地表，不能達到地上下，你能干涉我麼。這樣土地所有人如何答復呢。照上面的說明，還不過是事實告訴我們，土地所有權的效力，不及於地之上下，



土地所有人便無可行使權利而已。若更自理論上來說，高出地表一釐許，即是地上，低入地表一釐許，即成地身，地表與地上和地身，是相因而成，沒有地上和地下，這個地表，簡直是等於零了。還說甚麼行使權利，和利用土地呢。所以爲完成土地所有權的效用起見，非使土地所有權，能達到地上地表和地身不可。我民法規定土地所有權，除法令有限制外，於其行使有利益之範圍內，及於土地之上下云云，（民法七七三條前段）便是這個道理。但是話又說回來了，如果認定土地所有權，絕對的及於地之上下，對於他人在其地上下爲一種不妨礙所有權之行爲，一切也都有排斥的權利，那末保護所有人又未免太過了。如此既於土地所有人毫沒有利益，而對於他人之利益，或國家社會的公益，均有妨礙，損人不利己，有甚麼用處呢。所以我民法又規定，「如他人之干涉，無礙其所有權之行使者，不得排除之」云云。便是補偏救弊，防止權利的濫用之一種辦法。

二、建築物 以上指土地而言。至若建築物，也有一定的範圍。譬如房屋，是一個人的所有物，而有全部的所有權，姑且不必說他。若果爲幾人所有，那末應該有一定的界限，民法對於數人有建築物的權利，有兩種狀態：一種是共有，一種即是區分所有。共有一項，當在共有規定說明，暫且不贅。現在所研究的，即此區分所有。甚麼是區分所有，即一座廈，分割成爲幾部分，各人得着一部分，各人的所有權

之行使，祇能及於所有的部分，而不能達到別人的部分，這就叫做區不所有。譬如樓房共分三層，第一層屬甲，第二層屬乙，第三層屬丙。又如平房共分三進，前進屬甲，中進屬乙，後進屬丙，此種區分所有的建築物，必常有一種共同的部分，方能全其效用。譬如樓房所設置的階梯屋頂晒台，又如平房的牆籬照壁等類，都成區分所有的共同部分。這種共同部分，在區分所有之權利人，如果能證明是誰所設置，便歸誰所專有。萬一不能證明，法律上便推定是大家共有的。此等共有，法理上稱為互有。這種互有物，不能永久不壞。如果有損壞，應該脩繕的時候，這一筆脩繕費，或者其他的花費，應該由區分所有中權利人大家分擔的，誰也不能推諉拒絕。不過分擔的方法，法律上也得規定，免致洩氣。如何的分擔呢，就是按照區分所有之價值為標準。譬如房子的總價一千，甲區分所有十分之五，乙區分所有十分之三，丙區分所有十分之二。現在牆壁坍塌，或者階梯折斷，情人估價修理，須要五十元，那末就此五十元分作十分，甲攤十分之五，二十五元，乙攤十分之三，十五元，丙攤十分之二，十元。如果再需別種花費，例如租稅國課之類，都照這樣計算，三三三十一，誰也不吃虧，誰也不佔便宜，這是再沒有比這公平的辦法。我民法規定，數人區分一建築物而各有其一部者，該建築物及其附屬之共同部分，推定為各所有人之共有。其脩繕費及其他負擔，由各所有人按其所有部分之價值分擔之。民法七九九條之規定即此。

意也。此外還有一點注意，即區分所有。其一部分之所有人，如有使用他人正中宅門之必要者，得使用之。但另有特約或另有習慣者，從其特約或習慣。且因此項使用致宅門之所有人受損害者，應支付償金。（民法八百條）

### 第三款 土地所有權的限制

土地和別的動產不同，動產不與別種物件密接，常常地獨立存在。土地却不然，天下斷沒有一塊四面不着物的土地。因為要與別人的土地相接觸，所以發生相鄰關係。因為有了相鄰關係，所以不能一任土地所有人之意思，毫無制限的行使權利。這限制，便叫做土地所有權的限制。因為土地所有人既在廣而且闊的範圍內行使權利，要是毫沒有限制，祇知有己，不知有人，那末公益私益，都不能望保全了。你也這樣，我也這樣，豈不是鄰右之間，天天要打架生氣嗎，試問社會的秩序又怎樣維持呢。所以法律為防止鄰右間的糾紛，和保持公益起見，對於土地所有人彼此之間，設一種限制。按照民法規定，寫在後面，不要說學法律的固然應該知道，就是有田產土地的人們，也應該知道一些，免致動輒淘氣呵。

### 第一項 相鄰防險權

關於相鄰人的一造因爲使用土地，或興修工事，有防免鄰地損害之義務。他的對造即有請求注意防免危險的權利。這便叫做相鄰防險權。民法對於這種相鄰關係，有三種規定，即如左：

一、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。這爲民法第七七四條所規定。科學愈進步，工業愈發達。最重要的，比如土木機械採礦冶金一切製造和加工都包含在內，土地所有人經營這一類的事業，應該注意防免鄰地的損害。例如製造火柴，製造硝磺，或者其他有燃燒性的物品，以及含有暴烈性毒性的物品，稍一不慎，立刻就發生危險。自己受害是咎有應得，人家無故遭災，未免太不值得。所以法律責令該土地所有人注意防免危險發生，自利利他，莫善於此。法律文中用一「應」字，即是含有強制性，非遵辦不可。假如隣地所有人恐怕有危險通知你注意，你勢必要注意的。如果不注意，一定要負損害賠償責任的，這是第一種。

二、土地所有人開掘土地或爲建築時不得因此使鄰地之地基動搖或發生危險，或使鄰地之工作物受其損害。這爲民法第七九四條所規定。譬如土地所有人鑿水池開地道，或者建築房屋，應該

注意土地高低形勢，切莫使鄰地因你的開掘興工，致其地基有搖動的危險，或者竟至鄰地房舍，有坍塌的危險。又或者鄰地所設置的工作物有所損害，這也是強行的規定，而為土地所有人決不可得而避免的義務。如果違反，即會發生賠償責任，這是第二種。

三、建築物或其他工作物之全部或一部有傾倒之危險，致鄰地有受損害之虞者，鄰地所有人得請求為必要之豫防。這為民法第七九五條所規定。

## 第二項 鄰地流水權

例如甲地有牆垣歲久失修，行將坍塌，而乙地住房緊與之相鄰，即為有損害之虞。乙趁未坍塌，對甲有請求為必要豫防之權利，甲不能俄延置之不理的。但所謂必要的豫防，應從事實上論定，如可以脩繕，那末就快一點脩繕，不能脩繕，就快些拆卸，既不脩繕，又不拆卸，萬一果真的坍塌，那末除負賠償責任，別無話說了。

### 第一、排水權

一、關於自然流至之水的排水權 由高地自然流至之水，低地所有人，不得妨阻。（民法七七

五條一項）因爲水往下流，是其本性；如果從高地流來的水，低地所有人可以隨便阻塞，那末結果必使水在高地泛濫，沒有出路，以至變成一片汪洋，房舍爲墟，畝畝盡爲荒蕪，在衛生上經濟上，無一不受其損害。所以使低地所有人不得不負一種容忍的義務。換一句話說，就是叫低地所有人應該承受這種流水，而不可阻止的。從高地一方面說，便是排水權也。所謂自然流至之水，譬如雨水雪水，泉水，乃天然的水，由水的本性流行，不是用人力流行的；但是低地所有人既然有承水的義務，卻也不可不可不給一種需水的權利，以維持公平。如其不然，祇令負義務，而不叫他享權利，未免過於偏枯。所以民法又設規定，由高地自然流至之水，而爲低地所必需者，高地所有人縱因其土地之必要，不得妨堵其全部。（同條二項）

二、工作物潰塞的排水權 土地所有人在自己的土地以內，爲蓄水排水或者引水設置工作物時，須要注意保全，莫使破潰阻塞，致流到他地爲害。因爲工作物破潰阻塞而溢流者，非自然流來的水可比。他地所有人，無承受的義務，且有其權利故也。所以我民法規定，土地因蓄水排水或引水所設之工作物，破潰阻塞，致損害及於他人之土地，或有致損害之虞者，土地所有人應以自己之費用，爲必要之修繕、疏通、或豫防。（民法七七六條本文）此種規定，自他地言之，就是排水權，所謂修

繕，是指工作物已經破潰而言；所謂疏通，是指工作物並非破潰，僅僅壅塞不通而言；所謂豫防，是指實際上雖沒有破潰阻塞，恐怕將來終於不免破潰阻塞而言。更詳細一點說，破潰則有修繕的義務，阻塞則有疏通的義務，將要破潰或者將要阻塞，就有豫防的義務。誰是這項工作物的所有人，就叫誰負這個義務。不但負此等義務，所有修繕，又或者疏通，或者豫防所應支付的費用，也要渠負擔。並不是法律一定要和你這樣為難，因為你是工作物所有人。但是這種規定，並不是絕對而不可移易的。所以如果地方上另有一種習慣，譬如叫大家公攤費用，或者由工作物所有人支付一半，那末就按照這種習慣辦理。（同條但書）

三、關於設置雨具之排水權 土地所有人不得設屋簷或其他工作物，使雨水直注於相鄰之不動產。（民法七七七條）質言之，土地所有人接近疆界，營造雨具時，其工作物之構造，須使雨水墜落在自己的境內。何以故呢，因為自然流至的水，鄰地固有承受的義務，其因工作物而流至的，乃是假借人力，非自然流來的可比。法律特恐有害鄰地，故不得不加以禁止，自鄰地言之，也是一種排水權。

第二、疏水權 水流如因事變在低地阻塞，高地所有人，得以自己之費用，為必要疏通之事。（民

法七七八條本文）這便叫作疏水權。法律上爲什麼將這種權利給予高地所有人呢，因爲這種基於事變（如山崩地震大雪暴雨之類）之水，多屬有害無益，在低地所有人固然沒有疏通的義務，然而要是聽其自然，那末在高地一方水無出路，其受害自然是不必說；而在低地一方承受其水，愈積愈多，豈不要變成汪洋澤國麼。所以法律上規定低地一方，你不去疏通，也不向你苛求，可是高地一方來疏通一下，你卻不能說話反對。這便是高地所有人有疏水權的理由。至於疏通的工作，如果高地所有人躬親從事，或者不必費錢，居然就可以成功，那末自然無所謂費用與不費用的問題。如其疏通的工作，決不是他個人的力量能辦到，常常地要用人用料，那末這一項化費出在何人身上呢？法律上原則的規定，是叫高地所有人負擔；不過有另外的習慣，叫低地所有人完全負擔，或者負擔一半，或者幾分之幾，那末祇好遵從習慣罷了，誰也不能說不相干的話。照這樣說來，上面所述的原則，（即高地所有人得以自己之費用……）是要在該處沒有另外習慣的時候，才能適用，這就不言而喻了。

第三、過水權 高地所有人得在低地開設水道，使自己境內之水，通過低地，這便叫作過水權。但是這種權利，不能隨便行使，法律上定有一定的條件。左面所列舉的，就是過水權的條件。

一、其所有地要和河渠溝道相隔絕 因爲該高地，如果和河渠溝道是相聯絡，那末高地所有



人直接就可以將水流向河溝通過，用不着使之通過低地。惟其是高地和河溝不相連絡，才向低地通過，所以法律認為一種條件。

二、其所有地與別人的土地須有高低關係。水往下流，這是其性質使然。疏水自然也要依着水性，就是高地的水可以通過低地而流行，而低地的水，卻萬沒有反向高地通過之理。所以兩地為鄰，誰能取得過水權，就是要看誰的地高些。法律規定這種條件，一則為維人類的衛生，一則為全土地的利用，高地所有人行使這種權利，低地所有人決不能拒絕的。

三、要因為使浸水乾涸或排泄家用農工業用的水。土地被水浸着，地氣一定要卑濕，甚或成為洶沮。從衛生方面和土地利用方面，都是有害的。在實際上一定要使之乾涸，又日常家用之水或者因農事工業所用的水，都是污濁廢水，也要排泄的。這時高地與河溝隔絕，域內的水不得流通，怎樣辦法呢，沒有別的，祇好借重低地使這類通過。但所謂通過，並不是叫高地所有人隨便使這許多的水，亂排泄流入低地。通過的手段，就是開設水道，因為這種廢水，污濁異常，如果不開設水道，隨便流入低地，那末怎樣保持流入低地的衛生與經濟。

四、開設水道要擇在低地損害最少之處所及方法為之。高地所有人在低地開設水道，本來

是有害低地。然而法律畢竟予之，實在因衛生和經濟之需要，出於不得已的辦法，在萬分無奈總以  
避免低地損害爲要圖。換一句話來講，高地所有人當開設水道時，對於處所和方法，總以便低地少  
受損害爲要。所謂處所，譬如低地有房地有庭園有荒土，那末應該先擇在荒土是。所謂方法，例如陰  
溝陽溝之類，陰溝害少，那就應該開設陰溝是。

五、對於低地所受之損害要支付償金。低地因開設水道，以致受有損害，是不公平的，故法律  
命高地所有人支付償金。但必須低地受害，實有其事，否則似乎可以不必了。

六、甲造得使用乙造的工作物。但設置及保存費甲造應按受益的程度負擔之。高地或低地  
所有人所設的疏水工作物，其他之土地所有人爲使該地的水通過，自然應允許其得以使用。如其  
不然，那末其他之土地所有人，必須更設同樣的工作物。費時耗財，莫過於此。所以我民法特設規定，  
以免除這種毛病。但其他之土地所有人既然使用別人的工作物，就得負擔設置和保存的費用。負  
擔額是按他的受益的程度爲標準，否則公平之道終不得而期矣。（民法第七八〇條）

### 第三項 鄰地用水權

土地相鄰關係的稍次緊要的，便是鄰地用水的權利義務。我民法設有一般的原则，現在敘述其內容如左：

第一、水流所有人的用水自由。土地所有權原及於地上地下，而水又為土地的成分。故水源地井溝渠及其他水流地之所有人，得自由使用其水，這是分所當然的。但是如果地方上有特別的習慣，那就應該仍然依習慣，以限制之。而不能謂有絕對的自由了。（民法七八一條）

第二、水源地所有人的保護。水既然是土地的成分，如果他人因開鑿土地，營造房屋或者別的工事，以致杜絕減少或污穢其水者，該水源地或井之所有人，可以按照侵權行為的規定，向加害人請求損害賠償，以保護其利益。且如其水為飲用，或利用土地所必要的，那末僅許其請求損害賠償，仍然不能達到保護的目的。故在賠償以外，並得請求回復原狀。但實際上果真無法回復原狀，那也就不能強為請求，直率罷了。（民法七八二條）

第三、土地所有人得向鄰地所有人請求給水。水於人生至感切要，然各地因為位置和狀況的關係，往往在自己地內無水，或者雖非無水，卻是要費去許多的勞力和鉅額的費用，才能得着。如果不許向鄰地請求給予有餘之水，那末無論在公益上和私益上都是有害無益的。所以我民法規定，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，得支付價金。對鄰地所有人請求給與有餘之水。（民法七八三條）以省物力，兼全家用及土地之利用。

第四、水流地所有人變更水流或寬度之限制。水流地之對岸土地，有屬於他人的，有屬於自己的。這是於變更水流或寬度有關係。如果對岸的土地屬於他人，水流地所有人，對於水流或寬度，自然不得隨便變更。如其不然，那末對岸的土地，常常地會因水流的變更減少，而喪失利用，或者受過量的水壓，以致發生泛濫橫決的危險。反面來說，如果兩岸的土地，專屬於一人，那末在水流經過的時候，除卻留存下游自然的水路以外，因為用水的便利，使水路曲變直，直變曲，或者增加減少水的寬度，均沒有不可以的。不過上面所述的兩種情形，是指地方上沒有特別習慣說的，如果地方上有特別習慣，那末還得從習慣辦理。（民法七八四條）

第五、水流地所有人設堰和用堰的關係。水流地所有人想完全的利用其水流，常常有設堰的必要。然而堰的設置，本來是橫斷兩岸，備一種小車引水高出水面之用，所以非附着於對岸不可。在這種情勢之下，如果一定要得着對岸地所有人的允許，那末必至因為不得允許，竟不能充分地使用其水流，這在經濟上極為不利。所以法律上不問對岸地所有人允許與不允許，直接的給予水流地所有

人以附著其堰於對岸的權利，這便叫作設堰權。但是因為設堰關係，以致使對岸地所有人受有損害，這又未免損人利己。所以法律上特使水流地所有人，支付償金，以昭公允。（民法七八五條一項）至於水流地所有人和對岸地所有人各有水流地一部的時候，各自為引水便利起見，則無論兩方中的不論那一方，凡已經設置的堰，對方是可以使用的。而不必另外再行設堰，免得多費一份無益的銀錢，這種使用他方之堰的權利，便叫作用堰權。不過祇知使用，而不負擔費用，用堰的人，未免又太占便宜。所以法律上特命其按照受益的程度負擔該堰設置及保存的費用。（同條二項）上面所述的設堰和用堰的關係，是指地方上沒有特別習慣說的，如果地方上有習慣，那末祇好按照習慣辦理了。（同條三項）

#### 第四項 安設權

土地所有人對於他人的干涉，如果無礙所有權的行使，不得隨意排除，這是第七七三條所明白規定。所以土地所有人因為安設電線水管煤氣管或其他筒管，得在一定條件內，逕自通過他人土地之上下。這在學問上叫作安設權。所謂一定條件是怎樣呢，現在寫在後面：

要非通過他人的土地，不能安設，又或雖能安設，而需費過鉅；

二 應在他人土地選擇損害最少的處所和方法爲之；

三 要支付償金。

合乎上面的條件，就有安設權，（民法七八六條一項）雖然法律上規定這種安設權，不過爲增長土地的利用，不得已而使他地所有人負忍耐的義務。假使情事後來變更，而沒有像從前的必要了，那末就應該許他地所有人請求變更其安設，以保護他地所有人的利益。這項變更安設的費用，除有特別習慣外，從原則上來說，仍應該由土地所有人（原安設人）負擔之。（同條二項三項）

#### 第五項 鄰地通行權

凡屬土地因爲與公路沒有適宜的聯絡，以致不能爲通常的使用，這時候土地所有人要想到達公路去，得通行周圍地。這周圍地的所有人，不能拒絕，要負忍耐的義務，這便叫鄰地通行權。從羅馬法以至於今，東西各國民法，都有規定。我民法也是這樣的，現在祇敘述我民法的規定如下面：

第一、通行周圍地的權利 土地的四圍，皆是他人土地，非向他人土地通過，便不能達到公路，這

種被包圍的土地，學者稱之爲袋地。如不使袋地所有人可得通行周圍之鄰地，結果這袋地就要成爲一片無用的廢土了。實不適於一般的經濟原則，所以法律給予袋地所有人通行鄰地的權利，但對於通行地因此所受之損害，袋地所有人應支付償金。（民法七八七條一項二項）還有一點，這種通行權，原是爲不得已的事情而設，自應極力避免通行地所有人之損害，而全其利益。所以法律又規定有通行權人，應於必要之範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法爲之。（同條三項）

第二、通行權人得開設道路。土地與公路沒有適宜的聯絡，以致不能爲通常的使用。所有人得通行周圍，上面已經說明白了；但是僅僅有通行他人土地的權利，有時還是不能滿足所有人的需要。所以我民法又特爲規定，許土地所有人在必要的時候，得以開設道路，以供土地之用。但爲保通行地所有人的利益起見，對於通行地因此所受之損害，須支付償金，以代賠償。（民法七八八條）

第三、通行周圍地的限制。因土地一部之讓與或分割，致有不通公路之土地者，此實因當事人的任意行爲而發生的。而其難與公路聯絡，早在當事人意想之中。故法律規定土地所有人祇有無償的（就是不付償金）通行受讓人或讓與人又或他分割人之所有地，（公路接續地）至於其他鄰地所有人不負忍耐其通行的義務。（民法七八九條）

### 第六項 禁止侵入權

土地所有人對於他人的不法侵入，加以禁止，這便叫作禁止侵入權。我民法所規定的情事凡三，即如左面所述：

第一、漁樵牧獵的侵入 所有人對於他的所有物，得排除他人的干涉，此乃我民法第七六五條所明白規定。依此規定，那末土地所有人對於他人無故而侵入地內，當然得加以禁止；但此為原則，尚有例外如下：（一）他人有通行權者，（二）依地方習慣，任他人入其未設圍障之田地、牧場、山林、刈取雜草、採取枯枝、枯幹，或採集野生物，或放牧牲畜者。他人縱令侵入地內，亦不得率行禁止。何以故呢，因為前一例外，是本於特定的權原。後一例外，卻又根於特別的習慣，在民法上都沒有加以限制的道理故也。（民法七九〇條）

第二、尋取物品的侵入 土地所有人遇他人之物品或動物。偶至其地內者，不問這種物品或動物逸失的原因是怎樣，總之應許該物的所有人或占有人進自己的土地以內，尋取回，以保護他們的利益；但是土地所有人所負的義務，祇以容忍他們尋取回為限；如果因尋取回竟發生了損害，



那末自可以對於該項物的所有人或占有人，請求損害賠償。且在未受賠償以前，並許其留置該項物品以爲要求履行賠償的條件。主要理由，無非是恐土地所有權受了蹂躪，而不得賠補而已。（民法七九一條）

第三、音響振動的侵入。音響振動的侵入，就是指從他土地而來的煤氣、蒸氣、臭氣、烟氣、灰屑、喧囂、振動及其他與這些相類的侵入而言，譬如鄰地建設工廠，工廠內所發散的氣體音響，常有礙於身體的衛生，住居的安寧，所以土地所有人得加禁止，這是自然的結果；但是假如侵入的氣體音響等等，很覺輕微，又或者依其土地形狀地方習慣而認爲相當，在土地所有人所能够容忍的，那就不得主張禁止。因恐絕對的任土地所有人主張，勢必致使他人的土地很難利用，經濟上就要發生不良的結果了。（民法七九三條）

### 第七項 鄰地使用權

土地所有人因爲營造修繕，他自己的土地不够使用，法律准其在必要限度，得以使用鄰地，這便叫作鄰地使用權。立法理由，因爲土地所有人在其疆界或近傍營造或修繕建築物的時候，如果絕對

不得使用鄰地，那末當建築的開始，就須在他的疆界附近留出空地以備建築及日後修繕之用。果然這樣，棄地必多，損失也就大了。無論個人社會國家三方面經濟，都是不利的。所以我民法第七九二條規定，土地所有人有使用鄰地之權；但是這種權利如果毫沒有限制，那末鄰地所有人勢必因此受意想不到的損害。所以法律又以必要情形為行使該權利的條件，以免他人濫用權利之弊。至於因行使權利以致有了損害，鄰地所有人還可以請求償金，以資保護。（同條但書）

#### 第八項 越界建屋權

土地所有人有時逾越疆界建築房屋，雖致妨害鄰地之利用，仍然能以營造建築，這便叫作越界建屋權。本來土地所有人建築房屋，不得逾越疆界。否則鄰地所有人就可以提出異議，請求移去或者變更，這是所有權當然的結果；但是不問建築着手已經過幾何時間，或建築已否完工，都可以請求移去或者變更。那末對於個人之利益和社會的經濟，未免太有損害了。所以我民法第七九六條規定，鄰地所有人知其越界，而不即時提出異議者，祇得請求土地所有人以相當之價額，購買越界部分之土地。而不得請求移去或變更其建築物，如有損害，並得請求賠償，以保護鄰地所有人之利益。

### 第九項 竹木刈除權

竹木的枝根，蔓延蟠繞，逾越疆界，土地所有人施以刈除，這便叫竹木刈除權。我民法對於此事，亦做照從來立法例，設有規定。其第七九七條一項二項有云，土地所有人得向竹木所有人請求於相當期間內刈除之。其不於此期間內刈除者，則許土地所有人逕自刈除其越界之枝根。並允其取得刈除枝根之所有權，以代費用。其竹木因刈除其枝根而致枯死與否，在所不問。雖然，按照上面情形，但在保護所有人使不害及土地的利用就是了。所以竹木的枝根即使越界，然對於土地的利用，沒有妨礙。那末沒有請求刈除及逕自刈除的必要。所以我民法又有同條三項的規定，也無非恐怕濫為行使利權而已。

### 第十項 果實獲取權

墜落於鄰地之果實，鄰地所有人有取得該果實之權利，這便叫果實獲取權。本來樹木所結成的果實，原係一種天然的孳息，是應該由樹木的所有人取得。但是，如果落在鄰地，那末因為維持兩方的

和平親善起見，卻應該看做歸屬於鄰地。免得彼此發生糾紛。不過鄰地倘係公衆使用之地，這項果實既不能歸公衆人們所有，那末祇好仍然看做爲樹木所有人的果實。倘樹木所有人沒有得取的意思，才認爲無主物，一任人們先占了。（民法七九八條）

### 第三節 動產所有權

何謂動產所有權，就是將動產作爲標的物之所有權。甚麼叫做動產呢，我民法上雖然沒有直接的規定，但是從第六六條反面的解釋，可以知道的。引伸來說，就是土地及其定著物以外的有體物，都是動產。所以對於一般的動產和無記名證券，有所有權的人，就是動產所有權人。至於動產所有權，取得的方法，是怎樣呢。在學理上可以區別爲兩種：一種名爲原始取得，一種名爲承繼取得。大凡某種動產的上面，不問從前有無所有權，但至吾們所有時，卻是沒有所有人的，這就叫作原始取得。譬如占有先占遺失物之拾得，埋藏物之發見及添附等都屬於原始取得。反之當事人以動產所有權之移轉爲標的，而表示意思時，這便叫作承繼取得。譬如買賣、互易、贈與等屬於承繼取得。現在吾人要研究的，就是原始取得的幾種。按照我民法的規定分款說明於下面。

## 第一款 占有

占有的法律關係，在我民法裏面另外有一章獨立規定的，本書也就另外列為一章說明，原不在本款內來研究；但是本款現在說明的，單在說明占有為動產所有權取得的一個原因，也就罷了。因為凡屬讓與動產所有權的時候，如果讓與人有移轉他的所有權的權利，那末受讓人因讓與的效力，取得所有權，是自然的道理。但是有時候讓與人雖然沒有移轉他的所有權的權利，可是受讓人如果享受關於占有規定的保護，仍然能夠取得所有權。比方用一種平穩而且公然的方法，開始來占有動產，或者無記名證券，而為善意沒有過失時，立時能夠取得所有權。又如盜賊遺失物等等，以及前占有人不由自己的意思而遺失的物件，有回復該項物品的權利人，從被盜遺失或者遺失的時候起，在一定的期限以內，不向占有人請求時，那末占有人就可以取得所有權。其盜賊遺失物，若是金錢或者無記名證券，受讓人還可以立刻取得所有權。至於由拍賣或者公共市場又或者向販賣與其物同種之物之商人以善意買來的，讓與人即使沒有讓與的權利，受讓人也能够立時取得所有權。這因為上面的情形，都應該受占有的保護，受讓人雖然不能借讓與的力量，取得所有權，卻能借占有的效力，來取得

所有權，這莫非要想保護交易的安全罷了。（民法八〇一條）

## 第一款 先占

何謂先占，就是用所有的意思，比他人先，占有無主的動產。譬如漁夫在江海內，捕捉魚蟹蝦介，這些鱗介的所有權，在先並未歸屬誰人，設有最先捕捉的，即可因先占而取得所有權。又如獵人在山林內獵取狐兔狼獾，這些野獸，本為無主物，如果有人捕着的，亦可因先占取得所有權。因為此等漁獵者，專以漁獵為他們的生業，就是以先占方法為生業也。這種先占實在是取得動產所有權最自然的方法，從羅馬法以來，各國民法都承認的，我民法也與各國立法例相同。

先占之大概意義，已在上面說明了。但是各國立法例，關於先占的主義，卻又不能盡同，有的採用先占自由主義，有的採用先占權利主義，現在略為分別說明一下：

一、先占自由主義 就是使先占人自由取得無主物所有權的主義，羅馬法採用這種主義，以為先占，須要自由，不先占也就罷了，若要先占，那末不問標的物是動產還是不動產，也不問在他人的土地上面，或者不在他人的土地上面，祇要是一種自然的物品（就是指無主物），就能够取得所有權。

而且縱令本來是有主物，而一旦變爲無主物以後，也可用先占的方法將這物取得。這便是先占自由主義的要旨；但是有些可慮的關係，就是在他人土地的上而取得無主物。（比方在他人地面打捕獐鹿等類）那末先占的問題，和所有的問題，是要起衝突的。就先占一方面來說，可以取得權利，而就所有權一方面來說，則所有人受着損失。所以在那時候，想出兩種調停的方法，第一所有人得禁止侵入地內；第二他人如果居然隨便侵入，那所有人就老實不客氣，要向之訴求損害賠償了，這便是羅馬法關於先占的大概情形。

二、先占權利主義 就是除卻有先占權的人，別人不能用先占方法取得無主物所有權的主義。德國古代法採用這種主義，以爲無主物，不能由個人隨便先占，必定要得着法律的允許才可以的。法律允許的情形有兩種：第一無主的土地，祇有國家才能先占取得，私人是不行的。第二無主的動產，也祇有國家所許可的特定私人，才能先占，別個私人也是不行的。這便是德國古代法關於先占的大概情形。

現在各國立法例，有採用先占自由主義的，也有採用先占權利主義的，姑且從略。我國的制度是怎樣呢？我國民法對於無主的土地沒有規定，不過從「土地爲國家構成的要素」之點看來，那末這

項無主的土地，當然要屬於國庫了。似乎也可以說是用先占權利主義。至於說到無主的動產，那末是採先占自由主義。試看民法第八〇二條，就可以明白了。現在按照這一條來說明先占應該具備的條件，就是（一）須以所有的意思，比他人先；對於標的物，用實力占領。所謂所有的意思，就是占有人在事實上想使自己居於所有人的地位；故占有人沒有所有的意思，即使用實力來占領也不能稱為先占。（二）先占的標的物，要為動產；因為土地是國家構成的要素，不能任私人先占。至於房屋呢，也很難想像出無主的狀態，故以動產為限。（三）先占的動產，要為無主物。甚麼叫做無主呢，就是這個物件，現在不歸屬於誰人所有。至於從前是不是所有人，那卻不管的。（四）先占的物件，須為法律所不禁止的，因為法律禁止的物件，無論如何不得將他作為所有權的標的物，所以也就不能作為先占的標的物了。（五）先占的手段，要為適法的，所以先占人用不法行為占有無主物，仍然不能取得所有權。（要知先占的詳細情形，可以參閱拙作民法物權論八八頁至九四頁）

### 第三款 遺失物之拾得

#### 第一項 遺失物拾得的概念



遺失物之拾得，亦為動產所有權取得的原因之一種，各國民法都有規定。不過立法主義，稍有異同罷了。現在不必繁瑣地去研究，但伴隨我民法所規定，說明在後面。

第一、遺失物的意義 在沒有說明民法的規定以前，關於這個遺失物意義的問題，非常重要，是應該先行明白的。甚麼叫做遺失物呢，換一句話說，凡沒有拋棄的意思，又並非有人侵奪，偶然地失卻占有的動產，這便稱為遺失物。所以遺失物，要具備三個要件。就是：

一、要本人並沒有拋棄的意思；

二、要並不是別人來侵奪；

三、占有的喪失，要含有偶然的性質；不合這三個要件，便不成為遺失物了。

第二、遺失物的取得 拾得遺失物為取得動產所有權的原因，固然不錯。但是拾得人還要遵照下列的條件才行，否則恐怕仍然不能取得罷。

一、要非法律禁止的物件 因為法律禁止的物件，不問如何，不能作為所有物。所以有人拾得這一類的物件，還是不能取得所有權；

二、要遵守法令所定的程序經過一定的時期 現在所謂法令，不單指民法說，民法以外的其

他特別法律和命令，都包括在內。比方各國的遺失物法和水難救護法都是。關於法定程序和一定時期，後面有詳細的說明，現在祇要明白這是取得所有權的一個要件，也就罷了。

三、要不為隱匿和不為不正的處分。法律上使拾得人取得該遺失物的所有權，畢竟不過是給他一種恩典，並不是必須如此，和分所當然的。拾得人若隱匿不報，或者為不正的處分，那末沒有給他這種恩典的必要，像這樣拾得人既然得不着，物主又不來領，那末祇有歸屬國家取得了。

最後還有一點要說明的，遺失物有在陸上的，也有在水裏的。在陸上的，就叫他遺失物。在水裏的，就是民法上所稱為漂流物和沉沒品。但是漂流物和沉沒品究竟是不是遺失物，雖有好些學者說牠們不是遺失物的。但是一般多數的學說和立法例還是認為遺失物的。我民法第八一〇條用明文規定，那更用不着論了。

## 第二項 遺失物取得的程序

遺失物拾得，為取得所有權的原因，大略在上面已經說過了。現在我們來研究得所有權的程序。（甚麼叫做程序，就是手續或者辦法的意思）各國法例對於此種程序，大半用特別的法令去規定，

民法上不過祇規定一些大綱，我民法卻是不然。把詳細程序規定，我們覺得這一點，不能說是不進步，現在就依次來說明在後面。

第一、遺失物招領 本來所謂遺失物，不過是占有人偶然之間喪失該物的占有，而所在不明。並不是他人的侵奪，也不是占有有人有拋棄權利的意思。所以拾得人如果知曉物的所有人是誰，應該就通知該所有人，叫他領回去。如果不曉得所有人是誰呢，或所有人不曉得在甚麼地方，那末拾得人應該為招領的揭示，或者報告該管警察官署又或者自治機關，使其可以為適當的處置。且為保護遺失人的利益起見。在報告警察官署或者自治機關的時候，並使拾得人一併將物件交存，以免散失。（民法八〇三條）又於拾得物經揭示招領後，遺失人還是不在相當期間以內來認領。如果令拾得人永久地保存該物，未免太強人所難了；所以民法為減輕拾得人的責任，和預防散失起見，使拾得人報告警察官署或者自治機關，並將這物交存。（民法八〇四條）

第二、遺失物認領 所有人來認領遺失物的時候，拾得人固然是應該把遺失物返還於所有人。但是這個保管期間，不可責備他們太長。而且已經支出的費用，比方揭示費和保管費等類，也當然地應該由所有人如數償還的。所以從我民法第八〇五條規定來說：拾得人警署或自治機關之返還遺

失物，以遺失物拾得後六個月內，所有人來認領爲限度，並且要在所有人償還揭示費和保管費以後，才負擔返還的責任。拾得人並得對於所有人請求該物件價值十分三的報酬，以爲酬答他們返還的好意，便是這個道理。

右面所說的，是所有人在六個月以內來認領的辦法。可是萬一從遺失物拾得後六個月內，所有人他不來認領，又將怎樣辦法呢。換一句話來說，就是遺失物未被認領，應該如何處置？我民法也有規定，據第八〇七條來說，在此種情形之下，警署或自治機關，應將這物件交給拾得人所有，或者將這物件拍賣所得的價金，交給拾得人所有，都沒有不可以的。照這樣說來，一滿六個月，便是拾得人取得該遺失物所有權的機會到了。

第三、拾得物拍賣 按照我民法第八〇五條規定，拾得人警署或者自治機關對於拾來的遺失物照例應該保管六個月，以等候所有人來認領。然而如果那項拾得物是容易腐敗的，或者是需要保管費太多的，也一定命令他們保管六個月這們長久的時候，那末對於所有人和拾得人，簡直的絲毫沒有好處。所以我民法第八〇六條規定，警察官署或自治機關拍賣其物，將價金保存之。這樣的周到對待所有人，也就可以說是仁至義盡了。

第四、拾得漂流物沉沒品的法規之適用 漂流物和沉沒品，與遺失物的性質，是不是相同的，學者間有消極說和積極說兩種相反的議論。消極說否認爲遺失物，積極說却承認是遺失物。姑且不去研究他們的理論誰得誰失，但就我民法來看，卻是採用積極說。所以第八一〇條規定，拾得漂流物或沉沒品者，適用關於拾得遺失物之規定，這便是採用積極說，承認漂流物沉沒品和遺失物同其性質的一個明證了。臨終還有一點要說的，就是甚麼叫做漂流物。如何又謂之沉沒品。簡單的來說，漂流物就是在水面上浮漂着，而不曉得所有人是誰的一種動產。沉沒品就是在水底下沉着，也不知道所有人是誰的一種動產。比方水面漂蕩着木板子便是漂流物，水底下撈揚上來的刀鎗劍戟，這便是沉沒品。

#### 第四款 埋藏物之發見

埋藏物發見，亦爲所有權取得的一種原因，自羅馬法以來，各國立法例，都承認這種制度，不過觀念有不同罷了。怎樣叫做埋藏呢，我民法却沒有明文，直接規定牠的意義。從學問上來說，就是一種動產，永久地埋藏在別種物件的裏面；究竟誰是所有人，而不分明的，這便叫做埋藏物。所以埋藏物要有

成立的要件：(一)要有埋藏的事實；大凡埋藏物必定要隱匿在人們目力達不到的地方，這就叫埋藏事實；所以某個物件的所有人，雖然不明了，但是這物件如果在人們容易看見的處所，那末不能稱為埋藏物，祇好算為遺失物。(二)埋藏物要係動產；因為動產才會埋沒，而不動產卻不會有這種情形。關於這一點，從來學者都是這樣說的，但是仔細地想一下，却不能不使我們有些懷疑。何以故呢？因為不動產中的房屋或者其他橋梁城砦，又何嘗不可埋藏呢。比方說古代宮殿等類，因天災地變，桑海滄田，乃至陷沒地內，後來經人們發見，雖說所有權不必由私人取得，然而這種不動產，何以見得不是埋藏物呢，我們懷疑就在這一點了。至於上一項所說的隱匿在人們目力達不到的地方，即是埋藏物存在的他物，在學問上叫做包藏物。古代羅馬法及法國意國民法，包藏物以土地為限，現在的立法例如日本新舊民法，瑞暹及我國民法卻不是這樣的。換一句話說，不管動產和不動產，都可以為包藏物。祇這一點就可以看見近代法律比較從前的老法律進步多了。(三)要其物的所有人不分明；因為縱令有埋藏的事實，然而所有人為誰，是很明白的。那末祇能叫做隱蔽物，不得喚作埋藏物，因而也就不能夠適用埋藏物發見的法則了。(四)要具備永年的狀態；凡埋藏的事實，以經過永久歲月為必要，這是一般的原則。各國法例，都是這樣的。我國民法，雖然沒有顯解地說明，但是在事理上卻應該採同樣解釋。

的呢，現在按照我國民法對於埋藏物發見的法則，說明在後面。

第一、一般埋藏物的發見。埋藏物的發見，有時在自己的動產或者不動產裏面，有時也在別人的動產或者不動產裏面。因其如此，所有權的取得，就不能不有差異了。由前一點來說，自然應該由發見埋藏物的人即包藏物所有人完全取得所有權，沒有一點疑問。由後一點來說，發見人既然不能夠把包藏物所附隨着的利益，盡數奪過來，可是包藏物所有人亦不能將發見人的功勞，一概抹殺。所以由包藏物所有人和發見人各自取得埋藏物的一半，不過呢，在外國立法例中，有的僅僅以發見為取得埋藏物所有權的條件的，有的呢除發見以外，還要以占有也作一個條件的，我民法就是採用後者的制度。所以在發見以外更以占有為必要的條件，如果祇有發見的行為，而未曾占有其物，還是不能夠取得所有權，這是杜絕無謂的紛爭啊。（第八〇八條）

第二、特別埋藏物的發見。凡屬發見的埋藏物，如果是一種通常的物件，固然可以由發見人完全取得所有權，或者由包藏物所有人和發見人兩方平均取得所有權。然而如若發見的埋藏物，足供學術藝術考古或歷史的資料，那末就不能歸屬私人所有。所以我民法第八〇九條規定，依特別法之規定，以定所有權的歸屬。例如發見古物，要依古物保存條例，將該古物，歸屬特種團體或者國庫，而給

予發見人以酬勞金，便是一個很顯明的例子。

### 第五款 添附

添附有廣義的和狹義的兩種：何謂廣義的添附，就是說一物與他物的接合，又或根於人工的改造，使某人取得合成物，混合特，或者加工物全部的所有權；何謂狹義的添附呢，即謂加工不能算作添附，應該除外，從我民法觀察，雖然沒有使用添附的名詞，但自實際上的便宜來著想，還是把附合、混合、加工、三項，攔在一塊兒，總名之曰添附。比較上在研究學問的時候，總算是有系統些。所以我們還是採用甲說，認添附為廣義的吧。現在我們就依着民法的規定，一樣一樣說下去，臨末了然後再說三項共通的規定。

### 第一項 附合

附合有兩種，一種為不動產上的附合，一種便是動產上的附合，現在來分開說明在後面：

一、不動產上的附合 不動產上的附合，即異其所有人之動產，合併於不動產之謂。故不動產上



的附合，要具備三個條件：（甲）要異其所有人之動產，合併於不動產；（乙）要動產因附合而為不動產之成分；（丙）要非他人基於權利原因，附屬於不動產上之動產。至於說到為甚麼附合，不管出於人力，或者出於自然力，也不管出於那個所有人的行為，或者出於局外的第三人之行為，更不管出於行為人的善意，或者惡意，但祇要具備上面三個條件，就成立不動產上的附合，也就由不動產的所有人，取得附合物的所有權。因為如果不這樣的辦理，那末還把附合物來分離，而令他們的所有權，各自存在。這們樣的固執，那就叫附合物毀損牠的價值，多麼的不合式啊。（民法八一一條）

二、動產上的附合 動產上的附合，即異其所有人之數個動產，相互結合；此動產已為彼動產之主要成分，非毀損不能分離，或能分離而需費過鉅之謂。故動產上的附合，要具備三個條件：（甲）要異其所有人之數個動產，相互結合；（乙）要動產結合後，非毀損不能分離，或雖能分離而需費過鉅；（丙）要動產附合時，未經加工。至於說到處置的方法，應依附合的動產，有可以看做為主物與否，而有不同，沒有可以看做為主物者，由各動產所有人，按照附合時的價值，共有合成物。反面來說，有可以看做為主物者，那末為維持社會經濟的原故，由該主物所有人取得合成物的所有權。（民法八一二條）至於主從的區別，應由物的性質用法等，以一般普通的見解來決定的。

## 第二項 混合

數個動產，互相混合，而至於不能識別，或雖能識別，而需費過鉅者，這便叫做混合。混合的動產，有屬於固體的（學問上稱為混交）。比方甲的荳子與乙的荳子混合是。也有屬於液體的（學問上稱為混融）。比方甲某的油與乙某的油混合是。動產和動產混合以後，其舊所有權，就歸消滅。在這時候，混合物如果有主從的性質，可以識別，那末就應該使主物所有人取得混合物的所有權，否則就應該拿混合時候的價值作標準，共有這混合物。所以我民法第八一三條明定準用動產附合之規定。

## 第三項 加工

在他人的動產上面，加以工作，並不貶損原價，而發生一樣新物件，這就叫做加工。比方拿他人銅類，打成茶壺，拿他人的竹子編成簾子都是。加工的結果，有的動產的形狀完全變動了，有的呢，動產形狀雖未曾變動，但是引起實質的變化了。至於加工的方法是怎樣，法律上不管的，直是原物在加工以後，那就喪失法律上的地位。我民法模仿着法國立法例，在原則上將這加工物的所有人，歸屬材料所

有人；但是例外呢，因為加工所增之價值，顯逾材料之價值者，則以加工物之所有權屬於加工人。（民法八一四條）

#### 第四項 共通的規定

以上所說的，是附合混合加工三項各別的法律關係。現在再來論述這三項在法律共同的規則。按照我民法，可以分為左面兩種：

一、其他權利的消滅 因動產和不動產附合，或者動產和動產附合，因動產和動產混合，或者因就動產加工，以致惹起原所有權的時候，所有權既然業已消滅，那末在該動產上的別樣權利，亦就當然地歸於消滅，毫無疑慮。我民法第八一五條還明白規定一下，無非是恐怕有爭執罷了。

二、因添附而生的賠償 附合混合和加工，依照我民法的規定，都成為發生所有權取得和喪失的原因。是一有這樣的事實發生，那末必定有一方受不當的利益，一方蒙着意想不到的損害。要是如果別沒有救濟的辦法，很不公道。所以我民法在第八一六條明白規定，就是因附合混合和加工，喪失權利，受着損害，得依不當得利的規定，請求賠償金額，以資保護。至於侵權行為的損害賠償，卻並不因

此而受影響，這又屬當然，而不必要明文規定的。

#### 第四節 共有

數人在一個物件的上面，共同享有一個所有權，這種狀態，便叫做共有。本來一個物件的上面，不能同時有幾個所有權存在，即古來所謂「一物不容二主」之原則是也。但是，在一個物件的上面，有一個所有權存在，同時把牠歸屬數人，而由數人來共同享有，這卻不能說對於所有權的本質有妨害的。我民法規定共有，便是本於這種觀念而來的。

共有在一部民法之中，所居的位置，是怎樣呢？各國立法例很不一致，有的以一般財產的共有，作為發生債的原因之一；因而就把共有規定在債權編的裏面，可是物權編所有權裏面，還規定共有的特別法則，從前德意志帝國民法，便是這樣規定的。有的祇將繼承或者其他的事項，分別規定共有的法律關係，却沒有設置一般規定；法國民法，便是這樣規定的。還有，在民法所有權裏面，網羅一切共有關係，設置共通的規定，而在民法其他的部分，間或散布一二特別法則，像意大利西班牙立法例及日本舊民法，便是這樣規定的。我國現行民法把共有之法律關係規定在物權編所有權中，這是模倣意

西的立法例之結果。

共有的形式，可以分爲兩種：(A)一般共有，又稱爲持分的共有，或者分別共有。這種共有，起源於羅馬法。就是在共有的裏面，揣想着各人的應有部分，爲三分之一，四分之三，或者五分之二。就各人按照應有部分，爲實在的所有人，對於他們的應有部分，能够隨便處分。(B)共同共有，又稱爲共手的共有。這種共有，起源於德意志古代法。論到牠的性質，是彼此牽掣着，要想和普通共有一樣的來隨便處分，卻是不能的。這兩種共有，雖說是各國法律分別採用，而我國民法，卻將兩者併合而爲規定。有的人說，我民法這們樣的兼收並蓄，完善極了，大大的誇耀一回；其實是錯了，因爲共有規定，不論個人方面，社會方面，國家方面，總之在經濟上是害多利少的制度。激烈一點說，簡直可以認爲有百害而無一利，這不是區區一人之私言。凡懂得一點經濟學的，大概都曉得。這凡值得誇贊嗎？分別共有，已經够瞧的了，還怕弊病來得不大，更定一個共同共有。許多的學者，戴上墨晶大眼鏡，坐着大圈椅，正在那裏想方設法，把牠去吊，或者使牠容易分割一點，我們反而來不嫌麻煩完全詳細地用許多法條來規定，此與馬走田字，相渡河，其何以異呵！

雖然，這話又說回來了，現在法律既有了這個東西，總得來研究研究。那末最好我們還是按照法

律規定，往下說，您就依着次序往下看。

共有有兩種：一種爲一般共有；一種便是共同共有，在上面已經略爲說過了。按照民法規定的法條來說，從第八一七條到第八二六條屬於一般共有的規定。從第八二七條到第八三〇條，屬於共同共有的規定。最後第八三一條屬於準用的法則，在學問上叫做「準共有」。不過現在還有一點小枝節要說明的，就是共同共有。在法律上固然顯明地稱爲「共同共有」，然而一般共有，法律上並沒有這樣稱爲「一般共有」，而祇稱爲「共有」。我們所以曉得民法所謂共有，就是「一般共有」，是不過從比較的對待的方面推論出來的。何以故？比方現在民法上沒有「共同共有」的用語，如目下的日本民法，他們所謂「共有」，也就無從比較，和對待了。諺語講得好，沒有高山，決顯不出平地。套了這句話來說，沒有共同共有，也就顯不出有一般共有了。這雖是幾句無關宏旨，麤而且俗的閒話，然而這其間的理，由却是並不麤俗啊。閒話少說，現在就按照上面所說的一般共有共同共有和準共有，分作三款說明在下面：

### 第一款 一般共有

第一、共有人和應有部分 數人按其應有部分，對於一物有所有權者，爲共有人（民法八一七條一項）。這便是我民法規定一般共有人之意義。依照這種規定來解釋，我民法是采用晚近很盛行的一種權利範圍說。換一句話來說，就是把所有權分割爲數部分，將這各部分專屬於數人，便叫做共有。而這專屬部分的數人，便叫做共有人。但是有一點要請留意的，就是各共有人的應有部分，是整個的所有權分量上的一部。這樣的分量，雖然說不能像單獨所有權的那樣完全，可是所包含的成分，卻是與單獨所有權沒有甚麼區別。至於談到量定應有部分的標準，又是怎樣呢。我民法上又有規定，同條第二項云，各共有人之應有部分不明者，推定其爲均等。因爲在一般的共有關係，通常狀態，均等的多，不均等的少，故法律上便這樣的推定。於今還有一點要附帶的說明一下，就是甚麼叫做「推定」？「推定」是法律上一種術語。將來用牠的地方很多，所以祇好囉哩地說出來：凡屬一種法律關係，在不能夠使牠明了的時候，當事人又不能提出反證，法律上爲免除糾紛起見，如是毅然決然推測而決定其如何如何，這便叫做「推定」。當事人如果以爲這個「推定」對於自己很不利，而不願受牠的拘束，那你就必須提出有利於己的反證。所提出的反證，認爲確切，那末這個「推定」立刻被反證打倒了。所以學法律的人常常說「推定怕反證」，雖然是一句笑話，卻也不能不認爲尙非無理了。

第二、共有人的權利。共有人的權利，無非是所有人的權利。所以凡屬所有人一切本來所能有的權利，共有人都得以行使，這是不待多說的。但是一個所有權，為數個權利主體所共有，那末行使所有權中一切本來所能有的權利其狀態比之單獨的所有人而專有整個的所有權之時，自然不能說沒有差異。現在列舉共有人的權利如左：

一、共有物的使用收益。各共有人按其應有部分，對於共有物之全部，有使用收益之權（民法八一八條）。本來各共有人都為所有人，所以得按照他們的應有部分，對於共有物來使用或者收益。共有物的性質，如果是可以同時使用或收益的，那末就同時來使用或收益。例如共有人將共有的房屋，同時供居住，又如將共有之土地所產生的穀稻，供共同的收益，便是恰當的例子。反面來說，若是共有物的性質，不能同時共同使用或收益，那末共有人祇好依着次序來使用或者收益。比方共有的車馬，本日輪着共有人張某乘座，翌日輪着共有人李某乘座，這也是很妥的例子。至於同時或依次的方法，在法律上既沒有規定，那末祇好用契約或裁判來定奪了。

二、共有物的處分。共有物的所有權，雖然分別的歸屬於數人，但是這些應有部分仍然為各共有人所專屬的。所以法律上規定，各共有人得自由處分其應有部分。（民法八一九條一項）所



謂自由，就是不必取得別個共有人的同意。所謂處分，例如共有人將他的應有部分，讓與他人，或者供擔保債務的用途，都是。但共有物之處分變更，及設定負擔，那末和處分應有部分不同。共有人一個人來專斷，不要說是絕對不行的，就令依共有大多數的決議，也不行的。必定要得着共有人全體  
的同意，那才行。（同條二項）立法的理由，無非是恐怕一個的共有人專斷，或者多數的共有人壓抑，致損害別個不同意的共有人的利益。有人說照這樣規定，比方十個人共有一物，內中九個人願意賣卻，因為有一個人不贊成，於是就不能辦到，這豈不是因一個人的把持，反使九個人的多數意思，歸於失敗了麼。從前我聽見某國的學者說「既不願多數人壓制少數人，也不願少數人壓制多數人」先生啊！照上面所說的，豈不是拿少數人來壓制多數人嗎。並且更進一步說，因為一個人不同意，就不能處分，那末這件共有物，豈不是一輩子也沒有處分的希望了嗎。這種說法，不能說毫無理由，但是不必這樣過慮。因為共有物之處分，指全體而言。自然應該由共有人全體同意行之。如果有一個人不贊成，那末隨時可以請求分割，分割以後，就不發生問題了。（參照民法八二三條八二四條）

第三、共有物管理保存和改良。管理共有物的，適當與不適當。對於共有人全體的利益，很有關

係。所以我民法規定，共有物之管理，除契約另有訂定外，由共同管理之。（民法八二〇條一項）至於談到管理共有物的方法，適當與不適當，這一點對着共有人全體的利益，是很有重大關係，所以我民法第八二〇條一項規定：「共有物除契約另有訂定外，由共有人共同管理。」便是這個道理。但是這指管理行為而言，至於要說到保存共有物，卻沒有像這樣的嚴格。因為甚麼呢？莫非因為保存行為的發生，大概為防止共有物的毀損和滅失，要取緊急的迅速的處置，如果也要像管理行為由共有人共同為之，那末豈不是太迂緩了。而與所謂緊急的迅速的處置之觀念，不相符合了嗎？所以同條二項規定，得由各共有人單獨為之。這無非想謀簡捷便易，也就罷了。再要談到改良共有物，又是怎樣呢？改良行為，雖然是必要的，可是不見得需要緊急迅速的處置，而且恐怕花費過多。對於各共有人有好多不便的處所，所以法律上不像管理行為那麼嚴格，也不像保存行為那麼太寬和，酌乎其中的，想出一個折衷的辦法，這個辦法即同條第三項規定說：「共有物之改良，非經共有人過半數，並其應有部分合計已過半數者之同意不得為之。」管理二字之意義本極明顯，至於保存和改良尚須略加解釋，簡單的舉兩個例子來說：保存行為，比方對於房屋，修葺修葺，對於容易腐朽的食品，加上一些不容易腐朽的藥料，凡有其他種種，都可以喚作保存行為。還有改良行為，譬如拿化學藥品或者肥料，澆撒在田地

裏面，使地裏好長稻稼，拿機器油塗在車軸子，以便兜風，這便喚作改良行爲。

第四、共有物上的請求權 共有物的所有權，在外表上看起來，雖只可依照各共有人的持分將他分割，譬如一間房屋，甲乙丙三個人共有，外表上就是每個人有這間房屋三分之一。但是在未實行分割以前，這間共有的房屋，實質上的權利，仍舊是連帶不可分的。就是無論何部，各共有人都是有份的。因爲這個緣故，所以各共有人中任何一人對於第三人出而爭奪的時候，就可對全部的共有物，行使所有權的請求，而且以回復共有物爲目的的這種請求。行使起來，一定要爲了共有人全體的利益，方可准許。不能只請求他自己的應有部分，否則因爲他個人的利益，或者要損害其他共有人的利益，所以法律對他要加以制限的。（第八百二十一條）

第五、共有人分擔費用之義務 各共有人對於共有物，既可依照他自己的持分，享受權利，則對於共有物上的義務例如管理費，及其他負擔等亦應依照他們的持分，比例分擔。譬如一塊土地，三個人平均共有，所有的收入，三個人均分，所有的支出，亦應由三個人分別負擔。不過這種支出的費用，如果於公益沒有關係，也可由共有人間，將負擔的標準，用契約訂定。而且共有中的一人，如果他支出的費用，已經超出他應負擔的程度，他也可以向其他的共有人請求償還。（第八百二十二條）

## 第六、共有物之分割

一、分割的意義 就是共有人將全部的共有物，依照他們的持分，分成數份，歸各共有人單獨所有。簡單說起來，非是各共有人情願將各人的持分分別作為私有，不願再作為共有。譬如一塊土地，在未割以前，是全體共有人共有的土地，分割以後各人得到一部份的土地，而且對於各人得到的部分，就變成了私有了。所以共有物的分割，是共有物變成私有物的一種方法。

二、分割的時期 共有人對於共有物的使用保存，常不及私有的注意。而且因為共有的關係，有時對於共有物，更有種種不便處分和改良的困難。所以我國民法，做多數國的法例，也許各共有人隨時對於共有物可以請求分割。不過因為共有物的使用品，有時不能分割，或者各共有人用契約訂定不分割的期限，那末各共有人也不能隨時可以請求分割，而且此項用契約訂定不分割的期限，又不能超過五年。如果超過五年，只能縮短到五年為止。這也是一種強行的規定，因此可以貫徹立法的精神，免得發生他種的流弊。（八百二十三條）

三、分割的方法 共有物的分割方法，共有兩種：一為協議的分割；一為審判的分割。協議的分割，由各共有人共同集議，或者將原物分割以後分配給各共有人，或者將原物變賣後將賣得金分

配給各共有人。或者估定價金，將原物歸併給共有人中的一人，由他找出其他共有人應得持分的價金，均無不可。總之祇須各共有人的意見一致，就可實行分割。此種方法，最足使共有人慾望滿足，而且在實行分割的時候，一無困難。所以法律上規定，原則即採用此種方法。不過有時候，因為共有人的意見不能一致，分割的方法不能決定，那末法院依照任何共有人的聲請，可以使他們為下列的分配：

(1) 將原物依照他們應得的持分分配各共有人；(2) 如果原物不能分配，那末，將原物變賣後，再把賣得金分配。不過用原物分配的時候，共有人中倘有不能按其應有部分而受分配的情形，此時亦可由法院命其他共有人按物的時價給他金錢，以保護他的利益。(第八百二十四條)

四、對於分割所得物的擔保責任 共有物在未分割以前，為各共有人所共有。分割以後，各人對於其分割所得的部分，方纔完全取得所有權。而且此種分割行為的性質，實際和一種有償契約相似。所以對於第三人有追奪的情形，或共有物有瑕疵及危險的時候，各共有人均應互相負責。簡單說起來，就是共有人中一人所分得共有物的一部，如被他人追奪或者該部分的共有物，有毀損及危險的情形，他共有人均應負責補償。這種責任，也就和有償契約中出賣人的責任一樣(八百

## 二十五條)

五、所得物證書之保存 證書有兩種：一分割證書；二共有物原來的證書。分割證書就是共有物的分割時所立；因為共有物的分割應用書面契約，將分割的方法情形，詳細載明，這種書面契約，就是證書。證書按照共有的人數，寫成數份，各執一份。譬如共有人有五人，即寫成五份，由各人各執一份，並須妥為保存。至關於共有物原來的證書，（就是通常所稱為證據）依原則講起來，應該由取得共有物最大部分的人保存。譬如五人共有一物將共有物分成十股，內中一人獨得六股其餘四人各得一股，這獨得六股的人就是取得最大部分的人。所有關於共有物原來的證書即應由他保存。如果五人共有一物，各人的應得部分，完全平均，既沒有最大部分的人，則原來的證書即應由五人共同商議，或者歸一人單獨保管，或者由各人分別保管，均無不可。不過共有人中如商議不妥，那末可以由共有人聲請法院指定某人保管，而且依照習慣，亦有僅保存分割證書，而把共有物原來的證毀滅。這因為共有物的證書固屬重要，但是既經分割以後，祇須保存分割的證書，也可以證明他的權原。所以能够保存固好，不能保存，有時也無關係。又分割以後，各分割的人，也可以有請求使用他分割人所保存的證書的權利，這也因為分割人間的關係，很是密切，而且這種分

割證書，對於事實，頗能明瞭，應該許他們互相利用，以保存他們自己的權利。（八百二十六條）

## 第二款 共同共有

共同共有的制度，是各國法律都承認的。不過一直到瑞士民法，纔開網羅其共通的原則，而規定之在物權編裏的先聲。（瑞民第六五二條至六五四條）我國民法做照瑞士的立法例，特別設立關於共同共有的規定，現在將它的內容，分別地說明一下，如左：

第一、共同共有人和他的權利 在說到共同共有人以前，先要將共同共有的意義解釋解釋。甚麼叫做共同共有？質言之，就是幾個人依照法律的規定，或契約的共同結合，因而將這個物作為他們大家所共有的意思。我們要是再進一步分析起來，我們可以知道：

一、共同共有，乃是幾個人共同享有一個所有權。共同共有乃是以幾個人的共同結合，同時享有一個所有權；這和分別共有人的獨立享有，其性質是迥然不同的；

二、共同共有，必須在幾個人共同結合之後纔能發生，這又是和分別共有的趣旨，大不相同的  
地方；

三、**公同共有**，以依據法律的規定，或契約的公同結合者為限。公同共有的意義解釋清楚了，現在我們可以解說公同共有人，關於公同共有人的意義。我國民法第八二七條有所規定，就是依法律規定或契約，成一公同關係的數人。基於這公同關係，而共有一物者，便叫做公同共有人。公同關係，由於法律規定的。譬如公同繼承就是一個顯明的例子。由於契約的，譬如合夥契約，或夫婦共有財產契約也是很明白的例子。總括的來說，必須依照此等原因結合的人，纔能稱為公同共有人。如其不是這樣，就屬於分別共有，而不是公同共有。公同共有關係，一經成立，那末，各公同共有人的權利，就存在於全部公同共有物的上面。公同共有和分別共有不同的地方，也就在這裏。（同條第二項）

第二、**公同共有人權利義務的準則**。公同共有的成立，既然是由於法律的規定，或契約而發生。所以公同共有人間的權利義務，自然應當依照這公同關係所由規定的法律，或契約的內容去定牠。這也沒有別的，無非為的是想避免相互間的衝突。比方二人合夥，因而共有一物的時候，其權利義務，應當依照合夥契約去定牠。如果合夥契約中，關於這點沒有特約的時候，就應當依照債編合夥法則的規定。（民法第八二八條第一項）各公同共有人關於共有物的使用，收益，處分，管理和其他一切



權利的行使，都必定要全體一致，纔得做到。所以一個人以獨斷的意思行之，有害於全體的權利，那是法律所不許可的。這為公共共有性質上，當然的結果。這話又說回來了，不過當行使權利的時候，如果必須一一得全體的同意，事實上常有不可能的地方。所以關於這點，法律或契約另外有特別訂定之時，那末，就應當依照其所規定。（同條第二項）換一句話說，就是不必一一要全體的同意。

第三、公共共有物分割的限制 公共共有，本是為一定的目的而存在的。所以依照法律，或契約成立的公共關係，既經成立以後，還未消滅之前，法律不承認各公共共有人請求分割公共共有物的權利。簡明的理由，這無非為的是維持公共的關係。因為公共共有人的權利，既然對於標的物全體是有效的，就不能請求其物的一部分，屬於何人所專有，或受何人所處分。所以請求公共共有物的分割，和為應有部分的處分，都是公共關係終止以後的事。其關係還在繼續存在的時候，無論公共共有人中的那一個人，都有維持的責任，不得做破壞公共關係的行為。因為不這樣辦法，公共共有的目的，就始終不可達到了。（民法第八二九條）

第四、公共共有關係的消滅 公共共有的權利，除去依照於一般所有權消滅的原因而消滅外，依我國民法的規定，還有特別消滅的原因。公共共有，是依法律或契約的公共關係而發生的。所以公

同關係的終止，譬如合夥的解散，婚姻關係的解除等，共同共有的關係，就當然歸於消滅。共同共有物的讓與，也是一樣的。共同共有人，如果將其標的物讓與第三者的時候，其共同共有的關係，就失其存在。其共同共有權，也就消滅了。譬如合夥人將財產讓與他人是。（民法第八三〇條第一項）因為共同關係的終止而消滅的共同共有，照例須要將共同共有物，分配給各共同共有人。至於分割的方法，應當依照分割一般共有物的方法去分割。不過法律或契約有特別訂定的，不在這個限制範圍以內。（同條第二項）最後有一點，就是分別共有，因着分割而消滅，共同共有卻因着消滅而分割。這也是兩者間絕然不相同的地方，而值得請讀者諸君子加以注意的。

### 第三款 準共有

共有，原是專指所有權的共有而言。所有權以外的權利，本無所謂共有。但是所有權以外的財產，由幾個人分別共有，或共同共有，也是事實上所常有的。譬如定限物權中的地上權，永佃權，地役權，抵押權，典權，質權等是。像這等情形的共有，權利的性質，雖然各不相同，而其為共有，則仍然是一樣。所以我國民法第八三一條云：「本節規定，於所有權以外之財產權，由數人共有或共同共有者準用之。」

明白規定其準用關於一般共有或共同共有的法則，這樣然後才不至於因無端的爭議，而間接妨害到公共的利益。但是法文所明示的，是以所有權以外的財產權爲限。所以財產權以外的權利，如人格權，身分權等，其不得準用，是當然的了。



### 第三章 地上權

關於地上權的本質，自來立法的觀念，很不一致。羅馬古法，將存在於土地上的定着物，看做其土地的構成部分，不許和土地分離。而立在他人所有權的管領之下，這是成爲添附的原則。到後來，社會進步，經濟發達，土地的價格，隨着社會的進步而逐漸騰貴；定着物的所有權和土地所有權，有不能不分離的趨勢。因這樣的法制，很感覺得不方便。如是承認使用他人的土地，而占有定着物的權利。倘使沒有地上權的辦法，就所有人說起來，有土地寬廣而放着去荒空的嘆惜。就沒有土地的人說起來，有無從得到自食其力的機會的苦楚。這是多麼不方便的事呢。所以現在無論那個國家，都承認這種制度，用牠來供給社會的需要。我國民法也依照一般通例，特別設置地上權的規定，其內容可以分析說明在左面。

第一、地上權的意義 我國民法第八三二條規定地上權的意義，就是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，叫做地上權。分析地說起來，就是：

一、地上權是以土地當做標的物的物權；

二、地上權是以他人的土地，當做標的物的物權；

三、地上權是使用他人的土地的物權；

四、地上權是因為有建築物或其他的工作物或竹木，而使用他人的土地的物權。

關於使用土地的方法，各國的立法例很不一致，羅馬法，限於建築房屋，得使用他人的土地。德意志民法，就稍微擴張些，除掉建築物以外，其他的工作物也可以的。（德民一〇一二）普魯士私法和比利時法，以家屋及樹木的所有為限。法蘭西民法，和日本舊民法，以建築物及竹木的所有為限。日本新民法，將建築改做工作物，牠的意義就更加擴張了。（參照日民二六五條）我國民法，比較以上所說的各立法更完全些，在建築物或其他工作物以外，兼顧到竹木等物，這也是立法的進步。不過從社會經濟的立場而言，雖是因着竹木以外的植物使用他人的土地，也有使它鞏固永久起來的必要。並且就價格上說起來，一花一草，時常有比較竹類要高些的。僅僅地說竹木，不能夠一概包括完盡，反不如舊草案定為植物的範圍廣大了。（舊草案第一〇六九條參照）

第二、相鄰關係的準用 地上權人，其掌握土地的實權，應和土地所有人作同等的看待。所以應當準用本於土地所有權的請求權。例如請求廢止，變更建築的權利，請求變更安設的權利，請求給水

的權利，請求賠償的權利等等的規定。去定地上權人和鄰地地上權人，或地上權人和鄰地所有人間的關係，這是我國民法第八三三條所以明白規定：「第七百七十四條至第七百九十八條之規定，於地上權人間或地上權人與土地所有人間，準用之」的原故。

第三、地上權的拋棄。地上權定有存續期間的，自然應當遵從它的約定，因為地上權的設定，常是根據當事人的法律行為。當它設定的時候，當事人可以依從自己的志願，預定存續期間。不過，民法關於期間長短的限制，沒有規定。長的可以長到一百年，短的可以短到半年，全憑當事人的自由，是不消說得的。（參照日本明治三一年大審院判決）民法所以不規定最長期限，或最短期限的緣故，無非為的是圖地上權人的使用的充分滿足。不過所謂期限，乃是從此時經過月經過日達到彼時的意思。假若約定永久的存續，就於期限的性質相反，應當算作未定期限。反轉來說，如果地上權未定有存續期間的，應當依照法律的規定。可是關於地上權人不願意拋棄其權利的時候，我國民法上沒有明文的规定。至於地上權人願意拋棄他的權利的時候，除去有特別的習慣，可以做標準或根據以外，自然應當允許地上權人，可以隨時拋棄他的權利。（所謂特別的習慣，例如地方上以工作物的頹廢廢敗消滅喪失為期限的，或是以植物的採摘伐取為期限之類，既然有這種的習慣上的存續期間，就不

得任意拋棄，以求不反乎一般民情）因為地上權是兩方面的關係。如果當事人認為有規定存續期間的必要，那末在定地上權的時候，就必定已經訂定明白了。如果沒有訂明，或長或短，也就與當事人的意思並不相違背，所以允許他拋棄，自然沒有什麼不可以的地方。不過拋棄的時候，必須向土地的所有人作意思的表示才行，這乃是為明白確定，而且保全土地的所有人的利益的緣故。（第八三四條）至於應當支付地租的地上權，如果地上權人可以隨時拋棄的權利，就未免太便宜了。地上權人若是可以因為拋棄而脫免了支付地租的義務，豈不害得土地的所有人受極大的損失嗎？世界上那裏有這等便宜的事情呢，因此地上權人想要拋棄他的建築家屋或栽種植物的權利，就必須使他擔負一種特別規定的義務，而不許他僅僅做單方的拋棄。所以我國民法第八三五條規定：「有支付地租之訂定者，其地上權人拋棄權利時，應於一年前通知土地所有人，或支付未到支付期之一年分地租。」法律所以規定地上權人應當負這種在一年前為拋棄的通知的義務的緣故，乃是為使土地的所有人能够及早對於他的土地，自己去做利用的準備，或是另外尋覓相當的人去繼承這種空乏，以免那土地驟然間失掉了利用的機會。法律又顧及到地上權人或者有情不得已的事故，不得不拋棄他的權，可是又限於事實，不能够在一年前通知土地的所有人，所以只要地上權人肯履行支付沒有



到支付的一年分的地租的義務，土地的所有人在實際上沒有受着損失，能够達到保護土地所有人的初衷，也就算了。

第四、地上權的撤消。地上權人對於土地所有人，有保全信用的必要。所以地上權人倘若積欠地租已經達到了兩年的總額，如果仍然允許他的權利依舊繼續存在，實是於土地所有人的利益有害。我國民法爲保護土地所有人的利益起見，特別設定適當救濟方法，在第八三六條：「地上權人積欠地租達二年之總額者，除另有習慣外，土地所有人得撤消其地上權；前項撤消，應向地上權人以意思表示爲之。」裏明白規定了。除去另有習慣的以外，土地所有人可以向地上權人，用意思表示，撤消他的地上權。所謂積欠地租達二年的總額，是以地上權人頻年怠於支付的地租，合計起來已經達到兩年的總額的意思，並不是必須繼續地有兩年都怠於全部地租的支付。在此，我們要追問一句，法律上所以必定以積欠達兩年爲標準的理由，到底在那裏呢？可以作如下的解釋。因爲地上權乃是物權的一種，應當以使他鞏固起來，不易於消滅爲必要。況且在長期的地上權，權利人是以將來的利用爲目的。往往投下了很大的資本，在土地上加改良的，假若輕輕地很容易就使他喪失了所應當享受的權利，那末必定會害得他遭受非常的損失，這豈是立法的本意？所以土地所有人不能因着一次或

兩次的支付遲延，而就去奪剝地上權人的權利。

第五、減免租金的限制。地上權是屬於物權的一種，並非像使用租賃一樣，出租人有使承租人完全的使用他的賃租物的義務。所以地上權人縱然是因為不可抵抗的力量，妨礙他的使用土地，無論請求免除，或者減少地租，都是法律所不承認許可的。因此我國民法特別設訂第八三七條：「地上權人，縱因不可抗力，妨礙其土地之使用，不得請求免除或減少租金。」以杜免地上權人和土地所有人間的爭議。但是交付土地的時候，那塊土地上留存得有廢止使用，或是減少使用的瑕疵的。地上權人可以請免除其廢止期間的地租，或是減少其減少期間的地租。這樣的事情是當然應該允許的，所以不必以明文規定。

第六、地上權的讓與。地上權是物權的一種，並且沒有專屬權。所以我國民法第八三八條：「地上權人得將其權利讓與他人，但契約另有訂定或另有習慣者，不在此限。」規定除掉契約另有訂定，或是另有習慣的不許讓與的以外，地上權人可以在他的權利繼續存在的期間內，將他的權利讓與他人。但是必須以不變更權利時內容為條件，否則土地的所有人就會要遭受到不測的損害。至於地上權人的可以自由處分他的權利標的物上所有的工作物或是竹木，乃是當然的事實，用不着加以

## 深切地討論。

### 第七、地上權消滅的效果

一、工作物及竹木的取回 地上權人對於土地上的工作物，或是竹木有一定的權原。在地上權消滅的時候，自然應當許可他自己逕行取回去，這是地上權人的權利。同時也是他的義務。（第八三九條第一項）但是在取回了工作物和竹木以後，必須回復土地的原狀，庶使土地所有人不至於因為工作物和竹木的取回而貶損了他的土地的價值。（同項但書）而且土地所有人如果聲明用時價購買他的工作物或竹木的時候，地上權人不得無故加以拒絕。（同條第二項）學術上稱這種權利做先買權。法律上何以要予先買權於土地所有人呢？因為取回工作物或竹木的時候，往往兩方都要蒙受損失，價格驟然減低。並且因為要回復土地的原有狀況，而搬運工作物竹木到他處去另行建築或栽培，就勞力和費用兩者而言，都將要虛糜浪費許多，必定招致經濟上不利的結果。所以不如使土地所有人可以出資購買，以便維持其土地的現狀，庶使雙方的利益都得保全的好些。但是地上權人如果有正當的理由，仍然是可以拒絕的。所謂正當的理由，譬如工作物或竹木，已經有了他人的要約，想要得到更高些的代價一類是。

二、時價的補償與期間的延長。地上權人的工作物假如是建築物，而他的地上權又是因爲存續期間的已屆滿期而消滅的時候；倘然必定強迫地上權人取回該建築物，不但是有損於地上權人的利益，而且於社會經濟也有妨害。所以我國民法第八四〇條第一項：「地上權人之工作物爲建築物者，如地上權因存續期間屆滿而消滅，土地所有人，應按該建築物之時價爲補償；但契約另有訂定者，從其訂定。」規定除去當事人間另有訂定的以外，使土地所有人就着該建築物負擔補償的義務。然而如果補償費用過大，或是土地所有人沒有補償的資力，必定強令所有人補償，也是很感困難不易辦到的。所以又有土地所有人在存續期間屆滿以前，可以請求地上權人就建築物還能夠供給使用的期限內，延長推展地上權的期間的規定。如果地上權人拒絕延長地上權的存續期間，那就故意刁難。所以使他喪失請求補償的權利，作爲限制的意思。

第八，地上權消滅的原因和例外。地上權根據於左列的各原因都可以消滅：

一、標的物的滅失。地上權的標的物，就是土地，土地滅失，權利就無所附麗，也隨同消滅。這是當然的道理，不消多說的，不過這種事實，是很少見的，經過激烈的地震，使地殼起了極大的變遷，是不易發生的。

二、公用徵收 公用徵收，是土地所有權消滅的公法上的原因。地上權乃是土地所有權的定限物權，自必隨着所有權而消滅。但是地上權人對於徵收人，有請求損害賠償的權利，藉以填補他所喪失的利益。

三、特定的消滅事由的發生 關於地上權的消滅有特別的契約規定的，只要那特別的契約與公共秩序和良善習俗不相妨礙，自然應當依照契約上自由的規定，承認它的效力。所以依照在特別的契約上所定的消滅事由發生的時候，地上權就因之消滅。

四、存續期間的屆滿 存續期間屆滿，地上權就當然消滅。關於期間的法則，前面已經討論得很詳細，在這裏不再重複贅述。

五、地上權的拋棄 地上權的拋棄，也是地上權的消滅原因的一種。前面也已經說過，參照起來，自然可以明了，在這裏也不多述。但是這種拋棄所表示的意思，乃是地上權人的單獨行為，所以毋庸得土地所有人的同意，就可以發生效力的。

六、地上權的撤銷 地上權的撤銷，也是地上權的消滅原因的一種。這種表意，也是單獨行為，不過是屬於土地所有人的。

七、權利的混同 一個物件的所有權和其他的定限物權互相混同的時候，其他的定限物權，因為混同的原故而消滅。所以土地所有人取得地上權，或是地上權人取得土地的所有權，其地上權都因之而消滅。（參照第七六二條）

地上權乃是使用土地的權利，牠的標的物是土地，而並非工作物或竹木。所以工作物或竹木，雖然已經消滅喪失了，可是地上權也決不因而消滅。（第八四一條）這是地上權消滅的一個例外。

## 第四章 永佃權

土地的永佃，於永佃人和土地所有人這兩方面，都是很有利益的事情。所以我國民法依照一般的通例，特別設訂永佃權的規定，現在分述其內容如左：

第一、永佃權的意義 我國民法第八四二條第一項規定永佃權的意義，就是支付佃租。永久在他人土地上，為耕作或牧畜的權利，叫做永佃權，分析起來說，就是：

- 一、永佃權是永久使用他人的土地的物權；
- 二、永佃權是支付佃租，永久使用他人的土地的物權；
- 三、永佃權是因為耕作或牧畜，永久使用他人的土地的物權。

在此，可以將地上權和永佃權的異同比較一下，地上權和永佃權，雖說同是以使用他人的土地為本質的權利。但是一個呢，是為保有工作物或竹木的所有物，而使用他人的土地。一個呢，是以耕作或牧畜為目的，而使用他人的土地。並且一個是以永久的使用為必要條件；一個不是以永久的使用為必要條件，這是兩者間主要的差異之點。永佃權的設定，既然是屬於永久的，自然應當沒有期限。所

以如果定得有期限，就與永佃權的要件不相符合，並且沒有認牠做永佃權而予以強大的效力的理由，所以同條第二項規定：「永佃權之設定，定有期限者，視為租賃，適用關於租賃之規定。」

第二、相鄰關係的準用 永佃權人，必須使他能夠完全利用土地。所以本於土地所有權的請求權，在永佃權人之間，或永佃權人和土地所有人之間，都可以行使。這是我國民法第八五〇條規定：「第七百七十四條至第七百九十八條之規定，於永佃權人間或永佃權人與土地所有人間準用之」的由來。

第三、永佃權的讓與 永佃權是物權的一種，並且沒有專屬性。依照財產權共通的原則，永佃權人得將其權利讓與第三人，自然是不消說得的。（民法第八四三條）但是在這裏有一點極應該注意的，就是永佃權人固然可以讓與其權利於第三人，卻是不能夠因此而對於土地所有人的利益有所損害。所以我國民法第八四九條規定：「永佃權人讓與其權利於第三人者，所有前永佃權人對於土地所有人所欠之租額，由該第三人負償還之責。」以示保護土地所有人的利益，而防免第三人為無理的抗爭。

第四、減免佃租的請求 永佃權是物權，並且在他人的土地上，有永久使用的權利。就理論上講



起來，土地所有人，原不應當負擔怎樣的責任。換一句話說，縱使因爲天災地變等不可抵抗的力量，以致他的收益減少，或者完全沒有收益，永佃權人也不得向土地所有人請減少佃租，或請求免除佃租。然而永佃權人，大抵都是屬於經濟上的弱者，我國民法爲保護弱者起見，特別設訂相反的規定。就是永佃人因爲不可抗力以致其收益減少或是完全沒有的，還是可以請求減少或免除佃租。（民法第八四四條）關於這點，是和地上權大不相同的，因爲地上權的目的，在於使用土地，並且牠的期間大概都是很長久的。雖說是因爲一時的不可抗力，妨礙了土地的使用，然而日後仍是可以回復的，所以不許隨意要求減免地租。（民法第八三七條參照）反轉來說永佃權的目的，在於利用土地而有所收益，這期的收益減少了，或是完全沒有了，已經不能夠完成牠的目的。而且將來那期的有無收益，又還是個未可預卜的疑問。所以不得不給永佃權人以佃租減免的請求權，藉此好保護他的利益。這是兩者間，不同之點所以存在的地方。

第五、土地所有人的撤佃 土地所有人，和永佃權人的設定永佃權，多置重在永佃權的人的關係上。永佃權人將自己的權利讓與他人，固然沒有什麼不可以的地方。然而如果將土地出租給他，人耕作或牧畜，就與土地所有人的原意不相符合了。因爲永佃權的以耕作或牧畜爲內容，乃是土地

所有人和永佃權人互相間，從起初就已經同意的。假使永佃權人可以自由地將土地出租給他人，他人到底是否仍復用之於耕作或牧畜呢，這卻是很難預料的。與其將來發生許多無謂的糾紛，不如在開始的時候，就謹慎些，不許永佃人將土地出租於他人，以杜絕這種弊病。所以我國民法第八四五條規定：「永佃權人不得將土地出租於他人。」如果違反了這項的規定，土地所有人就可以撤佃。（同條二項）至於永佃權人因為耕作或牧畜而收穫了利益，那是自然應該向土地所有人定清佃租。然而假使永佃權人偶爾有點積欠，或者所該欠的數目很少，而就使土地所有人有撤佃的權利，未免對待永佃權人太苛酷了，這實在不是所以維持勞資均衡的方法，也就是與現代的經濟政策尤相違背的地方。所以我國民法為避免這種流弊起見，又特別設有第八四六條：「永佃權人積欠地租達二年之總額者，除另有習慣外，土地所有人得撤佃」的規定。不過無論由於永佃權人將土地出租給他人，抑或積欠了達二年總額的地租，土地所有人撤佃的時候，都應該向永佃權人，以意思表示為之，以期使牠的確實在。（民法第八四七條）

第六、第八三九條的準用 永佃權人對於土地的耕作或牧畜，本來有一定的權原的。在永佃權消滅的時候，自然可以取回他的耕作物或牧畜物；但是對於當初因為耕作或牧畜所變更的地狀，也

應當回復土地的原狀。並且在這種情形之下，土地所有人，如果以時價購買他的耕作物或牧畜物，佃權人也不得無故的拒絕，以期雙方的便宜。這是我國民法第八四八條明白規定：「第八百三十九條之規定，於永佃權準用之」的所以然。



## 第五章 地役權

役權的制度，是在羅馬時代就已經有了的。所謂役權，就是爲人的或土地的便益，而使用他人的所有物的權利。因爲特定的人，而使用他人的所有物的權利就叫做人的役權。因爲特定的土地，而使用他人的所有物的權利就叫做地的役權。所以我們由此可以知道，在羅馬時代的役權的意義，實是有廣義和狹義的分別：廣義的役權，是包括人的役權和地的役權兩者而言；狹義的役權，是僅僅就地的役權而言。現代法例所謂地役權的，實是指剛纔所講的狹義的地的役權。至於地役權的與一方土地以便宜，同時與他方土地以損害，是利害相伴無可諱言的事實。但是將兩者互相比較一下，究竟還是利益重而損害輕些，由國民經濟上觀察起來，實在是一個有益的制度。所以我國民法做照一般通例，特別設訂地役權的規定，其內容如左：

第一、地役權的意義 我國民法第八五一條，規定地役權的意義，就是以他人的土地，供自己的土地便宜之用的權，叫做地役權。分析起來說，就是：

一、地役權是以使用土地爲目的的物權；

二、地役權是以使用他人的土地爲目的的物權；

三、地役權是謀自己的土地的便宜，以使用他人的土地爲目的的物權。

至於其使用土地，有在便於通行的，有在便於觀望的，有在便於引水的，千差萬別，很不一致。總而  
言之，不外依照當事人的設定行爲，任意訂定的。

第二、得依時效取得的地役權 地役權的所得，除去由於設定行爲的原因以外，因爲牠是財產  
權的一種，當然可以依時效而取得。但是僅以繼續，並且表見的地役爲限。依照這個規定的結果，就：  
(一)繼續而不表見的地役；或(二)表見而不繼續的地役，都不得因時效的成就。而發生地役權，因爲  
從表見而不繼續的情形而論，倘若因時效而取得地役權，那末待遇供役地所有人，就未免太苛刻了。  
這是怎樣講法呢？原來在不繼續的地役，供役地的所有人，因爲他人行使地役所受到的損害非常微  
細。所以在相鄰關係上，土地所有人，容忍相鄰人行使的最多。如果以爲行使多年，就使他因時效而取  
得權利。那末土地所有人，必會時刻小心注意，不肯使他人利用他的土地。相鄰人的交誼，必會生出不  
圓滿的結果。所以縱會對於他人的行使地役，默然置之不理，也沒有因時效成就而使他人取得地役  
權的理由。反轉來，從繼續而不表見的情形而論，因爲這種地役，是隱藏在一定的處所的。供役地人絕

少發覺的機會。倘使承認取得時效，那末供役地人，就每每在不知不覺之中，喪失了莫大的利益，這是很不公平的。所以也不許他因時效成就而取得地役權。（第八五二條）

第三、地役權的從屬性 凡是物和權利，有主從關係的。關於主物，或主權利的處分，牠的效力，當然達到從物，或從權利，這是法理上至當不易的原則。地役權，是為需役地的便宜而存在的權利。和需役地具有主從的關係。換句話說，就是和需役地的所有權，有不可分離的關係。（地役權，乃是由這個土地和那個土地，互相鄰連而發生的關係。所以這種權利的成立，必須有兩個土地的存在，是很明顯的。而這兩個土地之中，稱地役權所附着的土地，做需役地，稱負擔地役權的土地，做供役地）這就是地役權和地上權，以及其他的物權，不同的地方。由於地役權不能離開需役地所有權獨立存在，而發生左列的效果：

一、地役權不得由需役地分離而為讓與 需役地的所有人，不得將土地的所有權和地役權分離。所以僅僅將土地的所有權讓與他人，而自己保留着地役權，或者僅僅將地役權讓與他人，而自己保留着土地的所有權，又或者將土地的所有權讓與這個人，而將地役權讓與那個人，都是法律所不認許的。

二、地役權不得和需役地分離而做其他權利的標的。需役地的所有人，不得將土地的所有權和地役權分離，而僅僅以地役權做其他權利的標的。例如僅僅將地役權用作擔保，以及借貸給他人，也都是法律所不認許的。因此，我國民法設有第八五三條規定：「地役權不得由需役地分離而讓與或為其他權利之標的物。」

第四、地役權人的權利義務。地役權人，行使或者維持地役權的時候，在他行使的主要行為之外，必須還要做種種的附屬行為，纔能夠達到他的目的。這種種的附屬行為，就成了必要的行為。所以，我國民法第八五四條，規定：「地役權人，因行使或維持其權利，得為必要之行為。」例如汲水地役權人，可以因為汲水，在供役地上通行，或者以自己的費用，在供役地上設置些工作物。但是這項權利，不能夠絲毫沒有限制地使用，以致妨害到供役地所有人的利益。所以同條的但書上說：「應擇於供役地損害最少之處所及方法為之。」所謂於供役地損害最少的方法，例如地役權人用車輛裝載水，就比用人工擔運水，要使供役地所受的損害大些。所以必須採用人工挑水的方法，所謂於供役地損害最少的處所。例如供役地有庭園，有市街，有荒地，而且都有水源，那末就必須汲取荒地的水去使用。若是地役權人想要設置工作物，那末在庭園或市街上，就只能夠安設水管，在荒地上纔可以隨意，或者



開溝，或者安設水管。至於供役地所有人，原只有不妨礙地役權人行使他的權利的義務。關於地役權人，因為行使權利而設置的工作物，所有一切的維持義務，自然應當由地役權人去負擔。我國民法，特別設訂第八五五條第一項：「地役權人，因行使權利而為設置者，有維持其設置之義務。」以明示這一個責任的所在。

第五、供役地所有人的權利義務。供役地所有人，縱使在他的土地上，為地役權人的緣故而設定地役權，卻並非因此就喪失了他使用自己的土地的權利。不過因為他的行使權利，而在同一土地之上做同一的設置，不僅是很不經濟，並且在事實上也常常感覺得不方便。所以我國民法在第八五五條第二項：「供役地所有人，得使用前項之設置；但有礙地役權之行使者，不在此限」中，明白規定。供役地所有人，在無礙於地役權人行使地役權的範圍內，有使用地役權人所設置的工作物的便宜。不過供役地所有人，應當按照他所享受的利益的程度，分擔維持那設置工作物的費用，以期公平。例如地役權人，為着灌溉三十畝地，安設了水管，供役地所有人，也是灌溉三十畝地。想要使用那水管，假設管安設水管的時候，地役權人雖經花了五百元的設置費，那末供役地所有人，就應當分擔二百五十元總行。（同條第三項）

第六、地役權的不可分。地役權，乃是爲需役地的便宜而存在的物權，具有不可分的性質。所以需役地，縱使經過了分割，牠的地役權的完整，並不受絲毫的影響，這就是我國民法第八五六條，規定：「需役地經分割者，其地役權，爲各部分之利益，仍爲存續」的所以然。例如甲乙兩個人，爲着他們的共有地的便宜，有了在丙地上通行的地役權。到後來，甲和乙分割了他們的共有地，而各自享有了那塊土地的一部分的時候，該通行地役權，就繼續存在於各個分割部分之上。換句話說，就是甲和乙依舊各自享有完全的通行地役權，並不因着需役地的分割，而發生通行地役權分割的結果。但是，如果地役權的行使，依照牠的性質，只關係於需役地的一部分。那末，地役權，就沒有爲各部分的利益，而繼續存在的必要。所以特別設訂同條但書，規定「地役權之行使，依其性質，祇關於需役地之一部分者，僅就該部分仍爲存續」。藉以符合實際上的情形，而期便利。例如張三，李四，王七三個人共有的土地裏，有一所花園。爲着要灌溉土地，使花草樹木開得茂盛些打算，就在趙八的土地上，設定汲水地役權。後來，他們三個人，將那塊共有地分割了。那所花園爲張三所分有，於是李四和王七兩個人，各自分有的土地上，就沒有需要這項汲水地役權繼續存在的必要了。在這個時候，縱使趙八沒有向他們請求，而李四和王七，亦就自然不至於再行使權利了。供役地經過了分割的，其情形也是一樣。我國民法另

外設有第八五七條，規定：「供役地經分割者，地役權就其各部分，仍爲續存。」例如前條中所舉的例，丙地的所有人，將他的土地的一部分，出賣給他人，又或者分別賣給二個以上的買主，因而他的土地被分割。那時候，甲和乙的通行地上權，依舊是繼續存在的。換句話說，就是甲和乙，仍然可以在該土地的各部分上通行的。對於這條原則，也有一個例外。所以同條但書中規定：「地役權之行使，依其性質，只關於供役地之一部分者，僅對於該部分，仍爲存續，」藉以杜免爭議。

第七、第七六七條的準用 地役權的行使範圍，雖然不如地上權，或永佃權那般廣汎。然而在有人妨害他的權利的時候，也自然應當認許地役權人和所有人一樣，可以直接行使返還請求權，和除去妨害，或防止妨害的請求權，以保全他的權利。所以我國民法第八五八條，明白規定：「第七百六十七條之規定，於地役權準用之。」

第八、地役權的消滅 地役權消滅的原因極多：有因着期間已經滿了而消滅的；有因着意思表示而消滅的；有因着土地消失而消滅的；有因着解除條件的到來而消滅的；有因着供役地的公用徵收而消滅的；有因着第三人的取得時效而消滅的；有因着權利混同而消滅的；有因着消滅時效的完成而消滅的。總而言之，地役權，是爲供土地便宜之用而設定的。如果因爲情形事實的變更，已經沒有

繼續存在的必要，而仍然強使供役地做不必要的負擔，殊不是法律認許地役權的本意。所以我國民法第八五九條，規定：「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。」至於究竟怎樣纔算是有存續的必要，或怎樣纔是沒有存續的必要，乃是屬於事實的問題。應當由法院臨時去酌量情形，以決定准或駁。

## 第六章 抵押權

債權在共同擔保之外，還有所謂特別擔保。特別擔保，可以分做對人擔保，和對物擔保的兩種。前者是規定在債編中的。（民法第七三九條至第七五六條）後者是屬於物權編的範圍內的，就是所謂擔保物權的了。抵押權，就是屬於擔保物權的一種。抵押權的設定，對於抵押人和抵押權人，都是有利益的。所以我國民法以固有的習慣為主，參照一般立法的通例，特別說訂抵押權的規定，其內容如左。

第一、抵押權的意義 我國民法第八六〇條，規定抵押權的意義，就是對於債務人，或第三人，不移轉占有，而供擔保的不動產，得就其賣得價金受清償的權，叫做抵押權。分析起來說，就是：

一、抵押權乃是不以占有標的物為要件的擔保權 其所以與不動產質權不同的地方，也就在這裏，至於標的物不由債權人占有，卻有下列的三個優點：（子）設定抵押權之後，仍然可以占有標的物，而去使用牠處分牠的收益，這對於設定抵押權人很有利益，乃是優點之一；（丑）抵押權人，不負保存標的物的責任，而能够取得完全的擔保權，這對於抵押權人是有利益的，乃是優點之二；

(寅)標的物，仍然存在於設定抵押權人的手裏，就是仍然存在於所有人的手裏，對於牠的改良和使用，並沒有妨礙，而且對於社會經濟，有很大的利益，乃是優點之三。

二、抵押權是成立在不動產上的擔保物權，所以如果以動產做標的，權利的存在，就會有不明確的弊病。而且抵押權人，和標的物的善意取得人，都會有遭受損失的危險。因此，抵押權的標的，只限於成立在不動產上。

三、抵押權是就標的物的賣得價金最，先受領清償的擔保權。關於這點，是和動產質權相同。不過所謂優先，卻有兩種意義：(子)有抵押權的債權人，對於沒有抵押權的債權人，可以排除，而去就抵押物上享受優先的清償；(丑)在抵押物上，先設的抵押權人，優於後設的抵押權人，去享受清償；至於設定抵押權的人，那是不限於債務人的，就是第三人，也可以做設定抵押權的人。因為抵押權的設定人，是限於具有土地所有人的資格的。所以對於抵押權的到底是債務人所提示的呀，還是第三人所提示的呢，這個問題是不管的。

## 第二、抵押權所及的範圍

一、抵押權擔保的範圍 抵押權，在原則上，固然是僅僅擔保已經登記過了的債權。然而如同

原債權的利息，遲延利息，和實行抵押權的費用等等，縱使沒有登記，也當然發生擔保的效力，如果不能够發生擔保的效力，而要絕對的貫徹，必須登記纔發生效力的原則，那末，債權人就不能够受抵押權的完全保護。因為約定利息的數額，雖沒有登記過，然而牠的利率，是已經在設定的時候，登記過了的，很容易知道得確實。遲延利息，乃是因為不履行債務，所生的損害的賠償，這是債權關係中所時常習見的。至於實行抵押權的費用，那是抵押權當然發生的結果，縱使不登記，也算是沒有什麼妨礙。所以我國民法第八六一條規定：「抵押權所擔保者為原債權，利息，遲延利息及實行抵押權之費用，」藉以保護抵押權人的利益。但是有一個例外，假若當事人之間，另外有訂定的時候，是不在這個限制以內的。（同條但書）

二、抵押權及於從物和從權利。抵押權的效力，及於抵押物，這固然是不消說得的了。我國民法，為鞏固抵押權的信用起見，又特別規定了，凡是附屬於抵押物的從物，和附屬於抵押物所有權的從權利，在實行權利的時候，都屬於抵押權效力所及的範圍之內。（第八六二條第一項）不過有一個例外，就是在抵押權設定以前，第三人已經就從物上所取得的權利，是不受前項規定的影響的。（同條第二項）因為不如此，抵押人就不能够獨立的處分他的從物，並且不足以維持所有

人與第三人的交易的安全。

三、抵押權及於天然孳息 抵押權的標的物，既然不向抵押權人移轉占有，那末，在實行抵押權以前，抵押物的天然孳息，應當由抵押人取得，自然是不消說得的。然而在抵押權人實行權利的時候，抵押人對於抵押物的一種權能，就已經因為扣押處分而被剝奪了，不能夠再作收益行為，又屬當然的事實。所以我國民法第八六三條，規定：「抵押權之效力，及於抵押物扣押後由抵押物分離之天然孳息。」藉以鞏固抵押權的信用。

四、抵押權及於法定孳息 我國民法第八六四條，規定：「抵押權之效力，及於抵押物扣押後抵押人就抵押物得收取之法定孳息。」其理由和前段所說的一樣，也是爲着鞏固抵押權的信用。但是如果漠視清償法定孳息的義務人的利益，那是不認許的。所以抵押權人，假若將法定孳息扣押，就非預先通知，對於抵押物清償法定孳息的義務人不可。否則，雖然是義務人清償給抵押人，而不清償給抵押權人，抵押權人也不得和他對抗的。（同條但書）例如房屋的租金，抵押權人在抵押物扣押之後，想要收取這項租金，就非要預先通知房客不可。不然，房客將租金付給了房東——抵押人——的時候，他是不能夠和房客對抗的。



### 第三、不動產所有人對於抵押物的處分

一、得就同一不動產上設定數個抵押權。一個不動產的價值，未必僅僅和一個債權的金額相當。所以在設定第一次的抵押權以後，如果抵押物的價值，大於所擔保的債權額的時候，就牠所剩餘的部分，再設定抵押權，去供其他債權的擔保，這不但對於第一抵押權人的權利沒有妨礙，而且可以盡量的充分利用那抵押權，以促進經濟的發達。在此，因而就發生了所謂抵押權人相互間權利優劣的問題。所以我國民法第八六五條，規定：「不動產所有人，因擔保數債權，就同一不動產，設定數抵押權者，其次序依登記之先後定之。」至於設定行為的先後如何，是不過問的。因為抵押權是以登記為必要條件的。必須要登記了，纔能發生效力，所以先行登記的權利，就優先於後登記的，這是所以維持登記制度的意思。

二、得就同一不動產上設定地上權及其他的權利。設定抵押權，是所以擔保債權的清償。因此牠的存在和其他別種物權的設定，性質上並非絕對不能相容的。所以我國民法上規定，有不動產的所有人，在設定了抵押權之後，可以在同一不動產上，設定地上權和其他的權利。並且明定了，所設的抵押權，不因此而受影響，藉以保護抵押權人的利益。（民法第八六六條）

三、得將抵押物讓與他人。讓與，也是法律上處分行爲的一種。在不損害抵押權人利益的範圍之內，自然應當允許不動產所有人去自由做的。不過這個時候，成立的讓與行爲，僅僅只有債權的性質。所以已經設定了的抵押權，並不因讓與行爲而發生變更。例如甲對乙有債權，因而在乙的不動產上，有抵押權的時候，乙雖然將他的不動產讓與給丙，甲仍然是可以在這不動產上，就他對於乙所有的債權，而去享受優先的清償的。（民法第八六七條）

第四、抵押權的不可分。抵押權人的行使權利，原以抵押權的全部爲標準。所以做抵押物的不動產，雖然已經分割給數個人了，而抵押權人對於牠的分割部分，仍是可以行使權利的。各個分割人，是不能夠僅僅因爲支付了，和他所分割部分相當的金額，就可以免去責任的。至於將做抵押物的不動產的一部分，讓與給他人，或者有數個抵押物，而將其中的一個讓與給他人的時候，抵押權人的權利，也是不受影響的。（民法第八六八條）抵押權，既然是不可分的擔保權，所以抵押權擔保的債權，雖然已經分割了，或是將牠的一部分讓與給他人，而各個債權人，仍是可以就自己分割所得的部分，行使他全部的抵押權，債務的分割，也是和債權的分割一樣。（民法八六九條）

第五、抵押權的從屬性。抵押權是財產權的一種，其可以讓與給他人，或者做其他債權的擔保，

固然是毋庸置疑的。然而假使爲着他債權人的利益起見，將抵押權脫離了所擔保的債權，單獨地讓與給他人，或者爲着自己本人的利益起見，將抵押權做其他債權的擔保，就與抵押權從屬性的本質不相符合，而且使法律關係愈加複雜，對於抵押人往往不利。所以我國民法，特別設訂第八七〇條：「抵押權不得由債權分離而爲讓與，或爲其他債權之擔保，」的規定，以禁止這種事情的發生。

#### 第六、抵押物價值減少的救濟

一、抵押人的行爲足以減少抵押物價值的救濟 債權的得否受到完全的清償，一般總是根據於抵押物價值的大小去下判斷。所以抵押人縱使不移轉抵押物的占有，然而他的行爲，如果足以減少抵押物的價值，例如抵押物，本是宅地，而抵押人想將牠做成耕地，那是不許可的，我國民法，爲使抵押權人預防危害起見，明白認許他，有請求停止抵押人那種行爲的權。倘使在情形迫切，不能夠慢慢地等待請求的時候，並且認許他，可以自爲必要的保全處分。這樣的請求和處分，既然是因爲抵押人的背信行爲而發生的，所以因此而發生的費用，應該一概由抵押人去負擔，以期公平和妥當。（民法第八七一條）

二、抵押物的價值已減少時的救濟 我國民法第八七一條：「抵押人之行爲，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，抵押權人得自爲必要之保全處分，因前項請求或處分所生的費用，由抵押人負擔。」將抵押人的行為，足以減少抵押物的價值的救濟方法，規定明白了。然而如果抵押物的價值已經減少了，那末牠的救濟方法就自然不同，分析起來，可以做兩方面來說：

A 抵押物的價值的減少，是因爲抵押人的行為而發生的，就應當由抵押人負完全的責任。所以在這個時候，抵押權人可以請求他回復抵押物的原狀，或者提出和減少價額相當的擔保來，藉此以鞏固自己的權利，不使標的物的範圍，在實質上減少。如是我國民法有第八七二條第一項：「抵押物價值減少時，抵押權人得請求抵押人回復抵押物之原狀，或提出與減少價額相當之擔保」的規定。

B 反轉來說，如果抵押物的價值，因爲第三人的行為，或者其他不可以歸責於抵押人的事由而減少了，也要由抵押人負責去回復原狀，或是提出擔保來，那就未免太苛了。不過若是抵押人已經由第三人那裏接受了損害的賠償權，那末抵押人就可以就抵押人所得的損害賠償的限度之中，請求提出擔保，庶免抵押權人單獨遭受損害，如是我國民法上有同條第二項「抵押

物之價值，因非可歸責於抵押人之事由致減少者，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」的規定。

### 第七、抵押權的實行

一、抵押物的拍賣 抵押權，是爲着擔保債權，就抵押物上設定的權利。所以抵押權人，在債權已經到了清償期，而還沒有受到清償的時候，可以依照拍賣的程序，就牠的賣得價金而去受清償，乃是當然的。我國民法特別設訂第八七三條第一項：「抵押權人，於債權已屆清償期而未受清償者，得聲請法院拍賣抵押物，就其賣得價金而受清償」以明示這種辦法的應當。但是抵押權人的享受清償，必須依照拍賣的程序去做纔行，如果當事人之間約定了，在債權已經到了清償期，而沒有清償的時候，抵押權的所有權，就當然地移屬於抵押權人，那末債權人就將乘着債務人的危急，而利用這種契約去盤剝他。所以同條第二項裏，明白規定：「約定於債權已屆清償期而未爲清償時，抵押物之所有權，移屬於抵押權人者，其約定爲無效。」這種契約，就是學術上稱做流質契約的。

### 二、賣得價金的分配

A 有數個抵押權人時 抵押物既然已經拍賣了，應當將賣得的價金分配給各個抵押權

人，自然是不消說得的。我國民法，特別設訂賣得價金的分配的規定，藉以做個標準和根據。就是抵押物的賣得價金，應當按照各個抵押權人的次序去分配，次序在前的先受清償，次序在後的後受清償。如果彼此的次序相同，就按照各個抵押權人的債權額去平均分配，以求公平。（第八七四條）

B 在數個不動產上設定一個債權的抵押權時，為着擔保同一的債權，在數個不動產上設定抵押權的，如果各個不動產所負擔的金額已經有了限定，那末抵押權人享受債權清償的範圍，就應當依照那個限定去決定，這本是不消疑義的。與這個相反的，如果各個不動產所負擔的金額沒有限定，那末，抵押權人，就各個不動產賣得的價金享受債權的全部的清償，或者一部分的清償，都沒有什麼不可以的。因為抵押權，乃是不可分的權利，在數個不動產擔保一個債權的時候，既然沒有限定各別所應負擔的全額，那末，各個不動產，就都是擔保着債權的全部。所以債權人，在擔保債權的數個不動產之中，無論就看那一個去行使權利，都是可以自由的。（民法第八七五條）

### 三、抵押物拍賣的牽連關係

A土地及其建築物同屬一人時，土地和那土地上的建築物，同時屬於一個人的所有，如果僅僅將土地，或者建築物抵押給他人，其後抵押權人，因為行使權利，而拍賣他的抵押物的時候，因為抵押物僅僅只是土地或者建築物，那末拍賣的結果，必定會使得土地和建築物，成爲兩個所有人的。就純理上講起來，建築物的所有人，固然應當依照土地所有人的請求去拆卸他的建築物，然而這對於社會的經濟是很不利的。所以我國民法，爲折衷雙方的利害起見，規定在這種情形的時候，將設定抵押權人，看做設定地上權人。（第八七六條第一項前段）如果抵押權的標的物是建築物的時候，拍賣後的建築物所有人，看做是取得了地上權，在他人的土地上，仍然可以藉着建築物，以利用那土地。如果抵押權的標的物是土地，拍賣後的建築物所有人——就是土地抵押給他人既然已經拍賣而只有建築物所有權的人——看做對於自己保留地上權，也是仍然可以藉着建築物以利用那土地。如是抵押物，雖然已經拍賣了，而土地所有人和土地上建築物所有人之間的關係，仍歸是極明確。不過地上權人，是以有代價的使用他人的土地爲原則。所以建築物所有人，常常必須支付地租給土地所有人，至於地租的數額，是由當事人去協議規定的。如果協議不成功，就由當事人聲請法院去判定。（同條一項後段）還有土地和土

地上的建築物，雖然都是抵押權的標的物，然而抵押權人實行權利，將土地和建築物一併拍賣的結果，假使拍定人是兩個人的時候，其弊害還是和前面所說的一樣。所以同條第二項明定着適用前項的規定，換句話說，就是將土地所有人，看做設定地上權人，而將建築物所有人，看做地上權人。使在他人的土地之上，取得建築物的人，仍然可以利用他人的土地。

B 設定抵押權後在抵押土地上營造建築物時 土地所有人，在設定抵押權之後，又在抵押的土地上營造家屋，或者其他的建築物的。就純理上講起來，土地和建築物，既然各是獨立的物件，這時候，應當使抵押權人，僅僅地有拍賣那土地的權限。然而如果依然這個辦法，就發生了地上權的關係，對於提高拍賣的價額，很有影響，所以我國民法上規定，抵押權人在必要的時候，可以將土地上的建築物和土地一併去拍賣；但是拍賣建築物所得的價金，並不在擔保範圍之內，所以抵押權人，沒有優先受清償的權利。（第八七七條）不過，如果抵押權人，為自己的利益打算，仍是以專只拍賣他的抵押地為有利的時候，那末就是不將抵押地上的建築物一併去拍賣，也是可以的。

四、拍賣以外的處分方法 當事人之間，約定了在債權已經到了清償期，而還沒有清償的時



候，抵押物的所有權，就當然移屬於抵押權人的這種辦法，為預防流弊起見，固然應當認為不發生效力。（民法第八七三條第一項參照）然而如果抵押權人，在債權清償期屆滿之後，為着受清償，訂立了契約，而取得了抵押物的所有權，並且對於抵押人的利益沒有損害的時候，自然應當認為有效的。聲請法院拍賣抵押物的程序，是非常麻煩的。如果能夠用拍賣以外的方法，去處分抵押物，也沒有什麼不可以的。所謂用拍賣以外的方法去處分抵押物，例如抵押物，依照普通的買賣方法賣給第三人，牠的代價用充債權的清償。（民法第八七八條）

第八、第三人的請求權 第三人用自己的不動產，替債務人設定抵押權的，在法律上的地位，是和保證債務的保證人沒有分別的。如果已經代替債務人清償債務，或者因為抵押權人的實行抵押權，以致喪失了抵押不動產的所有權的時候，為保護第三人，免得坐受損失起見，我國民法，特許依照關於保證的規定，——參照第七三九條至第七五六條，——對於債務人有求償權。（民法第八九七條）

### 第九、抵押權的消滅

一、債權的請求權消滅時 抵押權是物權的一種，本來不因時效而消滅。不過用抵押權所擔

保的債權的請求權，倘使已經依着消滅的時效而消滅了（民法第一二五條至第一四七條參照）而且抵押權人，在消滅的時效完成之後，又經過了五年不實行他的抵押權，那末就應當使這種權利根本消滅，以保持社會的秩序。所以我國民法明定這種抵押權歸於消滅（第八八〇條）這是消滅時效完成後而僅消滅其請求權的例外。（第一二五條參照）

二、抵押物消滅時 抵押權，乃是附麗在抵押物的權利。如果抵押物消滅和喪失，那末抵押權就喪失了。所附麗的權利，應當歸於消滅，乃是當然的。所以我國民法特別設定第八八一條：「抵押權，因抵押物滅失而消滅。」藉以杜免爭議。但是抵押權人，有因為抵押權的消滅或喪失，而領受了賠償金的。在這種時候，應當將所可以受到的賠償金交付給各個抵押權人，並且應當按照各個抵押權人的次序去分配，以求公平。（同條但書）

第十、權利抵押權和法定抵押權 抵押權的標的物，必須是不動產，這是前面已經述說過的。但是對於這個原則，還有例外。就是地上權、永佃權、典權，雖然並非不動產所有權，也可以做抵押權的標的物。因為抵押權，乃是使抵押權人，行使屬於設定人的不動產的處分權，所以其名雖是以不動產為標的物，而其實與以不動產的所有權為標的物沒有分別。而且地上權、永佃權、典權的，可以獨立讓與

給他人，又和所有權沒有分別（關於典權的性質，詳第八章）所以也可以用牠做標的物。以謀增進交易上的便宜。地上權、永佃權、和典權，既然可以做抵押權的標的物，自然應當準用抵押權的規定。（民法第八八二條第八八三條。）惟有地役權雖然是關於不動產的物權，然而因為不能夠離開需役地無單獨的存在，所以法律上明定牠不可以作為其他權利的標的物。（民法第八五三條參照。）就是凡以地役權為抵押權的標的物的，必定不能夠發生效力，這又是例外中的例外。

抵押權有三種：一種是法律行為的抵押，一種是法律上的抵押，一種是審判上的抵押。各國的立法例，有承認這三種抵押權的，有只承認前二種的。我國民法僅僅承認前二種。所謂法律行為的抵押，是說抵押權人和債務人或者第三人之間，依照法律行為，而以債務人或第三人的不動產，做債權的擔保物。如用契約或遺囑設定的就是。用契約設定的，就以立設定字據為必要，這乃是為防免欺詐和錯誤，藉以保護債權人和債務人的利益。用遺囑設定的，就必須遵照繼承法遺囑的方式，纔能夠發生效力。所謂法律上的抵押的，乃是用法律的力量，在一定的關係上，不問當事人的意見如何，當然看做有抵押權的。這種抵押權，最普通的可以分做三類：（一）妻對於夫的不動產；（二）未成年人和禁治產人，對於監護人的不動產；（三）國家和其他的公共團體，對於他的會計官吏的不動產，都有法定的

抵押權。這三者都各有相當的理由，我國民法上所規定的，僅只第五一三條規定：「承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物或為此工作物之重大修繕者，承攬人就承攬關係所生之債權，對於其工作所附之定作人之不動產，有抵押權。」和第八八三條規定：「本章抵押權之規定於前條抵押權及法定抵押權準用之」而已。

## 第七章 質權

質權是物上擔保權的一種，就是所謂擔保物權。在外國法律上所稱做質權的，是包括不動產質權、動產質權和權利質權三者而言。我國自來的習慣，只有典權的存在，關於不動產質權，是社會上所不習見的。因此，這種權利也沒有創設的必要。所以我國民法祇設訂動產質權和權利質權的規定。

### 第一節 動產質權

動產質權，簡單而又易於施行。所以我國民法參照和斟酌各國多數的立法例，和本國固有的習慣，特別設訂動產質權的規定，以期增進交易上的便利，現在將其內容分述如左。

#### 第一款 動產質權的意義

我國民法第八八四條規定動產質權的意義，就是因着擔保債權，占有由債務人或第三人移交的動產，可以就牠所賣得的金價受清償的權，叫做動產質權。分析起來說，就是：

一、動產質權是成立在動產上的擔保權。

二、動產質權是以占有標的物為必要條件的擔保權，因為質權的本質，是排斥他人，用質物來供擔自己債權的清償的，假使不由質權人占有質物，又怎樣能夠排斥第三人呢。

三、動產質權是就標的物的賣得價金，最先受領清償的擔保權。

物權除掉所有權之外，從學理上說起來，有以物品的交換價值為目的的，有以物品的用益價值為目的的。動產質權，就是屬於前種的目的，其他的用益物權，如地上權、永佃權等，就是屬於後種的目的。因此，質權的實行，只有一次，其結果使出質人喪失質物的所有權。至於其他的用益物權的行使，常常成為繼續的狀態，其結果也斷沒有使義務人喪失他的物品的所有權的理由，這是動產質權所以和其他的用益物權不相同的地方。動產質權，雖然和抵押權同屬於為擔保債權而成立的物權，不過一個是以動產為權利的標的物，一個是以不動產為權利的標的物。一個是以占有標的物為必要條件，一個是以不占有標的物為必要條件。這都是動產質權和抵押權互相差異之點。至於動產質權的標的物，通常是由債務人因為擔保他的債務，提供給質權人。然的有時候第三人也可以代替債務人去提供，這點又是和抵押權沒有分別的。

## 第二款 質權的取得

質權是以占有質物爲必要的，所以我國民法第八八五條第一項規定：「質權之設定，因移轉占有而生效力。」這就是所謂質權的形式的要件了。質權的設定，所以必須移轉占有的緣故，在於明確保障其權利的實行，如今假若使出質人代替質權人爲占有，不但質權以占有爲要件的利益，簡直等於沒有了。而且第三人無從可以知道質權存在的事實，或者不免因此而遭受不測的損害。所以同條第二項規定，「質權人不得使出質人代自己占有質物。」

質權的標的物必須是出質人的所有物，或者是他有處分權的物品。出質人如果沒有處分他的質物的權利，那質權就不能成立，固屬當然的道理，然而這也是有例外的。（一）轉質，質權人在質權繼續存在的時候，可以用自己的責任將質物轉質給第三人，（民法八九一條前段參照）就是非物的所有人而也可以在質物之上設定質權；（二）占有，出質人雖然沒有處分他的質物的權利，而質權人的領受那質物，確是善意的，而又沒有過失，平穩並且公然地占有質物的時候，質權人仍然取得質權。所以我國民法有第八八六條「質權人占有動產，而受關於占有規定之保護者，縱出質人無處分其

質物之權利，質權人仍取得質權」的規定。

### 第三款 質權的效力

質權有一般物權的效力，自然是不消說得的。本款所討論的，是關於質權的特別效力。

#### 第一項 質權擔保的範圍

質權所擔保的範圍，如果設定行為另外有所訂定，固然應當以設定行為的內容為標準；如果設定行為沒有訂定的，在這時候，質權所應當擔保的有稱：（一）原債權，就是債權人所應當享受的主要的給付；（二）利息，利息是附屬於原債權而發生的，既然設定了質權去擔保原債權，那末，連帶到牠的利息也要擔保，也是當然的道理；（三）遲延利息，因着不履行金錢債務所發生的損害賠償叫做遲延利息，假使質權連這個都不擔保，那末就談不到債務不履行的制裁了；（四）實行質權的費用，也是由於質權設定而發生的結果，所以當然用質權去擔保牠；（五）因為質物隱藏得有瑕疵而發生的損害賠償，所謂因為質物隱藏得有瑕疵而發生的損害賠償，例如用房屋做質物，而房屋隱藏得有浸漏的



瑕疵，因着那瑕疵以致污毀了質權人的衣物或其他的珍貴品物所發生的損害賠償是。（民法第八八七條）

## 第二項 質物的保管

質權人占有質物，乃是為明確地保障自己債權的清償。倘若質權人不善良地保管質物，到後來想要實行權利，將牠賣掉用以清償的時候，價值必致受減低的損失。所以為自己的利益而占有他人的東西，自然應當用善良管理人的注意去保管牠。再就出質人的立場來說，質物雖然是歸債權人所占有，但是在質權人實行權利之前，質物的所有權，究竟還是屬於出質人的。假使質權人不用善良管理人的注意保管牠，那末出質人必致遭受損失。所以我國民法第八八八條規定「質權人應以善良管理人之注意，保管質物。」善良管理人的注意，就是羅馬法的所謂善良家父的注意，法律課以這種注意的義務的時候，縱使對於極輕的過失，也是不能夠免除責任的。

## 第三項 孳息的收取

質權人，是以不就質物上收益為原則的。因為動產的性質和不動產的性質不同，所以常常因着收益而發生損害和傷痕。然而假使無論質物所生的天然孳息或法定孳息，都必須由質權人一一地交付給出質人，在事實上有很多不方便的地方。不如將牠移來抵充債權，較為得當。所以我國民法上規定，凡由質物所生的孳息，除掉契約上另有訂定的以外，質權人都有收取的權利。（民法第八八九條）質權人，既然享有收取孳息的權利，那末當收取的時候，就非負擔一定的義務不可。這種義務，共有兩項，現在將牠分別述說如下：（一）質權人應當用對於自己財產同一的注意去收取孳息。並且計算所收取的孳息，物的所有權既然不屬於質權人，那末，質權人就有因為他享有收益權，於是對於物力絲毫不加愛惜，狂濫地利用他人的東西，以謀獲得多量的孳息的；或者任意地挪用所收取的孳息金額，而不加以詳細地明晰計算。因為想要保護出質人的利益，所以必定要責成質權人，用對於自己財產同一的注意去收取孳息，和計算所收取的孳息。（民法第八九〇條第一項）所謂對於自己財產同一的注意，是對於善良管理人的注意而言。這項注意，比較善良管理人的注意輕些，不過對於重大過失負着責任罷了。（二）質權人應當將孳息金，先抵充收取的費用，其次抵充原債權的利息。如果有剩餘，然後用牠抵充所擔保的原債權，質權人所收取的質權上的孳息，因為並不是質權人的單純

的收益。所以除去先抵充收取的費用之外，還應當減少債務人原債權和利息的負擔。（同條第二項）

#### 第四項 質物的轉質

轉質是質權人對於自己的債權人，交付質物，以作他的債務的擔保。質權原是財產權的一種，質權人將他的質物轉質給第三人，自然沒有什麼不可以的地方。但是轉質，必須在質權繼續存在的期間之內纔能夠做的。因為轉質乃是質權人的利用自己的權利，所以非在質權繼續存在的期間不能夠轉質，乃是當然的事理。還有由於轉質所生的一切危險責任，應當由質權人負擔。因為轉質是爲着質權人的利益而設定的，依照享受利益負擔損害的原則，質權人的負擔上項義務，也是當然無庸疑議的。（民法第八九一條）倘使質權人不依從一定的條件，而能夠任意的去做，那末豈不將使出質人無緣無故地遭受不測的損害嗎？

#### 第五項 質權的實行

第一、質物的代充 質權人的債權，得受清償與否，是以質物的是否現時存在爲判斷的。因此，質

物如果有敗壞的危險，或是質物的價值顯然已有減少，那末就足以妨害到質權人的權利。爲保護質權人的利益起見，所以我國民法上規定了在這種情形之下，質權人可以拍賣質物，將牠所賣得的價金做質物的代充。（民法第八九二條）但是質權人除去不能夠通知出質人的以外，應當在拍賣以前通知出質人，使他可以有做適當的處置的機會。（民法第八九四條）

第二、質物的拍賣 質權的最終目的，在就着質物的賣得價金上而享受清償。所以質權人在債權已經屆滿清償期而沒有受清償的時候，自然應當允許他於通知出質人之後，（民法第八九四條）可以拍賣質物。就那賣得的價金而去享受清償。（民法第八九三條第二項）但是質權人的享受清償，按照法律的規定，是應當依照拍賣程序去做的。如果當事人之間曾經約定，在債權已經屆滿清償期而沒有清償的時候，質物的所有權就當然地移屬給質權人。爲杜免流弊起見，那是不能夠認許的。

（同條第二項）

第三、第八七八條的準用 債權人在債權已經屆滿清償期而沒有享受清償的時候，固然不是當然地取得質物的所有權。然而如果在這個時候訂立契約，而取得質物的所有權，或者用拍賣以外的方法來處分質物，只要是無害於其他的質權人，那末就沒有什麼不可以的地方。所以我國民法第

八九五條明白規定：「第八百七十八條之規定，於動產質權準用之。」

#### 第四款 質權的消滅

第一、質權因所擔保債權的消滅而消滅。質物爲的是擔保債權的清償。如果牠所擔保的債權已經因着清償、混同、抵銷、更改、或者免除而歸於消滅的時候，那末質權人就沒有再占有那質物的理由，也當然應該消滅。不僅是當然消滅，而且在這個時候，質權人還有一定的義務，必須負擔，就是應當將質物返還給有受領權的人，（民法第八九六條）所謂有受領權的人，例如下位質權人，或出質人就是的。

第二、質權因返還質物而消滅。動產質權是以質權人占有其質物爲成立要件的。如果質權人已經將質物返還給出質人，就是成立要件已經喪失了牠的存在。所以我國民法第八九七條第一項明白規定：「動產質權，因質權人返還質物於出質人而消滅。」並且爲貫徹這個旨趣起見，又規定了，縱使在返還質物的時候，作質物繼續存在的保留，那個保留也是作爲無效的，（同條第二項）因爲動產沒有公示程序，倘若不是如此去做，將不免因着利用這個缺點，以致使第三人遭受不測的損害。

第三、質權因喪失質物之占有而消滅。動產沒有公示方法，所以動產質權的成立，以占有質物爲必要。如果已經喪失了那質物的占有，而不能請求返還，就是成立的要件已經有了欠缺。設若這種質權還不消滅，那末質權人就雖然不能夠向第三人去請求回復質權的占有，然而至少可以用他的質權去對抗第三人，殊不是所以保護第三人的利益的本意。所以我國民法第八九八條規定：「質權人喪失其質物之占有，不能請求返還者，其動產質權消滅。」

第四、質權因質物滅失而消滅。動產質權的成立，既然以占有質物爲必要，所以如果質物滅失了，動產質權就自然歸於消滅。但是出質人有因爲質物的滅失而享受賠償金的，所以自然應當認許質權人有用賠償金代充質物的權利，否則出質人將會享受一種不當得利，不是所以謀公平的道理。（民法第八九九條）

## 第二節 權利質權

權利質權乃是用所有權以外的財產權做標的物的質權。就質權的性質講起來，是以直接行之於有體物上爲原則的。這種財產權雖然並非有體物，然而牠的性質大概都是可以讓與的。可以讓與，

如是就有交換的價值，有交換的價值，如是就足以擔保債權的實行，所以各國民法，特別在普通質權之外，承認權利質權。我國民法，也做照一般的通例，特別設訂權利質權的規定，現在將其內容分述如左。

### 第一款 權利質權的標的物

所有權以外的債權，和其他的權利，例如地上權、永佃權、礦業權、特許權、商標權、版權等，牠的性質和動產相似；應當允許將牠入質給人，藉以增進交易上的便宜。不過可以做質權標的物的權利，必須具有可以讓與的性質。所以性質上不許讓與的債權，例如由雇傭承攬等關係所發生的債權，和當事人用特別意思表示，禁止讓與的債權，都不可以做權利質權的標的物。這是我國民法第九〇〇條「可讓與之債權及其他權利，均得為質權之標的物，」所以規定的來由。

### 第二款 權利質權的通則

權利質權既然不以有體物為標的物，而以權利為標的物。那末關於動產質權的規定，就有可以

引用的，有不可以引用的。現在將那些法則分述如左。

第一、權利質權的準則 權利質權的準則，可以分做一般的準則和設定的準則兩者而言。（一）所謂一般的準則，就是說以權利為質權人，在入質之後，質權人和出質人雙方的權利與義務，準用關於動產質權的規定。不過在本法上有特別規定的，那是不能夠引用關於動產質權的規定的。（民法第九〇一條）例如權利質權所擔保的範圍，權利質權的孳息的收取，和轉質消滅等法則，都是準用動產質權的法則的。（二）所謂設定的準用，就是說權利質權的設定，依照關於其權利讓與的規定去做。不過本法上設有特別規定的，也就只能夠依照本法去做的。（民法第九〇二條）因為動產質權，是以移轉占有為要件的，而權利質權的標的物，乃是沒有一定形體的財產權。所以移轉占有的法則，對於權利質權，自然是不能夠適用的。例如債權，若是沒有證書，那末牠的設定方法，就應當以債權人的通知債務人而發生效力。如果有證書，那末出質人必須交付證書，纔能夠成立質權。

第二、權利質權的變滅的限止 權利質權的設定，在乎擔保債權的清償。如果做質權標的物的權利，沒有經過質權人的同意，出質人就可以用法律行為使牠消滅或變更；那末擔保權的目的，就沒有達到的可能性了。所以我國民法在第九〇三條上，明白規定：「為質權標的物之權利，非經質權人



之同意，出質人不得以法律行爲使其消滅或變更，」作爲一個限制。

### 第三款 權利質權的特則

#### 第一項 債權的權利質權

第一、債權質的設定 債權質的意義，就是以債權爲質權的標的物，而用牠去擔保債權。這種質權的標的物既然是債權，而牠所擔保的權利，也是債權。因此其中的關係比較要複雜些。我國民法特別設訂得有專條的規定，現在先將設定要件分述如下：（一）做質權標的物的債權，如果沒有證書，那末那質權的設定，就應當以書面爲之。這爲的是和動產質權的設定保持平衡，因爲既然沒有可以占有的有體物，不得已只好用訂立書據的方法來替代。（民法九〇四條前段）（二）做質權標的物的債權，既然有證書，那末在設定的時候，債務人並應交付證書於債權人。因爲占有證書爲的是確定債權的所在，用這個來代替標的物的占有，一則可以使債權人的地位鞏固，一則可以使第三人易於知道擔保權的已經成立，而不至遭受意外的損害。（同條後段）

第二、債權質的實行。債權質的質權人的優先受償權，必須等待質權所擔保的質權的清償期屆滿了以後，纔可以行使，這乃是當然的道理。不過在這裏發生了一個問題，就是質權所擔保的債權，和做質權標的物的債權，彼此的清償期未必能够一致。假使一個在先，一個在後。那末究竟將怎樣呢，這真正是值得我研究研究的。現在將我國民法上的規定，分別說明如左。

一、債權的清償期在先者。為質權標的物的債權，其清償期先於所擔保債權的清償期的，在這時候，質權人自己的債權既然沒有屆滿清償期，即稱為其質權標的物的債權的清償期，已經屆滿了，質權人也就難於就債務人應當給付的標的物上，充作自己債權的清償。然而假使因為質權人不能夠實行質權的原故，遂致將債務人應當給付的標的物，仍然交付給設定權利質權的債務人，那末，又恐怕設定質權的債務人，濫無限制地消費那標的物，而使質權不能夠鞏固。所以在這個時候，質權人有請求債務人提存標的物的權利。在提存標的物之後，質權人的質權，如是由以質權為標的物，而變成以提存了的標的物為標的物，無論提存的是金錢或物品，債權是存在那提存物上面的。等待所擔保的債權，已經屆滿清償期，然後以提存物充自己優先清償之用，這樣質權就得到完全的保障了。（民法第九〇五條）

二、債權的清償期在後者 爲質權標的物的債權，其清償期後於所擔保債權的清償期的，在這個時候，質權人自己的債權，雖然已經屆滿清償期，應當可以行使他優先受償的權利。然而因着爲質權標的物的債權，還沒有屆滿清償期，債務人沒有必須清償的義務。而設定權利質權的債務人，勢將避免屆期清償債務的責任，對於質權人太不利了，所以質權人在他的清償期已經屆滿的時候，應當主張自己的債權，直接地向債務人請求給付，以資保護。但是如果是金錢債權，其給付的請求，自然應當以自己對於出質人的債權額相當的金錢爲限，以期對於出質人的利益沒有損害。

（民法第九〇六條）

三、債務人清償債務的限制 爲債權標的物的債權，其債務人如果已經接受了債權設定的通知，那末，債權的權利質權就算是已經設定了。債權的權利質權既然已經設定，所以債務人，就非經過出質人或是質權人任一方面的同意，是不可以向他方面清償債務的。這樣爲的是防免害及出質人或質權人的利益。然而如果因爲沒有得到他方的同意，以致永遠地不能夠脫離債務關係，也未免過於苛酷了。所以債務人可以提存那爲清償的給付物，藉以免除責任。（民法第九〇七條）

## 第二項 有價證券的權利質權

有價證券的發行，乃是爲圖債權移轉的容易。那證券的持有人就是債權人。持有人用證券做質物，質入給質權人，就和用債權質入給人的沒有差別。不過有價證券和債權，雖然都是以給付爲標的，前也有情形不同的。例如有價證券的權利質權，可以將證券交付給質權人，而債權的權利質權，就未必都有證書可以交付給質權人。所以用有價證券做標的物的權利質權，又不能夠不特別設定專條去規定其權利關係了。其內容分述如左：

第一、有價證券質的設定 質權以無記名證券爲標的物的，固然是以證券上的權利，而並非證券。然而證券和證券上的權利，乃是互相依附，不可分離的。所以應當看做和法律以證券爲標的物的質權同樣。因着交付其證券給質權人，而發生設定質權的效力。（民法第九〇八條前段）以無記名證券以外其他的有價證券爲標的物的，除去將那證券交付給質權人之外，並且應當依照背書的方法，記明設定質權的事由。這是在設定的時候，所應當加以注意的。（同條後段）

## 第二、有價證券質的實行

一、債權尙未屆期時給付的收取 在所擔保的債權未曾屆滿清償期以前，質權人固然不得實行質權的權利。然而如果那質權是以無記名證券、票據，或其他依照背書而讓與的證券爲標的

物的時候，那末，在性質上就非迅速地實行，不足以保護質權人的權利。因此，所以本法上規定了，所擔保的債權縱使未曾屆滿清償期，質權人仍然可以收取證券上應當享受的給付。如果有預先通知證券債務人的必要，質權人並且有發通知的權利。本法上又規定了，在這個時候，債務人也僅只可以向質權人給付。如是就可以鞏固質權人的利益，在交易上也纔可以將有價證券質的效力，看做和一般動產質權的一樣了。（民法第九〇九條）

二、有價證券質的附屬證券 質權以有價證券為標的物的，那質權的效力，並非當然地及於附屬在該證券上的利息證券，定期金證券，或分配利益證券。這是什麼原故呢，因為就有價證券本身的效力講起來，持有人，一般地總是有受取利息，定期金，分配利益的權利。所以利息證券，定期金證券，分配利益證券，都是附屬於主證券，而歸證券的占有人，一併持有的。然而當持有人，用證券入質給人，在交付主證券的時候，有並此等附屬證券一起交付的，有不交付而自己保留着的，若是出質人自己保留着，那末，質權的效力，當然不及於此等附屬證券。然而如果出質人已經將此等附屬證券交付給質權人，那末就是出質人已經有了使質權及於附屬證券的意思。所以以後質權人就可以收取利息，定期金，分配利益等，充作清償自己債權之用，這乃是關於實行有價證券質的權利

範圍之中的定則。(民法第九一〇條)

## 第八章 典權

典權，在我們中國，由來已經很久了。太遠了的，姑且不說。在前清時代，就有「凡典賣田宅，不稅契者，笞五十……」的律例。民國以來，典當田宅的訴訟，一天一天地增加；而人民爭贖遠年典當田地的案件，尤其多得很。審判和執行兩方面，都感覺得異常的困難。如是在民國四年十月六日由前司法部頒行了清理不動產典當辦法，從前的大理院和現在的最高法院，都以這個作為判例。據習慣調查報告上所記載的看起來，這種習慣幾乎是沒有一個地方沒有的。所以我新民法對於典權特別設定專章，以適應事實上的需要，現在將牠的規定分述如左。

第一、典權的意義 在社會上，一般人大都將典字和當字互相通行。就習慣上說起來，典是指移轉占有而言。房屋土地，都可以出典。當字用之於不動產，就不移轉占有。用之於動產，就必須移轉占有。例如習慣用語的所謂取當，轉當，滿當就是的。我國民法第九一一條規定典權的意義，就是支付典價占有他人的不動產，而作為使用和收益的權利，就叫做典權。分析起來說，就是（甲）典權是以使用或收益不動產為目的物權。典權因為是主物權，所以牠有使用和收益的作用，牠的目的物，是以不動

產爲限的。所謂不動產，乃是指土地和牠的定着物。（民法第六六條第一項參照）但是對於這條通則，有兩個特別的例外：（一）典權的目的物，通常雖然是指土地和牠的定着物，然而也有以不動產上的權利爲目的的，例如北平商界的習慣，以舖底權爲目的就是的；（二）典權的目的物，雖然是不動產，然而在那不動產上的從物，通常也是被看做目的物的，例如前清現行律典賣田宅註釋上的，既曰田，則山園陂蕩之類在其內，曰宅，則碾磨店肆車船之屬在其內，就是的。（乙）典權是以支付典價，使用或收益他人的不動產的物權；典權因爲是以使用或收益他人的不動產爲目的的物權，所以典權的設定，通常都是有償行爲；至於不支付典價的，卻是非常少見。（丙）典權是以占有標的物爲成立要件的物權，典權的設定，通常是應當用契約的，而那種契約，是以訂定書面的典契爲必要的，並且非登記不發生效力。（民法第七五八條及第七六〇條參照）至於典權的成立，卻仍以移轉占有爲要件，因爲典權是含有占有作用的主物權，所以在標的物還沒有移轉占有之前，典權就仍舊不能夠算是成立了。典權和不動產租賃，雖然很相似，但是一個是債權上的權利，一個是物權上的權利，並且彼此效力上的強弱，又大不相同。還有典權和抵押權所互相差異的，乃是一個爲定限物權，一個爲擔保物權。日本的學者，將我們中國的典權有認作擔保物權的，有認作擔保物中的不動產質權的，有認作債權擔



保的買回契約的，其實那都是錯了的。不過因為這種物權，限制所有權的效力異常地強大，所以我國民法將牠定在一般定限物權和擔保物權之後，作為一個區別。

第二、典權的期限 典權束縛不動產所有權的效用太厲害了，如果牠的存續期間漫無限制，就很容易發生許多流弊。期限過於長久的，那末，就使得出典人徒然擁有所有權的虛名，而不能夠獲得所有權的真實利益。期限過於短促的，那末，又對於出典人，經濟上使用收益的目的，大有妨礙。所以我國民法第九一二條上明白規定：「典權約定期限，不得逾三十年；逾三十年者，縮短為三十年。」因此出典人和典權人訂定典契的時候，應當在這個法定期限之內，斟酌情形，規定他們的期限。假若有超過這個法定期限的，也並不是約定期限完全無效，不過使超過期限的部分歸於無效，使牠縮短些，合乎法定期限罷了。關於典權的存續期限，前清戶部則例，將牠分析做兩項：（一）旗人典當房地，及民人典當房地，統以十年為率；（二）民人契典旗地，回贖期以二十年為斷。直到清理不動產典當辦法施行，關於典期纔有嚴厲的限制。依照該辦法第八條前段的規定，典當期間以不過十年為限，違者一屆十年限滿，應准業主即時收贖。業主屆限不贖，聽憑典主過戶投稅。如此，現在我國的民法以三十年為期，比較清理不動產典當辦法就寬大很多了。

第三、絕賣條款的限制。典價通常總是比較典物的價額低廉些。假如所約定的期限並沒有幾許時候，就允許典權人可以附設到期不贖即作絕賣的條款。那末，對於出典人的利益，未免太沒有保護了。所以我國民法第九一三條規定：「典權之約定期限不滿十五年者，不得附有到期不贖即作絕賣之條款。」既然法律上所禁止的只以未滿十五年的為限度。那末，約定存續期限在十五年以上的，其可以附設到期不贖即作絕賣的條款，自然是不消說得的了。關於這點，清理不動產典當辦法上僅僅地以十年為限度。（該辦法第八條後段載着，不滿十年的典當，不准附有到期不贖聽憑作絕的條件）我國民法由保護所有權的立場，規定以十五年為限度，也就比較周摯許多了。

第四、相鄰關係的準用。在典權繼續存在的期間，典權人對於典物既然有使用收益的權利，那末，在這時期之中，典權人所處的地位，是和土地所有人沒有什麼差別的。因此土地相鄰者間的一切關係，時常發生於典權人之間，或者發生於典權人和土地所有人之間。所以自然應當準用關於不動產所有權相鄰者間權利義務關係的規定，作為一種保障。（民法第九一四條）

#### 第五、典物的轉典和出租

一、轉典和出租的權利。典權人對於典物既然有使用和收益的權利，那末，典權人在取得典

權之後，倘若遇有急切的需要，而出典人沒有回贖的資力。或者因為還沒有屆滿典期，一時不能夠強要出典權人來回贖，如果沒有一種折衷的辦法，將使典權人陷於經濟的絕境。所以法律為救濟典權人起見，特別設定轉典的制度，規定着除去當事人另外有所訂定，或者另有習慣之外，典權人可以將典物轉典或出租給他人。（民法第九一五條第一項）但是在保護典權人之中，仍然要顧及對於出典人的利益沒有損害纔行。所以典權定有存續期限的，其轉典期限或出租期限，不得逾過原典權的期限。未曾定有存續期限的，那末不管轉典也罷，出租也罷，都不得擅自定有期限。並且轉典的典價，不得超過原典價。（同條第二項第三項）以上的這兩項規定，都為的是防免將來出典人回贖的時候，和典權人，或轉典人發生無謂的糾葛。

二、轉典和出租的責任 典權人既然享有可以將典物轉典，或出租給他人的權利，那末由轉典或出租所發生的損害，就當然應該由典權人負擔賠償的責任。因為不如此，就無從保全出典人的利益。所以我國民法第九一六條：「典權人對於典物因轉典或出租所受之損害，負賠償責任。」藉以明示這個旨趣。

第六、典權的讓與 典權屬於財產權的一種，並且不是專屬於典權人本身的權利。不徵得出典

人的同意，就將牠讓與給他人，自然沒有什麼不可以的地方。我國民法所以特別設定第九一七條第一項：「典權人得將典權讓與他人」，以明示這個旨趣。至於接受讓與典權的那個人，既然已經受讓了，就取得和原典權同一的權利。又是屬於當然的事理，所以又有同條第二項：「前項受讓人對於出典人，取得與典權人同一之權利」的設定，藉以杜免爭議。但是典權一經讓與，那末原典權人就即刻脫離了關係，待到將來期限屆滿，出典人可以逕直向受讓人回贖，自然是不消說得的。

#### 第七、典物所有權的讓與及留買

一、典物所有權的讓與 出典人在設定典權之後，對於典物的使用收益固然受着限制，然而典物的所有權，仍歸是屬於出典人的。本於所有權行使的結果，出典人自然可以將他的所有權讓與給他人。至於這個時候，典物的所有權上，既然有典權的存在，那末這個典權，決不因着所有權的讓與，而趨於消滅。所以典權人對於該受讓人仍然有同一的權利，這就是因為典權是物權，而有追及權的效力的原故。（民法第九一八條）

二、典物所有權的留買 典物既然在典權人的占有之下，當出典人將典物的所有權讓與給他人的時候，如果典權人有提出同一的價額，聲明留買的，在這種時候，使出典人，直接將典物的所

有權讓與給典權人，是很便利的。並且提出的價額，既然是相當，對於出典人的利益，也沒有什麼損害。所以出典人，除非有正當的理由，是不能夠拒絕讓與的。（民法第九一九條）至於到底有沒有正當的理由，乃是事實上的問題，當事人之間如果有什麼爭執，自然應當由法院去判定。

## 第八、典物的滅失

### 一、因不可抗力的滅失

A 典權和回贖權的消滅 典權還繼續存在的期間中，典物因着天災地震等不可抗力，以致全部或一部分滅失的；其滅失的原因，既然是不可抗力，那末典權人和出典人，彼此就都不應當負擔什麼責任。所以法律上規定，就那滅失的部分，典權和回贖權都歸於消滅。（民法第九二〇條第一項）藉以杜絕當事人之間的糾紛。但是在這種情形之下，出典人如果就着典物的殘餘存在部分，而為回贖的時候，那末這項損失應當由何人負擔呢？因此又有得由原典價中扣減典物滅失部分滅失時之價值之半數的規定，以期對於雙方的利益都沒有損害。並且明定着以扣盡原典價為限，使典權人不致於遭受意外的損失。（同條第二項）。

B 重建或修繕的限制 典物在典權繼續存在的期間之中，因為不可抗力以致全部或一

部分滅失的，如果不給予典權人以重建或修繕的權利，那末就殊有礙於經濟的發展。但是出典人的利益也是必須兼而顧及的，所以典權人的重建或修繕，除去經過出典人的同意之外，僅僅可以在滅失的時候，滅失部分的價值限制以內去做。（民法第九二二條）這個和乾隆十年「起造典屋，其高寬丈尺工料裝修，俱照原屋，以免爭執」的例案，完全是出於同一的法意。

二、因典權人的過失的滅失 典物在典權繼續存在的期間之中，如果因為典權人有可歸責的事由的發生，以致全部或一部分滅失的，固然應當由典權人負擔損害賠償的責任。但是仍舊應當將情形分別清楚再去斷定。換一句話說，就是應當按照典權人過失的輕重，作為判斷的標準和憑據。所以因為典權人的輕微過失，以致典物全部或一部分滅失的，典權人僅僅負擔在典價的限制以內的責任。但是如果由於典權人的故意或者重大過失，以致典物滅失的，那末他的責任就比較的重些。就是將典價抵償損失之外，如果仍有不足，典權人依然應當負擔賠償的責任。（民法第九二二條）例如甲將價值萬元的房屋一棟，出典給乙，其典價為八千元。由於乙的故意以致將該屋燒燬了的時候，除去不能夠向他索回典價之外，乙還必須賠償二千元給甲。這項規定，比較乾隆年間的例案和前大理院的判例，都詳盡些。這不能夠不說是立法上的進步了。

## 第九、典物的回贖

一、典權定有期限時 出典人雖然將不動產出典，然而仍舊保持着有以原典價回贖典物的權利。所以典權定有期限的，在期限屆滿之後，出典人可以用原典價回贖他的典物。但是出典人在典期已經屆滿之後，如果永遠地不回贖，那末權利的狀態，就無從確定，這是很不相宜的。因此，如果在典期屆滿之後，經過兩年，而出典人不用原典價回贖的，典權人就取得典物的所有權。（民法第九二三條）清理不動產典當辦法第八條規定：「業主屆限不贖，聽憑典主過戶投稅。」是過期不贖，就應當作為絕賣的意思，另外並沒有相當的恩惠期限。就對於保護出典人這點而言，是還難說到周摯兩個字啊。

二、典權未定有期限時 典權如果未曾定有存續期限，除去受有法定的限制以外，我們可以推定出典人保持着有隨時用原典價回贖典物的權利。所以我國民法第九二四條規定：「典權未定期限者，出典人得隨時以原典價回贖典物。」但是出典人自從出典後，如果經過了三十年，而仍然不回贖的，那末權利的狀態，就永遠地不能夠確定。對於經濟的發展，頗有妨礙，所以在這種情形之下，典權人就取得典物的所有權。（同條但書）

三、回贖典物的時期和通知 典權，無論是否定有存續期限，如果典物是耕作地，那末出典人的回贖，就必須在收益季節之後，次期作業開始之前纔行。因為不如此，不但不足以保護典權人的利益，就是對於耕作地也是不利的。還有如果典物是耕作地以外的其他的各種不動產，那末也應當在六個月之前，預先通知典權人，使他可以知訊而有所準備。（民法第九二五條）

第十、典價的找貼 典物，因為典權人的找貼典價，可以取得牠的所有權。這不但是對於出典人和典權人雙方都很方便有益，並且既然在出典之後，仍然能夠請求找貼，乃是我們中國習慣，保護弱者的優點。所以我國民法第九二六條第一項規定「出典人於典權存續中，表示讓與其典物之所有權於典權人者，典權人得按時價找貼，取得典物所有權。」但是在習慣上，往往有一次兩次乃至許多次請求找貼，以致發生若干無謂的糾紛的。所以同條第二項規定：「前項找貼，以一次為限，」作為一個限制。

第十一、典權人的求償權 典權人因為支付有益費用，以致使得典物的價值增加；或者因為典物的滅失，而重建或修繕的，（民法第九二二條參照）在出典人方面，實在是一種不應當取得的利益。所以我國民法上明白規定，典權人在出典人回贖典物的時候，可以請求償還，作為表示公平的意



思。但是與權人的求償權的範圍，只以現時存在的利益爲限，因爲在保護利益之中，仍然含寓得有限制的意思。（民法第九二七條）



## 第九章 留置權

留置權，在督促債務人的履行債務，以圖雙方的公平，所以各國民法大都設有關於留置權的規定。但是其編制的方法，就很不一致，現在就各國的學說和立法例，分別介紹如下：

一、法蘭西法制 法蘭西民法中，雖然也有留置權的規定，可是其性質很欠明瞭。所以法國的學者之間，彼此議論紛紜，約略可以將他們分做兩派：

A 債權主義 他們認為留置權是債權的特別效力，所以也是債權。這派學者主要的意思，是說留置權，乃是就標的物擔保債權人的債權，不過債務人想取回標的物的時候，債權人可以用它抗辯罷了，而抗辯呢，乃是債權的效力，所以留置權是屬於債權的。

B 物權主義 他們認為留置權，乃是直接以物為標的的權利，所以是物權。這派學者主要的意思，是說物的占有人，可以拒絕物的返還，而行使他的權利，無須乎相對人有怎樣的行為，而可以直接的在物上行使他的權利。並且這種權利，不僅可以對抗債務人，就是對於取得標的物的所有權人，以及在標的物上享有定限物權的人，也都可以對抗。所以留置權是屬於物權的。

這兩派的基本觀點不同。所以他們的立證自然也就有了差異。但是自從第二派的學說，由法國司法當局採用作判決例以後，第一派學說的勢力，就漸漸地消失了。

二、德意志法制 前德意志帝國民法，認為留置權是債權，將其列入債務關係法之中。（德民二七三條二七四條）凡留置權的成立，必須債權人的債權，和債務人的債權，有牽連的關係。換句話說，就是雙方互相負有債權人和債務人的資格，而看做抵銷一樣。抵銷是什麼意思呢，根據羅馬法講起來，只是節約清償的方法，卻並沒有權利的觀念。然而考查德國法例，就不但作為節約清償的方法，並且看做一種權利。就是關於留置權的效力，也都看做抵銷權一樣。不過一個呢，是單純的債權，一個呢，是繫於物的關係的債權，不能沒有差別罷了。我民法做照瑞士和日本的立法例，認為留置權是擔保物權的一種。而在物權編中特別設訂了專章的規定，現在將其內容分述如左：

第一、留置權的意義 留置權就是債權人占有屬於債務人的動產。就其物所發的債權，沒有受到清償以前，有留置其物的權利。（民法第九二八條）由這個定義，我們可以知道留置權的性質，就是：

一、留置權是擔保物權 擔保物權，是因為擔保債權而發生的物權。留置權既然是債權者，為

擔保關於其物所生的債權，所以屬於擔保物權，是不消說得的。

二、留置權是由於債權人留置債務人的動產而發生的。留置權是根據於留置其物而發生的。而那被留置的東西，又是以動產爲限，不動產是不屬於留置的範圍之內的。所以根據於這點，研究留置權的本質，又可以知道它是屬於動產物權的。

三、留置權是以物的占有爲要素的權利。留置權不但是在發生的時候，以物的占有爲要素，就是其後留置權存續的期間，也是以物的占有爲要素。在這裏有一個必須提出來請讀者加以注意的問題，就是留置權和同時履行抗辯權的關係。同時履行抗辯權，就是因爲契約互相負有債務的人，在他方當事人沒有爲對待給付之前，也可以拒絕自己給付的權利。（民法二六四條參照）這到底和留置權是否一樣。彼此的關係怎樣，學說上還沒有一致，現在分別介紹如下：

A 同質說 這一說解釋留置權有廣義和狹義的分別。就廣義的意思講起來，就是當事人的債權和債務。相對人若是不去履行，自己也可以拒絕履行。根據這點推論起來，那末同時履行的抗辯，也是包含在留置權之中。在法理上兩者的觀念，本來沒有區別，物權法和債權法，各自設有特別的規定，純是爲着便利起見罷了。但是狹義的留置權，就僅只指物權法上的留置而言，凡

是法國法系各學者的學說，都是作如此的主張。

B 異質說 這說的學者認為留置權和同時履行抗辯權，不僅是名稱上不同而已。在法理上的觀念，也完全是不同的。比較起來，約可分爲四點：

(1) 同時履行抗辯權，是由於對待給付契約的性質而發生的，即令法律上沒有明文規定，也有這個當然的結果。可是留置權是法律上直接規定，特認的權利，這是彼此不同的第一點。

(2) 同時履行抗辯權，是以維持同時履行的原則爲標的。所以是債權的效力，雖說是他方的當事人提供了擔保，而這方的當事人的抗辯權是仍然存在的。至於留置權，是以避免物的占有人的損害爲標的；所以只要是相對人提供了擔保，就自然可以免掉損害。留置權也就因而沒有存續的必要，應當歸於消滅了。這是彼此不同的第二點。

(3) 同時履行抗辯權，是限於雙方的債務都已經屆滿清償期的時候，纔可以適用的。而留置權，就無論債務人負擔的給付已經到期沒有，只要債權人負擔的給付已經屆滿清償期，債務人就可以本着他的留置權而拒絕給付，這是彼此不同的第三點。

(4) 同時履行抗辯權是不必有關於物的占有，所以僅只可以爲同時履行的抗辯。反轉來

說，留置權是以有關於物的占有爲標的，這是彼此不同的第四點。據在下的愚見，以爲後說是對的，讀者諸君不妨詳細地推敲推敲。

第二、留置權的要件 我民法規定留置權的標的物，以現在在債權人的占有之中，屬於債務人的動產爲限。外國的法律有以不動產爲留置權的標的物，並且那標的物不以屬於債務人者爲限的。我民法可就沒有那樣廣汎。債權人在他的債權未曾受清償以前，占有屬於債務人的動產。想要享有留置的權利，還必須備俱得有左列的三個要件。（民法九二條）

一、債權已至清償期者 留置權是關於物的占有而發生的物權，必須那物的交付義務人的債權，已經到了清償期，纔可以享有這種權利。至於那物的歸屬人的債權，是否已經到了清償期，那是不消過問的。如果債權的清償期還沒有到來，那末就不應當強迫要求人家來清償。所以沒有予以留置權的必要。

二、債權之發生與該動產有牽連之關係者 留置權所擔保的債權，必須那債權和那留置物有牽連的因果關係，纔能够發生留置權。如果不是這樣的話，那末自然就無從而主張留置了。所謂牽連的關係，就是說那債權是由那動產直接發生的意思。例如鐘錶鋪因爲修理鐘錶，洗染坊因爲

洗染衣裳而受取工資。物的歸屬人不給工資，物的交付義務人可以留置他的物品就是的。假若物的交付義務人因爲貸借關係，對於物的歸屬人另外有了債權，那末這個因貸借關係而發生的債權，對於該項物品絲毫沒有所謂牽連的關係和因果的聯絡，因此不能夠主張留置權。

三、其動產非因侵權行爲而占有者 留置物的占有行爲必須要合法纔行。因爲物的交付義務人若是因着侵權行爲而占有物的歸屬人的物品，那末法律上就沒有保護的必要。所以卽令是因物而遭受了損害，或者因物而負擔了費用，都不能夠向正當權利人去請求支付費用。例如用詐欺行爲使得他人去買了他的所有物，若是賣主發覺了這人的詐欺行爲，依照詐欺而撤銷那買賣的時候，雖然買主已經支付了價金，在他受價金返還以前也不能夠留置那物就是的。

我民法除去上面所說的留置權三要件之外，對於第二要件中的牽連關係，還另外有種擬制。這是因爲商人間的交易非常頻繁，所以他們的留置權的範圍，應當比較一般留置權的廣泛些，纔足以保護債權人的利益的緣故。凡是商人間因爲營業關係占有的動產，和因爲營業關係所發生的債權，不問他的營業是否同一，全看做有第九二八條所規定的牽連關係。（民法第九二九條）這種規定，在外國的法律上大都規定在商法中，我們中國因爲民法和商法合一的結果，所以移置在這裏來了。



第三、留置權的限制 債權人對於占有屬於他的債務人的動產。如果備具得有第九二八條所規定的要件，固然有留置的權利，但是有下列情形之一的時候，那末就仍舊不能夠取得留置權的。那是些什麼情形呢？就是：（一）動產的留置如果違反了公共秩序，或者善良的風俗的，法律上不承認交付義務人有留置的權利。例如某甲因為家裏死了人，將一副木材託付木匠某乙，讓他趕做棺材。做好了之後，某甲沒有將工資給某乙，某乙因此就扣留着他定做的棺材，這就是有反於公共秩序的良善。如是法律上不認許某乙有留置權。（二）動產的留置和債權人所承擔的義務相抵觸的，也不能夠認為有效。例如債務人將某種特定物寄託給債權人，讓他保管，債權人沒有得着債務人的承認，就自由的使用留置物，或者貸給他人，或者用來供自己債權人的擔保等等，這都是和自己所承擔的義務相抵觸的，法律上也就不能夠承認他有留置權的效力。這是什麼原故呢？因為債權人僅僅只有單純的留置那物的權利；債務人如果違反契約，不盡他的義務，這個不消說得，拒絕交付留置物就是了；如果越了留置權的範圍，沒有得着債務人的同意，就做上面所說的那種行為，那不就是和自己所承擔的義務相抵觸了嗎，怎麼與呢？（三）和債務人在交付動產以前，或者交付動產的時候，所做的指示相抵觸的，債權人就自然應當負擔那責任。如果這種時候亦認為有留置權，那末就失了留置權為謀雙

方面的公平的旨趣了。（民法第九三〇條）

第四、留置權的擴張 留置權的取得，必須合乎上面所說的要件和限制，這是不消說得的。可是有時候不合乎要件和限制，債權人仍舊不妨有留置權的，這個在學術上稱做留置權的擴張。動產的留置，非在債權已經到了清償期的時候不行，已經在第九二八條第一款上規定明白了。可是如果要絕對的貫徹這個意旨，對於保證債權人有時候就未免太薄了。所以債務人如果沒有支付能力，縱令在債權沒有到清償期以前，債權人也有留置他的動產的權利。（民法第九三一條第一項）這就是對於要件的擴張。還有債務人在交付動產之後，成爲沒有支付的能力，或者他的沒有支付能力，在交付之後纔被債權人所知道的。如果因爲有第九三〇條所規定的抵觸情形，而不許他有留置該動產的權利，那末債權人就會要坐受損失，無法挽救。所以動產的留置縱令有第九三〇條所規定的抵觸情形，債權人仍舊是可以行使他的留置權。（同條第二項）這就是對於限制的擴張了。

第五、留置權的不可分 凡是擔保物權都具有不可分的性質，比方抵押權質權就是的。留置權是擔保物權，那末它所擔保的就是債權的全部，而不是分割的了。所以債權人雖然因爲不可抗力而喪失了留置物的一部分，還是可以就看那殘餘的部分，爲債權全部而行使他的留置權，或者債權人

雖然已經受到了債權一部分的清償，還是可以留置那物的全部。或者債務人有數個人的時候，其中的一個還沒有清償他的債務就死了，以致使得債權人沒有受到全部的清償。那末債權人依然是可以留置那物的全部的，這個在我民法上有第九三二條的規定：「債權人於其債權未受全部清償前，得就留置物之全部，行使其留置權。」

#### 第六、債權人的權利和義務

一、求償權 留置物的留置，在乎謀債權人的利益。所以就純理上講起來，因為保管留置物所支出的費用，似乎應當由債權人去負擔。然而如果債務人能夠清償他的債務，就決不至於發生留置問題。保管費用也就無由而生了。所以債權人因為保管留置物，所支出的必要費用，可以向其物的所有人請求償還，以免使物的所有人獲得不當得利。（民法第九三四條）

二、孳息收取權 留置物所生的天然孳息和法定孳息，債權人並沒有當然收取的權利。然而如果債權人收取，將它用作抵償債權，這對於債務人並非沒有益處。所以我民法上有債權人得收取留置物所生之孳息以抵償其債權的規定。（第九三五條）但是這項孳息必須在收取以後，纔屬於債權人的所有。債權人的收取與否，是屬於他的自由。這自然是不消說的。

三、債權人的義務。債權人應當以善良管理人的注意，保管留置物。（民法第九三三條）因為債權人爲着自己的利益，占有他人的東西。既然在那留置物上享有種種的權利，那末縱令是屬於極輕微的過失，他也應當負擔那責任，不然僅只片面地享受權利而不負擔義務，在法律上講起來，就未免有失公平的本旨了。

第七、留置權的實行。債權人在沒有受到清償以前，對於占有屬於他的債務人的動產固然有留置權，然而保管的責任太重大了。（第九三三條參照）如果責令他永遠的做保管的工作，那末債權人就反而蒙受了不利，並且對於社會經濟也有妨害，所以債權人在他的債權已經到了清償期，還沒有受到清償的時候，可以定六個月以上的相當期限，通知債務人，聲明如果不在那個期限以內清償，就實行他的留置權。（民法第九三六條第一項）債務人如果在那個期限以內清償他的債務，那末留置權就消滅。不然的話，債權人就可以依照關於實行質權之規定，聲請法院將留置物拍賣。就以其實得的價金去受清償，或者依照法院的許可，直接的取得留置物的所有權。（同條二項）但是如果不能够做這種通知的時候，債權人的權利仍舊是有名無實。那末在債權清償期屆滿之後，經過了二年，仍舊沒有受到清償的時候，債權人也可以行使前項所規定的拍賣的權利。（同條三項）

## 第八、留置權的消滅

一、擔保的提供 債權人的留置權，是因為債務人不清償他那已經到了清償期的債務而發生的。如果債務人因為清償債務，已經提出了相當的擔保，那末留置權就沒有再存在的必要。債權人的留置權就應當歸於消滅。（第九三七條）

二、占有的喪失 留置權的存在，以占有債務人的動產為必要，喪失了占有，留置權就當然歸於消滅。（第九三八條）至於喪失占有的原因，是否由於自己的意思，那是不過問的。

第九、法定留置權 擔保物權之中，有依照當事人的設定行為而發生的，有依照法律的直接規定而發生的。比方抵押權，質權就都是屬於前者。但是這種權利，有時候也有依照法律的直接規定而發生的。如法定抵押權，法定質權就是的。至於屬於後者的，就是留置權。因此我們可以知道留置權沒有依照設定行為而發生的，法定留置權和一般的留置權沒有差別，也是擔保物權的一種。所以法定留置權除去法律上另有規定的以外，準用關於留置權的規定。（第九三九條）所謂法定留置權，比方第四四五條，第六一二條，和第六四七條第一項的規定就是的。



## 第十章 占有

占有的關係非常重要。就私法上說起來，占有對於時效有重大的關係。就公法上說起來，占有對於領土有重大的關係。就刑法和訴訟法上說起來，占有對於竊盜問題和立證的責任都有重大的關係。因此各國的學者，都拚命的研究，占有發源於羅馬法和德意志古代法。所以我們可以從羅馬法和德意志古代法上窺知占有的意義。在羅馬法上說，凡是應當受法律保護的事實上的管領力，叫做占有。不應當受法律保護的事實上的管領力，叫做所持。又羅馬法將占有分爲物的占有和準占有二種。以標的物的不同，作爲兩者間區別的標準。權利行使在有體物上的，叫做物的占有。權利行使在無體物上的，叫做準占有。在德意志古代法上，以占有爲權利的外觀，因爲權利人行使權利，是名副其實的。至於非權利人行使權利，不過有權利的外觀罷了。占有就是權利的外觀，並非單純的事實關係，而乃是一個法律關係。根據這個限說，如是有權利的外觀的，就都是占有。至於是否有爲己的意思，那是可以不管的。現在各國的立法例，受着羅馬法和德意志古代法的影響，對於法律上的占有各有不同的解釋，如是仍有將占有認爲一種權利的。我民法做照德意志的立法例認爲占有是對於物有事

實上的管領力，只是一種法律所保護的事實關係罷了。所以不稱占有權，而祇稱占有。現在將我民法上關於占有的規定分述如左：

### 第一、占有人的種類

一、直接占有人 物的占有人，自身現實的占有那物，換句話說就是自身現實的對於那物有事實上的管領力的，叫做直接占有。這個占有的人就是直接占有人，不管他是爲着自己的占有，還是爲着他人而占有，我民法爲維持公益起見，都加以保護。（第九四〇條）所謂事實上的管領力，是指着有保持那物於自己的實力範圍之內，已經達到了可以排斥他人干涉的程度而說的。那個做占有行爲的人是否有占有的意思，是不過問的。這就是就民法採取德意志主義的地方。法蘭西主義就和這個相反了。

二、間接占有人 非自身現實的占有那物，僅僅對於現實的占有那物的人，有返還請求權，因此而間接的有物上管領力的，叫做間接占有。凡是根據於質權、承租、受寄和其他與這個相類似的法律關係，對於他人的物有占有權的，那自身現實的占有其物的人是直接占有人。在這個時候的他人就是間接占有人。例如甲在乙的物上享有質權而占有乙的那物，甲是直接占有人而乙就是



間據占有人。(第九四一條)

三、占有補助人。我民法上還有所謂占有補助人。占有補助人是爲他人而占有，並非爲自己而占有。這種占有補助人似乎和直接占有人相同。其實並不一樣，因爲占有補助人必須接受他人的指示然後對於那物有管領力。乃是主人用作占有的一個機關，對於主人事實上處在從屬的地位，並非他自身有什麼物權或者債權關係而發生管領的事實。例如僱用人或者學徒無非是根據於他的身分關係；給他的主人幫忙辦事罷了。他的本身那裏有什麼權利作爲他占有的依據呢。

(第九四二條)

## 第二、占有的推定

一、權利適法的推定。凡是行使權利的，以實際上享有該種權利爲常態，以沒有該種權利爲變態。占有人既然有了占有某物的事實，那末依照普通的經歷，就可以推定他所行使的權利有適法的原因。因爲就一般的占有人說起來，大都是有行使權利的資格的人，固然也有強占他人的東西的人。不過那總是少數，不能夠代表一般的。例如占有土地以行使永佃權，占有質物以行使質權，假若沒有人出來作反證，那末推定占有人有正當的地役權和質權就是的。(第九四三條)推定

的結果，占有人如果有本權的訴訟，不論他站在原告或者被告的地位，既然是一個正當的權利人，那末就可以不必自己來證明他的權利。假若那個相對人主張占有人確實沒有權利，那末就應當由相對人負反證的責任。反證假若不能夠發生效力，就是訴訟的勝利當然的歸於占有人，所推定的法則，對於占有人是有很大的利益的。

二、自主善意無瑕疵及繼續的推定 占有的事實，是各種物權的基礎。所以保護占有是法律的最重要的使命之一。但關於占有人所主張的種種事實，往往很難得證明。如果必定要等待將那些事實證明了，纔去加以保護，那末也未免失去了立法的本意。所以我民法根據於事實的常態，替占有人設種種的推定，藉以免除他舉證的責任，而且使他容易享受着利益，這就是本法設定第九四條「占有人，推定其為以所有之意思，善意和平及公然占有者，」和同條第二項「經證明前後兩時為占有者，推定前後兩時之間，繼續占有，」的所以然。現在將所推定的各項事實分述如左：

A 自主的推定 一切占有都推定是所有的意思。所以占有人如果主張他以所有的意思，給自已占有某個物件，我們對於這個意思的是否確實，不必去管它。因為根據一般的經驗說起來，所有人多半是同時對於物件事實上在占有着。並且多半是以所有的標的為物的占有的，這

乃是一般的狀態。如果有人主張他的占有是替他人做的，那末這個作如此主張的人就應當負證明他主占有的責任，是不消說得的。

B 善意的推定 凡是占有一概推定是善意的占有，而不推定是惡意的。這就是因為要避  
免占有人立證困難的原故。

C 無瑕疵的推定 就是和平公然的推定。因為占有人的和平而且公然占有，乃是事的常態；而強暴秘密的占有乃是例外。所以凡是占有都推定做和平公然的占有。

D 繼續的推定 凡是占有人只要能提出證據，證明前後兩個時候他是某物的占有人，那末就可以推定他在那兩個時候之間是繼續的占有着該物的。因為根據一般的經驗，是可以由此知道前後兩個時候之間的占有，必定繼續不斷的。雖然也有不繼續的，但是那不過是些少數的變態罷了。所以法律只責成占有人證明前後兩個時候的占有事實。

關於以上四項事實，既然是推定的，自然只要是能夠提出反證，就可以將該項推定推翻了。

### 第三、占有的變更

一、他主占有變為自主占有 自主占有和他主占有的區別，是在以占有人的意思為標準。自

主占有乃是占有人以他的占有物，爲自己所有的意思而占有的。他主占有乃是占有人，在一定的法律關係繼續存在之中，以爲自己的意思而占有那物，並非以爲自己所有的意思而占有那物的。簡單的說一句，就是自主占有和他主占有不同之點，只在乎有沒有所有的意思。而法律上的效果也因此有很大的差異。就是所有意思的有無，對於占有的效果影響極大。他主占有雖然可以變爲自主占有，可是自主占有卻沒有變爲他主占有的道理。所以我民法上只設定由他主占有變爲自主占有的時期。現在將它分析說明如下：(甲)占有人對於使自己占有的本人，表示所有的意思的時候，就是占有依照它所由發生的事實，例如因爲地上權或者質權的設定，而取得占有，性質上是沒有所有的意思的，以那占有人對於使他占有的人，表示所有的意思起，變爲有所有的意思而占有，所以必須對於使自己占有的本人表示所有意思的原故，是爲着保護本人的利益記見。如果不必對於本人表示所有的意思，那末他主占有人僅只以片面的意思，隨時可以任意將他主占有變更爲自主占有，豈不是使得本人在不知不覺之間喪失了他的權利嗎。(乙)占有人因着新事實而以所有的意思開始占有的時候，所謂新事實是指着因爲買賣、贈與、互易等契約的發生所有權的移轉而言。他主占有人依着這種原因而以所有的意思開始占有的，不管與使自己占有的本人是

否有關係，自開始占有的時候起，作為所有的意思。（第九四五條）

二、善意占有變為惡意占有。善意占有和他主占有的區別，也是以占有人的意思為標準。無權占有有人不知道自己沒有占有的權利所為的占有，叫做善意占有。反之自己知道沒有占有的權利而占有的，叫做惡意占有。還有占有人雖然自己不知道是無權占有人，而他的不知如果是由於重大的過失的，也當作惡意占有，兩者法律上的效果完全不相同。惡意占有在占有人的確相信他的占有是根據於正當權利的時候，就變為善意占有，這是必然變更的，所以無須乎明文的规定。因此我民法上僅僅特別設定善意占有變為惡意占有的時期，就是善意占有人既然在本權訴訟受了敗訴的判決，那末他的沒有占有的權利是很顯然的。例如甲將乙所有的古玩賣給丙，丙以為那古玩是甲的就買下了，事後乙根據於自己的所有權，對丙提起索回古玩的訴訟，丙若是敗訴，那末從那訴訟拘束發生的時期起，就看作惡意占有。（第九五九條）因為既然有人提起本權訴訟，占有人就可以知道他自己沒有占有的權利，不過訴訟拘束還沒有發生的時候。關於起訴人的主張，是否實在正當，還不知道，所以善意占有變為惡意占有的時期，必定從訴訟拘束發生的時候開始，而不應當從起訴的時候開始。訴訟拘束發生之後，一切由占有所生的權利和義務的關係，按照惡

意占有人辦理，也將占有人推定作為知道了他自己沒有占有的權利。所謂本權訴訟，就是可以取得占有人權利的訴訟。例如所有權、地上權、地役權和質權等的訴訟就是的。

第四、占有的取得 占有的取得，依其原因概括起來可分為兩種：一即原始的取得，一即傳來的取得，現在分別說明如左：

一、原始的取得 占有的成立要件，是對於標的物的事實上的管領力。所以取得占有也以有事實上的對於標的物的管領力為必要。不論是有占有人的東西，或者是沒有占有人的東西，只要是占有人就那物上作事實上的管領，就都是原始取得的占有人。所謂事實上的管領，是以實力的存在為前提的。例如對於物的可以隨時任意的以實力左右和排斥他人的干涉，就可以當作事實上的管領力。而且對於物有事實上的管領力，就可以完全的取得那物的占有。至於占有人是否有取得的意思，那是可以不消過問的。

二、傳來的取得 傳來的取得又可以分做兩種來講：一是移轉，一是繼承。關於繼承的是否可以作為取得占有的方法，各國的立法例頗不一致。我民法上也沒有直接的規定，不過從第九四七條「占有之繼承人……」這幾個字推測起來，似乎是暗示着占有可以因繼承而取得的了。但是

因爲繼承人和所繼人並沒有移轉受移的關係，所以繼承開始之後，繼承人就取得所繼人的占有，不必另外有什麼要件。換句話說，就是繼承人的取得占有，不必是事實上立在管領占有標的物的地位，更不必問他是否有想要占有的意思，或者是否知道有這個占有，這就是繼承人的取得占有和其他的取得方法不同，而值得我們注意的地方。現在就本法上的規定，將移轉的要件和效力分述如左：

A 移轉的要件 占有既然具有法律上的利益，那末這個利益就不必一定永遠的歸屬於一個人，而是應當可以由他人去繼受的。就一般的原則講起來，私權的移轉是首先以有當事人的意思表示爲要件的。但是占有的移轉，在當事人表示移轉和受移的意思之外，假若不交付標的物，那移轉是仍然不能發生效力的。爲什麼移轉占有的時候，必定要以交付標的物爲要件呢，這是因爲占有的事實，乃是根據管領標的物而成立的原故。標的物如果不屬於受移人的管領，就無法可以認識那事實的存在。所以想要移轉占有，就必須同時交付那標的物，所謂交付標的物，就是將在原占有人管領力之下的東西，事實上移轉在新占有人的管領力的範圍之下。因此我民法第九四六條上明白規定：「占有之移轉，因占有物之交付而生效力。」但是爲事實上的

便利起見，占有的移轉不必以現時的交付爲必要，而僅只由當事人的意思表示就發生效力。例如：(1)簡易交付，凡是占有的標的物，已經先在占有受移人的管領力之下的，只要當事人彼此合意，就可以移轉占有。(2)改定占有，占有移轉人因着別種的法律關係，將占有的標的物繼續占有的，也僅只以當事人的意思表示爲移轉。(3)求還代位，間接占有人以移轉他對於直接占有人的請求交付權爲移轉，以上所說的這三個例外，都是準用民法第七六一條所發生的結果。因爲一方面可以增進交易上的便利，一方面可以免除輾轉交付的麻煩，所以法律對此特別的予以認許。(同條二項)

B 移轉的效力 取得時效的完成，在那期間之內是不必以一個人的繼續占有爲必要的。所以占有的繼承人或者受讓人，可以就着自己的占有單獨的主張，或是將自己的占有和那前占有人的占有合併起來主張。在占有人和那前占有人的占有，都是善意沒有過失的占有的時候，占有人固然可以在主張自己的占有之外，再援用前占有人的占有而合併起來主張，然而即令在前占有人的占有是惡意或者有過失的時候，占有的繼受人也有以合併主張爲有利的。例如前占有人雖然是個惡意的有過失的占有人，已經以所有的意思，將標的物占有了十五年。而



繼受人以善意無過失受讓了那占有物，在受讓之後，只要再占有五年，繼受人就自然以合併主張這兩個占有爲有利了。因爲合計這兩個占有共有二十年，就可以依照我民法第七六九條的規定。因爲取得時效的完成，而直接的取得那占有物的所有權，倘若只單獨的主張自己的占有，就沒有這種利益了。所以不如將自己的占有和前占有人的占有合併起來主張好些。反轉來說，假若前占有人的惡意占有僅有五年，而繼受人的善意占有卻有十年。那末就不如僅只主張自己的占有比較好些，因爲這是可以依照我民法第七七〇條的規定，而取得時效的完成的。如果在這種情形之下，也將自己的占有和前占有人的合併起來主張，那末反會因爲年限不足，而不能夠依照第七六九條的規定完成時效了。所以我民法特別設定第九四七條第一項「占有之繼承人或受讓人，得就自己之占有，或將自己之占有與前占有人之占有合併，而爲主張」的規定。使占有的繼承人或者受讓人，可以完全的享有取得時效的利益。但是占有人的單獨主張自己的占有，或者連同前占有人的占有合併主張，常常影響到第三人。所以必須具有下列的三種要件：(1) 占有人必須是前占有人的繼受人。繼受人有特定和普通的分別：普通繼受人就是前占有人的繼承人，受遺人也包括在內；特定繼受人就是由買賣、互易、贈與等的法律行爲特別繼受

某物件的受讓人。(2) 占有人如果想要合併主張，就必須他的占有和前占有有互相繼續。倘若兩個占有之間曾經有他人的占有，或者有占有喪失的事實，就不能夠看做彼此是互相繼續的。因此占有人也就不得合併主張了。(3) 在援用某事實的時候，占有人應當援用該事實的全體。至於那些不利益之點，例如前占有中惡意有過失或者有瑕疵的地方，是不許自由捨棄的。因為法律的所以認許前占有可以合併於新占有，無非是推定新占有繼續前占有的意思。所以占有人想要合併主張前占有，就必須將前占有完全的援用。(同條二項)

第五、動產占有的特例 凡是用和平和公然的方法，開始占有動產的人，只要他是善意沒有過失的，就可以即刻取得在那動產上所行使的權利。這就是在學者們所說的瞬間時效。因為動產的性質是流動的，而且動產上的權利是非依靠着占有無從表現的，除此之外，既然沒有別的公示的方法，別人也就往往的相信占有人是正當的權利人而去和他交易。如果不使占有人可以迅速的站在權利人的地位，而給以法律上的保護，那末商業或者其他交易的狀態，就會時常的搖動，因而影響到經濟的發達。所以無論那個國家，關於動產的占有，都設定得有特別的規例，藉以保護善意取得占有人的利益。我民法也本乎這種意思，對於以動產所有權的移轉，設定或者其他的動產上的物權，比方動

產質權等的移轉，設定爲目的，而受讓該動產的占有，只要是出於善意的，即令是讓與人沒有讓與的權利，也還是認許受讓人的占有仍然有受法律保護的必要。（第九四八條）

第六、盜賊遺失物的占有 占有人的即時取得權利的效力，可以使所有人喪失了他的權利，而不能夠請求回復。法律對於占有人的保護可以說是很周到了。但是在占有物是盜賊或者遺失物的時候，上述的特例就當作爲別論，而不能夠適用。所謂盜賊是專指小偷兒、扒手和強盜的贓物而言，與委託物消費、詐欺取財等關於犯罪的物品不同。因爲這些事情乃是由於所有人的任意移轉他的所有物的占有，而遭遇盜難乃是無意識的喪失占有啊。關於這種例外的處置方法，我民法上別有規定，現在將它分別說明如左：

一、回復其物的請求 被害人或者遺失人本是無意識的喪失了他的占有物。這種意外的變故，並非他拋棄所有權的意思表示，所以在這種情形之下，即令占有人具備着和平、公然、善意、無過失的要件，也不能夠即時取得所有權。換句話說，就是被害人或者遺失人在遇盜或者遺失了他的占有物之後，有向占有人請求回復的權利。被害人或者遺失人因爲有向占有人請求回復的權利，所以在法律上叫做回復權人。回復權人在遇盜或者遺失之後，兩年以內，可以向占有人請求回復

他的東西，這是我民法第九四九條的規定。超過了法律上所規定的期間，回復權人還沒有行使他的權利的時候，那末就認為是他間接的表示拋棄權利的意思。於是占有人因此仍然取得占有盜賊或者遺失物的權利。

## 二、請求回復其物的限制

A 非償還支出價金不得回復其物的 占有物是盜賊或者遺失物的時候，被害人或者遺失人固然有請求回復那物品的權利，然而如果那盜賊或者遺失物是占有人在正當的地方，例如由拍賣或者公共市場或者由販賣與那物品同種的東西的商人那裏，以正當的方法善意買得的，那末就可以說是絲毫沒有過失的責任。而且對於那物品的來由，更沒有發生疑問的餘地。假若在這種情形之下，法律對於占有人還不加保護，仍舊認許原權利人可以充分的主張他的權利，那末占有人所遭受的損害就未免太重了，有誰還敢和人交易呢。豈不會影響到社會經濟的發達嗎？所以我民法在保全原權利人和占有人的利益的原則之下，規定了原權利非將占有人所支出的價金償還給占有人，是不能夠回復他的原物的。（第九五〇條）

B 不得向善意占有人請求回復其物的 其次，盜賊或者遺失物如果是金錢，或者無記名

證券，那末被害人或者遺失人就絕對的沒有向善意占有人請求回復其物的權利。（第九五一條）因為金錢和無記名證券，最容易流通。只要是一離開原主的手，就沒有方法辨別了。假若是善意的占有人，也仍舊要被追奪，那末交易的安全就無從維持了。爲防免待遇善意占有人的不平等，和解除糾紛起見，故此有這種斷然的規定。

#### 第七、善意占有人的權利義務

一、占有物的使用和收益 占有人的占有某物件既然是屬於善意的，不消說得自然應當推定他是適法所有的權利，藉以維持占有的效用，確實的保障交易上的安全。占有人既然是適法所有的權利，那末對於占有物的可以使用和收益就是當然的了。我民法的所以設定第九二條，就爲着明白的指示這個意思出來。

二、賠償責任的限制 占有物因着可以歸責於占有人的事由，以致消滅喪失或者損毀了的；按照一般的原則來說，這個固然應當由占有人負擔賠償那全部損害的責任。可是如果那個占有人是個出於善意的，換句話說，就是他乃是自信有這種權利的占有人，如果也適用這條原則，那末就不足以保護那占有人的利益了。立法者恐怕善意占有人遭受意外的損害，所以設法減輕他的

責任，就是僅只規定他對於回復請求人，在由於滅失或者毀損所受的利益的範圍之內，負擔着賠償的責任。（民法第九五三條）

三、償還費用的請求 占有人既然將占有物返還給回復權人，那末對於那回復權人，自然有費用償還的請求權。所謂費用，是指着就占有物上所投的費用而言。說得更透澈些，就是占有人對於保存那東西的必要費和改良那東西的有益費的總稱。現在先單就着善意占有人方面的加以說明。

A 保存占有物的費用 我民法第九五四條上規定了，善意占有人因為保存占有物所支出的必要費用，可以向回復權人請求償還。所謂必要費用，是說因為保存占有物所費的金額，和占有物的管理上必不可少的費用。其中又有通常費臨時費兩種：臨時費是指着因為水災火災或者地震等原因，擴大的修整的時候，所用的非常費用而言。通常費是指着因為平素保存管理上所花的費用而言。這種請求償還的範圍很大，因為占有人既然是善意的，而且保存費是維持占有物所不可缺少的，所以非如此不足以保護他的利益。但是此項費用，多半是由取得的孳息中支出的，如果善意占有人已經就着占有物上取得了孳息，那末就不可以請求償還。（同條但

書) 因為占有物假使有孳息被占有人所取得了, 那末也就已經足以抵除通常的保管費用的支出了。所以占有人取得了孳息的, 通常的保管費用就應當歸占有人負擔, 不然占有人就會享受不當得利了。

B 改良占有物的費用 所謂有益費, 是說因為改良占有物, 所費的金額, 和其他的增加占有物的價值的一切費用。因此我們可以知道, 改良占有物所支出的有益費用, 和保存占有物所支出的費用, 其性質是不相同的。這就是說一個是非必須支出的費用, 一個是不能不支出的費用。這種非必須支出的改良占有物的有益費, 如果也認許善意占有人可以向回復權人全部的請求償還, 那末太欠允當了。然而由有益費用所發生的增加價值, 現實的存在於回復占有物的時候, 對於回復權人明明是有利的。如果完全的不請求償還, 那末在回復權人方面就是一種不當得利了。所以就民法上規定着善意占有人在那現存的增加價值的限度之內, 可以向回復權人去請求償還, 以求對待占有人和回復權人的平等。(九五五條)

#### 第八、惡善占有人的權利義務

一、賠償責任的廣汎 占有物因為可以歸責於占有人的事由, 以致滅亡喪失或者損毀了的,

如果是善意占有人，那固然僅只以因滅失或者毀損所受的利益為限，負擔賠償的責任。反轉來說，如果是惡意占有人，或者是無所有意思的占有人；換句話說，就是他主占有人，既然明知那占有物是屬於他人所有權的，或者其他權利的標的物，那末因為歸責於自己的事由，以致占有物滅失或者毀損，就對於回復權人自然不可不負擔全部的賠償責任，以求保護回復權人的利益。（第九五六條）

二、請求償還費用的限制 惡意占有人既然明知沒有占有那標的物的權利，而去占有它，和無因管理幾乎是一樣的。所以民法第九五七條上規定着，因為保存占有物所支出的必要費用，祇得依照關於無因管理的規定。對於回復權人請求返還，關於無因管理的規定，可以參照我民法第一七六條和第一七七條，便能知曉。至於那些因為改良占有物所支出的有益費用，就絕對的不認許對於回復權人請求償還。倘若不是這個樣兒加以限制的話，那末惡意占有人就或者不免故意的多加些有益費用，作為阻礙回復請求的準備啊。

三、返還孳息的義務 占有人如果是善意的，依照推定他是適法所有的權利，固然可以收取占有物的孳息。反轉來說，占有人如果是惡意的，那末他就有返還孳息的義務。假如那些孳息已經



是消滅，或者因為過失而毀損，或者是怠於收取的，那末就使他償還孳息的價金。因為惡意占有人在他占有的時候，已經自己知道是沒有正當的權利；既然自知沒有正當的權利，那末對於正當權利人就應當將占有物和占有物的孳息一併返還過去，這自然是我們可以預先斷定的。所以縱令使他返還現存的孳息或者孳息的價金，惡意占有人也不至於因此而遭受到何等不測的損害。

（第九五八條）

第九。占有的保護 法律對於正當權利人的占有加以保護，這固然是應當的；可是非權利人的占有也加以保護，這到底是根據於什麼理由呢？例如強竊行爲是國家必須懲罰的，卻反而對於那因爲強竊占有的東西加以保護，這種奇怪的現象，是極應當研究。在從前的時候，法律還幼稚，所以法學者沒有研究到這種問題，到近代法學進步了許多，學者們對於這種問題纔詳細的研究，並且還解釋，所以保護的理由。於是有所謂絕對的保護占有主義，和相對的保護占有主義的產生。前者說占有應當保護的理由，乃是主張因爲占有的事實而加以保護；這種主義的要點，乃是在占有的自體上去求保護占有的理由，因爲並沒有將應當保護的理由很透澈的述說明白。所以如今已經失掉了信仰而不能夠成立了，後者是主張保護特定的法律上的利益。因爲要達到特定的法律上的目的，所以保護

占有，換句話說，保護占有乃是因為要達到其他法律上的目的之手段。這種主義的要點，乃是在占有的自體以外去求保護占有的理由，相對的保護占有主義之中，又以秩序維持主義比較的解釋得當。這派學者的主張，就是說人類想要保全共同的生活，就非得維持社會的秩序不可。維持社會秩序的方法，不外乎保全人類生活關係的現有狀況，想要保全人類生活關係的現有狀況，最好的辦法就是保護占有。但是對於占有的現有狀況，假若能够舉出反證來，那末法律上就沒有保護的必要了。我民法根據於上述的理由，於是規定了保護占有的方法，現在將它分述如左：

一、占有人的自助 凡是不假借國家的公力，而用個人的實力自己以為保護的，這就叫做自助。自助的方法，時常容易引起糾紛和爭執，以致擾亂社會的秩序。本來是不宜於輕易認許的，不過當占有被侵害的時候，那情形多半是很急切緊迫的。如果必須等待公力的救濟，那末占有人就往往的會遭受不可回復的損害，所以我民法上有認許占有人自助的規定。自助的方法有兩種：一種是防禦；一種是收回占有。防禦乃是占有人對於侵奪者或妨害者的實力抵抗，收回占有乃是專就占有物的被侵奪而言。現在將它分別說明如左：

A 凡是占有人對於侵奪或者妨害他的占有的行為，都可以用他自己的實力去抵抗那個

加害於他的人。侵奪的行爲，例如強盜、小偷，或者扒手的奪人的東西，使那個人喪失占有就是的。妨害的行爲，例如不經過占有人的允許，而使建築物突出在占有人的地面上，或者擅自的闖入他人的住宅等情事，凡是有形的障礙和加害，以致占有人對於那物的實力，不能夠完全行使的，都是的。明白的說一句，就是侵奪使得占有人喪失占有，而妨害不過是對於占有人加以一種障害罷了，並沒有使占有人喪失占有啊。（第九六〇條第一項）

B 根據於上面所講的，我們可以知道防禦乃是占有人在事前對付加害人的手段。但是加害人的侵奪占有，往往的用強暴的或者秘密的手段，以致弄得占有人的防禦不能夠發生效力。在這種情形之下，如是不可不講求占有人在事後的補救方法，所以無論占有人自身的占有是否存有瑕疵，都可以向加害人取回那占有物。被奪去的占有物如果是不動產，那末占有人在被奪之後，就可以即時的排除那個加害人而逕自取回原物。如果被奪去的是動產，那末可以就地追縱或乘機尾隨向加害人取回原物。（同條二項）

二、占有人的自助權是不必要由占有人行使的。就是占有補助人，在他所代替主人占有的東西被侵奪或者被妨害的時候，也可以行使前述的防禦或者取回占有的自助權利。必定要如

此，纔可以算是完成了保護占有的方法，所以我民法在前條規定之外，又有本條的規定。（第九六一條）

三、占有上的請求權 占有上的請求權，是指占有被侵奪，或者被妨害，或者有被妨害的危險，法律上爲着保護占有所賦與的各種的請求權而言，關於這項請求權的行使，可以依照它的方式分做兩者來說明。就是：（一）裁判上的請求，這就是占有人本於占有的請求，而用訴訟程序去主張的；（二）裁判外的請求，這就是占有人不用訴訟而逕直對於加害人本於占有去請求返還占有物，或者除去妨害，或者預防妨害，行使這項請求權的形式雖然不同，可是它的實質是完全一樣的。只要占有人認爲以那一種方式行使起來便宜而且有益些，就可以隨心的所願依照着該種方式去行使他的請求權，法律並沒有加以干涉。不過從經驗方面講起來，實際上以依照着裁判上的方式去行使的爲多，我民法上關於占有人的請求權的規定，有左列三種：

A 占有人的占有被侵奪了的，可以請求返還他的占有物。換句話說，就是占有人並沒有拋棄占有的意思，而因爲第三人的侵奪行爲，以致他在占有物之上喪失了管領力的，可以向侵奪者或是他的繼承人去主張占有，以使那侵奪者或是他的繼承人返還占有物，或者負擔賠償損

害的責任。這種請求權因為有第三人的侵奪行為纔能夠發生。（第九六二條前段）

B占有被妨害的，可以請求除去那妨害。換句話說，就是占有人因為第三人所施行的有形的障害行為，而不能夠完全的對於占有物行使實力的時候，可以向加害人或者他的繼承人去主張占有，以使那加害人或者他的繼承人除去那妨害，這種請求權因為有加害人的妨害行為纔能夠發生。（同條中段）

C占有在有被妨害的危險的時候，可以請求防止那個妨害。換句話說，就是占有人的占有，在有為第三人所妨害的危險的時候，可以向有妨害意思的人或者他的繼承人去主張占有，以使那有妨害意思的人或者他的繼承人預防該種妨害，或者提出損害賠償的擔保。這種請求權要因為有妨害占有的危險纔能夠發生。（同條後段）

以上所說的請求權，其本身雖然是屬於私權，但是有訴權作它的保護。因此有對於第六〇條的自力救濟，而稱它做公力救濟的。不過這種的請求權，如果隨時都可以行使，那末權利的狀態就往往的不能夠確定，以致違反了原來以維持社會的秩序為目的的意思。所以民法上特別設定短期時效的規定，就是前條的請求權，從侵奪，或者妨害占有，或者危險發生後的一年間不行使就

消滅。(第九六三條)但是占有人不逕直向侵奪者或妨害者或加害人請求，而曾經在侵奪後，或者妨害後，或者危險發生後的一年以內，用訴訟主張這種請求權的，那末其效力就與裁判外的請求一樣。所以那權利仍舊不至於消滅。

第十、占有的消滅 占有是因為對於物有事實上的管領力而取得的。所以在占有人喪失了他對於物的事實上的管領力的時候，占有自然應當消滅。這就是說，占有人喪失了他的占有物，永久的沒有發現的希望了的，就是消滅占有的原因。但是占有人僅只暫時因為遺失或者其他的原因，以致不能夠實行他的管領力的，那末仍然是不能夠以喪失了事實上的管領力去論斷的。(民法第九六四條)

第十一、共同占有的關係 一件物品不可以同時做二個，以上的占有的標的物。因為占有是現實的管領物品的一種事實，而且在二件物品的上面，不能夠同時的發生數個管領的事實。不過數個人同時的共同占有一件物品的時候，不問是一般共有，還是共同共占，那占有的事實仍舊是唯一無二。而那占有的標的物，也不過是一個占有的標的物罷了。例如甲將一輛自由車借給乙和丙兩個人去乘駕，乙和丙無論是分別關係或者共同關係，而他們對於甲的賃貸契約究竟只有一個啊。所以在

共同占有的關係上，共同占有人對於第三人，固然都可以主張的效力，而對內在各占有人之間，就不能够互相的主張了。因為共同占有的仍舊是一個占有，和共有權的是一個物權一樣。假使共同占有人之中，各個人有他個別的主張，那末就等於一件物品是數個占有的標的物了。因此我民法上有限制共同占有人的規定，就是各個占有人就其占有物使用的範圍之內，不得互相請求占有的保護。

(第九六五條)

第十二、準占有 準占有又叫做權利占有。發源於羅馬時代；在本章之始，在下已經交代過了，諒讀者諸君還能够記得的。到後來歐洲各國的立法例，幾乎沒有不認許的。現實的行使權利和現實的管領有體物，在性質上並沒有多大的差別。例如地役權、抵押權、債權、特許權、商標權等，乃是不必占有某件物品，也可以行使權利的財產權。其應當加以保護也和有體物沒有分別。所以我民法在公益的必要的，特別設定準占有的規定，就是財產權凡是不因物的占有而成立的，行使那財產權的人就是準占有人。本法上一切關於占有的規定，除去第九四〇條是規定占有人的意義的以外，其他的法條，準占有人都可以準用的。(第九六六條)

# 法學新著

刑事訴訟法新論	刑法新論	親屬法原論	物權法要論	民法物權原論	民法債編原論	民法總則新論	行政法各論	行政法總論	英國憲政論	憲法新論	法學通論	現代法學通論
朱采真	朱鴻達	屠景山	沈志明	屠景山	屠景山	朱采真	朱采真	朱采真	屠景山	朱采真	朱采真	朱采真
一冊一元二角半	一冊一元五角	一冊八角五分	一冊 角	一冊一元二角半	上冊七角五分	一冊一元五角	一冊一元五角	一冊一元五角	一冊一元二角半	一冊一元五角	一冊一元二角半	一冊一元五角

世界書局出版



中華民國二十二年三月出版

現代物權法論（全二冊）

（每冊定價銀七角）

（外埠附加郵費匯費）

不 准 翻 印

編 著 者 王 去 非

出 版 者 世 界 書 局

印 刷 者 世 界 書 局

發 行 所 上 各 海 世 界 書 局

（本書負責校對者張冠和）

58  
10/24/41  
(3)

