

D92
56

大學叢書

中國民法物權論

曹傑著

商務印書館發行



大 學 叢 書
中 國 民 法 物 權 論
曹 傑 著

商 務 印 書 館 發 行

中華民國二十六年五月初版

◆(35872.6平)

大學叢書
(教本)中國民法物權論一冊

裝每冊實價國幣貳元貳角

外埠酌加運費匯費

著者 曹傑

發行人 王雲五
上海河南路

印刷所 商務印書館
上海河南路

發行所 商務印書館
上海及各埠

* 版 翻 *
* 所 權 印 *
* 有 必 究 *

五二五上

鎮

(本書校對者李家超)

弁言

- 一、 本著係由東吳大學法學院之講稿改訂增補而成。
- 二、 關於物權法之理論體系應別爲四部：(一)物權總論。(二)所有權及占有論。(三)用益物權論。(四)擔保物權論。惟本著所分章節，仍依民法法典之編制，不願將條文次序移動，俾便閱者之查考。
- 三、 凡參考其他法令，偶有在印刷時，已有變動者，俟於再版時改正之。
- 四、 凡參考書籍判例，皆列於小註內或插於其必要處所，不另於卷首內列之。
- 五、 凡引用書籍中之日本學者著述，概係最近之版，惟三瀨博士之物權法提要，有參考孫芳先生譯本之處，所記該書頁數，亦指譯本而言。
- 六、 本著引用外國法例及各家學說，往往參以己見，評其得失，末學淺嘗，自知僭妄，惟爲講學辯疑，不得不爾，尙祈明達君子有以諒之。
- 七、 本著於付印時，承同學劉家驥君爲校對一次，謹此誌謝。

目次

緒論

第一章 物權法概論

第一節 物權法之思想

第二節 物權法之範圍

第三節 物權法之本質

第四節 物權法之編制

第二章 物權概論

第一節 物權之性質

第一 物權之客體爲有體物——(甲)特定物——(乙)獨立物——第二 物權爲直接管領物之權利——第三 物權有排他性(原則與例外)——第四 物權爲財產權

第二節 物權之效力

第一 優先權——第二 追及權——第三 物上請求權

第三節 物權之種類.....一一

第一 所有權與限定物權——第二 主物權與從物權——第三 動產物權與不動產物權——第四 本權與占有

本論

第一章 物權通則.....一五

第一節 物權之創設.....一五

第二節 物權之得喪變更.....一七

第一款 物權得喪變更之意義.....一七

第二款 物權得喪變更之原因.....一八

- 第一 法律行為——第二 法律行為以外之事實——甲 關於不動產動產所共通者(1)時效——(2)繼承——
- (3)法院之強制執行——(4)標之物之滅失——(5)混同——(6)存續期間之滿了(限於有期物權)——
- (7)清償債務(限於擔保物權)——乙 關於不動產所特有者——(1)土地徵收——(2)行使法律上消滅請求權或撤銷權之結果——丙 關於動產所特有者——(1)先占及占有——(2)附合混合加工——(3)遺失物之拾得——(4)埋藏物之發見——(5)漂流物或沉沒品之拾得——(6)占有之喪失——(7)沒收

第三款 物權得喪變更之要件.....二四

第一 關於不動產物權得喪變更之要件——第二 關於動產物權讓與之要件

第三節 物權之消滅.....二一八

第一 物權因混同而消滅（原則與例外）——第二 物權因拋棄而消滅

第二章 所有權.....二二一

第一節 所有權通則.....二二一

第一款 所有權之理論.....二二一

第一 所有權之史的發展——第二 所有權理論上之根據——（甲）占據權說——（乙）勞力說——（丙）人性說——（丁）法定說

第二款 所有權之性質.....二二六

第一 所有權爲包括管領物之權利——第二 所有權於法令限制內有包括管領物之權利——第三 所有權爲永久存續之權利

第三款 所有權之內容或作用.....二三八

第一 所有者有占有所有物之權能——第二 所有者有使用所有物之權能——第三 所有者有爲收益之權能——第四 所有者有處分所有物之權能——第五 所有者有拒絕第三者干涉之權能

第四款 所有權之保護.....二四〇

第一 所有權之返還請求權——第二 除去妨害請求權——第三 防止妨害請求權——(甲)物上請求權之性質——(乙)物上請求權之要件——(丙)物上請求權之相對人

第五款 所有權之取得時效.....四三

第一項 時效之觀念.....四四

第二項 時效制度之沿革.....四四

第三項 取得時效之範圍.....四五

第四項 取得時效之要件.....四七

第一 普通要件——(甲)主觀要件(即心素)——(乙)客觀要件(即體素)(1)和平占有——(2)公然占有——(3)一定期間之繼續占有——第二 特別要件(善意無過失)

第五項 取得時效之效果.....五〇

第六項 取得時效之中斷.....五一

第一 意思之喪失——第二 占有之喪失

第二節 不動產所有權.....五二

第一款 關於土地所有權之範圍與限制.....五二

第一項 土地所有權之範圍.....五二

第二項 土地所有權之限制.....五三

第一目 總說.....五三

第一 受限制之作用——第二 為限制之主體——第三 為限制之目的

第二目 相隣間之關係.....五六

第一 關於經營工業或其他事業使用土地之權義關係——第二 關於水之權義關係——(甲)關於泄水權

義關係——(1)因自然流水而生之關係——(2)因人工流水而生之關係——(乙)關於用水之權義關係

——(1)關於水源地之用水關係——(2)關於水流域之用水關係——第三 關於安設線管之權義關係

——第四 關於通行之權義關係——(甲)通行之條件——(丙)通行之限度——(丙)償金之支付——(丁)通行之特則——第五 關於侵入他人土地之權義關係——第六 關於使用隣地之權義關係——第七 關於

於氣響侵入之權義關係——第八 關於工事或建築物防險之權義關係——第九 關於越界建築之權義關係——第十 關於竹木果實之權義關係

第二款 關於建築物所有權之範圍與限制.....七二

第一項 總說.....七二

第二項 建築物所有權之範圍.....七三

第三項 建築物所有權之限制.....七三

第三節 動產所有權.....七四

第一款 動產所有權之範圍與限制.....七四

第二款 動產所有權之取得方法	七四
第一項 善意占有（即時取得）	七五
第二項 先占	七五
第一目 先占之意義	七六
第二目 先占之要件	七六
第一 須以所有之意思占有——第二 占有之目的物須爲無主物——第三 占有之目的物須爲動產	七九
第三目 先占之性質	七九
第三項 遺失物之拾得	七九
第一目 遺失物之意義	七九
第一 須爲有主物——第二 須不屬於何人占有——第三 須爲動產	七九
第二目 遺失物之取得程序	八〇
第四項 埋藏物之發見	八四
第一目 埋藏物之意義	八四
第一 須爲動產——第二 須埋藏於他物之中——第三 須所有權不分明	八四
第二目 埋藏物所有權取得之方法	八六

第三目 埋藏物與遺失物之區別（主觀主義與客觀主義）	八七
第五項 添附	八七
第一目 總說	八八
第二目 附合	八九
第一 動產與不動產之附合——（甲）附合者須爲動產——（乙）須動產被附合而爲不動產之成分——（丙）須動產與不動產各異其所有——（丁）附合原因須非基於一定權原——第二 動產與動產之附合——（甲）須爲異其所有者之動產——（乙）須二個以上動產合成一體非毀損之不能分離或其分離須費用過鉅者	九二
第三目 混合	九二
第四目 加工	九三
第五目 添附之效果	九四
第四節 共有	九六
第一款 總說	九六
第二款 分別共有	九七
第一項 分別共有之意義	九七
第二項 分別共有之應有部分	九九

第一 應有部分之意義——第二 應有部分之比例——第三 應有部分之增減

第三項 分別共有人之權利義務.....一〇一

第一 分別共有人之權利——(甲)共有物之使用收益——(乙)共有物之處分——(丙)共有物之管理——(丁)保存行為——(2)改良行為——(丁)共有物上之請求權——第二 分別共有人之義務

第四項 分別共有之終了.....一〇六

第一 共有之分割請求權(原則與例外)——第二 分割之方法——(甲)現物分割——(乙)代金分割——(丙)價格賠償——第三 分割之效果——(甲)共有者因分割於共有物中歸其所有部分取得獨所有權——(1)在共有物分割前從共有中之一人取得關於共有物之權利者不因分割而受影響——(2)各共有人對於他共有者因分割而得之物按其應有部分負與出賣人同一之擔保責任——(乙)關於證書之保存及使用證書之權利——(1)所得物證書之保存——(2)共有物證書之保存

第三款 共同共有.....一一五

第一項 共同共有之意義.....一一五

第二項 共同共有之效力.....一一六

第三項 共同共有之終止.....一一七

第四款 準共有.....一一七

第三章 地上權.....一三六

第一節 地上權之性質……………一三六

第一 地上權為使用土地之物權——第二 地上權為使用他人土地之物權——第三 地上權具有建築物或工作物或竹木為目的而使用他人土地之物權

第二節 地上權之取得……………一三七

第一 地上權之設定——第二 地上權之移轉

第三節 地上權之存續期間……………一三九

第一 依設定行為定存續期間者從其所定——第二 設定行為未定存續期間者從習慣而定——第三 設定行為未定存續期間又無關於存續期間之習慣時視為不定期限

第四節 地上權之效果……………一四二

第一 地上權人之土地使用收益權——第二 地上權人之物上請求權——第三 相鄰關係規定之準用——第四 地上權人支付地租之義務——第五 地上權人之處分權——第六 地上權人收回地上物之權及回復土地原狀之義務——第七 地上權人之租賃請求權

第五節 地上權之消滅……………一四八

第一 標的物之滅失——第二 公用徵收——第三 存續期間之滿了——第四 地上權之拋棄——第五 地上權之撤銷——第六 混同——第七 特定消滅事由之發生

第四章 永佃權 一五五

第一節 永佃權之性質 一五五

第一 永佃權為使用他人土地之物權——第二 永佃權以耕作或牧畜為目的而使用他人土地之物權——第三 永佃權為永久在他人土地上為耕作或牧畜之權——第四 永佃權以支付佃租使用他人土地之物權

第二節 永佃權之取得 一五七

第一 法律行為——第二 法律行為以外之原因

第三節 永佃權之效果 一五七

第一 永佃權人之土地使用收益權——第二 永佃權人之物上請求權——第三 永佃權人之處分權——第四 永佃權人之支付佃租義務——第五 永佃權人出租土地之禁止——第六 永佃權人收回地上物之權及回復土地原狀之義務——第七 相鄰關係之準用

第四節 永佃權之消滅 一六一

第一 永佃權之撤銷——第二 永佃權之拋棄——（此外之消滅事由與地上權大體相同不過無存續期間滿了之一款）

第五章 地役權 一六四

第一節 地役權之性質 一六四

第一 地役權爲行於他人土地之物權——第二 地役權係爲謀自己土地之便宜行於他人土地之物權（甲）地役權之從屬性——（1）地役權不得離需役地而爲讓與——（2）地役權不得與需役地分離而爲其他權利之標的——（乙）地役權之不可分性（1）土地共有者不得爲其所有權之應有部分以取得地役權亦不得爲土地共有者之應有部分而課負擔於其土地之上——（2）土地共有者不得爲其所有權之應有部分而爲需役地之地役權或在供役地上之地役權消滅——（3）地役權設定後需役地或供役地爲共有時地役權不受何等影響——（4）地役權設定後需役地或供役地有分割情事時地役權仍爲各部之利益而存續或仍存於其各部分之上

第二節 地役權之種類

第一 積極地役權與消極地役權——第二 繼續地役權與不繼續地役權——第三 表現地役權與不表現地役權

第三節 地役權之取得

第一 法律行爲——第二 法律行爲以外之原因

第四節 地役權之效果

第一款 地役權人之權利義務

第一 地役權人於其權利範圍內在供役地上有直接支配權——第二 地役權人於其權利範圍內得優先於供役地所有人直接使用供役地——第三 地役權人於其權利行使之必要範圍內得爲種種附隨行爲——第四 地役權人有維持其設置之義務——第五 地役權人之物上請求權

第二款 供役地所有人之權利義務

第一 供役地所有人在不妨害地役權行使範圍內得行使同一之權利並得於其所有地內行使屬於土地所有者之一

切權能——第二 供役地所有人於不礙地役權之行使限度內得使用地役權人在供役地設置之工作物——第三
地役權為有償者供役地所有人有對價請求權

第五節 地役權之消滅.....一七八

第一 地役權之行使絕對不能——第二 供役地為公用徵收——第三 混同——第四 地役權者拋棄其權利——
第一 設定行為所定之事由發生——第六 時效——第七 消滅之宣告

第六章 抵押權.....一八五

第一節 抵押權之性質.....一八五

第一 抵押權為物權——第二 抵押權為行於不動產上之物權——第三 抵押權為不移轉標的物占有之物權——
第四 抵押權為就標的物有受優先清償之權利——(甲)抵押權之從屬性——(1)抵押權不得由債權分離而為讓與
——(2)抵押權不得由債權分離而為他債權之擔保——(乙)抵押權之不可分性——(1)抵押權之不動產如經分割
或讓與其一部或擔保一債權之數個不動產而以其一讓與他人者其抵押權不受影響——(2)以抵押權擔保之債權如
經分割或讓與其一部者其抵押權不因此而受影響——(3)債務有分割者抵押權亦不受影響

第二節 抵押權之取得.....一九二

第一 法律行為——(甲)設定行為——(乙)讓與行為——第二 法律之直接規定

第三節 抵押權之範圍.....一九五

第一款 抵押權所擔保之債權之範圍.....一九五

第一 原本債權——第二 附隨債權——第三 實行抵押權之費用

第二款 抵押權標的物之範圍……………一九六

第一 抵押權之效力及於抵押物之從物及從權利——第二 抵押權之效力及於抵押物扣押後由抵押物分離之天然孳息——第三 抵押權之效力及抵押物扣押後抵押人就抵押物得收取之法定孳息

第四節 抵押權之效果……………一九九

第一款 抵押權人相互間之關係……………一九九

第二款 抵押權人與抵押人之關係……………二〇〇

第一 因抵押人之行為而生者——(甲)因抵押人之行為足使抵押物之價值減少時——(乙)因抵押人之行為已使抵押物之價值減少時——第二 因不可歸責於抵押人之事由而生者

第三款 抵押權人與第三人之關係……………二〇三

第五節 抵押權之實行……………二〇四

第一 拍賣——(甲)拍賣之時期——(乙)拍賣之程序——(丙)拍賣之標的物——(1)土地與土地上建築物同屬一人所有而僅以土地或建築物供抵押者——(2)土地與土地上建築物同屬一人所有而以土地及建築物同為抵押者——(3)土地所有人於設定抵押權後在抵押之土地上營造建築物者——(丁)拍賣之效果——(1)抵押物之賣得價金按各抵押權人之次序分配之次序同者平均分配之——(2)為同一債權之擔保於數不動產上設定抵押權而未限定各個不動產所負擔之金額者抵押權人得就各個不動產賣得金受債權全部或一部之清償——第二 移轉抵押物所有權——第三 拍賣以外之處分方法

第六節 抵押權之消滅.....二二三

第一 標的物之滅失——第二 公用徵收——第三 混同——第四 拋棄——第五 時效——第六 主債權消滅

第七節 法定抵押權與準抵押權.....二二六

第七章 質權.....二二〇〇

第一節 動產質權.....二二〇〇

第一款 動產質權之性質.....二二〇〇

第一 動產質權為物權——第二 動產質權為行於有體物上之物權——(1) 動產質權之標的物必為可讓與之物——(2) 動產質權之標的物必為特定物——第三 動產質權係以標的物之占有為必要之物權——第四 動產質權有在標的物上受優先清償之權利

第二款 動產質權之取得.....二二〇四

第一 法律行為——(甲) 設定行為——(乙) 讓與行為——第二 法律行為以外之事實——(甲) 時效——(乙) 即時取得——(丙) 繼承

第三款 動產質權之範圍.....二二〇一

第一 動產質權所擔保之債權之範圍——第二 動產質權標的物之範圍

第四款 動產質權之效果.....二二〇二

第一 動產質權人在標的物上有占有權能且有物上請求權——第二 動產質權人有留置質物之權能——第三 動產質權人有收取質物所生孳息之權——第四 動產質權人有償還費用請求權——第五 動產質權人有將質物轉質於第三人之權——(一)質權人應於權利存續中為轉質——(二)質權人須以自己之責任為轉質——第六 動產質權人有拍賣質物而以賣得價金代充質物之權——第七 動產質權人負保管質物之義務——第八 動產質權人於其質權消滅時有返還質物之義務

第五款 動產質權之實行……………二二九

第一 拍賣——第二 取得質物之所有權——第三 拍賣以外之處分方法

第六款 動產質權之消滅……………二四二

第一 標的物之滅失——第二 第三者之原始取得——第三 沒收或收用——第四 混同——第五 拋棄——第六 主債權之消滅——第七 動產質權之實行——第八 質物之返還——第九 占有之喪失

第二節 權利質權……………二四四

第一款 權利質權之性質……………二四四

第二款 權利質權之標的……………二四四

第一 物權——第二 債權——第三 無體財產權

第三款 權利質權之取得……………二四六

第一 設定行為之通則——第二 設定行為之特別——(甲)普通債權質之設定——(乙)證券債權質之設定

第四款 權利質權之效果……………二四九

第五款 權利質權之實行……………二五〇

第一項 債權質之實行……………二五〇

第一 爲質權標的債權之清償期先於所擔保之債權之清償期者——第二 爲質權標的之債權之清償期後於所擔保之債權之清償期者

第二項 債權質以外權利質之實行……………二五三

第六款 權利質權之消滅……………二五三

第一 爲質權標的之權利消滅——第二 拋棄——第三 混同——第四 第三人之原始取得——第五——註
債權消滅——第六 權利質權之實行

第八章 典權……………二六〇

第一節 典制沿革概說……………二六〇

第二節 典權之性質……………二六三

第一 典權係以使用收益爲目的之物權——第二 典權係以不動產爲標的之物權——第三 典權係以標的物之占有爲要件之物權——第四 典權乃因支付典價而取得之物權

第三節 典權之取得……………二六六

第一 因法律行為而取得——第二 因法律行為以外之事實而取得

第四節 典權之期限.....二六七

第五節 典權之效果.....二六八

第一 典權人之占有及用益權——第二 典權人之出典權及出租權——(一)須在典權存續中——(二)須無禁止之特約或習慣——(三)轉典或租賃之期限及典價之限制——第四 典權人之處分權——第五 典權人之典物先買權——第六 典權人之重建修繕權——第七 典權人之費用償還請求權——第八 典權人保管典物之義務——第九 典權人返還典物之義務

第六節 回贖權.....二八〇

第一 回贖權之性質——第二 回贖權行使之要件——(甲)須於一定期限內為之——(乙)須提出原典價——第三 回贖權之主體及其相對人——第四 回贖權之處分——第五 回贖權之效果

第七節 典權之消滅.....二八六

第一 回贖——第二 典物全部滅失——第三 逾期不贖或拋棄回贖——第四 找貼——第五 混同——第六 典物經公用徵收——第七 第三人之原始取得——第八 拋棄

第九章 留置權.....二九五

第一節 留置權之性質.....二九五

第一 留置權係從屬於債權之擔保物權——第二 留置權係以動產為標之物權——第三 留置權係屬於占有他

人之物者之權利 第四 留置權係擔保基於留置物上關係所生債權之權利——第五 留置權係為受一定債權之清償以扣留占有物之權利

第二節 留置權之取得.....三〇〇

第一 留置權取得之要件——(一)須債權已至清償期——(二)須債權之發生與占有之動產有牽連關係——(三)須非因侵權行為而占有動產——第二 留置權取得之限制——(一)動產之留置有反於公序良俗者——(二)動產之留置與債權人所承擔之義務相抵觸者——(三)動產之留置與債務人於交付動產前或交付時所為之指示相抵觸者

第三節 留置權之效果.....三〇七

第一 留置權人於其債權受全部清償以前有繼續占有留置物全部之權利——第二 留置權人有收取標的物所生孳息之權 第三 留置權人有請求償還保管留置物所支出必要費用之權——第四 留置權人應以善良管理人之注意負保管留置物之義務——第五 留置權人於留置權消滅時有返還標的物之義務

第四節 留置權之實行.....三〇九

第五節 留置權之消滅.....三一〇

第一 標的物之滅失——第二 沒收或收用——第三 因添附等原因喪失標的物所有權之結果——第四 混同——第五 拋棄——第六 主債權之消滅——第七 留置權之實行——第八 擔保物之提出——第九 占有之喪失

第十章 占有權.....三一四

第一節 占有之性質及要件.....三一四

第一 占有爲處理實物之事實所生之權利 第二 占有乃以物之所持爲內容之權利
 第一 對物爲事實管領——第二 管領之標的爲自體物

第二節 占有之分類……………三二一

第一 自主占有與他主占有——第二 善意占有與惡意占有——第三 過失占有與無過失占有——第四 和平占有與強暴占有——第五 公然占有與隱祕占有——第六 繼續占有與不繼續占有——第七 無權占有與有權占有——第八 直接占有與間接占有——第九 自己占有與輔助占有

第三節 占有之推定……………三二八

第一款 權利之推定……………三二八

第二款 事實之推定……………三二九

(一)推定占有人爲以所有之意思善意和平及公然占有 (二)其在占有前後兩時有爲占有之證據者推定其爲繼續占有

第四節 占有之取得……………三三〇

第一款 原始取得……………三三〇

第二款 繼受取得……………三三〇

第一項 占有之讓與……………三三一

第一 當事人之意思表示——第二 物之交付

第二項 占有之繼承.....三三四

第三項 繼受取得之效果.....三三五

第五節 占有之效力.....三三六

第一款 善意占有人即時取得占有物上之權利.....三三六

第一項 即時取得之性質及其根據.....三三七

第二項 即時取得之要件.....三三七

第一 占有標的須為動產 第二 須由無處分權人取得占有 第三 須依於一定法律關係而取得占有

第四 須因善意受讓動產之占有

第三項 即時取得之效果.....三四〇

第四項 即時取得之特例.....三四〇

第二款 善意占有人之使用收益權.....三四二

第三款 善意占有人之賠償責任.....三四三

第四款 善意占有人之費用求償權.....三四四

第一 必要費 第二 有益費

第五款	惡意占有人及他主占有人之賠償責任	三四五
第六款	惡意占有人之費用求償權	三四六
第七款	惡意占有人之返還孳息義務	三四七
第八款	占有人之自力救濟權	三四八
第九款	占有人之物上請求權	三五〇
第一項	總說	三五〇
第二項	請求權之主體	三五〇
第三項	請求權之相對人	三五一
第四項	請求權之種類	三五一
	第一 占有物返還請求權	
	第一 除去妨害請求權	
	第三 防止妨害請求權	
第五項	請求權之期間	三五三
第六項	請求權之行使方法	三五四
第六節	占有態樣之變更	三五五
第一款	變更之限制	三五六

第一 占有人對於使其占有人表示所有之意思者——第二 占有人基於新事實變為以所有之意思占有者

第二款 變更之擬制……………三五七

第七節 占有之消滅……………三五九

第八節 共有……………三五九

第九節 準占有……………三六〇

第一款 準占有之性質……………三六〇

第二款 準占有之標的……………三六一

第三款 準占有之要件……………三六一

第四款 準占有之效果……………三六二

附錄……………二六七

中國民法物權論

緒論

第一章 物權法概論

第一節 物權法之思想

人類生活事實，不能一日離開物質資料；故物質資料者，乃人類生活之要素也。上古之時，人類以漁獵游牧爲生，地廣而人稀，財貨委棄於地者，可以取之不絕用之不盡，故物資私有之觀念，無從發生。殆後人口漸繁，物質資料所存有限，不能供給多數人類之需求，於是人類對於自然界所占之物體，隨實際之要求而一變其從來觀念，以爲可具或種理由而排斥他人。於茲國家之法制不得不認人類對於物資之管領於某種情形下爲一種權利，浸假而財產私有之制度於以確立。自產業革命個人主義勃興以後，此種財產權之理論，更至登峯造極，以形成爲近代民法三大原則之一。申言之，近代民法之特色，即在確保個人之物資利用，以完成其使命，對於社會一般的物資利用必要之點，則置而不顧，卒至釀成貧富懸殊之現象，階級爭鬪之隱憂，是資本主義之經濟組織與財產私有之法律

制度，互有因果關係，爲無可諱言之事實。此少治法制史者所能知也。

法制者，隨社會經濟實況以變遷者也。彼確保個人物資利用之法制，而認個人財產權之尊重爲神聖不可侵犯之理論，在今日已呈動搖。今日學者所努力於新理論之構成，卽在如何使物資能得共同利用，不爲少數人所專有。此種理論，可從下列兩點而測其所發揮之作用：一曰所有權之社會化，一曰社會之所有權化。曷言乎所有權之社會化耶？蓋從來觀念認所有權爲個人之絕對權，個人利用其所有權是否須顧及公共之福利，固可不顧，卽個人不利用，而在保護個人物資利用場合之觀點上，亦儘可不加干涉。所有權之社會化之理論，則與上述觀念完全相反者也。所有權之行使，固不得以妨害他人爲目的，同時須顧及公共之福利，而利用土地，尤爲土地所有人對於公衆所負之義務。歐洲國家以此原則規定於憲法上者爲德國新憲法，戰後新興國家制定憲法亦多倣之。此爲物權新理論之構成，表現於現代法上之一例證也。曷言乎社會之所有權化耶？關於此點，特別就不動產言之，不動產中尤以土地爲最重要。土地應否私有？久爲學家所爭論，然不應使多數土地集中於少數人之手，則爲理論所從同。誠以土地之爲物，爲人類生存不可或缺之要素，人口繁殖，分配不均，紛擾糾葛，莫茲爲甚，故近代國家莫不患有以補救之。惟解決之手段，則有寬嚴緩急之不同。有根本不認私有權之存在，將一切土地之所有權宣布屬於國家，然後由國家分配於人民爲耕作之用，蘇俄革命後之法律卽採此方法者也。有對於從前大地主享有之巨額土地，於其超出相當限度，認爲與社會利益發生衝突，乃施行土地徵收辦法，將被徵收之土地分配於人民耕作，如歐戰後之

捷克斯拉夫與羅馬尼亞等國是也。吾國於十九年六月三十日國府公布之土地法，綜觀其內容，亦在以地價征稅之方法，以期可以達到一般人民有享用土地利益之平等權利。準是以觀，由社會之所有權化之理論傾向，漸次進入於實驗期中，殆爲不可掩之事實矣。

吾國以三民主義爲立國基礎。三民主義中之民生主義，以節制資本與平均地權爲指歸。吾國之立法事業，就中關於財產法部分，不能不受此原則支配，毋待煩言。節制資本之方法，與債法一編重要有關之點甚多，可於該編之立法原則求之。其表現於物權法規之中者，僅於特別法（鑛業法、漁業法、森林法等等）中見之。平均地權之方法，則規定於土地法中甚詳，又土地法不僅爲達土地平均分配之目的，如該法第三編對於各種土地使用與房屋救濟，均有精密規定。是上述所有權之社會化與社會之所有權化之理論，統採納於土地法以內，期與民法物權編相輔而行，而民法物權編僅於所許之私權範圍內，相對的保護個人之物資利用而已。

第二節 物權法之範圍

物權法有實質的與形式的二義：實質的物權法，指規定物權法律關係之全體，如土地法、森林法、鑛業法、漁業法均有屬於物權之規定，而爲物權之一部是也。形式意義之物權法，則指民法中之物權編而言。又物權編之規定，並不專限於物權關係，其附隨於物權之債權關係，爲全物權之效用而納諸物權編者，爲多數國立法例所從同。吾

民法亦然，（參照民法第八一六條第九五五條第九五七條規定）因而實質的意義物權法與形式的意義物權法不相一致。本書所述，則就第二種言之，即吾民法典第三編所規定之物權是也。

第三節 物權法之本質

私權之分類有二：一爲人身權，一爲財產權。凡關於財產權之規定，謂之財產法，物權者屬於財產法之一種也。其與債權同屬於近世財產法中之主要部分。惟物權法係以規律吾人與其所需財貨之直接關係爲目的，與社會經濟影響至鉅，故爲強行法規，非如債權法規得委諸當事人之自由意思以爲取捨。又債權關係發達較遲，交易頻繁之結果，始足顯債法之效用。故債法之規定，有漸趨於統一化之傾向，而物權法與一國之社會經濟組織有密切之關係，故仍着重一國固有之習慣。以上二者，爲物權法之特質，吾人研究斯編所應注意者也。

第四節 物權法之編制

關於物權法所立之地位，歐陸諸國之立法例，得分兩派：其一，以物權爲獨立一編，與債編相對立者。其二，以債法與物權法同規定於財產法中者。普國及奧國民法採後例，德日諸國民法採前例。採前例之立法例，有將債法置於物權法之後者，如索遜及日本民法是；有將債法置於物權法之前者，如德國民法是。（暹羅民法同）夫以債法

另爲一編以與物權相對立者，蓋爲實用上之便利之分化作用，若以兩種法律關係本質上有何判然差別，則亦未必盡然。至置債法於物權法以前，或置債法於物權法以後，學說上雖亦有種種議論，(註)然實無關重要者也。

關於物權法編制之內容，各國立法例不一其揆，法國民法規定：(一)所有權，(二)役權，(內分人的役權及物的役權)，(三)動產質權，(四)抵當權。德國民法規定：(一)占有，(二)所有權，(三)地上權，(四)役權，(五)先買權，(六)土地負擔，(七)抵當權，土地債務，定期土地債務，(八)質權。(分動產質權及權利質權)。日本民法規定：(一)占有權，(二)所有權，(三)地上權，(四)永小作權，(五)地役權，(六)留置權，(七)先取特權，(八)質權，(九)抵當權。吾民法斟酌本國習慣及多數立法例，而規定爲所有權，地上權，永佃權，地役權，抵押權，質權，典權，留置權，占有九種。其與他國民法最要區別之一點，卽典權一章，此爲立法當時幾經斟酌而設者也。

(註) 通說以債法位於物權法之前者，蓋認債權關係通常爲取得物權之手段，以物權法位於債法之前者，則認物權之觀念發達較早，且爲對世權故也。

第二章 物權概論

第一節 物權之性質

關於物權之性質，學說紛紜，約言之，分爲兩派：有視物權爲人與物之關係者，如依其說，則物權爲支配物之財產，至一般人對於物上所負之不可侵義務，乃對物支配權所生之結果，非構成物權之內容也。有以物權關係與債權關係同爲人與人間之關係，惟物權爲得對抗一般人之財產權，債權爲對抗特定人之財產權。吾國民法學者，對於物權所下之定義，亦不外此兩種主張，大體上則傾向第二說。（註一）夫以法律關係，自以人與人間始能發生，故謂人支配物，僅爲說明便利計，若在法理上殊無根據。然若以其爲對於一般人之法律關係與債權爲對於特定人之法律關係，作爲二者本質上區別之標準，亦未必盡當。何以言之？若依此說，謂物權「係以無論何人不可侵犯之消極作用爲本質」之財產權，將無以說明債權之不可侵性，蓋不可侵性爲權利本質上所不可缺之要素，債權亦具不可侵性，已成有力之通說故也。（註二）吾國學者亦有知難以如此說明者，於是以有「排他性」爲物權之特徵。（註三）竊以爲在債權關係上，亦非毫無排他性，如認合夥財產爲合夥債權人之特別擔保，合夥債權人得先

於合夥員之他債權人，就該財產受清償，（參照民法第六九七條前大理院六年上字一二六號五年上字一二六四號判例）是其適例。又在民法第四二五條之關係上，亦不外本於排他性之追及效力。要之，學說所以紛歧者，無非以所認債權物權之區別標準各有不同所致。其實債權觀念之發達，爲人類社會進化之事實，債物二法對立，乃爲便於實際上之一種分化作用，如前所述，則債權與物權之效力，亦僅程度上之差別。易言之，物權之排他作用，實爲原則，債權僅於少數例外場合見之，又債權係以人之行爲爲其標的，物權以人之作爲爲其內容者，究屬例外。（如不作爲之地役權）吾人僅從此微妙之點述明物權之性質足矣。

如右所述，可下物權之定義如左：

物權云者，以直接管領有體物而具排他性爲原則之財產權也。依此定義，說明物權之性質如次：

第一 物權之客體爲有體物

有體物與無體物之區別，創自羅馬法。從吾民法第六六條及第六七條之文義觀之，自係指有體物而言，不包含權利在內，因而民法第九〇〇條之權利質權與第八八二條之權利抵押，不得認爲真正物權，不過受物權同一之待遇而已。（註四）且就第八八三條與第九〇一條之用語上觀之，亦可斷言爲非純物權也。

物權以有體物爲目的，其中又含有二義：（甲）所謂物者，特定物也。故如汎言物之種類數量，而不具體指定其物，僅爲債權內容之給付之標的物，不得爲物權之標的。（乙）所謂物者，獨立物也。故集合物，如羊羣，圖書館之類，不

過爲經濟上之便利，視爲一體，其上以無單獨所有權或其他物權之存在爲原則，從而物權乃對於其集合之各個物上而存在，非對於其集合體而存在。（註五）又物之構成部分亦不得爲物權之標的，例如對於房屋一所，祇認一所有權之存在，至其組成房屋之柱樑地板等不得獨立爲所有權之目的者也。

第二 物權爲直接管領物之權利

所謂直接管領，卽由我之意思支配以行使權利，不須以他人之行爲爲媒介。可分爲事實上之直接與法律上之直接二種：前者如以自己之物出賣，後者如將債務人之抵押物出賣，須由法院行之。（參照民法第八七三條第一項）反是，爲間接管領，如甲向乙請求交物，非由乙交付，不能直接將物支配，則屬於債之關係。但此不過爲物權與債權大體上不同之點，不能如一派論者認爲本質上判然區別之標準，已如前述。

第三 物權有排他性

物權既爲直接管領物之權利，故原則上具有排他性，如對於一個物體，不能同時有兩個所有權，或同時設定兩個地上權，而數人對於同一債務人則得有同一給付之債權。惟在以供給勞務爲標的之債權，容有特例，又在擔保物權法上，則不妨於同一物上成立兩個同一內容之權利，應注意及之。（參照民法第八七四條）（註六）又在地役權，亦得於一所有權之上同時成立數地役權，其理由俟說明於該章。

第四 物權爲財產權

財產權爲對於人身權而言，惟是否以有金錢上之價值爲限，則學說不一。有以爲財產權爲得處分之私權，以之與不得處分之私權相別者（卽人身權）有以財產權爲指人格權身分權以外之私權而言，不以有金錢之評價爲限者，而通常觀念則以財產權以得爲金錢評價爲定義。從吾民法第一九九條第二項之規定觀察，固認有以金錢計算爲標的之財產權，但此亦僅指債權本來之狀態而言，況在物權法上無此種文字之規定，實無變更通常財產權定義之必要。

第二節 物權之效力

物權具有排他性，故依排他性之發揮作用，而生下列之效力：（一）優先權，（二）追及權，（三）物上請求權，試依次說明如後。（註七）

第一 優先權

優先權有二義：（甲）物權得先於通常債權而行使，卽謂有擔保物權者，對其擔保物，優先於普通債權人而受清償也。（乙）有二個以上之物權，依其成立之次序，先所成立之物權，優於後所成立之物權也。前一種謂爲物權對於債權之優先效力，後一種謂爲物權相互間之優先效力。（註八）至債權之優先效力，在法例亦有所見之，如前所述。又破產法上之別除權，亦爲物權之優先效力，是不待言。

第二 追及權

追及權者，不問物權之目的物發生何種變動及入於何人之手，而不妨礙其權利行使之謂也。如在他人之土地上有抵押權，爲其償債之擔保，此後該土地之所有權，無論移轉於何人，而抵押權不受影響是也。債權雖以無追及力爲原則，惟在租賃權有特例，（參照民法第四二五條）又物權之追及力，亦有限制，（參照民法第八〇一條第八八六條及第九四八條以下）至破產法上之取回權，亦得以追及之效力解之。

第三 物上請求權

物上請求權，乃以直接物之支配爲內容，即以回復物權本來圓滿狀態之請求權也。分爲（1）所有權之返還請求權，（2）保持所有權之請求權，（3）預防侵害之請求權三種。此等請求權，民法除於所有權一章有明文之規定外，對於地役權亦認其存在，（民法第七六七條第八五八條）其他因保護占有而發生者，則規定於占有中。（註九）（民法第九六二條）

物上請求權，雖爲對於特定之侵害人而行使，然實不可與損害賠償債權相混，（註一〇）蓋此請求權純以回復物權支配力爲其內容，非以賠償損害爲其內容，縱有時因他人之侵害而得請求損害賠償，亦係兩個權利之並存。況基於侵權行爲之損害賠償，必以該行爲係不法爲前提，且須實際受有損害。以與物上請求權區別，甚顯然也。

第三節 物權之種類

物權之種類，因觀察方法之不同，可分爲左之數種：

第一 所有權與定限物權（註一一）

所有權者，特定有體物之全般的支配權也。故所有者若不逾法令之限制，得自由支配其物。定限物權者，僅於特定的關係在物上行使之物權也，如民法所規定之地上權、永佃權、地役權、抵押權、質權、典權、留置權，均爲定限物權。定限物權，又可分爲（一）用益物權，（二）擔保物權。前者以物之使用收益爲目的，如地上權、永佃權、地役權，典權是。後者乃爲擔保債權之履行爲目的，如抵押權、質權、留置權是也。

所有權與定限物權區別之實益，在因權利行使範圍有廣狹不同，故規定之法則亦異。

第二 主物權與從物權

主物權者，獨立存在之物權也。如所有權、地上權、永佃權、典權是。從物權者，必隨從他之權利而存在者也。如地役權、抵押權、質權、留置權是。

主物權與從物權區別之實益，在從物權無主權利不得存在，從權利又與主權利同其命運也。

第三 動產物權與不動產物權

動產物權者，以動產爲標的之權利也。如動產所有權留置權及動產質權是。此外則爲不動產物權。動產物權與不動產物權區別之實益，在取得方法與生效要件，而有差異。

第四 本權與占有

本權乃對於占有而言。占有者，對於物有事實上管領力之謂也。國家因維持其秩序，於物權之外，更於事實上支配力之占有，亦保護之。

吾民法雖不明認占有爲權利，然既爲法律保護之利益，則與權利無殊，自無疑義，其與本權之區別，頗有實益，故不妨附帶說明。

本權與占有區別之實益，即在保護方法之不同，故有占有訴權與本權訴權之別，其詳俟於後述之。此外依學理上之觀察，尙有種種分類，因無關實益，故不必置論。

(註一) 阿凌漢物權法論網採第一說，余載門民法要論物權，主去非民法物權論採第二說，劉鎮中中大民法物權講義採折衷說。

(註二) 參照富井政章民法原論第一卷第一二六頁，中島玉吉民法釋義第一卷第四八頁，胡長清民法債篇總論第七頁，戴君亮民法債編總論第八頁，陳克生民法通義債編總論第一頁。

(註三) 參照劉鴻漸物權法論第一六頁。

(註四) 參照富井政章民法原論物權第一三頁，權田秀雄物權法第二頁，川名兼四郎物權法要論第一頁，三階信三物權法提要上卷第三頁，(商務譯本) 余載門民法要論物權第一頁，阿凌漢物權法論網第五頁，拙著論民法上規定之物「載法律評論第八卷第三

八〇期」對於有體物之立法亦有疑問。

反對說見中島玉吉民法釋義第二卷第二頁。

(註五) 依特別法規定之物權或有特例，應注意之。(參閱漁業法第六條) 交易習慣上須有一定之量，方有一定之價值者，應以該物一定量之集，為一個物權之客體，例如米一升，酒一罇，始得為質權之標的物也。

(註六) 民法第八六五條規定依登記之先後，而生抵押權之次序，第八七四條又云次序同者，平均配分，足見不妨於一不動產同時成立兩個抵押權。(參照余戟門民法要論物權編第一一八頁之說明)

有反對說。(見劉鴻漸物權法論第一六頁)

(註七) 吾國學者有以物權之共通效力為物上請求權，至優先權與追及權，均可包含於此說明之。(余戟門民法要論物權編第三頁參照) 有以爲追及權不外爲物權之優先的效力或物上請求權之一場合，實無特別說明之必要。(劉鴻漸物權法論第一七頁參照) 恐以爲優先權與追及權在債權亦有其適用，而物上請求權又非通於物權全體，故仍以三種並列之通說爲宜。

(註八) 三權信三謂優先權之意義，僅在物權相互間定其優劣，始得明瞭，若認爲優先清償，殊無以說明擔保物權中之留置權。此在說明日本民法，自謂得當，但在吾民法留置權上，不生疑問。(參照所著物權法提要上卷第八頁)

(註九) 地上權永佃權典權入等除受占有保護之規定外，能否有與所有人相同之物上請求權？法無明文，爲解釋上之問題，俟於各該章內述之。

(註一〇) 近來學者對此點已無爭執。惟學者有謂物權不過使一般人員不侵害物權之消極義務，爲相對人者初無特定之人，苟有人侵害之，則此侵害者卽爲特定之相對人，有請求其作爲或不作爲之權利。至於債權，其相對人自始卽屬特定，此爲二者之區別云云。(見橫田秀雄物權法第九頁王去非民法物權論第九頁劉鎮中 中大民法物權編講義第八頁) 吾人既主張債權有不可侵性，如前所述，故負損害賠償之債務人，亦非自始特定，對於此說，自難贊同。又二者之區別之實益，於時效之完成，至有關係，應注意及之。

(註一一) 定限物權名詞爲松岡義正氏所創實較他書之限制物權或他物權之名稱爲優。(詳見京師法律學堂筆記物權法第八頁)

本論

第一章 物權通則

第一節 物權之創設

物權爲直接行於物上之權利，有多少持續性質。物爲動產與不動產，與一國之富源尤有密切之關係，故關於物權制度，影響於一國之經濟甚鉅。就中如土地頗適於物權之設定，於土地之上加種種負擔，古來固不乏其例，然土地供殖產興業之用，爲國之一大富源，若各人得濫行設定物權，至使土地得有永久之負擔，於一國之經濟頗生有害之結果，此極顯之理也。近世無論何國，於債權之創設，認許當事人有完全意思之自由，獨關於物權之創設，則採嚴格之限制，除於法律規定者以外，不許當事人以自己之意思創設之，所謂物權法定主義是也。

吾國從來所認之物權，其數尙不甚多。通行於一般者，卽地上權、永佃權、地役權、典權、抵押權。此外僅有先買權得行於土地之上。在歐洲諸國中古以降，因時之需要與各人之意向，能在土地上設定種種物權。夫以一個土地負擔多數之物權，所有權必至有名無實，當時利用土地之道未開，經濟上向無大害，其後社會進步，漸次知物權濫設

之弊害，卽一方，因於土地之交易頻繁，同時又許設定無限制之物權，頗足妨害交易之安全也。何以言之？土地之買受人往往於買受當時，不知其有種種物權，至買受後始發見，而受損已鉅；況土地既負擔種種物權，則必以其所生利益分配於數人，至使相互關係錯雜，因是人人以買受土地爲危險而交易不行。從另一方面觀察，若使土地負擔種種物權，尤無改良利用之望，蓋土地若得歸完全權利者之支配，依其權利者從土地之永久利害籌算，而加以諸般改良，庶所生之利益更大。若以一土地同時受數人之支配，權利者利害關係不同，專顧其一己之利益，不着眼於土地永久之計畫，如斯情形，一國之經濟必蒙不利。近世各國所以限制物權之種類，禁止濫行創設，蓋有鑒於上述之流弊也。

吾國從來通行之物權，不如歐洲之多，從而其弊害亦不過甚。然爲預防一切疑問與將來濫設物權起見，仍從文明各國之立法主義，於第七五七條規定：『物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設。』依此規定，以常事者之意思，設定關於物之權利，其權利若不爲法律所認之物權，自不受物權法之保護。卽非創設新種類之物權，僅變更物權之內容者，亦爲反於上開法條規定，在所不許。惟第二點有例外規定許容私意之範圍，應注意及之。（參照第八〇〇條第八二二條第八二三條第八三八條第八四〇條第八六一條第八八七條第八八九條第九一五條。）

本條所謂「本法或其他法律」者，指憲法上之狹義法律而言。以命令創設物權，固所不許，卽具有民法第二

條要件之習慣，雖有法律之效力，亦不得因之創設新種類之物權。故在本法施行以前所認之舖底權與先買權，於本法施行後，無成立之餘地，判例亦同此解。（參照最高法院二十二年上字第三三五號判例）

第二節 物權之得喪變更

第一款 物權得喪變更之意義

關於權利得喪變更之意義，其詳應於民法總則內論之。茲僅依民法第七五八條所示之取得、設定、喪失及變更等字，述其意義。取得者，此處指移轉之繼受取得而言，（繼承取得除外）如因買賣贈與而取得物權是。設定者，於一定之物上發生限定物權，如土地所有人於土地上設定地上權、永佃權、地役權、抵押權是。喪失者，有絕對的喪失，如拋棄及撤銷是，有相對的喪失，如物權之脫離前主體甲而歸於後主體乙是。變更者，此處僅指權利內容之變更而言，如存續期間與標的物之範圍有變化是。

通常所謂權利之得喪變更，指取得、喪失、變更三者而言，至於設定亦屬取得之一種。民法特標明設定二字，以期顯豁也。又有認權利主體之變更，亦為變更之一種者，但權利從主體甲歸於主體乙，一方為繼受取得，另一方即為相對喪失。（又稱為移轉）故茲所謂變更，不包括所謂主體變更。

物權之拋棄，是否為法律行為，頗有爭論，通說則採法律行為說。從吾土地法第三三條規定觀之，亦以登記為

要件。但從純理論言，就中如所有權之拋棄，似以採非法律行為說為正當。（舊第一次民草第一〇二四條採法律行為說而為規定）

第二款 物權得喪變更之原因

物權變動之原因，其種類不一，大別之為（一）法律行為，（二）法律行為以外之事實。試述之如下：

第一 法律行為

法律行為，可分為單獨行為與契約行為兩種；前者如捐助行為，遺囑是；後者則統稱之為物權契約。惟所謂物權契約，因立法例及學說所持主義之不同，論據亦異，不得不詳為述之。（註一）

依法律行為之物權變動，當事者所為之意思表示之性質，從來立法例及學說有兩大主義：一謂意思主義，即不認有債權契約與物權契約之別，謂物權之變動，祇依當事人之意思即發生效力者也。二謂形式主義，即於債權契約外，認有物權契約存在，僅以當事人意思表示之合致為生債權的效力，必於意思表示以外，履行一定之方式，始生物權的效力也。法國民法採第一主義，德國民法採第二主義。依法國主義，法律關係係以當事者之意思為基本，以當事者之自由意思，定其相互之關係。法律依其意思賦與效力，是為近世私法上一大原則，故當事者一方因其自己之處分權，為設定或移轉物權之意思表示，他之一方表示其取得其權利之意思，直以此雙方之相互的意思表示，而生物權變動之效果為當。然此原則究不得無限制適用之，何也？物權者，直接行於物上之權利也。若僅以

當事人之意思而設定移轉，必至使善意之第三者受不測之損害而妨害交易之安全。例如甲以其物之所有權讓與於乙，依此主義，甲乙間之契約直生效力，乙即取得物之所有權，然後甲又以同一之物讓與於丙，丙不知甲乙間之契約而支付價金，但乙仍得對於丙主張物權，丙即蒙其損害。雖丙有對甲要求賠償損害之一途，然如不正之徒常無資力，不借以其權利爲二重之讓與，丙仍不得免於損害。故若僅以當事者之意思而設定物權，不設何等限制條件，奸詐之所有者可以一物而移轉於數人，以爲詐欺取財之方法，流弊所至，必使人人視此種交易爲畏途，而生經濟上不利之結果明矣。在法國民法亦認絕對意思主義之不可行，爲預防上述弊害計，規定不動產以登記動產以交付爲對抗第三人之要件。即物權之設定移轉，基於當事者之意思即生效力，唯與第三人之關係，須以履行一定方式爲限，始得對抗。法國主義之所根據者，爲自由意思之觀念，然在學理上實際上均不免有所非難。學理上所謂物權，爲直接管領物之支配權，自始即具有對抗一切之效力，苟必俟踐行某種方式，始可對抗第三人，物權徒有名而無實，豈非毀損物權之本質？實際上則有可發生二重物權之弊，蓋既以登記或交付爲對抗第三人之要件，在讓與人與讓受人間之關係，已以讓受人爲權利人，至對於第三人之關係，則謂讓與人依然保有物權，第三人仍可有效讓受之，豈非發生重複物權使實際陷於混雜困難乎？依德國主義，關於物權之設定移轉，於當事者之意思表示以外，關於不動產以登記動產以交付而發生效力。德國行此主義，雖基於沿革上之理由，然在學理上及實際上均有相當之價值。誠以物權之效力既優於債權，於其成立當時，不能不有嚴格之方式，以昭鄭重；又物權之設定

及移轉，與第三人之利害有重大影響，爲保護第三人之利益及交易之安全計，實有此規定之必要也。

以上兩種主義，均各有其沿革。在昔羅馬法，關於物權之設定及移轉，於當事者之意思表示而外，非有交付手續不生效力。其交付之方式，頗爲複雜，因當時證據思想薄弱，文字又甚簡單，非用嚴重之方式，不足以資將來之證據。其後交際頻繁，交付之形式，漸趨簡易，於現實交付之外，有所謂假想之交付，即所謂長手交付與短手交付是也。

法國在民法未制定以前，採用羅馬法，亦以交付爲必要，惟所採者爲略式之交付。其後學者遂發生一種理論，謂交付乃占有之移轉，乃專就具體物而言。權利爲無體物，無所謂交付，故漸漸不以交付爲必要，唯依當事人之意思表示爲之。德國固有法亦係採交付主義，至中世時代於法院備置公簿，以記載當事人締結之物權契約，始爲登記制度之嚆矢。其後受羅馬法及法國民法之侵入，情形極爲混雜，至十九世紀，始漸次統一，仍行固有之登記制度，於動產，則採羅馬法之交付主義。

由上述兩種主義之沿革以觀，所謂意思主義即不分別債權契約與物權契約，形式主義即區分債權契約與物權契約者，不過當時法德二國學者理論之鬭爭。此種鬭爭，在今日已漸次轉換其方向。如日本民法此點係採法國主義，日本民法學者之理論以及判決例，均區別債權契約與物權契約，甚有以採意思主義，實係爲區別債權契約與物權契約而採意思主義者。註二亦一極感興趣之事也。瑞士民法係採德國法例，以登記或交付爲物權變動之必要條件，然在理論上對於交付或登記，即時付以物權得喪變更之效果，不認有與債權契約分離之物

權契約。由是以觀，於債權契約以外，是否認有物權契約之存在？與某種法律行為應具某種方式始生效力純爲判然各別之問題，並無牽連之關係。愚對於此種理論之傾向，毫不懷疑，試依下列兩點證之：（一）債權契約必以履行一定方式始生效力者，在債法上非無其例，如吾民法第四二二條第四四五條第四七五條以及證券行為之規定是。（二）具有物權的法律行為同一性質之移轉行為，（準物權法律行為）亦有僅以履行一定方式爲對抗要件者，如吾商人通例第二一條之規定是。綜上兩點立論，可見債權契約與物權契約區別之問題，究不出學問觀念上之理由，要式行爲與不要式行爲區別之問題，則爲實際需要上之理由。（參照舊民律草案第九七九條理由）學者有謂凡探意思主義之國，即不應有物權契約存在之餘地者，究不免有混同法律行爲之本質與法律行爲之方式爲一之嫌。註三）

在學問觀念上，物權契約應與債權契約區別。吾國於民法頒行以前，（在不動產條例施行區域內，依該條例第五條以登記爲對抗要件。）前大理院所著之判例亦認物權契約之存在。（參照二年上字第八號十年上字第七〇四號判例。）誠以債權契約乃使債務人負給付之義務爲標的，物權契約乃以直接發生物權變動爲標的，故關於履行義務所生之效力，不適用於物權契約，茲再就通說所示二者區別之點，藉明其適用。

（一）物權契約之標的物，須爲特定物，故以不特定物爲契約標的者，僅生債之關係。

（二）物權契約之標的物，須爲現實存在之物，故以將來可取得之爲物爲給付標的者，亦不成立物權契約。

(3) 物權契約之標的物，須爲有處分權人之物，故以他人之物之給付爲標的者，亦僅生債之關係。惟所謂處分權，不以權利之主體爲限，對於被處分物之主體以外之人，付以處分權能力者亦有處分權，如破產管財人及質權人（第八九三條）運送人（第六五〇條）是也。

又物權契約與債權契約之意思表示，雖於觀念上可以全然分別，惟在事實上往往有無從區別者，尤其爲債權的意思表示與物權的意思表示二者同時存在之場合，例如特定物之現實買賣與贈與是。此時祇可認爲於物權契約同時包含債權契約。但亦有可以區別者，此中又分兩種情形：(一) 物權的意思表示以債權的意思表示爲前提者，如不特定物之買賣，將來成就之物之買賣是。(二) 物權的意思表示顯與債權的意思表示分離者，如代物清償契約與以消費貸借爲成立要件之授受金錢物品是。（參照第三一九條第四七五條）

物權的意思表示與債權的意思表示區別之實益，即在物權行爲常爲無因行爲，所謂無因行爲，即原因行爲之無效，與物權行爲之效力不生影響者也。故爲物權契約之前提行爲（基於債權的意思表示）縱有無效或撤銷之原因，而物權行爲非當然無效，不過讓與人得依不當利得之規定，有請求返還其物權之債權而已。

第二 法律行爲以外之事實

基於法律行爲以外之物權得喪變更原因，其種類甚多，茲列舉如左：

(甲) 關於不動產動產所共通者。

(1) 時效。(一方因時效取得他方之物權即消滅)

(2) 繼承。

(3) 法院之強制執行。——(補訂民事執行辦法第一四條民訴執行規則第七三條參照上辦法第一六條第五項)

(4) 標的物之滅失。

(5) 混同。

(6) 存續期間之滿了。(限於有期物權)

(7) 清償債務。(限於擔保物權)

(乙) 關於不動產所特有者

(1) 土地徵收。

(2) 行使法律上之消滅請求權或撤銷權之結果。(民法第八三六條第八四五條第八五九條)

(丙) 關於動產所特有者。

(1) 先占及占有。

(2) 附合、混合、加工。

(3) 遺失物之拾得。

(4) 埋藏物之發見。

(5) 漂流物或沉沒品之拾得。

(6) 占有之喪失。(第八九八條第九三八條)

(7) 沒收。(註四)

以上係就取得與喪失兩項事實而言。至法律行為以外之事實發生物權變更者，如民法第八五六條第八五七條及第八九二條各規定是。此外亦有可想像之實例，如標的物之一部滅失是也。

第三款 物權得喪變更之要件

關於物權之得喪變更要件，可分為不動產物權與動產物權兩項述之。

第一 關於不動產物權得喪變更之要件

物權既有極強之效力，故關於不動產物權得喪變更之法律行為，若不令其履行一定方式，即對於第三人發生效力，第三人必蒙不測之損害，充其弊必至使交易有不能安全之虞。現今各國為保護第三人之利益及交易安全計，設有種種制度，大別之為三：一曰地券交付主義，即就土地設地券交付於權利人，於券上記載不動產物權之得喪變更，使有利害關係之第三人得就該地券推知該不動產物權之狀態也。二曰登記對抗要件主義，於不動產

所在地之官署，備置公簿，於簿上記載不動產物權之得喪變更，使有利害關係之第三人得就該公簿推知該不動產物權之權利狀態，而不動產物權之得喪變更，若不登記於公簿，則不得以之對抗第三人也。（然當事人之間，僅依意思表示即完全生效力。）三曰登記生效要件主義，於不動產所在地之官署，備置公簿，於簿上記載不動產物權之得喪變更，使有利害關係之第三人得就該公簿推知該不動產物權之權利狀態，而不動產物權之得喪變更，若不登記於該公簿，非但不能對抗第三人，即當事人之間，亦不發生效力也。第一主義，失於繁雜，今惟南澳洲及英領殖民地行之。第二主義，有已成物權不得對抗第三人之弊，與物權之本質不合，法國日本及法國法系之諸國行之。第三主義，就實際與理論言，均臻允合，德國瑞士與多數立法例行之。吾民法第七五八條即採第三主義者也。但吾民法與德瑞法例亦有不同之點，即非以登記自體能單獨生物權之變動，故登記原因如不存在，即登記權利與實質權利不符合時，從而其登記亦不生實質效力。惟與土地法第三六條比照觀察，不能使人無疑，誠憾事也。

關於不動產物權之登記要件，已如前述。吾民法於第七六〇條又規定一種要件，即不動產之移轉或設定，應以書面爲之，所以重固有之習慣，使物權得喪之效力俾有依據而免爭執也。在登記法未施行以前，本條規定尤有重要之適用。（參照最高法院二十一年上字第一三〇八號二十二年上字第一〇八四號判例。）

基於法律行爲以外之原因，如因繼承，強制執行，公用徵收或法院之判決，於登記前已取得不動產物權者，固不以登記爲取得要件；然非經登記後，不得處分該不動產物權，所以貫徹登記要件之本旨也。（民法第七五九條）

吾國學者有解本條爲對抗要件者，蓋就不以登記爲取得要件一點觀察。然查舊民律草案不設規定之理由，係以此種情形通例無第三人，故不以登記爲要件。其實在此種情形，不能謂毫無利害關係之第三人，不過以因權利之取得確實有據，認爲無須登記即發生取得之效力，故規定因此等關係取得物權之人如欲處分其物權，仍非於登記之後不得爲之，其非以登記爲對抗要件，甚爲明顯。蓋在吾民法絕無已成立而不得對抗第三人之物權也。

民法第七五九條所謂強制執行，依愚所信，係指民訴執行規則第七三條之情形而言，（參照補訂民事執行法第十六條第五項）不包含強制拍賣在內，強制拍賣，乃私法上之買賣關係，屬於法律行爲，在現行法上極有根據也。（註五）

依於法律直接規定取得之物權，（民法第八七六條情形）應否登記？有以爲係原始取得者，但在法條上頗有疑問，從保護第三人及土地登記法之旨趣觀之，應採積極說。至自建新建築物，則縱不登記，亦有對抗效力。僅於處分時，爲登記可矣。

第二 關於動產物權讓與之要件

動產物權之讓與者，即基於當事者之意思所生之設定移轉行爲，（註六）從一方面觀察爲讓與，從他一方面觀察則爲受讓，亦即取得或喪失之一種意義也。惟動產大抵以占有其物爲管領之本據，則創設物權，自以交付其物，使得達於管領之地位，最稱簡便。關於此點，立法例亦分兩派：一爲交付對抗要件主義，以占有移轉爲讓與動產

物權之公示方法。在占有移轉以前，當事人不得以動產物權之讓與對抗第三人，而在當事人間即以意思表示完全發生效力也。一為交付生效要件主義，以占有移轉為取得動產物權之要件。在占有移轉以前，非但不得對抗第三人，即於當事人間亦不發生效力。法國及日本採前一種主義，德國及瑞士採後一種主義，吾民法第七六一條第一項原則之規定，即依德瑞立法例者也。

動產物權之讓與，非將動產現實交付，不生效力，是為原則。法律為適應實際上需要起見，設有變通辦法，其情形如左：（民法第七六一條第一項但書及第二項第三項）

（1）簡易交付（註七） 簡易交付者，即依簡易程序而完成其交付之謂。例如借用人或受寄人於受讓其所占有之借用物或受寄物時，不必將目的物返還於讓與人更為現實交付，僅由當事者之意思表示，即生移轉之效力可也。

（2）占有改定 占有改定者，謂讓與人於讓與後仍繼續占有其動產者，讓與人與讓受人得訂立契約，使受讓人取得間接占有之法律關係，以代交付是也。例如出賣人於買賣契約成立後，得與賣受人訂立租賃或貸借契約，以繼續占有該物，斯可免反覆交付行為而期簡捷。

（3）請求權之讓與 以第三人占有之動產物權而行讓與者，讓與人得以其向第三人行使之返還請求權讓與受讓人以代交付。此種辦法，又稱指示讓與，或請求返還權之代位。例如出賣人將其已出租之物讓與時，使買

受人向承租人行使返還請求權，即生效力，所以省略程序而圖移轉之便易也。

關於船舶之讓與，除交付外，並以登記爲對抗第三人之要件，在海商法及船舶登記法有規定。

第三節 物權之消滅

物權之消滅，乃物權絕對的喪失之謂。其喪失之原因，有爲各種物權所共通者，有爲各種物權所特有者，不在本節說明之列。本節所說明者，限於民法第七六二條至第七六四條所規定，可分爲不基於權利者意思之事實與基於權利者意思之事實兩種，述其意義如左：

第一 混同（不基於權利者意思而消滅者）（民法第七六二條前段第七六三條第一項）

按物之所有權及其他物權同歸於一人時，其物權因混同而消滅，是爲原則。例如甲於乙所有土地上有地上權，其後乙爲甲或甲爲乙之繼承人時，地上權與所有權混同，地上權應消滅。自理論言之，混同祇不能行使權利而已，不得爲權利消滅之原因，然必使此不能實行之權利存續，既無實益，徒使法律關係趨於錯雜，故以混同爲權利消滅之原因爲宜。又所有權以外之物權及以該物權爲標的之權利，歸屬於一人時，其權利亦因混同而消滅。例如甲以其地上權抵押於乙，其後乙爲甲或甲爲乙之繼承人時，則抵押權，因混同而消滅。對此原則，尙有例外，即有使權利存續之實益時，則不爲權利消滅之原因。其情形如左：

(甲)其他物權之存續有實益時。(民法第七六二條但書)

(1)於所有人有實益時 例如：甲以土地爲某債務人抵押於乙，又抵押於丙，乙爲第一抵押權人，丙爲第二抵押權人，嗣後甲爲乙之繼承人，取得乙之債權及抵押權，若依一般原則，使抵押權消滅，丙卽取得第一位抵押權，能受完全之清償，其結果使甲蒙不利，故認甲取得之抵押權仍舊存在，而不消滅。但在所有人與債務人同爲一人時，其債權依第三四四條因混同而消滅者，自不能使抵押權存在，亦不待言。

(2)於第三人有實益時 例如：甲於乙之土地有地上權，丙於甲之地上權有抵押權，其後甲因繼承或其他事由取得乙之所有權。依一般原則，甲於取得所有權時，其地上權卽常消滅，然丙之抵押權本以甲之地上權爲標的，若認爲消滅，使丙無端喪失利益，不公孰甚，故認地上權仍不消滅，以保護丙之利益。

(乙)以其他物權爲標的之物權存續有實益時。(民法第七六三條第二項)

(1)於處於混同地位者有實益時 例如：甲以其地上權爲某債務人抵押於乙，其後甲爲乙之繼承人，則甲因繼承取得之抵押權因混同而消滅，然甲若先將其地上權爲某債務人抵押於乙，乙爲第一抵押權人，次又將其地上權爲他債務人抵押於丙，丙爲第二抵押權人，茲甲爲乙之繼承人，認其第一抵押權存續有法律上之利益，故不因混同之故而使其消滅。但甲若自爲債務人，甲乙間混同，依第三四四條而消滅債權者，甲自不能取得抵押權，亦不待言。

(2) 於第三人有實益時 例如：甲在乙之地上權上有抵押權，甲以此抵押權（連同債權）為其他債權之擔保，向丙設定權利質。嗣後甲為乙之繼承人，取得地上權，若依原則，甲之抵押權消滅，然此抵押權為丙權利質權之標的，丙對之有法律上利益，故不因混同而使其消滅。

第二 拋棄（基於權利者意思而消滅者）

凡財產權以得由權利者之意思表示而拋棄，是為原則。拋棄為單獨行為，毋須得相對人之承諾，惟須注意第八三四條但書及第八三五條之限制，又與第三者之權利有關係時，應解為不得自由拋棄，如甲於乙之地上有地上權，又將此地上權抵押於丙，則甲之地上權，為丙抵押權之標的，若許甲拋棄，則妨害丙之利益也。物權一經拋棄，即歸於消滅。（民法第七六四條）

（註一）其實非關契約問題，乃關於物權行為意思表示之效力問題，不過學者多就物權契約言之，茲為便於說明起見，亦就契約論之。

（註二）參照三續信三物權法提要上卷第一九頁。

（註三）參照松岡義正物權法（京師法律學堂筆記）第二三頁。

（註四）沒收是否以動產為限，為利法學者爭論之問題，司法院院字第五七四號解釋採動產說。

（註五）參照拙著「論強制拍賣之擔保責任」載東亞法學雜誌第六卷第五號。

有反對說，見劉鴻漸物權法論第三四頁。

（註六）有謂本條之讓與，與第八八五條比照觀察，專指所有權之移轉而言，設定行為不與焉。然從第九四八條之規定觀之，所謂讓與，不僅指移轉一種情形而言，其為明題。在日本民法因第三四四條與第一七八條規定不同，不能不為明異之解釋。

(註七)阿波達之見解與本著不同。彼以舊民法七六一條既無與德民八五四條二項及自民一八二條二項相當之規定。則此種名稱不宜採用。(見物權法論綱第八頁)未免忽視我民法第七六一條第一項之但書規定。

第二章 所有權

第一節 所有權通則

第一款 所有權之理論

就現代各國法制而論，除蘇俄有些少差異外，殆無不認個人所有權之制度，惟關於個人所有權之根據若何？從來有多數學說。在此等多數學說中，有就關於所有權制度之沿革爲歷史的檢討與現社會制度承認私有財產之原理的根據相混同者，其實前者爲所有權之變遷問題，即所有權經如何之歷程而發達？是爲所有權事實上之基礎。後者則爲所有權之價值問題，即私人所有權爲何而有存在之理由？是爲所有權理論上之根據？

關於所有權之變遷問題，因各民族不同，須就各民族情形詳考之，然若論其大體，亦有可得而言者，即由第一期之財產共有制，進於第二期之個人所有制是也。一切民族之財產制度，殆皆始於共有制，已爲一般學者所公認。唯共有制分爲村落共有與家族共有二種，究其變遷之跡，先由村落共有制進而爲家族共有制乎？抑先由家族共有制進而爲村落共有制乎？則爲學者所聚訟。其實此問題亦因各民族情形不同，難以一概斷定。太古之時，人口稀

少，土地遼闊，各人漫然盤據，一部落之民，或爲共同牧畜，或爲防敵禦外，或遇有興水利之必要，乃共有一定地域，至於無此必要之地方，則由以夫婦親子而成之團體，各散處於多少相隔之地，於其附近土地，從事耕作，故或從村落共有而至家族共有，或從家族共有而爲村落共有，甚或從村落共有而至個人所有，從家族共有而至個人所有，殊難有一定之準則，要之共有制先於個人所有制，則確然無疑者也。

雖然，太古概爲財產共有制，但亦不無個人所有制，同時並存。所謂共有，指土地不動產之共有，至於動產，則可行個人所有制，惟因土地共有之結果，凡遊牧於土地之畜類及收穫物等，本屬共有，因分割而始歸於各人所有；又如農耕器具，於某範圍內爲共有物，至於軍器衣服等物，依各人之技術強弱及身體大小而異，故多爲各人專有。由是以觀，太古之世，財產共有制與個人所有制並存，不過輕重之度甚相懸隔，大抵於土地行共有制，於動產以個人所有爲原則，而以共有爲例外者也。

村落共有制與家族共有制，（均指土地而言）在吾國有足徵之文獻，而家族共有制迄今一部分地方猶留其遺俗，至個人私有制度，在歐洲乃完成於法國革命之後，而吾國之個人私有制度，則兆端於秦皇統一之時，自是以往，家族制度之崩壞，自由思想之勃興，工商事業之發展，無不爲促成個人所有權之原因。甚至以承認土地爲個人私有爲能增加生產力，而個人私有之制度於以確立。唯擁護個人私有制度，行之極端，致引起許多流弊，社會主義家張目攘臂，盡力攻擊，職是之故，故將來所有權形體之變化限度，尙未知所定，要亦不外調和個人利益與社會

利益之間，爲最適當之解決耳。

以上爲說明所有權之史的發展，惟所有權（即個人私有制度）究有如何存在之根據？即所有權理論上之基礎，尙不得不予以探討。關於此點，學說更爲複雜，茲臚列其重要者如左：

（甲）占據權說 此說導源於羅馬時代，其後唯荷蘭學者（Hugo Grotius）倡導之。其要旨謂在古時萬物未
有定主時，若有人加其意力體力於一物之上而占有之，其人與物之間即生有一種特殊關係，他人不得侵奪，此
即所有權之始，且爲正當理由也。然此說不足爲所有權理論的根據至爲明顯，蓋先占不過一種事實，殊不足說明
所有權之基礎，且如土地及其天產物之所有權，固可因先占而爲原始的取得，但如因加工而得之工藝品，因耕作
而得之收穫物，其所有權之取得，實非因先占之結果，乃爲勞力之結果，故認先占爲所有權之根據，實嫌薄弱。

（乙）勞力說 主此說者，以個人所有權之獲得，乃由勞力而來，如農夫的收穫，工人的工資，商賈的盈餘，都爲
其勞力之結果，他人不得有所侵害之，此說爲英國學者（Adam Smith）所倡導，然若以所有權爲因於無主物
上所加之勞力而取得之，則混所有權之原理與所有權取得之方法而爲一，其缺點與占據說無異。如以因勞力加
工而得所有權爲適於正理，則凡非勞動結果之物，將不得爲所有權之目的，如土地並非人所造成，即不能認爲私
人之所有物矣，故此說亦不足採。

（丙）人性說 此說以所有權定於人之天性，蓋人類非資外物爲養，則不能圖其生存，而外物所有之事實，與

人類俱存，但人各奮其腕力以爭奪外物，事實誠事實矣，尚不得目爲權利，既而覺悟相爭之不利，各恃其所勤勞而得之物以爲生活，互尊而不相侵，乃生所有權觀念，故所有權實定於人性，所以使人各安其分，互不相侵而遂其生存發達者也。夫以人類生活需要以生所有權之觀念，固有其一面之理由，然僅能說明所有之根據，而不能說明權利之根據，何也？若無法律以定其限界，則各人隨其一己之所需要以爭奪外物，焉能互尊而不相侵犯耶！於是法律定說出。

(丁)法定說 此說以人類需要財物，固出於其本性，然若無法律以保護之，則只單純的事實而止，人人各須以腕力防衛之，社會必不安定，故須藉法律以認定所有權，然後所有之事實乃變爲所有之權利，故所有權乃法律所創設，在法律以前不能想像有此權利者也。

今日之學說，雖多趨向於第三說，然篤信第四說尙有其存在之價值，不容以其拘於形式論而忽視之。反對法定說之理由，不外謂所有權之思想，其實質已存於法律以前，法律不過承認之，非由法律所創設也。夫法律固不能創設事實，然就某種事實而予以保護，則爲法律之任務。基於同一之理由，法律若以個人所有在某一時代有不適於需要，自亦可限制個人所有之範圍。現代國家之立法即在努力限制個人所有權之範圍，使其與社會利益不相衝突，蓋所有權制度，從其變遷之事跡考之，要不外爲時代之產物，於某時代獎勵個人無限制之私有或可以增加生產，於某一時代限制個人之私有，集中力量於分配之公平，或可以維持社會之安甯，如何爲之最適當，應依各時

代之環境，標準於社會全般之福祉而決定之，若超越時代，不能絕對論其邪正者也。要之，個人所有權之根據，非在於天賦，非在於神授，亦非出於占據掠奪等原因，其範圍應依於各時代之事情以社會一般之福祉為標準而定，至如何得適合於社會一般福祉之結果，是在法制本身之建設問題，不待贅言矣。

第二款 所有權之性質

關於所有權本質之定義，有兩種主義：其一，為抽象之概括主義，此為德國學者所主張。德國民法於第九〇三條規定：『物之所有者，以不抵觸法律及第三者之權利為限，得任意處置其物及拒絕他人之一切干涉。』即採用此主義者也。其二，為具體的列舉主義。法國法系之立法例概採此主義。吾民法第七六五條規定：『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。』即蹈襲此主義者也。（註一）列舉主義，不但以所有權之本體與所有權之作用（即所有者之權能）混為一談，且亦涉於繁難，蓋舉所有權之作用（即所有者之權能）網羅之而無遺漏，乃一至難之事，故列舉主義殊不適於表明所有權之觀念。依愚所信，所有權，應付於左之定義，較為完全。

所有權者，於法令限制以內，有包括的管領物之權利，而永久存續者也。本此定義，說明所有權之性質如左：

第一 所有權者包括的管領物之權利也

所謂包括的管領物之權利，即所有人對於其物有總括的支配權是也。易言之，即非在特定的關係上而以特

定的方法支配其物之權利，乃於總括的關係上，得於一切方面行物之管領者也。故有此權利者得從其意之所欲以處置其物，無論何人如不得其承諾，不得於其物上爲何等行爲。基於此種觀念，列舉所有者之權能，則爲占有，使用收益，處分及排斥第三者干涉之權能（註二）然不能以此等權能相集合以構成所有權，不過表彰所有權之包括的管領關係而已。

第二 所有權者於法令之制限內有包括的管領物之權利也

物之所有者雖有從其意之所欲以支配其物之權利，然所有權究爲一己之私權，要在不害公益之範圍內行使，且若許所有權爲絕對無條件之行使，即在所有者相互間亦不免發生權利之抵觸。爲調和所有者相互間之利害及維持社會之公益，應使服從於法令上之限制（註三）如依要寒地帶法，土地收用法，森林法，其他依軍事衛生等理由，而爲所有權之限制者，殊不在少；又在相隣者之關係上，在民法法典亦設有限制所有權作用之種種規定。此外尚有依法律行爲而受限制者（註四）例如：在所有權上設定地上權、永佃權時，所有者不得不停止其一部作用，而失去其絕對的普遍的權能。於茲場合，所有權之本體並不因之損失，蓋第三者之權利一旦消滅，同時即可回復其圓滿之支配權。此所謂所有權之彈性，或回歸力，而在受限制之狀態中，則謂之所有權之裸體或虛有權。

第三 所有權者永久存續之權利也

此所謂永久存續，乃相對的立論，即不限定其存續期間之謂。易言之，所有權除目的物之消滅，第三者之取得

時效，所有者之拋棄，或其他絕對的消滅事由以外，以永久存續爲其本質，非如地上權地役權等因一定之時期經過而消滅也。惟以所有權之處分爲標的之法律行爲，附期限或附條件，亦屬無妨。若附終期或附解除條件之法律行爲以讓與所有權時，外表上雖似爲成立有期之所有權，然不得解爲因於期限到來或條件成就而消滅所有權，蓋期限與條件，乃法律行爲之附款，依期限之到來或條件之成就，該處分所有權之法律行爲雖失其效力，而於所有權之本身並無影響，不過有權利主體之更迭而已。此與地上權地役權規定有期限之場合，迥異其趣，蓋此等物權乃存於他人所有物上，於一定限期到來之後而歸消滅，自無不可。

第三款 所有權之內容（或作用）

所有權以物之總括的支配爲內容，基於此觀念而列舉所有者享受之權能，前已一言及之。茲再示其大要如左：

第一 所有者有占有所有物之權能

所有者對於其物既有包括管領之權利，而包括管領自以占有爲必要，故所有者有此權能不待多言（註五）

第二 所有者有使用所有物之權能

使用者，不毀損物體，依物之用法而供需要之謂。例如：家屋之所有者住居其家屋，車馬之所有者乘用其車馬是也。

第三 所有者有爲收益之權能

收益者，以物之產出物爲自己之所得之謂。故所有者有收取天然孳息與法定孳息之權能。

第四 所有者有處分所有物之權能

關於所有物之處分，得分爲事實上之處分與法律上之處分二種：前者乃有形的變更或毀損物之本體；後者乃變更、限制，或消滅對於物之權利。（如移轉設定拋棄等行爲）（註六）

第五 所有者有拒絕第三者干涉之權能

所有權有排斥第三人干涉之消極作用，爲德國民法所明定。（德民第九〇三條）日本民法無此明文，其國之學說多承認之。所謂排除他人之干涉，即他人無法律上之原因，不得於其物上爲何等行爲是也。惟行使此項權能，應存於法令之限制範圍以內，且應注意習慣及權利濫用之禁止。（參照第一四八條）若以違背社會的意義之方法而行使所有權，在所不許。（註七）本條係指事實上之排除而言，否則無以貫徹所有權之效用。

此外即物之成分及其天然孳息，於分離後，仍歸屬於原物之所有人，爲吾民法第七六六條所明定。（參照德民第九五三條）蓋凡物之成分，於分離以後，是否爲原物之一部，抑爲另一新物體，若不規定明晰，必生爭論。至天然孳息，亦以屬於原物所有人者，則爲較合於一般社會制度，惟法律另有規定時，則從其規定。（參照第七九八條）（註八）

第四款 所有權之保護

所有權除依其他法令及基於侵權行為一般規定之救濟以外，其最要之保護，即學者所稱所有權上之請求權。此項請求權，依吾民法之規定，分爲三種：即所有物返還之請求權，除去妨害之請求權，防止妨害之請求權是也。（民法第七六七條）

第一 所有物之返還請求權

所有人對於其物有占有權能，前已述之，故所有物若失管領而被他人占有時，對於占有人發生請求返還之權利。此請求權之行使，在所有者無拋棄占有之意思，而於物上喪失其管領力之場合即發生，其喪失占有，是否因於第三者之侵權行為，在所不問。行使此請求權之目的，在回復物之占有。有與基於債務不履行之回復原狀之請求權併存者，如租賃契約終止後，承租人尚不交還其目的物是。（參照第二五九條第二六三條）有與基於侵權行為之損害賠償請求權併存者，如遇強盜或竊盜侵奪所有物之時是。（參照第一八四條第二一三條）但仍爲兩個請求權，則無疑也。

第二 除去妨害請求權

所有權於喪失占有以外之原因而受妨害時，所有人有請求除去妨害之請求權。學者稱此爲所有權之保持請求權。妨害云者，對於所有者在物上之實力關係，破壞其圓滿狀態之謂。例如未經所有者之承諾而侵入其宅地，

或於所有者之土地上突出建築物或流下液體以妨礙其土地是也。又妨害行爲，得別爲事實上之妨害與法律上之妨害二種，如前舉之例，卽爲事實上之妨害。至法律上之妨害，卽爲妨害實力行使之權利主張，如無通行權人要求通過所有者之土地是。所有者因於第三者之妨害行爲，對於妨害者得阻止其妨害之繼續進行，同時於其既受之損害，亦得依侵權行爲之法則，請求賠償，惟損害賠償請求權，僅得對於最初爲妨害行爲之人行使，對於現在妨害之人不得行使。例如：甲突出建築物於乙之所有地內，以妨害乙之所有權，嗣後甲讓與其建築物於丙時，乙僅得於甲行使損害賠償請求權，而對於丙則得請求除去妨害。

第三 防止妨害請求權

所有權雖無現實之妨害，而有被妨害之虞時，亦得請求防止損害之發生，是謂防止妨害請求權。學者稱此爲所有權之保全請求權。夫在妨害之事實未發生以前，而得有豫防之權利者，蓋爲完全物權之效力，關於此點，卽物權與其他權利最易區別之處也。惟所謂有妨害之虞，必達如何危險程度始得請求防止，則爲不易解決之問題。此問題純屬事實問題，要在依社會一般觀念決之，尤須注意禁止權利濫用之規定。又行使此請求權，亦如前例，不以最初妨害行爲之人爲限，如土地或建築物之占有者建設不堅固之煤氣管，因其瀕於顛覆崩潰而有妨害他人所有權之虞時，嗣後土地或建築物之占有者雖有更迭，對於新占有人亦得行使此請求權，以爲救濟。

以上乃就所有權有此三種保護之法以說明其概念。對於民法學上所謂物上請求權之一般法理，尙有關明

之必要，特敘述如左：

(甲) 物上請求權之性質 物權的請求權者，乃於物權本來之內容與現時之狀態生不合致之場合，對於使其生不合致之人，請求排除不合致原因之權利也。物權以對物直接享受利益為本則，對於人請求為作為或不作為，非其當然之內容。然無論何人應尊重他人之物權，故物權被侵害之結果，其現狀與本來之內容必生不合致，為完全物權之效力，以發生此請求除去不合致原因之權利。易言之，物上請求權以回復本來圓滿狀態為標的之權利，在其圓滿狀態未受影響時，無從發生，乃以他人之行為失其圓滿狀態，為此請求權之發生要件，從而物上請求權與基本物權為各別之權利也。(註九)

物上請求權，以對於特定人而行使，且行使之方法，在請求特定人為作為或不作為，故亦為廣義之債權，從而關於債權之一般原則規定，於其性質所許範圍內，亦得以準用。但究不可視為純然之債權，不過含有債權意味之特別請求權而已。

物上請求權雖與基本物權全然各別，然既以回復物權之圓滿狀態為其特別之標的，而被請求人之作為與不作為僅為其方法，故與基本物權究有若干從屬關係。在理論上以不得單獨讓與或單獨罹於消滅時效為常。

註一〇

(乙) 物上請求權之要件 物上請求權因於物權之內容與其現狀有不合致之事實而發生，前已述及，惟應

注意者，即在有妨害之虞時，亦得認為妨害事實之一種。因而物權之受侵害，不問其是否受他人之侵權行為，均發生物上請求權，已成通說。（註一）故關於侵權行為之左列要件，與此無關。

（1）不法要件 侵權行為之成立，以不法為前提，反之，在物上請求權之發生，則無此必要，惟妨害者得以適法為理由，而生拒絕其請求之抗辯權，例如租賃契約未終止前，承租人有拒絕返還租賃物之抗辯權，有土地通行權之地役權人，得拒絕土地所有人之通行阻止請求權者也。（註二）

（2）責任要件 一般侵權行為以行為人有故意或過失為必要，在侵害物權，則不問其有無故意過失，縱因於物之所有者自己之過失喪失其管領力時，亦得行使物上請求權。

（3）責任能力 一般侵權行為，以行為人有意思能力為必要。所謂意思能力，即識別能力（參照第一八七條），但在物權受侵害時，對於無識別能力者，亦得行使物上請求權。

（丙）物上請求權之相對人 物上請求權，以回復物權本來之狀態為目的，故其相對人，必係現在之占有人或現在將物權置於不圓滿狀態之人，對於最初為妨害行為之人僅對於其不法行為上有損害賠償請求權，惟第七六七條之文字亦欠醒豁。（參照第九六二條）依愚所見，本條應為如下之修正：（所有人於所有物被侵奪或喪失管領時，得請求返還之。所有權被妨害時，得請求除去之，所有權有被妨害之虞時，得請求防止之。）

第五款 所有權之取得時效

第一項 時效之觀念

時效云者，因一定期間繼續的權利之行使或不行使，以取得或喪失權利之謂。權利之取得，謂之時效，權利之消滅，謂之消滅時效，故時效爲非法律行爲，乃法律事實之一。時效之要素，爲時之經過，故動產占有者，以某條件即時於動產上取得行使之權利（民法第八〇一條第八六六條第九五一條第九四八條）非時效也。又時效以某事實之繼續狀態爲要件，必取得所有權，以具備法定要件之繼續占有爲要件，請求權之消滅，以繼續不行使其請求權爲要件，此要件皆與時之經過互相連結，而構成時效制度之基礎者也。雖然，在吾民法之解釋上，關於請求權之消滅時效，似僅爲發生單純之抗辯權，以當事者之援用爲要件（第一四四條）若以之爲權利消滅之方法，似屬失常。惟對於永續不行使之權利，不許其妄自行使，而與以防禦之術，則與時效制度之根本精神，並無違背。至取得時效，非僅藉以爲抗辯方法，實以爲取得權利方法，故應嚴定其要件。若就保護永續事實上之狀態及社會生活之秩序之基點而論，則爲二者所共通，此固無庸疑者也。

第二項 時效制度之沿革

時效制度，導源於羅馬法。在羅馬法上，關於時之經過而生權利之變動，有兩種制度：一爲取得時效（*usucapio*），即多時占有他人之物而取得所有權之制度，在十二銅表法中即存在，當初所定期間甚短，關於動產爲一年，關於不動產爲二年。然此制度屬於市民法，以對於羅馬市民及伊太利以內土地有其適用，對於外國人及殖民地

尚不適用。此後於殖民地，因事實上之必要，亦有同此精神之制度。即占有者及所有者於住居同州內之場合，四十年之占有，非居住於同州內者，因二十年之占有，以取得土地所有權，比於前者，期間較長，故稱之爲長期時效。至優帝時廢此區別，對於動產，採 (usufruct) 制，對於不動產，採用長期時效制，（有十年或二十年區別）此即後世取得時效之起源也。一爲消滅時效 (prescription)，即關於訴權消滅之制度，於羅馬市民法向無此制，然裁判官所賦與之訴權，要於一定期內行使爲原則，於是永久訴權與有期訴權之差別，嗣後以命令定訴權之時效期間，一般爲三十年，爲沿用舊名稱，猶謂爲永久訴權，短於三十年之時效期間，則謂爲有期訴權，優帝之立法從之。由是以觀，當時之訴權消滅時效，不過爲訴訟形式上之意義，後世漸失此意義，而有與私權抗辯權相當之意味矣。

（註一三）

依上所述，可見此兩種制度有下列三點之不同：（一）一起源於十二銅表法，一起源於審判官之命令。（二）

一以占有爲基礎，一以權利不行使爲基礎。（三）一關於權利之取得，一關於權利之消滅。德國民法即基此理由，以消滅時效，規定於總則編，（德民第一九四條以下）以取得時效，規定於物權編，（德民第九〇〇條第九三七條以下）在法國民法及日本民法，（法民第二二一九條以下，日民第一四四條以下）則以兩者之根本精神，均在保護永久事實上狀態，故於時效之一概括名詞之下，納諸總則編。吾民法乃從德國立法例也。（註一四）

第三項 取得時效之範圍

取得時效，係於他人之物上取得所有權之方法，在自己物上，固無取得時效之可言，即於無主物上，亦無取得時效之可言。於羅馬法，取得時效，僅為所有權之取得方法，嗣後此觀念漸形發達，於所有權以外之財產權，亦有適用，惟以可為占有目的之物權為限。日本民法不襲從來之觀念，於一切財產權，皆可適用，凡不得為占有目的之權利，則認為準占有，例如著作權、商標權、特許權等等，皆得為取得時效之客體。吾民法亦從此例，所以求貫徹保護行使權利之事實也。（民法第九六六條第七二條）（註一五）

在財產權，亦有不得為取得時效之客體者，分述如左：

（一）由於法律所規定 屬於此類之財產權，為不繼續或不表現之地役權。（民法第八五二條）夫既以行使權利之繼續及公然，為取得時效之要件，而此地役權不具此要件，當然不得為取得時效之客體，似無另行規定之必要，但公然占有，與表見之意義，尚未可混而為一，此民法第八五二條規定之理由也。

（二）基於權利之性質 凡從屬權利，不得為獨立取得時效之客體。專屬權亦然。例如質權、抵押權、以隨債權而存在，無債權之人絕不能取得此種權利，其性質無單獨適用此種時效者，由身分關係而生之財產權，亦不得依時效取得之。此外尚有一回行使而歸消滅之權利，如撤銷、廢除權，即無永續行使之意義，故亦不得為取得時效之客體。

關於物之財產權之取得時效，有僅限於以動產為原則，於不動產，祇設有類似之規定者，如德國民法是。（德

民第九三七條第九〇條第九二七條，吾民法倣日本民法，取得時效，於動產不動產皆有適用。又關於不動產之取得時效，在日本民法不問他人已登記與未登記之不動產，均得爲取得時效之客體（日民第一六二條）在吾民法則以未登記之不動產爲限。然登記非補充占有，以甲之名義登記，以乙爲事實上之占有，而完成法定條件，在理論上固無妨也。

第四項 取得時效之要件

取得時效之要件，依吾民法第七六八條至第七七〇條之規定，得分爲普通要件與特別要件兩種：普通要件，於動產及不動產皆有適用，特別要件，僅於不動產短期取得時效有適用。普通要件與特別要件差異之點，即以占有是否善意以及有無過失爲斷。

第一 普通要件

因時效而取得所有權，必以所有之意思於定期內爲具有條件之占有，前者謂之心素（即以所有之意思），後者謂之體素（即占有之事實）是也。

（甲）主觀要件（即心素） 所謂以所有之意思占有者，即與所有者對於物有同一之意思之謂也。蓋取得時效之占有，係適應所有權之事實，須有所有之意思，毫無疑義。故毫無意思能力之人，不能因占有時效取得所有權，縱有意思能力，而依權原之性質（註一六）係爲他主占有者，例如地上權人、永佃權人、質權人、承租人之占有，僅以

於某特定關係管領之意思所爲之占有，亦不因占有時效取得所有權。於此場合，須占有人對於使其占有之人表示所有之意思，方得認爲爲所有之意思，始爲自主占有。（參照民法第九四五條）惟應注意者，以所有之意思之占有，僅在事實上，有使自己與物之關係，與所有權內容之地位相若之意思即可，非必有欲取得所有權之法效意思，故竊盜對於贖物之占有，亦爲自主占有，不妨以時效取得所有權。此項所有意思，爲法律上之推定，（參照民法第九四四條第一項）占有人在舉證上，立於有利地位。

（乙）客觀要件（即體素） 占有之事實，即對於物有實力管領之謂。關於占有之一般法理，俟於占有章內論之。（民法第九四〇條以下）茲就所有權取得時效之特點，分述如次。

（一）和平占有 和平者，對於強暴之謂，即非暴行強迫而取得之占有也。通說謂強暴爲相對瑕疵，非對於受時效不利益者爲之不得援用，如占有者，因他人以暴力奪其占有，其他真所有者出，則現占有者，可視爲無瑕疵之占有。蓋現占有者對原占有者固爲強暴占有，對真所有者則不失爲和平之占有也。關於和平之舉證，在占有人亦立於有利地位。（參照民法第九四四條第一項）

（二）公然占有 公然者，對於隱祕之謂。即對利害關係人不爲隱祕之占有也。通說以隱祕亦爲相對瑕疵，例如甲占有乙之物，對他人雖隱祕之，對於乙爲公然時，亦能進行時效而取得時效之利益。關於公然之舉證，在占有人亦立於有利地位（參照民法第九四四條第一項）又吾民法於第七六九條，雖未規定公然字樣，然不動

產之占有，於其性質上當然須爲公然，無待明文也。（註一七）

(3) 一定期間之繼續占有 時效制度之根本精神，在保護永續之事實，故依於此性質之占有，從其繼續性而取得時效完成，申言之，即以所有之意思和平公然三種要件，非僅於占有開始存在爲已足，須繼續存在至若干年而無間斷。例如占有之當初爲隱祕的，但於變爲公然之場合，於其時具備法定要件，而可開始取得時效之進行；又於占有之當初，雖具備各要件，嗣後又欠缺某種要件，則時效不能進行。惟證明繼續，亦頗困難，故法律設有推定辦法，（參照民法第九四四條第二項）占有受繼續之推定，上述三要件亦當然受繼續之推定。

吾民法於第七六八條，雖未規定繼續字樣，然從取得時效之基礎觀之，當然須具備繼續要件，即依第七七一條之文義，亦可如此解釋者也。又吾民法所定取得時效之期間，較各國立法例爲短，蓋爲注重社會公益起見，不宜使所有權久不確定。故於動產爲五年，於不動產爲二十年之占有，即取得物之所有權焉。（參照中央政治會議民法物權編立法原則）

第二 特別要件

特別時效之占有，（即民法第七七〇條之不動產占有）即除具備普通要件外，且須於取得占有之當初，爲善意而無過失。善意云者即不知無權利所爲之占有之謂，易言之，即於占有取得之當初，不知其權原有瑕疵所爲之占有是也。關於此點，有種種學說，其詳俟於占有章內述之。無過失云者，即不欠缺注意之謂，易言之，雖加以相當

之注意，仍不能知其有無權利之謂。若用相當之注意，即知其為無權利而占有，而因欠缺此種注意者，斯為過失之占有。惟善意無過失之要件，僅於占有之始存在為已足，不以繼續存在為必要。吾民法於此點，採日本法例，若依德國民法，於動產所有權之取得時效，非僅占有之始，當出於善意，其後亦當保持之。（德民第九三七條）又依法國法系之立法例，於善意外，尚以正權原為特別時效之要件，所謂正權原者，如買賣贈與足為占有取得原因之法律事實是也。夫視占有者之有無過失，以分法律之保護，理所宜然，僅依權原之有無，而異其法律上之結果，實未允當。故吾民法以無過失代之。惟是否無過失，法律不設推定，應由主張無過失之占有人負舉證之責也。

第五項 取得時效之效果

時效完成之結果，在動產占有有人即取得所有權，在不動產占有有人，尚須經過登記程序，始取得所有權，在登記法未施行前，適用施行法第八條之規定，即於得請求登記之日，視為所有人。因時效而取得物權，與此不相容之他人權利，歸於消滅，是為當然。但取得時效之效果，非因於消滅時效，故取得時效，不以具備消滅時效要件為必要也。（註一八）

所有權以外財產權之取得，準用所有權之規定，（民法第七七二條）惟法條文義，殊欠醒豁。所謂準用，究準用動產之規定乎？抑準用不動產之規定乎？學者解為應視權利是否須登記為斷，即應登記之權利，準用關於不動產所有權取得時效之規定，如係不登記之權利，則準用關於動產所有權取得時效之規定。此種解釋，按之吾國現

行法令，尙未盡當。在民法上之財產權，固可以應否登記爲斷，而在特別法上之財產權，則因法令紛歧，有僅以註冊爲對抗要件者（如商人通例第一一條第二〇條），有尙以註冊爲取得要件者（如商標法第十四條修正商標法第十三條），故關於此種財產權，須參考特別法之規定。（註一九）至所有權以外財產權之取得時效，須於一定期間，以該財產人之意思和平公然，繼續占有或準占有，則與所有權取得時效所具之要件相同。

第六項 取得時效之中斷

所有權取得時效之中斷，除得類推適用消滅時效中斷之規定以外，尙有特別中斷原因，卽占有自然之中斷是也。蓋占有須以所有之意思（卽心素）與占有之事實（卽體素）而成，二者缺其一，卽生中斷。茲依吾民法之規定，而述其中斷原因如左：（民法第七七一條）

第一 意思之喪失

以所有之意思而占有他人之物，嗣後變爲不以所有之意思而占有時，則生中斷。但此又分爲兩種情形：（一）全無爲自己占有之意思時。例如：占有人遇所有人之請求，承認其所有權，而自處於占有補助人之地位，於茲場合，其占有僅爲機關，非真占有者，故不能進行時效。（二）占有者變更從來之意思而爲占有時。例如：原係以所有之意思占有他人之土地，嗣後變爲以地上權人之意思而行占有，從來之占有，固然中斷，然自占有變更性質之時起，開始更新占有，基於新占有仍可完成地上權之取得時效。（註二〇）

第二 占有之喪失

占有人自行中止占有者，則生中斷。例如：占有人任意拋棄對於物之事實上管領力，須於回復對於物之管領時起，從新進行時效，惟占有被他人侵奪者，如依第九四九條第九六二條之規定，回復其占有，其時效不中斷，蓋因他人不正之侵奪，使喪失占有，非占有人之自由意思也。於不本於占有人之意思喪失占有之場合，例如遺失占有物既非占有人自行中止占有，亦非被他人侵奪，是否中斷時效？不無疑問。（註二）

右之所述，於所有權以外財產權之取得時效，亦準用之。（民法第七七二條）

第二節 不動產所有權

第一款 關於土地所有權之範圍與限制

第一項 土地所有權之範圍

不動產中之土地，乃地球面上之一部，互相連接，非如動產自體有一定之形狀限界，必須以人爲的方法區劃其境界者也。關於土地所有權之面積，既須以人爲的方法定其限界，始爲合理，則屬於土地法之範圍，在物權法中僅揭示所有權之效力，不僅止於地表，凡土地之上下，均爲所有權之範圍。民法第七七三條前段規定：『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。』即此意也。土地所有權，上

達天空，下達地球之中心，此原則，自羅馬法以來，爲各國民法所公認。由此原則所生之結果，土地所有權，不僅有地表之支配權爲止，對於地表上位之空間，亦有管領權，如在地上建築房屋，建設堤防及其他工作物，栽植竹木，均爲權利之正當行使。蓋土地所有權之範圍，若單以地表爲止，不能及於位於其上面之空間。則所有權幾無效用，故既認土地所有權，有併認此空間支配權之必要，不俟言也。又地表以下，若爲土地所有權之效力所不能及，則他人得於土地所有者之地下，任意穿鑿，必使土地基礎發生動搖，故認土地所有者有地下支配權，對於妨害其所有權之行使者，得據此原則以排除之，亦爲土地所有權所不可缺之制度也。惟所有者之支配權，並非漫無限制，本條前段所謂：「除法令有限制外，」後段所謂：「如他人之干涉，無礙其所有權之行使者，不得排除之。」卽爲對於所有權之支配作用而設之限制，其詳俟於次項述之。

第二項 土地所有權之限制

第一目 總說

關於土地所有權之限制，得由種種方面以觀察之：其一，爲受限制之作用；其二，爲限制之主體；其三，爲限制之目的。是也。

第一 受限制之作用

所有權之作用，有法律的作用與事實的作用。法律的作用之限制，最顯著者，卽禁止所有權之讓與及爲第三

者設定權利是也。在羅馬法，得依法令或法律行為爲限制所有權之法律作用。近世各國，雖稍加變更，而亦認此限制。例如破產者讓與屬於破產財團之財產或設定物權之行為，對於破產債權者當然無效。（舊破產法草案第七條及破產法第七七條）又如對於債務者有禁止讓與所有權或設定物權之假處分時，所有權亦即受限制。（民訴法第五〇一條新民訴法第五三一條）（其因當事人法律行為所設之法律作用之限制，參照第二段之說明。）事實作用之限制，乃因所有者避止當然得爲之特定的事實作用（消極的限制）或忍受當然得禁止之特定的事實作用（積極的限制）而成之限制也。例如所有者因第三者設定地上權，避止使用土地之行為，設定地役權，忍受地役權人以供役地供需役地便益之行為，均爲屬於所有權事實作用之限制。（其因服從於國家法令之事實上作用之限制，可參照第三段之說明。）

第二 爲限制之主體

所有權作用之限制，得以當事者之意思（如契約遺囑等）爲之前，已一言論及。其最顯著者，乃地上權永佃權或典權之設定，其結果可使所有人全不能使用收益，惟此指事實的作用而言，至由當事人之意思而爲法律作用之限制，（如以契約或遺囑禁止爲讓與或設定行爲，應解爲不生物權的效力，對於第三者爲無效，若有違反情形，僅對於違背者得爲損害賠償之請求，因之，祇生損害賠償之債權的效力而已。惟在法律上亦偶有特別規定，例如民法第八二三條所定禁止分割共有物之特約對於特定繼承人亦有效力，第一一六五條所定禁止分割遺產

之遺囑，應絕對遵守，應注意及之。至國家因保護社會一般之利益，及所有者相隣間之利益，得以法令限制所有權之作用，則不待言。

第三 爲限制之目的

所有權之作用，得依法律命令而受限制，前亦一言論及，蓋自土地所有權上達於天空下達於地表之法諺盛行以後，法國民法首揭此原則於明文（法民第五二條）幾視所有權爲最高無上之物，神聖不可侵犯，惟人智日見進步利用空中及地下之方法亦日進發達，若絕對爲無限制之適用，則於社會一般之利益，不無妨礙，故近世各國法律多有限制上開原則之傾向。德國民法第九〇五條規定：『所有者不得爲毫無實益之高所或深所之干涉拒絕。』瑞士民法第六六七條規定：『土地所有權於所有人之利益範圍內及於土地之上下。』均爲限制土地所有權支配作用而設者也。吾民法亦倣德瑞兩國之例，於第七七三條設有同旨趣之規定。註三該條所謂除法令限制外，乃一總括的法令的名稱，不僅指狹義之法律而言，卽行政機關之命令，亦包括之，惟無法律根據之行政命令，不能有限制權利之效力。註二所謂如他人之干涉無礙所有權之行使者，不得排除之，例如：飛揚紙鳶或輕氣球以通過他人所有地之上空，倒潑少許之水於他人所有地之溝渠，土地所有人若排除之，毫無實益，卽不得濫行爲之也。註二四所以設限制之理由，不外爲保護社會一般之利益，惟基於此種理由而設之限制，多以特別法令定之，例如：銃取通過所有地之飛鳥，則不得不依狩獵法之規定，是地表之上空應受法令之限制也。又如採取鑛產，應

依鑛業法之規定，是地球之中心應受法令之限制也。其散見於各種法令者，不勝枚舉。此外尚有基於保護所有者相互間利益而設之限制（即保護特定利益而設之限制）則規定於民法之中。吾民法第七七四條至第七九八條之規定，即為本於此理由而設之限制，學者稱為相隣者之關係或相隣權焉。（註二五）其詳俟於後述之。

第二目 相隣間之關係

異其所有者之二個土地互相隣接時，此所有者之權利行使，影響於他所有者之權利行使，其結果於相隣間發生權利之牴觸，為調和此種牴觸，而有設一定限制之必要。此種限制，從受限制一方觀之，則為義務，從其他一方（即擴張一方）觀之，則為權利。惟歷來觀念，多偏於權利本位主義，故稱為相隣權。其實所謂相隣間所有權之限制，不外定土地所有人相互間之權利義務關係而已。（註二六）茲依民法第七七四條至第七九八條之規定，分述如後。（註二七）

第一 關於經營工業或其他事業使用土地之權義關係

土地所有人經營工業或行使其他之權利，應注意防免隣地之損害。（民法第七七四條）此所謂經營工業，大體指化學一類工業而言，蓋惟化學一類工業足以有發生隣地損害之可能，若為開設他種工場，雖亦不免氣響侵入隣地，要不得適用本條。惟權利之侵害，要以侵害者有故意或過失之責任原因為前提，於土地所有者相互間權利尊重之問題，亦以此觀念為基礎而解決之，故土地所有者為經營工業，為適於土地之位置及業務之性質而

使用土地，毫無過失時，其行爲即爲適法，不得藉口以其有損害隣地而受限制，此觀於本條應負注意義務之文字，不難推知者也。由此以觀，隣地所有人祇有請求爲注意避免損害之權，並無直接請求防止損害之權。（參照第七六七條）所最難解決者，即隣地之損害，若依其他方法而仍可避免損害，是否仍得請求爲避免之注意？關於此點，吾國判例採消極說，（註二八）若然，是無異責隣地所有人自負避免損害之義務，殊難謂當。所謂行使其他權利，乃一種概括規定，蓋由於經營工業以外使用土地之情形甚多，不得不設此規定，例如經營農業，亦應負注意之義務是也。民法於本條特標明經營工業一項者，不外因其易使隣地發生損害之情形較多而已。

第二 關於水之權義關係

民法特就水之關係規定甚詳，茲爲分別敘述如次：

（甲）關於泄水之權義關係

（一）因自然流水而生之關係 由高地自然流至之水，低地所有者不得妨阻。蓋水性就下，從其自然之法則，以求通路，若土地所有者得妨阻從高地自然流來之水，高地必被水浸，於經濟上衛生上均生有害之結果。是以土地所有者對於高地流來之水，於其自己地內，負承水之義務，而在高地所有者即有一種排水之權利也。惟高地流來之水，以由於自然者爲限，低地所有者始負不得妨阻之義務。易言之，高地所有者不得加以人工使水下注，例如特爲變更水道，疏通井泉，使水流入隣地，低地所有者即不負此種義務也。（註二九）（民法第七七五條）

第一項)

由高地自然流至之水，低地所有者負有不得阻止之義務，如前所述；但若低地有需水之情形，高地所有者任意妨堵水流，則低地無所灌溉，勢必荒蕪，故為維持權利義務均衡起見，應使高地所有者負不得妨阻之義務。易言之，即負排水之義務，縱高地所有者於其土地使用上，有妨堵水流之必要，亦不得妨堵其全部，致妨害低地所有者之需要也。（民法第七七五條第二項）（註三〇）

低地所有者對於自然之水流，僅負不作爲（即不妨阻）之義務爲止，究不負設法疏通之積極義務，故低地所有者因於其所爲，妨害高地自然流來之水，高地所有者對之有要求排除妨害之權利，是爲當然。但若水流因於事變而阻塞於低地時，低地所有者對之不負何等責任，於此場合，高地所有者得以自己之費用而爲必要疏通之工事。若費用之負擔另有習慣時，基於習慣，或平均負擔，或由低地所有者負擔，是爲例外。高地所有者得爲必要疏通之工事，乃其權利，（即一種排水權）而非義務，註三一。低地所有者究無對之要求疏通之權利，故高地所有者縱不爲疏通，以致低地發生損害時，高地所有者亦不負賠償之責，惟高地所有者所施工事，應注意避免低地之損害，是不待言。（民法第七七八條）（註三二）

（三）因人工流水而生之關係 土地因蓄水排水或引水所設之工作物，破潰阻塞，致損害及於他人之土地，或有致損害之虞者，土地所有人應以自己之費用，爲必要之修繕，疏通或預防。蓋土地所有者祇能使自然水

流入隣地，不得以人爲的方法使水流入隣地，以侵隣地所有者之權利，故如甲地爲蓄水排水或引水所設置之工作物，（例如水管蓄水池溝渠等）因破潰阻塞，損害乙地，或有損害之虞者，乙地所有者得使甲地所有者修繕或疏通之，有必要時，並得使爲預防工事。此種規定，自乙地所有者方面觀之，亦可謂爲排水權，因而甲地所有者如不履行此義務，乙地所有者得請求其履行。又其破潰阻塞之原因，出於人爲，抑出於事變，並無區別，其爲現有損害或僅有損害之虞，亦非所問。惟工作物自身無破潰阻塞情形，僅因其他原因（例如埋設土管工事之不完全）有損害之虞者，不得適用本條，應爲所有權保全之請求（參照第七六七條）。關於修繕疏通之費用，應由甲地所有者負擔，但另有習慣者，則從習慣。（民法第七七六條）

土地所有人，不得設置屋簷或其他工作物，使雨水直注於相隣之不動產。質言之，土地所有者接近於隣地之境界，設置屋簷或其他工作物，務爲使雨水瀉入自己所有地內之構造，否則相隣者之不動產必蒙浸水之損害，蓋隣地所有者僅對於自然流至之水，有承水之義務，其因工作物流及者，隣地所有人無此義務也。（民法第七七七條）

高地所有人因使浸水之地乾涸，或排泄家用農業工業之水，以至河溝海道，得使其水通過低地，惟須具備下列要件：（民法第七七九條第一項前段）

（A）其所有地不接河渠海道，土地若接於河渠海道，所有者得利用之以排泄其所有地之水，無通過

他人土地之必要。

(B) 所有地與相隣地間有高低 水性自高就低，爲自然法則，關於流水，亦從此法則，故低地所有者對於高地所有者不得行此權利。

(C) 有使浸水地乾涸或排泄家用農業工業之水之必要 土地有被水浸之場合，使其乾燥，又排泄家用農業工業所用之餘水，乃利用土地所不可缺之事也。然其土地既與河渠溝道隔絕，境內之水，不得流通，於土地之利用上，至感不便，在經濟上及衛生上均生有害之結果，所以法律許高地所有者有排水之權利。然行使此權利，僅能使水通過於隣地達於河渠海道爲止，不能使水容積於隣地內也。

具備上述要件，土地所有者得以人工之方法而排水，惟爲顧全隣地（即低地）之利益，應擇於低地損害最少之處所及方法爲之，且須支付償金。（民法第七七九條第一項後段及第二項）

爲流水而設置之必要工作物及保存費用，屬於高地所有者負擔，此雖法無明文，然爲一定之解釋，是無他，以此種工作物，爲高地所有者之利益而設也。但高地所有者爲排水得利用低地所有者所設之工作物，同時低地所有者爲排泄其所有地內之水，亦得使用高地所有者所設之工作物。於茲場合，關於工作物之設置及保存費用，由各所有者分擔之，而其分擔之標準，依各所有者所受之利益程度定之。所以許共用爲疏水而設之工作物者，即爲節省勞力與費用，既使各所有者按其所受利益之限度以分擔費用，則共用工作物，於他所有者毫不

生損害之結果也。(民法第七八〇條)

(乙)關於用水之權義關係 吾民法依水源地與水流地而規定其用水關係。按之外國立法例，有不設規定者，如德國民法。有僅規定水流地之用水權，而不及水源地者。(參照日民第二一九條第二二二條)第二例之立法理由，以水自水源地流出，則與水源地所有人已無何等關係，不得藉口於發源於自己境內，而阻礙他人之使用，且水以就下爲本性，其自發源地流出者，必通過異其所有者之各個土地，以注於江海，是水自水源地流出後，卽爲無主之狀態，故法律僅定水流地所有人用水之權利爲已足，至水源地所有人當然有用水之權，斯不待言者。然自源泉湧出之水，亦未必皆通過所有人各異之數個土地之上者，故一水源地有餘水，亦不妨於一定範圍內，供給隣地所有人之使用。吾民法卽本此旨而爲分別之規定。又關於水流地之用水權，在羅馬法，以灌溉爲主眼，依水流而充實之場所，分爲公河及私河，公河乃水流不間斷之河川，屬於國家之所有，私河乃水流有間斷之河川，屬於私人之所有。在德意志普通法，以交通爲主眼，依水流而充實之場所，分爲公河及私河，公河乃得以舟楫通行之河川，屬於國家，私河乃不得通行舟楫之河川，屬於私人。日本民法則以河川有關於公共利害者，另受河川法之支配，關於通行引水及水害之預防，皆以河川法爲根據，其民法上之規定，至爲簡略，故可謂分爲受河川法支配之河川與不受河川法支配之河川兩種，惟對於水流之性質，則一致承認爲公共物，不問何人，皆可使用，縱使某種河川屬諸國家所有權，人民亦皆得使用，惟國家於例外情形，得特別限制其使用而已。蓋床地與水流係具各別之觀念也。(參三

三) 至溝渠及其他人工所開之河流，亦本此觀念，徵之吾民法第七八一條（溝渠及其他水流地）之文義，亦蓋為瞭然也。（註三四）

(1) 關於水源地之用水關係 土地所有人之支配權及於地上地下，故水源地或非之所有人得自由使用其泉水及井水，乃當然之理，惟應受特別習慣之限制，如許隣地所有人使用其井泉之水是也。（註三五）（民法第七八一條）

水源地及井之所有人，既有用水權，若他人因工事以杜絕減少或汙穢泉水者，自得請求損害賠償，但損害賠償，包括回復原狀及金錢損害賠償兩項，（參照民法第二一三條）如其水係為飲用或利用土地所必要者，則賠償義務人必並負回復原狀之責，否則不足以保護所有人之利益，若事實上回復原狀有不可能情形，所有人僅得請求金錢損害之賠償而已。（民法第七八二條）（註三六）

又水為人類所必需之物，若土地所有人因其家用或利用土地所必要者，非以過鉅之費用及勞力不能得水者，得支付償金，對隣地所有人給與有餘之水，蓋不如此，不足以維持公私之利益也。（民法第七八三條）惟如有習慣得以使用隣地之水，（參照第七八一條但書）則不生此問題。

(2) 關於水流地之用水關係 水流既為公共物，如前所述，則水流地所有人，可以自由使用，此與水源地所有人之使用權無異，其使用程度，應受習慣之限制，亦與水源地之所有人同。（民法第七八一條）（註三七）

溝渠之水亦水流之一種，民法謂溝渠及其他水流地云云，即表明溝渠有此意義。

民法復以水流之兩岸是否屬於同一所有者，以定其權義關係，其辦法如左：

(A) 水流地之兩岸異其所有者 此時兩岸之所有者不得變更本來之水路或寬度。何也？兩岸之所有者對於水流之使用，有同等之權利及同一之利害關係，如一方之所有者變更本來之水路或其寬度，則有水流缺乏或漲溢之虞，他方之所有者不得從於水流本來之形狀，以資利用，將生損害之結果矣。(民法第七八四條第一項)

(B) 水流地之兩岸屬於同一所有者 此時水流地之所有者於其所有地內，得任意利用水流，因而許其變更水流或寬度，蓋以此等行為，乃土地支配權之作用，而又不直接害及他所有者之利益，自無禁止之必要也。但變更水流或寬度，必須留下游自然之水路，若不如此，下游之所有者或至全然不能利用水流，或爲利用其水，而費重要之工事，即爲妨害其依地勢上享有水流之使用權。(民法第七八四條第二項)

以上兩種情形，若另有習慣，則從其習慣，因關於流水之使用權，各地習慣不同，殊無可以強行規定也。(民法第七八四條第三項)

於茲有一言者，即水流通過一人之所有地時，若依變更水路或寬度，不僅有時害及下游地人之利益，即上游地人之用水權受害有時亦所難免，例如使水勢過於湍急，在上游無可停滯時，且僅以不截斷下游自然水路

爲限制，有時亦不能使下游地人得充分之使用，故對於民法第七八四條第二項之規定，認爲不免有所欠缺者也。

吾民法第七八四條之規定，與日本民法第二一九條相同，其國學者主張該條僅限於私有河川有其適用，國有河川以及市町村所有之溝渠水道，不受此支配，蓋不屬於私人所有之河川溝渠等等，本不得以私人意思變更其水流或尺度。（參照橫田秀雄物權法第三一二頁）於吾國，不久將有關於水利之單行法，如河川法或水利法，對於此點，必有適當之解決。在現時，亦以採上述之解釋爲當然。又依土地法第八條第十一條，已不認河川（即通運水道）爲私有，則除溝渠外，能否變更水道？尤有問題。

水流地所有人欲完全利用其水流，有時有設堰之必要，民法設有次述之規定。

(A) 水流地所有者有設堰之必要時，得使其堰附着於對岸。蓋水流地所有者爲利用其水流，嘗有壅水爲壩，導之於自己地內之必要。然對岸屬於他人所有，若不待對岸所有者之承諾，不得附着其堰於對岸，遂使水流地所有者不克充分利用其水流，而生經濟上不利之結果，是以法律限制對岸所有者之權利，許水流地所有者附着其堰於對岸，然若因此害及對岸所有者，應支付償金，不俟言也。（註三八）（民法第七八五條第一項）

(B) 對岸地所有者有水流地之一部時，得利用前述之堰，以資灌溉。蓋若不許其利用既設之堰，則必

須設新堰，非僅無適當之處所，且設二堰，於經濟上亦極不利，故法律許水流地一部之對岸所有者利用已設之堰，以期節省勞力費用。但水流地所有者既有利用他人所設之堰之權利，應使分擔費用，關於負擔費用之多寡，按其受益之程度定之。（註三九）（民法第七八五條第二項）

以上兩種情形，若另有習慣，則從其習慣。（民法第七八五條第三項）

第三 關於安設綫管之權義關係

土地所有權之範圍，及於地上地下，故甲地所有人非得乙地所有人之允許，不能通過其地之上下，安設物件，是為當然之理。惟水管煤氣管電綫等物，為利用土地之所必需，如不得自由安設，則土地之利用，不得完全。故吾民法規定土地所有人具備下列要件時，得通過他人土地之上下，安設此等綫管。

（一）非通過他人之地不能安設者。

（二）非通過他人之地，雖能安設，而費用過鉅者。

具備上述要件之一，土地所有人即有安設綫管之權。（民法第七八六條第一項前段）

土地所有人依前所述情形通過他人土地安設電線水管煤氣管或其他簡管時，就他人之土地言，自不免受損害，故須命土地所有人擇損害最少之處所及方法為之，並應支付償金，所以保護其利益也。（註四〇）（民法第七八六條第一項後段）

甲地所有人通過乙地，安設綫管等物後，如因情事變更，無使用乙地之必要時，乙地所有人得請求變更其安設。至變更安設之費用，如別無習慣可依據者，應使甲地所有人負擔，以昭公允。——（民法第七八六條第二項第三項）

第四 關於通行之權義關係

不通公路之土地之所有人，為行至公路，得通行周圍地，謂之通行權。因而周圍地所有人對之有忍耐之義務。此為羅馬法以來所公認之原則，蓋不如此，在公私經濟上皆有不便也。（參照德民第九一七條第九一八條法民第六八二條至第六八五條瑞典民第六九四條至第六九六條日民第二一〇條至第二一三條）關於此點，立法例有兩派：一為僅許包圍地之所有人對於周圍之隣地所有人有請求通行權者，如德瑞民法是也。一為法律上逕認其當然得通行隣地者，如法日民法是也。吾民法即採後之立法例，而設通行之規定。

（甲）通行之條件 土地因與公路無適宜之聯絡，致不能通常使用者，土地所有人得通行周圍地以至公路。此所謂土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用，有兩種情形：一為土地四圍皆不通公路。日本學者稱此為袋地。一為土地周圍雖尚可通公路，然無適宜之聯絡，例如山陬海隅之地，其三面皆為他人土地所包圍，僅有一面可通，欲由地內達於公路勢必梯山航海，感受非常不便。日本學者稱此為準袋地。依吾民法之解釋，不問為袋地或準袋地者均有通行權，蓋既稱不能為通常使用，即指對於土地不能依普通方法利用而言，其結果必至害及國

家之經濟故也(計四二)(民法七八七條第一項前段)

(乙)通行之限度 通行場所及方法，依通行權人之必要爲度，此純屬事實問題，惟應擇於圍繞地損害最少之處所及方法，如採迂迴線之通行，即非所許。通行之方法，雖以擇周圍地損害最少爲原則，但有開設道路必要之場合，有通行權人得開設道路，以全其利用。至開設道路及保存費用，應由通行權人負擔，自不待言。(民法第七八七條第二項第七八八條前段)

(丙)償金之支付 通行權人因通行或開設道路對於通行地所受損害，應支付償金。償金之數額，以通行地所受損害爲標準，並非依通行權人所受之利益爲標準，蓋由此關係發生之償金，乃損害賠償性質，非使用他物之對價，此與七八三條之償金性質不同者也。(註四三)(民法第七八七條第一項但書第七八八條但書)

(丁)通行之特則 對於前述之通行權，有一例外，即因土地一部之讓與或分割，以致發生不通公路情形時，該土地所有人僅能通行於受讓人與讓與人或其他分割人之土地之上，其他隣地所有人不負容許通行之義務。蓋不通公路之原因，係由當事人之任意行爲而發生，則通行權之行使，亦必爲當事人所預料，自不應犧牲他土地所有人之利益也。又此種通行權之發生，在當事人讓與或分割時自必着眼於因通行所應生之損害，以定其法律行爲之內容，故法律定明無須支付償金，但第二項規定，亦近於干涉而無實益。(民法第七八九條)

第五 關於侵入他人土地之權義關係(註四四)

土地所有人有排除他人干涉之權能，（參照第七六五條）故原則上得禁止他人侵入其地內，但有左列情形之一者，則不得禁止其侵入或許其進入。（民法第七九〇條）

（甲）他人有通行權者 此指他人因相隣關係而生之通行權及有地役權者而言，惟法條無規定之必要。
（民法第七九〇條第一款）

（乙）依地方習慣，他人得入其未設圍障之田地牧場山林，刈取雜草，採取枯枝枯幹，或採集野生動物，或放牧牲畜者 此等習慣，不背公益，故法律不許土地所有人加以禁止，但依第七七三條之解釋，亦無特設明文之必要。
（民法第七九〇條第二款）

（丙）物品或動物之占有人或所有人欲尋查取回其物品或動物，而入他人地內者 遇有此種情形，該土地所有人有許其進入地內之義務。蓋此等人因尋查收還其占有或所有物，而侵入他人地內，為日常生活習見之事，土地所有人遇有此種情形，不得禁止。惟依吾民法之體例觀察，似物品或動物之占有人或所有人僅有請求入內尋求之權，土地所有人須應其請求而不為拒絕，與前條得逕行侵入他人地內者，尚有不同。如土地所有人不予許可，則須依訴主張，似不足以資保護，且與前條第二款相較，亦欠平允也。（民法第七九一條第一項）

土地所有人如受有損害，得請求賠償，於未受賠償以前，得留置其物品或動物，所以鞏固賠償請求權之效力也。（民法第七九一條第二項）

第六 關於使用隣地之權義關係

日本民法於第二〇九條規定關於牆壁建築物之築造修繕，認土地所有者有請求使用隣地之權，吾民法亦師其意而爲規定。蓋土地所有者在其疆界綫旁，營造或修繕建築物，有非侵入隣地不可者，依通常情形，非得隣地所有者之承認，不能使用其地，若隣地所有者不予同意，則此土地所有者勢必於疆界綫上多留隙地，於茲場合，土地所有者將不能完全利用其所有地，滅殺土地所有權之效用，生經濟上不利之結果明矣。法律因而許土地所有者有使用隣地之權，同時隣地所有人不得拒絕。雖然，土地所有者非絕對無條件行使此權利，必請求隣地所有人之許可，如隣地所有人不予許可，土地所有者須訴諸法院以裁判代之。易言之，隣地所有人有應其請求之義務，並非當然由土地所有人使用隣地也。又隣地之使用，以有必要情形爲限，此純屬事實問題，如有爭執，由受訴法院認定之。惟使用之結果，隣地受有損害時，隣地所有人有請求償金之權。註四五（民法第七九二條）

第七 關於氣響侵入之權義關係

德國民法於第九〇六條設有關於氣響侵入他人地內之規定，惟其文義係以不得禁止爲原則，而以許其禁止爲例外。吾民法卽師其意，惟原則上許其禁止，而例外則不許其禁止，文義雖殊，內容則一。從相隣者之關係，爲限制土地所有權之作用之一點言之，自以德國民法之體例爲當。所謂氣響之侵入，卽他人土地上之煤氣、蒸氣、臭氣、烟氣、灰屑、喧囂、振動及其他與此相類之侵入，例如隣地建設工場時，其工場內所發散之氣體、音響，常有礙於身體

之衛生，居住之安富，故土地所有人得禁止之。惟其侵入之氣體音響實甚輕微，或依其土地形狀地方習慣而認為相當者，土地所有人不得禁止，否則使隣地所有人不能全利用其土地，殊有背於公平之旨也。（民法第七九三條）

第八 關於工事或建築等物防險之權義關係

土地所有權雖應及於土地之上下，然非因此許其無限制為損害隣地或有損害之虞之工事也。其危險以掘地工事或建築為最顯著，又或消極的任建築物之損害亦然，故法律設有次述規定。

（甲）土地所有人開掘土地或為建築時，不得因此使隣地之基動搖或發生危險或使隣地之工作物受其損害。所謂開掘工事，例如掘鑿水井、水池、地窖等等，皆掘地較深，容易使隣地發生損害，故法律課以防止之義務。又隣地之工作物亦有因開掘土地或為建築之關係，以致潰漏陷落污穢情形，其應受保護與土地同，惟不明定建築物，亦有語病。（註四六）（民法第七九四條）

（乙）建築物或其他工作物之全部或一部有傾倒之危險，致隣地有受損害之虞者，隣地所有人得請求為必要之預防。建築物之全部或一部，如年久失修或因其他情形有傾倒之危險時，則有累及隣地之虞，隣地所有人自可就此將受損之程度，請求此建築物之所有人為必要之防禦，以重公益。（註四七）（民法第七九五條）

第九 關於越界建築之權義關係

土地所有人建築房屋，遇有逾越疆界之時，隣地所有人如知其越界，即應提出異議，阻止動工興修。若不即時

提出異議。俟該建築物完成後，始請求移去或變更，則土地所有人未免損失過鉅。姑無論隣地所有人是否存心破壞，有意爲難，而於社會經濟，亦必大受影響，故爲法所不許。然使隣地所有人事後卽喪失請求權，亦未免失之過酷。故許隣地所有人對於越界部分之土地，得以相當之價格，請求土地所有人收買，如有損害，並得請求賠償，以昭公允。此處所謂賠償，當然指以金錢賠償而言，不包括回復原狀，按之本條原則上規定，法意甚顯，不待論也。（註四八）

（民法第七九六條）

第十 關於竹木果實之權義關係

竹木枝根逾越疆界綫者，應以如何方法處置之，自羅馬法以來，有種種立法例。或逕許相隣者有自行截取之權；或僅許相隣者對於竹木所有者有請求截取之權；或原則上許相隣者有請求截取之權，若竹木所有人不應其請求而後始得自行截取；或分別竹木根枝，對於竹木之枝，隣地所有人不得逕行截取，應請求所有人剪除之，對於竹木之根，則得逕行截取。日本民法及法國民法採第四主義（日民第二三三條法民第六七三條）吾民法則倣瑞士民法而採第三主義者也。（瑞民第六八七條第一項）其所以分別枝與根而待遇有異者，蓋通常情形枝上皆有花果，認其價值應高於根，惟此種立法根據，不無疑問，故吾民法與瑞士民法均不設此區別，凡竹木之枝根，由隣地侵入自己地內者，得向竹木所有人請求於相當期間刈除之。竹木所有人不於此期間內應其請求而爲刈除時，爲保護土地所有人之利益，不得不與以便宜處置之道，應許土地所有人刈取越界之枝根。（註四九）（民法第七

九七條第一項第二項)

雖然，上述情形，第在保護土地所有人，俾無害於土地之利用，故如竹木之根枝雖透越疆界，而無礙於土地之利用者，則無爲請求及逕自刈除之必要，故德瑞民法均設規定以資限制。吾民法亦然。（民法第七九七條第三項）

關於樹木之果實，墜落於他人土地內者，依德國民法由落於該地內之土地所有者取得果實所有權。（德民第九一一條）此種規定，頗合於實際上之便利，故吾民法採之。（註五）惟果實落於公用地者，仍依一般原則，定其所屬。所謂落於公用地者，即落於現供公衆使用之地，如公行道路是也。此種情形，仍屬於原物所有人，以期允洽，德國民法亦同。至落於河流（非公河）之果實而浮沉於水面者，則爲不易決之問題，依恐所信，仍以適用此原則以免爭議爲當。（民法第七九八條）

第二款 關於建築物所有權之範圍與限制

第一項 總說

關於建築物之所有權之範圍與限制，吾民法僅就區分所有而爲規定，其餘如建築物須留一定距離，又關於開設窗廊之限制，（參照日民第二三四條第二三五條）民法均付缺如，蓋因各地習慣容有不同，不必預爲規定。惟依第七六五條之原則，應服從於各種法令之限制，則不待論。關於此點，此參照論所有權之性質一款以內。（註五一）茲僅就第七九九條第八〇〇條述之。

第二項 建築物所有權之範圍

按所有權之標的物，須爲獨立之一物體，自理論言之，一建築物之一部分，不得爲所有權之標的物。然一廣大建築物，區分爲若干部分，而各就其一部分有所有權者，亦屬實際上常有之事，故吾民法做日本民法設區分所有之規定。（參照日民第二〇八條）此種規定，爲認所有權得存於物之一部之上之特別規定，所以全社會經濟之效用也。（註五）數人既區分一棟建築物而各有其部，關於各所有者之權利，自有定其限界之必要。（例如樓梯、迴廊、共通牆壁及其他附屬物。）依吾民法規定，建築物及其附屬之共同部分，以無反證爲限，推定屬於共有。（註五）何也？事實與權利相伴，乃普通之狀態也。既有共同之事實，當然推定爲共有之權利。關於共有物之修繕費及其他負擔，應按各自所有部分之價格分擔之。由此以觀，有高價部分者，因其用所受之利益，比較有低價部分爲大，故負擔之數額，不以所有部分之大小爲準。至於各部分價值相同時，依理論言，應計算所受之利益之多寡以定負擔，吾民法於此既無明文，解釋上仍爲平均分擔。（民法第七九九條）

第三項 建築物所有權之限制

有一建築物而由數人區分各有一部者，其行使權利，既有一定範圍，此部分之所有人不得侵及他部分所有人之建築物，此屬當然之理。但正中宅門爲建築物之重要門戶，縱不屬於共有，而一部分之所有人有使用之必要者，（例如有婚喪喜慶時）仍得使用若各所有人中另有特約或另有習慣時，則從特約或習慣，以適合當事人之

意思，否則一部分之所有人於必要時，仍得使用中門。惟其使用之結果，致其他所有人受損害者，須擔負支付償金之義務。（民法第八〇〇條）

第三節 動產所有權

第一款 動產所有權之範圍與限制

凡固體動產，其自體有一定之形狀及限界，故各個固體動產，占空間一定之地位者，得爲所有權之目的物，不生問題。反之，氣體液體之動產，既無一定之限界，須以人爲方法而區劃之，非收容於一定之場所或一定之容器，不能特別爲所有權之目的物也。至動產所有權之內容應受法令之限制，徵之第七六五條之通則甚明，例如動產之所有者，於其動產之使用及處分，受徵發令之限制；其動產爲可供建築及美術上之參考，而與文化有關者，應受古物保存法之限制。國家以法令限制動產所有權之法律的或事實的作用，固無不可也。

第二款 動產所有權之取得方法

動產所有權之取得方法，不外爲原始取得與繼受取得二種，繼受取得，即基於繼承買賣贈與等原因，與不動產所有權之取得相同，又原始取得中之時效取得，前亦述及，均可毋庸贅論。茲僅就民法第八〇一條以下所定之特別取得方法說明之。

第一項 善意占有（即時取得）

由理論言，凡無處分權人就權利標的物所爲之處分，非經有權利人之承認，不生效力。（參照民法第一一八條）然民法保護占有之本旨，係爲確保交易之安全，凡占有人於占有物上行使權利者，即推定其適法有此權利。（參照第九四三條）所謂占有有公信力之原則是也。況在動產物權，既無登記之制度，除將占有人視爲權利人外，別無良法，若必須探知真正權利人以後，始行交易，勢必杜絕流通，以妨礙經濟上之效用。故近世多數國法例，均認動產占有之直接效力。吾民法亦然。依第九四八條規定：「以動產所有權或其他物權之移轉或設定爲目的，而善意受讓該動產之占有者，縱其讓與人無讓與之權利，其占有仍受法律之保護。」而第八〇一條所謂動產之受讓人占有動產，而受關於占有規定之保護者，即指受第九四八條之保護而言，於此情形，縱讓與人無移轉所有權之權利，受讓人仍得依善意占有之效力，取得所有權。學者稱此爲即時取得，此與占有動產須一定期間之經過而取得權利之時效取得有別。例如甲以其所有之時計，出租於乙，乙擅自出賣於丙，若丙爲善意占有人時，雖乙對於甲之所有物無權處分，而丙既爲善意占有，仍取得時計所有權，不受甲之追奪。此種規定，極爲重要，故凡動產上有爭議者，通常皆有視其有無本條適用之必要，亦即對於物權追及效力之一例外也。（民法第八〇一條）關於即時取得之立法沿革，及其要件與特例，俟於占有章內述之。

第二項 先占

第一目 先占之意義

先占云者，以所有之意思，先於他人占有無主之動產之謂，例如以為自己的所有之意思，捕獲鳥獸漁介，而因先占取得物之所有權是。無主物由最先占有者取得之，為羅馬法以來公認之原則，（參照德民第九五八條至第九六四條奧民第三八一條至第三八七條瑞民第六五八條第六六四條第七一八條第七一九條日民第二三九條第一項）惟所採之主義，則有不同，有自由先占主義與先占權主義二種。自由先占主義，即不問標的之為動產與不動產，皆可自由取得，此為羅馬法關於先占之思想。先占權主義，則以無主物不能個人自由先占，必須得法律之許可，就中如不動產屬於國家取得，動產由國家所許之特定私人先占，此為德國古代法關於先占之思想。近世各國法例，於不動產，多採先占權主義，於動產，則採自由先占主義。（惟奧國民法無論動產與不動產，皆不許私人先占。）吾民法亦認動產之先占取得，惟須注意特別法令之規定。（民法第八〇二條）註五四）

第二目 先占之要件

因先占取得所有權，其要件有三：（1）須以所有之意思先於他人占領目的物。（2）先占之目的物須為無主物。（3）先占之目的物須為動產。依次說明如左：

第一 以所有之意思占有

因先占而取得物之所有權，必具備意思元素與實力元素。此點與前述所取得時效之要件大致相同，可參互

觀之，惟在因占有時效而取得所有之場合，若依權原之性質，確認占有人無所有之意思者（例如承租人受寄人之占有）則不能進行所有權之取得之時效，於先占，不生權原問題，縱使其主觀方面，係爲他主占有，例如信爲有主物而占有之，其實爲無主物，仍取得所有權。又先占亦無須有繼續性，更不問是否公然。

第二 占有之目的物須爲無主物

先占之目的物，須爲無主之動產。屬於他人所有之動產，不得因先占取得所有權。所謂無主物，以其物當時無所有權之主體爲已足，其以前屬於何人所有，在所不問。如棲息於山野河海之禽獸、蟲魚，固爲無主物，即他人拋棄之物，亦爲無主物。至不得爲先占之目的物者，即基於特別法令（如漁業法、狩獵法）所禁止捕獲之物是也。又先占並不以先占人主觀的認識其物係無主爲必要，僅有客觀事實之存在即可。

先占之目的物，以及於動物者爲多，各國民法於此點，皆設有規定。（德民第九六〇條至第九六四條、瑞民第七一九條、法民第五六四條、日民第一九五條）而以羅馬法爲最詳。按羅馬法分動物爲家畜、野生動物、飼養之野生動物三種，於家畜則規定不得爲先占之目的物。野生動物之無主者，得因先占而取得之。飼養之野生動物逃去時，視其歸還性之有無，以決定無主與否。吾國第一次民律草案亦設有類此規定，大體係倣德國民法（民草第一〇二九條）其最要之點，即被捕獲之野棲動物，脫所有人之占有，而回復其天然自由時，所有人併其所有與占有而喪失之，此後即爲無主之物；（但他人在此捕中者不在此限）又馴養之野棲動物，不能復歸於一定之處所者，亦

視為無主物，所以規定明確而杜爭議。日本民法第一九五條亦規定他人飼養家畜以外之動物，即飼養之野棲動物，從逃失時一月以內，飼養人不為回復之請求，而占有人占有之始為善意者，即取得在該動物上行使之權利。吾現行民法以對於無主動產得以前所有之意思占有而取得一條包括之，則在解釋上凡野棲動物均得為先占之目的，至該動物為他人捕獲或飼養以後逃失而回復其自由時，是否為無主物？應視他人有無拋棄之意思為斷，若他人一度飼養或捕獲而無拋棄之意思，則仍為有主物而不得為先占之目的。有無拋棄意思，純屬事實問題，故在立法論，以有明文為當。（註五五）

第三 占有之目的物須為動產

民法依多數之立法例，因先占而取得所有權之物，以動產為限，此點與羅馬法異。不動產中如土地係構成領土之基礎，故無主之土地，應歸國有，各國民法皆有明文規定，吾民法雖無規定，在土地法則定有明文。（土地法第一二條）在土地法未施行前，應注意國有荒地承墾條例。至於建築物，在吾民法既認為獨立之不動產，亦不能為私人先占之目的物。（註五六）（參照日民第二三九條第二項）惟應注意者，即依民法第一一八五條規定，以無人繼承之遺產，於清償債權及交付遺贈後，歸屬於國庫。此種規定，依沿襲舊律「酌撥充公」之觀念，（參照戶役卑幼擅自用財條例及日民第一〇五九條）不分別動產與不動產，殊無深意。但既有此規定，則屬於此種遺產中之動產，亦不能為先占之目的物，不待申論。

第三目 先占之性質

關於先占之性質，自來有兩種學說：（1）先占爲法律行爲說。此說以先占須有所有權之意思，故爲法律行爲。（2）先占爲法律事實說。此說以先占無須有取得所有權之意思，由於取得管領物之事實，即可取得所有權，故爲法律事實。以上兩說，通說均以後說爲當，蓋先占之要件，須有所有之意思云者，即事實上對物有完全支配之意思之謂，非必有取得所有權之法效意思也。法律行爲，原係因其有某私法上之效果，而與以特定之法律效果。效果意思之存否，係法律行爲與事實相區別之要點，故先占非法律行爲。

第三項 遺失物之拾得

第一目 遺失物之意義

關於遺失物之意義，一派學說均謂：占有者無拋棄占有之意思，又非因他人之侵奪，不過偶然喪失占有者，則爲遺失物。（註五七）另一派學說則謂：遺失物乃屬於某人所有而不屬於何人占有之物。（註五八）愚信以後一說爲當，蓋若探前說，因他人之侵奪而喪失占有，而在侵奪者亦未取得占有之場合，將無法解決。（例如：甲於夜間攜物行經僻地，乙乘機掠奪，互相格鬪，甲因力怯而逃，乙因倉皇間亦未奪得甲之所有物，或奪得後聞警，委棄物品而逃。）若從後說，一方雖因被侵奪而喪失，然在侵奪者因倉皇間未能取得占有，仍不失爲遺失物也。至占有者置於監督場所以外而離去之物，在吾民法之觀念上，（參照第九六四條）亦不得認爲遺失物，如遺忘物，逃逸之家畜是也。

(註五九)故遺失物之要件有三：(1)須爲有主物。(2)須不屬於何人占有。(3)須爲動產。又漂流物與沉沒品，是否爲遺失物？按其性質，不可一概而定，法律爲避疑計，使適用關於遺失物之規定。(第八一〇條)學者有謂從性質上可認爲純遺失物者，殊難贊同。(註六〇)

在羅馬法凡占有有人遺失其占有物，不因時效而消滅其權利，無論何時，皆得對於拾得者提起占有回收之訴，是謂不取得所有權主義。在德意志固有法，凡拾得遺失物，有赴官廳呈報之義務，若不履行此義務，則成爲刑法上之犯罪，官廳得此呈報，當催告遺失者呈報遺失，若遺失者不呈報，則其物爲國庫與拾得者所分有，是謂取得所有權主義。近世民法均採德意志固有法主義，而稍加以變更，即依一定要件，使拾得人取得所有權，吾民法亦然。(註六一)

第二目 遺失物之取得程序

拾得遺失物者，應通知所有人，不知所有人或所有人所在不明者，應爲招領之揭示，或報告警署或自治機關。報告時，應將其物一併交存。其經揭示後，所有人不於相當期間認領者，拾得人亦應報告警署或自治機關，並將其物交存。(民法第八〇三條第八〇四條)

所謂拾得，發見而占有之行為也。不僅以認識其遺失物爲已足，且須占有之，故如甲認識某物爲遺失物，而由乙取得占有，則拾得者仍爲乙而非甲。依日本遺失物法第十條，於有人管守之舟車建築物及其他禁止公衆通行

之場所內拾得遺失物者，有交付於管守者之義務。於此場合，以舟車建築物及其他遺失物存在之場所之占有者爲拾得者，蓋以此等場所之占有者，同時得認爲占有在於其場所內一切物品，而以遺失物存在於其場所之一事歸其占有故也。在吾民法無此規定，似亦可爲同一解釋，又在國營交通事業之單行章程中容有類此之規定，應注意及之。拾得遺失物，毋須有取得所有權之意思，故無意思能力者，亦得占有遺失物，其非法律行爲，不以有行爲能力爲要件，更不待言。所謂通知，限於知所有人並知其所在之場合爲之，若不知所有人，或雖知所有人而其在不明者，則毋須通知，僅爲招領之揭示已足。（如出通告或登報均可）若不爲招領之揭示，則應報告警署或自治機關，並應於報告時將拾得物一併交存。故通知、招領之揭示、報告三種程序，均使所有者有求送還遺失物之機會。惟爲招領之揭示後，經過相當期間，無人認領者，拾得人仍應報告警署或自治機關，並將其物交存，其經通知所有人而不於相當期間內認領者，解釋上認爲拾得者亦得爲報告及交存之手續，以減輕拾得人之保管責任爲當。

（註六一）

遺失人不必爲所有人，由占有者遺失其占有物者，亦爲遺失物，斯爲通說。若然，拾得人不以通知所有人爲必要，關於此點，可參照德民第九六五條。在吾民法，應爲同一之解釋，即通知有返還請求權人，亦生通知之效力。

遺失物經拾得後，所有人若於六個月內前來認領時，拾得人或警署或自治機關，應將遺失物返還之，但於返還之先，所有人應將揭示費（如紙張印刷廣告費）保管費（如貴重物須存於銀行保管箱或須僱人看守費

用)等價還後,始得受領。拾得人或警署或自治機關,於所有人交付費用之先,得留置其物。(民法第八〇五條第一項)

拾得遺失物未為報告及交付警署或自治機關,則由拾得人返還之,其已報告及交付者,則由警署或自治機關返還之。對於遺失人負返還之義務,不因遺失人是否所有人而生差別,若遺失人與所有人各為一人,對於失主交還其物,對於所有人之義務即終了。關於償還費用請求權,使一方有留置其物之權利者,所以鞏固清償之確實也,故遺失人不為償還費用時,自得拒絕返還。

又拾得人拾得遺失物不昧於己,經通知,揭示招領,或報告警署自治機關,其顧公益,洵堪嘉許,所有人既獲受領之利益,自應給相當之報酬。拾得人之報酬,以拾得物價值十分之三為限度。此項報酬請求權,雖未如前項規定為請求返還遺失物之條件,然信為拾得人於未受報酬以前,亦得留置其物。(註六三)(民法第八〇五條第二項)

拾得物如有易於腐敗之性質,或需過鉅之保管費用者,警署或自治機關得予拍賣,而提存其價金,蓋此時保管官署機關勢必感受困難,故法律予以變通辦法,許其將拾得物拍賣而提存價金,以待所有人之認領。(民法第八〇六條)

依德國民法拾得人遇有此種情形,(例如通知所有人後未為認領以前)亦得將物拍賣,惟須報告警署或將賣得金交存於警署。(德民第九六六條第九六七條)在吾民法,拾得人知物之所有人時,應通知所有人認領,

若所有人不於相當期間內認領或未經過相當期間，而其物有易於腐敗之情形時，保存該物感受困難，亦與警署或自治機關相同，民法未規定此時拾得人有拍賣權，殊嫌失常。在解釋上，此際以認拾得人亦可報告警署或自治機關，而將其物交存，庶幾拾得人不至受無謂之損失也。

遺失物經過一定期間，無人認領，應使拾得人取得所有權，蓋將遺失物久存，妨其利用，於經濟上生不利益之結果，有從速解決所有權歸屬之必要也。吾民法規定六個月期間，較之其他立法例為短。（參照德民第九七三條、日民第二四〇條）此六個月期間，應自通知或揭示或報告之日起算，非自拾得之日起算，蓋拾得人如有隱匿或其他不正處分行爲，應成立刑法之犯罪，自不能取得所有權，其在拾得後延至若干時始爲通知或揭示或報告之手續，若解爲自拾得之日起算，則於遺失人未免過酷，且無異獎勵拾得人之隱匿行爲也。拾得物經拍賣而提存其價金者，依於物上代位之法理，亦生同一之效果。（民法第八〇七條）

民法於拾得遺失物各條規定所有人者，係就所有人與遺失人同爲一人時居多，即就通常情形以爲規定。其遺失人與所有人另爲一人時，應不生何等差別，已如前述，故本條係指有返還請求權人不來認領而言，所有人不來認領亦包括之。惟應注意者，依吾民法第八〇三條第八〇四條之解釋，拾得人於知所有人及其所在之場合，本無必爲報告及交存其物之義務，如前所述，則此際拾得人若不爲報告及交存，自不能取得所有權，立法之當否，爲同一問題，解釋論無可救濟，因本條係由警署或自治機關應將物或其拍賣所得之價金，交與拾得人歸其所有，

非可由拾得人自行取得所有權故也。不過拾得人於通知所有人而所有人不於相當期間認領者，亦得爲報告及交存，如已爲報告及交存，則可依本條取得所有權，蓋取得遺失物之所有權，須經公開手續，由官署或自治機關目賭之故。由是以觀，本條既非如德日民法取得遺失物之所有權，必以原所有權不分明爲要件，亦非謂凡拾得遺失物者，不問是否爲報告及交存手續，概可於拾得後經過六個月取得所有權也。

拾得人爲報告及交存以後，得依本條取得所有權，若拾得人拋棄其權利，應解爲由國庫取得，但若拾得人不向警署或自治機關領取，而又無從爲交付之場合，是其否有拋棄意思殊不明瞭，於此場合，吾民法未設補救規定，不免缺陷。

占有物爲遺失物，其遺失人自被遺失之時起，二年以內得向占有人請求回復其物，爲民法第九四九條所規定。此規定與第八〇七條並不牴觸，蓋第九四九條係規定拾得遺失物不經一定手續，移轉於善意第三者之情形。反之，第八〇七條乃規定拾得者與所有者之關係，拾得者依於本條取得所有權，原所有人者即喪失其所有權，不得爲回復之請求，又拾得者不依一定手續，亦得依時效取得所有權。

第四項 埋藏物之發見

第一目 埋藏物之意義

埋藏物云者，藏於他物（動產不動產）之中之動產，不知究屬何人所有者也。茲就此定義，分晰說明之：

第一 須爲動產

埋藏物在通常之觀念上，必爲動產，例如埋於土中之古刀古金，藏於壁中之玉器銀幣，均爲埋藏物。至建築物埋置於地中之時，事實上固亦有其例，學說上亦有種種議論，然不得認爲埋藏物。在羅馬法，埋藏物以高價爲要件，迄今尙有因其是否爲高價物，而處分因之不同之立法例。（參考意民第七一四條、奧民第三九八條）惟在德法日諸國民法，均不設此區別。吾民法之埋藏物，亦不限於有高價物品之意義。

第二 須埋藏於他物之中

埋藏物如其名稱所示，須埋藏於他物中。所謂他物，學說上稱爲包藏物。在羅馬法及法國法系少數民法，限於以土地爲包藏物。日本遺失物法第十三條第二項，尙不免有以包藏物爲土地之觀念。雖然，埋藏以發見於土地中者，固居多數，但在牆壁中發見者亦事所恆有。卽於動產中發見者，亦非絕無其例。如在古衣中發見金幣，於書籍中發見紙幣是也。故吾民法規定以在動產或不動產發見之物，均爲埋藏物，所以取其渾括。（註六四）又埋藏物如其名稱所示，須有埋藏之事實。所謂埋藏之事實，固不問是否由人之意思而埋藏，抑因於其他事變而埋藏，要在置於人目所難窺見之場所，此卽與遺失物最有區別之一點。（參照德民第九八四條、瑞民第七二三條）至其是否有較長久之年代，在法律雖無明文，亦當然應有之觀念，但係因其結局情形而決定之問題，而非法律上之要件也。（註六五）

第三 須所有權不分明

埋藏物必爲有主物，此從埋藏二字之意義，可以推求，故礦山內之礦石，有史以前之化石，則爲無主物而非埋藏物。又埋藏物雖爲有主物，究不能知其爲何人所有，若果確知或可推知其爲何人所有，而發見並占有之，應適用遺失物之規定。惟在事實上頗不易判明，然所有權不明，通常以年代悠遠始發生此現象，故埋藏事實之久暫，可爲認定事實之參考。

第二目 埋藏物所有權取得之方法

埋藏物所有權取得之要件有二：一爲發見，一爲占有。關於占有之意義，即取得實力管領之謂，其詳俟於後述之。所謂發見，即認識其物之所在之謂，要在目擊而接觸之，單推斷其存在，尙不能謂爲發見。惟是否出於偶然，在所不問。（參照法民第七一六條第二項）多數立法例均使發見人取得埋藏物之所有權，所以酬其發見之勞。吾民法則倣德國法例（參照德民第九八四條）於發見之外，尙以占有爲必要，以杜爭論。雖然，占有與發見同時屬於一人，爲普通之事例，但此二者既全異其觀念，若發見者與占有者異其人，發見者不能取得所有權，殊失平允。此種立法，不無疑問。（註六六）若具備上述要件，即取得埋藏物之全部所有權，但埋藏物係在他人所有物中發見者，則發見人與所有人各半取得所有權。（註六七）

發見特種之埋藏物足供藝術考古或歷史之資料者，不能適用前述辦法，其所有權之歸屬，應依特別法之規定。（註六八）（民法第八〇九條）

第三目 埋藏物與遺失物之區別

遺失物與埋藏之觀念頗易混淆，在德國民法第九八四條，以有較長久期間之埋藏及不易目睹之場所爲要件，故與遺失物之區別，較易分明。吾民法及日本民法均無此規定，因而學者之見解殊不一致。有以不因遺失人之意思而喪失其占有者，謂之遺失物。反之，埋藏物必爲最後占有人之意思而埋藏者。例如本係遺失之物，一旦埋沒地中而被發掘者，仍不失爲遺失物，如本係基於人之行爲而埋藏，偶因天災地變而暴露於地面者，仍不失爲埋藏物，所謂主觀主義之區別論是也。（參照梅謙次郎民法要義物權編第六八頁又法典質疑問答第一三二頁片山義勝解答）有謂埋藏之原因非遺失物與埋藏物區別之主要標準，應不問故意藏匿與否，其遺失物若長久埋沒土中，被發掘時，仍爲埋藏物之發掘，其埋藏物未久而偶然露出地面，被拾得時，仍爲遺失物之拾得，所謂埋藏，其嘗有人埋藏與否，皆非所問，惟在發見時，應係埋藏物耳。所謂客觀主義之區別論是也。（參照三浦信三物權法提要上卷第五三頁橫田秀雄物權法第三五四頁）以上二說，比較從後說爲優，蓋若從第一說，以埋藏物係絕對有人立意埋藏，而無基於自然陷落地中之情形，非特與事實不符，卽證明亦爲困難，因埋藏物之所有主既不明，自無從斷知其爲何人所立意埋藏也。惟埋沒時間之久暫，埋沒場所是否存於不易目擊之狀態，亦頗難斷定，要在依具體情形決之，果爲埋藏物抑爲遺失物？有依社會一般觀念參酌之必要。

第五項 添附

第一目 總說

添附云者，其本來意義，即一物與他物結合而成一體之謂，惟此項術語，用例頗不一致。若從狹義解釋，加工自不在添附之內。（參照富井政章民法原論物權第一三七頁）反之，從廣義解者，即取得自原物產出孳息，亦包含之。（參照普魯士普通法第一部第九章第六節法民第二編第二章第一節）在古羅馬法且以埋藏物爲添附之一種，則更取最廣義之解釋。夫以埋藏物爲添附之一種，其觀念之不當毋待煩論，即以孳息屬於添附者，其理由亦無足取。何也？收取孳息不過爲所有權之一種效力，並非取得所有權之特種方法也。至主張加工不應入於添附者，不外以加工乃變更原物之形體，而取得加工物之所有權，非基於原物所有權而來，然不變更原物形狀，而祇引其實質的變化者，亦得謂加工，例如施彩色或鍍金於動產，亦屬加工之一種。吾民法如德日民法僅用附合混合加工字樣，而不明言添附，惟對此三者，不惟有其通之規定，且有其通說明之必要，故仍以合稱添附爲便（註六九）

以添附爲所有權之取得方法，爲羅馬法以來公認之原則，其立法之理由，不外從經濟上着眼，蓋異其所有者二個以上之物合併爲一體，若使分離之，而復於舊有狀態，則須過分之勞力與費用，甚或毀損原物之價值。其無原因而加工於他人之物上者，結果已成爲美術品工藝品，若強使回復原狀，而受無益之犧牲，尤非社會一般之福利。故不可過於尊重物權所有者之主觀價值，而應從社會全體之利益着想，此即添附之法理根據。從而添附之結果，原物之所有權歸於消滅，而另解決其新物之所有權之歸屬焉。

添附之法律基礎，已如上述，故關於添附之法規，有以下之特質：第一，於新物之分離，不許復請求舊物之點，爲強行法規；第二，於新物應歸何人所有，不妨以當事人之特約定之，則爲任意法規。多數學者不區別此點，以爲概屬強行法規，則頗難贊同。

第二目 附合

第一 動產與不動產之附合

動產因附合而爲不動產之重要成分者，不動產所有人取得所有權。（民法第八一一條）茲依此規定，而說明附合之要件如左：

（甲）附合者須爲動產 依羅馬法，淤漲地（*Alluvio*）歸於沿岸地所有人取得，河中洲（*Insulae nata*）及乾涸河床（*Alveus derelictus*）則歸兩岸地所有人分有，中洲偏近一方之岸時，則專屬於近方沿岸地所有者，其他樹木與土地附合時，亦屬土地所有者之所有。此等詳細規定，今日法法系之諸國，猶倣效之。（法民第五一條以下）意民第四四八條以下）吾民法倣德瑞民法之例，附合物以動產爲限，至淤漲地及洲渚涸河之歸屬，則讓諸特別法之規定。（註七）

日本民法第二四二條雖如德國民法係爲原則的規定，而不及於細目，然與德國民法第九四六條文字不同，因而附合物是否限於動產，發生解釋問題。（註七一）

(乙)須動產被附合而爲不動產之成分。附合云者，卽與他物結合之謂，其在結合後，尙能識別，此點與混合異，惟非以單純結合爲已足，須結合後失其動產獨立性之存在。易言之，卽欲強使原物分離，或有所不能，或有所困難而毀損其物之價值之意。在動產與動產之附合，有明文規定，在動產與不動產之附合，亦應爲同一解釋，故若爲一時之目的，附着於不動產之物，如吾國鄉間隙地上所搭之戲台與茶棚，附着物件於家屋之門扉，安置於室內之汽管水管，均不得爲不動產上之附合物也。結合之程度，是否須動產併合於不動產而構成不動產之成分？不失爲立法上一研究問題。在法條之解釋上，本極明顯，附合與定着顯有區別，附合物指構成不動產之成分而言，而不包括定着物在內。吾民法以定着物與物之成分分列（第六六條）其在法制上，久認建築物爲獨立之不動產，例如以自己之木料磚瓦建築房屋於他人土地之上，木料磚瓦固爲房屋之成分，但房屋並非土地之成分，故取嚴格論者謂此時土地所有人仍不能取得房屋所有權。然建築者對於他人土地既無地上權或租借權，勢非拆去其房屋不可，其他有獨立性之建築物亦然，如斯解釋，殊不適於說明添附之原理，故信爲此時仍以歸土地所有人取得建築物之所有權爲便。（註七）蓋添附規定之目的，係爲解決所有權歸屬之問題，並非解決附合權爲獨立物與否之問題，但在法條上究欠圓滿。

(丙)須動產與不動產各異其所有。若以自己之動產，附合於自己之不動產，則不生所有權主體變化之問題，故附合之動產與不動產之所有人，必爲二人。若從第八一二條之規定觀之，似亦不必爲如此之解釋，然不如此

解釋畢竟無實益也。

(丁) 附合原因須非基於一定權原。附合爲一種事實，附合人爲何人？附合是否出於人爲？是出人爲者，是否善意與惡意？均可不問，惟他人本於權原所爲之附合，則爲其權利之行使，不受本條之適用。關於此點，日本民法第二四二條定有明文。吾民法雖無明文，應爲同一之解釋（註七三）（參照第四三一條第二項第四六九條第二項第八三九條第一項第八四八條）

第二 動產與動產之附合

動產與他人之動產附合，非毀損不能分離，或分離需費過鉅者，各動產所有人，按其動產附合時之價值，共有合成物。前項附合之動產，有可視爲主物者，該主物所有人取得合成物之所有權。（民法第八一二條）茲依此規定述其要件如左：

(甲) 須爲異其所有者之動產。此在法典文義上至爲明晰。

(乙) 須二個以上動產合成一體，非毀損之不能分離，或其分離須費用過鉅者，此蓋從組成合成物之經濟上着想。按附合之程度如何，各國法律規定不一，（參照德民第九四七條瑞民第七二七條日民第二四三條）要以吾民法之規定爲最適當。至分離之是否減少物之價值？是否需過鉅費用？在此場合有爭議時，應由法院依具體事實以爲認定。

若具備上述要件，即生所有權取得之效果，其附合原因，是否出於人爲善意抑惡意均所不問。至所有權之歸屬，則依有無主從部分而定，原則上以屬於舊物所有人之共有，共有人之應有部分，依其附合時之價值定之，若能分別主從時，則由主部分所有人取得單獨所有權。（註七四）至主從之標準如何，法無明文，應依一般交易觀念定之。

（註七五）

第三目 混合

屬於各別所有者之物，因混合而不能達於識別之狀態，或可識別而需費過鉅者，亦依前述之附合規定，以解決所有權之歸屬。即其物得爲主從部分之區別者，由主物所有者取得物之全部所有權；若不能爲主從之區別，混合物屬於各所有人之共有，其共有之比例，按其混合時之價值定之。（民法第八一三條）

混合之情形有二種：其一，爲固體物混合，例如：米穀及其他纖維質物體之混合，學理上稱爲混淆。其二，爲液體物混合，例如：油酒或溶解金屬之混合，學理上稱爲混融。惟此種區別，並無何種實益。

關於混合之情形，與附合所異者，即混合之結果，數個動產立於不能或不易識別之狀態，而附合之結果，在形體上非不能識別，僅基於經濟上之理由不許分離而已。惟一旦混合以後，更欲加以分別而復於原來之狀態，較之附合物之分離，尤多一層困難，故關於附合之原則，可以適用於混合，各國立法例皆有此規定也。（參照德民第九四八條瑞民第七二七條日民第二四五條）

關於金錢之混淆，羅馬法設有特則，即他人之金錢與自己之金錢混淆者，歸自己取得全部所有權。近世立法例均不設特別規定，學者多謂應適用一般混合之原則。註七〇其實金錢與金錢混淆，不發生合成物或混和物之問題，且於其性質上無論取得何部分，經濟上無所損益，故以不適用混合之規定之說為當。

第四目 加工

加工云者，加工作於他人之動產之謂。例如以他人之木料製作器具，又或施彩色於布類，鍍金於金屬品，均為加工。加工不僅變更物之形態而成一新物，有時且增加物之價格效用，因而加工物之所有權，應屬於何人之所有？遂為學者議論之所在，而立法例亦有異同。在古羅馬法上，浦魯克洛斯學派（Proculus）依先占之法理，以為應由加工人取得所有權。反之，在沙畢魯斯學派（Sabinus），以加工為動產與勞力之附合，依附合之法理，主張以加工物之所有權歸屬於材料所有人。至優帝時折衷二說，以加工物可以回復原狀者，其所有權歸諸材料所有人，否則屬諸加工人。就近代各國民法觀之，法意日等國以所有權與材料所有人為原則，普國普通法及德國民法以與加工人為原則。（參照法民第五七〇條、意民第四六八條、瑞民第七二六條、日民第二四六條、德民第九五〇條）吾國舊民律草案規定（第一次草案第一〇四〇條）從德國法例，現行民法則採法國法例者也。（民法第八一四條）

此所有權之歸屬問題，實不外勞資鬭爭之問題，在法國法例着眼於保護材料所有人，而德國法例則注重於保護提供勞力之人，雖兩派立法例均設有例外規定，故在實際上之結果，殊鮮重要差異。惟材料之價格，與加工所

增之價值相均等時，依法國法例，仍歸材料所有人取得所有權，單就此點立論，仍以德國法例為優。

加工者以數人所有之動產，為附合混合而施以工事者，依於第八百十四條之原則與第八百十二條若不能為主從之區別，依於各動產所有者於其附合混合當時之價值比例，取得加工物之共有權，若有主從之區別，由主部分之所有者，取得加工物之所有權。故以合成物混合物為加工之基礎時，先依關於加工及附合之原則，確定其所有權之存在，若加工所增之價值，顯逾於各材料之價值者，加工物之所有權始屬於加工人。由此以觀，加工人提供材料之一部時，例如甲施工於乙所有之純金，製成指環，又附以自己之寶石為裝飾，亦與以附合為加工之基礎無異，即供給加工物之基礎材料，則加工物之所有權之歸屬，亦依上述之原理而解決之。而在日本民法，於加工人供給材料之一部時，則供給材料一部之價格與加工之價格合算，庶幾於加工人方面取得所有權之機會較易。（參照日民第二四六條第二項）如上述之例，純金價值洋二十圓，寶石價值洋十圓，製成指環價值洋四十五圓，則工作之價值十五圓與寶石之價值十圓合併計算二十五元，超過純金價格，應歸加工人即甲取得所有權。反是，若合併計算，依於以附合為加工基礎之例，加工價值不過十五圓，材料之價值，即純金二十圓，寶石十圓，共為三十圓，則仍歸材料所有人取得所有權，若純金材料為主部分，仍歸乙取得所有權。故吾民法第八一四條之但書規定，似嫌未盡。

第五目 添附之效果

添附之理由，如上所述，不問其原因如何，皆生同一之結果，即一方因添附取得新物所有權，同時他方消滅其原來所有權，蓋在一物之上，不能同時有二個所有權之存在，乃所有權當然之性質也。

關於所有權之取得，或為單獨所有人或為共有，已詳述於各種之添附。此種所有權之取得，為原始取得，其所有權之取得，為確定的，縱以後有物各分離之事實，其已消滅之所有權，亦不能復活。基於同一理由，不但舊物所有權歸於消滅，即存於舊物之上之他種物權，亦歸於消滅。例如：甲對乙之動產有質權，因乙之動產與丙之動產附合或混合，由丙取得所有權時，甲之質權亦與乙之所有權同歸於消滅，蓋以原始取得，不容於新所有權之上繼續舊負擔之存在故也。民法第八一五條）惟在日本民法定有救濟辦法，大約如左：

（甲）因添附之結果，舊物所有權雖已消滅，但原所有人取得合成物混合物加工物之所有權者，原存於已消滅之所有權之標的物上之他物權，仍存於其合成物混合物加工物之上。（日民第二四七條第二項）

（乙）因添附之結果，成為共有時，第三人之權利即存於共有物之應有部分之上。（日民第二四七條第二項）

（丙）因添附之結果，原所有人如非合成物混合物或加工物之單獨所有人或共有者，第三人如在物上有擔保物權，依於物上代位之法理，得於舊物所有人所受之償金上行使其權利。（日民第三〇四條第三五〇條第二四八條）

在吾民法，除依於第八九九條之規定，得於原所有人應得之償金上行使權利外，不認其他物權繼續存在。

添附之結果，於一方因取得新物所有權而生利得，同時於他方，因舊物所有權之消滅或加工之勞費而生損害，此種利得與損害欠缺法律上正當之實質之根據，爲利益平衡起見，應付與受損害者以償金請求權。多數立法例皆設有此規定。（德民第九五一條、法民第五五四條以下、瑞民第七二六條以下、日民第二四八條）吾民法亦同。（民法第八一六條）（註七七）

第四節 共有

第一款 總說

在個人所有權制度之下，以一物專屬於一人，供其專用，是爲通例，然爲實際上之必要，數人共用一物之事情，亦不在少。夫以一物之物體上，不許同時有兩個以上完全所有權之成立，爲物權本質所當然，因而於數人共用一物之場合，此多數人對於該物應有如何之權利關係，與普通情形有異，以別設規定爲宜。在吾民法之下，依次列之三種方法，而表見其適用。

（一）以數人設立社團法人，使形式上法人爲其所所有者。

（二）於共用者不特定多數之場合，設立財團法人，使形式上法人爲其用物之所有者。

（三）共有。

共有之形式，有兩種沿革之立法例：一爲分別共有，乃淵源於古羅馬法，於其有範圍中，定各人之應有部分，爲三分之二，或二分之一，即各就其應有部分以行使支配權，其應有部分，可以隨意處分，不受何種限制。二爲公同共有，其源發於德意志古代法，即以數人結合爲一體對於其物之全部爲共同之所有者，其間無所謂應有部分。近世之立法，如日本民法，僅設分別共有之規定。德瑞民法則承認公同共有制度。吾民法亦併此二者而規定之。（註七八）

共有發生之原因不一，大別之，爲（一）基於當事人之意思而發生者，例如數人基於買賣贈與等原因讓受同一物之所有權，夫妻訂立共有財產契約是也。（二）非基於當事人意思而發生者，例如區分一建築物各所有其一部時，其共同部分之共有，（第七九九條）因發見埋藏物或添附結果所生之共有，（第八〇八條第八一二條第八一三條）遺產繼承之共有是也。（第一一五一條）

第二款 分別共有

第一項 分別共有之意義

分別共有云者，其有關係中各人對於其物各有一所有權，而各人所有權應於一定之分量，互相節制，其內容之總和可謂爲一個獨立所有權之內容相均之狀態是也。各共有者之所有權，在本質上，與通常單獨所有權，並無何等差異，何則？即對於物行使一般的支配權爲其目的者也。惟因同時他之共有者亦有所有權之故，乃應於一定之分量，使互受限制，其結果不得發揮其完全效力，僅此點與單獨所有權不同。換言之，謂共有爲因於一物之上，有

數個所有權之競合而成立之狀態，亦無不可。

關於共有之性質，本為不易解決之問題，亦即學者間議論之所在，惟非以一所有物為物質的分割而分屬於數人（參照第七九九條之區分所有）亦非各自分有一所有權內容之諸種權能（例如以處分權屬甲以使用權屬乙）則為多數說所從同。此外，尚有標的物之價格分割說，即依標的物之價格分割之，使其歸屬於各所有人。此種見解，亦有誤謬，蓋物之價格非可獨立存在，不過存於物與物間之經濟上關係，不得以之直接為所有權之標的，不待論也。

現時之通說，均依據德國學者登白爾喜（Denburgy）之所有權分量分割說，謂以一所有權外包的與範圍的分屬於數人，其權利與單獨所有者之權利同其性質內容，不過異其分量範圍而已。其分量範圍，即以應有部分（或持分）之用語表示之，故共有人對於共有之標的物之一般之支配權，僅按其應有部分行使之。

學者中雖多從上述之理論，以說明共有之性質，惟始終不認各人於同一物體之上有一所有權之存在，其根本觀念，即一物之上不容有兩個所有權，若不然，斯反於所有權之本質，因而共有者乃以一所有權分量的分屬於數人。而所有權之本體，仍為單一者也。如此說明，顯然不易為公同共有與分別共有之區別，蓋在公同共有場合，其物之所有權本來屬於共有者全體，非如分別共有有其各別的所有權，且就吾民法之文義觀之，既曰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。（第八一八條）又曰：各共有人對於第三人，得就共有物之全

部爲本於所有權之請求。(第八二一條前段)則謂各人於同一物上有一所有權，非無法典上之根據。所謂在同一物體之上不能有兩個所有權者，乃指外形上不能有兩個完全所有權相對立之謂。縱令成立數個所有權，若其所有權互相節制，而其內容受分量的限制，其結果，權利之總和實與實質上一個所有權之內容相當。由此以觀，共有，其自體非一個所有權，亦非僅一個所有權之分量的分割，乃因數個所有權競合於一物之上，其結果，生與一個所有權分量的分割全然同樣之狀態而已。註七九(民法第八一七條第一項)

第二項 分別共有之應有部分

第一 應有部分之意義

應有部分，具有兩種意義：其一，即各共有者之所有權互相限制，含有標準與尺度之意味。其二，即係有分量的限制之各自所有權意味。依後之意義，應有部分，非祇單純的標準與尺度，其實質得與所有權同視，從而此意義之應有部分，具有通常所有權之物權的效力，以得對抗一般人爲其質素之當然。(註八〇)

第二 應有部分之比例

應有部分之多寡，依左列方法定之：

(甲)共有者應有部分之比例，依於發生共有原因之法律行爲又法律之規定而定。例如數人有償取得某物所有權，甲之出資額爲五百元，乙之出資額爲三百元，丙之出資額爲二百元，以當事人間無特約爲限，其各人之

應有部分以出資額爲標準，即甲有十分之五，乙有十分之三，丙有十分之二。於添附場合，各人之應有部分依於附合或混合當時動產之價格而定。

(乙)各共有人之應有部分不明者，推定其爲均等。不能因當事人之意思，或法律之規定，以定其應有部分者，各共有人之應有部分，推定爲均等。蓋共有者對於共有物有均等權利，爲通常之狀態，其權利有差別者當屬例外。故在共有者間，以無特別情事爲限，推定各人之應有部分，屬於通常狀態，乃事理之當然也。所謂推定，以無反證爲限，而以立證之責任論，在主張應有部分爲均等者，自毋須舉證，反之，若主張應有部分有差別者，應就其事實負立證之責。惟在不動產共有之場合，於登記簿未爲各人應有部分若干之登記時，自不得主張超過均等以上之應有部分。(民法第八一七條第二項)

第三 應有部分之增減

共有者之一人拋棄其應有部分，或共有者之一人死亡無繼承人時，依日本民法第二五五條之規定，其應有部分歸屬於其他共有者。例如甲乙丙三人共有一土地，各有三分之一之權利，假定甲拋棄其應有部分或死亡而無繼承人時，其應有部分歸屬於乙丙兩人，嗣後乙丙二人對於該土地各有二分之一之持分，若其後乙復拋棄其應有部分或死亡而無繼承人時，則內爲唯一之所有人，取得完全之所有權，蓋應有部分與所有權同視而具有彈力性，因共有關係所存之限制一旦解除，當然有回復範圍之可能。故應有部分之拋棄，不得認爲無主物而適用先

占之法則，亦不得以之歸屬於國庫。吾民法就此點未設規定，在立法論不無疏漏，惟解釋上則應依上述之法理爲斷也。（註八一）

第三項 分別共有人之權利義務

第一 分別共有人之權利

分別共有人之權利，可就其有物之使用、收益、處分、管理，及其有物上之請求權各種言之。

（甲）共有物之使用收益 各共有者皆爲所有人，故得從其應有部分，就其有物使用或收益之，如共有物之性質，得同時共同使用或收益者，各共有人得同時使用或收益，例如：就共有之房屋，共同居住，就共有之土地，共同收取所生之孳息是。若其有物之性質，不容同時共同使用者，各共有人得依次序使用之，例如：甲乙二人共有一馬，則應按各人之應有部分，定各人之使用時間，如甲乙之應有部分相等，則甲乙輪流各乘一日，如甲之應有部分爲三分之一，乙之應有部分爲三分之二，則甲一日乙二日輪流乘用是。至其同時或依順序使用之方法，不外依當事人之協議行之，如不能協議決定者，自得請求法院決定之。（民法第八一八條）

共有物之收益，在性質上似少不得同時爲之之例，但爲便利計，亦許依協議而以時間次數爲準。又其有物之使用，雖係以其有物之全部爲標的，但當事人間約定分別使用之方法，例如：甲乙共有一樓房之時，約定甲住樓上乙住樓下，亦無不可。

(乙)共有物之處分 共有物之處分，不問爲有形的處分與無形的處分，若非基於共有人全體之意思，不得爲之，是爲從共有本質所生之當然結果。蓋各共有者權利，存於共有物全部之上，假令一共有者不取他共有者之同意，而處分共有物，即侵害其他共有者之權利也。(民法第八一九條第二項)所謂處分，自指法律上之處分與事實上之處分兩者而言：前者如讓與或設定他種物權；後者不僅變更物之本體及其用法，即爲毀滅其物之行爲亦屬之。惟吾民法之用語，殊違立法體例，對於一切處分自應一例解釋。(註八二)

民法就處分共有物，規定應得共有人全體之同意，按之實際，殊嫌未便，因之歷來判例，不無相當變通；其變通之標準，則依特約與習慣定之。(註八三)

共有人不經其他共有人之同意，自不得處分共有物，然若處分其應有部分，則得任意爲之。惟此處所謂處分其應有部分，應指法律上之處分而言，例如讓與其應有部分於他人，或就其應有部分，設定擔保物權，均無不可。反是，若於共有物上，加有形之變，更或毀滅其物體，則不得藉口有應有部分而爲處分，是蓋以各分別共有人之權利，常存於共有物之全部故也。(民法第八一九條第一項)

共有人讓與其應有部分於他人時，該讓受人即繼受原共有人之地位，取得其應有部分，而爲共有人，前共有人與他共有人之關係，對於讓受人亦有效力。又以應有部分供擔保時，如不履行債務，則債權人自得以其應有部分行使權利。共有之應有部分，其性質既如前所述，含有所有權意味，故其取得喪失，與單獨所有權無異，例如在不

動產之讓與，非經登記不生效力。在動產之讓與，非將其物之共同占有交付與讓受人亦不生效力者也。

從理論言，於其有場合，各共有者於相互間成立一種組合，共有者一人之性行及資力如何，難免不影響於其他共有者，因而關於應有部分之處分，使共有者發生變更，於其他共有者，不無發生不利益之結果。但法律不認其有為專屬於共有者之法律關係，故對於應有部分之處分，不僅無須得其他共有人同意之必要，即共有者相互間訂有禁止處分之特約，對於第三人亦不生何等效力也。

(丙) 共有物之管理 共有物之管理方法，依民法第八二〇條所揭，得分為保存行爲與改良行爲兩種述之。
(民法第八二〇條)

(1) 保存行爲 保存行爲者，以保全其物或物上其他權利爲目的之行爲也。吾民法所示簡易修繕，不過爲保存行爲之一端，舉凡防止物之滅失毀損，或防止權利之消滅減縮之行爲，均屬之。又保存含有保全其價值意味，從而賣却易於腐敗之物，換爲金錢，依其行爲之性質，固屬於處分行爲，然既在保全目的之必要範圍內，仍受第八二〇條第二項之適用。保存行爲，不惟爲共有人全體之利益，且多應即速處置，若必俟他共有人同意，則坐失時機，無從達保存之目的，故法律規定各共有人得單獨爲之。

(2) 改良行爲 改良行爲者，以對於物或權利之利用或改善爲目的之行爲也。易言之，凡以增加收益或價格爲目的之行爲皆屬之，例如：施肥膏於車輪以便馳騁，施肥料於土地以望豐收是也。利用行爲與前述之使

用行爲不可相混。利用云者，不以各共有人自身之需要滿足爲目的，乃依利用方法以增加共有物之價格收益之謂，例如將其有房屋出租於人居住，或因標之物之價格增漲而增加租金是。此種行爲，於共有者全體之利害關係甚鉅，且應急速處置之時甚鮮，故不使各共有人單獨爲之，而依多數決之方法行之。於此有一問題，即利用改良，若有加於共有物或權利變更之必要行爲，例如變共有之宅地爲田地，毀壞共有倉庫，以其材料建築住宅，或改租賃契約爲設定地上權契約，是否屬於此範圍？關於此點，通說均以其超越改良利用之程度，應受第八一九條第二項之適用，蓋共有者之權利存於共有物全部之上，從而非經他共有者之同意，縱以改良利用之目的內加變更於共有物，仍屬侵害他共有者之權利故也。

關於改良行爲之管理方法，立法例頗不一致。德國民法原則上係以全體同意爲要件，（德民第七四四條第一項）日本民法係按應有部分之價格，以其過半數決之。（日民第二五二條）吾民法則採瑞士法例，（瑞民第六四七條）須有人數及應有部分之多數之同意。

關於其有物之管理，共有者意見不一致，不能依多數決方法行之者，在德國民法，此時復據公平判斷爲適於總共有者之利益，而爲管理利用。（德民第七四五條第二項）吾民法及日本民法均未設此規定。在解釋上，各共有者依其有目的物之性質，有以善良管理人注意程度而爲管理之權利義務。（註八四）

民法第八二〇條之規定，非強行法規，當事人間如有特約，得排除其適用，例如以特約委管理之全部於共有

者之一人，亦無不可（註八五）

（丁）共有物上之請求權 各分別共有人對於共有物之全部，得行使所有權固有權與物上請求權，故民法第七六五條未段與第七六七條以及本於相鄰關係所生之權義，於此均有適用，惟關於回復請求共有物，若非爲共有人全體之利益，則不得爲之。（民法第八二一條）

至爲共有人全體請求回復共有物，應依何種方法，則依當事人之意思及法院之意見爲最適當。例如請求交付標的物於各共有人之代理人，爲各共有人提存，或於不得爲提存時，請求將標的物交付於法院所選定之保管人，皆爲實際上最適當之方法也。

爲共有物所有權提起確認之訴，依日本大審院判例之見解，各共有人不得單獨爲之，須由全體爲之。（大正五年六月十三日大審院判決民一錄二二輯一二〇〇頁）蓋爲確認之訴之結果，有被否認其所有權，受敗訴之判決者，於其他共有人有利害關係故也。吾國前大理院十五年上字第一七九九號判例謂：「共有人就共有權利之全部爲訴訟，應由共有人全體或共有人內利害相同之全體，共同起訴或被訴。」可供本問題之參考。

第二 分別共有人之義務

各共有人應依其應有部分，分擔共有物管理、保存費用或其他負擔。其他立法例亦同。（參照日民第二五三條第一項德民第七四八條瑞民第六四九條）蓋各共有人既按其應有部分享受共有物上之利益，則對於共有

物之負擔，自亦應按其應有部分分擔之，方爲公允。惟此非強制規定，共有人間如有特約，自得從契約之所定。又依分擔之原則，如共有中之一人就共有物之負擔爲支付，而超過其所應分擔之部分者，對於其他共有人得行使求償權。（民法第八二二條）

關於共有人不履行費用負擔之義務，立法例有定爲於一定期間經過後，令他共有人支付相當償金，取得其應有部分者。（日民第二五三條第二項）在吾民法，未設規定，不能爲同一之解釋。

又爲保護前述共有人因支出超過其分擔部分之費用債權，立法例設有兩種特別規定：（一）共有者之一人，對於共有者，就其共有物有債權，則對於其特定繼承人，亦得行使其債權者。（日民第二五四條德民第七五條第二項）例如：共有人中讓與其應有部分時，若未履行所負擔之費用，其他共有人得對於受讓人行使求償權是也。（二）在分割時，共有者之一人，對他共有者，如有關於共有之債權，得使其將應歸於債務者之共有物部分，以作清償。（日民第二五九條德民第七五六條）在吾民法，未設此規定，亦不能爲同一解釋。（詳八六）

第四項 分別共有之終了

共有關係終了之事由，不一而足。例如共有物之滅失，讓與，公用徵收等，均爲共有關係消滅之原因，此種原因，不勝枚舉。茲特須說明者，爲因分割之共有關係之終了，民法設有較詳細之規定。

第一 共有之分割請求權

其有關係繼續過久，其有人全體之意見不易一致，往往坐失改良利用之機會，故吾民法做一般立法例，與共有人以隨時請求分割共有物之權，藉以保全經濟上之利益（註八七）（民法第八二三條第一項前段）

分別共有人對於他共有者隨時得爲分割之請求，是爲原則，但有兩種例外（民法第八二三條第一項但書）

（甲）共有物其性質上不許分割者，如建築物之區分所有，其共同部份，法律推定爲共有物，即其一例，蓋此種共有物，以永不分割，爲合於其性質故也。

（乙）當事人訂有不分割期限者，共有人相互間訂有五年以內不許分割契約者，其契約爲有效，各共有人於此期間內不得請求分割，蓋共有因其物服從於數人之權利，易生經濟上不利益之結果，雖如前所述，然於他方必須於一定期間內維持共有之狀態，始適應需要者，亦爲事實所恆有。故民法依多數立法例，明認不超過五年期間之禁止分割特約爲有效，以適合當事人之意思。但少數立法例，雖設此種規定，若如有重大事由，仍許分割，在立法論，尤有可取。（參照德民第七四九條第二項，意民第六八一條第二項）

其爲超過五年期間禁止分割之契約者，其效力如何？在日本民法無明文規定，學者之見解不一，參照川名兼四郎物權法要論第一二七頁橫田秀雅物權法第四〇六頁）而以認其全部契約無效之說爲當。吾民法明定超過五年期間之契約，縮短爲五年，在解釋上固不生爭論，惟在立法論，或有反於當事人意思之嫌，且於認許廢止共有之精神亦欠貫徹也。（民法第八二三條第二項）

禁止分割之契約，對於其有人之特定繼承人，是否生效力？在吾民法雖無明文，自應採積極解釋。（參照德民第七五一條）

第二 分割之方法

分割云者，即其有關係廢止之謂。其廢止之方法，得區別為三種：（一）現物分割。（二）代金分割。（三）價格賠償是也。

（甲）現物分割 現物分割，如其名稱所示，即以共有物實際的分割於共有者之間，而歸各自所有之部分，依其應有部分而定。例如：甲乙丙三人共有田三百畝，其應有部分相均等，三分其田，各自取得百畝。現物分割，於共有物為可分物，而分割無損其價格之場合，為最適當之方法也。

（乙）代金分割 代金分割，即將共有物出賣於第三者，而分配其賣得金額之謂。如前例，賣却田地於他人得價六千圓，甲乙丙各取得二千圓是。此方法，於共有物不適於分割之場合，或共有者均不欲取得原物，而有領收金錢必要之時行之。

（丙）價格賠償 價格賠償，即由共有中之一人取得物之全部或一部所有權，而於其應有部分外，賠償相當價格於他共有人之謂。如前例，田之價格為六千圓，甲欲取得全部所有權，對於乙丙，各賠償其二千圓，或甲欲取得三分二之所有權，對於乙丙中之一人賠償其二千圓。此方法，於有感於保存原物不分割之必要時行之。

又分割之目的，既僅在廢止共有關係，則於三人以上共有之場合，若尙有情願繼續共有時，則祇須對於請求分割之人，依甲與丙兩種辦法，使其脫離共有，而將其應有部分移轉與他共有人，依然繼續其共有關係，亦無不可。以上所述之種種分割方法，原則上，依共有人間之協議行之，各共有人基於其協議取得請求分割方法實行之權利。此權利爲契約上之請求權，受請求分割之人對於請求分割之人有依協議之內容而爲履行之義務，故有債權的效力。如有人不依協議之方法而爲分割時，他之共有人得提起履行之訴，此訴之性質爲給付之訴，而非形成之訴，蓋非以請求分割爲內容，乃以請求依協議之方法行分割爲內容，與後述裁判上之分割性質有異。

於茲應注意者，即協議上之分割之方法，民法並無限制之規定，因而關於協議之內容，自不受何等之拘束，然於共有物性質上雖非不能，但不適於現實分割者，亦不妨用自然分割法，在社會經濟上殊生不利益之結果，（如古書四張古瓶一對）是亦立法上一問題也。（民法第八二四條第一項）

共有者之意見不一致，不能依協議定分割之方法時，得請求法院爲分割之判決，此名謂審判上之分割。按民法於其有人中有爲無能力者時，必依審判上分割之方法，是出於保護無能力者之精神，然民法既對於無能力者設有法定代理人之規定，足以充分保護其利益，於此無特設規定之必要。

關於審判上分割，自以當事人請求爲必要，法院不得依職權而爲分割。當事人在審判上行使此權，究爲如何之性質？從來學者頗有爭論。從吾民法第八二四條第二項之文義觀之，應解爲係非訟事件，蓋本條第二項與第八

二三條異其旨趣，第八二三條乃解決共有物應分割與否之問題，本條乃解決依如何方法而為分割之問題。易言之，非欲分割之共有人對於不欲分割之共有人，求為准予分割之判決，乃請求法院依適當方法而為分配也。惟在吾國，此時尚無非訟事件程序法，仍有依通常訴訟程序之必要。又在共有人於應否分割有爭執之場合，他之共有人亦得依第八二三條提起請求分割之訴，自不待言。無論為提起請求准予分割之訴，或於分割無爭執，提起請求定分割方法之訴，抑或同時合併主張，均為形成之訴，而非給付之訴，蓋當事人係求為判決以發生共有物分割之效果故也。因而為原告之共有人不須指定分割之具體方法，縱令為指定之聲明，在法院亦不受其拘束，而有自由裁量之權。

裁判上之分割方法有二：（一）以原物分配於共有人。（二）變賣共有物以價金分配於共有人。法院以判決定上述方法，固亦須從容考慮究以何種為適當；但吾民法之體例用語與日本民法之規定不同，（日民第二五八條第二項）並非以原物分割為原則，而以價金分割為例外，縱令原物適於分割，而法院命為變賣以其賣得金分配時，當事人亦不得對此判決聲明不服。又在以原物分割之場合，務與應有部分相當，若應有部分相當，而可任取其一宗者，依德國民法有抽籤法之規定，在吾民法不設此規定，法院得依其自由判決而命各共有人取得任何部分。又價格賠償法，有時亦得適用，以為原物分割之補充。（民法第八二四條第二項第三項）

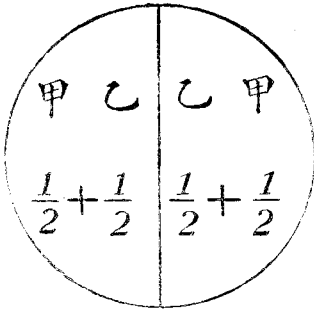
對於其有物之分割，立法例有認利害關係人有參加權者，（日民第二六〇條法民第八八二條意民第六八

○條）在實際上殊無何等效果。故吾民法不設此規定，惟於審判上分割之場合，利害關係人自得依民訴法而為參加訴訟，不待論也。

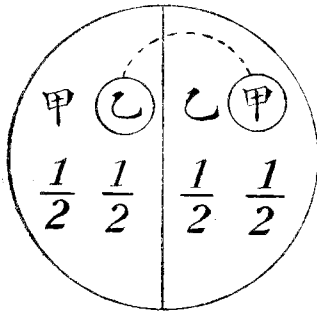
第三 分割之效果。

共有者分割共有物而生左列之效果：

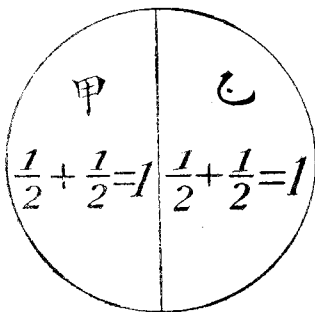
（甲）共有者因分割，於共有物中歸其所有部分取得單獨所有權。例如甲乙二人共有一地，其應有部分相等，分割之，各取得一半所有權，即甲取得歸於其所有之部分，乃讓受乙之應有部分與其自己之應有部分，而取得單獨所有權，同時乙取得歸於其所有部分，乃讓受甲之應有部分與其自己之應有部分，而取得單獨所有權。蓋甲乙依彼此互相交換應有部分之結果，以取得所有部分之上之完全所有權也。茲舉圖如左：



有共之前劃分



換交之分持



果結之劃分

依法國法系之立法例，其有物之分割，為法律上之擬制，溯及於其有關係發生之時而生效力，各共有人因分割而取得之部分，原始即屬各自所有，不過因分割宣示其事實，是謂宣言主義，或稱權利認定主義，蓋基於沿革上之理由。反之，謂分割之性質與互換相同，一方有權利之取得，同時他方有權利之讓與。依據此說，則因分割，始付與各共有人以單獨所有權，故稱此主義為移轉主義，或權利付與主義。德國法系之立法例，不論有無明文，概採此主義。吾民法除於遺產分割另有明文規定外，（民法第一一六七條）對於一般共有物之分割，應認為係採德國法例。

就以上兩種主義觀之，理論上自以德國法系之立法例為優，蓋如從法國法例，謂因分割取得單獨所有權，其效力溯及於既往，未免反於其有之本質。雖然，若從實際上之結果而言，則兩主義互有短長。就大體言之，採移轉主義，往往不能達分割之目的，而使法律關係趨於複雜；採認定主義，則於共有人間往往發生不公平之結果也。

（註八八）

吾民法對於共有物之分割，解釋上既採移轉主義，故生左列之效果：

（一）在其有物分割前，從其有中之一人取得關於其有物之權利者，不因分割而受影響。

例如：甲乙二人共有土地一處，甲就其應有部分為第三人丙設定抵押權，甲乙分割土地，於丙不受影響，其結果甲所設定之抵押權，於分割後，仍按應有部分之比例，存於甲乙二人所得各部分之上，惟其實行抵押權之結果，

(即拍賣)使拍定人與甲與乙之間,更發生共有關係。反之若採認定主義,則甲所設定之抵押權,即存在於甲所取得之完全所有權之上,同時對於歸乙所有部分之上之權利,因而消滅。(註八九)

(2)各共有者,對於他共有人因分割而得之物,按其應有部分,負與出賣人同一之擔保責任。(民法第八二五條)

各共有者有對於共有物全部之權利,共有物之分割,不外共有者相互間交換其持分,而使各人就其所得部分取得完全所有權,已如前所說明。故分割之性質,與互易相同,準用買賣之規定,(民法第三九八條)因而使各共有者對於其他共有者因分割所得之物,與賣主處於同一地位,按其應有部分負擔擔保責任,(參照民法第三四七條)

所謂賣主之擔保責任,即權利的瑕疵擔保(一稱追奪擔保)與物質的瑕疵擔保,可參照民法第三四九條以下之規定。

實現出賣人擔保責任之方法,不外三種:(一)損害賠償。(二)減少價金。(三)解除契約。(參照民法第三五三條第三五九條第三六〇條)關於第一第二兩項方法,於共有物分割之場合,均可適用,至第三種契約解除方法能否適用,不無疑問。但共有物之分割,出於共有人間之協議者,須各共有人有分割之合意,此種合意,視為契約亦無不可,況在採移轉主義之立法例,既認分割之性質,與互易買賣相同,其為契約,更不待論。故如分割之結果,取得

人發見標的物或其權利有瑕疵時，亦得有契約解除權，此際應解為原協議解除，許其重行分割，如協議不調時，得向法院為分割之請求。至裁判上之分割，既有既判力之發生，則以解為不許重行請求分割為當。（註九〇）

（乙）關於證書之保存義務及使用證書之權利。共有者於因分割取得共有物一部之場合，關於其有物之證書，及所得物證書，為分割者之共同利益計，於分割者間有保存之必要，蓋分割者對於第三者證明其權利，須以證書為據故也。（民法第八二六條第一項第二項）

（1）所得物證書之保存。此規定，於分割共有物之場合，共有物有數個，對於某個物有證書時適用之。即分割人對於歸於己所分受之物之證書，有保存之責任。

（2）共有物證書之保存。此規定，於共有物只有共同證書時適用之，原則上由取得其物最大部分之分割人保存之，其無取得最大部分者，以分割人之協議定之，協議不諧者，由法院依聲請而指定之。

以上所述證書之保存，乃指證明分割前共有物之共通證書或各別證書而言，非謂分割人於分割時須作成各種證書也。惟關於不動產之分割，按諸權利移轉主義，須作成分割證書之必要。此種分割證書，應由各分割人保存一通，依吾國分析共有物之習慣，亦屬如是。

法律既明定證書保存之義務，故在其保存目的上，不可不付與各分割人以使用證書之權利，故民法規定，各分割人得請求使用他分割人所保存之證書。（民法第八二六條第三項）

第三款 公同共有

第一項 公同共有之意義

公同共有，即以數人結合爲一體，對於其物之全部爲共同所有者，而無所謂應有部分，此與分別共有觀念上最要區別之一點也。就社會經濟上言，公同共有，並非有利益之制度，但爲達數人互相結合以維持特定財產之目的起見，有時亦不得不認許之，此德瑞民法所以設此規定。吾國習慣，於祀產、塋地、祭田等物均爲供一定用途設置之公產，其有維持悠久之用意，實具公同共有制之精神，故民法於分別共有外，仍設公同共有之規定也。（註九一）

公同共有之成立，以數人依法律規定或依契約成一公同關係爲前提，其依法律規定者，如繼承財產是其依契約而發生者，如合夥契約與夫妻共同財產制契約是。本於此等關係而共有其物者，即謂公同共有，公同共有人之權利，應及於標的物之全部。（民法第八二七條）

公同共有關係，無非由單獨行爲而生者，如吾國之祀田祭產，其公同關係之發生，通常基於遺囑，即其適例。故本條契約一語，殊失之狹。（註九二）

又公同共有，人對於公同共有物，爲整個的支配，無所謂應有部分，但在法律上亦有特別規定，認各共有人對於其公同財產，有其部分的財產權者，如合夥人之股份，繼承人之應繼分是。此際與應有部分之觀念，殊難爲何種區別。（註九三）

第二項 共同共有之效力

共同共有之成立，既由於法律規定及契約而生，則共同共有間之權利義務，自應依其共同關係所由規定之法律或契約定之，例如因繼承而共有財產者，其權利義務關係，應依關於繼承之規定；因合夥而共有財產者，其權利義務關係，應依關於合夥之規定，如合夥契約別有訂定者，則從契約之訂定。（參照第六六九條第六七〇條第六七一條第六七六條第六七七條第一項第六六八條第二項）但關於合夥之強制規定，則不得以當事人之特別訂定，而排除其適用。（註九四）（民法第八二八條第一項）

各共同共有人既基於共同關係而共有其物，其權利及於共同共有物之全部，故關於共有物之使用、收益、處分、管理，及其他一切權利之行使，均須全體一致始得為之，乃共同共有性質上當然之結果，惟法律另有規定，（如第一〇三二條一〇三三條）或契約另有訂定者，則當別論。（民法第八二八條第二項）（註九五）

共同共有，既以共同結合關係而存在，為達一定目的起見，在共同關係存續中，自不得由各共同共有人請求分割共有物，以示限制。（民法第八二九條）

對於本條之規定，有應注意之點，即共有物之分割，如前所述，僅有廢止共有關係之意義，並非請求其他共有人交付其占有物或依一定之分割方法而分割，則在共同共有，若共有人全體同意廢止共有關係，自非法所不許，如合夥人全體同意解散，（民法第六九二條）夫妻變更財產契約，（民法第一〇一〇條）均其適例。此所謂其

有人不得請求分割，乃謂全體同意廢止共有，即不能由一二人主張廢止共有，以示與第八二三條有別而已，但在前大理院有相反之判例，認為有必要情形，可以分割。在現行法上殊無依據，不得援以為例。（註九六）

第三項 公同共有之終止

公同共有，係依法律或契約之公同關係而發生，此種關係消滅，則公同共有當然終止，如合夥之解散，婚姻之解消是。公同共有物讓與於第三人時，舊有之公同關係亦不存在。此外，如其有物之滅失，共有入只餘一人，全體同意廢止共有關係，亦為公同共有終止之原因。（民法第八三〇條第一項）

公同共有關係既已終了，自得依分割程序而分割共有物。其分割之方法，除法律另有規定外，（如第一一六五條）應依關於分別共有物分割之規定，尚需注意者，即於分別共有，無論為協議分割，或審判上分割，各共有入應按其應有部分受分配。在公同共有，法律上則偶有特別規定，（參照第一〇三九條第一〇四〇條）若無特別規定，則亦準用分別共有，不過亦有以明文規定其旨者，（參照第六九八條）其結果與分別共有之以應有部分為標準者相同。（民法第八三〇條第二項）

第四款 雜共有

嚴格意義之共有，專指所有權而言，所有權以外之權利，似不得稱為共有。然所有權以外之權利，為數人共同享有，亦為事實上所常見，如地上權、永佃權及其他財產權，其權利之性質雖殊，然數人享有此等權利，與物之所有

權其有關係爲大略相同之狀態，故民法有準用之規定。（民法第八三一條）（註九七）

（註一）有以吾民法係採德國主義者。（參照余戟門民法要論物權第一五頁）惟第七六五條規定雖加以排斥他人干涉之消極作用，如德國民法然究不足以之闡明所有權之本質，故當認爲係採法國主義爲當。（參照劉鴻漸物權法論第七頁）

（註二）占有亦爲所有權之一種權能。（參照橫田秀雄物權法第二七頁）或以爲在日本民法既明認占有爲獨立之權利，則主張應從所有權中除去之者，亦無不當。然法律上有得爲管領之權能，與事實上之管領力，究爲各別觀念。

（註三）有謂一般權利皆僅在法令之限制內有其作用，故僅對所有權加一明文，殊不必要。（參照三瀨信三物權法提要上卷第三〇頁）然民法插入此種文字，乃基於特別理由，蓋所有權爲神聖不可侵犯之思想中於人心已久，其有誤信以法令亦不可侵之者，故加規定以防一般人之誤信。

（註四）學者有主張在此場合乃所有權爲第三人之既得權而受制限。（參照橫田秀雄物權法第二七二頁）然各種權利皆僅在法令之限制內，有其作用，不應有既得權之觀念。惟所有權以當事人之意思，限制其作用，則無妨，蓋以一己之意思限制其所有權之行使，正可表明所有權之本質也。（參照三瀨信三物權法提要上卷第三〇頁）

（註五）有謂占有本所有權之一部，因法律對於占有另有規定，故應除卻。（參照王去非民法物權論第三八頁）然另有規定，係指事實上之管領力而言，此處係指法律上有得管領物之權能而言，不可不辨。（參照橫田秀雄物權法第二七五頁）劉鴻漸物權法論第三四三頁）

（註六）通說均謂法律上之處分，非權利之內容，乃權利之外包，凡一切財產權均於其外部附帶有此處分權，不獨所有權爲然，故此所謂處分，僅就物質方面言之。（參照橫田秀雄物權法第二七七頁）余戟門民法要論物權第一六頁）劉鴻漸物權法論第七四頁）阿波漢物權法論第三八頁）然在其他財產權容有依習慣或當事人之意思而禁止其處分之情形。（參照第八三四條第一項但書及第二九四條第二項第九一五條第一項但書）故愚不從通說。（同旨趣王去非民法物權論第四二頁）

(註七) 學者有主張所有權既有強大對世之效力，無論何人均負有不可侵之消極義務，否則所有權不能完成其支配力，故排除第三人干涉之權能，當然包括於支配權之中，無設規定之必要。(參照川名兼四郎物權法要論第五八頁) 然所以設此規定，不外表彰所有權之包括的管領關係而已。第一次民草第九八四條第二項設有對於緊急行為之限制規定，(參照第一次民草第三一四條) 現行民法無此規定，應酌酌第一五〇條及第一四八條之法理。

(註八) 按天然孳息，在未與原物分離以前，亦為原物之成分之一種，本條稱爲物之成分及其天然孳息於分離後云云，用語上期其釐證而已。

又關於天然孳息之歸屬，既有民法第七〇條之規定，於茲毋庸規定。若謂此處係就所有人言之，然在有地上權永佃權之場合，不能謂無此權，且地上權永佃權人之得有此權，係地上權永佃權之當然結果，法律並無特別明文，而於此處規定除法律另有規定外，仍屬於物之所有人，未免矛盾。

又關於孳息，應由何人收取，有原物主義與生產主義之爭。從保護勞動者之點觀之，自以生產主義爲合理，但吾民法從原物主義者，蓋爲維持社會一般制度也。

(註九) 物上請求權，究爲另一權利抑僅爲物權之一種效用？在日本學者間頗有爭執。(參照三濬信三物權法提要上卷第九頁，富井政章民法原論總論第一三二頁，鳩山秀夫日本債權法總論第一頁，石坂音四郎債權法大綱第八頁) 但依吾國民法之解釋，以採另一權利說爲當。(反對說，見余戰門著民法物權要論物權第四頁。) 又本書第二章第二節以爲物權效力，乃爲便利說明計，不可不爲。

(註十) 物上請求權，是否因時效而消滅，學者間爭執至烈。在吾民法之解釋上，以有第一二五條第九六二條之規定，採消滅說，亦非全然無據。惟對例一面認此請求權僅爲物權之一種效力，一面又認爲得因時效而消滅，則嫌不貫徹。蓋若爲物權之一種效力，即無消滅時效適用之餘地。參照最高法院二十四年上字四三一六號判例)

註一〇 參照末去嚴太郎物權法上卷第五八頁劉鴻漸物權法論第二二頁余戰門民法要論物權第一九頁。

註一一 物之占有對於所有人行使抗辯權，乃基於物權債權。關於占有保護之規定，惟依吾民法第七六七條之文字解釋，似無須行使抗辯權易言之，即占有者有正當原因之場合，不發生物上請求權之主張，在立法上似欠精當。（柯凌漢即採此解釋，見所著物權法

論綱第四頁。）

註一二 參照中島玉吉民法釋義總則編第八一一頁以下。

註一四 關於此點，學者之見解不同，有謂在德國民法，關於取得時效，有準用關於消滅時效之規定者，在吾民法亦應爲此解釋，似無所謂不能將兩者規定於一處之理由。（參照劉鴻漸物權法論第八八頁）有謂取得時效與消滅時效性質不同，一爲權利自體之直接取得，一則祇喪失權利之請求權（在吾人則採抗辯權發生說）一爲偏重於保護永久事實之狀態，一則偏重於避免舉證之困難，故以二者爲各別之制度爲宜。（參照胡長清民法總論第三九八頁第三九九頁）以上二說，愚從後說，蓋在日本民法係以時效爲關於權利取得喪失之直接消滅原因，在吾國民法之觀念，則以私法上請求權之消滅時效，只能因時效而生拒絕給付之抗辯權，此即分別規定之理由，故愚與第二說之結論雖同，而說明有異。至第一說之理由，係以中島玉吉之說爲依據。（中島玉吉民法釋義總則編第八一四頁）然日本民法第一四五條之規定，不得以之採抗辯權發生說，乃爲取得與消滅時效之。注，專爲加制裁於裁判官之職務者，亦爲彼邦多數學說所不否認，故不採德國主義，蓋有由也。

註一五 學者有謂德國民法於所有權以外之財產權，亦地上權外（德民第一〇一七條第二項）均無類似取得時效之規定，良以理論上及事實上均不能想像其有因取得之必要及可能。吾民法沿襲日本法例，未免有誤。（見余戰門民法要論物權第五四頁）然既就有體物所認之占有制度，擴張及於物以外之財產權爲準占有，則具此效力，發生所有權以外之財產權之取得時效，並無不當。

註一六 學者有僅以取得占有權原性質，以決定有無所有之意思者，如因買賣或贈與等原因而占有，即欲取爲自己所有物而占有，反之，在地上權人承繼權人質權人承租人之占有，即於權原之性質上，確認其無所有之意思之占有。（參照富井政章民法原論第四四

(頁)但有無所有之意思全爲事實問題,若全以有無權原決之,殊未允當。(參照中島玉吉民法釋義總編第八八二頁)

註一七 參照劉鴻漸著物權法論第九二頁。(柯凌漢物權法論綱第六〇頁見解略異)

註一八 司法院二十年院字第六四〇號解釋例謂:「凡不動產曾經丈放或清丈,暨推收過割其號址畝分權賦等,則業戶姓名,登入官廳文冊,筆繼續納稅完糧者,於登記制度未施行前,以遇有依民法第七六九條第七七〇條主張權利者爲限,視爲與已登記之不動產有同等之效力。」似此種不動產不能因時效取得,應注意及之。

註一九 吾民法第七七二條係做自日民法第一六三條第一六五條,惟彼邦民法,於取得時效,僅於不動產,設有善意與否之區別。吾民法則於動產不動產設有區別,此所以有解釋上之問題也。

註二〇 占有須和平公然之要件,若中途變更態樣,亦生中斷。

註二一 學者有採中斷說者。(參照劉鴻漸著物權法論第九九頁)從一定期間之繼續占有爲要件之點驟觀之,中斷時效似爲當然之結論。依愚所信,既非任意拋棄占有,而使過去之利益歸於無效,殊無理由。且就本條與第九四九條對照,亦以採於回復占有時不中斷時效爲當。(同旨趣見柯凌漢物權法論綱第六二頁)

註二二 按德國民法第九〇五條與瑞士民法第六六七條實爲同一旨趣之規定,其根本原則,即所有人行使權利,須存自己有利利益之範圍內,否則不免權利濫用之譏。若然,吾民法第七七二條將前述德瑞兩國民法之規定合而爲一,不免有文字重複之嫌。(參照余載門民法要論物權卷二二頁劉鴻漸物權法論第一〇三頁柯凌漢物權法論綱第四八頁)

註二三 在行政法之觀念上,命令之內容,得分爲法規命令,與行政規則二種:前者應以憲法及法律所容許之範圍爲限。(緊急命令除外)約分爲:1.獨立命令,2.執行命令,3.委任命令三種。後者則爲本於行政作用之行政規則,不待憲法及法律之授與,而屬於行政機關當然之權限也。民法第七七三條第七六五條所謂法令之令字,究指狹義之命令而言,抑包含廣義命令在內,不免發生解釋問題。依最高法院二十一年上字第一〇一號判例謂:「執行契約,照契約業之地主,依法本有自由使用收益處分之權,非無法

律根據之行政命令所能限制其權利之效力。』乃採狹義說。關於此點，在現行制度之下，應參考訓政時期約法及法規制定標準法。依河凌濶之見解，則謂指一切之法令（見所著物權法論綱第四頁）其說殊難贊同。

註二四）在日本民法，並無如德國民法第九〇五條後段，或瑞士民法第六六七條相同之規定。其國之學者解釋不一。（參照橫田秀雄物權法第二八六頁三爾信三物權法提要上卷第三三頁）所有人如爲不必要之拒絕他人干涉，有時固發生權利濫用問題，但吾民法第一百四八條所定，係以損害他人爲主要之目的，乃爲權利濫用，與行使所有權僅能存於自己利益之限度內，尙有程度上差別，故以不採日本法例爲當。吾民法第七七三條所謂除法令有限制外，與第七六五條所謂於法令有限制之範圍內相對照，文句不同，而命意則一。

註二五）學者有分爲基於公益理由而設之限制與基於私益理由而設之限制者。然由相隣關係而生之限制亦多係關於公益，此種區別實難謂當。又有分爲公法上之限制與民法上之限制者，姑無論與前說之主張相近，劃分不易，即依據民法以外之法令之限制，亦不必即爲公法者，故以依據民法第七七三條而設之限制，爲保護社會一般利益之規定，民法第七七四條以下，爲保護所有者相隣關係時定酌利益之規定。

註二六）法國法系學說及立法例對於因此所生之權利義務，謂爲法定地役權。然相隣者之權利義務乃法律限制或擴張所有權之作用，並非於所有權以外，設定另一物權，故德日民法以之規定於所有權中，吾民法亦然。

註二七）各國物權法關於相隣關係之規定，不必盡同，因各國民間之習慣不必一致也。惟統覽吾民法之規定，有失於旁雜或疏漏之處，如第七七四條與第七九四條之關係，第七九五條與第七六七條之關係，均嫌重複，又如關於土地界標之設置，建築物工作物之距離，（參閱日民二二三條第二二四條第二三七條及吾國第一次民草第九九三條第九九五條）民法均無規定，亦嫌缺漏。

註二八）最高法院二十一年上字第一七二六號判例謂：「土地所有人行使權利，固應注意防免鄰地之損害，若土地所有人雖行使其權利，而鄰地之損害，若仍可避免，則除隣地所有人爲圖一己之利或便宜，曾與土地所有人設定限制其權利行使外，自不得以惡有損害

爲藉口，而妄加干涉。」

註二九 民法專從土地之高低着眼，以承水之義務，爲低地所有者對於高地所有者之義務，蓋以水性就下，爲自然之法則。然水流因於潮流漲滿，河水氾濫，從低地逆流於高地，或自地勢相同之處流來者，亦間或有之。故日本民法第二一四條規定：「土地所有者不得妨礙從隣地自然流來之水。」不問土地之高低，較爲允當。（參照吾第一次民章第一〇〇〇條）

註三〇 民法第七五條第二項爲一種強行規定，惟在舊民章無此相同之明文，依最高法院十七年解字第一五四號之例，以上游有無堵水權，應查照原有合同契約辦理，在本法頒行之後，此例似不能援用。（此例之內容事實即陝省某河上游沿岸所有人欲堵水專供上游地之使用）

註三一 據本條文字觀察，應解爲高地所有者之權利，是爲通說。惟自然流至之水，因事變在低地阻塞時，若不加疏通，則流水源渾而來，停水復無去路，其土地勢必變溼澤國，在高地所有者與低地所有者均蒙不利。法律於此情形，規定高地與低地之所有者均負疏通之義務，亦無不可。又前大理院判例認此爲高地所有者之義務，可供參考。（六年上字第八五〇號判例）高地所有者若不行使此權利，低地所有者亦得以其自己之費用，施必要疏通之工事，此時以認爲高地所有者放棄其權利爲當。

註三二 本條係指自然之水流而言，在法典體例上，應緊接於第七七五條爲當。

註三三 前大理院七年統字第八四四號解釋謂：「查岸上業主有使用水面之權（中略）惟水面既係公有，自其性質言之，在人民一方自以不害及他人使用之限度爲原則，但國家對於公有水面，得於例外情形，限於依特別法律行爲或具有條件之人，始許其使用。」又同年統字第八四五號解釋謂：「查江河及其他公之水面，其所有權自應屬之國家。除特別限制使用方法或使用之人外，人民皆有自由使用之權。」又司法院院字第一〇七九號解釋謂：「江河及其他公之水面，人民雖得使用，但其所有權仍屬於國家。」

註三四 溝渠及其他人工之水流，視爲通過土地所有人之利益，認其使用權，換言之，土地所有人本於附隨土地管領權之權能，於通過其土地之水流，從於水流之形狀，有使用之權利。（參照橫田秀雄物權法第三一一頁）

註三五 按井水與泉水同視，亦爲一種水源，觀於舊第一次民草第一〇一九條理由自明。

註三六 按本條之適用，與第二一二條與第二一五條不同，比較觀之，自可明瞭。惟回復原狀顯有重大困難時，爲一般經濟上之利益起見，例

如必爲拆卸已成之工事，經濟之損失過鉅之類似應許以金錢賠償其損害藉資救濟（參照第二一五條）學者有採如此解釋者。

然從本條立法之旨趣觀之，既爲對於債法上規定損害賠償法則之例外，似無可爲如斯之解釋。

註三七 若依習慣，隣地所有人不得使用此水，水漬地所有人固不得濫量使用，須留一部供他人之用。如無此習慣，隣地所有人（即僅與水

流地人相隣，而其自己土地並非水流經過之地者）亦有第七八三條之請求權。此從民法第七八一條至第七八三條之規定，與舊

第一次民草第一〇一六條以下之體例比照觀之，應如此解釋者也。

註三八 因設堰關係而生之償金，究爲使用他人物之對價，抑爲損害賠償？學者間見解有異。從吾民法規定之文義考之，應從後說，蓋他人不

受損害時，即不負支付之義務也。至支付之數額，得依當事者間之協議定之，若不能協議決定，請求法院依其實際受損害之範圍，而

爲裁判。

註三九 對岸地所有人若有用水權，雖得使用水流地所有人設置之堰，但其設置及保存費用，須按受益之分依法負擔。（參照前大理院六

年上字第一〇〇四號判例）

註四〇 依瑞士民法第六九一條規定，此種償金，應預爲支付。吾民法無此限制。解釋上認爲乙地所有人不得以未預付償金，以拒絕甲地所

有人之安設，僅於安設之後，對甲地所有人有索償之債權而已。（參照劉鴻漸物權法論第一二二頁劉鎮申申大物權講義第四六

頁）

註四一 舊第一次民草第一〇一七條第二項規定：「有特別情事者，得使乙地所有人擔負費用之一部。」可供參考。

註四二 日本民法第二一〇條第一項規定：「土地爲他土地所圍繞，不通於公路者，則其土地所有者，得因到公路，通行其圍繞地。」此即稱

爲袋地。第二項規定：「凡非出池沼河渠海洋不能通行於他地，或因有崖岸，而其土地與公路顯有高低者亦同。」此即稱爲準袋地。殊

不思土地因與公路無適宜之聯絡，致不能通常使用者，其情形尚不止準袋地一端，故吾民法以土地因與公路無適宜之聯絡，致不能爲通常使用之用語表之。（參照德民第九一七條）即採相對主義者也。由此以觀，不僅準袋地者有通行權，即如土地有至公路之通路，若過於狹隘，不敷通行之用時，（例如被圍繞地爲廣大之人烟密佈之市街住宅地，以建築倉庫爲普通利用方法之場合，而無車馬之出路時）亦發生通行權。

吾國學者解釋本條，多依相對主義立論。惟王去非氏以舊第一次民草第一〇〇八條第二項之規定，做自日本現行民法未設規定，似有缺陷。按其立論係依絕對主義。（參照王著民法物權論第七六頁）不通公路之原因，由於土地所有人之行爲而發生者，則不能有通行權，在德國民法定有明文。（德民第九一八條第一項）日本民法雖無明文，其國多數之學說均採同一之解釋，徵之吾民法第七八九條之法意，由此類推亦以採同一之解釋爲當。

註四二 橫田秀雄謂通常通行權所付償金爲用他人土地之對價。（參照氏著物權法第三〇三頁）按諸日本民法第二一二條規定按年支付之原則不能謂無理由，在吾民法則不能依此解。又不支付償金亦不能爲通行權消滅之理由，僅有求償之債權而已。

註四四 本條與次條不限於相隣間有適用，惟爲選就法條之次序，於此述之。

註四五 按日本民法以明文規定，僅用隣地，非準隣地所有，許諾，不得直入其住家。（日民第二〇九條第一項）是無他，侵入住家，有害居住之安甯故也。吾民法雖無明文，亦應爲同一之解釋，蓋家宅不可侵，爲各國憲法上一大原則，不得任意侵入，乃當然之理也。

註四六 本條在解釋上隣地所有人僅在請求爲預防危害之注意。（參照余載門民法要論物權第三二頁）若然，則於此場合，亦可適用第七七四條。

註四七 本條在解釋上，隣地所有人得進而請求爲必要預防之設備。（參照余載門民法要論物權第三二頁）若然，此爲民法第七六七條已經規定之事項，此處殊屬重複。

註四八 本條大概做德國民法第九一七條瑞士民法第九六四條之規定。依日本民法第二三四條在於疆界線上築造家屋，有保留一定

距離之必要，若違反之，隣地所有人得令廢止或變更其建築，但自建築物完成後，僅得請求損害賠償。

(註四九)刈取之枝根，應屬何人所有？在德國民法有明文規定，依一定條件給與爲刈取之隣人。(德民第九一〇條雖分別枝與根而爲規定，然並非謂枝絕對不得由隣地所有人自行刈取，此點與日本法例不同。) 日本民法僅許隣地所有人截取竹木之根，關於根之所屬，屬於何人，則議論不一，通說以截取即截而取得之義。(參照中島玉吉民法釋義第二卷第三六六頁、權田秀雄物權法第三二九頁、末宏嚴太郎物權法上卷第三六八頁)惟三瀨信三主張民法並未明定其所有權之存在，自應依一般原則歸屬於竹木所有人。

(參照物權法提要上卷第四四頁)在吾民法之解釋，應歸刈除者取得所有權爲當，蓋刈除亦需勞力費用，即以取得刈除之枝根，以資取價，且本條第二項云刈取，與前項刈除亦有別也。(參照余戟門著民法要論物權第三四頁)

(註五〇)關於此問題，從來立法例不一。依羅馬法，果實落於隣地內者，原物所有人得於三日以內入隣地拾取，德國普通法亦然。德國古代法則以之屬於隣地所有人而杜爭議。瑞士民法則以隣人容忍其枝輪越疆界者，始有取得果實之權利。日本民法未設明文，其國之學說多謂除有習慣外，依一般原則，屬於原物所有者。在立法論，以瑞士民法第六八七條第二項之規定爲當。

(註五一)建築物依於一定之形狀而劃成，自有一定之限界，故一建築物屬於一所有者，不生範圍問題，惟得依特別法而限制其作用耳。

(註五二)學者有謂此區分建築物之各部，在法律上視爲各個獨立建築物者，究不知認爲係特別規定以所有權存於物之一部之上爲當。蓋物之一部，能否爲所有權之標的？得依社會觀念決之也。

(註五三)關於區分所有中之共有物，解釋上以不許分割爲當。(參照舊第一次民草第一〇六二條)

(註五四)基於漁業法所取得之漁業權，乃與特定人以先占權，而排斥一般人之先占者。學者有謂與特定人之先占權，爲獨占的先占權，而民法上對於無主物許一般人自由先占者，爲一般的先占權，其性質屬於一般的人格權者。(見劉鴻漸物權法論第一四二頁)吾人以無主動產之先占，不過爲取得所有權之一種合法方法，若認其自體爲權利，尙難謂當。

註五五) 阿凌漢主張應與德瑞民法採同一解釋。(物權法論綱第六八頁) 但在法典上殊欠根據, 蓋先占乃第一次之占有, 若野棲動物一旦被他入捕獲或馴養, 已爲他人先占取得, 卽爲有主物, 故除法律有明文規定外, 在解釋上應以他人有無拋棄爲斷。

註五六) 學者中有主張無主建築物應屬於土地所有人之所有, 因我國社會之見解, 多認土地與其定着物爲一個之物, 屬於同一人之所有, 故使無主之定着物屬於其被定着之土地所有人, 不但適於我國固有之習慣, 且足以防止多數人之爭奪。(見阿凌漢物權法論綱第六九頁) 但吾民法既明認土地與建築物爲各別獨立之不動產, 在社會一般觀念, 亦認建築物有獨立性, 而不以其爲土地之一部, 故謂此種定着物應屬於土地所有人, 殊難適當, 且啓多數人之爭奪者, 乃有主與無主問題, 若確爲無主物, 以之屬於國家所有, 有何爭奪之可言。

註五七) 參照橫田秀雄物權法第三四六頁, 末宏殿太郎物權法上卷第三八五頁, 三瀨信三物權法提要上卷第五〇頁, 余戟門民法要論物權第三九頁, 王去非民法物權論第九五頁, 劉鎮中中大民法物權講義第六二頁。

註五八) 參照中島玉吉民法釋義物權篇第三八九頁, 胡長清民法物權精義第四頁, 劉鴻漸物權法論第一四三頁。

註五九) 遺忘於友人家中之物, 偶然逸走之家畜, 均屬占有人一時不能實行其事實上管領力之物, 爲民法第九六四條理由所明示, 此外尚有勞失物乃未離去占有場所, 不過占有者一時不易發見其所在而已, 自亦不得與遺失物同視。依日本遺失物法, 對於遺忘物逃逸之家畜均準用遺失物之規定, 足見亦非嚴格意義之遺失物。

註六〇) 漂流物及沉沒品, 容有係他人拋棄成爲無主者, 故是否爲遺失物, 不可一概而論。民法第八一〇條所以使適用關於遺失物之規定者, 卽爲拾得此種物品, 與拾得遺失物情形相同, 若其性質上爲純遺失物, 又何必有此規定? (反對說, 見阿凌漢物權法論綱第七三頁。)

註六一) 吾國舊律亦有關於遺失物拾得之規定, 如戶役遺失物條例載: 凡得遺失之物, 限五日內送官, 官物盡數還歸, 私物召人認識, 於內一半, 給與得物人充償, 半還失物人, 如三十日內無人認識者全給, 五日限外不送官者, 官物坐贖論, 私物減坐贖二等, 其物一半入官。

一 半給主，若無主者令入官。

(註六) 拾得人於交付其物於警署或自治機關以前，對於物之占有，仍立於事務管理地位，並非毫無責任。關於此點，德國民法有明文規定。

(參照德民第九六六條第九六八條)

余我門與本書見解微有不同，依其解釋，拾得物經通知後，所有人不於相當期間內認領者，亦應報告警署或自治機關並將其物交存而民法第八〇四條乃脫漏通知字樣。(余著民法要論物權第四一頁) 蓋依其見解，係謂此時拾得者可依第八〇七條取得所有權，即該條之所有人未認領者，包括無人認領及所有人不為認領之兩種情形在內。(見余著民法要論物權第四一頁) 若不然，拾得者知所有人而毋庸報告警署或自治機關而將其物交存，將無法依第八〇七條取得所有權矣。但遺失物之取得，本為取得不知其物之所有者之所有權方法，故在德日民法均規定以不知原所有者為權利取得之要件。(德民第九七三條第一項日民第二四〇條) 吾民法第八〇七條之規定，雖不能為同一解釋，然若謂因拾得者若不為報告並交存之手續，將無法依該條取得所有權，遂以拾得者經通知所有人後，而所有人不來認領，必須為報告並交存手續，未免與法文有違。

(註六三) 參照阿凌漢物權法論第七三頁。

(註六四) 在立法論，愚以限於以不動產為包藏物為當，否則與遺失物不易區別，例如某甲在僻徑中拾得一書，歸而發見此書籍中夾有紙幣，即發生難解問題。

(註六五) 德國民法以此為要件，有於一八九九年在拆毀房屋之牆內發見金貨，因刻有一八九一年鑄造之字，以為係遺失物而非埋藏物之判例，可供參考。

(註六六) 在古羅馬法，關於埋藏物之發見，認為一種添附，其所有權屬於包藏物土地所有者之所有，而不認發見者之權利。嗣後始改正此規定，以一半歸發見者，一半歸土地所有者。解釋羅馬法之學說不一，有謂發見埋藏物與無主物之先占同，故其物之全部所有應屬於發見者，但發見者對於包藏物所有者，有提供一半之義務。此說未免牽強，因埋藏物不過所有權不明，要與無主物不同，不能混為

一談。有謂發見埋藏物而取得所有權，乃法律上取得所有權一種特別方法，以物之所有權半屬於發見者，其發見之勞，半歸於包藏物之所有者，乃推定此物爲包藏物所有者之祖先所埋藏，此說最有勢力，近世各國民法多取此辦法，而稍加以變更。法日民法均以不在他人包藏物中發見者，取得全部所有權，若於他人包藏物中發見者，則以發見者與包藏物所有者各半取得所有權，祇言發見，卽不以占有爲取得所有物之要素也。依德國民法發見埋藏物者，依發見之結果而占有其物時發見者取得一半所有權。包藏物所有者取得一半所有權，是以占有爲發見人取得所有權之要素，此與法日民法不同之處。（參照法民第七一六條日民第二四一條德民第九八四條）惟在日本民法，尙須經過公告期間（六個月）大體準用遺失物法之規定。

（註六七）於疆界線上發見埋藏物，則由此兩地之所有人分其折半部分，爲多數說主張。

（註六八）依古物保存法第九條規定：「埋藏地下及由地下暴露地面之古物概歸國有。前項古物發見時，發見人應立即報告當地主管行政官署，呈由上級機關咨明教育內政兩部及中央古物保管委員會，收存其古物，並酌給相當獎金，其有不報而隱匿者，以竊盜論。」又第八條規定：「採掘古物，應由中央或地方政府直轄之學術機關爲之。前項學術機關採掘古物，應呈請中央古物保管委員會審議，轉請教育內政兩部會同發給採掘執照，無前項執照而採掘古物者，以竊盜論。」

（註六九）參照橫田秀雄物權法第三五七頁，三瀨信三物權法提要上卷第五四頁，末宏嚴太郎物權法上卷第三九二頁。惟學者有主張加工乃勞力與材料之結合，以別於附合混合乃物理物之結合者，然畢竟不過爲用語上問題。

（註七〇）舊律檢踏災傷田疇條例載：凡沿河沙洲地畝被沖坍場，卽令業戶報官勘明註冊，遇有淤漲，亦卽報官查丈照原報之數撥補，此外多餘漲地不許霸占，如從前未經報坍，不准撥給，至隔江遠戶果係報坍有案，卽將多餘漲地乘公撥補，若坍戶數多，按照報坍先後，以次照撥，補足之外，尙有餘地，許召無業窮民認墾。在土地法第九條至十一條設有關於淤漲地洲渚澗河所有權之規定，並參照國有荒地承墾條例。

（註七一）主張不限於動產者，見中島玉吉民法釋義第二卷第四〇頁，三瀨信三物權法提要上卷第五〇頁，主張限於動產者，見末宏嚴太郎本論 第二章 所有權 一一九

即物權法上卷第四〇〇頁。

(註七二)

王去非之見解與本著相同，即謂甲於其所有地上以乙之材料，造建築物，或乙以其所有材料，在甲地上造建築物，此例附合之所有權應歸土地所有權者取得。(見王著民法物權論第一一〇頁)阿凌漢取反對說，其言曰：不動產與不動產相附合時，其各不動產均不失其獨立性，而不組成一物，故非附合，如建築房屋於他人之土地是。(見物權法論綱第七八頁)殊不知建築房屋於他人之土地，尙難認為不動產與不動產之附合，以嚴格意義論，須以已成之房屋移置他人土地上，始得為不動產與不動產之附合，此在事實上不可能。本條僅謂由不動產所有人取得所有，若遇上述之例，其不動產即建築物之所有權自體發生問題，故信為立法不備。又本條乃倣德民第九四六條而為規定，在彼邦民法，依第九四條第一項固不生此問題，立法者何未思及此歟！

附合與定着是否有區別，在日本學者間亦有爭論。(參照富井政章民法原論物權第一四三頁梅謙次郎民法要義物權編第一七三頁中島玉吉民法釋義第二卷第四〇六頁)按日民第二四二條與吾民法第八一條之用語不同，依添附之法規而言，並非規定附合物為獨立物與否之問題，僅係定其所有權之歸屬而已，故附合物有與不動產合為一體者，亦有另為一物者，無論何項情形，皆不妨為附合，是為通說，惟日民第二四二條以有主從關係為要件，故附合不包括建築物一類之定着物，在立法論亦有問題。

吾人若認乙以其所有材料在甲土地上建築房屋，即適用本條之附合，與第七九六條並不發生牴觸，蓋第七九六條乃解決相隣地建築房屋逾越疆界時之關係也。

吾民法既謂動產因附合而為不動產之重要成分，則動產已失其獨立性之存在，又謂由不動產所有人取得動產所有權，用語亦欠精當，應如德國民法規定不動產之所有權此時及於附合物。

(註七三)

阿凌漢不主張基於權原為特則之說，惟以法律有反對規定者為限，例如第四三一條第二項第四六九條第二項第八三九條第一項第八四八條均為反對規定是。並謂：在吾國民法上，基於一定權原將自己動產附合於他人之不動產時，亦有不能保持其動產之所有權者，如耕作地承租人在租賃地上所種植之稻草是。(第四六一條)但第四六一條為依第七〇條第一項第四五五條之常

然結論不能以附合之原理解決之。

(註七四)民法以各所有人共有爲原則，乃德瑞民法。(參照德民第九四七條、瑞民第七二七條)依日本民法則以取得單獨所有權爲原則，若不能爲主從區別，使屬各所有人共有，結果相同，而舉證之責任有異。(參照日民第二四三條、第二四四條)惟奧民則不採共有辦法，其立法可供參考。(參照奧民第四一五條、第四一六條)

(註七五)法意民法及日本舊民法規定主從之詳細標準，例如：裝書籍之皮革，附指環之寶石，爲從部分，而被裝之書籍，被鑲寶石之指環，卽爲主部分。此種區別之標準，亦非盡適當。

(註七六)日本大審院判例以甲騙取乙丙等數人之金錢而混合尙存於甲之手時，屬於乙丙等被害者之共有。(日本大審院三六、二、

二)刑二錄九輯第二三二頁)

(註七七)此種價金請求權，是否爲不當利得之請求權？學者頗有爭論，惟爲利益平衡計，自以依不當利得之規定，分別受益人爲善意與否爲當。(參照末宏嚴太郎物權法上卷第三九八頁、中島玉吉民法釋義第二卷第四二〇頁)

(註七八)關於公同共有制度，有認爲不合理者，有認爲足以發揮共有實際上之效用者，均各有其理由。在德國民法雖認此制度，然在物權編內未設一般的規定，法典上關於公同共有設有一般的規定者，自瑞士民法始。(瑞民第六五二條至第六五四條)至日民法物權編中共有之規定，乃專就分別共有而言，惟學者有以日本民法合夥財產之共有，與德國民法系相同者，均爲公同共有，亦有主張其民法第二六三條之入會權亦爲公同共有者。(參照末宏嚴太郎物權法上卷第四〇八頁)

(註七九)日本大審院判例之見解，亦以共有，爲數人共同有一所有權之狀態，共有非分割其物而有其一部，乃各共有者對於物之全部所有權，不過他之共有者同一權利受減縮，從而共有者所有之權利，與單獨所有權同其性質內容，唯其分量範圍有廣狹之差異耳。

(參照末宏嚴太郎物權法上卷第四〇八頁)

關於分別共有與公同共有之差點，依於債法上連帶之債與不可分之債之法律觀之，可供比較研究之參考。

(註八〇) 關與應有部分(即持分)之性質,亦為學者間議論之所在,或以為在共有者之內部關係上有債權的性質,或以為有物權的性質。在前說固屬誤謬,在後說係以民法不動產買回之規定,適用於應有部分之買賣。(參照日民第五八四條及吾國第一次民草第六一五條)又應有部分之強制執行程序亦依不動產執行程序。(參照日民訴法第六八九條吾國民訴法規則第七八條)以為依據。以上二說,愚以後一說為當,故此意味之應有部分,實含有所有權之意味因而(一)各共有者得自由處分其應有部分。(二)應有部分依法律行為而發生得喪變更者,非經登記亦不發生效力。(日本法例認為未經登記不得對抗第三人)(參照日不大審院五、一二、二七民三錄二二輯二五二五頁)(三)各共有者得單獨請求排除對於共有物之侵害。(參照第八二一條前段)日本學者三瀨信三主張應有部分,乃權利之行使與義務之負擔之比例或標準,易言之,僅為一種法律上地位,其理論固亦可採惟吾人既從實際方面說明共有之性質,如前所述,則為便利計,即認此比例或標準與權利同視,亦無不可。

註八一 法人之解散,不應與共有人死亡而無繼承人者,同一視之,參照民法第四四條。

前大理院三年上字第一二〇七號判例載:「共有人中一人或數人之應有部分消滅者,他共有人之應有部分即因之擴充。」又八年前大理院九年上字第一二八三號判例謂:「共有物除有特約或特別習慣外,非經全體同意,不得處分。」

(註八二) 學者有謂此處僅指事實上之處分而言,殊非正解。(見胡長清著民法物權精義第五〇頁)按日本民法第二五一條僅就變更——即物質的處分——予以規定,其國學者多主張就一切處分亦然吾民法第八二一條第二項所謂共有物之處分變更及設定負擔云云,其變更及設定負擔,不過為處分之例示,並非僅限於此。

(註八三) 前大理院四年上字第一二八三號判例謂:「共有物除有特約或特別習慣外,非經全體同意,不得處分。」最高法院十九年上字第九八八號判例載:「共有人中一人或數人未經全體共有人同意,專擅處分共有物者,其處分行為固不生移轉物權之效力,但因共有入衆多,苟願開會依多數之議決,經各共有入舉有代表到場預議者,自應遵從議決,不得事後翻異。」又二十年上字第一八八八號判例謂:「管理家務之人處分共有財產能否即認為代表全家之行為,仍應以其處分家產,有無必要用

途，即是否用以清償公共負擔之費用爲斷。關於公同共有物之處分，更有多數之判例，俟後述之。

（註八四）參照田秀雄物權法第三九六頁。

（註八五）吾民法第八二〇條所定之原則，（由共有人共同管理）係仿自德民第七四四條第一項，在體例上，關於共有物之管理，不若日本民法第二五二條文字之明顯。蓋管理行爲不外保存與改良，對於保存與改良既經分別規定，則共同管理之原則，殊無必要。

（註八六）共有人讓與其應有部分於他人時，該讓受人即繼受原共有人之地位，蓋特定承受人承受前分別共有人之權利，則前分別共有人所應負之義務，對於特定承受人亦生效力，於是學者有解爲此項債務有移轉性者。（見王去非民法物權論第一三三頁）然關於管理費用償還請求權，按之權利之性質，自無當然向讓受人行使之理由。所謂讓受人取得應有部分以後，處於原共有人同一之地位者，蓋就其有關係所生之權利義務，讓受人不能獨異而已。如讓受人以後亦應按其應有部分負擔費用是也。

（註八七）此請求權之性質，通說均認爲具有物權性質之請求權，少數說解爲係形成權，頗爲新穎可取。（參照末宏嚴太郎物權法上卷第四三一頁）惟無論其爲請求權抑或均無消滅時效之適用，蓋消滅時效自得行使權利時進行，分割請求權在共有關係中不拘何時得行使，自無罹時效之理故也。

（註八八）吾國學者有謂採認定主義，不免犧牲第三人利益，此種情形，可於共有中之一人於分割前，以其應有部分爲標的，設定抵押權之場合見之。例如甲乙二人共有一土地，甲於其應有部分上設定抵押權，嗣後甲乙二人分割，依認定主義，認甲及乙自始即於各人所得部分上取得完全所有權，故甲所設定抵押權，爲自處分其分割時所得之部分，存於甲所得之完全所有權之上，與乙無涉，因而抵押權人不能對於乙所得部分之上行使權利云。（見王去非著民法物權論第一四三頁）殊不知此種情形，於抵押權人亦無何等不利，其理由無他，即對於甲之取得部分行使抵押權，較之對於甲乙二人之取得部分行使抵押權，反爲便利故也。不過共有財產分割之結果，若採認定主義，使第三人蒙不利益之影響者，亦有之。例如甲乙二人共有土地房屋各一所，甲就土地之應有部分對於丙設定抵押權，嗣後分割由乙取得土地完全所有權之場合是也。

(註八九)在代金分割與依價格賠償方法分割之場合，原來之擔保物權仍存於物之全部之上，按其應有部分行使，蓋依擔保物權之性質，其所有權歸於何人，在所不問故也。

(註九〇)擔保責任，是否一例適用，抑僅適用於協議上之分割，頗有疑問。學者雖多採前說，然亦祇能就損害賠償與減少價金方法行使擔保請求權，當然不能主張解除契約，重行分割。

(註九一)前大理院三年上字第一一四四號判例：「有一定用途之公產，為族中公共所有。」四年上字第一八一六號判例：「墾田為公共所有，共有人不得處分應有之份。」四年上字第二二六七號判例：「共有墾地不得擅行分析處分。」

(註九二)參照柯凌漢物權法論綱第一〇七頁

(註九三)參照柯凌漢物權法論綱第一〇七頁

(註九四)本條淵源於瑞氏第六五三條，應為同一之解釋，即按之本條文句，如此解釋，亦無違背。(同旨趣見柯凌漢物權法論綱第一〇八頁)王去非謂：「因合夥而共有一物者，其權利義務，應依合夥契約定之，如合夥契約無特別訂定，則依債編合夥之規定。」劉鴻漸之見解大體相同。(見王著民法物權論第一四九頁劉著物權法論第一八八頁)依此解釋，合夥人之權利義務，可純依合夥契約之訂定，而全部不依民法上關於合夥之規定，殊難贊同。

(註九五)關於處分行為，若有習慣，亦無須共有人全體之同意，有左列判例，可供參考。

最高法院二十一年上字第一〇九六號判例：「所謂合族全體同意，依法固須全體意思一致，但依我國家族情形，如族中習慣向以族長及各房房長，或各柱柱長，為各該支之代表，行之已久，視為當然者，則各支代表，如已意思一致，即得視為全體同意。」二十二年上字第九五一號判例：「公同共有物之處分，本應得公同共有全體之同意，縱令全體同意為事實所難能，要非另有習慣或特約，可由少數人代表全體或得以多數數取決者，即不能認為有效。」從其反面觀察，即如有習慣或特約，可由少數人代表全體等情形，其處分仍為有效。

(註九) 前大理院四年上字第一八四九號判例：「祀產在現行法上雖以不可分爲原則，然遇有必要情形，（例如子孫生計艱難，或因管理而生重大之糾葛，）並得各房全體之同意，仍准分析。此項必要情形，如已顯然存在，各房中仍有意圖自利，故不表示同意者，審判衙門據其他房分之請求，亦得准其分析。」五年上字第四二〇號判例：「同族爲供祭祀或其他一定用途所設置之公產，原則自非合族同意，不能分析，但有特別情形，例如族人因公產之管理使用，屢生爭執，致不能完全達其設置之目的，則爲同族之和平起見，審判衙門自可依當事人之請求，准予分析。」

(註九七) 所謂準用，須以法令無特別規定時爲限，並非一概可以準用，應注意著作權法第五條以及民法債編關於多數當事人之債之規定。日本民法第二六四條設有但書，可供解釋上之參考。

第三章 地上權

第一節 地上權之性質

地上權者，以在他人土地上有建築物或其他工作物或竹木爲目的，而使用其土地之物權也。茲依此定義，分析地上權之概念如左（民法第八三二條）

第一 地上權者使用土地之物權也。

地上權以土地爲目的，直接行於土地之上，故有地上權之名稱。（註一）

第二 地上權者使用他人土地之物權也。

地上權制度之起源與發達，於一國土地政策上有重大關係，故必行使於他人土地之上，始足表見其效用。土地所有人無就自己土地上成立地上權之理，而行於他人土地之上，在法定範圍內，尤有從其所欲以支配土地之全權，原土地所有人之權利因是大受限制，故地上權爲所有權以外物權中最強大者也。

第三 地上權者，以有建築物或其他工作物或竹木爲目的，而使用他人土地之物權也。

地上權以他人所有土地供其使用爲內容，已如前述。從法律上所定之限制，即地上權於他人土地上，以有建築物或其他工作物或竹木爲目的，唯於此目的內，有使用之權利。所謂建築物與工作物，包含家屋工場倉庫及堤防地窖等凡施工事於土地之一切建築物在內。所謂竹木，則專指以植林爲目的之竹木而言，其屬於農產物範圍之茶桑，而爲耕作之標的者，觀念上當屬於永佃權爲常。(註二)按羅馬法德國民法，僅關於建築物或工作物，認此權利。法國民法及日本民法，則將土地使用之目的擴張及於竹木。吾民法從後之立法例也。地上權既以有建築物或其他工作物或竹木爲目的而使用土地之權利，地上權者爲達此目的，有引受他人土地而占有之必要，從而地上權包含占有權能，地上權人對於不法占有土地者有請求回復之權利，與所有權無異。

地上權之性質，已如上述，第與土地租賃債權及永佃權頗有難於識別情形，應比較研究各該條文，及依當事人之意思，解釋而決定之，不可拘泥於證書上之文字。

第二節 地上權之取得

地上權取得之原因有二：一爲基於法律行爲，一爲法律行爲以外之事實是也。其基於法律行爲而發生者，更可別爲設定行爲與移轉行爲。茲先就地上權之設定與移轉，說明其概念。

第一 地上權之設定

設定地上權之行爲，不外二種方法，曰契約，曰遺囑。前者因地主與地上權人間之意思合致而成立，後者因立遺囑人死亡而生效，惟均屬要式行爲，應訂立書據，且須登記，始生效力。

地上權之設定，有無償者，有支付一定之地租者。在前之場合，土地所有人如有變更，固不生問題；（註三）在後之場合，則因地租之一次支付與定期支付而生差異之效果。若一次支付地租，則因其設定行爲類似買賣，原地主自得保有地上權設定之對價，而無返還地上權人之義務。反之，若爲定期支付，原地主祇能保留其於所有權存續期間內之利益，如果地上權人有前付地租一部或全部之情事（縱係全部前付若設定時以租賃形式爲之者仍與一次支付之類似買賣形式者有別），原地主應從其所受之租金，按日數計算，而以其餘額退還於地上權人，地上權人更以其以後之地租支付於新地主，不得以前付之地租與新地主相對抗。此蓋以地租與租賃契約之租金有同一之性質，而依民法第七〇條第二項之適用所生之當然結果也。

第二 地上權之移轉

地上權與其他財產權相同，得爲讓與之標的，於茲場合，讓受人繼承讓與人之地位，以取得地上權，其爲要式行爲，且須登記始生效力，亦不待言。此在通常情形，不過權利主體之變更，不生何等影響。但若地上權者負擔地租支付之義務時，地上權之讓與，是否使地租發生影響？易言之，即支付地租義務是否隨之移轉？不免發生疑問。關於此點，立法例及學說均不一致：有認支付地租義務，其性質上爲一種債務，在讓與地上權時，如無特約，土地所有人

僅得對讓與人請求之，此爲德國及英國民法所採主義。有認地上權與地租結合爲一體，有不可分離之關係。地租支付之義務，乃從屬於地上權，既認地上權有移轉性，則認地租支付義務之移轉，乃當然之結局。此爲奧民法所採之主義，而日本民法之判例學說亦傾向於後述主義者也。吾民法雖無明文，然地租爲應行登記之權利，（土地法第一一六條參照）故有地租登記者，應認地上權讓受人，亦負擔支付義務，在實際上，地租之性質，殊無詳究之必要。（註四）

地上權之取得，由於法律行爲以外之原因者，亦可區別爲三種：（一）因取得時效。（二）繼承。（三）不動產抵押物之拍賣。（參照第八七六條）

第三節 地上權之存續期間

關於地上權之存續期間，殊不失爲立法上一問題。從社會經濟需要及與債法上土地租賃之規定比較研究，似有爲一原則的規定之必要，但吾民法仍如多數立法例，一任當事人之意思及習慣定之，並無最長期與最短期之限制，惟不認地上權爲永久無期限之物權，從第八三四條與第八四二條之文義觀之，殆無庸疑，然有相反之學說及判解。（註五）

茲將民法上關於地上權之存續期間，分述如左：

第一 依設定行爲定存續期間者，從其所定。

此爲民法第八三四條第一項之反面解釋所生之結果，蓋以地上權之設定，基於當事人之意思時，當事人同時定其存續期間，爲通常事例，自可依當事人之所欲，定其存續時間，以免日後之爭執。惟在立法論，此種規定，是否妥當？不無疑問。

當事人設定永久無限之地上權，其效力如何？爲學者議論之所在。吾國判例解釋從日本大審院判例之見解，採用積極說。解釋吾民法，愚以從消極說爲當，蓋民法第八三四條規定依設定行爲未定期限之場合得拋棄權利，卽不啻暗示地上權必有期限，所謂存續期間，卽自地上權之發生之始期至終期之意。若永久無限，與期間之觀念不相容，故設定永久無限之地上權，爲吾民法所不許。況永久無限之地上權，以永久土地之支配權歸於地上權者，使土地所有者喪失回復能力未免有害所有權之本質。至爲外國人所設之土地永租權，乃爲法律所特認之場合，又當別論也。（註六）（民法第八三四條第一項）

不認地上權有永久無期者，爲多數說所從同。（參照富井政章民法原論第一九九頁橫田秀雄物權法第四六四頁末宏嚴太郎物權法第四八九頁）惟學者有從地上權之社會的作用，左祖積極論者，其所持理由，蓋謂於社會之實際，所有權將次第成爲事實上永久地租徵收權，從租賃權之物權化考之，益增土地所有權之分解的傾向。又既認數百年或二千年以上期限之地上權，依經濟上之見地，與永久無期之地上權，亦無差異。（註七）雖然，在

吾國之社會現狀，尙不感覺永久無期地上權之需要，一則因吾國土地不若歐美與日本之昂貴，二則有典權制度，可以救濟，三則使用農地之永佃制度，特別發達，而地上權反鮮實用故也。

永久無期之地上權，爲吾民法所不認許，已如前述，若當事人以設定行爲，定爲永遠存續者，是否適用民法第八三四條，亦不可一概而論。此爲當事人意思之解釋問題，其認爲非永遠存續，當事人即無設定地上權之意思者，則應謂其設定行爲全部無效。

第二 設定行爲未定存續期間者，從習慣而定。

茲所謂習慣，卽各地方之習慣，例如以工作物之腐敗或其滅失爲期限，又或以竹木採伐期爲期限是也。惟此係有存續期間之習慣而言，若有永久無期之習慣，按諸上述之理論亦所不許。（民法第八三四條第一項但書）

第三 設定行爲未定存續期間，又無關於存續期間之習慣時，視爲不定期限。

此依民法第八三四條第一項正面解釋所生之結果，蓋地上權人既可隨時拋棄其權利，自無期限之拘束，不待明言。地上權雖不以支付地租爲必要，但若地上權人負擔支付地租之義務時，則有一定限制，卽必須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，而不得爲單純之拋棄，是無他，所以保護土地所有人，免其受意外之損失也。（民法第八三四條第一項第八三五條）

民法於設定行爲未定存續期間又無習慣可據時，視爲不定期限之地上權，僅以地上權人得隨時拋棄其權

利一語，表其特質，殊發生種種問題。蓋在不支付地租之地上權，縱有存續期間，亦可許其隨時拋棄；又在有地租之地上權，縱有存續期間，如果地上權人自願支付全期地租者，亦以許其拋棄爲當。若從吾民法第八三四條第一項之用語觀之，似設定行爲定有存續期間或有存續期間之習慣時，無論如何，不許拋棄。然如此解釋，殊不近理，在上述情形，應解爲仍許拋棄，惟在有地租之地上權，其地上權人自願一次付清其殘餘期限之全部地租時，不得主張扣除中間利息。（註八）

於設定行爲未定存續期間又無習慣存在之場合，外國立法例有許當事人請求於法院定其存續期間，而法院所定期間，須依下列標準：（一）於二十年以上五十年以下之範圍內。（二）須斟酌工作物或植物之種類及一切情形。（參照日民第二六八條第二項）此種補救辦法，可供立法之參考。

基於法律規定之地上權，（民法第八七六條）其存續期間，按諸日本民法之解釋，（參照日民第三八八條第二六條第二項）亦得依前述之規定由法院裁定之。吾民法既未設明文，在原則固由當事人協議定之，若無協議，即依習慣，若無習慣可據，即視爲不定期限，惟與第八七六條關於地租之規定，異其待遇，在立法上亦欠一貫。

第四節 地上權之效果

第一 地上權人之土地使用收益權

地上權於爲建築物或工作物或竹木所有之必要範圍內，有使用土地之全權，爲法文所明示，但不限於狹義之使用，收益權亦包含之，爲學說所一致。惟使用土地之目的範圍，依於設定行爲而定，故不僅得定建築物，其他工作物，竹木爲一方所有，（註九）亦不妨限定建築物，其他工作物，竹木之種類。（此等限制，爲應行登記之事項，參照土地法第一一六條）（民法第八三二條）

地上權人之使用權，應從廣義解釋，乃於有工作物或竹木之目的範圍內，包含收益之權利，如前所述，則地上權人得於此範圍內，將其地上物連同土地出租於他人，收取法定孳息。其在未建造工作物或種植竹木時，能否將其土地轉租？則有兩派學說。通說主張可以轉租，愚亦從之。少數說反對之，固亦有堅強之理由，但在吾民法之地上權，非以地上權人有其地上物爲本質，從地上物與地上權不妨分離一點考之，蓋當然應有之結論。且就第八四五條之立法旨趣觀之，尤以通說之見解爲當，乃有以類推適用第八四五條以爲否定之依據者，（註一〇）殊難贊同。

地上權人對於地上之工作物或竹木有所有權時，自得以其爲讓與之標的，若讓與於第三人時，地上權是否當然隨之移轉？爲極不易決之問題。此問題固應解釋當事人意思定之，然若作爲不動產之讓與，此時應推測當事人之意思，係將地上權一併讓與，（或由讓與人與讓受人成立租賃或借用關係）使讓受人不必撤去地上物，蓋在讓受人欲取得地上物之所有權，除本於地上權或租借權之權原外，不能取得地上物之所有權故也。反之，若當事人有特別意思，僅爲地上物之讓與，則係以之爲債權之標的，地上權不必隨其移轉也。（註一一）

土地所有人對於地上權人僅負不妨害其使用之消極義務，並無置其土地適於使用狀態之積極義務，此為地上權與租賃權最有差別之一點。（參照民法第四二三條）

第二 地上權人之物上請求權

地上權為物權，對其土地，得排斥第三人之干涉，如有侵害，應受救濟，因而民法第七六七條之規定，於地上權亦應準用之。又地上權人除受本權上之保護外，又為土地占有人，應受關於占有之保護，亦不待言。

第三 相隣關係規定之準用

地上權設立後，地主不能占有其土地，嗣後關於土地之支配實權，由地上權人掌握之。故本於相隣間所生之關係，亦必使地上權人與土地所有人有同等之權利義務，始足以資保護。（民法第八三三條）

第四 地上權人支付地租之義務

支付地租，非地上權之要素，僅於當事人間有訂定支付地租之場合，地上權人始負此義務。地租不限於金錢，即約定以其他之消費物為支付，並無不可，亦非僅依地租或租金名稱，以區別其法律關係為地上權或租賃。

關於地租支付義務之性質，究為一單純債權抑附屬於地上權前已論及。地租既為應行登記事項，則因登記之結果，地上權讓受者應負擔支付地租義務，即就讓與地上權人所欠之地租，亦負償還之責。茲應研究者，即關於地租額之問題。按地租額依當事人約定為準，但約定以後，能否因經濟變動之理由，請求增減為學者所聚訟。對於

此點，日本大審院判例採積極說（明治三十一年五月二十六日同三五年六月十三日大正二年三月一日同三年七月二十七日大判）吾國司法院之解釋大體相同，註一二惟僅於不定期限之地上權有適用，尙欠妥當，蓋雖在定有存續期間之地上權（例如二十年以上之長期地上權）若謂當初地租額之約定，係有權利存續期間內不再變更租額之合意，亦殊違反事實，況地價國課之變動事實，尤非常事人初料所及，故對於縱有不爲地租增價之特約，依日本判例（大正六年六月四日大判）亦以其爲僅係通常經濟變動，不增租價之意，其有重大變動者，當事人仍可不受原約之拘束，頗堪注目。論者有以地上權定有期限者，應依第四四二條但書之類推適用，殆未注意地上權之存續期間有二十年以上之事實歟？且論者既主張地上權得永遠存續，又謂關於權額之增減，應類推適用第四四二條，亦殊違於情理也。

地上權雖因不可抗力妨礙土地之使用時，亦不得請求免除或減少租金，蓋以地上權爲物權，在地主並不負何等積極義務，地上權人能否完全使用土地，與地主無涉，從而關於權利目的之土地之危險，由地上權人負擔之。（民法第八三七條）

地上權人積欠應支付地租達二年總額時，土地所有人得撤銷其地上權，此爲保護土地所有人之規定，推土地所有人有此撤銷權，以地上權人之怠於支付，係有積累拖欠之事實（參照舊第一次民草第一〇八三條）而其欠租額達於二年之總額，註一三又無特別習慣者爲限。撤銷權係形成權，因一方之意思表示而成立，如有爭執，

結局應依訴主張之。(註一四)(民法第八三六條)

第五 地上權人之處分權

地上權爲財產權之一種，依於財產權之通性，地上權人得處分其權利，或以之爲讓與之標的，或以之供債權之擔保，(參照第八八二條)均無不可。惟有反對之習慣，或當事人間有禁止讓與之特約時，則成爲專屬權，不得將其權利讓與。基於同一理由，亦不得以之供擔保。雖然，此種特約，有無對抗第三人之效力，頗有疑問。吾國學者就此多採積極說，(註一五)依愚所信，以採消極說爲妥，蓋地上權之融通性爲財產權所在之當然結果，而禁止讓與之特約，又非必要登記事項。(參照土地法第一一七條不動產登記條例第九六條)況以契約變更地上權之效力，亦有反於第七五七條之立法精神。故其契約之效力，應解爲僅有債權性質，若違反之，僅發生地上權人之責任而已。(民法第八三八條)

第六 地上權人有收回地上物之權及回復土地原狀之義務

地上權人本其權原有土地上之工作物或竹木之所有權，則於其消滅之際，當然有取回之權利，是謂投下資本之回收權，與本法第四三一條第二項出於同一之理由也。取回權係權利，亦係義務，(註一六)即地上權人得取回其地上物，同時亦負有回復土地原狀之義務。但從權利方面觀察，有同條第二項之限制，從義務方面觀察，亦有次條第一項之例外。其詳俟後述之。(民法第八三九條第一項)

收回工作物或竹木，固爲地上權人之權利，但因收回未免有減物之價值，故許土地所有人以相當時價購買，以全雙方之利益，此時地上權人不得拒絕，亦即前述收回權之一種限制。至時價之標準，應就具體情形決之，惟須提供時價，而爲購買之意思表示，若僅聲明購買，不提供時價，或雖提供價金而與現時之行情不相當者，地上權人仍得拒絕。（民法第八三九條第二項）（註一七）

第七 地上權人之補償請求權

關於地上權人之補償請求權，立法例有於地上權章內不設規定者，其理由係以地上權與租賃關係不同，在後之關係，出租人負有爲租賃物保持修繕之義務，故認承租人有必要的與有益的費用償還請求權，在前之關係，則不許此類推。惟地上物爲建築物，若必令地上權人收回，則亦未免減少物之價值，故許地上權人對土地所有人請求補償，使土地所有人取得建築物之所有權。易言之，即請求土地所有人以時價購買其建築物也。此請求權之行使，有一限制，即以當事人無相反之特約爲限。（民法第八四〇條第一項）（註一八）

對於上述之規定，尙有一例外，即地上權存續期間屆滿前，土地所有人得請求地上權人於建築物可得使用之期限內，延展地上權之期間，地上權人拒絕延長者，即不得有前述之請求權。立法本旨，蓋爲調和土地所有人與地上權人雙方之利益，以設此限制。其實，此種規定，殊無必要，蓋在不支付地租之地上權人爲其利益計，無不樂於延長期間，在有地租之地上權，設此限制，亦覺苛刻。（民法第八四〇條第二項）

第五節 地上權之消滅

地上權有種種消滅之原因，茲分述如次：

第一 標的物之滅失

供地上權行使之土地滅失者，其地上權消滅，至土地一部滅失者，不能為消滅之原因，不過地上權縮小其範圍而已。又地上權人所有之工作物或竹木，本非地上權之標的，雖為使用他人土地之原因，究非地上權存續之要件，故地上物滅失時，地上權並不因之消滅。（註一九）（民法第八四一條）

第二 公用徵收

為地上權目的之土地被公用徵收時，存於該土地之地上權當然消滅。但於此場合，地上權因消滅而受之損害，有請求補償之權利。（參照土地法第五編第四章以下之規定前土地徵收法第三〇條）

第三 存續期間之滿了

地上權定有存續期間者，以其期間滿了當然消滅，不待多論。

第四 地上權之拋棄

按在不支付地租之地上權，或雖支付地租而地上權人自願支付存續期間內地租之全部者，其拋棄之結果，

於土地所有人並無不利，應許其拋棄（註二〇）至依第八三四條第八三五條之規定以拋棄其權利，更不待言。拋棄之結果，地上權即消滅；但與第三者之權利有關係時，應解為不得任意拋棄，例如：就地上權設定抵押權，若許其任意拋棄，則妨害抵押權人之利益也。（參照第七六四條之說明）

拋棄為單獨行為，得由權利者一方之意思表示而生效力，毋須得相對人之承諾，吾民法固有規定，雖無規定，亦屬當然之解釋也。（民法第八三四條第二項）

第五 地上權之撤銷

一 地上權人積欠地租達二年以上之總額時，地主得撤銷其地上權，如前所述。地上權因被撤銷而歸於消滅。撤銷應向地上權人以意思表示為之，惟為單獨行為，不待地上權人之承諾，即生效力。（民法第八三六條第二項）

第六 混同

此為適用第七六二條之結果，已詳述於前，不再贅論。

第七 特定消滅事由之發生

當事人得以契約任意約定地上權消滅之事由，尤以附解除條件為多。（註二一）

除上所述者外，尚有第三人因時效取得為地上權標的之土地所有權時，原存其上之地上權是否因之消滅？頗為學者所爭論。有謂取得時效係權利原始取得之原因，不容於新所有權上繼續舊負擔之存在。（參照橫田秀

物權法第四七三頁三瀨信三物權法提要上冊第九六頁）有謂第三人租有土地時，明知有地上權之存在者，僅取得有地上權存在之土地所有權，反之，若不知有地上權之存在，則取得完全所有權。（參照末宏嚴太郎物權法第五四〇頁鳩山秀夫民法註釋全書第二卷第六七八頁）有謂地上權非對土地所有權而存在之權利，乃對土地而存在之權利，故第三人雖因時效取得土地所有權，亦不為地上權消滅之事由。（參照川名兼四郎物權法要論第一四四頁）以上三說，愚認第一說為當，蓋地上權為定限物權，既為原始取得，其性質不容有舊限制之存留，且依第二說（即私衷說）之區別善意惡意，在法典上殊無根據也。（註三）

第三人於為地上權標之物之土地上完成地上權之取得時效，原有地上權因之消滅，此為學說所不爭，不過在登記施行之區域，其已登記之地上權，即不能因時效取得，此乃第七七二條準用第七六九條第七七〇條當然之結論也。

（註一）於古代羅馬法，有所謂地上物屬於土地之原則，惟其後依裁判官之法制，始有例外，認許支付地租，在他入土地上有所有建築物之權利，即地上權之起源，其權利得繼承讓與，且地上權有準土地所有人之訴權。歐洲各國民法繼受羅馬法之制度，雖亦直接或間接認許地上權之存在，惟其立法觀念，則以係「地上物屬於土地」原則之一例外，故地上權之本質，着重於他人土地上，得對於物有獨立完全所有權之一點。吾民法及日本民法上之地上權，則以土地之使用為其本質，此與歐洲民法最要區別者，因而地上權具有下列特質：（1）地上物之滅失，地上權不受影響。（2）縱無地上物，亦得成立地上權。（3）使用土地，不限於地表，即地下或空間之使用，亦不妨其為地上權。

(註一) 吾舊民律草案定植物亦在此範圍內，現行民法僅止於竹木，蓋恐與永佃權易滋混淆。

司法院二十一年院字第七三八號解釋謂：「茶桑雜係木本植物，惟依民法第八三二條之規定，僅以在他人土地上有竹木而使甲他人之土地爲目的者，始稱爲地上權，若其目的在於定期收穫而施人工於他人之土地以栽培植物則爲耕作，其支付佃租而以永久爲目的者，依民法第八四二條第一項之規定，稱爲永佃權。」

(註三) 民法於抵押權及典權，均有關於所有權主體之變更效力之規定，(民法第八六七條第九一八條)於地上權雖無明文，應爲同一之解釋。

(註四) 在土地法未施行前之不動產登記條例，係以登記爲對抗要件，(參照不動產登記條例第三條第五條第九六條)若未爲地租之登記，土地所有人不得以地租請求權對抗於新地上權人。

(註五) 參照余載門著民法要論物權第七〇頁柯棧漢物權法論綱第一一六頁。前大理院四年上字第九〇〇號判例謂：「地上權得以合意使之永久存續。」司法院院字第一五號解釋謂：「不定期限之地上權，如有永久存續之習慣者，得從習慣。」

(註六) 內地外國教會租用土地房屋暫行章程第二條載：「本暫行章程施行前，外國教會在內地已占用之土地及房屋，應向該管官署補行呈報，倘其土地係絕賣者，以永租權論。」並參照外國教會租用土地房屋應於賣約內載明必要事項案之規定。

(註七) 參照我妻榮物權法講義第二一〇頁。

(註八) 參照三權信三物權法提要上卷八八頁柯棧漢物權法論綱第一二二頁。

(註九) 地上權人對其建築物或他種工作物或竹木，於使用之目的內，固以所有權爲原則，但亦不妨以設定行爲(即特約)定明以其爲土地所有人所有，蓋吾民法地上權之本質，乃着眼於土地之使用，非如歐洲民法着眼於地上物之所有權也。

(註一〇) 反對說見阿漢著物權法論綱第一一八頁。

(註一一) 中日學者之通說，與此處大體相同。(參照富井政章民法原論物權第一九七頁，中島玉吉民法釋義物權第四八五頁，末宏嚴太郎

物權法第五頁，劉鴻漸物權法論第二二頁，柯凌漢物權法論綱第一二五頁。但在日本有有力之反對說，以日本民法之地權非以地上物之所有爲本質，自地上物與地上權分離一點考之，不能爲此推定。若然，當事人意思不明時，其爲工作物或竹木之讓與者，讓受人只得撤去其地上物矣，殊不免妨害物之經濟效用也。

(註二) 司法院二十二年院字第九八六號解釋例載：「按地上權之地租與租賃契約之租金，固屬不同，然就其因使用土地之支付金錢爲對價之點言之，則二者實相類似，故關於民法第四四二條之規定，於地上權地租之增加，亦應類推適用。」

(註三) 積欠地租達二年之意義，非指欠租期間，係謂其未支付二年以上之地租額，在法文上極爲明瞭。在日本民法第二七六條（參照日民第二六六條第一項）之解釋上，則有議論。

(註四) 地租爲應行登記事項，如依法登記，則與地上權結合。地上權之讓受人，就於前地上權人所積欠之地租，亦負償還之責。故土地所有人得以前地上權人積欠地租達二年之總額爲理由，向讓受人爲撤銷之表示。其無地租登記者，地上權讓與人雖欠地租，亦不得即認讓受人係受地上權撤銷意思表示之人。

(註五) 參照余載門民法要論物權第七二頁，劉鴻漸物權法論第二〇三頁，柯凌漢物權法論綱第一二二頁。日本民法學者對此問題，多主消極說，其理由即禁止地上權之處分契約，與永佃權不同，依其不動產登記法第一一二條非登記事項。（參照三續信三物法權提要上卷第九一頁橫田秀雄物權法第四四二頁）反之，在永佃權有禁止讓與特約，因其登記有物權的效力，故其特約得拘束第三人。（參照日民第二七二條登記法第一一二條）就吾民法第八四三條第八三八條比較，與土地法第一一六條第一一七條不動產登記條例第九六條第九七條頗不相應，此固爲立法問題，然從地上權與永佃權之性質及土地法與不動產登記條例之精神考之，仍以從消極說爲妥。

地上權能將其權利轉租與人，前已述及，則關於禁止轉租之特約，其效力如何，亦應爲同一解釋。

(註六) 民法中「得如何」之文句，有任意解釋者，有同時僅表示其對某人之權限或權能（廣義的形成權）而其表面係認其有應爲之

義務者。吾國物權法之著述，對於本條，多從此解。惟研究借法之學者，解釋第四三一條第二項，則謂「工作物之取回，屬於承租人」之權，承租人而不行使取回權時，出租人不能強其取回，此時如合第四三一條第一項情形，承租人得請求償還有益費用。（參照吳振源民法債編各論第一六三頁季手文民法債編分則釋義第八四頁）而最高法院之判例，則以於他人土地有建築物房屋之租賃權或其他權利，在其權利消滅時當然有回復原狀交還基地之義務。（見十八年上字第二九五七號判例）愚以解釋第四三一條第二項從其第一項及第四五六條之立法旨趣觀之，應解為係權利而非有義務意味，而第八三九條第一項則有權利及義務意味。〔註一七〕日本民法限於無相異之習慣及地上權人無拒絕之正當理由時，土地所有人始得行使購買權。（日民第二六九條）吾民法不能為同一解釋，惟與第九一九條比較觀之，顯有差異，立法理由何在？殊難索解。又此買取權，非法律上直接規定之物權效力，其性質乃請求權，即請求地上權人與之訂立買賣契約之權利也。

〔註一八〕本條第一項應解為係地上權人回復原狀義務之例外，非謂地上權人拋棄取回權，而以土地所有人為不當利得者，對之有補償請求權也。蓋若認建築物之所有權當然移屬於土地所有人，殊無法律上之根據，不過地上權人此時得請求土地所有人購買其建築物而已。惟在法條用語上殊欠明顯，無怪有相異之解釋。

民法於此請求權，未設短期消滅時效之規定，蓋所以保護地上權人。又地上權人得拋棄此請求權，自不待言。又非因存續期間屆滿而消滅者，就文義言，無本項之適用。惟在立法論，是否妥當？不無疑問。（參照日本借地法第四條）

〔註一九〕民法第八四一條，僅為一種疑難規定，蓋就第八三二條解釋，已足認定地上權為土地使用權之一種。

〔註二〇〕依日本民法第二六六條準用第二七五條，縱在有支付地租之地上權，若地上權人因不可抗力繼續三年以上不得收益時，亦許拋棄，可供立法上之參考。

〔註二一〕當事人約定若欠一次地租者其權利即消滅，此種約定是否有效？易言之，是否與第八三六條之規定有牴觸？依理論言，第八三六條並非強行規定。（參照日本明治三十七年三月十七日大審院判例）惟應注意民法上誠實信用之原則。

(註二二) 同旨趣見阿凌漢物權法論綱第一二四頁，採消極說見余戟門民法要論物權第七七頁。

吾國學者有主張在吾民法有地上權之場合，不生土地所有權之取得時效問題者，（見劉鴻漸物權法論第二〇八頁）但所有權登記與地上權登記係各爲一事，況依現行制度，其施行不動產登記條例區域登記僅爲對抗要件，（不動產登記條例第三條第五條）在未施行之區域，尙不適用登記之規定，故此說殊無足取。

第四章 永佃權

第一節 永佃權之性質

永佃權者，以支付地租，在他人土地上，永久爲耕作或牧畜之物權也。茲依此定義，分析永佃權之概念如左：
(註一) (民法第八四二條)

第一 永佃權者，使用他人土地之物權也。

永佃權行於他人土地之上，就其以利用他人土地爲目的之點以觀，與地上權本質相同，故永佃權不因耕作物牲畜之滅失而消滅，其成立時，亦不須有耕作牧畜之目的物之存在。

第二 永佃權者，以耕作或牧畜爲目的而使用他人土地之物權也。

耕作云者，施勞力於土地，以栽培植物之謂，如栽培穀物、菜蔬、菓物均屬之。牧畜云者，飼養畜類之謂。其以採鑛、曬鹽爲目的而利用他人土地者，不在永佃權範圍以內，固無疑問。卽以植林爲目的，雖爲栽培植物之一種方法，在吾民法之解釋，亦以屬於地上權爲當然。惟於耕作牧畜之必要限度內，在土地上不妨有工作物，是爲通說。

第三 永佃權者，永久在他人土地上爲耕作或牧畜之權也。

永佃權之期間，自羅馬法以來，認其有無期與有期兩種，（參照意大利第一五五六條）日本民法設有最長期之限制，（日民第二七八條）吾民法規定以永久存續爲特質，如當事人之設定行爲，定有存續期間，即適用租賃之規定，不得認爲永佃權。（註二）

第四 永佃權者，支付佃租使用他人土地之物權也。

佃租爲使用土地之對價，與地上權地租之性質相同，然支付佃租爲永佃權成立之要件，此點與租賃相似，而與地上權有異。佃租不問爲金錢或其他代替物，以依耕作收益之一部充之者，更屬常見之事。雖然，當事人間如有特約免除將來佃租之支付者，則純屬對人關係，（尤其爲地主與永佃人比較的恩情關係）不生物權之效果。

以上說明永佃權之特質，然今日學者有從經濟的觀點主張廢除此制度者，其理由以永佃制實造成土地之雙重所有者，致令一所有者（永佃人）永遠受他所有者之剝削，極爲不公，且推行一耕者有其田一之政策至於極端，此制於事實亦不能存在云云。從法律方面欲限制非農夫不得保有農地，吾人亦主張應以和平之方法使非農夫已有之農地，於短期內售與耕者。民法於永佃權章內，未如土地法設有耕地人請求徵收耕地之權，又不限制佃租之最高額，（註三）在立法論，殊欠妥慎。

第二節 永佃權之取得

永佃權之取得原因，亦可別爲基於法律行爲與基於法律行爲以外之事實。基於法律行爲而取得者，亦不外設定的取得與移轉的取得兩種，與地上權相同。惟永佃權既以支付佃租爲要件，實際以契約設定者爲普通，其爲要式行爲，且須登記始生效力，亦與地上權無異。

基於法律行爲以外之原因，於地上權，有法律上之當然取得，於永佃權則無之。（註四）至時效取得，（參照第七七二條）按諸永佃權之特質，在事實上亦鮮實用，因永佃權之成立，必須有一定之佃租故也。故永佃權非因法律行爲而取得之例，多於繼承見之。

第三節 永佃權之效果

茲依永佃權人之權利義務，說明永佃權之效果如左：

第一 永佃權人之土地使用收益權

永佃權人於爲耕作或牧畜之範圍內，有使用土地之權，其依耕作或牧畜而使用土地，乃爲達其收益之目的，故不得作爲單純之使用。由土地所生之天然孳息，得由永佃權人收取，自不待論。

第二 永佃權人之物上請求權

永佃權爲占有他人土地物權，故永佃權人對其土地得排斥第三人之干涉，對其侵害者，得行使物上請求權以受救濟，均與地上權同。此雖法無明文，信爲應採如斯解釋者也。

第三 永佃權人之處分權

永佃權爲財產權之一種，非專屬之權利，故永佃權人得將其權利讓與第三人，或以之供債權之擔保。但其設定時，若地主與地上權人間曾有禁止讓與之特約者，其效力如何頗有疑問。有謂吾民法於此並未設有如第八三八條之但書規定，故不得以當事人之意思成爲專屬權，雖有禁止讓與之特約，僅於當事人間發生債權的關係，非有物權的效力。此種主張，不能謂無相當理由，但依吾國習慣，永佃權之設定，多着眼於永佃權人之一身，尤其爲地主與永佃權人之恩情關係，故以特約禁止讓與或供債權之擔保者，徵之土地法第一一七條，得依登記而生物權的效力，並非無據。（註五）（第八四三條）若有相反之習慣者，亦應從其習慣。

第四 永佃權人之支付佃租義務

永佃權人負擔佃租義務，爲永佃權之要素，從純理論言，永佃權爲物權，永佃權人自得支配土地，非如租賃地主負有若何積極義務，則關於土地之危險應由永佃權人負擔，故外國立法例有規定縱因不可抗力而減少收益者，亦不得請求免除佃租或減少其額數。（參照日民第二七四條）然永佃權人多爲經濟上之弱者，若無特別保

護，則地主壓迫農氏之事愈多，況永佃權之目的，在於定期收穫，若一期之收益全無或減少，仍使負擔重額之佃租，亦非獎勵生產之道，故於因不可抗力以致減少收益或全無者，有請求免租或減少租額之權。預先拋棄此項請求權者，爲貫徹保護佃農起見，亦應與第四五七條第二項爲同一解釋。（民法第八四四條）（參照佃農保護法第六條）

佃租之數額，依前開司法院第五一七號之解釋，應採用佃農保護法第二條，在土地法施行後，應減至正產物收穫總額千分之三百七十五。至於習慣上之押租或預收租金，亦在禁止之列。（佃農保護法第二條）土地法第一七七條第二項）

佃租交付之時期，通常皆以設定行爲定之，其無特約者，應依習慣，其無習慣者，應類推適用第四三九條，於收益季節終了時支付之。佃農保護法第四條之文字，（應在收穫時繳納）應解爲係注意規定。

佃租支付義務，雖爲一種債務，然亦與永佃權有不可分之關係，故永佃權人讓與其永佃權時，地租義務，亦當然一併移轉。（民法第八四九條）

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，此與地上權之欠租結局相同。然耕作與牧畜，類須經營有年，始獲成效，因短額之欠租，卽消滅其權利，不免太酷。（民法第八四六條）（參照土地法第一八〇條第七款）

於茲有一問題，即當事人約定之佃租，嗣後能否因經濟之變動而增減？依吾國歷來之判例，係採積極說。（註六）但應注意佃農保護法第二條之規定。（土地法施行後，應受該法第一七七條之限制。）即約定租額在該法第二條所定標準以下者，其加額不得超過標準額。

第五 永佃權人出租土地之禁止

外國立法例有以許其轉租為原則規定者。（日民第二七二條）吾國向日之判例亦採此說。（註七）按之財產權之通性，自無限制永佃權人轉租之理由，故學者中有懷疑吾民法之規定者。雖然，依吾國之習慣，永佃權之設定，往往着眼當事人之一身，如前所述。況設定永佃權之目的，原希望其改良土地，若永佃權人將土地出租，殊不易達改良目的。又依佃農保護法第九條，廢除從來之包佃包租制度，如許永佃權人轉租，則不能貫徹廢除包佃包租制，致釀成大農剝削小農之景象，殊與保護耕作人之旨有違。本此理由，民法禁止永佃權人之出租，在土地法施行後，更應服從該法第一七四條之規定。（民法第八四五條第一項）

第六 永佃權人收回地上物之權及回復土地原狀之義務

永佃權人有附屬於土地之農作物及工作物之權利，於永佃權消滅之際，得回復土地原狀而收去之。又土地所有人如以時價購買其農作物或工作物，永佃權人不得拒絕，均與地上權相同。（民法第八四八條）

第七 相隣關係之準用

永佃權與地上權之性質相近，故關於相隣關係之規定，於永佃權亦得準用。（民法第八五〇條）

第四節 永佃權之消滅

永佃權之消滅事由，如目的物滅失、公用徵收、混同、第三人取得時效，均與地上權之消滅情形無異，不再贅述。茲僅就永佃權之撤銷與拋棄兩項情形說明之。

第一 永佃權之撤銷

永佃權人違反禁止出租之規定時，土地所有人得行使撤佃權，永佃權因土地所有人之撤佃而歸於消滅。（民法第八四五條第二項）

永佃權人積欠地租達二年之總額時，除另有習慣外，土地所有人亦得行使撤佃權。惟本條是否強行規定？無疑問。竊以爲如當事人間有特約縱欠租達二年之總額，不得撤佃者，應受特約之拘束。反之，如當事人約定欠租未達二年之總額，即得撤佃者，仍應受本條之限制。此從保護佃農方面着想，不能與地上權同論，似以此解釋爲當。至所謂除另有習慣外，乃指有不得撤佃之習慣而言，非謂有欠租一次即得撤佃之習慣也。（民法第八四六條）撤佃權爲形成體，非請求權，以一方之意思表示而成立，不以相對人之承諾爲必要。（民法第八四七條）

土地所有人如能收回自耕時，爲獎勵耕作地所有人之自行耕種起見，似亦應許其有撤佃權，民法物權編未

設此規定殊欠妥當。(參照民法第四五八條土地法第一八〇條第三款)

第二 永佃權之拋棄

有以爲永佃權必有佃租，若許其任意拋棄，殊有害土地所有人之利益，蓋權利之行使，僅於不損害他人之限度內許可之也。(註八)但拋棄永佃權與地主之佃租損失，並非有必然的因果關係，況吾民法第八四四條之立法本旨，側重保護耕作人，與他國立法例調劑於耕作人及地主利害之間者有所不同。(參照日民第二七四條第二七五條)因應依一般財產權之通則，許其拋棄，其與第三者之權利有關係時，(參照第八八二條)則當別論。

(註一)在羅馬法上之 *Emphyteusis* 一字，蓋起源於希臘關於栽培葡萄之一種借地權，此種關係，究爲租賃抑爲買賣，當時頗有爭論。至 *Zeno* 帝時，始定爲一種永佃契約，而永佃權有物權性質，至是始有定論。

在現代歐洲民法中，僅有奧地利與意大利民法有此規定。法蘭西比利時定有單行法。此外均無關於永佃權之直接規定。惟判例學說多承認之。日本民法稱爲永小作權，與吾民法之永佃權相近，但亦不盡相同。其最近對於耕佃，有種種特別法。吾國有佃農制度甚久，蓋自井田制度後，富者阡陌縱橫，貧者苦無立錫，然富者又不能親自耕使，於是分佃與人，習慣上稱地主爲業主，稱耕作人爲佃戶，凡膏腴沃野之地，無不有此制度之存在。前清戶部則例之撤佃條款，與民國六年頒行之奉天永佃地畝規則，即關於佃權之法令。前大理院著有多數之判例，亦承認佃權爲物權，可供參考。(見大理院判例要旨第一卷第一〇九頁以下)

本案證明，雖以民法之規定爲主，在必要時，亦附述佃農保護法及土地法第三編第三章第一節關於耕地租用之規定。

(註二)依前大理院之判例，不過認佃權得使之永久存在，如約定有一定存續期間者，其與租賃之區別，則以契約內容爲斷。參照四年上字第五六三號上字第五〇一號三年上字第六八八號各例。歐之吾國習慣，佃權確分有期與無期兩種。從於今日之立法原則，使用他人土地者，非保障其地位，不能達經濟之發展，故不認永久無期之佃權之立法例，自爲識者所非難。然若當事人之設定行爲，訂

有數十年或數百年之存續期間者，必使適用租賃之規定，則於耕地使用物之保護殊嫌薄弱。民法第八四二條第二項之規定，不免有矯枉過正之嫌。（參觀土地法第一一七條）

（註二）佃農保護法第二條規定：佃農繳納租項等，不得超過所租地收穫量百分之四十，實際交納數量，與各地地方政府會同當地農民協會按照當地情形規定之。土地法第一七七條第一項規定：地租不得超過耕地正產物收穫總額百分之三百七十五，約定地租超過百分之三百七十五者，應減為百分之三百七十五，不及百分之三百七十五者，依其約定。此為達到耕者有其田之目的，不得不減輕租額或利率，使富者不願投資於農地，於是地價低落，小農易於購買。以上之規定，依司法院院字第五一七號之解釋而為類推，在永佃權之佃租，自亦適用。

（註四）佃農保護法第八條係指佃農得有永佃權，易言之，即不認永佃權定有期限，非謂一切耕地人對於土地所有人皆有永佃權也。此徵之民法第四五七條以下及土地法第一七一條以下之規定，至為明確。

（註五）就舊民法第八四三條與第八三八條比較，與土地法第一一六條第一一七條，顯不相應，依說所信，應將第八三八條之但書移入第八四三條，此為民法之修正問題，採反對說者，殆未留意土地法第一一六條第一一七條歟？

永佃權有佃佃關係，讓與之效力及於佃租，故永佃權人讓與其權利，在通常情形亦有通知土地所有人之必要，故若以特約禁止讓與，而以此特約為登記者，以認其特約有一般之效力為當。

（註六）前大理院四年上字第五〇一號判例：「當事人於設定佃權時，已訂明永遠存續者，日後若因經濟狀況之變更，足認為原約租額太輕，設定人原無妨以隣近地方為標準，向佃權人為增租之請求。」最高法院二十三年上字第四八九號判例要旨大體相同。

（註七）前大理院七年上字第九八三號判例：「佃權人得以其所佃之地轉租於人。」

（註八）永佃權不許自由拋棄，為日本學者之通說，吾國學者有以爲舊民法解釋之依據者（見柯俊漢物權法論第一三四頁）但在日本，依其耕地整理法，有許拋棄之規定。

第五章 地役權

第一節 地役權之性質

地役權者，以他人土地供自己土地便宜之用之物權也。茲依此定義，分析地役權之概念如左（註一）（民法第八五一條）

第一 地役權者，行於他人土地上之物權也。

地役權之目的物以土地爲必要；且以土地屬於他人所有爲必要，故地役權不能行於土地以外之物之上，亦不能存於自己所有土地之上。立法例中有認土地所有人得爲屬於自己之其他土地，在自己土地上設定地役權者；（瑞民第七三三條）有認於自己土地上建築房屋時，而以他人房屋供支柱之用，亦得成立地役權者，蓋視建築物或其他定着物與土地爲一體，當然有此結局。（德民第一〇二二條）在吾民法則不容有此觀念者也。

地役權爲限制他人土地所有權作用之一種物權。易言之，地役權係以他人土地之利用爲其目的，因而地役權人得直接支配該土地，非以他土地所有人之行爲爲內容也。故如地役權人與他土地所有人訂有特約，使後者

爲積極行爲，（例如使其修築道路或施其他工事於土地之上）其特約固屬有效，但此不過一種債權關係，非地役權之內容。至他土地所有者對於地役權者，是否負有消極之義務？則學說不一，通說以其負消極之義務，其義務之內容，或容忍地役權人之行爲，（例如容忍其通行）或服從其所禁止，（註二）（例如在距離疆界若干尺以內不得爲一定高度之建築物）而另一說則以他土地所有人對於地役權人不負何種容忍或不作爲之義務。蓋在積極地役權，（例如通行或汲水）只土地所有人暫時喪失其排斥干涉之權能；在消極地役權，（例如於距離疆界綫一定範圍內不得爲高度之建築）只土地所有人暫時一部喪失其固有自由使用之權能，若解爲負有義務，未免失卻物權性，而與債權無別矣。（註三）就純理論言之，自以後說爲優，惟在上述之消極地役權，既僅係以土地所有人服從地役權人之禁止行爲爲其特色，（卽以不爲一定行爲而達地役權之目的）究與地上權永佃權係因地上權人永佃權人積極使用爲權利目的之土地，而使土地所有人喪失自由使用之權能者，有所不同，故謂此種消極地役權係以土地所有者之服從一定禁止（卽不爲一定作爲）爲內容，亦無不可。其與債權之性質殊少分別，但此究爲例外狀態，不採通說之主張者，殆欲嚴格分別債權與物權之性質歟？（註四）

第二 地役權者，係爲謀自己土地之便宜，行於他人土地上之物權也。

地役權既係以他人土地供自己土地便宜之用爲特徵，故常有兩個以上之土地存在爲必要，其受便宜之土地，稱爲需役地，其供便宜之土地，稱爲供役地。此兩個土地雖事實上多在隣接時，有地役關係，但非法律上之要

件。故於不相隣接之兩地間，亦得成立地役權。

地役權之兩個土地，（即需役地與供役地）固必須屬於異其所有者，然地役權之主體則不限於土地所有人，即地上權人永佃權人，典權人爲其權利標的之土地之便益計，亦得就他人土地上設定地役權。基於同一之理由，地上權人永佃權人或典權人亦得就其權利標的之土地，爲他人設定地役權。易言之，即需役地與供役地之關係，不限於所有人間之關係，此爲多數說所從同，蓋爲調節兩土地利用之目的，於自己之利益權範圍內，亦得爲該土地或於其土地上設定地役權也。（註五）惟地役權究爲從權利，其在地上權人永佃權人或典權人爲利用土地之必要在他人土地上取得地役權，或於不妨害自己利用土地之限度內，就其權利標的之土地向他人設定地役權者，如此等權利消滅，則地役權隨之消滅，此又不待言者也。

所謂供便宜之用，即爲謀需役地之利便（或便益）之義，惟須爲土地之便益，非爲人之便益（註六）至便益之種類，通常依當事人之設定行爲定之。

以上爲說明地役權之概念，茲再將地役權在法律上之性質，述之如次：

（甲）地役權之從屬性

地役權之存續，恆附着於需要地役之土地，因而地役權與需役地間有主從之關係，本此關係，而生左之結果：

（一）地役權不得離需役地而爲讓與。需役地所有人不得僅以地役權讓與他人而自保留其需役地所

有權亦不得僅將需役地所有權讓與他人而自保留其地役權，其不得將需役地所有權與地役權分讓與兩人亦不待論。（民法第八五三條前段）

依此原則爲進一步之說明，若爲需役地所有權之處分，其效力當然及於地役權，例如：需役地所有人將其需役地出賣於某甲，則某甲亦取得地役權也。（註七）

（2）地役權不得與需役地分離而爲其他權利之標的，例如：專以地役權供擔保，或以之貸貸於人，在所不許。（民法第八五三條後段）

依此原則而爲進一步之說明，如需役地所有人於其需役地上設定其他權利，則地役權亦包含在內。例如：需役地所有人於其土地上爲他人設定地上權永佃權典權或租賃權，則地上權人永佃權人典權人或承租人亦得行使地役權。（其以需役地供擔保者，擔保物權人固僅能行使抵押權，但在解釋上其擔保物權之效力亦及於地役權。）但在此述之例，亦非強詞規定，例如：在設定地役權時，約定地役權僅爲需役地所有人存續，或在以需役地供擔保時，合意將地役權除外，亦無不可，日本民法於此設有明文，（日民第二八一條第一項但書）吾民法雖無明文，亦應爲同一之解釋，但此項特約爲應行登記之事項，若不爲登記，自不生物權上效力。（參照土地法第一一八條）

以上係就需役地方面之法律關係之特質，若就地役權對於供役地之關係而言亦同，地役權不能離供役地

而獨立存在，自不待論，即供役地所有權之移轉，因地役權所生之供役地之負擔，亦隨同移轉，又如於供役地上設定其他物權時，則地役權仍存於供役地之上是也。

(乙) 地役權之不可分性

地役權之不可分云者，即地役權為單一性，不得分割為數個或僅有一部分之存在者也。此無他，地役權為附隨於需役地之權利，其因地役權所生之利益，亦全由於不許地役權之分割，若許分割，即不能達地役權之目的矣。例如：地役權人有通行隣地之權利，若不通行隣地之全部，則不能達其目的者，假使將地役權分割，為得通行二分之一或三分之一，則其結果不能有何等之效用，故地役權應不可分的為需役地而存在，又不可分的存於供役地之上，不待煩言。（註八）吾民法於第八五六條第八五七條設有不可分性之規定，惟地役權之不可分性尚不盡於是耳。

地役權既為不可分之權利，不容有一部存在之觀念，故此權利之取得喪失，亦應為全部，依此原則，而生左之效果：

(一) 土地共有者不得為其所所有權之應有部分以取得地役權，亦不得為土地共有者之應有部分而課負擔於其土地之上。地役權係不可分的為需役地全體便益而存在，且係不可分的存於供役地全體之上。故需役地為共有時，不得依一共有人之應有部分，對於他人土地取得地役權；供役地為共有時，亦不得於一共有人

之應有部分上設定地役權。

(2) 土地共有者不得爲其所有權之應有部分，使爲需役地之地役權，或在供役地上之地役權消滅。需役地或供役地之各共有人不得按自己之應有部分，使地役權歸於消滅，亦地役權不可分性所生之結果也。例如甲乙丙三人爲其共有地有對於丁之土地之通行地役權，假定丙按其應有部分拋棄地役權，於通行權之存在，不受何等影響。反之，丁地之所有者對於甲乙丙之共有地有通行權，假定丁爲其有者之一人，丙按其應有部分以拋棄其地役權，其通行權依然存續於供役地（共有地）全部之上。（參照民法第二八二條第二項）

(3) 地役權設定後，需役地或供役地爲共有時，地役權不受何等影響。需役地爲共有時，各共有人皆得完全行使其地役權，絕不因需役地之共有，遂謂地役權應分割於各共有人間。供役地爲共有時，僅其供役地所有權之限制，變爲對共有人全體之關係，於地役權之存在亦無影響。

(4) 地役權設定後，需役地或供役地有分割情事時，地役權仍爲各部之利益而存續，或仍存於其各部分之上。地役權，在需役地爲不可分之便宜，在供役地爲不可分之負擔，故需役地供役地雖分割，而地役權仍爲各部而存續，或仍存於各部分之上。例如甲乙二人因其共有地之便宜，有存於丙地之上之通行地役權，嗣後甲乙雖分割其有地，各有其一部，而通行權仍爲分割地之各部分存續之，甲乙二人仍舊有完全通行之權利，不因需役地分割而認通行權亦隨以分割。又如前例中之內讓與其土地之一部於他人，而甲乙之通行權依然存續。

不受何等影響者也。（註九）（民法第八五六條第八五七條前段）

對於上述（4）之原則，亦有例外，即依地役權之性質，僅關於土地之一部者是也。於此場合，地役權僅為土地之一部而存續，（指需役地言）或僅存續於他土地一部之上，（指供役地言）。例如：甲地東隅與乙地園林接近，因而設定不為妨害甲地觀望之建築物之地役權，或甲地得開設窗牖之地役權，當甲地為分割時，其地全部皆為需役地，既為分割，則惟有接近園林部分有此需要，即惟取得該部分之所有人有地役權是也。又如甲在乙地之上有引水地役權，而水之通路有一定方向，假使供役地分割以後，變為水路所經過與水路所不經過之兩部分，則惟水路所經之部分，負擔地役義務，其取得水路所不經部分之所有人，則與地役權人無何等關係矣。
（民法第八五六條第八五七條但書）

地役權之不可分性，雖如前述，惟亦僅就地役權之本體言之而已，其地役權係為一宗土地之一部分而存在，或存於土地之一部之上，自亦不妨，此與部分所取得不同。又地役權設定後，因需役地或供役地一部之滅失，其地役權有仍為所餘部分而存續，或仍存續所餘部分之上者，亦與地役權一部消滅之觀念有別。

關於地役權之不可分性，固為學者之通說，然近時之學說有持反對之見解者，其說亦有相當理由。（註一〇）竊以他物權不因所有權之變動而生變動，不能為部分得喪，又不能於共有人之應有部分上使為取得或喪失，不僅以地役權為限，惟從來以之為地役權之特質者，亦何以故？就此點固有許多學說：或以所有權之保護為理由者，或

以由於其有關係之特別狀態與地役權關係爲理由者，然皆不足表明其特質依愚所信，蓋以地役權有從屬性之結果。地役權不能離需役地或供役地而獨立存在，因其有爲土地便益而存在之重要性，恐有因需役地或供役地之變動而誤爲地役權本體生分裂者（註一）法律特加規定，此與第八六八條第八六九條同出於一之命意也。

第二節 地役權之種類

地役權得從其發生原因，權利之內容，權利行使之方法或形態各種方面觀察，爲多數之分類。例如羅馬法既分人的役權與地的役權，更爲田畝地役與市街地役，法國法系之民法則分法定地役權與意定地役權，惟此種分類，殊無實益，茲僅舉地役權之重要種類如後：

第一 積極地役權與消極地役權

積極地役權者，以地役權人得在供役地爲一定作爲爲其內容之地役權也。例如汲水地役權與通行地役權，皆以地役權人之積極行爲爲必要，皆爲積極地役權。消極地役權者，以供役地所有者不得在供役地上爲一定行爲（即服從所禁止之行爲）爲內容之物權也。例如於接近需役地界不得爲高度建築物，或在一定距離內不爲掘地工事之地役權皆屬云。消極地役權，係以供役地方面不得爲一定作爲爲內容，其與債權之性質殊鮮分別前已述及，惟消極地役權，亦係爲需役地之便宜而以供役地之使用爲目的，故仍不失爲物權。

第二 續繼地役權與不續繼地役權

繼續地役權者，無間斷行於供役地上之地役權也。易言之，供役地一旦受地役權之行使，在依於適當狀態後，不以地役權人之行為爲必要。例如引水地役權觀望地役權及一般消極地役權均屬之。地役權之有繼續性質，以其地役權之行使，不需人之行為而得無間斷行使爲已足，不以其地役權實際上，無間斷行使爲必要。例如觀望地役權，依於設有窗牖而得不斷的觀望隣地則可，雖事實上偶然關閉窗牖，中止觀望權之行使，尙不失爲繼續地役權，又如安設水管之引水地役權，開設道路之通行地役權，縱事實上水管偶然阻塞，妨害通水，道路偶然破壞，妨礙通行，亦不妨其爲繼續地役權也。至於不繼續地役權，權利之行使，以地役權人之每次行爲爲必要，如汲水地役權不開設道路之通行地役權屬於此類。（註一二）

第三 表現地役與不表現地役權

表現地役權者，地役權之行使，依外形的標識而現於表面之謂。例如汲水地役權，通行地役權，開設窗牖之地役權，於地表上敷設水管之引水地役權屬之，不表現地役權者，權利之行使，不能由外形的設施而認識者也。例如埋設水管於地下之引水地役權，依地下工事疏通污水之地役權屬之。（註一三）

第三節 地役權之取得

地役權之取得原因，大別之有兩種，即基於法律行爲而取得與時效取得是也。因法律行爲取得者，有移轉者。因設定行爲而取得者，通常多爲契約，亦偶有因遺囑而設定者，惟須訂立書據，且須經登記始生效力。其因移轉而取得者，則爲附屬於需役地從屬關係之結果，可參照前所說明。

因設定行爲而取得之地役權，得爲有償的與無償的，尙得訂定地役權之存續期限；其定明永久無期存續之地役權，按之地役權之性質，並不減却供役地所有權之效用，亦自無妨。

地役權爲財產權之一，得依第七七二條之規定，因時效取得之，不待多論。惟關於地役權之取得時效，在民法設有限制規定，即可因時效而取得之地役權，以繼續而並表現者始有適用，如繼續而不表現或表現而不繼續之地役，均不得依時效取得權利。所以設此限制者，蓋時效制度，在使權利人怠於爲權利行使之時，迅速確定法律關係，便利法律表示，本於公益上之理由也。在表現而不繼續地役之內容，往往因供役地所有人礙於情誼，而未遑過問者爲多，若僅以其未過問，遂認供役地所有人對其自己之土地，怠爲權利之保護或行使，未免過酷。又如雖繼續而不表現之地役，在供役地所有人認知甚難，故亦不能以其未過問爲怠於權利之行使，否則土地所有人受不測之損害過甚。故民法做法日之立法例，（法民第六九〇條第六九一條日民第二八三條）以繼續並表現者爲限，認時效之取得。（民法第八五二條）

關於其有人與取得時效之關係，立法例亦有以明文規定其旨者，蓋爲適合於地役權不可分性之原則也。茲

簡敘日本民法及吾舊民律草案之規定，以明其適用。（日民第二八四條吾第一次民草第一一〇六條）

權也。
（一）共有人之一人因時效取得地役權，對於其他共有人亦生效力，因共有人不得爲其應有部分，取得地役

果。
（二）對於共有人之時效中斷，非對行使地役權之各共有人爲之不生效力，此亦依上列原則所生之當然結

其時效之完成。
（三）行使地役權有數人時，其一人雖有時效停止或不完成原因之發生，惟時效仍爲各共有人而進行，不害

由法理而言，亦應採同一解釋，（註一四）否則即應認爲對於各共有人全不發生效力，二者中必居其一者也。
民法就此點未設明文，按之第一三八條（參照日民第一四八條）之規定，能否爲上述之解釋，固有疑問。但

在供役地方而言，共有人之一人中斷他人對於其有物之取得時效之進行者，依本法第八二〇條第二項之解釋，對於他共有人亦生效力，不生問題。

除上所述兩種取得方法外，地役權既爲財產權，得因包括繼承取得，亦不待言。

第四節 地役權之效果

自地役權人及供役地所有人兩方面觀察其權利義務，以示明地役權之效果。

第一款 地役權人之權利義務

第一 地役權人於其權利範圍內，在供役地上有直接支配權。

此爲地役權之當然結果，其權利行使之內容範圍，多依設定行爲而定之，例如引水地役，通行地役，其敷設水管或開闢道路所經土地之部分與所占土地幅員之廣狹，均依設定行爲而定。設定行爲若無明白訂定時，其行使權利之內容範圍，基於爲需役地而存之地役權之性質定之。就中如第七七九條第一項之但書第七七七條第二項均得準用於此，即地役權之行使場所及方法，須爲需役地之所必要，且須擇於供役地損害最少之情形爲之，以保護供役地之利益。關於此點，爲羅馬法以來學說及立法例所一致者也。在因移轉而取得之地役權，應以前地役權所有之範圍與同一之目的爲限；因時效而取得之地役權，依時效期間之行使方法而定。

第二 地役權人於其權利範圍內，得優先於供役地所有人直接使用供役地。

此乃地役權爲供役地所有權所受限制之當然結果，法律雖無明文，依其性質，殆無異說。供役地所有人亦得爲與地役權人相同之行爲，此又與地上權永佃權相異之點。地役權人雖有優先使用權，但其行使權利，亦不得超過必要之限度。是無他，地役權乃爲需役地便宜而設，若爲需役地以外之土地之便宜而行使地役權，則反於地役權設定之目的，例如需役地所有人爲甲地取得對於隣地用水權，嗣後因甲地與乙地結合，不得爲甲乙兩地行使

地役權，以對於供役地所有者要求適於兩地需用之水是。（但以甲地之餘水流用於乙地則無妨）又地役權之優先行使，亦不得超越於設定之目的，而任意擴張其權利範圍，誠以地役權不外從於設定行為所定之目的，以他人土地供一己土地便宜之用，例如為灌溉田畝設定用水地役權，不得以供役地之水供別項用途是也。（註一五）

地役權之優先性，不僅在地役權人與供役地所有人間見之，即一地役權人對於他地役權人亦得依其權利發生之先後而定其優劣，蓋於同一土地上不妨設定數個同一內容之地役權，若其性質不能絕對相容，其效力即有優劣之分。例如甲為其土地對乙地取得汲水地役權之後，丙亦對於乙地取得汲水地役權，則甲對於丙有優先行使權利矣。在不同內容之地役權，自不生優先與否問題，又在消極地役權，縱其內容相同，然依其性質既無權利互相妨害之可言，亦不生此問題也。

第三 地役權人於其權利行使之必要範圍內，得為種種附隨行為。

附隨權能乃從屬於地役權，不能獨立存在，地役權如消滅，附隨地役權亦當然消滅。所謂附隨地役權，即地役權人在供役地上得為諸種必要行為及設備，例如汲水地役權人亦得通行供役地，引水地役權人得安置水管於供役地之上是也。惟此等行為，應擇於供役地損害最少之處所及方法為之。（民法第八五四條）

第四 地役權人有維持其設置之義務

地役權人既得於供役地上為必要之行為，如引水地役權人得安置水管之類，已如前述。然因行使權利而為

設置者在地役權人有維持其設置之義務，所以保護供役地所有人之利益也。（民法第八五五條第一項）

關於設置及修繕之費用，應歸地役權人負擔，自不待言，蓋地役權不以供役地所有人之積極行為為內容故也。惟以設定行為或特別契約訂明由供役地所有人負擔支付費用義務者，似亦不妨，但此為債之關係，非地役權之效果。（註一六）

第五 地役權人之物上請求權

地役權被侵害時，應受各種之保護，故關於所有權上之請求之規定，於地役權亦準用之。（民法第八五八條）但依其性質，無返還請求權。

第二款 供役地所有人之權利義務

（一）供役地所有人在不妨害地役權行使範圍內，得行使同一之權利，並得於其所有地內行使屬於土地所有者之一切權能。

（二）供役地所有人於不礙地役權之行使限度內，得使用地役權人在供役地上設置之工作物。此項規定，在使供役地之所有人不必再設工作物，以節無益之費用，惟供役地所有人亦無無償使用之理，故供役地所有人應依其所受利益之比例，分擔工作物之設置及保存費用。（民法第八五五條第二項第三項）

（三）地役權為有償者，供役地所有人有對價請求權，亦不待言。

此外尚有一問題，地役權之行使定有一定處所者，供役地所有人能否有請求變更之權？多數立法例定有明文，（德民第一〇二三條、法民第七〇一條、第二項、瑞民第七四二條）許其請求變更，在吾民法之解釋，亦應採積極說，蓋行使權利與履行義務，須依誠實信用之旨，在不害地役權人之利益限度內，以其有請求變更權為當。註一七

在消極地役權，係以供役地所有人不作為其地役權內容，此時供役地所有人即負有不作為之義務，惟亦非於地役權設定後，另負何種義務，其性質為消極使用土地之物權，而含有債權意味，實際上殊鮮區別，已如前述。在積極地役權，供役地所有人並不負何義務，有立法例明定供役地所有人不得為妨害地役權行使之行為者，（瑞民第七三七條、第三項、法民第七〇一條、第一項）實無必要。

第五節 地役權之消滅

地役權因左列事由而消滅：

第一 地役權之行使絕對不能

土地全部之滅失（無論為需役地或供役地）地役權與之同時歸於消滅，自屬當然。在地役權因自然原因不能達設立地役權之目的時，其地役權亦歸於消滅，例如引水地役權水源永久枯竭是也。

第二 供役地為公用徵收

供役地被公用徵收時，地役權歸於消滅（參照土地法第三七一條）因此所受之損失，得請求補償。但需役地被徵收時，應由需用土地人取得其地役權，蓋需用土地人若爲興辦事業請求徵收土地，若不使其取得地役權，殊不能達其興辦事業之目的也。（參照土地收用法第六三條吾土地法第一三二條不動產登記條例第一二二條）

第三 混同

需役地與供役地歸於同一所有者時，即需役地所有者取得供役地所有權，或供役地所有者取得需役地所有權時，地役權歸於消滅，蓋無論何人不能於其所有地上有地役權故也；但需役地或供役地屬於數人共有時，僅共有中一人有混同情事，依前述不可分之理論，地役權尙不消滅。

第四 地役權者拋棄其權利

物權因拋棄而消滅，本不待論。惟在有償之地役權，學者有認爲應準用拋棄地上權之例須支付對價者。在民法不能爲此解釋，即按諸理論亦未必確當，蓋地役權本可爲無期之設定，在無期有償之地役權，若認爲拋棄者須支付對價，其計算標準殊感困難。故不問有償無償，以許其拋棄爲宜，惟在實際上應詳究當事人之意思，若設定行爲含有須支付對價或不得任意拋棄者，自當別論。

第五 設定行爲所定之事由發生

地役權定有存續期間或附解除條件時，因期間之滿了或條件之成就而歸於消滅。

第六 時效

供役地占有人具備取得所有權時效要件時，地役權即歸於消滅，在日本民法有明文規定，（日民第二八九條）惟依其民法第二九〇條定有救濟辦法，其國學者之解釋亦異。（詳見橫田秀雄物權法第五四三頁三瀨信三物權法提要上卷第一三一頁末宏嚴太郎物權法第六六二頁我妻榮物權法講義第二七七頁）在吾民法未設此規定，理論上愚信以不消滅之說為當，蓋地役權人多不占有他人之土地，（即供役地）自無從阻止所有權時效之進行，（註一八）若因第三人之取得時效，使地役權歸於消滅，對於地役權人殊失之酷也。惟於地役權人不行使其權利之場合，第三人具備取得供役地時效要件時，認地役權消滅，蓋地役權人既十年或二十年不行使地役權，係怠於為權利之行使，其結局因第三人之取得時效而消滅者，因時效取得係原始取得，且無保護地役權人之理由也。又地役權係以供役地所有人不得為一定行為為內容者，（如供役地所有人於其地上不得為一定高度之建築妨礙需役地之類）與債權之內容既難有分別，其地役權是否因時效而消滅，頗有疑問，（參照第一二五條第一二八條後段）但於此情形，地役權人既長久不行使其權利，從便宜上以認為歸於消滅為當。

第七 消滅之宣告

地役權無存續必要時，法院因供役地所有人之聲請，得宣告地役權消滅。（民法第八五九條）此不同地役

權有無存續期間均有適用，按諸法條文義，極爲顯明。惟於有期之地役權不免近於干涉而有反於當事人意思之嫌。所應注意者，地役權之設定，多爲補充關於相隣間關係之權義而來，若謂超越關於相隣關係之規定者，均爲不必要，則無由貫徹地役權之作用，故有無必要，應就具體事件認定，不能謂凡超越其規定，均爲不必要，例如：不備第七八七條之要件，對於他人土地上設定通行地役權，本爲法所不禁，即不得以需役地與公路非無適宜之聯絡，認爲不必要而使其消滅，但設定原因，係以需役地與公路無適宜之聯絡者，則得適用本條。又如需役地人爲開工場對於供役地設定用水地役權，嗣後工場停閉，即無用水之必要，此時得請求法院宣告地役權消滅。

(註一) 羅馬法分役權爲兩種：一爲人的役權，一爲地的役權。人的役權者，爲人的便益而存之役權，分爲用益權、居住權、種物的役權者，爲土地便益而存之役權，其中又分爲田野地役權與都市地役權。歐洲立法例大體承襲此觀念。(德民第一〇一八條至第一〇九三條、瑞民第七三〇條至第七八一條、奧民第四七二條以下、法民第六三七條至第六四八條、第六四九條至第六八五條、第六八六條、第七〇二條) 尤以民法之甲定其條之形式與精神，惟日本現行法不認人的役權。(其舊民法財產編第二一四條至第二九二條尙分役權爲人的役權與物的役權兩種) 其地役權與羅馬法上之田野地役權相近，至都市常用之地役權則規定於所有權之限界中。吾民法之體例，實倣效之。

民法爲調節隣接土地間之利用，設有相隣關係之規定，已如前述，地役權實見同一之作用，不過一爲法律上當然之利用調節，一爲從當事人意思爲超過法律規定最小限度之調節。

地役權之內容，固得由當事者之設定行爲訂定，其訂定有異於本法第二章第二節關於相隣關係規定事項爲目的者，亦不得全認爲不法，不過不應違反該限界內關於公共秩序之規定而已，至其何項規定與公共秩序有關，應就各該法條審定之。例如：第七七

五條第七七九條第七八七條第七九二條均爲關於公之秩序之規定，違反此種規定而設定之地役權自屬無效，惟違反第七七七條第七八四條第七八五條第七九七條所設定之地役權仍屬有效是也。因時效而取得之地役權其內容須非不法，亦屬當然。

(註二) 參照末宏 數太郎 物權法第六三一頁，三瀨信三 物權法提要上卷第一二九頁，余哉 門民法要論 物權第八九頁，劉鴻漸 物權法論第三三七頁，王去非 民法物權論第一九四頁。

(註一) 參照阿凌漢 物權法論綱第一三六頁。

(註四) 物權固以直接支配物爲原則，然究不得認爲人與物之關係，蓋人凡法律關係，僅得在人格間發生，不能存在於無權主義體資格者之間也。又分債權之本體爲請求，物權之本體爲支配者，依原則的說明則可。若絕對以此爲標準，本難盡當。如通說以土地租賃權承租人事實上雖得支配其物，然須賴乎出租人之容許承租入使用租賃物，非如地上權人永佃權人得直接支配其物，但依現代民法之趨勢，租賃權已有物權化之傾向，假使法律規定土地租賃爲物權，又將何辭以解？

(註五) 主張地役權限於需役地所有者與供役地所有者間之關係者，其理由係以民法無準用之規定，不能與德國民法相提並論。(德民第一〇一七條) 但地役權係爲需役地之便益而存在，其爲所有人，爲地上權人，永佃權人或典權人，均可不問，依其性質，自可準用無符明文。(本問題之研究，可參看橫田秀雄 物權法第四九五頁，三瀨信三 物權法提要上卷第一一六頁，我妻榮 物權法講義第二六三頁，末宏 數太郎 物權法第六五二頁，劉鴻漸 物權法論第二二三頁，阿凌漢 物權法論綱第一四二頁)。

(註六) 供自己土地之便益，只須非僅爲自己(卽人)之便益即可，非謂與個人之便益無關。例如通行他人之土地，或自他人土地引水汲水，雖兼爲人之便益，仍得爲地役權，反之，以甲地所有人至乙地內寫生或捕魚，僅係爲人之便益，則不得爲地役權也。

(註七) 於此場合，日本民法第二八一條第一項設有明文。吾民法以之包括於第八五三條以內。其實，在後一種情形非強制規定。(參照日民第二八一條第一項但書) 如約定地役權僅在需役地所有人有其土地時存續，若需役地所有人讓與其需役地所有權時則消滅者，自無不可，而前一種情形則爲強制規定，故在立法論，以分別規定爲宜。惟以此種特約者爲應行登記之事項。(參照土地法第

(註八) 地役權之內容，多依於設定行為而定，例如：在通行地役權，最初設定通行供役地全部或通行供役地內一定幅員，雖所不妨，惟若為全部得通行時，則不能分割之，限於一定範圍為通行。若為通行供役地內一定幅員者，亦不得分割之，限於在該幅員內通行一部分。不過地役權人事實上僅行使其權利內容之一部而未行使其全部者，乃其行使範圍之減縮，又或以法律行為減縮其範圍，均與分割權利本體之觀念有別。

(註九) 民法第八五六條第八五七條前段之規定，雖多於共有物之分割，見其適用，然亦不限於此，例如一人所有（需役地或供役地）而讓與其土地一部，或將其一宗土地分別讓與二人時亦同。

(註一〇) 參照末宏嚴太郎物權法第三三四頁，阿凌漢物權法論綱第一三八頁。

(註一一) 例如甲地對於乙地有汲水地役權，其後甲地分割為丙丁兩地，依第八五六條前段規定，丙丁各有汲水地役權，不受何等影響。學者以為丙丁既得各別行使權利，是一個地役權已分為兩個地役權矣，何得謂為有不可分性耶？（見阿著物權法論綱第一三八頁）然第八五六條前段規定之目的，即示明丙丁有同一內容之汲水地役權，不得分割，如認丙地行使幾分之幾（例如一為日間汲水，一為夜間汲水），則所不許。故謂地役權之不可分者，乃為適於需役地之便宜上，即以從屬性之關係上，有加以說明之必要。

(註一二) 由此以觀，積極地役權有繼續的與非繼續的，消極地役權，概為繼續的。

(註一三) 通說以積極地役權有表現的與非表現的兩種，消極的地役權概為非表現的。但內容係一事，形態又係一事。竊以就理論言，在消極地役權，亦有表現的與非表現的，如地役權人不得為掘地工事或設置隧道，為非表現的，供役地人在地表上不得為一定高度之建築，或不得開設某方向之窗戶，則為表現的。不過在表現的而又繼續的消極地役權，能否因時效取得？不無問題。然不能因此項疑問，遂謂其性質上不容有表現也。

(註一四) 同說見劉鴻漸物權法論第二二九頁。

(註一五) 於該定有爲定明範圍，或雖未定明範圍，而依意思解釋上，地役權人有密說之使用機時，地役權人無不以如何之目的，均得使用供役地以滿足其需要。雖然，於某種地役權尤其爲用水權，爲調節需役地與供役地之兩方利益起見，倘有特別規定之必要。(參照日

民第二八五條)

(註一六) 立法例有以此項特約所生之義務，性質上雖係對人關係，然爲完全地役權之作用計，定明對於供役地之特定繼承人亦生效力者。(參照日民第二八六條，吾舊第一次民草第二一二條) 其立法理由，殊無足探。

(註一七) 反對說見劉鴻漸物權法論第二三八頁，余載門民法要論物權第九四頁。

(註一八) 地役權人雖有物上請求權，然若供役地占有人不妨害其地役權之行使，地役權人殊無行使此權利之必要。

第六章 抵押權

第一節 抵押權之性質

抵押權者，對於債務人或第三人不移轉占有而供擔保之不動產，得先於他債權人而就其賣得金受清償之物權也。茲依此定義，而析明抵押權之概念如左：（註一）（民法第八六〇條）

抵押權之社會的作用，即設定抵押權後，債務人仍占有其物而為使用收益，不致妨害不動產改良與利用；同時抵押權人不負保存標的物之義務而能取得完全之擔保權，是於債權人債務人及社會三方面均有利益者也。

抵押權與質權留置權統稱擔保物權。今於說明各種擔保物權之內容以前，對於物上擔保之制度有一言之必要，述之如下：（一）物上擔保者，從於債權之物權也。物權得分為主物權與從物權二種；主物權得獨立而存在，如所有權地上權及永佃權是。從物權者，為從屬於他權利不能獨立存在之物權，故物上擔保以債權之存在為其成立之前提要件，與從屬於土地所有權之地役權共為從物權之一種；但此等物權既為擔保債權之清償而設，故為從屬於債權之權利，所以有物上擔保之名稱。日本舊民法置重此等物權之擔保性，與對人擔保共規定於債編

中，現行民法則着眼於其物權性，與其他物權其規定於物權編中。(2) 物上擔保者，以確保債權之履行爲目的之物權也。吾人對於他人負擔債務時，應以債務人之財產任履行之責。易言之，債務人之一切財產爲其債務之總擔保，債務人不履行其債務時，債權人得依強制執行程序賣卻債務人之財產，以其價金供債權之清償，然一切債權均立於同等地位，非有如物權優先及追及之一般效力，對於同一債務人有多數之債權人時，該債務人之總財產卽爲總債權人之共同擔保，各債權人得對於其財產平等均一行其權利，**市場**場合，債務人之財產不能滿足總債權人時，應各依其債權額比例分配，例如：甲債務人對於乙負五百元對於丙負三百元對於丁負二百元之債務，甲之財產僅值五百元，不足以清償其總債額甚明，而乙丙丁三債權人既有同等之權利，不問其債權發生之時日如何，應就各自之債權額，以甲之財產五百元供分配，其結果，乙丙丁須各受半數債額之損失，此顯而易見之理也。從另一方面言，債權以無追及性爲通常，債務人讓與其財產於他人時，其財產爾後卽失卻擔保性，債權人不得追隨其財產行使擔保權，因而債務人常以讓與財產之行爲以詐害債權人使其債權生薄弱之結果。縱令債務人現在有充分資力而非負擔多數債務，然債務人隨時可增加債務額，又隨時可讓與其財產於他人，在債權人仍不免受危險；又縱令債權人得行使廢罷訴權，撤銷債務人之處分行爲，然此權利之行使繫於一定之要件，尙未足以資保護。債權人爲免除前述之危險，最有效者乃依於特別擔保方法，以保全其債權之一部或全部，此際債務人雖負擔新債務又或讓與其財產於他人，依於特別擔保仍得受其債權之完全清償也。爲確保債務履行，使債權人之權利

鞏固爲目的之特別擔保有二種：一爲對人擔保，卽於債務人不履行債務時，使第三人代任履行之責，所謂保證債務是，而連帶債務及因於當事人意思所生之不可分債務亦具同一之效用也。一爲物上擔保，卽以特定物供債務履行之擔保，不問債務人是否負擔其他債務，亦不問其是否將此擔保物讓與他人，債權人對於擔保標的物得直接行其權利，以之供債權之清償，特別擔保之主要效用，實存於此點。對人擔保與對物擔保同爲鞏固債權之有效方法，在實際上，其效用之優劣，不可一概而論。以大體言之，就清償之便利觀察，則對人擔保優於對物擔保；就清償之確實觀察，則對物擔保優於對人擔保。債權人得依其當時之一般狀況，考究其得失，或要求對物擔保，或要求對人擔保，或併此兩種擔保而要求之，惟一爲債權之效力，一爲物權之效力，故保證債務與擔保物權併存者，原則上應先行使擔保物權。（參照前大理院六年上字第〇四三號判例）

第一·抵押權爲物權

抵押權既規定於物權編內，其屬物權之一，本不待煩言。惟學者有以抵押權欠缺物權管領力之要件，因而否認其物權性者，殊不思抵押權非無管領關係，不過與地上權永佃權相較不甚顯著耳。如債務人不履行債務，抵押權人不待債務人之行爲介入，卽能拍賣抵押物，以其賣得價金之全部或一部供清償；又抵押人對於抵押物如有妨害行爲或有妨害抵押權之虞時，抵押權人得加以干涉，均足以表現對物直接管領之關係，而抵押權之有優先效力與追及效力，更可以充分表明抵押權爲物權也。

第二 抵押權爲行於不動產上之物權

按羅馬法及現代民法多認動產抵押，日本舊習慣上亦有物品抵押之制，近時學說更多唱導動產得設定抵押，以認許小工商業者不移轉其動產而供擔保，謀金錢之融通，應時勢之需要。惟動產無登記制度，第三人難免因讓受動產而受不測之損害，故吾民法規定抵押權之標的物以不動產爲限（註三）雖然，對此原則，亦有例外：

（甲）地上權、永佃權、典權（民法第八八二條第八八三條）

（乙）採鑛權（礦業法第一四條第四四條）

（丙）漁業權（漁業法第六條）

（丁）船舶法上之船舶（海商法第三四條至第三八條船舶法第一條船舶登記法第三條第四條）（惟係以登記爲對抗要件）

在不動產之構成部分上不得設定抵押權，財產之集合體亦然。惟特殊財團，依特別法之規定，得於其上設定抵押權（註三）又分別共有人之應有部分，亦得爲抵押權之標的。至抵押物不必屬於債務人之所有，即爲第三人所有亦所不妨，第三人以其所有物供債務人負債之擔保，學說上稱爲物上保證人。

第三 抵押權爲不移轉標的物之占有之物權

抵押權不以占有標的物爲組成其權利之內容，是與質權留置權一大差異之點，亦即抵押權之經濟上之效

用也。蓋設定抵押權人不移轉標的之占有於債權者，仍得繼續使用收益，同時在抵押權人亦可免保管標的物之煩累，於雙方均有便益也。又所謂不以占有標的物爲組成其權利之內容，乃指抵押權不以標的物移轉占有爲要件而言，不可因是誤認抵押權人不能爲標的物之占有，如抵押人以其物租於抵押權人或於其上設定地上權，此時抵押權人本其租賃權或地上權占有之，固屬無妨，惟若無此等權原而占有之，縱基於當事人之合意，亦所不許，因其反於物權限定之原則故也。（註四）

第四 抵押權爲就標的物有受優先清償之權利

抵押權人於取得抵押權後，即對於抵押物取得特別擔保，於債務人不履行債務時，有賣卻標的物以其賣得金受優先清償之權利，此權利即組成抵押權之實質，不待明定者也。（註五）所謂優先，即得排斥其他普通債權人而居於優先地位之意，又兩個以上之抵押權，依其成立之次序，先所成立者對於後所成立者，亦得主張優先之效力。

以上爲說明抵押權之一般觀念，茲再將抵押權在法律上之性質，述之如次：

（甲）抵押權之從屬性

物權有主從之別，已見前述。擔保物權因擔保債權而設立，則債權爲主，擔保物權爲從，故非有主債權，則擔保物權不能獨立存在，因而主債權移轉消滅，擔保物權亦移轉消滅。（註六）本此關係，而生左之效果：

(1) 抵押權不得由債權分離而讓與。(註七)此爲抵押權從屬性當然之結果，即抵押權人不得以抵押權單獨讓與於人，而自保留其債權，亦不得以其債權單獨讓與於人，而自保留其抵押權，更不得以債權與抵押權分別讓與於二人。(民法第八七〇條前段)

依此原則爲進一步說明，若爲債權之讓與，其效力即及於抵押權，但亦有例外，此在本法第二九五條亦有規定，應參照債編著述關於該條之說明。

(2) 抵押權不得由債權分離而爲他債權之擔保 抵押權雖爲財產權，然不得離原債權而僅以抵押權爲他債權之擔保。如抵押權人對於第三人負有債務，而與該第三人訂立擔保契約時，應連同債權設定之，此際即成立權利質，而非抵押權之轉押也。

抵押權不得離債權而爲讓與或爲他債權之擔保，非惟貫徹擔保物權之從屬性，且爲避免法律關係之複雜。惟學者有取反對說者，即謂抵押權因從屬於債權而存在，但附屬於甲債權與附屬於乙債權，則無區別之必要。如甲欠乙之債，在甲之不動產上設定抵押權，以擔保乙之債權，嗣後乙又欠丙之債，亦可用擔保乙債權之抵押權，移而擔保丙債權。又如甲欠乙丙二人之債，乙有抵押權而丙無抵押權時，乙可將其取得對於甲之抵押權讓與於丙，亦無妨害。依日本民法第三七五條，固爲如斯之解釋，在吾民法，則不能爲此解釋者也。惟爲交易上之便利計，在法律上設此規定，似無不可。(註八)(參照拙稿民法抵押權章之研究「載法律評論第八卷第三九號」)

依此原則，爲進一步之說明，凡以債權爲擔保者，似抵押權亦包括之。惟法律僅限制專以抵押權爲擔保的，非謂以債權供擔保時，須附以抵押權，故若僅以債權供擔保，而使抵押權歸於消滅，自無不可。

(乙) 抵押權之不可分性

抵押權以債權存在爲限，得以標的物全部擔保之，又以標的物存在爲限，得爲其債權全部行使權利，其債權之一部消滅，或標的物一部滅失者，於抵押權不生影響，此卽抵押之不可分性所生之結果，分述之如次：(註九)

(1) 債權之一部清償，不能爲抵押權之一部消滅，此時債權人仍得就其餘存債權對於抵押物全部行使權利。

(2) 抵押物一部滅失，其殘存部分，依照擔保其債權之全部。

(3) 分期給付之債權，其一部已屆清償期而未受清償時，債權人對於擔保物之全部有拍賣權。

(4) 設定抵押權後，抵押物之價格，基於經濟上之原因騰貴時，原則上設定人無使其一部脫離擔保關係之權利。反之，價格下落時，原則上設定人亦不負補充擔保之義務。

民法於抵押權，復設有次述不可分性之規定：

(1) 抵押權之不動產，如經分割，或讓與其一部，或擔保一債權之數個不動產，而以其一讓與他人者，其抵押權不受影響。抵押權人於其抵押之標的物存在時爲限，就全部債權行使權利，所以鞏固抵押權之基礎也。

故抵押之不動產雖分割於數人，抵押權人對於其分割之部分，仍得就全部債權行其權利，分割中之一人不得支付與其所得部分相當之金額即免其責任。其以抵押物之一部讓與於人，或抵押物有數個，而將其一讓與他人者亦同。（民法第八六八條）

(2) 以抵押權擔保之債權如經分割或讓與其一部者，其抵押權不因此而受影響。蓋以抵押權擔保之債權雖經分割，而其抵押權仍不分割，此時抵押權屬於各債權人之共有，各債權人得依其應有部分對於抵押物之全部實行其權利，易言之，即其權利實行之結果，當事人間依其債權額受分配而已。其以債權之一部讓與他人者，亦適用此規定，惟讓與人僅讓與其債權之一部不附抵押權者，自無妨。此時債權人就其未讓與之一部仍得對於抵押物全部行使抵押權，亦不待論。（民法第八六九條第一項）

(3) 債務之分割，按之上述原則，仍以一個抵押權擔保數人之債務，原有抵押權不因此而受影響也。債務有一部承擔，其於抵押權之關係如何？在法條上固欠明文，要應為同一之解釋。（民法第八六九條第二項）關於民法第八六八條第八六九條之規定，應解為非強制規定，即設定行為者有特別訂定時，又當別論。（參考舊第一次民草第一一四九條第一一六四條）

第二節 抵押權之取得

抵押權之取得原因，各國立法例殊不一致。法國法系之立法例，除依當事人意思設定抵押權（即契約上之抵押權）外，有法律上之抵押權與裁判上之抵押權種種。德瑞法例，因登記制度完備，所定種類亦較多，其因發行抵押證券而發生之不動產證券化，尤可注意。日本民法因有先取特權之專章，故不認法律上及裁判上之抵押權，其民法第八〇三條第九三三條亦非法律上裁判上當然發生之抵押權，不過得使其設定擔保權而已。吾民法上抵押權之取得原因，大別之，為基於法律行為與基於法律之直接規定兩種。

第一 法律行為

此又可分為設定行為與讓與行為言之。

（甲）設定行為 抵押權之取得，最普通者為契約，即債權者與不動產所有者（債務者或第三者）約定不移轉不動產之占有而以之供債權之擔保之合意是也。惟非要物契約，無須為標的物之交付，其以訂立書據為必要，且非依法登記不生效力，可參照物權通則之說明。除契約外，抵押權亦得以遺囑設定，不待申論。

第三人為債務人設定抵押權者，稱為物上保證人，其與債務人之關係如何，債權人毋庸過問。債務人不為履行時，債權人得就抵押物行使權利，因實行抵押權之結果，該第三人喪失所有權時，自得接委任或無因管理之法律，向債務人行使求償權。（民法第八七九條）

設定抵押權之標的物，是否必為現實取得之物易言之，是否必為設定人已取得者為限？學者間頗有爭論。或

謂：設定抵押權既不須移轉標的物之占有，則在債務人將來可取得之不動產上設定，亦自不妨，日本大審院且著有此類判例。（大正四年十月二三日大判）有謂：若以將來可取得之物能為擔保物權之標的，是無異許其處分尚未取得之權利，非但於理不合，而繼承人藉此可將被繼承人生前之財產供擔保之用，實有敗壞風俗之虞。就上兩說而論，自以採消極說為當。（參照中島玉吉民法釋義二卷第一〇三六頁）

設定抵押權以有債權為前提，惟債權之體樣則無限制，不但金錢債權可設定抵押權，即以其他作為或不作為為內容之債權亦得設定之；其債權附有期限或條件與否，亦無區別，就其應行研究各點，俟於質權章內詳述之，蓋此為抵押權與質權之共同問題也。

無定金額之債權之擔保限度，當事人於設定時須表明之，以免日後爭議，其未表明者，則應依其設定行為當時之意思決之。

（乙）讓與行為 抵押權從屬於其所擔保之債權，故在債權讓與時，抵押權亦隨之移轉，讓受人取得債權，即取得抵押權，（參照民法第二九五條）惟必須訂立書據，且非登記不生效力。有讓與人僅讓與其債權，而使抵押權喪失其存在者，依當事人間之特別意思表示，自屬無妨。

第二 法律之直接規定

立法例許債權人基於一定之法律關係，對於債務人之財產，取得擔保者，其種類殊不在少，在吾民法所認之

法定抵押權，僅於第五一三條見之。

此外，抵押權依於財產權之通性，得因包括繼承取得，不待煩論。至時效取得，有謂依民法第七七二條之規定，可為積極論者，但因抵押權之行使，僅為債務不履行時之變價權，似不發生時效取得問題。(註一〇)

第三節 抵押權之範圍

第一款 抵押權所擔保之債權之範圍

抵押權所擔保之債權之範圍，即為擔保某債權而設定抵押權者，其抵押權效力所及之範圍也。抵押權所擔保之債權範圍，依於當事人之意思而定；惟為防止爭論起見，民法設有次述之原則規定：(民法第八六一條)

第一 原本債權

原本債權全部當然為抵押權所擔保，此不待言。

第二 附隨債權

利息自原本而生，抵押權除擔保原本額外，對於附隨之利息，亦擔保之；惟在立法例有採限制主義者，(參照日民第三七四條吾第一次民草第一一三八條)吾國前大理院判例亦認遲延利息不在擔保範圍之內，(三年第一二四號大判)所以保護債務人及其他債權人之利益也。否則，利息延宕，日積月累，若均由抵押權而被擔保，

迫實行抵押權時，拍賣之代價，恐尚不足以供清償，而債務人及其他債權人受累匪淺，民法於抵押權所擔保之債權範圍，不設限制，似於保護債權人方面過厚。

第三 實行抵押權之費用

抵押權人行使權利所需之費用（如拍賣費用）係因債務人不清償債務而起，故亦應以抵押權擔保之。

此外，關於不以金錢給付為標的之債權，因債務不履行所生之損害賠償或違約金，在法律雖無明文規定，然依前述抵押權之設定，不以金錢債權為限，及從本條之旨趣考之，亦得為抵押權效力之所及。惟在理論言，不妨以其豫先登記之金額為最高限度，在該限度內擔保之，惟登記法規上脫漏此點，不無疑問。

抵押權為不動產上之權利，非經登記不得成立，抵押權之登記，依於確定其債權額而顯效用，故為抵押權登記時，應為債權額之登記，其定有清償時期、利息，並其起息期及付息期，或其債權附有條件或其他特約者亦同。其債權不以一定金額為標的者，依其估定價額，於登記聲請書內記明之，惟遲延利息及費用，應解為雖不登記，亦為抵押權效力之所及。（參照不動產登記條例第一〇二條第一〇三條土地法第一二一條第一二二條）

第二款 抵押權標之物之範圍

得為抵押權之標的物，已如前述。（見本章第一節）茲應說明者，即以特定不動產為抵押權標的時，其效力所及之範圍也。

第一 抵押權之效力及於抵押之從物與從權利

區別主物與從物之實益，卽在使從物之運命從屬於主物，其詳可於總則編研究之，抵押權之效力及於抵押物之從物者，亦此原則適用之結果也。惟設定行為有特別訂定時，按諸第六八條第二項乃意思解釋之規定，應不在此限。（參照吾第一次民草第一一四〇條）其從物成於抵押權設定以後者，亦爲原抵押權效力之所不及。（註二）又從屬於抵押物之從權利，亦爲抵押權效力所及之範圍。例如：就需役地設定地役權時，從屬於土地之地役權亦包括在內；但設定行為有特別訂定者，如以需役地供擔保，合意將地役權除外，自無不可。（民法第八六二條第一項）

抵押權之效力雖及於從物與從權利，然不能害第三人之既得權，故第三人於抵押權設定前，就從物取得之權利不受影響，蓋抵押物之所有人當時既能獨立處分其從物，應保護與所有人爲交易之第三人利益也。（民法第八六二條第二項）

第二 抵押權之效力及於抵押物扣押後由抵押物分離之天然孳息

未由抵押物分離之孳息，爲抵押物之部分，當然爲抵押權效力之所及。至已由抵押物分離之孳息，則爲獨立物體，且抵押權以設定人不喪失使用收益權爲特徵，故不在抵押權效力所及之範圍內。惟就執行法則而言，抵押物一經法院扣押，抵押人對於扣押物之使用收益權已被剝奪，故扣押之效力及於孳息，因而規定使屬於抵押權

之範圍，以完成抵押權實行之功用。（民法第八六三條）

雖然，上述規定亦有可議者，蓋扣押不動產之效力及於孳息云者，乃避免二次扣押之手續而言，非債權人有就孳息優先受償之謂，茲乃因此擴張抵押權之範圍，未免過於保護抵押權人而忽略於抵押權人以外之普通債權人，殊難認為適當。在抵押不動產上取得地上權永佃權或租賃權之第三人，依日本民法第三七一條，受實行抵押權之通知者，亦喪失孳息收取權，其保護抵押權人更進一步，吾民法無此規定，自不能為此解釋。

第三 抵押權之效力及於抵押物扣押後抵押人就抵押物得收取之法定孳息

法定孳息，為抵押物所有人之收益權，法律使抵押權之效力及於扣押後之法定孳息，其理由與前同。不過法定孳息，為第三人所負給付之義務，故非通知該第三人，不得與之對抗。（民法第八六四條）

立法例有認抵押權之效力，應及於附加於標之物之上而成為一體之物者。（參照日民第三七〇條）吾第一次民草第一一三九條）例如：以土地為抵押權之標的物時，在土地上栽植之樹木，以建築物為標的者，其添築部分，惟第三人有權原之附加物，不在此限。又設定行為有特別訂定，或債務人藉以詐害他債權人者，亦列為例外。在吾民法無明文規定，學者多為同一之解釋。（參照余戟門民法要論物權第一一〇頁）劉鴻漸物權法論第二七六頁）柯凌漢物權法論綱第一七三頁）愚以為解決此問題，應視抵押權設定時之附加物與設定後之附加物而為分別論斷。設定時已存在之附加物，如附加成爲一體，而其意義係指為標的物之構成部分喪失其獨立性者，（從

物則另有規定）雖未爲關於附加物之登記，抵押權之效力亦得及之。例如以土地爲標的，土地上之種植物，以建築物爲標的，其增築之部分。至設定後始附加者，應着眼於提供勞力與資本，不能認爲抵押權當然效力之所及。若不然，爲此附加者空勞心力，爲人作嫁，似非保護公共利益之道也。

吾民法不認建築物爲土地部分，自不以抵押權之標的爲土地而及於其上之建築物。又第三人基於權原之附加物，爲抵押權效力之所不及，亦不待論，例如：第三人就供抵押之土地設定地上權，其地上物自不在抵押權範圍內也。

第四節 抵押權之效果

第一款 抵押權相互間之關係

爲擔保數個債權，於同一不動產上設定數個抵押權者，其抵押權之次序，依登記之先後而定。（民法第八六五條）

抵押權爲必須登記之權利，若不爲登記，自始不認其成立，而在有多數抵押權人時，其相互間關係，則依其登記之先後，定其權利之優劣，例如：甲債務人對於乙有二千圓之債務，對於丙有一千五百圓之債務，對於丁有一千圓之債務，以其所有房屋一所爲抵押物，假定乙先於丙登記，爲第一位抵押權人，丙又先於丁登記，爲第二位抵押

權人。先之抵押權人得就抵押物之賣得金先受清償，後之抵押權人祇得就其餘額受清償，此爲抵押權之順位。

如上所述之事，在立法例中有認順位讓與與順位拋棄之規定者，例如：有甲乙丙三債權人，甲爲丙利益起見，讓與其順位，此時即甲丙間順位之互換。（註一）又如甲爲丙利益起見拋棄其順位時，甲丙各按其債權額，分配第一順位人即甲之應得金額是也。（註二）吾民法以其辦法過於複雜，未加規定，惟在事實上先位抵押權人儘可就其實行抵押權應得之金額，與次位抵押權人另訂分配辦法，以成立特種契約，故亦無規定順位之讓與或拋棄之必要也。

第二款 抵押權人與抵押人之關係

就同一不動產上得設定數抵押權，既如前述，則不動產所有人於設定抵押權後，更於不動產上設定別種權利，自無不可。地上權及其他權利，如永佃權、地役權、典權、租賃權，均不妨於抵押權設定後設定之，但抵押權決不因設定其他權利而受影響。（民法第八六六條）

不動產所有人於設定抵押權後，得再設定抵押權，故一不動產上得有二以上之抵押權，此即抵押權不能具有絕對排他性之明徵也。在一個不動產上有數抵押權時，先抵押權之消滅（如拋棄）後抵押權之次序即生變動。（如第二位進於第一位第三位進於第二位）立法例有認設定抵押權人得更設定與已消滅之抵押權同一次序之抵押權，而使後抵押權之次序不變動者。（參照吾第一次民草第一一四四條）此種辦法，與抵押權之次序

依於登記先後而定之原則有違，殊不足採。

又按不動產所有人設定抵押權後，得於其不動產上設定用益物權，而不影響抵押權者，不特為抵押權追及性之當然結果，且抵押權之實質，在行使賣卻權，亦無損於他種物權之存在。同時，他種物權亦不因抵押權之實行而受影響，此為物權有追及力之原則，雖事實上有因設定他種物權，而影響於抵押物之賣得價金，然在法律上殊無因此而消滅他種物權之理由也。或者有謂此際抵押權人得否認抵押人以後所設定之用益物權而拍賣抵押物，即其以後所設定之用益物權，因抵押權之行使歸於消滅者，其主張殊嫌無據，（註一四）惟抵押權人得依第八七一條第二四四條以求救濟，自不待言。

不動產所有人設定抵押權後，得將不動產讓與他人，但抵押權不受影響，此亦追及性之當然效果。（民法第八六七條）

民法就抵押權設定後標的物價值減少或有減少之虞時，設有保護抵押權人之次述規定：

第一 因抵押人之行為而生者

（甲）因抵押人之行為足使抵押物之價值減少時，此時抵押權人得請求停止其行為，如有急迫情事，抵押權人得自為必要之保全處分。因行使此權利所生之費用，由抵押人負擔。（民法第八七一條）

所謂使抵押物之價值減少者，非僅指價格跌落而言，即毀損其物體，亦解為包含在內，於此場合，依於一般原

則，本可為損害賠償之請求，惟僅為損害賠償之請求，於抵押權之效力，仍嫌薄弱，故許其對於抵押權人有除去妨害或保全之請求權，若遇急迫情形，並得為自力救濟。至此等費用，悉由抵押人負擔之，蓋因被之行為而後生此費用也。假使抵押物係供多數債權擔保，則因保全行為所支出之費用，於一切抵押權人均有利益（從未設定多數抵押權，於其他普通債權人亦有利益），自應較諸一切債權先受清償，在本法雖未特設規定，（參照吾第一次民草第一一五八條）按諸第八六一條文義，亦可為如斯解釋。

（乙）因抵押人之行為已使抵押物之價值減少時，此時抵押權人除得依一般原則行使損害賠償請求權外，亦得對於抵押人請求回復抵押物之原狀，或補充擔保。應以行使何種請求權為適當，由抵押權人自擇之。（民法第八七二條第一項）

立法例有於此情形，僅使債務人喪失期限之利益者。（日民第一三七條）此不特有時反於抵押權人之意思，且亦不足完全抵押權之效用，故吾民法規定抵押權人有請求回復原狀之權，若標的物原狀不能回復，則請求補充擔保。又本項雖未明言係因抵押人之行為，然徵之前條及次項之文句，當然指歸責於抵押人之事由而言。（所謂行為，兼指不作為，惟不明定歸責於抵押人之事由，究嫌未妥。）（註一五）

第二 因不可歸責於抵押人之事由而生者

抵押物價值減少，係因不可抗力或第三人行為而發生者，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。(民法第八七二條第二項)

按抵押權係物權，不惟標的物之危險，應由物權人即抵押權人負擔，且標的物價值之減少，既非有歸責於抵押人之事由，若使抵押人負擔充擔保之責，殊失之酷，惟抵押人若不負此責，有時反因此而受利益，例如：物之侵害人對於抵押人履行賠償義務是，故法律為維持公平起見，設此規定，蓋與本法第二二五條第二項之命意相同也。

第三款 抵押權人與第三人之關係

抵押權為設定登記後，不問抵押物之所有權如何變動，抵押權不受影響，已如前述，惟立法例有使第三取得人（即在抵押物上取得所有權或其他權利之人）得以其買賣價金供清償而使抵押權消滅，（參照日民第三七七條）或行使消除權（參照法民第二一七九條第二一八一條至第二一九五條日民第三七八條至第三八七條）及檢索抗辯權（參照法民第二一七〇條）以限制抵押權之追及效力者。依吾民法第八六六條第八六七條但書規定之嚴格解釋，自不生此問題，不過抵押權人若與第三取得人另訂他種契約，以代抵押權之實行，亦為法所不禁，然此為契約自由之問題，與法律上抵押權之效力無涉，又第三取得人得依本法第三一一條第二項向抵押權人為清償，亦不待論。

第三人有妨害抵押物之行為時，抵押權人是否有物上請求權？在民法無明文規定。有謂第八七一條非專就抵押人之妨害行為而設之規定，其對於第三人所為之妨害行為，亦類推及之，蓋以抵押權為支配抵押物之物權

故也。然在不占有物權，除有明文規定外，（參照第八五八條）似難認其有與所有權相同之物上保全請求權，即就本法第八七二條第二項之文義觀之，亦以採消極解說爲當，此際抵押權人僅得依一般法則向該第三者請求損害賠償，惟應注意第八七二條第二項第八八一條之規定。（註一六）

第五節 抵押權之實行

實行抵押權之方法，依民法所規定，不外三種：一爲拍賣，二爲取得抵押物之所有權，三爲拍賣以外之處分方法。以下分述之：

第一 拍賣

（甲）拍賣之時期 債務人已屆清償期而不清償，則抵押權人可行使此權利，所謂已屆清償期，即在給付有確定期限者，自期限屆滿不爲履行時；在給付無確定期限，經債權人催告而不爲履行時。總之，在債務履行遲延時，抵押權人得實行其權利。至行使抵押權，則爲債權人之權利，非其義務，若債權人不實行抵押權，或屆期不向債務人索償，均屬自由。（註一七）雖然，在社會本位主義之立法論，亦有疑問，蓋抵押權擔保之範圍，既及於遲延利息，則抵押權人特有擔保物而不屆期實行其權利者恆有之，嗣後因擔保物價格之低落或滅失，不免有使債務人受損之虞。或謂既有第八六七條之規定，債務人儘可及時處分其物，以賣得金供清償，債權人不能拒絕，非無救濟之方，殊

不思第八六七條之所有人非必爲債務人，若以第三人之所有物設定抵押權者，本不負償債義務，而債務人亦不能擅自處分第二人之所有權，是仍可發生於債務人有不利情形也。（民法第八七三條第一項）

（乙）拍賣之程序 拍賣抵押物，由抵押權人聲請法院爲之。此所謂聲請，依司法院從前之判解，認爲須依訴主張，所謂聲請法院拍賣抵押物，即須基於債務名義之強制執行。（註一八）嗣後變更解釋例，認爲如債務人或第三人就該抵押關係並未爭執者，毋庸經過判決程序，即可拍賣。（註一九）吾國學者有以爲對於抵押不動產爲抵押權之實行，或爲基於債務名義之強制執行，概由其意。（註二〇）故對於從來之判解例認爲失當者。然就本條與第八九三條第一項與九三六條第二項之規定比較觀察，吾人甯同意於前說。其理由，蓋以抵押權之標的物爲不動產，在登記法與拍賣法尙未制定施行以前，若無嚴密之程序，難免有流弊，且在物權編施行法內既無與債編施行法第一四條相當之明文，而現時又無非訟事件程序法可資依據，則須依訴以取得債務名義，然後依強制執行法則而爲拍賣，甚爲顯然。（民法第八七三條第一項）（註二一）

（丙）拍賣之標的物 抵押權之標的物，既以不動產爲原則，而不動產爲土地與建築物，因吾國民法認建築物爲獨立之不動產，故對於拍賣，設有次述特別規定：

（一）土地與土地上建築物同屬一人所有，而僅以其土地或建築物供抵押者。因吾國民法不以建築物爲構成部分，故得僅以土地或建築物爲抵押，以其一爲抵押標的時，他者不受影響。惟民法基於經濟上之理由

及顧全拍定人與抵押權設定人之利益，於拍賣時，視爲已有地上權之設定，即拍定人取得建築物所有權時，視爲土地所有人爲拍定人設定地上權，拍定人取得土地所有權時，視爲土地所有人保留地上權於自己，此種法定地上權之地租，由當事人協議定之，協議不諧時，請求法院定之。（民法第八七六條第一項）

於存續期間，未定明文，固亦可由當事人協議定之。若協議不諧，即依民法第八三四條之規定。

（2）土地與土地上建築物同屬一人所有，而以土地及建築物同爲抵押者。抵押權標之物之土地與建築物同屬一人所有，而均以爲抵押權之標的，厥後實行抵押權，爲分別拍賣或同時拍賣而拍定人各異者，其情形與上述無異，本於社會經濟上理由，亦應適用前項之規定。（民法第八七六條第二項）

除上述情形外，尚有以土地供抵押後而讓與其建築物於他人，或以建築物供抵押後而讓與其土地於他人，至實行抵押權時，是否適用上述規定，不無疑問，於此場合，通例其初土地所有人必已爲取得建築物之所有人設定地上權，故在前一例，（即所有人於設定土地抵押權後將其土地上之建築物讓與他人時）則以供抵押之土地拍賣時，該建築物之所有人已取得之地上權不因此而受影響，自無問題。在後一例，（即所有人於設定建築物抵押權後將其土地讓與他人時）以供抵押之建築物拍賣時，拍定人是否當然取得抵押權設定人之原有地上權，或有從地上物與地上權得爲分離一點考察，認爲地上權非當然隨地上物移轉者，然在拍定人除有本於地上權或租借權之權原外，不能取得在他人地上之物之所有權，若然，勢必由拍定人撤去地上物，

未免減殺經濟效用，故認爲地上權一併移轉爲當。註二二又在前一例，建築物之所有人若當時已取得租賃權者，自得對抗土地所有人，不問土地所有權屬於何人（參照第四二五條）若係借地性質，應解爲拍賣土地時，該建築物之所有人取得地上權，適用第八七六條第一項之規定。在後一例，則不問抵押權設定人當初是否取得租賃權抑借地權，得認拍賣時取得建築物之所有人依本條第一項取得地上權。要之，抵押權標的土地或建築物原屬一人所有，而於設定抵押權後，不屬一人所有者，爲基於經濟上理由，亦得適用上述之規定者也。

民法第八七六條雖係本於公益理由，然同時又係推測當事人意思之規定，故不妨有相反之特約。例如土地及土地上之建築物爲一人所有，而僅以土地爲抵押者，於拍賣土地時抵押權設定人不妨拋棄其法定地上權之利益；若僅以建築物供抵押者，於拍賣建築物時，該建築物拍定人亦不妨拋棄其法定地上權之利益。但亦有反對說，（參照中島玉吉民法釋義二卷第一一六〇頁）以爲本條係強行規定者，（參照日民第三八八條）殊難贊同。惟在抵押權人不自拍賣，而與抵押權設定人或與其他拍定人訂立此種反對特約，則所不許，蓋本條之當事人，指一方爲取得土地所有人，他方爲取得建築物之所有人而言也。

（三）土地所有人於設定抵押權後，在抵押之土地上營造建築物者。依純理而言，此際抵押權人僅能拍賣所供抵押之土地，而使建築物之所有人取得地上權，與適用第八七六條第一項無異。惟附有地上權之土地，善價拍賣，比較困難，故民法有特別規定，抵押權人於必要時，得以與土地併付拍賣。惟其優先受償權僅存於地

價之上，因此不過便宜辦法，並非抵押權範圍之擴張也。行使本條權利，有兩種要件：一為營造建築物在設定土地抵押權以後，二為有必要情形。（民法第八七七條）

地上權人於設定抵押權後，（即以地上權為抵押標的）有營造建築物情事，是否可以類推適用此規定？不無疑問，然若採消極解釋，僅許抵押權人拍賣地上權而不能將建築物併付拍賣，其不便情形，較諸上述事例尤甚，故信為應採積極說。惟土地所有人於設定土地抵押權後，復為他人設定地上權，而地上權人本其權原於土地上有建築物者，自為抵押權效力所不及，抵押權人不得併付拍賣，不待論也。

（丁）拍賣之效果 抵押物既為抵押權人行使拍賣權而拍賣，則抵押物所有人即喪失其物之所有權（若標的物為所有權以外之物權，即喪失其物權），而抵押權人得就賣得金而受清償，惟如一抵押物上有數抵押權，或一債權而有數抵押標的物，應如何而受賣得金之清償？不能無適當辦法。茲依吾民法之規定，分述如左：

（一）抵押物之賣得價金，按各抵押權人之次序分配之，次序同者，平均分配之。一抵押物而有數抵押權，應按各抵押權成立先後之次序分配之。例如：甲有一千五百圓債權，乙有一千圓債權，丙有五百圓債權，均在債務人之某一不動產上取得抵押權。其登記之次序，係甲先於乙，乙先於丙。假如拍賣所得價金，除費用外，僅有二千七百圓，則甲乙各得全數分配，丙祇能分配餘額二百圓。反之，若甲乙丙三抵押權之次序相同，則依平均分配法，各人均得九成，即以總債額三千圓以除數除二千七百圓，每圓應分得九角，甲應得一千三百五十圓，乙應得

九百圓，丙應得四百五十圓。（民法第八七四條）

在依物權編所定之登記法未施行以前，其已施行不動產登記條例區域，固仍援用該條例，依其登記之先後，以發生對抗效力。在未施行不動產登記條例之區域，似應以抵押權成立之先後，定其受償次序。從來判例之見解，則以不僅以設定之先後爲斷，其次序在後之權利人如確無過失，不知其物上已有他項擔保物權者，爲調和各債權人之利益計，許其按照債權之數額，比例受償。（參照前大理院四年上字第一一八六號四年上字第一二四五號五年上字第一四一六號六年上字第一四三六號最高法院二十三年上字第二二八一號各例）但最近已變更見解，認爲在不動產登記制度未施行之區域，所設定之抵押權，既應發生物權效力，則依民法第八六六條及第八六七條之規定，縱令後之抵押權人不知先已有抵押權之設定，而先之抵押權，仍不因此而受影響。（見司法院二十四年院字第一二六五號解釋）

(2) 爲同一債權之擔保，於數不動產設定抵押權，而未限定各個不動產所負擔之金額者，抵押權人得就各個不動產賣得金受債權全部或一部之清償。一個抵押權而有數抵押物，抵押權人得拍賣任何一不動產，就其賣得金受債權全部或一部之清償。所謂包括抵押權，又稱物上連帶，此蓋基於抵押權不可分性之原則也。（民法第八七五條）

物上連帶制度，係從德國立法例，（參照德民第一一三二條）規定依債權人之選擇，得請求自各不動產

受債權全部或一部之清償。若在各不動產上無第二抵押權存在，或雖有第二抵押權存在，而其價金足以清償所擔保之債權，自不生何問題。反之，爲抵押之各不動產上有第二抵押權存在，而其價金不足清償所擔保之債權時，若聽第一抵押權人專就一個不動產之價金取償，則易生不公平之結果。夫以一抵押權人就數個不動產取得抵押權，而此外又有他人就其中各個不動產上取得先後不同之抵押權者，事所恆有。例如：債務人以其東西兩地抵押於甲債權人，嗣後又以東地抵押於乙，西地抵押於丙（即一個不動產上有數抵押權，同時數個不動產上又有一抵押權）。若依吾民法之規定，甲債權人可以任意行使其權利，說拍賣東地或西地所得之價金充償全部債額，則乙或丙必有不能受清償或比較的不能受均衡清償之危險。此時爲謀各債權人利益均衡起見，應有保護次位抵押權人之方法。吾民法本條之規定，殊嫌籠統，茲將日本民法及吾第一次民草之所規定，分述如後，以供參考。

(A) 同時分配各不動產價金者，應按各不動產之價格，分擔其債權額。如前述之例，甲有千圓之債權，在價值各千圓之東西兩地有抵押權；乙有五百圓之債權，在東地有第二位抵押權；丙有五百圓之債權，在西部有第二位抵押權。在同時拍賣二不動產之價金時，如甲得僅選擇東地賣得價金（千圓）而受優先清償，則乙之抵押權等於虛設，如甲得僅選擇西地賣得價金（千圓）而受優先清償，則丙時應使甲自東西各受五百圓（共計乙千圓）之完全清償，乙丙亦可受完全清償。在甲固無所損失，在乙丙

亦可保全。(參照日民第三九二條第一項吾第一次民草第一一五二條第一項)

(B) 僅以一不動產之價金行分配時，(如僅賣卻某一不動產之場合) 前抵押權人得在其價金上，受債權全部之清償。次位抵押權人在前項抵押權人於其他不動產上應受清償之金額內，代位行使其權利。

如前例，僅賣卻一不動產，(東地) 若使甲僅得五百圓之清償，其餘債額，須俟另一不動產(西地) 之售賣，自不免有強令其受一部清償之嫌，且西地難免異日無滅失或價格低落情事。此時仍使甲在東地之賣得金上受全部債額之清償，而使次位抵押權人之乙在甲就西地之價金所得行使之權利有代位權。(依前例即得就西地之價金千圓受五百圓清償之權利) 蓋若不如此，乙受損失，而丙反蒙其利，殊失均衡之道也。(參照日民第三九二條第二項吾第一次民草第一一五二條第二項第三項)

此外尚有一問題，即抵押權人雖得以其權利標的物受優先清償，惟在債務人其他財產上亦得與普通債權人相競合而受清償否耶？日本民法上設有限制規定，即抵押權人僅得在不能依抵押不動產之價金受清償之債權部分，依其他財產而受清償。(參照日民第三九四條第一項) 惟於其他財產之價金，先於抵押不動產之價金行分配者，抵押權人得為其債權全部，參加分配，他債權人得依前項規定為計算，請求抵押權人提存應分配之金額耳。(參照日民第三九四條第二項) 吾民法於此點無明文，判例亦欠明顯。(註二) 依理論言，抵押權人若就債務人其他財產求與普通債權人相競合而受清償者，惟在不害他普通債權人之利益限度內為之，但亦有異說。

(註二四)

第二 移轉抵押物所有權

抵押權之行使，以拍賣抵押物爲原則。然拍賣程序繁雜，未必於抵押權人有利，故法律許抵押權人與抵押物所有人訂立契約取得抵押物之所有權，以代清償，所謂代物清償契約是也。(民法第八七八條)

此契約之訂立，須於債權清償期屆滿後，若在清償期前，約定於債權已屆清償期而爲清償時，移轉抵押物之所有權者，其約定無效，所謂民事不許流質之原則，爲羅馬法以來多數立法例所明認者也。(註三五)惟其立法理由如何，尙有討論餘地，俟於質權章內述之。(民法第八七三條第二項)

禁止流質契約，爲強行法規，惟訂立此種契約，有在設定抵押權行爲之當時者，有在以後者，其在成立抵押權以後爲此種契約，僅該契約無效，設定抵押權之契約仍屬有效。但在設定行爲上包含此種契約，其效力如何？學說不一；有謂其抵押權契約全部無效，有謂僅流質部分無效，又有主張應依當事人之意思定其全部或一部無效者。在吾民法之解釋，以採第二說爲當，蓋法文『其約定』乃指該契約無效而已。

爲物上保證之第三人，無論爲現實清償或代物清償，其代債務人清償債務者，對於債務人有求償權，其因抵押權人行使抵押權致喪失其物之所有權時亦同。又物上保證人，除得向債務人行使求償權外，且得依關於保證之規定，有代位權。(參照第七四九條)

第三 拍賣以外之處分方法

抵押權人於其債權清償期屆滿，爲受清償起見，亦得與抵押人訂立契約，用其他便利方法處分抵押物，例如：依通常變賣方法以變賣抵押物，而以代價供清償是也。但亦不限於此種方法，凡可以達清償之目的，經雙方同意者，均得爲之，惟不得害及其他抵押權人之利益，故如在抵押物上有其他抵押權人時，應受限制。（民法第八七八條）

用拍賣以外之方法處分抵押物，於債務人利害關係甚鉅，如債務人與抵押物所有人同爲一人，依契約自由之旨言之，固不生何問題，如債務人與抵押物所有人各爲一人時，債權人與抵押物所有人訂立此種契約，似亦有通知債務人之必要。民法未設此規定，不無缺陷。

第六節 抵押權之消滅

抵押權因左列事由而消滅：

第一 標的物之滅失

抵押物全部滅失時，抵押權消滅，但因滅失得受賠償金者，抵押權人得就賠償金取償，所謂物上代位之原則，以鞏固擔保物權之效力也。（民法第八八一條）

本條規定與第八七二條第二項並不抵觸，蓋抵押權人或對於賠償金行使其權利，或向抵押人請求補充擔保，原屬其自由，且價值減少有時亦與滅失情形有異。例如：一部滅失或毀損致減少價值者，則可適用第八七二條第二項矣。

抵押物一部滅失者，依不可分性之原則，其抵押權仍存於殘留部分之上，惟殘留部分已無不動產之性質者，應解為抵押權消滅。又抵押權之標的物為地上權永佃權或典權者，此等權利消滅，抵押權亦消滅。但此等權利之拋棄，對於抵押權人應解為不生效力。（參照第七六四條之說明及日民第三九八條）

第二 公用徵收

依土地法徵收土地時，抵押權即消滅，其給付補償金者，按諸上述物上代位之法則，抵押權人仍得就補償金行使權利。

第三 混同

供抵押之不動產所有權、地上權、永佃權，或典權與抵押權同歸一人時，抵押權因混同而消滅，但應注意本法第七六二條但書第七六三條但書之規定。

第四 拋棄

抵押權為財產權，自得由抵押權人拋棄，抵押權因拋棄而消滅，惟若以抵押權連同債權供他債權之擔保以

設定權利質者，爲維護有擔保權之第三人權利，不許其任意拋棄。（參照第七六四條之說明）

抵押權得爲相對拋棄否？在本法雖無明文，然抵押權人爲某一債權人之利益，而不與其爭優先受償，原無干涉之必要。例如：甲乙丙三人對丁各有千圓債權，如供抵押之標的物拍賣價金除去費用外僅有千圓，甲若爲乙拋棄其優先受償權，各按其債權額，平分此千圓，其效力不及於丙。此時抵押權並不消滅。反之，若爲總債權人拋棄，則抵押權消滅。

第五 時效

抵押權爲物權，吾民法不認物權有消滅時效，故雖擔保債權之請求權因時效消滅，抵押權人仍得就抵押物行使權利，是爲原則。（參照第一四五條）惟其擔保之債權既因時效而消滅，若經過五年猶不使其抵押權，則權利狀態永不確定，不足維持社會秩序之安全，故有特別規定。（民法第八八〇條）

第三人具備取得時效要件，取得抵押物之所有權，抵押權消滅。惟亦有採反對說者，以抵押權係就於物而存在之權利，非就於所有權而存在之權利，且抵押權人既不占有其抵押物，自無從防止取得時效之進行。但時效取得爲原始取得，且抵押權之行使僅爲變價權，其性質絕不能於一定期間內爲廢續，與地役權情形有異，故不能與地役權爲同一解釋。

第六 主債權消滅

抵押權爲從權利，主權利（債權）消滅，抵押權亦消滅，例如：主債權已因清償抵銷等原因而全部消滅者，抵押權無存在之餘地，抵押權實行後亦同。

第七節 法定抵押權與準抵押權（民法第八八三條）

法定抵押權，乃法律直接所規定，如本法第五一三條之抵押權，當然適用本章之規定。至以地上權、典權、永佃權爲標的之抵押權，乃權利抵押，僅於性質所許範圍內，準用本章之規定。（地上權人以地上權供抵押後不能如第八六六條設定地上權或永佃權或典權，此乃地上權性質之所當然者。）又在以漁業權、鑛業權船舶爲抵押標的者，除應參照各種特別法外，在其性質所許範圍內，自亦得準用本章之規定。乃吾民法於第八八三條以本章抵押權之規定，於前條（第八八二條）之抵押權準用之，其語意殊欠允當也。

（註一）抵押權制度導源於羅馬，按羅馬法之擔保物權有三：一爲信託質入（*Fiducia*），即以擔保物之所有權移轉於債權人，在債務人爲清償時，固得取回其物；惟於債務人不履行時，即喪失其所有權。二爲占有質（*Trepanus*），即僅移轉擔保物之占有於債權人，其初債權人不得爲物之變賣，其後乃認其變賣或流質。三爲抵押（*Hypotheca*），即不移轉標的物之占有以供擔保之制度，比較上述之信託質及占有質爲便，其理由蓋以金錢之融通，通常固須有擔保，然必使其手續簡於簡明，始足以應社會之需要也。從此三種擔保物權制度之沿革考之，即最初爲占有質，次爲占有質，以後漸認不占有之抵押。近世民法之體多認第二種與第三種。

（註二）工廠機器之性質，究可離土地而獨立，不必定著於土地，自應認爲動產，故在民法物權編施行後，就機器設定擔保物權，非移轉占有

不生效力。(參照十九年最高法院上字第一〇四五號判例)惟在習慣上有認機器爲工場之從物者，則不妨適用第八百六十二條。(參照二十五年司法院院字第一四〇四號解釋)

(註三) 漁業法第六條規定：「漁業權爲抵押者其定着於漁場之工作物，除契約別有訂定外，以之視爲附屬於漁業權而成爲一體之物。」

(註四) 外國法制有認不動產質，即以標之物之移轉占有爲要件，在吾國而日法例亦承認之。自本法頒行後，以移轉不動產占有爲擔保者，不能認其有物權效力。

(註五) 法第八六〇條第八七三條雖未明定抵押權人有優先受償權，然從第八七七條但書之文義解釋，不生疑問。在立法論，則以有明文規定爲當，否則不足以表明抵押權之特質。(參看日本民法第三六九條第一項吾國第一次民草第一一三五條)

(註六) 因時效而消滅之請求權，應注意民法第一四五條第一四六條但書及第八八八條。

(註七) 在立法例中有相異之規定者。(參照耳民法第三七五條德民法第一一八〇條)例如甲對於乙有千圓之債權，就乙之不動產設定抵押權，丙對於乙亦有千圓之債權而未設定擔保，若甲將其抵押權讓與於丙，則出丙取得抵押權矣。其立法理論蓋以抵押權固有從屬性，須附從於債權始能存在，但以附從於此債權之抵押權使附從彼債權於抵押權之從屬性無傷且合於實際需要也。

(註八) 轉押制度，在吾國有此習慣，前大理院判例亦承認之。(參照前大理院三年上字第一二四號四年上字第一四六九號五年上字第九九九號各例)

(註九) 參照劉鴻漸著物權法論第二二二頁第二七一頁。

(註一〇) 同說。參閱陳誠著物權法論第一一三頁。

本論 第六章 抵押權

(註一二) 順位之讓與，係各當事人抵押債權金額順位之互換，抑僅在讓與人債權額之限度內互換順位乎？採前說之結果，例如甲（第一順位人）之債權額係四百圓，乙之債權額係二百圓，丙之債權額係八百圓，其抵押物之賣得金，如係千圓，而甲讓與其順位於丙者，則丙得八百圓，乙得二百圓，甲即不受清償。採後說之結果，丙以甲之債權額為限，先在第一順位得四百圓，次由乙得二百圓，其餘之四百圓，由甲與丙各按其四百圓（丙之債權額本為八百圓，除已受償四百圓外，只有四百圓矣。）比例受償，甲仍可獲得二百圓。以上兩說，自以後說為優。

(註一三) 如前述之例，甲乙丙三債權人，甲之債權額為四百圓，乙之債權額為二百圓，丙之債權額為八百圓，而抵押物之賣得金為千圓。此時甲為丙拋棄其順位者，甲丙各按其債權額分配第一順位甲之應得金額四百圓，則甲得三分之一，丙得三分之二，次由乙分配二百圓，所餘之四百圓，再由甲與丙各依其賸餘之債權額比例分配之。

(註一四) 參照柯凌漢物權法論綱第一七七頁。(二十五年司法院院字第一四四六號解釋亦與柯說相同)

(註一五) 參照第一次民草第一一五九條。

(註一六) 同說見余戟門民法要論物權第一二〇頁，反對說見柯凌漢物權法論綱第一七五頁。

(註一七) 最高法院十九年上字第八九五號判例：「擔保物權之設定為確保債務之履行，債權人於債務人逾期不履行義務時，固得行使其擔保物權，但其是否行使此項權利，乃債權人之自由，在債務人則無強以擔保物權充償之權。」二十年上字第二三三三號判例：「兩造合意成立之借約訂定：如到期不贖，聽憑債權人將抵押品變賣以償本利等語，係債權人之權利，並非義務。」二十二年抗字第七二四號判例：「債權人行使債權並不以就擔保物變價抵償為限，債務人亦無強以擔保物供清償之權。」

(註一八) 司法院二十年院字第四九三號解釋謂：「抵押權人欲實行其抵押權，非先訴請法院判決確定不得執行拍賣抵押物。」同年抗字第七二二號判例更說明理由略謂：「民法第八七三條雖規定抵押權人於債權已屆清償期而未受清償者得聲請法院拍賣抵押物，就其賣得金而受清償，但依第七五八條，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，而依民法物權

編施行法第三條第一項，民法物權編所規定之登記，另以法律定之，故抵押權人苟未能依該項所定之登記法爲登記者，即不能謂爲係依物權編規定已經登記之抵押權。現在登記法與拍賣法均未制定施行，對於拍賣之程序，尙未有嚴密之法規，故第四九三號解釋謂抵押權人對於抵押物欲實行其抵押權，非經法院判決確定，不得執行。」

(註一九) 司法院二十五年院字第一四〇四號解釋謂：「在民法物權編所規定之登記法律尙未施行以前，抵押權人於債權已屆清償期，未受清償，而聲請拍賣抵押物時，如債務人或第三人就該抵押關係並未爭執，毋庸經過判決程序，即可拍賣。」以後解釋亦同。

(註二〇) 柯凌漢以本條之拍賣與關於質權標之物之拍賣及債編內關於拍賣之規定，(參照第三三一條第五八五條第一項第六二一條第六三〇條第三項)均屬非訟事件，而非強制執行程序，固亦有其理由，惟以抵押物爲非債務人之第三人所有時，不能對該第三人提起給付之訴，而對於債務人起訴，則又不得據此判決對於該第三人之所有物爲強制執行，故如認爲強制執行事件，則抵押權人之拍賣權無實益者，則不免誤會。(見所著物權法論綱第一七九頁)蓋強制執行之目的物，以屬於債務者所有爲原則，但爲債務人供擔保之第三者所有物，得爲執行之目的物認爲例外，已爲有力之學說。(參照板倉松太郎強制執行法義海第四三頁)

註二一 最近制定之強制執行法已有規定不依訴主張，而直接行使拍賣權。

註二二 有謂拍賣時取得建築物所有人依本條取得地上權，而抵押權設定人之原有地上權歸於消滅者，亦不失爲一說。

註二三 前大法院六年抗字第一三三號判例載：「命爲給付款項之訴，一經判決確定，債務人若不遵判履行義務，則債權人自得向法院請求，就債務人之財產實施強制執行，若其債權有擔保物者，應先就擔保物變價清償。」

(註二四) 參照川名案四郎物權法要論第三〇七頁。

(註二五) 本條係做德民第一一四九條瑞氏第八一六條而爲規定，在日本民法僅對質權有禁止之規定。

第七章 質權

第一節 動產質權

第一款 動產質權之性質

動產質權者，債權人爲其債權之擔保，占有由債務人或第三人移交之動產，得先於他債權者就其賣得價金受清償之物權也。茲依此定義，析明動產質權之概念如左：（民法第八八四條）

第一 動產質權爲物權

動產質權，既以占有標的物爲其成立要件，且得拍賣質物，以其賣得價金供債權全部或一部之清償，其對於標的物有直接管領關係，極爲明顯。近頃學說，對於質權爲物權已無異議，故無詳論之必要。（註一）

第二 動產質權爲行於有體物上之物權

按質權之標的物，在立法例中，有不限於動產者，吾國向日法例亦認不動產質，惟在習慣上，因有典權之存在，於不動產質殊鮮實用，故本法僅規定動產質權與權利質權二種，前者以有體物爲標的，後者以權利爲標的。

(註二)

動產質權之標的物，因係特定有體物，故關於得爲質權標的物之觀念，應說明之：

(1) 動產質權之標的物必爲可讓與之物，不得讓與之物，欠缺物之融通性，自不得爲動產質權之標的。所謂不得讓與之物，有因其性質上而然者，有因法令之特別限制而然者，其詳屬於總則編研究之範圍，茲不贅述。惟雖非禁止讓與之物，亦有在特定情形，不得爲質權標的者，如已登記之船舶，依日本商法第六八八條，不得爲質權之標的，而在吾國海商法，則不能爲此解釋也。(參照海商法第八條)有謂禁止扣押之物(參照民訴執行規則第二〇條司法部強制執行法草案第五三條)亦不得爲質權標的者，惟行使質權之方法，非必依強制執行程序，故僅其性質上不得讓與之物，(參照強制執行律草案第九一條各款)不能爲質權之標的而已。至依當事人之意思禁止讓與之物，其禁止之效力，僅係對人關係就此種物件，所設定之質權，仍非無效。

(2) 動產質權之標的物必爲特定物，動產質權爲物權之一種，從於物權本來之性質，其標的物必爲有體而特定之物，可無疑義。在羅馬法有認不特定物之代替物爲質權標的者，謂之例外質，即債權人取得物之所有，債務已清償者，應以同種類同數量之物返還之，惟吾國民法上之動產質權，僅係移轉占有，故不認此種例外質之觀念。雖然，在吾國與日本向有「押金」或「保證金」制度，故以金錢爲擔保物時，其法律上之性質如何，大有研究之價值。關於此點，有種種學說(註三)要以分別情形，認爲動產質或權利質之見解爲當。即押金或保

證金之交付爲封金，不許債權人爲利用者，則屬純然之動產質權，債權人得在押金或保證金上行使質權；惟因其標的物爲金錢之故，質權人得依於抵銷方法供其債權之優先受償，毋庸拍賣。反是，押金或保證金之交付爲非封金，許債權人爲利用者，則爲債權質，屬於權利質之一種，蓋債務人本對於債權人有返還押金或保證金之請求權，卽以此金錢債權爲其質權之標的也。惟實行質權之方法，亦與通常情形不同，卽自此項金錢債權中取償，若有餘額，以之返還於債務人。（參照第九〇六條）

茲舉對於押金或保證金之性質之重要諸說如左：

（一）抵銷豫約說 此說以當事人之意思，在債務人不履行其義務時，使債務人以其所負返還保證金之債務，與其對於債務人之債權相抵銷，以成立抵銷豫約。惟如斯解釋，則不能認爲有擔保物權之性質，因之取得保證金之債權人不能排斥其他債權人而優先受償矣，殊與向例不符。

（二）條件附債權讓與說 此說以保證金之授受，在債務人不履行債務場合，讓與其返還保證金之請求權於債權人。惟依其解釋，則一切債權質皆可認爲條件附之債權讓與，未免與吾民法認條件附債權讓與以外更認債權質之精神相反，且與當事人實有以之爲擔保之意思未必相符。

（三）條件附債權說 此說以保證金之授受，在債務履行之場合，生自債權人返還同額金錢於債務人之義務，故返還請求權爲停止條件債權，在債務不履行之場合，以保證金扣抵債務額外有餘額時，則生返還餘額

之義務，故有返還餘額請求權。亦可爲停止條件債權。按此說其缺點與第二說同，不能道破保證金之本質。

(4) 條件附消費寄託說 此說以保證金之交付，爲附解除條件之消費寄託，得依契約使消費其寄託物，由受寄人日後以種類品質數量相同之物返還；於債務不履行場合，則毋須返還。依吾人見解，保證金並非有爲相對人保管之目的，與寄託之性質亦不符。

綜觀以上諸說，均有未妥。通例爲保證金之授受者均以金錢而許相對人爲利用，故以對於保證金之權利爲債權質之說，在法律上足以說明其性質，蓋債務人以其對於第三者之債權（如存於銀行之款）設定擔保與以其對於債權者之債權設定擔保，（如以存於銀行之款向該銀行質借款項）理論上毫不足異也。對於此說，亦有反對議論，卽與依第九〇四條應交付債權證書於質權人之向例不合，蓋向例保證金之收據，多爲債務人所收執，故也。惟亦不妨解爲在保證金契約之債權質，有不交付債權證書之習慣，亦可解爲保證金收據，一面爲債權證書，其一面卽係設定權利質之書據。但有應注意者，在租賃契約之押租，固亦保證金之一種，因各處習慣不同，要難一概認爲債權質，應解釋當事人之意思與考慮當地習慣而定。

第三 動產質權係以標之物之占有爲必要之物權

此點與留置權同，而與抵押權異。蓋標之物既爲動產，若不使質權人取得占有，則無以貫徹動產質權之效用，非若抵押權有登記制度，縱權利人不爲占有，亦無影響於抵押權之效力故也。

物之占有，究爲動產質之成立要件抑爲繼續要件？立法例有異同，學說亦不一致。惟吾民法第八九七條與德國民法第一二五三條及瑞士民法第八八八條規定相同，認爲以繼續占有爲必要。（註四）

第四 動產質權在有標的物上受優先清償之權利

動產質權以擔保債權爲標的，屬於物上擔保之一種。質權之物上擔保效用有二：其一，質權人於其債權應受清償以前，得扣留質物，關於此點，與留置權爲同一之效用。其二，質權人於債權已屆清償期而未受清償者，得拍賣質物以其賣得金受償，且得排斥其他債權人而居於優先地位，此又與抵押權及留置權同其效用也。

動產質權以擔保債權而存在，故亦有從屬性與不可分性，與抵押權同，因而動產質權不得離其所擔保之債權，以爲讓與或爲他債權之擔保。動產質權所擔保之債權雖分割或讓與其一部，亦不足變動其擔保關係。質權人以主債權存在爲限，得就質物全部以行使權利，又以質物存在爲限，得就債權全額以行使權利。以上各點，縱法無明文，要應爲如斯之解釋。（參照吾第一次民草第一二三一條第一二三四條）

第二款 動產質權之取得

動產質權取得之原因，大別之，有三種：一爲法律行爲，一爲法律以外之事實，以下分別述之：

第一 法律行爲此亦可以分爲設定行爲與讓與行爲兩種

（甲）設定行爲 吾民法不認法律上當然取得之質權與依法院宣告所設定之質權，故動產質權多依當事

人自由意思設定之，其設定行爲通常爲契約，即質權人與動產所有者（債務人或第三人）約定以其物爲債權之擔保，且移轉物之占有於質權人而成立也。（註五）故稱此契約爲實踐契約，又稱要物契約，惟不必爲現實交付，即簡易交付，所有人對於第三人之請求權之讓與，於此亦有適用。（參照第九四六條）但不得依占有改定方法（參照第七六一條第二項）使出質人爲現實占有。（註六）蓋若使設定質權人（債務人或第三人）繼續現實占有標的物，非但無由貫徹動產質權之效用，且與吾民法否認動產抵押制度相違反矣。（民法第八八五條）

動產質權之取得占有，與地上權永佃權不同。地上權永佃權固亦須占有標的物，然其占有係權利內容之效力，而非取得物權之要件。

出質人通例爲所有人，但第三人得以其所有動產爲債務人設定質權，爲法律所明定。該第三人稱爲物上保證人，因質權之實行，使該第三人喪失所有權時，應依關於抵押權之規定，對於債務人行使求償權，且得依保證債務之法理有代位權，此雖法無明文，信爲應如斯解釋者也。又質物以屬於債務人或物上保證人爲本則，但亦有例外情形，如質權人之轉質與即時取得是也。

立法例有許債務人在一個動產上能設定數個質權者。吾民法無此規定，應爲消極之解釋。蓋動產質權以移轉占有爲生效要件，而在一個物件上不能同時有兩個占有，勢不能使各質權人同時占有同一之質物。雖事實上不妨依別種方法（如輪流占有方法）使次位質權人以文書通知先位質權人令其於債權受償後將質物交付

於已；然如斯辦法繁雜，且易啓詐害之風，殊不足取也。（參照第一次民草第一二一六條第一二一七條）

質權之成立，以有依於質權而擔保之主債權爲必要，不得獨立存在，前已一言之。惟所擔保之主債權之內容體樣，則無限制，作爲之債權，不作爲之債權；以金錢給付爲標的之債權，不以金錢給付爲標的之債權；又其債權附有期限或條件與否，均所不問。茲就其應行研究各點，分述如左：（惟此爲質權與抵押權之共通問題，讀者應留意焉。）

（子）不能以金錢計算爲標的之債權。民法與德日法同，明定不以有財產價格爲給付內容之債權。（第一九九條第二項）此種債權，亦有因債權不履行而發生財產上之損害者，在以損害賠償爲歸宿時，卽呈其效用，故得設定質權。惟若發生財產以外之損害（卽精神上之損害）則何如？或有以在債務未爲不履行前（卽在債權本來之狀態）與因其不履行所生之損害，應分別觀察之。第一九九條第二項所規定者，係指債務未爲不履行時之狀態而言，其一經不履行者，通常皆得以金錢賠償其有形或無形之損害，故因債務不履行，有無形之損害（卽精神上損害）者，亦得爲金錢賠償，自無不得就之設定質權之理由。雖然，吾民法對於侵權行爲發生非財產之損害者，有賠償之規定，（第一九四條第一九五條）對於債務不履行，則無直接之明文。且就第二一條所謂「除法律另有規定外」之文義觀之，（卽指第一九四條第一九五條等爲例外規定）可見依原則，無形之損害，惟以法律有特別規定者，始得爲金錢之賠償也。（參照德民第二五三條）

(丑) 罹於時效之債權 吾民法探德國法例，以消滅時效之效果，非即使權利消滅，不過付與欲享受時效利益者一種抗辯權而已，故在第一四四條第二項明定得爲罹於時效之債權提出擔保。

(寅) 附條件債權 條件附權利具有期待權性質者，民法第一〇〇條既設有明文保護，自得設定質權以爲擔保。德民法有明文規定。(德民第一二〇四條第二項) 日民第一二九條) 吾國民法縱無明文，亦爲當然之解釋。其所擔保之權利，爲現在之權利，而非將來之權利。蓋當事者不外豫想他日條件之成就而爲準備，若因於條件之成就，在當事者生如所豫期之法律關係時，前所設定之擔保，不須另有設定手續，當照爲後者之擔保者也。

(卯) 將來發生之債權 爲擔保將來發生之債權，能否設定質權或抵押權爲學者所爭論之問題。在德國民法第一一三條第二項及第一二〇四條第二項有明白規定。(參照吾第一次民草第一二八條) 在日民法則以無直接之一般規定，有主張無效者，有主張有效者，其主張有效之學說，亦不一致，茲臚列諸家學說如次，以爲吾民法解釋之參考。(註七)

(一) 無效說 以擔保物權爲從物權，須有主債權之存在爲前提。若主債權尚未發生，抵押權與質權均不得存在，故以擔保尚未發生之債權爲目的之根抵當契約，全然無效。(法典質疑問答第二編第二九六頁)

仁井田博士解答)

(2) 有效說

(A) 停止條件附債務擔保說 以根抵當非擔保現在所確實成立之債權，乃擔保未來所發生之債權，即停止條件附債權，在有信用契約場合，當事者間於借貸關係成立時，主債權發生，擔保物權亦以此時（即條件成就時）發生。（梅博士民法要義物權第五〇一頁）

(B) 停止條件附擔保設定說 以根抵當係以將來債權之發生為停止條件設定契約。其與前說有異者，即前說係以信用契約為停止條件附法律行為，得依一般原則設定擔保，所擔保者為附有「因信用契約而借受金錢」之條件之債務也。條件附擔保設定說，則以將來實行借受之消費貸借成立為設定擔保之停止條件，如消費貸借成立者，則擔保物權發生效力。雖在實際上兩說之結果大致相同，而說明不一。依前說，如為質權，當時即須移轉占有，如為抵押權，當時須為登記，殆條件成就時，前之擔保即移為後之擔保。依後說，擔保權非即時發生，乃以消費貸借實行成立為其條件成就之時，擔保物權之設定行為始生效力。故依理論言，在當初毋須為占有之移轉或登記，不過為保護信用貸與人起見，如係動產質，信用借受人自始亦須移轉占有，庶其後無妨害信用貸與人權利之虞，如為不動產抵押，亦得依暫時登記以保全權利。（富井博士民法原論物權第四六〇頁以下）

(C) 信用債務擔保說 以根抵當乃基於當事者間之與信契約，即當事者之一方（貸方）應於

相對人之請求，於一定金額之限度，負擔貸與金錢之義務，同時相對人對之負擔此信用債務即借受義務。根抵當即擔保此信用債務，擔保將來發生之債權也。（橫田博士物權法第七〇一頁以下）

（D）將來債務擔保說 質權抵押權固為從權利，惟所謂從於債權之權利者，僅謂為應某債權而存在，不得獨立存在而已，非有在主債權未發生以前不得設定之意義。蓋為債權之發生原因之法律事實雖未存在，苟有引起此項事實發生之客觀的事實已存在之場合，則雖設定擔保物權，與擔保物權之從屬性無妨。在與信契約，為當事者之一方約定貸與金錢於相對人，同時相對人為負擔將來借受之債務，即時設定質權或抵押權，從於當事者之意思，以其時發生效力，毫無不當也。（中島博士民法論文集所輯「豫約抵押論」第二四頁以下三瀨博士物權法提要下卷第九三頁以下）

綜觀以上各說，除無效說外，對於有效說中，愚以最後一說為正當。蓋（A）說係將附條件法律行為所生之權利義務與因條件成就所發生之權利義務混為一談。前者係一種期待權，得依一般原則設定擔保，前已述及；後者則非期待權，乃將來之債權。其問題之焦點，在能否豫先擔保因將來發生之貸借關係而發生之債權？故與通常之條件附法律行為所生之債務關係有別。在（B）說之錯誤，係以實行借受即消費貸借關係實際成立為其條件，但此僅係法定條件，蓋一切擔保權皆以債權之成立為條件，非常事人意思所訂定之附款也。（C）說以信用契約之成立，與信者（即貸方）負擔必須須貸與義務，同時受信者（即借方）亦負擔對於與信者免受意外損害之義務，此

時所設定之質權或抵押，即擔保此信用債務，其說固可解釋擔保物權之從屬性，然與法理不合，蓋此種信用契約，係消費貸借豫約，通例與信者負擔貸與之義務，受信者則非擔負必須借受之義務，今謂爲借受義務設定擔保，是無異強制一方必須借受，在法理上殊難說明。總之，債權之發生原因之法律事實尙未存在，而債權應發生之原因已客觀的存在者，爲擔保將來發生之債權，亦得設定質權或抵押權。在日本民法，雖無與德國民法之一般規定，然在民法及其他法令內有爲將來發生之債權提供擔保之條文，頗不在少，自不能於其他場合因無明文而否認之。

吾民法與日本民法同未設一般規定，其散見於民法或其他法者，（參照民法第七五〇條第二項公司法第二四條第一項後段交易所法第一九條）較之日本民法尤少。惟民法第八六〇條第八八四條僅有債權擔保之規定，並無限制之特例，自應含有各種債權在內，殊無區別現在之債權與將來之債權而異其解釋之理由。所應注意者，若並無客觀原因之存在，僅係抽象的將來之債權，例如余或對汝負擔債務之類，則不得爲此架空債權而設定擔保物權者也。（參照劉鴻漸物權法論第二六七頁以下）

（乙）讓與行爲 質權爲從於債權之權利，不得與主債權分離而爲讓與，惟讓與附有質權之債權時，原則上讓受人取得質權爲當然之結果。（參照民法第二九五條）

第二 法律行爲以外之事實 法律行爲以外之取得質權原因如左：

（甲）時效 依本法第七六八條第七七二條，債權人以擔保債權之意思，五年間和平公然占有他人之動產

者即取得質權。惟其情形殊屬罕見（註八）

（乙）即時取得 動產質權與所有權同，得依即時取得之法例而取得之。所謂占有公信力之原則，為確保交易安全而設者也。例如甲以某種動產存在乙處，託乙保管，乙未得甲之同意，擅將此動產出賣於丙，在丙並不知乙無處分權而受領之，即取得質權。關於即時取得之要件與限制，俟於占有章內述之。（民法第八八六條）

（丙）繼承 動產質權為財產權，得因繼承取得，不待說明。

第三款 動產質權之範圍

第一 動產質權所擔保之債權之範圍

動產質權所擔保之債權之範圍，依於設定行為而定。若當事人未為訂定，其所擔保者，為（一）原債權，（二）利息，（三）遲延利息，（四）實行質權之費用，（五）因質物隱有瑕疵而生之損害賠償。（民法第八八七條）

關於（一）（二）（三）（四）與抵押權同，毋庸贅述。第五項則為動產質權所特有，因質權人須占有動產，故有此規定。例如：債務人交付有傳染病之牛馬於質權人，使質權人自己之牛馬亦感受傳染因而被損害時，質權人對於此損害賠償債權，得在質物上行使權利。蓋此種損害關於質物所在，與之有密接關係故也。至質權人於占有質物常時知質物之瑕疵者，則無請求損害賠償之可言。

因債務不履行所生之損害賠償及違約金，均有代替給付或補充給付之性質，應屬質權擔保之範圍，與抵押

權同。(參照德民第一二一〇條日民第三四六條)民法未加規定，殆屬當然。又質權人因保管質物所支出之必要費用，得向出質人請求償還。(參照第九三四條)自亦應以質權擔保之。民法未就此點規定，殊嫌疏漏。

物上保證人爲債務人設定質權者，亦有本條之適用，惟債務人不得因質權設定後所爲之法律行爲，以擴張擔保範圍，增加質物所有人之負擔。(參照德民第一二一〇條第一項)

第二 動產質權標之物之範圍

無特別意思表示者，質權應及於其設定時之從物，(參照第六八條第二項)並及於質物所生之孳息。(民法第八八九條)

第四款 動產質權之效果

第一 動產質權人在標的上有占有權能且有物上請求權

質權人在法律上有占有質物之權能，自應受關於占有之保護。質權人除受占有保護外，且有準所有人之物上請求權，此蓋依德國法之解釋。(德民第一二二七條)與日民法不同者也。(日民第三五三條)

第二 動產質權人有留置質物之權能

質權人占有質物於其所擔保之債權未受清償以前，得扣留質物，以確保其債權。惟質權者之留置權與通常留置權有其差異之點，即質權人之扣留，不外爲拍賣之準備行爲，其債權一屆清償期，即得拍賣質物。反之，留置權

人之扣留占有物，則爲留置權之特別作用。（參照第九三六條）又質權人對於有先取特權意味之權利人不得主張留置，例如：承租人對於該物有留置權（參照第四四五條）運送人對於該物有留置權之場合是。（參照第六四七條）質權人取得質物占有後，物之所有人並未喪失所有權，仍得處分其物（如出賣或贈與）此時所有人以其對於動產質權人之返還請求權讓與於買受人或受贈人時，動產質權人於其債權未受完全清償以前，自得留置質物而拒絕交付，留置作用即在於是。

第三 動產質權人有收取質物所生孳息之權

無特別約定者，質物生孳息時（如牛羊鷄鴨等物之天然孳息）此孳息亦得爲債權之擔保，前已述及。蓋質權人與留置權人同負保管權利標之物之義務，應與留置權人同有收取孳息之權利爲合理。又質權之效力既及於孳息，則質權人自有先於他債權人以之充清償之權利，其抵充之順序，先爲收取孳息之費用，次爲原債權之利息，最後爲原本，惟質權人應以對於自己財產同一之注意而收取孳息，並以出質人之計算爲之。（民法第八九〇條）

動產質權人之孳息收取權，乃推測基於當事人意思擴張擔保物範圍之結果，不可誤爲用益權，蓋動產質係擔保物權故也。立法例有許質權人例外得使用質物者（日民第三五〇條第二九八條第二項）吾民法雖未規定，亦可爲同一解釋，卽出質人允許質權人用益，或爲保存上必要之使用者，動產質權人得爲用益或使用。惟通常

情形，動產常為使用，多有滅失或毀損之虞，故僅於例外情形許之而已。例如某種動物，若常不使用，以後即不能使用；或金屬器械，若久不使用即有剝蝕之虞者，即得為保存上之必要而使用之。

第四 動產質權人有償還費用請求權

動產質權人因保管質物支出必要費用者，對於出質人有請求償還之權利，此依本法第九三四條類推解釋之結果也。所謂必要費用，即在物之保存上不可缺之費用，如修繕費、動物飼養費是也。或謂：動產質權人若有孳息收取權者，依本法第九五四條但書規定，即不得請求返還，其說殆誤。蓋動產質權人收取質物所生之孳息，僅能充當債權，非取得孳息所有權，且就第九三五條第九三四條觀之，殊無使動產質權人與留置權人異其待遇之理由。至有益費用（如綾裱字畫）（即非物之保存上或管理上所不可缺之費）能否請求償還，其標準如何？在第九三四條亦無規定，或以為不外依占有法例解決之。但此說非適當，惟依其情形可認為一方有不常利得時，適用第一七九條耳。（參照第九五五條之說明）

第五 動產質權人有將質物轉質於第三人之權

民法做瑞日立法例設轉質規定，（註九）即動產質權人於其權利存續中，得以自己之責任，將質物轉質於第三人。此種辦法，雖係在一個動產上設定兩個質權，然因債務主體或出質人非同一人，故不生動產質權人之順序問題，易言之，轉質係非所有人不得處分他人財產之一種例外，惟在立法論，殊有可議者：（一）動產質權乃擔保物

權，僅得爲清償之目的，處分質物，今許質權人將其質物轉質，是無異許其利用質物矣。(一)質權人得不待債務人或物上保證人之承諾而將質物轉質，顯反乎當事人之意思。(二)依轉質之效果，轉質權人亦得轉質，遞相轉質，不免使法律關係趨於複雜。在吾國，於不動產有轉典或轉租習慣，於動產質，尙少轉質事例，竊以在法典上不設此規定，亦無不當。(民法第八九一條)

關於轉質之性質，從來有四種學說，茲舉其學說大要如下，以爲吾民法解釋之參考。

(甲)質權質入說(權利質說之一種)此說以轉質係以其質權出質，乃一種權利質。(法典質疑答問第三〇二頁仁井田解答)但質權爲從物權，不能與主債權分離而爲他債權之擔保，已如前述。

(乙)與主債權共同質入說(權利質說之一種)此說以轉質係將質權與其所擔保之債權共同出質。依其見解，轉質權人欲實行其質權者，不惟須其自己之請求權已屆適於實行之時期，且須轉質人對於第一債務人之請求權亦已屆實行期。(岡松民法理由中卷第四八〇頁)(劉鴻漸物權法論第三〇四頁王去非民法物權論第二五七頁同此說)此說固較前一說爲優，惟與當事人之意思不符，且轉質人苟欲以其債權連同質權出質，僅可依後述之權利質規定爲之，殊無特設規定之必要，亦無使負擔因轉質所受不可抗力損失責任之理由。

(丙)條件附質權讓與說 此說以轉質係原質權人讓與其質權於轉質權人，而附以「如轉質權人之債權消滅者質權仍回歸於轉質人」之解除條件。(三潑信三物權法提要下卷第一一二頁)依其見解，在條件成就

以前，原質權人之質權已一度喪失矣。

此點顯然與事實不符，且不讓與債權而僅讓與質權，嚴格言之，亦未免反於擔保物權之從屬性也。

(丁)新質權設定說 此說以轉質係質權人根據法律特別所賦與之處分權能，而將質物出質。既非權利質，亦非債權或質權讓與，殆與轉租轉典之性質相同，故轉質與原質權及其所擔保之債權無涉。(橫田秀雄物權法第七二七頁，川名兼四郎物權法要論第二二〇頁) (余戟門民法要論物權第一三二頁，柯凌漢物權法論綱第一九三頁) 從吾民法第八九一條之文義考之，以採此說為正當，蓋法條係將「質物」轉質，且加重轉質人之責任故也。

轉質須具備左列要件：(民法第八九一條)

(一)質權人應於其權利存續中為轉質 無論何人不得處分其所無之權利，為法律上一大原則。質權人之轉質權，係基於質權而來，故質權已消滅者，縱質物尚在質權人占有之下，亦不得為轉質，其已為轉質後而質權始消滅者，轉質權亦隨之消滅。

(二)民法除規定「在權利存續中」外，未如典權設有轉典範圍之規定。(參照第九一五條第二項)或以為新質權須依原質權之範圍，不能逾越原質範圍，故(一)新質權擔保之債額，不得逾原質權所擔保之債額，轉質權人僅得在原質權人對於第一債務人之債權額限度內，實行質權。(二)新質權之實行，須在原質權具備實行權利所具備

要件完成以後。轉質權人質權雖屆清償期，而原質權人對於第一債務人之債權未屆清償期者，轉質權人亦不得行使其權利。或以爲新質權既與原質權及其所擔保之債權無涉，則原質權雖係擔保百圓之債權，質權人亦得爲擔保二百圓之債權，以其物爲轉質。轉質權只須對於轉質人之債權已屆適於實行之時期，即得拍賣質物以供清償，不問轉質人卽原質權人對於其債務人之債權是否已屆實行期，若因轉質權人實行質權使物之所有人受損害者，應由轉質人負其責，法條上所謂「得以自己之責任」卽包括此種責任在內，若不然，是新質權之設定，與質權讓與說或債權質說之效果無異矣。（以上兩說詳見橫田秀雄物權法第七二五頁川名兼四郎物權法要論第二二一頁柯凌漢物權法論綱第一九三頁余戟門民法要論第一三二頁）

愚於以上兩說，仍從第一說，蓋轉質雖係設定新質權，然轉質權人取得質權，究係一種繼受取得，自不能取得較大於原質權人卽轉質人之權利；且從保護第一質權設定人之旨觀之，設定新質權，亦僅在不害第一質權設定人之利益範圍內許之而已。

（二）質權人須以自己之責任爲轉質 法律雖許質權人爲實際上之便宜得爲轉質，然若因此使物之所有者受損害，則失公平，故關於轉質所生之損害，應由轉質人負其責任，如質物因於轉質人之過失而滅失毀損者，轉質人應負賠償責任，不待論矣。卽其滅失毀損基於不可抗力之原因，若不爲轉質，則不致發生者，亦須由質權人任其責，蓋於此場合，質物之滅失毀損，基因於轉質之結局故也。惟縱不爲轉質，而質物之滅失毀損尚不能

避免者，則轉賣人不負責任。例如：質物於轉質後，因轉質權人之住宅遭受地震而毀損者，此時轉質人之住宅亦同受地震而摧毀，是質物縱在轉質人之手，亦不免毀損，則轉質人不負賠償責任矣。

轉質之效果，既係新質權之設定，故轉質人之質權，依舊存續。惟轉質權人之質權，雖係成立在後，對於轉質人之質權有優先效力，故在行使質權時，應以質物之賣得金，先清償轉質權人，而以其餘額充償轉質人之債權。又轉質權成立後，在理論上本不因原質權之消滅而消滅。如第一債務人或物上保證人向轉質人爲清償時，原質權固消滅，轉質權並不因而消滅。惟民法規定，質權人僅於其權利存續之中得爲轉質，故原質權所擔保之債權消滅者，其質權消滅時，第二質權即轉質權已無可存在。

當事人間訂有禁止轉質之特約者，其效力如何？民法未加規定，似應依第九一五條第一項之轉典爲同一解釋，此際質權人若以其質物轉質於他人，顯屬無權處分行爲，不生效力，惟受質人若係出於善意而受占有規定之保護者，依第九四八條第八六條仍取得質權。

第六 動產質權人有拍賣質物而以其賣得價金代充質物之權

質物如有敗壞之虞或其價值顯有減少足以妨害質權人之權利者，縱質權人之債權尙未屆清償期，亦得豫行拍賣質物，以賣得價金代充質物。此規定非僅在保護動產質權人，並兼爲出質人之利益計也。（民法第八九二條）

依前述情形而爲拍賣者，質權人應於拍賣前，通知出質人，但不能通知者不在此限。（民法第八九四條）又出質人認爲有提存此項賣得價金之必要，應認出質人有請求提存價金之權，蓋法律許質權人豫先行使拍賣權者，不僅在維護質權人一面利益，如前所述，且質權人亦僅得在原標的物之代表物（即賣得金）上行使其權利，並不能許其爲金錢上之利用也。

第七 動產質權人負保管質物之義務

動產質權人有以善良管理人之注意，保管質物之義務，蓋以動產質權人爲其自己利益而占有質物，故應加重其責任，若違背此義務，而使出質人受有損害者，應負責賠償。（民法第八八八條）

第八 動產質權人於其質權消滅時有返還質物之義務

動產質權人爲擔保其債權，從債務人或第三人移交之質物而占有之，若其債權受完全清償，或有其他原因而消滅時，則無占有質物之理由，故應以質物返還於設定質權之債務人或第三人或此等人之代理人。（民法第八九六條）

第五款 動產質權之實行

實行動產質權之方法，與抵押權同，一爲拍賣，二爲取得質物之所有權，三爲拍賣以外之處分方法，依次分述如左：

第一 拍賣

債務已屆清償期而未履行時，動產質權人得拍賣質物，而以賣得金充償，且對於其他債權人有優先受償權利，是為動產質權之主要效力。惟拍賣程序，除在可能範圍內須預行通知出質人外，毋須依訴主張，然後基於債務名義而為強制執行。其處分質物方法，只須依拍賣法之規定，在拍賣法未公布施行前，得援用債編施行法第一四條，照市價變賣，但應經法院公證人警察官署或自治機關之證明。註一〇（民法第八九三條第一項第八九四條）

第二 取得質物之所有權

動產質權人於其債權清償期屆滿後，為受清償，得與出質人訂立契約，取得質物之所有權，以代清償，所以省拍賣之手續也。註一〇（民法第八九五條）此契約為代物清償契約，須在質權可實行時期訂立，若在債權清償期屆滿以前，約定屆期如不為清償即移轉物之所有權於質權人者，其約定無效，所謂民事不許流質之原則，為多數立法例所採取者。例如甲貸與乙百圓，使乙將其所有金錶一只交付於己，作為質物，同時與之約定，乙如屆期不歸還欠款，即以此金錶歸甲取得所有，此即流質契約，以違反法律之禁止規定，全然無效。立法本旨，蓋在保護輕率而無經驗之債務人，恐因一時急迫，以高價標的物，供低額債權之擔保，因其後不能清償即喪失物之所有權也。（民法第八九三條第二項）

流質契約，固為多數立法例所禁止，（德民第一二二九條 法民第二〇七八條 瑞民第八九四條 日民第三四）

九條）惟學說上則有反對之傾向，以其係毫無實益之干涉。蓋不惟當事人得依「買回特約」，再買賣特約「一附條件買賣行爲」或其他名義之法律行爲可達到同一之結果（註一）且質物之價格，漲落無定，在實際上，於債務人有益者，亦非無其例，如至債務清償期屆滿時，質物之價值降落，則負此危險者爲債權人而非債務人矣。故此項立法，是否合於現代事實，頗堪注目。

右所述之流質契約，依物權編施行法第一四條之規定，不適用於因商行爲而設定之質權以及質舖營業人之質契約，蓋將來對於此等事件，須有特別法爲之規定也。

第三 拍賣以外之處分方法

動產質權人於其債權清償期屆滿後，得與出質人訂立契約，用拍賣以外之方法處分質物，如用通常變賣方法以售出質物是也。其契約豫先訂定於債權已屆清償期而未爲清償時，得由質權人便宜處分質物者，其效力如何？在本法雖無禁止規定，然就第八九五條第八七八條之文義觀之，亦應與流質契約爲同一解釋。（參照日民第三四九條）

法法系之立法例，對動產質，多於一般方法外，另定特別實行方法。日本民法於此點亦從之。（法民第二〇七八條意民第一八八四條日民第三五四條）蓋因拍賣有繁複程序與費用，殊不經濟，故得依一定條件，逕以質物充償，可供立法上參考者也。

第六款 動產質權之消滅

動產質權因左列事由而消滅：

第一 標之物之滅失

質物滅失時，質權缺其存立所必要之目的物，當然歸於消滅，但出質人有對於第三人，由標之物滅失所生之損害賠償請求權者，依於物上代位法理，動產質權人得就賠償金上行使權利。（民法第八九九條）

動產質權有不可分性，故標之物一部滅失者，質權不消滅。

第二 第三者之原始取得

動產質權標之物上之權利消滅時，亦生質權消滅之效果，如第三人因添附或其他事由原始取得物之所有權時是也。

第三 沒收或收用

動產質權之標之物被官署沒收或收用者，其質權消滅。

第四 混同

動產質權與質物之所有權同歸一人時，原則上質權歸於消滅。（民法第七六二條）

第五 拋棄

動產質權爲財產權，從於財產權之本質，得拋棄之，因拋棄而歸於消滅。惟僅於不損害他人權利範圍內，得爲拋棄，如基於質權而爲轉質或與主債權共爲他債權之擔保時，自不得任意拋棄。

第六 主債權之消滅

動產質權爲從物權，以其主債權之存在爲其成立之前提要件，故主債權因於清償免除等原因而消滅時，質權亦歸於消滅。在債務承擔之場合，不過債務主體之更迭，並非權利消滅，故在原則上從屬於債權之擔保物權，並不消滅。惟出質人若非債務人，則除其對於新債務人之承擔已爲承認外，動產質權亦歸於消滅。（民法第三〇四條第二項）主債權因時效而消滅者，應注意民法第一四五條第二項。

第七 動產質權之實行

動產質權者實行其權利，賣卻標的物，或與出質人訂立契約取得質物所有權，或以拍賣外之方法處分質物，則已達於設定質權之目的，其質權歸於消滅。

第八 質物之返還

動產質權，以繼續占有爲要件，於動產質權成立後，質權人將質物返還於出質人者，其質權消滅。此所謂返還，即事實上交付標的物於出質人占有之意義，其交付原因在所不問，縱係將質物寄託於出質人託其保管，而保留其質權繼續存在者，亦屬無效。若不如是，第八八五條第二項之規定，等於虛設矣。註二（民法第八九七條）

第九 占有之喪失

動產質權以質權人喪失其占有不能請求返還而消滅，此其理由與前述（第八）同。所謂不能請求返還，即不能依第七六七條第九四九條第九六二條請求返還質物是。（民法第八九八條）

第二節 權利質權（即準質權）

第一款 權利質權之性質

權利質云者，質權之標的，存於所有權以外之財產之謂。蓋質權為一種物權，以直接行於有體物上為原則；惟質權之主要效力在於就質權受優先清償之一點，故質權人要在行使出賣人之處分權，即以質物之所有權移轉於第三者，而從第三者所付之對價，（金錢）受其債權之優先清償。就此點觀察，以有體物為目的之動產質權，不外以物之所有權為標的。所有權既得為擔保物權之標的，則所有權以外之財產苟有融通性與交換價格者，於其上設定質權以供債權之擔保，並不反於擔保物權之性質，且為適應社會經濟所不可缺之制度也。民法做多數立法例，於動產質外，認權利質，以之準用於動產質之規定，故以權利為標的之質權，可稱為準物權。（註一三）

第二款 權利質權之標的

凡財產權之有讓與性者，均得為權利質之標的，（民法第九〇〇條）惟其情形亦有不同，當為分述如左：

第一 物權

用益物權中之地上權、永佃權、典權，在吾民法之解釋上，不能爲質權標的；蓋此等物權均爲不動產物權，而吾民法以權利質準用動產質之規定，與此等物權性質不相容故也。民法既不認不動產所有權爲質權之標的，則不認其他不動產物權爲質權標的，亦可想見。在日本民法認質權有動產質與不動產質二種，其權利質中所謂準用之規定，（日民第三六二條第二項）卽謂以不動產物權爲質權之標的時，準用不動產質權之規定，故地上權與永佃權均得爲質權之標的。此中日民法不同之處，不可忽略者也（註一四）鑛業權、漁業權、承墾權依各該法令均爲準不動產物權，（參照鑛業法第一二條、漁業法第五條、土地法第一九七條）按之上開說明，自亦僅能爲抵押權標的，不得爲質權之標的。又地役權不得與需役地分離而爲其他權利之標的，已如前述，故亦不生問題。擔保物權中之抵押權與動產質權不得離其主債權而爲權利質之標的。留置權能否如一般物權有移轉性？向爲學說所爭論，若認其無移轉性，則亦不能爲權利質之標的。關於此點，俟後詳述之。

第二 債權

債權爲權利質之標的，爲實際上最通常之現象。大別之，爲普通（記名）債權與證券債權兩種，其附有擔保物權如抵押權或動產質權者，原則上有伴隨性，與主債權共爲權利質之標的，已如前述。

此所謂債權，不以金錢債權爲限，（註一五）其給付之標的有財產價格者固無論矣，卽不以有財產價格爲給付

標的之債權，亦僅因其性質上不得讓與者不得爲權利質之標的耳。

所謂不得讓與之債權，有種種：（一）法律上禁止讓與者，如依於執行法規禁止押扣之債權（第二九四條第一項第三款）非財產上損害（即精神上損害）之賠償請求權。（第一九五條第二項）（二）性質上禁止讓與者，如因委任、承攬、僱傭關係所生之債權，多係着眼於當事人本人之契約，在性質上不得讓與。因身分關係所生之請求權（如扶養費）亦同。不作爲之債務亦多無讓與性。（三）當事人意思禁止讓與者，（第二九四條第一項第二款）惟禁止讓與之特約不得對抗善意第三人。（註一六）（第二九四條第二項）

第三 無體財產權

無體財產權，如商號權，（商人通例第二〇條）商標權，（商標法第一四條修正商標法第十三條）著作權，（著作權法第一條）特許權，（吾國現時尙無特許法，惟有各種專章，如鹽商之引票，卽不外一種特許權，應參照商人通例第一四條）均得爲權利質之標的。

第三款 權利質權之取得

權利質之取得，亦可別爲基於法律行爲與法律以外之事實兩種，惟以當事人意思（契約或遺囑）而設定者爲常，故民法亦就設定行爲設有準則規定，茲爲分述如次：

第一 設定行爲之通則

權利質之設定，應依關於權利讓與之規定爲之。爲第九〇二條所明定，即不問何種權利，除設有次述特則外，均須依權利讓與之規定爲之。例如：普通債權質之設定，須依民法第二九七條通知債務人；記名公司股份之出質，須依公司法第一一七條於股票及股東名簿爲記載；記名公司債之出質，須依公司法第一八四條於債券及存根簿爲記載；商號權之出質，須依商人通例第二〇一條爲註冊；其他如著作權商標權之出質，須依各該法令爲註冊。（著作權法第一六條商標法第一八條修正商標法第一七條）是也。（民法第九〇二條）（註一七）

第二 設定行爲之特則

（甲）普通債權質之設定 普通債權質之設定，立法例有原則上僅以當事人之意思表示而生效力，毋須其他方式者。（參照日民第三六三條第三六四條第一項）吾民法則規定除依權利讓與之規定外，應以書而爲之，所以期慎重也。其債權如有證書者，（如存摺存單或借據）並應交付其債權證書於債權人，蓋以證書之占有，爲認識債權所在之標準，占有證書，即與占有債權相等。其無證書者，則無交付之可言。記名式之公司股份或公司債券，除依公司法第一一七條第一八四條辦理外，須交付股票或債券，亦屬當然。又依第九〇一條準用動產質之結果，不得使出質人代質權人占有，亦不待言。（民法第九〇四條）

（乙）證券債權質之設定 證券爲無記名式者，以之爲質權之標的，雖在證券上之權利，而不在證券；然證券與證券上之權利相依附而不可分，故設定無記名式證券質權時，應以動產質之以動產爲質物者同視，而將證券

交付於債權人。無記名式以外之有價證券，在學理上得分爲指示證券（或指定證券）與指名證券（或記名證券）兩種，前者得以背書方法而爲讓與，後者則不得以背書方法而爲讓與。然縱爲指名式證券，但爲流通證券，如票據、倉單、提單、載貨證券等，雖無指定文句，然若得以背書而爲讓與者，仍不失爲廣義之指定證券。總之，有價證券，又可分爲流通證券與非流通證券兩種，其區別之標準，即在能否依背書而轉讓爲斷。其得以背書方法爲轉讓者，則設定質權，亦須依此方式。又除背書外，並須將證券交付，亦不待言，蓋表彰財產之證券，其權利之利用與證券之占有，有極密切之關係，其證券上權利之移轉，必須有證券之移轉者也。（民法第九〇八條）

按無記名證券，即俗稱認票不認人之證券，吾民法雖不直認爲動產，然自權利之證券化觀察，殆可類推適用動產權利得喪變更之規定，則以此種證券爲質權之標的時，按之第九〇一條準用第八八五條，已無問題。得以背書方法讓與之有價證券（即流通證券）在民法及其他特別法多有規定（如民法第六一八條第六二八條第七一六條第一項票據法第二七條第一二〇條海商法第八九條）則依第九〇二條依各該法。關於權利讓與之規定爲之。其就此種證券設定質權，並應依背書方法爲之，亦爲當然之解釋。由此以觀，本條殊無規定之必要。況有價證券中亦有不得依背書方法而爲轉讓者，如記名公司股票記名公司債券是。（公司法第一一七條第一八四條）又有原則上雖得依背書方法而爲轉讓，然若有禁止背書讓與之記載，則失其流通性，必須依普通債權讓與方式爲之者，如票據提單等證券是。（參照第六二八條第七一六條第一項票據法第二七條海商法第八九條）

乃吾民法於有價證券一語概括之，一若概得以背書方法而設定質權，始欠明瞭。（註一八）

權利質除設定行為外，亦得依讓與行為而取得，惟不得與主債權分離而讓與權利質權，此為擔保物權從屬性之當然結果。

基於法律以外之事實以取得權利質權者，不外（一）繼承，（二）時效取得，（三）即時取得是也。因時效而取得權利質，在理論上雖非不能，（參照第七七二條）然事實上殊罕見。即時取得，亦僅於無記名證券有其適用。（參照第八八六條第九〇一條第九五一條）

第四款 權利質權之效果

權利質除有特別規定外，皆準用動產質之規定。（第九〇一條）如所擔保債權之範圍，（第八八七條）質權人應以善良管理人之注意保存為權利質標的之權利，（第八八八條）質權人得收取由該權利所生之孳息，以之抵充各債權，且應以對於自己財產同一之注意收取孳息並為計算，（第八八九條第九〇條）質權人於質權存續中得以自己之責任將其權利轉質於他人，（第八九一條）均為對於權利質之效力。

除上述者外，民法尚設有一般規定，即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為使其消滅或變更。換言之，即出質人之處分權應受限制，如拋棄其權利，或減縮其權利之內容，或延長第三債務人之清償期限，均與質權人之權利有重大關係，若未經質權人之同意，其處分行為，對於質權人不生效力者也。（民法

第九〇三條

質權以有價證券爲標的者，其附屬於該證券之利息證券，定期金證券，或分配利益證券，以已交付於質權人者爲限，其質權之效力及於此等附屬證券，蓋此等證券所代表之權利固爲從權利或孳息，在原則上爲主證券質權效力之所及；然證券上權利之行使，與證券之占有有密切之關係，故必須將此等證券交付於質權人，然後質權之效力始及於此等證券也。（民法第九一〇條）

第五款 權利質權之實行

第一項 債權質之實行

吾國現時尙無拍賣法，無拍賣債權之法規可資依據，（關於有價證券之拍賣參照補訂民事執行辦法第一四條）就實際言，除有價證券外，通常債權亦不適於拍賣，爲圖利便起見，應使質權人得直接索取爲質權標的之債權，以供自己債權之清償。（註一九所謂直接索取，即質權人不依收取之委任，逕對第三債務人請求給付是也。惟實行之方法，因所擔保之債權之清償期與爲質權標的之債權之清償期是否一致，而有差異。

第一 爲質權標的之債權之清償期先於所擔保之債權之清償期者

質入債權雖屆清償期，而質權人自己之債權尙未屆者，自不能向第三人債務人請求給付。惟爲保護其質權計，此時質權人得請求提存其爲清償之給付物，其給付物如係金錢，爾後質權人之質權存於提存款之上，若爲

金錢以外之物，其質權存於提存物之上，此點雖無明文，要爲當然之解釋。（民法第九〇五條參照舊第一次民草第一二五〇條第二項）又給付物不適於提存，或有滅失毀損之虞，或提存需費過鉅者，有第三三一條之適用。

第二 爲質權標的之債權之清償期後於所擔保之債權之清償期者

質權人自己之債權已屆清償期，而爲質權標的之債權尚未屆清償期，第三債務人無爲清償之義務，質權人欲行使質權，須待質入之債權之清償期屆時（註二〇）向第三債務人請求給付。給付物如係金錢，質權人僅得就其自己對於出質人之債權額爲給付之請求，此際即以收取之金錢，抵充其債權，視爲已受出質人全部或一部之清償。給付物若係金錢以外之物，質權人自對於其所受領之物上有質權（註二一）此際債權質即變爲物上質矣。（民法第九〇六條參照第一次民草第一二五二條第二項）

以上所述質權之實行方法，固於通常債權適用者爲多，但於證券質之場合，亦非全不適用。如以票據或指示證券無記名證券質入者，質權人得直接向票據義務人或證券義務人請求給付，惟證券上之權利有迅速行使之必要，縱其所擔保之債權尚未屆清償期，質權人仍得向證券債務人請求給付，此爲對於第九〇五條「必俟質權人自己之債權已屆清償期始得行使權利」之例外。又質權人如有預行通知證券債務人之必要者，並有爲通知之權利，而債務人亦僅得向質權人爲給付，蓋證券上之權利與證券有密切關係，限於證券持有人始有受領給付

權也。民法第九〇九條

第三債務人受質權設定之通知者，於其清償期屆至時，或於清償期前得為給付時，不問質權人之債權是否已屆清償期，亦不俟質權人之請求，自得由其清償以免遲延責任。^{註三}惟究應向出質人為清償？抑應向質權人為清償？不免有疑問。依理論言，出質人與質權人均有其所得主張之利益，似非對於質權人及出質人二人之共同不得為給付，（參照德民第一二八一條）而吾民法則規定其向任何一方清償以得他方之同意為已足，如他方不同意時，債務人應提存其為清償之給付物，嗣後質權人之質物，當然存於提存物或提存金之上。又給付物若不適於提存，或有毀損滅失之處，或提存需費過鉅者，有第三三一條之適用。其給付物有市價者，亦有第三三二條之適用。（民法第九〇七條）

關於有價證券質，因證券之種類不同，其行使之方法亦不盡一致，如上述之方法，有行情者（如公司股票國債票公司債券）得依強制執程序而為拍賣或變賣，（參照補訂民事執行辦法第一四條）以其賣得金而供清償。關於普通債權質之實行，除依前述辦法外，亦得依強制執程序，請求發追取命令或轉付命令，或依其他之方法而為執行，（參照補訂民事執行辦法第二二條第二三條）惟在吾民法無如日民法第三六八條相當之規定，質權人欲依強制執程序所定之方法為質權之實行者，以有執行力之債務名義為必要。

此外，於債權之清償期已屆至時，質權人亦得與出質人訂立契約，以取得出質人對於第三人之債權或取得

其有價證券以代清償（即受讓出質人之權利以代清償之契約）或用其他便利辦法以處分爲權利質之標的，（例如將有價證券向證券交易所爲賣卻）惟不許有流質契約，此爲第九〇一條準用第八九五條第八九三條第二項當然之結論也。

倉單、提單、載貨證券之質入，因係物權的證券，占有證券與占有物品有同一之效力，應解爲係動產質，其實行質權，亦適用動產質之規定。

第二項 債權質以外權利質之實行

債權以外之權利質，如爲附着於債權之擔保物權（如抵押權動產質權）自係從權利，其行使權利質權之結果，亦得拍賣擔保物或權利。其拍賣應依何種程序，參照抵押權與動產質權之說明。如爲無體財產權（如著作權商標權）其實行方法，並無直接規定，而民法債編施行法第一四條之拍賣，亦無可準用於此種權利，故祇得依強制執行程序爲之。（參照補訂民事執行辦法第二二條第一項第三款及第二四條第三項）

第六款 權利質權之消滅

權利質權因左列事由而消滅：

第一 爲質權標的之權利消滅

動產質因目的物滅失而消滅，權利質之標的權利若失其存在，則權利質亦消滅。例如以著作權商標權爲權

利質權標的者，此等權利消滅時（參照著作權法第四條第一四條商標法第一六條第一九條第二〇條）權利亦歸於消滅；又如質權標的係無記名式證券，證券滅失，依法不能依公示催告之程序宣告無效者（參照民法第七二八條）則其證券上權利消滅，權利質亦歸於消滅。（註二三）

第二 拋棄

權利質爲財產權，權利人得拋棄之，因拋棄而歸於消滅。

第三 混同

權利質之標的權利與權利質權同歸一人時，權利質權亦消滅；但在債權質之場合，質權人與第三債務人同爲一人時，質權並不消滅。例如：甲以所存銀行之存款單，向該銀行質借款項，該銀行爲權利質權人，卽就出質人對於其自己之債權設定擔保是也。押金或保證金之性質，亦與此同，前已述之。

第四 第三人之原始取得

第三人因時效取得爲質權標的物之權利時，則質權歸於消滅，惟在實際上，殊不多見，又在無記名證券質，因被盜遺失證券，第三人依於即時取得之法則而取得權利者，原有質權亦消滅。（參照第九五一條）

第五 主債權全部消滅（此點與動產質同）

第六 權利質權之實行（此點與動產質同）

此外，凡以有價證券爲質權之標的者，質權人如返還此等證券於出質人者，依第九〇一條準用第八九七條，解爲其質權消滅，但在有證書之通常債權，質權人僅以債權證書交還而未對於第三債務人爲撤銷通知者，不能認爲消滅。（參照第二九八條）

（註一）主債權說者，以質權爲質物所負之債務，債權人爲對於物之請求權，故凡取得質物之所有者，均負有清償該物所負之債務。殊不知由質物受清償云者，乃指權利行使之方法而言，若認爲對物請求，在法理上不可通，且亦違反事實。

（註二）依理論言，物權之客體以有體物爲原則，以有體動產爲標的者，稱爲質權，以權利爲標的者，應稱爲準質權。吾民法以動產質權與權利質權對立，已覺未妥，在法條上之用語，亦欠一致。（如第八八五條第八八七條第八九一條僅有質權字樣，而第八九五條以下則多聲明動產質權。）

（註三）當事人訂立契約爲確保債權履行豫先交付定額之金錢於債權人者，爲保證金，在習慣上，則有種種名稱，惟通例指承租人所交付於出租人者爲押金，其餘多稱爲保證金。

（註四）王去非採反對說，以質權成立同當占有質物，惟既生之質權，一旦離質物之占有，其質權仍不消滅，其與留置權不同者，即在於此云。（見所著民法物權論第二五〇頁）此在解釋日本民法第三五二條同屬圓滿，（係以繼續爲對抗第三人要件）但不能爲解釋吾民法之依據。於轉質場合，轉質人依間接占有，並不消滅質權，不可誤會。

（註五）本條第一項係一種避疑規定，其着眼點即在第二項不得使出質人代爲占有質物，若不然，第七六一條第一項似專指所有權讓與而言，殊失通則體例。（參照通則第二節第三款之說明）

（註六）本條第二項所謂不得使出質人代自己占有，即排除第七六一條第二項之適用。易言之，即出質人不得依租借寄託等關係而占有質物。（同旨趣見阿凌漢物權法論綱第一八八頁）學者有謂：僅係不得使出質人爲代理占有，如使第三人代自己占有，則屬無妨。

殊不思吾民法上之占有，僅有直接占有與間接占有之區別，並無如日民法設代理占有之規定，且占有既非法律行為，代理占有之名稱，自嫌失當。例如：出賣人已將其物寄託於他人，茲以其返還請求權讓與於買權人，以設定質權時，買權人即為受寄人之間接占有人，而所有人為質權人之間接占有人，此與代理占有觀念有別。（參照第九四一條第一次、民草第一二六五條第二項）

（註七）此所謂將來發生之債權，係指債務關係當時雖未存在，而對於其事實，有誘致力之客觀的事實已存在之謂，易言之，即有日後發生債務關係之可能是也。例如：監護人管理被監護人之財產與大管理妻之財產所供之擔保，有妨害占有之虞者為將來賠償損害所供之擔保。（此在日民第九三三條第八〇三條第一九九條有規定）皆不外為擔保將來發生之債權。此外，在習慣上最有適用者，即依信用契約而附借款最高限度，與一定期限，豫供一定擔保。例如：甲與某銀行約定，自某時起開始信用關係，在一年內，一萬元之限度內，隨時借款，而豫供擔保。此問題，即甲所供之擔保，究以甲實借一定金額日期始生效力乎？抑在為信用契約之日期即生效力乎？在日本所謂「根抵當」效力之問題，極有研究價值者也。

（註八）或有以質權之行使，僅在債務不履行時之賣却權，與抵押權同不生時效取得問題者。但質權人有收取孳息之權利，故可認其得因時效取得。

（註九）瑞民第八八七條規定轉質須有債務者之承諾。日民第三四八條因與第三五〇條用語互有抵觸，是否須得債務者之承諾學說不一。（註一〇）二十二年司法院院字第九八〇號解釋謂：「質權人因有民法第八九二條第八九三條所定之情形，得逕行拍賣質物，在拍賣法未公布施行前，自可依照債編施行法第十四條規定辦理。」

（註一一）買回特約者，即債務人以其與債權額相同之價金，出賣某物之所有權於債權人，而以此價金請求權，與買受人對己之債權相抵銷。惟附買回條款，在一定期間內，返還所受領之價金，而回復其所有權也。此項特約，無論是否以擔保為目的，苟合於第三七九條之規定，應為有效。

再買賣特約者，在成立買賣契約時，與上述附有買回條款之買賣方法同，惟未附買回條款，不能由出賣人一方行使買回權，僅係與

買受人爲再買賣契約之係約，出賣人得請求買受人與之締結本契約而已。此項契約，無論是否以擔保爲目的，在吾民法上亦無否認其效力之理由，蓋與流質契約形式不同故也。

附條件買賣者，卽於借債時，讓與標的物所有權於債權人，而附以清償之解除條件是也。此項契約，無論是否以擔保爲目的，在吾民法既認條件附法律行爲，自屬有效。

此外，尙有依信託行爲移轉所有權者，卽債務人以擔保爲目的讓與所有權與債權人，與之約定，讓受人卽債權人應負擔不以其物讓與第三人或爲其他處分之義務，於債權人爲清償時並應負返還其物於債務人之義務。此項契約，學說上多認爲有效。（參照胡長清民法總論第二二五頁陳克生民法通義總則第一八五頁）

（註二）出賣人與債務人各爲一人時，若將質物寄託於債務人，依民法之解釋，似不能爲消滅原因，惟在立法論，亦有疑問。

本條規定，係採德瑞法例（德民第一二五三條瑞民第八八八條第二項）依日本民法之解釋，則僅在質權成立時，出賣人不得保留占有而已，一經質權人爲標的物之占有後，再返還於出賣人者，在動產質並非消滅，不過不得對抗第三人。（日民第三五二條）

（註三）關於權利質之性質，有權利讓與說與權利標的說二種：讓與說以權利質卽以擔保爲目的而爲權利之讓與。如設定權利質必依權利讓與之規定，在債權質，質權人並得直接收取爲質權標的之債權。（參照民法第九〇二條第九〇六條）均足爲權利讓與之解釋依據，權利標的說以權利質與普通質僅其客體之不同，本質並無差別，蓋法律爲適應經濟上需要，於有體物爲物權標的外，以權利爲物權標的者，本不足異。如地上權永佃權典權以及其他特別法上之物權得爲抵押權之標的，足見在權利上不許有權利存在之觀念，在今日之法制已無存容之餘地，故不必認權利質爲權利讓與，卽令質物權須在有體物上行使爲本則，則以權利質爲例外，使受物權同一之待遇，亦無不可。中日之通說均採第二說。至權利質之設定，須依權利讓與之規定爲之，又在債權質，質權人得索取其債權，均係爲便宜起見，不得因此直視爲權利讓與也。吾人亦贊同此說。

（註四）同說見河凌漢物權法論第一九九條，異說見余鏡門民法要論物權第一三八頁，劉鴻漸物權法論第三一四條，王去非民法物權

論第二五九頁。

〔註一五〕第九〇六條謂：如係金錢債權，僅得就自己對於出賣人之債權額，為給付之請求。足見為權利質之標的之債權，不以金錢債權為限。

〔註一六〕禁止依背書為讓與之證券債權，有特別規定。（民法第七一六條要據法第二七條第一二〇條）惟僅係禁止依背書方式而為讓與，並非絕對不准讓與，故仍有民法第二九四條第二項之適用。

公司章程中如有記載禁止記名股份轉讓者，其效力如何？在公司法無規定，有謂可準用民法第二九四條第二項者，惟有反對之力學說。

倉單、提單、載貨證券均為物權的證券，若以此等證券為質權標的者，為動產質而非權利質。（參照第六一八條第六二九條海商法第八九條）惟為記名式或指定式者，如有禁止依背書而讓與之記載，則不得依背書而為讓與。無記名式者，既以交付而生效力，與動產質無異。（但吾民法不認無記名倉單，應注意及之。）

〔註一七〕本條為權利質設定之一般規定。所謂依關於權利讓與之方式為之，因民法上之權利與其他特別法規定之權利讓與方式，各不相同，自不可一概而論。詳言之，即其權利之讓與，應用如何之方式，則就其權利設定權利質亦應用如何之方式。至第九〇四條乃對於普通債權質之特別規定，即普通債權質之設定，除須依第二九七條辦理外，尚須訂立書據，並將原債權證書交付。而第九〇八條乃對於流通證券所設之特別規定，（其實第九〇八條亦可毋庸規定，其理由俟於後述之。）即就此種證券設定質權，僅依交付或背書方法為之。吾國學者有以第九〇二條僅為設定債權質以外之權利質之規定，一若凡普通債權概依第九〇四條，又不問其是否流通證券，概依第九〇八條而不適用第九〇二條，其見解殆誤。

〔註一八〕本條係倣德民第一二九二條第一二九三條為規定，然不若德民規定之明瞭。

〔註一九〕日民法第三六八條雖定有換價處分方法，然除依強制執行程序實行質權外，在民法上仍規定質權人之直接索取權。

(註二) 民法第九〇六條所謂質權人於其清償期屆滿時，自指質入債權之清償期而言，蓋質權人究不能取得較優於出質人之權利，而在出質人亦不能無端喪失其期限之利益也。惟余戲門與王去非之見解則有不同。余著謂第三債務人因喪失期限利益所受之損害，自得向出質人請求賠償（見民法物權要論第一四二條）王著謂質權人自己之債權已達清償期，然因為質權標的之債權尚未屆清償期，以此之故，使質權人不得行使權利，又使出質人藉此以免如期清償，豈非不公平之甚，故此時質權人應得主張自己之債權，向第三債務人直接索取。（見民法物權論第二六四頁）按其解釋本條質權人得行使權利之時期，係指質權人自己債權之清償期屆滿，而不問質入債權之清償期是否屆滿，殊難贊同。

(註三) 質權人於其所受領之物上有質權，僅於交付金錢以外之有體動產為目的之債權有適用，對於以不動產之交付為目的之債權，則無適用。在後之場合，質權人僅得依民事強制執行程序實行其權利。（參照補訂民事執行辦法第二二條第一項第二款第三條第二項）（參照橫田秀雄物權法第七六二頁）

(註四) 本條為保護第三債務人而設之規定，即第三債務人於得為清償或應為清償時，依其清償或提存而免其債務是也。若質權人之債權已屆清償期，已依第九〇六條向第三債務人行使權利，則第三債務人應向質權人為清償，毋須得出質人之同意，其為顯然。（參照德民第一二八二條第一項）又未為質權設定之通知者，依第九〇二條第二九一條第一項之規定，對於該債務人既不生效力，自仍得出質人為清償，故本條「其債權人受質權設定之通知」一語，亦無必要。

(註五) 公司因解散，股份消滅者，嗣後質權即存於分析餘存財產之權利上，因消除股份使股份消滅者，嗣後質權應存於出質人所得代價之上。

第八章 典權

第一節 典制沿革概說

典爲吾國特有之制度，求之外國法中，均無有與典制吻合者。此制起於何時？固難懸揣；然徵之古籍，往往與賣並稱，且其標的物不限於不動產。（註一）是就經濟上之效用言，無非因一時窘迫，轉而謀諸所有物，以所有而匡救其無，祇以當時法律思想淺薄，不知有所謂擔保物權與用益物權之區別，於是許受典人方面爲物之利用；又不知有所謂移轉占有與移轉所有之區別，於是典與賣往往混用，尤其在不動產契據上多爲不明之記載，律文亦典賣並稱。（註二）蓋當時之社會，交易尙未發達，重視物資而不重視信用，物之觀念實較諸債之觀念爲深，以爲囊內錢空無以治事之時，除將所有物出賣於人以求得對價外，殆無別法，復以不忍一時賣絕，乃有「回贖」「找價」之約定，美其名曰活賣，以形成此特殊之典權制度，殆非偶然。故從此制之起源考察，不能謂爲毫無擔保之作用，觀於大清律典賣律文載：凡典賣田宅不稅契者答五十，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答五十，限外遞年所得花利追繳給主，仍依價取贖，其年限雖滿業主無力取贖者，不拘此律云。既

以備價取贖爲原則。上業主應盡之義務，則與現行之典權係認回贖爲權利者迥然不同。又雍正十三年上諭有云：「至於活賣典業，乃民間一時借貸銀錢，原不在買賣納稅之例。」則典之發生銀錢借貸，亦可想見。其餘如以借貸而典質形諸詩歌以寫其窘態者，更不遑枚舉。不過當時社會觀念，重視物資，故在出典人方面多不願喪失所有權，而在受典人方面則希望取得所有權，對於典價多不爭執，凡因典而發生爭執者，卽爲所有權之所屬問題，而歷來法制亦卽側重此點。乾隆年間，以民間置買產業多有典賣契載不明之產，於是定例斷自乾隆十八年止，以前契載不明之產在三十年以上者，除註明回贖外，卽作絕賣，不許找價回贖，其在三十年內契無絕賣字樣者，仍准分別找贖。其後以典之關係若無期間之限制，非特於不動產之改良，多所妨礙，且因告贖而生爭執，糾紛益甚，於是戶部則例訂明民間活契當用房，其契載十年以內者，概不納稅，又規定嗣後典契年分，統以三五年至十年爲率，倘於契內多載年分，追交稅銀，照例治罪，又定明民人契典旗地，回贖期限，以二十年爲斷，如立契已逾例限，卽許呈契升科，不准回贖。大清律條例所載三款，以及民國四年頒行之清理不動產典當辦法第一條至第三條第八條之所規定，亦同此精神，卽一面限制回贖，一面嚴別典與絕賣之關係，而認典約爲取得所有權之一階段，於是典當之擔保作用不復存在，典與絕賣之區別，全在能否回贖之一點，在未回贖之前，認典主有使用收益之權。由是以觀，典權爲吾國特殊制度，實有其時代背景，卽在重農時代，民間重視物資之利用與得喪，而不置重其擔保關係之結果，若以典制之起源全無擔保作用存於其間，殆亦皮相之談也。

歷來法制大體認在典之關係上，業主應將標之物之占有移轉於典主，典主應支付一定之典價於業主。典之關係存續中，典主在其標的物上有使用收益之權，典期屆滿，業主有回贖之權利，典主不得拒絕其回贖，典期未滿，業主亦不得要求回贖。業主無力回贖者，許憑中公估找貼，另立絕契，若不願找貼，聽其別賣，歸還原典價。至重複典賣，例所禁止，自不認後所典賣之效力。（詳見大清律典賣田宅戶部則例田賦門置產投稅及清理不動產典當辦法）

吾國典與當與質亦多併稱，往往無所區別，惟律例中關於田宅規定，皆用典而不用當與質，差可以此決定用諸不動產者為典，用諸動產者為當或質。然典之一字亦有用諸動產者，如大清律費用受寄財產條例中所稱典當商，即以當舖或受質為營業者，而民國三年公布之典當業法，明定以典質物品為營業者為典當業。（見該法第一條）大可見典與質當二字無一定之標準，不過典之範圍較廣，在不動產只言典而不言當與質而已。

舊律中之動產典當，雖亦有擔保之目的與現行法之動產質相似，然其性質迥不相同，蓋在典當商須負擔物之危險，即因不可抗力而致物之滅失者，亦有相當賠償責任，至於回贖，亦為出當者之權利，非其償債之義務，故習慣有以當票出質他人者。（若以當票為設立質權之證明書據則不得以此出質）總之，在動產典當與不動產典當之起源殆出轍，祇以當時社會重視物資之利用與所屬，而不置重其擔保關係，乃形成此特殊制度，論者有以動產典當全然為動產質者，亦屬皮相之見也。

今日之社會，交易日趨頻繁，因工商業發達之結果，證券與流動資金成爲市場上所不可缺之要素，與重農時代以購置不動產爲唯一投資方法者迥異。故不動產典制，在吾國近頃雖尙普遍適用於農村，而於都市中，已無重要之意義。至於動產典當，在因商事而發生者，似有另訂單行法規之必要，關於舊律中之典當規定與現行法之動產質均不足適應其需要矣。

第二節 典權之性質

典權者，謂支付典價，占有他人之不動產，而爲使用及收益之物權也。茲依此定義，析明典權之概念如左：（民
法第九一一條）

第一 典權係以使用收益爲目的之物權

物權有用益物權與擔保物權之別，前已言及。民法爲避疑起見，直言其爲用益物權。（註三）所謂使用收益，非如地上權、永佃權有一定範圍。凡依物的性質而可達其目的者，典權人均得爲之，惟在實際上，典受土地則以耕作爲常，典受房宅，則以居住爲常，又在設立行爲上有特別訂定者，自應從其所定。

第二 典權係以不動產爲標之物權

民法上所謂不動產，指土地及其定着物而言，惟在實際上，則以典田地與房屋爲通常，其以他種定着物成立

典之關係者甚罕。有應注意者，土地與房屋固爲各別獨立之不動產，但土地與土地上之房屋均爲一人所有時，須以土地與房屋一併出典，是爲正則，若僅以房屋出典而自保留其土地，或僅以土地出典而自保留其房屋，或以房屋與土地分別典於兩人，在民法之解釋上，認爲不許者也。蓋如斯辦法，非但不能達典權人使用收益之目的，且至回贖權不能行使時，發生不易解決之問題，（註四）此亦與抵押權不同之一點。（參照第八七六條）

無房屋之土地（卽空地）得爲典權之標的，地上權人亦得以其所有建築物設定典權，因民法以建築物爲獨立之不動產也。此時地上權固不得爲典權之標的，然應推測當事人之意思，設定典權人係將地上權讓與典權人使用。租地權人借地權人因其租賃權借用權原則上不得讓與，故非得出租人貸與人之許諾，不得以其地上之建築物設定典權。（參照第四四三條第四六七條第三項）

物之一部，不得爲物權之標的，惟第七七九條規定之數人區分所有一建築物之情形，則得以建築物之一部設定典權。（民法第九一四條）

第三 典權係以標的物之占有爲要件之物權

典權以使用收益爲目的，如不移轉占有，則不能達此目的，故典權人必須占有標的物。惟典權人須占有標的物始能達其目的，與地上權人永佃權人相同，僅係權利之效力，乃民法以移轉占有爲其發生要件，（註五）殊有反於物權得喪變更之原則，蓋不動產物權僅以登記爲成立要件故也。（參照第七五八條）

第四 典權乃因支付典價而取得之物權

典權之設定，必須有價，此點與永佃權同，而與地上權異。惟永佃權之佃租，係永佃權成立後按期支付，乃使用土地之對價，而支付典價，則爲典權發生之要件，此其不同之點。典價之多寡，一任當事人之自由訂定，且不以金錢爲限，其他有價物，亦無不可。（註六）

以上爲說明典權之概念，茲再將典權與不動產質權與不動產買回契約不同之點，申述如次，以明典權之特質。

不動產質亦係以土地及定着物爲標的，且須移轉占有，惟其目的在爲債權之擔保，先於他債權人而受優先清償，故必須有債之關係爲前提而有從屬性。典權爲主物權，其權利自身，恆因物之關係而存在，非因別有他種法律關係而始發生典權人。至交付典價乃取得典權之要件，非如締結消費借貸契約，以作成一債權也。不動產質權人雖亦得爲使用及收益，惟須依於爲質權目的之不動產之用法而爲用益，例如以住宅爲工場，則非所許，非若典權人有廣泛用益權。又其收取孳息，係以之抵充利息或原本一部而省計算之煩，非如典權人之收取孳息乃爲其自己取得也。不動產質除占有標的物與得使用收益外，其餘與抵押權同，可準用抵押權之規定，故關於標的物之危險由出質人負擔，若其標的物因不可抗力而滅失，質權人仍得請求償還債務，而典權人則與物之所有人分擔標的物危險損害者也。

買回契約與典權發生後出典人之回贖權殆相類似，但買回係一種債權契約，僅當事人間有其效力，非如回贖權含有物權的效力。又買回契約乃保留契約解除權，行使買回權，僅在當事人間發生回復原狀之權義關係，在未回復原狀以前，所有權已移轉於相對人矣。典權係就所有物設定另一物權，出典人之所有權並未喪失，所謂回贖，祇在消滅典權而已。

第三節 典權之取得

典權之取得，得分爲（一）基於法律行爲，（二）基於法律行爲以外之事實兩種：

第一 因法律行爲而取得

典權以法律行爲而設定者爲極普通之事例，設定行爲，有爲契約者，有爲遺囑者，均須訂立書據，且非經登記不生效力。（註七）又典權有讓與性，典權人得以其典權讓與他人，有典權之讓與行爲時，受讓人取得讓與人同一之權利，是爲移轉的取得，其應訂立書據及登記與設定行爲同。

第二 因法律行爲以外之事實而取得

此可分爲繼承取得與時效取得兩種：（一）典權爲財產權，得依繼承取得，不待多言。（二）典權又得依時效取得，依本法第七七二條之解釋，自亦無疑義，惟典權之成立以支付典價爲要件，按其性質似難適用時效之原則。雖

有謂在事實上非無欲就甲之不動產取得典權而向乙支付典價者（如乙以甲之不動產盜典於人之場合）然依吾國習慣，以典與賣同視，在訂立典約時，必須交付老契，否則受典人不肯輕易交付典價，故上述事例亦屬稀見。

第四節 典權之期限

典權之期限，與通常所謂權利存續期間之觀念有別，例如：地上權或地役權訂有期限者，於其期限屆滿時，權利即消滅，而典權之期限，乃限制回贖權之行使。即典約訂有期限者，在其期限屆滿前，出典人不得向典權人回贖，於期限屆滿後，出典人不於二年內為回贖者，在此二年之中，其典權仍復存在，經過此二年，典權人即取得所有權，故所謂典權期限，僅從此點觀察始有意義也。

典權之期限，雖得依契約自由之原則，由當事人任意定之，惟法律為公益，設有限制之規定，約定期限不得逾三十年，逾三十年者，縮短為三十年。即設定典權期限，最長只以三十年為限，其設定逾三十年者，雖不以之全部無效，但應縮短為三十年，其超出部分無效。蓋若其期限過長，不但於經濟上之發展有礙，即束縛個人自由亦過甚，惟較之舊戶部則例及清理不動產典當辦法所定期限已較寬矣。（註八）（民法第九一二條）

按租賃期限，當事人得更新之，為本法第四四九條第二項所明定，在典約，於吾國有續典之習慣，自得許其更新。更新期限，亦只在法定最長期二十年限度內為之，但不以一次為限。

定有期限之典權，於其期限屆滿前，自不許出典人任意取贖。然亦非期限一經屆滿，必須即時回贖，在期限屆滿後尚有二年之猶豫期限或稱恩惠期限（參照第九二三條第二項）逾此期限，回贖權始歸消滅。又約定期限不滿十五年者，不許附有到期不贖即作絕賣之條款，縱附有此項條款，在法律上不生效力，出典人仍得於期限屆滿後二年內行使回贖權。蓋典價通常較典物之價格為低，如為時無幾即許其附加到期不贖即作絕賣之條款，於保護出典人未免過薄，法律設此禁止規定，殆與不許流質契約之精神相同也。（民法第九一三條）

約定期限滿十五年以上者，得附加到期不贖即作絕賣之條款，為本條反面解釋之結果無論矣，即不滿十五年之典約，立法本旨亦僅在不許當事人為先為此附款之約定，豫為拋棄其恩惠期限之利益，若於約定期限屆滿後，表示拋棄恩惠期限之利益者，似無否認其效力之理由。

第五節 典權之效果

茲就典權人之權利義務，說明典權之效果如左：

第一 典權人之占有及用益權

典權人須占有典物而為使用收益，此為典權之最要效力，其為如何使用收益方法，當事人有約定者，自應從其所定，否則即應依物之性質而定，然非如外國法上不動產質權僅得從擔保目的之用法為其使用收益，故如在

土地上建築房屋，或將宅地改闢田園，均無不可，惟不得加典物以足生永久損害之變更，亦所當然。又典權人既占有典物，應受占有規定之保護，且因與所有人處於同一地位，除受占有保護外，就其土地或房屋得排斥第三者之干涉，並有與所有人相同之物上請求權。此點雖法無明文，然應爲如斯之解釋。

第二 典權人得行使由不動產相隣關係所生之權利並負擔其義務

典權人所處地位於大地所有人同視，故所有人與相隣間之關係，自應準用於典權。(註九)（民法第九一四條）

第三 典權人之轉典權及出租權

典權人既就典物有使用收益權，則將典物轉典或出租於他人以達其收益目的，亦無不可，惟須具備次述要件：

（一）須在典權存續中 轉典者，乃法律賦與典權人處分他人所有物之一種權能，與動產質之轉質情形相同，不過一爲達收益之目的，一爲達供擔保之目的，故典權人僅得於權利存續中將典物轉典。至於轉租，本係一種債權契約，其權原不必爲物權，則在典權存續中得就典物與他人成立租賃契約，自亦不待明文者也。(民法第九一五條第一項前段)

（二）須無禁止之特約或習慣 當事人間有不許轉典或出租之特約或有習慣者，典權人不得轉典或出租，

惟違反此規定，其效力如何，應分別論之。對出典人自皆不生效，在轉典契約，因係物權行為，當事人間亦無效力；但在轉租契約，因係債權行為，出租人與承租人間仍係有其債權的效力。又法律上係以得為轉典或出租為原則，如有不許轉典或出租之習慣，應由出典人負責舉證，縱令有相反之習慣，而出典人對於典權人之轉典或出租已表示同意者，自亦發生效力。（民法第九一五條第一項後段）

（三）轉典或租賃之期限，不得逾原典權之期限，典權未定期限者，轉典或租賃亦不得定有期限。轉典之典價，不得超過原典價。轉典乃典權人基於原典權之處分行為，自不得超過原典權之範圍，故轉典之期限，不得超過原典權之期限。例如：原典權係至民國三十年一月一日屆滿，轉典權之期限不得展至民國三十年一月二日屆滿是也。原典權未定期限，出典人得隨時回贖，故轉典亦不得定有期限；又行使回贖權係以原典價之提出為限，故轉典之典價亦不得超過原典價。凡此限制，均恐有影響於原出典人之回贖權而設之規定。其實轉典權乃繼受取得權利。轉典權人所取得典權之範圍，不能較大於原典權，是為當然，故原出典人提出原典價向典權人行使回贖權使典權歸於消滅者，轉典權縱因期限未到或典價未齊亦歸於消滅而無可存在，此理由於轉質之事例相同。至於轉租本為債權契約，僅於當事人間有其效力，出典人向典權人行使回贖權使典權歸於消滅者，承租人並不能援第四二五條以對抗，本條於出租設有同樣限制，更嫌蛇足。（民法第九一五條第二項）

違反此規定，其效力如何亦應分別論之。轉典係物權行為，不能以為對於轉典人有效而對於原出典人無效，

故本條規定爲轉典之效力要件，可無疑也。所生問題者，此項轉典契約，究全部無效乎？抑僅逾越範圍之部分無效乎？或以從立法禁止之目的觀之，僅就逾越之部分無效爲適宜者。要之，係當事人意思解釋之問題，若當事人有除去該部分亦可成立之意者，則從之，否則全部無效。至於轉租因係債權行爲，違反上述規定，亦僅對於出典人無效力，而在出租人即典權人與承租人間仍保有其債權的效力者也。

與轉典或出租情形有異者，即僅使第三人爲事實上之使用收益，例如以典屋容留賓客居住者，則爲其典權應有之權能，自與轉典或出租不同。

典權人於其權利存續中得將典物轉典或出租，固有其選擇之自由，惟若爲出租後可否再爲轉典，使轉典權人向承租人收取租金以成其利益權乎？在吾民法之解釋或有從消極說者，蓋典權契約以移轉占有爲要件也。然此際可依移轉間接占有辦法，使次典權人爲承租人之間接占有，（參照第九四六條）並無違背。惟承租人與次典權人間之關係，是否當然援用第四二五條以繼續，則不無疑問。竊以轉典與讓與典權不同，如後所述，故不能認轉典人與承租人之關係當然由次典權人繼受，且與第四二五條之文義亦有未符，惟此際不妨依其特約由轉典人將對於承租人之租金請求權及其他權利讓與於次典權人行使，以全其效用，而使轉典人即出租人與承租人之關係仍復存在。又出典人向典權人承租，亦無礙典權之效用，此點已有解釋例。（註一〇）

對於合法之轉典或出租效力，民法尙設有規定，即典權人對於典物因轉典或出租所受之損害負賠償責任。

蓋典權人爲轉典或出租後，其與出典人之契約關係仍存續如故，因轉典或出租所生之損害，自應由典權人任其責。出典人有無故意或過失固非所問，惟必以次典權人或承租人應負責之事由所生之損害爲限，始應負責，若無歸責於次典權人或承租人之事由，僅因不可抗力所生之損害，則不負責任，故本條規定之責任，與第四四四條第二項相同，而與第八九一條有異，此可比照各該規定而得明瞭也。（民法第九一六條）

第四 典權人之處分權

典權爲無專屬性之財產，自得由典權人任意處分之，或以之爲讓與之標的，或以之爲供債權之擔保，（參照第八八二條）均無不可。在讓與行爲，與轉典不同，即前之場合，典權人脫離關係，由受讓人繼承其地位，不但典權人與出典人之關係由受讓人承受，即典權人與次典權人或承租人之關係亦由受讓人承受，故有出租者，承租人得按用第四二五條之規定以對抗受讓人。蓋典權人於出租後將其典權讓與他人與物之所有人於出租後將其所擁有權讓與他人之情形正復相同，至受讓人如因有轉典權或租賃權之存在致不能達其直接使用收益目的，則爲讓受人與讓與人間之法律關係，應另行依法解決。總之，在轉典或出租後，亦得以原典權爲讓與之標的也。（民法第九一七條）

典權爲物權，依其支配力，在受讓人取得典權，當然有與舊典權人同一之權利內容，而本條第二項之規定，殊不必要，且易使人誤解典權爲對人請求權，極爲不妥。（參照柯凌漢著物權法論綱第一五九頁）

典價係典權取得之要件，讓與人讓與典權無保留典價之可言，惟當事人間如有特約，須由讓受人將以後所得取回之典價歸還於讓與人者，則爲債權契約仍有其效力。

出典人與典權人間有禁止讓與之特約或有不得讓與之習慣者，其效力如何？（參照第八三八條）亦待研究，或有從第九一五條第一項後段規定不得轉典之效力觀察，爲解釋之依據者。然轉典係法律賦與典權人得處分他人所有物之一種特別權能，若有禁止之特約或習慣，而違反之，則屬無權處分行爲，不生效力。而讓與典權或以之設定擔保，本屬典權人應有之權能，故在設定行爲上有限制者，除此特約爲登記事項外，絕不應認其對於第三人之效力。（參照土地法第二〇條不動產登記條例第一〇〇條並未規定此爲必要登記事項）若違反之，僅爲典權人對於出典人之責任而已。其有相反之習慣者，本條既無規定，亦不應與地上權爲同一解釋。（參照第八三八條後段）

典權人不但得以其典權讓與他人，若就土地設定典權，典權人於土地上有建築物工作物或種植物時，典權人就其地上物亦有處分權。典權人將其地上物讓於他人時，其典權是否當然移轉？要應解釋當事人意思定之，然若作爲不動產之讓與，此時亦應推測當事人之意思，謂係將典權一併讓與，使讓受人不必撤去地上物以全其經濟效用。反之，若當事人間有特別意思表示，僅以爲債權之標的，則典權自不必隨其移轉。關於此點，與地上權之理論同。

第五 典權人之典物先買權

出典人於設定典權後，僅其所有權受有限制，而對於典物爲法律上處分之權能，除與典權有抵觸者外，則不受何影響，故出典人仍得以物之所有權讓與他人，即典權人之典權亦不因所有權之讓與而生變動。（民物第九一八條）註（一）惟典權從其過期不得回贖之一點觀之，斯爲所有權之取得階段，典權人希望取得典物之所有權，尤爲重農社會一般人之心理，故出典人於典權存續中，欲將其所有權讓與他人者，莫若使典權人讓受其所有權，較爲利便。因此，法律許典權人有留買之權，即典權人聲明提出同一之價額留買者，出典人非有正當理由，不得拒絕。（民法第九一九條）

典權人行使此權利，須對於出賣人聲明提出同一之價額，已如前述。所謂同一價額，指出賣人要求之賣價而言乎？抑其相對人所提出之買價而言乎？就文理言，當指一方所提出之價額經他方接受者而言，蓋「同一」字樣，必有確定之價額在先，以之爲標準者也。惟如斯解釋，則事實上須待出賣人與第三人成立買賣契約後，始可由典權人行使留買權，非特與所謂先買權之本質不合，且因此而使出賣人與其爲第一次訂立買賣契約之相對人間多一層糾紛，或使該第三人失其契約上之權利，或使出賣人對之負不履行之責任，殊非維持公平之道。故典權人聲明留買之時期，應在出典人與第三人買賣契約未成立以前，即出典人以將出賣之事由通知於典權人或典權人知悉其將爲出賣者，提出一適當價額向出典人爲留買之意思表示。如其所提出之價額即出典人所要求或希

望之價額，則雖不適用本條，亦無問題。如出典人以其所提出之價額不相當而爲別賣者，如第三人不能提出超過典權人聲明之價額，則仍應由出典人留買；如第三人提出超過典權人所提之價額或爲出典人所希望之價額，而典權人於此時亦聲明提出與該第三人相等之價額者，亦應由典權人留買。要之，在法條上殊嫌過於簡略，例如既認典權人有先買權，則應規定出典人有通知典權人之責任是也。（註二）

典權人縱提出同一之價額而爲留買之意思表示，出典人如有正當理由者，仍得拒絕，其舉證責任當在出典人。惟所謂「正當理由」亦頗不易說明，蓋典權人既提出所謂同一價額，顯出典人何不賣於典權人而必另賣？事實上在出典人容或其苦衷，而在法律上則不能以其內心的苦痛視爲正當理由之一部。依愚所信，當以不害及出典人之利益爲限，蓋典權人行使留買權，要在不損害出典人之限度內爲之，否則近於權利之濫用，違背誠信之原則者也。例如典物附有買回條款，或再買賣豫約，或在出典前已與他人訂立買賣預約，均足爲正當理由，蓋於此等場合，若必須由典權人留買，則出典人對於他人應負契約上之責任而爲損害賠償者也。又若出典人以其地方習俗出賣產業須儘親族承受，則不足爲正當理由，因此等習慣，有礙公共秩序也。

典權人行使先買權，須出典人欲出賣其物之場合，如出典人無償讓與其物於他人（遺贈或贈與）自不容典權人留買，但在法條字句上，殊嫌籠統。又在宣告破產或依強制執行程序而爲拍賣之場合，既非由出典人之意思爲出賣，則典權人亦無對於出典人主張先買權之餘地。

本條規定典權人如提出聲明，提出同一之價額留買者，出典人非有正當理由，不得拒絕，是明認典權人之先買權爲對於出典人之權利，依其性質爲請求權，即請求出典人與之訂立買賣契約之權利也。故出典人如違反之，例如：不通知典權人，或不顧典權人提出之同一價額逕與第三人成立買賣契約，則爲出買人之責任問題，或向其請求履行或賠償損失，但出典人與第三人之契約若已爲物權契約（所有權之移轉登記）則祇能向出典人請求不履行之損害賠償，蓋先買權既無物權效力，不得據以對抗第三人也。（最高法院上字三六二三號判例）

第六 典權人之重建修繕權

典權存續中，典物因不可抗力致全部或一部滅失者，典權人原則上得於滅失時滅失部分之價值限度內爲重建或修繕，俾得繼續達其使用收益目的，此於出典人並無不利，故毋須取得出典人之同意，若超過此限度而爲重建或修繕，則因本法有出典人於回贖時負償還義務之規定（參照第九二七條）恐因價值過鉅有增其負擔之影響，故必經出典人之同意，始得爲之。（民法第九二一條）

所謂典物全部或一部滅失，就得爲重建或修繕之意義觀之，自指出典之建築物而言，註一、三於土地有滅失時，不生此問題。建築物全部滅失時，得爲重建，一部滅失時，得爲重建或修繕。出典人以其建築物及土地同爲出典，僅其建築物滅失而土地尚存在者，縱謂爲全部滅失，在理論上，亦無不常（註一四）

典物非因不可抗力而滅失者，是否有本條之適用？不無疑問。竊以立法目的係在不害出典人之利益範圍內，

許典權人得繼續用益其所重建之典物，殊無區別其滅失原因之必要。在非歸責於當事人之事由（如因歸責於第三人_一之事由致典物滅失時）典權人應有同一之權利無論矣，即令係歸責於出典人或典權人之事由而發生者，亦未嘗不可由典權人重建修繕。蓋本條係緊接第九二一條，若以原則論，典權殆歸消滅或減縮範圍，而於本條設此例外者，爲使典權繼續存在，典權人得達繼續用益之目的故也。惟非因不可抗力而滅失者，典權人爲重建或修繕後，是否有第九二七條後段之請求權？則應分別情形論之。

（一）因歸責於第三人_一之事由而發生者 此時出典人與典權人均得向該第三人請求損害賠償。（參照第一八四條）典權人於得受損害賠償之限度內無請求權。例如：典物全部價值一萬圓，典價爲五千圓，因第三人之行爲致全部滅失者，應賠償出典人與典權人各五千圓。（此際回贖權與典權均消滅，出典人已收典價五千圓，其實際損失僅五千圓，典權人之損失即典價五千圓。）此際典權人爲重建，如前所述不得超過一萬圓之價值；但典權人已受賠償額五千圓，故行使第九二七條後段之請求權時，應扣除前受賠償之數。

（二）因歸責於出典人之事由而發生者 此際典權人得依第一八四條向出典人請求損害賠償。典權人於得受損害賠償之限度內無請求權，其理由與（一）同。

（三）因歸責於典權人之事由而發生者 此際出典人得依第九二二條向典權人請求損害賠償。典權人既另負有賠償責任，則爲重建或修繕使出典人受益者，仍有第九二七條後段之請求權。

吾國舊律關於典產滅失其損害由何人負擔，以及關於重建等事均無規定，僅大清律例彙輯便覽內輯註乾隆十二年之例載：典產延燒，其年已滿者，聽原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，年滿仍依原價加四取贖。（中略）其或被火延燒原業兩主均無力起造，所有地基公估售價，償還業主三股之一等語。是亦認典主有重建權，且認業主對於重建費用有酌量償還（即加四）之義務。

第七 典權人之費用償還請求權

典權人就典物支出之費用，約分三種：一爲必要費用，即物之保存上所不可缺之費用。例如：普通修理費用。二爲通常有益費用，即增加物之利用價格所支出之改良費用。例如：在建築物爲相當之裝飾，在土地所施之肥料。三爲特別有益費用，即因典物滅失而重建或修繕之費用。關於第一種之費用，理論上應由典權人負擔，因典權人既爲有益典物之權利，自應負擔此項費用。關於第二種費用，若依前述之理由及就典權與地上權永佃權相較，亦應由典權人負擔爲是，乃吾民法於地上權永佃權均無由設定人償還此項費用之規定，獨於典權內規定典權人有償還此項費用請求權，殊失權衡。至第三種費用，如係因不可抗力之原因而滅失，由典權人爲重建或修繕者，自應於回贖時，於現在利益之限度內，請求出典人償還；若因歸責於第三人或典約當事人之事由而滅失，由典權人重建或修繕者，其請求償還費用之標準不一，已如前述。（民法第九二七條）

第八 典權人保管典物之義務

典權存續中，典權人負保管典物之義務，至爲此保管，應以善良管理人之注意爲之；若違反此義務致典物之全部或一部滅失者，典權人負其責任。惟其責任以典價額爲限度，即賠償責任之最大限度，不出典價額之範圍。蓋依通常情形，典價至少爲典物價值十分之五，即出典人之損失超出典價額之限度者極少。例如：典物價值一萬圓，典價爲五千圓，縱令全部滅失，除已得典價五千圓外，其損失亦不逾五千圓，則由典權人賠償五千圓爲已足；（如爲一部滅失，則比例遞減之。）如出典人所受損失，超出典價之限度者，則或因原典價過低，或因典物價值暴漲，多屬例外情形。法律使典權人僅於原典價限度內負其責任者，（即以原典價額爲標準）爲免當事人計算糾紛之一種便宜規定也。故若因典權人之故意或重大過失致典物之全部或一部滅失者，則加重其責任，如損失超出典價額之限度時，仍須由典權人就其不足之數負賠償之責。（註一五）（民法第九二二條）

因典權人轉典或出租或使第三人爲事實上之使用之結果，（即第三人之故意過失）致典物之全部或一部滅失者，不問典權人有無過失均應負賠償責任。（第九一六條）惟出典人已受第三人之全部損害賠償者，則不能復向典權人請求。典權人對於出典人爲賠償者，亦有代位權之適用。（參照第二二八條）

典權人負賠償責任，以典物之全部之一部達於滅失之程度而言。若依物之性質而定之方法爲使用收益，致有變更或毀損者，則爲典權人使用收益當然之結局，自不負賠償責任。惟典物滅失，多爲建築物被火之事例。在租賃契約，有減輕承租人責任之規定，（參照第四三四條）在典權不能爲同一解釋。蓋除火燒外，典物滅失事例甚

少，若猶減輕責任，則第九二二條之原則規定不免踏空矣。

第九 典權人返還典物之義務

典權人既占有典物，則於典權消滅之際，應將典物返還出典人。（此所謂消滅之際，指出典人回贖或典權人拋棄典權一類事項而言，若因標的物滅失或典權人依一定事由取得所有權時，自毋庸返還。）返還之客體，為典物之原狀，惟因依物之性質而定之方法為使用收益，致有相當之變更毀損，不能回復原狀時，不為認為違反義務。至典物於原狀外，更有自然的或人為的增加者，其應於此狀態返還，亦不待言。又典物為土地，典權人在土地上設置工作物或有竹木者，其情形與地上權消滅之際無異，應類推適用第八三九條第八四〇條第一項之規定。

第六節 回贖權

典權因出典人行使回贖權而歸於消滅之場合較多。民法就回贖亦設有相當規定。惟關於回贖權之性質要件及效果，均有待說明。茲為分述如次：

第一 回贖權之性質

回贖權為所有權出典後之一種效力，即所有人提出原典價向典權人消除典權之單獨行為。按其性質為形成權，以回贖權人之一方意思為之，不必經典權人之同意也。回贖權既為所有權出典後之一種效力，而具形成權

之意義，自不能與所有權分離而獨立移轉，而在讓與所有權時，其回贖權亦移轉於受讓人矣。受讓人取得所有權後與出典人立於同一地位，若行使回贖權，須向典權人提出典價。其與讓與人即出典人之關係如何，要另行依法解決，不得據以對抗典權人，徵之第九一八條之規定甚明。

第二 回贖權行使之要件

回贖權雖爲一方行爲，不須相對人之作爲；然尙不能如一般契約之解除，只須向相對人爲意思表示爲已足。除意思表示外，法律更定行使之要件如次：

(甲)須於一定期限內爲之。定有期限之典權，回贖權人須於期限屆滿後二年內回贖。未定期限之典權，回贖權人固得隨時回贖，但須在出典後之三十年以內爲之。有回贖權人空過此期限而不回贖者，則回贖權消滅。

(民法第九二三條第九二四條)

約定期限不滿十五年者，在設定行爲上不得附有到期不贖即作絕賣之條款，故回贖權人仍得於期限屆滿後二年內爲回贖。其期限滿十五年以上者，自得附加到期不贖即作絕賣之條款。如附加此條款，似回贖權人須期滿即時回贖，否則喪失所有權。惟亦須留相當期間，其標準當依交易上必要情形定之，以符誠實信用之原則。

無論典約是否訂有期限，若典物爲耕作地，行使回贖權，應於收益季節後，次期作業開始前爲之，以維護典權人之利益。此與第四六〇條之命意相同。若爲耕作地以外之不動產，亦應於六個月前通知典權人。(民法第九二

五條)

定有期限之典約，在解釋上得爲更新，已如前述。在未定期限之典約，若自出典日起算已逾三十年者，則不問其間有無加典續典情事，概不得回贖，爲判例所明示。（見最高法院二十一年上字第二三四號判例）惟對此項判例，亦有疑問。

(乙)須提出原典價 支付典價，爲典權成立要件；而退還典價，則爲回贖要件，若回贖權人不以原典價回贖，典權人自仍得行使典權，進而取得所有權也。此所謂原典權，大體指同種類數量之物而言，蓋典價之支付，通例移轉該物之所有權於出典人，許其消費，而於回贖時以同種類數量之物返還，非必爲原給付物也。惟當初係以金錢以外之代替物交付者，此時如提出與原給付物價值相同之金錢，亦無不可。其約定時係以特定物爲典價者，可予以價值相等之他物返還，則屬當事人之意思解釋問題，不過在事實上以特定物爲典價之例亦罕見。

吾國舊法例有認一定情形下由回贖權人加價取贖者。即典物爲田地，經典主管領耕種滿二十年，現時地價確有增漲者，原業主於回贖時，除備原典價外，應加價收贖。（清理不動產典當辦法第六條）然出典人將其不動產出典，並未喪失所有權，典物價格之增漲，與當初給付之典價無關，殊無令出典人加價回贖之理由。現行民法不採此辦法，甚爲允當。

又依舊法例，關於典物滅失，採分擔損失主義。其分擔標準大體上，係典物滅失（指建築物）未爲重建者，業

主依照原典價減半取贖。如滅失原因出於典主之故意或過失者，則由何造負擔損失？如分擔損失，其標準如何？就具體事件審究之，或全由典主負擔損失（如重大過失或故意），聽業主不付典價消滅典權，或由業主以原典價四分之一，或三分之一取贖（如普通過失或輕過失）。此其分配亦頗適於公平。（參照前開大清律例彙輯便覽內輯註乾隆十二年之例及前大理院四年上字第六五三號上字第一七六〇號五年上字第一〇四〇號判例）故回贖典物，原則上雖應以原典價回贖，惟典物有滅失時，而其滅失原因，係出於不可抗力或典權人之過失者，均得減價取贖。現行民法略師其意，設有下列分擔損失之規定。

(1) 典物全部滅失者 此際典權與回贖權均消滅。（民法第九二〇條第一項）

(2) 典物一部滅失者 此際出典人就餘存部分為回贖時，得由原典價中扣減典物滅失部分滅失時之價值之半數以行回贖，但以扣盡原典價為限。例如：典物為房屋一所，典價為二千圓，假定滅失二分之一，在滅失時滅失部分價值為二千圓，則回贖權人得由原典價中扣減半數，以一千圓回贖。若在滅失時滅失部分價值為四千圓或五千圓，則以扣盡原典價為止，即不付典價以取贖。（註一六）（民法第九二〇條第二項）

此所述減價取贖辦法，不外使雙方分擔損失，故以典物一部滅失之原因出於不可抗力者為限，在法律上文義至明。若其滅失原因，有歸責於典約當事人或第三人之事由者，法無明文，似應分別情形論之。

(A) 因歸責於第三人之事由而一部滅失者 此際出典人與典權人均得向該第三人請求賠償。第三

人之賠償如爲回復原狀，則兩造均無損失，自不得主張減價回贖。若以金錢賠償兩造損失，則仍適用上述減價回贖之規定。蓋減價取贖，原爲分擔損失，其所分擔之損失，自得另向侵權行爲之第三者請求賠償也。如前述之例，典物全部價值四千圓，滅失部分二分之一價值爲二千圓，全部典價亦爲二千圓，依前述減價取贖辦法，出典人與典權人各損失一千圓。（典物全部價值四千圓，出典人已收典價二千圓須以一千圓贖回餘存部分，故其損失爲一千圓。典權人損失典價一千圓。）即各以其所受損失之數，向該第三者請求賠償。

（B）因歸責於出典人之事由而一部滅失者 此際典權人固得向出典人請求損害賠償，然其所受實際損害，大部分爲因分擔損失之結果，故莫如逕認出典人不得減價回贖。若典權人尙有其他損失，仍得請求賠償，如在典權存贖中，原典物一部滅失致典權人另向他人租賃增加費用，其適例也。

（C）因歸責於典權人之事由而一部滅失者 此際典權人應依第九二二條負其責。出典人既有對於典權人之損害賠償請求權，自不得主張減價回贖。惟在實行回贖之時，尙未受全部或一部分之賠償者，得就典價中扣抵耳。

以上所述典物一部滅失影響於典權與回贖權之範圍者，係指不能回復原狀典權人不依第九二一條爲重建修繕者而言，若典權人爲重建或修繕者，其典權存續如故。（參照第五節說明）出典人日後重建之典物爲回贖，依第九二七條僅於回贖時現存利益限度內負償還費用義務，則不得主張援第九二〇條第二項減價回贖。因

重建修繕之費用，係由典權人墊支，且於回贖時，僅於現存利益限度內得請求返還，則典權人已負擔一部損失在內也。(註一七)

第三 回贖權之主體及其相對人

行使回贖權者，通例爲出典人，然出典人以典物之所有權讓與他人者，受讓人亦有回贖權，已如前述。回贖係對於典權人爲之，所謂典權人不限於最初取得典權人，卽由原典權人受讓典權者，有回贖權人亦得向其回贖。在轉典場合，典權人與出典人之關係並未終了，有回贖權人自仍得向轉典人取贖，由轉典人負責向次典權人贖回。惟依歷來判解例，許回贖權人得逕向次典權人取贖，按之回贖權爲所有權出典後之一種效力，自應爲如是解。(註一八)

第四 回贖權之處分

回贖權亦爲財產權，自得依回贖權人之意思向典權人表示拋棄。回贖權因拋棄而消滅，惟其拋棄，須在何時爲之？不無疑問。竊以爲典權不定期限者，經過三十年，回贖權卽已消滅，應解爲在出典後三十年內不論何時均得拋棄。若典權定有期限而其期限不滿十五年者，按之第九一三條之法意似不認於期限屆至前爲拋棄之效力，故須在期限屆滿後之二年內爲拋棄。但此種見解，係將回贖權之拋棄與恩惠期限利益之拋棄混爲一談。法律係禁止豫先拋棄恩惠期限利益耳。若於出典時卽拋棄回贖，則爲出賣而非出典，並無不合，則於典權存續中，拋棄其回

贖權，亦無否認其效力之理由。故應解爲不論典期之長短，在典權存續中得爲拋棄。但在有轉典之場合，原出典人若未向典權人爲拋棄者，轉典人不得向次典權人拋棄，蓋轉典乃基於典權之處分行爲，自不得超越其典權範圍也。

第五 回贖權之效果

行使回贖權之效果，在消滅典權，而回復其所有權之圓滿支配權，故有物權的效果。非如買回權僅生債權的效力，即僅於當事人間發生回復原狀之債權債務而已。比爲回贖權與買回不同之一點。

除上所述者外，尙有待討論者，即回贖權得分割行使否？或以爲在習慣上對典物得分別回贖，而典權亦無不可分性，以爲肯定解說。（參照劉鎮中《中大民法物權講義第一九二頁）竊以典權非如地役權爲不可分云者，係就典權人得劃分典物範圍分別行使而定，（如其有人就其典物分割範圍而爲使用收益）至權利之本體不許分割，即不許爲部分的得喪，蓋爲一切物權之所當然。茲若許回贖權得分別行使，是無異使典權爲部分的喪失，且妨害典權人之整個的使用收益權，故信以採否定說爲當。（註一九）

第七節 典權之消滅

典權因左列事由而消滅：

第一 回贖

有回贖權人實行回贖，則典權歸於消滅。

第二 典物全部滅失

典物全部滅失，則典權與回贖權均消滅。

若僅一部滅失，有回贖權人仍得就餘存部分爲回贖，則不過典權與回贖權減縮範圍，並非一部消滅。註二〇

（民法第九二〇條第一項）

典物因不可抗力以外之原因而全部滅失者，無論因歸責於第三人或歸責於出典人或典權人之事由，典權亦當然消滅。至發生損害賠償，乃另一問題。由此以觀，民法第九二〇條第一項殊無規定之必要，僅就一部滅失得爲減價回贖之情形規定已足。又無論全部或一部滅失，典權人已依第九二一條爲重建或修繕者，典權亦不消滅。

第三 逾期不贖或拋棄回贖

有回贖權人逾法定期間而不回贖，或拋棄回贖權者，典權人依第九二三條第二項第九二四條規定取得所有權，原則上典權自亦消滅。此亦混同之一例。但有注意者，得轉典之期限，如短於原典權之期限者，依第九一五條第二項之解釋，並不違法。縱使轉典之期限先屆至，因轉典人逾期不行使回贖權，次典權人尙不能依第九二三條第二項取得所有權，須待原出典人或典物所有權之受讓人逾期不爲回贖，始可取得所有權。蓋次典權人不能取

得超越於轉典人之權利，爲繼受取得之當然結果。又因逾期不贖而取得所有權，其所取得之所有權，與原典權有傳統關係，其當初之典權既因設定行爲而生，則取得所有權亦爲繼受取得，須依第七五八條爲登記。縱令有時效取得者，依第七六九條第七七〇條，亦須登記後始取得所有權。在未登記前，尙不能認爲原所有權消滅也。（註二）

第四 找貼

典權存續中，出典人表示讓與其典物所有權於典權人者，典權人得按時價找貼，取得典物所有權。因找貼結果取得所有權時，依前述混同之法理，典權原則上亦消滅。（民法第九二六條第一項）

找貼係爲典權人便宜而設之規定。蓋典權人原欲取得典物所有權，且將典物讓與他人後，使典權繼續存在，未免繁雜，不如逕使典權人取得所有權，較爲簡捷。故法律於典權人行使先買權外，復設找貼之規定，其用意正同。

找貼辦法雖與先買權同爲便宜典權人而設之規定，然學說上不認此爲典權人之權利，因須待出典人對於典權人表示讓與所有權之意思，典權人始得按時價找貼，非可由其一面意思爲找貼也。易言之，係出典人與典權人爲移轉所有權之契約，且爲實踐契約者也。（參照柯凌漢物權法論綱第一六五頁劉鴻漸物權法第二五六頁）然權利之移轉，本得依契約之自由，而法律特就此規定，亦殊無謂矣。本條規定，蓋有其沿革理由，即依舊法例，出典人於喪失回贖權後，仍有請求找貼之權（即告找）（大清律典賣田宅條例戶部則例旗民交產清理不動產典當辦法第三條）而於現行法則不認出典人有告找之權利。惟出典人對於典權人爲讓與之表示者，典權人得爲

找貼耳。即典權人得據此以請求出典人與其訂立買賣契約，若能現實提出買價，與典物之時價相當者（既曰找貼，當然扣除典價。如典物時價值五千圓，除去典價二千圓，找價三千圓。）出典人不得拒絕，至所找之價與時價是否相當？應依客觀標準解決，如有爭執，請求法院定之。故找貼亦可為留買權，不過與第九一九條之要件不同而已。

找貼以一次為限，不許就典價之差額，分作數次支付。故典權人為找貼者，須現實提供價額。若經出典人之同意，對於其提出之價額分作數次支付者，無論其為買賣預約或已成立買賣契約，均與本條適用無關，乃當事人之契約自由問題。（民法第九二六條第二項）

找貼乃消滅典權之一法，因找貼而取得所有權，乃請求典物所有人出賣典物之結果，係繼受取得，甚為顯然。應依第七五八條之規定，而為所有權之登記。

第五 混同

因一般繼承等原因，典權人取得典物所有權，或所有權人取得典權者，原則上典權消滅。（第七六二條）

第六 典物經公用徵收

此點與地上權永佃權等同。

第七 第三人之原始取得

此點與地上權永佃權等同。

第八 拋棄

典權爲財產權，自得由典權人拋棄，因拋棄而歸於消滅。但應注意者，以典權爲抵押權之標的時，爲保護第三人之利益計，不得任意拋棄。（參照第七六四條之說明）

（註一）大清律典賣田宅律文所載典字，雖似僅限於田宅，但註釋上所謂田者，山林坡蕩皆在其內，所謂宅者，碾磨店肆，均在其內，足見亦包括動產。

（註二）戶部則例（旗民交產）中有「賣主無力回贖，許立絕賣契據公估找貼一次，若買主不願找貼，應聽別售，歸還典價云云。」此所謂「賣主」指出典人而言，所謂買主指典權人而言。

（註三）日本學者解釋吾國典制與其國民法上之不動產質相當，始爲純然之擔保物權，前大理院四年統字第二二六號之解釋即從此解。嗣後經吾國學者之辯駁，多認典係對物關係，非擔保債務，而判解例亦有變更。惟依吾人之見解，典之起源，亦並非毫無擔保作用，不過不置重其擔保關係耳。（參照第一節之說明）

民法既以典爲用益物權，而規定於質權之後，留置權之前，編制上亦嫌失當。

（註四）論者或以可由一造對他造設定地上權租賃權，以資解決，但仍有不能解決之問題，例如土地與房屋所有人僅以土地出典而保留房屋者，本可不必設定地上權，因其有所有權也。即如設定地上權，萬一因欠租等事由而撤銷，將不免使出典人撤去建築物，殊生經濟上不利之結果。

（註五）最高法院二十二年上字第二二三號判例謂：「典權之成立，以移轉占有爲要件。」即明示占有爲典權成立要件。

（註六）支付典價，爲取得典權之要件，非如抵押權人對於抵押人有債權而以抵押物爲擔保。出典人於回贖時，固應返還典價，但典權人不

得請求典價之利息。(參照前大理院四年上字第四四八號判例)

(註七) 吾國舊習典與賣同視，不過典爲活賣非絕賣，因之典產亦須投稅，惟此種投稅，在現行法上非取得典權之要件。

(註八) 戶部則例定明旗民典當田房契載年分以十年爲率，十年限滿，原業主力不能贖，再予餘限一年，逾期不贖，典主得以投稅，投稅之後，即不許告找告贖，又定明民人契典旗地，回贖期限以二十年爲斷，如立契已逾例限，即許呈契升科，不准回贖。

清理不動產典當辦法第八條後段規定：典當期間以不過十年爲限，違者一屆十年限滿，應准業主即時收贖。業主屆限不贖，聽憑典主過戶投稅。不滿十年之典當，不准附有到期不贖聽憑作絕之條件，違者，雖經逾期，於自立約之日起十年期限內，仍准業主隨時告贖。

(註九) 本條規定之文句，與第八三三條第八五〇條均爲立法技術上之缺點，蓋地上權人與永佃權人間，與典權人間，又典權人與永佃權人間亦得準用相隣關係之規定也。(參照阿波漢物權法論綱第一一九頁第一三二頁第一五六頁)

(註一〇) 司法院二十一年院字第七三七號解釋例載：「基於典權所獲之收益，與利息不同，出典人於出典後向典權人承租典物，乃另發生租賃關係，應適用關於租賃之規定。」

(註一一) 出典人於同一不動產上不得設定典權，按之舊律禁止重複典賣之規定，極爲顯然，即與典權不相並容之物權，如地上權永佃權，亦不得於設定典權後而設定之，惟抵押權爲不移轉占有而供擔保之物權，則不妨設定於同一不動產上，故出典人之處分行爲，不以讓與所有權爲限，第九一八條第一項之規定，足以使人發生誤解。至典權人既取得典權，無論對於何人均得主張，不因典物所有權之變動而變動，爲物權追及性質之結果，本條第二項所謂「對於受讓人仍有同一之權利」一語，更易使人誤解典權爲對人之權利，尤有未當。

(註一二) 前大理院五年上字第一四九一號判例謂：「先買權之義務人，就先買權之標的物與第三人締結買賣契約者，須即以該契約內容，通知於先買權人，如先買權人受到該項通知後，並不於相當期間內按照義務人與第三人訂定條款，或對於條款之價額主張異議，

並聲明願依時價爲買受之意思表示，即喪失先買權之效力。」此判例示明出賣人對於先買權人應負通知之責任，並認出賣人與第三人成立買賣契約後，仍得主張先買權。依現行法之解釋，典權人行使留買權，須在出典人與第三人未訂立買賣契約以前（參照二十一年上字第五九九號判例）則出典人須對於典權人爲通知，以免使典權人失其留買之機會，尤不待論。

（註一三）地上權人以其所有建築物出典，而其建築物（典物）全部滅失時，有本條之適用。柯俊漢謂地上權人無設定典權之權能，（見物權法論綱第一五二頁）但地上權人有處分地上物之權，既如所述，在吾國之法制，係認建築物爲獨立之不動產，自無不得就之設定典權之理，惟設定典權之期限，不得超過地上權之期限，地上權無期限者，典權亦不得定有期限而已。

（註一四）柯俊漢之見解，與本著不同，據其主張，出典人（所有人）以其所有建築物與土地併爲出典，若僅其建築物滅失，其土地尙存在者，乃一部滅失非全部滅失。（見物權法論綱第一五七頁）依吾人見解，在吾國之法制，所有人以其所有建築物與土地同爲出典，理論上係就兩個不動產設定典權，蓋以一個不動產物體爲一所有權之標的，則以一個不動產物體爲一個典權之標的，乃當然之結論，非以建築物爲土地之一部也。不過所有人以其所有建築物與土地同爲出典時，除有特別約定外，應認爲行使回贖權，須就土地與建築物同時爲之比較適合當事人之意思。

又依柯君見解，本條所謂典物全部滅失，不外指建築物出典，其土地一併出租或設定地上權之情形而言，此在解釋吾民法之不動產，自屬至當。惟無論當事人間無此迂曲之法律觀念，（即所有人以其所有建築物出典，又因受典人無本於地上權等之權原，不能於他人土地上取得此建築物之利益權，乃同時與之訂立租地契約或地上權契約也。）即就回贖權之一點考之，有發生糾紛之問題者，例如：因一方有欠租等事由以終止租約，同時他方建築物典權期限屆滿而不能回贖，此時無使一方對於他方取得法定地上權之依據，則典權所有人無法取得典物所有權矣。又在典權期限未屆滿而租賃權消滅者，典權是否隨之消滅，亦無依據。故吾人當主張建築物與土地同爲一人所有時，不得僅就建築物或土地出典，較合事理。

要之，吾民法係就通常情形以爲規定，通例建築物與土地多同爲一人所有，其出典建築物亦多併其土地而出典，不過法律上既認

建築物與土地爲各別獨立之不動產，而典權之標的又不限於土地，則僅就通常情形以爲規定，殊嫌不足。

(註一五) 本條規定文義欠明，依多數說解釋，均謂在通常過失時，僅由出典人扣抵典價，例如全部滅失時，則扣除全部典價，一部滅失時，則扣除一部典價，果爾是與第九二二條分擔損失之結果無異矣，殊不可解。

(註一六) 余載門謂回贖時扣價之方法，應比例出典時其物之價值而減輕出典人之回贖費爲已足，若以滅失時典物之價值爲比例，則令典權人有過受損失之虞，其見解可供參考。(余著民法要論物權第一〇一頁)

(註一七) 柯凌漢採反對解說。(見物權法論綱第一六四頁) 然徵之大清律例彙輯便覽內輯註乾隆十二年之例載：典產延燒(中略)典主自爲起造，加典三年，年滿仍依原價加四取贖。足見加四部分，不外填補典權人支出之費用，而仍須以原價取贖也。

(註一八) 前大理院五年上字第一二八〇號判例：「不動產典主就典權之標的物所爲轉典行爲，若依契約內容，並非完全爲典權之讓與，僅於原典權範圍內，以自己之責任，更行轉典，則其對於該典當標的物之權利關係，即屬仍然存在。故業主有時爲消滅其物上負擔，雖得備齊原價直接向轉典權人將標的物贖回，然關於找價作絕之行爲，仍應向原典主爲之。」

司法院院字第一一五一號解釋例：「逾期不許回贖之典產，原典主於轉典與人之時，既未將逾期所生之利益，一併轉讓，則轉典主即無因而得此項利益，因之業主尙得原典主同意，有拋棄其利益之表示，自可向轉典主主張回贖。」

(註一九) 關於此點，有一實例可供參考。出典人就房屋一所全部設定典權，後將房屋一部依區分所有方法讓與於人，讓受人欲就其所讓受之部分，按照原典價比例出資，向典權人取贖其讓受部分。此例依司法院院字第四四八號之解釋，認爲欲爲該部分之回贖，非得典權人之同意不可。

所有人以其有土地及地上房屋一併出典者，雖在理論上係以兩種不動產爲標的，然應推測當事人之意思，不得專就一不動產取贖。

典權與抵押權之不可分性有不同之點，即抵押權因從屬於債權之關係，故以數個不動產爲一債權擔保之標的者，原則上不得劃

分擔保物之範圍。(第八六八條後段第八七五條)在典權若以數不動產爲標的，則因係數個典權，自無就同時成立之數個典權，必須歸於同一運命之理。故如以兩所房屋設定典權者，除有特約外，屆期出典人得就一典物爲回贖。

典權與地役權之不可分性，亦有不同之點，即地役權因有從屬性之關係，(即需役地之關係)不能就需役地或供役地劃分範圍行使。(第八五六條第八五七條前段)而典權爲主物權，故典權有數人，其有人得就其典物劃分範圍，以定分別用益之方法。

(註二〇)同旨趣河漢物權法論第一六四頁。

(註二一)司法院院字第四三四號解釋清理不動產典當辦法第八條謂：「定有典當期間之典產屆滿十年業主不贖，典主得以典契聲請爲移轉所有權之登記。」可供現行法解釋之參考。

第九章 留置權

第一節 留置權之性質

留置權者，謂占有他人動產之人，有關於其物所生之債權，於未受請償前，得留置其動產以爲擔保之物權也。茲依此定義，析明其概念如左：（民法第九二八條）

第一 留置權係從屬於債權之擔保物權

留置權乃爲確保債務履行以扣留他人之物之權利，其立法理由，係以此爲促清償之手段，圖雙方之公平，與雙務契約同時履行之原則殆相類似。不過後者僅有債權之效力，而前者則有物權之效力。在吾民法上，留置權人於具備一定要件，尙得拍賣留置物，就其賣得之價金取償，其爲一種擔保物權，尤無容疑。（註一）

第二 留置權係以動產爲標的之物權

民法既有占有屬於債務人動產之規定，非特於不動產無留置權之適用，（註二）即無記名證券或得以背書讓與之證券，亦不得爲留置權之標的，惟除卻後者（證券）之立法問題，亦堪研究。

第三 留置權係屬於占有他人之物者之權利

留置權以物之占有爲要素，惟非如質權之設定以移轉占有爲生效要件，僅因占有債務人之物之故，法律特規定賦與債權人以爲留置也。蓋所謂留置，乃拒絕返還所占之物以繼續其占有之意味，於留置權發生以先，有占有其權利標的物之必要，不待論也。所謂占有物，限於債務人之所有，在吾民法之解釋上，毫無爭論。惟立法例中有認占有第三人之物，而其與債權間有牽連之關係者，債權人亦得留置，例如甲承租乙之物品，在租賃期中，甲使丙爲其修繕，於修繕費未清償前，丙亦得留置其物。又在學說上尙有主張對於自己之所有物，亦得有留置權者，例如：爲特定物買賣契約，固以契約成立時移轉物之所有權於買主爲原則，然亦不妨依特約延期移轉，所謂買主所有權之保留是。於茲場合，若未定價金之交付期限者，則賣主無論何時得請求交付價金，若賣主不交付價金，賣主即得行使留置權。（參照三瀝信三全訂擔保物權法第三七頁）竊以對於自己所有物行使留置權，殊無實益，以行使雙務契約同時履行抗辯權或請求賠償爲已足，至對於第三人所有物，爲維護交易之安全計，爲保護善意第三人計，仍有認其取得留置權之必要，否則關於動產即時取得之法則，不適用留置權，殊不足貫徹占有之公信力也。

第四 留置權係擔保基於留置物上關係所生債權之權利

留置權，以占有人對於所有人有債權，且其債權以關於該物所生者爲必要。其債權，大別之爲三類：（一）由契

約所生之債權例如鐘錶匠受修理鐘錶之委託在修理費未受清償前得留置其鐘錶運送人受運送物品之委託在運送費未受清償前得留置運送物是也。(二)由無因管理或不當利得而生之債權。例如物之占有人對於占有物支出必要費有益費之場合於未受清償前得留置占有物是也。(三)由侵權行為而生之債權。例如受寄人因於寄託物之瑕疵而受損害時於未受賠償以前得留置寄託物是也。

占有人僅以關於占有物所生之債權得行留置權果基於何種理由乎蓋占有人對於所有人有關於該物所生之債權時於一方固有受清償之權利同時於他方亦負返還占有物之義務在此場合其相互間之債權債務未始不可各別請求履行然占有人究不免因此而受損害如占有人將占有物返還後其相對人缺乏清償資力占有人結局或不能受其債權之清償未可知也留置權制度既在促爲清償適於公平原則故不得爲擔保一種債權而留置與其全無關係之物惟兩者間之關係達如何程度始得謂爲有關聯易言之即債權與占有物之牽連性問題關於此點學說上極有爭論俟於次節詳述之。

第五 留置權係爲受一定債權之清償以扣留占有物之權利

留置權如其名稱所示以扣留所應返還之占有物爲其主要效用其效用在促進負擔關於占有物而生之債務人爲清償債務人欲受占有物之返還非清償其所負擔之債務不可故欲取回其所有物自不得不先清償自己之債務。吾民法採瑞士法例使留置權人依一定要件有就留置物取償之權利是留置權之效用不僅在扣留其物。

然此係補充的效用，究非如抵押權質權於其清償期屆至時得逕行拍賣擔保物以其價金供清償也。學者謂留置權爲間接強制債務人履行其債務方法，洵屬允當。

以上爲說明留置權之一般觀念，茲再就留置權與雙務契約同時履行抗辯權之異同及其從屬性與不可分性略述如次。

原來留置權有廣狹二義：廣義之留置權，二人相互間有債權債務之場合，於相對人不履行其債務時，自己亦不履行對於相對人之債務，謂此爲留置之權利。依於此意義，當事人之一方以其相對人之債務不履行爲理由，拒絕自己所負擔債務之履行，不問爲拒絕有體物之交付，抑拒絕交付有體物以外之給付，均不外爲留置權之行使，卽如債務抵銷，亦可表見留置權之作用。德國民法認此廣義的留置權，且以之爲單純抗辯方法，不認爲物權者也。狹義留置權，以相對人之債務不履行爲理由，拒絕對於相對人爲交付有體物之給付，在相對人未爲履行前，得占有之爲一種物權。吾民法上之所謂留置權屬於後者，故依吾民法，當事人之一方對於他方負交付有體物之義務時，得以相對人之債務不履行爲理由，拒絕交付，以繼續占有之，故留置權之行使，若非以有體物爲目的之給付拒絕，非吾民法上所謂留置權也。

在以留置權爲一種物權之立法例及有認爲物權傾向之國家，如意大利法，皆未爲關於雙務契約同時履行之抗辯的通則規定，僅對特別雙務契約（如買賣）認有同時履行之抗辯而已。瑞士與日本民法一方以留置

權爲一種物權，一方又認雙務契約同時履行抗辯權。吾民法亦依瑞日民法而爲規定，惟信爲兩者全異其觀念，並不重複。試指二者差異要點如下：

(一)在雙務契約，當事人雙方負擔給付義務，以交換性質爲其目的，其雙方付給義務，乃基於一個法律關係而生，有互相牽連之不可分的關係。如買主對於賣主應負移轉財產權之義務，而賣主對於買主應負支付價金之義務，其相互間義務，乃基於一個法律關係（即買賣關係）而生，如一方不履行其給付義務，不得要求他方履行，故法律附與雙務契約當事人之同時抗辯權，乃認雙務契約效力之當然結果。在留置權，其債權與返還留置物之義務，其間並無如雙務契約之對待的或牽連的關係，僅爲法律基於公平觀念賦與留置者之權利。

(二)雙務契約同時履行抗辯權，僅因於雙務契約所發生之債權始有適用，留置權則因於不當利得侵權行爲所生之債權皆得行使。

(三)雙務契約同時履行抗辯權，其一方所負給義務，不以有體物之交付爲限，凡以作爲或不作爲爲標的之債務，皆有適用。依留置權得留置之物，則以有體物爲必要。

(四)在留置權，債務人得提供擔保請求留置權之消滅，而雙務契約之當事人則不得提供擔保以排斥相對人之同時履行抗辯權。

(五)雙務契約同時履行抗辯權，僅有債權的效力，不得對抗契約外之第三者。反之，留置權爲物權，對於任何

人皆得主張。例如某甲以其寄存乙處之動產，出賣於丙，如丙對乙請求交付其物者，乙固不得因其各項費用未受清償對丙主張同時履行抗辯權，但得對丙主張留置權。在當事人間，得以相對人之債務不履行為理由，提出同時履行抗辯權，如具備留置權要件，亦得行使留置權，自不待論。（註三）

留置權為從屬於債權之物權，故債權因清償免除等原因而消滅者，留置權亦不存在。惟留置權人本負有交付其占有物之義務，非如其他財產權得依權利人之意思而為讓與，其讓與主債權時，亦非如抵押權質權之當然隨之移轉，（參照第二九五條第一項）故留置權雖有從屬性，而無從物權之伴隨性，是為留置權之特點。留置權有不可分性，留置權人於受債權全部清償以前，得在標的物全部上行使權利。債權之分割及減縮，不生分割留置物或減縮範圍之結果。例如甲託乙運送米百袋，乙取得運費拾圓之債權，乙自甲領取五圓時，其債權固減縮，然不影響乙之留置權，乙就其殘額五圓債權得對於留置物（米百袋）全部行使留置權，甲不得因債權額之減縮，主張依其減縮為比例以減少留置物之數量，求為一部之返還。留置物有因分割或其他原因而減縮範圍者，仍以其餘存部分為債權額之擔保，留置物若有數個，其一有上述情形者亦同。

第二節 留置權之取得

留置權乃由法律直接規定所生之權利，即具備法律所定之要件時，當然取得留置權，非如抵押權質權得以

當事人之意思而設定者也。茲將吾民法規定留置權之要件分述如左：

(一) 須債權已至清償期

物之占有者得行使留置權，以其債權已屆清償期爲必要，此在定有清償期之債權，因以期限屆至時而發生，在未定清償期之債權，依民法第三一五條於債權人得請求給付時而發生。在第二種情形，與抵押權質權之實行，須待至經催告而債務人不履行者不同。此徵之第九三六條至爲明瞭。蓋債權人經催告後而債務人仍不履行，即得行使拍賣權，而留置占有物之權利，則於催告以前已發生矣。惟占有人應先履行其交付物之義務者，則不得就占有物有留置權，否則不免妨害相對人之期限利益，況留置權以關於占有物所生之債權，於債務人不履行時而以保護占有者爲目的，故此權利之行使，以相對人之債務不履行爲前提，若相對人之債務履行期在占有人履行交付物之義務以後者，無保護占有人之理由也。對此原則，亦有例外，即債權人（即占有人）之債權縱未屆清償期，而債務人已喪失支付能力者，爲保護占有人計，亦認其有留置權。（民法第九二八條第一款第九三一條第一項）

(二) 須債權之發生與占有之動產有牽連關係

占有人僅以基於占有物上之關係對於物之所有人取得債權時，得行使留置權，已如前述。（參照第一節第四段）然兩者間之牽連關係具有何種意義，有重要之兩說：一說以留置權人對於其相對人之債權與相對人對

於留置權人以物之交付爲標的之債權爲一個法律關係，即對待給付關係而生。此說係爲留置權之起源之羅馬法上詐欺抗辯原則所採用，德國民法倣之，蓋在德國民法不認留置權爲物權，而認爲拒絕給付之權利也。在認留置權爲物權之立法例，則不能以此項對待給付關係爲牽連性之說明。故第二說以物之占有有人有由於其物所發生之債權有留置權，例如：占有人因占有其物而被損害者，（參照第五九六條）其賠償請求權，即因其物而發生，得認爲占有物與債權之發生有牽連關係，而交付占有物之義務與其所主張之賠償請求權並無對待關係者也。此外，如運送人有關於運送物之運費債權，修繕業者有關修繕物之修理費債權，其債權與應交付標的物之占有係由同一關係而發生，則兩者間有牽連，更屬顯然。要之，占有物爲債權發生原因全部或其一部者，則兩者間自有牽連關係，其由物自身爲發生債權之直接原因者亦同，如前述之損害賠償請求權是也。

占有物與債權間，以有牽連關係爲必要，如前所述。惟其取得占有與債權是否要有牽連？易言之，即占有標的物前所生之債權，能否留置其物之問題？關於此點，亦有兩種不同之論據：一說以占有標的物以前所生之債權，與占有物毫無牽連，應各別履行之，如認占有人對其債權亦得留置，則反於留置權之本質。第二說以留置權之發生，以有牽連關係爲已足，其債權是否於留置物占有中所發生？抑在占有前所發生？均可不問。從吾民法本條規定之文句觀之，既無限制留置權所擔保之債權，以發生於物之占有中或與占有同時發生之痕迹，惟有依公平觀念爲廣義的解釋。例如：買賣契約成立後，賣主負有交付標的物之義務，於其價金未受清償以前，依吾民法之解釋，祇能

行使同時履行抗辯權，不能行使留置權。（因在標的物未爲交付以前，所有權尙未生變動。）但若於買賣契約成立後雙方約定依占有改定方法，（參照第七六一條第二項）由出賣人占有其物者，（此時所有權已生變動）即得行使留置權。故認以債權發生不以在取得占有後發生或與占有同時發生爲必要，祇須債權之成立與所占之物有牽連關係爲已足。依此解釋，庶合於公平原則，而留置權與雙務契約同時履行抗辯權效力上之異同益臻明瞭矣。又在有留置權人一度交付其留置物後而依他種原因又取得占有者，其前存在之債權與其後取得之占有，是否仍有牽連？是否仍得留置其物？不無疑問，或有依第九三八條之規定爲推斷，以其占有已回復視爲未喪失占有，認爲留置權之存續者，然殊難以說明其對留置權未爲拋棄，且此種情形與占有受侵奪而依占有回復之程序（參照第九六二條第七七一條但書）以回復其占有亦有不同，故寧取消極解釋。（民法第九二八條第二款）

對於上述之原則，亦有例外，即商人間因營業關係而占有之動產，及其因營業關係而生之債權，視爲有牽連關係。此項留置權，與民事上之留置權異，不以占有物與債權間有牽連關係爲必要，僅以當事人間因商行爲所生之關係爲必要，蓋爲促進交易之敏活與資信用之發達故也。（註四）（民法第九二九條）

（三）須非因侵權行爲而占有動產

占有人行使留置權，以占有標的物之開始適法爲必要，蓋留置權乃使占有人得繼續占有，藉以促進債務

之清償，基於公平之觀念，故以占有之開始適法始有受保護之理由。占有人若依不法行為取得占有，對於被害人應迅速返還，是為正當。例如強奪或竊取他人之器物，或用欺罔脅迫手段使他人交付器物，縱為保存占有物而支出必要費用，亦不得以未受費用之償還，而留置其物者也。（民法第九二八條第三款）

取得留置權，須具備上述之要件，但如有下列情形之一時，則仍不能取得。學者或稱此為留置權之限制，或以此與前述之第三要件，同稱為留置權之消極要件焉。

(一) 動產之留置，有反於公序良俗者。

占有之開始，縱非因侵權行為，然若行使留置行為之結果，足以影響公共秩序與善良風俗，則所不許。例如於他人死亡之時，扣留殯殮之用品，固可認為反於公序良俗。即其扣留之物品，係他人生活上與職業上必要者，或與公共生活有關者，亦未嘗不可認為反於公序良俗。要之，在保護個人利益與社會利益之間，權衡其孰輕孰重而已。

(註五) (民法第九三〇條前段)

(二) 動產之留置，與債權人所承擔之義務相牴觸者。

留置權人占有他人之物，本負有交付物之義務，法律許其留置者，原為促進相對人之清償，期得其平，其與雙務契約同時履行抗辯權之效力雖有不同，然其作用則多相似。故若依其情形，認其留置與其所承擔之義務相牴觸，則所不許，此與第二六四條第二項之規定始出於同一精神。例如：甲因乙赴某處之便託乙將物件交付於丙，乙

不得以代墊費用未受清償，或因收受物品發生損害，應向甲請求賠償爲理由，而留置該物件蓋乙所承擔之義務，原爲交付物件於丙故也。惟若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，縱有上述之牴觸情形，仍得行使留置權。註六（民法第九三〇條後段第九三一條第二項）

（三）動產之留置與債務人於交付動產前或交付時所爲之指示相牴觸者。

此爲尊重當事人意思之規定。即債務人於交付動產前或交付時，曾對債權人爲不得留置之指示者，自亦不得留置。但債務人於動產交付後成爲無支付能力，或其無支付能力於支付後始爲債權人所知者，債權人仍得行使留置權。註七（民法第九三〇條後段第九三一條第二項）

以上所述，爲一般留置權。此外，尚有特別留置權。如第四四五條出租人之留置權，第六一二條旅店飲食店主人之留置權，第六四七條運送人之留置權，均爲特別留置權。惟無論一般留置權或特別留置權，均基於法律規定而發生，其不同者，即在特別留置權，債權人之債權未必基於占有物之關係而生。此種特別留置權，其效力與一般留置權無異，除別有規定外，準用一般留置權之規定。註七（民法第九三九條）

留置權因須具備一定要件，故不能因時效取得，且占有物必爲債務人之所有，亦不能有即時取得。此外，由於包括繼承取得，自無問題。就特定繼承而言，留置權不能因於當事人之意思而爲任意讓與，其讓與主債權者，亦非當然有伴隨性。反對說者以留置權爲財產權，法律無禁止讓與之規定，亦無禁止讓與之理由，故留置權除因有從

屬性不得單獨移轉外，得與主債權一併讓與。惟少數說於大體上採消極解釋，以留置權人負有交付物之義務，此項義務，非可任意移轉於第三人，故留置權能否讓與，當視其交付物之義務，是否適法移轉於第三人以爲斷。例如：甲以所有動產出租於乙，由乙爲修繕者，乙於修繕費未受償還以前，固得留置其物，但乙不得因此項費用請求權讓與於丙，而將標的物移轉，使丙取得留置權。何則？乙爲承租人之義務，並未消滅，倘許其將租賃物交付於丙，是無異許其移轉承租人之義務矣。反之，如乙得甲之同意，將租賃權讓與於丙，（參照第四四三條第一項前段爲類推解釋）則丙適法取得承租人之地位，因此取得償還費用請求權時，亦取得留置權。若未得甲之承諾，將租賃權讓與或轉租於丙，對於甲自不生效力，乙對於甲之租賃關係仍存在，其標的返還義務始終如一，不能認爲將留置權移轉於丙也。或以動產質權人於其債權受清償之時，亦有返還占有物之義務，（第八九六條）並非留置權之特質，故僅就返還義務之點觀察，不足說明。姑無論在留置權並未設如第八九一條之規定加重其責任，且動產質權人之返還義務，係指債權消滅時而言，乃質權消滅之效果；而留置權人應負交付物之義務，係謂基於他種法律關係而言。如承租人於租約終了時，交付租賃物，受寄人之交付寄託物，均基於各該契約之效果。易言之，留置權人本於他種法律關係有交付物之義務，不過因其對於所有人有債權，許其留置耳。其依他種法律關係所生之義務，自不許任意移轉於他人。

由是以觀，留置權得依讓與行爲而取得，須留置權人之義務爲適法的移轉而後可，非謂有主債權之讓與時，

受讓人即當然取得留置權也。

第三節 留置權之效果

茲依留置權人之權利義務，說明留置權之效果如左：

第一 留置權人於其債權受全部清償以前有繼續占有留置物全部之權利

留置權人在其標的物有占有權，且因留置權有不可分性，於其債權未受全部清償時，得就留置物之全部繼續占有。（民法第九三二條）

留置權既占有留置物，自應受占有之一般保護。（參照第九六二條）惟留置權因占有之喪失而歸於消滅，其喪失占有非必如動產質權有絕對情形（參照第八九八條第九三八條）故留置權人無準所有人之物上請求權。

第二 留置權人有收取標的物所生孳息之權

茲所謂孳息，原則上為天然孳息，至法定孳息，以得債務人之承諾許其用益者為限，如將留置物出租於他人而收取租金是也。留置權人收取留置物所生之孳息，得先於他債權人以供其自己債權之清償，蓋留置權人負有以善良管理人之注意保護標的物之責任，故以付與孳息收取權為適於公平，且以收取之孳息，為債務人之計算，

以減輕債務人之責任，亦無不當。其收取孳息，應先抵充費用，次為利息，再次為債權，且應以對於自己財產同一之注意為之。此在本章雖無規定，可準用第八九〇條，不待言也。（註八）（民法第九三五條）

留置權人之孳息收取權，係以債務人之計算為之，不可誤為用益權。惟雖係擔保物權，亦有為物之保存上必要使用之權利。（參照日民第二九八條第二項）又得債務人之承諾者，許其出租於他人，以收取法定孳息抵充債權，亦所不妨，已如前述。

第三 留置權人有請求償還保管留置物所支出必要費用之權

因保存留置物所支出之必要費用，係為債務人之利益，故應使債務人償還。對於此種費用債權，亦為留置權之擔保範圍，即在債務人未為償還前，得繼續留置其物，惟學者有解為此際係新的留置權，與原有留置權之擔保範圍無涉者，其理論雖異，而認留置權人仍得拒絕返還之結果則同。（民法第九三四條）

至為物之保管上所支出足以增加價值之有益費用，在立法例中有設規定者，（參照日民第二九九條第二項）本法未加規定，亦有謂得依占有法例解決之，殊非適當，惟依其情形，可認為一方有不當利得時，適用第一七九條耳。（參照第九五五條之說明）

第四 留置權人應以善良管理人之注意負保管留置物之義務

留置權人占有他人之物，非為所有人之利益，乃為確保其自己債權受清償之利益，凡為自己利益而占有他

人之物，應負較重責任，為各國立法例所採之原則。吾民法之規定，即示明此原則之適用也。留置權人倘違反此義務，自負賠償責任。（註九）（民法第九三三條）

第五 留置權人於留置權消滅時有返還標之物之義務

留置權人本負有對於他人交付標之物之義務，不外為確保其自己債權而占有之，若其債權受清償，自無繼續占有之權，應將留置物返還於有受領權人。其因拋棄等原因而使留置權消滅者亦同。

第四節 留置權之實行

留置權人不但得扣留留置物，以促債務人之履行，且得就留置物有變價權，以其賣得金而受優先清償。其實行步驟，即在債務人於其債權已屆清償期而未受清償者，得定六個月以上之相當期限，通知債務人，聲明如不於其期限內為清償時，即就留置物取價，藉以促債務人履行。如債務人不於前項期限內為清償者，留置權人即得依關於質權之規定，拍賣留置物，就其賣得金而受清償，或與債務人訂立契約取得物之所有權以代償。（民法第九三六條第一項第二項）

又因債務人所在不明或其他原因不能為前項之通知者，於債權清償期屆滿後經過二年，亦得行使拍賣權。（民法第九三六條第三項）

吾民法於留置權之實行，係做瑞士民法以爲規定，（瑞民第八九八條）使留置權擔保效力更臻確實。若依日本民法則不認留置權人有此權利，僅於拍賣法內規定留置權人有請求拍賣權，惟亦不得在拍賣價金上，優先於其他債權人而受清償。

第五節 留置權之消滅

留置權因左列事由而消滅：

第一 標的物之滅失

留置物全部滅失時，留置權缺乏其必要標的物，當然歸於消滅。留置物所有人有對於第三人由標的物滅失所生之損害賠償請求權者，因無物上代位之規定，與動產質權不同。（參照第八九九條）

第二 沒收或收用（此點與動產質權同不待詳述）

第三 因添附等原因喪失標的物所有權之結果（此點與動產質權同不待詳述）

第四 混同

留置權與留置物之所有權同歸一人時，依第七六二條原則，留置權歸於消滅。

第五 拋棄

留置權爲財產權，得爲拋棄，因拋棄而歸於消滅。

第六 主債權之消滅

留置權以確保主債權之清償爲目的之權利，不能獨立存在，故主債權因清償免除等原因而消滅時，留置權亦無可存在。主債權之請求權因時效而消滅者，應注意第一四五條第一項規定。

第七 留置權之實行（此點與動產質權同不待贅述）

第八 擔保物之提出

留置權不過爲確保其債權之清償而行留置，若債務人提供相當之擔保，則無使債權人占有留置物之必要，蓋留置權人已有其他之擔保，自無不得受清償之危險也。況物之所有人往往有利用其物之必要，莫如使其供擔保，請求返還留置物，庶幾不阻害物之利用改良，自社會經濟上觀之，亦適當之規定也。惟債務人提出擔保，須經留置權人認爲確實而接受之，留置權始歸消滅，若其提出之擔保不能相當，留置權人仍得拒絕。（民法第九三七條）

第九 占有之喪失

留置權爲占有他人之物之權利。留置物之占有與留置權有不可分離之關係，故留置權人喪失標的物之占有時，其權利缺乏存續要件，留置權當然歸於消滅。但其占有被侵奪，依第九六二條之規定回復其占有者，視爲未喪失占有，留置權仍存在，其由侵奪人或第三人任意交回其物者亦同。（民法第九三八條）

(註一) 民法上之留置權，雖導源於羅馬法，然非有今日所謂擔保物權之意義，僅係一種詐欺抗辯作用。即在債權人同時又為債務人之場合，於相對人未為給付以前，得拒絕自己債務之履行，又凡占有他人之物而負交付之義務者，有就其占有物所生之債權，迄於受清償時，亦得本於詐欺抗辯，拒絕交付其物。例如運送人有交付運送物之債務，於運送費未受清償以前，得拒絕運送物之交付是也。今日民法上之留置權，雖係自是項抗辯權發達而來，然其效用迥異。

法國民法認留置權與雙務契約同時履行抗辯權具同一性質，其規定散見於法典中各處，在通則中未設一般規定，故學說上有否認其為物權者，但其國之判例則認為有物權性質。近頃學說亦已有認為物權之傾向。

德國民法以留置權為債權之特別效力，民法上設有第二七三條第二七四條之規定，其他之規定散見各處。其權利行使之要件，即留置權人所負之債務與其相對人所負之債務須有牽連，且須相對人之債務已屆清償期。所謂牽連乃於兩債權間有牽連，非如吾民法以債權與物之間有牽連也。

日本民法規定留置權為物權，其於債權編內另有雙務契約同時履行抗辯之規定，惟認留置權之效用，僅係留置物品，在間接強制相對人清償債務，雖有拍賣法上之拍賣請求權，然非如其他擔保物權有受優先清償之效力。

瑞士民法以留置權為物權與質權同為規定，即認留置權有兩種效力，第一步為留置其物，以促債務人之清償，如債務人仍不為清償，得依一定要件拍賣其物取償。留置權之效用，益臻明確。吾民法係採此種法例，惟與瑞士民法亦有不同一點，即瑞士認留置權之標的物及於動產外之有價證券是也。

(註二) 日本民法上之留置權標的物，不限於動產，不動產亦包括之。吾民法除於本編設有留置權一般規定外，尚規定於他處，如第四四五條出租人之留置權，第六一二條旅店飲食店主人之留置權，第六四七條運送人之留置權，惟得為留置之物，仍限於動產。學者中雖有探廣義之解釋者，（見陳瑾昆民法通義債編各論第一〇五頁解釋第四四五條）然未嘗明依據何種理由。

(註三) 在買賣契約，賣主未受領價金以前，得拒絕交付之交付，僅為同時履行抗辯權之行使，不能主張留置權。因留置權之標的物須為債務

人所有物，而吾民法於動產物權之讓與，須將動產交付始生物權轉移之效力，在未爲交付以前，仍爲賣主所有，不能對於自己所有物行使留置權也。如本文所述之例，甲以其所有動產寄存乙處，是兩造已有寄託契約，甲於請求返還所寄物時，乙得未受各項費用清償爲理由，依民法第二六一條第二六四條對甲主張同時履行抗辯權，亦得依第九二八條行使留置權。

(註四) 商事上之留置權與民事上之留置權沿革不同。在十六世紀及十七世紀發生於意大利之 Firenze 及 Genova 二州，爲德日商法所採用。(德商第三六九條日商二八四條) 瑞士立法採民商合一主義，於民法第八五九條第二項設有規定。吾民法係採瑞士法例，惟留置權之標的物限於動產，與瑞民及於有價證券者有異。

(註五) 有得爲動產質權之標的物，而不得爲留置權之標的物者，如手工業人以其職業上必要之器具出賃，不能認爲無效。故雖爲禁止扣押之物，亦非全然不得爲質權標的，已於論動產質時述之，惟不得爲留置之標的。

(註六) 本條之解釋，約分兩說：一說以物之占有人違背他種義務者，卽爲抵觸，例如受寄人不爲適當保管，或不得寄託人之同意，將寄託物使用或借給第三人使用(參照第五九一條)之場合是也。(見王去非民法物權論第二七六頁) 一說以物之占有人違背本來義務卽交付義務而言，卽依其義務之性質，不容爲動產之留置時，則不生留置權。(見河凌漢物權法論綱第二〇七頁) 依愚所信，以第二說爲是。蓋本條一方面爲公益，一方面爲推測當事人意思之規定也。

(註七) 本條稱之爲法定留置權，用語欠當，蓋留置權皆基於法律之規定而生，非可由當事人設定故也。又第九二九條於商事上留置權已設有一般規定，則第六一二條第六四七條亦爲不必要之規定。

(註八) 收取之孳息與其所抵充之債權，爲異種類之物時，如原債權爲金錢債權，而收取者爲金錢以外之物，則除由當事人協議估價抵償外，應依拍賣程序以拍賣所得價金抵償，此爲留置權與動產質權之共通問題。收取孳息，因爲留置權人之權利，其收取與否，由其任意。但有以怠於收取，係欠缺善良管理人之注意，應負第九三三條之責任者，吾人亦同意其說。

(註九) 日本民法第二九八條第三項規定：留置權人若違背此義務，債務人得請求留置權之消滅。在吾民法不能爲同一解釋。

第十章 占有權

第一節 占有之性質及要件

物權爲直接管領有體物之權利。所謂直接管領，卽由一己之意思支配以行使權利，得從事實上與法律上兩方面觀察之，已如前述。（參照緒論第二章第一節）所有權及他種物權雖多具有上述支配性，然有此等權利者有從於其本旨於事實上現實支配其目的物者，亦有不爲此支配者，因而有支配物之權利與物之事實上支配屬於各別觀念，不必常相一致，占有云者，卽基於物之事實上支配關係所生之權利，屬於物權中之一種也。簡言之，所有權及他種物權之直接管領關係，乃着眼於其法律上得支配有體物之權利，卽得從其所欲將有體物置於自己調度下之法律上之力，而占有乃着眼於現實支配關係，基於現實支配之事實上關係，而賦與法律上之力者也。

占有爲事實抑爲權利？爲羅馬法以來所聚訟，各國立法例亦不盡同。惟無論以之爲一種事實，或明認爲一種權利對於其事實付於法律上一定之效果，則爲一般制度所從同。蓋占有本爲一種事實，然法律既賦與一定效果，予以保護，使占有者得享受從占有所生之利益，從此點觀察，可謂占有爲一種權利，而此權利亦與所有權他種物

權相同，直接行於有體物之上，謂爲屬於物權之一種亦無不當。（註一）

吾人既同意於占有屬於物權中一權利之說，則對於占有權之特質，不得不略述之如左：

第一 占有爲從現實支配物之事實所生之權利

占有者，對於物爲現實支配之謂也。即以有體物在事實上服從吾人之實力之謂也。詳言之，吾人得排斥他人，施有形的行爲於有體物上之事實的狀態，斯爲占有。占有者是否有實體上之權利，在所不問，蓋所有權與他種權利爲權利之實質，占有爲其外形，占有僅以關於物之權利外形而受法律上保護，其形式適合於權利之實體與否，爲另一問題也。故物之真所有者因於持有其物而取得占有權，不待論矣，即非物之所有者或不能於其物上有他種權利者，如竊盜強盜因於盜竊等原因而持有其物時，亦取得占有權。

第二 占有乃以物之所持爲內容之權利

占有權單純基因於持有之事實，非如實體權基因於得支配物之權利，故一旦事實上喪失對物之支配關係，其占有權亦喪失。又占有與應爲占有之權利，要有區別，例如所有權、地上權、典權、永佃權、質權、留置權、租賃權等係應爲占有之權利，稱爲基本權或實體權，而此處所謂占有，乃指單純事實上物之管領力。在基本權與占有不能兩立時，後者對於前者不得不讓步，故若以法律上之原因與手續主張爲反對事實之證明，得解除其占有。例如甲爲時計之所有人，乙竊取爲己有，乙不過爲事實上之占有人，究無法律上應爲占有之權利，對於所有人甲之回復請

求，應負返還之義務。學者有稱占有權爲假權利，或低度權利，職此之故，惟縱爲有正當權利人，亦須依法律上之手續以回復其對物之支配關係，不得濫用其權利。關於此點，吾民法固認私力救濟權與法日民法不同，但亦須具備一定要件，且若非直接占有者，尙不得行使此權利，例之甲爲時計之所有人，而乙非從甲以行竊取者，甲仍不得依私力救濟以取回其物也。

由上所述以觀，占有爲原因於事實所生之權利，其內容，在他人未能依正當法律上之原因與手續主張反對時，僅以物在自己實力支配下之外形的事實爲理由以排斥他人。然則法律何故對於此種事實予以保護？不得不加以說明。關於此點，從來有種種學說，或以從保護所有權爲目的，須先保護占有，蓋以所有人與占有人同屬一人是爲原則故也。惟在古代，所有與占有原無明顯區別，雖對物現實得以實力支配之者，似卽係所有人，而因交易關係之發達，占有與所有之區別，益臻明瞭，所有人與占有人不但不須一致，且以不一致之事例爲常，故以保護占有係爲保護所有之目的，殊與現時之實況不符。或以暴力侵害占有，乃侵害占有者之人格，卽屬侵權行爲，故保護占有，卽保護其人格權也。果如所說，是必以侵害行爲出於故意過失爲要件，殊於保護占有之旨不能貫徹。又有一說，以占有係占有人依具體事實表示其意思，侵害占有，卽侵害占有人之意思自由，故予以保護。此種理論亦極牽強。故今日之通說，僉以保護占有，在於維持社會安甯秩序，與認許時效制度之理由相類似，吾人亦認此說爲較當。

尙有進一步之說明者，法律關係，在於規律精確，不失事實之真相，是爲法律之理想。但經濟上之交易重在迅

速，因是期精確者，不免陷於迂緩，而期迅速者，又易流於疏漏，要在二者間有其調和。在事實上如何使得調和，最感困難，此爲立法者最苦心之事也。占有保護之問題，畢竟歸着於「精確」與「迅速」之調和問題。蓋法律規定財產關係，若僅着眼於「精確」，勢必對於事事求得真相，非惟極感困苦，且亦空費時間，故除認大體無誤外，殊乏適當之方法。例如：吾人購物，若考察所購物品果屬店主所有與否，則欲購一册古本，殆不可能，夫物品既在於店主占有之下，當爲店主之所有，店主得賣卻之，是爲通常事例，法律僅以此通常事例，與以某程度之法律保護，使人信賴外形的事實得安心而爲交易，是卽占有之保護理由。然則保護外形的事實，殆不得不犧牲真實，此卽「精確」與「迅速」之調和問題起矣。應爲如何調和，當依社會各種事情而定，乃相對的問題，是關於占有效力之法制，未可古今東西一成不變者也。關於占有保護之程度，雖因於時代及地方而有差異，但保護占有之社會的根據則相同，卽以外形的事實，與以或程度之法律效力，而省略證明實質權利之勞，其目的不外使實際交易達於迅速而已。

民法所謂占有，以對於物有事實上之管領力而取得，（民法第九四〇條）故占有須具備左列要件：

第一 對物爲事實管領

事實管領之最顯著者，爲加實力於物之上，如以吾人之手足或其他體力，把持有體物於吾人實力範圍是。然所謂實力之占領，亦不以吾人之身體與有體物接觸爲必要，祇以在於使該物得供吾人支配之地位卽可。例如：甲使乙搬運米穀於倉庫，縱令甲未對於米穀直接施以體力，然其米穀仍在於甲之實力範圍內，有支配之實權，仍不

失對物爲事實管領。此外，如家畜偶一離開飼養場所而有復歸之習慣，又或將置存於家內之物，偶一移於戶外，均不失尙在吾人之實力控制範圍也。要之，對物有事實上管領力，其狀態未可一概而論，應依社會一般觀念爲標準。行於物上之實力占領，有主張須有相當繼續性者，即以僅有一瞬間之實力狀態，不得認爲占有。（例如偶然捕獲鳥獸，而未施足以防其逃逸之設備者。）然在法條上並無必須持續之明文，自應依一般觀念，決其是否取得占有爲當。德日學者尙有解釋以防止外力之干涉爲要件者，然占有常存於得被外力侵害之狀態中，須用何種設施，以豫防外人之奪取，殊鮮明確界限。縱如一派學者採相對解釋，謂可依事物普通情形，足以防止他人之干涉，而他人依外部狀況，辨識其物爲吾人占有之標的，即爲具備此要件，例如放置物品於山野或公衆往來之道路中，施以檢印或其他符號以表示占有之事實可也。然既不在實力所及之狀態中，亦難認爲對物有事實管領力，要之，係依於物之種類性質時期處所而定之事實問題，不可一概而論。

立法例中，如法日民法，不僅以單純之實力占領爲取得占有之要件，除實力占領外，須伴以占有之意思。故若無意思者，不能取得占有，例如受他人委託而爲保管其物者，乃爲他人占有，因無爲自己意思而占有其物也。又如乙於夜間投入物品於甲之住宅，甲已安睡不知有投入之事實，其物雖在甲之實力範圍內，然甲不知此事實，即欠缺意思要件，不能取得占有也。此外，如無意思力之幼年人精神病人，自始即欠缺意思力要件，亦不生侵害其占有與否之問題。在德瑞民法，則以有事實上管領力爲成立占有之惟一要素，不問意思之有無。蓋保護占有之理由，如

上所述係爲達交易敏捷之目的，在信賴其外形的事實，既有外形的事實表現，殊無問占有人有意思與否之必要，非特幼者精神病者可取得占有，即在夜間投入物品於他人室內，其人在無知覺時者，亦取得占有而受法律之保護。在立法論，自以採客觀主義爲當。吾民法即依客觀主義而爲規定者也。

自十九世紀德國學者薩威尼(Savigny)著占有論以來，德意志普通法上之通說均主張占有意思爲必要，惟其學說經過多少變遷，試述其沿革如次：

(甲)所有意思說 即以所有人意思而爲占有，蓋不外以占有係適應所有權之事實也。依其說，地上權人，永佃權人，典權人，質權人，承租人均不得爲占有，反之，盜竊他人之物者應爲占有人矣。立法例中採其說者，有法意民法。(法民第二二二九條意民第六八六條)

(乙)支配意思說 此說乃對於前說爲修正，依其說，有與所有人相同地位而得自由支配其物之意思者，即可爲占有，然若爲他人保管物者仍不得爲占有。

(丙)爲自己之意思說 此說以占有只須有爲自己利益之意思即可。依其說，在無報酬之單純受寄人尚不能認爲占有。日本民法(日民第一八〇條)即受此學說之影響，然其國之較新學者，則採廣義解釋，不但認無報酬之受寄人可爲占有，即投入信件或牛乳於他人門外所設備之函箱內，而他人不知有投入者，因其有預期投入之意思，亦取得占有。(詳見末宏嚴太郎物權法上册第二一〇頁以下)

(丁)管領意思說 此說一稱客觀說或折衷說，然非完全否認占有之意思，惟不以特殊意思為必要，祇須其認識對於物為事實管領已足。惟依其說，在無識別力人，以及於夜間投入物品於他人室內而其人不知者，尚不能取得占有。

以上四說，均不脫意思觀念，而純客觀說則完全否認意思為占有要件，以占有之要素，僅有體素一種。此為德國民法上最有力之解釋，解釋吾民法亦同。（參照德民第八五四條瑞民第九一九條第一項）

第二 管領之標的為有體物

占有為直接行於物上之權利，其標的物以有體物為必要。無體之財產，依於法律之特別規定，得成立準占有，而非真正占有。

占有之標的物，以得為所有權或其他實體權之標的物為原則，但亦有不得為實體權標的之物，而得為占有之標的者。例如：公共河川，不得為私權之客體，但經官廳特許使一定人取得使用權者，自不妨取得占有，又物之一部亦得為占有之標的，例如：將房屋之一部出租於人，承租人取得一部占有是。蓋占有為保護事實的支配關係，而事實支配得存於物之一部之上者也。（參照末宏嚴太郎物權法上冊第二〇五頁我妻榮物權法講義第三〇七頁劉鴻漸物權法論第二三七頁余戟門民法要論物權第一五〇頁）

在一個物體以上能否同時成立兩個占有？此問題，亦與在同一物上能否有包含占有物之權能之兩個實體

權同其歸宿者也。蓋實體權與占有互爲表裏，一爲權利之實質，一爲其外形，其實不能存在者，其形亦不能存在，爲自然之理論也。以是在實體上，所有權或其他財產得屬於數人共有，則此種權利之占有，亦可共屬於數人。又兩個不容之權利，在實體上不能並存於一物之上者，則其權利行使之占有，亦不容存於一物之上。例如所有權行使之占有，與地上權或典權或永佃權行使之占有，不得並存於一物之上，而地上權之占有與典權人或永佃權人之占有，亦各不相容，凡不相容之數個占有不得存於一物之上，毫無議論者也。但在同一物體之上，得成立數個性質不同之物權，則在同一物上，亦得成立數個異其性質之占有，蓋爲權利主體之占有者不必須自己現實占領其物，得使他人爲現實占領，對於占領者有間接支配其物之地位，例如甲所有人爲乙設定地上權或他種用益物權，而移轉土地之占有於乙，則甲對於乙有返還請求權，而乙對於甲有爲之占有之權利義務。如斯，在吾民法上稱乙爲直接占有人，甲爲間接占有人，是卽在同一物上有兩個占有，其內容不相衝突者也。

第二節 占有之分類

占有之分類者，占有狀態之分類也。占有關係之狀態，得依種種觀察，而爲左之類別：

第一 自主占有與他主占有

自主占有，係以所有之意思而占有。蓋吾民法雖不認意思爲占有之要件，惟於一定情形，尤其爲某種權利之

取得，以具備此意思爲必要。無此意思者，則爲他主占有。所謂以所有之意思，非必均有取得所有權之自信。

僅以其對於物有使與自己之關係與所有權地位相若之意思即可，故盜賊亦爲自主占有人。

所有之意思存否，依於占有開始之原因事實而定。所有權行使之占有，當然爲自主占有，盜賊等亦以有據爲已有之意思爲常，而因於租借寄託等關係所取得之占有，則爲他主占有。他主占有，可依於權原之性質而認定，然若占有人對於使其占有之人表示所有之意思，或因新事實變爲所有之意思，則從其時起，變更爲自主占有。例如：承租人或借用人向出租人或貸與人表示租用物係其自己之物，又如因買賣贈與而讓受物之所有權是也。（民法第九四五條）但僅爲內心的變更意思而不表示於外部，仍爲他主占有。

以所有之意思之有無，爲區別他主占有與自主占有之標準，是爲通說。學者中有謂以所有之意思爲占有者，乃完全占有，非以所有權之意思爲占有者，乃不完全占有。至自主占有乃占有者以爲自己意思而占有其物之謂。若無爲自己之意思而占有，則爲他主占有或容假占有。（參照橫田秀雄物權法第一二五頁第一二七頁）若依其說，有用益權人之占有概爲自主占有矣。此種分別，殊鮮實益，故仍以通說爲當。

自主占有與他主占有區別之實益，在於取得時效。（第七六八條至第七七一條）先占（第八〇二條）賠償責任之範圍。（第九五六條）

第二 善意占有與惡意占有

善意占有者，不知其無權占有而爲占有之謂。例如甲以乙所有之時計出賣於丙，丙不知此時計爲乙之所有權，買受而占有之，則丙爲善意之占有。惡意占有，乃明知爲無權占有而爲占有，如前例，丙於買受時，明知爲乙之所有物，則爲惡意占有。

關於區別善意與惡意之標準，向有二說：（註二）一說以善意占有乃信其自己有權而爲占有，第二說以善意占有僅係主觀方面消極的不知有妨害權利取得事實，其是否有自信，則非所問。吾人亦採第二說，蓋不惟不知其瑕疵者未必即確信其有此權利，且亦有占有權利，而誤信爲無爲占有之權利者。吾民法上善意用語，係指不知情而言，故以不知無爲占有權利而占有，爲善意，反之，則爲惡意。

善意占有與惡意占有區別之實益，以不動產取得時效，（第七七〇條）即時取得，（第九四八條）占有之效力爲最著。（第九五二條至第九五五條）

第三 過失占有與無過失占有

此爲善意占有中之區別。即占有者於占有當時，信其自己有爲占有之權利，雖爲相當注意，仍不能知其無權利者，其占有爲無過失。反之，占有者縱令信其有爲占有權利，但如爲相當注意，即可知爲無權利者，斯爲有過失。此區別之實益，在吾民法，僅以不動產之取得時效有適用；（第七七〇條）而在他國民法，尚有以無過失爲即時取得之要件者。（參照日民第一九二條）

第四 和平占有與強暴占有

和平占有者，如其名稱所示，不用禁止之私力而為占有之謂，例如甲得乙之承諾，受其時計之交付而占有之是也。反之，用禁止之私力侵奪他人之占有而為占有者，則為強暴占有，如甲用武力強盜乙之時計以取得占有是也。此區別之實益，僅於取得時效見之。（第七六八條至第七七〇條）（所謂和平，係採相對解釋，參照本著第二章第一節第五款第四項說明。）

第五 公然占有與隱祕占有

公然占有者，占有狀態表現於外部之謂，反之，則為隱祕占有。惟應注意者，所謂公然與隱祕之狀態，應以占有人是否有採取隱匿之行爲而定，縱使占有人將占有物收藏，然其目的僅為預防物之滅失毀損，並非為避免他人之發見，仍不失為公然占有，蓋公然僅係消極的觀念，無故意使他人知有占有事實之必要也。此區別之實益，亦僅於取得時效見之。（所謂公然，祇須相對的，參照本著第二章第一節第五款第四項之說明。）

第六 繼續占有與不繼續占有

繼續占有者，占有無間斷之謂，反之，則為不繼續占有。此區別之實益，亦於取得時效見之。

第七 無權占有與有權占有

物之占有者，有基於法律上之原因而為占有之權利時，謂之有權占有，或正權原占有，如因於所有權、地上權、

永佃權、典權、質權、留置權、及租借等關係而占有其物者是也。若無法律上之原因而占有他人之物，則爲無權占有。或爲無權原占有，如拾得人占有遺失物，盜賊占有贓物，以及其他不法占有他人之物是也。此項區別之實益，在占有人爲有權占有者，則得拒絕他人本權之行使。（第七六七條）又在取得時效，可依於權原之有無，而爲是否自主占有以及判定有無過失之參考。

第八 直接占有與間接占有

物之占有人，現實的占有其物，即現實的對於物爲事實上之管領者，爲直接占有。反之，非現實占有其物，僅對於現實占有其物之人保有返還請求權，因而間接有物上管領力者，曰間接占有。例如：凡基於質權、租借權、寄託及其他類似之法律關係而占有他人之物者，即爲直接占有人。斯時之他人即爲間接占有人。惟間接占有人不以所有權主體之本人爲限，例如：質權人以其質物轉質於他人，則取得次質權人爲直接占有人，而轉質人對於次質權人又爲間接占有人矣。（民法第九四一條）

間接占有，嚴格言之，並非真正之占有，不過法律予與占有同樣之待遇，其所以設此規定者，不外爲保護有本權之占有人，使其得依間接占有方法以行使權利也。故間接占有不能獨立存在，須有與之對立之直接占有，而直接占有有人與間接占有有人間必有一定法律關係。

採主觀主義之立法例，如法日民法，設代理占有之規定，使不爲現實占有之本人依於代理關係而保其占有

權，其與吾民法及德民法之間接占有有制度，是否相同？頗堪研究。有謂係同一意義者，（參照橫田秀雄物權法第一二八頁中島玉吉民法釋義二卷第一一頁以下）有謂關係非同一意義者（參照富井政章民法原論物權第六三七頁以下末宏嚴太郎物權法上卷第二三二頁）依愚所信，二者殆為達同一目的，不過達此目的之手段，全異其基礎觀念，故不能以彼邦民法之代理占有制移為吾民法之說明。

吾民法係採客觀主義，以對物為實際管領為取得占有之根據，不問現實占有人意思之如何，概為直接占有。例如：單純受寄人，在法日民法之解釋上，有不認其為代理占有人，此時仍以為寄託之本人為占有人者。在吾民法，凡單純受寄人既現實占有其物，則為直接占有人矣。其基於法定代理關係為他人持有其物者，亦以持有者為占有者，蓋持有與占有之意義無所區別也。由此以觀，監護人管理受監護人之財產，破產管財人管理破產人之財產，遺產管理人管理被繼承人之財產，凡現實占領其物而為事實上支配者，均為直接占有人，而其他入（如受監護人等）則為間接占有人。

第九 自己占有與輔助占有或機關占有

占有人親自對於物有事實的管領者，為自己占有。其以受僱人學徒，或基於其他類似之法律關係，對於物為事實管領而受占有人之指示者，（註三）為輔助占有。此等人服從其主人之指示，乃主人用為占有之機關，對於主人事實上立於從屬地位，雖有物之管領，然無自主獨立之目的，僅為本人手足之延長而已。（民法第九四二條）

占有輔助人事實上對物實施管領，而在法律上係爲他人占有，故不認其爲占有人，其與上述直接占有間接占有之異點，極易分別，蓋以某種法律關係而占有他人之物者爲直接占有人，斯時之他人爲間接占有人，是在一物之上同時有二個占有，（一爲直接一爲間接）而輔助占有不過爲占有之機關而已。所應注意者，占有主體，不以自然人爲限，法人亦可取得占有，但法人乃依於機關而行動，其機關之行動，卽法人之行動，故法人之董事於其代表權範圍內對於物占有時，係以法人爲占有人。少數學說以機關（董事）爲直接占有人，法人爲間接占有人，實屬誤解。惟在輔助占有之場合，法律上以主人爲直接占有人，亦祇在對外關係有其實用，此徵之第九六一條之特別規定至爲明瞭；而在內部關係，卽占有輔助人與主人之關係，仍不妨以占有輔助人爲直接占有人，蓋占有原以對物有事實管領爲要件，該物既在受僱人學徒等事實管領之下，不能不認其爲直接占有人，故占有輔助人將主人之物爲處分時，乃構成刑法上之侵占，而非竊盜，又此種占有人與其主人之關係，於第九四五條第九四六條第二項亦有適用。例如：甲爲主人，乙爲占有輔助人，乙於占有中向甲表示其以所有之意思爲占有時，卽變爲自主占有。又如：甲對於乙讓與其物，祇須彼此合意，卽以移轉占有論，（參照第七六一條第一項但書第九四五條後段）不必由甲向乙取回再爲交付。此理論與直接占有人與間接占有人之關係相同。

此外，學者有分占有爲瑕疵占有與無瑕疵占有者，但瑕疵占有，卽他主占有，惡意占有，強暴占有，隱祕占有，有過失占有之總稱。此種區別，僅爲用語上之便利而設，殊無何種必要。

第三節 占有之推定

第一款 權利之推定

保護占有之目的，在依於外形的事實與以效力，以確保交易之安全，故推定有人在占有物行使之權利為適法。蓋以普通事例論，占有人多基於本權而為占有，其無權原而占有者，殆屬例外。多數立法例均設此推定規定，吾民法亦然。（民法第九四三條）

因占有有所推定之權利，不問其為物權抑為債權（如租賃權或借用權）均受第九四三條之適用，例如占有人以為自己之所有而行使權利於所占之物，即推定其有所有權，以有地上權、永佃權或租借權，而行使權利於所占之物，即推其有各該權利是也。吾民法規定與德法民法尚有異點，（德民第一〇〇六條法民第二二七九條）即不限於動產，而於不動產亦有適用，然關於不動產既有登記制度，依於登記公示力之原則，若占有人與登記名義人發生抵觸時，當以登記之內容而定，即在無反證之場合，登記之效力自優於占有之推定力者也。

受占有有推定之效果，即於實體權之有無生爭執之場合，占有人得援用本條以對抗相對人，其自己不負舉證責任，而在否認其有權占有之相對人，則須提出反證。關於此點，又有兩種不同學說：或以為占有之推定力，僅有防禦的性質，僅立於消極地位得援用之，若占有人對於他人積極的主張為有權占有（即基於權原占有）則仍不

能免其舉證責任。或以爲不問占有人立於何種地位，均受本條之保護。自理論言之，以第一說爲優，惟在訴訟上有爭執時，通例由原告舉證；而事實上占有人多屬被告，故結果多於占有人有利。（註四）所應注意者，占有人若對於與之爭執之相對人提起確認權原之訴，則不能僅以基於占有事實以代舉證。（註五）此爲上述兩派學說之異點。

占有之推定力，不但占有者本人得主張之，凡與否認占有人有行使占有權利之人有爭執者，皆得援用，例如：甲占有人以所有人行使占有物上權利，將占有物向乙設定他種物權時，丙若對於乙基於權原否認甲之處分行爲有效，乙亦得援用本條以對抗。

第二款 事實之推定

無論何人爲其自己之利益，主張某事實之存在者，就其事實有立證責任，此證據法之原則也。但此原則，若適用於占有，則就占有各種現象之存在，須爲一一證明，不惟其事匪易，且與認占有得脫離本權而受獨立保護之立法本旨相矛盾矣。故法律基於實際生活之經驗，爲占有人設諸般之推定，以免除其舉證責任。各國立法例設有此種規定，吾民法亦倣之。

- (一) 推定占有人爲以所有之意思、善意、和平及公然占有。（民法第九四四條第一項）
 - (二) 其在占有前後兩時，有爲占有之證據者，推定其爲繼續占有。（民法第九四四條第二項）
- 占有物既在占有人實力管領之下，按諸通常事例，占有人係以之爲自己所有而占有之，其爲他人占有者，殆

屬例外，故設此推定。法律既推定以所有之意思而為占有，則占有人欲主張其以地上權人或他種權利人之意思而為占有，亦毋須舉證，自不待言。又以善意和平及公然占有之態樣以占有其物，亦屬人類普通之狀態，亦須由主張反對事實之人負證明之責，以證明占有人係惡意或強暴隱祕之占有。在前後兩時間為占有者，例如三月一日有占有物之事實，於十二月三十一日仍有占有物之事實時，則推定其一年內未間斷。欲主張其占有經中斷者須證明其中斷事實，而在占有人僅須證明前後兩時有占有事實足矣。

關於占有是否有過失，民法未設推定之規定，自應由占有人舉證，蓋就無過失為舉證，其事較易故也。

第四節 占有之取得

占有之取得方法有二，一為原始取得，一為繼受取得，茲分別說明如次：

第一款 原始取得

不基因於他人之占有，而從自己新發生占有者，謂之原始取得。第九四〇條規定占有以對於物為事實上管領為要件，故凡具備此要件，即取得占有，不問占有人之意思，已如本章第一節之所述，例如占有無主動物，拾得遺失物，奪取他人之物之場合是也。其事實上管領力之獲得，不必躬自為之，由占有輔助人為之亦無妨。

第二款 繼受取得

基於他人之占有而取得占有者，謂之繼受的取得。或以爲占有係一種事實，並非權利，其性質不適於移轉。然吾人既以占有雖以事實爲基礎，而其受法律上之保護，則與權利無異，故認其有移轉性。占有之繼受取得，一爲讓與，一爲繼承，分述之如下。

第一項 占有之讓與

占有之讓與，卽以移轉占有爲目的之法律行爲也。應具備左列要件：

第一 當事人之意思表示

卽一方有讓與之意思，他方有受讓之意思而成立。通常係契約，故適用關於法律行爲及契約之原則。但占有之讓與，亦有依一方意思表示（卽單獨行之）而成立者，例如甲所有之時計，被乙竊取，甲不於兩年內行使回復權，（參照第九四九條）因而喪失占有，而乙任意返還其時計於甲，使甲回復對物支配力者，其以占有物之交付，乃以移轉占有爲目的之獨立的讓與行爲也。其他不正當占有人自動返還占有物於真正權利人時亦同。又占有之讓與，有基因於以實體權之移轉爲目的之法律關係，而爲附隨的法律行爲者，如因於買賣贈與，由一方移轉所有權於他方之法律行爲，其效果，在當事人間須爲標的物之交付，卽爲占有之讓與，故在此場合，占有之讓與，爲伴隨所有權讓與行爲之法律行爲。但占有既脫離實體權範圍，而有其獨立觀念，則占有讓與行爲亦不外爲物權的法律行爲，（原則上爲不要因行爲）不以所基因之實體權讓與行爲如何而受影響，縱移轉實體權之讓與行爲

有無效或撤銷之原因，而占有權非必歸於同一運命，不過讓與人得據以證明其為無權原之占有而已。

第二 物之交付

占有之讓與，不僅以當事人之意思表示為足，須將在於實力範圍內之物有移於讓受人實力範圍內之事實，此為占有性質之當然結果。物權之移轉，在不動產，僅以登記而成立，（在典權有特別規定，除登記外須為交付。）在動產，則應交付其物，惟占有係以體素為要件，故不問不動產、動產，非有標的物之交付，不生效力。（民法第九四六條第一項）

如何情形，得認為已有交付？屬於事實上之問題，要就具體情形以為判斷。要之，祇須使讓受人取得事實上支配力，即認為已有交付，例如以交付存於倉庫內之物品為目的，而交付倉庫鑰匙於讓受人，或施外形的標識於物品時，均足以使舊占有人脫離實力範圍而入新占有人之實力範圍者也。

占有之讓與，以標的物之現實交付為原則，惟亦有左列之例外：

（一）讓受人已占有標的物時 於此場合，占有之讓與，僅以當事人之意思表示而生效力。蓋占有之移轉，以物之交付為必要者，不外使讓與人所占有之物歸於讓受人占有，然讓受人已占有在先，自得僅因當事人之意思表示，完成占有之移轉也。（學者稱此為簡易交付，參照第一章第二節第三款關於動產物權與要件之說明。）（民法第九四六條第二項第七六一條第一項但書）

占有人讓與占有於其占有輔助人時，應解爲亦有適用，蓋在對外關係，固以主人爲直接占有人，而受僱人等不過爲占有機關，但於內部關係，其物既在受僱人或學徒實力管領之下，無妨即依簡易程序以完成其交付，否則必須由占有輔助人將其持有物返還於主人，再由主人向其交付，徒增周折，殊無實益。

(二)讓與人欲依特別法律關係繼續其占有時 於此場合，得以當事人意思之合致，使讓受人因此取得間接占有，以代交付。(學者稱此爲占有改訂，參照第一章第二節第三款關於動產物權讓與要件之說明)(民法第九四六條第二項第七六一條第二項)

讓與人欲於讓與占有有後而爲占有輔助人時，可否認爲占有之改訂，不無疑義。例如：甲賣馬於乙，同時與乙成立契約，爲乙之受僱人繼續其占有者，或以爲此時甲僅爲乙之機關，乙係直接占有人，非占有之改訂；但在吾民法之解釋上，按諸前述之法理，未嘗不可。故若嗣後乙(買主)再讓與其占有於甲時，僅以當事人之意思表示而生效力，若不爲如此解釋，則與上述之簡易交付辦法不能貫徹也。(同旨趣參照劉鴻漸物權法論第三五六頁)

(三)讓與之標的物在第三人占有中時 於此場合，讓與人得以對於該第三人(即直接占有人)之返還請求權，讓與受讓人以代交付。(學者稱此爲指示交付，參照第一章第二節第三款關於動產物權讓與之說明)(民法第九四六條第二項第七六一條第三項)

依此方法而爲移轉占有者，與債權之讓與相同，在讓與人與讓受人間亦僅以意思之合致而生效力，惟對於

有返還占有義務之第三人似有通知之必要。（參照第二九七條）

讓與人使其占有輔助人以後爲讓受人占有時，應解爲不得僅依讓與人與讓受人間之合意而生效，蓋占有輔助人與其主人間必有一定法律關係如僱傭等類關係，不能當然隨之移轉故也。若讓與人之受僱人願爲受讓人之受僱人受其指示而爲其占有者，則受讓人得依第九四二條以取得占有，自不待言。

第二項 占有之繼承

在羅馬法，不認占有之繼承性以占有人之死亡而歸於消滅，蓋以占有人死亡，占有之意思既不存，同時亦斷絕與物之實力關係故也。近世民法均認占有得依包括繼承取得。（法民第七二四條德民第八五七條瑞民第五六〇條）吾民法雖未規定，然學者多持肯定之見解。（註六）

關於占有之繼承問題，有種種理論：主張占有係事實而非權利者，則不認其有繼承性，是爲當然。反之，主張占有係一種物權，或至少爲類似物權之一種財產權者，則因占有人之死亡，移轉於繼承人，是爲權利義務包括的承受之結果。但在第二說中，又有兩種不同之議論：一說以繼承乃繼續死者（即被繼承人）之地位，易言之，即死者人格之延長，故占有因繼承而移轉於繼承人，與實體權之移轉相同，認其與繼承同時取得占有，不須有移轉行爲，亦不以物與人之間有實力關係存在爲必要。第二說，以占有之繼承，亦須繼承人對物獲得事實上之管領力，始生效力，非謂標的物一旦脫離被繼承人之範圍，即當然入於繼承人之實力範圍者也。從法律規定占有之本旨觀之，

自以採第二說爲當；而從吾國繼承制度之沿革上觀察，則又以第一說爲合理，要之，對物之實力關係，本應以社會觀念而決，如前所述，則縱取第一說，亦無何等弊害，蓋繼承人於事實上諸般關係，與被繼承人處於同一地位，殆爲社會觀念所是認也。（註七）

第三項 繼受取得之效果

依吾民法之解釋，在繼受取得占有之場合，同時亦可取得自己固有之占有，即原始取得，蓋占有以對物獲得事實上管領爲要件，若具備此要件，對於占有有要求法律之保護，自不必問其爲原始取得抑爲繼受取得，故占有人雖繼受他人權利取得占有，亦不妨主張其自己之占有。易言之，占有人得任意爲占有分離或合併之主張也。（民法第九四七條第一項）

多數學者均以此時占有人別具備原始取得占有之要件，即於繼受占有外，更取得自己固有之占有；但亦有主張不能爲此說明，僅係占有人於有變更占有性質之事實發生，以變更其占有性而已。（參照末宏嚴太郎物權法上卷第二四二頁及日民法第一八五條）

又有謂得主張占有分離之占有人，以特定繼承人即讓受人爲限。至包括繼承人則不能主張其自己固有占有，蓋包括繼承係繼承人被繼承人之人格，從其身分上着眼，不能認有新占有之開始也。法國民法係依此說而爲規定，在吾民法上則無此跡象，且既以對於物獲得實力管領爲占有發生要件，更無立此界限之餘地。

占有合併與分離之問題，即爲關於占有取得權利之利害問題，蓋若不主張爲分離，則占有不失其同一性，如前占有人之占有有瑕疵，則應繼承其瑕疵。（民法第九四七條第二項）

前主占有，若係強暴占有，或隱祕占有，或係惡意，或有過失，占有繼承人縱無此等瑕疵，亦應繼承，故實際上未必有利。例如：前占有人占有某不動產爲惡意，或雖善意而有過失時，依第七六九條須經過二十年始得請求登記爲所有人，而後之占有人若係善意而無過失者，則不爲合併主張，只須占有十年，（第七七〇條）即可完成取得時效矣。惟爲合併主張者，亦有合計年數之利益，故如前占有人已占有該不動產十五年，則後之占有人繼承其占有五年，即可完成取得時效，至前占有人之占有無瑕疵者，則以主張合併爲有利，更不待言。

第五節 占有之效力

第一款 善意占有人即時取得占有物上之權利

基於占有之效力，取得占有物上之實體權利，有因於占有之繼續而取得者，於民法第七六八條至第七七〇條已有規定。此項規定，與其謂爲占有之效力，毋寧認爲時效制度之效果，非占有之純效力，故茲所說明者，爲動產占有人具備一定要件即時取得在該動產上之權利，係占有之直接效力也。

第一項 即時取得之性質及其根據

凡對物爲現實占有者，在一般觀念均信占有者有真正權利，從而占有人就其占有之物爲處分時，他人不知其爲無處分權，因之與其爲法律行爲，殆屬尋常之事例；若因占有人無處分權，而使第三人所讓受之物受真正權利人之追奪，則使第三人易蒙不測之損害，無以保交易之安全與敏捷，此民法認即時取得制度之由來也。依此制度之結果，凡以動產所有權或其他物之移轉或設定爲目的，而善意受讓該動產之占有者，縱其讓與人無讓與之權利，其占有仍受法律之保護。學者稱爲占有之公信力，例如：甲以所有之時計委託乙爲其保管，乙未得甲之同意，以此時計出賣於丙，或向丙設定動產質權，交付其物，而丙不知乙爲無權處分者，甲不能向丙請求返還其物，只得向乙請求損害賠償是也。（民法第九四八條參照第八〇一條第八八六條）

羅馬法不認此制度，蓋以無論何人不得以其所有之權利讓與他人，是爲原則。惟依德國固有法之觀念，即所
有人不本於自己之意思而喪失其物之占有者，（如盜竊遺失）雖不論對於何人得請求返還；而在任意讓與其
占有於他人者，（如借與寄託）則除對於相對人請求返還外，不得對第三人追奪。近世民法，多採德國固有法主
義，（德民第九三二條第九三三條第九三四條第一二〇七條法民第二二七九條日民第一九二條）吾民法亦
同。

第二項 即時取得之要件

綜合第九四八條第八〇一條第八八六條，說明即時取得之要件如左：

第一 占有標的須爲動產

不動產有登記制度，其權利主體應依登記簿而定，無即時取得之適用。（船舶雖爲動產，然關於船舶之所有權，在海商法及船舶登記法均有登記規定者，亦應與不動產爲同一解釋。）故爲即時取得之標的，以動產爲限。惟無記名證券，雖非動產，亦無準用動產規定之明文；然自第九五一條之法意推斷，既絕對不能向善意占有人請求回復，則得爲即時取得之標的，可概見矣。（註八）

第二 須由無處分權人取得占有

自正當權利人讓受占有者，縱因讓與人行爲能力欠缺，或其讓與意思表示有瑕疵，（如詐欺脅迫）以致讓與行爲不生效力或被撤銷時，雖受讓人出於善意不知有此等故障，亦不應受本條之保護。故依占有保護規定而取得所有權或質權，以自無處分權人受讓物之占有爲限。（註九）

第三 須依於一定法律關係而取得占有

即一方以移轉所有權或設定質權爲目的而讓與其占有，他方基於此法律關係而受讓動產之占有者，始受本條之保護。在他國民法，因其法條上無以正權原爲要件之跡象，（如日民第一九二條）故在解釋上不免有議論，而在吾民法則有明文規定者也。所謂以所有權或其他物權移轉或設定爲目的，則不外基於買賣贈與等以權利之設定或移轉爲目的之法律行爲，蓋於此場合，占有人多發生取得實體權之信念，不意有外來之干涉，故法律

使占有人取得其豫期之權利，而保護之，若無取得權利之正當原因，開始爲物之占有者，縱於占有當時，信以其物爲自己權利之標的物，亦不應認其即取得占有物之實體權利。例如：在多人集會之場所，誤取他人之衣帽手杖，而以為係自己之物占有之者，雖依於當時情況可認爲無惡意，要不能援即時取得之法例以主張取得所有權也。

第四 須因善意受讓動產之占有

所謂善意，即當時不知其無處分權之謂，例如：不知某人僅爲物之受寄人，並非所有人，而受讓其物之所有權，或於其物取得實權是也。若明知其事實而受讓其占有，法律無保護之必要。在德日民法，尚以無過失爲要件，（德民第九三二條第二項以無重過失爲限，日民第一九二條則不分別過失之輕重）吾民法則不論有無過失，祇以善意占有爲足，蓋欲使占有人就有無過失爲舉證，殊難貫徹保護善意取得之第三人之旨也。

依於第九四八條所取得之占有，以現實占有爲限乎？抑占有改訂與指示交付均包含在內乎？在學說上有爭執，有謂：在僅有意思表示，而於外觀上不變更從來占有事實狀態者，無受本條保護之理由，故應採狹義說。例如：甲以乙之所有物出賣於丙，而不爲現實交付，仍由甲向丙租賃而占有之，（參照第九四六條第二項第七六一條第二項）則無本條之適用。又如：甲以所有物出賣於乙，乙轉賣於丙，乙將該物出賣於丁，使丙向丁交付，在丙未爲現實交付者，（參照第九四六條第二項第七六一條第三項）亦無本條之適用。然此問題，畢竟依於占有之公信力而定，在法條上並無此種區別，殊無因讓受人是否受現實交付而爲區別之必要也。（註一〇）（同說見末宏嚴太

物權法上卷第二六七頁

第三項 即時取得之效果

因於占有之效力，取得占有物之實體權，爲物權，（所有權或質權）徵之第九四八條之文義甚明。此規定乃解決真正權利人與占有人之關係，卽真正權利人不得向占有人主張法律行爲之無效而請求返還其物。至讓與人與占有人（卽讓受人）之法律關係，仍依一般法律行爲之規定，又善意第三人基於一定法律關係從讓與人占有動產，即時取得動產上之權利，不問其是否有償取得，例如甲以乙之時計贈與於丙，丙係善意取得，亦受本條之保護。又依占有之效力所取得之權利，乃原始取得，非繼受舊權利人之權利，故新占有人取得所有權時，原所有人之權利消滅；但新占有取得質權時，原所有權並不消滅，僅受一種限制而已。

第四項 即時取得之特例

占有人取得占有物上之權利，同時原所有人失其權利或其所有權受有一種限制，不得向占有人爲回復之請求，已如前述。然對此原則，亦有例外，卽占有人所取得者，如爲盜賊或遺失物，被害人或遺失人，自被盜或遺失之時起，二年以內，得向占有人請求回復其物。是無他，在竊盜或遺失之場合，乃不本於權利者之意思，喪失其占有，若不許其回復，殊嫌苛酷，故有特予保護之必要也。（民法第九四九條）

此所謂被害人或遺失人，通常固爲所有人，然依吾民法之用語，係基礎於本權關係而請求回復其占有之謂，

亦不以所有人爲限。惟無實體權爲基礎之占有人則不得請求回復，例如甲竊盜乙物品後，丙又從甲之占有中盜去，而出賣於不知情之丁，甲不能依本條向丁請求回復是也。（註一一）

此所謂占有者，乃指現實占有其物，而直接或間接由盜賊或拾得人取得占有者而言，故限於二年內向其請求回復，若對於盜賊或拾得人請求回復，則不適用本條。故除盜賊依取得時效已取得物之所有權，拾得人依法律之規定已取得物之所有權以外，得分別情形，依第七六七條或第九六二條以請求返還占有物，其詳可參照關於各該條文之說明。

對於盜賊或遺失物，在二年期間內，得無條件向占有人請求回復，若空過此期間，則不得行使回復請求權。此期間之性質乃除斥期間，而非時效，故不適用於時效中斷及不完成之規定。

以盜賊或遺失物爲即時取得之例外，爲保護不基於權利者之意思而喪失占有之規定；惟法律爲謀交易之安全迅速，又設有次述之限制，以保護善意占有人，即例外之例外也。其情形如左：

（一）盜賊或遺失物，如占有人由拍賣或公共市場或由販賣同種之物之商人，以善意買得者。於此場合，被害人或遺失人非對善意買得者，償還其支出之價金，不得回復其物。蓋善意第三者於其買受當時，無考慮物品來源之必要，若許被害人或遺失人無償向其請求回復，使其蒙不測之損害也。（註一二）（民法第九五〇條）

（二）盜賊或遺失物係金錢或無記名證券。於此場合，不得向善意占有人請求回復，金錢與無記名證券有

最高度之流通性，若許爲回復請求，殊阻害其流通性，生妨害交易安全之結果，故應除外。(註一三) (民法第九五一條)

於茲有一問題，在被害人或遺失人未爲請求回復前，其所有權是否仍屬於原所有人抑屬於善意取得人？說上極有爭論，然遺失物與盜賊究非常然爲即時取得之標的，且亦不能解爲對於已經取得所有權之人尙得請求回復，故信以採第一說爲當。(註一四)

第二款 善意占有人之使用收益權

善意占有，依推定其爲適法所有之權利，得爲占有物之使用收益。茲所謂依推定其爲適法所有之權利，自指有收取孳息之權利，指所有權、地上權、永佃權、典權、租賃權而言。若占有人所行使之權利，不含有用益權能者，縱令占有人係善意，亦不得使用收益，故如占有人於占有物所行使之權利爲受寄人之權利，占有人不得使用收益無論矣；即所行使之權利爲動產質權，亦不得收取由動產所生之孳息，僅得於保存物之必要範圍內爲使用而已。蓋依第八八九條之原則，動產質權人雖得收取孳息，然須爲出質人計算以充當債權。(參照第八九〇條)純爲便宜而設，非取得孳息所有權，易言之，其收取孳息係爲擔保之目的，非其所行使之權利之內容上包含用益權也。例如：甲竊盜乙所有之動產而出質於丙，甲依第九四九條向丙請求回復其物時，甲既非出質人，則丙對於占有物所收孳息應返還於甲，而另向乙交涉。(民法第九五二條)

占有人爲善意者，縱令對於真正權利人返還占有物，亦保有其已收取之孳息，毋須返還。蓋占有人既以信其有收益權而占有其物，則收取由物所生之孳息，消費之，遺棄之，或任意爲買賣贈與之處分，毫無顧慮，如一旦受真正權利人回復之請求，必使其返還已收之孳息，難免受不測之損害，此本條規定之理由也。

第三款 善意占有人之賠償責任

占有人占有其物爲善意者，其占有中如有滅失毀損情事，不問基於不可抗力之原因，抑出於占有人之故意過失，僅於因滅失或毀損所受之利益爲限，負賠償之責。蓋善意占有人信其有正當權利而爲占有，自不豫期其對於他人應負何種責任，因而不加善良管理者之注意，亦所當然，若使負全部損害賠償之責任，殊嫌苛酷。（民法第九五三條）

茲所謂善意占有人，指以所有之意思而爲占有之善意占有人而言，蓋在無所有之意思而爲占有者，縱係善意，依第九五六條規定，與惡意占有人之責任同論。此所謂滅失毀損，不僅指物質的消失而言，可與德國民法爲同一解釋，包含一切不能回復之情形，（德民第九八九條）如占有人賣卻於善意第三人，該第三人依即時取得之法則以取得實體權，亦滅失之一例也。（註一五）

善意占有又爲自主占有人，對於占有物之滅失毀損，雖不負賠償義務，然若因此而受利益，究屬不當利得，即依不當利得之法則，亦應償還有回復權人，例如占有他人所有之不動產，因於第三人之侵權行爲致滅失毀損而

受領賠償金者，應將所受領之賠償額返還於所有人，又如：占有他人所有之動產，將其出賣於善意第三人，致所有人不得向善意第三人請求回復時，應將所得之賣價返還於所有人是也。

第四款 善意占有人請求償還費用之權利

善意占有人對於占有物支出費用者，對於物之回復人得請求償還，而關於償還請求權之範圍，則依於費用之種類而異，茲述其類別如左：

第一 必要費

必要費者，為因保存占有物所支出之費用，即為維持物之本來狀態，豫防其滅毀損失或減少價格之費用也。如修繕占有標的之器具，飼養動物，完納租稅所支出者是。所謂必要費，又可分別通常必要費與臨時（或特別）必要費，例如：因水災地震為物之大修繕而支出之費用，則屬於第二種；而上述之各種費用，則屬於第一種。吾民法雖未明示此區別，但第一種之費用，與占有物之收益，有密切之關係，通常情形皆於取得之孳息中支出，使其抵銷較為便利，故已就占有物取得孳息者，不得請求償還，自指第一種之費用而言。又所謂已就占有物取得孳息，自係實際上獲得孳息之意義，非因善意占有有人有第九五二條之收益權，遂謂其絕對不應請求償還，故如占有人未獲收益，而實際支出費用者，仍有償還請求權。（民法第九五四條）

第二 有益費

有益費者，爲因改良占有物所支出之費用，卽爲增加物之利用價格所支出之費用也。例如爲建築物之增築或修飾而支出者是。此項費用，以增加價格現尙存在之限度內，得請求償還，蓋有益費用，原非物之保存上所不可缺之費用，如其物在有回復權人手內，究否支出此種費用，不可知也。立法例有認此際有回復權人行使選擇權，或使償還其所費金額，或其增加價額。（日民第一九六條第二項）卽所費金額低於現存之增加價額時，回復權人祇須償還其所費金額，較爲有利；反之，現存之增加價額低於當日所費金額者，回復權人祇須償還其增加價額，較爲有利。吾民法未設此規定，自不能爲同一解釋。（民法第九五五條）

占有人於其費用未受償還前，自得留置其物。（參照留置權章第一節之說明）

第五款 惡意占有人及他主占有人之賠償責任

占有物，因可歸責於善意自主占有人事由致滅失毀損者，僅以因滅失或毀損所受之利益爲限，負賠償責任。已如前述。反之，如係惡意占有人，或以無所有之意思而占有者，則因歸責於己之事由致占有物滅失毀損者，對於回復權人不可不負全部損害賠償責任。蓋惡意占有人既明知其無占有權利，對於真正權利者任故意過失之責，亦理所當然。至他主占有人雖有爲占有權利，然究無對於占有物爲滅失毀損之權利，故應與惡意占有人同論。例如甲明知爲乙之物而占有之（如侵占遺失物）經所有人乙請求返還者，如有滅失毀損情事，而其滅失毀損，係由於占有人卽甲之故意過失者，應賠償之。又如甲以乙之所有不動產出典於丙，由丙占有後，經所有人乙向丙請

求回復者，丙雖不知爲乙之所有，但其占有係以典權人之地位爲占有，如因於丙之故意過失致物有滅失毀損情事，對於乙亦負全部損害賠償義務。其由甲竊盜乙之動產而出質於丙，經甲對丙回復之場合亦同。（民法第九五六條）

占有物之滅失毀損，若因於不可抗力，在原則上，自不應由占有人任其責，爲本條當然之解釋。惟學者有解爲在占有人有遲延時，例如：占有人受回復其請求後，有滅失毀損情事，應使占有人絕對負其責任，即雖因於不可抗力，亦由占有人負責；惟若證明占有物縱在占有人手內仍不能免滅失毀損者，則不負責任。（見橫田秀雄物權法第二五八頁）竊以在吾民法，此時未嘗不可適用第一八二條第二項後段之規定，蓋依該項規定，只須損害之發生，與不常利得有因果關係爲足，無須有故意過失之要件也。

第六款 惡意占有人之償還費用請求權

惡意占有人，既明知無占有其物之權而爲占有，與無因管理情形相同，故因保存占有物所支出之必要費用，應依關於無因管理之規定，（參照第一七六條第一七七條）請求償還。（民法第九五七條）

惡意占有人縱支出有益費用，亦無償還請求權，蓋恐惡意占有人不免故意多加費用以阻礙回復請求權之行使也。惟立法例中有許裁判所因於回復者之請求，許與以相當期限償還者，（日民第一九六條第二項後段）則一方顧及回復人，一方又顧及惡意占有人矣。

有謂惡意占有人於其費用（當指必要費）未受償還以前，絕對不能行使留置權者。（參照余戟門民法要論物權第一七二頁）此在日本民法於有益費部分，固可爲如此解釋。（參照日民第一九六條第二項但書及二九五條第一項但書）在吾民法，惡意占有人只有請求償還必要費之權利，若其占有動產非因於侵權行爲，卽不能認其無留置權，蓋惡意云者，僅係知其無權原而爲占有，惡意占有，與侵權行爲之要件未必一致者也。

第七款 惡意占有人之返還孳息義務

惡意占有人既明知無占有其物之權，自亦知其無收取孳息之權利，故於受權利人回復之請求，應同時返還其孳息。其已收取而現存之孳息無論矣，若已消費，或毀損，或怠於收取，則應負返還代價之責。（民法第九五八條）立法例中有於強暴隱祕行占有，亦準用此規定者。（參照日民第一九〇條第二項）以其占有之原因既欠正當，法律無保護之必要也。在吾民法，則不能爲此解釋。

綜上所述，自第九五二條至九五八條均爲物之回復人與占有人之權利義務關係。至組成此法律關係之內容，所謂占有物之回復問題，主爲回復人與占有人之間而生；而此處之占有人指無得爲占有之權利者而言。若基於一定法律關係占有他人之物，如地上權人、永佃權人、典權人、質權人、承租人、借用人等，其與所有人或出租人、貸與人之法律關係，應依關於占有權利發生原因之各種法規而定，不適用九五二條乃至九五八條之規定者也。

又無權占有他人之物者，與回復人間之法律關係，往往有與事務管理，不當利得，侵權行為，債務不履行所生之關係併存者，例如盜竊他人所有物而占有之，經所有人請求返還其物者，一面應負侵權行為之責任，一面又負本節所述之責任是；惟本節所述各規定，僅爲占有之效力，不害其他規定之適用，例如承租人因過失毀損標的物，致契約終止時不能返還者，應負債務不履行之責任是也。惟若有請求權人，有請求權發生競合，自得任擇其一而行使，以達其目的爲足。反之，如行使其一仍不能滿足，則亦得行使其他一種，例如侵奪他人所有物而占有之，經所有人回復時，不但應負惡意占有人之責任，如所有人另有損害，亦得請求賠償其積極或消極損害。要在體會各該條文之法意而爲適用可也。

第八款 占有人之自力救濟權

占有爲基於占有之外形事實而假定其地位之制度，與法律上得支配其物之實體權（本權）異其觀念，已如前所述，故法律附之以種種效果，有侵害占有者與侵害他之權利相等，占有人得僅以占有爲理由以求救濟。惟其救濟之方法，立法例殊不一致，有僅認公力救濟者，如法日民法是，有於公力救濟外，兼認私力救濟者，如德法民法是。吾民法即採後之立法例也。

占有被侵害者，固得向加害人請求返還其占有物，或排除其妨害，所謂占有人之物上請求權是也。惟若加害人不應其請求，其結局仍須依訴訟方法，藉國家之力以救濟，殊嫌迂緩，此所以容許占有人有自力救濟權，使其對

不法之侵害，得以自己腕力而為防衛或奪回其占有物者也。

占有人之自力救濟權有兩種：一為自力防衛權，即占有人對於侵奪或妨害其占有之行為，得以己力防禦之。一為自力奪回權，即占有物如係不動產，得於被侵奪後，即時排除加害人而取回之；如係動產，占有人得就地或追縱向加害人取回之。（民法第九六〇條）

民法於第一四九條，設有一般防衛行為之規定：惟於侵害行為已成過去者，除依公力外，尚不能以自力取回，為適應占有之特殊保護，乃有此規定。又行使本條第二項後段之權利與第七九一條第一項之情形不同，該項規定（學說上稱為物件提示之訴）係指物品或動物偶至於他人地內，而非由該地主之侵害行為所發生之事例，且原占有者亦並未喪失其占有，若該土地所有人又有侵奪行為，自得行使本條第二項之權利，就地向其取回者也。

自力救濟權，不但占有人自身得行使，即其占有輔助人亦得行使，至間接占有人則不能有此權。（民法第九六一條）

凡直接占有人皆有此權利，從法條上無何種限制觀之，似亦明確；惟被侵害之占有人自身之取得占有，係侵奪前主之占有，對於前主亦得行使此權利乎？例如：甲侵奪乙之占有，茲乙又侵奪甲之占有，若許甲亦得行使自力救濟權，（行使此權利亦須用強力）則循環侵奪，而無止息，殊非維持公共秩序之道，且按之刑法第三二九條之

旨趣，亦以從消極解釋爲常。惟應注意者，被侵害人之取得占有雖侵奪前主之占有，其取得占有雖係不正，而第三人（非前主）侵害之者，則被侵害人仍得行使自力救濟權，如前例，甲盜取乙之占有物，丙又從甲盜取而占有之，則甲仍得行使自力救濟權。

第九款 占有人之物上請求權

第一項 總說

占有人之請求權者，法律爲保護占有所賦與占有人之物的請求權也。其目的在回復占有之圓滿狀態，與本條相同。（參照第二章第一節第四款）惟得脫離本權而行使，即占有人除得基於所有權或其他本權以行使權利外，尚得僅因占有行使此權利，蓋爲法律賦與占有最要之效果也。

此請求權爲私權，非訴訟法上之權利，惟占有人自不妨基於此請求權而爲訴訟上主張，尤其於審判外行使此請求而無實效時，惟有爲裁判上之請求。故學術上有稱爲占有訴權，而立法例亦有標明訴權字樣者。按之實際，殊無嚴格區別之必要，但與損害賠償請求權之性質則異。

第二項 請求權之主體

此請求權係以保護占有爲目的，故凡占有人得行使此權利，不問有權占有人與無權占有人自主占有人與他主占有人？善意占有人與惡意占有人？直接占有人與間接占有人？概有此權利，即令盜賊占有他人物品，而其占

有被侵害者，亦不得將其除外。註一〇反之，占有輔助人，則不過爲本人之機關，其自身當無此請求權。惟占有輔助人，有法定代理權或代表權者（如法人之董事）則不妨爲本人行使權利；若係受僱人或學徒，則須以本人名義行使權利也。

第三項 請求權之相對人

請求權之相對人，爲侵害占有之人。（在防止妨害請求權，雖於有妨害占有之虞時而發生，惟亦必須有具體事實，預見某人有行妨害行爲，故亦有侵害之特定人。）此等人對於占有物，縱有本權，然須依於正當手續行使權利，若加不法之侵害，仍所不許，此爲占有權特質所生之當然結果。其依占有機關而行占有之場合，則以占有本人爲其相對人。

對於侵害人之包括繼承人，亦得行使此請求權，不生問題。對於侵害人之占有特定繼承人，立法例有設例外者，即特定繼承人如不知占有取得時之侵奪事實者，不得向其行使返還占有物請求權是。（日民第二〇〇條第二項）吾民法無此規定，自難爲同一解釋，惟特定繼承人取得占有物具備即時取得之要件者，（參照第九四八條至第九五一條）則不得向其請求返還。依此解釋，特定繼承人如爲承租人、借用人、受寄人，自仍得向其行使返還請求權也。（註一七）

第四項 請求權之種類

占有物上之請求權，得別爲三種：(一)占有物返還請求權，(二)除去妨害請求權，(三)防止妨害請求權是也。
(民法第九六二條)

第一 占有物返還請求權

此請求權以占有被侵奪而發生。侵奪云者，即反於占有人之意思，使占有物失其所持之謂。例如以強盜、搶奪、竊取等不正之手腕，侵奪他人之占有是也。(註一八)若占有人任意移轉占有於他人，縱其占有之移轉，因於他人之詐欺、恐嚇，尙不能行使此請求權，其由占有人遺失其物者亦然。此請求權之內容，在回復物之占有，其回復生溯及效力，依於此請求權之行使以回復占有者，則其占有始終如一。(參照第七七一條)又受侵奪者，不但得請求回復占有，並得行使損害賠償請求權，惟二者之性質要件則異。

第二 除去妨害請求權

此請求權以占有被妨害而發生。妨害云者，未至於使占有人喪失所持之程度，而阻害其圓滿狀態之謂。即占有者一方受妨害，而爲妨害者，亦尙未取得物之所持，例如：不得占有人之承諾，侵入其宅第，或於他人土地上堆積石塊，妨礙其通行或其他使用是也。若單純以言詞威脅，使人交出占有物，而無直接對於物爲妨害者，尙不得認爲占有已受妨害。又行使此請求權，在排除妨害之繼續，即妨害行爲尙在進行中者，得請求妨害之除去，若其妨害已成過去，則不能行使此請求權，祇有向實施妨害者請求損害賠償而已。其得行使妨害除去請求權者，亦不妨其損

害賠償請求權，自不待言。

第三 防止妨害請求權

此請求權以占有有被妨害之虞而發生。有被妨害之虞云者，卽有危險之謂，不能依占有人之主觀想像而定，應依社會觀念，決其是否有受危害之可能，係一種事實問題，殊難爲抽象的說明也。以例而論，如因建築工事之不堅固，瀕於顛覆崩潰，而有危及他人占有不動產之情形，則得請求爲預防，或爲適當之修繕，或逕拆毀，以免占有物受損害是。在立法例中，有使占有人得請求供賠償損害擔保者。（日民第一九九條）吾民法無此規定，自不能爲同一解釋。

防止妨害與除去妨害請求權之相對人，均不限於最初實施妨害行爲之人，凡現在處於其地位之人均負有防止或除去之義務。

第五項 請求權之期間

占有物上請求權，應自侵奪或妨害占有或危險發生後，一年間不行使而消滅，蓋此種請求權以維持占有現狀與迅速救濟爲目的，自不應過長，但不害所有權或其他本權之行使。（民法第九六三條）

此期間之性質，有解爲係除斥時間，有解爲係短期消滅時效。從物上請求權之性質考之，自以第一說爲當；但若依法條文義，主第二說者亦非無理由。

第六項 請求權之行使方法

占有物上請求權，自有訴權爲之保護，故占有人如行使請求權，而相對人不應其請求者，得提起訴訟。所謂審判上之請求，是又占有人認爲有必要，亦得逕行提起占有之訴。

因占有而被侵奪者，得提起回復之訴；因占有被妨害者，得提起占有保持（除去妨害）之訴；因占有有被妨害之虞者，得提起占有保全（防止妨害）之訴。惟占有訴權，僅以保護對物實力關係（即權利之外形）爲目的，而本權訴訟，乃以確定基本權利關係使完成其權利之實現爲目的，依其目的之差異，故兩訴之性質效力亦不相同。茲述其概要如左：

第一 占有訴訟與本權訴訟兩不相妨

占有有權又有實體上權利者，得提起占有之訴，亦得提起本權之訴，依其自己之便宜，任擇其一而提起，如原告先爲一訴而受敗訴之判決，尙得爲他訴，不受一事不再理之拘束。（註一九）如原告不能證明其所有權，因而爲駁回原告之訴之判決者，不妨以占有事實爲理由，另提起占有之訴；如先提起占有之訴，因其請求權之行使期間已過，而受敗訴之判決者，亦不妨再提起本權之訴，以求救濟。在法院就兩種訴訟所爲之判決，亦不妨互相抵觸。（參照旧民第二〇二條第一項）

占有訴訟與本權訴訟，雖兩不相妨，然本權訴訟，究係終局之保護。設使占有訴訟之被告，在本權訴訟上，曾經

確定判決認其有占有權利或有爲妨害行爲之權利，則占有人所欲主張之請求權要件已根本破壞，自應使占有訴訟消滅，以免無益之進行，其已經和解者亦同。（註二〇）（參照第一次民草第一三〇七條）

第二 占有之訴不得基於本權上之理由而爲裁判

占有之訴之被告，不得以自己有本權爲抗辯理由，若以自己之本權爲主張，應提起反訴或另對於主張占有者起訴，蓋占有訴訟，係以保護占有爲目的，法院亦僅審查占有之人占有是否被侵害，以定其曲直，至其占有是否基於正當權原，無過問之必要，自不得基於本權上之理由而爲裁判。例如甲信某物爲自己之物而占有之，被乙竊去，甲對乙提起返還占有物之訴，乙不得以此物係其所有以爲抗辯，法院亦不得以乙確有該物之所有權，而駁回甲之請求，蓋乙縱有所有權，亦須依正當手續請求返還，不應侵奪甲之占有也。（參照舊民第二〇二條第二項）

第六節 占有態樣之變更

占有狀態，有種種區別，（參看第二節）因而在占有存續中，亦有生狀態變更者，如善意占有人自其知其無權占有時，即變爲惡意占有，他主占有人自其以爲自己所有之意思占有時，即變爲自主占有，其他公然、隱秘和平、強暴等占有狀態亦均有變更者，惟均係事實問題，無特予說明之必要。茲僅就法律所定變更之限制與擬制說明如次：

第一款 變更之限制

由他主占有變爲自主占有，須具備左列要件之一（民法第九四五條）

第一 占有人對於使其占有之人表示所有之意思者

凡依權原之性質，認爲無所有之意思占有者，如地上權人、永佃權人、典權人、質權人、承租人、借用人、受寄人等占有他人之物，均負擔法律上或契約上之義務，須對於使其占有之人表示所有之意思時起，始變爲自主占有。所謂使其占有之人，即占有權之授與人，不以物之所有人爲限，如設定物權人、出租人、貸與人、委託人均爲占有授與人，其中亦有爲所有人者，亦有非所有人者，依其當時授與之法律關係定之。例如轉典、轉質、轉租之場合，轉典人、轉質人等亦係占有授與人，對於此等人爲意思表示，亦生效力。所謂意思表示，固不限於明示的表示，惟須使相對人足以知其實行其所變更之意思，蓋基於物權或債權占有他人之物，依其權原之性質，皆無所有之意思，若僅以不表示於外部之意思變更，即得認其變爲自主占有，爲取得時效之基礎，難免使他人受不測之損害也。（民法第九四五條前段）

第二 占有人基於新事實變爲以所有之意思占有者

此所謂新事實，即新權原之意味，如基於買賣、贈與等移轉所有權效果之原因，變爲以所有之意思占有是也。授與占有人，如爲所有人，則因新權原而變更占有之性質，似於取得時效之適用無甚關係，例如甲先以自己所有

之動產出租於乙，嗣後又與乙訂立買賣契約，由乙讓受其動產所有權是（註二）至若占有授與人並非所有人，則占有人基於新權原而爲自主占有，即可爲取得時效之基礎，如乙以甲所有之動產出租於丙，丙係他主占有，又係惡意占有，（即明知係甲之物）甲固得基於本權向丙請求回復；然如乙於出租後，又出賣於丙，則丙可依時效以取得所有權矣。（參照第七六八條）即丙自買受時五年間和平公然占有者，可取得物之所有權，甲不能向其請求返還。（民法第九四五條後段）

第二款 變更之擬制

善意占有人自其發見無爲占有之權利時，變爲惡意占有，要屬事實問題。然法律設有擬制的規定，即善意占有人與本權訴訟敗訴時，自其訴訟拘束發生之日起，視爲惡意所有人。例如：甲誤認乙所有之物爲自己之物而占有之，經乙提起所有權返還之訴，經判決確定乙勝訴者，即追溯於訴訟拘束之日視甲爲惡意所有人，不惟有返還訴訟中收取孳息之義務，且就占有物之滅失毀損任其責，蓋恐因訴訟程序遲延，使占有人受不正之利益，而使回復請求人受意外之損失也。（民法第九五九條）

第七節 占有之消滅

占有自不因混同而消滅。（參照第七六二條）此外之消滅事由，如標之物之滅失、沒收，與所有權或他種物

權同其命運，亦不待論。惟占有以對物有事實上管領力為必要條件，若欠缺此要件，（即喪失對物之事實管領力）其占有即歸於消滅。所謂喪失對於物之事實上管領力者，非以實力關係一瞬間之不存在而可認為喪失，必實力關係之不存在，有確定的狀態時，始生此效果。在如何之情形，可為實力之喪失確定乎？則必以絕對不能回復其實力時，或其實力喪失之狀態有永續性質，占有人直不回復其實力時，始可謂占有人確定的喪失實力也。故占有被他人侵奪，依適法程序以回復其占有者，其占有視為自始不消滅，即僅一時不能實行其管領力，如所養之鳥獸偶一逸去而占有人仍追跡以捕獲之者，亦不因占有人與該動物之間有一時實力關係之斷絕，遂謂其喪失管領力也。（民法第九六四條）

關於喪失占有之原因極多，有由占有人之行爲而生者，有由第三人之行爲而生者；亦有由自然之事實而生者。如動產之所有人交付其動產於他人或遺棄之，而入於他人占有範圍，為第一例。被強盜或竊盜以不正手段侵奪一方之占有為第二例，因於風災水難使占有物脫離實力範圍為第三例。一旦管領力喪失，不問其喪失之原因如何，其占有歸於消滅。

由輔助人為占有者，輔助人喪失對物之事實管領力時，主人之占有亦消滅，但入主人之手由主人自己為實力管領者，又當別論。由直接占有人占有其物者，直接占有消滅，間接占有亦消滅。又直接占有人與間接占有有人間之法律關係消滅時，間接占有亦無可存在。

第八節 共有

法律許數人共有一物（指所有）則數人共同占有一物，亦所不妨，如遺產繼承人共有其繼承財產是也。其共同占有取得之原因，有以包含占有權能之實體權為基礎者，如數人共有一物，或共有一地上權、永佃權、典權、質權、租賃權之場合是。亦有不以實體權為基礎，僅以多數人之對物實力關係而取得者，如多數強盜侵奪他人之占有物，或多數漁夫獵戶以其力捕獲動物之場合是。所應注意者，占有係以對物有事實力管領力為要件，故數人共有一物時，各占有人之事實管領力，均及於占有物之全部。故若二人以上各別就物之一部，有事實上管領力者，非共有，例如：二人共有一房屋，其實體權關係為分別共有者，雖各共有人按其應有部分，對於共有物之全部有使用收益權（參照第八一八條）但不妨依約定方法為分別使用，由甲住前進房屋，由乙住後進房屋，以保持其共有關係。而在此種情形，能否認為係共有？則以甲乙之對物實力關係如何為斷。蓋占有本得就物之一部而存在，若甲乙間之使用範圍劃分極嚴者，則不能認其係共有，仍屬分別占有即各自單獨占有也。又如二人共有一自行車，甲乙間約定輪流使用，每年交替，以保持其共有關係。則甲乙對於該自行車之占有，亦無共同關係，可概見矣。蓋占有係以外形的事實為基礎，其與實體權關係不必一致，故縱為單獨所有權，亦不妨與他人成立共有者也。共有被他人侵害時，各占有人皆得行使物上請求權，但於內部關係，不得就其占有物使用之範圍，互相請

求占有之保護。蓋在有本權占有之場合，其使用權範圍及方法，皆與本權有關，應依據本權而定；而在無本權占有，則純依各人之實力，以達其支配物之目的，亦無相互請求保護之可言。（民法第九六五條）

第九節 準占有

第一款 準占有之性質

準占有有云者，對於不占有某物，亦得行使權利之財產權，法律上與以占有同等保護之制度也。占有之標的，本以有體物爲必要，而占有亦以有體物之所持爲必要，故吾人不支配某物，僅單純爲權利之行使，不得認爲占有，但吾人行使權利與現實支配物體，初無二致，則法律就占有體物之旨趣，推廣及於有體物以外之財產權，亦無不可。（民法第九六六條第一項）

第二款 準占有之標的

組成準占有之權利行使，以財產權之行使爲必要，財產權以外之權利，如身分權，不得爲準占有之內容。蓋身分關係，極爲重要，不得濫據外形的事實，以爲判定者也。（註三）

依占有之性質，以物之占有爲必要者，如所有權、地上權、永佃權、典權、質權、留置權、租賃權等等，亦不得爲準占有之標的，蓋準占有制度，係以外觀上權利之行使事實與以保護爲目的，如其外形的事實，既占有特定有體物，因

之得推定有實體權之存在，當與以占有之保護矣，故準占有之標的，必為不包含占有權之權利，如地役權、抵押權、債權、無體財產權是也。

第三款 準占有之要件

準占有之取得，須為權利之行使。以如何之場合，可謂為權利之行使，應依其行使權利之性質與各種行為定之。例如：表見繼承人，縱非真正繼承人，而有為繼承人行動之實權，從而表見繼承人收取被繼承人之債權，即所謂債權之準占有者，又如：甲為乙於其土地上設定地役權，使乙通行甲之土地，縱令設定行為為無效，而乙不妨為地役權之準占有者。

尤有進者，權利行使之本來意義，為實現權利內容之行為，如債權之行使為請求給付，撤銷權之行使，為表示撤銷其法律行為。從來學者多以此意義為權利行使之解釋，定其能否成立準占有，因而以性質上不許繼續行使之權利，如撤銷權、解除權，以及不以繼續給付為目的之債權，均不能取得準占有，是為通說。然近來之學說，則以為準占有有基礎之「權利行使」，相當於占有保護之「物之所持」，祇須在外觀上認其有各該權利之事實，恰如因「物之所持」，即推測有物上權之存在相同，不限於嚴格之意義，故雖在一次性行使即歸消滅之權利，如撤銷權、解除權，亦僅因其附隨於他權利，不得單獨為準占有之標的而已，非謂必以繼續行使為必要也。易言之，即有表見其權利存在之外觀事實，縱令就該財產權未為本來意義之行使，亦得認為取得準占有，例如：持有債權證書，或提示

從他人受讓債權字據之人，即為準占有人；又表見繼承人既有立於繼承人同一地位之外觀事實，縱未為債權目的之給付請求，亦應與以準占有之保護。按其見解，實較向來之學說為優。（註二二）

第四款 準占有之效果

有準占有之事實，其效果發生準占有有權，從而關於占有之得喪，權利之推定，占有人之請求權等等規定，均準用於準占有。（民法第九六六條第二項）準占有有效果之最著者，為財產權之取得時效。（註二四）（參照第七七二條）又對於債權之準占有，有人善意所為之清償，有清償之效力。（參照第三一〇條第二款）

關於即時取得之規定，係以動產之特質為基礎，除無記名證券外（參照第九五一條）不得準用於準占有。蓋債權或其他財產權非如動產交易之頻繁，且其讓與多以作成證書或依於特別法上之手續（如註册或過戶）為通例，故不能以權利行使之外形事實與對物占有同與以公信力也。（註二五）

（註一）吾國學者對占有之性質解說，約分兩派：一主權利說，如柯凌漢、劉鴻漸之主張是。（柯著物權法論綱第二二五頁、劉著物權法論第三四三頁）一主非權利說，如王去非、鍾鴻聲、劉鎮中之主張是。（王著民法物權論第二八六頁、鍾著物權新論第二二五頁、劉編中大民法物權講義第二二七頁）

（註二）吾國學者柯凌漢主第一說。（見物權法論綱第二二二頁）其餘著述均主第二說。

（註三）本條所定之僱用人，係指受僱人即僕傭而言，非指僱主。（參照第四八四條）

（註四）前大法院五年上字第一九九號判例：「凡占有人推定其在占有物上有合法之權利並應推定其權利為所有權，故對於占有人提起回復所有權或占有之訴者，非由原告人舉出確實憑證，證明占有人之無權利不可。又八年上字第一九九號判例：「按現行法例，

凡主張所有權或他項權利，對於現在占有有人請求交出占有物者，應由告爭人提出確切憑證，以證明其主張之真實，如果告爭人不能為切當之說明，則現在占有有人即無提出反證之義務。」最高法院十七年上字第四一九號判例：「占有有人於標的物所行使之權利，推定為適法，若他人就該標的物上之權利有所爭執，自須提出取得權厚之證據，否則仍應保護占有人之利益。」

(註五) 前大理院八年上字第九一九號判例：「對於該地既非所有權，即令占有有雖久，而时效制度，在民律未頒行以前，無可援用，自不得以占有多年之故，認其取得時效成就，有人乃以占有多年，請求確認所有權，判令永遠管業，殊難謂為正當。」

(註六) 胡長清獨探反對說，見所著中國繼承法論第一零七頁。

(註七) 吾國學者有取第二說者，依其說如旅客在途中死亡，其所帶之行李，由旅店主人於其死亡後為收存時，該旅客家中之繼承人，雖已繼承所有權，但尙未繼承占有。(見柯凌漢物權法論綱第二二六頁)

占有物在第三人實力管領中，而該第三人為占有人之直接占有者，占有繼承人即因繼承取得間接占有。占有物在受僱人等掌握中者，占有繼承人即依此等占有機關而取得直接占有。

(註八) 關於第九五一條規定之無記名證券，尙有疑問，依於第三項所述之無記名式以外之有價證券，在票據，須具備善意無重大過失之要件而取得者，依票據法第十一條規定，始由持有人即時取得權利，尙不可與動產同一看待。此外，記名式公司股票或公司債票，要依照公司法第一一七條第一八四條手續，始生對抗他人效力，故不得因其占有有此項證券，即認為取得表彰於證券之權利。有謂一切有價證券均得適用本條為即時取得之標的者，(見柯凌漢物權法論綱第六六頁)與本著見解有異。

(註九) 因無權代理人之處分而移轉動產之占有於他人，受讓人不知其無權代理人，依第一七〇條第一一〇條之規定觀之，受讓人即占有人亦不能主張受即時取得之保護。

(註一〇) 有謂若不將占有改訂除外，則其後取得現實占有之他人失其保護者，例如甲以乙之所有時計出賣於丙，而自丙租用者，如認丙取得時計之所有權，則此後具備同一要件者之丁從甲取得現實占有不能受保護矣。其見解殆誤，蓋此時計之所有權既由丙依即時

取得之法律例而取得，甲雖繼續占有，不過為租用入而已。甲若不得丙之同意，將其出賣於丁而為現貨交付者，丁亦可依即時取得以取得所有權，丙不得向丁追回，並非不能受保護也。

(註一) 日民第一九三條規定與本法相同，其國學者之解釋，亦分兩派：有謂有回復權人，僅指所有權人而言，有謂凡有為占有之基本權者均有回復該物請求權。惟日民法第三五三條規定：動產質權人，其質物之占有被奪時，惟依占有回復之訴，得回復其物。依此規定，動產質權人自不能有第一九三條之回復請求權，故與吾民法解釋有異。

(註二) 本條僅謂不得向善意買得人無償請求回復，其為善意占有人，如非買得人而係受質人，尚不適用此規定；然於典當商（即以質舖為營業者）尙欠保護，應注意現時各地關於典當商之單行章則。

(註三) 本條係倣德國民法（德民第九三五條）在日本民法則無此規定，惟在日商法有第一八二條之規定。在吾民法，無記名證券，有依公示催告程序方法以保護被盜或遺失人者（參照第七二五條第七二八條）是否有本條之適用，尚有疑問。然多數情形，皆應保護交易之安全。

(註四) 日本學者權田秀雄末宏嚴太郎我妻榮主第二說，以所有權屬於取得占有有人，我國學者柯凌漢從之。（參照權田秀雄物權法第二三四頁末宏嚴太郎物權法上卷第二七二頁我妻榮物權法講義第一三〇頁柯凌漢物權法論綱第六八頁）

(註五) 有謂縱不如此解釋，亦得依侵權行為等規定，使負責任。例如甲以乙之物信為己有，而占有之，賣於丙之場合是。

(註六) 在德國民法上有一限制，即被侵害人之占有係於受侵害前一年內，侵奪前主之占有而取得者，則不能有占有請求權。（德民第八六一條第二項第八二條第二項）例如：甲侵奪乙之占有，是侵奪後一年內，乙又向甲奪回，則甲對於乙不能行使此請求權是也。關於此問題，吾國學者解說不一，有謂吾民法不從其例者（柯凌漢物權法論綱第二三一頁）有謂在法理上當然採同樣之解釋者（劉鵬物權法論第三七四頁）依愚所信，凡侵奪他人之占有者，該他人本有第九六〇條第二項之自力奪回權，若如第一說之主張係認甲對於乙仍得行使回復占有請求權，則與法律認自力救濟之本旨不貫澈矣。故大體以第一說為是。惟應注意第九六

○條第二項之期限，依具體情形審認之，不能如德民法有一年期間之限制。

(註一七) 特定繼承人依第九四八條受讓占有，而其占有物係盜賊或遺失物，未逾民法第九四九條期間者，學者有謂仍可向其請求返還。

(劉鴻漸)物權法第三七三頁) 而不問原占有人有無本權，殆有誤會。依愚所信，無本權之占有人，不能有第九四九條之回復權，其理由有二：(一) 該條係將盜賊與遺失物並列，而第九六二條則以占有被侵奪為限，若係遺失物，而遺失人係純占有人，不能僅以占有權向拾得人請求回復，而謂可向自拾得人受讓之善意第三人請求回復，殊欠平允。(二) 第九四九條之期間係二年以內，而第九六二條之期間，依第九六三條所定係一年，例如：甲盜取乙之占有物，而乙係純占有人，空過第九六三條所定期間則不得向甲請求返還，若甲將盜賊出賣於善意第三人丙，乙反可於二年內向丙請求返還，豈非矛盾？(日本學者解釋其國民法第一九三條與第二〇〇條第二項，亦不一致，殊為憾事。)

(註一八) 侵奪行為，於動產之實例最多，於不動產之實例較少。然亦非絕無，例如強佔他人房屋居住，強佔他人土地耕種，使他人喪失其管領力者，即為不動產之侵奪。

(註一九) 占有之訴，與本權之訴同時提起，或以一訴進行中而提起他訴者，被告入亦不得提出權利拘束抗辯。

(註二〇) 例如：甲以占有人資格對乙提起交回房屋之訴，(即回復占有之訴) 在此訴之進行中或已前，乙對甲提起本權之訴，經判決確定或和解成立認乙有占有權利，則甲對乙之占有訴訟即無維持之餘地。

(註二一) 在讓與行為為無效之場合，變更占有之性質，亦有取得時效之適用，即上述之例，乙可依時效取得所有權。

(註二二) 法國民法 (第一九五條以上) 進一步認身分占有制度，即依一定之外形事實，認其有與外形的事實相當關係，在吾民法，僅第一〇六三條第一項，可謂為類似之規定。

(註二三) 參照末宏嚴太郎物權法上卷第三〇五頁以下。

(註二四) 取得時效，以繼續占有為必要，故凡不繼續行使之權利，自亦無可準用於取得時效。

(註二五) 此爲多數說，惟日本學者中島玉吉、遊佐慶夫反對。(中島民法釋義二卷第二七五頁、遊佐民法概論物權第五三九頁)
在票據應注意票據法第十一條。

附錄

民法物權編立法原則

一 物權，除於本法或其他法律有規定外，不得創設。

說明 物權有對抗一般之效力，若許其以契約或依習慣隨意創設，有害公益。故明定除本法或其他法律有規定外，不得創設，以示限制。所謂其他法律，指特別法而言。蓋物權非必悉以民法規定，如漁業權著作權及其他另有特別法規定者，皆是。

二 不動產物權，依法律行為取得，設定喪失及變更者，非經登記，不生效力。

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

三 所有人於法令所限制之範圍內，得自由使用收益處分其所有物，並排除他人之干涉。

說明 所有人固得任意使用收益處分其所有物，然爲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，則許其排除，以資保護。

四 以所有之意思，五年間和平公然占有他人之動產者，取得其所有權。

以所有之意思，二十年間和平繼續占有他人未登記之不動產者，得請求登記爲所有人。

以所有之意思，十年間和平繼續占有他人之不動產，而占有之始爲善意，並無過失者，得請求登記爲所有人。說明 爲注重社會公益起見，動產所有權及不動產所有權之狀態，不宜久不確定，故規定其取得時效。至時效期限亦不宜過長，故分別規定動產取得時效爲五年，不動產取得時效爲二十年或十年。

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，亦須以有利益者爲限，否則卽爲權利之濫用，應在禁止之列。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，卽無使其取得所有權之必要。故明定以所有意思占有無主之動產者，始取得其所有權。

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，爲共同共有人。

共同共有人，非經全體同意，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，均爲共同共有關係，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之法律，或契約另有規定外，非經共同共有人全體之同意，不得處分共同共有物，或行使其他之權利，以保護共同共有人全體之利益。

八 佃權之設定，定有定期者，視爲租賃。

說明 佃權本有永久存續之性質，故定爲有定期者，即視爲租賃，適用債編關於租賃之規定，以示區別。

九 佃權人，因不可抗力致其收益減少或全無者，得請求減少或免除佃租。

說明 佃權爲物權之一種，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，故爲顧全實際狀況計，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 支付典價，占有他人之不動產，而爲使用及收益者，爲典權人。

說明 我國習慣，無不動產質而有典，二者性質不同。蓋不動產質爲擔保債權，出質人對於原債務仍負責任，苟質物價格低減，不足清償，出質人仍負清償之責，而典則否。質權既爲擔保債權，則於出質人不爲清償時，祇

能將質物拍賣，就其賣得金額而為清償之計算，無取得其物所有權之權利。典則用找貼方法，便可取得所有權。二者比較，典之習慣，實遠勝於不動產質。因（一）出典人多經濟上之弱者，使其於典物價格低減時，拋棄其回贖權，即免負擔，於典物價格高漲時，有找貼之權利，此我國道德上濟弱觀念之優點。（二）拍賣手續既繁，而典權人既均多年占有典物，予以找貼即取得所有權，亦係最便利之方法，故於民法中應規定典權。至典係以移轉占有為要件，故又與抵押不同。

十一 典權存續期間，不得逾三十年。約定期間逾三十年者，縮短為三十年。

說明 典權存續期間，漫無限制，則有害經濟上之發展。故明定其權利存續期間不得逾三十年，約定期間逾三十年者，縮短為三十年。

十二 出典人於典權設定後，仍得將典物之所有權讓與他人。

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

十三 出典人於典期屆滿後，經過二年，不以原典價回贖者，典權人即取得典物所有權。典權未定存續期間者，出

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

說明 典權之特質，在於出典人有回贖之權利。如逾期不贖，則權利狀態不能確定，於經濟之發展甚有妨

害。故明定典權定有期間者，於期間屆滿後經過二年不回贖，未定期間者經過三十年不回贖時，典權人即取得典物所有權。

十四 出典人對於典權人表示讓與其典物之所有權者，典權人得按時價找貼，取得典物所有權。但其找貼以一次爲限。

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，故規定找貼以一次爲限。

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

說明 爲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，故爲此項規定。

民法物權編施行法

民國十九年二月十日公布同年五月五日施行

第一條 民法物權編施行前發生之物權，除本施行法有特別規定外，不適用民法物權編之規定。

第二條 民法物權編所定之物權，在施行前發生者，其效力自施行之日起，依民法物權編之規定。

第三條 民法物權編所規定之登記，另以法律定之。

物權於未能依前項法律登記前，不適用民法物權編關於登記之規定。

第四條 民法物權編施行前，依民法物權編之規定，消滅時效業已完成，或其時效期間尚有殘餘不足一年者，得於施行之日起一年內，行使請求權。但自其時效完成後，至民法物權編施行時，已逾民法物權編所定時效期間二分之一者，不在此限。

第五條 民法物權編施行前，無時效性質之法定期間已屆滿者，其期間為屆滿。

民法物權編施行前已進行之期間，依民法物權編所定之無時效性質之法定期間，於施行時尚未完成者，其已經過之期間，與施行後之期間，合併計算。

前項規定，於取得時效準用之。

第六條 民法物權編施行前，占有動產，而具備民法第七六八條之條件者，於施行之日，取得其所有權。

第七條 民法物權編施行前，占有不動產，而具備民法第七六九條或第七七〇條之條件者，自施行之日起，得請求登記為所有人。

第八條 依法得請求登記為所有人者，如第三條第一項所定之登記機關尚未設立，於得請求登記之日，視為所有人。

第九條 民法物權編施行前，占有動產，而具備民法第八〇一條或第八八六條之條件者，於施行之日，取得其所

有權或質權。

第十條 民法律權編施行前，拾得遺失物漂流物或沉沒品，而具備民法第八〇三條及第八〇七條之條件者，於施行之日，取得民法第八〇七條所定之權利。

第十一條 民法律權編施行前，依民法第八〇八條或第八一一條至第八一四條之規定，得取得所有權者，於施行之日，取得其所有權。

第十二條 民法律權編施行前，以契約訂有共有物不分割之期限者，如其殘餘期限，自施行日起算，較民法第八二三條第二項所定之期限為短者，依其期限。較長者，應自施行之日起，適用民法第八二三條第二項之規定。

第十三條 民法律權編施行前，以抵押權擔保之債權，依民法之規定，其請求權消滅時效已完成者，民法第八八〇條所規定抵押權之消滅期間，自施行日起算。但自請求權消滅時效完成後，至施行之日，已逾十年者，不得行使抵押權。

第十四條 民法律權編關於質權之規定，於當舖或其他以受質為營業者，不適用之。

第十五條 民法律權編施行前，定有期限之典權，依舊法規得回贖者，仍適用舊法規。

第十六條 本施行法，自民法律權編施行之日施行。

條文索引

民法物權編

條數	主要頁數	條數	主要頁數	條數	主要頁數	條數	主要頁數
七五七	一六	七七一	五一	七八五	六四、六五	七九九	七三
七五八	一七	七七二	五〇、五二	七八六	六五、六六	八〇〇	七三
七五九	二五	七七三	五二、五三	七八七	六六	八〇一	七五
七六〇	二五	七七四	五六	七八八	六七	八〇二	七六
七六一	二七	七七五	五七	七八九	六七	八〇三	七六
七六二	二八	七七六	五八、五九	七九〇	六八	八〇四	八〇
七六三	二八	七七七	五九	七九一	六八	八〇五	八〇
七六四	三〇	七七八	五八	七九二	六九	八〇六	八一、八二
七六五	三六	七七八	五九、六〇	七九三	六九	八〇七	八二
七六六	三九	七八〇	六〇	七九四	六九	八〇八	八三
七六七	四〇	七八一	六一、六二	七九五	七〇	八〇九	八五、八六
七六八	四七	七八二	六二	七九六	七〇	八一〇	八六
七六九	四八	七八三	六二	七九七	七一	八一〇	八〇
七七〇	四九	七八四	六三	七九八	七二	八一〇	八〇
				七九九		八一〇	八〇
				八〇〇		八一〇	八〇
				八〇一		八一〇	八〇
				八〇二		八一〇	八〇
				八〇三		八一〇	八〇
				八〇四		八一〇	八〇
				八〇五		八一〇	八〇
				八〇六		八一〇	八〇
				八〇七		八一〇	八〇
				八〇八		八一〇	八〇
				八〇九		八一〇	八〇
				八一〇		八一〇	八〇
				八一一		八一〇	八〇
				八一二		八一〇	八〇

條數	主要頁數	條數	主要頁數	條數	主要頁數	條數	主要頁數
八二三	九二	八三四	一四〇、一四一、 一四九	八五四	一七六	八七五	二〇九
八二四	九三	八三五	一四一	八五五	一七六、一七七	八七六	二〇五、二〇六
八一五	九五	八三六	一四二	八五六	一六九、一七〇	八七七	二〇七
八一六	九六	八三七	一四五、一四九	八五七	一六九、一七〇	八七八	二一二、二一三
八一七	九〇	八三八	一四五	八五八	一七七	八七九	一九三
八一八	〇一	八三九	一四六、一四七	八五九	一八〇	八八〇	一九五
八一九	〇二	八四〇	一四七	八六〇	一八五	八八一	二一五
八二〇	〇三	八四一	一四八	八六一	一九五	八八二	二一三
八二一	〇五	八四二	一四八	八六二	一九七	八八三	二一八
八二二	〇五	八四三	一五五	八六三	一九七	八八四	二二〇
八二三	〇七	八四四	一五八	八六四	一九八	八八五	二二五
八二四	一〇九、 一一〇	八四五	一五九	八六五	一九九	八八六	二三一
八二五	一三	八四六	一六〇、一六一	八六六	二〇〇	八八七	二三一
八二六	一四	八四七	一五九、一六一	八六七	二〇一	八八八	二三九
八二七	一五	八四八	一六一	八六八	一九一	八八九	二三二
八二八	一六	八四九	一六〇	八六九	一九二	八九〇	二三三
八二九	一六	八五〇	一五九	八七〇	一九〇	八九一	二三四
八三〇	一七	八五一	一六一	八七一	二〇一	八九二	二三八
八三一	一七	八五二	一六四	八七二	二〇二	八九三	二四〇
八三二	三六	八五三	一七三	八七三	二〇五、二一二	八九四	二四〇
八三三	四四	八五四	一六七	八七四	二〇八	八九五	二四〇

附錄

條數	主要	頁數	條數	主要	頁數	條數	主要	頁數	條數	主要	頁數
八九六		二二九	九一七		二七二	九三七		三一	九五八		三四七
八九七		二四三	九一八		二七四	九三八		三一	九五九		三五七
八九八		二四四	九一九		二七四	九三九		三〇五	九六〇		三四九
八九九		二四二	九二〇	二八三、二八七	二七六	九四〇		三一七	九六一		三四九
九〇〇		二四四	九二一		二七六	九四一		三二五	九六二		三五二
九〇一		二四九	九二二		二七九	九四二		三二六	九六三		三五三
九〇二		二四七	九二三		二八一	九四三		三二八	九六四		三五八
九〇三		二四九	九二四		二八一	九四四		三二九	九六五		三五九
九〇四		二四七	九二五		二八一	九四五		三五六	九六六	三六〇、三六二	
九〇五		二五〇	九二六	二八八、二八九	二七八	九四六		三五七			
九〇六		二五一	九二七		二七八	九四七		三五五			
九〇七		二五二				九四八		三四〇			
九〇八		二四八	九二八	二九五、三〇一、 三〇三、三〇四	三〇三	九四九		三四〇			
九〇九		二五一				九五〇		三四一			
九一〇		二五〇	九二九		三〇三	九五〇		三四一			
九一一		二六三	九三〇		三〇四	九五〇		三四一			
九一二		二六三	九三一	三〇一、三〇四	三〇四	九五二		三四二			
九一三		二六七	九三二		三〇七	九五三		三四二			
九一四		二六八	九三三		三〇七	九五三		三四三			
九一五	二六四、二六九	二六八	九三四		三〇九	九五四		三四四			
九一六	二六九、二七〇	二七〇	九三五		三〇八	九五五		三四四			
		二七二	九三六		三〇八	九五六		三四五			
					三〇九	九五七		三四六			