

民法物权

第二版

王泽鉴 著

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2009-3919

图书在版编目(CIP)数据

民法物权/王泽鉴著. —2版. —北京:北京大学出版社,2010.11

(民法研究系列)

ISBN 978-7-301-17915-4

I. ①民… II. ①王… III. ①物权法-研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第197190号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权出版发行

民法物权,王泽鉴著

2009年7月版

书 名:民法物权(第二版)

著作责任者:王泽鉴 著

责任编辑:陆建华

标准书号:ISBN 978-7-301-17915-4/D·2705

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博:@北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱:yandayuanzhao@163.com

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

印 刷 者:三河市北燕印装有限公司

经 销 者:新华书店

965毫米×1300毫米 16开本 39.75印张 625千字

2009年12月第1版

2010年11月第2版 2018年4月第11次印刷

定 价:58.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

总 序

拙著民法研究系列丛书包括《民法学说与判例研究》(八册)、《民法思维:请求权基础理论体系》、《民法概要》、《民法总则》、《债法原理》、《不当得利》、《侵权行为》及《民法物权》,自2004年起曾在大陆发行简体字版,兹再配合法律发展增补资料,刊行新版,谨对读者的鼓励和支持,表示诚挚的谢意。

《民法学说与判例研究》的写作期间长达二十年,旨在论述1945年以来台湾民法实务及理论的演变,并在一定程度上参与、促进台湾民法的发展。《民法思维:请求权基础理论体系》乃在建构请求权基础体系,作为学习、研究民法,处理案例的思考及论证方法。其他各书系运用法释义学、案例研究及比较法阐述民法各编(尤其是总则、债权及物权)的基本原理、体系构造及解释适用的问题。现行台湾民法系于1929年制定于大陆,自1945年起适用于台湾,长达六十四年,乃传统民法的延续与发展,超过半个世纪的运作及多次的立法修正,累积了相当丰富的实务案例、学说见解及规范模式,对大陆民法的制定、解释适用,应有一定的参考价值,希望拙著的出版能有助于增进两岸法学交流,共为民法学的繁荣与进步而努力。

作者多年来致力于民法的教学研究,得到两岸许多法学界同仁的指教和勉励,元照出版公司与北京大学出版社协助、出版发行新版,认真负责,谨再致衷心的感谢。最要感谢的是,蒙 神的恩典,得在喜乐平安中从事卑微的工作,愿民法所体现的自由、平等、人格尊严的价值理念得获更大的实践与发展。

王泽鉴

二〇〇九年八月一日

物权法的现代化

——自由的扩大、效率的提升

(第二版序言)

民法物权编制定于1929年,施行迄今已有八十余年,建立了台湾地区的物权法秩序,明确了产权制度,维护了人民的自由与尊严,有着重大深远的贡献。为因应社会经济变迁,于2007年修正物权编“担保物权”,2009年修正“通则、所有权”部分,2010年2月3日公布新修正的“用益物权”及“占有”部分条文,并于6个月后(2010年8月3日)施行。为配合此项发展,特整理补充拙著,纳入最近判例学说,阐述物权法的指导原则、体系构造及解释适用的基本问题。

物权编修正明定物权,除法律外,亦得依习惯(法)创设,缓和了物权法定主义。所有权发展的重点在于建筑物区分所有及共有制度,以规范公寓大厦的权利义务关系,调整共有物的管理及分割机制,并明定共有物上债权约定的物权效力。用益物权中的永佃权及典权业已式微没落,设定地役权的,亦属不多,突显了台湾的土地利用关系的变迁。物权编修正,将地上权分为普通地上权及区分地上权两个次级种类;删除永佃权,创设农育权,以强化农地的使用;将地役权修改为不动产役权,扩大物(不动产)及人(不动产所有人、需役不动产使用收益权人)的适用范围;调整典权的内容,以避免争议,此次重大修订能否再现用益物权的功能,实值关注。担保物权的修正明定最高限额抵押权,解决了数十年来因法律不完备而致法院造法的困难,由于抵押权的设定已普遍使用定型化契约,将有助促进融通资金,活跃社会经济活动。占有制度旨在维护社会平和秩序,为物权的基础,自1803年萨维尼发表著名的占有论以后,一直为民法学的核心问题,因其有助于培养增进概念体系的法律思考方法,提升法释

2 民法物权

义的素养,特详为论述。

民法物权编已完成全面修正,在传统的基础上加以现代化,加强对所有权的保护;活化用益物权,物尽其用及永续利用的功能,并增设用益物权关系上债权约定物权化的规定;完善担保物权制度,活跃资金融通,均有助于重构筑物权法体系,促进社会经济发展。物权法的现代化使人民在私法自治上有了更多物权种类的选择及内容形成的自由,提升了资源利用的效率,更进一步维护,体现了人的尊严及人格的自由发展。

本书在各章节之前设有“问题及例题”,包括物权制度的设计及立法上的价值判断与利益衡量,现行法上解释适用的争议,尤其是采用请求权基础的案例,其目的在于引发思考方向,可以作为预习及复习之用,希望读者特为留意,若能共同讨论,形成自己的见解,并尽可能写成简要书面文字,必有益于启发法学研究的灵感及想象力。

本书承蒙林清贤先生细心校阅,实深感荷。台大法律学院图书馆、法务部司法官训练所图书室、学林出版社及月旦出版社的同仁协助查阅资料,并致诚挚谢意。蒙 神的恩典与保守,仍有时日对本书再作全面的修订。

王泽鉴

二〇一〇年六月二日

序 言

(第一版序言)

“民法”物权编制定于1929年,施行迄今已有80年,建立了台湾地区物权法秩序,明确产权制度,维护人民的自由与尊严,有着重大深远的贡献。为适应社会经济变迁,2007年修正物权编“担保物权”,于2009年修正“通则、所有权”部分。为配合此项发展,特整理补充拙著相关著作,纳入最近判例学说,阐述物权法的指导原则、体系构造及解释适用的基本问题。

所有权发展的重点在于建筑物区分所有及共有制度,以规范公寓大厦的权利义务关系,调整共有物的管理及分割机制,并明定共有物上债权约定的物权效力。用益物权中的永佃权及典权业已式微没落,设定地役权的,亦属不多,突显了台湾土地利用关系的变迁。物权编修正草案预定增订农用地,以强化农地的使用,能否再现用益物权的功能,实值关注。担保物权的修正明定最高限额抵押权,解决数十年来因法律不备法院造法的困难,由于抵押权的设定已普遍使用定型化契约,将有助促进融通资金,活泼社会经济活动。占有制度旨在维护社会平和秩序,为物权的基础,自1803年萨维尼发表著名的占有论以后,一直为民法学的核心问题,因其有益于培养增进概念体系的法律思考方法,提升法释义的素养,特详为论述。

本书承蒙林清贤先生细心校阅,实深感荷。台大法学院图书馆、“法务部”司法官训练所图书室、学林出版社及月旦出版社的同仁协助查阅资料,并致诚挚谢意。愿得蒙 神的恩典与保守,仍有时日对本书再作全面的修订。

王泽鉴

二〇〇九年六月二日

目 录

第一章 总论	(1)
第一节 物权法的意义和性质	(1)
第二节 物权法体系	(3)
第三节 物权法的基本原则	(11)
第四节 物权法的发展	(20)
第二章 物权通论	(30)
第一节 物权的意义	(30)
第二节 物权的种类	(34)
第三节 物权的客体	(41)
第四节 物权的效力	(47)
第五节 物权的保护	(51)
第三章 物权变动	(55)
第一节 基本理论	(55)
第二节 物权行为	(61)
第三节 不动产物权变动	(71)
第四节 动产物权的变动	(95)
第五节 体系构成及综合实例	(103)
第四章 所有权	(109)
第一节 概说	(109)
第二节 不动产所有权	(142)
第三节 动产所有权	(187)
第四节 共有	(213)

2 民法物权

第五章 用益物权	(267)
第一节 绪说	(267)
第二节 地上权	(279)
第三节 农育权	(313)
第四节 不动产役权	(321)
第五节 典权	(341)
第六章 担保物权	(366)
第一节 概说	(366)
第二节 抵押权	(369)
第三节 质权	(396)
第四节 留置权	(404)
第七章 占有	(409)
第一节 概说	(409)
第二节 占有的基本理论	(415)
第三节 占有的分类	(428)
第四节 占有的取得和消灭	(452)
第五节 占有的效力	(463)
第六节 占有人与恢复请求人的权利义务	(516)
第七节 占有的保护	(534)
第八节 准占有	(563)
附录一 土地权状及登记誊本	(569)
附录二 土地、建筑改良物抵押权设定契约书	(577)
附录三 台湾现行“民法”(物权部分)	(583)
主要参考书目	(620)

第一章 总 论

第一节 物权法的意义和性质

一、物权法的意义

人类须利用物质以谋生活,物质有限,为定分止争,促进对物有效率的使用,并使个人得享有自主形成其生活的自由空间,乃有制定物权法,规范物权制度的必要。

物权,顾名思义,系指对物的权利,即将某物归于某特定主体,由其直接支配,享受其利益。例如,所有权为典型物权,所有人于法令限制之范围内,得自由使用、收益、处分其所有物,并排除他人之干涉(第765条)。^①所谓物权法,系指规范物权关系的法律。在理论上或有认为,可以制定一部法典,规定一切物权关系,然因牵涉甚广,技术上诚有困难,举世各国尚无其例。现行法所采的规范方式,系于“民法”第三编(物权编)明定物权种类、物权得丧变更和各种物权的内容等基本问题,而于“民法”其他各编设一般或特别规定。关于特殊种类的物权、不动产登记等问题,则于特别法加以规定。

基上所述,可知物权法有形式和实质两种意义。形式意义上的物权法(狭义的物权法),系指民法物权编而言。实质意义上的物权法(广义的物权法),乃泛指以物权关系为规范对象的法律,除民法物权编外,尚包括其他关于物权的法律。本书系以民法物权编及“动产担保交易法”为主要论述对象。不动产登记等相关问题,亦一并加以说明。

^① 文中法律条文如无特别注明,皆为台湾地区现行“民法”之规定。——编者注

二、物权的性质

(一) 私法性质与公法规定

物权法旨在规范私人间关于财产上的权利义务,是为私法。物权法为私法,系就其大体而言,因其与社会、经济有直接密切的关系,影响匪浅,亦有甚多公法的规定。第 765 条规定:“所有人,于法令限制之范围内,得自由使用、收益、处分其所有物,并排除他人之干涉。”立法理由书谓:“限制所有权之法令有二:一为公法之限制。一为私法之限制。民法所定以私法之限制为主,若公法之限制,不能规定于民法中也。”此种未规定于“民法”的公法规定,种类繁多,与日俱增,兹举一例加以说明:

甲有某笔都市建地,未依法使用时,为空地(“土地法”第 87 条第 1 项)。市县地政机关对于管辖区内之私有空地,得划定区域,规定期限,强制依法使用(“土地法”第 89 条)。私有空地,经限期强制使用,而逾期未使用者,应于依法适用前加征空地税(“土地法”第 173 条)。土地所有人申报之地价未达公告地价 80% 时,得照价收买(“平均地权条例”第 16 条、第 28 条以下)。甲欲在该地建造房屋,关于其建筑许可、建筑界限、施工管理、使用管理、拆除管理等,建筑法设有详细规定(阅读之)。其属违章建筑者,应适用违章建筑管理办法加以处理。又政府为公益的需要,得依法征收甲的土地(“土地法”第 208 条、“土地征收条例”)。

(二) 物权法上的强行规定、任意规定

1. 强行规定

物权具有排他性,涉及第三人和社会公益,故物权法的规定多具强行性,不容当事人以合意加以排除,如第 757 条规定:“物权,除依法律或习惯外,不得创设。”(修正条文)违反此项规定时,其所创设者,不具物权效力。违反强行规定者,应属无效,但法律不以为无效者,不在此限,如第 912 条规定:“典权约定期限不得逾 30 年。逾 30 年者,缩短为 30 年。”

“物权法”上的强行规定多涉及物权的种类和内容。值得研究的是相邻关系上的规定是否具强行性。第 787 条第 1 项条文规定:“土地因与公路无适宜之联络,致不能为通常使用时,除因土地所有人之任意行为所生者外,土地所有人得通行周围地以至公路。”关于通行的时间、方法,当事人得为约定。有疑问的是,此项通行权得否预为抛弃?对此,“最高法院”采否定说,认为:“第 787 条第 1 项所定之通行权,其主要目的,不仅专

为调和个人所有之利害关系,且在充分发挥袋地之经济效用,以促进物尽其用之社会整体利益,不容袋地所有人任意预为抛弃。”系认此项规定乃属强行规定。^①

2. 任意规定

为顾及当事人的私法自治,“物权法”亦有任意规定,多明文加以表示,如第 820 条第 1 项规定:“共有物之管理,除契约另有约定外,应以共有人过半数及其应有部分合计过半数之同意行之。但其应有部分合计逾三分之二者,其人数不予计算。”第 838 条第 1 项规定:“地上权人得将其权利让与他人或设定抵押权。但契约另有约定或另有习惯者,不在此限。”关于此等物权关系上的债权契约(如共有物分管契约)对第三人的效力,系近年来物权法发展的重大问题(第 826 条之 1),将于相关部分再行说明。

第二节 物权法体系

一、民法物权编

(一) 民法物权编的制定和结构

1. 制定

“民法”分为总则、债、物权、亲属和继承五编,第三编规定物权,学说上称为形式(狭义)的物权法,前已论及。民法物权编于 1929 年 11 月 30 日公布,1930 年 5 月 5 日施行,系参酌德国、瑞士、日本等国立法例,并承袭固有制度(如典权)而制定,共分 10 章,计 210 条(第 757 条至第 966 条)。

2. 立法技术

民法物权编系采由抽象到具体,由一般到特殊的立法技术,于第一章设有通则,宣示物权法定原则,明定物权得丧变更的基本原则,作为以下各章共同适用的规定。第二章规定所有权,亦设有通则,适用于不动产所有权和动产所有权。此种通则化的立法技术系台湾地区“民法”的特色,有助于体系构成,精简条文。

^① “最高法院”1986 年台上字第 947 号判决。不同意见,参见史尚宽:《物权法论》,第 79 页,“然此等规定非强行规定,相邻人订立与此相异之债权契约者,自受其拘束”;苏永钦:《相邻关系在民法上的几个主要问题》,载《民法研究(民法研究会实录)》1999 年版,第 21 页以下。

3. 不动产物权与动产物权的区别

在体系构成上,民法物权编以不动产物权与动产物权的区别作为架构基础。不动产价值较高,难以移动,不易增加(尤其是土地),与社会经济关系较为密切,故法律对不动产物权与动产物权的种类、物权变动要件、得丧原因(尤其是时效取得、善意取得)和效力(尤其是相邻关系)等,设有不同规定。此等区别对于了解现行法规定,极为重要,应予注意(请参照条文,自行整理)。

4. 物权的种类

在物权种类上,民法物权编规定了八种物权和占有,其编排次序为所有权、地上权、农育权、不动产役权、抵押权、质权、典权、留置权和占有。关于此等物权,除所有权和占有外,民法皆设有定义性规定。掌握各种物权的定义,了解其基本内容,是学习物权法的出发点,录之如下,以供参照(请特别注意新增订修正的农育权、区分地上权、不动产役权和典权):

(1) 所有权。民法未设定义性规定,系指在法令限制范围内对物为全面支配之权利。

(2) 地上权。普通地上权,谓以在他人土地之上下有建筑物或其他工作物为目的而使用其土地之权(第 832 条);称区分地上权,谓以在他人土地上下之一定空间范围内设定之地上权(第 841 条之 1)。

(3) 农育权。谓以在他人土地为农作、森林、养殖、畜牧、种植竹木或保育之权(第 850 条之 1 第 1 项)。

(4) 不动产役权。谓以他人不动产供自己不动产通行、汲水、采光、眺望、电信或其他以特定便宜之用为目的之权(第 851 条)。

(5) 抵押权。谓以称普通抵押权者,谓债权人对于债务人或第三人不移转占有而供其债权担保之不动产,得就该不动产卖得价金优先受偿之权(第 860 条)。关于最高限额抵押权、其他抵押权,参阅“民法”第 881 条之 1、第 882 条。

(6) 质权(动产)。债权人对于债务人或第三人移转占有而供其债权担保之动产,得就该动产卖得价金优先受偿之权(第 884 条)。

(7) 典权。支付典价,占有他人之不动产,而为使用及收益之权(第 911 条)。

(8) 留置权。债权人占有他人之动产,而其债权之发生与该动产有

牵连关系,于债权已届清偿期未受清偿时,得留置该动产之权(第 928 条第 1 项)。

(9) 占有。“民法”未设定义性规定,参照第 940 条规定,系指对于物有事实上之管领力。

(二) 民法其他各编关于物权关系的规定

1. 民法总则编

民法总则编系关于“民法”的一般规定,对物权关系原则上均有适用余地,俟于相关部分再行详论,兹简要言之:

(1) 自然人因出生而取得权利能力,法人于法令限制内有权利能力,得享有物权上的权利义务。胎儿以将来非死产者为限,关于其物权之取得,视为既已出生(第 7 条)。①

(2) 物是物权的客体,民法总则编关于不动产、动产、主物、从物、天然孳息、法定孳息的规定(第 66 条以下),均得适用。

(3) 民法总则编所称法律行为,兼指物权行为而言,关于行为能力、代理、条件和期限等规定,原则上均适用于物权行为。

(4) 消灭时效的规定对基于物权关系而生的请求权,原则上均有适用余地,其构成例外的,系“司法院”大法官释字第 107 号及第 164 号解释,认已登记不动产所有人之恢复请求权及除去妨害请求权,无第 125 条消灭时效之适用。未登记不动产或动产所有人之恢复请求权等仍应适用第 125 条规定,因 15 年间不行使而消灭。

(5) 第 148 条规定:“权利之行使,不得违反公共利益,或以损害他人为主要目的。行使权利,履行义务,应依诚实及信用方法。”其所称权利包括物权在内,自不待言。“最高法院”1982 年台上字第 737 号判例对所有物返还请求权的行使特别表示:“查权利之行使,是否以损害他人为主要目的,应就权利人因权利行使所能取得之利益,与他人及国家社会因其权利行使所受之损失,比较衡量以定之。倘其权利之行使,自己所得利益极少而他人及国家社会所受之损失甚大者,非不得视为以损害他人为主

① “土地登记规则”第 121 条规定:“胎儿为继承人时,应由其母以胎儿名义申请登记,俟其出生办理户籍登记后,再行办理更名登记。前项胎儿以将来非死产者为限。如将来死产者,其经登记之权利,溯及继承开始时消灭,由其他继承人共同申请更正登记。”

要目的,此乃权利社会化之基本内涵所必然的解释。”可资参照。^①

2. 债编

债权法与物权法系财产法的两个主要领域,共同组成财产法的体系,在规范功能及法律适用上具有密切关系,分三点言之:

(1) 债权与物权功能上的关联。债权与物权具有功能上的关系和互补的作用。物权的变动多以债权(买卖、赠与、信托)为其原因行为。台湾地区“民法”系采物权法定原则,当事人不能创设法律未规定的物权,常须以债权来满足其社会生活上的需要。例如,甲和乙在某栋建筑物各有一层房屋的区分所有权,由于法律未设优先承买权的规定,而且在现行法上亦不能创设具有物权效力的优先承买权,当事人得以契约订立债权的优先承买权。

(2) 在债编规定的物权关系。债之关系,有附随其他制度在物权编规定的,如基于相邻关系所发生的损害赔偿(第 779 条、第 786 条)、遗失物拾得人的报酬请求权(第 805 条)等。物权关系亦有附带在债编规定的,如不动产出租人的留置权(第 445 条)。

(3) 债编规定的类推适用。民法债编若干规定对物权关系亦得类推适用,例如:① 关于债权契约成立的规定(第 153 条以下),可类推适用于物权契约。② 债权请求权,尤其是债务不履行(如给付迟延)的规定,原则上可类推适用于物权请求权。③ 第 440 条第 1 项关于催告迟延租金规定,对地上权得类推适用。^② ④ 第 442 条规定对地上权地租、永佃权佃

^① “最高法院”1990 年台上字第 2419 号判决:设上诉人所辩系争土地上所建之变电设施,一旦拆除,高雄市都会区居民之生活势将陷于瘫痪,所有生产工厂均将停顿云云,并非夸大其词,而事实上复无其他适当土地取代,则被上诉人仍本于所有权请求上诉人拆除地上变电设施,交还系争土地,其行使权利显然违反公共利益,依“民法”第 148 条第 1 项规定,应为法所不许。(“司法院”公报第 33 卷,第 2 期,第 60 页)。

^② “最高法院”1979 年台上字第 777 号判例谓:建筑房屋基地之出租人,以承租人积欠租金达 2 年以上为原因,终止租赁契约,仍应依民法第 440 条第 1 项规定,定相当期限催告承租人支付租金,必承租人于其期内不为支付者,始得终止租赁契约,非谓一有承租人欠租达 2 年以上之事实,出租人即得随时终止租赁契约,对于地上权人之保护,不宜较土地承租人为薄,故土地所有人以地上权人积欠地租达 2 年之总额为原因,依“民法”第 836 条第 1 项规定,撤销其地上权,仍应类推适用“民法”第 440 条第 1 项规定,践行定期催告程序。(参照新修正第 836 条第 1 项)

租之增减应予类推适用。^①有争论的是,定有存续期间的地上权,于期间届满后,土地所有人对于地上权人继续使用土地,未即表示反对之意思时,有无第451条的类推适用?“最高法院”明确采取否定的见解。^②

物权与债权亦具有互换关系,例如,租用基地建筑房屋,应由出租人与承租人于契约成立后两个月内,声请该管市县地政机关为地上权之登记(“土地法”第102条)。第422条之1亦规定:“租用基地建筑房屋者,承租人于契约成立后,得请求出租人为地上权之登记。”

最值得注意的是债权与担保物权的关系。担保物权旨在保障债权,具有诱导债权发生的功能。债权本身亦可作为权利质权之标的(第900条)。债权与担保物权的相互为用,对于促进社会经济发展,深有助益。

3. 亲属编

亲属法系属身份法,其涉及的物权关系主要为夫妻财产制及未成年子女的特有财产。关于夫妻财产制,“民法”设有法定财产制和约定财产制(共同财产制、分别财产制),对财产的构成及其所有、管理、用益或处分,设有详细复杂的规定(第1004条以下)。

应特别指出的是,在亲属法修正前(1985年6月3日),夫购买不动产,以妻名义登记时,其所有权究属何人,争论甚多,影响夫妻间和第三人(尤其是夫或妻的债权人)的利益至巨。修正后“民法”第1017条第1项规定:夫或妻之财产分为婚前财产与婚后财产,由夫妻各自所有。不能证明为婚前或婚后财产者,推定为婚后财产;不能证明为夫或妻所有之财产,推定为夫妻共有。

4. 继承编

“宪法”第15条规定:人民财产权应予保障,其保障范围包括财产权的继承。继承与物权(及其他财产权)变动具有直接关系。第1148条规定:“继承人自继承开始时,除本法另有规定外,承受被继承人财产上之一

^① 最高法院1944年上字第470号判例:“民法”第442条之规定,于永佃权佃租之增减,亦应类推适用,曾经“司法院”院字第2267号解释有案。又“土地法”第177条第1项之规定于永佃权准用之,亦为“土地法施行法”第42条所明定。土地所有人自得于不超过耕地正产物收获总额375%范围内,依“民法”第442条之规定,声请法院增加佃租金。(参照新增订第835条之1)

^② “最高法院”1981年台上字第3678号判例:法律关系定有存续期间者,于期间届满时消灭,期满后,除法律有更新规定外,并不当然发生更新之效果,地上权并无如“民法”第451条之规定,其期届满后自不生当然变更为不定期之效果,因而应解为定有存续期间之地上权于期届满时,地上权当然消灭。

切权利、义务。但权利、义务专属于被继承人本身者,不在此限。”所谓财产上之一切权利、义务,包括物权在内,故继承为物权变动发生的主要原因。因继承而取得之不动产物权,应经办理继承登记,始得处分(第 759 条)。继承人有数人时,在分割遗产前,各继承人对于遗产全部为共同共有(第 1151 条)。关于共同共有人之权利义务,共同共有物之管理及分割,原则上应先适用“继承法”规定(第 828 条第 1 项、第 1152 条以下)。无人继承之财产,其遗产于偿还债务,并交付遗赠物后,如有剩余,归属国库(第 1177 条以下)。

二、物权的特别法

规范物权关系的特别法为数甚多,就其内容加以归纳,可分为四类:

1. 物权种类的创设

例如,“海商法”规定船舶抵押权(第 33 条);“民用航空法”规定民用航空器抵押权(第 19 条);“动产担保交易法”规定动产抵押权(第 15 条);“土地法”规定地上权人、典权人或承租人的基地优先购买权(第 104 条、第 107 条)。

2. 不动产物权善意取得

关于动产物权善意取得,“民法”设有规定(第 801 条、第 886 条、第 948 条以下)。关于不动产物权善意取得,第 759 条之 1 规定:不动产物权经登记者,推定登记权利人适法有此权利。因信赖不动产登记之善意第三人,已依法律行为为物权变动之登记者,其变动之效力,不因原登记物权之不实而受影响。

3. 不动产登记制度

不动产物权,依法律行为而取得、设定、丧失及变更者,非经登记,不生效力(第 758 条)。因继承、强制执行,征收、法院之判决或其他非因法律行为,于登记前已取得不动产物权者,应经登记,始得处分其物权(第 759 条)。关于不动产登记,其主要法令为“土地法”及“土地登记规则”。此外尚有未办继承登记土地及建筑物改良物处理作业要点、“土地法”第 34 条之 1 执行要点、时效取得地上权登记审查要点、典权登记法令补充规定等。此等法令在实务上甚属重要,应特别注意。

4. 物权(尤其是所有权)的限制

此类限制所有权或其他物权的法令甚多,例如,“土地征收条例”关

于土地之征收；“平均地权条例”关于照价收买；“建筑法”关于建筑许可；“文化资产保护法”关于古物、古迹的保护；“农业发展条例”关于农地所有权分割的限制；“违章建筑处理办法”关于违章建筑的拆除；“大众捷运法”关于得使用他人土地的规定；“动物保护法”关于动物的保护等（请查阅相关法条及其规定）。

三、物权法与宪法

（一）物权（财产权）在宪法上的保障

1. “司法院”释字第 400 号解释

“宪法”第 15 条规定，人民的财产权应予保障。所称财产权，包括物权、债权、智能财产权等具有财产价值的权利。“司法院”释字第 400 号解释谓：“‘宪法’第 15 条关于人民财产权应予保障之规定，旨在确保个人依财产之存续状态行使其自由使用、收益及处分之权能，并免于遭受公权力或第三人之侵害，俾能实现个人自由、发展人格及维护尊严。”应说明者有四：

（1）人民财产权之所以应予保障，旨在实现个人自由、发展人格及维护尊严。易言之，即在确保个人在财产领域的自由空间。

（2）所谓“确保个人依财产之存续状态行使其自由使用、收益及处分之权能，并免于遭受公权力或第三人之侵害”。指财产权个别性保障，乃在肯定财产权系具防御性质，得对抗公权力侵害的基本权利。

（3）财产权个别性保障系以“财产权制度性保障”为前提，即立法者须本着实现个人自由、发展人格及维护尊严的意旨，在实体及程序上制定保障人民财产权的法律，以确保财产权的私使用性，使权利人对其财产权得为自由使用、收益及处分。

（4）“民法”系为实现财产权制度性保障而制定的主要法律，并具体化于第 765 条，即“所有人，于法令限制之范围内，得自由使用、收益、处分其所有物，并排除他人之干涉。”关于排除他人的干涉，“民法”于物权编设有物权请求权，使个人免于遭受第三人之侵害。关于法令对所有权的限制，涉及如何使个人财产权“免于遭受公权力之侵害”，则属违宪审查问题。

2. “司法院”释字第 580 号解释

值得注意的是，“司法院”释字第 580 号于“耕地三七五减租条例”约

满收回须补偿承租人等规定是否违宪问题,强调:“基于个人之人格发展自由,个人得自由决定其生活资源之使用、收益及处分,因而得自由与他人生活资源之交换,是‘宪法’于第 15 条保障人民之财产权,于第 22 条保障人民之契约自由。惟因个人生活技能强弱有别,可能导致整体社会生活资源分配过度不均,为求资源之合理分配,国家自得于不违反‘宪法’第 23 条比例原则之范围内,以法律限制人民缔约之自由,进而限制人民之财产权。”(请参阅解释文及解释理由)。本号解释攸关台湾土地改革所涉契约自由与财产权保护,具有重要意义。

(二) 物权法令(包括判例决议)的合宪性审查

物权属“宪法”第 15 条所保障财产权的范围。依第 23 条规定,此项受“宪法”保障的财产权,“除为防止妨碍他人自由,避免紧急危难,维持社会秩序或增进公共利益所必要者外,不得以法律限制之”。“司法院”大法官依“法律保留”及“比例原则”审查限制财产权法令的合宪性,作成甚多解释,对财产权保障卓有贡献。合宪性审查对象包括法律、命令、“最高法院”判决,兹就七则涉及“民法”的重要解释列表整理如下,俟于相关部分,再行说明^①:

解释字号	解释客体	争点	解释效果
291	命令	地上权时效取得之限制(合法建筑物证明之要求)	违宪(立即失效)
304	法律	先设定抵押权对后设定地上权等的效力	合宪
349	判例 (48.1065)	共有物分割契约的效力与善意受让人保护	违宪(立即失效)
350	命令	地上权时效取得之限制(申请登记)	部分违宪(立即失效)
358	命令	共有物分割之限制	合宪
408	命令	地上权时效取得之限制(耕地之例外)	合宪
451	命令	地上权时效取得之限制(共有情形之限制)	违宪(立即失效)

^① 其他关于物权的解释,参见释字第 26 号、第 55 号、第 107 号、第 139 号、第 141 号、第 164 号等解释。

(三) 符合宪法的法律解释

为贯彻宪法保障基本权利的意旨,法律应符合宪法(基本权利)的解释。关于物权法的符合“宪法”解释,“最高法院”2003年台上字第92号判决可资参照:土地因与公路无适宜之联络,致不能为通常使用者,土地所有人得通行周围地以至公路,“民法”第787条第1项前段定有明文。所谓“与公路无适宜之联络”,并非指最快捷方式之联络。所谓“得通行周围地”,并非排斥自己所有近邻之地,而专指通行他人所有最快捷方式之地而言。土地是否不能为通常之使用,应斟酌土地之形状、面积、位置及用途定之,至其前此有无通行他人所有土地,在所不问。又“民法”第787条第1项所定之通行权,固在调和个人所有之利害关系,也在充分发挥袋地之经济效用为目的,然依大法官会议释字第400号解释:“宪法第15条关于人民财产权应予保障之规定,旨在确保个人依财产之存续状态,行使其自由使用、收益、及处分之权能,并免于遭受公权力或第三人之侵害,俾能实现个人自由发展人格及维护尊严。”意旨,人民财产权之保障免受第三人之侵害,应优先适用。故在审酌有无容忍通行他人土地之前,应先就其是否能在自有之土地上排除通行之困难方面考量之。

第三节 物权法的基本原则

一、物权法上的自由和效率

物权法旨在建构对物和其他有限资源的法律规范秩序,其所要处理的基本问题有四:

- (1) 何种之物(或财产)得为私有。
- (2) 如何创设物权。
- (3) 物权人对于其物得为如何的使用、收益和处分。
- (4) 物权被侵害时的救济方法。

此四个物权法上的基本问题均涉及私法上两个基本原则:自由和效率。就自由言,应如何保障和实现个人在其财产上范畴的形成空间。就效率言,应如何使物归于能最适于发挥其效用之人。为此,在法律规范上应明确界定物权(产权),减少交易成本,排除达成私人协议的障碍,并减少协议失败所生的损害。自由与效率并非互相排斥,而是相互协力,如物

权的让与自由,有助于物之使用效率。以下仅就私有财产制度、私法自治、物权法结构原则及物权法的解释适用先作简要说明,其他问题俟于相关部分,再为论述。

二、私有财产制度

(一) 以私有财产制为基础的物权法秩序

台湾地区“物权法”是建立在一个重要的社会基本原则之上,那就是私有财产制度,即个人得拥有财产,包括所谓生活资料及生产资料(土地及其他生产工具),可以继承,原则上并得自由使用、收益、处分。“宪法”第15条规定,人民的财产权应受保障,即以私使用性为其制度性保障的内容。一个国家的物权法及其法律秩序,因其是否或在何种程度承认私有财产制而有不同。^①

(二) 私有财产制的伦理性

私有财产制的主要意义,在于维护个人的自由和尊严。财产是个人经济独立自主的必要基础,没有独立自主的个人,一个民主的社会将难以存在或发展。拥有私产使个人的生存获得基本保障。私有财产的废除将带来集体化的制度,使个人有遭受政治奴役的危险。私有财产使人负责,有助于人格形成。私有财产通常是由劳动而获得,亦具有伦理基础。

(三) 私有财产的经济功能

私有财产制度,除了定分止争,明确人与己的分界,维持社会秩序的功能外,亦可促进对有限资源作有效使用,增进物的使用和交换价值,此为私有财产制的一项重要优点,亦为市场经济受到肯定的主要理由。兹

^① 中国大陆系采社会主义公有制,《中华人民共和国宪法》第6条规定:中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制。社会主义公有制消灭人剥削人的制度,实行各尽所能,按劳分配的原则。(第1款)国家在社会主义初级阶段,坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度,坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度(第2款)。第13条规定:公民的合法的私有财产不受侵犯。(第1款)国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。(第2款)国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。(第3款)为了维护国家基本经济制度,维护社会主义市场经济秩序,明确物的归属,发展物的效力,保护权利人的物权,根据宪法,经过长期研拟讨论,终于在2007年3月16日公布《中华人民共和国物权法》,自2007年10月1日起施行,在公有制的体制上建立了一个新的物权法秩序,对祖国大陆政治体制、社会经济发展具有重大深远的意义。参见黄松有主编:《中华人民共和国物权法条文理解与解释适用》,人民法院出版社2007年版。

举一例加以说明:有某块草地,适于牧羊,倘人人可以任意放牧,则每个牧羊人所考虑的,将是如何增加羊的数目而获取利益,倘人人争先恐后,该草地终将因过度使用而贫瘠。另一种可能的选择是将该块草地收为国有,但面临许多问题:何人可以放牧,数量多少,费用若干,依据何种标准决定,如何管理。此等问题不易解决,难免造成浪费、滥权及无效率。若采取私有财产制,将该块草地归属私人,则所有人为追求最大利益(利益极大化),何时放牧,数量多少,如何维护草地,通常会作最有效的管理使用。由此可知,将物归属于某人私有,由其支配使用,有助于物尽其用。此为私有财产制物权法的经济功能。^①

(四) 私有财产的普遍性及让与性

为发挥物之效用,而创设物权,除使其具有直接支配、排他性外,尚有两点应予提出:一为普遍性,即原则上应尽量使一切资源私有化,动产或不动产均包括在内;二为让与性(处分性),即物权可以自由移转,变更其主体,使物归属于能作较有效率使用之人。为此,“民法”特明定所有人原则上得自由处分所有物(第 765 条),并肯定地上权、农育权、典权的让与性(第 838 条、第 843 条、第 917 条),不动产役权亦得随需役不动产而为移转。至于抵押权、质权等担保物权虽不得单独让与,但得随债权让与而移转(第 295 条),而债权原则上具有让与性(第 294 条)。

(五) 私有财产的社会义务

强调私有财产,绝非将之神化、绝对化。私有财产,尤其是所有权,负有社会义务。“宪法”第 15 条规定,人民之财产权,应予保障,肯定私有财产权为一种基本权,但依“宪法”第 23 条规定,为防止妨碍他人自由,避免紧急危难,维持社会秩序或增进公共利益所必要时,亦得依法律加以限制,前已论及。现行“物权法”是“宪法”规范的具体化,在承认私有财产原则下,加以必要的规范,具有多种意义:对个人言,为自由与拘束的调和;对法律体系言,则为私法与公法的协作,构成了社会经济秩序的基础。

三、物权法上的私法自治

私法自治是民法的基本原则,体现于契约自由和权利行使的自由,在物权法上亦有其适用。然物权具有绝对性,攸关第三人利益,当事人的私

^① Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, Vol. 162, 1968, pp. 1243f.

法自治应受合理必要的限制。兹分物权上的契约自由与物权行使自由加以说明。

(一) 物权上的契约自由

物权上的契约自由包括缔约自由、内容自由和方式自由,分述如下:

1. 物权创设自由

私法自治在债权法上最主要的表现是缔约自由,即当事人原则上得自由创设债之关系(包括债权和债务)。台湾“物权法”系采物权法定原则,当事人不得创设法律规定以外的物权,其自由甚受限制。此项限制在立法上应为必要的缓和:

(1) 肯定除法律外,亦得依习惯(习惯法)创设物权(新修正第757条)。

(2) 增删物权种类,并创设次类型的物权(如普通地上权、区分地上权;普通抵押权、最高限额抵押权)。

(3) 调整个别物权的内容。民法物权编修正规定得于“土地之上下一定空间之范围内”设定区分地上权,废除永佃权,增设农育权(第850条之1)。将地役权修正为不动产役权,扩大其在客体及设定权利人的范围(第851条、第859条之3之4),并于抵押权增设“最高限额抵押权”(第881条之1以下),有助于强化当事人选择自由,促进物的用益和担保功能。

2. 物权内容自由

(1) 当事人的自由形成空间和定型化契约的规范。物权法定原则兼括物权类型强制及物权内容固定,虽因此限制了物权内容的形成自由,但仍保留一定程度的自由形成空间,例如,关于地上权的期限、地租、地上权让与、及建筑物补偿(第834条、第835条、第838条、第840条);不动产抵押权担保范围(第861条);动产抵押所担保债权的清偿方法等(“动产担保交易法”第16条第1项第5款、第27条、第33条)。值得注意的是,抵押权、附条件买卖、信托占有及让与担保,多由定型化契约条款所构成,如何依诚信原则(“消费者保护法”第11条以下)加以规范,实值重视。

(2) 法院介入私法关系的调整。关于共有物的管理,除契约另有订定外,原应由共有人共同管理(旧第820条)。共有人关于管理方法不能获致合意时,共有人不能起诉请求法院定之。值得注意的是,物权编修正第820条将“全体同意原则”改为“多数决原则”,并明定管理方法显失公

平,或其管理因情事变更难以继续时,不能定其管理方法等情形,法院得依共有人声请以裁定变更其管理。

(3) 物权行为法上的方式自由。在债权行为,原则上采方式自由,但对特定契约明定其要式性(如第709条之3规定合会的要式性)。在物权行为,现行法系依物权种类设不同的规定,即不动产物权之移转或设定,应以书面为之(第758条第2项),为要式行为。动产物权的移转或设定不以订立书面为必要,属非要式行为。

(二) 物权行使上的自由

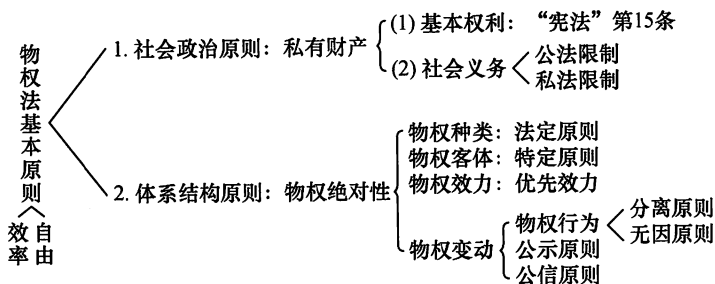
基于私法自治,物权人原则上得自由行使其物权,包括物权的让与和抛弃。最近发生争论的是邻地所有人得否预先抛弃邻地通行权(第787条)。“最高法院”采否定说,前已提及,此涉及相邻关系,俟后再为说明。

四、物权法的结构原则

现行“物权法”的结构是建立在五个原则之上:就物权性质言,为物权绝对性;就物权种类言,为物权法定原则;就物权客体言,为特定客体原则;就物权效力言,为物权优先效力;就物权变动言,为物权行为独立性、无因性和公示原则。

物权绝对性系物权的基本性格,其他四个原则皆源于此种特性,俟后将详为说明,为便于综合了解,简述如下。物权具有对世的效力,动辄涉及第三人利益,故法律明定其种类,不许当事人自由创设。为使物权之支配得以确实,便于公示,物权之标的物应以特定之物为其客体,一个物权不能存于两个以上之物(物权特定原则)。物权的优先效力系物权直接支配而具有排他性的当然结果。物权行为独立性旨在使物权行为与债权行为分离(分离原则),无因性旨在使物权变动不受其原因行为(债权行为)的影响。物权变动以登记(不动产)及交付(动产)作为公示表征,使第三人可以查悉其变动,避免因物权具有排他性而遭受不测的损害。

物权法的规定系上揭私有财产制度(社会政治原则)及五个结构原则的具体化。把握这些原则,有助于了解个别规定的内容,并作合理的解释适用。鉴于其重要性,列表如下,以便参照:



五、物权的解释适用

(一) 法律的解释

关于“物权法”的解释适用,应遵循依法律解释适用的一般原则。应特别指出的是,“最高法院”常以物尽其用或经济上效用,作为解释适用的方法。鉴于其在法学方法上的重要性,兹举数则判例如下:

(1) 系争房屋原计划盖建二楼,而建筑之程度,二楼结构业已完成,仅门窗尚未装设及内部装潢尚未完成,此项尚未完全竣工之房屋,已足避风雨,可达经济上之使用目的,即成为独立之不动产。上诉人向被上诉人买受系争房屋,依“民法”第758条规定,自须办理所有权移转登记手续,始能取得系争房屋之所有权,不能以行政上变更起造人名义之方式,取得系争房屋之所有权(1981年台上字第2221号判例)。

(2) “土地法”第104条系规定租用基地建筑房屋之承租人,于出租人之基地出卖时,有优先承买权,其出租人于承租人之房屋出卖时,有优先购买权,旨在使基地与土地上之房屋合归一人所有以尽经济上之效用,并杜纷争,如基地承租人于土地上根本未为房屋之建筑者,当无该条规定之适用(1976年台上字第530号判决)。

(3) 第787条第1项所定之通行权,其主要目的,不仅专为调和个人所有之利害关系,且在充分发挥袋地之经济效用,以促进物尽其用之社会整体利益,不容袋地所有人任意预为抛弃(1986年台上字第947号判例)。

(4) 第796条所定邻地所有人之忍受义务,系为土地所有人所建房屋之整体,有一部分逾越疆界,若予拆除,势将损及全部建筑物之经济价值而设,倘土地所有人所建房屋整体之外,越界加建房屋,则邻地所有人

请求拆除,原无碍于所建房屋之整体,即无该条规定之适用(1978年台上字第800号判例)。

(5)第876条第1项之法定地上权,须以该建筑物于土地设定抵押时业已存在,并具相当之经济价值为要件。系争甲部分房屋,既足认系建筑于设定抵押权之后,于抵押权设定当时尚未存在,系争乙部分猪舍,虽建于设定抵押权之前,但其价值无几,虽予拆除,于社会经济亦无甚影响,均不能视为上开法条中可成立法定地上权之建筑物(1968年台上字第1303号判例)。

由上揭判例可知,“最高法院”系以“物尽其用的经济观点”,来认定建筑房屋何时成为独立的不动产;说明优先购买权的立法意旨;解释袋地所有人何以不得预为抛弃邻地通行权;作为越界建筑的认定标准;用以决定某物是否得成立法定地上权的建筑物。

(二)类推适用、准用:相邻关系

台湾地区“物权法”系采物权法定原则,大部分的条文皆属强行规定,因此在何种程度内允许物权法规定的类推适用,具法学方法上的意义,亦值重视。

首先应说明的是,物权法定原则不容许依类推适用的方法创设法律所未规定之物权。但此并不排除物权法规范内容不备时的类推适用。兹就不动产相邻关系加以说明。

1. 类推适用:第787条规定对区分建筑物的类推适用

“最高法院”2007年台上字第584号判决谓:“民法”第787条规定:土地因与公路无适宜之联络,致不能为通常之使用者,土地所有人得通行周围土地以至公路之邻地通行权,旨在调和相邻土地用益权之冲突,以充分发挥袋地之经济效用,促进物尽其用之社会整体利益。而一栋建筑物,在物理上本属一体,各部原不具独立性,因法律上承认区分所有权,得由各区分所有人就其区分建筑物之一部享有单独所有权,各区分所有人对其专有部分得全面、直接而排他性之支配,故就整体建筑物而细分各区分所有时,区分所有建筑物专有部分,因其他专有部分之间隔,无法对外为适宜之联络,不能为通常之使用,显与袋地同,自有调整区分所有建筑物专有部分相邻关系之必要,始能充分发挥其经济效用,此与邻地通行权之规范目的相同;但区分所有建筑物专有部分相邻关系之调整,并不限于他人正中宅门之使用一项。从而区分所有建筑物之专有部分,如为其他专

有部分所围绕,无法对外为适宜之联络,致不能为通常之使用,既与袋地之情形类似,法律就此情形,本应同予规范,因立法者之疏忽,而发生显在之法律漏洞,自得类推适用“民法”第 787 条之规定。

2. 由类推适用到准用:第 774 条至第 800 条

第 787 条关于邻地通行权之规定,可否类推适用于承租人等土地使用人是实务上的争议问题。“最高法院”采肯定见解,认为:“民法创设邻地通行权,原为发挥袋地之利用价值,使地尽其利增进社会经济之公益目的,是以袋地无论由所有权人或其他利用权人使用,周围地之所有权及其他利用权人均有容忍其通行之义务。“民法”第 787 条规定土地所有权人之邻地通行权,依同法第 833 条、第 850 条、第 940 条之规定准用于地上权人、永佃权人或典权人间,及各该不动产物权人与土地所有权人间,不外本此立法意旨所为一部分例示性质之规定而已,要非表示于所有权以外其他土地利用权人之间即无相互通行邻地之必要而有意不予规定。从而邻地通行权,除上述法律已明定适用或准用之情形外,于其他土地利用权人相互间,包括承租人、使用借贷人在内,亦应援用‘相类似案件,应为相同之处理’之法理,为之补充解释,以求贯彻。”^①

为避免此项类推适用争议,并全面处理不动产相邻关系的规范问题,物权编修正时,乃创设准用条文,于增订第 800 条之 1 规定:“第 774 条至前条规定,于地上权人、农育权人、不动产役权人、典权人,承租人、其他土地、建筑物或其他工作物利用人准用之。”^②

3. “最高法院”判例、“司法院”解释及立法发展,共有物上债权约定的第三人效力

关于“物权法”的解释适用及立法发展,最具启示性的是物权关系上

^① “最高法院”1990 年第二次民事庭会议决议。另有一则类推适用的判决可供参考:“最高法院”2009 年台上字第 1004 号判决:“担保人以自己之所有物,为债务人设定担保,其法律上地位与保证人无异,对债务担保之履行而言,均系以自己之财产清偿债务人债务,并无二致,故‘民法’第 742 条第 1 项‘主债务人所有之抗辩,保证人得主张之’规定,于物上担保人之情形,自可类推适用之。”

^② 准用条文系为简化条文,于性质不相抵触之范围内始得准用,故在何种情形可以准用,应依具体个案分别认定。“民法”物权编的准用性条文,除第 800 条之 1 外,尚有第 767 条第 2 项,第 772 条,第 786 条第 4 项,第 787 条第 3 项,第 799 条之 1 第 2 项,第 824 条之 1,第 830 条,第 881 条之 17,第 899 条之 1,第 933 条,第 946 条,第 966 条等(请查阅所有准用性条文,并阅读之)。

债权约定(债权行为)对第三人的效力,兹将其发展过程说明如下:

(1)“最高法院”1959年台上字第1065号判例:共有人于与其他共有人订立共有物分割或分管之特约后,纵将其应有部分让与第三人,其分割或分管契约,对于受让人仍继续存在。

(2)“司法院”释字第349号解释:“最高法院”1959年度台上字第1065号判例认为:“共有人于与其他共有人订立共有物分割或分管之特约后,纵将其应有部分让与第三人,其分割或分管契约,对于受让人仍继续存在”,就维持法律秩序之安定性而言,固有其必要,惟应有部分之受让人若不知悉有分管契约,亦无可得而知之情形,受让人仍受让与人所订分管契约之拘束,有使善意第三人受不测损害之虞,与宪法保障人民财产权之意旨有违,首开判例在范围内,嗣后应不再援用。至建筑物为区分所有,其法定空地应如何使用,是否共有公用或共有专用,以及该部分让与之效力如何,应尽速立法加以规范,并予说明。^①

(3)新修正第826条之1:不动产共有人间关于共有物使用、管理、分割或禁止分割之约定或依第820条第1项规定所为之决定,于登记后,对于应有部分之受让人或取得物权之人,具有效力。其由法院裁定所定之管理,经登记后,亦同。动产共有人间就共有物为前项之约定、决定或法院所为之裁定,对于应有部分之受让人或取得物权之人,以受让或取得时知悉其情事或可得而知者为限,亦具有效力。共有物应有部分让与时,受让人对让与人就共有物因使用、管理或其他情形所生之负担,连带负清偿责任。

(三) 法律经济分析

物权是一种“产权”,乃调整资源使用权利分配的权利形式,由法律加以设计及分类,以物上请求权(产权规范, property rules)及侵权行为损害赔偿请求权(侵权责任规范, liability rules)加以保护,建立平和的物权

^① 关于本件解释的评论,参见苏永钦:《民事判例的合宪性控制——以释字第349号解释为例》,载《违宪审查》1999年版,第149页以下;谢哲胜:《从释字第349号解释论随土地所有权移转的债权契约》,载《财产法专题研究》1994年版,第57页以下;郭雨岚、林发立:《试论分管契约之效力——兼评“最高法院”1959年台上字第1065号判例及“司法院”大法官会议释字第349号解释》,载《万国法律》1994年8月版,第10页以下;黄义丰:《附随于不动产之特约之效力》,载《法令月刊》第47卷第2期,第18页以下;王文宇:《从财产权之保障论释字第349号解释》,载《宪法解释之理论与实论》1998年版,第421页以下。

秩序,并使物权具有可移转性,以促进资源的有效使用,作为自由权利的基础。物尽其用的效率,不仅是立法政策问题,如前所述,我实务上亦常以物尽其用的经济效用作为物权法上解释或类推适用一项准则。近年来,学说上更引进法律经济分析的理论^①,从交易成本的观点强调有效率的资源配置,并据此分析检讨物权法的立法原则、“最高法院”判例和“司法院”大法官解释,丰富了法学上的思考论证,深具意义。

在立法层次上应考虑经济效率,系属当然,并具有极大的功用。民法物权编修正的诸多规定,具有促进经济效率的功能,如废除永佃权而创设农育权;创设区分地上权;增设最高限额抵押权等。在法律适用的层次上,亦有稳妥的法律解释或类推适用的方法,就法律解释方法言,有所谓的文义解释、体系解释、立法史解释、目的性解释及符合宪法解释等。^②经济效率不足取代此等法律解释方法,因为经济效率不是最高或唯一的法律原则^③,法院也不是某项解释是否符合经济效率的最佳判断者。经济效率乃在评估法律适用对资源配置的影响,应可纳入法律目的解释,与其他解释方法共同作用,以实现法律的规范意旨。

第四节 物权法的发展

一、物权法与台湾社会变迁

台湾现行“民法”物权编系于1929年11月30日公布,1930年5月5日施行,迄今已届满80年,自1945年起,适用于台湾地区,长达半个多世纪。兹分四个阶段说明“物权法”(广义)的发展:

^① 关于法律的经济分析的一般理论 Posner, *Economic Analysis of Law*, 5th ed., 1998(唐豫民译,法律之经济分析,1987年,台湾商务印书馆发行);干学平:《交易成本与经济法学》,载《律师通讯》第148期,第49页。关于此一新的法律与经济研究方法发展的介绍及评估, G. G. Veljanorski, *The New Law-and-Economics-A Research Review*, 1982, 作有简要论述,附有相关文献,足供参考。关于其在物权法上的应用,请参见 Ackerman, *Economic Foundations of Property Law*, 1975; Adams, *Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte*, 1980;王文字:《财产法的经济分析与寇斯定理》,载《月旦法学》第15期,第6页下。熊秉元:《无所不在的寇斯》,载《植根杂志》第8卷第5期,对法律经济分析的创始人寇斯(R. H. Coase)的理论作有简明的介绍。

^② 参见拙著:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第184页。

^③ Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 1995; 同氏, *Rechtsanwendung, Gesetzgebung und ökonomische Analyse*, AcP 197, S. 80ff.

1. 20世纪30年代“物权法”体系的建立

现行“民法”物权编制定于1929年,在同一时期制定的相关法令,其主要者有“土地法”(1930)、“土地登记规则”(1946)^①、“建筑法”(1938)、“都市计划法”(1939)。此等法律建构了现行“物权法”的基本体系,曾因应社会需要,多次修正(请查出修正条文,并了解修正理由)。

2. 20世纪50年代的土地改革

影响台湾物权(尤其是土地所有权)制度最为深远重大的,乃20世纪50年代的土地改革。就其政策背景言,系国民政府总结在祖国大陆的失败经验,并确保对台湾的有效统治。就法律言,则为实现“宪法”第143条关于土地的基本国策。^②土地改革所以能够顺利实施,因素甚多,设计周全的法律架构亦属关键,即在“民法”和“土地法”的基础上,分阶段制定以下三个重要特别法,除实体规定外,并设有解决争议的救济程序:

- (1) “耕地三七五减租条例”(1951)。
- (2) 台湾省“放领公有耕地扶植自耕农实施办法”(1951)。
- (3) “实施耕者有其田条例”(1953年制定,1993年废止)。

此项土地改革重新分配了台湾土地所有权,改变了台湾社会结构,对于安定农村,促进工业的发展,具有相当程度的贡献。^③

3. 20世纪70年代的土地使用规划

该年代立法的重点,系为因应工商业的快速发展及振兴农业,而对土地为必要的使用规划。其主要的,如修正1939年施行的都市计划法,修正1954年施行的平均地权条例,制定“农业发展条例”(1973),制定“区域计划法”(1974)等。其在80年代以后制定者,有“农地重划条例”(1980)、“都市更新条例”(1998)。此等关于土地和农地规划和发展的法律亦多涉及土地所有权的使用、收益、处分,与宪法保障人民财产权具有密切关系。^④

^① 土地法和土地登记规则与物权法关系密切,参见杨松龄:《实用土地法精义》,2000年版;陈铭福:《土地法导论》,2000年版。

^② 参见“司法院”大法官释字第422号解释。

^③ 参见马汉宝:《法律与中国社会之变迁》,1999年版,第108页。

^④ 参见“司法院”大法官释字第400号、第406号、第444号解释。

4. 20世纪80年代以后的发展

该年代以后,首先,影响“物权法”发展较为重大的立法,系1995年制定的公寓大厦管理条例。其次,值得注意的是,“土地法”原第30条:“私有农地所有权之移转,其承受人以能自耕者为限,并不得移转为共有。但因继承而移转者,得为共有。违反前项规定者,其所有权之移转无效。”又第30条之1规定:“农地继承人部分不能自耕者,于遗产分割时,应将农地分归能自耕者继承之。其不能按应继份分割者,依协议补偿之。农地继承人均无耕作能力者,应于继承开始后一年内,将继承之农地出卖予有耕作能力之人。”(此两条规定于2000年1月26日修正“土地法”时被删除^①)期能促进农村的发展,对台湾农地所有权制度将产生如何影响,仍待观察。

5. 国有财产(尤其是土地所有权)与“物权法”

财产权得为私有,亦得为公有(国有、直辖市所有、市县或乡镇所有)。就土地言,“宪法”第143条规定:“领土内之土地属于国民全体。人民依法取得之土地所有权,应受法律之保障与限制。”台湾土地总面积为360万余公顷,已完成测量登记者有189万余公顷,占总面积53%,其中属国有者有36万余公顷,占已登记土地19%,其余未完成测量登记土地172万余公顷,大部分为国有林地及区域外保安林地。^②公有(或地方所有)的土地应依“土地法”办理登记(“国有财产法”第17条、“土地法”第52条)。

为促进土地有效率的使用,公有土地逐渐私有化。公有财产管理机关正在积极推动非公用土地的处分,包括研讨公有非公用土地与私有土地的交换办法,放宽非公用土地出售限制,推动改进设定地上权,以及推行非公用土地信托制度等。此等发展与物权法具有密切关系,甚属重要,限于篇幅,在此难以详论。^③

本书的内容旨在论述“民法”物权编及相关法律,以上说明乃在使读者能较宏观地观察“物权法”(尤其是土地所有权)与台湾社会变迁的相

① 其同时被删除者,尚有“农业发展条例”原第30条规定。

② 应注意的,实务上认为关于未登记为公有或私有之林地,既概属国有,则不论政府已否办理登记,均不适用消灭时效或取得时效之规定。“最高法院”1998年台上字第1738号、1998年台上字第1550号判决。

③ 参见《“财政部国有财产局”编印“国有财产”现况》,1998年增订本。

互作用关系。^①此种认识将有助于探讨,如何在宪法保障财产权的基础上,经由立法、行政和司法确保个人在财产法上的自由形成空间,及促进物尽其用的经济效率。

二、物权法的演变^②

“物权法”,一般被认为是静态的法律,不若债权法活跃、富于变动。实则,物权因与社会经济具有密切的关系,亦随着社会经济的发展而历经变迁。促成“物权法”变迁发展的因素,有为立法(如“动产担保交易法”的制定),有为司法实务,有为学说理论。就变动的内容言,有为立法原则的修正,有为体系的调整,有为理论的再构成,有为法律解释适用方法的反省。兹提出六个重点,以供参考:

(一) 所有权社会化的继续进行与所有权保护的强化

所有权社会化的继续进行,系“物权法”最重要的发展趋势。在私法方面,系权利滥用禁止原则和诚实信用原则的适用(第148条)。在公法方面,与日俱增的环境保护法规对物权关系的影响最为深远。必须特别指出的是,在“物权法”的发展过程中,所有权一方面受到公法上的限制,另一方面在基本权及权利程序保护上亦更臻周全。

(二) 相邻关系的双轨规范体系

“民法”对不动产相邻关系设有详细规定,多达27个条文(第774条至第800条),约占物权编的1/8,实务上案例有增加的趋势,多集中于袋地通行权(第787条)、越界建筑(第796条),尤其是建筑物区分所有(第799条)。由于人口集中,公寓拥挤、工厂林立、生活环境恶化,为合理规范,已逐渐形成私法与公法并重的双轨规范体系。^③1995年6月28日

^① 参见魏家弘:《台湾土地所有权概念的形成经过——从业到所有权》,台湾大学法律学研究所1995年度硕士论文。

^② 参见蔡明诚:《民法物权编的发展与展望》,载《民法七十年之回顾与展望论文集(三)》,2000年版,第45页;值得比较参照的是《德国物权法》的发展,参见Baur, *Entwicklungstendenz im Sachenrecht*, JA 1987, 181; M. Wolf, *Beständigkeit und Wandel im Sachenrecht*, NJW 1987, 2647. 关于日本物权法的发展,参见广中俊雄、星野英一编:《民法典の百年》II,有斐阁1998年版。

^③ 关于此种双轨体系(Doppelspürigkeit)的建立及其解释适用,参见Haag, *öffentliches und privates Nachbarrecht*, 1996; Felix, *Einheit der Rechtsordnung*, 1998, S. 83ff. 关于环境保护法规,参见柯泽东:《环境法论》(二版),1993年版;叶俊荣:《环境政策与法律》,1993年版;黄锦堂:《台湾地区环境法之研究》,1994年版;陈慈阳:《环境法论》,2000年版。

公布,30日施行的“公寓大厦管理条例”,系一项具有开创性的立法,被称为“住宅宪法”,最值重视。

(三) 共有制度的调整

共有制度不利于物的使用,常为纷争之源,法律和实务上采取三种途径加以改进。

(1) 放宽共有土地或建物的处分、变更及设定负担的要件(第819条、“土地法”第34条之1)。

(2) 关于共有物的管理采多数决原则(第820条)。

(3) 便利共有物分割,认分割请求权乃属形成权,不罹于消灭时效。^①协议分割后时隔15年迄未办理登记时,共有人仍得诉请裁判分割。

(4) 肯定共有物分割或分管等约定对应有部分受让人的效力。

(四) 用益物权与担保物权的消长

1. 统计资料

台湾地区“民法”上的物权,除所有权外,尚有地上权、农育权、不动产役权、典权(合称用益物权),不动产抵押权、质权、留置权(合称担保物权)。台湾地区有极为完善、业已全部计算机化的土地登记。可惜的是,关于已登记物权的数量、时效取得地上权、抵押权担保债权的金额其历年变动情形,迄今未数据化,未能提供可作分析研究的资料。兹据主管机关所提供有限的资料,将台闽地区办理土地他项权利登记笔数列表如下:

年度别	权利项目	总计	抵押权	地上权	地役权	典权	其他
		笔数	笔数	笔数	笔数	笔数	笔数
1995		2 446 809	2 407 039	32 502	11	227	7 028
2000		2 073 748	2 033 521	29 530	560	29	6 217
2005		1 984 278	1 937 423	42 780	830	69	3 176
2006		2 035 330	1 990 051	40 864	943	69	3 403
2007		1 793 989	1 755 543	33 876	1 081	69	3 420
2008		1 624 501	1 591 632	28 267	1 111	30	3 461

^① 参见最高法院1940年上字第1529号判例。

2. 担保物权的重要功能

由上揭统计资料可知,设定抵押权登记数最多笔(可惜缺少担保债权金额的统计),足见担保物权在市场经济的重要功能,其发展重点有三:

(1) 承认最高限额抵押权。

(2) 共有的不动产,如非基于共同关系而共有,各共有人得就其应有部分设定抵押权。^①

(3) 抵押权与用益物权的并存,民法仅明定不动产所有人设定抵押权后,于同一不动产上得设定地上权及其他权利,但其抵押权不因此而受影响(第866条)。实务上进一步肯定不动产所有人设定典权及其他用益物权后,仍得于同一不动产设定抵押权,以发挥物之担保功能。

3. 用益物权的式微和调整

据前揭统计资料,地上权设定登记每年约有3万笔左右,尚属不少。其值得注意的有两点:

(1) 地上权时效取得争议甚多,系实务上重要问题。

(2) “国有财产局”正在推动于公有土地设定地上权。^②

近三年设定地役权登记笔数降至数百,典权在1998年有16笔,在2008年仅有30笔,已丧失其重要性。永佃权因实施耕者有其田,已无设定者。上揭统计资料显示用益物权已趋没落,反映台湾社会经济的变迁,如何在立法上重新调整用益物权的类型和内容,应为“民法”物权编修正重点。^③

4. 土地项登记笔数

值得注意的是,土地他项登记的笔数,有逐年减少的趋势(尤其是在抵押权),与台湾社会经济变迁具有何种关系,是一个值得研究的课题。

(五) 物权与债权的相对化

物权系支配权,属于绝对权,与具相对性债权的性质不同,但随着理论发展和事实上需要,物权与债权的关系在许多方面业已相对化。举其重要者而言,例如:债编若干规定对物权关系的类推适用;债权的物权化(租赁权及预告登记);物权关系上约定(如共有物分管契约)具有对抗第

① “司法院”大法官释字第141号解释。

② “司法院”大法官释字第139号解释。

③ 中国大陆系采社会主义公有制,土地不得私有,因此不动产的用益物权特为重要,具有替代土地所有权的功能,在作两地物权法比较时,在方法上应特别注意。

三人的效力；在让与担保制度上，物权让与和信托约款的结合、债权行为与物权行为的条件关联及共同瑕疵理论等。诸此问题充分显示了物权和债权在许多法律关系互相牵连交错，共同形成财产法的结构体系和功能规范。

（六）比较法和物权法的发展

现行“民法”物权编的基本原则体例、内容系参照《德国民法》、《瑞士民法》和《日本民法》而制定，其后判例学说亦深受其影响，历经 80 年的解释适用固已逐渐建立自有的理论体系，仍须借助比较法的研究，引进或创设新的制度，适应社会经济发展的需要。1963 年公布（1965 年施行）的“动产担保交易法”系参考美国法制，创设动产抵押、附条件买卖、信托占有三种不占有标的物的动产担保制度。1995 年公布施行的“公寓大厦管理条例”系参照德国和日本相关立法例而制定。比较法提供不同的规范模式，突显共同的发展趋势，扩大吾人的视野，启发吾人的灵感，其研究层面若能由单纯立法例的比较，更深化及于判例学说及实际运作，将更具参考价值。^①

三、民法物权编的修正

现行物权编自 1930 年 5 月 5 日施行以来，迄今已逾 70 年，其间社会结构、经济形态和人民观念，均有重大变迁，原本立基于农业生活形态的民法物权已难适应今日多变的生活态样。经多年全面的检讨，终于在 2000 年 3 月完成“民法物权编部分条文修正草案”。修正内容有为文字订正，以避免解释上的误会；有为使法律适用周延明确；有为将实务见解纳入法典；有为解决实务与理论上的争议。已完成全面修正，包括通则及所有权、用益物权、担保物权及占有。分述如下。

（一）通则及所有权的修正

2009 年 1 月 23 日修正公布“民法”物权编关于通则及所有权部分（包括“物权编施行法”），其修正重点如下：

^① 关于制定欧洲民法所有涉及的物权制度，尤其是物权变动，参见 Drobnig, Transfer of Property, in *Towards a European Civil Code*, 1998, pp. 507-510; Ferrai, Vom Abstraktionsprinzip und Konsensual zum Traditionsprinzip, ZEuP, 1993, S. 52ff.

1. 通则章

(1) 为避免物权法定主义过度僵化,妨害社会之发展,将习惯列入物权法定主义规范之列。(第 757 条)

(2) 阐明不动产物权行为之书面契约性质。(第 758 条)

(3) 扩大不动产物权宣示登记之原因。(第 759 条)

(4) 增订不动产物权依法登记之效力及对因信赖登记而为物权变动之善意第三人之保障规定。(第 759 条之 1)

(5) 修正抛弃物权之要件及其方式。(第 764 条)

2. 所有权章

(1) 增订所有权以外之物权,准用所有权物上请求权之规定。(第 767 条)

(2) 修正动产、不动产所有权取得时效之要件。(第 768 条以下)

(3) 修正取得时效中断之事由。(第 771 条)

(4) 增订所有权以外财产权之取得时效,不以他人未登记之不动产为限。(第 772 条)

(5) 修正相邻关系中之形成之诉,使有通过权之人等得请求法院为形成判决。(第 779、786、787 条)

(6) 增订用水权人请求恢复原状之范围及请求损害赔偿亦得适用过失相抵原则。(第 782 条)

(7) 增订周围地所有人得请求邻地有通行权人购买其土地之规定。(第 788 条)

(8) 增订数宗土地属于一人所有,而让与其一部或同时分让与数人,致有不通公路土地之通行规定。(第 789 条)

(9) 修正越界建筑之要件及其效果。(第 796 条至 796 条之 2)

(10) 修正区分所有建筑物的法律关系。(第 799 条至 799 条之 1)

(11) 增订土地、建筑物或其他工作物所有人与利用人间或利用人相互间,准用土地相邻关系及建筑物区分所有之规定。(修正条文第 800 条之 1)

(12) 修正遗失物拾得人的义务及权利。(第 803 条至 807 条之 1)

(13) 修正共有物之管理方法。(第 820 条)

(14) 明定共有物订有禁止分割期限之例外规定。(第 823 条)

(15) 增订法院裁判分割的相关问题。(第 824 条至 824 条之 1)

(16) 增订共有物使用、管理、分割或禁止分割之约定或依法所为之决定或法院所为之裁定,对于应有部分受让人或取得物权者之效力规定。(第 826 条之 1)

(17) 修正共同共有成立之依据及准用规定。(第 827、828、830 条)

(二) 担保物权的修正

2007 年 3 月 28 日修正公布民法物权编关于担保物权部分(包括物权编施行法)。其修正重点在于抵押权,分设三节规定普通抵押权,最高限额抵押权及其他抵押权,可谓是抵押权制度的全面更新。

(三) 用益物权及占有的修正

2010 年 2 月 3 日公布的物权编关于用益物权及占有的修正重点(请对照新旧修文):

1. 用益物权

(1) 物权种类及内容的调整

① 删除永佃权(第 842 条至第 850 条)

② 增设农育权(第 850 条之 1 至 9)

③ 将地上权分为普通地上权及区分地上权两个次类型(第 832 条、第 841 条之 1)

④ 将地役权修正为不动产役权(第 851 条),扩大其客体及设定人的范围(第 859 条之 3、之 4)

⑤ 调整典权的内容(第 911 条以下)

(2) 物尽其用,永续经营原则

永佃权的删除,区分地上权的增订、农育权的创设、不动产役权在客体及设定人范围的扩大、典权内容的修正,均在促进地尽其利,永续经营。关于为贯彻此项原则而修正的重要规定,值得特别提出的是,用益物权人(地上权人、农育权人、不动产役权人、典权人)应依设定之目的及约定方法为土地之使用。未约定使用方法者,应依土地之性质为之,并均应保持其生产力或得永续利用,其有违反,经土地所有人阻上而仍继续为之者,土地所有人得终止该用益物权(第 836 条之 2、之 3,第 850 条之 6,第 859 条之 2,第 917 条之 1)。

2. 占有

(1) 动产善意取得的要件及效果(第 948 条以下)

(2) 占有权利推定的适用范围(第 943 条)

(3) 占有恢复:关于占有物灭失,支出费用的请求权(第953条以下)

(四) 物权法的现代化

物权编的修正,在传统的制度上完成了全面重新调整,加以现代化,加强对所有权的保护,振兴用益物权地尽其用,永续利用的功能,完善担保制度,活化资金融通,实有助于建构稳定、公平,具有效率的物权法秩序,促进台湾社会经济的发展,尤其是体现物权法维护的人的尊严及人格自由的价值理念。

四、物权法发展年表

“民法”物权编制定于1929年,发展迄今已有八十余年,兹将相关法令及“司法院”大法官解释作一年表(请阅读相关法令及解释),便于了解已演变过程,请特别注意制定当时社会经济状况及物权法与台湾政治社会变迁:

- 1929:“民法”物权编
- 1930:“土地法”(2006最新修正,下同)
- 1936:“土地登记规则”(2007)
- 1951:“耕地三七五减租条例”(2002)
- 1953:“实施耕者有其田条例”(1993废止)
- 1955:“平均地权条例”(2005)
- 1963:“动产担保交易法”(2007)
- 1989:“不动产经纪业管理条例”(2001)
- 1990:“土地征收条例”(1992)
- 1994:“司法院”释字349号解释(共有物分管契约)
- 1995:“民法”物权编第一次修正(第942条)
- 1995:“公寓大厦管理条例”(2006)
- 1996:“司法院”大法官释字400号解释(既成道路征收)
- 2003:“不动产证券化条例”
- 2004:“司法院”释字580号解释(耕地三七五减租条例)
- 2007:“祭祀公业条例”
- 2007:“民法”物权编第二次修正(担保物权)
- 2009:“民法”物权编第三次修正(通则、所有权)
- 2010:“民法”物权编第四次修正(用益物权、占有)

第二章 物权通论

第一节 物权的意义

一、甲于3月1日出售某屋给乙,业已交付,但未办理登记。甲于4月1日又将该屋出售给丙,并即办妥所有权移转登记。试问:

- (1) 甲与乙、甲与丙间之买卖契约是否均为有效?何者优先?
- (2) 丙得否向乙请求返还该屋?

二、甲在某风景区兴建别墅,与其邻居乙约定,乙不得在别墅前兴建房屋,以免妨碍眺望。半年后乙将该地出售给丙,丙欲在该地盖大厦。甲提出异议,请求停工,有无理由?丙明知甲、乙间的约定时,是否不同?甲与乙应设定何种权利,始足确保其眺望不受妨碍?

一、物权的概念

“民法”对于个别物权,除所有权外,皆设有定义,但对于何谓“物权”,则未设明文规定。学者所下定义如下:

- (1) 为物权者,直接支配物之权利。^①
- (2) 物权者,直接支配物,而享受其利益之权利。^②
- (3) 物权者,直接支配物,而具有排他性之权利。^③
- (4) 物权者,直接支配物,享受其利益而具有排他性之权利。^④

① 参见梅仲协:《民法要义》,第369页;杨与龄:《民法物权》,第7页。

② 参见姚瑞光:《民法物权论》,第1页;谢在全:《民法物权论(上)》,第18页。

③ 参见倪江表:《民法物权论》,第15页;张企泰:《中国民法物权论》,第9页。

④ 参见郑玉波:《民法物权》,第19页。

(5) 物权者,直接支配物,享受其利益,而具有排他性之绝对权。^①

以上五种定义,基本上并无不同。物权既然是对物直接支配的权利,当然得享受其利益,并具有排他的绝对效力。归纳言之,物权的内容有二:一为对物的直接支配,并享受其利益;二为排他的保护绝对性。此二者系来自物的归属(Zuordnung),即法律将特定物归属于某权利主体,由其直接支配,享受其利益,并排除他人对此支配领域的侵害或干预,此为物权的本质所在。^② 分别说明如下:

1. 物权是一种物之归属的权利

物权是物之归属的权利,法律赋予权利人直接支配其物之力。所谓直接支配,系指物权人得依自己的意思享受物的利益,无待他人的介入。例如,房屋所有人得依己意居住、出租或设定其他物权;典权人得依己意使用典物;抵押权人于债权届期未获清偿时,得依法请求法院拍卖抵押物,不必得抵押人的同意。

法律将物归属于某人支配,在于使其享受物的利益。物的利益可使用价值和交换价值。所有权人所享受的,系物的全部利益,包括使用、收益、处分等。用益物权人所享受的,系物的使用价值,或为全面的使用收益(典权);或以在他人土地上有建筑物,或其他工作物,或竹木为目的,而使用其土地(地上权);在他人土地为农作、森林、养殖、畜牧、种植竹木或保育(农育权);或以他人不动产供自己不动产便宜之用(不动产地役权)。担保物权(抵押权、质权或留置权)人所享受的,系物的交换价值,即债务人届期不清偿时,债权人得依法变卖担保标的物,就其价金满足债权。

2. 物权是绝对的物之归属的权利

物权作为一种物之归属的权利,具有绝对性,对任何人皆有其效力。

^① 参见黄栋培:《民法物权论》,第10页。

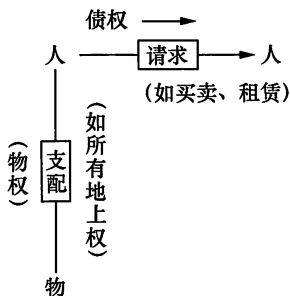
^② 关于物权的本质(Wesen der Dinglichkeit),学说上甚有争论(参见Kühne, AcP 140, 11)。德国学者认为,物权的本质在于对物的直接支配性(Unmittelbarkeit der Sachbeziehung);另有学者认为,物权的本质在于诉之保护的绝对性(Absolutheit des Klageschutzes)。德国著名物权法学者Westermann认为,二者无论个别或结合,均不足说明物权的本质,乃提出权利归属理论(Zuordnung),认为客体的直接支配性及保护绝对性源自物权对货归属功能(güterzuordnende Funktion der dinglichen Rechte),详见Westermann, Sachenrecht, Bd. I. (9. Aufl. 1994) S. 8。此项见解目前已逐渐成为德国的通说,Wieling, Sachenrecht(4. Aufl. 2001), S. 5ff; Wilhelm, Sachenrecht(2001), S. 18ff。

任何人非经物权人同意不得侵害。于受他人侵害时,物权人得主张物权请求权,排除他人的侵害,以恢复物权应有的圆满状态。绝对性为物权的特性,故物权又称为绝对权或对世权。

二、物权与债权

(一) 物权与债权的区别

物权与债权虽然同属财产权,但性质有别,物权系对物支配的绝对权,债权则属相对权,即债权人基于债之关系,得向债务人请求给付。债权不是对债务人人身支配,也不是对给付标的物的支配,而是请求给付和保有给付的权利。^① 兹先图示物权与物权的构造,再举三例说明绝对性物权与相对性债权的不同:



1. 甲出卖某屋给乙,乙对甲享有债权,得向甲请求交付该屋,并移转登记其所有权(第348条),但不能对该屋径为支配。甲将该屋交付予乙时,乙虽取得占有,但在办理登记前,仍未取得所有权。其后甲又将该屋出售予丙,丙亦对甲取得请求交付该屋,并移转其所有权的债权(第348条)。在同一标的物上数个债权可以同时并存,居于平等地位(债权平等原则)。设甲将该屋登记予丙时,丙即取得其所有权(第758条)。对丙而言,乙为无权占有,乙不能以其与甲之间的买卖契约,对丙主张对该屋有占有的本权(债的相对性),故丙得对乙请求返还该屋(第767条),乙仅能依债务不履行的规定,向甲请求损害赔偿或解除契约(第226条,第

^① 参见拙著:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第17页。

256 条)。^①

2. 甲在风景区兴建别墅,与邻居乙约定,乙不得在别墅前建屋,妨碍眺望,乙负有契约上不作为义务(第 199 条)。^② 乙将该地让售予丙,而丙未承担乙的债务时,不受此项约定的拘束,纵丙明知甲、乙间的约定亦然,因为甲与乙所订的契约,仅具债权的性质,无对世的效力,甲不得阻止丙兴建房屋。甲欲使其与乙的约定,得对土地的受让人发生法律效力,须设定地役权,以乙的土地供甲的土地便宜之用(第 851 条)。地役权系属物权,直接支配其物,不因土地让与他人而受影响。^③

3. 甲出租某屋予乙,交付后,复将该屋出售予丙,并办理所有权移转登记。“民法”第 425 条规定:“出租人于租赁物交付后,承租人占有中,纵将其所有权让与第三人,其租赁契约,对于受让人仍继续存在。前项规定,于未经公证之不动产租赁契约,其期限逾五年或未定期间者,不适用之。”学上说为租赁权的物权化。第 425 条规定不能类推适用于使用借贷。“最高法院”1970 年台上字第 2490 号判例谓:“使用借贷,非如租赁之有‘民法’第 425 条之规定,纵令上诉人之前手将房屋及土地,概括允许被上诉人等使用,被上诉人等要不得以上诉人之前手,与其订有使用借贷契约,主张对现在之房地所有人即上诉人有使用该房地之权利。”“最高法院”此项见解,可资赞同。使用借贷系属无偿,且不涉及借用人保护问题,与租赁不同,自不能同等待之。^④

① 台湾高等法院暨所属法院 1976 年度法律座谈会民事类第 10 号提案提出如下问题:“甲将其所有 A 建地一笔出卖予乙,订立买卖契约书后,即将该地交付乙使用,但未办理所有权移转登记。旋甲复将该地出卖予丙,并办毕所有权移转登记,丙可否认乙为无权占有,本于所有人地位,诉请乙交还 A 建地? 研讨结果认为:“所有权为对世权,对于任何人皆有效力,物之所有人同意他人使用后,将所有权让与该他人以外之第三人,除法律另有特别规定外(第 425 条),该他人不得对抗嗣后取得所有权人之受让人,乙既未取得所有权而占用 A 建地,自属无权占有,丙基于所有人地位,自可诉请交还土地。”可资参照。

② 参见拙著:《契约上的不作为义务》,载《民法学说与判例研究》(第八册),北京大学出版社 2009 年版,第 86 页。

③ 此类问题,“最高法院”1977 年台上字第 1635 号判决可供参考:“按契约通行权仅为债权之一种,原审认上诉人之父谢财旺出卖土地时,与李义杰就系争土地所为通行权之约定,为物权契约,所持法律上之见解,实有违误;且上开通行权之约定,仅于契约当事人间有其效力,如经李义杰让与此项权利,依‘民法’第 297 条规定,非经通知,对于债务人不生效力。原审竟谓此项权利之让与,无通知上诉人之必要,亦嫌无据。”(“司法院”公报,第 20 卷,第 9 期,第 7 页)

④ 参见拙著:《基于债之关系占有权的相对性及物权化》,载《民法学说与判例研究》(第七册),北京大学出版社 2009 年版,第 40 页。

(二) 物权关系上债权约定的效力

物权法虽多强行规定,但基于私法自治原则,仍留有当事人自由形成其权利义务的空间,得在物权关系上为债权的约定。因而发生一个重要问题:何种物权关系上的债权约定,在何种要件之下,具有对抗第三人的效力?对此“最高法院”作有1959年台上字第1065号判决,“司法院”作有释字第349号解释,前已说明,敬请参照。

应特别指出的是,物权编修正增订“民法”第826条之1规定:不动产共有人间关于共有物使用、分割或禁止分割之约定或依第820条第1项规定所为之决定,于登记后,对于应有部分之受让人或取得物权之人,具有效力。其由法院裁定所定之管理,经登记后,亦同(第1项)。动产共有人间就共有物为前项之约定、决定或法院所为之裁定,对于应有部分之受让人或取得物权之人,以受让或取得物权之人,以受让或取得时知悉其情事或可得而知者为限,亦具有效力(第2项)。共有物应有部分让与时,受让人对让与人就共有物因使用、管理或其他情形所生之负担连带清偿责任(第3项)。本条新增规定系参照“司法院”释字第349号解释,并仿外国立法例,于不动产为上述约定或决定经登记后,即对应有部分之受让人或取得物权之人,具有效力(《德国民法》第746条、第1010条第1项、《瑞士民法》第649条之1)。将于本书相关部分再行说明。

第二节 物权的种类

一、何谓物权法定原则?为何要采物权法定原则?得否依习惯(法)而创设?有无“债权法定原则”?现行“民法”上有多少种类的物权?

二、甲、乙、丙等王氏宗亲兴建祠堂,为维护祖产和观瞻,约定出售祠堂两侧房屋时,其他宗亲有优先承买权,其效力如何?设甲违反此项约定径将其所有房屋出售给第三人,并办理登记时,其法律关系如何?

一、物权法定原则^①

(一) 立法政策

1. 物权法定主义的功能

“民法”第 757 条原规定：“物权，除本法或其他法律有规定外，不得创设。”学说上称为物权法定原则（物权法定主义）。债权并无法定原则（参阅例题一）。债之关系，除法律规定外（如不当得利或侵权行为），当事人得依契约自由创设，原则上不受任何限制。然则，为何要采物权法定原则？其主要理由有三：

(1) 物权的绝对性。“民法”第 757 条立法理由载：“物权，有极强之效力，得对抗一般之人，若许其以契约或习惯创设之，有害公益实甚，故不许创设。”

(2) 物尽其用的经济效用。物权与社会经济具有密切关系，任意创设，对所有权设种种的限制及负担，妨碍所有权自由，影响物的利用。以法律明定其种类内容，建立物权类型体系，有助于发挥物尽其用的经济效益。

(3) 交易安全与便捷。物权具有对世的效力，物权的得丧变更，应力求透明。物权种类和内容的法定化，便于公示（尤其是土地登记），可确保交易安全与便捷，减少交易成本。

物权法上的私法自治虽因物权法定原则而受限制，但当事人间的需要，仍可经由债权契约而获得满足。兹以优先购买权为例加以说明。传统上向有卖产应先尽（先问）亲房的习惯，现行“物权法”不采之，其主要理由是认为此等亲房拦产的习惯，助长把持措勒之风，于社会经济毫无实

^① 关于物权法定原则，在立法例上设有明文的，除台湾地区“民法”外，尚有《日本民法》第 175 条、《韩国民法》第 185 条、《奥国民法》第 308 条。《德国民法》虽未设明文规定，但判例学说肯定之。关于物权法定原则的历史发展，Heck, Grundriss des Sachenrechts, 1930, S. 72ff., 论述甚详，可供参考。苏永钦：《物权法定主义的再思考——从民事财产法的发展与经济观点分析》，极具启发性，现收录于《政治大学法律研究所法律学研究》第七辑，载《民法论文选辑》，1991 年，第 1 页。值得注意的是，T. W Merrill 和 H. E. Schmith 在其论文 Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle (Yale Law Journal, Vol. 110, 1)，论述美法上的物权法定原则，并作深入的法律经济分析，具参考价值。

益。^①又“民法”亦不承认不动产的近邻有先买权,因其于经济的流通,地方之发达,均有障碍。^②“土地法”设有若干承认优先购买权的特别规定(第34条之1、第104条、第107条并请参阅“民法”第426条之2)。在此等情形以外,当事人有必要时,得订立“卖产应先问邻居或亲房”的契约,以满足其交易上的需要(参阅例题二)。^③物权法定原则对私法自治的限制,可经由债权契约自由而获得缓和或补充。

2. 物权法定主义的扩大:以习惯法创设新物权

(1) 第757条的修正。应特别指出的是新修正“民法”第757条规定:“物权除依法律或习惯外,不得创设。”立法说明谓:“为确保交易安全及以所有权之完全性为基础所建立之物权体系及其特性,物权法定主义仍有维持之必要,然为免过于僵化,妨碍社会之发展,若新物权秩序法律未及补充时,自应许习惯予以填补,故习惯形成新物权,若明确合理,无违物权法定主义存立之旨趣,能依一定之公示方法予以公示者,法律应予承认,以促进社会之经济发展,并维护法秩序之安定,爰仿《韩国民法》第185条规定修正本条。又本条所称‘习惯’系指具备惯行之事实及法的确信,即具有法律上效力之习惯法而言,并予指明。”分三点加以说明:

① 物权除法律外,得依习惯(法)加以创设,仍维持物权“法定”主义,所谓法定包括法律及习惯(法)。习惯法具补充性,不得变更法律规定的物权(“民法”第1条)。

② 物权得依习惯(法)而创设,系立法政策问题。祖国大陆制定物权法时,对此问题讨论甚多,最后于第5条规定:“物权的种类和内容,由法律规定。”并不认为物权得依习惯(法)创设。前揭台湾“民法”第757条的修正,系采《韩国民法》立法例,然韩国实务上究有何种依习惯创设的物权,立法理由未作说明。此类修正宜有较深入的比较法研究,并应有专

① 参见最高法院1928年上字第691号,1929年上字第1346号,1930年上字第1710号,1941年上字第131号,1941年上字第2040号(不再援用)、1942年上字第2235号判例。由此众多判例可知,此项优先承买权系当时社会的重大问题。

② 参见最高法院1941年上字第191号判例。

③ 最高法院1929年上字第1867号判例谓:“当事人合意所生之先买权,如买卖当时买主并不知情,则其先买权仅得对于不遵守合意之卖主请求损害赔偿,不得主张该买卖契约为无效。”反面推论之,“最高法院”似认为买卖时若买主知情时,先买权人似得主张该买卖契约为无效。此项见解,有待商榷。基于债权契约仅具相对性,不得对抗第三人,无论买主知情与否,其买卖契约均属有效。

题的研究报告。

③ 习惯指具备惯行之事实及法的确信,即具有法律上效力的习惯法,其所创设新物权须具备两个要件:A. 明确合理无违物权法定主义。B. 有一定的公示方法。台湾地区实务上所创设最高限额抵押权,在某种意义上可认系依习惯而创设的物权。未来如何经由惯行之事实及法的确信,创设明确合理,具有一定公示方法的“新物权”,此种新物权的诞生及形成如何体现台湾社会经济发展,是一个值得从法社会学角度深入观察及研究的问题。

(2) 类型强制和类型固定。第 757 条所谓“法律”,系指经“立法院”通过,“总统”公布的法律而言,包括“民法”及其他法律(如“动产担保交易法”),命令不包括在内。“习惯”,系指习惯法而言。所谓“不得创设”,其意涵有二:

① 不得创设民法或其他法律所未规定,或习惯法所未形成的物权,例如在他人动产上设定用益物权,学说上称为类型强制(Typenzwang)。

② 不得创设与物权法定内容相异的内容,例如设定不移转占有的动产质权,学说上称为类型固定(Typenfixierung)。

(3) 强行规定与违反的法律效果

第 757 条系属强行规定(第 71 条),违反时其法律效果为:

① 法律有规定时,从其规定。例如第 912 条规定:“典权约定期限不得逾三十年,逾三十年者,缩短为三十年。”

② 法律无特别规定时,其创设物权的法律行为无效。最高法院 1941 年上字第 2040 号判例谓:“民法第 757 条规定:物权,除本法或其他法律有规定外,不得创设。此所谓法律,按之采用物权限定主义之本旨,系指成文法而言,不包含习惯在内。故依地方习惯房屋之出租人出卖房屋时,承租人得优先承买者,惟于租赁契约当事人间有以之为契约内容之意思时,发生债之效力,不能由是创设具有物权效力之先买权。”关于此项判例,应注意的有两点:

① 第 757 条所谓法律,不包括习惯(法)在内,系指修正前“民法”第 757 条。

② 承租人得优先承买的地方习惯,并不具习惯法的效力。

③ 法律行为违反第 757 条规定时,虽不发生创设物权之效果,但得具有债的效力。

（二）物权法上的习惯

第 757 条明定采取物权法定原则的扩大,得依习惯(法)创设物权。与此种习惯(法),应予区别的是物权法上的习惯。关于相邻关系、地上权、永佃权和典权等,“民法”设有不少“另有习惯,从其习惯”的规定,具有形成物权关系的机能。^①须注意的是,此等习惯系指通常的惯行,非属第 1 条所称习惯(法)。

二、物权的类型体系

（一）“民法”上的物权类型

物权须依法律而创设,法律创设何种类型的物权,视社会经济需要而定,故各国法律规定物权种类不同。“民法”规定八种物权:所有权、地上权、永佃权、地役权、抵押权、质权、典权和留置权。另设占有,系属一种对物管领的事实状态,称为类似物权。此等物权可从不同的角度或观点加以分类:

(1) 所有权与定限物权,此系以对于标的物的支配范围为标准而为区别。所有权系对于物之使用价值和交换价值为全面支配的物权,故又称为完全物权。定限物权具有两个意义:① 于一定范围内对物为支配的物权;② 对所有权加以限制,系所有权以外的其他物权(第 763 条、第 762 条)，“土地法”称为他项权利(“土地法”第 11 条)。

定限物权依其所支配内容为标准,可分为用益物权和担保物权。用益物权系以支配物的使用价值为内容的物权,地上权、农育权、不动产役权、典权属之。担保物权系以支配物的交换价值为内容的物权,抵押权、质权、留置权属之。

(2) 不动产物权、动产物权与权利物权,此系以标的物之种类为标准而区分。存在于不动产上的物权,称为不动产物权,属之者有不动产所有

^① 参见“民法”第 776 条、第 778 条、第 781 条、第 786 条、第 793 条(相邻关系)、第 836 条、第 838 条(地上权)、第 850 条之 5 第 1 项(农育权)、第 915 条(典权)。诸此规定,务请查阅之。关于习惯的适用,“最高法院”有一则判例,可供参考:“民法第 915 条第 1 项但书所称之习惯,固有优先于成文法之效力,惟此系指限制典权人将典物转典或出租予他人之习惯而言,并不包含转典得不以书面为之习惯在内,转典为不动产物权之设定,依民法第 760 条之规定,应以书面为之,纵有相反之习惯,亦无法之效力”(1939 年上字第 1078 号判例)。此项判例似认“民法”第 910 条但书所称习惯,系指“民法”第 1 条所称习惯法,而有优先于成文法之效力,尚有研究余地。

权、地上权、农育权、不动产役权、典权和抵押权。存在于动产上的物权，称为动产物权，属之者有动产所有权、动产质权和留置权。存在于权利上的物权，称为权利物权，属之者有权利质权、权利抵押权。此项区别的实益在于其成立要件、效力及得丧变更的不同。

(3) 主物权与从物权，此系以物权是否具有独立性为标准而区分。物权得独立存在，不须从属于他权利者，称为主物权，属之者有所有权、地上权、农育权和典权。物权不具独立性，须从属于他权利而存在者，称为从物权，属之者有担保物权（从属于债权）、不动产役权（从属于需役不动产之所有权）。二者区别的实益在于主物权得独立存在，从物权则随主物权的命运。

(4) 意定物权与法定物权，此系以物权发生的原因为标准而区别。意定物权者，指物权的发生系基于当事人的意思，民法上规定的物权，除留置权外，均得依当事人的意思而发生。法定物权者，指物权的发生，不问当事人的意思如何，依法律规定而发生，如留置权、法定地上权（第 876 条）。二者区别的实益在于其成立要件和适用法规的不同。

(5) 登记物权与不登记物权，此系以物权的变动是否须经登记为标准而区分。物权的变动须经登记者，称为登记物权，不动产物权属之。动产物权的变动无须登记，只须交付即生效力者，称为不登记物权（或交付物权），动产物权属之。二者区别的实益在于前者的变动依登记而生效力（第 758 条）；后者的变动依交付而生效力（第 761 条）。

(6) 有期限物权与无期限物权，此系以物权存续有无期限为标准而区分。仅能于一定期限内存续的物权，称为有期限物权，如典权、抵押权、质权、留置权。其存续期间无限制，且能永久存续的物权，称为无期限物权，如所有权。至于地上权和地役权是否有存续期限，则依当事人的约定。二者区别的实益在于前者其存续期间届至时，当然归于消灭；后者除抛弃、标的物灭失或其他原因外，不因时间经过而消灭。

(7) 本权与占有，此系以其有无物权的实质内容为标准而区分。占有仅系对于标的物有管领力的一种事实，并非物权。对占有而言，所有权、其他物权，甚至租赁权，均为本权。二者区别的实益在于确定有无本权的存在，以定其保护的方法。

（二）特别法上的物权类型

依第 757 条所称“法律”而创设的物权，可分为四个类型：

(1) “动产担保交易法”规定了动产抵押、附条件买卖、信托占有三种担保制度。“民用航空法”规定了民用航空器抵押权(第19条以下)。“海商法”规定了船舶抵押权(第33条以下)。此类物权制度的特色在于其成立不以移转标的物的占有为必要(请参阅相关条文),具有兼顾动产担保和用益的功能。

(2) “大众捷运法”规定了空间地上权(第19条)。

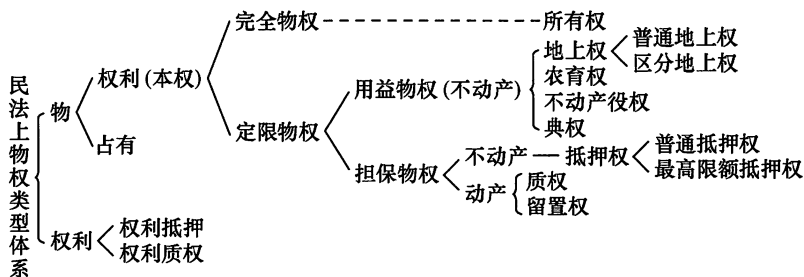
(3) “土地法”规定了耕作权(第133条)、优先承买权(第104条、第107条)。

(4) “矿业法”规定了矿业权(第4条)，“渔业法”规定了渔业权(第15条)。

依特别法优先普通法的一般原则,特别法设有规定时,依其规定,无规定时,应适用或准用“民法”。例如,航空器抵押权准用“动产担保交易法”有关动产抵押之规定(“民用航空法”第19条);关于动产抵押,“动产担保交易法”无规定者,适用“民法”及其他法律的规定(“动产担保交易法”第3条)。“矿业法”第11条规定:“矿业权视为物权,除本法有特别规定外,准用关于不动产诸法律之规定。”

(三) 物权类型的体系构成

“民法”的物权,已说明如上,兹依其客体和内容,组成如下的类型体系:



物权的分类有助于了解个别物权的性质和内容,兹举三例说明如下,以供参考:

(1) 不动产所有权。物权、不动产物权、完全物权、主物权、意定物权(或法定物权)、登记物权、无期限物权。对占有而言,为本权。

(2) 地上权。物权、不动产物权、定限物权、用益物权、主物权、意定

物权(或法定物权,如第 876 条)、登记物权、有期限或无期限依当事人约定。对占有而言,为本权。

(3) 动产质权。物权、动产物权、定限物权、担保物权、从物权、意定物权、不登记物权,有期限物权。对占有而言,为本权。

第三节 物权的客体^①

某甲经营小农场,自有土地两笔,共计 3000 坪;养牛 30 只。甲另在相邻某乙所有土地设定地上权,盖两栋房屋。又甲对牛商某丙有两个各为 5 万元的债权。试问:

1. 甲有何种权利? 以何为客体?
2. 甲出售其“所有财产”于某丁时,如何将其财产移转给丁?
3. 甲向某戊银行贷款时,如何以其财产设定担保?

一、物权客体特定原则

“物”权系指直接支配某物而享受其利益,从而物权系以“物”为其客体。须注意的是,物权亦有以财产权为客体,如地上权、永佃权及典权得为抵押权标的物(权利抵押权,第 882 条)。可让与之债权及其他权利得为质权的标的物(权利质权,第 900 条)。何种权利得作为物权的客体,须有法律依据,并准用“物”权的规定,如权利抵押权准用关于不动产抵押权的规定(第 883 条);权利质权准用关于动产质权的规定(第 901 条)。

物权在于支配其物,享受其利益,为使法律关系明确,便于公示,以保护交易安全,台湾现行民法采取所谓物权标的物特定原则(Spezialitätsprinzip),即一个物权的客体(标的物),应以一物为原则,一个物权(尤其是所有权)不能存在于两个物之上,又称为一物一权原则。单一物(如土地)和合成物(如房屋、汽车)在法律上均为独立之物,得为一个单独所有权的客体。集合物(如图书馆),系由数个独立之物集合而成,其本身不能作为物权之标的物,所有权仅得存在于各个独立之物之上(如每一本书、每一部打字机)。基于物权标的物特定原则,物权的变动应就个别之物作成

^① 关于本节论述,参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版,第 166 页。

之,应予注意。

二、物、不动产和动产

物权以物为客体,但何谓物,“民法”未设规定,通说认为系指除人之身体外,凡能为人力所支配,具有独立性,能满足人类社会生活需要的有体物和自然力。物可分为不动产和动产。称不动产者,谓土地及其定着物(第66条第1项)。动产系指不动产以外之物(第67条),例如汽车、珠宝、图书等。

土地有地籍,以市县为单位,市县分区,区内分段,段内分宗,按宗编号(“土地法”第40条,如坐落台北市松山区福德段小段,地号645)。每号俗称为每笔,为个别的不动产。土地的岩石、土砂为土地构成部分,包括于土地所有权之内。附着于土地之矿,不因土地所有权之取得而成为私有。此项不得私有之矿,其种类依“矿业法”规定(“土地法”第15条)。

定着物,系指固“定”,且附“着”于土地之物,例如房屋、纪念碑、灵骨塔等。临时搭设者(如庙会戏台),或与土地密切不可分离者(如围墙、假山)皆非不动产。“民法”总则所称定着物,在物权编称为建筑物(第832条、第876条),在“土地法”称为建筑改良物(简称建物)。建物所有权状载有基地坐落、建物门牌及建号(参阅本书附录:不动产所有权状)。建物得区分所有,区分所有权人得就其区分所有部分之权利,单独申请登记(“土地登记规则”第80条以下)。违章建筑物虽不能请领建筑执照,但已符合定着物的要件时,系独立于土地外的不动产,仍得为物权客体,由原始建筑人取得其所有权。

关于不动产与动产的认定,实务上有两个争议问题:

(1) 关于轻便轨道:“司法院”大法官释字第93号解释谓:“轻便轨道,除系临时敷设者外,凡继续附着于土地而达一定经济上之目的者,应认为不动产。”

(2) 建筑房屋完成至何程度,始可认为是不动产:“最高法院”1974年第6次民庭庭推总会决议谓:“民法第66条第1项所谓定着物,系指非土地之构成部分,继续附着于土地,而达一定经济上目的,不易移动其所在之物而言。凡屋顶尚未完全完工之房屋,其已足避风雨,可达经济上使用之目的者,即属土地之定着物,买受此种房屋之人,乃系基于法律行为,自须办理移转登记,始能取得所有权。”反面言之,未完成的建筑物未达上

开“最高法院”决议所提出的标准时,应属动产,买受此种建筑物之人,仅须交付,即可取得其所有权。^①

三、主物与从物

(一) 主物与从物的区别

物可分为主物和从物。第 68 条第 1 项规定:“非主物之成分,常助主物之效用,而同属于一人者,为从物。但交易上有特别习惯者,依其习惯。”从物所从属者,即为主物。从物的要件有四:① 非主物之成分;② 常助主物之效用;③ 从物与主物同属一人;④ 交易上无特别习惯。戏院与其座椅,台灯与灯罩,日式房屋与榻榻米或纸门,农场与农舍,皆具主物与从物的关系。由此数例可知,不动产与动产相互间亦得成立主物与从物的关系。

(二) 主物的处分及于从物

第 68 条第 2 项规定:“主物之处分,及于从物。”又依第 862 条第 1 项规定:“抵押权之效力,及于抵押物之从物与从权利。”此为区别主物与从物的实益,立法目的在于维护物的经济上利用价值,某物既常助他物的效用,分属二人,势必减少其效用,对社会经济,实属不利。所谓处分,应采广义解释,除物权行为外,尚包括债权行为在内。此项使从物的命运从属于主物的规定,乃任意规定,不具强行性,当事人得排除其适用。

主物的处分,及于从物,就债权行为言,例如,甲出售戏院(不动产)所有权予乙时,其买卖合同效力亦及于座椅。问题在于,物权行为时,主物的处分如何及于从物,分三种情形说明如下^②:

(1) 所有权的移转。主物所有权移转时,并不当然使从物的所有权因而移转,为贯彻一物一权和物权公示原则,从物所有权的移转仍应分别依法律规定为之,即从物为不动产时,须经登记(第 758 条),从物为动产

^① 参见“最高法院”1972 年台上字第 1283 号判决谓:“民法第 66 条第 1 项所谓定着物,系指非土地之构成部分继续地密附着于土地,独立供人使用之物,故定着物须系社会观念上视为独立之物始足当之。上诉人与曹某间所订合建契约,原系约定建筑二层砖造加强铁筋房屋,而曹某出卖被上诉人者,既仅完成基础结构,自难认为定着物,亦非土地之部分,即非不动产,关于其所有权之移转,即无民法第 760 条规定之适用,依同法第 761 条第 1 项前段规定,于曹某交付该未完成之建筑物予被上诉人之时,应认所有权之移转业已发生效力。”(“最高法院”民事裁判专辑《有关房屋合建契约之裁判》,第 79 页)

^② 参见谢在全:《民法物权论》(上),第 158 页。

时,须经交付(第 761 条),始生效力。

(2) 抵押权的设定。不动产抵押权的设定,不以移转占有为要件,从物(无论其为不动产或动产)均不必交付。从物为不动产时,是否须办理抵押权登记,不无疑问,衡诸第 862 条的规范意旨,应不以登记为必要。

(3) 动产质权的设定。动产质权的设定,以动产之移转占有为生效要件,为贯彻此项公示目的,从物亦须交付,始为质权效力之所及。

四、物之成分

(一) 重要成分与非重要成分

1. 意义和区别

成分系指物的构成部分。^① 物之成分可分为重要成分及非重要成分:

重要成分谓各部分互相结合,非经毁损或变更其性质,不能分离者,则各该部分均属重要成分,第 811 条所称动产因附合而为不动产的“重要成分”,即指此而言,房屋的栋梁、土地的石墙均属之。又第 812 条所称:“动产与他人之动产附合,非毁损不能分离,或分离需费过巨者。”亦系指数动产附合而为合成物的重要成分而言,例如添加颜料于画,则颜料为油画的重要成分。

非重要成分,凡不属于重要成分者均是,就不动产言,如房屋的活动门窗。就动产言,如汽车的音响、轮胎或马达。

2. 区别的实益

区别物之重要成分与非重要成分的主要实益,在于重要成分不得独立为物权的客体,第 811 条规定:“动产因附合而为不动产之重要成分者,不动产所有人,取得动产所有权。”即明示此项原则。例如,甲取乙的栋梁,修建己屋,栋梁因附合而成为房屋的重要成分,甲取得该栋梁所有权。法律所以设此规定,在于维护物的经济价值。至于非重要成分,则得单独为物权客体,不必与合成物形成同一法律上的命运,例如,甲盗取乙之轮胎装于自己的汽车,该轮胎所有权仍属于乙。易言之,乙对该非构成汽车

^① 参见“最高法院”1987 年台上字第 119 号判决:“物之构成部分,不得独立为权利之客体。本件系争违章建筑部分之电梯如已装入上诉人买受房屋内即与该房屋有不可分离之关系,而为该房屋之构成部分,从而买卖房屋即应包括此电梯在内。”

重要成分的轮胎,仍有所有权,得对甲主张所有物返还请求权(第767条)。

3. 最高法院1940年上字第1678号判例

最高法院1940年上字第1678号判例谓:物之构成部分,除法律有特别规定外,不得单独为物权之标的物。未与土地分离之树木,依民法第66条第2项之规定,为土地之构成部分,与同条第1项所称之定着物为独立之不动产者不同。故土地所有人保留未与土地分离之树木,而将土地所有权让与他人时,仅对于受让人有砍伐树木之权利,不得对于更自受让人受让所有权之第三人,主张其有独立之树木所有权。对此判例应说明者有三:

(1)“民法”第66条第2项规定不动产之出产物,尚未分离者为该不动产的“部分”,其所谓“部分”,系德文 Bestandteil 的译(参阅《德国民法》第94条),与成分殆属同义,即指物之部分而言。此项构成部分所以不得单独为物权的标的物,乃因其已成为不动产的重要成分。又现行法上尚无物之构成部分(重要成分)得单独为物权之标的物的特别规定。

(2)某甲擅自占用乙所有土地种植树木,该树木即成为不动产的出产物,而为土地的部分(重要成分),由乙取得其所有权(第811条),甲砍伐树木时,即不能谓乙未因其侵权行为而受损害。^①

(3)在本件判例,土地所有人保留未与土地分离之树木,而将土地所有权让与乙时,甲对乙有砍伐树木的权利,但不能主张其对树木有独立的所有权。乙将该土地所有权让与第三人时,甲不得对丙主张其有独立的树木所有权,亦不得主张有砍伐树木的权利,此项权利乃基于甲与乙的约定,不具物权效力,不得对丙主张之。

(二) 物之成分与原物分离

最后尚须说明的是,物之成分,于分离后,无论其为重要成分或非重要成分,除法律另有规定外,属于其物之所有人(第766条)。例如,甲盗乙音响装于甲向丙借用的汽车,该车解体后,音响所有权仍属于乙,其余成分则归属于丙。

^① 参见最高法院1942年上字第952号判例。

五、天然孳息^①

天然孳息,系指果实、动产出产物及其他依物之用法所收获之出产物(第69条第1项)。有收取天然孳息权利之人,在其权利存续期间内,取得与原物分离之孳息(第70条第1项)。孳息与原物分离时,除法律另有规定或当事人另有约定外,属于其物之所有人(第766条)。由此可知,天然孳息在分离前,不能作为物权的客体。在孳息与原物分离以前,有收取天然孳息权利之人不能主张已单独取得孳息的所有权。

六、例题解说

兹据上述,就前开例题(请再阅读之,并参阅以上说明,先试作解答)分三点加以说明:

(1) 甲的财产,由以下之物(所有权)及其他权利所构成:①两个土地(不动产)所有权。②两个建筑物(不动产)所有权。③30个动产(牛)所有权。④1个地上权(不动产)。⑤两个5万元的债权。

(2) 甲得以“一个买卖契约”将整个财产出售给丁。易言之,买卖契约(或其他债权行为)得以多数之物或权利为内容。关于物权(或债权)的移转(处分行为)^②,依物权客体特定原则,则须就个别之物或权利分别为之。甲有4个不动产所有权,1个地上权,30个动产所有权,故甲须与丁作成4个不动产所有权移转的法律行为(第758条),1个地上权移转的法律行为(第758条)、30个动产所有权移转的让与合意(第761条),及两个债权让与行为(第294条),始能将其“所有财产”移转给丁。

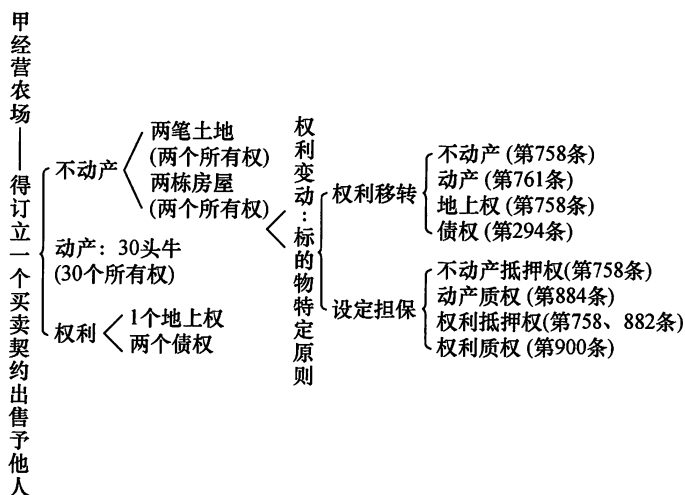
(3) 关于设定担保物权,在现行法上不能以“财产或企业”为客体,亦须就个别之物设定之。于不动产(土地及其定着物),得设定抵押权(第860条、第758条)。就地上权得设定权利抵押权(第882条)。于动产,倘甲无占有使用的必要时,得交付给乙,设定动产质权(第884条);有占有使用之必要时(如牛羊、机器),得依“动产担保交易法”设定动产抵押权(第15条)。

^① 参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第183页;最高法院1943年上字第6232号判例。

^② 关于负担行为与处分行为的意义和区别,参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第207页。

(4) 关于可让与的债权,得设定权利质权(第900条)。须注意的是,债权让与、设定权利质权,均属处分行为,亦适用标的物特定原则,应就各个债权作成之。

为便于观察,将上所述图示如下:



第四节 物权的效力

1. A 有某笔土地设定抵押权予其债权人 B,再设定地上权予 C,复设定抵押权予 D。C 以地上权为客体先后设定抵押权予 E 和 F。试问:

(1) 各种权利的并存位序关系。

(2) A 将该地出卖予 G,并办理所有权移转登记时,B、C、D 得对 G 主张何种权利?

(3) B 或 D 实施抵押权时,当事人间的法律关系如何?

2. 何谓物权的排他效力及优先效力? 请参阅新修正“民法”第541条之5及第581条之1加以说明。

物权因法律赋予直接支配排他性,而产生不同的效力,其为个别物权所特有的,俟于个别物权再行论述。关于其共同效力,分排他效力、优先

效力、追及效力及物上请求权,说明如下^①:

一、排他效力

排他效力,系指在同一标的物上,不能同时成立两个以上内容互不兼容的物权。申言之,即:

(1) 在同一标的物上不能有两个所有权。同一标的物上的所有权,其后为他人善意取得(或时效取得)时,前一所有权消灭。

(2) 在用益物权,因系以物之占有使用为内容,在同一标的物(不动产)上不能成立两个典权,两个农育权;但得成立两个以上内容不同(如用水、通行),或内容相同但互不排斥(如不作为)的不动产役权。在同一土地的上下,得成立不同范围的数个地上权,如建筑房屋的地上权和地下停车场的地上权(区分地上权)。^②

(3) 在担保物权,因系以物的交换价值为内容,在同一不动产上得设定数个抵押权,法有明文(第865条)。在同一动产上亦得设定多数动产抵押权(“动产担保交易法”第15条)。

(4) 不同种类物权得同时并存的,如所有权和定限物权,用益物权和担保物权。于同一土地设定抵押权后,得再设定地上权和其他权利(第866条)。

二、优先效力

(一) 物权对债权的优先效力

(1) 所有权的优先性。此多发生于一物数卖的情形。例如,甲先售A屋予乙,再售该屋予丙,并办理登记予丙,由丙取得其所有权时,乙不能以其债权发生在前,而主张丙不能取得该屋所有权。

(2) 用益物权的优先性。甲借某地给乙无偿使用(使用借贷)。其后甲将该地所有权让与丙时,丙得对乙主张所有物返还请求权。在甲将该地设定地上权与丙的情形,丙亦得向乙请求返还。

(3) 担保物权的优先性。担保物权不论其发生先后,除法律有特别规定外,应优先于债权受清偿。

^① 参见郑玉波:《民法物权》,第29页;谢在全:《民法物权论》(上),第43页。

^② 参见“大众捷运法”第19条规定的空间地上权。

对于上述物权对债权的优先性,民法设有保护承租人的特别规定,即:“出租人于租赁物交付后,承租人占有中,纵将其所有权让与第三人,其租赁契约,对于受让人仍继续存在。”(第425条)。出租人就租赁物设定物权,致妨碍承租人使用收益者,准用第425条规定(第426条),学说上称为租赁权物权化。^①

(二) 物权相互间的效力

1. 不兼容物权相互间的效力

于同一标的物不容许有数个同一内容的物权并存其上,先发生者具有优先性,例如就同一土地设定典权后,不得再设定地上权或典权。此亦可认系物权排他效力。

2. 可兼容物权相互间的优先效力,分三种情形说明如下:

(1) 在所有权与其他物权间,其他物权得在一定范围内支配其物,当然具有优先于所有权的效力。例如,地上权人得优先于土地所有人使用土地。

(2) 数个担保物权并存于同一标的物之上时,成立在先的,位序在前,有优先于后成立物权的效力(成立时间在先,权利在先原则)。例如,不动产所有人因担保数债权,就同一不动产设定数抵押权者,其次序依登记之先后定之(第865条)。

(3) 用益物权与担保物权并存时,成立在先者,亦具有优先效力。例如,不动产所有人设定抵押权后,于同一不动产上再设定地上权或其他以使用收益为目的之物权,或成立租赁关系时,其抵押权不因此而受影响(第866条)。

三、关于区分地上权与不动产役权排他性及优先效力的特别规定

值得提出的是,在用益物权方面,民法修正为发挥物的使用功能,强调不宜拘泥于用益物权的排他性,设两个规定(详见相关部分的说明):

(1) 第841条之5规定:“同一土地有区分所有权与以使用收益为目的之物权同时存在者,其后设定之物权行使,不得妨害先设定之物权。(参阅本书第313页)”

^① 参见拙著:《买卖不破租赁:第425条规定之适用、准用及类推适用》,载《民法学说与判例研究》(第六册),北京大学出版社2009年版,第145页。

(2) 第 851 条之 1 规定：“同一不动产上有不动产役权与以使用收益为目的物权同时存在者，其后设定物权之权利行使，不得妨害先设定之物权。(本书第 338 页)”

四、追及效力

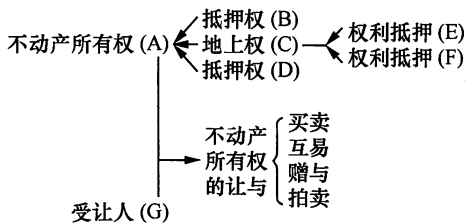
物权的追及效力，指物权成立后，其标的物不论辗转入于何人之手，物权人均得追及物之所在，而直接支配其物的效力。^① 例如，不动产所有人设定抵押权后，得将不动产让与他人，但其抵押权不因此而受影响(第 867 条)，抵押权人于其债权届期未获满足时，可追及该不动产，声请法院拍卖抵押物。

五、物上请求权

物上请求权(物的请求权, dingliche Ansprüche), 包括两种请求权: 一为基于所有权及其他物权而生的请求权(第 767 条、第 858 条), 即物权人于其物权被侵害或有被侵害之虞时, 得请求恢复圆满状态的权利(物权请求权)。二为占有人的物上请求权(第 962 条)。

六、例题解说

前揭例题旨在显示同一不动产上成立各种物权的可能态样, 及其位序并存关系, 可作为一种基本思考模式, 处理错综复杂的物权关系, 为观察的方便, 先图示如下, 再分三点加以说明:



^① 学说上有认为物权的追及效力可包括在优先效力内(郑玉波:《民法物权》,第 31 页)。但参见“司法院”院字第 1771 号解释:“抵押权本不因抵押物之所有人将该物让与他人而受影响,其追及权之行使,自亦不因抵押物系由法院拍卖而有差异。故抵押物由普通债权人声请法院拍卖后,抵押权人未就卖得价金请求清偿,亦仅丧失此次受偿之机会,而其抵押权既未消灭,自得对于拍定人行使追及权。”

(1) 所有权得就其使用价值设定用益物权,就其交换价值设定担保物权。于内容不相冲突的范围内,各种物权可以重叠并存,物的效用发挥淋漓尽致。在上举之例,于A的土地上除A的所有权外,有B的抵押权、C的地上权和D的抵押权,得同时并存,以成立(登记)先后,定其次序,先成立的物权不受后成立物权的影响。C以其地上权为客体而设定的数抵押权(权利抵押),亦以成立先后,定其次序。

(2) A将该土地所有权因买卖、互易、赠与等原因而让与G时,抵押权和地上权不因此受影响(物权的追及效力,优先效力,第867条)。易言之,即抵押权人(B、D)于债权已届清偿期,而未受清偿者,得申请法院拍卖抵押物(即G自A受让取得所有权的土地),就其卖得价金而受清偿(第873条)。C的地上权仍继续存在于G自A受让之土地,而在C与G之间发生地上权人与土地所有人的法律关系。

(3) 关于B或D实行其抵押权所生的法律效果,较为复杂,俟于论及担保物权(抵押权)时,再行说明。

第五节 物权的保护

一、私法上的保护

甲有某路旁空地,出租予乙,作为停车场。某丙强行占有该地,经营槟榔摊和地下加油站,严重污染该地。试问甲、乙得向丙主张何种权利?

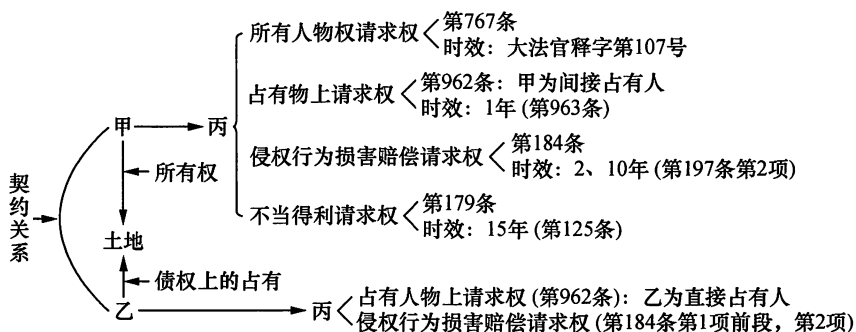
物权在私法上的保护,可分为物权法上的保护和债权法上的保护。前者指物上请求权,包括物权请求权(第767条)和占有人的物上请求权(第962条),前已提及,将于相关部分再行详论。后者包括侵权行为损害赔偿请求权和不当得利请求权。

须注意的是,所有人或其他物权人行使权利时,须证明其权利的存在。为加强对物权的保护,法律设有权利推定制度。第943条规定:“占有人于占有物上行使之权利,推定其适法有此权利。”例如在确认某名画所有权存在之诉,原告就所有权存在,固有举证之责任,惟原告如为占有该画而行使所有权之人,应依第943条推定其适法有所有权者,除被告有反证外,原告即毋庸举证。又“土地法”第43条规定:“依本法所为之登

记,有绝对效力”,亦应认此项登记有推定效力。“民法”物权编修正增订第 759 条之 1 第 1 项明定:“不动产物权经登记者,推定登记权利人适法有此权利。”可资参照。

关于债权法上的保护,首先应提出的是,第 184 条第 1 项前段规定:“因故意或过失不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任。”其所谓权利,包括物权在内。^① 基于一定法律关系而为的占有,其占有亦视为权利而受保护。^② 至于不当得利法上的保护,可分给付不当得利和权益侵害不当得利两种类型。给付不当得利指无法律上之原因而移转或设定物权,交付其物或办理登记,致他方受利益时,得请求返还之(第 179 条)。例如,甲出卖某地给乙,办理所有权移转登记后,以意思表示错误为理由撤销买卖契约时,得依不当得利规定向乙请求返还该地所有权。所谓权益侵害不当得利,系指对他人之物为无权处分、使用收益或因添附而受有利益,致他人受损害,亦应依不当得利规定返还之。例如,甲无权在他人墙壁悬挂广告,受有使用他人之物的不当得利,应偿还相当于租金的价额。

物上请求权、侵权行为损害赔偿请求权、不当得利返还请求权因其构成要件、法律效果和消灭时效期间不同,得发生竞合关系,有利于物权的保护。兹就上揭例题(请再阅读之,先自行研究),图示甲、乙对丙的请求权如下,以便参照。



为使读者对民法物权的保护有更进一步的认识,兹就人格权、身份权、物权和债权的保护,制作下表,用资比较,以了解各种权利的位阶层次

① 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社 2009 年版,第 8 页。

② 同上注。

及其不同的救济方法:

保护 权益	不作为 请求权	侵权行为 ^①		不当得利 ^②
		损害赔偿	慰抚金	
人格权	第 18 条第 I 项	第 184 条第 I 项, 第 213 条等	第 195 条第 I 项, 第 227 条之 1	第 179 条: 如使用他人肖像作为商品广告 ^③
身份权	第 18 条第 I 项适用或类推适用	第 184 条第 I、II 项, 第 213 条等	第 195 条第 III 项	
物权	第 767 条	第 184 条第 I、II 项, 第 213、196 条等		第 179 条
债权		第 184 条第 I 项后段, 第 II 项, 第 213 条等		第 179 条: 如债权人于债权让与后仍自债务人受领给付

二、公法上的保护

物权在公法上保护的宪法基础,系“宪法”第 15 条关于人民财产权应受保障的规定。关于“法律保留”和“比例原则”的适用,前已论及(本书第 10 页),兹应特别说明者有二:

1. 对所有权征收、限制与补偿

(1) 对财产权(尤其是土地所有权)的侵害,以征收最属严重,台湾地区相关法制已渐趋完备,即对人民财产权的征收,须有法律依据,符合法定要件,依一定的程序,并为相当的补偿(参照“土地法”第五编第 208 条以下,“土地征收条例”及“司法院”大法官相关解释)。^④

(2) 对所有权的限制,构成个人特别牺牲者,亦应予合理补偿,“司法院”大法官释字第 440 号解释谓:“人民之财产权应予保障,宪法第 15 条设有明文。国家机关依法行使公权力致人民之财产遭受损失,若逾其社会责任所应忍受之范围,形成个人之特别牺牲者,国家应予合理补偿。主管机关对于既成道路或都市计划道路用地,在依法征收或价购以前埋设

① 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社 2009 年版,第 12 页。

② 此在类型上属非给付不当得利(Nichtleistungskondition),参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年版,第 112 页。

③ Götting, Persönlichkeitsrecht als Vermögensrecht, 1996.

④ “司法院”大法官释字第 215、236、322、336、344、409、425、440 号解释。关于“司法院”大法官相关解释之研析,请参见李建良:《行政法上损失补偿制度之基本体系》,载《东吴法律学报》第 11 卷,第 2 期,第 59 页以下。

地下设施物妨碍土地权利人对其权利之行使,致生损失,形成其个人特别之牺牲,自应享有受相当补偿之权利。”可资参照。^①

2. 权利保护程序

有权利而无救济程序,犹如无刃之刀。行政诉讼制度的完善(参阅新修正“行政诉讼法”)、大法官释宪功能的增进,在程序上强化了对所有权及其他财产权的保护,乃台湾地区法制的重大发展,实值肯定。^②

^① 关于特别牺牲作为独立的损失补偿原则,参见吴庚:《行政法之理论与实用》,2000年版,第652页以下。

^② 参见吴庚前揭书第489页以下;陈计男:《行政诉讼法释论》,2000年版;汤德宗:《行政程序法论》,2000年版。

第三章 物权变动

第一节 基本理论

一、物权变动和法律事实

(一) 物权变动的意义和态样

物权变动,指物权的发生、内容变更和消灭。“民法”第758条称为物权之取得、设定、丧失及变更。分述如下:

1. 物权的发生

物权的发生,指物权与特定主体结合而言,自物权人方面观察,为物权的取得(广义,包括设定),可分为原始取得及继受取得:

(1) 原始取得,指非依据他人既存的权利而取得物权,如无主物之先占(第802条)、时效取得(第768条以下)。原始取得既非继受他人的权利,故标的物上的一切负担均因原始取得而消灭。

(2) 继受取得,指就他人的权利而取得物权,又可分为移转取得和创设取得。所谓移转取得,指就他人的物权依其原状而取得,如基于买卖、赠与而受让某物所有权(特定继受取得);基于继承而取得被继承人的一切物权(概括继受取得)。所谓创设取得,指于他人的权利上设定用益物权(如地上权)或担保物权(如动产质权、权利抵押)。

2. 物权的变更

物权的变更,广义言之,包括主体变更、客体变更和内容变更。主体变更,乃物权取得与丧失的问题。客体变更,指标的物在量上有所增减,如所有权的客体因附合而增加,抵押权的客体因部分毁损而减少。内容变更,指物权的内容有所改变,如典权或地上权存续期间的增长或缩短,农育权地租的增减,抵押权位序的升降,动产抵押权因登记而具有对抗第

三人的效力。

3. 物权的消灭

物权的消灭,指物权与其主体分离,就物权人方面言,为物权的丧失,可分为绝对丧失和相对丧失。物权的绝对丧失,指物权本身的消灭,例如房屋焚毁时,该屋的所有权及设定其上的典权均客观地失其存在,终局归于消灭。相对丧失,指物权离去其原主体,而与另一主体相结合,如某屋所有权的移转。通常所谓物权的消灭系指物权绝对丧失而言。

(二) 法律事实

物权变动系将法律适用于法律事实,而发生法律效果的现象。法律事实可分为人的行为和人之行为以外的事实。^①

1. 人的行为

人的行为又可分为事实行为和法律行为。所谓事实行为,指行为人毋庸表现其一定的心理状态,仅须有此行为,即发生一定法律效果的行为,如无主物先占、遗失物的拾得。所谓法律行为,指行为人欲发生一定法律效果,而将其意思表示于外部的行为,法律即依其意思使之发生一定的法律效果,如所有权的移转、抵押权的设定。

2. 人之行为以外的事实

人之行为以外的事实,如死亡、天然孳息的分离等。事实行为和人之行为以外的事实所发生的物权变动,均系直接基于法律规定。

二、立法原则和规范模式

甲出卖 A 屋和 B 车给乙,关于其所有权的移转,法律上应如何设其规定? 试思考可能的规范模式,并说明现行法上的制度。

(一) 问题的提出和规范模式

在物权变动的法律事实中,最重要的是法律行为。物权如何依法律行为而发生变动,系立法政策的重大课题。为便于了解,兹提出一则问题作为讨论的出发点:甲出售 A 屋和 B 车给乙,如何移转其所有权? 就各

^① 应予补充的是,“最高法院”1988年台上字第1969号判决谓:“国家行政机关依法律规定,以没人处分取得之财产之所有权,乃基于国家公权力之作用而取得,属原始取得。一经处分确定,其原存于该财产上之其他权利均归于消灭。”《民刑事裁判选辑》第9卷,第3期,第112页,可资参照。

国立法例加以分析,有以下两种基本规范模式^①:

1. 意思主义

所谓意思主义,指仅凭当事人的意思(如买卖、赠与或设定抵押权)即生物权变动的效力,不必另外作成以物权变动为内容的物权行为。其主要规范类型有三:

(1) 买卖契约有效成立时,A屋和B车的所有权即行移转。英国法采此制度。

(2) 买卖契约有效成立时,A屋和B车的所有权即行移转,但非经登记(不动产),或交付(动产)不得对抗善意第三人。法国民法和日本民法采此制度。^②

(3) 买卖标的物不因买卖契约有效成立而当然移转,尚须以登记(不动产),或交付(动产)为要件。

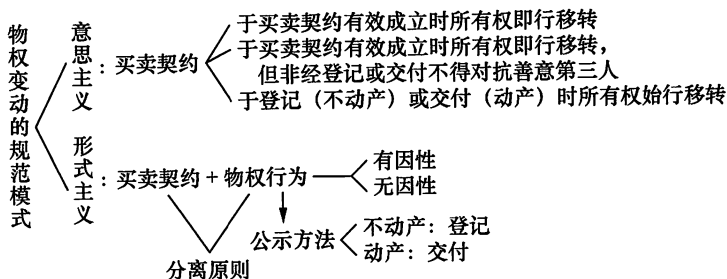
2. 形式主义

所谓形式主义,指物权的变动尚须作成一个物权行为,并践行法定方式。就买卖标的物所有权的移转言,除登记或交付外,尚须当事人就此标的物所有权的移转作成一个独立于买卖契约的意思合致。此项意思合致系以物权的变动为内容,学说上称为物权行为(dingliches Rechtsgeschäft)、物权合意(dingliche Einigung),或物权契约(dinglicher Vertrag)。德国民法采之,又称为德国主义。标的物所有权的移转,除买卖契约(赠与、互易等)外,尚须有一个独立的物权行为,学说上称为分离原则(Trennungsprinzip)。于此发生一个问题,即买卖契约不成立、无效或被撤销时,物权行为的效力是否受其原因行为(买卖契约)的影响,此乃物权行为有因、无因的问题。其受影响者,为物权行为有因性;其不受影响者,为物权行为无因性。

为便于观察,兹以买卖为例,将上述物权变动(所有权移转)的规范模式图示如下:

^① 比较法上的分析检讨,Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1994.

^② 参见鹰巢信孝:《物权变动论——法理的检讨》,九州大学出版会1994年版。



(二) 台湾现行“民法”的规定

在前掲依法律行为而发生物权变动的诸种规范模式中,现行“民法”究竟采取何者(请查阅“民法”规定思考之!)?

通说认为,台湾“民法”系采第二种规范模式形成主义^①,即于买卖契约(债权行为)外,尚有独立的物权行为,并采无因性原则。申言之,即买卖契约有效成立时,物之出卖人,负交付其物,并使买受人取得该物所有权之义务(第348条第1项),此为债之关系。至于物的所有权移转,则须另依物权行为为之。兹分别就法律规定和实务见解加以说明:

1. 法律规定

第758条规定:“不动产物权,依法律行为而取得、设定、丧失及变更者,非经登记,不生效力。前项行为,应以书面为之。”其所称法律行为系指物权行为而言。^②第761条第1项规定:“动产物权之让与,非将动产交付,不生效力。但受让人已占有动产者,于让与合意时,即生效力。”其所称让与合意,系指物权合意(物权契约)。

2. 实务见解

物权行为的存在系实务上的定论^③,兹举五则判例、判决和解释如

^① 参见史尚宽:《物权法论》,第17页以下;李肇伟:《民法物权》,第53页;郑玉波:《民法物权》,第44页;谢在全:《民法物权论》(上),第95页。

^② 参见拙著:《买卖、设定抵押权之约定与第758条之“法律行为”》,载《民法学说与判例研究》(第五册),北京大学出版社2009年版,第70页。

^③ 早在大理院时期,1913年上字第8号判决即谓:“以直接发生物权上之变动为目的,其普通有效成立之要件约有三端:当事人须有完全能力,且缔约者除法律有特别规定外,须就该物或权利有完全处分之权,故无处分权者所为之物权契约,当然不发生效力。如卖自己所有之特定物,则物权契约即包含于债权契约,二者同时发生效力。若卖他人所有之物,或不确定之物,则其债权契约虽属有效,然不能即发生移转物权之效力,有时仍不能不为物权契约之意思表示。标的物须确定。当事人之意思表示,不得反于一般法律行为及契约之原则。”

下,以便参照:

(1) 最高法院 1941 年上字第 441 号判例谓:“不动产之出卖人于买卖合同成立后,本有使物权契约合法成立之义务,系争之买卖合同苟已合法成立,纵令移转物权契约未经某甲签名,欠缺法定方式,但被上诉人为某甲之概括继承人,负有补正法定方式,使物权契约合法成立之义务,自不得借口该物权契约尚未合法成立,即请求确认买卖合同为不存在。”

(2) “最高法院”1981 年台上字第 453 号判例谓:“不动产抵押权之设定,固应以书面为之。但当事人约定设定不动产抵押权之债权契约,并非要式行为。若双方就其设定已互相同意,则同意设定抵押权之一方,自应负使他方取得该抵押权之义务。”此判例明确区别债权行为(设定抵押权的约定)和物权行为(抵押权的设定)。

(3) “最高法院”1999 年台上字第 1310 号判决谓:“查法律行为分为债权行为与物权行为,前者系发生债的关系为目的之要因行为,后者之目的则在使物权直接发生变动,以避免法律关系趋于复杂,影响交易安全,乃使之独立于原因行为之外而成为无因行为。”^①“最高法院”2000 年台上字第 961 号判决:按无法律上之原因而受利益,致他人受损害者,应返还其利益。虽有法律上之原因,而其后已不存在者,亦同。“民法”第 179 条定有明文。无法律上之原因取得不动产所有权而受利益,致他人受损害者,该他人自得依不当得利规定,请求移转不动产所有权登记,以返还利益,并不发生涂销登记之问题。盖物权行为有其独立性及无因性,不因其原因之债权行为系无效或得撤销而失效。^②“司法院”大法官释字第 349 解释涉及共有物分管契约的第三人效力,解释理由书谓:“民法上之法律行为,有债权行为与物权行为,除法律有特别规定外,前者于特定人间发生法律效力,后者于以公示方法使第三人得知悉之状态下,对任何第三人均发生法律效力。故动产以交付为公示方法,不动产以登记为公示方法,而以之作为权利取得、丧失、变更之要件,以保护善意第三人。”

^① 此两件判决系“最高法院”第一次明确提出“物权行为独立性及无因性”的概念,乃在响应学说上的通说,实具意义。近年来,实务上关于物权行为独立性及无因性判决不少,甚值参考,参见“最高法院”1995 年台上字第 154 号、1998 年台上字第 1140 号及第 2138 号、2000 年台上字第 1981 号判决(阅读之)。

^② 同上注。

三、例题解说

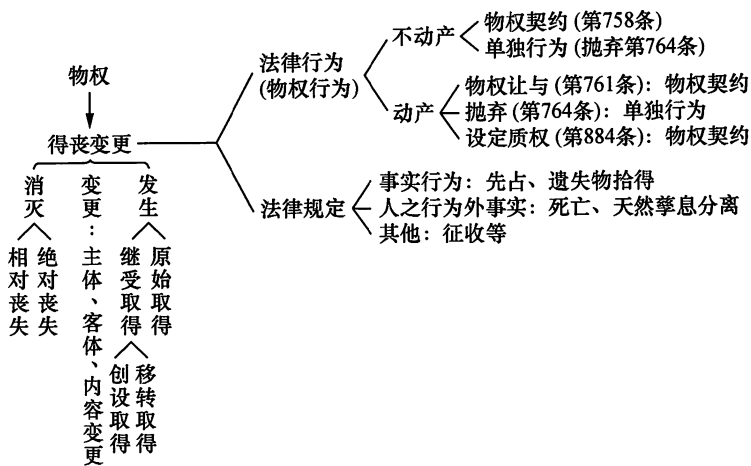
试就下列二例说明当事人间之物权变动关系：

1. 甲在某山坡向阳处建一小屋。甲死亡，由乙继承，办理该继承登记后，出售予丙，并移转其所有权。丙以该屋设定抵押权予丁。

2. 甲上山捕获白猴，出售予乙，依让与合意交付之。乙将该猴设定质权予丙。丙出国，托丁看管，丁擅将该猴作为已有售与善意之戊，依让与合意交付之。

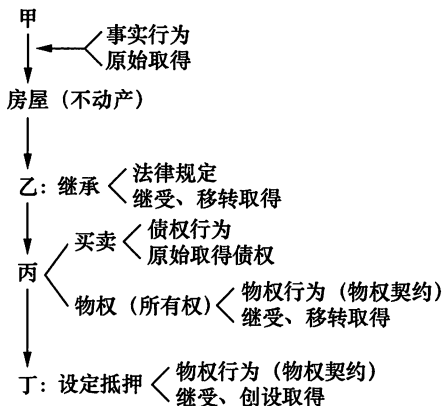
(一) 物权变动的体系构成

关于“民法”上物权变动的态样和法律事实，已详述如上，为便于观察，提出如下图模式：



(二) 例题一：别墅上的物权变动

甲在某山坡向阳处建别墅，系依事实行为（法律规定）原始取得不动产所有权。甲死亡后由乙继承，乙系依法律规定取得该屋所有权及其他财产（第1148条）。乙出售该屋予丙（债权行为），并办理登记移转其所有权（第758条），丙系依法律行为（物权行为、物权契约）继受取得该屋所有权。丙与丁约定将该屋设定抵押权予丁，系属债权行为；丁因抵押权之设定（物权行为、物权契约），而创设取得抵押权。（参阅下列图示）



(三) 例题二:白猴的故事

甲上山捕获白猴,系依事实行为(法律规定)先占取得该猴所有权(第802条)。甲出售该猴予乙(债权行为),并依让与合意交付该猴(第761条),乙依法律行为(物权行为、物权契约)继受取得该猴所有权。乙将该猴设定质权予丙(第884条),丙系继受创设取得质权。丙的受雇人丁擅将该猴作为己有出售予戊,系出卖他人之物,买卖契约系属有效,但丁让与该猴所有权(第761条),乃无权处分(第118条),戊系善意,依法律规定(第801条、第948条)原始取得该猴所有权,乙的所有权和丙的质权均归消灭。(请参照例题一,作一图解!)

第二节 物权行为

试就下列情形说明何者为物权行为,其适用的法律及当事人间的法律关系:

- 20岁的甲以其机车与17岁乙的计算机互易,并依让与合意交付之。
- 甲为逃避其债权人乙的强制执行,与丙通谋虚伪于甲所有土地设定抵押权。
- 甲出卖A画予乙,甲之店员误交B画予乙的代理人。

一、物权行为的意义、体系构成与适用法律

(一) 物权行为的意义

何谓物权行为,“民法”未设规定,学说上有两种见解:第一种见解认为,物权行为系以物权的得丧变更为直接内容(或目的)的法律行为。^①第二种见解认为,物权行为系由物权的意思表示与外部的变动象征(交付或登记)相结合而成的法律行为。^②前者系依物权行为之目的或内容而立论,后者系就物权行为的方式而言。二者合而观之,可了解物权行为的意义:

1. 物权行为系属处分行为

物权系关于物之归属的权利,即法律将某物归属于特定主体,由其支配。物权行为系以此项归属变动为内容的法律行为,依此法律行为的作成而直接引起物权的发生、变更或消灭。物权行为系属所谓的处分行为。

2. 物权行为的成立与生效

关于物权的得丧变更,第758条规定:“不动产物权,依法律行为而取得、设定、丧失及变更者,非经登记不生效力。前项行为,应以书面为之。”第761条第1项前段规定:“动产物权之让与,非将动产交付,不生效力。但受让人已占有动产者,于让与合意时,即生效力。”由此两个规定可知,物权的变动须具备双重要件,就不动产言,为法律行为(物权行为)与登记;就动产言,为让与合意(物权合意,物权契约)与交付。在学说上有争论的是,登记或交付究为物权行为的成立要件抑或生效要件。本书认为系属生效要件,其主要理由有二:(1)法律明文规定非经登记或交付不生效力。(2)登记系公法上的行为,不能作为私法上法律行为的构成部分,作为其成立要件。^③

(二) 物权行为在法律行为上的体系构成

物权行为系法律行为的一种,以意思表示为要素,因此要了解物权行为,必须认识其在法律行为上的地位及其体系构成。财产法上的法律行

^① 参见黄右昌:《民法总则论》,第222页;史尚宽:《物权法论》,第17页;洪逊欣:《中国民法总则》(修订版),第269页。

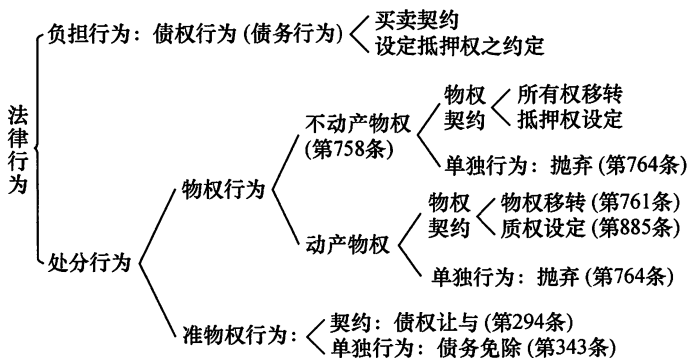
^② 参见姚瑞光:《民法物权论》,第17页;杨与龄:《民法物权》,第9页。

^③ 关于法律行为的成立要件和生效要件,参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第201页;谢在全:《物权行为之方式与成立要件》,载杨与龄主编:《民法总则争议问题研究》,1998年,第205页以下。

为分为负担行为和处分行为。负担行为 (Verpflichtungsgeschäft), 指以发生债权债务为其内容的法律行为, 亦称为债务行为或债权行为。负担行为包括单独行为 (如捐助行为) 和契约 (如买卖、使用借贷等), 其主要特征在于因负担行为的作成, 债务人负有给付的义务, 如物之出卖人负有交付其物于买受人, 并使其取得该物所有权之义务; 权利之出卖人, 负有使买受人取得其权利之义务, 如因其权利而得占有有一定之物者, 并负交付其物之义务 (第 348 条)。买受人对于出卖人, 负交付约定价金及受领标的物之义务 (第 367 条)。

处分行为 (Verfügungsgeschäft), 指直接使某种权利发生、变更或消灭的法律行为。处分行为包括物权行为及准物权行为。物权行为, 指发生物权法上效果的行为, 有为单独行为 (如所有权的抛弃), 有为契约 (如所有权的移转、抵押权的设定)。第 758 条所称法律行为, 指物权行为而言, 前已论及, 包括单独行为和物权契约。第 761 条第 1 项所称让与合意, 系指物权让与合意 (物权契约) 而言。准物权行为, 指以债权或无体财产权作为标的之处分行为, 如债权或著作权的让与、债务免除。

兹以下图说明物权行为在法律行为体系上的地位:



(三) 法律的适用

1. 民法总则编关于法律行为规定的适用

物权行为系法律行为的一种, 民法总则编关于法律行为的规定, 原则上对物权行为均有适用余地, 前已提及, 兹再作进一步的说明^①:

^① 以下说明参见拙著:《总则编关于法律行为之规定对物权行为适用之基本问题》, 载《民法学说与判例研究》(第五册), 北京大学出版社 2009 年版, 第 1 页。

(1) 行为能力。民法总则关于行为能力的规定,对物权行为全部适用。兹以甲将 A 车和乙的 B 车互易(债权行为),并依第 761 条规定移转其所有权(物权行为)为例加以说明:甲系受监护宣告之人时,互易契约及物权行为均属无效(第 75 条),甲、乙各得主张所有物返还请求权。甲系限制行为能力人,未得法定代理人同意时,其互易契约不生效力,甲移转 A 车所有权给乙的物权行为,亦不生效力(第 77 条),但甲受让乙的 B 车所有权,系纯获法律上利益(第 77 条但书),仍属有效,但因欠缺法律上原因,应依不当得利规定负返还义务。^①

(2) 内容的适法与妥当。物权行为违反强行规定者,无效(第 71 条),如创设法律未规定的物权(第 757 条)。须注意的是,通说认为物权行为本身在伦理上系属中性,原则上不具反社会性,不发生悖于公序良俗而无效的问题。债权行为因违反公序良俗而无效时,物权行为的效力不因此而受影响,其依物权行为而取得权利,系无法律上之原因而受利益,应成立不当得利,但其给付具有不法原因时,则不得请求返还。例如,甲以开设娼馆为目的,以高价向知情之乙购买房屋,此买卖房屋的债权契约,虽属无效,乙移转该屋所有权于甲的物权行为则属有效,甲仍取得房屋所有权,但因买卖契约无效,甲无法律上原因而受利益,致他人受损害,应成立不当得利。惟乙之给付系基于不法原因,依第 180 条第 4 款规定,不得请求返还。^②

(3) 意思表示

① 通谋虚伪的物权行为。例如,债务人欲避免其财产被强制执行,与第三人通谋为虚伪意思表示,将其所有不动产为第三人设定抵押权。此项设定抵押权之物权行为无效(第 87 条)。债权人欲保全其债权,得依第 242 条规定,行使代位权,请求第三人涂销该项抵押权之设定登记,或依侵权行为规定请求损害赔偿,恢复原状。^③

② 物权行为上意思表示的错误。此以表示行为上的错误最为常见,例如,甲欲抛弃 A 笔,误取 B 笔抛弃之(单独行为);甲卖 A 书给乙,误取 B 书依让与合意交付之(物权契约);甲出售某地给乙,办理土地分割,移转所有权(物权契约),超过约定之坪数。于诸此情形,甲得撤销其物权

^① 参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版,第 341 页。

^② 参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年版,第 94 页。

^③ 参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版,第 184 页。

行为而主张所有物返还请求权(涂销所有权登记,第767条),但应负信赖利益的赔偿责任(第88条、第91条)。^①

③ 物权行为上的意思表示受胁迫(或诈欺)。例如,甲胁迫杀害乙,使乙陷于恐怖,而提供不动产设定抵押权时,乙得撤销其设定抵押权的物权行为,请求涂销抵押权登记(第92条、第93条)。^②

(4) 附条件或期限。物权行为附条件以“动产担保交易法”规定的附条件买卖,最为典型,即买受人先占有动产标的物,约定至支付部分或全部价金或完成特定条件时,始取得标的物之所有权(第26条)。在此情形,买卖契约并未附条件,其附条件者,系物权行为(第761条),而所附之条件,系停止条件,即物权行为效力的发生,系于不确定事实(支付价金或其他特定事实)的成否。条件成就时,物权行为发生效力,买受人取得该动产标的物的所有权。不动产物权的法律行为得否附条件(或期限)，“民法”或“土地法”均未设特别规定,理论上应予肯定,但非经登记,不得对抗第三人。^③

(5) 代理。代理人于代理权限内,以本人名义所为之意思表示,直接对本人发生效力。此项规定,于应向本人为意思表示,而向其代理人为之者,准用之(第103条)。此项意思表示之代理,亦适用于物权行为。最高法院1934年上字第1910号判决谓:“共同共有物之处分,固应得共同共有人全体之同意,而共同共有人中之一人,已经其他共同共有人授予处分共同共有物之代理权者,则由其人以共同共有人全体之名义所为之处分行为,仍不能谓为无效。”可资参照。^④

(6) 无权处分。第118条第1项规定:“无权利人就权利标的物所为

① 参见拙著:《物权行为错误与不当得利》,载《民法学说与判例研究》(第五册),北京大学出版社2009年版,第85页。

② 参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第282页等。

③ 参见最高法院1933年上字第42号判例:“地上权因存续期间届满而消灭者,除契约另有订定外,地上权人固得依民法第840条第1项之规定,请求土地所有人按建筑物之时价为补偿。但地上权因解除条件成就而消灭者,不在同条规定之列,地上权人自无请求土地所有人收买建筑物之权。”由此可知实务上亦肯定不动产物权行为得附条件。

④ 物权行为亦可发生无权代理,最高法院1928年上字第123号判例谓:“物权之移转,非由有处分权之当事人为意思表示,不能发生物权移转之效力,若仅保管他人所有物,未经所有权人授以处分之权,而有擅行代理表示处分该物之意思者,即为无权代理,设未经本人追认,该无权代理之行为,对于本人不能发生效力。”关于无权代理与无权处分的性质和效力,参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第350页注释。

之处分,经有权利人之承认,始生效力。”此之所谓“处分”,系指处分行为而言,包括物权行为及准物权行为(如债权让与),但不包括负担行为(债权行为)在内。例如,甲擅将乙寄托的某画作为己有出售予丙,并依让与合意交付之。该“出卖他人之物”的买卖合同有效,物权行为系无权处分,效力未定,惟丙系不知情时,得依“民法”关于善意取得规定,取得其所有权(第 801 条、第 948 条)。又如,A 有某地,误登记为 B 的名义,B 设定抵押权于不知情的 C 时,其物权行为系属无权处分,C 因善意信赖土地登记,而取得抵押权(第 759 条之 1)。

2. 债编规定的适用

(1) 债编关于契约成立规定。民法债编规定对物权行为原则上无适用余地。惟债编关于契约成立的规定,对物权契约则应类推适用之,即当事人互相表示移转某物所有权或就某物设定物权者,无论其为明示或默示,其物权契约即为成立(第 153 条类推适用)。

(2) 第三人利益契约。第 269 条第 1 项规定:“以契约订定向第三人为给付者,要约人得请求债务人向第三人为给付,其第三人对于债务人,亦有直接请求给付之权。”此项第三人利益契约得否类推适用于物权契约,在德国法上甚有争论。甲出卖某地给乙,约定由乙交付价金给甲之子丙,而为担保价金债权,径由甲与乙(土地新所有人)作成设定抵押权的合意时,实务肯定丙得于登记后直接取得抵押权。学上说亦多为肯定。^①

3. 定型化物权契约的规范

关于定型化契约(附合契约)的规范,“消费者保护法”(第 11 条)和“民法”第 247 条之 1 设有规定,对物权行为原则上得为适用或类推适用。^②

二、物权行为独立性与无因性^③

甲将 A、B、C 三书出卖予乙,依让与合意交付。查 A 书系甲所有,B 书系丙借甲阅读,C 书系丁遗失为甲拾得。试问:

① BGHZ 41, 95; Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 43ff.

② 参见“最高法院”1998 年台上字第 322 号判决。

③ 参见拙著:《物权行为无因性理论之检讨》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版,第 112 页;刘得宽:《物权行为的独立性与无因性之探讨》,载《民法诸问题与新展望》,1997 年,第 463 页;苏永钦:《物权行为之独立性与无因性》,载《固有法制与当代民法学》,1997 年,第 282 页;谢哲胜:《物权行为独立性之探讨》,载《法律评论》,第 52 期,第 345 页。

1. 甲与乙间的买卖合同是否有效?
2. 乙是否取得 A、B、C 三书所有权。
3. 设甲系受监护宣告之人时(或受乙诈欺),其法律效果如何?
4. 试就此例分析检讨物权行为独立性和无因性的理论。

(一) 问题的提出

在现行“民法”上,物权的变动不是债权行为的当然结果,而是应依一个独立于债权行为以外的物权行为作成之(物权行为独立性)。债权行为与物权行为有四种结合关系,兹以甲让售某车予乙为例加以说明^①:

(1) 债权行为与物权行为均有效成立。在此情形,乙依物权行为取得该车所有权,以债权行为(债权)为其法律上原因。甲亦依物权行为取得价金(货币所有权),并以债权行为(债权)为其法律上原因。

(2) 债权行为与物权行为均未有效成立。例如,甲以被胁迫为理由,撤销其债权及物权的意思表示,使其视为自始无效(第 114 条第 1 项)。在此情形,乙不能依物权行为取得汽车所有权,债权行为又属无效,欠缺占有本权。甲得依第 767 条规定,向乙请求返还该车(物上请求权)。乙亦得依第 767 条规定向甲请求返还其支付价金;若价金已与其他金钱混合时,则仅得行使不当得利返还请求权。

(3) 债权行为有效成立,但物权行为未有效成立。例如,甲于 3 月 1 日卖车给乙,于 6 月 1 日交车时已受监护宣告。在此情形,移转该车所有权的物权行为无效,乙虽不能取得所有权,但得基于有效的买卖契约占有该车(有权占有),并得向甲的法定代理人请求为让与合意的意思表示,以取得该车所有权。

(4) 债权行为不成立、无效或被撤销,但物权行为有效成立。例如,甲以意思表示错误为理由撤销买卖合同。在此情形,债权行为视为自始无效(第 114 条第 1 项)。问题在于本身有效成立的物权行为,是否因债权行为不成立或无效而受影响。此涉及物权行为无因性的理论。

(二) 无因性的理论和当事人间的权利义务关系

物权行为有因或无因的理论,是民法上最难了解的基本问题。^② 有

^① 参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年版,第 27 页。

^② 参见拙著:《物权行为无因性理论之检讨》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版,第 112 页。

因性谓物权行为的效力为其原因行为(债权行为)所左右,即债权行为不成立、不生效力、被撤销或无效者,其物权行为亦同其命运。无因性谓物权行为的效力不为其原因行为(债权行为)所左右,债权行为虽不成立、不生效力、被撤销或无效,物权行为并不因此受影响,仍发生物权变动的法律效果。于此须再提请注意的是,物权行为无因性理论的适用,以物权行为本身有效成立为前提,如果物权行为本身不成立、不生效力、被撤销或无效,则根本不发生无因的问题。

现行“民法”于债权行为外,尚承认物权行为的存在,物权行为与债权行为系各自独立,通说并肯定物权行为具有无因性。物权行为无因性理论关系当事人利益至巨,兹分两点加以说明:

(1) 就当事人言。甲出售某车给乙,依让与合意交付后,始发现买卖契约不成立,因意思表示错误被撤销,或违反公序良俗无效时,若采物权行为有因性理论,其物权行为亦与买卖契约(债权行为)同其命运而不成立、被撤销或无效,则乙不能取得该车所有权,应成立无权占有,甲得依第 767 条规定,向乙请求返还其物。反之,依物权行为无因性理论,乙依物权行为取得该车所有权,于债权行为不成立、被撤销或无效时,欠缺法律上原因,甲仅得依不当得利之规定请求返还该车所有权。由是可知,采物权行为有因性时,甲得主张“所有物”返还请求权(物权请求权);于乙破产时,有取回权;于第三人为强制执行时,得提起异议之诉。反之,采物权行为无因性时,甲仅得主张“所有权”的不当得利返还请求权(债权请求权);于乙破产时,只能参加分配;于第三人为强制执行时,不得提起异议之诉。

(2) 就第三人言。在上揭售车之例,乙将该车让售与第三人时,在物权行为无因性理论下,乙既已取得该车所有权,系属有权处分,丙当然取得该车所有权,不因其是否明知甲、乙间买卖契约有效与否而受影响。反之,倘采有因说,则乙未取得该车所有权,其移转该车所有权的物权行为,系属无权处分,丙须善意始能取得该车所有权。

(三) 分析讨论^①

在一个市场,经济财货(尤其是所有权)必须具有移转性。市场经济

^① 比较法上的分析检讨, Stadler, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, 1994. Stadler 认为德国法上分离原则和无因性原则(*Trennungs- und Abstraktionsprinzip*)具有四个优点:(1) 促进交易安全。(2) 当事人形成其法律关系的自由。(3) 规范上具有弹性。(4) 精确的概念及体系构成。

的运作依赖于财产权的自由移转,以促进资源的最适使用。物权的变动,除法律规定者外,必须基于当事人间的债权契约,但其所变动的,则为物权。因此依当事人意思而为之物权变动乃处在债权契约与物权变动的交叉路口,一方面本着债权契约,一方面涉及物权变动,造成法律规范的困难,产生多种不同的规范模式。在法律政策上应分两个层次加以检讨,一为物权行为独立性,一为物权行为无因性。

1. 物权行为独立性:债权行为与物权行为分离原则

物权行为独立性,指物权的变动须有一个独立于买卖、赠与、互易等债权行为以外,以物权变动为其内容的法律行为,前已论及。此种债权行为与物权行为分离原则,在立法政策上应值赞同,分两点言之:

(1) 此项原则明确地规定物权的变动,有助于减少交易成本,保障法律交易安定。尤其是在出卖他人之物、种类物买卖或保留所有权等情形,物权行为独立性较“意思主义”更易判断物权变动的时点和当事人间的法律关系。

(2) 此项理论较能纳入现行“民法”的理论体系。例如,“民法”第118条规定:“无权利人就权利标的物所为之处分,经有权利人之承认始生效力。”所称处分,指处分行为,包括物权行为,但不及于买卖等债权行为。若不采物权行为,则此之所称处分将难作合理解释。又第759条规定:“因继承、强制执行,征收、法院之判决或其他非因法律行为,于登记前已取得不动产物权者,应经登记,始得处分其物权。”其所称“处分”亦系指物权行为(处分行为)而言。^①

2. 物权行为无因性的相对化^②

物权行为独立性使法律关系明确,易于判断,有助于减少交易成本,保障交易安全,为其优点。但无因性理论将当事人的地位由物权请求权人(所有物返还请求权),贬为债权请求权人(不当得利请求权),殊为不利,加以善意取得制度已足保护交易安全,故学者乃主张,应突破物权行为无因性,使之与债权行为同其命运,而提出三种理论:

(1) 共同瑕疵,即债权行为和物权行为具有共同的瑕疵,如行为能力欠缺、通谋虚伪意思表示,或意思表示被诈欺被胁迫时,债权行为和物权

^① 参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第24页。

^② 参见郑冠宇:《物权行为无因性的突破》,载《法学丛刊》,第43卷,第4期,第60页以下。

行为同为无效,或并得撤销之。

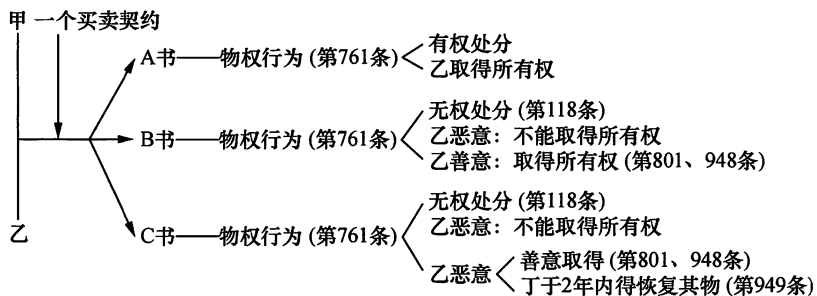
(2) 条件关联,即将物权行为效力的发生系于债权行为的有效成立(停止条件)。此项条件,亦得以默示为之。债权行为与物权行为同时作成时,是否具有条件关联,应解释当事人意思表示加以认定。

(3) 法律行为一体性。第111条规定:“法律行为之一部分无效者,全部皆为无效。但除去该部分亦可成立者,则其他部分,仍为有效。”有争论的是,物权行为及债权行为是否得依当事人意思互相结为一体,而于债权行为无效时,亦使物权行为归于无效。“最高法院”迄未著有判例。台湾学者有采肯定见解。反对者认为,此项见解破坏物权行为独立性及无因性的制度,应难赞同。实则,此项争论实益不大,盖依共同瑕疵和条件关联的理论,通常亦可导致同一结果。

(四) 例题解说^①

前揭甲出售 A、B、C 三书予乙的例题(请再阅读,试作解答),可以显现债权行为和物权行为分离原则(物权行为独立性)的优点,有助于明确地规范每一个标的物之物权变动。甲占有 A、B、C 三书,其中 A 书为甲所有, B 书为丙寄放甲处, C 书为丁所有被甲拾得。甲将 A、B、C 三书出售予善意的乙时,其买卖合同有效。乙依物权行为(第761条)取得甲有处分权的 A 书。甲对 B 书系无权处分,其物权行为效力未定(第118条),乙因善意受让而取得其所有权。关于 C 书,甲系无权处分,因系遗失物,丁在2年内得向乙请求其物(第949条)。在上举之例,设乙系恶意时,甲与乙间的买卖合同仍为有效,其关于 B 书、C 书的物权行为效力未定,乙不能善意取得 B、C 二书所有权。甲自丙、丁取得 B、C 二书所有权时,甲

① 兹为便于观察,将本题基本法律关系图示如下:



与乙间就该 B、C 二书的处分(物权行为)自始有效(第 118 条第 2 项)。

基于物权行为无因性理论,甲与乙间的买卖契约纵属无效(如甲为禁治产人),或被撤销(如甲意思表示错误),其物权行为的效力不因此而受影响。但物权行为亦具有同一瑕疵时,如甲为受监护宣告之人,无行为能力,或甲物权行为上的意思表示受乙胁迫时,其物权行为本身无效(第 15 条、第 75 条),或得撤销之(第 92 条)。

第三节 不动产物权变动

一、公示、公信原则与土地登记制度

1. 甲建造某屋,由乙继承。乙让售予丙。丙设定抵押权予丁,丁实行抵押权,由戊拍定之。试说明甲屋物权之变动应办理何种登记,由谁申请?登记的程序如何?^①

2. 甲有 A 地,因地政机关疏失登记为乙的名义,试问:

(1) 设该地被丙无权占有时,甲得否对丙主张所有物返还请求权?

(2) 设乙将该地设定抵押权与善意丁时,甲得对乙、丁及地政机关主张何种权利?

(一) 公示原则与公信原则

物权具有绝对排他的效力,其得丧变更须有足由外部可以辨认的表征,始可透明其法律关系,减少交易成本,避免第三人遭受损害,保护交易安全。此种可由外部辨认的表征,即为物权变动的公示方法。不动产物权变动系以登记为其公示方法,即一方面以登记作为依法律行为而生物权变动的生效要件(设权登记,第 758 条),一方面以登记作为依法律规定取得物权的处分要件(宣示登记,第 759 条)。不动产物权变动既以登记为公示方法,则信赖此项表征者,纵令其表征与实质的权利不符,对于信赖之人,亦应予以保护。(新修正第 759 条之 1)

(二) 土地登记制度

以登记作为不动产物权变动的公示方法,是人类法律生活的一项伟

^① 土地登记关系物权变动甚巨,请参照本例题,确实查阅“土地法”、“土地登记规则”相关规定。

大制度。登记制度为不动产交易提供了一个明确基础,使不动产物权变动(尤其是所有权移转、抵押权设定)得不以交付标的物为要件;在同一不动产上得成立数个用益物权和担保物权,以登记先后定其顺序,对整个社会经济活动具有重要贡献。

不动产物权变动的登记,系于“土地法”及“土地登记规则”设其规定,称为土地登记。除此两个基本法规外,尚有许多相关规定,例如:逾总登记期限无人申请登记土地处理原则、未办继承登记土地及建筑物改良物作业处理要点、祭祀公业土地之清理要点、加强防范伪造土地登记证明文件注意事项、“土地法”第34条之1执行要点、时效取得地上权登记审查要点、典权登记法令补充规定、登记原因标准用语等。此等法令与不动产物权变动具有直接密切关系,实务上颇为重要,务请参阅研读。

二、依法律行为而生的不动产物权变动

1. 甲出卖某地给乙,价金1000万元,双方意思表示一致。试问:甲得否以买卖合同未订立书面,而主张买卖合同不生效力,不负交付其物并移转登记其所有权的义务?

2. 甲出售A地给乙,办理所有权移转登记时,地政机关误登记B地,或误将A地以丙之名义登记时,其法律关系如何?

3. 甲出售其地给乙,试就下列情形说明当事人间的法律关系:甲将该地登记给乙,经过15年,迄未交付。甲将该地交付给乙,经过15年,迄未登记。

(一) 法律行为(物权行为)

1. “民法”第758条规定

第758条第1项规定:“不动产物权,依法律行为而取得、设定、丧失及变更者,非经登记,不生效力。”本条所称法律行为,指物权行为而言,包括物权契约及单独行为,非经登记,不动产物权的抛弃,不生效力。^①

(1) 物权契约。物权契约系指当事人以物权变动为内容而订立的契约,为不动产物权变动最主要的原因,例如所有权的移转、地上权的设定、典权的让与。

^① 参见陈荣隆:《物权之抛弃》,载《辅仁法学》第9期,第375页。

(2) 单独行为:不动产物权的抛弃^①

① 抛弃的意义、性质和方法。抛弃,系指物权人不以物权移转予他人,而使其物权归于消灭的单独行为。不动产所有权的抛弃,并无相对人,无须对特定人为抛弃的意思表示。

② 抛弃的限制。物权除法律另有规定外,得自由抛弃,使之消灭(第764条第1项)。所谓法律另有规定,例如“民法”第834条规定:“地上权无支付地租之约定者,地上权人得随时抛弃其权利。”第835第1项条规定:“地上权定有期限,而有支付地租之约定者,地上权人得支付未到期之三年分地租后,抛弃其权利(请参阅同条第2项、第3项)。”

新修正“民法”第764条第2项规定:“前项抛弃,第三人以有以该物权为标的物之其他物权或于该物权有其他法律上之利益者,非经该第三人同意,不得为之。”立法说明谓:以物权为标的物而设定其他物权或于该物权有其他法律上之利益,事所恒有。例如以自己之所有权或以取得之地上权或典权为标的物,设定抵押权而向第三人借款;或如以质权或抵押权连同其所担保之债权设定权利质权;或地上权人于土地上建筑房屋后,将该房屋设定抵押权予第三人等。如允许原物权人抛弃其地上权等,则所设定之其他物权将因为标的物之物权之消灭而受影响,因而减损第三人利益,对第三人保障欠周。

③ 抛弃的效力。动产所有权抛弃时,成为无主物,得为先占的客体(第802条)。物权因抛弃而消灭(第764条)。关于不动产物权抛弃的效力,分三种情形加以说明:A. 抛弃不动产所有权时,归属于国库,登记机关应于办理涂销登记后,随即为国有之登记(“土地登记规则”第143条第2项),但该不动产之定限物权,不受影响,仍继续存在。B. 抛弃用益物权(如地上权)时,其所有权又恢复到不受限制状态。C. 抛弃担保物权时,所有权不再受此限制。在抛弃抵押权的情形,抵押权人成为普通债

① “最高法院”2005年台上字第434号判决谓:按因继承、公用征收或法院之判决,于登记前已取得不动产物权者,非经登记,不得处分其物权,“民法”第759条定有明文。法定抵押权系基于法律规定而发生,固不待登记即生效力,惟法定抵押权之抛弃,乃属处分,须经登记后,方得为之。又不动产物权,依法律行为而取得、设定、丧失及变更者,非经登记,不生效力,“民法”第758条亦定有明文。法定抵押权之抛弃,系依法律行为而丧失其不动产物权,非经登记,不生效力。本件原审认抵押权之意思,此项抛弃,由表意人以意思表示向抵押人为之即可,法定抵押权之抛弃,解释上以意思表示为之即生效力,其见解自有可议。

权人,次序在后面抵押权升进其次序。

2. 不动产物权行为的方式:“民法”第 670 条的废除及第 758 条第 2 项的增订

甲有 A、B 土地, A 地出卖给乙, B 约定设定抵押权给丙, 均未订立书面, 其后甲拒不“订立书面”, 办理所有权移转登记或为抵押权的设定, 试就债权行为及物权行为说明当事人间的法律关系。

不动产物权行为是否为要式行为, 涉及旧“民法”第 760 条:“不动产物权之移转或设定, 应以书面为之”规定的解释适用, 系民法理论及实务上重大争论的争议问题(参阅例题一)。^① 物权编修正时, 特增订第 758 条第 2 项规定:前项行为, 应以书面为之。立法说明谓:不动产物权之得、丧、变更之物权行为, 攸关当事人之权益至巨, 为示慎重, 并便于实务上作业, 自应依当事人之书面为之, 现行条文第 760 条之“书面”, 究为债权行为, 或为物权行为, 适用上有不同见解, 爰增订第 2 项, 并将上述第 760 条删除。又此所谓“书面”, 系指具备足以表示有取得、设定、丧失或变更某特定不动产物权之物权行为之书面而言。如为契约行为, 须载明双方当事人合意之意思表示, 如为单独行为, 则仅须明示当事人一方之意思表示。至以不动产物权变动为目的之债权行为者, 固亦宜以书面为之, 以昭慎重; 惟核其性质则以于债编中规定为宜, 第 166 条之 1 第 1 项已明定“契约以负担不动产物权之移转、设定或变更之义务为标的者, 应由公证人作成公证书。”并此叙明。分三点言之^{②③④⑤}:

① 参见李肇伟:《探讨不动产物权变动之书面性质》,载《法令月刊》,第 28 卷,第 11 期,第 5 页;李模:《论移转不动产物权之书面契约》,载《法令月刊》,第 40 卷,第 9 期,第 11 页;拙著:《论移转不动产物权之书面契约》,载《民法学说与判例研究》(第七册),北京大学出版社 2009 年版,第 132 页。

② “民法”第 758 条第 2 项增订不动产物权行为应以书面为之,解决长期争议问题,实值肯定。

③ 新增订不动产物权行为的要式性适用于契约行为(如移转不动产所有权,设定抵押)及单独行为(如抛弃不动产所有权,地上权)。

④ 关于不动产的债权行为系属不要式行为,“民法”第 166 条之 1 第 1 项规定:“契约以负担不动产物权之移转、设定或变更之义务为标的者,应由公证人作成公证书。”须注意的是,依“民法债编施行法”第 36 条第 2 项但书规定,本条施行日期由“行政院”会同“司法院”另定之。在本条规定施行前,不动产的债权行为仍属不要式行为。

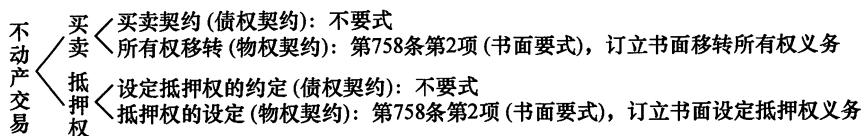
⑤ 甲出卖某地给乙,买卖契约系债权行为,不以订立书面为必要。甲移转该地所有权行为,应以书面为之。甲出卖该地给乙后,拒不办理所有权移转契约的方式时,应如何处理? 阅此重要问题,“最高法院”作有相关三个判例,可供参照!

(1) 不动产之出卖人于买卖合同成立后,本有使物权契约合法成立之义务。系争之买卖合同苟已合法成立,纵令移转物权契约未经某甲签名,欠缺法定方式,但被上诉人为某甲之概括继承人,负有补正法定方式,使物权契约合法成立之义务,自不得借口该物权契约尚未合法成立,即请求确认买卖合同为不存在。(1941年上字第441号判决)

(2) 不动产抵押权之设定,固应以书面为之。但当事人约定设定不动产抵押权之债权契约,并非要式行为。若双方就其设定已互相同意,则同意设定抵押权之一方,自应负使他方取得该抵押权之义务。又口头约定设定抵押权时,若为有偿行为,当不因债务人以后为履行义务,补订书面抵押权设定契约及办理抵押权设定登记,而使原有偿之抵押权设定行为变为无偿行为。原审所持相反之见解,尚有未合。(1981年台上字第453号判决)

(3) 不动产物权之移转,应以书面为之,其移转不动产物权书面未合法成立,固不能生移转之效力。惟关于买卖不动产之债权契约,乃非要式行为,若双方就其移转之不动产及价金业已互相同意,则其买卖合同即为成立。出卖不动产之一方,自应负交付该不动产并使他方取得该不动产所有权之义务,买受人若取得出卖人协同办理所有权移转登记之确定判决,则得单独申请登记取得所有权,移转不动产物权书面之欠缺,即因而补正。(1968年台上字第1436号判决)

兹为使读者易于观察,以买卖及抵押权的设定为例,将债权行为及物权行为的方式图示如下:



(二) 登记

1. 登记为不动产物权变动的生效要件

不动产物权依法律行为而发生变动,非经登记,不生效力。登记为不动产物权变动的生效要件。关于不动产物权变动的登记程序,详见“土地法”及“土地登记规则”。此项登记系属变动登记(设权登记),除法律有特别规定外,应由权利人及义务人会同申请之(“土地登记规则”第26条、第27条)。

值得参照的是,“最高法院”2007年台上字第1727号判决谓:“不动产物权,依法律行为而取得设定、丧失、及变更者,非经登记,不生效力,民法第758条定有明文,地政机关因权利人及义务人申请,所为土地权利变更登记之行政处分,性质上为形成处分,一经登记完成,不动产物权即生变动之效力,纵地政机关所为土地权利变更登记之行政处分有所瑕疵,于该行政处分生效后,在未经依法撤销或废止前,其效力自仍继续存在,系争房地已移转登记于上诉人名下,有房地登记誊本可按,原审以上诉人就系争房地所为之移转登记,违背“土地登记规则”第102条第1项之规定,于未经补正前,尚不生移转之效力。其所持见解不无可议。”

2. 登记与物权行为内容的一致

不动产物权登记内容须与物权行为一致,始生物权变动效力(参阅例题二)。例如,甲移转A地所有权予乙,地政机关人员误登记为B地时,乙未取得A地所有权,因A地并未办理登记;乙亦未取得B地所有权,因当事人并无让与合意。在该地误以丙之名义登记的情形,依上所述,乙或丙均未取得该地所有权,盖已登记者,发生错误,应予更正;未登记者,则须办理登记,始发生物权变动的效力。

3. 物权行为作成后,登记前的法律状态

不动产物权的变动须经作成物权行为,申请办妥登记,始生效力,常须经过一段期间,关于其法律状态,分四点言之:

(1) 物权契约的拘束力。当事人是否受物权契约的拘束?“民法”未设明文,基于法律行为因生效而有拘束力的一般原则,应采肯定说,故一方当事人不得片面撤回之。^①

(2) 行为能力的丧失或死亡。当事人的行为能力,依物权行为作成的时点判断之。物权行为作成后,当事人丧失行为能力(如受监护宣告)时,对其效力不生影响。当事人于作成物权行为后死亡时,其效力亦不因此而受影响(第95条第2项)。

^① 德国民法学说认为,物权契约不具债法上的因素,不具拘束力,当事人一方得自由撤回之。其例外具有拘束力,须具备《德国民法》第873条第2项的要件:“成立合意之当事人,在未为登记前,仅以双方之表示,已由法院或公证人作成证书,或其表示系在土地登记官署前为之,或曾向之声请登记,或权利人已将土地登记法所规定之登记同意书交与他方当事人者为,始受合意之拘束。”参见 Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 45ff., 此项关于物权契约的争论,实益不多,盖依有效成立的负担行为(如买卖),一方当事人原得诉请他方当事人为让与合意的意思表示也。

(3) 权利的丧失。处分人在办毕登记前,丧失其物权时(如标的物被征收),虽经登记仍不发生物权变动,相对人得否依“土地法”第43条规定而受保护,系另一问题。

(4) 处分权限制。“土地法”第75条之1规定,登记尚未完前,登记机关接获法院查封、假扣押、假处分或破产登记之嘱托时,应即改办查封、假扣押、假处分或破产登记,并通知登记申请人。例如,甲出售某地给乙,乙声请所有权移转登记,但在查封后登记完毕者,仍不得对抗执行债权人。^①

4. 登记与交付

依法律行为而生的不动产物权变动,因登记而发生效力,与该不动产是否交付无关。其涉及的问题,以房屋买卖为例,分三种情形加以说明:

(1) 二重买卖。甲售某屋给乙,已为交付,其后甲再将该屋出售给丙,并办理所有权移转登记。在此种情形,丙虽未受该屋的交付,仍取得其所有权,并得向乙请求返还该屋(第767条)。其未能取得所有权的乙,仅能依债务不履行规定向出卖人甲请求损害赔偿。

(2) 出卖的房屋虽已登记,但未交付。在此情形,买受人仍得向出卖人请求交付其物。须注意的是,买受人此项请求权因15年间不行使而消灭(第125条)。此际,因登记而取得所有权的买受人得否依第767条规定向出卖人请求交付其物,不无疑问。实务上采否定见解,认为出卖人固负交付其物于买受人之义务,但在未交付前,继续占有买卖标的物,尚难谓为无权占有,不因移转登记已完成而有异。^②

(3) 出卖的房屋虽未登记,但已交付。在此情形,买受人仍得向出卖人请求移转该屋的所有权。须注意的是,买受人此项请求权因15年不行

^① 参见“最高法院”1990年台上字第2122号判决:按查封系公法上之处分行为,其效力不待于登记即发生,任何人均应受其拘束,若不动产经法院依法查封后,该不动产之所有人即执行债务人再将该不动产移转登记于“他人”,他人复移转登记于“他他人”,而执行债权人对该他人及他他人主张该移转不生效力时,该他人、他他人不得依“土地法”第43条之规定主张其受移转应受保护,执行债权人得同时或先后诉请该他他人、他人涂销其受移转登记,恢复实施查封时的登记状态。《“司法院”公报》,第33卷,第4期,第60页。

^② 参见“最高法院”1981年台上字第212号判决。又1981年台上字第114号判决亦采同样见解,略谓:“被上诉人依买卖契约虽应履行出卖人义务而交付房屋,但并不因出卖房屋而成为无权占有,况被上诉人尚主张价款未经收清暂不交屋为对抗,则上诉人认被上诉人无权占有,而本于物上请求权诉求被上诉人交付房屋,即非有据。”

使而消灭。此际,出卖人得否依第 767 条规定向买受人请求返还其物,亦不无疑问,但应采否定说。买受人依买卖契约而占有标的物,具有正当权源,不构成无权占有。^①

5. 日据时代发生的不动产物权变动与登记^②

在日据时代,不动产物权变动依当时适用的《日本民法》(第 177 条),不以登记为生效要件,登记仅为对抗要件,与“民法”规定不同。日据时代的不动产物权变动已为登记者,依现行法固能取得其所有权,其未经办理登记者,在光复后究应如何处理,迄今仍有不少争论的案例,兹分强制征收和买卖(或赠与)两种主要案例类型,说明实务的见解:

(1) 强制征收。日据时期被日军征收之土地,依当时适用的日本民法,其所有权既已移转给日军,光复后由台湾政府接收,并非由于法律行为,自无须登记即发生取得所有权效力,原土地所有人不得再以日军就系争土地未办所有权登记,而谓其仍为土地之所有人。^③

(2) 买卖(或赠与)。日据时期不动产的买卖,迄台湾光复后未为所有权移转的登记,依现行“民法”仅生买卖(或赠与)之债权关系,买受人(或受赠人)仅得请求出卖人(或赠与人)就出卖(或赠与)的不动产为所有权移转登记,不得请求涂销出卖人(或赠与人)光复后的所有权登记。此项所有权移转登记请求权系基于债权而发生,应有消灭时效规定的适用,其起算日期,应以出卖人(或赠与人)或其继承人申请总登记,记入登记簿之日为准。惟须注意的是,该出卖(或赠与)的不动产,于光复后已移转登记给第三人时,其所有权应归属于该已为所有权登记之人,自不待言。^④

^① “最高法院”1980年2月23日,第四次民事庭会议决议:“按民法第767条前段规定所有人对于无权占有其所有物者,得请求返还之。甲占有之土地,系乙本于买卖之法律关系所交付者,具有正当权源,所有人丙、丁(乙之继承人)不得请求返还土地。何况时效完成后,债务人仅得拒绝给付,而甲乙间之买卖契约关系依然存在,基于公平法则,丙、丁亦不得请求返还土地。”可供参照。其详参见拙著:《基于债之关系占有权的相对性及物权化》,载《民法学说与判例研究》(第七册),第40页。

^② 深入精细的研究,参见陈荣传:《由最高法院实例论物权的变迁——以台湾日据时期的不动产为中心》,载《民法七十年之回顾与展望纪念论文集》,元照出版公司2000年版,第95页。

^③ 参见“最高法院”1963年台上字第1485号判例。

^④ 参见“最高法院”1950年台上字第583号、1963年台上字第1925号及1979年台上字第1337号判例。

三、非基于法律行为而生的不动产物权变动

(一) 不动产物权的取得与处分

1. 甲继承其父某屋所有权,未办理继承登记前,将该屋出售给乙。试问:

(1) 甲乙间的买卖契约是否有效?

(2) 乙如何请求甲办理该屋所有权的移转登记?

2. 甲售某屋给乙,拒不办理登记,乙起诉请求,经判决胜诉确定,在办理所有权移转登记前,甲的债权人丙对该屋为强制执行时,乙得否提出异议之诉?

1. “民法”第 759 条规定

第 759 条规定:“因继承、强制执行、征收、法院之判决或其他非因法律行为,于登记前已取得不动产物权者,应经登记,始得处分其物权。”立法目的在于贯彻第 758 条所采物权登记要件的意旨,并维护不动产物权的公示原则。

(1) 不动产物权的取得。不动产物权的取得非基于法律行为者,有继承、强制执行、征收、法院判决或依法律规定等情形,分别说明如下:

① 继承。继承因被继承人死亡而开始。继承人自继承开始时,继承被继承人财产上的一切权利义务,包括不动产物权(所有权、抵押权、地上权等)(第 1147 条、第 1148 条)。继承的不动产物权应为变更登记(继承登记),得由任何继承人为全体继承人申请之。继承登记应于继承开始之日起,6 个月内为之(“土地法”第 72 条、第 73 条)。自继承开始之日起,逾 1 年未办理登记时,经该管市县地政机关查明公告继承人于 3 个月之内申请登记,逾期仍未申请者,得由地政机关列册管理,期间为 15 年,逾期仍未申请时,移请“国有财产局”公开标售(“土地法”第 73 条之 1)。须注意的是,为执行“土地法”第 73 条之 1 规定,“内政部”颁订有:“未办继承登记土地处理要点”,请参阅之。

在继承,须经登记始得处分不动产物权,包括共有物的裁判分割。“最高法院”2007 年台上字第 2835 号判决谓:“按法院准为裁判分割共有物,性质上乃共有人间应有部分之交换,自属处分行为,应以各共有之处分权存在为前提,而此处分权必须于事实审言词辩论终结时存在,否则法院即无从

准为裁判分割。故提起分割共有物之诉,参与分割之当事人以全体共有人为限,而各共有人之应有部分应以土地登记簿上所记载者为准。倘于第二审言词辩论终结前发生共有人亡故之情形,其继承人因继承关系,固于登记前已取得不动产权,惟非经登记不得处分该物权,是以在办毕继承登记前,继承人仍不得以共有人身份参与共有物之分割。”

② 强制执行与照价收买。债务人的不动产,经法院强制执行时,该不动产无论是由第三人拍定,或由债权人承受,均于领得执行法院所发给的移转证书时,取得不动产所有权(参照“强制执行法”第 97 条、第 98 条),不以登记为要件,是否点交,在所不问。

③ 征收与照价收买。A. 征收。征收指政府因公共事业之需要,或因实施经济政策而征收私人土地(“土地法”第 208 条、第 209 条)。被征收土地之所有权人,对于其土地之权利义务,于应受之补偿费发给完竣时终止(“土地法”第 235 条前段)。被征收土地所有权亦应于补偿费发给完竣之日由征收者取得。^① B. 照价收买。应予指出的是,照价收买与征收同属原始取得,亦有第 759 条规定。“最高法院”2007 年台上字第 891 号判决谓:按照价收买,乃国家依照私人所报地价,强制收买其土地,消灭私有土地所有权之行为,属平均地权四大要纲之一。旨在保持土地自由,调剂地权分配,杜绝土地私有所发生独占垄断之弊害,俾使报价确实,地价中平,以利照价征税及涨价归公之实行。又土地征收与照价收买同属政府基于公法上之权力,以强制方式取得土地之行政行为,两者性质相同,虽照价收买土地之用途不如土地征收须以特定公共需要为限,但其结果亦将增进社会整体公共利益,两者之立法作用及强制方式固有不同,然政策目标则属殊途同归。足见照价收买乃基于公权力之行使,按照私人申报之地价强制收买土地,与一般买卖有别,应与土地征收同属原始取得,而非继受取得。从而政府照价收买之土地所有权不待登记即生变动效力,应属“民法”第 759 条之范畴,原审认上诉人系继受取得系争土地,已有误会。可资参照。

④ 法院判决。“最高法院”1954 年台上字第 1016 号判例谓:不动产

^① 参见“最高法院”1991 年台上字第 2365 号判决:按不动产之公用征收,非以登记为国家取得所有权之要件,此观民法第 759 条之规定自明。依“土地法”第 235 条规定“被征收土地之所有权人,对于其土地之权利义务于应受之补偿发给完竣时终止。”准此经政府合法征收之土地,只须政府对所有人之补偿发放完竣,即由政府取得被征收土地之所有权,至该土地是否已登记为“国有”,在所不问。

物权因法院之判决而取得者,不以须经登记为生效要件,固为“民法”第759条之所明定。惟此之所谓判决,系仅指依其宣告足生物权法上取得某不动产物权效果之力,恒有拘束第三人之必要,而对于当事人以外之一切第三人亦有效力者(形成力,亦称创效力)而言,惟形成判决(例如分割共有物之判决)始足当之,不包含其他判决在内。

此项足生不动产物权变动的形成判决,除分割共有物的判决(第824条第2项)外,尚有依第74条因暴利行为对不动产物权行为为撤销、依第244条因诈害债权对不动产物权行为为撤销的判决。在此等情形,于判决确定之日发生不动产物权变动。须注意的是,上开判例所谓不包括其他判决在内,主要系指给付判决而言。例如,甲售某屋给乙,拒不办理登记,乙起诉请求,判决确定。此项命债务人办理所有权移转登记之判决,性质上既非形成判决,尚须债权人根据该确定判决办毕所有权移转登记,始能取得该屋所有权,在此以前,对第三人的强制执行不得提起异议之诉(参阅例题二)。

⑤ 依法律规定。于登记前已取得不动产物权,非仅限于继承、强制执行、征收及法院判决四种情形,其他尚有因法律的规定而取得不动产物权者,如有法定抵押权(“国民住宅条例”第17条)^①、随同债权让与取得不动产抵押权、法定地上权(第876条)、典权人因除斥期间之届满取得典物所有权(第923条第2项,第924条),以及因法律事实而取得不动产物权者(如自己出资与建筑)。

(2) 应经登记始得处分。第759条规定因继承、强制执行、征收或法院之判决,于登记前已取得不动产物权者,“应经登记,始得处分其物权。”关于其解释适用,有四点应予说明:

① 宣示登记。此项应经登记始得处分的登记,学说上称为“宣示登记”,有别于第758条的“设权登记”。易言之,即此项登记并无创设物权的效力,不过在于宣示已发生的物权变动而已。

① “最高法院”2002年台抗字第588号判决:让与之债权附有不动产抵押权者,依“民法”第295条第1项前段规定,该抵押权于债权让与时,随同移转于债权受让人,受让人于抵押权变更登记前,即取得该不动产抵押权,不受“民法”第758条规定之限制。惟此项依法律直接之规定而取得之不动产物权,其情形与第759条所规定者无异,依该条规定,非经登记不得处分。而拍卖抵押物,足以发生抵押权变动之效力,抵押权人为实行其抵押权,声请法院拍卖抵押物,自属抵押权之处分行为。是债权受让人因受让债权而取得其附随之不动产抵押权者,非经登记不得实行抵押权,声请法院拍卖抵押物。

② 处分的意思：处分行为，不包括负担行为。所谓“始得处分其物权”，系指处分行为而言，不包括买卖或租赁等债权行为在内。“最高法院”1985年台上字第2024号判例谓：“民法”第759条所谓非经登记不得处分其物权，系指物权处分行为而言。继承人简甲、简乙代表全体继承人出卖系争土地，所订买卖契约，仅属债权行为。订约时，即令继承人未办毕继承登记，亦不生违反“民法”第759条之规定，而使债权契约成为无效之问题。可资参照（参阅例题一）。^①

分割共有物无论是协议分割或裁判分割，均属处分行为，继承人如欲分割其因继承而取得共同共有的不动产，亦须先办理继承登记，始得为之。为求诉讼经济，实务上认为在诉讼上可一并请求办理继承登记，再为不动产物权之移转登记或为共有物之分割。^②

③ 违反“应经登记始得处分规定”的效力。违反第759条规定时，其法律效果如何？学说上有认第759条系属法律的强制规定，违反者，原则上应属无效，但如其处分行为业已完成时，应适用第71条但书规定，解为有效。^③ 实务上有认为第759条规定系对处分权的限制，违反者，其处分行为不生效力。^④

2. 自己出资建筑建物（包括违章建筑）所有权的取得与处分

（1）自己出资建筑之建物。自己出资建筑房屋等建物，系非因法律

① 参见“最高法院”1962年台上字第133号判例：因继承原因于登记前已取得不动产物权者，非经登记，不得处分其物权，固为“民法”第759条所明定，惟该条之登记并无期间之限制，继承人先与第三人成立移转不动产所有权之债权契约，并于完成登记后以之移转登记给受让其权利之第三人，究非法所不许。

② 参见“最高法院”1981年台上字第1208号判决：“对于未办理继承登记之共同共有遗产提起按协议分割方法请求办理分割登记及本于买卖关系请求移转登记之诉，既已同时并为先办理继承登记之请求，即合并请求先办理继承登记，于办理继承登记后再为分割登记及移转登记，尚符合诉讼经济之原则，为法之所许。”

③ 参见谢在全：《民法第759条争议问题之研究》，载苏永钦主编：《民法物权争议问题之研究》，第15页。

④ 参见“最高法院”1995年台上字第936号判决：“法院裁判分割共有物而以原物分配予各共有人时，系使共有关系变更为单独所有，其性质为共有人间应有部分之交换，自属处分行为，如系变卖共有物而以价金分配予共有人，即系以处分共有物为分割之方法，均以共有之处分权存在为前提。”又1995年台上字第60号判决谓：共有物之分割性质上为处分行为，不因协议分割或裁判分割而有所不同。故不动产应有部分之继承人如欲分割共有物，依“民法”第759条规定，自非先办理继承登记，不得为之。上诉人既尚未办理系争土地李○应有部分之继承登记，自无从与他共有人协议分割系争土地，纵曾协议，亦不生效力。

行为而原始取得其所有权,与依法律行为而取得者有别,纵使不经登记,亦不在第 758 条所谓非经登记,不生效力之列。^① 建筑执照系建筑行政上之手续,并非取得所有权之法定证据,与建筑完成之房屋所有权谁属,系属两事,不得径以之认定为原始取得之证据方法。^② 此项建物所有权亦应适用第 759 条规定,应经登记,始得处分。

(2) 违章建筑

① 违章建筑的意义。违章建筑,系指建筑法适用地区内,未经申请当地主管建筑机关审查许可,并发给执照,而擅自建造的建筑物(“建筑法”第 3 条、第 4 条、第 35 条)。违章建筑有程序违建及实质违建两种。程序违建,指该建筑物并未妨碍都市计划,建造者得依一定程序申领建筑执照。实质违建,则指建筑物无从依程序补正,使其变为合法的建筑物。本书所讨论的是实质违章建筑。

② 违章建筑的性质和物权变动。违章建筑系土地上之定着物,为不动产,由建造人原始取得其所有权。违章建筑不能办理建物所有权第一次登记(保存登记,“土地登记规则”第 79 条以下)。就违章建筑所为买卖等债权行为,系属有效,并可公证,出卖人虽能交付其物,但不能办理登记移转其所有权。在此情形,出卖人可否主张该违章建筑仍为其所有?“最高法院”1959 年台上字第 1812 号判例谓:“违章建筑虽为地政机关所不许登记,但非不得以之为交易标的,原建筑人出卖该建筑物时,依一般法则,既仍负有交付其物于买受人之义务,则其事后以有不能登记之弱点可乘,又随时随意主张所有权为其原始取得,诉请确认,势将无以确保交易之安全,故此种情形,即属所谓无即受确认判决之法律上利益,应予驳回。”可资参照。

③ 事实上处分权的让与。违章建筑多盖于他人土地之上,建筑人将之出卖给第三人,并为交付时,土地所有人应向何人主张拆屋还地请求权? 对此问题,“最高法院”认为应向买受人主张之,其主要理由为:房屋之拆除为事实上之处分行为,仅能向有事实上处分权之权利人行使之。违章建筑之让与,虽因不能为移转登记,而不能为不动产所有权之让与,但受让人与让与人间,如无相反的约定,应认为让与人已将该建筑物之事

① 参见“最高法院”1952 年台上字第 1039 号判例。

② 参见“司法院”1981 年 9 月 4 日厅民一字第 0649 号函复台高院研究意见。

实上处分权让与受让人,故应由受让人负拆除违章建筑之义务。^①

违章建筑受他人不法侵害时,买受人得否主张侵权行为损害赔偿请求权?对此问题,“最高法院”1983年台上字第1453号判决认为:被上诉人毁损之厂房、竹屋、围墙,系上诉人由前手受让之违章建筑物,但如上诉人已取得对于该建筑物之事实上处分、使用、收益权,自仍非不得依侵权行为之法例,请求被上诉人赔偿因该建筑物被毁损所生之损害。此项见解应值赞同,自不待言。

④ 对违章建筑的强制执行。违章建筑由建造人原始取得其所有权,建造人的债权人得对违章建筑为强制执行。拍定人自领得执行法院发给权利移转证书之日起,取得该违章建筑所有权,债权人承受债务人违章建筑者,亦同(“强制执行法”第98条)。^②

关于对违章建筑的强制执行,第三人提起异议之诉的问题(“强制执行法”第15条),多发生于买卖,分三种情形说明如下:

A. 买受人的债权人为强制执行。例如,甲出售违章建筑给乙,并为交付后,乙之债权人丙为强制执行。在此情形,甲虽为所有人,但有忍受的义务,不得提起异议之诉。^③

B. 出卖人的债权人为强制执行。例如,甲出售违章建筑给乙,并为交付后,甲的债权人丙为强制执行。在此情形,该房屋既仍为债务人(出卖人)所有,买受人无排除强制执行之权利。

C. 第三人为强制执行。例如,甲出售违章建筑给乙,乙出租给丙,丙之债权人丁为强制执行。在此情形,买受人得代位出卖人(原所有人)提起异议之诉。^④

① 参见“最高法院”1980年台上字第696号判决、1980年台上字第1204号判决、“最高法院”1978年度第二次民事庭庭推总会决议:“违章建筑之让与,虽因不能为移转登记而不能为不动产所有权之让与,但受让人与受让人间如无相反之约定,应认为受让人已将该违章建筑之事实上处分权让与受让人。”

② 不同意见参见郭松涛:《谈违章建筑——兼评“最高法院”有关之判例(决)及会议》,载《司法官训练所三十周年纪念文辑》,第365页。

③ 参见“最高法院”1959年台上字第1812号判例。

④ 参见“最高法院”1959年台上字第209号判例:“违章建筑之房屋,原非债务人所有,而被执行法院误予查封者,买受人因不能登记,自得代位原所有人提起异议之诉。”1963年台上字第681号判例谓:房屋之买卖无论房屋为违章建筑与否,除其前手本为债务人外,在未为移转登记前,凡因第三人就买卖标的物对于买受人主张权利,指由执行法院实施查封时,原出卖人均负有担保之义务,以排除第三人对于买受人之侵害(参照“民法”第349条),则买受人本于“民法”第242条代位前手行使此项权利,要无不合。

(二) 不动产物权的消灭

甲就其所有的土地为乙设定地上权,乙向丙、丁借款,以其地上权先后为丙、丁设定抵押权。丙以其债权(随同抵押权)设定权利质权给戊。试就下列情形,说明其物权变更关系:乙继承甲。丁继承乙。^①

1. 概说

非基于法律行为而生不动产物权的消灭,其主要者,例如标的物灭失、约定存续期间届满(如地上权、第840条)、法定期间经过(如抵押权、第880条)等。

2. 混同

关于不动产物权的消灭,“民法”就混同设有一般规定。所谓混同,指两个无并存必要的物权同归于一人的事实,其情形有二:

(1) 所有权与其他物权混同。第762条规定:“同一物之所有权及其他物权,归属于一人者,其他物权因混同而消灭。”例如,甲就其所有之土地为乙设定典权,其后乙购买该地,或乙继承甲而取得其所有权时,则所有权与典权(定限物权)同归一人,其典权即因混同而消灭。所有权系对物为全面支配的完全物权,典权或地上权等其他物权继续存在,既无实益,徒使法律关系趋于复杂,故以混同为权利消灭原因。

须注意的是,其他物权之存续于所有人或第三人有法律上利益时,则不消灭(第762条但书)。关于此点,“民法”立法理由作有简要说明,足资参照:“例如,甲将其所有土地,先抵当(即抵押,作者注)予乙,乙为第一抵当人,次又抵当予丙,丙为第二抵当人,若其后甲为乙之继承人,则乙前有之第一抵当权仍旧存续,甲(此时仍为所有人)有法律上之利益。盖丙之第二抵当权,本不能得完全清偿,若使第一抵当权消灭,则丙递升为第一抵当权人,能受完全之清偿,受其害者在甲,故第一抵当权存续,于甲有法律上之利益。又如甲于乙所有土地有地上权,将其抵当予丙,其后甲向乙购得此土地,则丙(第三人)于地上权存续,有法律上之利益,盖地上权消灭,则丙之抵当权,因标的物消灭,不利于丙实甚。此本条之所由设也。”

^① 不动产物权的混同,多发生于继承,但继承人与被继承人之间设定担保物权或用益物权,实务上罕见其例。不动产物权混同有助于认识物权的种类及其并存关系,具有教学上的价值,关于本例题,请参照以下说明自行研究。

(2) 所有权以外的物权与以该物权为标的物的权利混同。第 763 条规定：“所有权以外之物权，及以该物权为标的物之权利，归属于一人者，其权利因混同而消灭。”例如甲以其取得地上权（或典权、永佃权）设定抵押权予乙（第 882 条），其后乙因继承等原因取得地上权时，则地上权与以该地上权为标的物的抵押权，归属于一人，其抵押权即因混同而消灭。

值得注意的是，以其他物权为标的物之权利，其存续于权利人或第三人有法律上利益时，则不消灭（第 763 条第 2 项准用第 762 条但书）。关于此点，立法理由书又举下例说明之：“例如，甲以地上权抵当予乙，其后甲为乙之继承人，则乙之抵当权，因混同而消灭。然甲若先将其地上权抵当予乙，乙为第一抵当权人，次又将其他地上权抵当予丙，丙为第二抵当权人，其后甲为乙之继承人，则甲于乙之第一抵当权存续有法律上之利益，故不因混同之故，而使其消灭。”

上揭立法理由书所设之例，系就对权利人有法律上利益的情形而言。其于第三人有利益的情形，例如，甲向乙借款，以其取得的典权为乙设定抵押权。乙以该有抵押权担保的债权，为第三人丙设定权利质权。若其后乙因继承等原因而取得甲的典权，发生“所有权以外之物权，及以该物权为标的物之权利，归属于一人”的事实，但因第三人（权利质权人）对抵押权的存续有法律上利益，乙的抵押权不因混同而消灭。

（三）不动产物权的善意取得

甲冒名继承登记某地为其所有，设定地上权给乙。试问：

1. 设乙不知甲该登记不正确时，得否主张取得地上权？其法律依据何在？

2. 设乙因过失不知甲冒名登记时，得否主张取得地上权？

3. 设该地上权因约定事由发生而消灭，但未涂销，甲将该地所有权让与善意之丙时，乙得否对丙主张其地上权仍继续存在？

4. 设地政机关人员于乙申请地上权登记时，发现甲非真正所有人时，能否拒绝办理登记？

1. 规范基础：“土地法”第 43 条与“民法”第 759 条之 1

不动产物权的变动皆须登记，或为生效要件（第 758 条）或为处分要件（第 759 条）。“土地法”和“土地登记规则”对登记程序规定甚详，基本

上足以保障物权变动的真实状态。但土地登记与事实不符者,仍难完全避免,其主要发生原因有四:

① 地政机关的错误或疏漏。例如,将 A 地误登记为 B 地,张三误登记为李四。

② 土地登记簿外的法律变动。例如,甲死亡,由乙办理继承登记,但真正继承人为丙。

③ 物权行为无效或撤销。例如,通谋虚伪设定抵押权(第 87 条),让与土地所有权的物权行为被法院以诈害债权为理由撤销之(第 244 条)。

④ 依法律规定取得不动产物权,但迄未办理登记。例如,征收土地手续已毕,但未为所有权移转登记。

在诸此情形,发生一个实务及理论上的重要问题,即善意信赖土地登记而从事不动产交易者,应如何加以保护,法律依据何在?

关于动产物权善意取得,“民法”设有规定(第 801 条、第 886 条、第 948 条)。关于不动产物权善意取得,德国及瑞士民法皆设有明文(《德国民法》第 892 条、《瑞士民法》第 93 条)。^①台湾地区“民法”未采此立法例。“土地法”第 43 条规定:“依本法所为之登记,有绝对效

① 物权善意取得系物权法理论及实务的重要问题。关于动产善意取得,请参阅本书相关部分的说明。兹为便于观察,先列表如下:

项目		法律依据	要件	效果
不动产	所有权 用益物权 担保物权	新增订“民法”第 759 条之 1	(1) 让与人(设定人)无权处分 (2) 受让人善意信赖不动产登记 (3) 依法律行为为物权变动登记	取得不动产物权
	所有权	“民法”第 804 条	(1) 让与人(设定人)无权处分 (2) 善意受让(受占有规定之保护) 但受让人明知或因重大过失而不知 让与人无让与之权利者,不在此限	取得动产所有权
	动产质权	“民法”第 886 条 第 948—951 条(占有规定)	(1) 出质人无权处分 (2) 受质人受占有规定之保护	取得动产质权
动产	留置权	“民法”第 928 条	(1) 留置权人占有他人动产 (2) 须非其占有之始明知或因重大 过失而不知该动产非为债务人所有	取得留置权

力”，实务上认为此项规定系为保护第三人起见，将登记事项赋予绝对真正公信力，使第三人信赖登记而取得权利时，不因登记原因之无效或撤销而被追夺，以维护交易的安全。物权编修正鉴于现行“民法”尚无明文规定，为确保善意第三人之权利，以维护交易安全，爰将实务见解明文化，增设第 759 条之 1，于第 1 项规定：“不动产物权经登记者，推定登记权利人适法有此权利。”第 2 项规定：“因信赖不动产登记之善意第三人，已依法律行为为物权变动之登记者，其变动之效力，不因原登记物权之不实而受影响。”

2. 不动产物权登记的推定效力

新修正“民法”第 759 条之 1 第 1 项规定不动产物权经登记者，推定登记权利人适法有此权利。关于此项新增规定，立法说明谓：“登记”与“占有”同为物权公示方法之一，“民法”就占有，既于第 943 条设有权利推定效力之规定，“登记”自亦应有此种效力，爰仿《德国民法》第 891 条、《瑞士民法》第 937 条第 1 项规定，增订第 1 项，以期周延。又此项登记之推定力，乃为登记名义人除不得援以对抗其直接前手之真正权利人外，得对其他任何人主张之。为贯彻登记之效力，此项推定力，应依法定程序涂销登记，始得推翻。至于“土地法”第 43 条虽规定依该法所为之登记有绝对效力；惟实务上向认在第三者信赖登记而取得土地权利之前，真正权利人仍得对登记名义人主张登记原因之无效或撤销（“最高法院”1951 年台上字第 1892 号判例参照），是该条文所称绝对效力，其范围既仅止于保护信赖登记之善意第三人，其效果自与新增之本条文无异。但为免文义两歧，于修正“土地法”时，应将第 43 条配合本条修正。

3. 不动产物权善意取得

(1) 要件。新修正“民法”第 759 条之 1 第 2 项规定：“因信赖不动产登记之善意第三人，已依法律行为为物权变动之登记者，其变动之效力，不因原登记物权之不实而受影响。”^①不动产物权善意取得的要件，涉及三个问题：不动产物权取得人所能信赖者，究为何种登记事项。应

^① 参见“最高法院”1972 年台再字第 56 号判决：“土地法”第 43 条所谓登记有绝对效力，系为保护因信赖登记取得土地权利新登记之第三人而设，所谓第三人不包括继承人在内，既为第三人，而其取得权利有恶意者，亦在不受保护之列。

受保护者,究为何种权利变动过程。善意信赖如何认定。分别说明如下:

① 信赖客体。不动产物权的善意取得,系以土地登记不正确为要件,而土地登记所以发生不正确,系原登记有无效或撤销之原因,如地政人员与他人通谋为不实的登记,物权行为无效或经撤销而未为涂销登记。善意取得受保护的范畴,计有三种:某种登记权利之存在,例如误登记某屋为某人所有。登记权利之不存在,例如地上权或抵押权误被涂销。限制登记之不存在,例如预告登记误被涂销。至于土地登记簿所载土地的面积、形状、当事人的年龄等登记,均不在保护范畴之内。

② 受保护的權利变动过程。善意取得制度在于维护交易安全,其受保护的应限于法律行为上的交易,例如受让房屋所有权、设定抵押权等。依法律规定(如继承)而取得不动产物权不包括在内。

③ 善意信赖土地登记。善意系指不知土地登记的不正确,有无过失,在所不问。恶意取得权利者,不在保护之列。^① 基于土地登记簿公信力,应推定不动产物权取得人的善意。不动产物权取得人实际上是否阅览土地登记簿,在所不问。易言之,取得人无须积极信赖土地登记簿,虽未阅览土地登记簿,仍受土地登记公信力的保护。

善意的判断时点,究竟以申请登记时为准,抑或以登记完毕时为准,实为困难的问题。自理论言,应以办理登记完毕时为准,实际上则以申请登记时为准,较为合理,盖登记过程非当事人所能控制。值得参照的是,“最高法院”2000年台上字第1165号判决谓:“土地法”第43条所谓登记有绝对效力,系为保护因信赖登记取得土地权利之第三人而设。倘第三人于订立买卖合同时,虽属善意,但于办妥登记取得权利前,如已知登记有无效或得撤销之原因,而仍执意为登记,既难认其为信赖登记之第三人,应不受“土地法”第43条之保护。

不动产物权取得人经由代理人为不动产物权法律行为时,其是否明知登记的不正确,应就代理人决之,但代理人之代理权系以法律行为授与者,其意思表示如依照本人所指示之意思而为时,其事实之有无,应就本

① 现行“民法”对动产物权的善意取得,亦以“善意”为要件,物权编修正“民法”第948条增设但书规定:“但受让人明知或因重大过失而不知让与人无让与之权利者,不在此限。”关于受让人的善意,所以设不同规定,乃在强化土地登记的公信力。

人决之(第105条)。

(2) 不动产物权善意取得的法律效果

① 积极信赖保护、消极信赖保护。因善意信赖土地登记,依法律行为而取得不动产物权者,取得该土地登记若为正确时之权利。兹举数例加以说明:

A. 甲被误登记为某屋所有人,甲以该地设定抵押权给善意之乙,乙取得其抵押权(积极信赖保护)。

B. 甲在乙地有地役权误被涂销,乙将该地让售给丙时,丙取得该地所有权,无地役权的负担(消极信赖保护)。

C. 甲冒名登记为某地所有人,甲以该地为乙设定地上权,该地上权因约定事由发生而消灭,但未涂销。其后甲让售该地给丙,丙因信赖登记而取得土地所有权。乙不得以丙明知有地上权的登记,而主张其地上权仍继续存在,因善意受让制度旨在保护第三人利益,事实上不存在的权利无保护的必要,故丙得请求涂销乙的地上权。

D. 在民法亲属编修正前(1985年6月3日公布),夫妻如系以法定财产制为其夫妻财产制,夫以妻为登记名义之不动产,善意第三人亦得因信赖登记,自妻取得不动产所有权。^①

E. 甲于其土地设定抵押权予乙,误被涂销,甲就同一土地再设定抵押权予善意之丙,丙取得第一顺位之抵押权。^②

② 地政机关的审查权限。值得提出讨论的是,地政机关得否以土地登记与真实状态不符,而拒绝受理不动产物权登记,以免发生善意取得的效果?例如,甲有某屋,由乙办理继承登记,但丙为真正继承人,乙出售该屋给丁,办理所有权登记时,地政机关得否以乙非真正所有人拒绝登记之申请?对此问题,原则上宜采否定说,土地登记有公信力,旨在保护第三人,便利法律交易,似不能以登记程序妨害实体权利变动。

③ 善意取得的终局确定性。因信赖土地登记而取得不动产物权,系属

① 对照已不再援用的“最高法院”1974年台上字第1895号判例:“土地法”第43条规定之绝对效力,系为保护善意第三者因信赖登记而设,夫妻如系以法定财产制为其夫妻财产制,则以妻为登记名义人之不动产,除属妻之原有财产或特有财产外,在善意第三者因信赖登记自妻受让取得不动产所有权以前,依“民法”第1017条第2项规定,应认为属于夫之所有。

② 较详细讨论,参见拙著:《土地登记错误遗漏、善意第三人之保护与国家赔偿责任》,载《民法学说与判例研究》(第六册),北京大学出版社2009年版,第40页。

终局确定,取得人将其不动产物权让与他人,纵受让人为恶意,仍能取得其权利,至于得否成立故意以悖于善良风俗加损害于他人的侵权责任(第184条第1项后段),系另一问题。不动产取得人不得主张抛弃其信赖土地登记而取得的不动产物权,而以此为理由向相对人请求损害赔偿。^①

(四) 预告登记

甲向乙购买某屋,支付部分价金,约定付清全部价金时始办理所有权移转登记。甲深恐乙再处分该屋。试问:

1. 甲在法律上对其债权有何保全之道?得否办理所谓“预告登记”?何谓预告登记?具有何种功能?

2. 办理预告登记后,乙将该屋让售予丙(或设定抵押权),并办毕登记。甲得对乙或丙主张何种权利?

3. 甲在办理预告登记后,乙将该屋出租予丁,并为交付,甲于办毕所有权移转登记后,得否向丁请求返还该屋?

1. 功能和性质

预告登记系关于不动产物权变动的重要制度,台湾地区物权法教科书多未详论,有待补充。^②为便于了解,举一例加以说明:甲向乙购买某屋,其后屋价高涨,乙再出售予丙,并办理登记。不动产物权依法律行为而生之变动,非经登记,不生效力(第758条),故甲虽买卖在先,亦难以对抗丙,仅能依债务不履行规定向乙请求损害赔偿(第226条)。此种法律状态对甲甚属不利,为使甲得保全对该屋的债权请求权,须有一种具物权效力的保全手段。为此,“土地法”特设预告登记制度,于第79条之1规定:“I 声请保全左列请求权之预告登记,应由请求权人检附登记名义人之同意书为之:1. 关于土地权利移转或使其消灭之请求权。2. 土地权利内容或次序变更之请求权。3. 附条件或期限之请求权。II 前项预告登记未涂销前,登记名义人就其土地所为之处分,对于所登记之请求权有妨碍者无效。III 预告登记,对于因征收、法院判决或强制执行而为新登记,无排除之效力。”须特别指出的是,此项预告登记

^① 参见拙著:《善意取得权利之抛弃与损害赔偿》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版,第277页。

^② 参见张龙文:《预告登记与异议登记》、《预告登记若干问题》,载《民法物权实务研究》、《东亚法律丛书》第3辑,汉林出版社,第149页,第170页。

对因法院判决或强制执行而为新登记无排除效力的规定,减损了整个预告登记制度的功能,立法政策上是否妥当,容有研究余地。^①

预告登记具有使妨害其所有权登记请求权所为处分无效的效力,关于其法律性质,究为一种物权,或仅为一种债权保全的手段,甚有争论。预告登记系介于债权与物权之间,兼具二者的性质,在现行法上为其定性,实有困难,可认系于土地登记簿上公示,以保全对不动产物权之请求权为目的,具有若干物权效力的制度。^②

2. 预告登记的发生

预告登记的发生,须具备三个要件:对不动产物权变动请求权的存在;登记名义人之同意;办理登记。分述如下:

(1) 不动产物权变动请求权。预告登记旨在保全对不动产物权变动的债权请求权,依“土地法”第79条之1第1项规定,共有三类,前已提及,兹再略加说明:

① 土地权利移转或使其消灭的请求权。其所称土地,系从广义,包括建物。所谓移转,包括继受取得(如所有权的移转)和设定取得(如抵押权的设定)。

② 土地权利内容或次序变更的请求权,如地上权存续期间的变动、抵押权次序的变动。

③ 附条件或期限之请求权,此系指前述两种请求权虽附条件或为附期限,亦得为预告登记。例如,土地所有人与地上权人约定,地上权存续期间届满时,地上权人应将该地上房屋所有权移转给土地所有人时,得就此房屋所有权移转请求权为预告登记。

所谓对不动产物权变动的请求权,系指债权请求权而言,其发生原因如何,在所不问,通常以契约上的请求权最为常见,但基于契约解除所生的返还请求权或不当得利请求权,亦可预告登记。必须强调的是,预告登记具有从属性,与被保全的债权请求权同其命运。例如,基于买卖契约而对不动产所有权移转请求权为预告登记时,若买卖契约无效,债权不发生时,预告登记亦失其依据,应予涂销。

^① 参见卢佳香:《预告登记之研究》,辅仁大学法律研究所1995年度硕士论文。

^② Baur/Stürmer, Sachenrecht, S. 217ff.; Hager, Die Vormerkung, JuS 1990, 430 (439); Köpfe, Die Vormerkung, JuS 1981, 157.

(2) 登记名义人的同意。申请预告登记应提出登记名义人同意书及印鉴(“土地登记规则”第 137 条、第 34 条)。申请人须为债权人。第三人利益契约的受益人亦属之,例如,甲向乙购地,约定丙有直接请求权时,丙亦得申请预告登记。登记名义人的同意,非属契约,系实体法上单方的法律行为,具有处分的性质,须登记名义人始得为之。登记名义人非真正所有人,而同意为预告登记时,善意债权人应受“土地法”第 43 条规定的保护。例如,甲向乙购屋,该屋本为丙所有,误以乙之名义为登记,乙同意为预告登记时,甲因信赖该屋为乙所有,取得预告登记。

(3) 办理登记。预告登记为限制登记的一种,系限制登记名义人处分其土地权利所为的登记。登记机关于登记完毕时,应通知申请人及登记名义人(“土地登记规则”第 136 条、第 137 条)。

须再说明的是,预告登记在于保全对不动产物权变动的债权,而债权原则上皆可让与(第 294 条),让与债权时,该债权的担保及其他从属之权利,随同移转予受让人(第 295 条第 1 项)。预告登记与债权既然具有从属性,应随同债权让与而为移转。

3. 预告登记的效力

预告登记制度的核心问题,在于其效力。如何定其效力,在立法政策的考量上有几种可能的规范模式,例如,禁止其后的登记(土地登记的禁止),或禁止登记名义人再为处分。“土地法”为兼顾当事人利益,保持目的与手段的平衡,采取处分相对无效原则,即预告登记未涂销前,登记名义人所为之处分,对于所登记之请求权有妨碍者无效(“土地法”第 79 条之 1 第 2 项)。

所谓处分,指处分行为(物权行为)而言,如所有权的移转、抵押权的设定等;债权行为(如使用借贷)不包括在内。有疑问的是,关于不动产租赁,“民法”第 425 条规定:“出租人于租赁物交付后,承租人占有中,纵将其所有权让与第三人,其租赁契约,对于受让人仍继续存在。”租赁权因而物权化。为贯彻买卖不破租赁,保护承租人的社会原则,宜认为租赁应优先于预告登记而受保护,其效力不因预告登记而受影响。^①

“土地法”既采处分相对无效原则,不采禁止处分或禁止登记主义,

^① 此为德国通说, BGHZ 31, 1. 不同意见 Schwab/Prütting, Sachenrecht, S. 76.

故登记义务人将不动产再行让与第三人,或为第三人设定其他物权,并申请办理登记时,地政机关应予受理,不得拒绝(参见例题)。例如,乙出卖某屋给甲而为移转请求权的预告登记后,仍得将该地所有权让与丙,而为移转登记,丙得对抗任何人,但不得对抗甲。在此情形,丙为登记名义人,对甲而言,乙仍为所有人,故甲得请求乙移转其所有权。若甲与乙间的买卖契约无效,或甲的请求权因契约解除等原因不复存在时,乙就该屋的处分,不生妨碍甲之请求权的问题,对丙绝对有效。

预告登记义务人于预告登记后,仍对其不动产为处分时,预告登记权利人如何将其预告登记推进为本登记,实值研究。依“所为之处分对预告登记之请求权有妨碍者无效”的规定,分三种情形加以说明:

① 甲向乙购屋,为所有权移转请求权的预告登记后,乙将该屋出售给丙,并办毕所有权移转登记时,甲得向乙请求移转所有权登记,向丙请求涂销所有权移转登记。

② 甲向乙购屋,为所有权移转请求权的预告登记后,乙将该屋为丙设定抵押权,并经办理登记时,甲得向乙请求为所有权移转登记,对丙请求涂销限制其权利的抵押权登记。

③ 甲与乙就乙的房屋为设定抵押权的约定(债权契约),并经预告登记后,乙将该屋出售给丙,并办毕所有权移转登记时,甲得向乙请求设定抵押权,并请求丙同意之。

预告登记对于因征收、法院判决或强制执行而为新登记,无排除效力。例如,甲向乙购地,经办毕预告登记,其后该地被政府征收时,甲不得主张其预告登记对于政府取得该地所有权所为的新登记,有排除之效力。

4. 预告登记的消灭

保全的债权请求权,因撤销、契约解除、混同、清偿或其他事由消灭时,登记名义人得申请预告登记之涂销,但须经原申请人之同意,始得为之(“土地登记规则”第146条)。此外,债权人亦得抛弃预告登记,而申请涂销之。

第四节 动产物权的变动

一、依法律行为而生的动产物权变动

关于依法律行为而生的不动产物权变动,“民法”第758条设有统一规定。关于动产物权的变动,则较复杂。第761条规定了动产物权之让与,第764条关于物权抛弃的规定亦适用于动产。第884条规定了动产质权的设定。“动产担保交易法”则规定动产抵押、附条件买卖及信托占有。以下兹仅就动产物权的让与和抛弃说明之。

(一) 动产物权的让与

第761条第1项规定:“动产物权之让与,非将动产交付,不生效力。但受让人已占有动产者,于让与合意时,即生效力。”由此可知,动产物权的让与须具备“让与合意”和“交付”两个要件,分述如下:

1. 让与合意

所谓动产物权,除动产所有权外,尚包括动产质权和留置权。让与合意,系指以动产物权之让与为内容的物权合意,系属物权契约,不以订立书面为必要。此项让与合意得以明示或默示为之,有争议时(如出卖人主张保留所有权),应由让与人负举证责任。民法总则编关于法律行为的规定,债编关于契约成立的规定,对让与合意原则上均有适用或类推适用余地。

2. 交付

动产物权之让与,除让与合意外,尚须交付(交付要件主义、Traditionssprinzip)^①,二者兼具,动产物权之让与始生效力。汽车所有权的移转,亦以让与合意与交付为已足,在监理机关办理过户,系属行政管理事项,非汽车所有权移转的法定要件。^②在买卖契约,买受人已否支付价金,与标的物所有权移转无关。

^① Müller-Erbach, Das Traditionsprinzip bei Erwerb des Eigentums, 1898; Süss, Das Traditionssprinzip: Ein Atavismus des Sachenrechts, Festschrift für Martin Wolf, 1952, 141. ff. 最近重要著作, Ernst, Eigenbesitz und Mobiliärerwerb, 1992.

^② 参见“最高法院”1982年台上字第3923号判决:汽车为动产,依“民法”第761条第1项规定,其物权之让与以交付为生效要件。在监理机关所为过户,属于行政上之监理事项,不生物权移转之效力。

交付有现实交付、简易交付、占有改定、返还请求权的让与(又称为指示交付),后三者为现实交付的替代,学说上称为观念上交付,分述如下^①:

(1) 现实交付

甲售 A 画给乙。乙将转售该画给丙,甲依乙的指示径将该画交付给丙。① 说明 A 画的物权变动。② 设乙、丙间的买卖契约不成立、无效或被撤销时,乙得向丙主张何种权利?

第 761 条第 1 项规定:“动产物权之让与,非将动产交付,不生效力。”交付,系指事实管领力之移转,使受让人取得直接占有,又称为现实交付。事实上管领力已否移转,应依交易观念决之。例如,赠与某机车而交给锁匙,可认为已为现实交付。事实上管领力之移转,须基于让与人之意思,受让人自行占有,不构成交付。例如,甲出售某狗给乙,乙在路上发现该狗,径予牵回,不能取得其所有权。

在现代分工经济交易活动中,物之交付通常多假手他人为之,其主要情形有三种:

① 经由占有辅助人为交付。例如,甲售某车给乙,由甲的司机将汽车交付给乙的司机(第 942 条)。

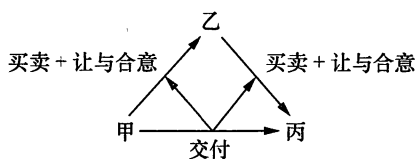
② 经由占有媒介关系而为交付。例如,甲寄某马于乙处,出售给丙,约定由甲将该马交给经营马场之丁,代为训练。乙依甲的指示将该马交付给丁时,在丁与丙间成立占有媒介关系,丁为直接占有人,丙为间接占有人(第 941 条)。

③ 经由所谓被指令人(Geheißperson)而为交付。此在实务上颇为常见。例如,甲售 A 画给乙,乙转售给丙,乙请甲径将该画交付给丙,甲允

^① 关于消费借贷与“民法”第 761 条之适用,实务上有两则案例,可供参考:“最高法院”1982 年台上字第 4876 号判决谓:消费借贷因金钱或其他代替物之交付而生效力,固为“民法”第 475 条所明定,但贷与物之交付,不以现实交付为限,被上诉人业以转账方式,将 80 万元贷款转入上诉人陈秋霞之账户内以代交付,自发生与现实交付同等之效力。1982 年台上字第 4944 号判决:“消费借贷为要物契约,须有标的物之移转,始得成立,虽占有移转无须为现实交付,以有简易交付,占有改定或依指示之占有移转为已足。惟其标的物为金钱,并约定借用应支付利息者,贷与人仅将契约金额之一部分交付,其余部分则作为借用人定期无息存款,仍在贷与人占有中,借用人于所定期间内,既不得提取使用,又无利息之收益,此部分当不能视同占有改定,谓其标的物已移转予借用人,即难认此部分亦成立消费借贷。”须注意的是,“民法”第 475 条已删除,参见第 474 条。

诺而为之。A画所有权究竟如何移转?^①

在此种多层次买卖缩短给付的案例类型,不能认为丙系直接由甲取得A画的所有权,因为丙可能不知甲与乙间的法律关系,究为买卖或租赁等,若为买卖,甲亦可能保留所有权。衡诸当事人间的利益状态,应认为移转所有权的让与合意系在甲与乙、乙与丙间分别作成之。至于甲将该画交付给丙,应认为同时完成甲对乙的交付,及乙对丙的交付(参见下图)。



为解释上述法律关系,德国学说上提出了被指令人(Geheißperson)的概念,即关于甲与乙间的让与,指令丙为交付之受领人,关于乙与丙间之让与,亦指令丙为交付之受领人,故于甲将该画交付予丙时,在一个所谓“法学上瞬间时点”(juristische Sekunde),由乙取得所有权,再移转予丙。易言之,即丙的取得A画所有权,并非直接来自甲,而是经由乙,故乙与丙间的买卖契约不成立、无效或被撤销时,乙得依不当得利规定,向丙请求返还其无法律上原因,而受有“A画所有权”的利益。^②

综据上述,可知移转动产物权而为的现实交付,可经由占有辅助人或间接占有人为之,其必须具备要件有三:

- ① 在让与人方面,须完全丧失其直接占有。
- ② 在受让人方面,须取得直接占有或与第三人成立间接占有关系。
- ③ 此项交付系依让与人的意思而作成。

(2) 简易交付。第761条第1项但书规定:“但受让人已占有动产者,于让与合意时,即生效力。”学说上称为简易交付。法律所以允许此种无形的交付,在于顾及交易便捷。例如,台北某甲出借某计算机给高雄某乙,其后甲出售该计算机给乙,倘采现实交付,乙须将该计算机返还给甲,

^① Von Caemmerer, Übereignung durch Anweisung zur Übergabe, JZ 1963, 586; Walle, Die Übergabe auf Geheiß und der rechtsgeschäftliche Erwerb des Mobiliareigentums, JZ 1974, 689; Martinek, Traditionsprinzip und Geheißerwerb, AcP 188(1988), 574.

^② 参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社2009年版,第164页。

甲再行交付计算机给乙,南北往返,甚不经济,故于此等情形,法律明定于让与合意时,即可发生移转的效力。为贯彻此项立法目的,解释上应认为受让人占有动产的原因,究为租赁、寄托、使用借贷,或拾得遗失物,有权占有或无权占有,均所不问。例如,甲盗画家某乙的作品,被警捕获,乙查知甲酷爱该画,颇具欣赏能力,乃表示愿赠与该画给甲,甲为允诺时,乙即取得其所有权。

(3) 占有改定。第 761 条第 2 项规定:“让与动产物权,而让与人仍继续占有动产者,让与人与受让人间,得订立契约,使受让人因此取得间接占有,以代交付。”学说上称为占有改定,立法理由亦在于简化动产物权的移转。例如,甲出售某钢琴给乙,若甲尚须使用该琴参加比赛,得与乙为让与合意,并订立使用借贷或租赁契约,由乙取得间接占有,以替代现实交付,而完成钢琴所有权之移转。^① 此项占有改定须让与人与受让人订立足使受让人因此取得间接占有之契约,始足当之。如仅单纯约定让与人为受让人占有,并无间接占有关系存在,尚不成立占有改定。^② 所谓契约,不限其种类,使用借贷、租赁、寄托皆可,但必须存在于让与人与受让人之间。受让人须取得间接占有,至于让与人究为直接占有人或间接占有人,在所不问。例如,甲有某机车寄放乙处,甲将该车出售给丙,与丙订立租赁契约,以代交付,使丙取得所有权。在此情形,存在着多层次的占有关系,即乙为直接占有人,甲为间接占有人,丙亦为间接占有人。

基于交易上实际需要,占有改定亦得预定为之(预定的占有改定, *antezipiertes Besitzkonstitut*)。例如,甲向乙购买某件尚未烧制的瓷器,预为让与合意,并订立由乙保管的契约。在此情形,一旦瓷器烧制完成时,即由甲取得间接占有,以代交付,而由甲取得该瓷器所有权。^③

又占有改定多用于动产让与担保,俟于论及担保物权时再为详述。

(4) 返还请求权的让与(指示交付)^④。第 761 条第 3 项规定:“让与

① 买受人购买土鸡委托出卖人饲养,亦成立占有改定,参见“最高法院”1989 年台上字第 509 号判决(《“最高法院”刑事裁判选辑》,第 10 卷,第 1 期,第 185 页)。

② 参见“最高法院”2006 年台上字第 764 号、第 2713 号判决。

③ 关于预定的占有改定,参见 Müller, Sachenrecht, Rdnr. 2376。

④ 参见蔡明诚:《现实交付与返还请求权之让与》,载《台湾本土法学杂志》,第 18 期,第 165 页。

动产物权,如其动产由第三人占有时,让与人得以对于第三人之返还请求权,让与受让人,以代交付。”学上说返还请求权之让与,或指示交付,立法理由亦基于简便原则。例如,甲将出租给乙的汽车让售给丙,现实交付须俟租约终止,而丙亦可能愿意承受该租赁契约(第425条),在此情形,依返还请求权之让与,以代交付,使丙取得该车所有权,实符合当事人利益。关于本项规定的适用,分四种情形加以说明:

① 让与人系间接占有人(如出租人、贷与人、寄托人)时,得将其基于占有媒介关系(租赁、使用借贷、寄托)所生的债权返还请求权让与受让人,以代交付。此项返还请求权之让与同时为间接占有之移转。须注意的是,此种情形并非所有物返还请求权之让与,而是受让人因取得动产所有权,而发生所有物返还请求权。

② 让与人非间接占有人时,得让与其基于侵权行为或不当得利而发生的返还请求权。此种返还请求权之让与,与占有之移转无关。在此情形,其所让与者,亦非所有物返还请求权,而是受让人因取得所有权,而得主张所有物返还请求权。

③ 让与人既非间接占有人,亦无其他可让与的返还请求权,仅有所有物返还请求权,亦属有之。例如,遗失满天星劳力士金表,此类案例如何处理,甚有争论。通说认为,所有人得让与其所有物返还请求权(第767条),以代交付,其理由有二:

A. 所让与的返还请求权不以对特定第三人为限。

B. 所谓对于第三人的返还请求权包括所有物返还请求权。

须注意的是,学说上有不同见解,认为所有物返还请求权不能脱离所有权而为让与,仅能在所有权受让人身上重新产生,从而在此类案例应认为所有权因让与合意而移转,不以交付为必要,受让人得基于其所取得的所有权向占有其物之人,请求返还。^①

④ 动产物权经证券化时,其物权变动须交付表彰动产物权的证券,以代替该动产之交付。第629条规定:“交付提单于有受领物品权利之人时,其交付就物品所有权移转之关系,与物品之交付,有同一之效力。”故物品所有权移转,于交付提单时即已发生,不以现实交付物品为要件(请参阅第618条关于仓单,“海商法”第60条关于载货证券的规定)。

^① Baur/Stürmer, Sachenrecht, S. 584ff.; Schapp, Sachenrecht, S. 108ff.

返还请求权的让与亦得默示为之,通常于让与合意时作成之,不以通知第三人为必要。在让与债权返还请求权之情形,应有第 297 条第 1 项本文规定的适用,即:“债权之让与,非经让与人或受让人通知债务人,对于债务人不生效力。”此项规定于让与其他请求权之情形应类推适用之。第三人未受通知而将动产返还给原让与人(原所有人)时,对受让人(新所有人)免其返还之义务,受让人得依不当得利规定向让与人请求返还其物。

3. 代理与动产物权之让与

(1) 甲交付 100 万元给乙,委其购画,并授予代理权。乙以甲之名义向丙购 A 画,并依让与合意支付价金,受领该画。试说明:100 万元和 A 画所有权的变动。乙在受领 A 画后,即擅以之作为己有出售给丁,并为交付时,其法律关系如何?

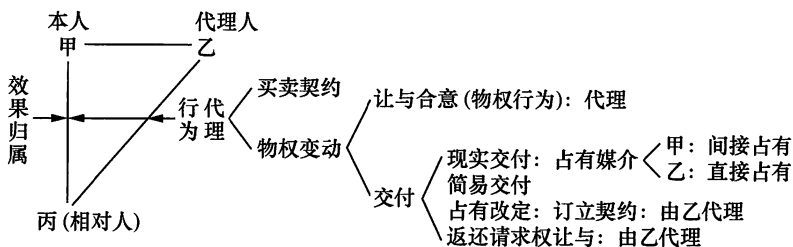
(2) 在前例,设甲委任乙,以乙自己名义向丙购 A 画,支付价金,受让该画所有权时,当事人间的法律关系如何? 设甲委任乙,以乙自己名义出售 B 画给丙,其法律关系有何不同?

依“民法”第 761 条规定,动产物权之让与须兼具两个要件:一为让与合意(物权契约);二为交付(现实交付、简易交付、占有改定、指示交付)。在现代社会,动产物权之让与多以代理为之,有特别说明的必要。分直接代理与间接代理两种情形加以说明:

(1) 直接代理,指代理人于代理权限内,以本人名义所为之意思表示或受意思表示,直接对本人发生效力(第 103 条)。“民法”所称代理,指直接代理而言。“民法”关于代理之规定于债权行为和物权行为上的意思表示,均有适用余地。例如,甲交付某笔金钱给乙,委其购画,并授与代理权。乙以甲名义向丙购买 A 画,乙依让与合意支付价金,并受领 A 画。在此情形,乙(代理人)系以甲(本人)的名义与丙订立买卖契约(债权行为),其效力及于甲(本人),甲得向丙请求交付 A 画,并移转其所有权,丙得向甲请求支付价金。

须注意的是,关于动产物权(A 画和货币所有权)的移转,其让与合意亦可代理为之,故乙得以甲之名义为受让该画所有权及支付价金的物权的意思表示,其效力均及于甲。问题在于交付如何作成。在简易交付,受让人已占有动产,不生问题。在占有改定或返还请求权让与的情形,其所订立的契约或让与亦得代理。至于现实交付,因系事实行为,不能适用

代理的规定,除由让与人自为占有之移转外,仅得经由占有辅助人或占有媒介人为之。在上举甲委乙购画之例,丙将该画交付给乙,在甲与乙间成立占有媒介关系,甲为间接占有人,乙为直接占有人,甲因而取得该画的所有权。倘乙擅将该画作为己有让售给丁,并依让与合意移转其所有权时,构成无权处分,设丁为善意,得取得其所有权(第 801 条、第 948 条)。甲仅得依债务不履行、侵权行为或不当得利之规定,向乙请求损害赔偿,或返还其无法律上原因所受之利益。此涉及较精细的法学理论构成,为便于观察,图示如下:



(2) 间接代理。所谓间接代理,指以自己之名义为本人之计算而为法律行为。现行“民法”对间接代理未设共通原则,仅就行纪设有特别规定(第 576 条以下)。兹分受让人方面的间接代理,及让与人方面的间接代理两种情形说明:

① 受让人方面的间接代理。甲委任乙,以乙自己名义购 A 画,乙与丙订立买卖契约时,其效力不及于甲,由乙自己取得债权,负担债务。乙与丙作成让与合意,乙因丙之交付而取得 A 画所有权。甲得本于委任向乙请求移转该画所有权(第 541 条)。若甲欲径由丙取得 A 画所有权,法律技术上可采取的途径,系由甲与乙预先约定所有权移转的让与合意及占有改定,使乙自出卖人丙取得该画所有权之际,其所有权即行移转给甲。

② 让与人方面的间接代理。甲交 B 画给乙,委其以乙自己之名义出售。乙与丙订立买卖契约,其效力不及于甲,由乙自行取得债权,负担债务。关于 B 画所有权的移转,乙虽系以自己名义为之,但既经甲之授权,

赋予得以自己名义处分该画的权限(处分授权)^①,故乙得与丙作成有效的让与合意。至于交付,于甲交B画给乙时,成立占有媒介关系(第941条),乙为直接占有人,甲为间接占有人;于乙将该画交付给丙之际,此项媒介关系归于消灭,丙亦因而取得B画所有权。丙所支付之价金,由乙取得之,应依委任关系,移转给甲,自不待言。

(二) 动产物权的抛弃

“民法”第764条第1项规定:“物权除法律另有规定外,因抛弃而消灭。”对动产物权亦有适用。抛弃动产物权者,并应抛弃动产之占有(第764条第3项)。动产因抛弃而成为无主物,得由他人先占(第802条)。

二、非依法律行为而生的动产物权变动

(一) 概说

非依法律行为取得动产物权的主要情形,如继承、强制执行、征收或法院判决等。值得注意的是,民法关于动产物权的得丧变动尚设有许多重要规定,除混同外,有时效取得、善意取得、先占、遗失物拾得及添附等,较不动产物权为复杂,俟于讨论动产所有权时,再行详述。

(二) 混同

第762条和第763条关于物权混同的规定,对动产物权亦有适用余地:

1. 动产所有权与定限物权混同

第762条规定:“同一物之所有权及其他物权,归属于一人者,其他物权因混同而消灭。”例如,甲就其所有的古董为乙设定动产质权,其后乙因购买该古董,而取得其所有权时,则所有权与动产质权(定限物权)归于一人,其动产质权因混同而消灭。依同法条但书规定:“但其他物权之存续,于所有人或第三人有法律上之利益者,不在此限。”例如,甲将其所有之汽车先设定动产抵押权予乙,后又设定动产抵押权予丙,乙为第一抵押权人,丙为第二抵押权人,若其后乙为甲之继承人而取得汽车所有权时,该动产抵押权之存续对乙有法律上利益,不因混同而消灭。

^① 关于处分授权(Verfügungsermächtigung),参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第353页。

2. 定限物权与以该定限物权为标的物之权利混同

第 763 条第 1 项规定：“所有权以外之物权，及以该物权为标的物之权利，归属于一人者，其权利因混同而消灭。”例如，甲以其在乙古董上的动产抵押权（随同债权）设定权利质权予丙，其后丙因继承而取得该动产抵押权时，则该动产抵押权（定限物权）与以该动产抵押权为标的物的权利质权，归属于一人，其权利质权消灭。设甲就其在乙古董上的动产抵押权（随同债权）先后设定质权予丙、丁，其后甲因继承而取得丁的权利质权时，虽系动产抵押权与以该动产抵押权为标的物的权利质权，归于甲一人，但为丙之利益，其权利质权不因混同而消灭（第 763 条第 2 项，准用第 762 条但书）。

第五节 体系构成及综合实例

一、物权变动的体系构成

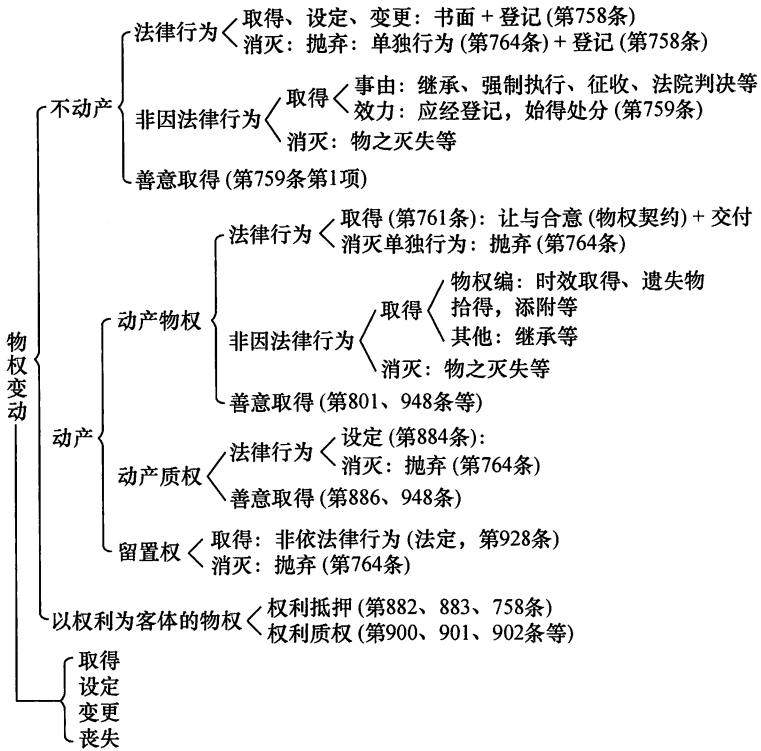
物权变动系物权法的核心问题。在体系构成上，就客体言，分为不动产物权、动产物权及以权利为客体的物权。就变动的原因言，有为依法律行为，有为非依法律行为，须注意的是，此之所谓法律行为系指物权行为而言。

关于不动产物权，其依法律行为而发生变更者，“民法”设统一规定，即无论其所有权的移转，担保物权，或用益物权的设定，及不动产物权的抛弃，均须经登记，始生效力。非因法律行为而取得不动产物权，如继承、强制执行、征收、法院判决等，应经登记，始得处分。关于不动产物权之善意取得，系于第 759 条之 1 设其规定。

关于动产物权，依法律行为而发生者，“民法”分别就动产物权让与、动产质权设定及动产物权抛弃，设有规定。其非因法律行为而取得动产物权，除继承、强制执行、征收或法院判决外，在民法物权编规定者，有时效取得、先占、遗失物拾得、发现埋藏物及添附等。对动产所有权及质权之善意取得民法设有明文。

关于以权利为客体的物权，权利抵押准用不动产抵押的规定，权利质权，准用动产质权的规定。

兹将物权变动的体系，图示如下。须先再说明的是，以下所称法律行为均指物权行为而言。



二、不动产物权的变动

甲出售 A 地予乙，其后见地价高涨，为避免乙的强制执行，与丙通谋虚伪作成买卖，并办理所有权移转登记。丙死亡，丁继承，办理继承登记后，将该地设定抵押权予戊。丁、戊均不知甲、丙间的通谋虚伪意思表示。试说明当事人间之法律关系。

前揭例题系关于不动产物权的变动，尤其是善意取得问题。为确定当事人间得主张的权利，首先应探讨 A 地的物权变动。

(一) 物权变动关系

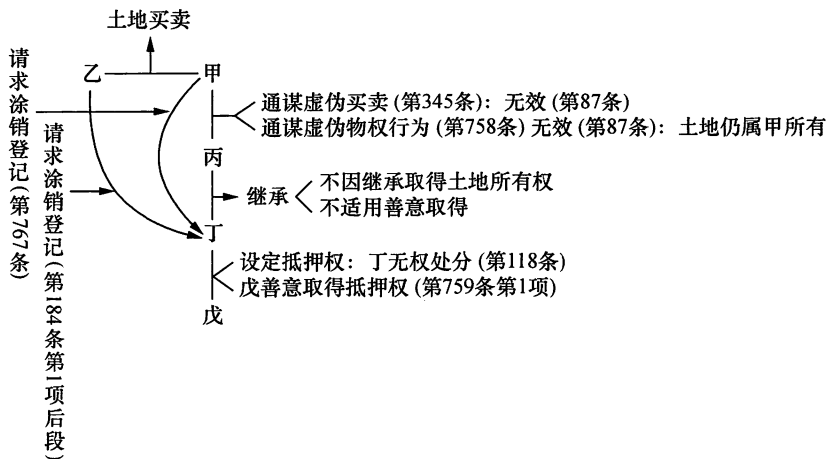
甲售 A 地给乙，买卖契约有效成立，乙得向甲请求交付该地，并移转其所有权 (第 348 条)。甲为避免乙对该地的强制执行，与丙通谋虚伪为该地的买卖，并办理登记，移转其所有权，甲与丙作成的两个法律行为 (买卖契约及物权行为)，均属无效 (第 87 条)，丙不能取得该地所有权。

丙死亡,由其子丁继承,就该地办理继承登记。如前所述,丙与甲通谋虚伪为A地的买卖及移转其所有权,其法律行为无效,丙不能取得该地所有权。在此情形,丁得否主张其为“民法”第87条所称善意第三人?关于此点,应采否定说,第87条规定通谋虚伪意思表示之无效,不得对抗善意第三人,所谓第三人不包括继承人在内。另外,丁可否主张因信赖土地登记而取得A地所有权?关于此点,“最高法院”1972年台再字第56号判决谓:“土地法”第43条所谓登记,系为保护因信赖登记取得土地权利新登记之第三人而设,所谓第三人不包括继承人在内。此项见解可资赞同,因善意取得制度旨在维护交易安全,不适用于依法律规定而生的物权变动。

丁未因继承而取得A地所有权,而将A地设定抵押予戊,第87条所谓通谋虚伪意思表示,不得以其无效对抗善意第三人,对戊应有适用余地。此外,戊亦因信赖登记,应受第759条之1规定登记有推定权利适法的保护,而善意取得抵押权。

(二) 当事人间得主张的权利

综据上述,A地所有权虽经办理继承登记,丁仍不能取得其所有权,该地仍属甲所有。戊则因信赖土地登记而取得抵押权。甲得依第767条规定对丁主张所有权妨害除去请求权,请求涂销所有权登记,但戊所取得的抵押权不因此而受影响。甲怠于行使其权利时,乙可代位行使之(第242条)。此外,乙亦可依侵权行为规定请求丁涂销登记,于该地恢复登记于甲之名义时,乙得对该地为强制执行。(参阅下列图示)



三、动产物权变动

甲继承其父遗留的 A 小提琴,即出卖予乙,约定于 3 月 3 日交琴。甲于 3 月 3 日向乙表示愿意让与该琴所有权,但欲借用 3 日,乙同意之,并即开具支票支付。甲复于 3 月 4 日将该琴出售予丙,并即依让与合意交付之。甲于 3 月 5 日复将该琴出卖予丁,对丁虚称该琴借丙使用,愿将其对丙之返还请求权让与予丁,以代交付,移转该琴所有权。试说明当事人间的法律关系。

上揭例题系关于动产物权的变动,尤其是交付的问题。所应检讨者,系乙、丙或丁得对甲主张何种权利。为确定当事人间的法律关系,首先应探讨该琴所有权的变动。

(一) 物权变动

甲继承其父遗留的小提琴,系依法律规定而取得其所有权(第 1148 条)。甲出售该琴予乙,于 3 月 3 日向乙表示愿意让与该琴所有权,但因参加比赛欲借用 3 日,乙同意之。甲与乙就琴所有权之移转作成让与合意,至其交付,系采占有改定的方式,即甲与乙间订立使用借贷契约,使乙因此取得间接占有,以代交付。乙依第 761 条第 2 项规定取得该琴所有权。

甲于 3 月 4 日将该琴出售予丙,系出卖他人(乙)之物,买卖契约仍属有效成立。甲无移转该琴所有权之权利,而让与该琴所有权予丙(无权处分),丙善意(由法律推定,第 944 条第 1 项)受让该琴之占有,仍能取得其所有权(第 801 条,第 948 条)。

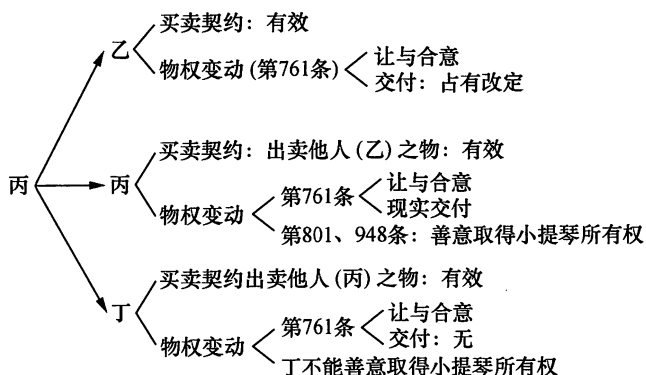
甲于 3 月 5 日复将该琴出售予丁,亦系出卖他人(丙)之物,买卖契约仍属有效。甲无移转该琴所有权之权利,丁得否取得其所有权,端视是否善意受让该琴之占有而定。第 801 条及第 948 条规定受让动产之占有,固包括返还请求权之让与在内,甲于 3 月 4 日将该琴出售予丙,并依让与合意交付之,由丙善意取得所有权,甲对丙并无任何债权或物权之请求权可供让与,丁无从受让其占有,纵属善意,亦不能取得该琴所有权。

(二) 当事人间得主张的权利

综据上述,就物权变动言,甲因继承取得小提琴所有权,乙基于买卖契约依占有改定自甲受让该琴所有权,甲出售该琴予丙,对该琴为无权处

分,并为交付,由丙善意取得所有权,致乙之所有权消灭。甲复出售该琴予丁,对该琴为无权处分,因甲对丙无返还请求权,丁未受让该琴占有,无从依第 801 条及第 948 条规定取得其所有权。就债权关系,乙得对甲主张不当得利返还请求权及侵权行为损害赔偿请求权。丁得对甲主张给付不能之债务不履行损害赔偿(第 226 条)。

为便于观察,将本例所涉及的基本法律关系图示如下:



四、不动产所有权“登记涂销”请求权与不动产所有权“移转登记”请求权

1. 甲出卖某地给乙,经办理所有权移转登记,其后发现该买卖合同不成立、无效或被撤销时,甲得对乙主张何种权利?

2. 设该移转土地所有权的物权行为亦有无效原因或被撤销时,甲得对乙主张何种权利?

“民法”第 767 条规定所有人对于妨害其所有权者,得请求除去之。此项所有权妨害除去请求权包括不动产“登记涂销”请求权,而此须以登记名义人未取得不动产所有权,且无有效原因行为(如买卖合同)为前提(参阅例题 2)。“最高法院”1999 年台上字第 1511 号判决谓:按“土地法”第 43 条所谓登记有绝对效力,系为保护因信赖登记取得不动产权利之第三人而设,故登记原因无效或得撤销时,在第三人未取得不动产权利前,真正权利人对于登记名义人自仍得主张之。是不动产所有权之登记,在第三人尚未信赖该登记而取得权利新登记前,并不能据以排斥真正之权利人,如该登记原因有无效或撤销之情形,真正所有人对于登记名义人

仍得为“民法”第 767 条所有人之物上请求权之主张。可资参照。须注意的是,已登记不动产所有人之妨害除去请求权,无第 125 条消灭时效规定之适用(“司法院”大法官释字第 164 号)。

不动产所有权“移转登记”请求权,系以移转不动产所有权为内容,除买卖、赠与等外,得以不当得利为其请求权基础,即无法律上原因,受有取得不动产所有权的利益,致他人受损害时,应依不当得利规定,将该不动产所有权移转登记于受损人(第 179 条)(参见例题 1)。诚如“最高法院”2000 年台上字第 945 号判决所云:无法律上之原因而受利益,致他人受损害者,应返还其利益。虽有法律上之原因,而其后已不存在者,亦同。“民法”第 179 条定有明文。无法律上之原因取得不动产所有权而受利益,致他人受损害者,该他人自得依不当得利规定,请求移转不动产所有权登记,以返还利益,并不发生涂销登记之问题。

第四章 所有权

第一节 概 说

一、所有权的意义、功能和保障

(一) 所有权的意义和性质

1. 所有权的意义

所有权系典型的物权,或物权的原型。“民法”对所有权未设定义性条文,第 765 条系关于所有权的内容,台湾通说参照此项规定认为,所有者,指于法令限制之范围内,对物为全面支配的权利。兹先分两点言之:

(1) 对物为全面支配。所有权系对物为一般概括支配的权利,所有人对标的物得为占有、自由使用、收益、处分,并排除他人之干涉。其他物权(用益物权或担保物权)则仅能于一定范围内对物为支配。此为所有权与其他物权主要不同的所在。

(2) 法令限制。法令限制应纳入所有权概念之内。所有权概念建立于公元前 2 世纪的罗马法,从来就未曾是一个不受限制,不负义务的权利。13 世纪意大利注释法学派大师 Bartolus 首次将所有权定义为:“所有者,除法律禁止外,得对有体物为不受限制处分之权利。”^①

^① Bartolus, D, 41, 2, 17n4: “jus de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur” (Eigentum ist das Recht, über eine körperliche Sache uneingeschränkt zu disponieren, soweit es das Gesetz nicht verbietet), 引自 Wieling, Sachenrecht. S. 260. Bartolus de Saxoferrato (1314-1357) 是罗马法评论法学派最著名、最具代表性的学者。关于其生平,参见 Keinheyer/Schröder, Deutsche und Europäische Juristen aus neuen Jahrhunderten; 许兰译:《九百年来德意志及欧洲法学家》,法律出版社 2005 年版,第 40 页。

2. 所有权的性质

综据前述关于所有权的意义,可知所有权具有如下的性质:

(1) 整体性。所有权不是占有、使用、收益、处分等各种权能在量上的总合,而是一个整体(浑然一体)的权利。不动产的所有人就其物为他人设定典权、抵押权后,再予出卖,并为预告登记时,其使用、收益、处分等权能或尽归他人享有,或受限制,所有权虽已裸体化(虚有化),徒拥其名,但所有权之为所有权的性质不因此而受影响。所有权既具整体性,故不能在内容或时间上加以分割。在所有物上设定用益物权或担保物权,不是让与所有权的一部分,而是创设一个新的、独立的物权。在所谓的附条件买卖,例如,甲出卖某车给乙,约定价金全部清偿前,仍保留所有权时,该车的所有权并不随着每期价金的支付而移转,买受人纵已支付99%的价金,标的物的所有权仍属于出卖人,买受人所取得者,仅是期待权而已。在让与担保的情形,例如,甲以担保债权之目的将某不动产所有权移转于乙时,乙在法律上取得完全所有权,其处分纵违反内部担保约款,仍属有效。^①

(2) 弹性性。所有权因同一标的物设有用益物权或担保物权而受限制,但此项限制一旦除去,所有权即恢复其圆满状态。须注意的是,债权亦具有一定程度弹性性(或扩张力),例如,债权因设定权利质权而受限制,权利质权一旦消灭,债权即恢复其不受限制的状态。

(3) 永久性。所有权以永久存续为本质,当事人不得依契约预定其存续期间,与地上权或抵押权得定其存续期间不同。所有权的移转得附解除条件或终期,于条件成就或期限届满时发生权利主体变更,但对所有权本身,并无影响。

(4) 社会性。所有权受法令的限制,负有义务,以维护社会公益。此为所有权固有的拘束,自由与限制相伴相生,构成所有权的内容。

^① 参见已不再援用的“最高法院”1973年台上字第2996号判例:“民法”并无关于信托行为之规定,亦无信托法之颁行,通常所谓信托行为,系指信托人将财产所有权移转与受托人,使其成为权利人,以达到当事人间一定目的之法律行为而言。受托人在法律上为所有权人,其就受托财产所为一切处分行为,完全有效。纵令其处分违反信托之内容约定,信托人亦不过得请求赔偿因违反约定所受之损害,在受托人未将受托财产移转予信托人以前,不能谓该财产仍为信托人之所有。

(二) 所有权的功能

“民法”上的所有权,系以物为客体,指私的所有权而言。英国伟大法学家 Blackstone 在其名著“*Commentaries on the Laws of England*”中曾谓:“没有任何事物像所有权一样,如此普遍地激发想象力而又触动人的情怀;也没有任何事物像所有权一样,让一个人对世界外在之物得为主张与行使独自且专断的支配,并完全排除其他个人的权利。然而却只有极少数人愿花费心力,去思考此项权利的起源与基础。”^①19世纪以来,关于所有权的起源和基础,学说极多,有神授说、法定说、自然权说、先占说、劳力说、社会说等不同理论,涉及政治、社会、经济、哲学等多层面问题,非吾人在此所能论述。^②应特别指出的是,与所有权制度的功能随时代而变迁,与经济、社会、伦理具有密切关系,简要说明如下:

1. 所有权与经济制度

私有财产制度系市场经济的基础。私人(自然人或法人)得拥有不动产、动产(包括生产资料),得自由使用,从事生产或消费,虽然国家能够透过法律或政策加以影响,但最后仍由多数所有人作其决定,经由市场协调之。私有制的优点在于提高生产效率,增加财富,累积资本及保障自由。其缺点在于企业力量不断膨胀,独占市场造成垄断剥削,如何防范企业滥用其权利,乃法律的重要任务,其可采取的措施如建立公平竞争秩序,合理规范不正当竞争,促进劳资磋商,使劳务者参与生产过程及利润的分配,并强化对消费者的保护。必须强调的是,政治的民主化亦有助于缓和私的所有权的影响力。

2. 所有权与社会秩序

所有权制度也是社会秩序的基础。土地、房屋、企业及资源得为私有,基本上决定了一个社会的结构。私有制有助于增进社会流动,但贫富不均造成社会不公平,土地、住屋取得困难,使许多人成为“无壳蜗牛”,影响社会安定。因此国家应该采取必要政策,抑制土地投机牟利,缩小贫富差距,合理地分配财富,以维护社会公道,并保障和谐的社会生活。

^① William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Bk. II, Ch. 1, p. 2 (1765-1769).

^② 参见郑玉波:《民法物权》,第64页;川岛武宜:《所有权的理论》,岩波书店,昭和24年;Wieling, *Sachenrecht*, S. 249ff.; M. Stephen R. Munzer, *A Theory of Property*, 1990 (Cambridge University Press); James Penner, *The Idea of Property in Law*, 2000 (Oxford University Press).

3. 所有权与人格伦理

个人的自我实现及人格发展,必须有其可以支配的物质。所有权是个人自主独立的前提,没有个人自主,民主社会难以存在。所有权制度固然会使人自私,但也会唤醒所有权人对家庭、后代的关怀,对社会的回馈,具有伦理的价值。

(三) 所有权的保障

“宪法”第 15 条规定财产权应予保障,以所有权为核心领域。此种宪法上的保障可从两方面加以观察:

(1) 制度保障,即以所有权作为一种制度加以维护。典权、永佃权等个别物权固可废除,但所有权制度则须维持,私法的存在亦因此获得保障。

(2) 个别保障,即以所有权作为属于个人的一种权利加以维护。对国家而言,所有权系一种基本权,其限制必须以法律为之(“宪法”第 23 条)。

二、所有权的权能及限制

(一) 所有权的权能

“民法”第 765 条规定:“所有人,于法令限制之范围内,得自由使用、收益、处分其所有物,并排除他人之干涉。”由此可知所有权内容包括积极和消极权能,分述如下:

1. 所有权的积极权能

(1) 占有。“民法”第 765 条未列入占有,但应肯定其为所有权的一种基本权能。物之使用、收益,皆以占有为必要。第 767 条规定所有物返还请求权旨在恢复所有人对物的占有。

(2) 使用。使用指依物的用法,不毁损其物或变更其性质,以供生活上需要而言,例如居住房屋,耕作土地,乘用车马,穿着衣服,弹奏乐器。

(3) 收益。收益指收取所有物的天然孳息(养牛取乳、耕地收谷)和法定孳息(如赁屋收租,贷钱吃息)。第 766 条规定:“物之成分及其天然孳息,于分离后,除法律另有规定外,仍属于其物之所有人。”此项规定系基于“权利继续原则”,分离的原因如何,在所不问。所谓法律另有规定,如第 70 条(天然孳息归属于收取权人)、第 798 条(果实自落邻地,视为属于邻地所有人)、第 952 条(孳息归属于善意占有人)。兹举一例加以

说明:甲将其果园和房舍出租予乙经营。台风来袭,将果树连根拔起,果实部分落于丙地,房屋倾倒。在此情形,果树及房屋建材仍属于其物所有人甲。果实归属于收取权人乙^①,其落于邻地的果实,由丙取得其所有权。

(4) 处分。处分应从广义解释,包括事实上处分和法律上处分。前者指有形的变更或毁损物的本体,例如,拆除围墙,解剖动物,裁布制衣,以材料生产物品。后者包括债权行为(如租赁、买卖)和物权行为(如所有权的移转、抛弃、担保物权的设定)。

2. 所有权的消极权能

排除他人之干涉,为所有权的消极权能,系所有权作为一种绝对权的特色,得对任何人主张之。其排除的方法主要为“民法”第767条规定的所有人物上请求权。所谓干涉,系指对所有权的不法直接侵夺、干扰或妨害而言,例如无权占有他人房屋,丢弃废料于他人的土地等。消极的干涉(如兴建大厦遮掩邻地阳光),精神的干涉(如开设娼院影响邻居生活),均不能认系侵害他人的所有权^②,仅于认定其系故意以悖于善良风俗之方法,加损害于所有人时,该所有人始得依“民法”第184条第1项后段规定向加害人请求损害赔偿。

(二) 所有权的限制

请查阅下列规定(务请先阅读之!),说明法令如何对所有权加以限制,其限制法令的性质,限制的目的,限制的内容,及所有人所受的拘束。(1)“民法”第775条;(2)“农业发展条例”旧第11条规定;(3)“动物保护法”第20条;(4)“文化资产保存法”第13条等;(5)“大众捷运法”第19条。

1. 所有权应受法令限制

自由与限制相伴而成,共同构成所有权的内容。所有权的积极权能

^① 参见“最高法院”1959年台上字第1086号判例:“土地所有人本于所有权之作用,就其所有土地固有使用收益之权,但如将所有土地出租于人而收取法定孳息,则承租人为有收取天然孳息权利之人,在租赁关系存续中,即为其权利之存续期间,取得与土地分离之孳息。”

^② 实务上有一则法律问题:“甲之建地与公有道路相邻,乙窃占该道路,围以竹篱饲养牲畜,甲无法通过该道路运输材料,至其建地不能发挥建筑房屋之目的。”前“司法行政部”研究意见认为:“民法”第767条所规定除去侵害之请求权,系指所有物直接受侵害而言,乙所窃占者为公路,并非甲之建地,甲不能主张所有权被妨害而请求除去之。可供参照。

(占有、使用、收益、处分)和消极权能(如排除他人干涉),均应受法令限制,应先综合说明者有四:

(1) 其受限制者,除不动产外,亦包括动产,如动物(参阅“动物保护法”)、枪炮、弹药(参阅“枪炮、弹药、刀械管制条款”)。

(2) 所谓法令,指法律和行政机关所颁布的命令,无法律上根据的命令,不得对所有权加以限制。法令对所有权的限制不得违反宪法保障财产权的意旨(“宪法”第15条、第23条)。法令包括公法和私法,而以公法上的限制较多。

(3) 对所有权限制之目的,有为保障个人利益者(如“民法”上的相邻关系、“公寓大厦管理条例”);有为保障国家公共利益、社会共同生活(如“枪炮、弹药、刀械管制条例”),保全自然生态和文化资产(如“野生动物保护法”、“文化资产保存法”)。

(4) 所有权因法令而受限制,所有人应负何种义务,视法令内容而定。有为容忍他人干涉或侵害的义务(如“民法”第775条、“电信法”第37条);有为负一定不作为义务(如“民法”第777条、“水利法”第78条);有为负一定作为义务(如“民法”第795条、“森林法”第38条)。

2. 私法上的限制

私法上对所有权的限制,主要在于保障个人利益,兹分民法、特别法、受第三人权利限制及债法上的拘束四种情形说明如下:

(1) 民法规定

① 权利滥用。“民法”第148条规定:“权利之行使,不得违反公共利益,或以损害他人为主要目的。行使权利,履行义务,应依诚实及信用方法。”本条所谓权利,包括物权,尤其是所有权在内。物权之行使以损害他人为主要目的,其最显著之例,系嫉妒建筑,即故意建筑高墙,挡住他人的阳光或眺望。值得注意的是,“最高法院”1982年台上字第737号判例谓:“查权利之行使,是否以损害他人为主要目的,应就权利人因权利行使所能取得之利益,与他人及国家社会因其权利行使所受之损失,比较衡量以定之。倘其权利之行使,自己所得利益极少,而他人及国家社会所受之损失甚大者,非不得视为以损害他人为主要目的,此乃权利社会化之基本内涵所必然之解释。”此项判例系采利益衡量的观点,兼顾私益与公益,实

值赞同。^①

② 诚信原则。权利之行使,应依诚实信用原则,为1982年修订民法总则时所增订。在此以前,“最高法院”曾拘泥于“民法”第219条“行使债权,履行债务,应依诚实及信用方法”规定之文义,认为诚信原则仅适用于债之关系,甚受批评。^② 诚信原则对所有权行使的规范亦应有其适用,例如,甲承租乙的房屋,租期届满后继续居住,乙于甲结婚前夕突然要求甲立即迁让房屋,其权利的行使,有违诚信原则。

③ 自卫行为。“民法”关于正当防卫、紧急避险、自助行为之规定(第149条以下),亦属所有权的限制。例如,甲持木棍击乙,乙对此种现时不法之侵害,为防卫自己之权利,得夺甲之木棍而反击之(正当防卫);甲持刀追杀乙,乙为避免急迫危险,得使用丙之机车(紧急避险);甲知其债务人乙卷款潜逃国外,因不及受法院或其他有关机关援助,于必要时得押收其款项(自助行为)。

(2) 特别法规定。特别民法对所有权的限制,如“公寓大厦管理条例”第8条规定:“公寓大厦周围上下、外墙面、楼顶平台及不属专有部分之防空避难设备,其变更构造、颜色、设置广告物、铁铝窗或其他类似之行为,除应依法令规定办理外,该公寓大厦规约另有规定或区分所有权人会议已有决议,经向直辖市、县(市)主管机关完成报备有案者,应受该规约或区分所有权人会议决议之限制,住户违反前项规定,管理负责人或管理委员会应予制止,经制止而不遵从者,应报请主管机关依第49条第1项规定处理,该住户应于1个月内恢复原状。届期未恢复原状者,得由管理负责人或管理委员会恢复原状,其费用由该住户负担。”由此规定可知,对所有权的限制,得兼有私法和公法的手段。

(3) 受第三人权利的限制。所谓受第三人权利的限制,指于所有物上设定他物权(用益物权或担保物权)而言。例如,甲以其土地为乙设定地上权时,甲对土地使用收益的权利即因此而受限制。

(4) 债法上的拘束。所有人因债权契约就物之使用收益处分而受限制的,颇为常见,如租赁、使用借贷等,但非属第765条所称“法令之限

① 参见“最高法院”2008年台上字第177号判决。

② 参见拙著:《诚信原则仅适用于债之关系?》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版,第149页。

制”。当事人订约禁止所有权受让人处分所有权,或其处分须经监督者,其效力如何?最高法院1941年上字第121号判例谓:“所有权之让与人与受让人,于不违反公益之程度,所订禁止受让人处分所有权之特约,固应认为有效。但仅于当事人间发生债之关系,不能发生物权之效力。”又1943年上字第11号判例谓:“某甲将财产分给诸孙,其所立析产证书内虽载有监督之权字样。然将财产给予子孙,移转所有权后,限制其处分,无对抗第三人之效力。”由此两则判例可知,此项以契约对所有权处分权能的限制,仅具有债权性质,无对抗第三人的效力。

3. 公法上限制

公法对所有权的限制,旨在保护社会公益,多属行政法规,日益增加,范围广泛,种类甚多。限制所有权的法令,包括土地法规(如“土地法”、“土地征收条例”、“耕地三七五减租条例”、“都市计划法”等)、营建法规(如“建筑法”、“山坡地开发建筑管理办法”)、公用事业法规(如“电业法”、“水利法”等)、环保法规(如“空气污染防制法”、“噪音管制法”等)及“文化资产保存法”等。就受限制之标的物言,有为不动产,有为动产(如“动物保护法”)。就限制内容言,有为所有权的取得、使用、收益或处分。对所有权的剥夺(如征收)系对所有权最大的限制。就所有人所受拘束言,有应负作为义务,有应负不作为义务,有应负忍受义务。就违反效果言,有为其法律行为无效或得撤销,有为应负损害赔偿责任,有为应受刑罚制裁或其他处分。兹举数例说明如下:

(1)“农业发展条例”旧第11条规定:“私人取得农地之面积,合计不得超过20公顷。但因继承或其他法律另有规定者,不在此限。私人取得之农地面积合计超过20公顷者,其超过部分之转让契约或取得行为无效,并不得移转登记。”此系关于农地所有权取得的限制,违反者,其物权行为无效。本条规定业已删除,体现台湾农地政策的演变。

(2)“动物保护法”第20条规定:“宠物出入公共场所或公众得出入之场所,应由7岁以上之人伴同,并采取适当防护措施。具攻击性之宠物出入公共场所或公众得出入之场所,应由成年人伴同,并采取适当防护措施。前项具攻击性之宠物及其所该采取之防护措施,由中央主管机关指定公告之。”此系关于所有人对动物(宠物)使用上的限制,课以一定作为的义务。又同法第20条第2项规定宠物不得为肉用、皮毛用,或喂饲其他动物之经济利用目的而宰杀。

(3) “文化资产保存法”第12条规定：“国宝及重要古物，经教育部指定后应予登记列管并发给证明书。前项器物系私人所有者，移转所有权时，应事先报请教育部核备。”第13条第1项规定：“私人所有之古物，得申请教育部鉴定登记。重要古物，不得移转于非‘中华民国’之人。”此系对所有权处分的限制，课以所有人一定作为或不作为义务。违反者，其物权行为无效。

(4) “大众捷运法”第19条规定：“大众捷运系统因工程上之必要得穿越公私有土地及其土地改良物之上空或地下。但应择其对土地及其土地改良物之所有人、占有人或使用人损害最少之处所及方法为之，并应支付相当之补偿。前项须穿越私有土地及其土地改良物之上空或地下之情形，主管机关得就其需用之空间范围，在施工前，于土地登记簿注记，或与土地所有权人协议设定地上权，协议不成时，准用土地征收条例规定征收取得地上权。”此为关于土地所有人对他人侵害容忍义务的规定。

(5) 关于公法对所有权之限制，尚须提出的是所谓“公用地役关系”，即某件土地实际上供公众通行数十年之道路使用，应认为已有公用地役关系之存在，土地所有人不得违反供公众通行之目的，而为自由使用收益，形成因公益而牺牲其财产上利益，国家应依法律办理征收，给予补偿。^①

(三) 所有权概念的再思考

在本节第1款，吾人曾特别指出“民法”对所有权未设定义。通说认为，所有权系于法令限制之范围内，对物为全面支配的权利。此项所有权定义的特色在于将“法令限制”纳入所有权概念之中。关于“法令限制”，已详上述，应综合说明者有二：

^① 参见“司法院”大法官释字第400号解释：此项公用地役关系，本质上系公法关系，与私法上地役权不同，非属“民法”上之物权。设甲所有之土地，三十余年均供附近居民通行，而成为既成巷道。倘甲将该巷道堵塞，乙等居民亦不得本着公用地役关系，依民事诉讼程序请求确认就该地有公用地役权存在。参见“行政法院”1957年判字第39号判例，载《“行政法院”判例要旨汇编》1992年版，第16页。又依“最高法院”1989年台上字第197号判决：“公用地役关系，系以不特定之公众为对象，其本质上仍系公法关系。得通行公用地役地之人，仅系享受公法上之反射利益，非谓其已享有‘公用地役权’，自不得持‘公用地役权’以对抗土地之所有权人。”载《“最高法院”民、刑事裁判选辑》，第10卷，第1期，第230页。公用地役权系实务上重要问题，相关判解和法令整理，参见尤重道：《透视公用地役权》，台北永然文化出版股份有限公司1994年版。

1. 对所有权的形式抽象思考方法

关于所有权的概念,有主张应采形式抽象的思考方法,着眼于其对物的全面支配性,认为法令限制系来自外部,并非存在于所有权自身。并强调此符合法律文义及历史发展过程。所有权的限制日益增加,乃量的迁移,在方法论上不能由事实变动而导出概念的本质。采此见解者认为,此种定义方法,并不排除基于保护他人正当利益或公共利益的必要,而对所有权为必要的限制。惟若将“法令限制”纳入所有权概念,将使公权力过分介入存在于所有权之私的领域。^①

2. 所有权本质蕴含权利与义务

依吾人见解,将法令限制及其所产生的义务,纳入所有权的概念,认为所有权蕴含义务,实符合社会经济需要及所有权法秩序的发展。诚如基尔克(Otto Gierke)所云,私的所有权,依其概念并非绝对,基于公共利益的限制,包括征收的可能性,寓存于所有权本身,源自其最深处的本质。^②所有权兼括权能和义务,限制及拘束乃所有权的本质内容。此种应受合理规范的所有权将使私的所有权更具存在的依据,而发挥其功能。其应再强调者有三:

(1) 无论对所有权如何加以界定,应推定所有权的自由。主张所有权受有限制者,须负举证责任。

(2) 诚如德国联邦宪法法院所云,所有权是一种根本性的基本权利,与个人自由的保障具有内在关联性。在基本权的整体结构中,所有权负有双重任务:确保权利人在财产法领域中的自由空间,并因此使其得自我负责地形成其生活。将所有权作为法之建制,有助于确保此项基本权利。个人的基本权利系以“所有权”此一法律制度作为前提。若立法者以名实不符的“所有权”取代私有财产时,则个人基本权利将无法获得有效的保障。^③

(3) 关于所有权的发展,必须作全面的观察,即所有权的限制固日益增加,但对所有权的保护亦已建立合理必要的制度。

^① 以上说明,参见 Meier Hayoz, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Bd. IV. 1. Abteilung, 1. Teilband, 1981, S. 129ff.

^② Otto v. Gierke, *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*, 1896, S. 20.

^③ BVerfGE 24, 367, 389. Baur/Stürmer, *Sachenrecht* 将德国联邦法院此项判决要旨作为全书的“座右铭”,盖以此为整个物权法的磐石,私法秩序的基础。

三、基于所有权而生的请求权(物上请求权)

为保护所有权不受侵害,使所有人得排除他人的干涉,“民法”第 767 条第 1 项规定:“所有人对于无权占有或侵夺其所有物者,得请求返还之。对于妨害其所有权者,得请求除去之。有妨害其所有权之虞者,得请求防止之。”学说称为基于所有权而生的请求权或所有人的物上请求权。^① 新修正第 767 条第 2 项规定:“前项规定,于所有权以外之物权,准用之。”规定周全的物上请求权。

(一) 所有物返还请求权

1. 构成要件

所有人对于无权占有或侵夺其所有物者,得请求返还之,是为所有物返还请求权(rei vindicatio),或所有人的恢复请求权。兹说明其构成要件如下:

(1) 请求权的主体须为所有人

① 土地登记名义人

甲、乙共有(分别共有或共同共有)某屋,因地政机关登记疏失,误登记为某丙所有。嗣该屋为丁无权占用。试问谁得向丁诉请返还该屋?

请求权的主体须为物之所有人。“土地法”第 43 条规定依本法所为登记,具有绝对之效力,故登记纵有无效或撤销原因,在未经依法涂销或更正前,原则上仍以登记名义人为请求权主体。^② 例如,甲、乙共有某屋,

^① 关于基于所有权而发生请求权的一般问题,参见史尚宽:《物权法论》,第 58 页;李肇伟:《民法物权》,第 87 页;姚瑞光:《民法物权论》,第 52 页;谢在全:《民法物权论》(上),第 178 页。较深入之论述,请参见郑玉波:《论所有物返还请求权》,载《法令月刊》第 31 卷,第 10 期;黄宗乐:《物权的请求权》,载《台大法学论丛》第 11 卷,第 2 期,第 240 页;约翰逊林:《所有物返还请求权》,载《月旦法学》第 3 期,第 51 页;第 4 期,第 48 页;第 5 期,第 52 页;第 6 期,第 41 页。李太正:《债之关系与无权占有》,载苏永钦主编:《民法物权争议问题研究》,第 67 页。

^② 参见“最高法院”1983 年台上字第 798 号判决:土地登记簿上现既仍登记讼争之 497 之 1 地号土地为上诉人所有,则纵有登记错误情事,在依法更正其登记前,尚难谓讼争土地非上诉人所有,不得行使所有物返还请求权。又 1980 年台上字第 2733 号判决谓:土地登记(含建筑改良物登记)有绝对效力,系争楼房既经登记为被上诉人所有,而此登记又未经依法涂销,所谓买卖系出于通谋虚伪云云,殊不足以动摇被上诉人就系争楼房之所有权存在,被上诉人系本于所有权而行使物上请求权亦与本院 1964 年台上字第 909 号判例所示情形有间。并参见“最高法院”1993 年第二次民事庭会议。

误登记为丙的名义,而该屋被丁无权占有时,甲、乙须先涂销丙的登记,始得向丁请求返还其屋。

② 未保存建物的所有人、嗣后取得者。未保存建物的所有人亦得主张“民法”第 767 条规定的物上请求权。未保存建物的嗣后取得者,享有事实上处分权,得否主张物上请求权?“最高法院”2006 年台上字第 94 号判决谓:“对未登记之不动产肯认有事实上处分权,乃系实务上之便宜措施,然事实上处分权究非所有权,能否类推适用所有权之物上请求权之规定,亦非无疑。”系采否定的见解。^①

③ 共有人。在共有物被第三人无权占有时,在分别共有的情形,各共有人对第三人得就共有物之全部为本于所有权之请求,但恢复共有物之请求,仅得为共有人全体之利益为之(第 821 条)。在共同共有的情形,共同共有人中之一人或数人亦得本于所有权对第三人为请求(第 828 条第 2 项规定准用第 821 条)。

④ 其他请求权主体。虽非所有人,但依法律规定,得行使所有物返还请求权者,如破产管理人、遗嘱执行人、失踪人之财产管理人、国有财产管理机关亦得行使第 767 条的权利。

(2) 相对人须为无权占有人

① 占有人

甲有 A 画,被乙所盗,让售予知情之丙,丙寄托该画于丁处,丁交其店员戊保管。试问甲得向何人诉请返还 A 画?

A. 现在占有其物之人:直接占有人、间接占有人。占有人指现在占

① 此为实务上重要问题。原审法院谓:所有人对于无权占有或侵夺其所有物者,得请求返还之。对于妨害其所有权者,得请求除去之。有妨害其所有权之虞者,得请求防止之。“民法”第 767 条定有明文。此为所有权之物上请求权,此于未保存建物嗣后继受取得者,其权利虽非不动产所有权,然事实上处分权其性质实系为所有权权能之集合,对于该事实上处分权之保护,应同于不动产所有权之保护,是以上开“民法”第 767 条有关所有权保护之规定,本于同一之利益状态,价值衡量,则于事实上处分权之情形,自亦应类推适用之。“最高法院”认为:被上诉人系主张:依“民法”第 767 条之规定,提起本件诉讼等语,以及“民法”第 767 条物上请求权,系物权共通效力,非仅所有权之效力,已成为通说之见解,从而此项事实上处分权如遭第三人不法干扰或妨害时,殊无否认不得依据“民法”第 767 条之规定而为请求排除侵害之余地等语。均无主张类推适用“民法”第 767 条之规定,原审遽以认定应类推适用“民法”第 767 条之规定云云,自有认作主张之违误。且对未登记之不动产肯认有事实上处分权,乃系实务上之便宜措施,然事实上处分权究非所有权,能否类推适用所有权之物上请求权之规定,亦非无疑。原审未详辩为推阐明晰,即为不利于上诉人之判断,均属可议。

有其物之人。诚如最高法院 1940 年上字第 1061 号判例所云,请求返还所有物之诉应以现在占有该物之人为被告,如非现在占有该物之人,纵令所有人之占有系因其人之行为而丧失,所有人亦仅于此项行为具备侵权行为之要件时,得向其人请求赔偿损害^①,不得本于物上请求权,对之请求返还所有物。

现在占有人包括直接占有人和间接占有人。占有辅助人系受他人指示而占有(第 942 条),非属占有人,不得为请求之对象。兹举一例加以说明:

甲有某画被乙所盗,乙出售予知情之丙,丙将该画寄托于丁处,丁交其店员戊保管。在此情形,甲行使请求权的相对人为丙(间接占有人),丁(直接占有人);乙非现在占有人,戊为丁的占有辅助人,均非所有物返还请求权行使的对象。

B. 法人。无权“占有人”为法人者,例如某公司的董事无权占用他人土地作为公司停车场。在此情形,法人为占有人,董事为法人的机关,其对物事实上支配应归属于法人,而以法人为占有人。董事并非为占有辅助人,请求返还占有物之诉应以法人为被告。

C. 违章建筑的现占有人。甲无权占有乙的土地兴建违章建筑后,将违章建筑出售予丙,丙再转售予丁,迄未办理所有权保存登记及移转登记。若该违章建筑已交予丁居住,则丁已取得事实上处分权,甲自己失其事实上处分之权利,而房屋的拆除复为一种事实上的处分行为,交还土地,亦以现占有人为被告为已足。故乙起诉请求拆除房屋并交还土地,应以丁为被告。

② 无权占有与占有本权。占有人对占有有正当权源者,为有权占有,无第 767 条的适用,其情形有二:

A. 基于物权而占有。基于物权(如地上权、质权)而占有他人之物,为有权占有,学说上称为绝对的占有权。

^① “最高法院”2007 年台上字第 331 号判决:所有物被他人不法干涉时,所有人除依“民法”第 767 条规定有所有物返还请求权及所有物保全请求权外,依侵权行为之法则有损害赔偿请求权。而请求返还所有物之诉,固应以现占有人为被告;惟如所有人之占有系因他人之行为而丧失,此项行为具备侵权行为之要件时,亦得向该他人请求赔偿损害,二者并不互相排斥。

B. 基于债权而占有。基于债之关系占有他人之物,亦属有权占有。债之关系除租赁、使用借贷、信托让与担保约款^①等外,尚包括买卖在内。所有人得向占有人请求返还其物,须占有人无权占有或侵夺其物。无权占有者,指无正当权源而占有其物而言,无权占有的发生原因如何,期间长短,占有人善意恶意,有无过失,均所不问。所谓侵夺其物,指违反所有人之意思而取得其物。强盗、抢夺或侵占,为无权占有的例示。

无权占有常见的案例,诸如越界建筑^②;占住他人空屋;租赁或使用借贷终了后继续使用租赁物或借用物;土地所有人领得被征收土地的地价补偿后仍继续耕种。又日据时期日本政府于人民私有土地上兴建房屋之初,既无合法权源,则台湾光复后,政府基于权力关系所接受者,乃仅地上之房屋,并非房屋所占用之土地,即不得因该接收关系,而使原属无权占有土地变成有权占有。^③

以下就实务上若干争议案例作较详细的说明。^④

a. 买卖契约与无权占有^⑤

甲出卖 A 屋予乙,试就下列情形,说明当事人间得否主张所有物返还请求权:

(a) 甲将 A 屋出卖予乙后,虽已交付,但未办理所有权移转登记。其后甲将该屋出卖予丙,并办理所有权移转登记时,丙得否向乙请求返还 A 屋?

(b) 甲已移转 A 屋所有权予乙,但未交屋时,乙得否向甲主张所

① “最高法院”1985 年台上字第 2307 号判决:“信托的让与担保,在对外关系,受让人就供担保之物虽已取得完全之所有权,但在内部关系对于让与人,仍仅得以担保权人之资格,在担保之目的范围内行使其权利。以故,依担保权之内容而言,受让人之占有供担保之物,在受让人方面,尚不得主张其为无权占有。”(载《法令月刊》,第 27 卷,第 5 期)。

② 参见“最高法院”1999 年台上字第 1361 号判决:“按地政机关因土地分割于地籍图上绘制界线,并无确定私权之效力,如与应分割之现场界线不符而有错误,受不利益之一方土地所有人,可申请地政机关更正,如他方拒绝时,亦得诉请他方同意办理更正;于未更正前,如他方以其系无权占有而与其涉讼,法院即应就两造之界址争执,依调查证据之结果予以认定,不得以该地籍图所绘界线作为认定界址之唯一依据。”

③ 参见“最高法院”1999 年台上字第 569 号判决。

④ 关于消灭时效所涉及的无权占有,参见“最高法院”1998 年台上字第 1169 号判决:“查无权占有基地上建物之人,自亦无权占有建物之基地,纵基地所有人对该建物之恢复请求权已罹于时效而消灭,然该无权占有人仅取得拒绝交还建物之抗辩权,非谓其对基地之无权占有,即变为合法占有,其占有建物之时效利益,不能扩及于基地之占有,进而拒绝交还基地。”

⑤ 参见“最高法院”1994 年台上字第 3243 号判例。

有物返还请求权？乙复将该屋所有权移转予丙，或甲将该屋出租予丁时，其法律关系如何？

(c) 甲已交付 A 屋予乙，但未移转所有权，乙对甲的请求权罹于时效后，甲得否向乙请求返还 A 屋？

I. 二重买卖。买卖契约仅有债之效力，不得以之对抗契约以外之第三人。因此在二重买卖的场合，出卖人如已将不动产的所有权移转登记予后买受人，前买受人纵已占有不动产，后买受人仍得基于所有权请求前买受人返还所有物，前买受人即不得以其与出卖人间之买卖关系，对抗后买受人。^①

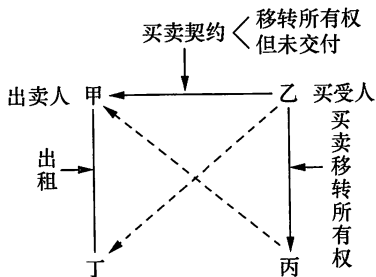
II. 买卖契约解除。买卖契约解除时，通说认为，买卖契约（债之关系）溯及地消灭，关于已交付买卖标的物之返还，应分两种情形言之：第一种，买卖标的物已交付，但未移转所有权时（如出卖人保留所有权），出卖人得本于所有权，请求返还其物。第二种，买卖标的物已交付并移转其所有权时，买卖契约解除的效力，仅发生恢复原状义务（第 259 条），其因移转所有权登记所取得的所有权，并未因之随之失效，出卖人仅得请求买受人为系争土地所有权的移转登记，以为返还，不得径请求涂销所有权登记，或主张所有物返还请求权。^②

III. 买卖标的物所有权已移转，但尚未交付。在此情形，买受人既已取得买卖标的物所有权，依第 765 条规定，即得于法令限制之范围内，自由使用、收益、处分其所有物，并排除他人之干涉。出卖人既已丧失所有权，则其继续占有买卖标的物，是否构成对买受人之所有权的干涉？“最高法院”一向认为，不动产之出卖人固负有交付不动产于买受人之义务，但在未交付前，出卖人继续占有该买卖标的物，究难指为无权占有，亦不因已办理所有权移转而异。因土地所有权移转登记，为移转所有权生效要件，行使土地之收益权，依第 373 条规定，以先经交付为前提。故所有权虽已移转，而标的物未交付者，买受人仍无收益权，自难谓原出卖人为

^① 参见拙著：《基于债之关系占有权的相对性及物权化》，载《民法学说与判例研究》（第七册），北京大学出版社 2009 年版，第 40 页。

^② 参见“最高法院”1939 年上字第 2113 号、1973 年台上字第 1045 号判例，1999 年台上字第 2574 号判决。您是否知道请求移转登记和请求涂销登记的不同？

无权占有。^① 惟应注意者有二：第一，买受人复将其取得的所有权移转予第三人者，出卖人对该第三人即无占有标的物之正当权源，第三人即得依第 767 条请求该出卖人返还所有物。^② 第二，出卖人移转标的物的占有予他人者，该他人之占有，对买受人而言，即为无权占有。买受人得向该他人主张第 767 条的所有物返还请求权。（参照下图）



IV. 买卖标的物已交付，但尚未移转所有权。出卖人交付标的物予买受人者，买受人之占有，系基于买卖契约。于该标的物所有权移转予买受人前，出卖人虽仍为所有人，但不得主张买受人系无权占有，买受人已否支付价金，在所不问。买受人得依第 348 条第 1 项规定，请求出卖人履行移转所有权的义务。有争论的是，买受人的履行请求权因 15 年时效经过而消灭后，其占有标的物的本权，是否因此而受影响？

“最高法院”认为，买受人占有买卖标的物，系出卖人本于买卖之法律关系所交付，具有正当权源，所有人（即出卖人）不得请求返还。何况时效完成后，债务人仅得拒绝给付，而买卖关系依然存在，基于公平法则，所有人（出卖人）亦不得请求返还该标的物。^③

应注意的，出卖人其后移转其所有权于第三人，或因法院对出卖人为强制执行，由第三人以拍卖取得该标的物之所有权者，原买受人的继续

^① 参见“最高法院”1980 年台上字第 1386 号、1981 年台上字第 114 号、1983 年台上字第 253 号、第 2082 号、第 4920 号、1990 年台上字第 185 号判决；“最高法院”1980 年第四次民事庭会议决议；“最高法院”2000 年台上字第 251 号判决：物之出卖人依民法第 348 条规定，固负有交付其物于买受人之义务，但在未交付前之继续占有买卖标的物，究难指为无权占有，不因所有权已为移转登记而有所异。依“民法”第 347 条规定，于买卖契约以外之有偿契约，亦有上开见解之适用。

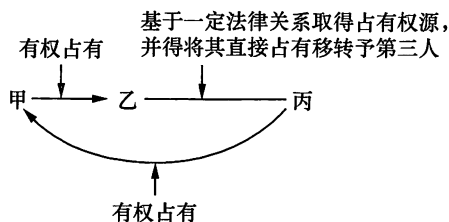
^② 参见“最高法院”1994 年台上字第 69 号判决。

^③ 参见“最高法院”1980 年度第四次民事庭会议决议（一）。

占有标的物,对取得所有权之第三人言,即为无权占有,而有第 767 条规定的适用。

b. 占有连锁

I. 占有连锁与有权占有。占有连锁者,指多次连续的有权源占有,亦可构成有权占有。“最高法院”1982 年台上字第 3556 号判决谓:“使用借贷为无偿契约,原属贷与人与使用人间之特定关系,除当事人另有特约外,自无移转其权利与第三人之可言。矧上诉人未经贷与人同意,竟允许第三人使用,第三人自不得执以对抗贷与人,贷与人即得径行请求第三人返还借用物。”系认贷与人同意转借时,第三人亦有占有之权利。此种有权占有,须具备三个条件:第一,中间人(乙)对所有人(甲)须有合法占有的权源。第二,占有人(丙)须自中间人基于一定法律关系取得占有的权利。第三,须中间人得将直接占有移转予他人(丙)。



II. 买卖关系上的占有连锁。买受人在取得所有权前,将其占有之标的物出卖(或出租)予第三人,并移转其占有,并不违反买卖合同的内容,次买受人(或承租人)系基于一定法律关系自买受人取得占有,而买受人对出卖人又有占有之权利,应认为次买受人(或承租人)对出卖人有合法占有的权源,成立占有连锁,不构成无权占有。

在上举之例,设出卖人合法解除或撤销其买卖合同时,买卖合同消灭,买受人失其占有权源,第三人(次买受人、承租人)的占有权源亦随之俱逝,对出卖人构成无权占有。

III. 租赁关系上的占有连锁。关于租赁关系的占有连锁,首先应说明的是合法转租,即承租人得到出租人承诺,将租赁物转租他人,或未有反对之约定,而将租赁房屋之一部分转租他人(第 443 条)。在此情形,次承租人占有租赁物,对于出租人具有正当权源。

在违法转租的情形,例如耕地承租人未经出租人承诺,将租赁物转租予他人时,其原租约及转租契约无效(“土地法”第 108 条),次承租人占

有租赁物,无正当理由,出租人得收回自行耕种或另行出租。^① 租赁之标的物非属耕地,承租人违法转租(如将房屋全部转租)时,转租契约仍然有效。出租人终止原租约时,次承租人对出租人构成无权占有,出租人得请求返还租赁物。

有疑问的是,出租人在未终止原租约以前,得否向次承租人请求返还?“最高法院”1955年7月26日民刑庭总会会议决议(六)谓:“承租人未得出租人承诺,擅将其所租出租人所有之基地,转租于第三人,现该基地系由该第三人占有使用,出租人在未终止租赁契约以前,不能径向第三人请求返还。”可资参照。

c. 共有人逾越其应有部分行使权利

甲、乙、丙共有某地,应有部分各为1/3,甲占用土地之全部,辟建停车场,收取租金。试问乙、丙得对甲主张何种权利?

共有人中之一人逾越其应有部分,行使权利,例如甲、乙、丙三人,共有某地,应有部分各为1/3。甲占有该地作为停车场出租时,他共有人(乙丙)得否行使物上请求权?此为实务上重要争论问题(参阅例题)。

“最高法院”若干判决曾采否定说,其理由为:各共有人按其应有部分,对于共有物之全部有使用收益权,“民法”第818条定有明文。故各共有人之应有部分为对于共有物所有权之成数,抽象地存在于共有物之全部,在分割前无从具体辨明何者为共有人所有,性质上不可能为其他共有人无权占有或侵夺,各共有人相互间就其应有部分,无主张第767条物上请求权之余地,仅能主张侵权行为或不当得利请求权。^② 此项见解纯从应有部分的法律性质立论,理由构成未臻周全。

值得赞同的是,“最高法院”1985年2月5日、1985年度第二次民事庭会议决议采肯定说,认为:“未经共有人协议分管之共有物,共有人对共有物之特定部分占用收益,须征得他共有人全体之同意。如未经他共有人同意而就共有物之全部或一部任意占用收益,他共有人得本于所有权请求除去其妨害或请求向全体共有人返还占用部分。但不得将各共有人之应有部分固定于共有物之特定部分,并进而主张他共有人超过其应有

^① 参见“最高法院”1954年台上字第868号判例。

^② 参见“最高法院”1983年台上字第4737号判决、1966年台上字第1949号、1962年台上字第3495号判例。

部分之占用部分为无权占有而请求返还于己。”“司法院”第一厅在一则法律问题,根据“最高法院”此项决议提出如下研究意见:各共有人本其所有权之作用,对于共有物之全部,均有使用收益权,惟其使用收益之权,应按其应有部分而行使之,如共有人对共有物之特定部分占用收益,须征得他共有人全体之同意,倘未经他共有人同意而就共有物之全部或部分任意占用收益,即属侵害他共有人之权利,他共有人自得本于所有权,请求除去其妨害,或请求向全体共有人返还占用部分。^①

(3) 举证责任。请求人对其就标的物的所有权,应负举证责任。土地登记具有推定力,故请求人以土地登记主张其为所有人时,占有人对其所有权的欠缺,应负举证责任。占有人(被告)对请求人(原告)就其物所有权存在之事实无争执,而仅以非无权占有为抗辩者,原告于被告无权占有之事实,无举证责任。被告应就其取得占有,系有正当权源之事实证明之。如不能证明,则应认原告之请求为有理由。^②

2. 法律效果

(1) 占有物的返还与费用负担。所有人得向无权占有人请求返还其物。所称返还其物,指将物复归于所有人之事实上的支配。无权占有他人土地建筑房屋者,应拆屋还地。无权占有他人土地种植梧桐时,应将土地连同梧桐一并返还之,因梧桐为土地之成分,属于土地所有人。至于无权占有人得否请求所有人返还不当得利,系另一问题。

返还其物的清偿地,原则上为该物的原所在地,其费用应由无权占有人负担之。

(2) 对直接占有人、间接占有人为物的返还请求权。甲出借某屋给乙,乙未经甲同意,借给丙使用时,丙对甲构成无权占有。在甲与乙间借贷契约终止前,应认为甲仅得请求丙(直接占有人)将该屋返还给乙(间接占有人)。设乙不愿或不能受领时,甲得请求丙将该屋返还于自己。^③

① 参见“最高法院”1988年10月8日厅一民一字第1199号函复台“高院”。

② 参见“最高法院”1983年台上字第1552号判决,载《“司法院”公报》第25卷,第8期,第34页。

③ 参见“最高法院”1982年台上字第3556号判决:“使用借贷为无偿契约,原属贷与人使用人间之特定关系,除当事人另有特约外,自无移转其权利与第三人之可言。矧上诉人未经贷与人同意,竟允许第三人使用,第三人自不得执以对抗贷与人,贷与人即得径行请求第三人返还借用物。”

又例如,甲出租某物给乙,该物被第三人无权占有时,甲不得请求向自己返还,仅得请求向承租人返还。

甲有某车,被乙所盗,乙出借给丙,乙为间接占有人,丙为直接占有人,对甲均构成无权占有。在此情形,甲得对丙请求返还其车。甲亦得向乙请求让与其对丙之返还请求权。直接占有人与间接占有人既均为占有人,应负共同返还之责。

(3) 金钱的返还。无权占有之标的物为金钱时,应返还原物,而非偿还其价额。金钱因存入银行或其他事由,难以辨别时,适用混合之规定(第813条)。金钱已被使用时,例如乙误以甲之千元大钞为己有,持之向丙购A物找回800元时,乙系无权处分甲的金钱,丙善意取得该千元钞所有权(第801条、第948条以下),甲不能依767条规定向乙请求返还1000元(价额偿还),仅能依不当得利规定请求返还其无法律上原因所受利益(A物所有权和800元)。

3. 所有物返还请求权的让与性

所有物返还请求权得否独立让与,尚有争论。有采肯定说,并以第761条第3项:“让与动产物权,如其动产由第三人占有时,让与人得以对于第三人之返还请求权,让与于受让人,以代交付”的规定为依据。目前通说采否定的见解,认为所有物返还请求权不能脱离所有权而让与,若无返还请求权,所有权将失其保护,失其占有和利用其物的基本功能。至于第761条第3项规定,学说上有认为其所称返还请求权,系指基于占有媒介关系而生的请求权,而非指所有物返还请求权而言。^①亦有认为,此项返还请求权亦包括所有物返还请求权,应与物权的让与相伴为之,不是所有物返还请求权的独立让与。^②原则上应以前说为是,此涉及让与人非间接占有人时,如何适用第761条第3项规定之问题。

4. 民法债编规定的类推适用

甲有A犬,被乙所盗。试问于下列情形甲得向乙主张何种权利:

(1) 丙误杀A犬,赔以B犬,甲得否向乙请求交付B犬?

^① Medicus, Bürgerliches Recht, Rdnr. 445.

^② 参见谢在全:《民法物权论》(上),第45、195页。

(2) 乙欲返还 A 犬,于甲受领迟延中,该犬非因乙的重大过失而死亡。

(3) A 犬因乙的过失染有病毒,返还后甲的犬群遭受感染。

所有物返还请求权虽系依存于物权而发生,于要件具备时,得对特定人主张之,结构上同于债之请求权,故债编关于给付的规定,除“民法”关于占有恢复关系设有特别规定(第 953 条以下)外,对于所有物返还请求权原则上得予类推适用。兹分给付不能、给付迟延和不完全给付三种情形说明如下:

(1) 给付不能的规定。占有物因灭失,毁损或其他事由(如无权处分)不能返还时,“民法”953 条以下设有特别规定,无适用给付不能规定(尤其是第 225 条第 1 项)的余地。例如,无权占有人应返还 A 犬,设该犬被他人驾车撞死,赔以 B 犬时,所有人不能援引第 225 条第 2 项规定,请求无权占有人交付其所受领的 B 犬。^①

(2) 给付迟延之规定。给付迟延的规定(尤其是关于债权人受领迟延)对所有物返还请求权,有适用余地。例如,无权占有人应返还 A 犬,在所有人受领迟延中死亡时,无权占有人仅就故意或重大过失,负其责任(第 237 条)。

(3) 不完全给付之规定。关于不完全给付之规定(尤其是加害给付,第 227 条),对于占有物之返还亦有其适用。例如,返还的 A 犬染有传染病,致所有人其他犬群亦受感染时,无权占有人应依债务不履行规定,负损害赔偿 responsibility。于此情形,亦有侵权行为规定的适用(第 184 条第 1 项前段),自不待言。

5. 消灭时效

所有物返还请求权亦属请求权的一种,民法总则编关于消灭时效的规定,原则上适用余地。惟“司法院”大法官释字第 107 号解释为贯彻不动产登记的功能,认为,已登记不动产所有人之恢复请求权,无“民法”第 125 条消灭时效规定之适用。准此以言,关于动产或未登记不动产所有人之恢复请求权(所有物返还请求权),仍有第 125 条规定的适用,因 15 年不行使而消灭。

^① 参见梅仲协:《民法要义》,第 173 页。

(二) 所有权妨害除去请求权

1. 甲收藏有某件名画,乙公开声明该画为其家传之宝,于战乱中遗失,甲得否对乙主张所有权妨害除去请求权?

2. 甲有某屋,被乙冒名登记为已有,15年后,甲发现其事,试说明甲主张涂销登记的请求权基础?

3. 甲承租乙的花园洋房,大树被狂风吹落丙地,压坏车库。丙得否向甲或乙请求除去大树,恢复车库的原状?

1. 构成要件

所有人对于妨害其所有权者,得请求除去之,学说上称为所有权妨害除去请求权(所有物保全请求权),其要件如下:

(1) 对于所有权的妨害

① 妨害的意义和态样。所谓妨害,指以占有以外的方法阻碍或侵害所有权的支配可能性。其主要情形可归为六类:

A. 对物之实体的侵害,如无权占有他人土地兴建房屋。

B. 可量物的侵入,如丢弃废料或垃圾于他人庭院。

C. 无权使用他人之物,如在他人墙壁悬挂招牌^①,为营业之目的拍摄他人之物(如特殊造型的建筑物或室内设计)。

D. 妨碍所有权的行使,如停车于他人车库。

E. 否认他人对物的所有权。学说上认为此非对所有权之直接侵害,仅得以确认之诉确认其所有权之存在,以除去其不安之状态。但确认所有权之后,他人继续声称某物为其所有时,应肯定妨害除去请求权始足以保护所有人的利益。

F. 土地登记的错误、遗漏或不实,例如冒名将他人土地登记为已有,或基于通谋虚伪意思表示等无效事由而为所有权移转登记。

② 妨害与损害的区别。对他人所有权加以妨害者,无论有无过失,均负排除妨害的义务。对他人所有权加以侵害,造成损害者,以具有故意或过失为要件,负损害赔偿责任(第184条第1项前段)。因此如何区别

^① 参见陈忠五:《无权使用他人土地架设广告招牌》,载《台湾本土杂志》第1期,第111页。

“妨害”与“损害”，关系当事人利益至巨。^① 试举一例加以说明：甲在山坡地建屋，水土保持不良，建材砂土落入乙在其农地所筑小水库，水淹农场，农舍倒塌，蔬菜腐坏。在此情形，何者为对所有权的妨害，何者为所有权所受之损害，不无疑问。

第 767 条规定旨在保护所有权的圆满状态，故就上例言，其构成对所有权的妨害者，为砂土淹没水库，至于水淹农场、农舍倒塌、蔬菜腐败，则属所有权所受损害，仅能依侵权行为规定请求损害赔偿。易言之，所有人得请求排除者，乃对所有权妨害的“源头”，因此所生的各种不利益，系属侵权行为损害赔偿的问题。^②

③ 妨害的不法性。妨害须属违法，所有人始得请求排除。所有人有忍受义务者，无妨害除去请求权。忍受义务的主要发生事由有三：

A. 基于法律规定，如民法关于紧急避难、正当防卫、相邻关系的规定。

B. 基于用益物权，所有人对于用益物权人行使权利，如地役权人的通行，有忍受的义务。

C. 基于债权，所有人对于债权人（如承租人）使用其物，亦负有忍受义务。

须注意的是，所有人的容忍义务，应由妨害者负举证责任。

（2）请求权的当事人

① 请求权的主体为所有人。请求权的主体为物之所有人。此点请参阅关于所有物返还请求权部分的说明，兹不赘述。在妨害持续中，物的所有权移转时，妨害除去请求权属于新的所有人。

② 请求权的相对人。请求权的相对人为任何对所有权为妨害之人，可分为行为妨害人（Handlungstörer）和状态妨害人（Zustandstörer）。^③

① 参见“最高法院”1980年台上字第534号判决：“按以无权占有请求返还所有物，系所有人本于所有权之权能以排除侵害，与侵权行为请求恢复原状，则系基于债之关系以赔偿其损害，两者法律关系迥异，不能混淆不分。”

② “民法”第184条第1项规定侵害他人权利（所有权）致生损害，与对于所有权妨害之区别，系一项值得进一步作深入研究之课题。简要的说明，参见 Müller, Sachenrecht, Rdnr. 701f; Picker, Das negatorische Beseitigungsrecht, 1972; Hohloch, Die negatorischen Ansprüche und ihre Beziehungen zum Schadensersatzrecht, 1976.

③ 此为德国通说的分类，Baur/Stürmer, Sachenrecht, S. 123ff. 对于此项分类的检讨，参见 Schapp, Sachenrecht, S. 79; MünchKomm BGB-Medicus, § 1004, Rdnr. 38.

所谓行为妨害人,指依自己行为对他人所有权妨害之人,如停车于他人的车库,放置广告招牌于他人的屋顶。妨害行为系基于雇主的指示时(如倒废料于他人土地),雇主为妨害人。妨害人有无过失,在所不问。所谓状态妨害人,指持有或经营某种妨害他人所有权之物或设施之人,不限于所有人,占有人亦包括在内,凡对造成妨害之物或设施有事实上支配力者,皆属之。例如甲于其屋后院植树,被强风吹落于乙地,甲为妨害人。设甲出租该屋于丙时,该树在丙可支配之范围,丙对该树倒入邻地,仍应负责,亦属妨害人。违章建筑的买受人,虽因不能办理登记而取得其所有权,但因占有而取得事实上之支配,亦属妨害人,有拆除的义务。

妨害人为数人者,亦时有之,例如,甲出租 KTV 给乙经营,乙违反规定通宵营业,妨害邻居安宁。在此情形,乙系行为妨害人。甲得终止租赁,排除侵害,乃状态妨害人。数妨害人各负除去其妨害的义务,所有人得对其中之一人,数人或全部请求之。

2. 法律效果

所有权遭他人不法妨害者,所有人得请求除去其妨害,例如拆除违章建筑、清理丢弃之垃圾废土。值得注意的是,请求除去妨害包括涂销登记^①等。此当以妨害继续存在为前提,自不待言。

妨害除去请求权不是损害赔偿请求权,所有人不能请求恢复原状,仅能请求除去妨害因素。例如,相对人的橡树被风吹折,倒入邻地,压毁牛肉面摊,邻地所有人得依第 767 条规定而为行使者,系请求除去橡树,而不能请求赔偿牛肉面摊被毁所遭受的损害。鉴于所有权妨害除去请求权不以故意或过失为要件,此项限制,实属妥适。在诉讼上妨害除去请求权,系以给付之诉主张之,关于其强制执行,参照“强制执行法”第 127 条及第 128 条之规定。

^① 关于涂销登记,参见“最高法院”1980 年台上字第 1289 号判决:“上诉人骗取被上诉人之印章及印鉴证明,串通许清安作成上开文书,申请补发所有权状,进而申请为讼争土地之所有权移转登记,侵夺被上诉人之所有权,被上诉人诉请涂销其登记,恢复为被上诉人所有,自应准许。”“最高法院”1999 年台上字第 785 号判决:被上诉人诉请涂销登记之系争抵押权系属最高额抵押权,并定有权利存续期间自 1985 年 7 月 1 日至同年 9 月 30 日止,是必于上开存续期间内所发生之债权,并在最高额 1200 万元范围内,始为担保效力所及。倘该担保之债权业已消灭或不存在,基于抵押权从属于债权存在之性质,债权既不存在,抵押权即失所附丽,自应消灭,则所有权人依“民法”第 767 条妨害除去请求权之规定,请求抵押权人涂销抵押权设定登记,应无不许之理。

妨害人应负担除去费用。所有人自行除去妨害,例如,雇工搬移倒入的橡树,或拖吊占用停车位的车辆时,得依无因管理或不当得利规定请求其所支付的费用。

3. 让与性

所有权妨害除去请求权旨在保护所有权,不能与所有权分离而让与,但得授权他人以自己名义行使之。

4. 消灭时效

关于所有权妨害除去请求权之消灭时效,“司法院”大法官会议第164号解释认为:“已登记不动产所有人之除去妨害请求权,不在本院释字第107号解释范围之内,但依其性质亦无民法第125条消灭时效规定之适用。”例如,甲有某地,被乙串通地政人员冒名登记为己有,经过15年,甲仍得请求涂销登记,以除去乙对其所有权的妨害。

(三) 所有权妨害防止请求权

所有人对于有妨害其所有权之虞者,得请求防止之,学说上称为所有权妨害防止请求权,或所有物保全请求权。何谓妨害,参照关于所有权妨害除去请求权部分,兹不赘述。是否有妨害之处,应就具体案件加以认定,不以曾一度发生,而有继续被妨害之虞为必要。兹举二例说明之:

(1) 甲所有的老屋年久失修,有倾倒危险,邻居乙备受威胁,得请求甲以自己费用防止之。

(2) 甲兴建大厦,依其公开的设计图样,逾越乙所有的土地时,乙得请求防止之。

须注意的是,在诉讼上,妨害防止请求权亦应以给付之诉主张之。

(四) “民法”第767条规定对所有权以外物权的准用

“民法”第767条规定:“所有人对于无权占有或侵夺其所有物者,得请求返还之。对于妨害其所有权者,得请求除去之。有妨害其所有权之虞者,得请求防止之。”修正增设第2项规定:“前项规定,于所有权以外之物权,准用之。”修正理由谓:本条规定“所有物返还请求权”及“所有物保全请求权”,具有排除他人侵害作用。学者通说以为排除他人侵害之权利,不仅所有权有之,即所有权以外之其他物权,亦常具有排他作用。

四、所有权和其他财产权的时效取得

甲窃取乙所有的古董,以所有意思 10 年间和平公然继续占有之。试问:

1. 甲能否取得该古董所有权? 甲为恶意时,得否取得其所有权?
2. 设甲为限制行为能力人时,能否取得古董所有权?
3. 试就以上两个问题说明“时效取得”的意义、性质、立法意旨。
4. 试从“宪法”保障人民财产权的规定论述时效取得制度。

(一) 时效取得制度的意义、性质和功能

1. 意义

时效者,指一定事实,继续达一定期间,而发生一定法律效果的制度。时效可分为消灭时效与取得时效两种。消灭时效者,指请求权因一定期间不行使而罹于消灭之制度,“民法”于总则编设其规定(第 125 条以下)。取得时效者,乃占有他人之物,继续达一定期间而取得其所有权(或其他财产权)的制度,“民法”于物权编设其规定。例如,甲有某屋,未办理登记,乙知其事,而为占有时,甲对乙的所有物返还请求权,因 15 年不行使而消灭,乙得拒绝给付,此为消灭时效。设乙系以所有之意思,20 年间和平、公然、继续占有该屋者,得请求登记为所有人(第 769 条),此为时效取得。

2. 性质

取得时效系以占有他人之物或行使一定的财产权,经过一段期间,依法律规定而取得所有权或其他财产权,性质上属于事实行为,而非法律行为,故不适用行为能力的规定,以具有事实上行为的意识为已足。例如,甲赠某件古董给意识清醒的受监护宣告之人某乙,并依让与合意交付之,因乙系无行为能力人,当事人间的法律行为系属无效,动产物权不因此而发生移转,但乙以所有之意思,10 年间和平、公然、继续占有该古董者,仍能取得其所有权(第 768 条)。

3. 功能和宪法保障

关于时效取得制度的功能,“司法院”释字第 291 号解释强调系为促使原权利人善尽积极利用其财产之社会责任,并尊重长期占有之既成秩

序,以增进公共利益而设^①,并使所有权之状态,得以从速确定。其所涉及的,不仅是道德问题,不能径认系鼓励不法,侵占他人之物,而主张应废除时效取得制度,原则上亦不应当然排除恶意占有人的时效取得(如何加长其占有期间,系另一问题)。又须注意的是,时效取得制度亦具有保护所有权的机能,即动产所有人于难以证明其系所有人时,得主张其因时效取得其所有权。

关于动产所有权时效取得,实务上争议案例甚为罕见。不动产物权时效取得须经登记,因欠缺公布的统计资料,难以评估现行制度的实际功能。

时效取得制度攸关人民财产权保障,一方面须保障他人所有权,另一方面又须顾及依时效取得规定取得所有权或其他财产权的保障。此涉及法律保留及比例原则,尤其是现行法规定解释适用及修正的问题。关于限制时效取得之命令的违宪审查,多涉及地上权,俟于相关部分,再行说明。

(二) 动产所有权的时效取得

甲有某画,出租给经营画廊之乙。租期届满后,乙对甲表示经查知该画为其先父遗物,物归原主,拒不返还,继续公然占有。试问:

1. 在何种要件下,乙得主张依时效取得该画所有权?
2. 在乙依时效取得该画所有权前,甲得向乙主张何种权利?
3. 在乙依时效取得该画所有权后,甲得否向乙主张不当得利返还请求权?

关于动产所有权的时效取得,原“民法”仅设第768条规定,对善意占有及非善意占有均有适用。物权编修正增设第768条之1规定:“以所有之意思,五年间和平、公然、继续占有他人之动产,而其占有之始为善意并无过失者,取得其所有权。”即将占有之始为善意并无过失时,缩短时效取得期间为5年。以下就第768条规定详为说明,请并为参照。

1. 要件

(1) 基本要件。第768条原规定:“以所有之意思,五年间和平公然占有他人之动产者,取得其所有权。”物权法修正时修订为:“以所有之意

^① “司法官”释字第291号解释及第451号解释,均强调时效系为公益而设,依取得时效制度,取得之财产权应为“宪法”所保护。

思,10年间和平、公然、继续占有他人之动产者,取得其所有权。”兹分析其要件如下:

① 占有

A. 自主占有,占有指对于物有事实上之管领力(第940条)。此项占有须出于所有的意思(自主占有),即以事实上对于物具有与所有人为同样支配的意思而为占有。自主占有得为直接占有或间接占有。占有依其发生事实,无所有之意思者(如基于租赁而占有),须依第945条规定,有变为以所有之意思而占有的情事,其所有权之取得时效,始能开始进行。

B. 和平占有,即占有人非以强暴、胁迫取得占有,或维持占有而言。取得占有虽出于强暴、胁迫,但维持占有系属和平者,自强暴、胁迫情事终止之时起,为和平占有。取得占有虽出于和平,但以强暴、胁迫维持者,变为非和平占有。

C. 公然占有,即占有人非以隐藏秘密的方法为占有。占有是否公然,应依一般交易观念加以判断。挂画于客厅,为公然占有;藏之密室,为非公然占有。戴用珠宝为公然占有,置于保险库,为非公然占有。

D. 占有人不须为善意:《德国民法》第937条第2项规定,取得占有非出于善意,或于事后知其所有权不属于自己者,不得主张时效取得。台湾“民法”则规定占有人的善意,并无过失时,缩短时效取得期间为五年。

② 10年期间的继续占有

期间的经过为时效取得的要件,故非达一定期间,不能完成时效取得。动产所有权时效取得期间为10年(占有之始为善意并无过失者,为5年,第768条之1)。并须以继续为必要,因关乎公益,不得延长或缩短。

③ 他人的动产

A. 须为他人的动产。时效取得的动产须为他人之物。无主的动产,应适用先占的规定。自己之物,不生时效取得问题。

B. 共有物。共有物得否为时效取得的客体?实务上采肯定说,最高法院1943年上字第110号判例谓:“取得时效系于他人物上取得所有权之方法,在自己物上固无取得时效之可言。惟共同共有物之所有权,属于共同共有人之全体,非各共同共有人对于共同共有物均有一个单独所有权,如共同共有人中之一人以单独所有之意思占有共同共有之不动产,即系民法第769条所谓占有他人之不动产”。此项判例的见解,对不动产的分别共有及动产的共有均有适用余地。

C. “国有”财产、公用物。“国有”财产得否为时效取得的客体？最高法院 1946 年上字第 616 号判例谓：“行政机关间之彼此占有事实，与私人占有国有财产的情形不同，不能适用民法上关于因占有而取得权利的规定。”系肯定私人占有“国有”财产得发生时效取得，但解释上应不包括公用物在内，如对警车，不得主张时效取得。

④ 占有的合并。第 947 条规定：“占有之继承人或受让人，得就自己之占有，或将自己之占有与其前占有之占有合并，而为主张。合并前占有之占有而为主张者，并应承继其瑕疵。”此一规定于时效取得上的占有亦适用之。

(2) 时效取得未经中断

① 时效取得的中断事由

A. 中断事由。时效取得进行中，有与时效要件相反的事实发生时，应使已经过的期间失其效力。依新修正“民法”第 771 条的规定，占有人有下列情形之一者，其所有权之取得时效中断：(a) 变为不以所有之意思而占有；(b) 变为非和平或非公然占有；(c) 自行中止占有；(d) 非基于自己之意思而丧失其占有。但依第 949 条或第 962 条规定，恢复其占有者，不在此限。依第 767 条规定起诉请求占有人返还所有物者，占有人之所有权取得时效亦因而中断（第 2 项）。^① 须注意的是，本条规定对所有权之取得时效，均有适用。依此规定，时效中断事由有五，分述如下：

a. 占有人变为不以所有之意思而占有。此项自主占有意思的变动，其主要情形为占有人承认物主所有权，而变为占有辅助人。

b. 变为非和平或非公然占有。此系采通说。

c. 占有人自行中止占有。即以自己之意思放弃占有，如占有的动物走失，占有人知而不追寻。至于占有人将占有物出租他人，成立间接占有，不构成占有的中止。

d. 非基于自己之意思丧失其占有而未依法恢复。例如，占有被他人侵夺、被盗、被抢、遗失。在此等情形，占有人依第 949 条或第 962 条规定恢复其占有者，时效不中断。

^① 第 2 项系新增订，立法说明谓：占有人于占有状态存续中，所有人如依第 767 条规定起诉请求返还占有物者，占有人之所有权取得时效是否中断，现行法虽无明文，惟占有人之占有既成讼争对象，显已失其和平之性质，其取得时效自以中断为宜，爰仿《德国民法》第 941 条及《瑞士债务法》第 663 条等规定，增订第 2 项。

e. 依第 767 条规定起诉占有人返还所有物。现行法未设明,为物权编修正所增列,其理由为占有人之占有,既成讼争对象,其取得时效,自以中断为宜。

B. 消灭时效规定的类推适用? 有争论的是,第 129 条关于消灭时效规定中断事由(请求、承认、起诉)对取得时效有无类推适用余地。^① 承认乃占有人变为不以所有的意思而占有,应构成中断。请求或起诉足使占有人成为恶意占有人(第 769 条、第 770 条),得否构成时效取得中断事由? 按时效取得制度既在促使原权利人积极利用其财产权,则所有人请求或起诉行使其权利时,自应肯定其得中断取得时效的进行。

最具争议的是,消灭时效不完成的规定(第 139 条以下),得否类推适用于取得时效?^② 时效中断与时效不完成系不同的制度,吾人所以认为关于时效中断的规定应予类推适用,乃在填补“民法”关于时效取得中断规定的漏洞。至于取得时效应否采“时效不完成”制度乃属立法政策,非属法律漏洞的范畴。

② 时效取得中断的效力。取得时效的中断,使已经过期间失其效力,须再具备时效取得的要件,始能重新开始时效取得的进行。例如,甲盗乙的名表,以所有之意思、和平公然占有达 3 年后,被丙所窃,甲依第 949 条、第 962 条(第 963 条)规定,恢复其占有者,时效中断。设甲于上开规定期间经过后始复为占有时,其自主、和平公然占有须再继续满 10 年,始能取得其所有权。

(3) 举证责任。主张时效取得动产所有权者,对其占有,须负举证责任。占有人推定其为以所有之意思、善意、和平、公然及无过失占有,经证明前后两时为占有者,推定前后两时之间为继续占有(第 944 条)。故主张占有人非以所有之意思、善意、和平、公然占有或继续占有者,应负举证责任。准此以言,主张取得时效中断者,对占有人变为不以所有之意思而占有,应负举证责任。

2. 法律效果

(1) 物权变动。以所有之意思,和平公然继续占有他人动产者,“取

^① 关于此项重要争论问题,参见史尚宽:《物权法论》,第 73 页;姚瑞光:《民法物权论》,第 68 页;李肇伟:《民法物权》,第 108 页;谢在全:《民法物权论》(上),第 247 页。

^② 多数学者主张准用或类推适用,参见史尚宽:《物权法》,第 74 页;郑玉波:《民法物权》,第 86 页。不同意见,参见谢在全:《民法物权论》(上),第 234 页。

得其所有权”。此项因时效而取得动产所有权,仅向后发生,不得溯及于占有开始之时生效。时效取得所有权性质上为原始取得,原存在于该物的一切权利(如质权或留置权),均归消灭。时效取得完成后,虽未经占有人主张,法院亦应依职权援用,为原告败诉的判决。

(2) 债权关系。有争论的是,依时效取得动产所有权所涉及的债权关系。兹举一例加以说明:甲出租某画给乙,租期届满后,乙即对甲表示其系以所有之意思占有,拒不返还,致甲不能将该画再行出租。在此情形,甲得对乙主张所有物返还请求权、占有之不当得利返还请求权、租赁物返还请求权和侵权行为损害赔偿请求权。在乙依时效取得该画所有权后,甲不能对乙主张所有物返还请求权,自不待言,至于其他请求权,分述如下:

① 不当得利请求权。占有人依时效取得动产所有权,系基于法律规定,其受利益,具有法律上原因,不成立不当得利。有疑问的是,当事人间原已存在的占有不当得利请求权,是否仍得行使。学说上有采肯定说,并认为乙基于占有而取得该画所有权,甲得依第 181 条本文规定请求返还之。此项见解与时效取得制度在于使占有人实质、终局地取得所有权的规范意旨不符,应以否定说较为可采。

② 契约上请求权。承租人于租赁关系终止后,应返还租赁物。此项契约上的返还义务不因时效取得规定而被排除,故出租人得依债务不履行之规定向承租人请求损害赔偿。

③ 侵权行为损害赔偿请求权。依时效取得他人动产所有权,系基于法律规定,占有人纵属恶意,其取得所有权本身并不构成侵权行为。惟时效取得前已发生的侵权行为损害赔偿请求权,不因时效取得而受影响。

(三) 不动产所有权的时效取得

1. 甲有某屋出售给乙,即为交付,并办理所有权移转登记。20年后,甲的继承人丙以甲为受监护宣告之人为理由,请求乙涂销登记,返还该屋。乙以其于土地登记簿登记为所有人,已达 20 年,且为自主占有该屋,而主张时效取得该屋所有权,有无理由?

2. 甲向乙购买某地,以所有、和平、继续的意思占有该地长达 10 年(或 20 年),于办理登记时,经测量始知该地为公有未登记土地。试问:

(1) 甲得否请求登记为所有人？

(2) 甲得否以“国有财产局”为被告请求协同其登记甲为所有人？

1. 要件

(1) 基本要件。关于不动产所有权的时效取得，“民法”分别两种情形加以规定：新修正“民法”第 769 条规定：“以所有之意思，二十年间和平、公然、继续占有他人未登记之不动产者，得请求登记为所有人。”第 770 条规定：“以所有之意思，十年间和平、公然、继续占有他人未登记之不动产，而其占有之始为善意并无过失者，得请求登记为所有人。”兹分析其构成要件如下：

① 占有。须为自主占有、和平占有、继续占有。此外，并须为公然占有，第 769 条、第 770 条增订此要件，其以隐秘方式暗掘地道，在地下占有，不能主张时效取得土地所有权。

② 一定期间。占有之始为善意并无过失者，其期间为 10 年。占有之始非善意，或虽善意而有过失者，其期间为 20 年。所谓善意，指不自知其占有系无权利而言。所谓无过失，指虽尽善良管理人的注意，仍不知自己系无权利。占有人是否善意及有无过失，应以占有开始为判断时点。

③ 他人未登记的不动产。现行法上不动产所有权的时效取得，限于他人未登记之不动产，旨在贯彻土地登记公示主义。德、瑞二国民法则设有登记时效取得制度（*Buchersitzung*，登记簿时效取得）。《瑞士民法》第 661 条规定：“于土地登记簿不正确被登记为所有人者，善意、十年间未中断，未被撤销的占有其土地时，不得再被撤销”。《德国民法》第 900 条规定：“未取得土地所有权，而于土地登记簿登记为所有人，其登记经过 30 年，且于其期间内就土地为自主占有者，取得其所有权。”台湾地区“民法”未采此制度。例如，受监护宣告之人甲出售某屋给乙，办理所有权移转登记，并为交付。乙为登记名义人，纵令以所有之意思，和平、公然、继续占有该屋达 20 年，亦不能取得其所有权，甲仍得向乙请求涂销登记，返还该屋（参阅例题一）。

关于第 769 条的适用，解释上最重要的是，何谓“他人”“未登记”的不动产。实务上对“未登记”采狭义解释，指该不动产自始未经登记机关于土地登记总簿为所有权之登记，如已办妥土地总登记，其所有权已有归

属,即不得为取得时效之标的。易言之,所谓“未登记”不包括虽有登记但不能由登记簿上确知谁为真正权利人者,如被继承人死亡后尚未办理登记的土地,典权人依第 923 条第 2 项、第 924 条的规定已取得典物所有权,而尚未办理登记等情形。^①

“他人”未登记的不动产包括公有或私有,实务上案例多属国有未登记的土地。须注意的是,所谓未登记之不动产,系指应登记而不为登记之不动产而言。水利用地(如沟渠、堤堰)依法免于编号登记(“土地法”第 41 条),自无从因时效之完成而取得请求登记为所有权人。^②

(2) 时效取得中断。请参照关于动产所有权时效取得相关部分的说明。

(3) 举证责任。请参照关于动产所有权时效取得相关部分的说明。须注意的是,关于占有人的善意,第 944 条第 1 项设有推定。占有人的无过失,应由占有人负举证责任。

2. 法律效果

不动产占有人具备时效取得要件者,仅得请求登记为所有人,非当然取得其所有权,而是应于登记期限内,经土地四邻证明,申请为所有权之登记(“土地法”第 54 条以下,阅读之)。性质上系由占有人一方单独申请地政机关为所有权之登记,并无所谓登记义务人之存在,亦无从以原所有人为被告,诉由法院径行判决予以准许。占有人自登记完成之日,始取得不动产所有权。对不能办理登记的违章建筑,不能依时效取得其所有权。

时效完成后,在未经登记为所有人以前,原所有人的所有权如已登记完毕,占有人既不能对其主张时效取得,亦不得请求涂销原所有人的所有权登记。

(四) 所有权以外其他财产权的时效取得

1. “民法”第 772 条的修正

“民法”旧第 772 条规定:“前四条之规定,于所有权以外财产权之取得,准用之。”新修正第 772 条规定:“前五条之规定,于所有权以外财产权之取得,准用之。于已登记之不动产,亦同。”立法说明谓:按现行民法是

^① 参见史尚宽:《物权法论》,第 69 页;采不同见解,认应采广义解释。

^② 参见“最高法院”1990 年台上字第 30 号判决。

否仅以于他人未登记之不动产为限,始得因时效而取得所有权财产权,非无争议。“最高法院”1971年台上字第4195号判例则认因时效取得地上权,不以他人未登记之土地为限。为杜争议,爰于本条后段增订对于已登记之不动产,亦得准用前五条之规定,因时效而取得所有权以外财产权。

2. 得为时效取得客体的其他财产权

所有权以外之财产权,其种类甚广,何者得为取得时效的客体,尚有争论。原则上凡财产权皆得为取得时效的客体,实务上最常见者,为地上权及地役权。不能公然、继续行使的权利,如不表见及不继续的地役权、解除权、撤销权、买回权等,均不能因时效而取得。有疑问的是,从权利(例如质权、抵押权)或依法律规定必须支付一定对价始能成立的权利(如租赁权),能否因时效而取。通说采否定见解。本书认为,在有主权利存在的情形,应可依时效取得从权利,例如,甲对乙有债权,以质权人的意思占有乙的动产时,得依时效取得质权。

第二节 不动产所有权

一、土地所有权的范围

“民法”第765条规定所有权的内容须受法令限制,对不动产及动产均应适用。然不动产(尤其是土地)究不同于动产,涉及水平和垂直范围的问题,分述如下。

(一) 土地所有权的水平范围

土地有其地籍,除已依法律整理者外,应依土地法规定整理之。地籍整理之程序,为地籍测量及土地登记。地籍整理以市县为单位,市县分区,区内分段,段内分宗,按宗编号。已办理地籍测量之地区,因地籍原图破损、灭失,比例尺变更或其他重大原因,得重新实施地籍测量。于重新测量时,土地所有人应于地政机关通知之期限内,自行设立界标并到场指界。(“土地法”第36条、第40条等)土地所有权人因设立界标或到场指界发生界址争议时,准用“土地法”第59条第2项关于土地权利争执调处的程序。

原指界人得否以原指界错误为由,起诉请求另定界址?此为实务上重要问题。“最高法院”1986年4月22日第八次民事庭会议决议认为:

“为贯彻土地法整理地籍之土地政策,免滋纷扰,不许原指界之当事人又主张其原先指界有误,诉请另定界址,应认其起诉显无理由。”“司法院”释字第374号解释认此项决议,有违“宪法”保障人民财产权及诉讼权之意旨,应不予适用。^①

(二) 土地所有权的垂直范围

第773条规定:“土地所有权,除法令有限制外,于其行使有利益之范围内,及于土地之上下。如他人之干涉,无碍其所有权之行使者,不得排除之。”本条规定系采土地所有权范围“上穷天空,下尽地心”的原则,及于地面、空间及地身,立法目的在使地尽其用。然基于所有权社会化原则,土地所有权应受两种限制:

(1) 法令上的限制,例如大楼的高度应受建筑法的规范;附着于土地之矿,不因土地所有权之取得而成为私有(“土地法”第15条)。

(2) 行使利益范围的限制,此为所有权的内在拘束。所有权的行使,须在有利益的范围内。所谓利益,兼指财产上和精神上的利益,至其范围,应依土地位置、使用目的及其他情事加以认定。例如,悬挂广告侵入邻地花园的上空,系对土地所有权的妨害。但航空器飞越高空,或在地下深处采矿,则在土地所有权行使范围之外,所有人不得加以禁止。虽在行使有利益范围内,但他人之干涉,无碍其所有权者,亦不得排除之。又如,高层楼屋顶的电视天线,因方向关系斜入邻地的上空,邻地所有人不得主张妨害其所有权,而请求除去之。

二、不动产相邻关系

(一) 概说

1. 试阅读“民法”第774条至798条规定,说明如下问题:

(1) 诸此规定的立法目的和规范内容。

(2) 相邻关系上的权利是否具有地役权的性质?

(3) 何条规定属于“民法”第184条第2项所称“保护他人之法律”?

(4) 诸此条文是否皆为强行规定?当事人得否依合意排除,或

^① 参见曾华松:《土地分割为独立宗地之错误与地籍图之更正》,载《法令月刊》第47卷,第5期,第3页以下;第6期,第3页以下。

预先抛弃其权利(如第 787 条邻地通行权)?

(5) 诸此规定在地上权人与农育权人间,或承租人与土地所有人,承租人与使用借贷人间有无适用余地?

(6) 所谓邻地是否限于直接毗邻的土地?

(7) 所谓偿金,其法律性质如何?

2. 2009 年“民法”物权编修正时对不动产物权作有相当幅度的修订,请整理其重点,分析修订理由。

3. 在关于不动产相邻关系的规定中,何者在日常生活易生争议,实务案例较多,请说明其原因。

1. 规范目的和内容

土地相邻,其权利的行使彼此互有影响,若各所有人皆得主张自由使用、收益、处分其所有物,并排除他人之干涉,势必造成冲突,因此,必须在一定范围内加以规范,以保障土地充分利用,维护社会生活。在规范内容方面,必须考量土地所有人自由行使其权利是否具有值得保护的利益,并衡酌邻地所有人是否有得干预他人所有权范畴的优势利益,而为合理必要的利益衡量。在规范手段方面,“民法”采取五种方式:

(1) 土地所有人不得为一定行为。如第 777 条规定:“土地所有人不得设置屋檐、工作物或其他设备,使雨水或其他液体直注于相邻之不动产。”

(2) 土地所有人得于相邻土地为一定行为,但应遵循最低损害原则,并就邻地所受损害,支付偿金,如第 786 条规定的管线安设权。

(3) 土地所有人从事一定行为时,应防范邻地遭受损害,如第 774 条规定:“土地所有人经营事业及行使其所有权,应注意防免邻地之损害。”

(4) 土地所有人得禁止他人为一定的行为,如第 793 条关于禁止气响侵入的规定。

(5) 土地所有人应容忍他人于其土地为一定行为,如第 792 条规定的邻地使用权。

“民法”关于相邻关系的规定,原多达 27 条,约占物权编全部条文 1/8,足见立法者对此问题的重视。法律规定虽称周全,但因社会经济发展,难免疏漏,此在建筑物区分所有人间权义关系,尤为显著。物权编修正时加以修正并增设条文,使相邻关系的规范更为周全。

2. 相邻关系的法律性质:相邻关系与地役权

不动产所有人依法律规定使用邻地,为必要的通行,或安装管线等,邻地所有人有容忍的义务,此在性质上系所有权的限制,基于法律规定而发生,非属独立的权利,得对抗第三人,不以登记为必要。诚如“最高法院”1974年台上字第2117号判例所云,相邻关系之内容,虽类似地役权,但基于相邻关系而受之限制,系所有权内容所受之法律上限制,并非受限制者之相对人因此而取得一种独立之限制物权,而地役权则为所有权以外之他物权(限制物权),二者不能混为一谈,果上诉人家庭用水及天然水非流经被上诉人之土地排出不可,亦只能依“民法”第779条规定行使权利,其依相邻关系而请求确认其排水地役权存在,尚难谓合。

3. 相邻关系的规定与保护他人的法律

关于相邻关系的若干规定,如第774条(邻地损害的防免)、第794条(邻地地基或工作物危险的预防)、第795条(建筑物或工作物倾倒危险的预防)等,系属“民法”第184条第2项所称保护他人之法律,土地所有人未尽防免义务,致邻地所有人遭受损害时,推定其有过失,应依侵权行为规定,负赔偿责任。^①

4. 相邻关系规定的法律性质:强行规定与私法自治

“最高法院”1986年台上字第947号判例谓:“民法”第787条第1项所定之通行权,其主要目的,不仅专为调和个人所有之利害关系,且在充分发挥袋地之经济效用,以促进物尽其用之社会整体利益,不容袋地所有人任意预为抛弃。此项见解系认第787条属强行规定,学者提出质疑^②,引发对“民法”关于相邻关系规定法律性质的检讨。本书认为,第775条以下关于相邻关系规定原则上非属强行规定,分三点言之:

(1) 关于相邻关系的规定旨在规范相邻土地所有人间利害冲突,虽涉及公益,多属间接,应容留当事人私法自治空间,自行调整其权利义务

^① 参见“最高法院”2009年台上字第39号判决:“民法”第794条关于土地所有人开掘土地或为建筑时,不得因此使邻地之地基动摇或发生危险,或使邻地之工作物受其损害之规定,固属同法第184条第2项所定之保护他人法律,违反该保护他人之法律致生损害于他人者,应负损害赔偿之责,惟如能证明其行为无过失者,依该条项但书之规定,即不负赔偿责任。

^② 参见苏永钦:《法定相邻权可否预先排除》,载苏主钦主编:《民法物权争议问题研究》,第133页。关于相邻关系的发展,参见朱柏松:《新修正相邻关系法规规范评议》,载《月旦法学》第169期(2009年6月),第84页。

关系,较诸将其权利义务关系强行化,更能充分发挥土地的经济效用,以促进物尽其用的社会整体利益。

(2) 因相邻关系而生的权利,不同于地役权,前已论及。相邻关系的权利义务,基本上得依设定地役权而为规范。第 777 条规定:“土地所有人,不得设置屋檐、工作物或其他设备,使雨水或其他液体直注于相邻之不动产。”此并不排除当事人得设定排水于邻地的地役权。其得依设定地役权而规范者,亦得依债权契约而为之,乃属当然。

(3) 第 798 条规定:“果实自落于邻地者,视为属于邻地所有人。”此一规定亦不排除当事人约定,果实自落于邻地者,其所有权仍属于原物所有人。盖本条规定旨在维持相邻人间的平和,以免争执,减少当事人的交易成本。若当事人明确约定果实财产权的归属,已足维护相邻人间的平和秩序,应无禁止的必要。

5. 相邻关系的当事人

关于相邻关系,“民法”系以“土地所有人”为当事人间权利义务的主体,作为规范对象。物权编修正增设第 800 条之 1 明定:“第七百七十四条至前条规定,于地上权人、农育权人、不动产役权人、典权人、承租人、其他土地、建筑物或其他工作物利用人准用之。”立法理由谓:“为调和相邻关系之利用与冲突,相邻关系不仅规范相邻土地所有人间,即地上权人、农育权人、不动产役权人、典权人、承租人、其他土地、建筑物或其他工作物利用人间,亦宜准用。爰增订上开概括规定,以符民法规范相邻关系之宗旨,并期立法之简练。至于建筑物所有人为土地之利用人,当然有本条之适用,不待明文。又本条所谓“准用”,系指于性质不相抵触之范围内,始得准用。故何种情形可以准用,应依具体个案分别认定之。”

6. 若干基本概念:习惯、邻地、偿金

(1) 习惯的探求。台湾“民法”规范相邻关系,特别注重习惯,优先适用之(参照第 776 条、第 778 条、第 781 条等)。此之所称习惯,乃指惯行而言。

(2) 邻地的意义。“民法”所称邻地不以直接毗邻的土地为限。第 774 条规定:“土地所有人经营事业及行使所有权,应注意防免邻地之损害。”所称邻地,凡因土地所有人经营事业及行使权利可能遭受损害的土地,均包括在内。第 798 条规定:“果实自落于邻地者,视为属于邻地所有人。”其所称邻地,亦非限于直接毗邻之地。

(3) 偿金的性质。“民法”规定利用或通行邻地者,应支付偿金,其条文甚多,可归为两类:

① 对价性质,如第 783 条(取用邻地余水)。在此情形,偿金的支付,不以有损害为必要,与余水之给与应为同时履行。

② 补偿性质,不具对价关系^①,如第 779 条(人工排水)、第 785 条(堰之设置与利用)、第 786 条(安装管线)、第 788 条(邻地通行)。凡条文中规定:“因此所受之损害,应支付偿金”字样者,皆属之。不以故意或过失为要件,其消灭时效依第 125 条规定(15 年),不适用第 197 条规定(2 年或 10 年)。

偿金性质上为一种法定负担,土地所有权移转时,受让人仍有支付义务,但不及于拖欠之偿金。^② 关于偿金数额的判定,“最高法院”1996 年台上字第 67 号判决谓:土地所有人通行邻地而依“民法”第 787 条第 1 项规定所应支付偿金之数额,应斟酌因通行所受利益及邻地因之所受损害之程度,并双方之经济状况作为衡量之标准。此项衡量标准,于其他情形,亦应适用之。

7. 私法上与公法上的相邻关系:双轨规范体系的建构

“民法”对相邻关系规定甚为详细,实务上的争议多集中于邻地通行和越界建筑。日常生活中常见的气响侵入,案例甚少。台湾人民素重睦邻,虽受侵害,亦勉予忍受,不愿主张其权利,避免他方借端寻衅,以图报复,彼此交恶。现行规定究竟发挥多少规范功能,有待探讨。近年来经济发展迅速,人口拥挤,公寓林立,住宅区内混杂商店工厂,资源过度利用,造成生活品质的恶化。为期改善,亟应加强公法规范。最近几年陆续公布施行的“空气污染防制法”、“水污染防治法”、“噪音管制法”、“废弃物清理法”等环保法规,与土地相邻具有密切关系,在某种意义上亦可称为公法上相邻关系的规定。不动产相邻关系涉及私利及公益,须赖私法及公法的协力,始能有效率地规范和谐的社会生活。

(二) 邻地损害的防范

土地贵乎利用,以尽地利,但应防范损及邻地以策安全,为事理之当

^① 参见“最高法院”1987 年台上字第 2646 号判决:依“民法”第 787 条第 1 项后段规定,有通行权者,对于通行地因此所生之损害虽应支付偿金,惟“偿金”系指补偿土地所有权人不能使用土地之损害,必于有通行权者,行使其通行权后始有是项损害之发生,与通行权无对价关系。

^② 参见郑玉波:《民法物权》,第 105 页。

然。“民法”就三种情形,设有规定:

1. 经营事业及行使所有权的损害防免:新修正“民法”第 774 条规定:“土地所有人经营事业及行使其所有权,应注意防免邻地之损害。”事业种类不拘,包括农、林、渔、矿、牧或服务等行业在内等。所谓行使其所有权,乃概括规定,农耕、养鱼、开店、贮藏物品等皆属之。

2. 开掘土地或为建筑的危害避免:新修正“民法”第 794 条规定:“土地所有人开掘土地或为建筑时,不得因此使邻地之地基动摇或发生危险,或使邻地之建筑物或其他工作物受其损害。”由“不得”的文义可知,邻地所有人不但得请求土地所有人注意防免,且可请求停止施工,或采取除去危害之必要措施。

3. 工作物倾倒危险的预防。第 795 条规定:“建筑物或其他工作物之全部或一部,有倾倒之危险,致邻地有受损害之虞者,邻地所有人得请求为必要之预防。”危险的原因,究由人为或不可抗力(如地震),在所不问。

(三) 排水及用水关系

水性就下,加以防堵,将造成水患。任其排泄,则无异以邻为壑,宜加规律。农水灌溉、舟楫通行、饮用洗濯,缺水不行,关系当事人利益甚巨,故“民法”不惜用 11 个条文,对于排水和用水详设规定。

1. 排水关系

(1) 自然排水。新修正“民法”第 775 条规定:“土地所有人不得妨碍由邻地自然流至之水。自然流至之水为邻地所必需者,土地所有人纵因其土地利用之必要,不得妨碍其全部。”此为邻地所有人之自然排水权。惟水由低地自然流至高地者,亦属有之,如潮汐涨满、河流泛滥、海水倒灌。在此等情形,应认为邻地所有人亦负有不得妨碍之义务。所谓自然流至之水,指雨水、温泉、雪解、冰融等而言,水圳之水系由人工开设导入者,不包括在内。

邻地所有人仅负不得防阻的不作为义务,不负疏通阻塞的积极义务。为平衡当事人的权利义务关系,新修正第 775 条第 2 项规定:“自然流至之水,为邻地所必需者,土地所有人纵因其土地利用之必要,不得妨碍其全部。”

邻地所有人对于自然流水,既不负疏通义务,如水流在低地阻塞时,应如何处理? 对此问题,第 778 条规定:“水流如因事变在邻地阻塞,土地

所有人得以自己之费用,为必要疏通之工事。但邻地所有人受有利益者,应按其受益程度,负担相当之费用。前项费用之负担,另有习惯者,从其习惯。”此项疏通工事为土地所有人的权利,非其义务,邻地所有人无请求权。

(2) 人工排水。第 776 条规定:“土地因蓄水、排水或引水所设之工作物破溃、阻塞,致损害及于他人之土地,或有致损害之虞者,土地所有人应以自己之费用为必要之修缮、疏通或预防。但其费用之负担,另有习惯者,从其习惯。”

新修正“民法”第 777 条规定:“土地所有人,不得设置屋檐、工作物或其他设备,使雨水或其他液体直注于相邻之不动产。”雨水属自然之水,邻地所有人本有承水义务,但法律禁止以上述人工方法排之,以保护邻地所有人的利益。设置之屋檐或其他工作物侵入邻地时,邻地所有人得请求除去之(第 767 条)。

人工排水,实际上亦有必要,“民法”特设例外,使邻地所有人负容忍义务,于新修正第 779 条规定:“土地所有人,因使浸水之地干涸,或排泄家用或其他用水,以至河渠或沟道,得使其水通过邻地。但应择于邻地损害最少之处所及方法为之。前项情形,有通过权之人,对于邻地所受之损害,应支付偿金。前二项情形,法令另有规定或另有习惯者,从其规定或习惯。第一项但书之情形,邻地所有人有异议时,有通过权之人或异议权人得请求法院以判决定之。”第 4 项诉讼性质系属形成之诉,对于何谓:“邻地之损害最少之处所及方法”,审理法院不受当事人声明之拘束,得依职权认定之。

又土地所有人因使其土地之水通过,得使用邻地所有人所设置之工作物。但应按其受益之程度,负担该工作物设置及保存之费用(第 780 条)。

2. 用水关系

(1) 水流地所有人之用水。水为天然资源,属于公共所有,不因人民取得土地所有权而受影响(“水利法”第 2 条)。至于水之利用,“民法”第 781 条规定:“水源地、井、沟渠及其他水流地之所有人,得自由使用其水。但法令另有规定或另有习惯者,不在此限。”

对于水源地或井之所有人之用水,第 782 条设有特别保护规定,即:“水源地或井之所有人,对于他人因工事杜绝、减少或污染其水者,得请求

损害赔偿。如其水为饮用或利用土地所必要者,并得请求恢复原状;其不能为全部恢复者,仍应于可能范围恢复之。前项情形,损害非因故意或过失所致,或被害人有过失者,法院得减轻赔偿金额或免除之。”

水流地所有人之用水,常须变更水道,为兼顾对岸土地所有人的利益,新修正第 784 条规定:“水流地对岸之土地属于他人时,水流地所有人不得变更其水流或宽度。两岸之土地均属于水流地所有人者,其所有人得变更其水流或宽度。但应留下游自然之水路。前二项情形,法令另有规定或另有习惯者,从其规定或习惯。”

水流地所有人欲利用其水流,常须设堰。第 785 条规定:“水流地所有人,有设堰之必要者,得使其堰附着于对岸。但对于因此所生之损害,应支付偿金。对岸地所有人,于水流地之一部属于其所有者,得使用前项之堰。但应按其受益之程度,负担该堰设置及保存之费用。前二项情形,法令另有规定或另有习惯者,从其规定或习惯。”

(2) 缺水地所有人之用水关系。土地所有人无水源,或虽有水源,其量不足时,自应许其取用邻地之水,以有余补不足,故第 783 条规定:“土地所有人因其家用或利用土地所必要,非以过巨之费用及劳力不能得水者,得支付偿金,对邻地所有人请求给予有余之水。”

(四) 邻地的利用

甲乙共有一笔 A 地,嗣后分割为 B、C 两笔土地,分别由甲乙二人取得。甲死亡,由丙继承 B 地,乙将 C 地出卖给丁,并移转其所有权。丙以 B 地已成袋地为理由,请求开设道路,通行 C 地,有无理由,应否支付偿金?

1. 管线安设

电力、水、瓦斯等为日常生活所必需,缺之不可,故新修正“民法”第 786 条规定:“土地所有人,非通过他人之土地,不能设置电线、水管、瓦斯管或其他管线,或虽能设置而需费过巨者,得通过他人土地之上下而设置之。但应择其损害最少之处所及方法为之,并应支付偿金。依前项之规定,设置电线、水管、瓦斯管或其他管线后,如情事有变更时,他土地所有人,得请求变更其设置。前项变更设置之费用,由土地所有人负担。但法令另有规定或另有习惯者,从其规定或习惯。第七百七十九条第四项规

定,于前项情形准用之。”^①

第786条涉及侵权行为,尤其是第184条的适用,“最高法院”1964年台上字第2453号判决具有启示性,摘录如下:“民法”第184条第1项前段规定之侵权行为客体,为既存法律体系所明认之“权利”,依第786条第1项前段规定,被上诉人所负容忍上诉人安设管线之义务,性质上系对土地所有权之限制,上诉人尚不因此取得用益物权或其他既存法律体系所明认之权利,故被上诉人拒绝上诉人安设管线,纵导致上诉人经济利益可能有所减损,仍难谓系侵害上诉人之权利。又第184条第1项后段规定之善良风俗,系指社会一般道德观念而言。被上诉人为维护本身之权益,拒绝容忍上诉人安设管线通过系争土地,究与社会一般道德观念无涉,尚不生违背善良风俗之问题。至同条第2项前段规定之“保护他人之法律”,应指一般防止危害他人权益或禁止侵害他人权益之法律。第786条第1项前段规定之目的,在于考虑土地所有权人或用益权人均主张自由使用、收益土地,并排除他人之干涉,势必造成冲突,故在一定范围内限制一方之所有权,进而调和彼此间之利益,充实土地之利用价值,显与普遍防免及禁止危害他人权益无关,难谓属保护他人之法律。从而上诉人依侵权行为之法律关系,请求被上诉人赔偿自1996年12月19日起至2000年10月3日止损失租金之期待利益1890万元本息,为无理由……上诉人果欲通过被上诉人所有之系争土地安设管线,衡之第786条第1项规定“土地所有人,非通过他人之土地,不能安设电线、水管、煤气管、或其他简管,或虽能安设而需费过巨者,得通过他人土地之上下而安设之。但应择其损害最少之处所及方法为之。并应支付偿金。据此判决,上诉人即应先与被上诉人洽商偿金数额,于自行协议或取得法院确定判决前,被上诉人拒绝容忍上诉人安设管线,当属权利之正当行使,核无不法侵害上诉人权利可言。

2. 邻地通行

(1) 一般邻地通行权

① 要件。关于邻地的利用,实务上最常见的,系新修正“民法”第

^① 依“电信法”第45条第3项授权所定“电信线路迁移费用及电信设备损坏赔偿负担办法”第8条序文“既设电信线路通过请求权人自己或他人之土地,致自己土地使用收益有下列情形之一者,土地所有权人、合法占有人或使用人得请求该电信线路所属机关(构)免费迁移”,系第3项变更设置费用负担之特别规定。

787条所规定的邻地通行权,即:“土地因与公路无适宜之联络,致不能为通常使用时,除因土地所有人之任意行为所生者外,土地所有人得通行周围地以至公路。”其要件有三:

A. 土地与公路无适宜之联络,此包括两种情形:一为土地四围皆不通公路(学说上称为袋地);二为土地虽有他道可通公路,但费用过巨、具有危险,或非常不便(学说上称为准袋地),如爬越危岸,航经湍流。^①此两种情形的造成,究为天灾或人力,一时或继续,在所不问。周围地并非以与土地直接邻接为限,如果不通公路的土地,与公路之间,有两笔以上不同地主土地之隔,为达通行之目的,此两笔以上的土地亦为第787条第1项所谓周围地。主张通行权者非以其地上有房屋,有人居住为必要。^②如仅为求与公路有最近之联络或便利之通行,尚不得主张得通行他人的土地。

B. 为通常使用所必要。此应按土地的形状、面积、位置及用途定之。土地用途变更时,其使用必要亦随之变更,如农舍改为住宿民宅时,羊肠小道不敷使用,得开设道路,通行车辆。

C. 须非因土地所有人的任意行为。此系衡诸诚信原则及当事人利益而设。例如,土地所有人任意破坏原有桥梁,抛弃其邻地上原有的通行权,致土地无适当通路者,无主张通行权的余地。^③惟土地的通常使用,系因法律变更或其他情事变更,致土地所有人须变更其通行者,则不属之。

② 法律效果

A. 通行的权利:新修正“民法”第787条第2项规定:“有通行权人应于通行必要之范围内,择其周围地损害最少之处所及方法为之;对于通行地因此所受之损害,并应支付偿金。”

^① 参见“最高法院”1964年台上字第2996号判例:“民法”第787条第1项所谓土地与公路无适宜之联络,致不能为通常之使用,其情形不以土地绝对不通公路为限,即土地虽非绝对不通公路,但其通行困难以致不能为通常之使用时,亦应允许其通行周围地以至公路。”

^② 参见“最高法院”1987年台上字第2646号判决。

^③ 关于“民法”第787条规定的“类推适用”,参见“最高法院”1995年台上字第1474号判决:系争车道部分所在位置包括在地下二楼建物登记面积内,与地下二楼建物,因拍卖结果致所有人不同,使地下二楼停车场对外并无适宜之联络可资为通常之使用,因其必须通行系争车道,而发生类似相邻关系袋地通行权之问题,基于调和区分所有房屋相互间经济利益之法理,自得类推适用“民法”第787条第1项规定之袋地通行权。”

须注意的是,第 787 条第 1 项有关“袋地必要通行权”之土地所有人得通行周围地以至公路之规定,其“周围地”并非仅指以与不通公路土地直接相毗邻者为限。如不通公路之土地,与公路之间,有两笔以上不同所有人之土地相邻,为达通行公路之目的,亦得主张通行该周围地。于此情形,土地所有人只须对有争执之相邻周围地所有人提起确认通行权之诉为已足,不以对所有周围地之所有人均起诉或一同起诉并列被告为必要。^①

B. 开设道路的权利,支付偿金之义务:第 788 条第 1 项规定:“有通行权人于必要时,得开设道路。但对于通行地因此所受之损害,应支付偿金(第 788 条第 1 项但书)。”此项给付偿金的义务,应自取得通行权时起算。

所谓偿金,系补偿土地所有权人不能使用土地之损害,与损害赔偿性质相当,故偿金之支付标准,应就具体事实,审酌土地所有权人所受损害之程度而为认定。支付偿金之方法,“民法”未设规定,应按通行地所受之损害有无继续性或确定性而定,损害有继续性但其损害总额不能预先确定时,其支付偿金之方法,应以定期支付为宜。又新增设第 788 条第 2 项规定:“前项情形,如致通行地损害过巨者,通行地所有人得请求有通行权人以相当之价额购买通行地及因此形成之畸零地,其价额由当事人协议定之,不能协议者,得声请法院以判决定之。”

(2) 因土地之一部分让与或分割而生之通行权

① 要件及法律效果。第 789 条第 1 项规定:“因土地一部之让与或分割,而与公路无适宜之联络,致不能为通常使用者,土地所有人因至公路,仅得通行受让人或让与人或他分割人之所有地。数宗土地同属于一人所有,让与其一部或同时分别让与数人,而与公路无适宜之联络,致不能为通常使用者,亦同。”此项规定的立法理由有二:一为土地所有人不能因自己让与或分割土地,致增加他人的负担。二为当事人为让与或分割时,通常预见其事,可期待其自为安排,谋解决之道。准此立法理由,本条规定于裁判上分割或强制拍卖,应不适用之。

在第 789 条第 1 项规定之情形,有通行权人亦应于通行必要之范围内,择其周围地损害最少之处所及方法为之。但对于通行地因此所受之

^① 参见“最高法院”2002 年台上字第 1846 号判决。

损害,无须支付偿金(第789条第2项)。

② 适用范围。第789条之适用,是否须两造当事人间发生分割或让与的行为?此为实务上的难题。兹举一则法律问题说明之:

甲、乙二人共有一笔A土地,嗣后分割为B、C两笔土地,分别由甲、乙二人取得。几年后,甲死亡,其遗产B地由继承人丙继承(或甲将该B地所有权移转给丙)。丙鉴于B土地已成袋地,乃依第789条规定,请求自分割人的C土地上通行,是否有理由?设乙将C土地所有权让与丁(或由丁继承)时,丙得否对丁主张通行权,无须支付偿金?

对此问题,在继承的情形,实务上采肯定说,认为:继承人自继承开始时,除民法另有规定及专属于被继承人本身之权利义务外,承受被继承人财产上之一切权利义务,“民法”第1148条规定甚明。某甲之土地B与某乙之土地C原属甲乙二人共有地之一部分,嗣因分割各别取得所有权,B地既因分割而成袋地,致不通公路,依照同法第789条规定,当有通行某乙之C地,以至公路之权利。某丙因继承甲之关系,取得B地之所有权,揆诸首开说明,当然承受某甲就B地对于C地之通行权。^①

在让与所有权之情形,“最高法院”1980年台上字第2672号判决则谓:诉讼土地之分割,既在各有关地主让受之前,而其受让复为两造分别与前土地所有人间之行为,两造间直接并未发生分割或让与之行为,则上诉人等所有土地果与公路无适宜之联络,致不能为通常使用,亦无适用“民法”第789条之余地。^②

本书认为,无论在继承或让与的情形,原则上均有第789条的适用。就上举法律问题言,丙得主张依第789条规定,通行乙(或丁)的C土地,无须支付偿金。其理由有四:

A. 此项通行权性质上为土地的物上负担,随土地而存在,不因嗣后部分土地的继承,或再转让而归于消灭。

B. 当事人在让与或分割土地时通常能预见此种情事,可在让与价额或分割方法上有所调整,以维护自己的权益。

① 参见“司法行政部”民事司台(1979年)民司函字第0626号函复台高院。

② 参见《最高法院民刑事裁判选辑》,第1卷,第1期,第332页。

C. 采不适用说,有两个值得顾虑之点,一为受让人不能享有通行及土地利用的预期利益;二为将容忍通行的不利益转嫁由其他周围地所有人负担。

D. 在具体案件(尤其是在辗转继受的情形),无偿通行显失公平时,得依权利滥用、情事变更原则处理之。^①

3. 营缮的邻地利用

营造或修缮建筑物常须使用邻地,故第 792 条规定:“土地所有人,因邻地所有人在其地界或近旁,营造或修缮建筑物或其他工作物有使用其土地之必要,应许邻地所有人使用其土地。但因而受损害者,得请求偿金。”此为营造或修缮建筑物人的邻地使用权。其得使用者,限于土地,房屋不包括在内。其为使用,须得邻地所有人允许,邻地所有人不予允许者,得诉请法院以裁判定之。

(五) 侵入他人的土地

1. 人之侵入

土地所有人得禁止他人侵入其土地,此为所有人排除他人干涉其物之权利,第 790 条重申此旨,并设两种例外:

(1) 他人有通行权。此系指地役权及因相邻关系而生之通行权。他人既有权通行,自不得加以禁止。

(2) 入内樵牧。依地方习惯,任他人入其未设围障之田地、牧场、山林刈取杂草、采取枯枝枯干,或采集野生物,或放牧牲畜者,土地所有人亦不得禁止其侵入(第 790 条第 2 款)。

又依第 791 条规定:“土地所有人,遇他人之物品或动物偶至其地内者,应许该物品或动物之占有人或所有人入其地内,寻查取回。前项情形,土地所有人受有损害者,得请求赔偿。于未受赔偿前,得留置其物品或动物。”

2. 气响侵入

气、热、音响、光线的放散,侵害居家安宁与生活品质,关系最为密切,新修正“民法”第 793 条规定:“土地所有人,于他人之土地建筑物或其他工作物有瓦斯、蒸气、臭气、烟气、热气、灰屑、喧嚣、振动、及其他与此相类

^① 深入的讨论,参见谢在全:《民法物权论》(上),第 325 页(附有日本判例学说,足供参考)。

者侵入时,得禁止之。”学说上称之为气响或不可量物侵入之排除。所谓其他与此相类者,如雷射、电流或火光等。至于固体或液体等所谓可量物,如沙石、污水等则不包括在内,对此等侵入,可依第 767 条规定请求除去。

对气响侵入禁止原则,第 793 条但书设有限制,即其侵入轻微,或按土地形状、地方习惯认为相当者,土地所有人有忍受义务。所谓轻微,指未造成重大损害,如白昼演奏乐器。所谓按土地形状认为相当者,如居于高速公路边、工厂附近,应忍受其非属轻微,但属相当的干扰。所谓按地方习惯认为相当者,如丧家的佛事、庙会的歌仔戏或布袋戏,虽管弦嘈杂,锣鼓喧天,土地所有人亦须忍受之。

(六) 越界建筑

甲地与乙地相邻,甲在乙出国期间在甲所有土地上兴建房屋,屋顶阳台侵入乙地 2 公尺,地下室侵入乙地 3 公尺,围墙一半盖在乙地之上。试问:

1. 乙回国后发现其事,即提出异议或未即提出异议时,其法律关系有无不同?
2. 甲因故意或过失越界建筑,与非因故意或过失,其法律关系有无不同?
3. 乙发现其事时,甲越界建筑房屋已完成或未完成,其法律关系有何不同?
4. 设甲系基地承租人或无权占有人时,其法律关系有何不同?
5. 甲、乙分别将其土地所有权让与他人时,其法律关系有何不同?

建筑房屋应于自己疆界之内为之,不得侵入邻地。越界建筑侵入邻地时,邻地所有人固得请求除去之,但对社会资源造成浪费,为顾全个人利益与国民经济,“民法”特于第 796 条规定:“土地所有人建筑房屋非因故意或重大过失逾越地界者,邻地所有人如知其越界而不即提出异议,不得请求移去或变更其房屋。但土地所有人对于邻地因此所受之损害,应支付偿金。前项情形,邻地所有人得请求土地所有人,以相当之价额购买越界部分之土地及因此形成之畸零地,其价额由当事人协议定之,不能协议者,得请求法院以判决定之。”兹分要件及法律效果说明如下:

1. 要件

(1) 越界建筑人。越界建筑人须为土地所有人,无权占有人不包括在内。越界建筑人须非因故意或重大过失逾越地界。

(2) 建筑房屋。越界建筑者,须为房屋,伸入邻地之阳台亦为房屋一部分。如非房屋,或虽为房屋,但可移去或变动者,或在所建房屋整体以外,越界加建房屋,无本条适用。故侵入他人土地,兴建围墙、储藏室、猪栏、狗舍或简陋厕所者,所有人均得请求除去之。^①

(3) 逾越地界。此指在自己土地兴建房屋,有一部分侵入他人土地而言,如全部建于他人土地,无本条的适用,邻地所有人得请求拆屋还地。^② 越界占有的土地究为邻地的全部或一部,地上或地下,是否直接相邻,均所不问。^③

(4) 邻地所有人知其越界,而不即提出异议。关于此项要件,分三点言之:

① 异议权人。异议的提出,在于保留除去越界建筑房屋的权利,故在解释上应认为,凡因越界建筑而其权利受损害者,皆得提出异议,除邻地所有人外,尚应包括地上权人、农育权人、不动产役权人、典权人及基地承租人等在内。无权占有人,在其占有之土地上建筑房屋如逾越地界时,因对自己占有之土地已无适法之权利,自不能认受越界之邻地有容忍之义务,故应无第 796 条之适用。^④

② 知其越界。所有人本有排除他人越界建筑的权利,越界建筑系出于故意或重大过失时,亦得适用第 796 条规定。故为保护邻地所有人利益,对于所谓“知”其越界,应就邻地所有人主观情事定之,即须邻地所有人事实上明知越界建筑,始足当之。^⑤ 知其越界而应提出异议之人,为土地所有人或其他有异议权之人。邻地为法人所有者,须其代表人或管理

① 参见“最高法院”1969 年台上字第 120 号判例、1970 年台上字第 1799 号判例、1978 年台上字第 800 号判例。

② 参见最高法院 1939 年上字第 634 号判例。

③ 参见“最高法院”1969 年台上字第 120 号、1973 年台上字第 1112 号判例。

④ 参见“最高法院”2000 年台上字第 937 号判决。

⑤ 参见“最高法院”1966 年台上字第 2385 号判决。参见史尚宽:《物权法论》,第 102 页;姚瑞光:《民法物权论》,第 94 页;谢在全:《民法物权论》(上),第 356 页。“最高法院”若干判决亦有认为:“所谓知其越界,以邻地所有人可能认知为已足,苟邻地所有人非因不在或有可恕之理由而不知者,尚不能谓为不知。”(1982 年台上字第 164 号判决)

人知其情事,始能认为已知。邻地为共有者,一人已知即可认为已知,不须全体共有人皆知其事。

③ 不即提出异议。所谓不即提出异议,指邻地所有人或其他有异权者知悉建筑逾越地界后,依一般观念,可表示异议而不为表示而言。邻地为共有时,共有人中一人提出异议即为已足。此项异议性质上为意思通知,应向越界建筑人提出,在诉讼上或诉讼外皆得以书面或言词为之。

④ 举证责任。越界建筑人主张邻地所有人知其越界不即提出异议者,在诉讼上应就此项事实,负举证之责任。^①

2. 法律效果

(1) 邻地所有人知其越界,即提出异议

① 除去或变更请求权。土地所有人建筑房屋逾越地界,邻地所有人知其越界而即提出异议时,得依第 767 条规定请求移去或变更其建筑物。值得注意的是,新增设第 796 条之 1 规定:“土地所有人建筑房屋逾越地界,邻地所有人请求移去或变更时,法院得斟酌公共利益及当事人利益,免为全部或一部之移去或变更。但土地所有人故意逾越地界者,不适用之。前条第一项但书及第二项规定,于前项情形准用之。”本条系为顾及社会整体经济,并兼顾双方当事人权益,而赋予法院裁量权。

② 侵权行为损害赔偿请求权。邻地所有人就其因越界建筑所受之损害,尚得依侵权行为规定请求赔偿。

(2) 邻地所有人知其越界而不即提出异议

① 忍受义务。土地所有人建筑房屋逾越疆界,邻地所有人如知其越界而不即提出异议时,邻地所有人不得请求移去或变更其房屋。土地所有人越界建屋使用邻地的权利,对嗣后受让各该不动产而取得所有权者,继续存在。^② 越界建筑的房屋全部或仅其越界部分灭失时,所有人皆无权重建。

② 土地购买请求权。为平衡邻地所有人忍受越界建筑的不利益,第 796 条第 2 项规定:“邻地所有人得请求土地所有人,以相当之价额购买

^① 参见“最高法院”1956 年台上字第 931 号判例。

^② 参见“最高法院”1982 年台上字第 409 号判决:“民法”第 796 条前段所谓土地所有人建筑房屋逾越疆界者,邻地所有人如知其越界而不即提出异议,不得请求移去或变更其建筑物云云,系因相邻关系致一方所有权扩张,而他方之所有权受限制,该关系并对嗣后受让各该不动产而取得所有权之两造继续存在,不能与债权法上之借贷契约同视。

越界部分之土地及因此形成之畸零地,其价额由当事人协议定之,不能协议者,得请求法院以判决定之。”此项土地购买请求权具形成权的性质,其买卖契约因邻地所有人之意思表示而成立。

(3) 不当得利及侵权行为请求权。土地所有人对越界建筑者债法上的不当得利请求权及侵权行为损害赔偿请求权不因第 796 条规定而被排除。

3. 增订“民法”第 796 条之 2:保护客体的扩大

目前工商社会,经济发达,房屋以外建筑物之价值亦有超越房屋情事。如对该等建筑物之越界建筑一律不予保障,亦有害于社会经济。惟建筑物之种类甚多,如一律加以保障,亦将侵害邻地所有人的权益。物权编修正乃权衡轻重,以具有与房屋价值相当之其他建筑物,例如仓库、立体停车场等,始有保障的必要。乃增订第 796 条之 2 规定:“前二条规定,于具有与房屋价值相当之其他建筑物准用之。”

(七) 越界竹木枝根及果实自落于邻地

1. 竹木枝根越界

两地相邻,竹木之枝根越界,势所难免,虽属琐事,易起争执。为此,“民法”特于第 797 条规定:“土地所有人遇邻地植物之枝根有逾越地界者,得向植物所有人,请求于相当期间内刈除之。植物所有人,不于前项期间内刈除者,土地所有人得刈取越界之枝根,并得请求偿还因此所生之费用。越界植物之枝根,如于土地之利用无妨害者,不适用前二项之规定。”在往昔农业社会,土地所有人刈取越界之枝根,具有经济上之价值,可为利用,以补偿其刈除之劳力及费用。惟今日社会变迁,刈除之枝根可利用之经济价值减低,或需雇工搬运,将造成负担,物权编修正特于第 2 项增列“并得请求偿还因此所生之费用”,以符实际,并期平允。

土地所有人对于越界竹木枝根,本得依第 767 条规定请求除去其侵害,本条立法目的在于使土地所有人于竹木所有人未于相当期间内刈除时,得以自己之费用刈除竹木之根枝而取得其所有权,枝根之果实当然亦归土地所有人取得。此为第 766 条之例外规定。越界者若为竹木的主干,不适用本条规定,应依第 767 条规定处理之。

2. 果实自落于邻地

诚如郑玉波教授所云：“红杏出墙，事所恒有，而果熟自落，亦尽平常”^①，但如何处理，法制史上历经变迁。在罗马《十二表法》，果实落于邻地者，3日以内所有人得自由拾取，3日之后即属于邻地所有人，德国普通法从之。《德国民法》第911条规定：“果实属于坠落地所有人。”^②台湾地区“民法”从之，于新修正第798条明定：“果实自落于邻地者，视为属于邻地所有人。但邻地为公用地者，不在此限。”立法目的在于维持相邻关系之和谐。^③

邻地包括陆地及水面，不以直接毗邻为必要。关键的问题，系何谓自落。果实成熟，或因风吹雨打等自然力而落地，固为自落，其为他人动摇而落地者（例如果树被车撞倒），亦应包括在内，以贯彻立法目的。但邻地所有人自己或指使他人摇动者，果实非属自落，自不待言，应负侵权行为损害赔偿（第184条第1项）。自落于邻地者，须为果实，果树被风吹断落于邻地，不适用第798条。

三、建筑物区分所有与公寓大厦的管理

您是否住在公寓大厦，是否明了何谓“公寓大厦”，尤其是建筑物所有权与基地使用权一体性的理论？是否了解所谓“区分所有”、“专有部分”、“共享部分”的规范意义？何谓“大公”和“小公”？地下层的停车位（停车空间）如何定其归属？买受公寓大厦区分所有权之人应否承受出卖人积欠的管理费？区分所有人间依规约所生的权利义务，对继受人有无拘束力？

住户在公寓大厦的外墙面、楼顶平台或防空避难室擅行变更构造、颜色、使用目的、设置广告物，任意弃置垃圾，排放各种污染物，开设KTV、应召站或饲养狼犬危害安全时，您得主张何种权利，

① 郑玉波：《民法物权》，第118页。

② Palandt-Bassenge § 911.

③ 原立法理由书谓：“查民律草案第999条理由谓：落于邻地之果实，是否应归原物之所有人，抑归邻地之所有人，自来立法例颇不一致，本法则视为邻地之果实，以维持相邻人间之和平，若邻地系供公众使用之地，例如，公行道路，既不能以其果实为公众之所有，莫如仍视为原物所有人之果实，以免争执。”修正说明：土地不得为权利之主体，本条“邻地”一词宜修正为“邻地所有人”，以符原立法旨趣。又本条之“自落”，凡非基于邻地所有人之行为致果实掉落者，均属之。学说均无异见，并此叙明。

如何行使？您住的公寓大厦是否组成区分所有权人会议或管理委员会？您是否知道其职权，您曾否出席，表示意见，遇到什么难以解决的问题？

（一）概说

在台湾地区，相当多的人民（尤其是在都市）住在公寓大厦，数人区分一个建筑物，各有其专有部分，取得所谓区分所有权。此种建筑物区分所有对社会经济、人民生活方式和物权制度产生重大深远的影响：

（1）在社会经济方面，有助于解决人口增加、土地面积有限的问题。可以有效率地使用土地、减少建筑成本、促进都市更新，尤其是使更多的人民拥有自己住屋的所有权。

（2）在人民生活方式方面，多人共居一个公寓大厦，必须调整或改变“各人自扫门前雪，不管他人瓦上霜”的传统观念或生活习惯，必须共同参与制定规约，组织区分所有权人或住户会议，创设合理规范，以保障和促进公寓大厦的共同生活。

（3）在物权制度方面，必须重新建构一套合理有效率的规范体系，规定专有部分和共享部分的法律关系。在法律构成方面，必须认识到公寓大厦涉及“物权上的权利义务”和“区分所有权人所组成的共同体”，二者并非各自独存不生关联，而是构成不可分离的一体，由区分所有权、共同共有和成员团体性三个因素结合组成之。

（二）民法上的建筑物区分所有

1. “民法”第 799 条与公寓大厦管理条例

土地和建筑物为独立的不动产。土地得划分疆界，编号登记为个别所有权。建筑物通常以一栋全部作为一个所有权的客体。但将一建筑物区分数个部分作为所有权之标的，登记公示上并无困难，实际上有其需要，“民法”乃于（旧）第 799 条规定：“数人区分一建筑物而各有其一部者，该建筑物及其附属物之共同部分，推定为各所有人之共有，其修缮费及其他负担，由各所有人，按其所有部分之价值分担之。”

本条规定制定于 1929 年，当时此种建筑区分所有尚未普遍。近年来，台湾地区的生活方式发生重大变化，除传统的平房及透天厝外，大部分的人都居住在公寓大厦，拥有建筑物区分权，1995 年特制定“公寓大厦管理条例”加以规范，物权编修正时乃修正第 799 条规定，修正说明谓：按

“公寓大厦管理条例”第1条之立法目的系为加强公寓大厦之管理维护,提升居住品质,该条例原系为行政机关基于管理之目的所制定,其规范重点在住户之权利义务、管理组织及管理服务人等,与“民法”重在建筑物各住户所有权之物权关系有异,又以区分所有建筑物之一部分为客体之区分所有权,乃所有权之特殊形态,民法应设有原则性规范,俾建立所有权制度之完整体系。民法与行政法规两者于性质、规范范围及功能有其所不同,应属私法与公法之协调关系,此种双轨规范体系之建构,应能有效率规范和谐之社会生活,并满足其不同制定目的之需求。

2. 区分所有建筑物,专有部分及共有部分

新修正第799条旨在明定区分建筑物的法律构造(请参照本书第163页的图示)。兹分别说明如下:

(1) 区分所有建筑物。“称区分所有建筑物者,谓数人区分一建筑物而各专有其一部,就专有部分有单独所有权,并就该建筑物及其附属物之共同部分共有之建筑物(第1项)”。所谓就专有部分有单独所有权,系指对于该专有部分有单一之所有权而言,该单独所有权得一人所有或数人共有。

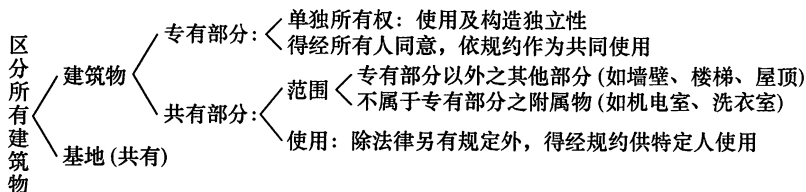
(2) 专有部分及共有部分。“专有部分”,指区分所有建筑物在构造上及使用上可独立,且得单独为所有权之标的者。“共有部分”,指区分所有建筑物专有部分以外之其他部分及不属于专有部分之附属物(第2项)。得为区分所有权客体之专有部分,除须具有使用之独立性外,并以具有构造上之独立性为必要,符合物权客体独立性原则。

(3) 专有部分及共有部分的使用。专有部分得经所有人同意,依规约之约定供区分所有建筑物之所有人共同使用;共有部分除法律另有规定外,得经规约之约定供区分所有建筑物之特定所有人使用(第3项)。例如,以某专有部分作为图书室或交谊厅;以屋顶共有部分供某特定区分所有人使用。

(4) 共有部分及基地应有部分的比例。区分所有人就区分所有建筑物共有部分及基地之应有部分,依其专有部分总面积之比例定之。但另有约定者,从其约定(第4项)。

(5) 专有部分与其所属对应之共有部分及基地之权利的不可分离关系。专有部分与其所属之共有部分及基地之权利,不得分离而移转或设定负担(第5项)。所谓“其所属之共有部分”,仅指区分所有建筑物之专

有部分所配属之共有部分,例如游泳池、网球场等公共设施。兹将第 799 条所规定区分所有建筑物的法律构造图示如下:



3. 区分所有人的权利义务

为明确区分所有建筑物区分所有人的权利义务,新增订第 799 条之 1 设四项规定:

(1) 共有部分负担之分担。区分所有建筑物共有部分之修缮费及其他负担,由各所有人按其应有部分分担之。但规约另有约定者,不在此限(第 1 项)。

(2) 供共同使用专有部分负担之分担。前项规定,于专有部分经依前条第 3 项之约定供区分所有建筑物之所有人共同使用者,准用之(第 2 项)。

(3) 请求法院撤销显失公平的规约。规约之内容依区分所有建筑物之专有部分、共有部分,及其基地之位置、面积、使用目的、利用状况、区分所有人已否支付对价及其他情事,按其情形显失公平者,不同意之区分所有人,得于规约成立后 3 个月内,请求法院撤销之(第 3 项)。规约之约定是否有显失公平情事,须就各项具体因素及其他相关情形综合予以斟酌,作为判断之准据。至所谓不同意之区分所有人包括自始未同意该规约约定或未参与其订定者在内。

(4) 规约对继受人的约束力。区分所有人间依规约所生之权利义务,继受人应受拘束。其依其他约定所生之权利义务,特定继受人对于约定之内容明知或可得而知者,亦同(第 4 项)。此项关于规约对继受人的约束力,立法说明书特别强调:区分所有建筑物之各区分所有人因各专有该建筑物之一部或共同居住其内,已形成一共同团体。而规约乃系由区分所有人团体运作所生,旨在规范区分所有人相互间关于区分所有建筑物及其基地之管理、使用等事项,以增进共同利益,确保良好生活环境为目的,故区分所有人及其继受人就规约所生之权利义务,依团体法理,

无论知悉或同意与否,均应受其拘束,方足以维持区分所有人间所形成团体秩序之安定。至区分所有人依其他约定所生之权利义务,其继承人固应承受,但因非由团体运作所生,基于交易安全之保护,特定继受人仅以明知或可得而知者为限,始受其拘束,爰增订第4项。又所谓继受人包括概括继受与因法律行为而受让标的之特定继受人在内;区分所有人依法令所生之权利义务,继受人应受拘束乃属当然。

4. 对于区分所有建筑物属于一人所有的准用

新增第799条之2规定:“同一建筑物属于同一人所有,经区分为数专有部分登记所有权者,准用第七百九十九条规定。”立法说明谓:同一建筑物属于同一人所有,经区分为数专有部分登记所有权者,其使用情形与数人区分一建筑物者相同,均有专有部分与共有部分。其中一部分转让他人时,即生应否与其共有部分、基地相关之应有部分一并让与等问题,爰明定准用第799条规定,俾杜争议。

5. 区分所有建筑物正中宅门的使用

新修正第800条规定:“第七百九十九条情形,其专有部分之所有人,有使用他专有部分所有人正中宅门之必要者,得使用之。但另有特约或另有习惯者,从其特约或习惯。因前项使用,致他专有部分之所有人受损害者,应支付偿金。”

正中宅门,须属于他区分所有权人。有无使用必要,应依客观情事加以认定,其主要情形有二:

(1) 通行的必要,即非使用他人正中宅门,无从通行,其情形犹如袋地通行,例如,区分所有的二层楼房,其出口处即设在楼下房屋,此在早期建筑物颇为常见。

(2) 虽有边门或后门可供出入,但基于婚丧喜庆有通行的必要。^①

6. 相邻关系规定的适用

须注意的是,“民法”关于相邻关系的一般规定,对建筑物区分所有亦有适用或类推适用的余地(第800条之1)。区分所有权人(如公寓四

^① 参见“最高法院”1963年台上字第1056号判例谓:“民法”第8条所称前条情形,系指第799条所谓“数人区分一建筑物而各有其一部者”之情形而言,楼房之分层所有,即属该条所揭情形之一种,其正中宅门虽非共同部分,仍有第8条之适用。至第8条所谓有使用他人正中宅门之必要者,系指依客观事实有使用之必要者而言,如非使用他人之正中宅门,即无从通行出外者,自包含在内。

楼)于他区分所有权人(如公寓三楼)的专有部分有瓦斯、蒸气、臭气、烟气、热气、灰屑、喧嚣、振动及其他与此相类者侵入时,得禁止之,但其侵入轻微,或建筑物形状、地方习惯,认为相当者,不在此限(第793条)。区分所有人行使权利,不得违反公共利益,或以损害他人为主要目的,应依诚实及信用方法(第148条)。

(三) 公寓大厦管理条例

1. 住宅宪法

台湾地狭人稠,人口集中于都市,大量兴建公寓大厦,多采建筑物区分所有的方式,住户少者数家,多者达千人。关于顶楼和地下室的使用,墙壁悬挂广告招牌、地板水管、电梯、楼梯的维修使用,饲养宠物等时常发生纠纷,“民法”仅设第799条和第800条规定,虽得扩大解释包括楼房的分层所有,并尽量适用第774条以下关于相邻关系的规定,仍不足作合理必要的规范。经过多年研拟,终于在1995年6月28日公布施行“公寓大厦管理条例”(以下简称“本条例”),于1995年6月30日生效。^①并于2003年12月31日全文修正,再于2006年1月18日修正。

现行本条例分总则、住户之权利义务、管理组织、管理服务人、罚则及附则六章,计63条,乃“住宅宪法”也。本条例施行细则、规约模板、管理服务人管理办法等,由“中央主管机关”定之(本条例第62条、第60条、第46条、第2条),将逐渐建立完备的规范体系,成为专门的法律领域。^②

2. 立法目的和立法原则

本条例的制定系为加强公寓大厦之管理维护,提升居住生活品质,并促进公共安全、公共安宁与公共安居。其立法指导原则,可分四点言之:

(1) 公寓大厦物权关系立体化。现行民法物权编关于不动产相邻关系和共有关系,系以平面建物为规范适用对象。关于立体建筑物,则赖扩

^① 本款所引用条文未特别标明者,均为“公寓大厦管理条例”之规定。

^② 参见尹章华、王惠光等:《公寓大厦管理条例解读》,月旦出版社股份有限公司1990年版,关于建筑物区分所有权之研究,台湾论著甚多,其主要者有:温丰文:《建筑物区分所有权之研究》,三民书局1992年版;黄茂荣:《有关公寓法律问题之研究》,载《政大法学评论》第1期;黄越钦:《住宅分层所有权之比较法研究》,载《私法论文集》,第571页;刘得宽:《公寓大厦建筑物之区分所有》,载《政大法学评论》第20期,第85页;戴东雄:《论建筑物区分所有权之理论基础》,载《法学丛刊》第114期,第20页;第115期,第16页;戴东雄:《从公寓大厦管理条例草案论建筑物区分所有大楼搭盖屋顶建筑物及悬挂广告牌之法律问题》,载《法令月刊》第45卷,第12期,第3页;吴启宾:《关于区分所有建筑物问题之探讨》,载《法令月刊》第46卷,第3期,第12页。

张解释第 799 条所称区分所有,加以规范。本条例旨在详细规定高层建筑物的使用、管理、处分等法律关系。

(2) 敦亲睦邻法律化。公寓大厦的生活事事息息相关,敦亲睦邻至为重要,但不能完全建立在他人的善意,自己的克制容忍和道德规范之上。本条例明确规定区分所有权人之间和住户之间的权利义务关系,并赋予一定程度的强制性,尤其是管理委员会或管理负责人有当事人能力(第 38 条、第 40 条),得借诉讼强化对公寓大厦之管理维护(参照第 21 条以下)。

(3) 管理组织民主化。本条例规定应成立管理组织(区分所有权人会议、管理委员会),期能透过共同参与、多数决和强制执行等方式,处理与住户有切身利益关系的共同事务,实践住户自治原则。

(4) 私法关系行政化和“罚则化”。为合理规范公寓大厦共同生活的必要,本条例对违反公共利益的行为采取多样化制裁或救济措施,除私法上的请求权外,尚包括司法和行政的介入,并于第五章“罚则”设 6 条规定(第 47 条至第 52 条),包括行政处罚和刑罚。

3. 法律体系上的地位

本条例旨在规定公寓大厦的区分所有和共享关系等,系属私法,并为“民法”的特别法,其未规定的事项,应适用“民法”。值得注意的是,本条例亦设有国家之行政管理及监督,应适用区域计划法、都市计划法及相关建筑法规。^①如前所述,本条例亦设有包括行政处罚及刑罚的罚则。综合言之,本条例为“民法”的特别法,但兼含行政法及刑法的规定,期能对公寓大厦的管理为完善、有效率的规范。

4. 适用范围

物的适用范围。

本条例适用于公寓大厦。所谓公寓大厦,指构造上或使用上或在建筑执照设计图样标有明确界线得区分为数部分之建筑物及其基地(第 3 条第 1 款)。除住宅外,商业建筑物(如办公大厦)亦包括在内,不限于大厦分层分户,平房式的公寓亦属之。只要建筑物区分为数部分,即有本条例的适用,是否属于数人,则所不问。同一公寓的数区分所有权均属某

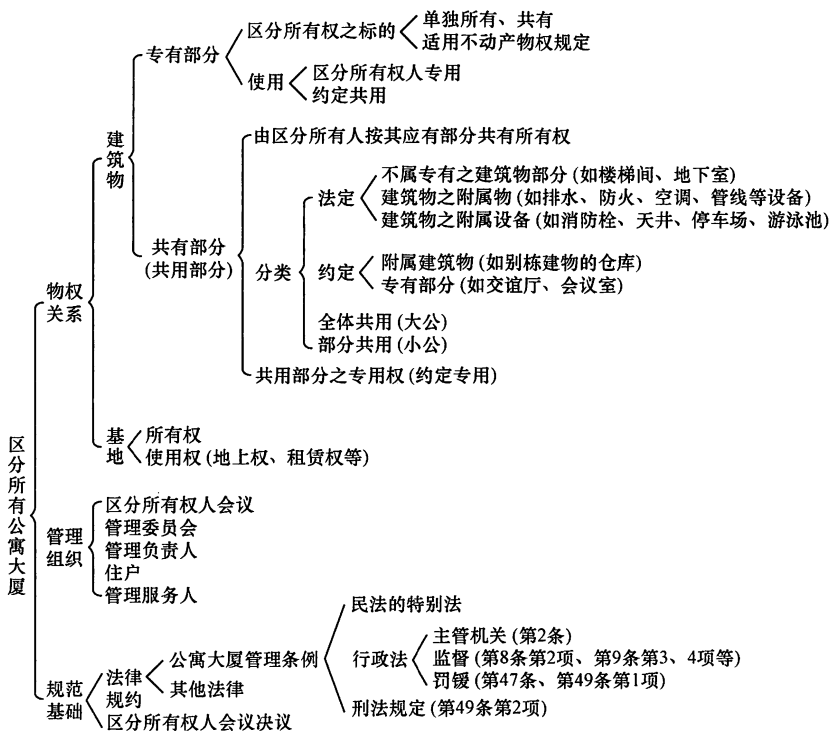
^① 参见本条例第 6 条第 1 项、第 9 条第 3 项、第 15 条、第 16 条、第 17 条、第 18 条、第 20 条、第 46 条、第 56 条、第 60 条。

人,而为出租时,亦有本条例的适用。

值得注意的是,本条例第53条规定:“多数各自独立使用之建筑物、公寓大厦,其共同设施之使用与管理具有整体不可分性之集居地区者,其管理及组织准用本条例之规定。”所谓各自独立使用之建筑物、公寓大厦,指大社区形态的建筑群,如“某某山庄”、“某某华城”,尤其是别墅社区。其各户建筑物都有独立产权,但公共设施(如网球场、活动中心、烤肉区)具有不可分性,其管理和组织亦有本条例规定的准用。

5. 区分所有公寓大厦的基本法律关系

兹为便于了解,将区分所有公寓大厦的基本法律关系,图解如下:



(四) 区分所有的公寓大厦

1. 公寓大厦的意义、起造、销售

“公寓大厦管理条例”适用于公寓大厦。本“条例”第3条第1款谓：“公寓大厦：指构造上或使用上或在建筑执照设计图样标有明确界线得区

分为数部分之建筑物及其基地。”分两点加以说明之：

(1) 所谓区分建筑物为数部分,指为两个以上区分所有而言。此为建筑物区分所有的要件。如整栋大楼属一人单独所有或数人共有时,非区分所有之公寓大厦,无本条例的适用。

(2) 此种得区分为数部分之建筑物及其基地,本“条例”称为“公寓大厦”,土地及其定着物(“民法”第66条),乃两个独立的不动产,公寓大厦本系定着物(建筑物),本“条例”将其扩大包括基地,旨在维护建筑物所有权与基地利用权的一体性(第4条第2项)。

为明确规范公寓大厦的法律关系,尤其是保护买受人,本“条例”对公寓大厦的起造与销售,设有两个重要条文。第56条规定:“公寓大厦之起造人于申请建造执照时,应检附专有部分、共享部分、约定专有部分、约定共享部分标示详细图说及住户规约草约。于设计变更时亦同。前项规约草约于第一次区分所有权人会议召开前,视同规约。公寓大厦之起造人或区分所有权人应依使用执照所记载之用途及下列测绘规定,办理建物所有权第一次登记:一、独立建筑物所有权之墙壁,以墙之外缘为界。二、建筑物共享之墙壁,以墙壁之中心为界。三、附属建物以其外缘为界办理登记。四、有隔墙之共享墙壁,依第二款之规定,无隔墙设置者,以使用执照竣工平面图区分范围为界,其面积应包括四周墙壁之厚度。”又第55条规定:“公寓大厦起造人或建筑业者,非经领得建造执照,不得办理销售。公寓大厦之起造人或建筑业者,不得将其共享部分,包含法定空地、法定防空避难设备及法定停车空间让售于特定人或为区分所有权人以外之特定人设定专用使用权或为其他损害区分所有权人权益行为。”

2. 基地

区分所有公寓大厦建筑物和基地系两个独立的不动产。建筑物坐落于基地,须有合法权源,否则构成无权占有。占有基地的合法权源,有为所有权,有为基地使用权,分述如下:

(1) 基地所有权

① “分有”基地。区分所有权人得“分有”其基地,例如,甲、乙、丙三人在其各自所有相邻的数笔土地上,共同兴建一栋区分所有的建筑物。在此情形,得认当事人有相互使用土地的合意。

② 共有基地。在通常情形,基地所有权系由全体区分所有权人共有,于购买公寓大厦的区分所有时,一并取得基地的应有部分。区分所有

权人共有的基地,得否分割,法无明文,然为维持建物与基地一体化,避免发生复杂的法律关系,应认为基地依其使用目的不能分割(“民法”第823条第1项)。^①值得注意的是,本“条例”第9条第1项规定:“各区分所有权人按其共有之应有部分比例,对建筑物之共享部分及其基地有使用收益之权。但另有约定者从其约定。”

(2) 基地使用权。基地使用权包括地上权或租赁权。其取得基地使用权的方式,得由区分所有权人全体共同与基地所有人设定地上权或订定租赁契约;亦得由区分所有权人个别与基地所有人设定地上权,或订定租赁契约。采取前者较为便利,但其法律关系仍嫌复杂,尤其在让与区分所有权时,其债权债务如何移转,易滋疑义。

3. 建筑物区分所有权和基地利用权的一体性

区分所有的建筑物和其坐落的基地系各自独立的不动产,得分别让与于不同之人,从而造成复杂的法律关系。为使建筑物与基地同属一人,“土地登记规则”第98条规定:“土地法第34条之1第4项之规定,于区分所有建物连同其基地应有部分之所有权一并移转与同一人所有之情形,不适用之。”例如,甲、乙、丙为某建筑物的区分所有权人,共有基地的应有部分各为1/3。设甲将其区分所有权连同基地应有部分一并出卖给丁时,乙或丙(基地共有人)不得对该基地应有部分的出卖,主张优先承购权。

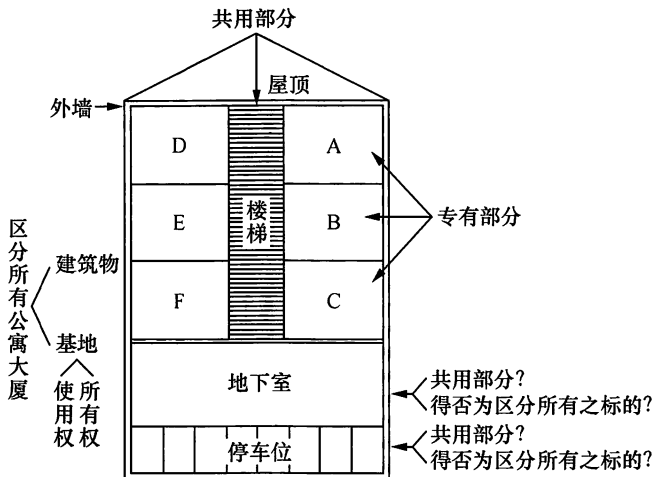
为更进一步使建筑物区分所有权与使用基地的权利结成一体,本“条例”第4条第2项规定:“专有部分不得与其所属建筑物共享部分之应有部分及其基地所有权或地上权之应有部分分离而为移转或设定负担。”^②利用基地之权利,除所有权或地上权外,尚有典权或租赁权等,为贯彻立

^① 参见“司法院”大法官释字第358号解释:各共有人得随时请求分割共有物,固为“民法”第823条第1项前段所规定。惟同条项但书又规定,因物之使用目的不能分割者,不在此限。其立法意旨在于增进共有物之经济效益,并避免不必要之纷争。区分所有建筑物之共同使用部分,为各区分所有人利用该建筑物所不可或缺,其性质属于因物之使用目的不能分割者。“内政部”1972年11月7日台内地字第491660号函,关于太平梯、车道及亭子脚为建筑物之一部分,不得分割登记之标示,符合上开规定之意旨,与宪法尚无抵触。

^② “最高法院”1998年台上字第3049号判决:“系争建物为五层楼房公寓之地面层,两造均为其坐落基地之共有人。果尔,系争建物自不得与其基地所有权应有部分分离而为移转。原审采变卖共有物分配价金于两造之方法分割系争建物,将造成系争建物与其基地所有权应有部分分离而为移转之结果,揆之首揭说明,于法自难谓合。”并可参见“最高法院”2000年台上字第697号判决。

法目的,应类推适用之。

兹为便于观察公寓大厦的法律关系,将其基本结构图示如下:



(五) 公寓大厦的区分所有、专有部分及共享部分

1. 区分所有的意义、发生及消灭

(1) 区分所有的意义。区分所有,指数人区分一建筑物而各有其专有部分,并就其共享部分按其应有部分有所有权(本条例第3条第2款)。由此可知,区分所有系就一建筑物而发生,由专有部分及共享部分构成之。所谓区分包括纵之区分和横之区分;分栋纵切和分层横切,均属之。

由上述可知本条例上区分所有权的客体不局限于建筑物专有部分(最狭义区分所有权说),而是由“专有部分所有权”与“共享部分持分权”(应有部分)构成之(狭义区分所有权说),并扩张及于基地使用权(广义的区分所有权说)。《德国住宅所有权法》将专有所有权、共有所有权及基于区分所有权人间共同关系所生的“构成员”地位结合成为一体(所谓的 Dreigliedrige Einheit, 三层次一体性)。^① 此有助于维护区分所有权人共同利益,就理论及立法政策言,实值赞同。

(2) 区分所有的发生。区分所有建筑物通常系依区分所有的形态,请领建照而建造,于建造完成时,发生区分所有(参阅本“条例”第56条

^① 参见戴东雄:《论建筑物区分所有权之理论基础》,载《法学丛刊》第29卷,第2期,第28页。Bärmann/Pick, Wohnungseigentumsgesetz, 10. Aufl. 1981, S. 24ff.

第1项)。区分所有权人就其区分所有部分之权利,单独申请登记(土登第80条),未经登记不得处分。关于区分所有建物之登记,如依其使用执照无法认定申请人之权利范围及位置者,应检具全体起造人之分配协议书(土登第79条第1项第1款)。建筑物区分所有通常分属数人,但其主体亦得仅为一人,即由一人拥有数个区分所有。

一栋非属区分所有的建物,得否变更为区分所有?“民法”和土地法规未设明文,理论上应予肯定。例如,某栋四层楼的公寓,每层皆具独立性时,其所有人得就每层为区分所有的登记,此于分层出售时,具有实益。

(3) 区分所有的消灭。建筑物区分所有消灭的主要事由有二:

① 区分所有的客体,失其构造上及使用上独立性。例如,甲在某公寓大厦某层有两个区分所有的套房,于拆除其壁墙隔间时,该两个区分所有归于消灭,成为一个区分所有。

② 某建筑物数区分所有归属一人时(如一层楼数个套房),得变更登记为一个区分所有权。

2. 专有部分

(1) 专有部分的意义和要件。构造上及使用上的独立性。得为区分所有标的之专有部分,须具备何种要件,系建筑物区分所有的重要问题。台湾学说和实务多认为,为使区分所有权人得直接支配而享受其利益,专有部分须在构造上及使用上均具有独立性。^①本“条例”第3条第3款规定:“专有部分:指公寓大厦之一部分,具有使用上独立性,且为区分所有之标的者。”应说明者为:

专有部分的成立是否仅须具有“使用独立性”即为已足,抑须具备“构造上之独立性”?基于区分所有建筑物专有部分的物权性,应认为其须兼具构造上及使用上的独立性。所谓构造上的独立性,指在建筑构造上与其他建筑物部分有隔离的设备,通常为分隔墙,其材料得为钢筋水泥或三合板等。又本“条例”第3条第1款规定:“公寓大厦,指构造上或使

^① 参见温丰文:《区分所有权之客体》,载《东海大学法学研究》第2期,第55页;陈计男:《大厦公寓的一些法律问题》,载《法令月刊》第28卷,第7期,第8页;“最高法院”1991年台上字第804号判决谓:“数人区分一建筑物而各有其一部分者,谓之建筑物之区分所有。其区分之各部分为独立之权利客体,成立单独所有权。至其区分方法或为纵的分割,或为横的分割,或为二者交互运用,无论分间、分层抑分套,在所不问。惟基于物权标的物独立性之原则,必须在构造上及使用上均具有独立性者,始足当之。”载《法令月刊》第42卷,第9期,第35页。

用上或在建筑执照设计图样标有明确界线得区分为数部分之建筑物及其基地。”综合观之,所谓使用上独立性,应指其具有满足吾人社会经济生活的机能,以能否单独使用及有无独立的经济效用为判断基准,应就区分的明确性、间隔性、通行直接性,专用设备的存在,共享设备的不存在等因素认定之。^①

依上揭专有部分的要件加以判断,住宅、店铺、事务所等由四周墙壁三合板或百叶窗式的机卷门隔离,可不经相邻的专有部分而直接经由共同的走廊、楼梯或电梯与外界相通者,皆得成立专有部分,成为区分所有之标的。区分所有建物的地下层如依使用执照记载非属共同使用性质,并已编列门牌者,得视同一般区分所有建物,申请单独编列建号,办理建物所有权第一次登记(第79条第1项第3款),而为区分所有的客体。^②

(2) 专有部分的范围。区分所有建筑物的专有部分,系由具有一定平面的长度与一定立体的厚度所构成,与其他专有部分以墙壁(共同墙壁)、天花板、地板等加以间隔,其范围如何,计有四说:

① 专有部分由墙壁、地板、天花板所围成之空间,至于此等墙壁、天花板与地板则属共享部分(空间说)。

② 专有部分达到墙壁、天花板或地板等境界部分厚度的中心线(壁心说)。

③ 专有部分包含墙壁、天花板、地板等境界部分表层所粉刷部分(墙面说)。

④ 专有部分之范围依内部关系及外部关系而定:在区分所有人相互间对建筑物维持、管理关系上,专有部分仅包括墙壁、天花板、地板等境界部分表层所粉刷之部分;在外部关系(如买卖、保险、税金)等关系上,专有部分达到墙壁、天花板、地板等境界部分厚度的中心线。

前揭第四说兼顾区分所有人的利益,折中于墙面说和壁心说,可资赞

① 参见丸山英气:《区分所有权法》,大成出版社1998年版,第21页以下。

② 关于此点,参见“最高法院”1982年台上字第1193号判决:查“民法”第799条所谓共同部分,系指大门、屋顶、地基、走廊、阶梯、隔壁等,性质上不许分割而独立为区分所有客体之部分而言。系争地下层之面积达271.65平方公尺,为该大厦之一层(连地上七层共八层),其建造须挖土作成挡土墙,建造成本较之地上层有过之而无不及,倘非专为规划投资施工辟建,不可能形成,依一般社会交易观念,性质上当非不得独立为区分所有之客体,俾未注意之,遽认系争地下层(非地基)为该大厦之共同部分,依上开法条推定认为大厦14户所共有,已属不无违误。载《“最高法院”民刑事裁判选辑》第3卷,第1期,第249页。

同。本条例基本上亦采此见解,于第 56 条第 3 项规定:“公寓大厦之起造人或区分所有权人应依使用执照所记载之用途及下列测绘规定,办理建物所有权第一次登记:一、独立建筑物所有权之墙壁、以墙之外缘为界。二、建筑物共享之墙壁,以墙壁之中心为界。三、附属建物以其外缘为界办理登记。四、有隔墙之共享墙壁,依第二款之规定,无隔墙设置者,以使用执照竣工平面图区分范围为界,其面积应包括四周墙壁之厚度。”

(3) 专有部分所有权的权能和限制。区分所有建筑物的专有部分,系属不动产所有权,应适用“民法”相关规定。此项区分所有权得为单独所有,得为共有。为共有时,并有“土地法”第 34 条之 1 的适用。关于专有部分的得丧变更,应适用不动产物权规定。区分所有权人于法令限制之范围内,得自由使用、收益、处分其所有物(专有部分),并排除他人之干涉(“民法”第 765 条)。本“条例”第 4 条第 1 项亦明定:“区分所有权人除法律另有限制外,对其专有部分,得自由使用、收益、处分,并排除他人干涉。”所谓“法律另有限制”,包括“民法”及其他法律。本条例所设限制,其重要有:

① 第 4 条第 2 项规定:“专有部分不得与其所属建筑物共享部分之应有部分及其基地所有权或地上权之应有部分分离而为移转或设定负担。”此为关于建筑物区分所有权与基地使用权一体性的规定,前已论及,请参阅。

② 第 5 条规定:“区分所有权人对专有部分之利用,不得有妨害建筑物之正常使用及违反区分所有权人共同利益之行为。”此应就具体案件斟酌共同生活、衡量各种情事加以认定。其应肯定者,如改建专有部分而危害公寓大厦的安全;经营 KTV、色情应召站,害及共同生活秩序等。关于违反行为的制裁,参阅第 49 条第 1 项、第 22 条第 2、3 款规定。

③ 第 15 条第 1 项规定:“住户应依使用执照所载用途及规约使用专有部分、约定专用部分,不得擅自变更。”例如,使用执照所载用途为住宅,不得变更为店铺。关于其违反的制裁,请参阅第 15 条第 2 项、第 49 条第 1 项第 3 款规定。

④ 本条例关于住户之规定,于区分所有权人为住户时,亦有适用余地,自不待言。

(4) 专有部分的修缮、管理维护。专有部分之修缮管理维护事关区分所有权人及住户之利益,本条例特设若干规定,以资规范。专有部分,

约定专用部分之修缮、管理、维护,由各该区分所有权人或约定专用部分之使用人为之,并负担其费用(第10条第1项)。专有部分之共同壁及楼地板或其内之管线,其维修费用由该共同壁双方或楼地板上下方之区分所有权人共同负担。但修缮费用系因可归责于区分所有权人之事由所致者,由该区分所有权人负担(第12条)。应注意的是,本“条例”第6条规定:“住户应遵守下列事项:一、于维护、修缮专有部分、约定专用部分或行使其权利时,不得妨害其他住户之安宁、安全及卫生。二、他住户因维护、修缮专有部分、约定专用部分或设置管线,必须进入其专有部分或约定专用部分时,不得拒绝。三、管理负责人或管理委员会因维护、修缮共享部分或设置管线,必须进入或使用其专有部分或约定专用部分时,不得拒绝。四、于维护、修缮专有部分、约定专用部分或设置管线必须使用共享部分时,应经管理负责人或管理委员会之同意后为之。五、其他法令或规约规定事项。前项第二款至第四款之进入或使用,应择其损害最少之处所及方法为之,并应补偿所生之损害。住户违反第一项规定,经协调仍不履行时,住户、管理负责人或管理委员会得按其性质请求各该主管机关或诉请法院为必要之处置。”

3. 共享部分

(1) 共享部分的意义、分类和登记

① 意义。区分所有的建筑物,除专有部分外,尚有共享部分。“民法”第799条第2项后段规定:“共有部分,指区分所有建筑物专有部分以外之其他部分及不属于专有部分之附属物。”“公寓大厦管理条例”第3条第4款规定:“共享部分指公寓大厦专有部分以外之其他部分及不属于之附属建筑物,而供共同使用者。”又依本“条例”第3条第2款规定:“区分所有:指数人区分一建筑物而各有其专有部分,并就其共用部分按其应有部分有所有权。”共用部分是建筑物区分所有的核心重要问题。

本条例的用语(共享部分)异于“民法”(共有部分),但意义则无二致,其范围亦属相同。共享部分(共有部分)包括专有部分以外之其他部分,如电梯、走廊、屋顶、地下室。不属专有之附属建筑物,此又可分为两种:

A. 建筑物之附属物,如排水设备、给水设备、空调设备、防火设备、各种配管线等。

B. 建筑物之附属设备,如天井、水塔、消防设备、游泳池、停车场、建

筑物外之照明设备等。

② 分类

A. 法定共享部分和约定共享部分。本“条例”第7条规定：“公寓大厦共享部分不得独立使用供做专有部分。其为下列各款者，并不得为约定专用部分：一、公寓大厦本身所占之地面。二、连通数个专有部分之走廊或楼梯，及其通往室外之通路或门厅，社区内各巷道、防火巷弄。三、公寓大厦基础、主要梁柱、承重墙壁、楼地板及屋顶之构造。四、约定专用有违法令使用限制之规定者。五、其他有固定使用方法，并属区分所有权人生活利用上不可或缺之共用部分。”此等不得供做专有部分使用，亦不得为约定专用部分的共用部分，为当然共用部分（法定共用部分）。

值得提出的是，公寓大厦的专有部分得约定供共同使用，是为约定共用部分（第3条第6款）。所谓“约定”，指依规约或区分所有权人会议之决议，故此项约定共享部分又称为规约共用部分，例如将应属专有部分的建筑物部分作为传达室、会客室、交谊厅等。

B. 全体共用部分和一部共用部分。区分所有建筑物之共用部分，又可分为全体共用部分与一部共用部分。前者供全体区分所有权人使用（俗称大公），如共用大门、配电室、机械房、停车空间等。后者仅供部分区分所有权人使用（俗称小公），如某层的电梯间、走廊等。究为全体共用或一部共用，应以实际使用情形加以认定，有疑义时，宜解为全体共用。二者区分的实益在于修缮费和其他负担。

③ 共用部分的登记。本“条例”第56条第1项规定：“公寓大厦之起造人于申请建造执照时，应检附专有部分、共用部分、约定专用部分、约定共用部分标示之详细图说及住户规约草约。于设计变更时亦同。”共用部分在于供区分所有权人共用，为减少争议，“土地登记规则”第78条规定，申请建物区分所有权第一次登记前，应先向登记机关申请建物勘测。其共同使用部分于勘测时，除有特殊情形外，应测绘于各区分所有物之内。又“土地登记规则”第81条规定，区分所有建物之共同使用部分，应另编建号，单独登记，并依下列规定办理：

A. 同一建物所属各种共同使用部分，除法令另有规定外，应视各区分所有权人实际使用情形，分别合并，另编建号，单独登记为各相关区分所有权人共有。但部分区分所有权人无需使用该共同使用部分者，得予除外。

B. 区分所有建物共同使用部分仅建立标示部,及加附区分所有建物共同使用部分附表,其建号,应于各区分所有权状中记明之,不另发给所有权状。

(2) 共享部分的法律性质和应有部分

① 法律性质。“民法”第 799 条第 4 项规定:“区分所有人就区分所有建筑物共有部分及基地之应有部分,依其专有部分面积与专有部分总面积之比例定之。但另有约定者,从其约定。”又依“公寓大厦管理条例”第 3 条第 2 款“……并就其共用部分按其应有部分有所有权”的规定,可知此项共有为分别共有,属“民法”第 823 条所规定因物之使用目的不能分割之共有,又称为互有。^① 此项区分所有建筑物的共享部分具有三点特色:

A. 不得分割。

B. 为使专有部分及共用部分成为一体,共同使用部分的所有权,应随同各相关区分所有建物所有权之移转而移转(本条例第 4 条第 2 项、“土地登记规则”第 94 条)。

C. 编有建号之公共设施部分,系专有部分(抵押物)之从物,为抵押权效力之所及。^②

② 应有部分。区分所有建筑物的共用部分,其性质既为分别共有,其应有部分当事人有约定者,依其约定,无约定而其应有部分不明者,依“民法”第 817 条规定,推定其为均等。然共用部分关系区分所有权人的权利义务甚巨,不同于一般分别共有,不宜适用民法推定其为均等的规定,应依区分所有权人专有部分比例定之,较为合理。

(3) 共享部分的使用、收益、处分和修缮

① 使用收益。本“条例”第 9 条规定:“各区分所有权人按其共有之应有部分比例,对建筑物之共用部分及其基地有使用收益之权。但另有约定者从其约定。住户对共用部分之使用应依其设置目的及通常使用方

① 较深入之讨论,参见温丰文:《论区分所有建物共享部分之法律性质》,载《法学丛刊》,第 131 期,第 94 页(第 99 页)。

② “司法院”第一厅研究意见:公寓之公有公共设施,依民法第 799 条之规定,为该公寓各区分所有人共有(互有)。而此项互有部分与区分所有之专有部分,具有同一之经济目的,不得与专有部分分离而为处分,自属专有部分之从物。依“民法”第 862 条第 1 项之规定,不待登记,当然为抵押权效力之所及。(载《“司法院”司法业务研究会》第 3 期)。

法为之。但另有约定者从其约定。前二项但书所约定事项,不得违反本条例、区域计划法、都市计划法及建筑法令之规定。住户违反第二项规定,管理负责人或管理委员会应予制止,并得按其性质请求各该主管机关或诉请法院为必要之处置。如有损害并得请求损害赔偿。”例如各区分所有权人得在庭院散步、屋顶晒衣、在野餐区烤肉。如何使用,依共用部分的性质而定,或为共同使用(如乘用电梯、庭院散步),或为轮流使用(如撞球桌、三温暖、会客室)。收益,指收取共同部分的天然孳息(如法定空地上果树的果实),及法定孳息(如出租屋顶设置广告物的租金)。

② 处分。关于事实上之处分,如共用部分及其相关设施之拆除,应依区分所有权人会议之决议为之(本“条例”第 11 条第 1 项)。至于法律上的处分,如区分所有权人处分共用部分时,应随同专有部分及基地所有权或地上权为之(本“条例”第 4 条第 2 项),前已论及,请参照。须注意的是,于共用部分约定专用权,亦属法律上处分,俟后详述。

③ 修缮。本“条例”第 10 条第 2、3 项规定,共用部分、约定共用部分之修缮、管理、维护,由管理负责人或管理委员会为之。其费用由公共基金支付或由区分所有权人按其共有之应有部分比例分担之。但修缮费系因可归责于区分所有权人之事由所致者,由该区分所有权人负担。共用部分、约定共用部分之管理、维护费用,区分所有权人会议或规约另有规定者,从其规定。又依本“条例”第 11 条规定,共用部分及其相关设施之拆除、重大修缮或改良,应依区分所有权人会议之决议为之。此项费用,亦由公共基金支付或由区分所有权人按其共有的应有部分比例分担。

(4) 共用部分的专用权:约定专用部分

① 意义。区分所有建筑物之共用部分,得按其应有部分之比例使用收益(本“条例”第 9 条第 1 项本文)。为发挥经济效用、满足不同的需要,公寓大厦共用部分亦得约定供特定区分所有权人使用,是为约定专用部分(本“条例”第 3 条第 5 款),使其取得共用部分之专用权,如使用楼顶平台、外墙悬挂招牌、地下室停车位等。

② 主体。关于共用部分专用权的主体,本条例第 3 条第 5 款明定为特定区分所有权人。全部区分所有权人得同意将共用部分供第三人使用(如于屋顶设广告物),而与第三人成立租赁等契约,自不待言。

③ 客体。本条例第 7 条明定共用部分:“其为下列各款者,不得约定为专用部分:一、公寓大厦本身所占之地面。二、连通数个专有部分之走

廊或楼梯,及其通往室外之通路或门厅,社区内各巷道、防火巷弄。三、公寓大厦基础、主要梁柱、承重墙壁、楼地板及屋顶之构造。四、约定专用有违法令使用限制之规定者。五、其他有固定使用方法,并属区分所有权人生活利用上不可或缺之共用部分。”除此限制外,共用部分原则上皆得约定为专用部分,如建筑物本身所占地面以外之空地、建筑物的楼顶或外墙、法定停车空间、防空避难室等。

④ 成立方式。公寓大厦共用部分之供特定区分所有人使用,须经“约定”,其成立方式有三:共有人之同意(“民法”第 819 条第 2 项,“土地法”第 34 条之 1 第 1 项,本“条例”第 23 条)。让售契约,即区分建筑物之原始出卖人(通常为建筑商),于分批出售区分所有权时,以定型化契约约定特定区分所有权人对庭院或屋顶等共享部分有专用权。值得注意的是,本“条例”第 58 条第 2 项规定:“公寓大厦之起造人或建筑业者,不得将共享部分,包含法定空地、法定停车空间及法定防空避难设备,让售予特定人或为区分所有权人以外之特定人设定专用使用权或为其他损害区分所有权人权益之行为。”

⑤ 消灭。关于共享部分的专用权,订有存续期间或其他终了事由时,因存续期间届满或其他终了事由发生而消灭。其未订有存续期间或其他终了事由时,非经该专用权人的同意,区分所有人不能径依决议或变更规约使之消灭。^①

(六) 公寓大厦住户的权利义务

“公寓大厦管理条例”第二章规定住户之权利义务(第 4 条至第 24 条)。所谓住户,指公寓大厦之区分所有权人、承租人或其他经区分所有权人同意,而为专有部分之使用者(第 3 条第 8 款)。本章内容大体上可分为五类:

(1) 关于区分所有专有部分及共享部分的使用收益、处分及修缮。

(2) 公寓大厦之重建(第 13 条、第 14 条)。

(3) 公寓大厦设置基金(第 18 条以下)。

(4) 住户间之相邻关系:第 16 条规定:“住户不得任意弃置垃圾、排放各种污染物、恶臭物质或发生喧嚣、振动及其他与此相类之行为。住户不得于防火间隔、防火巷弄、楼梯间、共同走廊、防空避难设备等处所堆置

^① 参见温丰文:《建筑物区分所有权之研究》,第 79 页。

杂物、设置栅栏、门扇或营业使用,或违规设置广告物或私设路障及停车位侵占巷道妨碍出入。住户饲养动物,不得妨碍公共卫生、公共安宁及公共安全。但法令或规约另有禁止饲养之规定时,从其规定。住户违反前三项规定时,管理负责人或管理委员会应予制止或按规约处理,必要时得报请地方主管机关处理。”本条规定涉及公寓大厦的日常生活,时生争议,若能有效执行,对于提升居住品质及安全,大有助益。

(5) 住户投保公共意外责任保险的义务(第 17 条)。近年来公寓大厦时常发生火灾等重大事故(如台中卫尔康、台北快乐颂 KTV 等),损害惨重,救济无门,本条规定确有必要。为强化其效果,第 49 条第 1 项第 5 款规定:住户违反第 17 条所定投保责任保险之义务者,处新台币 4 万元以上 20 万元以下之罚鍰;第 48 条第 1 款规定,管理负责人、主任委员或管理委员未善尽督促投保责任保险者,处新台币 1000 元以上 5000 元以下罚鍰。

(七) 公寓大厦的管理^①

“公寓大厦管理条例”的重点在于“管理”,包括物的管理和人的管理。前者系对建筑物和附属设备的使用,维护和修缮;后者在于规范住户的行为,避免危害公共安全、卫生和安宁。为实践此项管理目的,必须要有管理组织、管理经费、管理规约及对违反义务行为的制裁。如何建构合理必要的管理体制,至属重要。综合言之,本条例系采区分所有权人和住户自治原则,期能保障个别当事人的权益并维护团体利益。

1. 管理组织

为管理公寓大厦,本条例设区分所有权人会议、管理委员会和管理负责人,及管理服务人。

(1) 区分所有权人会议。区分所有权人会议,指区分所有权人为共同事务及涉及权利义务之有关事项,召集全体区分所有权人所举行之会议(本“条例”第 3 条第 7 款)。本条例对其召集决议设有详细规定(本条例第 25 条以下),兹不赘述。

(2) 管理委员会或推选管理负责人。公寓大厦应成立管理委员会,公寓大厦成立管理委员会者,应由管理委员互推一人为主任委员,主任委员对外代表管理委员会,管理委员会之组织及选任应于规约中定之。(参

^① 参见陈俊樵:《区分所有建筑物管理问题之研究》,中兴大学 1998 年度博士论文。

阅本“条例”第29条以下规定)。值得特别提出的是,本条例第38条规定:“管理委员会有当事人能力。管理委员会为原告或被告时,应将诉讼事件要旨速告区分所有权人。”本条规定于管理负责人准用之(第40条)。管理委员会或管理负责人虽有当事人能力,但不具法人地位,无权利能力,其权利主体为全体区分所有权人,由其享受权利、负担义务。尚须注意的是,大厦管理员有代收文件的权限。应送大厦内住户之执行名义文件,经管理员代收者,发生合法送达之效力。

本条例规定管理委员会或管理负责人有当事人能力,主要在于使其得提起诉讼。本条例规定,管理委员会或管理负责人因执行管理职务而需提起诉讼者,其情形有七:

① 第6条第3项,住户违反同条第1项相邻关系规定时,得诉请法院为必要之处置。

② 第9条第4项,住户违反共享部分使用方式规定时,得诉请法院为必要之处置及请求损害赔偿。

③ 第14条第1项,对于不同意重建之区分所有权人诉请法院命其出让区分所有权和基地所有权应有部分。

④ 第20条第2项,诉请前任管理委员会或管理负责人移交公共基金。

⑤ 第21条,诉请区分所有权人或住户缴付积欠之公共基金或其他应分担之费用。

⑥ 第22条第1项,对重大违规之住户诉请法院强制其迁离。

⑦ 第22条第2项,对重大违规之区分所有权人诉请强制出让其区分所有权及基地所有权应有部分。

须注意的是,管理委员会或管理负责人得提起诉讼者,不限上述情形,其依“民法”或其他法律得提起者,亦得为之。又各住户于其权益受侵害时,得依法诉请救济,自不待言。

(3) 管理服务人。管理服务人,指由区分所有权人会议决议或管理负责人或管理委员会雇用或委任而执行建筑物管理维护事务者(本“条例”第3条第11款、第36条第9款)。管理服务人,如公寓大厦管理员、清洁工,对公寓大厦的管理具有直接关系,故本“条例”第46条规定:管理服务人管理办法,由中央主管机关定之。

(4) 住户。住户在管理组织上的地位,本条例未设特别规定。其为

区分所有权人时,得参加区分所有权人会议。其为承租人时,得被推选为管理委员会委员,或被指定为管理负责人。

2. 管理经费:公共基金

为顺利推动公寓大厦管理业务,本条例第 18 条规定公寓大厦应设置公共基金。公共基金对公寓大厦的管理,至为重要。请参阅相关规定,兹不赘述。

3. 管理规章:规约

(1) 规约的意义、内容和模板。规约,指公寓大厦区分所有权人为增进共同利益,确保良好生活环境,经区分所有权人会议决议之共同遵守事项(本“条例”第 3 条第 12 款)。规约系法律行为,且属共同行为,由区分所有权人为共同利益订定。依本“条例”第 28 条规定:“公寓大厦建筑物所有权登记之区分所有权人达半数以上及其区分所有权比例合计半数以上时,起造人应于三个月内召集区分所有权人召开区分所有权人会议,成立管理委员会或推选管理负责人,并向直辖市、县(市)主管机关报备。前项起造人为数人时,应互推一人为之。”规约之订定或变更,依区分所有权人会议决议(第 31 条)。

住户应遵守规约规定事项。关于得依规约规定之事项,参阅本“条例”第 10 条第 2 项、第 15 条、第 16 条第 3 项、第 23 条等(阅读之!)。依私法自治原则,规约内容得自由决定,但不得违反法律强制规定或有悖于公共秩序、善良风俗(“民法”第 71 条、第 72 条)。规约模板,由中央主管机关定之,第 56 条规定之规约草约,应依规约模板制作之(第 60 条),其主要内容包括总则、专有部分、共用部分、约定专用部分、约定共用部分之权属及范围、管理、管理组织、财务运作、违反规定之处置等事项。

(2) 规约对区分所有权继受人的效力。本条例第 24 条规定:“区分所有权之继受人,……应于继受后遵守原区分所有权人依本条例或规约所定之一切权利义务事项。”继受人应继受本条例所定之权利义务,系属当然。规约系属法律行为(合同行为),于当事人间发生效力,本条例规定继受人应继受规约所定之权利义务,系属一项突破,肯定建筑物之区分所有具有团体法的性质,继受人一旦进入该团体,即应受其拘束,而遵守规约。须注意的是,第 24 条仅规定规约,所有权人会议的决议不包括在内,不能拘束继受人。日本“有关建物区分所有等之法律”明定区分所有权人会议的决议具有拘束继受人的效力(第 46 条),立法政策上可资

参考。

4. 违反义务行为的制裁

本“条例”为贯彻公寓大厦管理条例的规范功能,对违反行为,设有制裁规定,其主要方式有四:

(1) 行政处罚(第 47 条、第 49 条第 1 项、第 50 条)。

(2) 刑事处罚(第 49 条第 2 项)。

(3) 诉请法院命区分所有权人出让其区分所有权及其基地所有权应有部分(第 14 条、第 22 条第 2 项)。

(4) 诉请法院强制迁离住户(第 22 条第 1 项)(相关条文,阅读之)。

实务上发生一项争论:公寓大厦区分所有权的受让人(如买受人)是否继受与人(如出卖人)积欠的管理费?^①此涉及本“条例”第 24 条的适用问题。关于此点,应采否定说。区分所有权人之继受人所应继受者,系依本条例或规约所定的一切权利义务,如规约所订缴交管理费的义务本身,但不及于积欠的管理费,此属区分所有权人个人的债务,不随同区分所有权之移转而移转,而由继受人继受之,无第 24 条的适用。

(八) 实务上争议问题在公寓大厦管理条例的规范

在“公寓大厦管理条例”施行前,建筑物区分所有的专有部分及共有部分,仅能依“民法”规定处理,在实务上发生许多争议,其主要者为外墙悬挂广告牌、屋顶平台、地下室及停车位,兹就本条例规定论述如下:

1. 外墙悬挂广告牌^②

关于外墙悬挂广告牌所涉及争点,有一则法律问题,可供说明。台北地方法院 1991 年度法律座谈会提出如下法律问题:区分所有建物,一楼所有权人将霓虹灯广告招牌悬挂于二、三楼墙壁外墙,二、三楼所有权人得否依“民法”第 767 条规定诉请拆除?

讨论意见有甲说与乙说不同见解。甲说为肯定说,认为,数人区分一建筑物而各有一部,除该建物及附属物之共同部分外,推定为各共有人之共有,而建筑物结构体之外墙,仍属于该区分所有权人专有部分,因此二、三楼墙壁外墙仍否分为二、三楼所有权人所专有,自得依第 767 条规定请

^① 参见《公寓大厦管理条例第 24 条如何适用?》,载《法官协会杂志》第 2 卷,第 2 期,第 331 页(阅读之!)。

^② 参见戴东雄:《从公寓大厦管理条例草案论建筑物区分所有大楼搭盖屋顶建筑物及悬挂广告牌之法律问题》,载《法令月刊》第 45 卷,第 12 期,第 3 页。

求拆除。乙说为否定说,认为,建物结构为建筑物存在要素,不能区分由各共有人专有而各有一部分,建筑物墙壁外墙,自由由各共有人共有,外墙之使用应依当地习惯及使用方法以为决定,是以当地习惯,一楼所有权人得于二、三楼悬挂招牌,其使用方法又无不当者,二、三楼所有权人自不得依第 767 条规定请求拆除之。高等法院审查后,认为:

(1) 区分所有建物之外墙,应非共有,故采肯定说。

(2) 纵如否定说之推论其为共有,在未经其他共有人同意前,亦不得悬挂广告牌予以占用。

“司法院”第一厅研究意见认为:按数人区分所有之建筑物,除该建筑物及附属物之共同部分外,应得就该建筑物区分为若干部分,而各有其专有部分以取得所有权,观乎第 799 条规定甚明。题示情形,二、三楼建物外墙,与一般区分所有权之共同壁(楼板),具有双重或两面性质者未尽相同,从区分所有权间有其相互制约性之特质暨防止共有人间发生使用权争执之目的言,宜解为第 799 条所规定之专有部分为当。原审意见以该外墙非共有,二、三楼所有者可据以行使物上请求权排除侵害,并无不合(1992 年 2 月 27 日厅民字第 02696 号函复台高院)。

本问题争点在于区分所有建筑物外墙(面)所有权的归属,究为专有部分抑或为共有(共享)部分。本条例为解决此项争议,特于第 8 条第 1 项规定,公寓大厦周围上下、“外墙面”、楼顶平台及防空避难室,非依法令规定并经区分所有权人会议之决议,不得有变更构造、颜色、使用目的、“设置广告物”或其他类似之行为。准此以言,外墙系属共用部分。未经区分所有权人会议之决议,一楼所有权人擅将霓虹灯广告牌悬挂于二、三楼墙壁外,固所不许,即使悬挂在一楼外墙,于上开规定亦有违背。

住户违反第 8 条第 1 项规定而在外墙面悬挂广告物时,管理负责人或管理委员会应予制止,并报请各该主管机关依第 49 条第 1 项第 2 款处以罚鍰后,该住户应于 1 个月内恢复原状,未恢复原状者,由主管机关恢复原状,其费用由该住户负担。须注意的是,本“条例”第 22 条规定,住户违反本“条例”规定经依第 49 条第 1 项第 1 款至第 4 款处以罚鍰后,仍不改善或连续犯者,管理负责人或管理委员会得依区分所有权人会议之决议,诉请法院强制其迁离或诉请法院拍卖。在台湾地区,公寓大厦上下左右广告招牌林立,大小不一,不但有碍观瞻,抑且影响公共安全,政府主管机关执法难以贯彻,本条例的规定若能有效执行,对于提升居住品质,

必有重大助益。

2. 屋顶平台^①

公寓大厦之楼顶平台,系公寓大厦专有部分以外之其他部分,而供共同使用,系属共享部分,由区分所有权人按其应有部分有所有权(本条例第3条第2款、第4款)。各区分所有人按其共有之应有部分比例,对楼顶平台有使用收益之权(本“条例”第9条第1项),例如晒衣或运动等。

楼顶平台之修缮、管理、维护,由管理负责人或管理委员会为之(本“条例”第10条第2项、第3项,参阅第11条)。依“民法”第820条第5项规定,共有物之保存行为得由各共有人单独为之,以保全共有物之本体或其上所有之权利。“最高法院”1980年台上字第550号判决谓:被上诉人在屋顶搭建钢架覆盖石棉瓦,架高中间约2.5公尺,边缘为2公尺,设有日光灯,但无墙壁。此架棚既非钢筋混凝土构造,而系专为遮雨、遮阳而设,复未妨害上诉人使用。从而被上诉人搭建架棚,按其性质即属保存行为,依“民法”第820条第2项规定,自得由被上诉人单独为之。共有人的保存行为应不因本条例之施行而被排除。

须注意的是,本“条例”第8条第1项特别规定,楼顶平台非依法令并经区分所有权人会议之决议,不得有变更构造、颜色、使用目的、设置广告物或其他类似之行为。对此违反行为,管理负责人或管理委员会应予制止,并报请各该主管机关依第49条第1项第2款处以罚鍰后,该住户应于1个月内恢复原状。未恢复原状者,由主管机关恢复原状,其费用由该住户负担(参阅第22条)。

本条例上开规定并未排除其他区分所有权人行使依民法得为主张的权利。1988年度台湾高等法院法律座谈会提出一则法律问题:甲系某大楼顶楼所有人,其未得大楼各层所有人之同意,擅在顶楼平台上加盖砖造钢架覆盖石棉瓦并设有铁门之房屋一间,他层所有人乙不满甲独占使用屋顶平台,遂本于所有权作用,诉请拆除屋顶建物,法院可否准许?

研讨意见采用甲说,认为应准乙之请求。“民法”第799条规定:“数人区分一建筑物而各有其一部,就专用部分有单独所有权,并就该建筑物及其附属物之共同部分共有”。同法第820条第1项并规定:“共有物除

^① 参见吴启宾:《关于区分所有建筑物问题之探讨》,载《法令月刊》第46卷,第3期,第14页。简资修:《公寓大厦屋顶平台之产权研究》,载《军法专刊》第41卷,第10期,第8页。

契约另有订定外,由共有人共同管理之。”因此,甲未经其他共有人同意,擅自在屋顶平台加盖房屋,自属无权占有,乙请求拆除房屋为有依据(参照“司法院”院字第1950号解释、“最高法院”1985年度第二次民事庭会议决定)。(注:第799、820条有修正)

“司法院”第一厅研究意见谓:大楼顶楼之屋顶平台,依“民法”第799条规定,应推定为该大楼各层所有人之共有。又共有人对共有物之特定部分占用收益,须征得他共有人全体之同意。题示甲既未经他共有人同意而就共有物共有部分任意占有,加盖房屋一间,他共有人乙自得本于所有权请求除去妨害(“司法院”院字第1950号解释),研讨结果采甲说,应无不合(1988年10月7日厅民4字第1196号函复台高院)。又“最高法院”1993年度台上字第2384号判决认为:“在屋顶平台搭建房屋、冷气压缩机、设置铁门而单独使用等,已变更平台原来之性质、构造,既逾越平台使用、管理之范围,且属侵害他区分所有人之权利,他区分所有人自得诉请拆除。至加盖该建物之区分所有人,有无经建筑管理机关之核准,乃其行政手续是否完备,可否免遭取缔之问题,与其有无加盖之私法上权利无涉。”在法律适用上,须注意的是,他区分所有人除得诉请拆除(第767条)外,尚得主张不当得利或侵权行为损害赔偿请求权。^①

3. 地下室(地下层)^②

“内政部”于2007年7月31日修正公布之“土地登记规则”第82条规定:“区分所有建物之地下层或屋顶突出物等,如非属共享部分,并已由户政机关编列门牌或核发其所在地址证明者,得视同一般区分所有建物,申请单独编列建号,办理建物所有权第一次登记。”关于地下室所有权的归属,“最高法院”著有不少判例。兹分地下室为区分所有之标的和地下室为共有两种情形说明如下:

(1) 地下室为区分所有之标的。关于地下室的物权归属,其主要问题在于地下室得否为区分所有之标的。“最高法院”基本上采肯定见解,认为地下层之面积广大,为其地上大楼的一层,其建造须挖土做成挡土墙,建造成本较诸地上层有过之而无不及,倘非专为规划投资施工辟建,

^① 参见“最高法院”1973年台上字第1803号判例;“最高法院”1992年台上字第1877号判决,载《最高法院民事裁判文书汇编》第9期,第318页。

^② 参见吴启宾:《关于区分所有建筑物问题之探讨》,载《法令月刊》第46卷,第3期,第14页。

不可能形成,依一般社会交易观念,性质上当非不得独立为区分所有之客体。^① 1990年台上字第1147号判决谓:“地下室所有权之归属应依物权法则决定,以出资建造人为原始取得人,与其使用权谁属系属二事,施工图纵然约定地下室规划防空避难室、停车场供全栋大楼住户使用,亦与所有权之认定无关。纵依法令或建屋之本旨,地下室应供楼上各住户作为防空避难室、停车场使用,亦属其使用权归属之问题,与其所有权谁属无关,自难以其系一楼以上区分所有建物之公共设施,而认为当然属于一楼以上房屋所有人共有。且地下室有电梯、楼梯通往一楼大门,并有信道供汽车出入,与外面相通,自得单独为所有权之标的,尚非该大厦一楼以上区分所有建物之从物。”

(2) 地下室为共有(共享部分)。地下室如依建筑蓝图及使用执照所载,系供全体区分所有人防空避难及停车之用,为区分所有人建筑物公共设施之一,系属共同使用部分,并未经全体区分所有人同意归特定人所有,事实上如未登记为该特定人所有,则地下室在性质上不得单独为所有权之客体,应属全体区分所有人共有。纵各区分建筑物于办理第一次所有权登记时,未办理地下室为共同设施之登记,亦无碍其附属于区分建物所有人所有的性质。^②

地下室如为区分所有建筑物之共同使用部分时,由建筑物区分所有权人依其应有部分为使用、收益、处分等,应适用本条例规定。须注意的是,本“条例”第58条规定,公寓大厦之起造人或建筑业者,不得将共享部分,包含法定空地、法定防空避难设备及法定停车场空间让售予特定人,或为区分所有权人以外之特定人设定专用使用权,或为其他有损害区分所有权人权益之行为。

^① 参见“最高法院”1982年台上字第1193号、1983年台上字第1582号判决。

^② 参见“最高法院”1991年台上字第1733号、1993年台上字第1684号判决。“最高法院”1994年台上字第1374号判决谓:防空避难室之性质属共同使用之建物,而停车空间亦无从编列门牌,依“土地登记规则”第73条规定,不能单独办理所有权登记而欠缺定着物之独立性,自不得单独为所有权之客体。足见上开防空避难室及停车空间,为系争大厦住户共同使用部分,与建物区分所有人有不可分离之关系,属大楼之附属设备。至两造买卖合约书第3条,虽有应属上诉人所有之约定,但依上说明,并不因此影响上诉人或系争大厦地下层防空避难室及停车空间不能单独取得所有权之事实。……原审认定系争如第一审判决附图A所示及停车位部分面积527.67平方公尺为防空避难室及停车空间,属区分所有建筑物之共同使用部分,欠缺定着物之独立性,不能为单独所有权之客体。

4. 停车位

(1) 停车位得否为区分所有之标的? 停车位(停车空间)不具备构造上的独立性,不得作为区分所有之标的,系实务和学者的通说。“公寓大厦管理条例”施行后,有认为,专有部分以具有使用上之独立性即为已足(本“条例”第3条第3款),故停车位得为区分所有之标的。亦有认为,至少在建筑执照设计图样标有明确界线得区分为数部分的停车空间之情形,得成立区分所有权。鉴于停车位之重要,若能在立法上规定于具备一定要件时,停车空间得为区分所有之标的,并在登记制度上予以配合,对于解决层出不穷的纠纷,必有助益。

(2) 地下室停车位的买卖。地下室为区分所有建物之共有部分(共享部分)时,买受特定停车位之人,系买受该停车地下室的应有部分,依分管特约而占有使用特定的停车位。^① 此项停车位约定专用权,不得与所有权分离而单独为买卖之标的。地下室车位共同使用部分,与建筑物专有部分具有密切不可分的主从关系,建筑物专有部分所有人,不得将共同使用部分之车位使用权单独出售予他人,或保留车位使用权而将建筑物专有部分出售予他人。^②

第三节 动产所有权

关于依“法律行为”而发生的动产物权变动,“民法”于第761条(动产物权之让与)和第764条(抛弃)设有规定,已详前述。关于依“法律规定”而发生的动产所有权变动,“民法”规定于物权编第二章第三节(第801条以下)。就善意取得、先占、拾得遗失物、发现埋藏物、添附设其规定。分述如下:

① “最高法院”2007年台上字第152号判决:按区分所有建筑物,依“土地登记规则”第81条第1款:“同一建物所属各种共享部分,除法令另有规定外,应依各区分所有权人使用情形,分别合并,另编建号,单独登记为各相关区分所有权人共有。但部分区分所有权人不需使用该共享部分者,得予除外。”之规定可知,公寓大厦之停车位与其他公共设施并同登记为一建号,由区分所有权人全体共有,如购买车位者取得较多之应有部分,自得对该特定之车位享有专用权。准此,公寓大厦区分所有建筑物之买卖,若已由建筑商或起造人与各承购户定明停车位之使用权者及其范围者,当可解释为系一种共有物之分管契约,具有拘束各该分管契约当事人之效力。

② 参见“最高法院”1992年台上字第2962号、1998年台上字第3049号判决。

一、善意取得

“民法”第 801 条规定：“动产之受让人占有动产，而受关于占有规定之保护者，纵让与人无移转所有权之权利，受让人仍取得其所有权。”所谓“而受关于占有规定之保护者”，指第 948 条规定：“以动产所有权或其他物权之移转或设定为目的，而善意受让该动产之占有者，纵其让与人无让与之权利，其占有仍受法律之保护”而言。此为动产所有权善意取得的基本规定。例如，甲借某劳力士金表给乙使用，乙擅以之作为己有，出售给善意之丙，并为交付时，纵乙无移转该表所有权之权利，丙仍取得其所有权。占有物如系盗赃或遗失物时，第 949 条至第 951 条设有特别规定。现行“民法”将动产所有权善意取得此项重要制度，分别于物权编第二章第三节和第十章加以规定，立法体例未尽妥适，为使读者获得较完整、有系统的了解，本书特集中于占有相关部分作详细的说明。

二、先占

(一) 18 岁的甲捕获海龟，经其父允许，在庙前出售。乙购该龟，在背上刻上其姓名，依地方习俗放生于海，为受监护宣告之人丙所捕获。乙向丙请求返还，有无理由？

(二) 甲丢弃情书、日记于收集可燃物的垃圾桶内，乙以所有意思占有之。甲查知其事，得否向乙请求返还？

(一) 意义和法律性质

先占者，指以所有之意思，占有无主之动产，除法令另有规定外得取得其所有权之法律事实（新修正第 802 条）。先占系狩猎游牧社会取得所有权的主要手段，目前已丧失其重要性，但作为所有权起源的一种理论，仍应受重视。先占究为事实行为，抑为法律行为，向有争论，通说采事实行为说，认为此乃法律对以所有的意思占有无主动产的事实，赋予取得所有权的效果。凡具有意思能力，对物有管领力者，皆得为有效的先占，不以具有行为能力为必要〔例题（一）〕。

(二) 要件

1. 须为动产

先占之标的物，须为动产。土地，属于国民全体（“宪法”第 143 条、

“土地法”第10条),且私有土地所有权消灭者,仍为国有,不能以先占而取得其所有权。房屋或其他建物非属动产,自不得为先占的客体。

2. 须为无主的动产

动产须为无主,即现在不属于任何人之物。动产之成为无主,其情形有二:

(1) 自始即为无主,如野生的飞禽走兽、海产等。

(2) 原为有主,而被抛弃。抛弃系物权行为(单独行为),以有行为能力为必要,限制行为能力人未得法定代理人允许而为抛弃时,其抛弃无效(第78条)。

动产是否抛弃,应就具体情形,探求当事人真意加以认定。陪葬物品不能认系抛弃物。捕获的野生动物,所有人放弃追寻时,得解为有抛弃的意思。丢弃破旧衣物于垃圾车,固属抛弃,但所丢弃者,倘为私人信件(如情书、日记)[参阅例题(二)],应认其目的在于经由垃圾处理而销毁,不构成抛弃。

动产是否有主,应依客观的事实加以认定,先占人主观认识如何,在所不问。误认有主物为无主物而先占,固不因此而取得其所有权(但有时效取得的适用)。误认无主物为有主物而先占时,则无碍其所有权的取得。例如,甲中彩券,暴富,抛弃旧表,乙误以为系遗失物而占有,仍可依先占而取得其所有权。

废弃车辆,如依客观事实可认定为无主物者,例如,废旧不堪使用的车辆,长久停放于公共巷道,经通知车主处理而逾期未处理,依客观事实可认车主有抛弃的意思,就一般情形而论,该物即为无主物。其经环保机关代表国家或其他公法人(市、县、乡、镇)先占者,由国家或其他公法人取得所有权。盗贼的车辆被遗弃路旁时,得构成遗失物,应适用“民法”第803条以下规定。

3. 须以所有意思而占有

所谓“以所有之意思”,指事实上欲与所有人立于同一支配地位的意思而言。先占人只须具备事实上支配其物的能力,即为已足,不必有行为能力,前已论及。占有亦得指示他人(占有辅助人)为之,如雇用猎户捕猴,渔夫打鱼等。

4. 须无法律禁止规定或他人有先占权

不得为所有权客体的不融通物(如鸦片),不得为先占的客体。依特

别法加以保护的动产,亦然,例如可供鉴赏、研究、发展、宣扬而具有历史及艺术价值的无主古物(“文化资产保存法”,请参阅之);珍贵稀有动植物、濒临绝种及珍贵稀有之野生动物(“野生动物保育法”,请参阅之)。

他人有排他先占权的动产,亦不得为先占之标的,例如渔业权人对于一定水面内之水产有独占之采捕权(“渔业法”第4条),无此权利之人,虽以所有之意思而占有,仍不能取得其所有权。在此情形,该被占有的动产,仍属无主物,先占权人得依“民法”第767条规定向占有人请求交付,于取得其物的自主占有时,取得该动产所有权。占有人将该动产出售(或赠与)他人时,受让人得依善意受让的规定,取得其所有权(第801条、第948条以下)。先占权人对侵害人得依侵权行为规定请求损害赔偿,或依不当得利之规定请求返还其所受之利益。

(三) 法律效果

具备上述要件时,先占人即取得动产的所有权。先占的取得系直接基于法律规定,非基于他人既存的权利,故为原始取得,该动产上原有的负担,均归于消灭。无主物先占多发生于他人抛弃动产所有权的情形。第三人以该动产所有权为标的物之其他物权(如动产质权)时,其动产所有权之抛弃,非经该第三人同意,不得为之(第764条第2项)。

三、遗失物之拾得

(一)“路不拾遗”,古有明训,为何“民法”规定拾得人有报酬请求权,于无人认领时,得取得遗失物所有权?

(二)物权编修正“遗失物之拾得”,作有相当幅度的修正,请比较新旧条文,说明修正重点及修正理由。何谓“遗失物”?在他人家中、餐厅或补习班教室遗忘某六法全书时,是否成立遗失物?

(三)假若您在路上(公园或台北火车站)拾得某件珠宝或走失的宠物时,依民法关于遗失物的规定,您应如何处理?依“法定程序”处理时,您有何种权利及义务?未依“法定程序”处理时,应负何种责任?若该遗失物的价值低于500元时,应如何处理?

(四)公车司机或警察拾得遗失物时,依民法规定应如何处理,得否请求拾得遗失物的报酬?无人认领时,该遗失物所有权归属何人?

(一) 意义和法律性质

遗失物之拾得者,乃发现他人之遗失物而占有之法律事实。路不拾遗,古之美训,但货弃于地,不加利用,浪费资源,于社会经济未免不利。为兼顾当事人利益,“民法”特明定在遗失物拾得人与所有人间发生债之关系,并在一定条件之下,使拾得人取得遗失物所有权,借以鼓励他人“拾得”遗失物,以符物尽其用的经济原则。

遗失物之拾得系事实行为,拾得人有无行为能力,在所不问。拾得他人遗失物,系“未受委任,并无义务,而为他人管理事务”,“民法”关于无因管理之规定亦有适用余地。由斯观之,遗失物拾得在体系上系债之关系,属债法的领域,其所以在物权编规定,乃偏重于遗失物所有权的取得。

(二) 要件

1. 遗失物

遗失物者,指无人占有,但为有主的动产。分三点言之:

(1) 须为动产。遗失物限于动产,不动产(土地或定着物)有一定的位置,纵经淹没或为风沙埋没,亦非属遗失物。

(2) 须为有主。遗失物须为有主物,无主物为先占的客体。是否为遗失物,依客观情形加以认定,不以拾得人主观认识为准。

(3) 须无人占有。此指丧失物的占有,不为任何人所占有而言,其原因如何,在所不问,例如,所有人掉落钱包于闹市;书的借用人(直接占有人)认该书内容违反公序良俗而丢弃;业务员(占有辅助人)失落公司的支票。占有的丧失虽基于占有人的意思,仍无碍于遗失物成立,例如,窃盗丢弃赃物时,对所有人仍可构成遗失物。遗失物的成立不以所有人不知其下落为要件,例如,甲自澎湖观光回台北后,纵知其照相机忘置于美丽的吉贝岛某处,亦无碍于其成为遗失物。

占有是否丧失,应依交易观念就具体个案,视原占有人有无对物行使事实上管领力的可能性加以认定。准此以言,占有的物品或动物偶至他人地内(第791条),或所有人为安全之目的将某贵重物品藏匿某处,均不成立遗失物。在屋内忘置之物,是否构成遗失物,应分别情形论之:在自己房屋误置之物(如将金钱投入废纸篓,眼镜不知放何处),因房屋为自己占有,屋内之物均在其事实上的管领下,故非遗失物。在他人私宅(或舟车、办公室)忘置之物(如遗忘雨伞于友人家)时,其物之占有移转于屋主,亦非遗失物,应仅适用无因管理的规定。在公共场所(如旅馆大厅、

火车站候客室、飞机场厕所)忘置之物,因众人出入,事实上管领力殆不存在,则为遗失物。

2. 遗失物之拾得

遗失物之拾得,指遗失物之发现及占有而言,实际上以后者为重要。甲与乙同行,地下遗有钻戒,甲先发现,乙后发现,如乙先占有其物,则乙为拾得人,纵乙之发现系基于甲之告知者,亦然。设甲有意占有其物,乙抢先为之,乙仍为拾得人。在乙使用暴力阻甲占有时,甲就身体健康或衣物所受的损害,得依侵权行为规定请求损害赔偿,但不得请求乙赔偿其丧失的报酬请求权。甲与乙同时为占有者,为共同拾得人,关于拾得人的义务,为连带债务人,关于拾得人之权利,应平分报酬或取得遗失物所有权。

遗失物之拾得,得由占有辅助人为之,但须在占有辅助关系范畴之内(第942条),如某商场清洁员,拾获遗失物^①,铁路局(或公路局)车站员工拾得旅客遗失物。^②值得注意的是,“司法院”院字第1432号解释认为:“岗警于值勤时查获之遗失物,应认其所属机关为拾得人,如六个月内无人认领,应将其物或拍卖所得之价金归入国库。”此亦适用于环保机关拾得盗赃的车辆被遗弃路旁,而成立遗失物之情形。

关于在大众运输工具上拾得之遗失物,行政函释见解认为:

(1) 员工或车掌于行车中拾得遗失物,应以客运公司为拾得人,故公告无人认领后,应归公司所有。

(2) 乘客遗忘在出租车内的物品,司机不负保管义务,故司机得为拾得人,但该物品系经后来的乘客发现时,则以该乘客为拾得人。

(三) 法律效果

1. 法定债之关系

基于遗失物之拾得,在拾得人与所有人(包括有受领权的占有人)之间,产生一定的权利义务关系,并有无因管理规定的适用。

^① 德国实务上认为,戏院之带位员拾得遗失物时,以戏院主人为拾得人(BGHZ 8,130)。

^② “铁路法”第53条规定:“对于所有人不明之运送物、寄存品或遗留物,铁路机构应公告招领。经公告1年后仍无权利人领取时,铁路机构即取得其所有权。前项运送物、寄存品或遗留物,如有易于腐坏之性质或保管困难或显见其价值不足抵偿运杂费时,铁路机构得于公告期间先行拍卖,保管其价金。”本条所称“遗留物”,应解为包括“遗失物”。另参见“公路法”第53条规定。

(1) 拾得人的义务和责任

① 拾得人的义务

A. 通知义务及揭示义务。新修正“民法”第 803 条规定：“拾得遗失物者应从速通知遗失人、所有人、其他有受领权之人或报告警察、自治机关。报告时，应将其物一并交存。但于机关、学校、团体或其他公共场所拾得者，亦得报告于各该场所之管理机关、团体或其负责人、管理人，并将其物交存。前项受报告者，应从速于遗失物拾得地或其他适当处所，以公告、广播或其他适当方法招领之。”应受通知的受领权人，包括遗失物的所有人，限定物权人、占有人。拾得人可选择通知遗失人等，或径报告、交存警察或自治机关，此项双轨制系为避免课予拾得人过重的义务，较有效率。

B. 保管义务。拾得人就遗失物系居于无因管理人的地位，故应以善良管理人之注意，负保管义务，但为免除遗失物之急迫危险而为事务之管理者（如医治患重病之狗），则仅就故意或重大过失，负其责任（第 175 条）。

C. 报告及交存义务。新修正“民法”第 804 条规定，依“民法”第 803 条第 1 项为通知或依第 2 项由公共场所之管理机关、团体或其负责人、管理人为招领后，有受领权之人未于相当期间认领时，拾得人或招领人应将拾得物交存于警察或自治机关。警察或自治机关认原招领之处所或方法不适当时，得再为招领之。所谓相当期间指依客观情形，足认为所有人得以知悉该招领内容并为认领所必要之时间，应就个案认定之。

拾得人于报告及将其物交存后，其招领及保管义务，因而消灭，改由警察或自治机关为招领及保管。拾得物有易于腐坏之性质，或其保管需费过巨者，招领人警察或自治机关得拍卖或径以市价变卖之，保管其价金（第 806 条）。

D. 返还义务。遗失物自通知或最后招领之日起 6 个月内，有认领权之人认领者，拾得人、招领人、警察或自治机关于通知、招领及保管之费用受偿后，应将其复返还之（第 805 条第 1 项）。

② 拾得人违反义务时的责任。拾得人不依民法规定处理，据遗失物为自己所有者，除构成侵权行为外，尚应负刑事责任（“刑法”第 337 条）。拾得人将遗失物据为己有而为处分时，受让人纵为善意，遗失人自遗失之时起 2 年之内，得向占有人请求返还其物（第 949 条）。

(2) 拾得人的权利

① 费用偿还请求权。拾得人、招领人、警察或自治机关就拾得物所

支出招领及保管费(如动物饲养费),得对认领人请求偿还,在受偿还前得留置遗失物(第 805 条第 4 项、第 928 条)。

② 报酬请求权。报酬请求权、消灭时效、留置权。第 805 条规定:有受领权之人认领遗失物时,拾得人得请求报酬。但不得超过其物财产上价值 $3/10$ 。其不具有财产上价值者,拾得人亦得请求相当之报酬(第 2 项)。前项报酬请求权,因 6 个月间不行使而消灭(第 3 项)。第 1 项费用之支出者或得请求报酬之拾得人,在其费用或报酬未受清偿前,就该遗失物有留置权。其权利人有数人时,遗失物占有人视为为全体权利人占有(第 4 项)。分三点加以说明:

A. 所谓其物的财产价值,指客观标准之财产价值。例如,依公示催告程序宣告无效之有价证券,其财产上价值有时难以估定,修正规定较富弹性,俾资适用。又物有不具财产上价值,但对受领之人重要者,如学历证书或其他证明公私法上权利之证明文件等,为奖励拾物不昧之精神,亦承认拾得人有报酬请求权,惟其报酬之多寡,难以具体规定,故以“相当”表示之,实务上可由当事人协议定之,不能协议者,自得依法定程序诉请法院解决。

B. 报酬请求权的 6 个月消灭时效,系新增规定,旨在使权利的状态早日确定。

C. 遗失物有数人得请求偿还费用或报酬之权利人(如拾得人与招领人非同一人)且各有不同之费用或报酬请求权时,各人对遗失物均有留置权。虽遗失物实际上仅由其中一人占有,惟其占有应视为为全体留置权人而有,俾免辗转交付遗失物之繁琐,充分保障多数留置权人之权利。此种留置权为特殊留置权,依其性质当然可准用本编第九章留置权相关规定。

须注意的是,新增第 805 条之 1 规定,有下列情形之一者,不得请求前条第 2 项之报酬:在公众得出入之场所或供公众往来之交通设备内,由其管理人或受雇人拾得遗失物;或者拾得人违反通知、报告或交存义务或经查询仍隐匿其拾得之事实。

拾得人主张费用偿还请求权或报酬请求权,须以所有人认领为要件。所有人不为认领时,拾得人无从请求。又所有人曾以广告悬赏找寻遗失物而定有报酬时,发生竞合关系,由拾得人择一行使之。

2. 物权变动

新修正第 807 条规定:“遗失物自通知或最后招领之日起逾六个月,未经有受领权之人认领者,由拾得人取得其所有权。警察或自治机关并

应通知其领取遗失物或卖得之价金。其不能通知者,应公告之。拾得人于受前项通知或公告后三个月内未领取者,其物或卖得之价金归属于保管地之地方自治团体。”

(四) 关于遗失物价值在新台币五百元以下的特别规定

新增第 807 条之 1 规定:“遗失物价值在新台币五百元以下者,拾得人应从速通知遗失人、所有人或其他有受领权之人。其有第八百零三条第一项但书之情形者,亦得依该条第一项但书及第二项规定办理。”(第 1 项)“前项遗失物于下列期间未经有受领权之人认领者,由拾得人取得其所有权或变卖之价金:一、自通知或招领之日起逾十五日。二、不能依前项规定办理,自拾得日起逾一个月。”(第 2 项)“第 805 条至前条规定,于前二项情形准用之。”(第 3 项)之所以设此规定,系对财产价值轻微的遗失物,特考量招领的成本与遗失物价值的成本效益。

(五) 拾得漂流物

修正第 810 条规定:“拾得漂流物、沉没物或其他因自然力而脱离他人占有之物者,准用关于拾得遗失物之规定。”漂流物指漂流于水面而权利人丧失其占有之动产。所谓沉没物,指沉没于水底,而权利人丧失其占有之动产。例如,船遭意外,漂流于水面之船具为漂流物,沉没于水底之货物为沉没物。此等之物,其他因自然力而脱离他人占有之物者,例如,台风、大雨使物品脱离他人占有之情形,实质上同于遗失物,故“民法”明定准用关于遗失物的规定。

四、埋藏物的发现

(一) 甲查知乙所有的房屋曾为盗巢,墙壁中藏有物主不明的宝物。甲趁乙举家出国观光期间,破墙取出一把名贵镶玉宝剑。试问甲是否取得该宝剑所有权?乙得否主张共有该宝剑?

(二) 甲雇乙掘地,乙发现一批龙银,大声欢呼,为路人丙所见,抢先占有之。试说明当事人间的法律关系。

(一) 意义和法律性质

埋藏物之发现者,乃发现埋藏物而占有的一种法律事实。其法律性质与先占、遗失物之拾得相同,系属事实行为,不以发现人具有行为能力为要件。关于埋藏物的归属,“民法”系以发现人取得所有权为原则(第

808 条本文),以共有为例外(第 808 条但书)。

(二) 要件

1. 须为埋藏物

埋藏物,指埋藏于他物之中,而不知属于谁所有的动产。分三点加以说明:

(1) 埋藏物须为动产,通常为金银财宝。古代房屋或城市因地震、火山爆发等事变被埋没于地下,已成为土地的一部分,非属埋藏物。

(2) 所谓埋藏,指包藏(隐藏或埋没)于他物之中,不易由外部窥视或目睹。他物(包藏物)得为不动产或动产,公有地或私有地均所不问。埋藏的原因,究出于人为或天然,亦所不问。埋藏时间通常为久经年月,但不以此为必要。

(3) 所谓不知属于何人,指埋藏物系属有主,而其所有人不明而言,此应就物的性质、埋藏的状态、埋藏的时日等客观情形加以认定,非以发现人的主观认识为判断标准。例如,甲为避盗,将金银藏于其屋墙壁,应为甲所有;该屋于甲死亡后,辗转出售,倘能辨明金银为甲所藏,应归其继承人,倘不能辨明时,则属埋藏物。

埋藏物与遗失物的主要不同,在于前者必藏于他物之中,而其所有人不明;后者非以藏于他物为必要,通常知其所有人或所有人所在不明。例如,甲失落玉环,失其占有,该玉环成为遗失物。该玉环其后为他物埋藏时,若确知其所有人或所有人所在不明时,仍为遗失物。反之,若不知所有人为谁时,则成为埋藏物。^①

2. 须经发现而占有

发现,指认识埋藏物的所在,究出于偶然,抑或出于预定计划,在所不问。例如,甲获知乙屋曾为盗巢,墙壁中藏有宝物,破墙取之,仍为发现埋藏物。至于应对房屋的毁损,负侵权行为损害赔偿 responsibility,系属另一问题[参阅例题(一)]。

埋藏物的发现,得指示他人为之。例如,雇工挖掘埋藏宝物,但其发现埋藏物非基于指示或属于职务范畴时,不在此限,例如雇工掘地建屋,工人发现龙银时,应以受雇之工人为发现人。

占有指对埋藏物取得事实上的管领力。掘地发现龙银,取而握之,

^① 关于埋藏物与遗失物的区别,较详细讨论,参见谢在全:《民法物权论》(上),第 503 页。

固为占有,掩盖不为人知,亦属之。发现人与占有人通常为同一人,如非同一人,如何处理,不无疑问。依“发现埋藏物而占有”的规定,应认为重在发现,与拾得遗失物重在占有不同。因此在解释上宜认为发现人因发现埋藏物而取得物上期待权,而于占有时,取得其所有权(或与埋藏物所有人共有)。例如,甲拆除沙发家具,发现藏有金币,乙抢先占有,侵害甲的期待权,甲得向乙请求返还[参阅例题(二)]。^① 设甲发现埋藏物后,不欲占有而取得其所有权时,应以其后占有人乙为发现人,自不待言。

(三) 法律效果:物权变动

发现埋藏物而占有者,取得其所有权。但埋藏物系在他人所有的动产或不动产中发现者,该动产或不动产所有人与发现人,各取得埋藏物之半(第 808 条)[参阅例题(一)]。所谓各取得埋藏物之半,指由所有人与发现人平分,其物无从分割时,则共有之。此项所有权的取得,系属原始取得,该物上的其他负担,归于消灭。

发现的埋藏物足供学术、艺术、考古或历史之资料者(如在台南延平古屋发现西班牙 1820 年度铸造的银元)^②,其所有权的归属,依特别法的规定(第 809 条)。所谓特别法,如“文化资产保存法”而言(第 3 条、第 17 条等)。公有财产被埋藏沉没者,其掘发打捞,“国有财产法”第 72 条设有规定,可资参照。^③

五、添附

(一) 概说

下列情形,应如何定其所有权的归属及债权法上之求偿关系:

1. 甲的房屋遭台风毁损:

(1) 甲取乙之水泥砖瓦修补屋顶。

(2) 甲取丙之门窗装于己屋。

(3) 甲擅自取回设定质权予丁的瓷砖,修补墙壁。

^① 参见 Müller, Sachenrecht, Rdnr. 3154.

^② 参见《“法务部”行政解释汇编》(一),1992 年,第 44 页。

^③ 《中华人民共和国民法通则》第 79 条规定:“所有人不明的埋藏物、隐藏物,归国家所有。接收单位应当对上缴的单位或者个人,给予表扬或者物质奖励。拾得遗失物、漂流物或者失散的饲养动物,应当归还失主,因此而支出的费用由失主偿还。”显现社会主义公有制的特色。

2. 甲的汽车发生事故:

- (1) 甲取乙的油漆漆其车身。
- (2) 甲取丙之轮胎装于其车。

3. 甲的 A 酒与乙的果汁混合。

4. 甲误取乙的鸡血石,雕刻成图章。

上开例题所举的四种情形涉及动产与不动产附合、动产与动产附合、动产与动产混合及动产加工,即因物与他物结合,或因加工成为新物,学说上称为添附。法律上如何设其规定,涉及六个基本问题:

(1) 何种状态物的结合,应予维持,或复位其所有权?此为添附的构成要件问题。

(2) 如何决定添附物所有权的归属?“民法”所采的基本原则系维持原状,使所有权单一化,专归某人独有,复位其所有权,立法目的在于顾及物的经济利益。盖数物既已附合为一,或因加工而成新物,若仍使各所有权存续,则各物主得请求恢复原状,事实上纵使可能,对社会经济亦属不利。至于共有关系,非唯不便,且易滋纠纷,若再分割,益增麻烦,故仅于例外情形承认之(第 812 条、第 813 条)。

(3) 民法关于复位添附物所有权的规定,是否为强行规定?通说认为,使添附物所有权归一人独有或数人共有,具强行性质,但究由何人取得所有权或是否共有,得由当事人约定之。^①

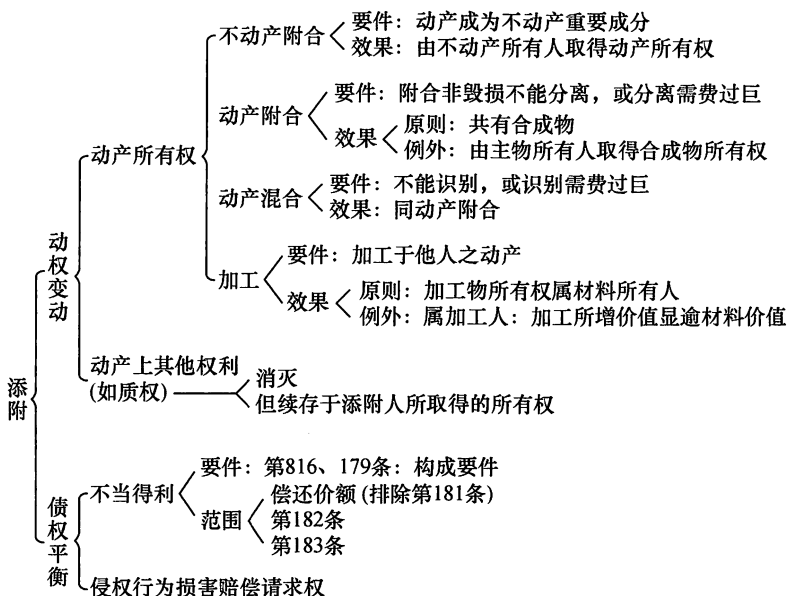
(4) 构成添附之物,如有第三人权利(尤其是担保物权,如动产质权)存在时,应如何处理?“民法”第 815 条规定动产所有权因添附而消灭者,该动产上的其他权利,亦同消灭。但在设定人取得添附物所有权的情形,其担保物权应续存其上。须特别提出的是,“动产担保交易法”第 4 条之 1 规定:“动产担保交易之标的物,有加工、附合或混合之情形者,其担保债权之效力,及于加工物、附合物或混合物,但以原有价值为限”。关于此项特别规定,俟于论述动产担保制度时,再行说明。

(5) 法律明定添附物由一人取得时,对受损害者,应如何加以救济?“民法”第 816 条明定得依关于不当得利规定,请求偿还价额,即以债权上的请求权平衡物权上变动,调和当事人利益。

^① 参见史尚宽:《物权法论》,第 128 页;姚瑞光:《民法物权论》,第 114 页;谢在全:《民法物权论》(上),第 507 页。

(6) 添附的发生究系基于自然力或人之行为在所不问,若系人之行为,究为善意或恶意,亦非所问,立法意旨重在维护物之归属及其经济价值。

添附涉及动产物权变动和债权平衡关系,为使读者有较体系的认识,图示如下,俾阅读以下说明时,有所参照:



(二) 不动产附合

1. 甲盗取乙的钢筋、丙的水泥、丁的建材,修建别墅。试问:

(1) 该别墅所有权属谁所有?

(2) 该别墅被台风吹倒时,其材料归谁所有?

(3) 建造的别墅未至成为独立的定着物前,因故停工,不为续建时,其所有权属于何人?

2. 甲擅在乙所有的土地种植茶树,并偷取丙的肥料施肥。其后甲收取茶叶、桐油出卖时,其法律关系如何?

1. 意义

“民法”第811条规定:“动产因附合而为不动产之重要成分者,不动产所有人,取得动产所有权。”由此可知,所谓动产与不动产附合(简称“不动产附合”),系指动产与他人之不动产相结合,成为其重要成分,因

而发生动产所有权变动的法律事实。

2. 要件

(1) 须为动产与不动产附合。附合者,须为动产,被附合者为不动产(包括土地及定着物)。不动产与不动产不发生附合问题。例如,甲建屋于乙的土地,房屋为独立不动产,不由土地所有人取得其所有权。附合的原因究为人的行为或自然力,如因人的行为,究为当事人或第三人的行为,有无行为能力,善意或恶意,均所不问。

(2) 须动产成为不动产的重要成分。动产与他人之不动产互相结合已成为不动产的重要成分,即非经毁损或变更其性质,不能分离者而言。重要成分不得单独为物权之标的,在于防止经济上价值的减损。动产是否因附合而成为不动产的重要成分,应斟酌其固定性及继续性的程度,依社会经济观念加以认定。^① 准此以言,其成为重要成分者,例如:以砖、水泥修缮房屋;以油漆粉刷墙壁。又加建在原建物之上,仍须利用原建物之门户出入,而无独立之进出通路时,各该增建部分,既已与原建物附合成为一整体,应认已成为原建物之重要成分。^② 其不成为重要成分者,例如:将他人活动门窗装于己屋,悬挂广告物于他人屋顶。须特别提出的是,在他人土地建造房屋,不生附合问题,前已说明,设该建造的房屋,迄未完工,不足避风雨,未达经济上使用之目的,尚未成为定着物时,应认为系属动产,非为土地的重要成分,土地所有人不因此而取得其所有权。此一未完成的房屋系利用他人材料建造时,其所有权的归属应适用动产附合的规定。

值得提出讨论的是,某甲误取乙的肥料施于丙之土地时,丙因肥料附合成为土地的重要成分而取得肥料所有权。^③ “最高法院”1975年台上字

^① 参见“最高法院”1995年台上字第2625号判决:“动产附合于不动产,而归不动产所有人取得动产所有权者,须以动产因附合而成为不动产之重要成分为要件。所谓成为不动产之重要成分,系指此种结合具有固定性、继续性,而未成为另一独立之定着物而言。”

^② 参见“最高法院”1996年台上字第807号、2001年台上字第947号、2006年台上字第1584号判决。

^③ 法律问题:“某甲误取某乙之肥料施于某丙之土地。问某乙是否得依不当得利之规定向某丙请求偿金?”“司法院”第一厅研究意见,采台高院研讨会乙说见解认为:“所谓直接损益变动关系应系指其受利益直接自受损人之财产而非经由第三人之财产,某甲误取某乙之肥料时,该肥料之所有权仍属于某乙,某丙因肥料附合成为土地之重要成分而取得肥料所有权(参见‘民法’第811条)直接自某乙受利益,某乙得依不当得利规定,向某丙请求偿金(参见‘民法’第816条)”。(参见王泽鉴:《不当得利》,北京大学出版社2009年版,第38、118页。1992年11月16日厅民一字第18571号函复台高院)

第 2739 号判例谓:系争地上茶树、桐树等未与土地分离前为土地之一部分,并非附合于土地之动产而成为土地之重要成分,与“民法”第 810 条至第 815 条所定之情形无一相符,则上诉人依同法第 816 条规定诉求被上诉人返还不当得利,自难谓合。”依吾人见解,甲于乙所有土地种植茶树、桐树时,其所以成为土地一部分,而为土地所有人取得其所有权,乃动产与不动产附合成为不动产重要成分,应有“民法”第 811 条和第 816 条规定的适用。诚如最高法院 1942 年上字第 952 号判例所云:不动产之出产物尚未分离者,为该不动产之部分,“民法”第 66 条第 2 项有明文规定,某甲等在某乙所有地内侵权种植其出产物,当然属于某乙所有,如果该项出产物经某甲等割取,即不能谓某乙未因其侵权行为而受损害。

(3) 须不属同一人所有。第 811 条虽未明定“附合于他人之不动产”,但既规定“不动产所有人,取得动产所有权”,可知动产与其附合的不动产须不属于同一人所有。动产与不动产若属于同一人,不发生附合问题。所谓不发生附合问题,系指不发生由不动产所有人取得他人动产所有权的法律效果。至于动产所有权仍应因附合成为不动产的重要成分,而归于消灭。第 811 条在于宣示一项民法基本原则,即物的重要成分不得单独作为所有权客体。该动产上的第三人权利(如质权或留置权)亦因动产所有权的消灭而消灭。惟受损害者,仍得依关于不当得利之规定请求偿还价额(第 816 条)。

3. 法律效果:物权变动

因附合的结果,由不动产所有人取得该动产的所有权,系直接基于法律规定,为原始取得,动产的原所有权归于消灭。此为强行规定,当事人约定动产所有人仍保留其所有权者,其约定无效。此项物权变动具有终局确定性,已消灭的动产所有权不生复活的问题,故附合的动产纵再分离,仍属不动产所有人所有。

动产所有权既因附合而消灭,该动产上的其他权利(如质权),亦归消灭。不动产上的其他权利(如抵押权)则因其物的所有权的扩张,而及于附合的动产。

(三) 动产之附合

试就下列情形,说明其动产物权的变动:甲向盗车集团购买乙车的音响、车轮或引擎,装置于其车。甲擅取乙的蚝油炖红绕牛肉。

1. 意义

“民法”第812条规定：“动产与他人之动产附合，非毁损不能分离，或分离需费过巨者，各动产所有人，按其动产附合时之价值，共有合成物。前项附合之动产有可视为主物者，该主物所有人，取得合成物之所有权。”由此可知，所谓动产与动产之附合（简称“动产之附合”），系指异其所有人的动产互相结合，非毁损不能分离或分离需费过巨，而发生动产所有权变动的法律事实。

2. 要件

动产与动产之附合，究出于人之行为或自然力，如因人之行为，究为当事人或第三人行为，有无行为能力，善意或恶意，均所不问。其附合须达于非毁损不能分离，或分离需费过巨的程度，此应就社会经济观念定之。属之者，如以漆漆桌，以纸糊窗，以丝线缝衣，以颜料绘画，或以蚝油炖红烧牛肉。其不属之者，如换装汽车轮胎、音响或引擎，插花于瓶，以灯泡装于台灯，以零件组合个人计算机。附合的动产须非属于同一人所有，法有明文。惟应注意的是，附合的动产同属于一人，而一物成为他物之重要成分时（例如以漆漆桌），其所有权亦应归于消灭，该动产上的其他权利（如质权）亦同消灭。受损害者，亦得依不当得利规定请求偿还价额（第816条）。

3. 法律效果：物权变动

动产附合后的总体称为合成物，原则上由各动产所有人按动产附合时之价值共有之。例如，甲、乙各以等量之木板合成一箱时，以均等的应有部分共有该箱所有权。各所有人的原所有权归于消灭，但各动产上担保物权（如质权）依物上代位的理论，应续存于合成物应有部分之上。

须注意的是，附合的动产有可视为主物者，由该主物所有人取得合成物所有权。所谓可视为主物，应视物的价值、效用、性质，依一般交易观念定之。例如以他人之漆漆车时，车为主物，由汽车所有人取得上漆后汽车的所有权。以他人蚝油炖牛肉，牛肉为主物，由牛肉所有人取得红烧牛肉所有权。主物上的第三人权利，继续存在于合成物的全部。非属主物动产的所有权消灭，其物上的第三人权利，亦同归消灭。

（四）混合

试就下列情形，说明当事人间的物权变动：（1）甲乙共有的金戒指，被丙所盗，丙将之熔成金条。（2）甲误取乙的糖块，放入其咖啡。（3）甲

的羔羊,混入乙的羊群,难以识别。

物主各异动产的结合,除附合外,尚会发生“动产与他人动产混合,不能识别或识别需费过巨”的情事。在此情形,第 813 条规定应准用第 812 条(动产附合)的规定。

动产与动产的混合,有为固体(如咖啡与糖),有为液体(如汽水与果汁),有为气体(如瓦斯)。混合后须达不能识别(如纯度相同两个金戒指熔成金条),或识别需费过巨(如甲未作记号的羔羊混入乙的羊群)。金钱混合亦适用关于动产混合的规定。

混合的法律效果,准用第 812 条规定,即各动产所有人,按其动产混合时的价值,共有混合物。混合的动产,有可视为主物者,该主物的所有人取得混合物所有权。例如,咖啡与糖混合,咖啡可视为主物,由咖啡所有人取得其所有权。甲的羔羊混入乙的羊群时,因乙的羊群在数量上远超过甲的羔羊,可视为主物,由乙取得该羔羊所有权。^① 其余请参照关于动产附合部分的说明。

(五) 加工

1. 甲医治乙之所有垂死的名驹,得否主张因加工而取得其所有权?

2. 甲盗乙的布料,由丙承揽制作西服,该布料价值 5000 元,制成西服的价值 15000 元。试问该西服所有权属于何人?

3. 甲有印石,设质予乙,被丙所盗,由著名金石家丁刻成名贵印章,其法律关系如何?

1. 意义

第 814 条规定:“加工于他人之动产者,其加工物之所有权,属于材料所有人。但因加工所增之价值显逾材料之价值者,其加工物之所有权属于加工人。”由此可知,加工系指就他人之物,加以制作或改造,使成新物而生物权变动的法律事实。

2. 要件

(1) 加工之标的物须为动产。对不动产加以工作,如开垦他人土地,非属加工,不发生所有权变动,惟可发生无因管理或不当得利。加工于动

^① 参见史尚宽:《物权法论》,第 133 页。德国通说亦采此见解,但 Baur/Stürmer, S. 623. 不采此种“以量取胜”的见解。

产,其产生的加工物为不动产(房屋)时,亦适用加工的规定。加工为人为之行为,系属事实行为,有无行为能力,是否有取得所有权的意思,善意或恶意,均所不问。

(2) 加工的客体须为他人所有。加工的客体称为材料,须为他人所有。加工之际,得加入自己或他人的材料。加工物由加工人取得其所有权时,被加工动产上的其他权利(如质权),应归于消灭,但受损害者,得依不当得利规定向取得加工物所有权的加工人请求偿还价额(第 816 条)。

(3) 须因加工而制成新物。加工是否须以制成新物为要件,第 814 条规定未设明文,但通说肯定之^①,如纺纱为布,以布料作成衣服;磨麦成粉,以面粉作成面包;以木材制纸,以纸绘画。是否为新物,应依交易观念定之,其名称和用途常为主要的判断标准,如纱与布,布料与衣服,麦与麦粉,麦粉与面包,木材与纸张,纸张与绘画,其名称和功用皆有不同,应属新物。对动产的修缮,如修复艺术品,医治垂死的名驹,在地窖封存好酒,使成陈年佳酿,并未因此而制成新物,纵其价值大增,依通说见解,仍不适用加工规定,仅发生无因管理或不当得利的问题。^②

3. 法律效果:物权变动

(1) 原则与例外:社会政策? 关于加工物所有权的归属,第 814 条规定:“加工于他人之动产者,其加工物之所有权属于材料所有人,但因加工所增加之价值,显逾材料之价值者,其加工物之所有权属于加工人。”系采加工物归属于材料所有人的原则,而以所有权归属于加工人为例外。此项规定纯在权衡材料所有人与加工人的利益,并不涉及资本或劳力孰应优先保护的社会政策。^③

加工物所有权归属,系于加工所增加的价值是否显逾材料的价值。所谓材料价值,指材料于加工时的价值。加工所增加的价值依新物的交易价值与材料价值的差额而决定。例如,甲盗乙价值 2 万元的皮革,做成

^① 参见郑玉波:《民法物权》,第 137 页。苏永钦:《论动产加工的物权及债权效果》,载《民法经济法论文集》,第 205 页,意见不同,作有深刻之分析,深具启示性,足供参考。德国学者的见解,参阅 Wieling, Sachenrecht, Bd. I, S. 428ff.

^② 不同意见,参见谢在全:《民法物权论》(上),第 533 页。

^③ 《德国民法》系采所谓生产原则(Produktionsprinzip),原则上由加工人取得其所有权(第 950 条),是否涉及社会政策问题,曾引起争议,参见 Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 624.

价值3万元的皮衣,加工所增加之价值为1万元,未逾材料的价值,该皮衣所有权属于乙(材料所有人)。甲误以乙时值2万元象牙为已有,精心雕刻为价值10万元艺术品,加工所增加之价值为8万元,显逾材料之价值,其所有权属于甲(加工人)。新物所有权归属于材料所有人时,材料上的其他权利(如质权),继续存在。材料为数人所有时,适用动产附合的规定,使各物主按其材料加工时价值,共有加工物,材料上的其他权利继续存在于各该应有部分之上。加工人取得加工物所有权时,材料所有人的所有权消灭,该材料上其他权利亦归消灭。

(2) 强行规定? 有争论的是,第814条是否为强行规定? 加工人如何认定? 解释上应认第814条具强行性质,加工物所有权的归属,不能依当事人意思加以变动,因为加工而生的物权变动系基于事实行为,与当事人之意思无关,此外并涉及第三人的利益。为不使第814条的强制性成为空文,谁为加工人,应依客观情事,依谁对生产过程在经济上具有支配力加以判断。兹举数例加以说明:

① 工厂生产物品,其加工人为雇主(企业),而非受雇人。例如,甲误取乙的皮革,雇用工人丙等制作皮包时,甲为加工人,取得皮包所有权。惟若受雇人丙窃取皮革,在家自制皮包时,因已脱离雇主支配范畴,而成为加工人。

② 甲以布料,交乙制作西服,其制成的西服(加工物)的所有权属于定作人(甲)，“最高法院”1965年台上字第321号判例亦采同样见解,认为:“因承揽契约而完成之动产,如该动产系由定作人供给材料,而承揽人仅负有工作之义务时,则除有特约外,承揽人为履行承揽之工作,无论其为既成品之加工或为新品之制作,其所有权均归属于供给材料之定作人。”可资参照。

③ 甲以保留所有权的方式让售某批皮革给乙,乙加工制成皮鞋时,乙为加工人,取得加工物(皮鞋)的所有权(但请参阅“动产担保交易法”第4条之1规定)。设甲与乙订立所谓加工条款,约定以甲为加工人,而由甲取得加工物所有权,其约定无效。甲为取得加工物的所有权,须与乙为该加工物所有权的让与合意,至其交付,得依预定的占有改定为之。

(六) 债权法上的求偿关系

1. 甲提供材料,承揽修缮乙之房屋,其后发现承揽契约不成立或无效时,试就下列情形,说明当事人间之法律关系:

(1) 材料系甲所有。

(2) 材料购自丙,丙系受监护宣告人,甲未取得材料所有权。

2. 甲承租乙的花园洋房,租期届满,乙早已预定拆除修建大楼。甲拒不返还,继续使用,换贴壁纸,修缮围墙,种植花木。试说明当事人间的法律关系。

1. 不当得利请求权

(1) “民法”第 816 条的修正。第 816 条原规定:“因前五条之规定,丧失权利而受损害者,得依关于不当得利之规定请求偿金。”物权编修正时修正为:“因前五条之规定而受损害者,得依关于不当得利之规定,请求偿还价额。”关于修正内容,参照立法理由,说明如下:

① 删除“丧失权利”。本条原规定为“丧失权利而受损害者”,其规范意旨在于指明不当得利请求权的权利主体。惟依第 179 条规定,不当得利请求权的主体为:“受损害之他人”(受损人),解释上只要“受损害”即可,不以丧失权利为必要,盖不当得利规定之“损害”概念,范围相当广泛,除丧失权利外,尚包括单纯提供劳务、支出费用或权益归属之侵害。且“丧失权利”等文字,未尽概括完整,其固然可以说明因附合、混合而丧失动产所有权或该动产上其他权利的情形,但无法涵盖因加工单纯提供劳务而受损害之情形。为求精确,特删除丧失权利等文字。

② 将“请求偿金”修正为请求“偿还价额”。此项修正旨在指明所谓“关于不当得利之规定”本质上为不当得利,故本法第 179 条至第 183 条均在准用之列,仅特别排除第 181 条关于不当得利返还客体规定之适用。因添附而受损害者,依关于不当得利之规定请求因添附而受利益者返还其所受之利益时,仅得适用本法第 181 条但书规定请求“偿还价额”,不能适用同条本文规定,请求返还“利益原形”,以贯彻添附制度重新分配添附物所有权归属、使所有权单一化、禁止添附物再行分割之立法意旨。

(2) 规范意义。关于第 816 条所谓“依关于不当得利之规定”,其规范意义何在,实务上有两种不同见解:

① “最高法院”1999 年台抗字第 46 号判决谓:“民法”第 179 条规定“无法律上之原因而受利益,致他人受损害者,应返还其利益”。而“民法”第 811 条规定“动产因附合而为不动产之重要成分者,不动产所有人,取得动产所有权”。同法第 816 条规定“因前五条之规定,丧失权利而受

损害者,得依关于不当得利之规定,请求偿金”。是动产因附合而为不动产之重要成分者,动产所有人丧失所有权及不动产所有人取得动产所有权,均系因法律之规定。不动产所有人并非无法律上之原因而受利益,仅法律基于衡平考量,许丧失权利者依关于不当得利之规定,请求偿金。足见“民法”第 811 条、第 816 条与同法第 179 条所规定者显为二不同之请求权。”

②“最高法院”1999 年台上字第 419 号判决谓:(一)按“民法”第 816 条之规定系一阐释性之条文,旨在揭橥依同法第 811 条至第 815 条规定因添附丧失权利而受损害者,仍得依不当得利之法向受益者请求偿金,故该条所谓“依不当得利之规定,请求偿金”,系指法律构成要件之准用。易言之,此项偿金请求权之成立,除因添附而受利益致他人受损害外,尚须具备不当得利之一般构成要件始有其适用。(二)按“民法”第 816 条所谓之“偿金”,应以受损人因添附丧失其所有权时,该动产之客观价值计算之,是偿金计算之准据时点自以该受益者受利益之时为准。

本书认为,第 816 条所谓“依关于不当得利之规定”,系指依不当得利的构成要件(Tatbestandsverweisung、Rechtsgrundverweisung)而非仅适用其法律效果(Rechtsfolgenverweisung),从而必须具备第 179 条的要件,性质上乃属不当得利请求权。“最高法院”在 1999 年台上字第 419 号判决采此见解,可资赞同。前揭修正理由,亦采此见解,可资参照。

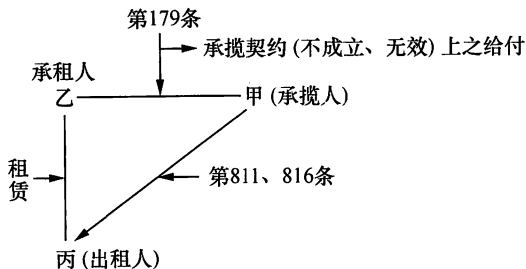
(3) 不当得利请求权的成立。如前所述,所谓得依关于不当得利之规定,请求偿还价额,须具备第 179 条不当得利的要件,即一方因添附取得动产所有权而受利益,致他方受损害,须无法律上原因。此多发生于“非给付不当得利”的情形,例如甲误取乙的油漆,漆其屋墙壁时,甲受有取得油漆所有权的利益(第 811 条),致乙受损害,欠缺法律上原因,应成立不当得利。添附系基于给付关系而发生时,原则上无第 816 条之适用。分三种情形加以说明^①:

① 承揽人甲以自己所有的材料为定作人乙修缮房屋,乙虽因不动产附合而取得材料所有权,受有利益,致甲受损害,但因系基于承揽契约,具有法律上之原因,不成立不当得利。承揽人仅得依承揽契约规定请求报酬。在承揽契约不成立或无效时,则应适用第 179 条关于不当得利的

^① 较详细说明,参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年版,第 154 页。

规定。

② 承揽人甲基于与承租人乙所订立的承揽契约,以自己材料修缮租赁房屋时,由屋主丙(出租人)依第 811 条规定取得材料所有权。承揽契约不成立或无效时,仅在承揽和承租人(定作人)间发生不当得利请求权。(参阅下图)



③ 承揽人甲向乙购买材料,修缮定作人丙的房屋时,由丙依第 811 条规定取得材料所有权。其后纵发现甲未取得该砖瓦所有权时(如乙为受监护宣告之人),丙系基于承揽契约因甲的给付而受利益,具有法律上原因,不成立不当得利。

④ 不当得利请求权的内容。第 816 条明定债权人仅得请求偿还价额,而不能请求恢复原状(返还动产所有权),立法目的在于避免毁损物的价值。所谓价额,依动产所有权因添附而消灭时的客观价值加以计算。关于此项价额的请求,亦有第 182 条至 183 条规定的适用。例如,甲误以乙的玉石为己有,制成鼻烟壶,因加工取得其所有权后,赠与丙时,甲所受利益不存在,免返还价额义务,丙于甲所免返还价额之限度内,负返还责任。

(5) 强迫得利。^① 因添附而取得添附物所有权,其客观价值不符合受益人主观利益者,时常有之,如修缮他人预定拆除之老屋,钣金于他人即将报废之汽车,无权占用他人庭院种植法律禁止的鸦片等。此类所谓强迫得利(aufgedrängte Bereicherung)的案例,应依下列原则处理之:

① 具备侵权行为或无权占有的要件时,所有人得请求恢复原状或除去其妨害。

② 第 954 条以下关于占有人费用返还请求权的规定,系属特别规

^① 参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年版,第 174 页。

定,排除第 816 条的适用。

③ 就不当得利请求权而言,其取得所有权不合受益人之主观利益者,应认所受利益不存在,免负返还偿金的责任。

④ 受损人系属恶意时,其行使不当得利请求权,衡诸诚信原则,显为不当者,受益人得主张恶意抗辩权,拒绝偿还。

2. 损害赔偿请求权

因添附而丧失权利,受有损害者,除不当得利请求权外,尚有损害赔偿请求权,其请求权基础有二:

(1) 侵权行为,例如因故意或过失以他人的砖瓦修缮己屋。

(2) 债务不履行,例如以他人寄托的宣纸绘画,致不能返还。

在此两种情形,负损害赔偿者,应恢复原状(第 213 条),但不能恢复原状或恢复原状显有重大困难者,应以金钱赔偿(第 215 条)。

六、综合实例研讨

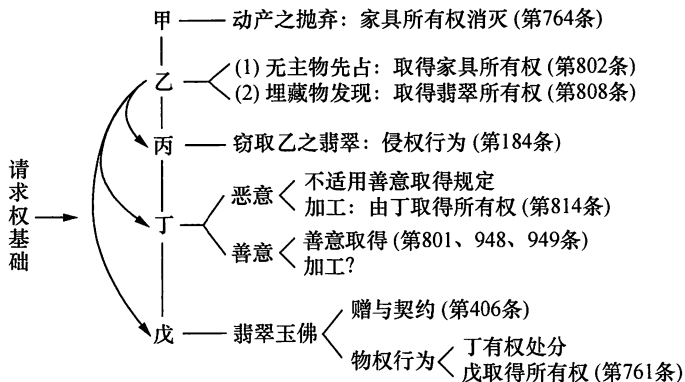
甲善赌,中六合彩,暴富,抛弃其于穷困时购自跳蚤市场的旧家具。乙捡取之,拆除时发现藏有一块名贵翡翠,经鉴定价值 30 万元。丙盗取该块翡翠,以 40 万元出售给恶意之丁。乙于半年内查知其事,向丁请求返还,丁表示已请某艺术家雕刻成为玉佛,价值高达 100 万元,赠与戊财团法人慈恩寺,并依让与合意交付之。试问:

1. 当事人间之法律关系。

2. 设丁为善意时,其法律关系有何不同。

上开例题之主要目的,在于综合讨论动产物权变动的 basic 问题及其涉及的债权关系。^① 所谓当事人间之法律关系,系指谁得向谁,依据何种法律规范,有所主张。此种可以支持一方当事人向他方当事人有所主张(返还某物、返还所受利益、损害赔偿等),即为请求权基础。在上开例题,当事人间之主要法律关系为:乙得对戊主张何种权利,乙得对丁主张何种权利,乙得对丙主张何种权利。以下拟仅提出解题构造,其详请参照本书相关部分说明。兹先将基本法律关系图示如下,以便观察:

^① 本题旨在介绍请求权基础之解题思考方法,参见拙著:《民法实例研习基础理论》,并与拙著《不当得利》,所举之例对照之。



(一) 丁为恶意时之法律关系

1. 乙对戊得主张的权利

(1) 所有物返还请求权(第 767 条)

① 乙为玉佛所有人?

A. 乙为翡翠所有人

- a. 乙因无主物先占,取得甲抛弃的家具所有权(第 802 条)。
- b. 乙在其所有动产发现埋藏的翡翠,取得其所有权(第 808 条)。

B. 玉佛所有权的归属

a. 丁自丙受让翡翠所有权,丙为无权处分,丁系恶意,不能取得其所有权。

b. 丁加工于翡翠,雕成玉佛。

- (a) 翡翠系乙所有的动产。
 - (b) 丁请某艺术家雕刻翡翠成为玉佛,为加工人。
 - (c) 加工所增价值显逾材料之价值。
 - (d) 丁取得加工物(玉佛)所有权,乙丧失翡翠所有权(第 814 条)。
- c. 戊自丁受赠玉佛(第 406 条),并受让其所有权(第 761 条)。

② 戊为无权占有?

戊为玉佛所有人,不构成无权占有。

结语:戊为玉佛所有人,乙对戊无所有物返还请求权。

(2) 不当得利返还请求权(第 179 条)

① 戊受有利益:玉佛所有权。

② 致乙受损害?

A. 丁因加工于乙的翡翠,取得玉佛(加工物)所有权,乙丧失翡翠所有权(第 814 条)。

B. 戊自丁受让玉佛所有权。

C. 戊之受益(取得玉佛所有权),与乙之受损(丧失翡翠所有权),并非基于同一原因事实。

③ 无法律上原因(不必讨论)

结语:乙对戊无不当得利请求权。

2. 乙对丁得主张之权利

(1) 不当得利返还请求权(第 816 条、第 179 条)

① 成立要件。第 816 条所谓依不当得利之规定,须具备第 179 条所定不当得利要件:

A. 丁因加工于乙之翡翠而取得加工物(玉佛)所有权,受有利益。

B. 致乙丧失翡翠所有权。

C. 无法律上原因:虽依法律规定,但无使其终局取得利益之规范意旨。

② 内容。偿还价额。

A. 第 816 条:特别规定。

B. 依翡翠加工时客观价值。

③ 范围。丁为恶意,不得主张因将加工物赠与戊,致所受利益不存在(第 182 条第 2 项)。

(2) 侵权行为损害赔偿请求权(第 184 条第 1 项前段)

丁故意加工于乙所有的翡翠,取得加工物所有权,致乙的所有权消灭,受有损害,应负损害赔偿赔偿责任。

结论:乙对丁得依第 816 条及第 179 条规定,请求偿还价额,或依第 184 条第 1 项前段规定请求损害赔偿。

3. 乙对丙得主张的权利

(1) 侵权行为损害赔偿请求权(第 184 条第 1 项前段)。

(2) 无因管理规定的类推适用(第 177 条)。

(3) 不当得利请求权:第 179 条?

① 丙基于买卖契约受有价金利益。

② 乙因丁加工于翡翠而丧失其所有权(第 814 条)。

③ 丙的受益与乙的受损非基于同一原因事实,不成立不当得利。

(二) 丁为善意时之法律关系

1. 乙未于2年内向丁请求恢复其物

丁为善意时,有善意取得规定之适用(第801条、第948条),但依第949条规定:“占有物如系盗赃、遗失物或其他非基于原占有人之意思而丧失其占有者,原占有人自丧失占有之时起2年以内,得向善意受让之现占有人请求恢复其物。依前项规定恢复其物者,自丧失其占有时起,恢复其原来之权利。”乙于2年之内未请求恢复其物时,丁取得翡翠之所有权,丁请某艺术家雕刻,非加工于他人之动产,自不适用第814条及第816条规定。在此情形,乙对善意取得人丁,或自丁受让玉佛所有权之戊财团法人基金会慈恩寺,均无请求权可得主张,仅得向丙行使不当得利或侵权行为损害赔偿请求权。

2. 乙于2年内向丁请求恢复其物

在上开例题,被害人乙于2年内请求丁恢复其物,而丁已将翡翠雕成玉佛。在此情形,是否有第816条之适用,其关键问题在于被害人未为请求恢复其物之前,该翡翠所有权之归属。关于此点,学说上颇有争论。有谓应属于占有人,但被恢复时,则其权利溯及于最初之时,失其效力。^①有谓应属于所有人,但因2年之经过则丧失其所有权。^②当事人的法律关系,因采何说而有不同:

(1) 如采前说(此为通说),认为翡翠所有权归属于丁时,则丁系“加工”自己的动产,不适用第814条规定,乙不得依不当得利规定向丁请求偿还价额,仅得向丙主张不当得利或侵权行为损害赔偿请求权。

(2) 如采后说,认为翡翠所有权仍属于乙时,则丁系加工于乙的动产,而取得加工物之所有权(第814条),从而有第816条之适用,乙得向丁请求偿还价额。丁系善意不知无法律上之原因,而将玉佛无偿让与戊财团法人基金会慈恩寺时,所受利益已不存在,免负偿还偿金义务(第182条第1项),戊财团法人基金会慈恩寺于丁所免返还义务之限度内负偿还责任(第183条)。

^① 通说,参见杨与龄:《盗赃物之善意取得与恢复》,载《法令月刊》第32卷,第6期,第3页;谢在全:《民法物权论》(下),第539页;参见本书相关内容。

^② 参见曹杰:《中国民法物权论》,第342页;倪江表:《民法物权论》,第428页。

第四节 共有

一、共有制度、社会变迁与“民法”修正

何谓分别共有及共同共有,具有何种社会经济功能?“祭祀公业条例”的制定具有何种意义?请从公有制度的发展检视台湾所有权的制度的变迁。“民法”物权编修正对“共有”作有何种改进?请说明其修正重点及修正理由。

(一) 所有权制度

“民法”上的所有权,分为两类:一为单独所有权;二为共有。共有又分为分别共有和共同共有。所有权的形态系社会经济发展的产物,具有不同的社会机能。

1. 单独所有

单独所有,指所有权的主体为一人而言,乃“民法”的基本原则。单独所有系对个人独立自主人格的肯定,使所有权不受部落、家族的束缚,所有人在法令限制的范围内得自由使用、收益、处分所有物,从事交易,发挥货畅其流、物尽其用的经济效用。权利的主体,除个人外,尚有法人,包括社团法人(尤其是公司)和财团法人。法人得享有所有权和其他财产权,对于累积资本,促进社会经济发展,具有贡献。

2. 共有

(1) 分别共有。分别共有,系数人按其应有部分对于一物享有所有权。各共有人对于共有物的全部有使用收益之权。此项制度渊源于古罗马法,具有浓厚个人主义色彩。分别共有的发生原因,多基于共有人间的法律行为,如数人出资购买某物。共有物的处分虽应得共有人全体的同意,但各共有人得自由处分其应有部分,并随时请求分割共有物。法院原则上不介入共有人间的争议,如关于共有物之管理,共有人不能获致协议时,不得诉求法院裁判。^①

(2) 共同共有。共同共有的主要情形有三种,即合伙财产、未分割之遗产以及祭祀公业等。其共同共有关系的强度不同。

^① 参见“最高法院”1977年度第七次民庭庭推总会议决议。

未分割之遗产之构成共同共有,系因被继承人死亡,基于法律规定而发生(第1151条)。继承人共同出卖共同共有之遗产,其所取得之价金债权,仍为共同共有并非连带债权,继承人得随时请求分割遗产(第1164条),以消灭共同共有关系。在未分割遗产之前,继承土地之应有部分所生之优先承买权仍属全体继承人共同共有之财产权。

合伙系二人以上互约出资以经营共同事业的契约,各合伙人之出资及其他合伙财产,为合伙人全体共同共有(第668条)合伙财产,为合伙人全体共同共有,其为金钱出资、劳务出资、抑或以他物出资,均无不同(包括动产或不动产)。又于合伙关系存续中,执行合伙事业之合伙人为他合伙人之代表,其为合伙取得之物及权利,亦属合伙人全体共同共有。合伙所购入之货物,亦为合伙人全体之共同共有,不因合伙人出资之种类而异。以共同共有之合伙债权为诉讼案件,在该合伙人间有合一确定的必要,共同诉讼其中一人上诉,应视与全体所为同。

祭祀公业、神明会等^①,具浓厚固有法的性质,系依法律行为(如遗嘱),并基于习惯而发生,其团体性较强。祭祀公业最具重要性,虽有历来不问是否具备社团法人或财团法人的法定要件,均得视为法人的习惯,自台湾光复后施行“民法”,因受“民法”第1条规定的限制,不再认其为法人。值得特别指出的是,2007年12月12日制定“祭祀公业条例”,立法目的系为祭祀祖先发扬孝道、延续宗族传统及健全祭祀公业土地地籍管理,促进土地利用及增进公共利益(第1条)。祭祀公业,指由设立人捐助财产,以祭祀祖先或其享祀人为目的之团体。设立人得为自然人或团体。祭祀公业的核心构成系派下员,即祭祀公业之设立人及继承其派下权之人,由派下员组成派下员大会,以议决规约,业务计划、预算、决算、财产处分,设定负担及选任管理人、监察人(第3条、第4条)。“祭祀公业条例”的重点在于规定“祭祀公业法人”,使祭祀公业法人化,即本条例施行前已存在之祭祀公业申请登记为祭祀公业法人(第21条以下),新设立的祭祀公业应依“民法”规定成立社团法人或财团法人(第59条);或将其不动产登记为派下员分别共有、单独所有(第50条)。地籍清理条

^① “最高法院”1983年台上字第1174号判决谓:“神明会可分为财团性质之神明会及社团性质之神明会二种。财团性质之神明会,以会产为会之重心,会员对会产并无直接之权利义务。社团性质之神明会,如未经为法人登记,系以会员为会之中心,会员之权利,除共益权外,亦多自益权,一般情形,具有浓厚之私益色彩,乃属共同共有之性质。”

例对神明会不动产之清理亦同(第 24 条)。此均有助于明确此类共同共有的法律关系。

合伙财产、未分割遗产和祭祀公业三种共同共有,因其共同共有关系的强度不同,各具特色,但亦有相同之点,即其共有某物系基于法律、法律行为或习惯而生的共同关系,各共同共有人的权利及于共同共有物的全部,除法律、契约或习惯另有规定外,共同共有物的处分及其他权利之行使,应得共同共有人全体之同意,共同关系存续中,各共同共有人不得请求分割共同共有物。

(二) 共有制度社会变迁

现代所有权制度系以单独所有为原则。分别共有的发生基于法律规定(如第 812 条、第 813 条)者,甚属罕见,基于法律行为者,则属不少,然易滋纠纷。合伙系为经营共同事业,仍具重要性,但公司(社团法人)更适合经营企业。遗产终必分割,成为单独所有或分别共有,其共同共有系属过渡现象。台湾地区的祭祀公业乃传统农村社会的产物,在此工商业发达、人口流动性高的社会,祭祀公业出售土地,或与建筑公司订立合建契约,甚为普遍,其共同关系或因共同共有物的让与而消灭,或另外成立财团法人,发生重大变动,“祭祀公业条例”的制定将有助于祭祀公业的运作。分别共有因共有物分割而消灭,共同共有关系消灭后,亦得为共有物的分割。分割共有物诉讼在实务上案例甚多,争议不少。最近删除“土地法”第 30 条和“农业发展条例”第 30 条规定,使私有农地所有权得为让与,得移转为共有,得为分割,对农村耕地所有权将产生影响。

共有在某种程度足以反映所有权制度的变迁及社会经济的发展,实在是一个值得深入研究的重大课题。

(三) 共有规定的修正

2009 年“民法”物权编的修正,将共有为重点,分五点加以说明:

(1) 共有物的管理方法。由“共同管理”修正为“多数决管理”,以促进共有物有效利用(第 820 条)

(2) 放宽约定不分割期限。将第 823 条第 2 项:“前项契约所定不分割期限,不得逾五年,逾五年者,缩短为五年”的规定,修正为:“前项约定不分割之期限,不得逾五年;逾五年者,缩短为五年。但共有之不动产,其契约订有管理之约定时,约定不分割之期限,不得逾三十年;逾三十年者,缩短为三十年。”立法目的在于尊重共有人的契约自由及对财产权的

安排。

(3) 法院裁判分割。增订法院裁判分割之起诉原因、分割方法、效力及共有物之应有部分有抵押权或质权之分割方法。(第 824 条、第 824 条之 1),以强化裁判分割的功能,并解决实务长期争议问题。

(4) 共有物上债权约定,对第三人的物权效力。增订共有物使用、管理、分割或禁止分割之约定或依法所为之决定或法院所为之裁定,对于应有部分受让人或取得物权者之效力规定(第 826 条之 1),以维护共有物上法律关系的安定。

(5) 共同共有成立的依据及准用规定。修正“民法”第 827 条、第 828 条及 830 条明定,共同关系除法律外,由法律行为及习惯而成立;第 820 条、第 821 条及第 826 之 1 条规定,共有物分割的规定对共同共有的准用。

二、分别共有

(一) 分别共有的意义、发生和规范体系

1. 分别共有的意义

分别共有,指数人按其应有部分,对于一物共同享有所有权(第 817 条第 1 项)。分别共有,台湾“民法”径以共有称之,学说上有称为通常共有,以别于共同共有。分别共有,就其主体言,须为多数,必在二人以上,称为共有人;就其客体言,须为一物,称为共有物;就其享有之权利言,为所有权;就其享有所有权的形态言,为按其应有部分。例如,甲、乙、丙三人各出资 1000 万元购买 A 地、B 屋及 C 车时,发生三个分别共有,即甲、乙、丙各以应有部分 1/3 比例享有 A 地、B 屋及 C 车的所有权。

2. 分别共有的发生

分别共有的发生原因,计有三种:

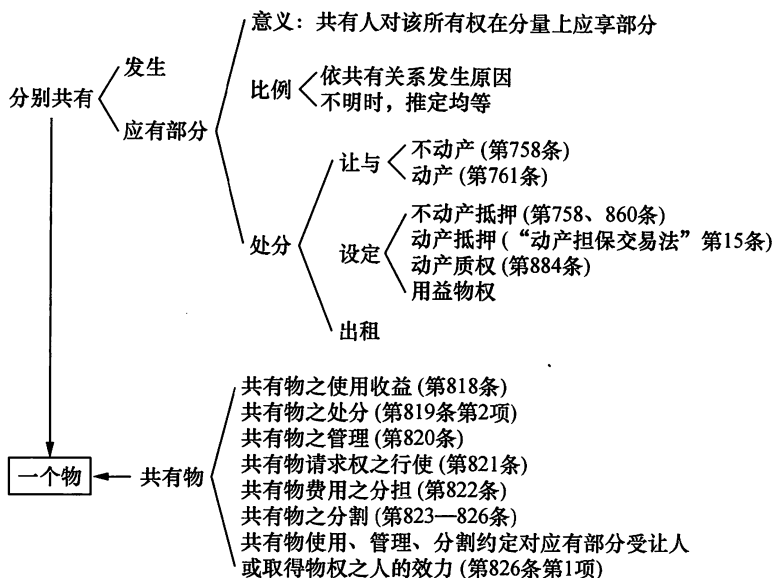
(1) 基于当事人之意思,如数人出资购买某地,而共同受让其所有权。

(2) 基于法律规定,如埋藏物的共有(第 808 条)、添附物的共有(第 812 条第 1 项、第 813 条)。

(3) 将共同共有变为分别共有,如甲、乙、丙共同继承 A 地与 B 屋,办理继承登记为分别共有 A 地与 B 屋,此种情形颇属常见。

3. 法律规范结构

分别共有的法律结构系由“应有部分”和“共有物”组合而成，“民法”以此二者作为规范内容，为便于观察，图示如下：



(二) 应有部分

甲、乙、丙共有某地(或某屋)，应有部分相等，试就下列情形说明其法律问题：

1. 何谓应有部分，如何定其比例？
2. 甲得否以其应有部分设定抵押权、地上权，或出租予他人？
3. 甲违反约定，让与其应有部分予他人。
4. 甲抛弃其应有部分，乙丙主张归其取得。
5. 甲出卖其应有部分予丁时，乙丙得否主张优先承购之权利？
6. 某丁无权占有该共有土地，造成 30 万元损害时，甲、乙、丙如何向丁行使其权利？甲得否单独起诉请求赔偿 10 万元？

1. 应有部分之意义

应有部分，指各共有人对其所有权在分量上应享的部分。应有部分在《日本民法》称为持份，台湾地区民间契约书仍多沿用。所谓分量上应享有的部分，乃指其成数(或比例)而言。例如，甲、乙共有某二层的房

屋,其应有部分各为 $1/2$,甲、乙各享有该屋所有权的 $1/2$,而非该屋的 $1/2$ 。由此可知,应有部分系抽象地存在于共有物的任何一部分,而非具体特定于共有物的某一部分。诚如“最高法院”1968年台上字第2387号判例所云:分别共有之各共有人,按其应有部分对于共有物之全部有使用收益之权。所谓应有部分,系指分别共有人得行使权利之比例,而非指共有物之特定部分,因此分别共有之各共有人,得按其应有部分之比例,对于共有物之全部行使权利。

2. 应有部分的性质

应有部分既系所有权之量的分割,而非所有权之质的分割(如共有人中之一人享有使用收益,而他共有人享有处分权能),除其行使应受他共有人应有部分的限制外,其内容、性质及效力与所有权无异。应说明者有两点:

(1) 应有部分之处分,应依共有物为不动产或动产,而适用关于不动产或动产所有权之规定。例如,让与不动产的应有部分时,非经办理登记,不生效力(第758条);让与动产之应有部分者,须经交付动产,始生效力(第761条)。

(2) 应有部分的保护依关于所有权之规定。例如,甲、乙、丙共有某车,在甲依其应有部分使用期间,丁盗用该车时,系侵害甲按其应有部分的使用权利,甲得对丁依侵权行为规定请求损害赔偿,或依不当得利规定请求返还其所受之利益。

3. 应有部分的比例

各共有人应有部分的多寡,依分别共有关系发生原因而定。基于当事人意思而发生的共有,依当事人之意思定之,例如,甲、乙、丙三人共购某屋,约定应有部分各为 $1/3$ 。数人以有偿行为对于一物发生共有关系者,除各共有人间有特约外,应解释为系按出资比例定其应有部分。^①基于法律发生的共有,其应有部分依法律规定(第808条、第812条、第813条)。不能依上述方法决定应有部分时,推定其为均等(第817条第2项)。^②

^① 参见“最高法院”1940年上字第102号判例。

^② 土地持份额未登记时,得由部分共有人或其继承人申请登记其应有部分为均等(“法务部”77、5、31、77法律字第9103号函)。

4. 应有部分的处分

分别共有系数人按应有部分共有一物(共有物),因此发生共有人处分“应有部分”及“共有物”的问题。第819条第1项规定:“各共有人得自由处分其应有部分。”第2项规定:“共有物之处分、变更及设定负担,应得共有人全体之同意。”就此二项规定加以比较对照,值得先提出讨论的,系应有部分处分的自由,处分应有部分的意义,以及优先承购权等问题。分述如下:

(1) 应有部分处分的自由和限制。所谓各共有人得“自由”处分其应有部分,指其处分不必得其他共有人同意。应有部分既系共有人对于共有物所有权的一定比例,当然得由共有人自由处分之,此为个人共有制度本质的当然。共有人间相反的约定,仅有债的拘束力,不具物权性,对第三人不生效力。^① 应有部分的处分,应受法律的限制,自不待言。

(2) 处分的意义。“民法”上所称处分,有不同意义,有指法律上处分及事实上处分,有仅指法律上处分,是为法律概念相对性。第819条第2项所称共有物的处分包括事实上处分及法律上处分,但第1项所称应有部分的处分,则仅指法律上处分,尤其是物权行为而言。共有人出卖应有部分,其买卖有效,应属当然。

(3) 应有部分的让与。应有部分的处分,最主要者系应有部分的让与,在不动产,须经登记,始生效力(第758条);在动产,则须交付,使受让人与其他共有人共同占有之(第761条)。须注意的是,共有人之应有部分若干,既系指共有人对于共有物所有权抽象之成数,而非该物具体之某一部分,故共有人转让其应有部分,除非基于分管契约,已占有该物某特定部分,就该特定部分对受让人应交付外,其受让人自无从请求交付该共有物的特定部分。共有人让与其应有部分后,即脱离共有关系,由受让人与其他共有人继续其共有关系。

(4) 应有部分设定负担。^② 得否以应有部分设定抵押权? 第819条第1项规定仅言及处分,是否包括“设定负担”,尤其是设定抵押权,不无疑问。就文义言,处分行为本应包括设定负担,但参照同条第2项将处

^① 参见“最高法院”1944年上字第3768号判例。

^② 参见郑玉波:《应有部分与抵押权》,载《台大法学论丛》第4卷,第1期,第107页;温锦堂:《论共有人应有部分之抵押与分割之本质》,载《法律评论》第40卷,第12期,第24页;刘锦隆:《应有部分之抵押》,载《法令月刊》第37卷,第8期,第10页。

分、设定负担并列,似又不包括之,致生疑义。“司法院”院字第1516号解释曾认为,应有部分不得为抵押权之标的物。“司法院”大法官第141号解释改采肯定见解,认为:“共有之房地,如非基于共同关系而共有,则各共有人自得就其应有部分设定抵押权。”^①此项解释符合应有部分的性质,使应有部分得为抵押的客体,裨益资金融通,实值赞同。关于以应有部分设定动产质权,亦应肯定,惟须使质权人与其他共有人共同占有其物,实务上鲜有此案例。

有争论的是,于应有部分可否设地上权等用益物权?通说采否定见解,其理由系认为,应有部分乃所有权在量上的比例,性质上不适于作为以占有标的物使用收益之用益物权的客体。然以应有部分设定地上权,理论上应为肯定,但实务上甚属罕见。^②

(5) 应有部分的出租。^③关于应有部分的出租,实务上采肯定见解。认为共有人约定将其应有部分出租予承租人者,性质上系该共有人约定将其按应有部分对于共有物所具有之使用收益权,于契约关系存续期限内,由承租人享有,与第421条规定之租赁,系以物为标的者,固有不同,然既不违反公序良俗,法律上复无禁止之规定,本诸契约自由原则,当事人间自得有效成立,并准用民法上租赁之规定(第463条之1)。^④例如,甲、乙共有某空地,辟为停车场。甲将其应有部分出租给丙时,丙得以该应有部分承租人的地位,与乙共同对该地为使用收益。

(6) 应有部分的抛弃。抛弃属处分行为,共有人得抛弃其应有部分。在此情形该应有部分的归属应如何处理,不无疑问。《日本民法典》第255条规定:“共有人之一人抛弃其应有部分或无继承人而死亡者,其应有部分归属于他共有人。”^⑤台湾地区“民法”未设明文,有主张可依所有

① 解释理由书谓:“按各共有人得自由处分其应有部分”,为“民法”第819条第1项所明定。除基于共同关系而共有者另有规定外,如共有物为不动产,各共有人本于前开规定,既得自由处分其应有部分,则遇有不移转占有而供担保之必要时,自得就其应有部分设定抵押权。至于同条第2项所谓“共有物之处分、变更及设定负担,应得全体共有人之同意”。系指共有人以共有物为处分、变更,或设定负担之标的,并非就各共有人之应有部分而言。此比照第1项得自由处分之规定,法意至为明显。本院第1516号解释,应予补充释明。

② 较详细的说明,谢在全:《分别共有内部关系之理论与实务》,载《民法研究》,第112页。

③ 深入分析及讨论,参见谢在全:《应有部分之出租》,载《司法周刊》第419期。

④ 参见“最高法院”1988年台上字第413号判决。

⑤ 《日本民法》规定解释适用,参见我妻荣:《物权法》,第321页;广中俊雄:《物权法》(第二版增补),第423页。

权弹力性法理,而获同一结论。^①此固有助于简化法律关系,但在现行法解释上似难赞同。盖所谓所有权弹力性旨在说明所有权因其他负担(用益物权或担保物权)的消灭,因而恢复原有圆满状态,不足作为使经抛弃之应有部分依比例归于其他共有人的依据。在台湾地区“民法”,除法律另有规定外^②,应认应有部分因抛弃而消灭。在动产,他共有人得依先占或时效而取得该应有部分。在不动产,则归国有(“土地法”第10条)。

5. 他共有人对应有部分的优先承买权

“土地法”第34条之1第4项规定:“共有人出卖其应有部分时,他共有人得以同一价格共同或单独优先承购。”本项规定旨在减少共有人人数量,简化共有物使用关系,应属合理必要的规定,实务上甚属重要。解释适用上应说明有四:

(1) 适用范围。本项规定的目的既在简化共有关系,故于共有人间应有部分的买卖应不适用。^③本项规定仅适用于土地或建筑物,对动产不适用或不类推适用之。须再提请注意的是,基于区分所有建筑物须依赖基地使用权始能存在,建筑物的区分所有权与基地使用权的处分不得分离的一体化原则,“土地登记规则”第98条明定:“土地法”第34条之1第4项优先购买权之规定,于区分所有建筑物连同基地应有部分之所有权一并移转予同一人所有之情形不适用之。

(2) 法律性质。本项规定的优先承购权并未如同法第104条第2项后段设有出卖人未通知优先购买权人而与第三人订立买卖契约者,其契约不得对抗优先购买权人的明文,系属债权性质。故该条项规定之优先承购权系指他共有人于共有人出卖共有土地或建筑改良物时,对于该共有人有请求以同样条件订立买卖契约之权而言,倘共有人违反法律规定将应有部分卖与他人,并已依法取得所有权时,他共有人不得主张该买卖为无效,而涂销其依法所为之登记。^④

① 参见郑玉波:《民法物权》,第145页。

② 值得注意的是“著作权法”第40条第2项规定:“共同著作之著作人抛弃其应有部分者,其应有部分由其他共同著作人依其应有部分之比例分享之。”第3项规定:“前项规定于共同著作之著作人死亡无继承人,或消灭后无承受人者,准用之。”

③ “最高法院”1983年台抗字第94号判例;“最高法院”1994年台上字第1713号判决。就法学方法论言,此为依法律规范意旨而为之目的性限缩(teleologische Reduktion),关于此种解释方法,参见拙著:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第156页。

④ 参见“最高法院”1976年台上字第2113号、1977年台上字第1530号判例。

(3) 要件和效果。本项优先承购权的发生,须以共有人出卖其应有部分于第三人为基础,若共有人与第三人间的出卖行为根本无效,亦即自始不存在,则所谓优先承购权即无从发生。^①

所谓依同一价格购买,应解为系同一条件,包括价格以外的其他条件。多数共有人均声明优先购买时,应以应有部分的比例定其购买分量。

为使其他共有人得以同一条件购买,出卖应有部分的共有人应践行通知程序,将其与第三人所订买卖契约条件全部告知其他共有人。出卖人违反此项义务时,应负损害赔偿责任。为避免共有人与原买受人间就应有部分所订的买卖契约,处于不确定状态,应参照“土地法”第104条规定,解为他共有人于接到出卖通知后10日内不表示者,其优先承购权视为放弃。又此项优先购买权得为抛弃,自不待言。

他共有人对应有部分出卖人表示愿以同一价格共同或单独优先承购时,其买卖契约如何成立,何时成立,涉及优先承购权的法律性质。对此,有两种不同见解,有认为优先购买权系形成权,即优先购买权人得以一方的意思表示,形成以义务人出卖于第三人同样条件为内容之契约,无须义务人承诺。有采请求权说,认仅须优先购买权人为行使优先购买权之意思表示,义务人即有承诺出卖的义务。理论上以形成权说较为可采^②,实务上则依请求权说处理相关问题。^③

设甲、乙共有建地一笔,应有部分各1/2,甲将其应有部分出卖给丙,丙对甲诉请履行,而乙对甲声明行使优先购买权,亦以诉请求时,法院应如何裁判?于此情形,应认为甲与丙买卖契约的效力,不因乙之行使优先购买权而受影响,甲对乙及丙均负有履行买卖契约的义务,其情形与双重买卖相类,法院仍应为丙胜诉的判决。

(4) 竞合。“土地法”第104条、“耕地三七五减租条例”、“民法”第426条之2分别就基地和农地买卖,设有优先购买权的规定。发生竞合时,应以具有物权效力的基地或耕地承租人的优先购买权为优先。例如,甲、乙共有某地,租丙建屋,甲出卖其应有部分给乙(其他共有人)时,不

① “最高法院”1976年台上字第2123号判例。

② 参见拙著:《共有人优先承购权与基地承租人优先购买权之竞合》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社2009年版,第246页。史尚宽:《土地法原论》,第218页。“最高法院”1979年度第五次民事庭庭推总会决议。

③ 参见谢在全:《分别共有内部关系之理论与实务》,载《民法研究会实录》,第107页。

发生优先承买权问题;但出卖给丁时,基地承租人丙的优先购买权优先于他共有人乙的优先承购权。^①

6. 基于应有部分而生的请求权

(1) 对他共有人的请求权。共有,乃数人共同享受一所有权,故各共有人本其所有权的作用,对于共有物的全部均有使用收益权。惟此使用收益权应按其应有部分而行使,不得损及他共有人的利益,若有侵害,则与侵害他人的所有权同,被侵害之他共有人,自得依侵权行为规定行使损害赔偿请求权,或依不当得利规定请求返还其所受利益。

(2) 对第三人的请求权。甲、乙、丙共有某地,出租给丁,租金 30 万元。丁迟未给付,甲起诉请求丁支付 30 万元时,法院应如何处理? 共有人就共有物对于第三人所生的债权请求权,无由共有人全体共同起诉之必要,而该债权为可分者,各共有人仅得按其应有部分单独起诉请求(参照“司法院”院字第 1950 号解释)。又依第 271 条规定,数人有同一债权,而其给付可分者,除法律另有规定或契约另有订定外,应平均分受之。故在本案情形,应认甲之诉部分有理由。甲为适格的当事人,惟其债权仅有 10 万元,应判决丁应给付 10 万元,其余之诉驳回。^②

(三) 分别共有的内部关系^③

分别共有的内部关系可分为共有物的使用收益、共有物的处分、共有物的管理,以及共有物的费用负担。实务上以关于共有物的处分案例最多,理论上最具争论的,系共有物分管契约对第三人的效力。

1. 共有物的使用收益

甲、乙、丙共有某建地,应有部分均等。试说明下列问题:甲、乙欲以该地经营停车场,丙不同意时,甲得否诉请法院裁判? 甲未经乙、丙同意,占用该地的全部或部分经营停车场时,乙、丙得对甲主张何种权利? 甲将靠近路边相当于其应有部分的土地出售给丁时,丁

^① 参见拙著:《共有人优先承购权与基地承租人优先购买权之竞合》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社 2009 年版,第 246 页;刘春堂:《论土地共有人之优先承购权》,载《法律评论》第 50 卷,第 5 期,第 13 页;第 6 期,第 13 页;陈立夫:《“土地法”第 104 条之基地优先购买权——“最高法院”2000 年台上字第 575 号判决评释》,载《台湾本土法学》第 18 期,第 70 页。

^② 参见“司法院”1985 年 5 月 31 日厅民一字第 425 号函复台高院。

^③ 参见谢在全:《分别共有内部关系之理论与实务》,载《民法研究》,第 95 页以下。(以下简称“谢在全前揭文”)。

得对甲主张何种权利？甲未经乙、丙的同意，擅将该地全部出售给丁时，其效力如何？

(1) 共有人的用益权。新修正“民法”第 818 条规定：“各共有人除契约另有约定外按其应有部分，对于共有物之全部，有使用收益之权”。“除契约另有规定外”，旨在强调若共有人有分管协议时，法律自应尊重。纵使各共有人依该协议实际可为使用或收益之范围超过或小于应有部分时，亦属契约自由范围。使用收益的客体为共有物的全部，而非共有物特定部分，各共有人得就共有物全部，于无害他共有人权利的限度内，按其应有部分行使使用收益的权利。于其他情形，各共有人如何按其应有部分（行使权利的比例）使用收益，须征得他共有人全体的同意。例如，甲、乙、丙共有 3 间套房的海滨别墅 1 幢、汽车 1 辆，其应有部分均等时，房屋可各住 1 间套房，汽车可轮流使用一日（或半日），别墅出租时，则平分其租金。

共有人对于共有物的使用收益方法不能获致协议时，得否诉请法院裁判？^① 通说采否定说见解，其主要理由有三：

① 共有物使用收益的方法，涉及管理问题，应由共有人共同为之（第 820 条第 1 项）。

② 法院如何定其使用方法，欠缺客观标准。

③ 不能获致协议时，共有人可让与其应有部分，退出共有关系，或请求分割共有物。

(2) 共有人未按应有部分而为使用收益。共有人对于共有物之全部固有使用收益之权，但其使用收益，须按其应有部分为之，其未按应有部分而为使用时，他共有人得主张何种权利，系实务上的重要问题。兹举一例说明之：甲、乙、丙三人共有某地，应有部分均等，甲未经乙、丙同意，占用该地的全部或部分经营停车场，摆设地摊或堆积废料。在此等情形，乙、丙得主张如下权利：

① 不当得利请求权。甲超过其应有部分对共有物为使用收益，系无法律上原因，而使用应归属他共有人的权利，受有利益，致他共有人受损

^① 参见“最高法院”1977 年 9 月 26 日、1977 年度第七次民庭庭推总会议决议：“民法第 820 条第 1 项规定，共有物除契约另有订定外，由共有人共同管理之，是共有土地之如何分别管理，应由全体共有人以契约为之，此与共有物之分割不同，不能由法院判决，各共有人诉请分管，于法无据。”

害,应成立不当得利。^①

② 侵权行为损害赔偿请求权。共有人按其应有部分,对于共有物之全部虽有使用收益之权,惟共有人对共有物之特定部分使用收益,仍须征得他共有人全体之同意,非谓共有人得对共有物之全部或任何一部有自由使用收益之权利。甲不顾他共有人乙、丙的利益,而就共有物之全部或部分任意使用收益,不论其是否超过应有部分,均属侵害他共有人权利,应依侵权行为规定(第184条第1项前段),负损害赔偿赔偿责任。^②

③ 所有物返还请求权。甲擅自占用共有物,是否构成无权占有,而有第767条的适用,甚有争论,系实务上重要问题。

采否定说者认为,各共有人的应有部分,不过系对于共有物所有权之比例,并非共有物本身,性质上不可能被他共有人无权占有或侵害,故共有人就其应有部分,无主张第767条规定所有物返还请求权的余地。^③

“最高法院”1985年第二次民事庭会议决议采肯定说,认为:“未经共有人协议分管之共有物,共有人对共有物之特定部分占用收益,须征得他共有人全体之同意。如未经他共有人同意而就共有物之全部或一部任意占用收益,他共有人得本于所有权请求除去其妨害或请求向全体共有人返还占有部分。但不得将各共有人之应有部分固定于共有物之特定部分,并进而主张他共有人超过其应有部分之占用部分为无权占有而请求返还于己。”此项见解应值赞同。其无权占用共有物一部分时,纵不超过其应有部分,应仍有第767条规定的适用。

2. 共有物的处分

共有物的“处分”指何而言,是否包括买卖、出租或共有物的拆除?甲、乙、丙三人共有某地,未与乙、丙协议擅以自己名义出售(或出租)该地予丁,并为交付时,其法律效力如何,丁得向甲主张何种权利?丁得否以与甲有买卖或租赁作为“抗辩”理由?

① 参见“最高法院”1966年台上字第1949号判例:“民法”第818条所定各共有人按其应有部分,对于共有物之全部有使用收益之权,系指各共有人得就共有物全部,于无害他共有人之权利限度内,可按其应有部分行使使用收益权而言。故共有人如逾越其应有部分之范围使用收益时,即系超越其权利范围而为使用收益,其所受超过利益,要难谓非不当得利。参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社2009年版,第22页。

② 参见“最高法院”1973年台上字第1802号判例。

③ 参见“最高法院”1983年台上字第4737号判决、1966年台上字第1949号判决。

(1) 处分须得共有人全体的同意。第 819 条第 2 项规定：“共有物之处分、变更、及设定负担，应得共有人全体之同意。”此项规定旨在保护全体共有人的利益。所谓处分，包括事实上处分及法律上处分。事实上处分，例如拆除房屋。法律上处分，系指处分行为而言，例如所有权的让与。所谓设定负担，指设定用益物权或担保物权而言。所谓物之变更，指改变物的本质或用途，例如，将农田变为鱼池、住宅变为店面等。

须注意的是，共有物之处分、变更或设定负担，不以对共有物全部为必要，亦包括共有物的特定部分在内。例如，甲、乙、丙共有某笔 900 坪建地，应有部分均等，甲私将该地某部分 300 坪让与丁，使丁就该一部取得单独所有权，非第 819 条第 1 项所谓应有部分的处分，而为同条第 2 项所谓共有物之处分，虽该一部的所值低于按其应有部分所应分得的一部分，其让与亦非得共有人全体的同意，不生效力。^①

共有人对共有物处分的同意，包括事先允许及事后追认，得以明示或默示为之，不以订立书面为必要。如得共有人全体事先同意时，共有物之处分得由共有人中之一人或数人为之。^② 为便利共有物的处分，实务上采变通方法，例如，共有人自愿开会依多数之议决，并经推举有代表参加到场预议者，自应遵从议决，不得事后翻异。^③ 共有人如有不同意处分、变更或设定负担者，他共有人不得诉请法院命其同意，盖此私法自治范畴，原则上非法院判决所应替代也（参阅“土地法”第 34 条之 1 规定）。

(2) 未得共有人全体同意的处分。共有人中之一人或数人未经其他共有人同意而对共有物为“处分”时，其效果如何，实值研究。其处分为事实上处分或共有物之变更时，应对他共有人依侵权行为规定负损害赔偿赔偿责任。有争论的是，法律上处分（包括设定负担）的效力。分债权行为及物权行为说明如下：

^① 参见最高法院 1943 年上字第 11 号判例。

^② “最高法院”1953 年台上字第 1349 号判例谓：“民法”第 819 条第 2 项规定共有物之处分，如得共有人全体之同意时，既得由共有人中之一人或数人为之，则此项规定对于共有物买受人提起请求交付共有物买卖价金之诉，实具有同一法律理由，自应类推适用。对此判例中类推适用部分，钱国成：《民法判解研究》，1984 年，第 100 页；开正怀：《法令月刊》第 29 卷，第 12 期，第 10 页作有批评，可资参考。

^③ 参见最高法院 1930 年上字第 2208 号判例。

① 债权行为

A. 出卖共有物的全部。共有人中之一人或数人未得全体共有人的同意出卖(或出租)共有物时,系属债权行为,不以有处分权为必要,其买卖契约(或租赁契约)当然有效。例如,甲、乙、丙共有某屋,甲私将该屋出卖给丁时,甲与丁间的买卖契约有效,丁得向甲请求交付其物,并移转其所有权。甲给付不能时,应依债务不履行规定负损害赔偿责任(第226条)。甲与丁间的买卖与乙、丙无关。惟实务上见解认为,该买卖契约对乙、丙“不生效力”,并据此而认为得因共有人之事后承认而溯及既往发生效力。此项见解,尚有商榷余地。^①第819条第2项所谓“处分”应解为不包括债权行为(负担行为)在内。

B. 出卖共有物的特定部分。值得注意的是,“最高法院”1966年台上字第3267号判例谓:“共有人将共有物特定之一部让与他人,固为共有物之处分,其让与非得共有人全体之同意,对于其他共有人不生效力。然受让人得对于缔约之共有人,依据债权法则而请求使其就该一部取得单独所有权,对于不履行之缔约人除要求追偿定金或损害赔偿外,亦得请求使其取得按该一部计算之应有部分,与他共有人继续共有之关系。”例如,甲、乙、丙共有某地300坪,应有部分均等,而甲将靠路边部分100坪出卖给丁。关此重要判例,应说明有四:

a. 共有物之处分(如所有权之让与),无论其为共有物之全部或一部,均应得共有人全体之同意。

b. 共有人以自己名义出卖共有物之特定部分,其买卖契约仍为有效。出卖人不能使买受人取得该共有物之特定部分所有权者,应负债务

^① “最高法院”1983年台上字第679号判决谓:“买卖契约之成立,非以出卖人对于标的物有所有权为要件,设共有人未得他共有人之同意擅自出卖共有物,其买卖契约并非无效,仅对于他共有人不生效力而已,且得因共有人之事后承认而溯及既往发生效力。”此项本件之法律见解,似有误会。值得赞同者,系“最高法院”1983年台上字第4657号判决:“上诉人系基于买卖契约而为本件之请求,买卖契约是否有效,自应基于债之有关规定断之。原审认为杨某之出卖行为因违反民法第821条之规定,应归无效,系以负担行为误为处分行为,其法律上之解释,不免违误。”详细之讨论,参见拙著:《三论“出卖他人之物与无权处分”》,载《民法学说与判例研究》(第五册),北京大学出版社2009年版,第30页。参见“最高法院”1989年台上字第2331号判决:“物之出卖人并不以物之所有人为限,出卖分别共有之土地,其共有人共同为出卖人时,苟无特别约定,尚不能遽认各共有人仅就其自己应有部分负出卖人之责任。”(载《“最高法院”民刑事裁判选辑》第10卷,第4期,第234页);陈荣传:《部分共有人出卖共有物之效力》,载《台湾本土法学》;《“最高法院”2000年台上字第44号判决评释》,载《台湾本土法学》第18期,第57页。

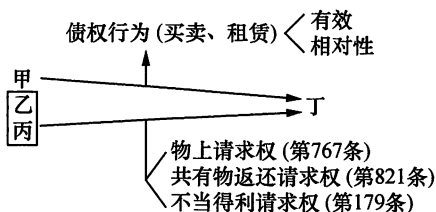
不履行责任(第 226 条)。

c. 本判决的重点在于“最高法院”认为买受人得请求出卖人使其取得按该一部计算之应有部分,与他共有人继续共有的关系。此项见解,实具创意。应以诚信原则而为契约补充解释作为依据。

d. 准此判例见解意旨,在共有人之一人或数人私卖共有物全部时,买受人亦得请求出卖人移转其应有部分。

C. 共有土地特定部分的出租

须强调的是,共有土地或特定部分的出租,不是“处分”,而是共有物的管理,未经共有人协议(第 820 条),部分共有人擅将共有物或特定部分出租给他人,对于他共有人不生效力,他共有人得向占有该地承租人本于所有权请求除去其妨害或请求其向全体共有人返还占有部分,及不当得利请求权。基于债权相对性,占有人尚不得以其与该共有人间之债权债务关系,对抗其他人共有人。^① 此为实务常见的重要问题,为便于了解,图示如下:



② 物权行为。未得共有人全体同意而为的物权行为,并非无效,而系效力未定,须经其他共有人之承认,始生效力。对共有的不动产为处分行为(物权行为),因须办理登记,颇为少见。动产则较可能,例如甲、乙、丙共有某画,甲私售给丁(债权行为),并依让与合意交付该画(物权行为)时,甲与丁间买卖契约有效,物权行为系属无权处分,效力未定,得因乙、丙之承认而生效力(第 118 条第 1 项)。若乙、丙未为承认,而丁系属善意时,仍可取得其所有权(第 801 条、第 948 条)。

(3) “土地法”第 34 条之 1 规定

甲、乙、丙共有某建地,应有部分均等,关于如何处分该地,难获协议。甲、乙二人同意以该地出售或设定地上权予丁时,甲、乙得否

^① 参见“最高法院”2006 年台上字第 470 号判决。

办理所有权移转或设定地上权的登记？丙得主张何种权利？设甲、乙同意将该地出租予丁，并为交付时，丙得对甲、乙、丁主张何种权利？试就“民法”第 819 条第 2 项、“土地法”第 34 条之 1 规定说明之。

共有物之处分、变更及设定负担，应得共有人全体之同意，有时极为困难，部分共有人如不同意时，他共有人又不得诉请法院命其同意，影响土地或建筑物之利用至巨。为免妨碍都市计划之执行、发展社会经济及增进共有物的有效利用，“土地法”特增设第 34 条之 1 规定（以下简称本条），计有六项：

① 共有土地或建筑改良物，其处分、变更及设定地上权、农育权、不动产役权或典权，应以共有人过半数及其应有部分合计过半数之同意行之。但其应有部分合计逾 $2/3$ 者，其人数不予计算。

② 共有人依前项规定为处分、变更或设定负担时，应事先以书面通知他共有人；其不能以书面通知者，应公告之。

③ 第一项共有人，对于他共有人应得之对价或补偿，负连带清偿责任。于为权利变更登记时，并应提出他共有人已为受领或为其提存之证明。其因而取得不动产物权者，应代他共有人申请登记。

④ 共有人出卖其应有部分时，他共有人得以同一价格共同或单独优先承购。

⑤ 前四项规定于共同共有准用之。

⑥ 依法得分割之共有土地或建筑改良物，共有人不能自行协议分割者，任何共有人得申请该管直辖市、县（市）政府调处。不服调处者应于接到调处通知后 15 日内向司法机关诉请处理，逾期不起诉者，依原调处结果办理之。第 34 条之 2 规定，直辖市、县（市）政府为处理本法不动产之纠纷，应设置不动产纠纷调处委员会，聘请地政、营建、法律及地方公正人士为调处委员，其设置、申请调处之要件程序、期限、调处费用及其他应遵循事项之办法由“中央地政机关”定之。

“土地法”第 34 条之 1 系“民法”第 819 条第 2 项的特别规定，以共有人“多数决”取代共有人全体同意原则，影响少数共有人权益甚巨，如何解释适用，以符立法意旨，并顾全他共有人权益，实值研究。分七项加以说明：

① 适用对象。本条系以分别共有的土地或建筑改良物为适用对象，并准用于共同共有。但不适用于动产，依本条之规范目的，亦不类推适用之。为执行本条规定，“内政部”颁订有“土地法第34条之1执行要点”（以下简称执行要点），务请参阅。

② 适用范围。本条第1项所称“处分”、“变更”及“设定”，应如何解释，甚有争议。分述如下：

A. “民法”第819条第2项所谓“处分”，就法律行为言，系指处分为即物权行为，不包括负担行为（债权行为），前已论及。关于“土地法”第34条之1第1项所称“处分”，“最高法院”1998年台上字第866号判决谓：部分共有人依“土地法”第34条之1第1项，将共有物之全部出卖于人，就为处分共有人而言，系出卖其应有部分，并对未同意出售之共有人之应有部分有权一并处分出卖，此种处分权乃系基于实体法规定而发生。系认包括买卖（负担行为）在内。^①本判决并强调：“未同意出售之共有人不能因其应有部分一并出卖并移转予买受人，且得领取价金，而谓与买受人间有买卖契约关系存在。”又“最高法院”2000年台上字第400号判决亦认为，土地法为民法之特别法，依“土地法”第34条之1第1项所订立之买卖契约纵系不同意出卖不动产共有人，亦应受拘束。鉴于上述关于“土地法”第34条之1第1项所称“处分”尚须考虑负担行为有偿与否，及本条第3项、第4项规定，解为兼括买卖的负担行为，应值赞同。

上开“执行要点”明定法律上之处分，指买卖或互易而不包括无偿之赠与，系为顾全其他共有人的权利，乃事理的当然。又所须注意的是，执行法院之拍卖，性质上为买卖之一种，于执行拍卖共有土地之全部时，共有人自亦有依同样条件优先承购之权。^②所谓处分亦不包括共有物之分割在内，盖共有人间就共有物之分割不能协议，得申请法院分割，法律上

① 参见“最高法院”1999年台上字第1703号判决：部分共有人依“土地法”第34条之1第1项规定，将共有土地之全部出卖于人，就同意出卖之共有人言，系出卖其自有之应有部分，并有权一并出卖未同意出卖之共有人之应有部分，此种处分权乃系基于实体法规定而发生，同意出卖之共有人并非代理未同意出卖之共有人与买受人订立买卖契约，未同意出卖之共有人与买受人，自不发生法律关系。

② 参见“最高法院”2007年台上抗第408号判决。

有合理解决之道也(参照本条第6项规定)。^① 同意处分共有人于依“民法”第758条规定办理所有权移转于相对人(如买受人)前,未同意的他共有人仍得诉请分割共有物。共有人此项权利不应因“土地法”第34条之1第1项规定而被排除。

须注意的是,本条所谓处分是否包括共有物出租,甚有争论。有认为,该条所定之共有物处分或变更行为已超过出租行为,比照其法理,举重明轻,本条规定应可类推适用于共有物出租。“最高法院”1990年第二次民事庭会议决议采否定说,其理由有二:

a. 共有土地之出租既属共有物管理行为,无本条项规定之适用,应适用“民法”第820条第1项规定,除契约另有订定外,由共有人全体共同为之。

b. 就利益衡量言,“土地法”第34条之1,乃“民法”第819条第2项特别规定,影响少数共有人之权益至巨,不宜扩大其适用范围及于共有物之管理。其所以不采举重明轻或类推适用,而将“土地法”第34条之1限缩于出卖或互易,系为避免淘空“民法”第820条第1项所采的“共同管理原则”。

甲、乙、丙共有某屋,甲、乙未得丙同意擅将该屋出租予丁时,其租赁契约在甲、乙与丁间固属有效,与丙则不生契约上关系。丙得向甲、乙主张侵权行为损害赔偿及不当得利请求权;对丁则得主张无权占有,请求返还该地(第767条、第821条)。

B. 第819条第2项所称处分包括事实上处分,“执行要点”认“土地法”第34条之1第1项所称“处分”,亦兼及事实上处分,并举共有建物之拆除为例,此影响他共有人利益较大,但实际上常有必要(如拆除违章建筑或不利土地使用的建物),衡诸本条规范目的,执行要点的规定仍值赞同。但其构成权利滥用或违反诚信原则时(第148条),他共有人得诉请法院禁止之。

C. 第819条第2项所称“变更”,指变更物之性质和用途而言,如变更农田为鱼池。“土地法”第34条之1所称“变更”,有认为作限制解释,

^① 实务上同此见解,参见“最高法院”1985年台上字第2561号判决:“土地法”第34条之1第1项所称之处分不包括分割行为在内,不得以共有人中一人之应有部分或数共有人之应有部分合并已逾2/3,即可不经他共有人全体之同意,而得任意分割共有物。

不包括本质之变动,而限于将一宗共有的土地分为两宗,或两宗以上共有土地合为一宗等情形。实务上认所谓变更包括将基地变更使用种菜建屋。^①

D. “土地法”第34条第1项明定:“设定地上权、农育权、不动产役权或典权。”设定抵押权不包括在内,盖共有人得自由以其应有部分设定抵押权也。又为顾全其他共有人利益,无偿设定地上权或地役权,应认无本条的适用。

③ 多数决原理和任意规定。“土地法”第34条第1项所谓:“应以共有人过半数及其应有部分合计过半数之同意行之。但其应有部分合计逾三分之二者,其人数不予计算。”系采多数决原理,并以应有部分为计算单位。本项规定旨在维护共有人间的利益,非属强制规定,本诸私法自治原则,共有人得协议降低多数决标准,以共有人过半数为计算基础,或根本排除本条的适用。

④ 通知义务和损害赔偿。本条第2项规定共有处分、变更或设定负担时,对其他共有人负有通知的义务。此属共有人间的内部关系,共有人未践行此项通知义务,对共有物处分之效力,不生影响,但就因此致侵害其他共有人的权利,应负损害赔偿责任。^②

⑤ 物权变动与诉讼当事人。共有人依“土地法”第34条之1,移转共有物的所有权或设定物权时,得由同意处分之共有人协同其相对人(如买受人),订立书面契约与办理物权变动登记,无须不同意处分之他共有人出面订立契约和会同办理。^③ 同意处分的共有人未完成处分行为,使相对人取得所有权或地上权等其他物权时,相对人在诉讼上如何行使其权利?例如,甲、乙、丙共有某地,甲、乙应有部分超过2/3,同意出售该地予丁,而迟未给付时,丁在诉讼上应如何请求?

实务上认为,丁仅得对甲乙请求移转该地所有权,其理由有二:

A. 甲、乙为买卖合同当事人,丙不在其列,不得作为请求的对象。

B. 依“土地法”第34条之1第1项规定,甲乙对该建地有处分权,得有效移转该地所有权。

① 参见“最高法院”1978年台上字第949号判例。

② 参见“最高法院”1979年台上字第2857号判例。

③ 参见“土地登记规则”第95条,“土地法”第34条之1执行要点第8点第1款。

丁于胜诉判决确定后,得依“土地登记规则”第27条第4款、第95条与“土地法”第34条之1执行要点第8点规定,单独申请所有权之移转登记,即可取得该地所有权。^①

⑥ 不同意处分之他共有人的优先购买权。甲、乙、丙三人共有某地,甲、乙二人将共有土地之全部出卖予丁时,他共有人丙得否依本条第4项规定,对甲、乙主张优先承购权?此关系当事人利益至巨。“最高法院”1989年第一、二次民事庭会议决议采肯定说,认为共有人甲、乙二人依同条第1项出卖共有土地之全部,然就各该共有人言,仍为出卖其应有部分,不过对于丙之应有部分,有权代为处分而已,并非以此剥夺丙优先承购之权利。此项决议的结论和理由构成,均值赞同。^②准此决议,甲、乙二人欲将该地设定地上权予丁时,丙亦得主张优先取得设定地上权的权利。

⑦ 对共同共有的准用。“土地法”第34条之1系针对分别共有而设的规定,于共同共有准用之(本条第5项)。实务上有一则法律问题:因继承而发生之田地共同共有关系(已办妥继承登记),可否由任一共有人(继承人)主张终止共同共有关系,而请求其余共有人协同办理分别共有登记?

研究意见采否定说,认为共同共有人之权利及于共同共有物之全部,此与分别共有人对于共有物,系按其应有部分享有权利者实有不同,故由共同共有关系转变为分别共有关系,乃属权利内容之变更而为处分行为。又共同共有土地之处分,除共同共有人之应继分超过2/3外,应以共同共

^① 实务上的通说,参见“最高法院”1980年台上字第989号、1992年台上字第1501号、1998年台上字第866号判决。深入的分析讨论,参见杨建华:《问题研析民事诉讼法》(二),第12页;吴光陆:《土地法第34条之1第1项》;谢在全:《物权法论》(上),第576页。

^② 此为实务重要问题,特录决议全文:1989年5月23日1989年度第12次民事庭会议决议(一)民四庭提议:甲、乙、丙三人共有土地1公顷,其应有部分各为1/3,兹甲、乙二人以其应有部分合计2/3,依“土地法”第34条之1第1项将共有土地全部出卖予丁,事前并未通知丙优先承购,丙知悉其事,是否得依同条第4项向甲、乙、丁主张优先承购权?有子、丑二说:子说认为,共有人甲、乙、二人依“土地法”第34条之1第1项,将共有土地之全部,出卖予丁,他共有人丙得依同条第4项规定,对之主张优先承购权。盖共有人甲、乙二人依同条第1项出卖共有土地之全部,然就各该共有人言,仍为出卖其应有部分,不过对于丙之应有部分,有权代为处分而已,并非以此剥夺丙优先承购之权利。丑说认为,共有人甲、乙二人系依“土地法”第34条之1第1项将共有土地全部出卖,并非仅出卖其应有部分,此与同条第4项规定之情形不同,丙不得依该条项规定,主张优先承购之权利。以上二说,应以何说为当,提请公决。(决议:采子说。)

有人过半数及其应继分合计过半数之同意行之,乃“土地法”第34条之1第5项准用同条第1项规定之明文,故任一共有人除非符合上述要件,尚不得任意主张终止共同共有关系而请求其余共同共有人协同办理分别共有登记。^① 此项见解可资赞同。易言之,即继承共同共有人过半数及其应有部分过半数,或共同共有人之应继分超过2/3者,得准用本条第1项规定,将共同共有转变为分别共有。

3. 共有物的管理

何谓共有物的管理,共有物的出租是否为共有物的管理。就立法政策言,共有物的管理方法究应采全部共有人同意原则,抑采多数决? 共有人不能就共有物的管理作成决议时,得否请求法院以裁判定其管理方法?

(1) 概说。数人共有一物,如何管理,为分别共有的核心问题。管理包括对共有物的使用收益处分、保存等。管理共有物涉及共有人的权益甚巨,台湾地区“民法”采如下的规范模式:

① 第819条第2项规定共有物之处分变更及设定负担,应得共有人全体之同意。对此全体同意原则,“土地法”第34条之1设有特别规定。

② 第819条第2项规定以外之管理,第820条设有规定。物权编修正时作有重大修正,采如下原则:

A. 私法自治原则,当事人约定优先。

B. 关于共有物的管理采多数决原则。

改良行为得由共有人单独为之。

(2) 共有人订有共有物管理契约、分管契约

甲、乙、丙三人共有某店面房屋,约定甲、乙各分管店面的一半,丙居住楼上,甲将其分管店面出租予丁。其后丙将其应有部分让售予戊,戊主张不受甲、乙、丙间原订共有物分管契约的拘束,有无理由。试就此例说明共有物分管契约的意义、成立、内容、性质和效力。

① 私法自治原则。第820条第1项规定:“共有物的管理,除契约另有约定外,应以共有人过半数及其应有部分合计过半数之同意行之。但其应有部分合计逾2/3者,其人数不予计算。”可知关于共有物的管理,

^① 参见“司法院”1981年9月29日厅民一字第0699号函复台高院。

“民法”系采私法自治原则,以共有人的约定为优先,其范围包括管理行为的全部,包括利用行为、保存行为和改良意义及性质行为等。

本诸私法自治原则,共有人不能以协议定其共同管理方法时,各共有人不能诉求法院代为决定。^①

② 改良意义及性质。共有物管理契约,指共有人为共有物管理而订立的契约,如甲、乙二人共有某屋,约定由甲管理共有物的出租,乙管理共有物的修缮。共有物管理契约中有所谓分管契约者,系共有人间约定各自分别就共有物之特定部分而为使用、收益等管理行为的契约,例如甲、乙二人共有某地或某店面,约定其耕作或营业范围,区分建筑之所有人于共有建筑和基地,约定分管停车位。

分管契约乃物权关系上关于共有物管理的约定,性质属债权契约,不在“民法”债编有名契约之列,属无名契约之一种。其内容系以各共有人本于应有部分对于共有物所具用益权的互相交换,即以对共有物的特定部分不为用益为对价,而对共有物之特定部分取得全部用益权,其性质与租赁契约颇为相同,故应类推适用关于租赁契约之规定。^②

③ 成立。分管契约的成立应由共有人全体以协议订立,明示或默示均可,不以订立书面为必要。倘共有人实际上约定使用范围,对各自占有管领部分,互相容忍,对于他共有人使用收益各占有之土地未予干涉,已历有年所,即非不得认默示分管契约之存在。公寓大厦之买卖,建商与各承购之分别约定,该公寓之共有部分或其基地之空地由特定共有人使用者,除别有规定外,应认为共有人间已合意成立分管契约。^③

④ 内容。共有人就其分管部分,有依分管契约使用收益管理之权,包括出租在内。分管部分的出租,毋庸得其他共有人同意。^④ 分管契约不过系共有人协议各自分别管理共有物一部分之特约,不及于处分,共有

① 参见“最高法院”1977年度第七次民庭庭推总会决议。

② 参见“最高法院”1994年台上字第2544号判决;谢在全:《分别共有内部关系之理论与实务》,第95页。

③ 参见“最高法院”2007年台上字第2025号判决。另参见“最高法院”1993年台上字第2284号判决:“集合住宅之买卖,经由建商与各承购户订明屋顶平台由顶楼住户使用管理者,固非不可认系共有物分管契约……”

④ 共有人依其分管权将该分管部分出租给他人,其后分管契约消灭时,关于租赁契约的存续,在共有物分割的情形,有两则判决(“最高法院”1988年台上字第2391号,第2392号判决),可供参考。谢在全前揭文,第158页。

人让与其分管共有物特定部分的所有权,仍应得共有人全体之同意。

⑤ 期限。分管协议的期间依当事人约定。定有期限时,仍得经共有人全体协议终止分管契约。其未定有分管期限者,因终止分管契约乃共有物管理方法的变更,须经共有人全体同意,始得为之,难认各共有人得随时终止分管契约,无类推适用第 450 条第 2 项规定的余地。

⑥ 消灭。分管契约因共有物之分割而失其效力,仍属当然,盖共有关系既不存在,分管契约无所附属,失其存在目的也。分管契约消灭后,共有物的管理和使用收益,应恢复原来状态,而适用第 818 条和第 820 条规定。因分管契约而占有共有物特定部分者,须返还于全体共有人,否则应成立无权占有。

(3) 共有人未定管理契约。共有人对共有物未订管理契约时,应适用第 820 条规定的管理方法,即采多数决管理,对保存行为和改良行为得由各共有人单独为之。

① 共有物的管理:多数决管理原则。新修正“民法”第 820 条废止旧法规定的“共有人共同管理原则”,改采多数决管理原则,旨在促使共有物的有效使用。第 820 条设有四项规定,分述如下:

A. 多数决的计算。共有物之管理,除契约另有约定外,应以共有人过半数及其应有部分合计过半数之同意行之。但其应有部分合计逾 $\frac{2}{3}$ 者,其人数不予计算(第 1 项)。共有物的管理以共有物的利用最为重要,例如于共有的建地兴建房屋,以共有的房屋经营商店,其最为常见的是共有物的出租。又须注意的是,本项所称管理包括对共有物的改良行为,此指不变动共有物的性质,而增加其效用或价值的行为,例如,开垦荒地为果园,修复遭严重毁损的旧画。

B. 显失公平的救济。依前项规定之管理显失公平者,不同意之共有人得声请法院以裁定变更之(第 2 项)。俾免多数决滥用,兼保障全体共有人之权益。

C. 情事变更。前两项所定之管理,因情事变更难以继续时,法院得因任何共有人之声请,以裁定变更之(第 3 项)。

D. 赔偿责任。共有人依第 1 项规定为管理之决定,有故意或重大过失,致共有人受损害者,对不同意之共有人连带负赔偿责任(第 4 项)。此项规定系为保护不同意该管理方法的少数共有人。此项法定责任并不排除侵权行为规定的适用。

② 保存行为:各共有人得单独为之。第 820 条第 5 项规定:“共有物之简易修缮及其他保存行为,得由各共有人单独为之。”保存行为,指保存共有物及其权利免于毁损、灭失或限制的行为,以维持现状为目的。简易修缮,如换修破碎的门窗玻璃、整修阻塞的水管。其他保存行为,如声请所有权登记,专为遮雨或遮阳而在屋顶搭盖架棚,为维持共有房屋完整免被拆除而成立和解。^① 出卖行将腐败的物品移转其所有权,虽系对共有物之处分,但非紧急处理,不足维护其物的价值,应可认亦属保全行为。^② 中断消灭时效或取得时效之进行,固得认系保全行为,但以起诉或其他相类行为中断时效者,乃就共有物本于所有权行使其权利,应适用第 821 条规定。^③

4. 共有物的费用负担

共有物之管理费及其他负担,除契约另有约定外,应由各共有人按其应有部分分担之(第 822 条第 1 项)。管理费,指因保存或改良等行为所支付之费用。其他负担,指共有物应缴纳之税捐,或因共有物加害他人而生之损害赔偿。此等费用或负担如何分担,共有人得依约定之。契约未约定时,为公平,法律明定由各共有人按其应有部分分担之。

共有人中之一人,就共有物之负担为支付,而逾其所应分担之部分者,对于其他共有人,得按其各应分担之部分,请求偿还(第 822 条第 2 项)。例如,甲、乙共有某车,应有部分均等,每年应缴各类税捐 2 万元,甲先为缴纳时,得向乙请求偿还 1 万元。设乙未偿还此项应分担之费用,而将其应有部分移转予丙时,甲得否向丙请求偿还,法无明文,应采否定说,其理由有三:

(1) 此项费用偿还请求权系属债权,于当事人间发生效力,非属物上负担,不因应有部分之移转而当然移转予受让人。

(2) 此等费用是否发生,已否清偿,应有部分受让人难以查知,难免遭受不测之损害。

(3) 使受让人负担此项费用,课其注意有无此项负担之义务,于清偿后又发生向让与人求偿问题,增加交易成本,不合经济原则。

① 参见“最高法院”1985 年台上字第 2218 号判决。

② 参见倪江表:《民法物权论》,第 125 页。

③ 谢在全前揭文,第 145 页。

(四) 分别共有的外部关系

1. 甲、乙、丙共有某地,应有部分均等,该地被丁无权占有,设置摊位。试问:

(1) 甲得否请求丁拆除摊位,交还该地于自己?

(2) 甲请求丁返还该地于全体共有人,乙因与丁有特殊关系而为反对时,法院应如何处理?

(3) 甲、乙、丙如何向丁请求损害赔偿?

2. 甲、乙、丙共有某犬,试就下列情形说明共有人的责任:

(1) 犬遗失,由丁拾得,其给付报酬义务。

(2) 犬咬伤丁,其损害赔偿义务。

(3) 甲乙丙出卖该犬予丁,其给付义务。

分别共有的外部关系,包括分别共有人对第三人的权利,及分别共有人对第三人的义务。分述如下:

1. 对第三人之权利

(1) 就共有物本于所有权的请求。“民法”第 821 条规定:“各共有人对于第三人,得就共有物之全部为本于所有权之请求。”共有人亦为所有人,应与所有人受同一的保护,故凡所有人本于所有权得行使之权利,各共有人亦得行使之。所谓“本于所有权之请求”,实务上采狭义说,认为系指第 767 条规定的所有权请求权,即对于无权占有或侵夺其共有物者,得请求返还之,对于妨害其共有物所有权者,得请求除去之,有妨害其共有物所有权之虞者,得请求防止之。^① 然为保全共有物及增进物之利用,宜采广义说,认为尚应包括因相邻关系而生之各种权利,如邻地损害之预防(第 774 条、第 794 条、第 795 条)等。

至于债权请求权,如共有物因他人侵权行为被毁坏而生损害赔偿请求权,“司法院”院字第 1950 号解释认为,不在“民法”第 821 条规定之列。又不当得利请求权亦无第 821 条的适用,请求返还不当得利,而其给付可分者,各共有人自得按其应有部分请求返还。^② 应以金钱赔偿损害时,其请求权为可分债权,各共有人仅得按其应有部分,请求赔偿,即使应以恢复原状之方法赔偿损害,而其给付不可分者,依第 293 条第 1 项规

^① 参见最高法院 1939 年上字第 2361 号判例。

^② 参见“最高法院”2002 年台上字第 607 号判决。

定,各共有人亦得为共有人全体请求向全体共有人为给付,故以债权之请求权为诉讼标的之诉讼,无论给付是否可分,各共有人均得单独提起之。

2. 恢复共有物的请求权

第 821 条但书规定:“但恢复共有物之请求,仅得为共有人全体之利益为之。”分述如下:

① 所谓恢复共有物之请求,系指所有物返还请求权而言。所谓仅得为共有人全体之利益为之,指应请求返还于共有人全体,而不得请求返还于自己。倘以诉讼请求时,其声明事项应为命被告将共有物返还原告及其他共有人,如仅请求向自己返还者,法院应将其诉驳回。^①

② 所谓利益,系指客观之法律上利益而言,各共有人主观上是否有行使恢复共有物请求权之意思,在所不问。^② 因此纵令一部分共有人为反对恢复共有物之表示,其他共有人仍得请求被告向共有人全体返还共有物。

③ 共有人取得胜诉判决之执行名义后,得为共有人全体之利益,声请强制执行,其他共有人纵未具名起诉,亦得据该判决声请强制执行,惟以该共有人身份已为执行名义所认定或为债务人所不争执为限,债务人如有争执时,应由该共有人提起确认之诉,俟判决确定后,该共有人始得声请执行。^③

④ 在无权占有共有物,设置摊位的情形(参阅例题一),关于拆除摊位,恢复原状,系属行使“所有权妨害排除请求权”,共有人中之一人得单独为之。关于土地之返还,系行使“所有物返还(恢复)请求权”,应请求向共有人全体返还共有物,不得请求仅向自己返还。

2. 对第三人的义务

因共有物而生之债务,其主要者有:共有物之修缮费;对共有物为无因管理而支出之费用(第 176 条);拾得遗失物之报酬(第 805 条第 2 项);因共有物而生之损害赔偿,如动物加损害于他人(第 190 条),土地上之建筑物或其他工作物因设置或保管有欠缺,致损害他人权利(第 191 条);出卖共有物之给付义务等。债务性质为可分者(如修缮费、以金

① 参见最高法院 1948 年上字第 6703 号判例。

② 参见“最高法院”1969 年台上字第 872 号判例。

③ 参见最高法院 1942 年 9 月 22 日民刑庭总会决议。

钱为损害赔偿),各共有人按其应有部分,对第三人负责。^① 债务性质不可分者(如损害赔偿恢复原状、物之交付),则由各分别共有人对第三人负连带责任。

(五) 分别共有物的分割

1. 分割自由及其限制

甲、乙、丙共有某地,试说明下列问题:

(1) 甲、乙、丙订有永久不分割之约定,其效力如何? 甲将其应有部分让与丁时,丁是否受此项约定之拘束?

(2) 甲、乙、丙为协议分割后,甲拒不办理登记时,乙、丙得主张何种权利? 得否诉请法院按协议之方法再为分割共有物之判决? 已逾 15 年,迄未办理登记时,如何?

(1) 分割自由原则和分割请求权

① 分割自由原则。“民法”对共有物采分割自由原则,于第 823 条第 1 项明定各共有人除法令另有规定外,得随时请求分割。立法理由书谓:“分割者,以共有关系消灭为目的之清算程序。共有于改良共有物,不妨碍(例如,甲共有人欲改良,而乙共有人不欲是),且于共有物之融通亦多阻滞(例如,欲卖共有物非各共有人同意不得为之,而得各共有人同意其事甚难)。国民经济既受损害,并易启各共有人彼此之争论,故法律不能不予各共有人以随时请求分割之权,使共有之关系容易消灭,于公私皆有裨益。”为维护共有物分割自由原则,应认:

A. 共有人中之一人出卖其应有部分,尚未移转登记,仅成立债之关系时,仍得本于共有权请求分割共有物。

B. 数人共有数笔土地,订有分管契约,部分共有人未自任耕作而被征收时,因征收土地系以共有人之全体为对象,所受之损失应由全体共有人共同负担,故分管该被征收土地之共有人,就未被征收部分之土地,仍有分割请求权。^②

C. 共有物之应有部分经实施查封后,共有人(包括执行债务人及非

^① 最高法院 1929 年上字第 1645 号判例谓:“兄弟共有之商店分归一人时,仅该店嗣后所负债务与其他兄弟无涉,其于未分析以前所负债务,仍应由各兄弟分任清偿之责。兄弟间约明未分以前所负债务概归分得之人负担,在兄弟间之内部关系固非无效,而对于债权人,则非依债务承担之法则,通知债权人得其同意,不能发生债务移转之效力。”

^② 参见“司法院”第一厅研究意见(1981 年 10 月 20 日)厅民一字第 0734 号函复台高院。

执行债务人)仍得依第 824 条规定之方法,请求分割共有物。^①

D. 经都市计划编为道路预定地而尚未辟为道路之共有地,其共有人仍得请求分割。^②

② 分割请求权的性质。关于共有物分割请求权的法律性质,通说认系分割共有物的权利,非请求他共有人同为分割行为的权利,其性质为形成权之一种,并非请求权,故第 125 条所谓请求权不包括共有物分割请求权在内,于共有关系存续中各共有人随时皆可行使,不适用关于消灭时效之规定。^③ 其所以采形成权说,认分割请求权不罹于时效,或在贯彻分割自由原则。惟采请求权亦不生罹于时效问题,盖共有物分割请求权本可随时提出也。

③ 共有物之分割为处分行为。须注意的是,分割共有物既对于物之权利有所变动,即属处分行为之一种,凡因继承于登记前已取得不动产物权者,其取得虽受法律之保护,不以其未经继承登记而否认其权利,但继承人如欲分割其因继承而取得共同共有之遗产,因属于处分行为,依第 759 条规定,自非先经继承登记,不得为之。^④

共有物之分割性质上为处分行为,不因协议分割或裁判分割而有不同,依第 759 条规定,共有之不动产之共有人中有人死亡时,于其继承登记前,不得分割共有物。然为便利共有物分割和诉讼经济,不动产之共有人中有一人死亡,他共有人请求分割共有物时,应许原告就请求继承登记及分割共有物之诉讼合并提起,即以一诉讼请求该死亡之共有人之继承人办理继承登记,并请求该继承人于办理继承登记后,与原告及其余共有人分割共有之不动产。^⑤

(2) 分割的限制

① 第 823 条第 1 项但书规定。对共有物分割自由原则,第 823 条第 1 项但书设有两个例外规定:

① 参见“最高法院”1980 年度第十四次民事庭会议决议,关于查封与裁判分割,参见“最高法院”1983 年度台上字第 2642 号判例。

② 参见“最高法院”1981 年台上字第 260 号判决。

③ 参见“最高法院”1940 年上字第 1529 号判例。不同见解,参见陈荣传:《共有物分割请求权是否为形成权?》,载苏永钦主编:《民法物权争议问题研究》,1998 年版,第 217 页。

④ 参见“最高法院”1979 年第 13 次民事庭会议决议。

⑤ 参见“最高法院”1981 年度第二次民事庭会议决定。

A. 因物之使用目的不能分割者,不得请求分割(第1项但书)。本项的立法旨意在于增进共有物之经济效用,并避免不必要之纷争。所谓因物之使用目的不能分割,系指共有物继续供他物之用,而为其物之利用所不可或缺(如界标、界墙、共有的道路)^①;或为权利之行使所不可欠缺(如共有的契据);或已辟为道路或市场使用之共有土地或建物,因系供公众使用,事涉公益等,但仅因聚族而居之传统关系,则难认有不能分割情形存在。^②须注意的是,区分所有建筑物的共同使用部分,为各区分所有人利用该建筑物所不可欠缺,其性质亦属于因物使用目的不能分割者。^③

B. 契约订有不分割之期限者,期限未届至前不得请求分割:不分割的原则及例外(第2项)。此项约定“不分割之期限,不得逾五年;逾五年者,缩短为五年”。“但共有之不动产,其契约订有管理之约定时,约定不分割之期限,不得逾三十年;逾三十年者,缩短为三十年。”此为物权编修正所增设,放宽约定不分割期限,其理由为不动产利用恒须长期规划且达一定经济规模,始能发挥其效益,若共有人间就共有之不动产已有管理之协议时,该不动产之用益已能圆滑进行,共有制度无效率之问题足可避免,是法律对共有人此项契约自由及财产权之安排,自应充分尊重。

约定期限届满后,仍得更新,盖此为重新缔约,当事人自有衡量,似无禁止的必要。虽有不许分割之特约,如有重大事由,共有人仍得随时请求分割。此亦为物权编修正时所增设。所谓“重大事由”,系指法院斟酌具体情形认为该共有物之通常使用或其他管理已非可能,或共有难以继续之情形而言,例如,共有人之一所分管之共有物部分已被征收,分管契约之履行已属不能或分管契约有其他消灭事由。

C. 不分割约定对第三人效力。不分割共有物的契约,对各共有人的特定继承人(如应有部分之受让人)的效力,新修正第826条之1设有规定。

② 特别法规定。“农业发展条例”第16条规定,每宗耕地分割后,每人所得面积未达0.25公顷者,不得分割(参阅本条但书规定)。又“土地

① “最高法院”1969年台上字第2431号判例谓:“共有道路,除请求分割之共有人,愿就其分得部分土地为他共有人设定地役权外,原则上不得分割。原审以系争共有道路,因该土地之使用目的,不能分割,驳回上诉人分割之请求,于法尚无违误。”

② 参见“最高法院”1961年台上字第970号判例。

③ 参见“司法”大法官释字第358号解释(阅读之!)

法”第31条规定：“直辖市或县（市）地政机关关于其管辖区内之土地，得斟酌地方经济情形，依其性质及使用之种类，为最小面积单位之规定，并禁止其再分割。前项规定，应经中央地政机关核准。”立法目的乃在防止土地细分。此属强行规定，共有土地的分割违反此项规定，自应认属无效，纵当事人无异议亦然。^①然共有耕地或土地整笔变卖，以价金分配共有人，并不发生细分情形，是以共有人诉请裁判分割，请求采变卖共有物分配价金之分割方法，并非不得准许。^②

2. 共有物分割方法：协议分割

共有物的分割方法，计有两种方法：一为协议分割；二为裁判分割。兹先就协议分割加以说明。

第824条第1项规定：“共有物之分割，依共有人协议之方法行之。”（参阅“土地法”第34条之1第6项）协议分割有节省费用、和谐迅速的效益。此项共有物分割协议的法律性质系属债权契约。准此以言，应说明的有五：

（1）契约自由。协议内容，法无限制，但须得共有人全体之同意，明示或默示，事前同意或事后追认，均所不问。^③

（2）不要式行为。协议分割系不要式行为，共有人就系争房屋与基地及其他共有物，若经协议以抽签方法实行分割，即生分割效力，不因共有人中之一人或数人未在分割书加盖印章而受影响。^④

（3）民法总则规定的适用。分割协议既属债权契约，“民法”总则编关于法律行为的规定，自有适用余地。无行为能力人未由法定代理人代理，或限制行为能力人未得法定代理人的允许而参与协议时，前者的意思表示无效，后者的意思表示非经法定代理人承认，不生效力。^⑤

（4）债务的履行与消灭时效。基于分割协议，各共有人得请求履行，办理分割。分割为处分行为，在动产须经交付，在不动产须经分割登记，始生效力。其他共有人拒绝办理分割登记时，当事人仅得请求履行是项登记义务，而不得诉请法院按协议之方法，再为分割共有物的判决。关于

① 参见“最高法院”1976年台上字第563号判例。

② 参见“最高法院”1975年台上字第420号判例。

③ 参见“最高法院”1954年台上字第952号判例。

④ 同上注。

⑤ 参见“最高法院”1951年台上字第1563号判例。

此项履行分割契约之请求权,有第 125 条规定之适用,因 15 年间不行使而消灭。在此情形,为避免共有物不能分割,妨碍物之融通与经济效益,共有人得依第 824 条规定请求法院以判决分割。^①

(5) 对第三人之效力。826 条之 1 设有规定,敬请参阅。

3. 分割方法:裁判分割

(1) 甲、乙、丙共有某地,试说明下列问题:甲诉请分割时,乙、丙表示仍保持共有时,法院应如何判决?设该地为农地时,可否分割?甲、乙、丙为协议分割,甲、乙共有 A 地,乙、丙共有 B 地。其后发现不利使用时,甲或乙得否诉请对 A 地及 B 地为合并分割?

(2) 甲、乙共有二层楼房一栋,应有部分均等,二层的面积相等,但楼下价值较高。甲诉请分割时,法院应如何为分割共有物的判决,始为适当?

(1) 分割共有物之诉。^② 第 824 条第 2 项规定:“分割之方法不能协议决定或于协议决定后因消灭时效完成经共有人拒绝履行者,法院得因任何共有人之请求,命为下列之分配”,此为共有人不能以协议分割共有物的补救方法,以免欲分割而不得为之。

所谓诉请法院,应以起诉为之。此项起诉须以共有人不能协议分割为要件,未经协议前,不得遽行起诉。共有人订有不分割特约者,在其期限内,自不得诉请分割。请求分割的共有物,如因使用之目的不能为分割时,法院应认为其诉为无理由而驳回之。共有物的分割为废止共有关系,对于共有人全体均有利害关系,故分割共有物之诉,须由欲分割的共有人全体对其他共有人提起,为固有的必要共同诉讼。判决的结果在于消灭共有关系,创设共有人的权义关系,故其判决为形成判决。

提起分割共有物之诉,参与分割的当事人,以共有人为限。请求分割的共有物,如为不动产,共有人的应有部分各为若干,以土地登记总簿登记者为准,虽共有人已将其应有部分让与他人,在办妥所有权移转登记前,受让人仍不得以共有人之身份,参与共有物的分割。^③

① 参见“最高法院”1970 年台上字第 1198 号判例。

② 参见杨与龄:《论共有物之分割》,载《法学丛刊》第 32 期,第 73 页;孙森焱:《论分割共有物之诉》,载《法令月刊》第 34 卷,第 12 期,第 13 页。

③ 参见“最高法院”1978 年台上字第 3131 号判例。

法院为准许分割共有物的判决时,如未采原告所主张的分割方法时,毋庸就原告之诉谕知一部分败诉的判决,因共有物分割方法,法院有自由裁量之权,共有人即令有所主张,亦仅供法院参考,法院不受其主张之拘束,不得以原告所主张的方法为不当而为驳回的判决。^①须注意的是,分割共有物之诉,系以共有物分割请求权为其诉讼标的,法院认为原告请求分割共有物为有理由时,即应依第 824 条第 2 项定其分割方法,毋庸为准予分割之谕知,不可将之分为“准予分割”和“定分割方法”二诉。故如当事人对于“定分割方法”的判决,声明不服,提起上诉,其上诉效力应及于诉之全部,包括准予分割和定分割方法在内。^②

又须注意的是,依“公寓大厦管理条例”第 4 条第 2 项规定,专有部分不得与其所属建筑物共用部分之应有部分及其基地所有权之应有部分分离而为移转,共有人自应请求就该专有部分与其所属建筑物共用部分之应有部分及其基地所有权之应有部分合并分割,不得单独就其中之一请求分割。^③

(2) 裁判分割的分割方法。协议分割时,其分割方法,法无限制,采私法自治原则。但在裁判分割,法律明定两种基本分割方法:一为原物分配;二为变价分配(第 824 条),分述如下:

① 原物分配

A. 原物分割的方法。原物分配指以原物分配给各共有人,如分割蛋糕、布匹、土地等。原则上应按应有部分之比例为之。至于应分配共有物何一部分,则由法院裁量决定。但各共有人均受原物之分配显有困难者,得将原物分配给部分共有人(“民法”第 824 条第 2 项第 1 款),此为“民法”物权修正时所增设,乃原物分配原则的例外,即以原物分配如事实上(如分配某只犬、某花瓶)或法律上显有困难者,得将原物分配于部分共有人。

B. 一部分共有的维持。以原物为分配时,因共有人之利益或其他必要情形,得就共有物之一部分仍维持共有(新增第 824 条第 4 项)。例如,分割共有地时,需保留部分土地供为通路之用。此项共有应包括由原共有人全体或部分共有人维持共有的两种情形。

C. 原物分割与金钱补偿。以原物为分配时,如共有人中有未受分配

① 参见“最高法院”1980 年度第八次民事庭会议决议(二)。

② 参见“最高法院”1984 年度第二次民事庭会议决议(二)。

③ 参见“最高法院”2000 年台上字第 666 号判决。

或不能按其应有部分受分配时,得以金钱补偿之(第 824 条第 3 项)。所谓金钱补偿,指依市场交易的价格予以补偿而言。^①

须注意的是,以原物分配给共有人,如按应有部分的比例计算原物的数量以为分配,数量合于比例,而价值不相当的,时常有之,如土地靠近道路与否,面积相等而价值悬殊,为期公平,在此情形依其价值按应有部分比例分配,仍不失为以原物分配给所有人。惟依其价值按其应有部分分配,有害经济上之利用价值,亦属有之。例如,甲、乙共有二层楼房一幢,各有应有部分 1/2,楼上楼下面积相等,但楼下房屋价值较楼上房屋为高,如依价值之 1/2 分配,则分得楼上房屋者将更分得一部分楼下房屋,无法为经济的利用。在此情形,应认为亦构成共有人中有不能按其应有部分受分配,得以金钱补偿之。易言之,即由甲、乙二人分别分得楼上及楼下房屋,而由分得楼下房屋者,以金钱补偿分得楼上房屋之人。^②

共有物之原物分割,依第 825 条规定观之,系各共有人就存在于共有物全部之应有部分互相移转,使各共有人取得各自分得部分之单独所有权。故原物分割而应以金钱为补偿者,倘分得价值较高及分得价值较低之共有人均为多数时,该每一分得价值较高之共有人即应就其补偿金额,对分得价值较低之共有人全体为补偿,并依各该短少部分之比例,定其给付金额,方符共有物原物分割为共有物应有部分互相移转之本旨。

② 变价分配

A. 变价分配的方法。原物分配显有困难时,得变卖共有物,以价金分配给各共有人;或以原物之一部分分配给各共有人,他部分变卖,以价金分配给共有人(新修正第 824 条第 2 项第 2 款)。此种变价分配多用于性质上不能以原物分配,如汽车、房屋、古董、名画等的分割。

B. 共有人的优先承买权。变卖共有物时,除买受人为共有人外,共有人有依相同条件优先承买之权,有二人以上愿优先承买者,以抽签定之(新增第 824 条第 7 项)。立法目的在使共有人仍能继续其投资规划,维持共有物的经济效益,并维持共有人对共有物的特殊感情。

③ 数宗土地的合并分割。共有系以一物为客体,故“民法”关于分割的规定,系以一物为其适用对象。数人共有数物(尤其是数笔建地)时,

① 参见“最高法院”1984 年台上字第 1014 号判决。

② 参见“最高法院”1973 年台上字第 2575 号判例(不再援用)。

依私法自治原则,得为协议分割。有疑问的是,共有数物的不同共有人得否诉请裁判合并分割?对此问题,实务上曾有争议。^①新修正第824条特增订第5项规定:“共有人相同之数不动产,除法令另有规定外,共有人得请求合并分割。”第6项规定:“共有人部分相同之相邻数不动产,各该不动产均具应有部分之共有人,经各不动产应有部分过半数人之同意,得适用前项规定。”立法目的在于避免土地细分,有碍社会经济发展。

④ 法院的裁量及衡酌。综据前述,关于共有物的裁判分割,法院有多种方法可供选择:

A. 原物分配于各共有人。各共有人均受原物分配有困难时,得将原物分配予部分共有人,而对他共有人为金钱补偿。

B. 原物分配有困难时,得变卖共有物,以价金分配给各共有人,或以原物之一部分分配于各共有人,他部分变卖,以价金分配给各共有人。当事人的主张仅供法院参考。法院为上述分割的裁判时,自应斟酌共有人的利害关系,共有物的性质价格及利用效益,以谋分割方法的公平适当。^②

又关于应否合并分割,法院亦有斟酌之权,得斟酌具体情形,而为决定,如认为合并分割不适当者,得不为合并分割而仍为分别分割。

4. 分割的效力

(1) 试说明共有物协议分割与裁判分割法律性质及效力的不同。何谓共有物分割效力上的宣示主义及移转主义?并说明共有人的担保责任。甲、乙共有A地,甲以其应有部分设定抵押权予丙(或甲、乙将该地出租予丙),试说明A地分割后的法律关系。

(2) 甲、乙共有某土地,甲在该地上有一小屋,经裁判分割,乙所得的部分土地上有该甲所有的小屋。试问乙得否向甲主张何种权利?

(1) 各分别共有人单独取得所有权

① 协议分割。共有物经共有人协议为原物分割时,此项协议系属债权契约,须再为分割(处分行为),并经登记(不动产)或交付(动产),始生

^① 参见“最高法院”1988年台上字第2061号、1982年台上字第3541号、1980年台上字第2739号判决。

^② 参见2009年台上字第690号判决:共有人同意以抽签方式决定分割共有物时,各共有人所分得之位置,乃共有人意愿之表征,自得作为法院行使自由裁量权,酌定共有物分割方法之依据。苟经全体共有人同意,以抽签方式决定各共有人所分得之位置,除有无效或得撤销之情形外,共有人即不得于事后再任意翻异,始符诚信原则。

物权变动的效力,由各共有人分别取得单独所有权。

协议分割共有物采原物分割兼为金钱补偿时,双方系基于契约互负债务,有第264条同时履行抗辩权的适用,即共有人于他共有人未提出金钱补偿时,得拒绝为分割行为(办理分割登记)。被告在诉讼上援用第264条的抗辩时,原告如不能证明自己已为对待给付或已提出给付,法院应为原告提出对待给付时,被告即向原告为给付之判决。

② 裁判分割。在裁判分割的情形,例如甲、乙共有二楼房屋一栋,法院判决分配楼下归甲,楼上归乙,甲应补偿若干金钱时,应如何处理,实值注意。为保障受金钱补偿共有人取得金钱后,他方才取得所有权,应使补偿金钱作为取得分得部分所有权之条件。此项见解,固值参考,但应注意者有两点:

A. 分割共有物之判决系形成判决,判决确定时,共有关系消灭,各共有人取得分得部分单独所有权,其效力不应因须为金钱补偿而不同。

B. 判决主文可否附以如此的条件,使物权变动悬而待定,不无疑问。因此应在立法上求其解决之道,例如于“土地登记规则”明定,须经证明已为金钱补偿,或得受金钱补偿他共有人之同意,始得办理分割登记。

(2) 共有物分割效力的发生时期

① 移转主义。共有物分割之效力如何发生,民法未设明文。第825条规定:“各共有人,对于他共有人因分割而得之物,按其应有部分,负与出卖人同一之担保责任。”通说依此规定,认系采移转主义。新增订第824条之1第1项规定:“共有人自共有物分割之效力发生时起,取得分得部分之所有权。”明确表示不采认定主义(宣示主义),而采移转主义。即共有物分割后,共有人取得分得部分单独所有权,其效力系向后发生而非溯及既往。又本条所谓“效力发生时”,在协议分割,如分割者为不动产,系指于办毕分割登记时;如为动产,系指于交付时。至于裁判分割,则指在分割之形成判决确定时。在协议分割,当事人不得约定,其分割的效力溯及于共有关系成立时发生效力。

② 应有部分原有抵押权或质权的处理

A. 不因共有物分割而受影响原则。分割共有物之效力,因采移转主义,故应有部分原有抵押权或质权者,于分割时,其权利仍存在于原应有部分上。因此第824条之1第2项,乃规定:“应有部分有抵押权或质权者,其权利不因共有物之分割而受影响。”即乃继续存在于共有物。

B. 其权利移存于抵押人或出资人所分得之部分。第 824 条之 1 第 2 项但书规定：“但有下列情形之一者，其权利移存于抵押人或出质人所分得之部分：一、权利人同意分割。二、权利人已参加共有物分割诉讼。三、权利人经共有人告知诉讼而未参加。”又同条第 3 项规定“在前项但书情形，于以价金分配或以金钱补偿者，准用第八百八十一条第一项、第二项或第八百九十九条第一项规定。”即由抵押人或出质人所受之价金分配或金钱补偿，按各抵押权人或质权人之次序分配之，其次序相同者，按债权额比例分配之，并对该价金债权或金钱债权有权利质权，俾保障抵押权人或质权人之权益。

③ 不动产分割与法定抵押权。第 824 条第 3 项规定，在法院裁判分割，“如共有人中有未受分配，或不能按其应有部分分配者，得以金钱补偿。”第 824 条之 1 第 4 项规定：“前条第三项之情形，如为不动产分割者，应受补偿之共有人，就其补偿金额，对于补偿义务人所分得之不动产，有抵押权。”第 5 项：“前项抵押权应于办理共有物分割登记时，一并登记。其次序优先于第二项但书之抵押权。”应说明者有二：

A. 此二项关于法定抵押权的规定系为保障因不动产裁判分割而应受补偿共有人的权益，此仅适用于不动产分割的情形，盖因动产，请求法院裁判分割之案例甚少，且动产质权之设定，必要占有质物为要件，如分割时，共有物由补偿义务人占有，则与动产质权之精神不符；又动产有善意受让问题，如予规定，实益不大，故本项适用范围不及于动产。

B. 第 824 条之 1 第 4 项规定的法定抵押权，其次序应优先于因共有物分割诉讼而移存于特定应有部分之抵押权，始足以确保应受金钱补偿之共有人的利益，并兼顾交易安全。至此项法定抵押权与其他抵押权之次序，仍依第 865 条规定定之。又不动产分割，应受补偿者有多数人时，应按受补偿金额比例登记为共有抵押权人。

共有物分割的效力，既系自分割时向将来发生，则共有物上原有的其他物权不因分割而受影响。于共有物上设定的抵押权或地上权，仍存在于各共有人所分得部分之上。以应有部分设定抵押权者，抵押权人仍得按其应有部分就共有物之全部行使抵押权。共有人于分割前出租共有物者，其租赁契约于共有物分割后，对各共有人仍继续存在（第 425 条）。

（3）共有人的担保责任

① 担保责任的内容。第 825 条规定：“各共有人，对于他共有人因分

割而得之物,按其应有部分,负与出卖人同一之担保责任。”此项担保责任包括权利瑕疵担保责任及物之瑕疵担保责任,分述如下:

权利瑕疵担保责任,指共有人应担保第三人就其他共有人分得之物,不得主张任何权利(第349条)。例如,甲、乙各出10万元购买某画而共有之,经协议分割,由甲单独取得所有权,甲以10万元补偿乙。不久发现该画为盗赃,由其所有人向甲请求恢复其物(第949条)。在此情形,乙应对甲负权利瑕疵担保责任,甲得依债务不履行规定行使权利,依不可归责于双方当事人事由,致给付不能之规定,由甲向乙请求返还10万元(第266条第2项)。

物之瑕疵担保责任,指共有人对他共有人应担保其分得部分于分割前不藏有瑕疵(参照第354条)。例如,甲、乙共有某建地,经协议(或裁判)为原物分割。设甲分得部分之建地,地层下陷,不适于建筑,乙应负物之瑕疵担保责任(第354条)。在此情形,甲得请求减少价金。至于解除契约,在协议分割,甲的解除权不受限制。但在裁判分割,因判决系法院所为的公法行为,非属私法上契约,不生解除之问题。在协议分割,共有人故意不告知其瑕疵者,他共有人尚得选择请求不履行之损害赔偿(第360条)。

② 土地上房屋的拆除。共有人于分割前,在土地上有建筑物,法院为原物分配之分割,如将其中一共有人所占用之土地,分归他共有人取得时,他共有人得否请求拆除房屋?其依据何在,尚有争论,系实务上常见的问题,有不同的见解。^①“最高法院”1999年台上字第224号判决认为:按土地与房屋为分别之不动产,各得单独为交易之标的,且房屋性质上不能与土地使用权分离而存在,亦即使用房屋必须使用该房屋之地基,故土地及房屋同属一人,而将土地及房屋分开同时或先后出卖,其间虽无地上权设定,然除有特别情事,可解释为当事人之真意,限于卖屋而无基地之使用外,均应推断土地买受人默许房屋买受人继续使用土地,“最高法院”1959年台上字第1457号固著有判例。惟本案被上诉人父子系将系争房屋及其基地之应有部分出卖,上诉人非仅取得系争房屋,且对该屋之基地有共有权存在,即有权使用该土地,系争房屋及其基地并未归属不同人,当无土地买受人应默许房屋买受人继续使用土地之问题。本案因裁判分割而上诉人所有之系争房屋既在被上诉人分得之土地上,此与前揭判例所示之情形不同,自无适用

① 参见“最高法院”1979年台上字第2008号判决、1982年台上字第1482号判决。

该判例之余地。再按共有物之分割,经分割形成判决确定者,即生共有关系终止及各自取得分得部分所有权之效力。共有人对于他共有人分得之部分,既丧失共有权利,则其占有,除另有约定外,即难谓有何法律上之原因(参照“最高法院”1962年台上字第2641号判例)。是分割共有土地,各共有人于分割前,在地上有建筑物,法院为原物分配之分割时,如将其中一共有人之建筑物所占之土地,分归他共有人取得者,该建筑物占用他人所分得之土地即为无权占有,他共有人本于其所有权,自得请求除去该建筑物。又各共有人对于他共有人因分割而得之物,按其应有部分,负与出卖人同一之担保责任,“民法”第825条定有明文。法院判决以原物分配给各共有人后,各共有人就分割所得部分,有单独之所有权。本案上诉人之系争房屋既在被上诉人分得之系争土地上,被上诉人即不能完全使用其分得之系争土地,依“民法”第354条规定,上诉人负不减少该地通常效用之担保责任,应拆除系争房屋。且两造未另有约定,赋予上诉人占用系争土地之权限,则其占有即无法律上之原因,自属无权占有。被上诉人本于其所有权,自得请求上诉人拆除系争房屋,亦无消灭或妨碍被上诉人之请求之事由。对此“最高法院”见解,应说明者有二:

A. 各共有人对于他共有人应负物之瑕疵担保责任时,他共有人得请求减少价金或解除契约,或不履行之损害赔偿,但不得请求拆除房屋。排除物之瑕疵,非属物之瑕疵担保责任的内容,出卖人不负拆除房屋义务。就此点而言,上开判决尚有商榷余地。

B. 拆除房屋的请求权基础为第767条。共有人因分割而取得分得部分之所有权,在其所有物上的建筑物,除共有人有明示或默示使其继续存在之约定外,应属无权占有,土地所有人得请求拆除之。就此点而言,上开判决可资赞同。

5. 分别共有物的分割:共有物证书之保管及使用

共有物分割后,有关共有物证书的保存及利用,涉及各共有人的利益甚巨,故第826条特设三项规定:

(1) 共有物分割后,各分割人应保存其所得物之证书(第1项)。所谓所得物之证书,指所得物购入时的证书,如甲、乙共有某车,协议分割,由甲取得该车所有权时,应保存购买该车的契约文件。此项证书不包括分割共有物的协议书或判决书,如有此等证书,当保存1份,无待规定。

(2) 共有物分割后,关于共有物的证书,归取得最大部分的人保存之

(第2项)。所谓共有物证书,亦指共有物购入时的证书等而言,不包括分割共有物的协议书或判决书。所谓取得最大部分,究指面积或价值,不无疑问,但以价值为准,较为合理。无取得最大部分者,由分割人协议定之,不能协议决定时,得申请法院指定之。所谓法院,指共有物分割地的法院(“非讼事件法”第70条、第71条)。

(3) 各分割人得请求使用他分割人所保存之证书(第3项)。此项证书包括所得物之证书和共有物之证书。保存人拒绝时,得以诉请求之。

(六) 关于共有物使用、管理或分割等约定对第三人的效力:债权约定的物权效力

共有人间关于共有物使用、管理、分割或禁止分割之约定,或法院依第820条就共有物管理的决定,性质上属债权行为,原对第三人不生效力。惟为保持原约定或决定的安定性。物权编修正特参照“最高法院”1959年台上字第1065号判例及“司法院”释字第349号解释,增设第826条之1,分三项规定此等共有物上约定及决定对第三人的效力:

(1) 关于不动产共有人间的约定及决定:“不动产共有人间关于共有物使用、管理、分割或禁止分割之约定或依第八百二十条第一项规定所为之决定,于登记后,对于应有部分之受让人或取得物权之人,具有效力。其由法院裁定所定之管理,经登记后,亦同。”(第1项)所称其由法院裁定所定之管理指经由法院依第820条第2项、第3项裁定所定之管理。此系属非讼事件,其裁定效力是否及于受让人,尚有争议(“最高法院”1978年台上字第4046号判例参照),且该非讼事件裁定之公示性与判决及登记不同,故特定该裁定之管理亦经登记后对于应有部分的受让人或取得物权人始具效力。

(2) 关于动产共有人间的约定及决定。第826条第2项规定:“动产共有人间就共有物为前项之约定、决定或法院所为之裁定,对于应有部分之受让人或取得物权之人,以受让或取得时知悉其情事或可得而知者为限,亦具有效力。”动产无登记制度,法律上又保护善意受让人,故以受让人等于知悉或可得而知其情事者为限,始对之发生法律上之效力。

(3) 对所生负担的连带责任。第826条第3项规定:“共有物应有部分让与时,受让人对让与人就共有物因使用、管理或其他情形所生之负担连带负清偿责任。”所称其他情形,例如协议分割或禁止分割所生之负担(第822条)。所积欠之债务虽明定由让与人与受让人连带负清偿责任,

则于受让人清偿后,自得依第 280 规定决定其求偿额。

三、共同共有^①

甲、乙、丙因继承共同共有 A 地、B 屋及 C 车,应继分各为 1/3。试说明下列问题:

1. 何谓“共同共有”,其与“分别共有”有何不同?在共同共有上,有无应有部分?分别共有物上的“应有部分”与遗产上的“应继分”有何不同?甲得否将其应继分出售予丁,并为让与?

2. 甲擅将 A 地(或 B 屋)出售(或出租)予丁时,该买卖契约(租赁)对甲、乙、丙的效力?

3. 甲将其分管部分的土地出卖予丁时,其买卖契约效力如何?丁得行使何种权利?

4. 甲擅以自己名义将 C 车赠与丁,并依让与合意交付时,其效力如何?

5. 甲、乙于遗产办理共同共有登记后,得否不顾丙的反对申办为分别共有?

6. B 屋为丁无权占有时,甲未得乙、丙的同意,得否请求丁返还该屋给共同共有人全体?

(一) 共同共有的意义及发生

1. 共同共有的意义及其法律结构

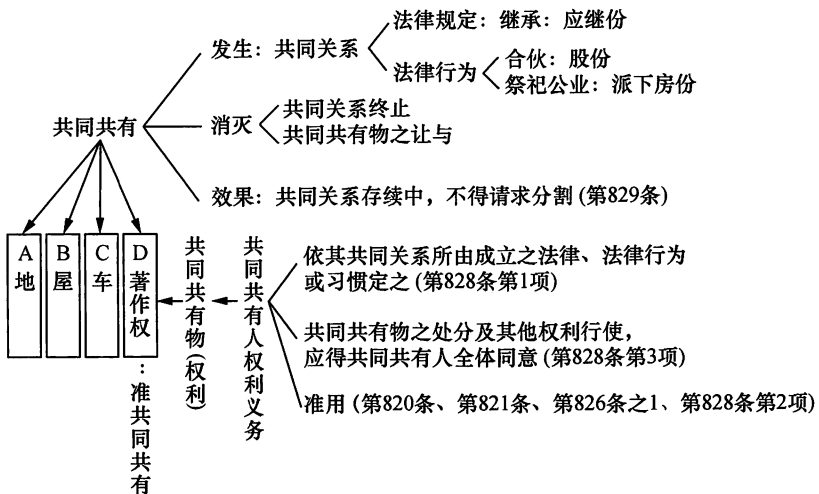
共同共有,指依法律习惯或法律行为或习惯,成一共同关系之数人,基于其共同关系,而享有一物之所有权(新修正第 827 条)。其权利人称为共同共有人(第 827 条)。例如,甲、乙、丙共同共有未分割之遗产(第 1151 条),或合伙人共同共有合伙财产(第 668 条)。分三点言之:

(1) 就主体言,共同共有人须为多数,即二人以上。

(2) 就客体言,仍适用一物一权原则。例如,甲、乙、丙继承其父遗产,包括 A 地、B 屋、C 车及 D 著作权时,系分就 A 地、B 屋及 C 车三物成立共同共有,就 D 著作权成立准共同共有,而不是在整个遗产上成立一个共同共有。

^① 参见郑庆隆:《民法共同共有之研究》,台湾大学 1971 年度硕士论文;黄茂荣:《共有之客体及共有人之持分》,载《民商法判解评释》(第 2 册),第 343 页。

(3) 就共享所有权之方式言,须基于共同关系。所谓共同关系,指构成共同共有基础的法律关系,如对于未分割遗产的继承,或合伙契约。共同共有与分别共有均系数人共有一物,惟前者系基于共同关系,后者则按其应有部分,此为二者在法律上结构基本差异之所在。兹以下图表示共同共有的基本法律问题:



2. 共同共有的发生

依第 827 规定,共同共有之发生,须依法律规定(如继承)。依法律行为(契约或单独行为,如遗嘱),亦得成立共同关系,但其共同关系以有法律规定(如第 68 条规定的合伙)或习惯者为限。基于习惯而成立的,例如祭田、祀产、同乡会会馆。关于祭祀公业应适用“祭祀公业条例”的相关规定。

(二) 共同共有的“应有部分”

1. 概说

共同共有,系基于共同关系而共有一物。各共同共有物的所有权属于共有人全体,而非按应有部分享有所有权,故对该共同共有物的全部,共有人并无应有部分存在。^① 继承人对应继财产的应继份,合伙人对合

^① 此为通说之见解。参见“最高法院”1981年台上字第3390号判决:继承人有数人时,在分割遗产前,各继承人对于遗产全部为共同共有,“民法”第1151条定有明文。而依同法第827条第2项规定,各共同共有人之权利,及于共有物之全部。故各共有人无所谓其应有部分。又应继份系各继承人对于遗产上之一切权利义务所得继承之比例,并非对于个别遗产之权利比例。

伙财产的股份,系就抽象的总财产(遗产、合伙财产)而言,而非对个别的共同共有物,学说上称为共同共有的潜在应有部分。

2. “应有部分”的处分

最高法院 1948 年上字第 6419 号判例谓:“民法”第 819 条第 1 项所谓各共有人得自由处分其应有部分云云,系指分别共有,即同法第 817 条规定,数人按其应有部分,对一物有所有权而言。其依同法第 827 条第 1 项基于共同关系而共有一物者,依同条第 2 项(修正为第 3 项)之规定,各共同共有人之权利,既系及于共同共有物之全部,则各该共有人自无所谓有其应有部分,从而共同共有人中之一人如无法律或契约之根据,亦未得其他共同共有人之同意,而就共同共有物为处分,自属全部无效。关于此项判例,应说明者有三:

(1) 肯定共同共有人就共同共有物,无所谓之应有部分。

(2) 须注意的是,由各该共同共有人无所谓应有部分,不能推论共同共有人中之一人或数人未得其他共同共有人同意而就共同共有物所为之处分(处分行为),自属全部无效。应认为此项未得其他共同共有人同意对共同共有物之处分,系效力未定,得因其他共有人之承认而生效力。

(3) 共同共有人对于共同共有物既无应有部分,自无从以应有部分设定担保(如抵押权)。

3. 应继份、合伙股份、祭祀公业房份的处分

与个别共有物“应有部分”的处分,应严予区别者,系共同共有人对应继份、合伙股份、祭祀公业房份的处分。应继份等的处分问题反映各共同共有关系的特色,分述如下:

关于应继份之处分,通说认为除经其他继承人全体同意外,不得让与,但让与于其他继承人,则得单独为之。未经其他继承人同意而为之债权契约(如买卖、赠与),仍为有效,债权人得请求债务人移转其因分割所得之财产。^① 另外,应继份不得为强制执行的客体。

关于合伙股份的让与,“民法”第 683 条设有规定,即合伙人经他合伙人全体之同意,得将自己之股份转让给第三人,但转让给他合伙人者,不必得他合伙人全体之同意。以股份设定质权者,亦须得他合伙人全体之

^① 参见史尚宽:《继承法论》,第 177 页;戴炎辉、戴东雄:《中国继承法》,第 132 页;陈棋炎、黄宗乐、郭振恭:《民法继承法新论》,第 145 页。

同意。^① 合伙之债权人,就该合伙之股份,得声请扣押。前项扣押实施后两个月内,如该合伙人未对于债权人清偿或提供相当之担保者,自扣押时起,对该合伙人发生退伙之效力(第 685 条)。

(三) 共同共有人的权利义务

1. 依共同共有所由成立的法律、法律行为或习惯

共同共有人的权利义务,依其共同关系所由成立之法律、法律行为或习惯定之。关于继承遗产,应适用“民法”第 1151 条以下规定。关于合伙财产,应依合伙契约的约定及“民法”债编关于合伙规定(第 667 条以下)。关于依遗嘱或习惯而成立之共同共有,则依遗嘱或习惯。“民法”第 828 条第 3 项规定,除法律另有规定外,共同共有物之处分及其他之权利行使,应得共同共有人全体之同意。

2. 分别共有规定的准用

“民法”第 828 条新增设第 2 项规定:“民法第八百二十条、第八百二十一条及第八百二十六条之一规定于共同共有准用之。”即关于共有物之管理,共有人对第三人之权利,共有物使用、管理或分割或禁止分割之约定对继受人的效力等规定,对共同共有亦得准用。

3. 共有物之处分及其他权利之行使

(1) 共同共有物的处分

① 共同共有人全体的同意

A. 共同共有人全体同意的原则。共同共有物之处分,除法律另有规定外,应得共同共有人全体之同意(第 828 条第 3 项)。所谓处分,包括事实上处分及法律上处分(处分行为)。事实上处分,如拆除房屋。^② 法律上处分,如共有物所有权的让与、用益物权或担保物权的设定。共同共有人之同意得为明示或默示,事前允许或事后承认,不以文书证明为必要。一经同意,其权利之行使得由共同共有人中之一人或数人为之,无须全体共同共有人共同为之。

共同共有物的处分,系属法律行为时,亦得代理为之。共同共有人中之一人,已经其他共同共有人授予处分共同共有物之代理权者,则由一人以共同共有人全体之名义所为之处分,不能谓为无效,此项代理权授予

^① 参见最高法院 1933 年上字第 235 号判例。

^② 参见“最高法院”1980 年台上字第 2489 号判决。

之意思表示不以明示为必要,如依表意人之举动或其他情事,足以间接推知其有授权之意思者,即发生代理权授予之效力。^①

B. 未得共同共有人全体的同意。共同共有人中之一人或数人,未得其他共同共有人之同意,而对共同共有物为法律行为上处分时,其效力依其为债权行为或物权行为而有不同:

a. 债权行为

(a) 债权行为有效。共同共有人中之一人或数人,就共同共有物所为之债权行为(如买卖或租赁),系属有效。此一常被误会的问题^②,已逐渐获得澄清。“最高法院”1982年台上字第2413号判决谓:查买卖为债权契约,并非处分行为,林信宏在孙凤遗产分割前,就其与上诉人等共同继承属于全体继承人共同共有之系争土地,与被上诉人订立买卖契约,既与“民法”第828条第2项规定无关涉,无论其他共同共有人事前有无同意或事后是否承认,该买卖契约在林信宏与被上诉人间,要均不发生是否无效之问题。可资参照。^③

(b) 债务的履行。共同共有人中之一人或数人私售共有物之买卖契约既属有效,则该买卖共同共有地,其后因分割而归出卖人单独取得时,买受人得请求出卖人就该土地办理所有权移转登记。^④须注意的是,遗产之继承人中之一人,未得其他继承人同意,将其分管部分之土地,出售给他人时,其买卖契约亦属有效,买受人得请求交付其物并移转其所有权。出卖人系遗产继承人,得随时请求分割遗产,取得出卖之土地所有权而履行其债务,故买受人得依“民法”第242条规定,代位出卖人行使遗产

① 参见“最高法院”1943年上字第5188号判例。

② 参见拙著:《三论“出卖他人之物与无权处分”》,载《民法学说与判例研究》(第五册),北京大学出版社2009年版,第30页。

③ “最高法院”1981年台上字第1536号判决谓:“共同共有人中之一人,或数人以共同共有物所有权之移转为买卖契约之标的,其移转所有权之处分行为,虽因未经其他共同共有人之承认,不能发生效力,但其关于买卖债权契约则非无效。”此项判决之结论,亦值赞同,但所谓其关于买卖债权契约“则非无效”,宜改为“自为有效”,较为妥当。

④ 参见“最高法院”1982年台上字第5051号判例:“买卖并非处分行为,故共同共有人中之一人,未得其他共同共有人之同意,出卖共同共有物,应认为仅对其他共同共有人不生效力,而在缔约当事人间非不受其拘束。苟被上诉人签立之同意书,果为买卖,纵出卖之标的为共同共有土地,而因未得其他共同共有人之同意,对其他共同共有人不生效力。惟在其与上诉人间既非不受拘束,而如原审认定之事实,该土地其后又已因分割而由被上诉人单独取得,则上诉人请求被上诉人在该土地办理所有权移转登记,尚非不应准许。”

之分割请求权。若分割结果为买卖标的物分割归出卖人所有,买受人得请求办理所有权移转登记。若买卖标的物并未分割归出卖人所有,致原买卖契约陷于给付不能时,买受人得主张债务不履行之损害赔偿。^①

b. 物权行为:效力未定、善意取得。共同共有人中之一人或数人,未得其他共有人之同意,而就共有物为处分行为(物权行为),通常发生于动产,例如,甲、乙、丙共同共有A画,甲未经乙、丙同意,私将该画出售予丁,而让与其所有权,或设定质权予丁。但亦可能发生于不动产,例如,甲、乙、丙共有B地,甲私将该地设定抵押权予丁,伪造乙、丙之同意书,办理登记。在此等情形,首应研究者,系此等物权行为之效力。最高法院1948年上字第6939号判例谓:“因共同共有物被一部分共同共有人为移转物权之处分,而其他共同共有人对之提起物权契约无效之诉时……”似采无效说。此项见解尚值斟酌,宜采效力未定说,使其得因其他共同共有人的追认而发生效力,较为妥适。其他共同共有人拒不承认时,其物权行为虽确定不生效力,但仍有善意取得规定的适用。在上举A画之例,丁系善意时,取得该画之所有权或质权(第801条、第886条及第948条)。但在B地之例,因丁系信赖甲之处分行为获乙、丙之同意,而非信赖土地登记,无“土地法”第43条之适用,丁不能主张取得抵押权。

(2) “土地法”第34条之1规定

① “土地法”第34条之1规定的准用。“土地法”第34条之1第5项规定:“前四项规定于共同共有准用之。”例如,甲、乙、丙三人共同继承A地,应继份相同。甲、乙二人因其人数过半数及应继份合计已过半数,得合意处分A地、变更该地的用途,或就该地设定地上权、农育权、不动产役权或典权。^②

② 将共同共有变更为分别共有。如何将继承遗产的共同共有变更为分别共有?此系实务上的重要问题。于此项共同共有,除依“民法”第1164条规定得随时请求分割外,依第828条第2项规定,其共同共有物之处分,应得共同共有人全体之同意。将共同共有物之共同共有权利变更

① 参见台湾新竹地方法院1966年9月司法座谈会研究结论。

② 参见“最高法院”1981年台上字第1292号判决:本件系争共同共有土地之买卖业经共有人57房中33房共有人同意,其持份额占720股之576股,已达全部持份4/5,有同意书附卷可查。依“土地法”第34条之1第1项规定,本件买卖为有效成立。祭祀公业之管理人经派下过半数及其应有份数过半数之同意,得将公业土地与建筑公司订立合建契约。

为分别共有,虽亦为消灭共同共有关系之原因,但并非分割共有物,而系分割以外之处分行为,且此项处分行为,依第 759 条规定,非经登记不得为之。故部分继承人于遗产未办理共同共有之继承登记前,不得径行申办分别共有之登记。惟若继承人为二人以上,部分继承人因故不能会同其他继承人共同申请继承登记时,得由其中一人或数人为全体继承人利益,就被继承人之土地,申请为共同共有之登记。其经继承人全体同意者,得申请为分别共有之登记。(“土地登记规则”第 120 条)办妥共同共有继承登记者,则部分继承人如合于“土地法”第 34 条之 1 第 5 项准用第 1 项规定之情形时,其申办为分别共有之登记,应非为法所不许。^①

(2) 其他权利之行使

① 共同共有人全体同意原则。第 828 条第 2 项所谓其他权利之行使,指处分(如移转物权、设定负担、使用收益)以外之其他权利,例如,破产的清算、优先承买权的行使^②、土地征收补偿费的领取^③、时效利益的抛弃^④、提起第三人异议之诉^⑤、受领共同共有债权(如出卖共有物所取得价金,此项价金债权,为共同共有,并非连带债权)的清偿等。^⑥ 对于欠共同共有债权之债务人公司诉请查阅账簿乃至财务报表,亦包括在内,盖此纯系保护及保全共同共有债权之行为,性质上无须得其他共同共有人全体之同意。^⑦ 此等权利的行使,除依其共同关系所由规定之法律或契约另有订定外,应得共同共有人全体之同意。

② 共同共有物的管理。共同共有物之管理,原则上应由共同共有人全体同意为之。但法律有规定者,依其规定,例如,共同共有之遗产,得由继承人中互推一人管理之(第 1152 条)。合伙财产之管理,依合伙契约之

① “司法院”(1990 年)秘台厅字(一)第 01680 号,民事法令释示汇编 1994 年 6 月版,第 182、201、436 页。

② 参见“司法院”第一厅研究意见 1986 年 10 月 30 日厅民一字第 1656 号函复台高院。此项研究意见认为,基于共同共有之承租权所派生之优先购买权亦为共同共有,行使优先购买权,应得共同共有人全体之同意。

③ 参见“法务部”79.2.26 法 79 律字第 2492 号函。

④ 参见“最高法院”1964 年台上字第 2717 号判例谓:“时效利益之抛弃系处分行为之一种,共同共有人中一人未得全体共有人同意,向他人抛弃时效利益之意思表示者,依法即非有效。”时效利益之抛弃虽属处分行为,但非对共同共有物之处分,似应列入其他权利之行使。

⑤ 参见“最高法院”1989 年台上字第 455 号判决。

⑥ 参见“最高法院”1985 年台上字第 748 号判例。

⑦ 参见“最高法院”2007 年台上字第 1839 号判决。

约定。关于祭祀公业之管理人、监察人之选任及解任,除章程另有规定或经派下员大会议决通过者外,应经派下现员过半数之同意(“祭祀公业条例”第35条),关于祭祀公业法人财产之管理,除章程另有规定外,管理人仅得为保全及以利用或改良为目的之行为(“祭祀公业条例”第36条规定)。关于祭祀公业土地之处理,“祭祀公业条例”第五章(第49条至第55条)设有规定。

③ 共同共有人行使对第三人的权利。有疑问的是,共同共有人行使对第三人之权利,是否应得共同共有人全体之同意,在诉讼上始为当事人适格?

最高法院1940年上字第494号判例曾采肯定说,认为:“民法第821条之规定,于共同共有不适用之。故共同共有物所有人中之一人,未得共同共有人全体之同意,对侵害共同共有物无妨害除去请求权,对无权占有人亦不得就共有物之全部为本于所有权之行使,请求返还于共同共有人全体。”(不再援用)

“最高法院”此项法律见解^①,似值商榷。“民法”第828条规定共同共有人行使权利,应得全体共有人之同意,旨在保护共同共有人全体之利益,共同共有人中之一人对第三人就共有物之全部为本于所有权的主张,乃在保护全体共有人之权利,依此立法规范目的,应对“其他之权利”,作目的性之限缩,不包括共同共有人行使对第三人之权利在内,尤其是所有物返还请求权。^②对此,修正“民法”第828条第2项特明定第821条规定于共同共有准用之。

须注意的是,在一则关于“全体继承人中,如有部分继承人明示反对其余继承人起诉,请求第三人返还共有物,其余继承人之起诉,当事人适

① “最高法院”1993年台上字第2720号判决仍采相同见解,认为共同共有人对于共同共有物权利之行使,除法律或契约另有规定外,应得共同共有人全体之同意,“民法”第828条规定甚明。共同共有人对于第三人本于所有权之请求,既系对于共同共有物权利之行使,在解释上尚无排除该条之适用。

② 参见梅仲协:《民法要义》,第403页谓:1942年院字第2488号解释及1940年上字第494号判例,均认为民法第821条之规定,不适用于共同共有。该条所定之物上请求权,对于全体共有人,均有利益,然则,各共同共有人何以不得单独行使,颇难索解。或谓“民法”第828条第2项,既概称“及其他权利之行使”,则第821条之请求权,自应包括在内。愚殊不以为然。解释法律,应着重立法之精神,而求事理之平允,不宜拘泥于法条所用之辞句,削足就履,致貌合而神离,故予以为,“民法”第828条第2项所谓“其他权利”也者,应以使用权及收益权为限。

格有无欠缺”的法律问题,“司法院”民事厅研究意见认为:“共同共有人对于第三人就共有物为本于所有权之请求,自消极方面言,系保全共同共有物之行为;自积极方面言,为扩张共同共有物所有权之行为,题示情形,部分继承人既明示反对对其他继承人起诉,此与事实上无法得全体共有人同意之情形无殊,为保护全体共同共有人利益计,其余继承人起诉请求第三人返还共同共有物,揆诸首开说明及“最高法院”1948年上字第6939号判例、“司法院”院字第1425号解释意旨,自难认其当事人适格有所欠缺。”^①其见解基本上同于本书论点,应值赞同。

4. 共同共有物处分或其他权利行使以外的行为

共同共有物之处分或其他权利行使以外之行为,不适用第828条第3项规定,共同共有人中之一人亦得为之,无须得他共有人之同意。例如,确认共同共有财产管理人管理权存在与否之诉^②,共同共有人对于共同共有物之管理人诉请查阅账簿^③,继承人在分割遗产前,以否认其继承权之人为被告所提起之确认其继承权存在之诉讼。^④

(四) 共同共有的消灭与共同共有物的分割

1. 共同共有的消灭

“民法”第830条第1项规定:“共同共有之关系,自共同关系终止或因共同共有物之让与而消灭。”由此可知,本条规定共同共有之消灭事由有三:

(1) 共同关系的终止。如合伙解散(第692条)。“民法”第1164条规定:“继承人得随时请求分割遗产。但法律另有规定或契约另有订定者,不在此限。”其所定之遗产分割,系以遗产为一体,整个为分割,而非以遗产中各个财产之分割为对象,亦即遗产分割之目的,在遗产共同共有关系全部之废止,而非个别财产共同共有关系之消灭。^⑤

^① 参见“司法院”厅民字第02696号,载《民事法律问题汇编》,第8辑,第22页。“司法院”院字第1425号解释:“以共同共有之财产为诉讼标的,固应得共同共有人全体之同意,但不动产之共同共有人,若仅存甲、乙二人,而甲又所在不明,事实上无从取得其同意,则乙就共同共有不动产之全部,为共同共有人全体之利益对第三人为回赎之请求,要不难谓为当事人不适格。”参见“最高法院”1948年上字第6939号判例。

^② 参见“最高法院”1965年台上字第2035号判例。

^③ 参见最高法院1942年9月22日民刑庭总会决议。

^④ 参见“最高法院”1996年台上字第2764号判决。

^⑤ 参见“最高法院”1997年台上字第1436号判决。

(2) 共同共有物之让与。如为无偿让与(赠与)时,共同共有丧失其标的物,归于消灭。如为有偿让与(买卖或互易)时,共同共有继续存在于对价之上。

(3) 其他事由。除上开两种事由外,共同共有尚因共有物灭失、公用征收而消灭。^①

2. 共同共有物的分割

在共同关系存续中,各共同共有人,不得请求分割其共同共有物(第829条)。因共同共有关系消灭,而须分割共同共有物者,除法律另有规定(如第699条、第1039条、第1165条)外,准用关于分别共有物分割的规定(第830条第2项)。

共同共有物之分割仅对于共同共有人全体始得为之,故提起请求分割之诉,应以其他共同共有人全体为被告。^② 此项请求分割共同共有物之诉,为固有之必要共同诉讼,应由同意分割之共同共有人全体一同起诉,并以反对分割之其他共同共有人全体为共同被告。^③

四、准共有

(一) 甲、乙、丙分别借款给丁,同时就丁所有土地设定一个抵押权。甲未得乙、丙同意,得否行使抵押权?

(二) 甲、乙合著《民法物权》一书,甲以其“应有部分”,设定质权给丙。甲死亡,由丁戊继承之。试说明该书著作权上的共有关系。

(三) 甲向乙承租三层楼房,交其子丙使用,不久甲死亡,其子丁戊以丙为被告,诉请分割租赁债权,应否准许?

(一) 概说

“民法”第831条规定:“本节规定,于所有权以外之财产权,由数人共有或共同共有者,准用之。”对所有权以外财产权的共有(分别共有)或共同共有,学说上称为准共有。所称所有权以外之财产权,包括定限物权

^① 参见“最高法院”1980年台上字第3643号判决:“已故许某所遗之12笔土地,应由其全体继承人继承为共同共有,于征收前既未为分割办理继承登记,则该土地因征收而发放之补偿费仍属于遗产之一部,而由全体继承人共同共有。”(载《最高法院刑事裁判汇编》第1卷,第4期,第283页)

^② 参见最高法院1943年上字第4986号判例。

^③ 参见最高法院1948年上字第7366号判例。

(担保物权及用益物权)、矿业权、渔业权、水权等准物权、著作权、专利权、商标权、债权等。对准共有财产权,究应准用“民法”关于分别共有或共同共有的规定,视其共有关系而定。法律对各该财产权设有特别规定时,应优先适用。

(二) 地上权的准共有

甲、乙共同在丙的土地设定地上权时,按其应有部分享有地上权(分别共有),得按其应有部分对土地为使用收益。各共有人得将其应有部分让与他人,或设定抵押权。但以该地上权设定抵押权时,应得他共有人的同意(准用第 817 条、第 818 条、第 819 条)。

(三) 抵押权的准共有

甲、乙、丙分别借款给债务人丁,三人同时就丁所有的不动产设定一个抵押权,应有部分均等,并办妥一个抵押权登记时,亦发生该抵押权的准共有,即数人按其应有部分共有一个抵押权。其中一人行使抵押权足使抵押权消灭,影响其他共有抵押权人的利益,性质上乃属共有抵押权的处分,依“民法”第 831 条准用第 819 条第 2 项规定,应得共有人全体的同意。^①

(四) 著作权的准共有

甲、乙二人共同完成《民法物权》一书,其各人创作不能分离利用,为共同著作(“著作权法”第 8 条),其著作权由甲、乙共有(分别共有)。关于准用共有著作权的行使,“著作权法”分别就著作人格权及著作财产权之行使,设有规定。

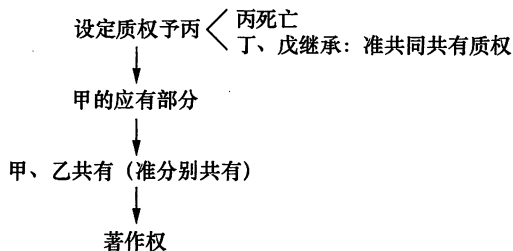
共同著作之著作人格权,非经著作人全体同意,不得行使之。各著作人,无正当理由者,不得拒绝同意。共同著作之著作人得于著作人中选定代表人行使著作人格权。对于代表人之代表权所加限制,不得对抗善意第三人(“著作权法”第 19 条)。

关于共同著作财产权,共同著作各著作人之应有部分依共同著作人间之约定定之。无约定者,依各著作人参与创作之程度定之。各著作人参与创作之程度不明时推定为均等。共同著作之著作人抛弃其应有部分者,其应有部分由其他共同著作人依其应有部分比例分享之。前项规定,

^① “司法院”(1994 年)厅民(一)字第 22562 号函,载《民事法律问题研究汇编》,第 9 辑,第 262 页。

于共同著作之著作人死亡无继承人或消灭后无承受人者,准用之(“著作权法”第40条)。共有之著作财产权,非经著作人全体同意,不得行使之。各著作人非经其他共同著作人之同意,不得以其应有部分让与他人或为他人设定质权。各著作人,无正当理由者,不得拒绝同意。共同著作之著作人,得于著作人中选定代表人行使著作财产权。对于代表人之代表权所加限制,不得对抗善意第三人。前条第2项及第3项规定,于共有著作财产权,准用之(“著作权法”第40条之1)。共同著作之各著作人,对于侵害其著作权者,得各依“著作权法”第六章之规定请求救济,并得按其应有部分请求损害赔偿。此项规定,于因其他关系成立之共有著作财产权或制版权之共有人,准用之(“著作权法”第90条)。

如上所述,关于著作权准共有,“著作权法”设有详细规定。在前揭之例,甲、乙共著《民法物权》一书,应有部分均等,甲经乙同意,或有“正当理由”时,得将其应有部分设定质权予丙。丙死亡时,由丁、戊二人继承该质权。兹以下图表示著作权上多层次的准共有关系:



(五) 债权的准共有

关于债权的共同共有,实务上有三则案例,可供参考:

(1) 甲、乙继承某地,共同出卖给丙,其所取得之价金债权,仍为共同共有(债权之共同共有),并非连带债权,系属单纯之债权,共同共有人受领共同共有债权之清偿,应共同为之,除得全体共有人之同意,其中一人或数人无单独受领之权。^①

(2) 甲驾车违规不法致乙死亡,乙生前支出医药费,此项损害赔偿债权亦属遗产之部分,依“民法”第1151条规定,应为继承人丙、丁等所共同共有。仅得由共同共有人全体请求给付,若由丙或丁单独请求对自己一

^① 参见“最高法院”1985年台上字第748号判例。

人为给付,其权利保护要件,显有欠缺,于法难予准许。

(3) 诉讼两造兄弟四人以四人名义在某银行设立定期存款账户。两造请求分割系争存款。“最高法院”认为,此项存款债权,为债权之共有,如为可分之债,两造之权利,依法推定为均等,各得单独行使其权利,固无分割请求之必要。然依上诉人起诉所主张之原因事实以观,必须两造全体盖章,始得向银行领取存款,核其性质,似为当事人间约定之不可分之债。果系如此,上诉人自非不得依“民法”第 831 条准用共同共有之规定,就系争存款为分割之请求。^①

由上述可知,债权之准共有,颇为常见。有争论的是,如何准用分别共有或共同共有的规定。在前者案例(债权的准共同共有)，“最高法院”似认为,无论债权之给付是否可分,除所由发生之法律另有规定或契约另有约定外,应共同行使之。^② 此项见解可资赞同。在后者案例(债权之准分别共有)，“最高法院”似认为,在给付可分之债权,由共有债权人平均分享(第 271 条),各得按其应有部分请求债务人为一部之给付,无“民法”第 831 条之适用,在不可分之债权,始有第 831 条之适用。此项见解似以“司法院”院字第 1950 号解释为依据^③,但在理论上尚有研究余地。债权之准分别共有,乃数人按其应有部分,共享有一债权,其效力应准用分别共有之规定,即各共有人得请求债务人向全体共有人为给付,而债务人亦仅得对共有人全体为给付,各共有人固按其应有部分享有其债权,但此究属抽象之存在,分割之前,不能认为其给付为可分,即可按其应有部分行使权利。^④

(六) 租赁权的准共有

关于租赁权的准共有,其主要争议在于可否诉请法院分割。实务上有一则法律问题:甲向乙承租三层楼洋房一栋,租期 20 年,交由其子丙使用。不久甲死亡,其子丁及戊,以丙为被告,诉请分割,应否准许?

① 参见“最高法院”1982 年台上字第 2121 号判决。

② 参见“最高法院”1988 年台上字第 1204 号判决:“共同共有债权之行使,依其共同关系所由规定之法律或契约得由共同共有人中之一人为之者,得由该一人为之,即使此项法律或契约无此规定,如得共同共有人全体之同意时,仍得由其中一人为之。”载《最高法院民刑事裁判选辑》第 9 卷,第 2 期,第 223 页。

③ 参见本书相关内容。

④ 参见郑玉波:《准共有之债及共同共有之债》,载《民法问题研究》,第 195 页;孙森焱:《民法债编总论》,第 927 页。

讨论意见有甲、乙二说。甲说认为,丙、丁、戊均属甲之继承人,而租赁权为财产权之一种,甲死亡后,由丙、丁、戊继承其遗产,而租赁权既属财产权,亦应由丙、丁、戊三人继承,成为共有,“民法”第 831 条既规定所有权以外之财产权由数人共有者,准用有关共有之规定,应准许分割。乙说认为,第 831 条所定所有权以外之财产权由数人共有者准用有关共有之规定,既规定于“民法”物权编,窥其立法旨意,系指属于物权之财产权,始能分割,租赁权虽是财产权,系属债权性质,不能准用第 831 条之规定,不应准许分割。^①

研究结果采甲说。^②

在此案例,丙、丁、戊因继承共同取得甲对乙之租赁权,其共有之客体系“租赁权”,而非“租赁物”,故诉请分割之客体应为租赁权,而非租赁物。各共有人原则上得随时请求分割共有之所有权以外的财产权,但因此项财产权之使用目的不能分割者,不在此限(准用第 823 条第 1 项),不能认为凡财产权皆可分割,或具债权性质之财产权皆不可分割。例如,甲、乙共有某物,被丙毁损时,甲、乙共同享有对丙之金钱损害赔偿请求权,此项债权应许分割。就租赁权言,如采原物分割,则一个租赁权将分裂成为数个独立之租赁权,如采变卖租赁权,以价金分配给各共有人,则涉及租赁关系主体之变更。准此以言,关于租赁权之分割,准共有人得为协议分割,惟须经出租人之同意,但不得诉请裁判分割。^③至于准共有人约定各居住三层楼洋房之一楼,系对租赁权标的物依其应有部分而为使用或分管,非属对租赁权之分割。

① 参见台湾高等法院台南高分院暨辖区各地方法院 1974 年 10 月法律座谈会。

② 参见“司法行政部”1975 年 2 月 17 日台函民字第 01366 号函。

③ 实务上尚有一则类似之案例,即:国有林班地租赁权之继承人中之一人于被继承人死亡后,可否诉请法院分割?“司法院”第一厅研究意见认为:关于遗产之分割,台湾民法虽无如《日本民法》第 906 条遗产之分割,应考虑属于遗产之物或权利之种类及性质,各继承人之职业及其他一切情事为之规定,惟此乃分割遗产之法理上共同准则,租赁权遗产之分割,依其性质应分归一继承人所有,租赁权具有因使用目的不能分割之性质。倘出租人同意承租人分割租赁权,则可能发生不同之法律效果,此系另一问题。可资参考[71.9.41(71)厅民一字第 0651 号函复台高院]。

第五章 用益物权

第一节 绪 说

一、用益物权的意义、种类、构造、得丧变更

(一) 用益物权的意义

物权,指直接支配某物,享受其利益的权利。所有权系物权的典型,乃在法令限制的范围内对物为全面支配,得自由使用、收益、处分其所有物的权利,并排除他人之干涉(第765条),称为完全物权。所有权兼具使用价值和交换价值。为发挥物的使用价值,得设定用益物权(如地上权);为发挥物的交换价值,得设定担保物权(如抵押权)。二者合称为定限物权。之所以称为定限物权,其意义有二:(1)系于一定范围内对物为支配的权利。(2)对所有权加以限制,乃所有权以外的其他物权(参阅第762条、第763条)，“土地法”称为他项权利(第11条)。

(二) 传统民法的用益物权

1. 私有制的用益物权

用益物权在法制史及比较法上有不同的种类,具有历史性和固有法性,并反映不同的经济体制和社会发展。兹就与台湾“民法”具密切关系的德、瑞、日民法加以说明:

《德国民法》上的用益物权(Nutzungsrechte)可概括分为地上权(Erbbaurecht)、役权(Dienstbarkeit)和土地负担(实物负担,Reallasten)。其中役权系一大类权利的总称,包括地役权(Grunddienstbarkeit)、限制的人役权(beschränkte persönliche Dienstbarkeit)、用益权(Niessbrauch)、居住权(Wohnrecht);其中用益权又分为物上用益权(Niessbrauch an der Sache)、权利用益权(Niessbrauch an Rechten)及财产用益权(Niessbrauch an einem

Vermögen)。之所以如此复杂的主要原因,系《德国民法》制定于德国统一之后(1896年制定,1900年施行),必须顾及各地的习惯。^①

《瑞士民法》上的用益物权包括地役权、用益权及其他役权,土地负担;其中用益权得就动产、土地、权利或财产设定之。所称其他役权主要指地上权而言(《瑞士民法》第730条以下)。^②

《日本民法》上的用益物权包括地上权、永小作权、地役权及入会权四种(第265条以下)。^③永小作权系指支付佃租,而在他人之土地为耕作或畜牧的权利(第270条)。此种永小作权有一定存续期间(第278条),不同于台湾“民法”的永佃权。入会权系指居住于一定地域或村落的居民在一定山林原野,为管理、运营使用收益之习惯上的权利(第263条)。

2. 中国大陆社会主义公有制上的用益物权

传统民法系本着私有财产(土地私有制)而建构的用益物权。中国大陆系采社会主义公有制的市场经济,土地为国家或农民集体所有,因而发展出其特有的用益物权,2007年的《中华人民共和国物权法》规定了建筑用地使用权、宅基地使用权、土地承包经营权及地役权四种用益物权,使农民或私人得以使用国家所有或农民集体所有的土地,以取代土地所有权的权能,其内容复杂多样,随公有制及市场经济发展而有调整变动,在从事两岸物权法的比较研究时,应特别注意。^④

(三) 台湾民法上的用益物权及法律构造

1. 用益物权调整

台湾现行民法本着物权法定原则,参酌德、瑞、日立法例,明定地上权、永佃权、地役权及典权四种用益物权。其中典权为传统固有的制度,关于其法律性质曾有争论,然依“民法”第911条“称典权者,谓支付典价在他人之不动产为使用、收益之权”的规定,应认系用益物权。民法规定四种用益物权,甚属简明,一方面在于整理旧物权(典权、铺底权),一方面则为增进物尽其用的经济效益,并兼顾所有权的自由。

^① 参见孙宪忠:《德国物权法》,五南图书出版公司1999年版,第233页以下;Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 330ff., 360ff.; Brehm/Berger, Sachenrecht, S. 328ff.; Riemer, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band II, Die beschränkten dinglichen Rechte, 2000.

^② 同上注。

^③ 参见我妻荣、有泉亨:《新订物权法》,第338页;广中俊雄:《物权法》,第451页。

^④ 参见王利明:《物权法论》,中国政法大学出版社2003年版,第407页,崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2009年版。

民法物权编修正时增设区分地上权,删除永佃权,创设农育权,将地役权修正为不动产役权,重整了我国用益物权的种类及内容。

2. 各种用益物权的法律构造

试阅读地上权、农育权、不动产役权、典权的相关条文,综合整理各种物权的标的物取得、用益内容,有无对价、期限、处分性等,加以比较分析,并说明其异同及立法理由:就自己的不动产得否设地上权或不动产役权?农育权须否以支付地租为必要?何种用益物权设有期限?地上权人得否出租建筑物或其他工作物,农育权人得否出租农具工作物?在典权,当事人得否约定典权人不得将其权利让与他人或设定抵押权?

如何规定各种用益物权的内容?此属用益物权内容固定问题,为便于比较观察,先整理其要点如下:

用益物权 内容		地上权	农育权	不动产役权	典权
标的物		不动产 (限于土地)	不动产 (限于土地)	不动产 (土地及定着物)	不动产 (土地及定着物)
发生		意定·法定	意定	意定	意定
内容及效力	用益内容	使用他人土地上或一定空间范围,而有建筑物或其他工作物	在他人土地上为农作、森林、养殖、畜牧、种植竹木或保育	以他人不动产供自己不动产便宜之用	在他人之不动产为使用收益
	对价	约定有偿(地租)或无偿	约定有偿(地租)或无偿	约定有偿(地租)或无偿	有偿:典价
	期限	依约定有期或无期	不得逾20年(例外:造林保育)	依约定有期或无期	不得逾30年
	处分性	得让与、设定抵押权	得让与、设定抵押权	不得由需役地分离而为让与或为其他权利之标的物(从属性)	出典人得让与典物。典权人得让与典权、转典、设定抵押权
	得让与、出租工作物	不得出租土地或农具工作物(有习惯例外)		典权人得出租典物	
消灭 (特殊事由)		抛弃·终止	期满·抛弃·终止	土地灭失 法院宣告	绝卖·留买 回赎·找贴

由上揭图表可知各种用益物权的法律构造多有不同,此涉及各种用益物权内容形成的立法政策问题(请比较分析其异同及理由),俟于论述个别用益物权时,再为详论。应先说明者有七:

(1) 民法规定四种用益物权的标的物,仅以不动产为限。于动产则不得成立用益物权。其所以如此,盖以动产系以占有为公示方法,难以表现较为复杂的用益物权关系。动产种类繁多,价值多低于不动产,如有用益的需要,可以买为已有或订立租赁或借贷契约(债之关系),不必为用益物权的设定。

(2) 各种用益物权,原仅能于他人不动产成立。比较法上有得于自己土地设定用益物权(尤其是地上权)^①,台湾民法原无此种制度,用益物权虽因继承等原因得存在于自己土地之上(第762条但书),然此为例外,而非常态。值得注意的是,新增“民法”第859条之4规定:“不动产役权,亦得就自己之不动产设定之。”

(3) 用益物权系以物之利用为内容,原则上于同一标的物不得同时设定多数用益物权(如两个典权、两个农育权、一个地上权和一个农育权)。但用益内容不相排斥者,则得并存,例如就同一土地上设定不相妨碍的通行权,汲水权。值得注意的是,民法物权编修正对“区分地上权”(第841条之5)、不动产役权(第851条之1规定)的排他性及优先效力设有特别规定。

(4) 用益物权的设定有为有偿(典权);有为有偿或无偿,依当事人约定(地上权、农育权、不动产役权)。须注意的是,其为有偿时,无论法定或约定,均应准用民法关于出卖人瑕疵担保责任的规定(第347条)。

(5) 地上权、农育权、不动产役权及典权皆具处分性,得为让与或设定抵押权(第838条、第850条之3、第882条、第917条),有助于使土地的利用归于最适于发挥其效能之人,并具担保债权的功能。关于其内容,应说明的有几点:

① “民法”第838条规定:“地上权人得将其权利让与他人或设定抵押权。但契约另有约定或另有习惯者,不在此限。前项约定,非经登记,不得对抗第三人。地上权与其建筑物或其他工作物,不得分离而为让与或设定其他权利”。农育权设有相当的规定(第850条之3)。

^① Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 340.

② 关于典权,“民法”第 917 条规定:“典权人得将典权让与他人或设定抵押权。典物为土地,典权人在其上有建筑物者,其典权与建筑物,不得分离而为让与其他处分。”其不同于地上权或农育权的,系法律未明定其让与或设定抵押权得以契约或习惯加以限制(请思考其理由!)

③ 关于不动产役权,第 853 条规定:“不动产役权不得由需役不动产分离而为让与,或为其他权利之标的物。”此乃因不动产役权的从属性,系为需役不动产而存在。

(6) 地上权,农育权及典权均得为抵押权之标的物(第 882 条)。

(7) 地上权,具用益物权的基本构造原则,得准用于其他用益物权(第 841 条之 6,第 850 条之 9 等)。

(四) 用益物权的得丧变更

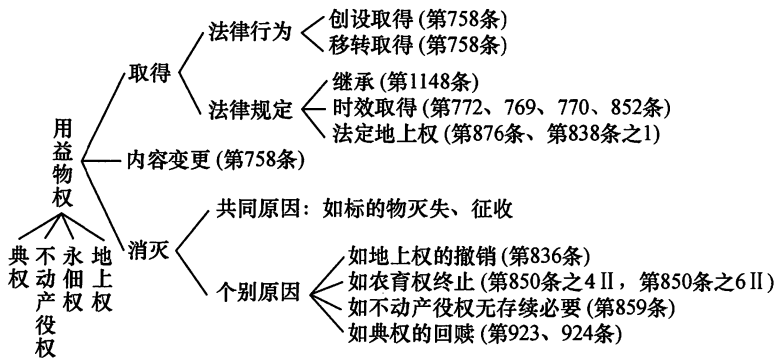
用益物权的取得多基于当事人的法律行为,或为创设取得(如设定地上权);或为移转取得(如地上权的让与),二者均属继受取得,皆应适用“民法”第 758 条规定,即其物权行为须以书面为之,并经登记始生效力。须注意的是,无论设定取得或移转取得均涉及债权行为,俟于地上权再行说明。用益物权亦有基于法律行为以外之事实而取得者,如时效取得、法定地上权的发生等。用益物权为财产权的一种,不具专属性,皆得为继承的标的(第 1148 条),但须经登记,始得处分(第 759 条)。

用益物权的消灭原因,有为各种物权所共同的,如标的物灭失、征收。“民法”对各种用益物权明定有不同的消灭原因,俟于个别用益物权再为详述。用益物权因抛弃、存续期间届满、撤销权之行使或法院之判决等而消灭时,应申请涂销登记(“土地登记规则”第 143 条)。

又须注意的是,用益物权的内容变动时,如地上权期间的延长或缩短、无偿变更为有偿等,均须经登记,始生效力(第 758 条)。

兹为便于观察对照,将用益物权得丧变更的基本规范模式,图示如下^①:

^① 参见本书第 272 页。



二、用益物权的经济机能、社会变迁及发展——用益物权的兴起、式微与再生^①

“民法”设有地上权、永佃权、地役权和典权四种用益物权，您是否知道各个用益物权登记的件数，分析其社会机能与台湾社会变迁的关系？用益物权是否业已式微？民法物权编修正如何调整用益物权的种类及内容，以强化用益物权的机能？

（一）用益物权的机能和社会变迁

1. 用益物权的机能

用益物权的兴起甚早，与土地所有权相伴而生。历经长期发展，其主要社会功能有二：

（1）增进物尽其用的经济效用，即拥有其物者得自不使用，而使他人利用之，以收其利益（对价）。无其物者得支付代价而利用他人之物，而不必取得其所有权。易言之，用益物权具有调剂土地“所有”与“利用”的机能。

（2）使物的利用关系物权化，巩固当事人间的法律关系，得对抗第三人。

在分析检讨各种用益物权的社會功能之前，拟先提出一份近年关于用益物权的登记统计资料：

^① 此项标题的灵感来自早年阅读 Edward Gibbon 的古典名著 *The Decline and Fall of The Roman Empire* (1776)；Atiyah 的 *Rise and Decline of the Freedom of Contract* (1979)；Gimore 的 *The Death of Contract* (1977) 及内田贵的《契约の再生》(1990)。

用益物权近十年登记件数表

年度	地上权	典权		地役权	永佃权
		土地	建筑物		
1999	6 143	5	0	162	12
2000	5 868	21	0	254	8
2001	5 470	7	2	157	18
2002	14 994	15	1	172	37
2003	5 552	18	1	177	14
2004	11 109	23	3	242	42
2005	8 221	18	2	258	16
2006	9 628	33	0	276	14
2007	9 800	34	3	400	24
2008	9 515	8	2	395	43
2009	6 263	19	3	304	20
总计	96 456	205	18	2 919	267

Update:98.12.31(地籍数据库以现存有效数据为准)

台闽地区办理土地他项权利(用益物权)登记笔数统计

年度	权利	地上权	地役权	典权
		笔数	笔数	笔数
1995		32 502	11	7
1998		32 633	433	16
2001		25 671	393	47
2004		46 265	705	55
2007		33 876	1 081	69
2008		28 267	1 111	30

统计资料有助于法学研究,诚如美国伟大法学者 Holmes 所云,未来的法学者不是研究白纸黑字之人,而是通晓统计及经济之人。^① 统计资

^① Oliver Wendell Holmes, The Path of the Law, 10 *Harvard Law Review* 457, 469, 474 (1897) “For the rational study of the law the black letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics. . . . We learn that for everything we have to give up something else, and we are taught to set the advantage we gain against the other advantage we lose, and to know what we are doing when we elect.” Holmes 是美国著名的法学者,伟大的美国联邦最高法院大法官,关于其生平,法律思想及对言论自由的贡献,参见 Edward White 著 *Justice Olive Wendell Holmes-Law and Inner Self*(1993);孟纯才、陈琳译:《奥利弗·温德尔·霍姆斯(法律与自我)》,法律出版社 2009 年版。

料的搜集、公布及应用最足以表现一个国家现代法化的程度。如何建立运用土地登记资料,使物权法的研究能够建立在科学的基础上,实在是一个值得重视的重要课题。

2. 用益物权与台湾社会变迁

前揭关于用益物权的统计,在某种程度可以反映台湾土地所有权制度及社会变迁,分别简要说明如下:

(1) 永佃权的消逝直接肇因于20世纪50年代的土地改革^①,尤其是1953年“实施耕者有其田条例”的施行,规定出租的农地,地主除仍得保留部分土地外,其余土地一律由政府征收,转放现耕农民承领。在耕者有其田的制度下,永佃权殆无存在的余地。

(2) 典权为台湾固有的传统制度,“民法”特设典权一章加以规范,确有必要,立法目的在于保护经济上的弱者(出典人)。台湾在日据时期,《日本民法》未施行于台湾以前设定的典权,自《日本民法》施行后,即适用《日本民法》不动产质权的规定。1945年台湾光复后,如何依现行“民法”规定处理清治时期的典权及日治时期的不动产质权,乃成为实务上的困难问题。

就前揭关于典权登记的资料言,1995年共有22件,但1998年仅仅有16件,1999年有431件,2001年有47件,2008年只有30件。为何在1997年有较多典权的登记,固待研究,但就整个趋势言,典权已告式微,其主要理由有二:

① 典权制度历经统治权的更易及不同的法制,影响其发展的连续性。

② 出典人须将典物交付与典权人占有,因而丧失对典物使用收益的权能,典权人须一次支付相当于典物价值的典权,负担沉重。典权制度本身的法律构造已不符现代社会经济生活的需要。^②

(3) 地役权的登记件数亦属不多,1995年有11件,1998年有433件,2001年则有393件,2008年有1111件。其供土地便宜之用的内容如何,究为通行、眺望、汲水或其他,固不得确知,但应以通行为多。近年来,

^① 参见林文益:《台湾农村土地改革之政治经济分析(1949—1953)》,台大政治学研究所1954年硕士论文。

^② 参见陈荣隆:《百年来典权之沧桑及其未来展望》,载《台湾法制一百年论文集》,台湾法学会1996年,第546页以下。

台湾交通建设发展迅速,产业道路四通八达,设定以通行为内容的用益物权,其必要性相对减少。

(4) 地上权的登记数量是最多的。自1995年以来,每年多在3万件以上,2001年有25671件,2008年有28267件,地上权在用益物权中居于最重要的地位,乃各国法制的共同现象,诚如《民法》立法理由书所云:“盖社会进步、经济发达,土地价值逐渐腾贵,建筑物或其他工作物之所有人,有时不得并有土地之所有权,宜设地上权以应经济上之需要。”地上权时效取得是实务上重要争议问题。所感遗憾的是,统计资料无法显示地上权的内容(究为建筑物、工作物),有偿或无偿,其期限如何,难以作进一步的分析讨论。

(二) 用益物权的重构与再生

1. “民法”物权编的修正

“民法”物权编自1929年11月30日公布,1930年5月5日施行以来,迄今已逾80年。其间社会结构、经济形态及人民生活观念,均有重大变迁,原本立基于农业生活形态的“民法”物权编规定,已难适应今日多变的生活态样。“法务部”为适应当前社会实际需要,于1988年11月间组成“民法研究修正委员会物权编研究修正小组”,就现行“民法”物权编作全面性的检讨,关于用益物权的修正,经多年研拟,终于2010年1月5日,完成立法程序,2月3日公布,6个月后施行。如前所述,台湾民法上规定的用益物权,除地上权外,已渐趋式微,从而民法修正的重点,在于调整用益物权的类型和内容,期能适应社会需要,而发挥调剂“所有”与“利用”,物尽其用的功能。兹将修正要点简述如下,俟于各该用益物权再行详述:

(1) 废除永佃权。

(2) 创设农育权。创设一种以“在他人土地为农作、森林、养殖、畜牧、种植竹木或保育之权”。此项以“农育”为目的之用益物权与永佃权的世代交替,能否发挥其规范功能,促进台湾农业发展,实值关注。

(3) 调整地上权的类型及内容。将“民法”第832条“称地上权者,谓以在他人土地上有建筑物或其他工作物或竹木为目的而使用其土地之权”的规定,修正为:“称普通地上权者,谓以在他人土地之上下有建筑物或其他工作物为目的而使用其土地之权”,使地上权之使用目的仅限于有建筑物或其他工作物。增设区分地上权,使得在他人土地上下之一定空

间范围内设定地上权(第 841 条之 1)。

(4) 将地役权修正为不动产役权。将“民法”第 851 条“称地役权者,谓以他人土地供自己土地便宜之用之权”的规定,修正为:“称不动产役权者,谓以他人不动产供自己不动产通行、汲水、采光、眺望、电信或其他以特定便宜之用为目的之权”。此项修正将原需役地之客体扩张及于“不动产”,土地及其定着物均包括在内。得设定不动产役权之人,不限于需役不动产之所有人,包括基于物权或租赁关系而使用之人(第 859 条之 3)。此项修正应有助于发挥地役权的功能,促进土地及其定着物的利用价值。

(5) 调整典权的内容。将“民法”第 911 条“称典权者,谓支付典价占有他人之不动产,而为使用及收益之权”的规定,修正为:“称典权者,谓支付典价在他人之不动产为使用、收益之权”。此项修正删除了现行条文中“占有”二字,系在澄清占有仅系用益物权以标的物为使用收益的当然结果,乃为典权的效力,而非其成立要件。

(6) 物尽其用与永续利用的理念。物权编修正特别强调物尽其用永续利用的理念,并各为各种用益的共同原则,例如,“民法”第 836 条之 2 规定:“地上权人应依设定之目的及约定之使用方法,为土地之使用收益;未约定使用方法者,应依土地之性质为之,并均应保持其得永续利用。前项约定之使用方法,非经登记,不得对抗第三人”[第 850 条之 6(农育权),第 859 条之 2(准用第 836 条之 2,不动产役权),第 917 条之 1(典权)]。

2. 用益物权的再生与发展

用益物权能否因“民法”物权编的修正,而更能发挥其调节物之所有与使用的功能?典权不符现代社会生活需要,已如前述,修正草案作了不少修正,虽使典权内容更臻合理,但实难挽回典权终将消逝的命运。关键在于农育权能否与永佃权完成世代交替的功能,以及地役权的修正能否适应现代工商业的需要。此又涉及人民利用法律制度以形成其社会生活的法律文化、法律教育、土地登记制度等问题,实在是一个值得深入研究的重要课题,将于数年度再就用益物权的登记件数加以检验。^①

^① 参见谢再全:《物尽其用与永续利用——民法用益物权之修正》,载《台湾法学》第 146 期(2010.2.15),第 1 页。

三、用益物权与债权利用权

(一) 土地利用的二元体系

关于土地的利用,除设定用益物权外,尚得成立债权的利用权(尤其是土地租赁),而发生所谓土地利用的二元体系。要切实了解土地的利用关系,必须综合物权与债权的利用权而作深入的研究。用益物权系属物权,受类型强制及内容固定的限制。土地租赁等债权利用权,有较广泛私法自治的空间,但不具物权性(“民法”第425条)。当事人究采用何者,乃选择的问题。例如,就他人土地的利用,得依“民法”相邻关系的规定,得订立债权契约,亦得设定用益物权,取决于当事人主观需要、客观情事、税捐、交易成本、法律文化等因素。

(二) 地上权与土地租赁

(1) 法律结构的异同。土地在物权及债权的二元使用,体现于地上权与土地租赁。兹先以下图示显示二者法律结构的异同:

	性质	成立	效力	相邻关系规定	内容		处分性	转换性
					存续期间	地租		
地上权	物权	物权行为 第 758 条	1. 追及效力 2. 优先效力 3. 第 767 条 4. 第 962 条	第 800 条 之 1	依当事人 约定,得 为永久	有 偿 或 无 偿,依 当 事 人 约 定	得让与(第 838 条):为其他权利 的标的物 (第 882 条)	
土地租赁	债权	1. 不要式、不 必登记 2. 第 422 条	1. 第 425 条 2. 第 426 条 3. 第 962 条	第 800 条 之 1	第 449 条	地租 (第 421 条)	不得让与或转 租(第 443 条)	基地租赁得 申请换记为 地上权(第 422 条之 1、 土第 102 条)

(2) 基地租赁的物权化。据上揭图示,可知地上权与土地租赁权在其性质、成立、物权效力、相邻关系、内容、处分性等方面颇有不同。为强化租用基地建筑房屋,“土地法”第 102 条规定,租用基地建筑房屋,应由出租人与承租人于契约成立后两个月内,声请该管直辖市(市)地政机关为地上权之登记。“民法”债编修正亦增设第 422 条之 1 规定:“租用基地建筑房屋者,承租人于契约成立后,得请求出租人为地上权之登记。”关于此两条规定的解释适用,应说明者有三:

① “土地法”第 102 条系特别规定,应优先于“民法”第 422 条之 1 的

规定适用。

②“土地法”第102条规定,地上权的登记应于租赁契约成立后两个月内为之,然此非登记权利的存续期限,仅为训示规定。租赁关系消灭前,均得声请为地上权之登记,不因逾两个月之期限而生丧失权利的效果。“民法”第422条之1规定:“得请求出租人为地上权之登记”,其意旨相同。

③出租人负有与承租人同为声请登记的义务。承租人得请求为地上权登记之性质,具债权请求权的性质,应适用“民法”第125条消灭时效规定,因15年间不行使而消灭。其期间自租赁契约成立时起算。^①

(3)地上权与土地租赁的并存。基地承租人如未依“民法”第422条之1或“土地法”第102条规定为地上权登记,仅不取得地上权^②,其租赁契约不因此而生影响,仍可适用关于租赁的规定,乃属当然。值得研究的是,出租人声请为地上权的登记后,其地上权与基地租赁究处于何种法律关系,尤其是地上权届满后,有无“民法”第451条“租赁期限届满后,承租人仍为租赁物之使用收益,而出租人不即表示反对之意思者,视为以不定期限继续契约”规定的适用。

1975年7月8日、1975年度第五次民事庭庭推总会议民三庭提案:某甲向某乙承租土地建筑房屋,定有租赁契约,嗣复设定地上权登记(期限相同),期满后仍为土地之使用,某乙因地上权期限届满,诉请返还土地,某甲则主张地上权虽因期限届满而消灭,但租期届满后,既仍继续使用土地,自有“民法”第451条之适用,是否认为有理由?兹分两说。甲说认为,某甲就系争土地上固订有租赁契约在先,但既为地上权登记,则已改予物权化,两者合一,原有租赁关系不复存在,即不得主张继续租赁契约,应无上开法条之适用。乙说认为,同一物上债权与物权,各自独立存在,除依法有混同原因外(如“民法”第762条规定),不能使之消灭,某甲为地上权之登记,不过加强租赁关系,二者自可并存,本地上权消灭后,某甲仍可本于原租赁契约主张权利,其援用“民法”第451条之规定,尚无不合。决议认为:同一物上债权与物权,各别独立存在,除依法有混同原因外(如“民法”第762条规定),不能使之消灭。兹某甲向某乙承租土地建

① 参见“最高法院”1954年台上字第454号、1973年台上字第3012号判例。

② 参见“最高法院”1954年台上字第454号判例。

筑房屋,定有租赁期限,嗣复设定地上权登记(期限相同)不过加强租赁关系,二者自可并存,本地上权消灭后,某乙诉请返还土地,某甲仍可本原租赁契约主张权利,其援用“民法”第451条之规定,尚无不合(同乙说)。

在上开决议作成后,“最高法院”1980年台上字第3971号判决谓:系争土地中之51.44坪,既已为地上权登记,则租赁关系,已为此地上权登记之物权关系吸收。双方如就地上权之面积或是否随房屋而移转有所争执,乃系地上权登记应否为一部分涂销或移转登记之问题,而非复为租赁关系是否一部分不存在之问题。被上诉人诉求确认租赁关系一部分不存在,并不能使地上权之面积争执获得解决,自属欠缺保护必要之诉权存在要件。

本书认为其所涉及的,不是债权与物权的混合,亦非租赁关系被物权关系所吸收的问题,而是法律关系的转换,即租赁因登记而转换为地上权,在地上权存续期间,应适用地上权的规定(参阅“最高法院”1980年台上字第3971号判决)。在地上权消灭后,鉴于此项法律关系的转换系在加强租赁关系,承租人本于原租赁契约得主张援用“民法”第451条规定的权利,应不因此而受影响。

第二节 地上权

一、绪说

(一) 物权的空间化及区分化

物权法的一项重大发展系物权的区分化及空间化,体现于建筑物的区分所有权及民法物权编修正增设的“区分地上权”。建筑物的“区分所有”,旨在使数人区分一建筑物而各专有其一部,就专有部分有单独所有权,并就该建筑物及其附属物之共同部分,除另有约定外,按其专有部分比例共有之,以促进土地利用价值,及明确当事人的权益关系。区分地上权旨在使得于他人“土地上下之一定空间范围内”设定有建筑物或其他工作物为目的的权利,例如,兴建高架铁路、地下街等,此种地上权的空间化,乃在适应土地利用由平面化趋于立体化,土地分层利用的发展。区分所有建筑物得设定地上权以取得使用基地的权利,在理论上此种作为区分所有建筑物基地的使用权亦得采设定“区分地上权”的方式(台湾实务

上尚不允许)。建筑物区分所有及地上权(包括区分地上权),改变了现代生活的条件、环境及景观。

(二) 地上权的法律构造

在民法规定的四种用益物权中,地上权最为重要:① 设定地上权登记件数最多;② 地上权系用益物权的典型,其若干规定得准用于农育权(第 850 条之 9)、不动产役权(第 859 条之 1、之 2)及典权(第 924 条之 2 第 3 项、第 927 条第 2 项)。地上权的重大发展,系其客体的“空间化”,即得于“土地上下一定之空间范围”设定地上权,形成“普通地上权”(第 832 条)及“区分地上权”(第 841 条之 1)两种使用他人土地的形态(次类型地上权),兹将其法律构造简示如下:

地上权	〈	普通地上权: 土地之上下(第 832 条至 841 条)	〉	特别规定(第 841 条之 1 至 5)
		区分地上权: 土地上下之“一定空间范围”		

基于前述地上权的法律结构,应说明的有二:

(1) 区分地上权非系一种新创的物权,乃是地上权之一种次类型,区分地上权与普通地上权的差异,不是质的不同,乃是量的差异,即以“土地上下之一定空间范围”为其权利的客体。在立法技术上亦可以合并“普通地上权及区分地上权”而设如下的规定:“称地上权者,谓以在他人土地之上下或土地上下之一定空间范围内有建筑物或其他工作物为目的而使用其土地之权。”

(2) 区分地上权既为地上权一种类型,乃量之差异,而非质之不同,从而除法律另有规定外,得准用普通地上权的规定(第 841 条之 6)。

(三) 地上权的机能及发展

在民法上的四种用益物权中,以地上权登记的件数最多,具有调剂土地“有”与“用”的重要社会经济机能,前已说明。关于其发展,应提出的有二:

(1) 地上权的修正。地上权的修正(尤其是增设区分地上权)将可促进社会经济发展,尤其是公共设施(捷运、高铁、高架道路、地下商场、下水道)多系采设定区分地上权而建造。

(2) 于国有非公用土地设定地上权。国有非公用土地,依“国有财产法”规定,原则上系以标售方式,提供无预定用途之空地,由得标人依都市计划等管制规定利用。惟已经改良或开发之土地,适于设定地上权者,依

“国有财产法”第47条第2项规定,“国有财产局”得拟定办法,在不移转所有权情形下,将政府土地提供需地建筑者使用,包括以设定地上权方式,提供政府土地与民间产业投资开发。此系政府非公用土地处理方式中极重要的突破,不但可以促进大面积土地有效利用,而且可增加政府收入,更可适应社会、经济发展的需要。

在“行政院”于1995年颁布“国有非公用土地设定地上权实施要点”前,“国有财产局”实际上以设定地上权处理政府非公用土地的案例仅有两个。自该实施要点订颁后,“国有财产署”随即配合于1996年度筹编岁出入预算积极推动招标设定地上权作业,该年度计标脱二案三笔住宅区土地。1997年至1998年度因相关预算未获“立法院”同意动支,无法执行,故无成果。经不断宣导、媒体的探讨暨奖励民间兴办公建设BOT方案相继推出,社会已渐能了解及接受此种土地处理方式,有助于推动于政府非公用土地设定地上权。

二、普通地上权

(一) 地上权的意义、机能及发展

1. 普通地上权的意义

(1) 法制史及比较法。^① 地上权为用益物权的一种,肇源于罗马法。按罗马法基于添附的原理,以地上权属于土地为原则(*superficies solo cedit*),购买地上物者,必须购买土地。因土地价值日昂,一般人民难以负荷,法官乃例外地承认得支付地租而在他人土地有建筑物的所有权,且得为继承及让与,以地上物所有权与土地所有权分离的法律技术创设了地上权。此种地上权制度其后为欧陆诸国民法(尤其是德国及瑞士)所继受。

《德国民法》原于第1012条至第1017条设有地上权(*Erbbaurecht*)的规定。第一次世界大战后,为适应重大社会经济需要,乃于1919年1月2日制定地上权条例(*Erbbaurechtsordnung*),并废除德国民法相关规定。地上权条例所规定的地上权系于他人(及自己)之土地的上,得有建筑物

^① Kunkel/Honsell, *Römische Recht*, 4. Aufl. 1987, S. 194; Watkin, *An Historical Introduction to Modern Civil Law*, 1991, pp. 256-264; 蔡胜雄:《地上权之沿革及其社会作用》,载《军法专刊》第36卷,第2期,第18页。

的权利,乃德国法上建筑物为土地重要成分原则的例外。此种地上权性质上为一种定限物权,得为让与继承,得作为抵押权的标的,得于地上权设定次地上权(Untererbbaurecht),适用关于土地所有权的规定,并有自己的登记簿册。第二次世界大战后,德国因资金短缺,为克制土地投机,地上权广被利用,具有经济及社会政策的意义。^①

值得注意的是,《日本民法》第265条规定:“地上权人于他人土地上以所有工作物或竹木为目的,而使用该地的权利。”在日本民法,土地及定着物为两个独立的不动产(《日本民法》第86条第1项)。地上权人对工作物(主要为建筑)有所有权。关于竹木的所有权,依《日本民法》第242条规定:“不动产之所有人,将他物附合于该不动产者,取得该物之所有权。但他人因权原而使该物附属之者,其权利仍可存在。”准此以言,在日本法上,地上权人对附合于他人不动产的竹木有所有权。^②

(2) 民法上的地上权

① 普通地上权的意义。“民法”第832条原规定:“称地上权者,谓在他人土地之上有建筑物,或其他工作物,或竹木为目的而使用其土地之权。”经修正为:“称普通地上权者,谓在他人土地之上下有建筑物或其他工作物为目的而使用其土地之权。”关于此项修正,应说明的有三:

A. 本条系关于普通地上权的定义性规定,以与“区分地上权”加以区别。在民法或本书凡称为地上权的,均指普通地上权而言。

B. 删除“或竹木”,其理由为民法物权编已增订第四章之一“农育权”,其内容包括以种植竹木为目的,为避免地上权与农育权的内容重复,地上权的使用目的仅限于有建筑物或其他工作物。

C. 将“土地上”修正为“土地之上下”,以免使人误解仅限于土地上设定地上权,学者通说及实务上见解均认为在土地上空或地下均得设定地上权。

② 使用他人土地的权利。据上述法制史及比较法的说明,可知“民法”第832条系采《日本民法》的立法例,认地上权系为使用他人土地之权,而非于他人土地上有附着物所有权之权。建筑物或其他工作物的所

^① 关于德国法上地上权,参见 Ingenstau, Erbbaurecht, 7. Aufl. 1994; 简要说明 Baur/Stürmer, Sachenrecht, S. 328ff. Müller, Sachenrecht, S. 565ff.; Brehm/Berger, Sachenrecht, S. 357ff.。中文数据,孙宪忠:《德国物权法》,第233页下。

^② 关于日本民法上的地上权的简要说明,参见林良平:《物权法》,第160页。

有权属于地上权人。地上权既为使用他人土地之权,故地上物(工作物或竹木)之有无,与地上权存续无关。先有地上物存在,固可设定地上权,无地上物存在,亦无碍于地上权的成立。地上物灭失后,地上权并不消灭,地上权人仍有依原定内容使用土地之权。

③ 土地的上下。新修正民法第 832 条所谓“在他人土地上下”,乃表示地上权系以土地为标的物,非谓地上权仅限于土地之上设定之。在土地上空(如建高架道路)或地下(如建地下街),均得为地上权(区分地上权)的设定。于不妨碍的范围内,在同一土地并得设定数地上权于不同之人。

地上权设定的范围,无须为一宗土地的全部,就一宗土地特定部分亦得设定地上权,于申请设定登记时,应提出位置图(“土地登记规则”第 108 条)。① 地上权之范围,不以建筑物或其他工作物等本身占用的土地为限,其周围的附属地,如房屋的庭院,或屋后的空地等,如在设定的范围内,不得谓无地上权之存在。②

④ 建筑物或其他工作物。地上权的使用目的,各国立法例不同,有为建筑物(如德国地上权条例明定为 Bauwerk),有为工作物或竹木(《日本民法》第 265 条)。“民法”第 832 条原定为建筑物或其他工作物或竹木,新修正规定删除“或竹木”,前已说明。

建筑物指定着于土地之上下,具有顶盖、墙垣,足以避风雨得供起居出入的构造^③,地下室亦包括在内。其他工作物,指建筑物以外的设施,如桥梁、隧道、高架陆桥或道路等交通设备;电线杆、铁塔、铜像、纪念碑、地窖等设施;池埤、水圳、堤防等。

(二) 地上权的取得

1. 甲与乙于某年 3 月 1 日约定于乙所有某地设定建筑地下停车场的地上权,地租若干,为期 20 年。半年后,甲请求乙办理地上权

① 法律问题:某人地上权权利范围依土地登记簿记载,为某号土地“所有权一部之 1/3”,其地上权范围如何?研究意见认为,地上权为使用他人土地之物权,其设定之范围,不必及于土地之全部,一宗土地之一部分,亦得设定之。然所设定之范围如何?应就各契约,考虑其工作物之状态及地上权设定之目的等,以为决定。本件土地登记簿上虽仅记载“所有权一部之 1/3”,于地上权之效力无影响,至其范围,应就实际情形认定之。[72.2.22(72)厅民一字第 119 号函复台高院]

② 参见“最高法院”1959 年台上字第 928 号判例。

③ 参见“建筑法”第 4 条,“最高法院”1974 年第六次民事庭会议决议(二)。

登记。乙以3月1日设定地上权的约定,未订立书面而拒绝之,有无理由?

2. 甲将其于乙所有的土地设定的地上权出卖予丙,并为移转登记。其后甲发现该买卖契约无效时,甲得对丙主张何种权利?

地上权的取得原因有二:①基于法律行为;②基于法律行为以外的事实规定。分述如下:

1. 基于法律行为而取得地上权

(1) 地上权的设定

①原因行为与物权行为。地上权的设定系地上权取得的最主要法律事实。其应区别的是原因行为及物权行为。例如,甲于3月1日与乙约定,在乙的土地设定以停车场为内容的地上权,每年地租若干(或乙于其遗嘱订定于某地设定地上权于甲)。此种设定地上权的约定(或遗嘱),系属债权行为。半年后,甲与乙(在遗嘱的情形,甲与乙的继承人)订立设定地上权的书面协议,并办理地上权登记(第758条),此为设定地上权的物权行为。此项的区别乃基于“民法”所采债权行为(负担行为)与物权行为(处分行为)分离理论,并适用于地役权等用益物权的设定,应予注意。

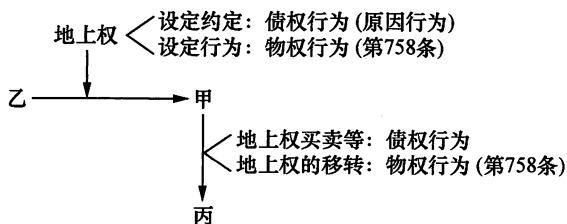
关于此种规范方式,“最高法院”1981年台上字第453号判例认为:“不动产抵押权之设定,固应以书面为之。但当事人约定设定不动产抵押权之债权契约,并非要式行为。若双方就其设定已互相同意,则同意设定抵押权之一方,自应负使他方取得该抵押权之义务。”就地上权言,其设定地上权的原因行为系属债权契约者,应适用新修正“民法”第166条之1规定:“契约以负担不动产物权之移转、设定或变更之义务为标的者,应由公证人作成公证书。未依前项规定公证之契约,如当事人已合意为不动产物权之移转、设定或变更而完成登记者,仍为有效。”准此而言,设定地上权债权契约系属要式行为。但须注意的是,鉴于此项增订规定对不动产交易造成重大影响,“民法债编施行法”第36条第2项条文(2000年5月5日公布)乃规定:“民法债编修正条文及本施行法修正条文自2000年5月5日施行。但‘民法’第166条之1施行日期,由‘行政院’会同‘司法院’另定之。”目前,设定地上权的债权契约并非要式契约,若双方就其设定已互相同意,则同意设定地上权之一方,自应负使他方取得该地上权的

义务。其以遗嘱为他人设定地上权者,应适用关于遗赠的相关规定(第1186条以下)。

② 得否于数宗土地设定一个地上权?值得提出的是,在《德国民法》,一个地役权得于数宗土地设定之,此于建筑物跨越数宗土地时具有实益。^①在现行法,地上权应于各宗土地设定之。又依《德国地上权条例》第10条规定,地上权仅能以第一顺位设定之,期能保持地上权的优先性,台湾“民法”无此规定。

③ 附期限与条件。设定地上权的物权行为得附期限,而使地上权有一定的存续期间。地上权的设定亦得附停止条件。比较法上有地上权不得附解除条件的立法例。^②“民法”无此限制。“最高法院”1933年上字第42号判例谓:“地上权因存续期间届满而消灭者,除契约另有订定外,地上权人固得依民法第840条第1项之规定,请求土地所有人按建筑物之时价为补偿。但地上权因解除条件成就而消灭者,不在同条规定之列,地上权人自无请求土地所有人收买建筑物之权。”明确认为地上权的设定得附解除条件。

(2) 地上权的让与。地上权得为让与(第838条第1项),于此情形,亦应区别债权行为与物权行为。例如,甲将其设定于乙所有土地的地上权出卖或赠与丙(债权行为、原因行为),并依法律行为(物权行为)而为移转(第758条)。兹为便于观察,将其所涉及的基本法律关系图示如下:



在甲与丙间让与地上权的情形,设其买卖契约不成立、无效或被撤销

^① Müller, Sachenrecht, S. 569.

^② 《德国地上权条例》第1条第4项第1款规定:“Das Erbbaurecht kann nicht durch auflösende Bedingung beschränkt werden(地上权不得因解除条件而制之)。”其订定解除条件者,该条件不生效力,地上权设定则为有效(BGHZ 52,271)。立法目的在于维持地上权的安定,以保障地上权人及其债权人的利益。参见 Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 340.

时,其移转地上权的物权行为虽不因此而受影响(物权行为无因性),但甲得依不当得利之规定(第179条),向丙请求返还其所取得的地上权(涂销地上权登记)。

2. 基于法律行为以外的事实而取得

基于法律行为以外的事实而取得地上权的主要事由有四:继承、时效取得、法定地上权、征收。分述如下:

(1) 继承。继承人自继承开始时,除本法另有规定外,承受被继承人财产上之一切权利、义务。但权利、义务专属于被继承人本身者,不在此限(第1148条)。地上权系属财产上权利,不具专属性,得为继承的标的。继承人为数人时,对该地上权成立准共同共有。因继承而取得地上权者,应经登记,始得处分(第759条)。

(2) 时效取得

地上权时效取得系实务上重要问题,案例甚多,其原因何在?就他人已登记的土地得否时效取得地上权?地上权时效取得应具有何种要件,由谁举证责任?建筑物非为合法建物时,得否时效取得地上权?如何办理登记?在办理登记前,土地所有人提出异议时,应如何处理?就公共物或耕地得否时效取得地上权?

① 时效取得地上权系实务上重要问题。地上权时效取得是物权法实务上最重要的问题,体现台湾土地使用问题及权利意识。旧“民法”第772条规定:“前四条于所有权以外财产权之取得,准用之。”产生争议是,其准用是否须以未登记的不动产为限。物权编修正第772条明定:“前五条之规定,于所有权以外财产权之取得,准用之。于已登记之不动产,亦同。”

“司法院”释字第291号及第451号解释强调:“时效取得制度,系为公益而设,依此制度取得之财产权应为宪法所保障”,此涉及“民法”相关规定的解释及法令的违宪审查。

② 时效取得地上权的要件及效果

A. 要件。依第772条准用第769条、第770条及第771条规定,依时效取得地上权须具备如下要件:

a. 占有他人之不动产,包括已登记及未登记的不动产。水利用地(排水沟间堤防用地)依法免于为所有权之编号登记,无从因时效之完成

而取得及请求登记其地上权。^①

b. “以行使地上权的意思”而占有他人之不动产：推定、举证责任。依时效取得地上权，须其有行使地上权之意思，“最高法院”1975年台上字第2552号判例认为：“地上权为一种物权，主张取得时效之第一要件须为以行使地上权之意思而占有，若依其所由发生之事实之性质，无行使地上权之意思者，非有变为以行使地上权之意思，嗣后亦非有‘民法’第945条所定变为以地上权之意思而占有，自不能本于‘民法’第772条准用同法第769条之规定，请求登记为地上权。”

须说明的是，无权占有他人土地建筑房屋，不当然即为以行使地上权之意思而占有。依“民法”第944第1项规定，占有人，原则上虽推定其为以所有之意思，善意、和平及公然占有，惟以取得他项财产权之意思行使其权利，则不在第944条第1项所定推定之列。又第943条规定：“占有人于占有物上行使之权利，推定其适法有此权利”，乃基于占有之本权表彰机能而生，并非具有使占有人取得权利之作用。该规定之旨趣在于免除占有人关于本权或占有取得原因之举证责任，并非使占有人因而取得本权或其他权利，且系指占有人就其所行使之权利，推定为适法，惟究系行使何权利而占有，则非法律所推定。故上诉人虽有和平公然无权占有系争土地以建筑房屋之事实，究不能因此推定系以行使地上权之意思而占有，应由主张以行使地上权意思者负举证责任。例如，上诉人所提出之户籍誊本、台北大安地政事务所函、电费及水费收据，充其量只能证明其居住于系争土地上，尚不能证明其系以行使地上权之意思而占有系争土地。上诉人主张其与被上诉人间无租赁或借贷关系，自系以行使地上权意思而占有云云，难以采信。^②

c. 时效期间。关于地上权时效取得的“时效期间”，准用第769条（20年间和平、公然、继续占有），第770条（10年间和平、公然继续占有，而其占有之始为善意并无过失）。关于取得时效之中断，准用第771条规定。

^① “最高法院”1976年台上字第255号判决。

^② 参见“最高法院”2000年台上字第589号、2000年台上字第982号、2001年台上字第856号判决。

B. 法律效果

a. 时效取得的登记程序。以行使地上权之意思,完成时效取得期间者,“得请求登记为地上权人”。在未经依法登记前,不得对抗所有人。占有人得单独声请地政机关为地上权的登记,所有人无协同办理登记之义务。

“土地登记规则”第 118 条:“ I. 土地总登记后,因主张时效完成申请地上权登记时,应提出占有土地四邻证明或其他足资证明开始占有至申请登记时继续占有事实之文件。 II. 前项登记之申请,登记机关审查证明无误应即公告。 III. 公告期间为 30 日,并同时通知土地所有权人。 IV. 土地所有权人在前项公告期间内,如有异议,依土地法第 59 条第 2 项规定处理。”依“土地法”第 59 条第 2 项规定,土地所有权人在前项公告期间,如有异议,应由该管地政机关调处之,不服调处者,应于接到调处通知后 15 日内,向司法机关诉请处理,逾期不起诉者,依原调处结果办理之。调处结果,若对占有人有不利,占有人对土地所有人提起之诉讼,即得请求该所有人容忍其办理地上权登记,以排除土地所有人之异议,使登记程序之障碍除去,以完成地上权登记(“最高法院”1993 年台上字第 3252 号判例)。

b. 所有人起诉请求占有人返还土地。在地上权时效取得要件具备前,土地所有人依“民法”第 767 条规定起诉请求占有人返还占有物者,占有人之地上权取得时效,亦因而中断(第 771 条准用)。

地上权时效取得要件具备后,土地所有人起诉主张所有物返还请求权(第 767 条)时,法院应如何处理?应分两种情形加以说明:

(a) 地政机关受理地上权登记的申请:因时效而取得地上权登记请求权者,不过有此请求权而已,在未依法登记为地上权人以前,仍不得据以对抗土地所有人而认其并非无权占有。惟于占有人主张因时效取得地上权登记请求权,向该管地政机关申请为地上权登记,并经地政机关受理。土地所有人始起诉请求占有人返还土地之情形时,为调和物权登记主义与时效取得地上权间之矛盾,受诉法院始就占有人是否具备时效取得之要件,为实体上之裁判(参照“最高法院”2003 年台上字第 1867 号判决)。

(b) 地政机关受理地上权登记的申请前:“最高法院”2003 年台上字第 1867 号判决谓:“上诉人系于被上诉人起诉后,始向地政机关为时效取得地上权登记之申请,既为原审认定之事实,则原审指法院毋庸就上诉人是否具备时效取得地上权之要件为实体审酌,自不违背法令。”但在此情

形,经占有人于该诉讼中系属依法提起反诉,请求确认其地上权登记请求权存在及命所有人容忍为地上权登记者,受诉法院均应就该占有人是否具备时效取得地上权之要件,为实体上裁判。(参照“最高法院”2007年台上字第2303号判决)。

③ 内政部颁布之“时效取得地上权登记审查要点”及其违宪审查

试阅读内政部颁布“时效取得地上权登记审查要点”,从“宪法”保障财产权的意旨,分析讨论以下两个问题:

- a. 时效取得地上权须否限于以“合法”建物为目的的他人土地?
- b. 共有人之一人或数人得否于共有物上因时效取得地上权?

时效取得地上权系实务上重要问题,迭生争议,“内政部”特于1988年8月17日订“时效取得地上权证记审查要点”(“内政部”台内地字第621464号函,阅读之!)。该审查要点有若干规定,发生违宪疑义,“司法院”大法官作成解释,事关财产权保障,具有重大意义,摘录如下,以便参照:

A. 释字第291号解释:违章建筑者,能否取得地上权?“大法官”释字第291号解释谓:取得时效制度,系为公益而设,依此制度取得之财产权为宪法所保障。“内政部”于1988年8月17日函颁之时效取得地上权登记审查要点第5点第1项规定:“以建物为目的使用土地者,应依土地登记规则第70条提出该建物系合法建物之证明文件”,使长期占有他人私有土地,本得依法因时效取得地上权之人,因无从提出该项合法建筑物之证明文件,致无法完成其地上权之登记,与宪法保障人民财产权之意旨不符,此部分应停止适用。至于因取得时效完成而经登记为地上权人者,其与土地所有权人间如就地租事项有所争议,应由法院裁判之,并此说明。

B. 释字第408号解释:耕地得否为时效取得地上权的客体?前开“时效取得地上权登记审查要点”第3点规定:“占有人有下列情形之一者,不得申请时效取得地上权登记:一、占有之土地属土地法第14条第1项定不得私有之土地。二、占有土地属农业发展条例第3条第11款所称耕地。三、占有土地供坟墓使用者。四、使用违反土地使用管制法令者。”其中第2项是否违宪,曾引起争议,“大法官”释字第408号解释认为其与宪法保障人民财产权之意旨,尚无抵触。

C. 释字第451号解释:共有物上的时效取得。前开“时效取得地上权登记审查要点”第5款规定,共有人不得就共有土地申请时效取得地上

权登记。“大法官”释字第451号解释认为,此项规定有违宪法保障人民财产权之本旨,应不予适用。解释再度强调时效制度系为公益而设,依取得时效制度取得之财产权应为“宪法”所保障。地上权系以在他人土地上有建筑物,或其他工作物,或竹木为目的而使用其土地之权,故地上权为使用他人土地之权利,属于用益物权之一种。土地之共有人按其应有部分,本于其所有权之作用,对于共有物之全部虽有使用收益之权,惟共有人对共有物之特定部分使用收益,仍须征得他共有人全体同意。共有物亦得因共有人全体之同意而设定负担,自得为共有人之一人或数人设定地上权。于共同共有之土地上为共同共有人之一人或数人设定地上权者亦同。共有人或共同共有人之一人或数人以在他人土地上行使地上权之意思而占有共有或共同共有之土地者,依“民法”第772条准用同法第769条及第770条取得时效之规定请求登记为地上权。

(3) 法定地上权。地上权依法律规定而发生的,称为法定地上权,其情形有二:

① 抵押物拍卖:“民法”第876条规定:设定抵押权时,土地及其土地上之建筑物,同属于一人所有,而仅以土地或仅以建筑物为抵押者,于抵押物拍卖时,视为已有地上权之设定,其地租、期间及范围由当事人协议定之,不能协议者,得声请法院以判决定之。(第1项)设定抵押权时,土地及其土地上之建筑物,同属于一人所有,而以土地及建筑物为抵押者,如经拍卖,其土地与建筑物之拍定人各异时,适用前项之规定(第2项)。

② 强制执行之拍卖:新增“民法”第838条之1规定:土地及其土地上之建筑物,同属于一人所有,因强制执行之拍卖,其土地与建筑物之拍定人各异时,视为已有地上权之设定,其地租、期间及范围由当事人协议定之,不能协议者,得请求法院以判决定之。其仅以土地或建筑物为拍卖时,亦同(第1项)。前项地上权因建筑物之灭失而消灭(第2项)。按“强制执行法”第75条第3项规定,办理强制执行应行注意事项40(7)明定土地及其土地上之建筑物,同属于一人所有,宜将土地及其建筑物,并予查封、拍卖。如未拍卖,致土地与其建筑物之拍定人各异时,因无从期待当事人依私法自治原则洽定土地使用权,为解决基地使用权问题,自应拟制当事人有设定地上权之意思,以避免建筑物被拆除,危及社会经济利益,特明定此时视为已有地上权之设定。如土地及其土地上之建筑物同属于一人所有,执行法院仅就土地或建筑物拍卖时,依前述同一理由,亦

宜使其发生法定地上权之效力。又法定地上权系为维护土地上之建筑物之存在而设,而该建筑物于当事人协议或法院判决所定期间内灭失时,即无保护之必要(“最高法院”1996年台上字第447号判例参照)。

(4) 征收取得地上权。“大众捷运法”第19条第1项及第2项规定,大众捷运系统因工程上之必要得穿越公私有土地之上空或地下,但应择其对土地之所有人、占有人或使用人损害最少之处所及方法为之,并应支付相当之补偿。于此情形,必要时主管机关得就其需用之空间范围协议取得地上权,协议不成时,准用征收规定取得之(请参阅同条第2项至第4项规定)。^①

3. 地上权的登记

(1) 设权登记与宣示登记。地上权的登记可分为两类:①依法律行为而取得地上权者,须经登记,始生效力(设权登记,第758条)。②依法律规定而取得地上权者,须经登记,始得处分(宣示登记,第759条)。关于登记程序请参阅相关规定(务请查阅“土地法”及“土地登记规则”)。

(2) 地上权登记誊本。为使读者对地上权登记实务有所认识,抄录两则地上权登记誊本如下,以供参阅(请参照相关法律规定):

① 地上权设定

台北市土地登记誊本(他项权利部) 大安区龙泉段二小段 0347-0000 地区

列印时间:2001年02月20日09时26分

页次:1

* * * * * 土地他项权利部 * * * * *

* 登记次序:0001-000

权利种类:地上权

收件年期:1956年

字号:古亭字第002529号

登记日期:1956年12月14日

登记原因:设定

权利人:

统一编号:Z121040363

^① “土地征收条例”第57条规定:“需用土地人因兴办第3条规定之事业,需穿越私有土地之上空或地下,得就需用之空间范围协议取得地上权,协议不成时,准用征收规定取得地上权。但应择其损害最少之处所及方法为之。前项土地因事业之兴办致不能为相当之使用时,土地所有权人得自施工之日起至完工后一年内,请求需用土地人征收土地所有权,需用土地人不得拒绝。前项土地所有权人原设定地上权取得之对价,应在征收补偿地价内扣除之。地上权征收补偿办法,由中央目的事业主管机关会同中央主管机关定之。”

住址:台北市城中区玖桥里16邻新生南路一段56巷2号

权利范围:全部

权利价值:新台币2420元整

存续期间:自1956年01月01日至1957年12月31日

地租:年租每坪依照政府规定地价10%计算

权利标的:所有权 标的登记次序:0002 0003 0004 0005 0006

设定权利范围:*****132.23平方公尺

设定义务人:

证明书字号:—古亭字号010387号

相关他项权利登记次序:0002-000

其他登记事项:以建筑改良物为目的

付租时间每年分三期分纳缴清每期于第一月中付清

② 因征收而取得地上权

台北市土地登记誊本(他项权利部)
大安区辛亥段四小段 0523-0001 地号

列印时间:2001年02月20日10时50分

页次:1

*****土地他项权利部*****

* 登记次序:0001-000

权利种类:地上权

收件年期:2000年

字号:大安字第039700号

登记日期:2000年03月01日

登记原因:征收

权利人:台北市

统一编号:0006300000

住址:(空白)

管理者:台北市政府捷运工程局

统一编号:01016607

住址:(空白)

权利范围:全部

权利价值:新台币*****3588000元整

存续期间:永久存续

地租:空白

权利标的:所有权

标的登记次序:0001

设定权利范围:本件地上权系设定于特定空间范围,其范围详位置图

设定义务人:黄则港

证明书字号:2000 北大字号 004826 号

相关他项权利登记次序:(空白)

其他登记事项:权利范围:本件地上权系设定于特定空间范围,其范围详位置图

本眷本仅系他项权利部别范本,详细权利状态请参阅全部眷本

大安眷字第 014650 号 (眷本列印完毕) 列印人员:林淑玉

资料管辖机关:大安地政事务所

(三) 地上权的期间

甲在乙的土地设定地上权,兴建摩天大楼,得否约定其地上权“永久存续”。其以“无期限”登记者,其存续期间如何?在时效取得地上权的情形,如何定其存续期间?

关于地上权的存续期间,“民法”无明文规定,应视当事人有无约定而定。分述如下:

1. 当事人定有存续期间

地上权的存续期间,依当事人的订定(如遗嘱)或约定。其期间长短,悉听当事人自由决定,无最长或最短的限制,盖尊重私法自治也。当事人得设定永久存续的地上权,此有助于促进土地的利用,符合地上权的社会功能,且无害于所有权的本质,应无禁止必要。于此情形,当事人间可订定适当标准以调整地租租额,必要时亦可依情事变更原则而为增减(第 835 条之 1),以维护租额的公平。

当事人以“无期限”字样登记,当属少见。如若有的,学说上有主张:“除有反证外,自应解为不定期,并非永久。”^①亦有认为应解为系永久存续。^②比较言之,以后说为可采,盖无期限不同于未定期限也。

2. 当事人未定有存续期间

旧“民法”第 834 条规定,地上权未定期限者,地上权得随时抛弃其权利,此不利于土地的长期利用,物权编修正特增设两个条文:

(1)“民法”第 833 条之 1:“地上权未定有期限者,存续期间逾 20 年或地上权成立之目的已不存在时,法院得因当事人之请求,斟酌地上权成立之目的、建筑物或工作物之种类、性质及利用状况等情形,定其存续期

^① 通说,郑玉波:《民法物权》,第 195 页。

^② 参见李肇伟:《民法物权》,第 253 页;姚瑞光:《民法物权》,第 151 页;谢在全:《民法物权论》(中),第 78 页。

间或终止其地上权。”立法理由系认地上权虽未定有期限,但非有相当之存续期间,难达土地利用之目的,不足以发挥地上权之社会机能。又因科技进步,建筑物或工作物之使用年限有日渐延长趋势,为发挥经济效用,兼顾土地所有人与地上权人之利益,爰明定土地所有人或地上权人均得于逾20年后,请求法院斟酌地上权成立之目的、建筑物或工作物之各种状况而定地上权之存续期间;或于地上权成立之目的不存在时,法院得终止其地上权。又此项请求系变更原物权之内容,性质上为形成之诉,应以形成判决为之。若地上权经设定抵押权者,法院得依“民事诉讼法”第67条之1规定告知参加诉讼,以保障抵押权人之权益。

(2)“民法”第833条之2:“以公共建设为目的而成立之地上权,未定有期限者,以该建设使用目的完毕时,视为地上权之存续期限。”修正理由强调公共建设(例如大众捷运、高速铁路等)为目的而成立的地上权,原即难以定其使用年限,乃增订本条明定以公共建设为目的而成立之地上权,以该建设使用目的完毕时,视为其存续期限。

3. 时效取得地上权的存续期间

因地上权时效取得完成,而登记为地上权者,其地上权的存续期间,由取得地上权人决定之,得登记一定期限、永久存续或无期限的地上权。

(四) 地上权的效力

请分别就“立法政策”及“现行法解释适用”两个层次思考以下问题:

1. 甲于乙所有的土地上设定已有地下街的地上权。其后发现该地已被丙无权占有时,试问甲得对丙主张何种权利?

2. 甲于乙所有的土地上设定已有建筑物的地上权。于乙将该地所有权出卖予丙时,甲得否主张优先购买权?于甲将建筑物出卖予戊时,乙得否主张优先承买权?

3. 甲将其于乙所有土地上设定的地上权让与他人,须否得乙同意?乙与甲订立排除让与的特约具何种效力?甲得否以地上权为标的设定抵押权,得否以特约排除之?又甲得否将设定地上权的土地出租予他人?

4. 地上权人得否将其地上权与建筑物分离而为让与,或设定其他物权?

地上权的效力,指因地上权而发生的权利义务关系,此可从地上权人方面加以观察。地上权人的权利主要为土地使用、收益及处分权,前者包括因占有土地为使用收益而发生的相邻关系,及为保障地上权人利益的土地优先承买权。地上权人的主要义务系支付地租。分述如下:

1. 地上权人的权利

(1) 土地的使用收益

① 使用收益的方法

地上权的设定在于使用他人土地。依新增“民法”第 836 条之 2 规定:“地上权人应依设定之目的及约定之使用方法,为土地之使用收益,未约定使用方法者,应依土地之性质为之,并均应保持其得永续利用。前项约定之使用方法,非经登记,不得对抗第三人。”之所以明定“永续利用”,乃在强调土地是人类生存的重要资源,土地之物尽其用与其本质维护,应力求平衡,不得为使其不能恢复原状的变更、过度利用或戕害其自我更新能力,以维护土地资源之永续利用。第二项规定地上权有约定使用方法者,其约定须经登记,方能构成地上权之内容,发生物权效力,足以对抗第三人,使土地及地上权之受让人或其他第三人(例如抵押权人),受其拘束。

又依所增第 836 条之 3 规定:“地上权人违反前条第一项规定,经土地所有人阻止而仍继续为之者,土地所有人得终止地上权。地上权经设定抵押权者,并应同时将该阻止之事实通知抵押权人。”本条系参照民法第 438 条的立法体例而制定。

② 占有土地,物上请求权及相邻关系

A. 占有土地。地上权的设定,不以交付土地为要件,然地上权既为使用土地的物权,为实现其内容,自有占有土地的必要,应受占有规定的保护(尤其是第 962 条)。

B. 物权请求权。“民法”第 767 条第 2 项规定,所有人的物权请求权于所有权以外之物权准用之,故地上权人亦得行使物权请求权。

C. 相邻关系。依“民法”第 800 条之 1 规定,第 774 条至第 800 条规定于地上权人亦准用之。

③ 土地优先承买权

“土地法”第 104 条第 1 项规定,基地出卖时,地上权人有依同样条件优先购买之权。故土地所有人出卖其土地时,应先通知地上权人;地上权

人接到出卖通知后 10 日内不表示优先购买与否,其优先权视为放弃。反之,土地所有人未通知地上权人而与第三人订立买卖契约者,其契约不得对抗地上权人(“土地法”第 104 条第 2 项)。^①立法目的在使土地与土地上的建筑物合归一人,以尽物之经济上效用。所谓“其契约不得对抗地上权人”,指该项优先承买权具物权效力。

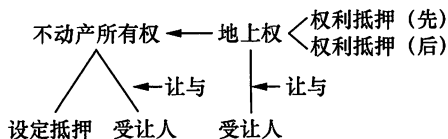
(2) 地上权人的处分权

地上权为财产权的一种,地上权人于不变更权利内容的范围内,得为处分,包括让与、设定抵押及转租土地。分述如下:

① 地上权的让与或设定抵押权:处分自由原则及限制

新修正“民法”第 838 条规定:地上权人得将其权利让与他人或设定抵押权。但契约另有约定或另有习惯者,不在此限(第 1 项)。前项约定,非经登记,不得对抗第三人(第 2 项)。值得特别指出的是,新增“民法”第 838 条第 3 项规定:“地上权与其建筑物或其他工作物,不得分离而为让与或设定其他权利。”之所以增设本项规定,系以地上权之社会作用,系在调和土地与地上物间之使用关系,建筑物或其他工作物通常不能脱离土地而存在,两者必须相互结合,方能发挥其经济作用。故地上权与其建筑物或其他工作物之让与或设定其他权利,应同时为之,以免地上物失其存在权源,有违地上权设置之目的。

须再提出的是,土地所有人设定地上权后,得将土地让与(或设定抵押权)于他人,但地上权不因此而受影响。地上权人亦得将其地上权或建筑物让与他人或设定抵押权。为便于观察,图示如下:



② 土地转租

地上权人得将地上物(如房屋)出租他人,亦得将其地上物连同土

^① 参见“民法”第 426 条之 2: I. 租用基地建筑房屋,出租人出卖基地时,承租人有依同样条件优先承买之权。承租人出卖房屋时,基地所有人有依同样条件优先承买之权。II. 前项情形,出卖人应将出卖条件以书面通知承买权人。优先承买权人于通知达到后 10 日内以书面表示承买者,视为放弃。III. 出卖人未以书面通知优先承买权人而为所有权移转登记者,不得对抗优先承买权人。

地,一并出租与他人,以收取法定孳息。在未有地上物之前,地上权人得否将土地转租他人?对此问题,虽有争论,但应采肯定说,其理由有二:

(1) 地上权重在土地的使用,例如,甲于乙所有土地设定已有停车场为内容的地上权,甲将该地出租予丙为同样的使用时,无害于乙的利益,而能使土地为最适使用,应无禁止的必要。

(2) 转租乃在促进物的利用,与所谓中间剥削无必然关连,不能以之作为禁止转租的理由。

地上权人得将土地转租他人,已如上述,其禁止或限制的特约,仅具债权效力,须经登记,始得对抗第三人。

2. 地上权人的义务

(1) 支付地租

地上权的设定得为有偿或无偿,依当事人的约定。实务上以有偿为常见。地上权设定有偿者,其对价称为地租。地租的支付系地上权人的主要义务。

① 地租的法律性质:债权约定及其物权化

地租因债权约定而发生,仅在当事人间发生效力。然地租乃实现地上权内容的负担,得经登记而物权化,具对抗第三人的效力。^① 以下分两种情形说明:

A. 地租未为登记:地上权让与时,地租支付义务不随同移转予受让人,仍存在于土地所有人与原地上权人之间。土地所有人仅能向原地上权人请求,而不能向新地上权人主张之。在土地所有权让与的情形,已发生的地租债权亦不随同移转,仅仅存在于原土地所有人与地上权人之间,仅原土地所有人得向地上权人请求之。

B. 地租业已登记:地租之约定经登记者,地上权让与时,前地上权人积欠之地租应并同计算。受让人就前地上权人积欠之地租,应与让与人连带负清偿责任(新增第 836 条第 2 项)。

② 地租之标的物、支付方法及租金的预付

地租之标的物通常为金钱,当事人得约定以金钱之外之物为给付。

^① 关于地租的性质,有单纯债之关系说,物上负担说及折中说,参见郑玉波(黄宗乐修订),《民法物权》第 321 页通说采折中说,认未经登记之地租,其性质为单纯之债务关系,已经登记的地租,则与地上权结合为一体,得对抗第三人。

租金的支付方法,亦依当事人约定,得为一次支付或分期支付。前者等于地上权的买卖,一次了结。后者,其支付时期由当事人约定。无约定者,依习惯。

“民法”第 836 条之 1 规定:“土地所有权让与时,已预付之地租,非经登记,不得对抗第三人。”未经登记时,仅发生债之效力,地上权人仍应向受让人支付地租,惟其得向让与人请求返还该预付部分。

③ 租额的决定及调整

地租金额的多寡,由当事人约定。在分期支付地租的情形,其租额的增减,当事人有约定时,依其约定。无约定时,应如何处理,分别情形说明如下:

租额的免除或减少。“民法”第 837 条规定:“地上权人,纵因不可抗力,妨碍其土地之使用,不得请求免除或减少租金。”立法理由谓:“地上权存续期间,类皆长久,虽因一时之不可抗力,妨及土地之使用,然他日仍得恢复之,应不许其请求免除地租或请求减少租额。若许请求,则不足保护土地所有人之利益,且有启人健讼之弊也。”但如因社会经济情形发生重大变动,非当时所得预料,而依其原有效果显失公平者,地上权人仍得声请法院减少其给付(第 227 条之 2)。

值得注意的是,新增“民法”第 835 条之 1 规定:“地上权设定后,因土地价值之升降,依原定地租给付显失公平者,当事人得请求法院增减之。未定有地租之地上权,如因土地之负担增加,非当时所得预料,仍无偿使用显失公平者,土地所有人得请求法院酌定其地租。”立法目的在于保障双方当事人权益,避免争议。

(2) 税捐负担

“土地税法”第 3 条第 1 项第 1 款规定:地价税或田赋之纳税义务人为土地所有权人。在地上权时,其纳税义务人仍为土地所有权人,有无地租,在所不问。在特定情形,主管稽征机关得指定使用人(如地上权人)负责代缴(“土地税法”第 4 条)。地上权人代缴税捐时,无论是否基于主管机关的指定,均得依无因管理或不当得利规定,向土地所有权人请求返还。

(五) 地上权的消灭及其法律效果

1. 地上权的消灭事由

地上权为不动产物权之一种,不动产物权的一般消灭原因,如当事人

间的合意、标的物灭失、混同及征收等,在地上权自亦均应适用。其属地上权消灭的特殊事由,则有存续期间届满、抛弃、因欠租被终止等,分述如下:

(1) 地上权存续期间届满

地上权定有存续期间者,其期间届满时,地上权当然归于消灭。^① 地上权期限届满后,地上权人仍继续为土地的用益时,是否发生更新的效果而成为不定期的地上权?对此实务上重要争议问题,应采否定说。^② 应说明者有三:

① 法律关系定有存续期间者,于期间届满时消灭。消灭后,除法律有更新规定,得发生不定期限外,原则上应不生更新的效果。

② “民法”第 451 条:“租赁期限届满后,承租人仍为租赁物之使用收益,而出租人不即表示反对之意思者,视为以不定期限继续契约。”于地上权并无类此规定。此一规定旨在保护承租人,对地上权无类推适用余地。

③ 在租用基地建筑房屋,而得由承租人请求出租人为地上权登记的情形(“民法”第 422 条之 1、“土地法”第 102 条),其为地上权之登记,不过加强租赁关系,二者自可并存,地上权消灭后,可本于原租赁契约主张援用“民法”第 451 条之规定。^③

(2) 地上权的抛弃

地上权为财产权的一种,本着财产权得自由抛弃的原则,地上权人得抛弃之。民法就地上权有无地租的约定,而设其规定:

① 无地租地上权,得随时抛弃。新修正“民法”第 834 条规定:“地上权无支付地租之约定者,地上权人得随时抛弃其权利。”无支付地租之地上权,无论是否定有期限,地上权人抛弃其权利,盖对于土地所有人有利而无害也。又从保障土地所有人之利益言,纵有不同之习惯,亦得为抛弃。

① 参见“法务部”法 79 律字第 16410 号函:“按定有存续期间之地上权,于期限届满时,地上权当然消灭(“最高法院”1980 年第七次民事庭会议决议参照)。故“土地法”第 104 条第 1 项有关地上权人享有基地优先承买权之规定,须于基地出卖时该地上权尚属存续期间,始有其适用。如该地上权已因期限届满而消灭,纵尚未依“土地登记规则”第 131 条规定之程序办理地上权涂销登记,原地上权人既已不再享有地上权,自不得依土地法前开规定主张优先承买权。”

② 参见“最高法院”1981 年台上字第 3678 号判例。

③ 参见“最高法院”1975 年第五次民事庭庭推总会决议(五)。

② 有地租地上权的抛弃。关于有地租地上权的抛弃,新修正“民法”第 835 条设 3 项规定:

A. 定有期限。地上权定有期限,而有支付地租之约定者,地上权人得支付未到期之 3 年分地租后,抛弃其权利(第 1 项)。此系为保障土地所有人的利益。至残余之地上权期限不满 3 年者,即无此项规定之适用,仅应支付残余期间之地租,自不待言。

B. 未定有期限。地上权未定有期限,而有支付地租之约定者,地上权人抛弃权利时,应于 1 年前通知土地所有人,或支付未到期之 1 年地租(第 2 项)。

C. 归责事由。因不可归责于地上权人之事由,致土地不能达原来使用之目的时,地上权人于支付前两项地租 1/2 后,得抛弃其权利;其因可归责于土地所有人事由,致土地不能达原来使用之目的时,地上权人亦得抛弃其权利,并免支付地租(第 3 项)。此适用于定有期限及未定有期限两种情形,立法意旨系为兼顾土地所有人及地上权人双方之利益,其危险应由双方平均负担。至土地所有人因负有消极容忍地上权人使用土地之义务,是以如因可归责于土地所有人事由,致不能达地上权原来使用土地之目的时,地上权人已无法行使权利,此际应许其免支付地租,无条件抛弃地上权,始为公允。

(3) 地上权的终止

法律性质、终止的要件及行使。地租系使用他人土地的对价,攸关土地所有人利益甚巨,新修正“民法”第 836 条第 1 项规定:“地上权人积欠地租达二年之总额者,除另有习惯外,土地所有人得定相当期限催告地上权人支付地租,如地上权人于期限内不为支付,土地所有人得终止地上权。地上权经设定抵押权者,并应同时将该催告之事实通知抵押权人”。第 3 项:“终止,应向地上权人以意思表示为之。”第 2 项:“地租之约定经登记者,地上权让与时,前地上权人积欠之地租应并同计算。受让人就前地上权人积欠之地租,应与让与人连带负清偿责任。”关于本条解释适用,应注意者有五:

① 法律性质:强行规定。本条旨在保护土地所有人,并兼顾地上权人利益,应解为系强行规定。当事人约定积欠地租未达 2 年之总额,土地所有人即可终止其地上权者,其约定无效。其约定积欠地租须超过 2 年之总额,土地所有人始得终止者,有利地上权人,且不违背保护地上权人

的立法意旨,应属有效。

② 撤销修正为终止。旧“民法”第 836 条规定,地上权人得“撤销”其地上权,然依“民法”第 114 条规定,法律行为经撤销者,视为自始无效。惟本条所谓撤销地上权,并无溯及效力,仅系向将来发生消灭效力,其性质应为终止权,特将本条“撤销”二字修正为“终止”。

③ 地上权终止的要件。

A. 积欠租金达 2 年之总额。所谓积欠租金达 2 年的“总额”,指多年积累额而言,非以连续 2 年未付租金为限。此项积欠租金的给付迟延,须因可归责于地上权人的事由。所谓“另有习惯”,衡诸本条规范意旨,应系指有利于地上权人的习惯,而非指积欠地租不达 2 年总额,即可终止的习惯。

B. 定期催告。为顾及地上权人利益,通说认为应类推适用“民法”第 440 条第 1 项规定,即土地所有人须定期催告,地上权人逾期仍不为支付时,土地所有人始得终止地上权。^① 此乃行使终止权的正当程序,物权编修正加以明文规定,诚值赞同。

④ 终止权的行使。

A. 终止的意思表示:此项地上权的终止,应由土地所有人向地上权人以意思表示为之,乃有相对人的单独行为,具形成权的性质,无须以诉讼为之。地上权的终止系依法律行为使不动产物权消灭,非经登记,不生效力(第 758 条)。

B. 通知抵押权人:其地上权经设定抵押权者,为保障抵押权人之权益,土地所有人于催告地上权人时,应同时将催告之事实通知抵押权人,俾抵押权人得以利害关系人之身份代位清偿,使地上权不被终止。此项通知非属行使终止权的要件,土地所有人如违反本条规定不予通知时,则对抵押权人因此所受之损害,应负损害赔偿之责。

⑤ 地上权的终止与物权契约的解除。“最高法院”1932 年上字第 476 号判例谓:“地上权于有‘民法’第 836 条所定情形时,土地所有人虽得撤销之,而其设定地上权之物权契约,要无请求解除之可言。”对此判例,应说明的是关于地上权的取得,应分别约定设定地上权的债权契约及

^① “司法院”院解字第 3489 号解释、“最高法院”1979 年台上字第 777 号判例;姚瑞光:《民法物权论》,第 158 页;谢在全:《民法物权论》(中),第 85 页。

设定地上权的物权契约,前已论及。在民法上,其得解除者,限于债权契约(第 259 条以下),并不包括物权契约。

(4) 约定消灭事由的发生

地上权当事人间得约定地上权特定消灭事由,如建筑物灭失时地上权即消灭。实务上认地上权的设定行为得附解除条件,则于解除条件成就时,地上权失其效力。

(5) 第三人的时效取得

关于第三人时效取得所涉及地上权的消灭,分三点加以说明:

① 地上权为财产权之一种,其本身得为时效取得的客体(第 772 条)。于此情形,原地上权归于消灭。

② 地上权人不占有使用其土地时,第三人得因时效取得地上权,但仅得请求登记为地上权人。在原地上权仍然继续存在的情形,因同一土地不许有内容不兼容的地上权,故时效取得地上权之人无从为地上权的登记。时效取得地上权人不得排除原有地上权,使其消灭,乃属当然。

③ 第三人因时效取得土地所有权,系属原始取得,所有权上不容许再有旧的负担继存在,原设定的地上权应归消灭。

2. 地上权消灭的法律效果

地上权消灭时,在立法政策上应如何处理建筑物或其他工作物?其处理方式应如何兼顾当事人利益及社会经济(资源利用)?应否因地上权消灭事由(终止,存续期间届满)而设不同的规定。在地上权因欠租而被终止时,其建筑物或其他工作物应如何处理?

(1) 规范模式

地上权消灭时,其发生的法律效果,除涂销地上权登记,地上权人应返还其占有的土地外,其主要问题在于如何处理工作物或建筑物。此涉及地上权人及土地所有人的利益冲量、利益及社会经济(资源利用),台湾民法系区别地上权消灭原因,于“民法”第 839 条及第 840 条设如下的规范模式,并准用于区分地上权(第 841 条之 6)、农育权(第 850 条之 7 第 2 项)、不动产役权(第 859 条之 1),特列表如下:

法律效果		项目	法律 规定	工作物	
				建筑物	其他工作物
消灭事由 (除 存续期 间届满 者外)	地上 权人	第 839 条	地上权人得取回其工作物,但应恢复土地原状(第 1 项)。地上权人不于地上权消灭后 1 个月内取回其工作物者,工作物归属于土地所有人。其有碍于土地之利用者,土地所有人得请求恢复原状(第 2 项)		
	土地 所有人	第 839 条	地上权人取回其工作物前,应通知土地所有人。土地所有人愿时价购买者,地上权人非有正当理由,不得拒绝(第 3 项)定 1 个月期间		
存续期 间届满	土地 所有人	第 840 条	1. 地上权人得请求土地所有人按建筑物时价为补偿(第 1 项)时价依协议,或由法院裁定(第 3 项) 2. 土地所有人拒绝补偿之请求或不确答者,地上权期间应酌量延长之(第 2 项),延长期间依协议,或由法院以判决定之(第 4 项)地上权人不愿延长者,不得请求补偿(第 4 项、第 5 项)		适用 第 839 条
	地上 权人	第 840 条	3. 地上权人拒绝延长者,不得请求补偿,应适用第 839 条 I 项规定		

(2) “民法”第 839 条之一般规定

① 适用范围

关于地上权消灭后法律效果,“民法”第 839 条规定,除“民法”第 840 条地上权因存续届满而消灭关于建筑物的特别规定外,均有适用余地,因此于地上权因终止、抛弃而消灭,或地上权因存续期间届满而消灭关于建筑物以外其他工作物的处理,均应适用第 839 条规定。

② 地上权人的权利与义务

A. 取回权及恢复原状义务。土地上工作物的所有权属于地上权人,地上权消灭时,地上权人取回其工作物(搬离或拆除)(第 839 条第 1 项),但应恢复土地原状,工作物包括建筑物在内。

B. 不取回工作物的法律效果。地上权人不于地上权消灭后 1 个月内取回其工作物者,工作物归属于土地所有人。其有碍于土地之利用者,土地所有人得请求恢复原状(第 839 条第 2 项)。此项工作物归属于土地所有人,系基于法律规定,不以办理登记为要件,但应经登记,始得处分(第 759 条)。

③ 土地所有人的购买权。地上权人取回工作物前,应通知土地所有人。土地所有人愿以时价购买者,地上权人非有正当理由不得拒绝。地上权人拒绝时,土地所有人得诉请法院为裁判。

(3) “民法”第 840 条:地上权因存续期间届满而消灭时关于建筑物的义务及权利

① 地上权人对建筑物时价补偿请求权

A. 建筑物时价补偿请求权。“民法”第 840 条第 1 项规定:“地上权人之工作物为建筑物者,如地上权因存续期间届满而消灭,地上权人得于期间届满前,定一个月以上之期间,请求土地所有人按该建筑物之时价为补偿。但契约另有约定者,从其约定。”立法目的在于维护地上权人的利益。之所以规定“定 1 个月以上之期间”,乃在尽速确定关于该建筑物法律关系。至于地上权人所定 1 个月以上期间之末日,不得在地上权存续期间届满之日之后,乃属当然。所谓:“按该建筑物之时价为补偿”,实乃以时价购买建筑物,关于建筑物所有权的移转,尚须以书面订立物权契约,依“民法”第 840 条第 3 项规定:“第一项之时价不能协议者,地上权人或土地所有人得声请法院裁定之,土地所有人不愿依裁定之时价补偿者,适用前项规定。”此项法院为时价的裁定,性质上系非讼事件(如同“非讼事件法”第 182 条第 1 项有关收买股份份额之裁定)。所称“前项”之规定,指第 2 项关于延长地上权期限的规定。

B. 适用范围及要件。地上权人补偿请求权应具两个要件:补偿对象限于建筑物;须地上权因存续期间届满而归于消灭。地上权因其他原因,如因欠租而被终止、抛弃,或因解除条件成就等原因而消灭时,均无本条的适用。^①于此情形,应适用民法第 839 条规定,由地上权人取回(拆除)建筑物,或由土地所有人行使购买权。

C. 契约优先原则。“民法”第 840 条第 1 项但书规定:“但契约另有约定者,从其约定。”即关于建筑物的处理方式,任由当事人依其约定为之,无论将建筑物归由土地所有人无偿取得,由地上权人取回,或由地上权人保有建筑物而成立土地租赁关系,均无不可。此项但书规定甚属合理而必要,盖

^① 参见最高法院 1943 年上字第 2588 号(抛弃);1933 年上字第 42 号(解除条件成就):“地上权因存续期间届满而消灭者,除契约另有规定外,地上权人因得依“民法”第 840 条第 1 项之规定,请求土地所有人按建筑物之时价为赔偿。但地上权因解除条件成就而消灭者,不在同条规定之列。地上权人应无请求土地所有人收买建筑物之权。”

私法自治最能有效处理此项资源利用问题。准此以言,此项契约约定优先原则应不限于本项所定情形,对第 839 条所定情形,亦应适用之。

D. 同时履行抗辩权? “民法”第 840 条第 1 项规定,地上权人之工作物为建筑物者,如地上权因存续期间届满而消灭,土地所有人应按该建筑物之时价为补偿。此与土地所有权人请求涂销地上权登记系属二事,互无对价关系,地上权人不得执此主张同时履行抗辩权。^①

② 地上权期间的延长

“民法”第 840 条第 2 项规定:“土地所有人拒绝地上权人前项补偿之请求或于期间内不为确答者,地上权之期间应酌量延长之。地上权人不愿延长者,不得请求前项之补偿。”分两点加以说明:

A. 依第二项延长期间者,其期间由土地所有人与地上权人协议定之,不能协议者,得请求法院斟酌建筑物与土地使用之利益,以判决定之。(第 840 条第 4 项)。此项请求,应依民事诉讼程序行之,性质上系形成之诉,法院酌定期间之判决,为形成判决。

第 840 条第 5 项规定:“前项期间届满后,除经土地所有人与地上权人协议者外,不适用第一项及第二项规定。”此项规定旨在表示:依第四项延长期间,以一次为限,故于延长之期间届满后,不再适用第一项及第二项之规定,俾免反复绵延;但如土地所有人与地上权人另达成协议延长地上权期间者,当尊重其协议。

B. 地上权人不愿延长者,不得请求第一项规定的补偿,于此情形,应有第 839 条规定的适用。

(4) 地上权上的第三人权利

地上权的消灭尚涉及地上权上的第三人权利,分就以地上权为标的而设定的抵押权(权利抵押权),及设定地上权土地的转租、建筑物的出租两种情形说明如下:

① 设定权利抵押权

于此情形,应认其设定的权利抵押权随同地上权的消灭而消灭。此于地上权因欠租而被终止的情形,亦适用之,其理由有三:

A. 地上权消灭后,标的物既已不存在,抵押权应随之俱逝。

B. 抵押权人于设定抵押权时应能预知地上权得因法定事由而消灭,

^① 参见“最高法院”1990 年台上字第 2623 号判例。

应自行承担其危险。

C. 在地上权因欠租而被终止的情形,抵押权人得代缴地租(第 871 条),自有保全其抵押权之道。

须注意的是,在地上权已为抵押权之标的物,其抛弃地上权未经抵押权人同意者,对抵押权人不生效力,抵押权仍继续存在。此项原则于当事人合意消灭地上权的情形,亦适用之。

② 土地的转租或建筑物的出租

地上权人得将设定地上权的土地转租于第三人,前已论及。地上权人出租建筑物(房屋)者,甚属常见。在此等情形,第三人的权利原则上因地上权消灭(如地上权期间届满)而消灭。述保护抵押权人作同一解释,可资参考。

三、区分地上权

何谓区分地上权,如何设定、登记?如何规定不同于普通地上权,以发挥其功能的内容?在同一土地上先设定普通地上权后,得否再设定区分地上权;先设定区分地上权后,得否再设定普通地上权,如何定其优先次序?

(一) 区分地上权的意义、功能及发展

1. 意义

新增订“民法”第 841 条之 1 规定:“称区分地上权者,谓以在他人土地上下之一定空间范围内设定之地上权。”

此种地上权系一定他人“土地上下之一定空间范围内”为客体,学上有称为部分地上权、制限地上权、阶层地上权、空间地上权等,民法明定为区分地上权,乃在显示此种以土地立体的区分空间部分为对象,所设定权利的特色。所谓“一定空间范围内”,在文义上指两个平行空间,但宜解释为包括仅有上限范围或下限范围,以贯彻区分地上权促进土地分层利用的立法意旨。

2. 功能及发展

民法增设区分地上权,系由于人类文明之进步,科技与建筑技术日新月异,土地之利用已不再局限于地面,而逐渐向空中与地下发展,由平面化而趋于立体化,产生土地分层利用之必要。学上说上早就从事区分地上权的

研究^①,实务上亦采肯定见解^②,有关公共设施及重大建设为使用地上或地下空间亦明定得设定或征收地上权,民法物权编修正增设“区分地上权”,建立了必要的法律基本架构,实有助于促进土地立体空间的分层使用。

(二) 区分地上权的取得与登记^③

区分地上权的取得方法,同于普通地上权,得依法律行为设定、让与、继承或征收(“土地征收条例”第57条)。其依法律行为(物权行为)设定区分地上权时,须经登记,始生效力(第758条)。此项登记,首须测量,测量须有一定的基准。在日本系以东京湾为基准,在台湾系以基隆海面为基准,例如自基隆平均海面上××公尺至上××公尺间,但海平面会有变动,为测量便利,亦得以地面上之特定点为基准测量区分空间的范围,由于测量的计算机化,在技术上应该可以处理,此有赖登记实务的完善。

(三) 区分地上权的排他性及优先效力

甲在其土地设定区分地上权予乙后,甲得否再在该地设定普通地上权,区分地上权或租赁,如何定其优先次序?试就物权排他性及优先效力的理论及立法政策加以分析讨论。

1. 问题说明

物权具有排他性及优先效力。原则上在同一标的物上不能成立两个内容不兼容的物权(例如两个所有权),其得成立两个得相容的物权时,依成立时间先后定其次序(例如数个抵押权,“民法”第865条)。于用益

① 关于区分地上权的理论实务及对修正草案的分析检讨,参见杨与龄:《论分层地上权》,载《法令月刊》第38卷,第6期(1976年6月),第3页;邱万金:《区分地上权制度》,载《经社法制论丛》第4期(1978年7月),第231页;陈铭利:《我国区分地上权制度之递嬗》,载《军法专刊》第47卷,第11期(1989年11月),第4页;温丰文:《空间权之法理》,载《法令月刊》第39卷,第3期(1976年3月),第7页;吴佩君:《区分地上权之探讨》,载《月旦法学》第69期(2001年2月),第101页。

② 参见“最高法院”1985年台上字第379号判决:“地上权,固以在他人土地上有建筑物或其他工作物或竹木为目的,而使用其土地之权。惟所谓在他人土地上有建筑物,并非单指建筑物与土地直接接触者而言。凡以在他人土地上有建筑物为目的而使用其土地者,不论建筑物系直接或间接的与土地接触,均得设定地上权。尤以现今二层以上之房屋,各层房屋所有权,类多分为数人所有,虽对于房屋之基地多为共有,然上层房屋则在底层房屋之上,与土地并无直接占有关系,而对于土地所有权之行使,与土地并无直接占有关系,而对于土地所有权之行使,则无任何影响。同理,房地为一人所有,就房屋基地(上空)为第三人设定地上权,由其在顶层上建筑房屋使用,自非法所不许。上诉人辩称:被上诉人房屋非与土地直接接触,不合于设定地上权规定,自属误会。”

③ 参见陈立夫:《区分地上权之登记》,载《月旦法学教室》试刊号(2002年9月),第24页。

物权,在同一土地上不能成立两个普通地上权,因同须占有土地,不能相容也。但在同一土地上得成立数个内容兼容的不动产役权(例如汲水不动产役权、通行不动产役权、眺望不动产役权)。问题在于区分地上权得否与其他用益权并存,如何定其次序,例如在同一土地设定普通地上权后,得否再设定区分地上权,或设定区分地上权后,得否再设定普通地上权?此乃区分地上权立法上的重要课题。

2. “民法”第 841 条之 5 规定

第 841 条之 5 规定:“同一土地有区分地上权与以使用收益为目的之物权同时存在者,其后设定物权之权利行使,不得妨害先设定之物权。”本条规定甚为简洁,立法理由作有较详细的说明:

(1) 基于区分地上权系就土地分层立体使用之特质,自不宜拘泥于用益物权之排他效力,是土地所有人于同一土地设定区分地上权后,宜许其得再设定用益物权(包括区分地上权),反之,亦然,以达土地充分利用之目的。此际,同一不动产上用益物权与区分地上权同时存在,自应依设定时间之先后,定其优先效力,亦即后设定之区分地上权或其他用益物权不得妨害先设定之其他用益物权或区分地上权之权利行使。

(2) 区分地上权(或用益物权)若系获得先存在之用益物权(或区分地上权)人之同意而设定者,后设定之区分地上权(或用益物权)则得优先于先物权行使权利,盖先物权人既已同意后物权之设定,先物权应因此而受限制。再所谓同一土地,乃指同一范围内之土地,要属当然。

3. 分析讨论

兹参照物权效力一般原则、“民法”第 841 条之 5 规定及立法说明,分三点加以阐释:

(1) 立法原则

“民法”第 841 条之 5 系为促进土地分层使用的目的,而为规定,立法说明强调不宜拘泥于用益物权的排他效力,此项立法原则基本上可资赞同。

(2) 并存性的肯定

① 土地所有人于同一地上设定区分地上权后,得再设定其他用益物权,例如普通地上权,解释上亦得成立租赁关系。

② 地上权人于同一土地上设定普通地上权后,亦得再设定区分地上权。

(3) 优先效力的次序

① 原则。同一土地上区分地上权与其他用益物权(普通地上权、区

分地上权)同时存在时,依设定时间先后,定其先后次序,亦即后设定的区分地上权或其他用益物权不得妨害先设定的区分地上权或其他用益物权。此乃物权优先效力一般原则的调整。

② 例外。立法说明谓:区分地上权(或用益物权)若系获得先存在之用益物权(或区分地上权)人之同意而设定者,后设定之区分地上权(或用益物权)则得优先于先物权行使权利。其理由为:“盖先物权人既已同意后物权之设定,先物权应因此而受限制。”对此应说明者有二:

A. 说明理由的见解系采草案第 841 条之 1 第一项规定:“地上权得在他人土地上下之一定空间范围内设定之。”第 2 项规定:“前项设定范围,如第三人有使用收益权或有以该使用收益权为标的之物权者,应得其同意。”此项草案未为修正物权法所采,改由立法说明加以表明,但此为物权效力优先原则的例外,不应由“立法理由”代替法律明文规定。

B. 立法说明强调:“盖先物权人既已同意后物权之设定,先物权应因此而受限制”,似认为此为当然之理。问题在于现行物权法上并无此项当然自明的原则,当事人约定相冲突,具排他性的物权(例如两个普通地上权),地政机关应不会因先权利人同意而许其登记。纵认得为此项同意,亦仅具债权效力,非经登记,亦不生物权效力。

(四) 区分地上权人与相邻使用收益权人的关系

甲在其所有土地设定地上权(普通地上权、区分地上权、农育权、不动产役权)予乙,乙得否与其相邻土地的所有人(或承租人)约定互相使用收益的限制?此项约定得否因登记而具有对抗第三人的效力?试就现行规定加以分析讨论。

1. 相邻关系规定的准用

“民法”第 800 条之 1 规定,第 774 条至第 800 条之规定,于地上权人,准用之,所称地上权人包括普通地上权人及区分地上权人,是相关关系的规定于区分地上权人与相邻使用收益人(包括其他地上权人)间亦得准用或类推适用之。例如,地下街区分地上权人于他人之土地有瓦斯、热气、振动侵入时,得禁止之(准用第 793 条)。土地上区分地上权的建筑物或其他工作之全部或一部有倾倒,致土地下区分所有权的使用收益有受损害之虞者,地下区分所有人得请求为必要的预防(准用第 795 条)。

2. 债之约定及其拘束力

(1) “民法”第 841 条之 2 规定

新修正“民法”第 841 条之 2 规定：“区分地上权人得与其设定之土地上下有使用、收益权利之人，约定相互间使用收益之限制。其约定未经土地所有人同意者，于使用收益权消灭时，土地所有人不受该约定之拘束。前项约定，非经登记，不得对抗第三人。”其立法理由为：

① 区分地上权呈现垂直邻接状态，具有垂直重力作用之特性，与平面相邻关系不同。为解决区分地上权人与就其设定范围外上下四周之该土地享有使用、收益权利之人相互间之权利义务关系，爰于第 1 项前段明定得约定相互间使用收益之限制。此项限制，包括限制土地所有人对土地之使用收益，例如，约定土地所有人于地面上不得设置若干吨以上重量之工作物或区分地上权人工作物之重量范围等。又与土地所有人约定时，土地所有权人自应受该约定之拘束，仅于与其他使用权人约定时，始发生该约定是否须经土地所有人同意及对其发生效力与否之问题，爰增订后段规定。至所谓使用收益权，包括区分地上权与普通地上权均属之。

② 前项约定经登记者，方能发生物权效力，足以对抗第三人，故土地及地上权之受让人或其他第三人（例如抵押权人），当受其拘束。

(2) 分析讨论

关于“民法”第 841 条之 2 第 2 项规定得分三个层面加以分析检讨：

① 债权约定，契约自由。本诸契约自由原则，区分地上权人（或普通地上权人等），均得与其他使用收益权利之人，约定相互间使用之限制，“民法”第 841 条之 2 第 1 项前段旨在宣示此项契约自由原则。

② 土地所有人的同意及受拘束。区分地上权人与其他使用收益权之人关于相互使用收益限制的约定，不必得设定区分地上权的土地所有人的同意。第 841 条之 2 第 1 项后段规定：“其约定未经土地所有人同意者，于使用收益权消灭时，土地所有人不受该约定之拘束。”反面推论之，其约定经土地所有人同意者，于使用收益权消灭时，土地所有人须受该约定之拘束。

③ 债权约定的物权效力

A. 债权约定的物权化。“民法”第 841 条之 2 第 2 项规定：“前项约定，非经登记，不得对抗第三人。”此为债权约定物权化的规定，使用收益限制的债权约定，可依登记而取得物权的效力，以对抗第三人（包括善意

第三人),其未经登记时,则不得对抗第三人(包括明知该项约定的恶意第三人)。

“民法”修正增设此类物权关系债权约定物权化规定的,尚有第 826 条之 1 第 1 项、第 836 条之 1、第 836 条之 2 等,为便于观察简列如下:

条文	规定/内容
第 826 条之 1 第 1 项	不动产共有人间关于共有物使用、管理、分割或禁止分割之约定,于登记后对于应有部分之受让人或取得物权之人,具有效力
第 836 条之 1	在设定地上权,土地所有权让与时,已预付之地租,非经登记,不得对抗第三人
第 836 条之 2 第 2 项	地上权人应依设定之目的及约定之使用方法为土地之使用收益。此项约定之使用方法,非经登记,不得对抗第三人
第 836 条之 1、2 第 2 项的准用	准用于农育权(第 850 条之 9)、不动产役权(第 859 条之 2)
第 841 条之 2 第 2 项	区分地上权人得与其设定之土地上下有使用、收益权利之人,约定相互间使用收益限制。此项约定非经登记,不得对抗第三人

B. 学说上的评论。关于“民法”第 841 条之 2 其约定得因登记而对抗第三人规定,学说上发生争议,有认为此等规定以物权关系之债权约定为登记对象,并采登记对抗要件,与传统不动产物权系以“不动产物权”为登记对象,采生效要件不同,逸出了台湾土地登记制度权利登记制之范畴,而遁入了契据登记制的领域,将对土地登记制度造成重大冲击,而且因物权关系之债权约定,只要不违反强制规定或禁止规定,均得为之,其内容可谓五花八门,举凡采光、日照、通行、通风、排水、排气、管线、安全等使用限制,均可约定,这对机械式之登记作业将是非常严峻之考验。因此,这些规定是否妥当,不无斟酌之余地。^①

^① 参见温丰文:《论区分所有权——以探讨民法物权编修正草案之规定为主》,载《台湾本土法学》第 105 期(2008 年 4 月),第 115 页。关于权利登记制与契据登记制,温丰文教授作有简要说明。台湾土地登记制度采权利登记制,具有下列特色:(1)以登记为生效要件。(2)实质审查。(3)登记具有公信力。(4)登记簿采物的编成主义。(5)登记不动产静的状态。(6)契据登记指不动产物权变动,经当事人订立契据,即生效力,但非经登记不得对抗第三人。登记机关所登记者是契据(契约书)内容,而非权利变动。其主要特色为:(1)以登记为对抗要件。(2)形式审查。(3)登记无公信力。详见温丰文:《土地法》,2007 年版,第 153 页以下。

C. 分析说明

a. 现行法采物权法定(类型及内容)及权利登记制度,物权关系上的债权约定“得因登记具对抗第三人的效力”,固具缓和物权法定的作用,但债权约定的物权化的创设,须有维护物权关系及当事人利益交易安全的必要,并具登记实务的可行性。

b. 不动产物权共有关系上的债权约定,涉及同一所有权数共有人间权利义务,为维护其有物的利用及交易安全,“民法”第 826 条之 1 第 1 项规定,应有必要。

c. 地租系用益物权的重要内容,不生登记技术问题,民法第 836 条之 1 规定在地上权人(农育权人、不动产役权人)预付的地租,得因登记而对抗第三人,应可赞同。

d. 地上权人(农育权人、不动产役权人)对土地(或不动产)的设定目的及使用方法的约定乃此等用益物权的核心内容,使之得因登记而对抗第三人,有助于稳定其物权关系及交易安全。在典权所以未设此种规定(第 917 条之 1),乃因典权系对典物的全面使用收益,无设定目的及约定使用方法的问题。

e. “民法”第 841 条之 2 第 2 项之所以受到质疑,因其所涉及的,不是区分地上权人与土地所有人间的债权约定,而是区分地上权人与其他“第三人”(例如相邻土地的所有人、典权人、承租人)的约定,此超越了“物权当事人”间的关系,问题在于此种债权约定的物权化是否确有必要?为何独适用于区分地上权,而不及于普通地上权、农育权、不动产役权或典权?又两个相邻土地所有人的债权约定得否为因登记而具物权效力?债权约定的物权化若没有限制,不具合理必要性,将动摇物权及登记制度。

(五) 区分地上权消灭后的法律效果^①

关于普通地上权消灭后的法律效果,“民法”第 839 条及第 840 条设有规定,此等规定于区分地上权消灭的情形,原则上应予准用,为不使第三人的权利受到影响,“民法”设有两个特别规定:

(1) “民法”第 841 条之 3 规定:“法院依第四百零四条第四项定区

^① 参见吴佩君:《区分地上权消灭后之效果》,载《法令月刊》第 52 卷,第 11 期(2001 年 11 月),第 52—840 页。

分地上权之期间,足以影响第三人之权利者,应并斟酌该第三人之利益。”区分地上权如为第三人之权利标的(如设定抵押)或第三人有使用收益权者,法院依第840条第4项定该地上权延长之期间时,势必影响该第三人之权利,为兼顾该第三人之权益,法院应并斟酌其利益,以期允当。

(2)“民法”第841条之4:“区分地上权依第八百四十条规定,以时价补偿或延长期间,足以影响第三人之权利时,应对该第三人为相当之补偿。补偿之数额以协议定之;不能协议时,得声请法院裁定之。”区分地上权之工作物为建筑物,依第840条规定以时价补偿或延长期间,足以影响第三人之权利时,例如,同意设定区分地上权之第三人或相邻之区分地上权人,其权利原处于睡眠状态或受限制之情况下,将因上开情形而受影响,基于公平原则,应由土地所有人或区分地上权人对该第三人为相当之补偿。补偿之数额宜由当事人以协议方式行之,如不能协议时,始声请法院裁定,此裁定性质上属非讼事件。

(六) 普通地上权规定的准用

“民法”第841条之6规定:“区分地上权,除本节另有规定外,准用关于普通地上权之规定。”由此规定可知,区分地上权与普通地上权系量的差异,而非本质之不同,故关于普通地上权之规定,依其性质与区分地上权不相抵触者,皆在适用之列。

第三节 农 育 权

一、绪说

何谓永佃权、农育权,民法物权编修正为何要删除永佃权,增设农育权?如何形成农育权的内容,其与地上权的法律构造有何异同,试说明其不同规定的理由。

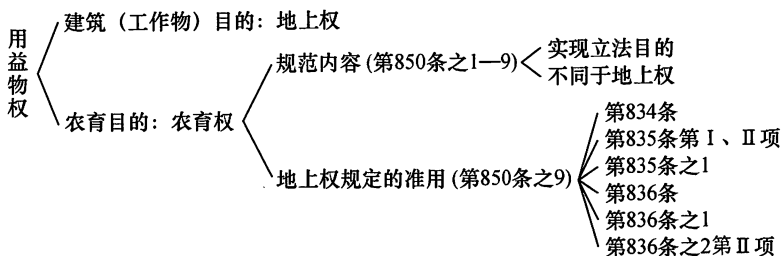
(一) 农育权与永佃权的世代交替

“民法”物权编修正的重点是删除永佃权,此属一项具革命性的演变,删除此种物权的原因,系因为实务上几无永佃权登记案件,已无存在价值,之所以鲜少登记案件,系因为法制变迁(实施耕者有其田)及永佃

权的设定造成土地所有人与使用人之永久分离,影响农地的合理使用。^①物权编修正一方面删除永佃权,一方面增设农育权,完成了永佃权与农育权的世代交替。^②

(二) 农育权的法律构造

地上权系以在他人土地上有建筑物或其他工作物为目的,新增设的农育权系以在他人土地为农作、森林、养殖、畜牧、种植竹木或保育为目的,二者建构了土地用益(建筑、农育)双轨体系,关于农育权的内容形成,一方面须能实现其规范目的,一方面亦须参照地上权的规定,兹以下图显示其法律结构:



基上所述,关于农育权的研究,应特别注意其内容与地上权的异同及其理由,而为解释适用。

二、农育权的意义、功能及发展

(一) 意义

1. 农育权的定义

“民法”第 850 条之 1 第 1 项规定:“称农育权者,谓在他人土地为农

^① 永佃权的存废具有物权法制史的研究价值,为便于查阅,录其条文如下:第 842 条:“称永佃权者,谓支付佃租永久在他人土地上为耕作或牧畜之权。永佃权之设定,定有限期者,视为租赁,适用关于租赁之规定。”第 843 条:“永佃权人得将其权利让与他人。”第 844 条:“永佃权人因不可抗力,致其收益减少或全无者,得请求减少或免除佃租。”第 845 条:“永佃权人不得将土地出租于他人。永佃权违反前项之规定者,土地所有人得撤佃。”第 846 条:“永佃权人,积欠地租达二年之总额者,除另有习惯外,土地所有人得撤佃。”第 847 条:“前二条之撤佃,应向永佃权人,以意思表示为之。”第 848 条:“第 839 条之规定,于永佃权准用之。”第 849 条:“永佃权人让与其权利于第三人者,所有前永佃权人,对于土地所有人所欠之租额,由该第三人负偿还之责。”第 850 条:“第 774 至第 798 条之规定,于永佃权人间,或永佃权人与土地所有人间准用之。”

^② 参见张元旭:《永佃权的异张更张之农育权的立法》,载《月旦法学》第 49 期(1999 年 5 月),第 31 页。

作、森林、养殖、畜牧、种植竹木或保育之权。”农育权系存在于他人土地的用益物权,其内容系以农作、森林、养殖、畜牧、种植竹木或保育为目的,因其包括农业及保育,称为农育权,实富创意。所谓农作,亦包括花草的栽培,菇菌及园艺等,森林包括人工营造林木,林木抚育,保护生长,更新及林地养护等工作。应强调者,系将保育列入农育权的内容,所谓“保育”指基于物种多样性与自然生态平衡原则,对于野生物或栖地所为保护,复育、管理的行为,此项规定突显保护土地生态环境理念,深具前瞻性。

2. 有偿或无偿

“民法”第 850 条之 1 第 1 项未将“支付地租”纳入其定义,可知“支付地租”非属农育权的内容,有偿或无偿,由当事人约定,同于地上权,事实上鲜少有不约定付地租。

(二) 功能及发展

农育权的创设旨在替代永佃权,更新土地使用收益的目的,具有促进农业发展及强化物种生态保护的重要功能。值得关切的是,农育权能否被接受利用,成为具发展性之活的制度。此有赖于法令倡导,尤其是农育权能否逐渐取代租赁,作为使用他人土地从事农业的法律机制。申言之,目前以租赁等方式从事农作、森林、养殖、畜牧的当事人,究有多少人愿意放弃较具弹性的租赁(债权关系),改采较为稳定的农育权(物权关系)。此涉及人民的法律意识,法律交易习惯,当事人对自我利益的衡量,及改变现状,变更财产权的机会成本或交易成本,不能有过于乐观的期待,将于物权法修正部分施行后就登记案件再作分析检讨,此实为法律与社会变迁具有价值的研究课题。

三、农育权的取得及期限

(一) 农育权的取得

农育权的取得(发生原因),基本上与地上权相同,可分为基于法律行为而取得(包括设定行为、让与),及基于法律行为以外的事实而取得(如继承),兹不赘述。关于农育权的时效取得,应适用“民法”第 772 条。

(二) 农育权的期限

农育权之期限,不得逾 20 年,逾 20 年者,缩短为 20 年。但以造林、保育为目的或法令另有规定者,不在此限(第 850 条之 1 第 2 项)。“造林、保育”所以无期间限制,因常须逾 20 年始能达其目的。因农育权不同

于永佃权的基本特点,在于其有一定期限。立法理由系认农育权的期限,如过于长久,将有害于公益,经斟酌农业发展、经济利益等因素,并参酌“民法”第449条第1项而为规定。此项规定旨在避免永佃权关系“永久性”的缺点。

四、农育权的效力

(一) 农育权人的权利

1. 土地的使用收益

关于农育权人对土地的使用收益,“民法”第850条之6设有两项规定:

(1) 第1项:“农育权人应依设定之目的及约定之方法,为土地之使用收益;未约定使用方法者,应依土地之性质为之,并均应保持其生产力或得永续利用。”土地是人类生存之重要自然资源,农育权本即以土地之农业生产或土地保育为其内容,故一方面应物尽其用,他方面则应维护土地的本质,保持其生产力,俾得永续利用,以谋两者间的平衡。土地之使用不得为使其不能恢复原状的变更、过度利用或戕害其自我更新能力,以避免自然资源的枯竭,例如,某种杀虫剂或除草剂的过度、连年使用,有害土地的自我更新能力时,即不得任意施用等,方符农育权以农业使用或保育为内容的本质。

须注意的是,此项使用方法的约定,非经登记,不得对抗第三人(准用“民法”第836条之2第2项,第850条之9)。就立法技术言,此项准用宜放在本项之后作为第2项(参阅第850条之3)。

(2) 第2项:“农育权人违反前项规定,经土地所有人阻止而仍继续为之者,土地所有人得终止农育权。农育权经设定抵押权者,并应同时将该阻止之事实通知抵押权人。”本项规定相当于第836条之3关于地上权的规定。

2. 农育权人的处分权

(1) 农育权的让与及抵押。“民法”第850条之3规定:“农育权人得将其权利让与他人或设定抵押权。但契约另有约定或另有习惯者,不在此限。”(第1项)“前项约定,非经登记不得对抗第三人。”(第2项)“农育权与其农育工作物不得分离而为让与或设定其他权利。”(第3项)第1项规定旨在使农育权人原则上得处分农育权,使其具有交易性,而发挥经济效用。

第2项所谓非经登记不得对抗“第三人”，指土地及农育权的受让人或其他第三人(例如抵押权)。第三项规定的立法意旨系认因农育权而设置于土地上的农育工作物例如水塔、仓库等，应与农育权相互结合，始能发挥其经济作用。为避免该权利与其农育工作物的使用割裂，乃明定二者不得分离而为让与或设定其他权利，例如农育工作物不得单独设定典权。

(2) 土地或农育工作物的出租。农育权人不得将土地或农育工作物出租给他人。但农育工作物之出租另有习惯者，从其习惯。农育权人违反前项规定者土地所有人得终止农育权(第850条之5)。关于此项工作物或农育物出租禁止原则，立法理由系认为，土地所有人设定农育权于农育权人，多置重于农育权人能有效使用其土地。如农育权人不自行使用土地或设置于土地上的农育工作物，而以之出租给他人，借以从中得利，将与土地所有人同意设定农育权的原意不符。但关于农育工作物之出租另有习惯者，例如仓库的短期出租等，从其习惯(第850条之5第1项但书)。

(二) 农育权人的义务

支付约定的地租是农育权人的主要义务。为规范当事人间的权义，“民法”第850条之4设有三项规定：

(1) 第1项：“农育权有支付地租之约定者，农育权人因不可抗力致收益减少或全无时，得请求减免其地租或变更原约定土地使用之目的。”例如，因天旱、水灾，皆属不可抗力，此种收益减少或全无之事实，既非农育权人故意或过失所致，于有支付地租约定的农育权，若仍令其依原约定给付全额地租，有失公平。土地设定农育权的用途不止一端，虽因不可抗力致其原约定目的的收益减少或全无，惟农育权人如变更原约定土地使用之目的仍可继续使用该土地恢复原来的收益，如原约定之目的为养殖，嗣因缺水而不能养殖，仍可为畜牧使用而恢复原来的收益，宜许其有请求变更之权，俾求地尽其利。农育权人之减免地租请求权，一经行使，即生减免地租的效果，应属形成权的性质(“最高法院”1982年台上字第2996号判例意旨参照)。

(2) 第2项：“前项情形，农育权人不能依原约定目的使用者，当事人得终止之。”系为兼顾农育权人及土地所有人双方的利益，此种情形农育权人及土地所有人均得终止农育权，俾使土地资源得另作合理的规划。

(3) 第3项：“前项关于土地所有人得行使终止权之规定，于农育权

无支付地租之约定者,准用之。”于无约定支付地租之农育权的情形,如因不可抗力致不能依原约定之目的使用时,农育人可依修正条文第 850 条之 9 准用第 834 条规定,随时使其权利消灭,而赋予土地所有人终止农育权,始为公允,并兼顾土地所有人的利益。

五、农育权的消灭原因及其法律效果

(一) 农育权的消灭原因

关于农育权的消灭原因,其情形有四:

(1) 农育权未定有期限者,除以造林、保育为目的者外,当事人得随时终止之。前项终止,应于 6 个月前通知他方当事人。“民法”第 833 条之 1 规定,于农育权以造林,保育为目的而未定有期限者准用之(第 850 条之 2)。须注意的是,农育权无支付地租之约定者,农育人得随时抛弃其权利(第 850 条之 9 准用第 834 条)。

(2) 农育权人有支付地租之约定者,农育人不能依原约定目的使用者,当事人得终止之(第 850 条之 4 第 2 项)。

(3) 农育人,将土地或农育工作物出租于他人(除另有习惯外),土地所有人得终止农育权(第 850 条之 5)。

(4) 农育人违反设定之目的及约定使用方法,或其使用方法未依土地的性质,并保持其生产力或得永续利用,经土地所有人阻止而仍继续为之者,土地所有人得终止农育权(第 850 条之 6 第 2 项)。

(二) 农育权消灭的法律效果

1. 农育权人的取回权,延长请求权

“民法”第 850 条之 7 规定:“农育权消灭时,农育人得取回其土地之上之出产物及农育工作物。第八百三十九条规定,于前项情形准用之。第 1 项之出产物未及收获而土地所有人又不愿以时价购买者,农育人得请求延长农育权期间至出产物可收获时为止,土地所有人不得拒绝。但延长之期限,不得逾六个月。”

2. 农育权人为土地的特别改良及费用返还求权

“民法”第 850 条之 8 规定:“农育人得为增加土地生产力或使用便利之特别改良。农育人将前项特别改良事项及费用数额,以书面通知土地所有人,土地所有人于收受通知后不即为反对之表示者,农育人于农育权消灭时,得请求土地所有人返还特别改良费用。但以其现存之

增价额为限。前项请求权,因二年间不行使而消灭。”

(三) 地上权规定之准用

“民法”第 850 条之 9 规定:“第八百三十四条、第八百三十五条第一项、第二项、第八百三十五条之一至第八百三十六条之一,第八百三十六條之二第二项规定,于农育权准用之。”(请阅读准用的规定)。农育权与地上权均为使用他人土地的物权,性质近似,故有关农育权抛弃时应尽的义务、农育权地租的增减、农育权的终止及预付地租对受让人的效力,均准用地上权的相关规定。

六、建筑及农育双轨用益物权体系的建构

请阅读地上权及农育权规定,整理分析二者在权利内容、对价、期间、减免租金请求权、权利让与或设定抵押权、土地或土地上建筑物、农育工作物的出租、权利消灭事由及法律效果的异同及立法理由。

(一) 体系构成

用益物权攸关所有权制度及土地利用,如何调整重构用益物权的种类和内容,加以“现代化”,系民法物权编修正的重要任务,其重点有三:

- (1) 调整地上权的内容。
- (2) 废除永佃权。
- (3) 增设农育权。

此项修正建立了“建筑用”及“农育”二种用益物权双轨体系,兹将其基本法律结构图标如下(请读者自行查阅相关条文):

项目 \ 类别	建筑用益物权	农育用益物权
	地上权	农育权
内容	建筑物或其他工作物(第 832 条)	农作、森林、养殖、畜牧、种植竹木或保育(第 850 条之第 I 项)
对价	有偿或无偿	有偿或无偿
期间	法无限制,依事当事人约定	不得逾 20 年,逾 20 年者,缩短为 20 年,但以造林保育为目的或法令另有规定者不在此限(第 850 条之第 I、II 项)

(续表)

项目 \ 类别		建筑用益物权	农育用益物权
		地上权	农育权
减免租金请求权		第 835 条之 1	第 850 条之 4
权利让与或设定抵押权		1. 可以,但另有约定或习惯者不在此限 2. 不得让与或设定抵押权之约定,非经登记,不得对抗第三人 3. 地上权与其建筑物或其他工作物不得分离而为让与或设定其他用益物权(第 838 条)	基本上同于地上权(第 850 条之 3)
出租土地或建筑物(或农育工作物)		可以	不可。但农育工作物之出租得依习惯(第 850 条之 5),如仓库之短期出租
消灭事由	抛弃	1. 无地租约定:得随时抛弃(第 834 条) 2. 有地租约定: (1) 地上权定有期限(第 835 条第 I 项) (2) 未定有期限(第 835 条第 II 项) (3) 土地使用目的不达:无论有无期限(第 835 条第 III 项)	1. 准用第 834 条、准用第 835 条第 I、II 项(第 850 条之 9) 2. 不准用第 835 条第 III 项
	终止	1. 地上权人积欠租金(第 836 条) 2. 地上权人违约或不当使用土地(第 836 条之 3)	1. 农育权以造林保育为目的外,未定有期间,当事人得随时终止(第 850 条之 2) 2. 农育权不能依约定目的使用,当事人得终止之(第 850 条之 4 第 II 项) 3. 农育人违约或不当使用土地(第 850 条之 6) 4. 准用第 836 条(第 850 条之 9)
	效果	1. 一般规定(第 839 条) 2. 期间届满,工作为建筑物的特别规定(第 840 条)	1. 农育权得取回土地上的出产物及农育工作物 2. 准用第 839 条规定(第 850 条之 7 第 II 项) 3. 时价购买出产物,农育权期间延长(第 850 条之 7) 4. 土地特别改良费用返还请求权(第 850 条之 8)

（二）分析说明

就地上权与农育权的内容加以比较,可知农育权的法律基本结构多相当于地上权,其不同之处系斟酌用益内容,农业发展经济及当事人利益的权衡,属立法形成空间,分四点言之:

(1) 地上权的设定,是否支付地租,任由当事人约定。关于农育权,修正草案明定农育权为有偿,以支付地租为必要(旧草案第841条之6第1项),此或系参酌永佃权规定,但农育权的法律结构异于永佃权,而接近于地上权,应无强制其为有偿的必要。“民法”第850条之1第1项不将支付地租作为农育权的内容,实值赞同。

(2) 地上权的期间法无限制,任由当事人约定。关于农育权,“民法”第850条之1第2项规定其期限不得逾20年,逾20年者,缩短为20年。就农作、养殖、畜牧、种植竹木言,20年期间应能符合当事人需要。至于造林、保育,当事人得约定较长期限,究有多长,法无限制。

(3) 在地上权,地上权人得否将土地或工作物(包括建筑物)出租给他人,民法未设规定,通说肯定之。就建筑物言,应属当然,盖其所有权属于地上权人,出租建筑物对地上权人具有利益,无害于土地所有人。在农育权,第850条之5规定除另有习惯外,农育权人不得将土地或农育工作物出租给他人,农育权人违反前项规定者,土地所有人得终止农育权。

(4) 就权利的消灭事由及法律效果言,其主要不同系农育权准用第835条第1项、第2项,但不准用第3项规定(第850条之9)。关于消灭后的法律效果,主要在于处理建筑物或其他工作物(地上权),土地上之出产物及农育工作物(农育权),基本上采属相同,“民法”第850条之7第3项系针对农育权土地之出产物而为规定。值得注意的是,在农育权,农育权人有土地改良费用返还请求权,在地上权则无相当规定。

第四节 不动产役权

一、绪说

由地役权到“不动产役权”

“民法”物权编修正将“地役权”改为“不动产役权”,并作若干修正,试加整理分析讨论其修正重点及立法理由,探讨不动产役权的功

能及发展的重要课题,并说明何谓人役权与公用地役关系。不动产役权有何不同于地上权或农育权的特色,而形成其规范内容?何谓不动产役权的从属性?

若您有一笔土地预定兴建高级别墅,为避免前方他人土地上兴建大厦妨碍眺望,阻止左方他人在土地上经营土鸡城,有意自右方他人在土地上引入温泉,并得随时在后方他人林地散步,并希望邻近土地皆能兴建同一风格的别墅。现行法上有一种原称为地役权的物权,可供达成此项“便宜利用他人土地”之目的。旧“民法”第 851 条规定:“地役权者,谓以他人土地供自己土地便宜之用”,其需役及供役客体均为土地。2010 年“民法”物权编修正将地役权改为“不动产役权”,使需役及供役客体扩张为不动产(土地及定着物),立法理由系认随社会的进步,不动产役权的内容变化多端,具有多样性,现行规定仅限土地的利用关系已难满足实际需要,特将“土地”改为不动产,以发挥不动产役权的功能,促进土地及其定着物的利用价值。例如,甲屋所有人得就乙所有房屋设定采光、眺望或于屋顶上架设电信设施的不动产役权。

不动产役权系以他人之不动产承受一定负担,提高自己不动产利用价值的物权,乃以有限成本实现提升不动产资源利用效率。

二、不动产役权的意义、功能及发展

(一) 不动产役权的意义^①

1. 不动产役权的意义

“民法”第 851 条规定:“称不动产役权者,谓以他人不动产供自己不动产通行、汲水、采光、眺望、电信或其他以特定便宜之用为目的之权。”关于此种用益物权的内容,应说明者有三:

(1) 不动产役权系存在于“他人不动产”之上。不动产役权的设定须有两笔不动产。其受便宜的不动产,称为需役不动产,供便宜之用的不动产,称为供役不动产。需役不动产与供役不动产虽多为相毗连的不动产,但不以此为必要。例如,眺望或通行不动产役权均得于不直接相邻的不动产设定之。

^① 参见陈重见:《地役权修正草案评析》,载《台湾法学杂志》第 107 期(2008 年 6 月),第 107 页。

为发挥不动产役权的功能,应认所谓“他人”或“自己”不动产,均不以不动产所有人为限(第 859 条之 3,详见下文)。例如,甲有相邻的 A、B 两不动产,将 A 笔不动产设定地上权予乙。在此情形,甲得与乙得就 A 地为通行不动产役权的设定。乙得与甲设定甲不于 B 不动产为一定高度建筑的眺望不动产役权。

(2) 须为供自己不动产便宜之用。不动产役权系以他人不动产供自己不动产“便宜之用”。所谓“便宜”,顾名思义,指便利相宜而言,包括经济、财产上的方便利益(如通行、汲水、采石),或精神、美观、感情上利益(如采光、眺望、禁止气响干扰)。是否供便宜之用,应就特定需役不动产所有人加以判断,不以客观上有此必要为要件。

值得注意的是,新修正的“民法”第 851 条将便宜使用加以类型化为:“不动产通行、汲水、采光、眺望、电信或其他以特定便宜之用。”其理由系因原规定“便宜”一词过于抽象及概括,不仅致社会未能充分利用,且登记上又仅以“不动产役权”登记之,而无便宜的具体内容,无从发挥公示之目的,爰明文例示不动产役权的便宜类型,以利社会的运用,并便于地政机关为便宜具体内容的登记。不动产役权便宜的具体内容属不动产役权的核心部分,基于物权的公示原则以及为保护交易的安全,地政机关自应配合办理登记。

(3) 有偿或无偿、存续期间依当事人约定。不动产役权的设定得为有偿或无偿,其约定有偿的(地租),因其非不动产役权的成立要件,当然随不动产役权的移转而移转,非经登记,不得对抗受让需役地的第三人(第 859 条之 2 准用第 836 条第 2 项)。

不动产役权的存续期间,法无规定,亦任由当事人约定,并得设定永久不动产役权。盖不动产役权的设定对土地所有权限制程度较地上权为低,于地上权既不排除当事人设定永久的地上权,于不动产役权当无禁止的必要。

据上所述,不动产役权的当事人不限于不动产人所有人。“便宜之用”的范围甚为广泛。有偿与否,存续期间长短,法未强制。在物权法定原则下,关于不动产役权的内容形成,当事人享有相当程度私法自治的空间,以调节不动产的利用。

2. 不动产役权与人役权

“民法”第 851 条所规定的是,系属“不动产役权”(Grunddienst-

barkeit), 现行民法不设所谓的“人”役权(beschränkte persönliche Dienstbarkeit)。人役权者,指为特定人的利益而使用他人土地的权利。例如,某甲得为其“个人”利益,与土地所有人某乙设定在该地散步、捕鱼、写生、露营的权利。罗马法上的役权,兼指为“土地便利”或“人的利益”而使用他人所有物的权利。欧陆各国民法大体上均承袭此种役权制度。^①台湾“民法”则仅认不动产役权,立法理由谓:凡许某土地或某人利用他人之物者,其土地或某人对于他人之物有物权,此物权统谓之役权。而许某土地利用他人土地之物权,谓之地之役权,省称之为地役权。许某人利用他人之物之物权,谓之人之役权。例如,为自己土地通行便利起见,于他人土地上修造道路之物权,则为地役权。又如所有人以其所有物,供他人使用或收益之物权,则为人之役权。欧洲诸国民法于地役权及人之役权,(例如用益役权、使用役权及居住权均是)皆设有规定。惟东西习惯不同,人之役权为东亚各国所无,日本民法仅规定地役权,而于人之役权无明文,台湾习惯与日本相同,故本法亦祇设地役权也。采用法国法系诸国之民法,分地役权为法定地役及人为地役,然法定地役,皆系关于土地所有权界限之事,本法于土地所有权章规定之,不复认法定地役,日德诸国之民法亦然。人为地役者,因法律行为设定之地役权也。为实际上最关重要之物权,故特设本章之规定。

3. 民法上的不动产役权(私有地役权)与公用地役关系

民法规定的不动产役权又称为“私有地役权”。所以创设此概念,旨在与所谓的“公用地役关系”加以区别。公用地役关系攸关人民财产权甚巨,乃实务上重要问题,“司法院”大法官释字第400号作有解释(阅读之!)^②,分三点说明如下:

(1) 公用地役关系的性质及成立要件。公用地役关系,乃私有土地具有公用物性质的法律关系,久为实务所承认。依前揭大法官释字第400号解释,于既成道路成立公用地役关系,其要件有三^③:

^① 关于罗马法上的役权,参见郑玉波(黄宗乐修订):《民法物权》,第237页;Kunkel/Hon-sell, Römische Recht, 4. Aufl. 1987, S. 177, 180.

^② 关于引发本件解释的“行政院”1978年7月14日台1978年内第6301号函及同院1980年2月23日台1980年内字第2072号函,请参见本号解释理由书。

^③ 参见“司法院”大法官释字第255号解释、行政法院1956年判字第8号及1972年判字第435号2则判例(阅读之!)。实务上资料,参见尤重道编著:《透视公用地役权》,1994年版。

① 须为不特定之公众通行所必要,而非仅为通行之便利或省时。

② 于公众通行之初,土地所有权人并无阻止之情事。

③ 须经历之年代久远而未曾中断;所谓年代久远虽不必限定其期间,但仍应以时日长久,一般人无复记忆其确实之起始,仅能知其梗概(例如,始于日据时期、87 水灾等)为必要。公用地役关系非私法上的权利,不以登记为成立要件。

(2) 土地所有权人的特别牺牲及征收补偿。大法官释字第 400 号解释强调“宪法”第 15 条关于人民财产权应予保障之规定,旨在确保个人依财产之存续状态行使其自由使用、收益及处分之权能,并免于遭受公权力或第三人之侵害,俾能实现个人自由、发展人格及维护尊严。如因公用或其他公益目的之必要,国家机关虽得依法征收人民之财产,但应给予相当之补偿,方符宪法保障财产权之意旨。既成道路符合一定要件而成立公用地役关系者,其所有权人对土地既已无从自由使用收益,形成因公益而特别牺牲其财产上之利益,国家自应依法律之规定办理征收给予补偿,各级政府如因经费困难,不能对上述道路全面征收补偿,有关机关亦应订定期限筹措财源逐年办理或以他法补偿。若在某一道路范围内之私有土地均办理征收,仅因既成道路有公用地役关系而以命令规定继续使用,毋庸同时征收补偿,显与平等原则相违。又既成道路之使用既系公法上之公用地役关系,其补偿关系乃公法上之权利义务,于此公用目的范围内,要无私法上不当得利之问题。^①

(3) 公用地役关系被侵害的救济及土地所有人的容忍义务。公用地役关系成立后,土地所有人不得违反供公众通行之目的而为使用。公用地役关系之对象,系不特定之公众,且亦不以有供役地与需役地之存在为必要,其本质乃属公法关系,与私法上地役权之性质不同。民事诉讼系当事人得向法院诉求以判决保护其私权,故既成巷道为人侵害,自不得本诸公用地役关系,依民事诉讼程序提起恢复巷道之诉,地方政府仅得以公权力加以排除,如有争议,应循行政争讼程序处理。^②

公用地役关系既为公法上关系,且不以登记为成立要件,故甲等数十户住民在乙之土地上通行,已历数十年之久,纵未为地役权之登记,丙政

① 参见“最高法院”1999 年台上字第 3479 号判决。

② 参见“司法院”(73)厅民一字第 672 号函复台高院。

府机关将该有公用地役关系之土地编为巷道并铺设柏油路面,乙即有容忍之义务,不得依民法上无权占有之法律关系,诉求丙政府机关除去柏油,交还土地。^①

(4) 公用地役关系的废除。为保障人民财产权,大法官释字第400号解释特别指出,因地理环境或人文状况改变,既成道路丧失其原有功能者,则应随时检讨并予废止。^②

(二) 不动产役权的功能及发展^③

1. 不动产役权的功能

(1) 不动产役权的功能的类型分析。不动产役权与地上权、农育权或典权最主要的不同,系以他人不动产供自己不动产“便宜之用”。为使甲的不动产借乙之不动产为役,俾地尽其利,虽有“不动产租赁”或“相邻关系”的规定,可资运用,然不动产租赁具“债之性质”,不动产役权有助于以“物权性”隐固不动产利用关系,并得借登记制度创设内容不相冲突的多数不动产役权。相邻关系的规定旨在界限所有权的范围,乃属最小限度不动产利用的调整。不动产役权之设具有弥补其不足的作用。准上所述,不动产役权的功能有三:

① 以供役不动产供使用收益。需役不动产所有人得以供役不动产,供其使用收益,如通行、引水、输送瓦斯、汽油或天然气。于此情形,供役不动产所有人负有容忍义务。须注意的是,不动产役权不得以供役不动产所有人积极从事一定行为为内容,例如建筑房屋或拆除某建筑物。

② 禁止供役不动产为某种使用。禁止供役不动产为某种使用,例如禁建大楼以免妨碍眺望。于此情形,供役不动产所有人负有不作为义务。例如,不在供役不动产兴建工厂;相邻不动产所有人约定双方不动产的特定部分不为建筑;不得开启某特定窗户;供役不动产所有人仅能建筑特定种类或风格的房屋。此类不动产役权具有以私法补充公法上建筑法规的功能。

③ 排除供役不动产所有人行使物权请求权。不动产役权的设定亦具有排除供役不动产所有人行使物权请求权的功能。此与环境保护具有

① 参见“司法院”(71)厅民一字第441号函复台高院。

② 参见“台湾省建筑管理规则”第6条台北市现有巷道或改道申请办法(北市法三字第79045012号函修一订发布)。

③ 比较法的研究,参见 Stürmer, Dienstbarkeit, AcP 194(1994), 263.

关系。例如,不动产所有人得与相邻不动产订立不排放一定限度的废气或废水的不动产役权,而使不动产役权成为一个经由契约形成的物权相邻权。^① 又新设的工厂亦得与邻不动产所有人设定排放废气或废水的不动产役权,以支付一定的回馈金,而换取相邻不动产所有人的容忍义务。^②

(2) 营业竞争限制的地役权:不动产役权的第二春? 不动产役权源自罗马法,是一个古老的制度,其内容多为通行、汲水、眺望,前已论及。值得特别提出的是,在欧陆若干国家,不动产役权重获生机,有称之为不动产役权的第二春(Zweite Frülíng)。^③ 此涉及所谓营业竞争限制的不动产役权(Wettbewerbs-beschränkende Dienstbarkeit),例如,不动产所有人某甲与不动产所有人某乙约定,乙不在其不动产上从事某种营业,不贩卖某种商品,不将该不动产出租他人经营某种营业,或不贩卖某种商品。

在台湾目前实务上,尚未见此类营业竞争限制的不动产役权,如若有之,原则上应肯定其效力。例如,甲在其所有不动产经营露天餐厅,得与相邻不动产所有人某乙设定乙不在其不动产开设餐厅的不动产役权。又甲亦得与乙约定乙不将该不动产出租他人经营餐厅的不动产役权。此种不动产使用的限制仍属以自己不动产供他人不动产“便宜之用”。若其约定所有人不得让与其土地所有权于他人,则系限制不动产所有人法律上的处分自由,不为“便宜之用”所包括,应不许为不动产役权的设定。

2. 不动产役权的发展空间

基上所述,在台湾民法上的用益物权中,不动产役权享有较大程度私法自治范围。除以通行、汲水、眺望为内容外,尚可用于补充建筑法规的不足,调整相邻关系,规范环境保护及营业竞争等,不能认为其属古老制度,而应放置物权博物馆。不动产役权具有适应现代社会经济需要的发展空间。如何推动运用不动产役权,俾能更有效率地规范不动产利用关系,应值重视。

① Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 369: “Vertraglich festgelegtes Nachbarrecht”.

② 德国法上的案例,参见 Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 369. 相关问题参见叶俊荣:《购买环境权》,载氏著:《环境政策与法律》,第 35 页。

③ 参见 Baetge, Wettbewerbsbeschränkte Dienstbarkeiten in Europa, ein rechts vergleichender überblick, RabelsZ 59(1995), 649. 此论文系以法国、瑞士、德国及英国为比较研究的对象。简要说明, Baur/Stürner, Sachenrecht S. 370ff.

三、不动产役权的种类及特性

不动产役权具有不同于地上权等其他用益物权的法律结构,此体现于不动产役权种类的多样性及不动产役权的从属性和不可分性。分述如下:

(一) 不动产役权的种类

甲所有的 A 地与乙所有的 B 地相邻,甲为 A 地的便宜之用,于乙所有的 B 地设定通行权、汲水权和眺望权。试从不动产役权的内容,行使状态及外部表现,对上述三种不动产役权加以分类,并说明分类的实益。

1. 不动产役权的分类

(1) 作为不动产役权与不作为不动产役权。此种分类系以不动产役权的内容为标准。作为不动产役权,指以不动产役权人得在供役不动产上为一定积极行为为内容的不动产役权(又称积极不动产役权),如通行、汲水等不动产役权。不作为不动产役权,乃以供役不动产人不得在供役不动产上为一定行为为内容的不动产役权(消极不动产役权),如供役不动产所有人于一定不动产范围内不为一定高度建筑的不动产役权。

(2) 继续不动产役权与不继续不动产役权。此种分类系以不动产役权行使的状态为标准。继续不动产役权,指于供役不动产一旦具备适当状态,适于不动产役权行使后,即不需不动产役权人的行为,而能自然继续无间断行使的不动产役权,如引水不动产役权及眺望不动产役权。反之,每次行使不动产役权,皆以不动产役权人之行为为必要者,则为不继续不动产役权,如汲水、放牧不动产役权。在通行不动产役权,其开设道路者为继续不动产役权;其未开设道路者,为不继续不动产役权。

(3) 表见不动产役权与不表见不动产役权。此种分类系外观上有无足资认识事实为标准。表见不动产役权,指不动产役权的行使依一定事实而表现于外部,如通行、汲水等不动产役权。反之,不动产役权的行使不能依一定事实表现于外部者,为不表见不动产役权,如采光、眺望,于地下埋设水管的汲水、排水不动产役权。

2. 分类的实益

不动产役权的分类,有助于更深刻了解不动产役权的内容,及行使不

动产役权的状态。其主要法律上的区别实益则在于不动产役权的时效取得,即不动产役权以继续并表见者为限,始能因时效而取得(第852条)。

(二) 不动产役权的特性

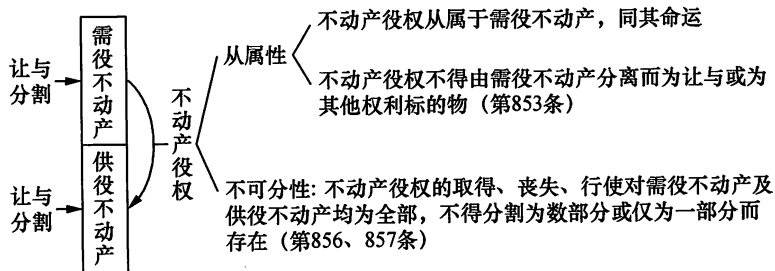
A地所有人某甲,于乙所有的B地设定通行不动产役权。试说明下列情形所涉及的法律问题:

(1) 甲让与A地所有权予丙,或为丙设定抵押权。

(2) 甲将A地所有权让与予丙,但自己保留通行权。

(3) A地分割为a、b二地或B地分割为c、d二地时,如何定其通行不动产役权的存续。

上揭例题涉及不动产役权的从属性及不可分性,为便于观察,将其基本法律结构图标如下:



1. 不动产役权的从属性

(1) 从属性原则。不动产役权的从属性,指不动产役权系从属于需役不动产的所有权而存在,与需役不动产同其命运,不动产役权从属于需役不动产的处分。需役不动产所有人将该地让与他人时,纵未明言不动产役权是否移转,应认其不动产役权亦当然随同需役不动产移转予受让人。需役不动产所有人就该不动产设定抵押权时,抵押权之效力当然及于不动产役权(从权利,第862条第1项)。于需役不动产设定地上权等时,除有特别约定外,其地上权人等得行使不动产役权。

(2) “民法”第853条规定。第853条规定:“不动产役权不得由需役不动产分离而为让与,或为其他权利之标的物。”此系从消极方面规范不动产役权的从属性,分述如下:

① 不动产役权不得由需役不动产分离而为让与,此包括三种情形:

A. 需役不动产所有人不得自己保留需役不动产所有权,而仅以不动

产役权让与他人。违反者,不动产役权的让与无效,受让人不能取得不动产役权,不动产役权仍为需役不动产而存在。

B. 不得仅将需役不动产所有权让与他人,而自己保留不动产役权。违反者,不动产役权违反其从属性应归于消灭。当事人让与需役不动产所有权,而未特别约定自己保留不动产役权者,其不动产役权应随同移转。

C. 不得以需役不动产所有权与不动产役权让与不同之人。违反者,不动产役权让与无效,受让人不能取得不动产役权。不动产役权因无需役不动产存在而消灭。

② 不动产役权不得由需役不动产分离而为其他权利之标的物。现行“民法”未设不动产役权得为其他权利标的物的规定(第 882 条)。当事人约定以不动产役权为抵押权之标的物,应属无效。需役不动产所有人得就需役不动产设定抵押权,不必得不动产役权人的同意,不动产役权不因此而受影响。

2. 不动产役权的不可分性

不动产役权的不可分性者,指不动产役权的取得、消灭或享有应为全部,不得分割为数部分或仅为一部分而存在。不可分性旨在确保不动产役权之设定目的,使其得为需役不动产的全部而利用供役不动产的全部。此主要涉及时效取得不动产役权,共有人得否按其应有部分抛弃不动产役权,及需役不动产或供役不动产分割的问题。台湾“民法”仅设第 856 条规定,兹参照相关立法例及学说说明如下^①:

(1) 发生的不可分性。共有人中之一人,因时效取得不动产役权,其他共有人亦取得之(参阅《日本民法》第 284 条第 1 项)。需役不动产的共有人系以需役不动产的便宜之用而取得不动产役权,而非仅为其应有部分,故应使其他共有人一同取得之,以达时效取得不动产役权之目的。^②

(2) 消灭上不可分性。土地共有人中之一人,不得按其应有部分使已存在的不动产役权消灭(参阅《日本民法》第 282 条第 1 项)。^③ 例如,

① 较详细深入的说明,参见谢在全:《民法物权论(中)》,第 184 页。

② 参见舟桥淳一:《物权法》,第 428 页。

③ 同上注。

甲与乙共有某地(应有部分各为 $1/2$),于丙地设定眺望不动产役权。甲不得按其应有部分抛弃不动产役权,而使不动产役权消灭 $1/2$ 。^①盖不动产役权系为需役不动产全部而设定,而非存在于共有人之应有部分之上。

(3) 享有上的不可分性(分割后的不可分性)

① 需役不动产经分割者,其不动产役权为各部分之利益仍为存续。“但不动产役权之行使,依其性质,只关于需役不动产之一部分者,仅就该部分仍为存续。”(第856条但书)对此规定,原立法理由作有简要说明:“例如有地一区,其隅有园庭,为其园庭设观望地役权,当其地未分割时,其地全部皆为需役地,既分割后,只有园庭之土地为需役地,亦仅取得该土地之所有人有地役权也。”

② 供役不动产经分割者,不动产役权就其各部分仍为存续(第857条本文)。例如,甲地所有人在乙地有通行不动产役权。嗣乙地分割为A、B二地时,甲地所有人仍得对该A、B二地行使通行权。“但不动产役权之行使,依其性质,祇关于供役不动产之一部分者,仅对于该部分仍为存续。”(第857条但书)就上举之例,若甲地所有人通行不动产役权所开设道路,仅通过A地时,则仅对于该A地,仍为存续。又在前举园庭之例,有一地区,其隅有园庭,为其园庭设观望地役权,当其地未分割时,其地全部皆为供役地,既分割后,只有供园庭观望之土地为供役地,亦仅对取得该土地之所有人有地役权(参照立法理由)。

须注意的是,上述“民法”第856条及第857条关于需役不动产及供役不动产“分割”不可分性的规定,对需役不动产或供役不动产的一部分“让与”,亦有类推适用余地。需役不动产或供役不动产经分割或一部分让与,其不动产役权为各部分的利益“不为存续”时,应构成该部分不动产役权的消灭原因,得请求涂销该不动产役权部分的登记(“土地登记规则”第143条)。

① 实务上有一则案例,可供参考:本件坐落台中县丰原市上南坑段278134地号等7笔土地,所有权人吕藏宝、廖汉干之应有部分各为 $1/2$,其中278134、135、132、27616地号等4笔土地设有地役权,该4笔土地为供役地,吕藏宝将其应有部分抛弃,使其土地之地役权消灭。法务认为,与地役权消灭不可分性及物权抛弃不得损害他人利益之法理有违。故吕藏宝不得就该4笔供役地抛弃其应有部分,而使该部分之地役权消灭。(“法务部”80律字第10910号函)

四、不动产役权的取得

(一) 基于法律行为而取得

1. 甲于所有的 A 地为乙所有的 B 地设定通行汲水不动产役权后得否就 A 地再为丙设定通行不动产役权?

2. 甲承租乙的房屋,甲得否于丙所有土地设定眺望不动产役权?

3. 不动产所有人得否就自己的土地设定地上权或不动产役权?

1. 不动产役权的设定

不动产役权的设定,应分债权行为与物权行为。前者为设定不动产役权的约定,得为债权契约或遗嘱(单独行为);后者为物权契约,须订立书面,并经登记^①,始生效力(第 758 条),请参阅关于地上权设定的说明,兹不赘述。应特别指出者有二:

① 不动产役权的内容须为登记。其未登记者,仅具债权的效力。

② 不动产役权的设定得为有偿或无偿,得订定一定存续期间或无存续期间,亦得设定永久不动产役权。

2. 不动产役权的排他性、优先效力

新增订“民法”第 851 条之 1 规定:“同一不动产上有不动产役权与以使用收益为目的之物权同时存在者,其后设定物权之权利行使,不得妨害先设定之物权。”此项规定涉及不动产役权的排他性及优先效力,分三点加以说明:

(1) 立法理由系认不动产役权多不具独占性,宜不拘泥于用益物权的排他效力,俾使物尽用,特增订本条。

(2) 不动产所有人于其不动产先设定不动产役权后,无须得其同意,得再设定用益物权(包括不动产役权),反之亦然。此际,同一不动产上用益物权与不动产役权同时存在,自应依设定时间之先后,定其优先效

^① 关于地役权的登记,参见“土地登记规则”第 108 条及第 109 条规定,即于一宗土地内就其特定部分申请设定地上权、永佃权、地役权或典权,申请登记时,应提出位置图。因主张时效完成,申请地上权或地役权登记时,应提出占有范围位置图。前两项位置图应先向该管登记机关申请土地复丈(第 108 条)。为地役权设定登记时,如需役地属于他登记机关管辖,供役地所在地之登记机关应于登记完毕后,检附供役地登记用纸他项权利部复印件通知他登记机关办理登记(第 109 条)。

力,亦即后设定之不动产役权或其他用益物权不得妨害先设定之其他用益物权或不动产役权之权利行使。

(3) 又不动产役权(或用益物权)若系获得先存在之用益物权(或不动产役权)人之同意而设定者,后设定之不动产役权(或用益物权)则得优先于先物权行使权利,盖先物权既已同意后物权之设定,先物权应因此而受限制。再所谓同一不动产,乃指同一范围内之不动产。

3. 不动产役权设定人的扩大:不动产用益权人亦得设定不动产役权

不动产役权的设定系以自己不动产(供役不动产)供他人不动产(需役不动产)便宜之用。得就供役不动产设定不动产役权,限于供役不动产所有人,应属当然,此为不动产所有权的处分,须有处分权限。得就需役不动产设定不动产役权者,除供役不动产所有人外,尚应包括地上权人、农育权人、典权人等,其理由有三:

(1) 此不涉及供役不动产所有权的处分,不以有所有权为必要。

(2) 符合不动产役权调节不动产利用之目的。

(3) 不动产役权的设定系在便宜使用“他人”不动产,无害于需役不动产所有人的利益。

准此以言,亦应肯定需役地承租人得为承租的土地设定不动产役权。因此民法物权编修正乃增订第 859 条之 3 规定:“基于以使用收益为目的之物权或租赁关系而使用需役不动产者,亦得为该不动产设定不动产役权。前项不动产役权,因以使用收益为目的之物权或租赁关系之消灭而消灭。”关于此种不动产役权准用不动产役权规定(第 859 条之 5)。

4. 就自己不动产设定不动产役权

“民法”第 859 条之 4 规定:“不动产役权,亦得就自己之不动产设定之。”按供役不动产,原仅限于对他人土地设定之,若供役不动产为需役不动产所有人所有,所有人本得在自己所有之不动产间,自由用益,尚无设定不动产役权的必要,且有权利义务混同的问题,是自己不动产役权承认与否,学说上不无争议。然而随社会进步,不动产资源有效运用的形态日新月异,为提高不动产的价值,就大范围土地的利用,对各宗不动产,以设定自己不动产役权方式,预为规划,即可节省嗣后不动产交易的成本,并维持不动产利用关系稳定,活络不动产役权的运用。关于此种不动产役权,亦准用不动产役权规定(第 859 条之 5)。例如,建筑商开发小区时,通常日后对不动产相互利用必涉及多数人,为建立小区的特殊风貌,预先

设计建筑的风格,并完整规划各项公共设施,此际,以设定自己不动产役权方式呈现,遂有重大实益。关于地上权,“民法”未规定得就自己的土地设定之。

5. 不动产役权的让与或为其他权利的标的物

地上权、农育权及典权皆得为让与,或为其他权利之标的物(第 838 条、第 850 条之 3、第 917 条)。关于不动产役权的让与,“民法”第 853 条规定:“不动产役权不得由需役不动产分离而为让与,或为其他权利之标的物。”由此可知,不动产役权应与需役不动产共同让与之,并须订立书面,并经登记,始生效力(第 758 条)。

(二) 基于法律行为以外的事实而取得

1. 继承

不动产役权为财产权,得因继承而取得,同于地上权等用益物权,兹不赘述。

2. 不动产役权的时效取得

(1) 要件的特色:继续并表见。“民法”第 852 条规定:“不动产役权因时效而取得者,以继续并表见者为限。前项情形,需役不动产为共有者,共有人中一人之行为,或对于共有人中一人之行为,为他共有人之利益,亦生效力。向行使不动产役权取得时效之各共有人为中断时效之行为者,对全体共有人发生效力。”分三点言之:

① 按地役权系所有权以外的财产权,得准用“民法”第 768 条至第 771 条规定依时效取得之(第 772 条),即以行使地役权之意思,20 年间,和平、公然、继续,表见以他人土地供自己土地便宜之用者,得请求登记为地役权人(如其占有之始,为善意并无过失者,其期间则为 10 年)。“民法”第 852 条第 1 项规定旨在排除不继续或不表见地役权的时效取得。其所以设此规定,立法理由谓:“盖不继续之地役权,其供役地之所有人所受妨害甚微,有时地役之成立,初非有成立之原因,第由供役人宽容允许而已,若因此遽推定为设定或让与,殊觉未协。又表见之地役,其供役地之所有人,多年并不拒绝,推定其为既已设定或让与,固属无妨,至不表见之地役,则无此推定之基础,故亦不得因时效取得之。”如上所述,地役权(不动产役权)时效取得要件的特色,在于须兼具继续及表见的要件。不得建筑横墙遮蔽窗户光线与空气的不动产役权,虽系继续但并不表见;汲水不动产役权之行使,以不动产役权人每次之行为为必要,虽系表见但不

继续,均与“民法”第 852 条所定不动产役权因时效而取得之要件不合。^①

② “民法”第 852 条第 2 项、第 3 项系物权编修正新增订。第 2 项在于肯定不动产共有人,得因时效而取得不动产役权。如数人共有需役不动产,其中部分需役不动产所有人终止通行,其余需役不动产所有人亦因此而受影响,盖共有人间利害攸关,权利与共也。第 3 项规定系对供役不动产所有人的衡平保护,如部分需役不动产共有人因行使不动产役权时效取得进行中者,则供役不动产所有人为时效中断的行为时,仅需对行使不动产役权时效取得进行中的各共有人为之,不需扩及未行使的其他共有人,即对全体共有人发生效力。

③ 不动产役权的时效取得亦不以他人未登记之不动产为限(第 772 条)。不动产役权系以他人不动产之利用为其目的,而得直接支配该不动产之一种不动产权,性质上仅为限制他人不动产所有权之作用,而存在于他人所有不动产之上,故有继续并表见利用他人不动产之情形,即可因时效而取得不动产役权,并不以他人所有未经登记之不动产为限。^② 此同与地上权的时效取得同。(第 772 条)

(2) 法律效果

① 登记请求权。依占有事实完成时效而取得通行不动产役权者,得请求地政机关登记为通行不动产役权人,但不不动产所有人尚无协同请求登记之义务。^③

② 登记前的法律关系。不动产役权固有因时效而取得之规定,但依“民法”第 772 条准用第 769 条及第 770 条之结果,仅使需役不动产人有得请求登记为不动产役权人之权利,在未登记为不动产役权人以前,无不动产役权存在之可言,自不能本于不动产役权的法律关系有所请求或主张(如对抗土地所有人的物上请求权)^④;亦无依“民法”第 767 条第 2 项条准用第 767 条第 1 项规定,请求排除侵害的余地。

① 参见最高法院 1943 年上字第 1527 号判例。

② 参见“最高法院”1965 年台上字第 698 号判例。

③ 参见“最高法院”1979 年台上字第 2994 号判例。关于登记,参见“土地登记规则”第 108 条第 2 项。

④ 参见“最高法院”1971 年台上字第 1677 号判例,1979 年台上字第 2994 号判例。

五、不动产役权的效力

(一) 不动产役权人的权利义务

1. 不动产役权人的权利

(1) 供役不动产的使用

① 依设定之目的及范围使用供役不动产。不动产役权人得依其设定(或时效取得)及登记之目的范围使用供役不动产。其设定道路通行权,得开设道路通行;其设定眺望权者,得请求供役不动产所有人不得违反约定而为建筑或建筑一定高度的房屋。供役不动产所有人的使用权因设定不动产役权而受限制,不动产役权人有优先使用供役不动产之权。先设定的不动产役权亦优先于其他用益物权,例如,甲于乙地先取得采光或眺望不动产役权时,对其后于乙地设定以建筑物为内容的地上权人,亦得行使其权利。

值得注意的是,关于不动产役权人为土地的使用的方法,约定使用方法的效力,以及违反的法律效果,准用关于地上权的相关规定(第 836 之 2、之 3,第 859 条之 2)

② 行使不动产役权或方法的变更。新增“民法”第 855 条之 1 规定:“供役不动产所有人或不动产役权人因行使不动产役权之处所或方法有变更之必要,而不甚妨碍不动产役权人或供役不动产所有人权利之行使者,得以自己之费用,请求变更之。”此乃基于诚实信用原则的规定。例如,甲于其所有的土地经营旅馆,于乙所有的土地设定通行不动产役权,使用小旅行车,其后甲因业务扩大,须使用大游览车时,于不甚碍乙的权利的行使时,得以自己的费用,请求拓宽通行道路。

(2) 得为附随的必要行为。不动产役权人,因行使或维持其权利,得为必要之附随行为(第 854 条本文)。学说上有称此必要行为为“附随不动产役权”,与“主不动产役权”同其命运。例如,温泉引水不动产役权人,得以自己的费用,于供役不动产上设置工作物(涵管);通行不动产役权人,得开辟必要的道路。不动产役权人行使此等不动产役权的“附随行为”时,应择于供役不动产损害最少之处所及方法为之(第 854 条但书),以符“比例原则”。就温泉引水不动产役权言,得埋设暗管时,应不得开设明沟,其须开设明沟时,亦须注意尽量减少对供役不动产的损害。“民法”第 854 条在不动产役权人与不动产所有人间创设一种法定债之关系,

不动产役权人因过失逾越其范围时,对不动产所有人应负损害赔偿责任。

值得注意的是,《德国民法》第1020条除设有相当于台湾“民法”第854条规定外,尚明定:“地役权人于行使不动产役权时应尽可能保全供役地所有人的利益。”^①台湾“民法”亦应采之,盖此乃行使权利、履行义务应依诚实信用原则(第148条第2项)的表现。

(3) 不动产役权的保护及相邻关系

① “民法”第767条规定之准用。第767条第2项规定,第一项关于所有权保护之规定于所有权以外之物权准用之。不动产役权人,既有以他人不动产供自己不动产便宜之用之权,则对于无权占有或侵夺供役不动产者,得请求返还之,对于妨害其不动产役权者,得请求除去之,对于有妨害其不动产役权之虞者,得请求防止之。关于此项准用,应说明有四:

A. 侵害不动产役权之人,包括供役不动产所有人及其他第三人。

B. 对妨害其不动产役权者,不动产役权人得请求除去之。例如,供役不动产所有人或第三人,在供役不动产建筑房屋妨害眺望不动产役权,设置路障妨害通行不动产役权时,不动产役权人得请求拆除房屋或路障。温泉引水供役不动产因不动产所有人修建道路,致温泉有流失之虞时,不动产役权人得请求供役不动产所有人为必要的预防措施。

C. 有疑问的是,第三人无权占有或侵夺不动产时,不动产役权人得否准用“民法”第767条第1项规定,请求返还之。对此问题,应采肯定说。例如,甲在乙地有通行权或温泉引水不动产役权,丙无权占有供役不动产或侵夺其引水管线时,甲得请求丙返还供役不动产或管线设施,俾其能行使不动产役权。此在不动产役权的内容须占有供役不动产者,具有实益。

D. “民法”第767条第1项规定的准用,以其侵害具不法性为已足,有無故意或过失,在所不问。其出于故意或过失侵害不动产役权者,尚应依第184条第1项前段规定负损害赔偿赔偿责任。

② 占有保护请求权。不动产役权的内容有须占有供役不动产,占有因行使不动产役权而为之设置时(如引水管线、架设通行天桥),应“直接

^① 《德国民法》第1020条规定:“地役权人于行使其权利时,应尽可能以保全供役地所有人之利益。权利人因行使地役权在供役地设置工作物者,在保全所有人利益之必要范围内,应维持该工作物之正常状态。”关于本条解释适用,Palandt/Bassenge, § 1020.

适用”第 960 条以下规定,而受保护。

值得注意的是,《德国民法》第 1029 条规定:“土地所有人已将不动产役权登记于土地簿册者,土地占有人行使此项地役权而受妨害者,准用关于占有保护之规定,但以妨害发生前一年内曾为一次以上之行使者为限。”明定对不动产役权的权利占有(Rechtsbesitz auf der Grunddienstbarkeit),亦受占有规定的保护。^①例如,甲于乙地有通行不动产役权,丙阻塞道路,甲得行使自力救济权排除之(《德国民法》第 859 条,相当于台湾“民法”第 960 条)。台湾“民法”无类此明文,然“民法”第 966 条规定:“财产权,不因物之占有而成立者,行使其财产权之人,为准占有人。本章关于占有之规定,于前项准占有准用之。”此于不动产役权应有适用余地。

③ 相邻关系。关于相邻关系,旧“民法”对地上权、永佃权、典权设有准用的明文(第 833 条、第 850 条、第 914 条),对地役权未设准用规定,但应肯定之,此在不动产役权人占有供役地而为使用的情形,具有实益。“最高法院”1990 年第二次民事庭会议决议认为,“民法”第 787 条邻地通行权的规定除法律已明定适用或准用之情形外,于其他不动产利用权人相互间(包括承租人、使用借贷人在内),亦应援用“相类似案件,应为相同之处理”之法理,为之补充解释,类推适用,以求贯彻。准此原则以言,相邻关系于土地利用人相互间亦应有准用余地,并及于不动产役权人。“民法”物权编修正第 800 条之 1 明定:“第 774 条至前条规定,于地上权人、农育权人、不动产役权人、典权人、承租人、其他土地、建筑物或其他工作物利用人准用之。”可资参照。

2. 不动产役权人的义务:设置物的维持及允用

“民法”第 855 条规定:“不动产役权人因行使权利而为设置者,有维持其设置之义务;其设置由供役不动产所有人提供者,亦同。供役不动产所有人于无碍不动产役权使用范围内,得使用前项之设置,并按其受益之程度,分担维持其设置之费用。”本条肯定不动产役权人因行使权利“得为设置”,如引水的管线、排水的设施、通行的高架天桥等。不动产役权人所以应负维持其设置的义务,在于避免供役不动产所有人因其设置的毁损而受损害。供役不动产所有人得在无碍不动产役权行使的范围

^① 参见 Heck, Sachenrecht, § 16; Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 375。批评的见解,参见 Müller, Sachenrecht, Rn. 1395ff.

内,使用设置,乃在使物尽其用,供役不动产所有人不必再设置工作物,以节省无益之费用,但应按其受益程度分担设置的费用,以期平允。此为任意规定,当事人得另为约定。

(二) 供役不动产所有人的权利义务

供役不动产所有人的权利义务,相对应于不动产役权人的权利义务,分述如下:

1. 供役不动产所有人的权利

(1) 供役不动产所有人于不妨害不动产役权行使的范围内,得行使其所有权的权能。

(2) 供役不动产所有人,于不妨害不动产役权行使的范围内,有使用不动产役权人在供役不动产上所为设置物的权利,“民法”第 855 条第 2 项设有明文,前已论及。

(3) 不动产役权的设定,如为有偿者,则供役不动产所有人有地租请求权,乃属当然。

(4) 值得特别提出的是,不动产役权的行使限于供役不动产的部分,所有人认该部分之使用对其有特殊不便时,得否主张由其负担费用,将不动产役权的行使迁移于其他适于不动产役权人的处所?例如,为修建房屋的需要,得否请求迁移温泉管线?土地所有人经营旅馆,为减少对旅客的噪声干扰,得否请求迁移通行道路于其他适当场所?《德国民法》设有规定^①,台湾“民法”第 855 条之 1 亦增设明文,盖此兼顾当事人利益,符合诚信原则也。

2. 供役不动产所有人的义务

供役不动产所有人的所有权,因不动产役权的设定的目的范围而受限制,负有容忍及不作为的义务。在作为不动产役权,供役不动产所有人负有容忍不动产役权人为一定积极行为(如通行、汲水、排放废气)的义务。在不作为不动产役权,供役不动产所有人负有不为一定作为义务,例如不建筑一定高度的大楼,或特殊设计造型的房屋,不排放废气,夜间不

^① 《德国民法》第 1023 条规定:“ I 地役权之现时行使,限于供役地之一部分者,所有人认为该部分之使用,对其有特殊之不便时,得请求将地役权之行使迁移于其他适于地役权人利益之处所;迁移之费用,应由所有人负担,并须预付。 II 地役权之行使,基于法律行为,限于供役地之一部分者,亦适用前段之规定。 II 迁移之权利,不得以法律行为排除或限制。”关于本条解释适用,Palandt/Bassente § 1023.

弹奏乐器。

六、不动产役权的消灭

(一) 不动产役权的消灭事由

不动产役权为不动产物权之一种,不动产物权的一般消灭原因自亦有适用。须特别提出的消灭事由有六:

(1) 因供役不动产被征收。但需役不动产被征收时,不动产役权仍继续存在。

(2) 不动产役权存续期间届满。

(3) 约定消灭事由发生,如解除条件成就。

(4) 抛弃。准用“民法”第 834 条及第 835 条之规定(第 859 条之 2)。

(5) 土地重划。因土地重划致不动产役权消灭者,其情形有二:

① 在农地重划土地上所存之不动产役权,于重划后仍存在于原有土地上。但因重划致设定不动产役权之目的已不存在者,其不动产役权视为消灭,不动产役权人得向土地所有权人请求相当之补偿(“农地重划条例”第 31 条第 1 项)。此项请求权之行使,应自重划分配确定之日起,两个月内为之(同条例第 2 项)。因重划致不动产役权人不能享受与从前相同之利益者,得于保存其利益之限度内设定不动产役权(同条例第 32 条第 2 项)。

② 在都市土地,不动产役权因市地重划致不能达其设定目的者,该权利视为消灭。不动产役权人得向土地所有权人请求相当之补偿。此项请求权之行使,应于重划分配结果确定之次日起两个月内为之(“平均地权条例”第 64 条第 1 项,第 65 条)。

(6) 不动产役权无存续之必要及法院宣告。“民法”第 859 条规定:“不动产役权之全部或一部无存续之必要时,法院因供役不动产所有人之请求,得就其无存续必要之部分,宣告不动产役权消灭。不动产役权因需役不动产灭失或不堪使用而消灭。”立法目的旨在免除供役不动产的负担,俾益土地利用,如化学工厂排放废气不动产役权,因工厂已改为花园绿地;温泉汲水不动产役权,供役不动产因地层变动,水源断绝,不能继续供应温泉。由此两例可知,不动产役权有无存续必要,得就需役不动产及供役不动产而为观察,由法院依供役不动产所有人的声请加以审查,而为不动产役权消灭

的宣告,于判决确定时,发生消灭效力(形成判决)。供役不动产所有人对不动产役权的消灭,无补偿义务,盖不动产役权既无存续的必要,已无利益存在。其无继续存续之必要,是否因供役不动产所有人过失所致,在所不问。不动产役权人因一时不能为便宜使用者,如需役不动产上的工厂因地震停工,不能因此而认其设定的排放废气或通行不动产役权无存续的必要。温泉引水供役不动产因遭泥石流冲走,而不能供应温泉时,供役不动产所有人不负重建,使不动产役权得为继续行使的义务。

(二) 不动产役权消灭的法律效果

“民法”第 859 条之 1 规定:“不动产役权消灭时,不动产役权人所为之设置,准用第八百三十九条之规定。”不动产役权消灭时,不动产役权人有无恢复原状之义务,以及其与供役不动产所有人间就不动产役权有关之设置,权利义务关系如何?原本法尚无如第 850 条之 7 农育权准用第 839 条地上权之规定,适用上易滋疑义,特增订准用规定。又本条之“设置”,系指不动产役权人为行使不动产役权而为之设置。

七、地上权规定的准用

“民法”第 859 条之 2 规定:“第八百三十四条至第八百三十六条之三之规定,于不动产役权准用之。”不动产役权与地上权均为使用他人土地之物权,性质近似,爰增订本条。其得准用的规定涉及不动产役权的抛弃,地租的增减,积欠地租时不动产役权的终止,不动产役权让与时预付地租对第三人效力,不动产役权人为不动产使用收益的方法及其违反时不动产所有人得终止地上权等问题(请查阅相关条文)。

第五节 典 权

一、典权的意义、性质及社会功能

请阅读“民法”第 911 条以下规定,说明典权的意义及其不同于其他用益物权的法律结构。典权为何规定于民法物权编第八章,置于质权与留置权之间?典权制度具有何种功能,当事人为何不为不动产买卖或设定不动产抵押权,而要设定典权?典权制度是否广被利用,近年来究有多少设定典权的登记,是否符合社会经济的需要?

整理民法物权编修正典权的重点,此项修正能否使典权“起死回生”,再有第二春?

(一) 典权的意义及法律结构

“民法”第911条规定:“称典权者,谓支付典价在他人之不动产为使用、收益,于他人不回赎时,取得该不动产所有权之权。”例如,甲(典权人)支付2000万元(典价)予乙(出典人),甲就该屋使用收益。典权约定期限不得逾30年,逾30年者,缩短为30年(第912条)。典权定有期限者,于期限届满后,出典人得以原典价回赎典物。出典人于典期届满后,经过2年,不以原典价回赎典物者,典权人即取得典物所有权(第923条)。典权未定期限者,出典人得随时以原典价回赎典物。但自出典后经过30年不回赎者,典权人即取得典物所有权(第924条)。

由上述规定可知,典权制度主要系由“支付典价在他人之不动产为使用、收益”,“出典人回赎典物”及“典权人取得典物所有权”三者构成,其法律结构不同于地上权、农育权及不动产役权,分三点言之:

(1) “民法”物权编修正于“民法”第911条增列:“于他人不回赎时,取得该不动产所有权之权”,俾使定义更为周全,以活化典权的社会功能。

(2) 典权系存在于不动产,包括土地及其定着物,并得为全面的使用收益,其内容丰富,仅次于所有权。

(3) 典权的成立,以支付典价为必要,故典权的设定必为有偿行为。典价乃典权人取得典物的对价,通常接近于买卖价金,不同于地上权等的地租。

(4) 典权制度的核心在于出典人的回赎,及典权人于出典人未为回赎时取得典物所有权。为规律典权之制度,“民法”原设17个条文(第911条至第927条),形成一个较地上权、农育权、不动产役权为复杂的规范体系,其中涉及回赎者,多达5条,足见其重要性,立法目的在于保护“经济上弱者”的出典人。

(二) 典权的法律性质

典权的法律性质如何,是一个夙有争论的问题,所以发生争论,其主要的原因系典权为我传统固有制度,难以纳入罗马法上的物权体系。一般认为,国人重孝而好名,出卖祖产乃败家之兆,足使祖宗蒙羞,乃创设典之制度,期能兼顾以不动产融资及使用收益的需要;对出典人言,得以相

当于卖价的金额将物出典于人,不必放弃所有权,而可筹足需款,并保留回赎的机会;对典权人言,虽无所有权之名,但取得接近所有权人使用收益之权,而他日更有取得所有权的机会。此种典之制度如何定性,迭经变迁。大清民律草案认典之制度相当于不动产质权,乃仅规定不动产质权,而无典权。第二次草案于不动产质权外,另设典权一章明定其为使用收益之权。现行“民法”删除不动产质,而仅留典权,“民法”物权编立法原则第10条谓:台湾“习惯无不动产质,而有典,二者性质不同。盖不动产质为担保债权,出质人对于原债务仍负责任,苟质物价格低减,不足清偿,出质人仍负清偿之责,而典则否。质权既为担保债权,则于出质人不清偿时,祇能将质物拍卖,就其卖得金额而为清偿之计算,无取得其物所有权之权利;典则用找贴方法,便可取得所有权。二者相较,典之习惯,实远胜于不动产质。因:

(1) 出典人多经济上之弱者,使其于典物价格低减时,抛弃其回赎权,即免负担;于典物价格高涨时,有找贴之权利,诚我国道德上济弱观念之优点。

(2) 拍卖手续既繁,而典权人既均多年占有典物,予以找贴,即取得所有权,亦系最便利之方法,故于民法中应规定典权。至典系以移转占有为要件,故又与抵押不同。”

就上述立法过程及“民法”第911条明定典权内容为使用收益观之,典权为用益物权,已属定论。其所以将典权置诸抵押权与质权之后,乃因曾误认典权为不动产质权之故。立法体例固欠妥当,不能因此而认典权为担保物权,自不待言。

(三) 典权的社会功能及其未来命运

典权系中国固有制度,旨在避免出卖家产,兼顾出典人融通资金及典权人使用收益的必要,历代兴而不衰,具有重要的社会功能。现行“民法”在中国大陆施行期间(1930年至1948年),实务上争论不少,其相关判解甚多,超过关于地上权、永佃权及地役权判解的总合,大多数判解系作成于30年代。在台湾,近几年设定典权登记的笔数甚少,1995年有227笔,1998年有16笔,2008年仅有30笔,实务上殆无相关案例,足见典权制度业已式微,应否废除并已成为讨论的议题。^①

^① 参见郑玉波(黄宗乐修订):《民法物权》,第191页。

诚如郑玉波教授所云：“凡一种制度的存在，必社会上有其需要，亦即该制度在社会上有其独特之作用，典权自亦不例外。”典权制度的创设，“乃因国人重孝而好名，出卖祖产虽非不孝之尤，但亦败家之兆”，加以“物之于人，原亦可发生感情关系，因而永远舍弃，情所不甘。”^①此两种创设典权的社会及心理因素，基本上已不复存在。在台湾，国人仍重孝而好名，但出卖祖产（或自己财产），系为投资创业，不但无亏孝道，且常为兴家所必要。又在工商业社会，纵使农村世居祖产，感情关系亦渐为经济利益所取代，何况已有发达金融的体系，可供以物抵押，筹措现款。支持典权制度的社会因素，既渐消失，除非另有替代功能，典之制度殆难常存。“民法”物权编修正仍保留典权，并修正 10 个条文（第 911 条、第 913 条、第 915 条、第 917 条、第 918 条、第 919 条、第 920 条、第 921 条、第 925 条、第 927 条）；增设 4 个条文（第 917 条之 1、第 922 条之 1、第 924 条之 1、第 924 条之 2）；删除 1 个条文（第 914 条），实乃出于对传统古老法律制度的尊重，强调物权的本土性，虽有助于使典权制度益臻完善，但此类法律技术性的调整，实难挽回在中国大陆历经千年发展，在台湾施行达数世纪的典权，终将归于消逝的命运。典权的兴起与式微，使我们更深刻地认识到物权制度与社会变迁、经济发展具有密切的关系。

二、典权的取得

（1）甲将其所有某屋设定典权予乙，并办理典权设定登记。甲受领典价后，有人愿以高价购买该屋，甲乃以迄未交付房屋予乙，对乙主张典权设定不成立，有无理由？试就现行规定及立法政策加以说明。

（2）甲有 A 屋及其 B 基地，若甲仅将 A 屋出典予乙，或将 A 屋或 B 地出典予不同之人时，其法律效果如何？当事人间法律关系如何处理？

（一）基于法律行为而取得

1. 设定取得

基于法律行为而取得典权，应分为债权行为及物权行为，其规范模式

^① 参见郑玉波（黄宗乐修订）：《民法物权》，第 191 页。

同于地上权,敬请参阅。^① 典权的设定,须订立书面,并经登记,始生效力(第 758 条),亦同于地上权等其他用益物权。^② 应特别提出者有二:

(1) 典物的交付是否为设定典权的成立要件?“民法”第 911 条原规定,称典权者,谓支付典价,“占有”他人之不动产,而为使用及收益之权。“最高法院”肯定占有典物为典权的成立要件,并认所谓占有不限于直接占有,当包括间接占有在内,1949 年台上字第 163 号判例谓:“典权之成立,依‘民法’第 911 条规定,固以移转占有为要件。惟该条所称之占有,不以典权人直接占有为必要,此观同法第 915 条之规定自明。是出典人于典权设定后,苟因典物在第三人占有中,而将其对于第三人之返还请求权让与典权人,使典权人因此取得间接占有时,依同法第 946 条第 2 项、第 761 条第 3 项之规定,即不得谓典物之占有尚未移转于典权人。”

以占有标的物,为典权的成立要件,确为立法者的意思^③,然则为何于用益物权中独就典权设此规定?立法者系以“典权限制所有权之效力,至为强大”为理由,惟此不具说服力。学者虽提出若干其他支持的论点^④,但仍有争议余地。^⑤ 就典权的性质、当事人的利益衡量(尤其是典权人的保护)及“民法”第 758 条规定言,均无以占有典物为典权成立要件之必要。“民法”物权编修正将第 911 条修正为:“称典权者,谓支付典价在他人之不动产为使用、收益,于他人不回赎时,取得该不动产所有权之权。”修正理由谓:典权之成立,究否以占有他人之不动产为要件,学说及实务上(“最高法院”1949 年台上字第 163 号判例参照)尚有争议。惟查典权为不动产物权,应以登记为生效要件(第 758 条参照)及其公示方法,占有仅系用益物权以标的物为使用收益之当然结果,乃为典权之效力,而非其成立要件,原条文在定义规定内列入“占有”二字,易滋疑义,为期明确,爰将“占有他人之不动产”修正为“在他人之不动产”。又典权人对于典物,或为使用,或为收益、或为使用及收益,原条文仅谓“使用及收益”,似

① 参见本书第 284 页。

② 关于典权的登记,参见“土地登记规则”第 108 条以下(阅读之)。

③ “民法”第 911 条立法理由谓:“谨按典权系以占有标的物为要件之物权,其与不动产租赁异者,一为债权之权利,一为物权之权利。其与抵押权、质权异者,一为用益物权,一为担保物权。盖典权制所有权之效力,至为强大也。故设本条以明定其意义。”

④ 参见李肇伟:《民法物权》,第 329 页。

⑤ 参见谢在全:《民法物权论(中)》,第 227 页;杨与龄:《有关典权之几项争议》,载苏永钦主编:《民法物权争议问题研究》,第 266 页。

欠周延,爰修正为“使用、收益”。

(2) 同属一人所有的房屋与其基地之出典

“最高法院”1992年台上字第299号判例谓:“房屋与基地同属一人所有者,其所有人设定典权之书面,虽无基地字样,但使用房屋必须使用该房屋之基地,除有特别情事可解释当事人之真意仅以房屋为典权标的外,应解为基地亦在出典之列,业经‘司法院’以院解字第4094号解释在案。”又“司法院”院解字第3701号谓:“房屋与地基同属一人所有者,其所有人设定典权之书面,虽仅载明出典房屋若干间并无地基字样,但使用房屋必须使用该房屋之地基,除有特别情事可解释当事人之真意仅以房屋为典权标的外,自应解为地基亦在出典之列,典权依民法第923条第2项规定取得典物所有权时,当然包括地基在内。”

2. 典权的让与、转典

典权得为“让与”,而由受让人继受取得之,其法律结构同于地上权让与。“转典”为典权制度所特有,俟于论及典权效力时,再为说明。

3. 以土地或土地上之建筑物分别设定典权

同属于一人所有之土地及其建筑物,可否仅以土地或建筑物出典或将土地及其建筑物分别出典予二人?若为肯定如何处理其产生的法律关系?对此问题,“民法”第924条之2设有三项规定:

(1) 第1项:“土地及其土地上建筑物同属一人所有,而仅以土地设定典权者,典权人与建筑物所有人间,推定在典权或建筑物存续中,有租赁关系存在;其仅以建筑物设定典权者,典权人与土地所有人间,推定在典权存续中,有租赁关系存在;其分别设定典权者,典权人相互间,推定在典权均存续中,有租赁关系存在。”关于本项应说明的有二:

① 分别出典的肯定:土地与建筑物为各别独立之不动产(第66条第1项),原得独立处分,而法律又未限制典权人用益典物之方法,典权人不为用益时,应得仅以土地或建筑物设定典权或分别设定。

② 当事人关于土地利用特别约定与真意的拟制:关于土地之利用关系如何,倘当事人间有特别约定,自应依其特别约定,如无特别约定,应拟制当事人真意为建筑物得继续利用其基地,明定于典权存续中,推定有租赁关系,以维护当事人及社会之经济利益。例如,建筑物与土地之所有人只出典土地,于典权存续中推定土地典权人与建筑物所有人间有租赁关系,但若建筑物先灭失时,租赁关系应归于消灭;倘所有人只出典建筑物,

于典权存续中,推定建筑物典权人与土地典权人之间有租赁关系,若因建筑物灭失而未重建致典权消灭者,租赁关系应归于消灭;倘所有人将土地及建筑物出典给不同人,于典权均存续中,建筑物典权人与土地典权人之间有租赁关系,如土地及建筑物典权之一先消灭,则回归适用本项前段或中段之规定,至若建筑物及土地均未经回赎者,则属本条第3项之适用问题。

(2) 第2项:“前项情形,其租金数额当事人不能协议时,得请求法院以判决定之。”

(3) 第3项:“依第一项设定典权者,于典权人依第九百一十三条第二项、第九百二十三条第二项、第九百二十四条规定取得典物所有权,致土地与建筑物各异其所有人时,准用第八百三十八条之一规定。”立法意旨系认为有人取得典物所有权致土地与建筑物各异其所有人时,已回归为建筑物所有人与土地所有人间的关系,为使建筑物对基地使用权单纯及稳定,特增订第3项明定,准用第838条之1规定,视为已有地上权的设定。

(二) 基于法律行为以外的事实而取得

1. 继承

典权为财产权,且无专属性,得为继承(第1147条、第1148条)。但应经办理继承登记,始得处分典权(第759条)。

2. 时效取得

典权既为财产权之一种,应有民法关于取得时效规定的适用,即以行使典权之意思向他人支付典价,20年间和平继续公然占有他人之不动产而为使用收益者,得请求登记为典权人(第772条、第769条),如占有之始系善意及无过失者,则为10年(第772条、第770条)。问题在于典价的支付。占有不支付典价时,其要件不具备,其后支付典价而经不动产所有人收受时,应认系合意设定典权。典权的时效取得仅于典权的设定,具有无效的原因,而为当事人所不知时,始有发生的可能。实务上迄未见此类案例。

三、典权的期限

1. 典权的期限具有何规范功能? 典权定有期限或未定期限,法律效果有不同? 出典人与典权人约定仅得于出典后3年内回赎者,是否为设有期限的典权?

2. 甲以某屋设定典权予乙,典期 10 年(或 15 年),约定典期届满,甲不回赎时,典物所有权即归属于乙,或听凭乙出卖典物收回典价时,其法律效果如何?

(一) 典权期限的规范功能

一般权利(包括地上权、不动产役权)因期限届满而消灭。在典权,因其特殊的法律结构,典权期限具有重要的规范功能。对典权人言,典权的约定期限为典权人有权占有典物而为使用、收益的期限。^①对出典人言,则为典权设定时所定回赎权停止行使期限。^②出典人未回赎时,由典权人取得典物所有权(第 923 条、第 924 条)。典权期限既具有重要规范功能,其期间长短,关系至巨。“民法”第 912 条规定:“典权约定期限,不得逾 30 年。逾 30 年者,缩短为 30 年。”立法目的在于适当权衡当事人的利益,并避免典权存续期间过长,致妨碍社会经济的发展。

(二) 定有期限的典权

1. 期限的订定及起算

当事人在不逾 30 年最高限度内,得自定典权的存续期间,无最低期限的限制。依“民法”第 758 条规定,当事人所定期限,应自典权登记完毕的翌日起算。当事人于典期未届满前得缩短或延长典期。在未定有期限之典权,其延长期限,与原已经过的期限合计,仍不得超过 30 年。典权期限届满后,当事人得为更新(俗称续典),其更新次数不受限制。盖此乃典权的重新设定,无违于第 912 条规范意旨。

2. 典权约定期限、回赎及绝卖条款

典权定有期限者,于期限届满后,出典人得以原典价回赎典物(第 923 条第 1 项)。典权当事人常订有所谓“绝卖条款”,即约定典权期限届满后,出典人不回赎典物者,典物所有权即归属于典权人所有。典权人难免利用出典人的轻率急迫,而逼其订定此类所谓“老虎契”的条款,于短期内,巧夺其所有权,流弊至巨。为保护出典人,“民法”第 913 条乃规定:“典权之约定期限不满 15 年者,不得附有到期不赎即作绝卖之条款。典权附有绝卖条款者,出典人于典期届满不以原典价回赎时,典权人即取得典物所有权。绝卖条款非经登记,不得对抗第三人。”

① 参见“司法院”院释字第 3134 号;史尚宽:《物权法论》,第 402 页。

② 参见“司法院”院释字第 2370 号,“最高法院”1942 年上字第 3523 号判例。

（三）未定期限的典权

当事人未定期限者,为不定期的典权。此在实务上甚为罕见。所称未定期限,包括就期限未为约定,约定得随时回赎等。约定出典人仅得于出典后一定期限内(如3年)回赎者,乃就未定期限的典权,减短其回赎期间(如3年),并非所谓定有期限的典权。其约定若干年后始得回赎者,则为定有期限的典权。

典权未定期限,出典人得随时以原典价回赎典物。故“最高法院”认约定有典权期限的典权,系指典权定有回赎权停止行使之期限而言。^①自出典后经过30年不回赎者,典权人即取得典物所有权。盖自出典后已经过30年仍不回赎,是出典人无意回赎,已甚明显,法律即无再予保护的必要,典权人得即取得典物所有权,使权利状态得以从速确定。典权的设定旨在对典物为使用收益,于未定期限的典权,出典人得随时回赎,不利于典权人。典权人得经出典人同意于可回赎时期内(即30年届满前),改为定有期限的典权,此属典权内容的变更,须经登记,始生效力(第758条)。

四、典权的效力

1. 试分析典权制度在法律结构上的特色,并衡量当事人的利益,思考如何规范其权利义务关系。

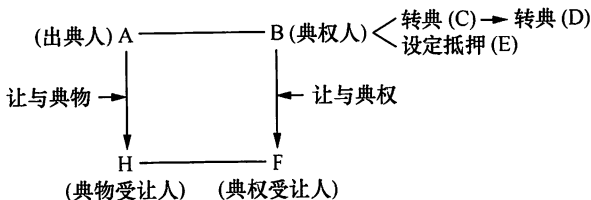
2. A有某屋设定典权予B,B转典予C,C再转典予D。其后B先将其典权设定抵押予E,再将该典权让与F。A则将该屋所有权让与H。试说明当事人间的法律关系?在此情形,谁得为回赎,应向谁(B、C、D或F)为回赎?于法定期间未为回赎时,由谁取得典物所有权。E拍卖典物时,其法律关系如何?

（一）概说

典权的效力系典权制度的核心问题,体现典权特有的法律结构,即典权人以接近于买卖价金的对价,取得次于所有权的使用收益的权利;而其客体,除土地外,尚及于易于毁损灭失的房屋。为合理规范当事人间的法律关系,民法设有详细规定。关于典权的效力,一般分为“典权人的权利

^① 参见最高法院1942年上字第3523号判例。

义务”及“出典人的权利义务”加以说明,本书系以典权的动态发展为论述次序,以突显其问题的关联性。为使读者能借实例较深刻地了解典权制度上各种权利的变动关系,特设计前掲例题2,以作为研讨相关问题的思考模式:



(二) 典权人用益典物的权利及支付典价义务

1. 典权人用益典物的权利

典权人对典物有占有、使用、收益之权,其效力及于典物的从物(如房屋的车库)及从权利(如通行不动产役权),并有不动产所有权相邻关系规定的准用(第800条之1)。于出典人或第三人侵害其权利时,典权人得准用主张“民法”第767条第1项的物权请求权(第767条第2项),或行使第962条的占有物上请求权。

2. 典权人支付典价的义务

典权的成立,须支付典价,典权人因典权的设定,负有支付典价的义务。典价何时支付,依当事人约定,与典物的交付,不生“同时履行”问题。典价通常为金钱,但不以此为限,当事人得约定金钱以外的代替物或权利为典价。典物价值升降时,当事人一方不得主张典价的增减。但本着契约自由原则,当事人自得合意为典价的增减,此乃依法律行为而为典权内容的变更,须经登记,始生效力(第758条)。此项增加或减少的典价,为出典人回赎时,应返还的原典价。

(三) 对典物的使用收益、典物及典权的处分

1. 典权人对典物的使用收益

典权的主要内容,在于对典物的使用收益,“民法”第917条之1之规定:“典权人应依典物之性质为使用收益,并保持其得永续利用。典权人违反前项规定,经出典人阻止而仍继续为之者,出典人得回赎其典物。”

典权经设定抵押权者,并应同时将该阻止之事实通知抵押权人。”此为民法物权编增订时所采的基本原则,旨在强调不动产是人类生存之重要资源,固应物尽其用,发挥其最大经济效益,然为免自然资源之枯竭,与不动产本质之维护,使其得永续利用,应力求其平衡。

典权人对典物之使用收益应依其性质为之,不得为性质之变更,就建筑物之用益不得有不能恢复其原状之变更,土地尤不得过度利用,戕害其自我更新之能力,以保持典物得永续利用。

2. 典权人的处分

(1) 转典典物

① 转典制度的功能,转典自由及限制。在典权存续中,典权人得将典物转典予他人(第915条第1项本文)。典权内容近于所有权,典权人不能或不愿自为用益者,亦属有之,民法乃创设转典制度,且不限转典的次数(转典自由原则),俾使典物得归于最能发挥经济效用之人。转典攸关出典人利益,转典自由自应受有限制:

A. 当事人契约另有约定,或另有习惯者,依其约定或习惯(第915条第1项但书)。

B. 典权定有期限者,其转典之期限,不得逾原典权之期限,未定期限者,其转典不得定有期限(第915条第2项)。

C. 转典之典价,不得超过原典价(第915条第3项)。

D. 土地及其土地上之建筑物同属一人所有,而为同一人设定典权者,典权人就该典物不得分离而为转典或就其典权分离而为处分(第915条第4项)。此为法律关系的复杂化。

此等限制,旨在保护出典人,具强行的性质,违反之者,对出典人不生效力,出典人于原典期届满时,只须备齐原典价,即得依法回赎,转典权人不得拒绝。^①又典权人既得以自己责任将典物即转典予他人,则典物因转典而受的损害,自应由典权人负赔偿责任。此项损害之发生,典权人有无故意或过失,在所不问。

② 转典权的物权性及其效果。典权人得将典物转典予他人,实务上称之为转典权,并将其定性为物权的一种,从而发生如下的法律效果:

^① 参见最高法院1929年上字第187号判例。

A. 转典系物权的设定行为,应以书面为之,并办理登记,始生效力(第758条)。①

B. 转典权人因转典而取得新典权,得占有典物而为使用收益。

C. 转典权所具物权性,不仅对于转典权人存在,对于出典人亦有效力。实务上认为典权人既已将典物得价转典,则出典人回赎典物时,典权人就原典价内相当于转典价数额之部分,自无受领权。故出典人回赎典物,应向典权人及转典权人各为回赎之意思表示,如出典人回赎典物时,典权人及转典权人对于其回赎权有争执者,得以典权人及转典权人为共同被告,提起确认典权及转典权不存在,并请求转典权人返还典物之诉。②

D. 转典权既为物权之一种,原典权人于取得典物所有权后,转典权人之权利,仍有效存在。此际原典权人对于转典权人言,其地位与出典人无异,而转典权人对于原典权人取得之权利,亦与典权人相同。从而出典人及原典权人均逾期不回赎时,转典权人即取得典物之所有权。③

(2) 出租典物

在典权存续中,典权人得将典物出租予他人。但契约另有约定,或另有习惯者,依其约定或习惯。典权定有期限,其租赁之期限,不得逾原典权之期限,未定期限者,其租赁不得定有期限(第915条第1项、第2项)。典权存续中,典权人将典物出租予他人,其租赁之期限既不得逾原典权之期限,则典物经出典人回赎后,该他人与典权人所订之租约,对于出典人,自无援用同法第425条规定,主张继续存在之余地。④

(3) 典权让与或设定抵押权

① 典权处分自由。典权人得将典权让与他人或设定抵押权(第917条第1项),但须经登记,始生效力(第758条)。典物为土地,典权人在其上有建筑物者,其典权与建筑物,不得分离而为让与其他处分(第917条第2项)。关于典权让与,民法未设:“但契约另有约定或另有习惯

① 参见最高法院1939年上字第1078号判例。

② 参见最高法院1944年上字第1916号,1957年台上字第555号判例。

③ 参见“最高法院”1992年台上字第299号判例。

④ 参见“最高法院”1956年台上字第841号判例。

者,不在此限”的但书规定(参阅第 838 条),应认当事人不得以特约排除,或因习惯而受限制。盖典权的内容近于所有权,应使典权人不自为用益时,得为变卖,裨益物的利用及资金融通。

② 典权让与的效力。典权让与系典权主体变更,原典权人脱离典权关系,其典权关系存在于典权受让人与出典人之间,而由受让人对于出典人取得与典权人同一之权利,并负原典权人同一之义务。出典人为回赎时,应向受让人为之。典权让与的原因行为多为买卖,纵其价格高于原典价,出典人仍得以原典价回赎典物。

3. 出典人的处分

① 甲将 A 屋出典予乙。其后甲将 A 地出售予丙时,乙得否购买该地? 说明其要件及法律效果。

② 甲将 A 地出典予乙后,得否于该地再设定抵押权予丙,应否经乙同意? 此项后设定的抵押权是否会妨害先设定的典权?

(1) 典物所有权的让与及典权人的留买权

① 典物所有权的让与。出典人于典权设定后,得将典物之所有权,让与他人,但典权不因此而受影响(第 918 条),此与典权让与同,亦属典权主体变更,由受让人承受原出典人的地位,原出典人则脱离典权的法律关系。典权人对于典物受让人,仍有同一的权利,得本于追及效力向原典权标的物行使权利,并负同一的义务。出典人将典物所有权让与他人时,其回赎权一并移转予受让人,故原出典人不得再向典权人行使回赎权。^①兹举一例加以说明。甲于乙所有的 A 地设定典权,其后甲将该典权让与丙,乙将其典物所有权让与丁时,在丙与丁发生典权的法律关系,其回赎权应由丁向丙行使。

② 典权人的留买权。“民法”第 919 条第 1 项规定:“出典人将典物出卖予他人时,典权人有以相同条件留买之权。”前项情形,出典人应以书面通知典权人。典权人于收受出卖通知后十日内不以书面表示,依相同条件留买者,其留买权视为抛弃(第 2 项)。出典人违反前项通知之规定而将所有权移转者,其移转不得对抗典权人(第 3 项)。分三点说明

^① 参见最高法院 1942 年上字第 1655 号判例。

如下：

A. 立法目的。系鉴于典权内容近于所有权，典权人实际上对典物为使用收益，宜使其得优先取得典物所有权，俾发挥典物的经济效用及简化法律关系。

B. 物权效力。第1项：“典权人有以相同条件留买之权”及第3项规定，旨在表示出典人的留买权具有物权效力，使该留买权具有优先于任何人而购买之效果，出典人不得以任何理由拒绝出卖。

C. 行使留买权的要件。系为兼顾出典人之利益，典权人声明留买不宜仅限于同一之价额，必条件完全相同，始生留买问题。之所以明定出典人应践行通知典权人之义务及典权人于收受通知后10日内不为表示之失权效果，意在使法律关系早日确定。

(2) 设定抵押

不动产所有人于同一不动产设定典权后，不得再设定与典权之占有使用收益相抵触的权利，如地上权、农育权。然则于该同一不动产得否再为他人设定抵押权？此为实务上重要争议问题。“司法院”释字第139号解释谓：“不动产所有人于同一不动产设定典权后，在不妨害典权之范围内，仍得为他人设定抵押权。”

(四) 典物灭失

甲以房屋一栋设定典权予乙，典价为90万元。设因地震致房屋部分灭失，经估算灭失时房屋价值为300万元，该灭失部分为180万元，甲对典物的余存部分为回赎时，如何计算其应返还典价？如何决定其危险（损失）的分担，典权人得否重建或修缮房屋？其支出的费用如何处理？设该屋因甲的过失（或重大过失）全部或部分灭失时，如何定其赔偿责任？得否重建或修缮？

典权的标的物除土地外，尚包括房屋等定着物。典物系由典权人占有使用收益，其支付典价接近于买卖价格，出典人得以原典价回赎典物。在此法律结构下，如何处理典物全部或部分灭失的问题，乃成为典权制度上重要课题。民法视典物灭失究因不可抗力或典权人的过失，而设危险分担、典权人重建修缮权及典权人赔偿责任等规定。

1. 典物因不可抗力而灭失

典物因不可抗力(如地震、台风、火灾或泥石流等)而灭失时,其危险分担及典权人重建修缮问题,分述如下:

(1) 危险分担。“民法”第 920 条规定:“典权存续中,典物因不可抗力致全部或一部灭失者,就其灭失之部分,典权与回赎权,均归消灭。前项情形,出典人就典物之余存部分,为回赎时,得由原典价扣除灭失部分之典价。其灭失部分之典价,依灭失时灭失部分之价值与灭失时典物之价值比例计算之。”兹分全部灭失及部分灭失说明之:

① 典物全部灭失。甲将其房屋(A 屋),以 90 万元典价,出典给乙。若该屋遭 9·21 地震倒塌,全部灭失时,典权与回赎权均归消灭,典权人应承担典价的损失,出典人应承担典物所有权的损失,各自分担危险。

② 部分灭失,指余存的典物仍得为典权的标的物,如出典的房屋屋顶因地震毁损不能遮蔽风雨,但其结构墙壁仍在。关于此项计算,例如,出典房屋一栋,典价为 90 万元,因不可抗力致房屋部分灭失,经估算,灭失时房屋价值为 300 万元,该灭失部分为 180 万元。如依原规定,回赎金额为 $90 - (180 \times 1/2) = 0$ 即出典人不须支付任何金额即可回赎原典物之余存部分,甚不公平。如依本条第 2 项规定计算之,灭失时灭失部分的典价为 54 万元($90 \times 180/300$),回赎金额为 36 万元($90 - 54$),即出典人须按比例支付 36 万元,始得回赎典物房屋余存之部分。

须注意的是,实务上多以房屋(A 屋)及其基地(B 地)为标的设定典权,因房屋及其基地系独立的不动产,在法律上乃设定两个典权,各有其典价。在典权存续中,房屋因不可抗力而灭失者,依“民法”第 920 条第 1 项之规定,就其房屋部分,典权与回赎权均归消灭,典权人不得请求返还典价,出典人亦不得请求返还房屋。关于基地部分,典权与回赎权虽未消灭,但出典人不回赎时,典权人并无回赎之请求权,自亦不得请求返还典价。典权人重建房屋时,对于该房屋仍有典权,出典人亦仍有回赎权。

(2) 典权人的重建修缮权

“民法”第 921 条规定:“典权存续中,典物因不可抗力致全部或一

部灭失者,除经出典人同意外,典权人仅得于灭失时灭失部分之价值限度内为重建或修缮。原典权对于重建之物,视为继续存在。”此包括两种情形:

① 典权人经出典人同意者,得以超过灭失时灭失部分之价值,为重建或修缮。

② 未得出典人同意者(尤其是出典人反对时),典权人亦得于灭失时灭失部分之价值限度内,为重建或修缮。无论何种情形,典权人就重建或修缮典物而支出的费用,于典物回赎时,均得于现存利益之限度内,请求偿还(第 927 条)。

物权因标的物灭失而消灭,固系物权法之原则。惟为保护典权人之权益,典物因不可抗力致全部或部分灭失者,特赋予重建或修缮之权,是以典权人依本条规定为重建时,原典权仍应视为继续存在于重建之标的物上,以厘清典权人与出典人间之权利义务关系。

2. 典物因典权人的过失而灭失

(1) 典权人保管典物的义务及责任。出典人依法行使回赎权时,典权人应返还典物,故在典权存续中,典权人负有保管典物的义务。至其赔偿责任,视其“可归责事由”(过失程度)而定。分述如下:

① 过失责任。在典权存续中,因典权人之过失,致典物全部或部分灭失者,典权人于典价额限度内,负其责任(第 922 条本文)。所谓过失,指抽象轻过失而言,即未尽善良管理人之注意,以保护出典人利益。所谓于典价额限度内负其责任,指仅以典价为限,负赔偿之责,就不足之数,无须另为赔偿。例如,典价 100 万元,典受 150 万元的房屋,该屋全部灭失时,典权人仅须以 100 万元负其赔偿责任,无须另赔偿 50 万元。该屋部分灭失,减少价值 50 万元时,则于典价中扣除 50 万元以为赔偿。于部分灭失情形,典权仍继续存在于余存的典物。

② 故意或重大过失责任。典权存续中,因典权人之故意或重大过失,致典物全部或部分灭失者,除将典价抵偿损害外,如有不足,仍应赔偿(第 922 条但书)。如典价已全部充作赔偿时,典权既失其对价,应归于消灭。

③ 侵权行为责任的竞合。典物为出典人所有,典权人因过失致其全部或一部灭失时,应负赔偿责任(第 184 条第 1 项前段),得与“民法”第

922条发生竞合关系,惟为贯彻其立法意旨,其损害赔偿,仍应仅以典价为限。典物全部或部分之灭失,系典权人的故意或重大过失所致者,典权人应依侵权行为法规定负全部损害赔偿责任,不限于典价,以保护出典人的利益。

(2) 典权人的重建及修缮权?

“民法”第922条之1规定:“因典物灭失受赔偿而重建者,原典权对于重建之物,视为继续存在。”本条规定内容有二:

① 典权人得为重建。盖此于当事人及社会经济均属有利。

② 原典权继续存在。物权通常因标的物之灭失而消灭,标的物于其后恢复者,非有物权发生之原因或法律之规定,要不能当然恢复。本条特明定典权人因受赔偿所重建灭失之典物,在重建范围内原典权视为继续存在,以明确当事人间的法律关系。

3. 典物因出典人的过失而灭失

出典人因过失致典物全部或部分灭失者,系侵害典权人的典权,应成立侵权行为(第184条第1项前段)。出典人负有重建或修缮,以恢复原状的义务(第213条以下)。典权人亦得自为重建或修缮,而向出典人请求金钱赔偿。

4. 典物因第三人的行为而灭失

第三人因故意或过失致典物的全部或部分灭失时,系侵害出典人的所有权及典权人的典权,应负侵权行为责任。第三人应为修建,以恢复原状。第三人为金钱赔偿时,类推适用“民法”第920条第2项规定,典权人与出典人各得依灭失时灭失部分之价值与灭失时典物之价值比例计算损害赔偿的价金。典权人重建或修缮时,得类推适用第927条规定,请求支出费用的偿还。典权人因第三人赔偿所重建灭失的典物,应认原典权对于重建之物,视为存在。

五、典权的消灭

(一) 回赎与找贴

典权为物权的一种,关于物权消灭的一般原因(如标的物灭失、征收、抛弃、混同),自应予以适用。绝卖条款的实现(第913条)及典权人行使留买权(第919条),为典权的特别消灭原因,前已论及。典权消灭原因中

最具特色者,系出典人回赎典物及找贴,二者合而观之,较能了解典权制度的法律结构。分述如下:

1. 回赎典物

甲以其屋设定典权予乙,典价1000万元。甲将该屋所有权让与丙,乙亦将其典权让与丁,丁复将该屋以900万元转典予戊,戊后以800万元转典予庚。①试说明当事人间的典权关系。②何谓典物的回赎?试明确其规范功能及法律性质。③丙应如何回赎“典权”,应向何人回赎?丙为回赎或逾期不为回赎典物时,其法律效果如何?

(1) 回赎的功能及性质。出典人系以一定的典价,在不逾30年的期间,将不动产交付典权人使用收益。为保护出典人,乃设有回赎制度,使出典人得于法定期间提出原典价,向典权人表示回赎的意思,以消灭典权。应说明有四:

① 回赎为出典人的权利。出典人不负以原典价回赎典物的义务。典权人对出典人并无备价回赎的请求权。

② 回赎权具形成权的性质,因出典人一方向典权人提出原典价,并为回赎的意思表示,而发生效力,不必经典权人同意。典权人拒绝回赎或拒不受领典价,并不影响回赎的效力,虽出典人未依法提存典价,仍生典权消灭的效果。

③ 回赎为要物行为。除回赎的意思表示外,尚须提出原典价,始生回赎消灭典权的效力。不动产出典后,无论典物的价值增涨至如何幅度,出典人仍得以原价回赎,典权人不得责令加价。但应有情事变更原则的适用(第227条之2、“民事诉讼法”第397条)。

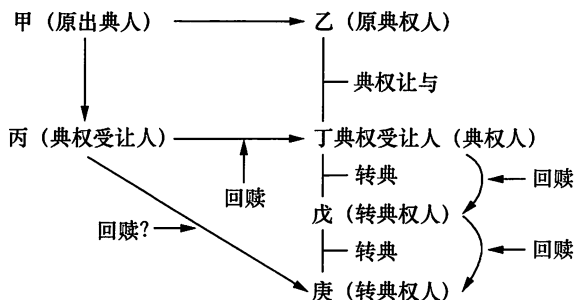
④ 于转典的情形,典权人对于转典权人亦有回赎权,应适用关于回赎的规定。

(2) 回赎的当事人,转典的回赎

出典人应向典权人为回赎。出典人将典物所有权让与第三人,或典权人将典权让与第三人时,因发生典权关系主体变更,应由典物所有权受让人向典权受让人为回赎。

值得提出讨论的是转典关系上的回赎问题。甲将其不动产以1000

万元典价出典予乙,乙以 900 万元转予丙,丙再以 800 万元转典予丁,为便于观察,将其基本关系图示如下:



为处理转典所涉及的回赎,“民法”第 924 条之 1 设有三项规定:

① 第 1 项:“经转典之典物,出典人向典权人为回赎之意思表示时,典权人不予相当期间向转典权人回赎并涂销转典权登记者,出典人得于原典价范围内,以最后转典价径向最后转典权人回赎典物。”行使回赎权时原应提出原典价为之,然转典后,可能有多数转典权存在,为避免增加出典人行使回赎权之负担,及向典权人回赎,而其未能涂销转典权时,出典人若向最后转典权人回赎,须再次提出典价,恐遭受资金风险之不利益,爰于第 1 项明定,出典人回赎时,仅须先向典权人为回赎之意思表示,典权人即须于相当期间内,向其他转典权人回赎,并涂销转典权,嗣出典人提出原典价回赎时,典权人始涂销其典权。如典权人不予相当期间向转典权人回赎并涂销转典权登记者,为保障出典人之利益,特赋予出典人得提出于原典价范围内之最后转典价径向最后转典权人回赎之权利。就前举之例言,甲向乙回赎,乙应向丙回赎,丙应再向丁为回赎,乙、丙不为回赎时,甲得以最后转典价(800 万元)向丁回赎典物。

② 第 2 项:“前项情形,转典价低于原典价者,典权人或转典权人得向出典人请求原典价与转典价间之差额。出典人并得为各该请求权人提存其差额。”出典人依第 1 项规定向最后转典权人回赎时,原典权及全部转典权均归消灭。惟转典价低于原典价或后转典价低于前转典价者,应许典权人及各转典权人分别向出典人请求相当于自己与后手间

典价之差额,出典人并得为各该请求权人提存该差额,俾能保护典权人与转典权人之权益,而符公平。例如,甲将土地一宗以1000万元出典予乙,乙以900万元转典予丙,丙复以800万元转典予丁。乙、丙、丁如仍有回赎权时,甲依前项规定以最后转典价即800万元向丁回赎者,乙之典权及丙、丁之转典权均归消灭,乙、丙就自己与后手间各100万之典价差,均得向甲请求返还。出典人甲并得分别为乙、丙提存典价之差额各100万元。

③ 第3项:“前二项规定于下列情形亦适用之:一、典权人预示拒绝涂销转典权登记。二、典权人行踪不明或有其他情形致出典人不能为回赎之意思表示。”转典为典权人之权利,非出典人所得过问,然究不能因此过度增加出典人之负担,故若典权人预示拒绝涂销转典权登记;行踪不明或有其他情形致出典人不能为回赎的意思表示时,为避免增加出典人行使回赎权的困难,将于本项明定适用第1项、第2项规定。

(3) 行使回赎的时期及限制。回赎典物攸关当事人利益甚巨,对回赎权的行使应有一定期间及必要的限制。分述如下:

① 回赎期限

A. 典权定有期限。典权定有期限者,其回赎期间,为该期限届满后2年之内(第923条)。定有期限的典权,当事人于期限届满前以契约加长期限者,其2年期间自该加长期间届满时起算。所定期限(或与加长期间合并计算)逾30年者,应缩短为30年(第912条),应于30年届满后2年内回赎。所定期间在15年以上而未逾30年,附有到期不赎即作绝卖的条款时,应于期限届满即行使回赎权。

B. 典权未定期限。典权未定期限者,出典人得于出典后30年内随时回赎(第924条)。届满30年时,若不为行使,其回赎权即归于消灭,此与定有期限的典权,于期限届满后尚有2年回赎期间不同,应请注意。

C. 回赎期间的法律性质及其延长或减短。回赎权为形成权,前已提及,故上述回赎期间,并非消灭时效期间,乃无时效性质的法定除斥期间,不适用民法关于消灭时效的规定。回赎期间涉及典权人利益,具强行性质,故第923条第2项所定2年期间,当事人不得以法律行为加长之。于定有期限之典权,当事人约定期限届满后超过2年之期间内,仍得为回

赎,或不拘年限随时得为回赎者,无效。

当事人得否以法律行为减短回赎权的除斥期间?最高法院1934年上字第2566号判例谓:“《民法》第923条第2项所定2年之期间,以得约定减短为原则,此观《民法》第913条对此原则设有例外规定自明,《民法》第924条但书所定之期间长至30年,其得以法律行为减短之,尤不待言。故未定期限之典权约定仅得于出典后10年内回赎者,自应认为有效。”此项判例具有法学方法上的意义,分两点说明之:

a. “民法”第913条规定:“典权之约定期限不满十五年者,不得附有到期不赎即作绝卖之条款。”反面推论之,典权之约定期限满15年以上者,得附绝卖条款,此实质上等于期限届满后2年回赎期间的缩短或抛弃。由是观之,对“民法”第923条第2项所定2年期间而言,第913条乃不得以约定减短原则的例外,而非“得以约定减短原则”的例外。又回赎制度系为出典人利益而设,若得任由当事人以约定缩短第923条所定2年回赎期间,如约定出典人应于所定期限届满后1周内回赎,则出典人未于1周内为回赎时,即由典权人取得典物所有权,此实不足保护出典人,有违回赎制度的规范意旨。第923条所定2年期间既为除斥期间,不得以法律行为延长,已如上述。除法律另有规定,当不得以特约减短之。

b. 典权未定期限者,出典人得随时以原典价回赎典物,但自出典后经过30年不回赎者,典权人即取得典物所有权(第924条)。当事人约定出典人仅得于出典后10年内回赎者,“最高法院”所以认其约定有效,系以“民法”第923条第2项所定2年期间,得以约定缩减为原则,而径为举轻明重的推论。此项见解难以赞同,已如上述。当事人约定出典人于出典后若干年内始得回赎,系属未定典权期间,而其所以得认系有效的理由有二:

(a) 30年内得随时回赎的规定,使典权处于不安定状态,当事人依合意加以缩短限制其行使其期间,具有稳定典权关系的功能,并不发生丧失典物所有权的法律效果,不同于第923条所定2年的回赎期间。

(b) 30年除斥期间的缩短,实质上无异于当事人依合意将其变为定有期限的典权,衡诸当事人利益及回赎制度功能,原则上应无禁止的必要。

② 回赎前的通知义务。“民法”第925条规定:出典人之回赎,应于6

个月前通知典权人。此项规定于定有期限及未定有期限的典权均有适用余地。出典人行使回赎权违背此项规定时,虽仍发生回赎的效果,但典权人于时间未到前得拒返还典物。

(4) 回赎权行使或不行使的法律效果

① 回赎权行使的法律效果

A. 典权消灭:出典人于回赎期间依法行使回赎权者,系以法律行为使典权归于消灭,须办理涂销登记,始生效力(第758条)。

B. 典权人的费用偿还请求权:关于典权人支付费用、对典物重建或修建使典物价值增加利得问题,于回赎时应如何处理,“民法”第927条设有五项规定:

第1项:“典权人因支付有益费用,使典物价值增加,或依第九百二十一条之规定,重建或修缮者,于典物回赎时,得于现存利益之限度内,请求偿还。”所谓有益费用,即增加典物价值的费用,例如,于典物房屋装设冷气系统。此项费用的偿还,系基于法律规定,不以支出有益费用先经出典人同意为偿还请求权发生的要件,自不因未得出典人之同意影响偿还请求权之行使。至于必要费用(如修补漏水的屋顶),则不在偿还之列,因典权人负有保管典物义务,应自行承担此类费用。

第2项:“第八百三十九条之规定,于典物回赎时准用之。”典物上有工作物者,应准用第839条之规定以兼顾出典人及典权人之利益。

第3项:“典物为土地,出典人同意典权人在其上营造建筑物者,除另有约定外,于典物回赎时,应按该建筑物之时价补偿之。出典人不愿补偿者,于回赎时视为已有地上权之设定。”立法目的系在顾及社会整体经济利益,并解决建筑基地使用权源问题。出典人未曾同意典权人营造建筑物者,除另有约定外,于典物回赎时,出典人得请求典权人拆除并交还土地,乃属当然。

第4项:“出典人愿依前项规定为补偿而就时价不能协议时,得声请法院裁定之;其不愿依裁定之时价补偿者,于回赎时亦视为已有地上权之设定。”此亦为保障典权人之利益及解决基地使用权问题。

第5项:“前二项视为已有地上权设定之情形,其地租、期间及范围,当事人不能协议时,得请求法院以判决定之。”在第3项、第4项视为已有地上权设定之情形,其地租、期间及范围,基于私法自治之原则,应由当事

人协议定之,如不能协议时,始请求法院以判决定之。

② 逾期不回赎的效果。在定有期限的典权,出典人于期限届满后,经过2年,不以原典价回赎者,典权人即取得典物所有权(第923条第2项)。在未定期限的典权,自出典后经过30年,不回赎者典权人亦即取得典物所有权(第924条但书),典权归于消灭。此项直接基于法律规定取得不动产所有权,究为原始取得抑或继受取得,甚有争论。^①采原始取得说的主要理由系以所有权与典权各异其种类,典权人如非原始取得,典权何能由典权变为所有权?^②采继受取得说者,则强调典权人取得典物所有权,非由典权变为所有权,乃系基于回赎权消灭而生所有权移转的法定事由,此与原典权有牵连关系,原典权既因设定行为而发生,其因此而取得典物所有权,自为继受取得。^③实务上系采继受取得说^④,关于其法律效果,应注意者有三:

A. 典权人取得典物所有权乃基于法律规定,不待登记,即生效力,但应经登记始得处分(第759条)。其登记应依移转登记之方法为之。

B. 所有人在同一不动产上设定抵押权后再设定典权时,典权人取得典物所有者,其先设定抵押权不因此而受影响。

C. 同一不动产上设定典权后再设定抵押权时,本着“物权效力优先原则”,于典权人取得所有权时,其抵押权归于消灭。

2. 找贴

甲将时价1000万元的房屋,以700万元典价,设定典权予乙,典期20年。1年后甲对乙表示愿移转该屋所有权予乙。乙表示同意而找贴100万元。试问:

- ① 何谓找贴? 具有何种功能?
- ② “找贴”的法律性质如何,该屋所有权如何移转?
- ③ 甲于乙找贴后,得否主张乙应再找贴50万元,以符时价?
- ④ 乙得否对甲主张以时价找贴,而取得典物所有权?

① 关于此项争论,不同见解的整理分析,参见谢在全:《民法物权论(中)》,第282页。

② 参见史尚宽:《物权法论》,第432页。

③ 参见李肇伟:《民法物权》,第372页。

④ 参照1942年院字第2300号解释,1948年院字第3908号解释。

(1) 找贴的功能及意义。典权的设定,其典价通常均低于买卖价格,在典价与典物时价之间存有差额,为便利双方当事人了解其典权关系,乃有找贴制度,即出典人于典权存续中,表示让与其典物之所有权予典权人者,典权人得按时价“找贴”,取得典物所有权(第926条)。此乃中国固有“找贴作绝”或“告找”习惯的明文化,其规范重点在于明定“找贴”,以一次为限(第926条第2项),以杜绝“一找再找”的旧习,避免发生纠纷。

(2) 找贴的性质。关于找贴的法律性质,典权制度沿革上有认系典权人的权利,亦有认系出典权人的权利。依现行“民法”第926条规定,应认找贴乃出典人与典权人之间的一种买卖契约。因出典人的要约,典权人的承诺,双方意思合致而成立。其所谓时价,乃当事人合意的价格,非指客观的市场价格而言。典权人并无按时价找贴的权利,即不得主张得按时价找贴,以取得典物所有权。

(3) 找贴的行使及其法律效果。找贴必须于典权存续中为之。出典人逾期不为回赎,由典权人取得典物所有权时,自无再行找贴的余地。又找贴与留买,其效果虽无不同,但二者相互排斥,即留买后不得再为找贴,找贴后不得再为留买。典权人不愿找贴,而出典人将典物出卖给第三人时,典权人仍得行使留买权,自不待言。

出典人与典权人因找贴而成立买卖契约,发生债之关系。出典人负交付补找价金(即典物时价的差额)给出典人的义务。出典人负移转典物所有权给典权人的义务。此项不动产所有权的移转,因订立书面并办理登记而发生效力(第758条)。典权人因找贴而取得典物所有权,其典权因混同而消灭。

(二) 典权消灭的法律效果

1. 典物的返还

典权消灭的主要法律效果,除典物已灭失或典权人依法取得典物所有权外,典权人负返还典物给出典人的义务。典权人拒不返还时,应负无权占有、不当得利或侵权责任。典权人返还典物的义务与出典人返还费用的义务,非属对待给付关系,典权人不得以此项费用未返还,作为拒绝返还典物的理由。

2. 典物上工作物等的处理

典权人于典物(尤其是土地)有建筑物或其地工作物,或于典权因回赎等事由消灭时,应如何处理?为明确,民法物权编修正第927条第2项明定:“第839条之规定,于典物回赎时准用之。”并于该条增订第3项、第4项、第5项,前已说明,敬请参阅。

第六章 担保物权

第一节 概 说

何谓担保物权,现行“民法”上有几种担保物权,试说明其类型上的基本构造。担保物权具有何种功能?在台湾每年有多少登记抵押权的笔数,这些笔数的消长具有何种意义?

一、担保物权的意义,功能及类型

担保物权,指以确保债务的清偿为目的,于债务人或第三人所有之物或权利所设定的物权。担保物权属于所谓的定限物权,即于他人之物或权利设定的物权(所谓定限型担保物权),因以支配担保物的交换价值为内容,又称为价值权。担保物权旨在确保债权得获优先受偿,有助于诱导债权,促进资金融通,活跃市场经济。由最近美国次级房贷所引发的全球金融危机,可知房贷抵押、银行体系及管理,与社会经济发展和人民生活具有密切不可分的关系。

现行“民法”设有抵押权、质权与留置权三种担保物权。特别法上的担保物权,有“民用航空法”上的航空器抵押(第19条以下)、“海商法”上的船舶抵押(第33条以下)等。值得特别指出的是,“动产担保交易法”创设了动产抵押、附条件买卖(保留所有权)及信托占有三种不占有标的

物的担保制度。^①又实务所创设的“信托让与担保”，即债务人为担保其债务，将担保物所有权移转予债权人，而使债权人在不超过担保之目的范围内，取得担保物所有权者，债务人如不依约清偿债务，债权人得将担保物变卖或估价，而就该价金受清偿（“最高法院”1981年台上字第104号判例），亦属一种担保制度。本书旨在论述“民法”规定的三种担保物权，兹先将其基本法律结构列表如下，以便参照：

内容 事项	性质	种类	客体	发生	标的物的 占有
抵押权	定限物权	不动产抵押权 普通抵押 最高限额抵押	不动产	1. 意定 2. 法定	不占有
		其他抵押权： 权利抵押	地上权、农育 权、典权	意定	
质权	定限物权	1. 动产质权	动产	意定	占有
		2. 权利质权	债权及其他可 让与的权利		不占有
留置权	定限物权	动产		法定	占有

二、担保物权的修正及社会变迁

“民法”物权编制定于1929年。1995年1月16日修正“民法”第942条（将原条文的雇用人修正为受雇人）。目前正进行物权编的全盘检讨修正。其中关于担保物权部分（包括施行法）已于2007年3月28日公布施行。担保物权的修正重点在于抵押权，分设三节规定普通抵押权、最高

^① “动产担保交易法”制定于1963年，系由当时美援会所促成，旨在适应工业及农业资金融通及动产用益之需要，对台湾社会经济发展作出了重要贡献。本条例于2007年7月11日修正。兹将三种担保制度的意义，摘录于下，俾便参照：（1）称动产抵押者，谓抵押人对债务人或第三人不移转占有而就供担保债权之动产设定动产抵押权，于债务人不履行契约时，抵押权人得占有抵押物，并得出卖，就其卖得价金优先于其他债权而受清偿之交易（第15条）。此多用于银行贷款。（2）称附条件买卖者，谓买受人先占有动产之标的物，约定至支付一部或全部价金，或完成特定条件时，始取得标的物所有权之交易（第26条）。此多用于动产买卖，有助于促进消费生产。（3）称信托占有者，谓信托人供给受托人资金或信用，并以原供信托之动产标的物所有权为债权之担保，而受托人依信托收据占有处分标的物之交易（第32条）。此多用于国际贸易。

限额抵押权及其他抵押权,以解决实务上争议问题,建构较周全的规范体系,可谓系抵押权制度的全面更新及现代化。“民法”规定的三种担保物权中以抵押权最为重要,兹将历年登记抵押权笔数列表如下:

年度	抵押权笔数
1995	2 407 039
1998	2 112 392
1999	2 270 906
2001	1 820 639
2002	2 070 289
2003	1 684 614
2004	1 814 440
2005	1 937 423
2006	1 990 051
2007	1 755 543
2008	1 591 632

前揭关于抵押权的登记笔数,可供说明担保物权制度与台湾地区社会经济发展的若干基本问题:

(1) 1995年以来,登记的用益物权(包括地上权地役权、典权)每年最多数不超过5万件,登记的抵押权件数多者有达240万件,少者年有160万件,由此可知物权的发展,系由“所有”到“不动产的利用”,尤其以其价值供担保债权之用。

(2) 登记的每一笔抵押权都有一个个人生活或社会经济活动,例如,购屋贷款、购置机器设备,投资理财,清偿债务等。200万笔的抵押体现着台湾的社会经济活动。如果抵押权的统计更为精细(如包括债权金额),将更能提供可以分析的资料。

(3) 值得特别注意的是,抵押权的笔数有日益下降的趋势,在1999年以前均在200万笔以上,其后则逐年减少,2008年仅有不足160万件,显示台湾地区经济活动、景气、厂商外移及房地产市场的变化。

第二节 抵 押 权

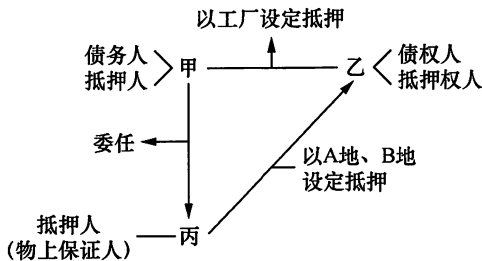
一、普通抵押权

(一) 普通抵押权的意义及取得

某甲经营电子业,以其工厂(土地及厂房)设定普通抵押权予乙银行,担保 1000 万元的贷款,另委请其亲友丙提供 A 地及 B 地设定普通抵押权。试问何谓普通抵押权,具有何种功能,如何设定?

1. 普通抵押权的意义

“民法”第 860 条规定,称普通抵押权者,谓债权人对于债务人或第三人不移转占有而供其债权担保之不动产,得就该不动产卖得价金优先受偿之权。例如,甲向乙银行贷款 1000 万元,甲以自有的工厂(土地及房屋),并委请其友人丙提供 A 地、B 地为乙设定抵押权,以担保此项债务的清偿。在此情形,乙为债权人(抵押权人),甲为债务人及抵押人,丙亦为抵押人(称为物上保证人)。甲届期不清偿其债务时,乙得拍卖抵押物,而优先受清偿。此为抵押权的基本法律关系,图示如下:



物权编修正明定“普通抵押权”,其主要目的在于与“最高限额抵押权”等特殊抵押权加以区别。为顾及文字简约,普通抵押权一节所称抵押权乃指普通抵押权而言。

2. 抵押权的取得

(1) 依法律行为而取得

① “设定”抵押权的物权行为与债权行为。依法律行为而取得抵押权,最常见的是抵押权的设定。抵押权系属财产权,自得让与,惟因具从属性,其让与应与所担保的债权一并让与为之。抵押权的设定或让与均

系依法律行为(物权行为、处分行为)而发生不动产物权变动,须订立书面协议,并经登记始生效力(第758条)。

设甲向乙借款,约定为抵押权的设定。甲于获得借款后,以此项设定抵押权的约定未订立书面协议,而拒不办理抵押权设定登记时,应如何处理?“最高法院”1981年台上字第453号判例谓:“不动产抵押权之设定,固应以书面为之。但当事人约定设定不动产抵押权之债权契约,并非要式行为。若双方就其设定已互相同意,则同意设定抵押权之一方,自应负使他方取得该抵押权之义务。”此项判例明确设定了抵押权所涉及的债权行为与物权行为,应值赞同。

② 书面、登记。抵押权的设定,不以移转供债权担保之不动产占有的必要,但须订立书面(要式的物权行为)。当事人间有特约以不动产交与债权人使用收益以抵利息,并由债权人负担税捐者,并非法所不许,但不得以此遂推定抵押权设定契约为买卖契约(1965年台上字第1870号判例)。

抵押权为不动产物权,非经登记,不生效力,抵押权人仅能依设定登记之内容行使权利,是抵押债务人究为何人,应以设定登记之内容为准(“最高法院”1983年台上字第2432号判例)。又抵押权所担保之债权,其种类及范围,属于抵押权之内容,依法应经登记,始生物权之效力,但如因内容过于冗长,登记簿所列各栏篇幅不能容纳记载,可以附件记载,作为登记簿之一部分。因此关于最高限额抵押权所担保之债权虽未记载于土地登记簿,然于声请登记时提出之最高限额抵押权设定契约书,有该项债权之记载者,此契约书既作为登记簿之附件,自为抵押权效力所及。^①

(2) 非依法律行为而取得。抵押权得因继承而取得。值得注意的是法定抵押权,此指因法律规定而发生的抵押权,其主要的有“民法”第513条规定的承揽人抵押权(阅读之!),及“国民住宅条例”第17条规定的抵押权,即“政府出售国民住宅及其基地,于买卖契约签订后,应即将所有权移转与承购人,其因贷款所生之债权,自契约签订之日起,债权人对该住宅及其基地,享有第一顺位之法定抵押权,优先受偿。”于法定抵押权,应准用关于抵押权的规定(第883条)。

① 参见“最高法院”1995年台上字第1967号判例。

(二) 抵押权的特性及其效力范围:抵押权的基本构造

1. 抵押权的特性

抵押权具有所谓从属性、不可分性及代位性的特性。试举例说明其意义及功用。

抵押权系为担保债权,而于抵押物上设定的权利,在法律结构上具有从属性、不可分性及代位性三个特性。分述如下:

(1) 从属性。抵押权系以担保债务之清偿为目的,为主债权而存在,具从属性,分三点言之:

① 发生上的从属:抵押权的成立,原则上以主债权的发生或存在为前提。

② 处分上的从属:抵押权不得与其所担保之债权分离而单独让与,或为其他债权之担保(第 870 条)。债权人将债权让与第三人时,除另有约定外,抵押权应随同移转(参阅第 295 条),无待登记即发生移转效力。

③ 消灭上的从属:抵押权所担保的债权,因清偿、提存、抵销、免除等原因而全部消灭时,抵押权亦随同消灭(第 307 条)。

(2) 不可分性。抵押权的目的,即在以抵押物的全部价值,担保所有的抵押债权得受清偿,乃发生所谓的抵押权不可分性:

① 抵押之不动产如经分割^①,或让与其一部分,或担保一债权之数不动产而以其一让与他人者,其抵押权不因此而受影响(第 868 条)。

② 以抵押权担保之债权,如经分割或让与其一部分者,其抵押权不因此而受影响。前项情形,于债务分割或承担其一部分时适用之(第 869 条)。^② 例如,甲以 A 地设定抵押权,担保乙的 1000 万元债权。设甲将 A 地的一部分让与丙(登记为 B 地),乙则将其债权中的 500 万元让与丁。

^① 关于不动产分割,参见“最高法院”1993 年台上字第 3153 号判例:“抵押之不动产如经分割,或让与其一部者,其抵押权不因此而受影响,‘民法’868 条定有明文。故抵押之不动产虽让与为数人所共有,抵押权人对于受让抵押物之各人之应有部分,仍得就全部债权行使权利,受让抵押物应有部分之人,不得仅支付与受让部分相当金额,而免其责任。”

^② “最高法院”1998 年台上字第 576 号判决:按让与债权时该债权之担保及其他从属之权利,除与让与人有不可分离之关系者外,随同移转于受让人,为“民法”第 295 条第 1 项所明定。该条所谓“随同移转”,系属法定移转,无待登记即发生移转之效力,与意定移转须经登记始发生移转效力者有异。又抵押权从属于主债权,观之“民法”第 870 条规定自明。则主债权之让与,依前开说明,该抵押权自应随同移转,此与抵押权系依法律行为而为该与须经登记始发生移转效力之情形不同。

在此情形,除当事人另有约定外,乙、丁的债权仍存在于A地之及B地之上,不因抵押物及抵押债权的一部分让与而受影响。

(3) 代位性。在抵押权,系以其标的物的价值担保抵押债权的清偿,是发生所谓的代位性(物上代位性),即抵押权之标的物灭失时,抵押权仍移存于抵押物的代位物。所谓代位物指因抵押物灭失而得受的损害赔偿金、保险金,政府所发征收费等补偿费。(第881条)

2. 抵押权的效力范围

(1) 抵押权所担保者,是否包括违约金及利息? 应否就其期间,加以限制,以免扩大担保债权的范围? 应否登记?

(2) 甲以房屋土地设定抵押予乙,抵押权的效力是否及于该屋的车库(从物),地役权(从权利),加建的附属物? 又抵押权是否及于该屋遭台风吹倒后的建材? 或甲擅自从房屋拆取的古董门窗? 如何确保抵押权的实现?

(3) 甲有果园,设定抵押权予乙,其后甲将该果园出租予丙,抵押权的效力是否及于抵押后分离的天然孳息?

(1) 抵押权所担保的债权的范围

新修正“民法”第861条规定抵押权所担保者为原债权、利息、迟延履行、违约金及实行抵押权之费用。但契约另有约定者,不在此限(第1项)。得优先受偿之利息、迟延履行、1年或不及1年定期给付之违约金债权,以于抵押权人实行抵押权声请强制执行前5年内发生及于强制执行程序中发生者为限(第2项)。此项修正旨在调整担保债权的范围。

须注意的是,约定的利息、违约金不以登记者为限,但为顾及交易安全,仅涉及担保债权内容的登记方法,应于地政法令加以规范(参照“土地登记规则”第111条之1)。

(2) 抵押权及于抵押物的范围

① 从物、附加物、从权利。新修正“民法”第862条规定:抵押权之效力及于抵押物之从物与从权利(第1项)。第三人于抵押权设定前,就从物取得之权利,不受前项规定之影响(第2项)。以建筑物为抵押者,其附加于该建筑物而不具独立性之部分,亦为抵押权效力所及。但其附加部分为独立之物,如系于抵押权设定后附加者,准用第877条之规定(第

3项:新增)。^①

② 抵押物灭失之残余物及分离物。新增订“民法”第862条之1规定:“抵押物灭失之残余物,仍为抵押权效力所及。抵押物之成分非依物之通常用法而分离成为独立之动产者,亦同。前项情形,抵押权人得请求占有该残余物或动产,并依质权之规定,行使其权利。”(第2项)^②所称抵押物之成分,指非依物之通常用法,因分离而独立成为动产者,例如自抵押建筑物拆取之“交趾陶”。

③ 天然孳息及法定孳息。第863条规定:“抵押权之效力,及于抵押物扣押后自抵押物分离,而得由抵押人收取之天然孳息。”抵押物未分离之天然孳息(例如果树的果实),乃抵押物的成分,当然为抵押权效力所及,自不待言。之所以规定:“得”由抵押人收取之天然孳息,乃在明确表明抵押权设定后,于同一抵押物得设定地上权或成立其他权利(例如租赁、使用借贷),故土地之天然孳息收取权人未必即为抵押人(第70条),则抵押物扣押后,由抵押物分离时,如抵押人无收取权者,抵押权之效力,自不及于该分离之天然孳息。至于在押抵押权设定之前,抵押物上已设定地上权或成立其他权利者,其天然孳息为抵押权效力所不及,乃属当然(参见修正理由)。

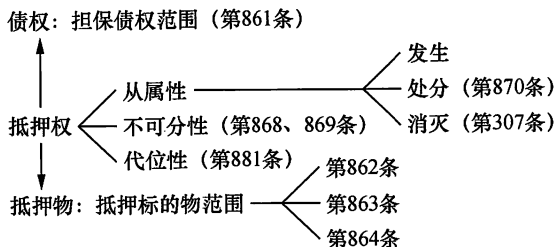
抵押之效力及于抵押物扣押后,抵押人就抵押物得收取之法定孳息。但抵押权人,非以扣押抵押物之事情,通知应清偿法定孳息之义务人,不得与之对抗(第864条)。

3. 抵押权的基本法律结构

兹综据上述,将抵押权的基本法律构造图示如下(务请阅读相关条文):

① 修正理由:社会上常有在建筑物上增建、扩建或其他之附加使成为一物而不具独立性之情形,如以该建筑物为抵押,抵押权是否及于该附加部分?原法尚无明文规定,易滋疑义。为杜绝争议,并解决于实行抵押权时法院强制执行程序之困扰,爰增订第3项,明定无论于抵押权设定前后,附加于该为抵押之建筑物之部分而不具独立性者,均为抵押权效力所及。如其附加部分为独立之物,且系于抵押权设定后附加者,准用第877条之规定。即抵押权人于必要时,得声请法院将该建筑物及其附加物并付拍卖,但就附加物卖得价金,无优先受清偿之权,以保障抵押权人、抵押人与第三人之权益,并维护社会整体经济利益。

② 增订理由:抵押物灭失致有残余物时,例如抵押之建筑物因倒塌而成为动产者,从经济上言,其应属抵押物之变形物。又抵押物之成分,非依物之通常用法,因分离而独立成为动产者,例如自抵押建筑物拆取之“交趾陶”,其较诸因抵押物灭失而得受之赔偿,更属抵押物之变形物,学者通说以为仍应为抵押权效力所及,始得巩固抵押权之效用。因原法尚无明文规定,易滋疑义,为期明确,爰予增订。



(三) 抵押权对抵押人及抵押权人的效力

甲将 A 地设定通行地役权予乙后,再先后设定抵押权予丙、丁。在此情形。甲得否于同一不动产上与丙再成立租赁或使用借贷关系?乙实行抵押权时,如何处理该租赁或使用借贷关系?

1. 对抵押人的效力

抵押人仍为抵押物的所有人,且不移转占有于抵押权人,其对抵押物使用、收益及处分的权能,原则上不受抵押权设定的影响。分述如下:

(1) 得对抵押物为使用收益。但抵押物扣押后,所收获的天然孳息或所得收取之法定孳息,则为抵押权效力所及(第 863 条、第 864 条)。

(2) 得对抵押物为处分。所谓处分,除事实上处分(如修缮抵押的房屋)外,尚包括法律上处分,即:

① 不动产所有人,因担保数债权,就同一不动产,设定数抵押权者,其数抵押权之次序,依登记之先后定之(第 865 条)。

② 新修正“民法”第 866 条设 3 项规定,旨在调和抵押权与用益物权及租赁关系:

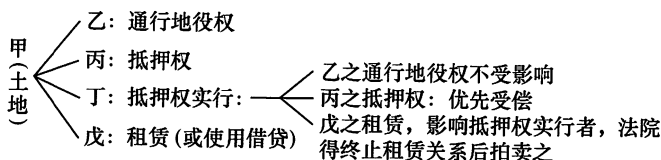
A. 不动产所有人设定抵押权后,于同一不动产上,得设定地上权或其他以使用收益为目的之物权,或成立租赁关系。但其抵押权不因此而受影响(第 1 项)。①

① 修正理由:“第一项但书‘但其抵押权不因此而受影响’之解释,学者间意见不一,有谓仍得追及供抵押之不动产而行使抵押权;有谓如因设定他种权利之结果而影响抵押物之卖价者,他种权利归于消灭。为避免疑义,爰参照‘司法院’院字第 1446 号、释字第 119 号及释字第 304 号解释,增订第 2 项,俾于实体法上订定原则,以为强制执行程序之依据。上述除去其权利拍卖,法院既得依声请,亦得依职权为之。又上述之权利虽经除去,但在抵押之不动产上,如有地上权等用益权人或经其同意使用之人之建筑物者,就该建筑物则应依第 877 条第 2 项规定,办理并付拍卖,并予叙明。”

B. 前项情形,抵押权人实行抵押权受影响者,法院得除去该权利或终止该租赁关系后拍卖之(第2项)。

C. 所谓受影响,指因有地上权等权利或租赁关系之存在,无人应买,或出卖不足清偿抵押权。不动产所有人设定抵押权后,于同一不动产上,成立第1项以外之权利者,准用前项之规定(第3项)。^①第3项所称成立第1项以外之权利,如使用借贷关系。

兹参阅例题,将其所涉及的法律关系,图示如下:



2. 对抵押权人的效力

(1) 抵押权的保全

① 防止抵押物价值减少请求权。“民法”第871条规定,抵押人之行为,足使抵押物之价值减少者,抵押权人得请求停止其行为。如有急迫之情事,抵押权人得自为必要之保全处分(第1项)。因前项请求或处分所生之费用,由抵押人负担。其受偿次序优先于各抵押权所担保之债权(第2项)。例如,抵押人于抵押的土地使用化学药物,致土地遭受污染,足使其价值减少时,抵押权人得在审判上或审判外为适当的请求,或自行防御,以保护其权利,而由抵押人负担其费用。

② 抵押物价值恢复请求权。“民法”第872条规定抵押物之价值因可归责于抵押人之事由致减少时,抵押权人得定相当期限,请求抵押人恢复抵押物之原状,或提出与减少价额相当之担保(第1项)。

抵押人不于前项所定期限内,履行抵押权人之请求时,抵押权人得定相当期限请求债务人提出与减少价额相当之担保。届期不提出者,抵押权人得请求清偿其债权(第2项)。

^① 修正理由:“不动产所有人,设定抵押权后,于同一不动产上,成立第1项以外之关系,如使用借贷关系者,事所恒有。该等关系为债之关系,在理论上当然不得对抗抵押权,但请求点交时,反须于取得强制执行名义后,始得为之(‘强制执行法’第99条第2项规定参照),与前二项情形观之,有轻重倒置之嫌,且将影响拍卖时应买者之意,为除去前述弊端,爰增订第3项准用之规定。”

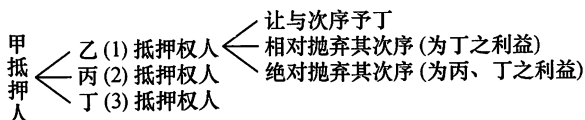
抵押人为债务人时,抵押权人得不再为前项请求,径行请求清偿其债权(第3项)。

抵押物之价值因不可归责于抵押人之事由致减少者,抵押权人仅于抵押人因此所受利益之限度内,请求提出担保(第4项)。其“所受利益”,除损害赔偿外,尚应包括不当得利,公法上损失补偿等。

③ 抵押权的处分。关于抵押权的让与,前已论及。此外债权人亦得将抵押权与其所担保的债权,一并设定权利质权,为其他债权的担保,或抛弃其抵押权。此均属依法律行为而为的抵押权变动,须经登记,始生效力(第758条)。

(四) 抵押权次序的让与及抛弃

债务人甲在其抵押物上分别有乙、丙、丁为第一、二、三次序依次为新台币180万元、120万元、60万元的抵押权。试问:(1)乙得否将其抵押权次序让与丁?(2)乙得否为丁的利益抛弃其抵押权次序?(3)乙得否为丙、丁的利益抛弃其抵押权次序?在上述情形,设甲之抵押物拍卖所得为300万元(或280万元)时,如何分配其受偿的金额?(参阅下图)



1. 功能:活络抵押物的交换价值

抵押权人依其次序所能支配者,系抵押物之交换价值,即抵押权人依其次序所得优先受偿的分配额。为使抵押权人对此交换价值的利用更具弹性,俾使其投下的金融资本在多数债权人之间仍有灵活周转之余地,并有相互调整其复杂利害关系之手段,“民法”就此原无明文规定,鉴于此项制度具有上述经济机能,且与抵押人、第三人之权益无影响,而在学说及土地登记实务(“土地登记规则”第116条规定)上均承认之。为符实际并期明确,“民法”物权编修正特明定抵押权人得以让与抵押权之次序,或抛弃抵押权之次序之方法,调整其可优先受偿之分配额。但他抵押人之利益不受影响。

2. 次序调整的类型、要件及效果

(1) “民法”第870条之1规定。新增“民法”第870条之1规定抵押

权次序之让与及抛弃,分为四项:

① 第1项:“同一抵押物有多数抵押权者,抵押权人得以下列方法调整其可优先受偿之分配额。但他抵押权人之利益不受影响:一、为特定抵押权人之利益,让与其抵押权之次序。二、为特定后次序抵押权人之利益,抛弃其抵押权之次序。三、为全体后次序抵押权人之利益,抛弃其抵押权之次序。”所谓“特定抵押权人”,系指因调整可优先受偿分配额而受利益之该抵押权人而言,不包括其他抵押权人在内。又其得调整之可优先受偿之分配额,包括全部或部分。

② 第2项:“前项抵押权次序之让与或抛弃,非经登记,不生效力。并应于登记前,通知债务人、抵押人及共同抵押人。”之所以规定须办理登记始生效力,系因“民法”关于不动产物权行为采登记生效要件主义(第758条)。

③ 第3项:“因第一项调整而受利益之抵押权人,亦得实行调整前次序在先之抵押权。”其实行抵押权须其相互间之抵押权均具备实行要件,例如,债务人甲在其抵押物上分别有乙、丙、丁第一、二、三次序之抵押权,乙将第一优先次序让与丁,如乙、丁之抵押权均具实现要件时,丁得实行乙之抵押权,声请拍卖抵押物。

④ 第4项:“调整优先受偿分配额时,其次序在先之抵押权所担保之债权,如有第三人之不动产为同一债权之担保者,在因调整后增加负担之限度内,以该不动产为标的物之抵押权消灭。但经该第三人同意者,不在此限。”^①

(2) 抵押权次序的让与。次序之让与,指抵押权人为特定抵押权人之利益,让与其抵押权之次序,亦即指同一抵押物之先次序或同次序抵押权人,为特定后次序或同次序抵押权人之利益,将其可优先受偿之分配额让与该后次序或同次序抵押权人之谓。此时让与人与受让人仍保有原抵押权及次序,让与人与受让人仍依其原次序受分配,惟依其次序所能获得分配之合计金额,由受让人优先受偿,如有剩余,始由让与人受偿。例如,

^① 增订理由:“为同一债权之担保于数不动产上设定抵押权者,抵押权人本可就各个不动产卖得之价金,受债权全部或一部之清偿。如先次序或一部之清偿。如先次序或同次序之抵押权人,因调整可优先受偿分配额而丧失其优先受偿利益,则必使其他共同抵押人增加负担,为示公平,除经该第三人即共同抵押人同意外,殊无令其增加负担之理,爰于第四项明定在因调整后增加负担之限度内,以该不动产为标的物之抵押权消灭。”

债务人甲在其抵押物上分别有乙、丙、丁第一、二、三次序依次为新台币(以下同)180万元、120万元、60万元之抵押权,乙将第一优先次序让与丁,甲之抵押物拍卖所得价金为300万元,则丁先分得60万元,乙分得120万元,丙仍为120万元。又如,甲之抵押物拍卖所得价金为280万元,则丁先分得60万元,乙分得120万元,丙分得100万元。

(3) 抵押权次序之抛弃。次序之抛弃有相对抛弃及绝对抛弃两种,分述如下:

① 相对抛弃,指抵押权人为特定后次序抵押权人之利益,抛弃其抵押权之次序,亦即指同一抵押物之先次序抵押权人,为特定后次序抵押权人之利益,抛弃其优先受偿利益之谓。此时各抵押权人之抵押权归属与次序并无变动,仅系抛弃抵押权次序之人,因抛弃次序之结果,与受抛弃利益之抵押权人成为同一次序,将其所得受分配之金额共同合计后,按各人债权额之比例分配之。例如前例,甲之抵押物拍卖所得价金为300万元,乙将其第一次序之优先受偿利益抛弃予丁,则乙、丁同列于第一次序,乙分得135万元,丁分得45万元,至丙则仍分得120万元,不受影响。又如甲之抵押物拍卖所得价金为280万元,则乙、丁所得分配之债权总额为180万元(如乙未为抛弃,则乙之应受分配额为180万元,丁之应受分配额为零),乙抛弃后,依乙、丁之债权额比例分配(3:1),乙分得135万元,丁分得45万元,丙仍分得100万元不受影响。

② 绝对抛弃,指抵押权人为全体后次序抵押权人之利益,抛弃其抵押权之次序,亦即指先次序抵押权人并非专为某一特定后次序抵押权人之利益,抛弃优先受偿利益之谓。此时后次序抵押权人之次序各依次序升进,而抛弃人退处于最后之地位,但于抛弃后新设定之抵押权,其次序仍列于抛弃者之后。如为普通债权,不论其发生在抵押权次序抛弃前或后,其次序本列于抛弃者之后,乃属当然。例如前例,甲之抵押物拍卖所得价金为300万元,乙绝对抛弃其抵押权之第一次序,则丙分得120万元,丁分得60万元,乙仅得120万元。又如甲之抵押物拍卖所得价金为480万元,戊之抵押权200万元成立于乙绝对抛弃其抵押权次序之后,则丙分得120万元,丁分得60万元,乙可分得180万元,戊分得120万元。

3. 保证人的保护

新增“民法”第870条之2规定:“调整可优先受偿分配额时,其次序在先之抵押权所担保之债权有保证人者,于因调整后所失优先受偿之利

益限度内,保证人免其责任。但经该保证人同意调整者,不在此限。”本条系仿“民法”第751条的立法意旨,以保护保证人的利益。^①

(五) 抵押权的实行

1. 甲将某地设定抵押权予乙以后,地上权人丙于该地建造房屋。试问:(1)乙拍卖土地后,拍定人丁得否请求丙拆屋还地?(2)乙得否将该屋并付拍卖?(3)该土地上的地上权得否一并拍卖?

2. 甲将某屋设定抵押权予乙时或其后,约定债权已届清偿期而未清偿时,抵押物之所有权移转予乙时,其约定是否有效?须否办理登记?在为此约定之后,甲将该所有权移转予丙时,其法律关系如何?抵押物价值高于或低于担保的债权时,应如何处理?

1. 实行抵押权的要件及方法

抵押权人于其债权已届清偿期,而未受清偿时,得声请法院拍卖抵押物,优先受偿(第873条)。抵押权之实行,乃抵押权人的权利,而非义务,抵押权人是否行使此项权利,有其自由。抵押权人如要求现款清偿时,债务人并无强其以抵押物供清偿债务之权^②,亦不得以应先就抵押物行使权利为抗辩。^③抵押权人决定行使抵押权时,其实行方法有三:

(1) 声请法院拍卖抵押物

① 拍卖程序及价金受偿。拍卖抵押物属非讼事件,由拍卖物所在地法院管辖。拍卖之抵押物,如为未经办理继承登记之不动产,执行法院应嘱托地政机关办理继承登记后拍卖之(“强制执行法”第11条第3、4项)。拍卖抵押物经法院许可而取得执行名义(“强制执行法”第4条第5款)。抵押物卖得之价金,除法律另有规定外,按各抵押权成立之次序分

① 增订理由:“抵押权所担保之债权有保证人者,于保证人清偿债务后,债权人对于债务人或抵押人之债权,当然移转于保证人,该债权之抵押权亦随同移转,足见该抵押权关乎保证人利益甚大。基于诚信原则,债权人不应依自己之意思,使保证人之权益受影响。又先次序抵押权人有较后次序抵押权人优先受偿之机会,则次序在先抵押权所担保债权之保证人代负履行债务之机会较少。如因调整可优先受偿分配额而使先次序或同次序之抵押权丧失优先受偿利益,将使该保证人代负履行债务之机会大增,对保证人有失公平。故于先次序或同次序之抵押权因调整可优先受偿分配额而丧失优先受偿之利益时,除经该保证人同意调整外,保证人应于丧失优先受偿之利益限度内,免其责任,始为平允。”

② 参见最高法院1930年上字第895号判例。

③ 参见最高法院1930年上字第746号判例。

配之。其次序相同者,依债权额比例分配之(第 874 条)。

② 法定地上权。设定抵押权时,土地及其土地上之建筑物,同属于一人所有,而仅以土地或建筑物为抵押者,于抵押物拍卖时,视为已有地上权之设定,其地租、期间及范围由当事人协议定之。不能协议者,得声请法院以判决定之(第 876 条第 1 项)。之所以规定法定地上权,乃在避免拍定后建筑物无从利用土地,致拆除之结果,有害社会经济发展(第 866 条、877 条)。

设定抵押权时,土地及其土地上之建筑物,同属于一人所有,而以土地及建筑物为抵押者,如经拍卖,其土地与建筑物之拍定人各异时,适用前项之规定(第 876 条第 2 项)。

③ 建筑物与抵押土地并付拍卖。新修正“民法”第 877 条规定:“土地所有人于设定抵押权后,在抵押之土地上营造建筑物者,抵押权人于必要时,得于强制执行程序中声请法院将其建筑物与土地并付拍卖。但对于建筑物之价金,无优先受清偿之权”(第 1 项)。“前项规定,于第八百六十六条第二项及第三项之情形,如抵押之不动产上,有该权利人或经其同意使用之人之建筑物者,准用之”(第 2 项)。之所以规定建筑物与土地得并付拍卖,乃在保护抵押权人利益,简化法律关系,避免或减少纷争,顾及社会经济。

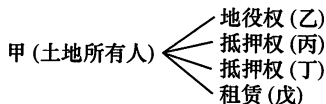
④ 并付拍卖建筑物得让与权利。依新增“民法”第 877 条之 1 规定:“以建筑物设定抵押权者,于法院拍卖抵押物时,其抵押物存在所必要之权利得让与者,应并付拍卖。但抵押权人对于该权利卖得之价金,无优先受清偿之权。”所谓得让与权利,例如地上权、租赁权,以无害于社会经济利益。

(2) 订立契约取得抵押物所有权。新增“民法”第 873 条之 1 规定:“约定于债权已届清偿期而未为清偿时,抵押物之所有权移属于抵押权人者,非经登记,不得对抗第三人”(第 1 项)。“抵押权人请求抵押人为抵押物所有权之移转时,抵押物价值超过担保债权部分,应返还抵押人;不足清偿担保债权者,仍得请求债务人清偿”(第 2 项)。“抵押人在抵押物所有权移转于抵押权人前,得清偿抵押权担保之债权,以消灭该抵押权”(第 3 项)第 878 条规定:“抵押权人于债权清偿期届满后,为受清偿,得订立契约,取得抵押物之所有权,……但有害于其他抵押权人利益者,不在此限。”

(3) 其他处分方法。抵押权人于债权清偿期届满后,为受清偿,得订立契约,取得抵押物之所有权,或用拍卖以外之方法,处分抵押物。但有害于其他抵押人之利益者,不在此限。

2. 同一抵押物上数种物权并存

指在同一抵押物上得发生数抵押权,或用益物权等权利与抵押权并存的情形。例如,甲以其土地为乙设定汲水地役权之后,再依序为丙、丁设定抵押权,最后则将该地出租给戊(参阅下图):



在前述情形,若于丙或丁以拍卖方法实行抵押权时,发生如下的法律效果:

(1) 丙或丁实行抵押权时,先设定的地役权不因此而受影响,仍继续存在(“强制执行法”第98条第2项)。

(2) 丙与丁的抵押权,系并存于同一抵押物之上,当位序在先的丙实行抵押权时,丁的抵押权应归于消灭。位序在后的丁实行抵押权,丙的抵押权因拍卖而消灭,但应优先受偿。但抵押权所担保之债权未定清偿期或其清偿期尚未届至,而拍定人或承受抵押物之债权人声明愿在拍定或承受之抵押物价额范围内清偿债务,经抵押权人同意者,不在此限(“强制执行法”第98条第3项)。

(3) 丙或丁实行抵押权时,因有租赁契约的存在,致抵押物的拍卖价格降低,无法清偿所担保的债权时,执行法院得因抵押权人的申请或依职权,除去其租赁关系,依无租赁状态,径行强制执行(第866条)。例如,所有人于设定抵押权后,再与第三人就抵押物设定典权或地上权,于实行抵押权时,因有典权或地上权存在,无人应买,或出价不足清偿抵押债权时,执行法院亦得除去典权或地上权负担,重行估价拍卖。

3. 人保、物保并存及求偿代位关系

甲向乙借款,以已有的A地设定抵押权,另委请丙提供B地、丁提供C屋设定抵押,戊为其作保。试问:(1)乙得否先拍卖丙提供的B地,丙得否提起先诉抗辩权?(2)丙代甲清偿债务时,丙得向何人主张何种权利?(3)丙的抵押物被拍卖时,得向甲、丁主张何种权利?

为便于说明人保、物保并存及求偿代位问题,兹先设一例:甲向乙借款 1000 万元,除以其自有的 A 地设定抵押外,并委请丙提供 B 地,丁提供 C 屋,设定抵押权,戊为其作保(参阅下图):



在此种多数人保、物保并存的情形,涉及如下法律关系:

(1) 债权人行使权利的自由

债权人(甲)原则上得自由决定对谁行使其权利,但拍卖之抵押物中为债务人所有者,抵押权人应先就该抵押物卖得之价金受偿(第 875 条之 1)。债权人对保证人行使权利时,保证人(戊)有先诉抗辩权(第 745 条)。物上保证人对债权人系仅以提供抵押物作为担保,不负代偿债务的责任,并无先诉抗辩权。

(2) 物上保证人、保证人的求偿关系

① 物上保证人对债务人的求偿权。新修正“民法”第 879 条第 1 项规定:“为债务人设定抵押权之第三人,代为清偿债务,或因抵押权人实行抵押权致失抵押物之所有权时,该第三人于其清偿之限度内,承受债权人对于债务人之债权。但不得有害于债权人利益。”立法理由谓:物上保证人对于债务人求偿权,现行条文规定“依关于保证之规定”。惟其不但涉及物上保证人与债务人关系,间亦涉及与保证人关系,颇为复杂,为期周延,宜设有根本解决之明文,爰将现行条文修正为物上保证人代为清偿债务,或因抵押权人实行抵押权致失抵押物之所有权时,于其清偿之限度内,承受债权人对于债务人之债权。但不得有害于债权人利益。

② 物上保证人与保证人间的关系

甲对乙负有 60 万元之债务,由丙为全额清偿之保证人,丁提供其所有价值 30 万元之土地一笔设定抵押权予乙。嗣甲逾期未能清偿,乙遂声请拍卖丁之土地而受偿 30 万元。试问丁与丙间的法律关系。

新修正“民法”第 879 条第 2 项规定:“债务人如有保证人时,保证人应分担之部分,依保证人应负之履行责任与抵押物之价值或限定之金额

比例定之。抵押物之担保债权额少于抵押物之价值者,应以该债权额为准。”又同条第3项规定:“前项情形,抵押人就超过其分担额之范围,得请求保证人偿还其应分担部分。”立法理由作有两点说明:

A. 债务人如有保证人时,物上保证人与保证人实质上均系以自己之财产担保他人之债务,晚近各立法例对普通保证自由主义色彩之干涉渐增,此亦包括保证人范围之干预及管制,使物上保证与普通保证不应有不同责任范围。因之,物上保证人于代为清偿债务,或因抵押权人实行抵押权致失抵押物之所有权时,自得就超过其应分担额之范围内对保证人具有求偿权与承受权,即采物上保证人与保证人平等说,以期公允。

B. 例如,甲对乙负有60万元之债务,由丙为全额清偿之保证人,丁则提供其所有价值30万元之土地一笔设定抵押权予乙。嗣甲逾期未能清偿,乙遂声请拍卖丁之土地而受偿30万元。依本条规定,乙对甲之原有债权中之30万元部分,由丁承受;保证人丙就全部债务之应分担部分为40万元 $\{60 \times [60 \div (30 + 60)]\}$,丁就全部债务之应分担部分则为20万元 $\{60 \times [30 \div (30 + 60)]\}$,丁已清偿30万元,故仅得就超过自己分担部分对丙求偿10万元。反之,如丁系以其所有价值70万元之土地设定抵押权予乙,嗣乙声请拍卖该土地而其60万元债权全额受清偿时,保证人丙之分担额则为30万元 $\{60 \times [60 \div (60 + 60)]\}$,丁得向丙求偿30万元。又前开物上保证人向保证人求偿时,应视该保证之性质定之。如为连带保证或抛弃先诉抗辩权之保证人时,该物上保证人得直接向保证人求偿;如为普通保证人,因其有先诉抗辩权,如其主张先诉抗辩权时,该物上保证人则应先向债务人求偿,于债务人不能偿还时,始得向保证人求偿,此乃当然法理。至于保证人对物上保证人之承受权部分,则系依“民法”第749条规定,其求偿权则依其内部关系或类推适用“民法”第281条第1项规定定之。

(六) 抵押权的消灭

1. 抵押权消灭的原因

抵押权的消灭原因,除混同、抛弃等外,尚有主债权消灭、抵押物灭失、抵押权的实行。

2. 抵押权消灭的除斥期间

应特别提出的是,抵押权担保之债权,其请求权已因时效而消灭,抵

押权人仍得就抵押物求偿(第145条)。抵押权人,于消灭时效完成后,5年间不实行其抵押权者,其抵押权消灭(第880条)。本条系就物权创设得因除斥期间经过而消灭的例外规定,并非谓有抵押权担保之请求权,其时效期间较15年为长。^①

3. 抵押权消灭与物上代位

“民法”第881条分4项规定抵押权消灭与物上代位的问题:

(1) 第1项:“抵押权除法律另有规定外,因抵押物灭失而消灭。但抵押人因灭失得受赔偿或其他利益者,不在此限。”本项将旧“民法”第1项所称灭失得受之“赔偿金”,修正为因灭失得受“赔偿或其他利益”。修正理由谓:原条文所称之“赔偿金”,易使人误解为抵押物之代位物仅限于金钱,实则抵押物之代位物,在赔偿或其他给付义务人未给付前,抵押人对该义务人仅有给付请求权,给付物并未特定,金钱、动产、不动产或其他财产权均有可能,为避免疑义,爰将“赔偿金”修正为“赔偿或其他利益”。

(2) 第2项:“抵押权人对于前项抵押人所得行使之赔偿或其他请求权有权利质权,其次序与原抵押权同。”

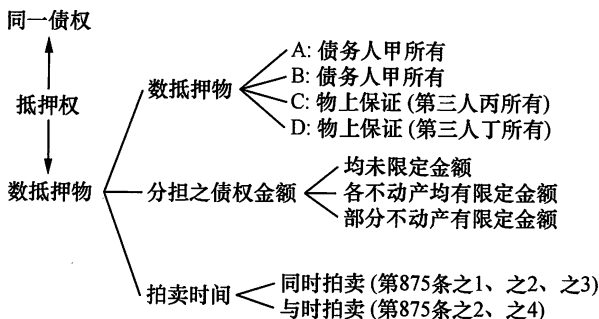
(3) 第3项:“给付义务人因故意或重大过失向抵押人为给付者,对于抵押权人不生效力。”

(4) 第4项:“抵押物因毁损而得受之赔偿或其他利益,准用前三项之规定”。须注意的是本项与修正条文第872条可同时并存,抵押权人依本项所生之物上代位权与依该条所生之提出担保请求权,发生请求权竞合问题,由抵押权人择一行使,乃属当然。

(七) 共同抵押权

甲向乙贷款,除提供自有的A地、B地设定抵押权外,并由丙、丁各提供C地及D地设定抵押权。试问:(1)乙得否先就C地拍卖受偿?(2)未限定各个抵押物所负担金额时,如何决定各抵押物对债权分担之金额?(3)设乙拍卖C地,乙就该抵押物受偿之债权额超过丙之分担额时,C地所有人丙得向丁主张何种权利?(参阅下图)

^① 参见“最高法院”1964年台上字第1391号判例。



1. 共同抵押的意义及抵押权人的选择自由

共同抵押权,指为担保同一债权,以数不动产为标的物,所设定的抵押权。例如,甲为担保其对乙的1000万元债务,以A、B两笔土地,为乙设定抵押权。此种为“同一债权之担保,于数不动产上设定抵押权,而无限定各个不动产所负担之金额者,抵押权人得就各个不动产卖得之价金,受债权全部或一部之清偿。”(第875条)。除受“强制执行法”第96条规定之限制外^①,抵押权人就如何行使其权利,有自由选择之权。^{②③}

抵押人系就同一债权之担保,于数不动产上设定抵押权,复无限定各个不动产所负担之金额,抵押人因设定抵押权所提供之两笔土地,均须担保债权之全部,在债权未全部受偿前,尚不生抵押权部分消灭之效力。

2. “民法”第875条之1、之2、之3、之4的增订

共同抵押的问题涉及四个问题:

(1) 抵押权人如何行使其权利?

^① “强制执行法”第96条规定:“供拍卖之数宗不动产,其中一宗或数宗之卖得价金,已足清偿执行之债权额及债务人应负担之费用时,其他部分应停止拍卖。前项情形,债务人得指定其应拍卖不动产之部分。但建筑物及其基地,不得指定单独拍卖。”

^② “最高法院”1986年台上字第1215号判决:“为同一债权之担保,于数不动产上设定之抵押权,学者称之为共同抵押,此种抵押权,依‘民法’第875条规定,倘无限定各个不动产所负担之金额者,抵押权人得就各个不动产卖得之价金,受债权全部或一部之清偿,除受‘强制执行法’第96条规定之限制外,有自由选择之权。此与外国立法例采分担主义,规定共同抵押权人,如同时就各抵押物卖得之价金受清偿时,应按各标的物之价格分担债权额者(如《日本民法》第392条第1项),固有不同,其与代位求偿主义,规定共同抵押权如仅就一抵押物卖得价金受偿时,该标的物上次顺序抵押权人,对他抵押物于该共同抵押人依分担比例计算,可得受清偿金额之限度内,得代位行使其抵押权者(如《日本民法》第392条第2项),亦复有异,台湾民法上之共同抵押,既无相类似之规定,自不能为相同之解释。”

^③ 参见“最高法院”1963年台上字第1693号判例。

(2) 共同抵押物对债权分担金额的计算。

(3) 共同抵押拍卖金大于债权时,如何计算分配?

(4) 各抵押物分别拍卖时,应如何处理其求偿或承受问题?为规范此等问题。2007年修正担保物权时,增列四个条文:

① 第 875 条之 1(拍卖的次序):“为同一债权之担保,于数不动产上设定抵押权,抵押物全部或部分同时拍卖时,拍卖之抵押物中有为债务人所有者,抵押权人应先就该抵押物卖得之价金受偿。”此项规定旨在减少物上保证人的求偿问题,并不影响抵押权人的受偿利益。

② 第 875 条之 2(各抵押物对债权分担金额之计算):“为同一债权之担保,于数不动产上设定抵押权者,各抵押物对债权分担之金额,依下列规定计算之:一、未限定各个不动产所负担之金额时,依各抵押物价值之比例。二、已限定各个不动产所负担之金额时,依各抵押物所限定负担金额之比例。三、仅限定部分不动产所负担之金额时,依各抵押物所限定负担金额与未限定负担金额之各抵押物价值之比例(第 1 项)。计算前项第二款、第三款分担金额时,各抵押物所限定负担金额较抵押物价值为高者,以抵押物之价值为准(第 2 项)。”

③ 第 875 条之 3(拍卖所得价金超过担保时,各抵押物对债权分担金额之计算):“为同一债权之担保,于数不动产上设定抵押权者,在抵押物全部或部分同时拍卖,而其卖得价金超过所担保之债权额时,经拍卖之各抵押物对债权分担金额之计算,准用前条之规定。”^①

④ 第 875 条之 4(各抵押物分别拍卖时之受偿求偿关系):“为同一债权之担保,于数不动产上设定抵押权者,在各抵押物分别拍卖时,适用

① 关于本项规定,增订理由有较详细的说明:例如,甲对乙负有 600 万元债务,由丙、丁、戊分别提供其所有之 A、B、C 三笔土地设定抵押权予乙,共同担保上开债权,而均未限定各个不动产所负担之金额。嗣甲逾期未能清偿,乙遂声请对 A、B 两地同时拍卖,A 地拍卖所得价金为 500 万元,B 地拍卖所得价金为 300 万元,于此情形,A 地、B 地对债权分担之金额,应准用第 875 条之 2 第 1 项第 1 款之规定计算之,故 A 地对债权之分担金额为 375 万元 $[600 \times 500 \div (500 + 300)]$,B 地对债权之分担金额则为 225 万元 $[600 \times 300 \div (500 + 300)]$ 。拍卖抵押物之执行法院,自应按此金额清偿担保债权。又上例中,如分别限定 A、B、C 三地所负担之金额为 300 万元、200 万元、100 万元,乙声请对 A、B 两地同时拍卖,A 地拍卖所得价金为 500 万元,B 地拍卖所得金为 300 万元,于此情形,A 地、B 地对债权分担之金额,则应准用第 875 条之 2 第 1 项第 2 款前段之规定计算之,故 A 地对债权之分担金额为 300 万元,B 地对债权之分担金额为 200 万元。又上述第一例中,A、B 抵押物卖得价金清偿债权额均已逾其分担额(第 875 条之 2 第 1 项第 1 款),此际,丙、丁对 C 抵押物可行使第 875 条之 4 第 1 款所定之权利,自属当然。

下列规定：一、经拍卖之抵押物为债务人以外之第三人所有，而抵押权人就该抵押物卖得价金受偿之债权额超过其分担额时，该抵押物所有人就超过分担额之范围内，得请求其余未拍卖之其他第三人偿还其供担保抵押物应分担之部分，并对该第三人之抵押物，以其分担额为限，承受抵押权人之权利。但不得有害于该抵押权人之利益。二、经拍卖之抵押物为同一人所有，而抵押权人就该抵押物卖得价金受偿之债权额超过其分担额时，该抵押物之后次序抵押权人就超过分担额之范围内，对其余未拍卖之同一人供担保之抵押物，承受实行抵押权人之权利。但不得有害于该抵押权人之利益。”须说明的有四点：

A. 本条第1款虽规定物上保证人间之求偿权及承受权，惟基于私法自治原则，当事人仍可以契约为不同约定而排除本款规定之适用。

B. 第2款系规定同一人所有而供担保之抵押物经拍卖后，该抵押物后次序抵押权人就超过分担额之范围内有承受权。

C. 本款所称之“同一人”所有，除债务人所有之抵押物经拍卖之情形外，亦包括物上保证人所有之抵押物经拍卖之情形。

D. 物上保证人对债务人或对保证人之求偿权或承受权，则另规定于第879条。

二、最高限额抵押权

1. 甲向乙借100万元，以A地设定抵押权（普通抵押权）。甲经销乙生产的运动器材，为担保就该经销契约所生债权，由甲提供B地设定最高限额1000万元的抵押权（最高限额抵押权）。试说明此两种抵押权在法律结构上的不同特征。

2. 在最高限额抵押权制度的设计上应如何规范以下问题：

(1) 担保债权的范围，如何加以限制？

(2) 如何规定其受担保的债权？

(3) 应采何种方法将“不特定债权”加以确定，原债权得因何事由而确定，其法律效果如何？

(4) 在原债权确定前，抵押权人与抵押人得否变更债权的范围或其债务人？

(5) 担保之债权让与他人时，最高限额抵押权是否随同移转？

（一）功能、意义及特色

1. 功能

“民法”对所谓最高限额抵押权原未设明文,但因其符合继续长期性融资或交易的需求,具担保债权的重要机能,早为金融机构所普遍使用,实务亦肯定之。^①但欠缺法律依据,难免争议,法院造法亦难期周全。2007年担保物权的修正将之作为重点,共设17条规定(“民法”第881条之1至17),为抵押权制度的重大变革。

2. 最高限额抵押权的意义特色及基本构造

“民法”第881条之1第1项规定:“称最高限额抵押权者,谓债务人或第三人提供其不动产为担保,就债权人对债务人一定范围内之不特定债权,在最高限额内设定之抵押权。”应说明者有二:

(1) 最高限额抵押权亦为抵押权之一种,与普通抵押权同,系就不移转占有之抵押物,供债权人债权之担保及抵押物卖得之价金,抵押权人有优先受偿之权利(请与第860条比较之),故亦有关于普通抵押规定之准用(第881条之17)。

(2) 最高限额抵押权法律构造上的特征在于其所担保者,系不特定债权。所谓不特定债权,非指债权本身不特定,而系指所担保之债权,得为现有或将来可能发生,即自该抵押权设定时起至确定时,系不特定,而具有变动性及替代性。就最高限额抵押权与债权的关系言,即最高限额抵押权的特色有三:

① 最高限额抵押权设定时,不以有债权发生为必要(无成立上的从

① 最具代表性的“法院造法”是“最高法院”1977年台上字第1096号判例,特为摘录:所谓最高限额之抵押契约,系指所有人提供抵押物,与债权人订立在一定金额之限度内,担保现在已发生及将来可能发生之债权之抵押权设定契约而言。此种抵押权所担保之债权,除订约时已发生之债权外,即将来发生之债权,在约定限额之范围内,亦为抵押权效力所及。虽抵押权存续期间内已发生之债权,因清偿或其他事由而减少或消灭,原订立之抵押契约依然有效,嗣后在存续期间内陆续发生之债权,债权人仍得对抵押物行使权利。此种抵押契约如未定存续期间,其性质与“民法”第754条第1项所定就连续发生之债务为保证而未定有期间之保证契约相似,类推适用同条项规定,抵押人固得随时通知债权人终止抵押契约,对于终止契约后发生之债务,不负担保责任。反之,此种抵押契约定有存续期间者,订立契约之目的,显在担保存续期间内所发生之债权,凡在存续期间所发生之债权,皆为抵押权效力所及,于存续期间届满前所发生之债权,债权人在约定限额范围内,对于抵押物均享有抵押权,除债权人抛弃为其担保之权利外,自无许抵押人于抵押权存续期间届满前,任意终止此种契约。纵令嗣后所担保之债权并未发生,仅债权人不得就未发生之债权行抵押权而已,非谓抵押人得于存续期间届满前终止契约而享有请求涂销抵押权设定登记之权利。

属性)(第 881 条之 1)。

② 最高限额抵押权于原债权确定前,其原在担保范围内之债权让与时,最高限额抵押权不随同移转,被让与之债权脱离担保债权的范围(无移转上的从属性)(第 881 条之 6)。

③ 原债权确定前在担保范围内之任何一特定债权清偿或债权纵为零,其抵押权仍为担保将来可能发生的债权,而继续存在,并不消灭(无消灭上的从属性)。

据上所述,最高限额抵押权与普通抵押权(一般抵押权)不同,系最高限额抵押权系就将来应发生之债权所设定之抵押权,其债权额在结算前并不确定,实际发生之债权额不及最高额时,应以其实际发生之债权额为准。

3. 最高限额抵押权的设定

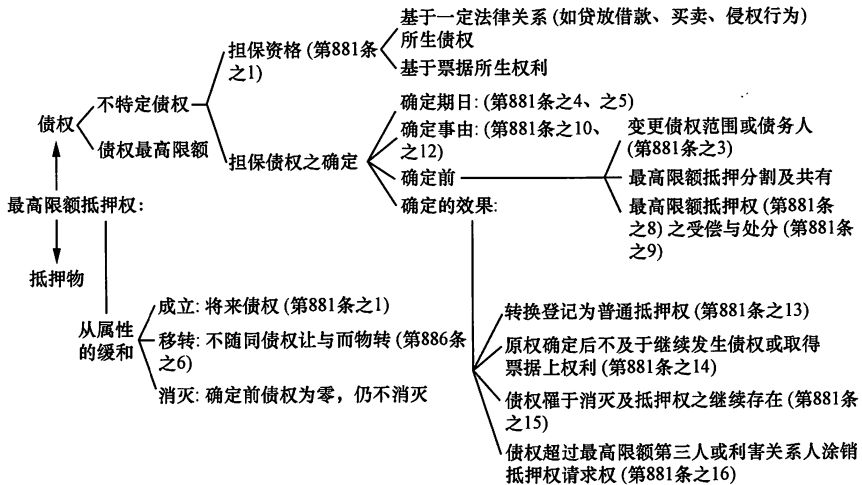
最高限额抵押权的设定,应有当事人的合意(物权行为),并须订立书面,办理登记(第 758 条),同于普通抵押权,其特点在于:(1) 须有担保债权范围的约定。(2) 须有最高限额的约定。^① 此二者均须办理登记。^② 易言之,无此约定时,地政机关应不予以登记。

4. 规范设计及基本构造

最高限额抵押权从属性原则的突破,乃最高限额抵押权的基本特色,亦为其功能之所在。其法律规范上的主要问题有四:(1) 担保债权的范围。(2) 具变动性之不特定债权的确定。(3) 确定前最高限额抵押权的变动。(4) 最高限额抵押权确定后的效果。兹为便于了解将最高限额抵押权的基本架构图示如下:

① “最高法院”2006 年台上字第 2802 号判决:最高限额抵押权系对于债权人一定范围内之不特定债权,预定一最高限额,由债务人或第三人提供抵押物予以担保之特殊抵押权。亦即最高限额抵押权所担保债权必须为一定范围内所发生之债权。准此以观,最高限额抵押权不仅有其特定性,且系从属于此一一定范围内之法律关系,故最高限额抵押权所担保者,即系此项法律关系所不断发生之债权。查系争最高限额抵押权设定契约书仅载明设定最高限额 2 亿 4 千万元之抵押权,并无所担保债权之记载,则系争抵押权所担保之债权即无从特定,能否发生抵押权之效力已有可疑。

② “最高法院”1995 年台上字第 1967 号判决:“抵押权所担保之债权,其种类及范围,属于抵押权之内容,依法应经登记,始生物权之效力,但如因内容过于冗长,登记簿所列各栏篇幅不能容纳记载,可以附件记载,作为登记簿之一部分。因此关于最高限额抵押权所担保之债权,虽未记载于土地登记簿,然于声请登记时提出之最高限额抵押权设定契约书,有该项债权之记载者,此契约书既作为登记簿之附件,自为抵押权效力所及。”



(二) 担保债权的范围

1. 担保债权范围的限制

最高限额抵押权所担保者，系不特定债权，如何限定其担保债权范围？

“民法”第 881 条之 1 第 2 项规定：“最高限额抵押权所担保之债权，以由一定法律关系所生之债权或基于票据所生之权利为限。”此系为维护交易安全，对其被担保债权之资格所设规定，限于两种情形：

(1) 由一定之法律关系所生之债权。所谓一定法律关系，例如买卖、侵权行为等。至于由一定法律关系所生之债权，当然包括现有及将来可能发生之债权，及因继续性法律关系所生之债权，例如，约定担保范围买卖合同所生债权，买卖价金乃直接自买卖合同所生，固属担保债权，其他如买卖标的物之登记费用、因价金而收受债务人所签发或背书之票据所生之票款债权、买受人不履行债务所生之损害赔偿请求权亦属担保债权，亦包括在内。

(2) 基于票据所生之权利。依第 881 条之 1 第 3 项规定，基于票据所生之权利，除本于与债务人依前项一定法律关系取得者外，如抵押权人系于债务人已停止支付、开始清算程序，或依破产法有和解、破产之申请或有公司重整之申请，而仍受让票据者，不属最高限额抵押权所担保之债权。但抵押权人不知其情事而受让者，不在此限。之所以设此规定，系

为避免最高限额抵押权于债务人资力恶化或不能清偿债务,而其债权额尚未达最高限额时,任意由第三人受让债务人之票据,将之列入担保债权,以经由抵押权之实行,优先受偿,而获取不当利益,致妨害后次序抵押权人或一般债权人之权益。

2. 担保债权受偿的范围

“民法”第 881 条之 2 规定:“最高限额抵押权人就已确定之原债权,仅得于其约定之最高限额范围内,行使其权利。前项债权之利息、迟延利息、违约金,与前项债权合计不逾最高限额范围者,亦同。”应说明者有三:

(1) 关于最高限额之约定额度,有债权最高限额及本金最高限额二说。债权最高限额说,指原债权、利息、迟延利息及违约金合并计算所得受偿的债权最高限额,其超过部分,无优先受偿权。本金最高限额,指以“原债权”作为得受偿的最高限额,原债权以外之利息、迟延利息及约定担保之违约金,仍为抵押权效力所及,不受该最高限额的限制,其超过部分,仍得优先受偿。第 881 条之 2 规定明确采债权最高限额说。

(2) 利息、迟延利息或违约金,不以前项债权已确定时所发生者为限。其于前项债权确定后始发生,但在最高限额范围内者,亦包括在内,仍为抵押权效力所及。

(3) 第 881 条之 15 规定,最高限额抵押权所担保之债权,其请求权已因时效而消灭,如抵押权人于消灭时效完成后,5 年间不实行其抵押权者,该债权不再属于最高限额抵押权担保之范围。

(三) 担保债权确定之期日

确定期日指使最高限额抵押权所担保“不特定债权”归于确定的特定日期。最高限额抵押权设定时,未必有债权存在。实行抵押权时,其所能优先受偿的范围,仍须依实际确定之担保债权定之,故有确定期日的必要。分两种情形加以说明:

1. 确定期日之约定。第 881 条之 4 规定:“最高限额抵押权得约定其所担保原债权应确定之期日,并得于确定之前期日,约定变更之。前项确定之期日,自抵押权设定时起,不得逾三十年。逾三十年者,缩短为三十年。前项期限,当事人得更新之。”确定期日的变更包括确定期日之延长或缩短。确定期日之变更乃最高限额抵押权内容的变更,须以书面为之,并办理登记,始生效力(第 758 条)。

2. 确定原债权之请求权。第 881 条之 5 规定:“最高限额抵押权所

担保之原债权,未约定确定之期日者,抵押人或抵押权人得随时请求确定其所担保之原债权。前项情形,除抵押人与抵押权人另有约定外,自请求之日起,经十五日为其确定期日。”

(四) 最高限额抵押权的变更

最高限额抵押权及其担保一定债权之关系,多具继续性及长期性。债权确定前,其内容常发生变更。兹就变更事由及法律效果分述如下:

1. 担保债权范围及债务人之变更。第 881 条之 3 规定:“原债权确定前,抵押权人与抵押人得约定变更第八百八十一条之一第二项所定债权之范围或其债务人。前项变更无须得后次序抵押权人或其他利害关系人同意。”此项规定乃在促进最高限额抵押权的功能。

2. 担保债权或债务的特定继受。第 881 条之 6 第 1 项规定:“最高限额抵押权所担保之债权,于原债权确定前让与他人者,其最高限额抵押权不随同移转。第三人为债务人清偿债务者,亦同。”第 2 项规定:“最高限额抵押权所担保之债权,于原债权确定前经第三人承担其债务,而债务人免其责任者,抵押权人就该承担之部分,不得行使最高限额抵押权。”第 1 项规定乃在缓和最高限额抵押权移转上的从属性,系为维护最高限额抵押权之特色,及简明其法律关系。第 2 项规定乃基于免责之债务的法理。

3. 最高限额抵押权当事人与债务人之概括继受。第 881 条之 7 规定:“原债权确定前,最高限额抵押权之抵押权人或债务人为法人而有合并之情形者,抵押人得自知悉合并之日起十五日内,请求确定原债权。但自合并登记之日起已逾三十日,或抵押人为合并之当事人者,不在此限。有前项之请求者,原债权于合并时确定。合并后之法人,应于合并之日起十五日内通知抵押人,其未为通知致抵押人受损害者,应负赔偿责任。前三项之规定,于第 306 条或法人分割之情形,准用之。”本条规定原债权确定前,最高限额抵押权之抵押权人或债务人为法人时,如有合并的情形,其权利义务应由合并后存续或另成立之法人概括承受,立法目的系在减少抵押人的责任。

4. 最高限额抵押权之让与。第 881 条之 8 第 1 项规定:“原债权确定前,抵押权人经抵押人之同意,得将最高限额抵押权之全部或分割其一部让与他人。”第 2 项规定:“原债权确定前,抵押权人经抵押人之同意,得使他人成为最高限额抵押权之共有人。”本条规定系认最高限额抵押权

具有一定独立的经济价值,且为适应金融资产证券化及债权管理之实务要求,特规定抵押权人于原债权确定前,经抵押人之同意,得单独让与最高限额抵押权。

5. 共有最高限额抵押权。最高限额抵押权亦得由数人共有,第 881 条之 9 规定:“最高限额抵押权为数人共有者,各共有人按其债权额比例分配其得优先受偿之价金。但共有人于原债权确定前,另有约定者,从其约定。共有人得依前项按债权额比例分配之权利,非经共有人全体之同意,不得处分。但已有应有部分之约定者,不在此限。”所称原债权确定前之约定,指共有最高限额抵押设定之约定及设定后原债权确定前,各共有人相互间之另为约定。又第 1 项所称各共有人按债权额分配之比例,性质上即为抵押权准共有之应有部分,然此项应有部分受该债权确定时,各共有人所具有担保债权金额多寡之影响,乃变动者,与一般应有部分系固定者有异,若许其自由处分,势必影响其他占有之权益,故应经全体共有人之同意,始得为之。但共有人若依第 1 项但书规定,已为应有部分之约定者,即得恢复处分自由原则(第 819 条第 1 项)。

6. 最高限额抵押权的继承。第 881 条之 11 规定:“最高限额抵押权不因抵押权人、抵押人或债务人死亡而受影响。但经约定为原债权确定之事由者,不在此限。”当事人死亡时,其继承人承受被继承人财产上之一切权利义务,其财产上之一切法律关系,皆因继承之开始,当然移转给继承人,最高限额抵押权当然不因此而受影响。但书规定系为尊重契约自由原则。

(五) 最高限额抵押权的确定

1. 确定的事由

最高限额抵押权实行之际,关于其优先受偿范围内容,须以所担保的债权定之。故法律须规定何种事由得使不特定债权具体特定。第 881 条之 12 设三项规定:

(1) 第 1 项:最高限额抵押权所担保之原债权,除本节另有规定外,因下列事由之一而确定:

① “约定之原债权确定期日届至者。”此乃基于当事人的意思。

② “担保债权之范围变更或因其他事由,致原债权不继续发生者。”所谓原债权不继续发生,指该等事由,已使原债权确定不再继续发生,如仅一时的不继续发生,自不适用。

③“担保债权所由发生之法律关系经终止或因其他事由而消灭者。”

④“债权人拒绝继续发生债权，债务人请求确定者。”例如债权人已表示不再继续放贷借款或不继续供应承销货物。此款规定乃在保障债务人的利益。

⑤“最高限额抵押权人声请裁定拍卖抵押物，或依第八百七十三条之一之规定为抵押物所有权之请求时，或依第八百七十八条规定订立契约者。”此乃基于抵押权人已有终止与债务人往来交易之意思。又依第881条之10规定：“为同一债权之担保，于数不动产上设定最高限额抵押权者，如其担保之原债权，仅其中一不动产发生确定事由时，各最高限额抵押权所担保之原债权均归于确定。”

⑥“抵押物因他债权人声请强制执行经法院查封，而为最高限额抵押权人所知悉，或经执行法院通知最高限额抵押权人者。但抵押物之查封经撤销时，不在此限。”此项规定的目的在于确定究有多少拍卖价金可供清偿执行债权。

⑦“债务人或抵押人经裁定宣告破产者。但其裁定经废弃确定时，不在此限。”

(2) 第2项：“第八百八十一条之五第二项之规定，于前项第四款之情形，准用之。”此项准用目的在于早日确定法律关系，以兼顾抵押权当事人双方的权益。

(3) 第3项：“第一项第六款但书及第七款但书之规定，于原债权确定后，已有第三人受让担保债权，或以该债权为标的物设定权利者，不适用之。”此项规定系为保护受让债权或就该债权取得权利之第三人的利益。

2. 确定的效果

(1) 担保之债权归于确定。第881条之13规定：“最高限额抵押权所担保之原债权确定事由发生后，债务人或抵押人得请求抵押权人结算实际发生之债权额，并得就该金额请求变更为普通抵押权之登记。但不得逾原约定最高限额之范围。”盖原债权一经确定，该抵押权与担保债权之结合状态随之确定，此时该抵押权之从属性与普通抵押权完全相同，故债务人或抵押人并得就该金额请求变更为普通抵押权登记。

(2) 确定后担保之效力。第881条之14规定：“最高限额抵押权所担保之原债权确定后，除本节另有规定外，其担保效力不及于继续发生之

债权或取得之票据上之权利。”

(3) 债权罹于时效与最高限额抵押权担保范围。第 881 条之 15 规定：“最高限额抵押权所担保之债权，其请求权已因时效而消灭，如抵押权人于消灭时效完成后，五年间不实行其抵押权者，该债权不再属于最高限额抵押权担保之范围。”之所以设此规定，系因最高限额所担保之债权尚有继续发生可能，故最高限额抵押权仍继续存在，无第 880 条之适用。

(4) 抵押权涂销请求权。第 881 条之 16 规定：“最高限额抵押权所担保之原债权确定后，于实际债权额超过最高限额时，为债务人设定抵押权之第三人，或其他对该抵押权之存在有法律上利害关系之人，于清偿最高限额为度之金额后，得请求涂销其抵押权。”

3. 普通抵押权规定之准用

“民法”关于普通抵押权的规定具抵押权一般规定的性质，故第 881 条之 17 规定：“最高限额抵押权，除第八百六十一条第二项、第八百六十九条第一项、第八百七十条、第八百七十条之一、第八百七十条之二、第八百八十条之规定外，准用关于普通抵押权之规定。”（请对照阅读之，以了解其准用或不准用的理由）

4. 共同最高限额抵押权

第 881 条之 10 规定：“为同一债权之担保，于数不动产上设定最高限额抵押权者，如其担保之原债权，仅其中一不动产发生确定事由时，各最高限额抵押权所担保之原债权均归于确定。”债务人及最高限额均属一人时，固属本条所谓同一债权，至于债务人相同，担保之债权范围仅部分相同时，是否为本条适用范围，有待研究（参见增订理由说明）。

三、其他抵押权

抵押权种类繁多，除第一节及第二节所列抵押权外，尚有权利抵押、法定抵押权及特别法上所定之抵押权（例如矿业权抵押权、渔业权抵押权），为期周延，担保物权条文特增订本节（第三节）节名，设第 882 条及第 883 条；即：

1. 第 882 条：“地上权、农育权及典权，均得为抵押权之标的物。”

2. 第 883 条：“普通抵押权及最高限额抵押权之规定，于前条抵押权及其他抵押权准用之。”所称其他抵押权包括以矿业权、渔业权为标的物之抵押权等。

第三节 质 权

一、动产质权

1. 某甲经营印刷厂,因经营不佳财务陷于困境,乃以其父遗留的古画,设定质权,向乙借款。质权系属所谓的“占有担保物权”,在法律上应为如何规定其成立要件,担保债权的范围,及质权人因占有质权而生的权利义务?设丙盗窃乙所占有的质物古画,设质于善意的丁,丁将该画交戊修缮,迟未支付约定报酬时,当事人间的法律关系如何(第 886 条、第 898 条、第 928 条、第 932 条之以请求权基础方法加以解说)?

2. 动产担保制度的发展系由“占有标的物”的质权,到不占有标的物动产制度,请参照“动产担保法”说明动产担保制度的功能及演变。

(一) 动产质权的意义取得及担保债权的范围

1. 动产质权的意义

称动产质权者,谓债权人对于债务人或第三人移转占有而供其债权担保之动产,得就该动产卖得价金优先受偿之权(第 884 条)。以动产设定质权之人称为出质人,出质人得为债务人,或第三人(物上保证人)。享有质权之人,称为质权人,质权人即为债权人。质权的当事人及其法律性质(尤其是从属性)相当于抵押权,兹不赘述。

2. 基于占有标的物法律结构而生的规范问题

动产质权系属所谓“占有担保物权”,即以标的物(动产)移转占有为其成立及存续要件,此为动产质权法律结构及规范设计上的基本问题,简述如下:

(1) 动产质权的取得

① 设定取得。质权之设定,因供担保之动产移转于债权人占有而生效力。质权人不得使出质人或债务人代自己占有质物(第 885 条)。其移转占有固应依“民法”第 946 条之规定为之,惟第 885 条使出质人或债务人代自己占有质物,自不得依第 946 条第 2 项准用于质物之移转占有(参照 1937 年渝上第 310 号)。

② 善意取得。动产之受质人占有动产,而受关于占有规定之保护者,纵出质人无处分其质物之权利,受质人仍取得其质权(第 886 条)。由“受关于占有规定之保护”的规定可知,亦应有“民法”第 949 条以下关于盗赃失物规定的适用。

(2) 担保债权的范围

质权所担保者为原债权、利息、迟延利息、违约金、保存质物之费用、实行质权之费用及因质物隐有瑕疵而生之损害赔偿。但契约另有约定者,不在此限。前项保存质物之费用,以避免质物价值减损所必要者为限(第 887 条)。所谓以避免质物价值减损所必要者为限,例如税捐、修缮费等。至于单纯的保管费用,例如质物置于仓库所须支付之仓租等,若非为避免质物价值减损所必要,其保管费用,仍应由质权人负担,不在保存费用之内。所谓质物隐有瑕疵而生的损害赔偿,例如设质的名犬有病,传染于质权人所有的犬群。

(二) 质权人因占有标的物而生的权利义务

质权人占有质物,而发生五项权利义务关系:

(1) 注意义务。质权人应以善良管理人之注意,保管质物。质权人非经出质人之同意,不得使用或出租其质物。但为保存其物之必要而使用者,不在此限(第 888 条)。例如,易生锈之机械,偶有使用之,以防其生锈,使用汽车,以保存其机能。

(2) 收取孳息。质权人得收取质物所生之孳息,但契约另有约定者,质权的实行不在此限(第 889 条)。

(3) 收取孳息之注意及计算义务。质权人有收取质物所生孳息之权利者,应以对于自己财产同一之注意收取孳息,并为计算。前项孳息,先抵充费用,次抵原债权之利息,再次抵原债权。孳息如须变价始得抵充者,其变价方法准用实行质权之规定(第 890 条)。所称“费用”,包括保存质物及收取孳息之费用在内。

(4) 转质。质权人于质权存续中,得以自己之责任,将质物转质予第三人。其因转质所受不可抗力之损失,亦应负责(第 891 条)。

(5) 质物的变卖。因质物有腐坏之虞,或其价值显有减少,足以害及质权人之权利者,质权人得拍卖质物,以其卖得价金,代充质物。前项情形,如经出质人之请求,质权人应将价金提存于法院。质权人届债权清偿期而未受清偿者,得就提存物实行其质权(第 892 条)。

质权人于为此拍卖前,应通知出质人,但不能通知者,不在此限(第 894 条)。

(三) 质权的实行及消灭

1. 质权的实行

(1) 质权人自行拍卖质物。由于质权人占有质物,第 893 条第 1 项乃规定:“质权人于债权已届清偿期,而未受清偿者,得拍卖质物,就其卖得价金而受清偿。”此项拍卖依“债编施行法”第 28 条规定,须经公证人、警察机关、商业团体或自治机关之证明,照市价变卖质物,而就其卖得价金而受清偿(“非讼事件法”第 69 条、“最高法院”院字第 980 号)。质权人应于拍卖前,通知出质人。但不能通知者,不在此限(第 894 条)。但拍卖质物乃质权人之权利,拍卖与否,悉听质权人之自由,并非届期未受清偿,即须拍卖质物(1960 年台上第 2211 号)。

(2) 声请法院强制执行。质权人如不自行拍卖,而声请法院拍卖者,则应先声请法院为许可强制执行之裁定,作为执行名义。

(3) 第 873 条之 1 的准用。约定于债权已届清偿期而未为清偿时,质物之所有权移属于质权人者,准用第 873 条之 1 之规定(第 893 条第 2 项)。

(4) 第 878 条的准用。质权人于债权清偿期届满后,为受清偿,得订立契约,取得质物之所有权或用拍卖以外之方法,处分质押物。但有害于其他权利人之利益者,不在此限(第 895 条)。

2. 质权的消灭

(1) 担保的债权消灭。动产质权所担保之债权消灭时,质权人应将质物返还于有受领权之人(第 896 条)。所谓有受领权者,系指出质人或其所指定之人而言。

(2) 返还质物。动产质权,因质权人将质物返还于出质人或交付于债务人而消灭。返还或交付质物时,为质权继续存在之保留者,其保留无效(第 897 条)。立法意旨在于贯彻“占有”的要件,使第三人不至于有不知其质权的存在,致蒙不测的损害。

(3) 丧失质物的占有。质权人丧失其质物之占有,于 2 年内未请求返还者,其动产质权消灭(第 898 条)。盖占有为质权存续的要素,若不使其消灭,质权人得以质权与第三人对抗,第三人将蒙不测的损害。

(4) 质物灭失与物上代位。动产质权,因质物灭失而消灭。但出质

人因灭失得受赔偿或其他利益者,不在此限(第 899 条第 1 项)。质权人对于前项出质人所得行使之赔偿或其他请求权仍有质权,其次序与原质权同(第 2 项)。给付义务人因故意或重大过失向出质人为给付者,对于质权人不生效力(第 3 项)。前项情形,质权人得请求出质人交付其给付物或提存其给付之金钱(第 4 项)。质物因毁损而得受之赔偿或其他利益,准用前四项之规定(第 5 项)。

(四) 最高限额质权

基于质权之从属性,必先有债权发生,始可设定质权,且担保债权一旦消灭,质权即归于消灭。长期继续之交易,须逐笔重新设定质权,对于现代工商业社会讲求交易之迅速与安全,不但徒增劳费,造成不便,亦生极大妨害,为弥补上述缺点,实有增订最高限额质权之必要,“民法”物权编部分条文修正特仿“民法”第 881 条之 1 第 1 项最高限额抵押权之立法体例,明定最高限额质权,于第 899 条之 1 设三项规定:

(1) 债务人或第三人得提供其动产为担保,就债权人对债务人一定范围内之不特定债权,在最高限额内,设定最高限额质权(第 1 项)。

(2) 前项质权之设定,除移转动产之占有外,并应以书面为之(第 2 项)。

(3) 关于最高限额抵押权及第 884 条至前条之规定,于最高限额质权准用之(第 3 项)。

(五) 营业质

当铺或其他以受质为营业者所设定之质权,通称为“营业质”。其为一般民众筹措小额金钱之简便方法,有其存在之价值。惟“民法”对于营业质权人与出质人间之权利义务关系,尚无规定,致适用上易滋疑义,为期周延,“民法”物权编部分条文修正特增订第 899 条之 2,设两项规定:

(1) 第 1 项:“质权人系经许可以受质为营业者,仅得就质物行使其权利。出质人未于取赎期间届满后五日内取赎其质物时,质权人取得质物之所有权,其所担保之债权同时消灭。”之所以规定以受质为营业之质权人以经主管机关许可为限,系为便于行政管理,减少流弊。

(2) 第 2 项:“前项质权,不适用第八百八十九条至第八百九十五条、第八百九十九条、第八百九十九条之一之规定。”营业质虽为动产质权之一种,惟其间仍有不同之处,第 2 项乃明定最高限额质权、质权人之孳息收取权、转质、质权之实行方法、质物之灭失及物上代位性等均不在适用

之列。

(六) 由占有担保物权(质权)到不占有标的物的担保制度

现行“民法”上的质权系属“占有担保物权”，由质权人占有动产，其优点系有助于保障债权，具有某种程度的公示方法，由债权人留置标的物，对债务人有促其清偿债务的压力。至其缺点，对债权人言，占有标的物须负保管责任，增加费用；对债务人言，因须移转占有，丧失了对标的物的使用收益。在农村社会，以珠宝字画设定动产质权，尚称方便，在工商业社会，为设定动产质权必须移转机器设备等生产工具，对双方当事人均属不利。

为创设不占有标的物的动产担保制度，1963年9月5日制定(1965年施行，最近修正2007年7月11日)的“动产担保交易法”，规定动产抵押、附条件买卖和信托占有。动产抵押系担保物权型的定限物权。附条件买卖系以保留所有权，作为保障价金债权的手段。信托占有则采所有权让与担保的方法。此三种不占有标的物的动产担保制度，丰富了担保物权的类型，使当事人有更多的选择，对社会经济发展具有重要意义。

二、权利质权

家庭主妇某甲善于理财，看好股票市场，乃以其在乙银行的100万元定期存款设定“权利质权”，另向乙银行借款80万元，购买股票。甲复以该股票作为向丙金融公司融资的担保。试就此例说明何谓“权利质权”，具有何种功能，如何设定，质权人如何实行其权利？

(一) 权利质权的意义及动产质权规定的准用

1. 意义及功能

称权利质权者，谓以可让与之债权或其他权利为标的物之质权(第900条)。所谓“可让与之债权”，指依债权的性质不得让与、依当事人特约不得让与及禁止扣押之债权以外的债权(第294条第1项)。所谓“其他权利”，指所有权及不动产用益物权以外之其他财产权，包括有价证券(如票据、股份、公司债券、仓单、提单、载货证券等)及著作权、专利权等。

权利质权在诉讼实务中案例虽少，但使用颇为广泛，例如公司企业向银行融资多以有价证券设定权利质权。从事证券交易者，亦多以股票设

定质权,取得信用。一般人民以银行定期存款(债权)设质而贷款者,亦常有之。足见权利质权在社会经济及金融市场中具有重要的作用。

2. 动产质权规定的准用

权利质权,除“民法”第三编第七章第二节规定外,准用关于动产质权的规定(第901条)。

(二) 权利质权的设定

“民法”第902条规定:“权利质权之设定,除依本节规定外,并应依关于其权利让与之规定为之。”所谓“本节规定”,指权利质权的设定依其权利质权之标的物为“债权”、“有价证券”或“其他权利”而有异。分述如下:

1. 债权质权

以债权为标的物而设定权利质权(如以银行存单设质),其要件为:

(1) 须以书面为之(第904条第1项)。书面的形式,法律并未为规定,由出质人与质权人同意将设定权利质权的意旨,载明于书面,即为已足(1975年台上字第684号判决)。

(2) 须将债权证书交付予质权人,即该债权有证书者,出质人有交付之义务(第904条第2项)。

(3) 须依债权让与规定为之(第294条以下)。以债权设定质权者,非通知债务人不得对抗债务人(第297条),其以合伙权利设定质权者,须得合伙人全体同意(第683条)。

2. 证券债权质权

质权以未记载权利人之有价证券为标的物者,因交付其证券予质权人,而生设定质权之效力。以其他之有价证券为标的物者,并应依背书方法为之。前项背书,得记载设定质权之旨(第908条)。兹以公司股票为例,其以无记名式股票设定质权时,因股票交付而生设定质权的效果,其以记名式股票设定质权时,除交付股票外,并应依背书方式为之(1967年台抗第444号判决)。又依“公司法”第165条第1项关于记名股票转让的规定,非将质权人之本名或名称记载于股票,并将质权人之本名或名称及住所记载于股东名簿,不得以其设质对抗公司。

3. 以“其他权利”为标的物

以“其他权利”为标的物设定质权者,应依关于其权利让与之规定为之(第902条)。例如,以专利权设质,应由各当事人署名,附具证明文件,

向专利专责机关申请登记(“专利法”第 59 条)。以著作权设质者,因当事人合意而成立(“著作权法”第 39 条),不必订立书面或办理登记。

(三) 权利质权的效力

1. 所担保债权及标的物范围

关于权利质权所担保债权的范围,依“民法”第 887 条规定的准用,其所担保者为:原债权、利息、迟延利息、违约金、保存质物之费用、实行质权之费用及因质物隐有瑕疵而生之损害赔偿。但契约另有约定者,不在此限。

关于标的物的范围,第 910 条规定:质权以有价证券为标的物者,其附属于该证券之利息证券、定期金证券或其他附属证券,以已交付予质权人者为限,亦为质权效力所及(第 1 项)。附属之证券,系于质权设定后发行者,除另有约定外,质权人得请求发行人或出质人交付之(第 2 项)。此外,依第 889 条的准用,权利质权人得收取标的物所生之孳息,但契约另有约定者,不在此限。例如,丙以他人所有的乙公司发行之记名股票,向甲公司设定权利质权时,乙公司分派之盈余(包括由盈余转成之增资配股),系由各股份所生之法定孳息,质权人(甲公司),亦得就此行使权利质权(“最高法院”1974 年第三次民庭庭推总会决议)。

2. 对出质人的效力

为质权标的物之权利,非经质权人同意,出质人不得以法律行为,使其消灭或变更(第 903 条),立法目的在于保护质权人。

3. 对第三人债务人的效力

为质权标的物之债权,其债务人受质权设定之通知者,如向出质人或质权人一方为清偿时,应得他方之同意。他方不同意时,债务人应提存其为清偿之给付物(第 907 条)。

新增“民法”第 907 条之 1 规定:“为质权标的物之债权,其债务人于受质权设定之通知后,对出质人取得债权者,不得以该债权与为质权标的物之债权主张抵销。”立法目的系认为权利质权为担保物权之一种,质权人于一定限度内,对该为标的物之债权,具有收取权能,故对该债权之交换价值,应得为相当之支配,方足以贯彻其担保机能。

(四) 权利质权的实行

质权人实行质权时,得就为质权标的之债权或证券权利受偿或拍卖(第 893 条以下、第 901 条),优先受偿。“民法”对债权质权及有价证券的实行设有规定。分述如下:

1. 债权质权

(1) 为质权标的物之债权,以金钱给付为内容,而其清偿期先于其所担保债权之清偿期者,质权人得请求债务人提存之,并对提存物行使其质权(第905条第1项)。

(2) 为质权标的物之债权,以金钱给付为内容,而其清偿期后于其所担保债权之清偿期者,质权人于其清偿期届至时,得就担保之债权额,为给付之请求(第905条第2项)。

(3) 为质权标的物之债权,以金钱以外之动产给付为内容者,于其清偿期届至时,质权人得请求债务人给付之,并对该给付物有质权(第906条)。

(4) 为质权标的物之债权,以不动产物权之设定或移转为给付内容者,于其清偿期届至时,质权人得请求债务人将该不动产物权设定或移转予出质人,并对该不动产物权有抵押权。前项抵押权应于不动产物权设定或移转予出质人时,一并登记(第906条之1)。债务人依第905条第1项、第906条、第906条之1为提存或给付时,质权人应通知出质人,但毋庸得其同意(第906条之4)。

(5) 质权人于所担保债权清偿期届至而未受清偿时,除依前三条之规定外,亦得依“民法”第893条第1项或第895条之规定实行其质权(第906条之2)。

(6) 为质权标的物之债权,如得因一定权利之行使而使其清偿期届至者,质权人于所担保债权清偿期届至而未受清偿时,亦得行使该权利(第906条之3)。

2. 有价证券质权

“民法”第909条规定,质权以未记载权利人之有价证券、票据,或其他依背书而让与之有价证券为标的物者,其所担保之债权,纵未届清偿期,质权人仍得收取证券上应受之给付。如有使证券清偿期届至之必要者,并有为通知或依其他方法使其届至之权利。债务人亦仅得向质权人为给付(第1项)。前项收取之给付,适用第905条第1项或第906条之规定(第2项)。第906条之2及第906条之3之规定,于以证券为标的物之质权,准用之(第3项)。

第909条之设,系为保障权利质权,盖有价证券须凭票行使权利,且采短期时效,若须待其所担保的债权届清偿期,质权人始得行使权利,其

债权实有难获实现之虞。

须注意的是,关于权利质权的设定及质权的实行,因当事人一方多为金融机构,而订有质权设定契约书(包括质权设定通知书、实行质权通知书、质权消灭通知书),及融资融券契约书等,请参阅之,以了解实务的运用。

第四节 留置权

甲有A车,因发生车祸,交由乙汽车修理厂修理。试问在甲偿还修理费用前,乙得否留置该车?乙如何实行其留置权?设该A车系丙所有,借甲使用(或为甲盗用)时,乙得否取得留置权,丙得向甲或乙主张何种权利?

一、留置权的意义及取得

(一) 留置权的意义

称留置权者,谓债权人占有他人之动产,而其债权之发生与该动产有牵连关系,于债权已届清偿期未受清偿时,得留置该动产之权(第928条第1项)。债权人因侵权行为或其他不法之原因而占有动产者,不适用前项之规定。其占有之始明知或因重大过失而不知该动产非为债务人所有者,亦同(第2项)。例如,甲将汽车交由乙钣金,费用3万元,于甲未清偿钣金费用前,乙得拒返该车,而为留置。

留置权系法定物权,除本节所述“一般留置权”外,尚有依法律特别规定而成立的“特殊留置权”,例如,出租人留置权(第445条第1项)，“民法”称之为“法定留置权”，除另有特别规定,准用一般留置权的规定(第939条)。

“民法”设留置权,系为督促债务人履行债务,以维护双方的公平。留置权虽属法定,依法律规定而发生,但不具公益性,且与第三人无关,当事人应得依特约加以排除。

(二) 留置权的取得

试问于下列情形得否成立留置权:(1)甲盗用乙的汽车,交丙修理,未给付修理费,丙因重大过失不知该车非甲所有。(2)甲出卖冷

气机给乙,未支付价金,该冷气机发生故障,甲取回修理。(3)甲盗用乙的汽车,支出修理费用。(4)甲长期维修乙游览公司的巴士,就修理A车未获清偿的修理费用,得否留置乙交付修理的B车?

留置权系依法律规定而发生,应有一定的要件(积极要件,第928条),并须受必要的限制(消极要件,第930条)。综合言之,留置权的取得,须具备如下六个要件:

1. 须占有他人的动产:留置权的善意取得

留置权的发生,旧“民法”第928条规定须债权人占有属于债务人的动产,动产非属债务人所有时,不发生留置权善意取得。修正“民法”第928条将债权人占有“属于其债务人”的动产,改为“占有他人之动产”,肯定留置权的标的物,不以属于债务人所有者为限。此项修正系为更能保障社会交易安全及贯彻占有之公信力,且事实上亦常以第三人之物作为留置对象。又所称“动产”,解释上当然包括有价证券在内。

依第928条第2项规定,债权人占有动产之始明知或因重大过失而不知该动产非为债务人所有,不能取得留置权,否则将与民法动产所有权或质权之善意取得(第801条、第886条)之精神有违。

又须注意的是,留置权的善意取得,不以“受关于占有规定之保护”为要件(“民法”第801条,第948条,第886条),债权人就盗赃或遗失物,亦得取得留置权。

2. 须债权已届清偿期或债务人无支付能力

留置权既系以督促债务人履行债务为目的,故须债权已至清偿期而未受清偿,始得留置其物。但债务人无支付能力时,债权人纵于其债权未届清偿期前,亦有留置权(第931条第1项)。债务人于动产交付后,成为无支付能力,或其无支付能力于交付后始为债权人所知者,其动产之留置,纵有前条所定之抵触情形,债权人仍得行使留置权(第2项)。此乃留置权的扩张,以保护债权人的利益。

3. 须债权之发生与该动产有牵连关系

所谓牵连关系,其情形有三:

(1) 债权由于该动产本身而生,例如拾得遗失宠物,而支出饲养费用。

(2) 债权与该动产返还义务系由于同一法律关系。例如,基于承揽

契约而修理名表。

(3) 债权与该动产的返还义务由于同一事实关系。例如,狼犬伤人而被留置。

关于牵连关系的认定,实务上有一则案例可供参考:甲将冷气机出卖予乙,并交付之,嗣后冷气机因须修护而由甲卸下,运回占有,如乙买卖价金及修护费用均未清偿,甲主张对冷气机有留置权时,其与冷气机之占有有牵连关系的债权,仅修护费用而已,原买卖契约之价金债权,与其占有之冷气机,尚难认有牵连关系存在。^①

商人之间因交易频繁,其留置权的范围,当较一般为广,为保护债权人的利益,“民法”规定,商人因营业关系而占有之动产,与其因营业关系所生之债权,视为有牵连关系(第 929 条)。其债权与占有纵系基于不同关系而发生,且无任何因果关系,亦无不可。^② 例如甲经营汽车修理厂,维修乙游览公司所有的巴士,甲就 A 车未获清偿的修理费用,得就 B 车行使留置权。

4. 须非因侵权行为或其他不法之原因而占有动产

其动产因侵权行为或其他不法之原因而占有时,不发生留置权(第 928 条第 2 项)。例如,窃盗他人汽车而支出有益费用(不当得利请求权),或因债务人积欠机车修理费未还,而窃回该车。立法目的在于维持公平及防止不法索债。

5. 留置权的行使须不违背公序

动产之留置,违反公共秩序或善良风俗者,不得为之(第 930 条前段)。例如,不得以修理费未获全部清偿而留置消防车辆,或葬礼备用的遗像。

6. 动产之留置,须不与债权人应负担之义务,或与债权人债务人间之约定相抵触(第 930 条后段)。此系指债权人如留置所占有之动产,即与其应负担之义务相违反而言,例如,物品运送人,负有于约定或其他相当期间内,将物品运送至目的地之义务,运送人却主张托运人之运费未付,而扣留其物,不为运送。

^① 参见“最高法院”1973 年台上字第 1186 号判例。

^② 参见“最高法院”1971 年台上字第 3669 号判例。

二、留置权的效力

(一) 效力范围

关于留置权担保清偿的范围,“民法”未设明文规定,解释上应包括与被留置的动产有牵连关系的债权、利息、迟延利息、违约金、保存留置物的费用、实行留置权的费用,及因留置物隐有瑕疵而生的损害赔偿等。留置权之效力,除及于被留置的动产外,并及于被留置的动产的从物及孳息。

(二) 对留置权人的效力

基于留置权而生的权利义务:

(1) 债权人于其债权未受全部清偿前,得就留置物之全部,行使其留置权,但留置物为可分者,仅得依其债权与留置物价值之比例行使之(第932条)。立法理由认留置权因系担保物权,自具有不可分性,惟留置权之作用乃在实现公平原则,过度之担保,反失公允,乃仿“民法”第647条意旨,增设但书规定,以兼顾保障债务人或留置物所有人之权益。

又第932条之1规定:“留置物存有所有权以外之物权者,该物权人不得以之对抗善意之留置权人。”立法理由谓留置物存有所有权以外物权之情形,事所恒有,例如留置物上存有质权等。物权之优先效力,本依其成立之先后次序定之。惟留置权人在债权发生前已占有留置物,如其为善意者,应获更周延之保障,该留置权宜优先于其上之其他物权,爰仿“动产担保交易法”第25条,增订本条规定。至留置物所有人于债权人之债权受清偿前,本不得请求返还留置物之占有,要乃留置权之本质,自不生本条所谓对抗的问题。

(2) 旧“民法”第933条规定:“债权人应以善良管理人之注意,保管留置物。”经修正为:“第888条至第890条及第892条之规定,于留置权准用之。”立法理由认留置权与质权同为担保物权,均以占有动产促使债务人清偿其债务为目的。故质权存续中质权人对质物之保管义务、使用或出租之限制、孳息收取权及有腐败之虞时之变价权,在留置权本应准用。本条现行条文仅规定债权人对留置物之保管义务,有欠周延,爰修正为概括之准用规定。

(3) 因保管留置物所支出之必要费用,债权人得向其物的所有人请求偿还(第934条)。

(三) 对留置物所有人的效力

动产被债权人留置后,所有人对该动产仍得为处分,得以让与所有物返还请求权方式(第 761 条第 3 项),将留置物所有权让与第三人,但留置权不因此而受影响。

三、留置权的实行及消灭

(一) 留置权的实行

1. 定期通知与就留置物求偿

债权人于其债权已届清偿期而未受清偿者,得定 1 个月以上之相当期限,通知债务人,声明如不于其期限内为清偿时,即就其留置物取偿;留置物为第三人所有或存有其他物权而为债权人所知者,应并通知之(第 936 条第 1 项)。之所以规定为“1 个月以上”,旨在使债权人早日实行留置权,以符现代工商社会之讲求效率,并减轻债权人的保管责任。

2. 拍卖等方法取偿

债务人或留置物所有人不于上述期限内为清偿者,债权人得准用关于实行质权之规定,就留置物卖得之价金优先受偿,或取得其所有权(第 936 条第 2 项)。不能为第 1 项通知者,于债权清偿期届至后,经过 6 个月仍未受清偿时,债权人亦得行使前项所定之权利(第 936 条第 3 项)。

(二) 留置权的消灭

留置权的主要消灭事由有二:

(1) 留置权的实行。

(2) 债务人或留置物所有人为债务之清偿,已提出相当之担保者,债权人之留置权消灭。第 897 条至第 899 条之规定于留置权准用之(第 937 条)。

第七章 占有

第一节 概 说

一、占有在“民法”物权编的体系地位

关于占有在“民法”物权编的体系地位,各国立法例不同。《德国民法》认为,占有是一种对于物的事实上管领力(tatsächliche Gewalt über die Sache),而于物权编第一章设其规定(第 854 条至第 872 条)。《瑞士民法》亦认为,占有是一种事实,但却规定于物权编最后一章(第 24 章、第 919 条至第 941 条)。《日本民法》规定占有为一种权利,于物权编第二章(第一章为总则)加以规定(第 180 条至第 205 条)。我国台湾“民法”系将占有规定于物权编最后一章(第十章),明定其为对于物的事实上管领力。

各国的立法体例均有依据,将占有置诸各种物权之前,亦有相当理由。就历史渊源言,占有为所有权的根据。占有为物权(尤其是动产物权)变动的要件。占有制度旨在维持社会平和,是一种平和秩序,为法律秩序的基础。

二、占有制度的历史基础

欧陆民法上的占有制度历经两千年的发展,始自罗马法的 *possessio*,融合日耳曼法的 *Gewere*,而成文化于各国民法典。占有究为一种事实或权利,究具何种功能,应否区别直接占有或间接占有,占有具有何种效力,应如何加以保护等基本问题,反映不同的社会经济制度,必须了解其历史基础,始能把握现行占有制度的内容社会机能。以下简要的说明希能有助于明了占有制度的演进过程及思考方法,认识法律是人类历史发展的

产物,乃法律文化的体现。

(一) 罗马法上的 *possessio*^①

在罗马法,所有权概念发达甚早,土地所有权关系易于确定,有助于将占有(*possessio*)从物权分离,予以独立化,认为占有是一种事实,而不是权利,其机能不在于保护权利,而在于保护社会平和。罗马法学家 Ulpian 谓:所有权与占有非属相同^②, Paulus 亦强调对占有而言,有无占有的权利,在所不问。^③ 窃贼亦为占有人。此种占有的概念为欧陆各国法律所继受。

Possessio 的取得须具备两个要件,一为物的管领(*corpus*, 体素); 二为占有意思(*animus*, 心素),即以占有的意思而为占有。二者丧失其一,占有即归消灭。此种占有意思,不是法律行为上的意思,而是一种事实上的意思,故具有此种事实上意思的无行为能力人亦得为占有。

占有或取得占有得由服从家父权的奴隶或家子为之。占有因交付而移转。受让人已占有某物时(如承租人向出租人购买租赁物),其占有因意思一致而移转(简易交付)。占有人欲一方面移转占有,一方面同时保有占有时(如出卖人向买受人租赁标的物),不必先交付该物,再受让其占有,只要当事人有一致的意思表示即为已足(占有改定)。由此可知,罗马法上的占有业已观念化。须注意的是,在租赁的情形,出租人将租赁物交付予承租人,罗马法认为承租人系为出租人行使事实上的管领力,以出租人为占有人(*possessor*)。罗马法不承认所谓的间接占有。

罗马法将占有从本权(如所有权)予以分离,加以独立化,旨在维护社会秩序,前已论及,因而发展出以法务官令状(*praetorische Interdikte*)为基础的占有诉讼制度,以保护占有不受暴力的侵夺或妨害。占有诉权的除斥期间为 2 年。在此种占有诉讼(法务官令状诉讼, *Interdiktenverfahren*),当事人均不得为本权的主张。

① 参见 Kunkel/Honsell, *Römisches Recht*, 4. Aufl., 1987, S. 131f; Wieling, *Sachenrecht*, I. S. 115f.

② 参见 Ulpian, D41, 2, 12, 1: *nihil commune habet proprietas cum possessione*.

③ 参见 Paulus, D41 2. 3. 5: *summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat*.

(二) 日耳曼法上的 Gewere^①

Gewere 是日耳曼法上的占有,是日耳曼物权法的核心概念,乃物权的一种表现方式(Erscheinungsform der dinglichen Rechte)。在日耳曼法,占有(Gewere)与所有权并未严格区别,Gewere 不是一种单纯的事实,而是一种权利,因为日耳曼土地上的权利不易确定,须借占有状态表彰权利,以占有推定某种权利的存在。Gewere 具有公示性,权利被包裹于 Gewere 之内,借 Gewere 而体现,故 Gewere 又称为权利之衣。

Gewere 的客体,包括物及权利。权利占有(Rechtsgewere)存在于关税、债权等,使之权利化,在中世纪极具重要性。在不动产的占有,发展出直接占有与间接占有,如承租人为直接占有,地主占有;出租人为间接占有,自主占有。其居于从属地位而为他人行使事实上管领力的,如奴隶仆婢等,则属占有辅助人,以他人为占有人。

日耳曼法上的 Gewere 重在事实的管领,惟在若干情形亦转为观念化(所谓 ideelle Gewere),尤其是占有的继承,即继承人得继承被继承人的占有,纵未为事实上的管领,其占有仍受保护。

日耳曼法上的 Gewere 具有三种重要的效力:权利推定效力(Vermutungswirkung)。权利移转效力(Translativwirkung),即物权的移转,须以移转占有为要件。Gewere 系一种权利,其移转须依契约为之(占有契约, Besitzvertrag)。防御效力(Defensivwirkung),即占有人得自力防御他人对占有的侵夺或妨害,占有物被侵夺时,并得诉请返还之。此种诉讼不是纯粹的占有诉讼,兼具保护占有与保护权利的功能。

(三) Possessio 与 Gewere 在《德国民法》占有制度上的融合

在中世纪和近代的德国普通法,占有是一个热门而困难的法律领域,一方面对于 possessio 的本质或功能发生争议,一方面是罗马法上 Possessio 与日耳曼法 Gewere 的融合。这项艰巨工作吸引了 Savigny、Windscheid、Jhering、Dernburg 及 Gierke 等伟大法学家投注心力、从事研究,他们

^① 关于日耳曼法上 Gewere 的性质及功能,参见 3 位著名日耳曼学者的巨著: Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts, 1829; A. Heusler, Die Gewere, 1872; E. Huber(《瑞士民法》的起草人), Die Bedeutung der Gewere in deutschen Sachenrecht, 1894。综合论述,参见 Gierke, Deutsches Privatrecht, II (Sachenrecht), 1905。简要说明,参见 Mitteis/Lieberich, Deutsches Privatrecht, Kap. 26, Gewere。中文资料,参见史尚宽:《物权法论》,第 478 页;刘得宽:《日耳曼法上之占有》,载《民法诸问题与新展望》,第 307 页。

发表了许多重要经典著作,占有的理论灿然大备。^①就占有(尤其是 *possessio*)的社会作用言,有人认为在于保护占有者的人格;有人认为在于保护所有权;有人认为在于保护占有者的意思;有人认为在于维持社会的平和。最后的见解成为通说。就占有的构成要件,争论的重点在于所谓占有意思(*animus*,心素)究指何而言,是否必要。有人认为此项意思不可或缺,而采主观说,并产生所有者意思说、支配者意思说、为自己之意思说等不同见解。采客观说者认为,事实上管领其物即为已足,无须有特别的占有意思。

此种学说上的争论,反映在立法之上。在《德国民法》制定过程中,罗马法学派学者与日耳曼法学者发生激烈争论。《德国民法》第一草案被认为偏重罗马法而备受日耳曼法学者的严厉批评。例如,第一草案否定承租人为占有人,系受 Savigny 理论的影响,因遭 Gierke 的反对,而经修正,改采日耳曼法上直接占有及间接占有的制度。

现行《德国民法》兼采罗马法上的 *Possessio* 与日耳曼法上的 *Gewere*,创造了混合的占有制度,大体言之,以日耳曼法上的 *Gewere* 较占优势。其影响及于瑞士、日本等国民法,并为台湾地区“民法”所继受。

三、台湾地区“民法”上的占有制度及其发展

请先阅读“民法”第 940 条至第 966 条,整理“民法”关于占有制度所采的基本立法原则,分析判例学说上的主要争议问题,并检讨“民法”物权编修正草案关于占有的修正,了解占有制度的发展趋势。

(一) 立法原则

1911 年公布的《大清民律草案》于第三编物权第七章规定占有,共计 56 条(第 1261 条至第 1316 条)。民律第二次草案于第三编物权第九章规定占有,共计 40 条(第 271 条至 310 条)。现行“民法”则将之精简为 27 个条文(第 940 条至第 966 条)。须注意的是,条文虽有删减合并,立

^① 关于占有理论最重要的著作,是 Savigny(萨维尼)于 1803 年发表的 *Das Recht des Besizes* (7. Aufl. 1967)。台大法学院图书馆藏有此书,惜未善尽保管,甚少使用。作者于 1968 年访问京都大学法学部,借阅该书,须经特许,保存完善,使用者众,视若珍宝,日本法学昌明,良有以也。

法原则仍兼采罗马法上 *possessio* 及日耳曼法上 *Gewere* 两种制度,计有八项重点:

- (1) 占有系属事实,而非权利。
- (2) 区别直接占有与间接占有。
- (3) 受他人指示而管领其物者,为占有辅助人,以他人为占有人。
- (4) 占有得为移转、继承或合并。
- (5) 占有具有权利推定的效力。
- (6) 设动产善意取得制度。
- (7) 占有的保护包括占有人的自力救济权和占有保护请求权。
- (8) 承认权利占有(准占有)。

(二) 判例学说

现行“民法”物权编自 1930 年施行迄今,关于占有的发展,多赖学说与判例的协力。在学说方面,主要为“物权法”教科书,对于阐明基本概念,澄清解释适用疑义,提供比较法资料,整理问题争点,甚具贡献。专题研究则待加强,但若干论文探讨特殊问题,深具启示性。在实务方面,“最高法院”著有多则判例,公布的判决亦属不少。归纳言之,学说与判例上所探讨的重要问题为:

(1) 占有系属事实,而非物权,但是否为“民法”第 184 条第 1 项前段所称的权利? 恶意占有人对侵夺其占有之人,得否依侵权行为规定请求损害赔偿,或主张不当得利请求权?

(2) 关于动产善意取得,就盗赃或遗失物设例外规定,是否合理,应做如何解释,期能兼顾所有人的利益和交易安全? 2 年期间内盗赃或遗失物的所有权归属于谁? 在此 2 年期间内,买受人得否主张出卖人应负权利瑕疵责任?

(3) 占有恢复请求人的权利义务,尤其是与不当得利或侵权行为的竞合关系。

(4) 占有保护制度,尤其是占有人的自力救济和占有保护请求权,实际上究具有何种社会机能?

(5) 间接占有在实务上颇为常见,间接占有人得否对占有人或第三人主张占有的保护?

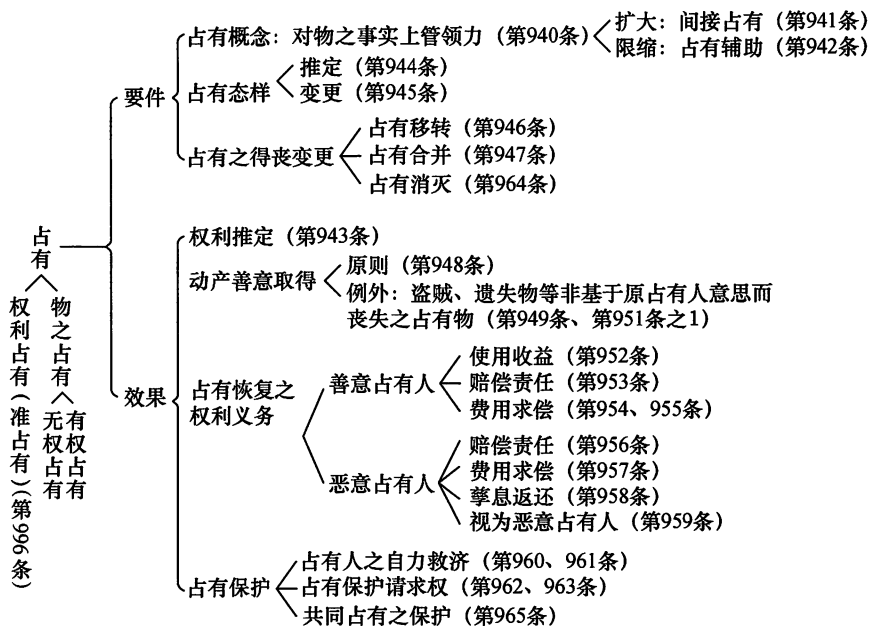
四、占有的体系构成与请求权基础

甲有某车，由乙驾驶保管。丙盗该车，出租予丁。试就此例说明：

- (1) 甲、乙对丙、丁得主张何种权利？
- (2) 设某戊自丁盗取该车，偕友人环岛旅行时，甲、乙、丙、丁得对戊主张何种权利？
- (3) 试就上述二例论述占有的体系构成及当事人间的请求权基础？

(一) 占有制度的体系构成

“民法”以占有为要件，赋予不同的法律效果，兹为便于观察，将现行规定组成如下体系：



(二) 请求权基础

请求权基础是“民法”五编制体系构成的机制及法律适用的枢纽，在占有制度上有三类重要的请求权基础，在此先行提出，请参阅前揭例题，分析研究之：

(1) 第 949 条规定：“占有物如系盗赃或遗失物，其被害人或遗失人，自被盗或遗失之时起，2 年以内，得向占有人请求恢复其物。”此项请求权须以占有人系善意受让为要件，占有人为恶意时，无适用余地。盗赃或遗失物，如占有人由拍卖或公共市场，或由贩卖与其物同种之物之商人，以善意买得者，非偿还其支出之价金，不得恢复其物(第 950 条)。

(2) 第 953 条以下规定占有恢复请求关系的权利义务(包括使用收益、损害赔偿及费用求偿)。此等请求权可称为附随请求权或从请求权(Nebenansprüche)，其基本请求权为所有物返还请求权(第 767 条)、占有物返还请求权(第 962 条)或租赁物返还请求权等。

(3) 第 962 条规定：“占有人，其占有被侵夺者，得请求返还其占有物。占有被妨害者，得请求除去其妨害。占有有被妨害之虞者，得请求防止其妨害。”占有保护请求权(或占有人的物上请求权)，与第 960 条规定的占有人自力救济权，具有维持社会平和及物之秩序的作用，乃占有制度的核心机制。

第二节 占有的基本理论

一、占有的意义

(一) 占有的概念

就下列情形说明谁为物的占有人：

1. 甲有某屋，出租给乙，乙转租该屋之一室给丙、丁二人共同经营书店。
2. 甲有某画，被乙所盗，寄托丙处。
3. 甲有股票，存放于乙银行保险箱。甲遭遇车祸死亡，由未成年人丙继承，丙不知甲有股票存放银行之事。
4. 甲公司为董事乙购买一部 BMW，作为乙的座车，由公司职员丙驾驶之。

“民法”第 940 条规定：“对于物有事实上管领之力者，为占有人。”由此可知，占有指对于物有事实上之管领力。被管领之物，称占有物，为占有的客体。管领其物之人，称占有人，为占有的主体。分述如下：

1. 对于物有事实上管领之力

(1) 认定标准

① 概说。对于物有事实上管领之力,指对于物得为支配,排除他人的干涉。占有为法律事实,须依社会观念斟酌外部可以认识的空间、时间关系,就个案加以认定。

空间关系,指人与物在场合上须有一定的结合关系,足认该物为某人事实上所管领。居住于房屋,耕作于土地,存放珠宝于保险箱,手带劳力士表,固为占有;农夫放置农具于田中,建筑商堆放材料于工地,亦属占有。又对建筑物的占有,亦成立对基地的占有。遗忘钱包于车站,离去后数小时发现其事,因车站人潮来往,依社会观念,可认定丧失占有,钱包成为遗失物。反之,停放汽车于路旁、出国数日,仍不失其占有。

时间关系,指人与物在时间上须有相当的继续性,足认为该物为某人事实上所管领,其仅具短暂性的,不成立占有。例如,在饭店使用酒杯餐具;在火车向邻座旅客借阅报纸;在公园坐卧长椅;在图书馆取阅杂志,均不取得占有。旅客就其住宿房间可成立直接占有,而以饭店为间接占有人。反之,亲友被招待在家中客房过夜,对该客房则不成立占有。

除空间和时间关系外,法与秩序亦属重要,路不拾遗的盛世与盗贼横行的年代,对占有的认定,应有不同。停车于路旁,出国数日,时空远隔,所以仍可肯定对于该车的事实管领力,乃基于一般社会秩序和对他人财产的尊重。

② 实务案例的分析。关于占有的认定,实务上有三则案例,甚具启示性,值得提出分析讨论:

A. 质物之占有:“最高法院”1964年台上字第861号判例。在本判例,甲公司以存放纸厂工场的模造纸若干件,作为质物,向乙(被上诉人)贷款。甲的债权人丙(上诉人)声请执行查封,乙提出执行异议之诉,丙认为甲所有该批模造纸系在工场查封,乙并未放置于其租用之仓库内,亦未挂有标志,未经实施占有,不生设定质权效力。“最高法院”谓:“占有仅占有人对于物有事实上管领力为已足,不以其物放置于一定处所,或标示为何人占有为生效要件。苟对于物无事实上管领力者,纵令放置于一定处所,并标示为何人占有,亦不能认其有占有之事实。讼争之模造纸既据被上诉人派驻林内纸厂管理质物之职员一致证明,已经该纸厂点交被上诉人占有,因仓库量小放置不下,仍存于工场等语,自足认定讼争模造

纸已经被上诉人驻厂职员占有,不以未挂有物资局标志,而受影响。”

关于此项判例,应说明的有三点:

(a) 就本件事实言,“最高法院”认定“物资局”占有存放在工场的模造纸(驻厂职员为占有辅助人),实值赞同。

(b) 占有的成立固不以其物放置于一定处所,或标示为何人所有为要件,但将某物放置于一定处所,或标示为何人占有,仍可作为判断有无事实上管领力的斟酌因素。惟单纯象征性的标示,如将名牌挂于房屋,立碑于土地,则不成立占有。

(c) 法律行为有所谓“成立要件”与“生效要件”,在占有似无所谓的“生效要件”,本判例所谓“生效要件”,是否妥当似值商榷。

B. 房屋烧毁与土地的占有:“最高法院”1983年台上字第1654号判决谓:“对于物有事实上管领之力者,为占有人,“民法”第940条定有明文,上诉人既主张伊系以濂南街137-2号房屋占有讼争土地,该房屋虽已被烧毁,然伊并未抛弃对于讼争土地之占有,故立即以原房屋所有人之地位向高雄市政府申请准予照旧复建,业据提出高雄市政府工务局函以为立证方法,原审未予斟酌,遽认上诉人已不占有讼争土地,即不无判决不备理由之违法。”

占有土地的情形甚多,如堆积材料,耕作畜牧,种植花木,但以在土地上建筑房屋最为常见。房屋烧毁,是否因此丧失对于土地的事实上管领力,应就个案认定之。在本案,原房屋所有人既已立即申请照旧复建,应不发生抛弃事实上管领力,致占有消灭的问题。“最高法院”判决可资赞同,自不待言。

C. 白天摆摊、夜间收摊与土地的占有:“最高法院”1983年台上字第3674号判决谓:“系争摊位占用之土地,虽非被上诉人所有,但该摊位占用之地区,为经政府公告指定为摊位营业地区,并对各摊位办理登记,发给执照,自应受占有之保护。被上诉人对于系争摊位之使用,因受法令之限制,不能设置固定摊架,只能白天摆摊,夜间收摊。但不能因其收摊,即谓被上诉人已放弃占有之意思。矧被上诉人有执照之固定摊贩,则其占有系争摊位,自应认为继续占有并不间断。”

关于此项判决,应说明的有两点:

(a) 占有系对物的事实上管领力,有无占有的权利,是否合法,均所不问。占用他人土地摆摊应否受占有的保护,端视其对摊位有无事实上

管领力,与政府公告指定为摊位营业地区,并对各摊位办理登记,发给执照无关,仅发生其占有是否合法的问题。

(b) 无照摊贩在他人土地设摊营业,足认有事实上管领力时,亦可成立占有。在设置固定摊架的情形,夜间不营业,其占有不因此而受影响。在未设置固定摊架的情形,白天摆摊,夜间收摊,虽不能因其收摊即谓已放弃(抛弃)占有之意思,但得否因其收摊,而认定已丧失事实上管领力,应就具体个案认定之。固定摊贩占有系争摊位,其占有是否继续,不因有照或无照而异,应就占有本身加以认定。

由上开三则案例,可知对于物是否成立占有,其占有是否继续,关系当事人利益至巨。在设定质权之例,涉及质权的效力。在他人土地建屋之例,涉及时效取得土地所有权或地上权。在摆摊之例,例如,甲擅自占用乙的土地设置摊位,出卖牛肉面,若认定因夜间收摊而丧失占有时,则甲于次日摆摊时,即构成侵夺乙的占有,乙得行使“民法”第960条规定的自力救济权,否则仅能主张“民法”第962条所规定的占有保护请求权。

(2) 占有意思

① 学说与立法例。占有,除对于物有事实上管领力(体素)外,是否尚须以“占有意思”(心素)为要件,系占有理论上最有名的争议问题。学说上有主观说、客观说与纯粹客观说三种见解。主观说认为,占有的成立须兼具事实上之管领力与占有意思;至于此项占有意思究属何种意思,有主张须为所有人意思,有主张须为支配意思,亦有主张须为自己意思而占有。客观说认为,占有系对于物的事实管领力,不须特别的意思,仅须有管领意思即可,此为管领事实的一部,而非独立的要素。纯粹客观说认为,占有纯为客观地对于物为事实上的管领,不以占有意思为必要。立法例上,1804年的《法国民法》采所有人意思说。1896年的《日本民法》第180条规定:“占有权因以为自己之意思,持有该物而取得。”明定采自己意思说。《德国民法》第854条第1项规定:“对于物有事实上管领力者,取得该物之占有。”

② 台湾地区“民法”的解释。第940条规定,占有系对于物有事实上管领力。台湾学者多认为《德国民法》系采纯粹客观说,现行“民法”从之,应作同样的解释。此项见解尚有进一步探究的必要。

《德国民法》施行后不久,学者曾依据第854条第1项规定的文义,认为占有系对于物的事实上管领力,不以占有意思为必要,但未被普遍

接受。^① 通说认为占有的成立,除以事实上管领力(*tatsächliche Gewalt*)为其体素(*corpus*)外,尚须以占有意思(*Besitzwille*)为其心素(*animus*)^②,其主要理由有二:

A. 《德国民法》第一草案原来规定占有的成立须以占有意思为要件,其后因恐发生占有须于占有人知悉其对物具有管领力始得成立的误会,而删除之。

B. 取得占有而无占有意思,殆难想象。^③ 此项观点可资赞同,在“民法”亦应作此解释,分三点加以说明:

a. 取得某物的占有,如架网捕捉来台过冬的黑面鸠、拾得遗失物、窃取他人珠宝,均具有占有意思。由第三人(如占有辅助人)取得占有,亦须基于为他人的意思。须注意的是,此种占有意思不必针对个别特定之物,仅须具有一般占有意思(*Besitzwille*)即为已足。甲悬挂信箱于门口,乃在取得投入的自己函件,是否知之,在所不问。邮差误投邻居乙的信件包裹于甲的信箱,甲不因此而取得其占有,乙在甲的信箱发现其包裹而取走,不构成侵夺甲的占有。又逃犯被警察追捕,将赃物藏在甲的信箱,甲亦不因此取得该赃物的占有。

b. 取得占有后,维持占有亦须有占有意思。占有意思体现于物的支配状态,体素为心素的表现。甲睡卧于公园草地,小鸟停留其身,甲因欠缺占有意思,未取得该鸟的占有。甲闻鸟声梦醒而捕获之,放在口袋,虽继续睡觉,其占有不因此而受影响。

c. 占有的意思不是法律行为上的意思,而是一种自然的意思,故取得某物的占有或维持其占有皆不以具有行为能力为必要,只要对物有为支配的自然能力,即为已足,故无行为能力人或限制行为能力人具有此种能力时,亦得为占有人。占有的取得既非基于法律行为的意思,因而亦不发生因意思表示错误而撤销的问题。例如,甲误以乙所有的钢笔为已有

^① 参见倪江表:《民法物权论》,第39页;史尚宽:《物权法论》,第479页;郑玉波:《民法物权》,第440页;谢在全:《民法物权论》(下),第469页。

^② 此为德国判例学说的一致见解,参见 Schwab/Prütting, Sachenrecht, S. 22; Wieling, Sachenrecht, I. S. 134f.; MünchKomm-Hasse § 854 RdNr. 4; Soergel-Mühl § 854 RdNr. 26.

^③ “Besitzerwerb ohne Wille ist nicht denkbar”, Wieling, Sachenrecht, I. S. 134。德国通说仍采罗马法学家 Paulus 的见解: *apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore (Besitz erwerben wir mit dem Körper und mit dem Willen, nicht aber allein mit dem Willen oder allein mit dem Körper)* (D 41. 2. 3. 4)。

而占有之,其后发现事实真相,甲不得对乙表示撤销占有,而不负侵夺他人占有的责任。

2. 占有的客体

(1) 物。占有的客体须为物,包括不动产与动产。对于不因物的占有而成立的财产权(如商标权、专利权或地役权),成立准占有(第966条)。占有之物,究为私有物或公物,均所不问,在公有土地兴建违章建筑,亦可成立占有。

(2) 不动产、动产。现行“物权法”系建立在不动产与动产的区别之上,物权的种类和物权的得丧变更因不动产或动产而有不同(第758条、第761条)。占有则为统一的概念,适用于不动产和动产。但应注意的有几点:

① 关于占有的成立,对动产的认定通常较不动产为严格,因为不动产不易移动或隐藏。深山的别墅,寒冬数月无人居住,其占有不因此而受影响。照相机遗忘于风景区,离开一段期间,即可认定已丧失占有,成为遗失物。

② 关于占有的效力,如权利推定、权利移转或善意取得等,在不动产已由登记制度取代之。

③ 关于占有的保护,占有物被侵夺者,如系不动产,占有人得于侵夺后,实时排除加害人而取回之。如系动产,占有人得就地或追踪向加害人取回之(第960条第2项)。

(3) 物的成分。物的成分指物的构成部分而言,可分为重要成分与非重要成分。物的重要成分指物的各部分,因互相结合,非经毁损,或变更其物的性质,不能分离时,则各该部分,均为物之重要成分,如书页之于书,墙壁之于房屋。除重要成分外,物的其他部分,均为非重要成分,如轮胎之于汽车,窗户之于房屋。

物之重要成分不得单独为所有权或其他物权的客体,但物的成分,无论其为重要成分或非重要成分,事实上得为管领者,皆可作为占有的客体。例如,占有他人一笔土地的部分作为停车场,将房屋的一室出租给他人,以房屋的墙壁供他人悬挂广告。至于集合物则不得为占有的客体,例如图书馆系由建筑物、图书、计算机及其他设备所组成,其占有应就各个物为之。

3. 占有的主体

(1) 自然人。任何权利主体皆得为占有人,包括自然人和法人。占有因自己行为而取得者,如捕捉野兽、摘取野兰、拾得遗失物,其性质非属法律行为,不必具有行为能力,无行为能力人或限制行为能力人有事实上支配能力的,亦得为占有,前已论及。至于占有的继承,则不以继承人具有自然的意思能力为必要,植物人、初生的婴孩或胎儿皆得因继承而取得占有。

(2) 法人。法人得为占有人,经由机关管领其物。机关为法人行使对于物的事实上管领之力,使法人为占有人。例如,甲公司的董事某乙,以公司名义购买轿车,作为自己座车,由丙驾驶时,该车的占有人为公司,司机为占有辅助人,乙董事系公司的机关,在占有关系上,既非占有人,亦非占有辅助人,乃所谓的机关占有。

(二) 占有概念的扩大和限缩

甲有某名贵瑞士劳力士手表,出借予乙,乙交丙钟表公司修缮,由技师丁负责处理。不久,甲遭遇车祸死亡,遗有妻戊及胎儿己。试说明该手表上的占有,并讨论“民法”上占有概念的形成,具有何种法律上的意义?

占有,指对于物的事实上管领力。此为占有的固有概念。然法律概念的形成,乃基于利益衡量和价值判断,赋予不同的法律效果,以满足社会生活的需要。为此,“民法”乃扩大或限缩占有的概念。分述如下:

1. 占有概念的扩大

占有概念的扩大,指虽无事实上的管领力,仍可成立占有,其情形有二:

(1) 间接占有。例如,甲出借某表给乙,乙事实上支配该表,为直接占有;甲对该表虽无事实上的管领力,仍可成立占有,是为间接占有(第941条),立法目的在使间接占有人亦受占有的保护。

(2) 占有继承。占有得为继承的标的,继承人虽未事实上管领其物,仍取得占有。例如,甲有珠宝存放于乙银行的保险箱,遭空难死亡,其继承人丙纵为胎儿、植物人,或居住国外,不知珠宝存放于银行之事,仍因继承而为该珠宝的占有人(第947条),立法目的在于保护继承人。若有某

丁僭称继承人,取得上开珠宝,让售予戊,并为交付,戊纵为善意,丙亦得于2年内请求恢复其物(第949条)。

2. 占有概念的限缩

占有概念的限缩,指对于物虽有事实上管领力,但不成立占有,属之者,为“民法”第942条规定的占有辅助人。例如,甲有某德国狼犬,雇乙看管,乙对该狼犬虽有事实上的管领力,但不取得占有,仅甲为占有人,立法目的在于保护甲(占有人),使乙(占有辅助人)不得对甲主张占有人的权利。

3. 占有的观念化

由占有概念的扩大和限缩,可知占有人与物的关系业已观念化,并纳入了法律上的因素,松弛了事实上的关联。此种占有观念化的程度,由直接占有经由占有辅助关系,间接占有,而达于继承人的占有。兹举一例加以说明,甲有某画,出借予乙,乙交由其受雇人丙保管;不久,乙死亡,由其在祖国大陆之子丁继承之,丁不知借画之事。在此情形,乙为直接占有人,与该画的事实关联最强;丙系乙的占有辅助人,虽事实上管领该画,但非占有人;甲为间接占有人,基于占有媒介关系(使用借贷)而管领该画,丁身在祖国大陆,虽不知乙借画之事,根本欠缺对该画的事实上支配力,仍因继承而取得对于该画的直接占有。

(三) 占有与持有

屏东黑道大哥某甲拥有黑心牌手枪一只,交其保镖乙保管,横行南北。(1)试说明对于该手枪的“占有”与“持有”。(2)甲被管训期间,乙擅将该枪据为己有,让售予云林海线道上刚出道的角头某丙,并为交付时,其法律关系如何?(3)某丁盗取乙保管的手枪时,甲或乙得否向丁请求返还该枪,或请求损害赔偿?

占有为“民法”上的制度。持有为“刑法”上的概念(“刑法”第335条),用以区别窃盗与侵占。二者均指对物有事实上之管领力,但持有更着重对物的实力支配。对于某物得同时成立占有与持有,例如,受寄人对于寄托物为“民法”上的占有,亦为“刑法”上的持有,但因“民法”与“刑法”的规范目的不同,而有差异,分四点加以说明:

(1)关于“民法”上占有与“刑法”窃盗或侵占的适用关系,实务上有一则深具启示性的案例。“最高法院”1986年台上字第1041号判决谓:

“上诉人甲系出租车司机,于1985年4月6日下午7时10分,载乙至台北市西藏路127号前,等候乙之友丙上车,乙因久等未见丙,乃下车察看,詎上诉人见乙留有皮包一个(内有新台币950元、日币5万元等物)在车内,意图为自己不法之所有,迅速发动马达,将车驶离。……似此情形,乙系因等候其友,未见前来,下车察看,将其皮包暂留置于车内,并非离其持有,或托请上诉人代为保管,如果无讹,则上诉人乘乙下车等候其友之际,将车驶离取得皮包,即属“刑法”第320条第1项之窃盗行为,不得谓为侵占。”

在本案,乙等候其友,下车察看,将其皮包暂置于出租车,就其空间、时间关系,衡诸社会观念,应认定乙仍未丧失对皮包的占有。乙既仍占有皮包,行使管领力,该皮包当不能为出租车司机甲所持有。甲意图取得该皮包,将车驶离,在“刑法”上不得谓为侵占,应构成窃盗。在“民法”上,甲系侵夺乙对皮包的占有,乙得行使占有人的自力救济权或占有保护请求权。

(2) 占有得分为直接占有及间接占有,但持有则无此分类。甲有某春秋时代的古剑,寄托于乙处,在“民法”,甲为占有人,乙为间接占有人;在“刑法”,乙为该剑的持有人。设甲将该剑交由其受雇人乙保管,就“民法”言,甲为占有人,乙为占有辅助人。就“刑法”言,乙为该剑持有人。乙擅将该剑据为己有,让售予善意的丙时,在“刑法”上成立侵占,在“民法”上则构成“民法”第949条所称盗赃。

(3) 在继承的情形,继承人虽未事实上管领其物,仍可取得占有,但不构成持有。例如,甲有某件古董,由乙继承之,乙虽不知其事,仍为该件古董的占有人,但非持有人。

(4) 在法律适用上,值得特别提出的是,“枪炮弹药刀械管制条例”规定,非经主管机关许可不得制造、贩卖、运输、持有、寄藏,或陈列枪炮、刀械(该条例第6条、第7条)。由此可知枪炮等系属绝对违禁物。所谓持有,系指将枪炮等置于自己实力支配之下。例如,某黑道头目拥有黑心手枪,交其手下保管时,因有犯意联络,构成非法共同持有。绝对违禁物,如鸦片、枪炮等虽得为持有,但不得为占有的标的物,而受占有的保护。贩卖枪炮的债权行为(买卖契约)和移转其所有权的物权行为均属无效。鸦片、枪炮被侵夺或毁损时,不得主张占有保护请求权或侵权行为损害赔偿请求权。

二、占有的法律性质

1. 占有究为权利抑为事实? 规定占有为权利或事实, 其法律效果有何不同?

2. 甲盗乙所有的货车作为营业, 该车复被丙所盗。在此情形, 甲得否向丙请求不能使用该车的损害赔偿, 是否因规定占有为权利或事实而有不同?

(一) 占有是一种事实

占有的本质为何, 究为权利抑为事实, 自罗马法上以来论, 各国立法例亦不一致。《日本民法》明定占有为权利, 称为占有权, 于第 180 条规定: “占有权因以为自己之意思, 持有该物而取得。”^① 在《德国民法》, 关于占有的本质, 甚为争论, 学者有将占有解为权利^②, 但通说强调占有系属事实。《瑞士民法》第 919 条明定占有为对于物事实上之力。判例学说基于“民法”第 940 条规定, 一向肯定占有系属事实, 而非权利。^③ 占有虽为事实, 但受法律保护, 发生一定的法律效果, 而为一种法律关系, 得为让与或继承。

占有虽为单纯的事实, 得为确认之诉之标的 (“民事诉讼法”第 247 条)。又须注意的是, “强制执行法”第 15 条所谓就执行标的物有足以排除强制执行之权利者, 系指对于执行标的物有所有权、典权、留置权、质权存在情形之一者而言。占有, 依“民法”第 940 条规定, 不过对于物有事实上管领之力, 自不包含在内 (1955 年台上字第 271 号)。

(二) 占有的支配性与排他性

现行“民法”规定占有为一种事实, 实称妥当。物权的本质在于排他

① 德国学者将占有解为系权利者, 关于此项权利的定性意见甚为分歧, 提出不同的概念, 如开始的所有权 (anfangendes Eigentum)、推定的权利 (vermutetes Recht)、暂时的权利 (provisorisches Recht)、相对的权利 (relatives Recht)、权利地位 (Rechtsposition), 或弱于物权的权利 (schwächeres Recht) 等。参见 Wieling, Sachenrecht, I. S. 125f.

② Schwab/Prütting, Sachenrecht, S. 19: (Besitz als Sachherrschaft); Westermann/Gursky, Sachenrecht S. 76: (Besitz ist die rechtliche Anerkennung der tatsächlichen Beziehung zur Sache ohne Rücksicht auf die Rechtsbeziehung zu ihr).

③ 参见郑玉波: 《民法物权》, 第 435 页。立法理由书谓: “查民律草案物权编第七章原案谓占有应为事实, 抑为权利, 自来学者聚讼纷纭。各国立法例亦不一致, 或有以占有为法律保护行使权利之事实之关系也。此说较为妥协, 本章故定其名曰占有, 不曰占有权也。”可资参照。

性及支配性。占有亦享有排他性,“民法”设有明文(第960条以下),但欠缺权益归属的支配性。占有人无权处分占有物,致受让人善意取得其所有权时,占有人应依不当得利的规定返还其取得的利益于原权利人。占有人对占有物的使用收益,除善意占有人外(第952条),应予偿还。无权占有人对于物的所有人或其他享有本权之人,负返还其物的义务。占有本身不是“民法”第184条第1项前段所称的权利,须与本权(如租赁权)结合,始能强化其支配权能,而于被侵害时,得依上开规定请求损害赔偿。单纯的占有虽得为“给付不当得利”的客体,但须与本权结合始具有权利归属内容,得主张权益被侵害的不当得利。由是观之,占有不是一种权利,而为事实,纵将之规定为一种权利,基本法律关系殆无不同。甲占有乙的汽车,其因无权处分该车而生的权利义务,基本上不因将占有规定为权利或事实而有不同。无论将占有规定为权利或事实,占有被侵夺或妨害时,占有人均得行使自力救济权或占有保护请求权,参照《日本民法》与台湾“民法”相关规定,即可知之。

三、占有与本权

试就下列两例说明占有与本权的意义及关系:(1)甲有某屋,出租予乙,交付其屋后,甲将该屋所有权让与丙。(2)甲有某车,被乙所盗,出租予丙。

与占有(Besitz)在概念上应该严格区别的是“得为占有的权利(Recht zum Besitz)”。此种得为占有的权利称为本权。本权得为物权(如所有权、地上权、或质权),亦得为债权(如租赁权等)。“民法”第959条规定:“善意占有人,于本权诉讼败诉时,自其诉讼拘束发生之日起,视为恶意占有人。”所谓本权,指得对标的物为占有的物权或债权等而言。有本权的占有,固为占有,无本权的占有,如盗贼之管领赃物,亦属占有,亦受占有的保护。占有与本权虽为不同的概念,但法律规范上有若干关联,分三点言之:

(1)占有具有保护本权的机能。占有的背后通常有本权,占有具有表彰本权的机能,保护占有具有保护本权的作用。

(2)占有可以强化本权。第425条规定:“出租于租赁物交付后,承租人占有中,纵将其所有权让与第三人,其租赁契约,对于受让人,仍继续

存在。”学说上称之为买卖不破租赁,此须以承租人受让租赁物的占有为要件,租赁权因占有而强化,具有对抗第三人的效力。

(3) 本权可以强化占有。甲无权占有乙的房屋,其后该屋复被丙侵夺时,甲不得向丙主张不当得利或侵权行为损害赔偿请求权,反之,在甲承租乙的房屋的情形,其占有因本权而强化,甲得向丙主张不当得利,或依“民法”第184条第1项前段规定请求侵权行为的损害赔偿。

四、占有制度的功能

甲系某高级中学学生,放在校门外的自行车被盗。次日甲在学校附近发现乙骑用该车时,得否强行取回?设乙盗用该车后,该车复被丙侵夺,乙向丙请求返还时,丙得否以该车系盗赃而拒绝之?若丙将该车让售予善意的丁时,丁得否主张取得其所有权?设丁系恶意时,得否主张占有该车已达10年而取得其所有权。试就此例说明占有制度的社会作用。

占有为一种事实,盗贼管领赃物,亦成立占有。法律为何要设保护占有的规定(参阅例题思考之!)?对此问题,学说甚多,前已论及。德国法儒萨维尼(Savigny)曾提出人格保护说,认为侵害占有,系侵害占有人的的人格,保护占有的目的即在于保护占有人的的人格。另一位大法学家文德赛(Windscheid)则主张占有为占有人的意思的表现,侵害占有系侵害占有人的意思,故保护占有的目的乃在保护占有人的意思。目前通说强调占有制度具有三种功能,即保护功能,继续功能和公示功能。须强调的是,这三种不同的功能乃基于一种基本认识,即占有的背后通常存在着某种特定权利,尤其是所有权。保护占有,实际上就在保护此种权利。分述如下:

(一) 占有的保护功能

占有系对于物为事实的支配,占有一旦存在,即应受保护,以维护社会平和与物之秩序,此为占有制度的基本功能。为此,“民法”特于第960条和第961条规定占有人的自力救济权,于第962条规定占有人的保护请求权。甲有某自行车,被乙侵夺,甲得以己力防御,并就地或追踪向乙取回之。设甲不能就地或追踪取回其车,仍得向乙请求返还占有物。乙占有该车后,复被丙侵夺时,乙亦得以己力防御或请求返还。在此意义

上,占有享有绝对性的保护。在占有的保护功能,我们看到了一项重要法律的基本原则,即任何人不能以私力改变占有的现状。

(二) 占有的继续功能^①

占有人对其占有物有继续使用的利益。“民法”第425条规定租赁物已为交付后,承租人占有中,纵出租人将其所有权让与第三人,其租赁契约对于受让人,仍继续存在,即其著例。“最高法院”1954年台上字第176号判例谓:“租赁物交付后,承租人于租赁关系存续中,有继续占有其物而为其使用收益之权利。故其占有被侵夺时,承租人自得对于无权占有之他人,行使其占有物返还请求权,此就‘民法’第423条、第941条及第962条等规定观之甚明。”

占有物达一定期间者,得取得其于占有物上行使的权利,例如,以所有之意思,10年间和平公然继续占有他人之动产者,取得其所有权(第768条)。此项时效取得制度亦在于促进占有继续的功能。

(三) 占有的公示功能

占有表彰本权,具有公示功能,发生三种效力:

(1) 权利移转效力,即动产物权的移转以交付其物为生效要件(第761条)。

(2) 权利推定效力,即占有人于占有物上行使之权利,推定其适法有此权利(第943条)。

(3) 善意取得效力,即以动产所有权,或其他物权之移转或设定为目的,而善意受让该动产之占有者,纵其让与人无让与之权利,受让人仍取得其权利(第801条、第886条、第948条)。在不动产,占有的公示功能已由土地登记取代之。不动产物权,依法律行为而取得、设定、丧失及变更者,须经登记始生效力(第758条),土地的登记推定登记权利人适法有此权利(第759条之1)。

^① 关于占有的继续功能,德国法学家 Heck 在其所著 *Grundriss des Sachenrechts* (1930, Neudruck der Ausgabe 1960) S. 15 论述甚为深刻,曾举一常被引用之例:某甲衣服被乙所盗,甲于路上发现乙于寒冬穿其衣服,若甲得迫乙返还衣服,将使乙陷于痛苦的困境。其原文为:“Der Staatsbürger, der in warmen Kleidern auf der Straße steht, würde in die peinlichste Verlegenheit geraten, wenn er auf einmal stante pede sich seiner ganzen Kleidung entledigen müsste.” (§ 3.7)。Heck 教授系德国利益法学派 (Interessenjurisprudenz) 的代表人物,本书及另一姐妹作 *Grundriss des Schuldrechts* 1929, 系以利益法学的方法阐释民法的基本问题,颇具启示性及可读性,特为推荐。

第三节 占有的分类

一、有权占有、无权占有

甲在河南省购买恐龙蛋,回台后被乙窃取,让售给丙,丙明知其事,仍购买之,置诸客厅,供亲友观赏。两年后,丙死亡,由丁继承之,再经过8年,甲查知其事。试就此例说明:

(1) 何谓无权占有、恶意占有、有瑕疵占有?

(2) 甲得否向丁请求返还恐龙蛋?

占有依其状态的不同,可为各种分类。法律为对占有规定不同的构成要件及法律效果,认识各种占有状态的区分标准及区别实益,甚属重要。兹举一例加以说明。甲雇乙驾驶其车,甲为该车的占有人,乙为占有辅助人(第942条),立法目的在使乙不得对甲主张占有保护的權利,并不得将占有让与第三人。在他方面,第961条又明定占有辅助人得行使占有人的自力救济权,但不得行使占有保护请求权。

(一) 有权占有与无权占有的区分标准及实益

1. 区分标准

占有,以得为占有的权利的有无为标准,可分为有权占有与无权占有。所谓得为占有的权利,指基于一定法律上的原因而享有占有的权利,亦称本权。本权除物权或债权外,尚有因其他法律关系而产生的权利,如父母对未成年子女的特有财产有共同管理之权(第1088条)。有本权的占有,称为有权占有,亦称正权原占有。无本权的占有,称为无权占有,如盗贼对于盗赃的占有,拾得人对于遗失物的占有,承租人于租赁关系消灭后继续占有租赁物。

2. 区别实益

有权占有与无权占有区别的主要实益有两点:在有权占有,占有人得拒绝他人为本权的行使。反之,在无权占有,倘遇本权之人请求返还占有物时,占有人有返还的义务(参阅第767条)。例如,承租人得拒绝出租人请求返还其物,但租赁关系消灭后则有返还义务。留置权的发生,其动产须非因侵权行为而占有(第928条第2项),例如,窃盗他人之车者,纵支付必要费用,亦不发生留置权。

(二) 无权占有的再分类

1. 善意占有与恶意占有

(1) 区别标准与区别实益。善意占有与恶意占有系无权占有的再分类,在有权占有,无区别善意与恶意的必要。善意或恶意如何认定,尚有争论。有纯以占有人是否知其有无占有的权利为判断标准。有采较严格的标准,认为所谓善意须误信其有占有的权利,且无怀疑而言。后者为通说,较可保护原权利人,可资赞同。准此善意占有,指误信为有占有的权利且无怀疑而占有而言。反之,恶意占有,指明知无占有的权利,或对有无占有的权利有怀疑而仍为占有。

区别善意占有与恶意占有的主要实益有三点:①在不动产取得时效,通常为20年,占有之始为善意并无过失时,其期间则为10年(第770条)。②动产善意取得,以善意受让占有为要件(第801条、第886条、第948条)。③占有人对于恢复请求人的权利义务,因善意占有与恶意占有而有不同(第952条以下)。

(2) 善意占有的再分类:无过失占有与有过失占有。善意占有可再分为无过失占有与有过失占有。无过失占有,指占有人就其善意并无过失;反之,有过失占有,指占有人就其善意具有过失而言。二者区别的实益在于不动产取得时效,占有之始为善意并无过失者,其期间为10年;否则,为20年(第770条、第769条)。善意占有与恶意占有在占有效力上亦有重大不同(第952条、第958条)。

2. 和平占有与强暴占有

占有依其手段可分为和平占有与强暴占有。和平占有,指非以强暴手段而为占有,如买受赃物;反之,则为强暴占有,如强夺他人钱包。二者区别的主要实益在于取得时效(第768条至第770条)。

3. 公然占有与隐秘占有

占有依其方法可分为公然占有与隐秘占有。公然占有,指不以隐藏方法,避免他人发现而为占有,如佩戴珠宝出入社交场合;反之,则为隐秘占有,如将股票藏诸银行保管箱。二者区别的实益亦在于取得时效(第768条至第770条)。

4. 继续占有与不继续占有

占有依其时间是否间断,可分为继续占有与不继续占有。继续占有,指继续无间而为占有;反之,则为不继续占有。二者区别的实益亦在于取

得时效(第768条至第770条)。

5. 无瑕疵占有与有瑕疵占有

无瑕疵占有,指善意并无过失、和平、公然、继续的占有。反之,占有出于恶意、有过失、强暴、隐秘或不继续时,则为有瑕疵占有。第947条规定:“占有之继承人或受让人得就自己之占有,或将自己之占有与其前占有人之占有合并,而为主张。合并前占有人之占有而为主张者,并应承继其瑕疵。”此之所谓瑕疵,指有瑕疵占有而言。

(三) 例题解说

区别有权占有及无权占有的主要实益在于本权行使、善意取得和时效取得,兹就上开例题加以说明:

甲得否向丁请求返还恐龙蛋,应检讨的请求权基础为“民法”第767条规定:“所有人对于无权占有或侵夺其所有物者,得请求返还之。”其要件为:甲系所有人,丁为无权占有。

甲本为恐龙蛋的所有人,乙盗卖给丙,依让与合意交付之(第761条),乙非该蛋所有人,系属无权处分,问题在于丙得否善意取得该恐龙蛋的所有权。以动产所有权之移转为目的而善意受让该动产之占有者,纵其让与人无让与之权利,受让人仍取得其所有权(第801条、第948条)。丙明知乙盗取恐龙蛋之事,非属善意,不能取得该恐龙蛋的所有权。丙死亡,丁继承之,亦不因此取得其所有权。

应再检讨的是,丁是否时效取得该恐龙蛋的所有权。“民法”第768条规定:“以所有之意思,十年间和平、公然、继续占有他人之动产者,取得其所有权。”丙向乙购买恐龙蛋,具有所有的意思,受让占有系出于和平的手段,置诸客厅,供亲友观赏,为公然占有。其占有期间虽仅2年,惟丁系丙的继承人,亦以所有之意思,8年间和平公然继续占有,得将自己的占有与丙之占有合并而为主张(第947条),依“民法”第768条规定取得恐龙蛋的所有权。

综据上述,该恐龙蛋由丁取得其所有权,甲非所有人,丁非无权占有,

甲不得向丁请求返还。^①

二、自主占有、他主占有

甲移民新西兰基督城,将坐落仁爱路某栋房屋出租给乙,为期1年。其间甲回台处理事务,向乙租用该屋的一个房间,为期1个月。甲1个月后离台时将保险箱一件寄放乙处,该保险箱内有一把春秋时代的古剑。试就此例说明:

(1) 甲、乙对房屋与房间、保险箱与古剑的占有状态。

(2) 设乙擅自开箱取剑,据为己有,设定质权予丙时的占有状态。

(一) 区别标准

占有,以占有人是否具有所有的意思为标准,可分为自主占有与他主占有。自主占有,指以所有的意思而为占有;所谓以所有的意思而占有,仅以具有所有的意思为已足,是否为真正所有人,误信为所有人,甚至明知非所有人,均所不问,从而窃盗对于盗赃的占有,侵占人对侵占物的占有亦属自主占有。他主占有,指非以所有的意思而占有,凡基于占有媒介关系而占有他人之物的,如承租人、受寄人、借用人、地上权人、质权人、留置权人等,均为他主占有人。

值得特别提出的是,附条件买卖(保留所有权买卖)买受人对标的物

① 为便于观察,兹将本例题的请求权思考方式,简列如下(阿拉伯数字为“民法”条文)

(一) 甲可得向丁主张的请求权基础:(767)

1. 甲为恐龙蛋的所有人?

(1) 甲原为所有人。

(2) 乙窃盗恐龙蛋让售予丙

① 乙系无权处分(118)。

② 丙非善意、不能取得其所有权(801、948)。

(3) 丁时效取得该恐龙蛋所有权

① 不能继承其所有权。

② 时效取得

A. 丙之占有:以所有之意思,和平、公然、继续占有2年。

B. 丁之占有:以所有之意思,和平、公然、继续占有8年。

C. 占有的合并(947 I)。

D. 丁时效取得恐龙蛋所有权(768)。

(4) 甲丧失恐龙蛋所有权。

2. 丁非无权占有。

(二) 甲不得依“民法”第767条规定向丁请求恐龙蛋。

的占有。附条件买卖,指买受人先占有动产之标的物,约定至支付一部分或全部价金,或完成特定条件时,始取得标的物所有权之交易(“动产担保交易法”第26条)。例如,甲向乙购买某车,价金若干,约定甲先占有该车,价金分期付款,于全部支付时,甲始取得该车所有权。在此交易,买卖合同系有效成立,物权行为则附停止条件。关于买受人占有标的物的状态,德国实务上认为,在出卖人与买受人间成立占有媒介关系,以买受人为直接占有,他主占有;出卖人为间接占有,自主占有。^①学说上多认为在保留所有权买卖并不成立占有媒介关系,应以买受人为直接占有人,且为自主占有。^②台湾地区判例学说迄未论及此项问题,比较言之,似以后说较为可采。^③

对于某物的占有,究为自主占有或他主占有,取决于占有人的意思,所有人自住其屋,盗贼占有盗赃,皆为自主占有。遗失物的拾得人为他主占有。无权占有他人土地兴建房屋,得为自主占有,亦得为他主占有(例如以行使地上权的意思而为占有),应依表现于外部的意思认定之。自主占有的意思,系属支配其物的自然的意思,无行为能力人亦得有之,故孩童或受监护宣告之人亦得因物之先占或交付而取得自主占有。为避免举证责任的困难,“民法”设有自主占有的推定(第944条)。

(二) 区别实益

自主占有与他主占有的主要区别实益在于时效取得所有权(第768条至第770条),或先占(第802条),均须以自主占有为要件。占有人的赔偿责任,亦因自主占有或他主占有而有不同(第956条)。须注意的是,关于占有的保护,不因自主占有或他主占有而异,第960条及第962条规定对自主占有与他主占有均有适用余地。

关于自主占有与他主占有的认定标准及区别实益,试就上开例题加以说明:

1. 关于房屋与房间的占有

甲有某屋,出租予乙,甲再向乙承租该屋的一个房间。就房屋言,乙为直接占有,他主占有;甲为间接占有,自主占有。就房间言,甲为直接占

① BGH 28, 27.

② Raiser, Dingliche Anwartschaften, 1961, S. 71.

③ 参见拙著:《附条件买卖中买受人之期待权》,载《民法学说与判例研究》(第七册),北京大学出版社2009年版,第177页。

有,他主占有;乙为间接占有,他主占有。在此情形,甲为房屋自主占有人,同时为房间他主占有人。甲返还其承租的房间后,该房屋全部由乙直接占有,他主占有。

2. 关于保险箱与古剑的占有

甲离台之际将保险箱交乙保管,成立寄托关系,乙为直接占有,他主占有;甲为间接占有,自主占有。关于保险箱内古剑的占有,如何认定,毫无疑问,依社会交易观念,似应认为甲仍为占有人,乙未占有该剑。乙见甲久未归来,擅自破坏保险箱取出古剑作为己有,出质予丙,由丙取得直接占有,他主占有;乙则取得间接占有,自主占有,均为无权占有。

三、直接占有、间接占有

甲有A屋,出租予乙,乙转租予丙,甲向丙承租该屋之B室,作为办公处所。试说明甲、乙、丙对A屋及B室的占有关系。设甲与丙间的租赁契约不成立,无效或被撤销时,占有关系是否因此而受影响?

甲有某车出借予乙,乙转借予丙。设丁侵夺丙的占有时,甲得对丁主张何种权利?

(一) 直接占有与间接占有的意义和渊源

“民法”第941条规定:“质权人、承租人、受寄人,或基于其他类似之法律关系,对于他人之物为占有者,该他人为间接占有人。”此为“民法”关于直接占有与间接占有的规定。此项分类在理论上甚值研究,在实务上颇为重要。

所谓直接占有,指直接对于物有事实上的管领力。间接占有,指自己不直接占有其物,惟本于一定的法律关系对于直接占有其物之人,有返还请求权,因而对于物有间接管领力。例如,甲出租某屋给乙,乙为直接占有人,甲为间接占有人。

在罗马法,交易观念认为对于租赁物行使管领力的,不是承租人,而为出租人,故将 *possessio* 归于出租人,由其享有占有利益。反之,在日耳曼法,其对物为占有的 (*Gewere*),仅系承租人。德国继受罗马法时,此二种法律见解发生冲突,为期调和,《德国民法》乃将日耳曼法上出租人的地位规定为间接占有(《德国民法》第868条),台湾现行“民法”继受之。间接占有人对于物并无事实上的管领力,法律所以扩大占有概念,将之包

括在内,主要功能有二:

(1) 为使“民法”关于占有的规定原则上亦得适用于间接占有,尤其是在取得时效和占有保护请求权上。

(2) 为使动产的交付(尤其是所有权的移转),得依占有改定为之(第761条第2项),便利物的交易。例如,甲委任乙以自己名义向丙购买某书,并约定乙自丙受让该书交付之际,其所有权移转予甲,乙则借用该书1个月。在此情形,甲因占有改定而取得该书所有权,就该书的占有言,乙为直接占有人,甲为间接占有人。

(二) 间接占有的要件

第941条规定的间接占有,其构成要件有三:

- (1) 占有媒介关系。
- (2) 他主占有的意思。
- (3) 返还请求权。

分述如下:

1. 占有媒介关系

(1) 占有媒介关系的意义。间接占有的成立,须基于一定的法律关系对于他人之物为占有,此种一定的法律关系,学上说称为占有媒介关系(Besitzmittlungsverhältnis),第941条以质权、租赁、寄托加以例示。直接占有人又称为占有媒介人(Besitzmittler)。所谓其他类似关系,可分三类:

① 契约。如承揽契约、运送契约、信托契约、典权或地上权之设定,须为具体的法律关系,不限于“民法”规定的类型。

② 基于法律。如法定代理人管理未成年子女的特有财产,基于无因管理而为占有,亦属之。

③ 基于法律之公权力行为。检察官或司法警察等依“刑事诉讼法”第133条以下规定为物之扣押。

(2) 间接占有不因占有媒介关系不生效力而受影响

间接占有的成立,不以占有媒介关系有效为要件,占有媒介关系纵不生效力,其间接占有并不因此而受影响。例如,甲出租某屋给乙,租赁契约不成立或无效时,纵当事人明知其事,只要直接占有人(承租人)有为他人(出租人)占有的意思,仍可成立间接占有。

2. 他主占有的意思

在占有媒介关系上,直接占有其物者须有为他人占有的意思(Fremd-

besitzwille)。直接占有人对于物为占有,须来自他人(间接占有人),并于该占有媒介关系消灭后,负返还占有物的义务,此为间接占有被肯定为占有的理由。直接占有人一旦改变他主占有的意思,而变为自主占有时(参阅第 945 条),间接占有即归消灭。

3. 间接占有人的返还请求权

间接占有系以间接占有人得对直接占有人,请求返还占有物为要件。此项占有物返还请求权,不限于基于占有媒介关系所生的请求权(如租赁物返还请求权),所有物返还请求权或不当得利请求权亦包括在内。例如,甲向乙借用某车,不知使用借贷契约无效而为占有,乙对甲享有所有物返还请求权,仍可成立间接占有。

(三) 多阶层的间接占有

间接占有不以对于物有事实管领力为必要,系因一定法律关系而成立,故可发生多层次的间接占有,学说上称为占有阶层或占有建物(Besitzgebäude)。^① 兹举二例加以说明:

1. 甲出租某车予乙,乙将该车转租予丙时,丙为该车的直接占有人(他主占有),乙为第一阶层的间接占有人(他主占有),甲为第二阶层的间接占有人(自主占有),至于直接占有人丙是否知悉较高阶层间接占有的存在,在所不问。^②

2. 甲有某屋,出租予乙,甲向乙借用该屋之一室时,就该屋之一室言,甲为直接占有人(他主占有),乙为第一阶层的间接占有人,他主占有人。就整个房屋言,甲则为第二阶层的间接占有人,自主占有人。

须注意的是,是此种多阶层的间接占有,推定最高阶层的间接占有人,系基于所有的意思的自主占有(第 944 条)。例如,甲出租某地给乙,乙转租给丙,丙借丁使用时,甲为最高阶层的间接占有人,推定其为自主

^① Heck, Sachenrecht, S. 31; Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 60.

^② 参见“最高法院”1985 年台上字第 2716 号判决:“原审并未否定上诉人曾向益知公司购买机器设备出租予被上诉人之事。倘该机器设备,可认为属于上诉人所有,而物统企业公司现之占有,又系由于被上诉人转租之故,是被上诉人对于该机器设备,既难谓非为间接占有人,则上诉人本于所有人地位而为之返还请求,当不生不能给付之问题。”

占有。^①

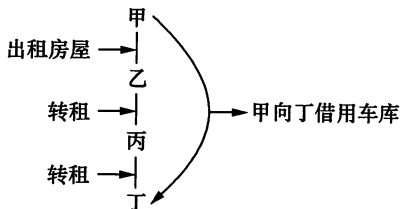
(四) 间接占有人的法律地位

“民法”规定间接占有的主要目的,在使其原则上得适用占有的规定,兹分两项加以说明:

1. 间接占有与时效取得

第 768 条至第 772 条规定了时效取得,系以占有他人之物为基本要件。所谓占有,除直接占有外,亦包括间接占有在内。关于此点,“最高法院”著有 1982 年台上字第 559 号判决,略谓:按对于物有事实上管领之力者,为占有人。又质权人、承租人、受寄人或基于其他类似之法律关系,对于他人之物为占有者,该他人为间接占有人,为“民法”第 940 条、第 941 条所明定。依此规定,直接占有固系占有,而间接占有亦属占有,其占有人以在他人土地上有建筑物或其他工作物或竹木为目的而使用其土地,合于“民法”第 769 条或第 770 条规定之要件,依本法第 772 条规定,均得依时效取得地上权,并得依“土地登记规则”第 113 条规定,请求为地上权取得登记。至地上权取得时效之中断,依“民法”第 772 条、第 771 条前段规定,系指占有人自行中止占有,或变为不以取得地上权之意思而占有或其占有为他人侵夺者而言,若将占有之土地出租他人,依“民法”第 941 条规定为间接占有而非时效之中断。本件原告主张自 1959 年 3 月 2 日购置台北市和平东路 2 段 107 巷 23 弄 10 号房屋及其基地,该房屋有附建围墙,墙内使用案外人陈福胜所有坐落台北市大安区瑞安段三小段四九三地号土地 0.0006 公顷,虽嗣后将房屋出租他人而将户籍迁出他处,惟房屋所有权迄仍为其所有等情,提出 1961 年至 1981 年房捐及房屋税缴纳通知书邻居证明书,户籍誊本等为证,因系争占有地在围墙之内,与原

^① 此种多阶层的占有关系,可再举一例,以供参考:甲出租某屋给乙,乙转租给丁,甲向丁借用该屋车库。简单图示如下,请读者自行研究甲乙丙丁各阶层的占有状态(直接占有、间接占有;自主占有、他主占有)。



告所有房地并同租予他人,该系争占有地自不能谓非仍为其所管理收益之中,依“民法”第941条规定,原告即属间接占有人。至户籍眷本固可为本件证明占有事实方法之一,然非唯一之方法,其他如纳税收据,所有权状,房屋租赁契约等,未始不可证明其有间接占有及占有未中断之事实。台北市古亭地政事务所以原告于1970年8月6日将户籍迁出,遽指为“占有间断”,尚嫌率断,而诉愿决定谓地上权之登记,并无间接占有之规定,未免对于“民法”有关占有之规定有所误会。

此项判决阐释占有的若干基本问题具有启示性,可供参照。

2. 间接占有人的占有保护

间接占有人的保护,系实务上的重要问题,俟于讨论占有保护时,再行详论。

四、自己占有、占有辅助

甲有A、B二画,被乙所盗,乙将A画出租予丙,将B画交其受雇人丁保管。试说明:

- (1) 乙、丙间,乙、丁间的占有关系,有何不同,为何不同?
- (2) 甲得否向丙诉请返还A画,向丁诉请返还B画?
- (3) 丁拒不交还该画予乙时,乙得主张何种权利?
- (4) 戊侵夺A画或B画时,乙、丙、丁得主张何种权利?

(一) 自己占有与占有辅助的区别标准与实益

1. 区别标准

第942条规定:“受雇人、学徒或基于其他类似之关系,受他人之指示,而对于物有管领之力者,仅该他人为占有人。”此项规定旨在区别自己占有与占有辅助。

自己占有,指占有人自己对物为事实上的管领。占有辅助,指基于特定的从属关系,受他人之指示,而对于物为事实上的管领。例如,甲雇乙驾车时,甲为占有人,乙为占有辅助人。占有辅助人此项概念系德文Besitzdiener的翻译,为德国法学家Bekker所创设。^①自己占有人在德国法上称为Besitzherr,在台湾学说上称为占有主人(或占有主)。值得注意

^① Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen, JherJB34(1895),1(42).

的是,学说上认为占有辅助人系占有人的占有机关。应与之严予分辨的是,法人经由其机关(董事)而为占有。例如,甲公司的董事乙以公司名义购买一部 BMW,作为自己座车,由丙驾驶时,公司为自己占有人,其占有由董事(机关)行使之,丙系受乙之指示而管领该车,为占有辅助人。

占有辅助制度,自古有之,但在现代分工的工商业社会,更具重要性,劳工对于使用的工具,店员对于专柜商品,证券公司交易员对其保管的股票,银行经理对其经手的金钱,计算机操作员对其办公书桌等,皆处于占有辅助关系。在现代工商社会,大多数之人系基于雇佣关系而管领他人之物,殆皆为占有辅助人!

2. 区别实益

区别自己占有与占有辅助的实益,在于占有辅助人虽事实上管领某物,但不因此而取得占有,系以他人为占有人。占有辅助人既非占有人,自不享有或负担基于占有而生的权利义务。例如,某公司的收款员掉落支票,该支票的遗失人系公司(占有主人),而非收款员(占有辅助人),其得声请公示催告的,是该公司,而非收款员。

3. 占有辅助与代理

在台湾“民法”,代理仅适用于法律行为(参阅第 103 条),不适用于占有。占有辅助具有代理的功能,例如,甲雇乙捕鱼,捕鱼系事实行为,不能代理,但得成立占有辅助关系,对乙捕获之鱼由甲取得对鱼的占有。

须注意的是,同一人得兼具占有辅助人与代理人的地位。例如,甲嘱其受雇人乙,以甲名义,向丙购买手机,并受领其物。在此情形,乙系甲的代理人,与丙订立买卖契约,并作成移转该手机所有权的让与合意,至于该手机的交付,则依占有辅助关系完成之,于乙受领该手机,而有事实上管领力时,即由甲取得其占有,发生动产所有权移转的法律效果(第 761 条)。

(二) 占有辅助的要件

占有辅助关系的成立,以受他人指示而对于物有管领力为要件。所谓受他人指示,系指命令与服从的社会从属关系,雇佣关系最为典型,第 942 条特以受雇人、学徒作为占有辅助人的例示。所谓其他类似关系,凡受委任关系则不包括在内。他人指示,居于社会的从属支配关系,皆属之,究基于私法或公法,契约或法律,时间长短,外部可否认识,皆所不问。兹举例说明如下:

(1) 受雇人基于雇佣契约,而管领雇主之物,为占有辅助人。雇佣契约纵使不生效力(如受雇人为未成年人,未得法定代理人同意),其占有辅助关系不因此而受影响。

(2) 警察管领警车,军人管领武器,虽基于公法,仍可成立占有辅助关系。

(3) 父母管理未成年子女的特有财产(如继承的珠宝),成立直接占有与间接占有关系。父母将该特有财产交由未成年子女保管时,则成立占有辅助关系。

(4) 已结婚成家独立生活的子女与父母同住于一屋,倘无从证明使用该屋系受其父之指示时,不成立占有辅助关系。“最高法院”1976年台抗字第163号判例谓:“所谓辅助占有人,重在其对物之管领,系受他人之指示,至是否受他人之指示,仍应自其内部关系观之,所谓内部关系,即民法第942条所指受雇人、学徒或其他类似关系。再抗告人虽为债务人之女,并与之住于同一屋内,但其本人如确已结婚成家独立生活,而无从自内部关系证明其使用被执行之房屋系受债务人之指示时,尚难谓该再抗告人为债务人之占有辅助人。”可资参照。

甲无权占有A之土地兴建违章建筑一栋,与其妻乙及未成年之子丙、丁共居于该违章建筑,嗣A以所有权人诉请拆除房屋并交还土地,关于拆屋部分应以具有拆除权能之房屋所有权人甲为被告,至还地部分则仍以甲为被告,将乙、丙、丁列为被告,并无必要。因其等居于甲所建房屋,并非独立生活,应该认为系甲的辅助占有人,而非占有人。

(三) 占有辅助的法律效果

1. 占有的取得与丧失

(1) 因占有辅助人而取得占有。占有辅助人在其从属关系的范畴内,取得对于某物之事实管领力时,即由其占有主人取得占有。例如,钟表店师父接受顾客交修的手表时,即由店主取得其占有;餐厅的清洁工打扫时拾得掉落座位下的钻石耳环,应认为由餐厅主人取得其占有,而为遗失物拾得人。^① 占有主人享有占有所生的权利,负担因占有而生的义务。

^① 参见BGHZ 8, 130。在本判决,某戏院的带位员发现甚具价值的钻石戒指,交其雇主。失主未认领时,由谁取得该遗失物所有权发生争议。德国联邦法院认为,带位员依契约,负有在戏院清查遗失物的义务,其发现戒指并非为其自己,而是为其雇主取得占有。

值得提出的是,“最高法院”1975年台抗字第220号判决谓:“直接占有,依代理人或占有辅助人之行为而取得者,该代理人或占有辅助人固不成立另一占有关系,但代理人等之占有,非为本人或主人之意思而为占有时,要不因其与本人或主人间有代理关系或雇佣等关系之存在,而使该本人或主人当然取得直接占有之地位。”对此判决,应说明的有两点:

① 直接占有固得由占有辅助人之行为而取得,但直接占有得否依代理人之行为而取得,尚有疑问。代理仅适用于法律行为,不适用于占有,前已论及。

② 占有辅助人须有为主人的意思,但占有辅助人系在其受指示的范畴内而为物的管领时(如家中帮佣之人,公司的收发受领包裹),此项意思不必特别表示。

(2) 因占有辅助人而丧失占有。占有辅助关系终了时,占有主人自己未取得对于该物事实上之管领力时,即丧失其占有,如雇主解雇司机而未使其交还汽车。受雇人侵占其管领之物(如店员擅取专柜内衣服回家使用),纵其雇佣契约尚继续存在,雇主的占有仍归消灭。餐厅清扫工发现座椅下的钻石耳环,未交给餐厅主人,擅行让售予他人时,餐厅主人的占有亦告丧失。占有辅助人掉落其管领的汉代古币时,对占有主人而言,因丧失占有而使该古币成为遗失物。

2. 占有主人与占有辅助人间的关系

(1) 占有辅助人对占有主人不得主张占有的保护。占有辅助人对于物虽为事实上的管领,但未取得占有,法律上仍以其主人为占有人,占有主人纵使强行取回其物,占有辅助人亦无主张自力救济或占有保护请求权的余地(第960条、第962条),此为法律创设占有辅助制度的主要规范功能。

(2) 占有主人对占有辅助人的请求权基础。占有辅助人拒绝交返其所管领之物时,占有主人仅得主张雇佣契约上的请求权或所有物返还请求权,而不得主张占有的保护请求权、或因占有被侵害的侵权行为损害赔偿请求权。

3. 与第三人的关系

(1) 占有辅助人的自力救济权。占有辅助人得行使第960条所定占有人的权利(第961条)。占有辅助人行使自力救济时,应服从占有主人的指示,自不待言。

(2) 对占有辅助人不得主张占有保护请求权。占有辅助人管领某物,但非为物之占有人,故不生无权占有的问题。占有主人侵夺他人之物,例如,甲盗取乙的工程设计图交其职员丙保管,乙对占有辅助人丙不得主张所有物返还请求权或占有保护请求权,仅能向占有人甲主张之。须注意的是,在无权占有的情形,请求权人于取得迁让房屋的执行名义,声请执行迁屋时,得对占有辅助人一并强制其迁让。

五、单独占有、共同占有

(一) 试就下列情形说明当事人间的占有关系:

(1) 甲、乙共有某二层楼的房屋,约定各住一层,得共同使用庭院。

(2) 甲有银行存折及信托资金凭证,寄存在乙银行保险箱,由甲及乙银行保管不同钥匙,无法单独开箱。

(二) 甲乙共同购买某别墅。甲占有该别墅,不让乙使用时,乙得向甲主张何种权利?甲在夏天使用别墅,主张乙应于冬天居住时,其法律关系有何不同,理由何在?

(三) 试就下列情形说明当事人间的占有关系及其得主张的权利:

(1) 甲男与乙女同居,共租一屋。二人失和,甲带女友丙住进该屋。

(2) 甲居住其妻乙所有的房屋。二人失和,甲带女友丙住进该屋,或乙带男友住进该屋。

(一) 单独占有

单独占有,指一人对于物所为的占有,易言之,即占有人排除他人对物的支配而为占有,如单独所有人或承租人对于房屋的占有,独行盗对于盗赃的占有。须注意的是,部分占有(对物的一部为占有)亦属单独占有,如承租某笔土地的部分作为停车场,承租某屋的墙壁悬挂广告招牌。部分占有人亦得将其占有移转予他人,例如,甲承租乙所有房屋的一层,而将该层的一室转租予丙,成立另一个部分占有。部分占有人彼此间得互相主张占有的保护,不受限制。

(二) 共同占有

第965条规定:“数人共占有一物时,各占有人,就其占有物使用之范

围,不得互相请求占有之保护。”关于本条的解释适用,分三点加以说明:

1. 共同占有的意义

共同占有,指数人共占有一物,如数人共借某车环岛旅行;数人共租某屋居住。甲有某公寓,自住A室,将B室出租予乙,C室借丙使用时,甲、乙、丙各为部分占有(单独占有),但对共享的浴室、厕所或厨房则成立共同占有。

须注意的是,共有人对于共有物非当然为共同占有人。甲乙共有某二层楼的房屋,订立契约,每人分管一层时,各成立单独占有。倘约定各得使用为楼房全部时,则属共同占有。共有人中之一人受全体委托而保管共有物时,成立单独占有。

在合伙的情形,如何认定其占有关系,尚有争论,原则上应以事实管领其物的合伙人为直接占有人。其他的合伙人为间接占有人,其为数人时,得成立共同占有。

2. 共同占有的种类

共同占有可分为通常共同占有与共同共同占有,分述如下:

(1) 通常共同占有。通常共同占有(单纯共同占有、分别共同占有),指各共同占有人于不妨害他共同占有人时,各得单独管领其物。例如,配偶一方居住于他方配偶的房屋时,应认为成立通常共同占有。数人共租某屋,各得使用庭院、浴室、厕所或客厅,亦属之。

(2) 共同共同占有。共同共同占有简称共同占有,指全体共同占有人,对于占有物仅有一个管领力而为占有,例如,甲、乙二人将有价证券寄存银行保险箱,约定其返还应对二人共同为之(共同共同的自主占有、间接占有)。客户及银行对于保险箱,各有不同的钥匙,须一起使用始能开箱时,就保险箱言,成立共同共同占有,但就保险箱内的物品,应认为由客户单独占有。

3. 共同占有的法律关系

(1) 共同占有人间的内部关系

① 占有保护请求权。第965条之规范目的在于各占有人就其占有物使用范围,不得互相请求占有保护,例如,甲、乙共有某地,设有小型高尔夫练习场,甲认为乙的使用期间超过约定范围时,甲不得对乙主张己力防御或请求占有物的返还,因为占有的使用范围与本权有关,应依本权决定,提起本权之诉。至于在完全剥夺他共同共有人占有之情形,例如,在

上举之例,乙占用整个球场,根本不让甲使用时,甲得主张占有的保护。

兹再举一例加以说明。甲、乙、丙同租一屋,共享浴室。若甲加装新钥,根本不让乙或丙使用时,此为剥夺共同占有人的占有,乙或丙得主张占有的保护(第960条、第962条)。若甲主张其使用浴室之日为某日,不让乙或丙进入,乙或丙对此有所争执时,则属使用范围问题,不得请求占有的保护。最后须再强调的是,第965条规定对通常共同占有与共同共同占有,皆有适用余地。

② 侵权行为损害赔偿请求权。第965条规定所排除的是占有保护请求权,其他请求权,尤其侵权行为损害赔偿请求权或不当得利请求权不受影响。

(2) 共同占有的对外关系。在对外关系,各共同占有人得单独请求占有的保护。占有被侵夺时,仅得请求返还占有物于全部共同占有人。共同占有人得将其占有的地位(共同占有)让与他人。须移转单独占有时,各共同占有人应协助为之。例如,甲、乙共有某车,出售予丙时,甲、乙应协助使丙取得单独占有(第348条、第761条)。在甲将其应有部分出售予丙时,除让与合意外,甲应使丙取得共同占有,如交付汽车的钥匙。

六、占有状态的特殊问题

1. 甲在信箱看到丙女寄其夫乙的信件,拆开阅读,知其二人有超友谊关系,乃将该信交付律师丁保存,作为提起离婚诉讼的证物。试说明该信件上的占有关系。

2. 甲有狼犬,出租予乙,乙交其佣人丙看管,丙管束疏误,致该狼犬咬伤丁。试问丁得向何人请求损害赔偿。

3. 某甲诉请乙交屋还地,于诉讼系属中,乙将该房地出租予丙,但甲未追加丙为当事人。其后,甲获得胜诉判决确定,并以该判决为执行名义,声请强制执行。试问该执行名义,对于丙是否得执行?

(一) 配偶间的占有关系

1. 关于婚姻同居房屋的占有关系

关于夫妻同居的房屋,不论该屋的所有权属于何人,或采取何种财产制,其占有关系应依实际情况定之。准此以言,对于婚姻同居的房屋及屋内共同使用的家具应成立共同占有。该屋系由配偶的一方承租时,亦同。

同居的房屋或其家俱为配偶的一方所有时,他方配偶的共同占有亦同时成立占有媒介关系。

2. 配偶一方管领他方配偶的信件

甲女与乙男结婚后感情破裂,甲查知乙与丙女有婚姻外关系。某日甲在信箱内发现丙寄给乙的信件,私拆该信后,即交付律师丁,拟作为诉请离婚的证据。在此情形,甲受领其夫乙的信件,通常系属于占有辅助人的地位而为管领。甲私拆该信,交付律师丁保存时,甲之占有辅助地位消灭,自主占有该信,而与丁成立占有媒介关系,丁为直接占有人,甲为间接占有人。乙得依第 767 条(或第 962 条)规定向甲或丁请求返还该信。

(二)“民法”第 190 条规定的动物占有人

第 190 条规定:“动物加损害于他人者,由其占有人负损害赔偿。但依动物之种类及性质,已为相当注意之管束,或纵为相当注意之管束而仍不免发生损害者,不在此限。动物系由第三人或他动物之挑动,致加损害于他人者,其占有人对于该第三人或该他动物之占有人,有求偿权。”本条所谓动物占有人,究系指何而言,学说上有三种见解:

(1) 专指直接占有人。^①

(2) 指直接占有人和占有辅助人,不包括间接占有人。^②

(3) 指直接占有人、间接占有人和占有辅助人。

为澄清此项争论,在法学方法论上,首先必须说明的是,侵权行为法的规定,应依其本身规范目的加以解释。“民法”第 188 条第 1 项规定:“受雇人因执行职务,不法侵害他人之权利者,由雇用人与行为人连带负损害赔偿责任。”通说认为,此之所谓受雇人非指雇佣契约的受雇人,应依本条规范目的,认为凡客观上被他人使用,而受其监督者,均属受雇人,报酬的有无、劳务的种类、期间的长短、从事劳务基础的契约是否有效,均所不问。关于第 190 条所称的占有人,亦不应依物权编的规定而认定,因其所涉及的,不是物之占有关系,而是对第三人的损害赔偿,应以对于动物有事实上管领能力为判断标准。准此以言,所谓占有人,除直接占有人外,应包括占有辅助人,因其对于动物有事实上的管领力,不能不负其责。

^① 参见戴修瓚:《民法债编总论》,第 199 页。

^② 此为多数学者的见解,胡长清:《中国民法债编总论》,第 176 页;王伯琦:《民法债编总论》,第 97 页;郑玉波:《民法债编总论》,第 213 页;孙森焱:《民法债编总论》,第 305 页。

(三)“民事诉讼法”第401条第1项规定的“为当事人或其继承人占有请求之标的物者”

“民事诉讼法”第401条第1项规定：“确定判决，除当事人外，对于诉讼系属后为当事人之继承人者，及为当事人或其继承人占有请求之标的物者，亦有效力。”所谓为当事人或其继承人占有请求标的物者，究指何而言，有三种见解：

(1)指请求标的物为当事人或其继承人以外的直接占有人，而该当事人或其继承人仍居于间接占有人的地位者而言，诸如质权人、承租人、受寄人或基于其他类似的法律关系，对于当事人或其继承人之物占有者均是。

(2)专指为当事人或其继承人利益而占有请求标的物者而言，如受任人、保管人、受寄人等是，若系为自己利益而占有者，如承租人、质权人、典权人、借用人等，均不属之。

(3)指为他人利益而占有其物之占有辅助人。

多数说采第二种见解。^①准此以言，某甲诉请某乙交屋还地，于诉讼系属中，某乙将该房地出租予某丙，但甲未追加丙为当事人时，某甲其后获得胜诉判决确定，其既判力不及于丙，不得对丙执行。

七、占有状态的推定

“民法”第770条规定：“以所有之意思，十年间和平、公然、继续占有他人未登记之不动产，而其占有之始为善意并无过失者，得请求登记为所有人。”若当事人对“所有之意思”，“十年间”，“和平”，“继续”占有，而其占有之时为“善意”，并无“过失”，发生争论，难以认定时，法院应如何判决？

占有状态各有不同，效力互异，依证据法的一般原则，凡主张某种事

^① 此为多数说见解，姚瑞光：《民事诉讼法论》，第561页；吴明轩：《中国民事诉讼法》（中册），第1127页；王甲乙、杨建华、郑健才：《民事诉讼法》，第486页；陈计男：《民事诉讼法》（下），第79页；“所谓为当事人或其继承人占有，系指专为当事人或其继承人利益而占有者而言，例如受任人。保管人、受寄人等人，若第三人系本于自己之利益而占有，则不受既判力之拘束，例如承租人、质权人。第三人于诉讼系属后，侵夺请求标的物而占有者，既判力亦不及于该第三人。若仅为占有机关，则非此所谓之占有者，例如，受雇人、学徒或基于其他类似之关系受当事人或其继承人指示管领讼争物之情形是。”可资参照。

实存在者,负举证责任。惟占有事实的举证,诚属不易,若使占有人就占有各种事实的存在,皆须举证,则法律认许占有得脱离本权,而受独立保护,以维护社会秩序平和之目的,殆难实现。“民法”第944条乃规定:“占有人,推定其为以所有之意思,善意、和平及公然占有者。经证明前后两时为占有者,推定前后两时之间,继续占有。”立法理由书谓:“查民律草案第1276条理由谓占有人以所有之意思、善意、和平,且公然占有者为常例,法律之推定取常例而不取变例,故设本条第1项规定,以保护占有之利益。又同律第1277条理由谓前后两次占有者,若有确实证据,其两次占有相继续者为常例,不相继续者为变例,故设本条第2项规定,使占有人于其占有继续与否,不负立证之责任,以保护其利益。”可资参照。此项占有状态的推定,学说上称为“占有事实的推定”,以别于“民法”第943条的“权利推定”。

占有状态(事实)的推定,使占有人就其主张的占有事实,毋庸举证,而其相对人,苟欲攻击其主张时,须负举证之责任,有助于促进占有制度的规范功能,并与动产物权的取得(如时效取得、善意取得、先占),占有人的权利(第952条)、占有人的责任(第953条、第956条)、占有人费用偿还请求权(第954条、第955条、第957条)等具有密切关系。前“司法行政部”1978年8月31日台函民字第07641号函谓:依“民法”第944条第2项规定:“经证明前后两时为占有者,推定前后两时之间,继续占有。”故如请求人于前后两时占有当时,分别就其占有之事实及其关于构成时效取得要件之事实,请求公证人予以公证者,公证人自当予以公证,占有人即得凭前后两时关于时效事实之公证书,主张因时效而取得物权,请求地政机关依法办理登记。可资参考。

须注意的是,占有人的占有,有无过失,第944条未设推定的规定,史尚宽先生谓:“过失之有无,应于各种情形具体的决定之,善意占有之有无过失,并无可推定。”^①倪江表亦赞同此项见解,认为无过失之举证,其事较易,“民法”既未明言,则自以采否定之见解为是,占有人应负举证责任。^②姚瑞光先生谓:“无过失为常态,有过失为变态,且无过失为消极的事实,依一般举证责任分配原则,占有人不须就常态事实及消极事实,负

① 史尚宽:《物权法论》,第498页。

② 参见倪江表:《民法物权论》,第420页。

举证责任。但就台湾土地法第 54 条规定之意旨推定之,应解为由占有人负举证责任。”^①各家理由虽不同,结论上均认为占有之无过失,未受推定,应由占有人负举证责任^②,就现行法规定言,尚值赞同。

八、占有状态的变更

1. 甲向乙借阅某书,在该书签名并盖藏书印章,经过 10 年,得否主张时效取得该书所有权?

2. 甲有某地出租给乙,乙将该地将租给丙。丙意图变更以所有之意思或行使地上权的意思而占有时,应否表示,对谁表示?

占有依其状态的不同,得为各种分类,其区别标准及区别实益已详前述。各类占有状态得互相变更,例如,承租人于租期届满拒不返还租赁物时,由有权占有变更为无权占有,此项变更可就租赁关系认定之。直接占有与间接占有的区别在于一定媒介关系的有无,亦易判断。在无权占有,其占有状态究为和平或强暴,公然或隐秘,继续或不继续,其变更虽较易认定,但善意与否,涉及主观意思,则不易查知。其难以认定的,尚有由他主占有变更为自主占有。为避免争论,“民法”特设第 945 条及第 959 条规定,以资适用。

(一) 他主占有变为自主占有

1. 第 945 条的立法目的及适用范围

第 945 条规定:“占有依其所由发生之事实之性质,无所有之意思者,其占有人对于使其占有之人,表示所有之意思时起,为以所有之意思而占有。其因新事实变为以所有之意思占有者,亦同。”本条规定系采罗马法上“无论何人,不得仅以意思的变更而变更占有原因”的原则,以保护使其占有之人的利益,使其得适时行使权利,阻止占有人的时效取得。

本条所规定的是由“他主占有”变更为“自主占有”,依其规范目的,于“某种他主占有”变更为“他种他主占有”的情形,亦有类推适用余地。例如,甲出借某地给乙,乙系以借用人的意思而占有,其后乙欲变更为以

^① 姚瑞光:《民法物权论》,第 405 页。按“土地法”第 54 条规定:“和平、继续占有之土地,依民法第 769 条或第 770 条之规定,得请求登记为所有人者,应于登记期内,经土地四邻证明,声请为土地所有权之登记。”请与“民法”第 770 条对照比较之。

^② 参见谢在全:《民法物权论》(下),第 495 页,参考日本学者最近见解,认为在善意已受推定之范围内,无过失亦应受推定。

行使地上权的意思为占有时,亦须对使其占有的贷与人表示之。

2. 他主占有人对使其占有之人表示以所有之意思而占有

(1) 占有意思的变更。占有依其所由发生之事实之性质,无所有之意思者,其占有人对于使其占有之人表示所有之意思时起,为以所有之意思而占有。例如,甲向乙承租某地,停放汽车,甲占有该地,系基于租赁契约,依其所由发生的事实之性质,无所有之意思,系属他主占有。设甲对该地的占有欲变更为以所有意思而占有,应对于使其占有之出租人乙表示之。

甲向乙借阅某书,甲欲变为以所有之意思而占有,仅在该书签名盖章尚有不足,必须对乙表示之,否则经过10年,亦不能主张时效取得该书所有权。此种以所有之意思而占有的表示,得为明示或默示,性质上非属意思表示,乃事实上的表示,不以具有行为能力为必要,无须得使其占有之人的承诺。

(2) 向使其占有之人为变更占有意思的表示。由他主占有变更为自主占有,其意思应向使其占有之人为之。使其占有之人如有数人,应向其全体为之。使其占有之人如已将其占有物所有权让与他人者,应向其受让人表示。甲有计算机,被乙所盗,出借给丙,丙欲变更为自主占有的意思,究应向甲或乙为之,不无疑问。在转租的情形,例如,甲将某屋出租给乙,乙转租给丙,于丙向甲表示以所有的意思而占有时,是否即可发生将他主占有变为自主占有的法律效果亦值研究。依“民法”第945条规定的文义,丙向使其占有之乙表示其以所有之意思而占有,即为已足,但为保护所有人的利益,应认为若丙明知其自乙借用的计算机或承租的某屋系属甲所有时,其变更所有的意思,并应向所有人表示之。

(3) 变更效力的发生时期。他主占有变更为自主占有,其效力何时发生,应类推适用意思表示的规定。对话表示,自使其占有之人了解时起,在非对话表示,自其表示达到使其占有之人时起,发生效力。

3. 他主占有人因新事实变为以所有的意思而占有

占有依其所由发生事实的性质,无所有之意思者,其占有人因新事实变为以所有之意思占有者,为以所有之意思而占有。所谓新事实,指以使他主占有人取得所有权为目的之事实而言,例如买卖、赠与或互易。此项新事实不包括继承在内。因为继承人所继承的为原有的状态,须有新事实的发生,始能由他主占有变更为自主占有。例如,甲出租某车给乙,乙

死亡后,由丙继承之,其后甲将该车出卖给丙时,自该时起,丙由他主占有变为自主占有。

4. 时效取得上的适用

第 945 条关于他主占有变为自主占有之规定的主要实益在于时效取得,最高法院 1937 年上字第 876 号判例谓:“所有权取得时效之第一要件,须为以所有之意思而占有,故占有依其所由发生之事实之性质无所有之意思者,非有《民法》第 945 条所定,变为以所有之意思而占有之情事,其所有权之取得时效,不能开始进行。”又院字第 2699 号谓:共有系数人按其应有部分,对于一物有所有权之状态,各共有人既各按其应有部分而有独立之所有权,则其中一人对于他共有人之应有部分,自不得谓非他人之物。共同共有系数人基于共同关系而共有一物之状态,各共同共有人既无独立之所有权,其中一人对于该物,亦不得谓非他人之物。故共有人或共同共有人中之一人,对于共有物或共同共有物,皆得依民法关于取得时效之规定,取得单独所有权。惟共有人或共同共有人中之一人,单独占有共有物或共同共有物,依其所由发生之事实之性质,无所有之意思者(例如受全体之委托而保管时),非依“民法”第 945 条之规定,变为以所有之意思而占有,取得时效不能完成,以前“最高法院”判例与此见解有异者,应予变更。可资参照。^①

(二) 善意占有变为恶意占有

第 959 条规定:“善意占有人,于本权诉讼败诉时,自诉状送达之日起,视为恶意占有人。”关于本条规定之立法目的和法律效果,立法理由作有简要说明:“善意占有人,于本权诉讼败诉以其判决为不当,自信自己尚有权利,不得仅以其于本权诉讼败诉一事,当然以其为恶意占有人。然善意占有人于本权诉讼受败诉之判决者,大抵皆于本权诉讼时得知其无占有之权利,应于本权诉状送达时起,视为恶意占有人,所以保护恢复占有物人之利益也。既视为恶意占有人,故于本权诉讼败诉之善意占有人,应

^① “司法院”司法业务研究会第 3 期有一则法律问题:“甲将一部汽车借给乙使用,6 年后,乙依据‘民法’第 768 条‘以所有之意思,五年间和平公然占有他人之动产者,取得其所有权’之规定,拒绝将该辆汽车返还,甲因此依借用物返还请求权或不当得利返还请求权起诉请求乙返还,应否准许?”“司法院”第一厅研究意见认为:如乙系依使用借贷关系而使用汽车,即不能主张以所有意思占有而取得所有权。但如乙依“民法”第 945 条规定变为以所有之意思占有而取得所有权时,甲即不能依借用物返还请求权或不当得利返还请求权诉请乙返还汽车。

自诉状送达之时起,返还占有物上所生之孳息,此外一切权利义务,均依恶意占有人之例办理。”

本条为恶意占有拟制的规定,不得以反证推翻。本权诉讼,指争执有无占有权原之诉讼,如所有权人向无权占有人诉请返还占有物,出租人向承租人请求返还租赁物的诉讼。所谓诉讼拘束,指诉讼系属,自本权诉状送达被告(即善意占有人)之日起视为恶意占有人。

九、占有状态体系构成与例题解说

A 公司有某屋,由 B 董事管理,B 将该屋出租给 C,C 雇 D 看管,C 将该屋墙(外墙)转租给 E、F 二人共同使用于悬挂广告。

试说明:

(1) 该屋与墙壁的占有关系。

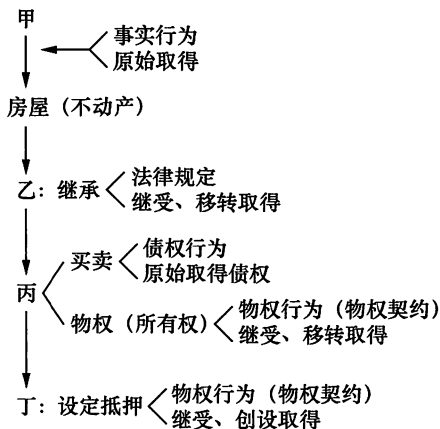
(2) E 认为 F 使用墙壁超过约定部分或时间时,其法律关系如何?

(3) 在立法委员选举期,G 候选人的助理 H 擅自拆除 E、F 悬挂的广告招牌,张贴竞选标语时,其法律关系如何?

(一) 关于房屋和墙壁的占有关系

1. 占有状态的体系构成

为综合复习占有的状态,特设上开例题说明房屋和墙壁的占有关系。为便于观察,图示如下:



在上揭图示,可以看到“民法”上占有状态的体系构成。法律是由基本概念组成体系,期能合理规范社会生活,如何掌握法律概念及体系,至为重要,应请注意。

2. 关于房屋的占有关系

(1) 公司有某屋,由 B 董事管理, B 董事系 A 公司的机关,为公司管领其物,其效果归属于 A 公司,使公司对该屋为占有(所谓的机关占有 Organbesitz)。B 董事既非占有人,亦非占有辅助人,然得行使第 960 条的自力救济权,盖其行为乃法人的行为。

(2) 董事将该屋出租给 C。C 系基于租赁权而占有,为有权占有,其占有非出于以所有之意思,为他主占有。C 占有该屋系本于租赁关系,为直接占有人,而以 A 公司为间接占有人。C 雇 D 看管该屋, D 系受 C 的指示而对于该屋有管领力,为占有辅助人,以 C 为占有人。

3. 关于房屋墙壁的占有关系

墙壁为房屋的重要成分, A 公司为房屋的占有人,其占有及于墙壁。C 承租该屋,其对该屋的占有亦及于墙壁。C 将该屋的墙壁出租予 E、F 二人共同使用悬挂广告时, E、F 取得部分占有,墙壁虽为物的重要成分,但可独立支配,亦得为占有的客体。E、F 对墙壁的部分占有为共同占有、有权占有、他主占有,并为直接占有; C 为间接占有, A 亦为间接占有,成立多层次的占有关系。

(二) 共同占有人间的占有保护请求权

E、F 共同承租房屋的墙壁,成立部分占有、共同占有,已如上述。此种共同占有属于普通共同占有,各共同占有人于不妨害他共同占有人的情况下,各得管领其占有物。E 认为, F 使用墙壁超过约定使用范围,系属内部关系之争议,依“民法”第 965 条规定,不得互相请求占有的保护,因其涉及本权,应依本权,以为决定。第 965 条所排除的,乃占有保护请求权,共同占有人的侵权行为损害赔偿请求权或不当得利请求权,不因此而受影响。

(三) 直接占有及间接占有的占有保护

关于房屋墙壁,成立多层次的占有关系, E、F 为直接占有, C 为间接占有, A 公司亦为间接占有。G 的助理 H 擅行拆除 E、F 的广告招牌,而在该屋墙壁张贴竞选标语,系属侵夺 E、F 的占有, E 或 F 得以己力防御之(第 960 条),或请求 G 除去其侵害(第 962 条)。此外, E、F 得依不当得

利规定请求 G 返还使用该墙壁所受的利益,及依侵权行为规定请求赔偿侵害其占有所生的损害。C 与 A 公司对于房屋的墙壁系属间接占有人,通说认为,间接占有人无第 960 条规定的自力防御权,但有第 962 条规定的占有保护请求权。

第四节 占有的取得和消灭

一、直接占有的取得和消灭

1. 6 岁之甲窃取 5 岁之乙的电动玩具,甲不久悔之,即交还给乙。试说明该电动玩具上占有的变动。

2. 甲以行使地上权的意思占有乙所有的土地,长达 19 年,兴建房屋,屋内挂有秦陵古剑。甲遭空难死亡,独生子丙居住美国,重病住院,不能返台,试问:

(1) 丙是否承受甲之占有,法律依据何在?

(2) 丙于 1 年后得否主张时效取得,请求登记为地上权人?

(3) 设丁盗取古剑,出售予善意之戊时,丙得否向戊请求返还?

(一) 直接占有的取得

1. 直接占有的原始取得

直接占有的原始取得,指不基于他人的占有而为新占有的取得。所谓新占有的取得,指取得对于物的事实上的管领力。其取得占有的事由,得为事实行为,如猎兽、捕鱼(无主物先占)、拾得遗失物;亦得为侵权行为,如强夺他人钱包,霸占他人房屋。直接占有的原始取得,得依占有辅助人为之,如雇人掘宝。

须注意的是,直接占有的取得须有占有的一般意思,例如信箱、奉献箱或自动贩卖机的设置者,对投入的信件、财物或金钱有取得占有的意思。占有的意思以具有行使管领力的意思能力为要件。此项意思能力为自然的意思能力,而非法律行为能力,故限制行为能力人或无行为能力人事实上行使管领力的能力时,亦得原始取得占有,例如未满 7 岁的儿童亦得因拾得他人遗失的钱包,或抢夺他人的电动玩具而取得占有。设有某清丽佳人,睡卧于公园草坪,爱慕者放置玫瑰花于其身上,须俟其睡醒后决定保有,始取得玫瑰花的占有。

2. 直接占有的继受取得

直接占有的继受取得,指基于既存的占有而取得直接占有,可分为占有的移转取得及占有的概括承受。前者系依当事人的行为而取得占有,又称为占有的让与。后者乃依法定事实而取得占有。分述如下:

(1) 占有的移转:“民法”第 761 条规定的准用。“民法”第 946 条规定:“占有之移转,因占有物之交付,而生效力。前项移转,准用第七百六十一条之规定。”第 761 条规定:“动产物权之让与,非将动产交付,不生效力。但受让人已占有动产者,于让与合意时,即生效力。让与动产物权,而让与人仍继续占有动产者,让与人与受让人间,得订立契约,使受让人因此取得间接占有,以代交付。让与动产物权,如其动产由第三人占有时,让与人得以对于第三人之返还请求权,让与予受让人,以代交付。”关于此项准用,应说明的有二点:

① 第 761 条系以动产为规范对象,其准用于“占有移转”时,则包括动产(如交付出借的汽车)和不动产(如交付出售的某屋)。此项占有的移转,可分为两类。第一类为单纯移转占有,如返还窃盗之物。第二类为伴随其他法律关系,其主要情形有二:

A. 质权的设定,因取得占有而生效力(第 885 条 1 项)。

B. 物之出卖人或出租人交付其物于买受人或承租人,以履行契约上的给付义务。

② 所谓准用第 761 条规定,指第 1 项但书的简易交付,第 2 项规定的占有改定和第 3 项规定的指示交付。实务上较为常见的是不动产买卖标的物的交付。例如,甲有 A、B、C 三屋,A 屋自住,B 屋出借予乙,C 屋出租予丙。甲将 A、B、C 三屋出售予乙,而向乙承租 A 屋时,关于 A 屋之交付得依占有改定,关于 B 屋之交付,得依简易交付,关于 C 屋之交付,得依指示交付为之。

(2) 占有移转的态样。关于第 761 条规定的准用于“占有之移转”,分现实交付、简易交付、占有改定和指示交付四种情形说明如下:

① 现实交付。第 946 条第 1 项规定:“占有之移转,因占有物之交付,而生效力。”此之所谓交付,指现实交付而言。所谓现实交付,指让与人将其对于物的事实管领力移转予受让人,如配送电视机于买受人的住所,房屋的出租人将钥匙交予承租人。

占有让与系法律行为,通常虽多为契约,但亦有为一方行为者,例如

窃贼于失主丧失被盗动产之占有后,自动将动产返还给失主。无论其为契约或一方行为,均适用法律行为的一般规定,以具备行为能力为必要。对此见解,应注意的有两点:

A. 依法律行为的理论,让与人为无行为能力人或限制行为能力人时,虽有事实上意思能力,仍不能发生移转占有的效力。例如,甲出租某屋予乙,半年后甲交付该屋予乙时,已受监护宣告。在此情形,乙因不能依有效的让与行为,而受让该屋的事实上管领力,应认为系原始取得其占有。

B. 窃贼自动返还盗窃的动产予失主,通说认为系法律行为,而且为一方行为,已如上述。此种情形应解为仍属此之所谓占有之移转,否则难以说明此项占有的变动。甲窃取乙占有的电动玩具,为原始取得,其后悔而返还之,其占有的移转,系属法律行为。设甲或乙为7岁儿童时,其移转行为无效,乙为原始取得该玩具的占有。

② 简易交付。简易交付,指第761条第1项规定:“但受让人已占有动产者,于让与合意时,即生效力。”例如,甲有某件陶艺作品被乙所盗,甲查知乙酷爱其作品,深具欣赏力,感知音之难得,表示赠与乙,乙允受之,于为让与合意时,即取得其所有权,立法目的在于便利交易。“最高法院”1957年台上字第64号判例谓:系争房屋于两造立买卖合同之前,既由被上诉人本于租赁关系而占有,则依“民法”第946条准用同法第761条第1项但书之规定,被上诉人就系争房屋自买卖合同成立之日起,即已接受上诉人之交付,依同法第373条该屋之利益,由此当然归属被上诉人。乃上诉人犹谓原有租赁关系并未消灭,基于出租人地位请求被上诉人支付租金,显非正当。可供参照。

③ 占有改定。第761条第2项规定:“让与动产物权,而让与人仍继续占有动产者,让与人与受让人间,得订立契约,使受让人因此取得间接占有,以代交付。”例如,甲售某车给乙,欲继续使用1个月时,得与乙订立使用借贷契约,由乙取得间接占有,以代交付。关于此项规定之准用,“最高法院”1959年台上字第611号判例谓:系争房屋上诉人于买受后,出租与原出卖人居住,则依“民法”第946条第2项准用第761条第2项之规定,既已取得间接占有,以代交付,即应以租赁契约成立之日期,为系争房屋移转占有之日期。

④ 指示交付(返还请求权之让与)。第761条第3项规定:“让与动

产物权,如其动产由第三人占有时,让与人得以对于第三人之返还请求权,让与予受让人,以代交付。”例如,甲有某花瓶寄托乙处,其后甲将该瓶赠与丙,得将对乙之返还请求权,让与丙,以代交付。关于本项规定之准用,多发生于买卖。最高法院 1943 年上字第 5455 号判例谓:“民法”第 348 条所谓交付其物予买受人,即移转其物之占有予买受人之谓。占有之移转,依“民法”第 946 条第 2 项准用第 761 之规定,如买卖标的物(作者注:在本案,买卖标的物为不动产)由第三人占有时,出卖人得以对于第三人之返还请求权,让与予买受人以代交付。故除有出卖人之交付义务在第三人返还前,仍不消灭之特约外,出卖人让与其返还请求权予买受人时,其交付义务即为已经履行,买受人不得以未受第三人返还,为拒绝支付价金之理由。又“最高法院”1955 年台上字第 828 号判例:买卖标的物之利益及危险,自交付时起,由买受人负担,固为“民法”第 373 条所明定。但该条所谓交付,并非以现实交付为限,亦可准照同法第 946 条第 2 项、第 761 条第 3 项规定,让与返还请求权,以代交付。

(3) 占有的概括承受

① 占有的继承。“民法”第 1148 条规定:“继承人自继承开始时,除本法另有规定外,承受被继承人财产上之一切权利义务。”占有为事实,虽非权利,仍能依此规定承受占有。若认为占有人一旦死亡,其占有的意思,既不存在,同时亦断绝其与物的管领关系,当然归于消灭,而不得继承,显然不足保护继承人。为此,《德国民法》第 857 条特别规定:“占有移转予继承人”(Der Besitz geht auf den Erben über.)。《大清民律草案》第 1274 条亦明定:“占有得继承之。”立法理由谓:“占有法律之利益,应使其可以继承,而继承人第依开始继承一事,即取得占有,无须事实上立于管领其物之地位,亦不必问其知有占有或有欲占有之意思与否,此继承法则当然之理也。各国立法例,间有不许继承占有者,然保护占有失之于薄,故本律不采之。”现行“民法”未采此条文,但于第 947 条第 1 项规定:“占有之继承人或受让人,得就自己之占有,或将自己之占有与其前占有人之占有合并,而为主张。”亦肯定占有的继承性。

占有的继承,以被继承人死亡后即占有某物为要件。其占有悉依被继承人死亡时的占有状态(有权占有或无权占有、有瑕疵占有或无瑕疵占有、自主占有或他主占有、直接占有或间接占有等),移转予继承人,继承人是否知悉,在所不问。继承的占有为一种“对物无事实上管领力的占

有”。此种观念化的占有,因继承人取得对于物之事实管领力而现实化,并得变更其占有状态。

关于肯定占有继承性的实益,试举一例加以说明。甲以行使地上权的意思,占有乙的土地,兴建房屋,长达19年,屋内悬挂秦陵古剑。甲遭空难死亡,其独生子丙就业美国,因病住院,不能返回。在此情形,丙虽在美国,远隔重洋,仍因继承而继受取得甲的占有。1年后乙得将自己占有与甲的占有合并而为主张,依取得时效的规定,请求登记为地上权人(第772条、第769条)。屋内古剑被丁所盗,让售予善意之戊时,丙得依“民法”第949条规定向戊请求返还。

② 其他概括承受。占有的继承系典型的概括承受。在其他概括承受的情形,如法人解散后,其剩余财产应归属于法人住所所在地之地方自治团体(第44条第2项),亦应肯定占有的当然移转。至于遗嘱所指定之遗嘱执行人开始执行职务,占有并不当然移转,仅发生占有移转请求权。

(二) 直接占有的消灭

1. 丧失对于物之事实上之管领力

(1) 管领力的丧失。“民法”第964条规定:“占有,因占有人丧失其对于物之事实上管领力而消灭。”管领力丧失的情形有二:

① 由于占有人的意思。如将不动产交付给买受人;配偶的一方因分居而离去婚姻同居的房屋;抛弃占有物等。^①抛弃占有的行为,得为作为(如丢弃情书),亦得为不作为(如戒指掉入水池而不打捞)。此项使其占有丧失的意思。不是法律行为上的意思表示,而是自然的意思,不以具有行为能力为必要。

② 非由于占有人的意思。如物被窃或遗失。

(2) 管领力仅一时不能行使。须注意的是,第964条但书规定:“但其管领力仅一时不能实行者,不在此限。”例如,家畜走失,可预期其归来;占有的土地被洪水淹没数日;因山崩桥断,一时不能取回放置彼岸的物

^① 关于抛弃占有的认定,“最高法院”1983年台上字第3674号判决谓:“系争摊位占用之土地,虽非被上诉人所有,但该摊位占用之地区,为经政府公告指定为摊位营业地区,并对各摊位办理登记,发给执照,自应受占有之保护。被上诉人对于系争摊位之使用,因受法令之限制,不能设置固定摊架,只能白天摆摊,夜间收摊。但不能因其收摊,即谓被上诉人已放弃占有之意思。矧被上诉人有照之固定摊贩,则其占有系争摊位,自应认为继续占有并不间断。”可资参考。关于本判决的分析,参见本书相关内容。

品;旅客 check out 之际,发现尚有手表遗留于浴室。“最高法院”1955 年台上字第 93 号判例谓:被上诉人主张系争物,系向贩卖与其物同种之物之商人以善意购得,依“民法”第 950 条之规定,上诉人非偿还其支出之价金,不得恢复其物,自非无据。至警察扣押该物,系暂时停止被上訴人事实管领力,尚难认为其占有业已丧失。可资参照。

2. 其他情形

占有物之物质的灭失,亦为占有消灭原因之一。所谓物质的灭失,包括毁灭(如茶杯破碎)、消耗(如燃烧煤球)或添附(如以油漆涂墙)。在诸此情形,占有人的管领力事实上已无所附属,占有应归消灭,自不待言。

二、间接占有的取得和消灭

甲有某琴,出租予乙,乙转租予丙。其后甲将该琴所有权让与丁,指示交付之。试说明:

(1) 该琴上的占有关系。

(2) 设丙擅将该琴作为己有,设质于戊(善意或恶意)时,其占有关系。

(3) 设丙擅将该琴作为己有让售予庚(善意或恶意),并为交付时,其占有关系。

(一) 间接占有的取得

间接占有,指基于他人既存的占有而取得占有,性质上系属继受取得,分为创设取得和移转取得,说明如下:

1. 间接占有的创设取得

间接占有的创设取得,指基于他人的占有而创设间接占有。此种间接占有的发生事由有三:

(1) 直接占有人为自己创设间接占有:例如所有人出租(出借、寄托、设定地上权或质权)其物于他人时,系将其直接占有让与他人,而为自己创设间接占有。

(2) 直接占有人为他人创设间接占有:例如出卖人出售某物,并向买受人借用其物,依占有改定使自己成为直接占有人,买受人成为间接占有人。

(3) 非占有人为自己取得直接占有,同时为他人创设间接占有:例如以监护人的资格受领某物之交付时,监护人自己成为直接占有人,受监护人成为间接占有人。

2. 间接占有的移转取得

(1) 间接占有的让与。间接占有人得依指示交付(返还请求权的让与),将其间接占有让与他人。例如,出租人甲(间接占有人)将其租赁物所有权转让与乙时,得以其对于承租人丙(直接占有人)的返还请求权让与乙,使乙继受取得间接占有。此项返还请求权的让与,无须通知原直接占有人。

(2) 间接占有的继承。占有具有继承性,前已论及,间接占有系一种占有,自得为继承的客体。继承之占有具有瑕疵时,并应承继其瑕疵。

3. 实务上两则判例

关于间接占有的取得,实务上两则判例具有启示性,可供对照:

(1) 最高法院 1944 年上字第 3754 号判例谓:“民法第 911 条所称之占有,不以典权人直接占有为必要,此观于民法第 915 条之规定自明。出典人于典权设定后,仍继续占有典物者,如已与典权人订立契约,使典权人因此取得间接占有时,依同法第 946 条第 2 项、第 761 条第 2 项之规定,即不得谓典物之占有尚未移转于典权人。”此为间接占有的创设取得。

(2) “最高法院”1949 年台上字第 163 号判例谓:典权之成立,依“民法”第 911 条规定,固以移转占有为要件。惟该条所称之占有,不以典权人直接占有为必要,此观同法第 915 条之规定自明。是出典人于典权设定后,苟因典物在第三人占有中,而将其对于第三人之返还请求权让与典权人,使典权人因此取得间接占有时,依同法第 946 条第 2 项、第 761 条第 3 项之规定,即不得谓典物之占有尚未移转于典权人。此为间接占有的移转取得。

(二) 间接占有的消灭

间接占有的成立要件,失去其一时,间接占有即告消灭,分述如下:

1. 直接占有人丧失占有

直接占有人丧失占有时,间接占有无所附属,应归于消灭。此项占有的丧失是否基于直接占有人的意思,在所不问。在基于直接占有人的意思而丧失占有之情形,间接占有人同意与否,亦非所问。例如,甲借某小

提琴予乙,乙擅自将该琴让售予丙,并为交付时,甲的间接占有消灭。在前举之例,设乙将该琴转借予丙,则成立多阶层的间接占有,甲的间接占有并不消灭。

2. 直接占有人表示不承认间接占有

直接占有人对间接占有人表示不承认其间接占有的地位,亦为间接占有消灭的原因。例如,甲借小提琴予乙,乙系以他主占有的意思而为占有,设乙对甲表示该琴原为其所有,则自乙为此表示时起,甲的间接占有归于消灭。

3. 返还请求权消灭

间接占有系本于一定的法律关系,而对事实上占有其物之人有返还请求权。此项返还请求权一旦因时间经过、解除条件成就,而不存在时,间接占有亦归消灭。

三、依代理人、占有辅助人而取得占有

甲授权其职员某乙,以甲的名义出卖某屋,丙公司的经理丁与乙订立买卖,并约定由甲承租该屋两年。丁开具支票交付乙,清偿价金。试说明该屋及支票的占有关系。

在现代分工的社会,法律交易多须借助他人,占有的取得亦不例外。兹分别就代理与占有辅助两种情形加以说明。

(一) 依代理人而取得占有

代理,指代理人以本人名义所为之意思表示或所受意思表示,直接对于本人发生效力(第103条)。得被代理的,限于法律行为,占有不得为代理的客体,无从依代理人而取得占有或移转占有,其构成例外的,有下列两种情形,因其仅为意思表示,不涉及事实上管领力的变更:

(1) 占有改定。例如,甲委任乙出售某屋,并授予代理权,向买受人丙承租该屋。

(2) 指示交付。例如,甲有某车,出租予乙,其后甲委丙出卖该车,并授予代理权。丙将该车出售予丁,并同时让与甲对乙的返还请求权,以代交付。

(二) 依占有辅助人而取得占有

依占有辅助关系取得占有,在交易上颇为常见。占有的原始取得或

继受取得均得依占有辅助人为之。占有辅助具有替代代理的功能。在占有的原始取得,如雇人捕鱼,发掘埋藏物。在占有的继受取得,如甲公司职员乙向丙公司店员丁购买计算机,付款取货。在此情形,买卖合同(债权行为)系由乙、丁分别代理甲公司和丙公司互为意思表示而订立,标的物 and 价金让与合意(物权行为)亦分别由乙、丁代理为之。至于物的交付,则依占有辅助关系而完成,即丁交付计算机予乙时,乙系甲公司的占有辅助人,由甲公司取得其占有,乙支付价金(货币或支票)予丁时,由丙公司取得其占有,而分别让与买卖标的物和价金(货币或支票)的所有权(第761条第1项)。

四、占有继受取得的效力

占有取得的效力,于占有者其人发生,直接占有或间接占有均得移转或继承(继受取得),因而产生占有合并或分离的问题。“民法”第947条规定:“占有之继承人或受让人,得就自己之占有,或将自己之占有与其前占有人之占有合并,而为主张。合并前占有人之占有而为主张者,并应承继其瑕疵。”兹分占有合并与占有分离,加以说明。

(一) 占有的合并

占有的合并,指继承或受让人(合称继受人)得将自己的占有与前占有人的占有合并而为主张,其主要实益在于时效取得。例如,甲明知某地为乙所有,以行使地上权的意思和平、公然继续占有该地,10年后将其占有让与丙,丙亦以行使地上权的意思占有该地。1年后丙将该地及地上建筑物出租予他人。5年后,丙死亡,由丁继承之。再经过4年,丁得主张合并甲与丙的占有,请求登记为地上权人(第772条、第769条)。关于此例,应说明的有五点:

(1) 法律允许占有的合并,旨在保护占有人,实践占有继续功能,以享有取得时效的利益。

(2) 得主张占有合并的,仅限于占有的继受取得人。占有的原始取得人非基于他人占有而取得占有,无合并主张的余地。

(3) 所谓前占有人,不限于直接前占有人,前占有人的占有系继受取得的,皆得合并而为主张,但以相互间有继续为必要,“最高法院”1964年台上字第2149号判例谓:“占有乃对于物有事实上管领力之一种状态,占有人主张时效上之利益,必其占有并未间断,始得就占有开始之日起连续

计算,故后占有人以前占有之占有时间合并计算者,亦必后占有人为前占有之合法继承人时(包括一般继承与特定继承),始得为之。”可资参照。至于占有的原因为继承或受让,其占有的状态为直接占有或间接占有,均所不问。

(4) 在上开之例,甲占有之始非为善意,丁合并甲之占有而为主张时,应承继其瑕疵,故应准用“民法”第 769 条,而非第 770 条。

(5) 承受人主张占有的合并后,发现前占有人的占有具有瑕疵,为避免遭受不利益,得予撤回。

(二) 占有的分离

占有的分离,指占有的继受人得将自己的占有与前占有人的占有分离,而仅就自己的占有而为主张。“民法”对此未直接设有明文,但可由第 947 条第 1 项规定反面推论之。此亦在保护现占有人,因其既已取得占有,当可自为主张,不能强其须合并他人的占有而承继其瑕疵。至其实益,例如,甲恶意占有乙未登记的房屋,5 年后死亡,其继承人丙善意并无过失相信该屋为其父所有,而继承之,和平、公然、继续占有达 10 年,即可仅主张自己的占有,依第 770 条规定,请求登记为所有人。

五、占有取得和消灭的体系构成与例题解说^①

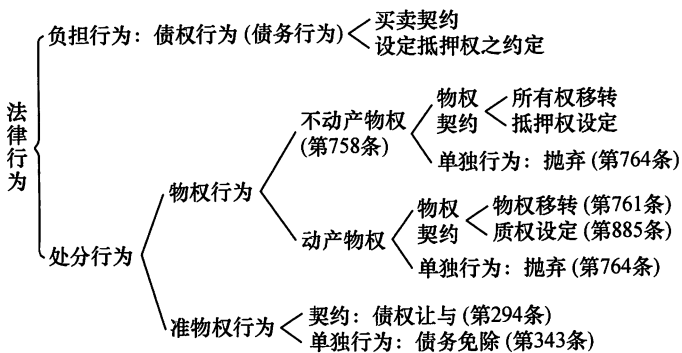
A 在新西兰海湾深谷发现稀有螃蟹化石。携带回台,交由 B 教授鉴定,被 C 所盗,出售予收藏家 D,由 D 的助理 E 以 D 名义订立买卖契约并受领其物。E 知 C 窃盗之事,但 D 不知之。9 年后, D 病故,由其子 F 继承之。1 年后 F 在储藏室发现该螃蟹化石,即将之赠与财团法人 G 博物馆,并即交付之。A 查知其事,试说明该螃蟹化石上的本权及占有的得丧变更。

(一) 体系构成

占有虽系事实,而非权利,但为受法律保护,其取得和消灭,相当于权利的得丧变更。就占有的取得言,可分为原始取得和继受取得。继受取

^① 笔者于 1994 年 3 月赴新西兰基督城(Christchurch)作短期停留,并在 Canterbury 大学法学院图书馆,撰写本书,并研读关于 Accident Compensation 制度的资料。在 Canterbury 大学旧址附近博物馆,看到数个螃蟹化石,造型奇特,平生罕见,印象深刻,沿清丽的 Avon 河,经幽静的 Gagley Park 回旅馆途中构思此例,附志于此,以供追忆。

得可分为创设取得和移转取得。就占有的消灭言,可分为绝对的消灭(如抛弃占有、标的物灭失)和相对的消灭(如占有的取得、主体的变更)。引起占有取得或消灭的法律事实,有为行为(事实行为、法律行为或侵权行为),有为行为外的事实,例如继承。为便于观察,图示如下:



(二) 解说

A 在新西兰海湾深谷发现稀有螃蟹化石,以所有的意思,占有无主的动产,取得其所有权(第 802 条)。A 将该螃蟹化石交由 B 教授鉴定,系本于一定的法律关系,成立占有媒介关系,B 教授事实上占有该螃蟹化石,为直接占有人,A 则为自己创设取得间接占有。

C 自 B 教授处盗取该螃蟹化石,原始取得占有,B 教授丧失其直接占有,A 之间接占有,亦归消灭。

C 出售螃蟹化石予 D 收藏家,D 的助理 E 明知盗赃情事,仍以 D 名义代订买卖契约并受领其物(第 345 条、第 761 条、第 103 条),其买卖契约和让与合意系由 E 代理 D 为意思表示。E 自 C 受领螃蟹化石的交付,则系居于占有辅助人之地位,由 D 取得占有,受让其所有权(第 761 条、第 103 条)。D 的代理人 E 明知螃蟹化石系属盗赃,其事实之有无,应就代理人决之(第 105 条),D 系自无权利人 C 受让动产所有权(第 118 条),其占有不受法律之保护,虽不能取得该螃蟹化石的所有权,但系以所有之意思(自主占有),和平公然占有 A 之动产。

D 占有该螃蟹化石 9 年后病故,其继承人 F 虽不知其父遗产中有该螃蟹化石,未为实际上管领,仍承继其父占有,得就自己之占有(1 年)与其父(前占有人)之占有(9 年)合并,而主张时效取得该螃蟹化石所有权(第 768 条)。F 将该螃蟹化石赠与 G 财团法人博物馆,并移转其所有权,

乃有权处分,由 G 财团法人继受取得该螃蟹化石所有权及占有。

第五节 占有的效力

占有的效力系占有制度的核心问题。“民法”对占有赋予各种效力,如时效取得、无主物先占、遗失物拾得等,已于本书相关部分加以论述。兹就占有权利的推定、动产物权的善意取得、占有人与恢复请求人的权利义务及占有的保护,论述如下。

一、占有权利的推定

1. 甲占有某名贵琵琶,乙向甲租用该琵琶举行演奏会。试问:

(1) 丙对乙主张该琵琶为其所有,请求返还时,乙主张该琵琶系租自某甲,应推定甲为所有人,法院对其争执应如何判决?

(2) 该琵琶被丁所盗,甲向丁主张所有物返还请求权时,丁得否要求甲证明其为所有人?

(3) 甲向乙请求返还琵琶时,乙主张有租赁关系存在时,如何定其举证责任?

2. 甲自建违章房屋,赴祖国大陆省亲,乙乘甲不在,迁入居住,并以所有人地位,分租予丙。试问:

(1) 甲对乙争执该屋为其所有时,乙得否提起确认房屋所有权存在之诉,或请求登记该房屋为其所有?

(2) 甲对丙主张所有物返还请求权时,其法律关系如何?

(一) 规范目的

“民法”第 943 条第 1 项规定:“占有人于占有物上行使之权利,推定其适法有此权利。”此为占有权利的推定(或占有权利的推定力)。例如,甲以行使所有权的意思占有某琵琶,推定甲为所有人,乙争执该琵琶为其所有时,须举证推翻之。此项规定的主要作用在于诉讼,就上例而言,若争执琵琶所有权之乙无相反的证明,或其所提出的反证无可凭信时,法院应为甲系所有人的判决。法律所以设占有权利的推定,其理由有四:

(1) 保护占有背后的权利。占有某物通常多基于本权,具有权利存在的盖然性,尤其是“民法”对动产物权的移转采交付主义,占有权利的

推定具有保护占有背后权利的功能。

(2) 维持社会秩序。占有权利的推定可以免除举证责任的困难,易于排除侵害,维护物之秩序。吾人所穿衣服、所戴手表、所驾汽车、所用钢笔,倘不推定吾人所有,则他人将任意争执,诉讼不断,危及社会秩序。

(3) 促进交易安全。占有的权利既受推定,产生公信力,使善意信赖占有而为交易者,得受保护,有益交易安全。

(4) 符合经济原则。占有权利的推定,有助于保护本权,避免争议,维持社会秩序,促进交易安全,可以减少诉讼,节省资源,发挥物尽其用的作用。

(二) 适用范围

“民法”第943条第2项规定:“前项推定,于下列情形不适用之:一、占有已登记之不动产而行使物权。二、行使所有权以外之权利者,对使其占有之人。”兹分其适用及不适用情形说明如下:

1. 适用权利推定的情形

有权利推定适用的情形包括:

(1) 动产物权,不限于所有权,亦包括租赁权、质权。

(2) 占有未登记之不动产而行使物权。兹有一则法律问题:甲自建未经登记之房屋,乙乘甲不在,迁入居住多时,并以所有人地位,分租予第三人使用,问乙据以请求登记该房屋为自己所有,提起确认房屋所有权存在之诉时,究应由何人负举证责任?“司法院”第一厅研究意见认为,按确认之诉,非原告有即受确认判决之法律上利益者,不得提起。本件乙占有房屋而行使其权利,如甲未争执其权利,当事人法律上之地位并不因此而居于不安之状态,则该当事人并不因此而有受侵害之危险,亦即无即受确认判决之法律上之利益,无保护之必要,不得提起确认之诉。如甲争执其权利,对甲提起确认所有权存在之诉,除甲有反证外,依最高法院1940年上字第378号判例意旨,自无庸举证。

在上揭法律问题,占有人得否进一步请求将其占有的房屋登记为其所有?“司法院”第一厅研究意见表示:“不在研究范围,不予论列。”本书认为应采否定说。“民法”第943条之立法目的在于维持社会现状及交易安全,占有权利推定的效力,属于消极性,占有人不得利用此种推定,请求为所有权登记的积极证明,否则民法关于时效取得所有权及其他财产权的规定,将成具文。

占有权利的推定须以占有某物为要件。占有辅助人为其主人管领某物而行使权利时,推定其占有主人适法有此权利。此项占有权利的推定,不限于直接占有,间接占有亦包括在内。例如,甲占有某画,出租予乙,乙转租予丙时,依其所使的权利,推定甲(最高层的间接占有人)为该画所有人,乙(间接占有人)和丙(直接占有人)有租赁权。

2. 不适用权利推定的情形

(1) 占有已登记之不动产而行使物权。不动产物权变动非经登记不生效力,对于已登记之不动产物权,其交易相对人所应信赖者,乃地政机关之登记,不能依凭不动产之现时占有状态而为权利之推定。

(2) 行使所有权以外之权利者,对使其占有之人。立法理由系以于根据债权(如租赁或借贷)或限制物权(如动产质权)等所有权以外之权利而占有他人之物者,在占有人与使其占有人间,如径依第一项规定而为权利适法之推定,其结果殊欠合理。例如,甲将物交付乙占有,嗣甲以所有物返还请求权请求乙返还,乙认为其间有租赁关系存在,主张因租赁权而占有。依诉讼法上举证责任分配的法则,乙对有权占有的事实负举证责任,惟如依本条现行规定即得主张有租赁权而无庸另负举证之责,显与诉讼法上举证责任分配的法则有违,且有欠公平,乃增订第2项第2款规定于占有人行使所有权以外的权利时,占有人不得对使其占有之人主张前项推定的效果。

关于占有权利的推定,“民法”第943条规定包括不动产与动产。在不动产,因采登记制度,“民法”第759条之1第1项规定:“不动产物权经登记者,推定权利登记人适法有此权利。”占有与登记名义发生抵触时,应以登记的内容为准。未经登记的不动产,仍有“民法”第943条的适用,前已说明。至于船舶,原则上虽适用动产之规定(“海商法”第6条),但法律设有登记制度(参阅“船舶登记法”),其办理登记者,应以登记为准,未登记者,仍适用民法规定。须注意的是,汽车登记为行政管理事项,非属所有权移转要件,仍应适用民法规定,占有人于占有的汽车上行使的权利,推定其适法有此权利。“民法”第68条第2项规定:“主物之处分及于从物。”在解释上应认主物上被推定的权利及于从物。

3. 推定的效力

(1) 法院应依职权适用

权利占有一旦被推定,法院应依职权适用之。“民法”第191条第1

项规定：“土地上之建筑物或其他工作物所致他人权利之损害，由工作物之所有人负赔偿责任。”例如，某人占有未登记的建筑物，以所有之意思行使其权利而推定其为所有人时，应依第 191 条规定，对被害人负损害赔偿责任。

(2) 利于或不利于占有人的推定

“民法”第 943 条规定占有权利的推定，不限于为占有人的利益，对其不利益亦有适用之余地。此项占有权利推定的效力，不仅占有人可以援用，第三人亦可主张之，分别说明如下：

① 占有人自己援用。甲占有某套虎年金币，举行拍卖，乙主张该套金币为其父丙所有，于逃难时托甲保管，乃向甲请求返还。在此情形，甲得援用第 943 条规定，推定其为该套金币所有人，而受保护。

② 第三人的援用。债权人得主张债务人占有的动产，为债务人所有，而声请法院查封之。因过失毁损他人占有之物，向占有人为损害赔偿时，得援用推定占有人为所有人，而发生清偿的效果。

③ 直接占有人得援用关于间接占有人的权利推定。甲出租某琵琶给乙，丙向乙主张该琵琶为其所有，请求返还时，乙（直接占有人）得援用推定甲为该琴所有人而拒绝之。

由上述可知，占有权利的推定力，非仅立于消极地位者得加援用；占有人对于他人积极主张其为有权占有时，亦得援用之，非仅用于防御，亦可用于攻击。

(3) 对过去占有人的效力

占有权利的推定，不仅对现占有人，对过去之占有人，亦有适用余地。此于占有的合并、时效取得、侵权行为损害赔偿等具有实益。例如，甲占有某琵琶，被乙所毁损后，出售予丙，并为交付。在此情形，甲虽非现占有人，亦得援用其过去占有期间为所有人的推定，向乙请求损害赔偿。

须注意的是，取得对于物的管领力，在许多情形并非困难，为避免占有人滥用主张推定的效力，此项反证，不应过于严格，否则将使“推定”变成“视为”。只须依据所有调查结果与全部辩论意旨，足生推翻推定的心证即为已足，或如能反证证明有某种受推定之权利状态完全不兼容的权利状态存在时，亦足推翻该项推定。德国联邦法院认为，在购买商品而取得占有，但未支付价金之情形，若依该项买卖所属行业，买受人未付清价金，交易上通常出卖人皆保留买卖标的物之所有权时，此项表面证据即可

反证推翻法律的推定。此项见解,可供参考。

二、动产物权的善意取得

(一) 概说

1. 信赖保护原则、权利表征和善意取得

法律交易上动的安全的维护有赖于建立信赖保护原则,而此须以具有一定的权利表征作为基础,如何落实于具体制度,则涉及利益衡量和公示的问题。

如所周知,“民法”设有行为能力制度,规定无行为能力人(受监护宣告之人、未满7岁之未成年人)的法律行为无效;限制法律行为能力人(满7岁以上的未成年人)的法律行为,未经法定代理人允许的,其单独行为无效,契约则效力未定(第75条以下规定)。须特别注意的是,对行为能力的信赖,并不受保护,例如某甲,30岁,受监护宣告,出售某件古玉给乙,并即交付,乙纵属善意,亦不能取得该件古玉的所有权,因为行为能力制度旨在保护受监护宣告之人或未成年人,应优先于交易安全。

对债权为无权处分,亦时有之。例如,甲对乙有债权,将其债权让与丙,并交付债权凭证,该债权让与行为因甲为受监护宣告之人而无效。丙出卖该债权予丁,并即让与(第294条),同时交付债权凭证。在此情形,纵丁善意信赖丙的处分权,并有债权凭证的存在或交付,亦不受保护,因债权本身并无公示方法可作为权利表征。

对代理权的信赖,原则上亦不受保护。例如,甲授代理权予乙,出租某物,乙不知代理权授与行为无效,仍以甲的名义与丙订立租赁契约。在此情形,乙系无权代理,丙纵属善意,亦不得主张发生代理的效力。其构成例外的是“民法”第169条规定的表见代理即由自己之行为表示以代理权授予他人,或知他人表示为其代理人而不为反对之表示者,对于第三人应负授权人之责任。但第三人明知其无代理权或可得而知者,不在此限。

在此须特别指出的是,在动产交易,占有亦足作为权利表征。占有的移转(交付)为动产物权变动的公示方法(第761条),占有人推定其为以所有之意思而占有(第943条、第944条)。动产物权(尤其是所有权)的存在,既以占有为表征,则善意信赖此项表征而为法律交易者,纵其表征与实质权利不符,亦应受保护。关于动产物权的善意取得,“民法”基于

体系的考虑,分别于不同章节设其规定。“民法”第 801 条规定动产所有权的善意取得,第 886 条规定动产质权的善意取得,第 948 条至第 951 条合并二者详加规定。留置权和动产抵押权得否善意取得,法无明文,发生争论。动产物权善意取得制度在实务与理论均属重要,本书特作较详细的说明,以供参考。

2. 无权处分与动产物权善意取得

(1) 无权处分的意义。动产物权善意取得的发生,系因所有权的让与人无移转其所有权,或出质人无设定质权的权利。所谓无移转其所有权或设定质权的权利,系指所有人或出质人欠缺得就该动产物权为有效处分行为之权能(处分权)。分三点言之:

① 处分行为。要了解“民法”上的动产善意取得制度,必须认识处分行为与债权行为的区别。处分行为,指直接使某种权利发生变动的法律行为,如所有权的移转或质权的设定。此等处分行为皆有其原因行为(债权行为、负担行为),就所有权的移转言,如买卖、互易或赠与;就质权的设定言,如设定质权的约定。所有权的移转或质权设定系基于物权行为,债权行为则为物权变动的法律上原因。

② 处分权。处分行为以处分人有处分权为其有效要件。至于债权行为(如买卖)则不以有处分权为必要,故出卖他人之物时,其买卖合同仍属有效。

何人有处分权?凡财产权人就其权利标的物原则上皆有处分权,如物的所有人得让与其所有权或设定质权等。非财产权人的第三人,依法律规定享有处分权的,如法定代理人(第 1086 条、第 1088 条),抵押权人或质权人拍卖抵押物或质物(第 873 条、第 892 条、第 893 条)、破产管理人(“破产法”第 92 条)等。

③ 无权处分与无权代理。应与无权处分严格加以区别的,是无权代理。代理人在代理权限内所为的处分行为对本人发生效力(第 103 条)。无代理权而以本人名义为处分行为时,其代理行为效力未定。例如,甲授代理权予其受雇人乙出售某计算机时,乙以甲的名义与丙所为的买卖合同(债权行为)及移转所有权的让与合意(处分行为)对甲均发生效力。但在授权行为无效的情形,其买卖合同(债权行为)及移转所有权的让与合意(处分行为),均属效力未定,丙纵为善意信赖乙的代理权,原则上仍不受保护,前已论及,兹再强调之。

(2) 无权处分行为的效力与善意取得

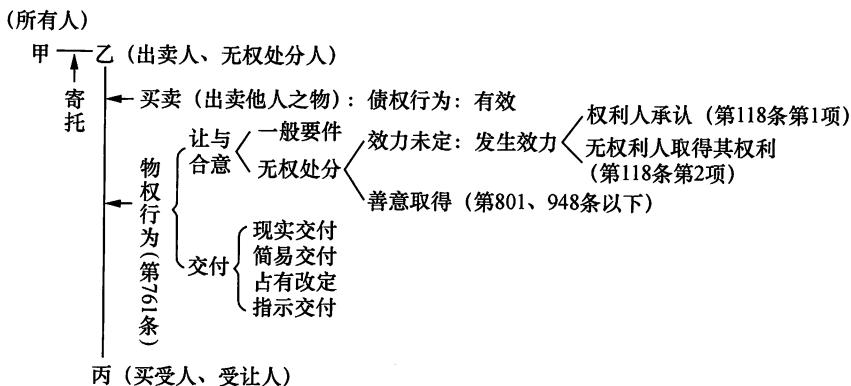
① 无权处分行为的效力。“民法”第 118 条规定：“无权利人就权利标的物所为之处分，经有权利人之承认始生效力。无权利人就权利标的物为处分后，取得其权利者，其处分自始有效。但原权利人或第三人已取得之利益，不因此而受影响。前项情形，若数处分相抵触时，以其最初之处分为有效。”本条所称的处分，指处分行为，不包括买卖契约等债权行为。无权处分行为的效力，并非无效，而为效力未定。依第 118 条规定，使其确定生效的方法有二：

A. 经有权利人之承认。最高法院 1944 年上字第 6950 号判例谓：“《民法》第 118 条第 1 项所谓有权利人之承认无须践行一定之方式，如有权利人就此有明示或默示之意思表示，虽未以书面为之，亦无妨于承认效力之发生。”须注意的是，最高法院 1934 年上字第 2510 号判例谓：“无权利人就权利标的物为处分时，如其行为合于侵权行为成立要件，虽其处分已经有权利人之承认而生效力，亦不得谓有权利人之承认，当然含有免除处分人赔偿责任之意思表示。”由此可知，权利人的承认虽使处分行为发生效力，无权处分人的侵权行为损害赔偿不因此而受影响。

B. 无权利人于为处分后取得其权利（如继承或受让标的物所有权）。最高法院 1940 年上字第 1405 号判例谓：“无权利人就权利标的物为处分后，因继承或其他原因取得其权利者，其处分为有效，《民法》第 118 条第 2 项定有明文。无权利人就权利标的物为处分后，权利人继承无权利人者，其处分是否有效，虽无明文规定，然在继承人就被继承人之债务负无限责任时，实具有同一之法律理由，自应由此类推解释，认其处分为有效。”可资参照。

② 动产物权的善意取得。无权的处分行为效力未定，已如上述，但在让与动产所有权或设定动产质权的情形，受让人或质权人善意受让动产占有者，仍能取得所有权或质权（第 801 条、第 886 条、第 948 条以下）。所谓善意受让动产占有，指善意信赖处分人的处分权，法律为保护此项善意信赖，使无权处分行为发生效力。

为使读者易于了解关于无权处分与动产物权善意取得的基本法律关系，兹以乙擅将甲寄托的某宋版古书作为己有出卖予丙，并依让与合意将该书交付予丙为例，图示如下：



关于上开图示,分四点加以说明:

A. 在此法律交易,共有三个法律行为:一为买卖契约;二为丙支付价金的物权行为;三为乙移转买卖标的物(宋版古书)所有权的物权行为。

B. 乙出卖甲寄托的宋版古书予丙,系出卖他人之物,其买卖契约(债权行为)有效。

C. 乙依让与合意将该书交付予丙,其物权行为(第761条)系属无权处分(第118条)。

D. 丙受让该书的占有时,应如何加以保护,乃动产善意取得制度的问题。就法律技术言,动产善意取得制度在补让与人处分权之不足。就法律政策言,则为所有权保护与交易安全两个基本原则的调和。

(二) 动产所有权的善意取得

1. 利益衡量与规范模式

(1) 甲寄托某名贵稀有日本六头网鲍于乙处,乙擅将该鲍鱼作为己有,出卖予善意之丙,并依让与合意交付之(乙以丁寄存的未记载权利人的有价证券支付价金)。试问:

- ① 丙是否取得该鲍鱼所有权,甲得否取得该有价证券?
- ② 乙系将该鲍鱼赠与丙时如何?
- ③ 在上开情形,设该鲍鱼系盗赃或遗失物时,丙是否取得其所有权?

④ 区别无权处分之标的物为寄托物、盗赃或遗失物,其理由何在,是否合理?

请从保护所有权、交易安全、交易成本的观点,思考应如何设

计动产善意取得制度,并借此制度认识立法及法律适用上的利益衡量。

(2) 民法物权编修正对动产善意取得的要件及效果作何修正,其立法理由何在?

(1) 所有权的保护、交易安全与交易成本

① 所有权保护与交易安全

动产所有权善意取得制度最可表现法律上的利益衡量与价值判断,对法学思考甚有帮助。甲寄托某鲍鱼于乙处,乙擅将该鲍鱼作为己有,出卖予丙,并移转其所有权。设丙为恶意时,无保护的必要,不能取得其所有权,甚为显然,甲得对丙主张所有物返还请求权(第767条)。设丙为善意时,应如何处理,则值研究。此涉及两个民法上的基本利益或价值:一为所有权的保护;二为交易安全。此并涉及善意取得的交易成本。

从保护所有权的立场言,所有权不能因他人的无权处分而消灭,所有人得向受让人请求返还其物,受让人则应向让与人依其法律关系(买卖、互易或赠与)寻求救济。然绝对贯彻所有权保护原则,交易活动必受影响,在市场或商店购物,对让与人占有其物的信赖,倘不予保护,则购物者人人自危,恐遭不测损害,交易殆难进行。由购买者去查知让与人是否为所有人,有无处分权,交易成本甚大,纵具侦探才能,亦属困难。所有权的保护(静的安全)和交易便捷(动的安全)这两个利益必须妥协,期能兼顾。

② 善意取得与交易成本^①

动产所有权的善意取得涉及所有权移转的效率、风险及风险责任分担问题。法律交易发生信息成本,罗马法所采“一个人不能移转其不拥有的权利”(nemo plus juris transferre possit, quam eo ipse habet)的原则欠缺效率,因为所有人无需承担监控成本,径可向受让人请求返还,由受让人单方面承担信息费用。台湾民法所采善意取得制度具有分配信息成本的作用,使权利人与受让人皆须承担部分监控成本和信息成本,可以降低交易成本,促进有效率地利用物的资源。善意取得规则作为一种分配信息成本的工具或机制体现于其要件:

^① 参见 Schäfer/Ott, Lehrbuch des ökonomischen Analyse des Zivilrechts(4. Aufl. . 2005),江清云:《民法的经济分析》,杜涛译,法律出版社2008年版,第551页。

A. 无权处分人对动产的占有。占有及所有权的推定,可以减少受让人的信息成本。基此理由,“民法”第 948 条第 2 项特别规定在占有改定(第 761 条第 2 项)的情形,须受让人受现实交付,始受保护。

B. 占有原因的区别。无权处分人占有标的物,基于原占有人的意思时,应由权利人监控,负担风险。在非基于所有人的意思而为占有的情形(盗窃或遗失物等),民法设有特别规定,让此等物的移转较为困难,而使窃盗或侵占遗失物,不具吸引力,亦具经济上的合理性。

C. 不知或非因重大过失的善意。此乃在分配权利人的监控成本,及受让人于有怀疑时应承担的信息成本。

③ 善意取得制度(要件及效果)设计上应考虑的因素及利益衡量

动产所有善意取得制度在规范设计上衡酌考虑下列情事:

A. 所有人丧失占有的原因。应否区别基于其意思(如寄托物),或非基于其意思(如盗窃或遗失物)?

B. 动产占有的受让是否包括改有改定?

C. 关于盗窃或遗失物,应否区别一般动产(如鲍鱼、书画)、金钱或未记载权利人之有价证券?

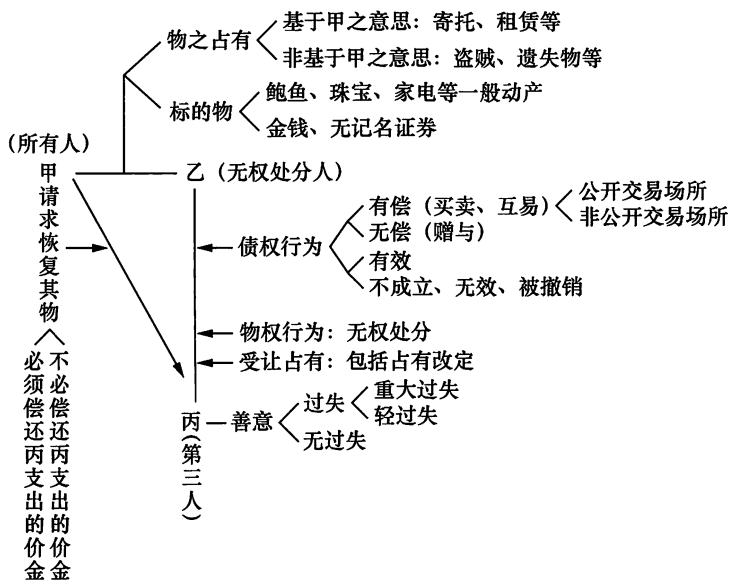
D. 关于交易行为(债权行为),应否区别有偿(如买卖、互易)或无偿(赠与);买卖应否限于开办交易场所?

E. 债权行为不成立、无效或被撤销时,受让人是否仍得主张善意取得?

F. 关于受让人的善意,应否区别有无过失(重大过失或轻过失)?

G. 所有人得径向善意受让人请求返还其物时,应否偿还其支付的价金?

兹为便于观察,先将设计动产善意取得制度必须考虑的重要因素,图示如下,请读者自行研究,探讨其规范模式,再与现行“民法”规定比较分析,并作立法政策上的检讨。



(2) 规范模式

① 罗马法。罗马法系采“任何人不能以大于自己所有的权利让与他人”的原则。此乃基于法律逻辑,偏重于所有权保护。受让人纵属善意,亦不能取得动产所有权,所有人得向受让人主张所有物返还请求权。须注意的是,善意受让人得主张时效取得,其取得时效期间仅为1年,以维护交易活动及安定的法律秩序。

② 德国法。日耳曼法系采“所有人任意让他人占有其物者,则只能对该他人请求返还”的原则。此乃基于以手护手(Hand wahre Hand)的观念,认为:“汝将汝的信赖置于何处,应于该处寻之”(Wo du deinen Glauben gelassen hast, du musst ihn suchen.),偏重于保护交易安全。《德国民法》采此,其规范内容有四点特色:

A. 对“善意”设有定义规定,即受让人明知或因重大过失而不知物权不属于让与人之所有者,即非善意(第932条第2项)。

B. 所有人因被盗、遗失或其他事由而丧失其动产时,受让人不能取得其所有权。此项规定不适用于金钱、无记名证券及以公开拍卖方法而让与之动产(第93条)。

C. 无权处分为无偿(如赠与)时,基于该处分而直接取得利益之

人,应依不当得利规定负返还义务(第 816 条第 1 项)。

D. 让与人须完全丧失物之占有,而由受让人取得之(第 933 条第 2 项)。

③ 瑞士民法。《瑞士民法》关于动产善意取得,系于动产所有权章之第 714 条第 2 项加以规定:“善意受让动产所有权者,纵让与人无让与所有权之权利,如受让人就物之占有受关于占有规定之保护,仍为动产之所有人。”所谓“受关于占有之规定保护”,指占有章第 933 条至第 935 条规定,即:

A. 善意受让动产为其所有或为有限物权之标的物,纵让与人未经授权让与,其取得仍受保护(第 933 条)。

B. 占有人,因被盗或遗失,或违反其意思而丧失其动产者,得在 5 年内得向任何受领人请求返还。物由公开拍卖或由市场或由贩卖商品之商人受让者,须对最初及事后善意受领人,偿还其所支付之价金,始得请求返还。其他情形,返还须依关于善意占有人请求权之规定为之(第 934 条)。

C. 金钱及无记名证券,纵违反占有之意思而丧失者,其占有人亦不得对善意受领人请求返还之(第 935 条)。

④ 日本民法。《日本民法》关于动产善意取得,系于物权编占有权之效力一节设其规定:

A. 平稳且公然开始占有动产之人,如为善意并无过失者,始时取得该动产上所行使之权利(第 192 条)。

B. 前条情形。占有物系盗品或遗失物者,被害人或遗失人,得于自盗难或遗失起两年内,对于占有人请求该物之恢复(第 193 条)。

C. 占有人以善意拍卖或公共市场收买盗品或遗失物,或由贩卖与该物同种之物之商人收买者,被害人或遗失人非偿还占有人所付出之价金,不得恢复该物(第 194 条)。

(3) 台湾“民法”。^①“民法”关于动产所有权的善意取得,系分别于

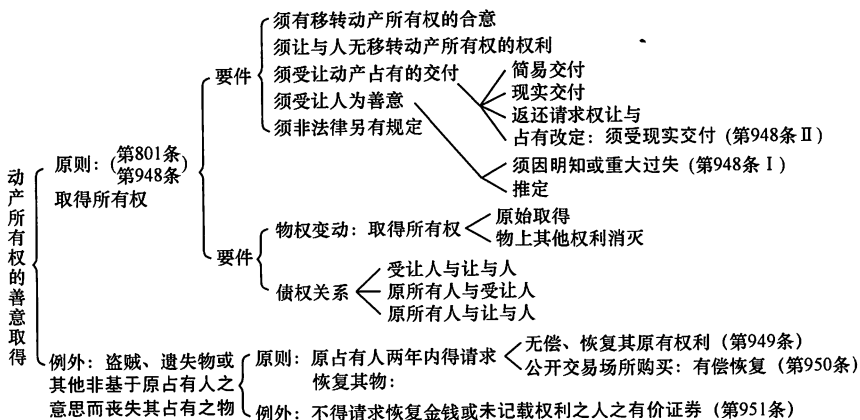
① 参见郭瑞兰:《动产善意取得之研究》,政大法研究 1980 年硕士论文;刘得宽:《占有改定与实时取得》,载《法学丛刊》第 58 期;杨与龄:《盗赃之善意取得与恢复》,载《法令月刊》第 32 卷,第 6 期,第 3 页;苏永钦:《动产善意取得若干问题》,载《民法经济法论文集》,第 167 页;陈自强:《民法第 948 条动产善意取得之研究》,载苏永钦主编:《民法物权争议问题研究》,1999 年,第 301 页;郑冠宇:《占有的相关问题之探讨》,载《月旦法学杂志》第 66 期,第 107 页。

第 801 条(第二章第三节动产所有权)及第 948 条至第 951 条(第十章占有),设其规定,兼采德、日、瑞立法例。其基本内容为:

① 以动产所有权之移转为目的

善意受让该动产之占有者,纵其让与人无让与权利,其占有仍受法律保护,而取得其所有权。但受让人明知或因重大过失而不知让与人无让与之权利者,不在此限。动产占有之受让,系依“民法”第 761 条第 2 项为之者,以受让人受现实交付且交付时善意为限,始受保护。(第 801 条、第 948 条)。

② 动产如系盗赃、遗失或其他非基于原占有人的意思而丧失其占有之物,原占有人自丧失占有之时起 2 年之内,得向善意受让之现占有人请求恢复其物。依前项规定恢复其物者,自丧失其占有时,恢复其原来之权利(第 949 条)。盗赃、遗失或其他非基于原占有人的意思而丧失其占有之物,如现占有人由公开交易场所,或由贩卖与其物同种之物之商人,以善意买得者,非偿还其支出之价金,不得恢复其物(第 950 条)。盗赃、遗失物或其他非基于原占有人的意思而丧失其占有之物,如系金钱或未记载权利人之有价证券,不得向其善意受让之现占有人请求恢复(第 951 条)。为便于观察,图示如下(黑体字为新修正部分):



关于动产所有权善意取得制度,应说明的有三点:

① 动产所有权善意取得是个古老的问题,有各种不同的规范模式。现行“民法”系以交易安全为出发点,明定善意取得动产所有权的原则,

但对盗贼或遗失物有例外,规定2年内得请求恢复其物(第949条),以保护所有人的利益。值得注意的是,“民法”对此例外,复设例外(第950条及第951条)。在此种原则及例外的规定,我们看到立法者如何权衡折中,以建立一个较为合理的制度。

② 动产所有权的善意取得,系以让与人之“占有”及受让人的“善意”为基本构成要件。第801条及第948条所谓“其占有仍受法律之保护”,在于肯定占有的公信力,以占有表征让与人的处分权,作为受让人信赖的保护。

③ 盗贼或遗失物如何处理,是善意取得制度上最困难的问题。在《德国民法》,受让人原则上不能取得盗贼或遗失物的所有权。“民法”规定所有人于2年内得请求恢复其物,其期间与《日本民法》同,较《瑞士民法》规定之5年为短,立法目的在于尽速了结法律关系,以维护交易安全。“民法”对盗贼或遗失物所以设特别规定,主要是因为在此等情形,物之离去所有人,而由让与人占有,既非基于所有人的意思,应予适当的保护。在所有人依其意思使让与人占有其物的情形,所有人自己创造了一个可使第三人信赖的状态,对交易安全产生危险性,理应承担其物被无权处分的不利益。从法律经济的分析的观点言,物的所有人只要尽相当的注意(如在图书盖上戳记),通常即能控制此项危害交易的来源,可谓是较便宜的成本避免者。因善意受让动产之占有而取得他人的所有权,与正义原则或有违背,但有助于促进交易安全及经济效率。

2. 动产所有权善意取得的要件

(1) 甲有古币,交乙鉴定,乙擅自以之作为己有出卖予丙,丙转售予丁。丙嘱乙交付该古币予丁。试问:① 丙为恶意,丁为善意时,丁得否取得该古币所有权? ② 丙为善意,丁为恶意时,丁得否取得该古币所有权?

(2) 甲有新型超级多功能计算机,借予乙用,乙擅以之作为己有出卖予丙,并同时向丙表示借用1个月,丙允之。其后乙复以同样方式让售该计算机予丁、戊。丙、丁、戊皆为善意。试说明该计算机属谁所有。

(3) “民法”第948条所谓善意,应如何解释? 由何人负举证责任? 受让动产所有权系依代理为之时,善意与否的事实,应就何人决之?

关于动产所有权的善意取得,“民法”于第 801 条与第 948 条设其规定,此外,尚须具备第 761 条规定的基本要件。综合言之,系指以动产所有权之移转为目的,而善意受让动产之占有者,除法律另有规定外,纵为让与之人,无让与之权利,受让与之人仍取得其权利。其构成要件为:

- ① 须有移转动产所有权的合意。
- ② 须让与人无移转动产所有权的权利。
- ③ 须受让动产的占有。
- ④ 须受让人为善意,即非明知或非因重大过失而不知让与人无让与之权利。
- ⑤ 须非法律另有规定。

(1) 移转所有权的让与合意

① 让与合意。第 761 条第 1 项规定:“动产物权之让与,非将动产交付,不生效力。但受让人已占有动产者,于让与合意时,即生效力。”所谓让与合意,指让与动产所有权之物权的意思表示的合致,学说上称为物权契约,为一种处分行为。此种让与合意须具备法律行为的一般生效要件,尤其是当事人须有行为能力,受监护宣告之人擅自无权处分他人的动产,受让人纵属善意受让该物的占有,亦不能取得其所有权。

动产所有权的善意取得须有让与合意,故基于法律行为(处分行为)取得。非基于法律行为而受让动产所有权,不适用善意取得规定,继承为其著例。例如,甲寄托某件和田古玉于乙处,乙死亡,其继承人丙虽善意占有该件古玉,仍不能取得其所有权。

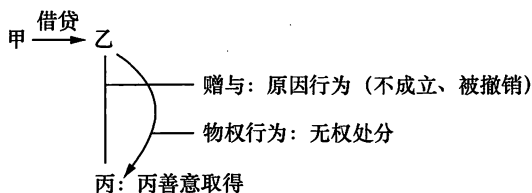
须注意的是,关于法院的拍卖亦有善意取得规定的适用。通说对法院拍卖采私法行为说,认为属民法上的买卖,并以债务人为出卖人,故债权人以无实体权利的执行人名义,对债务人占有的第三人动产声请法院拍卖时,拍定人(买受人)仍得善意受让其所有权。

② 交易行为。动产所有权善意取得制度在于保护交易安全,须限于“交易行为”(Verkehrsgeschäft)。交易行为,指让与人和受让人在法律或经济上非属同一主体。甲公司与乙公司合并为丙公司,而移转属于甲公司的动产于丙公司时,因主体同一,不具交易行为的性质,无适用善意取得规定的余地。

③ 无原因行为的无权处分。动产所有权的移转系处分行为,其原因行为得为买卖、互易、赠与、消费贷,并包括其他以动产所有权之移转为目

的之法律行为及清偿债务的给付行为。例如,甲因过失致乙所有的 A 物灭失,甲擅自以丙所寄托的 B 物为赔偿时,亦有善意取得的适用。

有争论的是,善意取得是否须以有效的原因行为为要件。例如,甲有某件秦俑出借予 A,乙以之作为己有,赠与于丙博物馆,并依让与合意交付之。设乙与丙的赠与不成立,或乙以意思表示错误撤销赠与与契约时,丙是否仍能主张善意取得该件秦俑的所有权?(参阅下图)



史尚宽先生强调善意取得之要件须有有效的原因行为,认为:“受让人之善意取得占有,惟可补正权原之瑕疵,即可补正让与人权利之欠缺。为权利取得原因之法律事实,必须客观的存在,假如无权原之瑕疵,其占有人应即可取得其动产上之权利,从而因无效行为或经撤销成为无效之法律行为,受物之交付之占有人,对于相对人之原状恢复之请求,不得主张善意取得之保护,而拒绝占有物之返还。有谓物权行为为无因行为,其原因行为之无效或撤销,对于物权行为之效力,不生影响,故原因行为虽为无效或撤销,其物权行为仍有善意取得之适用。然此与物权行为之为有因或无因,不生关系,盖纵以物权行为之原因事实如不存在,当事人间至少有不当地利返还之问题,无法律上之原因取得物权,当事人之一方,负有返还之义务,不得保有其权利,此则与善意取得制度之精神不符,故善意取得之规定,对基于无效或得撤销之行为而授受动产之当事人,应不适用。其当事人以外之第三人,始得援用之。例如,甲为未成年人,未得法定代理人之同意,以其所有之金表出卖予乙时,乙对于甲有返还其金表之义务。如乙将此金表更转卖丙,而丙善意受让其占有时,则得以善意取得其所有权为理由,拒绝甲之恢复请求。”^①

史尚宽先生所提出的论点,诚值重视。但本书认为,动产善意取得,不必以原因行为(债权行为)的有效为要件,分四点言之:

^① 史尚宽:《物权法论》,第 506 页。

A. “民法”第 801 条规定：“动产之受让人占有动产，而受关于占有规定之保护者，纵让与人无移转所有权之权利，受让人仍取得其所有权。”就法律文义而言，并不以有效原因为要件。

B. 原因行为与物权行为的区别及物权行为无因性，系“民法”的基本原则，于动产善意取得制度上亦应适用。

C. 有效原因行为存在时，善意受让人取得动产所有权，具有法律上的原因，原因行为不存在时，则善意受让人系无法律上原因取得动产所有权，应依不当得利规定负返还的义务。此项法律状态，符合现行“民法”的基本原则，与善意取得制度的精神，似难谓有何违背之处。

D. 史尚宽先生认为：“善意取得之规定对基于无效或得撤销之行为而授受动产之当事人，应不适用，其当事人以外之第三人，始得援用之。”意义未甚明白，就其所举之例而言，甲为未成年人，未得法定代理人之同意，以其所有之金表出卖予乙时，其买卖契约（债权行为）及物权行为（第 761 条）均不生效力，乙不能取得所有权。乙将此金表更为转卖丙，而让与其所有权时，系属无权处分，丙善意受让其占有时，取得其所有权。此例似不涉及原因行为之无效或被撤销。其涉及原因行为之无效或被撤销者，例如，甲借画给乙，乙出售给丙，丙转售给丁，并交付之，而乙与丙间的买卖契约无效。在此情形，若认为善意取得的规定对乙与丙间不适用，但第三人丁则得援用之，其在善意取得制度上的依据，尚值研究。

(2) 让与人无移转所有权的权利。动产所有权的善意取得，以让与人无权让与为要件。让与人如有让与的权利，无适用善意取得的必要。所谓无让与的权利，包括无所有权，或无为他人或代他人以自己名义处分其物的权利。兹分四种情形加以说明：

① 无所有权。如承租人、受寄人、借用人及附条件买卖之买受人等。让与人取得动产所有权的法律行为无效（如通谋虚伪表示）或被撤销时，亦属之。在双重买卖，所有权人将其物的所有权依占有改定或指示交付移转予买受人中之一人后，再将该物现实交付予其他买受人，以移转所有权时，其让与亦属无权处分。

② 所有权受制。其主要情形为债务人的动产被查封后，债务人仍将其所有权移转予他人时，依“强制执行法”第 51 条第 1 项规定，对债权人无生效力。通说认为，查封为公法上之强制处分，不因第三人是否善意而影响其效力，无“民法”第 801 条及第 948 条所定善意取得之适用。依

“民法”第 819 条第 2 项规定,共有物之处分应得共有人全体之同意,设共有人中之一或数人未经其他共有人同意而为处分时,其处分权亦有欠缺,于此情形,应有善意取得规定的适用。

③ 欠缺处分权。此指本有以自己名义处分他人动产的一般权限,但对特定物无处分权而言,如行纪人受托出卖物品,误将寄存之物一并出售。

④ 代理。本人无处分权,由代理人代为处分为时,因代理人的意思表示,直接对本人发生效力(第 103 条),亦有善意取得规定的适用。

(3) 受让动产的占有。受让动产的占有,系善意取得的基础。依“民法”第 761 条规定,动产占有的移转有现实交付、简易交付、占有改定和指示交付(返还请求权的让与)四种情形,分述如下:

① 现实交付

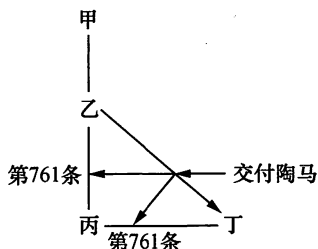
A. 现实交付的意义。现实交付,指对于动产的事实管领力移转予受让人(第 761 条第 1 项)。例如,甲擅自将他人寄托的酒泉夜光杯让与乙,其现实交付可依下列方式为之:

- a. 甲自己交付该杯于乙。
- b. 甲自己或使其受雇人将该杯交付予乙的受雇人(占有辅助人)。

B. 指令取得(Geheißerwerb)的问题。关于现实交付,最值得注意的是所谓“指令取得”,此系德国判例学说上所谓 Geheißerwerb 的翻译(暂定),其所涉及的特殊的案例类型为无权让与人未占有动产,而指令占有人对受让人为交付。例如,甲以保留所有权方式出卖某件机器给乙,乙转售予丙,乙对甲伪称其对丙亦为所有权的保留,甲乃将该件机器交付予丙。德国联邦法院肯定丙的善意取得,其理由为不占有标的物的无权处分人既然已使第三人将其动产交付予受让人,衡诸立法目的,自应使受让人取得其所有权。此项见解强调善意取得的权利表征,不在于让与人的占有本身,而在于受让人取得占有的实现。在台湾地区“民法”,亦可采此见解,受让占有既已实现,应肯定其善意取得。

具有启发性的是所谓连锁交易^①,例如,甲有某件唐三彩陶马,交乙鉴定,乙擅将之出卖予丙,丙转售予丁,丙指令乙对丁为交付(参阅下图):

^① Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 499f.; Martinek, Traditionsprinzip und Geheißerwerb, AcP 188, 573; Schwab/Prütting, Sachenrecht, S. 156; Westermann/Gursky, Sachenrecht, I. S. 349.



在此案例,若乙为唐三彩陶马的所有人,则丙使乙将唐三彩陶马交付予丁时,系完成两个物权变动,即乙与丙间,丙与丁间分别作成两个让与合意;至其交付,则由丙指令对丁为之,先由丙取得唐三彩所有权,再于所谓法律瞬间(juristische Sekunde)移转予丁,其法律状态与乙交付予丙,丙再交付予丁,并无不同。在乙系无权处分的情形,应认为:

a. 丙系善意时,先自乙受让唐三彩陶马所有权,丁则自丙受让其所有权。

b. 丙系恶意时,未能取得唐三彩所有权,其将该唐三彩陶马所有权让与予丁,系属无权处分,丁得依善意受让规定取得其所有权。

有争论的是德国实务上一则有名的案例:甲销售煤炭,乙向甲订购时,甲已结束营业,甲要求其同业丙对乙交付,丙的送货单载明价金清偿前保留所有权。乙因已向甲付清价款,拒绝对丙付款,丙乃向乙请求返还煤炭。问题在于乙得否主张善意取得。德国联邦法院采肯定说,认为甲系无权处分丙的煤炭,使丙对乙为交付,乙信赖甲为所有权人,因善意受让煤炭的占有而取得其所有权。^① 此项判决,可供参考。

② 简易交付。“民法”第761条第1项但书规定:“但受让人已占有动产者,于让与合意时,即生效力。”学说上称为简易交付。让与人系有权处分时,受让人是否由让与人取得动产的占有,在所不问。在无权处分的情形,《德国民法》第932条第1项后段明定须受让人系自让与人取得动产的占有,始能取得其所有权。“民法”未设相当规定,但学说肯定之^②,可资赞同。受让人占有动产非来自让与人,欠缺表征权利的信赖基础,不能仅因其让与合意即可取得其所有权。兹举三例综合说明如下:

① BGHZ 36, 56; Westermann/Gursky, Sachenrecht, I. S. 350.

② 参见史尚宽:《物权法论》,第507页。

A. 甲出租其琴予乙,乙转租予丙。其后乙擅以该琴作为其所有,出卖予丙,于让与合意时,丙若为善意,即可取得其所有权。丙之占有动产,不以直接占有为必要,于让与合意时,纵已将该琴转租予丁(或借丁使用),仍能取得其所有权。

B. 甲有某善本书交乙影印,乙出借该书予丙,丙转借予丁。其后,乙擅以该书作为己有出卖予丁,于让与合意时,丁即取得该书所有权。自第三人(丙)取得动产占有,而该第三人丙系让与人(乙)的占有媒介时,让与人(乙)的间接占有具有可信赖的表征,亦属自让与人受让占有。

C. 甲有某名犬,委托乙训练,该犬走失,丙拾得之。设乙对丙伪称该犬为其所有,愿出卖予丙,善意的丙不能因让与合意而取得该犬所有权,因其非自乙受让该犬的占有,不受保护,不能主张善意取得该犬的所有权。

③ 占有改定

A. 问题说明。“民法”第 761 条第 2 项规定:“让与动产物权,而让与人仍继续占有动产者,让与人与受让人间,得成立契约,使受让人因此取得间接占有,以代交付。”例如,甲有某自行车让售予乙,甲为参加环岛旅行,乃与乙订立租赁契约,使乙取得间接占有,以代交付。若让与人未占有动产,无从成立占有改定,自不生善意取得问题。^①

在善意受让的情形,《德国民法》第 933 条规定依占有改定移转动产所有权者,须受让人自让与人受让动产的交付,且于交付之际为善意时,始取得其所有权。关于此项规定的立法理由,学说上认为,受让人与真正所有人对无权让与人为同样的信赖,不能厚此薄彼,须俟受让人受让动产

^① 参见最高法院 2003 年台上字第 1218 号判决:让与动产物权,而让与人仍继续占有动产者,让与人与受让人间,得订立契约,使受让人因此取得间接占有,以代交付。又以动产所有权或其他物权之移转或设定为目的,而善意受让该动产之占有者,纵其让与人无让与之权利,其占有仍受法律之保护,“民法”第 761 条第 2 项、第 948 条定有明文。动产所有人虽不得专以他人无权让与为理由,对于依“民法”第 761 条规定取得动产占有之善意受让人请求恢复其物,惟此系以该动产原即由无权让与人占有为前提,否则,自无上开民法规定之适用。本件系争机器系贯勤公司所有,南泰行公司就系争机器与中租公司订立买卖契约,将该机器售予中租公司,复与中租公司订立租赁契约,约定中租公司将系争机器交付南泰行公司使用收益,嗣系争机器经中租公司声请法院强制执行假处分,执行处所为贯勤公司等情,为原审确定之事实,且依原审采信之证人张○国、蔡○胜、黄○文、周○财等人所证,系争机器均系放置于贯勤公司。按不同之公司,其法人人格、财产均属个别,系争机器倘始终由所有人贯勤公司占有,让与人南泰行公司未曾占有该机器,则南泰行公司自无从依“民法”第 761 条第 2 项规定,使中租公司间接占有,中租公司亦无从依“民法”第 948 条规定,主张其占有应受法律之保护。原审未遑查明南泰行公司是否为系争机器之占有人,遽依上开民法规定,认贯勤公司不得向中租公司请求恢复其物,已有未合。

的交付,而能完全排除让与人的占有,其占有地位终局稳固,始受保护。^①兹举乙例加以说明。甲有某笛,寄托乙处,乙擅行出卖予善意之丙,乙伪称要参加演奏会,而与丙订立租赁契约,使丙取得间接占有,以代交付。在此情形,丙尚不能取得笛之所有权,甲仍得终止寄托关系,而向乙主张所有物返还请求权。须俟乙将该笛交付予丙,而丙在交付时尚属善意时,始能取得其所有权。此项动产交付,须依让与人乙的意思而为之,受让人丙擅自取走该物,仍不能取得其所有权。

B. “民法”未设特别规定时的解释适用。在台湾“民法”,通说认为,现行民法未设类如《德国民法》第 933 条的规定,解释上不必以受让人取得其物之占有为要件,占有改定本身即足使善意受让人取得动产所有权。^②此项见解强调让与人占有动产的权利表征,偏重交易安全。兹举三例(琴之无权处分),综合加以说明:

a. 甲有某琴,借乙使用,乙擅出售予丙,订立租赁契约使丙取得间接占有,以代交付。在此情形,善意的丙取得该琴所有权,是否善意,以占有改定之时为准。

b. 在上举之例,乙与丙为占有改定后,乙又将琴出售予丁,亦订立租赁契约,使丁取得间接占有,以代交付。在此情形,乙系无权处分丙依占有改定取得该琴的所有权,并依占有改定使丁善意取得该琴所有权。

c. 甲系某琴所有人,出售该琴予乙,订立租赁契约使乙取得间接占有,以代交付,由乙取得其所有权。其后甲又将该琴所有权让售予丙(无权处分),仍以占有改定以代交付。在此情形,善意的丙亦取得该琴所有权。

在第一种情形,丙得依占有改定善意取得动产所有权,尚值赞同。在第二种情形,丁受让标的物占有(占有改定)在后,但其所受保护却优先于受让标的物占有(占有改定)在前之丙。在第三种情形,乙系自所有人受让标的物所有权,其所受保护反不如由无权利人受让标的物所有权之丙。后二种情形,难谓合理。在现行法上纵使能如此解释适用,其危险性由依占有改定受让占有之人自行负担,但在立法政策上仍有研究余地。

^① Picker, Mittelbarer Besitz, Nebenbesitz und Eigentumsvermutung in ihrer Bedeutung für den Gutgläubenserwerb, AcP 188, 511; Baur/Stürmer, Sachenrecht, S. 521.

^② 史尚宽:《物权法论》,第 508 页;深入的讨论,参见刘得宽:《占有改定与实时取得》,载《法学丛刊》第 58 期。占有改定与实时取得是日本法上争论的问题,参见田中整尔:《占有改定与实时取得》,ジュリスト,第 300 号(学说展望)。

C. “民法”第 948 条第 2 项的增订。值得注意的是,民法物权编修正于“民法”第 948 条增订第 2 项规定:“动产占有之受让,系依第 761 条第 2 项规定为之者,以受让人受现实交付且交付时善意为限,始受前项规定之保护。”立法理由谓:善意取得,让与人及受让人除须移转占有之合意外,让与人并应将动产交付予受让人。第 761 条第 1 项但书规定为简易交付,第三项指示交付均得生善意取得之效力,且让与人均立即丧失占有。惟如依同条第二项之占有改定交付者,因受让人使让与人仍继续占有动产,此与原权利人信赖让与人而使之占有动产完全相同,实难谓受让人之利益有较原权利人者更应保护之理由,故不宜使之立即发生善意取得效力,于受让人受现实交付且交付时善意者为限,始受善意取得之保护,以保障当事人权益及维护交易安全。依新增订规定,在前述“琴之无权处分”的三种情形,须受让人受现实交付且交付时为善意,始能取得该琴所有权。

④ 指示交付(返还请求权的让与)

“民法”第 761 条第 3 项规定:“让与动产物权,如其动产由第三人占有时,让与人得以对于第三人之返还请求权让与于受让人,以代交付。”兹分二种情形言之:

A. 处分让与人系间接占有人。例如,甲出借某照相机给乙,乙转借给丙,其后乙擅以该照相机作为己有出售给丁,并让与其对丙在使用借贷契约上的返还请求权,以代交付。在此情形,丁为善意时,取得照相机所有权。

B. 处分让与人非间接占有人。例如,甲出租某摄影机给乙,被丙所盗,其后乙擅以该摄影机作为己有出售给丁,并让与其对丙依“民法”第 962 条规定得主张的占有物返还请求权。《德国民法》第 934 条第 2 项规定:在让与人非属间接占有人的情形,须受让人(丁)自第三人(丙)取得动产的占有时,始取得其所有权。台湾民法未设此规定,应认不以此为要件^①,故受让人虽未占有其物(直接占有或间接占有),仍能取得其所有权。

(4) 受让人的善意

① 善意的意义

A. 核心问题、解释上的争议:动产物权善意取得,须以受让人的“善

^① 史尚宽:《物权法论》,第 508 页。

意”为要件,以受让人的善意补让与人处分权之欠缺。问题在于所谓善意,应作何解,是否尚须以无过失为必要?《德国民法》第 932 条规定:“受让人明知或因重大过失而不知动产不属于让与人所有者,即为非善意。”《日本民法》第 192 条明定“善意并无过失。”台湾“民法”旧第 948 条仅规定“善意”,如何解释,有四种见解:

a. 所谓善意,系指不知让与人无让与的权利,有无过失,在所不问。^①“最高法院”1981 年台上字第 3077 号判决谓:“汽车为动产,其所有权之移转因交付而生效力,不以向监理机关申请过户为必要,观同法第 761 条第 1 项规定亦可明了。系争货车,果如上诉人所云,因刘昭聪出卖,递经陈启中,杨大典而由上诉人承买,并已交付;又设上诉人于当时亦不知杨大典无移转该货车所有权之权利,而应受关于占有规定之保护,则纵让与人杨大典无移转所有权之权利,自仍应认上诉人已取得其所有权。”此项判决似认为善意系属“不知”,未讨论是否有过失之问题。

b. 所谓善意,系指不知让与人无让与权利,是否出于过失,固非所问,然依客观情势,在交易经验上,一般人皆可认定让与人无让与之权利者,即应认为恶意。

c. 所谓善意,指不知或不得而知让与人无让与权利。“最高法院”1982 年台上字第 2819 号判决谓:“让与动产所有权,如让与人无让与其所有权之权利,而受让人又非善意(指明知或可得而知让与人无让与权利之谓),受让人固不因之取得其所有权。惟如让与人非无让与所有权之权利,当不发生受让人是否非善意之问题,受让人依让与之效力,自当然取得其所有权。”

d. 所谓善意,应参考德国立法例,解释为须非明知或因重大过失而不知让与人无让与权利。^②

B. “民法”948 条第 1 项但书规定:非明知或非因重大过失不知让与人无让与之权利

“善意”,就其文义言,固可解为不以无过失为必要,此在体系上亦有依据(第 770 条),但衡诸善意受让制度在于兼顾所有人利益及交易安全之立法目的,受让人对于让与人是否有受让权利,应自负一定程度的注意

^① 李光夏:《民法物权新论》,第 83 页。

^② 参见姚瑞光:《民法物权论》,第 101 页。

义务,上开第二种、第三种及第四种见解在结论上皆同此观点。其所涉及者,乃合理分配信息成本的负担。鉴于善意取得制度的重要性,实务与学说的见解颇不一致,民法物权编修正特明定,受让人须非明知或非因重大过失而不知让与人无让与之权利,始受保护。立法理由强调原规定在于保障动产交易之安全,故只要受让人为善意(不知让与人无让与之权利),即应保护之。惟受让人不知让与人无让与之权利系因重大过失所致者,因其本身具有疏失,应明文排除于保护范围之外,以维护原所有权的安全。是否因重大过失而不知,应斟酌当事人、标的物的价值及推销方式等因素加以判断。例如,购买汽车之人,未查看行车执照等相关资料,某件物品通常为保留所有权标的物时,受让人未为必要的查询时,得认系具有重大过失,盖于此等情形,受让人负有“查询义务”(Informationspflicht)也。^①

② 善意的推定。法院依证据调查认定事实,不能获得受让人是否善意的确信时,应适用举证责任的法则。“民法”第 944 条第 1 项规定占有人推定其为以善意占有,故主张受让人非属善意者,应负举证责任。

③ 经由代理人取得动产所有权的“善意”问题。受让人系由他人代理者,关于其是否善意,应适用“民法”第 105 条规定,即其事实之有无应就代理人决之。但代理人之代理权系以法律行为授予者,其意思表示如依照本人所指示之意思而为时,其事实之有无,应就本人决之。例如,甲授权乙向丙购买宜兴名壶,乙与丙作成让与合意,丙将该壶交付予乙。在此情形,设丙系无权处分该壶时,关于“善意”受让,其事实之有无,应就代理人乙决之。乙之让与合意如系照甲之意思而为时,其事实之有无,则就本人甲决之。^②

④ 让与行为被撤销与受让人之善意。甲出卖某名贵鸡血石予乙,乙转售予丙,并依让与合意交付之。其后,甲以受胁迫为理由撤销其让与行为(物权行为)时,视为自始无效(第 114 条)。在此情形,乙让与该鸡血石予丙,应构成无权处分,丙之善意系针对甲与乙间的撤销事由而言,若丙知悉甲受胁迫之事实时,应认非属善意,不能取得该鸡血石的所有权。

⑤ 善意的准据时点。受让人须在完成最终取得行为时系属善意。

① BGH LM Nr. 22 zu § 932; BGH, JZ 1970, 187; Schwab/Prütting, Sachenrecht, S. 181.

② 参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版,第 351 页。

此项善意的准据时点,应视受让动产占有的态样而定。在现实交付,通常系指交付之时。在简易交付,指让与合意之时。在占有改定,指受让人取得间接占有之时。在让与返还请求权,指受让人取得返还请求权之时。

须注意的是,所有权的让与与附停止条件或始期者,其善意准据时点,如何决定,不无疑问。例如,甲擅将乙寄托之钢琴以分期付款之方式出售予丙,约定在价金全部清偿前,甲保留所有权。在此情形,丙之善意究以附停止条件让与合意作成之时、钢琴交付时,抑或条件成就时作为判断时点,甚有争论。附条件买卖(保留所有权买卖),其条件成就常在一段期间之后,以条件成就之时作为准据时点,不利受让人,为维护交易安全,以物交付之时作为准据时点,较为合理。

⑥ 受保护的範圍。善意取得制度旨在补让与人处分权之欠缺,其保护范围限于对于处分权的信赖。对于行为能力或代理权的信赖,无适用或类推适用善意取得规定的余地,例如,甲为受监护宣告之人(或无代理人),乙纵善意信赖其为完全行为能力人(或有代理权),向其购车而受让其所有权,其善意仍不受保护,不能取得该车之所有权,前已论及,兹再强调之。

(5) 须非法律另有规定。所谓另有规定,系指第 949 条的规定而言。依此规定,占有物如系盗赃或遗失物,其被害人或遗失人,自被盗或遗失之时起,2 年之内,得向占有人请求恢复其物。关于盗赃或遗失物的善意取得问题,俟后再行详论。

3. 动产所有权善意取得的法律效果

(1) 物权变动:动产所有权的取得

甲有长白山名贵百年老参,设质予乙,乙出国观光,寄托予丙,丙擅以之作为己有,出售予善意之丁,并依让与合意交付。试问:

① 丁取得该老参所有权时,乙的质权是否消灭?

② 设丁复将该百年老参所有权让与戊时,而戊明知丙系无权处分时,得否取得其所有权?

③ 设丙以丁迟延给付价款,解除契约,丁返还百年老参予丙时,其物权关系如何?

① 善意取得的性质。动产所有权善意取得的要件一旦具备,受让人即取得其所有权,故善意取得又称为实时取得。善意取得性质上究为原

始取得抑或继受取得,甚有争论,通说认为,此项取得系直接基于法律规定,故为原始取得。^①此说固有所据,但继受取得说亦有相当理由。此项动产所有权的取得系基于让与行为(物权行为),与因时效取得、先占或添附而取得所有权,尚有不同。“民法”第 801 条及第 948 条规定亦使用“移转”或“受让”之字样,可资参照。法律所补足的,系让与人处分权之欠缺,继受取得的性质不因此而受影响。

② 无负担的取得动产所有权。受让人善意取得所有权时,该动产上第三人权利(例如质权、留置权、动产抵押权)归于消灭。依原始取得说,此为法律性质上的当然。依继受取得说,此乃基于保护交易安全的要求。无论采取何说,结论相同。值得注意的是,《德国民法》第 936 条规定,受让人于取得所有权时,就第三人的权利非为善意者,第三人的权利不因此而消灭。“民法”未设规定,亦得作此解释。

③ 善意取得所有权的终局性。因善意受让而取得动产所有权,系属终局确定,故善意受让人将其取得的动产所有权让与他人,纵该次受让人为恶意,仍能取得其所有权。例如,甲寄托翠玉白菜于乙处,乙伪称为己有,让售予善意之丙,丙转让其所取得的所有权予丁,丁纵明知乙无权处分,仍能取得其所有权,因对丁而言,丙系有权处分。设丁系利用中间善意取得人(丙)向乙购买该翠玉白菜时,就法律逻辑,固可肯定丁仍能取得其所有权,甲仅能依“民法”第 184 条第 1 项后段规定向丁请求损害赔偿。惟此系脱法行为,无保护之必要,应例外地不认为其因中间取得的权利继受,故甲得向丁主张所有物返还请求权。

④ 无权处分人的回首取得。^②应特别提出讨论的是无权处分人回首取得(Rückerwerb)的问题。甲有古董怀表交乙检查,乙擅将该表作为己有,出卖善意之丙,并即交付其物,以移转其所有权。其后乙以丙给付价金迟延而解除契约,丙依让与合意返还该表所有权予乙。在此情形,学说上有认为,丙因善意受让取得该表所有权,返还该表所有权予乙,系有权处分,乙仍能取得其所有权,但对甲应依不当得利规定负返还义务,此在法律上逻辑固有依据。惟衡诸善意取得制度旨在促进交易安全,无权利

^① 参见史尚宽:《物权法论》,第 514 页;郑玉波:《民法物权》,第 120 页。

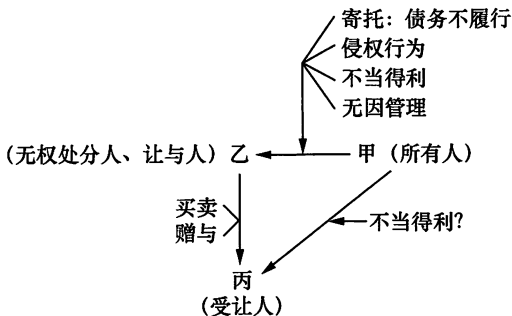
^② 此为民法上有名争论问题,参见 Edwad, Der Rückerwerb des Nichtberechtigten, Jher Jahrb 76 (1926), 233ff.; Wiegand, Der Rückerwerb des Nichtberechtigten, JuS 71, 62ff.; Wolf-Raiser, Sachenrecht, § 69 IV; Baur/Stürmer, S. 529; Wieling, Sachenrecht, I. S. 397.

让与人实无保护的必要,故应认为,于受让人返还其物的所有权予让与人时,原来所有权的状态即行恢复,由原所有人取得其物的所有权,该标的物上的权利(如质权),亦应随之复活。此项原则于让与人与受让人间原因关系不存在,受让人依不当得利规定返还其所有权时,亦适用之。

(2) 动产善意取得与当事人间的债权关系

甲有某名贵版画(时值10万元),寄托予乙处,乙将之作为己有,以10万元(8万元或12万元),出售(或赠与)予善意之丙,并依让与合意交付之。试说明当事人间的法律关系。

动产物权所有权的善意取得涉及三方面的关系:一为物的所有权;二为无权处分人(让与人);三为善意取得人(受让人)。善意受让人取得动产所有权时,在当事人间发生不同的债权关系,充分显现物权变动与债权关系在民法体系上的关联性,及互补的功能。兹分受让人与让与人、原所有人与受让人,及原所有人与让与人间的债权关系,加以说明。为便于观察,兹参照上揭例题,将其基本问题,图示如下:



① 受让人与让与人。让与人与受让人间的法律关系,依其原因行为而定。原因行为为买卖时,买受人既因善意受让而取得买卖标的物所有权,不发生权利瑕疵担保问题(第349条),买受人不得将标的物返还予原所有人,而向出卖人主张权利瑕疵担保责任。原因行为不成立、无效或被撤销时,物权行为不因此而受影响,受让人仍取得其所有权,但应依不当得利规定返还义务(第179条)。

② 原所有人与受让人

A. 有偿的无权处分

乙擅将甲寄存的版画,出售予善意之丙,并为让与,动产所有人因受

让人善意取得,而丧失其所有权时,对受让人无主张所有物返还请求权之余地,自不待言。受让人取得所有权,系基于法律规定,立法意旨在于使受让人终局地保有其所有权,其受利益,具有法律上原因,亦不成立不当得利。

B. 无偿的无权处分。应注意的是,善意受让动产所有权系基于无偿的原因行为(如赠与),亦属有之(学说上称之为无偿的无权处分)。例如,甲有版画,委乙鉴定,乙死亡,其继承人丙将该版画赠与善意的丁,由丁取得其所有权。在此情形,甲的法律地位为:

a. 对丁而言,甲并无不当得利请求权,因丁受利益系有法律上原因。

b. 对丙而言,甲亦无不当得利请求权,因丙系将该版画赠与丁,并无对价,未受有利益。甲仅能依侵权行为规定向丙请求损害赔偿,惟须以丙有故意或过失为要件,若丙无故意或过失,即不成立侵权行为;纵属成立侵权行为,倘丙无资力,亦有难获赔偿之虞。为解决此项问题,民律草案第934条第2项仿《德国民法》第816条第1项后段规定:“若其处分未得报偿,因处分直接受利益之人,负归还于权利人之义务。”现行“民法”未设此规定,如何处理,学者见解不一:

郑玉波先生认为:“依《德国民法》第816条1项后段规定,善意受让人如系无偿取得者,应负返还义务,台湾民法对此无规定,解释上如为贯彻善意受让制度之精神,则善意受让人纵系无偿取得,亦不应使负不当得利之返还义务。然若顾及原权利人之利益,则在有偿取得之情形,固不能使负返还义务,但在无偿取得,如原处分人无资力时似应使其负返还义务为宜,不过在台湾民法上尚未能如此解释,若有第183条之情形,则又当别论。”^①

梅仲协先生则采肯定说,认为:“无权之处分,系无偿行为者,此时由该处分而获利益之第三人,即属无法律上之原因,虽该第三人与真正权利人间,无直接的财产损益变动之存在,而依公平之原则,不当得利请求权之行使,应向该第三人为之。例如书籍之使用人,将借用之书籍,赠与善意第三人者,该第三人对于贷与人,应负返还之义务。”^②

孙森焱先生亦采肯定说,并明确指出其请求权基础为“民法”第183

^① 郑玉波:《民法债编总论》,第135页。

^② 梅仲协:《民法要义》,第135页。

条,略谓:“为保护善意第三人及贯彻占有之公示原则,凡自占有人善意受让权利者,应受法律之保护,原权利人即不得对之主张不当得利返还请求权。尤其善意受让人如系有偿取得其利益,即无受益之可言;即如无偿而受益者,其与无权处分人之间亦不发生不当得利问题,盖其受利益,与无权处分人间有无偿行为之法律上原因存在。惟若贯彻此原则,倘无权处分人亦因善意而对受损人免负返还义务,则受损人之受害与善意受益人间之受益,不能求得平衡,‘民法’第 183 条乃规定,善意受让人于无权处分人所免返还义务之限度内负返还责任。”

郑玉波先生系从立法政策的观点强调为顾及原权利人的利益,应使受让人负返还义务为宜。梅仲协先生及孙森焱先生则均认为,在现行法上,受让人亦负有此项返还义务,此项结论,应值赞同,因为:

a. 原权利人有保护的必要,此在无权处分人不负侵权责任时,特为显著;受让人系无偿取得利益,使其负返还义务,并不违反公平原则。

b. 无偿受益人与其他权利之重大利益发生冲突时,应予适当让步,“民法”设有规定(第 410 条、第 416 条及第 183 条),使原权利人得向无偿受让人请求返还其所受利益,符合民法上的价值判断。问题在于请求权基础。

梅仲协先生一方面认为原权利人对无偿受让人不成立不当得利请求权,一方面又认为不当得利请求权之行使,应向第三人为之,并未明确指出请求权基础。孙森焱先生认为,无偿的无权处分可适用“民法”第 183 条规定,但第 183 条系规定不当得利之受领人,以其所受者,无偿让与第三人,而受领人因此免返还义务者,第三人于所免返还义务之限度内负返还责任。在无偿无权处分的情形,让与人不因其处分,受有利益,对原所有人不成立不当得利,无“适用”第 183 条规定余地。

本书认为,得“类推适用”第 183 条规定,使无偿受让人负返还责任。其理由有二:

a. 原权利人有受保护之必要,前已论及。

b. 受让人同属无偿取得利益,二者利益状态既属相同,基于同一法律理由,应为相同处理,以实践立法上的价值判断。

③ 原所有人与让与人

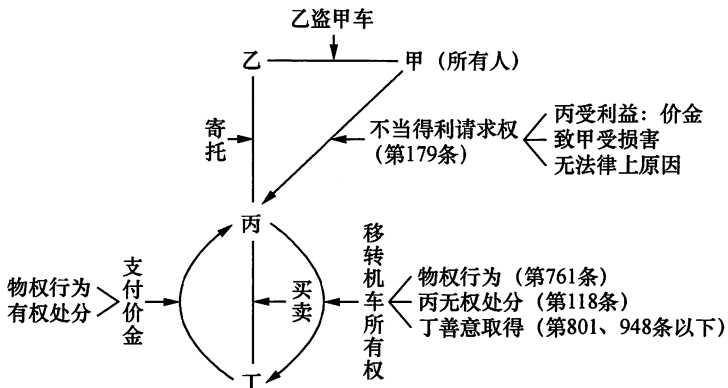
A. 契约责任。原所有人与让与人间具有契约关系(如租赁、寄托)时,原所有人因让与人的无权处分,致第三人善意取得其所有权,不能恢

复其物时,得依债务不履行规定向让与人请求损害赔偿。

B. 不当得利

a. 不当得利请求权的成立。让与人基于有偿的原因行为(如买卖)而为无权处分(有偿的无权处分),致第三人善意取得其所有权,原所有人不能恢复其物时,得依不当得利规定向让与人请求返还其所受的利益。

关于此项不当得利请求,可能发生疑义的,是受利益与损害间的所谓“直接因果关系”。台湾高等法院所属法院 1979 年度法律座谈会民事类第 1 号提案之法律问题,具有启示性。其法律问题为:甲有机车一部,为乙盗窃,乙将之寄托于丙处(设丙不知其为赃物),丙以之出售他人得款 1 万元。问甲可否基于不当得利之法律关系向丙请求返还利益? 讨论意见:甲说认为,丙擅将乙寄托之机车变售得款,乃无权处分他人之物而获有利益,并使甲之所有权无法恢复,其双方损益即互有因果关系,且系基于受益人单方行为所造成,甲、丙间应有不当得利之关系,甲自可据此向丙主张返还利益。乙说认为,按不当得利,依第 179 条之规定,必须利益与损害之间有直接因果关系,始负返还义务(“最高法院”1970 年台上字第 3813 号判决要旨),丙将机车转售得款,系基于占有乙寄托之机车而来,与甲应无直接因果关系,且本题又非属第 183 条规定之情形,甲自不得据此向丙请求返还利益。审查意见:拟采乙说。研讨结果:照审查意见通过(其基本法律关系参阅下图):



关于上开法律问题及研讨结果,应说明的有三点。

(a) 丙将该机车出售予他人(丁),并移转其所有权,系属无权处分。问题在于丁是否善意取得该机车的所有权。讨论意见及研讨结果在结论

上似系采肯定说。乙盗甲的机车,将之寄托于丙处,不论丙知情与否,均属盗赃物,应适用“民法”第 801 条、第 949 至第 950 条之规定。

(b) 研讨结论采乙说,否定甲对丙的不当得利请求权,其理由为:“丙将机车转售得款,系基于占有乙寄托之机车而来,与甲应无直接因果关系。”此项论点似有误会。丙将机车出售得款,并非基于占有乙寄托的机车而来,而是基于丙与丁间的交易(买卖契约及对机车所有权的无权处分),故不能以上开理由否认甲对丙的不当得利请求权。

(c) 真正的问题是,丙将甲的机车出售予丁,受有价金之利益,与甲所受损害(丧失机车所有权),是否具有因果关系。此在台湾“民法”上所以发生疑义,究其根源,系由于现行“民法”采取物权行为独立性及无因性理论,认为于债权行为(如买卖机车的契约)之外,尚有一个独立的物权行为,其效力不因债权行为无效或被撤销而受影响。一个交易行为(例如买卖机车)在法律技术上被分为三个法律行为:一是买卖契约(第 345 条);二是移转机车所有权的物权行为(第 761 条);三是支付价金的物权行为(第 761 条)。在判断不当得利损益变动关系时,应将在法律技术上分开的法律关系,合一观察,认定其具有直接因果关系(受益与受损系基于让售他人之物的同一侵害法律)。上开法律问题讨论意见甲说肯定甲(原权利人)对丙(无权处分)的不当得利请求权,认为“其双方损益即互有因果关系,且系基于受益人单方行为所造成。”其所谓单方行为,意义未臻明确,惟可解释系属侵害他人权益之行为。易言之,受益人无权处分他人之物,使权利人丧失其所有权,取得应归属于权利人的对价,系无法律上原因,而受利益,致他人受损害,应负返还责任。

b. 不当得利请求权的内容。有偿无权处分的让与人,应依不当得利规定返还其所受利益(第 179 条)。在买卖的情形,其应返还者,系其自受让人所取得的价金(或价金请求权)。其价金低于买卖标的物的市场价格时,以其价金为返还客体,盖此为其所获利益。价金高于买卖标的物市场价格时,究应以何者为返还标的,尚有争论。通说认为,不当得利非在填补被害人的损害,其应返还者,为客观的价格。

C. 无因管理的准用。让与人明知无权利而让与他人动产所有权,乃明知为他人的事务,仍作为自己的事务而为管理,构成所谓的不法管理。无权利人因处分所得利益超过损害赔偿者,例如擅将他人寄托时值 10 万元版画以 12 万元出售,在此情形,无权利人倘得保有此项超过的价金,与

情理显有不合,且足诱导他人为侵权行为,就利益衡量及价值判断言,不宜使无权利人取得此项利益,故应准用“民法”第177条第1项规定,使原所有人得向无权利人请求返还其所得的利益(12万元)(第177条第2项)。

4. 盗赃、遗失物或其他非基于原占有人之意思而丧失其占有之物善意取得的特别规定

(1) 甲培育名贵达摩兰花,参加乙举办的展览会,乙(或乙的受雇人)擅以之作为己有出售予丙,丙转售予丁,而交付之。丙、丁皆为善意。1年半后,甲查知其事。试说明当事人间的法律关系。设丙系经营兰花业者时,其法律效果有何不同。

(2) 甲偷取乙的千元大钞,向丙购买其所拾得丁遗失的歌剧院入场券。试说明其法律关系及举证责任。

(1) 动产所有权善意取得的例外:盗赃、遗失物或其他非基于原占有人之意思而丧失其占有物的无偿恢复。

① 适用范围与立法目的

A. 适用范围

“民法”第949条:“占有物如系盗赃、遗失物或其他非基于原占有人之意思而丧失其占有者,原占有人自丧失占有之时起二年以内,得向善意受让之现占有人请求恢复其物。依前项规定恢复其物者,自丧失其占有时起,恢复其原来之权利。”此为关于盗赃或遗失或其他非基于原占有人之意思而丧失其占有的之物特别规定。标的物非属盗赃或遗失物等时,应适用“民法”第948条规定,“最高法院”1951年台上字第1622号判例谓:“民法”第948条之规定依文义观察,系动产所有权人或其他物权人不得专以他人无权让与为理由,对于善意受让之占有人请求恢复其物。至同法第949条及第950条,关于占有物之无偿的恢复,或有偿的恢复等规定,乃专为盗赃或遗失物之占有而设,若占有物并非盗赃或遗失物,固不在该两条范围之内,其能否恢复之争执,仍应适用第948条,就占有人之让受是否善意,以资判断。又1955年台上字第1042号判例谓:系争鱼翅既非盗赃或遗失物,被上诉人又为受让其物之善意占有人,系具有“民法”第948条所定应受法律保护之要件,则上诉人纵为其物之原所有人,而依同法第949条规定之反面解释,亦已丧失其物之恢复请求权,不得向

被上诉人请求返还。可资参照。

第 949 条系动产善意受让的例外规定,其适用须具备善意受让的要件,应属当然,惟实务上仍有疑义。“最高法院”1961 年台上字第 1194 号判例谓:盗赃之故买人,依“民法”第 949 条之规定,被害人本得向之请求恢复其物,如因其应负责之事由不能恢复时,依“民法”第 956 条之规定,亦不得谓无损害赔偿之责任。又“最高法院”1977 年台上字第 526 号判例谓:盗赃之故买人与实施盗取之人,固不构成共同侵权行为,惟盗赃之故买人依“民法”第 949 条之规定,被害人本得向之请求恢复其物,如因其应负责之事由,不能恢复时,依同法第 956 条之规定,亦应负损害赔偿责任。“最高法院”此二则判例均有误会。盗赃的故买人,非属善意,根本无适用第 949 条之余地,被害人得主张所有物返还请求权(第 767 条),占有保护请求权(第 962 条),或侵权行为损害赔偿请求权。^①

B. 立法目的及解释适用

盗赃或遗失物如何规范,系动产善意权利取得制度上的难题,“民法”参酌德国、瑞士、日本立法例,设第 949 条以下规定,立法理由书谓:“占有物为盗赃或遗失物时,不得使占有人实时取得于其物上可行使之权利,所以保护被害人及遗失主之利益也。但使永久不予确定,对于占有人亦未免失之过酷,故本条规定时效,占有物如系盗赃或遗失物,自被害人或遗失人自被盗或遗失之时起,如已经过 2 年,即不得再向占有人请求恢复其原物。”可供参照。关于现行规定的适用,有两个主要争议问题:

a. 何谓盗赃、遗失或其他非基于原占有人之意思而丧失其占有之物。

b. 2 年请求恢复期间内善意受让标的物所有权的归属。

二者的解释,涉及所有权保护与交易安全的利益衡量和价值判断。

② 要件

A. 问题的说明:适用范围

关于动产善意取得的例外,台湾“民法”第 949 条原规定为盗赃或遗

^① 参见拙著:《盗赃之牙保、故买与共同侵权行为》,载《民法学说与判例研究》(第二册),北京大学出版社 2009 年版,第 157 页。值得注意的是,“最高法院”1997 年台上字第 2423 号判决已采同于本书的见解,认为:“民法”第 949 条所定盗赃或遗失物之恢复请求权,乃善意取得规定之例外,故盗赃或遗失物之现占有人必须符合法律所定善意取得之要件,否则被害人或遗失人尽可依“民法”第 767 条或第 962 条之规定请求恢复其物,尚无适用该条规定之余地。

失物,系采日本立法例(第193条),《德国民法》第935条规定为被盗、遗失或其他丧失之动产,《瑞士民法》第934条规定为被盗、遗失或违反其意思而丧失之动产。在日本及我国台湾均发生盗赃或遗失物究为列举或例示规定的争论。本书认为宜采例示说,以保护非基于其意思而丧失动产占有之人。民法物权编修正时明定:“或其他非基于原占有人之意思而丧失其占有之物”,例如遗忘物、误取物等(为行文方便,为配合修正前法律规定,以下简称盗赃、遗失物),以更周延保障原权利人的财产安全。

B. 盗赃。何谓盗赃,“最高法院”著有二则判例:最高法院1933年上字第330号判例谓:“民法”第949条所谓盗赃,系指以窃盗、抢夺、或强盗等行为夺取之物而言,其由诈欺取得之物,不包含在内。又1951年台上字第704号判例谓:占有物非盗赃,亦非遗失物,其占有并具有“民法”第948条所定应受法律保护之要件者,所有人即丧失其物之恢复请求权,此观“民法”第949条之规定自明。至所谓盗赃,较诸一般赃物之意义为狭,系以窃盗、抢夺、或强盗等行为,夺取之物为限,不包含因侵占所得之物在内。由此二则判例可知,盗赃不包括诈欺或侵占所得之物。

C. 遗失物。遗失物,指非基于占有人之意思而丧失占有,现又无人占有,且非无主的动产而言。例如,甲借某摄影机予乙,乙误置于风景区,丧失其管领力,对甲、乙而言,该摄影机为遗失物。遗失物拾得人依法取得遗失物的所有权(第807条)之后,再为让与时,系有权处分,无第949条的适用,自不待言。第810条规定:“拾得漂流物、沉没物或其他因自然力而脱离他人占有之物者,准用关于拾得遗失物之规定。”故漂流物或沉没物的善意取得,亦适用关于遗失物的规定。

值得提出讨论的是“法务部”1984年9月6日法七三律字第10573号函谓:“民法”第949条之规定,惟于拾得人不为报告,未依法取得所有权而违法将其拾得物转让他人,归于善意占有人之手时,始有适用(请参见史尚宽著《物权法》第517页)。本件失窃之机车,如系警员于执勤时拾得,应认其所属机关为拾得人,既已依法公告招领,逾6个月无人招领而由国家依法取得其所有权,其后又经拍卖再转售,如其拍定人及受让人均属善意,应无“民法”第949条规定之适用。本函的法律见解,原则上可资赞同,但其认为拍定人或受让人须均属善意,易滋误会。该失窃的机车既由国家依法取得其所有权,因拍卖而移转其所有权,乃有权处分,本无第949条的适用,不生拍卖拍定人或受让人是否善意的问题。

D. 其他非基于权利人之意思而丧失占有的动产。第 949 条的适用仅限于盗赃或遗失物,并及其他非基于原占有人之意思而丧失占有的动产。本书采肯定说,前已言之。例如,甲病故,遗有某砚,乙自居于继承人地位而占有该砚,让售予丙,其后证实丁为真正继承人时,应认为该砚系反于丁的意思而丧失其占有。无行为能力人或限制行为能力人抛弃动产的占有,抛弃之际无意思能力时,亦属之。^①

因诈欺或错误而交付动产,系基于权利人之意思而丧失占有。受胁迫而移转占有,其丧失占有亦系基于权利人的意思,但其交付系处于不可抗拒的情形时,则应认为系属盗赃或非基于权利人之意思而丧失占有。

E. 举证责任。盗赃、遗失物或其他非基于原占有人之意思而丧失其占有之物,系善意取得的例外规定,应由请求恢复其物的原占有人负举证责任。

F. 案例说明

(a) 甲有某画,是否真迹,发生争议,交乙鉴定。乙为直接占有人,甲为间接占有人。设该画为丙窃取时,为盗赃;乙遗失时,则为遗失物;乙擅将该画作为己有让售予丁,系属侵占,不构成盗赃。在乙擅将该画作为己有让售予恶意的丙,丁自丙盗之,让与善意的戊时,是否成立盗赃,不无疑问,宜采肯定说,故仍有第 949 条的适用。

(b) 占有辅助人系受他(占有主人)的指示而对于物有管领力。其管领之物被盗或遗失时,对占有主人言,为盗赃或遗失物。店员擅取店内商品,脱离店主的占有,则属盗赃。^② 占有辅助人将管领之物误交于无受

^① “民法物权编修正草案”第 949 条第 1 项规定:“占有物如系盗赃、遗失物或其他非基于原占有人之意思而丧失其占有者,其原占有人自丧失占有之时起二年之内,得向善意之现占有人请求恢复其物。”修正理由谓:善意取得,原占有人得请求返还者,现行条文仅于盗赃及遗失物,惟《德国民法》第 935 条、《瑞士民法》第 934 条第 1 项等国立法例,尚及其他非因权利人之意思而脱离占有之物,例如遗忘物、误取物等是,为更周延保障原权利人财产的安全,爰扩张适用范围及于“其他非基于原占有人之意思而丧失物之占有者。”本书认为,在现行法上可经由类推适用而达到同一结论。参见 Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 531f.; Schwab/Prütting, Sachenrecht, S. 184.

^② 台湾地区通说同此结论,史尚宽:《物权法论》,第 516 页;“占有辅助人,僭取主人之物,则为盗赃”;谢在全:《民法物权论》(下),第 535 页:“店员暗中取得店内商品者,不仅刑法上成立窃盗罪,且因店员系商店雇用人之辅助占有人,对雇用人而言,非商品之占有人,雇用人始为其占有人,店员暗中取得商品以去,自仍属违反雇用人之意思而脱离其占有,故亦系民法上之盗赃。”可资参照。德国通说基本亦同此见解,但仍有争论,参见 Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 531; Westermann/Gursky, Sachenrecht, I. S. 368.

领权人时,例如歌剧院衣帽间的服务人员,误将甲之大衣交付乙,对该歌剧院言,该件大衣系非基于其意思而丧失占有。在诸此情形,第 949 条规定均有适用余地。

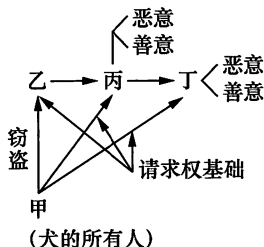
(c) 动产一旦成为盗赃或遗失物,则恒为盗赃或遗失物。例如,甲有名贵达摩兰,被乙所盗,乙让与于丙,丙转售于丁,丁转售于戊,虽辗转数手,该达摩兰仍为盗赃物,甲自被盗时起 2 年之内,得向善意之戊,请求恢复其物。

③ 法律效果

甲有名犬,被乙所盗,出售予丙(善意或恶意),丙复将该犬出售予丁(善意或恶意),丁受让该犬的占有。试问:

A. 甲在丧失该犬之时起 2 年以内,得向何人请求返还该犬? 在此两年内,该犬所有权属于何人?

B. 甲丧失该犬 2 年后,得向何人主张何种权利?(参阅下图)



A. 恢复请求的当事人

占有物如系盗赃、遗失物或其他非基于原占有人之意思而丧失其占有之物,原占有人自丧失占有之时起 2 年以内,得向善意受让之现占有人请求恢复其物(第 949 条)。

请求恢复之人,不限于物之所有人,但须有本权(如承租人、借用人、质权人、留置权人、附条件买卖买受人),无占有本权者无恢复请求权。例如甲窃取乙所有的毕加索版画,其后遗失该画,由丙拾得,出售予善意之丁时,甲不得依“民法”第 949 条请求恢复。

须注意的是,“民法”第 951 条之 1 规定:“第九百四十九条及第九百五十条之规定,于原占有人为恶意占有者,不适用之。”此为民法物权编修正所增订,其意旨有二:

a. 采通说见解,肯定“民法”第 949 条及第 950 条的恢复请求权人,除占有人为物之所有人外,尚及于其他具有占有本权之人。

b. 原占有人纵无占有本权,除系恶意占有之情形外,善意占有人所受之保护,依占有章之规定几与有权占有人同,特增订本条规定。

被请求之人^①须为盗赃、遗失物善意受让的现占有人。最高法院 1955 年台上字第 165 号判例谓:“请求恢复占有物之诉,应以现在占有该物之人为被告,如非现在占有该物之人,纵使占有之占有系因其人之行为而丧失,占有人亦仅就此项行为具备侵权行为之要件时,得向其人请求赔偿损害,要不得本于恢复占有物请求权,对之请求恢复其物。”可供参照。所谓现占有人,包括直接占有与间接占有人。兹举一例说明:

甲有某最新型短波收音机,出借予乙,被丙所盗,丁又自丙盗之,让与善意之戊,戊出租予庚。在此情形,甲或乙得向戊(间接占有人)及庚(直接占有人)请求恢复其物;向丙或丁依侵权行为规定请求损害赔偿。丙欠缺占有本权,无恢复请求权,自不待言。

B. 盗赃或遗失物的存在

原占有人为恢复其物之请求时,须以该物之存在为要件,该物若已灭失,不得请求恢复。

C. 2 年请求恢复期间的起算及其法律性质

原占有人请求恢复其物的期间为 2 年,自丧失占有之时起算。被盗之时,指被害人实际丧失占有之时,例如盗砍他人树木出售,其被盗之时,应自树木搬出山林时起算。何时被盗,何时遗失,应由被害人负举证责任。此 2 年期间系属除斥期间,故不生时效中断或不完成问题。经过 2 年期间,其恢复请求权归于消灭。准此以言,甲盗取乙所有某画,2 年后再为出售,其受让人丙纵非善意,亦无“民法”第 949 规定的适用,丙即可取该画所有权,对所有人诚属不利,立法目的在于尽速确定物权关系。

^① 法人经由其董事或职员购买盗赃或遗失物,其被请求恢复之人为法人。“最高法院”1981 年台上字第 3157 号判决谓:“万祥银楼为有限公司组织,此有卷附及股东名册可稽。被上诉人王燕铿及陈月云,虽为万祥银楼公司执行业务股东及总经理,但其个人与该公司究非同一人格,万祥银楼有限公司纵有向张树人收购讼争饰品,亦系该公司有恶意占有情事,上诉人仅得向该公司请求返还,要无对被上诉人为本件请求之余地。”可资参照。

D. 2年恢复期间内所有权的归属

在2年恢复期间内,其物所有权究归属于原所有人(原权利人归属说)或善意受让人(占有人归属说),涉及到让与请求权的内容和法律性质,甚有争论。^①“最高法院”1988年台上字第2422号判决采善意受让人归属说,通说亦采此见解^②,可资赞同,其理由有三:

a. 就文义言,所谓请求“恢复”其物,顾名思义,以其物归属于受让人为前提,若仍属原权利人所有时,应规定为请求“返还”其物。

b. 就体系言,善意受让人系依“民法”第801条规定取得动产所有权。第949条乃例外规定,在于使原所有人恢复其所有权。

c. 就善意取得制度言,所有权归属于受让人始足贯彻保护交易安全之目的,使善意受让人于此2年期间仍可受到物权法上的保护,例如,其占有物被侵夺时,善意受让人得主张所有物返还请求权(第767条);第三人对占有物为强制执行时,受让人得提起第三人异议之诉。

值得特别指出的是,民法物权编修正时于“民法”第949条第2项规定:“依前项规定恢复其物者,自丧失其占有时起,恢复其原来之权利”,明确采取“善意受让人”归属说。

E. 恢复请求权的性质

如上所述,2年期间以内盗赃或遗失物的所有权应解为系归属于善意受让人,原占有人的恢复请求权,在于复活被盗或遗失前的权利关系,具有形成权的性质。新增“民法”第949条第2项明确加以规定,盖善意取得占有物之恢复乃善意取得之例外,原即重在财产权之安全的保障,故以自丧失其占有时起,溯及恢复其原来的权利。善意受让人取得的所有权,因此项恢复请求权的行使,而归于消灭,负返还其物之义务。请求恢复之后,善意受让人纵未将标的物交付于请求恢复之人,原权利关系仍当然恢复原状。

^① 关于此项争论,有系统的分析整理,参见郭瑞兰:《动产善意取得之研究》,第202以下;史尚宽:《物权法论》,第408页;谢在全:《民法物权论》(下),第553页。

^② 此为通说见解,姚瑞光:《民法物权论》,第409页;谢在全:《民法物权论》(下),第539页;杨与龄:《盗赃之善意取得与恢复》,载《法令月刊》第32卷,第6期,第3页;郭瑞兰:《动产善意取得之研究》,第203页;日本判例采原权利人归属说,甚受学者质疑,通说采占有人归属说,参见我妻荣、有泉亨:《物权法》,第231页。

F. 请求恢复的效力与善意受让人的责任

原占有人请求恢复其物时,本权关系即告复活,所有权溯及地复归于原权利人,其后该物毁损或灭失时,受让人应依“民法”第 956 条以下规定,负恶意占有人责任。于恢复请求前,则得适用关于善意占有人的规定。

G. 无偿恢复其物

最后再须强调的是,被原占有人依“民法”第 949 条请求恢复其物,系属无偿,不必偿还善意受让人所支出的价金,善意受让人(买受人)应依契约关系向让与人(出卖人)行使其权利(第 349 条以下规定)。

(2) 动产所有权善意取得例外的例外

甲在古董店以高价买到某件玉器,经警察查知,该件玉器系乙所有,遭窃流入市场。试问乙得向甲主张何种权利?甲得否主张返还该玉器?乙是否须偿还其支出的价金?

① 盗赃、遗失物或其他非基于原有人之意思而丧失其占有物的有偿恢复

A. 构成要件

“民法”第 950 条规定:“盗赃、遗失物或其他非基于原有人之意思而丧失其占有之物,如现占有人由公开交易场所,或由贩卖与其物同种之物之商人,以善意买得者,非偿还其支出之价金,不得恢复其物。”此系盗赃或遗失物的有偿恢复的规定,旨在加强保护信赖公开交易场所的善意买受人,以维护交易活动。第 950 条系第 949 条的例外规定,除须具备其构成要件(盗赃或遗失物、善意受让)外,其适用范围仅限于以下情形的买卖,赠与不包括在内,互易则得准用之:

a. 由公开交易场所买得者

公开交易场所,非仅指公营的市场,凡公开交易的场所均属之,包括百货公司、超级市场、便利商店、庙会市集以及夜市摊贩。

b. 由贩卖同种之物之商人买得者

此之商人,指行商而言,如沿门沿路叫卖杂货,不以办理营业登记为

必要。^①此种行商前在农村颇为常见,今日渐为商店所取代。

B. 法律效果

a. 原占有人得偿还价金,恢复其物

具备上开要件时,原占有人,自丧失占有之时起,2年以内,得偿还占有人所支出之价金,恢复其物。^②价金指买受其物时所支出的价金。

恢复请求权人为恢复之请求,但未提出价金时,其效力如何,学者见解不一。有学者认为,权利人如于2年期间内为恢复之请求,其所有权即可保存,纵于2年内未付价金,其所有权仍不丧失,占有人须于取得时效完成后,始能取得该物之所有权。^③此说过分偏惠恢复请求人,难以赞同。有学者认为,权利人恢复之请求,虽不以现金给付的偿还为必要,然请求人不于2年内为现金给付之提出,则占有人确定取得其所有权。^④此说亦偏惠请求人,且使恢复关系悬而待定,似非妥适。有学者认为,“民法”第950条之规定,仅可解为在物归原主社会观念下,法律特许被害人或遗失人(原占有人)有偿还善意取得人所支出价金之买回权而已。倘被害人或遗失人未现实提出价金而请求恢复,则对于善意占有人已取得之所有权无影响。此说的结论,可资赞同,但第950条所规定的是否为买回权,尚值研究。本书认为,依第950条规定:“非偿还其支出之价金,不得恢复其物”的文义,并为保护善意受让人,解释上应认为偿还占有人所

① “最高法院”1955年台上字第93号判例谓:被上诉人主张系争物,系向贩卖与其物同种之物之商人以善意购得,依“民法”第950条之规定,上诉人非偿还其支出之价金,不得恢复其物,自非无据。至警察局扣押该物,系暂时停止被上诉人事实管领力,尚难认为其占有业已丧失。”又台北地方法院1966年7月司法座谈会提出如下的法律问题:“某甲由兼学打字机买卖之图书公司购得盗赃打字机一台,嗣经警察追赃,径持取交失主,兹某甲诉请失主偿返其支出之价金,法院应否准许。研究结果认为:“民法”第950条所谓贩卖与其物同种之物之商人并不以办理营业登记者为限,倘事实上系贩卖该物同种之物之商人即有该条规定之适用。

② 参阅“最高法院”2002年台上字1366号判决:按盗赃或遗失物之被害人,依“民法”第949条规定,自被盗或遗失之时起,2年以内,得向占有人请求恢复其物,该项期间系法定除斥期间,其时间经过权利即告消灭,纵未经当事人主张或抗辩,法院亦应依职权予以调查审认;于被害人依同法第950条规定,为盗赃或遗失物之有偿恢复之情形,亦同。系争汽车原属吕○胜所有,于1993年10月20日失窃,于1996年3月21日经警查扣,至1997年11月28日始将该车交由被上诉人领回,为原审确定之事实。上诉人主张伊为系争汽车所有权之善意受让人,纵属实情,惟吕○胜或被上诉人既未自系争汽车被盗时起2年以内请求恢复,其恢复请求权已消灭,上诉人亦无从依“民法”第950条规定请求被上诉人偿还其支出之价金。

③ 参阅谢在全:《民法物权论(下)》,第544(注25)。

④ 史尚宽:《物权法论》,第522页。

支出之价金系请求恢复其物的法定要件。未于2年内现实提出价金而请求恢复时,其恢复请求不生效力,善意受让人所取得的所有权不受影响,不负返还其物的义务。

b. 占有人自行返还其物

须注意的是,恢复与否,为被害人或遗失人的权利,现占有人不能强行送还其物,而要求偿还价金。善意买受人任意将盗赃或遗失物交还恢复请求权人,如其拒绝偿还价金时,买受人得请求返还标的物,自不待言。

c. 警察机关将盗赃发还被害人

警察机关查获盗赃时,多先将之扣押发还被害人。在此情形,“最高法院”1988年台上字第2422号判决谓:“倘其物系经警察机关发还被害人者,于被害人未偿还价金以前,该请求权人之所有权,亦不消灭。”

② 金钱或未记载权利人之有价证券不得请求恢复

“民法”第951条规定:“盗赃、遗失物或其他非基于原占有人的意思而丧失其占有之物,如系金钱或未记载权利人之有价证券,不得向其善意受让之现占有人请求恢复。”此乃第949条例外规定的例外,复归于第948条善意取得的原则,立法目的在于促进金钱或未记载权利人之有价证券的流通,维护交易安全。^①

金钱,指现实通用的国内外货币。其已丧失通用效力的,与一般物品无异,不包括在内,应径适用善意受让一般规定。所谓未记载权利人之有价证券(第908条),不限于第719条所规定持有人对于发行人得请求其依所记载之内容为给付的证券,即其他无记名证券,亦属之,例如公共汽车票、火车票、戏票、邮票、无记名股票等。关于票据的善意取得,“票据法”第14条设有规定,无民法的适用。

兹举一例说明本条的适用。甲盗乙所有的千元大钞,向丙购买其所拾得丁遗失的歌剧院入场券。在此情形,千元大钞为盗赃,歌剧院入场券为未载权利人之有价证券。若甲或丙系分别善意受让他方占有之物时,得取得其所有权,乙或丁不得请求恢复其物。

^① 参照“最高法院”1955年台上字第100号判例:依“民法”第944条第1项之规定,占有人推定其为善意占有者,除上诉人有反证足以证明上开推定事实并非真实外,即不能空言否认被上诉人之善意占有,依同法第951条规定,盗赃或遗失物如系金钱或无记名证券,不得向其善意占有人请求恢复。

(3) 案例研究：“最高法院”1988年台上字第2422号判决

关于盗赃的善意取得，实务上案例不少，“最高法院”1988年台上字第2422号判决涉及若干重要基本问题，值得提出作个案研究。

① 判决理由

本案被上诉人主张：诉外人吕嘉红将其窃取李昆全之大货车一辆出售予诉外人高福华，高福华嗣又转售予上诉人。上诉人继于1986年1月间将之出售予第一审共同被告傅瑞源。傅某于同年4月4日以新台币（下同）80万元价格转卖予伊。该大货车于1987年2月6日，经警察局查获为赃物予以扣押，使伊遭受80万元之损害。傅瑞源亦同。傅瑞源对伊，及上诉人对傅瑞源均应负出卖人之瑕疵担保损害赔偿责任。兹傅瑞源怠于行使此项损害赔偿请求权，伊为保全债权，自得代位行使等情。求为命上诉人连带给付傅瑞源75万元及法定迟延利息，并由被上诉人代位受领之判决（逾上诉部分之请求，经原审驳回后，已确定。关于傅瑞源部分，被上诉人已获胜诉判决）。

上诉人则以伊出售大货车，证件齐全，且已移转过户于傅瑞源，风险应由傅某负担，对伊自无损害赔偿请求权，被上诉人尤无可得代位之权利。况被上诉人使用该车已10月之久，获得45万之收入，其仍以原价金请求赔偿，亦属无理等语。资为抗辩。

原审将第一审所为被上诉人败诉判决一部分废弃，改判如上开声明。无非以：被上诉人向傅瑞源以80万元买受之大货车，系由吕嘉红窃自李昆全后辗转出售于上诉人，上诉人再以75万出售于傅瑞源。各买受人于买受时均不知系赃物。嗣该车于1987年2月6日经警查获并扣押。又吴国安系经营卖小汽车之国展商行，吴协利未经经营汽车买卖业。为两造所不争。是系争大货车非由拍卖或公共场所，或由贩卖其物同种之物之商人买得。且大货车因遭警方扣押，依“民法”第950条规定，被上诉人不能恢复其占有。被上诉人因依“民法”第349条、第350条规定，主张上诉人对于傅瑞源，傅瑞源对于被上诉人分别负有瑕疵担保之损害赔偿责任，固属正当。惟傅瑞源系以75万元买入，以80万元卖出，其所受损害仅为75万元。至“民法”第373条，系关于标的物危险负担之规定，与本件系权利瑕疵之担保责任问题，并无关联。上诉人援引该项规定，主张不负赔偿责任，自无可取。至谓被上诉人使用大货车，已获45万元收入。上诉人未举证以实其说，亦无可采。查傅瑞源自系争大货车被查扣迄今，未对

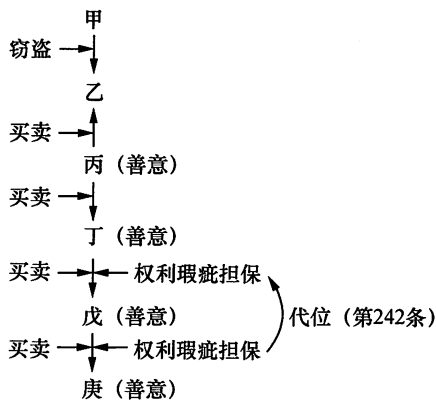
上诉人行使损害赔偿请求权,显系怠于行使权利。被上诉人为保全债权,虽得行使代位权,惟应以75万元为度等词,为其判断之基础。

查出卖人依“民法”第349条规定,就买卖之标的物固应负权利瑕疵担保责任,然仍以权利之瑕疵于买卖成立后未能除去为前提。倘因法律规定买受人于买受买卖标的物之交付后,已取得标的物之所有权,可得对抗第三人时,则其权利已无瑕疵,即不得再使出卖人负瑕疵担保之责。买卖标的物之买受人依“民法”第801条、第948条规定,已取得标的物之所有者,即属适例。于此种情形,标的物如为盗赃者,被害人未依同法第950条规定,自被盗起时2年以内,向买受标的物之占有人,为恢复其物之请求前,该买受人所有权并不消灭。倘逾2年之期间,被害人未为恢复之请求者,该买受人并即确定地取得标的物之所有权。且在“民法”第950条之情形,盗赃之被害人非偿返买受人支出之价金不得请求恢复其物。此乃因买受其物之占有人系由拍卖或公共市场或由贩卖与其物同种之物之商人善意买得其物,对其物之来源有正当信赖之情形存在,须特别加以保护。是以,被害人之偿还价金乃恢复其物之要件。倘其物系经警察机关发还被害人者,于被害人未偿还价金以前,该占有人之所有权亦不消灭。又被害人上述之价金负担,乃是衡量被害人与买受其物之占有人间之相对利益而设。因之,有无上述买得其物之特殊情形,应以占有人本身决之,至占有人辗转买卖之前手,有无该特殊情形存在,则非所问。准此以观,买受人于上述已取得买卖标的物所有权而未消灭之情形,出卖人均不负瑕疵担保之责。本案被上诉人辗转买得之大货车,虽系盗赃物,但系善意买得者,且该大货车仅系受警察局扣押,为原审认定之事实。则被上诉人似已依“民法”第801条、第948条规定,取得大货车之所有权。且该车虽为赃物,但被害人李昆全似尚未请求大货车所有权。果系如此,原出卖人之上诉人是否应负权利瑕疵担保责任?即非无疑。况被害人李昆全自大货车被盗时起,是否已逾2年?被上诉人向傅瑞源买受大货车是否具有“民法”第950条所定上述可资信赖之情形存在?均与上诉人有无权利瑕疵担保责任有关。原审未遑查明,遽为不利于上诉人之判断,自有未合。次查债务人怠于行使其权利时,债权人因保全债权,依“民法”第242条规定,固得以自己之名义,行使其权利。然仍以债权人因保全自己之债权有必要者为限。所谓必要,在金钱债权系指债务人已无清偿之资力而言。本案被上诉人既系代位行使对傅瑞源对于上诉人之损害赔偿

权,请求赔偿一定之金额,则傅瑞源有无清偿之能力?因与被上诉人有无代位权有关,即待澄清。原审未注意及之,径准被上诉人行使代位权,亦有可议。又连带债务之成立,以债务人之明示或法律有特别规定者为限。此观“民法”第272条第2项之规定即明。原审命上诉人负连带赔偿之责,未说明其法律依据,亦非适法。上诉讼旨,执以指摘原判决对其不利部分为不当,声明废弃。

② 分析讨论

A. 基本法律关系。本件判决的事实得简化如下:甲(李昆全)有大货车,被乙(诉外人吕嘉红)所窃,出卖予丙(诉外人高福华),丙又转售予丁(上诉人),丁又将该货车出卖予戊(傅瑞源,第一审共同被告),戊又转售予庚(被上诉人),丙、丁、戊、庚均为善意,该车被警察局查获为赃物,予以扣押,戊与庚受有损害,庚代位戊,向丁请求损害赔偿,为便于观察,图示如下:



B. 盗赃与善意取得

a. 盗赃。甲有货车,被乙所窃,该车系属盗赃。乙将该车出卖予丙,经丁、戊二人,最后由庚买受之。该车之为盗赃,不因辗转买卖而受影响。

b. 无权处分与善意取得。乙窃取甲车出卖予丙,系出卖他人之物,买卖合同有效,其依让与合意交付该车(第761条),则为无权处分。丙为善意时,其受让该车占有不受保护,无适用“民法”第948条以下规定余地。在此情形,丙将该车让售予丁时,仍属出卖他人之物,并为无权处分。

在本案,丙系善意受让该货车的所有权,有第948条规定的适用。依第949条规定,被害人甲自被盗之时起,2年之内,得向丙请求恢复其物。若甲于2年之内未请求恢复其物时,由丙确定取得该货车所有权。在此情形,丙将该货车出售予丁,系出卖自己之物,并为有权处分,丁纵为恶意,仍能取得其所有权。

须注意的是,在本案,善意之丙系于2年之内,将该货车让售予善意之丁。依“最高法院”及通说的见解,2年请求恢复期间内盗赃物的所有权归属于受让人(丙),因而发生在此2年期间内丙的处分为有权处分抑为无权处分的疑问。纯从逻辑言,采有权处分说,亦属有据,但若采此见解,则丁将即可取得其所有权,此与第949条规范目的,似有未符。鉴于被害人于2年之内得向受让人请求恢复其物,受让人并未终局确定取得盗赃所有权,次受让人不能以让与人为有权处分而取得其所有权,仍有第949条规定的适用,被害人自被盗时起2年以内仍得向占有其物的丁或之后的各善意受让人,请求恢复其物。

一部赃车于大约2年期间内辗转四次买卖,而四个买受人均属善意,且伪造证件齐全,均能顺利移转过户,令人叹为观止。善意与否,系具体案件事实认定问题,暂置不论,但何谓善意,系属法律问题。原审谓:“各买受人于买受时均不知系赃物”,似以不知为善意,明知为恶意。依此见解,参与交易者未尽任何注意程度,对买卖标的物来源未为查询,具有过失(尤其是重大过失)时,仍受保护,是否妥当,尚值研究。

c. “民法”第949条的适用。在本案,庚系善意受让货车的所有权,甲自货车被盗时起2年之内得向庚请求恢复其物(第949条)。“最高法院”认为,在2年期间内盗赃物所有权归属于受让人。据吾人所知,此为“最高法院”第一次对此向有争论的重要问题,表示明确意见,虽未详述理由,在结论上可资赞同。

d. “民法”第950条的适用。盗赃或遗失物,如占有人由拍卖或公共市场(公开交易场所),或由贩卖与其物同种之物之商人,以善意买得者,非偿还其支出之价金,不得恢复其物(第950条)。“最高法院”强调此为对其物之来源有正当信赖的特别保护,并提出以下两项见解:

(a) 被害人偿还价金乃恢复其物之要件。倘其后系经警察机关发还被害人者,于被害人未偿还价金之前,该占有人之所有权亦不消灭。如前所述,警察局扣押赃物时,受让人的占有尚未消灭,但警察局将赃物发还

于被害人时,应认为由被害人取得其占有,于被害人偿还价金前,受让人的所有权既未消灭,自得请求返还。

(b) 被害人请求恢复其物,须偿还买受人所支出之价金,乃系衡量被害人与买受其物之占有人间之相对利益,故是否由拍卖或公共市场,或由贩卖与其物同种之物之商人善意买得其物,应以占有人本身决之,至占有人辗转买卖之前手,有无该特殊情形存在,则非所问。此项见解基本上可资赞同。在本案,若现占有人(买受人)庚不符合第 950 条所定要件,无论戊、丁、丙等前手是否具有此种情形,均无第 950 条的适用。反之,在现买受人庚已符合第 950 条的情形,无论戊、丁、丙等前手是否具有此种情形,被害人均须为有偿之恢复。准此见解,其应偿还的,系现买受人所支付的价金,现买受人不能主张前手所支出较高的价金。

③ 出卖人的权利瑕疵担保

A. 盗赃的善意取得涉及出卖人的权利瑕疵担保。“民法”第 349 条规定,出卖人应担保第三人就买卖之标的物,对于买受人不得主张任何权利。所谓权利,指得以对抗买受人的债权(如租赁权,第 425 条)、物权,尤其是所有权,出卖人应负权利瑕疵担保责任时,买受人得依债务不履行规定行使其权利。

善意买受人于契约成立时,知有权利之瑕疵,出卖人不负担保责任(第 351 条)。买受人系善意,而被害人于被盗之时起经过 2 年,未请求恢复其物时,买受人确定取得所有权,其权利无瑕疵存在,出卖人不负权利瑕疵担保责任。纵买受人将标的物返还于所有人,亦无主张权利瑕疵担保责任的余地,在此 2 年内被害人请求恢复其物时,被害人的所有权复归于被害人,出卖人则应负权利瑕疵担保责任。有争论的是,在 2 年恢复期间内,被害人并未请求恢复其物时,买受人得否径主张出卖人应负权利瑕疵担保责任。

B. “最高法院”1988 年台上字第 2422 号判决

在本案判决,“最高法院”认为上诉人辗转买得之大货车,虽系盗赃物,但系善意买得者,且该大货车仅系受警察局扣押,则被上诉入已依“民法”第 801 条、第 948 条规定,取得大货车之所有权,被害人尚未请求恢复大货车之所有权时,原出卖人不应负权利瑕疵担保责任。

C. “最高法院”1993 年台上字第 700 号判决

在“最高法院”1993 年台上字第 700 号判决一案,被上诉人善意购买

赃车,被警察局扣押,并暂交失主台元公司保管。“最高法院”赞同原审的见解,认为出卖人就买卖标的物之权利,应负担保责任者,无须以买受人被追夺为必要,第三人主张权利之可能即为已足。又公法上之处分,例如公法之扣押、没收,亦属之。系争汽车既经警察为公法上之扣押,且有第三人主张所有权之可能,上诉人即应负权利之瑕疵担保责任。被上诉人是否向系争汽车失主张其系向贩卖系争汽车同种之物之商人,以善意买得,非偿还其支出之价金,不得恢复其物云云,乃属其抗辩权利,而非其义务,因而被上诉人对于系争汽车之失主,未行使抗辩权,而对出卖该车上上诉人主张权利之瑕疵担保,并不违法。“最高法院”并强调,盗赃物之买受人,其对赃物之占有是否丧失,与其对出卖人主张盗赃物权利之瑕疵担保责任,系属两事,纵令买受人未丧失盗赃物之占有,亦非不得主张权利之瑕疵担保。

D. 本书见解

上揭问题,衡诸法律逻辑与当事人的利益衡量,似以“最高法院”1993年台上字第700号判决,较为可采,分四点言之:

a. 善意买受人在2年期间虽已取得标的物所有权,但被害人在此2年期间内得请求恢复其物,而被害人一旦为此请求,标的物的所有权既恢复原状,买受人取得所有权并未终局确定,标的物之权利非属完整无缺。

b. 在此2年内,被害人得随时请求其物,买受人随时负有返还义务,难期对标的物为必要的使用、收益、修缮或投资,为顾全买受人的利益,纵被害人尚未为恢复的请求,亦应许其为权利瑕疵担保的主张。

c. “民法”恢复买受人主张权利瑕疵担保,不以标的物被追夺为要件,以第三人主张之可能为已足。诚如“最高法院”1993年台上字第700号判决所云,买受人是否占有标的物与其得否主张权利瑕疵担保,系属二事。买卖标的物被警察局扣押发还于被害人时,买受人固得主张权利瑕疵担保,买受人自己发现标的物为盗赃,仍得为权利瑕疵担保的主张。

d. 买受人主张权利瑕疵担保时,得请求出卖人为完整无缺权利之移转,例如由权利人承认其处分(第118条第1项)。买受人亦得返还标的物,而请求全部的损害赔偿,或解除契约而返还标的物。

5. 动产所有权善意取得的适用范围

(1) 适用对象: 动产。“民法”规定的善意取得系以动产为规范对象, 如何适用于不动产的部分、船舶、经设定动产担保交易的动产、有价证券(尤其是股票)等, 尚值研究, 分述如下:

① 不动产的部分。不动产之出产物, 尚未分离者, 为该不动产之部分(“民法”第 66 条第 2 项), 如树林、菜园的蔬菜、果树上果实等。不动产的出产物尚未分离的, 不能单独成为物权的客体, 但得为买卖或赠与出标的。甲有果园, 租乙经营, 租赁契约无效, 乙擅将其树上果实出售予丙。在此情形, 乙与丙间的买卖契约有效, 但丙尚未取得未分离果实的所有权。在乙将分离的果实交付丙时, 丙因善意受让而取得其所有权; 在丙经乙同意, 自将果实从原物分离, 而取得占有时, 亦有善意受让规定的适用。

② 船舶。指在海上或与海相通水面或水中航行之船舶(“海商法”第 1 条)。船舶不适用“海商法”者(“海商法”第 3 条), 依民法规定, 有动产善意取得规定的适用。“最高法院”1962 年台上字第 2242 号判例谓: “查系争渔船之总吨数仅为 5.09 吨, 有卷附基隆港务局通知可稽, 复为上诉人所不争执, 其既未满 20 吨, 依“海商法”第 3 条第 1 款规定, 即不能认系海商法上之船舶, 而应视为民法上所称动产之一。其权利之取得, 亦不以作成书面, 并经主管官署盖章证明为要件, 而质权人取得动产, 而受关于占有规定之保护者, 纵出质人无处分其质物之权利, 质权人仍得行使其质权, “民法”第 886 条定有明文。被上诉人由于诉外人陈金水设定质权而受让系争柴油机之占有, 上诉人既未能提出任何确切证据, 证明被上诉人系属恶意取得, 依上说明, 自非上诉人所得请求返还。”本件判例系针对动产质权的善意取得而言, 对动产所有权的善意受让, 亦有适用余地。

③ 经设定动产担保交易的动产。“动产担保交易法”创设附条件买卖(保留所有权)、动产抵押及信托占有三种不占有标的物动产担保制度。“动产担保交易法”第 5 条规定: “动产担保交易, 应以书面订立契约。非经登记, 不得对抗善意第三人。”经设定动产担保交易的动产亦得为善意取得的对象。例如, 甲以附条件买卖方式出售某电视机给乙, 乙在条件成就取得所有权前, 擅将该电视机出卖于丙, 并依让与合意交付时, 丙因善意受让而取得其所有权, 惟附条件买卖经登记者, 得对抗善意受让人。

④ 金钱、有价证券或股票。善意受让的动产包括金钱(第 951 条),例如擅以他人寄存的金钱清偿债务时,有善意受让规定的适用。

关于有价证券,第 951 条明定无记名证券得为善意取得的客体。股票得否善意取得,不无疑问。“最高法院”1970 年台上字第 278 号判决谓:记名股票为证明股东权之有价证券,而非动产,无“民法”第 948 条规定之适用。惟为贯彻背书制度与交易安全,似可类推适用票据善意取得的规定。^①

(2) 分别共有

分别共有,指数人按其应有部分,对于一物共享有其所有权(第 817 条)。例如,甲、乙共购一只日本秋田狗,约定应有部分各为 1/2。关于分别共有的动产善意受让问题,举三例加以说明:

① 甲、乙共有某狗,由乙保管,乙未得甲同意擅将该狗让售予丙,丙因善意受让取得其所有权。

② 甲、乙共有某狗,交丙训练,丙擅以该狗作为己有,出卖所有权 1/2 与丁,丁因善意受让该狗的共同占有,而成为分别共有人。

③ 在上举之例,若丙对丁表示其系该狗的共有人,应有部分为 1/2 时,受让人不能主张善意取得该应有部分,而成为分别共有人。法律仅推定物之占有人为单独所有人,而未推定其为在分量上享有一定比例的分别共有人,受让人对此项表示的信赖,不受保护。

(3) 被诈欺或胁迫为意思表示的撤销与第三人的善意取得

“民法”第 92 条第 1 项规定:“因被诈欺或被胁迫而为意思表示者,表意人得撤销其意思表示。但诈欺系由第三人所为者,以相对人明知其事实或可得而知者为限,始得撤销之。”同法条第 2 项规定:“被诈欺而为之意思表示,其撤销不得以之对抗善意第三人。”反面推论之,被胁迫而为之意思表示,其撤销得以对抗善意第三人。关于本条规定与第三人的善意取得,分诈欺与胁迫两种情形加以说明:

① 被诈欺而为意思表示与第三人的善意取得

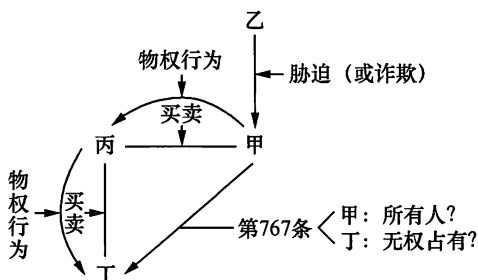
甲受乙诈欺,让售毕加索的版画予丙,丙转售丁,并交付之,其后甲之

^① 参见赖源河:《股票有无善意取得规定之适用》,载《公司法论文选辑》,第 1 页,《法律学研究》第 1 辑,政大法律学研究所。

以受诈欺为原由,撤销其与丙间的法律行为(买卖契约与物权行为)。法律行为经撤销者,视为自始无效(第114条第1项)。在此情形,丙自始未取得该版画所有权,丙出售该版画予丁,系出卖他人(甲)之物,仍属有效,物权行为则为效力未定。丁得主张甲不得以其无效对抗善意第三人。丁亦得主张善意取得该版画所有权(第948条)。甲受乙诈欺而交付版画于丙,该版画由丙占有系基于甲的意思,不构成盗赃,无第949条规定的适用。

② 被胁迫而为意思表示与第三人的善意取得

甲受乙胁迫,贱售张大千的泼墨山水画予丙,丙转售予丁,并交付之,其后甲以受乙胁迫为由,撤销其与丙间的法律行为(买卖契约与物权行为)。法律行为经撤销者,视为自始无效(第114条第1项)。在此情形,丙自始未取得该画所有权,丙出售该山水画予丁,系出卖他人之物,买卖契约仍属有效,物权行为则效力未定。被胁迫而为之意思表示,其撤销固得以之对抗善意第三人,但此为一般规定,动产善意取得乃特别规定,应优先适用,故善意的丁因善意受让而取得该山水画的所有权。所谓盗赃,原则上不包括因胁迫而取得之物在内,故无第949条规定的适用。丁既因善意取得该画所有权,甲自无依第767条规定主张所有物返还请求权的余地(参阅下图)。



(三) 其他动产物权的善意取得

甲拥有名贵亦宛然布袋戏精致木偶,借乙展览,试就下列情形说明其法律关系:

- (1) 乙擅将该木偶作为己有,设定质权予丙时,善意之丙得否主张善意取得质权?
- (2) 乙将该木偶交丙修缮,善意之丙于修缮费未受清偿前,得否

留置该木偶?

(3) 乙擅将该木偶作为己有,设定动产抵押予丙,善意之丙得否主张取得动产抵押权?

动产物权,除所有权外,尚有动产质权、留置权及动产抵押权,兹分述其善意取得的问题如下:

1. 动产质权

动产质权,谓债权人对于债务人或第三人移转占有而供其债权担保之动产,得就该动产卖得价金优先受偿之权(第 884 条)。第 886 条规定:“动产之受质人占有动产,而受关于占有规定之保护者,纵出质人无处分其质物之权利,受质人仍取得其质权。”所谓受关于占有规定之保护,指第 948 条:“以动产所有权,或其他物权之移转或设定为目的,而善意受让该动产之占有者,纵其让与人无让与之权利,其占有仍受法律之保护”之规定。动产质权为第 948 条所谓“其他物权之设定”。兹分动产质权善意取得,盗赃或遗失物的例外,及典当业的特别规定三种情形加以说明。

(1) 动产质权的善意取得。以动产质权之设定为目的,而善意受让该动产之占有,纵出质人无处分其质物之权利者,受质人仍取得其质权(第 884 条、第 886 条)。例如,甲有某件精致木偶,借乙展览,乙擅将之作为己有,设定质权予丙,丙因善意受让该木偶之占有而取得质权。须注意的是,第 885 条规定:“质权之设定,因供担保之动产移转于债权人占有而生效力。质权人不得使出质人或债务人代自己占有质物。”由是可知,受让占有,不限于现实交付,即简易交付及指示交付亦可,惟不得依占有改定为之,以维持质权的留置效力。动产所有权因动产质权的善意取得而受限制。原权利人须俟担保的债权清偿后,始能请求返还。

(2) 盗赃或遗失物的例外。第 949 条规定:“占有物如系盗赃、遗失物或其他非基于原占有人之意思而丧失其占有者,原占有人自丧失占有之时起二年以内,得向善意受让之现占有人请求恢复其物。依前项规定恢复其物者,自丧失其占有时起,恢复其原来之权利。”本条规定,于动产质权的善意取得亦应适用。第 950 条系规定标的物之有偿恢复,仅适用于买卖或互易,对动产质权的设定取得,并不适用之。

(3) 典当业的特别规定。“民法物权编施行法”第 20 条规定:“民法物权编修正前关于质权之规定,于当铺或其他以受质为营业者,不适用

之。”原“典押当业管理规则”，现已改为“当铺业法”。原“典押当业管理规则”第17条（现为“当铺业法”第26条，2001年6月6日公布，阅读之）规定：“收当物品中如经有关机关查明确系赃物时，其物主得依质当原本取赎，但经查证其明知为赃物，而故为收受者，应无偿发还原物主。”

“典押当业管理规则”第17条规定是否违反“民法”第949条规定，“司法院”大法官会议释字第26号解释采否定说，认为典押当业，既系受主管官署管理，并公开营业，其收受典押物，除有明知为赃物而故为收受之情事外，应受法律之保护。“典押当业管理规则”第17条之规定，旨在调和恢复请求权人与善意占有人之利害关系，与“民法”第950条之立法精神，尚无违背，自不发生与同法第949条之抵触问题。“最高法院”1981年台上字第1977号判决依据“大法官”此号解释，及“银楼业许可规则”第11条亦规定，银楼业收兑金银饰物中，如经有关机关查明确系赃物时，其物主得依收兑原价取赎，但经查证其明知为赃物，而故为收兑者，应无偿发还原物主。此项规定与“典押当业管理规则”第17条之规定，出于同一趣旨，故前开释字第26号解释，于银楼业收兑赃物时，非不得比照援用。

2. 留置权

新修正“民法”第928条规定：称留置权者，谓债权人占有他人之动产，而其债权之发生与该债权有牵连关系，于债权已届清偿期未受清偿时，得留置该动产之权。债权人因侵权行为或其他不法之原因而占有动产者，不适用前项之规定。其占有之始明知或因重大过失而不知该动产非为债务人所有者，亦同。由债权人占有“他人”的动产及“占有之始明知或因重大过失而不知该动产非为债务人所有……”的规定，可知债权人占有非属债务人所有的动产，亦能取得留置权，纵该动产系盗赃或遗失物亦然。

3. 动产抵押权

“动产担保交易法”第15条规定：“称动产抵押者，谓抵押权人对债务人或第三人不移转占有而就供担保债权之动产设定动产抵押权，于债务人不履行契约时，抵押权人得占有抵押物，并得出卖，就其卖得价金优先于其他债权而受清偿之交易。”同法第5条规定：“动产担保交易，应以书面订立契约，非经登记，不得对抗善意第三人。”此项不占有标的物之动

产抵押权得否善意取得,实值研究。^①

高等法院 1985 年度法律座谈会提出一则法律问题:融资性租赁之承租人,将租赁标的物之机器,伪称系自己所有,向第三人贷款,设定动产抵押权,并出具切结书,声请登记完毕。嗣因届期未能清偿,经第三人实行抵押权,声请拍卖抵押物,在强制执行程序中,出租人即真正所有权人,提起第三人异议之诉,是否有理由?说明:按本题的关键,在于动产抵押权得否适用善意取得。有下列两说:

甲说认为,在台湾地区“民法”动产物权之变动,系以占有为表征,故占有标的物者,即为所有人,信赖此项表征,从事法律行为者,纵表征与实质权利不符,亦应加以保护,本题“动产担保交易法”虽未设明文规定,依该法第 3 条规定,本法未规定者,适用“民法”规定,应类推适用动产质权之善意取得,且动产抵押,法律既明定不以受让占有为要件,其基本结构与“民法”质权既未尽相同,则在适用“民法”规定时,即不能纯作形式上之观察,而应探讨法律规定之基本精神及利益衡量之标准,在动产抵押,善意第三人所信赖者系无权处分人占有标的物之事实,此为善意取得之基础,故依法理言之,动产抵押权之发生即无须交付标的物,无受让占有之事实,即不应以受让占有为要件,始能保护善意抵押权人之利益,维护交易之安全(参见王泽鉴著《民法学说与判例研究》(第一册))。从而第三人因善意取得动产抵押权,其声请拍卖自属合法,真正所有权人提起第三人异议之诉应无理由。

乙说认为,(1)“民法”善意取得之规定,均以受让占有动产而受关于占有规定之保护为要件,此观“民法”第 801 条、第 948 条、第 886 条规定自明,而动产抵押权则系不以移转占有为特征,依“动产担保交易法”第 5 条规定,动产担保交易应以书面订立契约,非经登记不得对抗善意第三人,正因为不移转占有,故法律创设以登记为对抗效力,足见动产抵押与“民法”质权之要件并不相同,自不能类推适用,此参照“海商法”创设船舶抵押,学者即谓不得再适用民法之规定设定动产质权亦可证明。

(2)又查“动产担保交易法施行细则”第 6 条规定,登记时,应具备之

^① 参见苏永钦:《动产善意取得若干问题》,载《民法经济法论文集》(一),第 167 页(尤其是第 190 页)。

证件包括标的物之有所有权之证明文件或使用执照者,其文件或执照并应由债务人出具切结书担保标的物具有完整之所有权,足见设定动产抵押并非仅以占有动产为表征,如第三人仅凭债务人之切结书而设定动产抵押,自应依切结书所载向债务人请求损害赔偿,而不应类推适用而让第三人善意取得动产抵押权,从而真正之所有权人提起第三人异议之诉说应有理由。

结论:采乙说。“司法第一厅”研究意见为,研讨结果采乙说,核无不合。(发文字号:1985年2月25日厅民一字第118号函复台高院)

第六节 占有人与恢复请求人的权利义务

一、概说

甲有A马,被乙所盗,出售予善意的丙。A马生B马。因丙的受雇人丁的过失,致A马受伤,丙支出医药费,未能完全康复,价值减半。甲自被盗之时起2年之内,向丙请求恢复其物。试说明:

- (1) 甲与丙间的权利义务。
- (2) 丙为善意时,其权利义务有何不同,为何不同?
- (3) 试比较说明“民法”第952条以下规定与“民法”一般规定解释适用结果的不同及差别待遇的立法理由。

(一) 三个基本问题

无权占有某物,依法应返还于请求人时,发生以下三个问题(请再阅读前揭例题):

- (1) 物的使用收益,应否返还?
- (2) 物的灭失毁损,应否赔偿?
- (3) 对物支出费用,应否求偿?

对此三个问题,本得适用“民法”一般原则,即关于物的使用收益,依不当得利;关于物的灭失毁损,依侵权行为;关于对物支出费用,依无因管

理或不当得利。惟日本、瑞士及德国民法立法例多另设规定^①，台湾地区“民法”斟酌损益，设第 952 条至第 959 条，以资规范，为便于观察，列表如下：

占有别		善意	恶意
项目			
使用收益 (孳息)		于推定其为适法所有之权利范围内，得为占有物之使用、收益(第 952 条)	负返还孳息之义务，如已消费或因过失而毁损，或怠于收取者，应偿还孳息价金(第 958 条)
因可归责之 事由致占有 物灭失毁损 之赔偿责任	自主 占有	仅以因灭失或毁损所受之利益为限负赔偿责任(第 953 条)。善意占有人如因不可归责于自己之事由，致占有物灭失毁损者，对于恢复请求人虽不负损害赔偿，然善意占有人若因此受有利益，仍应依不当得利之规定负返还之责	1. 负全部赔偿责任(第 956 条) 2. 恶意、他主占有人因不可归责于自己之事由，致占有物灭失或毁损者，对于恢复请求人应无损害赔偿，然若因占有物之灭失或毁损受有利益者，则依不当得利规定负返还之责
	他主 占有	负全部赔偿责任(第 956 条)	
费用	必要费用	得请求偿还，但已就占有物取得孳息者，不得请求偿还通常必要费用(第 954 条)	得依关于无因管理之规定请求偿还(第 957 条)
	有益费用	于占有物现存之增加价值限度内，得请求偿还(第 955 条)	1. 法无明文 2. 得否依不当得利规定求偿尚有争议
	奢侈费用	1. 法无明文 2. 不得求偿	1. 法无明文 2. 不得求偿

^① 参见《日本民法》第 195 条至第 196 条，《瑞士民法》第 916 条至第 940 条。《德国民法》系规定于第 987 条至第 1003 条，明定为所有物返还请求权的从请求权(Nebensprüche)，其条文繁杂，区别过于苛细，解释适用上争论甚多，颇滋疑义。台湾现行“民法”系采《日本民法》及《瑞士民法》立法例，较为简明。参见我妻荣、有泉亨：《物权法》，第 496 页；《瑞士民法》的解释适用，参见 Hindenling, Der Besitz, in: Sachenrecht, Schweizerisches Privatrecht, S. 508f.; 德国法上的主要著作，参见 U. Köbl, Das Eigentümer-Verhältnis in Anspruchssystem des BGB, 1971; Pinger, Funktion und dogmatische Einordnung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, 1973。

(二) 规范目的及法律性质

1. 规范目的

“民法”所以特设第 952 条以下规定,而不径适用“民法”一般规定,旨在优惠善意占有人。^① 兹举一例加以说明:

甲有 A 马,被乙所盗,出售予善意之丙,A 马生 B 马,A 马因丙的过失而死亡。在此情形,甲于自被盗之时 2 年内向丙请求恢复其物,而适用“民法”一般规定时,甲得依“民法”第 767 条规定,向丙请求返还 B 马,依第 184 条第 1 项前段规定请求 A 马死亡的损害赔偿。惟依第 952 条规定,丙取得 B 马(孳息)所有权。依第 953 条规定,丙对 A 马的死亡,仅以所受利益为限,负赔偿责任。

2. 法律性质

占有人与恢复请求人的权利义务,性质上系属一种法定债的关系,除第 952 条以下有特别规定外,原则上应适用债编通则规定,例如债权得为让与(第 294 条),占有主人对占有辅助人的故意或过失,应以自己的故意或过失负同一责任(第 224 条);给付迟延时,债务人对于因不可抗力而生的损害,亦应负责(第 231 条第 2 项)。

须注意的是,占有人与恢复请求人间的请求权虽系从属于所有物返还请求权等主请求权,但其本身系独立之债的请求权,得脱离主请求权(如所有物返还请求权)作为处分的客体。所有权让与时,此类已发生的从请求权,并不随同移转。在诉讼上,主请求权与此类从请求权为多数的诉讼标的。

(三) 善意与恶意

1. 善意

关于占有人对于恢复请求人的权利义务,“民法”系以占有人的善意或恶意为体系构成因素。所谓善意,指不知其为无权占有,而所谓不知,指误信其有占有的权利,且无怀疑而言。其非善意的,即为恶意。占有入有于取得占有之时,即为恶意,如故买盗赃。有于其后成为恶意的,如承租其屋后始知其租赁契约无效时,应自明知其无占有的权利时起,负恶意

^① 参见史尚宽:《物权法论》,第 526 页;郑玉波:《民法物权》,第 489 页;谢在全:《民法物权法》(下),第 566 页。

占有人责任。须注意的是,“民法”第 959 条规定:“善意占有人,自确知其无占有本权时起,为恶意占有人。善意占有人于本权诉讼败诉时,自诉状送达之日起,视为恶意占有人。”所称“确知其无占有本权”,如所有人已向占有人提出权利文件或国家机关对其发出返还占有物之通知。所谓“本权诉讼败诉”,指实体裁判确定而言。

2. 占有辅助人的恶意

占有经由占有辅助人而取得的,在现代分工交易社会,颇为常见。占有辅助人的恶意,如何归由占有主人负担,学说上得有三种见解:

(1) 类推适用“民法”第 105 条规定,其善意或恶意的事实,应就占有辅助人决定。

(2) 类推适用“民法”第 188 条第 1 项规定,视占有主人是否尽其选任监督义务而定。

(3) 依取得占有过程而定。在依法律行为取得占有之情形,类推适用“民法”第 105 条规定;在其他情形,则类推适用“民法”第 188 条第 1 项规定。比较言之,以第三说较为可采,兹举二例加以说明:

① 甲向乙承租某车,由司机丙受让其占有,丙知其租赁契均不成立时,应类推适用“民法”第 105 条,由甲负恶意占有人责任。

② 甲雇用乙开垦林地,乙故意占用丙的土地种植树苗,开辟林道,甲对乙未尽选任监督义务时,应类推适用“民法”第 188 条第 1 项规定,负恶意占有人责任。

3. 未成年人的恶意与识别能力

占有者为未成年人时,为贯彻民法保护未成年人的基本原则,恶意的成立应类推适用“民法”第 187 条规定,以占有人是否具有识别能力加以认定。

(四) 占有恢复关系的当事人

“民法”第 952 条以下规定的恢复请求人,不限于所有人,凡基于物权或债权关系,得请求恢复其物的占有,皆属之。占有人包括直接占有和间接占有人。例如,甲有某小提琴,出租予乙,被丙所盗,出借予丁时,甲或乙得向丙或丁请求返还该琴,而有第 952 条以下规定的适用。

(五) 消灭时效

关于占有人与恢复请求人间请求权的消灭时效,“民法”未设特别规定,应适用“民法”第 125 条,其请求权,因 15 年间不行使而消灭。

二、占有物的使用收益

甲有某屋,出售予乙,并即办理移转登记。乙将该屋出租予丙,经营 KTV。半年后甲以受第三人胁迫为理由,撤销买卖合同及物权行为。分别就乙、丙为善意或恶意,说明甲与乙、丙间的权利义务。

(一) 善意占有人

1. 得为占有物的使用收益

(1) “民法”第 952 条规定。“民法”第 952 条规定:“善意占有人于推定其为适法所有之权利范围内,得为占有物之使用、收益。”立法理由谓:“善意之占有人,既推定其有适法之权利,自应使其得使用及收益占有物,即其取得之孳息亦无归还于恢复占有物之义务,盖历年取得之孳息,若令其悉数返还,善意之占有人,必蒙不测之损害,非保护善意占有人利益之道。”

所谓“于推定其为适法所有之权利范围内”,指有使用及收益的权利而言,如所有权、地上权、租赁权等。若占有人所行使的权利,依其内容无收益权(如寄托、动产质权、留置权)时,则纵令其占有系出于善意,亦不得为占有物之使用、收益。

所谓使用,指依物的用法而加利用,如乘坐车辆,演奏乐器,居住房屋,以牛耕地,以马运货。所谓收益,指收取占有物的天然孳息或法定孳息,如种稻收谷,赁屋收租。所谓得为使用收益,指善意占有人得享有使用,取得孳息。收取的孳息已消费的,无须偿还其价额;未消费的,得保有之,不必返还。

关于善意的时间,收益为天然孳息时,以其由原物分离之时为准;收益为法定孳息时,按善意存续期间的日数,取得其相当期间的孳息(第 70 条)。在善意存续期间,占有人对物有使用权。

(2) 无偿取得善意占有人。值得注意的是,《德国民法》第 988 条规定善意占有人系无偿取得物的占有时,应依不当得利规定返还其所取得的使用收益。“民法”未设此项例外规定,对善意占有人特为优惠。例如,甲有 A 马,被乙所盗,赠与善意之丙,而甲向丙请求恢复 A 马时,丙仍得保有 A 马所生的 B 马及出租 A 马所收取的租金。

2. 不当得利的特别规定

善意占有人,依推定其为适法所有之权利,既得为占有物之使用收益,就其使用收益,自不必依不当得利规定负返还责任。至其理由,学说上有认为“民法”第952条系善意占有人享有占有物使用收益之法律上原因,故无不当得利可言。^①实务上则认为,本条系排除不当得利的特别规定,“最高法院”1988年台上字第1208号判决谓:按占有人于占有物上行使之权利,推定其适法有此权利。又善意占有人依推定其为适法所有之权利,得为占有物之使用及收益。分别为“民法”第943条、第952条所明定。是占有人因此项使用所获得之利益,对于所有人不负返还之义务,此为不当得利之特别规定,不当得利规定于此无适用之余地。不动产占有人于其完成物权取得时效并办毕登记时,就时效进行期间之占有人,亦应解为有上述规定之适用,方能贯彻法律保护占有人之意旨。本件上诉人既系善意占有人,且在系争土地上行使地上权,并因地上权取得时效完成,办毕地上权登记,则其于地上权取得时效进行期间就占有之土地,自有以建筑物为目的而为使用之权,对于此项使用所获得之利益,依上说明,即无返还所有人即被上诉人之义务,被上诉人依不当得利规定,请求上诉人返还利益,于法难予准许。此项见解,可资赞同。

(二) 恶意占有人

1. 孳息的返还

“民法”第958条规定:“恶意占有人,负返还孳息之义务,其孳息如已消费,或因其过失而毁损,或怠于收取者,负偿还其孳息价金之义务。”立法理由谓:“恶意占有人,当其占有之时,逆知将来须以其占有物所生孳息,及占有物共返还于恢复占有物人,纵使其返还现存之孳息,并清偿现已无存孳息之价金,必不至因此而受不测之损害。”占有人是否恶意,以收取孳息或孳息可得收取时为准。

所谓孳息,包括天然孳息和法定孳息。所谓孳息已消费,应从广义解释,包括出售或赠与。所谓因其过失而毁损,例如,收取的小马,因饲养不当而生病或死亡。所谓怠于收取,指应收取而不收取,例如,甲向乙购买果园,经法院判决其买卖契约及物权行为无效,应返还果园,甲任意让果实腐烂。孳息的价金应依交易上客观价值定之,自不待言。

^① 参见谢在全:《民法物权论》(下),第563页。

2. 对占有物的使用

第 958 条仅规定恶意占有人返还孳息的义务,惟与第 952 条对照观之,恶意占有人对占有物亦无使用的权利。因此学说上有认为“孳息”应解为包括使用占有物所得的利益在内,使恶意占有人负偿还价额的义务。此项结论,可资赞同,惟何谓孳息,法有定义(第 69 条),解释上尚难包括物的使用利益,衡诸第 958 条规定之立法目的,应类推适用之。

(三) 直接占有与间接占有上的使用收益

甲有某屋,出卖予乙,并移转其所有权。乙出租该屋予丙。若甲与乙间的买卖契约和物权行为不成立、无效或被撤销时,甲得依“民法”第 767 条规定向乙(间接占有人)或丙(直接占有人)请求恢复其物。关于对占有物使用收益的返还,分四种情形加以说明:

(1) 直接占有人与间接占有入均为善意。在此情形,直接占有人与间接占有入均有使用收益的权利。就上举之例而言,丙得使用房屋,乙得保有收取的租金。

(2) 直接占有人与间接占有入均为恶意。在此情形,直接占有人与间接占有入均无使用收益的权利。就上举之例而言,甲得向丙请求偿还使用房屋的价额,或向乙请求返还收取的租金。

(3) 直接占有入为善意,间接占有入为恶意。在此情形,直接占有入有使用收益的权利。间接占有入无使用收益的权利。就上举之例而言,丙得使用房屋,乙应返还收取的租金。

(4) 直接占有入为恶意,间接占有入为善意。在此情形,直接占有入无使用收益的权利,间接占有入有使用收益的权利。就上举之例而言,丙应偿还使用房屋的价额,乙得保有收取的租金。

三、占有物灭失或毁损的赔偿责任

1. 甲有某车,出售予乙,乙的司机超车不慎,与闯红灯之丙所驾之车相撞,丙赔偿 2/3 的损害。乙以半价让售该车予善意之丙,并即交付之。其后发现甲为受监护宣告之人。试分别就乙为善意或恶意,说明当事人间的法律关系。

2. 甲有西藏木雕千手观音佛像,寄托于乙,乙死亡后,其继承人丙将该木雕佛像让售于丁,由丁善意取得其所有权。试问甲得否依“民法”第 956 条规定向丙请求损害赔偿?

（一）善意占有人

1. 立法目的

“民法”第953条规定：“善意占有人就占有物灭失或毁损，如系因可归责于自己之事由所致者，对于恢复请求人仅以灭失或毁损所受之利益为限，负赔偿之责。”立法理由谓：“占有物灭失毁损，其事由应归责于占有人者，若其占有人系善意占有人，又为自主占有人时，应使依不当得利之原则，将受益额悉数清还恢复占有物人，否则必令其负赔偿全部赔偿之义务，未免过酷，故设本条，以保护善意自主占有之利益。”由此可知本条规定旨在保护善意自主占有人。

2. 占有人的意义

所谓占有人，系指自主占有人，不包括他主占有人。他主占有人明知占有他人之物，必须返还，应注意义务。例如，甲出租某机车予乙，乙不知租赁契约无效，因过失致该车毁损或灭失时，无本条的适用，乙应依“民法”第956条规定负赔偿责任。

3. 可归责于占有人自己的事由

所谓可归责于占有人自己之事由，指占有人对于占有物的灭失或毁损具有故意或过失。占有人对占有辅助人的故意或过失，应与自己的故意或过失负同一责任（第224条）。占有物的灭失或毁损系因不可抗力时，善意占有人不负赔偿责任。

4. 灭失或毁损

所谓灭失，指占有物全部毁灭，如屋遭火焚，玉杯破碎，或占有物因添附而丧失其所有权。所谓毁损，指占有物部分受损，如刮伤车身、污染地毯，占有人不使用占有物或滥用占有物，致其价值贬损，亦应包括在内。

5. 损害赔偿范围

损害赔偿范围限于因灭失或毁损所受的利益，系采不当得利原则，以限制其责任。所受的利益，如占有物投有保险时，其保险金；占有物因添附而灭失时，其偿还价额（第816条）；占有物被第三人侵害时，其损害赔偿。

6. 适用范围：占有物的无权处分

第953条所定“占有物灭失或毁损”，应否扩张解释包括因其他事由不能返还，尤其是因善意占有人无权处分占有物，致第三人善意取得其所

有权的情形在内,发生争议。多数学者采肯定的见解^①,但亦有采否定说,认为:“学者间虽多依德国民法第 989 条规定,为肯定之解释。但德国民法第 989 条明定:占有人自诉讼系属之日起,因可归责于自己之事由,致物受毁损、灭失,或由于其他原因不能返还而生损害者,对于所有权人应负责任。与台湾“民法”第 953 条之规定,不但列举之范围不同(台湾“民法”非未列举不能返还之情形),而且责任之轻重亦不一致(德国民法非以所受之利益为限),自难为同一之解释。如有因可归责于善意占有入之事由,致占有物不能返还者,恢复请求人当可依侵权行为之规定请求损害赔偿。”^②本书采肯定说,应说明的有三点:

(1) “民法”第 953 条与《德国民法》第 989 条规定^③,确有不同,不能依《德国民法》第 989 条规定而为解释。

(2) 所谓灭失,解释上得包括物理的灭失及法律上的灭失,二者在法律价值判断上应作相同的处理。物理的灭失时,其赔偿责任限于所受的利益,法律上灭失时,则依侵权行为规定负赔偿责任,此种区别似非合理。

(3) 肯定第 953 条规定对法律上灭失的适用,其主要实益在使请求人得依此规定请求无权处分人所得的对价。例如,占有人将占有物让与第三人,第三人因善意受让取得其所有权时,恢复请求人得请求占有人交付出卖占有物的价金;但其赔偿额不得超过实际所受损害,如占有物价值为 1 万元而出售的价金为 1.5 万元时,仅得请求 1 万元。在此种无权处分的情形,亦得成立不当得利请求权,发生竞合关系。至于善意占有人将占有物赠与善意第三人,未受有利益,自无须负赔偿责任。

(二) 恶意占有人

“民法”第 956 条规定:“恶意占有人或无所有意思之占有人,就占有物之灭失或毁损,如系因可归责于自己之事由所致者,对于恢复请求人,负赔偿之责。”立法理由谓:“恶意占有人,或无所有意思之占有人,皆明知其占有物属他人所有,故占有物灭失毁损,其事由应归责于恶意占有人,及无所有意思之占有人时,应使其向恢复占有人赔偿全部损害。”

① 参见史尚宽:《物权法论》,第 527 页;谢在全:《民法物权论》(下),第 579 页。

② 姚瑞光:《民法物权论》,第 414 页。

③ 关于《德国民法》第 989 条的解释适用,参见 Soergel-Mühl § 989.

本条所规定的责任主体包括恶意占有人或他主占有人。所谓可归责于自己之事由,指故意或过失而言,占有人对占有辅助人的故意或过失,亦应与自己的故意或过失,负同一责任。返还占有物给付迟延时,对因不可抗力而生的损害,亦应负责(第231条第2项)。所谓灭失或毁损,包括其他不能恢复的情形。须注意的是,窃盗因故意或过失致赃物灭失者,固应负本条责任。窃盗无权处分之赃物,因受让人为善意,所有人于2年内未请求恢复,致丧失其所有权时,亦有本条的适用。又“最高法院”1961年台上字第1194号判例谓:盗赃之故买人,依“民法”第949条之规定,被害人本得向之请求恢复其物,如因其应负责之事由不能恢复时,依“民法”第956条之规定,亦不得谓无损害赔偿之责任。可资参照。^①所谓赔偿,包括所受损害及所失利益,其赔偿范围不限于所受利益。

(三) 因不可归责于占有人的事由,致占有物灭失或毁损

“民法”第953条及第956条系规定,占有人就占有物灭失或毁损的损害赔偿 responsibility,其范围因占有人为善意或恶意而有不同,但均以可归责于自己的事由为要件。占有人(无论其为善意或恶意)非因可归责自己的事由,致占有物灭失或毁损时,应适用一般规定。兹举二例加以说明:

1. 甲非因过失不知其占有的录像机为乙所有,而出售予丙,为丙善意取得时,甲就其取得的价金,应依不当得利规定(第179条以下)返还予乙。

2. 甲出借数件台湾雅美族原始文物供乙展览,乙投有保险,借期届满后,该批文物意外灭失时,甲得依“民法”第225条第2项规定,向乙请求交付其受领的保险金。

四、对占有物费用支出的偿还

甲有某60年代德国金龟车,被乙无权占有,甲请求恢复其车时,

^① 参见“最高法院”1974年5月28日,1974年度第三次民庭庭推总会议决议:赃物之故买(或收受、搬运、寄藏或为牙保)已在被害人因窃盗、抢夺、强盗等侵权行为受有损害之后,盗赃之故买人,(或收受、搬运、寄藏或为牙保人)对被害人系成立另一侵权行为。又盗赃之故买人,收受人或寄赃人依“民法”第949条之规定,被害人本得向之请求恢复其物,如因其应负责之事由,不能恢复时,依同法第956条之规定,亦应负损害赔偿 responsibility。是盗赃之故买人(或收受、搬运、寄藏或为牙保之人)与实施盗赃之人,不构成共同侵权行为。

于下列情形就乙为善意或恶意说明乙得向甲主张的权利：

- (1) 乙定期保养该车，支出费用。
- (2) 该车遭洪水淹没。
- (3) 乙为重大修缮。
- (4) 乙将该车的手摇门窗，改为电动。乙将该车改漆自己喜爱的颜色。

占有人对占有物支出费用，甚为常见，如何一方面不使支出者受有损失，一方面又不能使恢复请求人增加负担，设合理的规范，实费斟酌。^① 现行“民法”系以占有人的善意或恶意为基准，区别必要费用及有益费用，而设其规定。分述如下：

(一) 善意占有人

1. 必要费用

(1) 通常必要费用

“民法”第954条规定：“善意占有人，因保存占有物所支出之必要费用，得向恢复请求人请求偿还。但已就占有物取得孳息者，不得请求偿还通常必要费用。”立法理由谓：“占有物所必要之费用，为保存其物所不可缺者，应使善意占有人，得向恢复占有物人请求偿还。然通常所必要之费用，例如小修缮费，大抵皆由所收取孳息中支用，若善意占有人已取得孳息者，此项费用，即归其担负，不使请求清偿，以昭公允。”

所谓必要费用，指因保存或管理占有物通常必要的费用，如简易修缮费、饲养费、税捐、公寓大厦管理费、汽车定期保养费等。支出的费用是否必要，以支出时的情事，依客观标准认定。^② 此等通常必要费用，原则上得请求偿还，但善意占有人已取得孳息者，不得请求偿还，因通常必要费用皆自孳息中支出，彼此相抵，二者价值是否相当，则所不问，纵必要费用多于孳息，善意占有人亦不得请求差额。

^① 此为德国法上争论甚多的问题，参见 Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 102; Schwab/Prütting, Sachenrecht, S. 233; Westermann/Gursky, Sachenrecht, I. S. 219(附有详细参考资料)。关于德国法与美国法的比较研究，参见 Möbrenschlager, Der Verwendungsersatzanspruch des Besitzers im angloamerikanischen und deutschen Recht, 1971.

^② “最高法院”1955年台上字第21号判例谓：“民法”第957条所谓因保存占有物所支出之必要费用，系仅指因占有物之保存不可欠缺所支出之费用而言，至支出之费用是否具备上述要件，应以支出当时之情事，依客观的标准决定之。此项见解于“民法”第954条亦有适用余地。

(2) 特别必要费用

所谓必要费用,除前述通常必要费用外,尚有所谓的特别必要费用(或称临时必要费用),如房屋遭地震,汽车被洪水淹没而支出的重大修缮费用。在此情形,善意占有人纵已收取孳息,仍得请求偿还。

2. 有益费用

“民法”第955条规定:“善意占有人,因改良占有物所支出之有益费用,于其占有物现存之增加价值限度内,得向恢复请求人,请求偿还。”所谓有益费用,指因利用或改良占有物,且增加其价值的费用,例如,以土填平城壕空地^①,将木窗改成铝门窗,将汽车门窗由手摇改为电动等。占有物的价值既因改良而增加,应使善意占有人于现存限度内得请求偿还,否则恢复占有物人将获不当得利,不足以昭公允。

3. 奢侈费用

善意占有人就占有物所支出的费用,除必要费用或有益费用外,尚有所谓的奢侈费用。立法理由谓:“奢侈费为占有人因快乐或便利而支出之费用,不能向恢复占有物人请求清偿,权衡事理,可以推知,无须另设明文规定。”

属于奢侈费用的,例如为宠物美容,更换汽车颜色等。关于如何判断奢侈费用,“最高法院”1992年台上字第222号判决谓:“所谓奢侈费用乃超过物之保存、利用或改良所必要而支付之费用,系争房屋经上诉人在法定空地增建,于屋顶加盖铁厝,并将楼梯拆迁,被上诉人并未因系违章建筑而请求上诉人拆除、恢复原状,亦未经拆除大队,依违章规定予以拆除,是该违建部分以及楼梯拆迁,似为被上诉人现实所使用。然则该部分所支出之费用,能否谓系超过物之保存,利用或改良所必要之奢侈费用,已滋疑义。”

(二) 恶意占有人

1. 必要费用

“民法”第957条规定:“恶意占有人,因保存占有物所支出之必要费用,对于恢复请求人,得依关于无因管理之规定,请求偿还。”恶意占有人

^① 参见最高法院1948年上字第6226号判例:“上诉人等擅自使用公有城壕所费甚巨,确属真实,除得向土地所有人请求返还,因此所增加之价值外,要不能谓已取得土地上之任何权利,因而主张优先承租。”

的求偿,受有两项限制:一为限于必要费用;二为只许依无因管理的规定,请求恢复占有物之人清偿其必要费用,其求偿范围较善意占有人所得请求偿还者为狭。

本条所谓必要费用,除通常必要费用外,应包括特别必要费用在内。所谓得依关于无因管理规定,请求偿还必要费用,系指依无因管理的法律效果而言。^①分三点加以说明:

(1) 必要费用的支出利于恢复请求人,且不违反其意思,例如医治病牛,修缮遭台风毁损的屋顶。在此情形,恶意占有人得依“民法”第176条第1项规定,请求偿还其支出的费用。

(2) 必要费用之支出,虽违反恢复请求人明示或可得推知之意思,但系为恢复请求人尽公益上之义务(第174条第2项),例如缴纳地价税、汽车牌照税时,恶意占有人仍得依“民法”第176条第1项规定,请求偿还其支出的费用。

(3) 必要费用支出不利于本人,或违反恢复请求人明示或可得推知之意思,例如占住他人即将拆除的房屋而修缮。在此情形,恢复请求人主张享有该费用支出之利益时,以所得利益为限,恶意占有人得请求偿还(第177条)。^②

① 参见“最高法院”1954年台上字第433号判例:上诉人就其占有之系争房屋关于建筑未完工部分出资修建,系在被上诉人向原所有人某甲买受之后,业经两造因本权涉讼,上诉人受败诉之判决确定在案。依“民法”第959条之规定,上诉人自本权诉讼系属发生之日起,即应视为恶意占有人,固不得依同法第955条,以改良占有物所支出之有益费用为原因,请求偿还。惟恶意占有人因保存占有物所支出之必要费用,对于恢复请求人,依关于无因管理之规定请求偿还,仍为同法第957条之所许。

② 相关问题,参见“最高法院”2002年台上字第887号判决:1999年4月21日修正2000年5月5日施行前之“民法”债编177条,固未如修正后之第2项增设有“准无因管理”之规定而得准用同条第1项“未尽义务人无因管理”之规定向本人请求其所得之利益,且该准无因管理人明知他人之事务而以自己之利益为管理,如属恶意之不法管理,衡诸诚信原则,亦不得径依同法第816条按关于不当得利之规定请求偿金。惟该无因管理人若为恶意占有人,其因保存占有物不可欠缺所支出之必要费用,自仍得依关于无因管理之规定对本人请求偿还,此观同法第957条规定甚明。查原审既认定上诉人为不法管理之恶意占有人,鸠工整建系争房屋经添附新建材并增建面积后其残存价值达157600元,竟又谓上诉人上述整建仅属改良房屋之行为而非保存该房屋所必要之支出,不得依“民法”第957条之规定为请求云云,显然忽略该“改良费用”之中在系争房屋原面积范围内者似仍含有其“必要费用”在内。果尔,则能否否认上诉人不得请求该整建房屋所支出之必要费用,已非无疑。

2. 有益费用

恶意占有人得否请求因改良占有物(如粉刷患有壁癌的墙壁,更换破旧的地板为瓷砖)所支出的有益费用?“民法”对此未定明文,立法理由说明所以未设规定,乃在否定恶意占有人的请求权,略谓:“恶意占有人,明知无占有其物之权利,只许将必要之费用,依无因管理之规定,向恢复占有物人请求清偿,至其所出之有益费,不在请求清偿之列。盖此项费用,若许其请求清偿,恶意占有人可于其占有物多加有益费,借此以难恢复占有物人。”

问题在于恶意占有人得否主张不当得利请求权?“最高法院”1972年台上字第1004号判决采肯定说,认为:“必要费用,固得依关于无因管理之规定请求偿还(“民法”第957条),其所支出之有益费用,固亦得依不当得利之规定请求返还,但恶意占有人不得于其所负担使用代价返还扣除之,应另行请求。”^①关于恶意占有人得否依不当得利规定请求返还有益费用,本书曾采参酌前揭立法理由,衡量当事人利益,考虑不当得利原则及德国通说^②,而采否定说。^③兹改采肯定说,认为仍应有不当得利请求权的存在,其理由有三^④:

(1) “民法”关于占有恢复请求关系的规定,乃在平衡占有人因支用费用,而实际发生的财产减少。不当得利旨在取去无法律上原因而生财产增加,其应返还的范围非系占有人实际上对物所支出者,而是于受益人尚存的利益。二者之规范目的不同,不生排除问题。

(2) 若采否定说,则占有某物而支出有益费用者,无不当得利请求权,其未占有某物而支出有益费用者,却得主张不当得利请求权。此项差别待遇欠缺合理依据。

(3) 采否定说的主要理由,系为避免增加恢复请求人的负担,确有所据。然此在不当得利亦可获得合理解决,即受益人得主张此种强加于其物的支出,对其而言,非属受有利益或所受利益不存在。例如,甲无权占

① 载《法令月刊》第24卷,第7期,第22页。

② Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 698ff.; BGHZ41, 157ff.

③ 参见拙著:《恶意占有人对有益费用之不当得利请求权》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版,第269页。

④ Koppensteiner/Kramer, S. 204ff.; Larenz/Canaris, Schuldrecht, Bd. II. Halband II, S. 345ff.; Löwenheim, Bereicherungsrecht, 2. Aufl. 1988, S. 118ff.

有乙的房屋,修缮其围墙,乙得主张其围墙原预定拆除,所受利益不存在,不负返还责任。

(三) 占有人的留置权、同时履行抗辩权及取回权

1. 留置权

占有人请求偿还的费用,于未受清偿时,得就占有的动产,主张留置权,不因其为善意或恶意而异。但其动产系因侵权行为而占有者,则不得留置(第928条)。

2. 同时履行抗辩

“最高法院”1980年台上字第696号判决谓:“民法”第955条所定善意占有人因改良占有物所支出之有益费用偿还请求权,与土地所有人之恢复请求权,非因契约而互负债务,不生同时履行问题。上诉人谓曾对讼争土地支出有益费用一节,纵令属实,亦应另行请求,要不得作为拒不还地之依据。此对恶意占有人的支出必要费用偿还请求权,亦得适用,自不待言。

3. 取回权

占有人对占有物支出费用,有增添设备,如加装双重铝门、铺设地砖或种植花草等。对此等设备,于不因分离而损害占有的范围内,占有人得取回之。

五、适用范围与竞合关系

甲有某屋出租予乙,乙擅自加装隔音设备、铝门窗,并将墙壁改漆自己喜爱的颜色,转租予丙,因丙之过失致房屋毁损。试就下列情形,说明“民法”第952条以下规定与不当得利或侵权行为规定的适用关系:

- (1) 甲与乙的租赁契约有效成立。
- (2) 甲与乙间租赁契约不成立、无效或被撤销。
- (3) 乙加装隔音铝门窗及转租系发生于租赁关系消灭之后。

(一) 适用范围

1. 占有人须为无权占有

“民法”第952条至第959条系规定占有人对恢复请求人的权利与义务,须以占有为无权占有为要件,此由区别善意占有与恶意占有即可知之。日常生活上的事例,如窃盗他人的动产、霸占他人的房屋、恶意

受让盗赃或遗失物的占有,或虽善意,但被害人或遗失人于被盗或遗失之时起2年内,请求恢复其物。

2. 基本关系不成立、无效、被撤销或解除

占有他人之物,系基于租赁、寄托、地上权或典权等法律关系时,其权利义务原则上应各依其基本关系定之。其所涉及的问题,以买卖、租赁为例加以说明:

(1) 买卖契约。买卖契约及移转标的物所有权的物权行为均不成立、无效或被撤销时,买受人占有标的物系属无权占有,有第952条以下规定的适用。在仅买卖契约不成立、无效或被撤销的情形,买受人基于有效的物权行为(物权行为无因性)取得标的物所有权,系属有权占有,应依不当得利规定负返还义务,无适用第952条以下规定的余地。买卖契约解除时,买受人须返还受领的标的物(第259条),应适用一般规定,亦无第952条以下规定的适用。

(2) 租赁契约。关于租赁关系,应分三种情形言之:

① 租赁关系有效存在。在此情形,承租人在租赁存续期间内占有租赁物,系属有权占有,关于租赁物的使用收益、灭失或毁损的损害赔偿,支出费用的偿还,应依租赁关系及一般原则处理之。

② 租赁契约不成立、无效或被撤销。在此情形,承租人自始无占有的权利,应适用第952条以下规定。

③ 租赁关系因终止或届期而消灭。在此情形,于租赁关系终止或届期前,应适用一般规定。租赁终止或届期后,承租人拒不返还租赁物时,构成无权占有,有第952条以下规定的适用。

(二) 竞合关系

1. 问题的说明

在第952条以下规定的适用范围内,占有物的返还有时不免与不当得利或侵权行为相伴而生,因此产生究应适用何种法规的难题。易言之,即第952条以下规定究属排除性的特别规定,抑得与其他请求权发生竞合关系。学者倪江表谓:“无占有权利之占有人,与恢复请求人间之法律关系,往往有与无因管理、不当得利、侵权行为或债务不履行所生之关系并存者,而本款所述之各种规定(本书作者注:指‘民法’第952条以下规定),则并不妨害此等规定之适用。在请求权发生竞合时,有请求权人,自得任择其一,以为行使。如行使其一,不能满足时,则得行使他一种,总以

达其目的为足。例如,窃盗他人之物,而占有之,经所有人请求恢复者,此时占有人,不但一面应负不当得利及侵权之责任,一面亦应负本款所述之责任。”^①系采绝对的请求权竞合说。郑玉波教授基本上亦采此见解,认为当事人得自由选择之,如发生请求权竞合时,权利人不妨择其有利者行使。^②

本书原则上赞同请求权竞合说,并认为法律为“保护”善意占有人,或“制裁”恶意占有人而设有特别规定时,应依其规范目的,排除一般规定的适用。兹分不当得利与侵权行为说明如下。

2. 占有恢复关系请求权与不当得利请求权

(1) 占有物的消费、添附或无权处分。“民法”第 953 条规定:“善意占有人就占有物之灭失或毁损,如系因可归责于自己之事由所致者,对于恢复请求人仅以灭失或毁损所受之利益为限,负赔偿之责。”又依民法第 956 条规定:“恶意占有人或无所有意思之占有人,就占有物之灭失或毁损,如系因可归责于自己之事由所致者,对于恢复请求人,负赔偿之责。”此两条规定并不排除返还之物因占有人消费、添附或无权处分,而应成立的不当得利。^③ 兹举三例加以说明:

① 甲无权占有乙所有的木炭,误以为己有而用之于烤肉,系使用他人之物而受有利益,无法律上之原因,应依不当得利规定负返还义务。

② 甲无权占有乙所有的油漆,不知非属己有而用之于漆墙,因添附而取得油漆所有权,应依不当得利规定支付偿金(第 811 条、第 816 条)。

③ 甲有某计算机,借乙使用,乙(或其继承人)擅将该计算机让售予善意之丙(丙善意取得其所有权),获得价金时,不论此项无权处分发生在使用借贷契约存续中、使用借贷终了后,或使用借贷契约自始无效,亦不论乙(或其继承人)善意与否,甲均得主张不当得利请求权。

(2) 使用收益

① 善意占有人。第 952 条规定:“善意占有人,于推定其为适法所有之权利范围内,得为占有物之使用、收益。”此项规定旨在优惠善意占有人,依其规范目的,应认为排除不当得利请求权。

① 倪江表:《民法物权论》,第 428 页。

② 参见郑玉波:《民法物权》,第 468 页;谢在全:《民法物权论》(下),第 567 页。

③ 参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年版,第 223 页;田中整尔:《占有论研究》,第二章:占有上不当得利,第 402 页;Larenz/Canaris, Schuldrecht, Band II. Halbband 2, II/2 S. 338f.

② 恶意占有人。第 958 条规定：“恶意占有人，负返还孳息之义务，其孳息如已消费，或因其过失而毁损，或怠于收取者，负偿还其孳息价金之义务。”本条规定并未排除不当得利请求权。例如，恶意占有人让售天然孳息于善意第三人，而由第三人取得其所有权时，应依不当得利规定返还其所得价金予恢复请求人。

(3) 支出费用

① 善意占有人。关于支出费用的偿还，“民法”区别占有人的善意与否，而设不同规定，即善意占有人，因保存占有物所支出之必要费用，得向恢复请求人请求偿还，但已就占有物取得孳息者，不得请求偿还通常必要费用（第 954 条）；因改良占有物所支出之有益费用，于其占有物现存之增加价值限度内，得向恢复请求人请求偿还（第 955 条）。此等规定系特别规定，排除不当得利的适用。

② 恶意占有人。第 957 条规定：“恶意占有人，因保存占有物所支出之必要费用，对于恢复请求人，得依关于无因管理之规定，请求偿还。”于此发生一项疑问，即恶意占有人对于占有物所支出的有益费用，得否依不当得利规定请求返还，此系甚有争论的问题。本书曾采否定说，今改采肯定说，得依不当得利请求返还，前已论及，敬请参阅。^①

3. 占有恢复关系请求权与侵权行为损害赔偿请求权

(1) 善意占有人的侵权责任。“民法”第 953 条规定：“善意占有人，就占有物之灭失或毁损，如系因可归责于自己之事由所致者，对于恢复请求人仅以灭失或毁损所受之利益为限，负赔偿之责。”此项规定旨在保护善意自主占有人，依其规范目的，应认排除侵权行为规定的适用。例如，甲有某捷克水晶杯，出售予乙，并为交付，乙不知甲系受监护宣告之人，其法律行为无效。乙保管该杯不周，致遭灭失。在此情形，甲向乙请求恢复该水晶杯时，依第 953 条规定，乙因该杯灭失未受有利益，不负赔偿责任。

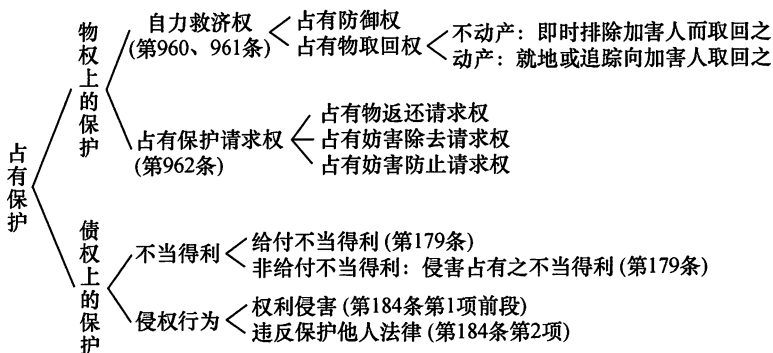
(2) 恶意占有人或他主占有人的侵权责任。“民法”第 956 条规定：“恶意占有人或无所有意思之占有人，就占有物之灭失或毁损，如系因可归责于自己之事由所致者，对于恢复请求人，负赔偿之责。”本条规定不排除侵权行为规定的适用。例如，甲有某车被乙所盗，乙驾车违规超速，发生车祸，致该车毁损时，甲得依“民法”第 956 条或第 184 条第 1 项前段规

^① 参见本书相关内容。

定,向乙请求损害赔偿。

第七节 占有的保护^①

“民法”对占有的保护,可分为物权法上的保护与债权法上的保护。前者包括占有人自力救济权(第960条、第961条)及占有保护请求权(第962条)。后者包括不当得利(第179条)与侵权行为损害赔偿请求权(第184条)。为便于观察,先行图示如下,再行说明:



一、占有在物权法上的保护

(一) 立法目的与规范机能

试查阅各级法院(尤其是“最高法院”)关于占有保护的判决,分析现行法之立法目的与规范机能,思考下述案例:

(1) 甲有某车,被乙所盗,甲于数日后发现该车,欲自力夺回时,乙得否以己力防御之?

(2) 在上例,设乙占有该车后,再被丙所盗时,乙得否以己力防御或向丙请求返还该车的占有?

1. 立法目的

“民法”物权编规定占有人的自力救济权与占有保护请求权,立法目的的在于维持物的秩序与社会平和,占有人或侵害人有无本权,均所不问,

^① Sosnitzer, Besitz und Besitzschutz, 2003.

诚如德国法学家 Jhering 在其名著《占有论》一书所云,强盗与小偷亦受保护^①,举三例加以说明:

(1) 甲向乙购买某狗,并已付款,乙迟不交狗,甲欲自行牵狗。在此情形,甲对乙虽有请求交付该狗的债权,乙仍得以己力防御;于该狗被甲侵夺后,乙得就地或追踪向甲取回之。

(2) 甲有某山坡地,被乙霸占开垦种植槟榔,其后甲欲强行夺回。在此情形,甲对该地虽有所有权,乙亦得以己力防御;于该地被甲侵夺后,乙得实时排除甲之侵夺而取回之。

(3) 甲有某车,被乙所窃,丙复自乙窃取该车。在此情形,乙对该车虽无任何权利,亦得以己力防御或取回之。该车被丙窃走后,乙得对丙主张占有物返还请求权。

占有被侵夺或妨害时,占有人的自力防御权与占有保护请求权得同时发生,成立竞合关系,前者须实时为之,后者期间为1年,堪称短暂,“民法”所以要如此规定,旨在保持占有现状,维护社会秩序,其后仅能依本权(尤其是所有权)另求救济。

2. 规范机能

关于占有人自力救济权或占有保护请求权,“最高法院”著有若干判例,相关的判决不多,其主要原因系此等权利仅具暂时性,最后常须依本权关系加以决定。此外,假处分亦具保全权利实现的功能,“最高法院”1972年台抗字第506号判例谓:“关于假处分之规定,于争执之法律关系有定暂时状态之必要者,准用之。民事诉讼法第538条定有明文。所谓法律关系,指金钱请求以外凡适于为民事诉讼之标的,有继续性的,皆属之,如所有权、通行权、占有状态、扶养义务、专利权等,被侵害或有争执时均是。”可资参照。

惟应指出的是,占有他人之物(如购买违章建筑)而无本权,或虽有本权(如租赁权)而不能对第三人主张的,亦属不少,故占有在物权上的保护,仍具实益。^② 须强调的是,不能仅因实务上案例较少,而低估一个

^① Jhering, Über den Grund des Besitzschutzes, 1869, S. 53: “Schutz des Besitzes heißt auch Schutz der Diebe.”

^② “最高法院”1954年台上字第176号判例谓:租赁物交付后,承租人于租赁关系存续中,有继续占有其物而使用收益之权利,故其占有被侵夺时,承租人自得对于无权占有之他人,行使其占有物返还请求权,此就“民法”第423条、第941条及第962条等规定观之甚明。

法律制度的社会功能,此应从诉讼外的效能加以评断,纯就沉淀于诉讼的案件去观察,难免误认法律的本质。

3. 共同占有

数人共同占有某物者,如共住一屋,共享一车等,关于其占有的保护,“民法”第963条之1规定:“数人共同占有一物时,各占有人得就占有物之全部,行使第九百六十条或第九百六十二条之权利。依前项规定,取回或返还之占有物,仍为占有人全体占有。”又依965条规定:“数人共同占有一物时,各占有人就其占有物使用之范围,不得互相请求占有之保护。”前已说明(本书第451页),敬请参阅。

(二) 对于占有的侵夺或妨害

试就下列情形,说明是否构成对于占有的侵夺或妨害,而有“民法”第960条或第962条的适用:甲擅自停车于乙车库之前,致乙不能进出。甲向乙借用望远镜观测哈雷彗星,借期届满,拒不返还。甲向乙购买西藏高原出产的冬虫夏草,业已付清价金,乙借故不交付,甲强行取走。甲无权占有乙的停车位,出租于善意之丙。

占有的保护以占有被侵夺或占有被妨害为前提,兹先就此加以说明,兹分别就其构成要件及占有瑕疵说明之:

1. 侵夺或妨害占有要件

(1) 侵夺或妨害占有的意义。所谓侵夺占有,指非基于占有人的意思而排除其对物的事实上管领力。易言之,指违反占有人的意思,将占有物之全部或部分移入自己之管领,如抢夺、窃取动产,霸占他人房屋,对他人土地擅设围障。对占有物的侵夺得为全部或部分,如使单独占有变为共同占有,全部占有变为部分占有。侵夺占有之人得为自己创设占有,或使第三人取得占有。占有辅助人擅行丢弃其管领之物,亦属对占有的侵夺。

所谓妨害占有,指非侵夺占有而妨碍占有人管领其物,致其使用可能性及利益遭受侵害。日常生活所常见的,如丢弃垃圾于他人土地,散放煤气、蒸气、臭气、烟气、热气、灰屑、喧嚣、振动及其他与此相类者侵入邻地。

占有的侵夺或妨害是一种流动的状态,乃量的问题,而非质的问题,有时颇难判断,例如停车于他人车库入口处,究为侵夺占有或妨害占有,不无疑问,但宜解为系妨害占有。擅在他人墙壁悬挂招牌,究属侵夺占有

或妨害占有,亦有争论,宜解为系侵夺占有,二者区别的实益在于“民法”第960条规定的适用,即第1项规定占有防御权适用于侵夺或妨害占有的行为,而第2项规定占有物取回权,则限于占有被侵夺的情形。

占有的侵夺或妨害包括作为,及负有作为义务而不作为,不以故意或过失为要件,是否具有意思能力,在所不问,故受监护宣告之人或精神丧失之人侵夺或妨害他人的占有时,仍有“民法”第960条或第962条规定的适用。

尚须说明的是,所谓对占有的侵夺或妨害,系针对直接占有而言。间接占有非属对于物为事实上管领力,而是一种观念化的占有或事实上管领力的拟制。通说认为,“民法”第960条所谓占有人,不包括间接占有。但第962条所谓占有人则又包括之,在此情形,其间接占有是否被侵夺,应就直接占有人决定之。

(2) 非基于占有人的意思。占有的侵夺或妨害须非基于占有人的意思。对占有的侵害得占有人的同意时,非属禁止的私力。占有人为此同意,无须有行为能力,只要有自然的意思能力,即为已足。因错误、诈欺或胁迫而丧失占有,占有人的意思纵被撤销,仍不构成对占有的侵夺。

占有人的同意,须于侵夺或妨害占有时存在,事先表示的同意,得随时撤回之。此项同意,指直接占有人的同意,间接占有人的同意不包括在内。占有辅助人的同意,非经占有人授权,不生效力,自不待言。

须特别提出的是,当初系基于占有人之意思而移转占有时,虽其后反于占有人之意思而占有,亦不得谓系侵夺。例如,在租赁关系存续中,承租人向出租人表示以所有的意思而占有,或在租赁关系消灭后,承租人拒不返还租赁物而继续占有,均不成立对占有物的侵夺。诚如“最高法院”1993年台上字第2276号判决所云,“民法”上占有物返还请求权之行使,以占有人之占有被侵夺为要件,观于“民法”第962条之规定而自明。所谓占有之侵夺,系指违反占有人之意思,以积极之不法行为,将占有物之全部或一部分移入自己之管领而言。若承租人于租赁期间届满后,未将租赁物返还者,因租赁物原系基于出租人之意思而移转占有于承租人,其后承租人纵有违反占有人意思之情形,既非出于侵夺,出租人尚不得对之行使占有物返还请求权。

(3) 违法性。占有虽属事实,但既受法律保护,侵害占有,除有违法阻却事由外,当然具有违法性。违法阻却的主要事由,如正当防卫、自助

行为、相邻关系上的容忍义务或法院的强制执行等。须注意的是,债权或物权尚不足作为侵夺或妨害他人的依据,例如,甲向乙购买某犬,甲不能违反乙的意思,擅行牵走该犬;甲出租某屋给乙,租期届满,甲不能违反乙的意思强行使其搬家。权利的实现须依法定程序为之,不能诉诸私力,诚如“最高法院”1963年台上字第1446号判决所谓:“民法”第962条之规定,乃为保护占有而设,故虽对于占有有人有返还请求权存在,如不依合法程序而夺取占有人之占有时,则占有有人仍得请求返还其占有物。

2. 占有的瑕疵及其承继

(1) 概括承继人。侵夺或妨害他人的占有者,具有所谓的瑕疵(Fehlerhaftigkeit)。占有的瑕疵存在于行为人与占有者之间,具相对性,第三人不得主张之。占有瑕疵应由概括承继人承担之。例如,甲侵夺乙占有的赵孟俯的字帖。甲死亡,由丙继承之,不论善意与否,均应承受甲取得占有的瑕疵,乙得向丙请求返还该字帖(第962条)。

(2) 特定承继人。所谓特定承继人,指从侵夺占有者取得占有之人,不限于继受取得者(如承租人、借用人),第二个窃盗者,亦包括在内。关于特定承继人应否承担占有的瑕疵,《德国民法》第858条第2项规定:“占有以暴力取得者,具有瑕疵。因继承而继受占有,或关于取得占有,在取得时明知其前占有之占有具有瑕疵者,不得就此瑕疵而为抗辩。”又《日本民法》第200条第2项规定:“占有有回收之诉,不得向侵夺人之特定继承人提出之。但其继承人知侵夺之事实者,不在此限。”均明定恶意承继人应承担占有瑕疵,但善意承继人则不承担之。^①“民法”未设明文,引起争论^②,有两种见解:恶意特定继受人应承担占有的瑕疵,但善意承继人则不承担之。^③占有物返还请求权的相对人为侵夺占有物之人及其承继人(包括恶意之特别承继人)。但善意的特定承继人如合于第948条之规定者,其占有受法律保护,故不得对之请求返还占有物。善意的特定继承人,如非以动产所有权或其他物权之移转或设定为目的而继承者,如承

^① 日本民法,参见我妻荣、有泉亨:《物权法》,第511页;德国民法,参见 Westermann/Gursky, Sachenrecht, I. S. 144f.

^② 参见史尚宽:《物权法论》,第532页。较深入详细的讨论,黄宗乐:《占有保护请求权》,载《辅仁法学》第2期,第66页。

^③ 参见梅仲协:《民法要义》,第459页;倪江表:《民法物权论》,第437页;史尚宽:《物权法论》,第535页;郑玉波:《民法物权》,第477页。

租人、借用人、受寄人等,即不合于第 948 条之规定,被侵夺之占有人,仍得对之请求返还。^①

关于此项争论,多数说采第一种见解,其理由为善意承继人的利益,应予保护,以谋交易安全。被侵夺之占有物既已移转于特定承继人,而形成新的占有秩序,不宜再行扰乱。被侵夺之物一旦归善意特定承继人占有,其后的特定承继人虽属恶意,亦不得对其请求返还。兹举一例加以说明。甲占有某屋,被乙侵夺,出租予丙。在此情形,丙为直接占有人,乙为间接占有人,甲得向乙请求返还其间接占有。至于甲得否对丙请求返还占有物,视丙恶意或善意而定。丙为恶意时,甲得行使占有物返还请求权。

设丙将该屋转租予丁,而丁为恶意时,甲不得对丁主张返还该屋的占有。须注意的是,此系就占有保护请求权而言。设甲系该屋所有人,依“民法”第 767 条规定向丙或丁请求返还其无权占有之物时,丙或丁不论善意与否,均负有返还义务。“最高法院”1994 年台上字第 1178 号判决谓:对于物有事实上管领之力者,为占有人。又承租人基于租赁关系对于租赁物为占有者,出租人为间接占有人,此观“民法”第 940 条、第 941 条之规定自明。出租人系经由承租人维持其对物之事实上管领之力,仍系现在占有人,同法第 767 条规定所有人对于无权占有其所有物者得请求返还之,所称占有不惟指直接占有,间接占有亦包括在内。可资参照。

(三) 占有人的自力救济权

1. 甲寄售名贵钻石于乙经营的珠宝店。甲交付该钻石予乙后,离店之际,丙持枪闯入,夺取甲寄售的钻石。试问甲、乙、店员丁或第三人得行使何种权利? 设丙夺取钻石后逃逸,甲、乙、店员丁或第三人得行使何种权利?

2. 甲擅将汽车停放乙自他人租用的车位或车库之前,致乙不能停车。试问:

(1) 乙得否雇人拖吊该车,请求甲返还支出的费用?

(2) 乙被迫在外停车时,得否向甲请求赔偿其支付的停车费用?

(3) 乙得否依不当得利规定向甲请求返还停车于其车位的利益?

^① 参见姚瑞光:《民法物权论》,第 422 页;谢在全:《民法物权论》(下),第 608 页。

“民法”第960条第1项规定：“占有人对于侵夺或妨害其占有之行为，得以己力防御之。”第2项规定：“占有物被侵夺者，如系不动产，占有人得于侵夺后，实时排除加害人而取回之。如系动产，占有人得就地或追踪向加害人取回之。”第1项称为占有防御权（在《德国民法》称为 *Besitzwehr*），第2项称为占有物取回权（在《德国民法》称为 *Besitzkehr*），合称为自力保护权或自力救济权。

1. 占有防御权

（1）占有防御权与正当防卫。占有人对于侵夺或妨害其占有之行为，得以己力防御之（第960条第1项），系属一种自力救济。关于自力救济，“民法”第149条规定：“对于现时不法之侵害，为防卫自己或他人之权利所为之行为，不负损害赔偿之责，但已逾越必要程度者，仍应负相当赔偿之责。”第960条规定占有防御权，系第149条正当防卫的特殊情形，就保护占有特设规定，扩张私力救济的范围，以维护社会秩序。^①

（2）要件。占有防御权的发生，以占有被侵夺或妨害为要件。关于对占有的侵夺或妨害，如抢夺财物，霸占房屋，或丢弃垃圾于他人土地等。对占有的侵害，须现实存在，如已过去，自无以己力防御的必要。

（3）法律效果

① 己力防御。对占有的侵夺或妨害的自力防御，限于客观上的必要，例如对抢夺财物的，得为反抗；对闯入房屋的，得为驱逐；对倾倒垃圾于其土地的，得为制止。有多种措施可供采取时，应选择对加害人影响最小的。占有人误认侵夺或妨害的存在，或其防御逾越必要范围时，其防御行为具有不法性，就其故意或过失应负损害赔偿责任。

② 行使占有防御权之人。第960条所谓占有人，指直接占有人，不包括间接占有人。盖此种保护对象，系重在占有的事实支配状态。值得注意的是，第961条规定：“依第九百四十二条所定对于物有管领力之人，亦得行使前条所定占有之权利。”立法理由谓：“受雇人、学徒等，或基于其他类似关系之人，对于物有管领力者，亦应使其得行使前条所定占有之权利，否则于保护占有之道，仍未完备也。”例如，司机对侵夺其管领汽车之人，得以己力防御之。占有辅助人得以己力防御的，包括其业务

^① 参见洪逊欣：《中国民法总则》（修订版），第674页（注八）：强调“占有”受现时不法侵害者，亦得对之为正当防卫，论述甚为深刻，敬请参阅。

范畴内之物,如银行行员对持枪闯入银行抢夺之人皆得行使防御权。第三人防御他人的占有,应适用“民法”第149条关于正当防卫的规定。

2. 占有物取回权

(1) 占有物取回权与自助行为。占有被侵夺后,其侵害行为业已结束,其物归由侵害人占有,如甲抢劫乙银行运钞车,已驾车逃离。在此情形,被害人不能再为己力防御,为强化对占有人的保护,第960条第2项更进一步规定占有物取回权。

占有物取回权,系属一种自助行为。关于自助行为,“民法”第151条规定:“为保护自己权利,对于他人之自由或财产施以拘束,押收,或毁损者,不负损害赔偿之责。但以不及受法院或其他有关机关援助,并非于其时为之,则请求权不得实行或其实行显有困难者为限。”关于二者的适用关系,分两点言之:

① 第960条第2项的适用不以不及受法院或其他机关援助,并非于其时为之,则不得实行或其实行,显有困难者为限。

② 第960条第2项规定的取回期间经过后,占有人仍得依第151条规定为自助行为。

占有人依第960条第2项规定行使占有物取回权,乃法所允许,侵夺人不得加以抗拒,实务上有一则案例可供参考。最高法院1940年上字第2397号判例(刑事)谓:占有物被侵夺者,如系动产占有人,得就地或追踪向加害人取回之,为“民法”第960条第2项所明定。某甲对于被告所欠之款,并未具有同法第151条所载情形,遽将其家中之铜煲菜刀径自取去抵债,该被告自可本于占有关系依上开“民法”第960条第2项规定向其追踪取回,某甲于被告行使取回权之际,加以抗拒,甚至动武斗殴,即系对于他人权利为一种不法侵害,被告为防卫自己权利起见,以自力排除其侵害行为,不得谓非正当防卫,纵令某甲因此受有伤害,而当时情势该被告既非施用腕力,不足以达收回原物之目的,则其用拳殴击,仍属正当防卫之必要行为,对于此种行为所生之结果,按照“刑法”第23条前段规定自在不罚之列。此虽属刑事案件,仍值参考。^①

(2) 不动产占有被侵夺时的取回权。占有物被侵夺者,如系不动产,占有人得于侵夺后,实时排除加害人而取回之。所谓占有人,指直接占有

^① 关于本判决,参见洪逊欣:《中国民法总则》(修订版),第672页。

人,不包括间接占有人,但占有辅助人得行使之(第961条)。

所谓实时,指实行取回不动产所须的最短期间,应就具体案件依客观标准加以决定,被害人何时知之,有无过失,均所不问。计算取回期间时,应考虑必要的预备行为,且不排除先与侵夺者为短暂的谈判。例如,山间别墅被不良少年数人侵夺,谈判失败后,被害人下山召集亲友,排除加害人而取回,衡其情事,应认仍属实时为之。被害人取回其物,超过“实时”的期间限制时,具有违法性,对因过失所生的损害,应依侵权行为规定负赔偿责任。因时间一久,已形成新的秩序,占有人应请求公力救济,不得自力为之。

(3) 动产被侵夺时的取回权。占有物被侵夺者,如系动产,占有人得就地或追踪向加害人取回之。“民法”明定“就地或追踪”,乃鉴于动产的移动性,特就其空间范围,以界定其时间,实际上相当于“实时”。所谓就地,指侵夺时占有人事实上支配能及的空间范围。所谓追踪,指加害人虽已离开占有人事实上支配所能及的空间范围,但仍在占有人追踪中而言。

3. 实例解说

(1) 侵夺他人占有的钻石。丙持枪闯入乙经营的珠宝店,夺取甲寄售的名贵钻石,系侵夺他人占有的动产,乙(直接占有人)、乙的店员丁(占有辅助人)得以己力防御之(第960条、第961条)。甲(间接占有人)或第三人对于防卫甲对丙现时不法侵害乙占有所为之行为,构成正当防卫(第149条)。

丙夺取钻石后逃逸,乙或乙的店员丁得就地或追踪向丙取回之。甲或第三人就地或追踪向加害人取回被侵夺之物时,如何处理,不无疑问。甲或第三人系受被侵害的占有人请求协助时,法所允许,固不待言。在其他情形,原则上应适用无因管理的规定。

(2) 侵夺或妨害他人租用的停车位。甲擅将其汽车停放于乙租用的车位时,系侵夺乙的占有,乙得以己力防御之(第960条第1项),如放置障碍物或以其他方式加以阻止。在甲停放汽车之后,占有已被侵夺时,其被侵夺者,系不动产,占有人得于侵夺后,实时排除加害人而取回之。在通常情形,加害人于停车后,即行离去,所谓排除加害人而取回之,解释上应包括雇人拖吊该车。违规停车,已成为重大社会问题,“实时”如何认定,实值研究。德国实务上曾认为停车后4小时内采取排除措施,尚可接

受;但立刻拖吊,不稍等候,则为占有物取回权的滥用。^① 此项见解,可资参考。

甲擅将汽车停放在乙的车库之前,致乙的汽车不能进出,系妨害乙的占有,其妨害状态继续存在,乙得以己力防御之(第 960 条第 1 项),采取拖吊该车的必要措施。在此情形,占有人无须如占有物之取回,受短时间的限制。

占有人依法行使自力救济权,雇人拖吊侵夺或妨害其占有的汽车时,得依无因管理的规定,向加害人请求返还其所支出的费用(第 176 条)。

(四) 占有保护请求权

1. 甲出卖土地予乙,不知买卖契约无效,交付该地予乙,但未办理登记。该地被丙侵夺,出租于知情(或不知情)的丁,丁经营停车场,增建房屋,雇戊管理之,戊将废土倒于庚的土地。试问:

- (1) 甲得向乙、丙、丁、戊主张何种权利?
- (2) 乙得向丙、丁、戊主张何种权利?
- (3) 乙、庚所主张的请求权之目的和要件有何不同?
- (4) 庚对甲、乙、丙、丁、戊等主张何种权利?

2. 甲为参加元宵节花灯比赛,以金片等贵重材料制作胖金猪花灯,交乙装设电灯,被丙所盗。试问:

- (1) 甲得否对丙提起占有物返还之诉?
- (2) 甲强行自丙处取回该胖金猪花灯时,乙得否以己力防御或追踪取回之?
- (3) 甲夺回该胖金猪花灯后半年,丙提起占有之诉时,法院应如何判决?
- (4) 对无权占有人提起的占有之诉,本权人得提起何种诉讼?

1. 概说

“民法”第 962 条规定:“占有人,其占有被侵夺者,得请求返还其占有物。占有被妨害者,得请求除去其妨害。占有有被妨害之虞者,得请求防止其妨害。”关于此项请求权,有称为占有人之物上请求权、占有人之请

^① 此为德国法上的争议问题,参见 Bau/Stürmer, Sachenrecht, S. 76; Schwab/Prütting, Sachenrecht, S. 45。较详细的讨论 van Venopy, NJW 1977, 1926, JuS 1979, 102; Hoffstetter NJW 1978, 256。

求权、占有物上请求权、基于占有而生之请求权或占有保护请求权。^① 本条规定旨在保护占有,占有保护请求权的用语,相当于德国通说所谓的 *Besitzschutzanspruch*,本书采之。学说上有称之为占有诉权(*Besitzklage*),乃着眼于其法制史上的渊源,实务上多以诉为之。但应强调的是,此项请求权为实体上的权利,于裁判外亦得行使。

第 962 条规定的占有保护请求权(占有人之物上请求权),与“民法”第 767 条规定的所有人之物上请求权,其形式结构虽相似,但内容不同,分四点言之:

(1) 占有保护请求权旨在保护占有,以占有人为请求权主体。所有人之物上请求权,旨在保护所有权,以所有人为请求权主体。

(2) 占有物返还请求权以占有被侵夺为要件。所有人之物上请求权以无权占有为要件。例如,甲有某物出租予乙,租赁契约消灭后,乙拒不返还时,甲得向乙主张所有物返还请求权,但不得主张占有物返还请求权。占有被侵夺时,占有人得主张占有物返还请求权,有无所有权,在所不问。

(3) 所有人之物上请求权,于诉讼上行使时,原则上以通常诉讼程序为之。占有的保护贵在迅速,其程序力求简便,故占有保护请求权适用简易程序(“民事诉讼法”第 427 条第 2 项),上诉第三审法院受有限制(“民事诉讼法”第 436 条之 2、第 436 条之 3、第 436 条之 5)。

(4) 占有保护请求权,自占有被侵夺或妨害,或危险发生后 1 年间不行使而消灭(第 963 条)。所有人之物上请求权消灭时效期间为 15 年,不动产已登记者,无“民法”第 125 条消灭时效规定之适用。^②

占有保护请求权与所有人之物上请求权之目的与效力不同,各自独立,互不相妨,得发生竞合关系,得合并或先后行使之。就举证责任言,主张占有保护请求权较为有利,但实务上则以所有人物上请求权较常见,其主要理由,除时效期间外,系因其属终局与确定的保护之故。

^① 综合分析检讨参见姚瑞光:《民法物权论》,第 424 页。

^② 参见“司法院”大法官释字第 107 号解释:已登记不动产所有人之恢复请求权,无“民法”第 125 条消灭时效规定之适用。释字第 164 号解释:已登记不动产所有人之除去妨害请求权,不在本院释字第 107 号解释范围之内,但依其性质,亦无“民法”第 125 条消灭时效规定之适用。参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版,第 415 页。

2. 占有物返还请求权

(1) 要件:占有被侵夺

① 占有的侵夺。占有人,“其占有被侵夺者”,得请求返还占有物(第962条)。“最高法院”1988年台上字第1299号判决谓:“按占有人,其占有被侵夺者,得请求返还其占有物,此即所谓占有人之占有物返还请求权。是占有人必须其占有物被侵夺,始得行使占有物返还请求权。”^①

占有被侵夺,指非基于占有人的意思而排除占有人对物的事实上管领力,前已言之,敬请参阅。日常生活的主要情形如:

- A. 抢夺路人的钱包、银行运钞车的金钱。偷窃书店的图书。
- B. 霸占他人房屋或房间。
- C. 将汽车停在他人的车位、占用他人基地建筑房屋。

② 举证责任。占有被侵夺,而请求返还占有物者,须先证明原有占有的事实(“最高法院”1957年台上字第478号)。

(2) 法律效果:请求返还占有物

① 请求权当事人

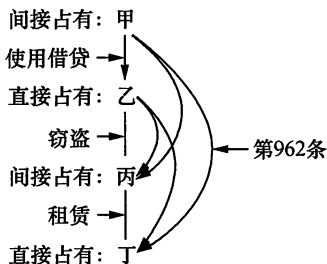
A. 请求权人。以占有被侵夺为原因而“请求返还占有物”,惟占有人始得为之。^② 数人共同占有一物时,各占有人得就占有物全部行使第962条权利(第963条之1)。占有辅助人得行使第960条所定的占有人

① “最高法院”1988年台上字第1299号判决谓:“原审依审理之结果,以:系争摊位,系由上诉人出租予千大公司,上诉人与被上诉人间,并无租赁关系,此为两造不争之事实。是上诉人对被上诉人既无租赁关系存在,自无本于租约之终止,而为请求之可言。至上诉人虽又依占有物返还请求权请求被上诉人迁离系争摊位,然被上诉人之使用系争摊位,系经千大公司交付而取得占有,自非不法。上诉人竟本于占有物返还请求权,而为请求,亦无可取。因而将第一审就被上诉人部分所为上诉人胜诉之判决,予以废弃,改判驳回上诉人此部分之诉,于法并无不合。按占有人,其占有被侵夺者,得请求返还占有物,此即所谓占有人之占有物返还请求权,是占有人必就其占有物被侵夺,始得行使占有物返还请求权。本件被上诉人既系经千大公司交付取得系争摊位之占有,为原审所确定之事实,自难指为侵夺上诉人之占有。上诉人虽又称:被上诉人之前手经伊终止租约后,被上诉人之占有便有成为无权占有云云,惟“民法”第962条规定,与同法第767条之规定不同,占有人不得主张第三人为无权占有而请求返还。上诉讼旨,指摘原判决不当,求予废弃,非有理由。”

② “最高法院”1953年台上字第922号判例谓:“以占有被侵夺为原因请求返还占有物,惟占有人始得为之。所谓占有人指对于物有事实上管领力者而言。”又1975年台上字第2026号判例谓:“占有被侵夺者,依民法第962条上段规定,其占有人固得请求返还占有物,但所谓占有人,必就其占有物有事实上之管领力,否则,即使对于占有物有合法之权源,亦不能本于占有请求返还。”

自力救济权(第 961 条),但不得行使第 962 条所定的保护请求权。此之所谓占有人,除直接占有人外,尚包括间接占有人,有权占有或无权占有,均所不问。^①“最高法院”1954 年台上字第 176 号判例谓:租赁物交付后,承租人于租赁关系存续中,有继续占有其物而为使用收益之权利,故其占有被侵夺时,承租人自得对于无权占有之他人,行使其占有物返还请求权,此就“民法”第 423 条、第 941 条及第 962 条等规定观之甚明。此项判例的结论可资赞同。惟租赁关系消灭后,承租人虽无继续占有其物而为使用收益的权利,其占有被侵夺时,承租人仍得对于无权占有之他人行使占有物返还请求权。

B. 请求权的相对人。占有人得向其请求返还者,为侵夺占有之人。侵夺占有之人,将占有物出租,寄托他人而由直接占有人变为间接占有人时,其为侵夺人的地位,尚属存在,故占有人仍得向其请求返还占有物,或请求让与其对直接占有人的返还请求权。侵夺他人占有的瑕疵,应由概括承继人(如继承人)或恶意的特定承继人(如承租人、窃盗)承担之,前已论及^②,无论其为直接占有人或间接占有人,均得为请求占有物返还的对象。甲有某车出借予乙,丙自乙盗该车,出借予丁。在此情形甲(间接占有人)得向丁(间接占有人)请求将该车返还予乙(直接占有人)。兹将其占有物返还请求权的当事人图示如下:



^① 参见“最高法院”1985 年台上字第 752 号判决:民法有关保护占有之规定,于无权源之占有,亦有其适用。故占有人事实上管领占有物,纵无合法权源,对其主张权利者,仍应依合法途径谋求救济,以排除其占有。如果违背占有人之意思而侵夺或妨害其占有,非法之所许者,占有人对于侵夺或妨害其占有之行为,得依“民法”第 960 条第 1 项规定,以己力防御之。“民法”第 962 条规定之占有保护请求权,于无权源之占有人亦得主张之。如果占有被不法侵害,占有人即非不得依侵权行为之法例,请求赔偿其所受之损害。载《“最高法院”民刑事裁判汇编》第 6 卷,第 1 期,第 274 页。

^② 参见本书相关内容。

② 请求内容。占有物返还请求权的内容,为请求返还其占有被侵夺之物。占有物返还请求权确定判决的执行,应依“强制执行法”的规定(第123条、第124条第1项)。此项请求权之目的在于恢复其物的占有,而非在于恢复其物的原有状态,故占有物毁损灭失时,仅得依“民法”第956条或第184条规定请求损害赔偿,以加害人有可归责的事由或故意过失为要件。

占有因占有人丧失其对于物之事实上管领力而消灭(第964条)。占有人行使占有物返还请求权而恢复其占有时,无论是因强制执行或由侵夺之人任意返还,其占有视为继续(第771条第1项第4款但书,第964条但书),取得时效自不中断(第771条)。

③ 占有瑕疵与占有物返还请求权的排除:交互侵夺。甲侵夺乙占有之物,其后乙又向甲夺回之。在此种所谓的交互侵夺,乙或甲得行使自力救济权(第960条),固不待言,问题在于甲得否对乙行使占有物返还请求权?就第962条规定文义观之,似应采肯定说,惟乙(夺回人)于返还后仍得向甲请求恢复该物,诉讼上甚不经济,何况甲取得占有,具有瑕疵,扰乱物的占有秩序,较值非难,故《德国民法》第861条第2项规定:“被侵夺之占有,于现时占有人或其前占有人为有瑕疵,且于侵夺前一年内取得者,不得请求恢复其占有。”台湾学说上对应否采此立法例,颇有争论。^①为顾及诉讼经济原则及衡量当事人利益,宜采肯定说,在理论上得认为夺回人(乙)于得行使占有物返还请求权期间,即自被侵夺时起1年(第963条)内夺回者,得视为侵夺前的占有犹继续存在,而排除侵夺者(甲)的占有物返还请求权。^②

3. 占有妨害除去请求权

(1) 要件:占有被妨害。占有“被妨害”者,占有人得请求除去其妨害。占有被妨害,指以侵夺以外的方法妨碍占有人管领其物。占有的妨害多发生于不动产,兹举社会生活常见情形如下:

- ① 丢弃垃圾、废土于他人庭院或空地。
- ② 装设管线,排泄废水于邻地。

^① 学说的整理,参见黄宗乐:《占有保护请求权》,载《辅仁法学》第2期,第64页;谢在全:《民法物权论》(下),第611页。

^② 参见史尚宽:《物权法论》,第535页;倪江表:《民法物权论》,第451页;黄宗乐:《占有保护请求权》,载《辅仁法学》第2期,第65页。

③ 停车不当,阻挡他人使用其车库或车位。

④ 散放煤气、臭气、烟气、热气、灰屑、喧嚣、振动于邻地,超过社会生活能容忍的限度。

⑤ 树木被强风吹倒于他人门前。

值得提出讨论的是,毁损他人的占有物,是否为妨害占有。学说有采肯定的见解,但鉴于加害人对所生的损害,仅于具有故意或过失时,始负赔偿责任,应采否定说,否则被害人将以排除侵害的方式,请求损害赔偿。

(2) 法律效果:请求除去妨害

① 请求权人。以占有被妨害而“请求除去妨害”的,惟占有人始得为之,与占有物返还请求权的主体同,请参照之。

② 请求权的相对人。占有人得向其请求妨害除去者,为妨害占有人。妨害占有之人,指因其行为妨害占有之人(行为妨害人, *Verhaltenstörer*),或因其意思容许妨害占有状态存在之人(状态妨害人, *Zustandstörer*),前者如丢弃废料于他人庭院,后者如果树被强风吹倒于邻地,而未清除。妨害占有的瑕疵,亦应由概括承继人或特定承继人承担,而为请求的对象。至于占有辅助人则非属请求权的相对人。兹举二例加以说明:

A. 甲经营工厂,雇乙丢弃废料于丙地,其后甲将工厂出售予丁,丁继续丢弃废料。在此情形,于丁丢弃废料之际,丙得以己力防御(第960条)。此外,丙得请求丁中止其丢弃废料的妨害行为,请求甲或丁除去其所造成妨害的状态。

B. 甲有某屋,出租予乙,乙开设露天啤酒屋,半夜喧哗,严重干扰丙之住家安宁。在此情形,乙为妨害行为,系所谓的行为妨害人,甲容许妨害的状态存在,为状态妨害人,均负有除去妨害的义务。

③ 请求内容。占有妨害请求权的内容在于请求“除去其妨害”,即停止妨害行为,如停止丢弃垃圾,或除去其妨害状态,如清除堆积的垃圾。此项妨害除去请求权非属损害赔偿请求权,在具体案件虽会导致恢复原状之同一效果(第213条),但不发生以金钱赔偿的问题(第214条、第215条)。

侵害之人应负担除去妨害的费用。被害人以自己费用除去其妨害时,得依不当得利或无因管理的规定,请求返还所支出的费用。被害人

妨害的发生或扩大有过失时,应类推适用“民法”第217条规定,减轻侵害人应负担的费用。

在诉讼上,占有妨害除去请求权应以给付之诉的方式主张之。法院判决应宣告除去妨害的必要措施。其强制执行,应依“强制执行法”的规定,自不待言。

4. 占有妨害防止请求权

(1) 要件:占有有被妨害之虞。占有“有被妨害之虞”者,占有人得请求防止其妨害。占有是否有被妨害之虞,非依占有人的主观意思决之,应依社会观念,就其发生的盖然性,客观地加以判断。其常见的情形如:

① 山坡地的高楼,遭地震倾斜,有倒塌的危险。

② 捷运施工致地层下陷,危及邻近房屋。

③ 兴建房屋的设计图显示侵占邻地。妨害占有只须将来有发生之虞,即为已足,不以一度发生妨害,而有再度发生的危险性为必要。过去曾数度发生妨害行为时,尚无相反情事,通常可认为将来亦有妨害之虞。

(2) 法律效果:请求防止其妨害。占有人得向造成妨害占有危险之人,请求“防止其妨害”,排除妨害占有的危险状态。防止的费用应由妨害人负担之。此项不作为请求权系属实体法上的权利。在诉讼上依给付之诉主张之。

关于各种占有保护请求权,已详如上述,兹举一例综合加以说明。甲擅自占用乙向他人承租的土地开辟高尔夫练习场,并正购买建材,准备在该地其他部分增建房屋。在此情形,乙得请求甲返还占有的土地,除去妨害占有的设施,中止其妨害占有的行为。此三个占有保护请求权的要件和效果不同,各自独立,得发生竞合关系。

5. 占有保护请求权的行使期间

(1) 立法理由。“民法”第963条规定:“前条请求权,自侵夺或妨害占有或危险发生后,一年间不行使而消灭。”立法理由系认为,占有保护请求权人若随时皆得主张,则权利状态恒不确定,害及社会之安宁。

(2) 消灭时效。有争论的是此项期间的性质,学说上有认为系除斥

期间^①，但通说肯定其为消灭时效。^②“最高法院”1964年台上字第2636号判例谓：占有人其占有被侵夺者，得请求返还其占有物，是项返还请求权，依“民法”第962条及第963条之规定，自被侵夺后1年间不行使而消灭，乃指以单纯的占有之事实为标的，提起占有之诉而言，如占有人同时有实体上权利者，自得提起本权之诉，纵令恢复占有请求权之1年短期时效业已经过，其权利人仍非不得依侵权行为法律关系请求恢复原状。此项判例具有两点意义：

- ① 肯定1年期间为消灭时效，而非除斥期间。
- ② 肯定占有保护请求权得与其他请求权发生竞合关系。

6. 占有之诉与本权之诉

(1) 占有之诉与本权之诉的意义。占有保护请求权，在裁判上或裁判外均得行使。其在裁判上行使的，须依诉为之，称为占有诉讼或占有之诉，分别言之，即返还占有物之诉，除去妨害占有之诉，防止妨害占有之诉。占有之诉，不问其标的之金额或价额，一律适用简易程序，期能迅速处理（“民事诉讼法”第427条第2项）。

相对于占有者，系本权，如所有权、地上权、租赁权等。其依本权而提起的诉讼，称为本权之诉，如基于所有权提起所有物返还之诉，基于租赁权提起租赁物返还之诉。

(2) 占有之诉与本权之诉的独立并存。有本权的占有人，其占有被侵害时，既有本权诉权，亦有占有诉权。例如甲所有的停车位被乙侵夺时，甲得对乙提起返还所有物之诉（本权之诉），亦得提起返还占有物之诉（占有之诉）。此二种之诉，得同时提起，或分别提起之，其一败诉时，仍得提起其他之诉，不受一事不再理的拘束。占有之诉与本权之诉，虽不相碍，但本权之诉终究是终局确定的保护，故在本权诉讼经确定判决，认为被告有占有的权利时，原告所主张的占有保护请求权的要件不具备，不

^① 参见倪江表：《民法物权论》，第439页；《德国民法》第864条第1项规定：“第861条及第862条所定之请求权自受暴力侵害后经过一年而消灭，但已以诉行使其请求权者，不在此限。”通说认为，此1年期间，系属除斥期间（Ausschlussfrist），参见 Soergel-Mühl § 864。《日本民法》第201条第3项规定：占有取回之诉，应自侵夺之时一年内提出之。”通说认为此为除斥期间，参见我妻荣、有泉亨：《物权法》，第512页。

^② 参见史尚宽：《物权法论》，第539页；姚瑞光：《民法物权论》，第424页；郑玉波：《民法物权》，第502页。

得再行提起。例如,甲以乙侵夺其停车位而提起返还所有物之诉,经法院判决,乙系基于租赁关系而为占有,败诉确定时,甲不得再提起返还占有物之诉。

(3) 占有之诉与本权之诉的对立。占有之诉与本权之诉相对立时,应如何处理,试举一例加以说明。甲有某屋出租予乙,租约届满,乙拒不返还,甲于乙出国期间,住进该屋,搬出乙的家具。在此情形,甲系侵夺乙对该屋的占有,乙得对甲提起返还占有物之诉(占有之诉),甲系房屋所有人,得对乙提起返还所有物之诉(本权之诉)。关于其对立关系,分两点言之:

① 乙提起占有之诉时,甲不得以其对占有物有本权(所有权)而为抗辩。法院应仅审查原告有无占有的事实及其占有是否被侵害,被告有无本权,则所不问。

② 甲针对乙的占有之诉,得提出返还所有物的反诉。其结果将造成有本权之人,得以私力实现其权利于先,以反诉维护其权利后,与禁止私力的原则,未尽符合。^①

7. 间接占有人的保护请求权

(1) “民法”第 960 条及第 962 条规定所称占有人是否包括间接占有人? 其理由何在?

(2) 甲有某地出租给乙。试问:

① 租赁期间,甲擅行占用该地时,乙得对甲主张何种权利?

② 租赁关系届满后,乙拒绝返还该地,甲得否依“民法”第 962 条规定请求乙返还该地,或以占有被侵害为理由,请求损害赔偿?

③ 在租赁期间,甲向乙借用该地,未经乙同意,擅行出租给丙时,乙得否依“民法”第 962 条规定向丙请求返还该地,或以占有被侵害为理由,请求损害赔偿?

占有,依占有人于是否事实上管领其物为标准,可分为直接占有及间接占有。例如,甲有某地,出租给乙,乙为直接占有人,甲则为间接占有人。“民法”规定间接占有目的在于赋予同于直接占有的保护,应讨论者有三:

^① 参见史尚宽:《物权法论》,第 539 页;参见 Baur/Stürmer, Sachenrecht, S. 77; 我妻荣、有泉亨:《物权法》,第 513 页。

- ① 间接占有人侵害直接占有。
- ② 直接占有人侵害间接占有。
- ③ 第三人侵害间接占有。

(3) 间接占有人侵害直接占有。间接占有人侵夺直接占有人占有之物,时常有之,例如,甲出租某物予乙,在租赁期间内,甲(间接占有人)违反乙(直接占有人)的意思,擅行取回租赁物。遇此情形,直接占有人得行使“民法”第960条规定的自力救济权,或第962条规定的占有保护请求权。

(4) 直接占有人侵害间接占有

① “最高法院”1989年台上字第326号判决。在该案,上诉人联全企业股份有限公司(简称联全公司)出租某地予麻豆货运行。租赁期间届满后,麻豆货运行拒绝返还租赁物。原审认为,联全公司依“民法”第962条及第184条第1项所定之侵权行为法律关系,请求麻豆货运行赔偿损害,尚非无据。

“最高法院”废弃原审判决,认为:麻豆货运行之占有系争土地,原系联全公司本于租赁关系而交付,麻豆货运行既未侵夺联全公司之占有,亦无妨害其占有可言,与“民法”第962条规定,殊无关涉。又联全公司纵得依“民法”第455条规定,请求麻豆货运行返还租赁物,并依债务不履行规定请求损害赔偿。在麻豆货运行交还租赁物前,联全公司对于系争土地为间接占有人。其与直接占有人麻豆货运行之间既得本于租赁关系请求债务不履行之损害赔偿,即不得对直接占有人,以占有受侵害为由,依据侵权行为之规定请求赔偿损害。盖占有为对于物支配之事实,与占有之本权有别。间接占有与直接占有人间关于占有之关系,惟有依其相互间之法律关系定之,尚不发生占有被侵害之侵权行为问题,此与主张占有受第三人侵害之情形,固不相同;与主张所有权或其他为占有之本权受侵害,得并请求侵权行为损害赔偿之情形,亦不得相提并论。”

② 分析讨论。本判决至为重要,“最高法院”的判决理由立论正确,实值赞同,分三点言之:

A. 联全公司出租某地给麻豆货运行,后者为直接占有人,前者为间接占有人。租赁期间届满后,承租人拒不返还租赁物,而继续占有,诚如“最高法院”所云,承租人占有系争土地,系本于出租人的交付,不因其拒不返还,而构成侵夺或妨害出租人的占有。在此情形,出租人为该地所有

人时,得行使所有物返还请求权,或租赁物返还请求权,但不得依“民法”第 962 条规定主张占有物返还请求权。

B. 如前所述,承租人拒不返还租赁物,并未侵夺或妨害出租人的占有,故出租人不得以占有被侵害为理由,依侵权行为法规定,请求损害赔偿。^①

C. 出租人因承租人拒不返还租赁物受有损害时,得依债务不履行(给付迟延)的规定请求损害赔偿。此外,出租人系租赁物的所有人时,尚得以所有权被侵害为理由,依侵权行为规定对承租人请求损害赔偿(第 184 条第 1 项前段),或依不当得利规定请求返还其无权使用他人之物所受的利益(第 179 条)。

(5) 间接占有人对第三人的占有保护请求权

① “民法”第 960 条及第 962 条的适用。关于第三人侵害间接占有的保护,《德国民法》第 869 条设有规定:“(1) 对占有人实施暴力者,间接占有人亦有民法第 861 条及第 862 条之请求权。(2) 占有被侵夺时,间接占有人得请求对原占有人恢复其占有;原占有人不能或不欲受领者,间接占有人得请求对自己恢复其占有。(3) 具备上列之要件时,间接占有人在第 867 条之情形,亦得请求许其寻查取回其物。”依此规定,德国通说认为,《德国民法》第 859 条关于占有人的自力救济的规定,其所谓占有人,不包括间接占有人,《德国民法》第 861 条及第 862 条所谓的占有人仅指直接占有人而言。

台湾“民法”未设相当于《德国民法》第 869 条之规定,因此关于间接占有的保护,须依占有的本质及社会机能,就“民法”第 960 条及 962 条规定加以解释适用。

“民法”第 960 条第 1 项规定:“占有人对于侵夺或妨害其占有之行为,得以己力防御之。”占有人,为指直接占有人,不包括间接占有在内。间接占有人为防御直接占有有所为之行为,应适用“民法”第 149 条关于正

^① 德国联邦最高法院(Bundesgerichtshof,简称BGH),著有一则判决(BGH 32, 194),采取相同见解,明确表示:“间接占有人就直接占有人因故意或过失所致之损害,不得依德国民法第 823 条第 1 项规定,主张占有是本条所称其他权利,而请求损害赔偿”(Der mittelbare Besitzer kann für Schäden, die der unmittelbare Besitzer verschuldet hat, von diesem keinen Schadensersatz nach § 823 Absatz 1 BGB unter dem Gesichtspunkt beanpruchen, dass der Besitz als sonstiges Recht im Sinn dieser Vorschrift anzusehen sei),可供对照。

当防卫的规定。

第 962 条规定：“占有人，其占有被侵夺者，得请求返还其占有物。占有被妨害者，得请求除去其妨害。占有有被妨害之虞者，得请求防止其妨害。”解释上应认为其侵夺或妨害，系针对直接占有，间接占有之被侵害，应就直接占有认定之。例如，甲有别墅，借乙使用，丙强占该别墅，系侵夺乙的直接占有，并因而致甲之间接占有被侵夺。在此情形，间接占有人原则上仅能请求侵夺者将占有物返还给直接占有人，间接占有亦因此而恢复，惟直接占有人不能或不愿受领占有物时，间接占有人得请求返还于己。

间接占有人的保护不同于直接占有人，主要是因为间接占有并非对于物为事实上的管领，而是一种观念化的占有。第 960 条与第 962 条的适用，均以直接占有被侵夺或妨害为要件。第 960 条的所谓占有人所以不包括间接占有人，因其并未对物为事实上的管领，尚无赋予自力救济权的必要。

② “司法院”第一厅对一则法律问题的研究意见

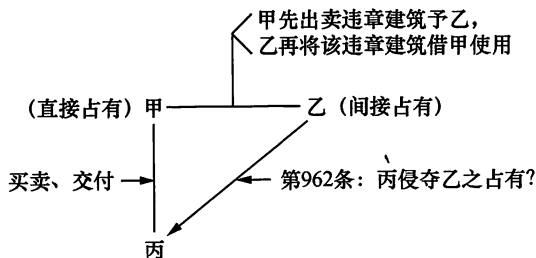
A. 法律问题及研究意见。甲将所有未经保存登记之违章建筑一栋出卖予乙，并交乙占有使用，嗣乙因外出数月，将该违章建筑借予甲居住，甲于借用中复出卖予丙，且亦交付丙占有，乙返回得知，遂将该违章建筑大门加锁，阻止丙之使用，丙乃依占有人之物上请求权，请求乙除去大门之锁，且不得为妨害使用行为，有无理由？

对此法律问题，“司法院”第一厅研究意见认为：按不动产物权之变动系以“登记”为其公示方法，与动产物权以“交付”为公示方法未尽相同（“民法”第 758 条及第 761 条）。因之，不动产受让人占有不动产，纵让与人无移转该所有权之权利，亦不应如“动产物权”受“善意受让”之保护，此观“民法”第 801 条、第 886 条及第 948 条，仅就“动产物权”规定自明。题示情形，丙占有系争建物系因甲无权处分而来，受让之标的复属不动产，揆诸首开说明，自不能受善意受让之保护，研讨结论采甲说，尚无不合（1992 年 11 月 6 日）厅民一字第 18571 号函复台高院）。

按甲说认为，甲将该违章建筑出卖并交付予乙，甲之所有权虽未丧失，但其事实上处分权已不复存在。嗣乙将违章建筑借甲使用，甲系因借用关系而占有，故甲之占有属他主占有，依“民法”第 945 条规定，在甲未通知使其为占有之人即乙之情形下，变更占有之意思，擅将借用之屋出卖

给他人,乙方之占有并不因其出卖行为而丧失;又乙就违章建筑之占有被侵夺之占有物返还请求权,依“民法”第963条规定,尚未罹于1年之消灭时效,乙仍为合法之占有人,丙自无对抗乙之权利,丙之请求即无理由。

B. 分析讨论。在上开法律问题,“司法院”第一厅研究意见主要在表示“民法”第801条及第948条系以动产为对象,对不动产无适用余地,违章建筑系属不动产,不因其未经办理保存登记而变为(或视为)动产,不能受善意受让的保护。此项法律见解,可资赞同。值得提出探讨的另一个问题,是该违章建筑上的占有关系,尤其是乙是否得主张占有保护请求权。兹先将其基本关系图示如下,再分四点加以说明:



a. 甲将违章建筑出卖与乙,并为交付,由乙取得占有,甲的占有归于消灭。在此情形,乙的占有为有权占有,自主占有。嗣乙将该违章建筑借甲使用,甲系因借用关系而占有,故甲的占有为直接占有、他主占有;乙之占有为间接占有,自主占有。“司法院”第一厅研究意见亦采此见解,应值赞同。

b. 问题在于甲将该借用的违章建筑,出卖予丙,且为交付时,乙是否丧失其间接占有。甲说采否定的见解,认为,甲之占有属他主占有,依“民法”第945条规定,在甲未通知使其为占有之人即乙之情形下,变更占有之意思,擅将借用之屋出卖与他人,乙方之占有并不因其出卖而丧失。此项见解,似有商榷余地。

“民法”第945条规定:“占有依其所由发生之事实之性质,无所有之意思者,其占有人对于使其占有之人,表示所有之意思时起,为以所有之意思而占有。”系指占有人仍为占有之情形,例如,借用人对于物之占有,原基于使用借贷的事实而发生,但依该事实之性质,其占有本为他主占有(无所有之意思),其后倘借用人忽对贷与人(使其占有之人),表示以所有之意思而占有时(如否认借贷关系),即自该时起变为自主占有。在本

案,甲(借用人)擅将该违章建筑出卖予丙,并为交付,甲因而丧失对于物的管领力,其直接占有归于消灭,乙的间接占有,无所附属,亦失其存在,乙非所谓的“合法占有人”。兹举一例对照之,甲有某摄影机借乙使用,乙将摄影机作为己有出卖予丙,并为交付时,甲之间接占有归于消灭。

c. 乙对该违章建筑的间接占有,因甲将其该违章建筑的占有移转予丙而消灭。在此情形,丙之取得该违章建筑的占有,系基于甲的交付,就甲或乙而言,均不构成侵夺乙之占有,无“民法”第 962 条的适用。

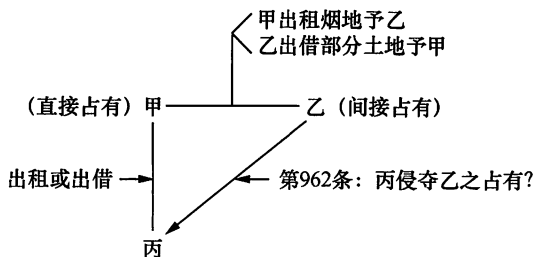
d. 第 962 条的规范目的在于保护占有不受侵夺,旨在维护物的秩序与社会平和,占有物未被侵夺者,即无行使占有保护请求权的余地。直接占有人擅行出卖占有物予第三人,并为交付,其所涉及的,不是侵害间接占有的问题,而是权限的问题,遇此情形,间接占有人得向直接占有人主张的,不是占有的保护,而是基于占有媒介关系或其他法律关系而生的权利。

③ “最高法院”1954 年台上字第 176 号判例

A. 判决理由。按租赁物交付后,承租人于租赁关系存续中,有继续占有其物而为使用及收益之权利,故其占有被侵夺时,承租人自得对于无权占有之他人,行使其占有物返还请求权,既无须经由出租人对其行使,亦无主张代位出租人行使之必要,此观“民法”第 423 条、第 941 条及第 962 条之规定,至为显然。本案上诉人主张伊于 1946 年间承租诉外人杨煌岩所有坐落新竹县关西镇南山里第 34、39、43 番内烟地七分,订有南字第 65 号租约为据,历年耕种无异,至 1950 年因杨煌岩商借其中二分余烟地(即系争烟地)栽种树苗,约定树苗收成后交还,现在该烟地竟为被上诉人所霸占,是以诉请返还等语,而被上诉人则以该烟地系向业主杨煌岩所租来,不能返还于上诉人等词为抗辩。查系争烟地如果确如上诉人主张,系由原出租人杨煌岩向之借回使用,则于使用完毕后应即返还与上诉人,要无另行出租或转借与被上诉人之权限,否则即为侵害上诉人之权利。上诉人基于上开理由,向被上诉人诉请返还,自非不应准许。原审既认定系争烟地系由杨煌岩于 1949 年 6 月出租予上诉人,又向上上诉人借回使用,复于 1950 年转借与被上诉人耕种,乃又谓上诉人并未经杨煌岩将烟地交付而占有之,仅能向杨煌岩请求交付租赁物或返还借用物,而不得径向被上诉人请求交还,从而废弃第一审判决,变更为上诉人败诉之判

决,殊嫌理由矛盾。上诉讼旨,指摘原判决不当,声明废弃,不得谓无理由。

B. 分析讨论。本事实得简化如下:甲(诉外人杨煌岩)有烟地,出租予乙。其后甲向乙商借其中二分余烟地栽种树苗。甲于使用完毕后,擅将该地出租(或出借)予丙。兹先将其基本法律关系图示:



在本案,“最高法院”以“民法”第 962 条规定,作为乙向丙行使占有物返还请求权的规范基础,其构成要件为:

- a. 乙系该物的占有人。
- b. 丙侵夺乙的占有。

a. 乙为占有人。甲出租某地给乙耕种,其后甲又自己借用该地之部分使用,就该部分土地言,甲为直接占有人,乙为间接占有人。“民法”第 962 条所谓占有人,包括直接占有人或间接占有人,有无占有本权,在所不问。准此以言,乙为第 962 条所称占有人。

b. 丙侵夺乙之占有? 所谓侵夺,指非基于占有人的意思而排除其对物的事实上之管领力。易言之,即违反占有人的意思,以积极的不法行为将占有物的全部或一部移入自己的管领。承租人或借用人于租赁或借贷期间届满后,拒不将租赁物或借用物返还,虽构成无权占有,但其原占有系基于占有人(出租人或贷与人)的意思而移转,并不构成对占有的侵夺。问题的关键在于承租人或借用人将该租赁物或借用物,另行出租(转租)或转借他人时,是否成立侵夺。关于此点,应采否定说。借用人(直接占有人),将标的物出卖予他人,并为交付,不构成侵夺贷与人的间接占有,前已论及。在转租或转借情形,承租人或借用人尚间接占有其物,成立多阶层的占有关系,更不发生侵夺出租人或贷与人之占有之情事。至于有无转租或转借的权限,是否侵害他人权利,乃应否负契约责任的问

题,与侵夺占有无关,盖此所涉及的是对于物的事实管领力的问题。^①准此以言,在本案,甲出租某地予乙,乙出借该地部分予甲,丙自甲承租或借用该地,并未侵夺乙的占有。

据上所述,丙未侵夺乙的占有,乙不能依“民法”第962条规定向丙请求返还其占有的土地。

二、占有在债权法上的保护

(一) 占有的不当得利

1. 甲占有某千年何首乌出卖予乙,依让与合意交付后,乙出借该千年何首乌予丙。若买卖契约不成立时,试就下列情形说明甲得否对乙主张不当得利请求权:

- (1) 该千年何首乌为甲所有。
- (2) 该千年何首乌为丙所有,被甲所盗。

2. 甲有某发财小货车,被乙侵夺,丙又盗之,用之于运送货物。试问:乙对丙有无不当得利请求权?

“民法”第179条规定:“无法律上之原因而受利益,致他人受损害者,应返还其利益,虽有法律上之原因,而其后已不存在者,亦同。”不当得利可分为给付不当得利与非给付不当得利(尤其是侵害他人权益不当得利)两个类型。^②兹就占有而生的不当得利,分述如下:

1. 给付不当得利

给付不当得利,指给付因自始欠缺目的或目的不达而生的不当得利。占有系一种利益,得为不当得利之客体。例如,甲有某千年何首乌,出售予乙,依让与合意交付后,发现买卖契约不成立、无效或被撤销。在此情形,乙即取得该千年何首乌所有权及“占有”,因欠缺给付目的,系无法律上原因,而受利益,应负返还所有权及“占有”的义务。又例如,甲占有某屋,出租予乙,并为交付,其后甲以意思表示错误为理由,撤销租赁契约,亦得依不当得利规定请求乙返还该屋的占有。

^① 参见史尚宽:《物权法论》,第541页谓:“对于直接占有人无禁止的私力存在者,对于间接占有人亦无禁止的私力成立。例如承租人侵占租赁物,或以之让与第三人,违反约定而使用……则出租人无占有之保护。”可供参照,并参见 Schwab/Prütting, Sachenrecht, S. 36; Westermann/Gursky, Sachenrecht, I. S. 157.

^② 参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社2009年版,第8页。

应特别指出的是,在上举之例,纵使甲非该千年何首乌或房屋的所有人,亦无论其占有是否为有权占有,均得依不当得利规定,向乙请求返还其无法律上原因所受的“占有”。乙将该千年何首乌或房屋出借或转租于丙时,其现存的利益为间接占有,对丙享有返还请求权,应将之让与甲,由甲向丙请求返还。

2. 非给付不当得利(侵害他人权益的不当得利)

非给付不当得利类型中以侵害他人权益的不当得利最为重要,例如甲擅将乙寄托的干鲍让售予丙,丙善意取得该鲍鱼所有权时(第801条、第948条),甲所受的利益(对丙的价金债权或受领的价金),系侵害应归属于乙(所有人)的权益,无法律上的原因,应负返还的义务。关于侵害他人占有的不当得利,分两种情形加以说明:

(1) 请求人系有权占有。甲承租乙所有某地摆设小吃摊贩卖香肠,丙侵夺该地作为停车场。在此情形,丙使用该地,受有利益,侵害应归属于甲的权益,致甲受损害,应依不当得利规定返还其使用的利益。此项使用利益,依其性质不能返还,应偿还其价额(第181条)。

(2) 请求人系无权占有。甲占有某小发财车,被乙侵夺,丙又自乙处侵夺之,用于运货。在此情形,乙得否对丙主张不当得利,颇值研究。乙系恶意占有人,对该车无使用收益的权能,欠缺权益归属内容,丙未侵害应归属于乙的权益,不成立不当得利。无权占有人系属善意时,宜推定其为适法所有之权利范围内,得为占有物之使用收益(第952条),对侵夺其占有之人,得依不当得利规定请求返还其使用占有物所受的利益。

(二) 侵害占有的侵权责任

1. 甲向乙承租某地,辟为停车场,丙擅在该地停车,丁任意丢弃废料,致甲不能使用该地。试问甲得向丙、丁主张何种权利?

2. 甲出租某屋给乙,经营简易自助餐。乙积欠租金,甲终止租约,乙屡经催促,拒不返屋。甲趁乙南下省亲,强行夺回该屋,另租他人。试问乙以占有被侵害不能营业为理由,诉请甲为损害赔偿,有无理由?

1. 问题的提出

“民法”第184条第1项规定:“因故意或过失,不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任。故意以悖于善良风俗之方法,加损害于他人者亦

同。”第2项规定：“违反保护他人之法律，致生损害于他人者，负赔偿责任。但能证明其行为无过失者，不在此限。”关于侵害他人占有的侵权责任，涉及三个问题^①：

- (1) 请求权基础，应否适用“民法”第184条第1项前段或第2项？
- (2) 占有的状态，应否区别有权占有或无权占有，而作不同的处理？
- (3) 损害赔偿，占有被侵害时，被害人得请求何种损害赔偿？

2. 实务上见解

(1) “最高法院”1982年度台上字第3748号判决。在本判决原审以被上诉人系广安宫管理委员会主任管理人，管理广安宫庙宇并其基地，即坐落宜兰县冬山乡兴安段1443号及1444号土地两笔，虽该庙宇有墙壁，前曾被洪水冲毁，亦不因此谓其已丧失对残垣断壁之管理。至该土地固为宜兰县冬山乡广兴村民合资，在日据时期昭和13年间购置（原作为兴建部落集会所使用），经信托登记为上诉人、已故俞石头、张阿存三人所共有，但实际并非所有人，且亦无使用该土地之权限（因非在信托范围内），乃竟于1978年10月间占有该土地内如“最高法院”原判决附图(A)(B)(C)(D)所示之部分，并利用(A)(B)(D)部分土地之残壁建造房屋两间，被上诉人兹主张上诉人应负侵权行为损害赔偿责任，诉求上诉人拆屋并腾清杂物以恢复原状（经刑事诉讼程序中附带提起民事诉讼移送给原审法院民事庭审理），自非无据。爰依被上诉人之声明而为判决，并于判决理由项下载明其心证之所由得，于法洵无违背。

“最高法院”谓：“查占有固为事实，并非权利，但究属财产之法益，民法第960条至第962条且设有保护之规定，侵害之，即属违反法律保护他人之规定，侵权行为之违法性非不具备，自应成立侵权行为。至占有人对该占有物有无所有权，初非所问。而如原审之认定，上诉人就前开土地既仅登记名义人，实际上并无所有权，且依约定未有使用之权能，就被上诉人之由于管理而占有使用，尚无可对抗之事由，纵原审论述该土地之所有

^① 参见苏永钦：《侵害占有的侵权责任》，载《台大法学论丛》、《1987年度民商法判决研究特刊》，第109页以下；拙著：《侵害占有之侵权责任与损害赔偿》，载《民法学说与判例研究》（第三册），北京大学出版社2009年版，第172页。德国法上的资料，参见Fabricius, Zur Dogmatik des Sonstigen Rechts gemäß § 823 Abs. 1. BGB, AcP 160, 273 ff.; Medicus, Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadensersatz, AcP 165, 115 ff.; Schick, Besitzschutz nach § 823 BGB; Wieser, Der Schadensersatz des Besitzers aus § 823 BGB, JuS 1970, 577.

权,谓为广安宫所有,又谓为全村人(指扩兴村民)共有云云,容有未洽;仍于被上诉人本件之请求权无影响。上诉意旨,执此争辩,并任意攻击原审认定上诉人非实际所有人及被上诉人管理该土地残壁之事实为不当,资为对原判决不服之论据,声明废弃,非有理由。”

(2)“最高法院”1985年台上字第752号判决。在本判决,“最高法院”谓:“民法”有关保护占有之规定,于无权源之占有,亦有其适用。故占有人事实上管领占有物,纵无合法权源,对其主张权利者,仍应依合法途径谋求救济,以排除其占有。如果违背占有人之意思而侵夺或妨害其占有,非法之所许者,占有人对于侵夺或妨害其占有之行为,得依“民法”第960条第1项规定,以己力防御之。“民法”第962条规定之占有保护请求权,于无权源之占有人亦得主张之。如果占有被不法侵害,占有人即非不得依侵权行为之法例,请求赔偿其所受之侵害。本件上诉人伟强公司占有系争房屋,纵令因执行法院除去其租赁关系后实施拍卖,以致合法占有之权源归于消灭,蔡金贵等于取得系争房地之所有权以来,仍不得反于伟强公司之意思,以己力妨害其占有。原审以蔡金贵等搬走伟强公司储存之寄托物并锁闭库门,致伟强公司损失营业上之收入,亦属权利之正当行使,认为与侵权行为之构成要件不符,其法律上之见解,不无违误。

3. 分析讨论

(1)请求权基础:“民法”第184条的适用。在上开两则判决,“最高法院”明确表示占有固为事实,并非权利,但究属财产法益,“民法”第960条至第962条关于保护占有的规定,属于“民法”第184条第2项保护他人的法律。侵害占有者,应依此规定负损害赔偿赔偿责任。此为通说的见解,其意义有二:一为肯定“民法”第184条第2项为独立的侵权行为类型;二为占有非属权利,不适用“民法”第184条第1项前段规定。

就单纯的占有而言,“最高法院”上开见解基本上固值赞同,但占有系基于一定权利(如租赁权、使用借贷等)时,除其固有的排他性外,尚享有使用收益的权能而具有支配性,应更进一步认为其占有因此强化为一种应受侵权行为法保护的权利。

(2)侵害有权占有及损害赔偿。在“最高法院”1982年台上字第3748号判决一案,原告(被上诉人)对庙宇及基地的占有系属有权占有,得解为权利受侵害,而有“民法”第184条第1项前段规定的适用。被上诉人请求上诉人拆屋并腾清杂物以恢复原状。此项侵权行为损害赔偿请

求权得与“民法”第 962 条规定的占有保护请求权发生竞合关系。

侵害占有可能发生的损害,主要有四种:

① 使用收益的损害:指占有人对占有物不能使用收益而生的损害。如车位被侵夺致不能停车;房屋被霸占致不能居住;汽车被盗致不能运货等。此项损害最属常见。

② 支出费用的损害:指占有人对占有物支出费用,本得向恢复请求人请求偿还,因该物被侵夺而毁损、灭失致不能求偿而受有损害。

③ 责任损害:指占有人因占有物被第三人侵夺致毁损或灭失,对恢复请求人应负损害赔偿赔偿责任。

④ 取得时效损害:指占有人因占有物被侵夺,致取得时效中断,不能取得所有权(第 768 条以下规定)。有权占有被害人得请求赔偿的损害,包括使用收益的损害、支出费用的损害和责任损害。至于取得时效的损害,仅系取得某种权利的希望,尚难解为系法律的损害,似不得请求损害赔偿。

(3) 侵害无权占有及损害赔偿。“最高法院”1985 年台上字第 752 号判决肯定善意占有人亦得依侵权行为法则(似指“民法”第 184 条第 2 项)请求使用收益损害(营业上的收入损失)的赔偿。^① 德国学者 Heck 从经济的观点,强调无权占有人亦有保护的必要,例如甲以其无权占有的某件机器从事生产,已成为企业的一部分,具有继续占有使用的经济利益,所有人乙强行取回该件机器,导致生产停顿时,应负担损害赔偿赔偿责任。^②

“民法”关于占有的保护,无权源的占有人亦得为主张,固属无误,因其立法目的在于维持社会平和。至于得否依侵权行为法规定请求损害赔偿,应从权益保护的观念加以判断。善意占有人,依推定其为适法所有之

① 此为实务上的基本见解。台湾高等法院 1983 年度法律座谈会曾提出一则法律问题:某甲无权占用某乙之土地种植树木,某丙擅予砍伐出售。某甲是否得依侵权行为之规定请求某丙赔偿其损害? 讨论意见:甲说(肯定说)认为,无权占有他人之土地使用收益者,仅该他人得予依法排除其侵害,第三人仍无权对其使用收益妄加干涉。某甲自得诉请某丙赔偿其损害(“最高法院”1981 年台上字第 83 号判决)。乙说(否定说)认为,某甲种植之树木依“民法”第 66 条第 2 项之规定非属某甲所有,某甲自不得本于侵权行为请求某丙赔偿其损害(“最高法院”1980 年台上字第 3114 号判决)。结论:以甲说为当。盖占有应受法律保护,此观诸“民法”第 943 条、第 962 条各规定甚明。“司法院”第一厅研究意见:同意研究结论。[发文字号:1983 年 2 月 22 日(1983 年)厅民一字第 0119 号函复台高院]。

② Heck, Sachenrecht, Neudruck, 1960, S. 12.

权利,得为占有物之使用收益(第952条),其占有被不法侵害时,得依“民法”第184条第2项规定(甚至第184条第1项前段),请求损害赔偿。恶意占有人不得为占有物之使用收益(第952条)。在财货归属上,恶意占有人对于占有物,并无使用收益的权能,原则上应不得就不归属其享有的权益,请求损害赔偿。甲侵夺乙的房屋或汽车,乙强力取回之时,恶意占有人得向所有人请求其因不能使用其无权占有房屋或汽车的损失,衡诸占有保护之规范目的、情理、正义感情,是否妥当,尚值研究。^①诚如德国法学家 Jhering 所云,强盗与小偷亦享有占有保护,但仅止于自力救济或占有保护请求权,以维护社会秩序,似不能因此而言为强盗与小偷得对取回其物的所有人,亦得请求不能对盗赃物为使用收益而生的损害。^②

第八节 准 占 有

1. 甲有乙银行的存单及印章,被丙所窃,交其受雇人丁冒领款项。

- (1) 试问丙是否“占有”甲对乙银行的债权?
- (2) 试说明甲、乙、丙间的法律关系。

2. 甲就其所有的A地设定通行地役权于B地所有人乙,乙将B地随同地役权出租予丙。试问:

- (1) 乙及丙是否“占有”该地役权?
- (2) 甲或第三人设置障碍,妨害丙的通行时,丙得否以己力排除之?
- (3) 设定地役权的法律行为无效时,其法律关系是否不同?

^① 此为德国联邦法院及多数学者的见解。在BGHZ 73, 355判决一案,甲有某厂房出租予乙,乙转租予丙。其后甲对乙有效终止契约。甲自丙取回厂房,丙诉请损害赔偿。德国联邦法院认为,此项终止契约对丙亦生效力(《德国民法》第556条第2项),丙无使用收益的权利,就甲侵夺其占有物,亦不能主张使用收益减少的损害赔偿。参见 Baur, StAA6; uAA0; Stürner, Sachenrecht, S. 80.

^② 《日本民法》明定占有为一种权利(占有权),关于侵害占有权的不法行为上损害赔偿,亦有争论,学说上多认为无本权或主张本权,但不能立证的单纯占有,就占有权自体之侵害,无请求不法行为上损害赔偿的余地。参见几代通:《德本伸一补订》,载《不法行为法》,平成5年,第66页;加藤一郎:《不法行为》(增补版),昭和49年,第110页、第221页;前田达明:《不法行为》,昭和55年,第79页。

一、准占有的意义、沿革与功能

(一) 意义

占有,系指对物的事实上管领力,以物为客体。权利得否为占有的客体?“民法”采肯定的见解,第966条规定:“财产权,不因物之占有而成立者,行使其财产权之人,为准占有人。本章关于占有之规定,于前项准占有准用之。”此种以财产权为客体的占有,学上说为准占有(Qusaipossession)或权利占有(Rechtsbesitz),其占有人称为准占有人。

(二) 沿革

权利得否为占有的客体,法制史上历经变迁。^①在罗马法,占有以物为限,惟对地役权设有例外。日耳曼法上的占有(Gewere)与权利具有密切关系,故其占有亦及于权利。1804年《法国民法》扩大权利占有的概念,包括身份关系在内(第1985条以下、第2888条)。此种及于身份关系的占有,称为“身份占有”,指仅外形有夫妻或父子关系时(如未结婚同居,私生子女),虽无结婚配偶或婚生的父子身份,亦认为其有夫妻或父子身份的效力。《德国民法》制定时对应否规定权利占有,发生争议,最后认为权利占有不具实益,未设一般规定,仅承认地役权的准占有,而于第1029条规定:“土地所有人已将地役权登记于土地簿册者,土地占有人行使此项地役权而受妨害时,准用关于占有保护之规定,但以妨害发生前一年内曾为一次之行使者为限。”^②《日本民法》受《法国民法》的影响,采概括主义,第205条规定:“本章之规定,于为自己意思而行使财产权之情形准用之。”^③台湾“民法”系仿《日本民法》而设准占有制度。

① 参见史尚宽:《物权法论》,第546页;舟桥淳一:《物权法》,第331页;我妻荣、有泉亨:《物权法》,第331页,Gräfe, Die Lehre vom Rechtsbesitz in der Rechtsgeschichte der Neuzeit, Diss. Köln, 1983; Krückmann, Die Ermächtigung und der Rechtsbesitz, in: Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben, 1929, III, 79ff.; Pawlowski, Der Rechtsbesitz im geltenden Sachen- und Immaterialgüterrecht, 1961.

② 《德国民法》物权部分起草人Johow在其所提草案第84条规定:“对于权利不得为占有”(An Rechten finden Besitz nicht statt.),认为权利占有系属多余,殆无实益。参见Westermann/Gursky, Sachenrecht, I. S. 160; Wieling, Sachenrecht, I. S. 240。关于《德国民法》第1029条的批评,参见Heck, Sachenrecht, S. 59.

③ 参见舟桥淳一:《物权法》,第330页;我妻荣、有泉亨:《物权法》,第520页;广中俊雄:《物权法》,第357页。

(三) 立法目的及规范机能

占有制度旨在保护对于物之事实上管领,以维持社会的平和秩序。“民法”认为对权利的事实上支配关系,亦应纳入保护范围。立法理由书谓:“查民律草案第1316条理由谓占有无体物(权利是也),应准占有有体物之例保护之。如占有地役权、抵押权等,不必占有某物,亦得行使权利之财产权是也。此本条所由设也。”

值得研究的是权利占有的规范机能,实务上最常见的,是债权准占有。“最高法院”1953年台上字第288号判例谓:财产权不因物之占有而成立者,行使其财产权之人为准占有人,债权乃不因物之占有而成立之财产权之一种,故行使债权人之权利者,即为债权之准占有人,此项准占有人,如非真正之债权人而为债务人所不知者,债务人对于其所为之清偿,仍有清偿之效力,此通观“民法”第310条第2款及第966条第1项之规定,极为明显。由此规定可知,真正的债权人,固为准占有人,其非真正的债权人而行使债权人的权利时,如第三人持真正存折并在取款条上盖存款户真正印章向金融机关提取存款,亦属债权准占有人。除债权准占有,其他案例尚属罕见,权利占有制度的实益,仍待评估。

二、准占有的发生及消灭

(一) 准占有的发生

占有的发生,须以对于物有事实上管领力为要件。准占有的发生以对不因物之占有而成立的财产权,行使其财产权为要件。分述如下:

1. 财产权

准占有之标的,限于财产权,不及于人格权及身份权。所谓财产权,包括物权、债权及智能财产权。

2. 不因物之占有而成立的财产权

准占有之标的,虽限于财产权,然亦须为不必占有其物,亦得行使权利的财产权,如地役权、抵押权、商标权、专利权、著作权或债权。因物之占有而成立的财产权,如所有权、地上权、永佃权、典权、质权、留置权及租赁权等,则不得为准占有之标的,因其既可借占有制度而受保护,无承认其为准占有的必要。

财产权之作为准占有标的,是否应以得继续行使为要件,颇有争论,解释上应采否定说。法律规定准占有,旨在保护外形的事实,以维护社会

秩序,故在外观上足以认识该财产权系归属某人,即可成立准占有,一次清偿即归消灭的债权,虽不以继续给付为目的,亦得为准占有之标的。至于撤销权、解除权因系附随于债权契约或物权契约而存在的权利,而非独立的财产权,不能与其基本权利分离,而单独为准占有的标的。

3. 财产权的行使

准占有,以对财产权之行使为要件。所谓权利之行使,指实现权利内容的行为。就债权之行使而言,如债权人向债务人请求履行债务。就不动产役权之行使而言,在积极不动产役权,如通行供役不动产,设置汲水的管线;在消极不动产役权,如约定不得建筑横墙遮蔽窗户光线与空气之不动产役权^①,于供役不动产所有人不为横墙之建筑时,即可认为系对不动产役权之行使。^②

(二) 准占有的消灭

准占有以行使财产权为要件,因权利行使之事实的丧失而消灭。其权利行使事实之丧失,得基于准占有人的意思,如窃贼将其盗窃的存折及图章返还给债权人;亦得基于其他事由,如不动产役权的准占有因不动产役权被涂销登记而消灭。

三、准占有的效力

(一) 关于占有规定的准用

准占有的效力,系准用关于占有的规定(第966条第2项),除其性质不兼容者外,占有的规定,皆可准用,如占有状态(占有辅助人、直接占有、间接占有)、事实的推定、权利的推定及占有的保护。关于动产善意取得的规定,因系以动产的占有为要件,无准用余地。准占有除用关于占有的规定外,尚有两种效力:

(1) 对于债权之准占有人,善意所为的清偿,有清偿的效力(第310

^① 关于此例,参见最高法院1943年上字第1527号判例:“不得建筑横墙遮蔽窗户光线与空气之地役权,虽系继续而不表见,汲水地役权之行使,以地役权人每次之行为为必要,虽系表见而不继续,均与民法第852条所定地役权因时效而取得之要件不合。”不得建筑横墙遮蔽窗户光线与空气之地役权,系消极地役权;汲水地役权,则为积极地役权。

^② 在消极地役权,如何认定权利之行使,颇有争论,自萨维尼以来,通说认为,负有义务之所有人履行其不作为义务时,即足认为权利之行使,参见 Savigny, *Das Recht des Besitzes*, § 46, S. 493ff.; Westermann/Gursky, *Sachenrecht*, I. S. 162; Wieling, *Sachenrecht*, I. S. 242.

条第 2 款)。

(2) 准占有之标的如为继续行使之权利,得发生所有权以外之财产权的时效取得(第 772 条)。

(二) 债权的准占有

债权系属财产权,不因物之占有而成立,得为准占有之标的,虽非债权人,事实上行使债权人,亦为债权准占有人,如表见继承人、债权证书的持有人、债权让与无效的受让人。兹举一例加以说明。甲有乙银行的存单及印章,被丙所窃,交其受雇人丁冒领款项。在此情形,丙行使甲对乙银行的债权,为债权准占有人,并为无权占有,丁为丙的受雇人,受丙的指示,而为债权的行使,系属丙的占有辅助人。丙凭真正之存单及印章由其占有辅助人丁冒领款项,乙银行不知其非债权人者,依“民法”第 310 条第 2 款规定,银行得对存款户主张有清偿之效力,存款户不得请求返还同一数额之金钱,银行不负侵权行为或债务不履行之损害赔偿赔偿责任。倘乙银行明知丙非债权人,对甲不生清偿之效力。存款户得行使寄托物返还请求权,请求乙银行履行债务,在此情形亦不发生侵权行为或债务不履行之问题。

(三) 不动产役权的准占有

不动产役权系属财产权,不因物之占有而成立,得为准占有之标的;罗马法及德国法虽不承认权利占有,但皆例外肯定地役权(不动产役权)的准占有。兹举一例加以说明。甲就其所有的 A 地,设定通行不动产役权于 B 地的所有人乙,乙将 B 地出租予丙,其后发现不动产役权的设定行为无效。甲乃以不动产役权设定无效,阻丙通行,并擅自拆除丙因行使权利而为之设置。在此情形,关于不动产役权准占有的效力,分五点言之:

(1) 不动产役权准占有的成立,以不动产役权经登记为要件,但不动产役权是否存在,则所不问,故不动产役权的设定行为虽属无效,对不动产役权的准占有不因此而受影响。

(2) 乙先就不动产役权取得准占有,再将 B 地出租予丙时,其对不动产役权的准占有随同移转,于乙、丙间成立占有媒介关系,丙为直接准占有人,乙为间接准占有人,均属无权准占有。

(3) 不动产役权系不因物的占有而成立,但为行使不动产役权,其准占有人得为设置,如架设便桥。在此情形,数该设置之物得成立占有,适

用关于占有的规定。

(4) 甲擅自拆除丙为行使不动产役权而设置的便桥,系侵夺丙的占有,丙得行使自力救济权(第 960 条),或主张占有保护请求权(第 962 条)。甲阻止或妨碍丙之通行,系侵夺或妨害丙对不动产役权的准占有,丙得以己力防御之(准用第 960 条)。由此可知,准占有制度亦具有维护社会平和秩序的机能。

(5) 甲依法诉请涂销不动产役权的登记时,乙与丙对不动产役权的准占有归于消灭。

附录一 土地权状及登记誊本

台北市古亭地政事務所

土地所有權狀

登記日期：中華民國80年11月10日
發狀日期：中華民國80年11月10日
權狀字號：80北古字第0059號

所有權人：
統一編號：A123634925

土地標示：

座 落：文山區景美段四四四號
地 號：0398-0000
地 目：地
等 則：(空白)
面 積：534.00平方公尺
權利範圍：持分 *****10000分之557*****

以上土地所有權業經依法登記完畢，合行發給本權狀以憑執管

主任 曾秋木

台北市古亭地政事務所

建物所有權狀

登記日期：中華民國57年
 號狀日期：中華民國77年
 權狀字號：77北古字第...號

所有權人：
 統一編號：A103213591

建物標示：
 座 落：古亭區福和段
 區 號：00268
 門牌號：汀州路770號3樓
 建築完成日期：民國一年一月一日
 主要建材：鋼筋混凝土造 主要用途：住家用
 建物層數：4層

層 次：三層
 層次面積：148.34平方公尺

層 次：露台
 層次面積：8.20平方公尺
 總面積：156.54平方公尺
 權利範圍：所有權全部

基地號：古亭區福和段二小段0619-0000地號
 以上建物所有權業經依法登記完畢，發給此項權狀以憑執管

主任 曾秋木

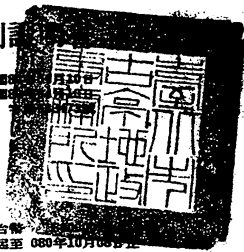
本權狀物權是否變更或已設定他項權利以地政事務所登記簿所載為準

77006116

台北市古亭地政事務所

他項權利

登記日期：中華民國80年04月09日
發狀日期：中華民國80年04月09日
證書字號：80北古



權利人：
統一編號：A104337616

權利種類：抵押權
債權範圍：債權全部
權利價值：本金最高限額新台幣
存續期間：自80年04月09日起至 88年10月09日止
清償日期：依照各個債務契約約定
利息或地租：無
遲延利息：無
違約金：依照各個債務契約約定
債務人：胡茵如

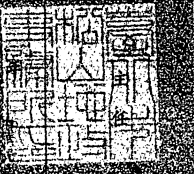
收件字號：民國80年04月09日文山區字第008401號

他項權利權的：

- * 土地：文山區公 劃 段 三 小 段0151-0008地號
面積：17232.00平方公尺
登記次序：0744-000
權利權的：所有權
權利範圍：持分 *****10000分之15*****
義務人：胡茵如
- * 建物：文山區公 劃 段 三 小 段00367 建號
門牌號：興隆路3段207巷10弄15號2樓
總面積：96.89平方公尺
附屬建物總面積：30.75平方公尺
登記次序：003-0
權利權的：所有權
權利範圍：所有權全部
義務人：胡茵如

以上他項權利業經依法登記完畢，合行發給本證明書以憑執管

主任 曾秋木

土地所有權狀									
中華民國  年 月 日	土地所有權人 姓名 性別 年齡 職業 住居 戶籍	土地坐落 地段 地號 面積 用途 權利範圍	權利範圍 種類 面積 用途 權利範圍	權利來源 種類 面積 用途 權利範圍	權利來源 種類 面積 用途 權利範圍	權利來源 種類 面積 用途 權利範圍	權利來源 種類 面積 用途 權利範圍	權利來源 種類 面積 用途 權利範圍	權利來源 種類 面積 用途 權利範圍
臺北市政府地政事務所為登記土地所有權經依法登記完畢合行發給本權狀以憑執管									

登记誊本(地号全部)

台北市土地登记誊本(地号全部)

——中正区福和段二小段 0290-0000 地号

列印时间:1991年7月08日10时53分

页次:0001

***** 土地标示部 *****

收件日期:1978年7月19日

收件字号:古亭字第011256号

登记日期:1978年7月20日

登记原因:地目变更

登记原因发生日期:1978年7月18日

地目:建等则:(空白)

面积:584.00平方公尺

使用分区:(空白)

编定使用种类:(空白)

当年期公告现值:145420元/平方公尺

地上建物建号:

中正区福和段二小段

00554 00806

其他登记事项:重测前:水源段216-2地号

***** 土地所有权部 *****

主登记次序:0001

收件日期:1974年10月31日

收件字号:古亭字第007445号

登记日期:1974年11月5日

登记原因:买卖

登记原因发生日期:1974年9月3日

所有权人姓名:台北市

统一编号:500000001

住址:台北市古亭区汀州路712号

权利范围:所有权全部

申报地价:47290.0元/平方公尺

原地价年月:1978年5月

原地价:10234.0元/平方公尺

历次持份:所有权全部

其他登记事项:原因有偿拨用

*** 资料输送完毕 ***

列印:王美玲

古亭地政事务所

古 80735623

登记誊本(个人全部)

台北市土地登记誊本(个人全部)

——大安区龙泉段一小段 0306-0000 地号

列印时间:1991年7月8日10时54分

页次:0001*

***** 土地标示部 *****

收件日期:1982年12月16日 收件字号:古亭字第01824号

登记日期:1982年12月17日 登记原因:分割

登记原因发生日期:1982年12月15日

地目:号等则:(空白)

面积:2309.00平方公尺

使用分区:(空白)

编定使用种类:(空白)

当年期公告现值:108610元/平方公尺

地上建物建号:

大安区龙泉段一小段

03477 03478 03479 03480 03481 03482 03483 03484

03485 03486 03487 03488 03489 03490 03491 03492

03493 03494 03495 03496 03497 03498 03499 03500

03441 03442 03443 03444 03445

其他登记事项:重测前:古亭段250-9地号

因分割增加地号:306-1

国民住宅

***** 土地所有权部 *****

主登记次序:0043

收件日期:1984年8月28日

收件字号:古亭字第011665号

登记日期:1984年8月29日

登记原因:买卖

登记原因发生日期:1984年08月10日

所有权人姓名:

统一编号:X100170999

住址:台北市大安区龙坡里21邻云和街95号3楼

权利范围:持份 1/60

申报地价:32104.0元/平方公尺

原地价:44170.0元/平方公尺

原地价年月:1984年8月

历次持份:持份 1/60

其他登记事项:(空白)

***** 土地他项权利部 *****

主登记次序:0068-000

权利种类:抵押权

权利标的:所有权

权利标的主登记次序:0043

收件日期:1984年10月11日

列印时间:1991年7月8日10时54分

页次:0002

权利人姓名:

统一编号:*100000038

住址:(空白)

权利范围:持份 1/60

权利价值:债权额新台币 1000000元

债权范围:债权全部

存续期间:自 年 月 日至 年 月 日

清偿日期:依照各债务契约约定

共同担保档号:03025774号

利息或地租:依照各个债务契约约定

违约金:依照各个债务契约约定

设定义务人:陈雨林

其他登记事项:共同担保建号:7771

古亭地政事务所

*** 资料输送完毕 ***

列印:王美玲 古 80735623

登记誊本(建号全部)

台北市建物登记誊本(建号全部)

——中正区福和段二小段 00554 建号

列印时间:1991年7月8日10时52分

页次:0001

***** 建物标部 *****

收件日期: 年 月 日

收件字号: 字 第 号

登记日期:1978年6月23日

登记原因:基地号变更

登记原因发生日期:1978年3月15日

建物门牌:汀州路712号

基地坐落:中正区福和段二小段 0290-0000 地号

主要用途:其他

主要建材:钢筋混凝土造

层数:4层

总面积:1575.52平方公尺

层次:一层

层次面积:258.47平方公尺

层次:二层

层次面积:393.88平方公尺

层次:三层

层次面积:393.88平方公尺

层次:四层

层次面积:393.88平方公尺

层次:骑楼

层次面积:135.41平方公尺

建筑完成日期: 年 月 日

附属建物用途:平台

附属建物面积:11.21平方公尺

附属建物用途:阳台

附属建物面积:33.63平方公尺

其他登记事项:(空白)

***** 建物所有权部 *****

主登记次序:001

收件日期:1977年9月8日

收件字号:古亭字第015075号

登记日期:1977年10月13日

登记原因:第一次登记

所有权人姓名:台北市

统一编号:*50000001

管理者姓名:台北市古亭地政事务所

统一编号:*500000078

住址:台北市古亭区汀州路712号

权利范围:所有权全部

其他登记事项:(空白)

*** 资料传输完毕 ***

古亭地政事务所

古 80735624

登记誊本(个人全部)

台北市建物登记誊本(个人全部)

——大安区龙泉段一小段 03443 建号

列印时间:1991年7月8日11时00分

页次:0001

***** 建物标示部 *****

收件日期:1983年12月7日
登记日期:1984年1月16日
登记原因发生日期:1983年3月11日
建物门牌:云和街95号3楼
基地坐落:大安区龙泉段一小段0306-0000地号
主要用途:住家用
层数:5层
层次:三层
建筑完成日期:1983年3月11日
附属建物用途:阳台
其他登记事项:使用执照字号:72使字355号
国民住宅

收件字号:古亭字第013698号
登记原因:第一次登记
主要建材:钢筋混凝土造
总面积:86.03平方公尺
层次面积:86.03平方公尺
附属建物面积:10.62平方公尺

共同使用部分资料
建号:03441
面积:798.55平方公尺
持份:511420分之8603

***** 建物所有权部 *****

主登记次序:002
收件日期:1984年8月28日
登记日期:1984年8月29日
登记原因发生日期:1984年8月10日
所有权人姓名:
统一编号:*100170999
住址:台北市大安区龙坡里21邻云和街95号3楼
权利范围:所有权全部
其他登记事项:(空白)

收件字号:古亭字第011665号
登记原因:买卖

***** 建物他项权利部 *****

(01) *主登记次序:001-0
权利标的:所有权
权利标的主登记次序:002
收件日期:1984年10月11日
登记日期:1984年10月13日
登记原因发生日期:1984年9月25日
权利人姓名:
统一编号:*100000038
住址:(空白)
权利范围:所有权全部
权利价值:债权额新台币 1000000元
债权范围:债权全部
存续时间:自 年 月 日至 年 月 日
清偿日期:依照各个债务契约约定
共同担保档号:03025774号
利息或地租:依照各个债务契约约定
违约金:依照各个债务契约约定
设定义务人:陈雨林
其他登记事项:共同担保地号:306
*** 资料传输完毕 ***

权利种类:抵押权
收件字号:古亭字第013819号
登记原因:法定

古亭地政事务所
古 80735626

附录二 土地、建筑改良物抵押权 设定契约书

土地、建筑改良物抵押权设定契约书												
下列	土地	经	权利人	双方同意设定(1)	<input type="checkbox"/> 普通	抵押权,特订立本契约:						
	建物		义务人		<input type="checkbox"/> 最高限额							
土地标示	(2) 坐落	乡镇市区					(9) 建号					
		段						(10) 门牌	乡镇市区			
		小段							街路			
	(3) 地号						段巷弄					
							号楼					
	(4) 地目						(11) 建物坐落	段				
								小段				
	(5) 面积(平方公尺)						地号					
	(6) 设定权利范围						(12) 总面积(平方公尺)					
	(7) 设定担保债权金额	/	/					(13) 附属建物	用途			
(8) 流抵约定	/	/				面积(平方公尺)						
(17) 提供担保权利种类			所有权									
(18) 担保债权总金额			新台幣									

(续表)

(19) 担保债权种类及范围	<input type="checkbox"/> 最高限额抵押权——甲式:为债务人对抵押权人现在(包括过去所负现在尚未清偿)及将来所负在本抵押权设定契约书约定最高限额内之借款。 <input type="checkbox"/> 最高限额抵押权——乙式:为债务人对抵押权人现在(包括过去所负现在尚未清偿)及将来所负在本抵押权设定契约书约定最高限额内之借款、票据、透支、垫款、保证、信用卡应付款。 <input type="checkbox"/> 普通限额抵押权:为债务人对抵押权人于____年__月__日所立消费性房屋抵押借款合同暨担保透支约定书发生之债务。															
(20) 担保债权确定期日																
(21) 债务清偿日期	依照各个债务契约所约定之清偿日期。															
(22) 利息(率)	依照各个债务契约所约定之利率计算。															
(23) 迟延利息(率)	依照各个债务契约所约定之利率计算。															
(24) 违约金	依照各个债务契约所约定之违约金计收标准计算。															
(25) 其他担保范围约定	① 取得执行名义之费用。 ② 保全抵押物之费用。 ③ 因债务不履行而发生之损害赔偿。 ④ 因办理债务人与抵押权人约定之担保债权种类及范围所生之手续费。 ⑤ 抵押权人垫付抵押物之保险费用。															
(26) 申请登记以外之约定事项	其他约定事项 ① 交付利息日期及方法:依照各个债务契约之约定。 ② 本件土地及建物未订立租赁契约。															
订立契约人	(27) 权利人或义务人	(28) 姓名或名称	(29) 债权额比例	(30) 债务类比例	(31) 出生年月日	(32) 统一编号	(33) 住所								(34) 盖章	
	抵押权人						县市	乡镇市区	村里	邻	街路	段	巷弄	号	楼	
	法定代理人															
	代理人															
	义务人															
	债务人															
(35) 立约日期				年 月 日												

其他约定事项

- 一、抵押人、债务人兹邀同保证人/连带保证人共同约定就所提供本抵押物之担保范围,同意依照下列之规定:

本人已确认本条约款:

(抵押人签章)

普通抵押权

担保债务人对抵押权人于 年 月 日所立契约所发生之债务。

最高限额抵押权——甲式

担保债务人对抵押权人现在(包括过去所负现在尚未清偿)及将来在本抵押权设定契约书所定最高限额内所负之借款、透支、票据债务。

最高限额抵押权——乙式

担保债务人对抵押权人现在(包括过去所负现在尚未清偿)及将来在本抵押权设定契约书所定最高限额内所负之借款、透支、贴现、买入光票、垫款、承兑、委任保证、开发信用状、国内外进出口外汇契约、票据、保证,及依信用卡契约、应收账款承购契约、衍生性金融商品交易契约及特约商店契约所负之债务。

并同意抵押权设定契约书内其他担保范围约定所载,包含取得执行名义之费用、保全抵押权之费用、因债务不履行而发生之损害赔偿、因债务人与抵押权人上述约定之担保债权种类及范围所生之手续费,及抵押权人垫付抵押物之保险费用。

- 二、债务人、抵押人及保证人/连带保证人切实声明所提供之担保物完全为抵押人合法所有,他人并无任何权利。如日后发生纠葛,致使抵押权人受损害时,债务人、抵押人及保证人/连带保证人均愿连带负责赔偿。

- 三、担保物因天灾、事变或第三人行为等不可归责于双方当事人之事由,致毁损、灭失或价值减少时,担保物提供人及主债务人应立即通知抵押权人。抵押权人得定相当期限请求主债务人提出与减少价额相当之担保;逾期未提出时,抵押权人得请求主债务人清偿债务。

债务人及抵押人非经抵押权人书面同意绝不擅自将担保物之全部或

一部拆除、改建、增建或为其他类此足以减少该抵押不动产价值之一切行为,或设定其他用益物权或担保物权。

担保物如拟变更、改良、增设或废弃,亦须事先经抵押权人书面同意后 方得办理,如需要办理变更登记时,债务人及抵押人愿立即办理应行变更登记申请之一切手续。

债务人及抵押人对于抵押物愿以善良管理人之注意妥善使用及慎重保管并不得懈怠修理等有关保存上之行为,关于担保物之税捐、修理等一切费用概由债务人、抵押人连带负担照付。

- 四、担保物应由债务人或抵押人以不低于其重置成本之金额,以贵行为抵押权人,声请保险公司在保险单上加注抵押权特约条款,投保适当火险(含地震险)或抵押权人所要求之其他保险,一切费用概归债务人、抵押人负担。担保物如遭受不可归责双方当事人事由之损失,无论保险公司以任何理由拒绝、延宕或赔款不足时,债务人、抵押人应立即通知抵押权人,抵押权人并得定相当期限请求债务人提出与减少价额相当之担保,逾期不提出时,抵押权人得请求清偿债务之本息(包括迟延利息)、违约金及各项费用。如在未经领受赔款以前,抵押权人认为须另行提供相当担保物时,债务人、抵押人亦愿照办。如债务人或担保物提供人怠于办理投保或续保时,抵押权人得代为投保或续保,所垫付之保险费应由债务人或抵押人立即清偿,否则抵押权人得并入请求债务人提出与减少价额相当之担保,逾期不提出时,抵押权人得自垫付之日起,将垫付之保险费径列入债务人对抵押权人所负债务,并按借款约定书之约定利率计息,但抵押权人并无代为投保、续保或代垫付保险费之义务。抵押物保险如有不能衔接情事不论任何理由,概视为抵押人及债务人违约。
- 五、如担保物全部或一部因公用征收或其他原因,债务人或抵押人得领取补偿价款时,抵押权人有权代理债务人或抵押人直接请求领取抵还已到期或未到期之债务,债务人及抵押人绝无异议,并愿配合提供所需文件。此项委任以本约为委任之证明,不另立委任状。
- 六、债务人及抵押人同意抵押权人有权将本件担保物全部或一部转抵押。
- 七、债务人对抵押权人所负一切债务之本息及手续费,均愿依照约定期限如数清偿,如有左列第一至五情形之一者,无需由抵押权人通知或

催告,债务人应即丧失期限利益,如有第六至九情形之一者,经抵押权人于事先以合理期间通知或催告仍不补正时,亦同。全部债务均视为立即到期,抵押权人得径行处分担保物,将其所得款项抵充全部债务之本息、手续费、违约金、迟延利息、损害赔偿以及其他一切费用:

- (一) 任一宗债务不依约清偿或摊偿本金时。
- (二) 依破产法声请和解、声请宣告破产、声请公司重整、经票据交易所通知拒绝往来、停止营业或清理债务时。
- (三) 依约定原负有提供担保之义务而不提供时。
- (四) 因失踪或死亡而其继承人声明为限定继承或抛弃继承时。
- (五) 因刑事而受没收主要财产之宣告时。
- (六) 任何一宗债务不依约付息时。
- (七) 担保物被查封或担保物消失、价值减少或不敷担保债权时。
- (八) 立约人对银行所负债务,其实际资金用途与银行核定用途不符合时。
- (九) 受强制执行或假扣押、假处分或其他保全处分,致贵行有不能受偿之虞者。

保证人/连带保证人发生前项所列情形之一,经贵行指定合理期间通知立约人补提供保证人/连带保证人或为其他补正措施,逾期仍不补正时,准用前项规定。

八、抵押权设定契约书内每笔土地及建物担保债权金额栏所载之每笔金额仅表示计算登记书状费之标的金额,与本件全部不动产所登记为共同担保无关。抵押权人得就各笔不动产卖得之价金受债权全部或一部之清偿,不受每笔担保债权金额范围之限制。

九、本约所规定各条义务以抵押权人所在地为履行地。如债务人、抵押人及保证人/连带保证人不依约履行其责任而涉讼时,同意以抵押权人总行或与债务人往来之分行所在地之法院为第一审管辖法院,但法律有专属管辖之特别规定者,从其规定。

十、除本约及抵押权设定契约书规定各条款外,如有未尽事宜,应由双方议定。

十一、如债务人、保证人/连带保证人及抵押人不依约履行责任致生诉讼时,经抵押权人行使或保全对债务人之债权而支出之征信、估价、

律师(以抵押权人确有不能自为诉讼行为而须委任律师所支出之酬金为限)等费用及其他必要费用,均由债务人、保证人/连带保证人及抵押人连带负担。但抵押权人被判败诉确定时,不在此限。

十二、特约条款

立约人:

(即抵押人)

地址:详如抵押权设定契约书

债务人:

地址:详如抵押权设定契约书

附录三 台湾现行“民法” (物权部分)

公布日期:1929年11月30日

修订日期:2010年2月3日

第一章 通 则

第 757 条 (物权法定主义)

物权除依法律或习惯外,不得创设。

第 758 条 (登记生效要件主义[一]—设权登记、书面之要式性)

不动产物权,依法律行为而取得、设定、丧失及变更者,非经登记,不生效力。

前项行为,应以书面为之。

第 759 条 (登记生效要件主义[二]—宣示登记)

因继承、强制执行、征收、法院之判决或其他非因法律行为,于登记前已取得不动产物权者,应经登记,始得处分其物权。

第 759 条之 1 (登记效力之推定及善意第三人之保护)

不动产物权经登记者,推定登记权利人适法有此权利。

因信赖不动产登记之善意第三人,已依法律行为为物权变动之登记者,其变动之效力,不因原登记物权之不实而受影响。

第 760 条 (删除)

第 761 条 (动产物权让与之生效要件—现实交付、简易交付、占有改定、指示交付)

动产物权之让与,非将动产交付,不生效力。但受让人已占有动产者,于让与合意时,即生效力。

让与动产物权,而让与人仍继续占有动产者,让与人与受让人间,得订立契约,使受让人因此取得间接占有,以代交付。

让与动产物权,如其动产由第三人占有时,让与人得以对于第三人之返还请求权,让与于受让人,以代交付。

第 762 条 (物权之消灭[一]—所有权与他物权之混同)

同一物之所有权及其他物权,归属于一人者,其他物权因混同而消灭。但其他物权之存续,于所有人或第三人有法律上之利益者,不在此限。

第 763 条 (物权之消灭[二]—所有权以外物权之混同)

所有权以外之物权,及以该物权为标的物之权利,归属于一人者,其权利因混同而消灭。

前条但书之规定,于前项情形准用之。

第 764 条 (物权之消灭[三]—抛弃)

物权除法律另有规定外,因抛弃而消灭。

前项抛弃,第三人以有该物权为标的物之其他物权或于该物权有其他法律上之利益者,非经该第三人同意,不得为之。

抛弃动产物权者,并应抛弃动产之占有。

第二章 所有权

第一节 通 则

第 765 条 (所有权之权能)

所有人,于法令限制之范围内,得自由使用、收益、处分其所有物,并排除他人之干涉。

第 766 条 (物之成分及天然孳息之归属)

物之成分及其天然孳息,于分离后,除法律另有规定外,仍属于其物之所有人。

第 767 条 (所有权人之物上请求权)

所有人对于无权占有或侵夺其所有物者,得请求返还之。对于妨害其所有权者,得请求除去之。有妨害其所有权之虞者,得请求防止之。

前项规定,于所有权以外之物权,准用之。

第 768 条 (动产所有权取得之长期时效)

以所有之意思,十年间和平、公然、继续占有他人之动产者,取得其所有权。

第 768 条之 1 (动产所有权取得之短期时效)

以所有之意思,五年间和平、公然、继续占有他人之动产,而其占有之始为善意并无过失者,取得其所有权。

第 769 条 (不动产所有权取得之长期时效)

以所有之意思,二十年间和平、公然、继续占有他人未登记之不动产者,得请求登

记为所有人。

第 770 条 (不动产所有权取得之短期时效)

以所有之意思,十年间和平、公然、继续占有他人未登记之不动产,而其占有之始为善意并无过失者,得请求登记为所有人。

第 771 条 (取得时效之中断)

占有人有下列情形之一者,其所有权之取得时效中断:

一、变为不以所有之意思而占有。

二、变为非和平或非公然占有。

三、自行中止占有。

四、非基于自己之意思而丧失其占有。但依第九百四十九条或第九百六十二条规定,回复其占有者,不在此限。

依第七百六十七条规定起诉请求占有人返还占有物者,占有人之所有权取得时效亦因而中断。

第 772 条 (所有权以外财产权取得时效之准用)

前五条之规定,于所有权以外财产权之取得,准用之。于已登记之不动产,亦同。

第二节 不动产所有权

第 773 条 (土地所有权之范围)

土地所有权,除法令有限制外,于其行使有利益之范围内,及于土地之上下。如他人之干涉,无碍其所有权之行使者,不得排除之。

第 774 条 (邻地损害之防免)

土地所有人经营事业或行使其所有权,应注意防免邻地之损害。

第 775 条 (自然流水之排水权及承水义务)

土地所有人不得妨碍由邻地自然流至之水。

自然流至之水为邻地所必需者,土地所有人纵因其土地利用之必要,不得妨碍其全部。

第 776 条 (破溃工作物之修缮疏通或预防)

土地因蓄水、排水或引水所设之工作物破溃、阻塞,致损害及于他人之土地,或有致损害之虞者,土地所有人应以自己之费用,为必要之修缮、疏通或预防。但其费用之负担,另有习惯者,从其习惯。

第 777 条 (设置屋檐排水之限制)

土地所有人不得设置屋檐、工作物或其他设备,使雨水或其他液体直注于相邻之不动产。

第 778 条 (土地所有人之疏水权)

水流如因事变在邻地阻塞,土地所有人得以自己之费用,为必要疏通之工事。但

邻地所有人受有利益者,应按其受益之程度,负担相当之费用。

前项费用之负担,另有习惯者,从其习惯。

第 779 条 (土地所有人之过水权)

土地所有人因使浸水之地干涸,或排泄家用或其他用水,以至河渠或沟道,得使其水通过邻地。但应择于邻地损害最少之处所及方法为之。

前项情形,有通过权之人对于邻地所受之损害,应支付偿金。

前二项情形,法令另有规定或另有习惯者,从其规定或习惯。

第一项但书之情形,邻地所有人有异议时,有通过权之人或异议人得请求法院以判决定之。

第 780 条 (他人工作物之过水使用权)

土地所有人因使其土地之水通过,得使用邻地所有人所设置之工作物。但应按其受益之程度,负担该工作物设置及保存之费用。

第 781 条 (水流地所有人之自由用水权)

水源地、井、沟渠及其他水流地之所有人得自由使用其水。但法令另有规定或另有习惯者,不在此限。

第 782 条 (用水权人之损害赔偿与回复原状请求权)

水源地或井之所有人对于他人因工事杜绝、减少或污染其水者,得请求损害赔偿。如其水为饮用或利用土地所必要者,并得请求回复原状;其不能为全部回复者,仍应于可能范围内回复之。

前项情形,损害非因故意或过失所致,或被害人有过失者,法院得减轻赔偿金额或免除之。

第 783 条 (使用邻地余水权)

土地所有人因其家用或利用土地所必要,非以过巨之费用及劳力不能得水者,得支付偿金,对邻地所有人请求给与有余之水。

第 784 条 (变更水流权之限制)

水流地对岸之土地属于他人时,水流地所有人不得变更其水流或宽度。

两岸之土地均属于水流地所有人者,其所有人得变更其水流或宽度。但应留下游自然之水路。

前二项情形,法令另有规定或另有习惯者,从其规定或习惯。

第 785 条 (堰之设置与利用)

水流地所有人有设堰之必要者,得使其堰附着于对岸。但对于因此所生之损害,应支付偿金。

对岸地所有人于水流地之一部属于其所有者,得使用前项之堰。但应按其受益之程度,负担该堰设置及保存之费用。

前二项情形,法令另有规定或另有习惯者,从其规定或习惯。

第 786 条 (管线安设权)

土地所有人非通过他人之土地,不能设置电线、水管、瓦斯管或其他管线,或虽能设置而需费过巨者,得通过他人土地之上下而设置之。但应择其损害最少之处所及方法为之,并应支付偿金。

依前项之规定,设置电线、水管、瓦斯管或其他管线后,如情事有变更时,他土地所有人得请求变更其设置。

前项变更设置之费用,由土地所有人负担。但法令另有规定或另有习惯者,从其规定或习惯。

第七百七十九条第四项规定,于第一项但书之情形准用之。

第 787 条 (袋地所有人之通行权)

土地因与公路无适宜之联络,致不能为通常使用时,除因土地所有人之任意行为所生者外,土地所有人得通行周围地以至公路。

前项情形,有通行权人应于通行必要之范围内,择其周围地损害最少之处所及方法为之;对于通行地因此所受之损害,并应支付偿金。

第七百七十九条第四项规定,于前项情形准用之。

第 788 条 (通行权人之开路权)

有通行权人于必要时,得开设道路。但对于通行地因此所受之损害,应支付偿金。

前项情形,如致通行地损害过巨者,通行地所有人得请求有通行权人以相当之价额购买通行地及因此形成之畸零地,其价额由当事人协议定之;不能协议者,得请求法院以判决定之。

第 789 条 (通行权之限制)

因土地一部之让与或分割,而与公路无适宜之联络,致不能为通常使用者,土地所有人因至公路,仅得通行受让人或让与人或他分割人之所有地。数宗土地同属于一人所有,让与其一部或同时分别让与数人,而与公路无适宜之联络,致不能为通常使用者,亦同。

前项情形,有通行权人,无须支付偿金。

第 790 条 (禁止侵入之原则与例外)

土地所有人得禁止他人侵入其地内。但有下列情形之一者,不在此限:

一、他人有通行权者。

二、依地方习惯,任他人入其未设围障之田地、牧场、山林刈取杂草,采取枯枝枯干,或采集野生动物,或放牧牲畜者。

第 791 条 (寻查取回物侵入之允许)

土地所有人,遇他人之物品或动物偶至其地内者,应许该物品或动物之占有人或所有人入其地内,寻查取回。

前项情形,土地所有人受有损害者,得请求赔偿。于未受赔偿前,得留置其物品或动物。

第 792 条 (邻地使用权)

土地所有人因邻地所有人在其地界或近旁,营造或修缮建筑物或其他工作物有使用其土地之必要,应许邻地所有人使用其土地。但因而受损害者,得请求偿金。

第 793 条 (气响侵入之禁止)

土地所有人于他人之土地、建筑物或其他工作物有瓦斯、蒸气、臭气、烟气、热气、灰屑、喧嚣、振动及其他与此相类者侵入时,得禁止之。但其侵入轻微,或按土地形状、地方习惯,认为相当者,不在此限。

第 794 条 (开掘土地或建筑时危险发生之预防)

土地所有人开掘土地或为建筑时,不得因此使邻地之地基动摇或发生危险,或使邻地之建筑物或其他工作物受其损害。

第 795 条 (建筑物或工作物倾倒危险之预防)

建筑物或其他工作物之全部或一部,有倾倒之危险,致邻地有受损害之虞者,邻地所有人,得请求为必要之预防。

第 796 条 (越界建筑之效力)

土地所有人建筑房屋非因故意或重大过失逾越地界者,邻地所有人如知其越界而不即提出异议,不得请求移去或变更其房屋。但土地所有人对于邻地因此所受之损害,应支付偿金。

前项情形,邻地所有人得请求土地所有人,以相当之价额购买越界部分之土地及因此形成之畸零地,其价额由当事人协议定之,不能协议者,得请求法院以判决定之。

第 796 条之 1 (邻地所有人移去或变更之请求)

土地所有人建筑房屋逾越地界,邻地所有人请求移去或变更时,法院得斟酌公共利益及当事人利益,免为全部或一部之移去或变更。但土地所有人故意逾越地界者,不适用之。

前条第一项但书及第二项规定,于前项情形准用之。

第 796 条之 2 (其他建筑物越界之准用)

前二条规定,于具有与房屋价值相当之其他建筑物准用之。

第 797 条 (越界竹木之刈除权)

土地所有人遇邻地植物之枝根有逾越地界者,得向植物所有人,请求于相当期间内刈除之。

植物所有人不于前项期间内刈除者,土地所有人得刈取越界之枝根,并得请求偿还因此所生之费用。

越界植物之枝根,如于土地之利用无妨害者,不适用前二项之规定。

第 798 条 (果实自落邻地)

果实自落于邻地者,视为属于邻地所有人。但邻地为公用地者,不在此限。

第 799 条 (建筑物之区分所有)

称区分所有建筑物者,谓数人区分一建筑物而各专有其一部,就专有部分有单独所有权,并就该建筑物及其附属物之共同部分共有之建筑物。

前项专有部分,指区分所有建筑物在构造上及使用上可独立,且得单独为所有权之标的者。共有部分,指区分所有建筑物专有部分以外之其他部分及不属于专有部分之附属物。

专有部分得经其所有人之同意,依规约之约定供区分所有建筑物之所有人共同使用;共有部分除法律另有规定外,得经规约之约定供区分所有建筑物之特定所有人使用。

区分所有人就区分所有建筑物共有部分及基地之应有部分,依其专有部分面积与专有部分总面积之比例定之。但另有约定者,从其约定。

专有部分与其所属之共有部分及其基地之权利,不得分离而为移转或设定负担。

第 799 条之 1 (区分所有建筑物共有部分之费用分担)

区分所有建筑物共有部分之修缮费及其他负担,由各所有人按其应有部分分担之。但规约另有约定者,不在此限。

前项规定,于专有部分经依前条第三项之约定供区分所有建筑物之所有人共同使用者,准用之。

规约之内容依区分所有建筑物之专有部分、共有部分及其基地之位置、面积、使用目的、利用状况、区分所有人已否支付对价及其他情事,按其情形显失公平者,不同意之区分所有人得于规约成立后三个月内,请求法院撤销之。

区分所有人间依规约所生之权利义务,继受人应受拘束。其依其他约定所生之权利义务,特定继受人对于约定之内容明知或可得而知者,亦同。

第 799 条之 2 (同一建筑物区分权专有部分之准用)

同一建筑物属于同一人所有,经区分为数专有部分登记所有权者,准用第七百九十九条规定。

第 800 条 (他人正中宅门之使用)

第七百九十九条情形,其专有部分之所有人,有使用他专有部分所有人正中宅门之必要者,得使用之。但另有特约或另有习惯者,从其特约或习惯。

因前项使用,致他专有部分之所有人受损害者,应支付偿金。

第 800 条之 1 (其他权利人之准用)

第七百七十四条至前条规定,于地上权人、农育权人、不动产役权人、典权人、承租人、其他土地、建筑物或其他工作物利用人准用之。

第三节 动产所有权

第 801 条 (动产所有权之善意取得)

动产之受让人占有动产,而受关于占有规定之保护者,纵让与人无移转所有权之权利,受让人仍取得其所有权。

第 802 条 (无主动产之先占)

以所有之意思,占有无主之动产者,除法令另有规定外,取得其所有权。

第 803 条 (遗失物拾得人之揭示报告义务)

拾得遗失物者应从速通知遗失人、所有人、其他有受领权之人或报告警察、自治机关。报告时,应将其物一并交存。但于机关、学校、团体或其他公共场所拾得者,亦得报告于各该场所之管理机关、团体或其负责人、管理人,并将其物交存。

前项受报告者,应从速于遗失物拾得地或其他适当处所,以公告、广播或其他适当方法招领之。

第 804 条 (遗失物经揭示后之报告或交存义务)

依前条第一项为通知或依第二项由公共场所之管理机关、团体或其负责人、管理人为招领后,有受领权之人未于相当期间认领时,拾得人或招领人应将拾得物交存于警察或自治机关。

警察或自治机关认原招领之处所或方法不适当时,得再为招领之。

第 805 条 (认领之期限、费用及报酬之请求)

遗失物自通知或最后招领之日起六个月内,有受领权之人认领时,拾得人、招领人、警察或自治机关,于通知、招领及保管之费用受偿后,应将其物返还之。

有受领权之人认领遗失物时,拾得人得请求报酬。但不得超过其物财产上价值十分之三。其不具有财产上价值者,拾得人亦得请求相当之报酬。

前项报酬请求权,因六个月间不行使而消灭。

第一项费用之支出者或得请求报酬之拾得人,在其费用或报酬未受清偿前,就该遗失物有留置权。其权利人有数人时,遗失物占有人视为为全体权利人占有。

第 805 条之 1 (报酬请求权之限制)

有下列情形之一者,不得请求前条第二项之报酬:

一、在公众得出入之场所或供公众往来之交通设备内,由其管理人或受雇人拾得遗失物。

二、拾得人违反通知、报告或交存义务或经查询仍隐匿其拾得之事实。

第 806 条 (拾得物之拍卖)

拾得物易于腐坏或其保管需费过巨者,招领人、警察或自治机关得为拍卖或径以市价变卖之,保管其价金。

第 807 条 (逾期未认领之遗失物之归属)

遗失物自通知或最后招领之日起逾六个月,未经有受领权之人认领者,由拾得人取得其所有权。警察或自治机关并应通知其领取遗失物或卖得之价金。其不能通知者,应公告之。

拾得人于受前项通知或公告后三个月内未领取者,其物或卖得之价金归属于保管地之地方自治团体。

第 807 条之 1 (小额遗失物之处理)

遗失物价值在新台币五百元以下者,拾得人应从速通知遗失人、所有人或其他有受领权之人。其有第八百零三条第一项但书之情形者,亦得依该条第一项但书及第二项规定办理。

前项遗失物于下列期间未经有受领权之人认领者,由拾得人取得其所有权或变卖之价金:

- 一、自通知或招领之日起逾十五日。
 - 二、不能依前项规定办理,自拾得日起逾一个月。
- 第八百零五条至前条规定,于前二项情形准用之。

第 808 条 (埋藏物之发现)

发现埋藏物而占有者,取得其所有权。但埋藏物系在他人所有之动产或不动产中发现者,该动产或不动产之所有人与发现人,各取得埋藏物之半。

第 809 条 (有学术价值埋藏物之特别规定)

发现之埋藏物,足供学术、艺术、考古或历史之资料者,其所有权之归属,依特别法之规定。

第 810 条 (漂流物或沉没物之拾得)

拾得漂流物、沉没物或其他因自然力而脱离他人占有之物者,准用关于拾得遗失物之规定。

第 811 条 (动产与不动产之附合)

动产因附合而为不动产之重要成分者,不动产所有人,取得动产所有权。

第 812 条 (动产与动产之附合)

动产与他人之动产附合,非毁损不能分离,或分离需费过巨者,各动产所有人,按其动产附合时之价值,共有合成物。

前项附合之动产,有可视为主物者,该主物所有人,取得合成物之所有权。

第 813 条 (动产与动产之混合)

动产与他人之动产混合,不能识别,或识别需费过巨者,准用前条之规定。

第 814 条 (加工)

加工于他人之动产者,其加工物之所有权,属于材料所有人。但因加工所增之价值显逾材料之价值者,其加工物之所有权属于加工人。

第 815 条（添附之效果〔一〕）

依前四条之规定，动产之所有权消灭者，该动产上之其他权利，亦同消灭。

第 816 条（添附之效果〔二〕）

因前五条之规定而受损害者，得依关于不当得利之规定，请求偿还价额。

第四节 共 有

第 817 条（分别共有）

数人按其应有部分，对于一物有所有权者，为共有人。

各共有人之应有部分不明者，推定其为均等。

第 818 条（共有物之使用收益）

各共有人，除契约另有约定外，按其应有部分，对于共有物之全部，有使用收益之权。

第 819 条（应有部分及共有物之处分）

各共有人，得自由处分其应有部分。

共有物之处分、变更及设定负担，应得共有人全体之同意。

第 820 条（共有物之管理）

共有物之管理，除契约另有约定外，应以共有人过半数及其应有部分合计过半数之同意行之。但其应有部分合计逾三分之二者，其人数不予计算。

依前项规定之管理显失公平者，不同意之共有人得声请法院以裁定变更之。

前二项所定之管理，因情事变更难以继续时，法院得因任何共有人之声请，以裁定变更之。

共有人依第一项规定为管理之决定，有故意或重大过失，致共有人受损害者，对不同意之共有人连带负赔偿责任。

共有物之简易修缮及其他保存行为，得由各共有人单独为之。

第 821 条（共有物请求权之行使）

各共有人对于第三人，得就共有物之全部为本于所有权之请求。但回复共有物之请求，仅得为共有人全体之利益为之。

第 822 条（共有物费用之分担）

共有物之管理费及其他负担，除契约另有约定外，应由各共有人按其应有部分分担之。

共有人中之一人，就共有物之负担为支付，而逾其所应分担之部分者，对于其他共有人得按其各应分担之部分，请求偿还。

第 823 条（共有物分割之请求及其限制）

各共有人，除法令另有规定外，得随时请求分割共有物。但因物之使用目的不能分割或契约订有不分割之期限者，不在此限。

前项约定不分割之期限,不得逾五年;逾五年者,缩短为五年。但共有之不动产,其契约订有管理之约定时,约定不分割之期限,不得逾三十年;逾三十年者,缩短为三十年。

前项情形,如有重大事由,共有人仍得随时请求分割。

第 824 条 (共有物分割之方法)

共有物之分割,依共有人协议之方法行之。

分割之方法不能协议决定,或于协议决定后因消灭时效完成经共有人拒绝履行者,法院得因任何共有人之请求,命为下列之分配:

一、以原物分配于各共有人。但各共有人均受原物之分配显有困难者,得将原物分配于部分共有人。

二、原物分配显有困难时,得变卖共有物,以价金分配于各共有人;或以原物之一部分分配于各共有人,他部分变卖,以价金分配于各共有人。

以原物为分配时,如共有人中有未受分配,或不能按其应有部分受分配者,得以金钱补偿之。

以原物为分配时,因共有人之利益或其他必要情形,得就共有物之一部分仍维持共有。

共有人相同之数不动产,除法令另有规定外,共有人得请求合并分割。

共有人部分相同之相邻数不动产,各该不动产均具应有部分之共有人,经各不动产应有部分过半数共有人之同意,得适用前项规定,请求合并分割。但法院认合并分割为不适当者,仍分别分割之。

变卖共有物时,除买受人为共有人外,共有人有依相同条件优先承买之权,有二人以上愿优先承买者,以抽签定之。

第 824 条之 1 (共有物分割之效力)

共有人自共有物分割之效力发生时起,取得分得部分之所有权。

应有部分有抵押权或质权者,其权利不因共有物之分割而受影响。但有下列情形之一者,其权利移存于抵押人或出质人所分得之部分:

一、权利人同意分割。

二、权利人已参加共有物分割诉讼。

三、权利人经共有人告知诉讼而未参加。

前项但书情形,于以价金分配或以金钱补偿者,准用第八百八十一条第一项、第二项或第八百九十九条第一项规定。

前条第三项之情形,如为不动产分割者,应受补偿之共有人,就其补偿金额,对于补偿义务人所分得之不动产,有抵押权。

前项抵押权应于办理共有物分割登记时,一并登记。其次序优先于第二项但书之抵押权。

第 825 条（共有人之互负担保证责任）

各共有人,对于他共有人因分割而得之物,按其应有部分,负与出卖人同一之担保责任。

第 826 条（所得物与共有物证书之保存）

共有物分割后,各分割人应保存其所得物之证书。

共有物分割后,关于共有物之证书,归取得最大部分之人保存之,无取得最大部分者,由分割人协议定之,不能协议决定者,得声请法院指定之。

各分割人,得请求使用他分割人所保存之证书。

第 826 条之 1（共有物之管理或协议分割契约之效力）

不动产共有人间关于共有物使用、管理、分割或禁止分割之约定或依第八百二十条第一项规定所为之决定,于登记后,对于应有部分之受让人或取得物权之人,具有效力。其由法院裁定所定之管理,经登记后,亦同。

动产共有人间就共有物为前项之约定、决定或法院所为之裁定,对于应有部分之受让人或取得物权之人,以受让或取得时知悉其情事或可得而知者为限,亦具有效力。

共有物应有部分让与时,受让人对让与人就共有物因使用、管理或其他情形所生之负担连带负清偿责任。

第 827 条（共同共有之成立）

依法律规定、习惯或法律行为,成一共同关系之数人,基于其共同关系,而共有一物者,为共同共有人。

前项依法律行为成立之共同关系,以有法律规定或习惯者为限。

各共同共有人之权利,及于共同共有物之全部。

第 828 条（共同共有人之权利义务关系）

共同共有人之权利义务,依其共同关系所由成立之法律、法律行为或习惯定之。

第八百二十条、第八百二十一条及第八百二十六条之一规定,于共同共有准用之。

共同共有物之处分及其他之权利行使,除法律另有规定外,应得共同共有人全体之同意。

第 829 条（共同共有物分割之限制）

共同关系存续中,各共同共有人,不得请求分割其共同共有物。

第 830 条（共同共有关系之消灭）

共同共有之关系,自共同关系终止,或因共同共有物之让与而消灭。

共同共有物之分割,除法律另有规定外,准用关于共有物分割之规定。

第 831 条（准共有与准共同共有）

本节规定,于所有权以外之财产权,由数人共有或共同共有者,准用之。

第三章 地 上 权

第一节 普通地上权

第 832 条 (普通地上权之意义)

称普通地上权者,谓以在他人土地之上下有建筑物或其他工作物为目的而使用其土地之权。

第 833 条 (删除)

第 833 条之 1 (未定期限地上权之存续期间及其终止)

地上权未定有期限者,存续期间逾二十年或地上权成立之目的已不存在时,法院得因当事人之请求,斟酌地上权成立之目的、建筑物或工作物之种类、性质及利用状况等情形,定其存续期间或终止其地上权。

第 833 条之 2 (以公共建设目的成立之地上权之存续期限)

以公共建设为目的而成立之地上权,未定有期限者,以该建设使用目的完毕时,视为地上权之存续期限。

第 834 条 (无支付地租之地上权之抛弃)

地上权无支付地租之约定者,地上权人得随时抛弃其权利。

第 835 条 (有支付地租之地上权之抛弃)

地上权定有期限,而有支付地租之约定者,地上权人得支付未到期之三年分地租后,抛弃其权利。

地上权未定有期限,而有支付地租之约定者,地上权人抛弃权利时,应于一年前通知土地所有人,或支付未到期之一年分地租。

因不可归责于地上权人之事由,致土地不能达原来使用之目的时,地上权人于支付前二项地租二分之一后,得抛弃其权利;其因可归责于土地所有人事由,致土地不能达原来使用之目的时,地上权人亦得抛弃其权利,并免支付地租。

第 835 条之 1 (地租之增减或酌定)

地上权设定后,因土地价值之升降,依原定地租给付显失公平者,当事人得请求法院增减之。

未定有地租之地上权,如因土地之负担增加,非当时所得预料,仍无偿使用显失公平者,土地所有人得请求法院酌定其地租。

第 836 条 (地上权之终止:积欠地租)

地上权人积欠地租达二年之总额,除另有习惯外,土地所有人得定相当期限催告地上权人支付地租,如地上权人于期限内不为支付,土地所有人得终止地上权。地上权经设定抵押权者,并应同时将该催告之事实通知抵押权人。

地租之约定经登记者,地上权让与时,前地上权人积欠之地租应并同计算。受让人就前地上权人积欠之地租,应与让与人连带负清偿责任。

第一项终止,应向地上权人以意思表示为之。

第 836 条之 1 (预付地租登记之对抗效力)

土地所有权让与时,已预付之地租,非经登记,不得对抗第三人。

第 836 条之 2 (地上权人使用土地之方法)

地上权人应依设定之目的及约定之使用方法,为土地之使用收益;未约定使用方法者,应依土地之性质为之,并均应保持其得永续利用。

前项约定之使用方法,非经登记,不得对抗第三人。

第 836 条之 3 (地上权之终止:违反土地使用收益)

地上权人违反前条第一项规定,经土地所有人阻止而仍继续为之者,土地所有人得终止地上权。地上权经设定抵押权者,并应同时将该阻止之事实通知抵押权人。

第 837 条 (地上权租金减免请求之限制)

地上权人,纵因不可抗力,妨碍其土地之使用,不得请求免除或减少租金。

第 838 条 (地上权之让与或设定抵押权)

地上权人得将其权利让与他人或设定抵押权。但契约另有约定或另有习惯者,不在此限。

前项约定,非经登记,不得对抗第三人。

地上权与其建筑物或其他工作物,不得分离而为让与或设定其他权利。

第 838 条之 1 (法定地上权)

土地及其土地上之建筑物,同属于一人所有,因强制执行之拍卖,其土地与建筑物之拍定人各异时,视为已有地上权之设定,其地租、期间及范围由当事人协议定之;不能协议者,得请求法院以判决定之。其仅以土地或建筑物为拍卖时,亦同。

前项地上权,因建筑物之灭失而消灭。

第 839 条 (工作物之取回)

地上权消灭时,地上权人得取回其工作物。但应回复土地原状。

地上权人不于地上权消灭后一个月内取回其工作物者,工作物归属于土地所有人。其有碍于土地之利用者,土地所有人得请求回复原状。

地上权人取回其工作物前,应通知土地所有人。土地所有人愿以时价购买者,地上权人非有正当理由,不得拒绝。

第 840 条 (建筑物之补偿或期间之延长)

地上权人之工作物为建筑物者,如地上权因存续期间届满而消灭,地上权人得于期间届满前,定一个月以上之期间,请求土地所有人按该建筑物之时价为补偿。但契约另有约定者,从其约定。

土地所有人拒绝地上权人前项补偿之请求或于期间内不为确答者,地上权之期

间应酌量延长之。地上权人不愿延长者,不得请求前项之补偿。

第一项之时价不能协议者,地上权人或土地所有人得声请法院裁定之。土地所有人不愿依裁定之时价补偿者,适用前项规定。

依第二项规定延长期间者,其期间由土地所有人与地上权人协议定之;不能协议者,得请求法院斟酌建筑物与土地使用之利益,以判决定之。

前项期间届满后,除经土地所有人与地上权人协议者外,不适用第一项及第二项规定。

第 841 条 (地上权之永续性)

地上权不因建筑物或其他工作物之灭失而消灭。

第二节 区分地上权

第 841 条之 1 (区分地上权之意义)

称区分地上权者,谓以在他人土地上下之一定空间范围内设定之地上权。

第 841 条之 2 (区分地上权之使用收益约定)

区分地上权人得与其设定之土地上下有使用、收益权利之人,约定相互间使用收益之限制。其约定未经土地所有人同意者,于使用收益权消灭时,土地所有人不受该约定之拘束。

前项约定,非经登记,不得对抗第三人。

第 841 条之 3 (延长地上权期间,第三人利益之斟酌)

法院依第八百四十条第四项定区分地上权之期间,足以影响第三人之权利者,应并斟酌该第三人之利益。

第 841 条之 4 (第三人之补偿)

区分地上权依第八百四十条规定,以时价补偿或延长期间,足以影响第三人之权利时,应对该第三人为相当之补偿。补偿之数额以协议定之;不能协议时,得声请法院裁定之。

第 841 条之 5 (用益物权之优先性)

同一土地有区分地上权与以使用收益为目的之物权同时存在者,其后设定物权之权利行使,不得妨害先设定之物权。

第 841 条之 6 (区分地上权之准用规定)

区分地上权,除本节另有规定外,准用关于普通地上权之规定。

第四章 (删除)

第 842 条 (删除)

第 843 条 (删除)

第 844 条 (删除)

第 845 条 (删除)

第 846 条 (删除)

第 847 条 (删除)

第 848 条 (删除)

第 849 条 (删除)

第 850 条 (删除)

第四章之一 农 育 权

第 850 条之 1 (农育权之意义或期限)

称农育权者,谓在他人土地为农作、森林、养殖、畜牧、种植竹木或保育之权。

农育权之期限,不得逾二十年;逾二十年者,缩短为二十年。但以造林、保育为目的或法令另有规定者,不在此限。

第 850 条之 2 (农育权之终止)

农育权未定有期限时,除以造林、保育为目的者外,当事人得随时终止之。

前项终止,应于六个月前通知他方当事人。

第八百三十三条之一规定,于农育权以造林、保育为目的而未定有期限者准用之。

第 850 条之 3 (农育权之让与及设定抵押)

农育人得将其权利让与他人或设定抵押权。但契约另有约定或另有习惯者,不在此限。

前项约定,非经登记不得对抗第三人。

农育权与其农育工作物不得分离而为让与或设定其他权利。

第 850 条之 4 (因不可抗力而生之地租或土地使用变更权及终止权)

农育权有支付地租之约定者,农育人因不可抗力致收益减少或全无时,得请求减免其地租或变更原约定土地使用之目的。

前项情形,农育人不能依原约定目的使用者,当事人得终止之。

前项关于土地所有人得行使终止权之规定,于农育权无支付地租之约定者,准用之。

第 850 条之 5 (农育人出租限制)

农育人不得将土地或农育工作物出租于他人。但农育工作物之出租另有习惯者,从其习惯。

农育人违反前项规定者,土地所有人得终止农育权。

第 850 条之 6 (农育人使用土地之方法)

农育人应依设定之目的及约定之方法,为土地之使用收益;未约定使用方法

者,应依土地之性质为之,并均应保持其生产力或得永续利用。

农育人违反前项规定,经土地所有人阻止而仍继续为之者,土地所有人得终止农育权。农育权经设定抵押权者,并应同时将该阻止之事实通知抵押权人。

第 850 条之 7 (出产物及工作物之取回)

农育权消灭时,农育人得取回其土地上之出产物及农育工作物。

第八百三十九条规定,于前项情形准用之。

第一项之出产物未及收获而土地所有人又不愿以时价购买者,农育人得请求延长农育权期间至出产物可收获时为止,土地所有人不得拒绝。但延长之期限,不得逾六个月。

第 850 条之 8 (农育人之土地特别改良权)

农育人得为增加土地生产力或使用便利之特别改良。

农育人将前项特别改良事项及费用数额,以书面通知土地所有人,土地所有人于收受通知后不即为反对之表示者,农育人于农育权消灭时,得请求土地所有人返还特别改良费用。但以其现存之增价额为限。

前项请求权,因二年间不行使而消灭。

第 850 条之 9 (农育权之准用规定)

第八百三十四条、第八百三十五条第一项、第二项、第八百三十五条之一至第八百三十六条之一、第八百三十六条之二第二项规定,于农育权准用之。

第五章 不动产役权

第 851 条 (不动产地役权之意义)

称不动产役权者,谓以他人不动产供自己不动产通行、汲水、采光、眺望、电信或其他以特定便宜之用为目的之权。

第 851 条之 1 (用益物权之优先性)

同一不动产上有不动产役权与以使用收益为目的之物权同时存在者,其后设定物权之权利行使,不得妨害先设定之物权。

第 852 条 (不动产役权之时效取得)

不动产役权因时效而取得者,以继续并表见者为限。

前项情形,需役不动产为共有者,共有人中一人之行为,或对于共有人中一人之行为,为他共有人之利益,亦生效力。

向行使不动产役权取得时效之各共有人为中断时效之行为者,对全体共有人发生效力。

第 853 条 (不动产地役权之从属性)

不动产役权不得由需役不动产分离而为让与,或为其他权利之标的物。

第 854 条（附随不动产役权）

不动产役权人因行使或维持其权利，得为必要之附随行为。但应择于供役不动产损害最少之处所及方法为之。

第 855 条（设置之维持与使用）

不动产役权人因行使权利而为设置者，有维持其设置之义务；其设置由供役不动产所有人提供者，亦同。

供役不动产所有人于无碍不动产役权行使之范围内，得使用前项之设置，并按其受益之程度，分担维持其设置之费用。

第 855 条之 1（行使不动产役权处所或方法之变更）

供役不动产所有人或不动产役权人因行使不动产役权之处所或方法有变更之必要，而不甚妨碍不动产役权人或供役不动产所有人权利之行使者，得以自己之费用，请求变更之。

第 856 条（地役权之不可分性〔一〕—需役地分割之效力）

需役不动产经分割者，其不动产役权为各部分之利益仍为存续。但不动产役权之行使，依其性质只关于需役不动产之一部分者，仅就该部分仍为存续。

第 857 条（地役权之不可分性〔二〕—供役地分割之效力）

供役不动产经分割者，不动产役权就其各部分仍为存续。但不动产役权之行使，依其性质只关于供役不动产之一部分者，仅对于该部分仍为存续。

第 858 条（删除）

第 859 条（不动产役权之宣告消灭及当然消灭）

不动产役权之全部或一部无存续之必要时，法院因供役不动产所有人之请求，得就其无存续必要之部分，宣告不动产役权消灭。

不动产役权因需役不动产灭失或不堪使用而消灭。

第 859 条之 1（不动产役权人设置取回之准用）

不动产役权消灭时，不动产役权人所为之设置，准用第八百三十九条规定。

第 859 条之 2（不动产役权之准用规定）

第八百三十四条至第八百三十六条之三规定，于不动产役权准用之。

第 859 条之 3（不动产役权设定权人）

基于以使用收益为目的之物权或租赁关系而使用需役不动产者，亦得为该不动产设定不动产役权。

前项不动产役权，因以使用收益为目的之物权或租赁关系之消灭而消灭。

第 859 条之 4（不动产役权设定标的）

不动产役权，亦得就自己之不动产设定之。

第 859 条之 5（不动产役权之准用规定）

第八百五十一条至第八百五十九条之二规定，于前二条准用之。

第六章 抵 押 权

第一节 普通抵押权

第 860 条 (抵押权之意义)

称普通抵押权者,谓债权人对于债务人或第三人不移转占有而供其债权担保之不动产,得就该不动产卖得价金优先受偿之权。

第 861 条 (抵押权之担保范围)

抵押权所担保者为原债权、利息、迟延利息、违约金及实行抵押权之费用。但契约另有约定者,不在此限。

得优先受偿之利息、迟延利息、一年或不及一年定期给付之违约金债权,以于抵押权人实行抵押权声请强制执行前五年内发生及于强制执行程序中发生者为限。

第 862 条 (抵押权效力之范围[一]—从物及从权利)

抵押权之效力,及于抵押物之从物与从权利。

第三人于抵押权设定前,就从物取得之权利,不受前项规定之影响。

以建筑物为抵押者,其附加于该建筑物而不具独立性之部分,亦为抵押权效力所及。但其附加部分为独立之物,如系于抵押权设定后附加者,准用第八百七十七条之规定。

第 862 条之 1 (抵押权效力之范围)

抵押物灭失之残余物,仍为抵押权效力所及。抵押物之成分非依物之通常用法而分离成为独立之动产者,亦同。

前项情形,抵押权人得请求占有该残余物或动产,并依质权之规定,行使其权利。

第 863 条 (抵押权效力之范围[二]—天然孳息)

抵押权之效力,及于抵押物扣押后自抵押物分离,而得由抵押人收取之天然孳息。

第 864 条 (抵押权效力之范围[三]—法定孳息)

抵押权之效力,及于抵押物扣押后抵押人就抵押物得收取之法定孳息。但抵押权人,非以扣押抵押物之事情,通知应清偿法定孳息之义务人,不得与之对抗。

第 865 条 (抵押权之次序)

不动产所有人,因担保数债权,就同一不动产,设定数抵押权者,其次序依登记之先后定之。

第 866 条 (其他权利之设定)

不动产所有人设定抵押权后,于同一不动产上,得设定地上权或其他以使用收益为目的之物权,或成立租赁关系。但其抵押权不因此而受影响。

前项情形,抵押权人实行抵押权受有影响者,法院得除去该权利或终止该租赁关系后拍卖之。

不动产所有人设定抵押权后,于同一不动产上,成立第一项以外之权利者,准用前项之规定。

第 867 条 (抵押权之追及效力)

不动产所有人设定抵押权后,得将不动产让与他人。但其抵押权不因此而受影响。

第 868 条 (抵押权之不可分性[一]—抵押物分割)

抵押之不动产如经分割,或让与其一部,或担保一债权之数不动产而以其一让与他人者,其抵押权不因此而受影响。

第 869 条 (抵押权之不可分性[二]—债权分割)

以抵押权担保之债权,如经分割或让与其一部者,其抵押权不因此而受影响。

前项规定,于债务分割或承担其一部时适用之。

第 870 条 (抵押权之从属性)

抵押权不得由债权分离而为让与,或为其他债权之担保。

第 870 条之 1 (抵押权次序之让与及抛弃)

同一抵押物有多数抵押权者,抵押权人得以下列方法调整其可优先受偿之分配额。但他抵押权人之利益不受影响:

- 一、为特定抵押权人之利益,让与其抵押权之次序。
- 二、为特定后次序抵押权人之利益,抛弃其抵押权之次序。
- 三、为全体后次序抵押权人之利益,抛弃其抵押权之次序。

前项抵押权次序之让与或抛弃,非经登记,不生效力。并应于登记前,通知债务人、抵押人及共同抵押人。

因第一项调整而受利益之抵押权人,亦得实行调整前次序在先之抵押权。

调整优先受偿分配额时,其次序在先之抵押权所担保之债权,如有第三人之不动产为同一债权之担保者,在因调整后增加负担之限度内,以该不动产为标的物之抵押权消灭。但经该第三人同意者,不在此限。

第 870 条之 2 (调整后保证人责任)

调整可优先受偿分配额时,其次序在先之抵押权所担保之债权有保证人者,于调整后所失优先受偿之利益限度内,保证人免其责任。但经该保证人同意调整者,不在此限。

第 871 条 (抵押权之保全[一]—抵押物价值减少之防止)

抵押人之行为,足使抵押物之价值减少者,抵押权人得请求停止其行为。如有急迫之情事,抵押权人得自为必要之保全处分。

因前项请求或处分所生之费用,由抵押人负担。其受偿次序优先于各抵押权所

担保之债权。

第 872 条 (抵押权之保全[二]—抵押物价值减少之补救)

抵押物之价值因可归责于抵押人之事由致减少时,抵押权人得定相当期限,请求抵押人回复抵押物之原状,或提出与减少价额相当之担保。

抵押人不于前项所定期限内,履行抵押权人之请求时,抵押权人得定相当期限请求债务人提出与减少价额相当之担保。届期不提出者,抵押权人得请求清偿其债权。

抵押人为债务人时,抵押权人得不再为前项请求,径行请求清偿其债权。

抵押物之价值因不可归责于抵押人之事由致减少者,抵押权人仅于抵押人因此所受利益之限度内,请求提出担保。

第 873 条 (抵押权之实行方法与流质契约之禁止)

抵押权人,于债权已届清偿期,而未受清偿者,得声请法院,拍卖抵押物,就其卖得价金而受清偿。

第 873 条之 1 (流押契约禁止)

约定于债权已届清偿期而未为清偿时,抵押物之所有权移属于抵押权人者,非经登记,不得对抗第三人。

抵押权人请求抵押人为抵押物所有权之移转时,抵押物价值超过担保债权部分,应返还抵押人;不足清偿担保债权者,仍得请求债务人清偿。

抵押人在抵押物所有权移转予抵押权人前,得清偿抵押权担保之债权,以消灭该抵押权。

第 873 条之 2 (抵押权之实行)

抵押权人实行抵押权者,该不动产上之抵押权,因抵押物之拍卖而消灭。

前项情形,抵押权所担保之债权有未届清偿期者,于抵押物拍卖得受清偿之范围内,视为到期。

抵押权所担保之债权未定清偿期或清偿期尚未届至,而拍定人或承受抵押物之债权人声明愿在拍定或承受之抵押物价额范围内清偿债务,经抵押权人同意者,不适用前二项之规定。

第 874 条 (抵押物卖得价金之分配次序)

抵押物卖得之价金,除法律另有规定外,按各抵押权成立之次序分配之。其次序相同者,依债权额比例分配之。

第 875 条 (共同抵押[一])

为同一债权之担保,于数不动产上设定抵押权,而未限定各个不动产所负担之金额者,抵押权人得就各个不动产卖得之价金,受债权全部或一部之清偿。

第 875 条之 1 (共同抵押[二])

为同一债权之担保,于数不动产上设定抵押权,抵押物全部或部分同时拍卖时,拍卖之抵押物中有为债务人所有者,抵押权人应先就该抵押物卖得之价金受偿。

第 875 条之 2（共同抵押〔三〕）

为同一债权之担保，于数不动产上设定抵押权者，各抵押物对债权分担之金额，依下列规定计算之：

一、未限定各个不动产所负担之金额时，依各抵押物价值之比例。

二、已限定各个不动产所负担之金额时，依各抵押物所限定负担金额之比例。

三、仅限定部分不动产所负担之金额时，依各抵押物所限定负担金额与未限定负担金额之各抵押物价值之比例。

计算前项第二款、第三款分担金额时，各抵押物所限定负担金额较抵押物价值为高者，以抵押物之价值为准。

第 875 条之 3（共同抵押〔四〕）

为同一债权之担保，于数不动产上设定抵押权者，在抵押物全部或部分同时拍卖，而其卖得价金超过所担保之债权额时，经拍卖之各抵押物对债权分担金额之计算，准用前条之规定。

第 875 条之 4（共同抵押〔五〕）

为同一债权之担保，于数不动产上设定抵押权者，在各抵押物分别拍卖时，适用下列规定：

一、经拍卖之抵押物为债务人以外之第三人所有，而抵押权人就该抵押物卖得价金受偿之债权额超过其分担额时，该抵押物所有人就超过分担额之范围内，得请求其余未拍卖之其他第三人偿还其供担保抵押物应分担之部分，并对该第三人之抵押物，以其分担额为限，承受抵押权人之权利。但不得有害于该抵押权人之利益。

二、经拍卖之抵押物为同一人所有，而抵押权人就该抵押物卖得价金受偿之债权额超过其分担额时，该抵押物之后次序抵押权人超过分担额之范围内，对其余未拍卖之同一人供担保之抵押物，承受实行抵押权人之权利。但不得有害于该抵押权人之利益。

第 876 条（法定地上权）

设定抵押权时，土地及其土地上之建筑物，同属于一人所有，而仅以土地或仅以建筑物为抵押者，于抵押物拍卖时，视为已有地上权之设定，其地租、期间及范围由当事人协议定之。不能协议者，得声请法院以判决定之。

设定抵押权时，土地及其土地上之建筑物，同属于一人所有，而以土地及建筑物为抵押者，如经拍卖，其土地与建筑物之拍定人各异时，适用前项之规定。

第 877 条（建筑物与土地之并付拍卖）

土地所有人于设定抵押权后，在抵押之土地上营造建筑物者，抵押权人于必要时，得于强制执行程序中声请法院将其建筑物与土地并付拍卖。但对于建筑物之价金，无优先受清偿之权。

前项规定，于第八百六十六条第二项及第三项之情形，如抵押之不动产上，有该

权利人或经其同意使用之人之建筑物者,准用之。

第 877 条之 1 (抵押物存在必要权利并付拍卖)

以建筑物设定抵押权者,于法院拍卖抵押物时,其抵押物存在所必要之权利得让与者,应并付拍卖。但抵押权人对于该权利卖得之价金,无优先受清偿之权。

第 878 条 (拍卖以外抵押权之实行方法)

抵押权人于债权清偿期届满后,为受清偿,得订立契约,取得抵押物之所有权或拍卖以外之方法,处分抵押物,但有害于其他抵押权人之利益者,不在此限。

第 879 条 (物上保证人之求偿权)

为债务人设定抵押权之第三人,代为清偿债务,或因抵押权人实行抵押权致失抵押物之所有权时,该第三人于其清偿之限度内,承受债权人对于债务人之债权。但不得有害于债权人之利益。

债务人如有保证人时,保证人应分担之部分,依保证人应负之履行责任与抵押物之价值或限定之金额比例定之。抵押物之担保债权额少于抵押物之价值者,应以该债权额为准。

前项情形,抵押人就超过其分担额之范围,得请求保证人偿还其应分担部分。

第 879 条之 1 (抵押权因免除保证责任免除)

第三人为债务人设定抵押权时,如债权人免除保证人之保证责任者,于前条第二项保证人应分担部分之限度内,该部分抵押权消灭。

第 880 条 (时效完成后抵押权之实行)

以抵押权担保之债权,其请求权已因时效而消灭,如抵押权人于消灭时效完成后,五年间不实行其抵押权者,其抵押权消灭。

第 881 条 (抵押权之消灭与物上代位)

抵押权除法律另有规定外,因抵押物灭失而消灭。但抵押人因灭失得受赔偿或其他利益者,不在此限。

抵押权人对于前项抵押人所得行使之赔偿或其他请求权有权利质权,其次序与原抵押权同。

给付义务人因故意或重大过失向抵押人为给付者,对于抵押权人不生效力。

抵押物因毁损而得受之赔偿或其他利益,准用前三项之规定。

第二节 最高限额抵押权

第 881 条之 1 (最高限额抵押权之意义)

称最高限额抵押权者,谓债务人或第三人提供其不动产为担保,就债权人对债务人一定范围内之不特定债权,在最高限额内设定之抵押权。

最高限额抵押权所担保之债权,以由一定法律关系所生之债权或基于票据所生之权利为限。

基于票据所生之权利,除本于与债务人依前项一定法律关系取得者外,如抵押权人系于债务人已停止支付、开始清算程序,或依破产法有和解、破产之声请或有公司重整之声请,而仍受让票据者,不属最高限额抵押权所担保之债权。但抵押权人不知其情事而受让者,不在此限。

第 881 条之 2 (最高限额约定额度)

最高限额抵押权人就已确定之原债权,仅得于其约定之最高限额范围内,行使其权利。

前项债权之利息、迟延利息、违约金,与前项债权合计不逾最高限额范围者,亦同。

第 881 条之 3 (约定变更债权范围或债务人)

原债权确定前,抵押权人与抵押人得约定变更第八百八十一条之一第二项所定债权之范围或其债务人。

前项变更无须得后次序抵押权人或其他利害关系人同意。

第 881 条之 4 (约定确定日期)

最高限额抵押权得约定其所担保原债权应确定之期日,并得于确定之期日前,约定变更之。

前项确定之期日,自抵押权设定时起,不得逾三十年。逾三十年者,缩短为三十年。

前项期限,当事人得更新之。

第 881 条之 5 (未约定确定日期)

最高限额抵押权所担保之原债权,未约定确定之期日者,抵押人或抵押权人得随时请求确定其所担保之原债权。

前项情形,除抵押人与抵押权人另有约定外,自请求之日起,经十五日为其确定期日。

第 881 条之 6 (最高限额抵押权不随同债权移转)

最高限额抵押权所担保之债权,于原债权确定前让与他人者,其最高限额抵押权不随同移转。第三人为债务人清偿债务者,亦同。

最高限额抵押权所担保之债权,于原债权确定前经第三人承担其债务,而债务人免其责任者,抵押权人就该承担之部分,不得行使最高限额抵押权。

第 881 条之 7 (抵押权人或债务人为法人而合并)

原债权确定前,最高限额抵押权之抵押权人或债务人为法人而有合并之情形者,抵押人得自知悉合并之日起十五日内,请求确定原债权。但自合并登记之日起已逾三十日,或抵押人为合并之当事人者,不在此限。

有前项之请求者,原债权于合并时确定。

合并后之法人,应于合并之日起十五日内通知抵押人,其未为通知致抵押人受损

害者,应负赔偿责任。

前三项之规定,于第三百零六条或法人分割之情形,准用之。

第 881 条之 8 (最高限额抵押权之分割与共有)

原债权确定前,抵押权人经抵押人之同意,得将最高限额抵押权之全部或分割其一部让与他人。

原债权确定前,抵押权人经抵押人之同意,得使他人成为最高限额抵押权之共有人。

第 881 条之 9 (最高限额抵押权之共有)

最高限额抵押权为数人共有者,各共有人按其债权额比例分配其得优先受偿之价金。但共有人于原债权确定前,另有约定者,从其约定。

共有人得依前项按债权额比例分配之权利,非经共有人全体之同意,不得处分。但已有应有部分之约定者,不在此限。

第 881 条之 10 (共同最高限额抵押权)

为同一债权之担保,于数不动产上设定最高限额抵押权者,如其担保之原债权,仅其中一不动产发生确定事由时,各最高限额抵押权所担保之原债权均归于确定。

第 881 条之 11 (不因当事人死亡受影响)

最高限额抵押权不因抵押权人、抵押人或债务人死亡而受影响。但经约定为原债权确定之事由者,不在此限。

第 881 条之 12 (原债权之确定)

最高限额抵押权所担保之原债权,除本节另有规定外,因下列事由之一而确定:

一、约定之原债权确定期日届至者。

二、担保债权之范围变更或因其他事由,致原债权不继续发生者。

三、担保债权所由发生之法律关系经终止或因其他事由而消灭者。

四、债权人拒绝继续发生债权,债务人请求确定者。

五、最高限额抵押权人声请裁定拍卖抵押物,或依第八百七十三条之一之规定为抵押物所有权移转之请求时,或依第八百七十八条规定订立契约者。

六、抵押物因他债权人声请强制执行经法院查封,而为最高限额抵押权人所知悉,或经执行法院通知最高限额抵押权人者。但抵押物之查封经撤销时,不在此限。

七、债务人或抵押人经裁定宣告破产者。但其裁定经废弃确定时,不在此限。

第八百八十一条之五第二项之规定,于前项第四款之情形,准用之。

第一项第六款但书及第七款但书之规定,于原债权确定后,已有第三人受让担保债权,或以该债权为标的物设定权利者,不适用之。

第 881 条之 13 (请求结算)

最高限额抵押权所担保之原债权确定事由发生后,债务人或抵押人得请求抵押权人结算实际发生之债权额,并得就该金额请求变更为普通抵押权之登记。但不得

逾原约定最高限额之范围。

第 881 条之 14（确定后担保效力）

最高限额抵押权所担保之原债权确定后，除本节另有规定外，其担保效力不及于继续发生之债权或取得之票据上之权利。

第 881 条之 15（时效完成后最高限额抵押权之实行）

最高限额抵押权所担保之债权，其请求权已因时效而消灭，如抵押权人于消灭时效完成后，五年间不实行其抵押权者，该债权不再属于最高限额抵押权担保之范围。

第 881 条之 16（担保债权超过限额）

最高限额抵押权所担保之原债权确定后，于实际债权额超过最高限额时，为债务人设定抵押权之第三人，或其他对该抵押权之存在有法律上利害关系之人，于清偿最高限额为度之金额后，得请求涂销其抵押权。

第 881 条之 17（普通抵押权规定之准用）

最高限额抵押权，除第八百六十一条第二项、第八百六十九条第一项、第八百七十条、第八百七十条之一、第八百七十条之二、第八百八十条之规定外，准用关于普通抵押权之规定。

第三节 其他抵押权

第 882 条（权利抵押权）

地上权、农育权及典权，均得为抵押权之标的物。

第 883 条（权利与法定抵押权准用抵押权之规定）

普通抵押权及最高限额抵押权之规定，于前条抵押权及其他抵押权准用之。

第七章 质 权

第一节 动产质权

第 884 条（动产质权之意义）

称动产质权者，谓债权人对于债务人或第三人移转占有而供其债权担保之动产，得就该动产卖得价金优先受偿之权。

第 885 条（设定质权之生效要件）

质权之设定，因供担保之动产移转于债权人占有而生效力。

质权人不得使出质人或债务人代自己占有质物。

第 886 条（动产质权之善意取得）

动产之受质人占有动产，而受关于占有规定之保护者，纵出质人无处分其质物之权利，受质人仍取得其质权。

第 887 条 (动产质权之担保范围)

质权所担保者为原债权、利息、迟延履行利息、违约金、保存质物之费用、实行质权之费用及因质物隐有瑕疵而生之损害赔偿。但契约另有约定者,不在此限。

前项保存质物之费用,以避免质物价值减损所必要者为限。

第 888 条 (质权人之注意义务)

质权人应以善良管理人之注意,保管质物。

质权人非经出质人之同意,不得使用或出租其质物。但为保存其物之必要而使用者,不在此限。

第 889 条 (质权人之孳息收取权)

质权人得收取质物所生之孳息。但契约另有约定者,不在此限。

第 890 条 (质权人收取孳息之注意义务及其抵充)

质权人有收取质物所生孳息之权利者,应以对于自己财产同一之注意收取孳息,并为计算。

前项孳息,先抵充费用,次抵原债权之利息,次抵原债权。

孳息如须变价始得抵充者,其变价方法准用实行质权之规定。

第 891 条 (责任转质—非常事变责任)

质权人于质权存续中,得以自己之责任,将质物转质于第三人。其因转质所受不可抗力之损失,亦应负责。

第 892 条 (代位物—质物之变卖价金)

因质物有腐坏之虞,或其价值显有减少,足以害及质权人之权利者,质权人得拍卖质物,以其卖得价金,代充质物。

前项情形,如经出质人之请求,质权人应将价金提存于法院。质权人届债权清偿期而未受清偿者,得就提存物实行其质权。

第 893 条 (质权之实行与流质契约之禁止)

质权人于债权已届清偿期,而未受清偿者,得拍卖质物,就其卖得价金而受清偿。

约定于债权已届清偿期而未为清偿时,质物之所有权移属于质权人者,准用第八百七十三条之一之规定。

第 894 条 (拍卖之通知)

前二条情形,质权人应于拍卖前通知出质人。但不能通知者,不在此限。

第 895 条 (拍卖以外质权实行方法之准用)

第八百七十八条之规定,于动产质权准用之。

第 896 条 (质权人之质物返还义务)

动产质权所担保之债权消灭时,质权人应将质物返还于有受领权之人。

第 897 条 (质权之消灭原因[一]—返还质物)

动产质权,因质权人将质物返还于出质人或交付于债务人而消灭。返还或交付

质物时,为质权继续存在之保留者,其保留无效。

第 898 条 (质权之消灭原因[二]—丧失质物之占有)

质权人丧失其质物之占有,于二年内未请求返还者,其动产质权消灭。

第 899 条 (质权之消灭原因[三]—质物灭失与物上代位性)

动产质权,因质物灭失而消灭。但出质人因灭失得受赔偿或其他利益者,不在此限。

质权人对于前项出质人所得行使之赔偿或其他请求权仍有质权,其次序与原质权同。

给付义务人因故意或重大过失向出质人为给付者,对于质权人不生效力。

前项情形,质权人得请求出质人交付其给付物或提存其给付之金钱。

质物因毁损而得受之赔偿或其他利益,准用前四项之规定。

第 899 条之 1 (最高限额质权)

债务人或第三人得提供其动产为担保,就债权人对债务人一定范围内之不特定债权,在最高限额内,设定最高限额质权。

前项质权之设定,除移转动产之占有外,并应以书面为之。

关于最高限额抵押权及第八百八十四条至前条之规定,于最高限额质权准用之。

第 899 条之 2 (营业质)

质权人系经许可以受质为营业者,仅得就质物行使其权利。出质人未于取赎期间届满后五日内取赎其质物时,质权人取得质物之所有权,其所担保之债权同时消灭。

前项质权,不适用第八百八十九条至第八百九十五条、第八百九十九条、第八百九十九条之一之规定。

第二节 权利质权

第 900 条 (权利质权之标的)

称权利质权者,谓以可让与之债权或其他权利为标的物之质权。

第 901 条 (动产质权规定之准用)

权利质权,除本节有规定外,准用关于动产质权之规定。

第 902 条 (权利质权之设定)

权利质权之设定,除依本节规定外,并应依关于其权利让与之规定为之。

第 903 条 (处分质权标的物之限制)

为质权标的物之权利,非经质权人之同意,出质人不得以法律行为,使其消灭或变更。

第 904 条 (债权质权设定之要式性)

以债权为标的物之质权,其设定应以书面为之。

前项债权有证书者,出质人有交付之义务。

第 905 条 (债权质权先于担保债权清偿期之效果)

为质权标的物之债权,以金钱给付为内容,而其清偿期先于其所担保债权之清偿期者,质权人得请求债务人提存之,并对提存物行使其质权。

为质权标的物之债权,以金钱给付为内容,而其清偿期后于其所担保债权之清偿期者,质权人于其清偿期届至时,得就担保之债权额,为给付之请求。

第 906 条 (债权质权后于担保债权清偿期之效果)

为质权标的物之债权,以金钱以外之动产给付为内容者,于其清偿期届至时,质权人得请求债务人给付之,并对该给付物有质权。

第 906 条之 1 (以不动产物权之给付内容之债权后于担保债权清偿期之效果)

为质权标的物之债权,以不动产物权之设定或移转为给付内容者,于其清偿期届至时,质权人得请求债务人将该不动产物权设定或移转于出质人,并对该不动产物权有抵押权。

前项抵押权应于不动产物权设定或移转于出质人时,一并登记。

第 906 条之 2 (质权之实行)

质权人于所担保债权清偿期届至而未受清偿时,除依前三条之规定外,亦得依第八百九十三条第一项或第八百九十五条之规定实行其质权。

第 906 条之 3 (因一定权利行使而使清偿期届至)

为质权标的物之债权,如得因一定权利之行使而使其清偿期届至者,质权人于所担保债权清偿期届至而未受清偿时,亦得行使该权利。

第 906 条之 4 (提存给付之通知)

债务人依第九百零五条第一项、第九百零六条、第九百零六条之一为提存或给付时,质权人应通知出质人,但无庸得其同意。

第 907 条 (第三债务人之清偿)

为质权标的物之债权,其债务人受质权设定之通知者,如向出质人或质权人一方为清偿时,应得他方之同意。他方不同意时,债务人应提存其为清偿之给付物。

第 907 条之 1 (抵销之限制)

为质权标的物之债权,其债务人于受质权设定之通知后,对出质人取得债权者,不得以该债权与为质权标的物之债权主张抵销。

第 908 条 (证券债权质权之设定)

质权以未记载权利人之有价证券为标的物者,因交付其证券于质权人,而生设定质权之效力。以其他之有价证券为标的物者,并应依背书方法为之。

前项背书,得记载设定质权之意旨。

第 909 条 (证券债权质权之实行)

质权以未记载权利人之有价证券、票据或其他依背书而让与之有价证券为标的物者,其所担保之债权,纵未届清偿期,质权人仍得收取证券上应受之给付。如有使

证券清偿期届至之必要者,并有为通知或依其他方法使其届至之权利。债务人亦仅得向质权人为给付。

前项收取之给付,适用第九百零五条第一项或第九百零六条之规定。

第九百零六条之二及第九百零六条之三之规定,于以证券为标的物之质权,准用之。

第 910 条 (证券债权质权之范围)

质权以有价证券为标的物者,其附属于该证券之利息证券、定期金证券或其他附属证券,以已交付于质权人者为限,亦为质权效力所及。

附属之证券,系于质权设定后发行者,除另有约定外,质权人得请求发行人或出质人交付之。

第八章 典 权

第 911 条 (典权之意义)

称典权者,谓支付典价在他人之不动产为使用、收益,于他人不赎回时,取得该不动产所有权之权。

第 912 条 (典权之期限)

典权约定期限不得逾三十年,逾三十年者,缩短为三十年。

第 913 条 (绝卖之限制与法律效果)

典权之约定期限不满十五年者,不得附有到期不赎即作绝卖之条款。

典权附有绝卖条款者,出典人于典期届满不以原典价赎回时,典权人即取得典物所有权。

绝卖条款非经登记,不得对抗第三人。

第 914 条 (删除)

第 915 条 (转典或出租及其限制)

典权存续中,典权人得将典物转典或出租于他人。但另有约定或另有习惯者,依其约定或习惯。

典权定有期限者,其转典或租赁之期限,不得逾原典权之期限,未定期限者,其转典或租赁,不得定有期限。

转典之典价,不得超过原典价。

土地及其土地上之建筑物同属一人所有,而为同一人设定典权者,典权人就该典物不得分离而为转典或就其典权分离而为处分。

第 916 条 (典权人因转典或出租之损害赔偿責任)

典权人对于典物因转典或出租所受之损害,负赔偿责任。

第 917 条 (典权之让与)

典权人得将典权让与他人或设定抵押权。

典物为土地,典权人在其上有建筑物者,其典权与建筑物,不得分离而为让与或其他处分。

第 917 条之 1 (典物之使用收益方法)

典权人应依典物之性质为使用收益,并应保持其得永续利用。

典权人违反前项规定,经出典人阻止而仍继续为之者,出典人得回赎其典物。典权经设定抵押权者,并应同时将该阻止之事实通知抵押权人。

第 918 条 (典物之让与)

出典人设定典权后,得将典物让与他人。但典权不因此而受影响。

第 919 条 (典权人之留买权)

出典人将典物出卖于他人时,典权人有以相同条件留买之权。

前项情形,出典人应以书面通知典权人。典权人于收受出卖通知后十日内不以书面表示,依相同条件留买者,其留买权视为抛弃。

出典人违反前项通知之规定而将所有权移转者,其移转不得对抗典权人。

第 920 条 (危险分担—非常事变责任)

典权存续中,典物因不可抗力致全部或一部灭失者,就其灭失之部分,典权与回赎权,均归消灭。

前项情形,出典人就典物之余存部分,为回赎时,得由原典价扣除灭失部分之典价。其灭失部分之典价,依灭失时灭失部分之价值与灭失时典物之价值比例计算之。

第 921 条 (典权人之重建修缮权)

典权存续中,典物因不可抗力致全部或一部灭失者,除经出典人同意外,典权人仅得于灭失时灭失部分之价值限度内为重建或修缮。原典权对于重建之物,视为继续存在。

第 922 条 (典权人保管义务与赔偿责任)

典权存续中,因典权人之过失,致典物全部或一部灭失者,典权人于典价额度内,负其责任。但因故意或重大过失致灭失者,除将典价抵偿损害外,如有不足,仍应赔偿。

第 922 条之 1 (典权之拟制存在)

因典物灭失受赔偿而重建者,原典权对于重建之物,视为继续存在。

第 923 条 (定期典权之回赎)

典权定有期限者,于期限届满后,出典人得以原典价回赎典物。

出典人于典期届满后,经过二年,不以原典价回赎者,典权人即取得典物所有权。

第 924 条 (未定期典权之回赎)

典权未定期限者,出典人得随时以原典价回赎典物。但自出典后经过三十年不

回赎者,典权人即取得典物所有权。

第 924 条之 1 (转典时,出典人回赎权之行使)

经转典之典物,出典人向典权人为回赎之意思表示时,典权人不得于相当期间向转典权人回赎并涂销转典权登记者,出典人得于原典价范围内,以最后转典价径向最后转典权人回赎典物。

前项情形,转典价低于原典价者,典权人或转典权人得向出典人请求原典价与转典价间之差额。出典人并得为各该请求权人提存其差额。

前二项规定,于下列情形亦适用之:

一、典权人预示拒绝涂销转典权登记。

二、典权人行踪不明或有其他情形致出典人不能为回赎之意思表示。

第 924 条之 2 (典权人与建物所有人间租赁关系之推定)

土地及其土地上之建筑物同属一人所有,而仅以土地设定典权者,典权人与建筑物所有人间,推定在典权或建筑物存续中,有租赁关系存在;其仅以建筑物设定典权者,典权人与土地所有人间,推定在典权存续中,有租赁关系存在;其分别设定典权者,典权人相互间,推定在典权均存续中,有租赁关系存在。

前项情形,其租金数额当事人不能协议时,得请求法院以判决定之。

依第一项设定典权者,于典权人依第九百十三条第二项、第九百二十三条第二项、第九百二十四条规定取得典物所有权,致土地与建筑物各异其所有人时,准用第八百三十八条之一规定。

第 925 条 (回赎之时期与通知义务)

出典人之回赎,应于六个月前通知典权人。

第 926 条 (找贴与其次数之限制)

出典人于典权存续中,表示让与其典物之所有权于典权人者,典权人得按时价找贴,取得典物所有权。

前项找贴,以一次为限。

第 927 条 (典权人之费用偿还请求权)

典权人因支付有益费用,使典物价值增加,或依第九百二十一条规定,重建或修缮者,于典物回赎时,得于现存利益之限度内,请求偿还。

第八百三十九条规定,于典物回赎时准用之。

典物为土地,出典人同意典权人在其上营造建筑物者,除另有约定外,于典物回赎时,应按该建筑物之时价补偿之。出典人不愿补偿者,于回赎时视为已有地上权之设定。

出典人愿依前项规定为补偿而就时价不能协议时,得声请法院裁定之;其不愿依裁定之时价补偿者,于回赎时亦视为已有地上权之设定。

前二项视为已有地上权设定之情形,其地租、期间及范围,当事人不能协议时,得

请求法院以判决定之。

第九章 留置权

第 928 条 (留置权之意义及其要件)

称留置权者,谓债权人占有他人之动产,而其债权之发生与该动产有牵连关系,于债权已届清偿期未受清偿时,得留置该动产之权。

债权人因侵权行为或其他不法之原因而占有动产者,不适用前项之规定。其占有之始明知或因重大过失而不知该动产非为债务人所有者,亦同。

第 929 条 (牵连关系之拟制)

商人因营业关系而占有之动产,与其因营业关系所生之债权,视为有前条所定之牵连关系。

第 930 条 (留置权之限制)

动产之留置,违反公共秩序或善良风俗者,不得为之。其与债权人应负担之义务或与债权人债务人之间之约定相抵触者,亦同。

第 931 条 (留置权之扩张)

债务人无支付能力时,债权人纵于其债权未届清偿期前,亦有留置权。

债务人于动产交付后,成为无支付能力,或其无支付能力于交付后始为债权人所知者,其动产之留置,纵有前条所定之抵触情形,债权人仍得行使留置权。

第 932 条 (留置权之不可分性)

债权人于其债权未受全部清偿前,得就留置物之全部,行使其留置权。但留置物为可分者,仅得依其债权与留置物价值之比例行使之。

第 932 条之 1 (留置权之优先性)

留置物存有所有权以外之物权者,该物权人不得以之对抗善意之留置权人。

第 933 条 (留置物之保管义务)

第八百八十八条至第八百九十条及第八百九十二条之规定,于留置权准用之。

第 934 条 (留置权人之必要费用偿还请求权)

债权人因保管留置物所支出之必要费用,得向其物之所有人,请求偿还。

第 935 条 (删除)

第 936 条 (留置权之实行)

债权人于其债权已届清偿期而未受清偿者,得定一个月以上之相当期限,通知债务人,声明如不于其期限内为清偿时,即就其留置物取偿;留置物为第三人所有或存有其他物权而为债权人所知者,应并通知之。

债务人或留置物所有人不于前项期限内为清偿者,债权人得准用关于实行质权之规定,就留置物卖得之价金优先受偿,或取得其所有权。

不能为第一项之通知者,于债权清偿期届至后,经过六个月仍未受清偿时,债权人亦得行使前项所定之权利。

第 937 条 (留置权之消灭原因[一]—提出相当担保)

债务人或留置物所有人为债务之清偿,已提出相当之担保者,债权人之留置权消灭。

第八百九十七条至第八百九十九条之规定,于留置权准用之。

第 938 条 (删除)

第 939 条 (法定留置权之准用)

本章留置权之规定,于其他留置权准用之。但其他留置权另有规定者,从其规定。

第十章 占 有

第 940 条 (占有人)

对于物有事实上管领之力者,为占有人。

第 941 条 (间接占有人)

地上权人、农育权人、典权人、质权人、承租人、受寄人,或基于其他类似之法律关系,对于他人之物为占有者,该他人为间接占有人。

第 942 条 (占有辅助人)

受雇人、学徒、家属或基于其他类似之关系,受他人之指示,而对于物有管领之力者,仅该他人为占有人。

第 943 条 (占有权利之推定)

占有人于占有物上行使之权利,推定其适法有此权利。

前项推定,于下列情形不适用之:

- 一、占有已登记之不动产而行使物权。
- 二、行使所有权以外之权利者,对使其占有之人。

第 944 条 (占有态样之推定)

占有人,推定其为以所有之意思,善意、和平、公然及无过失占有。

经证明前后两时为占有者,推定前后两时之间,继续占有。

第 945 条 (占有之变更)

占有依其所由发生之事实之性质,无所有之意思者,其占有人对于使其占有之人,表示所有之意思时起,为以所有之意思而占有。其因新事实变为以所有之意思占有者,亦同。

使其占有之人非所有人,而占有人于为前项表示时已知占有物之所有人者,其表示并应向该所有人之为之。

前二项规定,于占有人以所有之意思占有变为以其他意思而占有,或以其他意思之占有变为以不同之其他意思而占有者,准用之。

第 946 条 (占有之移转)

占有之移转,因占有物之交付,而生效力。

前项移转,准用第七百六十一条之规定。

第 947 条 (占有之合并)

占有之继承人或受让人,得就自己之占有,或将自己之占有与其前占有人之占有合并,而为主张。

合并前占有人之占有而为主张者,并应承继其瑕疵。

第 948 条 (动产物权善意取得之要件及限制)

以动产所有权,或其他物权之移转或设定为目的,而善意受让该动产之占有者,纵其让与人无让与之权利,其占有仍受法律之保护。但受让人明知或因重大过失而不知让与人无让与之权利者,不在此限。

动产占有之受让,系依第七百六十一条第二项规定为之者,以受让人受现实交付且交付时善意为限,始受前项规定之保护。

第 949 条 (盗赃遗失物之回复请求权及行使之效果)

占有物如系盗赃、遗失物或其他非基于原占有人之意思而丧失其占有者,原占有人自丧失占有之时起二年以内,得向善意受让之现占有人请求回复其物。

依前项规定回复其物者,自丧失其占有时起,回复其原来之权利。

第 950 条 (盗赃遗失物回复请求权之限制)

盗赃、遗失物或其他非基于原占有人之意思而丧失其占有之物,如现占有人由公开交易场所,或由贩卖与其物同种之物之商人,以善意买得者,非偿还其支出之价金,不得回复其物。

第 951 条 (盗赃遗失物回复请求权之禁止)

盗赃、遗失物或其他非基于原占有人之意思而丧失其占有之物,如系金钱或未记载权利人之有价证券,不得向其善意受让之现占有人请求回复。

第 951 条之 1 (盗赃遗失物回复请求权行使之限制)

第九百四十九条及第九百五十条规定,于原占有人为恶意占有者,不适用之。

第 952 条 (善意占有之权利推定)

善意占有人,于推定其为适法所有之权利范围内,得为占有物之使用、收益。

第 953 条 (善意占有之责任)

善意占有人,就占有物之灭失或毁损,如系因可归责于自己之事由所致者,对于回复请求人仅以灭失或毁损所受之利益为限,负赔偿之责。

第 954 条 (善意占有之必要费用偿还请求权)

善意占有人,因保存占有物所支出之必要费用,得向回复请求人请求偿还。但已

就占有物取得孳息者,不得请求偿还通常必要费用。

第 955 条 (善意占有人之有益费用偿还请求权)

善意占有人,因改良占有物所支出之有益费用,于其占有物现存之增加价值限度内,得向回复请求人,请求偿还。

第 956 条 (恶意占有人之责任)

恶意占有人或无所有意思之占有人,就占有物之灭失或毁损,如系因可归责于自己之事由所致者,对于回复请求人,负赔偿之责。

第 957 条 (恶意占有人之必要费用偿还请求权)

恶意占有人,因保存占有物所支出之必要费用,对于回复请求人,得依关于无因管理之规定,请求偿还。

第 958 条 (恶意占有人之孳息返还义务)

恶意占有人,负返还孳息之义务,其孳息如已消费,或因其过失而毁损,或怠于收取者,负偿还其孳息价金之义务。

第 959 条 (善意占有人变为恶意占有人)

善意占有人,自确知其无占有本权时起,为恶意占有人。

善意占有人,于本权诉讼败诉时,自诉状送达之日起,视为恶意占有人。

第 960 条 (占有人之自力救济)

占有人对于侵夺或妨害其占有之行为,得以己力防御之。

占有物被侵夺者,如系不动产,占有人得于侵夺后,实时排除加害人而取回之。如系动产,占有人得就地或追踪向加害人取回之。

第 961 条 (占有辅助人之自力救济)

依第九百四十二条所定对于物有管领力之人,亦得行使前条所定占有人之权利。

第 962 条 (占有人之物上请求权)

占有人,其占有被侵夺者,得请求返还其占有物。占有被妨害者,得请求除去其妨害。占有有被妨害之虞者,得请求防止其妨害。

第 963 条 (物上请求权之期间限制)

前条请求权,自侵夺或妨害占有或危险发生后,一年间不行使而消灭。

第 963 条之 1 (共同占有物之权利行使)

数人共同占有一物时,各占有人得就占有物之全部,行使第九百六十条或第九百六十二条之权利。

依前项规定,取回或返还之占有物,仍为占有人全体占有。

第 964 条 (占有之消灭)

占有,因占有人丧失其对于物之事实上管领力而消灭。但其管领力仅一时不能实行者,不在此限。

第 965 条 (共同占有)

数人共同占有一物时,各占有人就其占有物使用之范围,不得互相请求占有之保护。

第 966 条 (准占有)

财产权,不因物之占有而成立者,行使其财产权之人,为准占有人。

本章关于占有之规定,于前项准占有准用之。

主要参考书目

一、中文书籍

- | | | |
|------------|------------|---------------------------------|
| 史尚宽 | 物权法论 | 1987 |
| 李光夏 | 民法物权新论 | 1955 |
| 李肇伟 | 民法物权 | 1962 |
| 姚瑞光 | 民法物权论 | 1999 |
| 倪江表 | 民法物权论 | 1954 |
| 梅仲协 | 民法要义 | 1954 |
| 张企泰 | 中国民法物权论 | 1948 |
| 黄右昌 | 民法诠释物权论 | 1972 |
| 杨与龄 | 民法物权 | 1985 |
| 郑玉波(黄宗乐修订) | 民法物权 | 2007 |
| 谢在全 | 民法物权论 | { (上)2004
(中)2007
(下)2007 |
| 苏永钦主编 | 民法物权争议问题研究 | 1999 |

二、日文书籍

- | | | |
|------------|--------------|------|
| 铃木禄弥 | 物权法讲议二订版 | 1959 |
| 舟船淳一 | 物权法 | 1960 |
| 广中俊雄 | 物权法(第二版增补) | 1982 |
| 我妻荣、有泉亨 补订 | 新订物权法(民法讲义Ⅱ) | 1983 |
| 川井健 | 物权法 | 1985 |
| 田中整尔 编 | 物权法 | 1986 |
| 高岛平藏 | 物权法制の基础理论 | 1986 |
| 鹰岛信孝 | 物权法制の法理的检讨 | 1994 |

三、德文书籍

1. 教科书

- Baur/Stürmer, Lehrbuch des Sachenrechts, 17. Aufl. 1999
 Brehm-Berger, Sachenrecht, 2000
 Eichler, Hermann, Institutionen des Sachenrechts, 1954—1960
 Heck, Philipp, Grundriss des Sachenrechts, 1930
 Müller, Klaus, Sachenrecht, 2. Aufl. 1989
 Schwab/Prütting, Sachenrecht, 29. Aufl. 2000
 Vieweg/Wemer, 2003
 Westermann, Harry, Sachenrecht, 7. Aufl. 1998
 Weling, Hans Josef, Sachenrecht, Bd. I, 1990
 Wilhelm, Jan, Sachenrecht, 2. Aufl. 2001
 Wolf, Ernst, Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Aufl. 1979
 Wolf, Manfred, Sachenrecht, 14. Aufl. 1997
 Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearbeitung 1957

2. 注释书

- Erman, Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2008
 Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch mit Erläuterungen, 10. Aufl. 2003
 Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. 2001
 Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Aufl. 2008
 Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl. 1999—2002

3. 主要简语表

- | | |
|---------|--|
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis |
| BGH | Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen JherJahrb Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, begründet von R. Jhering |
| JuS | Juristische Schulung |
| JZ | Juristenzeitung |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| OLG | Die Rechtssprechung der Oberlandesgerichte |
| RabelsZ | Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel |