


國立台灣大學法學叢書170

# 民事法問題研究 —物權法論



朱柏松 著

 元照

## 本書簡介

本書共蒐集物權法學術專論計十六篇。我國民法修正完成後，物權編計有277條計分十章加以規範，本書僅就其中之通則、所有權、地上權、抵押權、典權等五章之論文予以集結、揭載。另外本書揭載水權相關論文兩篇，之所以如此，一則由於水為自然之一部分，亦為包括人類、萬物生命之生存所必需，法律體系上亦置水權為準物權而加以規範，故一併予納入揭載。民法為規範人與人或人與物間之權利義務關係之基本法典，基於使其能具體發揮規範私的社會秩序之作用，民法學的重點為民法立法宜求周延、詳盡而且合理，民法之適用與解釋應力求適切、通達而且合乎法律之所規定。本書各篇論文之撰寫均以符合上述民法立法論以及解釋論上之要求而出之。不過，有應特別一提者是，我國民法物權編之公布與施行，在時空方面有其特殊性，迄至2010年以前，曾有過20餘年修正的奮鬥歷程，是關於物權法論文之撰寫，繼受法、比較法方法論之外之修正法論的考量亦是重點之一。

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏  
[www.lawdata.com.tw](http://www.lawdata.com.tw)

ISBN 978-957-41-7004-3




9 789574 170043



5D082GA

定價：600元

 元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：[www.angle.com.tw](http://www.angle.com.tw)

# 民事法問題研究

## — 物權法論

---

朱柏松 著

世新大學法律學院專任教授  
台灣大學法律學院兼任教授  
東吳大學法律學院兼任教授

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

民事法問題研究：物權法論 / 朱柏松著. --  
初版. -- 臺北市：朱柏松出版：元照總經  
銷, 2010. 02  
面：公分  
含索引  
ISBN 978-957-41-7004-3 (精裝)

1. 物權法

584.2

99002724

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

# 民事法問題研究

## — 物權法論

5D082GA

2010年3月 初版第1刷

作 者 朱柏松  
出版者 朱柏松  
總經銷 元照出版有限公司  
100 臺北市館前路 18 號 5 樓  
網 址 [www.angle.com.tw](http://www.angle.com.tw)  
定 價 新臺幣 600 元  
專 線 (02)2375-6688  
傳 真 (02)2331-8496  
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-41-7004-3

# 《民法法問題研究》總序

民法，在原始意義上，固係指羅馬帝國查士丁尼大帝（Justinianus）和其法學家們共同編著之羅馬法大全（Corpus Iuris Civilis），為用於規範市民間財產及身分權利、義務關係之法典。儘管歐陸民法在傳承上被認為係承襲自羅馬法，但由於自羅馬法大全成立（西元六世紀）迄今，為時已經歷一千四百餘年，這個世界除了包括政治、經濟、社會等各方面早已發生翻天覆地的轉變之外，民法學也因為包括文學、哲學、邏輯學，乃至於各種科學的交相發展，而展開與原羅馬法截然有異的嶄新面貌。今天，民法，在形式意義上，類似我國民法一般，固然仍指包括總則、債權、物權、親屬以及繼承等五編在內的形式民法典，但更重要的意義乃是，民法是規範不論農業、工業、商業社會，甚至於在今天資訊社會下，屬於任何私人間之權利義務關係的法律規範。這種法律規範，包括市民與商人之間，商人與商人之間之任何私權利、義務關係，不過，若係屬有行政公權力強力介入、干預的經濟、財政行為，其雖亦可能發生私權利義務效果，但仍無法排除公法之作用者，自應被排除在民法的法律規範之外。因為，既然有行政、公權力之強力介入或干預，則即使經濟、財政、金融交易行為，亦有涉及人與人間私權利、義務關係，以其有違反民法所原已確立之當事人自治，以及當事人地位平等之重大基本原則，則此等規範，即不應被納入為民法之概念。

我國民法成立、公布於一九三〇年代的中國，從整個內容以觀，概為間接傳承自羅馬法，直接繼受自德國、瑞士乃至於日本民法，但亦未完全否定華人基本思維模式與行為法則，所以形成之法典，因此，我國民法，可以稱之既有志於堅實法治，並力求實現公正、義理，並兼顧固有文化，具進步性格的立法。不過，很可惜的，和商事法、土地法、民事訴訟法一樣，我國民法是在中國政治動盪不安，列強不斷侵凌，國勢處於傾頹、蝸蟻之際公布、施行的法律，因此，民法雖然有其極深沉而且嚴謹、條理的法理結構，亦應可被期待有充分釐整當事人權利、義務，因而達到規範人與人間之交易秩序，甚至於整個社會秩序之目的，然則，由於大時代環境的關係，民法在公布、施行以後，民法學既深入而且周延之研究，固不甚可期待，連有效之施行、規範作用竟然甚難一得。其情形，甚至延續至一九五〇年代的末期，即使於政治、社會局勢漸趨穩定之台灣還是不甚可以一得的奢求。

大陸法系諸國民法典係一植基於自由交易的資本主義社會結構，以規範私人間權利義務關係之法典，就我國而言，在進入一九六〇年代，國內政經、社會局勢漸趨穩定以後，政府漸次展開各項重大建設，並積極發展工商業，國內經濟呈現成長、發展的局面，民法做為論斷當事人間權利義務關係的重要法規範，現實上可期發生有效之規範作用。結果所致，就從此時出現包括判決、判例等大量之實務見解。不過，關於民法教學與研究，在台灣則是歷盡滄桑、幾經磨難始有今日之局面。日治時期，日本帝國主義雖一直實施法治，但對台灣之法學教育與研究，迄至一九二八年以前一直是零散不整的。台北帝國大學文政學部，雖開設若干法律課程，並不乏有學者投入研究，但一則並非正規法學部教育；二則亦因斯時日本已啟動南進太平洋戰爭，法學教育與

研究因此終難全面展開。一九四五年台灣被納入中華民國版圖，帝國大學文政學部雖亦於次年改設為台灣大學法律系，但由於政治因素的強力介入，法律教學與研究迄至一九六〇年代仍無法完全有效展開，及至此後因政治情事更趨穩定、經濟更呈進一步發展，才真正開始充實法學教育、研究（1957年設法律研究所）的人力及物力之所需。台灣大學在台灣係最早從事於法學教育與研究之奠基與努力工作的大學，因此，自一九六〇年代開始的民法學教育與研究，亦應該說以台灣大學法律系呈一枝獨秀地發展，不過，其後隨著包括政治、輔仁、東吳各大學在台復校，以及法商學院、中國文化學院的創設法律系，全面性的法學教育及研究才得以漸次展開、發展。

著者出生於二次戰後，飽受生活物資短缺、民生凋敝，以及政經局勢動盪不安的艱辛與痛苦，不過，到了接受大學教育的一九六〇年代後期，因就讀學校較具豐厚的物質條件，也有比較自由、開放的學風，故學習法律的心得具有一定的廣度與深度，至少已不再出現以往常見，由公法專長的教師擔任私法課程教學之荒謬現象，亦較少見以教條主宰法律專業研究的情形，特別是自一九七〇年代初期，陸續有不少留學海外的法學菁英投入法學教育與研究工作，這使得那個年代的法律學子，得以接受嶄新法學專業知識，此對我而言，帶給我學習民法豐厚的心得，並堅定以後從事於民事法學研究的心意。一九七〇年代中期，我懷著為民法學奮鬥與奉獻的心境踏上出國留學的路程，潛心於民事損害賠償責任法理的鑽研與探討。在得以有企圖的心境、充裕的時間，並可能飽覽自己想閱讀之有關資料、文獻的環境下，終於使我確立以民事法學的教學與研究為個人終生之職志。

一九八一年，因緣際會使個人得以有機會回到受教近八年的台灣大學，擔任民法的教學與研究工作，漫長的二十餘年中累計擔任教學、研究的課程，除民法總則、債權法（包括通則與各論）、物權法以及身分法（包括親屬、繼承兩編）之外，尚及於土地法、信託法以及消費者保護法。由於迄至一九九〇年代為止，國內已累計有八至九所大學設有法律系（至少有二組或三組），並亦各自設有包括碩士班、博士班在內之研究所，因此，包括民法學在內之各法學領域研究風氣為之大開，迄至今天設有法律系、所的大學累計已達三十所，投入法學研究領域的學者以及實務家，亦可以累計至三百、五百人。在學者、專家爭相建立自己法學研究業績的帶動下，不但各法學領域基礎學理益趨完整、堅實，在研究表現上，不論論文數量以及實質內容上，亦不斷地與日提升，風氣之盛、業績之耀眼，不但為我國過去所未曾有，甚至在今天亞洲乃至於世界諸國，亦多有可與之分庭抗禮者。

自一九七〇年代中葉，本人投入民法學的研究，以及一九八〇年代獻身於民法學之教育以來，倏忽已過三十載，在這漫長的歲月裡，或基於學術研究義務之履行，或蒙學術團體或學校之不棄，屢有提供專題以為深入之研究或發表，或基於教學之相長，於發現有難在講壇上為學生做完整、條理之解說時，即輒而擬具題目，對之深入分析與探討，並為之建立理論。歲月如梭，這三十餘年共已累積自信較具學術價值之論文計近二百餘篇，茲就其內容相近者各自加以集結成冊，統以《民事法問題研究》為總題，分別以民法總論、侵權行為法論、債權法論、物權法論，以及消費者保護法論（上、下兩冊），共計六冊，逐冊予以出版、付梓。此舉，一則係對個人過去以來研究生涯中，努力的成果做



一番整理與改正，以期研究之成果更具價值，另一則亦有敝帚自珍之意，期透過系統之整理、出版，以避免散佚。個人以為，學術研究要有成果，除應盡心盡力之外，亦應靠持續不斷地充實、累積，個人這六冊的論文集也就是這三十餘年學術生涯成果的充實與累積。茲趁第一冊，亦即，物權法論行將出版之際，聊以台灣民事法學發展的簡單歷史回溯，誌記個人教學、研究的點滴，以為其序。

末了就一位長年奉獻於民事法學教學與研究志工的心理期待，仍殷望諸位師長、先進、學友能不斷予以批評、指教，以期更有所精進。

朱柏松 謹識

2009年10月20日

# 《物權法論》自序

我國現行民法第三編為物權編，計自第七百五十七條至第九百六十六條凡有二百十條。從規範之內容以及結構而言，物權法大部分可謂係德國民法及瑞士民法的繼受法，部分則屬於日本法的繼受法（例如留置權），不過，亦有屬於固有物權者，例如典權及永佃權是。我國物權法雖早在一九二九年公布，一九三〇年實施於中國，但由於斯時中國政情不穩，各地方軍閥依然割據，加上外敵侵略亦日益劇烈，因此，和其他法律一樣，民法物權編，並未在中國獲得多少實踐經驗，殘留下來的物權法文獻，以目前吾人所知悉者，亦為數不多，除有迄至一九四九年業已出現之解釋及判決外，物權法學理論常見者多僅為一般教科書而已。

一九四六年二次大戰結束，台灣被納為中國版圖，但不旋踵，中華民國滅亡，然於一九四九年在台灣另成立政權，中華民國民法亦在台灣獲得有效實施，由於日治時期現代民法之施行，民法實踐經驗反而在台灣表現遠大於在中國之所表現，不過，物權法係以動產、不動產為客體與權利、義務主體間發生法律關係之法律規範，法規範的實踐甚受所處地域的影響與左右，因此，儘管在中國制定的物權法在台灣實踐逾六十年，但在台灣實踐的表現卻與當初立法者所期待者有不少的差距，其中，較為明顯的表現是屬於用益物權之地役權、永佃權以及典權，在台灣則甚少被加以適用。地役權，一則完全係羅馬法乃至於歐陸民法繼受而來的物權，華人歷史上未曾有過此種物權，加上可替代之制度不少，因此，實際運用者不多。而永佃權在台灣，一則大地主早已在一九四九年以前已為國民黨政府所掃除，二則加上實施耕者有其田政策的強力貫徹，早已少有存在之空間。至於典權則因

為係屬小農經濟社會的一種擔保法制，在台灣已經普遍資本主義社會化的情況下，自然被適用的可能性並不多。其實，台灣由於地處國際航道上，早已與國際列強接觸，整個台灣早已呈現完全開放的社會，再加上日本帝國主義者五十一年之統治（1895至1945），故實施以資本主義為基底的現代歐陸物權法的環境早已形成，因此，諸物權類型中被廣泛運用並獲有效規範作用者厥為所有權、地上權、抵押權、權利質權，以及占有而已。另外，一九六三年公布，次年付諸實施之動產擔保交易法，以及曾在一九四六年徹底翻修的土地法所規定之各種物權，乃至於土地法規範本身，皆廣泛受到運用並充分發揮法律規範之功能。

由於我國物權法制定與施行有以上的歷史背景存在，因此，自一九七〇年代中期，隨著我國法制應全面現代化的要求，即有全面修改民法之擬議，物權法當然亦被納入必須加以修正之列，不過，由於修法工作甚為繁複，物權法修法工作一直拖至一九八八年的十一月，始由法務部召集物權法學專家學者組成「民法研究修正委員會物權編研修小組」，而正式啟動，歷時八年，召開三百次會議，並三易其稿而完成全部物權法修正草案，且於一九九九年送立法院審議。惟由於第四屆立法院並未於該屆任期審議完成，而使該草案成為廢案。然由於現行物權法係公布、施行於上世紀之三十年代，與今天台灣的時空環境頗有阻絕，基於有效規範物權關係人間之權利、義務關係之需要，修法的工作，自屬勢在必行，於是，法務部自二〇〇三年再次組成「物權編研修小組」，自是年之七月展開第二次修正草案之研擬工作，研修工作採分段作業，首編修正工作，擔保物權法部分，已於二〇〇六年十月完成草案作業，並經立法院審議完成而於二〇〇七年三月公布、九月付諸實施，至於另外兩個部分，通則、所有權章，以及用益物權法、占有章，亦分別於二〇〇八年之六月及十二月完成草案並送立法院審議，最後並於二〇一〇年一月完成全部修法工

作。花費達二十二年最終完成之新物權法條總計達二百七十七條。

自一九六五年我接受法學教育開始，即對民法有著特別的興趣，一九七〇年進入研究所以後，即決意以民法之教學研究為職志，一九八一年在台灣大學任教以來，亦一直以民法的教學研究為中心工作，一九八四年繼民法總則、債法之後，承擔起物權編之教學工作。由於民法物權編在我國有上述法結構上及法律解釋上之問題存在，因此，任物權法教學工作以來，亦隨時注意於物權法理之研究與探討，一九八八年，自法務部展開物權法修法工作以來，即一直參與其事而未曾中斷，是以這二十餘年來，在物權法方面，已累積論文二十餘篇，茲擇其較具內容者計十六篇，將之依我國物權法之各章節、順序分別再予修改、增刪並予編輯、出版。還望諸師長、先進、學友、同道能續予指導、教正。

末了有必要加以一提者是，本書的出版承蒙元照出版公司萬總經理聖德的支持，在此敬表十二萬分的感激與謝忱，另本書之出版距當初預計時間相隔甚久，此乃著者對各該論文有部分重寫、改寫或補充耗時耗力所致，對於為本書之出版而努力的元照出版公司工作同仁所受的困擾表示致歉。對他們的辛勤努力，則更表由衷感激與謝忱。

朱柏松 謹識

2009年10月9日

# 目 錄

---

《民法法問題研究》總序

《物權法論》自序

## 第一章 不動產物權行為之要式性

壹、民法關於物權變動之構成條件.....	1
貳、不動產物權分割行為之性質.....	3
參、不動產物權因繼承而分割之效力.....	5
肆、案例說明.....	6

## 第二章 海峽兩岸不動產物權變動理論 及土地登記制度之比較研究

壹、前 言.....	9
貳、物權行為之立法主義與土地登記制度之比較.....	12
一、物權變動之立法例.....	12
(一)意思主義.....	13
(二)形式主義.....	14
(三)折衷主義.....	17

二、不動產登記制度之比較.....	18
(一)契據登記制.....	19
(二)權利登記制.....	20
(三)托崙斯登記制.....	24
參、我國民法物權變動之規範與土地登記實務.....	27
一、物權得喪變更之法律規範.....	29
二、我國之土地登記制度及其發展.....	35
(一)地籍測量及土地總登記.....	36
(二)其他土地登記之內涵.....	37
肆、中國物權法物權變動之規定及不動產物權 之登記.....	40
一、物權法關於不動產物權變動效力之規定.....	42
二、物權法關於不動產登記之規定.....	43
伍、結    語.....	44

### 第三章 新修正相鄰關係法規範評議

壹、序    說.....	45
貳、新修正相鄰關係法規範之總體面的評價.....	47
一、相鄰關係法規範之周延性.....	47
二、相鄰關係法規範之適用範圍.....	50
三、鄰關係法規範之性質.....	53
(一)屬當然事理之規範無由排除或限制其適用者.....	56

(二)屬不動產所有人自身行使權利方法之規範者，無排除或限制適用之意義.....	57
(三)屬於基於增進不動產所有權之功能、效益或社會經濟利益者，得予排除或限制其適用.....	57
(四)屬於促使達成所有權之功能、效益，或維持社會經濟效益之規範，或排除、阻絕所有權之功能、效益，或損害社會經濟效益之規範，無得被加以排除或限制其適用.....	60
參、若干具體相鄰關係法規範之評價.....	66
一、排水、用水之相鄰關係法與水利法關係之釐清.....	66
(一)關於水資源之享有及利用之關係.....	68
(二)其他用水、排水規定之檢討.....	72
二、民法第七百九十六條新規定，與土地權利關係人利益之衡量.....	76
肆、結語.....	80

## 第四章 論袋地通行權與公用地役權之關係

壹、前言.....	85
貳、袋地通行權之成立要件.....	87
參、袋地通行之效力.....	90
一、袋地通行權之限度與範圍.....	91
二、償金之支付.....	91
三、開設道路權.....	95
四、餘論.....	96

肆、公用地役權之概念及其成立 .....	101
伍、袋地通行權之公用地役權之轉化 .....	103
陸、代結語——實例探討 .....	110

## 第五章 論越界、違章建築之法律效力

壹、序 言 .....	115
貳、違反強行規定之法律行為之效力 .....	116
參、違章建築物之法律關係 .....	122
肆、越界建築之法律爭議之解決 .....	129
伍、案例分析 .....	133

## 第六章 共有基地租賃之效力與優先承買權之關係

壹、共有基地之出租究否為管理行為或處分行為 .....	139
貳、基地承租人地上權登記請求權之性質 .....	143
參、共有基地承租人對基地之優先承買權 .....	146
肆、案例說明 .....	149



## 第七章 新修正地上權法規範解釋上若干問題之探討

壹、前 言.....	153
貳、地上權之取得.....	157
一、因法律行為而取得之地上權.....	158
二、因法律規定而取得之地上權.....	163
參、地上權之效力.....	171
一、意定地上權轉化為類似所有權加以享有之利益 ——權利金之給付.....	172
二、地上權人之處分地上權.....	174
三、區分地上權之法律規定之探討.....	181
(一)土地所有人於其土地上設定用益物權後再設定區 分地上權之條件.....	181
(二)區分地上權人限制行使權利之約定對土地所有人 之效力.....	183
肆、結 語.....	185

## 第八章 空間權法理與區分地上權立法上的幾個問題點

壹、前 言.....	189
貳、空間權概念之確立及其本質.....	190
一、空間權可該當為私法上之權利.....	191

二、空間權的構成.....	191
(一)空間權應有之內容.....	192
(二)確立空間權概念後空間權在民法中之地位.....	193
參、區分地上權立法上之幾個問題點.....	196
一、權利之取得或設定上之問題點.....	197
(一)因法律行為而成立區分地上權者.....	197
(二)因其他法律事實而成立區分地上權者.....	200
二、權利取得及行使上之問題點.....	201
(一)空間範圍之確定與登記.....	202
(二)權利設定之同意及其行使上之限制.....	202
三、相鄰關係上之問題點.....	205
(一)相鄰關係規定於區分地上權之地位.....	206
(二)民法相鄰關係之規定準用於區分地上權 之可能性.....	207
(三)區分地上權可得考慮增加條文加以規範者.....	209
四、與民法各不動產物權章之規定間相互配合 之問題.....	213
肆、結語.....	213

## 第九章 論不同抵押權之效力

壹、案 例.....	217
貳、不特定之未來債權可否為抵押權擔保之債權.....	218
參、最高限額抵押權之擔保標的及其成立、生效.....	223

肆、法定抵押權的成立、性質及效力.....	230
伍、案例分析.....	246

## 第十章 論最高限額抵押權之讓與

壹、序 說.....	257
貳、最高限額抵押權讓與之成立.....	259
參、最高限額抵押權讓與之具體實現.....	265
一、受讓最高限額抵押權之適格.....	265
(一)受讓人係屬無發生具體債權之債權範圍之人.....	265
(二)受讓人係為最高限額抵押權人之情形.....	267
二、最高限額抵押權隨同基礎法律關係一併讓與 之問題.....	268
肆、民法第八百八十一條之八規定之適用與解釋.....	270
一、最高限額抵押權讓與之成立及生效要件.....	271
(一)最高限額抵押權之讓與應於擔保債權確定前 為之.....	271
(二)最高限額抵押權之讓與應得抵押人之同意.....	272
(三)應為最高限額抵押權讓與之登記.....	276
二、讓與最高限額抵押權之效力.....	277
(一)讓與全部最高限額抵押權之情形.....	277
(二)分割最高限額抵押權之一部而讓與之情形.....	280
(三)受讓最高限額抵押權而與讓與人成立共有 之情形.....	282
伍、結 語.....	285

## 第十一章 論最高限額抵押權之確定

壹、前言——最高限額抵押權確定之意義 .....	289
貳、最高限額抵押權之效力 .....	292
一、在最高限額抵押權確定前，抵押權人與抵押人 得約定變更債權之範圍及債務人 .....	293
二、在最高限額抵押權確定前，抵押權人得讓與抵 押權之全部或一部，或將最高限額抵押權讓與 一部而成立共有 .....	297
三、最高限額抵押權共有人間權利行使之特別約 定，應於擔保債權確定前為之 .....	299
參、最高限額抵押權確定之原因 .....	301
一、本於期日之到來而確定債權 .....	302
(一)約定確定債權之期日者 .....	302
(二)未約定確定債權之期日者 .....	304
二、本於原因事實以確定債權者 .....	306
(一)因法定原因事實而確定債權者 .....	307
(二)本於其他原因事實而確定債權者 .....	319
三、確定債權原因之追加、變更以及除去 .....	322
肆、最高限額抵押權擔保債權確定之效力 .....	324
伍、結 論 .....	328

## 第十二章 論典權人之典物處分權

壹、序 說.....	331
貳、典權人典物處分權之基本理論.....	337
一、典物處分權之內涵.....	338
二、典物處分權之典權的成立.....	341
參、典權人典物處分權與信託行為之差異.....	346
肆、典權人典物處分權之法律關係.....	350
一、轉典與出租權.....	351
二、典權處分權.....	352
三、典權人之其他特別權利.....	353
伍、典權人典物處分權於出典人之效力.....	355
陸、結 論.....	359

## 第十三章 典權關係中之回贖、別賣與留買權

壹、事 實.....	363
貳、典權之法律規範及其權利之性質.....	363
參、典權之構成與回贖權之性質.....	367
肆、別賣、絕賣與回贖期間之變更.....	371
伍、找貼與留買之關係.....	375
陸、案例說明.....	378

## 第十四章 海峽兩岸民法典典權規範之比較研究

壹、前言.....	383
貳、典權之標的及其成立.....	386
參、典權之目的.....	388
肆、典權之效力.....	391
一、典權人之權利、義務.....	392
(一)典權之讓與與典物之轉典、出租.....	392
(二)典物所有權之取得.....	396
(三)典物之維護與典物之重建、修繕.....	401
二、出典人之權利、義務.....	410
(一)出典人對典物所有權之處分.....	411
(二)出典人對於典物之回贖權.....	419
伍、結 論.....	431
附件一：全國典權設定資料（迄2005年）.....	435
附件二：中華人民共和國物權法草案.....	436

## 第十五章 水權之理論與實務

壹、序 說.....	439
貳、水權之概念.....	442
一、水權之性質.....	443

二、水權之類型 .....	445
(一)自水權之取得方法加以分析 .....	446
(二)自用水標的及水權效力加以分析 .....	447
參、水權之取得 .....	455
一、原始取得 .....	455
(一)因申請而取得 .....	455
(二)因取得時效完成取得水權之可能性 .....	458
二、繼受取得 .....	459
肆、水權之登記 .....	462
一、航道及地下水登記之特則 .....	464
二、水權登記實務 .....	467
(一)登記機關 .....	468
(二)水權登之類型 .....	470
三、水權之（原始）取得登記 .....	477
(一)原始取得水權之原因 .....	478
(二)原始取得水權之登記 .....	483
四、水權之其他登記 .....	493
伍、結 論 .....	502

## 第十六章 日本水利權論

壹、序 言 .....	507
貳、日本河川法之水利權 .....	508
一、水利權之類型 .....	509
(一)許可水利權以及慣行水利權 .....	509

(二)流水占用權、土石採取權等 .....	510
(三)安定水利權、豐水水利權以及暫定水利權 .....	511
二、水利權之取得與喪失 .....	513
(一)水利權之主體 .....	513
(二)水利權之許可機關 .....	514
(三)水利權許可之基準 .....	515
(四)水利權之存續與消滅 .....	517
三、水利權之效力 .....	518
(一)水利權之內容 .....	518
(二)水利權之作用 .....	520
四、水利權費之徵收 .....	522
參、特定多目的水庫之使用權 .....	523
一、水庫使用權之概念及其性質 .....	523
二、水庫使用權之取得 .....	525
(一)計畫之提出 .....	525
(二)水庫使用權設定之申請 .....	525
(三)繳納負擔金 .....	526
三、水庫使用權之效力 .....	526
四、水庫使用權之消滅 .....	527
肆、結 論 .....	527
索 引 .....	531



# 第一章

## 不動產物權行為之要式性

乙向甲借款一千萬元，以自有房地為甲設定抵押權，十三年後甲死亡，由其子A、B依其遺囑繼承其遺產，該債權及抵押權即由A繼承之。惟A竟於辦理抵押權變更登記後，一直未對乙請求履行債務，直至登記十年後因需款孔急，乃向乙請求給付，乙以請求權時效業已完成而拒絕給付，A則以自己損失慘重，乃向B主張，當初分割遺產未具有法定要式，其繼承係屬無效，而應重新分割遺產。問A之主張是否於法有據？

### 壹、民法關於物權變動之構成條件

我國民法關於因法律行為而發生物權變動之效力，依學說以及實務上之見解，多採形式主義之立場，亦即，如有因法律行為而欲發生物權之取得、設定、喪失、變更或消滅者，皆應同時具有完整之債權行為以及物權行為，而所謂之物權行為，除必須具備有足以在外觀上加以認識或瞭解之表徵，亦即，在不動產為登記（民758），在動產為交付（民761）之外，尚須要有以移轉、設定、喪失、變更物權之意思表示，為不可或缺之要件。而物權變動之意思表示，由於係屬於獨立於債權行為之外的另一個獨立之意思表示，故而特將之稱為物權行為，使之獨立於債權行為之外而單獨存在，從而有所謂之物權行為對於債權行為之獨立性與

不要因性<sup>1</sup>。後者，亦即物權行為之不要因性，意指物權行為之效力，並不因為債權行為（意思表示）無效等原因而受影響（最高法院87台上1400、同院89台上1981判決）。而足以發生物權變動之事實中，屬於其構成要件之物權行為，其意思表示依民法第七百六十條規定，應以書面為之，其非以書面為之者，應不可能使物權行為有效，從而亦不發生物權變動之效力（32上3256判例）。

形式主義之物權變動理論，儘管繁雜、難以理解，兼或有時還會有理論上難為完全說明的弱點，惟基於交易安全之考量，故迄今仍為我國學說之多數見解，當然，亦一直為實務上所堅持之立場，惟比較要討論者是，在形式主義之物權變動理論中，其屬於不動產物權行為之意思表示，亦即，民法第七百六十條所規定，應以書面所為之物權移轉或設定行為，其性質究竟為何，此點一般咸以既是民法物權編第七百六十條之所規定，即當然屬於物權行為，儘管類此契約書例皆由主管土地登記之機關以固定格式發行、使用（例如，在本問題中為登記申請書、土地分割契約書等）（土登14），而有類行政行為，但本質上仍無礙其為本諸意思表示之物權行為<sup>2</sup>。其實，如此解釋，更可顯示民法第一百六

<sup>1</sup> 關於其詳細之理論結構，可參照謝在全，民法物權論，1989年，自版，65-74頁，以及其所引附註40至63之說明。其實，我國民法關於物權變動之立法，究否現實地確為德國民法之繼受法，從我國現有的物權法之規定，甚多與德國民法相關規定有所出入以觀，實難輕率為肯定之論斷，何況物權行為之獨立性與不要因性，在甚多地方亦有難為理論上完整無瑕之說明。因此，形式主義之適當性與否，早已在德國民法界引起全面之檢討。關於此，可參照拙著，關於增列不動產登記效力規定之說明，法務部民法研究修正委員會物權編研究修正小組會議資料彙編(一)，1989年，法務部，87-93頁。

<sup>2</sup> 依土地登記規則第14條規定，「登記機關應備下列登記書表簿冊圖狀：一、登記申請書、二、登記清冊……」（計10款）。其中之第3款雖列為「契約書」，但應屬物權登記方面之契約書，例如，在不動產買賣方面，

十六條之一以公證書之存在為要件之行為，係屬於債權行為之性質。

為不動產物權行為之意思表示之行為，依法既應以書面為之，其書面之具備即屬物權行為生效之必要條件，從而關於物權變動，雖當事人間之債權行為皆已完備無缺，但如尚未具有物權行為之書面，依向來學說及實務上之見解，其物權行為尚不生效力（最高法院57台上1436判例），不動產物權行為既因未具一定要式而發生效力，則關於不動產物權變動之結果，自無由發生。

## 貳、不動產物權分割行為之性質

如前面所述，不動產物權因法律行為而有所變動者，在生效之要件上，依民法第七百五十八條規定，「不動產物權因法律行為而取得、設定、喪失或變更者」<sup>3</sup>，必須依土地登記規則之所定加以登記，始可發生其效力，這其中關於物權變動行為，權利之取得與喪失往往係立於相互對立之地位，例如，在土地買賣之情

---

即為「土地、建築改良物買賣所有權移轉契約書」，顯見在性質上皆為物權行為方面之契約書。是故，在整個不動產買賣之物權移轉過程上，買賣雙方除須依上引規則，提出所被要求提出之書類外，尚須具有其債權行為（契約）性質之「不動產買賣契書」加以附卷，否則仍無法辦妥權利移轉變更之登記手續。

<sup>3</sup> 民法第758條僅規定，「依法律行為取得、設定、喪失及變更」不動產物權者，非經登記不生效力，但土地登記規則第143條規定，「依本規則登記之土地權利，因權利之拋棄、混同、存續期間屆滿、債務清償、撤銷權之行使或法院之確定判決等，致權利消滅時，應申請塗銷登記」（第1項）。條文中所謂權利拋棄、撤銷權之行使等，皆應屬法律行為，但此法律行為皆足以發生屬物權變動之不動產物權之消滅，故依法必須為塗銷之登記，顯見，因法律行為而取得、設定、喪失、變更以及消滅不動產物權，皆須加以登記，否則不能發生物權變動之效力。另有附言者，由於憲法規定土地為國民全體所有（即國民享有土地之上層所有權），因此，土地登記規則同條第2項規定，「前項私有土地所有權之拋棄，登記機關應於辦理塗銷登記後，隨即登記為國有之土地」。

形，本方買受土地、取得所有權，固為取得，但對於出賣土地之人而言，則應屬於土地權利之喪失。至於設定，則係指成立一定之定限物權，此於不動產所有人固為設定物權，惟對於他方定限物權之取得人而言，亦應屬於權利之取得。至若物權之變更，在概念上，係指物權現況之轉變，在此定義下，物權之變更，實亦包括物權之取得、喪失之主體之變更，以及物權之設定而為原物權內容之變更。不過，既然物權取得、喪失及設定，已另有物權行為予以規範，則物權之變更在嚴格意義上，應係指除此之外物權內容之變更，具體而言，包括由單獨所有變更為共有，因添附動產而取得該動產之所有權（民811），以及抵押權次序之調整等諸情形屬之。

關於不動產共有物權分割之行為，究否亦應該當為不動產物權變更，而於其係因物權行為而引起者，應否適用民法第七百五十八條之規定以論斷其效力。關於此，吾人以為共有不動產之分割，不論在其分割行為之本質上不可能自外於意思表示，甚至在法律效果上，因其足使物權內容有所變更，亦即，使共有不動產變更為多數人各自有其單獨所有權之不動產。因此，依吾人所見，儘管共有物之分割，在法規範上被排除在同屬物權變動行為，亦即處分、變更或設定負擔之外，不必以經共有人全體同意為其生效要件，反而係以經共有人之協議即足以該當（民819Ⅱ、824）<sup>4</sup>，但在物權變動之作用上，仍應以之為物權行為，而須以

<sup>4</sup> 儘管民法第765條關於處分（所有物）之概念，和同法第758條所規定之處分同，說法上並不包括共有物之分割行為（但有異說，可參照最高法院84台上60判決），而且，關於共有物之分割，即使依共有規定之法理，亦不為同法第819條第2項共有物之處分、變更以及設定負擔等各行為概念所涵蓋。不過，在實務上，對共有物分割方法達成所謂之「協議」，即為以共有人全體同意以決定分割之方法。最高法院68年台再字第44號判例曰，「共有物之協議分割，祇須共有人全體同意分割，即生協議分割之效力，不因共有人中之一人或數人因協議分割取得之利益不等而受影響」，可供

具備民法第七百五十八條及第七百六十條所定之要件，始生物權變動之效力。

### 參、不動產物權因繼承而分割之效力

因繼承而發生物權變動，其情形並非該當民法第七百五十八條規定所指因物權行為而生之物權變動，故如果僅因繼承事實之發生，而直接由繼承人承受其財產上之權利，即使其標的係為不動產之情形，亦不適用民法第七百五十八條之規定，以論斷其效力。甚至於在有共同繼承人繼承應繼不動產，而各該繼承人係分別繼承原已獨立為一所有權標的之不動產，或雖原為一單獨所有權標的之不動產，但已由諸繼承人協議，或本於遺囑而應由數繼承人或全體繼承人加以分割，而加以繼承以成為各自之單獨所有權者，皆無礙其為依民法第七百五十九條規定所成立之物權變動。故即使關於其分割以及登記，皆無以依書面成立物權契約並辦理登記，始生物權變動之理由。吾人所持如此之立場，係以繼承財產之歸屬於諸繼承人，依民法第一千一百四十七條之規定，早已在繼承事實發生之時，即已存在，並非係於分割後始變為諸繼承人之財產也。此亦所以土地登記規則第一百十九條規定，諸繼承人在辦理繼承登記時，僅須提出繼承人與被繼承人具身分關係之相關資料為已足，充其量亦只另需提出「登記申請書」、「已登記者其所有權狀或其他權利之證明書」等申請書類而已，至於登記原因之證明文件，亦即，該當民法第七百五十八條之物權行為契約書，皆不在必須加以提出之列（最高法院32上3897判例，民國69年11月11日<sup>(69)</sup>廳民一字第0264號復台灣高院函）。

於此有一問題應加以說明焉，被繼承人死亡時，其財產固應由其數繼承人所共同繼承，此時即使諸繼承人未為繼承登記（共同共有），但仍無礙於該數繼承人將其應繼財產讓與他人。不過，由於諸繼承人並未為共同共有之登記，更未有因分割而登記為單獨所有，固雖仍無礙於諸繼承人就應繼財產加以出賣之契約效力發生，不過上述情況，就其法效力而言，充其量僅生債權契約之效力而已，買受該不動產之第三人若欲取得標的物之所有權，最後仍需經登記之程序始可實現。基於此一立場實務上見解與立場同，自共同共有至單獨所有，最後至所有權移轉於第三人所有，其登記作業，甚至於訴請登記，固可基於程序之簡化而一次完成登記或合併起訴請求辦理登記（最高法院89台上865判決）<sup>5</sup>，只是要加以提及者，共同共有以及單獨所有權之登記固屬於民法第七百五十九條之登記，但使第三人取得單獨所有權之登記，則仍回歸因法律行為而生物權之變動，故後者，亦即，使第三人取得所有權之登記，仍應有民法第七百六十條規定適用之餘地。

#### 肆、案例說明

本案A對B主張，彼僅以遺囑分得其父甲對乙所享有之債權及抵押權，雖該抵押權已由A依遺囑向地政機關登記為自己所有，但由於甲該一千萬元之債權已因十五年請求權時效之完成而消滅，甚至其抵押權，亦因符合民法第八百八十條，五年除斥期間之經過，而由乙向A表示拒絕清償一千萬元之債務，並請求A應塗銷其抵押權之登記，乙之主張自應有法律上之依據<sup>6</sup>。不過，A若

<sup>5</sup> 同旨尚可參照最高法院70年台上字第1208號判例。

<sup>6</sup> 因繼承原因而發生不動產物權之變動者，繼承人依民法第759條之規定所為之登記，在時間並無所限，且亦應不受消滅時效之限制（但應受土地法第

以乙如此主張對自己造成莫大損失，而向B主張其等依父親甲之遺囑進行遺產分割，謂其因不具備民法第七百六十條法律（物權）行為之法定要式，而屬無效，則依吾人在上面之所述，自不具理由而無法容認。A所能主張者，充其量僅為甲之遺囑，關於A、B繼承其遺產之表示是否違反特留分之規定，而否認其遺囑在這方面之效力而已。

---

73條之1所定期間之拘束），故在本案當中，即使A對於由其父所繼承之遺產（亦即對乙所享有之一千萬元之債權及抵押權），未辦理變更登記，亦照樣生物權變動之效力，不過，其後乙若以A之請求權已因時效完成而拒絕給付，並主張塗銷抵押權之登記時，在塗銷抵押權之程序上，仍應先由A依民法第759條之規定，為抵押權移轉之登記之後，始可能辦理塗銷登記。





## 第二章

# 海峽兩岸不動產物權變動理論 及土地登記制度之比較研究

### 壹、前言

土地承載萬物且為萬物棲居生息之所，房屋、建物則為人類所建，供其生活、使用，此皆為人類生存不可或缺，且亦甚具經濟價值而為重要資財，故自有人類以來莫不重視土地權利之享有及利用。對現代中國而言，物權法（以下簡稱中物）做為規範包括國家、人民對不動產物權享有權利、負擔義務之最重要法典，經歷整整十三個年頭的努力奮鬥，終於在二〇〇七年三月十六日經全國人民代表大會完成立法作業，並於同年的十月一日正式公布、施行，自此以後，包括國家或人民對於物，特別是不動產究竟可享有何種權利，如何享有其權利，皆已有明確規範，而得為全體人民所遵循，並因而期待物之本身能發揮應有之權利效益<sup>1</sup>。中國物權法雖未如其他國家之物權法，明白以動產物權及不動產物權一般方法予以區隔、規範<sup>2</sup>；不過，物權之類型仍可大別動產

<sup>1</sup> 權利效益係經濟效益之相對概念，前者係因物權必須恪守物權法定主義（中物5），使物只能在特定物權之規定下被物權人加以使用、收益而發生之物之效益，其與後者完全係本於物之本質、適性由其權利人加以使用、收益。而從經濟學之觀點所得到之利益自有所區別。通例物權之權利效益多應可與物之經濟效益相吻合，但亦不乏有甚大出入之所在，蓋物權既要法定，則其「權利效益」自難期全部與本「物盡其用」所生之經濟效益完全相同。

<sup>2</sup> 以動產物權與不動產物權加以峻別而規範，其具有意義者僅於所有權章而已，惟中國物權法所有權章卻將動產、不動產混而為一，將之區別為一般規

物權及不動產物權，且不動產物權之種類及其條文數，遠比動產物權多得多<sup>3</sup>，若加上同時兼具規範動產物權及不動產物權之各條文，則可被歸納為不動產物權之規範者，其條文數應可達全物權法條文數之三分之二矣。若係如此，稱中國物權法係一以規範不動產物權為核心的法律應非過言。

不動產物權不論係土地或房屋<sup>4</sup>，都具有恆長存在性以及人為劃分性，在不動產之價值恆居於人們財產之首要，以及明確保護人民不動產物權權益之考量下，自來關於不動產，特別是土地方面之經界釐定即為土地行政之首要，而不動產物權之登記，則更是歐洲中世紀不動產登記制度確立以來，為各國所貫徹遵行。中國物權法基於對人民或國家不動產物權之保護，並在於明確規範人民與國家、人民與人民間之不動產物權關係，乃於物權法第二章專設一節（第一節）明文規定「不動產登記」（中物9至22），真可謂良法美意。不過，儘管如此，在中國，包括土地、建物在內之不動產登記早已行之，現已頒行土地、房屋登記之相關法規，包括土地管理法、土地登記規則等，都是公布、施行於一九八〇年代至一九九〇年代之間，其規範之內容，比諸於物權法之所規定者頗有出入，甚至更有相左者，且就以目前包括物權法或上引相關登記方面之法規定，去強力執行不動產物權之登記，恐亦有甚難達到釐清權利人真實權利，並對之提供確切有效之

---

定、國家所有權和集體所有權、私人所有權、業主的建物區分所有權、相隣關係、共有，及所有權取得的特別規定等六章予以規定之。

<sup>3</sup> 光計算純屬不動產物權規範之所有權（區分所有權、相隣關係）、用益物權及抵押權，就有105個條文，幾達全部條文247條之半數矣。

<sup>4</sup> 中國由於採行土地國有，土地不吸收房屋所有權乃屬必然之結果；因此，雖中國物權法並未有如德國民法第94條一般之規定，但土地及建物應異其所有人而必須各自獨立登記其物權者乃屬必然之結論，事實上，關於土地及房屋物權之登記，中國乃分別頒行「土地管理法」、「土地登記規則」以及「城市房屋權屬登記管理辦法」規範之。

保護者。

台灣採行土地可以私有的不動產法制，如上面所特別提及者，包括土地及建築物在內之不動產，是屬於國家及人民重要財產權，故台灣在甚早以前即已對地權為詳細而且精準的地籍清理<sup>5</sup>，並本於清理之結果而為詳細且正確之土地登記，是地籍圖冊，不但是國家重要的資財，更是人民不動產物權受到確切保護的有力依憑，每年平均約六百萬件之不動產物權變動登記，更使台灣在不動產物權登記上累積相當厚實的經驗。中國物權法關於物權之種類採物權法定主義，對於不動產物權之登記，依物權法第九條規定，「不動產物權的設立、變更、轉讓和消滅，經依法登記發生效力；未經登記不發生效力，但法律另有規定的除外」。第十條規定，「不動產登記，由不動產所在地的登記機構辦理」（第1項）。「國家對不動產實行統一登記制度。統一登記的範圍、登記機構或登記辦法，由法律、行政法規規定」（第2項）。這兩個大原則台灣頗與中國雷同，不過，中國物權法尚設有不少的例外性規定<sup>6</sup>，而且登記機關似亦見多元，則究應如何對現行物權法之規定加以解釋與適用，自有詳予探討之價值。基於此，本文擬以比較法之立場，從物權變動及登記的立法例看台灣的物權變動及登記實務，最後再對中國物權法以及相關土地法規對物權變動、

<sup>5</sup> 現行台灣之土地法係1946年針對1926年所公布施行之土地法加以全面修正而予頒行者，該土地法關於土地登記之規定，係完全配合民法物權編所採以登記為人民取得不動產物權生效要件之權利登記制之法律規定。依土地法第36條規定，不動產物權之取得必須以地籍測量及土地登記為必要條件之地籍整理為其前提。關於其詳細可參照拙著，地籍整理，續修台北縣志——政事志第三篇地政，2008年7月，台北縣政府出版，130-154頁。

<sup>6</sup> 例如，同樣是屬於不動產物權，但關於宅基地使用權之「取得和轉讓，適用土地管理法等國家法律有關規定」（中物153）。「已登記的宅基地使用權轉讓或者消滅的，應當及時辦理變更登記或者註銷登記」（中物155），何以會有異於其他不動產物權之例外，其理由何在，甚為不解。

土地建物之登記規範為分析、說明。

## 貳、物權行為之立法主義與土地登記制度之比較

包括以土地以及建築物為客體進行買賣或創設物權之法律行為，雖然自羅馬法以來即以有之，不過不動產物權之移轉或設定，透過登記方法，以表達其效力業已發生並彰顯其權利之存在者，則是至十八世紀工業革命發展至一定程度，資本主義社會形成以後的事。由於科學技術之進步，透過測量技術，建立土地台帳、登記簿冊以表彰不動產物權已完全可能；因此，現代化的土地登記制度，亦在斯時各自在歐陸諸國興起<sup>7</sup>。不動產物權之移轉或設定原因，雖不止物權行為一端，但主要仍是來自於法律行為。中世紀歐洲成文民法典運動中，各國民法關於物權變動的法律規範各有差異。因此，關於不動產物權之登記制度亦各有差別，以下則分別對之予以說明分析。

### 一、物權變動之立法例

從很抽象的角度來說，整個物權法所規範者，即在於物權變動及物權變動後之效力，而所謂物權變動，就物的本身而言，即為物權之發生、變更或消滅，而就物權人之立場而言，則為物權之取得、設定、變更或喪失<sup>8-9</sup>，至於發生物權變動的原因，其最重要者厥為物權行為，民法中所規定各種物權，除留置權及所有

<sup>7</sup> 參照F・ヴィーアッカー著，鈴木祿彌譯，近世私法史（Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1952, 1978年，東京創文社，147、246、253、436、510頁。

<sup>8</sup> 參照謝在全，民法物權論（上），修訂2版，2003年7月，著者自刊，78頁。

<sup>9</sup> 物權之消滅指物的終局滅失，或權利的終局消失，而物權之喪失，通例來自於物權人之行為，使物之權利自特定物權人消失，例如，因買賣行為使原所有人喪失其對物之所有權，而由買受人取而代之享有其所有權是。