

所有權以外之物權能不能因

「取得時效」而取得？

李 聲 庭

對於「所有權以外的其他物權能不能因『取得時效』而取得」這一問題，本文就下列九書之觀點，加以綜合比較：

- (一) 史尚寬著 物權法論
- (二) 黃右昌著 民法物權詮解
- (三) 鄭玉波著 民法物權
- (四) 張企泰著 民法物權論
- (五) 倪江表編著 民法物權論
- (六) 曹 傑著 中國民法物權論
- (七) 梅仲協著 民法要義中之物權
- (八) 李光夏著 民法物權新論
- (九) 李肇偉著 民法物權

按這個問題的發生，是由於我國民法第七百七十二條有如下之規定：「前四條之規定於所有權以外財產權之取得準用之」。所謂前四條之規定是指第七百六十八條規定：「以所有之意思五年間和平公然占有他人之動產者取得其所有權。」第七百六十九條規定：「以所有之意思二十年間和平繼續占有他人未登記之不動產者得請求登記為所有人。」第七百七十條規定：「以所有之意思十年間和平繼續占有他人未登記之不動產而其占有之始為善意並無過失者得登記為所有人。」這三條即所謂「取得時效」。至於第七百七十一條係規定取得時效之中斷，本文不對這一點討論，故不引用條文。

作者首先引上列九書對於這個問題所表示的一般意見。

史尚寬說：

「關於動產不動產所有權取得時效之規定，於所有權以外之財產權準用之（民法七七二條，日民一六三條，德民一〇三三條）。本條之取得時效，對於如何財產，始有適用，為一極困難解釋問題。其限於財產權，自不待論。……所有權以外之財產權，其主要者為物權及債權。……然非全部財產權俱有取得時效之適用，其性質上難以適用者，不得不認為例外。

其範例如何，學說上雖不一致。然大體應以有下列性質之財產權為例外。

(1) 依法律之規定無取得時效之適用者，例如不表現或(?)不繼續之地役權（民法八五二條）。

(2) 依法律之規定，不依當事人之意思表示而成立之權利，例如留置權。

(5) 從權利亦非無得為取得時效之標的者，例如地役權，雖為所有權之從權利，其表現並繼續者，得因時效取得。將他人之物入質，債權人善意受讓該動物(?)之占有時，依

民法第八百八十六條取得質權。爲惡意時，則得因時效取得質權。」

黃右昌說：

「德國民法，於所有權以外之財產權，除一〇一七條二項：『地上權準用所有權之取得，及由所有權所生之請求之規定』而外，均無類似取得時效之規定。唯日本民法一六三條：『所有權以外之財產權，以爲自己之意思平隱且公然行使者，依前條之區別（即占有他人不動產或物）於二十年或十年後，取得其權利』。……蓋在理論上及事實上，所有權以外之財產權，無因時效而取得之必要。故德國民法，除地上權外，無此規定。我民法仿日民法例，就有體物所認之占有制度，擴張於物以外之財產權爲準占有（民法九六六條日民二〇五條），則認所有權以外財產權之取得時效，理論上非不可通，事實上亦有可能。

三、所有權以外之財產權，如地上權、永佃權、地役權、典權、及抵押權等，應爲登記之權利，準用關於不動產所有權取得時效之規定。如動產質權留置權等不登記之權利，準用關於動產所有權取得時效之規定。」

鄭玉波說：

「（五）所有權以外財產權之取得時效，我民法第七七二條有：『前四條之規定，於所有權以外財產權之取得，準用之』之規定。可知不僅所有權可因取得時效而取得，即其他之財產權亦可因取得時效而取得；……惟所有權以外之財產權，亦有基於法律之規定或權利之性質，而不能因時效而取得者，例如不繼續或（？）不表見之地役權（第八五二條之反面解釋），不能離開主權利而單獨取得之質權及抵押權，以及行使一次即歸消滅之撤銷、解除、選擇等權利均屬之。」

張企泰說：

「取得時效不僅於所有權之取得，有其適用，即於所有權以外財產權之取得，亦有其適用（七七二）。……僅就其他物權之取得而言，並非一概可以適用取得時效之制。其中以抵押權不以占有之取得爲成立要件者，自無由依時效取得之。他如典權及永佃權，以給付對價（典價或佃租）爲其成立要件，則在給付對價時，未有不動產之所有人收受對價而不窮其原委者。縱其無明示之意思，表示合意設定典權或永佃權，亦應認爲有默示之意思表示，則仍屬於依法律行爲取得物權之一種情形也。又如留置權，乃本於法定諸條件具備而發生，無所謂依法律行爲而取得，亦無由時效取得之。故除所有權之取得外，僅地上權地役權及質權之取得，取得時效始有其適用。」

倪江表說：

「關於取得時效之範圍，在昔羅馬法，係僅以所有權爲限，於所有權以外之財產權，則不適用。嗣後觀念漸改，對於所有權以外之財產權，亦可適用矣。惟仍以可爲占有標之物權爲限。如德民法於所有權外，僅認地上權得因時效而取得，瑞士民法於所有權外，僅認地役權及用益權得因時效而取得（第七三一條第三項，第七四六條第二項）等是。而日民法，則更擴張其範圍，使適當用之於一切財產權……我民法爲求貫徹保護行使權利之事實起見，故從日民法例焉。（參照民法第七七二條第九六六條）」

倪江表又在註四五加以說明：

「學者有謂德民法於所有權以外之財產權，除地上權外，（第一〇一七條第二項）均無類似取得時效之規定，良以理論上及事實上，均不能想像其有因時效而爲取得之必要與可能

也。故吾民法關於此點，沿襲日本法例，未免有誤者（見余戟門氏民法要論物權第五四頁）。有謂既就物所認之占有制度，擴張及於物以外之財產權為準占有，則具此效力，而使發生所有權以外財產權之取得時效，亦無不當者。（見曹傑氏中國民法物權論第一二〇頁註一五）鄙意以後說為當。」

曹傑說：

「於羅馬法，取得時效，僅為所有權之取得方法，嗣後此觀念漸形發達，於所有權以外之財產權，亦有適用，惟以可為占有目的之物權為限。日本民法不襲從來之觀念，於一切財產權，皆可適用，凡不得為占有目的之權利，則認為準占有……吾民法亦從此例，所以求貫徹保護行使權利之事實也。（民法第九六六條第七七二條）

在財產權，亦有不得為取得時效之客體者，分述如下：

（一）由於法律所規定 屬於此類之財產權，為不繼續或（？）不表現之地役權。（民法第八五二條）

（二）基於權利之性質 凡從屬權利，不得為獨立取得時效之客體。……例如：質權抵押權以隨債權而存在，無債權之人絕不能取得此種權利……」

梅仲協說：

「上述關於所有權取得時效之規定，於其他不動產物權，例如抵押權、地役權、地上權等之取得，亦可準用（民法第七七二條）。蓋現行法採取日本立法例（參照日民第一六三條），認為取得時效，為一般財產權取得之原因，而與德瑞民法之承羅馬遺制，不認所有權以外之財產權，可由時效而取得者，自有不同。」

李光夏說：

「如前所述，所有權以外財產權固得依時效而取得，但亦有基於法律之規定或權利之性質，而不為取得時效之客體者，分述如下：

（一）基於法律之規定而不得為取得時效之客體者 例如不繼續或（？）不表現之地役權（參照第八五二條），鑛業權或漁業權是（參照鑛業法第四一條漁業法第二一條）。

（二）基於權利之性質而不為取得時效之客體者 例如(1)不能離開主權利而單獨取得之質權及抵押權，(2)無由為取得時效之留置權，……」

李肇偉說：

「權利由於時效而取得，在羅馬法以所有權為限。厥後德國擴張及於占有標之物之地上權，日本更擴張及於所有權以外之財產權。本法則採日本立法，對所有權以外財產權之取得，亦準用所有權取得時效之規定。（本法七七二條日民一六三條）……乃因本法及日民均對於物之占有制度，擴張及於物以外之財產權為準占有（本法九六六條，日民二〇五條）。則認所有權以外之財產權因時效而取得，理論上固屬可行，事實上亦屬需要也。所謂財產權，乃能以金錢評價之權利也。所謂所有權以外之財產權，主要者原有用益物權與擔保物權等等之其他物權及準物權、債權、著作權、商標權、商號權、專利權等等之無體財產權。而承認權、選擇權、撤銷權、解除權、終止權、買回權等等之形成權，其本身雖非財產權，仍直接間接與財產權有關。此等財產權，固有可因時效而取得者，亦有不能因時效而取得者。其標準應如何？雖則學說不一，大體言之，不能因時效而取得者，則有下列三種：

一、基于權利之性質者 此乃依該權利本身之性能，不能因時效而取得也。此種情形，

約有下列各項。

(一) 由於身份關係所生專屬性之財產權，非為行使權利之事實所能變更其法律關係，自無可因時效而取得。例如夫對於妻原有財產之受益權及受扶養之權利等等是（參看一〇一九條及一一一四條以下）。

(二) 由於法律規定而生之財產權，非由當事人之意思表示而成立，亦無可因時效而取得。例如留置權是（參看九二八條）。

(三) 因行使一次而消滅之權利，既不能繼續行使，即與取得時效之要件相違，自亦無可因時效而取得。例如抵押權是（參看八六〇條）。他如形成權亦屬之。

若為債權，可否因時效而取得，雖則學說不一。然行使一次而消滅者，固不能因時效而取得。若能繼續行使其權利者，自無礙於取得時效之適用。前者，例如給付一次而消滅之債權是。後者，例如租賃權是。

至於質權，雖亦有認為不須適用取得時效以取得者。但以他人之物出質，若質權人善意受質時，固可即時取得該質權，而無須適用取得時效以取得。反之，倘質權人係惡意受質時，既無可即時取得，若非經過取得時效，自不能取得該質權也（參看八八六條）。

二、基于法律之規定者 此乃依法律之規定，不許因時效而取得也。例如不繼續或(?)不表見之地役權是。因取得時效之制度，一方面以獎勵勤勞，一方面以懲戒怠於行使權利。占有人既不能繼續行使權利，即無獎勵之必要，遂與取得時效之要件不符，固無取得時效之可言。若占有人行使地役權而不表見於外，權利人恒因睦鄰關係而不予排除，即難謂為怠於行使權利，自亦不許占有人因時效而取得。故法律規定，地役權以繼續並表見者為限，因時效而取得（參看八五二條）。反面解釋，地役權若不繼續或(?)不表見者，自不得因時效而取得也。

三、基于法定事實所使然者 此乃由於法律規定所生之事實關係，無法因時效而取得也。例如鑛業權及漁業權等等是。因鑛業權於登記後，若無不可抗力之故障，二年以內不開工，或中途停工一年以上者，應即撤銷。（參看鑛業法四一條一款）。漁業權自核准之日起一年內不從事漁業，或繼續停業滿二年者，亦應撤銷（參看漁業法二一條一款）。其撤銷之期間，均比取得時效之期間為短。縱使權利人怠於行使權利而為第三人所行使，取得時效之期間尚未完成，該權利已被撤銷，在事實上自無從因時效而取得也。

所有權以外之財產權，除例外不能因時效而取得者外，其他雖可因時效而取得。然此等財產，有必須占有其物始能行使權利者，亦有不須占有其物而能行使權利者。前者，如地上權、永佃權、典權、質權等等，既須占有其物始能行使權利，其取得時效，自須以占有為要件。後者，如債權、著作權、商標權、商號權、專利權等等，既不因物之占有而成立，行使權利之人為準占有人（參看九六六條），既不須占有其物，而能行使其權利，其取得時效，自無須以占有為要件，即以準占有為要件也。

至所謂所有權以外財產權之取得準用所有權取得時效之規定，乃對所有權以外財產權取得時效之要件與中斷及效力等等，均得依所有權取得時效之規定也。但究應準用動產所有權取得時效之規定？抑準用不動產所有權取得時效之規定？則須視各該財產權之變動應否登記始能生效為斷。即不須登記而能生效之財產權，準用動產所有權取得時效之規定。須登記始能生效之財產權，則準用不動產所有權取得時效之規定也。所謂不須登記而能生效之財產

權，例如質權於交付質物後即生效（參看八八四條），普通債權經當事人互相表示意思一致後即生效（參看一五三條）固屬之。他如著作權、商號權等等，僅以登記為對抗第三人之要件（參看著作權法一四條，商業登記一七條），而不以登記為生效之要件，亦屬不須登記而能生效之財產權也。所謂登記始能生效之財產權，例如地上權、地役權、永佃權、典權等等，必須登記始能生效（參看七五八條）固屬之。他如商標權以註冊為取得商標專用之要件，專利權須呈經審查確定後始能取得（參看商標法一三條，專利法第六條），仍屬須登記始能生效之財產權也。」

以上是九本書的著者對民法第七百七十二條之規定所發表的意見。其中以主張抵押權也可因取得時效而取得為最無道理。因為我國民法明文規定：『稱抵押權者謂對於債務人或第三人不移轉占有而供擔保之不動產得就其賣得價金受清償之權』。取得時效之第一要件，須為以所有之意思而占有。這一點，張企泰說得很好。鄭玉波認為抵押權是不能離開主權利而單獨取得，故不能適用取得時效。曹傑和倪江表認為抵押權係從屬權利，不得為獨立取得時效之客體。李光夏認為抵押權為不能離開主權利而單獨取得，故亦不能適用取得時效之規定而取得。李肇偉則認為抵押權因行使一次而消滅，既不能繼續行使，即與取得時效之要件相違，自亦無可因時效而取得。史尚寬與黃右昌對此略而不提。惟獨梅仲協在舉例時，認為抵押權也可因取得時效而取得，可惜他沒有說明其所以然的道理來。其中以張企泰的意見最吻合我國民法對抵押權所規定的性質。

下面再就上述的九本書中關於所有權以外的其他物權能不能因取得時效而取得的分項說明。

地 上 權

史尚寬說：

「占有人得因取得時效之完成，而聲請登記為地上權人（民法七七二條七六九條七七〇條）。須經登記，始可取得地上權。民法施行前已完成地上權取得時效者，自施行之日起，得請求登記為地上權人（物權編施行法五條三項七條）。但合法占有土地人，未於登記期限內聲請登記，亦未於公告期內提出異議者，喪失其占有之效力（土地法六十條）。依法得請求登記為地上權人者，如登記機關尚未成立，得於請求登記之日，視為地上權人（物權編施行法八條）。」

鄭玉波說：

「地上權為不動產物權之一，則不動產物權之一般取得原因，如取得時效，繼承等，自亦均應適用，無待贅言。」

「第五、第三人取得時效

第三人因取得時效，取得地上權時，則原地上權人之權利消滅，自無問題。」

張企泰說：

「二、取得時效——以取得地上權之意思，二十年間（如占有之始為善意並無過失者，則十年間）和平繼續占有他人未登記之土地者，得請求登記為地上權人。（七七二、七六七、七七〇）

倪江表說：

「地上權之取得，基于法律行為以外之事實者：一為基于取得時效（參照民法第七七二條）。」

曹傑說：

「地上權之取得，由於法律行為以外之原因者，亦可區別為三種：（一）因時效取得。…」

梅仲協說：

「地上權之由法律行為以外之事實取得者，其情形有三：即（一）取得時效（參照民法第七七二條第七六九條及第七七〇條），……」

黃右昌沒有表示意見，因為他的書是「民法物權詮解」，詮解即注釋法典條文，凡條文中沒有包含的便不談。另有一本由尹鎮衡著的「民法物權詮解」也是逐條就文義加以注釋，可以作實用時的參看，但不與於討論問題之列，故沒有採入並舉。

李光夏說：

「所謂地上權之原始取得，係指因取得時效取得地上權而言也。即以行使地上權之意思，二十年間和平繼續於他人未登記之土地有建築物或其他工作物或竹木者，得請求登記為地上權人；以行使地上權之意思，十年間和平繼續於他人未登記之土地有建築物或其他工作物或竹木而其行使之始為善意並無過失者，亦得請求登記為地上權人（第七六九條七七〇條七七二條）。

關於因時效而取得地上權之規定，於民法施行前所發生之事項亦有其適用，即在民法物權編施行前，以行使地上權之意思使用他人之土地而具備前述之要件者，自物權編施行之日起，得請求登記為地上權人。若其土地所在地尚未設立登記機關，則於得請求登記之日，視為地上權人（物施法第七條八條類推）。」

李肇偉說：

「地上權可否因第三人取得時效而消滅？亦即地上權可否因第三人取得時效而取得地上權之本身以消滅？學說固多認地上權可因第三人取得時效而取得使其消滅。……在對不動產物權之變動，採意思主義之國家，例如法國與日本，祇須雙方當事人之合意即可發生效力者，倘原地上權人不行使其權利時，第三人即可因時效而取得他人之地上權，此時之地上權自可因第三人取得時效而消滅。但在對不動產物權之變動，採程式主義之國家，例如德國，必須登記始能生效者，縱原地上權人不行使其權利，第三人亦無可因時效而取得他人之地上權，此時之地上權自無可因第三人取得時效而消滅。本法對地上權固採程式主義，除土地所在地之登記機關未設立時而得于登記之日視為地上權者外，非經登記不生效力（參看民法七五八條，及物權編施行法第八條）。且對地上權取得時效之適用，又以他人未登記者為限（參看七七二條準用七六九條及七七〇條）。則就本法（指我國民法）之規定，除土地所在地之登記機關未設立時而得于登記之日視為地上權者外，第三人自不能因時效而取得他人之地上權，地上權固不能因第三人取得時效而取得其本身使其消滅。」

地 役 權

我國民法第八百五十二條明文規定：『地役權以繼續並表見者為限因時效而取得。』地役權依法律之規定可以因時效而取得，但必須以繼續而且表見的為限。凡繼續而不表見，或表見而不繼續的均不能因時效而取得地役權。前面引史尚寬、鄭玉波、李光夏、曹傑、李肇偉

五人在其書中論及地役權因時效而取得時，用一「或」字，便有錯誤。最高法院三十二年上字第一五二七號判例對這一點有明確的說明：「不得建築橫牆遮蔽窗戶光線與空氣之地役權，雖係繼續而不表現；汲水地役權之行使，以地役權人每次之行為為必要，雖係表見而不繼續；均與民法第八百五十二條所定地役權因時效而取得之要件不合。」

也可引李光夏的話：

「所謂地役權之原始取得，即指因取得時效取得地役權而言也。……惟地役權非盡可依時效而取得，其依時效而取得之地役權，依我民法第八五二條規定，以繼續並表見之地役權為限，故不繼續並不表現之地役權，固不得依時效而取得，即繼續而不表現或表現而不繼續之地役權，亦不得依時效而取得。蓋時效制度，原因一方權利人怠於行使權利，而一方有永續事實之存在，法律為杜糾紛，故確定其權利之所屬，在不繼續之地役權，其使用他人之土地，既常有間斷，供役地所有人或因睦鄰關係姑置不問，或因其為害尚少，姑為容忍，若因此即謂土地所有人怠於為權利之保護，未免過酷；在不表現之地役權，其使用他人之土地既不表現於外部，即難以查知，若因此即謂土地所有人怠於為權利之保護，亦失情理之平。故法律明定依時效而取得之地役權，以繼續並表現者為限。」可見用「或」字是錯誤的。

李肇偉說：

「因地役權之使用他人之土地，固非使用一次而消滅，亦不以支付地租及訂約為要件（八五一條）。既不以支付地租及訂約為必要而得于一定期間內繼續行使，自可依其使用之目的因時效而取得。而其取得時效，亦與地上權及永佃權同。因其亦係使用他人之土地，變動須經登記始生效，故亦適用關於不動產所有權取得時效之規定，於時效完成時得請求登記為地役權人（參看七七二條準用七六九條至七七一條）。……地役權因時效而取得，自應以繼續並表見者為限。於是不繼續又不表見者，固不得因時效而取得。雖表見而不繼續或雖繼續而不表見者，亦均不得因時效而取得。」

永 佃 權

史尚寬：

「永佃權以支付佃租為要件，因時效取得之時大受限制。例如向來基於租賃契約使承租人占有土地，依民法第九六六條，第九四五條，對於出租人表示爾後為永佃權人而使用土地之意思時，得有永佃權取得時效之進行。取得時效完成後，占有人得聲請登記為永佃權人，因登記始取得永佃權。其他說明與地上權因時效之取得同。」

黃右昌說：

「三、永佃權亦可依時效為原始取得，但其成立，以交付佃租為要件，故依時效取得，在事實上殊不可觀。」

鄭玉波說：

「永佃權發生之原因，大致與地上權同，惟「取得時效」一項雖非絕對不可適用於永佃權，但因永佃權以支付佃租為成立要件，故實際上因取得時效而發生永佃權者乃事所罕觀，此點與典權相同。」

張仝泰說：

「永佃權發生之原因，有法律行為及法律規定兩種。其無由以時效取得，已於關於取得

時效一段中論及矣。」

倪江表說：

「又時效取得，雖亦可適用之於永佃權，但按永佃權之特質，在事實上當鮮實用，蓋永佃權之成立，必須有一定之佃租故也。」

曹傑說：

至時效取得（參照第七七二條），按諸永佃權之特質，在事實上亦鮮實用，因永佃權之成立，必須有一定之佃租故也。」

梅仲協說：

「因法律行為以外之事實，取得永佃權者，其情形亦有二，即（一）為時效取得。」

李光夏說：

「地上權之取得原因分為原始取得與繼受取得兩種，而所謂原始取得即因時效而取得地上權。在永佃權如前所述，既以支付佃租為要件，事實上難因取得時效而取得永佃權。故民法第七七二條第七六九條及第七七〇條等規定不適用於永佃權。」這裡兩次提到「地上權」，應是永佃權之誤。

李肇偉說：

「永佃權得因取得時效而取得，乃因永佃權之物權，雖以支付佃租為要件，而不以訂約為必要（八四二條一項）。且其權利非因一次行使而消滅，而得繼續行使，自可因取得時效而取得也。至其取得時效，因其亦係使用他人之土地而與地上權同，仍適用關於不動產所有權取得時效之規定。」

永佃權能不能因取得時效而取得，除張企泰與李光夏兩人作否定說外，其餘諸人均認為可以，惟承認事實上不多見。但梅仲協則只肯定的說可以而沒有表明事實上是否可能。大約因他的書是「民法要義」，有要言不繁之意。

抵 押 權

史尙寬說：

「抵押權惟得與被擔保債權一同因時效而取得。為債權因時效而取得之事甚少，故抵押權除法定抵押權外，惟得依當事人間之設定契約或判決及登記而成立。……抵押權之成立，不以標的物占有之移轉為必要，此點與質權有截然之不同。

因取得時效而取得抵押不動產之所有權者，因其為原始取得，抵押權間接的因而消滅。我民法因時效取得，以他人未登記之不動產為限。一般登記之不動產，始可為抵押權登記，故此幾為不可能。」

張企泰說：

「至於取得時效，於抵押權之取得不適用之，蓋抵押權人既不占有不動產，又無使用收益之權，實無由依時效取得其權利也。」

倪江表說：

「惟時效取得，學者雖有謂依民法第七七二條之規定，可為積極論者，然因抵押權之行使，僅為債務不履行之變價權，似不發生時效取得之問題也。」（註十二）

「註十二，同見解有柯凌漢（中華物權法論綱第一七三頁），曹傑（中國民法物權論第

一九五頁) 諸氏。]

曹傑說：

「至時效取得，有謂依民法第七七二條之規定，可為積極論者，但因抵押權之行使，僅為債務不履行之變價權，似不發生取得時效問題。」

梅仲協于抵押權之取得只說有由於法律行為者，有由於法律之規定者，沒有說可以由取得時效而取得。但他在前面却說：「上述關於不動產所有權取得時效之規定，于其他不動產物權，例如抵押權，地上權，地役權等之取得亦可準用。」於一本書內前後矛盾，不知何故。

李光夏說：

「抵押權，僅於債務人不履行債務時，得將抵押物變價由其賣得價金先受清償，其權利因一次之行使，即歸消滅，既無取得時效之適用（參照第七七二條）自無原始取得之可言。」

李肇偉說：

「抵押權人並無占有抵押物之權，且僅將於債權屆清償期而未受清償時，拍賣抵押物優先受償。凡此情形，均與取得時效之要件不符，抵押權固無可因時效而取得。」

抵押權不能由取得時效而取得，以上各人說明其理由根據雖各不同，其中史尚寬、張企泰、李肇偉三人均認為抵押權人並無占有抵押物之權，與取得時效之要件不符，故不能由時效而取得。其餘諸人除梅仲協外，則認為抵押權因一次行使而消滅；或僅為債務不履行之變價權，故無論如何不能因時效而取得。

質 權

史尚寬說：

「因時效取得質權之事甚少，蓋為時效之取得，債權人須占有債務人之物，而且為質權行使須繼續占有，從而債權人有占有債務人之物，收取孳息，以充債權利息之情事時，始發生時效取得之問題。」

鄭玉波說：

「(1)取得時效 質權為財產權，且以標之物之占有為成立要件，如債權人以行使債權之意思，五年間和平、公然占有債務人之動產者，取得其質權（依民法第七七二條準用民法第七六八條）。不過此種情形，究屬罕見。」

張企泰說：

「二、取得時效——第七六八條之規定準用之。（七七二）惟此間取得者係質權，故要件中以所有之意思占有一端，應改為以取得質權之意思占有。」

倪江表說：

「一、取得時效 依民法第七六八條及第七七二條規定，債權人以擔保債權之意思，五年間和平公然占有他人之動產者，即可取得其質權，惟其情形，頗為罕見。（考日民法第一六三條）」

「(註七)或有以質權之行使，僅在債務不履行時之賣却權，故與抵押權同。亦不生時效取得之問題者。但質權人占有質物後，即有收取孳息之權利，故與抵押權有異，而可認其得因時效而取得也。（參看民法第八八九條，日民第一八九條）」

曹傑說：

「(甲)時效 依本法第七六八條第七七二條，債權人以擔保債權之意思，五年間和平公然占有他人之動產者，即取得質權，惟其情形，殊屬罕見。

(註八)或有以質權之行使，僅在債務不履行時之賣却權，與抵押權同不生時效取得問題者。但質權人有收取孳息之權利，故可認其得因時效取得。」

梅仲協說：

「八一〇」第二、動產質權之取得(三)取得時效(民法第七七二條及七六八條)」

李肇偉說：

「動產質權之因時效取得，乃債權人以擔保其債權之意思，五年間和平、公然、繼續占有他人之動產者，取得其質權也(參看七七二條準用七六八條)。動產質權乃得就質物賣得價金償債為主要，表面似因行使一次而消滅，似無因時效而取得。然其既須占有質物為要件，其占有又須繼續為必要(八八四條，八九八條)，自可因時效而取得。此與抵押權之不能因時效而取得者，不相同也。」

典 權

史尙寬說：

「2取得時效 典權為占有不動產為使用收益之財產權，得依取得時效之完成而取得(民法七七二條)。有主張典權之成立以付典價為要件，故罕有此可能。然事實上得有其事例。例如甲將乙之不動產盜典與丙，由丙支付典價與甲後，則得分別依民法第七百六十九條或第七百七十條規定，請求登記為典權人。」

黃右昌說：

「時效為法律事實中之自然的狀態，依本法第七七二條之解釋，典權為所有權以外之財產權，自可準用不動產所有權取得時效之規定，唯典權以支付典價而成立，以返還典價而消滅，且法定存續期間為三十年，縱令以行使典權之意思，二十年間，和平繼續占有他人未登記之典權，或以行使典權之意思，十年間和平繼續占有他人之典權，而其行使之始為善意並無過失者，而以法定之存續期間未滿，亦難請求登記為典權人，故因時效而取得典權，性質上有所不能，事實上亦屬罕有也。」

鄭玉波說：

「至於依據後者(取得時效)，能否取得典權？學者間見解不同，①有謂典權不能因時效而取得者，其理由為典權之成立，以支持付典價為要件，則占有人如支付典價，而業主收受時，是亦等於合意而設定典權矣，如不支付典價而僅占有時，則又與典權成立要件不合矣，故典權在性質上即無法因時效而取得也；②有謂典權可以因時效而取得者，其理由為不動產占有人得依民法第七七二條準用第七六九條或第七七〇條之規定先完成時效要件，向業主支付典價，並聲請登記，即可取得典權，故典權非不能依時效而取得也。二說各言之成理，但筆者以為典權既亦為財產權之一，且因時效取得權利之效力，又非溯及占有開始時發生，故因時效而取得典權，非絕對不可能之事，不過占有人既能完成『二十年』或『十年』之時效期間，則何不逕取得其所有權，而獨願取得其典權，亦屬不可思議者，由此觀之，典權固能因時效而取得，但實際因時效而取得典權者，恐乏其例也。」

張企泰說：

「典權發生之原因，僅有法律行爲之一種。其不能以時效取得，已於關於取得時效一段中論及。」

倪江表說：

「典權基于法律行爲以外之事實而取得者，有二：一爲繼承。二爲取得時效；蓋依民法第七七二條之解釋，固了無疑義也。（參照民法第七五八條，第七五九條）」

曹傑說：

「典權又得依時效取得，依本法第七七二條之解釋，自亦無疑義，惟典權之成立要件以支付典價爲要件，按其性質似難適用時效之原則。雖有謂在事實上非無欲就甲之不動產取得典權而向乙支付典價者，（如乙以甲之不動產盜典於人之場合）然依吾國習慣，以典與賣同視，在訂立契約時，必須交付老契，否則受典人不肯輕易交付典價，故上述事例亦屬稀見。」

梅仲協說：

「其由於法律行爲以外之事實而取得典權者，則有時效取得及繼承之兩種原因。茲僅就由法律行爲而取得典權之情形，分述如下：」

李光夏說：

「此外典權是否得因時效而取得，爲學者議論之所存。按典權之成立，以支付典價爲要件，在其性質上難因時效而取得。有謂在事實上非無欲就甲之不動產取得典權而向乙支付典價者；然向乙所支付之一定款項，如何對於不動產所有人甲而發生典價之效力？又有謂不動產占有人於依第七六八條規定取得典權後，不妨再向不動產所有人支付相當之典價者；然在典價支付前即爲欠缺要件，而無取得典權之可能。故典權與永佃權同，並不能依時效而取得。」

李肇偉說：

「因典權之使用他人之不動產，雖以支付典價爲要件。而其爲用益物權，得於一定之期間內繼續行使，非因行使一次而消滅，亦不以訂約爲要件，自可因時效而取得。其取得時效，因其標的物爲土地，變動須經登記始生效，故亦與地上權永佃權等等同，準用關於不動產所有權取得時效之規定（參看七七二條準用七六九條七七〇條，）及民法時效之規定（參看七七二條準用七六九條七七〇條，及民法物權編施行法第八條）。

至於典權因時效而取得，我國學者，亦有持相反意見者。乃認典權之成立，以支付典價爲必要，在典價支付前，即爲欠缺要件，而無取得典權之可能。故按其性質，難因時效而取得。並謂在事實上，雖非無欲就甲之不動產取得典權而向乙支付典價者，例如乙以甲之不動產盜典於他人之場合是。而我國習慣，以典與賣同視，訂立典約時，必須交付老契，否則受典人不敢輕易交與典價，故上述事例，亦屬稀見（曹傑氏前著二六六頁及二六七頁，黃佑昌氏前著三五三頁，李光夏氏前著一七一頁）。然我國出典情形，立典而須交付老契者固有，不須交付者更多。則在通常，盜典情事，固非不可能。且其子盜典父母之不動產者，更屬屢見不鮮。則盜典事例，實非稀見。至於典價支付前，固欠缺典權之成立要件。祇因其欠缺要件，始須待時效以取得。倘其要件已無缺，當即取得典權，則無須乎待時效以取得。則典權之取得，自亦可因時效而取得也。」

典權能不能因時效而取得，上述述九人中分爲兩派。主張可以的有史尚寬、鄭玉波、倪

江表、梅仲協、李肇偉五人。主張不可以的有黃右昌、張企泰、曹傑、李光夏四人。即主張典權可因時效而取得的亦承認理論上固可，但事實上罕有，因典與賣實在沒有什麼區別，鄭玉波之說可為肯定說的代表。

留 置 權

史尚寬說：

「留置權於具備一定之要件時，依法律之規定當然發生，不得依契約使發生此權利之效力。因須具備一定要件，亦不能因時效而取得。」

張企泰說：

「留置權於法定條件具備時而發生，故無由依法律行為或以時效取得之。」

倪江表說：

「至留置權之得依概括繼承而為取得，自不待言。然時效取得與即時取得，則似無發生之可能，蓋以一則留置權之成立，須具備一定之要件，二則占有物，必為債務之所有故也。」

曹 傑說：

「留置權因須具備一定要件，故不能因時效取得。」

李肇偉說：

「留置權之發生，純由法律關係，則其取得，固不如抵押權及質權得由於當事人之法律行為設定以取得，更不如質權可因時效而取得，乃僅依法律規定以取得也。」

留置權不能因時效而取得，上述五人之意見已够詳明，其餘四人雖未表示意見，想亦採否定說，故略而不論也。

CAN THE OTHER RIGHTS OF PROPERTY
THAN
OWNERSHIP BE ACQUIRED BY PRESCRIPTION?

Francisco Lee

The writer quotes nine books on "Right of Property" and reviews them.

- I. Superficies-Seven authors agree that Superficies may be acquired by prescription, but one author insists that it can not be acquired by prescription.
- II. Servitude-Servitude can not be acquired by prescription because Servitude must be continuous and apparent. That is not in accordance with the nature of prescription.
- III. Perpetuity-Two authors agree that Perpetuity can not be acquired by prescription, the other seven authors insist that it may be acquired by prescription. But all agree that in fact it occurs in a very rare situation.
- IV. Mortgage-Mortgage can not be acquired by prescription because of the nature of Mortgage which is a right granted to the creditor over the property of the debtor for the security of his debt, and gives him the power of having the property seized and sold in default of payment. The creditor does not take possession of the property mortgaged. As the definition of prescription is that the ownership of property is acquired. It is a right by which a mere possessor acquires the ownership of a thing which he possesses by the continuance of his possession during the time fixed by law.
- V. Pledge-In Pledge, the movables and effects subject to it, are put into the possession of the creditor, or of a third person agreed upon by the parties. It may be acquired by prescription.
- VI. Dien (Redemption)-It is a Chinese old right of property equivalent to the sale of lands. But the vendor reserves to himself the power of taking back the immovables sold by returning the price paid for it for a time not exceeding thirty years.
- VII. Lien-Lien can only be created by law, it can not be acquired by prescription.

所有權以外之物權能不能因「取得時效」而取得？

李 聲 庭

對這個問題發表意見的有九人，他們的觀點可以歸納如下：

(一) 原則上，除所有權外，其他物權依我國民法規定是可以的。不過有些因性質上不能因時效而取得，另一些理論上雖有可能，而事實上則絕少實現，如典權是。

(二) 抵押權在性質上能不能因時效而取得，有人誤于民法第七七二條之規定，便以為一切物權都適用。不知抵押權係以不移轉占有而供擔保債務之變價權，抵押權人尚且不能因債務人不能償債而因此取得供抵押之不動產，則如何能更進一步而取得不動產之抵押權，實為不可理解者。故抵押權無論如何不能因時效而取得。

(三) 留置權之性質與時效之要件不合，不能因時效而取得。

(四) 其他物權如質權，地上權，永佃權等在理論上雖可因時效而取得。但何不直接取得該不動產之所有

權，而取得次于所有權之其他物權，亦為事實上不多見。因時效取得其他物權，何有吝于取得所有權呢？故事實上這些物權因時效而取得情形非常少。

（五）地役權以繼續並表見者為限因時效而取得。否則不能。