

民 商

争议与实例
系列

民商法争议与实例系列

民法物权

争议问题研究

苏永钦 主编

清华大学出版社

民商法争议与实例系列

民法物权 争议问题研究

苏永钦 主编

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

这本关于民法物权争议问题的论文集,由八位从事物权法研究、教学的学者合力完成,深入探讨了有关典权的几个迄今仍未厘清的问题,以及不动产物权非因法律行为而变动在实务上的几个重大疑义。规模不大,但篇篇精彩。

五南图书出版股份有限公司授权出版发行

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2003-4337

图书在版编目(CIP)数据

民法物权争议问题研究/苏永钦主编. —北京:清华大学出版社,2004
(民商法争议与实例系列)

ISBN 7-302-08688-5

I. 民… II. 苏… III. 物权法—中国—文集 IV. D923.24-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 048514 号

出 版 者: 清华大学出版社 地 址: 北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn> 邮 编: 100084

社 总 机: 010-62770175 客户服务: 010-62776969

责任编辑: 聂 鑫

印 刷 者: 北京四季青印刷厂

装 订 者: 三河市化甲屯小学装订二厂

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 148 × 210 印张: 8.625 字数: 229 千字

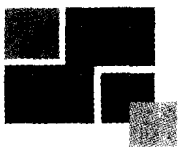
版 次: 2004 年 6 月第 1 版 2004 年 6 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-08688-5/D · 120

印 数: 1 ~ 5000

定 价: 17.00 元

本书如存在文字不清、漏印以及缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话: (010)62770175-3103 或 (010)62795704。



序 言

物权是民事财产法非常重要的一环,在法典上虽然和债法各自独立,但只要对民法有入门的了解,就知道两者在实际的运用上是不可分的。尤其是所有权和占有部分,对基本债权关系的构成和债务的履行,可说是浑然一体的关系。因此物权法上一些教义学的争议,不仅影响层面可能及于财产法其他部分,争议背后的不同思考角度,对于民法其他领域的研究,也会有启发的作用。由于台湾地区“民法”物权编的体例内容也是从欧陆、日本混合移植,过去的教科书花了很大的力气在梳理混合造成的法理混乱,如登记对抗和登记生效,地上定着物是否独立为物权标的等等,社会变迁更引发了许多新的争议。因此争议问题还真不少,隔一段时间作一些整理,确实可以给民法学新的刺激,有助于它的发展。

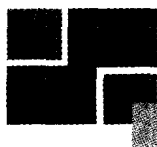
这本物权争议问题的论文集,是由八位从事物权法教学或研究的学者合力完成,规模不大,但是都下了不少工夫。问题的提出和切入,都有相当高的原创性。像杨大法官与龄和“司法官训练所”的谢所长在全,本来在这个领域就是公认的权威,也特别赐稿,深入探讨有关典权的几个迄今未厘清的问题,以及不动产物权非因法律行为而变动在实务上的几个重大疑义。日前担任“行政院”公平交易委员会副主任委员的台大刘宗荣教授,则提出他参加“法务部”“民法”物权编修正工作时,一个在物权法理上甚具讨论价值的不动产附合问题。年轻一辈的学者,如陈荣传、陈自强、李太正、陈彦希,除了展现基础训练的扎实外,更难得的是不囿于成见、向通说挑战的器识。我

个人十几年来一直滥竽于物权法的教学,不敢说全无心得,因此一面忝任联络约稿的工作,同时也万分戒慎地写了几篇一得之愚,算是共襄盛举。这一共十八篇的短文,虽只处理了许多问题的一小部分,但多少反映了物权法研究方法上的趋势,若能激起一点浪花,引起更多探讨物权问题的兴趣,应该是所有作者共同的心愿了。

目前物权编的修正还未定稿,本书好多篇文章都触及了修正草案,关心物权法未来发展方向的人,应该会有加入讨论的兴趣。所以我一方面代表所有作者,对五南图书出版公司的杨董事长为出版法学研究投注的努力表示感谢;另一方面,也在此预约下一波的讨论,盍兴乎来?

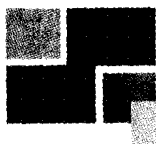
苏永钦 于政大法律系





目 录

序言	苏永钦(I)
“民法”第 759 条争议问题之研究	谢在全(1)
物权行为的独立性与相关问题	苏永钦(19)
物上请求权与物权请求权名称之辨正	李太正(39)
法人占有与物上请求权	李太正(48)
债之关系与无权占有	李太正(54)
取得时效与消灭时效	李太正(73)
取得时效之主体与客体	李太正(79)
民法相邻关系规定可否类推适用于非物权人? ...	苏永钦(90)
法定相邻权可否预先排除?	苏永钦(107)
遗失物之拾得	陈彦希(122)
评“民法”第 811 条修正草案	刘宗荣(138)
分管契约得否对抗应有部分之受让人?	陈荣传(159)
共有物分割请求权是否为形成权?	陈荣传(179)
永佃权得否因时效取得及特约禁止处分?	陈荣传(192)
有关典权之几项争议	杨与龄(206)
债权人可否留置非债务人之物?	苏永钦(232)
“民法”第 948 条动产善意取得之检讨	陈自强(248)
善意受让盗赃遗失物可否即时取得?	苏永钦(260)



“民法”第 759 条争议问题之研究

作者：谢在全

简历：台大法学士，美国南美以美大学法学院 (S. M. U) 法学硕士。经历：台湾地区台北“地方法院”法官，台湾嘉义“地方法院”庭长，台湾地区“高等法院”法官，“最高法院”法官，云林、彰化、台中地方法院院长，“司法院”民事厅厅长，“法务部”民法物权编修正研究小组研究委员，“法务部”司法官训练所所长。现任：“司法院”大法官、东吴大学法学院兼任副教授。

提 要

“民法”第 759 条系关于不动产物权变动之一项重要规定，所涉问题颇多。本文特就其中若干问题，予以探讨。基于物权变动之公示及公信原则，吾人以为依“民法”第 759 条规定取得之物权，

如未登记,一旦有交易之第三人介入时,应有公信原则之适用,故地政登记实务上,就其登记程序,宜采便捷之手段,俾便于登记,以保护此等物权取得人。又自“民法”第 759 条之规范意旨观之,其所谓非经登记,不得处分,固属强制规定,地政机关或其他机关,于其物权未登记时,自不得准其处分,然如有完成处分之情形者,应非解为无效,以确保法律行为之安定性及当事人间交易之安全。再者,实务上对此项非经登记,不得处分之规定,虽承认有若干例外,惟仍应有其适法基础,否则如过于便宜行事,流于浮滥,将使“民法”第 759 条所欲贯彻之公示原则规范意旨,难以落实,自非所宜。

一、问题说明

“民法”第 759 条规定:因继承、强制执行、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。据此规定可知,本条至少具有下列定义:(一)因继承、强制执行、公用征收或法院之判决而取得不动产物权者,均不待登记即可取得不动产物权。(二)“民法”第 758 条系规定,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。反面解释可知,不动产物权如非因法律行为而变动者,当可不待登记即生效力。而“民法”第 759 条所定之四种情形,正是非因法律行为而生不动产物权变动之情况,是以通说认为“民法”第 759 条所定四种情形,应仅是非因法律行为而使不动产物权变动之例示,于其他非因法律行为而生不动产物权变动之情形,例如承揽人依“民法”第 513 条规定取得之抵押权,典权人依“民法”第 923 条第二项或第 924 条规定取得典物之所有权,均有“民法”第 759 条之适用(院字第 2193 号解释参照)。(三)非因法律行为,于登记前取得不动产物权者,非经登记,不得处分其物权。

惟“民法”第 759 条之适用,本诸上述意义,仍有下列问题具争议

性,颇值探讨。其一是非因法律行为取得物权者,于未经登记前,有无对抗第三人之效力?其二是此项物权人是否有未经登记,仍可处分其物权之例外?其三是此项物权人于通常情形下,如未经登记,地政登记实务上,无法处分其物权,然如有完成其物权处分之情形时,其处分之效果为何?亦即所谓虽经登记,不得处分,是否为强制规定,违反者为无效?其四是抵押权之实行,是否为抵押权之处分?其五是此项物权人于办理登记时,应如何办理?亦即对他造当事人有无协同办理登记之请求权存在?

二、未登记前,对第三人之效力

非因法律行为取得物权者,于未经登记前,如有第三人侵害其物权时,倘不涉及交易安全者,该物权人应得本于其物权,对第三人行使其权利,此固不待言。例如已登记为甲所有之土地,甲死亡后,乙因继承而取得该地所有权。如于未办理继承登记前,丙无权占有该地,乙仍得对之行使“民法”第 767 条之物上请求权即然。惟若有涉及交易安全之情形者,例如承揽人甲对定作人乙之建筑物,依“民法”第 513 条所取得之抵押权,于未经登记前,乙如将该不动产移转于第三人丙所有时,甲是否仍可对丙主张抵押权,即非无疑义。

关于系争争议问题,实务上向系采肯定见解。“最高法院”1974 年台上字第 1240 号判例谓:参照“民法”第 865 条规定,就同一不动产设定数抵押权者,其次序依登记(即抵押权生效)之先后定之法意,被上诉人之法定抵押权,虽无须登记,但既成立生效在先,其受偿顺序自应优于上诉人后成立生效之设定抵押权云云,即足供参考(另请参考“最高法院”1974 年第一次民事庭庭长会议决定(二)^①)。实

^① “最高法院”1990 年度台上字第 978 号民事判决所据之基础事实,即为承揽人对其承建建筑物之受让人,主张有法定抵押权存在,而该抵押权系尚未办理登记者,即足供参考(全文见“司法院”公报第 32 卷第 8 期第 56 页)。相类事实之判决,尚有同院 1994 年度台上字第 3068 号民事判决(“最高法院”民事裁判书汇编第 18 期第 332 页)。

务上采此项见解之理由,虽仅上述寥寥数语,但其意应系谓法定抵押权乃系依法律规定所生之物权,既可不得登记而生效,则生效后,自己具备物权之一般效力,而得对任何人主张之。判例所示之物权效力即是其一。况如不采此见解,将使此类物权,于其标的物一经移转或设定他物权时,即会流于无用,则所谓不得登记即可取得不动产物权云云,将如形同虚设。

惟为保护交易之安全,关于物权之变动,我“民法”采公示原则与公信原则,凡物权之变动,必须以一定之公示方法为之,始能生变动之效力(公示原则,“民法”第758、761条参照)。而依公示方法所表示之物权,纵与真实物权状态不一致,然对于信赖该公示方法所表示之物权,而为物权交易之人,法律仍承认其具有与真实物权存在之相同法律效果,以为保护,此即为公信原则(“土地法”第43条,“民法”第801、948条,1952台上323参照)。就不动产物权之变动言,是以“登记”为公示方法,故登记之物权,事实上不存在,例如甲被误登记为某地之所有人,即甲实无该地所有权,或物权事实上存在,却未登记,例如甲在某地上有抵押权,却误被注销登记,均属登记物权与真实物权状态不一致,于此情形,俱有公信原则之适用^①。以后者为例,甲在乙之土地上有抵押权,因地政机关之错误,抵押权登记被注销,此际,乙如将该地让与丙,并办毕登记者,丙如属善意,即受公信原则之保护,甲不得对丙主张该地有抵押权存在,至甲对乙或地政机关得寻求其他之法律救济,则属另一问题^②。

“民法”上物权变动所采之公信原则,既在保护交易之安全,则物权变动系依法律行为而生者,固应有其适用,于非因法律行为而生之物权变动,亦应无免于适用之理。非因法律行为取得之不动产物权,“民法”所以规定可不得登记而取得者(“民法”第759条参

① 王泽鉴著,民法物权(1)第75、109页。另参照史尚宽著,物权法论第40页。

② 王泽鉴著,土地登记错误遗漏、善意第三人之保护与国家赔偿责任(氏著民法学说与判例研究第六册第53页)。

照),主要理由乃在弥补登记成立要件主义之过于严苛^①。因在此项情形,若仍须贯彻登记后方能取得物权,不仅与社会实情不符,且将因而无法保护此等物权人。准此而言,非因法律行为所生之不动产物权变动,虽可不待登记即生效力,但应解为仅在符合社会实情,以保护当事人权益范围内而言,惟如此,方能一方面可保护当事人间之权益,另一方面亦不致破坏民法为保护交易安全所建立之公信原则。杨前大法官与龄谓:况承揽人法定抵押权之作用系对于定作人之其他债权人得主张优先受偿,故未经登记者,对于定作人之利益虽无影响,对于定作人之其他债权人,则有极大的影响,为保护交易之安全,以免害及第三人之利益,德国“民法”与瑞士“民法”均规定须经登记始生效力(德民法第 648、瑞民法第 837③、971、972 条),韩国亦同(韩民法第 666、186 条);日民法虽规定承揽人可当然取得优先权,然须经登记始能保存其效力(日民法第 338 条),其未登记者,通说认为在当事人间不生效力。依台湾地区现行“民法”,固应认为法定抵押权系依法律之规定而当然发生,在当事人间,不经登记亦可成立,但为保护交易之安全,似应认此种未登记之法定抵押权不生效力^②,应系本此意旨而发。是以非因法律行为所取得之物权,虽可不待登记而取得,惟一旦涉有交易之第三人介入,即有公信原则之适用,不能再执该物权对善意之交易第三人有所主张^③。如此解释,亦可促使此类物权人为了避免上述之不

① 拙著,民法物权(上)第 86 页。

② 杨与龄著,法定抵押权之登记及顺序(法令月刊第 28 卷第 3 期第 10 页)。

③ 拙著,民法物权(下)第 251 页,黄茂荣著,费用性担保物权的范围(氏著民商法判解评释第二册第 398 页),采相同之结论。

于甲之土地经水利局已征收,征收手续已毕,惟未及办理所有权移转登记,甲死亡,其子丙继承,不知该地已被征收,仍办继承登记,并将之设定抵押权于丁之案例,本于“土地法”第 43 条规定,王泽鉴谓:丁善意信赖登记之土地为内所有,而设定抵押权者,仍能取得其权利(见氏著,不动产抵押权之善意取得,民法学说与判例研究第三册第 327 页)。即系采相同之见解。又史尚宽论及瑞士土地登记之公信力亦谓:“应登记之权利尚未登记者,不得对抗善意第三人”(见氏著前掲书第 43 页)。



利,乃从速办理登记,从而贯彻民法物权变动之公示原则。至为免此类物权人未及登记,标的物之物权一经变动,即失其权利,使得法律保护其权利之意旨落空,则系在地政登记程序上,如何使其得从速登记,以资保护之另一问题(此部分见后述)。

三、未经登记,仍可处分之例外

于登记前,已取得之不动产物权,依“民法”第 759 条规定,非经登记不得处分,然实务上所见,却有下列例外:

(一)“最高法院”1991 年度台上字第 649 号民事判决谓:“查所谓保存登记即建物所有权第一次登记,依土地登记规则第 70 条(已修订为第 73 条)规定以观,申请建物所有权第一次登记者,除使用执照所载起造人外,其在办理保存登记前,受让建物所有权之人亦得为之。故建物所有权之受让人苟经让与人同意,以起造人名义申请,发给使用执照,或出具移转契约书,以受让人名义径行办理保存登记,即因登记而发生所有权移转效力。本件上诉人建造系争房屋自始以被上诉人为起造人,并由被上诉人办理保存登记,自己取得所有权,土地登记规则系依土地法第 37 条第二项订定,此为民法之特别法,得优先于“民法”第 759 条规定而为适用”^①。是建筑物之出资建筑者,于建筑物成为不动产,原始取得所有权时(1952 台上 1039 参照),已可不必登记为己有,即得处分建筑物之所有权矣。

(二)“最高法院”1992 年度台上字第 1596 号民事判决谓:“第查因继承于登记前已取得不动产物权者,非经登记不得处分其物

^① 判决全文,请见“最高法院”民事裁判书汇编第四期第 267 页,月旦出版社,民法裁判百选第 585 页。惟“最高法院”1978 年度第七次民事庭推总会议决定(二):就尚未为保存登记之不动产为买卖,买受人不得径行请求办理移转登记。似采不同见解。惟细察两者之不同,似系在判决认为买卖当事人自愿依“土地登记规则”第 73 条规定办理,应承认其效力,惟决议则认为买受人无权逕为此项请求。

权,固为‘民法’第 759 条所明定,惟不动产之共有人死亡,若无继承人或继承人之有无不明,经法院依‘民法’第 1178 条第一项规定,定六个月以上之期限,公告继承人,命其于期限内承认继承,而仍无继承人承认继承时,尚无‘民法’第 759 条规定之适用,此观‘民法’第 1179 条第一项第二款及‘民事诉讼法’第 168 条规定自明。盖当事人死亡,而无继承人时,遗产管理人得代替继承人之地位,进行诉讼;否则,关于分割共有物事件,将陷于不能分割之窘境,而妨害其他共有人分割请求权之行使。至无继承人时,遗产于清偿债权,并交付遗赠物后,如有剩余,依‘民法’第 1185 条规定,虽应归属国库,惟国库并非该死亡者之继承人,亦不得解为应俟遗产归属国库后,始得行使共有物分割请求权(本院 1987 年台上字第 2778 号、1988 年台上字第 1379 号判决参照)”^①。盖分割共有物性质上属处分行为,故共有不动产之共有人中有已死亡者,依“民法”第 759 条规定,其继承人非先经继承登记,共有人即不得诉请分割共有物(1980 台上 1134)。而于该继承人为被告之情形,实务上,原告可就请求继承登记及分割共有物之诉一并提起,以求诉讼之经济(“最高法院”1981 年度第二次民事庭会议决议(二)),然共有人死亡,经指定遗产管理人时,因遗产管理人非其继承人,其他共有人欲分割共有不动产,因无从诉请其办理继承登记,以为分割,将陷共有物不能分割之窘境,是实务上认为于此情形,应解为无“民法”第 759 条后段之适用,以资解决。

(三)“内政部”订颁之“土地法”第 34 条之一执行要点第八点第四款规定:依本法条规定处分全部共有土地,如处分后共有权利已存在,而共有人已死亡者,得直接办理所有权移转登记,免办继承登记^②。按不动产之共有人依“土地法”第 34 条之规定,以多数处分共有之不动产

^① 判决全文请见“最高法院”民事裁判书汇编第 9 期第 534 页。

^② “内政部”1986 年 8 月 19 日台内地字第 429733 号函订颁,1996 年 1 月 25 日台内地字第 8401114 号函修正。

时,不同意之少数共有人中如有死亡者,非经其办理继承登记,依“民法”第 759 条规定,其应有部分不得处分,而该共有人又非契约当事人,因处分而可取得权利之当事人例如买卖契约之买受人,无从以其继承人为被告,请求其办理继承登记后,与同意处分之多数共有人办理处分之登记(例如所有权移转登记),是因处分而可取得权利之人,将因而陷于不能取得权利之困境^①。“内政部”乃创设上述“民法”第 759 条适用之例外,以求突破。惟上述执行要点乃一行政命令,不得抵触法律(法规标准第 11 条参照),然却违反“民法”第 759 条之规定,显非合法。

(四) 某甲自行建筑之违章建筑物一栋,因欠债未还,其债权人声请强制执行,经法院依法拍卖,由乙承买。于此项案例,实务见解认为:依“强制执行法”第 98 条规定,拍卖之不动产,买受人自领得执行法院所发权利移转证书之日起,取得该不动产之所有权,债务人甲之违章建筑既经法院拍卖由乙承买,并取得权利移转证书,即应认乙为该违章建筑之所有人,纵不能依法登记,但依“民法”第 759 条,亦仅不能处分其物权,不能否认其已取得之所有权^②。按违章建筑物之出资建筑人固于建筑完成时,取得其所有权(1952 台上 1039),盖此亦系非因法律行为而生物权变动,故不待登记即生效力,然依“民法”第 759 条规定,仍非经登记不得处分。而依上述见解,甲取得违章建筑物所有权,可无须登记,却经由强制执行程序,由承买人乙取得所有权,是亦构成“民法”第 759 条之例外,此虽系因违章建筑物之特质使然,惟上述实务见解,是否合法,殊非无疑。

四、违反“非经登记,不得处分”规定之效力

非依法律行为取得物权者,依“民法”第 759 条后段规定,非经登记,不得处分。例如因继承而取得之土地所有权,继承人非经办理继

① 拙著,分别共有内部关系之理论与实务第 60 页。

② “司法院”印行,民事法律问题汇编⑦第 714 页,王泽鉴著,民法物权①第 918 页。

承登记,即不得将该土地所有权移转于他人。依“民法”此项规定,地政登记实务上,此类物权若未经登记,即无从完成其处分行为。盖不动产之处分,须办理土地变更登记(土第 72 条),而此项登记须提出登记申请书(土登第 34①),登记申请书记载事项,或关于登记原因之事项,与登记簿或其证明文件不符,而未能证明其不符原因者,即应通知补正(土登第 50③),逾期未补正时,则应予驳回(土登第 51①④)。其处分之当事人与土地登记簿之记载不符①,即属此项情形。以上述继承为例,倘未经继承登记,则以继承人名义申请办理移转所有权登记时,其处分之当事人(即继承人),即与土地登记簿所载土地为被继承人者不符,地政登记机关自不能准许其为移转登记,从而除有前述二所述之例外之外,自无从完成其处分行为。学者谓:“非经登记,不得处分其物权”,乃指非因法律行为而生之物权变动,其权利人处分其物权前,须先为登记而言②。或谓此项登记乃不动产物权变动之处分要件③,均系明示斯旨。

惟非因法律行为而取得之物权,物权人如未经登记即为处分,地政机关因失误而完成处分登记时,例如甲应买法院拍卖之不动产,于拍定缴足价金后,由法院发给权利移转证书而取得所有权(“民法”第 759 条,“强执”第 98 条参照),甲继将该不动产出售于乙而应移转所有权于乙。此际,甲本应先办理取得该不动产之所有权登记后,再移转登记于乙,然甲却会同乙,持用权利移转证书及甲乙间买卖之证明文件,申请将该不动产所有权径行登记于乙,而地政机关未察,亦予以登记是。此项处分行为,显已违反“民法”第 759 条之规定,其效力

① “内政部”1982、1983 内地字第 94329 号函意旨参照。

② 杨与龄编著,民法物权第 34 页。

③ 史尚宽前揭书第 30 页,王泽鉴著,民法物权(1)第 79 页,杨与龄前揭书第 33 页。
“最高法院”1980 年台上字第 1134 号判例:“……如果共有人就共有物并无处分权可资行使,法院即无从基此为裁判分割。本件被上诉人之被继承人某甲及某乙死亡后,被上诉人迄未办理继永登记,依民法第 759 条规定,自不得处分该应有部分”,似亦认被上诉人就其继承取得之应有部分,未办继承登记,故无处分权,果尔,似采相同见解。

究为如何?

按前段所述处分行为之效力如何,涉及“民法”第 759 条所定非经登记,不得处分之规范意旨。此项规定之规范意旨何在?有不同见解。甲说谓系在贯彻台湾地区不动产物权变动之公示原则^①。盖台湾地区不动产物权之变动,系以登记为公示方法,非经登记不生效力(“民法”第 758 条),在非因法律行为而生之不动产物权变动,法律为符合社会之实际,并保护物权人之权益,虽例外允许不待登记而生变动之效果,然终究是不得已之例外,故使其欲处分时,必先登记而后可为之,迫使其最后仍回归于公示原则。乙说谓系在保护交易之安全^②,盖物权人若已先有物权之登记而后处分,则因处分而取得权利之人,有登记之物权状态可资信赖,即可受公信原则之保护,交易安全因此而得确保。反之,此等物权人若未经登记而为处分,因处分而取得权利之人,因无该物权人之物权登记可资信赖,即无公信原则之适用矣。丙说谓系在贯彻登记制度之精神,使不动产物权之现在状态,于处分时之登记簿,登载不致两歧,以保护交易之安全^③,此是兼采上述两种见解。

若依甲说之见解,则“民法”第 759 条“非经登记,不得处分其物权”之规定,自应解为系强制规定,此由其文义体例言,似亦可获得相同之结论,果尔,违反“民法”第 759 条者,自属无效(“民法”第 71 条),实甚显然^④。按瑞士民法第 656 条第二项规定:在先占、继承、征收、强制执行或法院判决之情形,取得人于登记前即已取得所有权。但须经登记始得于土地登记簿册为土地之处

① 王泽鉴著,民法物权(1)第 94 页,李肇伟著,民法物权第 63 页,曹杰著,中国民法物权第 25 页,拙著物权(上)第 91 页。

② 姚瑞光著,民法物权论第 28 页。

③ 黄石昌著,民法物权注解第 76 页,李光夏著,民法物权新论第 32 页,倪江表著,民法物权论第 40 页。

④ 杨与龄著,前掲书第 33 页,拙著物权(上)第 91 页。

分^①。台湾地区“民法”第 759 条之规定与之相若,瑞士民法关于不动

① 前“司法行政部”印行,瑞士民法(主编者,前“司法行政部民法研究修正委员会”)。

德国民法关于不动产物权变动非因法律行为而生者,可不经登记,即生变动之效果,并未设有专条,而是散见于民法,例如民法第 1416 条夫妻共同财产制下,因结婚而取得配偶之不动产物权(如共同所有权)此项共同财产制因离婚判决而终止(德民法第 1470 条)是,(请参考孙宪忠著,德国当代物权法第 139 页,北京法律出版社 1997 年 7 月出版)。至非经登记,不得处分此种物权之相类规定,则见于不动产登记条例(Grundbuchordnung)第 39 条:影响某人权利之登记,仅于其已在土地登记簿上登记为权利人时,始得为之(I)。于已发给权利证书之抵押权、土地债务或土地定期债务之情形,加债权人已占有权利证书并能依民法第 1155 条之规定证明其债权人者,与已在土地登记簿上登记为债权人者,有相同之效力(II)。(§ 39. [Voreintragung des Betroffenen])(1) Eine Eintragung soll nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. (2) Bei einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, über die ein Brief erteilt ist, steht es der Eintragung des Gläubigers gleich, wenn dieser sich im Besitz des Briefes befindet und sein Gläubigerrecht nach 1155 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nachweist.) 及第 40 条:于权利之移转或废止应经登记,或经被继承人或遗产管理人同意而申请登记,或依据对被继承人或遗产管理人为强制执行之执行名义而申请登记之情形,如因登记致权利受影响之人系登记簿上登记权利人之继承人时,前条第一项之规定不适用之(I)。于已经遗嘱执行人同意,或依据对遗嘱执行人为强制执行之执行名义而申请登记之情形,如此项同意或执行名义对继承人亦生效力者,适用前项之规定(II)。(§ 40. [Ausnahmen von der Voreintragung])(1) Ist die Person, deren Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten, so ist die Vorschrift des § 39 Abs. 1 nicht anzuwenden, wenn soll oder wenn der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des Erblassers oder eines Nachlasspflegers oder durch einen gegen den Erblasser oder den Nachlasspfleger vollstreckbaren Titel begründet wird. (2) Das gleiche gilt für eine Eintragung auf Grund der Bewilligung eines Testamentvollstreckers oder auf Grund eines gegen diesen vollstreckbaren Titels, sofern die Bewilligung oder der Titel gegen den Erben wirksam ist.) 第 39 条规定之意义在于使土地登记簿所记载之权利状态及其变动过程,查阅登记簿即可完全明了,如此始能实现设置土地登记簿旨在提供土地私法关系可靠讯息之目的,为满足公示原则,各土地权利人原则上不许为越级登记(中间省略登记)。此外经由本条第一项规定之机能,可简化登记机关关于同意权之审查,盖前登记之权利人通常乃是后登记之同意权人,且尽可能使德国民法第 891 条所推定之权利人(登记之推定力)与真实之权利状态一致,以免发生无权处分之问题。(德文中译及以上资料,均由留德同学张文郁博士提供)。甲死亡,登记为甲之土地,由己与丙、乙让与丙,丙于办理移转登记时,因其影响乙,故须先由乙完成继承登记后,始得为之,即属本条第一项适用之适例。故其意旨,应与民法第 759 条所定,非经登记不得处分其物权乙节,应属相同,然于本条第二项及与 40 条又设多种权利人可不先为登记,即可处分之多种例外,可见其立法技术,细腻多矣。

