

台灣財產法暨經濟法研究叢書(十一)

共同所有 之比較研究

古振暉 ◎ 著



台灣財產法暨經濟法研究協會出版

台灣財產法暨經濟法研究叢書(十一)

共同所有之比較研究

古振暉 ◎ 著

台灣財產法暨經濟法研究協會 出版

國家圖書館出版品預行編目資料

共同所有之比較研究 / 古振暉著. -- 臺北市：臺灣
財經協會發行：翰蘆圖書總經銷，2006〔民95〕
面：公分. -- (臺灣財產法暨經濟法研究叢
書：11)

參考書目：面
含索引

ISBN 978-986-82516-0-1 (平裝)

ISBN 986-82516-0-5

1. 所有權—比較研究

584.21

95013766

台灣財產法暨經濟法研究叢書(十一)

共同所有之比較研究

著 作 人 / 古振暉

發 行 人 / 台灣財產法暨經濟法研究協會

總 經 銷 / 翰蘆圖書出版有限公司

台北市重慶南路一段121號5F-11

電話：(02) 2382-1120・2382-1169

傳真：(02) 2331-4416

E-mail:hanlu@hanlu.com.tw

http://www.hanlu.com.tw

郵撥帳號 / 15718419 翰蘆圖書出版有限公司

出版日期 / 2006年7月

定 價 / 新台幣550元

※ 著作權所有 翻印必究 ※

序 言

物權法雖然自民法制定以來，早已是法律系學生基本修習的課程，惟該法的衍成實為法律近代化的縮影，其中因歷史、社會的發展，再加以我國的承襲，始具今日的面貌。惟隨著社會的變遷，如人類生活集居化、經濟集中化等生活的、經濟的需求，物權法中的共同支配法律關係業已漸難因應現代社會由大型團體所造成的問題，因此有重新反省社會生活關係，根本的確立團體法律觀，以因應日漸緊密的社會生活形態之必要。

本書之完成首要感謝謝哲勝博士在校之指導，其強調以不固守傳統思想，努力開創的精神，研求突破傳統理念，為筆者在傳統民法學當中得尋新意之主要動機來源。另尚要感謝黃美綾小姐、黃靜茹小姐、吳美靜小姐、陳秋鳳小姐、方郁文小姐、張雅婷小姐於本書寫作期間參與若干的繕打工作，亦均深此致謝

父母及妻兒等家人的支持更是辛苦完成這本書最大助力，我也將該書敬獻給他們。

古振暉 序於
臺灣高雄地方法院
二〇〇六年七月一日

目 錄

序 言	I
第一編 共同體論	1
第一章 所有權制度固有二元化思維	3
第一節 羅馬法與日耳曼法物權體系的比較	3
一、羅馬法之特色	5
二、日耳曼法之特色	6
三、比較與分析	7
第二節 自由所有權與封建制所有權之對立	12
第一目 自由的所有權	13
第二目 封建的所有權	16
第三目 個人的所有權與社會的所有權	18
一、個人的所有權	18
二、社會的所有權	20
第三節 單獨所有權與共同所有權之分立	22
第一目 單獨所有權	23
一、所有權的意義	23
二、所有權的性質	25
三、所有權的限制	28

四、所有權的範圍.....	31
第二目 共同所有（ <i>Gemeineigentum</i> ）.....	32
一、共同所有的意義.....	32
二、共同所有之類型.....	36
第二章 共同體與所有權概念的形成	41
第一節 所有權概念發生初期的共同所有.....	41
第一目 人類初始社會形態與共同所有.....	41
一、人類初始社會形態.....	42
二、所有權的觀念與社會形態的關係.....	44
第二目 共同體的形態與功能.....	48
第三目 小 結.....	55
第二節 中古世紀團體與所有權的概念.....	56
第一目 封建法制度時期的劃分與特色.....	56
一、中世紀初期封建法制（5 世紀至 9 世紀）.....	57
二、中世紀中期封建法制（10 世紀至 12 世紀）.....	60
三、中世紀末期封建法制（由 13 世紀至 15 世紀）...	63
第二目 中世紀封建時代之所有法制與團體法制.....	66
一、中世紀封建時代的土地所有法制.....	66
二、中世紀封建時代的團體法制.....	73
第三節 各國近代所有權制度之發展.....	87
第一目 所有與社會關係.....	88
第二目 英 國.....	90
一、農民土地市場的產生.....	90

二、絕對王制建立之社會條件	91
三、革命前的時代背景	94
四、英國革命與所有權思想的變遷	97
五、英國近代所有權的成立	104
第三目 法 國	106
一、法國封建末期的所有權思想	106
二、法國大革命與近代所有權的成立	111
三、拿破崙法典與「所有權」	121
四、19 世紀後之所有權觀念	126
第四目 德 國	130
一、Junker 與土地所有權	131
二、所有權概念的形成	132
三、Pandekten 法學的所有權	134
四、Jhering 的思想	136
五、Gierke 的思想	137
六、Memger 的思想	139
七、「社會化」運動與所有權思想	142
八、威瑪憲法與所有權思想	143
九、現代德國的所有權思想	146
第五目 日 本	147
一、德川時代	147
二、明治初年	150
三、日本所有權思想的特質	157
四、小 結	161

第六目 我 國.....	162
一、荷蘭與明鄭時期.....	162
二、滿清治臺時期.....	164
三、日據時期.....	171
四、國民政府的改革.....	175
第四節 近代所有權商品性之形成與特色.....	179
第一目 商品交換之基本概念.....	180
一、私的性質之抽離.....	180
二、商品的觀念.....	181
三、商品交換與生產關係的結合.....	183
四、商品交換過程擴大成為全社會生產關係的效果 ...	186
第二目 所有權的商品性.....	187
一、所有權內容的單一性.....	188
二、所有權客體之物的單一性.....	190
三、所有權主體之人的單一性.....	200
第五節 結 論.....	207

第二編 共同所有論..... 213

第三章 共同所有之立法沿革..... 215

第一節 18 世紀後半的共同所有論.....	215
第一目 古日耳曼的團體.....	215
第二目 總有 Gesamteigentum 之產生.....	217
一、總有概念的源起.....	217

二、贊同總有概念的學說	219
三、反對總有概念的學說	221
四、學說爭論之檢討	222
第二節 19 世紀後半的共同所有理論	223
第一目 Genossenschaft 理論的產生	223
一、Beseler 的理論	223
二、Gierke 的理論	226
第三節 德國民法典的制定	231
第四節 日本의 共同所有論	234
一、末弘嚴太郎的學說	234
二、平野義太郎的學說	237
三、石田文次郎的學說	239
第五節 我國的共同所有論	244
一、法制面的論述	244
二、學說面的論述	247
第六節 結 論	250
第四章 合 有	255
第一節 合有的沿革	255
第二節 合有的意義	257
第三節 合有的效力	260
第一目 內部關係	260
第二目 外部關係	262
第三目 合有於合夥的適用	263

一、德國 Prussia 州法	263
二、德國民法	264
三、日本民法	265
四、我國民法	265
五、檢討與分析	266
第四節 合有之法律上地位	267
第一目 合有權義率 Anteil 的性質	267
第二目 合有與共有的區別之檢討	272
一、既有區別標準之檢討	272
二、合有與共有區別之基準	274
第三目 結 論	277

第五章 共 有

281

第一節 共有的意義與內容	281
第二節 共有的單獨所有權性	283
第一目 應有部分之性質	284
一、分量說之檢討	286
二、所有權說之檢討	288
第二目 共有單獨所有權性之內容	290
第三節 共有的團體性	293
第一目 當下合夥 (Gelegenheitsgesellschaft) 的成立 ...	293
第二目 共有團體性之內容	299
一、共有與合夥間的相關性	299
二、共有物的出賣	299

三、共有物之分割	303
四、共有物之管理	307

第六章 總 有 325

第一節 總有的意義	325
第二節 總有的起源	327
第一目 總需地 (Allmende) 的性質	327
第二目 總需地形態的消弭	333
第三節 總有理論的傳統應用—以日本的入會與我國的神 明會為探討的對象	338
第一目 日本的入會理論	338
一、入會權的內容	338
二、入會的法律分析	341
三、入會的式微	344
第二目 我國的神明會	345
第四節 總有概念存廢的檢討	351

第三編 團體論 353

第七章 合手原理 355

第一節 合手原理的意義	355
第二節 合手原理的法論爭	360
一、財產法說	360
二、人法說	362

三、學說之檢討	365
第三節 合手的主體性	370
第一目 羅馬及日耳曼時期的團體人格	370
一、羅馬法時期的團體	370
二、日耳曼時期的團體	372
第二目 自然人與法人之法人格觀察	373
一、自然人的法人格	374
二、法人的法人格	377
第三目 團體的法人格	383
一、Gierke 的學說	383
二、最近的學說	391
三、學說的檢討	392
第四節 特別財產	397
第一目 物的有體性	397
第二目 合手財產與一物一權主義	399
第五節 合手團體與成員間的法律關係—權義率	404
第一目 總權義率的概念	404
第二目 總權義率的內容	409
第三目 權義率的變動	415
第六節 結 論	421
第八章 合手的形態	425
第一節 合夥與社團	426
第一目 合 夥	427

一、合夥財產的歸屬	428
二、合夥的股份	429
三、合夥債務	432
四、合夥財產之管理	436
五、合夥財產與合夥人私的財產間的關係	437
六、權利能力、行為能力及當事人能力	438
七、解散及清算	441
八、入夥及退夥	444
第二目 社 團	444
一、社團之意義及種類	444
二、社團之設立	447
三、社團的機關	448
四、社團的社員	449
第三目 合夥與社團的區別	451
一、從成員人數的觀點區別者	451
二、從財產歸屬的觀點區別者	452
三、從目的性的觀點區別者	452
四、從整體的特徵觀點區別者	453
第二節 無權利能力社團 (Nicht rechtsfähige Vereine)	457
第一目 無權利能力社團理論的傳統見解	459
第二目 德國的理論發展	462
一、背 景	462
二、反於法律之法的創設 (Rechtsfortbildung contra legem) 之學說	464

三、超法律的創設（gesetzesübersteigende Rechtsforbidung）之學說	473
四、否定反於法律之法的創設之學說	475
第三目 日本的理論發展	478
一、背 景	478
二、法人與合夥的區別	480
三、無權利能力社團理論的發展初期	482
第四目 德日學說的檢討	494
第三節 團體類型的選擇與團體法定主義	498
第一目 團體類型的選擇	499
第二目 團體法定主義（ <i>numerus clausus im Gesellschaftsrecht</i> ）	503
一、團體設立的自由	504
二、契約自由與團體法定主義	505
三、團體法定主義的內容	514
第四節 德國團體法之介紹及我國規定之適用	516
第一目 德國團體法（ <i>Gesellschaftsrecht</i> ）	517
一、學說的體系與團體類型之概念	518
二、實定法的團體法體系	527
第二目 我國規定之適用	535
一、設立階段	535
二、法律適用	538
第五節 結 論	539

第九章 建物區分所有法律關係	541
第一節 問題提出	541
第二節 區分所有法律關係的性質	544
第一目 比較法的觀察—以日本區分所有法制定及修正 為例	545
一、制定專法以前的規範	545
二、1962 年建物區分所有法	546
三、1983 年建物區分所有法	548
四、2003 年建物區分所有法	552
五、檢 討	552
第二目 一元論與二元論的立法思想	556
第三目 區分所有權的內容	561
第四目 區分所有權的性質	569
一、共有說	570
二、三位一體說	571
三、空間權說	572
四、檢討—採法律特別規定說	576
第三節 區分所有的管理制度	577
第一目 區分所有權人團體	578
一、團體的性質	578
二、團體與成員間的法律關係	581
第二目 集會與規約	584
一、團體意思的形成與拘束的依據	584

二、團體意思的效力	587
第三目 管理人	588
第四節 結 論	592
第四編 結 論	595
一、對物權法的影響	600
(一)物權法定主義由團體法定主義所取代	601
(二)一物一權主義的適用從嚴格至寬鬆	602
(三)物權法的團體解釋	602
1. 共有與合有區分的泯沒	603
2. 共有物處分法律關係的團體化	604
3. 共有物協議分割之團體法律關係	605
4. 共有物之管理團體法律關係	606
二、共同所有法的新貌	608
(一)從共同所有到團體	608
(二)從共同所有類型論至團體類型論	613
三、團體法的功能與發展	616
(一)日本中間法人法的立法	616
(二)企業的相關問題	621
(三)我國未來立法建議	624
索 引	631
參考文獻	639

第一編

共同體論

本書將共同所有的現象區分為共同體、共同所有（狹義）、團體等三個層次，本編先探討共同體的部分，由於在原先人類的社會，並未明確區分屬於規範人的法律與物的法律，更遑論以個人為單位。因此得為法律關係的主體者，係由人與物基於身分的、政治的、經濟的結合，即共同體的形態，做為法律關係的基礎。在這樣的形態下，如何決定共同所有財產的法律關係內容？在近代法又遺留有什麼樣的法制基礎，成為本編探討的核心。