



民法物权论(中册)

谢在全 著



中国政法大学出版社

民法物权论(中册)

谢在全 著



中国政法大学出版社

2011·北京

目 录

第三章 地上权	425
第一节 用益物权总说	425
第二节 普通地上权序说	427
第三节 地上权之取得	436
第四节 地上权之期间	443
第五节 地上权之效力	447
第一项 地上权人之权利	447
第二项 地上权人之义务	454
第六节 地上权之消灭	458
第一项 消灭之原因	458
第二项 消灭之效果	463
第七节 区分地上权	472
第四章 农育权	485
第一节 序说	485
第二节 农育权之取得	489
第三节 农育权之效力	491
第一项 农育权人之权利	491
第二项 农育权人之义务	494
第四节 农育权之消灭	496
第一项 消灭之原因	496
第二项 消灭之效果	499

第五章 不动产役权	502
第一节 序说	502
第二节 不动产役权之种类	507
第三节 不动产役权之特性	513
第四节 不动产役权之取得	519
第五节 不动产役权之效力	526
第一项 不动产役权人之权利义务	527
第二项 供役不动产所有人之权利义务	534
第六节 不动产役权之消灭	536
第七节 用益权人之不动产役权	541
第八节 自己不动产役权	543
第六章 典 权	546
第一节 序说	546
第二节 典权之取得	559
第一项 基于法律行为而取得	559
第二项 基于法律行为以外之原因而取得	562
第三节 典权之期限	563
第四节 典权之效力	568
第一项 典权人之权利义务	568
第一款 典权人之权利	568
第二款 典权人之义务	586
第二项 出典人之权利义务	592
第一款 出典人之权利	592
第二款 出典人之义务	604
第五节 典权之消灭	605
第七章 抵押权	608
第一节 担保物权总说	608

第二节 普通抵押权序说	622
第一项 普通抵押权之意义	622
第二项 抵押权之发展与社会作用	625
第三项 普通抵押权之特性	634
第三节 普通抵押权之取得	649
第四节 普通抵押权之效力	660
第一项 普通抵押权担保债权之范围	660
第二项 普通抵押权标的物之范围	666
第三项 抵押人之权利	691
第四项 抵押权人之权利	704
第一款 普通抵押权之次序	704
第二款 普通抵押权之处分	716
第三款 普通抵押权之保护	719
第五项 普通抵押权之实行	735
第一款 声请法院拍卖抵押物	741
第一目 许可拍卖抵押物之声请	741
第二目 拍卖之强制执行程序	745
第三目 普通抵押权实行之效果	753
第二款 订立契约取得抵押物所有权	781
第三款 以其他方法处分抵押物	786
第六项 共同普通抵押权之实行	787
第一款 序说	787
第二款 共同普通抵押权之成立	792
第三款 共同普通抵押权之效力	793
第四款 共同抵押权之消灭及其他问题	810
第七项 第三人之求债权与承受权	812
第五节 抵押权之消灭	818

第六节 最高限额抵押权	821
第一项 序说	821
第二项 最高限额抵押权之设定	831
第三项 最高限额抵押权之效力(优先受偿之效力及其范围)	833
第四项 最高限额抵押权之变更	860
第五项 最高限额抵押权之确定	879
第六项 最高限额抵押权之准共有	905
第七项 共同最高限额抵押权	908
第八项 最高限额抵押权之实行	910
第九项 最高限额抵押权之消灭	913
第七节 其他抵押权	913
第一项 承揽人之抵押权	914
第二项 法定抵押权	929
第三项 动产抵押权	932
第四项 权利抵押权	944
第五项 所有人抵押权	947
主要简略用语	952
主要参考书目	954

第三章 地上权

第一节 用益物权总说

一、意义

物权有所有权与定限物权之分，定限物权依其支配标的物内容之不同，则有用益物权及担保物权之别。用益物权系以支配他人之标的物利用价值为内容之定限物权，其支配方式形诸外部者，乃对标的物之使用及收益，故谓之用益物权。我民法仿欧陆及日本立法例，原设有地上权、永佃权、地役权与典权等四种以不动产为标的物之用益物权；2010年修正时，删除永佃权，增设农育权，地役权则蜕变为不动产役权，其余物权及不动产用益物权之体例维持不变。准此，民法之用益物权至少有下列特质：其一，不动产物权，盖动产物权系以占有为公示方法，无从将不同之用益内容完全表现于外，以动产设定用益物权于公示技术上有其困难，且动产一般价值较低，取得容易，用益权之取得如有必要，以债权方式为之即为已足，以设定用益物权方式为之，不具实益之故。又不动产固包括土地及定着物，不动产役权、典权之标的物即然，但地上权及农育权仅限于土地上成立。其二，用益物权以支配标的物之用益价值为内容，亦即占有标的物为使用或收益。其三，用益物权系在他人之物上存在，以互通所有权与无所有权者间利用之有无，并发挥物尽其用之社会功能。在自己之不动产上存有有用益物权，仅于自己不动产役权（八五九之四）及混同时方有其例外（参照七六二但）。其四，用益物权系定限物权。盖近代用益物权之理论构造，系与近代自由所有权之构造相对应，亦即用益物权系在承认所有权之完全性、整体性与恒久性前提下构成之，是以用益物权须：①承认所有权之完整性，故须于不影响所有权此项特性下，以所有权单一内容之用益价值支配部分形成性质不同之用益物权。②所有权具有完全性，但用益物权须具有异质优越性之需求，用益物权成为所有权之限制。因之，用益物权须为定限性与有期性（例如定存续期间、可予以终止或出典人可行使回赎权使典权消灭），否

则将有害于所有权之完全性与弹力性。③用益物权已完全废除中世纪人或身分之要素，成为纯粹之财产权，故一般而言，均具有让与性与继承性。

二、不动产用益权之二元体系

为取得利用他人不动产之权利除以前述设定用益物权之方式为之外，在民法上，亦得以订立使用借贷契约（四六四）或租赁契约（四二一）之方法，就他人之不动产取得借贷权或租赁权，达其目的。可见民法就他人不动产用益权之取得，于制度设计上系采借贷或租赁之债权型态与用益物权之物权型态之二元体系构成之。由于民法上债权与物权之不同，债权型态与物权型态之不动产利用权自有其本质上之差异，其个别之不同比较除将于各类用益物权中说明外，两者基本上有下列相异点：

1. 用益物权因民法采物权法定主义，是以用益物权之种类及其内容，均依法律定之。反之，借贷或租赁权系债权，本于契约自由原则，其内容除不得违反法律强制规定或公序良俗外，当事人均得自由为之。

2. 用益物权为独立及纯粹之财产权均具有让与性及继承性。反之，债权以人之信用为基础，借贷权即不具让与性及继承性（参照四七二④），租赁权原则上亦同，第四二六条之一规定仅系为保护房屋之一项例外。

3. 用益物权系对物之权利，仅为所有权之限制，其标的物之所有人只负容忍用益物权人用益其物之消极义务。反之，贷与人或出租人除应将标的物交付借用人或承租人使用外，出租人于租赁期间更负有保持租赁物合于约定用益状态之积极义务（四二三），盖债权乃对人之请求权也。

三、不动产用益物权之现状及未来

用益物权之起源甚早，其种类及内容因历史传统、国情地域之不同而异趣，深具固有法色彩。惟其发展大抵在补不动产债权型态用益权之不足，并强化用益权之效果。但不动产用益权之取得既有债权或物权型态之二元体系，当事人选择何者自有其自由，而基于契约自由原则，不动产债权型态用益权之选择以及其内容恒掌握在不动产所有人之手，用益权之需用人遂常沦于弱势境地。况民事制度之运用与一国之社经背景、国民习性 & 法律文化等密切攸关，不动产用益物权因需登记，增加劳费，且成为所有权之负担，个人财产状况由是公表，又具有让与性，用益权人为何人因而有不可知性及不确定性，用益物权因此常常是国人不得已之第二选择。

我国之用益物权未受普遍运用似已属注定之宿命^{〔1〕}。

债权型态之用益权常使用益权人沦于弱势之地位，已如前述，为保护此等用益权人，并配合国家经济发展，农地使用政策不同阶段之调整，不动产用益权之特别保护立法遂应运而生，土地法上之房屋、基地及耕地租赁之特别规定，耕地三七五减租条例等即属此中著例，民法之租赁权物权化又何独不然。房屋、基地及耕地承租人在上述特别立法保护下，已取得与不动产用益权相类，甚或更优越之地位，不动产用益物权之命运更是雪上加霜，且有赖上述法律将租赁权转化为地上权或永佃权准用之规定（四二二之一，土一〇二、一二四），以延续其存在之局面。然用益物权并非因此没有明天，由于其特有之性质，与其社会机能，不动产用益权将随着不动产用益型态之精致化、立体化，而获得再生与转进之生机。例如，因土地之不可增性、不可移动性，为因应土地之立体利用，区分地上权将扮演难以取代之角色^{〔2〕}；不动产役权不仅得就他人不动产为特定便宜之用，亦可设定用益权人及自己不动产役权，其内容甚为广泛，具有充分利用之空间，或可借以营造社区建筑之特别风貌，或可与英美法上之土地发展权接轨，从而突破传统，推陈出新。用益物权之设计与运用，必须随时注入与时俱进之新元素，与社会之进步有机互动，诚属其未来发展及成长之当然方向^{〔3〕}。

第二节 普通地上权序说

一、意义

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（八三二）。例如，甲以在乙之土地上，得建筑房屋为目

〔1〕 1999年至2009年，土地他项权利登记之笔数统计资料，请见拙著，物尽其用与永续利用（台湾法学一四六、二十二）。该表2009年之统计数字应分别修正为：地上权一〇一五六件；土地典权二十三件、建筑物典权四件；地役权四二六件；永佃权三十九件。

〔2〕 关于地上权近年来之发展及未来展望，见李文辉著，地上权应用与展望之研究第一页（中正大学法律研究所硕士学位论文，1998年6月），李福隆著，物权法现代化之终章或序曲（中正大学法学集刊第二十九期第三十五页）。

〔3〕 关于民法2010年之用益物权修正，见前揭拙文（台湾法学一四六、一）。

的，于乙之土地上设定普通地上权，以使用其土地，此际甲即为普通地上权人，在乙之该土地上有普通地上权存在。

按地上权民法规定于第三编第三章，原无分节之设，但因民法于2010年修正时，新增区分地上权规定，不仅条文已达六条，且其客体及效力与普通地上权相较仍具有特殊性，为求体系分明，已有分开规定之必要；再者，若不分节，依民法体例区分地上权之定义规定难以安排，致区分地上权之意义须以条文表示，使相关条文之文字冗长，对公众之了解与运用均有不便，斟酌此等因素乃仿抵押权及质权章体例将本章分设二节，第一节规定普通地上权（八三二至八四一），第二节规定区分地上权（八四一之一至之六），确立地上权之体系。又为顾及文字之简洁，除本条定义规定为普通地上权外，其余同节所涉及之“地上权”文字不再修正，盖指“普通地上权”而言，本章第二节至第六节所述之地上权未特别指明者，亦准此方式处理，合先叙明。

兹依第八三二条规定之普通地上权定义，分析说明如下：

1. 地上权为存在于他人土地上或下之物权。地上权之标的物为土地，建筑物上自不得设定地上权，虽有认为由于今日社会都市土地利用已趋向于立体化，故在他人建筑物上以建筑为目的而使用其建筑物者，应有承认得设定一类似于地上权之权利之必要^[1]，但为民法所未采。且此项土地为他人之土地，他人之土地因地上权之设定，其所有权即受限制，而地上权人则对该土地仅得为使用之支配，故地上权为定限物权。又地上权虽有存在于自己土地之上者（如七六二但），然此仅为特殊之例外，仍以存在他人之

〔1〕 姚著物权第一四六页，我妻物权第三四五页。“内政部”1981年6月4日台内地字第八一八〇一号函谓：廖君如系房屋层数连同基地之应有部分一并受让，依民法第七七三条及第八一八条规定，房屋部分层数之买受人系本于其基地共有权，按其应有部分就共有物之全部有使用权，不发生就基地之全部或一部设定地上权之问题。廖君如仅受让该三、四两层房屋之所有权并未受让该房屋基地二分之一所有权，亦不生就土地应有部分设定地上权之问题。本案基地所有权属于一、二层房屋所有人，应无共有地上权之情事发生，宜认其得在他人建筑物上（屋顶）有建筑物为目的而设定一种类似地上权之权利云云，似有相同见解。按有无以建筑物为设定地上权之客体，不仅涉及立法政策问题，盖此大抵可依租赁契约解决，且纵系在他人建筑物上加建建筑物，本质上亦应认系间接以土地为支撑，故仍属土地之使用，为地上权之范围，因之，民法修正未采此种立法（参照民法物权编研修资料汇编第五册第五十八页）。

土地上为常态^[2]。地上权设定之范围无须为一宗土地之全部，就一宗土地之一部亦得设定地上权，此际自须有一定之范围^[3]。惟无论如何，地上权人使用土地之横的范围，均以设定之面积为准，因之不以建筑物或其他工作物等本身占用之土地为限，其周围之附属地，如房屋之庭院或屋后之空地，如在设定之范围内，不得谓无地上权之存在（1959年台上字第928号）。至普通地上权纵之范围，应与土地所有人使用土地之范围相同，亦即及于该土地之上下。条文之文义特别指明，地上权可在土地之上例如地表、土地上空（如建高架道路）设定之，亦可在土地之下（如建隧道）设定之。惟于此设定者仍系普通地上权，仅其使用土地之所在有地表、上空或地下之不同而已。

2. 地上权为以有建筑物或其他工作物为目的之物权。所谓建筑物系指定着于土地上或地面下具有顶盖、墙垣，足以避风雨供人起居出入之构造物而言〔建四，“最高法院”1974年第六次民事庭会议决议（一）〕。通称之地下室自包括在内。所谓其他工作物，指建筑物以外，在土地上空，地表与地下之一切人为设备而言，例如池埤、水圳、深水井、堤防等引水、防水或蓄水之建造物，桥梁、隧道、高架陆桥或道路等交通设备，电线杆或铁塔、铜像、纪念碑、地窖等均然^[4]，且不以定着物为限。又民法于2010年修正时，已将“或竹木”删除，避免于以种植竹木为目的而使用他人土地时，究应适用地上权或与新增之“农育权”之争议。是今后单以种植竹木为目的者，仅能设定农育权，不得设定地上权，否则系属违反物权法定主义，其地上权设定为无效。惟以有建筑物或工作物为目的而设定地上权，于其建筑物或工作物周围种植花草果蔬，甚或予以耕作收获，可视为居住之附

〔2〕日本借地借家法第十五条规定，于借地权之设定，以将与他人成为共有为限，借地权设定人得设定自己借地权。例如，甲在自己之土地建筑区分所有建筑物并设定自己地上权，嗣后将该建筑物之某专有部分及该专有部分所具有之借地权应有部分让与乙，此际甲、乙即准共有上述借地权，而甲一方面仍得保有土地所有权，一方面则系在自己之土地有借地权。依借地借家法第一条规定，借地权系已有建筑物为目的，使用他人土地之地上权与租赁权之总称，足见日本借地借家法已创设自己地上权之立法例。

〔3〕1984年台上字第407号（选辑五、一、二七三），土地登记规则第一〇八条。

〔4〕建造高尔夫球场应属工作物之一种（蔡明诚著，民法普通地上权修正之评析，月旦法学一八〇、十九），网球场亦同，然蔡明诚上揭文指出：“内政部”有不同意见。“内政部”所持见解似属过窄。

属行为，既不违背设定地上权之目的，自不得认为已超出地上权之范围^[5]。盖是否为地上权终究系以设定行为，简言之，以登记内容定之，地上权人于其登记内容外，如并有栽种花草果蔬之附属行为等，既不违反地上权之目的，自应认仍属地上权之范围。

3. 地上权为使用他人土地之物权。地上权系以在他人土地上有建筑物或其他工作物为目的而设定。故目的系使用他人土地之权利，而为用益物权之一种。土地之使用亦正系民法地上权之着眼点与本质，因之，上述工作物之有无与地上权之存续无关，工作物存在后，固可设定地上权，无工作物之存在，亦无碍于地上权之成立（1959年台上字第九二八号）^[6]。且工作物灭失后，地上权并不消灭（八四一）^[7]，地上权人仍有依原来使用目的使用土地之权（院解字第三五九六号）。地上权人不自行使用土地，而将土地出租他人使用亦无不可（参照八三八I），盖地上权以使用土地为其本质，由何人使用土地与地上权之存续无涉之故。至地上权之设定非限于有偿，故不以地租之支付为其成立要件，自不待言。

依上述地上权意义观之，可知地上权性质上为不动产物权、定限物权与用益物权。且基于用益物权之纯财产权结构，故亦具有让与性以及继承性，得为让与及继承之标的物。实则，地上权若不具让与性及继承性，于民法不动产用益权二元体系下，将失其存在之意义。

〔5〕 杨著物权第一〇二页，史著物权第一七二页，郑著物权第一九三页，张著物权第一〇一页，王泽鉴物权第三五五页，我妻物权第三四六页，板桥物权第一六〇页。又梅著民法第四〇五页认依我向来习惯，地上权之内容，大抵以建筑物为限，租地以资种植者，俗称皆为佃，故第八三二条“竹木”二字尽可删去，既合于习俗且可免解释下困难。修正前之争议，请见拙著民法物权中册增订四版第三十六页。

〔6〕 1998年台上字第九十二号（汇编三十一、四五二）。

〔7〕 学者或认为：本条系仿照德国民法第一〇一六条（已废止）之立法例，此在德国之地上权，因系以建筑物之保有为目的，故于建筑物灭失时，倘地上权存续期限仍未届满，此际地上权是否归于消灭即生疑义，为免争执，乃以明文规定之，而我民法之地上权系以使用他人之土地为目的，故纵使其上之工作物灭失者，地上权非当然消灭乃自明之理，故并无以明文排除争议之必要。更有甚者，倘当事人间设定地上权时，系以工作物存在之期间为地上权存续期间，或就地上权之设定，是以特定工作物之存在为目的时。则该工作物灭失之时，地上权是否可归于消灭？反因有第八四一条之规定而生疑义，故本条有无规定之必要似有斟酌之余地（参照我妻中国物权第二五五页）。

二、沿革与社会作用〔8〕

地上权系以罗马古代，将土地出租他人建筑房屋之法律关系为其滥觞，惟因罗马法上有“地上物属于土地”之原则〔9〕，定着于他人土地之上地上物，均属于土地所有人所有，以致于在他人土地上建筑房屋时，无论就该土地有无使用权，其所建房屋皆无从取得所有权，此在社会经济生活上不仅造成不便，且导致不公，是以其后法务官乃承认支付地租于土地所有人，而在其土地上建筑房屋时，对该房屋可取得几与所有人相同之权利，此即为罗马法上之地上权。可见地上权之设制，旨在创设上述原则之例外，使于他人土地建筑房屋之地上权人，得借房屋与地上权之结合，而将房屋独立于土地之外，进而得保有房屋之权利。此项观念，其后为德、瑞民法所采行，均有相类地上权制度之规定（德民一〇一二、地上权条例一及瑞民七七九）。

德国民法于立法当时，原以为地上权利用之机会甚少，故于民法物权编仅列六个条文，规定极为简单。不期地上权制度其后却于大都市中大为盛行，民法地上权之简单规定已不足适应，遂于1919年1月15日另行制定地上权条例公布实施。此项地上权之立法具有两大特质：其一为增强地上权人之保护，盖土地所有人经济上之地位恒优于地上权人，土地所有人常挟其经济上之优势，约定各种苛酷条款迫使地上权人接受，以获取利益，为防止此弊，自有以法律规定，保护地上权人之必要。例如，规定地上权期限届满或土地所有人行使返还请求权时，土地所有人原则上对于工

〔8〕 蔡胜雄著，地上权之沿革及其社会作用，军法专刊第三十六卷第二期第十八页，三好登著，土地、建物间の法的构成第二十一页（成文堂2002年12月发行）。

〔9〕 罗马法之 *superficies solo cedit* 原则（地上物从属于土地），*cedit* 并非指从物而言，而是成为“构成部分”，亦即其客体之所有权非属地上物之所有人，而是归属于土地所有人。又 *superficies*（地上物）仅指植栽物、住宅、浴场、临时小屋等建筑物及葡萄田之支柱、用具等相类之物，至谷仓，或祭祀时建筑之圆形剧场则不属之，亦即并非与土地结合之物，均属此等地上物。此项原则应是来自当时现实之社会经济利害关系。盖于罗马帝国土地极具重要性，罗马人作为土地之所有人乃赋予绝大之力。而土地所有人主要又是具有政治力之贵族或富裕之骑士阶级，彼等对于自己土地之上物大抵均可直接支配，以此为原则形成法的保障。此外，罗马法曹主要也是富裕之贵族或骑士阶级，彼等为此等阶级者所形成之法律构成，自是扩充土地之支配力。再者，当时之建筑物主要是以水泥、石头或砖头等建造，本质上与土地同属自然物，且不能脱离土地而存在，土地之上植栽物亦同，一旦拆除或与土地分离，建筑物即回归泥土石砾，植物因枯亡而成尘土。故保护此等地上物，乃在维持其经济价值（三好登前掲书第二十三页以下）。

作物或地上权负有补偿之义务（地上权条例二十七、三十二），地上权之设定不得附有解除条件或相类之约款（同条例一Ⅲ）。地上权人于地上权因期满消灭时，有更新之优先权（同条例三十一）是。其二为地上权融通性之促进，地上权既为大众所利用，且其本质上系结合建筑物而为独立之不动产物权，故其构造上常与土地同视，自需强化其融通性。方法有二：一是增强其安定性，尽量减少地上权消灭之原因，是以地上权之设定不仅不得附有条件或期限（德民一〇一七Ⅱ、九二五Ⅱ、同条例十一Ⅰ），更明定不得附有解除条件，地上权亦不因工作物之灭失或土地之拍卖而消灭（同条例一Ⅵ、十三、二十五）；二是明定地上权及其上之工作物具有让与性，地上权应得让与及作为抵押权之标的物（同条例一Ⅰ、五）但须经土地所有人之同意（同条例五、六），又此项让与性不得合意排除（德民一三七）。土地返还时，抵押权原则上不消灭（同条例三十三）。综合而言，德国之地上权规定相当重视当事人之合意，契约自由原则于物权法定主义之框架内仍有运用之余裕，故为柔软性之法制度^{〔10〕}。

我民法亦仿德、瑞民法有地上权之规定，惟民法与日本民法同，将建筑物与土地均作为独立各别之不动产处理，建筑物本即为独立之不动产，自无需借地上权之设定，使建筑物与之结合，以取得独立不动产权利之必要。是以民法地上权之社会作用，乃重在以兴建建筑物为目的，使用他人之土地，故为建筑物与其基地所有人不同时，建筑物对基地使用关系最典型之用益物权，此与日本民法相同，与德、瑞民法系重在建筑物之保有者，则相异趣。

然而，我与日本民法之地上权，除得以有建筑物为目的外，并得以工作物为目的而设定（日民二六五），工作物如不符合定着物之要件，又不能保有其动产之独立性时，将成为土地之一部分（六十六Ⅱ），不得为所有权之独立客体。易言之，以有工作物为目的而使用他人土地者，均有可能因附合致使该工作物成为土地所有人所有之情况发生。准此而言，我与日本民法之地上权，就得以有工作物为目的观之，是否亦在使其具有与德瑞民法之地上权相同之社会作用，即在使工作物与地上权结合，而使地上权人仍保有所有权，颇值深思。此于日本民法，因有第二四二条但书之规定，使地

〔10〕 田中英司著，トイツ借地借家法の比較研究第四十七頁（成文堂2001年3月发行）。

上权人据以排除附合之效果，故其结果系属肯定，极为明确，在我民法上因无相同之明文，遂难直接获致相同之结论，然自地上权之沿革意义言，似应作肯定之解释^{〔11〕}。果尔，我及日本与德瑞民法之地上权，在此范围内之社会作用，又属相同矣。

在现行法律制度上，以有建筑物为目的而使用他人土地，本得利用借贷或租赁方式，以取得土地使用权，然因系债权，其脆弱概可想见，且借贷或租赁均为契约，本于契约自由原则，为所有人、出租人或贷与人，常借其经济上之优势地位，订立苛酷条款，使土地使用权人处于不利地位。按土地使用权人在土地上建筑房屋创建家园，本期在此建立其社会关系与生活中心，但因使用权之脆弱与其地位之不利，将使辛苦经营建立之社会关系与社会中心，处于不稳定之状态，甚或因使用权消灭所导致房屋之变易而破坏无遗，此自非现代社会所愿见与所应有。惟如有地上权制度，土地使用人经由地上权之设定，一则取得物权，对于标的物之土地具有直接支配权，使用权因而获得巩固；二则由于物权法定主义之结果，土地使用人亦可受法律最低限度之保障，可见地上权具有融通土地之利用，并维持土地所有人与利用人间利益平衡之作用，在现代社会确仍有其必要。不仅如此，为避免土地所有人借其所有权之强势地位，破坏土地使用权人所建立之社会关系与生活中心，妨碍社会之进步，加强土地利用权人之保护，已成为所有权社会化后之近代法律课题，因此产生之现象有二：一是地上权受到强大保护之结果，地上权之长久存在获得容许，使得用益物权基本构造上之有期性，在个别物权上发生可永久存续之例外，驯至有利用权独立，所有权分解之倾向^{〔12〕}；二是债权之租赁权变质，产生物权化之现象，土地法就基地租赁更设有加强保护之规定（土一〇二至一〇五），同时于第一〇二条规定，承租人得请求出租人为设定地上权之登记，使基地承租权获得双重之保障，1999年修正之民法更仿土地法第一〇二、一〇四条规定之意旨，增设第四二二条之一、第四二六条之二规定，保护基地承租人之上述特别立法因此成为常典，此非我民法与土地法所独然，德国之上述地上权条例、日本之借地法均不离此项旨趣，盖自社会经济之立场，为确保土地

〔11〕 王泽鉴物权第三五三页有不同意见。

〔12〕 我妻物权第三四三页。

利用人之地位所不得不然^[13]。

对于土地之利用向来以地面为其范围，故就土地所有权之划定，系采取纵分割方式，在此纵分割之地面范围内，土地所有权及于其上下，如就该土地设定地上权，其范围亦与所有权同。惟由于土地之不可增性，加以人口之增加，并向都市集中，居住之需求日殷，而人类文明之突飞猛进，科技与建筑技术之日新月异，土地之立体利用成为可能，遂逐渐向空中与地下发展，由平面化而趋向于立体化，土地分层之利用、土地权利范围之横分割于焉诞生。为充分反应土地立体化利用之趋势，符合社会之需求，民法乃于地上权章增设一节区分地上权之规定（参照日民二六九之二），创造地上权之发展与社会同步成长之生机。

三、地上权与其他相类权利之区别

（一）地上权与土地租赁权之异同

地上权为物权，土地租赁权则为债权，由此可知两者在本质上已截然不同，但因同为使用他人土地之权利，且在租赁权物权化，加强土地租赁保护，又基地租赁并有转变为地上权之机制（四二二之一），两者效力与经济机能已颇多重复之处，是以产生土地租赁权向地上权接近之现象。反之，地上权之保护自不能弱于债权性之租赁权，民法2010年修正后，修订第八三六条欠租须经催告后，方得终止地上权，及增列第八三五条之一之规定，因之亦有地上权向土地租赁权接近之趋势。然两者仍有下列之不同：

1. 成立要件。地上权之得丧变更，由于法律行为者，非经登记不生效力。且应以书面为之（七五八）。土地租赁权则无须登记，耕地租约之登记，与租赁之生效要件无关（耕地三七五减租六I，1962年台上字第二六二九号），土地租赁权无须以书面为之，仅于期限逾一年，未以字据订立者，视为不定期限之租赁而已（四二二）。

2. 存续期间。地上权存续期间，法律未设限制（八三四），理论上应可永久存续。土地租赁权则不得逾二十年（四四九）。

3. 地租之有无。地上权不以支付地租为必要，土地租赁权则以支付租

[13] 为保护不动产用益权，乃以特别法予以强化，进而产生所有权行使之抑制化现象，其详见米仓明著，财产の私法上保护（氏著担保法の研究第三〇四页，大学图书1997年8月发行）。此在房屋租赁权亦有相同现象，见关于租赁契约解约规定之合宪性〔德国联邦宪法法院裁判选辑（六）第一一九页，“司法院”1996年2月印行〕。

金为成立要件（四二一）。

4. 地租之减免。地上权有支付地租之订定者，地上权人纵因不可抗力妨碍土地之使用，不得请求免除或减少租金（八三七）。土地不能达原来使用之目的若系不可归责地上权人事由所致时，有偿地上权人仅能支付一定之地租后，抛弃地上权；反之，若系可归责于土地所有人事由所致者，有偿地上权人可免付地租并抛弃地上权（参照八三五Ⅲ），而无偿地上权惟得以抛弃地上权解决。土地租赁权因不可抗力而妨碍承租人之使用土地者，则得请求免除或减少租金（四三五、四四一、四五七）。

5. 因欠租所生之终止原因。地上权人积欠地租达二年之总额者，除另有习惯外，土地所有人得终止其地上权（八三六一）。而土地租赁权，在基地或农地租赁，必须地租积欠达两年之总额，始得终止租约（土一〇三④、一一四⑦，耕地三七五减租十七Ⅰ③），别无另有习惯之例外，且在上述二者以外之土地租赁，承租人支付租金有迟延者，出租人定相当期限催告而逾期不为支付时，即得终止租约（四四〇Ⅰ）。

6. 让与性。地上权人原则上得将权利让与他人，并得以地上权为抵押权之标的物（八三八Ⅰ、八八二）。土地租赁权不得让与、转租或受限制或被禁止（四四三，土一〇三③、一〇八，耕地三七五减租十六）。基地租赁权原则上仅得随建筑物所有权而让与（四二六之一）。

7. 土地所有人之义务。地上权人不得请求土地所有人为土地之修缮。土地出租人则负有修缮之义务（四二九Ⅰ）。盖土地所有人对于地上权人仅负不妨害其使用之消极义务，并未如出租人应负使土地适于使用状态之义务（四二三）也。

8. 资本之收回。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，而地上权人未取回时，土地所有人原则上应按该建筑物之时价为补偿（八四〇）。土地承租人不取回增设之工作物时，土地承租人就租赁物支出有益费用，因而增加该物之价值者，仅于土地出租人知其情事而不为反对之表示，始应于租赁关系终止时，以现存之增价额为限，负偿还之责（四三一）。至因增加租赁耕地生产力或特别改良而支出之费用，仅于将改良事项及费用数额，以书面通知出租人为限，始得就其未失效能部分之价额，请求出租人偿还（四六一之一）。