

第三章 不動產時效取得主觀要件之 分析

不動產時效取得相關問題甚多，但是本研究以為除了不動產時效取得存續問題之外，於不動產時效取得之主觀要件¹與客體限制²方面，亦為相當重要之議題。故而，本研究章節乃針對主觀要件與客體限制做深入之經濟分析。之所以探究不動產時效取得之主觀要件，吾人認為其係為不動產時效取得要件中之第一要件，具有相當程度之重要性，另一方面，於主觀要件中，時效取得所有權須以所有意思而占有，依民法規定占有人可受推定之保護³，而時效取得地上權理應以行使地上權意思而為占有，實務上亦採須以地上權意思而為占有時，取得時效始得開始進行⁴；法律對此並無明文以行使地上權而占有者，得受推定之保護，而實務判決多認為占有土地建築房屋有以無權占有之意思，有以所有之意思，有以租賃或借貸之意思為之，非必皆以行使地上權之意思而占有，故主張以行使地上權之意思而占有者，應負舉證責任⁵。顯示出時效取得所有權與地上權之主觀要件兩者有所差異，主張時效取得所有權而占有者，得受法律推定之保護，無庸承擔舉證責任；然主張時效取得地上權者，卻因法無明文規定而無法受推定之保護，加上此一事實之舉證不易，使得主張時效取得地上權者，無法因時效完成而取得登記請求權，某部分阻止了不動產時效取得的實現。本研究以為地上權之行使範圍及其與對所有權之限制，事實上與所有權謂之接近，且所有權權能範圍包含了其他財產權之範圍，然卻於不動產時效取得主觀要件方面，主張所有權之時效取得者，得受推定之保護，主張時效取得地上權者，卻必須承擔舉證責任證明其係以行使地上權而為之占有，兩者區別有何實益、是否符合效率，為本文所欲澄清之重點。

¹ 簡單來說，不動產時效取得之主觀要件，於所有權係指占有人須以所有權意思而為之占有；於地上權意謂著占有人須以行使地上權意思而為占有。

² 客體限制所指不動產時效取得之客體是否限於他人未登記之不動產。待後續本論文之第四章再行深入分析。

³ 根據民法第九四四條第一項規定，占有人，推定其為以所有之意思，善意、和平及公然占有者。

⁴ 其代表判例為最高法院六四年台上字第二五五二號判例，認為主張取得時效之第一要件須為以行使地上權之意思而占有，若依其所由發生之事實之性質，無行使地上權之意思者，非有變為以行使地上權之意思而占有之情事，其取得時效，不能開始進行。相關判決詳見後述。

⁵ 最高法院八四年台上字第七四八號判決、最高法院九十年台上字第一四三四號判決

本章分為兩大部分：第一部份為時效取得不動產所有權主觀要件之經濟分析。首先為時效取得不動產所有權之主觀要件意涵，以法律規定、實務判決與學說見解闡述之。再者於經濟分析部分，先擴張漢德程式(Learned Hand Formula)，瞭解占有者或是所有權人較值得保護，再推導至舉證責任，藉以瞭解占有者是否應受推定其以所有意思占有之保護，或是占有者宜承擔自己係以行使所有權意思而為占有之舉證責任。再以降低成本、提昇資源使用效率為考量分析此一主觀要件。

第二部分則為時效取得地上權主觀要件之經濟分析。先闡述關於時效取得地上權之主觀要件為何，分別就法律規定、實務判決與各家學說論述之。其次，於經濟分析則以擴張漢德程式至係由占有者抑或是不動產所有權人承擔舉證責任。最後，再以提昇社會效率等觀點分析此一主觀要件。

第一節 時效取得所有權主觀要件之分析

分析不動產時效取得之主觀要件，本文首先說明關於時效取得不動產所有權，占有人必須具備之要件有：1. 占有。(1) 須以所有之意思而占有，即一般學理上所稱之自主占有。(2) 須和平占有。(3) 須公然占有。2. 須經過法定期間。3. 他人未登記之不動產⁶。其中，以所有之意思而占有，即為時效取得不動產所有權之主觀要件。以下說明法律規定、實務判決與學說上所認為時效取得所有權之主觀要件：

壹. 時效取得不動產所有權之主觀要件

一、法律規定

民法第七六九條規定：「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。」又民法第七七〇條規定：「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，得請求登記為所有人。」由上述條文可知，時效取得不動產所有權之主觀要件，乃必須以「所有之意思」而為之占有。

⁶ 謝在全，民法物權論(上)，三民書局，2003年7月修訂2版，頁239~241。此為通說之見解，另請參閱李光夏，民法物權新論，上海書報社，1955年2月，頁46~48；倪江表，民法物權論，正中書局，1956年10月台二版，頁87~91；鄭玉波，民法物權，三民書局，1967年1月增訂4版，頁67~69；王澤鑑，民法物權(一)：通則·所有權，三民書局，2002年9月三刷，頁197~198。

所謂以所有之意思而為之占有，係指占有人必須以所有人之地位自居，行使與所有權人相當之權利，始稱為以所有意思而為之占有。又依據民法第九四三條之規定：「占有人於占有物上，行使之權利，推定其適法有此權利。」與同法第九四四條第一項之規定：「占有人，推定其為以所有之意思，善意、和平及公然占有者。」該項之立法理由為：「查民律草案第一千二百七十六條理由為占有人以所有之意思、善意、和平，且公然占有者為常例，法律之推定取常例而不取變例，故設本條第一項規定，以保護占有人之利益⁷。」

由上述顯示，因占有人以所有意思而為之占有乃屬常例，故而占有人主張其以所有意思而為之占有，即受推定之保護，認定其以所有之意思而為占有，亦即不動產所有權人若對占有人以所有意思占有而有所爭議時，占有人於此受推定之保護，乃由不動產所有權人承擔占有人非以所有之意思占有之舉證責任。

二、實務見解

關於占有以所有意思而受推定之保護，最高法院二六年上字第三七八號判例：「確認土地所有權存在之訴，原告就所有權存在之事實，固有舉證之責任。惟原告如為占有該土地而行使所有權之人，應依民法第九四三條推定其適法有所有權者，依民事訴訟法第二百八十一條之規定，除被告有反證外，原告即無庸舉證。」而最高法院八九年台上字第八五九號判決：「...依民法第九百四十四條第一項規定，占有人，原則上雖推定其為以所有之意思，善意、和平及公然占有，惟以取得他項財產權之意思行使其權利，則不在民法第九百四十四條第一項所定推定之列。...」

占有者雖受推定之保護，但於非以所有意思占有轉換為以所有意思占有者，須依最高法院二六年上字第八七六號判例：「所有權取得時效之第一要件，須為以所有之意思而占有，故占有依其所由發生之事實之性質，無所有之意思者，非有民法第九百四十五條所定，變為以所有之意思而占有之情事，其所有權之取得時效，不能開始進行。」

總而言之，實務上之見解乃遵循法律之規定，占有人依其所由發生之事實，有以所有之意思而為之占有，即受推定之保護，無庸承擔以所有意思而為占有之舉證責任。

⁷ 陳忠五主編，學林分科六法—民法，學林，2004年2月四版再刷，頁C-328。

三、學說見解

(一) 避免占有事實舉證困難

學者李光夏以為所謂以所有之意思占有，即以對物事實上總括支配之意思所為之占有。申言之，即占有人以與所有人事實上相當支配地位之意思所為之占有。是即自主占有。苟有與所有人事實上居於同一支配地位之意思以為占有，即為自主占有，至於占有人是否自信為占有人，並有無因此取得所以之意思，均非所問⁸。所謂占有之推定，即占有狀態之推定，依我民法第九四四條規定：「占有人推定其為以所有之意思，善意，和平及公然占有者。…」蓋占有人固有以非以所有之意思，惡意，強暴，隱密而占有者；但在通常情形，占有人多係以所有之意思，善意，和平及公然而占有。…故法律為避免舉證之困難與煩屑，對於前者，推定占有人係以所有之意思，善意，和平，公然而占有；…。以是，占有人主張其占有係以所有之意思，善意，和平，公然而繼續占有，不負舉證之責⁹。

學者鄭玉波認為所謂「以所有之意思」者，乃以自己意思占有其物，而期與物之所有人居於同一支配地位之謂也，至於是否自信為所有人，及有無因此取得所有權之意思，在所不問，僅其在事實上確有排斥他人而支配該物之意思為已足。至於有無此種意思，法律上為免舉證之困難，輒推定占有人為自主占有（民法第九四四條參照），故主張自主占有者，祇須證明占有之事實，則法律即推定其具有「所有之意思」，不過相對人仍得以反證推翻耳。又依權利之性質，占有人本不具所有之意思占有（如永佃權人、承租人等之占有）則當然不生所有權取得時效問題，自不待言¹⁰。

⁸ 李光夏，民法物權新論，上海書報社，1955年2月，頁46。

⁹ 李光夏，民法物權新論，上海書報社，1955年2月，頁255。

¹⁰ 鄭玉波，民法物權，三民書局，1967年1月增訂4版，頁67～68。

（二） 認許占有受獨立保護以避免舉證困難

學者倪江表以為，所謂以所有之意思而為占有者，乃與所有人對於物有同樣支配意思而為占有之謂也。又稱自主占有。為取得時效要件之占有，既係適應於所有權之事實，則其須有所有之意思可謂當然，否則，若無所有之意思則自不得因之而取得所有權也¹¹。至於占有事實之推定，該學者以依證據法上之原則，凡主張某事實之存在者，有舉證責任。但此原則，不可適用之於占有。蓋占有事實之舉證，殊為不易，且若使占有人，就占有各種事實之存在，亦須一一予以證明，則法律認許占有，得脫離本權，而受獨立保護之實益，必將為之喪失殆盡，此所以各國民法多設種種推定占有事實之規定也。而我民法規定占有人，推定其係以所有意思，善意、和平及公然而為占有。蓋因占有中，係以有此等事實為常態也¹²。

學者李肇偉認為，以所有之意思占有，學說稱為自主占有。所有權之取得時效，既為無權利人占有他人之物藉以取得其所有權，自須以所有之意思占有為必要也。所謂所有之意思，乃將標的物據為己有之意思。亦即占有人對占有物之管領意思，與所有人之管領意思無異。此種意思，祇須有據為己有之意思以足，而占有人是否信其為所有人，或有無自信因占有而取得占有物之所有權，均非所問。故雖為惡意占有，亦即明知非為其所有物而仍據為己有，例如明知為盜贓物不得為自己所有仍受讓而占有時，仍為以所有之意思占有是。反之，若不以所有之意思而占有者，則為他主占有。例如承租人占有租賃物，受寄人占有寄託物等等，則不屬之也¹³。關於占有之推定，乃就占有之實情，而承認占有人對其占有物，有占有之事實及占有之權利也。占有之推定，乃為維持公信力，避免舉證困難而設。因在通常情形，無論何人為其自己利益而主張者，均須負舉證之責，此為證據法之原則。但此原則若適用於占有之防禦性，而必須一一證明，不僅非易，且與承認占有得脫離本權而受獨立保護之意亦不符，自難保障交易之安全，即無以維持社會之秩序¹⁴。

¹¹ 倪江表，民法物權論，正中書局，1956年10月台二版，頁87。

¹² 倪江表，民法物權論，正中書局，1956年10月台二版，頁419。

¹³ 李肇偉，民法物權，三民書局，1962年11月初版，頁97~98。

¹⁴ 李肇偉，民法物權，三民書局，1962年11月初版，頁552~553。

學者王澤鑑以占有狀態各有不同，效力互異，依證據法的一般原則，凡主張某種事實存在者，負舉證責任。惟占有事實的舉證，誠屬不易，若使占有人就占有各種事實的存在，皆須舉證，則法律認許占有得脫離本權，而受獨立保護，以維護社會秩序平和之目的，殆難實現。因此各國立法例多設推定占有事實之規定。我民法第九四四條所規定占有狀態的推定，學說上稱為「占有事實的推定」，以別於民法第九四三條的「權利推定¹⁵」。

從上述各個學者之見解，吾人可以得知所謂以所有意思而為之占有，乃是以自己之意思而占有該物，至於占有人是否自信其為物之所有人，及有無因此取得所有權之意思，並不加以考慮。簡而言之，學者的見解傾向於以所有意思之占有，係指占有人以與所有人事實上相當支配地位之意思所為之占有。學者多認占有事實之推定，由於占有係與本權脫離而受獨立保護，且以行使所有之意思、善意、和平之占有為一般常例，故而基於占有事實舉證不易，採占有事實推定之保護。易言之，於時效取得所有權之下，占有人若主張其以行使所有意思而為之占有，即受推定之保護免於舉證責任，產生爭議時，亦由有所爭議之人（通常即為不動產所有權人）舉證占有人非以行使所有權意思而為占有。

四、小結

由上述法律之相關規定、法院判決實務及學說之見解，吾人可以發現以上關於占有人之主觀意思，只要其占有依其所由發生事實之性質，為以行使所有權之意思表示，占有人即受占有的推定保護，亦即推定其以所有意思占有。參照立法理由，其認為占有人之占有狀態之一一以所有意思而為之占有，得受推定之原因係為占有人以所有意思而占有多屬「常例」，故而法律設此推定以保護占有人之利益。實務見解乃依循法律之規定。學者則大多認為占有事實之舉證不易，再加上法律規定占有得脫離本權而受保護，所以才讓占有者於時效取得所有權時，得享有推定之保護。

但原非以所有意思而占有者，如占有之始所發生之事實，如占有人向不動產所有權人承租該不動產、或是基於使用借貸之關係而為占有，可見其非以所有之意思占有土地，不得主張時效取得所有權之登記請求權。

¹⁵ 王澤鑑，民法物權（二）用益物權·占有，三民書局，2002年10月再刷，頁204~205。

依照證據法則，占有者主張時效取得所有權時，應承擔其係以所有意思而為占有之舉證責任，為何存在舉證困難之情形，即賦予占有者得受推定之保護。探究此一要件更深刻的意涵，應在於「法律認許占有得脫離本權，而受獨立保護」。再者，因舉證占有係以行使所有權意思而為之成本過高，若占有人必須舉證，未免無法實現時效取得，顯現占有人以所有意思為之而受推定之保護具有經濟意涵。綜上所述，占有者主張行使所有權意思而為占有，確應受推定之保護，使其免於舉證之負擔。更進一步之經濟分析如下述：

貳. 時效取得所有權主觀要件之經濟分析

從厭惡失去理論之觀點，讓占有者保有該不動產，是符合經濟效率的。不動產時效取得具有一定之經濟意義，其所產生之效益大於其成本，故不動產時效取得確實是值得存續。故讓占用人可依時效而取得相關權利，當屬妥適。最後，從外部的觀點，吾人以為我國人多地窄，土地資源極其珍貴，為提昇土地效率、促進土地開發以及增加社會的財富，不動產時效取得有其經濟功能。從以上的三個理由，不動產時效取得所有權時，必須讓占有者得以藉由時效而取得所有權。所以，在時效取得所有權之主觀要件時，占有者應儘量受到推定的保護，無庸承擔舉證其係以行使所有權意思而為占有之舉證責任，才得以使其因時效而取得所有權。然而，時效取得所有權主觀要件仍有待更進一步的經濟分析，分析如下：

占有，以得為占有的權利的有無為標準，可分為有權占有與無權占有。所謂得為占有的權利，指基於一定法律上的原因而享有占有的權利，亦稱本權。本權除物權或債權外，尚有因其他法律關係而生的權利。

有本權的占有，稱為有權占有。無本權的占有稱為無權占有¹⁶。至於時效取得，係為「無權占有」抑或為「有權占有」，學說之主張有：認為時效取得為無權占有者，以「實體法說」之見解，採取得時效係基於事實狀態長久維持之尊重角度出發，而賦予無權利人擁有真實權利，進而使真實權利人之實體上權利之權利消滅，重於保護事實上權利之行使，故可稱為實體法說或權利得喪說之時效制度存在理由¹⁷。

¹⁶ 王澤鑑，民法物權（二）：用益物權·占有，三民書局，2002年10月再刷，頁175~176。

¹⁷ 周武榮，時效取得制度之存在理由及其對於時效取得要件及效力之影響，國立政治大學法律研究所碩士論文，1996年6月，頁11。

本文以為由實體法說出發之時效取得制度，所以為時效取得之占有應為「無權占有」；認為時效取得為有權占有者，則以「訴訟法說」之見解，認為時效制度並非為了保護無權利人而為立法，此與法律設立之本質不合，時效制度之存在，不論係消滅時效或取得時效，主要仍係基於真實權利之保護，而以長期一定事實狀態，作為真實權利的證據，避免真實權利人因無法舉證其權源之證據，而受法院不利益之認定，而影響權利之安定¹⁸。本文認為訴訟法說以真實權利之保護為時效制度之核心，故此一主張下之時效取得之占有，應為「有權占有」。

綜觀我國學者所主張之時效取得制度之存在理由，多以「尊重現存秩序，維護社會交易安全」、「簡化法律關係，避免在訴訟上舉證困難」、「在權利上睡眠者，法律不宜長期保護¹⁹」，顯示我國時效取得制度上，似以實體法說為主，參雜訴訟法說之理念²⁰。

我國時效取得制度，學者謝在全認為係以「無權利人」以行使其權利之意思繼續行使該權利，經過一定期間後，遂取得其權利之制度²¹。然於有權占有情形，如甲向乙購買不動產，支付價金之後卻遲未辦理登記，超過請求權得以行使之期限後，甲得否主張時效取得所有權？甲雖因買賣而取得該不動產，惟既未辦理登記，不生物權效力，但其占有具有正當權源，可對抗出賣人乙。吾人以為此案例甲並非對乙為侵權行為，故時效取得之占有亦有非侵權行為者。

總而言之，於時效取得不動產所有權，占有人為無權占有時，對不動產所有權人有可能產生侵權行為；若占有人為有權占有，此時占有行為並非侵權行為。故而，本文將時效取得不動產所有權主觀要件之經濟分析，分為兩個部分來探討，一為占有係為占有者對所有權人產生權利侵害，另一為占有者之占有乃非侵權行為，分析如下：

¹⁸ 周武榮，時效取得制度之存在理由及其對於時效取得要件及效力之影響，國立政治大學法律研究所碩士論文，1996年6月，頁11。

¹⁹ 上述三個理由為大多數學者之見解，例如：施啟揚，民法總則，三民書局，1996年4月增定7版，頁340。王澤鑑，民法物權（一）：通則·所有權，三民書局，2002年9月三刷，頁189。謝在全，民法物權論（上），三民書局，2003年7月修訂2版，頁234～235。

²⁰ 周武榮亦採此一見解。詳見周武榮，時效取得制度之存在理由及其對於時效取得要件及效力之影響，國立政治大學法律研究所碩士論文，1996年6月，頁57～58。

²¹ 謝在全，民法物權論（上），三民書局，2003年7月修訂二版，頁234。

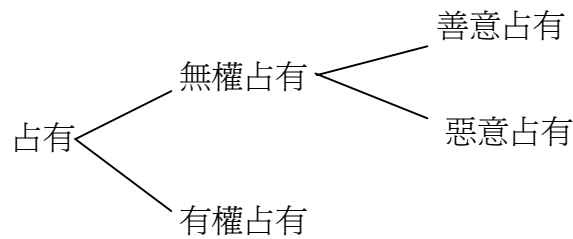


圖 3-1：占有之態樣（以占有權利之有無為標準）

一、占有為侵權行為（無權占有）

所有權的功能係為對物的使用、管理、收益及處分等，所有權既為權利之一種，若他人侵害不動產所有權人之所有權，或多或少會造成整體社會福利之減損。權利侵害²²案件中，其可能導致整體社會福利減損的比例高於利益侵害²³案件，所以權利受害人應獲得賠償的機率高於利益受害人，而此結果乃源自於權利受害人比利益受害人負較低的舉證責任之設計²⁴。吾人以為此因「權利」的重要性高於利益，且權利為法律上所定得享有特定利益的法律實力，因此權利的受害人比起利益受害人自應較受到保護，得以免於較高之舉證責任。

²² 權利是受法律保護，得享有特定利益的法律實力。「法力」是權利的本質而非權利的目的，至於權利的目的則與法律的目的相同，都是為了確保個人及社會的和諧關係，滿足個人的合理利益，以促使社會安定進步。依法力說，權利是為了使特定人能享受合理利益，由法律賦予該特定權利人的一種法律手段（法律實力）。權利人得依其意思行使其權利，最後並得以訴訟方式依賴法律力量實現其權利內容。因此權利有兩項要素：（1）所滿足者為人類合理的利益，也即法律承認的利益，通常稱為法益（法律利益）；（2）未能獲得滿足時，以國家權利強制促其實現，此即法力說所重視的法力（法律實力）。施啟揚，民法總則，三民書局，1996年4月增定7版，頁25～26。當權利受到侵害時，依民法第一八四條第一項前段規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」被害人得請求損害賠償。

²³ 法律上雖設有「利益」的保護規定，但並不當然賦予當事人有請求享受利益的「權利」，例如空氣污染防治法或食品衛生管理法，對於維護國民健康設有許多保護規定，但並不賦予個人有直接請求他人一定行為或不行為的權利。施啟揚，民法總則，三民書局，1996年4月增定7版，頁26；利益一旦受侵害時，須加害行為係出於故意背於善良風俗之方法（第一八四條第一項後段），或違反保護他人之法律（第一八四條第二項）時，被害人始得請求損害賠償。易言之，民法第一八四條第一項前段所保護的，限於權利，不及於一般財產上損害（純粹財產上損害、純粹經濟上損失）等利益。王澤鑑，法律思維與民法實例—請求權基礎理論體系，三民，2002年5月6刷，頁181～182。

²⁴ 簡資修，經濟推理與法律，元照，2004年4月初版，頁109。

於時效取得不動產所有權時，占有者無權占有他人之不動產而為使用，勢必侵害了他人之所有權，造成社會福利之減損。為了回復社會福利、填補不動產所有權人所受之損失，似應保護不動產所有權人，是以不動產所有權人既為權利之受害人，自應負較低之舉證責任²⁵。也就是說，從保障不動產所有權人的觀點，於此顯示不動產所有權人較值得保護，因此占有者應承擔舉證其為以所有意思占有之責任，使其不易因時效而取得他人不動產所有權之登記請求權，對不動產所有權人才具有較高之保障。但是根據寇斯的理念，當 A 對 B 造成傷害時，我們所必須做的決定為：我們應該如何去限制 A 的行為？但是這是個錯誤的想法。我們所處理的問題是帶有交互性質（reciprocal nature）的。若要避免傷害到 B，可能因而對 A 造成傷害²⁶。所以本文以為不動產時效取得所有權時，是否應由占有者承擔舉證責任或是使其得受推定之保護、免於舉證責任，宜從不動產所有權人與占有者之雙方權益，一併予以考量，始能得出最有效率、社會最適之結果。然而，民法第九四四條規定「占有者推定其以所有之意思占有」，免除占有者舉證其係以行使所有權意思而為占有之舉證責任，有否蘊含著經濟意義，此乃值得深入探討之處。

以擴張漢德程式至占有者之舉證責任，作更深入的分析如下：

（一） 漢德程式（Learned Hand Formula）

所謂漢德程式，乃由美國法官漢德於 1947 年之 United States v. Carroll Towing Co. 案件中所提出一個有名原則。其數學式為 $B < PL$ （B 代表「損害防制措施之成本」²⁷，P 為「因之可能減少損害發生的機率」²⁸，L 為「實際損害額度」），則行為人應負損害賠償責任²⁹。

²⁵ 民法第一八四條之立法理由為「查民律草案第九百四十五條及第九百四十七條理由謂無論何人因故意或過失，侵害他人之權利者，均須負賠償之責任，否則正當權利人之利益，必至有名無實。…」陳忠五主編，學林分科六法—民法，學林，2004 年 2 月四版再刷，頁 B-47。分析此一理由，此法律所欲保護者亦即不動產所有權人。

²⁶ R.H. Coase, The Problem of Social Cost, The Journal of Law & Economics, Volume 3, p2 (1960 Oct.)。

²⁷ 此處所提之損害防制成本 B，乃行為人為避免損害發生，必須對他人之受損負責，所採之預防措施所花費之成本。

²⁸ 法官 Learned Hand 所提出之程式中，P 為損害發生的機率（the probability）。由於隱含著邊際成本與邊際效益的概念，因而學者簡資修將 P 修正為「因之可能減少損害發生的機率」。

²⁹ 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947)；Rober Cooter & Thomas Ulen, Law and Economics, Addison-Wesley Educational Publishers, 2nd Edition, pp281~282；簡資修，經濟推理與法律，元照，2004 年 4 月初版，頁 110~111。

天下沒有白吃的午餐。現實世界中的損害既然不可能完全除去，則要提升社會福利，就只有兩害取其輕：損害防制成本 B 大，還是因之可以減少的預期損害 PL 大。若是 B 大，就應讓損害發生，若是 PL 大，就應採取損害防制措施。因此當 $B > PL$ 時，為避免 B 之實現，就應讓 PL 存在，則行為人即不應負損害賠償責任，因為避免預期損害 PL 之移轉，可能給予行為人誘因去採取損害防制措施而生成成本 B 。反之，當 $B < PL$ ，為避免 PL 之發生，應花下 B 成本，此意味預期損害 PL 應移轉由行為人承擔，始能給予其誘因去花 B 成本採取損害防制措施。

從漢德程式亦可看出，當損害防制成本 B 愈大，或因之減少損害的機率 P 愈小，或實際損害額度 L 愈小， $B < PL$ 的機率即愈小。反之，當損害防制成本 B 愈小，或因之減少損害的機率 P 愈大，或實際損害額度 L 愈大， $B < PL$ 的機率即愈大。換言之，當 B 愈小或 PL 愈大，行為人即愈有可能負損害賠償責任；反之，當 B 愈大或 PL 愈小，行為人即愈毋須負損害賠償責任。當行為人愈有可能負損害賠償責任，在訴訟上，法院即愈應判決其敗訴。而法院裁判勝訴或敗訴之依據，即所謂的舉證責任之分配。在訴訟上，受害人與行為人係屬對立的兩造，所以其舉證責任恰與行為人成反比的關係。當行為人愈應負舉證責任，受害人即愈毋須負舉證責任；反之，當行為人愈不須負舉證責任，受害人即愈毋須負舉證責任³⁰。

³⁰ 簡資修，經濟推理與法律，元照，2004年4月初版，頁111~112。

論點整理如下圖：

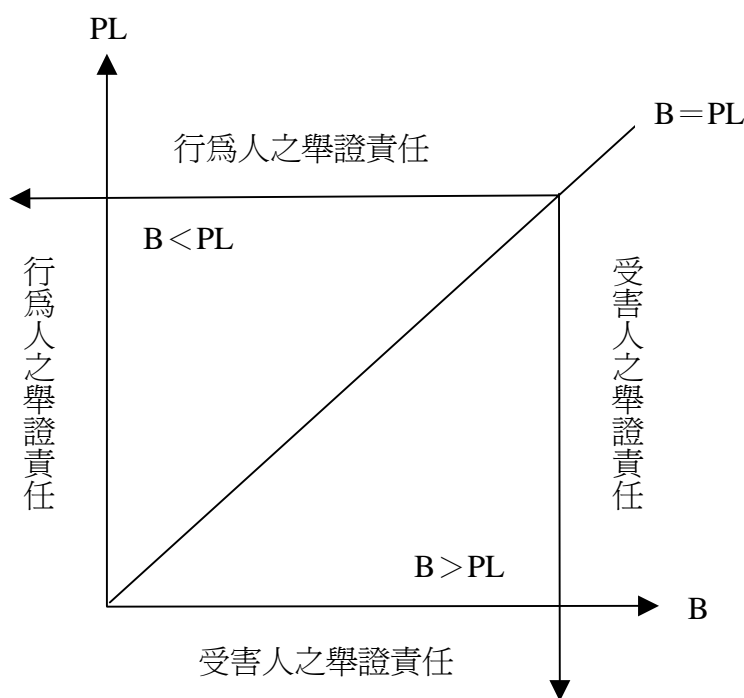


圖 3-2：賠償責任與舉證責任³¹

(二) 經濟分析

舉證責任，乃規定訴訟程序進行中，一定事實真偽不明，或經認定為偽時，其不利益之結果，應由何造當事人負擔者，英美法稱之為「證明之負擔 (Burden of producing evidence)」，包括了舉證之負擔和說服之負擔。其中，舉證責任之負擔，乃當事人於訴訟上有所主張時，必須提出相關證據，以支持其主張之負擔。負擔一詞，含有危險 (risk) 之義，因為在訴訟上具有負擔者，若終無法解除其負擔，即有受敗訴判決之危險也³²。既舉證責任係為「成本之支出」，由某人承擔舉證責任，事實上就由某人承擔此一成本支出。以時效取得所有權而言，若由占有人承擔舉證其係以行使所有權而為占有之責任，即由其承擔此一舉證成本。於此，占有之舉證成本甚高的情形下，亦會減低時效取得之效益。有違寇斯定理中之「法律制度的設計目的之一，應儘量減少交易成本」。

³¹ 資料來源：簡資修，經濟推理與法律，元照，2004年4月初版，頁112。

³² 請參閱連銀山，民事舉證責任之研究，法學叢刊第15卷3期（第59期），1970年7月，頁57。

基於「舉證之所在，敗訴之所在」，意謂著若由占有者負擔舉證其占有係以行使所有意思而為之，如不動產所有權人對此有所爭議，容易使得占有者於此主觀要件上，無法取得法院之信賴，即法院有極大可能判定占有者不符此一主觀要件，因而無法取得該不動產所有權之登記請求權³³。反之亦然。

於侵權行為舉證責任的分配當中，若是由行為人承擔事實之舉證責任，假設行為人必須證明其行為乃無過失，由於舉證責任的負擔（意味著舉證之所在，敗訴之所在），通常的情況乃行為人之舉證不易通過法院之檢驗，導致行為人往往敗訴，而必須負起損害賠償之責任。於此，受害人乃得「損害之賠償」。顯示行為人與受害人對立之兩造，若由其中一方承擔「舉證責任」，則所欲保護之對象，則為另外一方。故而，舉證責任之負擔，乃與「保護對象」呈現對立之關係。又時效取得的主觀要件舉證責任，假設由占有者（行為人）負起主觀要件之舉證責任，由於內心意思舉證不易、蒐證困難，使得占有者不易通過法院之檢驗，進而使其時效取得主觀要件不備。在這樣的情況下，「不動產所有權者」繼續保有其不動產權利，此時之「保護對象」為不動產所有權者。所以，吾人以為於時效取得主觀要件之「舉證責任」，若由占有者負擔，則「保護對象」則為另外一方，也就是不動產所有權者。此與侵權行為舉證責任之分配，就經濟意義而言，有異曲同工之妙。

在時效取得所有權中，以上述漢德程式為分析，占有者為「行為人」，不動產所有權人為「受害人」，B為「占有者所採取損害防制措施之成本」，P為「因之可能減少損害發生的機率」，L為「不動產所有權人之實際損害額度」。此一法則運用所欲保護者為占有者或為不動產所有權者，可能會有不同之結果：

1. 保護不動產所有者（受害人）： $B < PL$ 。

於此一情形，由於不動產所有權者（受害人）之損害額L或因占有者（行為人）採取防制措施因而使損害發生降低的機率P相當高，在經濟的考量下，行為人也就是占有者應負損害賠償責任。故而，此時所應保護者乃為「不動產所有權者」。

³³ 雖說現行民法規定占有者，推定其為以所有之意思而占有，所以占有者於時效取得不動產所有權時，並不須舉證其為以所有意思而為之，享有推定之保護。因而，於相關訴訟上，本文無法提出法院如何檢驗此一要件。但是，以行使所有權意思而為之占有，此為一內心意思表示蓋無疑問，若法律規定由占有人承擔此一舉證責任，將有可能如同時效取得地上權案例之占有者，在內心意思難以舉證的情況下，無法通過法院之審查，而致使無法時效取得不動產所有權。

從保護不動產所有權者之觀點，進一步推導至占有者(行為人)之以所有意思而為占有之舉證，即應讓占有者(行為人)負起其係以行使所有權意思而為占有之舉證責任，由於占有者(行為人)之舉證往往不易通過法院嚴格審查，以使不動產所有權人(受害人)能較易獲取保障之機會³⁴。

2. 所欲保護者為占有者(行為人): B > PL。

因為占有者(行為人)之損害防制措施成本高，而因占有者(行為人)採取防制措施因而使損害發生降低的機率 P 小，或是不動產所有權人(受害人)之損害額 L 小，理應占有者(行為人)無庸承擔損害賠償責任。從此一結果，吾人以為此時所欲保護者應為「占有者」。

基於保護占有者之理念，更進一步延伸至占有者是否須舉證自己係以行使所有權意思而為之占有，於此為了使占有者受到保護，能夠因時效而取得所有權，占有者以所有意思而為占有宜受推定之保護，無庸舉證。

從上述兩種情形看來，都是有可能發生的，然而現行民法所規定以所有權意思而為占有者受法律推定之保護，占有者無庸舉證自己內心狀態係以所有意思而為之，顯示法律所保護者為「占有者」，而非不動產所有權人。此有何經濟意義？

³⁴於時效取得所有權時，由於民法第九四四條規定占有者得受推定之保護，免其舉證自己係以所有意思而為之占有，僅須提出占有之事實即可。而法院審查證據時，多以占有者之占有事實(如：占有者以開墾者之姿態，加以開墾利用，並以之收益)與證人所為之證述，並不為占有者是否係以所有意思而為占有之內心狀態審查。而於變為以所有意思而為占有者，根據二十六年上字第八七六號判例：「所有權取得時效之第一要件，須為以所有之意思而占有，故占有依其所由發生之事實之性質，無所有之意思者，非有民法第九百四十五條所定，變為以所有之意思而占有之情事，其所有權之取得時效，不能開始進行。」顯示占有者與不動產所有權人若對占有者變更以所有意思而占有此點有所爭議時，則由占有者舉證自己係已變為以所有意思而為占有，基於此為一種內心狀態難以舉證，加上「舉證之所在，敗訴之所在」，占有者並不易通過法院之審查。學者倪江表認為依權原性質，其占有為無所有之意思者，則自不得因時效而取得所有權也。例如地上權人、永佃權人、典權人、質權人、承租人、借用人等之占有，則僅係以某種特定管領之意思所為之占有，自不能因其占有以取得所有權，此等占有之占有，欲變為有所有意思之占有，則非於使其占有之人，表示其所有之意思或因其他新事實，變為所有之意思不可。倪江表，民法物權論，正中書局，1956年10月台二版，頁87~88。吾人以為此一見解或許兼顧不動產所有權人之權益，但在某程度上也降低時效取得所有權的可能性。學者姚瑞光表示以所有之意思而占有，係占有者內心的情事，通常無須向他人表示。為依占有之性質，原無所有之意思者，不在此限(九四五)。又因此項內心的情事，難於舉證，故第九四四條第一項設有推定其為以所有之意思而占有之規定。姚瑞光，民法物權論，大中國圖書，1995年10月版，頁61。加上學者謝在全採是否以所有之意思占有，乃占有者內心之狀態，除係第九四五條占有之轉變外，通常無須向他人表示，故常難於舉證，民法乃於第九四四條第一項設有推定其為以所有之意思而占有之規定。是以主張自主占有者，只須證明占有之事實，而不必證明以所有之意思占有。謝在全，民法物權論(上)，三民書局，2003年7月修訂2版，頁236。

吾人以其意涵為占有人以所有之意思占有者為常例，法律自應予以保護之理由為占有事實的舉證本屬不易，為了達成「最大效益、最低成本」的社會目標，若占有事實之舉證成本過高，當應使占有者得受推定之保護，以免占有者為維持其占有而花費過多成本於以所有意思占有之舉證上。且從實現不動產時效取得之理念，主張時效取得所有權之占有者最好能夠無庸舉證自己係以行使所有權意思而為占有。

再者，將占有人係以惡意占有或善意占有，分析由占有人或不動產所有權人承擔舉證責任為有效率：

1. 占有人（行為人）為惡意占有

占有人既為惡意占有，其必然不採行任何損害防制措施成本 B ，故因占有者不採取任何損害預防措施，使得因之可能減少損害發生的機率 P 可能很小。

至於實際損害額度 L ，在時效取得不動產所有權之情形，由於不動產所有權人放任其不動產由他人占有多年，即表示不動產所有權人並非最珍視該不動產之人，顯示占有者之占有對不動產所有權人之損害額度不高。

綜上所述，占有人（行為人）為惡意占有之情形，因占有者（行為人）之損害防制成本極小，故而較有可能發生第一種結果： $B < PL$ ，表示占有者（行為人）較不值得保護。更進步言之，由於占有者較不值得保護，於主觀要件之舉證，應讓占有者（行為人）負起其以行使所有權意思而為占有之舉證責任。

2. 占有人（行為人）為善意占有

於善意占有之情形，占有者占有他人之不動產，造成了對他人不動產所有權之侵害。故占有者若欲避免占有他人之不動產而侵害他人所有權，其採取之防制措施有：(1)調查其所欲占有之不動產是否為他人所有，若該不動產為他人所有，即應以租賃或其他方式取得有權占有。(2)若透過調查，占有者所占有者為他人不動產，此時即應放棄占有，歸還該不動產予原所有權人。就時效取得而言，占有者若於時效尚未完成之前即放棄占有，乃無法主張時效取得他人不動產之登記請求權。

在占有人（行為人）採取上述防制措施後，因之可能減少損害發生的機率 P 可能比惡意占有時大得多。

而實際損害額度 L，在時效取得不動產所有權之情形，由於不動產所有權人放任其不動產由他人占有多年，即表示不動產所有權人並非最珍視該不動產之人，顯示占有人之占有對不動產所有權人之損害額度不高。因而，於善意占有時，在 B 愈高，P 愈大，L 小的情況下， $B > PL$ 的可能性極高³⁵，所以在善意占有時，應保護善意占有者。延伸至主觀要件之舉證責任時，由於善意占有者值得受到保護，所以基於保護善意占有者之想法，使其毋須承擔此主觀要件之舉證責任，是最適宜的作法。

綜合上述所述，以漢德程式推導在損害防制成本 B 愈大，或因之減少損害的機率 P 愈小，或實際損害額度 L 愈小， $B < PL$ 的機率即愈小，亦表示受害人愈無庸保護。推導至主觀要件之舉證責任，得出若以惡意占有者，其應負擔舉證自己係為以行使所有權意思而為占有；相反地，善意占有者則不必承擔此一舉證責任。

然而，我國民法第九四四條之規定占有者得受推定之保護，並不分惡意占有或善意占有，若占有者主張其以行使所有權意思而為占有，一律給予推定之保護，其道理在於占有人以所有之意思占有者為常例，法律自應予以保護之理由為占有事實的舉證本屬不易，此乃有其經濟意涵，所謂效率之意涵包括「最大效益、最低成本」，若占有事實之舉證成本過高，當應使占有者得受推定之保護，以免占有者為維持其占有而花費過多成本於以所有意思占有之舉證上。

對於占有人而言，其舉證成本為證明其以所有意思而為占有。假設占有人無法受推定之保護（即其以所有權之意思而為之占有），於此種情形，因以所有權之意思乃為一種內心狀態，占有人不易向他人為此以行使所有權之意思表示。又因為發生之事實往往年代久遠（至少 10 年），而且相關的人證、物證可能不容易搜尋得到，故而，占有人證明其以行使所有權意思而為之占有的舉證成本相當高，而且法院對於證據之審查相當嚴格，使得占有人不易取得法院之信任³⁶。

且為實現不動產時效取得之目的，若由占有人負起舉證自己係為以所有意思而為之占有，此一舉證乃為內心主觀意思，舉證不易，反而使得占有人不易具備此主觀要件，更遑論時效取得不動產所有權。

³⁵ 因為對不動產所有權人造成之損害小。

³⁶ 同註 34。

再者，基於促進資源有效利用，雖說不動產低度利用並非就是沒有效率，但是所有權負有社會義務概念底下，實不應存在長期間置其不動產、疏於管理之不動產所有權人，所以使占有者不必負擔舉證以行使所有權而占有之舉證責任（對占有者而言，此一舉證責任為其成本支出），係為有效率。若不動產時效取得可以促進土地的周轉效率，對於人多地窄、土地資源極其珍貴的我國，未嘗不是一件好事。

最後就整體社會而言，占有狀態推定乃為維護社會既定秩序，縱然占有者為無權占有，亦應使其得受推定之保護，以免長期既存之社會秩序遭受破壞，反而造成社會福利之損失。

二、占有非侵權行為（有權占有）

於占有非侵權行為時，法律規定主張以所有權意思而為占有者，可受推定保護，免除占有者舉證自己確以行使所有權意思占有之責任，若不動產所有權者對此有所爭議，則由不動產所有權者承擔占有者非以行使所有權意思而為占有之舉證責任，展現強制性地移轉舉證責任至不動產所有權人身上。以下分析此一舉證責任之強制移轉符合效率與否：

關於占有者受推定之保護，若不動產所有權人對此有所爭議，乃由「不動產所有權人」負起舉證占有者非以所有意思占有之責，吾人以為此即為「舉證責任之轉置」，法律於此賦予占有者，得受以行使所有權意思占有之推定保護之經濟上權利。

關於權利的調整或界定，寇斯提出透過市場交易將法定權利重新調整時，只要可以導致產值提高，此種交易必定會發生。一旦考慮市場交易的成本，則很明顯地只有在權利重新調整之後，產值增加的幅度超過調整權利所必須花費的成本，這個交易才有可能發生。

因此，法律一開始對於權利範圍的界定，確實會對經濟制度運作的效率，產生影響。在某種權利界定下所能創造出來的產值，可能較其他情況要來得大。但除非法律在一開始就將權利設定符合此狀況，否則就算可以透過市場交易將權利重新調整，以獲致相同結果，在交易成本太高，以致於使產值提高的交易，可能永遠無法實現³⁷。此時有兩種可行的合法補救方式：一為使議價更為順利（規範性寇斯定理 normative Coase theorem）；另外一種則是將權利分配給視此權利價值最高的一方（規範性霍布斯定理 normative Hobbes theorem）³⁸。

吾人以為占有之推定屬於強制性的移轉責任，可認為占有者所獲得的是一種經濟上的權利，使其免於舉證其係以行使所有權意思占有責任之負擔。於時效取得不動產所有權之上述案例，以規範性之霍布斯定理分析之，占有者甲既以利用該不動產長達一定期間，與該不動產建立一定程度之聯結，若其喪失該不動產，定會大幅造成其效用之減損。為了提昇社會福利，不妨將權利分配予視此不動產所有權價值最高的一方（意即占有者），使其受以所有權意思而占有推定之保護。

第二節 時效取得地上權主觀要件之分析

首先，本文先說明時效取得地上權之主觀要件。依民法第七七二條規定：「前四條之規定，於所有權以外財產權之取得，準用之」，故所有權以外之其他財產權，亦可依取得時效取得之。惟其時效取得應係準用第七六八條、第七六九條、第七七〇條之規定，故必須具備下列要件：（一）權利之行使：（1）須以取得該財產權之意思行使之。（2）須為公然、和平、繼續之行使。（二）法定期間之經過。（三）須以他人之物或財產權為客體³⁹。依上述見解，就時效取得地上權之要件，為（一）以行使地上權意思且為公然、和平、繼續之占有。（二）須經過法定期間。（三）須以他人之土地為客體。其中，以行使地上權之意思而為占有，係為時效取得地上權之主觀要件。

本節主要內容為時效取得地上權要件，法律規定、實務見解以及學說見解之闡述，再者，擴張漢德程式至舉證責任，理解係應保護所有權人或占有者，然後再推導至係由占有者抑或是所有權者承擔占有者是否以行使地上權意思而為占有之舉證責任。

³⁷ R.H. Coase, The Problem of Social Cost, The Journal of Law & Economics, Volume 3, p15~16 (1960 Oct.)。

³⁸ 溫麗琪譯, Rober Cooter & Thomas Ulen, 法律經濟學, 華泰文化, 2003年6月初版, 頁168。

³⁹ 謝在全, 民法物權論(上), 三民書局, 2003年7月修訂2版, 頁265。

壹. 時效取得地上權之主觀要件

一、法律規定

時效取得地上權之主觀要件，依據民法第七七二條之規定：「前四條之規定，於所有權以外財產權之取得，準用之。」該條之立法理由為：「謹按占有人取得所有權以外之財產權，如地役權抵押權之類，與和平繼續占有而取得之所有權無異。則其取得之時效或中斷，亦應與取得所有權之時效或中斷相同，故準用前四條之規定。此本條所由設也。」

所以，時效取得地上權準用民法時效取得所有權之相關規定，必須以行使地上權意思而為之占有。但是因為民法第九四四條第一項之規定，占有人僅以所有之意思所行使之占有，始受推定之保護。因此，占有人若是以行使地上權之意思而為之占有，占有人必須負擔舉證自己係為行使地上權意思之責任，與時效取得不動產所有權時，占有人只要依其所由發生之事實，係屬以所有權之意思而為占有，即受推定之保護，乃由不動產所有權人承擔占有人非以行使所有權為占有之舉證責任，兩者之間由占有者或是土地所有權人承擔舉證責任有所差異。

二、實務見解

最高法院六四年台上字第二五五二號判例：「地上權為一種物權，主張取得時效之第一要件須為以行使地上權之意思而占有，若依其所由發生之事實之性質，無行使地上權之意思者，非有變為以行使地上權之意思而占有之情事，其取得時效，不能開始進行。上訴人占有系爭土地之始，即係基於承租人之意思而非基於行使地上權之意思，嗣後亦非有民法第九百四十五條所定變為以地上權之意思而占有，自不能本於民法第七百七十二條準用同法第七百六十九條之規定，請求登記為地上權人。」此一判例有兩個重點，第一個重點是主張時效取得地上權者，必須是以「行使地上權意思」而為占有；第二個重點是認為占有人依其占有發生事實的性質，如果沒有行使地上權之意思者，則占有人必須變為以行使地上權之意思而占有之情事。否則，占有之取得時效，不能開始進行。

關於係由占有人或所有權人負擔占有者是否以行使地上權意思而為占有之舉證責任，最高法院八四年台上字第七四八號判決採：「占有土地建築房屋，有以無權占有之意思，有以所有之意思，有以租賃或借貸之意思為之，非必皆以行使地上權之意思而占有，故主張以行使地上權之意思而占有者，應負舉證責任⁴⁰。」又最高法院八九年台上字第八五九號判決：「依民法第九百四十四條第一項規定，占有人，原則上雖推定其為以所有之意思，善意、和平及公然占有，惟以取得他項財產權之意思行使其權利，則不在民法第九百四十四條第一項所定推定之列。又民法第九百四十三條規定「占有人於占有物上，行使之權利，推定其適法有此權利」，乃基於占有之本權表彰機能而生，並非具有使占有人取得權利之作用。該規定之旨趣在於免除占有人關於本權或占有取得原因之舉證責任，並非使占有人因而取得本權或其他權利，且係指占有人就其所行使之權利，推定為適法，惟究係行使何權利而占有，則非法律所推定。」

從上述之最高法院判例與判決，吾人可以得出依民法第九百四十四條第一項之規定，占有人，原則上受推定其為以所有意思占有之保護，至於以取得地上權之意思行使其權利，則不在民法第九百四十四條第一項所定推定之列。簡而言之，占有人若主張其以行使地上權而為之占有，不受民法相關推定之保護，乃由占有人承擔其以行使地上權意思為占有之舉證責任，與前述占有人以行使所有權意思為占有即受推定，實屬有異。

三、學說見解

(一) 肯定說—占有人須舉證其以行使地上權意思而為占有

學者王澤鑑認為，依時效取得地上權，須其有行使地上權之意思。民法第九百四十三條規定：「占有人於占有物上行使之權利，推定其適法有此權利」，對時效取得地上權，亦應適用之。須注意的是，依最高法院六四年台上字第二五五二號判例，占有人對行使地上權之意思應負舉證責任，致占有人不易時效取得地上權⁴¹。

⁴⁰ 最高法院九十年台上字第一四三四號判決亦採此見解。

⁴¹ 王澤鑑，民法物權（一）：通則·所有權，三民書局，2002年9月三刷，頁203。

學者謝在全認為按地上權取得時效依第七七二條準用第七六九條、第七七〇條規定之結果須為：以行使地上權之意思，二十年間（十年間）和平繼續公然在他人土地上有建築物或其他工作物或竹木，（而其占有之始為善意並無過失）者，得請求登記為地上權人（六十台上四一九五參照）。關於行使地上權之意思固應由占有人負證明之責，但此非僅依占有人之內心意思定之，而係依占有所有由發生之事實之客觀性質，亦即占有人對占有土地所為事實支配之外形客觀狀態決之。於地上權設定或讓與後，已占有標的物，且依其內容為用益，然該設定或讓與有無效之情形者，則占有標的土地之占有人，依其占有所有由發生事實之性質，自可認其具有行使地上權之意思⁴²。

（二） 否定說—占有人毋須承擔舉證責任，得受以行使地上權意思而為占有之保護

占有人因為不符合時效取得所有權的規定，所以主張時效取得地上權，因而時效取得地上權時，是否應主張以行使地上權的意思而占有，誠值得探討，最高法院六十四年台上二五五二號判例採肯定見解，但學者謝哲勝認為此一見解有待商榷。該學者之主張理由為時效制度所重視的是維護社會現狀、減少糾紛解決的成本、並懲罰權利人不行使其權利，因此，占有人是否以有權占有的意思占有，才是決定占有人是否時效取得某種權利的重點，以所有的意思而占有既為法律所推定，所有權的權能涵蓋任何其他權利的權能，以所有的意思而占有所有可行使的權能包括以任何其他意思而占有所有可行使的權能，以所有的意思而占有，應符合做為取得任何其他權利的主觀要件，因此，主張時效取得地上權，應無須以行使地上權的意思而占有為要件。即使主張須以行使地上權的意思而占有為要件，也應認為既然以所有的意思而占有既為法律所推定，以行使地上權的意思而占有，只要占有人如此主張，也應為法律所推定，占有人無須就其以行使地上權的意思而占有負舉證責任⁴³。

學者黃志偉認為，依時效取得地上權者，須其主觀上有以行使地上權之意思，在客觀上有在他人土地上建築房屋、其他工作物或竹木而使用他人土地。關於此點，主張時效取得之人，應負舉證責任。時效取得所有權民法第九四四條明文予以推定，占有人只要能證明占有之事實，而土地所有權人無法提出相反之證明，或舉出之證明無可採即可推定占有人之占有事實，民事訴訟法第二八一條：「法律上推定之事實無反證者，無庸舉證」，故占有人只須證明其占有之事實，係自主、和平、繼續、善意而公然占有，除利害關係人提出反證外，占有人均無須舉證。

⁴² 謝在全，民法物權論（上），三民書局，2003年7月修訂2版，頁270～271。

⁴³ 謝哲勝，時效取得地上權，蘇永欽主編，民法物權實例問題分析，五南，2001年初版，頁59。

準此以觀，土地所有權人如果土地被他人占有，達一定期間以後，如對主張占有時效完成取得土地地上權人，無法提出有力之反證時，比照時效取得所有權，地上權申請人之主張即得成立。若占有人尚須對占有，係以行使地上權之意思負舉證責任，則民法第十章占有之規定形同虛設，時效取得所有權以外之財產權之準用法律規定更形同具文⁴⁴。

學者劉榮村以占有之占有必須以行使地上權之意思而占有，乃為具備地上權登記請求權之主要條件之一，故此項事實應由占有人負舉證之責任，已成定論。不過，所謂以地上權之意思乃占有人主觀上之事實狀態，舉證本屬不易，且因時移勢遷相關人證已多不在，搜證更屬困難。況占有之初，占有人不可能將自己以地上權占有之意思對外公告或宣示。尤不可能對土地所有權人預先告知，故除提出些旁枝末節作為證明或臨訟勾串不實之證據外，甚難就該項占有之意思作明確之舉證，但此舉甚難突破法官嚴格之審查，故占有人欲得勝訴之機會，可謂微乎其微⁴⁵。

分析各個學者之見解，大多認為主張時效取得地上權者，主觀上必須是以行使地上權意思而為之占有。至於由占有者抑或是不動產所有權人舉證占有者是否以行使地上權意思而為之占有，按照現行實務解釋，占有人必須承擔其以行使地上權意思而為占有的舉證責任，有學者對此提出批評，認為占有者必須舉證自己確有以行使地上權意思，基於主觀意思舉證不易，占有者往往難以舉證，造成占有者不易因時效而取得地上權。

四、小結

從法律規定、實務判決與學說見解，吾人可以得知在時效取得地上權時，依照民法第七七二條準用同法之相關規定，占有人必須是以行使地上權意思所為之占有，始能主張時效取得地上權。而此一以行使地上權意思而為占有之舉證責任，由於法律並無明確規定占有人得受推定之保護，所以此一舉證責任係由占有人所負擔，而非土地所有權人承擔此一舉證責任。然此一見解，卻多有學者以為占有人往往因為此一主觀要件之要求，而無法因之而時效取得地上權，可見此一要件的確有以經濟分析再一步加以檢驗之必要性。

⁴⁴ 黃志偉，不動產時效取得之探討—兼論民法物權編修正草案，月旦法學第 70 期，2001 年 3 月，頁 104。

⁴⁵ 劉榮村，時效取得地上權實務上幾則有待突破之議題，全國律師，2002 年 9 月，頁 76~77。

貳. 時效取得地上權主觀要件之經濟分析

從厭惡失去理論之觀點，讓占有者保有該不動產，是符合經濟效率的。再者，由不動產時效取得立法目的之經濟分析，吾人可以得出不動產時效取得，所產生之效益大於其成本；最後，從外部的觀點，我國人多地窄，如何增加土地使用效率為一值得研究之課題，為增加土地周轉效率、促進土地開發，進而加速社會財富之累積，不動產時效取得有其經濟上的功能。

綜合上述三大理由，不動產時效取得地上權時，必須讓占有者得以藉由時效而取得地上權。故而，在時效取得地上權之主觀要件，占有者理應受到推定的保護，無庸承擔舉證其係以行使地上權意思而為占有之舉證責任，才能夠使其因時效而取得地上權。又舉證責任之承擔，乃為一種成本支出。若由占有者承擔此一舉證責任，負擔此一成本支出，於其成本支出過高的情形下，反而減低時效取得之效益，有違寇斯所主張之「法律制度的設計，應儘量減少交易成本」理念。但是，以上的觀點還必須進行更深入的經濟分析，分析如下：

時效取得，係為「無權占有」抑或為「有權占有」，學說之主張有兩派說法，一以取得時效係基於事實狀態長久維持之尊重角度出發，而賦予無權利人擁有真實權利，由實體法說觀點，吾人以為此說之時效取得之占有應為「無權占有」；另外一說為「訴訟法說」，此說認為以時效制度並非為了保護無權利人而為立法，主要仍係基於真實權利之保護，而以長期一定事實狀態，作為真實權利的證據。本文採訴訟法說以真實權利之保護為時效制度之核心，故此一主張下之時效取得之占有，應為「有權占有」。

探究我國學者所主張之時效取得制度之存在理由，多以「尊重現存秩序，維護社會交易安全」、「簡化法律關係，避免在訴訟上舉證困難」、「在權利上睡眠者，法律不宜長期保護⁴⁶」，顯示我國時效取得制度上，似以實體法說為主，參雜訴訟法說之理念⁴⁷。

⁴⁶ 上述三個理由為大多數學者之見解，例如：施啓揚，民法總則，三民書局，1996年4月增定7版，頁340。王澤鑑，民法物權（一）：通則·所有權，三民書局，2002年9月三刷，頁189。謝在全，民法物權論（上），三民書局，2003年7月修訂2版，頁234～235。

⁴⁷ 周武榮亦採此一見解。詳見周武榮，時效取得制度之存在理由及其對於時效取得要件及效力之影響，國立政治大學法律研究所碩士論文，1996年6月，頁57～58。

綜合實體法說與訴訟法說之見解，時效取得地上權，按照得為占有權利的法源有無為標準，當主張時效取得地上權之占有人為無權占有時，對不動產所有權人有可能產生侵權行為；若占有人為有權占有，此時占有行為並非侵權行為⁴⁸。而為了能夠更清楚地瞭解以行使地上權而占有之舉證責任，本論文將時效取得地上權占有之經濟分析，分成有權占有與無權占有，如下述：

一、占有為侵權行為（無權占有）

所有權的功能，具有使用、收益、管理及處分等功能，占有者占有他人土地而為地上權之行使，當然可能造成所有權人權利之損失以及社會福利之減損，是以站在保護不動產所有權人的立場，的確使占有者承擔自己係以行使地上權意思而為占有。根據寇斯的觀念，問題的產生是具有交互性質的，若限制某一方的行為，亦有可能去傷害到另外一方。又學說見解認為主張時效取得地上權之占有者，由其舉證其以行使地上權而為之，基於主觀意思舉證不易、兼顧實現不動產時效取得制度，宜使占有者受有推定之保護。

惟本論文以為上述學者所持之見解，並不足以完全釐清為何主張時效取得地上權者，其應受推定保護之理由。故試從經濟分析，或可推敲出占有者受有推定保護之理由。擴張漢德程式至時效取得地上權占有者之舉證責任，經濟分析如下所述：

漢德程式之數學式為 $B < PL$ （ B 代表「損害防制措施之成本」， P 為「因之可能減少損害發生的機率」， L 為「實際損害額度」），則行為人應負損害賠償責任⁴⁹。

從漢德程式亦可看出，當損害防制成本 B 愈大，或因之減少損害的機率 P 愈小，或實際損害額度 L 愈小， $B < PL$ 的機率即愈小。反之，當損害防制成本 B 愈小，或因之減少損害的機率 P 愈大，或實際損害額度 L 愈大， $B < PL$ 的機率即愈大。換言之，當 B 愈小或 PL 愈大，行為人即愈有可能負損害賠償責任；反之，當 B 愈大或 PL 愈小，行為人即愈毋須負損害賠償責任。當行為人愈有可能負損害賠償責任，在訴訟上，法院即愈應判決其敗訴。而法院裁判勝訴或敗訴之依據，即所謂的舉證責任之分配。在訴訟上，受害人與行為人係屬對立的兩造，所以其舉證責任恰與行為人成反比的關係。當行為人愈應負舉證責任，受害人即愈毋須負舉證責任；反之，當行為人愈不

⁴⁸ 吾人以為若甲與乙合意，由甲在乙之土地上設定地上權，卻遲未辦理登記，逾請求權得以行使之期限，甲可否因時效而取得地上權？此一案例占有者甲對乙並不是侵權行為，時效取得地上權之占有亦有可能為非侵權行為。

⁴⁹ Rober Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics*, Addison-Wesley Educational Publishers, 2nd Edition, pp281~282；簡資修，*經濟推理與法律*，元照，2004年4月初版，頁110~111。

須負舉證責任，受害人即愈毋須負舉證責任⁵⁰。

就不動產時效取得之法律制度設計，不論是時效取得所有權抑或是地上權，其所產生之經濟效果是一致的，因此，吾人以為時效取得所有權以及地上權之主觀要件，沒有區隔的必要。

將漢德程式延伸至時效取得地上權之侵權案例，主張時效取得地上權之占有者為「行為人」，不動產所有權人為「受害人」；B為「損害防制措施之成本」，P「因之可能減少損害發生的機率」，L係「實際損害額度」。當 $B > PL$ 時，表示損害防制成本過高，因而讓損害發生是最適的結果。於此，主張時效取得地上權之占有者（行為人）不須承擔損害賠償責任，意謂著占有者受保護具有妥當性，所以在保護占有者的前提下，使其免於舉證其以行使地上權意思而為占有之責任。反之亦然。當 $B < PL$ 時，顯示損害防制成本低，故應付出損害防制成本藉以減少損害發生，始為有效率。此時，所應保護者非占有者（行為人），而是不動產所有權人（受害人）。在保護「不動產所有權人（受害人）」的前提下，讓占有者承擔時效取得主觀要件之舉證責任，係屬合理。其深入之經濟分析，如下：

1. 保護不動產所有權者（受害人）： $B < PL$

因不動產所有權人（即受害人）之損害額度L相當高，或者是占有者採取防制措施，使得因之可能減少損害發生的機率P相當高，故而考慮經濟效率之時，行為人也就是主張時效取得地上權之占有者，應負損害賠償責任。於此，吾人以為此所須受保護者為「不動產所有權者（受害人）」。

在保護不動產所有權人的情況下，由占有者承擔此一主觀要件之舉證責任。復因占有者之舉證往往不易通過法院嚴格審查，以使不動產所有權人（受害人）能較易獲取保障之機會⁵¹。

⁵⁰ 簡資修，經濟推理與法律，元照，2004年4月初版，頁111～112。

⁵¹ 時效取得地上權時，除學者王澤鑑、黃志偉、劉榮村，認為占有人對行使地上權之意思應負舉證責任，致占有人不易時效取得地上權（王澤鑑，民法物權（一）：通則·所有權，三民書局，2002年9月三刷，頁203；黃志偉，不動產時效取得之探討—兼論民法物權編修正草案，月旦法學第70期，2001年3月，頁104；劉榮村，時效取得地上權實務上幾則有待突破之議題，全國律師，2002年9月，頁76～77。）；此外，參照法院相關判決，如：八十八年台上字第二九四三號判決、八十九年台上字第九八二號判決、九十年台上字第一三九三號判決、九十年台上字第一四三四號判決，皆採「以時效取得地上權者，須以行使地上權之意思而占有為其第一要件，若非以行使地上權之意思而占有，其取得時效，不能開始進行。又占有之原因，或以無權占有之意思，或以所有權之意思或以租賃或借用之意思為之，不一而足，非必皆以行使地上權之意思而占有，自不得徒以占有人客觀上占有土地之事實，遽認其係以行使地上權之意思而占有。」在在顯示占有者不僅須具備占有之客觀事實，還必須證明自己係以行使地上權之主觀意思而為占有，由於主觀意思之證明困難，使占有人往往不易因時效而取得地上權。

2. 保護占有者（行為人）： $B > PL$

當占有者之損害防制措施成本 B 過高，意指因占有者採取防制措施因而可能減少損害發生的機率 P 極低、或者是不動產所有權人（受害人）因損害所造成之損害額 L 小，在考量效率的目標後，行為人亦即占有者毋須對不動產所有權人之損害負責。更進一步地說明，於此所應保護之對象為「主張時效取得地上權之占有者（行為人）」，故而主張時效取得地上權之占有者不須承擔舉證其係以行使地上權意思而為之責任。

依據民法第七七二條準用第七六九條、第七七〇條之規定，以行使地上權意思之占有者，始能請求因時效而登記為地上權人，然而民法第九四四條第一項規定，占有人，推定其為以所有之意思，善意、和平及公然占有，惟以取得他項財產權之意思行使其權利，是否在民法第九四四條第一項所訂推訂之列，實務判決多認為主張因時效而取得地上權之占有者，須負責舉證其係以行使地上權意思而為之。

本文以經濟分析認為可能會有兩種情況：一為不動產所有權者所受損害極大；或占有者採取損害預防措施後，可大幅降低損害發生機率，此時於保護不動產所有權者之情形，宜由主張時效取得地上權之占有者承擔舉證自己以行使地上權而為占有之責。第二種情形，當占有者損害防制成本極高，抑或者占有者即使採取損害預防措施，損害發生降低的機率很小，或者是因為不動產所有權者之損害額小，此時應保護的對象則變為主張時效取得地上權之占有者，故而免除占有者舉證自己以行使地上權而為占有責任。

吾人以為占有者主張時效取得地上權時，若必須承擔舉證其係以行使地上權意思而為占有之責任，由於舉證並非不能、而是成本過高，勉強占有人舉證，會浪費過多成本於主觀要件之舉證，無法達成效率的目標。再加上以地上權之意思乃占有人主觀上之事實狀態，舉證本屬不易，且因時移勢遷相關人證已多不在，搜證更屬困難。況占有之初，占有人不可能將自己以地上權占有之意思對外公告或宣示。尤不可能對土地所有權人預先告知，故除提出些旁枝末節作為證明或臨訟勾串不實之證據外，甚難就該項占有之意思作明確之舉證，但此舉甚難突破法官嚴格之審查，故占有人欲得勝訴之機會，可謂微乎其微⁵²。以上顯示，若由占有者承擔舉證其以行使地上權意思而占有之舉證責任，將使得不動產時效取得之立法目的難以達成。而且，為了提昇土地周轉效率、促進資源有效利用、維護社會既定秩序，確應免除占有者舉證之責。

⁵² 劉榮村，時效取得地上權實務上幾則有待突破之議題，全國律師，2002年9月，頁76~77。

然後，本文將占有人分成係以惡意占有或善意占有，分析由占有人或不動產所有權人承擔舉證責任為有效率：

1. 占有人（行為人）為惡意占有

當占有人為惡意占有時，因其為惡意占有，顯示占有人對此不採取任何損害預防措施（其損害防制成本 B 為 0 ），使得因之可能減少損害發生機率的 P 可能很小。

關於實際損害額度 L ，於時效取得地上權之案例，地上權之使用範圍相當接近所有權之使用範圍，因此占有者以行使地上權意思占有該土地，對不動產所有權人來說，亦是趨近於所有權之侵害。但是土地所有權人（受害人）任其土地受他人占有多年，可表示此一土地對其而言，僅為一金融性資產，其與該土地並無任何實質關係，再加上占有者利用土地多年，意即占有者為最珍視該土地之人，總而言之，占有者占有該土地，對土地所有權人所造成損害額度不高。

所以，當占有人為惡意占有時， $B < PL$ 這一結果較有可能產生，所以主張時效取得地上權之惡意占有者，並不值得保護。於此，推導至時效取得地上權主觀要件之舉證責任，惡意占有者應舉證其以行使地上權意思而為占有之責任。

2. 占有人（行為人）為善意占有

主張時效取得地上權之善意占有者，為了避免占有他人不動產，必會付出損害防制成本 B ，如調查成本等等。

當善意占有者付出損害防制成本後，減少損害發生之機率勢必高於惡意占有。至於實際損害額度 L ，如前所述土地所有權人之損害額度低，因此在 B 越高， P 越大， L 小的情況下， $B > PL$ 的可能性就會高得多。此結果表示善意占有者比起土地所有權者欲發值得保護，故因免其以行使地上權意思而為占有之舉證責任。

實務上、學說見解多採占有人主張時效取得地上權時，須以行使地上權意思而為之占有，余亦從之。但是，是否須由占有者舉證自己係以行使地上權意思而為之占有，卻又眾說紛紜，有學者認為在占有者之主觀意思難以舉證之情況下，往往不易因時效而取得登記之請求權。此並不分占有者為善意、或惡意占有。

吾人認為對於占有者而言，由其負責舉證其占有係以行使地上權而為之，此一舉證成本過高，但成本過高並非表示占有者得受推定之保護。實在是因為不動產時效取得，主張時效取得地上權者須以行使地上權意思而為之占有，如果由占有者承擔舉證責任，雖可保護不動產所有權者，但是在舉證不易的情況下，會連帶地使占有者不易因時效而取得地上權，而無法實現不動產時效取得之美意。其次，推定占有狀態得以維護社會秩序，不論占有者為善意、抑或是惡意占有，均使得受推定之保護，可以避免長時間、已穩定之社會秩序遭受破壞。

二、占有非侵權行為（有權占有）

於占有非侵權行為時，法律並無明文規定主張以地上權意思而為占有者，可受推定保護，占有者需舉證其係以行使地上權意思而為之占有。顯示法律於此賦予不動產所有權者經濟上的權利，使占有者必須負擔舉證責任，因而不易時效取得地上權。

這樣的權利界定是否合理，寇斯認為將交易的成本納入考慮之後，除非產值增加的幅度高於調整權利所需花費之成本，才有可能發生交易。

故而，法律一開始對於權利範圍的界定，確實會影響經濟制度運作的效率。所以在交易成本高的情況下，法律的確應將權利界定在產值高的情況。若交易成本太高，以致於使產值提高的交易，可能無法實現⁵³。

此時有兩種可行的合法補救方式：一為使議價更為順利（規範性寇斯定理 normative Coase theorem）；另外一種則是將權利分配給視此權利價值最高的一方（規範性霍布斯定理 normative Hobbes theorem）⁵⁴。

⁵³ 參考 R.H. Coase, The Problem of Social Cost, The Journal of Law & Economics, Volume 3, p15 ~16 (1960 Oct.)。

⁵⁴ 溫麗琪譯，Rober Cooter & Thomas Ulen, 法律經濟學，華泰文化，2003年6月初版，頁168。

本文以為於時效取得不動產地上權之上述案例，以規範性之霍布斯定理分析之，占有者甲既以利用該不動產長達一定期間，與該不動產建立一定程度之聯結，因此若占有者失去該土地，勢必降低整體社會之效用。為了提昇社會福利，不妨將權利分配予視此不動產所有權價值最高的一方（意即占有者），使其免除主觀要件之舉證責任。

透過經濟分析，吾人可以發現於時效取得地上權之主觀要件，所謂有效率之賦權，必須將舉證責任由土地所有權人所承擔，與法律規定、實務上之判決有異。因此，建議修改相關法規，使得占有者於主張時效取得地上權之時，其以行使地上權主觀意思之占有，能夠受到推定之保護。

第三節 小結

時效取得不動產所有權之主觀要件，法律規定占有者係以所有之意思占有，行使與所有權人相當之權利。實務上之見解認為時效取得所有權之主觀要件，為以所有意思而為之占有。學說上多認為占有者之占有依其所由發生之事實之性質，有所有權之意思者，占有者即可依民法第九四四條之推定而受保護。以經濟分析不動產時效取得所有權之主觀要件，現行法律規定占有者無庸承擔其係以行使所有權意思而為占有之舉證責任，確為有效率。

然於時效取得地上權之主觀要件，法律規定主張時效取得地上權之占有者，其主觀要件須為以行使地上權意思而為之占有，不同於時效取得不動產所有權者，只要依其所由發生事實之性質有以行使所有權之意思者，即受推定保護者。實務上亦認為以時效取得地上權者，須以行使地上權之意思而占有為其第一要件。而占有者必須承擔舉證自己係為以行使地上權意思而為之占有。雖然法律無明文規定以行使地上權而為占有者，有學者認為這樣的要件使得占有者之舉證，無法通過法院嚴格的檢驗，使得占有者被認為其要件不齊備，無法時效取得地上權之登記請求權。為解決爭議，本文試從經濟之觀點，探討時效取得地上權之主觀要件。經分析後得出，此一主觀要件之舉證責任，不應由占有者承擔。探究現行法規制度之設計與實務上之判決，卻使主張時效取得地上權之占有者承擔舉證責任，實為缺乏效率，建議修改之。