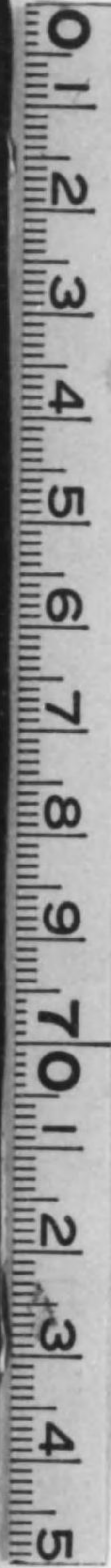


336-55卜



1200501392780

336
55



始



京都帝國大學法學博士中島玉吉著



民法釋義

卷之二上
物權篇上



東京 金刺芳流堂

336-55ト

序

本卷ハ大正三年三月ノ初版ニ係リ、爾來屢版ヲ重ネテ以テ今日ニ至レリ。著者ハ其都度若干ノ改訂ヲ試ミ學界ノ進歩ニ後レザランコトヲ期シタリ。然レドモ之レ皆紙型上ノ改訂ニシテ意ノ如クナラズ著者ハ常ニ之ヲ遺憾トセリ。然ルニ今回好機ヲ得テ全部ノ改訂ヲ行ヒ、最近ノ判例學說ヲ參考收録スルヲ得タルノミナラズ、著者ノ意見ノ誤謬ヲ訂正スルコトヲ得タルハ私カニ欣幸トスル所ナリ。一言以テ新版ニ序ス。

昭和二年十月

著者

民法釋義第二卷上目次

第二編 物 權

| | | |
|------------|-------|-----|
| 總 說 | | 一 |
| 第一章 總 則 | | 二四 |
| 第二章 占有權 | | 九〇 |
| 第一節 占有權ノ取得 | | 一二八 |
| 第二節 占有權ノ效力 | | 一六四 |
| 第三節 占有權ノ消滅 | | 二五五 |
| 第四節 準占有 | | 二六五 |
| 第三章 所有權 | | 二七九 |
| 第一節 所有權ノ限界 | | 三〇五 |

目次

目次

| | | |
|-----|--------|---------|
| 第二節 | 所有權ノ取得 | 三八四 |
| 第三節 | 共有 | 四三九 |
| 第四章 | 地上權 | 四八九 |
| 第五章 | 永小作權 | 五二〇 |
| 第六章 | 地役權 | 五四七—五九八 |

民法釋義 卷之二上

法學博士 中島玉吉著



民法第二編 物權

總說

一 物權ノ觀念

物權ノ觀念ハ法律カ物權トシテ認メタル各種ノ權利ニ共通ナル要素ヲ示シ以テ他ノ凡テノ種類ノ權利ト截然區別セラル可キ特徵ヲ擧グルニ由リテ之ヲ定ムルコトヲ得、此方針ニヨリ物權ヲ定義スレハ左ノ如シ、

物權ハ物(有體物)又ハ財產權ヲ直接ニ支配スル絶體權ナリ、

總說 物權ノ觀念

此ノ定義ニ基キ物權ノ構造ヲ説明セシ。

(一) 物權ノ客體

法原論第二卷一三頁横田博士物權法二頁、是レ無體物ヲ認ムル法制ノ下ニ成リタル定義ニシテ本法ノ解釋論トシテハ正シカラス、蓋シ本法ニ於テハ物トハ有體物ヲ云ヒ(八五)、而シテ法律カ物權ト認メタル權利ニシテ財產權ヲ客體トナシ有體物ヲ客體トセサルモノ少カラズ、即チ準占有(二〇五)一般ノ先取特權(三〇六)權利(三六二)地上權又ハ永小作權ヲ客體トナス抵當權(三六九、二項)アリ、若シ物權ノ客體ハ有體物ニ限ルトセハ是等ノ權利ハ非物權トナリ直接ニ民法ノ規定ニ反ス、論者或ハ是等ノ權利ハ純物權ニ非スシテ準物權ナリト説ク(富井博士前掲一八頁)、然レトモ之レ非ナリ、是等ノ權利ハ準物權ニ非スシテ純物權ナリ、何トナレハ民法カ物權ナリト認メタルカ故ナリ此ノ故ニ物權ノ客體ハ有體物ニ限ラス有體物又ハ財產權トナスヲ正シトス、

物權ハ其客體ニヨリ他ノ多クノ種類ノ權利ト區別スルコトヲ得、(一)債權ノ客體ハ如何ナル場合ニ於テモ債務者ノ行為ナリ、通常物ヲ目的トスト稱セラルル債權ニ於テモ眞ノ客體ハ債務者ノ行為ニシテ物ハ只間接ニ其行為ニ關係アルニ過キス、(二)親族法上又ハ身分上ノ權利ハ他人ノ身體ヲ以テ目的トナス、(三)人格權ハ權利者

ノ人格ノ全部又ハ一部ヲ以テ客體トナス物權ノ如クニ有體物又ハ財產權ヲ以テ客體トナス、(四)物ノ獲得ヲ以テ目的トナス可能權(又ハ形成權)例ハ漁業權入漁權ノ如キハ其ノ客體ニヨリテ之ヲ物權ト區別スルヲ得ス、其ノ區別ハ權利ノ内容ニ存スルモノナリ、通説ニ於テハ可能權ニ客體ナシトナス(本書一卷五四)、然レトモ之レ非ナリ、其客體ヲ有スルコトハ此種ノ可能權ニ於テハ尙モ明瞭ニシテ、其ノ行使ニヨリ獲得セラル可キ物體ハ即チ可能權ノ客體ナリトス、故ニ客體ニヨリテ之ヲ物權ト區別スルヲ得ス、

(二) 物權ノ内容

物權ノ内容ハ直接ニ其客體ヲ支配スル法律上ノ力ナリ、直接ト云フハ他人ノ行為ノ介入ヲ要セスシテ客體上ニ力ヲ及ボシ得ルノ義ナリ、又支配ト云フハ其客體ヲ權利者ニ服從セシムルコトヲ意味ス、而シテ其支配力ノ範圍ハ物權ノ種類ニヨリテ同シカラス、所有權ハ最モ廣クシテ凡テノ方面ニ及ヒ、其他ノ物權ニ於テハ廣狹ノ差ナキニ非サルモ皆其ノ範圍ハ限定的ナリ、物權ハ又此ノ點ニ於テ他ノ多クノ種類ノ權利ト區別セラル、債權ノ客體ハ常ニ債務者ノ行為ニアリ、而シテ債權者ノ有スル法律上ノ力ノ内容ハ債務者ニ對スル請求ニ止リテ自ラ其客體ニ對シテ力ヲ施スヲ得ス、反之物權ニ在リテハ權利者ハ其客體上ニ直接ニ力ヲ施スヲ得、故ニ物權ハ客體上ニ存シ債權ハ人ニ對シテ存スト

總說 物權ノ觀念

云フ、
 物權ノ一種タル抵當權先取特權ニアリテハ權利者ハ占有ヲ有セス、又之ヲ實行スルニ當リテハ必ラス一定ノ手續ニヨル競賣ヲ必要トシ自ラ物ヲ占有シテ之ヲ賣却スルヲ得ス、茲ニ於テカ權利者ハ債權ニ於ケルト同シク直接ニハ客體上ニ力ヲ有スルモノニ非サル可シトノ疑アリ、然レトモ抵當權先取特權ノ實行ノ爲メニスル競賣ハ權利者カ或ル機關ヲ通シテ物ヲ支配スルモノニシテ直接支配權ト見ルチ妨ケス、債權ノ強制履行ハ反之直接ニハ債務者ノ意思ニ對シテ強壓ヲ加ヘ以テ其實行ヲ迫ルモノナルカ故ニ其間ニ明瞭ナル差別アリ、
 物權ハ又此點ニ於テ可能權ト區別セラレ、可能權ハ現在ニ於テハ單ニ能フノ力トシテ存在シ其實行ニヨリテ始メテ外界ノ法律關係ニ變化ヲ來スモノナリ(本書一卷五三頁參照)、取消權、解除權、買戻權ノ如キ皆然ラサルナシ、反之物權ニ在リテハ其客體タル物又ハ權利ハ現在ニ於テ既ニ權利者ノ支配ニ屬ス、取消權ト權利質トヲ比較スルニ取消權者ハ現在ニ於テハ取消シ得キ法律行為ニヨリ生シタル法律關係上ニ何等ノ力ヲ有セス、相手方ハ取消權實行前ニ於テハ其行為ヨリ生シタル權利又ハ其行為ニヨリ取得シタル權利ヲ自由ニ處分スルコトヲ得可ク取消權ノ存在ニヨリテ何等制肘ヲ受ケル處ナシ、反之權利質ニ於テハ其客體タル權利

ハ質權ノ存在ト同時ニ質權者ノ支配ニ屬シ債權者ハ債權ヲ取立其他質權ヲ無視シテ之ヲ處分スルヲ得ス、又例ヘハ所有權者ハ現在ニ於テ其目的物ヲ使用收益處分スルコトヲ得、目的物ハ現在ニ於テ既ニ所有權者ニ服從ス、然ルニ漁業權ニ於テハ其目的物ハ現在ニ於テハ未ダ權利者ノ力ニ服從セス、權利者ハ其目的物ヲ獲得シ能フノ力ヲ有スルニ過キス、以上ノ例ニヨリ二者ノ差異ハ明瞭ナリトス、然ルニ漁業法(明治四三年法五八號七條一三條)ハ漁業權及ヒ入漁權ヲ以テ物權ト看做セリ、之レ以上ノ論旨ニ反スルカ如キモ其實ハ然ラス、漁業法ニ於テ漁業權及ヒ入漁權ハ物權ト看做スル規定シタルハ明ニ其性質物權ニ非サルヲ承認シ而カモ物權ニ關スル規則ヲ適用セント欲シタルニ外ナラサレハナリ、礦業權モ亦特別法ニヨリ物權ナリト認メラル(明治三八、法四五號第一五號)、然レトモ其性質ハ漁業權ト同シク可能權ニ屬スルモノニシテ支配權タル物權ニ非ス、法律力之ヲ物權トスト規定シタルハ物權ニ關スル民法ノ規定ヲ準用センカ爲メニ外ナラス(織田博士行政法講義六〇八)、狩獵權(明治三四法三三)砂礫採取權(明治二六、法一〇)モ亦漁業權礦業權ト同シク客體ヲ支配スル權利ニ非サルカ故ニ物權ニ非ス、法律モ亦之ヲ物權ナリト規定スルコトナシ、
 親族權ノ或モノ(例之親權)ニ至リテハ其ノ内容ハ全ク物權ト同シク直接ニ客體ヲ

支配スル力ナルコトアリ、故ニ權利ノ内容ニ於テ之ヲ物權ト區別スルヲ得ス、只其ノ客體ノ異ルニ因リテノミ物權ト區別セラル可キノミ、

(三) 物權ノ目的

物權ノ目的トハ物權ノ内容ヲ以テ對抗セラルル人格ヲ云フ、此ノ意味ニ於テ物權ノ目的ハ一般人ナリ、(横田博士物權論三頁同論但シ用語ヲ異ニス)、一般人ヲ目的トナス權利ヲ對世權又ハ絕對權ト稱シ、特定人ヲ以テ目的トナス權利ヲ對人權又ハ相對權ト稱ス、物權ハ絕對權ノ一種ナリ、此ノ點ニ於テ又物權ハ他ノ多クノ種類ノ權利ト區別スルコトヲ得、

債權ニ在リテハ其内容タル給付ノ實行ハ特定人タル債務者ニ對シテノミ之ヲ請求スルコトヲ得、債務者カ給付ノ目的物ヲ第三者ニ讓渡シタル場合ニ於テハ債權者ハ其第三者ニ對シテ給付ノ實行ヲ求ムルヲ得ス、反之物權ハ物ヲ直接ニ支配スル權利ニシテ他人ノ其ノ間ニ介入スルヲ要セス又許サス、故ニ其物カ何人ノ占有ニ在ルヲ問ハス其物ニ付キテ權利ノ内容ヲ現實セシムルコトヲ得、之ヲ物權ノ追及效ト稱ス、此ノ點ニ於テ明ニ債權ト物權ト間ニ區別存ス、

親族上ノ權利殊ニ親權ノ如キハ此ノ點ニ於テハ物權ト其構造ヲ同フス、他人カ物權ヲ侵害スルトキハ權利者ハ之ニ對シテ種々ノ請求權ヲ有ス、之レ物權者ハ凡テノ人ニ對シテ不可侵ノ請求權ヲ有シ、凡テノ人ハ不可侵ノ義務ヲ負擔ス

ルニ其ノ義務ニ違反スルカ故ナリ、此ノ一般人ノ不可侵ノ義務ハ物權ノ内容ノ一部ヲ成ス(本書一卷六一頁以下大分地方裁判所判決法律新聞九四四所載参照)、然ルニ此ノ點ニ就テハ從來爭アリ、一派ノ論者ハ物權ノ本質ヲ右ノ一般人ニ對スル又ハ一般人ノ負擔スル不可侵ノ權利義務ノミニ求メ、權利者ノ客體上ニ及ホス支配ハ事實關係ニ外ナラストナス、是レ意思説ト相照應スル論ニシテ法ハ人ト人トノ關係ヲ定ムル規則ナルカ故ニ之ニヨリテ作ラレル權利モ亦人ト人トノ間ニ存在スルヲ要シ、物權モ亦法ニヨリテ作ラレル權利ナルカ故ニ其ノ本質ハ人ト人トノ關係ニ在リト爲スモノナリ (Windscheid, Pand. Bd. 1 § 33 Thon Rechtsnorm. u. Subj. R. 213; Gierke, D. Pr. R. Bd. 1 § 29 其他學說、Oertmann, Dg. J. Bd. 31, 5415 ニ詳シ富井博士物權ノ本質明治法學三七七八號同説)、他ノ一派ノ學者ハ物權ノ本質ヲ權利者ノ目的物ニ對スル關係ニ求メ、一般人ノ負擔スル不可侵ノ義務ハ其結果ニ過キストナス (Darnburg, Pand. I § 39, ann. 9, Kohler, Dg. J. Bd. 10, S. 392; Staub, Archiv für Bürger. Recht. Bd. 5, S. 19 ff)

松本博士人法人及物五六)、余輩ノ意見ニ於テハ一般人ノ不可侵ノ義務カ物權ノ内容ノ一部ヲ成スハ爭フ可ラサル事實ナリ、若シ然ラストセハ何カ故ニ他人ノ物權侵害カ不法行爲トナリ損害賠償ノ義務ヲ生スルヲ説明スル能ハサル可シ、然レトモ又一般人ノ不可侵ノ義務ノミヲ以テ物權ノ本質ヲ盡サントスルハ誤レリ、

蓋シ凡テノ權利ハ萬人ニ對抗スルノ通性ヲ有シ、萬人ハ等シク之ヲ尊重ス可キ義務ヲ負擔ス、例ヘハ債權ノ如キモ、第三者之ヲ侵害スルニ於テハ不法行為タリ(本書一卷四九參照)、其他親族上ノ權利、人格權ノ如キ皆然ラサルナシ、故ニ一般人ノ不可侵ノ義務ハ物權ノ特徵ニ非サルナリ、故ニ此點ノミナシテ物權ノ本質ヲ盡ス能ハサルナリ、余輩ノ意見ニ於テハ物權ハ其內容ニ於テ對物對人ノ二方面ヲ有ス、目的物ヲ如何ナル方法ヲ以テ又如何ナル範圍ニ於テ支配ス可キカハ單ニ事實關係ニ非スシテ法規ノ定ムル處ニシテ法律關係ナリ、之ヲ物權ノ對物的內容トナス、此ノ對物的關係ヲ確實ナラシムル爲メニ一般的不可侵ノ義務ヲ課ス、之レ物權ノ對人的內容ナリ、此ノ兩者相俟テ始メテ物權ナル權利ヲ想像スルコトヲ得ルナリ、然レトモ其ノ對人的方面ハ物權ノ特徵トナスニ足ラサルコト前述ノ如シ、物權ノ特徵ハ寧ロ其ノ對物的又ハ物上支配力ニ在リト認メサル可ラス、

二 物權ノ一般的性質

各種ノ物權ニ絕對普遍的ノ性質ナキニ非ス、然レトモ其ノ數ハ極メテ少ナシ、以下述ヘントスル處ハ比較的多數ノ物權ニ共通ナル性質ニシテ之ヲ原則トシテ認メント

(一) 物權ノ客體ハ特定ス

スルモノナルカ故ニ例外ノ場合モ亦無キニ非ス、而シテ此處ニハ物權ノ概念ヲ示スヲ目的トスルカ故ニ例外ノ場合ハ各種ノ物權ヲ述フルニ當リ之ヲ説クヘシ、

合ニ於テモ必ラス特定ス、蓋シ物權ノ內容ハ客體ヲ支配スルニ存ス、而シテ不特定ノ客體ハ之ヲ支配スルヲ得サレハナリ、此ノ原則ニ對シテハ眞ノ例外ナシ、疑ハシキ場合ハ一般ノ先取特權(三〇六)及ヒ財團上ノ抵當權ナリ、然シナカラ一般ノ先取特權ハ債務者ニ屬スル各財產上ニ存スル權利ト見ルヲ至當トスルカ故ニ其ノ客體ハ特定セスト云フヲ得ス、財團上ノ抵當權トハ鐵道財團(鐵道抵當法、明治三、八、法五三、第二條)工場財團(工場抵當法、明治三、八、法五四、第一四條)礦業財團(礦業抵當法、明治三、八、法五五、第三條)軌道財團(明治四、二、法律二八號)輕便鐵道財團(明治四、三、法律五七號七條)ノ抵當權ヲ意味スルモノナレトモ、是等ノ財團ハ法律ニヨリテ一個ノ不動產ト看做サルルカ故ニ之ヲ抵當トナス場合ニ於テハ其ノ客體ハ特定セルモノト見サル可ラス、

(二) 物權ハ物ノ全部ノ上ニ存ス

一物上ニ存スル物權ハ原則トシテ一ナリ、物ノ各分子上ニ存スル小物權ノ集合ニ非ス、他物權ノ設定ノ場合ニ於テハ其他物權ハ原則トシテ物ノ全部ニ及フモノトス、蓋シ物權取引ニ於テハ客體ニヨリテ權利ヲ指

- 示スルヲ常トスルカ故ニ物カ一ナルトキハ權利モ亦一ナリト看做スノ必要アレ
 ハナリ、而シテ物カ一ナリヤ否ヤハ左ノ標準ニヨリ決ス可シ、
- (イ) 動産ハ客觀的取引上ノ觀念ニ於テ一物ト看做サルルモノヲ以テ法律上モ亦一
 物ト看做ス、
 - (ロ) 土地ハ土地登記簿ニ獨立用紙ヲ有スルモノチ一物トナス、未登記ノ土地ハ土地
 臺帳ニ一筆トシテ搭載セラレタル地區ヲ以テ一物トス、
 - (ハ) 建物ハ建物登記簿ニ獨立ノ用紙ヲ有スルモノチ一物トナシ、未登記ノ建物ハ取
 引上一物トシテ取扱ハルルモノヲ以テ一物トナス、
 - (ニ) 立木ハ登記ヲ經タルモノハ(明治四二、法二六、二條)獨立用紙ヲ有スル立木ノ一團
 ナリテ一物トシ、然ラサル場合ニハ取引上ノ觀念ニ從フヘシ、
 - (ホ) 鐵道抵當法工場抵當法鐵業抵當法等ニ準據シテ財團ヲ作りタルトキハ其ノ財
 團ヲ以テ一物ト看做ス、
- 一物上ニハ一物權存シ又物權ハ物ノ全部ニ及フト云フ原則ハ所有權ニ就キテハ
 例外ナシ、(大正三、二、一一、大審院判決)然レトモ占有權、地上權、永小作權、地役權ハ
 一筆ノ土地ノ一部分上ニ存在シ得ルハ疑ナシ、(登一一、同一二、同一三)留置權
 質權等ハ物カ一部ノ占有ヲ許ス場合ニ限リ物ノ一部分上ニ存在スルコトヲ得、先取

特權ハ恐クハ物ノ一部分上ニ存スル場合ナカル可キモ、抵當權ハ其性質上ハ一筆ノ土
 地ノ一部分上ニ設定スル能ハサルニ非ス、只分筆ハ容易ニシテ且ツ第二抵當ヲ設
 定スル便宜アルカ故ニ實際上一部分上ニ抵當權ヲ設定セントスル場合ニハ先ツ
 分筆シテ而シテ後抵當權ノ設定登記ヲナスヲ可トス、

(三) 物權ハ又物ノ各部分上ニ存ス 物ヲ支配スルトハ本來物質ヲ支配スルノ謂ナ
 リ、故ニ物權ハ必ラス各分子上ニモ存在セサル可ラス、然レトモ物カ一定ノ形狀性
 質ヲ有スル間ハ取引ノ通念ニ適合セシメンカ爲メニ、其全體上ニ存スル一個ノ權
 利ト看做サレ、其各分子上ノ權利ハ其作用ヲ現ハサス、然レトモ物カ分割セラレ又
 ハ他物ト化スルトキハ從來ノ權利者ハ新物上ニ權利ヲ有ス可シ、例ヘハ抵當權ノ
 目的タル土地ヲ數筆ニ分割スルトキハ抵當權ハ其ノ各筆ノ土地上ニ存ス可シ、又
 所有權ノ目的タル物カ分割セラレ又ハ他物ト化スル場合ニ於テモ其物ハ依然從
 來ノ所有者ニ屬ス可シ、之レ先占ノ理ニ基クニ非スシテ各分子上ノ所有權カ物ノ
 變化ニ當リテ其作用ヲ顯ハシタルモノナリ、

(四) 優先權 物權ハ債權ニ對シテ優先的效力アリ、此原則ハ物權ノ目的トナル物ノ
 所有者カ破産シタル場合ニ尤モ顯著ナリ、普通債權者ハ凡テ平等ノ地位ニ在リテ
 債權者ノ辨濟資力不足ナルトキハ各債權額ニ應ジ一部ノ辨濟ヲ受ケテ満足セサ
 ズ、

ル可ラス、然ルニ物權者ノ地位ハ大ニ之ト異リ、(一)所有權ノ目的物カ債務者ノ占有ニ屬スル場合ニハ所有者ハ之ヲ取戻スヲ得可ク、(二)地上權者、永小作權者、地役權者ハ其ノ目的タル土地ニ十分ノ權利ヲ行フヲ得可ク其權利ハ競賣ニ因ルモ消滅スルコトナシ、(三)又破産者ノ財産上ニ物上擔保權ヲ有スル債權者ハ破産財團ヨリ先ツ擔濟ヲ受クルニ非サレハ其擔保物ヲ競賣ニ附シ賣得金ヨリ別除ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得、此ノ如ク物權者ハ債權者ニ先ツテ其ノ權利ヲ行フニトテ得、之ヲ物權ノ優先的效力ト云フ、

(五) 物權ノ順位

物權ノ順位 (Rang) トハ同時ニ同一ノ目的物上ニ存スル數個ノ制限物權相互間ノ強弱ノ關係ヲ云フモノニシテ、其強キモノヲ弱キモノニ比シテ先

順位ニ在リト云ヒ、弱キモノヲ強キモノニ比シテ後順位ニ在リト云ヒ、強度同一ナルモノハ同順位ニ在リト云フ、蓋シ物權ハ特定セル目的物上ニ直接ニ存スル權利ニシテ其ノ種類多シ、故ニ法律ハ其ノ間ニ強弱ノ差別ヲ立ツルコトヲ得、又同種類ノ權利數個存スル場合ニハ一ノ權利者カ先ツ其目的物ニ付キ一定ノ利益ヲ占メ、他ノ權利者ハ之ヲ害セサル範圍ニ於テ其ノ目的物上ニ利益ヲ有スルモノト認ムルヲ得、是、順位ヲ生スル所以ナリ、此ノ故ニ順位ハ左ノ場合ニ生ス、

(イ) 異種類ノ權利間

異種類ノ權利間ノ強弱ノ關係ヲ順位ト稱スルコトカ正當

ナリ、又從來ノ慣例ナリ、ハ一ノ疑問ナリトス、少クトモ民法ニ於テハ之ヲ順位ト稱スル規定ナシ、然レトモ數個ノ權利間ノ強弱關係ト云フ點ヨリ見レハ同種類ノ權利間ニ於ケルト其ノ性質全ク相同シ、是レ余カ此ノ場合ヲ順位ノ觀念ニ包含セシムル所以ナリ、又不動産登記法ニ於テハ明ニ此場合ヲ順位ト稱ス(第六第二項後段)、故ニ例ヘハ不動産先取特權ト抵當權ノ間ノ順位、動産質權ト動産先取特權間ノ順位ナル語ハ必シモ不當ニ非サル可シ、但シ所有權ト制限物權間ノ關係ハ之ヲ順位ト稱セス、

此ノ場合ニハ法律ノ特別規定アルモノハ之レニ從ヒ(例之三三〇、三三一、三三四、三三九、三六一)、然ラサルモノハ不動産登記法第六條第二項後段ニ因リ登記ノ受附番號ニ依リテ其ノ順位ヲ定ム、

(ロ) 同種類ノ權利間

同種類ノ權利間ニ於ケル強弱ノ關係ヲ順位ト稱スルハ別

ニ説明ヲ要セス、而シテ此場合ニ關シ其順位ヲ決定スルニハ一般ノ原則アリ、曰ク先ニ生シタル權利ハ後ニ生シタル權利ニ先ツコト之ナリ (qui prior est tempore potior est jure)、然レトモ此原則ニ對シテハ大ナル制限アリ、蓋シ我民法ニ於テハ物權ノ設定及ヒ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニヨリテ其ノ效力ヲ生スルモ(一七六、一七七、一七八)其ノ效力ヲ第三者ニ對抗セシムル爲メニハ一定ノ對抗條件ヲ要ス(一七七、一七八)

總說 物權ノ一般的性質

七八、而シテ順位ハ物權相互間ノ關係ニシテ所謂第三者ニ對スル效力ニ外ナラサルカ故ニ、先少對抗條件ヲ備ヘタル權利カ先順位タル結果トナル可シ(三五五三七三、三六一、三四一、登六)、然レトモ之レ法律カ對抗條件ヲ定メタル場合ニノミ適用アル例外ナルカ故ニ、法律カ對抗條件ヲ定メサル場合ニハ原則ニ從ヒ權利發生ノ前後ニ依ル可シ、

債權ニ於テモ理論上順位ヲ作ル能ハサルニ非ス、然レトモ我民法ハ強弱ノ差アル數種ノ債權ヲ認メス、債權ハ只一種ニシテ凡テ同等ノ效力アルモノトナシ、又債權ニハ追及權ナキモノトシ公示方法ヲ定メサルカ故ニ其ノ發生ノ前後ニヨリテ強弱ノ差ヲ立ツルヲ得ス、即チ我民法上ハ債權ニ順位ナシ(第三百八十三第三號ニ「債權ノ順位」ナル文字アルモ拘泥ス可ラス、其處ニ述フ可シ)、

(六) 追及權

追及權トハ物ニ追跡シテ其物ニ就キテ物上ノ權利ノ内容ヲ實行シ得ル權利ノ義ナリ、物權ハ客體上ニ直接ニ行ハル權利ナルカ故ニ其ノ客體カ何人ノ占有又ハ所有ニアルト間ハス、其物ニ就キテ其權利ヲ行フコトヲ得可シ、例之所
有權者カ其目的物ノ占有ヲ奪ハレタルトキハ其ノ何人ノ手中ニ存スルカチ間ハス現ニ物ヲ占有スル者ニ對シテ所有權ヲ證明シテ之ヲ回復スルニトテ得、之レ所有權中ニ包含セラル、占有ス可キ權利」ヲ物ニ追跡シテ現實セシムルモノナリ、又

例ヘハ抵當權者ハ抵當權設定者カ其ノ所有權ヲ何人ニ讓渡シタリトスルモ現在ニ於ケル所有權者ノ權利ヲ競責ニ附シテ優先辯濟ヲ受ケルコトヲ得、之レ抵當權カ所有權ヲ追跡スルモノナリ、

又他人カ不法ニ物權ヲ侵害シタルトキハ其何人タルトチ間ハス之ニ對シテ金錢損害賠償ヲ求ムルコトヲ得可シ、然レトモ之レハ物權ノ追及權ニ非ス、蓋シ此ノ如キハ物ニ追跡シテ權利ノ内容ヲ現實スルモノニ非サレハナリ、是レ權利不可侵ノ一般的義務違反ノ制裁ニシテ債權ニ於テモ異ルコトナシ、債權カ對人權ニシテ追及權ヲ生セスト云フハ債權ノ内容、タル給付ノ請求權ハ特定人ニ對シテノミ存レ一般的ニ對シテ存セサルカ故ナリ、一般的不可侵ノ義務ニ至リテハ二者ノ間ニ差別ナシ(本書一卷四七頁參照)

物權ノ追及權ニ對シテモ亦多少ノ制限アルコトアリ(一九二以下、三五三)、債權其
他ノ財產權ニシテ登記ニヨリ追及權ヲ生スルコトアリ(五八一、六〇五)、

(七) 物權的請求權

物權的請求權トハ物權ヨリ生スル請求權ヲ云フ(物權以外ノ對世權ヨリ生スル場合ハ茲ニ度外トス本書一卷六一參照)而シテ物權ハ種類ノ異ルニ因リ其ノ内容ヲ異ニスルカ故ニ之ヨリ生スル請求權モ常ニ相同シカラス、之レ皆各物權ニ付キテ論ス可キ事項ナリ、茲ニハ只共通的ノ請求權ヲ述フ可シ、物權的

總說 物權ノ一般的性質

請求權ニ二種類アリ、

(イ) 物權ノ内容トシテ其存在ト共ニ當然存在スルモノニシテ一設人ノ不可侵ノ義務ニ對スルモノナリ、其ノ内容ハ不作爲ニ在リ此ノ種ノ請求權ハ決シテ物權ノ特有ニ非ス、然レトモ特有ニ非サルノ故ヲ以テ其ノ存在ヲ否認スルヲ得ス、猶此種ノ請求權ヲ認ムルノ實利アリヤ否ヤモ亦疑ハレツツアリ、此ノ點ニ付キテハ本書一卷六二頁以下ヲ參照ス可シ、

(ロ) 第二種ノ物權的請求權ハ物權ノ侵害ニヨリテ生ス、即チ物權者カ法律上享有ス可キ状態ト現在ノ状態ト異ルニヨリ其ノ本然ノ状態ニ回復センカ爲メニ生スルモノナリ、故ニ其ノ請求權ノ内容ハ妨害ノ種類ニヨリテ異ル、然レトモ其ノ妨害カ他人ノ不法ノ行爲ニ因ルヤ否ヤヲ問ハサルナリ、
物權カ物ヲ占有ス可キ權利ヲ包含スル場合ニ於テ他人カ現ニ其物ヲ占有スルトキハ其他人ニ對シテ返還請求權ヲ生ス (Herausgabeanspruch)、占有侵害以外ノ方法ヲ以テ物權者カ目的物ヲ支配スルコトヲ妨害シタル場合ニ於テハ妨害者ニ對シテ妨害除去請求權ヲ (Negatorische anspruch) 生ス、此ノ二種ノ請求權ハ原ト所有權ニ就キ認メラレタルモノナレトモ、地上權、永小作權、地役權、質權等ニ就キテモ多少ノ變更ヲ以テ之ヲ認ムルコトヲ得、

右ニ示シタル如ク通説ニ於テハ妨害カ正當ノ權利ニ基ク場合ニ於テモ猶其除去ヲ求ムル物權的請求權發生スルモノトス、例之所有者カ所有物ヲ貸貸シ賃借人ニ物ヲ引渡シタルトキハ其占有ハ所有權者ノ自由ノ行爲ニ出テ又賃借人ノ權利ニ基クモノナリト雖モ、猶所有者ハ返還請求權ヲ有ス可シ、蓋シ所有權者ハ法律上物ヲ占有ス可キ權利ヲ有ス、然ルニ現在ニ於テハ他人タル賃借人之ヲ占有スレハナリ、又例ヘハ所有權者カ他人ニ通行權ヲ與ヘタル場合ニ於テモ他人カ通行スルニ於テハ所有權者ハ其ノ停止ヲ求ムル請求權ヲ有ス、然レトモ此ノ如クニ妨害カ正當ノ原因ニ基ク場合ニ於テハ妨害者ハ所有權者ノ請求權ニ對シテ其ノ行使ヲ一時拒否ス可キ抗辯權ヲ有スルヲ以テ其ノ抗辯權ヲ利用シテ以テ所有權者ノ請求ヲ拒否スルヲ得可キノミ、故ニ若シモ被告カ防禦方法トシテ抗辯權ヲ提出セサルナラハ裁判所ハ當然原告ノ請求權ヲ認メ被告ノ敗訴ヲ言渡ササル可ラス、以上ノ通説ニ對シテ占有者カ(妨害者カ)正當ノ權利ヲ有スル場合ニ於テハ物權的請求權ハ發生セスト主張スル者アリ (Siber, passiv-legitimation bei der vindictio, 1907)、然レトモ此ノ論ニヨレハ一般ニ認メラル物權ハ直接ニ客體ヲ支配スル對世權ナリトノ觀念ハ根本ニ於テ變更ヲ受ケサル可ラサルニ至ラハ(此說ニ對シテハ Oertmann, Jhering J. R. Bd. 61. s. 44 以下ヲ見ヨ)

又他人カ不法ニ(例外トシテハ合法ニ)物權ヲ侵害シタル場合ニ於テハ之ニ對シテ金錢損害賠償請求權ヲ生ス、之レ物權的請求權ニ非スシテ物權ノ侵害ヨリ生スル債權ナリ、何トナレハ之レ物權者ノ享有ス可キ狀態ノ回復ヲ以テ目的トセサレハナリ、

三 物權ノ種類及其分類

(一) 物權ノ種類ノ限定

本法ハ物權限定主義ヲ取リ物權ハ民法其他ノ法律ノ定ムルモノノ外之ヲ創設スルコトヲ得ス(一七五)、而シテ現ニ民法ノ定ムル物權ハ占有權、所有權、地上權、永小作權、地役權、留置權、先取特權、質權、抵當權ノ十種ナリ、而シテ特別法ニ於テ定メタル物權ハ永代借地權(明治三四、法三九)礦業權(礦業法一五)漁業權、入漁權、(明治四三、法五八、號七、一三)船舶債權者ノ先取特權、船舶ノ抵當權(商法六八〇六八六)鐵道財團、工場財團、礦業財團、軌道財團、輕便鐵道財團ノ抵當權(明治三八、法五三、五四、五五、號明治四二、法二八、明治四三、法五七)アリ、外ニ臺灣朝鮮ニ行ハルル物權アルモ之レハ本書ノ度外トス、
右ノ內礦業權漁業權入漁權ノ三者ハ其內容支配權ニ非サルカ故ニ眞ノ物權ニ非ス、物權ノ規定ヲ準用セララルル可能權ニ外ナラス、故ニ下ニ示ス分類中ニハ之ヲ加

(二) 物權ノ分類

ヘス、

(イ) 本權ト占有權

本權トハ所有權以下ノ物權ヲ總稱スルモノニシテ其目的物ヲ支配スル權利ナリ、占有權ハ物ヲ支配スルト云フ事實先ツ存シ之ニ法律カ附シタル效果ナリ、故ニ其間ニ左ノ差別アリ、

本權カ其內容ニ於テ物ヲ占有ス可キ權利ヲ包含スル場合(所有權、地上權、永小作權、質權等)ニ於テモ物ヲ現ニ事實上支配スルト否トハ其存在(取得喪失)ニ影響スルコトナシ、反之占有權ニ在リテハ占有ノ事實ヲ失フトキハ占有權ハ消滅ス、又現ニ物ヲ事實上占有スルトキハ即チ占有權アリ、其物ヲ占有ス可キ權利アリヤ否ヤハ之ヲ問ハス、

占有權ハ多クノ場合ニ於テハ本權ト兩立ス、換言スレハ占有權者タルト同時ニ本權者タル場合多シトス、

占有權ハ本權ト對立ス可キモノニシテ本權ノ一種ニ非ス、故ニ之ヲ本權ノ一部タル制限物權ノ内ニ位セシメントスル說ハ(富井博士民法原論二卷四二頁)正シカラス、

(ロ) 所有權ト制限物權

之レ實ハ物權全體ニ通スル分類ニ非スシテ占有權ニ對

スル本權ノ細分ナリ、所有權以外ノ本權ハ皆制限物權ナリ、所有權ニ於テハ權利者ノ支配力ノ範圍カ無制限ナリ、反之制限物權ニ於テハ其支配力ノ範圍必ラス一定ノ範圍ニ限ラル、之レ制限物權ノ名アル所以ナリ、而シテ二者ノ關係ヲ示セハ所有權ハ基礎權ニシテ制限物權ハ所有權ヲ制限スル作用アリ、制限物權ハ其範圍ニ於テ制限セラレタル物權ニシテ同時ニ所有權ニ對シテハ制限スル物權ナリ、而シテ自己ノ所有權ヲ自ラ制限スルハ無意味ナルカ故ニ本法ニ於テハ制限物權ハ他人ノ所有物上ニ非サレハ行ハレサルモノトス、此ノ故ニ制限物權ハ又他物權 (Jus in re aliena) ノ名アリ、然レトモ此原則ニ對シテハ極メテ少數ナル例外アリ(一七九、一項但二項但)、彼ノ混同ノ原則ヲ生スル根本ノ理由ハ右ノ制限物權ノ性質ニ因ルモノナリ、

右ノ如ク制限物權ハ所有權ヲ制限スル作用アル物權ナルカ故ニ其ノ力ハ常に制限ヲ受ケル所有權ヨリモ強シ、然レトモ之レハ所有權ト制限物權間ノ順位ニ非スシテ制限物權ノ性質ナリ、

(ハ) 獨立物權ト從タル物權

獨立物權トハ獨立シテ存在スルヲ得ル物權ヲ云フ、占有權、所有權、地上權、永小作權、及ヒ永代借地權ハ之ニ屬ス、從タル物權トハ他ノ權利ノ存在ヲ前提トシテ之ニ付隨シテ存在スル物權ヲ云フ、地役權(二八一)留置

權、先取特權、質權、抵當權之レニ屬ス、入會權ハ從タル性質ヲ有スル場合ト否ラサル場合トアリ、

留置權、先取特權、質權、抵當權ノ四者ハ債權ノ履行ヲ擔保スルノ目的ヲ以テ債權ノ從タル權利トシテ存在ス、故ニ之等ノ物權ヲ擔保物權又ハ物上擔保權ト稱ス、從屬性ノ意義ハ場合ニヨリ程度ノ差アリ、最モ完全ナルモノハ其ノ發生ニ於テ主タル權利ノ存在ヲ要シ、其ノ移轉ニ於テハ主タル權利ト分離スルヲ得ス、其ノ消滅ニ於テハ主タル權利ノ運命ヲ追フ可キモノナリ、不完全ナルモノニ至リテハ其發生ニ就テノ主タル權利ノ存在ヲ要シ、一旦發生シタル以上ハ主タル權利ト分離スルヲ許シ、又主タル權利ノ消滅ニヨリテ消滅セストナスコトアリ、又ハ發生及ヒ移轉ニ關シテノミ從屬的ニシテ消滅ニ關シテハ獨立ナルモノアリ、

(ニ) 物權ノ客體ニヨル分類

客體ニヨリ物權ヲ分類スレハ動產物權、不動產物權、及ヒ財產權上ノ物權ノ三種トナル、而シテ(一)或種類ノ物權ハ常に不動產ヲ客體トナスモ(例之地上權、地役權、永小作權)、他ノ種類ノ物權ハ或ハ動產或ハ不動產或ハ權利ヲ客體トナス、先取特權、質權、占有權、ハ動產不動產又ハ權利ヲ客體トナシ、所有權ハ動產又ハ不動產ヲ客體トナシ、抵當權ハ不動產又ハ財產權ヲ客體トナシ、

總說 物權ノ種類及其分類

總説 物權ノ種類及其分類
ス、此ノ如クニ客體ノ異ルニ因リテ物權ノ細分ヲ生ス、(二)又同一種類ノ物權ト雖モ其客體カ異ルニ因リ之レニ關スル法律ノ規則ヲ異ニスルコトアリ(一七七、一七八)

四 物權法源及其特質

(一) 物權法源

物權法源ノ主タルモノハ民法第二篇ナリ、其他特別法ニテ物權法規ヲ定ムルモノ少カラス(前段三ノ(一)ニ掲ク)、
不動産登記法ハ直接間接ニ物權ニ至大ノ關係ヲ有シ、不動産物權ノ性質及ヒ不動産物權ノ取引ハ登記法ト相俟ツニ非サレハ之ヲ明ニスルヲ得スト云フモ過言ニ非ス、獨逸ニテハ實質登記法ハ之ヲ民法中ニ收メ形式登記法ノミナ特別法トナス蓋シ至當ノ處置ナリ、何トナレハ實質登記法ハ物權其ノモノニ影響ヲ及スモノナレハナリ、然ルニ我國ニ於テハ民法中ニハ只第七十七條ノ規定存スルノミニシテ其他ハ悉ク之ヲ登記法ニ讓レリ、是レ權宜ノ處置ニ出ツルモノナリト雖モ理論上ハ正シカラス、
本書ハ固ト民法ノ注釋ヲ旨トスルカ故ニ廣ク特別法ニ涉ルハ却テ其ノ體裁ヲ害スル虞アル可キモ、實質登記法ト不動産物權トハ密接ノ關係アルカ故ニ必要ト認

ムル範圍ニ於テハ登記法ニ論及ス可シ、

(二) 物權法ノ特質

物權ニ關スル法規ハ大部分強行法ナリ、債物法ト比較シテ著シキ相違アリ、故ニ契約自由ノ原則ハ物權法ニ於テハ行ハルル範圍極メテ狹隘ナリ又物權法ノ主眼ハ物權ニ關スル規定ヲ設クルニ在ルハ勿論ナリト雖モ、物權ト密接ノ關係アル債權關係ハ之ヲ物權編中ニ規定スルコト稀ナラス、

(三) 本編ノ内容

本編ヲ分ツテ十章トナシ、第二章以下ヲ各種ノ物權ノ規定トナシ、第一章ヲ總則トナシ各種ノ物權ニ通スル規定ヲ收メタリ、

第一章 總則

第七十五條 物權ハ本法其他ノ法律ニ定ムルモノ、外之ヲ創設スルコトヲ得ス

(一) 物權限定主義

本條ハ物權限定主義ヲ宣言スルモノナリ、蓋シ物權ハ追及權ヲ有スル強力ナル權利ナルカ故ニ容易ニ之ヲ創設スルコトヲ許ストキハ他人ニ不慮ノ損害ヲ被ラシムル虞アルヲ以テナリ、本條限定主義ハ左ノ意味ヲ有ス、
(イ) 物權ノ種類ハ憲法上ノ法律ニ依ルニ非サレハ之ヲ定ムルヲ得ス、本條ニ「本法總則【一五七】

其他ノ法律「トアルハ之ヲ憲法上ノ法律ノ義ニ解ス可キナリ、蓋シ民法ノ用語ニ於テ法律及ヒ命令ヲ併セ示ス場合ニハ「法令」ナル語ヲ用ユ(二、二〇六)、然ルニ本條ニ於テハ特ニ「本法其他ノ法律」トアルカ故ナリ、即チ命令ヲ以テ物權ヲ認ムルコトハ之ヲ許サス、然レトモ法律ノ委任ニヨル命令ハ其效力ハ法律ト同一ナルカ故ニ物權ヲ認ムルコトヲ得ルハ勿論ナリ、

物權ハ又慣習法ニヨリ之ヲ創設スルヲ得ス、本條カ法律ニ定ムルモノノ外之ヲ創設スルヲ得スト宣言シタルハ物權ヲ創設スルカアルモノハ憲法上ノ法律ニ限レノ義ナルカ故ニ慣習法ニヨリテハ創設スルヲ得サルナリ、

物權ハ又當事者間ノ法律行為ニヨリテ之ヲ創設スルヲ得ス、外國ノ立法例ニ於テハ(普國々法一部二章百三十一條以下一部四章十六條乃至十九條)、特定物ヲ取得ス可キ債權ハ之ヲ登記スルトキハ物權的效力ヲ生ストナスモノアリ (Theorie vom Titel und modus) シト雖モ本條ハ之ヲ認メス、但シ我國ニハ假登記ノ制度存シ(登記)法律ノ認メタル物權ノ設定、移轉、變更又ハ消滅ノ請求權(債權)ヲ保全セントスル爲メニ假登記ヲナシ、後本登記ヲナストキハ其順位ハ假登記ノ時ニ溯ル(登記)ヲ以テ債權ニ物權的效力ヲ認メタルト雖モ相接近キ結果ヲ生ス、然レトモ假登記ハ債權ノ性質ヲ變スルモノニ非ルカ故ニ(拙文假登記論京

都法學會雜誌七卷六號六六以下)債權カ假登記ニ因リテ物權ト變スト論ス可ラス、

(ロ) 法律ノ認メタル物權ノ内容ヲ變スルヲ得ス、蓋シ之レ間接ニ法律ノ認メタル物權ヲ創設スルコトトナレハナリ、例之無期限ノ永小作權ヲ設定シ又ハ工作物又ハ竹木ノ所有以外ノ目的ヲ以テ地上權ヲ設定スルヲ得サルカ如シ、但シ法律カ權利ノ内容ヲ變更スルヲ認メタル場合ハ此限ニ在ラス、例之第三百五十九條ノ如シ、

(二) 本條違反行為ノ效力

法律ノ認メサル物權ヲ作ラントスル契約、法律ノ認メ

タル物權ノ内容ヲ變更シテ之ヲ設定セントスル契約ノ效力ニ就キテハ(一) 法律ニ特別ノ規定存スルモノハ之レニ從ヒ(例之二七八、一項、三五九、三六〇、一項)、其他ノ場合ハ一般法律行為ノ原則ニ從フ、即チ當事者ノ意思カ單ニ當事者間ニ於テ債權的效力ヲ發生セシメントスルニ在ルトキハ公益ニ害ナキ以上ハ之ヲ有效トセサル可ラス、例之所有權ノ讓渡ニ際シ讓受人ノ處分ヲ禁止スル契約ノ如キ、物權的效力ハ之ヲ認ムルヲ得サルモ其債權的效力ヲ認ムルハ差支ナカル可シ、

(三) 法律ノ現ニ認ムル物權ノ種類 物權ノ種類ハ一國ノ經濟組織ノ單簡ナルト否トニヨリ定マルモノニシテ、一般ニ云ハハ幼稚簡樸ナル社會ニハ其數少ク、人

智進化經濟組織ノ複雜ナル社會ニハ其種類多シ、現ニ我國ニ於テ認ムルモノハ
 本法ニ占有權、所有權、地上權、永小作權、地役權、入會權、留置權、先取特權、質權、抵當權、
 ノ十種アリ、其他特別法ニ永代借地權(明治三四法三九)礦業權(礦業法一五)漁業權
 入漁權(明治四三法五八)第七條第十三條鐵道財團、工場財團、礦業財團、軌道財團、輕
 便鐵道財團ノ抵當權(明治三八、法五三、五四、五五)號明治四二、法二八號明治四三、法
 五七號)船舶債權者ノ先取特權、船舶抵當權(商法六八〇、六八六)アリ、
 右ノ內礦業權、漁業權、入漁權ノ三者ハ其性質物權ニ非ス、蓋シ之レ物上支配權ニ
 非サレハナリ、只法律ニヨリ物權ト看做サルルニヨリ物權的效力ヲ附セラルル
 ニ過キス、而シテ此場合ノ物權的效力ハ追及權ヲ主トシ優先權ノ適用ハ悉クハ
 無カル可シ又占有權ハ果シテ權利ナリヤ事實ナリヤ乎アル處ナリ、我民法ハ之
 ナ物權ト決シ占有權ト名ク留置權ニ就テハ果シテ實體權ナリヤ抗辨權ナリヤ
 疑問ナリシカ本法ハ之ヲ實體權ト爲シ、又先取特權ニ付キテハ其本體ハ債權ナ
 リヤ物權ナリヤ疑問ナリシカ本法ハ物權說ヲ取リタリ、質權ニ就テモ少數說ナ
 カラ債權說行ハルルモ本法ハ物權ト決セリ、永代借地權ニ至リテハ其本質所有
 權ニモ比ス可キ強固ナル物權ナルコト疑ナク、五種財團上ノ抵當權及ヒ船舶抵
 當權ハ廣義ノ抵當權ノ一種ニシテ原則トシテ民法抵當權ノ規定ノ適用アル可

キモノ、船舶債權者ノ先取特權ハ其性質民法ノ先取特權ト同一ナルモノナリ、
**第七十六條 物權ノ設定及移轉ハ當事者ノ意思表示ノ
 ミニ因リテ其效力ヲ生ス**

(一) 物權ノ設定移轉ノ意義

(一) 物權ノ設定トハ意思表示ニ因ル他物權ノ新設ヲ
 云フ、所有權ノ取得ハ承繼取得ノ場合ハ勿論當事者ノ行為ニ基ク原始的取得(例
 之先占)ノ場合ト雖モ之ヲ設定ト稱セス單ニ取得ト云フ之レ本法ノ用語ナリ、又
 他物權ノ新設モ其原因カ意思表示ニ存スルニ非サレハ之ヲ設定ト稱セス、例之
 留置權先取特權ノ發生ハ設定ニ非ス、又地上權地役權等ヲ取得時効ニヨリ新ニ
 取得スルハ設定ニ非ス、蓋シ是等ハ皆意思表示ニ基クモノニ非サレハナリ、(二) 物
 權ノ移轉トハ物權ノ承繼取得ノ義ナリ、一人ニ屬セシ權利カ其儘他ノ一人ニ移
 ル現象ヲ云フ、所有權及ヒ他物權ノ承繼取得ヲ包含ス、又全部ノ權利移轉ノ場合
 及ヒ一部ノ權利移轉ノ場合ヲ包含ス、然シナカラ學者ノ所謂建設的移轉(本書一
 卷四一八)ハ本條移轉ノ意義中ニ包含セラレス、是レ却テ設定ノ意義中ニ包含セ
 ラル可シ、又權利移轉原因ハ法律直接規定裁判法律行為等アレト、モ本條ハ勿論
 當事者ノ意思表示ニ基ク場合ノミニ適用アリ、

(二) 物權ノ設定移轉行爲

ナル主義ヲ形式主義ト意思主義トナス。

(イ) 形式主義

形式主義ハ物權公表主義ト相俟ツモノニシテ物權ハ追及權ヲ有スルヲ以テ其設定及移轉ハ之ヲ公表シテ第三者ニ知ラシムル要アリトシテ物權ノ設定移轉ニハ第三者ヨリ窺知シ得可キ一定ノ形式ヲ必要トスルモノナリ、而シテ之ニ屬スルモノハ、

(a) 羅馬法

羅馬法ニ於テハ動產物權不動產物權ヲ通シテ物權ノ設定移轉ニハ物權ヲ設定移轉セントスル意思ノ合致ト引渡トヲ必要トセリ (windisch old § 171) 之ヲ完全ナル引渡主義 (Traditionsprincip) トナス。

(b) 英米法

英米法ニハ物權移轉方法種々アリ、動產ニ就テハ無形式主義ヲ取り、特定物ノ賣買ニ於テハ物權ハ契約ノ成立ト共ニ即時ニ移ルモノトナシ、不特定物ノ賣買ニ於テハ目的物ノ特定ト同時ニ物權移轉スルモノトナシ、不動產物權ノ移轉方法 (conveyance) 又數種アリ、(一) Feoffment with livery of seisin 之レ最モ古ク最モ正式ノモノニシテ、現ニ讓渡サントスル土地ニ於テ讓渡人讓受人立會(代理ハ許サス)ノ上、土地移轉ノ意思ヲ表示シ且ツ占有ヲ引渡スモノナリ、(二) lease and release 之レハ先ツ借地權ヲ設定シ借地人(讓受人)カ其土

地ノ占有ヲ得タル後再ヒ所有者ハ自己ノ有スル地上ノ利益ヲ借地人ニ與フル契約ヲナスモノナリ、此ノ方法ニ依ルニハ第一ニ賣主カ土地ヲ占有スルヲ要シ、又二枚ノ捺印證書ヲ作成スルヲ要スルナリ、(三) conveyance by deed 之レハ千八百四十五年不動產物權法 (real property act) 以來認メラルル處ナリ、前二者ノ方法ニヨルニハ土地ノ現實ノ引渡ヲ要スルカ故ニ遠隔ノ地ニアル土地ヲ讓渡スニハ讓渡人讓受人共ニ費用ヲ要スルカ故ニ之ヲ救済セレカ爲メニ生シタルモノニシテ、通常 Deed of grant ト稱スル捺印讓渡證書ヲ作製シ之ヲ交附スルニヨリテ效力ヲ生スルモノトス、此ニ至テ英國不動產法ハ大ニ簡便トナリ、且ツ附役數次ノ改正ヲ經タリ、前述(一)(二)ノ方法ノ如キ今日之ヲ用ユルモノ鮮少ナリト雖モ、而カモ之ヲ廢止セルニ非ス、猶現行法タリ、之レ是ヲ茲ニ述ヘタル所以ナリ、其他 Confirmation, Surrender, Bargain and sale 等實用ナキ現行法アルモ茲ニ述フル必要ナシ、又千八百九十七年ノ土地讓渡法 (Landtransfer act 1897) ニヨリ登記制度採用セラレ登記ヲ經タル土地讓渡ハ極メテ簡單ナルモノアリ、然シ同法ハ僅ニ龍倫地方ニ行ハレルニ過キサカ故ニ茲ニ之ヲ述ヘス(京都法學會雜誌六卷十二號拙文英國登記法參考)、要スルニ英國不動產物權ノ讓渡設定ハ通常ハ前述(三)ノ方法ニ因ルモノニシ

テ要式證書ニ依ルカ故ニ形式主義ニ屬ス、

(c) 獨逸法

動產物權ノ讓渡ニハ(一)物權ヲ讓渡セントスル兩當事者ノ合意(Einigung)ト、(二)物ノ引渡即チ占有ノ讓渡ヲ要スルモノトス(獨民九二九)即チ動產ニ就テハ羅馬法ト同一ナリ、不動產物權ノ設定移轉ニ就テハ(一)物權ヲ設定又ハ移轉セントスル兩當事者間ノ合意(Einigung)ト、(二)登記(Eintrag)ヲ必要トナス(獨民八七三)之ヲ登記主義(Eintragsprinzip)ト稱ス、即チ登記ハ我民法ノ如ク既成ノ物權變動ヲ第三者ニ對抗セシムル要件ニ非スシテ物權變動ヲ生セシムル行為ノ要件ナリ、而シテ此ノ合意ト登記ノ關係ニ就テハ學說ニ派ニ分レ、一派ノ說ニ於テハ合意ト登記ヲ別個ノ事實トナシ、合意ハ法律行為ニシテ所謂物權契約ナリ、登記ハ登記官吏職務上ノ行為ニシテ物權契約以外ノ事實トナス、而シテ二者ハ物權變動ヲ生スルニ同等ノ力アル條件ナルモ二者合體シテ一トナルニ非ス、故ニ先ツ登記アリテ後合意アルモ可ナリ又反對ニ先ツ合意アリテ後登記アルモ可ナリト主張ス(Planch. Kohnle III S. 15 Biermann Sachenrecht z 2 873, Kober, Kohnle. z 2 873)他ノ一派ノ學者ハ之レニ反シ合意ト登記ト二者合體シテ一ノ法律行為ヲ成シ之ニヨリテ物權變動ヲ生ストナシ、其全體ヲ稱シテ物權契約ト呼フ(Wulf. Sachenrecht. 4. 511 Enneccerus

Lehrb. 1 2 136) 曰ク契約ノ觀念ニハ二個ノ意思表示ヲ要スルハ事實ナリ、然

レトモ意思表示以外ノ他物ヲ混スルヲ妨ケスト、前者ヲ多數說トナス、

(d) 意思主義

意思主義ハ始メ佛國ヨリ起ル、佛國ニ於テハ以前ハ羅馬法ノ引渡主義行ハレケルカ(Grotius, Loye 1, Donat 三氏ノ自然法說ニヨリ排斥セラレ意思主義之レニ代リタルモノナリ(以上 Planch. Droit civil I n 2594 2595 依ル)曰ハク古有ハ事實ナルカ故ニ之レカ移轉ニハ引渡ヲ要ス可キモ、物權ハ無形ノ權利ナルカ故ニ無形ノ合意ニ因リ移轉スルヲ得サル可ラスト、此ノ說遂ニ佛國民法ニ採用セラレ物權變動ハ當事者間ニ於テハ單ニ意思表示ノミニヨリテ效力ヲ生シ(佛國民法七一、一一三八)何等ノ形式ヲモ必要トセス、而シテ同一ノ契約内ニ債權發生ト物權變動トチ内容トナス意思包含セラレモノトナシ、又ハ一旦債權ヲ生シ同時ニ履行セラレルモノト説明セラル(Planch. droit civil I 2589, Baudry II art. 870ff.) 而シテ其物權變動ヲ第三者ニ對抗スルニハ動產物權ニ於テハ引渡アルヲ要ス、何トナレハ動產ニ於テハ占有ハ本權ニ等シキカ故ニ(佛民 二二七九) 二重ノ讓渡ノ場合ニ若シモ第二ノ取得者カ先ツ占有ヲ得ルトキハ第一ノ取得者ハ之ニ追及スルヲ得サレハナリ、不動產物權ニ就テハ始メハ有償取得ト無償取得トチ區別シ無償取得ヲ第三者ニ對抗スルニハ登記

ヲ必要トセルモ(佛民九三九)有償取得ハ無條件ニテ第三者ニ對抗スルヲ得マ
 シカ、後千八百五十五年五月ノ登記法ヲ以テ之ヲ變更シ、有償取得ノ場合ニ
 於テモ第三者ニ對抗スルニハ登記ヲ必要トスルニ至レリ、
 之ヲ獨逸民法ノ主義ト對照スルニ、獨逸民法ニ於テハ引渡又ハ登記ハ物權變
 動ノ必要條件ナリ、佛國民法ニヨレハ之レト異リ、物權變動ハ無形式ノ契約ニ
 ヲリテ當事者間ニ效力ヲ生シ、引渡又ハ登記ハ既成ノ物權變動ヲ第三者ニ對
 抗スル條件ニ過キス、

(ハ) 本法ノ主義

本法ハ意思主義ヲ取ル、之レ本條ニ「意思表示ノミニ因リテ」其
 效力ヲ生ストアルニヨリ明ナリ、「意思表示ノミニ因リテ」トハ此ノ場合ニハ「何
 等ノ形式ナクシテ」ト云フ意義ヲ包含スルモノナリ、第七十七條第七十八
 條ニ明ナルカ如ク引渡及ヒ登記ハ既成物權變動ノ對抗條件ニ過キサルナリ、
 之ヲ原則トナス、斯クノ如ク意思表示ノミニヨリテ物權ノ設定移轉ノ效果ヲ
 生スルカ故ニ本條ノ意思表示ハ債權的法律行為ト相對シテ之ヲ物權的法律
 行為ト稱スルヲ至當トス(本書一卷四五六頁參考)而シテ物權的法律行為ハ之
 ヲ分チテ契約ト一方行為トナス、契約ナルトキハ之ヲ物權契約ト稱シ、一方行
 爲ナルトキハ物權的一方行為ト稱ス、然シナカラ物權的一方行為ハ物權ノ消

滅ヲ目的トスル場合ニ其例アレトモ(例之拋棄)一方行為ニヨリ物權ノ設定移
 轉ヲ來ス場合無シ、此ノ理由ニヨリ以下物權契約ヲ説明ス可シ(本問題ニ關シ
 テハ岡松博士物權契約論法學協會雜誌二六卷一、二號ヲ最良ノ參考書トス、
 石坂博士法學新報二一卷二號三號所載論文參照)

(a) 物權契約ハ無形式

ナリ、之レ本條ノ宣明スル所ナリ、而シテ其意思表示
 ハ必シモ明示タルヲ要セス、意思表示一般ノ原則ニ從フ可キモノニシテ默
 示タルコトヲ得、殊ニ當事者カ物權ノ設定移轉ノ登記ニ同意シ又ハ占有ヲ
 引渡シタル場合ニ於テハ物權的的意思表示ヲ一應推測シ得ル場合多シトス
 本原則ノ例外チナスモノハ質權設定行為(三四四)ナリトス、

(b) 物權契約ノ内容

物權契約ノ内容ハ直接ニ物權變動即チ物權ノ設定移
 轉ヲ生セシメントスルニ在リ、凡ソ意思表示ノ效果ハ精密ニ意思ノ内容ト
 一致スルヲ要ス、故ニ意思表示ニヨリテ物權ノ設定移轉ノ效果ヲ生スルニ
 ハ必ラズ其意思表示ハ直接ニ物權ノ設定移轉ヲ以テ内容トナササル可ラ
 ス、

佛國ニ於テハ前段ニ示セル如ク一旦債權生シ直チニ履行セラレテ物權的
 效力ヲ生スト説明スルモノアリ、然レトモ是レ擬制ナリ、而シテ其擬制ハ猶

之ヲ忍フ可シトスルモ履行ニヨリテ物權の效力ヲ生ストナサハ履行行為ハ物權の效力ヲ目的トスル行為ナラサル可ラス、然ラハ物權ノ設定移轉ハ畢竟直接ニ物權ノ設定移轉ヲ目的トスル履行行為ノ結果ニシテ債權行為ノ結果ニ非サルナリ、又佛國ニ於テハ前示ノ如ク同一ノ行為ヲ以テ債權關係ト物權の效力ヲ生スト説クモノアリ(富井博士民法原論二卷四八頁同説)然レトモ此説ハ明ニ非ナリ、其理由ハ(一)債權の意思表示ト物權の意思表示トハ論理上同一行為ノ内容ヲナスヲ得ス、何トナレハ債權の意思表示ハ其性質上必ラス將來ニ於テ物權ヲ設定移轉セシムルヲ以テ其内容トナササル可ラス、而シテ物權の意思表示ハ即時ニ物權ノ設定移轉ノ效果ヲ生セシムルヲ以テ内容トナササル可ラス(條件期限付ハ除ク)故ニ前者カ效力ヲ生スルニハ未タ物權ノ設定移轉セサルヲ必要ナル前提トナス、若シモ物權カ直ニ設定移轉セラルルナラハ是ヲ目的トナス債權の意思ニ效力ヲ附スルハ不能ナリ、即チ其意思ノ一部カ效力ヲ生スルニハ他ノ一部ハ效力ヲ生セサルヲ要ス、此ノ如ク相矛盾スル二個ノ意思ハ決シテ同一行為ノ内容タルヲ得ス、(二)此説ニヨレハ債權の意思表示カ無効ナルナラハ當然物權の意思表示モ無効トナラサル可ラス、蓋シ二者カ同一行為中ニ包含セラルトナス

カ故ナリ、然ラハ無効行為ニ基キ給付ヲ終リタル場合又ハ既ニ給付ヲ終リタル後ニ取消權ノ行使アリタル場合ニハ、物權ハ全ク移轉セサルカ又ハ當然舊主ニ復歸ス可キカ故ニ無効行為ニ基キ給付者又ハ取消權者ハ物權ノ返還ヲ目的トスル債權ヲ有スルハ不能ナラサル可ラス、然ルニ第二百二十一條ハ明ニ之ヲ認ムルニ非スヤ、直接ニ物權ノ設定移轉ヲ目的トスル意思表示即チ物權の意思表示ト同一物權ノ設定移轉ヲ目的トスル債權の意思表示ハ譬ヘハ水火ノ如キモノニシテ器ヲ同フシテ同時ニ存在スルヲ得サルナリ、故ニ債權の意思表示ト物權の意思表示ハ之ヲ別個ノ行為ト看做ササルヲ得ス(同論石坂博士前出法學新報二一卷三號二五頁)

物權契約ニハ原則トシテ期限又ハ條件ヲ附スルコトヲ得(本書一卷七三五、七四八、七五二、七八八、參考)、獨逸ニ於テハ不動産所有權ノ讓渡(Auflassung)ニハ條件又ハ始期ヲ許サス、羅馬法ニ於テハ「マンチバチオ」イン、ユレ、セツシオ」ノ方式ニヨル物權行為ニハ條件ヲ許サザリシ、是等ハ立法上大ニ參考ス可キ點ナリ、蓋シ條件附ノ物權讓渡ハ權利關係ヲ混淆セシムル虞アレハナリ、殊ニ條件ニ週及效力アル場合ニ然リトス、然レトモ之レカ爲メニハ之ヲ禁ス可キ明文ヲ要ス、然ルニ我民法登記法等ハ之ヲ禁セサルカ故ニ條件附移轉

ヲ許スモノト解スルヨリ外ナシ、

(o) 物權契約ノ能力其他 能力ニ付キテハ本法總則第一章第二節ノ規定ヲ適用ス、又物權契約ハ法律行為ナルカ故ニ法律行為ニ關スル總則ノ規定ハ原則トシテ全部適用アリ、

(d) 物權契約ノ當事者

物權契約ニ於テ物權上損失ヲ受ク可キ地位ニ立ツ當事者ハ必ラス物權者タルコトヲ要ス、例ハ物權ノ設定契約ニ於テハ所有權者又ハ設定セラル可キ權利ニヨリ制限ヲ受クル物權者タルヲ要シ、物權讓渡契約ニ於テハ讓渡人ハ讓渡サル可キ物權ノ主體タルヲ要ス、蓋シ物權契約ハ直接ニ物權上ノ效果ヲ生スル所謂處分行爲ナルヲ以テ物權者自身ニ非サレハ物權ヲ制限シ又ハ讓渡スル權能ヲ有セサレハナリ、代理人ニヨリ物權契約ヲナス場合ニハ代理人ノ權限ハ第百〇三條ノ權限ニテハ不足ナリ、必ラス物權處分ノ權限アルヲ要ス、

權限ナキ者ノ物權行為ハ絕對無効ナリ、但シ代理人ニ關シテハ第百九條第百十條第百十二條ノ適用アリ、

(E) 物權契約ノ效力

物權契約ノ内容ハ直接ニ物權ノ設定移轉ヲ生セシメントスル合意ナリ、故ニ其ノ效果ハ之ニ相當シ物權契約ノ效力發生ト共ニ

直接ニ物權ノ設定移轉ヲ來ス、然レトモ不動産登記申請ニ協力ス可キ債權關係即チ登記請求權ハ物權契約ヨリ生スルニ非サルナリ(拙文登記請求權京都法學會雜誌第八卷第二號參照)、蓋シ此ノ如キ債權ニ對スル意思ハ物權契約ノ内容ヲ成サレハナリ、

(F) 物權契約ト登記又ハ引渡ノ關係

我民法ニ於テハ登記又ハ引渡ハ物權契約ノ一部ヲナスモノニ非ス、二者ハ別個ノ法律事實ナリ、又登記引渡ハ物權契約効力發生ノ外部的條件ニモ非ス、物權契約ノ効力ハ登記及ヒ引渡ニ關係ナク發生ス、登記又ハ引渡ハ既成ノ物權契約ノ効力ヲ第三者ニ對抗セシムル條件ニ過キス、此點ニ就キテハ異論ヲ聞カス、

(G) 物權契約ト原因行為ノ關係

物權契約ハ全ク原因行為ナクシテ存スル能ハサルニ非ス、然レトモ大多數ノ場合ニ於テハ物權ノ設定移轉ヲ目的トスル債權關係存シ其ノ實行ノ爲メニ物權契約ヲナスモノナリ、茲ニ於テカ

此ノ二者ノ關係如何ノ問題ヲ生ス、一派ノ論者ハ物權契約ハ有因行為ナリト論ス(富井博士民法原論二卷五三頁橫田博士物權契約論法曹記事二十二卷一一〇三以下同氏物權論四一頁)其ノ旨意ニ曰ハク、凡ソ法律行為ノ内容トナル可キ法律上ノ效果ハ債權ニ關スルト物權ニ關スルトト問ハス當事者ノ意思ニヨリテ定マル故ニ同一ノ行為ヲ以テ債權關係ト共ニ物權關係ヲ生セシムルモ何等ノ妨アルコトナシ而シテ第百七十六條ニハ單ニ「當事者ノ意思表示トアリテ必シモ別個ノ契約ヲ爲ス可キモノト解スルヲ得ス、而シテ賣買ノ如ク債權的關係存スル場合ニハ物權的意思表示ハ契約ノ一部ヲ成シ獨立ノ存在ヲ有セサルカ故ニ獨法ノ物權契約ノ如ク無因ナルモノニ非ス」云々、余ハ此ノ論ヲ非トスルモノナリ、

凡ソ有因無因ノ論ハ成法ノ規定ニ因テ決定ス可キモノナリ、成法ニ於テ債權契約ト物權契約ト一體ヲ爲スモノト看做スナラハ物權契約ハ有因ナリ、債權契約カ無効又ハ取消サルル場合ニハ物權契約モ亦無効トナル、從テ第三取得者ハ無權利者ヨリ權利ヲ得タルモノト看做サレ其權利ハ影響ヲ受ク可シ、法律カ債權契約ト物權契約ト別個ノ行為ト看タルナラハ即チ債權契約ハ物權契約ノ外部ニ存スルモノトナスナラハ物權契約ハ無因ナリ、

從テ債權契約カ無効又ハ取消サルルトモ之ニヨリテ影響ヲ受ケス、乍然其場合ニハ物權ノ取得ハ法律上ノ原因ナキ取得トナルカ故ニ不當利得ノ原則ニヨリ(七〇三)其物權ヲ返還ス可キ債務ヲ生スルナリ、然トモ之レ對人權利タル債務關係ヲ生スルニ過キサルカ故ニ第三取得者ノ地位ハ之レニヨリテ影響ヲ受ケス、故ニ無因主義ハ一般取引ノ安全ヲ確保スルノ益アリ、我民法カ無因主義ヲ取リタルノ證據ハ之ヲ前段物權契約ノ内容ノ題下ニ述ヘタル如ク債權契約ト物權契約トハ論理上決シテ同一行為ノ内容タルヲ得サルニヨリ明ナリ、蓋シ前者ハ將來ニ於テ物權ヲ取得セントスルモノ後者ハ現在ニ於テ物權ヲ取得セントスルモノナルカ故ニ前者カ效力ヲ生スルニハ後者カ效力ヲ生セサルヲ必要トシ兩者同時ニ效力ヲ生スルハ不能ナルカ故ナリ、又法文上此問題ヲ決定ス可キ唯一ノ根據ハ第百二十一條但書ニアリ、若シモ有因說ニ從ヘハ取消ノ結果物權ハ當然舊主ニ復歸スルカ故ニ償還義務ヲ生ス可キ理由ナシ、然ルニ同條カ償還「義務」ヲ認メタルハ取消ノ結果物權カ舊主ニ復歸セルカ故ニ其返還ヲ目的トスル債務ヲ發生セシメタルモノト見サル可ラス、取消ニヨリ物權カ當然復歸セサルハ物權契約カ無因行為ナルカ爲メナラサル可ラス(本書一卷六九九頁以下參照)大

(三) 本條適用ノ範圍

正五、五、一、二大阪地方裁判所判決ハ本說ヲ認メ大正六、一、二、二、大阪控訴院判決、法律新聞一一四八號所載ハ之ヲ毀セリ、同說三浦博士物權法提要三四頁。

本條ノ規定ハ(一)動產物權不動產物權ニ共ニ適用アリ(二)本條ハ(一)ニ述ヘル意義ニ於テ物權ノ設定及ヒ移轉ニ適用アリテ質權ノ設定ノ如キ(三四)法律ニ反對ノ明文アル場合ハ例外トシテ適用ナシ(三)物權ノ變更ニ就キテハ本條ハ適用ナキモ之ヲ準用ス可キモノト信ス、蓋シ兩者共ニ物權上ノ效果ヲ目的トスルモノニシテ主義トシテ兩者ノ間ニ差別ヲ立ツ可キ理由ヲ發見スル能ハサレハナリ、物權ノ變更トハ物權カ其ノ本體ヲ同フシ其性質ノミヲ變更スル法律現象ヲ云フ、故ニ其權利ハ前ト後ト種々ノ點ニ於テ變化アルモ而カモ從前ノ權利カ存續スルモノナリ、而シテ凡ソ物權ノ變更ハ內容目的主體ニ付キ行ハルルモノ(本書一卷四三三、參考)ナリト雖モ主體ノ變更ハ即チ移轉ニシテ本條ノ内ニ包含セラレ、登記法ニ於テ移轉登記ヲナス可キモノトシ變更登記ニ依ルチ許サス、故ニ主體ノ變更ハ此ノ場合ニハ權利ノ變更ニ非ストスルチ正シトス、而シテ物權ノ內容及ヒ目的ノ變更ノ主タル場合ハ(イ)他物權存續期間ノ變更、之ハ其ノ延長ノ場合ナルト短縮ノ場合ナルトニ論ナク意思表示ノミニヨリテ效力ヲ生ス可シ、但シ登記法ニ於テハ延長ノ場合ハ登録稅法トノ關係上變更

登記ニ依ルチ得スト雖モ(拙文假登記論京都法學會雜誌七卷六號四七頁)意思表示ノミニヨリテ效力ヲ生スルハ疑ナシ(ロ)地上權ノ目的ノ範圍ノ變更(ハ)永小作權ノ目的ノ範圍ノ變更及ヒ民法第二百七十二條ノ但書ノ定アルトキハ其變更(ニ)地役權ノ目的ノ範圍ノ變更(ホ)擔保物權ニ於テハ其目的物ノ減少及ヒ債權額ノ減少、但シ目的物及ヒ債權額ノ增加ハ順位ノ關係及ヒ登錄稅法トノ關係ヨリ見ルモ新設ト見サル可ラス(ヘ)登記シタル權利ノ順位ノ讓渡及ヒ拋棄等ナリ、(四)處分權ノ制限、處分權ノ制限ニハ債權的效力ヲ有スルモノ即チ當事者間ニ於テノミ效力アル場合ト、物權的效力アル場合即チ之ヲ登記スルニヨリテ第三者ニ對抗シ得ル場合トアリ、前者ハ債權契約一般ノ通則ニ從フ可キモノナリ、後者ニ關シテハ規定ヲ缺クト雖モ本條ヲ準用スルチ至當トス、蓋シ處分權ノ物權的制限ハ物權ノ內容ノ一部ヲ減輕スルモノト見ラル可キカ故ニ物權ノ設定移轉ト其主義ヲ異ニス可キ理由存セサレハナリ、其ノ場合ハ(イ)共有物不分割契約(二)五六登七八、遺言ニヨル分割禁止(一〇一一)ニ付キテハ登記法ニハ規定ナキモ不分割契約ニ關スル規定ヲ準用ス可キモノナリ、(ロ)不動産賣買ノ買戻特約(民五八一、登三八)ハ永小作權ノ買戻ノ制限(民二七二、登一一二)、(ニ)地役權ニ關スル民法第二百八十一條第一項但書第二百八十五條第一項但書第二百八十六條ノ制限(登一

一三(ホ)財産分離(一〇四五、一〇五〇)等之レニ屬ス(五)物權ノ消滅ニ關シテハ原則トシテ本條ヲ準用スルヲ得可キモ例外ナキニ非サル可シ、例ヘハ動産ノ所有權ノ拋棄ノ如キハ所有權拋棄ノ意思表示ノ外占有權ノ拋棄ヲ要ス可シ、

第七十七條 不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ハ登記法

ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

(一)本條ハ不動産物權ノ得喪變更ヲ 第三者ニ對抗セシムル條件ヲ定メタルモノナリ、本法ニ於テハ前條ニ述ヘタル如ク登記ハ不動産物權ノ得喪變更ノ要件ニ非ス、物權ノ得喪變更ハ其原因タル事實(例之法律行為、時效、相續ノ類)ノ發生ニヨリ當然生スルモ之ヲ第三者ニ對抗セシムル爲メニ登記ヲ必要トスルノミ、前條ニ述ヘタル獨逸ノ登記主義ト相對照シテ著シキ差アルヲ知ル可シ、
不動産物權ノ得喪變更ノ對抗條件トシテ登記ヲ要スルノ理由ハ之ヲ物權ノ性質ニ求ムルヲ得可シ、即チ物權ニ追及權アルカ故ナリ、若シ物權ニ追及權ヲ認めサレハ物權タルノ實ナク又追及權ヲ認めメンニハ其ノ得喪變更ハ之ヲ公示シ外部ヨリ認識シ得可キ制度ヲ設ケルノ必要アリ、登記制度ハ此必要ニ應スルモノ

ナリ、若シ何等ノ公示方法ナクハ物權ヲ取得スルモ、知レサル前權利者ノ爲メニ追奪セラレ物權ノ取得ヲ安全ナラシムルヲ得ス、其弊害ノ及フ所ハ(一)物權取得者ノ地位ヲ危險ナラシメ、其結果トシテ(二)所有權其他物權ノ價值ヲ下落セシムヘシ、何トナレハ所有權者等カ之ヲ賣却シ又ハ擔保ニ供シテ利用セントスルモ物權取得カ危險ナルトキハ其需ニ應スルモノ少ナキハ當然ナルカ故ナリ(三)所有權ノ價值カ減少シ其取引不安全トナルトキハ一國經濟上ノ融通ヲ阻害スルニ至ルヲ必セリ、此ノ故ニ不動産物權ノ取引ニ就テハ往古ヨリ完全不完全ノ差コソアレ、必ラス公示方法ヲ設ケサルモノナシ、此ノ如キ關係ニアルカ或ニ公示方法ノ適否ハ物權法ノ良否ヲ判スル標準トナルト云フモ過言ニ非ラス、

(二)登記能力アル權利

本條ハ物權ノ得喪變更ハ「登記法」ノ定ムル所ニ從ヒ「云々」ト規定スルカ故ニ如何ナル物權カ登記能力アルカハ登記法ニ因リ定メサル可ク、而シテ登記法第一條ニ因リ、登記能力アル權利ハ(一)所有權(二)地上權(三)永小作權(四)地役權(五)先取特權(六)質權(七)抵當權(八)賃借權ノ八者ナリ、此内賃借權ハ第六百五條ノ規定ニヨリ登記ヲ認メタルモノナルモ其性質ハ物權ニ非スシテ債權ナリ、本法所定ノ物權ニシテ登記能力ナキモノハ占有權、入會權、留置權ノ三者ナリ、此ノ内占有權及ヒ留置權ハ占有ヲ基礎トスルモノニシテ公示方法ハ自ら

備ハルヲ以テ性質上登記ヲ必要トセス、入會權ニ就テハ實際上登記ノ必要アリ、又性質上登記セシム可キモノナレトモ登記法第一條ハ其登記能力ヲ認メス、人或ハ民法第二百六十三條第二、九十四條ヲ基礎トシ登記ニ關シテモ共有又ハ地役ノ規定ヲ準用シ所有權ノ登記又ハ地役權ノ登記ヲナス可シト論ス、(梅博士、民法百七十七條ノ適用範圍ヲ論ス、法學雜誌林九卷四號、乾博士不動產物權ノ取得時効ト登記、法學協會雜誌三〇卷七號八六頁以下)、曰ク登記法第一條ニハ入會權ノ文字ナキモ其ノ性質ハ所有權ノ共有又ハ地役權ニシテ所有權ノ共有及ヒ地役權ハ登記法第一條ニ於テ登記能力アルカ故ニ入會權ハ登記スルヲ要スト、此說ハ不可ナリ、(一)ニ入會權ニ就テハ共有又ハ地役ノ規定ハ第二次ニ於テ適用アルニ過キス、第一次ニ於テハ慣習ニ依ル可キモノナリ、而シテ入會權ハ登記制度ナキ時代ニ發達シタルモノナルカ故ニ登記ヲ要ス可キ理由ナシ、(二)登記ハ登記法ニ從ヒテ爲ス可キモノナリ、若シ登記法カ入會權ノ登記ヲ認ムルノ旨意ナラハ何カ故ニ第一條ニ於テ之ヲ列記セザリシヤ(同論富井博士民法原論二卷六七、明治三六才第一八〇號大審院判決)。

立木モ亦不動產ニシテ(本書一卷三九八以下反對說末弘博士土地ノ定著物、法學協會雜誌三〇卷一一號)之ヲ目的トスル物權ハ不動產物權ナリ、故ニ當然本條及

七登記法第一條ノ適用ヲ受ク可キモノナレトモ之レニ關スル手續ノ規定ヲ缺クヲ以テ從來其登記ヲ許サザリシカ、明治四十二年法律第二十二號ヲ以テ其ノ所有權抵當權并ニ先取特權ノ登記ヲ認ムルニ至レリ、然レトモ之レ同法第一條ノ意義ニ於ケル立木ニ關スルモノニシテ其他ノ場合ニハ登記ヲ許サス、

登記能力アル權利トハ登記法ニ依リテ登記シ得ル權利ヲ指スモノニシテ、此ノ如キ不動產物權ノ得喪變更ハ之ヲ登記スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルナリ、反之登記能力ナキ不動產物權ハ登記セスシテ第三者ニ對抗スルコトヲ得、蓋シ本條ハ登記法ニ從ヒ登記ヲ爲スヲ以テ對抗條件トナスカ故ニ登記法ニ於テ登記ヲ爲スヲ得サル場合ニハ之ヲ必要トセサルノ趣旨明ナレハナリ、

(三) 登記能力アル物權變動

登記能力アル物權變動トハ不動產登記法ニヨリ登記

シ得ル物權上ノ變化ヲ意味ス、本條ニ於テハ不動產ニ關スル物權ノ得喪變更ハ「登記法」ノ定ムル所ニ從ヒ「其登記」ヲ爲スニ非サレハ云々ト規定スルカ故ニ登記能力ノ有無ハ本條ニヨリ之ヲ決スルヲ得ス、登記法ニヨリテ決セサル可ラス、故ニ若シモ物權ノ得喪變更ニシテ假リニ登記法上登記ヲ許ササル場合アリトモハ其變動ハ登記能力ナキカ故ニ登記ナクシテ第三者ニ對抗シ得ル結果トナ

ル可シ、反之本條ニ云フ物權ノ得喪變更ニシテ登記法ニ於テ登記能力ヲ認ムルモノハ登記ナクシテ第三者ニ對抗スルヲ得サルナリ又本條ニ云フ物權ノ得喪變更ニ當ラスシテ登記法上登記ヲ認ムルモノアリトスルモ本條ノ闕知スル所ニ非ス、其效力等ハ別ニ之ヲ定メサル可ラス、此ノ如キ關係ニ在ルカ故ニ物權ノ得喪變更ノ意義ヲ明ニシ且ツ登記法上登記ヲ許スヤ否ヤヲ確カムルヲ要ス、

(イ) 物權ノ取得

本條ニ物權ノ得喪トアルハ取得喪失ノ略語ナリ、故ニ先ツ取得ヨリ述ヘンニ、茲ニ取得ト云フハ法律ニ何等ノ制限ナキヲ以テ最モ廣義ニ解ス可キモノニシテ、(一) 法律行為ニヨル他物權ノ建設的承繼取得、此ノ場合ニハ登記法第一條ノ規定ニヨリ設定登記ヲナス可キモノナリ、(二) 所有權并ニ他物權ノ移轉的承繼取得、此ノ場合ハ登記法第一條ノ「移轉」ニ包含セララルモノニシテ移轉登記ヲナス可キモノナリ、(三) 所有權及ヒ他物權ノ原始的取得、例之取得時效、此ノ場合モ本條取得ノ意義中ニ包含セララルハ疑ナシ、只登記法ニ於テ此場合ノ登記ヲ認ムルヲ否ヤ疑問トナル、余ハ其登記ヲ認ムルモノト信ス、後段ニ其理由ヲ述ヘン、

(ロ) 物權ノ喪失

物權ノ喪失ニハ二場合アリ、一ハ關係的ニ喪失スル場合ニシテ他ハ物權カ絕對的ニ消滅スルニヨリ喪失スル場合ナリ、前者ハ登記法第一

(ハ) 物權ノ變更

條ノ用語ニ因レハ物權ノ移轉ニ外ナラス、宜シク移轉登記ヲナス可キモノナリ、後者ハ登記法ノ用語ニ於テハ「消滅」ト云フ、抹消登記ヲナス可キモノナリ、然リ而シテ喪失ノ原因ニ制限ナシ、其ノ理由ハ後ニ述ヘン、

物權ノ變更トハ物權カ其本體ヲ變キスシテ其ノ性質ヲ變スル場合ヲ云フ、本條ノ解釋トシテハ左ノ場合ヲ包含スルモノトス、(一) 物權ノ内容ノ變更、例之他物權ノ目的ノ範圍ノ變更及ヒ其存續期間ノ變更等ナリ、此レ物權其ノモノニ對スル變更ニシテ嚴格ノ意義ニ於ケル物權ノ變更ナリ、(二) 物權ニ附隨結合セル權利關係ノ變更、例之登記シタル地上權、地役權、永小作權ノ地代ノ變更及ヒ第二百八十六條特別契約ノ變更等アリ、之レ物權其ノモノニ對スル變更ニ非ス、然レトモ物權ニ附隨結合シ第三者ニ對シテ效力ヲ有スル場合ニ於テハ其ノ變更ハ物權ノ變更ニ準シ登記ヲ要スルモノトスルニ非サレハ取引上ノ弊害甚シ、(三) 處分權ノ制限ニ關シテハ由來ニ說アリ、一說ニヨレハ處分權ハ物權ノ内容ヲナスモノナリ、然ラハ其制限ハ(一)ノ場合ニ過キス、嚴格ノ意義ニ於ケル物權ノ變更ナリ、他ノ說ニヨレハ處分權ハ物權ヲ處分スル權利ニシテ、處分スル權利ハ觀念上處分セララル權利ノ内容タルヲ得ス、處分權ハ物權ノ外部ニ存スル別個ノ權利ナリナル可ラスト云フ、此ノ論ニヨレハ

處分ノ制限ハ嚴格ノ意義ニ於ケル物權ノ制限ニ非サルナリ、後説ハ論理上完全ナルモノノ如シ、然シナカラ其處分權ナルモノハ當然物權ニ附從シテ存スルモノナルカ故ニ實際上ハ兩者ヲ一體トシテ觀察スルコトヲ得、然ルトキハ其ノ制限ハ物權其ノモノノ制限ニ準ス可キモノナリ、又經濟上ノ作用ヨリ見レハ物權ノ處分ノ制限ハ物權ノ内容ノ一部ヲ減殺スルモノト云フモ不可ナシ、且ツ處分權ハ物權ニ當然伴フ可キモノナルカ故ニ之レカ制限ヲ登記セサルトキハ第三者ハ其處分權ノ完全ナルヲ信スルヲ以テ之レト取引ヲナス者ハ不慮ノ損害ヲ蒙ル可キカ故ニ登記セシムル必要アルハ勿論ナリ、以上ノ理由ニヨリテ處分ノ制限ハ之ヲ物權ノ變更ノ意義中ニ包含セシメントス、然シナカラ處分ノ制限ニハ物權的ノモノト債權的ノモノトアリ、余カ登記ヲ必要トスルハ物權的ノモノニ限ル、

物權ノ變更ノ場合及ヒ之レニ要スル登記ノ種類等ハ前條註釋(三)ヲ見ヨ、右ノ意義ニ於ケル物權ノ制限ハ登記法第一條ノ「變更」及ヒ「處分」ノ制限トアルニ相當スルモノニシテ登記能力アル物權變動ナリ其ノ原因ニ就テハ後段ヲ見ヨ、

(四)物權ノ得喪變更ノ原因

前記意義ニ於ケル物權ノ得喪變更ハ種々ノ原因ニ

ヨリテ生ス、茲ニ於テカ其ノ登記能力アルニハ一定ノ原因ニヨリテ生シタル得喪變更ナルヲ要スルヤ、或ハ其原因ニヨリ區別ヲ爲ス可キモノニ非スシテ一切ノ得喪變更ヲ登記ス可キモノナリヤノ問題ヲ生ス、此ノ問題ニ就キ從來ノ解説極メテ多シ(不動産物權ノ時効取得ト登記乾博士法學協會雜誌三〇卷六號七號參考)、主タルモノヲ下ノ(三)トナス、(一)原因ニ付キ區別ヲナス、凡テノ得喪變更ヲ登記ス可シトナス説(富井博士前掲六九、梅博士民法百七十七條適用範圍ヲ論ス、法學誌林九卷四號、乾博士前掲等)、(二)意思表示ニ因ル不動産物權ノ得喪變更ノ場合ニ限リ適用アリトナス説(明治三八號二〇三、十二月十一日大審院判決)、然シ明治四十一年十二月十五日ノ判決ヲ以テ大審院カ前説ヲ黜シ原因ノ如何ヲ問ハス物權ノ得喪變更ハ登記ヲ以テ對抗條件トナスト改メテヨリ本説ハ其支持者ヲ失ヘリ、(三)本條ハ承繼取得ニミ適用アリテ原始取得ニハ適用ナシトスル説(橫田博士物權論五五以下)、本説ハ前説トハ其適用ノ範圍大ニ異ル、相續ニヨル物權ノ取得、強制競賣ニヨル物權取得、法律ノ直接規定ニヨル地上權ノ取得ノ如キ前説ニヨレハ登記ヲ要セサル結果トナルモ本説ニヨレハ登記ヲ要スヘシ、以上ノ内第二説ハ第七十六條ハ意思表示ニヨル物權ノ設定移轉ヲ規定シ第七十七條ハ其次ニ位シ前條ヲ受クタル規定ナルカ故ニ意思表示ニヨル物

權ノ設定移轉ノ場合ノミニ適用セラルトナスモノナレトモ、前者ハ當事者間ノ實質的效力ヲ規定シ後者ハ對抗條件ヲ規定スルモノニシテ同一ノ事項ヲ規定スルモノニ非ス、且ツ前者ハ物權ノ設定移轉ニ關シ後者ハ廣ク物權ノ得喪變更ニ關スルモノニシテ其範圍モ亦同一ニ非ス、故ニ本説ノ誤レルハ一般ニ認メラル(前示四一年大審院判決、富井博士前出、乾博士前出)、第三説ノ根據ハ登記ハ第三者ニ對抗スル要件ニシテ第三者ナルモノハ當事者ノ存在ヲ前提トス、然シテ承繼取得ニハ當事者アリ又第三者アルモ、原始取得ニハ當事者ナク從テ之レニ對スル第三者アルコトナシ、故ニ其ノ對抗條件タル登記ヲ必要トセスト云フニ在リ、然レトモ此說聊カ不穩當ナリ、何トナレハ當事者第三者ナル語ハ民法典上一定セル意義ヲ有セス、取得時効ノ如キハ一般ニ原始取得ト認メラルルモノナレトモ猶法典ニ於テハ時効ノ當事者ナル語ヲ使用ス、從テ條三者アル可キ筈ナリ、(一四五、一四八本書一卷八二六參考)、故ニ第三者ナル文字ヲ捕ヘテ立論スルハ解釋論トシテモ不可ナリ、況ンテ原始取得ノ場合ニモ登記セシム可キ實質上ノ理由アルニ於テオヤ、

余ハ現時ノ多數ノ學者ト共ニ第一説ヲ可トスルモノナリ、然シナカラ單ニ本條ニ無制限ニ「不動産ニ關スル物權ノ得喪變更」云々トアルナ理由トシテ其原因ニ

付キ區別チナス可ラスト主張スルモノニアラス、寧ロ登記法ニ於テ原因ニ因リテ制限チ加ヘサルナ理由トスルモノナリ、何トナレハ本條ニハ明ニ「登記法ノ定ムル所ニ從ヒ」トアリ、故ニ假令本條ニ於テハ得喪變更ヲ制限セスト雖モ若シモ登記法ニ制限存スルナラハ之レニ從ハサル可ラサルヤ論ナシ、然ルニ登記ノ申請ニハ物權變動ノ原因ヲ示スヲ要ス(登三五三六)ト雖モ登記法第一條ニ於テハ勿論其他ニ原因ニ制限チ加ヘタル痕跡ナシ、即チ本條並ニ登記法ニ於テ制限ナキヲ以テ不動産物權ノ得喪變更ハ其原因ノ如何ヲ論セス凡テ登記能力アリ、登記能力アルカ故ニ登記スルニ非サレハ第三者ニ對抗スルヲ得ストノ結論チ生スルナリ、依テ以下登記原因(即チ物權變動ノ原因)ノ主ナルモノヲ示シ、登記法カ意思表示ニ基カサル物權變動并ニ原始取得ノ場合ニモ登記チ許ス所以ヲ論セントス、

(イ) 意思表示ニ因ル物權變動 此ノ場合ニ關シテモ登記チ許ス明文アルニ非ス、然レトモ登記法ニ於テ物權變動ノ原因ヲ制限スル明文アラサルカ故ニ此ノ場合ハ當然登記能力アルモノト認メサルヲ得サルナリ、意思表示ハ之ヲ分テ契約及ヒ一方行為トナス、契約ハ最も重要ナルモ特ニ之ヲ述フル必要ヲ認メス、故ニ一方行為ニ因ル物權變動ヲ述ヘンニ其ノ場合ハ甚タ多カラス、(一) 拋物權 總則 【一七七】

案ハ契約タルヲ要スル場合ナキニ非サルモ一方行為ノ場合モアリ、質權抵當權ノ拋棄ノ如キ疑モナク一方行為ニテ可ナリ(富井博士原論二卷八二ハ拋棄ハ常ニ一方行為ナリト云フハ非ナリ)、此場合ハ其權利カ既登記ナルトキハ抹消登記ヲナスニ非サレハ第三者ニ對抗スルヲ得ス、例之質權抵當權ノ拋棄ハ之ヲ登記スルニ非サレハ質權者者抵當權ノ債權者ニ對抗スルヲ得サルカ如シ其手續ハ登記法第二十六條ニ依ル可シ、(二)遺贈、遺贈ニ二種アリ、即チ包括遺贈及ヒ特定遺贈之ナリ、而シテ包括遺贈ハ遺產相續ト同一ノ效力ヲ有スルニ因リ(一〇九二)後ニ述フル相續ノ場合ト同シ、特定遺贈ニ付キテハ本法ハ所謂債權主義ヲ取り遺贈ノ目的タル、物權ハ遺贈カ效力ヲ生スルト共ニ當然受遺者ニ移轉スルニ非ス、遺言ニヨリテ他物權ヲ設定スル場合モ之レト同シ、遺贈者ニ屬セシ財產ハ全部一旦相續人ニ移轉シ、相續人ハ受遺者ニ對シテ遺贈ヲ辨濟スル義務ヲ負擔スルモノナリ、故ニ遺言執行前ニ於テハ其不動產ハ相續人ノ名義ニテ登記セラルルヲ常トシ、後遺贈辨濟トシテ不動產ヲ受遺者ニ讓渡スル意思表示ヲナストキハ始メテ物權ハ受遺者ニ移ル、然レトモ之レヲ登記セサレハ第三者ハ相續人ノ財產ト信スルハ勿論ナリ、此ノ故ニ此ノ場合ニモ登記ノ必要アリ、而シテ其ノ手續ハ登記ノ通則ニ從フ可キモノナリ、(三)法人

人設立ノ場合ニモ亦登記ヲ要ス、此ノ場合ニ於ケル物權上ノ關係ハ本書一巻二七一頁以下ニ述ヘタルカ如ク、寄附行為ニ就テハ其效力發生ト共ニ物權法人ニ移リ、社團法人ニ在リテハ法人ノ成立後移轉行為ヲ爲スヲ要ス可シ、何レニシテモ物權ハ猶舊主ノ名義ニテ登記セラルルカ故ニ第三者之レニ信賴スルハ當然ナルカ故ニ之レヲ保護スル爲メニ登記ヲ要ス、其手續ハ登記法ノ通則第二十六條ニ依ル可キモノナリ、

(ロ) 相續

相續ニ因ル不動產物權ノ承繼ニ就キテハ獨佛ニ於テハ登記ヲ要セサルモノトス、其ノ主たる理由ハ獨佛ニ於テハ相續ノ開始原因ハ被相續人ノ死亡ニ限ルカ故ナリ、蓋シ登記ノ主たる目的ハ登記名義人カ物權ヲ二重ニ處分スルヲ得サラシムルニ在リ、然ルニ登記名義人タル被相續人カ既ニ死亡セラルカ故ニ斯カル虞ナケレハナリ、然ルニ我相續法ハ之レト大ニ異リ、遺產相續ハ別トシ家督相續ニ於テハ相續開始後被相續人ノ生存スル場合多シ即チ第九百六十四條ニ明ナル如ク隱居、國籍喪失、戶主カ婚姻又ハ養子縁組ノ取消ニ因リテ其家ヲ去リタルトキ、女戶主ノ入夫婚姻及ヒ入夫ノ離婚等アリ、是等ノ場合ニ於テモ被相續人ノ財產ハ相續ノ開始ニヨリ法律上當然相續人ニ移轉ス(拙文相續ノ拋棄京都法學會雜誌四卷八號)、然カモ猶登記ハ被相續人ノ名義

タリ、故ニ第三者ハ被相續人ヨリ之ヲ取得スルコトアル可キハ當然ナリ、然ルニ相續ニヨル不動産物權ノ取得ニ登記ヲ要セサルモノトセハ、相續人ハ第三者ニ對シテ追奪ヲ行フヲ得ルニ至リ、第三者ヲ保護スルヲ得ス、是レ即チ相續ニ因ル物權ノ取得ニ本條ノ適用ナカル可ラサル實質上ノ理由ナリ、而シテ我登記法(登二七、登四一)モ亦明ニ其手續ヲ認ムルカ故ニ形式上モ亦登記ヲ必要トスル理由十分ナリトス(同論明治四一年一二月一日大審院判決大正四年十月二日大審院判決富井博士前掲七〇頁)。

右論スル所ハ被相續人ノ生存ノ場合ナルヲ以テ相續ニヨル物權ノ取得ニモ登記ヲ要スル理由ノ一トナスモノナリ、然ラハ死亡ニヨル相續開始ノ場合ニモ猶登記ヲ以テ對抗要件トナス可キカ、曰ハク然リ大審院判決モ亦之ヲ認ム(大正九年五月十一日第一民事部判決大審院判決錄二十六輯第九卷六四(頁)。(反對意見横田博士物權論五三、乾博士前掲)何トナレハ本條ニ於テ此ノ場合ヲ例外トセス、又登記法ニ於テモ登記ヲ許スカ故ナリ、然シテナカラ其理由ニ至テ、ハ前者ト大ニ異リ、第三者保護ハ其目的ニ非スシテ相續人保護ヲ以テ其ノ目的トナス、蓋シ被相續人タル死亡者カ財產ヲ第三者ノ爲メニ處分スルコトアリ能ハサルカ故ナリ、例之相續人カ取得時効ヲ中斷セントスル場合、又ハ他物

權相續ノ場合ニ所有權者ナシテ其權利ヲ承認セシムル爲ニハ登記ヲ必要トス、登記以外ノ方法ヲ以テ權利ヲ證明シテ第三登ニ對抗スルヲ得サルナリ、包括遺贈ノ場合ニハ遺贈ノ目的タル物權ハ相續開始ニヨリ物權的ニ受遺者ニ移轉ス(一〇九四)、一旦相續人ニ移轉シ相續人ヨリ受遺者ニ移轉スルニ非ス故ニ登記ニ關シテモ相續(遺產相續)ニ關スル規定ヲ準用ス可シ、相續ニ因ル物權ノ移轉ハ意思表示ヲ原因トスルモノニ非ス(拙文相續拋棄前掲)、然カモ猶登記ヲ以テ對抗要件トナスコト此ノ如シ、故ニ本條ハ意思表示ニ因ル物權ノ得喪變更ニ限リ適用アリトナス説ハ之ヲ維持ス可ラス、

(ハ) 裁判所行政行爲ニ因ル不動産物權ノ取得 例之判決ニ因ル共有物ノ分割、官廳又ハ公署ノ競賣處分(強制執行ノ爲ニスル競賣、國稅徵收ノ爲ニスル場合等)、土地收用法ニ因ル收用等皆登記アルニ非サレハ第三者ニ對抗スルヲ得ス、之レ本條ノ規定及ヒ登記法カ其ノ登記ヲ認ムルニ因ル(登二七、登二九、登一〇三、大審院大正七、一二、一九判決、判決錄二四輯二三四二頁)。

(ニ) 取得時効 取得時効ニ因ル所有權又ハ他物權ノ取得ニ就テモ之ヲ登記スルニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルカ、此ノ場合ニハ登記ヲ必要トセスト論スルモノアリ(横田博士物權論五五)、其理由ハ登記ハ第三者ニ對抗スル

要件ナリ、然ルニ時効ノ如キ原始取得ニ於テハ當事者ナク從テ第三者ナシ、故ニ本條ノ適用ナシト云フヲ主タルモノトス、然レトモ前ニモ述ヘタル如ク民法典ニ於テ當事者トハ法律行為ノ當事者ノ義ニ限ラス、法律現象ヲ標準トシテ之ヲ云フコトアリ、即チ一定人間ニ權利得喪ノ事實アル場合ニハ其ノ得喪カ嚴格ノ意味ニ於テ權利ノ承繼ニ非ストスルモ其ノ喪失者ト取得者トテ當事者ト云フコトアリ、現ニ民法ハ此ノ意味ニ於テ時効ノ當事者ナル文字ヲ用ヤ(一四五、一四八)取得者ト取得時効ノ結果權利ヲ喪失スル者ヲ當事者トナス、故ニ其他ノ者ハ第三者トナル可シ、時効ニ當事者ナシト云フハ獨斷ナリ、且ツ取得時効ノ場合ニ之レヲ登記セシムル實質上ノ理由ハ法律行為ニ因ル物權ノ取得ト殆ント異ナラサルモアリ、即チ所有權ノ取得ノ場合ニ於テハ其不動産ハ舊所有者ノ名義ニテ登記セララルカ故ニ第三者ハ過失ナク舊所有者ヨリ之ヲ取得スルコトアルハ勿論ナリ、然ルニ登記ナキ時効取得者ノ所有權ヲ以テ之ニ對抗スルヲ得トセハ第三者ハ不測ノ損害ヲ蒙ル可シ、他物權ノ時効取得ニ於テモ之レト同シク其登記ナキ以上ハ第三者ハ其所有權ハ完全ノ所有權ナリト信シテ取得スルヲ常トス、然ルニ登記ナキ時効取得ノ他物權ヲ認メサル可カラストセハ其恐荒ヲ來スヤ必セリ、故ニ余輩ノ意見ニ於テハ之

レ又登記ヲ要スル場合ナリ、且ツ本條及ヒ登記法第一條ニ於テ時効取得ヲ除外スルノ旨意存セサルナリ(同論大正七、三、二、大審院判決)茲ニ於テカ最後ノ問題ハ然ラハ如何ナル手續ニヨリ如何ナル形式ノ登記ヲナス可キカニ在リ、余ノ見ル所ニ於テハ(一)所有權ノ時効取得ノ場合ニハ保存登記ヲナス可キモノナリ、先ツ所有權確認ノ判決ヲ得テ舊所有者ノ抹消登記ヲナシ(所有權ノ抹消登記ハ登記用紙ノ閉鎖トナル)、次テ登記法第五條二號ニヨリ保存登記ヲナス可シ、論者曰ク時効取得ニ登記ヲ要ストセハ右ノ確認訴訟ニ於テハ登記前ナルカ故ニ其ノ所有權ヲ以テ對抗スルヲ得サル可シト、曰ハク否、確認訴訟ハ第三者ヲ被告トスルモノニ非スシテ時効ノ當事者間ノ訴訟ナリ、故ニ登記無クシテ對抗スルヲ妨ケス(後段六)ヲ參照ス可シ)、一派ノ論者ハ此場合ニハ移轉登記ヲナス可シト云フ(富井博士原論二卷七三、乾博士前掲論文)、然レトモ之不能ナリ、若シモ舊所有者カ任意ニ移轉登記申請ニ協力スルトキハ一時ヲ備置スルヲ得可キモ、然ラサル場合ニハ訴訟ヲ以テ登記申請ニ協力ス可ク強制スルヲ要ス可シ、然リ而シテ登記申請ニ協力ス可キ義務ハ實體上ノ物權關係ト登記ト一致セサルヨリ生ズルモノニシテ其ノ内容ハ精密ニ實體上ノ物權關係ニ相應スル登記ノ申請ニ協力スルニ在ラサル可カラス(拙文登記請求權、京都

法學會雜誌八卷二號)此ノ故ニ舊所有者ハ時効取得者ノ所有權ヲ承認スル義務ヲ有ストスルモ移轉登記ニ協力ス可キ義務ヲ有セス、蓋シ所有權ノ移轉ノ事實ナケレハナリ、從テ時効取得者カ移轉登記請求ノ訴ヲ起スナラハ敗訴ニ終ラサル可カラサレハナリ、(二)他物權ノ時効取得ノ場合ニ於テハ設定登記ニ準シテ登記ヲナス可シ、此場合ハ法律行為ニ依ル取得ニ非サルカ故ニ民法并ニ不動産登記法ノ用語上他物權ノ設定ニ非ス故ニ之ヲ準用スルナリ、其手續ハ先ツ確認訴訟ヲ起シ不動産登記法第二十七條ノ規定ニ從ヒ時効取得者一人ニテ申請スルモノナリ、所有者ニ對シテ他物權設定登記請求ノ訴ヲ起ステ得サルナリ、蓋シ他物權ノ設定ハ建設的承繼取得ナリ即チ一種ノ讓渡ナリ、然レニ此ノ場合ニハ讓渡ノ事實ナシ從テ所有者ハ讓渡登記タル設定登記ニ協カス可キ義務ヲ有セサレハナリ、

(ホ)登記シタル權利ノ消滅

本條并ニ登記法第一條ノ規定ニ、ハ、物權ノ消滅ハ抹消登記ヲナスニアラサレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス、權利ハ既ニ消滅スルモ登記存スル以上ハ一應ハ權利存在スルモノト推定セラルヘシ、然レトモ本法ノ登記法ハ對抗條件ニ過キス、故ニ實質上存在セサル權利ハ假令登記簿上其ノ儘ニ存スルモ之レカ爲メニ其ノ權利存在スルモノト看做サルル

コトナシ、其ノ登記ハ有效條件ヲ缺ク無効ノ登記ナリ、故ニ第三者カ其ノ登記ヲ信シテ行為ヲ爲シタル後ニ於テモ登記權利者(抹消登記請求權者)ハ其ノ登記ノ抹消ヲ請求スルコトヲ得、是レ我登記法ニ絕對的公信力ナキ當然ノ結果ニシテ第三者之レカ爲メニ損失ヲ受クルコトアルモ亦已テ得サルナリ、例ヘハ、物ノ滅失ニヨリ物權消滅シタル場合存續期間ノ滿了ニヨリテ他物權ノ消滅シタル場合等ニ付キテハ疑ナシ、(大正六、一、三、大審院判決ニヨレハ不動産質權カ存續期間經過ニヨリ消滅シタル場合ニハ抹消登記ヲ爲サスシテ第三者ニ對抗シ得ヘキモノトナス、本判決ハ前述スル所ト稍ヤ趣ヲ異ニスルモ其ノ結果ハ竟異ナラス)、之レト異リ消滅時効、拋棄等ニヨリ權利消滅シタル場合ニハ登記ヲ必要トスルヲ可トスルカ如キ觀ナキニアラス、然レトモ消滅時効完成後ニ登記上ノ權利者カ之レヲ處分スルモ其ノ處分ハ實事上無効ノ處分ナリ、故ニ登記ヲ抹消シテ第三者ニ對抗スルヲ許スモ亦已テ得サルナリ、若シ夫レ拋棄ニ至リテハ第三者カ登記上ノ權利ニ付キ權利ヲ得タル後ニ至リテハ全然拋棄ヲ許サス、拋棄カ有效ナル爲メニハ第三者カ權利ヲ得ル前ナルヲ要ス、故ニ拋棄後第三者カ其ノ權利ニ付キ事實上權利ヲ取得スル場合ヲ生セス、從テ其ノ登記ノ抹消ヲ許スモ第三者ノ權利ハ實際上害セラレサル

理ナリ、只此ノ理論ヲ貫クトキハ所有者ト登記上ノ權利者ト通謀シテ拋棄ノ期日ヲ廻ラシムル時ニ第三者ヲ害スル虞アリト雖モ、拋棄者ハ第三者ノ爲メニ先キニ其權利ヲ處分シタルモノナレハ新カク詭計ノ成功スル場合ハ蓋シ少カルヘシ、故ニ此ノ場合モ亦前ノ場合ト同シク登記存スル間ハ一應第三者ノ爲メニハ其ノ權利存スルモノト推定セラレヘキモ、抹消登記權利者ハ第三者カ其ノ登記ヲ信シテ取引ヲ爲シタル後ニ於テモ其ノ抹消ヲ請求スルコトヲ得、從テ第三者カ損害ヲ受クル場合ナキニアラサルモ之レ我登記法ノ主義トシテ已テ得サル所ナリ、

（ハ）未登記物權ノ得喪變更

凡ソ登記ハ保存登記ニ始マル、保存登記ニヨリ其不動産ハ始メテ登記簿ニ入籍シ、登記用紙ヲ有スルニ至ル、故ニ爾後ハ其不動産ニ付キテ登記ヲナスヲ得レトモ其以前ニ在リテハ登記ヲ爲スコトハ一切不能ナリ、茲ニ於テカ保存登記未済ノ不動産ニ關スル物權ノ得喪ニモ亦本條ノ適用アリヤノ問題ヲ生ス、濠州諸國ノ「トールレンス」式登記法ニ於テハ登記自由ノ主義ヲ取り、保存登記(Immatrikulation)ヲ經タルモノハ登記法ノ利益ヲ享有スルモ、保存登記ヲ經サルモノハ只登記法ノ利益ヲ享有スルヲ得サルニ止マリ普通法ノ規定ニ從ヒラ取引スルコトヲ得ルモノトナス、即チ不動産物權取引

ニ就キ兩派主義ヲ取り所有者ノ意思ニ從ヒ何レノ方法ニモ從ヒ得ルモノトナス、我登記法モ強制主義ヲ取ラサル點ニ於テ(登二五)之レニ類スルモノアリ然レトモ本條ノ規定ニ於テハ廣ク「不動産ニ關スル物權」ト云フカ故ニ保存登記未済ノ不動産ニモ亦之ヲ適用スルノ旨意ト解スルヲ適當トス可シ、又登記法上ハ保存登記前ニ於テハ何等ノ登記ヲモ之レヲ許サスト雖モ、保存登記ハ容易ニ之ヲ爲シ得ルモノナレハ(登一〇五、登一〇六)先ツ保存登記ヲナシ而シテ後物權變動ニ相當スル登記ヲナセハ可ナリ、即チ登記法上ハ間接ニ其ノ登記手續ヲ認ムルモノナルカ故ニ其ノ物權變動ノ對抗條件トシテ登記ヲ要スト解スルモ實害アルコトナカル可シ、例ヘハ債務者カ未登記不動産上ニ抵當權ヲ設定シ後之ヲ他人ニ賣却シ、買主ノ爲メニ保存登記并ニ移轉登記ヲナシタル場合ニハ債權者ハ最初ノ未登記抵當權ヲ以テ買主ニ對抗スルヲ得サル可シ、又未登記ノ不動産ヲ賣却シ後之ヲ登記シテ更ニ他人ニ賣却シ其登記ヲナシタル場合ニハ前買主ハ後ノ買主ニ對抗スルヲ得ス(同論明治三八、五、一〇大審院判決)、

然シナカラ未登記不動産上ノ物權變動ヲ第三者ニ對抗スル爲メニハ登記ヲ要スルモ單ニ在來ノ所有權ヲ維持スル爲メニハ登記ヲ要セス即チ保存登記物權 總則 【一七七】

ヲ要セス、若シモ之ヲ必要トセハ之レ即チ登記ヲ強制スルモノト云ハサル可
ラス、例ヘハ未登記不動産ノ所有者ハ其ノ所有權ヲ證明シテ占有者ニ對シテ
返還請求ヲ求メ妨害者ニ對シテ其除去ヲ求ルコトヲ得可ク、不法行為者ニ對
シテハ損害賠償ヲ請求スルヲ得可シ、

(五) 登記請求權

登記ハ物權關係ヲ表示スルヲ以テ目的トナス、故ニ實質上ノ物
權變動ト登記上ノ記載ト一致セサルトキハ之ヲ一致セシムルハ民法及登記法
ノ精神ナリ、而シテ我登記法ノ仕組ニ於テハ登記ノ申請ハ登記權利者ト登記義
務者ノ共同ノ申請ニヨルチ原則トフ、一人ニテ申請シ得ルハ例外ナリ、故ニ物權
變動ヲ生シタルトキハ其ノ意思表示ニ因ルト否トニ論ナク登記權利者ハ登記
義務者ニ對シテ登記ノ申請ニ協力スヘキ旨ヲ請求スル權利ヲ有ス、之ヲ略シテ
登記請求權ト云フ、登記請求權ハ當事者ノ意思ニヨリ生スルニアラス、登記ト實
質上ノ物權關係ト一致セサルニヨリ法律上當然生スルナリ、又其ノ性質ハ登記
所ニ對シ登記ヲ請求スル公權ニハアラスシテ、登記ノ申請ニ協力スルコトヲ相
手方ニ對シテ請求スル私權ナリ、相手方カ登記申請ニ協力スル義務アルニモ拘
ハラズ任意ニ之ヲ履行セサルトキハ裁判ニヨリ之ヲ強制スルコトヲ得即チ判
決ヲ以テ相手方ノ協力ニ替ヘ登記權利者一人ニテ登記ノ申請ヲ有效ニナスニ

トヲ得、拙文登記請求權民法論文集三七〇頁以下參照猶大正四、四、一、大審院判決
ヲ見ヨ、

(六) 登記ノ有效條件

之ヲ分ツテ登記法上ノ條件ト民法上ノ條件トナス、而シテ
凡ソ登記カ有效ナランニハ此二種ノ條件ヲ完備スルチ要スルモノニシテ民法
上ノ條件具備スルモ登記法上ノ條件缺クルトキハ登記ハ無効ナリ、又登記法上
ノ條件具ハルモ民法上ノ條件ヲ缺クトキハ登記ハ無効ナリ、登記ハ一定ノ官吏
之ヲ實行ス可キコト當事者ノ申請ニ因ル可キコト一定ノ書類ヲ添付ス可キコ
ト等ハ皆登記法上ノ形式上ノ條件ナリ、然レトモ茲ニハ之ヲ略シ專ラ民法上ノ
條件ヲ述フ可シ、

民法上登記カ有效ナルニハ登記原因(物權變動ノ原因ノ義)ノ有效ナルヲ要ス、登
記ト登記原因ノ關係ニ就キテハ二大主義アリ、

(イ) 善意ノ物權取得者ノ爲メニハ登記ハ絕對的ニ眞實ナリト看做サル制度ナ
リ、即チ登記簿ニ登記セラレタル權利ニ就テハ其記載ハ權利ノ内容主體目的
及ヒ其存在ニ關シ絕對的ニ眞實ナリト看做スモノナルカ故ニ、登記上ノ權利
者ヨリ登記上ノ權利ヲ取得シタル者ハ惡意ニ非サル限りハ登記原因ノ無効
又ハ取消ノ爲メニ追奪ヲ受クルコトナシ、是レ獨逸民法ノ採用スル所ナリ(獨
物權 總則 【一七七】

民八九二、八九三、之ヲ **絕對的公信主義** (Absolute publicitasprincip) ト稱ス、
 (口) 登記カ公信カ有スニハ登記原因ノ有效ナルヲ必要トスルモノナリ、故ニ登
 記ヲ信シテ取引ヲナシタル第三者ノ地位ハ登記原因ノ無効ナルニ因リテ影
 響ヲ受ク可シ之レ佛國法(千八百五十五年法律三條)ノ探ル所ナリ之ヲ **相對**
的公信主義 (Relative publicitasprincip) ト云フ、

本法ハ佛法ニ倣ヒ登記ノ有效條件トシテ登記原因ノ有效ナルコトヲ必要トス
 ルモノナリ、此點ニ關シ直接ノ明文アルニ非スト雖モ、(一) 本條ノ規定ニ依レハ登
 記ハ物權變動ノ對抗條件ニ過キス、對抗條件トハ創設の效力ナクシテ且既存ノ
 事實ヲ第三者ヲシテ承認セシムル條件ノ義ナリ、此ノ故ニ物權變動ノ原因カ無
 效ナルトキハ對抗セラル可キ物權變動存セサルカ故ニ形式上有效ノ登記存ス
 ルモ何等ノ效力ナキ結果トナル、譬ハ物權變動ハ彈丸ニシテ登記ハ火藥ノ如
 シ、火藥ナクンハ彈丸ハ人ヲ殺スノ力ナシ然レトモ火藥アルモ彈丸存セサレハ
 遂ニ之レ空砲ニ過キサルナリ、(二) 又我登記法ニ於テハ所謂 **形式的適法主義**
 (Formelle legalitasprincip) ヲ取り、登記ノ申請又ハ囑託カ形式的條件ヲ具備スルトキ
 ハ登記官吏ハ必ラス之ヲ登記スルヲ要シ實質上ノ理由殊ニ登記原因ノ有效無
 效又ハ存否ヲ調査スルノ權利ナク又其義務ナシ、登記官吏カ登記申請又ハ囑託

ヲ却下シ得ル場合ハ登記法第四十九條ニ列記セル形式的條件ヲ缺ク場合ニ限
 ル、此ノ故ニ法律ハ登記カ實體上ノ物權關係ト一致スルモノナリトノ擔保ヲナ
 ス能ハサルナリ以上ノ二理由ニ依リテ登記ニ絕對的公信カナク登記原因ノ有
 效ヲ以テ登記ノ有效條件トナスコト明ナリ、

登記原因 トハ物權變動ノ原因ノ義ニシテ即チ物權行為ヲ指スモノナリ、物權
 行為ノ原因ヲナス債權關係ヲ指スニ非ス、故ニ債權關係ハ無効不存在又ハ取消
 サルルモ物權行為ニシテ有效ナル以上ハ其登記ハ有效ナリ、然レトモ此場合ニ
 於テハ其物權ノ取得ハ法律上ノ原因ヲ失フカ故ニ不當利得ノ原則ニ因リテ之
 ナ返還ス可キ義務ヲ生ス、而シテ之ヲ實行シタルトキハ登記ハ無原因トナリ無
 效トナル、然レトモ其實行前ニ第三者カ物權ヲ取得シタルトキハ不當利得ノ請
 求權ヲ行フモ第三者ニ追及スルヲ得ス、蓋シ不當利得ノ請求權ハ債權ニ過キサ
 レハナリ、物權行為ト債權行為カ共ニ無効又ハ取消サルル場合ニハ其ノ無効取
 消カ第三者ニ對抗シ得ル場合ト然ラサル場合ニ因リテ效果ヲ異ニス可シ本書
 一卷六九六頁以下ヲ參照ス可シ、

無効ノ登記 ニ對シテハ(一) 登記ヲ實質上ノ物權關係ト一致セシムルニ付キ利
 益ヲ有スル者ハ其ノ抹消ヲ請求スルコトヲ得可シ、此ノ場合ニ於ケル相手方ハ

登記上ノ權利者ナリトス(拙文登記請求權京都法學會雜誌八卷二號)、例之虛偽行爲ニヨリ不動産ヲ讓渡シ登記シタル場合ニハ讓渡人ハ虛偽行爲ヲ證明シ讓受人カ所有者ニ非サルコトヲ主張シテ移轉登記ノ抹消ヲ請求スルコトヲ得可シ、(二)然シナカラ登記カ形式上有效ナル場合ニ於テハ假令實質上無効ナリトスルモ登記官吏ハ自動的ニ之ヲ抹消スルヲ得ス必ラス當事者ノ申請ヲ俟ツ可シ(登記ニ五)我登記法ハ所謂**申請主義** (Antragprinzip)ニ依ル、(三)登記ト實質上ノ物權關係トハ親密ナル關係ヲ有スルモ而カモ別物ナリ、實質上ノ關係カ消滅スルモ登記ハ當然消滅スルモノニ非ス、實質上無効ノ登記トシテ猶登記簿上ニ存ス、之ヲ消滅セシムルニハ抹消登記ヲ要ス、例之債權者カ債務者ノ詐害行爲ヲ取消スモ登記ハ之ニヨリテ消滅セス、債務者ニ代位シテ登記ノ抹消ヲ請求スルニヨリテ始メテ消滅ス、又例ヘハ債務ヲ辨済スレハ抵當權ハ消滅ス、然カモ猶其登記ハ實質上無効ノ登記トシテ存在スルカ故ニ之ヲ消滅セシムルニハ抹消登記ヲ要ス可シ、

(七)登記ノ效力

ハ之ヲ左ノ數則ニ收ムルコトヲ得、

(イ)實體法上物權變動無効ナルトキハ形式上有效ナル登記存スルモ之レニヨリ善意ノ第三者ノ爲メニモ登記面上ノ物權變動カ有效ニ存スルモノト看做サ

ルルコトナシ、(大正六、四、二六、大審院判決同論)即チ登記ニハ絶體的公信力ナク又形式上ノ效力 (Formale Kraft) ナシ、其ノ理由ハ前ノ(六)ニ述ヘタリ、此ノ故ニ登記ヲ信シテ取引チナスモ若シモ其ノ登記原因カ無効又ハ取消サルルトキハ物權取得者ノ地位ハ之ニヨリテ影響ヲ受ク可シ、之レ我國ノ登記制度ノ最モ不完全ナル點ナリ、

(ロ)實體上有效ニ物權變動生シタル場合ト雖モ有效ナル登記ナクンハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス、即チ第三者ハ物權變動ノ事實ヲ否認スル權能ヲ有ス、而シテ第三者ノ善意ト惡意トヲ區別セス、

(ハ)實體上有效ニ生シタル物權變動ハ登記ナシト雖モ第三者ノ側ヨリ之ヲ認ムルヲ妨ケス、本條ニ「第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」トアルハ當事者ヨリ第三者ニ對スル場合ヲ意味スルモノナルカ故ニ第三者ヨリ當事者ニ對スル場合ニハ登記ヲ要セストノ解釋ヲ生ス可シ、又登記ハ其性質ハ公示方法ナルカ故ニ理論上モ此論結ハ至當ナリ(富井博士原論二卷六〇)。

(ニ)實體上有效ニ物權變動生シ之レニ相當スル有效ナル登記アルトキハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得、而シテ登記ハ不動産物權變動ノ唯一ノ對抗條件ナルカ故ニ苟モ登記ノ方法アル物權變動ニ於テハ如何ニ有力ナリトスル物權 總則 【一七七】

モ登記以外ノ公示方法ヲ以テシテハ第三者ニ對抗スルヲ得サルナリ
登記ノ積極消極ノ效果ハ右ノ四則ニ盡キタリト雖モ、一層之ヲ明瞭ナラシムル爲
メニ、物權變動ノ效果ヲ登記ノ前後ニ分ツテ説明ス可シ、

(イ) 登記前ニ於ケル物權變動ノ效果

前條ニ明ナル如ク物權變動ハ當事者ノ
意思表示ノミニ因リテ效力ヲ生ス、意思表示ニ基カサル物權變動ハ一定ノ法
律事實ノ完成ニヨリテ效力ヲ生ス、其ノ物權變動ヲ第三者ニ對抗スル條件ト
シテ本條ノ登記ヲ要スルナリ、茲ニ於テカ登記前ニ於テハ物權變動ノ效力ハ
當事者間ニノミ限ラレ、第三者ニ對テハ效力ナク、第三者ニ對シテハ物權變動
ナキモノト看做サレト解シ、更ニ進テ登記ノ關係上、第三者ニ對シテハ效力ナ
キ物權ヲ生スト説クモノアリ (Plauti D. G. I. 2565 及ヒ富井博士前掲五六〇、然レ
トモ此ノ説誤レリ、本條ニ於テハ單ニ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト規定シ
第三者ニ對シテハ效力ナシト規定セス、對抗スルヲ得サルト效力ナキトハ大
ニ其意味ヲ異ニス、效力ナキモノハ第一百九條ノ規定ニヨリ、第三者ニ對シテハ
ルモノニヨリテ效力ヲ生スルコトナシ、反之單ニ第三者ニ對抗スルヲ得サル
場合ニ於テハ、第三者ノ側ヨリ物權變動ヲ否認シ完全ナル效力アルモノトス
ルコトヲ得、同論富井博士原論二卷六〇、横田博士物權論六六以下、故ニ第三者

ニ對シテハ效力ナシト云フハ正シカラス、又第三者カ物權變動ヲ否認シ得ル
ノ現象ヲ見テ、一般ニ第三者ニ對抗スルヲ得サル物權ヲ生シ物權ノ本質ニ反
スト論スルハ却テ物權ノ本質ヲ誤解シタル論ニ非サルカ、抑モ物權ハ其ノ本
體ヲ害スルコトナクシテ外面的制限ヲ許ス權利ナリ、例之地上權ヲ設定スレ
ハ地上權者ハ所有權者ノ返還請求權 (rei vindicatio) 妨害除去請求權 (actio negatoria)
ニ對シテ之レヲ否認ス可キ(或ハ其實行ナ一時妨ク可キ) 抗辯權ヲ有スルニ非
スヤ、然カモ所有權ノ本體ハ之レニ因リテ害セラレス、地上權者カ抗辯權ヲ有
スルノ事實ハ所有者ノ返還請求權妨害除去請求權ノ存在ヲ否定スルモノニ
非ス、却テ抗辯權ハ請求權ノ存在ヲ前提トスルモノニシテ之ヲ立證スルモノ
ナリ(拙文抗辯權論京都法學會雜誌六卷八號)、余輩ノ見解ニ於テハ前條ノ物權
契約其他法定ノ法律事實ノ完成ニヨリテ物權ハ完全ニ即チ第三者ニ對スル
關係ニ於テモ得喪又ハ變更セラレルモノニシテ、第三者ニ對抗スル内容ヲ有
セサル物權ヲ生スルニ非ス、乍然本條ノ登記前ニ於テハ、第三者ハ物權變動ヲ
否認シ得ル權利 (droit de reconnaissance od. veräußerungsrecht) 有シ、其權利ノ行使ニヨリ
テ物權變動ヲ認めサルコトヲ得ルモノナリ、本條ニ第三者ニ對抗スルコトヲ
得ストハ、第三者ニ對スル關係ニ於テ物權存セスト云フニ非スシテ、第三者ハ
物權 總則 【一七七】

否認權ヲ有スルノ義ヲ明ニシタルモノニシテ登記ハ實ニ第三者ノ否認權ヲ除去スルノ效果ヲ有スルモノナリ、(法律評論第二卷第三號拙文參照) 否認權ハ抗辯權 (Einrede Recht) ニシテ物權ノ外部ニ存シ物權ノ本質ヲ減殺スルモノニ非サルモ其行使ニヨリテ物權ノ作用ヲ阻却スルコトヲ得ルモノナリ、此ノ故ニ第三者カ其權利ヲ行使スルトキハ物權變動ヲ認メサルヲ得可シト雖モ其權利ヲ拋棄シ又ハ行使セサルニ於テハ物權變動ヲ認メサルヲ得サルナリ(同論明治四五、六、二八、大審院判決判決一八輯七六〇頁)而シテ其拋棄ハ單獨行為ニヨリ之ヲ爲スコトヲ得可ク或ハ又利害關係者トノ契約ニ因ルコトヲ得(同論明治三九、一〇、一〇、大審院判決)、

此ノ如ク「對抗」ノ意義ニ關シ余輩ノ所見ハ通説ト根本的ニ異ル、從テ其結果モ亦異ル所アリ、即チ余輩ノ意見ニ因レハ未登記ノ他物權者カ其物權ヲ主張シタル場合ニ於テ被告タル第三者カ登記ノ缺乏ヲ援用セサルトキハ(即チ否認權ノ不行使)原告ノ勝訴タル可シ反對説ニヨレハ被告ノ抗辯ノ有無ニ拘ハラス原告ニシテ登記ヲ示サ得サルトキハ原告ノ敗訴タル可シ、

未登記者間ノ關係ハ物權變動ノ前後ニヨリテ其優劣ヲ定ム、例ヘハ一不動産ヲ甲乙ニ二重ニ讓渡シタル場合ニ於テ兩者共ニ未登記ナルトキハ互ニ否認

權ヲ有スルヲ以テ此點ニ於テ優劣ヲ定ムルヲ得ス、依テ實體上ノ關係ニ憑リテ先ツ權利ヲ得タル者ヲ以テ眞ノ權利者ト認メサル可カラス

以上ハ第三者ニ對スル關係ナリ當事者間ノ關係ハ之ト大ニ異リ全然當事者間ノ實質的法律關係ニヨリ支配セラル即チ當事者ハ否認權ヲ有セス物權契約カ有效ニ成立スルカ其他ノ物權的效力アル法律事實完成スルトキハ物權得喪變更ノ效果ヲ生シ互ニ之ヲ承認スルヲ要ス、

(ロ) 登記後ニ於ケル物權變動ノ效果

第三者ニ對スル關係ニ於テハ第三者ハ

登記ニヨリテ否認權ヲ失フ、例ヘハ甲乙間ノ不動産讓渡ヲ登記シタル後丙者登記簿ヲ見ス善意ニテ其不動産ヲ甲者ヨリ買受ケタリトス、此場合ニ丙者ハ甲乙間ノ讓渡ヲ否認スル權利ナシ、然レトモ之レ(六)ニ述ヘタル意味ニ於テ登記ノ有效ナル場合ニ限ル、若シモ甲乙間ノ讓渡カ虛偽行為ニシテ無効ナルトキハ丙者ハ其讓渡并ニ登記ノ無効ヲ主張シ其ノ登記ヲ抹消セシメ且ツ自己ノ名義ニ登記スルコトヲ強制スルヲ得可シ、

當事者間ノ關係ハ登記ニヨリテ影響ヲ受ケス、

(ハ) 第三者ノ意義

當事者及ヒ第三者ノ意義ハ民法上一定セス本書一卷四四九各場合ニ就テ之ヲ定メサル可カラス、而シテ本條ノ意義ニ就キ左ノ數説アリ、

(イ) 第三者トハ同一不動産上ニ物權ヲ取得シ先ツ登記ヲ經タル者ヲ指スト(參照佛民一一四一、佛登三、Practical D. C. Ln. 3016.)之レ佛國學說ニ出ツ、舊キ判例ハ之レニ因レルモノ多シ(例ハ明治三六、三五、大審院判決)此ノ說ニ從フトキハ不動産讓渡人ノ債權者ハ讓渡登記前ニ於テモ其不動産ヲ差押フルヲ得ス、故ニ大審院ハ幾何モナク此見解ヲ捨テタリ(明治三八、三、六大審院判決ハ債權者ヲモ包含スルモノトセリ、)

(ロ) 物權得喪ノ原因タル行爲ノ當事者及ヒ一般承繼人以外ノ者ヲ總稱ストナス說(明治四〇、七、三〇大審院判決明治四一、三、二〇、大審院判決富井博士民法原論六一、梅博士法學志林三七、六四號、橫田博士物權論六四)本說ノ理由ハ極メテ簡單ニシテ單ニ法文ニ何等ノ制限ナシト云フニ在リ、本說ニ從ヘハ物權讓渡人ノ債權者、讓受人ノ債權者ニ對シ登記ヲ要スル結果トナリタルモ同時ニ不法行爲者ニ對抗スルニモ登記ヲ要スル結果トナレリ(富井博士前出六二)。

(ハ) 不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ノ登記欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル者ヲ指稱スト云フ說(明治四一、一、二、一五、大審院判決)是ヲ最新ノ說トナス、曰ハク「本條ノ規定ハ同一不動産ニ關シテ正當ノ權利若シクハ利益ヲ有スル第三者ヲシテ登記ニ依テ物權ノ得喪變更ノ事狀ヲ知悉シ以テ不慮ノ損害ヲ免カ

ルルコトヲ得セシメンカ爲メニ存スルモノナレハ其ノ條文ニハ(本條ヲ指ス)特ニ第三者ノ意義ヲ制限スル文詞ナシト雖モ其ノ自ラ多少ノ制限アル可キハ之ヲ字句ノ外ニ求ムルコト豈難シト云フヘケンヤ云々」ト云フ理由ニヨリテ、前說ヲ觀シ第三者ノ意義ヲ登記ノ欠缺ニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ニ限リタルモノナリ、本說ニヨレハ不法行爲者ニ對スルニハ登記ヲ要セス、又建物所有權ノ確認ノ訴ニ於テ原告カ前所有者ヨリ買取リタル旨ヲ主張シ被告ハ自ラ建築セル旨ヲ主張セル場合ニハ登記ノ欠缺ヲ理由トシテ原告ノ所有權ヲ否認スルヲ得サル可シ、故ニ本說ハ其結果ニ於テ明ニ前二說ニ優ルモノト云フ可シ、爾後大審院ハ本說ヲ維持シ大正五年一月十四日ノ判決ハ最モ明カニ其ノ趣意ヲ宣示セリ、即チ第三者カ登記ノ欠缺ヲ主張スルニハ正當ノ利益ヲ有スルコトヲ立證スルヲ要スルモノトセリ、

以上ノ内(イ)ハ明ニ狭キニ失ス、何トナレハ債權者ヲ除外スル結果讓渡人ノ債權者ニ對抗スルニハ登記ヲ要セサルニ至ルカ故ナリ、(ロ)ハ廣キニ失ス、特ニ不法行爲者ニ對抗スルニモ登記ヲ要ストハ其ノ何ノ故タルヲ知ルニ苦シム、之レ法文ノ文理解釋ニ重キヲ置キ登記ノ性質ヲ輕視セル結果ナリ、獨リ最後ノ說ニ至テハ此ノ如キ不都合ナシ、而シテ法典上第三者ノ意義ハ一定スル所ナキカ故ニ此場合ニハ登

記ノ性質ニ考ヘ且ツ實際上不都合ノ結果ヲ生セサル權解ス可シ、第三説カ登記ノ欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル者ヲ指稱スト爲シタルハ、第三者ノ意義ヲ制限スルモノニ非シテ、第三者ノ眞義ヲ宣明シタルモノナリ、然レトモ此ノ如ク解スルトキハ當事者ニモ非ス、第三者ニモ非サル者(例之不法行爲者)ヲ生ス可シ、之レ一見奇ナルカ如キモ實際上毫モ不可ナルコトナシ、

本條ニハ「當事者」ナル文字ナシ、然レトモ「第三者」ナル文字アルカ故ニ人ノ當事者ナル觀念ヲ想起スルハ至當ナリ、茲ニ當事者ト云フハ法律行爲ノ作製ニ關與シタル者ノ義ニ非スシテ、一定ノ法律事實ニヨリ生シタル法律現象(物權變動)ニ關接シタル者ヲ指ス、例之取得時効ニ於テハ取得者及ヒ之ニヨリ權利ヲ失ヒタル者公用徵收ニ在テハ徵收者被徵收者、競買ニ於テハ競賣申立人競落人及ヒ舊所有者ノ如シ、其他ノ者ハ總テ之ヲ第三者ト稱スルヲ普通トスレトモ、本條ノ意義ニ於テハ其中ニ就キテ登記ノ欠缺ヲ主張ス可キ正當ノ利益アル者ニ限ルカ故ニ當事者ニモ又第三者ニモ非サル者ヲ生ス、此ノ如キモノニ對シテハ登記ナクシテ物權變動ヲ對抗スルコトヲ得可シ、

右ノ適用ヲ示セハ、(一)所有權讓渡ノ場合ニハ讓渡人讓受人ヲ當事者トナシ讓渡人及ヒ讓受人ノ債權者ハ第三者タリ(同論明治三六、三、六、大審院判決)故ニ債務者カ不

動産ヲ他人ニ讓渡シタルモ其登記前ニ於テハ債權者ハ其不動産ヲ差押フルコトヲ得、(二)他物權ノ讓渡ノ場合モ右ニ同シ(同論明治三九、二、六、大審院判決)、例ヘハ地上權ノ讓受人カ其地上權ヲ以テ所有者ニ對抗スルニハ登記ヲ要ス、又讓渡人ノ債權者ハ登記前ニ於テハ其地上權ヲ差押フルコトヲ得、(三)他物權ノ拋棄ノ場合ニ於テハ其消滅ヲ以テ他物權者又ハ所有者ヨリ他物權者ノ債權者ニ對抗スルニハ登記ヲ要ス、(四)競賣ノ場合ニ於テハ申立人舊所有者及競落人ヲ以テ當事者ト解ス可シ故ニ競落人カ其所有權ヲ以テ地上權者ニ對抗シ地代ヲ請求スルニハ登記ヲ經タル後ナルヲ要ス、又競落許可決定後登記前ニ於テ舊所有者カ他人ノ爲メニ賃借權ヲ設定シ登記シタル場合ニ於テハ其賃借權ハ無効ナリ、蓋シ競賣開始決定ニヨリ舊所有者ハ處分能力ヲ制限セラレタルモノト見ル可キカ故ニ其後ノ賃借契約ハ登記ノ有無ニ拘ラス無効ナリ、競落人ハ徐ニ自己ノ權利ヲ登記シテ賃借權ノ登記ノ抹消ヲ求ムルコトヲ得、(大正二年一、二、四、大審院判決參照)、(五)取得時効ノ場合ニ於テハ權利ノ取得者及ヒ其結果權利ヲ喪失スル者ヲ當事者トナス例之他物權ノ時効取得ニ於テハ取得者及ヒ所有者ヲ當事者トナシ、所有權ノ時効取得ニ於テハ取得者及ヒ舊所有者、并ニ若シ他物權同時ニ消滅シタリトセハ其他物權者ヲ以テ當事者トナス可シ、(六)建物ノ新築ノ場合ニ於テハ本條ニ所謂第三者ナシ、蓋シ未ダ

保存登記ナキカ故ニ登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者アリ能ハサレハナリ、故ニ其所有權ヲ以テ登記前ニ於テ他人ニ對抗スルヲ妨ケス然レトモ未登記建物ニ關スル物權ノ設定移轉ハ登記ヲ要スルモノト云フ可シ(本條註(四)ノト)参照(七)不法行為者ハ當事者ニモ非ス亦第三者ニモ非ス、之レニ對抗スルニハ登記ヲ要セス、蓋シ不法行為者ハ登記ノ有無ニ付キ正當ノ利害關係ヲ有スルモノニ非サレハナリ、故ニ物權ノ移轉ノアリタル場合ニハ讓受人ヨリシテ不法占有ノ返還又ハ損害賠償請求ヲナス可シ、讓渡人ヨリ不法行為者ニ對ス可キニ非ス(同論明治四三、二、二二、大審院判決大正九四、一九、大審院判決反對富井博士前掲六二)、本條ハ第三者ノ善意惡意ヲ分タス此點ハ理論上甚不可ナリ、

(九)本條ノ例外 ハ登記法第四條第五條ニ在リ、

(一〇)登記ト占有ノ關係 ハ第八十八條ヲ見ヨ、

第七十八條 動産ニ關スル物權ノ讓渡ハ其動産ノ引渡

アルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

(一)動産ニ關スル物權 ハ所有權、留置權(動産ヲ目的トスル場合)動産ノ先取特權、

動産質權并ニ占有權アルモ本條ノ適用アルハ動産所有權ノミナリ、(未弘博士物權法一七五)蓋シ本條ハ對抗條件ヲ定ムルモノナルカ故ニ、意思表示ノミニヨリテ當事者間ニ讓渡ノ效力ヲ生スル權利ニアラサレハ其ノ適用ナキナリ、留置權動産質權モ讓渡シ得ル權利ナリト雖モ引渡ハ讓渡行為ノ要件ナルカ故ニ本條ヲ適用スル餘地ナシ、先取特權モ亦讓渡スルコトヲ得ト、(モ之レ占有ヲ包含セサル物權ナルカ故ニ引渡ヲ對抗條件トナス理由ナシ、若シ夫レ占有權ニ至リテハ讓渡自體カ引渡ナリ故ニ重キテ對抗條件ヲ要セス、

(二)動産物權公示方法 動産物權ノ讓渡ニハ引渡主義ヲ取ル立法例多シ(一七六

参照)、然ルニ本法ニ於テハ意思主義ヲ取り單ニ意思表示ノミニ因リテ讓渡スコトヲ得ルモノトセリ(一七六)、故ニ物權讓渡ヲ公示スルノ目的ヲ以テ本條ニ於テ第三者ニ對抗スル條件トシテ引渡ヲ要スルモノトナセリ、動産物權ノ讓渡ト引渡ノ關係ハ不動産物權ノ得喪變更ト登記ノ關係ト同シ、引渡ハ動産物權讓渡行為ノ要件ニ非スシテ既成ノ讓渡ヲ第三者ニ對抗スル條件ニ過キス、

(三)對抗ノ意義 モ亦前條ト同一ニシテ引渡前ニ於テハ第三者ハ物權讓渡ヲ否

認スル權利ヲ有スルノ義ニ解ス可シ、故ニ第三者カ引渡ノ欠缺ヲ主張セサルニ於テハ裁判所ハ第三者ニ對シテ物權讓渡ノ效果ヲ認メサル可ラス、第三者カ否

認權ヲ行使スルニ因リテ始メテ其者ニ對シテ物權讓渡ヲ認ムルヲ得サルニ至ルモノナリ、

(四) 第三者ノ意義　モ亦前條ト同シク引渡ノ有無ニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ノ義ニ解ス可シ、(大正五、四、一九、大審院判決モ亦同旨趣)

(五) 引渡 (Traditio) トハ占有權讓渡ノ義ニシテ其種類方法多シ、茲ニ於テカ本條ハ如何ナル種類ノ引渡ヲ要求スルカノ問題ニ答ヘサル可ラス、

(イ) 現實ノ引渡　現實ノ引渡トハ占有物ヲ有體的ニ引渡シ以テ占有權ヲ讓渡スル場合ヲ云フ、是レ引渡ノ正式ナルモノニシテ何人モ其ノ本條引渡ノ語義中ニ包含セラレルコトヲ疑フ能ハサル可シ其ノ成立要件ハ第百八十二條ヲ見ヨ、

(ロ) 簡易引渡 (Traditio Brevi manu) 簡易引渡ハ間接占有者カ物ノ所持人又ハ其代理人ニ占有權ヲ讓渡ス場合ニ用ユル方法ナリ、例之所有者カ賃借人ニ所有權ヲ與ヘ其引渡ヲサントスル際ニ用ユルヲ得可シ、其要件ハ第百八十二條ニ

項ニ規定ス、此場合ニ於テハ讓受人又ハ其代理人ハ現ニ物ノ所持ヲ有スルカ故ニ之ニ物ノ所持ヲ與フルヲ必要トセス、只占有權直接授受ヲ内容トスル意思ノ合致ニヨリテ引渡ハ完成ス、之レ簡易引渡ノ名アル所以ナリ、此意思表示

ハ純然タル物權契約ニシテ法律行為一般ノ規定ニ從フ、

簡易引渡カ果シテ物權讓渡ノ公示方法トナリ得ルヤハ疑問ナリ、何トナレハ(一) 引渡カ物權讓渡ノ公示方法トナルハ引渡ニヨリ物カ支配者ヲ變更スルノ事實ヲ外部ヨリ認メ得ルカ故ニ、物ト共ニ權利ノ移轉アルコトヲ推知シ得ルカ爲メナリ、然ルニ簡易引渡ニ於テハ物ノ支配者ヲ變セス故ニ外部ヨリ權利ノ移動ヲ推知シ得可キ現象ナシ、故ニ公示方法トシテノ資格ニ缺クル所アリト云ハサル可ラス、(二) 本條ニハ其動産ノ引渡トアリ動産トハ有體物ヲ意味スルカ故ニ現實引渡ヲ要スルモノト解ス可キカ如シ然レトモ余ハ實際上ノ便宜ヲ理由トシテ簡易引渡ヲ含ムモノト認メントス、(同論富井博士前掲七七)、若シ然ラサルトキハ現在ノ所持人ハ一旦其物ヲ占有權者ニ返還シ後再ヒ之ヲ讓受クルヲ要スルニ至ル可シ、斯ノ如キハ物カ遠隔ノ地ニ在リ又ハ讓渡人讓受人カ隔地者ナルトキハ無用ノ費用ト日時ヲ要シ且ツ物ノ滅失毀損ノ伴フモノニシテ實際上到底忍フ能ハサル所ナリ、故ニ獨逸民法ノ如キハ明文ヲ以テ特ニ之ヲ許セリ(獨民九二九)。

(ハ) 占有ノ改定 (Constitutum Possessorium) 占有ノ改定トハ占有者カ物ノ所持ヲ維持シツツ間接占有ヲ他人ニ與ヘントスル場合ニ用ユル方法ナリ、其要件ハ第

百八十三條ニ之ヲ規定ス、(一)改定者ハ占有者タルコト、(二)兩當事者間ニ於ケル占有權讓渡ノ合意(三)改定者ヲシテ代理占有者(直接占有者)タルシムルニ必要ナル法律關係ノ設定ヲ要ス、例之改定者タル從來ノ所有者カ爾後賃借人、保管人トナル場合ノ如シ、此ノ關係ナクシテ改定者カ單純ナル物ノ所持人即チ占有機關トナル場合ハ之ヲ無原因ノ改定(Cabstrakte constitutum)ト稱ス、無因ノ改定ヲ認ムルトキハ凡テ占有ノ引渡ニ物ノ授受ヲ要セサル結果トナリ弊害アリ、且ツ第百八十三條ニハ「代理人」カ云々トアリテ從來ノ占有者カ代理占有者(直接占有者)トナル場合ノミヲ認メタルコト明ナルカ故ニ無因改定ハ之ヲ認メサルモノト解ス可シ、然レトモ占有改定ノ原因ハ必シモ有效ナルヲ必要トセス、只一定ノ法律關係ヲ設定スルニ足ル可キ性質ノ事實アレハ可ナリ、占有ノ改定ニ就キテモ簡易引渡ト同シク果シテ公示方法タルノ資格アリト否トノ問題ヲ生スレトモ余ハ前ト同一ノ理由ニヨリテ其資格ヲ認メントス、蓋シ若シ然ラサレハ改定者ハ一旦其物ヲ相手方ニ交附シ更ニ相手方ヨリ其物ヲ受取ルヲ要シ費用日時ヲ要シ且ツ危險ノ伴フコト莫大ナルモノアリ、故ニ實際ノ必要上占有ノ改定ヲ以テ對抗條件タルニ足ルモノト認メサル可ラス(獨民九三〇參考)。

(二)返還請求權ノ讓渡ニ因ル引渡

或ハ之ヲ手長ノ引渡 traditio longa manu

ト稱スルコトアリ、是レ間接占有ヲ間接占有トシテ讓渡ス場合ニ用ユル方法ナリ、間接占有ノ基礎ハ物ノ現在ノ所持人ニ對スル返還請求權 *Herausgabepflicht*ニ在リ、故ニ其返還請求權ノ讓渡ニヨリ讓渡人ハ之ヲ失ヒ讓受人ハ之ヲ有スルニ至ルカ故ニ間接占有ヲ移轉ス可シ、其要件ハ第百八十四條ニ規定ス即チ(一)讓渡人カ返還請求權ヲ有スルコト、(二)返還請求權ノ讓渡ヲ目的トスル契約ノ存スルコト、而シテ此契約タルヲ形式ヲ要セス、(三)物ノ所持人ニ對スル返還請求權讓渡ノ通知ナリ、此通知ハ又無形式ナリ、法文ニハ「爾後第三者ノ爲メニ占有ス可キ旨ヲ命ジ」云々トアレトモ其意ハ讓渡ノ通知ニ外ナラス、本法ハ債權讓渡ニ就キテハ通知ハ對抗條件ニシテ讓渡行為ノ一部ニ非ストスル主義ヲ取リタルモ、此ノ場合ニ於ケル通知ハ讓渡行為ノ一部ト見タリ、而シテ此通知ハ讓渡人ヨリ所持人ニ對ス可キモノナリ、以上ノ三條件具備スルトキハ讓受人ハ即チ占有者トナル、故ニ若シモ所持人カ通知ノ旨ニ從ハスシテ其物ヲ讓渡人ニ返還セルトキハ讓受人ノ占有侵害トナル、此返還請求權讓渡ニヨリ引渡モ其性質ハ法律行為ナルカ故ニ法律行為ニ關スル總則ノ規定適用セララル、

此場合ニ於テモ占有權ノ移動アルモ毫モ物ノ移動ナシ、從テ前二種ノ引渡ニ對スルト同シク公示方法タルノ資格アリヤ否ヤノ問題ヲ生スレトモ、余ハ前同様ノ理由ニヨリ之ヲ積極的ニ答ヘント欲ス、蓋シ若シ之ヲ認メサルトキハ間接占有者ハ一旦物ヲ所持人ヨリ取戻シテ而シテ讓受人ニ交附スルノ必要アル可シ、其出費煩勞何ソ耐ヘン、例ヘハ貸貸又ハ典買セル動産ヲ第三者ニ賣却シタル場合ニ於テハ賣主ハ一旦之ヲ取戻シテ買主ニ交附スルヲ要セス、返還請求權讓渡ノ旨ヲ借主又ハ買權者ニ通知スルトキハ之レニ因リテ其所有權讓渡ノ對抗條件具ハル可シ、

(六) 本條適用ノ範圍

本條ハ意思表示ニヨル所有權ノ讓渡ニ限リ適用アリ、讓渡トハ移轉的承繼ノ義ナリ原始取得並ニ法律ノ直接規定ニヨル場合ハ讓渡ニアラス故ニ適用ナシ、例ヘハ取得時効相續等ニ適用ナシ、

第一百七十九條 同一物ニ付キ所有權及ヒ他ノ物權力同一人ニ歸シタルトキハ其物權ハ消滅ス但其物又ハ物權力第三者ノ權利ノ目的タルトキハ此限ニ在ラス
所有權以外ノ物權及ヒ之ヲ目的トスル他ノ權利力同一

人ニ歸シタルトキハ其權利ハ消滅ス此場合ニ於テハ前項但書ノ規定ヲ準用ス

前二項ノ規定ハ占有權ニハ之ヲ適用セス

(一) 混同ノ要件

本條ハ物權消滅原因トシテノ混同 (Confusio, merger) ヲ規定シタルモノニシテ其要件左ノ如シ、

(イ) 第一項ノ混同

ハ同一物ニ付キ所有權及ヒ他ノ物權カ同一人ニ歸シタルコトニ因リテ生ス、他ノ物權トハ一切ノ他物權ヲ總稱ス、但シ占有權ハ例外タリ猶動産物權及ヒ不動産物權ニ適用アリ、

(ロ) 第二項ノ混同

ハ所有權以外ノ物權及其等ノ權利ヲ目的トスル他ノ權利カ同一人ニ歸シタルコトニ因リテ生ス、例之地上權、永小作權等ノ他物權ヲ目的トスル權利質又ハ抵當權(三六二、三六九、二項)アル場合ニ於テ、地上權又ハ永小作權ト質權又ハ抵當權カ同一人ニ歸スルカ如シ、而シテ茲ニ之ヲ目的トセム他ノ權利トアルハ之ヲ「他ノ物權」ノ義ニ解ス可シ、何トナレハ本條ハ物權ノ總則トシテ物權ノ混同ヲ規定シタルモノナレハナリ、故ニ地上權ト之ヲ目的トスル債權トカ同一人ニ歸シタル場合ニハ本條ノ適用ナシ、之ニヨリ債權ノ物權 總則 【二七九】

消滅スルコトアルモ夫ハ自ラ他ノ理由ニ因ル可シ、

(二) 混同ノ原因 混同トハ(一)ニ述ヘタル現象ヲ指スモノニシテ其ノ原因ニ相續法律行為、法律ノ直接規定國家ノ行為等アルモ其原因ノ如何ハ其效果ニ影響スル所ナシ、

(三) 混同ノ效果 混同ノ效果ニ關シテハ二大主義アリ、曰ハク消滅主義、曰ハク不消滅主義之ナリ、

(イ) 消滅主義

之レ羅馬法主義ナリ、本條ハ之レニ從フモノナリ、其理由ニ曰ハク同一權利關係ニ付キ積極積極ノ兩力チ一人ニ集ムルコトハ不能ナリ、故ニ觀念上一方ノ權利ハ他方ノ權利ニヨリ吸收セラレサルヲ得スト、或ハ曰ハク自己ノ所有物上ニ制限物權ヲ有スルモ何等ノ實益ナシ、故ニ法律上其制限物權ヲ拋棄シタルモノト看做スト、後說ハ擬制ニシテ正シカラス、前說ヲ優レリトス、然レトモ余ハ寧ロ混同ニヨル消滅ハ理論上必然ノ結果ニアラス、只此ノ原則ヲ認メサルトキハ權利關係複雜トナリ取引上ノ弊害アルカ故ナリト說明セシトス從テ法律ハ消滅主義ノ原則ニヨリ弊害ナキ場合ニハ之ヲ適用スルモ、同原則ヲ適用スルコトカ却テ弊害アル場合ニハ例外トシテ之レヲ適用セサルナリ、

(ロ) 不消滅主義

之レ獨逸民法ノ主義ナリ(獨民八八九)、其根本ノ思想ニアリ(一)制限物權ノ思想ハ羅馬法ニ出ツ、獨逸ノ固有法ニ於テハ一物ヲ想像的ニ分割シテ其各部分上ニ物權ノ存在ヲ認ムルヲ以テ、同一物上ニ所有權ト地上權ト併存スルモ其物體ヲ異ニスルヲ以テ相競合セス從テ混同ヲ生セサルナリ、(二)獨逸ノ登記法ニ於テハ絕對的公信主義ヲ取り登記簿上ニ記載セラレタル權利ハ善意ノ第三者ノ爲メニハ絕對ニ存在スルモノト看做サル、此故ニ登記ト實體上ノ權利關係トヲ精密ニ一致セシムル必要アリ、然ルニ消滅主義ヲ取ルトキハ登記ノ未タ抹消セラレサルニ權利消滅シ登記ト權利關係ノ不一致ヲ來ス弊アルカ故ナリト、(Planck, Komm. Z. 889) 我民法ノ消滅主義ニモ少カラサル例外アリト雖モ、其ノ理由ハ實際上ノ便宜公平ニ在リテ獨逸民法ノ不消滅主義トハ其理由ヲ異ニス、

(四) 例外

本條ハ原則トシテ消滅主義ヲ取ルモ、左ノ場合ハ例外トシテ物權消滅セザルモノトス、

(イ) 第一項ノ場合ニ於テ其物又ハ他物權カ第三者ノ權利ノ目的タルトキハ其他物權消滅セス(本條一項但)、例ヘハ所有權者カ地上權永小作權ヲ取得シタル場合ニ、其地上權永小作權カ第三者ノ抵當權又ハ質權ノ目的タルトキハ其地上物權 總則 【一七九】

權永小作權ハ消滅セス、蓋シ此場合ニ消滅主義ヲ貫クトキハ抵當權又ハ質權
 ハ其目的ノ消滅ニヨリテ消滅スル結果トナリ不慮ノ損失ヲ及スカ故ナリ、以
 上ハ他物權カ第三者ノ權利ノ目的タル例ナレトモ所有權カ第三者ノ權利ノ
 目的タル場合モ亦例外タリ、例之第一抵當ト第二抵當トアル場合ニ所有權者
 カ第一抵當權ヲ取得シタリトス、此場合ニハ所有權カ第三者タル第二抵當權
 者ノ權利ノ目的ナリ、故ニ第一抵當權ハ消滅セズ、若シ此場合ニ第一抵當權消
 滅ストモハ第二抵當權ハ其順位ヲ進メテ第一抵當權トナルヲ以テ所有權者
 ハ第一抵當權取得ノ利益ヲ奪ハルル結果トナレハナリ、又例ヘハ地上權ノ設
 定アル不動産ヲ抵當ニ供シタル場合ニ所有權カ其地上權ヲ取得シタルトキ
 ハ其地上權ハ消滅セス之レ又所有權カ第三者ノ權利ノ目的タル場合ナリ此
 ノ場合ニ地上權ヲ消滅セシムルトキハ抵當權ハ完全ナル所有權上ニ行ハル
 ル結果トナリ、所有者ハ地上權取得ノ利益ヲ奪ハルル結果トナルカ故ナリ、
 猶茲ニ云フ「第三者ノ權利」ハ必シモ物權タルヲ要セス債權ナル場合アリ、(一)登
 記シタル貸借權ハ物權ニ準ス可キモノナルハ勿論ナリ、(二)他物權カ債權ノ目
 的タル場合ニ債務者タル他物權者カ所有權ヲ取得シタリトス此場合ニ他物
 權消滅ストモハ債權ハ目的ノ消滅ニヨリ消滅シ債權者損害ヲ蒙ル可シ、又若

シモ他物權ハ消滅スルモ之レト同時ニ債權ノ目的擴張セラレ完全ナル所有
 權ヲ目的トスルニ至ルト解セハ、債務者ハ所有權取得ノ效果ヲ空シク失フニ
 至ル可シ、何レモ公平ニ非ス、故ニ此場合ニハ他物權消滅セサルモノトスルヲ
 可トス、(三)他物權ノ設定アル所有權カ債權ノ目的タル場合ニ債務者タル所有
 者カ他物權ヲ取得シタル場合、此ノ場合モ前ト同シク若シ他物權消滅スルモ
 ノトモハ徒ニ債權者ヲ利シ債務者ハ他物權取得ノ效果ヲ奪ハルルニ至ル、故
 ニ他物權消滅セサルモノトスルヲ可トス、(四)他物權カ債權ノ目的タル場合ニ
 債務者以外ノ人タル所有者カ其他物權ヲ取得シタルトキハ其他物權ハ消滅
 セス、其ノ理由前ト同シ、

(四) 第二項ノ場合ニ於テ所有權以外ノ物權又ハ之ヲ目的トスル他ノ物權カ第三
 者ノ權利ノ目的タルトキハ後ノ物權消滅セス(本條第二項、但)例之地上權又ハ
 永小作權カ質權ノ目的タル場合ニ更ニ之ヲ轉賣トナストキハ、地上權又ハ永
 小作權ト質權カ同一人ニ歸スルモ其質權ハ消滅セズ、蓋シ其質權ハ轉賣權ノ
 目的タルカ故ナリ、轉賣ノ性質ハ質權ノ讓渡ニ非スシテ質權及ヒ之レニヨリ
 擔保セラルル債權上ニ第二ノ質權ヲ新設スルモノナリ詳細ハ後ニ述フ可シ、
 又例ヘハ地上權又ハ永小作權上ニ第一第二抵當權存スル場合ニ、地上權者又
 物權 總則 【一七九】

ハ永小作權者カ第一抵當權ヲ取得スルモ其第一抵當權ハ消滅セス、若シ消滅スルモノトモハ第二抵當權カ第一抵當權トナル結果地上權者又ハ永小作權者ハ第一抵當權取得ノ結果ヲ奪ハルルニ至ルカ故ナリ、

(ハ) 占有權

占有權ハ混同ニヨリテ消滅セス、蓋シ占有權ハ其性質本權ト矛盾セズ五ニ兩立シ得ルカ故ナリ(本條第三項)、是レ當然言テ俟タサル所ナリト雖モ本法ニ於テハ占有ヲ以テ一種ノ物權トナシ、又前二項ノ規定概括的ニシテ占有權ヲモ包含スルカ故ニ特ニ除外スル必要ヲ生シタルナリ、

(二) 相續ノ限定承認ノ場合

相續ノ限定承認ノコトハ茲ニ詳説スルヲ得スト雖モ、要スルニ相續ニ因リテ得タル財産ノ限度ニ於テノミ被相續人ノ債務及ヒ遺贈ヲ辨済ス可キコトヲ留保シテナス承認ナリ(一〇二五)、故ニ相續人ノ財産ト被相續人ノ財産トヲ混同セシメサルコトヲ要スルコト勿論ナリ(一〇二七類推)、

以上ノ中(イ)ノ場合ニ於テハ權利ノ不消滅ハ第三者ノ權利ノ存續スル期間ニ限ル、第三者ノ權利カ消滅スルトキハ當然原則ノ適用ニヨリ權利消滅ス、又其ノ不消滅ノ間ハ任意ニ其權利ヲ讓渡其他處分スルヲ妨ケス、此場合ニハ自己ノ所有物上ニ他物權ノ存在スルコトカ認メラルルモノニシテ奇異ナル變例ト云フ可シ、

(五) 混同原因ノ無効

混同原因トハ混同ヲ生セシメタル原因ヲ云フ、例ヘハ所有權者カ相續ニヨリ地上權ヲ取得セハ其相續ヲ混同原因ト云ヒ賣買ニヨリ地上權ヲ取得セハ其賣買ヲ混同原因ト云フ、混同原因カ無効又ハ取消サレタルトキハ其結果如何、羅馬法ニ於テハ外形上混同ノ事實生スルトキハ權利ハ一旦ハ消滅ス可キモ、其原因無効又ハ取消サレルトキハ既往ニ遡リテ其權利再生ストセリ(Dernburg Pand. § 254. ann. II.)、本法ノ解釋トシテハ混同原因無効ナルトキハ權利ハ始メヨリ消滅セサルモノトス可シ、何トナレハ無効原因ニヨリテハ本條ニ所謂「權利カ同一人ニ歸シタルトキ」ト云フ現象ヲ生セサレハ混同ノ要件ヲ具フル能ハサレハナリ、故ニ若シ誤リテ其權利ノ登記ヲ抹消シタルトキハ之ヲ回復スルコトヲ得可シ、又混同原因カ取消サレタル場合ニ於テハ混同ハ一旦生シ權利ハ一旦消滅ス可キモ取消ニヨリ既往ニ遡リテ混同ノ要件ヲ缺クニ至ルカ故ニ消滅シタル權利ハ遡及的ニ復活ス可シ、而シテ第三者ニ對スル關係ハ取消原因カ第三者ニ對抗スルヤ否ナニ因リテ異ル、

(六) 本條ノ準用

本條ハ有體物ヲ目的トスル物權間ノ混同ニノミ適用アリ、之レ本條ニ「所有權」所有權以外ノ物權等ノ語アルニ因リ明ナリ、然レトモ之ヲ著作權特許權、實用新案權等ノ所謂無體物權ト之ヲ目的トスル實權ノ間及ヒ債權ト之

第二章 占有權

總說

(一) 占有權ノ觀念

占有權トハ法律カ占有者ニ與ヘタル法律上ノ力ヲ云フ、而シテ占有ハ人ト物ノ間ニ於ケル社會上ノ事實現象ナリ、此ノ故ニ占有權ハ本權ト大ニ其ノ性質ヲ異ニス、所謂本權ニ在リテハ權利者ハ物ヲ支配シ得ル法律上ノ權能ヲ有スルモノナルカ故ニ現ニ物ヲ支配シツツアリヤ否ヤハ其權利ノ存在ニ影響スル所ナシ、反之占有權ハ占有ト云フ事實ヲ基礎トシテ現ニ物ヲ占有セル者ニ法律カ與フル力ナルカ故ニ占有ト云フ事實ノ存否ハ直接ニ占有權ノ得喪ニ影響ス、約言スレハ占有權ハ占有ノ效果ナリ、故ニ占有權ノ何モノナルカヲ知ルニハ先ツ占有ノ何モノタルカヲ知ルヲ要ス、

占有ハ權利ナリヤ事實ナリヤハ從來爭ノ存スル所ナリ、此問題ニ答フルニハ先ツ其問題ノ意味ヲ明瞭ニスルヲ要ス、若シ占有ヲ人ト物トノ關係ナリト解セハ之レ事實ナリ、若シモ右ノ關係ヨリ生スル法律上ノ力ナリト解セハ之レ權利ナリ (Savigny, Besitz § 5.) 恰モ契約ハ事實ニシテ契約ヨリ生スル法律關係カ權利ナルカ如シ、

故ニ吾人ハ占有ト占有權トヲ區別シ事實ヲ指ス場合ニハ之ヲ占有ト稱シ、其事實ヨリ生スル法律關係ヲ示ス場合ニハ之ヲ占有權ト呼ハソト欲ス、(梅博士民法要義 二二、同論)。

(二) 占有ノ觀念

占有トハ自己ノ爲メニスルノ意思ヲ以テ物ヲ所持スル事實ヲ云フ、自己ノ爲メニスルノ意思之ヲ占有ノ心素 (Animus) ト稱シ、物ノ所持之ヲ占有ノ體素 (Corpus) ト稱ス、此二要素ノ結合セル事實即チ占有ナリ、本法ハ占有ノ定義ヲ與ヘスト雖モ占有ハ其取得ト喪失ノ間存スルモノナラサル可ラス (同說、Panda, Besitz auf §. 68. 反對說即チ占有ノ取得ト存在トハ其要素ヲ異ニストナスモノ Bekker, Recht d. Besitzes bei Romern S. 219, 228) 而シテ第百八十條ニ於テハ占有取得ニハ前記二要素ヲ具備スルヲ要シ第百三條ニ於テハ其要素ノ一ヲ失フトキハ占有權ハ消滅スルモノトナス、之ニヨリテ之ヲ見レハ占有ノ存在ニハ右二要素ヲ必要トスルコト明瞭ナリトス、

右ノ如ク本法ニ於テハ占有ハ人カ物ヲ所持スル事實中自己ノ爲メニスル意思ヲ有スル場合ヲ意味ス、即チ占有ノ本質ハ一定ノ意思ヲ以テスル物ノ支配其ノモノニ在リ (Herrschaftheorie) 夫以外ニ何等ノ原素ヲモ附加スルヲ要セス又附加スルヲ得サルナリ、「イエリシング」一派ノ學說ニヨレハ占有ハ物ノ經濟上ノ性質ニ應スル利

用ナリ (Hering, Besitzville S. 158 161.) 然レトモ本法ノ解釋トシテハ此ノ如キ條件ハ必
要ニ非ス、物ノ經濟上ノ性質ニ應セサルモ物ノ支配アレハ即チ占有アリ例ヘハ貴
重ナル書物ヲ食堂ニ藏スル者モ猶占有者ナリ、懷中時計ヲ文鏡トシテ使用スル者
モ占有者ナリ、要スルニ占有ノ本體ハ物ノ支配ニシテ物ノ經濟上ノ使用ニ非ス、猶
占有ノ要素ハ後段(五)ニ述フ可シ、

(三) 占有ノ性質

占有ハ社會上ノ現象ニシテ物理上ノ現象ニ非ス、占有ノ本質ハ人
カ物ヲ支配スル事實ニシテ必ラス外部ヨリ認識シ得可キ具體的ノ支配關係ノ存
在ヲ要ス、然トモ其關係ハ繼續シテ人ト物ノ間ノ一種ノ狀態ヲ爲スニ至ルヲ必要
トセス、如何ニ短時間ナリトモ苟モ物ノ支配アレハ即チ其ノ間ハ占有アリ(拙文占
有要件論京都法學會雜誌第八卷九號反對說 Gierke, D. P. R. II S. 212.) 而シテ物ノ支
配アリト否トハ之ヲ物理的ノ見地ニヨリテ決定スルヲ得ス、其時代ニ於ケル社會
觀念ニヨリテ客觀的ニ之ヲ定メサル可ラス(同論 Goldschmidt's Studien zum Besitzrecht S. 64.
Gierke, a. a. o. Randn., Besitz & I. Denburg, Pand. & 169.) 社會觀念上或人ノ實力カ或物ニ及フト
見做サルル場合ニ於テハ其物ハ其人ノ支配ニ屬ス、而シテ其人ノ物理的ノ力カ之
レニ及フト否トハ之ヲ問フヲ要セサルナリ、故ニ曰ハク占有ハ物理上ノ關係ニ非
スシテ社會上ノ關係ナリト(占有ハ社會觀念ニ非ストスル者 Strohal, Dog Jahrb. 38. S. 63)

Plancq, kommt III S. 29 ff.) 故ニ例ヘハ觀客ノ劇場ノ椅子ヲ使用スル場合、乘客ノ汽
車中ノ座席ヲ占ムル場合等ニ於テ、其ノ占有者ナリト否ト支配者ナリト否トハ單
ニ五管ノ力ニヨリテ判斷スルヲ得ス、必ラス推理ノ力ヲ借ルヲ要ス可シ、又若シモ
占有カ物理上ノ觀念ナリトセハ法律ヲ以テ其ノ要件及ヒ其ノ保護ス可キ範圍ヲ
限定スルヲ許ササル理ナリ、然ルニ社會上ノ觀念ナルカ故ニ法律ハ之レニ干渉シ
自己ノ欲スル儘ニ之ヲ制限シ以テ保護ス可キ範圍ヲ定ムルコトヲ得ルナリ、又若
シモ占有カ物理上ノ觀念ナリトセハ其ノ讓渡、相續ヲ否認セサル可ラス、然ルニ民
法カ明ニ之ヲ許スヲ以テ見レハ我民法上ニ於テモ占有ハ物理上ノ觀念ニ非スシ
テ社會上ノ觀念ナリト斷定シテ可ナリ、

(四) 占有保護ノ理由

占有ハ占有トシテ種々ノ法律上ノ保護ヲ受ク、例之占有妨害
者ニ對シテハ占有保護アリ、又占有者ハ權利者ナリトノ推定ヲ受ク、而シテ之等ノ
保護ハ獨リ正權限ニ基ク占有者又ハ善意ノ占有者ノミナラス、無權限ノ占有者又
ハ惡意ノ占有者例之竊盜ノ如キモ亦之ヲ享有ス、一方ニ於テハ違法行為者トシテ
制裁ヲ被ル可キモノカ他ノ一方ニ於テハ法律上保護ヲ受クルハ矛盾タルノ觀ア
リ、此ニ於テカ特ニ占有保護ノ理由ヲ説クノ必要アリ、而シテ此點ニ付キ學說多キ
モ「イェリッング」氏ノ前例ニヨリ之ヲ分テ二トナスコトヲ得、(一) 相對主義 之レニ

ヨレハ占有保護ノ理由ハ占有ト云フ事實以外ニ存ス、(二)絕對主義トハ占有保護ノ理由ハ占有ト云フ事實其ノモノノ内ニ存在ストナスモノナリ相對主義ニヨレハ若シモ占有以外ニ占有保護ノ根據トナル可キ事實存セサル場合ニハ占有ハ保護ヲ受ケル能ハス、絕對主義ニヨレハ苟モ占有ナル事實存セハ他ニ何等ノ根據ナクシテ當然保護ヲ受ケ可シ (Thering, Grund d. Besitzschut. S. 3)

(イ)相對主義

(a)不法行為說

(Delikttheorie)

曰ハク、暴力ヲ以テ占有ヲ侵害スルハ必ラス占有者ノ人格ニ不利益ナル變化ヲ生セシムルモノニシテ不法行為ナリ、此不法行為然テ助過スル爲メニハ占有ノ保護ヲ要スト (Savigny, Besitz S. 30ff.) 本說ハ羅馬法ノ解釋トシテハ根據ナキニ非ス彼ノ占有保護ノ手段ノ一種タル Intenditum unde vi ハ不法行為訴權ノ性質ヲ有セリ、然レトモ我民法ノ解釋論トシテハ當ラス、何ナレハ(一)占有ノ侵害力暴力(Gewalt)ナルカ故ニ不法行為トナルヲ以テ之ヲ保護ス可シト云フナラハ握有(Detentio)ニ對シテモ亦同様に保護アル可キ理ナリ、然ルニ何カ故ニ其一ヲ保護シテ他ヲ保護セサルヤ、其理由ヲ説明スル能ハサル可シ、(二)本法ニ於テハ不法行為ヲ構成スルニハ故意又ハ過失ヲ必要トス、然ルニ占有ノ訴ニハ占有侵害力故意又ハ過失ニ出ツルヲ必要トセス、

(b)所有權說

(Eigentumstheorie)

故ニ占有保護ハ不法行為ニ對スル保護ナリトノ說ハ之ヲ採用スル能ハス、ハ所有權ノ推定ナルカ故ニ保護ス可シト、然レトモ占有者力所有權者ニ非サルコトヲ自認スル場合ニ於テモ猶保護アリ故ニ此說ハ不可ナリ、(二)或ハ又曰ハク、占有ハ所有權ト成リ得ルモノ(mögliche Eigentum)ナルカ故ニ保護ヲ要スキ時効、占有取得(一九二)等ニ於テハ占有ノ效力トシテ所有權ヲ取得スルコトナキニ非サルモ、之占有力保護ヲ受ケタル結果ナリ、以テ占有ヲ保護ス可キ理由トナス可ラス、(三)又曰ハク、所有權ノ保護ヲ完全ナラシムル爲メニハ占有ヲ保護スルヲ要スト、之レ「イェリソング」氏ノ說ナリ、氏ハ其關係ヲ說テ曰ハク、占有ハ所有權ノ外部ニ現ハレタルモノナリ (Sichtbarkeit des Eigentums) 又占有者ハ通常所有權ナリ、而シテ占有其ノモノハ固ヨリ保護ス可キ價值ナシト雖モ所有權ヲ保護スル爲メニハ占有ヲ保護スルヲ要ス、例外トシテハ占有者ニシテ所有者ニ非サルモノアリテ其保護ニ浴スルコトナキニ非サルニ之レ法律カ一般ニ所有權ヲ保護セントスルカ爲メニ生スル避ク可ラサル副産物ニ過キスト (Thering, Grund. des Besitzschut. S. 45; Gaiet IV S. 364.) 此說ニ對シテハ多數ノ贊成者アルモ余ハ其不可ナルヲ信ス、其理由ハ(一)占有者ハ多數ノ場合ニ於テ所有者ナ

リト云フハ事實ナリト雖モ例外トシテハ所有者ニ非サル占有者カ保護ヲ受ケルコトアルハ氏自身認ムタ所ナリ、(二)占有ノ訴ニ於テハ所有者ニ非サルコトヲ承認スルモ猶單ニ占有者トシテ保護ヲ受ケ可シ、占有ノ訴ハ本權ニ關スル理由ニ基キテ裁判スルコトヲ得サルハ民法ノ明ニ認ムル所ナレハナリ(一〇二、二項)。

(ロ) 絕對主義

(a) 意思主義

(Willenshoorie) 其要ニ曰ハク占有ハ具體的ノ事實ニヨリ占有者カ其意思ヲ表示スルモノナリ、而シテ其意思タルヤ單ニ事實ニ過キスシテ眞ノ權利關係トハ一致セサル場合ナキニ非サルモ、意思ノ自由ハ私法全體ノ基礎ナリ、而シテ占有ノ妨害ハ意思ノ自由ヲ妨害スルモノナルカ故ニ之ニ對シテ保護ナカル可ラスト (Brunn, Recht d. Besitz § 58. Randn., Reitz lauf. § 8.)。余ハ本説ヲ不可トスルモノナリ、何トナレハ占有ノ訴ニ於テハ占有者ノ意思ト占有ヲ回復セントスル者ノ意思トハ常ニ相對立ス、若シ意思ノ自由ヲ絕對ニ保護スルヲ要ストセハ兩者ハ平等ノ保護ヲ受ケサル可ラス、然ルニ事實ハ之ニ反シテ常ニ物ノ所持者ノ勝利トナル、然ラハ占有保護ノ眞ノ理由ハ意思ノ自由ヲ保護スルニ非スシテ寧ロ物ノ所持ヲ重視スルニハ非サルカ。

(b) 客觀主義

占有即チ人カ物ニ對スル關係其モノノ内ニ之ヲ保護ス可キ理由アリト云フモノナリ (Denburg Pand. § 171. Endmann II § 25.)。曰ハク占有ハ共同生活ニ於ケル人ノ對物的秩序ヲ言ヒ表ハスモノナリ、而シテ此秩序ノ保護ハ吾人ノ對物的慾望ヲ満足セシムル爲メニハ絕對的ニ必要ナリト、余ハ本説ヲ可トスル者ナリ、前數説ニ在リテハ占有保護ノ理由ハ私人ノ利益ニ在リ、客觀主義ニ在リテハ公益ニ在リ、社會ノ秩序ヲ維持センカ爲メニ占有ヲ保護スルナリ、本來ハ占有其ノモノハ權利ニ非サルカ故ニ之ヲ保護スル必要ナキニ似タリ、然レトモ社會ノ秩序ヲ維持スル爲メハ法律カ占有ヲ不法ナリト認ムルニ至ルマテハ之ヲ尊重セサル可ラス、是レ占有ヲ保護スル所以ナリ。

(五) 占有ノ要素

占有ノ要素ハ物ノ所持 (corpus) ト自己ノ爲メニスルノ意思 (animus) ノ二者ニシテ、物ノ所持カ總テ占有ナルニ非ス、物ノ所持中自己ノ爲メニスルノ意思ヲ以テスルモノ之ヲ占有ト爲ス、自己ノ爲メニスルノ意思ヲ缺ク物ノ所持ハ單純ナル握有ニ過キス、此ノ如キ關係ナルカ故ニ以下物ノ所持ト占有ノ意思トヲ論シ、以テ占有ト云フ事實ノ構成及ヒ觀念ヲ明ニス可シ(拙文占有要件論京都法學會雜誌八卷八、九、十參照)。

(イ) 物ノ所持

羅馬法ノ占有 (Possessio) ハ以前ハ物ノ實力支配即チ物理的ノ支配ヲ物權 占有權 總說

意味スルモノト解セラレタリ、然レトモ此ノ如キ思想ハ到底之ヲ今日ノ實際ニ用ユ可ラス、蓋シ實力支配ニ非サルモ之ヲ保護ス可キ必要アルモノ多クアレハナリ、又法典ニ於テモ單ニ物ノ所持トアリテ(一八〇、二〇三)、腕力ヲ以テ把握スルコトヲ必要トス可キ意味ノ條文ナシ、故ニ所持ノ意義ハ之ヲ實際ニ適應ス可ク解釋シテ可ナリ、余輩ハ「ゴールトシユミト」以來ノ編纂ノ多數說ニ從ヒ(Soldschmidt Studien im Besitzrecht S. 64, Oertmann, in Arch. Bürger R. 20, 220, Kipp, in der Zeits. f. H. R. 52, 297, L. st. Thering J. B. 62, S. 6 ff.)之レヲ社會的ノ意義ニ解スルニヨリ實際ニ適應スト信スルモノナリ、其意味ハ社會上ノ觀念ニ於テ或人カ或物ヲ支配スト看做サルルナラハ即チ其人ハ其物ノ所持ヲ有ストナスニ在リ、故ニ物ノ所持ニ必要ナル條件ハ之ヲ説盡スルヲ得ス、蓋シ場合ニ因リ變化スレハナリ、左レト左ノ諸點ハ看過スルヲ得サルモノナリ、

(a) 占有ノ物體タル物ノ性質

ニ因リテ之ヲ支配スル方法ヲ異ニス可シ、例ヘハ動産ト不動産ニ因リ占有ノ方法ヲ異ニス可シ、動産ハ概シテ把握ヲ許スモ不動産ニ在リテハ所持ノ事實ハ動産ノ如クニ緊切ナラス、家屋ハ現ニ住居シ又ハ管理スルニヨリテ所持セラレ、土地ニ至リテハ之ヲ耕作シ放牧シ又ハ圍障ヲ施シ又ハ監視シ又ハ廣キ意味ニ於テ之ヲ使用スルニ因リテ所持セラレ

可シ、立木ノ如キハ其ノ生立スル土地ヲ所持スルニ因リテ所持セラレ可シ、又ハ監視シ又ハ標目ヲ附スルモ可ナル可シ、但シ登記ト占有トハ全ク別物ナルカ故ニ只單ニ登記アルノミニテハ其不動産ノ所持アリト云フヲ得サル可シ、動産ニ在リテハ建物内ニ保管セララル物ハ保管者ノ所持ニ屬ス可ク、屋外ニ飼養スル動物例之養魚蜜蜂ノ類ハ社會觀念上或人ノ意思ノ支配ニ屬スト見ラル間ニ限リ其者ノ所持ニ屬ス、故ニ公流ニ流出テタル養魚、逃亡シテ歸來スルヲ忘レタル蜜蜂ハ其人ノ占有ヲ脫ス可シ、動物園檻内ノ猛獸ニ就テハ由來議論アルモ (Pökering, Jahrb. vom Besitz, Archiv f. B. R. 38, s. 145 ff.) 社會觀念上園主ノ支配ニ屬スルモノト見ルヲ至當トス、

(b) 一般生活狀態

ヲ又斟酌スルヲ要ス、社會ノ秩序整頓シ財産ノ安全ナル時代ニ在リテハ占有ノ方法ハ一般ニ緩和セララル、之ニ反シ盜賊横行ノ時代ニ在リテハ占有ノ方法ハ直接トナル可キ理ナリ、

(c) 外力ノ排斥

物ノ所持ノ觀念ニハ外來ノ干涉ヲ排斥シ得ル實力ノ存スルヲ必要トセス、占有ハ常ニ外力ニヨリ侵害サレ得ル狀態ニ在ルモノナリ、

(d) 原始取得

占有ノ原始取得(例之野獸魚類ノ捕獲)ニハ必ラス物理上ノ支配ヲ要ストナス説ナキニ非サルモ之レ非ナリ、此ノ場合ニ於テモ社會觀念ニ因

リテ決ス可シ例ハ野獸ヲ射撃シタル場合ニ於テハ其眞傷ノ大小即チ逃走
スル力ノ大小ニヨリテ射撃者ノ占有ニアリヤ否ヤチ決定ス可シ、地引網ヲ以
テ魚族ヲ包圍シタル場合ニ於テモ之レト同シケ魚族ノ逃走スル機會カ甚マ
少クナリタルトキハ既ニ其ノ所持ヲ得タルモノト云フ可シ、又例ハ一人カ
砂上ニ寶石ヲ發見シ手ヲ伸ヘテ將ニ之ヲ拾取セントスルニ當リ他ノ一人遭
ニ側ヨリ之ヲ取り去リタル場合ニ於テハ其者ハ窃盜罪ヲ犯スモノナリ、蓋シ
寶石ハ社會觀念上既ニ發見者ノ支配ニ屬スト見サル可ラサレハナリ、

(ロ) 占有意思

前段ニ述ヘタル物ノ所持者ハ未ダ悉ク占有者トシテ保護ヲ受フ
ルモノニ非ス、法律ハ其ノ内ニ就テ更ニ占有者トシテ保護ス可キ範圍ヲ定ム而
シテ其範圍ヲ定ムルハ成法ノ職分ニシテ吾人ハ成法ニ因リテノミ其範圍ヲ定
ムルコトヲ得、從來ノ學說ハ之ヲ大別シテ二ト爲スコトヲ得、(一)主觀主義即チ或
一定ノ意思ヲ以テ物ヲ所持スル者ヲ占有者トナシ其意思ヲ缺ク者ヲ單ニ握有
者(Detentor)トナシ無保護トナスモノナリ、(二)客觀主義即チ保護ヲ受ク可キ物ノ所
持者ト握有者即チ無保護ノ物ノ所持者ノ區別ハ所持人ノ主觀狀態即チ意思ニ
ヨリテ決定スルヲ得ス、外部ニ占有ノ效力ヲ妨ク可キ法規ノ存スル場合ハ握有
ニシテ然ラサルモノハ占有者ナリト云フ、(占有意思ニ付テハ石阪博士占有意思

論法學協會雜誌二八卷五、六、七號、拙文占有要件論京都法學會雜誌八卷八、九、一〇
號橫田博士占有意思ヲ論ス、法曹記事一卷一號等ヲ參照スヘシ。

(a) 主觀主義

ニ屬スルモノ多シ、主要ナルモノハ(一)所有意思說之レ「サビニー」
ノ主張セル所ナリ、曰ハク占有ニハ所有ノ意思(animo domini)ヲ要スト、而シテ所
有ノ意思トハ自己ノ物トシテ所持スルノ義(Wie eigen haben)ニシテ所有權者
ナリトノ確信(opinio domini)ノ義ニハ非サルナリ、之レ「サビニー」氏ノ占有ハ所有
權ノ外部ニ表ハレタルモノナリト言フ觀念ト照應スルモノナリ、物ヲ自己ノ
モノトシテ所持スルニハ必ラスヤ凡テノ方面ニ向テ物ヲ支配スルノ意ナカ
ル可ラス、果シテ然ラハ占有ノ範圍ハ極メテ狭少トナル可シ、同說ヲ奉スル「ラ
ンダ」氏ノ上クル例ニ依レハ用益權者、永小作權者、賃借人、使用借人、質權者、受寄
者、善意ノ遺失物收得者等ハ皆占有者ニ非サル結果トナル(Panda a. o. S. 29) (二)
自己ノ爲メニスル意思說(animus rem sibi habendi)之レ「デルンブルヒ」一派ノ唱フル
所ニシテ(Dernburg Pandrecht II S. 64. 65. Pand § 172 Bruns, Rechts d. Besitz s. 387. Heuser ins
S. 451.) 本法ノ採用スル所ナリ、自己ノ爲メニスルノ意思ノ意義ニ就キテハ或
ハ之ヲ「自己ノ名ニ於テ」ト解スルモノアルモ通常ハ之ヲ「自己ノ利益ノ爲メニ
スル」ノ意ニ解ス、猶此點ハ之ヲ別論トシテ説ク可シ。

物權 占有權 總說

(b) 客觀主義

本説ハ「イェリシテ」氏ノ唱道セシ所ナリ、曰ハク、占有ニハ特別ナル意思ヲ必要トセス、占有ト握有ノ區別ハ意思ニ存セスシテ外部ニ故障ノ存スルヲ否ヤニ在リト、氏ハ巧ニ方程式ヲ利用シテ前説トノ差別ヲ示セリ、 $possessio = x, Detentio = y, Corpus = c$ 主觀主義ニヨリ占有握有ニ共通ナル $animus = a$ 主觀主義ニヨリ特ニ占有ニ必要ナル意思ニヨリ客觀主義ニヨリ占有ヲ妨ク可キ事ヲ「ロト」假定スレハ、主觀主義ニヨリ $x = a + c, y = a + c, z = a + c$ 客觀主義ニヨリ $x = a + c, y = a + c, z = a + c$ 一要素ヲ加ヘタルモ、主觀主義ニ於テハ握有ヨリ進テ占有トナル、握有ニ一要素ヲ加ヘタルモノカ占有ナリ、客觀主義ハ之ニ反シテ占有ヨリ退テ握有トナル、占有ヨリ一要素ヲ減シタルモノカ握有ナリ、故ニ若シモ訴訟ニ於テ占有ヲ主張セント欲セハ、主觀主義ニ於テハ原告ハ a, c ノ外ニ x ヲ立證スルヲ要ス、客觀主義ニヨリハ原告ハ只 a, c ヲ立證スレハ可ナリ、被告之ヲ争ハント欲セハ被告ニ於テ「ロ」ヲ立證スル責任アリト、即チ占有ニハ單ニ物ヲ所持セントスルノ意思ヲ要スルノミニシテ其他ニ特別ナル意思ヲ要セスト、是レ獨逸ニ於ケル多數説ナリ (Gierke, D. P. R. II S. 128; Endemann & 371. Kipp bei Windscheid LS. 781.) 本説ニ更ニ一步ヲ進メタルモノヲ「ベツカー」氏ノ説トナス、曰ハク、占有ハ單ニ物ノ事實

(a) 兩説ノ比較

上ノ支配ニシテ意思ハ全然占有ノ要素ニ非スト、即チ所持意思ノ必要ヲモ之ヲ否認スルモノナリ、隨テ此説ニヨリハ占有ト握有ノ區別ハ否認セララルル結果トナル、獨逸民法第八百五十四條ノ解釋トシテ本説ヲ取ルモノ亦頗ル多ク前者ト相匹敵ス (Bekker, Ihering's J. B. Bd. 30 S. 274, 34, S. 29; Strohal Ihering's J. B. 38 S. 64; Biermann, Konnt 2 & 854; Franck Konnt 2 & 854.) 故ニ前者ト區別スル爲メニ之ヲ純客觀説ト稱スルヲ得、又主觀主義ハ二個ノ意思ヲ必要トシ「イェリシテ」ノ説ハ一個ノ意思ヲ必要トシ本説ハ全ク意思ヲ要セサルカ故ニ、主觀主義ハ二個意思主義ニシテ「イェリシテ」ノ説ハ一個意思主義ナリ、本説ハ之レト對シテ無意思主義ト稱ス可キナリ (拙文占有要件論京都市法學會雜誌第八卷第八號參照)。

兩説ノ比較 主觀客觀ノ兩説ヲ比較スルニ主觀説ノ不可ナルコトハ今日一般ニ認めラルル所ニシテ「イェリシテ」ノ駁撃ニヨリ殆ント完膚ナシ、主觀説ハ通常個人ノ具體的ノ意思ヲ以テ占有ノ要素トナス、然ルニ意思ハ自由ニシテ變化自在ナルカ故ニ忽チニシテ占有忽チニシテ握有ト變スルノ不都合アリ、又占有意思ハ外部ヨリ認識セララルルヲ要ストスルモ實際外部ヨリ之ヲ認識スルヲ得ス、所有者カ家ヲ占有スルモ借屋人カ家ヲ占有スルモ外観上差異アルナシ、此ノ故ニ物ノ所有者カ法律ノ保護ヲ受ク可キヲ否ヤテ判定スル標準

實際上不定トナル弊アリ、又占有ヲ主張スル者ハ其要素タル占有意思ヲ立證スルヲ要ス可キモ、外部ニ表ハレサル意思ヲ立證スルハ殆ント不能ニシテ占有者トシテ保護ヲ受クルコトハ困難ナルニ至ル可シ (Thering, Besitzwille S. 162, 195 202)。故ニ二個意思主義ノ不可ナルコトハ今日ノ定論タリ、學界ノ爭論ハ無意思主義ト一個意思主義ノ優劣如何ニ在リ、(占有意思ノ評論ニ付テハ石阪博士占有意思論前出參照)。

(d) 本法ノ主義

本法ハ主觀主義ヲ取ル、而シテ占有ニ必要ナル意思ハ「自己ノ爲メニスル意思」ナリトス、是レ第百八十條ニ於テ占有取得ニハ自己ノ爲メニスル意思ヲ要シ、又第百三條ニ於テ占有ノ意思ヲ拋棄スルニ因リテ占有ハ消滅ストアルニ由リテ明ナリトス(同說石坂博士占有意思論法學協會雜誌二八卷七〇四頁)、即チ本法ニ於テハ占有ハ人ト物トノ客觀的關係ニ非スシテ自己ノ爲メニスル物ヲ所持セントスル意思ノ發現ナリ、其意思ノ存スルト否トニヨリ單純ナル物ノ所持者ト占有者トヲ區別ス、故ニ其批評ハ之ヲ他日ニ譲リ以下其意思ノ内容本質及證據ニ付キテ述フ可シ、

占有ニ必要ナル意思ハ「自己ノ爲メニスル意思」ナリ、自己ノ爲メニスルトハ之ヲ「自己ノ利益ノ爲メニスル」ノ義ニ解ス可シ、自己ノ利益ノ爲メニスルト所持スル者ハ物ヲ全部自己ニ屬スルモノトシテ所持スル者ニ限ラス、一定ノ範圍一定ノ方向ニ於テノミ物ヲ自己ノ利益ノ爲メニスル所持スル者ヲ包含ス可シ、故ニ其適用ノ範圍ハ所有意思說ニ比スレハ遙ニ廣シ、例ヘハ所有權者、地上權者、永小作權者、地役權者、留置權者、質權者、賃借人、使用借人、受寄者、管理人、運送人等ノ權利ヲ行ハシカ爲メニスル物ヲ所持スルトキハ占有者タル可シ、而カシテ物ヲ全然自己ノ利益ノ爲メニスル所持スルノ意思ヲ有スル場合ハ所謂所有ノ意思ヲ以テスル占有者(一六二、一八五、一八六)ニシテ、物ヲ一定ノ範圍内ニ於テ自己ノ利益ノ爲メニスル所持スル者ハ要スルニ不完全占有者ニシテ猶其廣狹ニ從ヒテ地上權者ノ意思ヲ以テスル占有者、質權者ノ意思ヲ以テスル占有者等ニ分タル可シ、

占有意思ハ占有者ノ心理上ノ意思ニシテ、法律カ特ニ認ムル場合ノ外ハ擬制的ノ意思ニ非ス、故ニ意思無能力者ハ意思補充機關ノ力ヲ借ルニ非サレハ占有權ヲ取得スルヲ得ス、然レトモ其意思ハ個々ノ物體ニ對シテ現存スル具體的の意思タルヲ要セス、一般的ノ意思 (allgemeine wille) ニテモナリ (Gierke, D. P. R. II 229)。此故ニ物ノ事實上ノ支配ヲ得タルコトヲ自覺スルコトナクシテ占有ヲ取得スルコトヲ得サルニ非ラス、例之係歸ヲ仕掛ケタル獵夫ハ野獸ノ之レニ物權 占有權 總說

陷レルコトヲ知ル以前ニ於テ即チ事實上野獸ノ之レニ陷レル時ニ其占有ヲ取得ス可シ、而シテ又占有意思ハ特定ノ方法ニヨリ特定人ニ對シテ表示セラ
ルルヲ要セス、蓋シ占有ハ法律行為ニ非サレハナリ、只人カ物ニ對スル關係ニ
於テ之ヲ認ムルコトヲ得レハ足ル、而カシテ占有意思ヲ認メ得キヤ否ヤハ
諸種ノ事情ヲ斟酌シテ社會觀念ニ因リテ之ヲ判ス可シ、例之馬丁ハ主人ノ馬
ノ占有者ニ非サルカ如シ、猶此點ハ占有取得ノ節ニ述フ可シ、

占有意思ノ内容ハ事實ニヨリ定マルモ占有取得原因(Causa Possessionis)ヲ以テ其
有力ナル立證方法トナス、故ニ質權者ハ所有ノ意思ヲ立證スルヲ得ス、賃借人
モ亦然リ、一旦占有意思ノ内容定マリタル後ニ於テモ占有者ハ事實上ハ其意
思ヲ變更スルコト自在ナリ、然レトモ其變更ヲ他人ヲシテ承認セシムル爲メ
ニハ外形ニ表ハレタル證據アルヲ要ス、單ニ内心的變更ハ其效ナシ(一八五參
考)、是レ本法カ主觀主義ヲ取りタルノ弊害ヲ救済スル爲メノ規定ニシテ勿論
強行規定ナリ、但シ此ノ原則ノアルカ爲メニ個々ノ場合ニ就テ云ハハ占有意
思カ擬制的意思トナルコトナキニ非ス、例之質權者カ所有ノ意思ヲ有スルニ
至リタル場合ニハ質權者タルノ意思ナキヤ明ナリ、然レトモ質權者ノ占有ハ
之レニヨリテ消滅セス、質權者トシテノ占有ヲ主張スルニ害ナシ、故ニ其間ハ

占有意思ハ擬制的ニ存スルモノト云フ可シ、

以上ノ意思ノ外ニ猶占有ニハ第二ノ意思ヲ要ス、第二ノ意思トハ「物ヲ所持セント
スルノ意思」ナリ、即チ占有ハ占有者ノ任意ノ行為ニ因ルニ非サレハ之ヲ取得スル
ヲ得ス、例之獄舎ハ囚人ノ占有ニ屬セス、此ノ如ク二個ノ意思ヲ要スルカ故ニ本法
ノ主義ハ之ヲ二個意思主義(Zweifelstheorie)ト稱スルヲ適切トス、然レトモ此ノ第二
ノ意思ハ握有ニモ亦存スル所ナルカ故ニ握有ト占有トチ區別スル標準トハナラ
ス、

(ハ) 占有ノ三要素

占有ニ必要ナル要素ヲ悉ク上ケレハ、(一) 體素即チ物ノ所持、(二)
心素即チ占有意思ニシテ之ヲ細分スレハ、(a) 自己ノ爲メニスル意思、(b) 物ヲ所持
セントスル意思ノ二トナル、即チ合計三要素ヲ要ス、然シテ通常占有意思ト稱ス
ルトキハ(a)ノ意思ヲ指シ(b)ノ意思ハ握有ニモ亦存スルカ故ニ占有ニ必要ナル
ニモ拘ハラズ之ヲ占有意思ト稱セス、(拙文占有要件論京都市法學會雜誌第八卷八

號參照)

(六) 占有權ノ主體

前述ノ如ク占有ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スル事
實ナリ、即チ占有ニハ意思ト物ノ所持ヲ必要トス、其結果トシテ(一) 意思能力ヲ有セ
サル者例之法人、幻者、精神病者ハ自己ノ力ニヨツテ占有ヲ取得スルヲ得ス(同論105
物權 占有權 總說

nda Besitz S. 334) 然レトモ其意思ハ一定ノ法律上ノ效果ニ對スルモノニ非スシテ只
 單ニ物ヲ自己ノ爲メニ所持セントスル事實上ノ意思ナリ、故ニ事實上ノ意思能力
 アル者ハ法律行爲無能力者ト雖モ占有ヲ取得スルニ妨ケナシ、只占有取得方法カ
 法律行爲ナル場合ニハ法律行爲ニ關スル規定ノ支配ヲ受ク可キノミ、而シテ絕對
 的無意思能力者ト雖モ法律カ他人ノ意思ヲ以テ之ヲ補足スルヲ認ムル場合ニハ
 之レニヨリテ占有權ノ主體トナルコトヲ得即チ意思無能力者ハ法定代理人ニヨ
 リテ占有ヲ取得スルコトヲ得、(二)物ヲ支配スルノ實力ナキ者モ亦右ト同理ニ因リ
 占有權ヲ取得スルヲ得ス、只他人ノ實力ヲ利用スル權能ヲ有スル場合ニハ之レニ
 因リ占有權ヲ取得スルコトヲ得、
 一般ニ權利能力ナキモノハ占有權ノ主體トナルヲ得ス、蓋シ占有權ハ權利ナレハ
 ナリ、例之胎兒ハ例外ノ場合(七二一、九六八、九九三等)ノ外ハ占有權ヲ享有スルヲ得
 ス、然レトモ或物ニ付キ本權ヲ享有スル能力ナキ者ト雖モ占有權ヲ享有スルヲ妨
 ケサルコトナキニ非ス、蓋シ本權ト占有權トハ別個ノ權利ナルカ故ニ其一カ禁セ
 ラルト雖モ當然他ノモノモ禁止セララルモノニ非サレハナリ(反對說 Windscheid §
 152, Pand. S. 385) 例之日本ノ土地所有權ヲ享有スルヲ得サル外國人ト雖モ其占有
 權ヲ取得スルヲ妨ケス、

(七) 占有權ノ客體

(イ) 占有權ノ客體ハ有體物ニ限ル(八五)。

(ロ) 本權ノ客體トナル能力ナキ物ト雖モ必シモ占有權ノ客體トナリ能ハサルニ非
 ス(同論 Birmann, Kammt S. 4, Grosse III B. 34) 例之公共河川ハ河川ニヨリテ私權ノ
 目的タルヲ得サルモ官許ヲ得テ使用權ヲ有スル者ハ占有權ヲ有スルヲ妨ケス、
 然シナカラ物ノ性質上實力支配ヲ許ササルカ故ニ本權ノ客體タルヲ得サル物
 例ハハ大氣大洋日月ノ如キハ同一ノ理由ニヨリ占有權ノ客體タルヲ得ス、法律
 ニ因リ占有ヲ禁セラレタル物例ハ阿片煙ノ如キ(刑一四〇)ハ占有權ノ客體タ
 ルヲ得サルハ勿論ナリ、單ニ讓渡ヲ禁セラレタル物ノ上ニハ一般ノ原則ニ從ヒ
 占有權成立スルコトヲ得、

(ハ) 物ノ一部

所有權ハ一物上ハ唯一ナリ、此ノ故ニ占有ハ不完全ナル所有權ナ
 リトシ又ハ發達セサル所有權ナリトシ又ハ所有權ノ外面ナリトナス學說ニ因
 レハ一物ノ占有權ハ一個ニ限ラルル理ナリ、然レトモ本法ニ所謂占有ハ一定ノ
 意思ニ基ク物ノ事實上ノ支配ナリ、此ノ故ニ必シモ所有權ト同一ニ論スルヲ要
 セス、物ノ性質上一部分上ニ獨立ノ支配ヲ許ス場合ニハ其部分ニ對シテ獨立ノ
 占有權ノ成立スルヲ妨ケス、殊ニ一部分上ニ實體權ノ存在ヲ許ス場合ノミニ限
 物權 占有權 總說

可ラス (Gierke D. P. R. S. 218.) 例之一棟ノ建物中ノ一室ノ如シ、又土地ハ不動産登記簿上ニ一用紙ヲ有スルモノナリト見做スト雖モ、其ノ一部分上ニ占有權ノ成立スルハ何人モ疑ヒ能ハサル所ナリ、

(二) 單一物

ハ概シテ部分上ノ占有ヲ許サス、然レトモ占有權ハ物權ノ通性ニ從ヒ其物質上ニ及フヲ以テ物カ原形ヲ維持スル間ニ限リ其ノ占有權ハ一個ナリ、其物ヲ分割スルトキハ占有權モ亦分レテ二トナリテ各物上ニ存續ス、其各物上ニ新占有權ヲ生スルニ非サルナリ、例之單一物ヲ九年間占有シ時ニ時効ノ完成セントスルニ當リ之ヲ分割シタリトスレハ(自然ニ又ハ人爲ニヨリ)其時ヨリ一年ヲ經過スレハ時効完成ス可シ、分割ノ時ヨリ更ニ新占有ヲ生シ十年ヲ要スルニ非サルナリ、然レトモ分割後ハ二個ノ物アリ二個ノ占有アルカ故ニ、其ノ一方ニ對スル中斷ハ他ノ一方ニ對シテ何等ノ影響ヲ及サス、

(ホ) 財團

財團ハ占有ノ目的トナルヲ得ス、占有ハ財團ニ屬スル各個ノ物上ニ存スルモノトス (Strohhal saubstanz S. 83.) 蓋シ財團トシテハ一個ノ有體物ニ非サルカ故ナリ、鐵道抵當法ニヨル鐵道財團ノ如キハ或一定ノ目的ノ爲メニハ一物ト見ラレルモ占有權ニ關シテハ然ラス、相續財產ハ權利義務ノ集團ニシテ一個ノ有體物ニ非ス、故ニ其全體ニ對スル占有權ハ成立スルコトナシ、

(ハ) 占有權ノ重複

一物上ニ數個ノ占有ノ存スル場合ヲ分ケテ二トナス、一ハ(一)物ヲ有體的ニ區分シ其各部ニ占有ノ存スル場合ナリ、此ノ場合ニハ其各占有權ハ直接占有タルコトアリ又間接占有タルコトアリ、何レニシテモ各占有其客體ヲ異ニスルカ故ニ占有ノ重複ナシ、(二)一物上ニ所有權ト他物權ト存シ得ルカ如クニ、同一物上ニ數個ノ占有重複シテ存在スルコトヲ得、此ノ場合ニハ一ノ占有ハ直接占有ニシテ占有者自ラ物ヲ所持シ、他ノ占有ハ必ラス間接占有ニシテ直接占有者ヲ占有手段トナスモノナリ、例之地上權者、永小作權者、賃借人、受寄者、使用借人、運送人、問屋、倉庫營業者、物ノ管理ヲナス後見人、遺言執行人、破産管財人等ハ或關係ニ於テハ自己ノ利益ノ爲メニ物ヲ所持スル占有者ナリ、然レトモ其物ノ所持ハ他人ニヨリ與ヘラレタルモノニシテ一定ノ期間一定ノ範圍ニ於テ物ヲ所持スルノ權利義務ヲ有スルト同時ニ、其終了ノ場合ニハ之ヲ返還ス可キ義務ヲ負フ者ナリ、即チ其ノ後ノ關係ニ於テハ他人ノ爲メニ物ヲ所持スル者ニシテ、他人ノ占有ノ手段ナリ、此手段ニヨリテ其他人モ亦間接占有ヲ有ス、即チ一個ノ所持ヲ共通トシテ二個ノ占有存在スルモノナリ (Vergleiche Gierke D. P. R. II. S. 218.) 猶間接占有ニ就テハ後段(ハ)ヲ見ヨ、

(ト) 無主物上ノ占有

無主物トハ現ニ所有權ノ客體トナリ居ラサル物ヲ云フ、此

ノ如キ物モ亦占有ノ客體タルニ適ス、其例ハ前示(ロ)ノ場合ニ舉タリ、又例ヘハ遺失物ナリトシテ拾得シタル物カ事實他人ノ拋棄シタル物ナリトセハ之レ無主物ナリ、而シテ拾得者ハ所有ノ意思ヲ有セサルヲ以テ先占ハ成立セス(二三九)只占有權ヲ取得スルノミナリ、

(八) 占有ノ種類

(イ) 動産ノ占有ト不動産ノ占有

此兩者間ノ區別ハ我民法上著大ナルモノナシ、殊ニ占有ノ取得繼續ノ條件ハ兩者ノ間ニ區別ナシ、只占有ノ要件タル物ノ所持ハ社會觀念ニヨリ決定ス可キカ故ニ目的物ノ動産ナルト不動産ナルトニヨリ其方法ヲ異ニスルノミ(五)ノ(イ)参照、然レトモ其效力ニ至テハ兩者ノ間ニ區別少カラス、(一)動産ノ占有ハ物權ノ公示方法ト認メラルルモ不動産ノ占有ハ然ラズ(一七八)、(二)先占並ニ占有ニ因ル權利ノ取得ハ動産ニノミ適用セラレ不動産ニ適用ナシ(一九二、二三九)、

(ロ) 所有ノ意思ヲ以テスル占有ト限定占有

所有ノ意思ヲ以テスル占有トハ羅馬法ニ所謂 *animus domini* ナ以テスル物ノ所持、獨逸民法ニ所謂 *Eigenbesitz* (獨逸八七二)ニ相當シ物ヲ自己ニ屬スルモノトシテ (*als ihm gehörend*) 所持スル場合ヲ云フ、換言スレハ所有者カ物ニ對スルト同一ノ意思ヲ以テ物ヲ所持スルモノナリ、

所有權ハ物ノ完全ナル支配權ナリ、故ニ所有者ノ其ノ物ニ對スルヤ凡テノ方面ニ於テ之ヲ支配スルノ意思ヲ有ス可キ理ナリ之レト同シク所有ノ意思ヲ以テスル占有トハ事實上凡テノ方面ニ對シテ物ヲ支配スルノ意思ヲ有スル占有ヲ云フ、而シテ此ノ如キ意思ハ只事實上之レヲ有スレハ可ナリ眞ニ所有權ヲ有シ又所有權アリトノ確信ハ必要ニ非ス、

限定占有トハ獨逸學者ノ所謂 *Fremdbesitz* od. *Tatbesitz* ナ意譯シタルモノニシテ或一定ノ範圍内ニ於テ物ヲ支配スルノ意思ヲ有スル占有ヲ云フ、而シテ限定占有ハ更ニ物ノ支配ノ範圍ノ廣狹ニヨリテ細分セララル可シ、例之質權者、地上權者、賃借人、永小作權者、留置權者、受寄者(管理人、後見人、破産管財人、不在者ノ財産管財人ノ類)ノ占有ハ皆限定占有ナリ、

占有者カ果シテ如何ナル意思ヲ有スルカハ事實上ノ心理意思ニヨリ決定スルヲ主義トス、然レトモ其ノ證據ハ占有取得ノ原因ニ在リ、占有取得ノ原因トハ占有ヲ取得スルニ至レル理由ヲ云フモノニシテ必ラスシモ有效ナル法律行為ニ限ラス、又全ク法律行為ニ非サルモ可ナリ、例ヘハ竊盜ノ占有ノ如キモ原因ハ即チ存スルナリ、占有取得後占有者ハ其意思ヲ變更スルコト自在ナリ、然レトモ其變更ヲ立證ス可キ外面ニ現ハレタル證據アルニ非ザレハ他人ヲシテ之ヲ承認

物權 占有權 總說

セシムルヲ得ス(一八五參照)而シテ法律ハ意思ノ立證困難ナルヲ慮リテ第百八十六條ニ於テ凡テノ占有者ハ所有ノ意思ヲ有スルモノト推定ス、要スルニ占有意思ハ事實ニシテ立證ニヨリ確立セラル可キモノナリ、物ヲ全然又ハ限定的ニ支配ス可キ權利(本權)ノ有無ニ因リテ決定スルヲ得ス、

本區別ノ實用ハ(一)取得時効(一六二、一六三)(二)果實取得(一九一、但三)所謂占有取得又ハ即時時効(一九二)(四)先占(二三九)等ニ在リ、

(ハ)直接占有ト間接占有

占有者カ自ラ物ノ所持ヲ有スルモノヲ直接占有ト云フ、一人カ他人ニ對シテ一定又ハ不定ノ期間物ヲ占有スル權利義務ヲ有スルニ由リテ占有者タル場合ニハ其他人ハ間接占有ヲ有ス、**間接占有ノ條件**ハ左ノ如シ(a)直接占有者ニ對シテ物ノ返還請求權ヲ有スルヲ要ス、間接占有者ハ現ニ物ノ所持ヲ有セスト雖モ現ニ物ノ所持者ニ對シテ返還請求權ヲ有スルヲ以テ之レニヨリテ物上ニ間接ニ支配ヲ有ス、之レ間接占有ノ名アル所以ニシテ物ノ返還請求權カ物ノ所持ノ地位ヲナスモノナリ、返還請求權ハ實ニ間接占有ノ基礎ナリ、而シテ其返還請求權ハ或ハ債權的タリ或ハ物權的タルコトヲ得ルモノトス、然シナカラ直接占有者ノ有スル物ヲ占有スヘキ權利又ハ義務ハ間接占有者ヨリ傳來シタルモノナルヲ要ス(Birnann Kommt S. 25. Planck Kommt II S. 55.)故ニ直

接占有者カ原始的ニ占有ヲ取得セル場合ニハ間接占有者ナシトス、例之遺失物ニ對シテハ只拾得者ノ單獨占有アルノミニシテ所有者ハ間接占有ヲ有スルコトナシ(Strohhal sachbesitz S. 22. Birnann aao Planck aao.)又例ヘハ賣主ハ物ヲ引渡ス義務アルモ買主ハ間接占有ヲ有セス、又被害者ハ竊盜ヲ直接占有者トシテ間接占有ヲ有セサルカ如シ(Gierke D. P. R. II S. 114.)右ノ如キ法律關係カ占有者ト物ノ所持人ノ間ニ存在スルコトカ間接占有ノ第一ノ要件タリ、然シナカラ其關係ハ實質的ニ有效ナルコトヲ必要トセス、恰モ右ノ如キ法律關係カ存在スルモノト見ラル可キ外形の現象アレハ足ル(Gierke D. P. R. II S. 22. Planck III S. 62. Kohler III S. 23.)例ヘハ無効ノ質權設定行為ニ依リ債權者ニ占有ヲ與ヘタル場合ニ於テハ債權者ハ質權ヲ行使スル直接占有者トナリ、所有者ハ債權者ヲ直接占有トナス間接占有者タル可シ、又間接占有者ハ必シモ所有ノ意思ヲ以テスル占有者ニ限ラス、例ヘハ地上權者カ土地ヲ貸貸セル場合ニ於テハ地上權者ハ地上權者ノ意思ヲ有スル間接占有者トナルカ如シ、(b)直接占有者タル物ノ所持人ノ有スル物ヲ占有スル權利義務ハ一定又ハ不定ノ期間内存在スルモノナルヲ要ス、但シ其期間ノ長短又ハ確定不確定ハ問フ所ニ非サルナリ、兎モ角モ現在ニ於テ時間的制限アルヲ要ス、此故ニ直接占有者ノ權利ハ早晚消滅シテ間接占有者ハ刻々直接占有

有者トナラントスル傾向ヲ有スルナリ、若シ直接占有者ノ權利ニ時間的制限ナキトキハ占有授與者ノ物ヲ回復スルノ時期到來ハ必シ難シ、故ニ此ノ如キ者ハ占有者トシテ保護スルノ價值ナキナリ、例ヘハ解除條件附所有權讓渡人ハ間接占有者ニ非サルカ如シ、

今其例ヲ求ムレハ地上權者永小作權者地役權者質權者等カ占有ヲナス場合ニハ其設定者ハ間接占有者ナリ、又賃借權、使用借權、寄託、運送、等ニ於テハ占有ヲ與ヘタル契約ノ常事者カ間接占有者タル可シ、後見人、法人ノ理事、取締役、遺言執行人、破産管財人、強制管理人、不在者ノ財産管理人等ノ占有ハ直接占有ニシテ本人ハ夫等ノ者ヲ通シテ間接占有ヲ有スルモノト見ルヲ可トス (Biermann, Konmi, S. 235; vewdt, Mittheilung, Civil Praxis 87, S. 67; Planck, Konmi Z 3 854 ヲ比較セヨ)。

間接占有ハ又之ヲ代理占有又ハ代理人ニ依ル占有ト云フ、我民法ハ常ニ此後ノ名稱ヲ用ユ(一八三、一一八四、二〇四)、蓋シ他人ヲ介シテ占有ヲナスカ故其他人ヲ代理人ト見タルモノナリ、然シナカラ占有ニ於テ代理又ハ代理人ト云フハ民法總則ニ云フ代理又ハ代理人トハ全ク其意義ヲ異ニス、占有ニ於ケル代理ハ(一)意思表示ノ爲メニスルモノニ非サレハ其性質眞ノ代理ニ非ス、(二)一人カ他人ニ因リテ占有ヲナシ得ルハ代理權ノ存在ニ因ルニ非スシテ返還請求權ノ存在ニ因

ル故ニ眞ノ代理ニ非ス、例ヘハ代理人ニ對シテ引渡ヲ爲セハ本人ハ占有ヲ得ヘシ、然レトモ之レ代理權ノ效果ニアラス、代理人ハ其物ヲ本人ニ引渡スヘキ義務アルカ故ナリ、故ニ代理人ノ權限消滅スルモ其ノ引渡ヲ終ラサル以上ハ本人ハ間接占有ヲ失ハサルヘシ、此ノ如ク其性質ヲ異ニスルカ故ニ總則篇代理ニ關スル規定ハ之ヲ他人ニ因ル占有ノ場合ニ適用スルヲ得ス、尤モ其ノ眞義ヲ誤ラサルナラハ間接占有ヲ代理占有ト稱スルハ之ヲ妨ケス(一八一參照引渡ノ場合ニハ眞ノ代理人ニヨリ占有權ヲ取得スルコトヲ得)。

間接占有又ハ代理占有カ眞ノ占有ナリト否ヤニ付キテハ議論多シ、「ウエント」氏ハ全然其占有性ヲ否認シ只特定ノ目的ノ爲メニ擬制的ニ占有ト看做スニ過キストナス (Wendt, aa.)、然レトモ本法ニ於テハ疑モナク之レヲ占有ノ一種トス(一八一、二〇四)然リト雖モ其取得、讓渡、及ヒ喪失ニ關シテ直接占有トハ其規定ヲ異ニス、加之其效力モ必シモ直接占有ト同シカラス、之レハ各場合ニ違フ可シ、

占有機關 占有機關 (Besitzer, Possessor) トハ占有者カ物ヲ支配スル機關又ハ手段トシテ使用スル人ヲ云フ、占有機關ハ占有者ニ對シテハ事實上從屬ノ地位ニ立チ (Abhängigkeit)、物ヲ所持スルト雖モ自主獨立ノ目的ナク全ク他人ニ服從シ他人ノ爲メニ行動スル者ナリ、此ノ故ニ占有機關ニ因リ物ヲ占有スル場合ニハ

本人ノ物ニ對スル關係ハ直接ト看做サルルナリ、故ニ其占有ハ直接占有ナリ、例之主人ノ馬ヲ御シツ、アル馬丁、主人ノ家具ヲ使用シツ、アル雇人、主人ノ荷物ヲ運搬シツ、アル從者ノ如キハ占有機關ナリトス、

(三) 單獨占有ト共同占有

共同占有 (Composse sio pro indiviso, Mitbesitz) トハ一個ノ所持

カ數人ニ共屬スル狀態ヲ云フ、此故ニ共同占有ハ(一)物ノ一部ノ占有ト區別スルヲ要ス、此場合ニハ物ノ各部分上ニ數個ノ所持存スルナリ、(二)又間接占有ト區別スルヲ要ス、此ノ場合ニハ占有者ト所持者ト異ルト雖モ所持其ノモノハ一人ニテ之ヲ爲スモノナリ、又共同占有ハ共有權行使ノ爲メニ生スルヲ通常トスルモ共有權ノ存在ハ必要條件ニ非ス、吾人ハ實體權利關係ヲ離レテ單ニ事實トシテノ共同占有ヲ論セントスルモノナリ、

(a) 共同占有ニ二種アリ、(一)ハ各占有者カ各自ノ爲メニ物ノ所持ヲ有スルモ其所持ハ他人ノ同等ノ所持ノ爲メニ制限セラレ何レモ完全ナル所持トナルヲ得サル場合ナリ、例之數人ニテ一室ニ住居スル場合、一棟ノ建物ノ區分有ノ場合ニ於ケル共用部分(二〇八)、共同ノ運動場、庭園、共同ノ私設道路ノ如シ(之ヲ Einfachen Mitbesitz ト云フ)、(二)ハ數人カ共同シテ一所持ヲ有シ其各自ノ部分ハ完全ナル所持トナラサル場合ナリ、例之數人ニテ金庫ノ錢ヲ有シ、立會ニ非サレハ

開クヲ得サル場合、間接占有ノ場合ニ於テ所持人ハ數人ニ共同的ニ返還ス可キ義務ヲ有スルモ其一人ノミニ對シテハ返還義務ナキ場合ニハ共同間接占有ハ共同占有ナリ(此場合ヲ Gesamtheitlich ト云フ)、

(b)

共同占有ノ取得及ヒ喪失ハ一般ノ規定ニ從フ、原始的取得ノ場合ニハ數人ノ力ニヨリテ一物ノ所持アリト社會觀念上看ラルル場合ニハ共同占有ヲ生ス、例之數人ノ獵夫カ協力シテ一野獸ヲ獲シタル場合ノ如シ又承繼的ニハ占有權ノ遺產相續ノ場合ニ生ス又單獨占有者カ他人ニ共同占有ヲ許ス場合モアリ得可ク、間接占有ノ場合ニ於テハ間接占有者ノ返還請求權カ共有ナル場合ニ生ス、此ノ如キハ最初ヨリ共有ノ場合アリ、後ニ至テ共有トナル場合アル可シ、又前ニ示シタル金庫ノ鍵ノ例ノ如ク數人ノ間ノ契約關係カ其基礎トナル場合アリ、共同占有ハ一人カ其占有權ヲ拋棄スルニヨリ單獨占有トナルコトアリ、各占有者ノ所持カ互ニ制限スルニ因リ共同占有タル場合ニ於テハ原則トシテ然リトス、又一人カ所持ヲ拋棄スルニヨリテ他ノ一人ノミノ力ヲ以テシテハ物ノ所持ヲ維持スル能ハスシテ占有ノ全部ノ喪失トナルコトアリ、例之數人ニテ猛獸ヲ捕ヘタル場合ニ一人カ共同占有ヲ拋棄スレハ他ノ一人ノ力ノミニテハ其占有ヲ維持スルニ足ラサル場合ノ如シ、共同占有者ノ一人カ物權 占有權 總說

他ノ一人ニ其占有ヲ讓渡シ又ハ數人カ其占有ヲ第三者ニ讓渡スニヨリ、單獨占有トナルコトアリ、

(c) 共同占有權ハ之ヲ讓渡スコトヲ得、但シ共同者間ノ權利關係ニヨリ債權的ニ其讓渡ヲ禁止スルコトヲ得サルニ非ス、例之前示金庫ノ鍵ノ例ニ於テハ其鍵ノ讓渡ハ禁止セラレタルモノト見ルヲ至當トス可シ、其他共同占有權ノ讓渡

ニハ所有權ノ共有ニ關スル規定ヲ準用ス可シ、

(d) 共同占有ノ保護ニ關シテハ特別ノ規定ナシ、一般ノ規則ヲ適用ス可キノ、(一) 第三者ノ侵害ニ對シテハ各占有者單獨ニ占有訴權ヲ有ス可シ、但シ占有同收ノ訴ニ於テハ數人ニ共同ニ返還ス可キ旨ヲ請求シ得ルニ止マル、(二) 共同占有者間ニ於テハ一占有者カ共同占有者ノ占有ヲ拒ミ(一九八)又ハ占有物ヲ他所ニ移轉セシメテ共同占有者ノ占有ヲ困難ナラシメ又ハ全ク共同占有者ノ占有ヲ奪ヒタル場合(二〇〇)ニハ占有訴權ヲ生ス、共同占有者ノ占有カ妨害セラレ、虞アル場合ニ於テモ亦同シ(一九九)、學者往々一占有者カ他ノ占有者ノ占有ヲ否認スルコトナクシテ自己ノ占有ノ範圍ヲ超ヘタル占有ヲナスモ占有訴權ヲ生セスナス(Kipp & Windscheid I S. 696 Planck, Biermann, Kohnst Z 866.)、其意ハ案スルニ全然他人ノ占有ヲ排斥スルニ非サル限りハ其他ハ猶共同占有者ヲ享

有スルカ故ニ訴權生セストナスニ在ルモノノ如キモ是レ非ナリ、一人カ占有ノ範圍ヲ擴張スレハ當然他ノ共同占有者ノ占有ハ夫丈減縮セラレルカ故ニ第百九十八條ノ意義ニ於ケル占有ノ妨害トナル、故ニ占有訴權ヲ生ス可シ(同論 Wolff Herbig J. B. 44. S. 170. 172.)

(e) 各共同占有者ノ占有ハ其性質眞ノ占有ナリ、之レ(b)以下ノ結果ヲ生スル理由ナリ、

(ホ) 善意占有ト惡意占有

善意占有トハ占有取得ニ付キ實質上不正行爲ヲナサストノ積極的確信アル占有ヲ云フ、善意ハ積極的ニ存スル意思ナリ(反對ノ學說ハ本書一卷八六七、ヲ見ヨ)、惡意占有ハ反之積極的ニ占有取得ニ付キ不正行爲ヲナセリトノ信念アルモノ及ヒ單ニ消極的ニ不正行爲ヲナサストノ信念ヲ缺ク占有ヲ云フ、而シテ善意惡意ハ事實問題ニシテ全ク占有者ノ主觀的狀態ニ由リテ之ヲ判ス、占有ニ相當スル實體上ノ權利カ存スルト否トハ關スル所ニ非ス、善意ノ立證ハ困難ナルヲ慮リ法律ハ凡テ占有者ハ善意ナルモノト推定ス(一八六)然レトモ之レ單ニ推定ナルカ故ニ反對ノ證據ヲ以テ之ヲ破ルコトヲ得、本法ニ於テハ此區別ハ取得時効(一六二、一六三)果實取得(一八九以下)權利取得(一九二以下)等ニ關シ重大ナル意味アリ、

（一）正權原占有ト無權原占有

取得チ正當ナラシムル法律事實ニ基キ取得シタル占有ヲ云フ、然レトモ通説ニ於テハ其法律事實カ有效ナルチ必要トセス、客觀的ニ存在スルトキハ猶正權原アリト云フ（Windscheid Pand. § 178, 179.）右ノ法律事實ニ基カサル占有ヲ正權原ナキ占有ト云フ、外國ノ立法例ニ於テハ此區別ヲ認ムルモノ多シ（羅馬法 Windscheid Pand. 普國々法一部七章八條十條、奧民三一六、三二五、佛民五五〇等）、然レトモ本法ハ占有ノ效力ハ之ヲ其原因ト分離シテ定ムル主義ヲ取リタルカ故ニ（理由書一八九條）此區別ヲ認メス、占有ハ正權原ノ有無ニ由リ時効、果實取得、占有訴權等ニ付キ其效果ヲ異ニスルコトナシ、思フニ之レ正當ノ處置ナリ、何トナレハ（一）正權原ヲ必要トスルトキハ占有主張者ハ之レヲ立證スル必要アリ、是レ甚困難ナル所ナリ、（二）正權原ノ有無ハ第三者ヨリ之ヲ知ルチ得ス、故ニ權原ノ有無ニヨリ效果ヲ異ニスルトキハ第三者ハ損害ヲ蒙ル弊アリ、（三）正權原ノ觀念ハ羅馬法以來存スル所ナルモ其ノ意義今ニ至テ不明ナリ、故ニ之レヲ採用スルトキハ解釋上疑義絶ユル時ナカル可シ、而シテ正權原ノ觀念ヲ採用セサルニ由リテ生スル缺陷ハ善意ト無過失ノ觀念ヲ採用シテ之ヲ補フコトヲ得レハナリ、然レトモ占有取得ノ權原ハ全ク占有ニ效果ヲ及ササルニ非ス、只廣ク此ノ觀念

（ト）公然占有ト隱秘占有

ヲ利用セサルノミ、少クトモ（一）占有者ニ所有ノ意思アリヤ或ハ限定的ノ意思アルニ過キサルカ（前掲（ロ）ヲ見ヨ）、ハ權限ニヨリ之ヲ證ス可キモノトス（一八五）、（二）占有者カ留置權ヲ得ルニハ占有取得ノ原因カ不法行為ナラサルヲ要ス（二九五、二項）、

（ト）公然占有ト隱秘占有 隱秘占有（P. clandestinitie）トハ占有ノ事實ヲ他人ニ發見セラレンコトヲ恐レテ故ラニ隱蔽スルモノヲ云フ、反之故ラニ他人ノ發見ヲ避ケル行為ヲナササルモノヲ公然占有（P. Publique）ト云フ、即チ公然ト云フハ全ク消極的ノ觀念ニシテ故ラニ他人ニ示スチ必要トセス、只物ノ性質ニ從ヒテ普通ノ方法ヲ以テ占有スレハ之レ公然占有ナリトス例之質屋カ質物ヲ土藏内ニ藏スルモ之レ隱秘占有ニ非ス、何トナレハ之レ敢テ他人ノ發見ヲ避ケンカ爲メニ非スシテ只其滅失毀損ヲ防カンカ爲メナレハナリ、反之窃盜カ懷中時計ヲ携帯スルコトナク床下ニ藏スルカ如キハ隱秘占有ナリ、又物ノ性質ニ由リテハ普通ノ占有方法カ外部ヨリ知レサルコトアリ例之引水ノ爲メニ土管ヲ埋ムルカ如キ之ナリ、之レ占有方法カ物ノ性質ニ從ヒ表現的ナラサルノミニシテ敢テ之ヲ隱秘占有ト云フチ得ス、蓋シ特ニ占有ヲ隱蔽スルノ手段ヲ取ラサルカ故ナリ、公然隱秘ハ全ク事實問題ナリ、公然占有ハ隱秘手段ヲ取リタル時ヨリ隱秘占有物權 占有權 總說

トナリ、隱秘占有モ亦隱秘手段ヲ廢シタル時ヨリ公然占有トナル、而シテ法律ハ占有ハ公然ナルモノト推定ス(一八六)、公然隱秘ハ間接占有ニ於テハ物ノ所持者ニ付キテ之レヲ判ス、蓋シ之レ物ノ所持ニ關スル事項ナレハナリ、例ヘハ窃盜カ盜品ヲ入質シタル場合ニ質權者カ公然占有ヲナストキハ窃盜ノ有スル間接占有ハ公然占有ナリ、

隱秘ノ瑕疵ノ效果ハ相對的ナリトスルヲ佛國及ヒ我國ニ於ケル通説トナス(本書一卷八六四參考)、曰ハク甲者ニ對シテハ公然ナルモ乙者ニ對シテ隱秘ナルトキハ、甲者ニ對シテハ公然占有タル效果ヲ生シテ乙者ニ對シテハ隱秘占有タルノ效果ヲ生ルニ過キスト、余モ從來通説ニ從ヒタリシモ此説ハ不可ナルヲ信スルニ至レリ何トナレハ(一)通説ニ從ヘハ物權關係カ相對的トナル弊アリ、取得時効、權利ノ取得及ヒ果實取得(一六二、一六三、一九二、一九〇、二項)ノ場合ニ一人ニ對シテハ所有權ヲ得他ノ一人ニ對シテハ所有權ヲ得サル結果トナル、(二)法典ニ於テハ隱秘占有ノ瑕疵カ相對的ナリトナス形蹟ナク、法典ハ常ニ絕對的ニ規定ス、故ニ絕對的效力アルモノトスルコトカ形式上正當ナリ、(三)隱秘占有者ハ通常不正ノ占有者ナリ、故ニ立法政策上ヨリ云フモ其制裁ヲ絕對的タラシメテ醜ナル所ナシ、(四)通説ノ根據トスル所ハ原因カ相對的ナラハ結果モ亦相對的ナラサル

可ラスト云フニ在ルモ、此論理ハ法律上絕對的ニ貫クヲ得ス、例ヘハ強迫ノ場合ニハ其取消權ハ強迫者ニ對スルノミナラス凡テノ人ニ對抗ス、又例ヘハ法人總會ノ招集通知チ或社員ニ對シテ發セサルトキハ招集ハ全部無効タルカ如シ、要スルニ法律ハ自己ノ目的ニ適當ス可ク或事實ノ效果ヲ定ムコルトヲ得ルナリ、故ニ法典カ形式上其效果ヲ絕對的タラシメタル以上ハ絕對的効果アルモノトスルヲ正當トス可シ、況ンヤ相對說ハ實際上如前示弊害アリテ何等ノ利益ナキニ於テオヤ、

本區別ノ實益ハ時効(一六二、一六三)果實取得(一九〇、二項)占有ニ因ル權利取得(一九二)ニアリ、

(子) 平穩占有ト強暴占有

(P. Possible, P. Violence)

強暴占有トハ暴力ニヨリ占有ヲ取得シ又ハ保持スルモノヲ云フ、暴力トハ單ニ腕力ノ義ニ非ス、占有ニハ腕力ヲ要スルコト寧ロ普通ナリ、故ニ宜シク之ヲ「不正ノ腕力」ノ義ニ解ス可シ、平穩占有ハ之レニ反ス、例ヘハ屋内ニ藏スル物ヲ許可ヲ得スシテ之ヲ見ント欲スル者アル場合ニ腕力ヲ以テ之ヲ拒否スルハ不正ノ腕力ヲ用ユルモノニ非サルカ故ニ強暴占有ニ非ス、強制執行ノ爲メニスル差押ニヨル占有モ亦強暴占有ニ非ス、平穩強暴ノ區別ハ事實問題ナリ、占有取得ノ始メニ於テ強暴ナリシモノモ後事

物權 占有權 總說

實上平穩ニ變スルトキハ其時ヨリ占有ハ性質ヲ變シ平穩占有トナル、而シテ法律ハ占有ハ凡テ平穩ナルモノト推定ス(一八六)、故ニ強暴ヲ主張スル者ニ於テ立證ノ責任アリ、

本區別ハ之ヲ善意占有、惡意占有ノ區別ト混同スルヲ得ス、前者ハ客觀的ニ物ノ所持ニ就キテ存シ、後者ハ主觀的ニ占有者ノ意思ニ存ス、例之賃借人カ暴力ヲ以テ賃借人ノ干渉ヲ防ク場合ニ於テハ賃借人ハ強暴占有者ナリ、然レトモ主觀的ニ占有ヲナスコトカ不正行爲ニ非スト確信スルニ於テハ善意占有者ナリ、即チ善意ノ強暴占有者ナリ、又之レニ反スル場合即チ惡意ノ平穩占有ナルモノヲ想像スルコトヲ得、例ヘハ窃盜カ平穩ニ占有スル場合ノ如シ、

間接占有ニ於テハ平穩強暴ハ物ノ所持者ニ付キテ之ヲ判ス可シ、之レ敢テ第百一條ヲ準用スルニ非ス、平穩強暴ハ占有ノ要素タル物ノ所持ニ關スル事項ナルカ故ニ所持者ニ付テ之ヲ判スルナリ、例之質權者カ暴力ヲ以テ占有ヲ維持スルナラハ質權設定者ノ間接占有ハ強暴占有トナル可シ、

強暴ノ概統ニ付キテモ隱秘ト同シク其效力相對的ナリトナスヲ通説トスルモ、余ハ(ト)ニ述ヘタルト同一ノ理由ニ由リ絕對的ノモノト解ス、
本區別ハ我民法上重大ナル意味アリ、取得時効(一六二、一六三)果實取得(一九〇、二

項)權利ノ取得(一九二)ニ付キ其必要ヲ見ル、強暴占有ニ對シテハ法律カ效力ヲ附スルコトハ極メテ少シ然レトモ占有ノ訴ニ於テハ強暴者モ亦保護ヲ受ク、

(リ) 過失占有ト無過失占有

之レ善意占有ノ細別ナリ(本書一卷八六九頁、松博士民法理由三六)、即チ過失ニヨリ善意ナルモノ又ハ善意ナレトモ過失アルモノヲ過失アル占有ヲ云フ、無過失トハ其善意ナルコトニ付キ過失ナキ者ヲ云フ、換言スレハ相當ノ注意ヲ加ルモ占有ヲナスコトカ不正行爲ナルコトヲ發見スル能ハサルモノハ無過失ノ占有ナリ、反之相當ノ注意ヲ加フルナラハ占有ヲナスコトカ不正行爲ナルコトヲ發見スルコトヲ得可カリシニ、其注意ヲ缺キ不正行爲ナルコトヲ覺ラスシテ占有スルモノハ過失アル善意占有者ナリ、

過失ハ客觀的標準ニ基ク輕過失ヲ意味ス(本書一卷參考)、
本區別ノ實益ハ取得時効(一六二、二項一六三)權利ノ取得(一九二)ニ在リ、
過失ノ有無ハ事實問題ニシテ無過失占有ヲ主張スル者ハ之ヲ立證スルヲ要ス、
法律ハ無過失ヲ推定セス(一八六)、

(九) 本章ノ内容

本章ハ之ヲ分テ四節トナシ、第一節ニ占有權取得ヲ規定シ、第二節ニ其效力ヲ規定シ、第三節ニ其消滅ヲ規定シ、第四節ニ於テハ占有ニ類似シタル事實ニシテ占有ニ關スル規定ヲ準用ス可キ準占有ヲ規定ス、而シテ占有ノ效力ニ關

スル事項ハ本章ノ規定ヲ以テ盡キス(一)取得時効ハ總則編ニ規定シ(二)先占ハ第二
百三十九條ニ規定シ(三)占有權侵害ノ不法行為ハ之ヲ債權編ニ規定ス、

第一節 占有權ノ取得

總說

(一)占有權取得ノ種類 占有權取得ノ種類ハ之ヲ原始取得ト承繼取得トニトナス、
承繼取得ハ更ニ之ヲ細別シテ相續其他法律ノ直接規定ニ因ルモノト從來ノ占有
者ノ意思ニ因ルモノトニトナス、意思ニ因ル占有權ノ移轉ヲ讓渡又ハ引渡(Traditio)
ト稱ス、

占有權ハ承繼ヲ許スヤ否ヤハ羅馬法ニ於テハ議論アリシ點ナリ、「サピニ」一派ノ
說ニヨレハ占有取得ハ常に原始的取得ナリシナリ、蓋シ羅馬ニ於テハ占有ノ性質
ハ物ノ物理的ノ支配ト見タリ、占有カ果シテ物理的ノ支配ナリトセハ承繼ヲ許サ
ストスルコトカ至當ノ觀察ナリ、然シ余輩ノ所見ニ於テハ占有ハ社會上ノ意義ニ
於ケル物ノ事實上ノ支配ナリ、果シテ然ラハ一人カ他ノ一人ノ他位ニ代ルコトヲ
社會上ノ觀念ニ於テ認メ得クシハ占有ノ承繼ヲ認メサルヲ得サルナリ、事實ニ
ル占有カ果シテ承繼シ得キモノトセハ其ノ事實ニ附シタル法律上ノ效力即チ

占有權モ之レト共ニ承繼シ得キハ勿論ナリ、要スルニ占有權ヲ承繼スルコトヲ
得ルハ單ニ法律力之ヲ權利ナリト看做シタルカ故ニ非スシテ、占有權ノ基礎タル
占有カ承繼シ得キモノト看做サルカ故ナリ、

(二)本節ノ内容

ハ(一)占有權取得ノ原則(一八〇)、(二)代理人ニ依ル占有權取得(一八二)
(三)占有權ノ承繼取得(一八二—一八四)、(四)占有權ノ變更之レ又一種ノ取得方法ナリ
(一八五)、(五)占有ノ連結、之レ又占有ノ取得ニ關係アリ(一八七)、(六)占有ニ關係スル推定、之
レハ直接ニ占有ノ取得ニ關係ナキモ便宜ノ爲メ茲ニ規定ス(一八六)、相續ニ關シテ
ハ規定ナシ、相續法ニモ亦規定ヲ設ケス、其趣意ハ占有ヲ權利ナリト看タルカ故ニ
第九百八十六條第一千一條ノ被相續人ニ屬セシ一切ノ權利ト云フト云フ内ニ之ヲ
包含セシムルノ趣意ナリ(佛民七二四、獨民八五七同說)、

第八十條 占有權ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ 所持スルニ因リテ之ヲ取得ス

(一)本條ノ目的

本條ハ占有ノ要素ヲ示スト同時ニ其要素ヲ具備スルニ因リ占
有權ヲ取得シ得ル旨ヲ明ニシタルモノナリ、其要素ハ(一)自己ノ爲メニスル意思、
(二)物ノ所持、(三)物ヲ所持セントスルノ意思ナリ、此ノ第三ノ要素ハ法文上甚タ明
物權 占有權 占有權ノ取得 【一八〇】

際ニ非スト雖モ占有權取得ハ取得者ノ任意行爲タルヲ要スルハ勿論ナルカ故ニ之ヲ附加セサル可ラス、法文カ特ニ此點ヲ明ニセサルハ一ニハ之レ握有ニモ必要ニシテ握有ト占有トノ區別ノ標準トナラス、二ニハ今日ニ於テハ第三ノ要件モ必要ニ非スト云フ學說アリト雖モ(本章總說(五)ノ(ロ)ヲ見ヨ)既ニ主觀主義ヲ取り第一ノ意思ヲ必要トセル以上ハ當然存在スルヲ要スルモノニシテ疑義ヲ生スルコトナケレハナリ(梅博士民法要義本條參照)而シテ占有權ハ法律カ占有ニ附シタル效力ナルカ故ニ本條ニヨリ占有權ヲ取得スルニハ只前示ノ三條件ヲ具ヘタル事實ヲ發生セシムルヲ要スルノミニシテ、其法律上ノ效果タル占有權ヲ取得セントスル意思ヲ要セス、此故ニ本條規定ニ由ル占有取得ハ其性質法律行爲ニ非ス、

本條ノ意味ハ之ヲ積極消極ニ分ツテ得、(一)積極的ニハ前示三要素ヲ具備スルトキハ占有權ヲ取得スルコト(二)消極的ニハ占有權取得ニハ前示ノ三要素ヲ具備スル外何等ノ條件モ必要ニ非サルコト之ナリ、此ノ故ニ占有取得ハ全然占有ヲ取得ス可キ權利(Recht Zur Besitz)ノ存否ト無關係ナリ例ヘハ竊盜強盜ノ如キモ占有權ヲ得可シ、又占有ヲ取得スル權利アリトノ自信モ必要ニ非ス、例之竊盜ノ占有ノ如シ、又物ノ所持ヲ取得スルニ付キ無過失、公然且平穩ナルコトモ必要ニ非

ス、只有過失、隱秘、惡意、又ハ強暴等ノ事實アルトキハ、之ヲ占有ノ瑕疵(一八七、二項)ト看做シ其效力ヲ薄弱ナラシムルノミ、

(二)自己ノ爲メニスル意思

自己ノ爲メニスル意思トハ、自己ノ利益ノ爲メニスル意思ノ義ナリ、物ヲ全然自己ノ利益ノ爲メニセントスル場合ト或一定ノ目的ノ爲メニ一定ノ範圍ニ於テ自己ノ利益ノ爲メニセシトスル場合ヲ包含シ、之レニヨリ占有ハ(一)所有ノ意思アルモノト、(二)限定占有ノ二者ニ大別セラル(本章總說(八)ノ(ロ)ヲ見ヨ)、

物ノ所持人ニ自己ノ爲メニスルノ意思アリヤ或ハ單ニ他人ノ爲メニスルノ意思アリヤハ事實ニヨリテ判ス可シ、然レトモ其意思ハ單ニ內心的ノ意思ニテハ不十分ナリ必ラス事實トシテ外部ニ表ハルルヲ要ス、而シテ其ノ最モ有力ナル立證方法ハ占有取得原因ナリトス、占有取得原因トハ占有ヲ取得スルニ至レル理由ヲ云フモノシテ有效ナル法律行爲ニ限ラサルナリ(本章總說(五)ノ(ロ)ヲ參照ス可シ)、占有者ハ占有取得後其ノ意思ヲ變更スルコト自由ナリ、自己ノ爲メニスル意思ヲ變シテ他人ノ爲メトナシ、又ハ所有ノ意思ヲ變シテ限定的トナスコトヲ得(此點ニ付キテハ本章總說(五)ノ(ロ)ノ(d)並ニ百八十五條ヲ見ヨ)、然レトモ他人ヲシテ之ヲ承認セシムルニハ外形ニ表ハレタル證據ヲ要ス可シ、

物權 占有權 占有權ノ取得 【一八〇】

(三) 物ノ所持 ノ意義ニ付テハ本章總說(五)ノ(イ)ヲ見ヨ、其要點ハ物ノ所持トハ腕力ヲ以テ物ヲ把握スルノ義ニ非スシテ社會觀念ニヨリテ物ノ上ニ實力ヲ有スルモノト見ル可キヤ否ヤニヨリ判ス可キコト之ナリ、同所ニ上ケタル例ノ外猶下ノ例ヲ見ヨ、倉庫内ノ貨物ハ誰ヲ占有スル者ノ占有ニ屬ス可シ、貨物引換證(商三三五)、船荷證券(商六二九)預證券、買入證券(商三六五)ノ占有者ハ之等ノ證券ニヨリ表示セララルル貨物ノ占有者タル可シ、是等ノ場合ニ於テハ占有者ノ手ハ毫モ占有ノ物體ニ觸ルルニ非ス、而カモ其ノ占有者有テスルハ社會觀念ニ於テ(法律モ亦社會觀念ノ一ナリ)其人ノ實力カ其物ニ及ヒツツアリト見ララルルカ故ナリ、是ニ依リテ見ルモ所持ノ義ハ之ヲ腕力の把握ノ義ニ解ス可ラサルコト明ナリ、此ノ思想ヲ適用スレハ埋藏物ノ發見者ハ未ダ全體ヲ掘出ササルモ既ニ其一部分ヲ掘出シタルトキハ全部ノ占有者ト見ルヲ至當トス可シ(反對Crome Syst. III § 347N 15)、反之石炭礦物等ハ現ニ探掘シタル部分ニ限り占有ヲ取得シタルモノト見ルヲ以テ社會觀念ニ合ス可シ、故ニ他人ノ探掘シタル礦物ヲ奪フトキハ竊盜罪ヲ構成ス可キモ他人ノ掘區ニ立入りテ竊ニ探掘スル者ハ竊盜ニ非ス、只鎖業權ノ侵害トナル可キノミ、

又占有ヲ取得スルニハ物ノ所持カ多少繼續シ固定スルヲ必要トナス學者多シ、

(Charles D. P. R. II S. 212. Frome System III S. 37. Demburg Burg R. III § 16) 其ノ擧クル例ヲ見ルニ他人ノ疎小屋ニ一夜ヲ明ス者、又ハ警官ノ目ヲ避ケンカ爲メニ空別荘ニ潛伏スル者ハ其占有者タルヲ得スト、余輩モ結論ニ於テハ同一ナレトモ其理由ヲ異ニス、之レ物ノ所持カ固定セサル故ニ非ス、物ノ所持ナキカ故ナリ、物ヲ所持ストハ物ヲ自己ノ支配ニ從ハシムル事實ヲ云フ、單ニ物ニ觸接スルノミニテハ未ダ物ノ支配アリト云フヲ得サルナリ、反對論者ノ上クル例ニ於テハ疎小屋ノ空別荘ヲ自己ノ支配ニ從ハシムル事實ナキカ故ニ占有ヲ取得スルヲ得サルノミ、苟モ物ヲ自己ノ支配ニ服從セシムル事實アルニ於テハ其時間ノ長短ヲ問ハス其間ハ占有存スルヲ妨ケサルナリ、何ソ必シモ繼續的ノ狀態ヲ形成スルヲ要セシヤ、彼ノ公道ヲ歩行スル者、公園ヲ散步スル者、公園ノ椅子ニ倚ル者、汽船汽車等ニ座乘スル者ハ皆之等ノ物ノ占有者ニ非ス、蓋シ物ニ對スル關係ハ頗ル密ナルモノアルニモ拘ハラス物ヲ支配スルノ事實ナクレスナリ、若シ反之柵ヲ散ケテ公道公園ヲ遮リ又ハ區劃シ、或ハ船長汽機師ヲ縛シ自ラ之ヲ操縱運轉スルニ至ラハ、物ヲ自己ノ意ニ從ハシムルノ事實ヲ認ムルヲ得ルカ故ニ其占有ヲ認メサルヲ得サル可シ、

(四) 物ヲ所持セントスル意思 之ニ付キテモ本章總說(五)ノ(ロ)ニ大略ヲ述ヘタ
物權 占有權 占有權ノ取得 【一八〇】 1313

同所ヲ參考セヨ、之レ又擬制的意思ニハ非スシテ實在的ノ心理上ノ意思ナリ、所持意思ヲ缺クトキハ占有權ヲ取得スルヲ得ス、故ニ例ヘハ活動寫眞場ニ於テ密ニ袖裏ニ投入シタル書狀ハ其者ノ占有ニ屬セス、又例ヘハ兒童力遊戯中誤テ護膜球ヲ他人ノ庭中ニ投入スルモ其者ハ護膜球ノ占有ヲ取得セス、只其球ハ其處ニ在ルノミ、兒童力之ヲ取出スハ占有ヲ讓受クルニ非ス、又例ヘハ甲者野禽ヲ射タルニ乙者ノ庭中ニ落チタリトス、此場合ニハ甲者占有者ニシテ乙者ハ占有者ニ非ス、何トナレハ乙者ハ野禽ノ所持ヲ得ント欲スル意思ヲ有スルモノニアラサレハナリ、

所持意思ハ單ニ占有取得ニ必要ナルノミナラス占有ノ繼續ニモ亦必要ナリ、且所持意思カ拋棄セラルルトキハ物ニ對スル關係ハ偶然繼續スルコトアルモ占有ハ繼續セス、第二百三條ニ「占有ノ意思ヲ拋棄シ」トアルハ此種ノ意思ヲ拋棄スル場合ヲモ包含ス、例之家鳩ノ飼主カ之ヲ所持セントスル意思ヲ拋棄スルナラハ、其猶舊主ノ屋上ニ在ルニモ拘ハラヌ占有權ハ消滅ス可シ、

然レトモ本意思ハ個々ノ場合ニ對スル具體的意思タルヲ要セス、一般的意思ニテ可ナリ (Allgemeine willk. Clarke, D. P. R. II S. 229.) 一般的トハ一般的意思ニ對シテ所持セントスル意思ヲ云フ、是レ占有ノ取得ニ就テモ繼續ニ就テモ同シトナリ、故ニ

占有權ハ個々ノ物體ニ就キ自覺スルコトナクシテ之ヲ取得スルコトヲ得、例ヘハ郵便受函ニ投入セラレタル書狀ノ如シ、是ノ場合ハ一派ノ論者ノ云フカ如ク所持ヲ得ントスル意思ノ全然存セサル場合ニ非ス (Strohla Sachbesitz (71))、此ノ場合ニハ其函内ニ投入セララルル一切ノ書狀ノ占有ヲ取得セントスル一般的意思存スルカ故ニ占有ヲ取得シ得ルノミ、獵夫ノ係蹄ヲ仕掛クルヤ豈ニ其獲物ヲ甲乙ノ野獸ニ限定スルノ意思アラナヤ、荷モ之ニ陷リタルモノハ悉ク之ヲ捕獲セントスル一般的意思アルモノナリ、故ニ甲ノ野獸カ陷ルモノ乙ノ野獸カ陷ルモノ其ノ占有ヲ取得スルヲ得ルナリ、農夫ノ雞舎ヲ設クルヤ其内ニ産置シタル雞卵ハ悉ク之ヲ取得セントスル一般的意思ヲ有ス、故ニ甲ノ雞卵ノ産シタルト乙ノ雞卵ノ産シタルト區別セス悉ク其占有ニ屬ス可シ、之レ意思ナクシテ占有ヲ取得スルニ非ス、一般的意思ノ存在ニ因ルモノナリ、此ノ如ク占有取得ノ意思ハ一般的意思ニテ足ルカ故ニ占有者ハ往々占有取得ヲ自覺セサルコトアリ、前例ノ書狀ヤ野獸ヤ雞卵ハ之ヲ發見セルトキニ占有セララルルニ非スシテ其投入ノ入又ハ産置セラレタル瞬間ニ於テ占有セララルルナリ、故ニ若シ他人之ヲ奪フトキハ假令其發見前ナリトスルモ窃盜罪ヲ構成ス可シ、不在中ニ居室ニ送附セラレタル荷物ハ若シ其主人ノ注文ニ出テタルトキハ即時ニ主人ノ占有ニ歸ス可

シ、蓋シ此場合ニ於テハ主人ハ注文スルニヨリ其占有ヲ取得セントスル一般的意思ヲ有スルモノト認ム可ケレハナリ、何ソ其歸來ヲ俟タシヤ、反之注文セサルニ貨物ヲ送附シタル場合ニ於テハ送附ヲ受ケタル者カ之ヲ取得セント欲セル時ニ始メテ占有ヲ取得ス可シ、廣大ナル建物内ニ藏スル多數ノ物品ハ主人往々其ノ品目ヲ知ラサルコトアルモ猶悉ク其占有ニ屬ス可シ、之レ又占有ニ意思ヲ要セサルカ故ニ非スシテ主人ハ建物内ニ藏スル物ハ悉ク之ヲ占有セントスル一般的意思ヲ有スルカ爲メナリ、

所持意思ハ先述ノ如ク占有ノ繼續ニモ亦必要ナリト雖モ、亦其意思ハ一般的ニ存スルヲ以テ足ル、此ノ故ニ人ハ睡眠中ニ其占有ヲ失ハス、蓋シ占有者ハ一定ノ時間ニ限ラズ繼續シテ物ヲ所持セントスル一般的意思ヲ有スルカ故ナリ、

(五) 占有權ノ主體

何人カ占有權ヲ取得シ得キカ、殊ニ能力ニ關シテハ本章總

說(六)ヲ見ヨ、

(六) 占有權ノ客體

即チ本條ニ云フ「物」ノ意義ハ本章總說(七)ヲ見ヨ、

(七) 本條適用ノ範圍

本條ハ本人又ハ代理人ニ因ル原始取得並ニ物ノ現實ノ引渡ニ因ル承繼取得ニ適用アリ、間接占有ノ承繼取得ニモ適用ナキニ非サルモ、物ノ所持ノ取得方法カ間接トナリ自ラ其體様ヲ異ニスルヲ以テ、本法ハ其場合ハ

別ニ之ヲ規定ス、

第八十一條 占有權ハ代理人ニ依リテ之ヲ取得スルコトヲ得

トヲ得

(一) 本條代理人ノ意義

代理人ニヨリ占有ヲ取得シ得ルヤ否ヤハ羅馬法上議論ノ絶ヘサル處ナリ、蓋シ代理ハ法律行為ニ關シ占有ハ事實ナルカ故ニ事實ノ代理ヲ許スヤ否ヤカ問題トナルナリ (Hellmann, stellvertretung S. 99) ハ全然之ヲ否認シ Last Thering J. R. 62 S. 88 ハ占有意思並ニ所持共ニ代理ヲ許ストナス、後說ヲ多數說トナス) 本條ハ此問題ヲ決シタルモノナリ、然レトモ本條代理ノ意義ヲ如何ニ解ス可キカハ猶疑問ナリ、思フニ本條代理人ノ意義ヲ定ムルニ二ノ方針アリ、(一)ハ本條ノ代理人ヲ總則第四章第三節ノ意義ニ解シ、即チ意思表示ノ代理人ノ義ニ解スルニ在リ、然ルトキハ本條ハ法律行為ニ由ル占有權ノ取得即チ變則ノ引渡ノ場合ニノミ適用アリテ法律行為ニ由ラサル占有ノ取得(主トシテ原始取得)ノ場合ニハ適用ナキニ至ルノ不都合アリ、(二)ハ本條代理人ノ意義ヲ全ク特別ノモノトナシ單ニ他人ニ依リテト云フ義ニ解スルナリ、此ノ如ク新シキ意義ニ解セハ吾人ハ其條件ヲ新ニ研究シテ定ムルヲ要シ、總則ノ規定ヲ適用スルヲ得サル

前ノ二方法ノ中余ハ第二ノ方法ヲ取ル、蓋シ第一說ノ如ク解セハ本條ハ全然無用ノ規定トナルカ故ナリ、何トナレハ占有取得カ法律行為ナル場合ニ代理ノ行ハルルハ總則ノ規定ニヨリ當然明瞭ナレハナリ、

(二) 本條適用ノ範圍 代理人ノ意義ヲ右ノ如クニ解セハ本條ハ正ニ左ノ場合ニ適用アル可シ、

(イ) 引 渡 引渡又ハ意思表示ニ因ル占有權ノ承繼取得ノ法律行為ナル場合ニハ(一八二、一八三、一八四)法律行為ノ代理ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒ、占有權ヲ取得スルコトヲ得、即チ代理人カ代理權ヲ有スルコト及ヒ其代理權ノ範圍内ニ於テ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ意思表示ヲナスニ由リテ本人ハ直接ニ占有權ヲ取得ス、但シ本人カ取得スル占有權ハ常ニ直接占有ナリト云フニ非ス、代理人ニ由リ間接占有ヲ取得スルコトモ固ヨリ可能ナリ(一八四參照)混同ス可ラス、

(ロ) 占有機關ニ依ル場合 占有機關ノ意義ハ本章總說(八)ノ(ハ)ニ述ヘタリ、要スルニ本人ニ對シテ社會上ノ意義ニ於テ從屬的地位ニ在ル者ヲ云フ、換言スレハ社會上ノ意義ニ於テ本人カ其者ヲ道具トシ使用シテ直接ニ物ヲ所持スト

見做サルル者ヲ云フ、故ニ本人ノ占有ハ此場合ニハ直接占有ナリ、占有機關ハ勿論代理權ヲ有スルヲ必要トセス、本條代理人ノ意義中ニハ此場合ヲ包含セシムル旨意ナレトモ是レ固ヨリ總則ノ意義ニ於ケル代理人ニ非ス、占有機關ハ之ヲ(一)法律行為ニ非サル占有取得ノ場合、(二)並ニ法律行為ニ由ル占有取得ノ場合ニ用ヒ得ルコトアリト雖モ其主タル場合ハ第八十二條一項ノ場合ナリ、

占有機關ノ例ヲ上ケレハ家僕、從僕、馬丁、車夫ノ類之ナリ、營業上ノ使用人番頭小僧モ之レニ屬ス、法人ノ理事後見人不在者ノ財産管理人等ハ占有機關ナリヤ或ハ直接占有者ナリヤハ疑ハシ(Vergrl. Planck, Kommt § 854, N. 5.)、蓋シ是等ノ者ハ法人、無能力者又ハ不在者ニ對シテ從屬的ノ關係ニ在リト見ルコトカ社會觀念上適當ニ非サルカノ如ク感スレハナリ、然レトモ又他ノ方面ヨリ見レハ彼等ハ法人無能力者又ハ不在者ノ利益ヲ計ル爲メニ設ケラレタル機關ニ外ナラサルカ故ニ、其ノ範圍ニ於テハ本人ノ道具ト見ルコト必シモ不可ナラス、是レ學說ノ歧ルル所以ナリ、而シテ其ノ結果ヲ示セハ之等ヲ占有機關ト見レハ本人ノ占有ハ直接占有トナリ、直接占有者ト見レハ本人ノ占有カ間接占有トナルノ差アルノミ、然レトモ占有機關ニハ前示ノ如キ特別ノ意義アルモノ物權 占有權 占有權ノ取得 【一八一】

物權 占有權 占有權ノ取得 【一八一】

一四〇

ナレハ寧ロ直接占有者ト見ルヲ適當トスヘキカ、
(ハ) 他人ヲ直接占有者トシテ間接占有ヲ取得スル場合 此ノ場合ノ直接占有者モ亦本條代理人ノ内ニ在ル可シ、第百八十三條第百八十四條等ニ代理人トアルハ此場合ナリ、例之質權ノ目的タル不動産ノ所有權ノ讓渡ノ場合ニ於テ讓渡人カ第百八十四條ノ通知ヲ與ヘ質權者之ヲ承諾シタルトキハ讓受人ハ質權者ヲ直接占有者トシテ間接占有ヲ取得ス可シ(一八四)、又例之不動産ノ所有者カ之ヲ讓渡シ爾後貸借權ヲ得テ占有スル場合ノ如シ、此場合ニハ第百八十三條ノ規定ニ從テ讓受人ハ貸借人ヲ直接占有者トシテ間接占有ヲ取得ス可シ(一八三)以上ノ場合ニ於テ間接占有者カ占有權ヲ有スルハ直接占有者カ代理權ヲ有スルカ故ナリ、之レ質權者借賃人ハ代理權アル代理人ニ非サルヲ見求權ヲ有スルカ故ナリ、故ニ此ノ場合ハ眞ノ代理人ニ依ル占有權ノ取得ニ非サルモ、本條ノ代理人ノ意義中ニハ此場合ヲ包含ス可シ、

第百八十二條 占有權ノ讓渡ハ占有物ノ引渡ニ依リテ之ヲ爲ス

讓受人又ハ其代理人カ現ニ占有物ヲ所持スル場合ニ於テハ占有權ノ讓渡ハ當事者ノ意思表示ノミニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得

(一) 現實ノ引渡 本條ハ二事ヲ規定ス第一項ハ所謂現實ノ引渡ニシテ、第二項ハ所謂簡易引渡ナリ、

(イ) 現實引渡ノ要件

(a) 合意 現實ノ引渡ニ因ル占有權ノ讓渡ニハ讓渡人讓受人間ニ合意アルヲ要ス然シテ合意ノ内容ハ事實タル物ノ所持ノ移轉ニ對シテ向ケラレ法律上ノ效力タル占有權ノ移轉ニ對スルヲ必要トセス、物ノ所持カ讓渡サルルニ因リテ其效果タル占有權同時ニ讓渡サルナリ、此故ニ現實引渡ニ因ル讓渡行為ハ法律行為ニ非スシテ事實行為ナリ(同論 *Rohde, Studien in Besitz, Abchnitt II S. 57 Gierke D. P. R. II S. 232. N. 18.*) 故ニ其成立能力代理條件期限等法律行為ニ關スル規定ニシテ準用ス可キモノアリトスルモ當然ノ適用アルニ非ス、
人或ハ難セン、讓受人カ物ノ所持ヲ取得スルニ因リテ其效果タル權利ヲ取
物權 占有權 占有權ノ取得 【一八一】

一四一

得スト云ハハ是レ當然ノ事ニシテ讓渡ニ非ス、讓受人ノ占有權ハ前主ヨリ承繼スルニ非スシテ原始的ニ取得スルニ非スヤ、此ノ如キハ占有ノ特定承繼ヲ認メサル法制ニ於テモ(例之羅馬法)亦當然ノ事理トシテ認メラルル處ナリ、本條カ特ニ占有權ノ讓渡ヲ認ムルハ自ラ別個ノ意義ナカル可ラス、即チ本條ニ因ル占有權ノ讓渡ニハ占有權其ノモノヲ移轉セシメントスル合意アルヲ要シ、其結果讓受人ハ原始的ニ非スシテ承繼的ニ權利ヲ取得スルニ非スヤト、

右ノ非難ハ十分ノ根據アリ、又右ハ獨逸普通法時代ニ於テハ一般ニ認メラレタル說ニシテ、獨逸民法第一草案カ引渡ニハ行為能力ヲ要ストセルカ如キモ右ノ思想ニ基クモノナリ、然レトモ余ハ之ヲ否トスルモノナリ、其理由ハ(一)本條ノ規定ヲ讀ムニ「占有權ノ讓渡ハ「占有物ノ引渡ニ依リテ之ヲ爲ス」トアリ、占有權ノ讓渡行為ハ「占有物ノ引渡」其モノニ在リ、占有物ヲ引渡セハ其結果占有權ノ讓渡セラル可キコト明ナリ、即チ本條ハ占有權讓渡ノ方法ヲ規定シテ「占有物ノ引渡」ニアリトナスモノナリ、(二)占有物ノ引渡ニ依ル占有權ノ讓渡ハ承繼的取得ニシテ論者ノ難スルカ如ク原始的取得ニハ非ス、何トナレハ余輩ノ解スル所ニ於テハ物ノ所持其ノモノカ讓渡ヲ許スカ故

ニ讓渡ニ由リテ物ノ所持ヲ得タル場合ニ於テハ之ニ附隨シテ取得スル所ノ權利其ノモノモ亦承繼的ニ取得スルモノト云フコトヲ得ルカ故ナリ、昔時占有ヲ物理的關係ト見タル時代ニ於テハ占有ハ之ヲ讓渡スルヲ得スト爲ステ合理トス、然レトモ本章總說ニ於テ之ヲ評論シタル如ク占有ハ物理上ノ關係ニ非スシテ社會上ノ現象ナリ、社會觀念ニ於テ人カ物ヲ支配スト見做サルナラハ其人ハ占有者ナリ、故ニ同シク社會觀念上甲者カ物ノ支配關係ニ於テ乙者ノ地位ヲ占メ乙者ニ代ルモノト看做サルナラハ甲者ハ占有(事實)ノ承繼者ナリ、此ノ如クニシテ占有其ノモノカ讓渡セラレレニ從テ權利カ承繼セララルト見ルテ至當トス(三)讓受人カ事實タル占有ヲ得テ從テ權利ヲ得ルモノトモハ承繼取得ノ利益何處ニ在リヤ、既ニ讓受人カ占有ヲ得タリトモハ承繼ノ觀念ニ依ラサルモ當然占有權者ニ非スヤト、是レ至當ノ疑問ナレトモ占有ノ承繼ニハ二個ノ利益アリ、(一)ニハ承繼的ニ事實タル占有ヲ得ル場合ニハ其條件カ原始的ニ之ヲ得ルヨリハ輕減セラ

ル(同論 Strohal, sachbesitz S. 60) 即チ一人カ取得シタル地位ニ代ハルハ新ニ其狀態ヲ生セシムルヨリハ容易ナリ、(二)ニハ承繼取得ニ於テハ前者ノ權利カ其儘ニ移ルト見ララルカ故ニ占有ノ繼續ヲ必要トスル場合ニハ利益アル

物權 占有權ノ取得 【一八二】

コト多シトス、然シナカラ論者ノ言全ク理由ナキニ非ス、即チ占有ノ承繼ノ場合ニ於テハ讓受人ハ獨立ニ前者ヲ離レテ觀察スルモ占有ニ必要ナル條件ヲ具備スルカ故ニ讓受人ハ承繼的取得者タルト同時ニ原始的取得者ナリト云フ可シ、之レ第百八十七條ノ規定ヲ生スル所以ナリ、

本要件ヲ缺ク場合ニハ讓渡ハ成立セス、故ニ占有權者ノ意思ニ反シ又ハ同意ヲ得スシテ占有ヲ取得スルトキハ、其占有ハ強暴又ハ隱秘ノ瑕疵アル原始的取得(例之強盜竊盜ノ占有)ニシテ占有權ノ承繼取得タル讓渡ニ非サルナリ、又例ヘハ竊盜カ贖品ヲ途ニ捨テタル場合ニ之ヲ所有者ニ渡サンカ爲メニ拾得スル者ハ竊盜ノ占有及其瑕疵ヲ承繼スル者ニ非ス、其占有ハ原始的取得ナリ、又讓受ノ意思ナクシテ讓渡ハ成立セス、例之債權者カ給付ノ受領ヲ拒ミタル場合ニ其物ヲ其庭内ニ放置スルモ之レニヨリテ占有權ハ讓渡サルコトナシ、

(b) 物ノ所持ノ引渡

物ノ所持ハ占有ノ要素ナリ、故ニ讓受人ヲ占有者タラシムルニハ讓受人ヲシテ物ノ所持ヲ得セシムルヲ要ス、之レ本條カ特ニ之ヲ明言スル所以ナリ、而シテ物ノ所持ノ意義ハ本章總說(五)ノ(イ)ニ述ヘタル如ク物ノ腕力の把握ニ限ラス、廣ク社會觀念上ノ物ノ支配ヲ意味ス、故ニ占有讓渡ニ就テモ亦讓受人ヲシテ社會觀念上ノ物ノ支配者タラシムレハ可ナ

リ(瑞西民法九六四一項參考)、最モ簡單ナル場合ハ動産ノ手渡及不動産上ニ立會ヒ其引渡ヲ宣言スル場合ナリ、此ノ如クニ有體的ニ所持ヲ與ヘサルモ社會觀念上ノ物ノ支配手段ヲ與フルニ由リ所持ヲ與ルコトヲ得可シ、例ヘハ鍵ヲ引渡スニ由リ倉庫内ノ貨物ノ占有ヲ讓渡スヲ得ルカ如シ、之レ羅馬法以來認メラルル所ナリ、乍然倉庫内ノ貨物ノ引渡トナルニハ鍵ノ授受者間ニ其意思アルヲ要ス、故ニ鍵ヲ拾得シ又ハ竊盜シタル者ハ鍵其モノノ占有ヲ得ルモ倉庫内ノ貨物ノ占有ヲ得ル能ハサル可シ、貨物引換證、船荷證券、預證券買入證券ノ引渡ハ證券カ表示スル物ノ引渡ト看做サル可シ、乍然之レカ爲メニハ證券ヲ證券上ノ權利者ニ引渡スヲ要ス、即チ指名證券ハ名宛人ニ指圖證券ハ被裏書人ニ無記名證券ハ其人ヲ擇ハス引渡スヲ要ス (Erschaft, Succession bei Besitz S. 212)。若シモ權利者ニ非サル者ニ引渡シタル場合ニ於テハ讓受人ハ只證券其モノノ占有ヲ得ルノミニテ貨物ノ占有ヲ得ス、何トナレハ證券上ノ權利者ニ非サレハ貨物ノ引渡ヲ請求スルヲ得サルカ故ニ社會觀念上貨物上ニ支配ヲ有スルモノト見ル能ハサルカ故ナリ、又證券占有者ノ意思ニ基カスシテ證券上ノ權利者カ證券ノ占有ヲ取得スルモ單ニ證券ノミノ占有ニ止マリ貨物ノ占有ヲ取得スルヲ得ス、例之證券ノ名宛人カ物權 占有權 占有權ノ取得 【一八二】

證券ヲ拾得シ又ハ竊取セル場合ノ如シ、蓋シ此場合ニ於テハ讓渡人ニ於テ占有ヲ與フルノ意思ナケレハナリ、故ニ承繼的ニ貨物ノ占有ヲ得ス、單ニ事實ニヨリ決スルカ故ニ證券ノミノ占有者トナル、物ノ占有ハ又徵標ニヨリ變更スルコトアリ、例之占有讓受人カ讓渡人ノ承諾ヲ得テ器物ニ自己ノ姓名ヲ記入シ、又ハ立木ノ賣買ニ於テ賣主ノ立會ノ上ニテ繩ヲ結ヒ付ケ又ハ白墨ヲ以テ徵標ヲ附スルカ如シ、是等ノ方法カ果シテ物ノ所持移轉ト見ルニ足ルヤ否ヤヘ社會觀念ニ因ル可キハ勿論ナルモ、右二者ノ如キハ我國ニ於テハ廣ク行ハルル所ナリ、

(c) 讓渡人ノ占有權

讓渡ノ觀念ニハ讓渡サルル權利カ讓渡人ニ屬スルヲ要スルハ論ヲ俟タス、第百八十七條第二項ニ於テ占有ノ承繼ノ場合ニハ殺統モ亦之ヲ承繼ストアルモ其證據ナリ、即チ讓渡人ノ權利カ讓受人ニ移轉スルモノナルカ故ニ殺統モ亦之レニ從フモノナリ、凡ソ權利カ移轉スルニハ前者カ權利ヲ有スルヲ前提トナス、此ノ故ニ占有機關カ物ヲ他人ニ交附シタル場合ニハ其他人ハ占有權ノ讓受人ニ非ス、蓋シ占有機關ハ占有權者ニ非サルカ故ナリ、但シ此場合ニ於テモ其他人ハ全ク占有ヲ得ル能ハスト云フニ非ス只讓渡ニヨリ占有ヲ得ル能ハスト云フノミ、若シ夫レ原始取得ノ條件ヲ具備スルニ於テハ原始的ニ占有ヲ取得スルコトアルハ勿論ナリ、

(d)

適用ノ範圍

但シ占有權者ニ非サルモ他人ノ占有權ヲ處分スル權限ヲ有スル者ハ讓渡人トナルコトヲ得、例之番頭小僧ノ類ハ占有權者ニ非サルモ(占有機關)營業上ノ物品ノ占有權ヲ讓渡ス權能アル可シ、

現實ノ引渡ニ依ル占有權ノ取得ハ(一)單獨占有取得ノ場合ノミナラス共同占有取得ノ場合ニモ應用アリ、例ハ數人カ各自獨立ニ金庫ヲ開キ得ル鍵ヲ有スル場合ニ於テハ其鍵ノ引渡ニヨル可シ、又數人カ各別ニ鍵ヲ占有シ立會ノ上ニ非サレハ金庫ヲ開キ能ハサル場合ニ於テモ其一人カ有スル一個ノ鍵ヲ引渡ストキハ共同占有ハ讓渡セラレ可シ、(二)物ノ全部ノ占有ノ讓渡ノ場合ノミナラス一部上ノ占有(Partially)ノ讓渡ニモ適用アリ、而シテ此場合ニニアリ一ハ既存ノ一部占有ヲ讓渡ス場合ニシテ、二ハ全部占有者カ一部分上ノ占有ヲ他人ニ與フル場合ナリ(三)所有ノ意思ヲ以テスル占有ノミナラス所謂限定占有(本章總說(八)ノ(四)參照)ノ讓渡ニ適用アリ、例之質權者カ債權ト共ニ質權ヲ讓渡スル場合ニハ其實物ヲ引渡ス方法ニ因ルカ如シ、(四)間接占有ヲ間接占有トシテ讓渡ス場合ニハ適用ナシ、此場合ニハ第百八十五條ノ物權 占有權 占有權ノ取得 【二八二】

物權 占有權 占有權ノ取得 【一八二】

一四八

方法ニ依ル、(五)讓渡人及ヒ讓受人ハ代理人又ハ占有機關ヲ使用スルコトヲ得、

(二)簡易引渡

(Traditio brevi manu)之本條第二項ノ定ムル所ナリ、

(イ)要件

其要件左ノ如シ、

(a)讓受人又ハ其代理人カ現ニ占有物ヲ所持スルコト

茲ニ云フ讓受

人ハ占有機關タルコトアリ、又ハ直接占有者タルコトアリ、代理人トハ讓受人ノ代理人ノ義ニシテ其占有機關又ハ直接占有者ヲ意味ス(前條參照)。

(b)合意

合意ハ占有權ノ直接讓渡ヲ内容トス、讓渡人ト讓受人ト當事者トナス、而シテ讓渡人讓受人共ニ代理人(總則ノ意味ニ於テ)ヲ使用スルコトヲ得

以上ノ二要件中前者ハ前提要件ニシテ、簡易引渡行爲ノ本體ヲ爲スモノハ後者ノミナリ、本條ニ「意思表示ノミニ依リテ」トアルカ如ク是以外ニ物ノ所持ヲ移轉スルヲ要セス、蓋シ讓受人又ハ其代理人カ既ニ占有物ヲ所持スルカ故ニ意思表示ノミニテ讓受人ノ占有要件完備スルカ故ナリ、

(ロ)簡易引渡ノ性質

簡易引渡ハ物權契約ナリ、蓋シ占有權ノ讓渡ヲ目的トスル意思表示ナレハナリ、故ニ法律行爲一般ノ規定ニ從ヒ、(一)形式ヲ要ストスル條文ナキカ故ニ之ヲ要セス、(二)代理人ヲ使用スルヲ得可ク、(三)法律行爲能力

ノ規定ニ從ヒ(四)當事者カ無能力又限定能力者ナルトキ又ハ意思表示ニ瑕疵欠缺アルトキハ無効又ハ取消シ得可キモノトナル(五)期限又ハ條件ヲ附スルコトヲ得停止條件附ノ場合ニハ條件成就ノ時ニ占有權移轉シ解除條件ノ場合ニハ條件成就ノ時ニ占有權ハ復舊ス、始期附ノ場合ニハ期限到來ニヨリ占有權移轉シ終期附ノ時ハ期限到來ニヨリ占有權ハ消滅ス、(六)又其意思表示ハ明示タルヲ要セス、

(ハ)適用ノ範圍

(一)占有者カ占有機關ニ占有權ヲ讓渡ストキ、(二)間接占有者カ直接占有者ニ占有權ヲ讓渡シ即チ直接占有者ノ占有ヲ擴張セントスルトキニ

適用アリ、即チ所有者カ直接占有者(賃借者地上權者、賃借人等ノ類)ニ所有權ヲ讓渡シタル場合ニ讓受人ニ所有ノ意思ヲ以テスル間接占有ヲ讓渡シ從來ノ限定占有ヲ無制限チラシムルカ如シ、(三)所有者カ賃借人地上權者永小作者等ノ爲メニ賃權ヲ設定スル場合ニモ之ヲ應用スルコトヲ得、此場合ハ純然タル占有權ノ讓渡ニ非スシテ建設的讓渡ナリ、(四)地上權者永小作者等カ現ニ其不動産ヲ貸貸セル場合ニ賃借人ニ地上權永小作權等ヲ讓渡シ其間接占有ヲ讓渡ス場合ニ適用アリ、

物權 占有權 占有權ノ取得 【一八二】

一四九

第百八十三條 代理人カ自己ノ占有物ヲ爾後本人ノ爲メニ占有スヘキ意思ヲ表示シタルトキハ本人ハ之ニ因リテ占有權ヲ取得ス

(一) 占有改定ノ要件 本條ハ所謂占有ノ改定 (Constitutum Possessorium) ナリ規定シタルモノニシテ其要件ハ左ノ如シ、

(イ) 改定者ハ占有權者 タルコトヲ要ス、蓋シ改定者ハ占有權ノ讓渡人ナルカ故ニ改定ノ當時ニ於テ占有者タルコトヲ要スルナリ、現在ニ於テ占有權者ニ非サルモノカ將來取得ス可キ占有權ヲ他人ノ爲メニ讓渡セントスル契約ハ改定ニ非ス、此ノ如キハ物權的效力ナク債權的效力ヲ生スルニ止マル、

(ロ) 占有權讓渡ノ合意 本條ニハ只、意思ヲ表示シタルトキトアルカ故ニ、之レニ對シテ本人即チ讓受人ノ同意ヲ要スルヤ或ハ改定者ノ一方の意思表示ニテ足ルヤ判カ不明タルヲ免カレズト雖モ、事ノ性質上必ラス本人ノ同意ヲ(明示又ハ默示)ヲ要スルモノト認メサル可ラス、何トナレハ之レ占有權讓渡ノ一方方法ナリ、而シテ本人ノ意思ニ反シ又ハ其同意ナクシテ強制的ニ占有權ヲ與フルハ不法ナレハナリ、

(ハ) 改定者ヲシテ代理占有者 たらシムルニ必要ナル法律關係ノ存在ヲ要ス、本條ニ「代理人カ自己ノ占有物」ト云ヒ、又「本人」ハ之ニ因リテ占有權ヲ取得ストアルハ此意味ヲ云ヒ表ハスモノニシテ改定者ト本人ノ間ニ法律關係ナル可ラス、法律關係ノナキモノハ之ヲ抽象的改定ト稱ス、固ヨリ本法ノ認ムル所ニ非ス、若シ此方法ヲ認ムルトキハ占有者ハ物ノ所持ヲ有セス又物ノ所持人ニ對シテ其ノ返還ヲ請求ス可キ權利モナク、直接ニモ又間接ニモ物上ニ支配力ヲ有セスシテ占有者タルニ至リ占有ノ性質ニ反シ公益ニ有害ナリ、而シテ茲ニ代理ト云フハ第百八十一條ノ(ニ)ノ(ハ)ノ場合ニ限ル、代理人カ占有機關トナル場合ナルナラハ本人ハ直接ノ物ノ所持ヲ得ルカ故ニ占有ノ改定ニ非ス、又代理人カ單ニ代理權ヲ有スルニ止マルナラハ其意思表示ハ直接ニ本人ニ對シテ效力ヲ生スルカ故ニ本人ハ直接占有者トナルカ故ニ占有ノ改定ニ非ス、蓋シ占有改定トハ占有者カ物ノ所持ヲ維持シツツ間接占有ヲ他人ニ與フル方法ナレハナリ、畢竟代理人ハ直接占有者トナリ本人カ間接占有者トナル場合ニ限リテ適用アリ、例之占有者カ所有權ヲ他人ニ與ヘ爾後賃借人、地上權者永小作權者質權者等トシテ占有スル場合ノ如シ、又間接占有ヲ改定ノ方法ニ、依リ讓渡シ得ルヤ否ヤハ從來疑問タレントモ (Biermann kommt, S. 137) 凡そ物權 占有權 占有權ノ取得 【一八三】

【一八三】

物權 占有權 占有權ノ取得 【一八四】

一五二

能ナレハナリ、例ヘハ所有者カ地上權ヲ設定シ同時ニ地上權者ノ管理人トシテ其不動産ヲ占有スル場合ニ管理權ヲ留保シツ、所有權ヲ地上權者ニ讓渡セハ其間接占有ハ讓渡サル可シ、但シ此ノ場合ニハ讓渡ノ結果間接占有ハ消滅ニ歸スルニ至ル可シ、間接占有ヲ間接占有トシテ讓渡ス方法ハ次條ニ依ル可シ、

(二) 占有改定ノ性質 占有改定ハ物權契約ナリ、故ニ法律行為ニ關スル總則編ノ適用アリ、何トナレハ之レ意思表示ニ依ル占有權ノ移轉ナレハナリ、

(三) 適用ノ範圍 占有改定ハ第七十八條ノ場合ニ適用アルコトハ既ニ述ヘタリ、(一七八、五)ノ(ハ)、然シ質權ノ設定(三四四)ニハ適用ナキモノトス、其理由ハ其處ニ述フ可シ、

第八十四條 代理人ニ依リテ占有ヲ爲ス場合ニ於テ本人カ其代理人ニ對シ爾後第三者ノ爲メニ其物ヲ占有ス可キ旨ヲ命シ第三者之ヲ承諾シタルトキハ其第三者ハ占有權ヲ取得ス

(一) 本條ノ目的 本條ハ間接占有ヲ間接占有トシテ讓渡ス方法ナリ、間接占有者ハ物ノ所持ヲ有セス、故ニ第八十二條一項ノ方法ニ因リ占有ヲ讓渡スヲ得ス、

若シ其ノ方法ニ因ラントセハ一旦占有物ヲ取戻シテ引渡スヲ要スル理ナレトモ、直接占有者カ占有ニ付キ利益ヲ有スル場合ニハ(例ヘハ質權者賃借人等)物ヲ間接占有者ニ引渡スヲ拒ム權利アリ、然ラハ畢竟第八十二條一項ノ方法ニ依ルヲ得ス、故ニ本條ニ於テ便法ヲ定ム、即チ間接占有ナルモノハ物ノ所持人タル直接占有者ニ對シ返還請求權ヲ有シ之レニヨリテ間接ニ物上ニ勢力ヲ及スモノナリ、故ニ讓渡人カ其返還請求權其ノモノヲ讓渡スナラハ讓受人ハ之レニヨリテ間接占有ヲ有スルニ至ル理ナリ、本條ノ讓渡ハ或ハ手長ノ引渡ト稱スルコトアルモ返還請求權ノ讓渡ニ因ル占有權ノ讓渡ト稱スルヲ至當トス、

(二) 本條讓渡ノ要件

(イ) 讓渡人ノ間接占有 本條ニ「代理人ニ依リテ占有ヲ爲ス場合」トアルハ讓渡人カ間接占有者タル場合ヲ意味ス、換言スレハ讓渡人カ物ノ所持人ニ對シ返還請求權ヲ有スル場合ニシテ、所持人カ代理權ヲ有スル場合ノミニ限ル可ラス、賃借人質權者地上權者等ハ所有者ノ代理人ニ非ス而カモ所有者ハ之等ノ者ニ對シテハ物權的返還請求權(即チ *rei vindicatio*)ヲ有スルカ故ニ本條ノ適用物權 占有權 占有權ノ取得 【一八四】

一五三

(ロ) 返還請求權ノ讓渡

之レカ爲メニハ左ノ二要素ヲ必要トス、

(a) 讓渡人ト讓受人間ノ契約

本條ニ「第三者」トアルハ即チ讓受人ノ義ナリ、第三者之ヲ承諾シタルトキトハ讓渡人カ間接占有讓渡ノ意思表示ヲナシ之レニ對シテ承諾ヲ爲スコトヲ意味ス、故ニ讓渡人ト讓受人間ニ契約ヲ必要トスルコトハ法文上明瞭ナリ、而シテ其契約ハ一般法律行爲ノ原則ニ依リ無形式ナリ、又明示タルヲ要セス、往々他ノ法律行爲ニ從トシテ其意思ヲ認メ得可キ場合アリ、例ヘハ第三者ノ占有スル物ヲ單ニ他人ニ賣渡シタルノミニテハ未ダ引渡ノ意思ヲ認ムルヲ得サル可シトスルモ既ニ代價ノ全部ヲ受取り又倉庫中ノ貨物ナラハ倉荷證券ノ交附アリタルトキハ其意思ヲ認ムルヲ得ン、

(b) 直接占有者ニ對スル通知

通知ハ本人即チ讓渡人カ直接占有者ニ對シテ之ヲ與フルヲ要ス、其内容ハ返還請求權ヲ讓受人(法文ニハ所謂第三者)ニ讓渡シタル旨ヲ告知スルニ在リ、法文ニ「本人カ其代理人ニ對シ爾後第三者ノ爲メニ其物ヲ占有ス可キ旨ヲ命シ」トアルハ即チ之ナリ、而シテ此通知、債權讓渡ノ場合(四六七)ト異リ讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗スル條件ニ非ス

シテ讓渡行爲其ノモノ、要件ナリ、此通知ナクシテハ返還請求權ハ移轉セサルナリ、獨逸民法第九百三十一條ハ直接占有ニ對スル右ノ通知ヲ必要トセサルモ (Planck III § 931, 3, 6) 若シ此通知ナクシテハ直接占有者ハ物ヲ本人即チ讓渡人ニ對シテ返還スル危險アルカ故ニ本條ノ通知ハ之ヲ必要トスルヲ可トス、

(三) 其性質

本條ノ讓渡ハ其性質法律行爲ナリ、何トナレハ讓渡ハ意思表示ニヨリ其效力ヲ生スルモノナルカ故ナリ、故ニ總則法律行爲ニ關スル規定ハ皆適用アリ殊ニ能力代理、條件期限等適用アリ、

(四) 適用ノ範圍

第百七十八條ノ場合ニ適用アリ、質權設定(三四四)ニ關シテハ其處ヲ見、

第百八十五條

權原ノ性質上占有者ニ所有ノ意思ナキモノトスル場合ニ於テハ其占有者カ自己ニ占有ヲ爲サシメタル者ニ對シ所有ノ意思アルコトヲ表示シ又ハ新權原ニ因リ更ニ所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ始ムルニ非サレ

物權 占有權 占有權ノ取得 【一八五】

ハ占有ハ其性質ヲ變セス

(一)本條ノ目的 本條ハ限定占有カ(本章總說(八)ノ(ロ)參照)所有ノ意思アル占有ト變スル條件併ニ時期ヲ定ムルモノナリ、占有意思ハ本來事實ナリ、故ニ其意思カ事實上變更スルナラハ單ニ之レニ因リテ占有ハ其性質ヲ變ス可キカ如シ然シ、ナカラ或權原ニ因リ占有ヲ與ヘタル場合ニ於テハ占有權ノ授與者ハ其權原ニヨリ定マリタル範圍内ニ於ケル占有アルモノト信スルハ當然ナリ、然ルニ授與者ニ知レサル間ニ占有者カ其意思ヲ變シ占有カ其性質ヲ變スルナラハ授與者ハ不測ノ損失ヲ蒙ルヤ必セリ、故ニ之ヲ授與者ニ表示シ又ハ新權原アルヲ必要トナシタルモノナリ、本條ノ結果占有意思ト占有取得原因トハ密接ナル關係ヲ有スルニ至レリ、即チ占有意思其ノモノハ本來事實ニ因リテ定マル可キモ一定ノ權原ニ因リ取得シタルトキハ其意思ハ權原ニ因リテ定マルモノト看做サレ占有者ハ之レヲ反證スルヲ得サルナリ、

(二)適用ノ範圍

ハ常ニ前提ニヨリ定マルモノナリ、本條ハ一人カ或權原ニヨリ他ノ一人ニ限定占有ヲ與ヘタル場合ニ限リ適用アリ、之レ本條ニ自己ニ占有ヲ爲サシメタル者ノ文字アルニ因リテ明ナリ、例之地上權者、永小作權者、地役權者、賃權者、賃借人、使用借人、受寄者、運送人等ハ其占有權ヲ與ヘタル理由トナル行爲

ノ性質上限定的意思ヲ有スルモ所有ノ意思アル可キ理由ナシ、即チ本條ニ云フ所有ノ意思ナキ占有ニシテ本條ノ適用ヲ受ク、然レトモ占有機關ニハ本條ノ適用ナシトス、何トナレハ本條ハ所有ノ意思ナキ占有ヲ所有ノ意思アル占有ト變スルノ方法ヲ定メタルモノナレハ、必ラス占有者タルコトヲ必要トスレハナリ、權原ノ性質上云々トハ必シモ有效ナル法律行爲ニ限ラス、只其權原トナル行爲ノ外形上ニ付キ之ヲ云フナリ、例ヘハ賣買ノ履行ノ爲メニ占有ヲ與ヘタルナラハ其賣買ハ全然無効ナリトスルモ猶其占有ハ權原ノ性質上ハ所有ノ意思アル占有ナリ、又例ヘハ賃權設定ノ爲メニ占有ヲ與フルナラハ其無効ナル場合ニ於テモ其占有ハ賃權者ノ意思アル占有トナルカ如シ、

(三)要件

イ)占有權ノ授與者ニ對シテ所有ノ意思アル旨ヲ表示スルヲ要ス、茲ニ云フ表示トハ必シモ明示ニ限ラス默示ニテモ可ナリ、例ヘハ賃借人カ授與者ニ對シテ公然賃借物上ニ永久的變更ヲ加フルカ如キ之ナリ、又其表示ハ固ヨリ契約ニ非ス、占有者一人ノ行爲ナリ、授與者ノ承諾ナクシテ效力ヲ生ス、然レトモ其事實授與者ニ知レタル以上ハ授與者ハ損害ヲ防止ス可キ處置ヲ取ルカ故ニ差支ナキナリ、又此表示ハ占有權ノ授與者ニ對シテ爲スヲ要ス、又授與者ニ對シ物權 占有權 占有權ノ取得 【一八五】

テ爲セハ凡テノ人ニ對シテ有效ナリトス、例ヘハ轉借人カ貸貸人ニ對シテ有
ノ意思ヲ表示スルトキハ所有者即チ貸貸人ニ對シテモ效力アリ、反之右ノ場
合ニ於テ所有者ニ對シテ其意思ヲ表示スルモ其效力ナシ、之レ本條ノ明文ノ
定ムル所ナリ、又占有權ノ授與者數人アルトキハ全員ニシテ表示スルヲ要ス
ルハ勿論ナリ、

獨リ疑ハシキハ占有權ノ授與者カ爾後占有物ノ所有權ヲ他人ニ讓渡シタル
場合ニハ何人ニ對シテ表示ス可キカノ問題ナリ、例之貸貸物ノ所有者カ既ニ
其ノ所有權ヲ他人ニ讓渡シタル後ニ於テ貸借人カ占有ノ性質ヲ變セシメン
トスルトキハ何人ニ對シテ表示ス可キカノ問題ナリ、此ノ場合ニハ實際上ハ
現在ノ所有者ニ對シテ表示スルヲ可トスルハ勿論ナリ、何トナレハ前所有者
ハ占有ノ性質變更ニ付キ何等ノ利益ヲモ有スルモノニ非サレハナリ、故ニ此
場合ハ、實際ノ必要ヨリ生スル一例外ト見ルカ、又ハ限定占有ハ所有意思ヲ以
テスル占有ノ存在ヲ前提トスルモノナルカ故ニ占有授與者ノ意思ヲ擴張的
ニ解釋シテ現在ノ所有者ヲ以テ授與者ト見ルカ、二者一ヲ擇フ可シ、
(四) 新權原 ニ因リ所有意思ヲ以テ占有ヲ始ムル方法ナリ、此ノ場合ハ當然ノ事
ニシテ別ニ說明ヲ要セス、只其新權原ハ有效ナル行爲タルヲ要セサルニ注意

ス可シ、

(四) 本條ノ類推適用

以上二ノ場合ニ於テ占有ノ性質變更ノ時期ハ前者ニ在リテハ所有意思ノ表示
ヲ爲シタル時ナリ、後者ニ在リテハ新權原ニ由リ新占有ヲ始メタル時ニ在リ、
モ左ノ場合ニ準用スルコトヲ得、即チ甲種ノ限定占有ト變スル場合ニ關スルト
ル場合之ナリ、例ヘハ賃借人カ其占有ノ地上權者ノ意思ヲ以テスル占有ト變ス
ル場合ノ如シ、此ノ如キ限定占有ノ種類ノ變更ハ第六十三條ノ取得時効ノ適
用ニ關シ實益少カラス、

第百八十六條

占有者ハ所有ノ意思ヲ以テ善意平穩且ツ
公然ニ占有ヲ爲スモノト推定ス
公然ニ占有ヲ爲スモノト推定ス
前後兩時ニ於テ占有ヲ爲シタル證據アルトキハ占有ハ
其間繼續シタルモノト推定ス

(一) 一項ノ推定

凡テ占有者ハ其直接占有者ナルト間接占有者ナルトヲ問ハス
(一) 所有ノ意思ヲ以テ (二) 善意ニテ (三) 平穩且ツ公然ニ占有ヲナスモノト推定ス蓋
物權 占有權 占有權ノ取得 【二八六】

物權 占有權 占有權ノ取得 【一八七】

一六〇

シ所有ノ意思ハ占有者ノ心理現象ニ屬スルカ故ニ之ヲ立證スルコト困難ナリ、然カモ所有ノ意思ヲ以テスル占有ハ普通ナリ、又善意不穩公然モ普通ノ事ナルカ故ニ本條ヲ以テ之カ推定ヲ爲ス、然レトモ之レ推定ニシテ看做スニ非ス、其意義ハ單ニ立證責任ニ關スルモノナルコトニ注意ス可シ、

(二) 二項ノ推定

本項ハ占有ノ繼續ヲ推定ス、蓋シ占有カ一定ノ期間繼續セルノ事實ハ其立證甚困難ナルノミナラス、前後兩時ニ於テ占有シタル證據アルトキハ其間繼續スルヲ常態トナセハナリ、本項ノ推定ハ特ニ取得時効ニ關シ必要アリ、又本項モ單ニ推定ニシテ看做スニ非ス、其意義ハ立證責任ニ關スルモノニシテ反對ノ當事者ノ反證ヲ許スコト勿論ナリ、

第百八十七條 占有者ノ承繼人ハ其選擇ニ從ヒ自己ノ占有ノミチ主張シ又ハ自己ノ占有ニ前主ノ占有ヲ併セ之ヲ主張スルコトヲ得
前主ノ占有ヲ併セ主張スル場合ニ於テハ其瑕疵モ亦之ヲ承繼ス

(一) 占有ノ併合

本條ハ占有ノ併合 (Junction des possessions) ヲ規定ス(佛民二二三、五、獨民九四四參照)、而シテ其範圍極メテ廣シ、本條カ占有ノ併合ヲ許スハ占有ノ承繼取得ハ一方ニ於テハ承繼ナルト同時ニ他ノ一方ニ於テハ原始的取得ノ條件ヲ具備スト看察シタルニ因ル、大正四、六、二三、大審院判決決議二一輯二〇卷參照、故ニ占有者ハ自己ノ占有ノミチ主張シ、或ハ自己ノ占有ト前主ノ占有トヲ併合シテ主張スルコトヲ得、分離併合一ニ占有者ノ選擇ニ在リ、

(二) 併合ノ要件

(イ) 承繼

占有ヲ併合シ得ル者ハ占有ノ承繼取得者ニ限ル、原始的取得者ハ併合スルヲ得ス、例之竊盜ハ被害者ノ占有ヲ併セ主張スルヲ得ス、然レトモ凡テノ承繼人ニ併合ノ權利アリ、特定承繼人包括承繼人皆然リ(獨民前掲ハ相續人ニ限ル)大正四、六、二三、大審院民事第三部判決(判決錄二一輯二〇卷所載)ハ特定承繼ノ場合ニハ併合ヲ許スモ包括承繼ノ場合ニハ併合ヲ許サスト云フ、其ノ理由ハ包括承繼ノ場合ニハ自己固有ノ占有ナシト云フニアリ、然リ其ノ疑アラシク之レ本條第一項ノ規定アル所以ナリ、而シテ包括承繼ノ場合ニハ承繼人固有ノ占有ナシト云フモ其實ハ然ラス、承繼ニヨリテ占有ハ當然其ノ性質ヲ變スルモノニアラス、然レトモ占有ハ事實ナルカ故ニ前主カ惡意又ハ過失ヲ物權 占有權 占有權ノ取得 【一八七】

一六一

ル場合ト雖モ承繼人カ善意無過失ナルトキハ其占有ハ性質ヲ變シテ善意無過失占有トナル、是レ占有者ニ更迭ナキ場合ト雖モ事實ノ變更ニヨリ當然生スル所ナリ、故ニ相續人ハ相續ニヨリ被相續人ノ有セシ占有權ヲ承繼スルト同時ニ、相續人ノ主觀的狀態並ニ占有方法等カ前主ト異ルニヨリ占有ハ其ノ性質ヲ變シ新ナル占有トナルモノト見サルヘカラス、殊ニ實際上ハ占有併合ノ必要ハ相續ノ場合ニ多キカ故ニ相續ノ場合ニモ併合シ得ルモノト解スルチ可トス、蓋シ相續ノ場合ニ於テハ相續人ハ既ニ占有者ナルカ故ニ判例ニアルカ如ク賣買贈與等ノ原因ニヨリ新ニ占有ヲ始ムルコトアルヘカラス、然ラハ畢竟占有ノ併合ヲ爲スヲ得ス、占有ノ性質モ亦改變セラル、コト能ハサル結果トナリ、特定承繼人ニ併合ヲ許スモノト比シテ著シク權衡ヲ失フヘシ、反之特定承繼人ニ併合ヲ許スハ立法論トシテ果シテ可ナルヤ否ヤ疑問ナリ、猶前主即チ被承繼人トハ承繼ト云フ、法律現象ヲ基トシテ觀察シテ之ヲ云フ、故ニ前主ノ前主ハ前主ニ非サルナリ、大正六年十一月八日大審院判例ニヨレハ〔判決録二三輯、一七七二〕本條ニ所謂「前主トハ現占有ニ先ツ總テノ前主」ナリト、若シ此ノ論ヲ正シトセハ占有者ハ數人ノ前者ノ占有ヲ併合シ得ル結果大抵ノ場合ニハ直チニ取得時効ヲ主張シ得ルコト、ナリ、所有權ヲ主張スルニ其

ノ取得原因ヲ立證スルヲ要セスシテ取得時効ヲ援用スレハ足ルコト、ナル非常ナル弊害アルヘシ、

(ロ) 併合ノ意思

本法ニ於テハ併合ノ推定アルニ非ス、故ニ併合セント欲セハ其意思ヲ表示スルヲ要ス、而シテ此意思表示ノ性質ハ法律行為ニシテ法律行為ノ通則ニ從フ可キモノナリ、而シテ又其性質ハ選擇債務ノ選擇ニ比ス可キモノニシテ一旦選擇シタルトキハ之レカ撤回ヲ許サ、ルモノトス、直前引用ノ判例ニモレハ一旦選擇シタル後ニ於テモ何時ニテモ變更シ得ルモノトナスモ是レ相手方ノ地位ヲ顧ミサル不當ノ論ナリ、但シ其意思表示ハ何人ニ對ス可キカニ付キテハ法律ニ規定ナシ、然レトモ其性質上何人タルヲ問ハス占有權ヲ以テ對抗セントスル人ニ對シテ表示スルヲ得ンカ、

(三) 併合ノ效果

(イ) 占有ヲ併合スルトキハ本條第二項ノ規定ニ因リ前主ノ占有ノ瑕疵ヲモ亦承

繼ス、之レ承繼取得一般原則ノ適用ニ依ルモノナリ(本書一卷四三ニ參考)、故ニ前主ノ占有ニ瑕疵アル場合ニ於テハ併合ハ常ニ必シモ占有者ニ利益ニ非サルナリ、例之前占有カ善意ニシテ自己ノ占有カ善意ナル場合ニ於テ自己ノ占有ハ十年間繼續シ、前主占有五年間繼續シタリトセハ之ヲ分離スレハ取得時物權 占有權 占有權ノ取得 【一八七】

物權 占有權 占有權ノ效力 總說

效ヲ得(一六二、二項)之ヲ併合スレハ時效ヲ得ル能ハサラシ(一六二、一項)、反之前主ノ惡意占有十二年ニシテ自己ノ占有八年ナリトセハ、併合スレハ時效ヲ得(一六二、一項)分離スレハ時效ヲ得ル能ハサル可シ、

(口) 占有ノ併合ハ相對的效力ヲ有ス、換言スレハ甲ニ對シテハ併合ヲ主張シ乙ニ對シテハ分離ヲ主張スルコトヲ得、例ヘハ自己ノ占有カ善意ニシテ前主ノ占有カ惡意ナル場合ニ於テハ取得時効ニ付キテハ期間ヲ得ル爲メニ併合ヲ主張シ、果實ノ取得ニ就キテハ分離ヲ主張スルヲ妨ケス、蓋シ併合ハ意思表示ノ效果ナルカ故ニ意思表示ヲ受ケサル者ニ對シテ約束ヲ生スルコトナケレハナリ、

第二節 占有權ノ效力

總說

(一) 占有權ノ效力ノ意義 本節題シテ占有權ノ效力ト云フト雖モ其規定ヲ見ルニ其實ハ占有權ノ内容ヲ規定シタルモノニシテ換言スレハ法律カ占有ニ附シタル效力ナリ、故ニ正確ニ云ヘハ占有ノ效力又ハ占有權ノ内容ト題スルヲ至當トス、

(二) 本節ノ規定

本節ハ占有ノ效力中六者ヲ規定ス、即チ(一)權利ノ推定(一八八)、(二)果實ノ取得(一八九—一九〇)、(三)占有物ニ對スル責任(一九一)、(四)權利ノ取得(一九二—九五)、(五)占有回復ノ場合ニ於ケル費用ノ償還(一九六)、(六)占有訴權(一九七—二〇三)之ナリ、然レトモ占有ノ效力ハ此六者ニ盡キタルニ非ス、只以上數者ハ比較的純粹ニ占有ヨリ生スル效果ナルヲ以テ本節ニ收メタルモノナラン、若シ夫レ占有カ他ノ事實ト結合シテ惹起セシムル效力ニシテ本節以外ニ規定セララルモノニ至テハ枚舉ニ違アラズ、

(三) 本節以外ノ效力 占有ノ效力ニシテ本節以外ニ規定セララル主タルモノハ(一)取得時効(一六二以下)、(二)先占(二三九)、(三)動產物權變動對抗條件(四)有價證券行使ノ條件(五)質權留置權ノ發生要件(三四四、二九五)、(六)其他刑法上及ヒ民法不法行爲ノ保護等類ル多シ、

一、權利ノ推定

第百八十八條 占有者カ占有物ノ上ニ行使スル權利ハ之ヲ適法ニ有スルモノト推定ス

(一) 本條ノ理由 占有ハ人カ物ヲ支配スル事實ナリ、然レトモ之ヲ他ノ一面ヨリ物權 占有權 占有權ノ效力 【一八八】 一六五

見ルトキハ權利行使ノ事實ナリ、何トナレハ占有者ハ皆一定ノ範圍ニ於テ自己ノ利益ノ爲メニ物ヲ支配スルモノナレハナリ、而シテ事實物ヲ支配スル者ハ物ヲ支配スルノ權利アリテ支配スルヲ常態トス、之レ本條ノ推定アル所以ナリ、
(二) 本條適用ノ範圍 本條ニ相當スル推定ハ外國ニ其例多シ、然レトモ皆之ヲ動産ノ占有ニ限リ(佛民二二七九)猶其上ニ少カラサル制限ヲ加フ(獨民一〇〇六、埃民三二三以下)、然ルニ本條ノ規定ハ極メテ廣クシテ凡テノ占有者ヲ權利者ト推定スルカ故ニ立法上疑義ヲ生スル場合少カラス、

(イ) 占有物ノ上ニ行使スル權利 トハ占有其ノモノニヨリ表現セララルル權利ヲ指スモノナリ、例之質權者ノ意思ヲ以テスル占有ニ於テハ質權ヲ意味シ、賃借人ノ意思ヲ以テスル占有ニ於テハ賃借權ヲ意味スルカ如シ、然レトモ第八十六條一項ノ規定ニヨリ占有者ハ所有ノ意思ヲ有スルモノト推定セララルカ故ニ、占有物上ニ所有權ヲ有スルモノト推定セララル結果トナル、

(ロ) 動産占有及ヒ不動産占有 ニ本條ハ適用アリ、前示ノ如ク外國ノ例ニ於テハ本條ノ推定ハ動産占有ニ限ララルナリ、蓋シ不動産ニ付キテハ登記制度存スルカ故ナリ、然ルニ本條カ之ヲ不動産占有ニ及シタルハ一大誤謬ナリ、何トナレハ登記名義人ハ絶對的ニ權利者ト看做サレスト雖モ其登記カ攻撃セラ

ラル迄ハ權利者ト推定セララルナリ、故ニ占有者ト登記名義人ト異ル場合ニハ兩者共ニ權利者ナリト推定セララル、而シテ第三者ニ對シテハ兩者共ニ其利益ニ浴ス可シ、然レトモ兩者ノ間ニ於テハ其推定ニハ優劣ナキカ故ニ立證責任ヲ完ムルニ當リ諍カラサル難問ヲ生ス可シ、余ノ見ル所ニ於テハ畢竟訴訟法ノ原則ニ因リ被告タル者カ利益アル地位ニ立テ原告カ之ヲ爭ハント欲セハ其占有者タルト登記名義人タルトニ論ナク本權上ノ理由ニ因リ被告ノ權利推定ヲ打破スル責任アルモノト決スルヨリ外ニ途ナシ、或ハ曰フ、登記名義人ニ對シテハ本條ノ適用ナシト、思フニ本條ヲ制限的ニ解シテ登記トノ調和ヲ計ラントスルモノナランモ、直チニ贊成スル能ハサルナリ、蓋シ我國ノ登記ハ推定の效力ヲ有スルニ止マル、故ニ登記ニ占有以上ノ效力ヲ認ムル能ハス、殊ニ登記名義人ト占有者間ノ疆界ノ訴ニ於テハ寧ロ占有ニ重キヲ置クヘキニハアラサルカ、要スルニ此ノ點ハ一疑問タルヲ免カレヌ、
(ハ) 占有ノ瑕疵 本條ノ推定ヲ受クル占有者ハ獨リ直接占有ニ限ラヌ間接占有者モ亦其利益ニ浴ス、且ツ占有ニ強暴、隱秘、惡意又ハ過失等ノ瑕疵アリト雖モ苟モ占有者タル以上ハ皆權利者ト推定セララル、
(ニ) 占有者ハ獨リ其利益ニ於テ權利者ト推定セララルノミナラス 不利益ニ於テ物權 占有權 占有權ノ效力 【一八八】

物權 占有權 占有權ノ效力 【一八八】

一六八

テモ 權利者ト 推定 セラル可シ(前示獨民一〇〇六ハ反之)例之土地所有者

ニ負擔ノアル場合ニ於テモ其ノ土地ノ占有者ハ所有者ト推定セラルルカ故

ニ所有者ニ非サル反證ヲ上クルニ非サレハ負擔ヲ免カル、ヲ得ス、

(ホ) 本條ノ推定ハ占有者カ被告タル場合ノミナラス原告トシ訴訟ヲ提起スル場

合ニ於テモ亦適用アリトス、故ニ本條ハ從來行ハレタル、占有者ハ被告タルノ

利益ヲ有スト云フ原則ヨリモ其範圍廣大ナリ(同論梅博士民法要義二卷本條)

(ヘ) 現在ノ占有者カ本條ノ推定ヲ受ケルノミナラス 過去ノ占有者モ亦其當時

ニ於テハ權利者ナリトノ推定ヲ受ケ可シ、從テ占有者ヨリ權利ヲ取得シタル

第三者ハ權利者ヨリ權利ヲ取得シタルモノト推定セラル、若シ第三者カ追奪

ヲ行ハント欲セハ前者即チ占有者ノ權利推定ヲ打破ス可キ證據ヲ上クルヲ

要ス、

(ト) 本條ノ推定ハ獨リ占有者ノ利益ノ爲メノミニ存セス占有者ハ 第三者ノ

利益ノ爲メニモ權利者ナリト推定セラル、故ニ第三者之ヲ利用スルヲ妨ケ

ス(反對獨民一〇〇六 (Verf. Ges. II. S. 260)) 例之甲乙間ノ訴訟ニ於テ訴外人丙

者ノ所有權ヲ立證スル必要アル場合ニ於テハ、丙者ノ占有ヲ立證セハ本條ノ

結果丙者ハ甲乙間ニ於テモ所有者ト推定セラル可シ、

二、果實ノ取得

(一) 果實ノ意義

果實ニハ天然果實ト法定果實ノ二種アリ(本書一卷四一七以下)、本

節ノ規定ハ天然果實ノ取得ニ關シ法定果實ニハ適用ナシ、

天然果實ハ物ノ用方ニ從ヒ取得スル產出物ナリ(八八)、而シテ天然果實ニ屬セサル

物即チ用方ニ從ハスシテ收取スル產出物及ヒ原物ノ分割ニ因リ生スル物ニハ本

節ノ規定ヲ適用スルヲ得サルモ之ヲ準用スルヲ得可ケンカ、存疑、

(二) 果實取得ノ原則 果實取得ノ原則ニ付キ從來ニ主義アリ、(一)ハ獨逸固有法ノ主

義ニシテ果實ハ其生産者ニ屬ストナスモノ之ヲ Productionsprincip 云フ、(二)ハ果實ハ

其ノ分離ノ時ニ於テ果實取得權ヲ有スル者ニ全部屬ストナスモノ之ヲ Substantia p-

rius 云フ、羅馬法ノ主義ナリ、本法ハ第二ノ主義ヲ取リタルコト第八十九條二項

ニ明ナリ(同條ノ批評ハ本書一卷四二五)、然レトモ同條ハ天然果實ハ其元物ヨリ分

離スル時ニ之ヲ收取スル權利ヲ有スル者ニ屬スル旨ヲ宣スルニ止マリ、如何ナル

者カ果實ヲ取得スル權利ヲ有スルカヲ規定セス、而シテ果實取得權者ハ實ニ本法

全部ニ涉リテ隨所規定セラル、然レトモ之ヲ分類スレハ左ノ數者トナル、

(イ) 所有權者(二〇六)、

他物權者、(永小作權者二七〇、留置權者二九七、質權者三五〇、不動產質權者三五

物權 占有權 占有權ノ效力 【一八八】

一六九

六地役權モ亦果實取得ヲ内容トスルコトアリ地上權者モ亦然リ。

(八) 夫及親權者(七九九、八九〇)、

(九) 債權者(使用借人五九三、貸借人六〇一受遺者一〇九四)、

(十) 占有者(一八九以下)、

ノ五トナル、茲ニ於テカ其順位並ニ其前提要件ヲ定ムルノ必要アリトス然レトモ

其前提ハ之ヲ他所ニ譲リ茲ニハ其順位ヲ述フ可シ、

凡ソ果實ハ其分離前ニ於テハ元物ノ一部ヲ成スモノナルカ故ニ、分離ノ時ニ於テ

元物上ニ權利ヲ有スル者カ之ヲ取得スル權利ヲ有スルナリ、之ヲ原則トナス、然ラ

ハ即チ原則トシテ果實ハ所有者ニ屬ス可キモノナリ、然レトモ法律ノ規定ニヨリ

又ハ法律行為ニヨリ所有者カ他人ニ果實取得權ヲ與ヘタル場合ニ於テハ其他人

ノ果實取得權ハ所有權者ノ果實取得權ニ優先ス可キ理ナリ、然リ而シテ其他人カ

更ニ第三者ニ果實取得權ヲ與フルニ於テハ、第三者ノ權利ハ更ニ之レニ優先スル

結果トナル、又法律ハ公平ヲ旨トシテ特ニ果實取得權ヲ與フル規定ヲ設ケルコト

ナキニ非ス、其釐合スル場合ニ於ケル順序ヲ上クレハ左ノ如シ、

(イ) 所有權者 ノ果實取得權ハ之ヲ最後トス、所有權者カ他物權者及ヒ債權者

ノ後、理由ハ皆所有權者ノ意思ニ出ツ又夫親權者及ヒ占有權者ヨリ後

ルハ法律ノ規定ニ基テ、元來所有權者ノ果實取得ノ權能ヲ有スルハ其性質上然

ルコト前述ノ如シ、然ルニ法律カ夫親權者占有權者ニ果實取得權ヲ與ヘタルハ

之レ特別法ナルカ故ニ原則法ニ先チテ適用セラル、ナリ、猶其立法ノ理由ハ各

條ニ就テ述フ可シ、

(ロ) 他物權者 他物權者ハ本權ニ基キテ果實取得權ヲ有スレトモ若シ自ラ他人

ニ果實取得權ヲ與フルナラハ自ラ其背後ニ立テサルヲ得ス、又法律カ特別ノ規

定ヲ以テ他人ニ果實取得權ヲ與フルニ於テハ其後トナル、故ニ親權者夫占有者

等ノ後トナル、例ヘハ未成年者カ永小作權ヲ有スル場合ニ於テ其不動産カ親權

者ノ管理ニ屬スルナラハ親權者先ツ果實ヲ取得ス、夫ノ果實取得權モ同シ、

(ハ) 夫親權者及債權者 是等ノモノハ法律ノ規定又ハ所有者他物權者ノ意思ニ

基キテ果實取得權ヲ有スルカ故ニ夫等ノモノニ優先スルナリ、而シテ此兩者ノ

間ニ在リテハ夫親權者ノ權利ハ妻又ハ未成年者カ債權者トシテ有スル權利ニ

優先スルハ勿論ナリ、例ヘハ妻又ハ未成年者カ賃借權ヲ有スル場合ニ夫又ハ親

權者カ之ヲ管理スルトキハ妻又ハ未成年者ニ先ツテ果實ヲ取得ス、

(ニ) 占有者 占有者ハ本權ヲ有スルト如何ニ拘ハラズ占有者トシテ果實取得權

ヲ有ス、而シテ其權利ハ前數者ニ先ツ、蓋シ占有ハ本權ト相對スルモノナルカ故

權者 占有權 占有權ノ效力 【一八八】

ニ占有者ニ果實取得權ヲ與フル以上ハ本權者ノ後ニアルカ又ハ先キニ在ラサル可ラス、而シテ前述ノ如ク最後ノ果實取得者ハ性質上所有權者ナラサル可ラサルカ故ニ本權ノ後ニアルモノトスルヲ得サルカ故ナリ、獨其立法理由ハ第八十九條ヲ見ヨ、

(ホ) 占有者ニ依リ果實取得ヲ許ザレタル者之ヲ最先順位トナス、之レ占有者ノ意思ニ基クモノナリ、

(三) 果實取得權ノ性質 ハ之ヲ分テ二トナス、(一)ハ其權利ニ基キ分離ト共ニ當然果實ノ所有權ヲ取得スル場合ナリ、物權ニ基ク果實取得權ハ皆之ナリ、此ノ場合ニハ果實上ニ占有ヲ取得スルコトハ果實ノ所有權ヲ取得スル要件ニ非ス、(二)果實ヲ占有スルニヨリ其所有權ヲ獲得スル權利ナリ、果實取得ヲ債權的ニ許容セラレタル場合ハ皆然リトス、例之賃借人ハ分離シタル果實ヲ占有スルニ非サレハ其所有權ヲ取得スルヲ得ス(但シ占有意思ハ一般意思ニテ足ルコトヲ忘ル可ラス本章總說(五)ノ(ロ)參照)、前者ハ之ヲ物權的果實取得權ト稱シ、後者ハ之ヲ債權的果實取得權ト稱スルヲ得可キカ、分離シテ既ニ他人ニ屬スル果實ヲ請求スル權利ハ純然タル債權ニシテ茲ニ所謂果實取得權ニ非ス、

第一百八十九條 善意ノ占有者ハ占有物ヨリ生スル果實ヲ取得ス

善意ノ占有者カ本權ノ訴ニ於テ敗訴シタルトキハ其起訴ノ時ヨリ惡意ノ占有者ト看做ス

(一) 占有者ノ果實取得權ノ理由 之レ殆ント凡テノ法制ニ於テ認メラル、所

ナリ(佛民法五四九、獨民法九五五)、其理由ハ占有者ハ直接ノ物ノ支配者ナルカ故ニ果實ノ產出ニ付キ勞働及ヒ資本ヲ供給シタル者ト推定サル、カ故ナリ、

(二) 要件 (イ) 占有者ノ善意 ナルヲ要ス、善意ハ元物ニ對スル占有ノ善意ノ義ナリ、果實取得カ善意ナルヲ要スルモノト解ス可ラス、蓋シ占有者ノ果實取得ニハ果實ヲ占有スルヲ要セサレハナリ、又其ノ善意ハ果實ノ分離ノ時ニ於テ存スルヲ要スルモノニシテ其ノ生産開始ノ時ニ於テ善意ナルヲ要スルモノニ非ス、

又本條ハ佛蘭西民法ノ前例ニ由リテ占有者ノ過失ノ有無ヲ問ハス、並ニ正權原ノ有無ヲ問ハス、此點ハ反對ノ立法例多シト雖モ我民法ハ占有ノ效力ハ其權原ヨリ分離シテ之ヲ定メントスル義ヲ取リタルカ故ニ茲ニ至リタルモノ

ナリ(理由書一八九)、殊ニ理由書ニ於テハ舊民法カ正權原ヲ必要トセルヲ削除セルヲ説明スル所アリ、又法文自體ニ於テモ正權原ヲ必要トスル文字ナシ然レトモ比點ハ立法上議論ノ餘地ナキニ非ス、猶其占有ハ所有ノ意思ヲ以テスルヲ要セス、

(八)(ロ) 占有ノ平穩公然

ナルヲ要ス、之レ次條第二項ノ規定ニヨリ明ナリ、

果實ノ分離 占有中ニ果實ノ分離スルヲ要ス、然レトモ果實カ占有中ニ其生産ヲ始メタルヲ要セス、又反之占有中ニ生産ヲ始メタルモノト雖モ占有中ニ分離スルニ非サレハ之ヲ取得スルヲ得ス、猶其果實ハ占有者ノ費用ニヨリ生シタルモノナルト自然ニ生シタルモノナルト又前占有者ノ費用ニヨリ生シタルモノナルト區別セス、又其ノ分離ニ就テハ占有者カ之ヲ分離セシメタルト第三者カ分離セシメタルト或ハ又經濟上正當ノ時期ニ於テ分離セシメタルトナ間ハス、然レトモ經濟上不當ノ時期ニ於テ分離セシメタルトキハ占有者カ回復ヲ請求セラル、チ虞レテ分離セシメタルモノト推測スルヲ得可キカ故ニ占有者ノ惡意ヲ推定ス可キ有力ナル證據トナル可シ、

(二) 果實ノ占有

チ必要トセス、即チ占有者ハ其ノ權能ニ基キテ當然果實ヲ取得スルモノナリ是レ本條ノ明文上明ナル所ナリ、故ニ善意占有者カ誤テ分離

シタル果實ヲ所有權者ニ返還シタルトキハ所有權ノ訴ニヨリ其取戻ヲ請求スルヲ得可ク、又分離後占有前ニ第三者カ侵奪シタルトキハ占有者ハ所有權ノ訴ニヨリ取戻スヲ得可ク或ハ場合ニ因リテハ不法行爲ノ訴ヲ起スコトヲ得シ、

(三) 果實取得ノ性質

本條ノ規定ニヨル果實取得ハ先占ニ非ス、蓋シ果實ハ一瞬間ト雖モ無主物トナルコトナク又其取得ニハ占有ヲ必要トセサレハナリ、余ハ之ヲ占有ノ效力ニ因ル特別ナル原始的取得ト解セントス、

(四) 果實取得ノ效果

本條ノ規定ニ因ル果實取得トハ果實ノ所有權ヲ取得スルノ義ナリ、其ノ效力ハ總說説明ノ如ク所有權者、其他ノ物權的債權的ノ一切ノ果實取得ヲ排斥ス、獨リ占有者自身カ他人ニ果實ノ取得ヲ許容セル場合ニ於テ其

他人カ其權利ノ存續中ニ之レヲ占有セル場合ニ於テハ之ニ克ク能ハサルナリ、又占有者カ實際果實ニ付キ費用勞力ヲ加ヘサリシ場合ニ於テモ他人ノ爲メニ不當利得トシテ其返還ヲ請求セラル、コトナシ、蓋シ此場合ニ於テ占有者ハ法律ノ規定ニ準據シ果實取得權ニ基キ果實ヲ取得スルモノナルカ故ニ所謂法律上ノ原因ナキ利得ヲナスモノニ非サレハナリ(同論 Planck Kommt Z. § 955. Nr. 3)、猶占有物其ノ物ノ返還ヲ請求セラル、場合ニ於テモ果實ハ之ヲ返還スルヲ要物權 占有權 占有權ノ效力 【一八九】

物權 占有權 占有權ノ效力 【一八九】

一七六

セス、又取消其他週及的效果ヲ以テ占有ヲ與ヘタル行爲カ無効トナル場合ニ於テモ本條ニヨリ取得シタル果實ハ之ヲ返還スルヲ要セス、何トナレハ本條ニ於テハ始メヨリ正權原ヲ必要トセサレハナリ、例之占有者カ無能力者ヨリ占有物ヲ買得タル場合ニ於テ無能力者其買得ヲ取消スト雖モ占有中ニ取得シタル果實ハ返還スルニ及ハス、立法上存疑、

(五) 第二項ノ規定

ハ佛國ノ學說ニ出ツ (Verpl. Plaaid D. O. I. N. 3300) 我民法カ占有者カ本權ノ訴ニ於テ敗訴シタルトキハ果實取得ノ時ニ於テ善意ナルト惡意ナルトト間ハス起訴ノ時ヨリ惡意ナルモノト看做スト規定シタル理由ハ全ク實際上ノ公平ヲ期スルカ爲メナリ、蓋シ起訴以後果實ヲ生スルハ裁判ノ遲滯ニ基クモノニシテ權利者ニ過失ナシ、故ニ回復者ヲシテ起訴ノ時直チニ判決アルナラハ當然享有ス可カリシ利益ヲ享有セシムルヲ以テ其精神トナス、若シ此規定ヲクランハ占有者ハ訴訟ヲ延引セシメ以テ果實ノ分離ヲ俟ツノ弊アル可シ、人或ハ附屬ノ理由トシテ返還ノ訴ヲ受ケテヨリ後ハ占有者モ亦自己ノ權利ニ付キ疑ヲ生ス可キカ故ニ純粹ナル善意占有者ト云フヲ得スト論ス(梅博士民法要義本條)、然レトモ此論ハ事實ニ反スルカ故ニ採ル可ラス、被告カ訴訟ニ應スル場合ニ於テハ自己ノ權利ヲ確信スル場合多カル可シ、少クトモ法律上ハ斯ク認メザ

ルヲ得サラン、

第九十條

惡意ノ占有者ハ果實ヲ返還シ且其既ニ消費シ過失ニ因リテ毀損シ又ハ收取ヲ怠リタル果實ノ代價ヲ償還スル義務ヲ負フ

前項ノ規定ハ強暴又ハ隱秘ニ因ル占有者ニ之ヲ準用ス

(一) 惡意占有者

本條惡意占有者トハ果實分離ノ時ニ惡意ナル者ヲ指ス、其前後ニ於テ惡意ナルモ分離ノ時ニ善意ナル者ハ前條ノ適用ヲ受ケ本條ノ適用ヲ受ケス、強暴又ハ隱秘占有者ハ第二項ノ規定ニヨリ惡意占有者ニ準ス、

(二) 本條ノ根本觀念

惡意占有者ハ他人ノ物ナルコトヲ知テ占有ヲナス者ナリ、故ニ(一)果實取得權ヲキノミナラズ(二)相當ノ注意ヲ以テ果實ヲ收取シ且ツ保管ス可キ義務ヲ負擔スルモノナリ(國民九八七對照)。

(三) 其適用

(1) 果實ヲ返還

シトハ惡意占有者カ事實上果實ヲ收取シ現ニ之レヲ占有スル場合ニ關ス、
物權 占有權 占有權ノ效力 【一九〇】

一七七

物權 占有權 占有權ノ效力 【一九〇】

一七八

(ロ) 既ニ消費シタル果實

善意ノ第三者ニ讓渡シタル場合ヲ含ム、惡意ノ第三者ニ讓渡シタル場合ニ於テハ返還請求權者ハ本條ニヨリ代價ノ償還ヲ請求スルカ又ハ直接ニ第三者ニ對シテ返還ヲ請求スルコトヲ得、占有者カ代價ノ償還ヲナシタルトキハ第三者ニ對スル返還請求權ハ代位ニヨリ占有者ニ移ル、又第三者ヨリ返還ヲ受ケタルトキハ第三者ハ占有者ニ對シテ追奪擔保ノ規定ニヨリ損害賠償請求權アリトス、

(ハ) 過失ニヨリ毀損

シタル果實ニ對シテモ賠償義務ヲ負フ、之レ占有者ニ保管義務アルカ故ナリ、過失ハ輕過失ヲ意味ス(本書一卷五二六以下)、不可抗力ニ出テタル場合ニハ賠償義務ナシ、

(ニ) 收取ヲ怠リタル果實

是レ又過失ノ責任ナリ、占有者ハ相當ノ注意ヲ以テ果實ヲ收取スル義務アルカ故ニ此責任アリ、然レトモ果實收取ノ義務ハ生産セル果實ニ關スルモノニシテ、占有者ニ費用勞力ヲ加ヘテ果實ヲ産出セシム可キ義務アルコトナシ、例之不動産ノ占有者ハ成熟セル穀物ヲ收穫スル義務アルモ蒔種ノ義務ナキカ如シ、

(四) 返還及賠償義務ノ相手方

ハ本權ニ基リ果實取得權者ナリ、故ニ原則トシ

テハ所有權者ニ對シ、他物權又ハ果實取得ノ債權ノ存スル場合ニハ他物權者又ハ債權者ナリトス、

三、占有物ニ關スル責任

第九十一條

占有物カ占有者ノ責ニ歸ス可キ事由ニ因リテ滅失又ハ毀損シタルトキハ惡意ノ占有者ハ其回復者ニ對シ其損害ノ全部ヲ賠償スル義務ヲ負ヒ善意ノ占有者ハ其滅失又ハ毀損ニ因リテ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ賠償ヲナス義務ヲ負フ但所有ノ意思ナキ占有者ハ其善意爲ルトキト雖モ全部ノ賠償ヲ爲スコトヲ要ス

(一) 本條ノ根本觀念

本條ハ他人ノ物ノ占有者ハ相當ノ注意ヲ以テ占有物保管ノ義務アル旨ヲ定メタルモノナリ、前條ト其旨意異ラズ、只前條ハ果實ニ關シ本條ハ占有物ニ關スルヲ差トナス、獨民九百八十九條ハ權利拘束ノ時ヨリ本條ト租ホ同様ノ責任ヲ生セシムルモ本條ハ權利拘束ヲ必要トセス、

(二) 占有者ノ責任前提

ハ左ノ二ナリ、
物權 占有權 占有權ノ效力 【一九〇】

一七九

(イ) 占有物滅失又ハ毀損

滅失ハ占有物カ物理的ニ消滅スル場合及ヒ返還スル能ハサルニ至リタル場合ヲ包含ス、例之紛失シテ所在ヲ知ル能ハサル場合又ハ善意ノ第三者ニ賣却シタル場合ノ如シ、

(ロ) 過失

本條ニ「占有者ノ責ニ歸ス可キ事由」トアルハ占有者ノ過失ヲ意味ス、過失ノ程度ハ所謂輕過失ナリトス、

(三) 責任ノ範圍

(イ) 善意ノ占有者

ハ其回復者ニ對シテ其損害ノ全部ヲ賠償スル責ニ任ス、其損害ノ全部トハ占有物ノ所有權ノ價ヲ意味スルモノニ非ス、回復者ノ蒙リタル損害ノ全部ノ義ナルカ故ニ回復者ノ權利ノ種類ニ因リテ差等アル可シ、例ヘハ回復者カ所有權者ナルトキハ所有權ノ價ヲ請求スルヲ得可ク、回復者カ運送人賃權者地上權者永小作權者賃借人使用借人等所謂限定的利益者ナルトキハ元來占有物ニ付キテハ限定的ノ利益ヲ有スルニ過キササルカ故ニ其占有物ヲ回復スルヲ得サルニ因リテ被リタル利益ノミヲ請求スルヲ得ルニ止マル、例之回復者カ賃權者ナルトキハ賃權ノ價ヲ請求ス可シ、運送人ナルトキハ運送貨ノ請求ヲナスヲ得サルカ故ニ運送貨ニ相當スル金額ヲ請求ス可シ、而シテ其ノ殘餘ノ額ハ所有權者ノ請求ニ應スル爲メニ之ヲ留保ス可キモノ

ナリ、以上ノ如キ關係トナルカ故ニ限定的利益者カ賠償ヲ求ムル場合ニハ所有權者ト共同原告トナルカ又ハ其參加ヲ求ムルヲ便利トス、

占有物毀損ノ場合ニハ回復者ハ占有物ノ回復ヲ求ムルト同時ニ毀損ニヨリ生シタル損害賠償ヲ求ム可シ、其ノ額ノ標準ハ前述ノ如シ、此場合ニハ占有物ヲ占有者ニ遺棄シテ而シテ全部ノ賠償ヲ求ムルヲ得ス、但シ毀損ノ程度甚シクシク占有物カ其原物ト種類ヲ異ニスルニ至レルトキハ之レ毀損ニ非スシテ滅失ト見ル可キカ故ニ全部ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得、然ルトキハ第四百二十二條ノ準用アル可シ、

善意ハ滅失又ハ毀損ノ時ニ存スレハ足ル又存スルヲ要ス、蓋シ占有意思ハ事實ニヨリ變更スルカ故ニ占有ノ始メニ於テ善意ナリヤ否ヤニヨリ其責任ノ範圍ヲ定ムル能ハサルカ故ナリ、
所有ノ意思ナキ占有者ハ其善意ナルトキト雖モ惡意ノ占有者ニ準シ損害全部ノ賠償ヲナスヲ要ス、此ノ場合ニ於ケル善意トハ自己ノ物ナリトノ確信ニ非スシテ占有ス可キ權利アリト信スルヲ云フ、例之正權原ニヨル賃權者地上權者賃借人ノ如キハ所有ノ意思ナキ善意占有者ナリ、凡ソ物ヲ滅失セシメ又ハ毀損セシムル權利ハ獨リ所有權者ニ屬スルモノニシテ制限物權者ハ一定物權 占有權 占有權ノ效力 【一九一】

物權 占有權 占有權ノ效力 【二九二】

一八二

ノ目的ノ爲メニ物ヲ支配スルモノノ實質ヲ滅失毀損セシムル權利ナシ、故ニ其善意ナル場合ト雖モ惡意者ニ準スルナリ、

(口) 善意占有者

ハ占有物ノ滅失又ハ毀損ニヨリ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ賠償ヲナス義務ヲ負フ、是レ賠償義務ノ極限ニシテ如何ナル場合ニ於テモ此範圍ヲ超ユルコトナシ、而シテ此場合ニ於テモ前ト同シク回復者ノ權利ノ種類ニヨリ其ノ損害ノ額ハ定マルヘキモノニシテ回復者ハ實損害ノ額ヲ超ヘテ賠償ヲ求ムルヲ得サルハ勿論ナリトス、例ヘハ債權者カ千圓ノ債權ノ擔保トシテ二千圓ノ買物ヲ有シタルニ錯誤ニヨリテ之ヲ第三者ニ贈與シ第三者善意ニテ之ヲ千五百圓ニ賣却シ、現ニ千五百圓ノ受益ヲナス場合ニ於テ買權者カ其賠償ヲ求ムルニ當リテハ千圓ヲ超ユルヲ得ス、所有者カ賠償ヲ求ムルニ當リテモ千五百圓ヲ超ユルヲ得サルカ如シ、

本條ノ善意占有者ハ其但書トノ關係上所有ノ意思ヲ以テスル善意占有者ナルコト明瞭ナリ、而シテ善意ハ滅失毀損ノ時ニ於テ之ヲ云フ、猶其占有者ハ次條ノ條件ヲ具備セサルコトヲ要スルハ勿論ナリトス、

(四) 其他ノ責任トノ關係

本條ハ占有者カ占有者トシテ負擔スル義務ヲ定メタルモノナリ、之レニヨリ他ノ原因ニ基ク責任ヲ免除スルモノニ非ス、故ニ例ヘハ

占有者ノ行爲カ債務不履行トナル場合ニハ其責任アル可ク、不法行爲トナル場合ニハ又其責任アル可シ、例ヘハ賃借人カ過失ニヨリ賃借物ヲ滅失セシメタルトキハ本條ノ責任ト債務不履行ノ責任アリ、窃盜カ贖品ヲ滅失セシメタル場合ニハ本條ノ責任ト不法行爲ノ責任アルカ如シ、然レトモ之等ノ請求權ハ互ニ競合スルカ故ニ被害者ハ其ノ一方ヲ行使シテ満足ヲ得タルトキハ他ノ一方ノ請求權ハ所謂請求權競合ノ理由ニヨリ消滅ニ歸ス可シ(拙文請求權ノ競合京都法學會雜誌四卷三號參照)。

四 權利ノ取得

第九十二條

平穩且公然ニ動産ノ占有ヲ始メタル者カ

善意ニシテ且過失ナキトキハ即時ニ其動産上ニ行使スル權利ヲ取得ス

(一) 本條ノ沿革及其必要

動産物權ノ取引ニ關シニ大主義アリ、

(イ) 羅馬法主義

羅馬法ニ於テハ動産ノ取引ニ關シテモ何人モ自己ノ有スル

權利ヨリモ大ナル權利ヲ他人ニ與フルヲ得ス、トノ原則行ハレタリ(本書一卷四三二參照)、故ニ物ノ占有者ヲ權利者ト信シテ占有者ヨリ權利ヲ取得スルモノ物權 占有權 占有權ノ效力 【二九二】

一八三

若シ占有者カ真正ノ權利者ニ非サルトキハ取得者ハ何等ノ權利ヲモ取得スル能ハス、故ニ真正ノ權利者ノ爲メニ追奪ヲ受クルヲ免カレサリシ (Ubi rem meam invento, ibi vindico) 之ヲ Vindicationsprincip 卜稱ス、

(ロ) 獨逸固有法主義

獨逸固有法ニ於テハ動産カ所有權者ノ意思ニ基カスシテ他人ノ占有ニ歸シタル場合ト、所有權者カ任意ニ他人ニ占有ヲ與ヘタル物カ第三者ノ占有ニ歸シタル場合ヲ區別シテ其效果ヲ異ニセリ、

- (一) 動産カ所有權者ノ意思ニ基カスシテ他人ノ占有ニ歸シタル場合(例之盜品遺失品)ニハ占有者ノ何人タルヲ問ハス所有者ハ其返還ヲ請求スルヲ得タリ、然レトモ其訴ハ所有權ヲ基礎トスルモノニ非スシテ占有ノ侵奪ヲ基礎トセリ (Gierke D. P. R. II. S. 553 ff.) 故ニ所有權者ニ非サルモ占有ヲ奪ハレタル者ハ返還請求權ヲ有シ、又所有者ト雖モ任意ニ占有ヲ他人ニ與ヘ其他人カ占有ヲ奪ハレタル場合ニハ返還請求權ナシ、是等ノ現象ヨリ歸納スルトキハ動産所有權ニハ追及權存セサリシニ非サリシカヲ疑ハシム、
- (二) 所有權者カ任意ニ他人ニ占有ヲ與ヘタル場合(例之貸貸典質寄託)ニ於テハ所有權ヲ基トシテ返還ヲ請求スルヲ得ス、只其留保セル間接占有ニヨリテ返還ヲ請求スルヲ得タリ(債權關係ハ全ク別問題トス)、故ニ此ノ點ヨリ見ル

モ動産ニ追及權アリシヤ否ト疑問ナリトス、而シテ其動産カ一朝第三者ノ占有ニ歸スルトキハ所有權者ハ絕對ニ其返還ヲ請求スルヲ得ス、只最初自己カ占有ヲ與ヘタル當事者タル貸借人質權者受寄者等ニ對シテ對人訴權ヲ有スルニ過キサリシ、之ヲ Hand wares Handノ原則ト云フ、

以上ノ二主義ヲ比較スルニ羅馬法主義ハ所有權者ヲ保護スル厚キニ過キ取引ノ安全ヲ害スル弊アリ、何トナレハ動産物權ニ就テハ登記ノ制度ナキヲ以テ占有以外ニ權利ヲ公示スル方法存セス、占有者ヲ以テ權利者ト看做スヨリ外ニ途ナシ、若シ眞ノ權利者ヲ探知シテ取引スルヲ要ストセハ動産取引ハ全ク杜絶セン、又占有者ヨリ權利ヲ取得セルモ若シ占有者カ眞ノ權利者ニ非サルトキハ眞ノ權利者ノ爲メ追奪ヲ受クルモノトセハ何人カ安心シテ動産ヲ取得スルヲ得ンヤ、此ノ弊害ヲ救フカ爲メニ羅馬法ニ於テハ動産取得時効ノ期間ヲ短縮シ僅カニ一年トナセリ、然レトモ之レ弊害ヲ減少スル所以ナリト雖モ之ヲ根絶スル途ニ非ス、反之獨逸固有法ノ主義ニヨレハ所有權者ノ利益ハ大ニ犧牲ニ供セラル可シト雖モ、取引ノ安全敏活ハ之ヲ確保スルヲ得ルナリ、故ニ羅馬法ノ承繼ニヨリ一旦擊退セラレタル獨逸法主義ハ近世ニ至リテ復活シ諸國ノ法典多ク之ヲ採用ス (Gierke a. a. O. S. 501. 575) (例之佛民二二七九、二物權 占有權 占有權ノ效力 【一九二】

物權 占有權 占有權ノ效力 【一九二】

一八六

二八〇、獨民九三二以下、獨民三六六、三六九、本條モ亦右ノ理由ニヨリ、獨逸固有法ノ主義ヲ採用シタルモノナリ、然レトモ其要件及ヒ適用ノ範圍ニ至リテハ諸國大ニ異リ本法ニハ又本法ノ特色アリ、

(二) 占有ニ因ル權利取得ノ要件

ハ左ノ如シ

(1) 動産上ニ占有ヲ得ルコト

而シテ其占有ハ本條ノ規定ニヨリ左ノ性質ヲ有スルヲ要ス、

(a) 平穩公然善意且過失ナキコト

平穩ノ意義ハ本章總說(八)ノ(チ)ヲ見ヨ

公然ノ意義ハ本章總說(八)ノ(ト)ヲ見ヨ、善意トハ不正行為ヲナサストノ確信ヲ意味スルモノニシテ此場合ニ於テハ占有取得ノ相手方カ權利者ニ非サルノ事實ヲ知ラサルヲ意味ス、過失ナキ占有トハ其善意ナルコトニ就キ過失ナキコトヲ意味ス、換言スレハ過失ナクシテ相手方ノ權利者ニ非サルコトヲ知ラサル占有者ノ義ナリ(同說大正七、二、二〇、大審判決、本條總說(八)ノ(イ)參照)、占有ニ必要ナル條件ハ此ノ四者ニ盡ク、而シテ其立證責任ニ就テハ一般ノ原則ニ從フノ外、第八十六條ノ推定アリ、而シテ同條ハ無過失ノ推定ヲ下サスト雖モ一般立證責任ノ原則トシテ凡テ事實ハ之ヲ主張スル者ニ於テ立證セサル可ラス、故ニ所有者カ追奪ヲ行ハントスル訴ニ於テハ所有

者ニ於テ占有者ノ過失ヲ立證スルヲ要ス可シ(同論富井博士法學協會雜誌三一卷一八五)、

(b) 占有取得ニ正權原ヲ要セス

正權原トハ占有取得ヲ正當ナラシムル

法律事實ヲ云フ、而シテ其事實ハ必シモ有效ナルヲ要セス、只客觀的ニ法律事實カ存在セハ正權原アル占有ト云フヲ通說トス(本章總說(八)ノ(ヘ)ヲ見ヨ)例之錯誤アル賣買ニ因リ占有ヲ取得セシ買主ハ猶正權原占有者ナルカ如シ、外國ノ法律ニ於テハ正權原ヲ必要トスルモノ多キハ前ニ示シタルカ如シ、然レトモ本法ハ占有ノ效力ハ之ヲ其原因ト分離セシムルノ主義ヲ取リタルカ故ニ(理由書一八九)正權原ヲ必要トセサルモノト解ス可シ、特ニ此點ハ舊民法カ之ヲ必要トセルニ拘ハラス(證據篇一四四)本條カ之ヲ削除シテ掲載セサルニ因リ明瞭ナリトス(同論富井博士前掲一九〇)反對說石坂博士民法研究一卷六一三、故ニ本條ノ適用ヲ受ケンカ爲メニ占有者ニ於テ正權原ヲ立證スルヲ要セサルノミナラス、所有者(回復者)カ其無權原ナルコトヲ立證スルモ占有者ノ權利ニ何等ノ影響ナシトス、只無權原ノ立證ハ往々ニシテ占有者ノ惡意又ハ過失ヲ立證スル材料トナルコトナキニ非ス、

(c) 占有取得ハ又有償タルヲ要セス

埃太利民法ノ如キハ之ヲ必要トス、

物權 占有權 占有權ノ效力 【一九二】

一八七

(埃民三六七)然シ本法ハ之ヲ必要トセス、之レ本條ニ之ヲ掲ケサルニヨリ明ナリ、例ヘハ無權利者ヨリ贈與トシテ動産ノ占有ヲ取得シタル者モ(a)ノ條件ヲ具備スルトキハ所有權ヲ取得スルニ妨ケナシ、

(d) 占有取得ハ現實ノ引渡ニ因ルヲ要セス

項)本條ノ權利取得ニ十分ナルコトハ言フ迄モナシ、問題ハ現實引渡以外ノ方法ニ因ル占有取得ニテ本條ノ要求ヲ滿シ得ルヲ否ヤノ點ニ在リ、本法ハ此點ニ就キテ何等ノ明文ヲモ設ケザリシハ缺點ト評スルノ外ナシ、何トナレハ現實引渡以外ノ方法ノ中ニ就テモ立法政策上ヨリ論スレハ權利取得ノ原因トナスヲ得ルモノト然ラサルモノトアレハナリ、要スルニ原則ハ讓渡人カ權利者ト看做サル、ニ足ル可キ占有(Legitimerde Besitz)ヲ有シ其ノ占有ヲ取得者ニ讓渡スルヲ要スルモノト云ハサル可ラス、蓋シ讓渡人カ眞ノ權利者ニ非サルモ外見上權利者ト看做サル、占有者ナルコトカ本條ノ權利取得ノ眞ノ理由ナケレハナリ、今此標準ニ因リ之ヲ考フル、

簡易引渡

ハ本條ノ要求ヲ滿スモノトス可シ、蓋シ簡易引渡ニ在リテハ讓渡人ハ他人ニヨリ占有ヲナス者ナリト雖モ、然カモ其結果讓受人ハ物ノ所持ヲ取得シ直接占有者トナルカ故ナリ、

占有改定

ニ就テハ獨逸民法ハ明文ヲ以テ其不十分ナルコトヲ明ニス(獨民九三三)蓋シ至當ノ處置ナリ、何トナレハ此ノ場合ニ於テハ占有取得者ハ單ニ間接占有ヲ得ルニ止マリ、讓渡人ハ猶直接占有者トシテ物ノ所持ヲ有スルカ故ニ更ニ他人ニ占有物ヲ引渡スノ危險アリ、而シテ其場合ニハ現實ノ引渡ヲ受ケタル者ヲ保護ス可キ理由大ナルカ故ニ、被改定者ヲ以テ直ニ權利者トナスヲ得サルナリ、(大正五、五、一六、大審院判決録二二輯九六一頁ハ理由ヲ異ニシ結論ヲ同フス)

返還請求權ノ讓渡ニ因ル引渡

之レハ本條ノ要求ヲ滿スモノト解ス可シ、此場合ニ於テハ讓渡人ノ占有モ讓受人ノ占有モ共ニ間接占有ナリト雖モ、讓渡人ノ間接占有カ全部讓受人ニ移轉スルモノニシテ讓渡人カ依然繼續シテ占有者タルノ地位ヲ占ムルコトナシ、故ニ讓渡人カ二重ニ占有者ト他人ニ與フル危險ナケレハナリ、

(o) 無權利者ヨリ動産ノ占有ヲ取得スルコト

ハレス然レトモ本條ノ沿革並ニ精神ニ因リ之ヲ加フルヲ要ス(同論富井博士前出一八二)蓋シ(一)ニ述ヘタルカ如ク動産ノ眞ノ權利者ハ之ヲ知ルコト困難ナルカ故ニ占有者ヨリ權利ヲ得タル者ヲ保護スルヲ以テ本條ノ趣旨トナス、物權 占有權 占有權ノ效力 【二九二】

物權 占有權 占有權ノ效力 【一九二】

一九〇

果シテ然ラハ眞ノ權利者ヨリ權利ヲ取得スル場合ハ本條ニヨリ之ヲ保護ス可キ必要毫モ存セサレハナリ、

例ヘハ無能力者ノ相手方カ過失ナクシテ其無能力者ナルコトヲ知ラスシテ無能力者ヨリ動産ノ占有ヲ取得セル場合、錯誤ニ因ル法律行為ニ因リ善意ニテ占有ヲ取得セル場合ニハ本條ノ適用ナシ、詐欺強迫ノ場合ニハ (イ)ノ (a) 條件ヲ具備スルヲ得サルカ故ニ本條ノ適用ナシトス、

然レトモ此條件ハ前提ヲナスモノニシテ本條ニヨル權利取得行為ノ構成分子ニハ非ス、故ニ本條ニヨル權利取得ヲ主張スル者ニ於テ之ヲ立證スルヲ要セス、相手方(返還請求者)於テ反對ノ事實ヲ立證スルヲ要ス可シ、

(三) 本條權利取得ノ性質

(Prescription instantanee)

佛國ニ於テハ本條ニ因ル權利取得ハ之ヲ即時々效

要トス、然ルニ本條ニヨル取得ニハ期間ヲ必要トセス、占有ニ因リ即時ニ權利ヲ得ルカ故ナリ、本條ニ因ル權利取得ハ之ヲ時効ノ一種トシテ説明ス可ラス、即時時効ナル名辭ハ矛盾ヲ包含スルモノト云フ可シ、然レトモ便宜ノ爲メニ即時々效ト呼フハ固ヨリ差支ナシ、

獨逸固有法ハ其始メ動産ニ付キテハ所有權ノ訴ヲ認メサリシ故ニ所有物カ第

三者ノ手ニ渡リタルトキハ取戻スヲ得サルモノトナス、只盜品遺失品ニ付キ例
外トシテ占有訴權ヲ認メタリ、此思想ニ因レハ本條ノ場合ハ動産所有權ノ本性
ニ基クモノナリ、然レトモ我民法上動産所有權ニ追及權アルコトハ自明ノ理ナ
ルカ故ニ本條ノ規定ハ動産所有權ノ本性ニ基クモノトシテ之ヲ説明スルヲ得
ス、

又本條ノ場合ハ單ニ所有權ノ追及權ヲ滅殺スルモノニシテ所有者ハ追及權ヲ
失フニ非サルモ裁判上之ヲ行使スルヲ得ス、從テ占有者ハ占有ニ因リ所有權ヲ
取得スルニ非サルモ所有者ノ追及ヲ受ケサル結果、事實上所有權ヲ取得セルト
同一ノ結果ヲ生スルニ過キストナス說モ亦我民法ノ採用スル所ニ非ス、蓋シ本
條ニハ明ニ「權利ヲ取得ス」トアレハナリ、

余輩ノ解スル所ニ於テハ本條ハ占有ニ因ル權利取得ヲ定メタルモノナリ、動産
物權ニ追及權ナキカ故ニ非ス、又占有者ノ占有カ不可侵ニシテ事實上追及權カ
制限セラル、ニモ非ス、占有者ハ占有ニヨリ權利ヲ取得スルナリ、故ニ其ノ動産
カ爾後舊主ノ占有ニ歸スルコトアリト雖モ、之レニヨリテ占有者ノ權利ハ崩壞
ニ歸スルコトナシ、獨逸ノ學者ハ本條ノ事實ヲ無權利者ヨリノ權利取得ト稱ス、
之レ固ヨリ誤レルニ非スト雖モ斯クシテハ權利取得ノ原因ヲ言ヒ表ハス所ナ
物權 占有權 占有權ノ效力 【一九二】

一九一