修繕スル費用ノ如シ右ノ内普通費用ハ占有物ノ使用、收益等普通ノ狀態ヨリ生スルモノナルカ故ニ占有者ニシテ果實ヲ取得スル以上ハ之ト相殺セラレ權利者ニ對シテ辨濟ヲ求ムルコトヲ得サルモノトス(民法一九六條第一項但書)

有益費トハ物ノ成立若クハ維持ニ必要ナラサルモ之ヲ支出シタルカ爲メ占有物ノ價額ヲ增加スル費用ヲ謂フ例ヘハ土地ニ肥料ヲ施シ又ハ家屋ニ對シ建增ヲ爲スカ如シ回收者カ若シ此等ノ費用ヲ支拂ハスシテ物ノ回復ヲ爲ストキハ不當ニ利得スルモノナルカ故ニ其費用ヲ支出セル占有者ニ之ヲ支辨セサルヘカラス然レトモ此費用ハ必要費ニ於ケルカ如ク須要ニシテ何人ノ手ニ在ルモ必ス支出スルヲ要スルモノニアラス故ニ回收者ハ占有者カ支出シタル總額ヲ支拂フコトナク唯其增加額ヲ支拂フヲ以テ足ル若シ又增價額カ支出金額ヨリ多キトキハ其超過セル價額ハ物其レ自身ヨリ生シタルモノト見ルヘキモノナレハ回收者ハ此場合ニ於テハ占有者カ支出セル金額ノミヲ支拂フヲ以テ足リ決シテ不當利得ノ問題ヲ生スルコトナキナリ即チ此場合ニハ回收者ハ占有物ノ增價額ト支出シタル金額トノ二者中其一ヲ選擇シテ支辨スルノ權アルモノナリ佛國民法ニ依レハ回收者ハ增加額及ヒ支出費用中其少ナキモノヲ支拂ヒテ目的物ヲ取戻スコトヲ得トナセルモ此等二者中何レカ價格少ナキヤヲ定ムルコトハ實際ニ困難ナル場合アリ故ニ民法ハ回收者ニ對シ右ノ如ク擇一ノ權利ヲ認メタルモノナリ

奢侈費トハ物ノ價額ヲ增加スルコトナク唯好事上支出スル所ノ費用ヲ謂フ例ヘハ庭園ノ樹木ヲ植エ換フルカ如シ此等ノ費用ハ回收者之ヲ支辨スルヲ要セサルナリ

占有者カ回收者ニ對シテ必要費及ヒ有益費ヲ請求スルニ付テハ其善意ナルト惡意ナルトヲ問フノ必要ナシ何トナレハ斯ル費用ハ現ニ回收者ヲ利益スルモノニシテ若シ占有者ニ辨償ノ請求權ヲ認メサルトキハ回收者ハ不當ニ利得スルノ結果ヲ生スレハナリ唯有益費ニ付テハ占有者ノ意思ノ善惡ニ付キ聊カ其效果ヲ異ニス即チ善意ノ占有者ハ回收者ヨリ費用ヲ支辨スルマテ占有物ヲ留置スルノ權アルモ惡意ノ占有者ハ此權ヲ有セサルノミナラス回收者ニ對シ費用支辨ニ關スル相當期間ノ猶豫ヲ請求ヲ拒ムコトヲ得ス蓋シ惡意ノ占有者ニ對シテ留置權ヲ認ムルトキハ占有者ハ故ラニ多額ノ費用ヲ支出シ回收者ヲシテ支辨ノ途ニ惑ハ

シメ以テ占有ヲ繼續センコトヲ圖ル者ナキヲ保セサレハナリ

第六節　占有訴權

第一款　總說

訴權トハ法廷ニ訴ヘテ吾人ノ權利ノ保護ヲ請求スルコトヲ得ル權利ヲ謂フモノニシテ又之ヲ救濟權トモ云フ此訴權ヲ生スルニハ常ニ或權利カ妨害セラレ又ハ妨害セラレントスル恐レアル場合ニ限ルモノトス故ニ學者又訴權ヲ稱シテ第二ノ權利トモ云ヘリ

物權ニ關スル訴權ニ二種アリ一ハ占有訴權ニシテ他ハ本權訴權ナリ占有訴權トハ占有者カ有スル訴權ニシテ占有權ハ前述ヘタルカ如ク自己ノ爲メニ物ヲ所持スルノ事實ヲ保護スルヲ目的トス故ニ占有訴權ノ目的タルモノモ亦所持ノ事實ニ外ナラサルナリ之ニ反シテ本權トハ占有ヲ爲スコトヲ得ヘキ權利ヲ謂フモノニシテ即チ所有權地上權ノ如キ事實上ノ支配關係ナキモ法律カ認ムル權利ヲ謂フ即チ法律上ノ支配關係ニシテ目的物ニ對シテ事實上ノ支配關係ヲ要求シ得ルモノナリ從テ本權訴權ノ目的ト爲ルモノハ常ニ權利ナリトス

斯ノ如ク本權トハ占有ヲ爲スヘキ權利ヲ指稱ス而シテ實際ノ場合ヲ觀ルニ其多數ハ占有ヲ爲スヘキ權利アリタル後占有ノ事實ヲ生スルモノナルカ故ニ本權ト占有權トハ恰モ原因結果ノ關係ヲ成スモノヽ如シ然レトモ前ニ屢〻述ヘタルカ如ク占有權ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スルノ事實ヲ保護スルニアルモノナルカ故ニ又本權ヨリ分離シテ獨立ニ成立スルコトナシトセス何トナレハ他人ノ物ヲ竊取シ又ハ無主物ヲ先占セル場合ノ如キ皆占有權取得ノ原因タルコトヲ妨ケスト雖モ此等ノ者ハ決シテ其物ニ付キ占有ヲ爲スヘキ權利ヲ有セル者ニアラサレハナリ斯ノ如ク本權ト占有權トハ最モ密接ノ關係ヲ有スルモ其性質ニ至テハ全然相異ナルモノナリ從テ占有權ヲ妨害セラレ又ハ妨害セラルヽノ恐レアル場合ニ之カ救濟ヲ裁判所ニ請求スル權利ト本權カ妨害セラレ又ハ妨害セラルヽ恐レアル場合ニ其救濟ヲ請求スルノ權利トハ全ク獨立シテ成立スルモノナリトス斯ノ如ク本權ノ訴ト占有ノ訴トハ全ク其性質ヲ異ニスル以上ハ原告ハ最初本權ノ訴ヲ提起シ後更ニ占有ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク又本權ノ訴ト占有ノ訴トヲ同時ニ提起スルモ何等ノ妨ケアルコトナシ從テ裁判所ハ本權ノ訴ト

占有ノ訴トヲ審理裁判スルニ當リテモ法律ノ規定ニ牴觸セサル限リハ孰レヲ先ニスルモ又之ヲ同時ニスルモ決シテ差支アルコトナシ舊民法ニ依レハ本權ノ訴ト占有ノ訴トハ之ヲ併用スルコトヲ得ストナセリ(舊民法財產二〇七)然レトモ本權ノ訴ト占有ノ訴トハ既ニ別個獨立ナルモノナル上ハ此規定ヲ正當トスルコトヲ得ス又舊民法ハ本權ノ訴ヲ取下ケ又ハ之ニ敗訴シタル者ハ更ニ占有ノ訴ヲ起スコトヲ得スト規定セリ(舊民法財產二〇九)然レトモ判決ニ依リテ本權ヲ否認セラルヽモ原告ニシテ別ニ他ノ權利ヲ有スル以上ハ之カ行使ヲ妨ケラルヽモノニアラス故ニ本權ノ訴タル所有權若クハ地上權ノ有無ニ關シテ訴ヲ提起シ敗訴スルモ爲メニ占有權ヲモ喪失スルノ理由ナシ新民法ハ本權ノ訴ト占有ノ訴トハ互ニ獨立スルノ原則ヲ貫徹シ其第二百二條第一項ニ於テ右二個ノ訴權ハ同時ニ又ハ順次ニ行使スルコトヲ得ヘク又本權ノ訴ニ敗訴スルモ占有訴權ニハ何等ノ影響ナキコトヲ規定セリ

本權ノ訴ト占有ノ訴トハ其性質別異ナルコト右ノ如クナルヲ以テ裁判所カ裁判ヲ爲スニ付テモ一方ノ判決ノ理由ヲ以テ他方ノ判決ノ理由トナスコトヲ得サル

ハ右二訴權ノ性質及ヒ訴訟法ノ規定ニ照シテ明カナル所ナリ故ニ獨逸民法ニ於テハ此等二訴權ノ性質ヨリ生スル結果ニ付テハ何等ノ規定ナシ然ルニ現行民法ハ前ニ掲ケタルカ如ク特ニ第二百二條ノ規定ヲ設ケ其第一項ニ於テハ本權ノ訴ト占有ノ訴トノ性質ノ異ナルコトヲ規定シ第二項ニ於テハ互ニ判決ノ理由ヲ援用スルコトヲ得サル旨ヲ規定セリ其或ハ蛇足ノ法條タルヤノ嫌ヒナキニアラスト雖モ畢竟二訴權ノ關係甚タ密接ナルヲ以テ立法者ノ老婆心ニ因リ其性質ノ獨立別異ナルコトヲ明カニシ以テ互ニ相侵スヘカラサルコトヲ示シタルモノナラン

凡ソ實體上ノ權利若クハ救濟權ヲ行使セントスル者ハ必スヤ權利者ナルコトヲ要ス故ニ占有權ヲ行使スヘキ者ハ亦占有權ノ主體タル占有者ニ限ル然レトモ占有權ノ性質タルヤ素ト事實上物ヲ所持スルノ關係ナルヲ以テ他人ノ妨害ニ因リテ所持ノ事實ヲ喪失スルトキハ權利モ亦同時ニ消滅ニ歸ス從テ占有ニ關スル妨害ハ成ルヘク速ニ之ヲ排除シ以テ權利ノ維持ニ努メサルヘカラス故ニ何レノ國ノ法制ニ於テモ占有訴權ニ關シテハ特別ノ手續ヲ認メタリ我法律ニ於テモ前ニ

述ヘタルカ如ク占有ニ關シテハ法律上適法ノ推定ヲ下シテ舉證ノ方法ヲ簡易ニシ又裁判所構成法ニ於テ占有ノミニ關スル訴ニ付テハ訴訟物ノ價格如何ヲ問ハス其目的物ノ存在スル土地ノ區裁判所ニ於テ之ヲ管轄スルモノトナセリ然ルニ訴權行使ノ原則トシテ占有者ノミ獨リ占有ノ訴ヲ提起スルヲ得トナストキハ占有物ノ所在ヨリ遠隔シタル地ニ在ル占有者又ハ代理人ニ因リテ占有ヲ爲ス所ノ占有者ハ占有妨害ノ事實ヲ知ルコト難キカ故ニ之カ排除手續ヲ行フノ緩慢ナルコトハ勢ヒ止ムヲ得サルコトニ屬ス斯ノ如キハ占有訴權ノ行使ヲ簡易迅速ナラシメントスル法律ノ趣旨ニ反スルヲ以テ新民法ハ第百九十七條後段ニ於テ代理占有者ニモ亦此訴權ヲ認メタリ而シテ此代理占有者カ有スル占有訴權ハ占有者ノ代理人トシテ行フモノニアラスシテ自身訴權ノ主體トシテ之ヲ行フモノト知ルヘシ

占有權ヲ保護スルカ爲メニ占有者ニ占有訴權ヲ與フルハ羅馬法以來諸國ノ法律及ヒ學說ノ一致スル所ナリ然レトモ占有訴權ノ種類ニ付テハ立法例及ヒ學說區區ニシテ一定セス舊民法財產編第百九十九條ハ占有訴權ノ種類ヲ列記セリ即チ保持訴權、新工告發訴權、急害告發訴權及ヒ回收訴權是ナリ然レトモ新民法ハ占有妨害ノ狀態カ現在ナルト又過去ニ屬スルトヲ標準トシ占有訴權ヲ三種ニ區別セリ即チ現在ノ妨害ニ付テハ占有保持訴權ヲ以テ、未來ノ妨害ニ付テハ占有保全ノ訴權ヲ以テ又過去ノ妨害ニ付テハ占有回收ノ訴權ヲ以テ之ヲ保護スルモノトナシ而シテ舊民法ニ所謂新工告發訴權及ヒ急害告發訴權ハ之ヲ占有保全ノ訴權中ニ包含セシメタリ以下各種訴權ニ付キ說明ヲ下スヘシ

占有保持ノ訴

第二款　占有保持ノ訴

占有保持ノ訴トハ現ニ占有權ノ妨害ヲ受クル場合ニ之カ排除ヲ請求スル所ノ訴ヲ謂フ然レトモ此訴權ノ目的如何ニ付テハ古來學者間ニ議論ノ岐ルヽ所ニシテ夫ノ占有論ノ著述ヲ以テ有名ナルサヴィニー氏ハ保持訴權ノ目的ハ强暴ヲ禁止スルニアリトナシ又イエリング氏ハ占有ノ有無ヲ先決スルニアリトナシブルンス氏ハ占有ニ對スル妨害ヲ防止スルニアリトナセリ然レトモ此等學者ノ說ハ皆占有ヲ以テ事實ナリト前提シタル上ニ於テ立論シタルモノニシテ羅馬法以來占有訴權ノ沿革ニ徵スルトキハ此說ニ左袒スルコトヲ得ス殊ニ新民法ニ於テハ占有

ヲ以テ權利トナスノ主義ヲ採リタルカ故ニ其權利ノ妨害ニ對スル救濟權ノ目的モ亦他ノ一般權利ノ救濟ト同一ニ出テサルヘカラス是ニ由テ觀レハ占有保持ノ訴ノ目的トスル所ハ占有權ノ存在ヲ確認シテ之ニ伴フ效果ノ實效即チ占有者トシテ有スル所ノ利益ヲ保有セシムルニ外ナラス從テ此目的ノ範圍內ニハ將來ニ於テ生スルコトアルヘキ占有權ノ妨害ヲ禁止シ又既ニ受ケタル妨害ノ爲メ損害ヲ受ケタルトキハ之カ賠償ヲ請求スルノ權利ヲモ包含ス(民法九八一)而シテ此賠償ス責任ハ法律上占有ノ妨害ニ隨伴シテ生スルモノトナシタルカ故ニ加害者ハ故意又ハ過失ナシトノ理由ヲ以テ其責任ヲ免カルヽコトヲ得サルモノトス

以下占有保持ノ訴ヲ提起スルニ付テノ要件ヲ說明スヘシ

第一、原告カ保持訴權ヲ提出セル當時ニ於テ占有者ナルコトヲ要ス

占有保持ノ訴ノ目的ハ前ニ述ヘタルカ如ク占有權ノ存在ヲ確認セシムルニ在ルカ故ニ此訴ヲ提起スルコトヲ得ル者ハ占有權ノ主體タル占有者ナラサルヘカラス然レトモ法律ハ占有權ノ保護ヲ全ウセンカ爲メ他人ノ爲メニ占有ヲ爲ス者ニ對シテモ此訴權ヲ認ムルコト前款ニ於テ述ヘタル所ノ如シ

第二、占有カ妨害ヲ受クルコトヲ要ス

凡ソ權利者カ權利ヲ保護スルカ爲メニ訴權ヲ行使スルハ必スヤ權利ヲ妨害セラレ又ハ妨害セラレントスル虞アル場合ナルコトヲ要ス故ニ占有訴權ヲ行使スルニ當リテモ此二原因中其一ヲ具ヘサルヘカラス而シテ占有權カ妨害セラレントスル場合ハ次款ノ占有保全ノ訴ニ於テ救濟ヲ受クルカ故ニ保持訴權ヲ有スル場合ハ現ニ占有權ヲ妨害セラレタル場合ニ限ルモノトス

斯ノ如ク保持訴權ヲ有スルハ權利ノ實行ヲ妨ケラルヽ場合ニ限ルモノナルカ此場合ハ更ニ二個ニ區別シテ說明スルヲ要ス即チ全ク權利ヲ奪取セラルヽ場合及ヒ權利ノ一部ノ實行ヲ制限セラルヽ場合是ナリ而シテ全ク權利ヲ奪取セラレタル場合ハ回收訴權ニ依テ之カ救濟ヲ求ムルコトヲ得ルカ故ニ是レ亦保持訴權ヲ行使スルノ限ニ在ラス從テ保持訴權ヲ行使シ得ヘキ場合ハ唯占有權ノ一部ヲ妨害セラレタル場合ニ在ルノミ

或ハ說ヲ爲シテ曰ク占有者カ占有訴權ヲ行使スルニハ占有妨害者ノ自覺又ハ故意アルコトヲ要スト然レトモ法律カ占有ヲ保護スヘキ目的ヲ以テ占有訴權

ヲ認メタル以上ハ占有カ妨害セラルヽノ事實アルトキハ直チニ訴權ヲ行フコトヲ得ヘキモノニシテ敢テ妨害者ノ意思如何ヲ問フノ必要ナキナリ

占有ニハ前述ヘタルカ如ク心素ト體素ノ二要素ヲ具備スルヲ要スト而シテ占有ノ妨害トハ實ニ此體素ヲ妨害セラルヽコトヲ謂フモノニシテ詳言スレハ占有者ノ意思ニ反シ占有權ノ行使ヲ制限スルコトヲ謂フモノナリ舊民法ハ此占有ノ妨害ヲ分テ事實上ノ妨害及ヒ權利上ノ妨害ノ二トナセリ(舊民法二〇〇財産編)然レトモ占有權ハ素ト事實ヲ認メテ權利トナスモノナルカ故ニ事實ノ妨害アレハ必ス權利ノ妨害アルヘキ筈ナシ故ニ寧ロ之ヲ行爲上及ヒ言語上ノ妨害トスルヲ可トス舊民法ノ規定ノ精神蓋シ亦此ニ在ルモノナラン言語上ノ妨害トハ第三者カ言語ヲ以テ占有權ノ行使ヲ制限スルノ意思ヲ發表スルヲ謂フ例ヘハ所有者ニアラサル者カ占有者ニ對シ目的物ノ引渡ヲ請求シ又質權ヲ有セサル債權者カ質權者ト稱シテ物ノ引渡ヲ請求スル場合ノ如シ次ニ行爲上ノ妨害トハ權利ノ實行ヲ以テ現ニ占有權ノ行使ヲ制限スルヲ謂フ而シテ此妨害ノ手段ハ積極的若クハ消極的ノ何レニ依テモ之ヲ爲スコトヲ得例ヘハ他人ノ占有地ニ家屋ヲ建築シ又ハ耕作ヲ爲スカ如キハ即チ積極的行爲ヲ以テ占有ヲ妨害スルモノニシテ占有者ノ建築又ハ耕作ノ行爲ヲ妨害スルハ即チ消極的ニ占有ヲ妨害スルモノナリ

第三、占有保持ノ訴ハ占有ノ妨害カ繼續セル間又ハ其妨害カ止ミタル時ヨリ一个年內ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス

法律カ占有權ヲ認メ所持ノ事實ヲ保護スルハ社會ノ秩序ヲ維持スルカ爲メニ外ナラス從テ其保護方法トシテ設ケラレタル占有訴權モ亦此立法ノ精神ニ伴フコトヲ要スルヲ以テ占有訴權ハ一般ノ訴權ト異ナリ成ルヘク速ニ之ヲ終結セシメサルヘカラス若シ占有者ハ何時ニテモ自由ニ此訴權ヲ行使シ得ルモノトセハ現在ノ占有事實ヲ保護スル目的ヲ以テ定メラレタル規定ハ却テ現在ノ事實關係ヲ紛亂スルニ至ルノ不都合アリ故ニ何レノ國ノ立法例ニ於テモ占有訴權提起ノ期間ハ特ニ之ヲ短縮セリ新民法モ亦此等ノ法理ト沿革トニ鑑ミ占有訴權ニ付テハ占有ノ妨害中ナルカ若クハ其妨害ノ止ミタル後一个年內ニアラサレハ之ヲ行使スルコトヲ得ストナセリ(民法二〇〇條一項)

右占有訴權行使ノ期間ハ期限ニシテ時效ニアラス故ニ停止若クハ中斷ノ效果ヲ生スルコトナシ而シテ期限普通ノ原則ニ依レハ占有ヲ妨害セラレタルトキハ是レ即チ始期ニシテ其妨害ノ事實消滅スルトキハ即チ終期ナリトス故ニ其妨害事實ノ消滅スルトキハ現在ノ妨害ヲ排斥スルヲ以テ目的トスル保持訴權モ亦其當時ヲ以テ當然消滅スルカ如キモ斯ノ如クンハ占有ノ保護ヲ全ウスルコト能ハサルノミナラス法律ハ他方ニ於テ回收訴權ヲ認メタリト雖モ此訴權ハ後ニ述フルカ如ク占有ノ全部ヲ奪取セラレタル場合ニ之カ取戻ヲ請求スルヲ得ル權利ニシテ占有ノ一部ヲ奪取セラレタル場合ニハ之ヲ適用スルコトヲ得ス故ニ民法ハ稍保持訴權ノ性質ニ違フノ嫌ヒアルモ其範圍ヲ擴張シテ妨害ノ停止後一个年ノ期間ヲ與ヘ以テ回收訴權ノ保護ニ洩ルヽ者ヲ網羅シテ保護センコトヲ期シタルナリ而シテ此期間ヲ一个年トナシタルハ二個ノ理由アリテ存ス即チ第一ノ理由ハ妨害カ消滅シタル後一个年ヲ經過スルトキハ最早第三者ニ妨害ノ意思ナキモノト推定スルコトヲ得ルカ故ニ敢テ保持訴權ニ依リ妨害ノ停止ヲ爲スノ必要ナシ又妨害ニ因テ損害ヲ生シタルモ占有者ニシテ一年ノ久シキヲ抛擲シテ顧ミサルトキハ此訴權ヲ以テ損害ノ要償ヲ許サヽルモ敢テ占有者ニ酷ナリト云フコトヲ得ス尤モ茲ニ所謂賠償請求權ノ喪失ハ唯保持訴權ヲ以テ之ヲ行フコトヲ得スト云フニ止マリ其他ノ不法行爲若クハ不當利得ノ原因ニ因テ賠償ヲ請求スルハ敢テ妨ケアルコトナシ又第二ノ理由ハ前述ヘタルカ如ク占有ヨリ生スル關係ヲ速ニ確定セシムルハ經濟上最モ利益ナルカ故ナリ

然レトモ法律ハ占有權ノ妨害カ工事ニ原因スルトキハ特ニ其期間ヲ短縮セリ即チ工事ニ因リ妨害ヲ受ケタル場合ハ占有保持ノ訴ハ其妨害ノ發生即チ工事ニ着手セル時ヨリ一年內ニ之ヲ提起スルコトヲ要シ又未タ一年ヲ經過セサルモ工事カ竣成シタルトキハ之ヲ提起スルコトヲ得サルモノトナセリ法律カ此特例ヲ設ケタル所以ノモノハ工事ニ因テ加ヘタル妨害ハ被害者之ヲ知ルコト容易ナルカ故ニ其妨害ニ着手後一个年若クハ工事竣成後マテモ妨害者ノ爲ス所ニ放任シ救濟ヲ請求セサル者ハ之ヲ保護スルノ必要ナキノミナラス工事竣設ノ後之カ取除ノ請求ヲ許ストキハ國家經濟上ノ不利少ナカラス是レ民法カ

占有保全ノ訴

此特例ヲ認メタル所以ナリ

第三款　占有保全ノ訴

抑モ國家カ法律ヲ以テ權利ヲ保護スヘキ場合ハ獨リ權利ノ實行ヲ妨害セラルヽ場合ノミナラス未來ニ於テ權利ヲ妨害セラルヽノ虞アル場合ニ於テモ亦之ヲ保護セサルヘカラス是レ法律カ占有保全ノ訴ヲ認メ以テ占有ヲ妨害セラルヽノ危險アル場合ニ於テ之ヲ救濟スルノ途ヲ開キタル所以ナリ占有保全ノ訴ハ斯ノ如ク未來ニ於ケル危險ヲ豫防スルコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ保持訴權ニ於ケルカ如ク妨害ノ停止若クハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得スシテ此訴ノ目的トスル所ハ實ニ左ノ二點ニアルナリ即チ

(第一)占有權存在ノ確認ヲ求ムルコト

(第二)危險ノ狀況ニ從ヒ或ハ未來ニ發生スヘキ妨害又ハ現在ノ危險ノ豫防處分ヲ求メ或ハ未來ニ於テ占有者ニ損害ヲ生セシメタルトキハ之ヲ賠償セシムル爲メノ擔保ヲ求ムルコト　此二個ノ方法中妨害ニ付テノ豫防處分ヲ求メタルトキハ損害ヲ生スヘキ筈ナキカ故ニ損害賠償ニ對スル擔保ヲ請求スルノ權ナシ又損害賠償ノ擔保ヲ求ムルトキハ豫防處分ヲ求ムルノ權ナシ要スルニ占有者ハ此二個ノ權利中其一ヲ選擇シテ之ヲ行使スルコトヲ得ルノミ

占有保全ノ訴權ヲ行使スルニハ三個ノ要件ヲ具備スルヲ要ス即チ左ノ如シ

第一、起訴者ハ占有權ヲ有スルコトヲ要ス

保全ノ訴ハ占有權ノ保護ヲ求ムルノ方法ナルカ故ニ之ヲ行使セントスル者ハ占有權ヲ有セサルヘカラサルヤ論ヲ俟タス但第百九十七條ニ依リ代理人ハ之カ例外トシテ此訴權ヲ行使スルコトヲ得ヘシ

第二、占有權ヲ妨害セラルヽ虞アルコトヲ要ス

保全ノ訴ヲ提起スルニハ占有權妨害ノ危險アルノミヲ以テ足ルモノニシテ現實ニ妨害アルコトヲ要セス然レトモ茲ニ所謂危險ハ第三者ノ過失懈怠若クハ故意ニ基ツクコトヲ要ス故ニ例ヘハ隣家ニ於テ高大ナル烟突ヲ建設スルモ其構造ニシテ完全ナル以上ハ大風又ハ地震ノ爲メニ崩壞スルカ如キ天爲ノ事由ヲ以テ保全ノ訴ヲ請求スルコトヲ得サルナリ舊民法ニ依レハ保全ノ訴權ハ不動產占有者ニ限テ之ヲ認メ且危險トシテ見ルヘキモノヲ二個ノ場合ニ限定セ

リ即チ一ハ新工告發訴權ト稱シ不動産占有者カ其占有ノ妨害ト爲ルヘキ隣地ノ新工事ヲ廢止セシメ又ハ之ヲ變更セシムル訴ヲ爲スモノニシテ(舊民法財産編二〇一)他ノ一ハ急害告發訴權ト稱シ隣地ニ在ル所ノ建物、樹木其他ノ物ノ顚倒ニ因リ或ハ土手、水溜、水樋ノ破損ニ因リ又ハ火、爆發物、燃燒物ニ對シテ必要ノ豫防ヲ爲サヽルニ因リ損害ヲ生スル危險ノ場合ニ之カ救濟ヲ求ムル訴ヲ謂フ(舊民法財産編二〇二)然レトモ占有物ニ危害ヲ與フル虞アル場合ハ此二個ノ場合ノミニ限ラス故ニ新民法ニ於テハ此訴權ヲ擴張シ苟モ占有ニ妨害ヲ生スル虞アル以上ハ危險ノ原因カ動産ナルト不動産ナルト將タ行爲ナルトヲ論セス總テ保全訴權ヲ行使スルコトヲ得ルモノトセリ

第三、保全ノ訴ハ危險ノ存在スル間ニ於テ之ヲ提起セサルヘカラス

保全ノ訴ハ占有妨害ノ危險アルコトヲ原因トシテ提起スルモノナルカ故ニ其原因ニシテ消滅スルトキハ保全ノ訴ヲ提起スルノ必要ナシ故ニ危險尙ホ繼續スル場合ニアラサレハ此訴ヲ起スコトヲ得サルヤ明カナリ又危險カ新ニ爲ス所ノ工事ニ因リテ生スルトキハ其工事着手後一个年ヲ經過スルカ又ハ未タ一个年ヲ經過セサルモ既ニ落成シタルトキハ此訴ヲ起スコトヲ得ス其理由ハ前ニ占有保持ノ訴ニ付テ詳述シタルカ故ニ茲ニ之ヲ述ヘス

占有回收ノ訴

第四款　占有回收ノ訴

占有回收ノ訴トハ占有權ノ過去ノ妨害ニ對シテ救濟ヲ求ムル所ノ訴ヲ謂フ羅馬法ニ依レハ不動産カ暴力ニ因テ占有ヲ奪ハレタルトキニ於テノミ此回收訴權ヲ認メタリ然レトモ占有カ占有者ノ意思ニ反シ不法ニ奪去セラレタルニ當リ法律上之ヲ救濟セントスル場合ニ其目的物カ動産ナルト不動産ナルトヲ區別シ又奪取ノ行爲カ平穩ニ出テタルト暴力ニ因リタルトヲ區別シ回收訴權ノ有無ヲ論スルハ未タ其當ヲ得タルモノニアラス故ニ近世ノ學說及ヒ法制ハ回收訴權ノ目的物ヲ制限セス不法ニ占有ヲ奪ハレタル場合ニハ總テ此權利ヲ行使スルコトヲ得ルモノトナセリ新民法モ亦此例ニ倣ヒテ占有權ヲ奪取セラレタルトキハ目的物ノ動産タルト不動産タルトヲ問ハス又妨害ノ行爲カ暴力ニ因ルト否トヲ論セス回收訴權ヲ行フコトヲ得ルモノトナセリ(民法二〇〇)是ニ由テ觀レハ占有回收訴權ノ目的ハ左ノ二點ニ歸ス

(第一) 不法ニ奪ハレタル物ノ返還ヲ求ムルコト

占有回收ノ訴ハ占有權ヲ奪ハレタル場合ニ於ケル救濟方法ナルカ故ニ占有物ノ返還ヲ請求スルコトハ此訴權ノ主タル目的ナリ

(第二) 不法ノ奪取ニ因テ生シタル損害ノ賠償ヲ求ムルコト

此請求權ハ第三者ノ行爲ニ因リテ損害ヲ受ケタルコトヲ理由トシテ之カ賠償ヲ求ムル場合ナルヲ以テ損害賠償ニ關スル原則ノ支配ヲ受ケ從テ侵奪者ニ過失又ハ故意アルコトヲ要ス(民法七〇九及七一二參照)

然レトモ不法ニ他人ノ占有ヲ奪フ場合ハ其奪取者ニ故意又ハ過失ノ隨伴スルモノナレハ多數ノ場合ニ於テハ右二個ノ目的ヲ併セテ行使スルコトヲ得ヘシト信ス

占有回收訴權ヲ行使スルニハ三個ノ要件ヲ具備スルヲ要ス即チ左ノ如シ

第一、占有權ノ存在スルコト

回收訴權ハ起訴者カ有セル占有權ヲ侵奪セラレタルコトヲ原因トスルモノナルカ故ニ起訴者ハ自己カ占有權ヲ有スルコトヲ證明セサルヘカラサルヤ論ヲ俟タス

第二、占有ヲ奪取セラレタルコト

占有ノ奪取トハ占有權全部ノ行使ヲ妨害セラレタル場合ヲ謂フ蓋シ占有權一部ノ妨害ハ之ヲ奪取ト云フヲ得スシテ此場合ニ付キテハ別ニ占有保持訴權ヲ認メタルヽカ故ニ回收訴權ヲ以テ保護スルノ限ニ在ラス而シテ占有全部ノ侵奪ニ基ツク妨害ハ之ヲ三個ニ細別スルコトヲ得

(イ) 占有物ノ所持カ第三者ニ移轉セラレタルコトヲ要ス

(ロ) 占有物ノ移轉ハ占有者ノ意思ニ反スルコトヲ要ス

占有者カ占有物ヲ引渡スノ意思ヲ以テ之ヲ第三者ニ移轉シタルトキハ占有ヲ奪ハレタリト云フヲ得ス故ニ此場合ニ於テ回收訴權ヲ行フコトヲ得ス之ヲ行フニハ必スヤ占有者ノ意思ニ反シテ占有ヲ移轉シタルコトヲ要スルナリ

(ハ) 物ノ所持ノ移轉カ不法ナルコトヲ要ス

占有者ノ意思ニ反シテ占有物カ移轉セラルヽ場合ニ於テモ回收ノ訴ヲ起ス

コトヲ得サル場合アリ例ヘハ强制執行ニ因リ執達吏カ債務者ノ財産ヲ差押フルカ如シ是レ其占有奪取ノ行爲ハ法律上適法ト認メラレタルニ因ル從テ占有者カ完全ニ回收訴權ヲ行使セントスルニハ必ス不法ニ奪取セラルヽコトヲ要スルナリ

第三、占有侵奪ノ時ヨリ一个年内ニ訴權ヲ行使スルコト

抑モ法律カ占有權ヲ認メテ占有ノ意思及ヒ所持ノ事實ヲ保護スル所以ノモノハ權利ヲ永ク不確定ニ放任スルハ公益ヲ害スルニ因ル然ルニ占有者カ所持ノ事實ヲ喪失シタルニ拘ハラス一个年ヲ經過スルモ尚ホ其回復ヲ請求セサルトキハ占有ノ意思ヲ抛棄シタルモノト看做スコトヲ得故ニ法律ハ斯ル占有者ニ對シテ占有權ヲ以テ之ヲ保護スルノ必要ナシ加之占有ヲ奪取セラレタル後幾年月ヲ經過スルモ尚ホ回收訴權ヲ行使シ得ルモノトセハ占有ハ永ク不確定ノ地位ニ在ルモノニシテ却テ占有權保護ノ趣旨ニ反スト云ハサルヘカラス是レ法律カ回收訴權行使ノ期間ヲ一个年ニ限リタル所以ナリ

占有保持及ヒ保全訴權ハ對人訴權ナルコト明カナレトモ回收訴權ハ對人訴權ナリヤ將タ對物訴權ナリヤ蓋シ保持及ヒ保全ノ二訴權ハ目的物ニ對シテ妨害ヲ受ケ又ハ妨害ヲ受ケントスル場合ニ其非行者ニ對シテ損害賠償ヲ請求シ若クハ妨害ノ停止損害擔保又ハ妨害ノ豫防ヲ請求スルモノナリ之ニ反シテ占有回收訴權ハ目的物ノ返還ヲ主タル目的トナスモノニシテ物ノ返還ヲ請求スルハ即チ一般物權ノ效果タル追及權ニ因リ其物件カ何人ニ移轉スルヲ問ハス之ヲ回復スルコトヲ得ルモノナルヲ以テ回收訴權ハ此點ニ於テ對物訴權ナルカ如シ然レトモ損害賠償ノ請求ニ至テハ非行者ニ對シテノミ之ヲ行ヒ得ルモノナルカ故ニ此點ヨリ見レハ之ヲ對人訴權トナサヽルヘカラス從テ之ニ關スル學說亦一定スル所ナキモ余ハ回收訴權モ尚ホ對人訴權ナルコトヲ確信スル者ナリ何トナレハ羅馬法以來未タ之ヲ對物訴權ト認メタル立法例存在セサルノミナラス占有ヲ奪取セラレタル場合ニ損害賠償ヲ請求スルハ勿論物ノ回復ヲ訴求スル場合ニ於テモ總テ被告ニ侵奪ノ行爲アルコトヲ原因トスルモノナルカ故ニ此訴權ト雖モ均シク占有侵奪者ニ對シテノミ之ヲ行フコトヲ得レハナリ加之經濟上ノ理由ヨリ觀察スルモ尚ホ之ヲ對人訴權トナスノ必要アリ何トナレハ若シ之ヲ對物訴權トナスト

キハ追及權適用ノ結果新ニ物ノ所持ヲ爲シタル者ハ其善意ナルト惡意ナルトヲ問ハス占有者ノ請求ニ因リ總テ之ヲ返還セサルヘカラサルヲ以テ各人皆物ノ取引ニ躊躇シ融通ヲ害スルニ至ルヘケレハナリ斯ノ如ク立法上ノ沿革、訴權ノ性質及ヒ經濟上ノ理由ハ皆回收訴權ノ對人訴權タルコトヲ是認スルモノナルカ故ニ民法モ亦對人權トシテ之ヲ認メタリ(民法二〇〇第二號)

右ノ如ク回收訴權ハ對人訴權ナリト雖モ占有侵奪者ノ一般承繼人ハ前主ノ權利義務ヲ承繼スルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ承繼人ニ對シテ回收訴權ヲ行フコトヲ得ヘシ然レトモ特定承繼人即チ賣買、交換若クハ贈與ニ因テ占有權ヲ取得シタル者ニ對シテハ其取得カ惡意ニ出テタル場合ノ外回收訴權ヲ行フコトヲ得サルモノトス

占有權ノ消滅總說

第六章　占有權ノ消滅

第一節　總說

占有權ノ本體ハ前屢述ヘタルカ如ク一ノ事實ナルカ故ニ此事實アリテ占有權ヲ發生シ此事實ナキニ至ルトキハ占有權モ亦消滅ニ歸スヘキナリ故ニ占有權ノ取得ニ關スル原理ハ轉シテ占有權消滅ノ原理トナルモノトス而シテ占有權ノ取得ニハ前ニ述ヘタルカ如ク自己ノ爲メニスル意思及ヒ所持ノ事實ヲ必要トスルカ故ニ此二素中ノ雙方若クハ一方ヲ喪失スルトキハ占有權ハ消滅スヘク又占有權取得ノ方法ニハ本人自ラ取得スル場合ト代理人ニ依リテ取得スル場合トノ二アルヲ以テ此二個ノ場合ニ於テハ又占有權消滅ノ原因ヲ異ニスルモノナリ故ニ民法ハ此場合ヲ區別シテ占有權消滅ノ原因ヲ規定セリ即チ占有ノ意思ニ基ツク消滅ノ原因ハ之ヲ第二百三條第一項前段、第二百四條第一號及ヒ第二號ニ、所持ニ基ツク消滅ノ原因ハ之ヲ第二百三條第一項後段及ヒ第二百四條第三號ニ規定シ又本人占有ノ場合ノ消滅原因ハ之ヲ第二百四條ニ規定セリ論者或ハ占有權ハ占有ノ意思及ヒ所持ノ事實ノ二要素ヲ共ニ喪失スルニアラサレハ之カ消滅アルコトナシト主張スル者アリ其理由ニ曰ク占有權カ事實上ノ支配關係ヲ有セスシテ單ニ意思ノミヲ有スルニ止マルトキハ所謂占有ノ要素タル眞ノ占有ノ意思ヲ有スト云フコトヲ得ス又占有ノ意思ナクシテ所持ノ事實ノミアルトキハ所謂占有ノ要素タル所持ニアラスト要ス

ルニ此二者相俟テ始メテ占有ヲ全ウスルモノナリ從テ此二素消滅スルニアラサレハ占有權モ亦消滅スルモノニアラスト云フニアリ然レトモ此說ハ深ク究メサルノ謬論ニ過キス若シ所持ノ事實ノ喪失ハ意思ノ消滅ヲ來シ又意思ノ喪失ハ所持ノ事實ノ喪失ヲ來スカ故ニ單ニ其結果ノミヨリ觀察スルトキハ此二個ノ事項ノ消滅ヲ待テ始メテ占有權消滅スルカ如キモ一ノ原因カ消滅シテ遂ニ他ノ原因ヲ消滅セシムルハ原因結果ノ關係ニ基ツクモノニシテ必スシモ不可分ノモノニアラス畢竟論者ハ原因結果ヲ混同シタルカ爲メ此謬論ヲ爲スニ至リタルモノト云ハサルヘカラス故ニ余ハ余ノ信スル所ニ從ヒ占有權消滅ノ原因ヲ意思及ヒ所持ノ事實ノ喪失ノ二ニ分チテ說明セントス

意思ノ喪失ニ基ツク消滅原因

第二節　意思ノ喪失ニ基ツク消滅原因

占有ノ意思即チ自己ノ爲メニスル意思ハ占有權成立ノ要素ナリ此要素ニシテ消滅スルトキハ占有モ亦消滅スルコト論ヲ俟タス然ラハ占有ノ意思ヲ喪失スルハ如何ナル場合ニアルヤト云フニ余ノ考フル所ニ依レハ占有者カ占有ノ意思ヲ拋棄シタル場合ニ限ルモノト信ス若シ然ラスシテ占有者ノ意思ノ繼續セサルヲ以テ其喪失アルモノトセハ占有者ノ睡眠中ニ在テモ占有權消滅スト論結セサルヘカラサルニ至ルヘシ又占有者ノ死亡又ハ意思能力ノ喪失ハ占有ノ意思ナキモノト云フヲ得ヘキモ之ヲ拋棄シタルニアラサレハ法律上認メテ占有ノ意思消滅シタルモノトナサス故ニ此等ノ場合ハ總テ占有權消滅ノ原因トナラサルナリ換言スレハ占有者ニ拋棄ヲ爲スノ積極的意思アルトキハ消滅ノ原因トナルモ意思ノ不繼續ハ消滅ノ原因ニアラサルナリ

占有權ノ意思ノ拋棄ハ片面的ノモノナルカ故ニ相手方ヲ要セス占有者ニシテ言語又ハ行爲ヲ以テ拋棄ノ意思ヲ表示スルトキハ占有權ハ茲ニ消滅ス然レトモ之カ拋棄ヲ有效ニ爲サントスル者ハ必スヤ行爲能力ヲ有セサルヘカラス何トナレハ拋棄ハ處分行爲ノ一種ナルカ故ニ意思能力ヲ有セサル者又ハ行爲能力ヲ制限セラレタル者ノ爲シタル拋棄ハ完全ノ拋棄ト云フヲ得サレハナリ

以上ハ本人占有ノ場合ニ於ケル意思喪失ノ場合ナリ然レトモ代理人ニ依テ占有ヲ爲ス場合ハ物ノ所持ハ代理人ニ存スルモ占有ノ意思ハ本人カ代理人ヲシテ物ヲ占有セシムル意思ト代理人カ本人ノ爲メニスル意思トノ二ヨリ成立ス故ニ此

二者中其一ヲ缺クトキハ占有ノ意思ハ茲ニ消滅スルモノナルヲ以テ占有權モ亦消滅ニ歸セサルヲ得ス是ニ由テ之ヲ觀レハ代理占有ノ場合ニ於テ意思喪失ニ基ツク消滅原因ハ左ノ二個ノ場合ナリ

(第一) 本人カ代理人ヲシテ占有ヲ爲サシムル意思ヲ拋棄シタルトキ(民法二〇四條一號)本人カ代理人ヲシテ占有ヲ爲サシムルノ意思ヲ拋棄シタルトキハ占有ノ意思ニ欠缺ヲ生スルカ故ニ代理占有モ亦消滅スルコト論ヲ俟タス

(第二) 代理人カ本人ノ爲メニスル意思ヲ改定シタルトキ(民法二〇四條二項) 如何ナル場合ニ代理人ニ意思ノ改定アルヤト云フニ若シ代理人一己ノ考ヲ以テ意思ヲ變更スルトキハ直チニ占有權ヲ喪失スルモノトセハ本人ハ不知ノ間ニ占有ヲ喪失スルノ結果ヲ生シ安シテ代理人ニ占有ヲ委任スルコトヲ得ス故ニ代理人ノ意思ノ改定ノ有效ナルニハ必スヤ積極的ニ本人ニ對シテ其意思ノ改定ヲ表示セサルヘカラス而シテ代理人カ意思ノ改定ヲ爲ス場合ハ之ヲ左ノ二個ニ分ツコトヲ得

(一) 代理人カ自己ノ爲メニ占有スルノ意思ニ改ムルコト

(二) 代理人カ第三者ノ爲メニ占有スルノ意思ニ改ムルコト

右二個ノ意思ヲ本人ニ對シテ表示スルトキハ占有權ハ之ニ因テ消滅ニ歸スルモノトス

所持ノ喪失ニ基ツク消滅原因

第三節　所持ノ喪失ニ基ツク消滅原因

物ノ所持ノ事實ハ占有權成立ノ要素ナルコト前述ヘタル如クナルカ故ニ此所持ノ事實ニシテ消滅スルトキハ占有權モ亦消滅ニ歸スルコト論ヲ俟タス而シテ所持トハ前ニ述ヘタルカ如ク握持ヲ意味スルニアラスシテ物ニ實力ヲ加フルコトヲ得ヘキ狀況ニアルヲ謂フ此所持ノ事實ノ喪失ニ因リ占有權カ消滅スルハ左ノ二個ノ場合ニ限ル

(第一) 所持ノ事實ノ喪失カ繼續的ノモノナルコト

所持ノ事實ノ喪失ニシテ單ニ一時ニ止マルモノナルトキハ占有權ハ直チニ回復ノ見込アリテ實力ヲ加フルコトヲ得ヘキ狀況ニ在ルカ故ニ決シテ消滅スルコトナシ例ヘハ單ニ物ノ所在ヲ忘レ又ハ飼養シタル動物カ逸失シタルノミニテハ其所持ヲ喪失セス發見若クハ歸來ノ望ナキニ至リテ始メテ其喪失ヲ生ス

ルモノナリ

(第二) 事實上ノ支配關係カ直チニ回復スルヲ得サルコト

所持ノ事實ハ縱令繼續的ノ性質ヲ有スルモ直チニ之ヲ回復シ得ヘキ理アルトキハ事實上ノ支配關係ハ未タ消滅スルモノニアラス從テ占有權ノ消滅ヲ來スコトナシ例ヘハ誤テ占有權ヲ他人ニ奪ハレタル場合ニ於テモ其時ヨリ一个年內ニ回收訴權ヲ行使スル以上ハ占有權ハ消滅セサルカ如シ

以上ハ專ラ本人カ物ヲ所持スル場合ニ於ケル消滅原因ヲ說明シタルモノナルカ代理占有ノ場合ニ於テハ代理人カ所持ノ事實ヲ失フトキハ占有權ハ因テ消滅スルヲ原則トス然レトモ代理人カ單ニ所持ノ事實ヲ失フモ本人ニシテ之ヲ支配シ得ヘキ地位ニ在ルトキハ占有權ハ決シテ消滅スルコトナシ

代理占有ノ場合ニ付キ一言スヘキハ代理權ノ消滅ハ引テ占有權ノ消滅ヲ來スヤ否ヤノコト是ナリ抑モ代理權ハ本人又ハ代理人ノ死亡及ヒ意思能力ノ喪失ニ因リ若クハ當事者一方カ代理ヲ解除スルノ意思表示ニ因テ消滅スルモノナリ此時代理權ノ消滅シタル場合ニ於テハ本人カ代理人ニ占有セシムル意思ノ消滅セルモノト認ムヘキヲ以テ若シ代理權消滅ノ原則ヲ嚴格ニ適用スルトキハ代理ノ消滅ト共ニ本人ノ占有權ハ亦消滅ニ歸スルモノト云ハサルヲ得ス然レトモ本人及ヒ代理人ノ死亡若クハ意思能力ヲ喪失スル等ノ事實ハ多ク本人不知ノ間ニ生スルカ故ニ若シ之ニ依リテ直チニ占有權ヲ消滅セシムルトキハ占有權保護ノ趣旨ニ逆フヘク且代理權カ右ニ擧ケタル原因ニ因リ消滅スル場合ニ於テハ占有物ハ之ヲ本人ニ引渡サヽルヘカラス又代理法ノ規定ニ依ルモ代理カ消滅シタルトキハ代理人ハ本人ニ事務ノ引繼ヲ爲スマテハ本人ノ爲メニ相當ノ手續ヲ盡サヽルヘカラサルノ責務アルモノニシテ物ノ引渡ヲ爲スマテハ其所持ニ付テハ代理關係ノ存續スルモノナルヲ以テ代理權ノ消滅アルモ未タ直チニ占有權消滅セリト云フ能ハス本人カ占有權ヲ回復シ又ハ第三者カ新ニ占有ヲ爲スニ至ルマテハ本人ノ占有權ハ依然存續スルモノナリ(民法二四末項)

占有權ノ消滅ニ付キ尙ホ一ノ原因トナルモノアリ即チ占有物ノ滅失是ナリ蓋シ占有權ノ目的ハ物ノ所持ニ在ルカ故ニ其目的物ニシテ消滅スルトキハ占有權ハ當然消滅ニ歸スルモノナリ舊民法ニ於テハ物ノ消滅ヲ以テ明カニ消滅原因ニ加

ヘタルカ新民法ハ特ニ其規定ヲ要セサルモノトナシ之ヲ削除セリ

茲ニ聊カ附言スヘキハ右物ノ滅失若クハ毀損カ占有中ニ生シタルトキハ其責任ハ何人ニ歸スヘキヤ詳言スレハ占有物カ滅失又ハ毀損シタル場合ニ眞正ノ權利者アリテ之ヲ回復シ得ヘキトキハ其損害ニ付キ占有者ハ如何ナル責任ヲ負フヤト云フニアリ民法ハ占有權ノ效力ヲ規定シタル第百九十一條ニ之ヲ規定シタルモ余ハ便宜上茲ニ之ヲ説明セントス

占有權カ占有者ノ故意又ハ過失ニ因ラスシテ滅失スルトキハ其損失ノ負擔ハ危險負擔ニ關スル一般ノ規定ニ從フモノニシテ占有者ノ善意ナルト惡意ナルトニ依リ其責任ヲ區別スヘキ理由ナシ之ニ反シテ占有者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ物カ滅失又ハ毀損シタルトキハ占有者ニ責ムヘキ所アルヲ以テ其損失負擔ニ關シテ規定ヲ爲スノ必要アリ而シテ惡意ノ占有者ハ最初ヨリ他人ノ物ナルコトヲ知リテ占有ヲ爲スモノナルカ故ニ其責ニ歸スヘキ事由ニ因リ物ニ損害ヲ生シタルトキハ之ヲ賠償スヘキコト固ヨリ其所ナリ然レトモ善意ノ占有者ニ至テハ固ヨリ其正當ノ權利ヲ行フコトヲ信スル者ナルカ故ニ之ニ對シ占有權ヲ回復スル

所ノ正當ノ權利者アルモ因テ生シタル總テノ損失ヲ賠償セシムルハ聊カ酷ニ過クルノ虞アリ而モ亦此等ノ占有者ヲシテ不當ニ利得セシムヘカラサルヲ以テ法律ハ善意ノ占有者ハ其滅失又ハ毀損ニ因リ現ニ受クル利益ヲ限リテ賠償ヲ爲ス義務ヲ負フモノトナセリ即チ滅失ニ因リ更ニ變體シテ他ノ物件ヲ生シ又ハ殘存スル物アルトキハ之カ代價ヲ賠償スルノ義務ヲ負フカ如シ

第七章　準占有

上來述ヘタルカ如ク法律ハ有體物ノ事實上ノ支配關係ヲ保護スルカ爲メ占有權ヲ認メテ之ヲ保護セリ既ニ有體物ニ對シテ斯ル保護ヲ與フル以上ハ無體物即チ權利ニ對シテモ亦同一ニ之ヲ保護セサルヘカラス是故ニ羅馬法以來諸國立法例ノ多數ハ皆權利ノ占有ヲ認メ以テ彼此權衡ヲ得セシメタリ然レトモ此權利ノ占有ヲ保護スルノ方法及ヒ如何ナル種類ノ權利ヲ保護スヘキヤノ問題ニ付テハ其軌ヲ一ニセス我舊民法及ヒ佛國民法ニ於テハ占有權トハ有體物ノ所持及ヒ權利ノ行使ヲ謂フト定義シ無體物ニ對シテ占有權ヲ認メタリ然レトモ新民法ニ於テハ占有權ヲ以テ一ノ物權トナセルカ故ニ其權利ノ物體タルモノハ物ナラサルヘ

カラス而シテ物トハ有體物ニ限ルコトハ第八十五條ノ規定ニ依リテ明カナルカ故ニ此主義ニ依レハ占有權ヲ以テ保護セラルヽハ有體物ノ事實上ノ支配關係ニ限ルモノニシテ無體物ノ事實上ノ支配關係即チ權利ノ行使ニ關スル保護ニ付テハ他ニ權利名義ヲ求メサルヘカラス或學者ハ之ニ權利占有ナル名稱ヲ附シタル者アレトモ羅馬法以來ノ慣用語ニ依レハ斯ル場合ニハ準占有ナル名稱ヲ使用シ來リタルヲ以テ新民法ニ於テモ亦之ヲ襲用シ占有權ノ末尾ニ之ヲ掲ケタリ然レトモ占有ト云ヒ準占有ト云フモ權利ノ物體カ一ハ有體物ニシテ他ハ權利ナルノ差異アルノミ

準占有ヲ以テ保護スヘキ權利ノ種類ニ付テハ羅馬法ニ依レハ單ニ有體物ニ付キ役權ヲ行使スルノ權利ヲ認メタルノミ然レトモ中古ノ寺院法、獨逸普通法及ヒ墺地利民法ノ如キハ準占有ノ目的ヲ非常ニ擴張シ獨リ所有權若クハ役權ノミニ止マラス廣ク財產權ハ勿論親族權、宗教上ノ權利即チ親カ子ニ對スル權利、夫カ妻ニ對スル權利ノ如キ又ハ寺院ノ住職若クハ之ヲ選擧スル權利ノ如キ及ヒ公法上ノ權利、爵位又ハ官吏ノ身分等ノ如キモ亦權利ノ行使ニ因テ之ヲ取得スルコトヲ得ヘキモノトナセリ然ルニ羅馬法再興以來學者ハ擧テ此中古ニ於ケル準占有ノ範圍擴張ノ擧ノ不當ヲ鳴セルト又實際上ニ於テ斯ノ如ク廣ク占有ノ目的ヲ認ムルノ必要ナキトノ理由ニ依リ近世ノ學者ハ概ネ財產權ノミカ占有ノ目的トナルコトヲ主張セリ故ニ新民法モ亦此新思想ヲ容レ準占有ノ目的ハ單ニ財產權ノミニ限ルモノトナセリ

斯ノ如ク準占有ノ目的ハ財產權行使ニアリト雖モ此原則ニ對シテハ一ノ制限アルコトヲ注意セサルヘカラス即チ財產權ノ內ニ在テモ所有權、地上權、永小作權及ヒ留置權、質權等ノ如キ物ノ所持ヲ必要トスルモノニ付テハ準占有ヲ以テ保護スルノ限ニアラサルコト是ナリ蓋シ此等諸種ノ權利ハ物ノ所持ト權利ノ行使トノ二個ノ點ヨリ觀察スルコトヲ得ルカ故ニ占有權及ヒ準占有ノ二個ノ權利ヲ以テ保護セラルヽカ如シ然レトモ既ニ物ノ所持ノ事實ニ付キ占有權ヲ以テ保護セラルヽ以上ハ重ネテ準占有ヲ以テ之ヲ保護スルノ必要ナキカ故ニ法律カ準占有ヲ以テ保護スル財產權ノ種類ハ占有權ノ保護ヲ受ケサルモノ即チ債權、地役權、特許權又ハ版權ノ如キ物ヲ以テ其客體トセサル權利ノ行使ニ限ルモノトス

準占有ニハ總テ占有ニ關スル規定ヲ準用ス(民法第二〇五)茲ニ準用ト謂フハ適用ト其意義ヲ異ニスルモノニシテ即チ適用トハ彼ノ規定ノ總テヲ取リテ此規定トナスモノナレトモ之ニ反シテ準用トハ彼ノ適用シ得ヘキ規定ハ此ニ適用シ、適用シ得サルモノハ其趣旨ニ從テ此ニ適用スルモノヲ謂フ從テ其性質ヲ異ニスル規定ノ如キハ全ク之ヲ適用スルヲ得サルナリ例ヘハ占有權ノ目的物ニシテ動產ナルトキハ竊取又ハ遺失ノ場合ニ於ケル規定アルモ權利ニ付テハ此等ノ事實ヲ生スルコトナキカ故ニ此規定ヲ適用スルコトナキカ如シ

茲ニ注意スヘキハ民法ハ準占有ヲ占有權ニ次キ物權編中ニ規定シタリト雖モ決シテ之ヲ物權ト認メタルコアラスシテ其性質ノ占有權ニ類似シ且占有權ニ關スル規定ヲ準用スルヲ得ルヲ以テ便宜上茲ニ規定シタルニ過キス故ニ物ヲ以テ客體トセサル權利即チ特許權、版權及ヒ債權ノ行使ノ如キハ之ヲ以テ物權ノ行使ト云フコトヲ得サルモノトス

所有權總說

第三編　所有權

第一章　總說

所有權ノ定義

第一節　所有權ノ定義

所有權ノ定義ニ付テハ古來ノ學者各其所說ヲ異ニシ今日ニ至テモ未タ一定セス然レトモ近世多數ノ立法例及ヒ學者ノ唱フル所ニ依レハ所有權トハ自由ニ物ヲ使用シ處分シ及ヒ收益スル權利ナリト定義シ現ニ舊民法ノ如キハ此定義ヲ採用セリ然レトモ使用、收益及ヒ處分ノ三權ハ素ト所有權ノ本體ニアラスシテ其作用ナルカ故ニ右ノ定義ハ結果ヲ以テ原因ヲ說明セントスルモノニシテ畢竟因果ノ關係ヲ顚倒シタルノ誤アルヲ免カレス加之此定義ニ依レハ所有權ハ恰モ使用、收益、處分ノ三權集合シテ成立スルモノトナスカ故ニ其一ヲ失フトキハ亦所有權ヲ喪失スルカ如キ觀アルモ所有物ノ質入又ハ貸與ニ因リ使用若クハ收益ノ權ヲ失フモ爲メニ所有權ヲ喪失スルコトハ法理上實際上ノ何レヨリモ之ヲ想像スルコトヲ得サルカ故ニ此定義ハ未タ所有權ノ實質ヲ表彰シタルモノト云フコトヲ得サルナリ新民法ハ所有權ノ定義ハ之ヲ學說ニ讓リ其第二百六條ニ於テ單ニ所有權ノ效果ヲ規定セルノミ曰ク「所有者ハ法令ノ制限內ニ於テ自由ニ其物ノ使用、收益及ヒ處分ヲ爲ス權利ヲ有ス」ト此規定ニ依レハ未タ所有權ノ實質ヲ知ルヲ得ス

ト雖モ新民法ニ於ケル所有權ノ規定ノ順序ヲ觀察スレハ略ホ其本質ノ一班ヲ知ルニ足ルヲ以テ以下試ニ之ヲ說明スヘシ

先ツ所有權ノ法典上ノ位置ヲ見ルニ之ヲ物權編ノ第三章ニ規定セリ故ニ所有權ハ物權ノ一種ニシテ物ノ上ニ行使スル權利ナルコト明カナリ物權ニハ事實上ノ支配關係ヲ目的トスルモノト法律上ノ支配關係ヲ目的トスルモノトノ二種アリ其事實上ノ支配關係ヲ目的トシテ之ヲ保護スルモノハ占有權ト稱スルコト前ニ述ヘタルカ如クナルヲ以テ所有權ハ即チ法律上ノ支配關係ヲ保護スルモノナルコト理ニ於テ疑ヲ容レサルナリ又新民法ハ占有權及ヒ所有權ノ外尙ホ七種ノ物權ヲ認メタリ即チ第四章地上權乃至第十章抵當權是ナリ然レトモ此等ノ物權ハ皆一定ノ目的若クハ或部分ヲ限テ物ヲ支配スル權利ニシテ其制限ヲ超エテハ物權ヲ以テ保護セラルヽコトナシ之ニ反シテ所有權ヲ有スル者ハ法令ノ制限ヲ受ケサル以上ハ所有物ニ付キ使用收益スルハ勿論之ヲ處分スル權利ヲ有スルカ故ニ所有權ハ法令ノ範圍內ニ於テ物ノ總括的支配關係ヲ爲ス所ノ權利ヲ謂フモノナルコト自ラ明カナルヘシ而シテ此總括的支配關係ハ之ヲ分テ消極及ヒ積極ノ二種トナスコトヲ得積極的支配關係トハ所有者自己ノ意思ヲ以テ自由ニ物ヲ處分スルヲ得ルノ權利ヲ謂ヒ消極的支配關係トハ自己ノ意思ニ反シテ權利ヲ侵サレサルノ權利ヲ謂フ

斯ノ如ク所有權トハ物ノ上ニ完全ナル支配關係ヲ有スル權利ヲ謂フモノナルカ今此性質ニ基ツキ所有權ノ效果ヲ說明スヘシ

(第一) 目的物ヲ使用スル權利ヲ有ス

物ヲ使用スルノ權トハ性質及ヒ本體ヲ變スルコトナクシテ之ヲ自己ノ利用ニ供スルコトヲ謂フ

(第二) 目的物ヲ收益スルノ權利ヲ有ス

收益ハ廣義ニ於ケル使用ノ結果ニ外ナラサルモ茲ニ所謂收益ハ此意義ニアラスシテ果實ヲ取得スルノ權利ヲ謂フナリ而シテ果實ニハ天然ノ果實及ヒ法定ノ果實ノ二アリ(民法八八)例ヘハ土地ニ繁茂スル雜草ノ如キハ天然ノ果實ニシテ貸金ニ生スル利息ノ如キハ法定ノ果實ナリ而シテ此二種ノ果實ハ共ニ收益權ノ目的トナルモノナリ

（第三）物ヲ處分スルノ權利ヲ有ス

處分ニハ事實上ノモノト法律上ノモノトノ二アリ事實上ノ處分トハ物ノ性質ヲ變シ物ヲ毀損シ又ハ之ヲ消滅セシムル權利ヲ謂ヒ法律上ノ處分トハ物ノ權利ヲ第三者ニ移轉シ又ハ權利ヲ變シテ更ニ新ナル權利ヲ設定スルヲ謂フ所有權ハ此二種ノ權利ヲ包含スルモノナレトモ就中其特別ナルモノヲ事實上ノ處分トス蓋シ法律上ノ處分ニ至テハ債權者若クハ他物權者モ亦此權ヲ有ス（例ヘハ債權ヲ讓渡シ又ハ永小作權ヲ讓渡シ若クハ無記名債券ヲ質入スルヲ得ルカ如シ）ルモノニシテ唯其範圍ニ廣狹ノ差アルノミナレトモ事實上ノ處分權ハ獨リ所有權ニ特有ナルモノニシテ他ノ物權者ノ如キハ決シテ之ヲ有スルコトヲ得サルナリ

（第四）物ヲ占有スルノ權利ヲ有ス

所有者ハ其所有物ニ對シ事實上ノ支配關係ヲ有スルモノナルカ故ニ第三者ニ對シテ所有權ヲ取回シ又ハ第三者カ之ニ妨害ヲ加ヘントスル場合ニハ其妨害ヲ排除スルコトヲ得ルモノナリ

以上述ヘタル所ニ依レハ所有權ハ物權中ノ最モ完全ナル權利ナリ然レトモ此權利ハ常ニ無限ニ行使シ得ルモノニアラスシテ法律カ認メテ第三者ヲ害シ社會ノ公益ニ反スルモノトシテ制限シタル場合ニハ必スヤ其制限ニ從ハサルヘカラス抑モ權利ハ法律ノ創定ニ係ルモノニシテ法律ナクンハ權利ノ存スル理由ナシ論者或ハ權利ハ法律ノ創定スルモノニアラスシテ人格ニ伴フ自然ノ結果ナリト主張スル者アリ然レトモ是レ權利ヲ空想的ニ作成セントスルモノニシテ苟モ法律ノ觀念ヲ有シ權利ノ本質ヲ知ル者ノ口ニセサル所ナリ權利ノ成立ニシテ既ニ法律ノ創定ニ係ル以上ハ亦法律ノ制限ニ從ハサルヘカラサルヤ論ヲ俟タス今其一例ヲ擧クレハ土地收用法、徵發令ハ所有者ノ意思ニ反シテ所有權ヲ奪取スルモノナリ又高樓ヲ建築シテ他人ノ土地ヲ害スルヲ許サヽルカ如キ狩獵規則、車稅則、旅店營業規則ノ如キ皆所有權ヲ制限スルモノニアラサルナシ是レ前顯第二百六條ニ於テ「法令ノ制限內ニ於テ」云々ト規定シタル所以ナリ茲ニ所謂法令トハ憲法上ノ形式ヲ經テ發布セラレタル法律ハ勿論總テノ行政命令ヲモ包含セラルヽモノナリ論者或ハ此第二百六條ノ規定ヲ以テ憲法第二十七條ニ違背スルモノナリト主張スル者アリ其趣旨ニ曰ク「憲法ノ規定

ニ依レハ所有權ハ法律ノ規定ニ依ラスシテ之カ制限ヲ受クルコトナシ然ルニ民法ノ規定スル所ニ依レハ法律命令ノ何レヲ以テモ之ヲ制限スルヲ得ルカ如シ是レ二法ノ規定ノ牴觸ニアラスシテ何ソヤ」ト然レトモ論者ノ說ハ事ノ本末ヲ混同シタルモノニシテ取ルニ足ラス何トナレハ民法第二百六條ニ所謂命令トハ法律ノ範圍內ニ於テ規定シタル行政命令ヲ謂フモノナリ良シ假ニ憲法ニ違背スル命令ナリトスルモ大權ノ委任ニ因リテ爲シタル行政命令ナレハ其命令ノ取消サルルマテハ臣民ハ之ヲ遵守スルノ義務アルモノナレハ私法上ノ權利タル所有權ハ固ヨリ其制限ヲ受クヘキモノナリ

所有權ノ範圍

第二節　所有權ノ範圍

所有權トハ物ノ上ニ行使スル總括的權利ヲ謂フコト既ニ述ヘタル所ノ如シ然ラハ所有權ハ目的物ノ如何ナル範圍ニ及フヤト云フニ通常動產物ノ如キハ之カ區域ヲ定ムルコト極メテ容易ナリト雖モ土地ノ如キ不動產ニ至テハ單ニ地表ノ坪數ノミヲ以テ其範圍ヲ定ムルコトヲ得ス從テ前ノ定義ノミヲ以テハ未タ所有權ノ及フ範圍ヲ知ルコトヲ得ス是レ余カ本節ニ於テ更ニ所有權ノ範圍ヲ講スル所以ナリ

元來動產物ハ前ニ一言セシカ如ク各獨立シテ一體ヲ成スモノナルカ故ニ所有權ノ範圍明確ニシテ使用收益ノ限度ヲ知ルコト易シ又不動產ニ付テモ家屋ノ如キハ動產ト同一ノ形體ニ於テ存立スルモノナルカ故ニ所有權ノ範圍ヲ知ルコト甚タ難カラス之ニ反シテ土地ニ至テハ所有權ノ範圍ヲ定ムルコト最モ困難ニシテ從テ學者間ニ議論ナキヲ得ス或ハ土地ノ所有權ハ其表面ノミニ止マルト主張シ或ハ地表ハ勿論地上、地下ニモ及フト論スル者アリ而シテ其地上、地下ニ及フトノ論說ニ於テモ亦其範圍ヲ異ニス民法ハ近世ノ學說及ヒ立法例ニ鑑ミ所有權ノ範圍ハ土地ノ上下ニ及フモノトナセリ故ニ今土地ノ所有權ヲ分析スルトキハ左ノ三個トナスコトヲ得

第一、地球ノ表面上ノ一部分ヲ支配スルコト

第二、地上ニ存在スル空間ヲ支配スルコト

第三、地表ノ下ニ於ケル土地ノ內部ヲ支配スルコト

是ニ由テ之ヲ觀レハ土地ノ所有權ハ上ハ無窮ノ蒼空ニ達シ下ハ地球ノ中心ニ及

フト云フコトヲ得ヘシ土地所有權ハ斯ノ如ク廣大ナリト雖モ若シ之ヲ無限ニ行使セシムルトキハ社會ノ公益ヲ害シ個人ノ私益ヲ妨クルコト尠ナカラス故ニ法律ハ一ハ公益上ヨリ他ハ私益上ヨリ之ニ制限ヲ加ヘタリ公益上ノ制限トハ例ヘハ土地所有者ハ其地軸マテハ總テノ物ニ對シ所有權ヲ有スルカ故ニ又地中ニ存在スル鑛物ニ對シテモ權利ヲ有シ之ヲ採掘スルト否トハ其自由ニ任セサルヘカラス然レトモ斯ノ如キハ社會財產ノ增殖ヲ妨クルノ弊アルノミナラス鑛物ノ採掘ハ大資本ヲ要シ且鑛脈ハ各所ニ涉ルモノナルカ故ニ各所有者獨立シテ之ヲ採掘スルコトヲ得ス故ニ鑛物ニ付テハ之ヲ國家ノ有トナシ國家ハ自ラ之ヲ採掘シ又ハ更ニ適當ト認ムル私人ニ之カ採掘ヲ認可スルモノトス其他砲臺ノ近傍ニハ或建物ヲ建設スルヲ禁スルカ如キ皆公益上ノ理由ニ基ツキ所有權ノ範圍ヲ制限シタルモノナリ次ニ私益上ノ制限トハ例ヘハ所有權者ニシテ所有權ノ範圍カ土地上下ノ無限ニ及フヲ恃ミ高ク樓屋ヲ建設スルトキハ近隣者ノ迷惑少ナカラス又深ク土地ヲ掘鑿スルトキハ崩壞ノ恐レアルカ故ニ法律ハ此等他人ヲ害シテ權利ヲ行フコトヲ許サヽルカ如シ

斯ノ加ク土地所有權ノ範圍ハ公益上及ヒ私益上ヨリ法律ノ制限ヲ受クルノミナラス又事實上ヨリ之カ制限ヲ受クル場合アリ換言スレハ土地ノ性質上自然ニ生スル制限アリ即チ左ノ如シ

第一、能力上ノ制限　所有權ノ及フヘキ範圍ハ人力ノ及フ所ヲ限度トス例ヘハ空中氣滿クシテ人力ノ及ハサル場所ニハ事實上所有權ヲ及ホス能ハサルカ如シ

第二、經濟上ノ制限　物ニ所有權ヲ與ヘテ之ヲ保護スルハ實際上ノ需要ニ應シ利益ヲ得セシメンカ爲メナリ然ルニ物ハ使用ニ因リテ消耗スルモノナレハ過度ノ使用ヲ爲スコトヲ許サス

以上說述シタル制限ニ觸レサル以上ハ所有者ハ所有物ニ對シ自由ニ權利ヲ行使スルコトヲ得ルモノナリ

一ノ家屋ノ所有權ニシテ一人ニ專屬スルトキハ其所有權ノ範圍ヲ知ルハ容易ナリト雖モ歐洲諸國ノ現狀ニ徵スレハ市街地ハ獨リ外觀ノ宏壯ヲ裝フ爲メノミナラス地價ノ高額ナル爲メ必要上高樓ヲ建設シ之ヲ上下或ハ左右ニ區分シテ數人

カ其區別セル部分ヲ所有スル場合往々ニシテ之アリ我國ニ於テモ將來斯ノ如キ現象ヲ生スルハ社會進歩ノ趨勢上免カレサル所ナリ加之我國ノ現狀ニ於テモ彼ノ棟割長屋ト稱スル建物ノ如キハ一棟ノ建物ヲ數人ニ區分シテ各其一部ヲ所有スルコトアルヲ以テ此等ノ場合ニ於テ其一部ノ所有者カ有スル所有權ノ範圍ニ付キ屢〻紛議ヲ生スルコトアルヲ免カレス故ニ法律ハ特ニ此場合ニ於ケル權利關係ヲ規定セリ今其重ナルモノヲ擧クレハ左ノ如シ

(第一) 共用部分ニ付テハ獨立シタル建物ニ於ケルカ如ク完全ナル支配權ヲ有ス」

此關係ハ建物ノ區分所有權ヲ認メタル以上當然生スヘキ結果ナリ故ニ舊民法ハ財産編第四十四條ニ於テ特ニ此權アルコトヲ規定シタルモ新民法ハ別ニ之ヲ明定セス

(第二) 共用スヘキ部分アルトキハ其部分カ建物ノ一分ナルト之ニ附屬スル物ナルトヲ問ハス共有權アリト推定ス

所謂建物ノ共用部分トハ入口、廊下ノ如キヲ謂ヒ又建物ノ附屬物ノ共用部分トハ門、共用ノ物置又ハ塵溜若クハ用水鐵管ノ如キヲ謂フモノニシテ總テ共同シテ使用スヘキ部分ヲ謂フ此等ハ區分所有者ノ共有ト推定ス然レトモ是レ法律上ノ一應ノ推定ナルカ故ニ若シ共有者ノ一人ノ所有ニ專屬スルトキハ其反證ヲ擧ケテ此推定ヲ破ルコトヲ得ヘシ

(第三) 共用部分ノ修繕其他ノ費用ハ共用者各自ノ所有部分ニ應シテ之ヲ分擔ス」

此規定ハ物ニ付キ利益ヲ受クル者ハ其損害ヲモ負擔セサルヘカラストノ原則ノ適用ニ外ナラス修繕ノ費用トハ讀テ字ノ如ク又其他ノ費用トハ租稅其他ノ公課等ノ如シ而シテ此費用負擔ノ標準ニ付テハ古來學說二アリ即チ分頭割及ヒ持分割是ナリ然レトモ共用部分ノ費用負擔ノ方法ハ持分割トナスヲ可トス何トナレハ其持分多額ナルニ從ヒ利益ヲ得ルコト多ケレハナリ故ニ民法第二百八條第二項ハ共用部分ノ修繕其他ノ費用ハ之ヲ持分割トナシ其價格ヲ標準トシテ負擔額ヲ定ムルモノトセリ而シテ此費用ハ其共用部分ノ共有ナルト一人ノ共用者ニ專屬スルトニ拘ハラス常ニ其持分ニ應シテ分擔スルモノナリ

第三節 所有權ノ制限

第一款 總論

所有權ノ制限 總論

所有權ハ前述ヘタルカ如ク物ノ上ニ行使スル所ノ總括的支配關係ナルカ故ニ其權利者ハ自由ニ目的物ヲ使用、收益又ハ處分スルノ權アルヘク決シテ其行使ニ付キ他人ヨリ牽制ヲ受クルコトナシ然レトモ各人自由ニ自己ノ權利ヲ行使シテ相讓ラサルトキハ二個ノ所有權ノ存立スル所互ニ抵觸ヲ生スルモノアリテ優者ノミ獨リ權利ノ行使ヲ專ラニシ劣者ハ袖手傍觀セサルヲ得サルニ至リ所有權ノ保護ハ遂ニ其實ヲ失フニ至ルヘシ故ニ所有權ニモ亦一定ノ制限ヲ加ヘ適當ノ範圍內ニ於テ之カ行使ヲ許シ以テ相互ノ抵觸ヲ防クノ必要ヲ生ス從來學者ノ說明スル所ニ依レハ此制限ニ二種アリ即チ强制的制限及ヒ任意的制限是ナリ任意的制限トハ所有者カ其意思ニ因テ所有地ニ地上權又ハ地役權ヲ設定シテ所有權ノ效果タル使用、收益、處分ノ一或ハ二ヲ制限スル場合ナリ又强制的制限トハ砲臺近傍ニ於テハ或種ノ建物ヲ造ルコトヲ許サヽルカ如キ又隣地ヨリ自然ニ流出スル水ヲ防止スルコトヲ得サルカ如キ是ナリ舊民法ハ此學說ニ從ヒ二個ノ制限ヲ法文ニ現ハサンカ爲メ財產編第三十條第三項ニ於テ所有權ハ法律又ハ合意若クハ遺言ニ依ルニアラサレハ之ヲ制限スルコトヲ得スト規定セリ然レトモ所有者カ自己ノ任意ヲ以テ其權利ヲ制限スルハ是レ處分權ヲ行使シタルニ外ナラサルカ故ニ所有權直接ノ制限ト云フコトヲ得ス眞ニ所有權ノ制限ト稱スヘキモノハ獨リ强制的制限ノミニ止マルモノナリ

所有權ヲ强制的ニ制限スル場合ハ國家又ハ社會ノ爲メニスル場合ト一私人ノ利益ノ爲メニスル場合トノ二種ニ區別スルコトヲ得即チ土地收用法ニ依リ所有者ノ意思ニ反シテ不動產ヲ收用スルカ如キ又徵發令ニ依リ所有者ノ意ニ反シテ動產ヲ徵發スルカ如キ又可燃性及ヒ爆發シ易キ物ハ人家稠密ノ場所ニ貯藏スルヲ禁スルカ如キ皆是レ國家又ハ社會公益ノ爲メニ一個人ノ所有權ヲ制限スルモノナリ又隣家窓戶ノ光線ヲ遮斷スル建物ヲ造ルヲ禁シ若クハ隣地ヨリ自然ニ流出スル水ヲ受クル義務ノ如キ私人ノ利益ノ爲メニ所有權ヲ制限シタルモノナリ而シテ國家又ハ社會公益ノ爲メニスル所有權ノ制限ハ一個人ト國家トノ關係ナルヲ以テ之カ制限ニ關スル規定ハ公法ノ範圍ニ屬シ民法ニ規定スヘキモノニアラス民法ノ規定ニ依リ制限ヲ受クヘキモノハ獨リ一私人ノ利益ノ爲メ所有權ヲ制限スル場合ノミ故ニ余モ亦民法ノ規定ニ依リ私益上ノ制限ノミニ付キ講述スヘ

シ

私益ノ爲メ動産物ノ所有權ヲ制限スル場合ハ殆ト是レ無シト云フモ過言ニアラス又不動産ノ所有權ヲ制限スルハ唯相隣者ノ利益ノ爲メニスルノ場合アルノミ而シテ此制限ヲ以テ法律上ノ地役トナス者アリテ舊民法ノ規定ノ如キハ全ク此說ヲ採用シタルモノナリ然レトモ前ニ述フルカ如ク地役ハ素ト一種ノ物的役權ニシテ或特種ナル權利取得ノ所爲ニ因リ他人ニ屬スル物上ニ有スル所ノ權利ナリ故ニ此地役權ハ相隣者ノ利益ノ爲メニ認メラルヽ所有權ノ制限ノ如ク當然土地ニ附屬スヘキモノニアラサルナリ從テ此制限ヲ以テ地役ト稱スルハ未タ妥當ヲ得タルモノニアラス是レ民法カ之ヲ所有權ノ限界中ニ規定シ地役中ニ規定セサリシ所以ナリ

土地ノ使用ニ關スル制限

第二款　土地ノ使用ニ關スル制限

抑モ吾人カ或區域ノ土地ヲ所有スル以上ハ之ニ對シテ使用、收益、處分ヲ爲スコトヲ得ルハ所有權ノ性質上當然ノ結果ナルヲ以テ此區域ノ疆界線ニ接シテ建造物ヲ築造シ若クハ修繕スルハ其自由ナリト雖モ此築造或ハ修繕ヲ爲スニ付テハ隣地ヲ使用スルノ必要ナシトセス然ルニ其隣地ノ使用ニ付テハ必ス隣地所有者ノ承諾ヲ要スルモノトセハ若シ之カ承諾ナキトキハ土地所有者ハ其疆界線ニ接シテ建造物ヲ設クルコトヲ得スシテ疆界線ヨリ其築造若クハ修繕ニ必要ナル土地ヲ隔テサルヘカラス斯ノ如ク疆界線ヨリ一定ノ距離ヲ存スルニアラサレハ建造物ヲ築造スルコトヲ得サルモノトセハ兩地ハ各疆界線ヲ隔テヽ多少ノ空地ヲ存スルコトヲ要シ又一旦之カ築造ヲ終ルモ後日修繕ヲ要スルニ際シ隣地ヲ使用スルコトヲ得ストセハ其建造物ヲ頹敗ニ委スルノ已ムナキニ至ルヘシ是レ唯リ所有者ノ不利益タルノミナラス國家經濟上ニ於テモ亦不利タルヲ免カレス故ニ法律ハ或特定ノ場合ニ於テ幾多ノ制限ヲ付シ隣地ニ對スル使用權ヲ認メタリ即チ民法第二百九條ニ依レハ隣地ヲ使用シ得ヘキ場合左ノ如シ

(第一)　疆界線若クハ其近傍ニ於テ牆壁又ハ建物ヲ建設シ或ハ修繕スル場合

(第二)　築造又ハ修繕ノ爲メ隣地使用ノ必要ナル場合

右二個ノ場合ニ於テハ隣地使用權ヲ生ス然レトモ此使用權ヲ認ムルカ爲メニ隣地ノ所有權ヲ無視スヘカラス故ニ此使用ニ付テハ四個ノ制限ヲ設ケタリ即チ左

ノ如シ

(第一) 隣地ヲ使用スル者ハ所有者ナルコトヲ要ス

隣地使用權ハ所有權ノ結果トシテ發生スルモノナリ故ニ質權、抵當權ノ如キ他物權ヲ有スル者ハ隣地使用權ヲ行フコトヲ得ス尤モ代理人ハ本人ノ權利トシテ此使用權ヲ行フコトヲ得ルヤ論ヲ俟タス

(第二) 隣地所有者ノ許諾ヲ求メ若シ其許諾ヲ與ヘサルトキハ法廷ニ訴ヘ隣人ヲシテ其義務ヲ承諾セシムルコトヲ要ス

土地ノ所有權ニ對シ妄リニ隣地使用權ヲ認ムルトキハ其規定ヲ恃ミ必要以外ニ出テ或ハ腕力ニ訴ヘテ此權利ヲ行使シ若クハ防止スルノ擧動ニ出ツルナキヲ保セス斯ノ如キハ相隣者ノ平和ヲ害スルモノナルカ故ニ隣地ノ使用ヲ爲サントスル所有者ハ先ツ隣地所有者ノ承諾ヲ得ルコトヲ要シ若シ不當ニ其義務ヲ拒ミタルトキハ始メテ其承諾ヲ得テ强制シテ之ヲ使用スルコトヲ得ヘシ

(第三) 住宅ノ使用ハ隣人ノ承諾アル場合ノ外之ヲ許サス

住宅ハ如何ナル必要アルモ土地ト同シク隣人ノ承諾ナクシテ之ヲ使用スルヲ得ス蓋シ家屋ノ使用ヲ許ストキハ一家ノ安寧及ヒ祕密ハ全ク損セラレ其弊害ノ及フ所却テ隣地使用權ヲ許サヽルノ優レルニ若カサルモノアレハナリ

(第四) 使用ニ因テ隣地ニ損害ヲ生セシメタルトキハ之ヲ賠償スルコトヲ要ス

法律カ隣地使用權ヲ認メタルハ已ムヲ得サルニ出テタルモノナリ故ニ其土地ノ使用タルヤ素ト法律上認メラレタル權利ノ行使ニ出ツルト雖モ之カ爲メ隣人ニ損害ヲ被ムラシメタルトキハ使用者ハ必ス之ヲ賠償セサルヘカラス

第三款　通行權ニ關スル制限

通行權ニ關スル制限

通行權トハ一ノ土地ノ所有者カ其隣地ヲ通行スルコトヲ得ル權利ヲ謂フ抑モ所有權ハ物權中最モ完全ナルモノニシテ原則上制限ヲ受クルコトナシト雖モ隣地ヲ通行セサルトキハ公路ニ達スルコトヲ得サル場合若クハ之ヲ得サルニアラサルモ池沼、河渠若クハ海洋ニ由ラサルヲ得サルカ如キ場合ニ於テ若シ隣人ノ承諾ナケレハ其土地ヲ通行スルコトヲ得ストナストキハ此等不便ナル土地ノ利用ハ一ニ隣人ノ意思ニ因テ左右セラレ若シ其承諾ナキトキハ之カ利用ハ全ク廢絶ニ歸セサルヘカラス斯ノ如キハ啻ニ土地所有者ノ不利益ノミナラス國家經濟ヲ害

スルコト勿ナカラス故ニ法律ハ比隣地ノ所有權ニ制限ヲ付シ之カ通行權ヲ認メタルモノナリ

隣地通行權ハ民法第二百九十條ノ認ムル所ニシテ左ノ場合ニ限ル

(第一) 一ノ土地カ他ノ土地ニ圍繞セラレテ公路ニ達スルコトヲ得サル場合ニ限ル

(第二) 池沼、河渠若シハ海洋ニ由ルニアラサレハ公路ニ達スルコトヲ得サル場合ニ限ル

右第一ノ場合ハ之ヲ袋地ト稱シ四面隣地ヲ以テ圍繞セラルヽモノナルカ故ニ公路ニ達スルニハ必スヤ隣地ヲ通行セサルヘカラス之ニ反シテ第二ノ場合ニ在テハ隣地ヲ通行セサルモ全ク通路ナキニアラス然レトモ此等水面ニ接スル場所ハ橋梁若シハ舟筏ニ由ルニアラサレハ公路ニ達スルヲ得ヘカラス暴風雨アレハ交通ヲ杜絶セラレ橋梁ヲ架セント欲スルモ其費用莫大ニシテ到底一個人ノ資力ヲ以テ爲シ能ハサル所ナルカ故ニ若シ隣地ノ通行權ヲ認メサルトキハ其土地ノ利用ヲ減セラルヽコト恰モ袋地ニ於ケルト異ナルナシ是レ法律カ此場合ニ通行權ヲ認ムル所以ナリ但水面ノ幅員甚タ狹クシテ容易ニ公路ニ達シ得ヘキトキハ此權ヲ認メサルヤ論ヲ俟タス

(第三) 公路ニ接シ崖岸アリテ土地ト公路ト著シク高低ヲ爲ス場合

此場合ニ於テ公路ニ通セントスルニハ崖岸ヲ掘リ下ケサルヘカラス斯ノ如キハ莫大ノ費用ヲ要スルモノニシテ一個人ノ資力ノ能ク企テ及フ所ニアラス故ニ法律ハ此場合ニ於テモ土地ノ利用ヲ全カラシメンカ爲メ隣地通行權ヲ認メタルモノナリ

以上三個ノ場合ニ於テハ法律ハ隣地通行權ヲ認ム然レトモ素ト是レ已ムヲ得サルノ必要ニ出ツルモノナルカ故ニ此權利ヲ行使スルニ當テハ成ルヘク隣地ノ損害ヲシテ少ナカラシムル方法ヲ擇ハサルヘカラス故ニ民法第二百十一條ハ通行權行使ノ場所及ヒ方法ニ付キ制限ヲ付セリ即チ左ノ如シ

(第一) 通行權ヲ有スル人ノ爲メニ必要ナル限度内ニ於テ隣地ヲ使用セサルヘカラス

(第二) 圍繞地ノ爲メ損害最モ少ナキモノヲ擇ハサルヘカラス

法律上既ニ袋地ノ利用ヲ保護センカ爲メ隣地通行權ヲ認メタル以上ハ其權利ヲ全ウスルノ手段ヲ許サヽルヘカラス故ニ隣地ニ高低若クハ牆柵アルカ又ハ雜草等ノ繁茂スルモノアルトキハ之カ開鑿又ハ芟除ヲ爲ス等自己ノ費用ヲ以テ專ラ通路ノ開設ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(民法一二一條)又隣地通行權ハ袋地利用ノ爲メ之ヲ認メタルモノナルカ故ニ其通路ノ修繕又ハ之ヲ維持スルニ必要ナル費用ハ勿論袋地所有者ニ於テ之ヲ支辨セサルヘカラサルノミナラス若シ通行權ノ行使上圍繞地ニ損害ヲ加ヘタルトキハ之ヲ賠償スルノ義務アリ而シテ此圍繞地ニ生スル損害ニハ一時ノモノアリ又永久ノモノアリ即チ樹木ヲ伐採シ牆柵ヲ取除クカ如キハ一時ノ損害ニシテ斯ル損害ハ一時ニ之ヲ賠償セサルヘカラス之ニ反シテ土地ノ所有權ヲ失ハシムルヨリ生スル損害ノ如キハ永久ノ損害ニシテ斯ル損害ニ對シテハ一年毎ニ償金ヲ支拂フヘキモノトス(民法一二二條)

隣地通行權ヲ認メタルハ前屢述フルカ如ク權利ノ保護上已ムヲ得サルニ出ツルモノナレハ若シ土地所有者ノ故意又ハ過失ニ因リテ袋地ヲ生シタル場合ニ於テハ其圍繞地ニ對シテ通行權ヲ求ムルコトヲ得ス故ニ土地ノ分割又ハ一分ノ讓渡ニ因リ袋地ヲ生シタルトキハ是レ分割者又ハ讓渡人若クハ讓受人ノ故意又ハ不注意ニ出テタルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ他人ノ土地ニ對シテ通行權ヲ請求スルコトヲ得ス然レトモ他ノ分割者又ハ讓受人カ讓渡人ノ土地ヲ通行スルコトハ之ヲ許シタルモノト推定シ得ヘキカ故ニ此場合ニ於テハ他ノ分割者又ハ讓渡人若クハ讓受人ノ土地ノミヲ通行スルコトヲ得ヘク而シテ第二百十二條ニ規定セル償金ヲ支拂フノ必要ナキナリ(民法一二三)

流水ニ關スル制限

第四款　流水ニ關スル制限

所有權ハ目的物ニ對シテ完全ナル權利ヲ有スル原則ノ適用トシテ隣地ヨリ自然ニ流出スル水路モ亦自己ノ所有地ニ於テ之ヲ杜絶シ又ハ之ヲ貯藏スルコトヲ得ルヤ當然ナルカ如シ然レトモ斯ノ如ク水路ヲ杜絶スルトキハ高地ニハ水ノ停滯ヲ來シ、衛生ヲ害シ、耕耘ヲ妨クルノ恐レアルヘク又水ヲ貯溜スルトキハ低地ノ危險少ナカラス故ニ此場合ニ於テハ公益上所有者ノ權利ヲ制限シ此等ノ危害ヲ防クノ必要アリ是レ諸國法典カ皆流水ニ關スル所有權ノ制限ヲ設クル所以ニシテ我民法モ亦第二百十四條以下第二百二十二條ニ之ヲ規定セリ而シテ此制限ハ更

ニ水ノ疏通ニ關スル制限ト水ノ使用ニ關スル制限トニ區別スルコトヲ得以下項ヲ分テ之ヲ說明スヘシ

第一項　水ノ疏通ニ關スル制限

水ノ疏通ニ關スル制限ハ亦之ヲ自然ノ疏通ニ關スル制限及ヒ人爲ノ疏通ニ關スル制限ノ二ニ分ツコトヲ得ヘシ

水ノ疏通ニ關スル制限

(甲) 自然ノ疏通ニ關スル制限

人ノ行爲ニ因ラスシテ水ノ疏通スルハ寧ロ自然ノ事爲ニ屬スルヲ以テ何人トテ雖モ其結果ヲ妨クヘカラス故ニ土地ノ所有者ハ隣地ヨリ自然ニ流出スル水ヲ妨クルコトヲ得サルハ諸國法律ノ均シク認ムル所ニシテ民法モ亦第二百十四條ニ之ヲ認メタリ而シテ茲ニ所謂隣地トハ必スシモ高地ノミヲ指示スルモノニアラス蓋シ水ハ高キヨリ低キニ就クハ自然ノ通性ナリト雖モ土地ニ高低ナキ場合若クハ低地ニ水カ漲溢スルトキハ自然高地ニ流ルヽコトナシトセス流水ニ關スル制限ハ此等ノ場合ヲモ包含スルモノナリ然ルニ舊民法財產編第二百二十四條第一項ハ低地ノ所有者ハ自然高地ヨリ流下スル雨水及ヒ井水ヲ受クルノ義務アリト規定セルカ故ニ低地ノ溢水カ高地ニ流出スルトキハ高地所有者ハ法律ノ制限ヲ受ケサルニ至リ從テ損害要償權ヲ生スルカ如キ觀ヲ生セリ故ニ我民法ハ單ニ隣地ト規定シ此等總テノ場合ヲ包含セシメタルモノニシテ遙ニ舊法ノ規定ニ優ル所ナリ

土地ノ所有者カ隣地ヨリ自然ニ疏通スル水ヲ受クルノ制限ヨリ生スル重ナル結果ヲ擧クレハ左ノ如シ

(イ) 土地ノ所有者ハ自己ノ土地ヨリ自然隣地ニ流出スル水ヲ防止スルノ責任ナシ但地役ニ因リ其水ヲ受ケサルコトヲ約シタルトキハ此限ニ在ラス

(ロ) 土地所有者カ隣地ヨリ自然ニ流出スル水ヲ防止シタルトキハ其隣地所有者ハ流水ヲ防止シタル土地ノ所有者ヲシテ其土地ノ下部ニ排水スルニ足ルヘキ設備ヲ爲サシムルコトヲ得ヘク又其防止ノ爲メ如何ナル損害ヲ防止者ニ生ヤルコトアルモ之ヲ賠償スルノ義務ナシ

(ハ) 土地ノ所有者ハ水ニ伴テ隣地ヨリ流出スル砂礫ニ對シテハ亦之ヲ防止スルコトヲ得ス故ニ甲地ヨリ砂礫カ流出シテ乙地ノ一分ヲ荒地トナスモ又其

他ノ損害ヲ生スルモ乙地ノ所有者ハ賠償ヲ請求スルノ權ナシ又此甲地ヨリ乙地ニ流出シタル砂礫ノ所有權ハ甲地ノ所有者ニ屬スルヲ通例トス

(二) 隣地ヨリ自然ニ流出スル水ヲ妨クルコトヲ得サルハ土地所有權ノ制限ニシテ所有者ハ決シテ其水ヲ疏通セシムルノ義務ヲ負フコトナシ故ニ流水カ乙地所有者ノ所爲ニ因ラス自然又ハ或事變ニ因リ甲地ニ於テ阻塞シタルトキハ爲メニ損害ヲ生スルモ乙地所有者ニ對シテ賠償ヲ請求スルコトヲ得ス乙地ノ所有者ハ進テ流水ノ疏通ヲ圖ル義務ナシト雖モ乙地所有者ニシテ其疏通ヲ放置スルトキハ甲地ハ水ノ掩滯ヲ來シ爲メニ術生ヲ害シ若クハ耕地ヲ不耗ニ歸セシムルニ至リ公益ヲ害スルコト少ナカラス故ニ甲地所有者ハ袖手シテ其損害ヲ被ムルヲ傍觀スルヲ要セス進テ乙地ニ於ケル阻害ヲ排除スルコトヲ得ルナリ然レトモ此等ノ工事ヲ爲スト否トハ甲地所有者ノ權利ナルカ故ニ之ヲ抛棄スルコトヲ妨ケス從テ此場合ニ於テ疏通阻塞ノ爲メ乙地ニ損害アルトキハ乙地所有者ハ自ラ進テ之カ排除ノ途ヲ講セサルヘカラス

右費用ノ負擔ハ法律カ一應ノ推定ヲ以テ定メタルモノナルカ故ニ之ニ付キ別段ノ慣習アルトキハ其慣習ニ從フモノトス(民法一七二)

(ホ) 雨水ハ人工ニ因テ生スルモノニアラスシテ物理上ノ作用ニ基ツク自然ノ現象ナリ故ニ其流下ヲ妨クルコトヲ得サルハ前述ヘタル第二百十四條ノ規定ニ依リテ明カナリ然レトモ屋根其他ノ工作物ヲ設ケタルカ爲メ直チニ之ヲ隣地ニ注瀉セシムルカ如キハ是レ人爲ニ出ツルモノナルカ故ニ土地所有者ハ斯ル工作物ヲ建設スルコトヲ得ス(民法一八二)

(ヘ) 土地ノ所有者ハ隣地ヲ害セサル限リハ其土地ニ如何ナル工作物ヲ設置スルモ其自由ノ權利ニ屬ス故ニ其權内ニ於テハ工業又ハ庭園ノ粧飾ノ爲メ水ヲ其地内ニ引キ若クハ溝ヲ穿チテ他ヨリ流下セル水ヲ排疏スルヲ妨ケスシテ隣地所有者ハ其工作物ノ設置ヲ拒ムコトヲ得ス然レトモ此等ノ工作物ヨリ隣地ニ損害ヲ及ホシ又ハ及ホスヘキ危險アルトキハ隣地所有者ハ其危險ヲ除去セシムル權利ヲ有ス所謂工作物ニ因テ生スル危險ニ三アリ即チ左ノ如シ

(一) 工作物ノ破壞ニ因リ隣地ニ損害ヲ及ホストキ　例ヘハ池ヲ掘テ貯水シタルニ堤防破壞ノ爲メ隣地ニ溢水スル場合ノ如シ

(二) 工作物ノ阻塞ニ因リ隣地ニ損害ヲ及ホストキ　例ヘハ水路腐敗ノ爲メ溢水隣地ニ汎濫スル場合ノ如シ

(三) 工作物カ破壞又ハ阻塞スヘキ危險アルトキ　例ヘハ池ノ堤防極メテ薄弱ナルカ又ハ水路幅員狹クシテ且崩壞ノ恐レアルカ如シ

右三個ノ場合ニ於テハ危險排除ノ方法同一ナラス即チ破壞シタル場合ハ之ヲ修築セシムヘク又阻塞シタルトキハ之ヲ除カシムヘク若シ又損害ヲ及ホスノ虞アルトキハ之カ豫防ヲ請求スルカ如シ而シテ此等危險ノ排除ニ關スル費用ハ工作物ノ所有者之ヲ負擔ス然レトモ是レ亦法律ノ推定ニ過キサルカ故ニ別段ノ慣習アルトキハ其慣習ニ從フヘキモノナリ(民法一四〇条二)

(乙) 人爲ノ疏通ニ關スル制限

水ノ自然ノ流下ハ隣地所有者之ヲ防止スルコトヲ得サルモ人工ニ因ル水ノ流下ハ隣地所有者之ヲ受クルノ義務ナキコト前既ニ述ヘタルカ如シ故ニ苟モ人工ニ因リテ水ヲ流下セシムル場合ナル以上ハ其原因ノ何タルヲ問ハス隣人ノ承諾ヲ得ルニアラサレハ之ヲ隣地ニ流下セシムルコトヲ得サルナリ然レトモ高地カ元來濕地ニシテ之ヲ乾カスカ爲メニハ相當ノ工事ヲ施シテ水ヲ低地ニ流下スルノ必要アルカ又ハ家用上及ヒ田畑若クハ水車等ニ使用セル餘水ヲ低地ニ流下スルノ必要アル場合ニ於テ尙ホ右ノ原則ヲ適用シ隣人ノ承諾アルニアラサレハ之ヲ流下スルヲ得ストナストキハ或ハ衛生ヲ害シ或ハ農工業ヲ損シ國家經濟上ノ不利尠ナカラス故ニ法律ハ之ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケ此等ノ餘水ヲ排泄スル爲メ公路公流又ハ下水道ニ至ルマテ低地ニ水ヲ流下セシムルコトヲ得ルモノトナセリ然レトモ是レ公益上高地所有者ニ與ヘタル恩典ナルカ故ニ高地所有者ハ低地ノ爲メニ損害最モ少ナキ場所及ヒ方法ヲ擇フコトヲ要ス

以上述フルカ如ク高地所有者ハ必要上水ヲ低地ニ流下セシムル權ヲ有ス其結果トシテ低地ニ於テ其水ノ疏通ニ必要ナル工作物ヲ設置スルコトヲ得然レトモ若シ之ヲ通過セシムルカ爲メ既ニ其土地ニ工作物ノ設置アルトキハ高地所

有者ハ其工作物ヲ使用スルコトヲ得ルナリ此方法ニ依ルトキハ水ヲ流下セシムル權ヲ有スル土地ノ所有者ハ工作物ヲ設置スルノ費用ヲ省キ又低地ノ所有者ハ新ニ工作物設置ノ爲メ土地ノ利用ヲ妨ケラルヽ所ノ損害ヲ免カルコトヲ得ヘク二者共ニ利益スルコトヲ得ヘシ尤モ隣地ノ所有者ハ之ニ依リテ工作物ヲ設置スルノ費用ヲ省キタルカ故ニ既設ノ工作物ニ付キ要シタル費用ハ自己カ利益ヲ受クル限度ニ於テ分擔スルコトヲ要シ又將來此工作物ヲ保存スルカ爲メニ要スル費用モ工作物ノ所有者ト分擔スルコトヲ要ス蓋シ此等ノ費用ハ工作物使用者ニ生スヘキ當然ノ費用ナレハナリ(民法二一二)

流水使用ニ關スル制限

第二項　流水使用ニ關スル制限

舟筏ノ通スヘキ川及ヒ其床地ハ國家ノ公有財産ニシテ私權ノ目的タルヲ得ス故ニ之ニ對スル諸般ノ制限ハ所有權ノ問題ニアラスシテ行政法ノ範圍ニ屬ス之ニ反シ舟筏ノ通セサル流水ハ各國法律ハ之ヲ公有物トナサヽルコトニ一致セリ從テ其所有權ハ何人ニ歸スルヤニ付テハ學者間議論一致セス第一說ニ依レハ床地ト水流トハ共ニ國家ノ所有ニ屬ストナシ第二說ニ依レハ床地及ヒ水流共ニ沿岸所有者ノ所有ニ屬ストナス而シテ第三說ハ右二說ヲ折衷シテ床地ハ沿岸所有者ノ所有ニ屬スヘク水流ハ國家ノ所有ニ歸スヘシト主張セリ今此等諸說ノ當否ヲ按スルニ第一說ノ如ク床地、水流共ニ國家ノ有トナストキハ一朝其所有地ニ水流ヲ生スルヤ床地ト爲リタル部分ハ當然國家ノ所有ニ歸シ所有者ハ國家ノ爲メ其所有權ヲ剝奪セラルヽノ結果ヲ生ス加之私有地ト國有ノ土地トハ犬牙交錯スルヲ以テ其所有權ノ分界ヲ定ムルニ付キ徒ニ紛擾ヲ增スヘキノミ又第二說ノ如ク床地、流水共ニ沿岸所有者ノ所有ニ歸スルトナストキハ床地ニ付テハ固ヨリ其所有タルコト論ナキモ理論上ヨリセハ流水ハ尊ロ泉源所有者ノ所有ニ歸スヘキモノナリ一時他ニ流下スルノ故ヲ以テ所有權直チニ其土地ノ所有者ニ歸スト云フヘカラス然ラハ其水流ヲシテ依然泉源所有者ノ所有ニ歸セシメンカ一度他ノ水流ト合シタルトキハ最早其所有權ノ歸スル所ヲ知ルヘカラス然ラハ之ヲ無主物ト看做サンカ先占ニ因リテ其所有權ヲ得ヘキカ故ニ先占者獨リ其水流ヲ專有シ他人ノ損害ヲ顧ミス公益ヲ害スルノ虞アリ加之水流ノ本質ハ泉源ニ發シ流レテ海ニ入ルヲ以テ始メテ其效果ヲ全ウス上流ニ在ル者獨リ之ヲ專占スルコトヲ得

サルナリ斯ノ如ク第一說及ヒ第二說ハ共ニ水流所有權ヲ完全ニ說明スルヲ得サルヲ以テ近世ノ法制ハ概ネ第三說タル折衷說ヲ採用シ床地ハ沿岸所有者ノ所有ニ歸シ水流ハ之ニ接スル土地ノ所有者自由ニ之ヲ使用スルコトヲ得ルモノトナセリ我民法モ亦此主義ヲ採用シタルモノナリ

水流ノ流下スル狀態ニ二種アリ一ハ二個ノ土地ノ疆界線ヲ流下スル場合ニシテ一ハ同一所有者ノ土地ヲ流下スル場合ナリ此二個ノ場合ニ付テハ流水使用ニ關スル制限ニ大ナル差異アリ即チ疆界線ヲ流下スル場合ニ在テハ水流ヲ使用スルニ付テハ自由ナルモ水路ヲ變シ又ハ其幅員ヲ增減スルコトヲ得ス蓋シ此場合ニ於テハ對岸ハ他ノ所有者ニ屬スルモノナルカ故ニ斯ル行爲ヲ爲ストキハ對岸所有者ノ權利ヲ害スルノ結果ヲ生スレハナリ之ニ反シテ水カ同一所有者ノ土地ヲ通過スル場合ニ於テハ對岸ハ勿論河床ノ全部ハ自己ノ所有ニ屬スルカ故ニ自由ニ之ヲ處分スルコトヲ得ヘシ然レトモ此等變更ノ儘ニテ放置スルトキハ水路ヲ變シ幅員ヲ增加シ他人ノ權利ヲ害スルノ結果ヲ生スルカ故ニ自己ノ所有地內ニ於テ又之ヲ自然ノ水路ニ復セシメサルヘカラス(民法一九二)

土地ノ區域ニ關スル所有權ノ制限

沿岸所有者ハ流水ヲ使用スルノ權アルコト右ニ述ヘタルカ如シ而シテ水流ニシテ自然ノ有樣ニテ之ヲ使用スルコトヲ得ルトキハ別ニ問題ノ生スルコトナキモ若シ地面ト水面トニ甚タシキ高低アルトキハ使用ノ目的ヲ達スルカ爲メ堰ヲ設クルノ必要アリ此場合ニ於テハ其堰ヲ對岸ニ附着セシムルコトヲ得然レトモ此等ノ行爲ノ爲メ對岸者ニ損害ヲ生シタルトキハ使用者ハ固ヨリ之ヲ賠償セサルヘカラス又對岸ヲ使用スル權ヲ有スル者カ堰ヲ設クルノ必要ヲ生シタル場合ニ對岸所有者ニ於テ既ニ堰ヲ設置セルトキハ其堰ヲ使用スルコトヲ得蓋シ其堰ヲ使用スルモ既設者ニ於テ何等損害ヲ被ムルコトナキノミナラス更ニ之カ設置ヲ爲スノ費用ヲ省クコトヲ得レハナリ而シテ此等ノ使用者ニシテ既ニ他人ノ設ケタル堰ヲ使用スル以上ハ其利益ヲ受クル限度ニ從ヒ依テ生スル一切ノ費用ヲ分擔セサルヘカラサルナリ(民法一二二)

第五款　土地ノ疆界ニ關スル所有權ノ制限

土地ノ疆界ニ關スル所有權ノ制限ニ付テハ民法ハ之ヲ第二百三條乃至第二百三十八條ニ規定セリ今此規定ニ從ヒ所有權ノ制限ヲ擧クレハ左ノ如シ

（第一）界標ノ設置

動産ハ個々ニ一體ヲ成スカ故ニ容易ニ所有權ノ及ブ所ヲ知ルコトヲ得ヘシト雖モ土地ニ至リテハ全地球ヲ一體トシテ連ルカ故ニ人爲的ニ疆界ヲ定ムルニアラスンハ所有權ノ分界ヲ明カニスルコトヲ得ス從テ所有者間ニ往々紛爭ノ發生スルヲ免カレサルナリ故ニ法律ハ土地所有者ニ與フルニ兩所有者間ノ土地ノ疆界ヲ明カニスヘキ標識ヲ設置スルノ權ヲ以テシ依テ以テ相隣者間ノ權利侵害ヲ防止シ紛議ヲ生セサラシメンコトヲ期セリ（民法二二六條）此等界標ヲ設置スルハ相隣者雙方ノ利益ナルカ故ニ之カ設置費用ノ如キモ二者平等ニ負擔スヘキコト當然ニシテ別ニ法律ノ規定ヲ待テ始メテ知ルヘキニアラス然レトモ若シ此規定ナキトキハ或ハ各自土地ノ大小ニ應シテ其費用ヲ定ムヘキヤノ疑ヲ生センコトヲ恐レ民法第二百二十四條ニ於テ特ニ之カ負損ノ割合ヲ定メタリ同條ノ規定ニ依レハ界標設置ニ關スル必要費用ヲ分テ二種トナシ一ヲ新ニ界標ヲ設置シ及ヒ之ヲ保存スル費用二ヲ界標設置ノ爲メ疆界ヲ定ムルニ必要ナル費用（即チ測量費用ノ如シ）トナセリ此前ノ費用ハ相隣者平等ニ負擔シ後ノ費用ハ土地ノ廣狹ニ從テ之ヲ分擔ス蓋シ界標ノ設置及ヒ保存ハ相隣者平等ノ利益ヲ受クルモノニシテ其間差異ヲ求ムルコトヲ得サルモ測量費用ノ如キニ至テハ土地ノ廣狹ニ從テ其費用ニ多少ノ差アレハナリ

右述ヘタル費用負擔ニ關スル規定ハ普通ノ場合ヲ支配スルニ過キス若シ相隣者中ノ一人ノ故意又ハ過失ニ依リ界標ヲ毀損スルトキハ其修繕又ハ改設ニ關スル費用ハ此等毀損者ニ於テ負擔セサルヘカラサルコト論ヲ俟タス

（第二）圍障ノ設置

圍障トハ一定ノ邸宅ヲ隱蔽スル爲メニ設クル工作物ヲ謂フ故ニ圍障ハ疆界ノ如ク單純ナル標示物ヲ設クルヲ以テ足レリトセス必スヤ人畜ノ侵入ヲ防キ外部ヨリノ觀望ヲ防クニ足ルヘキ必要ナル工作物ナラサルヘカラス圍障ハ斯ノ如ク邸宅ノ保安上必要ナルモノナルカ故ニ法律ハ相隣者共同ノ費用ヲ以テ之ヲ設置スルノ權ヲ認メタルモノナリ然レトモ圍障設置權ヲ有スルニハ左ノ要件ヲ具備セサルヘカラス

第一、建物ノ所有者ナルコト

圍障ノ設置ハ他人ノ侵入又ハ外部ヨリノ觀望ヲ避ケ家宅ノ安全ヲ保持スルコトヲ目的トス故ニ之カ設置ノ權ハ建物ノ所有者ニ屬シ土地ノ所有者ニ屬セス

第二、二個ノ建物カ互ニ接近スルコト

圍障設置權ハ相隣家屋ノ利益ノ爲メ之ヲ認メタルモノナリ、若シ相隣者ノ一方カ建物ヲ有シ他方ハ單ニ土地ヲノミ所有スルトキハ土地所有者ハ圍障ニ因テ利益ヲ受クヘキ筈ナシ從テ亦圍障設置ノ費用ヲ分擔スルコトヲ要セス」

第三、相隣セル二個ノ建物ノ間ニ空地アルコト

二個ノ建物ヲ密接シテ空地ナキトキハ障壁ハ自然ニ圍障ヲ成スカ故ニ別ニ圍障ヲ設クルノ必要ナシ

第四、二個ノ建物カ相違セル所有者ニ屬スルコト

二個ノ建物ノ所有權カ同一人ニ歸スルトキハ其間ニ圍障ヲ設置スルト否ラサルトハ所有者ノ自由ニシテ法律上ノ效果トシテ特ニ之ヲ認ムルノ必要ナシ

以上述ヘタル四個ノ要件ヲ具備スルトキハ相隣者ノ一方ハ共同ノ費用ヲ以テ圍障ヲ設置スルノ權利ヲ有ス而シテ其圍障ノ高サ及ヒ種類ハ通常雙方合意ノ上之ヲ定ムヘキモノニシテ若シ其協議調ハサルトキハ板塀又ハ竹垣ニシテ高サ六尺タルコトヲ要スルナリ(民法二二五第二項)此等ノ規定ニ從ヒテ圍障ヲ設置シ及ヒ之ヲ保存スルカ爲メニ要シタル費用ハ相隣者平等ニ之ヲ負擔ス然レトモ圍障設置者ハ必ス此規定ニ從フコトヲ要スルモノニアラスシテ若シ他ノ材料又ハ六尺以上ノ高サヲ以テ之ヲ設置セントスルトキハ其自由ニ屬ス但此等任意ノ行爲ヲ爲シタルカ爲メニ要シタル增加費用及ヒ因テ生シタル損害ハ設置者ニ於テ負擔セサルヘカラサルナリ(民法二二六、二二七、二三二)

右圍障設置權ニ關スル民法ノ規定ハ唯一般ノ場合ヲ想像シテ其最モ法理ニ適スルモノヲ採リタルモノナリ故ニ若シ此規定ニ異ナリタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フヘキモノトス(民法二八二)

(第三) 竹木ノ枝根ノ伐採

本來土地ノ所有者ハ所有權ノ效果トシテ疆界線ニ密接セル土地ニ於テ竹木ヲ

栽植スルノ權ヲ有ス然レトモ其枝根繁茂シテ隣地ヲ襲フトキハ耕作ヲ妨ケ空氣ノ流通ヲ害スルカ故ニ民法第二百三十三條ハ之カ伐採權ヲ認メタルナリ即チ同條ノ規定ニ依レハ隣地ノ竹木ノ枝カ疆界線ヲ踰ユルトキハ其竹木ノ所有者ヲシテ其枝ヲ伐採セシムヘク又竹木ノ根カ疆界線ヲ踰ユルトキハ自ラ之ヲ伐採スルコトヲ得斯ノ如ク枝ニ付テハ竹木ノ所有者ヲシテ之ヲ截取セシメ根ニ付テハ自ラ之ヲ截取スルコトヲ得ルカ如ク二者ノ間ニ差異ヲ設ケタル所以ハ蓋シ枝ハ根ニ比シテ通常價高キノミナラス表面ニ現ハルヽモノナルカ故ニ容易ニ之ヲ伐採スルコトヲ得ルモ根ハ之ニ反シテ地下ニ繁殖スルモノナルカ故ニ他人ヲシテ之ヲ截取セシムルトキハ隣地ノ利用ヲ妨クルノ害アリ是レ此區別アル所以ナリ

(第四)工作物ノ設置

疆界線ニ接シテ建物ヲ設置スルトキハ空氣ノ流通ヲ妨ケ火災ノ危害ヲ增シ又池ヲ穿ツトキハ崩壞ノ虞アリ故ニ法律ハ隣地ヲ保護スル爲メ此等工作物ノ設置ハ疆界線ヨリ一定ノ距離ヲ以テスルニアラサレハ之ヲ設置スルコトヲ許サス今民法ノ規定ノ順序ニ從ヒ工作物設置ニ關スル制限ヲ擧クレハ左ノ如シ

(一)建物ヲ設置スルニハ疆界線ヨリ一尺五寸ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス

疆界線ヨリ一尺五寸ノ距離ヲ存スルコトハ修繕ヲ爲シ雨水ノ落下ヲ避クルニ最モ必要ナル所ナリ相隣者ニシテ若シ此規定ニ從ハスシテ建物ヲ設ケタルトキハ他ノ一方ハ其工事ヲ廢止シ又ハ變更セシムルコトヲ得ヘシ然レトモ此等工事排斥ニ關スル請求權ハ占有保持ノ訴權ニ付キ述ヘタルト同一ノ理由ニ依リ工事着手後一个年ヲ經過シ又ハ工事全ク終了シタル後ハ最早此請求權ヲ行フコトヲ得ス唯此場合ニハ損害賠償ヲ求ムルノ權アルノミ

(二)他人ノ宅地ヲ觀望スヘキ窓又ハ椽側ヲ設クル者ハ疆界線ヨリ三尺以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス若シ三尺未滿ノ距離ナルトキハ之ニ目隱ヲ付スルコトヲ要ス

疆界線ヨリ三尺未滿ノ距離ニ於テ他人ノ宅地ヲ觀望スルトキハ一家ノ祕密ヲ保持スルコトヲ得ス故ニ此距離內ニ於テハ窓又ハ椽側ヲ設ケサルヲ可トス然レトモ人家稠密ノ場所等ニ於テ空地ナキトキハ三尺未滿ノ距離ニ於テ

之ヲ設置スルノ必要アルカ故ニ此場合ニ於テハ目隠ヲ付スルコトヲ必要トス而シテ右ノ距離カ果シテ三尺未滿ナリヤ否ヤハ疆界線ニ直角ヲ形成スル線ヲ畫シ其線ヲ設置セラレタル窓又ハ樣側ノ最モ近キ點ヨリ結ヒ合セ以テ其距離ヲ算定シテ定ムヘキモノトス

三尺未滿ノ距離ニ於テ窓及ヒ樣側ヲ設クルコト及ヒ目隠ヲ付スルコトニ付テ特別ノ習慣アルトキハ其習慣ニ從フモノトス

(三) 井戸、用水溜、下水溜又ハ肥料溜ヲ穿ツニハ疆界線ヨリ六尺以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス

(四) 池、地窖又ハ圃坑ヲ穿ツニハ疆界線ヨリ三尺以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス

(五) 水樋ヲ埋メ又ハ溝渠ヲ穿ツハ疆界線ヨリ其深サノ半以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス但疆界線ヨリ三尺以上ヲ距ツルコトヲ要セス

以上(三)乃至(五)ノ工作物ヲ築造スル爲メ土砂カ崩壞シ又ハ汚水カ滲漏スルトキハ隣地所有者ハ工作物所有者ニ對シテ之ヲ防止スルニ必要ナル注意ヲ爲スヘキコトヲ請求スルコトヲ得

第二章 所有權ノ取得

第一節 總說

前述ヘタル一般權利取得ノ方法ハ又所有權取得ノ方法ナルカ故ニ所有權ノ取得方法ハ又之ヲ二大別スルコトヲ得即チ原始取得及ヒ繼受取得是ナリ原始取得トハ所有權カ新ニ取得セラルヽモノ即チ主體ノ新設ヲ謂フモノニシテ例ヘハ先占時效又ハ添付ノ如シ又繼受取得トハ所有權カ原所有者ヨリ新所有者ニ移轉セラルヽモノ即チ主體ノ變更ヲ謂フ例ヘハ賣買、相續ノ場合ノ如シ又所有權取得ノ方法ハ其之ヲ適用スル範圍ノ廣狹ニ因リ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得即チ一ハ所有權固有ノ取得方法ニシテ他ハ一般權利ニ共通ナル取得方法ナリ例ヘハ先占、添付、加工及ヒ發見ノ如キハ其前者ニ屬シ時效、占有、交換及ヒ賣買ノ如キハ後者ニ屬ス今此取得方法ノ範圍ヲ標準トシテ民法ノ規定スル所有權取得方法ヲ擧クレハ即チ左ノ如シ

(甲) 一般權利ニ共通スル所有權ノ取得方法

一、時效（民法一六二）
二、占有（民法一九二乃至一九五）
三、分割（民法二五六乃至二六二）
四、讓渡（民法二五三、二五五、二八七）
五、相續

（乙）所有權固有ノ取得方法
一、先占
二、遺失物ノ拾得
三、埋藏物ノ發見
四、添付（此内ニハ加工、附合及ヒ添付ヲ包含ス）

右ニ列擧シタル所有權ノ取得方法中（甲）ニ屬スル一般取得方法ハ之ヲ各編ニ於テ各別ニ規定セリ即チ時效ハ總則ニ於テ、占有及ヒ分割ハ物權編ニ於テ、讓渡ハ總則物權及ヒ債權ノ各編ニ於テ、相續ハ相續編ニ於テ規定セリ故ニ余ハ此等ノ取得方法ニ付テハ之ヲ各編ノ講義ニ讓リ茲ニハ唯所有權ニ固有ノ取得方法ヲ講述スルニ止メントス

第二節　先占

先占トハ所有ノ意思ヲ以テ無主ノ動產ヲ占有スルヲ謂フ此先占ハ所有權諸多ノ取得方法中最モ簡易且自然ノモノナルガ故ニ往古未開ノ時代ヨリ先占ニ因リ所有權ヲ取得スルコトヲ認メタリ蓋シ往古ハ人口稀ニシテ生存競爭ノ度現今ノ如ク激烈ナラサリシカ故ニ各人ハ別段ノ勞力ヲ費サスシテ自己ノ欲スル物件ヲ取得スルヲ得加之人智未タ發達セサル當時ニ在テハ物件取得ノ有無ヲ見ルニ重キヲ外形ノ所持ニ置キ內部ノ意思ノ如キハ殆ト之ヲ問フコトナシ故ニ當時ニ於テハ先占ハ實ニ所有權取得ノ唯一ノ方法タリシナリ然ルニ社會漸ク進歩シ生存競爭盛ナルニ及ヒ無主ノ財產ハ殆ト其跡ヲ絕テルノミナラス法律思想ノ發達ト共ニ各人ノ意思ニ重キヲ置クニ至レリ從テ現今ニ於テハ先占ノ必要大ニ減シ其適用ノ範圍モ亦大ニ縮少セラレタリ現今先占ニ因テ所有權ヲ取得シ得ヘキモノヲ按スルニ僅ニ山野ニ棲息スル禽獸、河海ニ游泳スル魚介及ヒ遺棄物アルノミ先占適用ノ範圍ハ斯ノ如ク狹隘ナリト雖モ古來各國法典ニ於テモ之ヲ認メサルモノ

ナキカ故ニ民法モ亦之ヲ規定セリ今此規定ニ從ヒ先占ニ必要ナル條件ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一、先占ノ目的物ハ無主物ナルコトヲ要ス

無主物トハ現ニ何人ノ所有ニモ屬セサルモノヲ謂フ蓋シ既ニ他人ノ所有ニ係ル物ハ繼受ニ因ルノ外取得スルコトヲ得サルモノニシテ若シ此等ノ物ヲモ先占ニ因テ取得シ得ヘシトスルトキハ掠奪止ムトキナク所有權ノ保護ハ地ヲ拂フニ至ルヘケレハナリ故ニ無主物カ先占ノ要件タルコトハ古來ヨリ疑ヲ容レサル所ナリトス

茲ニ無主物トハ現ニ何人ノ所有ニモ屬セサル物ヲ謂フ故ニ嘗テ他人ノ所有タリシ物ナルモ先占ノ當時ニ於テ何人ノ所有ニモ屬セサル以上ハ先占ノ目的タルコトヲ妨ケサルナリ而シテ此等他人ノ所有ニ屬シタルモノニシテ先占ノ目的物タルモノハ之ヲ遺棄物ト云ヒ所有者タル資格ヲ脫スルノ意思ヲ以テ物ノ占有ヲ拋棄シタルモノナリ故ニ單ニ占有ヲ拋棄シタルノミヲ以テハ未タ遺棄物ト云フコトヲ得ス何トナレハ物ノ占有ヲ拋棄スルノ事實アルモ尙ホ其物ニ對シテ所有ヲ爲スノ意思アル以上之ヲ無主物ト云フコトヲ得サレハナリ然レトモ如何ナル行爲カ果シテ遺棄ノ行爲トナルヤハ事實問題ニ屬スルカ故ニ各個ノ狀態ニ應シテ之ヲ定メサルヘカラス羅馬法ニ於テハ敵ノ所有物ハ凡テ之ヲ無主物ト看做シタルモ近世ノ學說ハ之ヲ否認シ唯戰利品ニ限リ先占ニ因テ取得スルコトヲ得ルモノトナセリ所謂戰利品ノ何タルヤニ付テハ又學者間見解ヲ異ニスル所ナレトモ事國際公法ノ範圍ニ屬スルカ故ニ茲ニ詳述セス

第二、先占ノ目的物ハ所有權ノ目的物トナリ得ヘキモノタルコトヲ要ス

先占ハ所有權取得ノ方法ナリ故ニ縱令無主物ナルモ不融通物ノ如キ所有權ノ目的物ニナラサルモノハ先占ニ依テ之ヲ取得スルコトヲ得サルヤ明カナリトス

第三、先占ノ目的物ハ動產ナルコトヲ要ス

古昔社會未開時代ニ於テハ無主ノ不動產存在シタルカ故ニ不動產モ亦先占ノ目的物ニシルコトヲ得タリトハ雖モ近世進步シタル社會ニ於テハ不動產ヲ取得スルソ困難ナルト同時ニ其價値非常ニ騰貴セルヲ以テ各人ハ之ヲ取得セシコトヲ競ヒ若シ之カ先占ヲ許ストキハ其欲望ヲ充サントスルノ餘動モスレハ腕力

ニ訴ヘテ之カ爭奪ヲ試ミ遂ニ社會ノ安寧ヲ害スルニ至ルヘシ加之不動產ハ國家ノ一部分ヲ成スモノナルカ故ニ無主ノ不動產ハ國有ニ歸セシメタル後更ニ之ヲ一個人ニ付與シテ其保存改良ヲ圖ラシムルヲ得策トス故ニ近世ノ法律ハ概ネ無主ノ不動產ハ國家ノ有ニ歸スヘキモノトセリ不動產ニ付キ此等特例ヲ定ムルニ付テハ從來二個ノ主義アリ即チ一ハ獨逸主義ニシテ二ハ佛國主義ナリ獨逸主義ニ依レハ不動產ハ一般先占ノ目的物タルコトニ付テハ動產ト異ナル所ナキモ國家ハ之ニ付キ優先ノ先占權ヲ有ストナシ之ニ反シテ佛國主義ニ依レハ不動產ハ其性質上先占ノ目的物タルコトヲ得ス無主ノ不動產ハ當然國家ノ所有ニ歸スルモノナリトセリ今此二主義ノ得失ヲ考フルニ獨逸主義ニ依レハ不動產カ無主トナルトキハ國家ハ其先占ノ行爲ヲ爲サヽレハ未タ其所有權ヲ得タリト云フヲ得ス從テ一ツノ不動產カ無主トナリ國家カ之ヲ取得スルマテニハ多少ノ曠隙ヲ生スルヲ以テ其間ノ法律關係ニ付キ多少ノ問題ヲ生セサルヲ得ス然ルニ佛國法ノ如ク不動產カ無主トナルヤ法律上當然國家ノ所有ニ歸ストナストキハ權利移轉ノ關係明瞭ニシテ一點ノ疑ヲ挾ム餘地ナシ故ニ民法ハ其第二百三十九條第二項ニ於テ佛國主義ヲ採リ不動產カ無主トナルヤ當然國庫ノ所有ニ歸スルモノトナセリ此場合ニ於テハ國庫ハ私法上ノ主體トシテ所有權ヲ取得スヘキモノトス

第四、先占ハ所有ノ意思ヲ以テ占有スルコトヲ要ス

占有ハ前述ヘタルカ如ク自己ノ爲メニスルノ意思ヲ以テ物ヲ所持スルヲ謂フ然レトモ先占ハ所有權取得ノ一原因ナルヲ以テ此占有ノ意思ヲ有スルノミヲ以テ足レリトセス必スヤ所有ヲ爲スノ意思アルコトヲ要スルナリ

第三節　遺失物ノ拾得

遺失物トハ所有者カ知ラサル間ニ物ノ占有ヲ喪失シテ其所在不分明ナルモノヲ謂フ遺ハ物ノ權利取得ノ主體ヨリ觀テ遺失物ノ定義ヲ下シタルモノニシテ之ヲ物體ヨリ觀察シテ定義スルトキハ正ニ下ノ如クナルヘシ即チ遺失物トハ所有權主體ノ有無判然セサルカ又ハ其所有者ノ何人ナルカ不分明ナルモノヲ謂フ故ニ遺失物ハ無主物ノ如ク所有者ナキニアラス法律上寧ロ所有者ノ存在ヲ想像スルモノナリ遺失物ノ性質既ニ斯ノ如クナルカ故ニ不動產ハ事實上之カ目的物タラ

遺失物ノ拾得

サルモノナリ

右述フルカ如ク遺失物ハ所有者其所有權ヲ拋棄シタルモノニアラサルカ故ニ第三者カ之ヲ拾得シタル場合ニ於テモ所有者ノ何人ナルコトヲ分明ナルトキハ之ヲ其所有者ニ返還スルヲ當然トス此場合ニ於テハ所有權取得ノ問題ヲ生セサルナリ之ニ反シテ所有者判然セサル場合ニ於テハ物件ノ歸屬者ヲ知ルコトヲ得サルカ故ニ其拾得者ニ所有權ヲ歸セシムルモノトス然リト雖モ遺失物ヲ拾得スルトキハ所有者不分明ノ理由ヲ以テ直チニ其所有權ヲ拾得者ニ歸屬スルモノトナストキハ前所有者ノ權利ヲ奪取シ拾得者ニ不當ノ權利ヲ付與スルノ結果ヲ生スルヲ以テ拾得者ハ必ス之ヲ相當官署ニ届出テ官署ハ一定ノ期間之ヲ公告シテ尚ホ所有者不分明ナルトキニ限リ拾得者所有權ヲ取得スルモノトナセリ蓋シ此等ノ手續ヲ盡スモ所有者尚ホ分明ナラサルトキハ遺失物ハ殆ト無主物ト同一ノ狀態ヲ有スルノミナラス永年月間何人ノ所有ニモ屬セシメスシテ拋棄スルトキハ其物ヲ改良保存ノ途ヲ缺キ國家經濟上ノ不利益尠ナカラス是レ此場合ニ於テハ先占ノ法理ヲ準用シ拾得者ヲシテ所有權ヲ取得セシムル所以ナリ故ニ遺失物拾得ニ因リ所有權ヲ取得スルニハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一、拾得シタル物カ遺失物ナルコト

拾得ノ目的タル物ハ其所有者カ不分明ノ間ニ占有ヲ喪失シテ其所在ヲ知ルコトヲ得サルモノニ限ル故ニ所有者カ所有權ヲ拋棄スル意思ヲ以テ故意ニ占有ヲ喪失シタル遺棄物又ハ所有者ノ意思ニ反シテ竊取又ハ强取セラレタル所ノ物ハ此中ニ包含セサルナリ從來ノ慣用語ニ依レハ遺失物トハ單ニ陸上ニ遺失シタルモノヽミヲ指スカ如シ然レトモ民法ニ規定セル遺失物ハ曾ニ陸上ニ在ルモノヽミヲ指スニアラス海上ニ在ル物モ亦此中ニ包含スルナリ故ニ夫ノ漂流物又ハ漂着物ト稱スル物モ皆此遺失物中ニ包含スルモノトス

第二、特別法ノ定ムル所ニ從ヒ公告スルコトヲ要ス

茲ニ特別法トハ警察令其他行政命令ヲ謂フモノニシテ我國ニ現行セラルヽ特別法ハ明治三十二年三月二十七日發布ノ法律第八十七號遺失物法是ナリ其公告方法ハ亦行政法ノ定ムル所ニ依ルモノニシテ官報若クハ新聞紙ヲ以テ之ヲ公告スルモノトス

第三、公告後一个年間所有者ノ分明ナラサルコト

以上三個ノ要件ヲ具備スルトキハ拾得者ハ遺失物ノ所有權ヲ取得スルモノトス

第四節　埋藏物ノ發見

埋藏物ニ付テハ廣狹二個ノ意義アリ羅馬法ニ於テハ之ヲ狹義ニ解シ埋藏物トハ地中ニ埋藏セルモノニシテ所有者ノ不明ナル動產ヲ謂フトナセリ然レトモ物ノ埋藏ハ地中ニ在ルコト多カルヘキモ未タ以テ地中ニ限ルト云フヘカラス即チ家屋ノ壁土若クハ衣服ノ襟中ニ埋藏セラルヽ物モ亦之ヲ埋藏物ト稱スルヲ妨ケサルナリ故ニ近世ノ法律ハ、皆埋藏物ヲ廣義ニ解釋シ單ニ土地中ニ埋藏セラレタルモノヽミナラス他ノ不動產又ハ動產中ニ埋藏セラレタル物モ其所有者ノ不分明ナル以上ハ總テ之ヲ埋藏物ト稱スルニ至リ民法ニ於テモ其第二百四十一條但書ニ於テ「他人ノ物ノ中ニ於テ發見シタル埋藏物ハ發見者及ヒ其物ノ所有者折半シテ其所有權ヲ取得ス」ト規定シ廣ク他人ノ物若クハ其物ノ所有者ト規定シテ動產タルト不動產タルトヲ區別セサルナリ

埋藏物ノ發見

埋藏物ハ自己ノ所有地若クハ公共ノ土地ニ於テ發見シタルトキハ其發見者ニ屬スヘキコト各國法律及ヒ學說ノ皆一致シテ認ムル所ナリ然レトモ他人ノ所有地ニ於テ之ヲ發見シタルトキハ其權利歸屬者ニ付キ聊カ異議ナキヲ得ス古代羅馬法ニ於テ埋藏物ハ埋藏シタル土地ニ添附スルモノト看做シタルカ故ニ所有權ノ全部ハ土地所有者ニ屬スルモノトナセリ又英國法ニ依レハ占有ノ結果ヨリ見テ今日尙ホ埋藏セル物ノ所有者ニ歸屬スルモノトナセリ然ルニ羅馬ハドリヤン帝ノ時代以後ニ於テ右ノ觀念ヲ不可トナシ發見者ノ勞ニ酬ユル爲メ埋藏物ヲ折半シ其一分ヲ發見者ニ與ヘ他ノ一分ヲ埋藏地所有者ニ屬セシムルモノトセリ此主義ハ近世ノ法典及ヒ學說ノ皆是認スル所ナリ然レトモ之ヲ折半スルノ主義ニ對スル說明ニ付テハ二個ニ分ル第一說ニ依レハ他人ノ物ノ中ニ於テ埋藏物ヲ發見シタル場合ハ先占ト添附トカ併立スルモノナリ即チ土地所有者カ埋藏物ノ一半ヲ取得スルハ添附ノ觀念ニ出ツルモノニシテ發見者カ其一半ヲ得ルハ全ク先占ノ觀念ニ出ツルモノナリト云フニアリ然レトモ添附ノ法理ハ之ヲ此場合ニ適用スルコトヲ得ス蓋シ添附トハ後ニ詳述スヘキカ如ク有體物カ相合シテ分離スルコトヲ得サル場合及ヒ之ヲ分離スルニハ許多ノ費用ヲ要スル場合ニ於テ其合成

物ヲ主タル物ノ所有者ニ屬セシムルヲ謂フ然ルニ埋藏物ハ之ヲ埋藏シタル包藏物ト分離スルコトヲ得サルモノニアラス又包藏物ト埋藏物トハ決シテ一體ノ物ヲ成シテ主從ノ關係ヲ有スルモノニアラサレハ從テ之ヲ說明スルニ添附ノ法理ヲ以テスルコトヲ得サルナリ又之ニ先占ノ法理ヲ適用セントスルハ妥當ヲ得タリト云フヲ得ス何トナレハ埋藏物ハ素ト無主物ニアラス唯其所有主ノ何人ナルヤ判明セサルモノニシテ法律ハ寧ロ其所有者アルコトヲ推定スルモノナレハナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ第一說ハ未タ其當ヲ得タリト云フヘカラス

次ニ第二說ニ依レハ埋藏物ノ發見ハ全ク法律ノ規定ニ依リ獨立シテ生スル所有權取得ノ方法ナリト云フニアリ即チ發見者ニ埋藏物ノ一半ヲ與フルハ埋藏シテ判明セサル物件ヲ發見シテ以テ社會ノ用ニ供シタル勞ニ酬ユルカ爲メナリ若シ發見者ニシテ其埋藏物ヲ發掘セサランカ其物件ハ永ク埋沒シテ何時ニ發見セラルヽヤ測ルヘカラサルナリ故ニ埋藏物ニ於テハ單ニ發見ノ行爲アレハ發見者ハ其所有權ヲ取得スルモノニシテ占有ヲ爲スノ必要ナシ是レ即チ遺失物ハ拾得ト異ナル所ナリ又包藏物ハ所有者ニ他ノ一半ヲ與フル理由ハ其祖先若クハ先所有者ノ埋藏シタル所ニ係ルヲ以テ包藏物ノ所有者ニ埋藏物ヲ得ヘシ且物ノ所有者ハ其物ニ附着シタル利益ヲ受クヘキモノナリ加之物ノ所有者ハ自由ニ其物ヲ處分シ得ルヲ以テ土地ヲ發掘シ若クハ包藏物ヲ開クハ其自由タルヘシ若シ發見者ノ發見カ一日遲カリセハ其發見ヲ得スシテ所有者ハ之ヲ發見シタルヤモ知ルヘカラサルヲ以テナリ此第二說ハ能ク埋藏物ノ所有權取得ノ理由ニ適合スルモノナルヲ以テ民法モ亦之ヲ採用シ先占又ハ添附トハ全ク異ナリタル規定ヲ設ケタルモノナリ

埋藏物發見ニ付テハ其方法ニ付キ權利ノ有無ヲ區別スル立法例アリ即チ他人ノ物ニ包藏セル物ヲ發見シ其所有權ヲ取得スルコトハ其發見ハ必スヤ偶然ニ出テサルヘカラス若シ其所在ヲ知リ故意ニ之ヲ發見シタルトキハ所有權ヲ取得スルコトヲ得サルナリ佛國西及ヒ西班牙等ノ民法ハ皆此主義ヲ採レリ然レトモ發見者ノ意思カ果シテ故意ナリシヤ否ヲサリシヤハ之ヲ證明スルニ困難ナルノミナラス爲メニ屢〻爭ヲ生スルノ端緒ト爲ルカ故ニ民法ハ多數ノ近世立法例ト共ニ其發見ノ故意ニ出テタルト偶然ニ出テタルトヲ區別セス苟モ他人ノ所有スル物ニ埋

沒セル物ヲ發見シタルトキハ發見者ハ其一半ノ所有權ヲ取得スルモノトナセリ」

埋藏物發見ニ因テ所有權ヲ取得スルニ付テハ左ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一、埋藏物ナルコトヲ要ス

埋藏物トハ或物ノ中ニ埋沒シテ其所有者ノ判明セサルモノヲ謂フ故ニ所有者カ他ヲ發掘スルノ意思ヲ以テ埋藏シタル物ハ決シテ埋藏物ニアラス其遺失物ト異ナル所ハ遺失物ニ在テハ所有者之ヲ遺失スルノ意思ナクシテ所在ヲ不分明ナラシメタルモノナルモ埋藏物ハ最初之ヲ埋藏スルノ意思ヲ以テ爲シ後ニ其所在不分明ナルニ至リタルモノヲ謂フニアリ又所有權取得ノ結果ニ付キ遺失物ニ在テハ拾得者常ニ其全部ノ所有權ヲ得ルモ埋藏物ニ在テハ發見者及ヒ包藏物所有者各折半シテ之ヲ取得スルノ差アリ

第二、埋藏物ハ一旦人ノ所有ニ屬シタルモノナルコトヲ要ス

埋藏物ハ必ス嘗テ人ノ所有ニ屬シタルコトヲ要スルモノニシテ法律ハ人ノ所有タル事實ヲ推定スルモノナリ故ニ單ニ地下ニ存在スル鑛物ノ如キハ其發掘ノ特許ヲ受クルヤ其發掘前ト雖モ之カ所有權ヲ取得スルヲ以テ之ヲ埋藏物ト

稱スルヲ得サルナリ

第三、發見シタルコトヲ特許法ノ定ムル所ニ從ヒ公告スルコトヲ要ス

公告ノ方法ニ付テハ明治三十二年內務省令第四號遺失物法施行細則第一條ニ依リ十四日間最寄ノ掲示場ニ掲示シ又貴重ノ物件ト認ムルトキハ官報又ハ新聞紙ニ掲載スルモノトス

第四、公告後六个月內ニ其所有者ノ知レサルコトヲ要ス

右六个月ノ期間ハ公告ヲ爲シタル時ヨリ起算スルモノニシテ其趣旨タル前述ヘタル遺失物ニ關スル公告ニ同シ而シテ民法草案ニ於テハ此埋藏物ノ公告期間ハ遺失物ノ場合ト同シク一个年トナシタルニ帝國議會ニ於テ審議ノ上之ヲ六个月ニ短縮セリ今其修正ノ理由ヲ繹スルニ蓋シ遺失物ハ所有者ノ容易ニ判明スルヲ常トスルモ之ニ反シテ埋藏物ハ所有者ノ不明ナルコトヲ普通トス故ニ之ヲ永ク保存セシムルハ效ナキニ無用ノ勞ヲ重ネシムルモノニシテ經濟上ノ不利益之ヨリ大ナルハナシ是レ議會カ修正シタル所以ナラン

第五節　添附

添附トハ有形ノ物カ他ノ有形ノ物ト併合スルカ又ハ有形物ノ上ニ人工ヲ加ヘタル場合ニ於テ其一物ノ所有者若クハ人工ヲ加ヘタル者カ併合シタル物ノ全部ノ所有權ヲ取得スルヲ謂フ

添附ニ因ル所有權取得方法ハ羅馬法以來各國法律ノ是認スル所ニシテ此方法ヲ分テ三種トナスコトヲ得第一、附合第二、混和第三、加工是ナリ附合及ヒ混和ハ二個ノ物件カ併合シテ一個ノ新ナル物ヲ生スル場合ニシテ加工トハ物ニ人工ヲ加ヘ一ノ新ナル物ヲ作出スルヲ謂フ近世ノ或學者ハ此附合ト混和トヲ合シテ結合ト稱シ添附ヲ結合及ヒ加工ノ二種ニ區別セリ民法ハ附合ト混合トノ間ニ差異ヲ認メタルヨリ添附ヲ三分スルノ主義ヲ採レリ即チ其第二百四十二條乃至第二百四十四條ニハ附合ニ關スル規定ヲ爲シ第二百四十五條ニハ混和、第二百四十六條ニハ加工ニ付テ規定シタルナリ

第一款　附合

附合トハ有形ノ物カ他ノ有形ノ物ト相附着シテ之ヲ分離スルコトヲ得ス或ハ事實上分離スルヲ得ルモ之ヲ爲スニハ多額ノ費用ヲ要スルニ至リタル場合ニ其一物ノ所有者カ附合ニ因テ成リタル全部ノ物ノ所有權ヲ取得スル方法ヲ謂フ而シテ附合ニハ不動産カ他ノ不動産若クハ動産ト附合スル場合アリ又動産カ互ニ附合スル場合アリ民法ハ此三個ノ場合ニ付キ其規定ヲ異ニシタルヲ以テ余モ亦之ヲ區別シテ説明スヘシ

(甲)　不動産ノ附合

不動産ノ附合ニ付テハ民法第二百四十二條ニ規定セリ曰ク「不動産ノ所有者ハ其不動産ニ從トシテ之ニ附合シタル他人ノ物ノ所有權ヲ取得ス但權原ニ因リテ其物ヲ附屬セシメタル他人ノ權利ヲ妨クスト」ト故ニ之ヲ附合セシメタル行爲カ不動産所有者ノ行爲ニ出ツルト第三者ノ行爲ニ因ルトヲ論セス又故意ニ出テタルト偶然ニ成リタルトヲ問ハス依テ成リタル物ノ所有權ハ總テ不動産所有者ニ屬セシムルモノトス或ハ之ヲ非難シテ惡意ノ附合者ヲ保護スルノ結果ヲ生スト云フ者アリ然レトモ其附着シテ成リタル物ハ前ニ附着セサリシ當時存在シタル物トハ全ク其性質ヲ異ニスルノミナラス若シ其附着シタル不動産ヨリ附着物ヲ分離スルトキハ甚タシク其不動産及ヒ附着シタル物ノ價格ヲ減スルコ

不動産ノ附合、一定状態ニ

トアリ斯ノ如キハ社會ノ經濟上不利益ナルヲ以テ法律ハ此等社會ノ利益ニ着眼シ茲ニ附合ニ因ル不動產ノ所有權取得ヲ認メタルナリ特ニ惡意ノ附合者ヲ保護スルノ目的ニ出テタルモノニアラス

附合ニハ二個以上ノ有形物カ相結合シテ一ノ新ナル物ヲ成シタルコトヲ必要トス然ルニ民法第二百四十二條ニ依レハ不動產ノ從トシテ附着シタル物ノ所有權ヲ取得スト規定シ結合ノ結果一ノ新ナル物ヲ生スルコトヲ必要トセサルカ如シ然レトモ是レ我國ノ慣習ヨリ生シタル結果ナリ即チ土地ノ漸積地ヲ生シ又ハ樹木ヲ植栽スルトキハ此二者ハ既ニ一物ヲ成スモノニシテ之ヲ分離セシムルトキハ多少ノ損害ヲ生セサルヲ得ス然ルニ我國從來ノ慣習ニ依レハ之ヲ一物ト看做サヽルカ故ニ本條ノ如キ規定ヲ設ケテ右ノ如キ場合ハ當然之ヲ包含セシムルモノトシ慣習上之カ疑問ヲ豫メ防止シタルモノナリ

附合ニ因テ所有權ヲ取得スルニハ其不動產ニ從タル物トシテ附着シタルコトヲ要スル所謂從タル物トハ他物ト合シテ同シク經濟上ノ目的ニ供セラレ且日常人ノ生活ニ於テ一物ト看做サルヽモノヲ謂フ故ニ物カ不動產ニ附着スルモ其附着物ト不動產トハ相互獨立シテ主從ノ關係ヲ生セサルトキハ附合ニ因テ其所有權ヲ取得スルコトヲ得ス例ヘハ土地ニ家屋ヲ建設セルトキハ其家屋ハ土地ニ附着スルモノナルモ我國ノ慣習上家屋ハ土地ノ從タルモノト看做サス從テ此場合ニ於テ土地ノ所有者ハ當然家屋ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得サルカ如シ

不動產ノ從トシテ附着セル物ニ自然ニ出ツルモノト人工ニ依ルモノトノ二種アリ然レトモ此區別ハ所有權ノ取得ニ差異ヲ生スルモノニアラス唯茲ニ例外トシテ見ルヘキハ第二百四十二條但書ニ規定シタル正當ノ權限ニ因リ不動產ノ上ニ物ヲ附着セシメタルトキハ附合ニ因テ所有權ヲ失フナキコト是ナリ即チ永小作權者カ土地ニ植物ヲ栽植シ又賃借人若クハ使用借主カ其借受家屋ニ戶障子等ノ如キ物ヲ附着セシメタル場合ニ於テ土地所有者又ハ家屋ノ所有者ハ其附着物ヲ取得スル能ハサルカ如シ蓋シ斯ル場合ニ於テ其物ヲ附着セシムルハ正當ノ權利ヲ行使スルモノナルカ故ニ妄リニ之ヲ侵害セラルヽコトナキハ論ヲ俟タサルナリ

(乙) 動產ノ附合

動產ノ附合トハ一ノ動產ニ他ノ動產カ集合シテ一物ヲ成シ其物ノ性質ヲ毀損スルニアラサレハ之ヲ分離スルコトヲ得サル場合又事實上之ヲ分離スルコトヲ得ルモ爲ニ多額ノ費用ヲ要スル場合ヲ謂フ民法第二百四十三條及ヒ第二百四十四條ハ此動產ノ附合ニ關スル規定ナリ斯ノ如ク二個以上ノ有形物カ附合シテ一ノ新ナル物ヲ生シタルトキハ其所有權ハ何人ニ屬スヘキヤ此問題ニ付テハ從來二個ノ說アリ一ハ其合成物ハ附合シタル物ノ所有者ノ共有ニ屬ストナスモノニシテ二ハ主タル物ノ所有者ノ所有ニ歸ストナスモノナリ然レトモ物カ二人以上ノ共有ニ係ルトキハ之カ管理處分ヲ爲スニ付テモ共有者ノ協議ヲ要シ保存修繕ヲ爲スニ付キテ機ノ宜シキヲ得サル等其不便尠ナカラス斯ノ如キハ國家經濟上ニモ亦不利ヲ及ホスモノナルカ故ニ法律ハ成ルヘク此狀態ヲ生スルコトヲ避ケサルヘカラス故ニ民法ハ附合ノ場合ニ於テモ合成物ヲ共有トナスノ主義ヲ採用セス原則トシテ右第二說ヲ採リ附合物ノ主從ノ區別ヲ爲シ得ルトキハ其合成物ハ主タル物ノ所有者ニ歸セシメ(民法二四三)此區別ヲ爲ス

ナコトヲ得サル場合ニ限リ之ヲ各所有者ノ共有ニ屬セシムルモノトセリ(民法二四四)此共有ト爲リタル場合ニ於テハ共有者ノ持分ハ如何ニシテ之ヲ定ムルヤト云フニ其附合シタル當時ニ於ケル各附合物ノ價格ヲ標準トシテ其割合ヲ定ムルモノトス(民法二四四末段)

第二款 混和

混和トハ二個以上ノ動產カ混合又ハ融和シテ其各部分ノ所屬ヲ知ルコトヲ得サル場合ヲ謂フ例ヘハ上等酒ト下等酒トカ混合シテ中等酒ヲ生シ又金ト銅トカ融和シテ赤銅ヲ生シタル場合ノ如シ此場合ニ於テハ所有權ノ歸屬者ヲ定ムルノ方法及ヒ理由ハ毫モ附合ノ場合ト異ナル所ナシ故ニ民法第二百四十五條ニ依レハ混和ニ付テハ前ノ附合ニ關スル規定ヲ準用スルモノトセリ蓋シ附合ノ場合ニ於テハ形體上物ノ分割ヲ爲シ得サルニアラスシテ唯經濟上ノ理由ヨリ特別ノ規定ヲ爲シタルノミ之ニ反シテ混和ノ場合ニ於テハ實質上之カ分離ヲ爲スコトヲ得サルモノナルカ故ニ附合ノ場合ニ於テ所有權ノ歸屬ヲ定ムル規定ハ却テ此混和ノ場合ニ於テ適切ナルコトヲ見ルヘシ

第三款　加工

加工トハ他人ノ動産ニ工作ヲ施シ其加工以前ノ材料ト異ナル所ノ新ナル物ヲ製出スルヲ謂フ此加工ニ依テ成リタル物ノ所有權ハ何人ニ屬スルヤ此問題ニ付テハ羅馬法以來學者間ニ種々議論アル所ニシテ或ハ之ヲ材料ノ所有者ニ屬セシムヘシトナシ或ハ之ヲ加工者ニ歸セシムヘシトナシ又或ハ此二說ヲ折衷シテ其製出物ニ付キ加工前ノ狀態ニ復セシムルコトヲ得ルヤ否ヤヲ區別シ前ノ場合ニ於テハ材料ノ所有者ニ屬セシムヘシ後ノ場合ニ於テハ加工者ニ歸セシムヘシトナセリ然レトモ加工ハ添附ノ場合ノ一種ナルカ故ニ之ニ附合ノ原則ヲ適用スルヲ以テ妥當トス民法ハ舊來ノ學說ニ倣ハス他人所有ノ動產ニ工作ヲ加ヘタルトキハ其製出物ノ所有權ヲ材料ノ所有者ニ歸屬セシムルモノトセリ但之カ例外トシテ材料ハ廉價ナルモ之ニ工作ヲ加ヘタルカ爲メ非常ナル高價ニ達スルコトアリ例ヘハ世ニ有名ナル彫刻師カ他人ノ象牙ヲ使用シテ或物ヲ彫刻スル場合ノ如シ斯ノ如ク材料ノ價格ト製出物ノ價格トノ間ニ著シキ差異アル場合ニ於テハ其所有權ハ加工者ニ歸屬スルモノトス（民法二四六第一項但書）

又他人所有ノ材料ニ自己所有ノ材料ヲ加ヘ之ニ工作ヲ施シテ一物ヲ製出スル場合アリ例ヘハ他人ノ織物ニ加工者所有ノ金糸ヲ以テ縫箔ヲ爲ス場合ノ如シ此場合ニ於テハ添附ト加工トカ併合シタルモノナルカ故ニ前ノ標準ニ依テ所有權ノ歸屬ヲ定ムルコトヲ得ス故ニ第二百四十六條第二項ハ此場合ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケ加工者カ供シタル材料ノ價格ト工作ニ因リテ生シタル價格トヲ合算シタル額カ其材料ノ價格ヲ超過スルトキハ加工者其製出物ノ所有權ヲ取得スルモノトセリ蓋シ至當ノ規定ナリ

添附ノ效果

第四款　添附ノ效果

添附トハ前屢述ヘタルカ如ク二箇以上ノ物カ合シテ一ノ新ナル物ヲ生スルヲ謂フ從テ之ヲ組成スル物及ヒ其物ノ上ニ存スル諸種ノ權利ハ法律上消滅ニ歸スヘキコト固ヨリ當然ナリ即チ甲者所有ノ材木ト乙者所有ノ材木トヲ以テ一ノ家屋ヲ建築セルトキハ其材木ノ所有權ハ勿論其上ニ存シタル質權留置權ノ如キモ共ニ消滅ニ歸スルモノトス（民法二四七第一項）然レトモ此場合ニ於テハ主タルモノヽ所有權ノ擴張ト認ムルコトヲ得ヘキヲ以テ主タル物ノ上ニ存スル權利ハ新ニ生シタル

物ニ對シテ主張スルコトヲ得ルモノトセリ(民法二四七第二項)故ニ附合、混和若クハ加工ニ因リ生シタル物カ單獨ノ所有者ニ歸スルトキハ其所有者ニ對シテ其權利ヲ行使スルコトヲ得ヘシ若シ又其物カ共有ニ歸スルトキハ共有者ノ持分ノ上ニ此權利ヲ行使スルコトヲ得ルモノトス

添附ニ因リ物カ合體シタル場合ニ之ヲ組成セタル物ノ主從ノ區別ヲ爲スコトヲ得ヘキトキハ其主タル物ノ所有者ヲ以テ單獨ノ所有者トナスコト前述ヘタルカ如シ此場合ニ於テハ其從タル物ノ所有者ハ其所有權ヲ失フヲ以テ主タル所有者ニ對シテ不當利得ノ規定ニ從ヒ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス即チ無意ノ添附ノ場合ハ單獨所有者カ得タル利益ノミヲ償還シ故意ヲ以テ添附ヲ爲シ依テ利益ヲ受ケタル者アルトキハ其受ケタル利益ニ利息ヲ附シテ之ヲ還附セサルヘカラス尚ホ損害ヲ生シタルトキハ之カ賠償ノ責ニ任スルモノトス(民法八二四)

第三章　共有權

第一節　共有權ノ意義及ヒ其性質

共有權

共有權ノ意義及ヒ其性質

前ニ述ヘタルカ如ク所有權ハ物ノ總括的支配關係ナルカ故ニ一ノ物ノ上ニ數個ノ支配關係ノ存在スルコトハ決シテ之ヲ想像スルコトヲ得ス從テ一物ノ上ニハ所有權ハ唯一ノミ存スルコトハ當然ノ事由ナリ然レトモ權利ノ主體ハ必ス單數ナラサルヘカラサルトノ理由ナキヲ以テ一所有權ノ數人ニ屬スルコトハ法理上之ヲ認ムルコトヲ得此場合ヲ名ケテ共有權ト稱ス即チ共有權ハ所有權ノ一種ノ變體トシテ見ルヘキモノナリ

共有權ノ性質ニ付テハ古來學說區々ニシテ一途ニ出テス今之ヲ大別スルトキハ左ノ三トナスコトヲ得

第一、共有者ハ物即チ所有權ノ物體ヲ分割シテ所有スルモノナリトノ說

此說ハ又二派ニ分ル即チ一ハ各共有者ハ物ノ不可分的部分ニ付キ所有權ヲ有ストナスモノニシテ二ハ各共有者ハ物ノ想像的ノ部分ニ付キ所有權ヲ有スト云フニ在リ然レトモ此二說ハ共ニ妥當ヲ得タルモノニアラスシテ之ニ二個ノ理由アリ即チ第一ノ理由ハ凡ソ所有權ハ其目的タル一物ノ上ニ總括的ノ關係ヲ有スルモノナルカ故ニ物ノ一分ニ付キ各別ニ所有權成立ストナスハ所有權ノ觀念ニ背反スルモノト云ハサルヲ得ス第二ノ理由ハ共有者ニシテ若シ物ノ

各部ニ付キ所有權ヲ有スルモノトセバ其物ノ全部ニ付テハ何人モ所有權ヲ有スル者ナキニ至ルヘシ此二個ノ理由ハ目的物分割主義ヲ否認セサルヘカラサル所以ナリ

第二、共有權ノ性質ハ目的物ヲ分割スルモノニアラス又權利ヲ分割スルモノニモアラス各共有者ハ唯所有權ノ價格ヲ分割シテ所有スルモノナリトノ說抑モ價格トハ一ツ物ト他ノ物トヲ比較シテ生スル經濟上ノ關係ヲ謂フ從テ價格ヲ生スルニハ必スヤ先ツ一個ノ物ノ存在ヲ想像セサルヘカラス物ナクシテ特リ價格ノ存スヘキ理由ナシ故ニ此價格分割說モ亦共有權ノ性質ヲ說明スルニ足ラス

第三、共有者ハ物上ニ於ケル所有權ヲ分割シテ所有スルモノナリトノ說此主義モ亦二派ニ分ル即チ一ハ共有者ハ所有權ノ內容ヲ分割シテ各自之ヲ所有スルモノナリト主張シ二ハ所有權ノ範圍ヲ分割シテ共有スルモノナリト說ル者ノナリ然レトモ前說ハ未タ贊同スルヲ得ス何トナレハ前ニ述ヘタルカ如ク所有權ノ內容ハ處分、使用及ヒ保存ノ三者ノ支分權ニ外ナラス然レトモ支分權ヲ分割シテ所有スルヲ主義ハ我民法ニ於テ認メサルコトハ本編第二章ニ於テ述ヘタル所ノ如シ故ニ此說ハ我民法ノ主義ニ背反スルモノニシテ之ヲ否認セサルヲ得ス而シテ後說即チ範圍分割說ハ近世多數學者ノ認ムル所ニシテ亦實ニ我民法ニ採ル所ナリ以下此說カ能ク共有權ノ性質ニ適合セル理由ヲ說明スヘシ

共有權ノ場合ニ於テハ共有者ノ各自ハ皆共有物ニ關シ總括的支配關係ヲ有スルモノニシテ唯單純ノ所有者ニ異ナル所ハ所有權ノ主體カ單數ナルト複數ナルトノ點ニ在ルノミ故ニ單純ナル所有者カ物ニ對シテ有スル所有權ト共有者ノ一人カ共有物ニ對シテ有スル所有權トハ其性質ヲ同ウス然レトモ共有ノ場合ニ於テハ一ノ物體ヲ數人ニテ所有スルモノナルカ故ニ共有者ノ各自カ其權利ヲ行使スルニ付キ他ノ共有者ノ權利ヲ害セサルコトヲ要ス換言スレハ共有者ノ一人ノ權利ハ他ノ共有者ノ利益ノ範圍內ニ於テ其行使ヲ制限セラルヽモノナリ是レ共有權ハ所有權ノ內容ヲ制限セラルヽニアラスシテ其範圍ヲ制限セラレタルニ依ル現ニ民法第二百五十五條ニ依レハ共有者ノ一人カ持分ヲ拋

樂シタルトキ又ハ相續人ナクシテ死亡シタルトキニ於テハ其持分ハ當然他ノ共有者ニ歸屬スルモノトセリ是ニ由テ觀ルモ共有ノ場合ハ所有權ノ內容ヲ分割スルモノニアラスシテ單ニ其行使ノ範圍ノミヲ制限シタルモノナルコトヲ知ルニ足ルヘシ

以上述ヘ來リタル共有權ノ性質ニ依リ共有權ノ定義ヲ下セハ當ニ左ノ如クナルヘシ

共有權トハ一個ノ所有權カ數人ニ歸屬スル狀態ヲ謂フ

第二節　共有權ノ原因

共有權ヲ生スル原因ハ種々アリト雖モ之ヲ大別スルトキハ左ノ三種トナスコトヲ得

（第一）當事者ノ意思ニ因リテ生スルモノ

此場合ハ更ニ下ノ三個ノ場合ニ分ツコトヲ得

（一）組合契約　二人以上ノ當事者互ニ出資ヲ爲シ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ約スルトキハ組合ヲ成立ス而シテ組合員各自カ組合ニ差出シタル出資其他組合財產ハ組合員ノ共有ト爲ルモノトス

（二）贈與　贈與ハ常ニ共有權成立ノ原因ト爲ルモノニアラス唯贈與者カ二人以上ノ者ニ一個ノ物ヲ贈與シタルトキハ受贈者ハ其物ニ付キ共有ノ關係ヲ生スルモノトス

（三）共同契約　共同契約ト云フハ二人以上ノ者カ共同シテ一ノ動產若シハ不動產ヲ取得スルコトヲ約スル場合ヲ謂フモノニシテ此契約ニ基ツキ取得シタル動產不動產ハ契約當事者ノ共有ニ屬スルモノトス

（第二）法律ノ規定ニ因リテ生スルモノ

此場合ハ亦三個ニ分ル即チ左ノ如シ

（一）相續財產　相續財產分割主義ヲ採ル國ニ於テハ其財產ハ皆相續人ノ共有ニ屬ス然レトモ我舊民法及ヒ新民法ニ於テハ相續人ハ常ニ一人ナルノ主義ヲ採リタルカ故ニ此場合ニ於テハ共有ノ問題ヲ生セス唯家族ノ遺產ニ付テハ分割主義ヲ採用セルカ故ニ遺產分割前ニ在テハ其遺產ハ遺產相續人ノ共

有ニ屬スト云ハサルヘカラス

(二) 會社財産、會社解散前ニ在テハ會社ハ法人トシテ獨立ノ財産ヲ有スルモ會社カ法定其他ノ原因ニ因リ解散シタルトキハ其財産ハ總社員ノ共有ニ屬スルモノトス

(三) 偶然ノ原因ニ因リテ生スルモノ

附合若クハ混和ノ場合ニ於テハ共有ノ關係ヲ生スル場合アルコト前ニ添附ニ關シテ詳說シタルカ故ニ今復タ之ヲ述ヘス

以上ハ共有權ヲ生スル原因ノ重ナル場合ヲ擧ケタルモノニシテ此原因ニ因リテ生シタル共有權ニ付キ特別ノ法則アル場合ノ外總テ本章ニ於テ說明スル共有權ノ規定ヲ以テ支配スヘキモノトス

第三節　共有者ノ權利

共有者ノ權利ハ第三者ニ對スル場合トヨリ觀察スルコトヲ得然レトモ共有權ハ前ニモ述ヘタルカ如ク唯其行使ノ範圍ヲ制限セラルヽ外ニシテ此範圍內ニ在テハ單獨所有者ト毫モ異ナル所ナシ故ニ共有者各自ノ權利ヲ說明スレハ自ラ第三者ニ對スル權利ヲ據ル所ヲ了解シ得ヘキカ故ニ余ハ本節ニ於テハ先ツ共有者各自ノ權利ニ付キ說明スル所アルヘシ

共有者ノ權利

共有者間ノ權利義務ノ範圍ハ如何ナル標準ヲ以テ之ヲ定ムヘキヤト云フニ民法第二百四十九條ニ依レハ各共有者カ共有物ノ全部ニ付キ有スル持分ヲ以テ之ヲ定ムヘキモノトナセリ所謂持分トハ各共有者ノ權利ヲ相合シテ一ノ所有權ヲ成ス所ノ權利ノ部分ヲ謂フ此持分ハ共有ノ原因ニ因テ定ムルコトヲ通常トスレトモ若シ之ヲ定メサルトキハ當事者間ニ爭ヲ生スルヲ免カレサルヲ以テ民法ハ第二百五十條ヲ以テ豫メ其紛議ヲ防ケリ同條ニ曰ク「各共有者ノ持分ハ相均シキモノト推定ス」ト蓋シ一ノ物ヲ共有スルカ如キ場合ニ於テハ其權利ハ均一ナルコトヲ通常トスルカ故ニ此推定ヲ爲シタルモノニシテ當事者ハ反證ヲ擧ケテ此推定ヲ覆スコトヲ妨ケス今此原則ニ付キ共有者間相互ノ權利ヲ擧ケテ之ヲ詳說スヘシ

(第一) 共有者ハ共有物ノ全部ニ付キ使用ヲ爲スノ權ヲ有ス　共有者ハ所有者ト異ナラサルヲ以テ共有物ヲ使用スルコトヲ得ルハ勿論ナリ然レトモ共有物上

ニ有スル各共有者ノ權利ハ他ノ共有者ノ有スル權利ト相衝突スルモノナルカ故ニ各共有者ハ無限ニ之ヲ行使スルコトヲ得ス必スヤ他ノ共有者ノ權利ヲ害セサル範圍ニ於テスルコトヲ要スルナリ換言スレハ共有者ノ共有物ノ使用ハ其持分ニ應シテ爲サヽルヘカラスト云フニ在リ

(第二) 各共有者ハ同意ヲ爲スニアラサレハ共有物ニ變更ヲ加ヘラルヽコトナシ

物ノ變更トハ物ノ全部ヲ消滅セシムルコトアラスシテ其形體、性質及ヒ用方等ヲ變更スルヲ謂フ例ヘハ畑ヲ變シテ田トナシ若クハ住家ヲ變シテ倉庫トナシ方形ノ箱ヲ變シテ圓形ノモノトナスカ如シ物ノ變更ハ概ネ處分行爲ニ屬スト雖モ時トシテハ物ノ管理ノ爲メ之ヲ爲ス場合アリトス而シテ共有者ハ共有物ニ付キ所有權ヲ有スルカ故ニ其處分ヲ爲スハ著シキ利害ノ關係ヲ生スルカ故ニ之ニ付テハ各共有者ノ同意アルヲ要スヘキコト論ヲ俟タサルナリ然ラハ物ノ管理ヲ爲ス場合ハ如何管理行爲ハ素ト目的物ノ利益ノ爲メニスルモノナレハ縱令之ニ依リテ物ノ變更ヲ來スモ他ノ共有者ハ毫モ利害ヲ感セス從テ自由ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘキカ如シ然レトモ管理行爲ト雖モ物ノ變更ヲ來ス以上ハ他ノ共有者ハ直接ニ利害關係ヲ有スルノミナラス時トシテ共有物ノ價格ヲ減シ物ノ消滅ヲ速カナラシムルノ虞アリ故ニ共有者ノ權利ヲ保護スルノ結果羅馬法以來諸國ノ法律ニ於テモ共有物ニ變更ヲ加フル行爲ハ其目的ノ何タルヲ問ハス總テ共有者ノ同意ヲ要スルモノトナセリ我民法モ亦此主義ヲ採用シタルモノナリ從テ物ノ變更ヲ爲サントスル場合ニ於テ共有者中ノ一人ニテモ不同意ヲ唱フルトキハ如何ナル事故アルモ之ヲ變更スルコトヲ得サルカ故ニ此場合ニ於テハ持分分割ヲ請求シ其分割ノ部分ニ付キ變更ヲ爲スノ外ナシトス

(第三) 共有物ノ管理ニ關スル事項ハ共有者ノ過半數ヲ以テ之ヲ決行スルコトヲ得 茲ニ所謂管理トハ物ノ利用及ヒ改良ノ行爲ヲ指示ス此管理行爲ハ物ノ變更ニ於ケルカ如ク共有物ヲ消滅セシメ若クハ價格ニ影響ヲ及ホスモノニアラス却テ其價格ヲ增加スルノ利益アリ斯ノ如ク物ヲ利用シ若クハ改良スルハ獨リ所有者一人ノ利益ノミナラス又國家ノ經濟ヲ利スルモノナルカ故ニ法律ハ此場合ニ付テハ共有者全體ノ同意ナキモ其過半數ノ一致アルトキハ之ヲ決行

スルコトヲ得ヘキモノトナシタルナリ是レ獨リ我民法ノミナラス各國法律ノ均シク是認スル所ナリトス

茲ニ過半數トハ共有者ノ員數ニ依ルニアラス其持分ノ價格ヲ標準トシテ定ムルモノナリ例ヘハ甲ハ共有物ニ付キ其持分十分ノ五、乙ハ十分ノ三、丙ハ十分ノ二ヲ有スト假定セハ甲一人ノ意思ヲ以テハ未タ管理行爲ヲ爲スニ足ラス又乙丙二人ノ同意アルモ過半數ニ達セサルカ故ニ管理行爲ヲ爲スコトヲ得サルモノトス斯ノ如ク過半數ヲ定ムルニ共有者ノ員數ニ依ラスシテ其持分ニ依ル所以ノモノハ持分ノ大ナルニ從ヒ目的物ニ付キ利害關係ヲ有スルコト多ケレハナリ

(第四) 共有物ヲ保存スルノ行爲ハ各共有者ノ自由ニ屬ス 保存行爲トハ物ヲ維持スルニ付キ必要缺クヘカラサル行爲ヲ謂フモノニシテ第三者ト雖モ之ヲ爲スコトヲ得(即チ事務管理ノ如シ)此等ノ行爲ニシテ既ニ物ヲ維持スルニ必要ナル以上ハ其性質上共有者ニ不利ナルヘキ筈ナシ是レ法律カ斯ル行爲ニ付テハ他共有者ノ同意ヲ要スルコトナク直接ニ利害ノ關係ヲ有スル者ヲシテ自由ニ之ヲ爲スコトヲ得セシムル所以ナリ

共有者ノ一人カ以上述ヘタル第二以下ノ行爲ヲ爲シタルカ爲メ費用ヲ支出シ又ハ共有物ニ關スル租稅其他ノ行政上ノ負擔ヲ支辨シタルトキハ他ノ共有者ハ其持分ニ應シテ之ヲ支拂ハサルヘカラス蓋シ物ニ付キ利益ヲ享受スル者ハ其受益ノ限度ニ應シテ之ニ要シタル費用ヲ負擔スヘキハ當然ナレハナリ然ラハ斯ル場合ニ於テ他ノ共有者カ其費用ヲ支拂ハサルトキハ費用ヲ支出シタル共有者ハ果シテ如何ナル權利ヲ有スルヤ今之ヲ普通ノ債權債務ニ關スル原則ヨリ見ルニ債權者カ債權ノ辨濟ヲ得サルトキハ債務者ニ對シテ其履行ヲ强要スルコトヲ得ヘシ然レトモ共有ノ場合ニ於テハ此等ノ權利ヲ與フルノミヲ以テ未タ充分ニ費用支出ノ共有者ヲ保護スルヲ得ス何トナレハ共有ニ付テハ共有者ハ相一致シテ目的物ノ改良保存ヲ爲サヽルヘカラス然ルニ若シ一人ノ爲シタル行爲ニ對シ他人ハ費用ノ支出スラ之ヲ爲サヽルコトアルニ於テハ永ク其者ト共有ノ關係ヲ維持スルコトハ到底望ムヘカラサルコト多ク殊ニ共有ハ不便ナルコト多クシテ國家ノ經濟ヲ害スルモノナレハナリ故ニ民法ハ第二百

五十三條第二項ニ於テハ「共有者カ一年内ニ前項ノ義務ヲ履行セサルトキハ他ノ共有者ハ相當ノ償金ヲ拂ヒテ其者ノ持分ヲ取得スルコトヲ得」ト規定シ相當ノ償金ヲ供セシメ以テ費用ノ支拂ヲ怠リタル者ノ持分ヲ取得セシムルモノトナシタルナリ而シテ茲ニ一年ナル期間ヲ定メタルハ債務者タル共有者カ費用ヲ支拂ハサルトキハ他ノ共有者直チニ其持分ヲ取得ストナスハ債務者タル共有者ニ對シ酷ニ失スルヲ以テ特ニ此期間ノ猶豫ヲ與ヘタルナリ

債權ハ之ヲ第三者ニ對抗シ得サルコトヲ原則トナスカ故ニ之ヲ共有ニ適用スルトキハ共有者ノ一人カ支出シタル費用其他ノ負擔ハ他ノ共有者ノ持分ヲ讓受ケタル第三者ニ對抗スルコトヲ得サルヤ明カナリ然レトモ此原則ヲ嚴格ニ共有ノ場合ニ適用スルトキハ共有者ノ一人カ費用其他ノ負擔ヲ爲シ之ヲ他ノ共有者ニ分擔セシメントスルモ其共有者ニシテ既ニ持分ヲ第三者ニ讓渡シ而シテ自己ハ無資力ナルトキハ遂ニ之ヲ求償スルノ途ナキニ歸ス更ニ之ヲ持分讓受人ノ方面ヨリ見ルニ其讓受ノ當時多少ノ注意ヲ用サル以上ハ讓渡人カ其持分ニ付キ債務ヲ負擔シタルコトヲ容易ニ知ルコトヲ得從テ讓受人ニ對シ轉

シテ其債務ヲ負擔セシムルモ一般債權ニ於テ其效力ヲ第三者ニ對抗スルカ如ク損害ハ大ナルモノアルコトナシ況ンヤ共有物ニ關スル債權ハ共有物其モノニ關シテ生シタルモノナルカ故ニ共有物ノ持分ハ何人ニ轉轉スルモ其現有者ニ負擔セシメテ何等ノ妨害ナキニ於テオヤ故ニ民法第二百五十四條ハ此種ノ債權ハ特定ノ承繼人ニ對シテモ亦之ヲ行フコトヲ得トナシタルナリ而シテ所謂特定承繼人トハ賣買、贈與等ノ原因ニ由リ持分ヲ讓受ケタル第三者ヲ指稱スルモノトス但茲ニ一ノ注意スヘキハ債權者タル共有者カ特定承繼人ニ對シテ有スル權利ハ義務ノ承繼若クハ更改ニ因ルモノニアラスシテ單ニ法律ノ規定ニ依リテ之ヲ請求スルコトヲ得ルノミ從テ債權者タル共有者ハ持分讓渡人ニ對シテ有スル權利ヲ失フモノニアラサルナリ要スルニ此場合ニ於テハ債權者ハ持分讓渡人及ヒ讓受人ノ一ヲ選擇シテ其權利ヲ行フコトヲ得ルモノトス特定承繼人ニ對シテ行使スルコトヲ得ヘキ債權ハ獨リ費用其他ノ負擔ニ原因シテ生シタルモノノミナラス共有權ニ關シテ生セル總テノ債權及ヒ或期間分割ヲ爲サヽル契約ヲ爲シタルトキハ其契約ニ因テ生スル義務ヲモ之ヲ包含ス

ルモノトス

（第五）共有者ノ一人カ其持分ヲ抛棄シ又ハ相續人ナクシテ死亡シタルトキハ他ノ共有者ハ其持分ヲ取得スルノ權利ヲ有ス　共有權ニ在テハ唯一ノ所有權カ數人ニ屬スルモノニシテ共有者ハ共有物ニ付キ各所有權ヲ有スルニ拘ハラス其權利ノ行使ニ付キ他ノ共有者ノ權利ニ依テ制限セラルヽモノナリ故ニ一個ノ物ノ上ニ所有權カ衝突スルモノト觀テ不可ナルコトナシ共有權ノ性質既ニ斯ノ如クナルヲ以テ共有者ノ一人カ其持分ヲ抛棄シ若クハ相續人ヲ遺留セスシテ死亡シタルトキハ他ノ共有者ハ或部分ノ權利ノ抵觸ヲ失ヒ同時ニ其制限ハ消滅ニ歸スルモノナリ從テ其抛棄者若クハ死亡者ノ持分ハ當然他ノ共有者ニ歸屬スルモノトス論者或ハ此場合ニ於テ他ノ共有者カ持分ヲ取得スルハ動產ニ在テハ先占ノ理由ニ依ルヘク又不動產ニ在テハ當然國家ノ有ニ歸セシムヘシト主張スル者アリ然レトモ先占ニハ前述ヘタル如ク動產ヲ占有シ及ヒ占有ノ意思アルコトヲ要ス然ルニ共有ノ場合ニ於テ一ノ物ニ付キ數人ノ所有者中一人カ其持分ヲ抛棄シ若クハ相續人ナクシテ死亡シタル場合ニ於テ目的物ハ既ニ他ノ共有者ノ占有ニ係リ其間ニ第三者ノ占有ヲ認ムヘキ餘地ヲ見ル能ハス又斯ル場合ニ於テ他ノ共有者ハ抛棄若クハ死亡シタル共有者ノ持分ヲ占有スルノ意思アリト云フコトヲ得ス從テ先占ノ法理ハ之ヲ此場合ニ適用スルコト能ハサルナリ又不動產ニ付テ所有者ナキトキハ之ヲ國家ニ歸屬セシムルノ原則ハ此場合ニ適用スルコトヲ得ス蓋シ所有者ナキ不動產ヲ國家ノ有ニ歸セシムル所以ハ不動產ハ國家ノ基礎ヲ成スモノニシテ其價額動產ニ比シテ高貴ナルヲ例トス然ルニ今先占ニ因テ之ヲ取得スルコトヲ許ストキハ人皆之ヲ得ント欲シテ先ヲ爭ヒ爲メニ社會ノ秩序ヲ紊亂スルニ至ルヲ以テナリ然ルニ共有ノ場合ニ於テハ他ノ共有者ハ既ニ物ノ全部ニ付キ所有權ヲ有スルモノナルカ故ニ國家ハ進テ之カ所有者ト爲ルノ必要ナシ且其持分ヲ國家ニ歸セシムルトキハ其物ハ國家ト私人トノ共有ニ歸シ其關係甚タ複雜ナルニ至ルヘシ加之若シ論者ノ主張スルカ如クナルトキハ所有權ノ一分ヲ抛棄シ又其一分ヲ先占スルノ結果ヲ生ス斯ノ如キハ法理上許サヽル所ニシテ何レノ國ト雖モ之ヲ認メタルモノナシ是ニ由テ之ヲ觀レハ論者ノ說ハ實際上ヨリ見ルモ亦法理上

ヨリスルモ到底其當ヲ得タルモノト云フヘカラサルナリ

共有者ノ一人カ其持分ヲ抛棄シ若シハ相續人ナクシテ死亡シタルトキハ其持分ハ當然他ノ共有者ニ歸屬スルコトハ民法第二百五十五條ノ規定スル所ナリ此規定ニ依テ見ルモ共有權ノ性質ハ所有權ノ內容ヲ共有者ニ分割スルモノニアラサルコトヲ知ルニ足ルヘシ何トナレハ共有權ニシテ若シ所有權ノ內容ヲ分割シテ物ヲ所有スルニ在ルモノトセハ各共有者ハ皆支分權ヲ分有スルコトヽナルヲ以テ共有者ノ一人ニシテ其支分權ヲ抛棄シ若シハ相續人ナクシテ死亡シタレハトテ其權利ハ當然他ノ共有者ニ歸屬スト云フヲ得ス必スヤ之ヲ取得スヘキ一定ノ行爲ヲ爲サヽルヘカラサレハナリ

(第六)分割請求權　共有權ハ前ニ述ヘタルカ如ク一個ノ物ノ所有權カ數人ニ屬スル場ソナルカ故ニ各共有者ノ權利ノ行使ハ互ニ制限セラレ單獨所有者ニ於ケルカ如ク自由ニ之ヲ行フコトヲ得ス若シ共有者ノ一人カ目的物ニ變更ヲ加ヘントスルトキハ總テノ共有者ノ同意ヲ要スヘシ之カ管理行爲ヲ爲スニ付テモ尙ホ共有者過半數ノ同意アルコトヲ要ス共有權ノ關係ハ斯ノ如ク不便ナル

カ故ニ其改良及ヒ利用ハ之ヲ望ムヘカラサル場合多キノミナラス各共有者カ共有物ニ對スル利害關係ハ比較的僅少ナルヲ以テ其利用及ヒ改良ヲ等閑ニ付スルコトアルハ自然ノ人情ナリ共有權ハ斯ノ如ク物ノ利用ヲ妨ケ改良ヲ止ムルカ故ニ各國立法ハ皆之カ分割ヲ奬勵スルノ方針ヲ採レリ我民法モ亦此主義ニ從ヒ其第五百五十六條ニ於テ共有者ハ何時ニテモ之カ分割ヲ請求スルコトヲ得ルモノトナセリ然レトモ物ハ時期ニ因リ分割ニ不利ナル場合アリ或ハ市場ノ價額ニ高低アルコトヲ通常トスルカ故ニ其目的物ノ價額非常ニ低落セル場合ニ共有者ノ一人カ分割ヲ請求シタルトキハ他ノ共有者ハ必ス之ニ應セサルヘカラストナストキハ多數ノ共有者ハ非常ノ損害ヲ被ムルコトナキヲ保セス故ニ法律ハ更ニ例外トシテ五年ヲ超エサル期間內之ヲ分割セサルノ契約ヲ爲スコトヲ許セリ蓋シ斯ル短日月ノ間ニ於テ分割ヲ爲サヽルノ契約ヲ認メタレハトテ經濟上大ナル不都合ナク却テ前ニ述ヘタル共有者ニ生スヘキ損害ヲ防止スルコトヲ得ヘケレハナリ

分割ヲ爲サヽル契約期間ハ五年ヲ限リトスルモ當事者ノ都合上其契約ヲ更新

スルコトヲ妨ケス但其更新ノ期間ハ五年ヲ超ユルコトヲ得サルモノニシテ更新シタル期間ノ計算ハ其更新ノ時ヨリ之ヲ起算スルモノトセリ蓋シ法律カ既ニ契約期間ヲ五年ニ限リタル以上ハ他ノ規定ヨリ其立法ノ趣意ヲ破壞スルノ結果ヲ生セシムヘカラス然ルニ更新ノ期間ヲ前契約終了ノ時ヨリ起算スルモノトシ更新ニ重スルニ更新ノ契約ヲ以テスルコトヲ得セシムルトキハ契約期間ハ十數年ニ亘ルモ盡ルコトナシ法律カ社會公益ヲ保護スルカ爲メニ定メタル規定ハ何等ノ效ナキニ歸スレハナリ例ヘハ五年間共有物ノ分割ヲ爲サヽル契約ヲ爲シタル場合ニ三年ヲ經過シタル後更ニ五年間同一ノ契約ヲ爲シタルトキハ其當時ヨリ更新セル五年ヲ計算スルモノニシテ即チ前後八年間其契約有效ニ存續スルカ如シ(民法二五六第二項)

斯ノ如ク共有物ノ分割ハ共有者ノ權利ニシテ特別ノ契約ナキ以上何時ニテモ之ヲ請求シ得ルヲ原則トス然レトモ物ノ性質上共有關係ノ存續ヲ必要トシ之ヲ分割スルトキハ其價額ヲ減スルノ結果ヲ生スルコトアリ斯ル場合ニ於テハ右原則ノ例外トシテ共有者ニ對シ分割請求權ヲ認メサルモノトス例ヘハ一棟

ノ建物ヲ區分シテ二人カ各其一分ヲ所有スル場合ニ其區分ノ標識タル中間ノ境壁ハ法律上之ヲ共有物ト看做スモノナリ此等ノ物ハ共有ノ關係アリテ始メテ其用ヲ全ウスルモノニシテ之ヲ分割スルトキハ全ク其效用ヲ失フノミナラス其價額非常ニ減少スルニ至ルヘシ土地ノ疆界線ニ在ル界標、圍障、牆壁ノ如キ亦同シ加之想像上之ヲ分割スルヲ得トナスモ物ハ一分ノ所有權ハ法律上之ヲ認メサルカ故ニ若シ此種ノ共有物ニ修繕其他保存行爲ヲ加ヘ爲メニ費用ヲ生シタルトキハ共有者ノ各自之ヲ分擔セサルヘカラサルカ故ニ斯ル場合ニ於テハ決シテ分割ノ實ヲ見ルコト能ハス是レ民法カ此種ノ共有物ニ對シ分割請求權ヲ認メサル所以ナリ(民法二五七)共有物分割請求權ニ對シテハ尙ホ一ノ例外アリ即チ入會權是ナリ入會權トハ後ニ述フヘキカ如ク他人ノ土地ニ立入リ其地上ニ生スル雜草若クハ土砂等ノ如キ果實ヲ採取スル權利ヲ謂フ此權利ハ或ハ土地ニ附屬スル場合アリ又或一團體ノ人ニ屬スル場合アルカ故ニ其性質ハ或ハ地役ト爲リ或ハ共有ト爲ル而シテ其地役ノ性質ヲ有スル場合ハ固ヨリ地役ニ關スル規定ニ從フヘク又共有ノ性質ヲ有スル場合ニ於テハ特別ノ慣習アル場

合ノ外ハ共有ニ關スル規定ヲ適用スヘキモノトス(民法六三二)從テ若シ共有ノ性質ヲ有スル入會權ニシテ慣習上分割ヲ許サヽルトキハ特別ノ契約アル場合ノ外共有者ノ一人ハ自由ニ其分割ヲ請求スルノ權ナシ以上ハ分割請求權ニ對スル例外ノ明カナル場合ナリ尙ホ玆ニ一ノ疑ヲ存スルハ組合ニ於ケル組合財產ハ前述ヘタル如ク各組合員ノ共有ナルカ此場合ニ組合契約ヲ以テ其組合ヲ五年以上繼續スヘキコトヲ定メタルトキハ共有ノ規定ニ依リ其繼續期間ニ關スル契約ハ無效ニ歸スヘキヤ否ヤ余ハ此場合ニ在リテハ共有ニ關スル原則ヲ適用スルモノニアラスシテ組合ノ存續スル限リ組合員ハ分割ヲ請求スルコトヲ得サルモノト信ス

各共有者ハ分割ヲ請求スルノ權ヲ有スルカ故ニ共有者ノ一人ヨリ其請求ヲ爲シタルトキハ必ス之カ分割ヲ爲サヽルヘカラス而シテ分割ノ方法ニ付テハ共有者ノ協議ニ因テ定ムル場合ト裁判所之ヲ定ムル場合トノ二アリ共有者ノ協議ヲ以テ分割ヲ爲ス場合ハ各共有者ハ皆滿足ナル結果ヲ得ヘキコト論ヲ俟タス然レトモ共有者ノ各自皆其欲スル所ヲ異ニシ其一人ハ現物ヲ以テ之ヲ分割

センコトヲ希望シ他ハ之ヲ賣却シ金錢ヲ以テ分割センコトヲ欲スル場合アリ或ハ又各共有者ノ分取スヘキ物ニ付キ協議調ハサル場合アリ斯ル場合ニ於テハ到底協議上ノ分割ヲ望ムヘカラサルカ故ニ法律ハ斯ル場合ニ於テハ共有者ノ一人若クハ數人ヨリ裁判所ニ對シテ分割ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトナセリ(民法二五八第一項)而シテ裁判所ニ對シテ分割ヲ請求スルハ決シテ訴訟ヲ提起スルノ謂ニアラス恰モ失踪者ニ對シテ失踪ノ宣告ヲ爲スト同シク非訟事件トシテ之ヲ處分スルモノナリ蓋シ一私人ノ間ニ爭ヲ生スルトキハ一方ヨリ訴訟ヲ提起シ之カ裁決ヲ求ムルコトヲ得ルハ當然ニシテ別ニ規定ヲ要セス然ルニ本項ニ於テ特ニ分割ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ヘキ旨ヲ掲ケタルハ畢竟訴訟以外ノ方法ニ依テ處分スルノ趣旨ニ出ツルモノニシテ若シ斯ノ如ク解釋セサルトキハ本項ハ何等ノ實用ナキ徒法タルニ過キサレハナリ從テ分割ニ付キ當事者間ニ先決スヘキ爭ヲ生シタルトキハ別ニ訴訟ヲ起スニアラサレハ之ヲ決定スルコトヲ得サルヘシ

共有者カ協議ヲ以テ共有物ヲ分割スル場合ハ或ハ直チニ其現物ヲ分割スルコ

トアリ或ハ之ヲ賣却シ其代價ヲ分割スルコトアリ或ハ又一人ハ共有物ノ全部ヲ有シテ自己ノ持分ニ超過スル部分ニ對スル代價ヲ支拂フコトアル等其方法一途ニ出テス之ニ反シテ裁判所カ之ヲ分割スル場合ニ於テハ法律上其分割方法ヲ一定セリ即チ第一、現物ノ分割第二、價格ノ分割是ナリ現物ノ分割ハ共有ノ性質上最モ普通ノモノナルカ故ニ裁判所ハ先ツ此方法ヲ採ラサルヘカラス然レトモ共有物ノ性質上形體上之ヲ分割スルコトヲ得サル場合アリ或ハ又物ノ分割ヲ爲スコトヲ妨ケサルモ其之カ爲メニ著シク價格ヲ損スル場合アリ斯ル場合ニ於テハ第二ノ方法トシテ其目的物ヲ賣却シ依テ得タル代價ヲ以テ各持分ノ割合ニ應シテ分割ヲ爲スヘキモノトス而シテ此目的物賣却ハ競賣ノ方法ニ依ルヲ以テ原則トスルモ時トシテハ自由賣買ヲ以テスルコトアリ

共有者ノ一人カ他ノ共有者ニ對シテ共有物ノ保存又ハ管理行爲ニ因ル費用ニ付テノ債權ヲ有スルトキハ他ノ共有者ニ對シ持分ニ應シテ之カ辨濟ヲ求メ若シハ償金ヲ致シテ其持分ヲ取得スルコトヲ得此權利ハ持分ヲ特定承繼人ニ讓渡セル場合ニ於テモ敢テ變更セサルコト前述ヘタルカ如シ然レトモ共有物ヲ分割スルトキハ共有物ニ付キ與ヘタル右ノ權利ハ消滅ニ歸スヘキヲ以テ此場合ニ於テハ更ニ特別ノ方法ニ依テ權利ヲ認ムルコトヲ要ス各國ノ立法例ヲ見ルニ此場合ニ處スルノ方法一ナラス或ハ債權者タル共有者カ債務者タル共有者ノ得タル物ノ上ニ先取特權ヲ認ムルモノアリ或ハ又債務者カ得タル物ノ全部若シハ一部ヲ以テ直チニ辨濟ニ充當スルコトヲ許スモノアリ我民法ハ實ニ此後者ニ屬スル方法ヲ採リタルモノナリ(民法五九二)而シテ右債務者タル共有者ニ歸スヘキ部分ニシテ金錢ナルカ若シハ其部分ハ右債權ニ恰當シテ多少ナキトキハ直チニ其物ヲ辨濟ニ充當シテ差支ナキモ直接ニ之ヲ辨濟ニ充ツルコト能ハサルトキハ之ヲ賣却シテ以テ金錢ニ換價スルノ必要アリ斯ル場合ニ於テハ債權者ハ其賣却ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス

共有物ノ分割ニ付キ其方法及ヒ割合ヲ定ムルカ爲メニハ獨リ共有者ノミナラス共有物ニ付キ權利ヲ有スル者及ヒ各共有者ノ債權者ハ又之ニ參加スルコトヲ得蓋シ共有物ニ對シテ直接ニ權利ヲ有シ又ハ共有者ニ代リテ共權利ヲ行フコトヲ得ル者ハ共有物ノ分割ニ付キ直チニ利害關係ヲ及ホスモノナルヲ以テ

此等ノ者ナシテ其分割ニ參加セシムルハ利害關係人ヲ保護スルニ至當ノ途ナレハナリ但右利害關係人ノ參加ハ自己ノ權利ヲ保護スルカ爲メナルヲ以テ其之ニ要スル費用ハ自己ノ負擔タルコト論ヲ俟タス既ニ斯ノ如ク法律上利害關係人ナシテ分割ニ參加スルノ權ヲ得セシメタル以上ハ利害關係人ノ參加請求アリタルニ拘ハラス之ヲ無視シテ直チニ分割ヲ爲シタルトキハ其分割ハ參加ヲ請求シタル者ニ對抗スルコトヲ得サルヤ亦自然ノ結果ナリトス(民法六〇二)而シテ本條ニ所謂共有物ニ付キ權利ヲ有スル者トハ地上權者、永小作權者、地役權者、留置權者、先取特權者、質權者、抵當權者ヲ謂ヒ各共有者ノ債權者トハ目的物ノ賃貸人及ヒ各共有者ニ對スル債權者ヲ謂フ

以下分割ノ效果ヲ說明スヘシ

共有物ノ分割アルトキハ各共有者カ共有物ニ對シテ有スル權利ハ消滅シ各其有者ハ更ニ其得タル物ニ付キ單獨ノ所有權ヲ有スル而シテ此場合ニ於テハ各共有者カ其得タル物ニ付キ互ニ擔保ノ義務ヲ負フモノナリ蓋シ有償契約ニ因ル權利移轉ノ場合ニ在テハ讓渡人ハ讓受人ニ對シ目的物ニ付キ擔保ノ義務ヲ負フコトハ民法第五百五十九條ニ定ムル原則ニシテ分割ノ場合ハ以テ之ヲ契約ト稱スルコトヲ得スト雖モ共有者ノ一人カ物ノ或部分ヲ受ケタルトキハ讓受人ノ關係ヲ有シ他ノ共有者ハ讓渡人ノ關係ヲ有ス此關係ハ現物ヲ分割シタル場合ニ於テ殊ニ賣買契約ニ酷似ス故ニ各共有者ヲシテ其持分ニ應シ互ニ擔保ノ義務ヲ負ハシメ以テ分配シタル物ノ瑕疵及ヒ權利ノ追奪ニ因リテ不平等ノ分割ナカラシメンコトヲ期シタルナリ

茲ニ所謂擔保ノ義務ニ二種アリ一ヲ追奪擔保ト云ヒ他ヲ瑕疵擔保ト云フ追奪擔保ノ義務トハ讓渡シタル權利ノ一部又ハ全部カ第三者ノ正當ノ權利ノ行使ニ因リ讓渡人ノ手ヨリ奪取セラレタル場合ニ讓渡人カ其依テ生シタル損害ヲ賠償スルノ義務ヲ謂ヒ瑕疵擔保トハ目的物ニ隱レタル瑕疵ノ存在シタルニ因リ讓渡人カ讓受人ニ對シテ損害ヲ賠償スル義務ヲ謂フ而シテ擔保義務ニ關スル詳細ナル事項ハ賣買ニ關スル規定ニ依テ明カナルカ故ニ茲ニ之ヲ述ヘス共有者ノ負フ所ノ此擔保ノ義務ハ目的物分割前ニ生シタル瑕瑾ニ對スルモノニシテ且其持分ニ應スルヲ限度トス

共有物ノ分割者ハ右擔保義務ノ外尚ホ一ノ義務ヲ負フ即チ證書保存ノ義務是ナリ抑モ分割ハ一方ヨリ見レハ共有關係ヲ消滅セシムル行爲ニシテ他ノ一方ヨリ見レハ共有者ハ分割セラレタル物ニ付キ權利ヲ取得スルノ原因ト爲ルモノナリ從テ其行爲ハ共有者間ニ重大ナル利害ノ關係ヲ及ホシ動モスレハ其結果ニ付キ紛議ヲ生スルノ虞ナキヲ保セス是ヲ以テ法律ハ茲ニ證書保存ノ義務ヲ認メ以テ分割者ノ權利ヲ明確ナラシメ且諸多ノ紛爭ヲ避ケンコトヲ期セリ(民法二六二)而シテ證書保存ノ義務ニ三種アリ即チ左ノ如シ

(第一) 各分割者ハ自己ノ受ケタル部分ニ關スル證書ヲ保存スルハ義務ヲ有ス

(第二) 共有者ノ總員又ハ其數人ニ分割シタル物ニ關スル證書ハ其物ニ付キ最大部分ヲ受ケタル者之ヲ保存スルノ義務ヲ有ス

(第三) 右ノ場合ニ於テ最大部分ヲ受ケタル者ナキトキハ保存義務者ハ分割者ノ協議ニ因リ之ヲ定メ若シ其協議調ハサリシトキハ裁判所ノ指定スル所ニ依ル

斯ノ如ク證書保存ノ義務ハ分割セラレタル權利ニ付キ多大ナル利害關係ヲ感スヘキ最大部分ノ分割ヲ受ケタル者ニ之ヲ負ハシムト雖モ分割部分ノ大ナル者ノミヲ保護スルモノニアラス分割ニ關スル總テノ權利關係ハ此證書ニ依リテ證明セラルヽモノナリ從テ他ノ分割者ヨリ之カ使用ヲ請求セラレタルトキハ保存者ハ何時ニテモ其請求ニ應セサルヘカラサルナリ

地上權 地上權ノ性質及ヒ定義

前屢〻述ヘタルカ如ク共有權ハ一ノ所有權カ數人ニ屬スル狀態ヲ謂フモノナリ而シテ所有權以外ノ財產權ニシテ地上權永小作權若クハ賃借權ノ如キ又數人ニ屬スル場合アリ此場合ハ固ヨリ共有權ノ性質ヲ有スルモノニアラスト雖モ共有權利者ノ相互關係タルヤ酷タ共有權ニ似ルモノアリ故ニ此種ノ權利ニ對シテハ其性質ノ許容スル範圍ニ於テ共有權ニ關スル規定ヲ準用スルコトヲ得ルモノトス但法令上特別ノ規定アルトキハ其規定ニ從フヘキコト論ヲ俟タス(民法二六四)

第四編　地上權

第一章　地上權ノ性質及ヒ定義

地上權トハ羅馬法ニ所謂「ジュス、スプァーフィシーエス」(Jus Superficis)ニ該當スルモノニシテ我國ニ於テハ古來此等ノ名稱ノ使用セラルヽヲ見ス然レトモ其實質ニ至テ

ハ慣習上早ク既ニ實行セラレタルヲ見ル即チ家屋ヲ所有スルカ爲メニ若クハ竹木ヲ栽植スルカ爲メニ他人ノ土地ヲ使用スルノ權利ハ早ク既ニ發達シタルモノナリ而シテ羅馬法及ヒ歐洲諸國ノ法律ニ付キ地上權ノ性質ヲ見ルニ他人ノ所有ニ屬スル土地ニ定著スル物ヲ完全ニ所有スルノ權利ヲ謂フモノトナセリ換言スレハ地上權トハ土地ノ定著物ノ方面ヨリ見レハ其定著物ノ所有者トシテ之ヲ使用シ及ヒ處分スルノ權ヲ謂ヒ又土地ノ方面ヨリスルトキハ他人ノ所有ニ屬スル土地ノ地表ヲ占有シテ之ヲ使用スル權利ヲ謂フ今歐洲諸國ニ於テ斯ノ如キ權利ヲ認ムルニ至リタル沿革ヲ繹ヌルニ古代羅馬法ニ於テハ土地ノ上ニ存在スル定著物ハ皆之ヲ土地ノ一部ヲ組成スルモノト看做スカ故ニ土地ノ所有者ニ屬スルヲ原則トス然ルニ社會進歩スルニ從ヒ人口漸ク增殖シテ皆其定住地ヲ爭ヒ弊舍茅屋ハ變シテ大厦高樓ト爲リ從テ土地及ヒ家屋ハ共ニ其價格ヲ騰貴スルニ至レリ是ニ於テ乎土地ト定著物トヲ併セテ一人ノ所有ニ歸セシムルハ決シテ容易ノ業ニアラス故ニ羅馬ノ末年ニ於テ遂ニ古來ノ原則ヲ打破シ定著物ノ所有權ヲ土地ノ所有權ヨリ獨立シテ所有スルノ權利ヲ認メタリ之ヲ地上權ノ淵源トス歐洲諸國ニ於ケル地上權ノ觀念ハ皆此羅馬法ニ於ケル地上權ノ觀念ヲ襲ヒタルヲ以テ定著物ハ土地ノ一部ヲ成スモノナリトノ思想ハ未タ全ク之ヲ蟬脫スルコトヲ得ス從テ地上權ノ性質ヲ示スニ當リテハ先ツ地上權者カ定著物ニ付キ完全ナル所有權ヲ有スルノ觀念ヲ明カニスルノ必要アリ之ニ反シテ我國ニ於テハ古來ノ慣習上土地ニ定著セル建物若クハ竹木ニ對シテハ土地ノ所有權ニ獨立シタル所有權ヲ認メタルカ故ニ地上權者ハ定著物ニ付キ完全ナル所有權ヲ有スルコト當然ニシテ別ニ法律ノ規定ヲ俟タス是レ我民法カ地上權ヲ以テ單ニ他人ノ土地ヲ使用スル權利ナリトシ借地權ノ一種ニ屬セシメタル所以ナリ所謂借地權トハ第一、地上權第二、永小作權第三、使用借權第四、賃借權是ナリ而シテ使用借權及ヒ賃借權ハ我民法ハ之ヲ債權編ノ部ニ規定シ永小作權ハ余カ次編ニ於テ講述セントスル所ナリ

地上權ノ性質夫レ斯ノ如シ然ラハ地上權ハ如何ニ定義ヲ與フヘキヤ抑モ地上權ノ定義ニ付テハ古來學說區々ニ分レ立法例亦一途ニ出テス舊民法財產編第百七十一條ニ依レハ「地上權トハ他人ノ所有ニ屬スル土地ノ上ニ於テ建物又ハ竹木ヲ

完全ノ所有權ヲ以テ占有スル權利ヲ謂フ」ト定義セリ此定義ハ佛國一派ノ學者ノ唱道スル所ニシテ之ニ依ルトキハ地上權トハ單ニ土地ヲ占有スルノ權利ヲ指スヤ又ハ土地ノ上ニ於ケル建物及ヒ竹木ヲ所有スルノ權利ヲ謂フヤ甚タ明瞭ナラス若シ夫レ此定義ニシテ建物及ヒ竹木ヲ所有スル權利ヲ指スモノナリトセハ前述ヘタル如ク我國ノ慣習上土地ノ上ノ定著物ニ付キ獨立ノ所有權ヲ認ムルハ當然ナルカ故ニ法律上別ニ地上權トシテ之ヲ規定スルノ必要ナシ加之右第百七十一條ノ法文ヨリ觀察スルトキハ地上權トハ建物、又ハ竹木ヲ占有スルノ權利ヲ指スモノトナスカ如シ果シテ然ラハ他人ノ土地ノ上ニ建物ヲ所有シ之ヲ他人ニ貸與シタルモノハ地上權者ト云フヲ得サルカ是レ羅馬以來ノ地上權ノ觀念ニ反スル此等ノ點ニ於テ舊民法ニ於ケル地上權ノ定義ハ既ニ其當ヲ得タルモノニアラサルナリ又獨逸民法及ヒ撒遜民法ニ依レハ地上權ヲ以テ土地ノ上下ニ建設物ヲ所有スルノ權利ヲ謂フモノトナセリ然レトモ地上權ハ單ニ土地ノ上ニ在ル建設物ヲ所有スルノ權利ノミナラス地上ニ於テ竹木ヲ所有スルノ權モ亦之ヲ地上權ト稱スルコトヲ得ヘキハ近世學者ノ均シク是認スル所ナリ故ニ此規定ハ狹キニ失

ス又白耳義民法草案ニ依レハ地上權ヲ定義シテ他人ノ土地ノ上ニ存スル建物及ヒ竹木ヲ所有者ノ如ク自由ニ處分スル權利ナリトナセリ然レトモ此定義ニ依ルトキハ土地ノ上ニ池沼溝渠、穴倉等ノ如キ工作物ヲ建造スルカ如キハ地上權ヲ以テ說明スルコトヲ得サルニ至リ地上權ニ於ケル一般ノ觀念ニ反スルノ缺點アリ故ニ我民法ハ此等總テノ定義ヲ排斥シ我國ノ慣例及ヒ近世ノ法理ヲ斟酌シ新ニ第二百六十五條ニ於テ地上權ヲ定義セリ曰ク

地上權トハ他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル權利ヲ謂フ

ト此定義ニ依レハ地上權ハ他人ノ所有ニ屬スル土地ヲ使用スルノ權ニシテ工作物又ハ竹木ヲ所有スルカ爲メニノミ成立スルモノトス而シテ茲ニハ廣ク工作物トナシタルカ故ニ獨リ建物ノミナラス池ヲ掘リ庭ヲ作ルカ如キ悉ク之ヲ包含スルモノトス地上權ノ成立スルニハ必スシモ工作物又ハ竹木ノ現存スルコトヲ要セス苟モ土地ノ上ニ工作物若クハ竹木ヲ所有スルノ目的ヲ以テ其土地ヲ使用スレハ足ル又縱令工作物又ハ竹木ノ消滅スルコトアルモ地上權ハ決シテ消滅スル

モノニアラサルナリ

地上權ノ效果

第二章　地上權ノ效果

前章ニ述ヘタルカ如ク地上權トハ他人ノ土地ノ上ニ存在スル工作物又ハ竹木ヲ所有スルカ爲メ其土地ヲ使用スルノ權利ヲ謂フ故ニ其結果トシテ地上權者ハ土地ノ上ニ存在スル工作物又ハ竹木ヲ所有スルノ權利ヲ有シ併セテ其土地ヲ占有スルノ權利ヲモ有ス是レ地上權ノ性質ニ對スル當然ノ效果ナリトス夫レ然リ而シテ地上權ノ成立ニハ權利者カ地代ヲ支拂フコトヲ要セスト雖モ何人モ好意上他人ニ土地ヲ使用セシムルハ殆ト稀ニシテ多數ノ場合ニ於テハ之カ地代ヲ支拂フコトヲ普通トナス從テ法律上地代ニ關スル規定ヲ爲スノ必要アリ然レトモ地上權者ニ於テ地代ヲ支拂フ場合ニ於テハ地上權ノ性質ハ永小作權及ヒ賃貸借ニ酷似スルニ至ルモノニシテ唯其永小作權ト異ナル所ハ地上權ニ在テハ土地使用ノ目的カ工作物ヲ建設シ又ハ竹木ヲ栽植スルニ在ルモ之ニ反シテ永小作權ニ在テハ其使用ノ目的カ耕作又ハ牧畜ヲ爲スノ差アルノミ故ニ民法ハ其第二百六十六條第一項ニ於テ「地上權者カ土地ノ所有者ニ定期ノ地代ヲ拂フヘキトキハ第二百七十四條乃至第二百七十六條ノ規定ヲ準用ス」トナセリ而シテ第二百七十四條乃至第二百七十六條ノ規定ハ即チ永小作權者ノ地代支拂ニ關スル規定ニシテ試ニ之ヲ地上權ニ準用スルトキハ左ノ如キ結果ヲ生ス

(第一)地上權者ハ不可抗力ニ因テ土地ノ使用ヲ害セラレタル場合ニ於テモ地代ノ免除又ハ其減額ヲ請求スルノ權ナシ(民法七四二)

(第二)地上權者カ二年以上引續キ地代ノ支拂ヲ怠リ又ハ破産宣告ヲ受ケタル時ニハ土地所有者ハ地上權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得(民法七六二)

(第三)地上權者ハ不可抗力ニ因リテ三年以上全ク收益ヲ得ス又ハ五年以上地代ヨリ少ナキ收益ヲ得タルトキハ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得(民法七五二)

又地代ヲ支拂フ地上權ト賃貸借トノ差異ハ前者ハ物權ニシテ後者ハ債權タルト前者ノ目的物カ土地ニ限リ後者ハ其制限ナキトニ依ル性質上ノ差異アルノミナルカ故ニ其地代支拂ニ關シテハ亦賃貸借ニ關スル規定ヲモ準用スルモノトス(民法二六六二項)今地代支拂ニ關スル賃貸借ノ規定ヲ地上權ニ準用スルトキハ左ノ如キ結果ヲ得ヘシ

(第一) 地上權ノ設定セラレタル土地ノ一部カ地上權者ノ過失ニ由ラスシテ滅失スルトキハ地上權者ハ其滅失ノ割合ニ應シテ地代ノ減額ヲ請求スルコトヲ得(民法第一六一項)

(第二) 地代支拂ノ時期ハ宅地ニ付テハ毎月末其他ノ土地ニ付テハ毎年末ニ之ヲ支拂フコトヲ要ス又收穫季節アルモノニ付テハ其季節後遲滯ナク之ヲ支拂ハサルヘカラス(民法一四六)

地上權者ハ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ他人ノ土地ヲ使用スルノ權ヲ有スルモノナルカ故ニ其權利ノ行使ヲ全ウセシメント欲セハ其土地ニ付キ土地所有者カ之ヲ使用スル場合ト同一ノ權利ヲ認メサルヘカラス又地上權者カ土地ヲ使用スルニ付テハ他人ノ土地所有權ヲ害セサルノ義務アリ從テ土地所有者カ相隣者間ノ利益ノ爲メ有スル權利義務ハ之ヲ地上權者間及ヒ地上權者ト土地所有者トノ間ニ準用スルモノトス(民法二六七)而シテ相隣者間ニ於ケル土地所有權ノ制限ハ民法第二百九條乃至第二百三十八條ニ規定スル所ニシテ前既ニ詳述シタル所ナルカ故ニ茲ニハ地上權ニ適用セル結果ノ重ナルモノヲ擧クルニ止メ[illegible]

(第一) 地上權者ハ疆界又ハ其近傍ニ於テ工作物ヲ築造又ハ修繕スル場合ニ於テハ其必要ニ應シテ隣地ヲ使用スルノ權利ヲ有シ又隣地所有者ニ此必要アルトキハ其使用ヲ許スノ義務アリ(民法二〇九)

(第二) 地上權者ハ使用土地カ袋地ト爲リタル爲メ隣地ヲ通行スルノ權ヲ有シ又隣地カ袋地ト爲ルトキハ之ヲ通行セシムルノ義務アリ(民法二一〇乃至二一三)

(第三) 自然ノ流水及ヒ雨水ニ關スル制限ハ地上權者及ヒ隣地者互ニ之ヲ受クルノ義務アリ(民法二一六乃至二二二)

(第四) 地上權者ハ疆界、圍障ニ關スル制限ニ對スル權利ヲ有シ又義務ヲ負フ(民法二二三乃至二三二)

(第五) 地上權者ハ隣地ノ竹木ノ根又ハ枝カ地上權者カ權利ヲ有スル土地ヲ襲フトキハ之ヲ截斷スルノ權ヲ有シ又此制限ヲ受クル義務ヲ負フ(民法二三三)

(第六) 地上權者ハ土地ノ近傍ニ建物ヲ爲スノ制限ヲ遵守スルノ義務ヲ負ヒ又隣地者ニ對シテ之ヲ強ユルノ權利ヲ有ス(民法二三四乃至二三八)

以上六個ノ制限ハ皆之ヲ地上權ニ準用スルコトヲ得ルモノナルカ唯第二百二十

九條ニ規定セル疆界線上ニ設ケタル界標圍障牆壁及ヒ溝渠ハ相隣者ノ共有ニ屬スル推定ハ之ヲ地上權設定前ヨリ存在スルモノニ付キ地上權者ニ準用スルコトヲ得ス何トナレハ疆界線上ニ在ル工作物ヲ以テ相隣者ノ共有ト推定シタル所以ハ全ク此等ノ工作物ハ相隣者互ニ費用ヲ支出シテ建設シタルコトヲ推定スルニ依ル然ルニ地上權設定以前ニ於テ此等疆界線上ノ工作物存在セル以上ハ地上權者其費用ヲ支出シタルモノト推定スルコトヲ得サレハナリ然レトモ地上權設定後ニ其工作物ヲ建設シタルトキハ地上權者ハ相隣者ト共同シテ之カ費用ヲ支出シタルノ推定ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ此場合ニ於テハ右第二百二十九條ノ規定ヲ以テ地上權ニ準用スルヲ妨ケサルナリ

第三章　地上權ノ消滅

地上權ノ消滅原因ハ種々アリト雖モ今其重ナルモノヲ擧クレハ凡ソ五種アリ左ノ如シ

(第一)地上權ノ存續期間ヲ定メタル時ハ其存續期間ノ經過シタルトキ

(第二)地上權者ト土地所有者トノ間ニ或事項ノ發生ヲ條件トシテ地上權ノ消滅スルコトノ特約ヲ爲シタル場合ニ於テ其契約事項ノ發生シタルトキ

(第三)消滅時效ニ罹リタルトキ

(第四)地上權ヲ設定シタル土地ノ消滅シタルトキ

(第五)地上權ヲ拋棄シタルトキ

以上五個ノ消滅原因中第一乃至第四ノ原因ハ一般權利ノ消滅原因ト同一ナル故ニ特ニ地上權ニ付キ之ヲ說明スル必要ナキモ第五ノ原因ニ付テハ聊カ說明ヲ要スルモノアリ蓋シ地上權者カ地上權ヲ拋棄スルハ自己ノ權利ニ於テスルモノナルカ故ニ其自由ニ屬スルコト論ヲ俟タス然レトモ其拋棄ニ依リ第三者カ損害ヲ被ムルカ又ハ地上權ノ存續期間アルトキハ其期間內ハ地上權ノ拋棄ヲ爲スコトヲ得ス若シ又地上權ノ存續期間ニ付キ當事者間ニ何等ノ約束ヲ爲サヽルモ特ニ慣習ノ存スルアリテ之ニ反對ノ意思ヲ表示セサルトキハ當事者ハ暗默ニ合意ヲ爲シタルモノト看做スコトヲ得ルカ故ニ地上權者ハ亦其權利ヲ拋棄スルコトヲ得ス以上ノ場合ヲ除クノ外ハ地上權者ハ何時ニテモ其權利ヲ拋棄スルコトヲ妨ケス但此場合ニ付テモ亦一ノ制限ノ存スルモノアリ即チ地上權ニ於テ地代ヲ拂

フヘキトキハ一年前ニ抛棄ノ豫告ヲ爲スカ又ハ期限ノ到達セサル一年分ノ地代ヲ支拂フヲ要スルコト是ナリ蓋シ地上權存續期間ノ定メナキ場合ニ於テモ地上權者突然ニ其權利ヲ抛棄スルトキハ土地所有者ハ他ノ利用者ヲ得ルマテ地代ヲ損耗スルノ結果ヲ生スレハナリ(民法二六八第一項)

設定行爲ヲ以テ地上權ノ存續期間ヲ定メス又之ニ對シテ別段ノ慣習ナキトキハ地上權者其權利ヲ抛棄セサル限リ地上權ハ永久ニ存續スト云ハサルヘカラス現ニ或國ノ法律ノ如キ之ヲ永久ノモノト認メタルモノアリ然レトモ斯ノ如キハ獨リ所有者ノ權利ヲ害スルノミナラス之ヲ以テ借地權ノ一種ト認メサルノ觀念ニ反ス又地上權ノ性質トシテ他人ノ土地ヲ使用スルハ工作物又ハ竹木ヲ所有スルニ在ルカ故ニ其永久ヲ期スルノ必要ナシ故ニ斯ル場合ニ於テハ裁判所ニ對シテ其地上權ノ存續期間ヲ定ムルコトヲ請求スルコトヲ得又無期ノ賃貸借ヲ爲シタル爲メ土地ノ所有者自由ニ地上權ヲ消滅セシムルコトヲ得ルトキハ地上權者ノ權利ヲ害スルコト少ナカラス斯ル場合ニ於テハ地上權者ハ亦其權利ノ存續期間ヲ定ムルコトヲ裁判所ニ請求スルヲ得而シテ裁判所カ其期間ヲ定ムヘキ標準ハ

工作物又ハ竹木ノ種類ニ因リ又ハ設定當時ノ當事者ノ意思ヲ斟酌シテ之ヲ定ムヘク尚ホ法律ハ裁判所ノ專擅ヲ防ク爲メ二十年以上五十年以下ノ範圍ヲ限定セリ蓋シ二十年ハ賃貸借ノ最長期間ニシテ五十年ハ永小作權ノ最長期間ナルカ故ニ此範圍ヲ以テ存續期間ヲ定ムルハ當事者ノ意思ニ副フモノトナシタルナリ(民法二六八第二項)

地上權カ以上述ヘタル原因ニ因テ消滅スルトキハ其結果トシテ地上權者ハ一ノ權利ヲ取得シ又二個ノ義務ヲ負擔ス以下之ヲ分說スヘシ

地上權者ハ工作物及ヒ竹木ヲ土地ヨリ分離シ之ヲ處分スルノ權ヲ有ス抑モ地上權者ハ土地ニ付テハ單ニ之ヲ使用スルノ權利ヲ有スルノミニ過キサルモ定著物ニ付テハ之ヲ所有スルノ權利ヲ有スルカ故ニ土地ヨリ分離シタル以上ハ自由ニ之ヲ處分スルコトヲ得ヘシ或國ノ立法例ニ依レハ地上權ニシテ消滅スルトキハ其定著物ハ當然土地ノ所有者ニ歸屬シ地上權者ハ唯其代價ヲ得ルニ過キサルモノトナセリ然レトモ斯ノ如キハ我國慣習ニ反スルノミナラス常ニ之ヲ土地所有者ニ歸屬セシムルトキハ地上權者及ヒ土地所有者ノ欲セサル所ヲ法律カ强ユル

ノ不都合ヲ生スル恐アリ故ニ我民法ニ於テハ定著物ハ之ヲ地上權者ニ屬スルモノトナシタルナリ

以上ハ地上權ノ消滅ノ場合ニ於ケル地上權者ノ權利ナリ而シテ地上權者ハ又左ノ二個ノ義務ヲ負擔ス

(第一) 地上權者土地ヲ返還スルニ當テハ之ヲ原狀ニ回復スルコトヲ要ス

(第二) 土地所有者カ工作物又ハ竹木ヲ買取ランコトヲ申出テタルトキハ正當ノ理由ナクシテ之ヲ拒ムコトヲ得ス地上權者ニ對シテ此等ノ義務ヲ認メタルハ公私ノ利益ヲ保護スルノ目的ニ出ツ即チ私益ノ點ヨリスレハ土地ノ上ニ存立シタル工作物又ハ竹木ヲ取リ去ルトキハ爲メニ一方ニ於テハ土地ノ價格ヲ減シ他方ニ於テハ無益ノ費用ヲ要ス故ニ之ヲ其儘土地所有者ニ賣却スルトキハ兩者共ニ損害ヲ生セサルヲ得ス又公益上ノ理由ヨリ見ルモ若シ竹木及ヒ工作物ヲ土地ヨリ分離スルトキハ竹木ハ木材ト變シテ其成長ヲ止メ家屋ハ木片ト爲リテ其價格非常ニ減少ス然ルニ此等ノ物ヲ原形ニ復シタルトキハ依然其價格ヲ保チ國家經濟上ノ利益少ナカラサルナリ

斯ノ如ク土地所有者カ定著物ヲ買取ルコトヲ申出テタルトキハ地上權者之ヲ拒ムコトヲ得スト雖モ土地所有者此買取ヲ爲スニハ必スヤ相當ノ時價ヲ提供セサルヘカラス(民法二六九第一項)

右ハ一般ノ規定ニシテ若シ之ニ反スル慣習アルトキハ慣習ニ從フヘキモノトス故ニ土地ノ定著物ハ之ヲ土地所有者ニ賣却セサル慣習ナルトキハ地上權者ハ之ヲ以テ土地所有者ニ對抗スルコトヲ得ルナリ(民法二六九第二項)

永小作權

永小作權ノ性質

第五編　永小作權

第一章　永小作權ノ性質

永小作權トハ羅馬法ニ所謂「ジヤス、インフィチューチカム」(Jus Emphyteuticum)ニ該當スルモノニシテ我國從來ノ慣習ニ於ケル永小作ノ性質ニ類似ス而シテ民法ニ所謂永小作權トハ實ニ右ノ「ジヤス、インフィチューチカム」ト我慣例上ノ永小作トヲ折衷シテ之ニ經濟上ノ理由ヲ付シタルモノニ外ナラス故ニ我民法上ノ永小作權ノ性質ヲ知ラント欲セハ先ツ羅馬法ニ於ケル「ジヤス、インフィチューチカム」ノ何タルヲ說キ次ニ我國古來ノ慣習タル永小作ノ性質ヲ明カニシ之ヲ我民法ノ永小作

權ト比較對照シテ其差異ノ存スル所ヲ發見セハ容易ニ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ

羅馬法ノ「ジヤス、インフィチューヤカム」ハ羅馬市有又ハ羅馬寺院ノ有ニ係ル未開墾地ニ於ケル一私人ノ權利ヲ謂フモノニシテ每年一定ノ地代ヲ羅馬市又ハ羅馬寺院ニ支拂ヒ其土地ヲ耕作スル爲メ之ヲ永久ニ使用スルコトヲ得ル權利ナリ而シテ羅馬ノ大法官ハ此權利ニ對シテ物上訴權ヲ與ヘ保護スルニ物權ヲ以テセリ當時羅馬ニ於テハ此權利ノ性質ニ付キ學者間ニ於テ大ニ疑義ヲ存シ或ハ之ヲ以テ賃貸借ノ性質ヲ有スルモノナリト主張シ又ハ賣買ノ性質ヲ有スルモノナリト論セリ斯ノ如ク「ジヤス、インフィチューヤカム」ノ性質ニ付テ學說ヲ異ニスルニ從ヒ其結果ニ非常ノ影響ヲ及ホスモノニシテ若シ此權利ヲ以テ賃貸借ノ性質ヲ有スルモノトスルトキハ其土地ハ貸主ノ所有ニ屬スルヲ以テ若シ不可抗力ニ因リ土地ニ毀損ヲ生シ又ハ收益上損害ヲ生スルトキハ其損害ハ所有者タル貸主ニ於テ之ヲ負擔セサルヘカラス從テ斯ル場合ニ於テハ借主ハ地代ノ免除若クハ其減額ヲ請求スルコトヲ得ヘシ之ニ反シテ此權利ヲ以テ賣買ノ一種トナストキハ耕作者タル借主ハ即チ買主ナルカ故ニ目的物ノ所有者トナリ目的物ニ生スル總テノ損害ハ自ラ之ヲ負擔セサルヘカラス斯ノ如ク二說ノ岐ルヽ所其結果ニ重大ノ差異ヲ生スルヲ以テ其後ニ至リ羅馬法ニ於テハ之ヲ賃貸借及ヒ賣買ノ何レノ性質ヲ有スルモノニモアラスシテ一種ノ權利ト看做シ獨リ土地ノ耕作ノミニ限ラスシテ私權ノ目的ト爲ルモノニ對シテハ總テ此權利ヲ認ムルニ至レリ此權利ノ性質タル一種ノ永小作ニシテ土地ノ豐凶ニ拘ハラス年々一定ノ收入ヲ得ヘキコトヲ目的トシテ之ヲ設定シ權利者ハ土地所有者ニ對シテ地代ノ減免ヲ請求スルノ權ナシ從テ其地代ノ如キモ比較的低廉ナルコトヲ普通トス而シテ此種ノ權利ヲ認メタルハ獨リ羅馬法ノミニ限ラス現今歐洲諸國ノ立法ハ皆羅馬法ノ制度ニ倣ヒテ此種ノ權利ヲ認メタリ之ヲ要スルニ「ジヤス、インフィチューヤカム」ハ他物權ノ一種ニシテ獨リ土地ノミナラス總テノ物ノ上ニ之ヲ設定スルコトヲ得且此權利ハ賃料ヲ支拂フコトヲ要素トスルモノニシテ其存續期間ハ永遠無期ナリトス

次ニ我國ノ永小作ノ制度ヲ見ルニ其起源甚タ分明ナラサルモ大寶令ニ至リ明カニ之ヲ認メ其以後ニ於テモ土地ニ關スル記錄中屢其存在ヲ認ムルコトヲ得ヘシ而シテ此制度ハ全ク羅馬法ト同シク國有ニ係ル土地ヲ農民ニ貸付シ農民ハ地代

ヲ支拂ヒテ以テ之ヲ使用スル權利ヲ取得シタルモノナリ然ルニ其後ニ至リ一私人間ニ於テモ此權利ヲ設定スル者アルニ至レリ而シテ其土地ヲ使用スルノ目的ハ主トシテ耕作ニ在リト雖モ時トシテハ牧畜ヲ爲スノ目的ヲ以テスルコトアリ」

羅馬法ノ「ジヤス、インフィチューナカム」及ヒ我國永小作ノ制度ハ上述シタルカ如シ今ヤ進テ此「ジヤス、インフィチューナカム」ナル權利ト我民法ノ永小作權トノ差異ヲ述ヘンニ凡ソ左ノ二點ニ於テ其差異ヲ見ルノミ

(第一) 民法ニ於ケル永小作權ハ借地權ノ一種ナリ之ニ反シテ「ジヤス、インフィチューナカム」ハ單ニ土地ノミヲ目的トスルモノニアラス總テノ有形物ハ採テ之ヲ其目的トナスコトヲ得斯ノ如ク我民法カ永小作權ノ目的物ヲ單ニ土地ノミニ限リタルハ則チ我國ノ慣習ニ於ケル永小作ノ制度ヲ採用シタルモノナリ

(第二) 「ジヤス、インフィチューナカム」ハ其存續期間永遠無期ナリ之ニ反シテ民法ニ於ケル永小作權ハ存續期間ニ制限ヲ付シ二十年以上五十年以下ノ範圍ヲ以テ之ヲ定ムヘキモノトス我民法カ永小作權ニ付キ期間ノ制限ヲ付シタルハ實ニ公益上ノ理由ニ基クモノナリ即チ第一ニ永小作權ヲ以テ永久無期限ノモノト

ナストキハ土地所有者ハ子々孫々ニ至ルマテ其使用ヲ爲スコトヲ得ス是レ所有者タル名義ヲ有シナカラ其實ニ反スルモノナリ第二ニ土地ノ價格ハ社會ノ進歩ト人口ノ增加トニ依リテ其騰貴ヲ來スハ自然ノ結果ナリ然ルニ永小作權ヲ無期ニ設定スルコトヲ許ストキハ最初定メタル小作料ハ數千百年ノ後依然變更セス斯ノ如キハ社會ノ進歩ニ應スルノ途ニアラサルノミナラス賃貸料ハ土地ノ價格ヲ標準トシテ其利息ニ該ルモノナリトノ觀念ニ反ス第三ニ永小作人ニ在テモ時期ノ變遷ニ因リ豫想ニ反シテ小作地ノ收益ヲ減少スルコトアリ斯ル場合ニ於テハ一定ノ期限ノ存スルアリテ永小作權ヲ消滅セシムルヲ利益トス此三個ノ理由ハ實ニ民法カ永小作權ニ付キ存續期間ヲ設ケタル所以ナリ」

右ノ外「ジヤス、インフィチューナカム」ハ他人ノ物ヲ使用スルノ目的ニ付テハ何等ノ制限ヲ付セサルモ永小作權ニ在テハ其使用ノ目的ヲ耕作又ハ牧畜ニ限ル此等ノ場合ヲ除クノ外ハ二者ノ外何等ノ差異アルコトナシ

次ニ我民法ノ永小作權ト古來ノ慣習タル永小作トノ間ニハ如何ナル差異アルヤト云フニ唯前者ハ有期ニシテ後者ハ無期ナルニ在ルノミ其他ニ在テハ二者異ナ

ル所ナシトス

以上述ヘ來リタル所ニ由テ見レハ永小作權ノ性質ハ明瞭ナルヲ得ヘシ此性質ニ依リ我民法第二百七十條ハ永小作權ノ定義ヲ規定シテ曰ク

永小作權トハ小作料ヲ支拂ヒテ他人ノ土地ノ上ニ耕作又ハ牧畜ヲ爲ス權利ヲ謂フ

ト永小作權ノ性質斯ノ如シナルヲ以テ酷タ賃貸借ニ類似ス唯其差異ノ顯著ナルモノハ存續期間ノ長短ニ在ルノミ是ヲ以テ當事者間ニ一定ノ期間ヲ付セスシテ土地使用ノ契約ヲ爲シタルトキハ其契約ハ果シテ賃貸借ノ目的ニ出テタルヤ將タ又永小作權ニ屬スルカ其意思ノ不明ナル場合ニ於テハ實際上困難ヲ感スル場合アリ而モ其結果ヨリスレハ無期ノ賃貸借ノ場合ニ於テハ右ノ契約ハ何時ニテモ之ヲ解除スルヲ妨ケサルモ之ニ反シテ無期ノ永小作權トスルトキハ三十年間其契約ヲ解除スルコトヲ得ス(民法二八第二項)斯ノ如ク實際上ニ於テハ賃貸借ト永小作權トハ之ヲ區別スルコト實ニ困難ナリト雖モ理論上ニ於テハ之ヲ區別スルコト甚タ難カラス即チ左ノ如シ

永小作權ノ取得方法

(第一)賃貸借ハ債權ナリ故ニ貸主ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得ルノミ之ニ反シテ永小作權ハ物權ナルカ故ニ何人ニ對シテモ此權利ヲ主張スルコトヲ妨ケス

(第二)永小作權ノ物體ハ土地ノミニ限ル之ニ反シテ賃貸借ハ總テ動產及ヒ不動產ニ付キ之ヲ設定スルコトヲ得ヘシ

(第三)永小作權ノ存續期間ハ二十年以上五十年以下ナルモ之ニ反シテ賃借權ノ存續期間ハ二十年以下ニ限ル

(第四)永小作權ハ遺言ノ如キ片面的意思表示ヲ以テ之ヲ設定スルコトヲ得ヘシト雖モ之ニ反シテ賃借權ハ必スヤ契約ヲ以テ之ヲ設定セサルヘカラス

第二章　永小作權ノ取得方法

永小作權ハ物權ノ一種ナリ故ニ其取得方法ニハ亦原始的及ヒ繼受的ノ二種アリ而シテ原始的ニ永小作權ヲ取得スル場合ハ第一契約第二遺言第三時效ニ依リ新ニ設定スル場合是ナリ又繼受的ニ之ヲ取得スル場合トハ既ニ設定セラレタル永小作權ヲ取得スルヲ謂フ

永小作權ノ效果

永小作權者ノ權利

第三章　永小作權ノ效果

本章ハ之ヲ永小作權者ノ權利及ヒ永小作權者ノ義務ニ分テ說明スヘシ

第一節　永小作權者ノ權利

永小作權者ノ權利ハ其種類甚タ多シト雖モ今其重ナルモノヲ擧クレハ即チ左ノ如シ

(第一)　永小作權者ハ他人ノ土地ニ於テ耕作又ハ牧畜ヲ爲スノ權ヲ有ス

茲ニ耕作トハ植物ヲ栽培スル目的ヲ以テ土地ニ人工ヲ加フルコトヲ謂フ例ヘハ田畑ニ米穀茶桑等ヲ作リ又樹木ヲ栽植シテ之ヲ成長セシムルカ如キヲ謂フ然レトモ山林ニ樹木ヲ栽植スルハ土地ニ人工ヲ加フルモノナレハ之ヲ耕作ト云フヲ得ヘシト雖モ其栽培シタル樹木ハ其成長ヲ自然ニ放置スルモノニシテ人工ヲ加フルノ點少ナケレハ耕作ト稱セス從テ之ヲ永小作權ノ目的トナスコトヲ得ス又牧畜トハ獸類ヲ飼養スル爲メ土地ヲ使用スルヲ謂フ

(第二)　永小作權者ハ土地ニ付キ占有權ヲ有ス

前項ニ述ヘタルカ如ク永小作權ハ土地ニ耕作又ハ牧畜ヲ爲スノ權利ナリ從テ

其目的ヲ達スルカ爲メニハ必スヤ其土地ヲ占有スルコトヲ必要トス

(第三)　永小作權者ハ其權利ヲ讓渡シ又ハ之ヲ賃貸スルコトヲ得

凡ソ權利ハ權利者ニ於テ自由ニ之ヲ處分シ得ルヲ通則トス故ニ永小作權ニ在テモ其性質上之ヲ讓渡シ若クハ賃貸スルヲ得サルカ若クハ當事者間ノ特約ヲ以テ之ヲ禁シタル場合ノ外ハ其讓渡又ハ賃貸ヲ爲スヲ妨ケサルヤ固ヨリ論ヲ俟タス然ルニ民法カ特ニ此規定ヲ設ケタルハ蓋シ理由ノ存スルアリテ然ルナリ即チ從來我國ニ慣行セラレタル永小作ハ唯轉貸ヲ爲スヲ得ルニ止マリ讓渡ハ之ヲ許サス又羅馬法ニ於ケル「ジヤス、イン、フィニー」「ジヤス、イン、フィニー」ナル權利ハ轉貸ヲ爲スニハ土地所有者ノ承諾ヲ得ルヲ要シ又之ヲ讓渡スル場合ハ依テ得タル價額ノ幾分ヲ土地所有者ニ供與スルコトヲ要ストナセリ是レ蓋シ羅馬法ニ於テハ「ジヤス、イン、フィニー」ナル權利ヲ無期トナセル結果ニ外ナラスト雖モ既ニ我永小作權ノ基礎タル此等ノ權利ニシテ特別ノ效果ヲ認メタル以上我永小作權ヲ解スルニ當リ疑惑ヲ生スル者アランコトヲ恐レ一片老婆心ヲ以テ特ニ之ヲ規定シタルニ外ナラサルナリ既ニ永小作權ニシテ斯ノ如ク讓渡又ハ轉

貸ヲ許ス以上ハ之ヲ擔保ニ供スルコトヲ得ヘキヤ亦論ヲ俟タサルナリ

第二節　永小作權者ノ義務

永小作權者ノ義務ノ主ナルモノハ即チ左ノ如シ

（第一）永小作權者ハ土地ニ損害ヲ生スヘキ變更ヲ加フルコトヲ得ス

永小作權ハ前述ヘタルカ如ク土地ヲ耕作シ又ハ牧畜ヲ爲スノ目的ヲ以テ之ヲ使用スルモノナリ故ニ權利者ハ必ス其目的ノ範圍内ニ於テ土地ノ使用ヲ爲ササルヘカラス而シテ土地ニ永久ノ損害ヲ加フルカ如キ行爲ハ土地ヲ處分スルト同一軌ニ歸スルカ故ニ永小作權者ノ權利ニ屬セサルヤ論ヲ俟タス加之永小作權者ハ其權利ノ終了スルヤ其土地ハ權利設定當時ノ原狀ニ於テ之ヲ所有者ニ返還セサルヘカラス然ルニ土地ニ永久ノ損害ヲ加フルカ如キ變更ヲ爲ストキハ此義務ヲ全ウスルコトヲ得サルヘシ故ニ何レノ點ヨリ見ルモ永小作權者ハ土地ニ永久ノ損害ヲ生スヘキ行爲ヲ爲ス權ナキヤ明カナリ而シテ果シテ何レノ行爲カ永久ノ損害ヲ生スヘキモノナルヤハ事實ノ問題ナルヲ以テ實際ニ臨テ之ヲ決スルノ外ナシトス

（第二）永小作權者ハ小作料ヲ支拂フノ義務ヲ負フ

永小作權者ハ地代ヲ支拂フノ義務アルコトハ前述ヘタルカ如シ從テ其性質賃貸借ニ酷似スルヲ以テ民法第二百七十三條ニ於テハ「永小作人ノ義務ニ付テハ本章ノ規定及ヒ設定行爲ヲ以テ定メタルモノヽ外賃貸借ニ關スル規定ヲ準用ス」ト規定セリ故ニ永小作權者ノ小作料支拂ノ義務ニ關シテハ先ツ永小作權ニ關スル規定ニ從ヒ次ニ當事者間ノ設定行爲ニ依リ此二者ノ存在セサル場合ニ於テ賃貸借ニ關スル規定ヲ準用スルモノトス

永小作權ノ章下ニ於テ小作料ニ關スル特別ノ規定ヲ見ルニ小作人ハ不可抗力ニ因リ收益上損害ヲ被ムリタルトキト雖モ小作料ノ免除又ハ減額ヲ請求スルコトヲ得ス（民法二七四）蓋シ永小作權者ハ直接ニ土地ヲ使用シ且收益スル權利即チ物權ヲ有スルモノニシテ賃貸借ニ於ケル如ク相手方ニ對スル債權關係ニアラス又所有者ハ永小作權者ニ對シ對人的ニ收益若クハ利用ヲ爲サシムルノ義務ヲ負フノミ故ニ永小作權者ノ權利ト小作料支拂ノ債務トハ各箇獨立ナレハ永小作權者ハ收益少ナケレハトテ土地所有者其損害ヲ分擔スヘキ理由ナシ加之

永小作權ハ其存續期間長キニ渉ルヲ通常トスルカ故ニ其長キ年月間ニ多少ノ收益減少スルハ當事者ノ豫想スル所ナリ故ニ地代ノ如キモ通常ノ賃貸料ニ比シ低廉ナルヲ常トス之ヲ要スルニ土地所有者ハ永小作權者ニ對シテ對人的債務ヲ負フニ止マリ完全ナル收益ヲ爲サシムヘキ擔保ヲ爲スモノニアラス又收益減少ハ小作料ノ低廉ナルヲ以テ之ヲ補償セシムルモノトス是レ永小作權者カ土地所有者ニ對シテ小作料ノ減免ヲ請求スルコトヲ得サル所以ナリ

小作料ニ關シ賃貸借ノ規定カ永小作權ニ準用セラルヘキモノトス民法第六百十三條及ヒ第六百十四條ノ規定ナリトス即チ永小作權者カ自己ノ權利ヲ第三者ニ讓渡シ又ハ轉貸シタルトキハ土地所有者ハ其讓受人又ハ轉借人タル第三者ニ對シテ直チニ小作料ヲ請求スルノ權ヲ有ス此場合ニ於テ其第三者ハ小作料ノ前拂ヲ爲シタルコトヲ以テ土地所有者ニ對抗スルコトヲ得サルナリ(民法六)小作料支拂ノ時期ニ付テハ宅地ニ付テハ毎月末其他ノ土地ニ付テハ毎年末ニ之ヲ支拂フヘシ又收穫季節アルモノニ付テハ其季節後遲滯ナク之ヲ支拂ハサルヘカラス(民法六四)

小作料支拂ノ義務ニ付キ右述ヘ來リタル所ニ異ナル特別ノ慣習アルトキハ其慣習ニ從フヘキモノトス(民法七七)

以上余ハ永小作權者ノ義務ヲ說明シタルカ民法第二百七十三條ノ規定ニ依レハ永小作權ニ付キ賃貸借ニ關スル規定ハ適用スルハ單ニ小作料支拂義務ノミナラス總テ永小作權者ノ義務ニ關シ其規定ヲ適用スルコトヲ得ヘキモノトス

永小作權ノ設定セラレタル土地ニ付キ權利ヲ爭フ者アルトキハ永小作權者ハ之ヲ土地所有者ニ通知スルノ義務アリ(民法五六)又永小作權者カ小作料ノ支拂ヲ怠ル時ハ土地所有者ハ土地ヨリ生スル收穫物ヲ先取スルノ特權ヲ有ス(民法一二及ヒ三三)

第四章　永小作權ノ存續期間

民法第二百七十八條ニ依レハ永小作權ノ存續期間ハ二十年以上五十年以下トス此期間ハ公益上之ヲ認メタルモノナルカ故ニ當事者ノ合意ヲ以テ此範圍ヲ變更スルコトヲ許サス故ニ若シ當事者ニ於テ二十年以下ノ永小作權ヲ定メタルトキハ永小作權トシテ有效ナラサルモ法律ハ當事者ノ意思ヲ解釋シテ他人ニ土地ノ

使用ヲ爲サシムルニ至ルモノト看做シ之ニ賃貸借ノ關係ヲ認ムルモノトス又當事者カ最長期タル五十年ヲ超エテ永小作權ヲ設定シタルトキハ當然之ヲ五十年ニ短縮スルモノトス然ラハ民法實施前ニ於テ五十年以上ノ期間ヲ以テ永小作權ヲ約定シタルトキハ其期間ハ如何ナル點ヲ標準トシテ之ヲ起算スヘキヤト云フニ之ヲ民法實施ノ時ヨリ起算スヘキモノトス故ニ例ヘハ百年ノ期間ヲ約シテ民法實施前既ニ四十年ヲ經過シタリトセハ單ニ十年ヲ短縮スルニ止マルカ故ニ結局其永小作權ハ九十年間存續スヘキモノト云フヘシ又當事者間ニ存續期間ノ定メナキトキハ法律ハ其中庸ヲ採リ三十年ノ期間ヲ認ムルモノトセリ(民法二七八第三項)永小作權ノ存續期間ハ公益上ノ理由ヲ以テ定メタルモノナルヲ以テ當事者自由ニ變更スルコトヲ得サルハ前述ヘタルカ如クナルモ此權利ハ特別ノ約束ヲ以テ之ヲ更新スルコトヲ妨ケス然レトモ前期間滿了ノ時ヨリ更新ノ期間ヲ計算スルモノトセハ實際五十年ヲ超ユルノ期間ヲ定ムルコトヲ得ヘシ故ニ第二百七十八條第二項但書ニ於テ其期間ハ更新ノ時ヨリ五十年ヲ超ユルコトヲ得サルモノトセリ

第五章　永小作權ノ消滅

永小作權ハ一般權利ノ消滅原因ニ因リテ消滅ス即チ第一、混同例ヘハ土地所有者カ永小作權ヲ取得シ又ハ永小作權者カ土地所有權ヲ取得スルカ如キ第二、土地ノ消滅第三、時效及ヒ第四、期限ノ到來ニ因ルノ消滅是ナリ而シテ此等ノ消滅原因ハ前既ニ一般權利消滅原因ヲ述フルニ當リ詳說シタルヲ以テ茲ニハ唯永小作權消滅ニ特別ナル原因ヲ說明スルニ止メントス

(第一)拋棄　永小作權ハ永小作人ノ權利ナルヲ以テ之ヲ拋棄スルヲ得ルコト論ヲ俟タス然レトモ權利ノ拋棄ニシテ爲メニ他人ニ損害ヲ被ムラシムルノ結果ヲ生スルトキハ權利者ト雖モ自由ニ之ヲ拋棄スルコトヲ得サルモノトス而シテ小作人カ小作料ヲ支拂フノ約束ヲ爲セル場合ニ於テ小作人自由ニ永小作權ヲ拋棄スルトキハ土地所有者ハ爲メニ其以後ニ於テ土地ノ使用者ヲ得ルマテ小作料ヲ損失セサルヲ得ス故ニ永小作權者ハ自由ニ其權利ヲ拋棄スルヲ得ス然レトモ永小作權者カ不可抗力ニ因リ收益上損失ヲ受クルコトアルモ是レ永小作權ノ性質ニ伴フ結果ニシテ小作料ノ減免ヲモ請求スルヲ得サルコト前述

ヘタルカ如シ斯ル場合ニ於テハ他人ニ損害ヲ被ムラシムルモノトシテ權利ノ拋棄ヲ爲スコトヲ許サハルナリ然ルニ永小作人カ不可抗力ニ因リ永ク收益ヲ得サルノ狀態ニ在ルトキニ於テ强セテ其權利ヲ繼續セシムルハ永小作人ヲ過スルコト酷ニ失スルモノナリ故ニ民法ハ斯ル場合ニ於テハ更ニ原則ニ立戻リ不可抗力ニ因リ引續キ三年以上全ク收益ヲ見サルカ又ハ五年以上小作料ヨリ少ナキ收益ヲ得タルトキハ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得ヘキモノトセリ(民法七、五二)」

(第二)永小作權消滅ヲ請求ス此場合ハ全ク前第一ノ場合ニ反シ土地所有者ヨリ永小作權ノ消滅ヲ請求スルモノナリ土地所有者カ此請求權ヲ有スル場合ニハ

一、永小作人カ引續キ二年以上小作料ノ支拂ヲ怠リタルトキ　賃貸借ノ規定ニ依レハ賃借人カ賃借料ノ支拂ヲ怠リタルトキハ即チ雙務契約ニ於テ當事者ノ一方カ其義務ノ履行ヲ怠リタルモノナルカ故ニ相手方ハ直チニ其契約ヲ解除スルコトヲ得ヘシ然レトモ永小作權ハ物權ノ一種ニシテ土地所有者ハ永小作人ニ對シ小作料請求ノ債權ヲ有スルニ過キサルカ故ニ債務不履行

ノ原則ヲ以テ物權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得ス加之永小作權ハ賃貸借ニ比シテ存續期間永ク且其權利ハ賃貸借ニ比シテ確實ナルヲ以テ永小作人カ其小作地ニ多額ノ資本ヲ投シテ之カ改良利用ヲ爲シ以テ永遠ノ收益ヲ圖ルヲ通常トス從テ其事業ノ如キ數年ノ後ニ至テ漸ク其緒ニ就キ以テ利益ヲ得ルモノナリ然ルニ一朝小作料ノ支拂ヲ怠リタルカ爲メ土地所有者ハ直チニ其權利ノ消滅ヲ請求シ得ヘキモノトナストキハ多年ノ辛苦經營ハ全ク水泡ニ歸シ小作人ハ爲メ甚タ酷ニ失スト云ハサルヲ得ス況ヤ永小作人ハ不可抗力ニ因リ收益ノ豫想ニ反シテ少ナキコトアルモ地主ニ對シテ小作料ノ減免ヲ請求スルコトヲ得サルヲ以テ其債務ノ不履行ハ全然永小作權者ノ責ニ歸スヘカラサル場合アルニ於テオヤ從テ賃貸借ニ於テ賃貸料ノ支拂ヲ怠リタル理由ヲ以テ之ヲ永小作權ニ適用スルコトヲ得ス然レトモ又一方ニ於テ永小作人ハ多年間小作料ノ支拂ヲ怠ルモ土地所有者ハ全然其消滅ヲ請求スル權ナシトスルトキハ地主ハ過スルコト酷ニ失スルノ譏ヲ免カレス故ニ民法ハ此等二個ノ場合ヲ調和セシムル爲メ其第二百七十六條前段ニ於テ二年以

上繼續シテ小作料ノ支拂ヲ怠リタルトキハ地主ハ永小作權ノ消滅ヲ請求スルノ權アルモノトセリ尤モ其消滅ノ請求ハ地主ノ權利ニ屬スルカ故ニ地主ハ自己ノ都合上此權利ヲ行ハスシテ小作權ヲ繼續セシムルヲ妨ケス

二、永小作人カ破產宣告ヲ受ケタルトキ　此場合ニ於テモ永小作權ト賃貸借ノ間ニハ大ニ差異アリ即チ賃貸借ニ於テハ借主カ破產宣告ヲ受ケタルトキハ借主ノ破產管財人ハ其賃貸借ヲ終了セシムル權アリ之ニ反シテ永小作人カ破產シタル場合ニ於テハ永小作人ノ破產管財人ハ決シテ永小作權ヲ終了セシムル權利ヲ有セス又賃貸借ニ於テハ解約申込後土地ニ付テハ一个年ヲ經過スルニアラサレハ終了セス之ニ反シテ永小作權ニ在テハ適法ノ請求アルトキハ直チニ消滅ス永小作權ト賃貸借トノ間ニ斯ノ如キ差異ヲ認メタル所以ノモノハ蓋シ前ノ場合ニ付キ賃貸借ニ付テハ賃借人ハ賃貸人ノ承諾ナクシテ其權利ヲ讓渡又ハ轉貸スルコトヲ得サルカ故ニ賃借人ノ管財人ハ賃貸借ヲ終了セサレハ破產處分ヲ結了スルコトヲ得ス之ニ反シテ永小作權ニ在テハ永小作人ノ管財人ハ永小作權ヲ第三者ニ讓渡シ又ハ轉貸シテ破產處

分ヲ結了スルコトヲ得ヘキカ故ニ之ヲナシテ權利消滅ノ請求權ヲ行ハシムル必要ナシ又第二ノ場合ニ付キ永小作權ニ在テハ土地所有者ハ永小作人ヲ信用シテ土地改良保存及ヒ利用ヲ之ニ一任シタルモノナリ之ニ反シ賃貸借ニ在テハ目的物ノ改良保存ノ行爲ハ貸主自ラ之ヲ行フモノニシテ借主ヲ信スルコト永小作人ニ比シテ遙ニ薄シ斯ノ如ク永小作人ニ重大ナル信用ヲ置キ權利ヲ設定シタルニ其小作人ニシテ破產宣告ヲ受ケ信用地ニ墮サタルトキハ土地所有者ヨリ消滅ノ請求アルトキハ永小作權ハ直チニ終了スルヲ至當トナサヽルヘカラス

茲ニ聊カ疑ヲ容ルヘキハ永小作人カ破產宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ永小作人ノ管財人カ永小作權消滅ヲ請求スルコトヲ得サル理由カ單ニ其權利ヲ讓渡又ハ轉貸スルコトヲ得ルニアリトセハ地主モ亦此場合ニ於テ永小作權ノ消滅ヲ請求シ得ヘキ理由ナカルヘシト信ス蓋シ地主カ永小作人ノ破產シタル場合ニ於テ權利消滅ノ請求ヲ爲スハ永小作人カ信用ヲ喪失スルノ故ニアリ然ルニ同シク小作人カ信用ヲ喪失シタル場合ニ於テ破產管財人ハ其權利

ヲ第三者ニ讓渡又ハ轉貸シテ其利益ヲ永小作人ニ收ムルヲ得ルノミナルニ地主ハ信用喪失ヲ理由トシテ其權利ヲ消滅セシメ之ヲ自己ニ收ムルコトヲ得トナス彼此權衡ヲ失スルナキヤ余ハ甚タ之ヲ疑フ故ニ破產管財人ニ權利消滅ノ請求權ヲ認メサル以上ハ地主ニ此權ヲ認メタル第二百七十六條末段ノ規定ハ到底其理由ヲ發見スルコトヲ得サルナリ

以上述ヘ來リタル諸種ノ原因ニ因リ永小作權カ消滅ニ歸スル時キハ永小作人ハ二個ノ權利ヲ有シ二個ノ義務ヲ負フ先ツ其權利ヲ擧クレハ左ノ如シ

(第一)永小作人ハ永小作地ニ附着シタル物ヲ收去スルコトヲ得

(第二)若シ永小作地ニ附着シタル物ヲ地主ノ所有ニ歸セシムルトキハ永小作人ハ地主ニ對シテ相當ノ代價ヲ求ムルコトヲ得

次ニ義務ト爲ルモノヲ擧クレハ

(第一)永小作人ハ其使用シタル土地ヲ原狀ニ回復シテ返還セサルヘカラス

(第二)地主カ其土地ニ定著シタル物ヲ買取ランコトヲ申出テタルトキハ正當ノ理由アルモアラサレハ之ヲ拒ムコトヲ得ス(民法七九二)其詳細ナルコトハ前ニ第二

地役權

總說

地役權ノ性質

百六十九條ノ說明ニ於テ悉シタルカ故ニ今之ヲ贅セス

第六編　地役權

第一章　總說

第一節　地役權ノ性質

地役權トハ羅馬法ノ「セルヴィタス(Servitus)」(役權)ニ該當スルモノニシテ此役權トハ自己ノ利益ヲ爲ス他人ノ所有物ヲ使用スルノ權利ヲ謂フ抑モ他人ノ所有物ヲ自己ノ利益ニ供スルノ權利ハ地役權ノ外質權、地上權、永小作權等種々アリト雖モ此等ノ他物權ハ皆其權利ノ强弱又ハ行使ノ範圍ニ於テ地役權ト異ナル所アリ即チ質權ハ同シク他人ノ所有物ヲ使用スル權利ノ一種ナリト雖モ債務者カ債務ヲ履行セサルトキハ所有者ノ所有權ヲ剝奪スルヲ得ルカ故ニ地役權ニ比シテ其權利遙ニ强大ナリ又地上權及ヒ永小作權ハ地役權ト同シク他人ノ物ヲ使用スル權利ナレトモ雖モ權利行使ノ範圍ニ於テ差異アリ即チ地上權者及ヒ永小作權者ハ其目的ノ範圍內ニ於テ他人ノ土地ヲ恰モ所有者ノ如ク使用スルコトヲ得レトモ之ニ反シテ地役權者ハ一定ノ範圍ニ於テ他人ノ土地ヲ使用スルコトヲ得ルノミ羅馬

法ニ依レハ役權ヲ分チテ人的役權及ヒ物的役權ノ二種トセリ即チ人的役權トハ一定ノ人ノ爲メニ他人ノ物ヲ使用スルノ權利ニシテ又物的役權トハ土地ノ利用ヲ增進スルカ爲メ他人ノ所有物ヲ使用スル權利ヲ謂フ例ヘハ舊民法ニ所謂用益權及ヒ使用權ノ如キハ人的役權ニシテ通行權及ヒ觀望權ノ如キハ物的役權ナルカ如シ而シテ人的役權ハ社會經濟上ニ弊害アルコト前ニ用益權ノ弊害ヲ列擧シタル場合ニ述ヘタル所ノ如シ故ニ歐洲ニ於テモ近世ノ學者ハ頻リニ此人的役權ノ弊害ヲ擧ケ之ヲ廢止セシコトヲ主張セリ然レトモ羅馬法以來因習ノ久シキ遽ニ之ヲ廢止スルヲ得ス已ムコトヲ得スシテ今尙ホ其存在ヲ見ル尤モ中古以來ノ法制ニ於テ漸次其範圍ヲ狹隘ナラシメンコトヲ努ムルモノヽ如シ翻テ我國ノ狀態ヲ見ルニ幸ニシテ人的役權ノ慣習ヲ存セサルヲ以テ之ヲ法律ヲ以テ創設スルノ必要ナシ從テ民法ニ於テハ一モ物權トシテ人的役權ヲ認ムルノ規定ヲ設ケサリシナリ學者或ハ地上權及ヒ永小作權ヲ以テ人的役權ノ一種ト看做ス者アリ然レトモ民法カ物權トシテ此二者ノ權利ヲ認メタルハ特別ノ理由ニ基ツクモノニシテ敢テ之ヲ人的役權トシテ認メタルニアラサルナリ夫レ斯ノ如ク我民法ハ人

的役權ヲ認メサルカ故ニ此權利ハ法律上絕對的ニ認ムルノ必要ナシト云フニアラス若シ其必要アルトキハ契約ノ自由ニ因リ當事者間ニ債權關係ヲ生セシメテ之ニ應スヘシ特ニ之ヲ物權トシテ認ムルノ必要ナシト云フニアルノミ若シ夫レ我國ノ慣習ニ於テモ隱居財產若クハ嫁資トシテ人的役權ヲ設定スルノ必要アル場合ナキニアラス然レトモ此等ハ稀ニ生スル所ノ現象ナルカ故ニ當事者ハ債權關係ヲ設定シ之ニ擔保ヲ供スレハ足リ敢テ物權ノ性質ヲ認ムルノ必要ナキナリ尙ホ我國ノ慣習ニ於テハ入會權ナルモノアリ此權利ハ一定ノ土地ニ於テ一定ノ人カ草木其外果實及ヒ土地ノ一部ヲ採取スルノ權ヲ謂フ此種ノ權利ニシテ若シ人ニ屬スルトキハ人的役權ニ外ナラス然レトモ我民法ハ之ヲ特種ノ權利トシテ地役權ト看做サス從テ古來ノ慣習ヲ以テ之ヲ支配シ其慣習ナキ場合ニ於テノミ地役權ノ規定ヲ準用スルモノトセリ(民法二九四)

以上述フルカ如ク我民法ニ於テ地役權トシテ認メタルハ物的役權ニ限ルモノトス而シテ羅馬法ニ於テハ又此物的役權ヲ分テ土地ノ役權及ヒ建物ノ役權トナシ歐洲諸國法律モ亦此區別ヲ認メタリ現ニ我舊民法財產編第二百十二條ニ規定シ

タル地役權ヲ定義中ニ廣ク不動産ナル語ヲ用ヰテ土地ナル文字ヲ掲ケタ是レ羅馬法ノ制度ニ倣ヒ地役權ノ目的物ニハ獨リ土地ノミナラス建物ヲモ包含スルモノトナシタルノ結果ナリ而シテ羅馬法カ建物ニ付テモ亦地役權ヲ認ムル所以モノハ前屢述ヘタルカ如ク土地ニ定著スル物ハ悉ク之ヲ土地ノ一部ト看做セルニ依ルモノニシテ歸スル所カ土地カ土地ニ付テ役權ヲ有スルモノト異ナル所ナシトス之ニ反シテ我國ニ於テハ慣習上家屋ヲ以テ土地ノ一部ト看做サス獨立シテ其所有權ヲ認ムルノミナラス羅馬法カ建物ニ地役權ヲ認メ以テ保護セントスル地權利ハ我民法ニ於テハ所有權ノ制限ニ關スル規定ヲ適用シ充分其目的ヲ達スルヲ得ルカ故ニ特ニ地役權ヲ認ムルヲ必要ナシ故ニ我民法ハ羅馬法ノ主義ニ從ハス其第二百八十條ニ於テ地役權ヲ定義シテ「地役權トハ自己ノ土地ノ便益ニ供スル爲メ他人ノ土地ヲ使用スルノ權利ヲ謂フ」ト規定セリ此定義ニ從ヒ地役權ノ要件ヲ分說スレハ即チ左ノ如シ

(第一)地役權ハ他人ノ土地ヲ使用スル物權ナリ

地役權ハ他人ノ土地ヲ使用スルノ權利ナルカ故ニ其土地ハ他人ノ所有ニ係ル

ヲ要ス故ニ地役權者カ其使用スル土地ノ所有權ヲ得ルルトキハ權利ノ混同ニ因リ地役權ハ消滅ニ歸スルモノトス而シテ同シク他人ノ土地ヲ使用スル權利ニ付テモ債權ニ依テ設定セラルヽ場合アリ即チ賃貸借或ハ使用貸借ノ如シ此等債權的使用權ト地役權トノ間ニハ果シテ如何ナル差異アルヤト云フニ債權ニ依リテ他人ノ土地ヲ使用スル場合ニ於テハ其債權ハ當事者及ヒ一般承繼人間ニ於テノミ效力ヲ生スルコトヲ原則トス之ニ反シテ地役權ハ一種ノ物權ナルカ故ニ物ノ上ニ直接支配關係ヲ有シ何人ニ對シテモ之ヲ主張スルコトヲ妨ケス又地役權ハ物權ナルカ故ニ土地所有者ハ權利者ニ對シテ土地ノ使用ヲ妨ケサルノ義務ヲ負フヿトヲ本則トス從テ設定行爲其他慣習等ニ依リ特別ノ事情存セサル限リハ土地ノ改良又ハ修繕等ノ義務ナシ然ルニ債權的使用權ニ在テハ債務者ハシテ目的物ヲ完全ニ使用セシムルノ義務ヲ有スルカ故ニ土地所有者ハ自ラ其土地ノ改良修繕ノ義務ヲ負擔シ權利者ヲシテ完全ニ使用ノ目的ヲ達セシメサルヿカラス

(第二)地役權ハ權利者カ自己ニ便益ヲ受クルノ土地ヲ有スルコトヲ要ス

地役權ハ自己ノ土地ノ便益ニ供スル目的ヲ以テ他人ノ土地ヲ使用スル權利ナルカ故ニ若シ地役權者ニシテ其便益ニ供スヘキ土地ヲ有セサルトキハ其權利ヲ行使シ得ヘキ筈ナシ故ニ地役權ノ觀念ニハ必スヤ二個ノ土地ヲ存在ヲ必要トス而シテ其便益ヲ受クヘキ土地ヲ稱シテ要役地ト云ヒ之ヲ與フヘキ土地ヲ稱シテ承役地ト云フ

(第三) 地役權ハ一定ノ土地ノ便益ニ供スルカ爲メニ設定セラルヽモノニシテ一定ノ人ノ爲メニ設定セラルヽニアラス從テ土地ヲ離レテ單獨ニ成立スルコトヲ得サルモノトス故ニ要役地ト共ニスルニアラサレハ之ヲ讓渡スルヲ得ス

地役權ハ右ノ如キ性質ヲ有スルモノナルカ故ニ左ノ效果ヲ生ス

(一) 地役權ノ賣買及ヒ贈與等ハ要役地ト共ニスルニアラサレハ之ヲ爲スコトヲ得ス從テ其義務ニ付テモ亦承役地ト共ニスルニアラサレハ之ヲ他人ニ移轉スルコトヲ得サルモノトス

(二) 地役權ニ關スル權利及ヒ義務ハ共ニ土地ヨリ分離スルコトヲ得サルカ故ニ其之カ實行ニ付テモ亦土地ト共ニ爲サヽルヘカラス從テ地役權ノ實行ハ之ヲ

他人ニ放任スルコトヲ得サルモノトス

(三) 要役地ノ所有者ハ承役地ニ對シテ其權利實行ニ必要ナル所爲ヲ爲スコトヲ得從テ此目的ニ出ツル所ノ所爲ハ承役地所有者之ヲ妨クルコトヲ得ス但要役地所有者カ此權利ヲ行フニ當テハ成ルヘク承役地ヲ害セサルコトヲ要ス

地役權ハ以上說明ノ如キモノナレハ地役權ノ性質如何ニ付テハ學者間ニ議論一ニ歸セス今其重ナルモノヲ擧ケテ之カ論評ヲ試ムヘシ

第一說ニ曰ク地役權ハ要役地ノ所有權ノ擴張ナリト然レトモ要役地ノ所有權ハ要役地ニ對シテノミ完全ナル支配權ヲ有スヽ若シ之ニ一ノ權利ヲ副フモノアルモ是ハ唯要役地カ一ノ便益ヲ得タルニ過キスシテ決シテ支配關係ノ膨脹シタルモノニアラサルナリ從テ此說ハ未タ其當ヲ得ス

第二說ニ曰ク地役權ハ要役地ニ附屬セル一ノ性質ナリ蓋シ地役權トハ要役地ト共ニ移轉シ又ハ消滅スルヲ通常トスルモ必スシモ然ルニアラス即チ設定行爲又ハ慣習ニ因リ要役地ニ伴ハス獨立シテ消滅スル場合アリ例ヘハ一定ノ期間ノ經過、地役權者ノ權利拋棄及ヒ消滅時效ノ如シ然ルニ若シ地役權ヲ以テ要役地ニ附

屬スルモノトナサンカ一度附屬シタル以上ハ要役地ノ一部ヲ成スモノニシテ獨立シテ消滅、移轉スベキ筈ナシ加之法律上既ニ地役權ノ獨立ノ消滅、移轉ヲ認ムル以上ハ第二說ノ當ヲ得サルヤ明カナリ

第三說ニ曰ク地役權ハ要役地ノ有スル權利ナリト此說ニ依ルトキハ要役地ハ獨立シテ權利ヲ有スルカ故ニ法人ノ性質ヲ有スルモノトナサヽルヘカラス然レトモ我民法ハ未タ要役地ヲ以テ法人ト認メス是レ此說ノ不當ナル所以ナリ加之地役權ニシテ要役地ノ有スル權利ナランカ要役地所有者カ承役地ノ所有權ヲ併有スル場合ニ於テハ地役權ハ決シテ消滅スヘキ理由ナシ然ルニ羅馬法其他各國立法例ニ依ルニ要役地及ヒ承役地ノ所有者カ一人ニ歸スルトキハ混同ニ因リ地役權消滅ストナサヽルモノナシ此點ヨリ見ルモ亦此說ヲ是認スルヲ得ス況ヤ近世ノ法理ハ土地ヲ無形人ノ如ク或權利ヲ認メサルニ於テオヤ

第四說ニ曰ク地役權ハ承役地所有權ノ一部ナリト此說ニ依レハ地役權ハ承役地所有權ノ一部ヲ分割シタルモノト云ハサルヘカラス果シテ斯ノ如クンハ承役地カ後ニ其權ヲ獲得セントスルトキハ更ニ之ヲ取得スヘキ一定ノ手續ヲ盡サヽルヘカラス然ラスンハ承役地ハ完全ナル所有權ヲ得ルコト能ハサルヘシ然ルニ從來ノ立法例ニ依レハ地役權ノ消滅ハ其權利ヲ當然承役地ニ回復セシムルモノニシテ其間ニ何等ノ行爲ヲ要セス故ニ此說モ亦妥當ヲ得タルモノニアラス

第五說ニ曰ク地役權ハ承役地ノ制限ナリト地役權ニシテ他物權ノ一種ナル以上ハ之ヲ以テ承役地所有者ノ負擔トナスヘキハ當然ナリ此說ハ前數說ノ缺點ヲ避クルコトヲ得ヘキ至當ノ說ニシテ近世ノ學者ハ概ネ之ニ贊同セリ故ニ我民法モ亦此承役地制限主義ヲ採用スルコトヽセリ

第二節　地役權ノ種別

地役權ノ種別

地役權ノ種別ニ付テハ學者其觀察點ヲ異ニスルヨリ種々ノ區別ヲ認メタリ然レトモ今此等ノ種別ヲ一々紹介スルノ煩ヲ避ケ直チニ我民法カ認メタル地役權ノ種別ニ付キ說明スヘシ

我民法ハ地役ニ二種別ヲ認メタリ即チ繼續地役、非繼續地役及ヒ表見地役、不表見地役是ナリ而シテ此區別ハ單ニ事實ノ觀察上之ヲ認ムルニ過キサルカ故ニ一ノ地役權ニ付キ繼續ニシテ表見若クハ不表見ノモノアリ又非繼續ニシテ表見若ク

ハ不表見ナルモノアルコトヲ知ラサルヘカラス

（第二）継續地役及ヒ非継續地役

此種別ハ地役權ノ行使セラルヽ狀態ニ基ツキタルモノニシテ継續地役トハ地役權カ継續シテ行使セラルヽヲ謂フ例ヘハ光線ノ射入ヲ受クル權利又ハ觀望ニ關スル權利等ハ間斷ナシ之ヲ行使スルモノナルカ故ニ継續地役權ナリ次ニ非継續地役トハ一定ノ時期ニ於テノミ行使スルモノヲ謂フ即チ通行權及ヒ給水權ノ如キハ斷エス行使スルモノニアラスシテ其行爲ヲ爲ス場合ニ於テノミ存在スルモノナルカ故ニ非継續地役權ナリ

（第三）表見地役及ヒ不表見地役

此種別ハ主トシテ成立上外見ノ構作又ハ形蹟ニ顯ハルヽト外部ノ徴標ナキトノ標準ニ基ツクモノナリ例ヘハ用水ノ通路ノ爲メ隣地ニ溝渠ヲ開掘スル權利ノ如キハ外形上表ハルヽカ故ニ表見地役ナリト雖モ地下ニ鐵管ヲ引キテ死斯ヲ引用スル爲メ他人ノ土地ヲ使用スル權利ハ外形ニ表ハルヽコトナキヲ以テ不表見地役ナリ

我民法カ認メタル以上二種ノ區別ノ外羅馬法ニ於テハ市街地役權及ヒ田野地役權ノ二種別ヲ認メタリ即チ家屋ノ爲メニ設定スル地役權ハ市街地役ニシテ田畑ノ爲メニ設定スルモノハ田野地役ナルカ如シ然レトモ家屋ニ關スル地役權ハ獨リ市街ノミナラス田舍ニ於テモ亦之アリ故ニ斯ノ如キ不完全ノ種別ハ我民法ノ認メサリシ所ナリ又舊民法ニ依レハ地役ニ有的並ニ無的ノ區別ヲ爲セリ即チ有的地役トハ地役權者カ承役地ニ或行爲ヲ爲スノ權アル地役ヲ謂ヒ無的地役トハ承役地ノ所有者カ或事ヲ爲サヽル義務ヲ負フ地役ヲ謂フ我民法ハ此等ノ區別モ亦不必要トシテ之ヲ認ムルコトナシ

第二章　地役權ノ取得

地役權ハ一種ノ物權ナルカ故ニ一般權利ノ取得方法ニ依リ之ヲ取得シ得ヘキコト論ヲ俟タス今節ヲ分テ其各場合ニ付キ説明スヘシ

第一節　法律行爲ニ因ル取得方法

法律行爲ニ片面的ノモノト雙面的ノモノトノ二種アリ即チ遺言ニ因ルモノハ片面的ノ取得方法ニシテ當事者ノ合意ニ出ツルモノハ雙面的ノ取得方法ナリトス

地役權ノ取得

法律行爲ニ因ル取得方法

而シテ地役權モ亦此二種ノ方法ニ因テ取得シ得ルモノニシテ別ニ法律ノ規定ヲ要セサルナリ

公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルコトヲ目的トスル法律行爲ハ無效ナルコトハ民法第九十條ノ規定スル所ニシテ地役權ヲ設定スルニ當テモ此規定ニ背反スルコトヲ得サルハ當然ノ事理ナリ然ルニ第二百八十條但書ニ「第三章第一節中ノ公ノ秩序ニ關スル規定ニ違反セサルコトヲ要ス」ト規定シタルハ右第九十條ノ原則ヲ再揭シタルモノニシテ蛇足ノ規定タルヲ疑ハサルヲ得ス加之茲ニ特ニ第三章第一節云々ト規定シタルカ故ニ此以外ニ於ケル公ノ秩序ニ關スル規定ニ違反スルモ地役權ノ效力ニハ何等ノ影響ヲ及ホサヽルヤノ疑ヲ生ス然レトモ民法カ特ニ此規定ヲ設ケタルハ決シテ斯ル趣旨ニ出ツルモノニアラス蓋シ舊民法ノ如キハ地役ヲ人爲上ノモノト法律上ノモノトニ區別シタルカ故ニ世人或ハ當事者ノ合意ヲ以テ地役權ヲ設定スル場合ニ於テハ第三章第一節ニ規定セル所有權ノ限界ニ關スル規定ニ違反スルモ差支ナシトノ誤解ヲ生スルコトアランヲ恐レ特ニ此規定ヲ爲シタルニ過キサルナリ所謂第三章第一節ノ規定ニシテ公ノ秩序ニ關

取得時效ニ因ル取得方法

スルモノヲ擧クレハ左ノ如シ

(第一)園繞地ヲ通行スルノ權

(第二)隣地ヨリ自然ニ流出スル水ヲ疏通セシムル義務

(第三)界標設置ニ關スル權

此他堀界線ヨリ三尺未滿ノ距離ニ於テ窓又ハ掃側ヲ設クルトキハ目隱ヲ附スルコトヲ要スルカ如キ又第二百三十七條ニ規定セル制限ノ如キハ必スシモ公ノ秩序ニ關スルモノト云フヲ得スト雖モ多數ノ場合ニ於テハ公ノ秩序ニ關スル規定トナルヘシト信ス

第二節　取得時效ニ因ル取得方法

財產權ハ取得時效ニ因テ取得スルヲ得ヘキコトハ民法第百六十三條ノ規定スル所ナリ地役權ハ不動產物權ノ一種ニシテ財產權ニ屬スルカ故ニ其時效ニ因テ之ヲ取得シ得ヘキコト論ヲ俟タス然ラハ如何ナル地役權ハ果シテ時效ニ因テ之ヲ取得スルヲ得ルヤト云フニ此點ニ付キ民法ハ特ニ第二百八十三條及ヒ第二百八十四條ノ規定ヲ設ケタリ請フ以下之ヲ說明セン

時效ニ因リテ取得スルコトヲ得ヘキ地役權ハ繼續且表見ノモノナルコトヲ要ス而シテ繼續且表見ノ地役ヲ時效ニ因テ取得スルコトヲ得ルノ理由ヲ說明スルニ當テ先ツ非繼續且不表見ノ地役カ時效ニ因テ取得スルヲ得サル理由ヲ明カニセサルヘカラス抑モ非繼續地役ハ時ニ當テ之ヲ行使スルモノニシテ斷エス繼續スルモノニアラス從テ通行ニ關スル權ノ如キ隣家ノ好意上若クハ隣人トノ特別ノ情誼上其者ニ限リ之ヲ許容シタルコトヲ想像スルヲ得ヘシ故ニ此等ノ地役ハ決シテ時效ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ許サヽルナリ又不表見地役ハ毫モ外形ニ表ハレサル權利ナリ今夫レ時效ニ因テ權利ヲ取得シ若クハ消滅セシムル理由ヲ見ルニ一ハ公益上永ク權利ヲ不定ノ狀態ニ置クヲ不可トナシ他ノ一ハ權利者ノ懈怠ヲ責ムルニ在リ然ルニ不表見地役ニ在テハ承役地所有者之ヲ知ルコト容易ナラス從テ權利者ニ對シテ權利行使ノ懈怠ヲ責ムルコト能ハサルナリ是レ非繼續且不表見地役ニ對シテハ時效ニ因ル權利取得ヲ認メサル所以ナリ之ニ反シテ繼續且表見ノ地役ニ在テハ以テ權利者ノ權利ヲ辯護スヘキ途ナキヲ以テ民法ハ時效ニ因ル權利ノ取得ヲ認メタルモノナリ(民法二三)

地役權ノ效果

地役權者カ承役地ニ付キ權利ヲ行フハ要役地ノ總テノ利益ノ爲メニスルモノニシテ或幾部ヲ分割スルコトヲ得ス故ニ地役權ハ不可分ノ性質ヲ有スルモノト云フヘシ其結果トシテ要役地タル土地カ數人ノ共有ニ屬スル場合ニ於テ其共有者ノ一人承役地タル土地ニ付キ地役權ヲ取得スルトキハ他ノ共有者モ亦當然地役權ヲ取得ス又共有者ノ一人ニ對シテ時效ノ中斷ヲ爲スモ一部ノ權利ニ對シテハ時效ヲ中斷スルコトヲ得サルヲ以テ其中斷ハ決シテ有效ナルコトヲ得ス時效ノ中斷ノ效力ヲシテ完カラシメント欲セハ必スヤ總テノ共有者ニ對シテ之ヲ遂行セサルヘカラス又時效停止ノ原因ニ付テモ之ト同一ニシテ共有者ノ一人ニ對シテ停止原因ノ發生スルコトアルモ時效ノ效力ニハ何等ノ影響ヲ及ホスモノニアラス故ニ時效ヲシテ完全ニ停止セシメント欲セハ總テノ共有者ニ對シテ停止原因ノ發生スルコトヲ要スルナリ(民法二四)

第三章　地役權ノ效果

前既ニ屢述フルカ如ク地役權ハ一定ノ土地ノ便利ノ爲メニ他人ノ土地ヲ使用スル權利ナリ故ニ地役ハ或ハ用水或ハ通行或ハ立入等ノ必要上ヨリ設定スル權利

ニシテ其數ノ多キコト實ニ枚擧ニ遑アラサルナリ故ニ各場合ニ付キ一々規定スルハ啻ニ其煩ニ堪ヘサルノミナラス到底人力ノ企テ及ハサル所ナリ是ニ於テ乎民法ハ其特別ナル效果即チ性質上ヨリ通常知リ得ヘカラサル事項ヲ規定シ地役ノ性質上ヨリ當然知リ得ヘキ效果ハ之ヲ省キタリ是故ニ余カ茲ニ說述スル所モ亦性質上ヨリ當然生スル效果ハ之ヲ省キ唯特別ナル效果ノミニ付テ述フヘシ

(第一) 用水地役權ニ關スル效果

即チ他人ノ土地ニ在ル水ヲ自己ノ爲メニ引用スルコトヲ謂フ而シテ其目的ハ千種萬樣ニシテ或ハ飲料用ニ或ハ洗濯用ニ或ハ田地ノ灌漑用ニ又水車用、染物洗濯用等即チ工業用ニ使用スルコトアリ而シテ水ハ平生同一分量ノ水ヲ濟出スルモノニアラサルニ因リ充分ナル需要ヲ充タスコト能ハサル場合ナシトセス即チ水ノ不足ナル場合ニ於テハ之ヲ如何ニ使用スヘキヤハ民法ノ定ムル所ニシテ頗ル我國ノ狀態ニ適合シタルモノナリ而シテ用水ノ目的ハ種々樣々ナルヘキモ此場合ニ於テハ法律ハ先ツ第一ニ人ノ生命ヲ保護スルカ爲メニ飲料水ヲ保護セリ次ニ洗濯用水ヲ缺クトキハ衛生上少ナカラサル害アルヲ以テ此

等家用ノ需要ヲ第二ニ保護セリ工業用農業用ノ如キハ直接ニ人ノ生命ヲ害スルコトナシ故ニ水カ要役地及ヒ承役地ノ需要ヲ充タスコトナキトキハ先ツ其各需要ニ應シ之ヲ家用ニ供スヘキコトヲ規定セリ例ヘハ承役地ニ五人、要役地ニ十人ノ用水者アリ而シテ承役地ノ水ハ僅カニ十五石ナル場合ニハ各其需要ノ分量ニ應シテ之ヲ使用シ其殘餘ヲ農工業用等ニ使用スヘキナリ茲ニ注意スヘキハ舊民法財產編第二百八十二條ニ依レハ此場合ニハ農業用者ハ工業用者ニ先シテ使用スルコトヲ得ヘキヲ明言セリ然レトモ農業用必スシモ工業用ヨリ先スヘキノ必要アルモノト云フコトヲ得ス其何レカ必要ナルヤハ時ト所トニ依リテ異ナルヘケレハ大爲ニ依リテ定ムルハ穩當ニアラサルナリ故ニ民法ハ此等ノ區別ヲ立ツルコトナク唯事實上ノ必要ニ依ルヘキコトヲ定メタリ(民法第二八五項)而シテ本條ハ公益ニ關スル規定ニアラサルヲ以テ當事者ハ設定行爲又ハ其後ノ契約ヲ以テ此規定ニ依ラサルコトヲ得ヘシ

又用水地役ニ於テハ一ノ土地ノ水ヲ二個以上ノ土地ノ便益ノ爲メニ使用スルコトアリ此場合ニ於テハ二個ノ土地ノ所有者ハ如何ナル分量ニ依リテ其水ヲ

使用スヘキヤト云フコ其設定行爲ハ或ハ同時ナルコトアルヘシ又順次ナルコトアルヘシ而シテ此等ノ者ヲシテ同一ノ使用權ヲ得セシムルハ其當ヲ得タルモノニアラス故ニ法律ハ後ノ地役權者ヲシテ前ノ地役權者ノ水ノ使用ヲ妨害スルコトヲ得サラシメタリ即チ前ノ地役權者ハ後ノ地役權者ニ先シテ水ヲ使用スルコトヲ得ヘキナリ而シテ同時ノ設定ニ係ル地役權者ハ其權利ニ何等ノ軒輊アルコトナシ(民法二八五條二項)

(第二) 工作物ノ設置及ヒ修繕ニ關スル效果

地役權ヲ行使スルニ付キ工作物ヲ設置シ及ヒ修繕ニ要スル費用ハ要役地ノ所有者之ヲ負擔スヘキヲ當然トス舊民法ハ之カ規定ヲ爲シタレトモ民法ニハ之カ規定ヲ省ケリ是レ即チ當然ノ原則ニシテ規定スルノ必要ナキヲ以テナリ然レトモ時トシテハ承役地ノ所有者ヲシテ之ヲ負擔セシムルヲ以テ便利トスルコトアリ此等承役地所有者ノ義務ハ設定行爲又ハ特約ニ依リテ負擔スルモノニシテ當然其承役地ノ特定承繼人ニ及ホスヘカラサルモ此等ノ義務ハ素ト土地ト密着シテ附隨ノ關係ヲ有スルヲ以テ地役權ノ利益ヲ保護スルノ必要上民

法ハ承役地ノ所有者此義務ヲ負擔シタルトキハ其義務ハ特定承繼人ニモ及フモノトナセリ(民法二八六條二項)但其義務ハ工作物ヲ設ケ又ハ之カ修繕ニ關スル義務ノミナリ其他ノ義務ハ此限ニアラス

一旦負擔シタル義務ト雖モ承役地ノ所有者又ハ特定承繼人ハ永久的ニ負擔ノ義務アルモノニアラス即チ何時ニテモ地役權ニ必要ナル土地ノ全部又ハ一部ヲ拋棄シテ其負擔ヲ免カルヽコトヲ得ヘシ何トナレハ此負擔ハ畢竟承役地ノ利益ノ爲メニセルモノナレハ他日其負擔ノ重キニ失スル場合ニ於テモ永久ニ之ヲ負擔セサルヘカラストスルトキハ却テ承役地所有權ノ利益ヲ減殺スルニ至ルヘケレバナリ(民法二八七條二項)

(第三) 工作物ノ使用ニ關スル效果

第一、第二ノ效果ハ承役地所有者ノ義務ナルモ此第三ノ效果ハ承役地所有者ノ權利ナリ承役地ノ所有者ニシテ既ニ要役者カ承役地ノ上ニ設ケタル工作物ト同一ノ工作物ヲ必要トスルトキハ要役地ノ所有者カ作リタル工作物ヲ使用スルコトヲ得ルモノトス蓋シ承役地所有者ハ其必要ニ應シ更ニ同一ノ工作物ヲ

設置セサルヘカラストスルトキハ其レカ爲メニ要スル土地ハ他ニ使用スルコトヲ得サルニ至ルヲ以テ承役地ノ所有者ハ勿論一般經濟上頗ル不利益ナリトス之ニ反シテ要役地所有者ハ其工作物ヲ使用セラルヽカ爲メ自己ノ利益ヲ妨ケラルヽコトナシ即チ一ハ以テ承役地所有者ヲ利スヘク他ハ以テ社會ヲ利スヘケレハナリ然レトモ承役地ノ所有者ハ其利益ヲ受クル割合ニ應シテ工作物ノ設置及ヒ保存ニ要スル一切ノ費用ヲ負擔セサルヘカラス（民法二八八條第一項第二項）

第四章　地役權ノ消滅

地役權ノ消滅スヘキ原因ハ種々アリト雖モ其重要ナルモノヲ擧クレハ即チ左ノ四種ナリトス

地役權ノ消滅

（一）混同ニ因ル消滅

地役權ハ一ノ土地ノ便益ノ爲メニ他人ノ土地ヲ制限スルモノナリ故ニ承役地ノ所有權ト要役地ノ所有權トカ同一人ニ歸シタルトキハ所有權ノ效果トシテ所有者ハ承役地ヲ自由ニ使用シ得ルヲ以テ地役權ハ混同ニ因テ消滅ニ歸ス此場合ニ於テハ若シ後日混同以前ニ於ケル承役地又ハ要役地ノ一方ヲ第三者ニ

賣渡シ若シハ贈與スルモ混同以前ニ於ケル地役權ハ再ヒ復活スルコトナシ但新ニ地役權ヲ設定シタル場合ハ此限ニアラス然レトモ一時相手方ノ土他ヲ占有スルニ止マルトキハ地役權ハ消滅スルコトナシ例ヘハ要役地ノ所有者カ承役地ヲ賃借スルモ此場合ニハ地役權ノ消長ニ關係スルコトナシ又地役關係ノ當事者ノ一方カ相手方ノ土地ニ對シテ條件附ニテ所有權ヲ取得スルモ地役權ハ消滅スルコトナシ即チ所有權ヲ失フヘキ條件ノ發生スルトキハ地役權ハ復活スルモノトス條件發生以前ニ於ケル地役權ハ恰モ停止ノ地位ニアルモノナリ是故ニ混同ニ因テ地役權ノ消滅スルハ完全ナル所有權カ同一人ニ歸シタル場合ノミニ限ルモノト知ルヘシ

（二）時效ニ因ル消滅

地役權ハ要役地ノ便益ノ爲メニ設定スルモノナリ故ニ久シキ時間要役地所有者カ其土地ヲ使用セサルトキハ要役地ノ所有者ハ其便益ヲ受クルコトヲ得サルニ至ルヘシ天災地變ニ因ル場合ニ於テモ亦然リ何トナレハ若シ要役地所有者ニシテ要役權ヲ維持スルノ必要アランニハ相當ノ時間内ニ於テ又ハ其天災

地變ノ止ミタル後ニ於テ之ヲ使用スヘキ筈ナルニ永ク抛擲シテ之ヲ顧ミサルトキハ要役地ノ所有者ハ其利益ヲ抛棄シタルモノト看做スコトヲ得故ニ民法第百六十七條第二項ヲ適用シ二十年間使用ヲ爲サヽルトキハ消滅時效ニ因リテ地役權ヲ消滅スヘキモノトス

地役權ニ關スル時效期間ノ起算方法ハ第二百九十一條ニ規定セルカ如ク不繼續地役ニ付テハ最後ノ行使ノ時ヨリ、繼續地役ニ付テハ其行使ヲ妨クヘキ事實ノ發生シタル時ヨリ起算スルモノトス繼續的地役ノ時效起算ノ方法ハ他ノ時效ノ起算方法ト其起算點ヲ異ニセリ即チ他ノ時效ノ場合ニハ事實ノ終了シタル時ヨリ起算スルモノトセリ[illegible]普通トスレトモ此場合ニハ事實ノ發生シタル時ヨリ起算時效ノ中斷又ハ停止ノ效力ハ當事者又ハ其承繼人間ニ於テ生スルヲ一般ノ原則トス第三者ニ對シテハ何等ノ效力ヲ及ホスコトナシ然レトモ要役地カ數人ノ共有ニ屬スル場合ニハ其共有者ノ一人ノ爲メニ時效ノ中斷又ハ停止アルトキハ他ノ共有者ノ爲メニモ亦其效力ヲ生スルモノトス是レ即チ地役權不可分

ノ原則ヨリ生スル自然ノ結果ナリ(民法二九二)

茲ニ一言スヘキハ第二百九十三條ノ規定ナリ本條ニハ地役權者カ其權利ノ一部ヲ行使セサルトキハ其部分ノミ時效ニ因リテ消滅スト規定セリ例ヘハ通行ノ目的ヲ以テ設定セル地役ニ於テ要役地ノ所有者カ承役地ノ一部ノミヲ通行シ他ノ部分ヲ不使用ニ屬セシムルトキハ其不使用ノ部分ハ時效ニ因リテ消滅スヘク又引水ノ目的ヲ以テ設定シタル地役ニ於テ例ヘハ其水量カ十五石アルニ拘ハラス要役地ノ所有者カ常ニ使用スル所ハ五石ッヽナリトスレハ殘餘ノ十石ニ對スル地役權ハ時效ニ因リテ消滅スヘキ法意ナリ此規定ハ果シテ地役權不可分ノ原則ニ背反スル所ナキカ余ハ大ニ疑ナキ能ハス民法ハ此場合ニハ恰モ可分的ノモノヽ如ク規定スレトモ余ヲ以テ之ヲ見レハ此場合ハ寧ロ地役權ノ更新ナリ即チ一部分ノ消滅ニアラスシテ全部ノ消滅ナリ其一部分ニ付テハ新地役權ノ發生シタルモノナリト信ス

以上ハ時效ニ因リテ地役權ノ直接ニ消滅スヘキモノヽミヲ擧ケタルモノナレトモ承役地ノ占有者カ時效ニ因リ所有權ヲ取得スルニ因リ地役權カ消滅スヘ

キ場合アリ(民法八九二)此場合ニハ其占有者ノ方面ヨリ見レハ取得時效ナレトモ地役權ノ方面ヨリ見レハ消滅時效ナリ而シテ此取得時效ニ付テハ普通第百六十二條ニ依ルヘキモノトス即チ同條ニ依レハ平穩且公然ニシテ而モ其占有ノ當初善意ニシテ且過失ナカリシトキハ十年間ニテ地役權ハ消滅ニ歸スヘキナリ

(三) 當事者ノ契約ニ因ル消滅

地役權ハ要役地ノ便益ノ爲メニ設クルモノナルヲ以テ公益ニ關係スルコトナシ故ニ當事者ノ契約ヲ以テ消滅セシムルコトヲ得ヘク又要役者ノ其利益ノ拋棄ニ因リテモ消滅スルコトヲ得ヘシ然レトモ若シ要役權カ數人ノ共有ニ係ルトキハ其一人ノ意思ヲ以テ其地役權ヲ消滅セシムルコトヲ得ス是レ即チ地役權不可分ノ原則ヨリ生スル當然ノ結果ナリ

(四) 期間ノ滿了ニ因ル消滅

地役權ハ豫メ一定ノ期間ヲ定メテ設定スルコトアリ此場合ニ於テハ其定メタル期間ノ滿了ニ因リ消滅スヘキハ當然ナリ別ニ說明スルノ必要ナシ

物權法(第一部)(完結)

法、三五、一
九〇