

故に本條は寧ろ之を動産所有權變動の部に移すか又は占有の效力として規定するを適當とする。

二 本條の適用を受くる變動

本條の適用を受くる物權變動は「讓渡」即ち當事者の意思表示に因る所有權移轉のみである。其以外の場合例へば取得時効・相續等に在つては事實本條の如き規定を必要としないからである。

「讓渡」は生前行為なると死因行為(死因贈與遺贈)なるを問はぬ。併し包括遺贈に在つては目的物の占有は遺贈者の死亡に因つて當然受遺者に移轉すること普通の相續人に於けると全然同じだから(一〇九二條、二三九頁占有權の相續に關する部參照)本條を適用する必要がない。

三 公示方法

動産物權讓渡の公示方法は「動産ノ引渡」である。

「引渡」とは現實に物を授受するを云ふ。併し民法上現實的引渡に代はるべき便法

として認められた(イ)簡易の引渡(一八二條二項)、(ロ)占有改定(一八條)、(ハ)指圖に依る占有移轉(一八條四條)等の諸行為も亦本條に所謂「引渡」中に包含せらるゝものと認めねばならぬ。此事は若し動産物權變動の對抗要件を獨り現實的引渡にのみ限るとすれば實際上不便極なきこと及び此等の諸行為は沿革上正に其不便を補ふ爲めに漸次發達したるものなることに鑑み當然と云はねばならぬ。

若しも公示と云ふことにのみ重きを置いて議論すれば右の結論は不合理である。それにも拘らず學者も判例も共に反對を唱へるものがない(註三)。是れ第七十八條が元來不徹底な規定たることを示すものである。要するに若し適當な方法があれば動産物權に付ても公示を完全にするがいゝ。併し實際上其方法がないのである(註四)。

【註三】 中島氏物權上七六頁以下、宮井氏原論二卷七七頁、横田氏物權一〇九頁以下、大審四三・二・二五
民二錄一六輯一五三頁等。

【註四】 七五頁以下参照。

四 公示の效力

物權の讓渡は讓渡行爲のみで效力を生ずる。併し目的たる「動産ノ引渡アルニ非ザレバ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ」。

「第三者」及び「對抗スルコトヲ得ズ」の意義に付ては第七十七條の説明に於て述べた所(頁以下)を類推して考へられたし。

尙占有引渡に依つて生ずる推測力に付ては第八十八條に於て之を述べる。又占有なる外形的事實と實質的權利關係とが合致せざる場合に其外形的事實に或程度の公信的效力を認むる第九十二條に付ても次章に於て之を説明する。

第四目 立木及び果實に關する物權變動の公示方法

はしがき

一七九頁

第一 立木

一八〇頁

第二 果實

一九二頁

土地に生立せる樹木がそのまゝ土地と獨立して取引の目的となり得ることは既に之を述べた【註一】。樹木に附着せるまゝの果實を他人に讓渡し得ることも亦之を上述した【註二】。所が此等は何れも不動産の一部を爲すものにして動産にあらざるが故に、其之に關する物權變動を第三者に對抗するが爲めには、動産物權の場合(一七八條)の如く目的物の「引渡」を爲したのみでは足りない。而かも現行の不動産登記法中には此等に關する物權變動を「登記」すべき何等の方法をも設けて居ないから、此等の物權は性質上不動産物權なるに拘らず、第七十七條を適用することが出来ない。

【註一】 三二頁以下参照。

【註二】 三〇頁以下参照。

かくの如き現行法の缺點は現在大審院の判例に依つて補充されて居るから、以下

立木と果實とに項を分けて、此點に關する判例法の概要を説明しやうと思ふ。

第一 立木

現行民法には立木に關する物權變動に付いて何等公示方法の定めがない。立木法(明治四二法 律二二號)は此缺點を補ふ爲めに出來た法律だが、其適用を受くるは獨り「一筆ノ土地又ハ一筆ノ土地ノ一部分ニ植栽ニ依リ生立セシメタル樹木ノ集團ニシテ其ノ所有者ガ本法ニ依リ所有權保存ノ登記ヲ受ケタルモノ」(一)のみに限り、其他一般の立木に及ばぬ【註三】。従つて此等一般の立木に付いては其對抗要件に關して何等の成文法なく萬事は遠く民法施行前から漸次に發達して來た判例法に依つて規律されて居る。

【註三】 大審四・二二・八民三錄二二輯二〇三三頁、同五・三一・一民三錄二二輯七四六頁。

尙大審六・七・六民一錄二三輯一〇九七頁は立木法に所謂「立木」の意味を解して、立木法ニ所謂立木ハ植栽ニ依リ生立セシメタルモノナルコトヲ要スルカ故ニ自然生ノ樹木ノ如キハ之ニ當ラズ又植栽ニ依リ生立セシメタル樹木ノ集團ナルコトヲ要スルカ故ニカクノ如キ集團ヲ爲サザル立木ハ亦之ニ當ラズ又其所有者ガ所有權保存ノ登記ヲ受ケタルモノナルコトヲ要スルカ故ニ未ダ其登記ヲ受ケザルモノハ亦之ニ該

當セザルヲ以テ獨立シタル不動産ト爲ラズ又假令植栽ニ依リ生立セシメタル樹木ノ集團ニアラザル立木ニ付キ偶々登記存スルモ其登記ハ無効ナリ」と説明して居る。

判例は此點に關して左記の如き諸原則を掲げて居る。

一 立木は其生立せる土地の一部である。併し古來の慣行上土地と獨立して取引の目的となり、獨立して物權の目的物となり得る【註四】。

【註四】 此點に付いては三二頁以下に上述した所参照。

二 立木の處分を以て第三者に對抗するには左の三方法の何かをとらねばならぬ。

イ 立木を讓渡すと同時に其生立せる土地の所有權をも讓渡して登記を経ること【註五】。

【註五】 大審九・一・二〇民一錄二六輯四頁。尙大審三八・五・一五民二錄一一輯七二六頁も理由こそ異なれ此主旨を認む。反之甲外三名の共有に屬する土地上に甲所有の立木が生立せる場合に乙が其立木と共に甲の共有持分のみを取得して之を登記するも公示方法と認めぬ(上記大審九・一・二〇)。

立木は元來其生立せる土地の一部なるが故に、其土地所有權が讓渡された場合に

は、當事者別段の留保をなさない限り、立木も亦同時に譲受人に移轉するものと見ねばならぬ。従つて土地所有權取得の登記があれば、立木の取得も亦同時に公示される譯である。此點は無論疑問の餘地がないけれども、若し之れより外に立木取得の公示方法がないとすれば實際上到底不便に堪えぬ。是れ第二以下の公示方法ある所以である。

□ 立木を譲受けると同時に其生立せる土地に付いて地上權又は賃借權を設定又は移轉せしむること【註六】。

【註六】 大審院が古くから維持してゐる判例である。大審三九・一・二九民二錄二二輯七六頁、同五・二・二二民一錄二二輯一六五頁等。

此判例の理論的基礎は民法が第二百四十二條但書に於て認めて居る原則に存するらしい。即ち地上權又は賃借權に依つて他人の地上に樹木を生立せしめて居る者は附合の原則の適用を受くることなく「權原ニ因リ」獨立して立木を所有し得る。従つて其權利を登記しさへすれば、依つて生立せしめて居る樹木に付いて公示方法ありた

ると同一に取扱はるべきだと謂ふ考を基礎とするらしい【註七】。

【註七】 併し近時の判例では、かくの如く公示方法として地上權設定の登記を爲さしむるのも如上の理論に基くのではなく、之を以て尙以下に説明する第三方法即ち「第三者ヲシテ權利取得ヲ明認セシムルニ適スル方法」の一種なりとする考に變りつゝあるらしい（大審九・七・二〇民一錄二六輯一〇七七頁）。

此方法は現在廣く行はれて居る。併し之を應用し得るのは譲受の後尙引續き立木を生立せしめて置かうと思ふ場合のみに限る。頗て伐採する目的を以て立木を譲受ける場合に一々此公示方法を要求することは到底不便にて社會の實狀に適せぬ。是れ更に第三の公示方法の一般に行はれつゝある所以である。

ハ 一般第三者をして立木取得の事實を明認せしむるに足るべき方法を講ずること【註八】。

【註八】 是れ亦大審院が古くから主張する原則で、現在では大審院の最も重きを置く判例である。例へば大審三二・四・一二民二錄五輯四卷二三頁、同三三・二・一六民二錄六輯二卷四六頁、同四〇・二・八民二錄一三四八頁、同四・二・八民三錄二二輯二〇二八頁、同九・二・一九民二錄二六輯一四二頁、同九・七・二民

認方法」をとるにあらざれば、之を以て第三者に對抗出来ぬ。(一)假令伐採の目的を以て取得したとしても、動産の場合の如く單純な引渡を爲したに過ぎぬときは、未だ以て第三者に對抗するに足りぬ【註二二】。(二)又買受けた立木の伐採に着手しただけでは、これは單に「使用収益又ハ處分行爲ノ如キ權利自體ノ行使ニ外ナラザル行爲」に過ぎずして「登記ト等シク第三者ヲシテ讓受人ガ所有權ヲ取得シタルコトヲ知ラシムル方法」ではないから、未だ其取得を以て第三者に對抗出来ぬ【註一三】。

【註二二】 大審三八・二・一三民二錄一輯一二〇頁。

尤もそれは立木が土地に定着して不動産たる間だけのことである。一度伐採又は土地より引離されて動産となれば以後は「引渡」を以て對抗要件とするに至ること勿論である。此點に關し大審六・一・一〇民三錄二三輯一九五五頁は「移植ノ爲メ周圍ノ土ヲ掘リ去リテ荒根小根ヲ切斷シ土砂ヲ入替ヘタルノミニテ大根ヲ切斷セザル状態」にある立木は未だ土地の定着物なるを以て之が公示は「明認方法」に依つて爲さればならぬと云ふて居る。

【註一三】 大審八・五・二六民二錄二五輯八九三頁。

2 「明認方法」を盡さなければ、立木の取得を以て「第三者」に「對抗」出来ぬ。其

所謂「第三者」及び「對抗」の意義に付いては不動産登記に關する第七十七條の規定を準用して之を解すべしと云ふのが判例の考である。従つて「明認方法」を缺くときは「第三者ノ善意惡意ニ拘ハラズ之ニ對抗スルコトヲ得ザルモノ」と解すべきである【註一四】。

故に「同一ノ立木ノ所有者ヨリ數人相續テ各別ニ之ヲ買受ケタル場合ニ於テ其ノ數人中特ニ其所有權ノ得喪ニ付キ他人ヲシテ之ヲ明認セシムルニ足ルベキ行爲ヲ爲シタルモノアルトキハ其者ノ賣買アリタル時期ノ順序ニ拘ラズ之ヲ其ノ立木ノ所有權者ト爲スベキモノトス」【註一五】。

【註一四】 大審九・二・一九民二錄二六輯一四二頁以下殊に一四八頁は之を明言して居る。

【註一五】 大審三八・二・一三法律新聞二六五號。尙數人の買主中其總てが明認方法を爲さざるときは行爲の時の前後を以て權利の優劣を定むべき旨の判例(大審三二・四・一二民二錄五輯四卷二三頁)があるけれども、かくの如きは結局公示方法を伴はざる物權に對抗力を認める結果となるから、望ましい結果だと思はれない。一五三頁註四八參照。

3 此第三の方法たる「明認方法」と上述した第一及び第二の方法との關係如何。次の二の事柄が問題となる。

(一) 立木を取得した者は此三種の方法中何れを擇むでも全く其自由であるか。

全く自由だと謂ふのが最近判例の明示する所である〔註一六〕。嘗ては「立木トシテ其地上ニ生立セシムル目的ヲ以テ讓渡シタル場合ニハ讓受人ハ地上權若クハ土地ノ賃借權ヲ設定シテ之ガ登記ヲ經由スベク又伐採ノ目的ヲ以テ立木ヲ讓渡シタル場合ニハ讓受人ハ少クトモ、他人ヲシテ其所有權ノ移轉ヲ明認セシムルニ足ルベキ行爲ヲ要スルモノトス」〔註一七〕と謂ふて、立木讓渡の目的が伐採に在るときは何れの公示方法を採用しても差支ないが、引續き生立せしめ置く目的を以て立木を取得した場合には第一又は第二の方法をとらねばならぬと謂ふ態度を明に示して居た。私は立木問題に關して判例乃至立法の今後進むべき正當の途を指示するものとして、判例の此

態度を祝福したのである。然るに最近の判例は明かに此過去の態度を否定して、方法の選擇は全く當事者の自由だと判定した。私は之を以て判例の退歩だと謂ひたい〔註一八〕。

【註一六】 大審一〇・四・一四民二錄二七輯七三二頁。

【註一七】 大審五・三・一一民三錄二二輯七四七頁。

【註一八】 註一六に引いた大審院判決は之を以て從來の判例に合致するものとして居るけれども、前註に引いた五・三・一一の判旨には明に反して居る。大審一〇・四・一四の判決は立木取得の後引續き其まゝ生立せしめ置くことを目的とする場合に於ても第三の「明認方法」がありさへすればいゝと云ふて居るけれども、それは、さなきだに不確實に陥り易い立木の法律關係をして益々不明確に陥らしむるものだ。何故なれば立木の皮を削つて墨書すると云ふやうな「明認方法」は一時的の「已むを得ざる」に出でた一方策に過ぎぬ。永く立木を生立せしめて置く場合の公示方法としては極めて不適當で兎角間違ひを惹起し易い。現に此の大審一〇・四・一四の事案が其事を證明して居る。

(二) 甲所有の立木を乙が讓渡けて第三の「明認方法」を盡した後、丙が更に甲から同じ立木を其生立して居る土地と共に讓受けて其登記——即ち第一方法(理窟は第二方法でも全く同)

ある)一を経た。此場合乙丙何れの権利が優先するか。

判例は無論乙を優先的に取扱つてゐる【註一九】。三種の公示方法には其效力に於て何等優劣なしとするのである。

併し此結果として、第一及び第二の公示方法は實際上極めて其效力が微弱になる。何故なれば、立木を買はむとする者は、假令登記簿にはどう書いてあらうとも、必ず先づ現場に臨むで既に第三者が之を取得してゐる旨の明認方法がありはせぬか、それを調べねばならないからである。縦令登記簿には現在の賣主が何時々々山林の所有権を取得したと書いてあつても、第三者が其時以前に同じ立木を買つて直に「明認方法」をとつて居たとすれば、登記面の所有者たる賣主は自己の権利を以て斯くの如く先に権利を得て公示方法を施した第三者に對抗することを得ないのだから、買主は結局無権利者から立木を買つたことになる【註二〇】。斯る間違は元來一時的の己むを得ざる策に過ぎない第三の「明認方法」に對して永續的の效力を認むるが爲め

に起るのである。故に私は嘗て大審院が進まむとしつゝありたるが如く、「明認方法」を以てする公示を獨り伐採の目的を以てする立木取得の場合のみに限りたのである。併し結局は現在の立本法の外更に此點を補ふべき特別の立法を要するのだと思ふ。

【註一九】 大審一〇・四・一四民二録二七輯七三二頁。

【註二〇】 大審院が立木に付いて漸次登記の公示力を輕するの傾向あるに拘らず、同じ第二民事部が一〇・二・一七錄二七輯三二九頁に於て「立木ノ所有權ハ其地盤ノ所有者ニ屬スルヲ以テ普通トスルヲ以テ地盤ノ所有者ガ何人ナルヲ認知スルコトニ依リ一應立木ノ所有權ノ何人ニ屬スルヲ知リ得ベク而シテ地盤ノ所有權ハ既登記ノ場合ニ在リテハ登記簿ヲ調査スルコトニ依リ容易ニ知リ得ルト同時ニ之ガ調査ヲ爲スヲ以テ取引上必要ナル注意ト謂ハザルベカラザルヲ以テ之ヲ怠リタルガ爲メ立木ノ所有權ガ地盤ノ所有者以外ノ者ニ屬スルモノナリト信シタルモノトスルモ其善意ナルコトニ付キ過失アルモノ」を謂はればならぬと謂つてゐるのは、可成無理な注文を爲すものと云ふべきである。

4 第三の「明認方法」に依つて公示し得る物權變動は立木の所有權の讓渡のみに限る。質抵當の如き複雑な法律關係を公示するに適しないからである。併し表向き

賣買の形式に依つて「明認方法」を施し之を以て賣渡抵當其他擔の目的を達し得ることは勿論である【註二二】。

【註二二】 現に大審九・二・一九民二錄二六輯一四二頁は擔保の目的を以てする立木の停止條件附再賣買契約に關する。

第二 果實

分離前の果實は元物の一部に過ぎぬ。併し例へば既に成熟に近付いて獨立的取引價值を有するに至れば、分離以前と雖も獨立して物權の目的となるを妨げぬ（三〇頁に註八）。無論それが爲めには適當の公示方法を施して第三者を害せざらしむるの必要があるのだが、現行法中何等此點に關する規定がない。

其所で判例は上記立木の場合と同様に依り、特定の人が果實の權利を取得したことが第三者に依つて明認せらるゝに適する方法をとれば、第三者に對抗出來ると云ふ原則を認むるに至つた【註二二】。

【註二二】 此原則を最も明白に言現はした判決は大審五・九・二〇民三錄二二輯一四四〇頁以下殊二一四四八頁で、それによる「(前略)第三者ニ對抗スル爲メニハ常ニ必ズ其果實ノ定着スル地盤又ハ立木ノ引渡ヲ受ケ若クハ賣主ノ承諾ヲ得テ何時ニテモ其果實ヲ收去シ得ベキ事實上ノ状態ヲ作爲スルト同時ニ其状態ガ外部ヨリ明認セラレ得ベキ手段方法ヲ講ズルコトヲ要スルハ伐採ノ爲メニスル立木ノ賣渡ニ於ケルト同一般ニシテ云々」とある。「明認方法」の外同時に「引渡」を要求する點が稍立木の場合と異なる。

判例は果實中特に(一)分離前の雲州密柑に付ては所有權移轉の旨を明記した立札をすれば充分な公示方法ありたるものと認め【註二三】、(二)畑地に生育せる桑葉は分離前既に普通の動産と同じく所有權を他人に移轉出來るけれども其移轉を以て第三者に對抗するには明認方法を講せねばならぬ【註二四】單に當事者間に於て占有移轉を爲したのみでは足りぬと定めて居る【註二五】。

【註二三】 大審五・九・二〇民三錄二二輯一四四〇頁。

【註二四】 大審九・五・五民三錄二六輯六二二頁。

【註二五】 尙生立せるまゝの葉烟草に關する朝鮮高等法院五・四・二五法律新聞一一二六號參照。

第二章 占有權

第一節 總說

一九六

第一 占有保護の社會的根據

一 法律關係を精確に規律して事實の真相を失はぬやうにすることは法律の理想である。併し經濟上の取引は迅速を尊ぶ。所が精確を期すれば兎角緩漫に陥り易く、迅速を望めば兎角粗漏に流れ易い。二者は調和せらるべくして、事實上其調和は頗る困難である。財産法を制定するに付いて立法者の最も苦心するのは此調和を如何にすべきかにある。一例を引けば、營利を業とする商人は萬事の目安を利廻に置く。縱令精確でも緩漫な爲め商機を逸するやうでは事實役に立たぬ。従つて商法は民法よりも遙に迅速を尊ぶ。それですら商人の此點に關する要求は時勢に依つて變化する。景氣の好い時には和解をしてでも迅速に事を片付けたがる。然るに一度景氣が落ちると兎角精確な解決を希望する。斯くの如く此調和を如何にすべきかの問題は

事柄の性質に依り又時勢に依つて必ずしも常に同一に答へることが出來ぬ。土地の異なるに依つて異なるべき亦素よりである。

二 占有保護の問題も畢竟此精確と迅速との調和問題に歸着する。法律が財産關係を規律するに當つて、若しも精確のみを目安とすれば萬事を精査して事の真相を得るがよい。所が事の真相を得ることは事實頗る困難な事柄であるのみならず、之が爲め兎角時間を空費し易い。故に大體誤りなき所を捕へて事を運ぶより外に方法がない。

例へば吾々が物を買ひにゆく。若しも其買はむとする品物が果して事實店主の所に屬するや否やを調べねばならぬとすれば、一冊の古本を買ふのでさへ事は殆ど不能に近い。店に在る物品は店主の正當に所有し従つて正當に賣却し得るものなるを通例とする。其通例とする所を捕へて或程度の法律的保護を與へ、外形的事實に信頼して取引を進め得るやうにする、それが即ち占有保護の理由である。

無論外形的事實を保護すれば場合に依つて眞實を犠牲にせねばならぬことがある。従つて此所にも精確と迅速との調和問題が起る。而して其調和を如何にすべきかは其他の社會各般の事情と關聯して相對的に定まるべき問題である。是れ占有の效力に關する法制が時代に依り國に依つて同一ならざる所以である。

昔は占有に最も強い力を認められた。占有を伴はざる所有は殆ど之を保護しなかつた。人智幼稚にして文字なかりし時代に在つては現在が何よりの證據である。濫りに其他の證據を許せば事は反つて不正確に陥り易い。故に占有を伴はざる所有は之を保護しないのである。其影響は歐洲中世の法制にも残つて居る。獨の *Germany* 佛の *France*。英の *Spain* に各々強い力が認められたのは即ちそれである。同じことは時効期間の歴史にも現はれて居る。取得時効期間は概して文明の進歩と共に長くなる。其原因は色々あらうが、最も重要なものは文字の發明と其流行とにある。文字なき時代には他に證據がないから占有を離れた所有に強い力を認めぬ。短期間でも他人が占

有すれば其人の物にして仕舞ふ。所が文字の發明に依る證據方法の進歩と共に、縱令現在占有を離れて居ても所有を確認することが必ずしも困難でなくなつた。其所で當初僅かに一年乃至二年なりし時効期間が十年にも二十年にも乃至は四十年にも延びたのである〔註一〕。同じことは現在各國の法律に於て登記制度あり若くは書面に依つて取引せらるゝを常とする不動産に於けるよりも、動産に付いて占有が重く保護されてゐるのに依つても之を認め得る。

【註一】 此、*France* に付ては *Viollet, Histoire du droit civil français, p. 616 et suiv.* 及び *Urdé, Les transformations du droit, p. 97 et 98* 参照。

占有に與ふべき保護の程度は無論昔と今とで違はう。併し之を保護する社會的根據に至ると今も昔に均しい。占有なる外形的事實に或程度の法律の效力を與へて實質的權利を證明するの勞を省き、以て實際の取引を迅速容易ならしめむとするのである〔註二〕。

【註二】 獨逸普通法の下に於て占有保護の理由に關し大に議論があつた。そのことに付ては *Windscheid-*

第二 占有に關して區別を要する四の概念

占有制度を觀察研究するに付ては常に次の概念の區別を明かにするを要する。

(イ) 所持 人と物との間に存する一定の事實的關係である(其意義の詳細は第二節第一項第一に譲る)。

(ロ) 占有 我民法上占有は所持と占有意思とより成る法律要件で、此要件備はるに依つて初めて占有保護が與へられる。

(ハ) 占有權 占有なる法律要件を原因として發生する權利である。占有權に基いて更に色々な占有權上の法律的效果が生ずる。併し其等の效果の合計が占有權ではなく、占有權は寧ろ其效果の根源を成す母權である。

(ニ) 占有を爲す權利(本權) 占有を爲すことを法律上正當とする權利である。之は占有權とは全く別異なもので、或は占有權を有せずして本權のみを有する者あり或は占有權を有すれども本權を有せざる者がある。

第二節 占有

第一項 占有の意義

二〇二頁

第二項 占有の種類

二一六頁

第一項 占有の意義

第一 占有の法律的性質と其構成要素

二〇一頁

一 占有の成立——二 占有の繼續及び終了

第二 民法上の占有と其他の法令に於ける占有

二一四頁

第一 占有の法律的性質と其構成要素

占有は占有權發生の法律要件である。故に占有權を論ずるが爲めには先づ占有の意義を明かにし其構成要素を研究せねばならぬ。

占有の意義

我民法の解釋上占有は「自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スルコト」に依つて開始し、而して所持の存續する限り特に占有者が「占有ノ意思ヲ拋棄」するまで其まゝ存續する事實關係である。

一 占有の成立

占有が成立開始するには「自己ノ爲メニスル意思」(心素 Animus)と「物の所持」(體素 Corpus)とが必要である(一八條)。

イ 物の所持

占有が成立する爲めには、必ず物の所持あることを要する。それが一般人の目に見える外形的事實として占有保護の基礎を成すのである。

(イ) 所持の意義

所持とは必ずしも一定の人が現實に物を把持せることを云ふのではない。社會一般の通念から考へて一定の人が一定の物に付き事實上の支配を爲し得る地位にあり

と認むべき場合には、其物を所持すと云ひ得る。此事を學者は一般に「所持は社會的觀念にして有形的關係にあらず」と云ふ言葉で言ひ表はして居る【註一】。

【註一】一定の人に所持ありや否やを決するが爲めには社會觀念を標準とすべきことは大審四・五・一民三
錄二一輯六三一頁に於ても之を認めて居る。

従つて所持の存否を決するに付いては次の諸點に注意するを要する。

1 人と物との間に物理的接觸あることは必ずしも所持の要素ではない。例へば私が學校に来る場合に自宅に置いて來た品物は縦令家に留守番が居なくとも私の所持に屬する。

2 私に對して從屬的關係に立て居る或る他人(例へば雇人)を道具として物を所持することもあり得る(非獨立的所持)。此場合には私自らが所持者である。他人は占有補助者乃至占有機關に過ぎぬ。代理占有者(一八條)ではない【註二】。

【註二】甲が長男乙をして自己所有の馬を農業用の爲め占有保管せしめたときは甲が占有者で乙は單に占

有補助者に過ぎぬ。大審四・五・一民三録二一輯六三一頁。占有代理人との區別に付ては第四節第一項第二(二二八頁参照)。

3 元來甲の所持にあるのだが事實上一時其物を乙に委ねた場合には甲が依然として所持者である。私が芝居で隣人から双眼鏡を借りたり、演説に行つて卓上に備付けたコップを使用したりしても、斯る假りの關係は私の爲めに所持を成立せしむるに足りない。

(ロ) 所持の主體

所持の主體は人である。法人も亦其機關に依つて所持し得ること勿論である(註三)。

【註三】 反對説として機關が直接占有者で法人は間接占有者に過ぎぬとする説がある。併し機關の行爲は法律上法人夫れ自身の行爲と見るべきだから法人自ら直接占有を爲すものと見るべきである。此點に關し大審四三・五・七民一録一六輯三五〇頁は株式會社銀行の取締役が會社所有の株を保管せるを目して代理占有なりと謂つて居るけれども、之は寧ろ銀行自らが取締役を機關として占有して居るものと説明すべき

である。尤も私は機關と代理との間に本質的の區別を認めむとする從來の多數説には賛成しないのであるが。尙大審五・六・一民二録二二輯一〇八八頁は市が市長を機關として市立小學校を占有することを認め、又同七・六・二九民三録二四輯一三〇六頁は市の水道設備に付いて同様の理を認めて居る。

(ハ) 所持の客體

所持の客體は物である。物の一部も亦所持—従つて占有權—の客體となり得ることとは占有權の特質上當然である。

□ 自己の爲めにする意思

我民法は所持のみあるも未だ占有ありとして之を保護せぬ。其外必ず「自己ノ爲メニスル意思」あることを要する(一八)。

(イ) 占有意思を要求する根據と其批評【註四】

【註四】 石坂氏「占有意思論」改竄民法研究上三八二頁以下参照。

占有保護の理由が上述の如く取引を迅速容易ならしむる爲め外形的事實に信頼す

占有の成立—占有意思

ることを許すの點にありとすれば、所持なる外形的事實存在する以上其所持を爲すに付き所持者が如何なる意思を有するかを問ふ必要はない。所が第十九世紀の始めに Savigny が「占有論」*Recht des Besitzes*, 1803 を著はしてより以來獨逸普通法上の通説は均しく占有意思の必要を説くに至り(主観)【註五】、其影響は獨逸以外にも及んだ。民法第百八十條の規定の如きも其一例に外ならぬ。所が一八八九年 Ihering が占有意思論 *Besitzwille* を著はして、所持が成立するには占有者に所持の意思あることを要する、併し其以外別に特別の占有意思を必要としないと云ふ説を爲すに及び(客観)【註六】、さしも盛なりし主観説は漸次凋落して客観説が勢を得るに至り、遂には更に一步を進めて特別の占有意思を要せざるは勿論、所持を爲すの意思さへも要らぬ、所持の存否は純粹に社會の通念から客観的に觀察して定むべきだと云ふ説(純客観説)【註七】を生ずるに至つた。

【註五】主観説の起りは、Savigny である。而して(一)其占有意思として要求する所は「所有の意思」

animus domini 即ち所有者が権利に基いて物を支配すると同じ支配を事實上行ひ他に自己よりも強力な権利者あることを認むるを欲せざるの意思である。(二)後此所有意思説に多少の変更を加へて、占有意思は「支配意思」*Aneignungswille*, *animus dominandi* 即ち凡ての方向に於て物を所持する意思だとする説現はれ、(三)次いで又自己の爲めにする意思 *animus rem sibi habendi* 即ち自己の利益の爲めに物を所持する意思を要するに過ぎぬとする説が現はれた。吾民法一八〇條は此最後の説の影響を受けて出来たものと思ふ。

詳細は石坂氏前掲論文三八四頁以下参照。

【註六】詳細は石坂氏前掲論文三九〇頁以下参照。

【註七】詳細は石坂氏前掲論文四四二頁以下参照。

以上の如き獨逸普通法上の占有意思論は形式上羅馬法源の解釋問題である。併し事實上から云へば一般人が占有保護の社會的意義を自覺すると共に今まで通説に依つて占有の保護を與へられた者の範圍が餘りに狭少に過ぐることを感じて漸次之を擴張せむとする努力と之に反抗する傳統主義者との争闘に外ならぬ。Ihering の客観説が其出現後忽にして從來の通説を覆し得た理由も、Savigny に依つて建設され

た傳統的獨斷の無意味なことを明かにして之と絶縁すべきことを説き、以て一般人の均しく感じて居た社會的需要に合理的な満足を與へた點に存する。

吾民法第八十條は謂ふまでもなく此學說發達の階段中主觀說の末期に屬する「自己ノ爲メニスル意思」說の影響を受けて制定されたものである。此說に依れば、それ以前の諸說に於けるよりは保護を受ける者の範圍が廣い。併し若しも此說の創始者が考へたと同じやうに「自己ノ爲メニスル意思」の意義を狭く解釋するとすれば依つて保護せらるゝ者の範圍は尙極めて狭く、實際上到底其弊に堪えぬ〔註八〕。私には後に述ぶるが如く占有保護の社會的理由を參酌して、此點を極めて寛かに解釋して居る。従つて占有を認むる範圍も比較的廣いのであるが、それでも尙何等の理由なく占有保護を與へられない者が少くない。故に將來は立法を以て全く主觀說を棄てなければならぬ時が來ると信ずる。

【註八】 其不便に付いては石坂氏前掲論文三九九頁以下参照。

(ロ) 「自己ノ爲メニスル意思」の意義

1 「自己ノ爲メニスル意思」とは所持に因る事實上の利益を自ら享受せむとする意思を云ふ。それ以上別に所有の意思 *Animus domini* あることを要せぬ。無論「所有ノ意思」があれば自主占有として普通の占有以上特別の效力を生ずるけれども(例へば一六二條、二三九條等)。

2 「自己ノ爲メニスル意思」も普通の意義に於ける主觀的意思に外ならぬ。矢張り一種の內心的的作用である。併し意思が法律上何等かの效力を生ずる爲めには必ず外部に現はれねばならぬ。即ち占有の成立を主張して其基礎の上に或法律上の効果を主張せむとせば、「所持」の存在を證明すると同時に、其所持が「自己ノ爲メニスル意思」を以て開始されたことを何等かの外部的事實に據つて證明せねばならぬ。而して其立證を爲すが爲めには、占有の成立を主張する者に於て、一應其意思の存在を推測するに足るべき事實を證明すればよい。すれば夫れから先の舉證は反

つて其推測を覆さむとする相手方に於て之を爲さねばならぬこととなる。従つて所持を開始せしめた事實が通常「自己ノ爲メニスル意思」を伴ふものなるときは其事實を證明するに依つて、一應意思が證明されたこととなる。例へば賃貸借に因つて物を受取つた者は「自己ノ爲メニスル意思」を有するを通例とするから、賃貸借に因つて物を受取つた事實を證明すれば、右の意思も亦一應證明されたことになる。夫れ以上特に之に反對して其意思を否定する主張は相手方に於て之を證明せねばならぬ。併し其反對證明は殆ど不可能だから、占有意思の證明は事實上當該の場合に所持を開始せしめた事實(占有の權原)が通常占有意思を伴ふ種類の事實なることを證明するに依つて爲され、結局占有意思の存否は權原の種類如何に依り抽象的に決せらるゝと同一の結果となる【註九】註一〇】。

【註九】學者に依つては、占有意思の存否は常に權原の種類如何に依つて抽象的に定まるもので具體的に如何なる意思を有するかを問ふの必要なしとする者もある(抽象的意思説)。民法は「所有ノ意思」に付

ては「權原ノ性質」に依つて抽象的に其存否が定まり(一八五條)又不明な場合には「所有ノ意思」あるものと推定す(一八六條)と規定して居る。併し「自己ノ爲メニスル意思」に付いては斯る規定がないから、舉證責任に關する一般原則に従ひ權原の證明に依つて意思の存在が一應推測せらるるに過ぎぬと解する外ない。併し何れにするも實際上の結果は殆ど變りがない。

【註一〇】(一)權原の性質上一應「自己ノ爲メニスル意思」を有すを認めらるべき者左の如し。

- 1 自ら所有權を有するに依り之に基きて所持する者(例へば賣買贈與等に因りて物を取得所持せる者)
- 2 所有權ありと誤信して所持せる者(例へば賣買の無効を知らずして物を受取つた者)
- 3 所有權なきことを知れるに拘らず之あると同一の事實を主張する者(例へば盗人)
- 4 地上權者、永小作人、賃借人、使用借主、留置權者、質權者
- 5 事務管理者、拾得者、受任者、受寄者(殊に倉庫營業者)、請負人(殊に運送人大審四二・三・一八民

一録一五輯二四五頁參照)、破産管財人、不在者の財産管理人、遺言執行者、財産を管理する夫・親・後見人等。此等の者は他人の爲めに物を保管する義務を負担する。併し其義務の履行は保管者自らの責任であり、従つて物を所持し得るや否やは自己の利害に關係する。故に同じく「自己ノ爲メニスル意思」あるものと云はればならぬ(上記大審院判決は此考を採る)。反之石坂氏前掲四一二頁以下、四三九頁以下は此等の者に「自己ノ爲メニスル意思」あることを否定し、此等の者は單に「他人ノ爲メニ占有ヲ爲ス者」(一九七條後段)として占有訴權を有するに過ぎぬ、従つて其「他人」自らが侵害するも、

之に對しては占有訴權さへも有せぬと説いて居る。併し此説は「自己ノ爲メニスル意思」の意義を無用に狭く解してゐるものと思ふ。

- 6 郵便函、牛乳函等を門外に設備せる者は郵便物等が挿入せらるべきことを豫期し將來開始せらるべき所持に付き豫め一般的に「自己ノ爲メニスル意思」を有するものと見ればならぬ。要するに私の考に依ると、「自己ノ爲メニスル意思」を要求する我民法の解釋として、占有の保護を受くる者の範圍は可成り廣いのである。

(二) 反以下の諸場合には「自己ノ爲メニスル意思」ありと解することが出來ぬ。

- 1 商人が注文せざる物品を家人不在中に置き去りたる場合。
- 2 自己の知らざる間に他人が贈與の意思を以てポケットに何物かを入れ置きたる場合。
- 3 全く意思能力を缺く者が所持を初めたる場合。

二 占有の繼續及び終了

1 所持の繼續

一旦開始した占有が繼續する爲めには所持が繼續するを要する(三〇)條。所持が繼續するや否やは上記の標準(二〇二)に據り社會通念に従つて之を決すべきである。必

ずしも絶えず同様の狀況が繼續することを要せぬ(註一一)。

尙他人に依つて所持を侵害された場合には一旦所持を喪失するけれども、後「占有回收ノ訴ヲ提起」して目的物を回復すれば初めより所持を失はざりしと同一に取扱はる(二〇三)條但書。

【註一一】詳細は私の「占有權の相續」穂積先生祝賀論文集九八七頁以下参照。

□ 占有が繼續する爲めには占有意思の繼續を要するか。

占有意思の現實的存續は生理上素より不可能で法律も亦之を強要し得ざること勿論である。然らば占有意思は一旦所持の初めに於て之を有する以上、以後所持の中に體化せられて存續するものと解すべきか。否、斯くの如きは無用の擬制を借るものたるに過ぎぬ。其位ならば寧ろ一步を進めて占有意思の存續は占有繼續の要素にあらずと解すべきである。占有意思の現實的繼續は事實上不可能なること、第百八十條は單に占有開始の要件を規定するに過ぎぬこと、又第二百三條に所謂「占有ノ

意思ヲ拋棄」するとは從來引續いて持つて居た占有意思を將來に向つて拋棄することを云ふにあらずして將來に向つて占有を繼續する意思なきことを表示するものと解すべきこと〔註一二〕等から考へて、占有の繼續には占有意思の繼續を要せずと解するを正當と思ふ〔註一三〕。

〔註一二〕 若しも占有意思の現實的存續を要すますれば、占有者の睡眠、意思能力喪失等は當然占有の終了を來すものと見ればならぬ。併し斯る不當の結果は何人も之を認めぬ。して見れば二〇三條に所謂占有意思の拋棄も存續する占有意思が將來に向つて拋棄されるのだと解しては辻褃が合はぬことになる。

〔註一三〕 此點に關する詳細は私の「占有權の相續」穂積先生祝賀論文集九七九頁乃至九八七頁參照。

第二 民法上の占有と其他の法令に於ける占有

一 刑法上の占有

民法上の占有成立する爲めには「所持」と「自己ノ爲メニスル意思」とを要すること上述の如し。然るに刑法(二四二條、二五一條、二五二條、二五三條等)に使用せる「占有」の觀念は之と全く別物で單に事實上「所持」ありや否やで占有の存否が定まる。従つて

(イ) 刑法上の占有には「自己ノ爲メニスル意思」を要せぬ〔註一四〕。

〔註一四〕 刑法上の通説である。牧野氏日本刑法五四九頁以下、大審三・一〇・二二民一錄二〇輯七九八頁にある議論參照。

(ロ) 他人の補助者として其者の爲めに所持する者も刑法上では占有者である。例へば會社の取締役が其保管せる會社の金子を費消したときは竊盜となるにあらずして横領となる(二五條)。

二 民事訴訟法上の占有

民事訴訟法第五百六十六條、第五百六十七條等に所謂占有も亦「民法ニ於ケル占有ナル語ノ用例ト異ナリ單ニ物ニ對スル事實上ノ力ヲ指シ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テスル物ノ所持ヲ指スモノニアラズ」〔註一五〕。

〔註一五〕 大審三・一〇・二二民一錄二〇輯七九八頁。

第二項 占有の種類

以上に説明した意義の占有に他の色々な要素が附け加はるに従ひ、之を色々な分類出来る。

一 單獨占有と共同占有

數人が一個の物を共同して占有するを妨げぬ。例へば數人の遺産相続人は凡て遺産の共同占有者である。此場合には各人は唯自己の爲めにする意思があればいい。共同占有を爲すの意思を要せぬ。遺産相続人中の或る者が自己のみが眞の相続人なりと信するも共同占有の成立を妨げぬ。

二 自主占有と他主占有(容假の占有)

自主占有とは普通の占有要素の外所有の意思 *animus domini* ある占有を云ひ、其以外の占有を他主占有と云ふ。

イ 所有の意思とは、所有者が爲し得ると同一の支配を事實上行ひ他に自己よりも強力な権利者あることを認むるを欲せざる意思を謂ふ。法律上加へる支配を爲し得るとの確信 *opinio domini* は不必要である。故に盜賊も亦自主占有を有する。

ロ 所有の意思の存否は當該の占有を開始せしめた原因事實(占有の權原)に依つて定まる(一八條)。例へば買主、盜人等は常は所有の意思を有し、賃借人、受寄者、質權者等は常に之を有せぬ。

1 従つて「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、(一)「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」、(二)「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ザレバ占有ハ其性質ヲ變ゼズ」(一八條)。單に内心的に意思を變じ又は之を局外の第三者に告げたるに過ぎざるときは依然として他主占有である(註一)。

【註一】此理論の結果として、占有代理人が密かに意を變じて横領を始めても、之が爲め其占有が變じて

自主占有となることなく、本人は又之に因つて占有権を失ふものでもない。例へば株式會社の取締役が其業務上占有する物件を自己の債務の爲め無斷で質に入れても會社は之が爲め直に占有権を失ふものではない。大審四三・五・七民一録一六輯三五〇頁。尤も此判決は取締役に依る會社の占有を目して代理占有なりと解して之は寧ろ占有補助者に依る占有と解すべきこと上述の通りである(二〇四頁註三参照)。而して私は本人と占有補助者との關係についても第一八五條の理論を適用すべきものと思ふ。何故なれば他人に依つて占有する者が其他人の意思變更に因つて濫に占有権を失ふが如きは此場合に付ても亦之を認めることは出来ないからである。

2 加之權原の性質上何れとも判斷し難いときは「占有者ハ所有ノ意思ヲ以テ(中)占有ヲ爲スモノト推定ス」(一八六條一項)。故に自主占有を主張する者は單に自己に占有あることを證明するを以て足り所有の意思あることを證明する必要ない。但し反證あるときは本條の適用なきこと勿論である(註二)。

【註二】 大審四・三・一〇民三錄二一輯二五七頁。

ハ 自主占有と他主占有とを區別する實益は其効果を異にする點にある。例へば取得時効(二六條)、賠償責任の範圍(一九一條)、先占(二三條)。

三 善意の占有と惡意の占有

占有を爲す權利なくして爲さるゝ占有の區別である。自主占有にも他主占有にも此區別を認め得る。

イ 善意の占有とは本權なきに拘らず之ありと誤信する場合を云ひ、惡意の占有とは本權なきことを知れる占有を云ふ。

ロ 占有者が善意なりや惡意なりや不明なるときは「占有者ハ(中)善意(中)ニ占有ヲ爲スモノト推定ス」(一八八條)。

ハ 善意で占有を初めた者が中途から自分に本權なきことに氣が付いたときは以後惡意の占有者となる。又「善意ノ占有者ガ本權ノ訴(占有を爲す權利あり)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」(一八九條二項)。

ニ 二者を區別する實益は取得時効(二六條)、果實返還義務(一九條)、賠償義務(一九條)、即時取得(二九條)等の場合に存する。

四 過失ある占有と過失なき占有

善意の占有中の區別である。本権ありと誤信するに付き過失ありや否やに依つて之を區別する【註三】。區別の實益は取得時効(二六條)、即時取得(一九條)の場合に存する。尙占有者の無過失に付ては第百八十六條の如き推定がないから之を主張する者に於て證明するを要する【註四】。

【註三】 不動産の賣買を爲すに當り登記簿上賣主が所有名義人となり居らざるに拘らず登記の眞否を確めずして買受け引渡を受けた者は過失なくして占有を始めたとは云ひ難い、従つて一六二條二項に依る取得時効を主張し得ぬ、その判決がある。大審五・三・二四民一・二二輯六五七頁以下。尙大審一〇・二・一七民二・二七輯三二九頁は立木の買受人が立木の果して賣主の所有に屬するや否やを知る爲め其の生立せる地盤の所有權に關する登記を見なかつたのは過失だと云ふて右と全く同じ理論を認めてる。

【註四】 大審四・一・九・一休録一四輯八七七頁は即時取得の成立要件として之を認め、又同六・二・二八民三・二二輯三三五頁、同八・一〇・一三民二・二五輯一八六三頁は時効の成立要件に關して此主旨を認む。

五 瑕疵ある占有と瑕疵なき占有

占有の瑕疵(七八條)とは所有の意思なきこと・強暴・隱秘・惡意・過失等凡て占有の最

も完全な效果の發生を妨ぐべき事項を云ふ。例へば自主占有を主張せむとする者にとつては所有の意思なきことは瑕疵となる。

「占有者ハ所有ノ意思ヲ以テ善意、平穩(強暴に依らざること)且公然(隱秘に依らざること)ニ占有ヲ爲スモノト推定ス」(一八六條一項)。

第三節 占有權の性質

占有權は以上に説明したやうな占有を原因として發生する權利である。其内容は他人が正當な法律上の原因と手續とを以て反對を主張するまでは、物が現に自己の所持に在ると云ふ外形的事實のみを理由としてそのまゝ假りに所持を繼續し得るに在る。

一 占有權は占有なる事實を原因として發生する權利である。

占有は權利なりや事實なりや。此問題は獨逸普通法の下に於て大に争はれた事柄である〔註一〕。併し私は占有は事實であるが、占有權は之を原因として發生する法律的效果であつて尙一種の權利に外ならぬと信する。

〔註一〕 Windscheid-Kipp, Pandekten I. § 150, Anm. 1 參照。

二 占有權は物を所持することを内容とする權利即ち直接物を支配する權利の一種

である。従つて物權である。

之を侵す者あらば一般物權に於けると同じく權利をして本來の内容に復歸せしむる爲め、物權的請求權が發生する。占有訴權(一九七條以下)が即ちそれである(二八五頁以下參照)。

三 占有權は物を所持する權利である。併し所有權其他の物權と違つて、正當な法律上の原因と手續とを以て反對の事實を主張する者があれば何時でも所持を解かねばならぬ。云はゞ假りの權利である。

法律が元來占有を保護する理由は、上述の如く所持なる外形的事實を基礎として一應の法律秩序を立てむとするに在る。故に反對の實體的關係を證明して正當な手續に依る返還請求があれば、最早それ以上占有權の效力として所持を繼續するを得ぬ。是れ學者が占有權を稱して假りの權利だとか低度の權利だとか云ふ所以である。

併し縱令正當な權利者でも私力を以て濫りに占有物を取戻すことは出来ぬ。正當

な権利の正當な行使に依る返還請求あるまでは所持を繼續し得るのである。但し多少の程度に於て自力救済 *Selbsthilfe* を認むべきこと後に述ぶる通りである(頁參照)。

四 此意義の占有權は後に述ぶる如き色々な效力を生ずる。或は其等の效力は占有なる事實から直接生ずるので占有權は其總稱に過ぎぬやうにも考へらるゝ。結局單純なる概念の争に過ぎぬが、私は我民法の解釋として占有は占有權を生じ、占有權から更に各種の占有權上の効果が發生するのだと説明する方がいゝやうに思ふ。

第四節 占有權の變動

- 第一項 占有權の取得 二二五頁
- 第二項 占有權の喪失 二四五頁

第一項 占有權の取得

- 第一 占有權の發生 二二五頁
- 第二 代理占有 二二六頁
 - 一 代理人に依る占有權取得の要件 一二代
 - 理人に依る占有權の繼續 一三
 - 代理占有と間接占有
- 第三 占有權の承繼取得 二三四頁
 - 一 承繼の可能 一二
 - 占有權の讓渡 一三
 - 占有權の相續 一四
 - 承繼の効果

第一 占有權の發生(原始取得)

占有權の取得—原始取得

占有権は占有なる事實の成立に因つて發生する。即ち甲が自己の爲めにする意思を以て物の所持を始めれば、占有権之に因つて發生し(一八〇條)、甲は原始的に占有権を取得する。

占有権の取得は意思表示ではない。占有権は苟も自己の爲めにする意思を以て物を所持すれば發生する。自己の爲めにする意思は占有権取得なる法律上の効果を欲する意思ではない。又自己の爲めにする意思は物の所持に依つて表示されることも必要でないからである。従つて占有権を取得する者は行爲能力あることを要せぬ。唯事實上自己の爲めにする意思を作為するだけの能力があればいい。

第二 代理占有(註一)

〔註一〕 鳩山氏「代理占有」志林二〇卷二號及び三號參照。

民法は代理人に依つて占有を取得し又は保持することを認めて居る(一八一條乃至一八四條、二〇四條)。

茲に所謂「代理人」の意義に付いては民法中直接之を説明した規定がない。以前には民法第九十九條以下の諸規定が直接適用あるものと考へた學者も少くなかつたやうである。無論法典の立案者は其位の考だつたと思ふ。従つて出來得る限り其等の規定の精神を酌むで解釋すべきものと思ふ。併し占有権取得行爲は意思表示でないから、直接に代理の規定の適用あるべき筈がない(九九條參照)。唯或る人が他人の爲めに物を所持する結果として他人が占有権を取得する點に於て普通の代理に酷似して居る。故に事が意思表示に關するや否やの點を除く外代理に關すると同じ原則を此場合にも適用して差支ないと思ふ。

一 代理人に依る占有権取得の要件

占有権の特質と代理に關する民法の規定とを考へ合はせると、代理人に依つて占有権を取得するには次の三要件を要するものと解せねばならぬ。

イ 代理人が物の所持を有すること

此事占有權の本質より云ふも又第二百四條の規定に依るも明かである。代理人が物の所持者なることが、占有代理人と上述した占有補助者(頁参照)との差異である。後者は現實に物を抱持するけれども法律に所謂「所持」を有せぬ。社會觀念から見ると寧ろ本人が直接の所持者である。代理人と占有補助者との區別は時に依つて困難である。併し前者は以下に述ぶる如き代理權關係を以て本人と對立せるに反し、後者は本人に従屬し従つて社會觀念上本人の道具として所持せるに過ぎぬと見らるゝ點に其差異がある。例へば店番をしてる小僧は主人の占有補助者で代理人ではない(註二)。

(註二) 大審四・五・一民三錄二一輯六三一頁は甲が農業使用の爲め長男乙をして自己の馬を占有保管せしめてる場合に乙は甲の占有補助者に過ぎぬと云ふて居る。

□ 代理人が本人の爲めにする意思を有すること

此事代理の概念及び第二百四條の規定から考へて明かである。併し「本人ノ爲メ」にする意思と云ふのは唯事實上本人の利益の爲めにする意思あるを云ひ、敢て法律

上の効果を直接本人に歸せしむるの意思を要せざること、「自己ノ爲メニスル意思」に於けると同じ。而して此意思の存否は無論事實問題であるが、權原の性質上本人の爲めにする意思あるを通例とする場合には、其權原たる事實を證明するに依つて意思の存在が一應立證されたことになる(註三)。

(註三) 「本人ノ爲メニスル意思」の存在は何等かの外形的事實に依つて證明されねばならぬ。けれども元來占有權の取得は意思表示でないから、「本人ノ爲メ」にする意思に付ても亦特に之が表示行為あることを必要としない。此等の點は「自己ノ爲メニスル意思」に付いて上述したる所に同じ(二〇九頁以下、二二六頁以下)。大審三八・二・一三民二錄一一輯一五八頁は動產物權讓渡の對抗要件として「代理占有の一適用たる—占有改定(一八三條)の成立を認むるに當り、他人ノ爲メニスル代理占有タルコトノ實質アル以上特ニ外形上他人ノ物タルコトヲ表示セザレバトテ其占有ノ效力ナシト云フコトヲ得ズ」と謂ふて居る。

反之本人は代理人をして占有を爲さしむるの意思あるを要せぬ。通常の場合には無論事實上意思があらう。又本人の意思は以下に述ぶる代理權關係を成立せしむる

に付き必要なことがある。併し法定代理の場合の如く本人が全く不知の場合にも代理占有が成立することがある〔註四〕。

尙代理人が本人の爲めにする意思を有すると同時に、自己の爲めにする意思を有することを妨げぬ。此場合には本人は代理人に依つて占有権を有すると同時に、代理人自らも亦占有権を有することとなる。例へば「運送人が運送品ヲ所持スルハ一面自己ノ爲メニシテ他面ニ於テハ荷送人ノ爲メニスルモノ」である〔註五〕。

〔註四〕 此點に關する從來の學説は二派に分れてる。

一 本人の意思を要するを原則とす但し法定代理の場合には例外として不要だとする説。富井氏物權六七三頁、川名氏物權二八頁、松岡氏物權上二三六頁、三浦氏物權三〇四頁。

二 本人の意思は常に不要なりとする説。鳩山氏前掲論文志林二〇卷三號二六頁以下、横田氏物權一五六頁、梅氏要義二卷三三三頁。

私は後説を採る。本人の意思は代理權發生の原因たることあるも、代理其もの、成立要件を成さざることは一般代理の場合に同じきものと信ずる。

〔註五〕 大審四二・三・一八民一錄一五輯二四五頁。

ハ 本人と代理人との間に代理權存在すること

代理占有は上述の如く民法第九十九條以下に所謂代理ではない。併し一定の人が他人の爲めに爲した行爲の結果として其他人が權利を取得するの點に於ては、普通の代理と何等擇ぶべきものがない。従つて代理の結果として本人が占有権を取得する爲めには、本人と代理人との間に代理權がなければならぬ。

此代理權は普通の代理權と全く同じものである。何となれば其内容は代理行爲に因る法律上の効果を本人に歸せしむるにあり、而して代理行爲が意思表示に付いて存するや否やが代理權の性質を左右する理窟がないからである〔註六〕。

代理權は普通の代理權と同じく、本人との契約（授權行爲）に因つて發生するか又は直接法律の規定に因つて發生する。

〔註六〕 學者に依つては、獨逸民法の間接占有 *mittelbarer Besitz* に於けると同じく、本人が代理人に對して有する占有物の返還請求權が即ち茲に所謂「代理權」だと云ふ者がある。中島氏物權一一二頁以下。併

し此説は法典中に何等の根據を有せぬ。代理占有なる概念の可否は別問題として、苟も之を認むる以上代理人が本人の爲めに占有を爲し其結果本人が占有權を取得するのは尙一種の代理と認めて然るべきである。して見れば其所謂代理權も普通の代理權と同じものだと解するのが當然だと思ふ。大審四・九・二九民三錄二一輯一五三二頁が返還請求權を以て代理占有の基礎なりとするが如き口吻を漏して居るのは、恐らく吾民法の解釋に付き濫に獨逸民法の解釋論を採用せむとする學者の嫌ふべき傾向に影響されたものと思ふ。

尙「代理權」の意義に付ては鳩山氏志林二〇卷二號八六頁以下參照。

二 代理人に依る占有權の繼續

占有權は代理人に依つて之を取得し得るの外、從來他人の有した占有權を代理人に依つて承繼且繼續し(一八三條等)、其他代理人を以て占有權を繼續し得る。其結果占有に因る各種の効果は凡て本人に歸屬する。

三 代理占有と間接占有

獨逸民法に間接占有 *mittelbarer Besitz* と稱するものがある。甲乙間に或る法律關係あることを條件として甲の現に爲しつゝある所持に因り事實所持者ならざる乙

に占有權を與へることを目的とする點に於て、吾民法の代理占有と全く同じ制度である。併し吾民法は占有理論の根底として主觀説を採つて居るから、乙が占有保護を受ける理由も、甲が乙の爲めにする意思を以て所持するの點に存し、従つて甲乙間に存在することを要する法律關係も普通の代理に於けると同じく、甲が乙の爲めに完成した法律要件に因り乙に其効果を歸せしむるに適する法律關係即ち代理權關係だと考へなければならぬ。反之獨逸民法は客觀説を採つて居るから乙に占有保護を與へる根據を吾民法に於けると同じ理論で説明出來ない。其所で一定の客觀的要件を決定し、之を具備する場合には甲の意思如何を問はず凡て占有保護を與へることとし、「或人が利益權者、質權者、賃借人、受寄者トシテ又ハ其他或時期ノ間他人ニ對シテ占有ヲ爲スノ權利義務ヲ發生セシムベキ類似ノ關係ニ於テ物ヲ占有セルトキハ其他人モ亦占有權者トス(間接占有)」(八六條)と定めたのである。彼我目的を同じうする制度であるが、目的を達する手段に付き二者は全く異なつた觀念を基礎として

る。従つて其手段に關する議論に際し彼の理論を其まゝ我が代理占有に移さむとするのは無謀な企と云はねばならぬ〔註七〕。

〔註七〕 學者の間には代理占有と間接占有とを全く同じものと考へてゐる人が少くない。例へば中島氏物權 一一二頁以下。

第三 占有權の承繼取得

一 承繼の可能

民法は占有權の讓渡(二八)又は承繼(一八)を認めて居る。

占有權は占有なる事實に因つて發生し且常に之と離るべからざる權利である。従つて或る人が他人から物の引渡を受けた場合に、其讓受人が自ら新に占有の要件を具備しさへすれば、讓渡人の從來有した占有權を根據とすることなく獨立して占有權を取得出来る。故に所有權等に於けると異なつて、特に占有權の承繼を認める必要なく、又論理上之を認むること能はざるが如き外觀を呈する。併し之を認むる必

要もあれば、又之を認むることは理論上不可能でもない。

之を認むる必要がある。(一)占有は一定の期間繼續するに因つて一定の效力を生ずることがある(一六二)。(一六二)一定の人が或期間占有を繼續したならば、其物の讓受人をして前主の占有を承繼せしめ前主及び自己の占有期間を通算して自己の利益の爲めに之を主張することを許して然るべきである。(二)先に述べた通り占有の發生には所持と占有意思とが必要だけれども、占有の繼續には所持さへあればいゝ。従つて占有權の承繼を認むれば承繼人は自己に占有權あることを主張するに付き占有意思の立證を免るゝこととなる。

次に占有權の承繼は可能である。學者に依つては、占有權は占有の事實と離れて存在せず、而して承繼は權利についてののみ之を認め得べく、事實の承繼は之を認め得ない、従つて外觀上承繼あるが如く見ゆる場合にも、純理上から云ふと新たな占有に基く新たな占有權の取得が存在するに過ぎぬ、法律が占有權の承繼を認めて居ても

實は擬制に過ぎぬ、と説く。併し元來「所持」の觀念は社會的觀念である。而して例へば一定の物が甲から乙に賣却引渡された場合、甲の所持する物が其死亡に因つて乙に相續された場合等に世の中一般の見方に依ると今まで甲にあつた所持と乙が新に取得した所持とは同一のものだと見るのが普通である。して見れば「所持」其物の承繼は決して不可能でなく、従つて之を基礎とする占有權も同一性を失はずに甲から乙に移轉し得るものと解する。

故に私は民法が認めたる占有權の讓渡(二八)又は承繼(七八)は決して擬制でなく、又明文上何等の規定なき占有權の相續も決して不可能でないと信ずる。

二 占有權の讓渡

イ 「占有權ノ讓渡ハ占有物ノ引渡ニ依リテ之ヲ爲ス」を原則とす(一八二)。(條一項)。占有權の讓渡は占有權の移轉を目的とする契約である。併し其效力を生ずるが爲めには合意の外「占有物ノ引渡」を必要とする(註八)。

〔註八〕 茲に所謂引渡とは、當事者ノ一方が其所持即チ實力的支配ニ係ル物ヲ他ノ一方ノ實力的支配ニ移屬セシムルコトを謂ふ。而して所持は元來社會的觀念であるから其甲より乙に移轉せりや否やを決するに付いても一々具體的の場合につき「實際ノ事情を斟酌シテ之ヲ定メ」ればならない。占有物に對する物理的接觸が甲より乙に移りたりや否やの如き單純な事實のみを標準とすべきでない。大審九・一二・二七民二錄二六輯二〇八七頁は薪炭用の雜木賣買に付き「買主が既ニ目的雜木ノ狀態ヲ知悉シ居ルトキハ」其地方の一般慣行に従ひ「特ニ實地ニ臨ミテ引渡ヲ爲サズ」單ニ一方ヨリ他ノ一方ノ實力的支配ニ移屬セシムルコトノ合意ヲ爲スニ依リテ引渡ヲ完了スルコトが出来ると謂ふて居る。「不動産ハ所在確定シテ移轉ヲ許サルモノナル」が故に其引渡の形式も動産の場合と全然同一なるを得ない。此判決は此點の現實を語つたもので注意すべき判例である。

□ 例外 次の三の場合には占有權移轉の合意あるを以て足り其以上別に占有物の現實的引渡を必要とせぬ。

1 簡易引渡 *brevi manu traditio* 「讓受人又ハ其代理人ガ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」(一八二)。(條二項)。即ち此場合には一旦物を讓渡人に返還した上更に改めて「引渡」を爲さず

とも、占有権移轉に關する合意あるのみで效力を生ずる〔註九〕。

【註九】大審四四・一二・一六民一録一七輯八一九頁は小作人が小作地の所有権を買受けた場合に「當事者ノ意思表示ノミニ因リテ土地ノ引渡アリタルモノト認」めて居る。

2 占有改定 *constitutium Possessorium* 占有権を讓渡すべき者が「自己ノ占有権ヲ爾後本人（讓受）ノ爲メニ—其代理人として—占有すべき意思ヲ表示シタルトキハ本人ハ之ニ因リテ占有権ヲ取得ス」^{（一八）}。即ち占有物を一旦讓受人に移轉した上更に其返還を受けて代理占有を初むる手續を履ますとも單に以後讓受人の爲めに占有を爲すべき旨の意思を表示し、其外代理占有の要件が備はりさへすれば、占有権は移轉する〔註一〇〕。

【註一〇】占有改定に關する詳細の説明については大審四・九・二九民三録二一輯一五三二頁参照。尙其外占有改定の法理は動産の賣渡抵當に付いて重要な適用を示して居る。

3 指圖に因る占有権の移轉 「代理人ニ依リテ占有ヲ爲ス場合ニ於テ本ハガ—其占有を第三者に讓渡さうと思へば—其代理人ニ對シ爾後第三者ノ爲メニ其物ヲ占

有スベキ旨ヲ命ジ第三者之ヲ承諾シタルトキハ其第三者ハ占有権ヲ取得ス」^{（一八）}。此方法は例へば他人をして占有せしめてる物の所有権を其まま第三者に讓渡す場合に讓受人をして其物の占有をも取得せしむる爲めに爲さるゝを通例とする〔註一一〕。

【註一一】本條の適用の最も主なる場合は、現に倉庫業者、運送人等をして保管せしめてる物品を其まま第三者に讓渡し而かも其讓受人をして直に占有権を取得せしめむと欲する場合である（一七八條）。尤も此等の場合に付ては本條の外商法に幾多の特別規定あることに注意せねばならぬ。

尙本條に所謂第三者の承諾とは「本人が其代理人ニ對シ第三者ノ爲メ占有物ヲ占有スベキ旨ヲ命ジ第三者之ヲ承諾スルコト」を謂ふもので「本人が其代理人ニ對シ占有物ヲ第三者ニ返還スベキ旨ヲ命ジ第三者之ヲ承諾スルコト」を云ふものでないとの判例がある。大審三六・三・五民一録九輯二三四頁。

三 占有権の相續〔註一二〕

【註一二】私の「占有権ノ相續」種積先生祝賀論文集九三三頁以下参照。

イ 死亡相續の場合

占有の繼續には所持あるを以て足り、其以外別に占有意思の繼續を要せず、而し

て又理論上所持なる事實關係の承繼を認め得ること上述の如しとすれば、占有權の相續も亦之を認めねばならぬ。何となれば所持の存否は元來社會的見解を以て之を決すべく、而して相續人は事實上諸般の關係に於て被相續人と同一の地位に立つものなること、吾人の社會的觀念の一般に認むる所だからである〔註一三〕。

【註一三】ローマ法は占有權の相續を認めなかつた。反之中世ゲルマン法は之を認めた(Erlangeweire)。此主義は其後大に相争つて一時前者が勝を占めたことがあるが、現在の佛民法(七二四條) saisine hereditaire、獨民法(八五七條)、瑞西民法(五六〇條)、伊民法(九二五條)等は均しく占有權の相續を認めてる。吾民法には明文がない。併し判例(大審四・一二・二八民二錄二一輯二二九三頁)及び學者間の通説は之を認めて居り、仁井田氏親族法相續法論四三九頁のみが唯一の反對論者である。但し之れを認むるに付いての説明に至つては學者間の所説區々を極めてる。此等の點に付ては註一二に引いた論文九九〇頁以下参照。

尙此點に付いて特に注意を要するは、被相續人の死亡と共に占有を爲すの權利消滅するも占有權其物は依然として相續人に依つて承繼せらるゝを妨げざること、及

び、相續人が相續開始の事實を知りたりや否やは毫も占有權の相續に關係ないことである。

□ 隠居相續の場合

以上の理論は隠居相續の場合には其まゝ之を適用出来ぬ。「被相續人が其相續開始後モ尙ホ依然トシテ占有ヲ繼續スル場合ニ於テモ占有權ハ相續人ニ移轉セザルモノト解セザルベカラズ(中略)故ニ隠居ニ因リ相續開始シタル場合ニ於テ占有權ガ相續人ニ移轉シタリトノ事實ヲ判定セント欲セバ必ず先ヅ被相續人が相續開始後依然トシテ占有ヲ繼續スルモノニアラザル事實ヲ確定スルコトヲ要ス」〔註一四〕。

【註一四】大審四・一二・二八民二錄二一輯二二九三頁以下。

四 占有權承繼の効果

占有權の承繼あるときは、讓渡に因ると相續に因るとを問はず、左記の效果を生ずる。

イ 承継人は前主の有したるまゝの占有権を取得する。従つて

1 前主の占有権に瑕疵あるときは、承継人も亦其瑕疵ある占有を承継するに過ぎぬ。例へば前主が取得時効の成立に必要な条件を備へざる占有を十五年繼續した後之を承継した者が以後其条件を備へて五年間占有しても取得時効は成立せぬ。

2 併し承継人自身に付いて新に占有の性質を變すべき事實發生するときは、占有権は同一性を失はずに爾後其性質を變ずるに至る。従つて前主の占有に瑕疵があつても、承継人に瑕疵なきときは承継以後の占有は瑕疵なきものとなり、前主の瑕疵に依つて何等災せらるることなし。此場合と雖も承継以後の占有と共に前主の占有をも併せて主張せむとすれば前主の占有に付いてまで無瑕疵を主張し得ざるは勿論である。是れ第百八十七條に「占有者ノ承継人ハ其選擇ニ從ヒ自己ノ占有ノミヲ主張シ又ハ自己ノ占有ニ前主ノ占有ヲ併セテ之ヲ主張スルコトヲ得」前主ノ占有ヲ併セテ主張スル場合ニ於テハ其瑕疵モ亦之ヲ承継ス」と規定する所以である【註一五】

【註一六】

【註一五】 從來多數の學者は、承継人に付いて別に新なる占有権取得の要件備はるときは、承継した占有権の外に固有の新占有権を取得するのだと説く（富井氏物權六六七頁、中島氏釋義二卷上一五八頁、大審四・六・二三民三條二一輯一〇〇五頁も此考に従ふ）。併し私は承継した占有権の外更に新な占有権を取得すと説明するの必要を認めぬ。同一の占有権が承継以後性質を變するのだと説明すれば充分である。前主に「所有ノ意思」なき場合に於てすら、其瑕疵は承継人が「新權原ニ因リ更ニ所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ始ムルニ」依つて「其性質ヲ變じ、以後自主占有となる（一八五條）。註一七参照。

【註一六】 前主の占有をも併せて主張するや否やは承継人の隨意である。従つて（一）前主數名ある場合にも、其全部の占有を主張することも出来れば又其中或る特定の者以後の占有のみを主張することも出来る。（二）又一旦前主の占有をも併せて主張したが後改めて自己の占有のみを主張しても差支ない。大審六・一・八民二條二三輯一七二頁以下。

□ 尙相續の場合に付いて特に注意を要するは、相續人は相續開始と共に當然占有権を取得して、直に其利益（例へば占有訴權の續續）並に不利益（例へば占有者としての責）を受け、特に自ら新占有権取得の要件を具備するを要せざることである。併し例へば相續された占有に瑕疵ある場合には、相續人が新に瑕疵なき占有要件を充たさざる限り、

依然として瑕疵ある占有として繼續する【註一七】。

【註一七】 大審四・六・二三民三錄二一輯一〇〇五頁、同六・二・二八民三錄二三輯三三五頁。此等の判決は何れも「一般承繼人ハ一定承繼人と異なつて—更ニ新權原ニ因リ新ニ自己固有ノ占有ヲ始ムルニアラザレバ常に自己ノ承繼シタル前主ノ占有ノ性質及ビ瑕疵ヲ離レテ主張スルコトヲ得ザルモノトス」と謂ふて居る。此判旨は前主の占有の瑕疵中「所有ノ意思ナキコト」に關する限り—一八五條の明文もあることなれば—正に正當と謂はればならぬ。何故なれば相續に因る占有權取得夫れ自身は之を以て「新權原ニ因リ更ニ(中略)占有ヲ始ムル」とは云ひ難いからである。けれども其以外の瑕疵に付いては斯る特別の制限なきのみならず實質上同様の制限を附する必要もないから承繼人に於て實質上無瑕疵占有の要件を備ふる限り占有は當然にその瑕疵性を失ふもので、致て新權原に因つて更に自己固有の占有を初める必要はないと思ふ。

此等の判決は何れも相續人が被相續人に依つて開始された占有を併せ主張して第一六二條に依る取得時効の完成を主張する場合に關し、問題は唯前主が善意無過失なりや否やに付いてのみ起つて居る。然るに本來「所有ノ意思」の問題のみに關する一八五條を此等の點まで及ぼして如上の判決をしてるのは贊成し難い。

第二項 占有權の喪失

一旦取得された占有權は、以下に説明する如き特別の消滅原因發生せざる限り、引續き繼續する。このこと代理占有に付いても亦同じ。

以下本人占有及び代理占有の二場合を分けて、其喪失原因を説明する。

第一 本人占有の喪失原因 一 拋棄

「占有權ハ占有者が占有ノ意思ヲ拋棄」する「ニ因リテ消滅ス」(二〇三條)。(條前段)

上述の如く占有の存續には所持の存續あるを以て足り、占有意思の存續を要せぬ。して見れば占有意思の存續は占有權の存續要件でもない。學者の中には第二百三條に所謂占有意思の拋棄とは從來存續せる占有意思を將來に向つて拋棄するの意だと説く者もあるが、若し果して然りとせば、占有者が積極的に占有意思を拋棄する意

思を表示した場合のみならず、原因の如何を問はず苟も占有意思なきこと明白なる場合には凡て占有権消滅すと云はねばならぬ。然るに法律には單に「占有ノ意思ヲ拋棄シ」た場合にのみ占有権消滅すと規定して居る所から考へると、其所謂「拋棄」とは占有者が今後自ら占有を爲すの意思を有せざる旨を表示すること、換言すれば占有権を拋棄する意思表示を云ふものと解するの外ない。

二 所持の喪失

「占有権ハ占有者ガ(中略)占有物ノ所持ヲ失フニ因リテ消滅ス」(二〇三)條後段。

占有の存続には所持の存続を要する。従つて占有権の存続にも亦所持の存続を必要とし、所持の喪失あれば原因如何を問はずして、占有権の消滅を來すを原則とする。

イ 「但——所持の喪失が他人の侵奪に因る場合に——占有者ガ占有回收ノ訴ヲ提起シタルトキハ此限ニ在ラズ」(二〇三)條但書。即チ「侵奪ノ時ヨリ一年内ニ」(二〇一)條三項占有

回收の訴提起せらるゝときは所持は初めより失はれざりしと同一に取扱はれる。但し敗訴すれば侵奪の初めから占有を喪失したものと取扱はるべきは勿論である。

ロ 次に所持繼續の事實は占有権の繼續を主張する者に於て之を立證すべきであるが、民法は特に「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」(一八六)條二項と定めて居る。

第二 代理占有の喪失原因

「代理人ニ依リテ占有ヲ爲ス場合ニ於テハ占有権ハ左ノ事由ニ因リテ消滅ス」(二〇二)條四。

一 「本人ガ代理人ヲシテ占有ヲ爲サシムル意思ヲ拋棄シタルコト」(一)號。

本人が代理人をして占有を爲さしむる意思を有することは代理占有の成立乃至繼續要件ではない。故に本條に所謂其意思の拋棄とは從來存在した——代理人をして占有を爲さしむる——意思を將來に向つて拋棄することを云ふのでなく、代理人を

して代理占有を爲さしむることを將來に向つて停止する意思、換言すれば本人が代理人の地位を一方的に奪ふ意思を表示するものと解すべきである。

二 「代理人ガ本人ニ對シ爾後自己又ハ第三者ノ爲メニ占有物ヲ所持スベキ意思ヲ表示シタルトキ」(二)。

代理人が本人の爲めに占有を始むるに當つては必ず「本人ノ爲メニスル意思」を有する。併し其意思が其後に存續することが代理占有存續の要件ならざること、本人占有の存續に「自己ノ爲メニスル意思」の存續を要せざると同じである。

併し代理人が積極的に「爾後自己又は第三者ノ爲メニ占有物ヲ所持スベキ意思ヲ表示シタルトキ」は縱令本人に於て代理占有の存續を欲し且代理權存續せりと雖も代理占有の消滅を來す。反之代理人が内心密かに其意思を變更したゞけでは代理占有の消滅を來すものでない〔註一〕。

〔註一〕 二二七頁註一に説明した所参照。

三 「代理人ガ占有物ノ所持ヲ失ヒタルコト」(三)。

以上三種の消滅原因中、一の場合には、本人の意思表示に因つて代理人の地位、即ち代理權が消滅する。所が代理權は其以外各種の原因に因つても消滅する。純理上より云へば此等の場合には凡て代理占有の消滅を來すものと解すべきだが、かくては本人が従來の代理人に代つて自ら占有を初めることの出來ぬ間に代理占有が消滅して仕舞ふやうなことも起るから、民法は上述一の事由に因つて代理權の消滅を來す場合を除く外、「占有權ハ代理權ノ消滅ノミニ因リテ消滅セズ」(二〇四)と定めた。此場合に本人は上記三種の消滅事由が発生せぬ前に自ら所持を始めさへすれば占有權は前後を通じて繼續したものと取扱はるゝ。

第五節 占有權の效力

はしがき

二五〇頁

第一項 權利の推定

二五一頁

第二項 善意占有者の果實收取權

二五四頁

第三項 占有者の物上權取得

二五七頁

第四項 占有權の回復者に對する權利義務

二八〇頁

第五項 占有訴訟

二八五頁

占有權は他人が正當な法律上の原因と手續とで反對を主張するまでは、物が現に自己の所持に在ると云ふ外形的事實のみを理由として、其まゝ假りに所持を繼續し得る權利である。其目的は外形的事實を基礎として一先づ假りの地位を確定し以て公共の秩序と安全とを維持し取引を迅速ならしむるに在る。

此目的を貫徹する必要上、民法は次の如き各種の效力を占有權に與へて居る。

第一項 權利の推定

占有保護の目的は、外形的事實に一應の效力を與へて、取引の安全迅速を期するにある。故に民法は「占有者が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」(一八條)と定めて、占有なる外形的事實に一應の推測的效力を認めて居る。蓋し世の中普通の事例では占有者は正當な本權に基いて占有を爲すを通常とするからである。

一 本條の適用を受くべき權利

本條に依つて、「適法ニ有スルモノト推定」せらるる權利は「占有物ノ上ニ行使スル權利」である。即ち苟も占有を爲すことを正當とする權利なる以上、其物權なると賃借權・使用借權等の債權なるとを問はず、本條の適用を受ける。

二 適用を受くべき物

占有權の效力—權利の推定

本條は諸外國の法律に於けると異なつて(獨一〇〇六條 佛二二七九條)、獨り動産のみならず不動産にも適用せらるる。然るに登記ある不動産に付いては登記の内容に一應の推測力を認めねばならぬ。従つて其推測力と本條に因る推測力とが抵觸することがあり得る。併し登記ある不動産に付いては出來得る限り登記を基礎として一切の法律關係を審査するのが當然である。故に私は登記ある不動産には本條の適用なきものと解するを正當と思ふ(一七一頁參照)【註一】。

【註一】 中島氏物權一六三頁は登記ある不動産にも適用ありとし、二つの推測力は同價値であるを説く。此説に依るゝ二の推測が事實相反する場合には結局何等の法律的推測なきと同一の結果となる。

三 本條の效果

「占有者が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」。故に「占有者が占有物ノ上ニ行使スル權利ヲ否認シ之ヲ争フ者アル場合ニ於テ」、占有者は本條の推定を援用して相手方の主張に答へることが出来る。自己の主張に付いて

舉證の責任を負はぬ。換言すれば、本條の推測力は單に防禦的性質を有するに過ぎないもので、相手方が反對の立證を爲すまでは占有者は「占有物ノ上ニ行使スル權利」を「適法ニ」有するものと推定されるのである。

併し本條の推測力を一層積極的に解して、或は占有者は單に自己が占有を有するこの事實のみを基礎として「占有物ノ上ニ行使スル權利」の登記を申請し【註二】、又或は本條を援用して自己の占有が「正當ナル權原ニ基」くことの證明に代へること【註三】を許すべきでない。此等の積極的主張を貫徹する爲めには本條の推測力のみを以て足れりとせず、自ら別に之を證明せねばならぬ。

【註二】 大審三九・一二・二四民二錄一二輯一七二頁(地上權)。

【註三】 大審六・一一・一三民一錄二三輯一〇五〇頁。

以上の意味に於ける本條の推測力は、獨り占有者本人のみならず、苟も占有者に「占有物ノ上ニ行使スル權利」あることを否認する者を相手方として其權利の存在を

主張する者は凡て之を援用し得る。

第二項 善意占有者の果實收取權

果實收取の權利なき占有者が、濫りに果實を收取すれば、之に對して責任を負はねばならぬ。果實を本權者に返還せねばならぬのは無論である。併し占有者が善意なるに拘らず、此原則を其まゝ適用するのは慘酷に過ぐる。其所で民法は占有者の善意な場合と惡意な場合とを別けて、次の原則を立てた。

一 「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」〔註一〕。尙強暴又は隱秘に因る占有者は常に必ずしも惡意の占有者とは云ひ難い。併し「前項ノ規定ハ強暴又ハ隱秘ニ因ル占有者ニ之ヲ準用ス」(一九)。

〔註一〕 本條に關しては左記の判例に注意するを要す。

一 本條は占有者にして若し果實を消費又は毀損したるに於ては之を賠償すべきことを命じたるに止まり、占有者は果實を收取して消費毀損するの權利あれども其代價だけは別に之を賠償すべき旨を定めたのではない。かゝる權利は絕對にないのである。大審三九・一〇・四刑二條一二輯九九八頁。

二 本條は唯「惡意ノ占有者ハ占有物ノ保存及ビ果實ノ取得ニ付キ注意ヲ爲スベキ義務」ある旨を定めたるに止まり、「單ニ占有者が惡意ナルノ一事ヲ以テ直ニ不法行爲ノ規定ヲ之ニ適用スルコト」を得ぬ。大審四・四・二七民一條二輯五八五頁。

二 「善意ノ占有者ハ占有物ヨリ生ズル果實を取得ス」(一八九)。

イ 茲に「善意ノ占有者」とは、果實を收取する權利なきに拘らず之れありと誤信せる者を謂ひ、果實を收取する權利とは、所有權・永小作權・不動産質權(三五)等の物權、其他賃借權、夫が妻の財産に付て有する用益權(七九)等を謂ふ。反之果實收取權を包含しない本權(例へば動産質權、留置權等)を有すと誤信するも、本條に所謂「善意ノ占有者」と謂ひ得ぬこと無論である。

□ 善意なる以上、縱令過失ありと雖も本條の適用を妨げぬ。

ハ 占有者の善意悪意を決する標準時期は、果實に付き獨立の所有權の成立した時期である。其時期は原則として第八十九條に依つて定まる。従つて(一)天然果實に付ては其元物より分離する時を標準とす(八九條二)。(項參照)併し果實が分離前善意で他人に讓渡されたときは(三〇頁、參照)後に至つて惡意になつても讓渡は效力を失はぬ。(二)法定果實は善意の存續する限り日割を以て之を取得し得る(八九條二)。(項參照)

尙「善意ノ占有者が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」(條二項)。(條二項)本權の有無が訴訟の問題となつた以上は、一旦果實を收取しても訴訟の結果或は返さねばならぬかも知れぬ。従つて占有者をして其保存を計らしむるのが當然だからである。

二 尙本條は果實が獨立の物權の目的となる際に、占有者が善意でありさへすれば、如何なる場合と雖も、返還の義務なきものとしてゐる。併し後に至つて占有者が惡意になつた際に、兼ねて收取した果實の全部又は一部が手元に残つて居るとすれば、それは矢張り眞の收取權者に返すべきである。本條の精神から考へて此制限を附して解釋するのが至當と思ふ。

第三項 占有者の物上權取得

- 第一目 即時取得 二五七頁
- 第二目 占有繼續に因る動產物權の取得 二七五頁

第一目 即時取得

- 第一 總說 二五七頁
- 第二 原則(第一九二條) 二五九頁
 - 一 立法理由 一 二 即時取得の要件 一 三 效果
- 第三 制限 二七〇頁

第一 總說

占有權の效力—即時取得

或る人が或る物を占有して居れば、一般第三者は其占有者が眞の権利者だと考へるのが普通である。従つて占有者が事實其物の處分権を有せざる場合に於ても、他人は處分権ありと誤信し、其處分行爲を基礎として權利關係を築き易い。純理上から云へば、「何人と雖も自己の有するより以上の權利を他人に與へることは出來ぬ」*Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet* 占有者に處分権ありと誤信した者は縱令無過失でも、權利を取得し得ぬのが純理である。不動産の取引にあつては、登記簿に依つて一應目的物の權利關係を知り得るのみならず、其取引も書面を以て爲さるゝ等慎重の手續を履むのが通例であるから——無論吾民法では登記に公信力を認めぬから實際上は尙澤山不都合が起るけれども——以上の純理を其まゝ適用しても差支ない。反之若し動産に此純理を其まゝ適用すれば、「書面ノ記載其他何等ノ手續ヲ要セズ甲者ノ手ヨリ乙者ノ手ニ引渡スノミニ因リ容易ニ且迅速ニ占有ヲ移轉シ得ベキ動産ノ取引」は殆ど不可能となる【註二】。何となれば他人は

動産の占有者が眞の権利者なりや否やを精確且迅速に知る方法を持たぬから。其所で民法は動産取引に付ては斯る善意の相手方を保護して、如上の純理を其まゝ適用せぬことにした。其れが即時取得の法理である。謂はば動産の占有に一種の公信力を認めたのである【註二】。

【註一】 大審三六・二二・一民一録九輯一三五二頁。

【註二】 動産占有に此種の公信力を認むるのは元來ゲルマン法から出た考であるが *Hand wahre Hand* 近世に至り佛民二二七九條が其考を採用してより以來、伊七〇七條、獨九三二條・一二〇七條、瑞九三三條・七一四條二項、八八四條二項等皆此例に倣ふに至つた。英法には一般的の原則はないけれども公の店舖 *market overt* に於ける動産の善意買入 (*Sale of Goods Act, 1893, s. 32*) 仲買人に依る善意買入 (*Factors Act, 1889*) 其他に付き同様の原則を設けて居る。

第二 原則

「平穩且公然ニ動産ノ占有ヲ始メタル者ガ善意ニシテ且過失ナキトキハ即時ニ其動産ノ上ニ行使スル權利ヲ取得ス」(二九)【註三】。

占有權の效力—即時取得

【註三】石坂氏「民法第一九二條論」改訂民法研究上四五三頁以下。

二六〇

一 本條の立法理由

本條の立法理由は以上に説明した通りである。所が本條の言葉だけを見ると、恰も本條に因る權利取得は讓受人の占有に根據するやうに見ゆる。併し沿革から見ても、本條の適用が動産にのみ限られてることから考へても、本條の社會的根據は動産の占有に公信的效力を與へて其取引を安全迅速ならしめむとする點に在る、換言すれば前主の占有に公信力を與へた點に在るものと解せねばならぬ。本條が讓受人の善意を要求せるは前主の占有が公信力を有する當然の結果であり、又無過失及び平穩公然を要するのは公信力の結果が餘り遠くに及ばぬやう之を緩和する目的に外ならぬ。

二 即時取得の要件

本條の適用を生ずる爲めには次の要件を要する。

イ 目的物が動産なること

1 本條の適用を受くるは動産に限る。動産なる以上無論金錢も其中に包含される【註四】。併し船舶は動産ではあるが勿論本條の適用を受けぬ。蓋し船舶に關する各種の處分は登記に依つて公示せらるゝこと不動産と同一だからである（商五四條、五五六條、六八六條等）。

【註四】大審元・一〇・二民二錄一八輯七七二頁。併し金錢の如き流通性及代替性の強いものにあつては更に一步を進めて「特殊ノ事情存セザル限り之が交付ヲ受ケタル者ニ於テ所有權ヲ取得シ一應其者ノ財産トナル」(東京控四・七・二二法律新聞一〇四二號二七頁)ものと認め、特殊の事情なき限り占有は「特に第一九二條の適用を待つことなく同時に所有を伴ふものと解するのが事物の實情に適合するものではあるまいか。英法は此主義をまつて居る。

2 本條は之を不動産に適用すべからざるは勿論、「本來不動産ノ一部ヲ組成スルモノヲ事實上ノ行爲ニ因リ動産ト爲シテ占有シタル場合ニ適用スベキ規定ニ非ズ」【註五】。

【註五】 大審四・五・二〇民二錄二一輯七三〇頁。本件は甲の占有地に生立せる雜草木を九箇年間引續き採
收したと云ふ事實である。尙此問題に付ては法協三九卷一〇號一六七頁に掲げた私の判例評釋参照。

3 本條は債權其他の財産權にも適用ない【註六】。併無記名債權は動産と看做さる
るから(八六條)、勿論本條の適用を受ける【註七】【註八】。

【註六】 第六節準占有の部(三〇九頁)参照。

【註七】 大審元・九・二五民二錄一八輯七九九頁及び同七・四・一三民三錄二四輯六八一頁が議論として此
を述べて居る。

【註八】 此の點に關して次の諸場合が問題になる。

一 記名式所持人拂債權

此債權の法律的性質に付ては色々議論があるけれども(鳩山氏債權總論三一七頁参照)、大審院は「特種
ノ證券的債權ニシテ純然タル無記名債權ニ非ザル」が「故ニ之ヲ動産ト看做スコトヲ得ザルヲ以テ民法第
一九二條ノ規定ハ之ヲ適用シ得ザルモノトス」と云ふて居る。大審院が記名式所持人拂債權を指圖債權
にも無記名債權にもあらざる特種の證券的債權なりとするは、四二・二・二四民二錄一五輯九一
頁に初まり、其後學者間に反對あるに拘らず元・九・二五民二錄一八輯七九九頁、五・二・二一九民二錄二
二輯二四五〇頁、九・四・一二民二錄二六輯五二七頁等に於ても之を維持して居る。

二 記名株式

記名株式は「債權ヲ證明スル具トシテハ價值アルコト勿論ナレドモ其實質ニ至テハ價值ナキ一個ノ紙片
ニシテ動産即チ財産ヲ成スモノニ非ズ(中略)從テ記名株式ノ占有者ハ必ずシモ其株式ニ表記シアル債權
ノ占有者ニ非ズ又假ニ記名株式ヲ動産ト看做スベキモノトスルモ取引ニ因リ記名株式ヲ取得スルニハ
(中略)商法一五〇條ノ手續ヲ要スルモノナレバ旁一九二條及一九四條ノ適用ヲ受クベキモノニアラザル
ヲ知ルベシ」。大審三六・二・二一民一錄九輯一三五一頁。

三 白紙委任狀附記名株式

「白紙委任狀附ノ記名株式ハ(中略)之ヲ動産ト看做スベキモノニアラズ從テ又右株式ニ關シテハ——民
法一九二條及び——一九四條ノ規定ヲ適用スルコトヲ得ルモノニアラズ」。大審五・五・一五民二錄二二輯
九五三頁。

四 有價證券(商二八二條)となれる無記名債權

商法二八二條所定の證券は無記名式なるべきと雖も商法四四一條の準用を受くる。從つて其讓渡買入等
に付ては凡て民法一九二條一九三條等を適用せぬ。即ち此種の證券は其流通性を増大する爲め一般の動
産以上に強い公信力を認められてるのである。大審六・三・二三民一錄二三輯三九二頁。

□ 平穩公然善意無過失に動産の占有を初めたこと

占有權の效力—即時取得

1 善意 或る人が動産を占有してゐる。他人がそれを見て、其人が眞實所有權其他の處分權を有するものと誤信して、其動産を譲受ける。是れが茲に所謂「善意」である。若し讓渡人に處分權なきことを知るに於ては、素より本條の保護を與へる必要ない。

所が此點に付て反對説がある。本條に所謂善意とは、讓受人の權利取得を妨げる一切の故障を知らざることを意味し、從つて獨り讓渡人に權利なきことを知らざる場合のみならず、無能力・代理權欠缺・錯誤・第三者の詐欺・強迫・不法目的等苟も權利の完全なる取得を妨ぐべき事項を知らざるものは凡て善意なりとする説が即ちそれである【註九】。併し此説は本條の文字のみに捉はれて、其沿革と立法主旨とを無視した説である。此説に従へば本條が動産に付てのみ存する理由が解らないのみならず、無能力者保護の爲めに設けた幾多の規定、錯誤強迫に關する規定、無權代理に關する第一百七七條等は殆ど其效用を失ふに至り、到底斯る不當の結果を認めること

が出来ぬ。故に近時有力な學者は多く此説を採らざるに至つた【註一〇】。大審院も亦略同様の考らし【註一一】【註一二】。

【註九】 乾氏法協三一巻九號一八頁以下。

【註一〇】 石坂氏前掲論文、宮井氏物權六八六頁以下、中島氏物權一八五頁・一八八頁、三浦氏物權三二二頁等。

【註一一】 大審七・一一・八民一錄二四輯二一三八頁。此判決は直接は唯「無過失」の意義に付て説明してゐるに過ぎぬけれども、其中に「民法一九二條ノ規定ハ動産ニ付キ權利ヲ有セザル者ヨリ占有ヲ取得シタル者ヲ保護スルノ主旨」云々と云ふて居る。

【註一二】 反之取得時効に關する一六二條二項に所謂「占有ノ始善意ニシテ且過失ナカリシトキ」は單に「占有取得ノ相手方ガ權利者ニアラザル事實ヲ過失ナクシテ知ラザル場合」のみならず「法定代理權ノ欠缺其他必要ナル方式ヲ履踐セザル等權原ニ瑕疵アルガ爲メ權利移轉ノ效力ヲ生セザル場合ニ於テ適當ノ注意ヲ怠リタルニアラズシテ其權利移轉セルモノト誤信シ占有ヲ取得スルトキヲモ指稱ス」と云ふのが通説である。大審二・四・一六民二錄一九輯二四八頁、同二・七・二民二錄一九輯五九八頁、同九・六・二民三錄二六輯八七五頁。即時取得の場合と異なり時効取得に付ては無論かく解しなければ制度の主旨が徹底せぬ。

2 無過失 縦令善意でも過失あるとき、即ち善良なる管理者の注意を加へさへすれば、讓渡人の無権利を知り得たのに、注意を缺いた爲め之を知らざる場合【註一三】には、本條の保護を受け得ぬ【註一四】。

【註一三】 大審七・一一・八民一録二四輯二一三八頁。此判決は、質屋が紺屋から染色加工の材料たるべき木綿類を質に取る際に相當の注意を加へさへすれば、質入主たる紺屋に質入の権利ありや否やを知り得べきである。然るに之を怠つたのは過失だと云ふて居る。

【註一四】 「占有者ハ(中略)善意、平穩且公然ニ占有ヲ爲スモノト推定」される(一八六條一項)。反之無過失に付いては何等の推測規定がないから、即時取得を主張する者に於て之を證明せねばならぬ。二二〇頁參照。

3 平穩公然 占有が善意無過失でも、平穩且公然ならざるときは、之を惡意と同様に看做して本條の保護を與へぬ。

4 善意無過失平穩公然に占有を始むること 占有を始めると同時に権利が取得せらるゝ【註一五】【註一六】。故に本條に因る権利取得は時効ではない。

【註一五】 従つて占有開始の瞬間に以上の善意其他の要件が備はればそれで足りる。大審三二・三・一六刑一録五輯三卷六七頁。

【註一六】 尙「民法施行前ヨリ動産ヲ占有」して居たものは、從來は兎に角民法施行の際「民法第九十二條ノ條件ヲ具備」して居さいすれば、「民法ノ施行ト同時ニ其動産ノ上ニ行使スル權利ヲ取得ス」(民法三九條)。

本條の占有は現實の占有に限るか又は占有改定・簡易引渡等でも差支ないかに付ては争がある。問題は畢竟本條に依る権利取得の根據を讓渡人の占有の公信力に置くか又は讓受人の取得した占有の效力と見るかに依つて定まる。大審院は占有改定の場合には當事者に占有權移轉に關する「意思表示アリタル外ニハ一般ノ外觀上從來ノ占有事實ノ状態ニ何等變更アルコトナケレバ」本條を適用出來ぬと云ふて居る【註一七】。併し上述の如く本條の根據は讓受人が讓渡人の占有に信賴して之を眞の權利者なりと誤信したのを保護するに在る。讓受人が現實の引渡を受けたりや否や、従つて讓受人が占有を取得したことが外部から認め得るや否やは毫も本條の適用に

【註一七】 大審五・五・一六民一録二二輯九六一頁。本件に於て甲の動産を保管する乙が甲の承諾を得て丙をして其使用を爲さしめて居た所、丙が自己の所有物なりと冒稱して之を丁に賣渡した。而かも現實の引渡を爲さずして丙は爾後賃借の形式で引續き其物を占有し、丁には占有改定に依つて占有権を取得せしめた。判決は本條立法の趣旨を説明して、「一般外観上從來ノ占有事實ノ状態ニ變更ヲ生ジ一般取引ヲ害スルノ虞ナクシテ從前ノ權利者ノ追及權ヲ顧ミザルヲ相當トスル場合ニ於テハ固ヨリ現在占有ヲ始メタル者ヲ保護スルノ必要アリ」と謂ひ、而して本件に於ける丙丁間には占有改定に依る占有権の移轉はあつたけれども、「一般外観上從來ノ占有事實ノ状態ニ變更ヲ生ジざるが故に本條を適用し得ぬ」と云ふて居る。併し本文にも説明した通り丙の占有に信頼して善意に權利を讓受けた丁を保護せむとするのが本條の主旨である。丁について「一般外観上」占有の事實成立したりや否やを問ふ必要はない。又丙が引續き「一般外観上」占有の事實を繼續せるが爲め更に別個の第三者を過まるが如きあらば更に其者の利益の爲めに本條を適用すればいゝ。故に縱令此場合本條を適用しても判決の云ふが如く、「一般取引ノ安全ヲ害スルノ虞」はあり得ない。かゝる理由で本條の適用を排除せむとするは、次註に掲ぐる諸學者と同じく全く本條の立法主旨を誤つたものと云はねばならぬ。

【註一八】 判例と同旨の學說石坂氏法學志林一五卷三號五七頁以下、中島氏物權一八四頁（氏は簡易引渡

ならば差支ないとい説いて居る。本文と同旨の學說富井氏物權六九四頁、三浦氏三二四頁。

5 以上の諸要件が凡て完備せる場合に、無權利の瑕疵ある外、同時に無能力・錯誤・第三者の詐欺・強迫・代理權欠缺等の瑕疵があつて、之れが爲の讓渡行爲が無効なるか又は取消されたときは、讓受人本條の保護を主張するを得ず。何となれば此等の瑕疵ある場合には、縱令讓渡人に權利があつてさへ權利を取得出來ぬからである

【註一九】 同說石坂氏前掲論文改竄民法研究上四六三頁以下。

三 本條適用の効果

上述の諸要件が備はると、讓受人は讓渡人の無權利に拘はらず、讓渡行爲の目的となつた權利を取得する。

イ 本條に依つて取得せらるゝ權利

本條には廣く「動産ノ上ニ行使スル權利」と云ふて居る。併し留置權及び先取特權

占有権の效力—即時取得

は當事者の行爲を俟たず法律の規定に因つて直接發生する權利なれば勿論本條の適用なく、債權(賃借權を含む)は債務者(讓渡人)の無權利に因つて其效力を妨げらるゝものではないから、是れ亦本條の適用を受けぬ。従つて結局本條の適用を受けるのは、動産所有權及び動産質權に限ることとなる。而して個々の場合に付き其何れが取得せらるるかは、當該の場合の權利取得行爲の内容如何に依つて定まる。

□ 本條に依る權利取得の法律上の性質

1 動産取引を圓滑ならしむる爲め、動産占有に公信的效力を認めた結果として生ずる特別の法定取得である。取得時効の一種にあらざること勿論である。

2 法律の規定に基く原始取得にして承繼取得にあらず。従つて讓渡人との關係上從來第三者が當該動産の上に有した權利は凡て消滅する。

第三 制限

以上第一九二條の原則に對しては次の制限がある。

「前條ノ場合ニ於テ占有物が盜品又ハ遺失物ナルトキハ被害者又ハ遺失主ハ盜難又ハ遺失ノ時ヨリ二年間占有者ニ對シテ其物ノ回復ヲ請求スルコトヲ得」(一九條)。蓋し此等の物品は權利者の意思に反し又は少くとも其意思に基かずして、其所持を離れたものなれば、第三者に對する關係に於ても尙之を保護する必要があるからである。

一 本條の適用を生ずる爲めには、目的物が盜品又は遺失物なることを要する。

イ 盜品とは竊盜強盜に依つて所持を奪はれた物を云ふ。反之詐欺・委託物費消等の目的物は盜品の中に入らぬ【註二〇】。

【註二〇】 大審三七・五・一〇刑二錄一〇輯九四八頁、大審三八・三・一八刑一錄一一輯三三一頁、同四一・一〇・八刑二錄一四輯八二七頁。

但し盜品が、(一)商法第二八二條の適用を受くべき無記名證券なるときは、第一九二條の適用を受けぬ。従つて第一九三條も亦適用されぬ【註二一】。(二)金銭なる場合

に於ても其流通性の大なること及び第一九四條との對比から考へて第一九三條の適用なしとするのが穩當である。併し大審院は古い判決で反對に解釋して居る【註二二】。

【註二二】 上記註八に引いた大審六・三・二三民一錄二三輯三九二頁。

【註二三】 大審三五・一〇・一四刑錄八輯九卷五八頁。松本氏論文集二卷五八〇頁以下は此判決に反對して居る。尙二六一頁註四參照。

□ 遺失物とは偶然の出來事に因り占有者自身の意思に基かずして所持を離れた物を謂ふ。遺失物拾得者が未だ其所有権を取得(二四〇條及び遺失物法)せざるに先つて、之を他人に讓渡した場合に第一九三條が適用されるのである。

二 本條に依る回復請求權は法律が特に盜難被害者又は遺失主を保護する爲めに認められた特別の權利である。學者に依つては、此等の物品は二年間依然として尙被害者又は遺失主に屬するものなれば、之が返還請求權は所有権に基く物權的請求權に外ならぬと、説いて居る【註二三】。併し私が第一九二條及び第一九三條の二箇條を通讀

した感じから云ふと所有権取得の問題は前條之を決し、次條は特に其既に取得された物の返還を請求することを許した規定だと解するを正當と信ずる【註二四】。

【註二三】 宮井氏物權七〇七頁以下。

【註二四】 横田氏物權二三三頁は盜品遺失物と雖も第一九二條に依つて一旦占有取得者に歸屬し、然る後第一九三條に依つて「回復ヲ請求」されるとき占有の始に遡つて所有権を失ふと説いて居る。併し私は其回復に斯る遡及的效力を認むる根據を發見出來ぬ。私は寧ろ將來に向つて回復されるに過ぎぬものと解するるのが穩當だと思ふ。

三 回復は無償に之を請求し得るを原則とする。併し「占有者が盜品又ハ遺失物ヲ競賣若クハ公ノ市場ニ於テ又ハ其物ト同種ノ物ヲ販賣スル商人ヨリ善意ニテ買受ケタルトキハ」占有者が其物の不正品なることを知らないのも至極尤もだが「被害者又ハ遺失主ハ占有者が拂ヒタル代價ヲ辨償スルニ非ザレバ其物ヲ回復スルコトヲ得ズ」(一九四條)。

四 回復請求權者は「被害者又ハ遺失主」である。必ずしも所有者なることを要せぬ

賃借人でも差支ない。但し質権者は第三百五十三條の適用を受ける結果本條に依つて返還を請求出來ぬ【註二五】。

【註二五】大審四〇・二・四利二錄一三輯八六頁。但し此判決は三五三條を類推して「他人ノ物ノ受寄者」にまで及ぼして居る。

五 尙第一九三條に依る回復請求を確保する爲め及び盜品遺失物に付き第一九二條を適用すべき事實の發生することを豫防する爲め、古物商に付ては「古物商ノ買受ケ又ハ交換シタル物品ニシテ遺失物又ハ贓物ニ係ルトキハ營業者ヨリシタルト否トヲ問ハズ警察官ニ於テ之ヲ徵收シ被害者ニ還付スルコトヲ得若被害者知レザルトキハ徵收シタル日ヨリ二箇年ノ後被徵收者ニ還付ス可シ」(古物商取締)なる規定あり、又質屋に付ても同様の規定がある(質屋取締)。(法一六條)。此等の規定は第一九二條の適用を妨ぐるものではない。若しも被徵收者たる古物商や質屋に付て第一九二條を適用すべき事情存するならば、盜品は徵收に拘らず依然として古物商等に屬す。其之を失ふは事

實被害者に還付された時である。尙此場合に代價辨償を受くべきや否やは第一九三條及び第一九四條に依つて定まる。

第二目 占有繼續に因る動產物權の取得

一 總說

以上第一目に説明した所は、占有の公信的效力に基く動產讓受人の保護方法に關する。

此場合と異なつて、一定の動產が一定の期間所有者の手を離れて他人の占有に在るときは、之に因り占有者をして權利を取得せしむる場合がある。第一目の場合に於ける權利取得の法律的基础は前主の占有——従つて一般第三者の之に對する信頼——にある。他人が其占有者を見て眞實の權利者なりと誤信するのは尤もだと云ふ所に、讓受人保護の理論的根據がある。反之以下に説明する權利取得に在つては「前

主の占有に對する信頼」と云ふ分子は少しも權利取得の根據となつて居らぬ。此點に於て兩者は全く別物である。

而して其場合は更に別れて二となる。

二 動產物權の取得時効(二六二條一項 二六三條)

取得時効の法律的根據は次の事實に存する。占有を離れた動產物權は段々其證據が薄くなる。證據が薄くなれば權利の效力も段々薄くなる。終には第三者が之を見て占有者に屬するものと考へ易いのは勿論、當事者相互間に於ても其權利を主張せしむることが不穩當となる。それが取得時効を認むる理由である。此場合の詳しいことは總則の説明に譲る。

三 逃失した家畜外の動物の取得

飼養されてる動物が逃失した。法律的に云へば尙一種の遺失物である(二七二頁參照)。それを捕へた人が、誰か他人の飼養してゐるものだと思へば、拾得物として警察署に届

出づるに違ひない。所が動物の種類其他各場合の事情に依つて拾得者は之を野生其他無主のものとして考へ易い。飼養主の方でも逃失後直に搜索するに違ひない。而かも相當の月日搜索しても發見出來なければ大體駄目なものと諦める。其事情を基礎として民法は次の規定を設けた。

「他人が飼養セシ家畜外ノ動物ヲ占有スル者ハ其占有ノ始善意ニシテ且逃失ノ時ヨリ一个月内ニ飼養主ヨリ回復ノ請求ヲ受ケザルトキハ其動物ノ上ニ行使スル權利ヲ取得ス(一九五條)。

イ 此場合に於ける權利取得の基礎は、以上の事情に基く。同じく一種の善意保護であるが、第九十二條の場合には前主の占有に對する信頼を保護するものなるに反し、此場合には目的物の性質上無主なりと信せられ易いと云ふ事情を基礎とする。兩者は全く別物である。又本條の場合にも一定の期間占有することを權利取得の要件とするけれども、其之を要求する理由は時効の場合に於けると同一でない。

□ 本條の適用を生ずる爲めには

- 1 占有の目的物が「他人ガ飼養セシ家畜外ノ動物」(熊、猪、鹿、雉等)なることを要する。
- 2 動物を占有したることを要する。占有するに至つた原因に付ては法文上何等の制限がない。併し本條の適用を受けるのは直接動物を捕獲した人及び其包括承継人に限る。何となれば先づ誰かが捕獲したのを譲受けた人に付ては寧ろ第九十二條乃至第九十四條を適用するを相当とするからである【註一】。

【註一】 從來一般の學者は本條を以て第一九二條の特例なりと考へて居るらしい。併し以上本文のやうに説明しなければ本條の意義は頗る不徹底に陥る。

- 3 占有の始善意なることを要する。無主だと誤信したことを謂ふ。其善意が過失に基くや否や及び其占有が平穩且公然なりや否やは本條の適用に付き問題とならぬ。

- 4 逃失の時より一个月内に飼養主より回復の請求を受けざることを要する。一

定期間の占有を要求する點に於て時効に似てゐるけれども其考は全く異なる【註二】。

【註二】 逃失後相當期間經過しても見付からなければ飼養主も大體駄目なものとするのが普通である。其期間を一箇月に限定して回復請求權を打切つたのが本條の考である。併し一箇月立てば必ず拋棄の意思あるものを見る譯ではないから、例へば逃失の時より一箇月を経過しても未だ何人の占有にも歸せざるときは以後直に無主物となる譯ではない。其無主となるや否やは飼養主が拋棄の意思を表示したものと認め得るや否やに依つて定まる。故に逃失一箇月後に至つて初めて何人かに捕獲された場合に若し既に無主となつて居れば先占(二三九條)の適用あり、反之尙依然として飼養主の所有に屬して居れば一九五條に依るにあらざれば取得出來ぬ。従つて占有者が善意にあらざれば逃失一箇月後と雖も回復請求が出来る。

ハ 本條に依る權利取得は上述した善意占有と期間經過との二要件が備はるに因つて始めて發生する。第九十二條及び第九十三條の場合の如く善意占有のみに因つて直に取得され、只二年間は其回復を請求出来るのとは全く別である。

第四項 占有物の回復者に對する權利義務

第一 總説

二八〇頁

第二 占有者の返還義務

二八〇頁

第三 占有者の費用償還請求權

二八二頁

第一 總説

本權なくして物を占有してゐる者は、結局之を本權者に返還せねばならぬ。其返還を爲すに際し、占有者は如何なる状態にて其物を返還すべきか、又占有者が占有中に其物に付き支出した費用は本權者に對して償還を請求し得べきか。民法は此等の諸點に關し特に第九十一條及び第九十六條の二個條を設けた。

第二 占有者の返還義務

一 他人の所有物を占有する權利ある占有者が之を返還するに當つては如何なる状

態で返還することを要するか。此問題は、其占有する權利の發生原因に關する法規(地上權、質貸借等に關する法規)に依つて定まる。

二 反之本權なくして他人の物を占有してゐる者が、如何なる状態で占有物を返還すべきか、従つて物を滅失毀損せしめたときは之を賠償することを要すべきか。此等の問題は次の原則に依つて定まる【註一】。

イ 占有者が惡意なるとき

「占有物が占有者ノ責ニ歸スベ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フ」(一九一條前段)。

惡意の占有者は結局占有物を返還すべき義務あることを知れるものなれば、善良なる管理者の注意を以て物を保管せねばならぬ(四〇條)。それを怠れば本條の賠償責任を負ふに至るのである。

ロ 占有者が善意なるとき

占有物の回復者に對する權利義務—占有者の返還義務

〔前略〕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爲ス義務ヲ負フ但所有ノ意思ナキ占有者——即ち他人の所有物なることを認めつつ自己は賃借權・地上權等の權原に因つて占有するのだと考へてゐる者——ハ其善意ナルトキト雖モ全部ノ賠償ヲ爲スコトヲ要ス（一九二）條後段。

〔註一〕此第一九一條及び先に説明した第一九〇條（二五四頁以下）は何れも本權なくして他人の物を占有せる者が本權者に對して負擔すべき賠償義務を規定して居る。従つて其範圍に於ては不法行為の一般原則たる第七〇九條は其適用を排除されるけれども、其他ノ場合ニ付キ民法第七〇九條ノ一般規定ヲ適用シテ占有者ノ賠償責任ヲ定ムルハ毫モ妨ゲない。此理由に依リ「家屋ノ賃借人が賃借終了シ賃借物占據ノ權利ナキニ拘ラズ之ヲ賃借人ニ返還セズ不法ニ占有ヲ繼續シテ賃借人ニ損害ヲ被ラシメタルトキ」は賃借物返還義務の不履行として責任を負ふの外不法行為者として責任を負はねばならぬとの判例がある。大審七・五・一八民聯錄二四輯九七六頁。

第三 占有者の費用償還請求權

占有者が占有物に付て費用を出したときは、其物の回復者に對して償還を請求し得べきか。占有が賃貸借・事務管理等特別の理由で爲された場合には、其之に關す

る法規に依つて問題が定まる。反之斯る特別の事由なき場合を如何に取扱ふべきかは次の原則に依つて定まる。

費用償還請求權の範圍は費用の種類に依つて異なる。

一 必要費

「占有者が占有物ヲ返還スル場合ニ於テハ其物ノ保存ノ爲メニ費シタル金額其他ノ必要費ヲ回復者ヨリ償還セシムルコトヲ得」（一九六）條一項。

イ 此點に付ては勿論占有者の善意惡意を問ふべきでない。

ロ 必要費は之を通常費及び臨時費に分けることが出来る。此中通常費のみは「占有者が果實ヲ取得シタル場合ニ於テハ」之が償還を請求出來ぬ（一九六條）。茲に「果實ヲ取得シタル」とは實際に取得したるを云ふ。併し惡意の占有者に付ては「過失ニ因リテ毀損シ又ハ收取ヲ怠リタル果實」も亦實際に取得したと同一に取扱はれる

（一九〇）條參照。

二 有益費

二八四

「占有者が占有物ノ改良ノ爲メニ費シタル金額其他ノ有益費ニ付テハ其價格ノ増加ガ現存スル場合ニ限り回復者ノ選擇ニ從ヒ〔註二〕其費シタル金額又ハ増價額ヲ償還セシムルコトヲ得」(一九六條二項)。此場合にも占有者の善意悪意は請求權の範圍に關係がないけれども、「惡意ノ占有者ニ對シテハ裁判所ハ回復者ノ請求ニ因リ之ニ相當ノ期限ヲ許與スルコトヲ得」(右但書)。從つて此場合には費用償還を確保する爲め占有物を留置し得ざる結果となる(二九五條一項但書參照)。

〔註二〕回復者此選擇權を行使せざる場合に相手方は第四〇八條に依りて選擇權を自己に移轉せしむることを得るか。大審三五・二・二二民一錄八輯二卷九三頁は消極に解して居る。けれども私は本條の場合も尙一の選擇債務として第四〇八條の適用を受くべきものだと思ふ。

三 以上必要費有益費以外の費用は、如何なる場合と雖も之が償還を請求し得ぬ。

第五項 占有訴權

第一 總說	二八五頁
第二 占有訴權の性質	二八七頁
第三 占有訴權の主體	二八八頁
第四 占有訴權の相手方	二八九頁
第五 占有の訴と本權の訴との關係	二九二頁
第六 占有權の種類	二九三頁

第一 總說

一 占有權は占有なる外形的事實に基いて假りの地位を定むる制度である。從つて正當な權利と手續とに依つて返還を請求された場合は兎に角、苟も私力に依つて占有を侵害された以上、占有權を理由として妨害の除去を請求し得る。占有訴權は即是れである。

二 侵害者が占有訴權に對して任意に服従すれば兎に角、若し之に應せざるときは裁判所の手を借りて之を貫徹するの外ない。此點に付て、獨逸民法は斯る占有訴權の外、一定の範圍に於て自力救済 *Selbsthilfe* 即ち占有者自力を以て——裁判所の手を借りずに——侵害を排除することを認めて居る(獨八五)。(九條)。占有保護の社會的理由から云ふと、或程度に於て私力救済を認める方がいい。

尤も吾國に於ても刑法第二三八條が「竊盜財物ヲ得テ其返還ヲ拒ギ又ハ逮捕ヲ免レ若クハ罪跡ヲ湮滅スル爲メ暴行又ハ脅迫ヲ爲シタルトキハ強盜ヲ以テ論ズ」と定めてる所から考へると、盜品の取還に付てのみは吾國に於ても自力救済を許されてるものと解せねばならぬ。而して其自力救済權の範圍に付ては何等の明文がないけれども、結局公序良俗に反せざる程度に止まるべきものと云ふの外ない【註一】。

【註一】 此點は刑法學者間の通説と云ひ得る。牧野氏一九七頁以下、同氏法學志林二二卷一號一一九頁以下、泉二氏刑法上二六版三三七頁、草野氏法學志林二三卷二號三九頁以下等。

三 又獨逸民法(八六一條)によれば、被侵害者の占有自身が其侵害前一年以内に侵害者又は其前主の占有を侵奪して取得されたものなるときは、占有訴權を主張し得ぬ。類似的の制限は佛國法にもある(佛民訴^{二二三條})。反之吾民法には斯る制限がないから、例へば現に盜賊の占有せる盜品を被害者が正式の手續に依らずして奪ひ返せば、盜賊と雖も一應占有訴權を主張し得る。此點に於て吾民法は諸外國の法律に於けるより占有を厚く保護して居る【註二】。

【註二】 此點に付いては占有訴權發生するが爲めには侵害された占有が正權原に基くことを要せぬと説いてる大審四・九・二〇民二錄二一輯一四八五頁参照。

第二 占有訴權の性質

一 占有訴權は他人が私力に依つて所持を侵害した結果占有權本來の内容と現在の狀態とに差異を生じた爲め、現に其差異を生せしめつつある者に對して、其原因たる事實を除去すべきことを請求する權利である。故に一種の物權的請求權である。

民法には舊來の用語例に従つて占有訴權 *action possessoire* と云ふ文字を使つて居るけれども、實は私法上の請求權に過ぎぬ。

二 尙民法は斯る物權的請求權の外、占有權侵害に因る不法行爲上の賠償請求權をも占有訴權の一種と爲し、之に關する簡易の手續に従はしめて居る(一九八條以下參照)こと後に述ぶるが如し。

第三 占有訴權の主體

占有訴權の主體は「占有者」でなければならぬ(七九條)。併し必ずしも自主占有者なるを要せぬ。他主占有者は勿論、占有代理人即ち「他人ノ爲メニ占有ヲ爲ス者」(七九條但書)「註二」と雖も占有訴權を有する。

【註二】 例へば賃借人は占有を妨害する第三者に對して占有訴權を行使し得る。大審三八・四・一四民二錄 一一輯五九五頁。

反之單純なる占有補助者は單に他人の道具として物を所持するに過ぎぬ。此場合

には占有の要素たる所持も本人自身にあるものと見るべきだから、占有補助者は「他人ノ爲メニ占有ヲ爲ス者」でもない。従つて占有訴權は占有者に在つて占有補助者にはない。

尙占有訴權は其他の物權的請求權と同じく讓渡性及び相續性を有する。

第四 占有訴權の相手方

一 占有訴權の相手方は占有權の侵害者である。侵害者が「占有物ニ付キ所有權其他本權ヲ有スル」場合と雖も、正當なる手續に依る其權利の行使に依つて占有物を取戻すのならば格別、「之ニ依ラズシテ占有者ノ意思ニ反シ占有ヲ自己ニ移スハ不法ニシテ占有ヲ侵害シタル者タルコトヲ免カレ」ない。従つて侵害者が「占有物ニ付キ所有權其他ノ本權ヲ有スルコト」夫れ自身は未だ以て之に對する占有訴權の存在を否定する理由とするに足らぬ【註三】。

【註三】 大審八・四・八民一錄二五輯六五七頁。之れ占有權の特質から出る當然の結果で、第二〇二條一項

が「占有ノ訴ハ本權ノ訴ト互ニ相妨アルコトナシ」と云つてゐるのと同照すべき點である。

二 占有訴權の相手方は占有權の侵害者である。併し最初に占有權の侵害を初めた者と現在侵害を爲しつつある者とは常に必ずしも同一と謂へぬ。此場合に其何れを請求の相手方とすべきかは次の如く區別して解すべきものと思ふ。

一概に占有訴權と云ふても、其中には占有權に基く物權的請求權と占有權侵害に因る賠償請求權とが包含されて居る。

一 イ 物權的請求權の相手方は現に妨害行爲を爲しつつある者であつて、嘗て妨害を爲したるも現在既に之を止めた者を包含せざること、物權的請求權一般に付いて上述したる所(六〇頁)の如し。

併し普通の物權的請求權の場合と異なつて「占有回收ノ訴ハ侵害者ノ特定承繼人ニ對シテ之ヲ提起スルコトヲ得ズ但承繼人が侵害ノ事實ヲ知リタルトキハ此限ニ在ラズ」(二〇〇條二項)。占有權は外形的事實を基礎とする假の權利に過ぎぬから、占有侵害者

から善意で侵奪物を讓受けた人——「特定承繼人」——にまで其效力を及ぼさしめぬがいい。是れ右制限の存在する所以である(註三)(註四)。此制限が占有保持及び占有保全の訴に付て存在せざること、事物の性質上當然である。

【註三】 物權的請求權一般に付て説明した所(六〇頁註一〇)参照。

【註四】 一定の人が直接の侵害者なりや又は其「特定承繼人」なりやの問題に關し、大審八・五・一七民三錄二五輯七八〇頁は苟も現在自己が——本來他人の占有權に屬する物を——所持せる以上、中間に何人があつてそれから「適法ニ占有ノ移轉ヲ受ケタルコトヲ立證セザル限り」自ら直接に占有を侵害したものと認むべきだと云ふて居る。

□ 損害賠償請求權の相手方は侵害に因つて損害を生せしめた者及其包括承繼人である。尙賠償請求權發生するが爲めには加害者に故意過失あるを要すること後に述ぶるが如くなるを以て、例へば或る人が故意又は過失で他人の占有地に工作物を作つて妨害を爲した場合に、若し其工作物の讓受人に故意過失がなければ、現に損害を加へつつあるに拘らず賠償義務を負はぬ。

第五 占有の訴と本権の訴との關係

占有訴權は、占有なる外形的事實を基礎として假りの法律關係を一應確定することを目的とする。故に之を裁判上に行使するに當つても、左記の特色を有する。

一 占有の訴は迅速の解決を貴ぶ。故に訴訟物の價格に關係なく常に區裁判所の管轄に屬する(裁講一)。(四條)

二 占有の訴と本権の訴とは全然其理由を異にするものなれば、互に獨立して取扱はるべきもので両者は全然無關係である。即ち

イ 本権と占有權とを有する者は本権の訴と占有の訴とを同時に提起し得る。從つて判決も亦二個別々に爲さるゝ。又其一方を提起して敗訴するも更に他の一方を提起することを妨げぬ。換言すれば「占有ノ訴ハ本權ノ訴ト互ニ相妨グルコトナシ」(二〇二)。(條一項)。

ロ 「占有ノ訴ハ本權ニ關スル理由ニ基キテ之ヲ裁判スルコトヲ得ズ」(二〇二)。(條二項)。從

つて占有權に依つて訴へられた被告は、自己に本權あることを以て占有の訴に對する抗辯とするを得ぬ。自己の本權を主張せむとせば自ら別に本權を理由とする訴又は反訴を起すことを要する。而かもそれが爲め占有の訴其ものには何等の影響を及ぼさぬ。

又之と反對に、本権の訴ありたる場合に、占有權に基く占有回收の訴なりとして取扱ふが如きも亦同様に明に違法である(註五)。

【註五】 大審四・五・五民三録二二輯六五八頁。

ハ 斯くの如く、本権の訴と占有の訴とは全然無關係であるが、二者は其管轄を同じうする限り、併合することを妨げぬ。併し併合しても二者の獨立無關係は少しも害されない。

第六 占有訴權の種類

占有訴權は、侵害事實の種類如何に依つて、占有保持・占有保全及び占有回收の

三種となる。併し此等の中其一を提起した後之を他の種類に變へても、民事訴訟法(一九)ニ所謂「訴ノ原因ノ變更」にならぬ。何となれば此等の訴の原因は單に程度及び範圍に付て差等あるに過ぎず、從つて其變更は單に「訴ノ申立ヲ擴張シ又ハ減縮スル」(六條二號)ものたるに過ぎぬからである。

一 占有保持の訴

「占有者が其占有ヲ妨害セラレタルトキハ占有保持ノ訴ニ依リ其妨害ノ停止及ビ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得」(一九)。

イ 發生原因

占有保持の訴の發生原因は占有の妨害である。妨害とは所持を侵奪する程度に至らずして其圓滿を阻害するを云ふ。即ち占有者の所持は妨害されたが之が爲め妨害者自身は未だ所持を取得せぬ場合である。

1 單純なる言葉に依る妨害、例へば占有を奪はむが爲めにする脅迫の如きは、

本條に所謂占有の妨害とならぬ。尤もそれが爲め「妨害セララル虞」ありと認むべきときは、後に述ぶる占有保全の訴發生すべきこと勿論である。

2 妨害に付き故意過失を要するや否や。此問題に對する答は次の二場合に依つて異なる。

a 單に「妨害ノ停止」を請求するに過ぎぬ場合には、普通の物權的請求權に於けると同じく(五九頁以下)勿論故意過失を要せぬ。

b 「妨害ノ停止」と同時に又は全然之と獨立に「損害ノ賠償」を請求する場合には、故意又は過失を要する(七〇)。學者に依つては第九十八條の文字のみを根據として此場合の賠償請求には故意過失を要せぬと説くものもあるが(註六)、不法行爲の成立に付き故意過失を要するや否やの問題が占有權に限て異別に解されねばならぬ理由は少しもない。故に賠償請求權の發生要件に付ては占有訴權の部に特別の規定がないから一般規定たる不法行爲の規定(七〇九)を適用し、其他の點に付ては凡て占

有訴権の規定を適用すべく、例へば占有妨害を理由として「損害ノ賠償」のみを請求する場合でも「妨害ノ止ミタル後一年内ニ」限つて請求し得るに過ぎぬ(二〇一)と解する(註七)。

【註六】 例へば松本氏法學志林一五卷八號八一頁以下。

【註七】 此點の詳細は別著債權各論一〇二〇頁以下参照。

□ 請求の内容

占有保持の訴は「妨害ノ停止及ビ損害ノ賠償」を目的とする。茲に「妨害ノ停止」とは「妨害者ノ費用ヲ以テ妨害ヲ排除シ以テ原狀ニ回復セシムルコト」を云ひ「損害ノ賠償」とは「原狀ニ回復セラルル迄ノ間占有ニ支障ヲ來シタルニ因リ生ズル損害賠償」を云ふ(註八)。

【註八】 大審五・七・二二民二錄二二輯一五八五頁。

- 1 妨害が今尙存続し且損害あるときは妨害停止と損害賠償とを請求し得る。
- 2 妨害尙存続すれども、賠償の原因とするに足るべき損害なきときは、妨害停

止を請求し得るのみで、賠償を請求し得ぬ。

- 3 之と反對に妨害は一時的にして既に過ぎ去つたが、損害ある場合には、賠償請求のみを爲し得る。此場合も亦占有訴権の一種なること上述の如し。

ハ 請求権の存続期間

「占有保持ノ訴ハ妨害ノ存スル間又ハ其止ミタル後一年内ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス但工事ニ因リ占有物ニ損害ヲ生ジタル場合ニ於テ其工事着手ノ時ヨリ一年ヲ經過シ又ハ其工事ノ竣成シタルトキハ之ヲ提起スルコトヲ得ズ」(二〇一)。

- 1 此規定が「妨害ノ停止」を請求する場合に適用せらるべきは勿論である。反之
- 2 「損害ノ賠償」を請求するに付ても本規定を適用すべきや否やに付ては、多少疑問の餘地がある。學者に依つては、本條の期間經過後と雖も別に不法行爲の規定(七二)に依つて賠償を請求し得との説を爲す者もあるが、吾民法は占有權に基く物權的請求權と賠償請求權とを一括して占有訴權と爲し、一方に於て其手續を簡略に

すると同時に、他方に於て其存続期間をも短縮し、假りの権利たる占有権の效力を一切の關係に於て餘り長く存続せしめない主旨だと解するのが正當だと思ふ【註九】。

【註九】別著債權各論一〇二二頁参照。

二 占有保全の訴

「占有者ガ其占有ヲ妨害セラルル虞アルトキハ占有保全ノ訴ニ依リ其妨害ノ豫防又ハ損害賠償ノ擔保ヲ請求スルコトヲ得」(一九九條)。

イ 發生原因

占有保全の訴は「妨害セラルル虞」あるに因つて發生する。妨害の虞ありと云ふが爲めには單に占有者が主觀的に其虞ありと考へただけでは足りぬ。普通人が常識的に考へて、若しも此まゝに放置すれば必ずや妨害を生ずるに至るべしと認めらるることを要する【註一〇】。

【註一〇】一般の妨害豫防請求權に付て述べた所五六頁以下参照。

尙其發生の虞ある妨害が故意過失に基くことは、妨害豫防の請求に付ては勿論、擔保の請求に付ても必要でない。

ロ 請求權の内容

占有者は「妨害ノ豫防又ハ損害賠償ノ擔保」を選擇的に請求出来る。即ち債權者に選擇權ある選擇債務の一種である(四〇六條以下参照)。

右の中妨害豫防の請求は「債務者ノ費用ヲ以テ(中)將來ノ爲メ適當ノ處分ヲ爲スルコトヲ請求スルコト」(四一四條三項)を目的とし、其手續は民事訴訟法第七三三條に依る。尙訴に依つて妨害豫防又は擔保を請求してゐる間に、事實妨害が實現したときは、訴を變更せずして其まゝ妨害除去又は損害賠償を請求し得るに至ること上述の如し。

ハ 請求權の存続期間

「占有保全ノ訴ハ妨害ノ危險ノ存スル間ハ之ヲ提起スルコトヲ得但工事ニ因リ占

有物ニ損害ヲ生ズル虞アルトキハ前項但書ノ規定ヲ準用ス^(二〇一)。

三 占有回收の訴

「占有者ガ其占有ヲ奪ハレタルトキハ占有回收ノ訴ニ依リ其物ノ返還及ビ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得^(二〇〇)」^(條一項)。

イ 發生原因

占有回收の訴發生するが爲めには、「占有ヲ奪ハレタルコト」即ち占有者の意思に反して所持が失はれたことを要する。併し其の外苟も占有者が所持を失つた以上原因の如何を問はずして物の返還を請求し得べきこと一般の物權的請求權に於けると同じだと云はねばならぬ。

但し損害賠償を請求するに付ては占有が侵奪せられ且侵奪者に故意過失あることを要するや勿論である^(註一一)。

【註一一】 尙本條に依りて「損害賠償ヲ求ムルニハ被害者ガ現ニ占有セル物ヲ侵奪セラレタル事實アルヲ

以テ足り必ズシモ其占有ガ正權原ニ基クモノナルコトヲ必要トセズ」。大審四・九・二〇民二錄二一輯一四八五頁。

ロ 請求權の内容

占有者は占有回收の訴に依つて占有物の返還^(註一二)及び損害賠償^(註一三)を請求出來^(註一四)。

【註一二】 侵奪された物が換價處分に因つて金員になつて仕舞つた場合にも、被侵奪者は第二〇〇條二項(二九〇頁以下)に依り現に其物を占有せる者に向つて返還を請求し得る。それが不能な場合には最早侵奪者自らに向つて賠償を請求するの外救済方法がない。然るに大審四三・一二・二〇民一錄一六輯九六七頁は更に一步を進めて此場合に於ても侵奪者自らに向つて元來の侵奪物に代はるべき金員を引渡さしむる爲め占有回收の訴が出来るのだと謂ふて居る。普通の物權的請求權の法理に物上代位の法理(三〇四條參照)を加味した議論である。

【註一三】 賠償の範圍に付ては「占有ヲ侵奪セラレタル者ハ侵奪セラレザリセバ繼續シテ占有物ヲ利用シ得ベキモノナルコトヲ通例トスルガ故ニ其侵奪者ハ之ヲ返還スルマデノ繼續的ノ損害ヲ賠償スベキモノトス」(大審四・九・二〇民二錄二一輯一四八五頁)との判例がある。

【註一四】先づ「占有物返還ノ請求ノミヲ起シ、後更ニ損害賠償ノ請求ヲ加フルハ——元來二者共に占有侵害なる同一事實を原因とするものなれば——民訴一九六條ニ所謂訴ノ原因ヲ變更セズシテ訴ノ申立ヲ擴張」するものに相當する。大審八・四・八民一錄二五輯六五七頁。

ハ 請求權の存續期間

「占有回收ノ訴ハ侵害ノ時ヨリ一年内ニ之ニ提起スルコトヲ要ス」(二〇一)條三項。

第六節 準占有

一 意義及び構成要件

準占有とは自己の爲めにする意思を以て財産權を行使するを云ふ(二〇)條(五)條。

準占有の目的物は財産權である。故に親族權其他人身權は準占有の目的となり得ぬ。何となれば親族關係の如き重要な關係に付いては濫りに外形的事實に據つて事を律すべきでないからである【註一】。

【註一】準占有は元來物に付いて認められた占有の制度を漸次物以外の財産權にまで擴張したものである。佛法には更に一步を進めて身分の占有 Possession d'état なる制度がある。一定の外形的事實あるときは一應それに相當する身分關係あると同一の取扱を與へる制度で、畢竟は占有制度の考を身分關係にまで推し及ぼしたものに外ならぬ。吾民法の「妻が婚姻中ニ懐胎シタル子ハ夫ノ子ト推定ス」(八二〇)條一項なる規定の如き稍之に類する規定である。

然らば財産権は凡て準占有の目的となり得べきか。

1 権利の性質上之を行使するときは常に固有の占有を成立せしむべき権利——例へば所有権・地上権・永小作権・留置権・質権・賃借権等——は準占有の目的とならぬ。元來準占有の制度は一定の権利を有するが如き外觀を呈する者に對し、物の所持に占有の保護を與へると同じ考を基礎として、外形的事實に基く一應の保護を與へることを目的とする。其外形的事實が「物の所持」なるときは、之に因つて存在を推測される権利は所有権・地上権等先に列擧した諸権利であり、因つて法の與ふる保護は占有である。反之何か或る他の権利を有するが如き外觀を呈するが爲め、之を基礎として存在を推測される権利は、其行使が物の所持を成立せしめない権利でなければならぬ。而して此場合に法の與ふる保護が即ち準占有である。故に行使が必ず物の所持を伴ふべき権利は準占有の目的とならぬ。

2 性質上繼續的行使を許さない権利は準占有の目的とならぬと云ふのが從來の

通説である。行使と共に消滅する権利ならば準占有を認むる餘地もないからである。併し此點は法律に所謂「行使」と云ふ言葉の意味の決めやう次第で如何様にも解釋出来る。嚴格な意味で権利の行使と云へば、権利の内容を實現すべき行爲を爲すことを謂ふ。即ち債權の行使は其目的たる給付の請求であり、取消權の行使は法律行爲の取消である。從來學者の多くは此意味の「權利行使」を標準として準占有成立の能否を定めた。従つて取消權・解除權の如き一回の行使に因つて消滅する権利は準占有の目的にならぬと説き、又債權に付ては或は全然其準占有を否認する者もあれば、或は債權中繼續給付を目的とするものに付ては準占有が成立するけれども一回の給付を目的とするものは準占有の目的とならぬと説く者もある【註二】

【註二】 債權が準占有の目的となるや否やに付ては學説が三に別れてる。

一 債權の準占有を全然否認する説 獨逸普通法の下に於ける多數説である。

二 繼續給付を目的とする債權に付てのみ準占有を認むる説 獨逸普通法の下に於て Windscheid, Demburg, Randa 等、吾民法の解釋として松岡氏物權二六一頁、宮井氏原論二卷七五二頁此説を採る。

三、廣く債權の準占有を認むる説 梅氏要義二卷二〇五條註。

併し準占有保護の基礎となる「権利の行使」は占有保護に於ける「物の所持」に相當すべきものである。従つて外觀上當該權利を有すと認むべき事實あること、恰と「物の所持」が物上權の存在を推測せしむると同一程度なるに於ては、上述の嚴格な意義に於ける「權利行使」なしと雖も、準占有を認めて差支ない。故に(一)取消權・解除權等の「行使」として取消・解除等の行爲を爲さずとも、例へば此等の權利の附着せる契約關係の承繼人なるが如き外觀を呈する事情存するに於ては、客觀的に見て此等の權利の權利者なるが如き外形的事實が存在する。従つて之に準占有の保護を與へて差支へない【註三】。(二)債權に付ても、例へば債權者の相續人なるが如き外觀を呈する者ある以上、縱令未だ債權の目的たる給付の請求を爲さずと雖も、之に準占有の保護を與ふる理由は充分ある。従つて繼續給付を目的とする債權は勿論、一回の給付を目的とするものと雖も亦準占有の目的となり得る【註四】。

【註三】 一回の行使に因つて消滅すると云ふ理由で、取消權・解除權等の準占有を認めぬ學者。例へば宮井氏原論二卷七五二頁。此説は前提に於て正しい。けれども、「行使」の意味を定むるに付き準占有を認むる立法上の理由を參酌してない。

【註四】 判例で債權の準占有を認めて居る場合左の如し。

- 一 供託金返還請求權に對し差押を爲した上轉付命令を得て制規の手續に依り供託金の返還を請求する者は債權の準占有者である。大審二・四・一一民一錄一九輯二二四頁。
- 二 甲の貯金を乙寺の基本財産とする旨の決議を理由として乙寺代表者が預り主丙より辨濟を受けたときは、右代表者に於て貯金債權證書を所持したるの事實なしと雖も、債權の準占有者に對する辨濟だと云ひ得る。大審三八・六・七民二錄一一輯八九八頁。
- 三 電報送達紙を騙取し之を銀行に持參して電報送金の支拂を求むる者は債權の準占有者と謂ひ得る。大審四・一一・三〇刑二錄一四輯一〇三三頁。
- 四 「指名債權ヲ事實上他人ヨリ讓受ケ——其讓渡行爲は法律上無効なるに拘らず——自己ノ爲メニ之ヲ行使スル者ハ債權ノ準占有者ナリ」。大審七・一二・七民三錄二四輯二二一〇頁。
- 五 大審一〇・五・三〇民二錄二七輯九八三頁は其議論に於て「民法第四七八條ニ規定セル債權ノ準占有者トハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ債權ヲ行使スル者ヲ謂フモノニシテ其債權ヲ行使スト謂フニハ債權者タル行爲ヲ續行シタル事實ヲ必要トスルモノニアラズシテ一般取引ノ觀念ニ於テ債權者ナリト信

セシメ得べき事由ニ基キテ債權ヲ利用シタル場合ニ於テハ其利用行爲ハ一回ナリトモ之ヲ以テ債權ノ行使ナリト謂フニ妨ナシト云ふて居る。

六 株式の準占有者が「株主總會ノ決議ヲ經タル一定ノ利益配當金ヲ請求スル權利」を行使したるに對し會社が善意にて其請求に應じたるときは縱令會社に重大なる過失あるも其辨濟は有效なり。大審五・五・一五民二錄二二輯九五三頁。

以上と異なり「登記請求權ハ物權ノ一作用ニシテ獨立シテ存在スルモノニ非ズ從テ本權ト離レテ準占有ノ實體タリ得ベキモノニアラザルヲ以テ」民四七八條の適用を受けぬ。大審九・七・二六民二錄二六輯二二五九頁。

債權中無記名債權に付ても準占有が成立すると主張する學者が多いけれども「無記名債權ハ之ヲ動產ト看做ス」(八六條)を以て、寧ろ占有の目的となるものと思ふ。

尙以上の外、(三)地役權(四)先取特權、(五)抵當權、(六)著作權・特許權等の智能的財産權等は準占有の目的物となる。

二 準占有の効果

イ 準占有の事實あるときは、其效果として準占有權が発生する。

□ 準占有權は諸般の點に於て占有權に準すべき性質を有する。

ハ 従つて、占有の得喪、權利の推定、果實の取得、占有訴權等に關する規定は凡て準占有に準用せらるゝ。尙準占有の効果として所有權以外の財産權の取得時効を生じ(三六條)、又債權の準占有者に對する善意の辨濟は常に有效である(四七條)。

反之第九十二條以下の規定は、動產の特質を基礎とする規定なれば、準占有には準用ない。不動産は勿論(二六二條)、債權(無記名債權を除く八六條三項)(註五)其他の財産權は動產の如く其取引頻繁ならず、其讓渡に當つても多く證書を作成し其他登記又は登録等公示制度あるを通常とするが故に、「權利の行使」なる外形的事實に「物の所持」に對すると同じだけの公信力を與へて第九十二條と同一の結果を認むるのは不當である

【註六】。

【註五】 無記名債權以外の債權には準用なしとする判例。大審七・四・一三民三錄二四輯六八一頁、大審八・一〇・二民二錄二五輯一七三〇頁。此等の判決は何れも電話利用權に關する。電話使用權の性質に付ては

私の債權各論一〇三六頁參照。

【註六】 同說前註引用の判決、宮井氏原論二卷七五四頁。反對中島氏釋義二卷二七五頁、遊佐氏物權五三九頁。

第三章 所有權

第一節 總說

- 第一 所有權の社會的基礎
- 第二 所有權と其他の物權

三二二頁
三一八頁

第一 所有權の社會的基礎

今日に於ては世界の殆ど到る所に個人所有權の制度が認められて居る。併し一度歴史を顧み比較法的研究を重ねるとき、吾々は此制度が量に於ても質に於ても幾多の變遷を経、又各國國を異にするに従つて多大の差異を包藏せることを發見する。而して其何故變遷したか、何故差異があるかの理由を考ふるとき、吾々は個人所有權の社會的根據如何を考慮せざるを得ぬ。此制度の存在を何等の疑ひをも狹まらずに此まゝ受け入れることが出来ない。

個人所有權の根據如何に付いては從來多數の學說がある〔註一〕。併し此點に付いて

特に注意すべきことは、此等多數の學說中、個人所有權制度の淵源に關する歴史的乃至社會的研究を主としたものと、現在の社會制度として私有財産制を是認維持すべき理論的根據如何に關する學說とを混同しないことである。二者の混同は徒らに問題を困難ならしむるだけである。而して私は今茲に歴史的に個人所有權の淵源を研究しやうと思はないし、又其必要もないと思ふ。以下には唯個人所有權制度の理論的根據如何に付いて一應の考慮を試みたいのである。

【註一】 所有權の根據に關する各種の學說を簡便に説明したものは Ely, Property and contract, 1914 殊に二卷五三一頁以下、鳩山氏「財産法改正問題概論」國家學會雜誌三五卷二號一頁以下。

私は個人所有權制度を以て時代の產物だと思ふ。時代を超越して絶對的に其正邪を論ずることの出来るものでないと思ふ。歴史を見ると、或時代或國には公用物多くして私有財産の範圍狭く又他の時代他の國に於ては私有の分量極めて多くして公用の範圍は頗る狭い。其如何は凡て各時代各國々の事情に應じ社會全般の福祉が標

準となつて自ら定まるもので、立法者の單なる方針のみに依つて勝手に定められるものではない。中世歐洲の封建制に拘束された土地制度から佛國大革命に依つて完成された土地解放 *affranchissement du sol* への變遷、更に又土地解放に依つて達成された土地の絶對的個人所有權制から最近各國に於て漸次實現せられつゝある所有權の制限乃至社會化的傾向への移り代はりを觀察するとき、誰か財産制度の如何は各時代各國の物質的乃至思想的事情に應じて定まるものだと云ふ事實を否定し得るものがあらうか。又之を吾國の歴史に付て考ふるも、孝德天皇（西曆六四五）の朝大化改新の一大眼目として斷行された班田制の社會的根據、其後元正天皇（西曆七一五）の朝以來盛に行はれた墾田の獎勵、次いで聖武（西曆七二四）以後桓武（西曆七八一）等の諸帝の下で行はれた墾田の制限や「山川藪澤之利公私共之」との勅、而して頓て生まれ出た莊園等の歴史を案するとき、誰か土地制度と社會事情との間に存する密接な關係を否定し得るものがあらうか。

限りある物資を以て限りなき人の欲望を満足せしめむとする。其結果、或時には生産の増加にのみ専ら注目して個人の利己心を利用する爲め個人所有權を獎勵保護する必要があり、又或時には分配の公平に力を集中して社會の安寧維持に専心する必要が起る。佛國大革命に因る土地解放や我國の墾田獎勵は前者の例であり、最近歐洲の土地社會化運動や上記桓武天皇の勅は後者の例である。利己心の利用に依る生産の増加及び資本の改良、各人の所有本能の満足に依る民心の安定、此等の需要は如何なる世如何なる國に於ても個人所有權の凡てを絶對に廢止することを許さない。それと同時に分配の公平に依る社會安寧の維持は常に個人所有權の制限を要求する。此矛盾した二の要求を如何に調和するかは各時代各國の事情に従て定まる。要するに、當該の社會に於ける一般的信念並に理想に照し、如何にせば、社會一般の福祉に適合する結果を得らるゝかを目安として定めらるゝのである。此故に私は「利己心の利用に依る生産の増加」にのみ意を注いで個人所有權は人類文化の爲め絶

對的に必要なる制度で之あるに依つてのみ社會の幸福が來るのだと云ふやうな時代に超越した議論を今日尙平然として唱へつゝある學者を非なりとすると同時に、其國々の社會事情經濟事情等に關する調査計算を爲すことなく、何でもかでも私有財産制を廢止せねばならぬ、之を廢止さへすれば萬人にとつて公正にして且幸福な社會が來るのだと考へ、それが爲め兎もすれば生産の不足を生じ易いと云ふ事實を度外に置いた空想的議論にも一概に賛成出來ない。

今や世界の下層民は傳統の夢から醒めて一整に「平等」を要求する。今まであつた物質だけでも到底此要求を満足せしむるに足らぬ。否、下層民の自覺は同時に反つて生産の減少となる。茲に於てか一方に於ては物の使用能率を増大する爲め所有權の社會化が叫ばれ、他方に於ては生産の不足を補ふ爲め國民總勞動が要求される。併し此等何れの要求も自ら一定の必至的限界を有する。社會一般の最大福祉が即ちそれである。又之を細分して觀察すれば、社會化の要求は資本の廢額を來さしめず

又人々の生産並に所有本能を著しく害せざる程度を以て其限界とすべく、國民總勞動の要求は分業の社會的效用と抵觸する所に止まらねばならぬ。要するに個人所有權の根據は天賦の人權に在らず神授に在らず強者の掠奪にも在らず、其範圍は各時代各國の事情に應じ社會一般の福祉を標準として定まるものである。

併し私は現在の我國に於ける分配の不正を此上引續いて是認することが出來ない。而して其最も重要なる原因は、生産資本の大部分が或る少數者の手に集中され、其結果他の多數者は少數者の「云ひ値」で労働を賣るより外生活の途がないことに存するのだと思ふ。之を此まゝに放置することは單純なる人道的見地から見ても又社會の平和と云ふ功利的方面から考へても極めて危険である。故に私は以上に述べた各方面の利害得失を研究計算した上で、出來るだけ生産の減額を來さしめざる程度並に方法に於て出來るだけ廣く物の社會化を計ることが何よりの急務だと思ふ【註二】。

【註二】 此點については先に一頁以下に説明した所をも参照。

第二 所有權と其他の物權

所有權は私有財産制の根底を成す。之れを各種の物權との關係に付いて觀察すれば、獨り沿革上凡て他の物權に先立つて發達したのみならず、經濟上から謂ふても、地上權・永小作權其他の用益物權などが存在するのも、畢竟根本に個人所有權の制度あるが爲めである。現在自己の使用せぬ物の上に一般的支配權たる所有權を認め、同時に他人をして之が實際上の利用を爲さしめ、其對價として所有者に地代其他の不勞所得を取得させる。其他人が所有者の許與に基き其限りに於て直接物を支配し得る權利が用益物權である。

是れが今日の物權法の根本的組織である【註三】。

【註三】 所が歴史上所有權と用益物權との關係が之と全く異なつた考を以て規律されて居た時代がある。此ことについては三二二頁以下の記述及び第四章用益物權總論に於て述べる所参照。

第二節 所有權の性質

第一 目的物

三一九頁

第二 所有權の内容

三二〇頁

- 一 物の一般的支配——二 法律的支配——
- 三 所有權の制限——四 所有權の劫久性——
- 一五 所有權なりや否やの判斷——

所有權は物の使用收益處分其他一般的支配を爲すことを内容とする物權である。

第一 目的物

所有權の目的物は物である【註一】。「所有」と云ふ言葉は俗に其他各種の財産權を有することを言ひ表はす爲めにも使はれるけれども、茲に所謂所有權は斯る通俗の意味ではない。

【註一】此點に付ては先に物權の目的物一般に付て述べた所(二〇頁以下)参照。

第二 所有權の内容

所有權の内容は物に付いて法律上一般的支配を爲すことに存する。此點に於て、所有權は制限物權と區別される。

一 一般的支配とは一切の關係に於て物を利用し得ることを云ふ。民法第二百六條は之を言ひ表はす爲め「物の使用・收益及び處分」なる文字を使つて居るが、此等は單に所有權の主な働きを例示したに過ぎぬ。所有權は此等の働きを初め其他物に付いて有し得る各種の權能の總和を謂ふのではなく、其權能の源泉たる單一の權利である【註二】。

【註二】大審三七・三・四民二錄一〇輯二三七頁の記述参照。

イ 故に所有者が縱令其働きの或るものを他人に許與しても、毫も所有權たる本質を害せらるゝことがない。例へば自己の所有物に付き他人の爲めに地上權其他の

制限物權を許與すれば、制限物權の存續する限り、所有者は凡て物の現實的使用を爲し得ざるに至り、所有權は所謂虛有權 *Nuda proprietas* となる。併しそれでも所有權は其一般的支配權たる性質を失はぬ。何故なれば所有權は單なる多數權能の集合ではなくて其源泉だから。

従つて一度制限物權が消滅すれば、所有權は再び本來の面目に立戻つて其完全なる作用を發揮するに至る。之を稱して所有權の彈力性又は反歸力 *ius recadentiae, Elastizität des Eigentums* と謂ふ。

尙所有權は斯る特別の制限なき限り完全なる一般的支配を許すことを本質とするが故に、争あるときは制限の存在を主張する者に於て其事實を立證せねばならぬ。之を稱して所有權の完全推定と云ふ。

□ 吾民法は一個の物の上には一般支配權たる所有權唯一箇を成立せしむるに過ぎぬ。無論物の一部の上にも所有權の成立を認むる例外はあるが【註三】。

【註二】 二七頁以下參照。

従つて、(一)一箇の物の上に同時に二箇以上の完全な所有權成立し得ざるは勿論、(二)普國民法に於けるが如き所謂分割所有權 *Getheiltes Eigentum* の觀念——一箇の物の上に上級所有權 *Obereigentum*, *Dominium directum* 及び下級所有權 *Untereigentum*, *Dominium utile* の成立することを認むる制度——を認めぬ【註三】。吾民法の考では一物上には一所有權が成立するのみで其他の權利は凡て制限物權となる。沿革上から謂ふと明治維新の際從來の封建的土地制度から今日のやうな制度に移り變るに當り、同一土地上一方は年貢米を取る權利・他方は耕作の權利を有する者あるときは、何れを以て今後眞の所有者なりと認むべきかが、可成困難な問題になつたらしい。若し現實の耕作權者を所有者なりとすれば——年貢米を取る權利を特殊の物上負擔 *Reallasten* 的物權として認めれば格別然らざる限り——年貢米を取る權利は將來に向つて否認されるの外なかつた。所が實際上殆ど凡ての場合に年貢米

權者が所有者と認められて、耕作權は永小作權として單なる制限物權の扱ひを受くることになつた(民法施行法四七條三項參照)。其結果實質上所有者にして從來單に年貢米を納め來たりしに過ぎざりし者までが、單なる永小作權者として取扱はるゝに至つた場合が少くないと傳へられて居る【註四】。獨逸に於ては場合の如何に依り、或は上級所有權を物上負擔として下級所有權を所有權となし、又或は反對に上級所有權の方を所有權として下級所有權を用益物權とした。吾國の爲政家にも此れと同じ用意があつて然るべきであつたと思ふ。

【註三】 分割所有權の制度に付いては *Gierke, Deutsches Privatrecht I* §§ 120, 121 參照。學者に依つては此制度を以て不合理なりと説くものがある(三浦氏物權五七頁)。併し歴史的背景を無視して或る制度の理否を説くことは最も慎しむべきことである。

【註四】 其事例は明治三十二年高知縣有志者から政府に提出した陳情書及び戸水氏「阿蘇の永小作」中に表はれて居る。

ハ 民法が所有權の作用として例示した言葉の中、(一)使用 *ius utendi* とは物を

毀損し又は本質を變更せずして需要満足の用に供するを云ひ、(一)收益 *ius fruendi* とは物から果實其他の収益を收取すると云ひ、(二)處分 *ius disponendi* とは物の破毀消費の如き事實的處分及び賣却質入の如き法律的處分をも意味す。

二 法律上一般的支配を爲すことを内容とする権利である。

占有權は事實上物を所持せることを根據として假りに物を支配することを許す權利である。反之所有權は實質的に法律上物の一般的支配を爲し得ることを正當とする權利である。

三 所有權は一般的支配權である。併し無論法令の制限を越ゆることを得ず、又所有權の認められる社會的根據を以て其限界とせねばならぬ。

イ 「所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用・收益及ビ處分ヲ爲ス權利ヲ有ス」(二〇)。(六條)。

所有權の効力が「法令ノ制限内」に止まらねばならぬのは素より當然である。所が

民法が態々此文字を挿入したのは自ら特別の理由に基く。人權宣告以來一時盛に「所有權は天賦の人權にして神聖不可侵なり」との思想廣く行はれ、爲めに法令を以てするも尙且之を侵すべからざるが如くに誤信した者も少くなかつた。「法令ノ制限内」の一句は實に此誤信を防ぐ目的に出るのである(註五)。

【註五】 本條に所謂法令の意義に付ては争がある。

- 一 多數説は民法中一般の用語例に従つて法律及び命令を意味するものと解釋し、
- 二 少數説は右の説は明かに憲法二七條の「日本臣民ハ其ノ所有權ヲ侵サル、コトナシ」公益ノ爲必要ナル處分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」と云ふ條項と抵觸するものとして、單に「法律」のみを意味するものと解釋すべしと主張する。

憲法二七條の明文上所有權の制限は法律に依るにあらざれば之を爲すこと能はず。此點に於て少數説は正當である。併し法律を以て制限の大綱を定めた上詳細を命令の規定に讓ることがあり得る。此意味に於て命令も亦實質上所有權を制限する法文たるべきがあり得る。是れ本條が「法令ノ制限内」と云ふ所以である。命令のみを以て獨立的に所有權を制限し得べしと云ふのではない。

所が學者に依つては、(イ)民法二〇六條夫れ自身が既に所有權制限に關する事項を命令に委任せるも

のこ解すべしと説く者あり。併し此説は憲法二七條を全然無用に陥らしむる暴論である。(ロ)又憲法二七條二項に所謂「公益ノ爲必要ナル處分」は公用徴收のみを意味し従つて其他の所有權制限は法律に依るを要せぬと説く者がある。併し此説は文理上無理なるのみならず憲法二七條の精神を没却する解釋である。要之此二説は共に出發點を誤つた爲めに生まれた窮説に過ぎぬ。

此意味に於て所有權の内容を制限する法令は現在既に可成り多數ある。而して近時の傾向は更に益々之を増加せしめむとするに在る。其中主なるものは無論不動産所有權のみに關するが、其説明は之を次節に譲り、茲には唯所有權一般及び動産所有權のみに關する制限規定二三を例示する。

- 1 緊急避難に關する規定(七二〇)。
- 2 遺留分に關する規定(一一三〇)。
- 3 銃器彈藥圖書出版物等に關する取締規則(銃砲火藥取締法、賣藥法、出版法、新聞紙法)。

□ 所有權の社會的根據が、社會全般の福祉にあること上述の如くなりとせば、其社會的意義に違背する方法で所有權を行使することは勿論許さるべきでない。元

來が一般の福祉を計る爲め國家が各人に委託 social trust したものである。従つて其委託の主旨に反することを許されない。

1 所謂權利濫用 *abus du droit, Missbrauch des Rechts* の觀念は此所から生まれる。即ち所有權存在の社會的意義に反するが如き行爲は、縱令形式上所有權の行使の外觀を呈するも、實質上所有權行使として保護すべきでない。之に因つて他人の權利を侵害すれば不法行爲とならざるを得ぬ。權利の行使は善良の風俗公の秩序に反するを得ぬとか、單に他人に損害を加ふるのみの目的を以て權利を行使するを許さぬとか、云ふのは畢竟此意味に外ならぬ。

2 尙「所有權は債務を生ず」*Eigentum verpflichtet* (獨憲法一五) 三條三項) とか、「富は債務を生ず」*Richesse oblige* とか云ふやうな思想も、上に述べたるが如き所有權の社會的基礎に關する考から發生する。公用徴收權の實質的根柢は此點に存し、又富者の貧者に對する不法行爲上の責任は貧者の富者に對するそれよりも重くなければなら

ぬと云ふが如き法理も此所から生まれるのである〔註六〕。

〔註六〕 獨逸民法八二九條、瑞西債務法四四條等は此思想を加味したものである。吾大審九・五・二〇民二
 錄二六輯七一〇頁が名譽毀損に因る慰籍料の數額を定むるに付き「獨り被害者ノ社會上ノ地位ノミナラ
 ズ加害者ノ社會上ノ地位ヲモ斟酌シタリトテ不法ニアラズ」と言ふて居るのも主義に於て多少之に類し
 た考を加味したものである。

ハ 以上の如き法令又は所有權の社會的根據に基く制限の外、所有權は左記のものに依つても多少制限を受ける。

1 法律行爲 所有者が法律行爲に依つて他人の爲めに制限物權を設定すれば、其物權の存續する時間及び範圍に於て所有權は制限を受ける。(一)無論其制限は當該物權の内容と抵觸する限りに於てのみ生ずるのだから、例へば或土地が地上權の目的物になつてゐるからと云ふて、所有者は毫も其土地の法律的處分を妨げられることのないのは無論である〔註七〕。(二)併し苟も所有權たる以上必ず彈力性 *Elastizität* を有せねばならぬのが吾民法の立前だから自ら所有權を有しつゝ、他人の爲めに無

期限の制限物權を設定することは原則として吾民法の許さない所である。それでは分割所有權を認めると同じことになるからである。併し無期限地役權だけは縦令之を認めても分割所有權禁止の精神に反する所がないと思ふ。

尙法律行爲に因る所有權の制限中、特に注意を要すべきものは、處分禁止特約である。此種の契約に依つて「永久ニ所有者ノ處分ヲ禁ズルハ所有者及ビ其子孫ヲシテ絶對ニ所有者タルノ實ヲ失ハシムルノミナラズ物ノ改良融通ヲ阻遏スルニ至リ社會經濟上ノ利益ヲ失スルヲ以テ公益ニ反スル契約トシテ無効」でなければならぬ〔註八〕。併し何等か適正の目的の爲め公益に反する程度に至らずして一時處分を禁止する特約は有效である。併しそれに對してさへ物權的效力を與へることは吾現行法上不可能である。

〔註七〕 大審三六・一・一六民二錄九輯一四頁。

〔註八〕 大審四五・五・九民一錄一八輯四七七頁。

2 慣習 民法施行前からあつた慣習的物権は特に民法に依つて認められたるもの、外民法施行と共に消滅した(民施三)の(五條)。

併し各地方の特殊にして正當なる需要から發生した——特に「物権」と稱せらるゝ程度に至らぬ——慣習的制限を存續せしむることは、外來的色采の餘りに濃厚なる吾物權法と吾郷土的要求とを調和せしむる爲めに必要であり、民法施行法第三十五條の精神にも反しないものと思ふ(註九)。

【註九】 此意味に於て私は「民有ノ森林ニシテ風除森林等ノ名稱ニ依リ伐採ニ制限ヲ付シ來リタル慣習アルモノモ亦等シク法律上所有權ノ制限ヲ受ケタルモノナルヲ以テ其所有者ハ之ヲ遵守セザルベカラズ」と謂へる大審三一・三・二三民二錄四輯三卷六三頁を今も尙有效な判例と考へたいのである。
尙慣習の物權創設力については四一頁以下参照。

四 所有權は物を一般的に支配することを許す權利である。従つて切久性を以て其特質とする。即ち之を行使すると否とは所有者の自由で、永年の不行使も消滅時效の原因とならぬ(一六七)(註一〇)。

【註一〇】 併し此規定の考を極端に維持するのは元來所有權を認めた社會的基礎を無視する結果となる。將來相當の改正を加ふべき點と思ふ。

尙注意を要するは、右の切久性は毫も所有權の終期附處分を妨ぐるものにあらざることである。何となれば、此場合には單に處分が終期附なるに止まり、所有權其ものが期限到來と共に消滅するのではないからである。

五 一定の權利が所有權なりや否やを判斷するには、其權利が以上に説明した性質を具備するや否やを標準として之を決するの外ない。單に「或物ニ付キ處分權ヲ有スルモノヲ以テ直ニ其物ノ所有權ヲ有スルモノト云フコトヲ得ズ」(註一一)。

尙判例は舊幕時代から傳はつてる或權利の所有權なりや永小作權なりやを判斷するに付いて「舊幕時代ニ於テモ土地ニ對シ總括的支配ヲ爲シ當時ノ法律ニ於テ之ヲ保護シ來リ其總括的支配ガ後日完全ナル土地所有權ニ推移シタルモノニシテ同一土地ニ對シ設定シタル永小作權トハ全然別個ノ觀念ヲ有シタルモノトス」(註一二)と謂

ふて居る。

【註一】 大審三三・二二・一民一録六輯一巻六一頁。

【註二】 大審四・二・一七民三録二一輯一五六頁。

第三節 不動産所有權

第一項 總說	三三三頁
第二項 公益を理由とする土地所有權の制限	三三五頁
第三項 土地の上下に関する法律關係	三三七頁
第四項 相隣者の法律關係	三四三頁
第五項 水に関する法律關係	三七〇頁

第一項 總說

土地制度の如何が吾々の社會生活と密接な關係を有することは到底動産の比でない。従つて歴史的に見ても、經濟的に見ても、又法律的に見ても、特に注意を要すべき興味深き事柄が澤山ある。

其一は土地共用制から個人所有制に移り更に轉じて國有制に移らむとする傾向で

ある。之を歴史的に經濟的に觀察研究することは頗る面白い題目であるが、此事の全體は暫く本書の範圍外として、最近の立法上吾國に於ても一般福祉の爲めに土地所有權が漸々制限されむとする傾向あることを一言するに止めやう。

其二は土地の上空及び地下に對する效力範圍の問題である。生活の向上に伴ふ人間の需要増加と産業の發展と科學の進歩とに伴つて、土地の使用は單に地表に止まらずして、地上の空間及び地下の地身も亦使用價值を現はすに至つた。従つて今まで専ら地表の使用を標準として作られた土地法のみを以て、土地に關する法律問題の全部を律することが出来なくなつた。之を如何に取扱ふべきかは本書に於ても亦一應之を論せねばならぬ。

其三は隣地者相互間の法律關係である。多數の人間が境を接して團體生活をする。一方の行動は直に他方に影響を及ぼし易い。殊に近世産業の勃興と人口の都市集積的傾向とは隣地者間に幾多の面倒な問題を生むに至つた。故に民法にも第二百八條

以下に此點に關する多數の法文がある。之を中心として相隣者問題の全部を説明せねばならぬ。

其四は水に關する法律關係である。灌漑用水の問題が古來吾國の農業上重要な問題たることは勿論である。其外工業用水として、或は船舶材木等の運搬用に、或は水車用に、又或は水力電氣用に、使用される關係上水に關する法律問題は近來殊にやかましくなつた。土地所有權を論せむとする者は何うしても此問題を度外視することが出来ぬ。

是れ以下先づ第二項に於て土地所有權の制限問題を論じ、第三項に於て土地の上下の法律關係、第四項に於て相隣者の法律關係、第五項に於て水の法律關係を論せむとする所以である。

第二項 公益を理由とする土地所有權の制限

土地制度が古來經濟事情と社會思潮とに連れて著しく變遷したことは、本章の初めに於て聊か之を述べた。

十八世紀の終り以來歐洲大陸を風靡した土地解放 *affranchissement du sol* の運動や、吾國維新に際して斷行された封建的土地制より個人主義的土地制への變轉に因つて出來上つた近代の土地制は極端な絶對的排他的の土地所有權を各國に成立せしめた。之に因つて農地の改良農業の發展を來し惹いては一般文化の進歩に資したる事極めて著大である。併し此傾向は同時に從來共同地乃至他人の所有地の上に或種の權利を持つて僅かに生計を立てて居た小農をして、生活の方法を失はしめた。又各個人が利己心のみに依つて勝手に土地を利用する結果、産業・國民衛生・國土の美觀・危險防止等各種の公益的要求と牴觸すべき幾多の事件を發生せしむるに至つた。折角一度は一般福祉を目標として土地解放を行ひ個人所有權の擴張を計つたのであるが、今や變じて其同じ一般福祉が反つて土地所有權の制限を要求するに至つ

た。それが大きく現はれては土地國有の要求となり、小く現はれては公益上の理由に基く各種の土地所有權制限となつた〔註一〕。

〔註一〕 尙此點については本書冒頭の記述（一頁以下）及び三一八頁以下参照。

吾現行法の認めて居る各種の公益的制限を摘記すると左の通りである。

- 一 一般公益を理由とする制限 土地收用法は即ち其最も顯著な例である。
- 二 産業上の利益を根據とする各種の制限 鑛業法・砂鑛法・森林法・河川法・耕地整理法・狩獵法・漁業法等に依る制限が即ち是れである。
- 三 交通・安全・衛生・國土の美觀等を保護する爲めの制限 道路法・都市計畫法・市街地建築物法・森林法・古社寺保護法等に依る制限が即ち是である。
- 四 國防上の理由に依る制限 要塞地帯法等。

第三項 土地の上下に關する法律關係

第一 序説

「土地の所有權は上天上に達し下地心に及ぶ」と云ふ法諺がある。土地所有權の効力は獨り地表のみに止らずして其上下に及ぶことを明言したものである。佛蘭西民法^(二五五)の「土地の所有權は其上下の所有權を含む」*La Propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous*なる規定は、此考を最も簡明に言ひ表はしたものである。所が其後第十九世紀を通じて漸次盛になつた土地所有權制限の傾向は土地の上下に對する效力範圍の問題に付いても亦現はれた。而して其新傾向を初めて法文の上に表したのは獨逸民法^(九〇)で、土地所有權の効力は土地の上下に及ぶを原則とするけれども「侵犯行爲ガ所有者之ヲ排斥スルニ付キ何等ノ利益ナキ高サ又ハ深サニ於テ爲サレタルトキハ所有者之ヲ禁止シ得ズ」と定め、次いで瑞西民法^(七六六)も亦此例に倣つた。而して又一方佛蘭西でも第十九世紀を通じて判例は漸次權利濫用の法理を確立するに至つたから、此國に於ても現在では「何等ノ利益ナキ高

サ又ハ深サニ於テ爲サレタ」侵犯行爲を濫りに禁止することは出来ない。

所が吾民法は、獨逸民法と同時代に出來たものなるに拘らず、唯「土地ノ所有權ハ法令ノ制限内ニ於テ其土地ノ上下ニ及ブ」と規定しただけで、明文上の内容は寧ろ百年も前の佛蘭西民法に近い。其所で解釋上之に如何なる程度の制限を附し得べきかに付き學者の議論が分れて居る。

第二 原則

「土地ノ所有權ハ法令ノ制限内ニ於テ其土地ノ上下ニ及ブ」^(二〇)。吾民法は建物並に立木の如く土地に定着する地上物が土地と離れて別個の所有者に屬することを認めめる。加之建物を上下に區分して之を別箇の所有者に屬せしめ、立木の一部たる果實を其まゝ他人に讓渡すが如きことを認めめる。然るに土地其ものに付いては、地表と地身とを分けて之を別箇の所有者に屬せしむることを認めざるは勿論^(註一)、地表と其上の空間とが別箇の所有者に屬することも認めない。苟も土地の所有權を有す

る者は、以下に説明する制限内に於て、「其土地ノ上下」全體を所有するのである。

【註一】大審六・二・一〇民三錄二三輯一三八頁。故に「他人ノ土地ノ上ニ建物ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル權利ハ地上權」であつて、「上土權ナル地表ノミノ所有權」ではない。尙此點は民法施行前も同じであつた。大審二九・二・一六民二錄二輯一〇卷二七頁。

従つて又他人が濫りに「土地の上下」を犯すときは、所有權侵害を理由として其停止を請求し得るは勿論、因つて生ずる損害の賠償をも請求し得る。

第三 制限

以上の原則に對しては次の三制限が存立する。

一 事物の性質上當然に存する制限

權利の及ぶ範圍は現在の科學に依り人力を以て及び得る最大限度に止まらねばならぬ。従つて土地所有權の上下に及ぶ效力範圍にも自ら此制限あること素より當然なりと謂はねばならぬ。

二 法令に依つて明定された制限

法令に依つて此種の制限を附し得ることは、先に説明した第二百六條に於けると同じである。現行法中此種の制限を認めた法令にして、地下に關するものには鑛業法、電氣事業法(九條、一〇條等)等があり、地上に關するものには狩獵法、電氣事業法(同上)等がある。

三 權利の性質上生ずる制限

土地所有權の效力は土地の上下に及ぶ。併し具體的の各場合に付いて觀察すると、所有者にとつて事實上何等の差支もない程度に土地の上下を犯した者があつても、土地所有權を理由として濫りに之を禁止し得べきでない。此ことは權利の總てに通ずる性質(權利濫用の法理)上當然のことなるのみならず、土地所有權に付いては殊に其理を認めねばならぬ。昔は土地の利用は主として地表に止まり其上下に及ぶ範圍も極めて狭かつた。所が近世鑛業が漸次發達すると共に茲に初めて地表の利用と地下の利用とが大規模に且頻繁に衝突することゝなつた。而して其衝突を如何に調停す

べきかに關する法理は既に可成發達した。所が最近に至つて一方には飛行術の發達は上空の利用價值を増大せしめ、又水力電氣事業其他の爲めにする地下土工の發達は地下に關する特殊の新利益を發生せしめた。此等の新利益は從來認められた地表の使用利益と衝突すべきこと勿論で法律は何とかして之を調停せねばならぬ。科學と文化との發達に因つて世の中に新たな需要が發生した場合に、其需要を充すべき物が唯一しか存在せず、而かも其物に付いては從來既に何等かの權利が認められて居るとすれば、新需要の程度如何に依り、或は從來の權利範圍を削減してまでも新需要を充すべき權利を創成せねばならず、又或は事實上從來の權利に支障を生ぜざる限り成るべく新需要を充し得るやうに計らねばならぬ。前者は立法の仕事であり、後者は裁判所と學者との仕事である。後者は實質上從來の權利者に迷惑を及ぼすものではない。だから特に立法を竣たすとも裁判所と學者との努力に依つて之を保護し得る餘地がある。此故に現在我國の通説は第二百七條に明文なきに拘らず、土地所

有權の上下に及ぶ範圍は各具體の場合に付き事實利益の存する範圍に止まらねばならぬ、と云ふ上記獨瑞等の民法に於けると同様の原則を認めて居る。

勿論其具體的範圍如何は各具體の場合に付き一々事實に付いて決せらるべき問題であつて、一概に謂ふことは出来ないけれども、例へば市街地に於ける土地所有權の上下に及ぶ範圍は山林に於けるよりも遙かに廣大なるべく、又飛行機を以て時時高空を飛過するが如きは差支なきも毎日高音を立て、低空を飛行する者に對しては故障を謂ひ得るものと思ふ。要は通常人が其具體の場合に臨むとすれば事實差支ありと感ずるや否やを標準として決せらるべきである。

第四項 相隣者の法律關係

第一 總説

三四四頁

第二 區分された建物所有者相互間の相隣關係

三五二頁

第三 隣地使用權

三五三頁

第四 隣地通行權

三五四頁

第五 水流に關する相隣者の權利義務

三五六頁

一 流水權 — 二 用水權

第六 疆界に關する相隣者の權利義務

三六四頁

第七 疆界の近傍に關する相隣關係

三六七頁

第一 總說

互に境を接して不動産を所有する以上、相互の間に色々の問題を生ずべきは當然である。民法は其關係を規律する爲め第二百八條乃至第二百三十八條の規定を設けて居る【註一】。併し相隣關係に關する問題は單に此等の諸規定のみを以て盡きるのではない。

【註一】 此等の規定の結果として土地所有者は法律上當然に隣地者に向つて一定の義務を負ふに至る。此等の義務及び之に對する隣地者の權利は、單に相隣者たる事實だけから法律上當然に發生するもので、契約から發生するのではない。此點に於て此等の權利義務と地役權並に之に對する義務とは異なつて居

る。併し内容的に見れば二者は極めて類似して居るから、佛伊等の民法では特に之を稱して法定地役 *servitutes legales* 云つて居る。

一 相隣者相互の妨害義務

或人が其所有地上で爲す事柄が自然隣地者は勿論四隣一統に色々の迷惑を及ぼすことは決して稀でない。例へば工場が煤烟・塵灰・音響・震動・臭氣等を四隣に及ぼして迷惑をかける。其他或る人の土地使用が四隣の人々に迷惑を及ぼすことは決して稀れでない。此等の場合に其迷惑を及ぼした人は四隣の被害者に對して責任を負ふべきものなりや否や。土地所有者の側から謂へば自己の正當の權利行爲であり、四隣の人から云へば正に權利の侵害に外ならぬ。此二の衝突する利益を如何に處置するか、英法に所謂 *Nuisance* の法理の重なる部分であり、佛法に於ける權利濫用理論も亦此問題を中心として發達した【註二】。

【註二】 *Nuisance* に付ては池田寅次郎氏「ニューサンスに就て」法協二九卷四號五號六號八號所載參照。

又佛法に於ける相隣者間の権利濫用問題に付いては *Sirey*, 1904. 2. 217 et suiv. に掲げた *Appert* 氏の判例批評参照。尙吾國に於て此種の問題を扱つたものとしては、鳩山氏「工業會社ノ營業行爲ニ基ク損害賠償請求權ト不作爲ノ請求權」法協二九卷四號所載、松本氏「煤烟ニ因ル相隣者間ノ權利侵害」論文集二卷一六四頁以下参照。

無論多數の人々が地を接し所を同じうして社會的共同生活を營める以上「一人ノ行爲ガ他人ニ不利益ヲ及ボスコトアルハ免ルベカラザル所ニシテ此場合ニ於テ常ニ權利ノ侵害アルモノト爲スベカラズ其他人ハ共同生活ノ必要上之ヲ認容セザルベカラザルナリ」。併しそれは無論程度の問題である。「其行爲ガ社會觀念上被害者ニ於テ認容スベカラザルモノト一般ニ認メラル、程度ヲ越ヘタルトキハ權利行使ノ適當ナル範圍ニアルモノト謂フヲ得ザルヲ以テ不法行爲トナル」【註三】。故に相隣者の或者が自己の地上に於て爲す行爲と雖も其「適當ナル範圍ヲ超越シ失當ナル方法」に於て爲さるゝに於ては、權利濫用の成立を來すものと謂はねばならぬ。

【註三】 大審八・三・三民二條二五輯三五六頁。

イ 權利濫用の成立要件

1 一定の土地使用行爲が權利濫用となるや否やは、各場合の具體的事實に照し當該の行爲が「法律ニ於テ認メラレタル適當ナル範圍ヲ超越シ失當ナル方法」に於て爲されたりや否やに依つて定まる。行爲者に隣地者を害するの意思ありしや否やは右「適當ナル範圍ヲ超越シ」たりや否やを決する重要な標準となるけれども、其存否のみを以て權利濫用の成否を決することは出來ぬ。要は其行爲が當該の場合の事情に鑑みて穩當なりや否や、之を法律的に謂へば「善良ノ風俗公ノ秩序」に反するや否やを標準として定むべきである【註四】。

【註四】 此點に關する判例はまだ少いけれども、其中重要なものを摘記するに左の通である。

一 汽車の沿道の樹木が「普通ニ流車ヨリ吐出スル煤煙ノ害ヲ被リタル」場合ならば格別、「停車場ニ接近シ鐵道線路ヨリ僅ニ一間未滿ノ地點ニ生立シ其枝條ハ線路ノ方向ニ張」つて居る松樹が「常ニ流離車ノ多大ナル煤煙ニ暴露セラレタル爲メ枯死ノ害ヲ被リタル」ときは、普通の場合よりも「甚シク煤煙ノ害ヲ被ルベキ位置ニアリテ且ツ其害ヲ豫防スベキ方法ナキニアラザルモノナレバ（中略）營業タル流車運

轉ノ結果ナリトハ云ヘ社會觀念上一般ニ認容スベキモノト認メラルル範圍ヲ超越シタルモノである。前註に引いた大審八・三・三民二錄二五輯三六五頁。

二 脚筒の据付及運轉の結果隣地に震動を及ぼし之に因つて生ずべき損害を豫防する爲め「右工業ノ性質ニ從ヒ最善ノ方法ヲ盡シテ其設備ヲ爲シタルニ拘ラズ尙他人ノ財産ニ對シテ損害ヲ及シタル場合」には故意又は過失なきが故に損害賠償の責任なし。大審八・五・二四法律新聞一五九〇號。

三 「亞硫酸瓦斯ヲ作り之ヲ凝縮シテ硫酸ヲ製造シ銅ヲ製煉スル等化學工業ニ從事スル會社」が亞硫酸並硫酸瓦斯を漏出せしめて「附近ノ農作物其他人畜ニ害ヲ及ボス」場合に會社が「其目的タル事業ニ因リテ生ズルコトアルベキ損害ヲ豫防スルガ爲メ右事業ノ性質ニ從ヒ相當ナル設備ヲ施シタル以上ハ偶々他人ニ損害ヲ被ラシメタルモ之ヲ以テ不法行爲者トシテ其損害賠償ノ責ニ任セシムルコトヲ得ザルモノトス」。大審五・一二・二民一錄二二輯二四七四頁。此判決は大阪控法律新聞一〇四七號に於て會社に責任ありししたのを破毀したものである。

此後の二判決は共に「故意又ハ過失アリヤ否ヤ」の問題を以て事件を解決せむとして居る。併し其問題ならば、如何に方法を盡すも損害を豫防し得ざるが如き工業を開始經營すること夫れ自身が故意であつて、假令最善の防害方法を施すも雖も其故意たることを免るゝものでない。故に問題は寧ろ當該行爲の違法性即ち其行爲が權利濫用となるや否やを標準として決せらるべきもので、防害の爲め相當の注意を加へたりや否やを以て決せらるべきでない。英法はニューサンスに付いて此理を認めて居る（池田氏前

掲法協二九卷五號七四四頁）。

此問題は實際上頗る困難な問題として今後幾度か裁判所を苦しめるに違ひない。而して其解決は其都度裁判所の裁量判斷に依つて定めらるるの外なく、立法を以て直接之を規定することは到底不可能である。立法者の此際執るべき手段は寧ろ都市計畫法の如きものを以て、住宅地域・工場地域等の區劃を明確にし、之に因り此種の問題の發生する根源其物を絶つやうに心掛けることである。

2 隣地に損害を及ぼすが如き行爲を開始した當時には四圍に居住者なく、從つて實害も發生しなかつた。然るに其後漸次居住者を生じ、其結果實害を發生するに至つた場合に、加害者は免責事由として、既得權を主張し又は被害者の承諾（被害の豫期）を援用することが出来るか。私は此場合にも加害者に責任ありと解する。何故なれば當該の行爲が上記「適當ノ範圍」内にありや否やは各具體の場合に付いて決せらるべき問題で、當面の事件に付いて云へば其問題は四隣に居住者を生じた

時に至つて初めて生じたもので、其場合に於ける責任の有無を決するが爲め從來長く營業し來りたりとの事由を主張しても何にもならないからである【註五】。

【註五】 同說鳩山氏前掲法協二九卷四號六〇〇頁。此理は英法のニューサンスに付いても同じである（池田氏前掲法協二九卷五號七四六頁）。

□ 效果

以上の要件具備するときは

1 被害者は損害賠償の請求と共に將來に向つて妨害を停止すべきことを請求出来るのが原則である。

2 併し加害の原因たる工場等が既に完成し、之を立退かしむることは被害の種類及び程度に比較して、社會經濟上著しき損害なりと認むべき場合には、損害賠償の請求及び出来るだけの防害行爲を爲すべき旨の請求を爲し得るだけで、工事の絶對的中止を請求することは出来ぬ。此精神は民法中色々の規定殊に第二百三十四條

第二項の規定中にも現はれて居り、又權利濫用の法理より謂ふも斯る事までも請求するのは是れ亦反つて「善良ノ風俗公ノ秩序」に反するものと認めねばならぬ。

二 相隣者の共助義務

何人と雖も自己の所有地の利用については成るべく隣地者に損害を及ぼさぬやうに心掛けねばならぬ。此ことは右に述べた。然らば更に一步進むで、隣人が已むなく或る助力を求めたとき、積極的に其助力を與ふべき義務あるものなりや。

原則としては無論ない。併し隣人にとつて當該の助力が絶對的に必要で、他に之に代るべき適當な方法がなく、而かも助力を求められた者の側では大した犠牲を拂ふことなしに之に應じ得べき場合には、隣人相互の情誼として特にかゝる助力の義務あるものと解しても差支ないやうに思はれる。大審院は此考を言ひ表はす爲め「土地所有者は其權利ノ完全ヲ確保スルニ必要ナル限り土地所有權ノ效力トシテ隣地所有者ニ對シ適當ナル共助ヲ請求スルコトヲ得ルヲ當然ノ法則ナリトス」と謂ふ

て居る【註六】。

【註六】 大審四四・一二・三民一録一七輯八八六頁。此判決は土地臺帳の記載更正を申請するに當り取扱上の慣例に基き隣地所有者に向つて其承諾を求めた事件に関する。

第二 區分せられたる建物所有者相互間の相隣關係

「數人ニテ一棟ノ建物ヲ區分シ各一部ヲ所有スルトキハ建物及び其附屬物ノ共用部分ハ其共有ニ屬スルモノト推定ス」(二〇八)【註七】

【註七】 一棟の建物の區分された部分は物の一部に過ぎないけれども獨立して所有權の目的物となり得ることに付いては二九頁參照。

斯くの如く「數人ニテ一棟ノ建物ヲ區分シ」て所有する場合に階段・廊下・便所・入口・物置などを共同に使用するのは極めて有り勝なことであり、又區分の用を爲す所の壁は素より所有者雙方の利益となるものである。此等の共用部分が何人の所有に屬するかは建物區分の際に得ける所有者相互間の合意に依つて定まるを原則とする

が、場合に依つて意思の不明なことがあり得る。是れ本條が此等の「共用部分ハ其共有ニ屬スルモノト推定ス」る所以である。

尙此共有關係に付いても、分割請求に関する第二五六條の規定を除く外(二五七條)、普通の共有に關する諸規定(二四九條以下)を適用するを原則とし、唯「共用部分ノ修繕費其他ノ負擔ハ各自ノ——建物及び其附屬物に關する——所有部分ノ價格ニ應ジテ之ヲ分ツ」(二〇八)條二項。

第三 隣地使用權

「土地ノ所有者ハ疆界又ハ其近傍ニ於テ牆壁若クハ建物ヲ築造シ又ハ之ヲ修繕スル爲メ必要ナル範圍内ニ於テ隣地ノ使用ヲ請求スルコトヲ得」(二〇九條)。(二項本文)。請求を爲した上承諾を俟つて初めて使用し得べく、又若し承諾なきときは之に代るべき判決を得て(四一四條)強制的に使用を爲し得る。併し「住家ニ立入ル」には常に「隣人」の任意的承諾を得ねばならぬ(書但)。茲に所謂「隣人」とは獨り隣地所有者に限らず、「住

有スル者ハ必要アルトキハ通路ヲ開設スルコトヲ得^(二一)。其開設並に保存の費用は通行権者に於て之を負担せざるべからざること勿論である。

ハ 償金

「通行権ヲ有スル者ハ通行地ノ損害ニ對シテ償金ヲ拂フコトヲ要ス但通路開設ノ爲メニ生ジタル損害ニ對スルモノヲ除ク外一年毎ニ其償金ヲ拂フコトヲ得^(二二)。但し上述した第二百十三條の場合には「償金ヲ拂フコトヲ要セス」^(二三)。^(一項但書)

尙如上の通行権は袋地の使用を可能ならしむる爲め公益上の必要に基いて法律上當然に發生するものなれば、縦令通行権者に於て右の「償金」を支拂はざるも、直接其履行を強制するは兎に角、それを理由として通行権其ものを消滅せしむることは出来ぬ。

第五 水流に關する相隣者の權利義務

隣地者間にあつては、水の使用及び疏通に關して色々な困難な問題が起り勝であ

る。民法は此點に關して第二一四條乃至第二二二條の諸規定を設けて居る^(註一〇)。

【註一〇】 尙水に關する法律問題一般については三七〇頁以下参照。

一 流水權^(排水權、承水義務)

イ 自然的流水

「土地ノ所有者ハ隣地ヨリ水ノ自然ニ流レ來ルヲ妨グルコトヲ得ズ」^(二四)。苟くも自然に流れ來る水なる以上、其原因が地下水の自然湧出・雨水の自然流下の如き通常のものなると、洪水海嘯等の如き臨時の事變に存するを問はず、仍て本條の適用を受ける。併し其後の場合に於ては、下流に位する者自己の土地其他の財産を保護するに付き必要あるときは、堤防を築く等各種の方法を盡して流水の侵入を妨げる事が出来る。蓋し「急迫ノ危難ヲ避クル爲メ」に已むを得ずして他人に損害を與へることは民法全體を通じて一般に之を不法視することが出来ないからである^(七二〇)。唯如何なる場合に已むを得ざるものとして許さる、かは、危難の程度及び緩急^(參照)

上流地下流地の利益衡量等各場合の具體的事情を標準とし公序良俗に反するや否やを定めて決せらるべき問題である。併し此防止工事は臨機應變の策として許されるだけで、其後當該工事の爲め上流に位する「浸水地ヲ乾カス」ことが出来なければ、上流地の所有者は「公路・公流又は下水道ニ至ルマデ低地ニ水ヲ通過セシムルコトヲ得」る。併しそれが爲めには「低地ノ爲ニ損害最モ少ナキ場所及ビ方法ヲ選ブコトヲ要ス」(二二〇條)(註一七)。

【註一七】 英厄を豫想して豫め之を防止すべき工事を爲し置くことも素より差支ない。けれども之が爲め四隣の者に對して生命財産の危害を生ぜしむるの虞あること顯著なるときは、四隣の者は妨害豫防請求權(物權に基く豫防請求權については五六頁参照、生命權について豫防請求權發生することも亦明白である)に基いて工事の取毀を請求し得る。このことは二一六條の精神からも推論し得る。大審三七・三・四民二條一〇輯二三五頁は、他人が水利ニ影響ヲ生ズベキ工事を爲シタルが爲メ其上流及下流ニ地所又ハ家屋ヲ所有スル者耕地ノ所有者若クハ貸借人等が生命財産ニ危害ヲ受クベキ虞アルトキハ工事の取毀を請求し得べしとし、其根據を説明して「従前ヨリノ慣習法」なりと云ふて居る。

尙本條に因る承水義務の内容は唯消極的に「水ノ自然ニ流レ來ルヲ妨グルコトヲ得ズ」と云ふだけだから、隣地から自然に流れて來る水が「事變ニ因リ低地ニ於テ阻塞シタルトキハ——低地所有者自ら積極的に其疎通を計るべき行爲を爲すの要なく——高地ノ所有者ハ自費ヲ以テ其疎通ニ必要ナル工事を爲スコトヲ得」(二二一條)(五條)。但し此「場合ニ於テ費用ノ負擔ニ付キ別段ノ慣習アルトキハ其慣習ニ從フ」(七條)。

□ 人工的流水

第二百十四條の適用を受けるのは「自然ニ流レ來ル」水に限る。反之何人か人工的に流下せしむる水に對しては低地者承水義務なきを原則とする。従つて

1 「甲地ニ於テ貯水、排水又ハ引水ノ爲メニ設ケタル工作物ノ破潰又ハ阻塞ニ因リテ乙地ニ損害ヲ及ボシ又ハ及ボス虞アルトキハ乙地ノ所有者ハ甲地ノ所有者ヲシテ修繕若クハ疏通ヲ爲サシメ又必要アルトキハ豫防工事を爲サシムルコトヲ得」(二二六條)。(六) 此場合に於ける修繕・疏通・豫防工事等の費用は甲地の所有者之を負擔すべきこと

と勿論であるが、「費用ノ負擔ニ付キ別段ノ慣習アルトキハ其慣習ニ從フ」(二七條)。
尙此場合に事實發生した損害は第七一七條の規定に依つて賠償される。

2 「土地ノ所有者ハ直チニ雨水ヲ隣地ニ注瀉セシムベキ屋根其他ノ工作物ヲ設クルコトヲ得ズ」(八條)。

以上の原則に對する例外として、「高地ノ所有者ハ浸水地ヲ乾カス爲メ又ハ家用若クハ農工業用ノ餘水ヲ排泄スル爲メ公路・公流又ハ下水道ニ至ルマデ低地ニ水ヲ通過セシムルコトヲ得但低地ノ爲メニ損害最モ少ナキ場所及ビ方法ヲ選ブコトヲ要ス」(三三條)。「註二二」之が爲め高地所有者が水を通過せしむべき工作物を設けたときは低地所有者も亦之を使用し得べく、又低地所有者が既に斯る工作物を設け居たるときは高地所有者は上記の爲め其工作物を使用出来る(三二條)。(條一項)但し斯る場合に「他人ノ工作物ヲ使用スル者ハ其利益ヲ受クル割合ニ應ジテ工作物ノ設置及ビ保存ノ費用ヲ分擔スルコトヲ要ス」(同上)。

【註二二】 本條に付ては大審九・三・六民三錄二六輯二六一頁參照。

二 用水權

イ 水流變更權

1 「溝渠其他ノ水流地ノ所有者ハ對岸ノ土地ガ他人ノ所有ニ屬スルトキハ其水路又ハ幅員ヲ變ズルコトヲ得ズ」(二九條)。(條一項)但し「異ナリタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フ」(同上)。(三項)尙本條は水流の種類に付いて何等制限を設けて居ないけれども、河川法の支配を受ける河川其他河敷が公有にして兩岸何れの所有者にも屬せざる河川は之を包含せぬものと解するのが穩當と思ふ【註二三】【註二四】。

【註二三】 大審三二・六・三〇民二錄五輯六卷一〇八頁は栃木縣の巴波川に付き「古來河川兩岸ニ相對スル村民ニ於テ互ニ堤防ヲ築キ若クハ其修繕ヲ爲スガ如キハ各地方一定ナラズ或ハ對岸ノ村民トノ規約ニ依ル所アリ若クハ慣習ニ依ル所アリ又ハ各個ノ任意ニ依ル場所アリテ其慣行區々ニ出ヅルコトハ當院ニ於テモ往々認ムル所ノ情況」であるを謂ひ、從つて問題の川に付き「對岸・村民ガ互ニ任意上堤防ヲ築キ若クハ増築スルヲ許サズ洪水ニ際シテハ其被害ヲ均分シテ分擔セザルヲ得ザル規約若クハ慣習アリ即チ

所有權ノ制限アリト主張セントセバ其利益ヲ主張スル者ニ於テ之ガ舉證ヲ爲サザルベカラズ」と云ふて居る。惟ふに本判決は同川に民法二一九條の適用なしとして居るものと解せればならぬ。

【註一四】 尙大審八・四・五民三錄二五輯五四八頁は水流の使用が或何人かの専用に屬するときは沿岸者は之に付き何等の利害關係なきものなれば第二一九條の適用を受けぬと謂ふて居る。併し第二一九條は獨り水流の使用そのものの保護を目的とするに止まらず、「水路又ハ幅員ヲ變スル」ときは自然對岸の土地其物にも影響が及ぶ、其防止も亦同條の目的である。此判決は此二の目的中前者のみに注目して後者を忘れたものと謂はればならぬ。

2 「兩岸ノ土地ガ水流地ノ所有者ニ屬スルトキハ其所有者ハ水路及ビ幅員ヲ變ズルコトヲ得但下口ニ於テ自然ノ水路ニ復スルコトヲ要ス」(條二項)。此但書の規定は水路及び幅員を變更した爲め下流に位する土地に影響を與へないやうにすることを目的とする。従つて縱令形式上は「下口ニ於テ自然ノ水路ニ復」しても事實上影響の及ぶやうな設備が其下口に達する前にしてあれば、未だ以て本條の規定に従つたものと謂ふことが出来ない。尙「異ナリタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フ」(同上)【註

一五〇

【註一五】 此原則は民法施行前にも存在したる由(大審三九・四・四民二錄一二輯五〇七頁)。

3 尙以上の外、若しも水流地の所有者が水流を利用するに付き「水利ニ影響ヲ生ズベキ工事ヲ爲シタルガ爲メ其上流及ビ下流ニ地所又ハ家屋ヲ所有スル者耕地ノ所有者若クハ賃借人等ガ生命財産ニ危害ヲ受クベキ虞アルトキハ工事ヲ爲シタル他人ニ對シ其工事ヲ取毀タシムルコトハ従前ヨリ慣習法トシテ認メラレタル所」である【註一六】。

【註一六】 大審三七・三・四民二錄一〇輯二三三五頁。判決は此原則の根據を慣習法に求めて居るけれども、物權其他生命權等に基いて妨害豫防請求權が発生することから論じても、又第二一六條の主旨から推論するも、容易に此原則の存在を論定し得る。

□ 堰の設定使用に關する權利

1 「水流地ノ所有者ハ堰ヲ設クル需要アルトキハ其堰ヲ對岸ニ附着セシムルコトヲ得但之ニ因リテ生ジタル損害ニ對シテ償金ヲ拂フコトヲ要ス」(條一項)。

2 右の場合に「對岸ノ所有者ハ水流地ノ一部ガ其所有ニ屬スルトキハ右ノ堰ヲ使用スルコトヲ得」。但し使用者は「其利益ヲ受クル割合ニ應ジテ」堰ノ設置及ビ保存ノ費用ヲ分擔スルコトヲ要ス（二二二條二項）。

第六 疆界に關する相隣者の權利義務

民法は疆界に關し相隣者に左記三種の權利義務を認めて居る。

一 經界權（界標設置權）

「土地ノ所有者ハ隣地ノ所有者ト共同ノ費用ヲ以テ疆界ヲ標示スベキ物ヲ設クルコトヲ得（三三條）。」「界標ノ設置及ビ保存ノ費用ハ相隣者平分シテ之ヲ負擔ス但測量ノ費用ハ其土地ノ廣狹ニ應ジテ之ヲ分擔ス（四四條）。」

二 圍障權（圍障設置權）

「二棟ノ建物ガ其所有者ヲ異ニシ且其間ニ空地アルトキハ各所有者ハ他ノ所有者ト共同ノ費用ヲ以テ其疆界ニ圍障ヲ設クルコトヲ得（二二五條一項）。」

本條を適用するに付ては、唯二棟の建物が其所有者を異にすることを要するだけである。建物の存在する土地が何人に屬するかを問はず、又建物所有者が其土地に付いて有する權利が所有權なると地上權なると將又賃借權なるとを問はぬ。反之建物の賃借人は本條の適用を受けぬ。

イ 圍障の様式 如何なる圍障を設くべきかは當事者の協議に依つて之を定むるを原則とし、「當事者ノ協議調ハザルトキハ前項ノ圍障ハ板屏又ハ竹垣ニシテ高サ六尺タルコトヲ要ス（二二五條一項）。但し「相隣者ノ一人——之を好まざるときは——第二十二十五條第二項ニ定メタル材料ヨリ良好ナルモノヲ用キ又ハ高サヲ増シテ圍障ヲ設クルコトヲ得（二二七條本文）。」

ロ 費用 「圍障ノ設置及ビ保存ノ費用ハ相隣者平分シテ之ヲ負擔ス（二二六條）」るを原則とする。但し第二百二十七條の場合には良好なる材料を用ゐ又は高さを増して圍障を設けた者は「之ニ因リテ生ズル費用ノ増額ヲ負擔スルコトヲ要ス（二二七條但書）。」

尙「前三條ノ規定ニ異ナリタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フ」(八條)。

三 互有權

「疆界線上ニ設ケタル界標・圍障・牆壁及ビ溝渠」は設置後永年月を経るときは其果して何人に屬するかを判定し得ざるに至ることが多い。従つて若しも争ある場合に一々舉證を要求することゝすれば事は徒に煩雜に陥るだけのことである。故に民法は特に反證なき限り此等の物は「相隣者ノ共有ニ屬スルモノト推定ス」る旨を定めた(二二條)。但し「一棟ノ建物ノ部分ヲ成ス疆界線上ノ牆壁ニハ前條ノ規定ヲ適用セズ」(九條)。「高サノ不同ナル二棟ノ建物ヲ隔ツル牆壁ノ低キ建物ヲ踰ユル部分亦同ジ但防火牆壁ハ此限ニ在ラズ」(〇條)。

尙本條の共有にも、分割請求に關する第二百五十六條を除く外(七條)、共有に關する一般規定の適用がある。従つて共有物に變更を加ふるに付いては他の共有者の同意を得なければならぬ譯だが(二五條)、民法は此場合に付き特に便宜の爲め、「相隣者ノ

一人ハ——他方の同意を得ることなく獨立して——共有ノ牆壁ノ高サヲ増スコトヲ得但其牆壁ガ此工事ニ耐ヘザルトキハ自費ヲ以テ工作ヲ加ヘ又ハ其牆壁ヲ改築スルコトヲ要ス」前項ノ規定ニ依リテ牆壁ノ高サヲ増シタル部分ハ其工事ヲ爲シタル者ノ專有ニ屬ス」(二三條)と定めた。此場合に若しも之が爲め「隣人が損害ヲ受ケタルトキハ其償金ヲ請求スルコトヲ得」(二三條)る。従つて例へば不當に牆壁を高くした爲め隣人の土地の日當りを悪くした場合には因つて生じた損害を賠償せねばならぬ。

第七 疆界の近傍に關する相隣關係

相隣地の所有權は疆界に近づくに従つて漸次隣人の權利と衝突し易い。故に民法は此種の衝突を防ぐ爲め特別の規定を設けて隣地者相互の便宜を計つて居る。

一 竹木の枝根を截取する權利(二三條)

イ 枝 「鄰地ノ竹木ノ枝ガ疆界線ヲ踰ユルトキハ其竹木ノ所有者ヲシテ其枝ヲ剪除セシムルコトヲ得」(一)併し隣地者自ら之を剪除することは出來ぬ。尤も竹木

の所有者が其請求に應ぜざるときは隣地者は竹木所有者の費用を以て第三者をして之を爲さしむることを裁判所に請求出来る(四一四)。(條二項)。

□ 根 「隣地ノ竹木ノ根ガ疆界線ヲ踰ユルトキハ——隣地者の同意の得ることなく自ら任意に——之ヲ截取スルコトヲ得」(二)。(項)。(此場合に、其截取された根の所有權が何人に歸屬すべきかに付いては多少の争があるけれども、法文の文字より考へると寧ろ截取者の所有に歸するものと解するを正當と信ずる)。

二 工作物を設くるに付き遵守すべき制限

イ 建築物の築造に關する制限

土地の所有者が建築物を築造するに當り疆界線との間に何等の空地をも存せしめざるときは、其後になつて隣地者が新に建築物を築造し若くは既存の建築物を修繕せむとするに當り、充分自己の所有地を利用し得ざるに至る。故に民法は「建築物ヲ築造スルニハ疆界線ヨリ一尺五寸以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス」(二三四)。(條一項)る旨を定め、若し

此「規定ニ違ヒテ建築ヲ爲サントスル者アルトキハ隣地ノ所有者ハ其建築ヲ廢止シ又ハ之ヲ變更セシムルコトヲ得但建築著手ノ時ヨリ一年ヲ經過シ又ハ其建築ノ竣成シタル後ハ損害賠償ノ請求ノミヲ爲スコトヲ得」(同二)。(項)。(但し本條の「規定ニ異ナリタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フ」(二三三)。(六條)。

□ 觀望權に關する制限

「疆界線ヨリ三尺未満ノ距離ニ於テ他人ノ宅地ヲ觀望スベキ窓又ハ椽側ヲ設クル者ハ目隱ヲ附スルコトヲ要ス」(二三五)。(條一項)。(而して此距離を計るには「窓又ハ椽側ノ最モ隣地ニ近キ點ヨリ直角線ニテ疆界線ニ至ルマデヲ測算」して之を定める(同二)。(項)。(尙別段の慣習あるときは本條を適用せぬ(二三三)。(六條)。

ハ 地下工作物設置に關する制限

濫りに疆界線に近き場所を穿掘するときには隣地の利用を妨げる虞がある。故に「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、池・地窖又ハ厠坑

ヲ穿ツニハ三尺以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス」水樋ヲ埋メ又ハ溝渠ヲ穿ツニ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三尺ヲ踰ユルコトヲ要セズ」(二三七條)。

尙「疆界線ノ近傍ニ於テ——無論前條所定の距離外で——前條ノ工事ヲ爲ストキハ土砂ノ崩壞(註一七)又ハ水若クハ汚液ノ滲漏ヲ防グニ必要ナル注意ヲ爲スコトヲ要ス」(二三八條)。

【註一七】 總て土地所有者は隣地の地盤を支持する義務を負ふ。故に土地所有者が隣地の崩壞を防止するに足るべき相當の施設を爲さずして土地を穿掘したならば、隣地者は之に向つて妨害豫防を請求し得るのみならず、若し實害を生じたるときは其賠償を請求し得る。此賠償請求權は絶對責任であつて、唯土地所有者は自ら「必要ナル注意」を施したることを立證するに依りてのみ其責を免れることが出来る。

第五項 水に關する法律關係

はしがき

- 第一 地下水其他土地の構成部分としての水 三七二頁
 - 一 地下水 — 二 池沼 — 三 雨水
- 第二 流水使用權 三七五頁
 - 一 沿岸者の流水使用權 — 二 流水專用權

水は、飲料用・農業用・運輸用及び工業用として、吾々生活の必需品である。近時水力電氣事業の發達と上水道の普及とは水の需要を大規模に増大せしめた。殊に吾國の農業は水を要すること極めて多きに拘らず、地勢の關係上兎角水の不足を生せしめ易い。従つて吾國に於ては水に關する法律問題が諸外國に於けると異なつた意義に於て一層重要である。それにも拘らず、吾國現在の成文法にして水に關するものは民法中二三箇條の規定あるの外、僅かに河川法・運河法・砂防法・水道條例・水利組合法等専ら公水に關する行政的法規あるに過ぎずして、水法に關する一般的规定は全く缺けて居り、多數の問題が地方慣習と判例と行政上の處分とに委ねら

れて居る。以下此等の貧弱な法源を材料として水に関する私法上の原則を略説する【註一】。

【註一】 尙水に関する隣地者相互間の権利義務については三五六頁以下参照。

第一 地下水其他土地の構成部分としての水

水が土地の一部を成せる限り、其土地の所有者は任意に水の使用及び處分を爲し得るを原則とする(二〇七)。
(條参照)

一 地下水

地下水は土地の一部を爲すものである。従つて、(イ)井戸を掘つて之を利用し得るは勿論、(ロ)「土地所有者ハ法令ニ別段ノ規定若クハ之ト效力ヲ同ジウスル反對ノ慣習存セザル限り其土地ヲ掘鑿シテ地下ノ水ヲ任意ニ利用スル權利アルヲ以テ之ガ爲メ他ノ土地ニ於テ他人ガ利用スル水ニ影響ヲ及ボスコトアルモ權利侵害トナラズ」。此法理は温泉の利用に付ても全く同じである【註二】【註三】。併し此問題に付て

も權利濫用の法理の適用あること勿論である。(ハ)「土地ヨリ——湧出シタル水ガ其土地ニ浸潤シテ未ダ溝渠其他ノ水流ニ流出セザル間ハ其土地所有者ハ特約・法規若クハ慣習等ニ依ル他人ノ權利ノ存在セザル限り自由ニ之ヲ使用シ其餘水ヲ他人ニ與ヘザルコトヲ得」。即ち此場合の使用は絕對に無制限なるを原則とする【註四】。併し「他人ノ所有地ヨリ湧出スル流水ヲ永年自己ノ田地ニ灌漑スルノ慣行アルトキハ之ニ因リテ其田地所有者ニ流水使用權ヲ生ジ水源地ノ所有者ト雖モ之ヲ侵スコトヲ得ズ」【註五】。

【註二】 大審二九・三・二七民一錄二輯三卷一一一頁、同三八・二・二〇民二錄一一輯一七〇二頁。

【註三】 併し自己の土地の掘井戸其他湧泉を保護する爲め近隣の土地に地役權を設定して穿井を爲さざらしむることが出来る。併し地役權以外の方法で物權的效力を有する斯る制限を設けることは出来ない

(大審三七・三・六利二錄一〇輯四二九頁)。

【註四】 大審四・六・三民二錄二一輯八八六頁。

【註五】大審六・二・六民一錄二三輯二〇二頁。反之大審二九・三・二七民一錄二輯三卷一一一頁は數十年來一定の土地より湧出する水を利用せる者あるにも拘らず其土地の所有者は自ら坑道を掘鑿して其附近に濕潤する水を収集利用するを得之が爲め從來湧出水を利用した者を害しても差支ないと判決して居る。

尙地下水と雖も、一定の水路を以て流れてるものは、後に述ぶる流水使用權の原則に従ふべきこと勿論である。

二 池沼

池沼等にして河川法の適用乃至準用(五)を受けざるものは、別段の慣習なき限り其敷地の所有者の私有に屬するを原則とする。何となれば此等池沼の水も亦敷地たる土地の一部を成するものと考ふべきだから。併し沿岸の所有者其他住民は敷地所有者にあらずと雖も、家用其他普通の目的に其水を使用出来るのが通例である。此ことは民法第二百十九條及び流水使用權に關する一般慣習からも推測出来る。

三 雨水

雨水は元來無主物であるが【註六】、一旦落下した以上、特に之を収集した者に於て其所有權を取得し得るは勿論、地上に停滯し又は地中に浸潤せる限り化して土地の一部を成すに至る。

嘗て九州に起つた事件として、雨水が降下した上公道を流下するに際し沿道の居住者が之を利用するに付いて如何なる權利を有するかの問題が起つた。判例は沿道者に對し自己に必要にして且つ他を害せざる限り互に之を地内に引いて利用し得べきことを認めなければ、後に述ぶる河川の場合の如く慣習に基いて雨水を專用し得る權利を認めない【註七】。

【註六】大審三五・三・二六民二錄八輯三卷六七頁。

【註七】大審三五・三・二六民二錄八輯三卷六七頁、大審三三・三・一九民二錄六輯三卷八九頁。

第二 流水使用權

流水に關する權利は、沿岸者としての一般使用權と、慣習に基く流水專用權とに