

法政講義第一集

第二十二冊

民權財產

丙午社印行

光緒三十四年九月廿二日初版

宣統三年三月十五日再版

民
法
物
權

定價大洋六角

編輯者 姚 華

出版者 丙 午 社

印刷所 羣 益 書 社



總發行所 上海 羣益書社

中棋盤街市

分發行所 長沙府正街 羣益圖書公司

民法 第一編

財產編首及編上

例言

一 本講義爲日本法學博士梅謙次郎先生所授。講義之順序。一、總則。二、財產。三、親族。四、相續。本編次於第二。就中分爲四部。編首（即財產緒論）編上（即第一章物權）編中（即第二章債權）編下（即第三章擔保）編者不揣。從事於編首及編上。兩部分之編輯。其編中。編下。別屬之於他氏。

二 本講義基於筆記。證以先生之著書（即民法要義）以釐正其訛誤。務期無舛。其有爲著書所詳。而講授時從於簡括者。則從著書。故本講義較之筆記。增益十之三四。至其講授所未及者。復於著書採其關要之點。特設參考一闌。以收納之。

三 本講義較之筆記。既略有增益。抑亦不無刊落者。特難於割愛。毋寧存之。故復拾

其餘再經選擇以爲附案。其有間識已意或參照其他相關之日文者亦歸入附案。闌中。

四

日本舊民法多仿佛蘭西法。新民法多仿獨逸法。本講義當講授時於獨佛兩派之學說。梅先生皆或有所主張。或兩折衷之。然與他之學者究不無異同之見。自應旁徵他氏之著書以廣其解。如富井博士政章。岡松博士參太郎。橫田學士秀雄。皆爲日本民法名家。其關於編者所從事之部分亦各有其著書。欲便於比較。因譯取其要者。更不使其羸雜本文。故別之爲附錄焉。

五

本講義所據以爲參考及附錄之本列左（其主要者以○○○○表示之）。

民法要義 卷之二物權編 日本法學博士梅謙次郎著 明治三十九年

十二月四日發行 訂正增補第二十四版

民法原論 第二卷物權上 日本法學博士富井政章著 明治三十九年

九月十八日發行 第一版

民法理由 物權編 日本法學博士岡松參太郎著 明治三十一年十二月

月五日發行 第六版

物權法 日本法學士橫田秀雄著 明治三十八年七月八日發行 第二版

物權法講義 第一部 同前人講述 明治三十六年度東京法學院大學

(今中央大學)講義錄合本

六 本講義所據之筆記有兩本如左

編者手錄本

溫州許壬氏手錄本

七 本講義所附錄者既係譯文以時間倉促不無簡直之嫌擬加修改以期條達姑俟二版謹先誌其歉

八 本講義之範圍中其關於他之單行論文可採者不少本欲以便加入因無多暇晷暫置闕如

九 關於本講義中之用語擬爲解釋別刊之

- 十 本講義之細目，已屬詳晰，其尤細者，應標題於眉上，當益瞭然，亦俟二版加入。
- 十一 本講義講授時，於立法論特詳，是爲學理講義之體裁，惟既以日本講義爲基礎，故所引法文，不能不獨偏於日本，於其無甚理論之處，以僅加解釋爲已足，又半屬於逐條講義之體裁，是純爲吾國學者計便宜，故無容以體裁爲拘束也。至應欲參他國法文，依岡松博士民法理由之體例（又奧田博士義人日本親族法論，及相續法論，亦然）於日本法文之下，備載應參何國、何法、何條，本講義急欲仿之，可信爲至當者，但各國法文現無譯本，備錄之，亦非倉猝可能，茲姑從略。儻吾學中有爲此業者，國人引領，咸同斯望。
- 十二 關於法律上之文字，與普通用文，及文學上政治上之用文，皆不能同一，其在吾國，久成別派，非老於其業，卒不得當，況以世界淵深之法理，猥以淺人執筆，其嚙不能舉，夫何待言，若以論理的規則衡之，更無足算也。當世達者，幸賜匡益。

民法第二編總目

財產編

編首

緒論

第一節 占有

第一款 總論

第二款 占有之取得

第三款 占有之效力

第一 占有者之權利

第二 占有者之義務

第四款 占有之消滅

民法第二編 總目

第二節 共有

第一款 共有之原因

第二款 共有之效力

第一 共有者之權利

第二 共有者之義務

第三款 分割

第四款 入會權

第三節 財產權之種類

編上

第一章 物權

總論

第一節 所有權

第一款 所有權之限制

第二款 所有權之取得

第一 先占

第二 遺失物之失得

第三 埋藏物之發見

第四 添附

第二節 地上權

第三節 永小作權

第四節 地役權

第一款 地役權之性質

第二款 地役權之設定

第三款 地役權之効力

第四款 地役權之消滅

附 入會權

編中

第二章 債權

緒論

第一節 總則

第一欸 債權之要素

第一 得爲債權之目的者

第二 關於物之債權

第三 選擇債務 附隨意債務

第二欸 債權之効力

第一 履行

第二 賠償

第三 對於第三者之債權者之權利

第三欸 多數當事者之債權

第一 總則

第二 不可分債務

第三 連帶債務

第四 保證債務

第四款 債權之讓渡

第一 總論

第二 指名債權

第三 指圖債權

第四 無記名債權

第五款 債權之消滅

第一 辨濟

第二 相殺

第三 更改

第四 免除

第五 混同

第二節 契約

總則

第一 契約之効力

第二 契約之解除

第一款 贈與

第一 總則

第二 贈與之効力

第三 特種之贈與

第二款 賣買

第一 總則

第二 賣買之効力

一 買主之權利

二 賣主之義務

第三 賣買之解除

一 買戻之特約之條件

二 買戻之特約之効力

三 共有者之一人以買戻之特約而賣却其持分之場合

第三款 交換

第四款 消費貸借

第五款 使用貸借

第六款 賃貸借

第七款 雇傭

第八款 請負附懸賞廣告

第九款 委任

第十款 寄託

第十一款 組合

第十二款 終身定期金

第十三款 賭事

第十四款 和解

第三節 事務管理

第一款 事務管理之要素

第二款 事務管理之効力

第四節 不當利得

第一款 通則

第二款 非債取戻

第三款 不法原因之給付

第五節 不法行爲

第一欸 不法行爲之要素

第二欸 不法行爲之責任者

第三欸 求償權者

第四欸 賠償義務

第五欸 時效

編下

第三章 擔保

總論

第一節 留置權

第一欸 總論

第二欸 留置權之効力

第三欸 留置之消滅

第二節 先取特權

總論

第一款 一般之先取特權

第二款 特別之先取特權

第一 動產之先取特權

第二 不動產之先取特權

第三節 質權

第一款 總則

第二款 動產質

第三款 不動產質

第四款 權利質

第四節 抵當權

第一款 總則

第二款 抵當權之効力

第一 總則

第二 優先權

第三 追及權

第三款 抵當權之消滅

民法第二編目次一

財產編之首

緒論

第一節 占有

第一款 總論

壹定義

甲廣義

乙狹義

貳性質

甲以所有之意思爲占有不以所有之意思爲占有

乙善意占有惡意占有

三

三

四

四

五

五

二

二

四

丙平穩占有強暴占有	一五
丁公然占有隱秘占有	一五
戊繼續占有不繼續占有	一六
參占有保護之理由	一七
甲推定	一八
乙怠慢	一九
丙秩序	一九
第二款 占有之取得	一九
壹原則	二〇
甲原始取得	二〇
乙繼受取得	二〇
貳代理占有	二一
甲普通之代理占有	二三

乙簡易之引渡……………二五

丙占有之改定……………二六

丁代理之移轉……………二七

戊容假占有(狹義)……………二八

參占有之承繼……………三二

第三款 占有之効力……………三五

第一 占有者之權利……………三六

壹權利之推定……………三六

貳果實之取得……………三七

甲善意之占有者……………三七

乙惡意之占有者……………四〇

參權利之取得……………四二

肆費用之請求……………五〇

甲必要費	五〇
乙有益費	五二
丙徒冗費	五六
伍占有之訴	五七
甲占有之訴之種類	五七
一占有保持之訴	五七
二占有保全之訴	五八
三占有回收之訴	五九
乙占有之訴之期間	六一
丙占有之訴與本權之訴之關係	六五
第二 占有者之義務	六八
第四款 占有之消滅	七〇
壹原則	七〇

貳代理占有之消滅……………七三

甲本人之意思之消滅……………七四

乙代理人之意思之消滅……………七四

丙所持之消滅……………七五

第二節 共有……………七七

第一款 共有之原因……………八一

壹相續……………八一

貳組合……………八二

參夫婦財產契約……………八二

肆共同契約……………八三

第二款 共有之効力……………八三

第一 共有者之權利……………八三

壹權利之範圍……………八三

貳持分	八五
參共有物 利用	八六
甲處分	八六
乙管理	八七
肆權利之膨脹	八九
第二 共有者之義務	九二
壹費用之負擔	九二
貳基於特約之債務	九三
參對於特定承繼人之債務	九三
第三款 分割	九六
壹原則	九六
貳例外	九七
甲當事者意思	九七

乙物之性質……………九九

參方法……………一〇一

甲原則……………一〇一

乙共有者有債務時……………一〇三

肆參加……………一〇五

伍効力……………一〇七

甲遯及既往否乎……………一〇八

乙擔保……………一一四

陸證書……………一一六

第四款 入會權……………一一八

第三節 財產權之種類……………一二〇

壹物權……………一二〇

貳債權……………一二〇

參 無形財產權	一一〇
甲 著作權	一一〇
乙 特許權	一一一
丙 意匠權	一一一
丁 實用新案權	一一二
戊 商標權	一一二
己 商號權	一一三
肆 漁業權	一一三
伍 道錢權 橋錢權	一一四

民法第一編

貴筑 姚 華編輯

財產編之首

本編所為私權中關於財產權之事項。就中論其關於物權及債權者。而以擔保附著於後。

附案 日本民法編別之次第。(一)總則。(二)物權。(三)債權。(四)親族。(五)相續。梅謙次郎先生謂未盡善。當為(一)總則。(二)親族。(三)財產。(四)相續。而於財產編中又分為二部。(第一)物權之部。(第二)債權之部。擔保附焉。此論法典編別次第應爾也。至講義純為便利上計。故其次第則為(一)總則。(二)財產。(三)親族。(四)相續。與上所擬之法典編別次第不同。其以財產置第二者。因親族相續。關係於財產者至多。非先明其義。則親族相續。於授受兩方。均屬困難也。至財產編之分章。第一章物權。第二章

債權第三章擔保。其所以如此分章者。因債權由物權而生。故次於物權。而擔保則非有物權固不能生。且非有債權亦不能生。不得不獨居於末也。(已詳總則)故本講義之次第。悉依於此。

附錄 橫田學士秀雄物權法講義第四葉第五葉

財產權之名稱。由獨逸學者間所用而傳來者。即獨逸語所稱「フェルメーゲンスレヒト」者是也。而其所謂「フェルメーゲン」之語。本來意義。爲能力之意味。凡有此權利者。取得未生之能力。乃就其權利。而付以「フェルメーゲンスレヒト」之名稱也。雖佛蘭西法。不別認財產權利之差別。然佛法所謂財產者。即「ビヤン」之語。與獨法之財產權相當。蓋佛法之財產。包含有體物(即有體物之所有權也)及有金錢上價格之無形權利故也。日本民法。亦從獨逸法之規定。採用區別財產權與其他之權利之主義。示此區別之實益。有數多之規定。例如民法第百六十三條。有「以爲自己之意思平穩且公然行使所有權以外之財產權者。從前條之區別。十年二年後。取得其權利。」又第百六十七

條第二項有「非債權又非所有權之財產權。因二十年間不行使之而消滅。」第四百二十四條第二項有「前條之規定。於不以財產權爲目的之法律行爲。不適用之。」之類是也。但財產權之定義。學者間頗有議論。民法中關於財產權之爲何。別無所規定。故此問題。不外基於學理決之。

附案 以橫田氏之說觀之。是日本民法。於財產權採用獨逸法之觀念。故於財產權與其他之權利。示其區別。本講義所以不別爲財產權權利之差別者。蓋本於佛法派之學說。所以生如是之差異也。

緒論

緒論所述。爲通於一切財產權之事項。特以其關於占有及共有之事項論之。

第一節 占有

附案 置占有於緒論者何耶。在日本民法以占有列入物權編中。本講義既合物權債權爲財產編。而別置占有於緒論者。蓋依梅先生之說。主張廣義占有。謂一切財產權皆得占有之。故置之緒論。民法法典。係採狹義占有。於一切財產權

之占有。尙不認之。僅以其一部分規定於章末。(第二章第四節)準用狹義占有之規定。而稱爲準占有。狹義占有者。但限於有體物。故列入物權編中。此其所以不同也。

占有因何而發生乎。蓋一切財產權中之權利。與其權利行使之事實。各自爲物。行使之事實。有伴於權利者。有不伴於權利者。於其伴之者。除權利而言其行使之事實。則爲占有。於其不伴之者。固無權利之可言。然姑不問之。但言其行使之事實。亦爲占有。而占有又與占有權各異。何則。占有者爲其權利行使之事實。占有權者。則因其權利行使之事實而生之權利。所謂「占有之體樣」者。占有也。所謂「法律付與爲之保護之權利」者。占有權也。二者之區別如此。

第一款 總論

於總論中所當言者。可分爲三。(壹)定義。(貳)性質。(參)占有保護之理由。

(壹)定義

占有 (Possessio, possession, Besitz) 之定義。有廣義狹義之不同。分言之。(甲)廣義。(乙)

狹義。

(甲) 廣義

占有者以爲自己之權利行使某財產權之謂也。占有者不過權利之行使。一切之財產權皆得占有之。試言物權。例如或人有物而使用之。是爲其所有權之結果。就其權利之行使言。即爲物權占有。試言債權。例如或人以金錢貸人而請求其辨濟。是因債權爲或人之權利。故其權利之行使。即爲債權占有。此定義爲近今最進步之學說。然尙未實行。日本民法采用者。猶係狹義之占有也。

(乙) 狹義

占有者以爲自己之權利所持某物之謂也。依此定義。云某物者。必要有體物。若債權爲無體物。即不能爲占有。債權之例。自不適用。而所謂狹義之占有者如何。例如家屋所有者。對於家屋而任意使用。(如居住)固係以爲自己之權利。即非家屋之所有者。然因賃借家屋而使用之。亦係以爲自己之權利。均以家屋爲其物之所持(Detention, aetention, Inhabung.)也。因於此點(所持某物)言之。即爲占有。在法律用語。稱之

爲純然占有。純然占有。必要有所持。是爲日本民法所采用者。第一百八十條云。『占有權者。以爲自己之意思。因所持之物。而取得之。』蓋普通（即狹義）所稱占有者。必要物之所持之權利行使。本法係采用普通之學說。於占有之範圍。限於有體物之所持。其他稱爲準占有。

附錄 橫田學士物權法第八十五葉至第八十八葉

物權者。使有體物直接服從於權利者之權力之權利也。得區別之爲所有權。他物權。及占有權。而所有權及他物權者。於法律上得支配有體物之一切關係。又或關係之權利也。占有權者。因占有（即事實上支配有體物）而生之權利也。蓋所有者。他物權者。法律上雖得爲支配有體物之權利（即從其所欲。有使有體物服從於自己之權力之能力）。然此等之物權。從其權利之本旨。有事實上支配目的物者。亦有不支配之者。其所支配物之權利。與事實上之支配。非必常同歸於一人。而占有權者。即因此事實上之支配而生之權利。在物權中屬於特種之權利者也。（案此就日本民法解釋之。故以占有權屬於物權中之特種權利也。）

占有者。於廣義。則一般關於物之現實之支配也。詳言之。使有體物事實上服從於吾人之實力之謂。即謂吾人得排斥他人於有體物上。施有形的行爲之事實上之狀態也。（案此所謂廣義。與本講義之廣義不同。其範圍仍係狹義占有所包含也。）

如右所述。或人保持有體物於事實上自己之實力範圍內時。指此狀態。稱爲物之自然占有。或物之所持物。所持人。以爲自己之意思而占有物時。其占有稱爲法律上之占有。占有權者。即從此種占有而生者也。

關於法律上占有之定義。古來學說及立法例。甚不一致。或曰（第一）受法律保護之占有。必要以所有之意思。而保持有體物於自己實力之範圍內者。或曰（第二）占有受法律之保護。在占有者。僅以有爲自己之意思足矣。或曰（第三）占有者保持物於自己之實力範圍內。不論意思之有無。其占有即應受保護。佛國民法。及日本舊民法采第一主義。獨逸民法采第三主義。日本新民法。采用介在第一第三間之第二主義。而就受法律保護占有之範圍言之。第二主義。較第一

爲廣。第三主義更較第二爲廣。第一主義係羅馬法以來所行者。經種種變遷。而產出第三主義。以至漸次擴張其範圍。蓋法律所以保護占有者。其主要之理由。因或人保持物於自己之實力範圍內時。使他人不得猥以私力。動此實力關係。故自此點觀察之。苟於人與物之間。限於實力關係之存在。不論其人所以爲物之所持者之意思如何。皆有保護（不使他人侵害之）之必要。雖然。日本民法於無爲自己之意思。而爲物之所持者。就其物之所持。若不感何等之利害。則認爲無保護之必要。蓋以此意思爲受法律保護占有所必要之條件。缺此條件。即無保護之之必要也。

據日本民法。在法律上之占有。必要有爲自己之意思。故唯於以爲或權利之行使而所持物之場合。始有法律上之占有。何則。以爲自己之意思而占有物者。即常要以爲關於物之或權利之行使而占有物者也。除此而外。無別以爲自己之意思而爲占有之場合。至於占有者欲行使之權利。爲物權與爲債權。不必問之。雖然。占有權之成立。在占有者僅以爲或權利之行使而所持物爲已足。至占有

者於實體上有權利與否。亦不問之也。故物之眞所有者。因所持目的物。而於其物之上取得占有權。自不待論。即如於物之上。不有何等權利之竊盜。亦因竊取之。而於其上取得占有權者也。何則。竊盜於其所竊取之物。有爲自己所有之意思。而竊盜所持之物。即不外非物之所有者。而行所有者之權利故也。

準占有(Quasi-Possessio)者。不必要所持某物。祇須以爲自己之權利。而爲財產權之行使。於日本民法亦可適用占有之規定。第二百五條云。『本章之規定。於以爲自己之意思而爲財產權之行使者。準用之。』據此。則日本民法。亦不得謂其不採用廣義之占有矣。故論民法上宜采之主義。應以逕用廣義爲當也。法文上所謂以爲自己之意思者。易致朦朧。不如云以爲自己之權利之明確。故定義中不曰意思而曰權利也。總之。占有不論廣義狹義。必要有二要素。一謂意思。即心素(Anjinus)一謂事實。即體素(Corpus)心素者。謂爲自己行使權利之意思也。體素者。謂權利行使之事實也。例如或人所持之物。爲或人使用之。是權利行使之事實。即體素也。(在純然占有。謂之爲物之所持)當其使用時。必有以爲自己之權利之意思。即心素也。就狹義言之。如

此再以廣義言。例如債權者對於債務者行使請求辨濟之權利。是權利行使之事實。即體素也。當其行使請求辨濟之權利時。必有以爲自己之權利之意思。即心素也。此二要素爲凡占有所必具備者。二者缺一。則占有不成立。例如對於某物。雖己以爲自己之權利。然不有權利行使之事實。則體素缺。僅有心素。不得爲占有。又如代人管理某物。本有權利行使之事實。然物並非其所有。其意固謂此物者某人之所有也。自己特爲之管理而已。是無爲自己權利之意思。則心素缺。僅有體素。亦不得爲占有。故取得占有者。不可不具備此二要素也。

占有之性質。學者間議論不一。關於此點。有一疑問。即占有者爲事實乎。抑爲權利乎。實則或以爲事實。或以爲權利。兩者皆非也。蓋占有其物。雖爲一事實。然法律爲保護此事實。而付與種種之權利。故僅以占有爲祇係事實者不可也。雖然。遂以占有其物。即爲權利。亦不免誤謬。何則。占有者爲占有之體樣。與法律付與以爲之保護之權利。自別爲一物。而民法中所謂占有權者。固總括法律爲保護占有者所付與之一切權利而言也。

附錄 橫田學士物權法第八十九葉第九十葉

占有者爲事實乎。抑爲權利乎。羅馬法以來。學者之議論歧出。各國立法。皆以爲單純之事實。唯採用就其事實付與法律上多少重要之效果之制度。蓋占有者。本不過一事實而已。然因此事實而生法律上重要之效果。占有者。關於占有物。得享受法律上種種之利益。同時以法律保護其占有。若第三者妨害之。或侵奪之。之時。則依占有訴權之方法。保持其占有。或以回復之權利付與占有者。使占有者得享受因占有而生之利益。故由此點觀察。則占有者於自己占有物之上。得依法律而受保護之利益。即所謂權利。而此權利亦與所有權。及他物權相等。能直接行使於物上。故屬於物權之一種明矣。(案此依日本民法解釋之。故以爲物權之一種。)然此權利但基於占有之事實而已。非爲實體上之權利。基於本來之能力。有可支配其物之權利者。且占有訴權。以保護人與物之實力關係爲目的。故其主要之効力。在於制限私力。使不得侵害行於物上之實力關係。若占有權與實體上之權利。不得竝立時。則占有權對於實體上之權利。不可不讓

步。例如甲爲時計之所有者。設乙無權利而占有之。假定甲有所有權。乙有占有權。於此場合。甲乙之關係如何乎。曰甲不得乙之承諾。固不得以私力取還其時計。然乙不過事實上占有之。在法律上。乙不有占有之權利。對於所有者(甲)之請求。有返還之義務。因而乙不應甲之請求。則甲可依法定之手續。有使乙引渡時計之權利。故占有權者。以爲自己之意思所持物之人。欲繼續其所持。對於私力得維持占有之權利是也。

(貳)性質

占有之性質。可分爲五。(甲)以所有之意思爲占有。不以所有之意思爲占有。(乙)善意占有。惡意占有。(丙)平穩占有。強暴占有。(丁)公然占有。隱秘占有。(戊)繼續占有。不繼續占有。(甲)以所有之意思爲占有。不以所有之意思爲占有。

所有之意思。如其文字讀之。謂行使所有權之意思也。(梅先生民法要義卷一總則編第三百六十八葉參照)依廣義言之。二者似不必區別。然其性質究竟不同。例如或人所有土地。於登記後。即以爲自己之所有權。因以所有者之資格占有之。是以所

有之意思爲占有也。又如或人行使地上權。因以地上權者之資格占有之。與或人借物使用。因以賃借權者之資格占有之。皆於自己而外。尙不能不信他之一人爲所有權者。是不以所有之意思爲占有也。就上例觀之。表面似同。性質則異。此皆以有意思占有者。惟於其意思上。有或以所有。或不以所有之別耳。於不以所有之意思爲占有外。尙有純無意思而爲占有者。即普通之代理占有是也。舉例言之。設有土地於此。自己代理他人管理。於登記後。而以土地所有者之資格占有之。自己對於此土地。並不存在如何之意思於其間。是純無意思而爲占有也。以所有之意思占有。不以所有之意思占有。二者之區別。最爲必要。蓋以所有之意思爲占有。與不以所有之意思爲占有。於適用取得時效。(取得時效詳總則中)大有差別也。

附案 地上權等爲狹義之容假占有。所謂爲自己之意思則有之。然無所有之意思。(民法要義卷二物權編第三十四葉)是也。故地上權等。當然屬於不以所有之意思爲占有之範圍內。○以所有之意思爲占有者。於日本民法。可適用第一百六十二條之取得時效。不以所有之意思爲占有者。則適用第一百六十三條之

取得時效。○第六十三條爲財產權之規定。與廣義占有之定義相合。故從廣義似不必區別。而其性質不同。適用遂異。所以必要區別之。民法要義（卷二）物權編第三十六葉）謂「依其性質。而關於時效之差別。於前編論之。」者。即第六十二條第六十三條之解釋是也。（占有者之義務參照）

（乙）善意占有與惡意占有

善意者何。不知權利之非屬自己。信爲有正當之權利而占有之也。惡意者何。明知權利之非屬自己。而仍占有之也。例如一物。本隸屬於他人所有權之下。因其似自己之物。即信爲自己之權利而占有之。是即善意。如盜竊品。已明知其物本隸屬他人所有權之下。非自己所有之權利。乃盜竊而占有之。是即惡意。善意與惡意之區別。亦爲必要。因取得時效。善意占有。於無過失時。經過十年。即屬時效完成。惡意占有。要經過二十年。始能時效完成。又果實問題。善意占有。爾後知非己有。而返還其物時。其物上果實。不必返還。惡意占有。於返還其物時。須並其果實而返還之。倘已消費。要償其代價。蓋善意占有。有猶得以過失爲說。故可不負賠償之責。惡意占有。並不得以過失爲說。凡

因其占有而生之損害。皆要賠償也。但占有雖爲惡意。仍視爲占有。例如竊物者。物雖非其所有。而爲其所持。故亦爲占有也。

(丙) 平穩占有強暴占有

此二者已於取得時効中言之。(詳總則)所謂平穩占有者。自其占有之時。並非以強暴之手段而爲奪取。及其占有之中間。亦未嘗以同一之手段而爲保持也。(平穩者對於強暴之詞。謂非因暴力而得。又非以暴力僅能維持之也。)(民法要義第一卷總則編第三百六十八葉)反之。即強暴占有。強暴者。包含脅迫及暴行之意。凡占有者。其平穩與強暴。皆以現時爲定。雖占有之始。由強暴手段奪取。而現時之保持。並無用強暴手段者。即爲平穩占有。或其占有之中間。以強暴手段保持。而現時不復用強暴手段者。亦爲平穩占有也。

(丁) 公然占有隱秘占有

公然者。視爲普通所有物。可公示於人者也。隱秘者。恐人知覺。藏匿之。不以示人者也。公然隱秘。皆一時者。而非永久者。故占有之始。本爲公然。旋隱秘之。即爲隱秘占有。雖

經隱秘。旋復公然。亦爲公然占有。公然隱秘。不問人果知覺與否。但問自己之公示於人與否。而分別之。例如一時占有動產。儲於倉庫。猶向人矯飾而匿其占有之意。是亦動產之隱秘占有也。公然反是。公然隱秘。亦要區別。就取得時效言之。必於時效期間內常爲公然。(平穩同)其時效始得進行。而後能享受時效之利益。若有一時之隱秘。(強暴同)則時效中斷矣。

(戊)繼續占有有不繼續占有

繼續占有者。自某時起。至某時止。中間毫無間斷。而占有之也。不繼續占有。則反是。以時效言之。如十年時效。中間無或間斷。即爲繼續。經過十年。則時效完成。若或間斷。即爲不繼續。而時效中斷矣。

以上五種。一種中各有兩方面。其反面(不以所有之意思。惡意。強暴。隱秘。不繼續)皆爲瑕疵占有。法律上保護之力。視無瑕疵占有較爲薄弱。蓋因占有之性質不同。法律之保護。遂隨之而異。此占有之性質。所以必要區別也。雖然。於實際占有果帶有如何之性質。多難證明。故法律上不能不設一應之推定。其推定亦惟以普通最多者爲標。

準。但限於無別段之證明者耳。日本民法第一百八十六條。即其規定。其第一項云。『占有者推定爲以所有之意思。善意平穩。且公然爲占有者。』第二項云。『於前後兩時。有爲占有之證據時。推定其間爲繼續者。』觀此規定。則占有之性質。難以證明者。皆推定爲無瑕疵占有。無瑕疵占有者。普通最多者也。惟於繼續之場合。須證明占有之起初。及其最後之時。方可推定。例如自今年爲始。以某屋爲住所。後至若干年爲止。仍以某屋爲住所。其間大抵未嘗遷徙。故可推定爲繼續。而法律於其間。常推定占有爲繼續者。何。是無他。法律以普通之場合。假定事實。其異乎此者。爲例外之事實。有主張者。須提出其證據。倘有反證時。則依其反證。所謂一應之推定者。決非絕對看做之。故以反對之意思。得擊破此推定。於新民法看做云云。限無別段之明文。決不許反證。至推定云云。則常得以反證擊破之。

(叁) 占有保護之理由

法律之保護占有。多滋疑問。夫占有或伴於其所占有之權利。或不伴之。於其伴之之場合。其權利既歸屬自己。於其占有之事實。則有保護之必要。無論何人。亦無爭論。於

其不伴之之場合。其權利既非歸屬自己。於其占有之事實。法律反爲之保護。得非保護無權利者乎。此始從事於法律者所不能無疑也。雖然。占有之保護。亦未嘗無理由。其理由如何。可分爲三。(甲)推定。(乙)怠慢。(丙)秩序。

(甲)推定

於大多數之場合。占有者即有權利者。於法律上。可推定其占有係伴於所占有之權利者也。蓋自社會實際上觀之。其以強盜奪取。或以暴行橫領。而占有他人之物者。誠不無其事。然於社會一般之比較上觀察。果以爲自己之權利而占有之爲多乎。抑以奪取或橫領而占有之爲多乎。後者究居少數也。且因占有而欲證明權利之確屬其人與否。最爲困難。例如甲有或物。乙詢此物自何人移轉。甲必告以某年月日。買受於丙。設又詢賣渡人果否爲所有者乎。甲不能答。於此場合。即係不能證明。而法律上以爲凡權利之行使。大抵係其人之真實權利。故當不能證明占有者之果否確爲權利者時。惟有推定其人係爲自己之權利而占有之者。倘果非其權利。至發生事實上之問題。則可訴之法廷。既無事實上之問題發生。自宜推定其占有係伴於所占有之權

利者矣。

(乙) 怠慢

即令可證明占有者爲非權利者。別有他之權利者存在。然權利者不主張其權利而行使之。至爲非權利者所占。是權利者之怠慢也。由怠慢所生之結果。即當由怠慢者擔任之。故法律寧保護占有者。而不保護怠慢者也。

(丙) 秩序

即令權利者亦無怠慢。而竟被非權利者占有之。於此場合。使不保護占有。權利者得訴以腕力。而侵他人之占有。則爭奪必多。是紊亂社會之秩序也。故法律保護占有。權利者但宜訴之法廷。踐其他適法之手續。而主張其權利。俟調查後。乃能證明其權利歸屬何人耳。於占有之當時。固應保護之。法律固不僅爲保護占有起見。實爲社會之秩序起見。是占有之保護。所以尤爲必要也。

第二欸 占有之取得

占有之取得。可分爲三。(壹)原則。(貳)代理占有。(參)占有之承繼。

(壹)原則

原則可分爲二。(甲)原始取得。(乙)繼受取得。

(甲)原始取得

所謂原始取得者。非從他人取得而占有者。最初取得之之謂也。據日本民法第一百八十條(見前)所揭示占有之要素。並取得之方法。已可知占有有二要素。一即心素。有爲自己行使權利之意思是也。一即體素。行使權利之事實是也。而在純然占有(即狹義占有)則謂體素爲物之所持。第一百八十條爲純然占有之規定。故謂爲自己之意思者。即心素。謂爲所持者。即體素。(至謂爲占有權者與占有自別。即因占有之體樣而法律上與以爲之保護之權利也。)心素體素。不可缺一。前已詳之。故取得占有。必要取得此二要素。而原始取得者。固具備此二要素者也。例如臨川投網。豫想如得魚。即爲自己之所有。而任意處分。是有爲自己行使權利之意思。心素具矣。既而果得魚。處分之。是有權利行使之事實。體素具矣。故原始取得爲占有取得之原則也。

(乙)繼受取得

所謂繼受取得者已爲他人所持。因他人之引渡而取得之之謂也。據日本民法第八十二條第一項云。『占有權之讓渡。依占有物之引渡而爲之。』此項所規定者。爲純然占有（即狹義占有）。故必爲有體物之引渡。若廣義占有。則云權利之行使足矣。不必云引渡也。引渡云者。即心素體素之移轉。蓋當讓渡之一方。與讓受之一方。爲讓渡行爲時。其心素同時由讓渡人移轉之於讓受人。固不待言。至體素亦即依於引渡而移轉之。若廣義占有。則於無體物之體素。不可得而見。其移轉時。即以意思之移轉。爲權利之移轉。因既無物之所持。即不必要以所持爲移轉也。例如債權之移轉。不在體素而僅在心素是已。

(貳)代理占有

自普通言之。代理占有亦爲容假占有（廣義）。因自己全無所有之意思。以代理他人之故而占有之也。容假占有（廣義）（即代理占有）可分爲二。（一）狹義之容假占有。例如地上權、賃借權等。對於其地上權、賃借權之行使。雖爲自己占有其家屋。或其土地。而對於自己占有之範圍外。應屬於所有權者之權利。由此點言之。乃爲他人占有者也。

(二)普通之代理占有並非爲自己之意思占有。亦非僅對於自己範圍外之權利兼爲他人占有。乃純然爲他人占有者也。代理占有亦爲容假占有(廣義)者。因其受本人之許可而占有之也。分之爲五。(甲)普通之代理占有。(乙)簡易之引渡。(丙)占有之改定。(丁)代理之移轉。(戊)容假占有(狹義)。

(甲)普通之代理占有

據日本民法第八十一條云。『占有權得依代理人取得之。』如甲委乙購物。乙因委任而受取目的物之引渡。乙非爲自己之利益。實代甲取得其利益也。此與普通代理同。法律上既認普通代理。故亦認普通之代理占有。例如後見人代被後見人受物引渡時。後見人非爲自己之利益。乃爲被後見人之利益也。是爲普通之代理占有。但有宜注意者。法文上於占有。往往云以爲自己之意思。而定義中亦往往云以爲自己之權利。據右之所述。普通之代理占有。並無以爲自己權利之說。豈非前後矛盾乎。不知代理人以代理人之資格爲取得時。仍以爲己之利益。特於取得後。以其効力及於本人。使本人取得占有而已。當代理人之占有時。固不啻以爲自己之權利而占有。

之也。

參考 民法要義第二卷物權編第二十五葉至二十七葉

世之學者。往往誤解心素體素之意義。謂心素必要占有者。有自己占有之意思。惟體素得使代理人行之。信其說者甚衆。是大謬不然者也。蓋在羅馬。不認純然的代理。前既論之。(民法要義再訂第一卷第二百二十一葉)故就占有之取得言之。因亦不認純然的代理。然實際不堪其不便。故於意思雖不得代表之。而事實得代表之。僅認爲代理占有而已。至於後世。一般雖認純然的代理。而關於占有。依然墨守羅馬法之舊套。於意思必要本人有之。唯事實得委之於代理人。所以令人苦於了解也。日本民法於占有之取得。亦認純然的代理。特於第一百八十一條明爲規定之。

或曰。依前條之規定。(第一百八十條)於占有必要有爲自己之意思。故不能認純然的代理占有。是說不免謬誤。不知代理人於代理人之資格。爲自己取得占有。然後其効力及於本人。因而能使本人取得占有權也。

或又曰。代理人以自己之意思。視爲取得占有者。與以本人之意思。視爲取得占有者。於實際應毫無所異。若然。則子之所論。得無不過爲空論乎。曰不然。若必要本人之意思時。則（第一）無意思能力者。一切不能取得占有。（第二）本人當爲委任於代理人時。有取得占有之意思。若代理人當始爲物之所持。本人已失意思能力。遂不能取得占有。（第三）本人於代理人爲不特定物之買入。而委任爲占有之旨時。本人尙不知占有之物。故代理人於買入之物。本人不得爲有占有之意思。尤以占有權爲物權以上。（案此依日本民法之編別解釋之。故以占有權爲物權。）其目的之確定固不待論。故於此場合。本人之占有權。不因代理人從賣主受物之引渡之當時而始。尙須代理人以買入其物之旨。通知於本人時。始爲占有權之取得。是雖反對論者。亦不聞有主張之者也。然則占有權亦同於他之權利取得之。不必要本人之意思。而占有權取得之法律行爲。亦如他之法律行爲。單以代理人之意思得爲之。故占有權之取得。亦依於代理人得爲之。（依以上所述。執第一百八十一條之主義。無區別法定代理人與他之代理人之

必要可知也。

(乙)簡易之引渡

所謂簡易之引渡 (Traditio brevi manu) 者。雖未引渡而已與引渡者等也。日本民法第百八十二條第二項云。『讓受人或其代理人於現所持占有物之場合。其占有權之讓渡。得僅依當事者之意思表示而爲之。』凡占有權之讓渡。心素體素不能缺一。惟簡易之引渡。則僅以心素爲移轉而已。蓋於欲讓渡占有權之場合。讓受人既以其物代讓渡人占有。例如受寄者買受受寄物是也。於此場合。體素已存於讓受人之手。僅移轉心素足矣。故占有權之讓渡。得僅依當事者之意思表示爲之也。又讓受人雖不自爲物之所持。而委之於代理人。其代理人同時爲讓渡人占有其物時。亦得僅依當事者之意思表示爲引渡也。例如甲以物託丙管理。繼以之賣渡於乙。甲爲讓渡人。乙爲讓受人。乙不自持其物。仍託丙管理。於此場合。丙不啻爲乙之代理人。因甲既讓渡其占有權。即代乙占有之。故不必有體素之移轉。僅移轉其心素。而爲意思之表示可也。

(丙)占有之改定

占有之改定 (Constitutum possessorium) 與簡易引渡爲正反對。日本民法第一百八十三條云。『代理人以自己之占有物表示爾後應爲本人占有之意思時。本人因之取得占有權。』據此規定。是讓渡人。不以體素直爲移轉於讓受人。而自爲讓受人之代理人。表示爲其人占有之意思也。例如賣主暫時借受其所賣之物。其心素業已於有讓渡行爲之時。移轉於讓受人。其體素亦因讓渡人爲讓受人之代理人而移轉之。蓋於此場合。讓渡人係爲讓受人之利益。而占有權正不得不視爲移轉也。(日本民法第一百八十三條與第一百八十二條第二項所規定之場合。皆爲羅馬法以來各國法律之所認也。)

附案 所謂賣主暫時借受其所賣之物者如何。例如甲爲賣主。即讓渡人。乙爲買主。即讓受人。甲乙爲讓渡行爲。其所賣之物。即應屬乙所有。然乙猶未受物引渡。而甲仍爲物之所持。於此場合。甲尙借受其所賣之物爲使用。特已明言。自今日讓渡始。爾後應爲乙所占有。是甲已非占有者。現時於物之所持。不過爲乙之

代理人而占有之耳。

第八十三條之代理人。就條文觀之。頗費解。然讓渡人(借主)已爲讓受人(貸主)之代理占有。故曰代理人也。

(丁)代理之移轉

日本民法第八十四條云。『依代理人爲占有之場合。本人對於其代理人。命爾後可爲第三者占有其物。第三者已承諾之。其第三者取得占有權。』此條爲規定依代理人爲占有之場合。占有權讓渡於第三者必要之條件也。蓋於此場合。因本人非自己爲占有。不能從本人引渡其物於第三者。往往使代理人爲其引渡。是第三者亦得依代理人而取得占有權乎。曰。若以此代理人直爲第三者之代理人。因之得移轉占有權。其便利固不待言。惟須有讓渡人與讓受人雙方之承諾。若有雙方之承諾時。占有權之移轉。固無論矣。雖然。甲之代理人。變爲乙之代理人否乎。於此場合。則以本人先爲第三者之代理人。更得第三者之承諾。而以自己之代理人爲復代理人。視爲第三者使其占有者。是仍必要得代理人之承諾否乎。曰。不必要其承諾。何則。其代理人

從本人之意思。於占有本有代理權者也。故今本人有停止其爲自己占有。而命其可爲第三者占有之旨時。苟代理人不辭其代理。即從其命。爾後得爲第三者占有其物也。惟於此場合。本人與代理人間之直接關係雖於是止。然依第一百七條之規定。代理人與第三者間。亦因復代理而生一般之關係耳。

附案 於第一百八十四條之場合。其例如何。設如甲乙丙三人。甲以所有物委託丙爲之占有。丙即甲之代理人。甲欲將其占有權讓渡於乙。依普通之手續。須由丙歸還於甲。甲以心素體素。依法定形式移轉之於乙。然嫌其過於曲折。取引繁而費用多。若欲簡省手續。則由丙移轉之亦可。然猶非其至簡省者。至簡省之移轉。祇須甲乙間爲讓渡之約束。甲既信用丙而委託其代理。此時甲亦可通告於乙。謂仍令丙代理占有之。乙復信用丙而承諾。即不必自爲占有。遂以丙之代理占有而取得占有權。

(戊) 容假占有 (狹義)

狹義之容假占有 (Possession preaire) 者。謂爲自己之意思占有之。同時又爲他人

占有之也。從代理一般之規定（日本民法第九十九條）代理占有之効力係單爲本人而生者（即僅爲本人占有者）是代理人非占有者也。雖然代理人亦有爲自己爲占有時。即占有者爲自己於占有物上行使或權利。與同時又爲他人行使或權利者。是也。例如行地上權者。自其地上權觀察之。爲純然之占有者無疑。然自所有權觀察之。可謂其人代所有者爲占有也。（其他如永小作權、借貸權、質權等。皆一方爲自己占有。一方爲所有者占有也。）

容假占有（狹義）往往有重層之場合。即於同一之土地。占有者可存三人也。例如甲爲土地所有者。乙爲地上權者。甲以土地設定地上權與乙。乙不行地上權。復以貸之於丙。於此場合。丙有三種之資格。（一）對於貸借之關係觀察之。爲自己占有。（二）對於地上權之關係觀察之。爲地上權者代理占有。（三）對於所有權之關係觀察之。爲所有者之代理占有。甲爲完全占有。乙與丙皆容假占有。

附案 容假占有之用語。容假占有。或云不完全占有。蓋非全部占有之也。或云擴充占有。此自所有者一方觀察之。甲之所有物而乙占有之。不啻擴充甲之占

有也。又曰間接占有。此亦自所有者一方觀察之。所有者爲直接。故從所有者占有之。爲間接也。所謂容假占有者。即謂見容於他人而使假爲占有也。凡用容假占有。多從狹義。若從其廣義。則用代理占有。

容假占有（狹義）固爲不完全占有。因行使地上權、永小作權、賃借權、使用借權、質權等之人。雖爲自己之意思則有之。然無所有之意思。是固不待論。第自理論言之。隨時可變爲完全占有。蓋占有本因意思與事實之合體而成。故其意思之變更。則占有亦得變更其性質。然如此。則於實際上不堪其弊。何則。所有者。其他行使所有權者。信用地上權者。永小作人。賃借人。使用借主。質權者等。委任其爲占有。其人或背其信任。而竊變更其意思。得爲自己所有權之行使。則占有之一切利益。皆不歸所有者。亦不歸有所有者之意思者。而歸於容假之占有者。是於所有者甚爲不利。故法律不可不特加制限。日本民法第百八十五條云。『於權原之性質上。占有者無所有之意思之場合。其占有者。非對於使自己爲占有者。表示所有之意思。或因新權原。更以所有之意思而始爲占有。則占有不變更其性質。』此立法者定容假之占有者。不得僅以自己之

意思變更其占有之性質。恣爲所有權之行使也。雜然。其可得變更者。亦未嘗無之。惟限於二個場合而已。如（一）對於所有者。更自稱所有者。表示爾後爲自己行使所有權之旨。（二）由新法律上之原因。以取得所有權。更始爲所有者之占有。其占有始變其性質。否則不變。以例言之。前者如稱爲眞所有者之相續人。後者如稱從眞所有者買取其物。是也。於是等之場合。非單以容假占有者之意思而變其占有之性質。尙依他之一權原。始得認爲新取得占有者。是即完全占有矣。

附案 權原者何。即權利之根原也。如地上權之設定。即地上權之根原。若不設定。則地上權即無從發生矣。賃貸借。即賃借權之根原。若無賃貸借。則賃借權即無從發生矣。使自己爲占有者何。所有者是也。表示所有者之意思者何。表示爾後以所有者之資格行使其權利。是也。

以權原之性質而論。則地上權者。賃借權者。本不能爲權利之行使。因於所有者之許與。始占有之。是以爲自己之意思占有。非以爲所有之意思占有也。然其所以得爲自己占有者。果何故乎。曰是因所有者使之然耳。故必要對於使自己爲

占有者。表示意思。稱自己本爲眞所有者。今回復自己之所有矣。於此場合。則占有之意思事實皆變更。占有之性質亦從而變更。

新權原者何。因新法律之原因取得所有權也。如因地上權之設定。及借貸借之根原。發生地上權及賃借權。而地上權者。賃借權者。忽稱從他之眞所有買得之物。則新權原發生。乃更以所有之意思始占有之。於此場合。占有之意思事實皆變更。占有之性質亦變更。

容假占有。必如是始成爲完全占有。若單以容假占有者之意思。自由變更其性質。則爲法律之所限也。

(參) 占有之承繼

既以占有權爲一種權利。則與他之權利同。均可承繼。故占有權之讓渡。法律亦認之。讓渡之方法。如前所述者是已。惟於占有之承繼。有一問題。即占有爲一事實。法律爲保護此事實。而與以權利。故承繼人(包含包括承繼人。特定承繼人。及讓受人)承繼前占有者之權利。據自己占有之事實。不可不有仰法律保護之權利。然此占有者。僅

依自己之占有而可仰法律之保護乎。抑僅可主張前占有者之權利乎。或得併前占有者之權利與自己之權利而主張之乎。此問題於各國立法例及學者間之議論甚不一致。日本民法則避錯離而取簡單。故於第一百八十七條規定之。其第一項云。『占有者之承繼者得從其選擇。僅主張自己之占有。或主張以前主之占有併於自己之占有。』其第二項云。『主張併合前主之占有之場合。其瑕疵亦承繼之。』法文之意。蓋以就第一百八十六條所論占有之性質言之。除第五之繼續不繼續外。皆關於占有者一身之事項。故新占有者（即承繼人）不得不就自己一身定占有之性質。是為原則。雖然新占有者（承繼人）既可承繼前占有者之權利。則主張以前主之占有併合於自己之占有。固自當然。惟於前占有者之占有。有惡意強暴。又隱秘之瑕疵時。其瑕疵亦不得不承繼之。或前占有者為容假之占有者時。假令新占有者有所有之意思。而以前占有者之容假占有。加於自己之占有。欲據所有之意思。以受此占有之利益。不可得也。例如甲以惡意於十五年間。為不動產之占有。甲死亡後。乙為其相續人。以善意繼續其占有。若乙占有五年。其後因真所有者請求返還。僅以乙之占有對抗之。

不過五年。故於日本民法不能依第六十二條第二項之規定。取得時効。反之。以自已占有之五年。加入甲占有之十五年。則滿二十年。甲之占有雖有惡意。得依第六十二條第一項之規定。取得時効。於此。則乙主張以自已之占有併甲之占有爲利也。若使甲之惡意占有五年。乙之善意占有十年。其後有眞所有者請求返還。乙得僅主張自己之占有爲善意占有。故得依第六十二條第二項之規定。取得時効。於此場合。設乙以自己之占有加甲之占有。而甲之占有爲惡意。要依第六十二條第一項之規定。不經過二十年。不能取得時効。今不過十五年。卒底不能取得時効。於此。則乙得僅主張自己之占有爲利也。故法律上與乙以選擇權。

附案 時効之規定。於善意占有。以經過十年爲取得。適用第六十二條第二項。惡意占有。以經過二十年爲取得。適用第六十二條第一項。依第一百八十六條之例。如甲以善意無瑕疵爲占有五年。乙以善意無瑕疵承繼占有五年。若僅以乙之五年計算。不能依第六十二條第二項之規定。取之時効。必要併甲之五年。始能取得之。是當主張以甲之占有併合於自己之占有爲利也。若主張

併合承繼前主之瑕疵者而得從其選擇之例。尙有可說明者。即甲以惡意占有十年。乙承繼之。以善意占有五年。若依第六十二條第一項之規定。似各得其半。兩相併合。當可取得時効。其實不然。乙仍要占有十年。方能併合甲之占有而取得時効。但於乙已占有十年時。乙僅主張其占有。以十年計算之。已可依第六十二條第二項之規定。取得時効。即併合甲之占有。以二十年計算之。亦可依第六十二條第一項之規定。取得時効。此亦可任乙選擇也。反之。則甲以善意占有五年。乙承繼之。以惡意占有十年。則不能取得時効。乙仍要占有十五年。然後能併合甲之占有。依第六十二條第一項之規定而取得者。是以併合爲有利也。又甲以善意占有九年。乙承繼之。以惡意占有一年。亦不得依第六十二條第二項之規定取得時効。乙仍要占有十一年。然後能併合甲之占有。依第六十二條第一項之規定而取得之。是亦以併合爲有利也。

第三款 占有之効力

占有之効力。可分爲二。(第一)占有者之權利。(第二)占有者之義務。

第一 占有者之權利

占有者之權利可分爲五。(壹)權利之推定。(貳)果實之取得。(參)權利之取得。(肆)費用之請求。(伍)占有之訴。

(壹)權利之推定

日本民法第一百八十八條云。『占有者於占有物上行使之權利推定爲適法有之者。』此爲占有之第一效果爲權利之推定而規定之也。蓋就占有之大多數言之。占有者大抵係有其行使之權利者。若奪取或橫領他人之物者實屬罕見。例如以所有之意思爲占有者。大抵爲眞所有者居多。行地上權者。大抵爲眞地上權者居多。故法律從其多數。限於無反對之證據時。以占有者視爲權利者。而此推定最重之適用。則在於所有權有相爭之時。(即占有者當行使其權利時)設有他人稱爲眞權利者。占有者不必先證明自己爲所有者。但須相手方證明其所有權。及證明自己(占有者)之不當爲占有耳。於此而果有反對之證據。則從其反證。若無反證。占有者固依然得以無證據而有其行使之權利也。是以占有者不必自爲原告提起訴訟。而待他人之訴。

自己可也。但占有者雖被原告提起所有權確認之訴時。於日本民法。猶得有第一百八十八條之適用。是即占有者所得適用推定之效果也。夫法律上何以爲權利之推定。因權利之證明。非常困難。自羅馬時。即有法律格言云。「權利之證明。鬼證明也。」可知其難。此法律之所以必要推定也。

附案 鬼證明之意。謂幽昧難知。非鬼無從爲其證明者耳。

(貳) 果實之取得

日本民法第一百八十九條。第一百九十條。即占有第二之效果。爲果實之取得。而規定之者也。關於此分爲二項言之。(甲)善意之占有者。(乙)惡意之占有者。

(甲) 善意之占有者

第一百八十九條第一項云。「善意之占有者。得取得占有物所生之果實。」於此有一問題。即善意從何時起算乎。依時効言。其善意必須從占有之當時起算。茲但指取得果實時言。其善意祇須從取得果實之當時起算。不問占有之當時。爲善意爲惡意也。例如地上權之占有。於其地上收取果實之當時。爲善意者是也。然此言天然果實。其

取收有一定之時。起算尙易。若法定果實其收取無一定之時。惟有以日割計算之。例如今日收取之當時。若爲善意。則今日以前之爲善意與否無論也。若爲惡意。則反之。善意占有者。有果實取得之效果。自淺薄之思想觀察之。尠不謂占有雖爲善意。其果實尙有真權利者存。其權利返還真主時。亦必併果實而返還之。似不能以善意占有之故。沒却真權利者。果如所云。是第百八十九條第一項之規定。頗乖於理。然法律之所以爲此規定者。其理由有二。

第一 懲真權利者之怠慢。蓋真權利者若主張其權利而行使之。何至被他人占有。今以怠慢之結果。至令占有者取得其果實。怠慢者不得不自負其責。法律即奪其果實。而認占有者取得。以懲警之。不爲過也。

第二 憐善意之占有者。蓋善意之占有者。概爲無過失者。大都因真權利者之怠慢。占有者始得爲其占有。於占有後。必投資經營。因而生出果實。故雖因真權利者之請求。不得不返還其占有物。然占有者豈可因之而受損失。若並其果實返還之。損失孰甚。况自事實上言之。果實之取得者。通常消費之以供日常生活之用。故若謂占有

物所生之果實。占有者不可不返還。則既以之消費。即不得不從自己之固有財產中償還之。如此則占有者不無因占有而反被損失之虞。故立法者特憐之。其善意所收之果實。不要返還於真權利者。是於羅馬法以來。西洋各國之法律皆然。特其條件。則因國與時而異耳。

或曰。法律使善意之占有者取得果實。其理由既如右述。其既消費之果實。不必要返還之。固已。然尙未消費者。豈不應使之返還乎。曰不然。占有者雖尙未消費其果實。然已信爲自己之所有物。故或不消費之。而反消費自己固有之財產者。或雖未消費之。而因有其果實。特增高生活之程度者。亦恆情也。若尙未消費之果實。必使其返還。則占有者被意外之損失者不少。且消費之有無。因偶然之事實而異。若必要使之返還果實。則占有者之權利。頗欠穩固。故於日本舊民法。與其他國之民法。區別視消費之有無爲返還與否之例。雖屬不尠。而日本新民法決不采之。

第一百八十九條第二項云『善意之占有者。於本權之訴敗訴時。自其起訴之時。看做爲惡意之占有者。』於此項所規定之場合。似一見瞭然。不必爲之特設。然無此明文。

亦甚不便。蓋事實上占有者大都因敗訴之時始生果實返還之義務。何則。占有者雖受訴後仍信爲自己之權利。且思量原告必應敗訴者。亦事所常有。若於受訴之始即認爲自己無權利者。甚屬罕見。故或於訴訟進行中依原告之證據方法等。僅至不得不認他方之權利。或已至敗訴後始不得已而認自己之無權利。甚至雖敗訴後尙有確信爲自己之權利者。但因法律上裁判確定之後。看做他方爲適法者。於自己之一方不復許其自信有權利耳。然訖至其敗訴時。若無本項之規定。即不得不專就事實分其善意與惡意矣。因此必要有本項之規定。而本項所以看做占有者自起訴之時爲惡意者。亦有所據。(一)因訴訟之原則爲訴訟者於其起訴之始。確定當事者雙方之位置。起訴之後當事者之位置生變更。影響不及於訴訟之關係。(民事訴訟法第九十五條)故裁判常遡於起訴之時而生其効力。(二)因占有者受訴時雖確信爲自己之權利。亦未嘗不豫想訴訟之結果。自己或有敗訴之虞。故遡於起訴之時亦係采本人之意思。據此二理由。所以爲如是之規定也。

(乙)惡意之占有者

日本民法第九十條第一項云。『惡意之占有者。負返還果實。且償還其既消費。因過失而損毀。或怠於收取之果實之代價之義務。』第二項云。『前項之規定。因強暴或隱秘。而占有者準用之。』此爲惡意之占有者規定之也。就第一項之規定言之。法律對於惡意之占有者。使負種種之義務。誠爲得當。蓋眞權利者雖屬怠慢。而惡意之占有者。即當初知爲他人之權利。自己不當行使之者也。故毫無保護之必要。却對於眞權利者。有保護之必要。而占有者之責任。則不外爲不法行爲者之責任。（日本民法第七百九條）是以本項於惡意之占有者。（一）使返還現存果實之全部。（二）使償還其既消費之代價。（三）使償還因於過失而毀損之果實之代價。（例如因怠於保存。使其償還所腐蝕米穀之代價。是也）（四）使償還怠於收取之果實之代價。（例如因怠於摘取既成之樹果。使償還所腐敗者之代價。是也）就第二項之規定言之。強暴。隱秘。之占有者。往往有出於善意者。例如占有者信爲自己所有之物。他人求其返還。而不允。因而竟訴以腕力奪取之。是即強暴占有。又或占有物確信爲屬於自己之所有。而他人有主張爲其所有者。謀奪其占有時。占有者因欲避其煩累。故隱秘之。是即隱秘。

占有也。若此者其占有雖爲善意。然以既有訴於腕力。或隱秘之。之過失。即不能如普通之占有者。有保護之必要。蓋法律所以保護善意者。爲防他人侵害之耳。自己苟屬善意。既應受法律之保護。設被他人之侵害。則可赴裁判所爲確認之訴。何用訴之於腕力。亦何用隱秘其占有乎。今不出此。而歸於強暴隱秘。於權利確定之認明。即不免致生混雜之感。況乎他人因其物之占有。非訴於腕力不得取之。或就其物有主張權利者。非隱秘占有。即有被人奪還之虞。如此。則占有者即當警覺。而認識其未必爲自己固有之權利。乃猶頑然固信爲自己之權利而不可動。迂矣。因此之故。法律視爲惡意。固自當然也。

強暴隱秘。此瑕疵爲一時者。前已言之。故關於此項之規定。但要其強暴隱秘之手段停止時。仍視爲善意占有也。

(參) 權利之取得

占有効力。於取得時効中。總則亦既揭載。彼處所言者。似可歸入於此。然彼之時効。必經過一定期間。始發生効力。此則即時發生効力。爲畧異耳。故特分別言之。至先占。

亦即時取得。從理論上言。亦可歸入於占有之効力。然先占乃專爲所有權取得之原因。(俟所有權中言之)非占有之効力也。

關於占有權利之取得。於日本民法第百九十二條云。『平穩且公然始爲動產之占有者。善意且無過失時。即時取得行使於動產上之權利。』此即瞬間時効。(或曰即時時効) (Prescription instantanée) 之規定。其條件與第百六十二條取得時効同。所不同者。彼爲十年。此爲即時。彼爲不動產。此爲動產耳。夫動產何以要取得即時時効。因動產之所在。極不確定。且其取引。亦最頻繁。設由甲轉乙。由乙轉丙。輾轉不已。別有意外之人。突出而主張動產上之權利。竟不得不返還之。則商業及其他一切取引。甚不安全。因之有妨商業發達。害社會進步之虞。故無論何國。於動產必設特例。使速以占有者得視爲權利者也。

參考 民法要義第二卷物權編第五十二葉

本條之條件。與關於不動產取得時効之第百六十二條第二項規定同。(再訂第一卷第三百六十一頁) 蓋受特別保護之占有者。無論動產不動產。當然同

一也。於外國不同條件之例雖多。然無正當之理由。故新民法不采之。

第九十二條之規定。雖多數國僅爲所有權設之。然所有權以外之權利。亦要設同一之規定。固無容疑也。故法律之明文。雖在僅就所有權規定之國。其解釋上亦常擴充之於他權利。日本新民法爲欲顯明此點。單云權利而不云所有權。惟實際之應用。所有權之外。惟質權可適用本條之規定。（於旅店宿泊之先取特權。運輸之先取特權。等亦非全無適用者。故特有第三百十九條之明文。）即債務者以他人之動產爲質物。債權者善意受取之。其債權者立時取得質權。不然則質權者往往受不測之損失。故與取得所有權者之間。不設區別者。職是故耳。

第九十二條所謂動產者。即有體物。是狹義占有之規定也。若廣義之占有。則包含無體物矣。又此規定爲即時時效之原則。惟從文字上論之。甚未適當。蓋時效云者。必有一定時間之經過。既曰即時。則並無時間之經過。又何足爲時效乎。但沿用既廣。改之亦未得其當。故仍之耳。對於此原則。有二例外。

第一例外 關於盜品及遺失物。不適用即時時效。日本民法第九十三條云。

『前條之場合。占有物爲盜品或遺失物時。被害者、或遺失主、自盜難、或遺失、之時起。二年間得對於占有者請求其物之回復。』此條之規定。對於前條之規定爲例外也。夫動產之性質上。不能輕易認爲眞權利者。故法律特爲保護占有者。實出於不得已。然保護善意之占有者。固自必要。而眞權利者。亦應有保護之之場合。即被害者、或遺失主、反其本意而失占有之場合是。故盜品、遺失物、不能適用即時時效之原則。法律上當然有此規定也。試思當權利者任意以其占有委於他人時。復由他人輾轉委於他人。固得適用前條之規定。例如權利者寄託其物於他人。由寄託者移轉於善意占有者之手中時。與權利者逢詐欺引渡其物於他人。詐欺者移轉於善意占有者之手中時。其占有者可立時取得其權利。是無他。以出於權利者之任意。故當使之失其權利耳。若權利者反於自己之意思而失其占有。與任意者本非一例。假令無此規定。必致與任意者一例視之。則實際上一旦失占有之動產。不易回復矣。夫占有被盜、或遺失時。在權利者實爲意外之災難。因之使遂失其權利。不無失於過酷之嫌。是以本條做外國多數之例。設一例外者。實由於此也。

參考 民法要義第二卷物權編第五十四葉

於被害者、或遺失主、失其占有之場合。如依不動產、於十年間得請求其物。則害取引之安全實甚。故法律短縮之爲二年。惟此應注意者。就不動產之取得時效言之。受時效之利益者。自占有其物起。必要十年。若就第九十三條言之。則善意之占有者。自爲占有時起。不要二年。(案此從占有者一方計算)但自盜難、或遺失之時起。經過二年。(案此從被害或遺失主一方計算)現在之占有者。具備前條之條件後。即可於其物上取得行使之權利。是也。

第二百九十三條爲保護第一權利者(即被害者或遺失主)之規定。然善意占有之第二權利者。(即買得盜品或遺失物者)亦不得不保護之。故對於此條。有一制限。漸復歸於第九十二條之本則。日本民法百九十四條云。『占有者以善意從競賣、或公市場、或販賣與其物同種之物之商人。買取盜品、或遺失物時。被害者、或遺失主、非辨償占有者所付之之代價。則不得回復其物。』此規定之意。蓋以盜難或遺失物之所有者。與其他之權利者。雖有受特別保護之正當理由。然尙不及占有者有受特別

保護之重大理由。故於所有者等之保護。不得制限幾分。即如占有者之一方。因競買其物。或於公之市場。又由販賣與其物同種之物之商人。善意爲買受時。可謂無毫末之過失。蓋以其爲正當購買物品之方法也。若於此場合。眞權利者尙得充分主張其權利。則取引之危險不可勝言。然權利者之一方。亦應特受保護。故立法者保護雙方之利益。權利者於此雖得取還其物。惟須辨償占有者所支拂之代價。若此。則於一方。使權利者得取還其祖傳之物品等類。於他之一方。使最可憐之占有者不致受金錢上積極的損失。是實至當之法也。

附案 盜品及遺失物之用語。盜品屬於刑法中言之。日本現行刑法附則第十五條。有其規定。遺失物屬於本法所有權中言之。

販賣同種之物之商人之例。如布商之於布。米商之於米。骨董商之於骨董。荒物商之於荒物等。是也。

第二例外 關於家畜外之動物。不適用即時時效。日本民法第九十五條云。『占有他人所飼養之家畜以外之動物者。其占有之始爲善意。且從逃失之時起。一

未受飼月內養主回復之請求者。取得行使於其動物上之權利。』此示關於動物之一特例也。蓋動物若爲家畜。亦與他之動產毫無所異。以其非可離人而生活者也。且一旦逸走。容易捕獲。反之。而爲家畜以外之動物。原不常爲人所飼養。偶有飼養者。一旦逸走。復不易捕獲之。故逸走之後。落於善意占有者之手。倘使其飼養主立時失其權利。頗嫌失之過酷。故特與以一箇月之期間也。

或謂此動物。以本不屬於人之所有爲本則。是當然較他之動物。及其他之動產。使之速失其所有權。故苟落於善意者之手時。宜以第百九十二條之規定適用之。是不然。他之動物。與其他之動產。常隸屬於人之所有。故往來之際。不能於捕獲拾得之當時。爲其所有者。盡人知之。反之。而爲家畜以外之動物。本不隸屬於人之所有。故於山野及其他道路發現之時。多誤解爲野生。而信爲得立時爲其所有者。若以之適用第百九十二條之規定。將見屬於人所飼養之家畜以外之動物。因一旦逸走。而頓失其所有權者。比比皆是矣。故爲保護飼養主。必要設此條之規定也。

參攷 民法要義第二卷物權編第五十八葉第五十九葉

說者謂家畜外之動物。非純然所有權之目的物。不過在人之占有間。假認之爲其所有物。若所有者一旦失其占有時。則其所有權應忽歸於消滅耳。(案換言之。則占有依然存在)依此說以說明本條之規定。則是依法律之假定。自逃失之時。一個月內。尙視爲原所有者不失其占有。且對於惡意之占有者。則逃失之後。經幾許之日月。更可視爲原所有者不失其占有矣。然本條不采此說甚明。何則。於如何爲法律之假定。而失占有後。一個月內。視爲其占有繼續者。既甚遠於事實。且對於惡意之占有者。經幾許之歲月。尙不至失其占有。亦反於自然之最甚者也。

附案 第九十五條之要件。(一)要爲動物。又在家畜以外者。(二)要爲一個月。家畜以外之動物。例如狐狸、虎、熊、鶯、金絲雀、鯉、鮒、鯛等是。反之。如牛、馬、犬、貓、家、鴿、雞、鴨、金魚等。皆家畜之動物也。

第九十五條爲第九十二條例外規定之一。然由立法之精神上看之。尙可爲第一例外之例外也。

(肆)費用之請求

占有者返還占有物於權利者時。得爲償還費用之請求。蓋占有者於占有物上加以費用。因之而生利益。受返還其物之權利者。無因而享受之。可乎。故不問其占有之爲善意。與爲惡意。其費用之全部。或一部。要償還之。固所當然。唯應從費用之種類。以爲償還之限度不同耳。西洋古來。於費用分爲三種。甲。必要費。乙。有益費。丙。徒冗費。

(甲)必要費

必要費 (Dépenses nécessaires) 者。關於管理行爲必不可缺之費用也。管理行爲。兼保存利用而言。故又曰保存費。凡因保存。及利用。而生之費用。皆屬必要費。如修繕費。租稅。等是也。於此等費。若不用之。即不能爲其管理。故占有者於用之之後。受物返還之權利者。不得不償還其金額。日本民法第百九十六條第一項云。『占有者返還占有物時。爲保存其物所費之金額。及其他必要費。得令回復者償還。但占有者取得果實時。通常之必要費。歸其負擔。』此即關於必要費之規定也。惟必要費中之金額。若出於過分時。則僅於其必要部分認爲必要費。當償還之。其他部分屬於冗費者。(即

所謂徒冗費。則不要償還也。

附案 管理行爲兼保存利用而言。所謂關於保存之必要費者如何乎。舉例言之。如家屋修繕費。今有家屋一部損壞。若不修繕。將有損壞及於全部之虞。即不爾。亦不能爲原狀保存。欲保存之。必加修繕。於是有修繕之費。又如動產看守費。今有動產。恐其紛失。須雇人看守。方能保存。於此雇傭。必有報酬。於是有看守費。又如動物飼養費及植物栽培費。欲保存動植物。必加飼養栽培之料。於是有飼養費及栽培費。是皆關於保存之必要費也。所謂關於利用之必要費者如何乎。舉例言之。如開墾消耗費。今有土地。若不耕作。則荒蕪可惜。欲開墾而耕作之。必須費用。於是有消耗費。又如租稅。凡所有物上。無不有租稅之負擔。故爲利用一日之家屋。即應納一日之家屋稅。租稅得非費用乎。是皆關於利用之必要費也。餘可類推。

本項本文之規定。爲關於費用之原則。其屬於稍爲特別者。則於但書規定之。蓋必要費。細別之爲通常臨時二種。通常必要費者。例如更換疊表。(日本室中鋪地之薦。與

更換障子之張。(日本室中有扞壁。可以左右推動之者。謂之障子。以紙糊之。所謂障子之張者。即其所糊之紙也。)及其他物之使用。通常所生之小費。若由其物生出果實時。可於其果實中支拂之。是也。臨時必要費者。例如因天變地異等。至須將其物大爲修繕。而生出費用。及其他費用之額較大。難以果實支辦之者。是也。一般之原則。占有者得併此兩種。使由權利者償還之。雖然。通常必要費。既以果實支辦。則占有者取得果實。於此費即不得不自辦之。不然。則權利者必至受不當之損失矣。是以依第百八十九條之規定。善意占有者。可取得果實。則於其取得相當之期間。不得對於權利者請求通常必要費之償還。此本項所以有但書之規定也。

(乙)有益費

有益費 (Dépenses utiles) 者。雖於物之保存不必要。然有此費用。亦可以增其物之價值者也。又謂之改良費。例如於土地之上。築造建物。及其他之工作物。或於其建物之上。施以裝飾。是也。關於有益費之規定。日本民法第百九十六條第二項云。『占有者爲占有物之改良。所費之金額。其他之有益費。限於其價格之增加現存之場合。從

回復者之選擇。得使償還其所費之金額及增價額。但對於惡意之占有者。裁判所得。因回復者之請求。許相當之期限。夫有益費既可以增加物之價格。若權利者不償還之。必至受不當之利得。所以當爲償還者。是基於不當利得之原則。蓋法律雖保護權利者。然使之受不當之利得。則不可也。雖然。因其費用所生之增價額。若當物之返還時。已不存在。權利者毫無利益之可受。因之即無償還費用之必要。例如占有者施裝飾於家屋後。其家屋因火災而燒失時。裝飾亦燬。不得以其費用請求於權利者。固自當然。故法文云「限於價格之增加現存之場合」也。

有益費於物之保存原不必要。惟因增價之理。而生償還之責。故若其所增價額。不及費用之額。權利者亦不必償還其全額。或者因其費用特爲有益。因而所生之增價。却較費用之額爲多時。權利者尙可償還其增價額。否則但償還其所費之金額亦可。夫使有益費之償還。雖基於不當利得之原則。然所謂不當之利得者。原無正當之理由。特爲不得利己害人。因之發生義務耳。（日本民法第七百三條）故使物之增價額較費用爲多。權利者償還其費用額於占有者時。占有者固毫無損失。雖權利者儘有

利得。決不得謂其不當。故於本項所以有從權利者之選擇。或償費用之全部。或返物之增價額之規定也。

法律使權利者償還有益費之全部或一部。既如所述矣。又何以有但書之規定耶。蓋權利者若立時賣却其物。大抵可得其增價額。以之償還於占有者。毫無受不利益之虞。然權利者多無立時賣却其物之事。倘任占有者隨意濫施費用於他人之物。即得請求其費用。或其增價額。於權利者。使償還之。則權利者一時無償還其費用之準備。不免大感困難。甚至惡意之占有者。保無冀得其物之留置權。因使權利者不能行使物之回復權。特施莫大之費用。而請求其償還者乎。若此。則法律本爲求公平之故。而使爲費用之償還。反致生出不公平之結果矣。故立法者有見於此。對於惡意之占有者。使裁判所因權利者之請求。得與之以相當之猶豫期間。以防此弊。是即但書之意也。至本項所謂惡意之占有者。謂於加費用時爲惡意耳。

除因惡意而始爲占有外。占有者於未受本條所定費用之償還時。得繼續占有其物。是第二百九十五條所規定也。由此以觀。益知本項之規定爲必要。蓋於惡意而加以

有益費之占有者。非必以惡意而始爲占有者也。是與第二百九十五條第二項相當。僅依本項之規定。於裁判所許與期間時。而與第二百九十五條第一項但書相當。故於有益費不有留置權也。

附案 第二百九十五條第一項云。『占有他人之物之占有者。有關於其物所生之債權時。以受其債權之辨濟爲止。得留置其物。但其債權不在辨濟時期。不在此限。』第二項云。『前項之規定。因不法行爲而始爲占有之場合。不適用之。』所謂限於其價格之增加。現存之場合者。例如於土地上設建物。若建物已被燒燬時。其價格之增加。固非現存者。若燒失其半。現存其半。此現存之部分。設於其土地之價格仍可增加。尙得請求權利者使償還其費用也。

所謂從回復者之選擇償還其所費之金額。或增價格者何。自實際上觀之。往往償還其增價格。而不還所費之金額。因增價額常較所費之金額少也。但有增價額反較所費之金額爲多時。如以至少之費用。築造建物於土地上。其築造時。材料價格甚廉。築造之後。材料騰貴。而建物之貸金因之增加。則土地之增價額。自

較所費之金額爲多。此等之事雖屬少數。亦不可謂絕無其例。於此而償還其增價額固可。然但償還其所費之額亦可。是即從回復者之選擇也。

所謂對於惡意之占有者裁判所得因回復者之請求許相當之期間者何。蓋因占有者所費之金額雖少。而生出之增價額。却超過數倍。若回復者不償還其費用。則占有者應有留置權。而留置其物。此於善意之占有者有然。然因占有者應有留置權之故。若回復者無力即能償還之。則其物即被留置。因此而惡意之占有者欲得留置權以留置其物。故意加多費用。使回復者卒底不能償還者。亦屬常有之事故。但書之規定。爲對於惡意占有者預防其留置權之利用。而爲之設。制限也。

(丙) 徒冗費

徒冗費 (Dépenses voluptuaires) 者。於物之保存無必要。又於物價亦不能增加。不過應於占有者之嗜好。供其快樂而已。故又曰奢靡費。例如變更庭樹之位置。改換建物之模樣之類。是也。如此等費。於權利者毫無利益。若必要償還之。則權利者受其損

失矣。故一切冗費不能對於權利者請求償還也。

(伍) 占有之訴

占有之訴 (Action possessoire) 可分爲三：(甲) 占有之訴之種類。(乙) 占有之訴之期間。(丙) 占有之訴與本權之訴之關係。

(甲) 占有之訴之種類

日本民法第一百七十九條云：『占有者從後五條之規定得提起占有之訴。爲他人占有者亦同。』爲他人占有者即代理占有。在代理權限以內可提起訴訟也。占有之訴之種類可分爲三：(一) 占有保持之訴。(二) 占有保全之訴。(三) 占有收回之訴。是也。

占有之訴。一切之占有者皆得提起之。於代理人占有之場合。代理人亦得爲本人提起。固不待論。雖然。若法文上僅言占有者得提起占有之訴。則代理人非占有者。似不得提起。是不能無疑也。因此特於本條明言之。

(一) 占有保持之訴

占有保持之訴者。占有者受他人之妨害。爲保持現在之占有物而提起之。訴之謂也。

日本民法第九十八條云『占有者其占有被妨害時得依占有之訴請求其妨害之停止及損害之賠償』此對於現在之障害而爲之規定也其目的在停止其妨害且使賠償因其妨害所已生之損害例如自己之占有物他人竟稱爲彼之所有欲以腕力奪取之者可訴於裁判所而請求使停止其暴行或使賠償因其暴行所生之損害是也。

(二) 占有保全之訴

占有保全之訴者占有者於將來之妨害有必要預防時而提起之訴之謂也日本民法第九十九條云『占有者有被妨害其占有之虞時得依占有保全之訴請求其妨害之豫防或損害賠償之擔保』此對於將來之障害而爲之規定也其目的在於豫防其妨害或就於將來有可生之損害於其賠償使供相當之擔保例如隣地之所有者與占有地（伊）不隔相當之距離而欲爲建築（日本民法第二百三十四條）當其尙未建築之始得請求其存相當之距離又如隣地之家屋於既朽廢而將傾倒時得請求其施相當之支柱以防其傾倒或豫想因其傾倒可生如何之損害而必要賠償

者。使豫供擔保。是也。日本舊民法之急害。告發訴權及新工告發訴權亦多屬於此種。

(三) 占有回收之訴

占有回收之訴者。占有者於已經被奪其占有之場合而提起之訴之謂也。日本民法第二百條第一項云。『占有者既被奪其占有。得依占有回收之訴。請求其物之返還。及損害之賠償。』第二項云。『占有回收之訴。對於侵奪者之特定承繼人。不得提起之。但其承繼人知侵奪之事實時。不在此限。』此對於過去之障害而爲之規定也。其目的在於其物之返還。及由其侵奪所生之損害之賠償。例如侵奪者逐家屋之占有者而使離其家屋時。占有者至受損害。固不待言。故侵奪者不但要返還其物。即占有者所受之損害。亦不得不賠償之。第一項之規定如是。自理論上言之。占有物業已被奪。則已失其占有。何得仍有占有之權利。然如此。則占有者甚不安穩。法律所以有保護占有之必要者。即防其被他人侵奪耳。若以爲被奪後即不得有其占有之權利。是豈法律保護占有之意乎。是以本項特爲如是之規定者。亦以占有之被奪。實出於他人之意。甚反乎占有者自己之本意也。故占有者於被奪而提起訴後。法律於其占有。

即視爲繼續。於時效亦不使歸於中斷。此第一項規定之所以然也。至占有回收之訴。不得對於侵奪者之善意特定承繼人提起。若是者何也。蓋占有之訴。本爲救護占有權之財產權（狹義則爲物權）而設。無論對於何人。皆得行之。是其原則。（但損害賠償。惟對於使生損害之人得請求之。是不待言。）而占有保持之訴。及占有保存之訴。皆全從此原則者也。惟占有回收之訴。對於侵奪者善意之特定承繼人不得提起。是無他。占有者之占有。既已被奪。事實上業已移轉於他人。故原占有者（即侵奪者）以之引渡於善意者。善意者信爲正當得其占有。固屬當然。若以原占有者曾行侵奪之不法行爲。舊占有者（即被侵奪者）得向善意之現占有者（即侵奪者之特定承繼人）取回占有。是背保護之本旨。必致不保護占有者而保護非占有者。（日本民法第二百三條但書參照）（即謂現占有者仍係承繼侵奪者所侵奪之物。似同於侵奪者。可以提起訴訟。然就占有之事實規之。則已確係特定承繼人。而非爲侵奪者。雖過去之舊占有者。固應保護。而現爲占有之善意第三者。尤當保護。故對之不得提起訴訟。使受意外之虞。）此第二項規定之所以然也。雖然。承繼人

若知其事實。則不得受此保護。例如承繼人爲買主。知其物由侵奪而來。尙復買受之。之場合。是也。

參考 民法要義第二卷物權編第七十一葉

舊民法。他人以詐術奪取而爲占有時。舊占有者雖得行回收訴權。然若因於詐術。占有者失占有之意思時。其占有權應歸消滅。故決不能提起回收之訴。反之。而不失其占有之意思。因其占有爲被奪者。應有本條之適用。決不待言也。

(乙) 占有之訴之期間

占有之訴之期間。以一年爲原則。日本民法第二百一一條第一項云。『占有保持之訴。自妨害存在間。或已停止後。須於一年內提起之。但因工事而使占有物生損害者。自其工事著手之時起。經過一年。或其工事已竣之時。不得提起之。』第二項云。『占有保全之訴。妨害之危險存在間。得提起之。但因工事使占有物生損害之虞時。準用前項但書之規定。』第三項云。『占有回收之訴。須從侵奪之時。一年內提起之。』是規定得提起占有之訴之期間也。蓋占有之保護。在保護其事實。故若他人妨害占有。或

欲妨害占有時。須在妨害或危險存在之間。提起占有是訴。是爲本則。又占有者。其占有被奪時。非速提起占有之訴。則侵奪者。或其承繼人之占有確定。舊占有者占有之事實。全歸消滅。故占有回收之訴。有須從速提起之理由。立法者有見於此。特爲提起占有之訴。設短期間。倘於此一定期間內不請求之。則無保護之必要矣。此本條之精神也。

就第一項言之。占有保持之訴。須於妨害占有之存在間。或其妨害之既止後。一年內提起之。所謂於妨害之存在間提起之者。即請求停止其妨害也。所謂於妨害既止後提起之者。即請求其損害之賠償也。占有保持之訴。於一年內得提起之。一年以外。則不得提起。例如有主張爲占有物之所有者。突出而以暴行欲奪還其物。於此場合。自其暴行之繼續間。及其暴行之既止後。非在一年以內。不得提起占有保持之訴。是無他。已在一年以降。其人不爲妨害時。則其人爲妨害之意思已經斷絕。故無須使停止其妨害。即無提起訴之必要也。又一年以降。雖至於損害賠償。然非現今受妨害以上。不許以單爲占有者之故請求之。惟得爲他之請求。即占有者就於其物證明有真權。

利則從一般之原則。得求賠償。故就妨害之既止後言。經過一年時。不須許其得提起占有保持之訴也。至占有者就於其占有物不有真權利。從關於不法行爲一般之規定。得爲損害賠償之請求。於此場合。雖至一年之後。祇須不罹於其權利之時效間。得爲其請求。亦不須許其得提起占有保持之訴也。（日本民法第七百九條第七百二十四條參照）

第一項本文之規定。本爲保護現在之障害而設。於普通之場合。可謂極得其當然。因於占有妨害之性質不同。則起訴之期間亦異。故尙有雖在妨害之存在間。或妨害且及於永久。與妨害之既止後。不許其以一年之期間提起此訴者。即因工事而加妨害於占有物之場合。是也。例如隣地之所有者。當築建時。占領占有地之一部。或其疆界。纔不存相當之距離。當其建築將落成時。突然提起占有保持之訴。使取除其建築物。不惟隣地所有者。生莫大之損害。於國家經濟上。實不得不謂爲暴殄天物。況於其建築已全落成後。而使取除之耶。故第一項但書之規定。於是等之場合。其工事竣成之後。不許復提起此訴。固不待論。即其竣成之前。自工事著手時起。已經過一年時。不許

復提起此訴者。即此旨也。

就第二項言之。占有保全之訴。於妨害占有之危險存在間。得提起之。固不待論。若已無危險之存在以上。則不得復提起此訴。不特此也。其危險已變而爲妨害之事實。於占有保持之訴。雖得提起。於占有保全之訴。則不得復提起之。例如隣地之家屋。將就傾倒。隣地之所有者。改築其家屋。或其家屋已傾倒時。不得復提起此訴。是也。

第二項本文。爲保護將來之障害而設。於普通之場合。爲當然之規定。雖然。占有保全之訴。亦猶占有保持之訴。有因於工事而被損害之訴者。其在工事中。勿論已。即工事落成後。雖妨害之危險常存。倘無論何時得提起此訴。使爲其妨害之豫防。或損害賠償之擔保。則施其工事者。不免受莫大之損失。故就於保全之訴。亦與保持之訴。設同一之制限。例如隣地之所有者。於占有地之近傍。築造建物。因構造不完全。而有傾倒之虞時。以提起占有保全之訴。得使變更其建物。或施防其傾倒之工事。然其提起訴時。必在建物落成前。自著手之日起。不經過一年內。是也。

就第三項言之。因占有回收之訴。所論之理由。故須自侵奪時起。一年內提起之。而一

年內提起此訴時。依日本民法第二百三十條規定。占有者視為未嘗失其占有者。此為保護過去之障害而設也。

(丙) 占有之訴與本權之訴之關係

占有之訴。但保護占有而已。不問占有者為權利者與否也。本權之訴。 (Action p^ossi-
simo) 即於其所占有之權利。以其物之主張為目的者。兩者目的不同。故各自獨立。
日本民法第二百二條第一項云。『占有之訴。與本權之訴。互不相妨。』第二項云。『占
有之訴。不得基於關於本權之理由裁判之。』第一項所規定者。謂以占有者之資格。
提起占有之訴。同時復以所有者之資格。提起本權之訴。或一方以占有者之資格。提
起占有之訴。同時他之一方。以所有者之資格。提起本權之訴。互不相妨。是也。蓋於普
通之場合。占有者雖為權利者時。有僅提起占有之訴。不提起本權之訴者。或有僅提
起本權之訴。而不提起占有之訴者。至占有者於不能證明其為真權利者。或全非權
利者之場合。則僅得提起占有之訴。固已。然於占有者即權利者。如為提起占有之訴。
不得提起本權之訴乎。或已提起本權之訴。更不得提起占有之訴乎。或雙方提起時。

必待一方已有落着。然後爲他方之訴之裁判乎。果爾。則大背於占有之訴之性質。故於日本舊民法與其他各國之法律。非無反對之例。然新民法決不采之。以占有之訴。與本權之訴。毫不相妨也。

第二項之規定。則因第一項之理由。不得據占有之事實。以決本權之訴。固不待論。但占有者先受爲權利者之推定。如日本民法第百八十八條所規定。又因於占有而即得權利。又歷歲月而始得之。固自然也。而基於本權之理由。以決占有之訴。亦斷不許。例如甲占有乙所有之不動產。乙訴以腕力。自甲追取其不動產時。若甲對於乙提起占有回收之訴。而乙即對之主張自己爲真所有者。以圖制勝於法廷。是所不許。不然。權利者必常蔑視占有者之權利。不以適法之方法而濫奪占有。如此。則占有其物之保護。全歸有名無實。所謂占有之保護。不過爲本權之保護而已矣。是豈爲保護占有之精神耶。此第二項之所以爲如是之規定也。

附錄 橫田學士物權法第七十葉至第七十三葉

占有訴權者。基因於占有。以保護關於物之實力關係爲目的。本權訴權者。基因

於實體上之權利。以定關於物之實體上之權利關係爲目的。此二訴權相互之關係如下。(一)占有之訴與本權之訴其訴訟手續不同。占有之訴專以維持現在之狀態爲目的。且望其迅速完結。故不論其訴訟物之價格如何。必屬於區裁判所。其手續簡易。本權之訴則不然。從其目的物之價格。有時屬區裁判所。有時屬地方裁判所。其手續煩重。(二)本權之訴與占有之訴得兩立。是即民法第二百二條之所規定。蓋占有權與實體上之權利得兩立者也。物之所有者。同時爲物之占有者。則所有者得兼有所有權。占有權。其他以物之占有爲必要之物權。(案此論於占有主狹義)者亦然。本權之訴與占有之訴其目的異。故其效用亦異。權利者得兼此二訴權而行使之。不因行其一而失其一也。故占有者基於其占有。提起占有回收之訴爲敗訴時。更得以所有權爲基本。提起本權之訴。(即所有權回復之訴)或於本權之訴雖敗訴。然於占有之訴不妨爲勝訴者。(三)占有之訴不得基於本權之理由以裁判之。占有之訴以保護占有爲目的。不問其占有爲正當與否。無關於占有訴權之行使。故占有之訴之提起。被告不得以關於

物之實體上之權利。屬於自己爲理由。而擅其請求。是以有「兩訴權不能合併」之格言。兩訴權不能合併審理。自不待言。本權之訴未定以前。占有之訴。不得中止。雖本權之訴在前提起。亦然。蓋占有之訴。以迅速完結爲必要。若完結遲延。占有訴權之効力。必大減殺。故舊民法規定本權之訴。在占有之訴完結以前須中止。此出於保護占有之精神。然新民法則無此規定。兩訴得同時繫屬於裁判所。各獨立進行。本權之訴。先占有之訴完結。亦不妨也。

第二 占有者之義務

占有者之義務。即賠償之責也。日本民法第九十一條規定之云。「占有物。因有須歸責於占有者之事由滅失。或毀損時。惡意之占有者。對於其回復者。負賠償其損害之全部之義務。善意之占有者。因其滅失或毀損。於現受利益之限度。負賠償之義務。但無所有之意思占有時。雖爲善意。亦須全部賠償。」此明關於占有者所占物之責任也。蓋自純理言。若占有者非真權利者時。固負返還其占有物於真權利之者責。因此。若由其所爲（故意）或過失。致占有物之滅失。或損毀時。當負賠償之責。就惡意

之占有者言。固當依此原則也。至善意之占有者。已如日本民法第百八十九條所述。法律概視爲無過失者。反以真權利者認爲怠慢者。故占有者不可因於占有物而受其損失。若然。則占有者自信爲真權利者。當然可於其權利之目的。隨意處分。無論何人。亦不能咎之。故雖故意滅失毀損其物。或怠於保存之注意。以致滅失毀損。可謂一切無責任者。不然。則不得不以固有之財產償還之。而至於受其損失矣。雖然。善意之占有者。亦不許其爲不當之利得。故因滅失毀損而現受利益時。於其利益之限度。應爲返還於真權利者。固自當然。(日本民法第七百三條)例如家屋之占有者。毀損其家屋。而尙占有其木料石料等時。則當返還其木料石料等。又或賣却其木料石料等。而占有其代價。或以之使用於有益時。不得不返還其木料石料等之代價。如此類者是也。

右之所述。專以所有之意思爲占有者適用之。他之占有者不得適用。故無所有之意思者。雖爲善意之占有。單於行使地上權賃借權等之場合。既信其物爲他人之所有物。決不可滅失毀損之。若滅失毀損之時。則於本人。不問其所有者之爲誰。信爲滅失

毀損他人之物。故使之負責任。是以有但書之規定也。

第四款 占有之消滅

占有之消滅。可分爲二。(壹)原則。(貳)代理占有之消滅。

(壹)原則

日本民法第二百三條云。『占有權。因占有者拋棄占有之意思。或失物之所持。而消滅。但占有者提起占有回收之訴時。不在此限。』此揭關於占有權消滅之一般規定也。蓋占有者從心素與體素二者而成。已於前論之。(日本民法第一百八十條以下)故占有者若於此二要素失其一時。則失其占有。此理之所當然也。(即占有者失其占有之意思。或失其物之所持。則占有權不得不歸於消滅也。)

占有者失心素時。則失占有權。原則也。雖然。占有者要不失其心素。是決不必要占有者意思之繼續。不然。則占有者之睡眠中。亦可謂爲占有權消滅者矣。故惟要占有者不有反對之意思。(即謂出於占有者之本意)而任意拋棄之。則爲失其心素。例如以拋棄自己之所有物之意思。而棄於往來之途。是失心素與體素。故可失占有權。至其

物雖爲所持。然並無爲自己占有之之意思。而以爲他人之物。有爲其人爲占有之意思時。則其占有權消滅。可移轉於他人。已如前論矣。（日本民法第百八十三條以下）若夫占有者雖喪失心神。然尙未有法定代理人。決不失其占有權。又占有者死亡。暫未確定相續人。決不得謂占有之中斷。（日本民法第百六十四條參觀）雖純理上一旦失其占有者則占有消滅。因之於占有者死亡。不得不謂爲占有之中斷。然相續之効力。乃遡於死亡之時者。故不得爲占有之中斷也。

心素如是。至於體素。亦不必要繼續。如占有者已經他行。雖於自宅之器具。與其他之動產。難云所持。然苟未移於他人之占有間。即令自宅無監守人。或無代理占有之場合。其他行者決不失其占有。又占有者即因他人奪其占有之場合。提起占有回收之訴而返還之時。嘗視爲不失其占有。不然。法律許與占有者以占有回收之訴。爲占有者不能受充分之保護矣。如占有者於善意之場合。雖一時（瞬間）被他人奪其占有時。非更經過十年。或二十年。則不能受時効之利益。是豈得爲充分之保護乎。

依第二百一條。占有回收之訴。當自侵奪之時起。一年內提起之。故於本條但書之場

合。常爲自侵奪之時起。一年內爲提起占有回收之訴。可知。雖然占有者爲不失占有。果必提起占有回收之訴否乎。換一語言之。即一年內侵奪者任意返還其物時。則如何。自法文上觀之。或見爲必不可不提起訴。然立法者之精神則不然。蓋立法者一年內提起其占有之訴而回復其所占有時。注重於其回復。雖事實上一旦失其占有。然仍視爲未嘗失者。是實法律上急欲言之之旨。特於其事實上之回復以前。已被侵奪而任意返還之場合。不及思耳。是或得云法文之不備。至其精神。毫無可疑之處也。如非法律上本有視爲未嘗失者之意。而但有事實上之返還。則於原占有者一旦失其占有。當從侵奪者受返還時。固可承繼其占有。於此場合。即並承繼侵奪者之占有之瑕疵。與未嘗失占有者。其效果大不同也。

或曰。本條但書云。占有者爲提起回收之訴。不在此限。依此規定。是占有者苟提起訴訟以上。必不要其勝訴。更可不要回復。占有皆可不失其占有矣。此實爲拘泥於法律文字上之曲解。殊知單提起訴。若裁判以前不繼續之時。於訴訟法上。其訴直與並未提起者一例耳。至一旦勝訴時。自應據其判決。得回復占有。（若占有者不行使此

權利時。則竟直失其占有。固不待論。不然。則不得以現占有者視爲其人之代理人。〔案惟其回復後。方不至失其所占有。故可以現占有視爲其代理人。否則反是。〕故其人既不行使權利。猶以之爲占有者而保護之。是全反於占有之觀念者也。例如善意之占有者。於一年間爲占有。其後以他人奪其占有。殆經過一年。而後提起占有回收之訴。竟爲勝訴。而不行使權利。其後八年餘。當眞權利者欲取戻其物時。雖自己已於十年間爲占有。亦不得主張取得時效之利益。無容疑也。又動產之占有者。於占有回收之訴。爲勝訴後。而不行使權利。善意者欲自侵奪者。買取其物。舊占有者尙以爲不失其占有。而現占有者將受第九十二條之利益。不得妨之。亦無容疑也。

(貳)代理占有之消滅

日本民法第二百四條第一項云。『於依代理人爲占有之場合。占有權因左之事由而消滅。』第一號云。『本人拋棄使代理人爲占有之意思。』第二號云。『代理人對於本人。表示爾後爲自己。或爲第三者。以占有物爲所持之意思。』第三號云。『代理人失占有物之所持。』第二項云。『占有權不得僅因代理權之消滅而消滅。』此於

代理占有之場合。而定本人失占有之原因也。於此場合。占有之心素。體素。與他之場合。毫無所異。雖然。若本人失使爲代理占有之意思時。即令代理人有心素與體素兩者。本人之占有權。必不得不消滅。故於代理占有之場合。占有消滅之原因有三。(甲)本人意思之消滅。(乙)代理人意思之消滅。(丙)所持之消滅。

(甲)本人意思之消滅

即第二百四條第一項第一號所規定者是也。因此規定之結果。而占有消滅。

(乙)代理人意思之消滅

即第二百四條第一項第二號所規定者是也。此規定之意。因自理論言。只須代理人拋棄爲本人占有之心素。本人之占有已可消滅。然有危險之虞。使本人信用代理人。倘代理人竟以爲自己(即代理人)占有。危險孰甚。故必待代理人對於本人表示意思而後消滅也。此與第百八十五條之規定。似覺重複。然彼爲容假占有(狹義)之規定。此爲普通代理占有之規定。(廣義容假占有之一)彼爲特別規定。必先適用之。若不能適用時。方適用本號之規定也。

(丙)所持之消滅

即第二百四條第一項第三號所規定者是也。此規定即因乏體素而占有消滅。以上三者皆爲代理占有消滅之原因。甲乙因乏心素而消滅者。丙因乏體素而消滅者。但占有之消滅。只代理權消滅。而占有權不消滅。蓋代理權與占有權性質各殊。不分離之。則使占有權者無故而消滅其占有。可乎。或曰。代理占有。因代理關係而本人有占有權。固已。若代理關係消滅。則代理占有亦應消滅。故代理人或因本人之死亡。與委任契約之解除等。代理權消滅時。則本人之占有權亦應即時消滅。是說非也。蓋理論雖或如或人之所主張。然果如此。則於代理占有之場合。因代理權消滅。以致占有中斷。不能受時效之利益。占有之保護。往往至於不全。故於本條第二項。規定代理權之消滅不即爲占有權消滅之原因。蓋代理權消滅。代理人。或代理人之相續人。應返還物之占有於本人。或本人之相續人。代理之當然之結果也。而欲返還其占有。當未返還之先。不可不繼續之。亦爲當然。是即代理之結果也。

附案 本講義所論占有之事項於此完結。而日本民法（物權編第二章第四

節) 第二百五條云。「於以爲自己之意思而爲財產權之行使之場合。準用之。」是尙有準占有之規定。本講義不復論之。此其差異之點。蓋日本民法係採狹義占有。故於廣義之場合。有入於準占有者。本講義既主張廣義占有。宜無準占有之說也。(參觀占有之定義)

參考 民法要義第二卷物權編第八十六葉八十七葉

如本章之首所論。新民法以占有有限於要物之所持之權利行使。而於其他場合之權利行使。不可謂之爲真占有。雖然。其性質無所異。故於本節認爲準占有。即準用占有之規定也。

第二百五條(文見上)包含一切財產權之行使。但必要物之所持之權利行使。爲純然占有。已如前述。(不包含於準占有)即所有權、地上權、永小作權、留置權、質權、使用借權、及賃借權等之行使。亦不入於此中。故本條之適用。爲主者乃地役權。先取特權。(於此中有純然占有之場合。既於五十二葉言之)抵當權(包含於債權上所述物權之取得、變更等。爲目的者)於版權、特許權、意匠權、商標

權等亦有之。

於舊民法人事篇。(人事編第九十三條至第九十五條第九十七條) 其他各國之法律。往往有認爲身分之占有 (Possession de fait) 者。雖然是與本章所謂占有大異其性質。因之不能適用準占有之規定。即於親族篇亦不必要其規定。故不置於此。

準占有者。準用占有之規定。本文甚明。雖然。依規定之性質。有卒底不能適用於準占有者。是準用之所以爲準用也。例如第九十二條乃至第九十五條之規定。皆關於動產占有之規定。決不能以之適用於債權及其他不必爲物之所持之權利行使者。蓋無容疑也。

第二節 共有

共有 (Condominium, copropriété, Miteigentum) 者。數人所有一種財產之狀態之謂也。日本民法。但於所有權之共有有其規定。此外於他之權利有數人之場合。準用之。第二百六十四條云。「本節之規定。數人有所有權以外之財產權者準用之。但

法令有特別之規定者。不在此限。』是也。

附案 共有列入財產編緒論中者何耶。日本民法法典。本規定共有於所有權章。本講義則置之於財產緒論者。是亦猶之占有。因意義廣狹之不同耳。日本民法上之共有。爲狹之意義。故規定於所有權章。本講義之共有。爲廣之意義。故置之於此。以富井博士政章之說證之。可知其然矣。（富井博士說錄如右）

附錄 富井博士政章民法原論第二卷物權上第一百五十九葉

就近世之立法例觀之。於共有之觀念。及民法中所規定之位置等。不無大相異之處。獨逸民法。以一般財產之共有。爲債權關係之一原因。而規定之於債權編中。（獨逸民法第七百四十一條至第七百五十八條）別於所有權之部。規定其一種狀態之共有。（獨逸民法第千八條至第千十一條）而其債權編所揭一般共有之通則。以基於羅馬法爲主。凡關於日本民法共有之規定。殆皆於其中編入之。佛蘭西民法。關於相續其他之事項。規定共有之事。與獨逸民法之一部相當。而不設一般之規定。可謂一缺點也。伊太利、西班牙等之民法。及日本舊

民法。補此缺點。於所有權之部。置其規定。是蓋以他之財產權雖亦有共有者。然畢竟以認其有所有權之故。是以其位置如此。（日本舊民法財產編第六條第三十條。取得編第二十四條。草案理由書參照。）日本新民法。關於所有權。不采如斯廣濶之觀念。（詳見本書第一卷二百六十三頁。）特以數人共同所有之權利。屬於所有權者最多。故便宜上採用同一之編制法也。但於民法共有之語。亦非無使用廣義之條文耳。（日本民法第六百六十八條第千二條等）。

附錄。橫田學士物權法第二百七十葉至二百七十二葉

共有者。數人共同有一所有權之狀態也。蓋一物不容二主。故數人不能同時於同一物之上。有完全之所有權。此於所有權之性質上。固毫無容疑。然於一物之上。本來得成立一所有權。同時其一物共屬於數人。數人共同有一所有權。亦非反於所有權之本質。雖然於此場合。各共有者。與所有權屬於單獨主體之場合不同。不得僅以其一己之意思。任意支配目的物。何則。他之共有者。亦為權利之主體。有支配目的物之權利者也。故目的物之支配權。必不可不與他之共有者

分之。因而目的物之支配。(即所有權之行使)常須基於共同者一同之意思也。故共有者中之或人於目的物上欲僅以自己之意思行使時。他之共有者有反對之之權利。共有者於相互間之關係能互制其權利之行使。無論共有者中之何人不得行完全之支配權也。(案此認共有屬於所有權者。)

附錄 富井博士民法原論第二卷物權上第一百五十六葉第一百五十七葉

共有者謂數人有一所有權之狀態也。却不外所有權存在之一狀態。非共有權有一種特別之所有權也。又於一物之上不可解為有數個之所有權。蓋所有權如曩述對於物而為一般支配之權利。故於同一物之上不許有數個之所有權。唯數人以一定之分前。(即持分之意)共同有一物之所有權。則於其性質毫無相妨也。

共有為一個所有權分屬於數人之狀態。非謂數人區分物而為所有也。蓋區分所有與共有正相反對。又以關於物之一部為一般之原則。不得認為所有權之存立也。(詳本書第二十一葉)又所有權分屬於數人者。非謂其內容作用分

配於數人之間。乃分其分量範圍之謂也。各共有者所有權之內容。與所有權專屬一人之場合。毫無相異。即從於一般之關係而支配物。不俟言也。唯其支配權。因爲他共有者之同一權利而受制限。行使於一定之範圍內者。關於共有者權利義務之規定。殆皆基於此觀念也。(案此亦認共有屬於所有權者。)

第一款 共有之原因

共有之原因。雖多。約之可分爲四。(壹)相續。(貳)組合。(參)夫婦財產契約。(肆)共同契約。

(壹)相續

相續有二。曰家督相續。曰遺產相續。二者皆爲共有之原因。家督相續。如戶主死亡及其他原因。必有承繼其戶主權者。遺產相續。如家族死亡。必有承繼其財產權者。是也。共有之原因。即隨相續而發生。然從家督相續觀之。似不能發生財產共有之原因。以家督相續常歸於一人耳。實則不然。設被家督相續人。有遺言行爲時。以財產三分之一贈與他人。是相續人與受遺者。即發生共有被相續人財產之原因也。至遺產相續。可以發生共有之原因。較家督相續尤屬常見。蓋遺產相續。由家族均分。往往爲多數

人承繼財產故也。(家督相續。日本民法第九百七十條以下。遺產相續。日本民法第九百九十四條以下。)

(貳) 組合

組合者。數人出資經營或種事業之謂也。出資云者。以出金錢爲最普通。然有時但服勞務而不出金錢者。亦爲出資。組合成立。組合中之各種財產。即爲組合員所共有。故組合爲財產共有之原因也。日本民法第六百六十八條云。『各組合員之出資。其他之組合財產。屬於總組合員之共有。』

(參) 夫婦財產契約

夫婦財產契約者。於婚姻前。男女雙方。協議其所有財產。於婚姻繼續中爲定如何之財產關係之約束是也。於日本即所謂共產制 *Communauté* 蓋據日本民法觀之。凡婚姻前於夫婦財產關係。設無如何之契約。則視爲各有。歐洲各國反是。設無如何之契約。則視爲共有。蓋歐洲以夫婦財產常爲共通也。然日本民法所取主義固屬如此。近時競慕歐風。寢成慣習。於實際上。采共產制而表見之於契約者實多。是亦爲財產

共有之原因也。(案於日本親族法。法定者爲無共定制。故約定者爲共產制。)
(肆)共同契約

凡二人共同買取一物而有之之約束。即共同契約也。例如甲賣却不動產。乙丙約束共買取之。其結果即歸於乙丙共有。故其契約亦爲財產共有之原因也。
右之四者爲共有之大原因。他姑從略。

第二款 共有之効力

共有之効力可分爲二。(第一)共有者之權利。(第二)共有者之義務。

第一 共有者之權利

共有者之權利可分爲四。(壹)權利之範圍。(貳)持分。(參)共有物之利用。(肆)權利之膨脹。
(壹)權利之範圍

共有者對於目的物之一部而有其權利乎。或於全部而有其權利乎。且其權利分量之多少如何。是有一定之範圍也。日本民法第二百四十九條云。『各共有者就共有物之全部得爲應其持分之使用。』是規定各共有者使用目的物之權利也。持分者

何謂所持之部分也。凡數人對於一物不能同時使用。故共有者不得如完全所有者之使用。固也。但各所有者於不侵害他共有者之權利範圍內。則可使用之。其使用之程度。雖有一主義。謂不必論其持分之率。得以使用。然頗不公。故本條規定各共有者得應其持分而使用之。雖然。共有權本存於物之全部之上。各共有者非僅得使用物之一部而已。且得使用物之全部也。例如二人共有一屋。各共有者非僅得使用其一室。或數室。而不得使用家屋全部也。唯不得以一人而常獨占家屋之全部耳。若共有者之持分不同。設甲有三分之二。乙有三分之一。則甲有二倍於乙使用家屋之權利。如甲爲自己之居室、書齋等。得占領二室。即客堂及其他各處。甲得二倍於乙而使用之之類。是也。又如三人共有一乘馬。各共有者得對於馬之全部行使其權利。非僅得行使其一部已也。但亦不得以一人常獨占之。當應其持分而爲使用。雖然。共有乘馬。非如共有家屋。得爲同時之使用也。惟按期輪流。各共有者於輪到期間時。得使用之。如於一月三十日間。得使用十日。是也。此就理論而言。然實際上多有不便。往往由各共有者間協議。特設規約以定其使用之方法。如家屋。則由各共有者協議。各指定一

室以爲居室。而食堂、客堂及其他各處。則歸各共有者共通使用。又如乘馬。則由各共有者協議。隨意訂期。且於合意時。得於自己所使用之時期。讓與他共有者使用。或於非自己所使用之時期。亦可請於他共有者而爲讓與也。此就共有物之以使用爲目的者言之如此。至共有物之以收益爲目的者。則如共有家屋。賃借與人。所得貸金。各共有者可以均分之。又如共有土地。售其果實。所得代價。各共有者亦可以均分之。然或時各共有者對於共有之土地而爲耕作。多感不便。欲救濟之。特設一假分割法。如共有土地爲三人時。則假定分割爲三段。按段耕作而各收其利益。歐洲各國多適用之。

(貳) 持分

權利分量之範圍。因持分而定。然則持分因如何之方法而定乎。原則。持分者因共有之原因而定者也。如遺產相續之持分。則因法律而定。於法律無如何規定之處。則因遺言而定。如組合之持分。則因組合契約。或出資之多寡而定。然有因其原因而令持分不分明時。如共有之年月過遠。原因已忘。不能明知其持分者。又如夫婦財產契約。

共同契約未曾明定其所有物之持分，亦有不分明者。是不可不以明文規定之。日本民法第二百五十條云：『各共有者之持分，推定爲相均者。』是固當然之推定。相均云者，如二人共有，則各有二分之一，三人共有，則各有三分之一，令其持分相等也。是於歐洲各國，雖明文之有無，判然各異，然實際皆采此推定。但於此推定之規定，若有確實反證，可證其共有原因者，則從其反證。

參考 民法要義第二卷物權編第一百七十六葉第一百七十七葉

共有之持分原則，因共有之原因而定。然其原因不無特別之規定，即有不能適用第二百五十條之處。例如其原因爲組合財產，若無別段之定時，則應其出資之率而定組合員之持分。（日本民法第六百七十四條、第六百八十八條二項）但於共產制，若無別段之契約時，則以夫婦平等之率，而共有其財產。

（參）共有物之利用

共有物之利用，可分爲二：（甲）處分，（乙）管理。

（甲）處分

處分者就現存之目的物消滅之或變更之之謂也。消滅之處分必喪失共有者之權利。爲法律所不許。變更之處分雖共有者或可因之而得利益。然法律亦不許其得自由變更。日本民法第二百五十一條云。『各共有者非得他共有者之同意。不得加變更於共有物。』蓋不如是規定。則各共有者對於物之各部有所有權。即可謂各自對於其各部有所有權之特質之處分權。故共有者之意見衝突時。若依甲之意見。則傷乙丙等之處分權。若依乙丙等之意見。則傷甲之處分權矣。是以須得共有者之同意。法律爲保護各共有者。特爲如是之規定。非惟不許爲消滅之處分。即自由變更之處分。亦在所不許。抑亦以他共有者權利之保護爲重耳。變更云者。例如開墾荒地。或以金塊製爲器具及裝飾品之類。是也。

(乙)管理

管理有廣狹二義。廣義謂利用是也。兼處分言。(處分中之變更亦包含之)狹義則除處分。茲所述者。僅指狹義。管理行爲見日本民法第百二條。總則詳之。狹義管理與處分不同。蓋處分重大。管理輕微。管理之結果。於收益之多少甚有關係。故於不傷

害他共有者之權利範圍內。雖得爲管理行爲。亦須從各共有者持分之價格得過半數之決議。日本民法第二百五十二條云。『關於共有物管理之事項。除前條之場合外。從各共有者持分之價格。以其過半數決之。但保存行爲。各共有者得爲之。』是即關於管理共有物之規定也。蓋共有物非以適當之方法管理之。則有破壞耗盡之虞。故不須有共有者一同之同意。得以過半數決之。過半數云者。非以人數取決。乃應共有者持分之價格而定之也。蓋當持分相等時。即以人數取決。亦不生如何之疑問。若持分不相等時。即不能以人數爲定。故必依其持分之價格。以過半決之。例如於持分相等。爲三人共有時。則以二人決定之。於持分不相等。爲五人共有時。甲有三分之一。乙有四分之一。丙有五分之一。其殘餘者爲丁戊所有。甲乙之意見。與丙丁戊相衝突時。依人數。則當從丙丁戊之意見。然依持分之價格。則不可不從甲乙之意見。蓋共有者對於共有物有應其持分之權利。故於利用之時。各共有者亦得有應其持分之權利。其意見不能一致時。則從有過半權利者之意見。最爲得當。至加變更於其物上。即令其目的雖在管理。〔保存、利用、改良〕亦必要有共有者一同之意思。不待論也。

以上所述。乃其原則。至於保存行爲。若必須多數決議。各共有者不得專斷。則共有物往往有毀耗之虞。故於本條特爲但書之規定。例如修繕爲保存行爲。設共有家屋。牆壁傾圮。或將有傾圮之虞時。若不從速修繕。必至大壞。凡欲保存其權利者。自必爲保存行爲。故不待共有者之多數決議而行之也。又如時效中斷。亦保存行爲。設共有或物。已爲他人占有。將就時効完成之頃。共有之權利。即有消滅之虞。不能不主張權利。而爲保存行爲。使占有之時効中斷。此亦不必問各共有者之意思。得獨斷行之。又如不動產登記。亦保存行爲。設共有不動產。於引渡後。無論以何原因取得之。必須登記。始能對抗第三者。倘共同買受不動產而不登記。則共有之權利。即有喪失之虞。故不必共有者之多數決議。而得爲保存行爲也。

(肆)權利之膨脹

日本民法第二百五十五條云。『共有者之一人。拋棄其持分。或無相續人而死亡時。其持分歸屬於他之共有者。』此規定共有者之一人於失其持分之權利時。其持分不爲無主物。宜應歸屬於他之共有者也。蓋若無此規定。則共有者之一人拋棄其持

分時。即爲無主物。依普通之方法。其物爲動產。則先占者爲其所有者。其物爲不動產。則歸於國有。（日本民法第二百三十九條）然如是頗戾乎人情。且實際亦無須乎此。何也。其物爲動產。理論上固可因先占而取得所有權。然實際已有共有者在。他人不能先占。自不待言。即共有者雖非無先占之意思。然因業已有權利於其物上。故就拋棄之持分。更表示占有之意思者。甚稀。且共有者之數人。同時生占有之意思者。殆所難免。則欲知何人先具占有之意思。實際上頗爲困難。其物爲不動產。雖可依第二百三十九條之規定。然此規定本出於不得已。若可無須適用。寧避其適用爲要。且以共有物歸國有。於實際上。不佷多而利益少。故寧以之與他共有者爲便也。又況無主物之不動產。使其屬於國有者。蓋以避關於先占之爭鬪爲主。若如本條之場合。已有他共有者可占有其不動產。故不屬國有。亦無弊害也。又共有者之一人。無相續人而死亡時。其物雖爲動產。既成相續財產之一部。似可依相續編之規定。屬於國有。（日本民法第千五十九條）雖然。此亦如上所述不動產同一之理由。以歸於他共有者爲至當也。若共有物爲二人時。則依本條之規定。以共有物爲專有物。以經濟上言之。

其結果亦甚為良好。何則。共有制度。本因經濟不充。乃不得已而為之。法律於此等場合。寧可變為專有。故特規定歸屬於他之共有者。是即謂之共有權利之膨脹。然尙有一問題。即共有為三人以上。共有者之一人拋棄。或無相續人而死亡時。而各共有者原有之持分。又各不同。其歸屬時即有多寡。當應其持分均分之。例如甲乙丙三人之共有。甲為二分之一。乙丙為四分之一。乙拋棄時。則以六分之一加甲。共得三分之二。以十二分之一加丙。共得三分之一。如左式。

三分之一

丙 四分之一 加十二分之一

乙 四分之一 拋棄

甲 二分之一 加六分之一

三分之二

案上式甚

明。茲再以

圖證之如

下。

甲	甲	乙	丙
甲	甲	乙	丙
甲	甲	乙	丙

此漸次進行變共有而為專有之方向者也。共有之數漸少。則共有之弊害亦漸少。故本條之規定。無論從何點觀察之。真可謂為至當者也。

第二 共有者之義務

共有之義務。可分爲三。(壹)費用之負擔。(貳)基於特約之債務。(參)對於特定承繼人債務之効力。

(壹)費用之負擔

日本民法第二百五十三條第一項云。『各共有者。應其持分。拂管理之費用。任其他共有物之負擔。』此即定共有者費用負擔之義務也。管理云者。指廣義言。(變更亦包含之)蓋以物之管理。需相當之費用。又就不動產言。亦不可不拂租稅。其費用。與租稅等。爲物之全部拂之者也。故各共有者。當應其持分之率。而爲拂出。固當然也。然共有者。不履行右之義務時。即爲債務。固可依普通之方法。(即債權之規定)強制其履行。(日本民法第四百十四條至四百二十二條)然手續繁重。且共有者對於共有物。常有不得不共同爲之之事。若有一人不履行義務。卒底不能望其能永久維持共有。況共有制度。不便殊多。其有害於經濟。人所共認。若有不履行義務者。則於共有者間。決不能融和。是於共有之害。更加一層。故同條第二項云。『共有者。於一年

內不履行前項之義務。他之共有者。得出相當之償金。取得其持分。』是蓋以法律之力奪其權利。故不得輕易行之。僅許對於一年間怠於履行義務之怠慢者行使而已。至因償金不相當而生爭時。可請求裁判所定其持分之價額。除應拂之費用外。其餘餘金額。仍以償怠慢者。

(貳)基於特約之債務

基於特約之債務者。謂因特別契約而生之結果。法律上無直接之規定。即如前述共有家屋。共有乘馬。其如何使用。分割。任共有者協議約定之。是即特約。因此特約所發生之債務。即基於特約之債務也。

(參)對於特定承繼人債務之効力

日本民法第二百五十四條云。『共有者之一人。就共有物對於他共有者所有之債權。得對其特定承繼人行之。』此條爲關於共有者之一人。就共有物對於他共有者之債權之規定也。蓋就普通言之。債權之性質。不得對抗第三者。若無本條之規定。則共有者之一人。以其持分讓渡於他人。他之共有者對於讓渡人所有之債權。不得以

之對抗於讓受人。(即特定承繼人)果如是。則共有者之一人。以自己之持分讓渡於他人而得免其義務。他之共有者必因之而受損害。故關於共有物之債權。得對抗特定承繼人。爲特別例外也。

本條規定之特定承繼人。以共有者之持分讓受人爲主。所謂特定承繼人者。(特定承繼人。如買主、受贈者、債權讓受人、抵當權者、質權者之例)對於包括承繼人而言者也。(包括承繼人。即相續人。與包括名義之受遺者。於法律上。包括承繼人與承繼人之本身。視爲同一。無論何時。債權之効力。皆能及之)本條規定之債權。皆關於共有物而發生者。例如關於物之管理。又使用方法。之契約而發生者。關於定管理之費用。與其他負擔分擔之率。之契約而發生者。又如關於他之共有者立替(即墊付)之費用。與其他負擔。及訂定或期間不爲分割之契約而發生者。(日本民法第二百五十六條第一項但書)或關於分割之契約而發生者。是也。法文之意。決非以揭示於此之債務。移轉於特定承繼人。不過以他共有者之權利。對於特定承繼人。得求其債權之履行而已。讓渡人固非能免其義務者也。而他之共有者。從其選擇。或對於讓渡

人、或對於讓受人、或同時對於兩人、得求其債權之履行。是惟因關於共有物之契約而生之債權。其性質上不得對於已非共有者之讓渡人行之。則不得不對於現爲共有者之特定承繼人行之。以保護共有者之權利。故効力所及。雖覺待特定承繼人未免稍酷。然苟不如是。設關於特約之共有。因特約而生利益。共有者之一人。以其持分讓渡於他人。即爲特定承繼人。如其人不依特約管理。則共有者之利益。必不能保存。又設關於費用之負擔。共有者之一人不負擔之時。一年後即喪失其持分。倘於將喪失之前。以其持分讓渡於他人。希圖免除費用之負擔。其讓受之特定承繼人。不承認其負擔。是共有者皆受其損害。故法律須特別規定。使他之共有者對於特定承繼人得生債務之効力也。

或者曰。「讓渡人無因讓渡而免其義務之事。讓受人亦無承繼義務之事。」然亦既讓渡。即非共有者。關於共有物之債權。對於已非共有者。多不得行之。故於此場合。讓渡人之義務。單止對於特定承繼人負賠償其損害之責而已。不能使他之共有者。充分行使其權利也。故若對於現共有者之讓受人得行其債權。則他共有者之便利。固

不待言。而讓受人若詳知讓渡人之義務後始讓受之。亦毫無受損害之虞。其因不注意而不知其義務之存在者。雖在所不免。然其對於讓渡人固自有求償權。其損失大抵鮮有全歸於特定承繼人者。是本條之所以特設規定也。

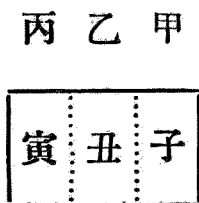
第三款 分割

關於分割。可分爲六。(壹)原則。(貳)例外。(參)方法。(肆)參加。(伍)効力。(陸)證書。

(壹)原則

日本民法第二百五十六條第一項本文云。『各共有者得隨時請求共有物之分割。此規定爲共有物分割之原則也。蓋共有制度。自經濟上言之。頗不利益。何則。共有者對於共有物非意見合致。不能充分使物之利用改良。例如狹義管理行爲。亦必從持分者之價格。以過半數決議。其不利益者一。且對於共有物。不能如自己專有物之利害相關。故往往不熱心於其物之利用改良。亦人情之常態然也。例如數人共有一土地。共有者必不肯力爲耕作。往往易致荒蕪。而所得之利益。因之減少。其不利益者二。共有物所以不能多受充分之利用改良者此也。以是之故。各國立法者。必使共有之

効力。逮於終了。而變爲專有。本條之規定。亦即採用此精神。特欲使共有易於分割也。故各共有者以一人之意思。無論何時。得請求共有物之分割。是爲原則。未分割時。共有者對於目的物之全部。有一部之權利者。即至分割。則爲對於目的物之一部。有全部之權利。例如甲乙丙共有一物。各有三分之一。即對於全部有三分之一之權利。是一部之權利也。以三分之一各自分割。得於所分割之三分之一。有全部之權利。如左圖是也。



(貳) 例外

分割之例外。可分爲二。(甲)當事者之意思。(乙)物之性質。

(甲)當事者之意思

共有之分割。法律亦既許之。假令反於法律而爲不分割之契約。可謂無効。然原則固

係如此。亦非無例外之規定。蓋當事者之意思。亦不可絕不采之。故於例外。得由當事者之意思。約定不分割之年限。此從理論上言也。然日本民法有第二百五十六條第一項但書。及第二項之規定。特爲制限。範圍頗小。惟五年以下之期間內。許爲不分割之契約耳。故法文第一項但書云。『但不妨爲不超過五年期間內。不爲分割之契約。』第二項云。『此契約得更新之。但其期間自更新之時起。不得超過五年。』此規定之意。蓋從共有者之需要。又因共有物價格之高低。須一時不爲分割。始爲有利。於此場合。約定於短期之間。不爲分割。既無大害國益之虞。而於當事者間亦頗便利。故特許之。若期間過長。恐本條之精神。竟致失却。故以五年爲最長期。若超過此期間而爲不爲分割之契約時。則爲不法。其約直歸無効。但其契約成立後。欲更新 (Renouvellement) 之。固自無妨。惟其更新亦不得超過五年之期限。且其期間之計算。須從更新之時起算。決不得俟前期終了後始起算。例如初結之契約。以五年間爲限。不許分割。於結約後之第二年。或第三年。更訂一約。即於重訂之期起算。最長期以五年爲限。是也。若俟前期終了後始爲起算。則先爲五年間之契約。翌日更得爲五年間之契約。實

際爲十年間之契約矣。因此所以有二項之規定也。（關於遺產分割，日本民法第一千一百條之規定，與第二百五十六條之精神相同。）

參考 民法要義第二卷物權編第一百八十八葉

就更新之性質言，非無多少之議論。然是當以從當事者之意思爲主，殆不俟言。惟於當事者之意思不分明時，寧視爲解除前契約，更結爲新契約者。

(乙)物之性質

共有物有必因共有而始生效用者。其物之性質不可分割。是對於分割爲例外。日本民法第二百五十七條云：『前條之規定，於第二百八條及二百二十九條所揭之共有物，不適用之。』是因物之性質不得爲分割者也。（第二百八條及二百二十九條之規定，屬於所有權，俟後詳之。）又如組合契約之共有財產，不能因一人之意思請求分割。組合員雖可脫組，然組合財產，因其物之性質，不得爲分割。又如夫婦財產契約之共同財產，亦不得隨時請求分割。日本民法雖無直接明文之規定，然因其物之性質，自不便於分割，故同法於第七百九十六條爲間接規定之。蓋婚姻繼續中，其財

產關係不得變更。必待婚姻解除始可變更。是亦因物之性質而不得爲分割也。

附案 第二百八條第一項云。『數人區分一棟之建物各所有一部時。建物及其附屬物之共有部分。推定其屬於共有者。』第二項云。『共用部分之修繕費。其他負擔。應各所有部分之價格分之。』第二百二十九條云。『設於疆界綫上之界標。圍障。牆壁。及溝渠。推定屬於相隣之共有者。』

又第七百九十六條云。『夫婦之財產關係。婚姻屆出後。不得變更之。』

參考 民法要義第二卷物權編第一百八十九葉第一百九十葉

本條定對於前條之規定之例外也。蓋揭於第二百八條及第二百二十九條之共有物。皆因共有之而爲有用者。若分割之。反爲無用。故前條之規定。不可適用。固當然也。然苟無本條之明文。則解釋上。有不得不適用前條之虞。是以必要有本條之規定也。例如區分一棟之建物。而以之爲各人之所有。於此場合。欲分割其中間之牆壁。在實物上固不能分割。因欲賣却之而分其代價。有誰欲買之耶。又如界標。亦多不能分割。欲賣却之。非自土地分離之後。殆無買之者。然疆界因

一方所有者之意思而設界標。得使隣地之所有者分擔其費用。（日本民法第二百二十三條）若因欲分割而取除之時。更不可不復設界標。故於是等之場合。實際上殆非不能分割。然經濟上因之極不利益。與通常之不利共有而利分割者。爲反比例。故特以之爲前條之例外也。

(叁)方法

分割之方法。可分爲二。(甲)原則。(乙)共有者有債務時。

(甲)原則

日本民法二百五十八條第一項云。『分割、因有共者之協議不調時。得請求於裁判所。』第二項云。『前項之場合。以現物不能爲分割。或因分割顯有損害其價格之虞時。裁判所得命其競賣。』此示分割方法之原則也。蓋分割以共有者之協議行之爲原則。若協議調和時。不論用何方法皆可。或儘實物而應其持分之率分割之。例如二人共有土地。分割時可用抽籤方法。各取其一。是也。然有不容易分割者。例如甲乙丙共有子丑寅三不動產。其價格不相等。分割頗難平均。即不能用前之方法。又如遺產

相續有三人分割時。則甲得動產。乙得不動產。丙得金錢。其數設有不相等。即不平均。亦不能用前之方法。此猶未足爲分割困難之極者也。若甲乙丙三人對於或財產有同等之權利。其財產假定爲三千圓。分割時。甲得其不動產。值二千圓。乙丙得其動產。僅值一千圓。甚不平均。欲使其平均。而值二千圓之不動產。又不能分割。於此場合。當令甲補出一千圓。以補助乙丙。使平分之。是謂補足金。至於三人對於共有物有同等之權利。直不能分割者。（株券之類）當令共有中之一人。拂出相當金錢三分之二。歸於他之二人。而專有其物之全部。不然。則逕直賣却其物。而以所得之值平分之。以上各方法。祇須共有之當事者間之協議調時。即可分割。若協議不調。（當事者間一人有反駁時）則可請求於裁判所。使裁判所代當事者分割之。裁判所以現物分割爲原則。惟就共有者所受之部分。力求公平。便益而已。然實際因現物不能分割者。（機械之類）或雖非不能分割。然雖分割之。而其價格顯然有減少之虞者。（如土地既不多。復分之爲數小區之類）裁判所得適用競賣法之規定。特命競賣其物。（不動產由區裁判所競賣。動產由執達吏競賣）而平分其代價也。

參考 民法要義第二卷物權編第九十二葉至九十三葉

共有者中有無能力者時。必請求於裁判所而爲分割。各國有此規定者。雖不乏其例。然在無能力者有法定代理人、保佐人等。充分保護其利益。故若法定代理人等。從法律所定之條件。於分割與承諾時。鮮有不爲無能力者謀其利益。故本條於此場合。亦不必要於裁判所而爲分割也。但無能力者無法定代理人時。往往不得自與於協議。因此竟不得不爲裁判上之分割者。固甚多耳。

又共有者之一人爲不在者時。亦與右之所述同。然於是等之場合。先使選任法定代理人。試爲協議上之分割。限於不能之場合。乃爲裁判上之分割。是爲本則。但就不在者之財產管理人爲分割。不在其當然之權限內。須受裁判所之許可。(日本民法第二十八條) 若其管理人爲不在者。主張於分割爲不必要時。決不請求其許可。因而致共有者之協議不調。乃不得已而竟依裁判上之分割者。亦甚多也。

(乙) 共有者有債務時

日本民法第二百五十九條第一項云。『共有者之一人。對於他之共有者。有關於共有之債權時。當分割之際。得以應歸於債務者之共有物之部分爲其辨濟。』第二項云。『債務者因受右之辨濟。有以賣却應歸於債務者之共有物之部分爲必要時。得請求賣却。』此於共有者間有債務之場合。當分割之際。爲確保其債務之履行。而設之規定也。蓋於此場合。從一般之規定。則債權者可使債務者履行其債務。若債務者無資力。則債權者不僅有被損失之虞。即令其不破損失。亦須費不少之手數。往往不能迅速辨濟。故爲保護債權者計。則不可無相當之方法。其方法有二。其一。以先取特權與共有者間。爲債權者之共有者。對於爲債務者之共有者。所當受之物。得以優先權受其辨濟。其二。當分割之前。得以其共有之一部。令其辨濟。日本舊民法做佛國法。采第一方法。然此方法頗嫌繁雜。往往不便。且於不動產卒不能用此方法。故佛國法。及舊民法。僅就不動產認此先取得權。新民法則做獨逸法。采第二方法。蓋此方法最簡便。而保護債權者亦極確實也。例如甲乙丙共有土地。其共有費用假定爲三百元。由甲一人立替（即墊出）乙丙各應負擔百圓之費用。因而負債於甲。丙已辨濟。乙獨

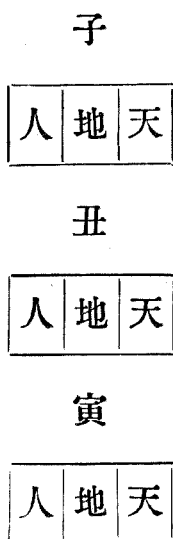
未履行其債務。際於分割之時。可於乙持分之範圍內。分割其可值百圓之土地。歸於甲有。而爲其辨濟。此就土地之毗連者言之也。設其土地畸零隔絕。雖於乙持分之範圍內。分割其可值百圓之土地與甲。然卒歸無用。則應於乙之持分所分割之土地。可由甲賣却其全部。於其代價內取除百圓。而返其殘餘之額與乙。又如因共有費用。乙對於甲負百圓之債務。而際於共有時。應於乙之持分所共有之物。雖可分割其與債務價額相當之部分。歸於甲有。而爲其辨濟。然其物若分割之。而減其價格者。甲即得之。亦歸無用。亦可由甲賣却之。而取除乙負債之額數也。

(肆) 參加

日本民法第二百六十條第一項云。『對於共有物有權利者。及各共有者之債權者。得以自己之費用。參加分割。』第二項云。『依前項之規定。有參加之請求者。若不待其參加而爲分割時。不得以之對抗請求參加者。』參加者乃對於共有物。有利害關係者。於其共有物分割時。而陳述其意見之謂也。分割方法有二。(一)由當事者之協議。(二)由裁判所判斷。協議分割。固易使第三者受損害。裁判分割。亦不爲共有者所欺。

罔。或不便干涉。而認當事者之所主張。在共有者固出於願意。而使利害關係者間接受不利之影響。故特有參加之規定。以保護第三之權利者。

對於共有物之利害關係人。謂對於共有物有權利者是也。例如對於共有物有抵當權者。即利害關係人也。設甲乙丙三人。共有子丑寅三地。價值相同。甲先以子地抵當於丁。甲乙丙三人分割時。各得一地。甲即可以所得之地。歸屬於丁之權利。頗為便利。若甲乙丙協議。於子丑寅三地中。各得天地人之一部。（假定甲得天部）。此在協議時。或於共有者有益。然於有抵當權之丁。如前說之分割。祇須一次手續。即可行使其權利。如後說之分割。則須用三次手續。始能行使其權利。於抵當權頗不便利。於此場合。利害關係人（丁）可



參加述其意見。請求用何方法。以免多費手數。（如請以子地分割與甲之類）抵當權始完全無缺。得為便利行之使矣。再就遺產相續之共有物言之。其分割効力。溯及既往。（其他分割。不遡及既往。）如被相續者之財產。為不動產。動產。金錢。三項。於其

死亡時。甲乙丙爲相續者。得其遺產而分割之。當未分割時。甲以不動產抵當於人。及際於分割。適以不動產分割與甲。則因効力之遡及既往。其抵當權仍完然存在。固不待言。若不動產不分割與甲。則於抵當權者有礙。即可請求參加。請以不動產歸甲。以保全其抵當權也。

又如對於共有物有債權者。亦爲利害關係人。共有者之一人。往往以共有物之持分。向人結借貸契約。當契約時。債權者甚希望債務者於共有物上。得其應有之權利。即關係于債務辨濟之確實。若共有者（債務者）於分割應主張之權利。有不能主張之處。債權者因利害關係。亦可請求參加。而代爲主張也。

凡參加爲保護利害關係人之權利。故參加費用。須有其權利者負擔。若有可以參加之資格者。欲參加時。共有者不待其參加。遽爲分割。法律上有制裁。即不得以分割對抗參加者是也。

(伍) 効力

關於分割之効力。可分爲二。(甲)遡及既往否。(乙)擔保。

(甲) 遡及既往否乎

日本民法第千十二條所規定。關於遺產之分割効力遡及既往。其餘以不遡既往爲原則。追遡既往之問題。在歐洲議論頗多。自沿革上規之。當歐洲封建時代。諸侯爲謀人民之重稅。於土地讓渡。每次必須納稅。例如甲乙丙有子丑寅三地。分割時各得其一。彼此須以子丑寅三者所有之部分。互相讓渡。讓渡一次。即須納稅一次。手續繁重。稅額滋多。故當時學者倡遡及既往之說。因其所分割者。遡於未分割以前。即視爲分割。以避讓渡稅也。且不僅此而已。即對於共有物有利害關係者。亦頗便利。例如甲乙丙共有子丑寅三地。各以抵當於人。甲以子抵當於乾。乙以丑抵當於坎。丙以寅抵當於艮。分割時。即以子地屬甲。丑地屬乙。寅地屬丙。既可免讓渡之煩。而在有抵當權者亦甚便利。蓋不遡既往。則於共有物之抵當實行其權利。本須就子丑寅三地中。各取三分之一。倘甲不履行債務。乾必競賣子丑寅三地之各一部。坎與艮之抵當權因之不完全。且必受不利益之影響。倘爲坎與艮計其利益。則乾之抵當權又將蒙其損失。故不如遡及既往。即以子地視爲甲之所有。是乾之債權較爲確實。就甲之債務者言。

將已所分得之地辨償其債務。亦爲適當。此就事實上言之。其便利固如此。然就理論上言之。共有者於共有物全部之上有一部之權利。而分割則於一部之上。有全部之權利。是遡及既往。不過爲法律上之擬制（即假定而已。故日本民法採折衷主義。惟遺產相續較爲複雜。詐僞滋多。不能不用遡及既往主義。其他不適用也。

參考 民法要義第五卷相續編第三百二十七葉至第三百二十九葉

分割之効力。就法理的實益的論據言之。爲付與的 (attributiv) 而非認定的 (ackarativ) 從法理上言之。固然。從分割之性質言之。亦無容疑。蓋分割者。甲乙本各有一部之權利。在於物之全部之上。迨分割之。各有完全之權利。在於物之一部之上也。故甲所得之部分。即乙原來所有一部之權利。乙所得之部分。亦即甲原來所有一部之權利。其性質爲付與的明也。惟從實際之便宜上論之。則有種種錯雜之問題。無他。甲就其持分設定各種之權利。分割之後。仍附着於乙之部分。乙就其持分設定各種之權利。分割之後。亦仍附着於甲之部分。故雖已分割之權利。或再陷於共有之結果。例如甲於其持分之上設定抵當權。分割之後。

其抵當權仍存在於物之各部。甲若不履行其債務。抵當權者因分割之結果。於歸於甲乙部分之上。就甲舊有之部分。行其抵當權。因而競賣共有。分以受自己之辨濟。如是。則甲乙及競落人（買受競賣物者）必俱爲共有。是分割之結果。徒增加一共有者。不能達分割之目的。故認定主義。由法理上論之。雖全反乎事實。今日尙有採用之者。據此主義。不論何時分割。而在法律上。則視爲自共有之初已分割也者。故甲設定之權利。惟存於甲之部分上。乙設定之權利。亦惟存於乙之部分上。而在於第三者。與其就存於物之全部上之共有分。取其一部之權利。毋寧取存於一部上之完全之權利爲利。且侵害第三者之權利亦甚少也。日本舊民法仿佛國民法。分割之効力。取認定的主義。（其規定不完全。頗多批難之點）新民法。共有之原則。取付與的主義。惟遺產分割。取認定的主義。有明文規定。共有一般之原則。別無明文。蓋認定的主義。不合乎普通之法理。故欲採用之。必有明文。付與的主義。合乎法理的自然分割之効力。視爲付與的。故關於共有之規定。不必有明文。但如第二百六十一條之規定。可謂暗認付與的主義也。

附錄 富井博士民法原論第二卷物權上第八十一葉至第八十四葉

分割之效果。在使共有關係終了。使各分割者於其所受共有物之部分。爲其單獨所有者。然此效果果自何時而生乎。從來有二種法制。其結果顯著最大之差異。第一主義。在以分割爲生權利移轉之効力者。蓋在分割前。各共有者就共有之全部。不過有想像上之持分。因於分割。始就特定之部分。取得專屬之所有權者也。故分割之效果。不外各共有者就他之共有者所受共有物之部分。讓渡自己之持分。又就歸於自己之部分。由他人讓受其持分。於此點即分割與賣買交換。無相異之處。所謂生付與的効力者是也。是爲羅馬法之原則。獨逸學者。向來一般亦肯認之。第二主義。在以分割爲生權利認定之効力者。即依法律之擬制。各共有者就因分割而得之部分。視爲由共有之始。即爲專屬的有其所有權者。是日本舊民法。其他屬於佛法系之立法制。所采之主義也。（舊民法取得編第一百六條第一項。第二百二十五條。第四百十七條。佛民法第八百八十三條。第一千八百七十二條。伊民法第六百八十四條。第一千三十四條）以上二主義。共有者之一

人。於分割前讓渡其持分於他人。又於其上如設定抵當權之物權之場合。大異其結果。即於此場合。分割之結果。共有物之全部。又一部。歸於他共有者之所有。依權利移轉主義時。則分割前之讓渡。又抵當權之設定。本來有效。故讓受人。又抵當權者。對於因分割而取得所有權者。得實行其權利。是不外當然之結果。然因之害分割之平等。且抵當權實行之結果。更於共同分割者與競落人之間。更見其生出共有關係。不無不便之處。佛國民法。即爲避此結果。以分割爲有宣言的。效力者。於前例之場合。分割者之一人。於分割前處分其持分。視爲處分他人之財產者。因而保護共同分割者之利益爲必要也。故依此主義。讓受人。又抵當權者。因於分割而爲失其利益之結果。對於爲右之處分者。不過爲得損失賠償之請求。是以就相續財產爲主。欲達平等分配之目的。在革命當時之思想。可謂與有大力者。然此法制。不僅反於分割之性質。且爲保共同分割者之利益。而以第三者之利益視爲度外。害法律關係之安穩者不少。一旦各共有者認爲其持分之處分權以上。寧使全其處分之効力。以保護第三者之權利爲當然。若夫爲

共同分割者、或因第三者、而至失其取得之權利。則於爲其原因之處分者、應負擔保之責耳。故原則、取得共有物之所有權者、依於分割之爲一人、與其爲以外之人、於法律上之效果、非有異也。日本民法、就此問題、不設何等之明文。故從分割之本質、采付與的主義之趣意、毫不存疑。惟遺產之分割、倣佛法系之立法例、遡於相續開始之時爲生其効者。（日本民法第千十二條）此點屬於相續法。故今不論述之。然就遺產相續之場合、特以有右之規定、可知其反對一般之原則也。

附錄 橫田學士物權法第三百六葉

共有者因分割、於共有中歸於其所有之部分上、新取得所有權。例如甲乙二人共有一地、分割之、各有其一部。甲對於所有之部分、讓受乙之持分、而爲單獨之所有者。乙亦讓受甲之持分、而爲完全之所有者。故甲乙各因分割、於其所有部分之上、取得所有權者也。依日本舊民法、及佛國民法、分割以追溯共有之始生其効力爲原則。如前例、甲乙非分割於其共有部分之上、取得所有權、乃推定自

共有之始歸於各自之所有者也。是以有「分割者非移轉（付與）權利不過宣言（認定）權利而已」之格言也。新民法分割之效果無溯及既往之明文。故以各共有者讓受他共有者之持分。新取得所有權爲正當。

（乙）擔保

日本民法第二百六十一條云「各共有者就於他之共有者因分割而得之物。與賣主同應其持分而任其擔保之責。」此規定各共有者間擔保之義務也。蓋分割於共有者間就甲者所得之部分。由乙丙等讓渡其持分於甲。就乙丙等所得之部分。亦由甲讓渡其持分於乙丙等。如買賣其他之雙務契約。各共有者對於他之共有者。負讓渡其持分之義務。故若完全不履行此義務者。因之負充分之責任。此責任謂之擔保之義務（Obligation de garantie）擔保之意義甚難猝言。而此所謂擔保者。有追奪擔保（Garantion d'éviction）瑕疵擔保（Garantie De vices cachés）之二種。何爲追奪擔保。其所讓渡之權利之全部。或一部。就不得讓渡負責任之謂也。（謂就於不得讓渡者而讓渡之。要負其責任是也。）例如甲以物讓渡於乙。甲對於其物原無所有權。或

僅有其一部之權利。恐有第三者（真權利者）出而抗議。當由甲負追奪擔保之責也。何爲瑕疵擔保。因恐有瑕疵隱於物中。就其瑕疵而負責任之謂也。例如甲以物讓渡於乙。初雖不知其有瑕疵。恐以後其瑕疵發見。當由甲負瑕疵擔保之責也。追奪擔保與瑕疵擔保。於普通之讓渡讓受（買賣）間。適用最多。而共有之分割亦適用之。例如甲乙丙分割共有之土地。設以子地歸甲。而子地並非真共有物。實爲共有以外之丁所有。甲即不免被丁追奪。不能取得其所有權。則甲實與未與於分割同。乙丙當對於甲賠償其因追奪而生之損害。是適用追奪擔保也。又如甲乙丙三人共有土地。相約各有同等之利益。倘分割之而歸於甲所有者。或發見有損害及於土地之狀況時。（如不宜衛生。地價因之低減。）是即隱匿之瑕疵。乙丙就此瑕疵。當應其持分之多寡負責任。是適用瑕疵擔保也。乙丙之對於甲。正如讓渡人（賣主）之對於讓受人。（買主）此其所以能適用之故。蓋擔保之義務。就於一切之有償讓渡契約而存在者也。第其適用。多在於賣買。故日本倣外國大多數之例。於新民法。則於賣買之部規定之。（日本民法第一百五十九條至第五百七十三條）

就關於擔保而爲追遡。既往。觀之。如甲乙丙共有子丑寅三地。未分割時。甲以子地抵當與人。而分割時。即以子地歸甲所有。若不溯及既往。則子地不能視爲甲之所有。若抵當權者行使其權利時。必就子丑寅三地中各割其一部分。而歸屬於乙丙之丑寅兩地。即有瑕疵。爲此之慮。則甲對於乙丙。須爲瑕疵擔保。若溯及既往。則以子地視爲甲之所有。與乙丙無關係。甲所設定抵當權之土地。即歸於抵當權者之權利行使矣。日本民法關於遺產相續。既遡及既往。似無擔保之問題。然相續開始之前。或以其他之事由。有必要時。仍有擔保之義務。就追奪擔保言之。如分割時。以子地歸屬甲有。而分割之先。乙已以之讓渡與人。則甲對於分割之子地。即有被追奪之虞。不能不爲追奪擔保也。本法第一千十三條。有其規定。可以參照。

(陸) 證書

日本民法第二百六十二條第一項云。『分割了結時。各分割者。須保存關於其所受物之證書。』第二項云。『共有者一同。或其中之數人。關於分割之證書。受其物之最大部分者。要保存之。』第三項云。『前項之場合。無受最大部分者。則以分割者之協

議定證書之保存人。若協議不調時，則裁判所指定之。』第四項云：「證書之保存者，須應他之分割者之請求，俾得使用其證書。」此就關於共有物之證書而為規定也。蓋證書者，欲就共有物主張權利時，其證據多有需用之必要，而其證書通常不過一通，不能同時為各共有者之所持。分割之後，共有者間之關係於此告終。若無本條之規定，於實際上，所持證書之共有者，關於證書，對於他之共有者，不負何等之責任。而他之共有者，往往因欲證明自己之權利，覺其證書為必要，故不可不就於證書而明其責任者。此本條之所以必要也。

第一項就共有物有數個，而各有證書存在之場合，設想者。例如甲乙丙共有子丑寅三地，各有一證書。則分割時，各取關於所受之地之證書可也。而各分割者關於其所受之證書，以為將來為其人之所有物，似得隨意處分之。然如此，則他之共有者，至後日覺其證書之必要，而證書之所有者，若或喪失之時，復不能如之何。故第一項規定關於其所受物之證書有保存之義務也。第二項就共有一個之物而設想者。於分割時，其證書僅有一通，何人可保存之乎。則以受物之最大部分者，負保存之義務。是因

當然之規定。蓋其人對於此物有最大之利害者也。但以其物平等分割之場合。則無受物之最大部分者。故依第二項之規定。不能定證書之保存者。又將如何。曰以分割者之協議定之。是爲本則。若協議不調時。則由裁判所指定之。此第三項之所規定也。依以上之規定。有保存之書證義務者。即爲他之分割者。負保存之義務。故他之分割者。有使用其證書之時。證書之保存者。不可不應其請求。此第四項之所規定也。（日本民事訴訟法第三百六十六條第二號、第三百四十三條參照）

第四款 入會權

入會權者。一村或一字（較村爲小）之人。約同於或地（山林等）爲其共有而各入會權者。以相當之條件之場所對於其所約定之目的物。得行使權利者也。此在慣習上本甚普通之事。自法律認之。乃爲一種權利。入會權有種種。其性質亦不一。可約之爲二種。（一）共有權之入會權。（二）地役權之入會權。前所言者爲共有性質之入會權。凡一村或一字之人。共買一山。共同依各地慣習。而爲刈草採薪伐木。拾取落葉等。皆是日本入會權之由來。已屬數百年來之慣習。不能一朝改變之。亦毫無改變之之必要。設

其慣習爲全國同一者。則民法中可設一定之規定。若各地不同一者。民法倘仍設一定之規定。勢必戾於或地之慣習。不免有不便之苦。故法律惟有專從各地方之慣習。其慣習不明時。若有共有之性質者。則適用共有之規定。日本民法第二百六十三條云。『有共有性質之入會權。從各地方之慣習外。適用本節之規定。』

附錄 民法要義第二卷物權編第二百三葉

所有權以外之共有。第二百六十四條之規定。(條文見前)所謂本節之規定者。本在所有權章中。即關於所有權之一狀態之共有也。然數人共有權利。必不限於所有權。故所有權以外之財產權。於有數人之場合。亦生類於共有之法律關係。於此場合。雖非所謂眞共有。然尙可準用共有之規定。亦理之所當然。是有第二百六十三條規定之所以也。但因權利之種類。於他之法律。又命令。有別段之規定。則可從特別規定。例如不可分債權。(日本民法第四百二十八條。第四百二十九條) 鑛業權。(明治二十年九月二十日法律第八十九號鑛業條例。第六十七條) 等是也。

附案 日本民法共有係狹義。本講義共有係廣義。故民法要義依據日本民法解釋之如此。於本講義正相反對。然比照之。亦可以知其差異之各有理由也。

第三節 財產權之種類

財產權之重要者有五。(壹)物權。(貳)債權。(參)無形財產權。(肆)漁業權。(伍)道錢權。橋錢權。

(壹)物權

別詳專章。

(貳)債權

同上。

(參)無形財產權

無形財產權分爲六。(甲)著作權。(乙)特許權。(丙)意匠權。(丁)實用新案權。(戊)商標權。(己)商號權。

(甲)著作權

著作權者。關於文藝學術。或美術之生產物之發行及複製之專權也。例如民法要義

即學術上之生產物。以人之智力從學術發生者也。發行者包括發賣、頒布、陳列、而言發賣者、發行而賣出也。頒布者、贈於人而分布之也。陳列者、非賣非贈而陳設之也。複製者、以一物而生出多數之同樣者。如一民法要義、以之刷印多部、又多次、是也。專權者、他人不能以其物發行、及複製、其權歸於一人所專有也。他如小說、即文藝之生產物、書畫、即美術之生產物。著作權、規定於明治三十二年法律第三十九號著作權法。其第一條、即定著作權之意義者也。

(乙) 特許權

特許權者、關於工業上物品之製作、使用、販賣、及擴布之專權也。工業上物品、如機器等類、擴布、猶頒布。但於物品不可用頒布。故曰擴布。即賣買以外之方法。是也。工業上之方法、如染色等類。是特許權。規定於明治三十二年法律第三十六號特許法。其第一條、即定特許權之意義者也。

(丙) 意匠權

意匠權者、謂關於可應用於工業上物品之形狀、模樣、色彩、或關於其結合之裝飾的。

考案之專用權也。工業上之物品甚多。凡他人所未想見。而其一入想見之。而就物品之形狀、模樣、色彩、別出心裁者。或就此三者。或二者。別出心裁配合者。是皆謂之意匠。他人不得襲用之。意匠權。規定於明治三十二年法律第三十七號意匠權法。其第一條。即定意匠權之意義者也。

(丁)實用新案權

實用新案權者。關於工業上物品之形狀、構造、或關於其結合之實用的考案之專用權也。實用考案云者。如一器具。本爲方形。因其不便。而易爲圓形之新式。此即形狀之考案也。如本爲木質。因其不堅。而改爲金屬之新品。此即構造之考案也。又如就形狀構造二者。使其改觀。適用。此即結合之考案也。實用考案權。與意匠權之異點。即彼爲裝飾的。此爲實用的。故不同也。實用新案權。規定於明治三十八年二月十五日法律第一號實用新案法。其第一條。即定實用新案權之意義者也。

(戊)商標權

商標權者。因表彰商品專用一定之文字、圖形、記號之權利也。表彰一種商品。欲顯其

出於何人、何地、而專用一定之文字（如天地）、圖形（如人物花鳥）、記號（日本亦謂之爲喚名、隨自己之意思製作之、是日本所慣用者、喚名如カネ代以 Γ 、マル代以 \circ 、二者聯合爲 \cup 、即爲カネマル、又如ヤマ代以 \wedge 、加以マル之 \circ 、則聯合爲 \wedge 、即ヤマ \circ 、マル等是）、皆爲商標、他人不得襲用之也、商標權、規定於明治三十二年法律第三十八號商標法、其第一、第二、兩條、即定商標之意義者也。

（己）商號權

商號權者、商人爲表彰其商業上之人格、使用一定名稱之權利也、凡人皆有姓名、以其姓名表彰其商業上之人格、或不使用自己之姓、而別用一種名稱、亦可、例如日本之三井吳服店、三井其姓也、今易爲三越、以店主易人故也、日本慣習、喜用屋字、如三河屋、伊勢屋、是更有用樓館堂亭舍家閣者、是皆商號也、參觀日本商法第十六條。

（肆）漁業權

漁業權者、於一定之場所、爲營業之故、採捕水產動物、或養殖水產動物之權利也、自普通言之、無論何人、得在公海、公河、隨所欲爲、無所謂權利可專有者也、若在一

定之場所。出於營利之目的。採取水產動植物。其採取之權。即漁業權。更如養殖水產動植物之權。亦含於此。水產動物。如鰓臍鮑、介類、臘虎、海豹等。水產植物。如海草、海苔、昆布（即海帶）等是也。採捕。無待解釋。養殖者。即以人工培養之之謂也。又如於公海中安置漁具。入漁具者即爲其所有。亦漁業權也。或指定一水面。無論用何方法採取之。又分割水面。歸其界內者即爲其所有。是皆漁業權也。漁業權。規定於明治三十四年法律第三十四號漁業法。其第一、第三、第四條。即定其意義者也。

（伍）道錢權橋錢權

道錢權。橋錢權者。自通行於私設道路及私設橋梁之人。徵收一定金額之權利也。自普通言之。道路、橋梁。由國設。則支自國庫。由公設。則支自地方稅者居多。然仍不能普及。故任以私人之資格。開通道路、建築橋梁者。往往有之。雖非必盡以徵收通行金爲目的。然有可請求徵收之權利。法律從而保護之。是即道錢權、橋錢權也。私營之道路、橋梁。不必鄉村。即都市亦有之。日本東京昔有昌平橋。即私設橋梁而徵收橋錢者。特鄉村爲尤多耳。此不獨日本爲然。即各文明國中亦有之。道錢權、橋錢權。見明治四年

十二月十四日布告。

歐洲尚有一種財產權曰渡船權。於河川隔越之處。設有舟楫。渡者必納金錢。是也。日本亦有之。然視爲債權。以欲渡者必與言定而後渡。即每次之契約也。法律無明文規定之。歐洲則視爲特別財產權。以渡船之設置。有一定之處。有一定之設置法。（例如電車之自行）故特別列於財產權之後也。

民法第二編目次二

財產編之上

第一章 物權

總論

壹物權之定義

貳物權之種類

參物權之設定移轉

甲原因

一法律行爲

二相續

三占有

四添附

一

一

一

四

一三

一三

一三

一五

一五

一六

五公用徵收	一七
六法律其他之規定	一七
乙對於第三者之效力	一八
一不動產船舶(登記)	一八
二動產(引渡)	二二
肆物權之消滅變更	二八
甲原因	二九
一法律行爲	二九
二目的物之滅失	二九
三消滅時效	二九
四混同	三〇
五法律其他之規定	三九
乙對於第三者之效力	四〇

第一節 所有權

第一款 所有權之限界

壹所有權之定義

甲使用權

乙收益權

丙處分權

附支分權

貳所有權之範圍

參區分所有

肆隣地權

甲隣地立入權

乙通行權

丙水權

四〇

四〇

四一

四二

四二

四二

四九

五五

五八

六〇

六一

六三

七〇

一流水權	七〇
二工作物之破潰阻塞請求爲修繕又豫防之權	七三
三防雨水注瀉之權	七六
四關於水流之水路及幅員之權	七八
五使水通過之權	八三
六設堰之權	八七
丁疆界權	八八
一經界權	八八
二圍障權	九〇
三互有權	九三
戊關於竹木之權	九八
己關於建物之權	一〇〇
庚觀望權	一〇二

辛關於有害工事之權……………一〇四

第二款 所有權之取得……………一〇六

第一 先占……………一〇八

第二 遺失物之拾得……………一一二

第三 埋藏物之發見……………一一六

第四 添附……………一二二

壹附合……………一二二

甲不動產……………一二三

乙動產……………一二六

貳混合……………一三一

參加工……………一三三

肆因於添附而生之權利義務……………一三七

甲物權……………一三七

乙債權.....一四〇

第二節 地上權 附永代借地權.....一四一

壹定義.....一四二

貳地上權者之義務.....一四七

參存續期間.....一五三

肆地上權消滅之結果.....一五七

附永代借地權.....一六一

甲永代.....一六三

乙所有權之規定準用.....一六三

丙不課登錄稅.....一六四

丁歸於日本人則爲所有權.....一六四

第三節 永小作權.....一六五

壹定義.....一六五

貳永小作人之權利……………一七〇

甲土地之變更……………一七一

乙讓渡轉貸……………一七二

參永小作人之義務……………一七四

甲小作料……………一七五

乙永小作權之拋棄……………一八〇

丙永小作權之消滅請求……………一八一

肆存續期間……………一八四

伍永小作權消滅之結果……………一八八

第四節 地役權 附入會權……………一八八

第一款 地役權之性質……………一八九

壹定義……………一八九

甲地役權……………一八九

乙人役權……………一九〇

一 用益權……………一九一

二 使用權……………一九一

三 住居權……………一九二

貳 從性費……………二〇二

甲 伴於要役地之所有權……………二〇三

乙 不許分離……………二〇三

參 不可分之性質……………二〇五

甲 不許一部之消滅……………二〇六

乙 不許分割……………二〇七

第一款 地役權之設定……………二〇九

壹 法律行為……………二一一

貳 時效……………二一三

甲原則……………二一三

乙不可分之結果……………二一五

第三款 地役權之効力……………二一八

壹用水地役權……………二一九

貳承役地之所有者之義務……………二二三

參工作物之使用……………二二六

第四款 地役權之消滅……………二二八

壹拋棄……………二二八

貳豫定原因……………二二八

參要役地又承役地之消滅……………二二九

肆混同……………二二九

伍公用徵收……………二二九

陸時效……………二二九

甲取得時效之結果……………一三〇

一原則……………一三〇

二中斷……………一三一

乙獨立之消滅時效……………一三一

丙共通規定……………一三四

一不可分之結果……………一三四

二部分消滅……………一三六

附 入會權……………一三七

民法 第二編

貴筑 姚 華編輯

財產編之上

第一章 物權

本章爲說明關於物權之種類取得消滅等之事項而論所有權地上權永小作權地役權尤爲特詳。

總論

物權總論可分爲四。(壹)物權之定義。(貳)物權之種類。(參)物權之設定移轉。(肆)物權之消滅變更。

(壹)物權之定義

物權者對於物上可以直接施行自己之行爲之法律上之力之謂也。所謂直接施

行自己之行爲者。例如所有權。亦物權之一種。所有權者對於所有之物。不待他人之許可。可直接以自己之意思行使其權利。（如自己有一書籍。或使用之。或變更之。或破壞之。皆可直接任意爲之。是也。）所謂法律上之力者。凡權利爲法律上所付與之力。（見梅先生法學通論權利之定義。）物權亦然。其對於其物上行使之權利。亦爲法律所付與。設有他人侵害之者。可以法律之力排斥之。

附錄 橫田學士物權法第一葉至第三葉

物權者何耶。於此問題。學者間頗有議論。或以爲直接行於物上之權利。或以爲目的物之權利。或以爲就於物受利益之權利。或又以爲無論何人可得對抗之絕對的權利。雖然。予就於物權。則信左之定義爲穩當。

物權者支配物之權利也。

研究權利之爲何。屬於法學通論之範圍。茲無詳論之必要。然凡權利則必常要有其主體。此不待論。其尤不可無者。則爲權利之內容。而物權則以物之支配爲其權利之內容者也。物權於權利中形成特別之種類。實因於此點而存在者。所

謂物之支配者。即使物服從於人之意思之意味。故有此權利之物權者。就於權利之目的物。得行自己之意思。對之而爲任意之行動。有法律上之能力者也。蓋物權自其最完全之所有權起。以至最薄弱之占有權（案就狹義占有言）止。其種類不一而足。其內容亦因而有區別。然無論何者。皆以物爲目的而爲支配之權利則一。唯於其支配之方法、範圍、有差異而已。

權利之成立。於權利之主體、及權利之內容、外。又不可無受其權利對抗之客體。蓋權利者。吾人對於他人所享有之法律上之能力。依於不使他人干涉權利之目的之事項而成立者。若然。則常必有對手人。若無對手人。則權利即不得而想像之。故一般權利。總以人爲客體。同時於物權。亦可知以人爲其客體。雖然。有物權則就於權利者與物之關係。直接而爲權利之目的之支配。不要他人之介入。故關於物權。無特定之對手人。唯以一般之人爲其客體者也。換言之。有物權。則權利者得任意支配權利之目的物。就支配其物言之。決無要求協力之必要。惟如一般權利。權利者以外之人。不問其爲何人。須尊重存於權利者與權利之目

的物之間之支配關係。無對於物干涉權利者之行爲、及妨其行爲而已。故物權非使特定之人負特定行爲之義務者。僅使一般之人。負對於物不侵害權利者之支配關係之消極義務焉耳。

(貳)物權之種類

物權雖爲財產權之基礎。然其制得宜。則大爲增進國富之助。其制不得宜。往往害取引之安全。其影響有及於國家經濟之虞。故文明國之法律。無不於物權之種類嚴加制限。使不得濫爲設定異樣之物權。其制限之方法。則以法律明定之。日本民法第七十五條云。『物權。於本法及其他法律所定之外。不得創設之。』本法。即謂民法。其他法律者。謂民法以外之法律。如鑛山權定於鑛業法。是他之法律所定之物權。須應於社會之必要而隨時定之。不能豫定其種類也。

債權之種類。不必法律明定之。但以不害公之秩序爲限。可由當事者以自由意思。依法律行爲創設之。物權則否。蓋債權爲一定之人對於一定之人之行爲。於原則上。其効力不及於第三者。物權則直接對於物上可行使其權利。而間接對於人亦可行使

其權利。無論其物在於何處。皆可對之行使其權利。故學者間稱物權有追及權。(Droit de suite)者。職是故耳。

追及權者。無論何人對於物取得如何之權利。得凌駕之之謂也。以動產言之。例如甲乙丙三人。甲爲質權者。乙爲第一所有者。乙以其所有物質於甲。其後復以之讓渡於丙。而變更爲丙之所有物。然甲仍可追及其物而行使其權利。以不動產言之。例如甲爲地上權者。乙爲土地所有權者。乙以土地設定地上權與甲。其後復以之讓渡於丙。物之所有者雖有更迭。而甲對於丙。仍可追及而行使其地上權之權利。今世動產之追及權。甚少其例。如上述質權之例。甲對於丙之所有物。於有形上不能追及而行使其權利。特自無形上言之。乃得對於丙有追及權耳。若羅馬時代。則無論有形無形。皆可追及也。

追及權之効力如此。是爲物權之特質。故物權之種類。必由法律明定之。因其與債權之効力不及於第三者。大異也。故使物權得以當事者之自由意思創設。則有害於取引之圓滿。(取引者。經濟上之法律行爲也。不限於賣買。惟親族相續。則不得爲取引)

耳。例如甲賣物於乙。乙必以爲可得完全所有權。設甲已於物上。以自由意思設定物權。則乙必不能安享其所有物。甚至有使乙返還其物於他人之結果。故不能不設其制限。當歐洲前世紀時。物權之制頗紊。不動產所有權能完全者殆稀。取引爲之不安。遂大釀經濟上之不利。故今世紀之立法例。大抵皆痛制限物權之種類。以謀矯此弊害。然非以法文明定之。往往因之而生疑義。使物權之制有不確實之憾。即如佛國是也。

參考 民法要義第二卷物權編第一葉第二葉

物權以直接行於物上之結果。而生優先權。(Droit de préférence) 與追及權。(Droit de suite) 之二効力。所謂優先權者。比通常之債權得先行其權利之謂也。所謂追及權者。無論何人對於物取得權利。得凌駕之之謂也。蓋物權爲直接行於物上之權利。故於其權利之範圍。不復許他人權利之存在。因是對於債權者之所有物。有一物權存在時。其所有權業已於其物權之範圍內而被減殺。而債權者僅得就債務者現在之財產行其權利者也。故僅得就其被減殺之所

有權行其權利。是生優先權之所以也。又因同一之理由。所有者以其所有權之全部、或一部、讓渡於他人。其存在於以前之物權。毫無所礙。是生追及權之所以也。但如先取特權得凌駕抵當權。(日本民法第三百二十九條)第三取得者得滌除抵當權。(日本民法第二百七十八條)爲稍屬於例外者耳。

附錄 橫田學士物權法第六葉至第十二葉

物權之特質。物權因爲直接行於物上之權利。而生左之效果。

第一、物權、必要有爲權利目的之特定。有體物。日本民法稱爲物者。僅謂有體物。(動產不動產)物權爲直接行於物上之權利。故於其成立。必要有權利所目的之有體物。固不待論。其有體物又必要爲特定。何則。因於權利者與權利之目的之有體物間。生直接之關係。要其有體物之特定故也。債權異之。其權利之目的。不要有體物。雖其目的偶有在於以有體物爲給付之場合。然其有體物有爲特定者。有爲不特定者。且權利之目的。不在其有體物。而常在對手人之行爲者也。是物權對於債權之異點也。

第二物權。生物上請求權。於物權無特定之對手人。不過使一般之人負不行爲之義務。而因有侵害之者。始對於特定之人。生要求特定行爲。不行爲之權利。故有物權者。因於場合。得對於侵害者。請求目的物返還。原狀回復。妨害排除。損害賠償。謂之物上請求權。又稱爲物上訴權。是與自成立之初。對於特定之人。要求特定行爲。不行爲之權利之債權。相異之處也。

第三物權。生追及權。吾人所有之權利爲物權時。權利之目的物。無論輾轉歸於何人之手。亦得追隨其物而行權利。稱之曰追及權。例如甲有一家屋。乙冒認之爲自己所有之家屋。而以之賣却於丙。丙更以之賣却於丁。丁亦以之賣却於戊。假令戊占有之家屋之真正所有者之甲。依追及權之作用。對於戊得直接主張其權利。請求其返還。又再舉他之一例。如甲（債權者）對於乙（債務者）有金壹萬圓之債權。以屬於乙之所有地上。設定抵當權。爲其債權之擔保。其後乙以其地賣却於丙時。甲不論土地所有者之更迭。得主張其權利於該地之上行抵當權。反之。吾人所有之權利爲債權時。僅對於對手人（債務者）得行其權利。對

於債務者以外之人，不得行之。例如甲對於乙，約賣渡越後（地名）米百俵（量名）時，乙對於甲，有要求其引渡之債權甚明。於此場合，甲以其現所持之越後米讓渡於丙，其引渡完結時，則乙對於丙，不得求其引渡。何則？乙爲債權者，祇對於債務者之甲，有使爲米之引渡之權利。對於非債務者之丙，則不有何等之請求權。蓋於其物（米）不有何等之權利故也。

第四，物權生優先權。吾人於或物之上有物權時，後來之他人，不得於最先之同一之物上，取得與吾人同一之物權。亦不得取得與吾人之物權不相容之權利。故於同一之物上，異時而認定數個之物權時，其優劣，以依設定之先後爲定。前所設定之權利，得優先於後所設定之權利。是爲原則。稱爲優先權。蓋既於一切關係，及或種關係，服從於或人之支配權。於最先之同一之關係，不可得服從於他人之支配權。是於事物之性質上最爲明白者。故有所謂「一物不容二主」之格言者。爲此故耳。例如（一）甲所有之一地，於其地上爲乙設定地上權。其後更爲丙設定永小作權時，前所設定之地上權，應優先於後所取得之永小作權。何者。

乙完全取得地上權。此地上權丙不可不尊重之。因而丙不得蔑視乙之地上權。而於其地之上行使永小作權也。(二)甲對於乙爲借用金。而以其家屋供擔保。設定抵當權。其後更由丙借用金。而於其同一之家屋上。假定亦設定抵當權。前所設定之抵當權。應優先於後所設定之抵當權。因而非乙先於其家屋之上實行抵當權。受其債權之完全辨濟後。丙對於該家屋不得行抵當權。但物權之一種。如先取特權。亦生優先權。先取特權者。因法律之規定而生。法律設先取特權之理由。以存於其特權所附隨爲主債權之原因。故於其相互之間。優先之順位。亦如普通之場合。不依權利發生之先後。而依爲主債權之原因而定。債權異之。其効力爲同等。無論何之債權。不享有優先之利益。是爲原則。因而不如物權依其發生之先後而別其強弱。例如甲由乙借用金千圓。其後更由丙借用金千圓。乙丙之債權。於其効力全爲同等。其間毫無差異。前所發生乙之債權對於後所發生丙之債權。無享有優先權。故對於同一之債務者。有數個之債權者時。各債權者不論其人同爲他人之債務者。得以自己債權之履行。請求債務者。無顧慮其

債權發生之時日如何之必要。因而各債權者就於其債權得滿足與否。則一係其對於債務者請求之遲速如何耳。但當債務者爲無資力。而差押其財產。賣却之以配當於總債權者之場合。其賣却之代金。不論債權發生之日時如何。須應其債權額。分配之於債權者間。是因債權同等之原則而生之結果。債務者之總財產。總債權者之共同擔保也。故其結局。不外此意義。

要之物權直接於目的物。債權與物無何等直接之關係。而目的在於對手人之行爲。於此兩者間。其本質已如前述。雖有効力之差異。然此差異。非爲絕對的者。亦有數多之例外。例如物權與其成立同時生追及權及優先權爲本質。然物權者不必得常行此權利。即因日本民法第七十七條、第七十八條之規定。而生之結果。於有物權設定移轉之場合。物權之取得者。關於關於不動產之物權。非爲登記手續。關於關於動產之物權。非爲引渡。則對於第三者不得主張其權利。又於他方。不動產之賃借權。從賃借權本來之性質。不過爲一債權。於登記之得對於第三者。且以特定物爲目的之債權。直生物權。故關於特定物之債權與

物權於理論上異其効力。於實際上其効力畧相等。雖然以特定物以外之給付爲目的之債權與物權之間。如上所述。常有性質及效果之差異也。

以今世之法律觀之。凡取得物權。關於動產。以占有爲標準。此可從兩方面觀察之。其一。苟非占有。則喪失其動產之權利。其二。於或條件完備之後。即爲取得其動產之權利。依後之觀察點。於權利行使。甚爲穩固。以其可以對抗第三者也。因此。而學者間有謂關於動產上之權利。可無待法律之明定者。至於不動產。既有登記制度。則亦不至受損害。是亦可無待法律之限定者。果如其說。是動產以占有爲標準。不動產以登記爲標準。皆不必有法律上之明文也。不知法律上苟不限定之。則關於動產。於物權上。有何種權利關係。權利者無由知之。以主張其權利矣。日本民法。於動產物權。規定有四。一。所有權。二。質權。三。先取特權。四。留置權。有法文規定。則權利者即知於此四者之中。有其一種之權利。若無法文規定。則權利者對之有何種權利。無從推測之也。不動產亦然。法律上有明文。則登記如何。可以知之。若無明文。則無一定之標準。至生種種之疑義。一。登記之方式如何乎。二。何者應爲登記。何者不必登記。以何爲據乎。且應登

記而不登記者。又將如之乎。三、登記時應以簡單明瞭爲主。然法律既未明定其範圍。即如抵當權登記時。必詳細記載。頗爲繁難。若逕趨簡單。則抵當權之如何。焉能明瞭乎。此法律所以有明定之必要也。今世各國於動產重占有不動產重登記。法律仍設範圍爲之制限。以明定其種類。所以保持取引而保護權利者也。

(參)物權之設定移轉

物權之設定移轉。可分爲二。(甲)物權設定移轉之原因。(乙)對於第三者之効力。

(甲)物權設定移轉之原因

原因甚多。括之爲六。(一)法律行爲。(二)相續。(三)占有。(四)添附。(五)公用徵收。(六)法律其他之規定。

(一)法律行爲

法律行爲之可以爲設定移轉之原因者。以契約及遺言爲最多。日本民法第一百七十六條云。『物權之設定及移轉。僅由當事者之意思表示生其効力。』蓋羅馬法拘定形式。僅有當事者之意思表示。不生効力。其法律上之保護。頗不完全。近世法律進步。

凡物權之設定移轉。不必要履別段之形式。亦不必要爲引渡。僅有當事者之意思表示。已可成立。例如賣買行爲。甲以動產賣渡與乙。乙承諾之。當事者雙方意思合致。契約成立。其所有權即時移轉。又如甲於自己所有地之上。爲乙設定地上權。且約定從結約之日起。經過一年後。始發生此權利之効力。迨既經過一年。當事者不必再爲意思之表示。其地上權即爲已設定者。遺言亦然。如甲與乙約。自己死亡之後。設定地上權與之。甲於何日死亡。乙即於何日有地上權之權利。皆僅依當事者之意思表示。不必更有他之行爲也。

參考 民法要義第二卷物權編第五葉第六葉

第七十六條。明關於物權之設定及移轉。係采用新主義。蓋因於法律之進步。一方使當事者之意思。得生法律上極充分之効力。於他之一方。爲矯正其自由意思所生之種種弊害。有設適宜方法之傾向。法律史上不可爭之事實也。如羅馬法。尙未爲充分發達之法律。甚拘於形式。僅以當事者之意思而動者。不能使生法律上之効力。而於其所認之効力範圍內。却不能矯正所生之種種弊害。因

而一方妨取引之發達。於他之一方。使奸黠之徒。得以逞其惟利是嗜之謀。而良民反被其損失。是法律上之保護頗不完全。近世因法律進步。漸脫羅馬法之羈絆。至生上述之新主義。日本新民法力依此主義。重當事者之意思。同時力矯因其意思所生之弊害。故於本條物權之設定移轉。不須履別段之形式。又不須爲引渡。僅因當事者之意思表示。即可生其効力也。但於當事者間雖絕對有其効力。然欲以之對抗第三者時。從第一百七十七條及第一百七十八條。不得不取相當之公平方法。是爲保護第三者而設者也。

(二) 相續

相續。有家督相續、遺產相續之別。然皆可爲物權設定移轉之原因。以家督相續言之。一方承繼戶主之資格。取得戶主權。於他之一方。承繼戶主之財產。取得財產權。以遺產相續言之。家族死亡後。其所有財產。由其相續人承繼之。故可謂之爲物權設定移轉之原因。(雖非物權之設定。然可謂之移轉。)

(三) 占有

占有之所以可爲物權設定或移轉之原因者。蓋所有權往往可因於占有而取得之。例如先占即可因之設定所有權。又普通占有具備一定條件之後即可取得動產之所有權。故無論爲先占爲普通占有皆可因之取得所有權。故爲物權設定移轉之原因。

(四) 添附

因添附亦可取得所有權。例如乙於甲之土地上建築家屋。是以乙之材料添附於甲之土地。而其家屋之所有權仍歸屬於甲。惟當償還其材料之代價耳。又如甲使貴金屬商品店製一指環。店主以乙之寶石添附於甲所有物之上。而寶石之所有權仍歸屬於甲。特價還其寶石之代價耳。是因添附可使物權設定或移轉也。茲再舉最明晰之例。如甲乙各携瓶沽酒。其分量甲多而乙少。苟賣主誤以甲之分量貯入乙之瓶中。亦爲添附。其酒即歸屬乙有。而以酒之代價償還於甲。又如名畫家誤以他人之紙絹繪物。亦爲添附。其紙絹仍爲畫家所有。而償還紙絹之代價於其人。(是不得謂畫添附於紙絹。當爲紙絹添附於畫。詳見總則)是添附所以爲物權設定或移轉之原因。

也。但關於此有二學說。一、以添附爲物權之設定者。二、以添附爲物權之移轉者。尙未有定論也。

(五) 公用徵收

公用徵收。詳見土地收用法。是因於公用而徵收私人土地之事。例如國家修築鐵道。必徵收私人所有之土地以供其用。是也。因徵收之結果。其土地之所有權。或歸會社。或歸國家。故亦可爲物權設定移轉之原因。

(六) 法律其他之規定

法律其他之規定。此範圍包含甚廣。茲舉其重要者。

第一 遺失物之拾得。於途中拾得遺失物者。雖不能即時取得權利。而申告於官署。自申告時起。一年內無人請求之。即取得所有權。故亦爲物權設定移轉之原因也。

第二 埋藏物之發見。於地中發見古金銀等物。而申告官署。自申告時起。六個月內無人請求之。即歸發見者取得所有權。故亦爲物權設定移轉之原因也。

第三 留置權。日本民法第二百九十五條云。「他人之物之占有者有關於其物

所生之債權時。至受其債權之辨濟止。得留置其物。但其債權不在辨濟期時。不在此限。』依此規定。當然取得留置權。故亦爲物權設定移轉之原因也。

第四 先取特權 依日本民法第三百三條以下。及他之法律所規定者。一定條件完備之後。即可有先取特權。故亦爲物權設定移轉之原因也。

(乙)對於第三者之効力

物權之設定移轉。僅因當事者之意思表示。即有効力。然其効力祇及於當事者間。而不及於第三者。至欲對抗第三者。必具備一定之條件。茲分動產。不動產說明之。

(一)不動產船舶(登記)

於不動產船舶。欲對抗第三者。必須登記。不特因法律行爲而設定移轉之物權有然。即法律行爲以外之原因。凡可以設定移轉物權者。皆須登記。特以法律行爲之原因爲設定移轉而登記者。最多耳。登記者。於一定之場所。載明其不動產。及船舶。於一定之公用帳簿也。如不動產。當載明其在何府。何縣。何市。或何村。及其番號。與關於不動產所有之權利。如船舶。當載明何名稱。何人所有。及何番號。與關於船舶所有之權利。

登記此等事項之簿記。謂之登記簿。有登記。則凡欲新取得物權。及有權利關係者。無論何時。一覽登記簿。即知其不動產（船舶）一切之權利。故近世各國法律。無不設登記制度者。

登記制度。專爲當事者對抗第三者而設。詳言之。即當事者因第三者之請求權利時。乃適用之也。故當事者間請求權利。或第三者對於當事者請求權利。皆不以登記爲必要之條件。例如甲對於乙。爲意思之表示。以其所有之土地。賣渡於乙。雖未爲不動產之登記。然甲乙間不能因未登記之故。而不認其設定或移轉之物權。假令於未登記時。政府徵收租稅。甲代納之。乙不能因未登記而不償還。此當事者間。不重登記之例也。又如甲對於乙。已設定。或移轉。物權。而未登記時。乙之債權者（第三者）因乙不履行其債務。而以甲所讓渡。於乙之土地。請求差押。甲乙之當事者。不能以雖經讓渡。尙未登記。爲詞。而妨止其差押。以差押之手續而論。必在登記以後。始可差押其土地。然未登記時。第三之債權者。固有請求之權利。此第三者對於當事者。請求權利。不重登記之例也。然則當事者欲對抗第三者。必不可不登記明矣。茲舉例以證之。其一甲

以不動產賣渡與乙而未登記。甲之債權者（第三者）因甲不履行債務。而差押乙新得之土地。以理言之。似既歸乙有。不能差押。然因未登記。自第三者觀之。仍屬甲之土地（登記簿仍係甲名也）可不認爲乙之所有。甲乙之當事者。不能出而對抗之也。若已登記。則可以對抗之。甲之債權者。即不能行使其權利。其二。甲爲賣主。乙爲第一買主。丙爲第二買主。甲以其土地賣渡於乙時。尙未登記。甲又以之賣渡於丙。丙最先登記。自事實上觀之。甲已非真正所有者。即不得爲賣主。然乙未登記。亦不得爲真正所有者。於此場合。則真正所有者。應爲已登記之丙。乙如有所請求於丙。丙固可以對抗乙。乙却不能對抗丙。惟乙對於甲。可要求賠償耳。其三。甲爲賣主。乙爲買主。丙爲地上權者。甲以土地賣渡於乙。其登記在後。同時以土地設定地上權與丙。則登記在先。自丙之一方言之。必認甲爲真正所有者。而不疑其已讓渡於乙也。自乙之一方言之。本以爲可得完全之所有權。殊不知丙已取得地上權。故丙雖承認乙之所有權。但所認者。僅係除去地上權以外之所有權耳。乙登記在後。即不能不認丙之地上權也。

以上爲當事者對於第三者之例。至第三者對於第三者。亦可以登記爲對抗必要之

條件也。例如甲爲賣主。乙爲買主。賣買關係固已生其効力。特尙未登記。事實上其不動產雖已賣渡於乙。然從登記簿觀之。仍爲甲之所有。假令甲之債權者。因欲實行其債權。而差押乙未登記之土地。同時乙之債權者。亦因甲乙賣買關係業已成立。而認爲乙之所有。欲實行其債權。而差押乙未登記之土地。是爲甲乙債權者間之生爭。然甲雖以土地賣渡與乙。乙既未登記。乙之債權者。不能以事實上之理由。而對抗甲之債權者也。

登記之原則。必有登記權利者（買主）登記義務者（賣主）聯名請求之。登記之場所。多在區裁判所。及其出張所。是謂登記所。任其事者爲區裁判所判事。然判事多委任書記代理之。

關於不動產登記之規定。日本民法第一百七十七條云。『關於不動產物權之得喪變更。非從登記法之所定爲其登記。不得以之對抗第三者。』關於船舶登記之規定。日本商法第五百四十一條云。『船舶所有權之讓渡。非爲其登記。且記載之於船舶國籍證書。不得以之對抗第三者。』又同法第六百八十六條第三項云。『船舶之抵當

權。準用關於不動產抵當權之規定。』蓋商法第五百四十一條。爲船舶所有權之登記。第六百八十六條。爲船舶抵當權之登記也。然此二條。限於以商行爲營業者。乃適用之。其範圍甚小。日本船舶法第三十五條云。『商法第五編之規定。雖不以商行爲目的。而供航海用之船舶。亦準用之。』此不限於商行爲之一部分也。關於船舶借貸借權之登記。日本商法第五百五十六條云。『船舶之借貸借爲登記時。爾後雖對於就其船舶取得物權者。亦生其效力。』至登記之手續。不動產登記法。及船舶登記規則。規定之。

(二) 動產(引渡)

動產。僅有當事者意思之表示。尙不能對抗第三者。故必要有引渡之事實。船舶亦動產之一。似可引渡。然究以適用不動產登記之方法爲宜。故引渡與否。可不問之。而動產之必要引渡。與不動產之必要登記。有同一之理由。日本民法第一百七十八號云。『關於動產物權之讓渡。非有其動產之引渡。不得以之對抗第三者。』

不動產所以必要登記。動產所以必要引渡。方能對抗第三者。歐洲各國。莫不採用此

制者。其理由何也。蓋不動產之登記。必於不動產所在之區裁判所。及其出張所。船舶之登記。必於船舶港籍之區裁判所。及其出張所。登記之後。其權利關係。極爲分明。使人得一覽而知。（於登記所檢視登記簿）取引上可以安全。必不至爲狡猾者流所欺。而蒙意外之損失也。至動產本亦可與不動產爲同一之登記。特以動產爲流動而不一定之物。與不動產大異其性質。如依不動產爲登記。則其權利關係。不能明瞭。故其方法。即不得不因之而變。而從社會之情形論之。凡爲人所持之物。大抵認爲其所有。故引渡可爲動產上對抗第三者必要之條件。例如甲以所持之物。賣渡於乙。因未拂代價。故未引渡其物。甲復以其物賣渡於丙。丙已拂代價。而受物之引渡。乙即不得以已與甲有賣買關係。與丙對抗。反之於丙。固可以對抗於乙也。

參考 民法要義第二卷物權編第十四葉至第十六葉

例如甲移轉一動產所有權於乙。復以之移轉於丙。丙何由知其所有權之已移轉於乙乎。若丙信甲之言。則丙與甲今日爲契約。必致後日知之而被意外之損失。故有遠慮者。不輕易爲動產之取引。是以關於動產物權之讓渡。非引渡其動

產。則不得以之對抗於第三者。故無論何人。當其就動產爲取引時。可即時請求物之引渡。若相手方不即爲物之引渡。或有第三者之權利附著之時。不可輕易信相手方之言。若得物之引渡。即令第三者於其物上有如何之權利。其權利非可對抗於已受物之引渡者。故受物引渡者。毫無被損失之虞。如此。則人人皆得安全。而爲關於動產之取引。凡爰始商業及其他一切之取引。皆得圓滑行之。是以必要引渡。不得僅依當事者意思之表示。即得對抗於他人也。

於如何之場合認爲有引渡乎。此爲事實問題。日本新民法。一切不規定之。故法官不得不就各場合。斟酌實際之事情而定之也。例如在倉庫中爲動產之引渡。不必要各個交付於讓渡人手中。但鎖其倉庫。交付其鑰於讓受人。則倉庫中之動產。其全體即可視爲已引渡者。以外尙有可疑之點。仍不可不示明之。即於其引渡之動產。發送於離隔土地之場合。將於其發送之時。認引渡之成立乎。抑於其到達之時。認引渡之成立乎。此問題古來學者頗有議論。據予之所信。則認爲從事於運送者。因發送者之委任而爲運送者也。故於未交付其物於受取人

以前。尙不得云爲引渡也。

關於登記及引渡之性質。各國之立法例。及學說。尙未一定。然大別之可分爲三主義。
(一)以登記引渡爲物權設定移轉絕對必要之條件。具此條件。無論何人皆得對抗之。否則非獨不得對抗第三者而已。即當事者之相互間。亦不得對抗之也。此主義自表面觀之。於實際頗爲便利。蓋必有明確之事實。而後確定其權利。似可保取引之安全。實則爲必不可采之主義。蓋以動產言之。假令甲已以其所有物賣渡於乙。尙未引渡。甲忽反覆。至起訴訟時。甲即以未引渡之故。而主張並無賣買之關係。則乙必大受損失。反之於乙亦同。以不動產言之。登記爲登記義務者(賣主)所應爲之事。苟因賣主未盡義務。而反與之以可得對抗他人之利益。是法律專爲保護不盡義務之人。依此主義。必生出不良之結果也。

爲前說之辯護者曰。物權者。無論對於何人皆可行使之權利也。使對於此(如當事者之一方)能行之。而對於彼(如第三者)不能行之。頗有反於物權性質之嫌。又同一權利。有得對抗者。有不得對抗者。其間之法律關係。頗極錯雜。於法律之適用上。

大感不便。由此主張言之。似此主義於物權之性質上頗爲穩當。然仍爲不可采之主義。何則。凡法律關係。絕對的極少。而以相對的爲多。故同一行爲。對於甲則爲有效。對於乙則爲無效。此法律上常不能免之顯象也。例如甲乙二人爲虛僞之意思表示。甲以不動產賣渡與乙。從表面觀之。似以乙爲所有者。設有與乙有關係之第三者主張權利時。則必辨其爲善意。爲惡意。而後能定其所有權之屬於何人。自保護第三者方面言之。法律上即以乙爲真所有者。若爲惡意之第三者（即明知其虛僞者）法律上仍以甲爲真所有者。此法律多相對之證也。又如裁判上亦非純然絕對者。如關於同一之不動產。至提起訴訟。於確定判決時。以甲爲所有者。而乙非所有者。設有丙出而主張甲之土地當屬於己之所有。則裁判之後。或必以丙爲所有者。而甲非所有者矣。然則關於物權之設定移轉。於未登記引渡時。在於當事者間爲有效行爲。對於第三者爲無効行爲。稍示區別。亦何不可。至其法律關係。雖稍覺錯雜。然按之實際。殊無此慮。蓋此僅限於對抗第三者。至當事者間。則不必以登記引渡爲必要。故無庸爲絕對的主張也。

參考 民法要義第二卷物權法第九葉

就前條（日本民法第一百七十六條）所述，限於實際無弊害，必使當事者之意思貫徹，乃為法律之進步。苟當事者之意思確定，於其欲設定物權，又移轉之消滅之變更之，無以法律強防之必要。特於保護第三者，其設定、移轉、不得對抗之法律上，實際上，皆無不可也。

（二分、三者為善意與惡意。對於善意之第三者，非有登記、引渡，不得對抗之。對於惡意之第三者，即未登記、引渡，亦可對抗。）此與第一主義正相反對。蓋以登記、引渡，不過公示方法之一。其權利因當事者之意思而設定、移轉。無論對於何人，皆得對抗。惟為保護善意之第三者，不得對抗之而已。此亦似為適當之主義。然日本民法不采之者，有二理由。其一，區別之困難。蓋實際上，善意、惡意，頗難區別。其奸黠者，雖明知之，而可詐為不知，使人弗覺其為惡意。若不能行詐者，使人一望而覺其為惡意，是同為惡意之第三者。而於前者，可以不認當事者之設定、移轉、物權。（以其詐為善意之第三者，當事者不能對抗之故。）於後者，則不得不認之。（以其既屬惡意，當事者可以對

抗之故。頗有不公平之結果。其二手續之繁難。欲一一區別其是否善意、惡意。頗感手續之不便。反不如第一主意之直捷也。

(三)未登記引渡時。當事者之設定移轉。已可成立。至對於第三者。法律上推定無論何人。於其權利之內容。皆不知之。故不問第三者爲善意、惡意。必以登記引渡爲公示之方法。使人得明確知其權利果屬何人。始可以對抗之。此主義於法理上原則。充分認當事者意思之効力。無論對於何人。其權利自然可爲設定移轉。惟爲保護第三者對之不得援用。於實際上。可謂能補第二主義之缺點。最爲便利。是以日本民法采用此主義也。

(肆)物權之消滅變更

因物權設定移轉之結果。而至消滅變更者。往往有之。以消滅言。例如賣買。因物之移轉。一方取得物權。他之一方。即消滅物權。此因移轉而消滅者也。以變更言。例如地上權之設定。一方取得地上權。他之一方。即變更其所有權。(因被設定地上權而所有權不如原來之完全也。)此因設定而變更者也。就於此分爲二言之。(甲)原因。(乙)對於

第三者之效力。

(甲)原因

原因可分爲五。(一)法律行爲。(二)目的物之滅失。(三)消滅時效。(四)混同。(五)法律其他之規定。

(一)法律行爲

法律行爲可以爲設定移轉之原因者。即可爲消滅變更之原因。例如拋棄對於土地而有地上權者。表示拋棄之意思時。其物權即時消滅。又如契約地上權者與所有權者。爲年年支拂地代金百圓之契約。後改爲年年支拂地代金百五十圓。其物權即爲變更。拋棄及契約。爲法律行爲之一種。皆爲物權消滅變更之原因。

(二)目的物之滅失

物權者對於物行使權利者也。故必有目的物。若滅失之。則權利無可行使。當然消滅。故爲物權消滅之原因。

(三)消滅時效

凡財產權以二十年爲時效。經過二十年不行使其權利。即消滅時效。故亦爲物權消滅之原因。

(四)混同

混同之意義。有廣狹之別。廣義混同者。不可兼有之二資格。集於一人之頭上之謂也。於物權外。就債權舉例以明之。例如債權者與債務者之二資格。本非一人所能專有。苟債權者死亡。而債務者爲其相續人。是債權者債務者之二資格。集於一人。即混同也。狹義混同。即物權上之混同。於同一之物。其所有權及其他物權。又所有權以外之物權。及以此物權爲目的之權利。集於一人之謂也。以上狹義之意義。可分爲二段。舉例明之。

第一 所有權及其他物權。集於一人。例如甲於所有之土地。設定地上權與乙。乙

對於甲所有之土地。僅得有地上權。苟甲死亡。而乙爲甲之相續人。甲之所有權。集於乙一人之身。倘各自獨立。無異對於自己之土地。行使其地上權之權利。故爲混同。

第二 所有權以外之物權。及以此物權爲目的之權利。集於一人。例如甲對於或

土地有地上權。乙對於其土地有抵當權。設甲死亡後，乙爲其相續人，則兼有地上權及其抵當權之二資格。蓋無自抵當己物之理，故亦爲混同。

夫兩種權利之資格既集於一人，則必消滅其一種之權利。依第一例，則當消滅地上權。依第二例，則當消滅抵當權。日本民法第一百七十九條第一項云：『同一物，而有所有權，及他之物權，歸於同一人時，其物權爲消滅。但其物，又其物權，爲第三者之權利之目的時，不在此限。』第二項云：『所有權以外之物權，及以之爲目的之他之權利，歸於同一人時，其權利爲消滅。於此場合，準用前項但書之規定。』第三項云：『前二項之規定，占有權不適用之。』關於占有權，不能謂之特別權利。各種權利中，皆有之。占有權與所有權並立時，不能消滅占有權。是爲混同之例外。苟不使之並有，則正當之占有權不能受保護。有單保護不正當占有之虞矣。

附錄 橫田學士物權法第八十四葉

占有權不因於混同而消滅。例如假定甲爲占有者，乙爲所有者，甲從乙讓受地之所有權，不因於混同而消滅。蓋占有權者，因占有之事實而生之權利，不拘其

物爲他人之權利目的與否而成立。因以他人之所有權、又物權、爲前提之他之物權。全然異其性質也。

以混同消滅物權之制。各國法律皆認之。即古代羅馬法亦然。特其規定略有不同耳。然學者謂一人兼有二資格。爲法律之所許。故一人可以兼有二種之權利。無混同之必要。(混同本不得謂其爲完滿之制)例如代理人。即法律認其有二資格者。一爲自己之資格。一爲代理人之資格。又如相續亦然。一爲本人之資格。一爲承繼人之資格。是也。混同雖有種種之原因。而最多者莫如相續。故於法律認二資格並存不消滅(即不混同)時。亦不乏其例。茲僅就相續言之。

關於相續之規定。其大者有二。

第一 限定承認。相續人負擔被相續人之債務。其辨償。但以被相續人之財產爲限。此時有二資格。一爲固有財產之主體。一爲相續財產之主體。此二資格不能混同而消滅之。日本民法第千二十七條云。『相續人爲限定承認時。對於被相續人而有之權利義務。看做不消滅。』是法律明認其不混同。即適用此不混同之原則。依前所

舉第一例言之。就其爲承繼人言。即係有所有權者之資格。就其爲本人言。即係有地上權者之資格。二者並存。固毫無不可也。

第二 財產分離 關於此有二場合。

(一) 被相續人之債權者。請求財產之分離。如被相續人死亡。而相續人承繼之。就普通之場合言。其財產應爲混同。但有時被相續人之財產甚富。而相續人之財產僅屬少有。或竟一無所有。則被相續人之債權者。必大不利益。蓋被相續人有債權者。相續人亦有債權者。若二者混而爲一。則被相續人之債權者。本可望其全數之辨償者。或因之轉致減少。蓋爲相續人之債權者所分也。於此場合。被相續人之債權者。可請求分離其財產。先以被相續人之財產。辨濟於被相續人之債權者。然後以其殘餘者。辨償相續人自身之債權者也。

(二) 相續人之債權者。請求財產之分離。此與一之場合正相反對。乃因相續人之財產甚富。而被相續人貧無財產。則相續人之債權者必大不利。故可請求其分離。先辨濟相續人之債權者。然後以其殘餘。辨償於相續人之債權者也。

財產分離。適用限定承認之規定。此二資格並存不消滅之例也。

夫權利之因混同而消滅者。乃由於權利者之隨意。苟權利者不欲消滅之。其權利不因於混同而消滅。又第三者就於同一之目的物。亦有權利時。若因混同而消滅。可釀權利者之不利益。故權利者不欲消滅之。其權利亦不因混同而消滅。例如甲爲土地所有者。乙爲第一抵當權者。丙爲第二抵當權者。普通言之。設所有者未履行債務。抵當權者可以以其土地賣渡於人。其賣渡所得之代價。先償乙。餘者乃償丙。此最普通者也。倘於甲死亡而乙爲其相續人時。則甲之所有權者。與乙之抵當權者。之二資格。若混同爲一。則因混同之結果。丙遂爲第一抵當權者。丙可以以其土地賣得代價。先受辨濟。然後以其餘歸之於乙。是乙以混同之故。而蒙意外之損失。丙以混同之故。而享不當之利得。（設如甲之土地。祇值一萬五千圓。而乙丙之抵當。各一萬圓。若不混同。乙本可以將甲之土地賣却後。自己受萬圓之辨濟。其五千圓始歸之丙。乃因混同。遂令丙受萬圓之辨濟。其餘五千圓乃歸之乙。是其例也。）是有不公平之結果。斷非其人之所欲者也。故於此場合。乙當視爲不拋棄其第一抵當權者之資格。故先受辨

濟。餘乃償丙也。然有當注意者。本文所謂所有者。以非債務者爲前提。蓋如上例。甲雖爲土地所有者。而非必即債務者。不過以其土地供他人（丁）債務之擔保。故不混同之。若甲爲債務者。則仍因混同而消滅也。又如甲爲土地所有者。乙爲地上權者。丙爲地上權之抵當權者。甲死亡。而乙爲其相續人。如依混同之原則言之。地上權與所有權混同。乙之地上權即因之消滅。丙之抵當權。因地上權消滅之故。客體不存在。其抵當權亦當因之而消滅。是於第三者大有損害。故不當使之混同也。

如上所述。是有可混同者。有不可混同者。故混同非絕對爲物權消滅之原因。特因法律采便利方法。故法文有此規定。（非經法定者。不混同之。）如所有權即包含地上權。不必強立二資格。且推當事者之意思。無不欲消滅之者。若強使之分爲二資格。反與權利者以不利。例如甲有所有權。與地上權。二資格。經久未行使。其地上權。一旦設定。地上權與人時。必謂此地上權非新設定者。乃以舊有之地上權讓渡於人。是反使人。生疑忌之感也。

所有權與他之物權混同。其消滅者必爲他之物權。其故何也。蓋所有權爲最完全之

物權。他之物權皆包含其中。故他之物權。決不能與所有權並立也。

參考 民法要義第二卷物權編第十七葉至第二十一葉

第七十九條。爲關於混同之規定也。蓋不得並存之二資格。集於同一人之頭上時。則必當失其一資格。於古來法律上。殆爲人所不爭之原則。而適用之於物權上之所有權。與他物權。同歸於一人時。則所有權原爲最完全之物權。他之物權皆被包含於其中。故所有者欲併有他之物權。不可得也。於此場合。僅僅所有權存在。而他之物權。不得不歸於消滅。但學理上於所有權中。控除他之物權。而以所有權。與他之物權。二者並存。蓋若合之。則爲完全之所有權矣。故雖其人同時兼有二資格。然其二種之權利。須視爲各別者。乃爲適當。其人以一資格讓於他人時。則二種之權利。分屬於二人。毫不留混同之跡也。雖然。實際上應用此學說時。不便實甚。何則。權利。以權利者之意思常得使消滅之。故所有者取得他之物權時。多欲使之消滅。非對於他人而消滅之。乃對於自己而使消滅之者也。故使之消滅。大抵非由他人可見之行爲。是權利或使之消滅。或尙不使之消滅。他

人一切不得知之也。果如是。則所有者從自己之便益。或云已使消滅之。或云尙未使之消滅。誰得而與之爭乎。故立法者一刀兩斷。於所有者取得他之物權。或有他之物權者。自取得所有權時。直視爲歸於消滅者。

雖然。此消滅乃因權利者得隨意消滅其權利而生者。故苟於不得僅以權利者之意思使消滅之之範圍內。其權利無因於混同而消滅者。又於爲第三者就於同一之目的物有權利。因混同而權利消滅。可釀權利者不利益之場合。權利者有不可使其權利消滅之意思。因之其權利亦不因於混同而消滅。例如於其物權爲第三者抵當之場合。不得僅以所有者之意思。使消滅其物權。因而不得間接使第三者消滅其抵當權。固不待論。（日本民法第二百九十八條參觀）故雖有混同。其抵當權及其目的之權利。無共爲消滅者。又他之物權。於一抵當權之場合。尙以第三者之故。有第二抵當權時。第三者抵當權之不消滅。又無論也。然僅第一之抵當權消滅時。則僅第三者有抵當權。至得僅以一人就於其物受辨濟。如此。則所有者爲抵當權者。至因混同而受意外之損失。而其人萬不欲生如

此之結果。故於此場合。因不使第二之抵當權者壟斷不當之利益。故視爲不拋棄其第二抵當權者。當欲就公賣物而受辨濟。則已先有第一抵當權受辨濟。若有殘餘。始不得不分之於第二抵當權者。（是於設定地上權。又永小作權。後設定抵當權。亦同。惟於此場合。所有權與抵當權之間。因於混同。於地上權。永小作權。無何等之響影及之。故抵當權因混同而消滅。於此點似法文有缺遺。）是本條第一項但書之所以規定也。（本文之所有者。以非債務者爲前提。）

以上就所有權。與他之物權。混同之場合言之。雖然。所有權以外之物權。例如以地上權。永小作權。等爲目的之他之權利。與質權。抵當權。等爲混同之場合。亦不得不與上述之場合爲同樣者。即原則。其質權。抵當權。等應消滅。若質權者爲轉質之場合。（第二百四十八條）又就同一之地上權。永小作權。等。第三者亦有抵當權之場合。則起初之質權。抵當權。等。尙不消滅。是本條第二項之所規定也。因以上所述。可論究一切之物權而爲適用。然惟占有不得適用之。蓋占有權者。多與他之物權並有之者。若不得併有之。則正當之占有者全無受保護之場合。

僅至保護不當之占有權。故占有權所以無混同也。

混同雖從種種之原因而生。然因於相續而生者爲最多。

(五) 法律其他之規定

以上四項爲物權消滅變更之原因。適用之範圍頗廣。由其爲特別之原因也。法律其他之規定。雖各可爲消滅變更之原因。而適用之範圍甚狹。故統括之以爲原因之一種。茲舉其重要者。

第一 永代借地權 關於以外國人之資格而有日本之地上權者。即永代借地權也。(日本有外國人居留地。與中國之租界差同。劃分土地。與以永代借地權。規定於明治三十四年法律第三十九號。又同年勅令第一百七十八號。)其性質與地上權相類。惟地上權由日本人相互間之法律行爲而成立。永代借地權。專屬之外國人。日本人則不適用。故遇有日本人買受永代借地權之土地者。即受地券之抹消。而一變爲所有權。(明治三十四年勅令第一百七十九號參照。)故可爲物權消滅變更之原因也。(詳見於後)

第二 留置權 關於債權者因債務者不履行其債務。於未受辨濟前。得有留置其所有物之權利。即留置權也。日本民法第二百九十五條規定之。（條文見前）依第三百二條「留置權因占有之喪失而消滅」之規定。則留置權者（債權者）至喪失其占有。留置權當因之消滅。亦為消滅變更之一原因也。

(乙) 對於第三者之効力

關於不動產物權之得消滅變更。苟非登記。不得以之對抗第三者。日本民法第一百七十七條規定之。（條文見前）蓋消滅變更。與設定移轉為同一之理由也。

第一節 所有權

所有權為物權中最完全之權利。故往往有用財產權之意味。而不用所有權之文字者。雖然。日本新民法。限於為物權之最完全者。名之為所有權。他各從其固有之名稱表示之。關於所有權。分為二款。第一款。所有權之界限（明所有權之範圍及限制）。第二款。所有權之取得（規定其取得方法）。

第一款 所有權之限界

所有權之界限可分爲四。(一)所有權之定義。(二)所有權之範圍。(三)區分所有。(四)隣地權。(壹)所有權之定義

所有權者於不抵觸法律及他人權利之範圍內最能自由處置物之權利之謂也。例如甲持一物對於其物有所有權。無論如何處置(拋棄、毀損等)皆可自由。然或委棄於特定之場所。爲警察法規所不許。即不得任其拋棄。因出於法律之範圍。而有所抵觸故也。又或拋棄其物時。若侵犯他人之身體。是有害他人之身體權。亦不得任其拋棄。因入於他人權利之範圍。而有所抵觸故也。反之。則除此二限制外。皆得自由處置之。日本民法第二百六條云『所有權於法令之限制內。有自由使用、收益及處分。其所有物之權利。』法文之精神。與此定義同。惟文字略有差異。而此定義實較法文爲簡賅。蓋使用、收益、處分。皆可包含於定義處。置二字之中。然法文何以不曰處置。必曰使用、收益、處分者。其由來甚遠。自羅馬法以來。凡所有權之內容。無不備此三項之權能。否則覺所有權有不完全之憾。蓋以所有權由此三項構成。而成者也。故日本民法用語亦沿之耳。以下逐項說明之。(甲)使用權。(乙)收益權。(丙)處分權。

(甲) 使用權

使用權 (Jus utendi) 者不毀損物體而供自己之用之謂也。例如書爲其所有物。即以其書供誦讀。又如杯爲其所有物。即以其杯盛茶或水。皆使用也。

(乙) 收益權

收益權 (Jus fruendi) 者取得物之果實之謂也。例如耕作者。自其田畑采取采穀。爲直接收益權。又貸地者。因他人之耕作而受取其貸賃。即間接收益權也。

(丙) 處分權

關於處分權 (Jus abutendi) 學者間之定義不一。據其可信者。即毀損。又變更物之全部。或一部之謂也。例如以火焚書。滅其形迹。此爲處分。無可疑也。即如開墾荒土。使變爲田。但就其固有之形狀。加以多少之變更。亦得謂之處分也。

處分之意義。於對物處分之外。又有所謂對於權利之處分者。即消滅。又變更權利之全部。或一部也。不獨所有權有權利處分。即一切財產權。亦莫不有之。例如所有者以其權利讓渡於人。或拋棄之。是所有者處分其權利之全部也。又或所有者於自己土

地上。設定地上權。或永小作權。與人。即不能復使用其土地。是所有者處分其權利之一部也。又如地上權者。以其全部。或一部。讓渡於人。或拋棄之。是所有權以外之他物權。得爲權利之處分也。推之物權以外之債權。其原則上。可以自由讓渡。或拋棄之。是亦得隨意處分之也。據以上各例言之。所謂權利之處分者。實不外讓渡。或拋棄之意義。而日本民法第二百六條所云「處分」則無此意義。蓋其要素爲對物處分。非指對於權利之處分而言也。所有權爲物權中之最有力者。既以處分權爲其構成分。此即與他物權不同之特質。故毀損其物體。變更其性質。皆可自由。以「有自由處分其所有物之權利」之條文證之。可瞭然矣。日本學者往往誤解處分文字之意義。故致生疑問。是不可以不注意也。

參考 民法要義第二卷物權編第九十葉第九十一葉

世人往往誤解處分文字之意義。以讓渡權利。或拋棄之。爲處分。在一般言之。決不得謂爲不當。雖然。所有權構成分之處分權。非有此意義。抑處分者。謂如意處置也。故云「處分物」則如意處置物之謂。即毀損之。又變更其性質等。是也。云

「處分權利」則如意處置權利之謂。即讓渡其全部、又一部、或拋棄之等是也。今所有權既爲物權。而爲存於物（即有體物）上之權利。則云「所有者、有爲物之處分之權利」即如意處置物之謂。蓋無容疑。不然、財產權大抵皆以處分權爲其構成者。皆得以之讓渡或拋棄矣。（案是就一般言之）故本條所云處分。（案爲物權特言之）可知非有讓渡權利、或拋棄之之意味也。

有反對日本民法第二百六條之規定者。謂所有權內之使用、收益、處分、諸權能。事實上有不能併存者。條文列舉之。是有可批難點也。今先就使用、權證之。例如土地所有者。設定地上權與人。其土地之使用權。即屬之地上權者。所有者因爲人設定地上權之結果。遂不復有使用權。而所有者雖不復有使用權。然於其所有權完全無缺。是有所有權而不必有使用權也。次就收益、權證之。如上例。地上權者可採取其土地之果實。即有收益權。而土地所有者。不能同時有此權。或謂地上權之設定。大半受取地代。仍不失間接收益權。不知此間接收益權。乃另生之問題。而直接收益權。早不存在。且設定地上權。未必盡爲受取地代者。尤不得認此爲收益權也。況所有者對於其土

地有時不能爲收益之事例如以所有土地爲質權之目的物。則收益權全屬之質權者。非屬之所有者。不惟無直接之收益權。並間接之收益權亦無之。是有所有權而不必有收益權也。終以處分權證之。所有物亦往往有不能處分之時。例如於所有之地。設定地上權。或永小作權。與人。即不能消滅。或變更其土地。以侵害地上權者。及永小作權者之權利。是有所有權而不必有處分權也。更於物權外就債權之關係而論。所有者亦不備有使用收益處分諸權利。例如以家屋貸人。所有者既不能使用。又不得收益。雖有時受取貸賃。亦屬間接之收益權。或有不收貸賃。（民法上所謂使用貸借者。得以無賃金而使用貸借物。）是並無間接收益權。至於處分權。亦斷無以貸與他人之家屋行使其處分權。使賃借權者失住居之利益。是不有處分權。又無待言矣。今條文乃列舉之。殊嫌名與實不相符。是可知爲不當也。

右反對之說。認第二百六條列舉使用收益處分之權爲謬點。不知條文列舉此三項權利。實無甚錯誤。特不如定義以處置二字包含之。尤爲適當耳。且反對說者所舉之例。所有權者所以不能並存使用收益處分之權者。不外出於與他人權利相抵觸之

結果。皆非完全之所有權也。而以定義衡之。凡爲所有權者於不牴觸他人權利時。固皆爲完全之所有權。即皆有完全之使用收益處分權。況以廣義言之。不完全之所有權。亦得曰所有權者。是廣義所有權也。所謂所有權不能併存此三項權利者。不過一時爲他人之權利所制限。設一旦他人權利關係消滅。則此三項完全之權利。當然同時回復。學者所稱所有權之反歸力。蓋指此也。

參考 民法要義第二卷物權編第九十葉

所有者。有往往以其使用權及收益權與人之事。於此場合。所有者可謂僅存有處分權者。故所有權之特質。寧謂在處分權可也。但嚴正言之。所有權有完全者。有不完全者。其完全者。則併使用收益處分三者。其不完全者。則除使用收益之全部。或一部者也。而其使用收益。或屬於地上權者。或屬於永小作人。或屬於地役權者。或屬於質權者。名之曰支分權（留置權。先取特權。及抵當權。非支分權。質權。動產質。非支分權。不動產質。自其爲主之効力言。亦非支分權。此等之權利。寧視爲存於所有權之上者。如後所論）要之物權之最完全者。及除他權利所

殘餘之全權利。謂之爲所有權。

定義所謂不牴觸法律者。當爲最廣義之解釋。包含命令言之。非日本憲法上狹義之法律也。蓋是不問其爲法律、爲命令、凡有法律之効力者。皆得謂爲法律。而日本民法第二百六條法令云者。則分別法律命令而言。其所謂法。正與日本憲法上狹義之法律相當。非廣義之法律也。（法文之法令。與定義之法律。爲同一之範圍。特法文之法與定義之法律。其意義有廣狹之不同耳。）法文所以必云法令者。亦有理由。蓋日本臣民之權利。依憲法上之保障。必以法律定之。而當時學者謂所有權之制限。固當以法律規定。然有時由法律委任行政命令定之。殆無不可。故法文特以法令二字括之。（當編纂民法法典時。於此點不著死語。使以法令之文字得爲活動。此法文之所以不滯於法律之文字也。）若關於所有權之制限。必一一由法律定之。即須一一經帝國議會之協贊。頗感不便。且亦甚費時日。例如家屋內之大掃除。及廁所距離。警察隨時干涉。亦屬制限家屋所有者之所有權。此等瑣事。勢難久待議會之協贊。而後定其限界也。日本當民法起草時。所有權之限制。不盡由法律規定。而以命令制限之者爲

多。迨民法編纂二年後。另頒有行政執行法。關於制限之規定。大半包含其中。然尙有遺漏之點。自必以命令爲補助。故第二百六條並列法令二字。信爲適當。蓋自解釋論言之。謂所有權之制限。以法律可。即以命令亦可。起草時實屬此意。今反對者不察立法者之意思。遂有謂制限所有權。惟當由法律定之。至於命令。則不生其効力。竊未見其當也。凡權利悉依法律之規定。使其有一定之範圍。無論如何有強力之權利。決不能行於法律之外。故雖所有權。亦當然受法律之制限。尙有因或種之關係。悉以命令爲制限之必要者。蓋所有權爲物權中最完全。且最普通者。故必要附以多少之制限。而其制限不必要以法律定之者。視其情形。認爲以命令制限之亦可。惟行政官須於不得已時而後行之。不得任意制限。致有戾於法律上之精神。而此命令。謂即爲日本憲法第九條所云「爲保持公共之安寧秩序及增進臣民之幸福之必要之命令」可也。故又不得以第二百六條之規定。視爲以命令變更法律。又法令云者。雖慣習法亦包含其中。（例如依於地方植竹木須自經界線存若干之距離等之類是也。慣習之効力。於法例第二條。設一般之規定。）而自立法論言之。當用法律二字。而又使其文

字足以包含一切意義。於應用時，再以命令補之，乃爲至當。

(附)支分權

支分權 (Démembrements de la propriété) 者。自所有權全部中，分其一部，使成爲獨立之權利也。何種權利可爲支分權。如地上權、永小作權、地役權，三種爲今世學者所公認。無容或疑者也。

自羅馬法所有權之定義言之。凡爲完全所有權，必包含使用、收益、處分、三項權利。而自此中分出之支分權。如地上權。因有欲保存土地上所有之工作物，或竹木者，而爲之設定地上權。此地上權者，即有使用土地之權。是由所有權而成立地上權。由地上權而得有使用權。其權利實自所有權分出。故謂之支分權。如永小作權。永小作人得於他人之土地上，有爲耕作、牧畜之權利。亦即有其土地之使用權。此自土地所有者之所有權內，分其一部分之權利。(使用權)以與永小作人。亦一支分權也。如地役權。其種類甚多。今就通行地役權言之。土地所有者，既設定通行地役權與人。即不能使用其土地。或不得同時使用。而通行地役權者，却有其土地之使用權。此無非分所有

權一部之權利。使成爲獨立之通行地役權也。故又可謂之支分權。

支分權之用語。佛法系學者多采用之。而獨法系學者則不稱支分權。而稱爲他物權。謂於他人之物上有其權利。非自所有權分出。乃本爲一種獨立之物權也。日本民法。從解釋論言之。以采用佛法系說爲斷。蓋支分權云者。即以自己所有權之一部權利讓渡於人也。日本民法中既時有權利讓渡之文。即係采用支分權之學說。如此解釋。信得其當。

附錄 岡松博士參太郎民法理由第二卷物權篇第三百三十三葉至第三百三十

八葉

所有權之意義

(一)學說 所有權之定義爲古來學者間議論之所存。沿及今日。尙分數多之學說。而不一定。今舉其重要之學說凡四。(甲)所有權者。處分物之實質之權利也。(普國國法第一編第八章第三條)是僅舉所有權作用之最重要者。若以此說爲正當之見解。則所有者於設定質權之場合。可謂無所有權。何則。既設定質權。

即因之不能行使處分物之實質之權利也。(乙)所有權者。絕對之權利也。(チボ
ウト第五百五十八章。ベーキング第二卷第三百三十四章七葉)是雖表明所
有權之性質。爲獨立而無制限者。然所謂絕對之文字。其意義漠然。尙未表明所
有權之爲何。故亦不得謂爲適當。(丙)所有權者。無制限之權利也。(ウインドシ
ヤイド第一卷第六十七章注第三號)在近世之立法例。關於所有權。認法
律上之制限。故所有權爲無制限之說。與此觀念相衝突。(丁)所有權者。自由使用
收益。處分。物之權利也。(普國國法第一編第八章第九條第十條第十一條)是
爲近世多數之立法例及學說所唱。然此定義有二大謬誤。(天)此定義。以因所有
權而生之效果。與其所有權相混同。是欲以結果而說明原因也。蓋所謂使用。收
益。處分。三者。皆爲所有權之作用。而非所有權之本體也。(ウインドシヤイド
第一卷第六十七章注第二號) (地)因此定義。物之使用。收益。處分。爲所有權
之支分權。所有權有以此三者爲其成立要素者。(佛國法典普國國法ポアソ
ーナド)是自法理上言之。不可不謂甚陷於謬誤。何則。以右三權爲所有權之成

立要素。則欠缺其一。即可惹起所有權之消滅。此論理當然之判決。然所有者。以其所有物貸於他人。與以使用之權。亦爲許可關於其物之收益權。所有者決非失其所有。是足證明其論決之謬誤而有餘矣。（參照ウインドシヤイ卜第一卷第五百十九葉）

以上所揭諸家之定義。僅舉所有權或其作用。皆不得其當。近世學者之所批難也。惟テルンフルヒ氏其近著之近世羅馬法論及普國私法論述所有權之定義。可謂善表明所有權之性質者。余參酌氏之說。而舉近世學者所認爲最正當之定義如左。

(二)定義 分物權爲占有權。及狹義之物權。占有權者。謂物之事實上之支配關係也。狹義之物權者。謂物之法律上之支配關係也。故物之事實上之支配。屬於占有。物之法律上之支配。屬於狹義之物權。狹義之物權有二種。即所有權及他物權是也。所有權者何。爲物權中最重要之權利。即關於物爲總轄的支配之權利也。換言之。於法令範圍內。關於物爲完全支配之權利也。他物權者何。關

於他人所有之物。限於一定之目的。及方法。爲支配之權利。即地役權。地上權。永借權質權等是也。凡此等者。僅於一定之目的。一定之方面。有支配他人之物之權而已。於其他之目的。及方面。則不能支配之也。故所有權之性質有二。(甲)所有權者。物之完全之支配也。完全之支配者何。謂總轄的支配。即不限於一定之目的。一定之方面者。是也。而物之總轄的支配。細別之。又有二方面。(天)有所有權者。關於物得以自己之意思自由左右之。(積極的內容)他人關於物。而反於自己之意思。不得左右之。(消極的內容)是也。蓋所有權之積極的內容者。進而從於自己之意思爲支配之謂。消極的內容者。以自己之意思而排斥他人之謂。要之物之總轄的支配云者。除他人惹起關於物之關係外。且積極的造種種之關係。依自己之意思而爲處分也。如此則所有權。如於使用權。收益權。地上權。不祇對於物之支配關係之一部分。得完全惹起全部之支配關係。茲分析其支配權之作用如下。(子)得使用物。使用者何。從其物之用法。而供自己之用。使滿足吾人之缺乏之謂。例如住居家屋。著用衣服。乘馬。是也。(丑)得收益物。收益者何。因物所

生天然之果實。又法定之果實。爲自己所有之謂。例如取得樹木之果實。取立屋賃而收賃金之利子。是也。(寅)得處分物。處分有事實上者。有法律上者。事實上之處分。即變更消費物之實體。破壞物之全部或一部之謂。法律上之處分。即關於物之權利移轉或設定之謂。例如讓渡賃貸所有權於他人。或設定地役權於他人是也。(卯)得占有物。所有者於所有關係之物品。有事實上爲支配之權。故第三者妨害事實上之支配時。則依本權之訴。及占有之訴。得要求其妨害之除去。及其取戻。以上四項權利。屬於所有權主要之作用。即因所有權而生之結果也。故不可以之與所有權之要素混同。蓋所有權之體。即總轄的支配關係。而上所列之四項權利。即其用也。(ウ)イन्दシヤイド第一卷第五十八頁テルンフルヒ第一卷第四百四十葉。(乙)所有權者。於法令範圍內而享有之權利也。凡權利者。法律之創定物也。於法律以外。不能認權利。雖近世歷史派之學者。主張權利非法律之創定物。然是乃辨明法律非因獨斷的空想。而作爲權利者。實則權利非素自爲法律所認。則不得成立也。然則所有權者。於法令之範圍內。而爲享

有其利益之權利。固不待辨。由是而所有權之內容。因於法令而被限定。自不待言。故曰。所有權者。於法令之範圍內而享有之權利也。エーリング駁擊沿革的所有權爲無制限之說曰。私權中尤以所有權受吾人人類共同生活之影響。則爲公益蒙法律之制限。固當然之事也。而各國之歷史。於所有權全不置制限之例。未嘗有之。(エーリング法律精神論第一卷第五百二十葉)蓋所有權於法令之範圍內。而受其制限。不得已之事也。

(貳) 所有權之範圍

所有權之範圍者。即所有權對於其目的物之如何部分。可有効力之謂也。就普通言之。則對於其目的物之全部。及其附屬物。皆有效力。例如茶瓶之所有權。對於茶瓶之全部。可生効力。即對於瓶蓋。其効力亦及之。此盡人而知。無容或疑者也。惟土地所有權之範圍。往往易生疑問。蓋土地可界劃爲三層。一、地表。(土地之平面)二、地表以上之空間。三、地表以下之部分。其所有權之効力。應及於何處。爲止乎。是一問題也。故若僅以地表爲所有權之範圍。則其權利幾無効用。蓋人履平地。其身當然出於空間。即

蟄伏而行。必不能密著於平面。故須占地表上之空間。又如建築家屋。更不得不占有空間之地位。此土地所有權之効力。必及於地表以上。方爲適用。無論何人。亦不能置一議也。至地表以下。倘爲土地所有權之効力所不能及。則他人於土地所有者之地。可爲任意穿鑿。於所有者亦頗有不利益之虞。然地表以下。果當屬土地所有權範圍之內否乎。就各國法律觀之。土地之下。殆皆爲所有權之範圍所及者也。惟是關於地上地下之制限程度。各有不同。日本關於土地所有權制限之範圍。有明文之規定。於民法第二百七條云。『土地之所有權。於法令之制限內。及其土地之上下。』依此規定。即知土地所有權之効力。能及其上下。但行使所有權。不得受法令之制限耳。其制限如何。

第一 對於地上之制限 例如於自己所有土地之範圍內。建築家屋。雖其高達於如何之程度。在所不禁。因地表上之空間。皆爲所有權所支配也。但苟欲銃取通過其所有地上之飛鳥。則不得不依狩獵法之規定。是地上當受法令之制限也。

第二 對於地下之制限 各國法律。於此制限不同。最顯然者。則爲鑛產。其立法例

大別爲二。其一爲國家所有。不得爲所有權之目的物。其二可得爲所有權之目的物。但於採取時。有一定之制限。日本法律。采第一主義。礦物屬於國家所有。其他地下之產物。盡爲所有權之目的物。佛國及其他數國。則采第二主義。惟當人民採取礦物時。須得政府之許可。而其許可亦不限於所有者。即他人亦得因許可而有採掘權。至地下之泥石等。其採取時仍有制限。特不如采鑛之嚴耳。

日本民法。關於土地所有權。除法令制限外。以及其上下爲範圍。然其上下究達於如何之程度而止。學者間議論尙不一致。有謂以所有者必要之部分爲定者。有謂以所有者之相當程度爲限者。不知民法既有法令制限之明文。凡不爲法令所限制者。皆爲所有權之効力所能及。若必欲規定明確。當言上以至空氣所存之間際全部爲止。下以至地球之中心爲止。即據現行民法解釋之。亦不得不作如是之論決也。故就地上之例言之。設有乘輕氣球者經過土地所有者之地上。須得其許可。否則所有者家屋內之狀況。皆被其窺見。甚不便利。即得行使其所有權。以禁止其通過。然此猶非習見之例。試再舉其普通者。設如甲乙丙三地相連接。甲地之所有者。與丙地之所有者。

各於其土地上。架設電桿。以通電話。因乙地居中。而其線必經由乙地上之空間。倘未得乙地所有者之許可。而侵入其權利之範圍內。所有者以未得同意為理由。切斷其電線。亦為有效。因乙地之所有權。固足支配其地上之空間也。就地下之例言之。設有甲乙丙三地相連接。甲地之所有者。與乙地之所有者。欲使兩地相通。於地下鑿隧道。經過乙地。若不得乙地所有者之許可。乙固可行使其權利而拒絕之。然此亦非習見之例。試再舉其普通者。如甲於所有地之下。掘取泥土。賣與他人。漸進而於斜面侵入乙所有地之界內。是即有害乙之所有權。故乙得行使其權利。而禁止其掘取也。

(參)區分所有

區分所有。乃關於家屋所有權而為適用者。夫使家屋為獨立所有。毫無他人之關係。是無所區分。固已。若不為專有。亦不為共有。於此場合。何者為何人之所有乎。是有區分之必要也。例如有一家屋。以三階屬甲。二階屬乙。其下屬丙。是區分所有也。又如有一平屋。以東室屬甲。西室屬乙。其餘屬丙。亦區分所有也。

區分所有。與共有不同。共有者對於共有物之全部。皆得有其權利。特以抽象的觀察

之。於其共有物之全部中，各有其或部分之權利。當其行使權利時，仍得及於全部。而區分所有，各自分有其一部，僅能對於所有之部分，行使其權利。決不得及於全部。此二者不同之點，不可不注意也。但區分所有中，亦常有一部分爲共有部分者。自其直線（由上及下）言之，如家屋之階梯、及屋極（屋之頂）等，皆屬共用部分。自其橫線言之，如家屋內之隔障、牆壁、及長家之共用便所等，亦皆屬於共用部分。此共用部分，至不能確證明爲何人所有者，即推定爲共有物。但此推定，尙未必適合於事實。得以他種之反證擊破之。日本民法第二百八條第一項云：『以數人區分一棟之建物，各所有其一部時，建物及其附屬物之共用部分，推定之屬於共有。』是也。尙有宜注意者，普通共有物，可以自由分割。而區分所有中之共有，則不許分割。何則？此等物因以共有而始著爲有其效用。若分割之，則成爲廢物。例如分割家屋內之隔障、牆壁，必致失隔障牆壁之功用。是也。故一般共有物分割之規定，在區分所有中之共有，不得準用之。此日本民法第二百五十七條所明言也。

區分所有中之共有部分，欲爲修繕時，其費用以各所有者負擔之。而應其各自所有

部分之價格爲標準。例如修繕牆壁。甲所有之部分。其價格較高。乙所有之部分。其價格較低。則其負擔。即屬甲多而乙少也。至於交納租稅與其他公用費等。其分擔之計算方法亦如之。同條第二項云。『共用部分之修繕費。其他之負擔。應各自之所有部分之價格分之。』本項所謂其他之負擔者。以租稅爲主。蓋家屋稅。通常就於一棟定其額。故於本項。各所有者不得分擔之也。

(肆) 隣地權

隣地權者於二個土地相隣接。各所有者之權利行使時。有調和之必要。因於法律設一定制限之方法也。

附錄 橫田學士物權法第九十九葉

異所有者之二個土地相隣接時。各所有者之權利行使。可影響於他之所有者之權利行使。故關於所有權之行使。相隣者間。可生牴觸之結果。以是爲調和相隣者間權利之牴觸。所有權於固有權能之行使。生設一定制限之必要。而對於相隣者之權利行使之法理上之限界。則所有權之行使。必要於不侵害相隣者

所有權之範圍內爲之是也。

關於隣地權。可分爲八。(甲)隣地立入權。(乙)通行權。(丙)水權。(丁)疆界權。(戊)關於竹木之權。(己)關於建物之權。(庚)觀望權。(辛)關於有害工事之權。

(甲)隣地立入權

立入者何。即由此地逕入於彼地之謂也。(立入與直入意近)土地所有者欲於隣地之境界。或其近傍之場所。築造建物(家屋)及壁牆。或欲修繕之時。勢非使用隣地之一部不可。於此場合。非有隣人之承諾。不得立入於隣地。以至實際上。不能於隣地之疆界。又其近傍。新爲建物。與修繕既存之建物。或至空存土地之一部。而徒費其築造。與修繕之用。且於疆界線。往往有設牆壁之必要。然若不得立入隣地。或至不得設之。是於經濟上甚不利益。而土地之所有權。不得爲充分之效用矣。故法律於或範圍許其有立入權於所有者必要之場合。得使用隣地。日本民法第二百九條第一項云。『土地之所有者。於疆界。又其近傍。爲築造牆壁。或建物。又修繕之。於必要之範圍內。得請求隣地之使用。但非有隣人之承諾。不得立入其家。』本條之規定。僅爲土地所有者

之利益。然因此而致受其損失。則土地所有者對於隣人應負其賠償之責。所以法律又與隣人以償金之請求權也。同條第二項云。『於前項之場合。隣人受損害時得請求其償金。』是也。

參考 民法要義第二卷物權編第九十七葉第九十九葉

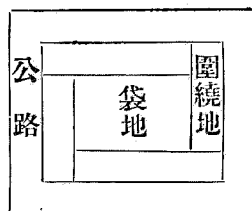
使用隣地。第二百九條所規定之制限有四。(第一) 隣地之使用須於牆壁建築物之築造修繕爲必要。故單圖便利而爲築造修繕或不必立入於隣地。亦得爲築造修繕者。決不得立入隣地。其他關於使用之時期場所等。亦惟於必要之範圍內許之。(第二) 使用時須請求隣人之許可。凡欲使用隣地。須對於隣人申述其旨。而請求其許可。若隣人不允時。惟訴於法廷。使下其命令於隣人而已。苟不拘無隣人之承諾。或竟妄訴以腕力。而闖入隣地。則法律之所決不許也。(第三) 非有隣人之承諾。不許立入其住家人之住居最不可侵者。憲法及刑法已有明文。(憲法第二十五條。刑法第百七十一條第百七十二條) 不得承諾而立入隣人之住家。是侵人住居之最甚者也。此與使用庭園田畑等。大有差異。故因

甲地所有者。欲爲築造、修繕等。有立入於住家之必要。若不待承諾。而法律許之。則不無厚於保護甲地所有者。而薄於保護乙地所有者之感。故於如此之場合。若得其隣人之承諾。固自可也。倘無其承諾。即令所有者因是不能達築造、修繕之目的。至空存其他之一部分。而歸於無用。亦不可不忍之。(第四)對於隣人所受之損害。須拂償金。隣地使用權之付與。實出於不得已。抑亦可謂有害於他人所有權之甚者矣。故法律使因此而得利益者。爲損害之賠償也。

(乙) 通行權

土地所有者。必如何而後有通行於他人土地之權乎。如左之二個場合。

第一 袋地。袋地者。即或土地爲他土地所圍繞。不通公路時。被圍繞之土地。稱曰袋地。(Fonds enclavé) 設欲自袋地通於公路。必由圍繞地經過。此經過即通行權(Droit de passage) 也。倘不許其通行。則袋地與公路。內外不能互達。而此土地因無出入之路。其效用大爲減殺。或竟有廢棄之虞。於經濟上頗生不利益之結果。是以法律與袋地所有者得於圍繞地有通行權。此各國之所同也。若圍繞地所有者拒絕



其通行時。法律得強制之。但此通行權。因不通於公路之袋地而生之權利。故其土地若不爲袋地時。則此權利當即爲消滅。日本民法第二百十條第一項云。『或土地爲他土地所圍繞。而不通公路時。其土地之所有者。爲至公路。得通行圍繞地。』是也。

第二 準袋地 準袋地者有二場合。

(一)土地非由水路(池沼、河渠、或海洋)不能通於他之場合。前項之公路。即公共道路之謂。是水路亦包含於公路之中。固也。特是水路非假舟楫之便。不能得通於他道。且有時因風浪險惡。最爲不便。故雖通於水路。法律亦視爲不通於公路者。故準於二百十條袋地之規定。亦適用之。使得假道於圍繞地也。

(二)依土地之形狀、道路與所有地之間顯著爲高低之場合。是因有崖岸故。而於其較公路爲高者。非切下所有地之一部。造爲階級。或於其較公路爲低者。非於所有地一部之上。設備階級。則不能通於道路。是頗不便。於前者。則至以土地爲無益之使用。

於後者。又必興莫大之工作。勞力費財。皆足生經濟不利益之結果。故於其土地。亦視爲不通於公路者。而準用袋地之規定。使得假道於圍繞地。而通於他之公路也。

關於右之二場合。日本民法第二百十條第二項云。『非由池沼、河渠、或海洋。則不能通於他。又有崖岸。而土地與公路。顯爲高低時。亦同。』是其規定也。

●**純袋地**（即袋地。對於準袋地而言者）準袋地。皆因土地所有者。爲自己土地之利益。而通行於他人土地之上者。但不得損害及於他人。若他人因之受其損害時。要負賠償之義務。日本民法第二百一十一條第一項云。『於前條之場合。通行之場所。方法。要選其爲有通行權者所必要。且爲圍繞地損害之最少者。』第二項云。『有通行權者。有必要時。得開設通路。』第二百十二條云。『有通行權者。對於通行地之損害。要拂償金。但除對於爲通路開設所生之損害外。得每一年拂其償金。』第二百十三條第一項云。『因分割生不通公路之土地。其土地之所有者。爲至公路。僅得通行於他之分割者之所有地。於此場合。不要拂償金。』第二項云。『前項之規定。土地之所有者。讓渡其土地之一部之場合。準用之。』皆規定關於通行權行使之條件也。

參考 民法要義第二卷物權編第一百一葉第一百五葉

第二百十條之權利。本出於不得已而害他人之所有權者。故不得不力求其負擔之輕。是所以第二百十一條第一項之規定。亦與第二百九條單限於爲袋地之必要者同。例如於有庭園與田畑之場合。則寧可選田畑爲通行地。又如通行地爲普通人而設。即無乘車之必要。僅有道路可供徒步通行爲已足之類。是也。雖然。苟爲袋地之必要時。得定平生可以通行之場所。或拓荆棘。或鋪砂石。以備通行之便。例如袋地爲廣大之畑地。年年生莫大之作物。於此場合。若僅由人肩。卒底不能運搬之。或有應需用車馬爲運搬之時。勢非設通路。則行通行權即不免陷於困難。故同條第二項所以爲如是之規定也。

通行權亦甚有害於圍繞地之所有權者。故因之而使受利益之袋地所有者。爲損害之賠償。固自當然也。惟是圍繞地所被之損害。本因日日通行而生者。非一朝夕之故。故爲袋地之所有者。欲一時（即一回）拂巨額之償金固可。若不欲一時拂之。而每年應於圍繞地所被之損害拂其償金。亦無不可。但於開設道路之

場合。往往除隣地之竹木。或刈取其作物等。以致生出特別之損害者。甚多。此等損害。乃生於一時者。與年年通行所生之損害。不可視爲同一。故對之當一時拂其償金。此第二百十二條之所由規定也。

法律於通行權。本因通行者之必要。乃出於不得已而與之者。故若因土地所有者之行爲。致其土地成爲袋地時。（謂於原非袋地之土地。因所有者之行爲而生袋地之結果者。）則不得對於圍繞地求通行。固理之當然也。故如當分割共有地。若以其各部分。不依通於公路之形狀而分割之。致或部分爲不通公路者時。即不得求他之土地之通行。於此場合。即令其不得不爲多少之迂回。亦僅能通行於分割之他部分。以通於公路也。又或土地之所有者。當讓渡其一部分。若其部分及殘餘之部分。皆不依通於公路之形狀分之。致其部分及殘餘之部分。爲不通公路時。則其袋地之所有者。亦無通行他之土地之權。即令爲多少之迂回。僅可通行於原屬於同一所有者之他部分也。如上所述。於爲分割。或讓渡之場合。甲部分之所有者。可通於乙部分之所有者。是依據法律之規定所定者。

也。故當其爲分割、或讓渡時。當事者必預期之。而定分割之部分、或定代價等。總之。於其分割讓渡之行爲。不得不視爲已經著眼於此通行權者。故其通行地之所有者。不得謂因此而權利特被損失。故通行權者。對之不要拂償金。此第二百十三條之所由規定也。

附錄 橫田學士物權法第七十五葉至第七十七葉

通行權行使之條件。(一)通行之場所及方法。要擇其爲有通行權者之必要。且於爲圍繞地損害最少者。袋地之所有者。不得隨意通行隣地。通行之場所及方法。以袋地之必要爲標準。不得超過之。例如爲往來於收獲少之田畑。則以徒步通行有必要之通路足矣。又通行權於他之一方。有害圍繞地所有者之權利。故通行權之行使。務要不及損害於圍繞地之所有者。例如於圍繞地有通路。或空地。則利用之。否則先田畑。後庭園。非於萬不得已之場合。不得變更家屋與其他之建物。使供通路也。通行權之行使。以袋地之必要爲標準。如上所述。故袋地之所有者。或爲其一家之需要。或爲其土地之利用。有特別通路之必要者。得開

設之。如爲收穫物、又荷物之運搬、與住居人之出入、必要人馬車輛之往來之場合是也。(二)通行權者對於通行地之損害、要一時支拂賠償金之金額、或支拂一定之金額、從其選擇之圍繞地之所有者、因於通行權之行使、當然受多少之損害。因此之故、而此賠償金、因其可視爲使用他人土地之對價、故得從通行權者之選擇、一時支拂其全額、或案每年支拂一定之金額。至於開設道路所生之損害、係生於一時者、其賠償金、因非土地使用之對價、通行權者須直支拂其全部。

於此原則、有例外。即袋地由土地之分割、或讓渡、而生時、通行權者不要支拂賠償金。得通行於圍繞地。蓋於是等之場合、袋地之發生、基於當事者之行爲、而當事者因其行爲使生袋地以後、而爲之供通路、是屬於其當然之義務者也。但當事者間有反對之特約時、通行權者、基於其特約、須支拂賠償金。此爲例外之例外。要之、就通行之場所、方法、及償金額、於當事者間協議調時、從其協議、協議不調時、則出訴於裁判所、受訴裁判所、基於前記之標準決定之。

(丙) 水權

關於水權可分爲六。(一)流水權。(二)工作物之破潰阻塞請求爲其修繕又豫防之權。(三)防雨水注瀉之權。(四)關於水流之水路及幅員之權。(五)使水通過之權。(六)設堰之權。

(一) 流水權

流水權細別爲二。

第一 土地所有者於從鄰地自然流來之水不得拒之。例如兩地隣接高地自然

之流水必經過低地流出。低地之所有者對之有承水之義務。不得妨害之。是法律所

與高地所有者之流水權也。日本民法第二百十四條云。『土地之所有者不得妨從

隣地自然流來之水。』此規定最爲適當。蓋自高就下。乃流水自然之法則。高地自然

流來之水。低地必承受之。理所當然也。設無此規定。則低定之所有者得阻礙高地流

來之水。高地因之而不疏通。即反乎水之自然性。是不特高地之耕作不便。其住居亦

生出多少之妨害。或至使高地幾於不得爲何等之用。是從衛生上、經濟上、觀察之。皆

足招不利益之結果。且土地相接而爲生活。於相互間亦必要無此等之事。故法律特

爲之規定。使低地負承水之義務也。以上係預想土地有高低之場合而論之。是普通之例。然有時土地雖無高低。仍有從隣地自然流來之水者。亦不乏其例。甚至隣地雖屬低下。却有從其土地流水於高地之事。例如隣地有噴水之場合。是也。故於本條。不分土地之高低。而汎云隣地也。尙有宜注意者。所謂不得妨害從隣地自然流來之水者。乃指自然之水流而言。如雨水、泉水等。係天然落於隣地。又由隣地所出之水。不得妨害之。固也。若隣地因於人工而生之水。決不容受之。例如於隣地因人工設噴水。其他設人工之泉、池之場合。而其噴水、或泉、池之水溢流時。固無承受之義務。其他由隣地撒布過量之水。亦同。

附錄 橫田學士物權法第二百八葉

低地之所有者。於高地之雨水。與其他自然流來之水。通過其地時。雖負承受之義務。然必要其水常自然流來者。故高地所有者。於其水流下於低地。不得施以人工。例如因疏通雨水、井泉之水。特設溝渠。流下其水於低地。高地所有者爲此種工事時。低地所有者。對之有主張異議之權利。

第二 水流因事變而於低地爲阻塞時。高地之所有者。得以自費爲其疏通必要之工事。於前之場合。低地所有者。對於高地自然之流水。固不得阻礙之。然不負施以工作。使高地之流水容易流下之義務。故因地震、洪水及其他不可避之事變。其水流爲泥砂木石等所阻塞。不得流通。而停滯於高地時。雖在高地所有者。有足大釀其損害之虞。而低地所有者。無以自己之費用。除却其障礙物之義務。惟高地所有者。以自己之費用。施工作於低地。以疏通其水流。低地所有者。不得禁止之而已。日本民法第二百十五條云。『水流因事變而阻塞於低地時。高地之所有者。得以自費爲其疏通必要之事。』是也。

附錄 橫田學士物權法第二百九葉

低地所有者。關於自然流來之水。僅負不作爲之義務。非使負疏通其水之作爲義務者。故低地所有者。因其所爲。妨害水之自然流下時。高地之所有者。對於低地所有者。有求排除妨害之權利。不待論也。若水流因地震、洪水。其他不可歸責於低地所有者之事變。而停滯於高地時。低地所有者。對之不負何等之責任。故

於此場合。高地所有者之權利。僅得以自費爲其疏通必要之工事。對於低地所有者。無求排除妨害之權利。但對於費用之負擔。有反對之慣習時。基其慣習。於低地之所有者。應負擔因疏通所需之費用。

(二) 工作物之破潰阻塞請求爲修繕又豫防之權

是有關係於水權之事。日本民法第二百十六條云。『因於甲地爲貯水、排水、又引水、所設之工作物之破潰、或阻塞、而損害及於乙地、又有及之之虞時、乙地之所有者、得使甲地之所有者、爲修繕、或疏通、又在必要時、得使爲豫防之工事。』依此規定。得分爲二。

第一 修繕之請求權 以貯水之例言之。如甲乙兩地相隣。甲地所有者。鑿池瀦水。以供耕作灌溉之用。乙地所有者。不能阻止之。固無論也。然或因雨澤浸淫之結果。至令池口破潰。則水橫溢及於乙地。於乙地頗不利益。乙地之所有者。可要求甲地之所有者。速爲修繕之。以排水之例言之。如甲地濱海、或河。乙地居其後。設甲於其疆界之隄防。不事修築。而任其破潰。則水患之來。甲地臨衝。當然蒙其損害。因之而及於乙地。

乙地之所有者。亦得要求甲地所有者修繕之。以引水之例言之。如甲地所有者。因耕作而謀灌溉之用。由遠處引水。入於其土地之內。經過乙地。於乙地無其損害時。乙地所有者。固不得阻止之。然或因有障礙物阻塞水道。水流橫溢。乙地因之蒙其損害。乙地所有者。亦得要求甲地所有者爲疏通之工事。是皆於工作物破潰。或阻塞。得有修繕（或疏通）之請求權也。

第二 豫防之請求權 以貯水之例言之。如甲地鑿池。雖未至破潰。然豫想一旦雨降。其池水恐至奔溢。有流入乙地之虞。乙地所有者。即得要求甲地所有者。別開水道。使水得於適當之方向流下。（如引入於河海）以排水之例言之。如甲地濱海。或河。雖其隄防未至破潰。然不甚堅固。或不無稍低之嫌。豫想水流暴漲時。必有決溢之患。而損害可及於乙地。乙地所有者。亦可以請求甲地所有者。豫施以改良之工事。而防其水患。以引水之例言之。如甲以竹筒引水。其質頗嫌脆弱。易致破潰。又或易於阻塞。可使生水流橫溢之結果。於乙地有將蒙損害之虞。乙地所有者。亦得要求易以他種之引水管。或使豫爲疏通。以防損害。（日本鄉村中多有以半剖之竹筒引水。而上不設

覆蓋者。因之砂塵堆積。易致阻塞。則水橫溢於平地之上。於將受損害時。皆得要求所有者。設一覆蓋。以豫防之。是皆於工作物尙未破潰。或阻塞時。欲防禍於未發。得有豫防之請求權也。

日本民法第二百十五條。乃就因事變而生障礙物之場合爲規定。第二百十六條。則就本來特設之工作物而生障礙物之場合爲規定者。而此權利。依於第九十八條及第九十九條之規定。得以占有之。訴行之。唯所有者不爲占有。亦得以普通之。訴行此權利耳。

關於修繕、疏通、及豫防工事之費用。往往因契約關係、及慣習、定之。夫爲是等之工事者。雖爲甲地所有者之利益。乙地所有者。亦同時受其利益。故日本慣習。往往由兩方分擔其費用。蓋第二百十六條之規定。爲極有益且公平之結果也。然是等之事。以因於地方之地勢。與其他之理由。不免生出與此規定相異之慣習。於有如此慣習之場合。無強打破其慣習。必使之依此規定之理由。故其慣習。倘於修繕、疏通、有不得爲之。或不得使爲之之時。則反於公益。決不得從其慣習。若僅就其費用之負擔。而依於第

二百六十條之場合。各自分擔其費用。甚至其費用之負擔。或全與第二百十六條之規定反對之場合。是決無關於公益者。若其慣習分明時。當然從其慣習。即於第二百五條之場合。亦與第二百十六條爲同一之理由。就其費用之負擔。法律一任其慣習。不爲干涉。日本民法第二百十七條云。『於前二條之場合。就費用之負擔。有別段之慣習時。從其慣習。』是其規定也。依此規定。則乙地所有者。既從慣習上。與甲地之所有者。分擔其費用。但於爲是等之工事。乙地所有者。僅得有請求權。不得於甲地上代爲之。因其地爲甲地所有者之目的物。乙地所有者。固不得侵及他人所有權之範圍。若僅請求使甲地所有者爲其工事。是當然爲乙地所有者權利之所在也。

(三) 防雨水注瀉之權

依第二百十四條之規定。落於隣地之雨水自然流來者。不得妨之。雖然。隣地之所有者。亦不得設屋根（與屋檐相當）及其他之工作物。使因之集雨水於一處。而注瀉其土地。例如甲乙相屋。甲之屋根甚高。且密接於乙屋。有雨水時。必注瀉於乙屋。固爲有害乙之疆界權。即甲屋與乙屋相距數尺。因甲爲斜面之屋根。又不設雨樋。（與溜筒

相當) 雨水即不能依直線落下。仍必注瀉於乙之地內。乙可要求甲於建築時。勿爲是等之構造。以豫防其患。防備之方法。最善者。莫若使甲多留餘地。然於甲之土地利用上。不免過加制限。惟有使甲之屋根。勿爲斜面之形。或設雨樋。引雨水至於平地。則甲地既不廢棄。乙地亦不至受其注瀉。誠雙方之便利也。日本民法第二百十八條云。『土地之所有者。不得設可使雨水直注瀉隣地之屋根。其他之工作物。』是其規定也。

附錄 橫田學士物權法第二百十二葉

土地之所有者。接於隣地之境界。而設家屋。其他之工作物。時。其家屋及工作物。必要構造。可使落下雨水於自己之所有地內。若家屋。及工作物。有構造。可使落下雨水於乙地之時。爲防雨水之直瀉於隣地。不可不爲相當之設備。蓋因雨水之直瀉。有毀損隣地之虞也。

第二百十六條。第二百十八條。皆規定隣地所有者。不得以其所爲。使以水流下於隣地之事。是無他。土地之所有者。以其所爲。使水流下於隣地。則侵害隣地之所有權。故於此場合。隣地之所有者。於其所有地得施防其水流下之工事。自然

對於侵害者有要求侵害行爲之停止，又損害賠償之權利。從此原則，所以生第二百零十六條第二百零十八條之結果也。

(四)關於水流之水路及幅員之權

廣義之水流，凡屬國有及市町村公有者，皆包含其中。茲所述者爲狹義之水流，即僅指私人所有者而言也。關於水流有二說。第一說謂水流地所有權之目的物僅在床地（即河底）而水流（即河面）不包含之。第二說謂水流地所有權之目的物包含二者而言。世之論者大率主張第一說。其說甚謬。第二說則ボワツソナード氏所倡。日本新民法採用之。觀各條有「水流地」之明文，可以知之矣。

水流有止水、流水之別。既爲流水，即當利用其性質，使之善爲流通。否則與流水之性質不合。惟是水流地之所有者得隨意變更其水流否乎？從理論上言，所有者隨意變更其所有物，當然屬其權利之範圍內。雖然水流者本自山而達於海，必得流行無滯，始能完其效用。故甲地之所有者若得隨意變更其水流，則水流之他部分之所有者，往往因之失其固有之利益，或不免蒙不測之損失者，是甲地之所有者行使自己之

權利。同時即害他土地所有者之權利。故法律不得已而設特別之規定。因而豫想關於水流之權。有二場合。

第一 水流之兩岸異於所有者時（水流之全幅員又其一部屬於甲之所有。其對岸又他之一部屬於乙之所有之場合）。於此場合。又分爲二。

（一）例如甲地所有者兼有其水流所有權。於對岸。則自岸以外。即屬於乙之所有。倘甲變更其水路。使水流直奔於乙岸。由水勢過激之結果。乙岸之所有地。將被衝損。又甲變更其幅員。於其水流（即河面）或變廣爲狹。即水流能自淺而深。倘乙岸之地形低下。亦恐有被侵害之虞也。

（二）例如甲乙各有其一岸。且中分其水流之所有權。依法律上論之。本可以傍甲岸者爲甲所有。傍乙岸者爲乙所有。然流水同源。法律上雖能區分。事實上究不能確定其水流之分量。往往一方變更。他方即受影響。倘甲利用其水流。開一水口。或以水管引至他處。同時乙因甲變更水路之結果。其所有部分之水流。立見減少。又或甲於其岸傍之原地。開出若干部分。以爲水流地。使水流加寬。乙亦受甲變更幅員之影響。水

流必因之更淺。又或甲於水流中之疆界線止。修築隄防時。乙亦有因甲之變更而蒙水流減少之損失也。

以上甲變更水流之行爲。皆有損乙之權利。苟非甲乙間自有特約時。法律上固不許甲得有此自由變更之權。日本民法第二百十九條第一項云。『溝渠其他水流地之所有者。對岸之土地屬於他人之所有時。不得變更其水路。又幅員。』是其規定也。

第二 水流之兩岸均屬於同一所有者時（即水流地之兩岸全屬一人之所有者。且其兩岸之地亦歸其所有之場合）此類之所有者。關於水流之變更。似絕無他人關係之問題。故原則其變更水流及全幅員皆屬其自由。然甲乙兩岸固全屬於其所有者。而丙丁兩地居其水口之傍。又屬於他之所有者。有時因水流之變更。亦足生他人利害關係之結果。故當受一定之制限。即須於水口之下口。存其固有之形狀是也。若因變更其水路之遠近。及幅員之廣狹。並其水口而亦狹小之。則上流之水壅滯難通。固有不利用於丙之所有者。（是假定丙地居水流之上口）同時下流之水來源亦減。不得爲充分利用。又甚有傷害於丁地之所有者。（是假定丁地居水流之下口）

蓋水流之性質。以能流下爲効用。若使水流失其性質。即不能完其効用。故水流地所有者。於其所有之疆界內。雖得如意變更其水流。而其水口之廣狹。不可失其固有之形狀。否則他部分之所有者。不無失水流之利益。或被不測之損害。而以行使自己之權利。同時傷害他人之權利矣。因此之故。故於日本民法同條第二項云。『兩岸之地。屬於水流地之所有者時。其所有者。得變水路及幅員。但於下口。要復自然之水路。』是其規定也。

以上於日本民法爲一般之規定。通用於無特別慣習之場合者也。若於慣習明爲相異之場合。寧可不依第二百十九條一項二項之規定。而從其慣習。故於同條第三項云。『有異乎前二項之規定之慣習時。則從其慣習。』是也。

附錄 橫田學士物權法第二百十二葉至第二百十四葉

日本舊民法。關於水流地所有者之權利。設數多之規定。而新民法於此等之規定中。僅存第二百十九條之規定。他悉削除之。是不僅因關於水之使用。設一般之原則。頗爲困難。且日本之慣習。各地亦甚歧異。因於此點。總不如任學理上之

解釋爲適當也。然當解釋第二百十九條之規定。於水流之性質。有一言之必要。從學理上言。土地所有者。若係有從其土地湧出水流之所有者。是爲水源地之所有者。則從其意之所欲。於所有地內。有使用、收益、處分、水流之權。不待論矣。然水流一旦從其土地之境域。流出於他之土地時。水源地之所有者。於其水流地之上。不有何等之權利。而其水源。雖有發源於自己境域內之理由。然不得妨他人使用之。蓋水源地所發之水流。從於自然之法則。漸次下流於低地。與從他之水源地之水流相合。通過異於所有者之數個土地。而投至於河海者也。於是分離其水源地後。同時成一無主之狀態。則關於水流。有定水流通過土地所有者之權利之必要。是無他。水流從於自然之法則。求其通路。確定其流域。則位於其流域之土地所有者。無論誰何。皆有利用其水流之權利者也。換言之。土地之所有者。因附隨其土地所有權之權能之一。沿於其土地。又通過其土地。所流自然之水流。有使用之權。位於上流之土地所有者。於地勢上。有先於下流之土地所有者。利用其水流之權利者也。然水流地之所有者。當於利用水流時。地勢上。得

用其水流。不得害下流所有者之利益。民法第二百十九條之規定。即從此原則而生之結果。而同條即區別水流兩岸。爲同一之所有者與否。即關於水流定水流地所有者之權利也。

(五)使水通過之權

此從表面上觀之。似與第一種之流水權相同。何以特區別之爲一種乎。蓋第一種之流水權者。僅指自然流下之雨水。茲所謂使水通過之權者。乃指以人工使之通過之水。故兩者實有區別也。以理論言之。高地之所有者。其土地自然之水。得使流下於低地。然不得故以人工使之流下。是土地所有者。本不得有使水通過他人所有地之權利。然於事實上殊多窒礙。故法律特許於制限之範圍內。得有此權利。其制限範圍如何。

第一 爲使乾其濕水地。又排泄家用。或農工業用之餘水之必要時。所謂使乾其濕地者何。即於土地被浸水之害之場合。使之乾燥是也。例如甲爲高地。乙爲低地。甲地本爲濕地。不接於公路。或公流。若不施相當之工事。使其水流下於低地。則高地之

經濟及衛生上，有陷於甚不利益之狀態。故得以引水管及其他之排泄器，使水通過乙之低地，而後達於公路或公流也。（公流雖多爲公路，然不通舟楫者，決難言公路。故別言公流。）此特指天然之積水而言也。至所謂排泄家用，或農工業用之餘水者，何以家用言。如日常家屋中之用水，又沐浴用、澌米用、洗濯用等之污水，於應排泄之必要上，若不得使之流下於低地，殆不能謀其生活。故可適用使水通過之權。俾得由低地達於公路或公流也。以農工業言於農業上，如田水及對於水車與其他用水力之機械等，所使用之水，於工業上，如洗濯業及色染業、繅絲業等，所使用之水，若不得使之流下於低地，亦殆不能爲其營業。故於排泄之必要時，亦得適用使水通過之權。俾得由低地以達於公路或公流也。又若公地、公流，雖與高地相接，却高出於高地之上。則其地形更高，於疎水之勢不順。惟有向下排泄，以達於他之公路或公流。倘他人所有之低地介在其間，亦得有使水通過權也。以上所述，皆關於高地不直接於他之公路或公流之場合。得有使水通過低地之權。即在有下水道之場合，亦同。例如高地不直接於下水道，必經過低地而後得達，亦不妨適用此權利也。

第二 於水道之敷設不使生有害於低地所有者之結果時。如以上所述。使水通過權專爲保護高地所有者之利益而設。同時爲低地所有者計其利益。以使其少受損害爲必要。蓋高地所有者爲排水而設水道於低地。本侵害低地所有者之權利。特爲經濟上、衛生上之必要。不得已而付與此權利於高地所有者。故其權利之行使時。務要不使生有害於低地所有者之結果。故就其場所及方法。要附以一定之制限。此與第二百十一條通行權有同一之理由者。言其場所。例如家屋之牀下、（即地層板下）庭園之中央等。須力避之。而選田畑及其他離於住宅。且不害邸宅之裝飾者。言其方法。例如設置陰溝等。是也。關於是等之規定。於日本民法二百二十條云。『高地之所有者。爲乾濕水地。又爲排泄家用。或農工業用之餘水。至公路、公流、又下水道。得使水通過於低地。但場所及方法。要爲低地選其損害最少者。』

依第二百十條之規定。低地所有者。仍不免少受損害。故法律又爲設相當之保護。即付與以得使用高地所設之工作物之權利也。例如高地爲使水之通過。在低地特設一溝。低地之所有者。亦得利用之。蓋此種工作物。一人使用之。與二人使用之。決不加

損。而在高地既不關痛癢。在低地亦多得利益。故法律所以許其得爲共用。即以調和高地低地間所有者之權利關係也。反之。低地所有者所設之工作物。高地所有者因使水通過。亦得有使用之之權。此自高地所有者觀之。可省去設置同一工作物之勞。誠已受非常之利益。即自低地所有者觀之。可不必以自地有用之土地之一部。供給高地設置工作物。亦爲比較的少受損害。要之。法律上爲此規定者。不外基於經濟上之理由而已。至其設置及保存之費用。常由使用此工作物者分擔之。是爲原則。其負擔額之輕重。亦當依所受利益額之多少。而決定之。日本民法第二百二十一條第一項云。『土地之所有者。爲使通過其所有地之水。得使用高地。又低地之所有者。所設之工作物。』第二項云。『於前條之場合。使用他人之工作物者。要應其所受利益之割合。分擔工作物設置及保存之費用。』是也。

如右所述。是單就甲乙二地之場合（即甲地所有者之餘水通過乙地之場合）而論之。至於甲、乙、丙、丁等。數多之土地。互成高低之場合。甲地所有者。亦得使用乙地所有者之丙地、丁地等。所設之工作物。其理由亦同。

(六) 設堰之權

此亦有關於水流之權利者。而設堰權之行使。有二場合。

第一 水流地全部之所有者。於有設堰之必要時。例如甲岸所有者。兼有水流地全部之所有權。其對岸則屬乙之所有。甲欲利用其水流。導之而入於自己所有之地內。是有設堰之必要。特不得不附着於對岸。而對岸又屬於他人。自理論上言。是有侵害他人之權利。非得其人之承諾。不得設堰而附着之。然或因其人不承諾。遂至不得爲是等之施設。即至不能充分達其利用水流之目的。經濟上所最不利者也。故法律上付與甲以設堰權。乙之承諾與否。可勿問之。此專爲保護甲之利益。不得已遂害乙之所有權。故法律上又使甲對於乙。應於其損害而負賠償之義務。日本民法第二百二十二條第一項云。『水流地之所有者。有設堰之需要時。得使其堰附着於對岸。但對於因此所生之損害。要拂償金。』

第二 水流地之一部。屬於對岸之所有者。亦有設堰之必要時。如上所述。甲爲水流地全部之所有者之場合。乙不得使用其水。自不待言。若乙亦有其水流地之一部

之場合。即有可以利用之權利。同時或至生設堰之必要。倘再於水流中。設與甲同樣之堰。是徒多一種無益之費用。於經濟上甚不利益。且有時再無適當之場所。足容乙添設一堰者。故法律使乙得使用甲堰。至爲便利。此與日本民法第二百二十一條。同出於經濟上之理由也。故關於費用之負擔之規定。亦準用之。同條第二項云。『對岸之所有者。水流地之一部。屬其所有時。得使用右堰。但依前條之規定。要分擔費用。』

(丁) 疆界權

關於疆界權。可分爲三。(一)經界權。(二)圍障權。(三)互有權。

(一) 經界權

異於所有者之二個土地隣接時。各所有者。關於其土地之疆界。自表面上言之。似可一見瞭然。實則易相混淆。而致紛議之叢生。法律欲豫防之。必要明定經界權 (Bois-rage) 故於相隣者。使各標示其土地之疆界。而立一界標。界標 (Bois-rage) 者。即標示其疆界之物也。其種類不一。或以石。或以木。或以樹 (自然者樹。加工者木) 或以圍障 (牆壁) 或以溝渠。凡一見可以認識兩地疆界之物。皆可爲之。故不限定界標之種

類得基於地方之慣習及相互之利益。隨意定其界標之物。蓋界標之設置。所以豫防疆界之爭議者。因而生出雙方之關係。倘任單方自由設立。不得相手方之承諾時。終不免於爭議之結果。故法律必使其共同設置。而其費用亦即分擔之。第此費用。不僅指設置時而言。即其後保存之一切費用。亦須平均負擔。因界標爲相隣者相互之利益。故同時即爲相互之義務也。但在設立界標時。於確定兩地之疆界。往往生測量土地形狀及坪數等之必要。關於此等之費用。可不依平均分擔之原則。自宜應各所有者之土地之廣狹。以定其負擔額之差也。日本民法第二百二十三條云。『土地之所有者。與隣地之所有者。得以共同之費用。設足以標示疆界之物。』同法第二百二十四條云。『界標之設置及保存費用。相隣者平分而負擔之。但測量之費用。應其土地之廣狹分擔之。』

參攷 民法要義第二卷物權編第二百一十一葉

經界者。所以明兩地之區域。定兩地平生所有權之範圍。且預防後日之爭議。而爲必要者也。故於西洋。古來以經界權爲關於土地所有者之一大要義。

(二) 圍障權

圍障權(Droit de clôture)之圍障。與經界權中所述之圍障不同。蓋彼之圍障。其目的僅在標示。此之圍障。其目的全在實用。其效用各別。故圍障權亦爲疆界權之一種也。圍障之效用如何。其一。爲使外人不得窺視家屋內之情況。其二。爲與外界有別。可禁止他人之侵入。例如甲乙兩家相隣。不設圍障。則彼此皆得相窺。多感不便。又於不設圍障之時。或致令他人得侵入土地權利之範圍內。且無以預防盜難之虞。故爲生活。及對於他人而保護其土地之必要上。不能不於其土地之周圍。設置圍障。既足以明其限界。同時又獲住居之安寧。此法律所以認有圍障權也。至其設置。及保存之費用。因圍障多爲雙方相互之利益。故當以平分負擔爲斷。而其材料及高低。先由當事者之協議。至不調時。乃使就法定之範圍。倘當事者有別段之意見。更爲良好之設備。苟能自擔費用。亦不爲法律所禁。以上爲一般原則。於無反對之慣習時。得適用之。日本民法自第二百二十五條。至第二百二十八條。是其規定。於第二百二十五條第一項云。『二棟之建物。異其所有者。且其間有空地時。各所有者。與他之所有者。得以

共用費用。設圍障於其疆界。』第二項云『當事者之協議不調時。前項之圍障。要爲板屏、或竹垣、而高爲六尺者。』第二百二十六條云。『圍障之設備、及保存、費用、相隣者平分負擔之。』第二百二十七條云。『相隣者之一人、得用比第二百二十五條第二項所定之材料良好者、或增高、而設圍障。但要負擔因此所生費用之增額。』第二百二十八條云。『有異於前三項規定之慣習時、則從其慣習。』

參攷 民法要義第二卷物權編第二百二十三葉至第二百二十七葉

(第二百二十五條)自本條以下至第二百二十八條、皆關於圍障權之規定也。夫圍障權者、爲邸宅之安全、與家內之情況、從他處不能窺視、及因其他之理由、爲必要、故甲乙兩人之家屋、其他之建物、除全行接着之場合外、各所有者於疆界線上設圍障、得使他之所有者分擔其費用。雖然、圍障有土屏、有板屏、有竹垣、有生垣、又其高之度限、有高低之別、而其間費用之差、即因之顯異、故若各所有者得從心之所欲、用如何之材料、及設如何高之圍障、其費用又得使隣人分擔之、是踰越隣地間必要之畛域、單從所有者一方之嗜好、至使他人不幸而負擔

多額之費用。蓋此費用在他人視之。甚爲不必要者也。故於本條。專委之於當事者間之協議。若協議不調時。其材料則以板屏或竹垣爲之。其高則要及於六尺。而於板屏與竹垣兩者。任受請求之所有者得選其一。蓋法律無論板屏與竹垣。皆可。故受請求之所有者。但擇其一。即可謂已盡法律上之義務者。據本條第二項之規定。隣人不協議。所設圍障之費用。不能使隣人分擔之。必應自辨其全部也。

(第二百二十六條)本條定關於圍障權分擔費用之割合(即費用之率)者也。而圍障亦與界標同。(圍障亦爲界標。惟界標不必要圍障。有可標示疆界之物足矣。)兩地。又兩建物之所有者。應各各平等受利益。故應平分而分擔其費用。固自當然也。

(第二百二十七條)依於第二百二十五條之規定。若當事者協議不調時。則圍障要板屏或竹屏。其高爲六尺者。是無他。於普通之場合。認此爲已足也。雖然。依當事者之身分。建物之構造等。有以板或竹之材料。與六尺之高。之圍障。尙有不

足者。例如貴顯紳士。必要土屏。或石屏。而其高達於丈餘者。又因建造二階之家屋。其圍障之高。非特高於尋常者。殆無設圍障之効。於是等之場合。依當事者一方之需要。特設高價之圍障。而使隣人分擔其費用。固自不當。亦爲法律之所不許。雖然。若有其需要之當事者。負擔其費用之增加額。於他之一方。終無所妨。故於本條。許當事者之一方。以用比第二百二十五條第二項所定之材料良好者。又增高。而設其圍障之權。唯因於用此材料。及其增高。所生費用之增加額。總於其當事者負擔之。故於此場合。則隣人負擔第二百二十五條第二項所定圍障費用之半分。此外皆其當事者應爲負擔之。

(第二百二十八條)前三條所定之圍障權。爲謀便益而設者也。雖然。於經界權通行權等。於無此等之圍障。不可謂爲害公益者。故若地方之慣習。有明不認圍障權時。則可依其慣習。況就於圍障之材料。與其高之度限。及費用負擔之義務等。有異於前三條之慣習者。亦可從其慣習。是所以有本條之規定也。

(三)互有權

界標圍障等物。皆法律上強制其執行。倘設立在數十年之前。日受相隣者間之使用。竟不辨其係何人所有。至互有爭議時。法律非設有一定之推定。實際上殊難證明其所有權之何屬。因而相隣者間之爭論不絕。非所以保公共之安寧也。法律故爲之規定。限於無反對之證據。皆推定爲相隣者之共有。即學者所稱爲互有權 (Mitoyenne-
5) 者是也。西洋各國。大都設此規定。日本亦倣各國立法例。而認互有權極爲適當。蓋自民法施行以前。界標等物。是否由公共設置。雖不得而知。民法施行後。往往由一方強請他方爲相互之建設。從未有由一方單獨爲之者。故此推定。最合乎事實。且界標爲標明兩地之區域。此必在疆界綫上無疑。即如圍障、牆壁、溝渠等。爲供兩家之利用。亦恒存乎疆界綫之上。此即單就地形論之。當可斷定爲互有之物。實可謂理之當然也。日本民法第二百二十九條云。『設於疆界綫上之界標、障圍、牆壁、及溝渠等。推定屬於相隣者之共有。』是其規定也。

於互有權之共有物。亦適用一般共有物之規定。惟關於自由分割之規定。不適用之。觀於日本民法第二百五十七條云。『前條之規定所揭於第二百八條及第二百二

十九條之共有物。不適用之。』是可見也。

第二百二十九條。爲一般之規定。乃預想普通之場合而設者。故因特別之事情。限於屬於相隣者之共有。不分明之物。不適用之。故關於牆壁之互有權。尙認有一二之例外。

第一 疆界綫上之牆壁。爲一方建物之部分之場合。於此場合。其建物爲供一方之用。甚屬分明。故此牆壁。僅屬於其建物之所有者。固自當然也。或曰。依日本民法第二百零三十四條之規定。則築造建物。必自疆界綫存一尺五寸以上之距離。故疆界綫上之牆壁。爲一方建物之部分。似不得有之事也。抑知不然。蓋因有三種理由。可得有之。其一。第二百零三十四條。因第二百零三十六條。容反對慣習之規定。故若有反對之慣習時。不在適用之之限。其二。得隣人之承諾。必不要依於第二百零三十四條之規定。其三。於雙方之土地。當初屬於同一之所有者。其後分割之。而讓渡於他人之場合。不無以牆壁爲疆界綫者。基於此三種之理由。故於日本民法第二百零三十條第一項云。『疆界之牆壁。成一棟之建物之部分者。不適用前條之規定。』

第二 於雙方之建物接着而一方之建物比他之建物尤高之場合。於是等之建物。其牆壁之高。因可隨其建物之高。爲同一之度限。而其牆壁高出之部分。僅爲一方建物之用。不屬於雙方之共有。殆無容疑。故其高出之部分。屬於高建物之所有者。若其爲雙方建物所用之部分。尙屬於雙方共有。此其理由如何。蓋於此場合。法律推定其牆壁。訖於低建物之限度而止者。係當初以共同之費用造成。其後他之建物之所有者。從而加高其部分耳。否則當初依雙方之協議。於其牆壁爲雙方共用之部分。以共同之費用造之。同時於加高之部分。以一方之費用造之者。是固可謂得其當也。基於此理由。故於同條第二項云。『介乎高低不同之二棟建物之牆壁。其踰於低建物之部分。亦同。但防火牆壁。不在此限。』夫防火牆壁。所以難爲同一之規定者。無他。防火牆壁。若不比多少之屋根尤爲高聳。殆難爲其效用。故即令於雙方之建物。有高低不同時。然其防火牆壁。不得不直視爲以雙方之共同費用造之者。是以有第二項但書之規定也。

雖然。相隣者之一人。從自己之需要。得增高其現時共有之牆壁否乎。夫共有物。凡共

有者皆有使用之之權利。日本民法第二百四十九條之規定如此。而增高共有之牆壁。即加以變更者也。故據二百五十一條。則得他共有者之同意。相隣者之一人。可得爲增高之事。苟不害隣人之利益以上。以許之爲便。故於法律。規定相隣者之一人。有增高共有牆壁之權利。惟增高時。往往致弱其耐力。因而有害隣人利益之虞。故若其牆壁不耐此工事時。則以自費。或加必要之工作。或須全改築其牆壁。日本民法第二百三十一條第一項云。『相隣者之一人。得增高共有之牆壁。但其牆壁不耐此工事時。要以自費加工作。或改築其牆壁。』

惟是其所增築之牆壁。係以一人之費用造之。故以其部分爲限。屬於出其費用者之專有。自不竢論。特於日本民法。因已有第二百二十九條之規定。法律上亦不能不特明言之。故於同條第二項云。『依前項之規定。牆壁增高之部分。屬於爲其工事者之專有。』

如上所述。於日本民法第二百三十一條所規定之場合。本爲謀相隣者一人之便益而設者。若因之有害於他人。是厚於一方之保護。而薄於他之一方之保護。故於隣人

因之而受損之時。則自增高牆壁者對之。須支拂償金。例如因改築其牆壁。隣人接於其牆壁之屋。一時不得使用。因而受損害。或爲施其工事。因喧囂而加妨害於隣人之營業。是也。故日本民法第二百三十二條規定之云。『於前項之場合。隣人受損害時。得請求其償金。』

(戊)關於竹木之權

土地所有者。不得踰越境界而種植竹木。特於在自己所有地範圍內。得完全行使其權利。故得自由種植竹木。但因此侵害隣地之所有權。亦當受多少之制限。其制限如何。

第一 關於竹木之枝之權 土地所有者。於自己疆界內種植竹木。至發達後。其枝葉蔓延。乃踰越疆界線而侵入隣地。從日本民法第二百八條之明文。隣地所有權之範圍。上可至天際。今其枝葉既占隣地之空間。是爲侵害隣地之所有權無疑。隣地之所有權者。得有請求竹木所有者剪除之之權。

第二 關於竹木之根之權 竹木所有者。於其竹木之根。蜿蜒侵入隣地時。亦從日

本民法第二百八條之規定。隣人之所有權。下可達於地心。亦爲侵其所有權之範圍。隣地所有者。並不待爲請求。即有自行截取之權。

根與枝之間。所以設如是之區別者。無他。以價格上言之。則枝恆爲貴。（於果樹成熟時。尤有然者。）而根恆爲賤。且欲剪除其枝。非立入竹木所有者之土地不可。反之。而欲截取其根。即可在自己之所有地行之。故一須請求。一不須請求也。日本民法第二百三十三條第一項云。『隣地之竹木之枝。踰於疆界線時。得使竹木之所有者。剪除其枝。』第二項云。『隣地之竹木之根。踰越疆界線時。得截取之。』

附錄 橫田學士物權法第二百三十葉第二百三十一葉

關於竹木之權。立法例至不一定。（一）以爲相隣者。有自截取根枝之權。（二）以爲相隣者。原有對於竹木所有者。得請求截取之權。（三）以爲竹木所有者。受截取之請求。後不應之之時。相隣者。得自截取之。（四）以爲竹木之枝。得要求其所有者。截取其根。則相隣者可自剪除之。日本新民法。即採第四主義。

竹木之枝。因相隣者。僅有請求剪除之權。竹木之所有者。不應其請求時。可生出

訴於裁判所之必要。然爲細事而煩訴訟之手續。實際上頗屬不便。而相隣者定相當之期間爲催告後。無其效時。得自截取之。可信爲適當也。

(己)關於建物之權

關於建物之權。乃基於相隣者相互之利益而設之制限。蓋相隣者於自己之疆界線內。任意築造建物。不復留其餘地。自理論上言之。固無不可。然果如是。則其建築之事。易致間接侵害隣地之所有權。例如甲乙兩地相隣。雙方間初未設如何之建物。相隣者之甲。先爲建物時。若直接於邊界。固可利用乙地而爲外圍之粉飾。至其後乙爲同一之建物。因已與甲建物附着。不得粉飾其外圍。甚至不得爲其築造。因而欲存多少之距離。至不能不殘留其餘地。方能完其工作。此乙受甲建物之障礙。至不能充分利用其土地。頗生不公平之結果。故法律上特爲之規定。爲應甲乙將來使用之必要。上使之留相當之餘地。而存一定之距離。然因於此。而境界之兩側。相隣者不可得而利用之。使存爲空地。經濟上頗有不利。故其距離。必要縮少之。故於通常兩建物間之使用地。以存有三尺爲已足。則令甲乙兩地。各餘其半（即一尺五寸）所謂法定距離。

也。此距離之起算點。法律並未明定。自解釋上論之。必自兩地間之疆界線起。達於建物之邊線止。各存一尺五寸。足矣。日本民法第二百三十四條第一項云「築造建物。要自疆界線存一尺五寸之距離。」

因以上之原則而生之結果。則築造建物者。不得違法定之距離。倘違此距離而爲建物。隣地之所有者。則請求其變更。於必要之場合。則求其廢止。雖然。自純理言之。隣地之所有者。無論何時。得爲變更。廢止之請求。原則如此。但亦有例外。蓋自建築開始。已經過一年。或在落成之後。若亦許爲變更。或廢止之請求。必致招毀損建物之結果。於經濟上亦甚爲不利。故法律僅與以損害賠償之請求權也。日本民法同條第二項云。「有將違前項之規定而爲建物者。隣地之所有者。得使變更其建築。或廢止之。但自建築着手之時。經過一年。又竣成之後。僅得爲損害賠償之請求。」

或曰。於日本民法第二百三十四條之規定。得勿與第二百一條相重複乎。曰不然。第二百一條。僅爲保護占有之規定耳。若無本條第二項之規定。則以所有者爲占有者。不得不從第二百一條占有之。訴權。經過一年之期間後。即不得爲如何之請求。而本

條第二項之規定。關於使建物之變更、及廢止之權利。固受期間之制限。而損害賠償之請求權。於未罹時效以前。皆得隨時行使也。

以上所述。立法者乃酌於普通之事實。而認爲最適當者。雖然。於特別之場合。如上述之制限。反於相隣者有利益時。如市街之地。所有者務爲利用土地之全部。於必要上。不欲存一隙之棄地。亦事實上所恆見者。故無以法律之力強變更之之必要。其有反對之慣習。關於建物相隣者之關係。亦可從其慣習。於日本民法第二百三十六條之規定（條文見後）是也。

（庚）觀望權

觀望權之名詞。本未適當。特已成通用語。故茲亦沿之。所謂觀望權者。自表面觀之。似許其有觀望之權。而其內容。實爲關於觀望權之制限。故觀望權者。乃自他方制限其觀望之權也。蓋土地所有者。於其所有地內。築造建物時。爲便於觀望。雖有任意設窓。又椽側之權。然其所有地隣接於他人所有之地時。因此權利之行使。生害隣地所有者安寧之結果。例如自甲屋之窓。又椽側。觀望乙屋。得盡見其內容。乙即被觀望者。必

生不愉快之感。是以法律爲相鄰者相互之利益。於此權利之行使。必要設一定之制限。而其制限。固爲被觀望者一方。保護其住居之安寧。同時於有觀望權者一方建設之權利上。須使其少受損害。方與法律上公平制限之精神相合。故較量雙方之利害。加以相當之制限。須具四個條件。其一。必要雙方皆爲宅地。如一爲田畑山林。則不受觀望之制限。其二。須在設窓或椽側之場合。如通空氣之穴。不得加以制限。果使故意觀望。任以種種方法皆得爲之。如鑿壁穿穴。甚或於隔離遙遠之地。探以最良之測遠鏡。亦屬可能。此乃道德上之問題。非法律所能防閑周密。蓋法律不過於不知不覺中。最易觀望之點。爲必要之制限而已。其三。須從疆界綫未滿三尺之距離內。方可適用。若在三尺以外。雖設窓或椽側。任意觀望。毫不受其制限。其四。要附以目隱。以上三條件具備。亦非禁止其設窓或椽側。僅使附以目隱。目隱所以蔽目之物也。其材料不由法律限定。慣習上以木板掩於窓或椽側之前者爲多。日本民法第二百三十五條第一項云。『於自疆界綫三尺未滿之距離。而設可觀望他人之宅地之窓或椽側者。要附以目隱。』

三尺距離之測算方法。即以自窓或椽側最近鄰地之點爲基點。由此點至於疆界綫成一直角綫。然後就此綫以測其遠近。如未滿三尺。則須附以目隱。過此則否。大抵在直角上之對點。且又未滿三尺者。皆爲自然可觀望之處。故法律僅限於此必要之範圍內。乃稍加制限耳。日本民法同條第二項云。『前項之距離。自窓或椽側最近於鄰地之點。至疆界綫。以直角綫測算之。』

關於觀望權之制限。如上所述。不過爲一般之原則。於無特別慣習時適用之。若有特別之慣習。則從其慣習。日本民法第二百三十六條云。『有異乎前二條之規定之慣習時。則從其慣習。』

(辛) 關於有害工事之權

土地之所有者。於疆界綫之近傍。關於地面。又地中。施工事之場合。往往有損害及於鄰地之虞。故立法者有見於此。使爲是等之工事者。自疆界綫起。與其工作物間。要爲相當之距離。然依於工事之種類而不一。

第一 於穿井戶。用水溜。下水溜。肥料溜。須自疆界綫存六尺以上之距離。蓋是等

之工事。皆所以崩壞土地。或因水分之漏洩。其濕氣可及於近傍。隣地因之而受損害之危險殊多。故其所存之距離。自較於他之工事爲多也。

第二 於穿池地窖。厠坑等。須自疆界綫存三尺以上之距離。穿池。含塗池。養魚池。等地窖。含穴藏室等。凡於無水之處開掘一窖皆是。其效用不一。（日本普通於庫內設一地窖以藏食物等）蓋是等之工事。無論因土之崩壞。與水分之漏洩。皆足以生損害及於隣地之虞。惟比第一之危險較少。故其距離亦減半也。

第三 於埋水樋。又穿溝渠。須自疆界存其深之半以上之距離。水樋。即傳水器。以木或鐵爲之。其制不一。蓋爲是等之工事。因而生土地崩壞。及漏水之危險者。因其深之程度不同。而危險之程度亦不同。故立法者不依第一第二之場合。使爲一定之距離。惟其距離達於其深之半以上時。認爲無危險者。但是等之工事。比第一第二之工事危險較少。故無論其深踰於六尺之場合。其距離亦不要其踰於三尺。（溝渠之深。無可疑者。惟水樋之深如何乎。則須自地面至水樋之下部爲測量也。）

關於以上之規定。日本民法第二百三十七條一項云。『於穿井戶。用水溜。下水溜。或

肥料溜、要自疆界線存六尺以上之距離。於穿池、地窖、或厠坑、要存三尺以上之距離。』第二項云。『於埋水樋、或穿溝渠、要自疆界綫存其深之半以上之距離。但不要踰三尺。』

雖然。僅依於法定之距離。尙不得爲盡其義務。故法律猶以爲未足防隣地之侵害。又使之當爲工事時。設種種必要之設備。於應設備之範圍內。隣地所有者。可以有請求權。是法律所付與者也。日本民法第二百三十八條云。『於疆界綫之近傍。爲前條之工事時。爲防土砂之崩壞、或水及污液之滲漏、要爲必要之注意。』此規定爲僅於疆界綫之近傍。而施是等工事之場合。可適用者。若隔疆界綫甚遠之處而爲之之時。必不要依本條之規定。則以若干尺之距離以內。爲近傍乎。是爲事實問題。一任裁判官之認定。例如穿井戶在七八尺之距離。尙可謂之近傍。及於一丈。乃至二丈時。決不可認爲近傍之類。是也。

第二款 所有權之取得

關於權利取得之原因甚多。有爲一般權利取得之共通之原因者。已於總則中詳之。

有爲物權取得之共通原因者。亦於物權總論中詳言之。茲所論者。乃僅關於所有權取得之特別原因也。例如法律行爲中可爲取得原因者。以契約遺言爲多。此固可爲所有權取得之原因。同時又爲他物權及其他各種權利取得之原因。又如時効占有分割相續。雖各可爲所有權取得之原因。同時亦爲他物權取得之原因。故皆非所有權取得之特別原因也。關於所有權取得之特別原因有五。第一先占。第二遺失物之拾得。第三埋藏物之發見。第四添附。第五法律其他之規定。

右之五種原因。如第五種。凡不能包含於前四種之中者。皆歸屬之。然徵諸法律上之規定。實居少數。故先就此種而說明之。如無主之不動產。屬於國庫所有之場合。是也。蓋所有者死亡。其不動產無人承繼。即依於日本民法第二百三十九條之規定。(條文見後)應歸國庫所有。此由國家所定之法律取得其所有權。故爲所有權取得之特別原因也。

尙有宜注意者。法文中。有似爲所有權取得之特別原因。而實非爲特別原因者。茲舉例以證明之。一、關於土地收用。似屬所有權取得之特別原因。然依日本土地收用法

第七條「本法之規定於關於水權之使用之權利及關於其他土地所有以外之權利收用又使用之場合準用之」之規定則他之權利取得亦可適用。即不謂爲特別原因也。二、關於狹義共有中取得所有權之原因就日本民法第二百五十二條第二項及第二百五十五條（條文均詳共有中）之規定論之亦似專屬所有權取得之原因。然關於他之權利亦可適用此規定故又不得謂爲特則原因也。以下再就前四種原因逐次就明之。

第一 先占

先占（Occupatio, occupation, Zu-oder Aneignung）者最先占有無所有者之物之謂也。例如漁者捕魚於河海魚之所有並未歸屬於何人設有最先捕得之者即可先占爲其所有。又如獵者狩獵於山中。山中之鳥獸本皆爲無所有之物。設有最先以銃取得之者亦可以先占取得其所有權。蓋漁獵者專以漁獵爲生業。即不外以先占方法爲生業也。又如一物本有所有權者因其拋棄所有權而他人第一次占有其物者可取得所有權。因亦爲先占故也。關於此種先占有以之爲生業者如日本屑拾商

即以最先拾取他人已拋棄之紙類。而取得其所有權者。

以上所舉三例。皆爲動產。即可適用先占規定。而取得其所有權。至不動產。則不適用先占規定。其結果當然歸之國庫也。日本民法第二百三十九條第一項云。『無主之動產。因以所有之意思占有之。而取得其所有權。』第二項云。『無主之不動產。屬於國庫之所有。』第一項之規定。所謂所有權取得最天然之方法也。古來一切之財產。大抵皆因先占而取得其所有權。至於今日。除捕魚、狩獵之外。殆無有適用之者。而捕魚、狩獵等。亦大受行政法令之制限。不得自由爲之矣。至於必要所有之意思。法文特規定此旨者何。無他。所謂先占者。以人類欲因使物從於自己之權力。而於其上取得權利。故非有所有之意思。不得取得所有權。固當然也。

關於動產之所有權。得以先占方法而取得之理由。若以社會學、哲學、研究之。其問題頗難解決。若以普通人類之生活。及經濟之情況。論之。則以先占爲取得之方法。最爲適當。故無論如何幼稚之法律。與近今西洋權利最發達之國。亦皆認之。殆爲世界各國共通之法則矣。茲言其理由。可分爲二。

一、凡有性之物。必須就其性而增進之。保全之。方得爲充分之發達。人類初生。雖有生命。皆甚幼稚。欲其形體日就發育。而又增長其智識。遂生食物上及其他種種之需要。動植物者。能充此等之需要者也。則吾人取而利用之。以達生存之目的。自然之理也。二、同在人類社會之中。宜互相親愛。不宜互相殘害。而後可望社會之發達。然對於人類以外之動植物。不必存此觀念。凡有利於吾人者。即殘害之。殆無不可。由此立論。則吾人對於動植物。皆有取得之權利。如鳥獸魚介及其他之天然物。本爲無所有者之物。爲充吾人食料上之需要。皆得以先占方法取得。尤須在法律上明認其所有權。方足達利用之目的。否則取得之後。仍難免他人之侵奪。於先占者之生活上。即生損害。非但與取得動植物之目的不合。且將因此釀大紛爭。甚不當也。

基於右之二理由。是以對於動產。不能不認先占取得所有權也。至關於不動產。能否以先占取得之乎。此問題得以國之開化與未開化。解決之。大抵未開化之國。地廣人稀。其住民皆得選擇良好之土地。從事開墾。因其富於無主之不動產。不足見與動產區別之必要。故皆以先占取得。亦不至生爭奪之結果。蓋在古代

社會則然。固無足怪也。近今社會文明日進。有數之土地。殆皆爲人民間所分配。故無主之不動產。爲數極移。設亦適用先占爲取得。必因之惹起爭鬪。有害於社會之安寧秩序也。茲以動產不動產比較之。得二理由。

一、凡動產皆可隨地移轉。故先占後即能存置於安全之地。而爲善良之保護。使人不得侵奪之。不動產則異是。既不能爲實體之移轉。即難爲安全之存置。故以少數人守護之。仍不免被侵奪於他人。若以多數人爲防禦。又於生活上大不利益。故不動產不能爲現實之占有。足以見先占取得之困難矣。

二、動產中如鳥獸魚介之類。皆易蕃殖。甲以先占方法取得之。乙亦可以同一方法。取得同種或異類之物。蓋取之不盡。用之不竭。決不至因此而生爭。反之爲不動產。無論如何之國家。其土地不能增加於其所固有。故既有制限。則甲以先占取得爲其所有。乙羨其所有。未必能以先占取得。其結果必至訴諸腕力而奪取之。且謂已爲先占者。甲乙間孰爲真正先占者。往往難於證明。竟至以腕力報腕力。其爭端不知何所底止矣。

因以上最強有力之二個理由。故近時文明國之法律。關於無主之不動產。皆不認先占規定。而盡歸諸國庫所有。雖不得使人民直接利用其土地。尙可間接爲人民謀其利益。蓋即以土地爲國之基礎。無主之不動產。務使之盡屬於國庫。更自國庫轉擇適當之人而付與之。使得從事於開墾。及其他之事業。則大有裨益於社會上之經濟。此又可謂附屬之理由矣。

第二 遺失物之拾得

遺失物者。非因占有者有拋棄權利之意思。又非因他人之奪取而偶然失其所占有之動產之謂也。關於遺失物之例甚多。而欲明其爲遺失物與否。必先要具備二個條件。一、非出於本人拋棄之意思。二、非因他人之奪取。此二個條件具備。無論爲其所。有。或非其所有而爲其占有。皆爲遺失物。茲舉例以證明之。

(一) 例如甲於途中失却錢袋。當遺失時。甲本出於不覺。非有拋棄權利之意思。亦非因他人之奪取而喪失。其所失之錢袋。又爲動產。即可謂之遺失物也。

(二) 例如甲乙各有一袋。既屬同樣。又同置一所。設乙誤將甲所有之袋携去。甲因之

喪失其所有權。若推究其喪失之原因。既非乙有意竊取。又非甲有意拋棄。而袋又爲動產之一。在民法上亦可謂之遺失物。

(三)例如生徒遺失書袋於校內。當未往校內取還之時。亦遺失物也。蓋書袋既爲動產。自生徒一方觀之。無拋棄權利之意思。而在學校一方觀之。又無奪取之事實。故皆與遺失物之條件相符合也。

(四)例如家畜逸亡。亦可爲遺失物。因家畜爲動產。逸亡又出於自動。非飼養主拋棄所致。逸亡後即被人占有。亦非有奪取之事實。故亦無妨其爲遺失物也。

以上四例。在民法上論之。固皆可在遺物失範圍之內。自普通之觀念言之。前一例始爲真正之遺失物。而後三例不包含在內。然自日本明治三十二年法律第八十七號頒布以來。即後三例亦得準用其規定。故謂之準遺失物也。

又有或種物件。在民法上亦包含於遺失物之內者。可分爲二種。

(一)漂流物。此可爲遺失物與否。雖不乏議論。然可以之爲遺失物者。固決無容疑也。例如海中時有船版漂流而來者。推其由來。必爲難破船舶之一部分。本屬所有者之

物。然遺失之各種條件。於此等之漂流物皆具備之。即一、船主必無拋棄其船舶之意思。二、船舶難破。多基於不可抗力之事實。決不有人奪取之。又折毀之。之事實。三、船舶既漂流於海上。即爲無主之物。且屬動產。是也。

(二)沈沒品。例如漁戶以網捕魚。而於水底取得鐵矛、刀劍。此種物品沈沒於海之原因。不外二種。一、爲投荷物。二、爲無意沈沒。後者可爲遺失物。固無疑義。而前者似有意投棄其物品。與遺失物之條件不合。不知投荷原出於不得已。決非本人有拋棄權利之真意。其沈沒於海也。非因人奪取。自不待言。鐵矛、刀劍。又皆爲動產。此於遺失物之條件。一無欠缺。則歸入遺失物之範圍中。固無不可。然比較二者尙須知其區別點之所在。蓋普通之遺失者。當時常不自知其喪失。而投荷者之喪失。當時非不明知之。特恨無回復之方法耳。然自法律上觀察之。其爲遺失物一也。(投荷者。商法上所用名詞。蓋海上遇風時。勢甚危險。欲保全船舶中人之生命起見。乃將荷物投棄也。)

漂流物與沈沒品。在民法上既可認爲遺失物。即就日本刑法第三編第二章第三節。關於遺失物之罪。第三百八十五條之規定。觀之。亦可知其應在遺失物之範圍內。但

其條文僅言漂流物而未及沈沒品者。因二者同一性質。故當起草時。以其一包含之也。

如上所述。漂流物與沈沒品。皆在遺失物範圍內者。蓋學理上自其根本觀之。認其性質與普通遺失物同。而實際上則分別其待遇。各國法律亦各別有規定。故日本於普通之遺失物。適用遺失物法之規定。漂流物與沈沒品。不受遺失物法之拘束。而適用明治三十二年法律第九十五號水難救護法第二章自第二十四條至第三十條之規定。要之就民法之範圍言之。固皆可包括於遺失物之中也。（以水難救護法第三十五條觀之。亦適用刑法第三百八十五條之規定。）

關於遺失物之拾得。既有特別法（遺失物法）之規定。則就其取得言。固可據特別法為主。雖然。遺失物之取得。為所有權取得之一大原因。古來學者。即已認之。故其原則。揭之於民法中。惟其細目。詳之特別法。其原則如何。即拾得遺失物者。應為公告。如經過一年。尚無人請求引渡其遺失物。是即不知其所有者時。拾得者可因此取得其所有權。至其公告以前之手續。及公告一切方法。一任之特別法（遺失物法）之所定。日

本民法第二百四十條云。『遺失物從特別法之所定。爲公告後。一年內不知其所有者時。拾得者取得其所有權。』

參考 民法要義第二卷物權編第一百五十一葉

漂流物。若無特別法之規定。亦應從本條之規定。惟現今於漂流物有明治八年四月二十四日第六十六號之布告。與關於遺失物之規定有不同者。因之漂流物不受本條之適用。雖然。自本條精神言之。明治八年之布告。宜施改正者也。
(明治八年四月二十四日布告第六十六號第二十九條乃至第三十二條)

第三 埋藏物之發見

埋藏物者。藏於人所不易見之場所。不知究屬何人所有之物之謂也。例如或人於其所有地開掘時。發見古時金銀。是既埋藏於地下。即爲人所難睹之場所。其爲何人所有。亦決不能證明。故可爲埋藏物也。關於埋藏物。可分爲二。一。由人自由之意思而埋藏之者。二。因地震及其他事變而埋藏者。前者之埋藏物。斷不能知埋藏者果係何人。是認爲埋藏物。當然無疑。而後者之埋藏物。學者間有否認之者。然究宜認之爲埋

藏物。是不得謂其不當。何則。依理論言之。設謂埋藏物者必爲人有意埋藏之者也。信如是。則欲斷或物之爲埋藏物。即須先知埋藏其物之人。然若得知之。則不合於埋藏物之條件。即不得認爲埋藏物矣。故埋藏物者。其埋藏之人既不得而知。自不能辨其物爲人所埋藏乎。抑因地震及他之事變而埋藏乎。此對於後者宜認之爲埋藏物之理由。一也。再從法律之適用言之。欲分別其爲人埋藏與非人埋藏。必賴有一定之證據。而埋藏物之規定。固因無證據可證明。而後設之者也。既不能證明。猶必強爲之區別。謂以人所埋藏者。適用埋藏物之規定。非人所埋藏者。則不適用此規定。是必確知其若者爲人埋藏。若者爲非人埋藏。然後可以適用之。否則終難判斷。將有明明爲人埋藏者。由事實上不能證明之結果。亦視爲地震及其他事變。而埋藏之物。遂不得受埋藏物規定之適用。與立法之目的。豈不大相矛盾耶。此對於後者宜認之爲埋藏物之理由。二也。基於此理由。故認之爲埋藏物。毫無疑義已。

依普通之場合言之。埋藏物大抵藏於地下。然亦有不藏於地下。而藏於家屋之牆壁中。及其他場所者。如中國相傳漢時發見壁中藏書。其實例也。故定義不曰藏於地下。

而曰藏於人所難覩之場所者。蓋取其渾括也。關於埋藏物之發見。日本民法第二百四十一條規定之云。『埋藏物從特別法之所定。爲公告後。六個月內不知其所有者時。發見者取得其所有權。但在他人之物中所發見之埋藏物。發見者及其物之所有者。折半取得其所有權。』依此規定。公告之後。經過六個月。尙未知埋藏物之所有者。即由發見者取得所有權。雖然。此就自己之所有地內發見時言之耳。若在他人所有之土地內。發見埋藏物時。不得獨自取得其所有權。須與其土地之所有者。折半分之。而各取得其所有權。其理由如何。蓋以是等之埋藏物。多係其土地所有者之祖先。或前所有者之所埋藏。則由前言之。土地之所有者。即埋藏物之眞所有者也。由後言之。土地所有者於讓受土地之時。固已取得附着於其所有土地之一切權利。埋藏物者。當亦包含其中。且凡所有者得自由處分其土地。故如開掘其土地之事。亦屬於其所有權中。假令發見若遲一日。所有者安知不自爲發見之乎。乃一旦因偶然之事實。被他人所發見。而即讓其人取得埋藏物全部之所有權。可謂不當。即其人亦無全奪所有權附隨之利益之權者也。況其人大抵爲因於所有者之命令。或經其許諾。而於其

土地爲施工作者乎。故法律規定土地所有者得折半取得其所有權。然則發見者亦得折半而取得其所有權者何。是無他。若無其人發見之。或卒底不能發見。亦未可知。故發見者之功亦不可沒。其受埋藏物半部之利益。不爲過也。

以上係豫想。在他人土地中發見埋藏物而說明之例。蓋就多數之場合而言者也。雖然。於動產中而爲發見者。亦不得謂絕無其例。如於古衣中發見之貨幣。於書籍中發見之紙幣。是也。故條文云「他人之物」者。亦渾括之也。

關於埋藏物。依日本遺失物法第十三條之規定。除遺失物第一條外。一切可準用之。民法上亦視二者同爲所有權取得之原因。但取得之期間。一限以一年。一限以半年。微有不同耳。又就日本刑法第三百八十六條之規定觀之。益可知埋藏物與遺失物之無甚差別也。

參考 民法要義第二卷物權編第一百五十二葉第一百五十三葉

埋藏物之性質。有稍似遺失物之處。於現行法亦同一視之。故政府案。欲以埋藏物與遺失物從同一之規定。然於衆議院。就於遺失物。則延長六箇月之期間而

爲一年。就於遺失物。則依六箇月之期間。即爲已足。是苦難發見。其設此區別之理由。雖此屬於立法論。茲不具論之。然其性質全然不同。蓋不容疑。何則。遺失物者。無遺失之意思。而埋藏物者。有埋藏之故意。此可以知其不同之故也。

據舊民法。於第二百四十一條之規定。限於偶然發見之埋藏物。可適用新民法。決不要偶然之條件。但限於不分明其究屬何人所有之物。即謂之埋藏物。故雖偶然聞有埋藏物。因之搜索。後果發見之。是等之埋藏物。亦適用本條。可謂得當也。

附錄 富井博士民法原論第二卷物權上第三百三十葉至第三百三十二葉

關於埋藏物之性質。及所有權取得之理由等。有酷似於遺失物之處。故公告其他之事項。既於遺失物法中規定之。亦概準用關於遺失物之規定。（遺失物法第十三條）如獨逸民法。亦於「發見」之題目下。次於遺失物。而規定埋藏物之取得。（獨逸民法第九百八十四條）雖然。兩者間之法律規定。亦非無相異之點。（一）遺失物非拾得之。則不能取得其所有權。而埋藏物則唯發見之。（即僅先於

他人認知其所在。爲已足。不必要現實占有之。故於發見物之小部分。與要掘出物之時日之場合。其效果亦無差異。加之。下鍬之際。雖依於音響。知爲金筐其他之物。之埋沒。然尙以爲發見者。應得取得其所有權。

於羅馬法。不必要實際之占有。若所有權取得之原因存於占有者。於此場合。有因於眼力之占有。此觀念在後世之立法例。及學說。尙多襲用之。現於獨逸民法。埋藏物亦與遺失物同。次於發見之事實。視爲必要占有之。（獨逸民法第九百八十四條。）

(二)關於遺失物。須公告後經過一年。而在埋藏物。則以六箇月爲已足。是非別有深理由。蓋埋藏物。雖爲公告後。竟不能確知其所有者之場合最多。故不過襲用從來之制而已。若以立法論言之。可謂關於遺失物之期間。有稍失於過長者。於佛獨諸國之法律。定公告及期間之要件。可見。

(三)供學術、技藝、其他好古之資料之埋藏物。給與發見者相當之價額。而歸屬於國庫之所有。（遺失物法第十三條二項。）是除遺失物所規定外。特有之例也。

(四)遺失物。在拾得者取得其全部之所有權。而埋藏物。僅於屬於自己所有之物中發見之場合。發見者因之生同一之效果。若於他人之物中發見之時。與其他物之所有者。折半取得其所有權。此點於實際雖爲諸國法制一致之處。然立法之旨趣。全非同一。因而規定之方法。有多少相異之處也。(日本舊民法取得編第五條第二十三條。佛民法第七百十六條。獨民法第九百八十四條。)

第四 添附

添附。(Accessio)者。於一物之上。合同他人之物。或加他人之工作之謂也。(附民法要義第二卷物權編第一百五十五葉。添附者。謂有形之物。與他之有形之物。合併。又於有形之物。加以人工之場合。而其一物之所有者。又加人工者。取得其物之全部所有權之謂也。)

關於添附。可分爲四。(壹)附合。(貳)混合。(參)加工。(肆)因添附所生之權利義務。

(壹)附合

附合。(Adjunction, Verbindung)者。一物與他物。附合至非毀損。則不能分離之狀態。

也。(民法要義第二卷物權編第一百五十六葉。附合者。謂有形之物。與他之有形之物。相附着。殆至不可離時。其一物之所有者。取得物之全部所有權之謂也。) 關於附合有二。(甲)不動產。(乙)動產。

(甲)不動產

不動產之附合者。即一動產附着於不動產之上之謂也。例如甲於所有地上。以乙之材料。築造建物。或乙以其所有之材料。在甲之土地上。築造建物。築造之後。如欲使材料與土地分離。則必毀損建物而後可。此所謂至非毀損則不能分離之狀態。即爲不動產之附合也。又如甲於自己之所有地上。就固有之建物。以乙之材料增築之。或乙以其材料。在甲固有之建物上而爲增築。如使固有建物。與增築建物。分離。亦非毀損之不可。至有此等之狀態。亦爲不動產之附合也。此第一例。附合物之所有權。歸於土地之所有權者取得。第二例。附合物之所有權。歸於建物第一所有者取得。其理由何耶。就第一例言之。甲既於其所有地上。築造建物。落成之後。則所費之工作料。必已不少。若許乙得取回其材料。不特甲建築時工作之費用。歸於無効。且不免因爲其

毀損而生一重之負擔。此於甲受多大之損害。即非經濟上所希望者也。就第二例言之。則於建物增築之後。使任材料所有者之乙。得取回之。必於甲固有之建物。受其損害。且其所取回之材料。決不能保固有之價值。亦足與經濟上以不良之影響。故法律就上二例之固有不動產。與其附合物。視爲一體。不許其分離。而使土地之所有者。及建物之第一所有者。取得其所有權之爲便也。但材料之所有者。因而喪失其所有權。又蒙不利益之惡感。因之不免生不公平之結果。故欲調和兩方之利益。則使其取得其所有權者。對之負支拂償金之責。最爲得當也。（日本民法第二百四十八條參攷）

附合物上之所有權。原則上。歸不動產之所有取得。既如上述。但有一例外。即因權原以物附着於他人之物上之場合。是也。例如乙於甲之土地。有永小作權。地上權。賃借權。即以此等之權利爲其原因。而以自己之費用。於其土地上築造建物。及其他之附屬物。其所有權若亦歸土地所有者取得之。是亦陷於不公平之極。故有此等之權利者。於其權利消滅之日。得分離其土地之附合物而取去之。或賣却之。一任其隨意。惟對於其土地。須復於原狀耳。日本民法第二百四十二條云。『不動產之所有者。取

得附合於不動產之從物之所有權。但不得妨因權原而使其物附屬於他人之權利。』但書之規定。本屬理之當然。似不待明定。然以有本文之規定。難保無因之而生疑議者。故特設明文也。或謂本條不分不動產所有者之善意、惡意。皆使其取得附合物之所有權。其結果必至保護惡意者。不免爲不當之規定。是說也。乍觀之似甚有理。抑知於本條所規定之場合。其所附合之物。可謂已變其性質者。況此規定。又決非保護不動產之所有者。不過基於經濟上之理由。若使分離之。其不利益甚大。則不免爲國損。故特不許分離之耳。至對於惡意者。尙可依第二百四十八條所規定。而適用第七百四條之制裁。亦已足矣。

附案 日本民法第二百四十八條云。『因前六條之規定之適用而受損失者。從第七百三條及第七百四條之規定。得請求償金。』第七百四條云。『惡意之受益者。其所受之利益。要附利息而返還之。其有損害時。尙要任其賠償之責。』

附着於不動產之物。其果與不動產成一物乎。抑各自爲一物乎。自添附之性質立論。

及比較日本民法各條文。雖可視爲一物。而依慣習上之觀察。多認爲二物。故第二百四十二條。亦以二物視之。例如於土地上築造建物。及植栽竹木。此建物與竹木。對於土地仍別爲一物。但有不能視爲二物者。如使用木料。成爲家屋之一部之類。是也。故第二百四十二條所謂取得附合物之所有權者。其物（謂附合物）不必有獨立之存在。即有獨立之存在。亦得依從（從物）從主（主物）（*Accessorium seduitur principi*）之原則。與其主物之不動產。共爲處分。故從物。是否爲獨立之一物。可不必論。但家屋不得視爲土地之從物耳。

附錄 富井博士民法原理第二卷物權上第四百二十二葉

不動產上之附合。有種種之場合。因而佛蘭西民法。各就於其細密之場合。爲之規定。（佛民法第五百五十一條至第五百六十四條）反之。如日本民法。做獨逸民法之例。以單設一條。期應於諸般之場合。即第二百四十二條之規定。是也。（獨民法第九百四十六條）

(乙) 動產

動產之附合 (Adjunction) 者。即二箇以上之動產附着合併而成一物之謂也。例如甲爲金指環之所有者。或因故意。或因過失。以乙之寶石嵌入於其指環。乙如主張其寶石之所有權。則非分離之不可。此於乙之寶石。雖無所損。而於甲之指環。一因失其裝飾。其形狀必爲之殘缺不完。二、當時所費之工作。亦歸無用。法律爲維持經濟上之利益。不許其分離。即使其主部分之所有者。取得所有權。

惟是如右述之例。指環與寶石附合後。爲一物乎。抑爲兩物乎。關於此問題。學說頗多。依日本民法解決之。視爲一物。即法文上所謂合成物也。既認爲一物矣。而孰爲主部分。孰爲從部分。亦一問題也。此問題但能從慣習上。及事實。決之。而依於右例言之。原則。當認指環爲主部分。寶石爲從部分。其例外。如寶石係金剛石等。則應爲主部分。以金剛石爲極貴品也。關於此主從之區別點。法律一委爲事實問題。概不爲之規定。否則舉一種之標準。轉足羈束法官之認定權。大不可也。

參考 民法要義第二卷物權編第六十一葉至第六十三葉

所謂爲主物者。非第八十七條之所謂主物。前既述之。(民法要義再訂一卷之

第百六十九葉）茲所謂爲主物者。則合成物爲主部分之物之謂也。此爲主物者。據如何之標準定之乎。惟一任法官之認定而已。於日本舊民法及其他國之法律中。定此標準之例雖多。然不免膠柱之譏。故新民法寧以之爲事實問題。但以法官所據而爲標準。故如舊民法於原則上所謂因物之便益、裝飾、又保管、爲附合者、爲爲從物。因之而得便益、或受裝飾、保管者、爲爲主物。例如用爲裝飾書籍之革、附於指環之寶石、備置於竈之銅壺等、爲爲從物。而其假綴（未裝飾表紙者）之書籍、無飾之指環、不附銅壺之竈等、即爲主爲物。是也。然如是等、決非絕對之標準。而因物之便益、裝飾、保管、所附之物。反有爲爲主物者。例如裝飾外觀之人、爲備附於書棚之書籍、不擇其種類之爲何。唯擇裝釘之美。於此場合。往往有附美麗之表紙。而使裝釘無價值之書籍者。或有爲利用高價之金剛石。特以之造指環者。若僅以物之價格爲區別主從之標準。有不適於普通之人情者。唯有依物之性質難別主從時。寧依價格之高低而定之。倘真如舊民法所云。徒以羈束法官之認定權。大爲不可。故法律上不當定一切之標準者。爲此故耳。

關於物之附合。其程度須如何而後足以當之乎。是亦爲事實問題。即如右例。於二個之物附著。至使分離之時。必生多少之毀損。之場合。固可受附合之規定之適用。即其附着之程度。不至如此之甚。然其分離之結果。至使物失其性質時。亦不可不謂之毀損。例如以屬於他人所有之裏地（即衣之裏料）而製衣服。之場合。雖可得使之分離。然分離之。即不能復其爲一切裏地之原狀。亦可適用附合之規定也。

以上所言。爲非毀損則不能分離之附合。然非毀損而即可分離者。將皆不適用之乎。是又不然。蓋有因分離而需莫大之費用。即較其物之價格更多。或與其物之大部分相當者。若分離之。亦因經濟上之大不利益。而各當事者亦往往因之不利益。倘法律使其適用附合之規定。例如裱紙於屏風之上。雇一裱工。使剝取之。欲不扯裂其紙。亦不毀損屏風。雖其事非不可能。而所費且多於紙之代價。不若從附合之本則。不必使紙與屏風分離。而其合成物之所有權。亦歸主部分之所有者取得。以省費用。日本民法第二百四十三條云。『數個之動產。屬各別之所有者。因附合至非毀損則不能分

離之時。其合成物之所有權屬主動產之所有者。爲分離而要過分之費用時亦同。』依右之規定。合成物應歸於主部分之物之所有者之所有。此一大原則也。尙有一例外。即主部分與從部分不能區別時。使各所有者共有合成物之所有權。是也。此多係指兩物價值同一之場合而言。故價值不同。則可依價值之多寡。以定共有部分之多寡。如甲物之價五圓。乙物之價十圓。則合成物之所有權。甲物所有者。有其三分之一。乙物所有者。有其三分之二。其價格高下之標準。不外依附合之當時定之。日本民法第二百四十四條云。『就附合之動產。不能爲主從之區別時。各動產之所有者。應其附合當時之價格之割合。共有合成物。』

(附案) 割合與率意相當。價格之割合。謂價格之率也。

(參考) 民法要義第二卷物權編第一百六十葉

關於物之附合之場合。立法者視其所有權之權利。爲一旦消滅者。更就合成物生權利。此合成物之所有權。或以之與其所有者之一人。或以之爲其共有物。二者必居於一。而取第一方法者。於其共有者。以誰爲合成物之所有者乎。取第二

方法。亦不可不定其共有之割合如何。是第二百四十四條之所由規定也。第二百四十三條所取第一方法爲原則。合成物之所有權。當於所附中。屬其爲主之所有者。是無他。共有最多不便。非經濟上之所希望。故務避之。寧使以一人爲其物之全部之所有也。

附錄 富井博士民法原論第二卷物權上第四百十六葉

就附合之動產。亦有不能爲主從之場合。於此場合。各動產之所有者。於其附合之當時。應價格之割合而共有合成物。（日本民法第二百四十四條。舊民法取得編第十七條。佛民法第五百七十三條第二項。獨民法第九十七條第一項。）是於接合品質、尺度等。無大差之同種物（板布等）之場合。可謂最有其適用者。如舊民法。雖價格有些少差異之場合。亦可爲主從之區別。故鮮生共有關係。然於現行法。合成物之共有權。不妨顯異持分而爲存在。但與獨逸民法相異者。爲關於合成物所有權之問題。其以共有爲本則者。限於不能爲主從區別之場合。始生其結果。因不外認共有之弊害甚多。務欲避之也。

(貳) 混合

混合 (Confusion *ou* melange, Vermengung *oder* Vermischung) 者。一物與他物相混淆。至於不能識別之狀態之謂也。分之爲二。

第一 液體之混合。關於此。又細別之爲二。一、天然液體之混合。例如甲所有之酒。與乙所有之酒相混合。不知何者爲甲所有。何者爲乙所有。是有不能識別之狀態。即混合也。二、作成液體之混合。例如甲以所有之金。與乙所有之銀。鎔成一體。欲分別之。則非用化學上之化分法不可。故當混合時。即屬不能識別之狀態。亦混合也。

第二 固形之混合。例如甲以所有之米。與乙所有之米。混合一處。即不能識別其孰爲甲之所有。孰爲乙之所有。至有此狀態時。亦混合也。

關於混合之場合。在學理上言之。一與附合無異。惟附合在有體上非不能識別。但基於經濟上之理由。不許其分離。故法律上視之不能識別者。反之。而爲混合之場合。事實上已不能識別。則與附合受同一規定之適用。殊多必要。且關於二者之間。又毫無差別之理由。故日本於法律上使其準用第二百四十三條、第二百四十四條之規定。

即混合時各得分其主從。即以其主部分之所有者爲混合物全體之所有者。如不能分別主從時。則應其物之價格爲各所有者之共有物。日本民法第二百四十五條云。『前二條之規定。屬於各別之所有者之物。至混合不能識別之場合。準用之。』

(參)加工

加工(Specification Verarbeitung)者。加工於他人之所有物上之謂也。例如甲於乙所有之木料上。加工作而爲器具。此製成之器具。與乙所有之原料。判然爲兩物。雖學說上尙不一致。而日本民法。固認爲別物。名曰加工物。加工物之所有權。應歸何人取得之乎。法律上亦不可不爲之規定。自物之性質上言之。就材料而加以工作者。多爲工作而用材料者少。故原則。必由材料之所有者。取得其器具之所有權。設因工作之結果。致其所生之價格。顯然超過於材料之價格時。審視爲爲工作而後用材料。特使其加工物之所有權。不屬之材料所有者。而屬於加工者。此爲一例外也。例如甲爲木料所有者。乙爲加工者。甲之木料。僅值一圓。因乙加工作。竟至值數十圓。是乙之工作之價格。顯然超過甲之木料之價格。即應由乙取得其加工物之所有權。而材料

之價格。其額數爲如何之割合。(率)全屬於事實問題。一任法官之認定。惟工作之價格。僅能超過於材料之價時。(如工作爲一圓之價。材料爲九十錢之價)審使之適用原則。不適用此例外。固無容疑也。日本民法第二百四十六條第一項云。『有加工工作於他人之動產者時。其加物之所有權。屬於材料之所有者。但因工作所生之價格。顯然超過於材料之價格時。加工者取得其所有權。』

附錄 富井博士民法原理第二卷物權上第四百四十八葉至第四百五十葉

加工物之所有權屬於何人乎。關於此問題。羅馬法學者間有學派之爭議。吾人之所熟知也。在サビニアン派。則以加工爲不變物之本質。其所有權。依然屬於材料之所有者。反之。在プロキュリアン派。則以加工爲生出一種之新物。而置重其改造之原因。以加工物之所有權。屬於加工者。迄後生一中間說。則以其物可復於原形時。即屬於材料之所有者。否則屬於加工者。此說遂於ジュスチニアニ法典采用之。但於最後之場合。應以加工者之爲善意爲要件與否。則學說尙不一定也。

此折衷說。於後世之立法例。殆不見有襲用之者。惟兩派之學說。現今尙爲大陸法制之所分歧。屬於佛法系之諸法典。皆以加工物之所有權。屬於材料之所有者。但反於サビニアン派之論旨。一般認爲新物之形成。（日本舊民法取得編第二十條。佛民法第五百七十條。）反之。獨法蹈襲プロキュリアン派之觀念。加工物之所有權。屬於加工者。（獨民法第五百九十條。）但皆不過以爲一般之原則而規定之。同時容反對說。於原則所規定。殆無不制限其適用之例者。（日本舊民法取得編同條第二項。佛民法第五百七十一條。獨民法同條。）日本新民法。關於此問題。倣舊民法之例。於加工物之所有權。以屬於材料之所有者爲原則。（第二百四十六條第一項。）是蓋以加工物。爲加工作之材料之場合居多。故以材料視爲其主要素。可謂爲適合於普通之事實也。且自保護所有權之必要上。亦可說明此原則。今姑勿論。惟自理論上言之。縱令於物之形狀。生如何之變更。然不因之而生所有權之變動。（民法原論第七十九葉至第八十一葉。）即於加工之場合。亦爲同一。而除加工者。使其取得其物之所有權之場合外。不必要

特別之規定。雖然。民法之觀察。稍與之異。於上述之場合。以爲生出一種之新物（加工物）之結果。材料之所有權。一旦消滅（於二百四十七條）因之於定加工物之所有權者。所以必要也。

加工往往有與附合合併者。例如甲加工作於乙所有之木料上。製成器具。因裝飾又附以自己之象牙。是製器爲加工。而附象牙爲附合。其因加工。又附合。所成之物之所有權。應屬何人取得。實一問題也。倘適用加工原則。當歸材料之所有者。而甲爲加工者。同時又附以象牙。亦即爲一部材料之所有者。故仍不得適用原則。以解決此問題。惟依價格之高下。以定其所有權之何屬。蓋合算甲之材料（象牙）之價格。與其工作之價格。較高於乙之材料（木料）之價格時。應歸甲取得其所有權。此以價格爲標準。似與加工之例外無異。但加工例外。必工作物之價格。數倍於材料之價格時。其加工物之所有權。方歸加工者取得。若加工者又附合以自己之材料。則但以加工之價與工作之價相加。雖僅得超過他人之材料之價格。亦可取得。此蓋不以他人之材料爲主。故與加工例外之超過額。必取在一倍以上者。又有不同之點也。雖然。於實際上欲

區別此加工兼附合之場合。與單純附合之場合。甚爲困難。惟法官斟酌事情而爲之區別。則又與凡關於添附之其他規定。仍無以異耳。日本民法同條第二項云。『加工者供材料之一部時。以其價格。與因工作所生之價格相加。限於超過他人材料之價格時。加工者取得其物之所有權。』

(肆) 因添附所生之權利義務

關於因添附所生之權利義務。分爲二言之。(甲) 物權。(乙) 債權。

(甲) 物權

添附爲物權消滅之原因者甚多。先就添附中。因附合消滅物權言之。例如甲於乙所有地上建築家屋。所用之木石。歸乙取得。甲即因之喪失其木石之所有權。此不動產附合。足以消滅物權也。又如甲以所有動產。與乙之動產相附合。或乙以所有之動產。與甲之動產相附合。則甲乙間動產之所有權。均爲消滅。至合成物歸何人所有。乃別爲一問題。此動產附合之。足以消滅物權也。次就混和消滅物權言之。例如甲以所有之酒。與乙所有之酒混合。成爲液體混和。是混和物全體之新所有權。由是發生。同時

甲酒、乙酒之舊所有權。即因是消滅。是混和之足以消滅物權也。終就加工消滅物權言之。例如甲於乙所有之木料上加工作。而變爲器具。此製成之器具。已全失乙所有木料之原狀。故乙因甲之加工。即喪失其木料之所有權。此加工之足以消滅物權也。以上各例。皆足爲消滅物權之原因。蓋卽由添附之效果。從部分之所有權。爲主部分之所有權所併。而因以消滅其被併之一物之所有權也。倘其物爲各種權利之目的物。（如留置權、質權、先取特權等）目的物之所有權消滅。附隨於其所有權之各種權利。亦必同時消滅。故由添附中之附合、混和、加工之結果。而消滅其物之所有權。設於此被消滅之物上。已與他人以留置權、質權、先取特權。則有是等之權利者之權利。亦惟隨目的物之所有權消滅以爲消滅而已。日本民法第二百四十七條云。『依前五條之規定。物之所有權消滅時。存乎其物上之他之權利。亦消滅。』

物之所有者。雖因添附消滅其物之所有權。亦有時因添附轉取得其合成物、混和物、加工物、全體之所有權。則於其前所有物之上。有留置權、質權、先取特權者。對於其後所有之合成物、混合物、加工物。更得以此爲目的。而行使其權利。例如甲乙所有之動

產。因附合而變爲合成物。此即消滅甲乙兩物之所有權。更生一合成物之所有權。其先有以甲乙兩物之所有權爲目的之權利。如留置權、質權。先取特權。無不因之消滅。倘合成物後爲甲所有。則甲對於在其前所有物上。本有留置權、質權。先取特權。之各權利者。仍當於後所有之合成物上。與以同一之權利。蓋各種權利。因前之目的物之所有權喪失。而隨以消滅。仍可因後之目的物之所有權取得。而有其存在。故如丙爲甲前所有物之質權者。可一變而爲其合成物上之質權。反之。丁爲乙所有物之質權者。由乙物之所有權消滅之結果。其質權亦不能爲獨立之存在。即不能於甲所取得之合成物上。行使其權利。因乙物已變爲甲之合成物之一部。非丁之質權之目的物也。此指動產之附合而言。若在不動產之附合。被消滅物之所有者。斷不能復取得其附合物全體之所有權。因以己之材料。在人之土地上。建築家屋。其消滅所有權後。萬不有併人之土地所有權再爲取得之理也。

以上言合成物爲單獨所有者時。與各種權利之關係也。至合成物、混和物、依日本民法第二百四十四條、第二百四十五條。爲其各部分之所有者之共有物。則先取特權。

質權等。雖不得存乎其物之全部。而可於各債務者持分之上。行使其權利。例如丙丁爲甲乙之質權等之權利者。對於甲乙之共有物。就其持分之上。尙不失爲各種權利之目的物也。日本民法第二百四十七條第二項云。『右之物之所有者。爲合成物、混和物、又加工物之單獨所有者時。前項之權利。爾後存乎合成物、混和物、又加工物之上。其爲共有者時。存乎其持分之上。』

(乙) 債權

此債權多由不法行爲與不當利得而發生。就添附言之。無論爲附合、爲混和、爲加工。其結果必有一人取得其所有權。而他之所有者。亦必同時因之消滅其所有權。此在消滅者。即受損害。而在取得者。實爲不當利得。法律上所不許。故必使之對於受損害者。任賠償之責。仍區別善意與惡意。以定其責任之差等。例如不動產之附合。甲以乙之材料。於其土地上。建築家屋。乙之材料。歸甲取得其所有權。即受不當之利得也。乙因是消滅其材料之所有權。實受損害。故使甲對於乙任賠償之責。如甲爲善意者（即不知爲乙之材料而使用之）時。僅於利益現存之限度負賠償之責。（即適用日

本民法第七百三條)若爲惡意者(即知而使用之)時。此非僅爲不當利得者。實爲不法行爲者。從純理上言。應使其受不法行爲之規定之適用。但立法者爲圖實際上之便益。使適用不當利得中惡意之受益者之規定。(即適用日本民法第七百四條條文見前)於返還材料代價之外。須附以利息。倘有受他項之損害。亦同時賠償。此畧同於不法行爲者之責。法律上之保護受害者。不可謂非厚矣。日本民法第二百四十八條云。『因前六條之適用而受損失者。從第七百三條。及第七百四條之規定。得請求償金。』

第三節 地上權 附永代借地權

地上權(Jus superficies, superficic Erbaurecht)者乃關於土地之物權。次於所有權而爲強力者也。是爲日本自來所行借地權之一種。借地權者。據日本新法典。得分之爲四。(第一)地上權(第二)永小作權(第三)賃借權(第四)使用借權是也。地上權與永小作權爲物權。賃借權與使用借權爲債權。其間之區別如何。俟於言各種權利時說明之。

關於地上權分爲四言之。(壹)定義。(貳)地上權者之義務。(參)存續期間。(肆)地上權消滅之結果。(附)永代借地權。

(壹)定義

地上權者。因欲在他人之土地爲所有工作物。或竹木。有使用其土地之權利之謂也。日本民法第二百六十五條云。『地上權者。於他人之土地。爲所有工作物。或竹木。有使用其土地之權利。』即其規定也。

地上權之設定。以在爲建物時居多。例如因築造家屋。借受他人之土地使用之。以達所有建物之目的。即地上權也。有時亦不限於建物者。即建物以外之工作物。如因構造假山、庭園等。使用他人之土地。亦一地。上權。此日本舊民法僅言建物。新民法改爲工作物者。以其能概括也。又如以栽植竹木之目的。借人土地而使用之。亦爲地上權。要之。以所有以上各物爲目的。而使用其土地者。皆得爲地上權。故定義中所謂所有二字。不可不注意。蓋地上權者。但以所有工作物。或竹木爲目的。不以其土地爲目的者。也。

地上權之性質。古來之議論甚多。各國法律亦多有歧異之處。日本舊民法采佛國一部學者之說。以地上權爲建物、或竹木之所有權。雖不得即謂其謬。然依此說。則不得視地上權爲異於所有權之一物權矣。若既以地上權爲所有權之支分權。則於建物、或竹木之所有權外。不可不認一種之權利。如於他人土地之上。欲爲所有建物、或竹木。勢不得不使用其土地。此土地之使用權。即謂之地上權。故新民法於第二百六十五條有「於他人土地之上。爲所有工作物、或竹木。有使用其土地之權利。」之規定。是即日本自來所行之宅地、或林地、之借地權也。

新民法既以地上權爲非建物（工作物）或竹木之所有權。故地上權之所在。自不以已有是等之物爲必要。即以將來之築造、或栽植爲目的。亦可取得地上權。又設於建物（工作物）或竹木周圍之外。有多少之空地。然地上權之範圍。亦必及其全面積。不待言也。

地上權以契約設定者爲尤多。然亦有不必要契約者。例如以遺言亦可設定之是也。

附錄 富井博士民法原論第二卷物權上第九十葉至第九十二葉

關於地上權之性質。古來立法之觀念。頗不一致。於羅馬古法。則存於土地之上。物。皆視爲其土地之一部。故不認與土地分離。而於地上物之上。得爲物權之存在。然隨於社會經濟之發達。土地之價格。漸爲騰貴。因而此等法制。甚感不便。遂至以屬於他人所有之土地。爲一種之用益物權。而認占有地上物之權利。（爲完全所有權之說者誤也。）是即地上權之起原也。佛國民法。更進一步。暗示地上權者。得於他人之土地。有建物。或竹木之權。（佛民法第五百五十二條）於是地上權愈爲明瞭。致成爲對於添附原則之一大例外。（プラニオル一卷四十二葉）然佛國民法中。關於地上權。別無何等之規定者。要不外視之爲通常所有權（即地上物之所有權。又一說則爲地表之所有權）而不視爲別種物權之故耳。獨逸民法。地上權爲「於土地之上下。使有建設物之權利。負擔於其土地者。」其意趣雖若稍異。然其置重地上物。尙有跡可見也。（獨民法第一千百十二條）

依右述之理由。地上權一面在他人之土地。爲所有地上物之權利。同時於他之

一面。可視爲使用其土地之權利。而於羅馬法及歐洲大陸之觀念。凡定着於土地之物。置重爲其土地之一部。故依此觀念。而示明地上權之本質。亦以從地上物之方面觀察爲主。土地之使用權。恰視爲間接之結果也。日本舊民法所謂地上權者。爲「屬於他人所有之土地上。以建物、或竹木、爲完全之所有者而占有之權利。」是等之規定。終不外蹈襲右述之觀念也。（舊民法財產編第一百七十一條）

日本現行民法。不做上記之立法例。而自土地之方面爲觀察。故以地上權爲「於他人之土地。爲所有工作物、或竹木、使用其土地之權利。」（第二百六十五條）。蓋若以羅馬法系之觀念爲正當。則不得以地上權視爲與所有權相異之一物權。苟以之爲他物權之一種。則於地上物之所有權外。不可無制限所有權作用之權利。換言之。於他人之土地。而所有工作物、或竹木、須有使用其土地之權利。此土地之使用權。即可視爲地上權之本質也。依日本從來之慣習。亦惟借地權之制度。最爲盛行。借地人所有地上物。寧可視爲當然之事。雖從前於地上

權之語。未嘗聞之。然宅地、或林地、之借地權。實質上恰與地上權相當。是即民法以地上權爲土地使用權之所以也。

附錄 岡松博士民法理由物權編第二百四十二葉至第二百四十四葉

(地上權之性質)在羅馬法。凡存於土地上之定著物。皆視爲土地之一部。故土地所有。以所有、及占有、其定著物爲原則。雖然。隨於社會經濟之發達。土地價格。漸爲昂貴。併土地及其地上物而爲所有。甚非容易。因而土地之所有者。與定著物之所有者。生區別之必要。於是羅馬法遂至於他人土地之上。以家屋石木等。爲完全所有者。而認占有之權利。是地上權觀念之濫觴也。(テীগエンコルプ Platgrecht und Miefrecht シュミイト 第三百二十二葉)故地上權於一面(自土地上之定著物言之)則所有者利用、及處分、其定著物之權利也。於一面(就土地言之)則占有、及使用、地表之權利也。而依羅馬法及歐州大陸之觀念。則以土地上之定著物。爲土地一部之思想尙盛。故地上權。關於就定著物。有完全所有權之觀念。固爲表明地上權必要之性格。然日本之習慣異之。不論工作物、

或竹木等爲土地上之定著物。皆視爲特立於土地之外者。而非爲土地之一部。故地上權者。得以土地上之工作物。或竹木等。爲完全所有。可謂爲當然之事。因而地上權之性質。以專由土地上觀察之。謂爲所占土地使用地表之權利。爲最適當。是日本民法以地上權採以其爲借地權之一種之主義也。（參照第二百零六十五條）（本法所認借地權有四種。（一）地上權。（二）永小作權。（三）賃借權。（四）使用借權。是也。地上權、永小作權、爲物權之借地權也。賃借權、及使用借權、爲債權之借地權也。爲物權之借地權。有直接使用土地之權利。爲債權之借地權。不過對於土地所有者。有請求使用土地之權利而已。）

（貳）地上權者之義務

地上權者之義務。可分三場合言之。

第一 無償之場合 當設定地上權時。地上權者。對於土地所有者。絕不與以報酬。即無所謂義務也。

第二 有償一時拂之場合 當設定地上權時。地上權者。對於土地所有者。拂相當

之報酬。於設定之當時。一次履行其義務。則其後權利存續之期間內。不繼續負其義務也。

第三 有償定期拂之場合。普通之地上權皆屬此種。此地上權者。對於土地所有者。但在權利存續期間內。皆須繼續負其義務。不問其土地之所有者。即爲原設定之人與否。凡屆於所定之期日。須履行之。

關於地上權者之義務。可準用永小作人義務之規定。並可準用賃借人義務之規定。日本民法第二百六十六條第一項云。『地上權者。當拂定期之地代於土地所有者時。準用第二百七十四條乃至第二百七十六條之規定。』第二項云。『就於此他地代。準用關於賃貸借之規定。』

地上權與永小作權賃借權之區別如何乎。今以其差異之點言之。

第一 義務上之區別。地上權有無償有償（一時拂及定期拂）之別。惟有償定期拂之場合。地上權者對於土地所有者。繼續負其義務。而永小作權賃借權。無無償及有償一時拂之種類。對於地主及賃貸人。皆負義務。

第二目的上之區別。地上權以所有工作物或竹木爲目的。而永小作權則以耕作、牧畜爲目的。至賃借權之目的。法律上並不設一定之制限。可由當事者自由結約。故不必限定所有工作物或竹木及耕作、牧畜之兩種目的也。

第三權利之客體（目的物）上之區別。此地上權與永小作權同。而賃借權則獨異。蓋地上權及永小作權同以土地爲其權利之目的物。賃借權則不問土地與家屋及其他動產，皆得爲其目的物也。

第四權利之性質上之區別。地上權與永小作權同爲物權。而賃借權則獨爲債權。故地上權及永小作權當然可對抗第三者。而登記亦不可少。賃借權原則上不足對抗第三者。惟登記後始能對抗之。此自理論上雖見差異。而實際上又殆爲有同一之效力也。

參考 民法要義第二卷物權編第二百五葉第二百六葉

第六百六十五條之規定。即日本宅地或林地之借地權。但無論於宅地或林地之貸借。若當事者之意思不在設定地上權。單在使牛賃借之關係時。固可從其

意思。而於實際探知此意思。多據當事者使用之名稱。或登記之有無等。然言其法律上之差異。則地上權者。祇有使用他人土地之權利。決非對於土地之所有者。有請求使用其土地之債權。若賃借權。則就賃借權直接有使用其土地之權利言之。可謂有強迫土地所有者。而請求使用其土地之債權也。因此差異而生之結果。(第一)土地要修繕時。地上權者不能對於所有者。請求為其修繕。反之。賃借人。限無特約。或無別段之慣習。得使所有者為其修繕。(第二)地上權為物權。故當然得以之對抗第三者。唯欲對抗之。須為登記耳。反之。賃借權為債權。故原則不得以之對抗第三者。唯已登記後得對抗之。(第六百五條)但此點不過理論上之差異。實際上略有同一之效力也。(因無償之地上權甚少。故本文就就有償者言之。)

附錄 富井博士民法原論第二卷物權上第九十四葉至第九十六葉

(地上與土地賃借權之差異)於他人之土地。為所有工作物。或竹木。而使用其土地。不必要設定地上權。即依於土地之賃借權。亦可達同一之目的。然則兩者

之差別如何。蓋地上權爲物權。而賃借權則爲債權。是其最重要之點也。但雖爲賃借權。然登記以後。對於同一之不動產上取得物權者。亦可生其効力。故在賃借人與第三取得者之關係。較之地上權。其効力殆無以異。(第六百五條)雖然。其債權之性質。不因之而一變。賃借人對於賃貸人。僅有使得爲土地使用之權利。其結果限於先無特約時。賃借人得使賃貸人爲土地之修繕。(第六百六條)反之。而地上權者。除有特約之場合外。對於土地之所有者。不有此權利。(明治三十七年十一月二日大審院判決)又賃借人使用土地。不如地上權者與所有者有同一之權利義務。(第二百六十七條)其最要者。無賃借人之承諾。不得轉賃其土地。或讓渡賃借權於他人。可謂爲與地上權大相異之一點。(第六百十二條)此外地上權之存續期間。則無制限。而賃借權之存續期間。則不得超過二十年。(第六百四條)是兩者間法律規定之異點。固不少也。

(識別兩者之標準)今有人於此。有使用他人土地之權利。其權利將爲地上權乎。將爲賃借權乎。應依當事者之意思解釋而決定之。(明治三十三年十一月

十二日大審院判決。雖普通依地上權、又賃借權之用語。得推知其意思。然非僅依此方法而已也。又必要基於契約書之條項。探究其欲設定之權利關係之內容。（土地使用之目的、存續期間之長短、修繕義務之負擔等）於民法實施之際。就從來在他人之土地。而所有工作物、或竹木者。可以之視爲地上權者與否。頗生疑義。遂至以法律解決此問題。限於無反證。則推定爲地上權者。（明治三十三年三月法律第七十二號）民法實施後。至於今日。自不認如斯之推定。如不超過二十年之借地權（尤要不經登記者）限於不明言爲地上權。寧視爲賃借權。是於最多之場合。可謂適當於當事者之意思者也。

地上權既與永小作權、賃借權、有如右之區別點。而仍準用其規定者。因如前所述。地上權與永作權、雖有目的上之差異。而性質上固同爲物權。其適用同一之規定者必多。故如日本民法第二百七十四條。關於小作料之免除、或減額之規定。於地代、可準用之。第二百七十五條。關於永小作權之拋棄之規定。於地上權者、亦得準用之。第二百七十六條。關於地主請求永小作權消滅之規定。土地所有者對於地上權者、亦準

用之。又如前所述。賃借權無一定之目的。苟以所有工作物或竹木爲目的。則亦與地上權同。故關於地代。亦可準用其規定。如地代之支拂時期。可準用第六百十四條。關於地代之先取特權。可準用第三百十二條。至第三百十六條之規定。是也。但不關於地代之事項。不必適用賃貸借之規定。如第六百六條。關於土地修繕之義務。在地上權則不適用。是也。

(參) 地上權之存續期間

地上權之存續期間。可分爲四。

第一 由設定行爲而定者。此以契約設定者。居最多數。而以遺言設定者。亦間有之。其期限或以五十年。或以百年。法律上。皆認爲有效。

第二 設定行爲。上未定時。而依慣習上定之者。此由各地方之慣習不同。期間上亦大生久暫之差。如日本吉野地多山林。在其土地上營業者頗少。皆他人借其土地。使用。名爲「立木一代限」。謂但以其森林剪伐一度爲限。不能再施栽植。是未剪伐以前。皆爲存續期間。

第三 無設定行爲及慣習可依而願拋棄者。此即設定行爲既未定有期間而又無慣習可依。則地上權者隨時得拋棄其權利。仍由法律上規定之。或謂人之權利。無論何時皆得拋棄。何待法律爲之特設規定。其說甚謬。夫權利雖可即時拋棄。然欲不害他人之權利。則以有一定制限之規定爲最有益。蓋地上權如前所述。有無償及有償之別。而有償又有一時拂定期拂之別。若在無償及有償一時拂之地上權。無他人之權利關係。自不見規定之必要。若爲有償定期拂之地上權。地上權者一方拋棄使用土地之權利。同時即得免除定期支拂地代之義務。苟不豫爲拋棄之意思表示。則土地所有者。於其突然拋棄後。一時不得更以其土地貸人。遂失土地之收益。是因地上權者之拋棄權利。生侵害土地所有者之權利之結果。故法律使地上權者。負一年前預告之義務。庶土地所有者。得有轉覓新借主之餘地。否則應拂拋棄後一年分之地代。方使土地所有者。不至受一時之損害也。日本民法第二百六十八條云。『於不以設定行爲定地上權之存續期間之場合。而又無別段之慣習時。地上權者。無論何時。得拋棄其權利。但應拂地代時。要於一年前爲預告。或拂期限未至之一年分之

地代。』

第四 無設定行爲及慣習可依而權利者又不願拋棄者。此即於設定之後。地上權者與土地所有者間。倘一旦認存續期間之確定爲必要時。則由當事者之一方。或雙方。請求裁判所。豫定一相當之期間。裁判所受此請求。不能濫定期間。非但應保護當事者之利益。同時又須不害公益。故於期間上之短長。不可不細爲較量。如定爲過長之期間。則地上權者。終以其爲使用他人土地之故。無意改良。積久遂貽土地以將來之實害。是即生經濟上不利益之結果也。反之。而爲過短之期間。則地上權者。往往因期限太促。至不能享有其土地所生之利益。其權利亦爲無用。殊戾於地上權設定之趣旨。故不可失之過長。亦不可失之過短。此法律所以有二十年至五十年之定限也。裁判官於此範圍內。又不得隨意定其期間。尙須參酌者。有如左之二點。

(一) 工作物及竹木之種類及狀況。就種類言之。例如石類之工作物。其期間宜較木類爲長。灌木之期間。宜較喬木爲短。就狀況言之。如新築之家屋。及新植之竹木。必較已屬廢朽之家屋。及將近採伐時期之竹木。其期間不可不長也。

(二)其他地上權設定當時之事情。此事情不一而足。姑就一時支拂地上權之價額之場合言之。如其價額多，則其期間宜長。其價額少，則其期間宜短也。

要之。右之事項。皆屬裁判官之認定權內。故雖實際如此。而裁判官認定如彼者。亦不爲上告之理由也。日本民法同條第二項云。『地上權者依前項之規定。不拋棄其權利時。裁判所因當事者之請求。於二十年以上、五十年以下之範圍內。斟酌工作物、或竹木之種類、及狀況。其他地上權設定當時之事情。定其存續期間。』

參考 民法要義第二卷物權編第二百十六葉

當事者設定地上權後。經過五十年。而爲第二百六十八條第二項之請求時。則將如何。曰。是雖爲將來極稀有之事實。然假令有之。則裁判所先於設定二十年。乃至五十年之範圍內。定其可存續之期間。其後視爲暗默有地上權之設定者。可於前期經過後二十年。乃至五十年之範圍內。定其期間。

據以上所述。依設定行爲所定之期間爲本則。此甚易明。但尙有一疑問。即其期間。果以何時爲終了乎。換言之。即明言設定永久地上權之旨。其行爲能有効乎。是不能認

爲有效。夫所謂期間者，必有始期，有終期，即無所謂永久。故雖設定永久地上權，仍爲期間未定。權利者可隨時拋棄，縱不拋棄，亦可由裁判所定其相當之期間，即與永久之性質相反。而在立法上之理由，永久地上權，殆與所有權無異，即斷爲法律上所不認。然日本民法於永小作權（第二百七十八條）不動產質權（第二百六十條）皆有制限。獨於地上權之存續期間不設制限，爲立法論，不可謂非一缺點也。但爲解釋論，如有以百年或二百年設定地上權者，皆爲有效。

（肆）地上權消滅之結果

地上權消滅之結果有三。

第一 土地 地上權消滅後，須以土地返還於土地所有者。此對於地上權者之結果也。

第二 地代 地上權消滅後，即不能復受取地上權者之地代。此對於土地所有者之結果也。

第三 工作物及竹木 地上權消滅後，地上權者得收去其土地所有之工作物或

竹木。此對於其土地上之權利之結果也。但關於此點。歐洲多數國之立法例。有不許地上權者收去。而使歸屬土地所有者。惟由土地所有者給以報酬耳。然日本慣習。大都地上權者對於其工作物。或竹木。皆認爲獨立財產。倘採用歐制。於慣習上頗覺不便。故原則許地上權者得收去之。惟設有一制限。即須復土地之原狀。是也。蓋當收去土地之工作物。或竹木。使與土地分離時。往往有致生損害及於土地之結果。故應回復其土地。不得少變固有之形狀也。

地上權消滅之際。以地上權者得收去工作物。或竹木。爲原則。既如上所述矣。但尙有一例外。即土地所有者。願以時價償地上權者。而留存其工作物。或竹木。地上權者不能無故拒絕。此等規定。表面上似近壓制。而實際上。於地上權者大有利益。何則。自工作物言之。例如收去家屋。必至折毀。則建築當時之工作費用。已歸無效。且材料一經折毀。價格因之減損。故不如以賣渡於土地所有者。而取得其時價爲得計。又以竹木言之。其收去時。亦必與建物生同一之結果。因拔取其竹木。非特失當時培養料之効力。又須增收去之工作費之負擔。其他如運送料等。合計之當亦不少。故又必以歸土

地所有者買受之爲有利益。同時土地所有者。利在買取是等之物。自不容疑也。若不如是。豈惟雙方之不利益。實亦國家經濟上之不利益也。有以上種種之理由。故歐洲各國。不問地上權者之願賣渡與否。及土地所有者之願買受與否。皆使土地所有者。當然以有償取得其所有權。此種規定。實有過於壓制之嫌。蓋土地權者絕對不能拒絕。實必至地上權消滅之日。其工作物。或竹木之所有權。亦同時消滅。則法律待地上權者未免太酷。日本法律。於此場合。特於土地所有者已爲買取之通知。始使地上權者以所有之工作物。或竹木。爲讓渡。此視歐洲法律。較爲近情。然猶恐因是傷害地上權者之利益也。又爲之設保護之法。其一。使土地所有者。須提供時價。直爲買受時支拂之準備。則地上權者。亦即時受取相當之代價。常可不受損害。故土地所有者。僅爲單純之通知。尙屬無效。其二。地上權者。如有正當之理由。不妨拒絕。例如地上權者別買一地。生建築。或種植之必要。即以所有之工作物。或竹木。移於新地。是必以保有是等物之所有權。爲最有利益。故受土地所有者買受之通知。得不爲承諾也。又如地上權者。於土地所有者。未表示買取之意思以前。已承諾他人高價買受之申入。結有契約。

雖其後土地所有者爲買取通知。又復提供時價。地上權者亦得以自己所受之特別利益。及與他人間約束之關係拒之。土地所有者固不能強其承諾也。日本民法第二百六十九條第一項云。『地上權者。其權利消滅之時。復土地原狀。得收去其工作物。及竹木。但土地所有者提供時價。通知以當爲買取之旨時。地上權者無正當之理由。不得拒之。』此規定是許地上權者得收去之爲原則。而例外則聽雙方之自由意思也。惟是此規定雖基於公益上之理由。然尙不以打破反對之慣習。適用此規定爲必要。故同條第二項云。『有異乎前項之規定之慣習時。則從其慣習。』

地上權者對於隣地之權利義務。殆與土地所有者有同一之關係。蓋隣地權規定於所有權之限界中。(日本民法第二百九條。至第二百二十八條)以僅適用於土地所有者爲原則。但地上權者與土地所有者。有多少類似之點。故非準用其關於隣地權之規定。實際上殊多不便。至關於互有權之規定。其互有物之設置。非在地上權設定之後。則無與所有者下同一推定之理。日本民法第二百六十七條云。『第二百九條。乃至第二百三十八條之規定。地上權者間。又地上權與土地之所有者間。準用之。但

第二百二十九條之推定。僅就地上權設定後所爲之工事。地上權者準用之。」

(附) 永代借地權

日本對於居留地（租界）之外國人。雖不許其有土地所有權。而特爲之設定永代借地權。即許其於居留地內。得有永久使用其土地之權利也。此從前永代借地權之起原如此。至明治三十二年。實行與外國人改正條約。載明改約之後。不許再設定永代借地權。以前所設定者。作爲既得權。而與以保護。然關於永代借地權。當時日本與外國訂正之條約。未甚完善。致後來生種種複雜之問題。如往年家屋稅之爭議。付於萬國仲裁裁判。日本卒歸敗訴。

永代借地權。由明治三十四年法律第三十九號。同年勅令第百七十八號。及第百七十九號。規定之。

關於永代借地權之性質。可視爲地上權。當時日本民法。亦以之屬於地上權中。而從地上權之名稱。後因各國公使抗議。屢向日本政府力爭。用語之不當。遂改名永代借地權。然以地上權之定義衡之。實有足包含永代借地權者。蓋地上權。爲所有工作物、

或竹木而設。永代借地權亦爲所有工作物、或竹木而設。如居留地築造建物。則類乎前者。公園內種植花木。則類乎後者。故亦得爲地上權之一種也。而外國人有謂永代借地權非地上權者。其理由有二。

第一 外國人。有時於其地。可爲耕作、牧畜。是與永小作權同。此種論據。極爲薄弱。蓋普通地上權。固非絕對禁止其耕作、牧畜。常有利用其隙地爲是等之事者。特不過爲附屬目的。而於其主要目的。仍必在所有工作物、及竹木也。由此以言。則外國人之於永代借地權。亦僅以所有工作物、或竹木爲主。雖間有於地內種植野菜、飼養綿羊等。然不過以供其食料。非以是爲生業也。故非其主要之目的。乃附屬之目的也。安得因其附屬之目的。而消滅其主要之目的乎。此第一理由之不充分也。

第二 地上權有存續期間。永代借地權無之。此即性質上之差別。故非地上權。此說亦誤。夫存續期間之有無。本非地上權之要素。凡與地上權之定義相合者。即得爲地上權。期間之如何。乃一國立法之自由。不能以地上權之有存續期間。而疑永代借地權不得與地上權有同一之性質也。況日本依慣習上。地上權亦非必有存續期間。

其性質亦有永久者。且權利皆依國內法認定。故即以永代借地權作爲地上權。亦無不可。考各國之設定各種權利。亦有定爲永久者。則期間之有無。自別爲一問題。豈能牽連於地上權之性質中言之。即各國之地上權。亦多與永代借地權相合。何獨於日本之永代借地權。謂非地上權乎。此第二理由之不充分也。

如右所論。可知永代借地權與地上權同一性質無疑。（當時日本政府所以不復爲反駁者。以關於此種之爭點及其他問題。除家屋稅外。皆事關細小。遂應各國之要求。）茲故附於地上權之後。雖然永代借地權亦自有其特色。可分爲四。

第一 永代 地上權亦有廣狹二義。自普通狹義之地上權觀之。則以設定行爲定存續期間。設定行爲未定時。則依慣習而定。倘再無慣習可依。權利者可隨時拋棄。即不拋棄。亦由裁判所定其存續期間。已如前述。是狹義之地上權。皆有期間。惟廣義之地上權。間有無期間者。而永代借地權。直無所謂存續期間。絕不受以上之制限。得永久有其權利。故曰永代。此其特色一。

第二 準用所有權之規定 永代借地權。雖與地上權同一性質。然依明治三十四

年法律第三十九號第一條「以政府之永代借地券爲外國人或外國法人所設定之永代借地權爲物權。準用民法中關於所有權之規定。」之規定。則不準用地上權之規定。其効力與普通地上權不同。此其特色二。

第三 不課登錄稅 普通物權之設定或移轉。爲對抗第三者。須爲登記。既登記則必課稅。反之。爲永代借地權。雖同爲登記。然依明治三十四年法律第三十九號第三條「就關於示永代借地權。及以此爲目的之權利之登記。不課登錄稅。」之規定。得免除其稅。又與普通之物權不同。此其特色三。

當時外國人向日本借地時。約上載有「除借地料外。不納他項之稅。」之明文。有此根據。故登記不能課稅。卒明設法律以免除之。此由約文不完備之所致。亦與關於家屋問題。陷於同一之弊。故與外人結約。文字須爲注意也。

第四 歸於日本人則爲所有權 永代借地權爲世界僅有之制度。特由條約拘束力之結果。不得已爲外國人設定。故僅許外國人有此權利。若歸屬日本人時。依明治三十四年勅令第一百七十九號第一條第二項「依前項受永代借地券之抹消時。帝

國臣民、又法人、取得其所有權。」之規定。則永代借地權、由移轉於日本人之結果。遂一變爲所有權。此亦爲各物權所無。其特色四。依右之四種特色。是實際上亦有與地上權不同者。故不從地上權之名稱。亦未爲不可也。

第三節 永小作權

日本新民法之永小作權。略與舊民法中所謂永借權相當。惟其目的以耕作、牧畜爲限。是與永借權相差異耳。日本從來之永小作。大抵皆以耕作爲其目的。而以牧畜爲其目的者。已屬稀有。其他種之目的更無論焉。故新民法永小作權之目的。限於耕作。及牧畜之二種。最能適合於慣習也。

關於永小作權。分爲五言之。(壹)永小作權之定義。(貳)永小作權之權利。(參)永小作權之義務。(肆)永小作權之存續期間。(伍)永小作權消滅之結果。

(壹)永小作權之定義

永小作權 (Jus emphyteuticum, emphytéose, Erbpacht) 者。拂小作料而在他人

所有之土地爲耕作、牧畜之權利之謂也。日本民法第二百七十條云：『永小作權、拂小作料於他人之土地、有爲耕作、或牧畜之權利。』依此規定、則永小作權、有以耕作爲目的者、有以牧畜爲目的者、又有同時以此兩種爲目的者、是與地上權目的相異之點。要之、耕作與牧畜、皆永小作權之要素也。此二要素外、尙有一要素、即小作料是也。今就小作料、耕作、牧畜三者之意義、各別說明之。

第一 小作料 關於小作料之定義、學說頗多。簡言之、即年年或其他定期、應爲支拂之土地使用、賃之謂也。或以金錢、或以土地收穫之一部分、均可。要以定期支拂爲要素。是即與地上權中地代差異之點。（但地上權之定期地代、亦相類似）故以一時支拂土地之使用、賃者、雖在地上權之設定、間亦有之、然不能以之設定永小作權也。

第二 耕作 此欲於學理上、下一定義、極爲困難。普通言之、即因培養植物、施人工於土地之謂也。例如種穀、麥於田畑、穀麥爲植物、其種之也、即爲施人工於其土地。故可謂之耕作。又如種蔬菜以供食料、種木棉以充衣料、種茶以作飲料、其他農家種桑、以蠶飼園、種花卉以爲生業、蔬菜、木棉、茶、桑、花卉等、皆爲植物。種是等之植物、亦皆

於土地上施以人工而爲培養者。故皆可謂之耕作也。至於林業。是否可爲耕作。換言之。即能以林業爲設定永小作權之目的否乎。此自理論上言之。應爲耕作。而自日本慣習上論之。則不謂之耕作。蓋造林之法未興以前。山林之所有者。單採伐天然之生木以供己用。或僅爲賣渡之目的。故因林地之貸借。而生地上權者。則有之矣。未聞以此爲目的而設定永小作權者也。故因一般之觀念。不曰耕作。而別名之曰造林者。固其宜也。

第三 牧畜。即利用土地而飼養畜類之謂也。此無甚疑義。略之。

附錄 岡松博士民法理由物權法第二百六十葉至第二百六十四葉

(永小作權之性質) 永小作權。即日本古來之永小作。與羅馬法之『エムビト

ライジス』(Emphyteusis) 相當『エムビトライジス』者。起源於羅馬古代之

『ウエクチガルレヒト』(Vectigalrecht) 此權乃就羅馬市有。又羅馬寺院有。

之未開土地。(Agrilectigales) 而爲存在者。蓋每年支拂一定之地代。永久爲耕作而使用其土地之權利也。此權利既自古認其存在。羅馬之大法官。於此權利。

附與物上訴權。(Action in rem utilis) 故爲物權。(ベルニツク第八十四葉。レ
 ヘル第四百十六葉) 自此時起。關於此權利之性質。在法學者間大生議論。或
 以爲有借貸借之性質者。或以爲有賣買之性質者。(ガンス第四百四十五章)
 此等爭論。於此權利之行使。已有不少之影響。何則。若以爲借貸借權之一種。倘耕
 作者因不可抗力而生損害於土地。因之於其收益有損失時。則有請求免除地
 代。又減額之權利。(唱導此說者以バピニアノ爲主。近世アルント第八百六
 十二葉。至第八百六十四葉。シユミイト第三十二葉。至第三十四葉。ワンケロ
 一第三百五十九章。皆爲此論者) 若以爲賣買之一種。則耕作者即爲買主。就
 其物而生之一切危險。不可不負擔之。理所當然也。故雖因不可抗力。有收益之
 損失時。然無請求減免地代之權利。此可爲論斷者。又在希臘古代。有稱爲『エ
 ムビトイジス』者。即爲播種葡萄而賃借土地之制。蓋『エムビトイジス』在
 希臘語。即播種之義也。(チツテンベルケル) 此制輸入羅馬。乃合『ウエクチ
 ガールレヒト』與『エムビトイジス』二者。而成同一之制。而羅馬法之『エ

『エムピトタイジス』之名稱。即由此而起。(レネル edictum 第四百四十六葉。テルンアルヒ第一卷第六百二十九葉) 至エスチニアン帝之時。認『エムピトタイジス』存立於私有權上爲最廣。(ベルニツク第八十五葉) 自此以後。於羅馬法上。以『エムピトタイジス』爲重要之借地權。而重於所有權。至關於『エムピトタイジス』之性質。爲古來學者間所爭論。致成爲「賃借權乎抑賣買乎」之問題。逮ツエノ帝。乃決定『エムピトタイジス』之性質。非賃借權。亦非賣買。全爲一種特別之永小作契約。(Emphyteu tischen Vertrag) 而就減免地代之請求言之。於其不利益之場合。亦決定使耕作者負擔。(蓋於永小作權之場合。其地代概爲低廉。必爲地主不論年之豐凶。使年年安全得一定之收入而設者。故雖因不可抗力而於收益有損失。然其損害。以使歸耕作者負擔爲當然也。) 此後關於『エムピトタイジス』之性質。學者之見解。乃有一定。在近世歐洲之『エムピトタイジス』皆倣之。日本於古來永小作權名稱之下。認一種永遠無期之借地權。此權利雖概以耕作爲目的者。然亦有以牧畜爲目的者。日

本民法所謂永小作權。係採用日本古來永小作之慣習。及歐洲「エムピトイジス」之觀念。而其性質。實無異於歐洲之「エムピトイジス」之觀念。有二個特異之權。其一、以永小作權爲借地權之一種。在歐洲則永小作權。土地之外。關於一般之不動產。亦認爲存在。然於日本之慣習上。未聞於土地之外。認建物。又樹木等。爲永小作者。故日本民法。僅限於土地之上使用。採以永小作權爲借地權一種之主義。其二、於永小作權之永續期間附限界。（五十年。或三十年。）（於日本之慣習。及外國之例。皆以永小作爲永遠無期。然於公益上不得其當。何則。以永小作爲無期。所有者至於子子孫孫。不得使用其土地。殆不過所有者之虛名而已。又土地之價格。大抵隨於人文之發達。人口之增加。漸次增高其價格。若以永小作權爲無期者。使定於數十年。又數百年前。之小作料。依然存續。則土地之所有者。有蒙不當之損失之虞。因是日本民法特就永小作權設其期間之限界。）是也。

(貳) 永小作人之權利

永小作人之權利。就定義上觀之。即可知其在他人之土地上。有爲耕作及牧畜之權利。其他各種權利。悉依當時之設定行爲而定。若於設定行爲中未有定明時。永小作人對於其耕作及牧畜之權利上。果應有如何之範圍乎。大別爲二。(甲)土地之變更。(乙)讓渡轉貸。

(甲)土地之變更

土地之變更者。處分行爲也。非爲所有者。固不能有此權利。故自理論上言之。永小作人非即所有者。僅有其土地之使用權。似無土地之變更權。而在實際上觀之。設絕對不許永小作人有變更土地之權利。則恐不能達其權利之目的。蓋推究永小作權在何時設定。以多數之場合言。必曰開墾。開墾者。即變山林原野而爲田畑之類。是也。關於開墾之永小作權。其權利之目的。與土地變更之行爲。幾有不可離之關係。若於此而禁止其變更。無異不許其有此權利矣。雖然。使任永小作人爲無制限之變更。則於土地之所有者。易生損害。故法律一方使永小作人達其目的。他方又爲土地所有者保護其所有權。是即採用折衷主義而爲之規定也。日本民法第二百七十一條云。

『永小作人對於土地，不得加以可生永久損害之變更。』依此規定，則永小作人對於其土地，其一有爲無損害而變更之權，如前開墾之例，非特於土地毫無損害，且多利益。此得變更，固不待言。其二，即有損害而非永久者，永小作人亦有變更權。換言之，即得爲一時損害之變更也。例如永小作人於其土地開墾一池，面積頗小，將來權利消滅之際，以土填實，極爲易事。此決無生永久損害之虞。故亦許其變更。但返還土地時，須負復其原狀之義務而已。設開一大池，則極難回復其土地之原狀。是於地主之所有地，可生永久之損害之結果。故制限永小作人，使不有此變更之權利。然果得地主之承諾（即由設定行爲認定者，或其後承諾者）則又非法律所禁矣。

(乙) 讓渡轉貸

讓渡者，謂以權利之一部或全部，讓渡於他人。轉貸者，謂以權利之目的物（即土地）貸於他人。永小作人是否有此權利，實一問題也。以讓渡言之，永小作權爲物權，亦即爲財產權。苟爲其土地上之生產物，即從其權利上所產出之利益，均可賣渡於人。則其權利之自身，亦當可爲讓渡。故學者間謂處分爲財產權之特色。讓渡亦即處分之

一。法律上雖無許其得爲讓渡之明文。亦可推定其有此權利。況永小作權爲物權。尤較財產權中之債權爲有強力者。蓋債權固可由當事者之意思爲不許讓渡之約束。反之而爲物權。原則上並未嘗許以當事者之意思得爲禁止。則物權中之永小作權。當然受此原則之適用。而有讓渡之權利也。以轉貸言之。關於其權利之自身。既得讓渡。其目的物之轉貸。更當認爲有效也。但轉貸時不得爲自己權利以外之處分。是應受制限者。其一。限於同一之目的。如原以耕作及牧畜爲目的。即轉貸亦不許雜以他種之目的。或單爲耕作之目的而設定者。並不得爲牧畜之目的而行其轉貸。其二。轉貸之期間不得超過權利之存續期間。如存續期間爲二十年。於設定五年後。轉行貸貸。其期間必限定十五年以下也。此讓渡及轉貸之兩種權利。乃永作人爲自己有特別之事情。致不能利用其土地時。可以行使。亦即爲一般之原則。例外。則可由當事者之意思禁止之。此殆爲物權中稀有之例外。故法律不可無一特別之規定。日本民法第二百七十二條云。『永小作人得讓渡其權利於他人。又於其權利之存續期間。爲耕作、或牧畜、得貸貸土地。但以設定行爲禁止之時。不在此限。』

右前段之規定。爲一般之原則。而但書認由當事者之意思禁止之爲有效。乃一大例外也。關於地上權。因無右條前段同樣之規定。遂生學者之無數疑義。不知地上權既爲物權。原則上。當然可爲讓渡。及轉貸。此何待規定者。然則獨於永小作權設此規定何耶。夫物權以讓渡。及轉貸。爲原則。既屢如所述。其不許當事者以自由意思禁止之。尤爲物權之特色。故設於或種之物權。可以由當事者間之意思爲禁止者。若非法律上有認定之明文。則不生其効力。此右條但書之規定。爲特認從當事者禁止之意思。乃其主要之點。至前段之規定。實不過揭示永小作權性質上所生當然之結果而已。（此種規定。謂其因認有例外。遂併揭示其原則。亦可。）由此立論。地上權雖無特別明文。當然適用一般之原則。有自由讓渡。及轉貸之權。換一方言之。因無與右條但書同一之規定。則可知其絕對適用物權中之原則。並不許以當事者之意思禁止其讓渡。及轉貸也。至獨認永小作權可依當事者自由禁止之理由。則在多數之慣習上。往往於設定行爲中。約明不許讓渡。或轉貸。此日本民法所以特定爲一例外也。

（參）永小作人之義務

關於永小作人之義務。可分爲三。(甲)小作料。(乙)永小作權之拋棄。(丙)永小作權之消滅。請求。

(甲)小作料

依普通言之。永小作人之各種義務。本可包含於小作料之中。茲特別爲一項論之者。乃單指支拂小作料時。永小作人對於小作料而負義務。是爲一般之規定。其特別者不與焉。如前所述。永小作人之支拂小作料。其以金錢。或以收穫物之一部。皆可不問。至此種義務之內容。如小作料額。(金錢則爲金額。實物則爲數量)又支拂方法。及其期限。皆以設定行爲詳定之。無設定行爲以爲之確定。則依其慣習。無慣習則應從日本民法第五章之規定。其他於第五章所未規定者。乃準用關於借貸借之規定。日本民法第二百七十三條云。『就永小作人之義務。於本章之規定。及以設定行爲定之之外。準用關於借貸借之規定。』何者可準用借貸借之規定。請舉一二例以明之。例如關於小作料之支拂時期。無設定行爲。及慣習。可依時。則應準用第六百十四條。即在月末。或待年終。或在收穫季節之後。悉依其土地之種類。以定其支拂之時期。又

如地主之先取特權。其對於永小作人。亦可準用第三百十二條。至第三百十六條。關於貸主對於賃借人不支拂借料時。有動產上之先取特權之規定。則當永小作料不支拂之場合。得有同一之權利。其他如第六百十三條。及第六百十五條之規定。皆可準用之。（各條文參照）

於此有一問題。即永小作人因不可抗力之事變。無所收益。或收益極少時。（例如因地震全無收益。因大雹收益較小。）對於其地主。能否有小作料之免除。或減額之請求權乎。依日本民法上之規定解決之。固不認永小作人有此權利也。於第二百零七十四條云。『永小作人因不可抗力。雖就收益上有受損害時。不得請求小作料之免除。或減少。』此即不準用關於賃貸借之規定。而特設明文者也。蓋依日本民法第六百九條。賃借人遇有不可避之事變。得有免除。或減額之請求權。各國立法例。亦皆有同一之規定。然於賃貸借則許之。於永小作則不許。何耶。其理由有二。

第一 就於永小作人與賃借人之觀察。自此一方面言之。賃借人所負擔之借料甚重。而永小作人所負擔之永作料則甚輕。（在開墾之場合。尤爲微少。）重則一遇歉

收。即不堪其過分之負擔。苟非免減之。賃借人必受意外之損害。輕則以常年之所得。足償凶歲之所失。雖如常取之。永小作人亦不爲大不利益。故一許其請求。一不許其請也。

第二 就於地主與賃貸人之觀察。自此一方面言之。在賃貸人。年年爲多數貸料之收益。即偶遇災變。許賃借人借料之免除。或減額。決不至生大損失。反之。小作料較普通借貸借之借料。恆爲低廉。治主寧棄多額之借料。僅受取極低廉之永作料者。無非較量各年豐歉不齊。恐收入因之每每生其大差。故寧舍彼取此。欲常爲安全之收益。今忽於凶年之場合。若許永小作人得爲永作料減免之請求。恐與地主於設定之初。甘受低廉永作料之精神。大相背馳。此第二百七十四條。所以設有與第六百九條反對之規定也。

以上爲最有強力之理由。此外尙有附屬之理由。即賃貸人有使賃借人得爲土地使用收益之義務。遇有天災地變。其土地生損害時。雖一歸賃貸人修繕。同時賃借人亦即不獲收益。已足爲請求之理由。且賃借人多係貧乏。故各利用其已開之土地。亦不

嫌其借料之較昂。即專恃當年收入以支拂之者。實爲恆情。則貸人於一方既明知其土地收益甚少。於一方又因賃借人萬難負擔。故必許其減免。若在地主。則不負與賃貸人同一之義務。自設定以後。一委諸永小作人之利用。故實際上。土地有無利益。地主常不聞知。故即生損害。固無受其請求之理由。且永小作權多在開墾時設定。永小作人所投之資本。必較賃借人爲大。故其小作料又甚輕微。是小作人多富於資本。即使於凶歲負擔之。其力既足以勝任。即可爲後來補償之計。固不慮其受損也。

參考 民法要義第二卷物權編第二百二十葉至二百二十二葉

永小作權與地上權。因其目的之異。而自有別。既如所述。至永小作權與賃借權之差。往往有不明者。蓋賃貸借其目的極爲廣汎。無論以各何之目的。賃借如何之物。皆爲賃借。故於此點。與永小作權大異其趣。固不待論。雖然。若以耕作、或牧畜爲目的之土地。於賃借權與永小作之間。果有如何之差異乎。此在理論上爲之區別。雖極容易。然實際則往往有難焉者。惟爲法官者。能探究實際之事情。搜索當事者真意之所在。據之而明其契約之性質。以甄別兩者而已。此外無他法。

也。今就理論上述兩者之差異。(第一)權利之客體。限於土地與否。(第二)其目的。限於耕作牧畜與否。(第三)永小作權爲物權。賃借權爲債權。(第四)永小作權之存續期間。爲二十年以上。五十年以下。(日本民法第二百七十八條)賃借權之存續期間。必爲二十年以下。(同法第六百四條)。(第五)永小作權之設定。不必要以契約。例如以遺言亦可設定之。賃借權反之。必要以契約爲設定者。是兩者性質上之差異也。雖然。物權與債權之差異。當事者多不明言之。唯法官專觀察契約全體。或得定其性質耳。如由契約全體觀察。地主對於小作人。不負何等之義務者。則多爲永小作權。若對於小作人。負修繕土地與其他義務之場合。則多爲賃借權。是也。又永小作權。爲二十年以上。賃借權。爲二十年以下。故兩者皆得以二十年之期間設定之。於此場合。區別兩者之差異。已覺甚難。設不以契約特定其期間時。則更不能由期間之短長區別之也。又永小作權定超過二十年以上之期間。若當事者之意思專在欲使生債權關係時。則其契約爲賃借。依日本民法第六百四條之規定。唯其期間可短縮之爲二十年。又永小作權。雖

以契約以外之行爲得設定之。然是殆屬於法律上之理論。於實際上、大抵皆以契約爲設定者。故欲依之以區別兩者。豈不難耶。況實際難區別兩者之場合。即在恰以契約爲設定其權利之場合耶。是余所以言實際區別兩者之難也。（又於當事者所用之名稱。及登記之有無等。亦可資參考。）

(乙) 永小作權之拋棄

關於永小作權之拋棄。從表面言之。永小作權本爲財產權。無論何時。得拋棄其權利。當不至發生問題。且其拋棄亦似與義務無關。不見說明之必要。然自事實言之。永小作權與普通權利不同。即與地上權亦異。蓋皆爲有償設定。故有永小作權即有小作料。是即權利必與義務相伴。設永小作人一方欲拋棄其權利。於一方直得免除其義務。即於地主有所不利。不得任意拋棄。然亦非絕對不許其拋棄者。例如屢遇凶年。依日本民法第二百七十四條之明文。固不能免除義務。設又永久禁止其拋棄權利。則其初一二年間。雖於其土地上無毫末之收益。尙得勉罄平生所貯蓄者。履行小作料之義務。若繼續至三年。甚或四五年。仍無收益。猶使其固守契約。務盡義務。是殆強人

所難能也。故法律雖不許永小作人於保持權利之間，即免其義務。若一旦拋棄其權利，則義務亦同時消滅。但非若賃借人僅於二年間，爲較少於借料之收益，即許解除契約（日本民法第六百十條）必其一爲絕無收益，引續在三年以上，其二爲較於小作料更少之收益，引續在五年以上，方許其一方爲權利之拋棄。於一方即爲義務之免除也。日本民法第二百七十五條云：『永小作人因不可抗力，引續三年以上，全不得收益，或五年以上，僅得較小作料更少之收益時，得拋棄其權利。』

（丙）永小作權之消滅請求

此自地主對於永小作人，爲永小作權之消滅請求者，與前之權利拋棄之場合，正相反對。而其有關係於永小作人之義務，則一也。蓋地主必於永小作人已怠於履行義務，或竟不堪盡其義務時，方爲權利消滅之請求也。日本民法第二百七十六條云：『永小作人引續二年以上，怠於小作料之支拂，或已受破產之宣告時，地主得請求永小作權之消滅。』依此規定，則地主爲權利消滅之請求，有二場合。

第一 永小作人怠於小作料之支拂時，此自理論上言之，永小作人支拂小作料

之義務。多依設定行爲而定。設定行爲。即地主與永小作人間之契約。故應準用日本民法第五百四十一條。關於契約之原則之規定。即永小作人依契約所定期間。如一次怠於支拂。地主固不妨要求解除契約。即以消滅其權利。但自實際言之。永小作權。大半在開墾時設定。既屢如所述。此永小作人往往投莫大之資本。改良土地。非數年後。不得收回其利益。倘偶因一次怠惰。而即消滅其權利。則永小作人特意投資之計畫。忽歸水泡。必生不平之感。同時亦非經濟上之利益。且無論逢如何之天災。及如何之凶作。又不能得免除其小作料。則有因事出於不得已。不無怠於小作料之支拂者。故法律不使其權利驟爲消滅。必限於引續二年以上也。

第二 永小作人已受破產之宣告時。此自地主一方觀之。一、永小作人既已破產。必不能完全支拂其小作料。二、即能支拂。但因破產手續上之關係。亦必不能依設定行爲之期限。故直得爲消滅之請求也。但於此有一疑問。解除永小作契約。較難於解除借貸借契約。此就永小作人與賃借人怠於履行義務時。已可概見。獨於破產之場合。賃借人受宣告後。貸主不得直爲契約之解除。（日本民法第六百十七條及六百

二十一條)反之。永小作人雖受同一之宣告。地主竟得直消滅其權利。是頗覺可怪者。及比較兩者之性質。而後知其權利之消滅。所以緩於貸貸借而速於永小作者。非無理由也。

(一之理由)地主信任永小作人。常較貸貸人信任賃借人爲厚。惟其信任愈厚。即失信任亦愈甚。故地主欲消滅其權利之心較急。

(二之理由)通常貸貸借之借料費。而永小作人之小作料廉。故貸貸借於破產之場合。往往破產管財人。先爲解約之申入。賃貸人轉可不必自爲請求。而地主正與之反對。故必先向永小作人請求消滅其權利也。

(三之理由)賃貸借之權利。以不得讓渡爲本則。(日本民法第六百十二條)故即在賃借人破產後。不慮其付諸公賣。反之。永小作權原則上本可讓渡。(同法第二百七十二條)設破產管財人或以之與永小作人之他財產。一並付諸公賣。其土地不知歸屬何人。故地主必時抱不安之念。不若早爲取還。轉貸與可信任之人。或自利用之。

如上所述。關於永小作人之權利義務。自日本民法第二百七十條至二百七十六條規定之。除第二百七十條外。其餘各條之規定。皆於無別段之慣習時方得適用。茲宜注意者。第二百七十條之規定。所以不認其從特別之慣習者。無他。同條即可爲下永小作權之定義。若亦認可有反對之慣習。將至以非新民法所謂永小作權者爲永小作權矣。故第二百七十七條又爲之規定云。『有異乎前六條之規定之慣習時。則從其慣習。』謂前六項之規定者。即指自第二百七十一條至第二百七十六條而言。而第二百七十條關於永小作權定義之規定。固不包含在內也。

法律所以必認慣習者何。蓋是等之事項。各地有一定之慣習者多。一旦欲打破之。使偏從法律之規定。惟見其有害。而毫不見其有利。故日本民法特託於第二百七十七條以明其意也。

(肆) 永小作權之存續期間

關於永小作權之存續期間。可分爲三言之。

第一 當事者之設定。依當事者之意思於二十年以上。五十年以下之範圍內。定

其存續期間時。則從其意思。或以三十年爲存續期間。或以四五十年爲存續期間。均無不可。

第二 法律之限定。依當事者之意思定明二十年以下、五十年以上之期間。例如以十年或二十年爲存續期間時。則與法律上二十年以上、五十年以下之規定相違反。故不能認爲有效。無論以遺言或其他方法設定。皆非法律所許。因二十年未滿之十年期間。不必以永小作權之物權設定。可以借貸借之債權設定。法律亦僅以債權保護之。不以物權保護之也。至超過五十年之六十年期間。自表面上論之。因其違法。應爲全體無效。若自實際上言之。不必拘泥。可僅就違法期間之部分。不認其有效。如六十年中除去十年。其餘五十年。仍生効力。推當事者之意思。不過利在久長。若因設定行爲之不適法。即全然無效。是並使其不能得法律上所定之存續期間。即於當事者之意思。未免大相刺謬。故寧使其期間短縮。但能就法定之範圍。皆可成立。此雖不免有左右當事者之意思之嫌。然視當事者受全部之取消。絕對不能達其目的者。其爲便利固已多矣。然則何以於二十年未滿。如十年之期間者。認其全體爲無効。此乃依

當事者之意思。利在短期。法律固不能強其延長。惟作爲別種權利以保護之。或謂法律不許設定長期之永小作權。過於干涉。不知如不設一制限。必於經濟上生大不利益之結果也。蓋短縮其期間之理由有二。

(一) 爲防土地之効用減殺。永小作人因使用他人之土地。決不如地主對於自己所有之土地之親切。故改良之念。極爲薄弱。同時地主受僅少之小作料外。不思再收他項之利益。亦放任永小作人之使用。並不思充分改良其土地。甚有永小作人阻礙其改良者。時久地荒。必貽將來以不可挽回之實害。此於土地利用上不便。即於國家經濟上有損。故必限定期間。使不至永遠不加改良。則土地之効用。可以保全矣。

(二) 爲免權利者義務者間生不公平之結果。小作料爲土地之對價。必應土地之價格。及生產力而定之。方爲公平。故亦不許其期間之過長。就以金錢爲小作料言之。土地之價格。常伴時代之進步。逐次增長。而小作料仍依舊日所定之額支拂之。於地主極不利益。就以收穫物之一部爲小作料言之。農學發達。土地之生產力日以膨脹。永小作人之收穫漸增。而地主之利益如舊。則土地價格與小作料。失其相當之權衡。

由此結果。必至地主與永小作人。不能辨明。換言之。即永小作權與所有權。竟至無可別擇也。蓋無一定之存續期間。即至百數年。或數百年。皆無不可。以數百年前終久不變之小作料。使當數百年後日就增高之地價。雖僅存少數之額數。亦屬有名無實。是則永小作人所受之利益過多。而地主所得之利益（小作料）反少。兩者間殆生易位之狀態。雖法律上非不能應若干期間之經過。即增以相當之小作料。然此過於干涉當事者契約之內容。殊覺不便。故法律力避其弊。竊於期間上加一制限。即足以保護其公平也。

法律雖設有不得超過五十年之制限。然當事者如希望延長。亦得輾轉使達其目的。即於五十年期間滿了之際。由當事者雙方之合意。得更新其契約。故實際上亦無甚不便。但期滿後。地主意思變更。或自爲耕作。或因小作料過少。欲行轉貸。永小作人。不以土地返還地主。即爲法律上所不許也。更新之設定。或增加小作料。或特別附加條件。使地主與永小作人共同改良其土地。均無不可。至其存續期間。自更新之時起算。亦不得超過五十年。又不待言也。日本民法第二百七十八條第一項云。『永小作權

之存續期間。爲二十年以上、五十年以下。若以視五十年較長之期間。設定永小作權時。其期間短縮之爲五十年。』第二項云。『永小作權之設定。得更新之。但其期間自更新之時起。不得超五十年。』

第三 未定期間者。當事者未定其期間時。則依慣習以定其存續期間。但以不違反法律二十年以上、五十年以下之規定爲限。如再無明確之慣習。則以三十年爲其存續期間。此屬不得已之規定。無理由之可言也。日本民法第二百七十八條第三項云。『以設定行爲而不定永小作權之存續期間時。其期間除有別段慣習之場合外。爲三十年。』

(伍) 永小作權消滅之結果

永小作權消滅之結果。準用關於地上權消滅之規定。日本民法第二百七十九條云。『第二百六十九條之規定。於永小作權準用之。』

第四節 地役權 附入會權

關於地役權。分爲四款。第一款。地役權之性質。第二款。地役權之設定。第三款。地役權

之効力第四款地役權之消滅附入會權

第一款 地役權之性質

關於地役權之性質。可分爲三。(壹)定義。(貳)從性質。(參)不可分之性質。

(壹)定義

地役權 (Servitus praediorum) 者以他人之土地供自己土地之用之權利之謂也。

日本民法第二百八十條云。『地役權者。從以設定行爲所定之目的。有以他人之土地。供自己土地之便益之權利。但要不得違反第三章第一節中關於公之秩序之規定。』是即下地役權之定義也。例如甲地所有者。爲自己土地之便利。欲以乙地供其經過之用。則乙地爲甲地所有者之目的物。雙方間從而設定通行之權利。即爲通行地役權。準之定義。無一不合也。

地役權。即學者間所稱役權 (Servituten) 中之一種。役權者何。其定義。即以他人之物。供自己之用之權利也。大別之爲二。(甲)地役權。(乙)人役權。

(甲)地役權

地役權之定義。已如前述。所謂地的地役。(Servitus rerum aut praediorum, servitute réelle ou pr'iale, Grunddienstbarkeit) 爲自己土地之便益。而以他人之土地供其用。如通行地役權是。但通行地役權。非自己無土地而單爲普通通行之謂。必須自己居住於其土地。欲以他人之土地供其通行之用。乃得爲通行地役權。故地役權必於自己已有土地之關係也。

(乙) 人役權

人役權者。其定義謂以他人之物供自己人之用之權利也。所謂人的地役。(Servitus personarum aut personarum, servitute personnelle, persönliche Dienstbarkeit) 是屬於爲人之利益。與地役權爲土地之利益者。有別。例如地上權者。爲所有工作物。或竹木。有使用他人土地之權利。此非以他人之土地爲自己土地而使用之。乃爲自己人之便益。以使用其土地。故不爲地役權。而爲人役權。又如永小作權者。於他人之土地上有爲耕作。或牧畜之權利。耕作。牧畜。乃人之行爲。即爲自己人之便益。而使用其土地。決非爲自己土地而使用之。故亦爲人役權。非地役權也。又如普通通行權。亦一

人役權。非地役權也。

地役權、人役權之名稱。本於羅馬法。當時地上權、永小作權、皆歸入人役權之中。近時歐洲各國、皆以地上權、永小作權、爲特種之物權。但羅馬法所謂人役權者。至今遺留於歐洲各國。尙有三種。(一)用益權。(二)使用權。(三)住居權。

(一) 用益權

用益權 (Ususfructus, usufruit, Niessbrauch) 者。以他人之物爲使用收益之權利也。無論動產、不動產、皆得爲其目的物。就不動產言之。對於土地、與家屋、皆可有其權利。此即與地役權不同。蓋地役權專以土地爲限也。但事實上、以土地爲用益權之目的物者、爲最普通。此又與所有權相似。然所有權中含有處分權。而用益權無處分權也。

(二) 使用權

使用權 (Usus, usage, Gebrauchsrecht) 者。使用他人之物之權利也。故使用權僅能使用。不能收益。自與用益權又不同也。

(三) 住居權

住居權 (Habitatio, habitation Wohnungrecht) 者。住居他人之家屋之權利也。此不待說而自明。

以上三種權利。皆羅馬法所謂人役權。而歐洲各國至今猶有存者。此三種權利。大足釀經濟上之弊害。爲歐洲學者所公認。惟拘於古來之慣習。未之能改。僅特設法規以防閑之。日本幸無是等之慣習。當編民法法典時。雖曾認此三種權利。至新民法仍廢除之。故今日日本無所謂人役權也。但入會權亦屬人役權中使用權之一種。且日本今日是等之慣習頗盛。學者昧於是等之沿革。往往不知其所由來。殊足怪也。

依右所述。役權分地役權、人役權兩種。而人役權依羅馬法原始之分類。尙有種種。至今日各國除用益權、使用權、住居權三種外。皆已不認。他若地上權、永小作權。雖羅馬同認爲人役權。現歐洲及日本亦均作爲獨立物權。而歐洲所認之三種人役權。爲日本民法所不認。故在日本言之。所有者惟入會權而已。

(一) 役權之定義……役權 (Seruitus) 者。爲他物上權之一種。爲一定之土地。或一定之人。借用他人所有物之權利也。……他物上權。除役權外。有質權。(廣義抵當權亦包含之) 地上權。永小作權等數種。今舉其權利間所存主要之差別。(子) 役權與質權之差異。質權之爲主効力。在剝奪其所有權。然役權則僅限制所有權之行使。(丑) 役權與地上權。永小作權之差異。役權。地上權。永小作權。雖皆不過限制所有權。然其範圍各有不同。役權之限制所有權。其範圍不廣大。常對於所有權有主從之關係。若地上權。永小作權之限制所有權。其範圍頗爲廣大。殆有欲與所有權同等者。是爲其差別主要之點。……故役權之用。有以使用他人之所有物爲主者。而其使用。因役權之種類。有種種之別。或(甲)有爲一種之收益權。如收益果實。其他之生產物。(例如用益權是也) 或(乙)有爲單純之使用權。(例如通行權) 或(丙)有爲一種之禁令權。如爲使觀望。或光線。得完全使用。禁於隣地設立一定之建設物。(例如眺望權是也)。(如眺望權之一種禁令權。謂禁建物之建設) 就爲使用權與否之問題。雖唱消極說(以爲非使用權之說)之學

者不少。(例如ブツフホルツ)然近世之學者概採用積極說。蓋其一對於他人之土地行禁令權。畢竟以其土地爲供觀望上。或光線之利用上者。亦屬於一種之使用也。其二使用非必積極的。僅限於使用物。有因消極的禁止他人妨害之行爲。而享受利益之場合。(エルウエルス第三十二葉。テルンブルヒ第一卷第五百五十七葉。ケルレル第百六十三章。)又役權爲一定之土地。或人之利益。而存在。其利益因爲土地。與爲人。而性質上自有差別。即一。爲土地之場合。(是云地的役權。或地役權。)以增進有役權之土地之利用爲目的。二。爲人之場合。(是云人的役權。或人役權。)以對於一定之人。使終身間得定期之收入爲目的。是也。(ウイントシヤイト第一卷第二百零章。テルンブルヒ第一卷第五百五十七葉至第五百五十八葉。)

(二)役權之性質……役權之爲主要素有三。(一)役權爲使用權。故役權得使用物。(二)役權爲物權。故役權對於物爲直接之支配。(三)役權爲他物上權之一種。故役權僅於他人所有權之上而爲存在。……凡使用他人之物。或有依債權者。或

有依物權者。即貸貸借、使用貸借、使用物之債權也。使用權之遺贈。在附與使用權之債權。此債權的使用權。僅拘束契約之當事者。及其一般承繼人。對於第三者則不及其効力。反之。地上權、永小作權、役權、物權的使用權也。地上權、永小作權、爲使用土地之權利。而役權爲使用物之權利。此物權的使用權。與債權的使用權。舉其所異。其主要者有二。(甲)物權的使用權。爲物上直接之支配。故無論對於何人。得對抗之。非如債權的使用權。祇拘束契約之當事者。及其一般之承繼人。當然對於第三者。(總稱原始的、及繼受的、承繼人、又於其他物之上。主張權利、或利益者)亦不及其効力。(乙)物權的使用權。所有者(占有者亦然)對於使用權者。僅有不妨物之使用之義務。(Duldempati nichttunnon facere)無如債權的使用權。負使使用物之義務。(Thun-facere)故物之所有者。於得使用物之狀態。不有保持之義務。因而不負物之修繕、及保存之義務爲原則。(反之。在債權的使用權。物之所有者。以負物之保存、及修繕之義務爲當然)「注意於物權之使用權。以所有者不得負擔物之修繕、保存之義務者。謬誤也。在羅馬法

已就役權之一種。所有者有負保存、又修繕之義務者。(例如 *Servitus oneris ferendi*) 於近世大陸之法典其例頗多。因是說明獨逸普通法之學者中有以物之保存之義務爲役權之一部。而當然爲所有者之負擔者。(テルンブルヒ第一卷第五百六十一葉) 要之。物權之性質。因其義務者以負不作爲之義務爲原則。而爲此論結者也。故有反對之習慣時。或當事者以設定行爲特定之時。則物之所有者。負保存、修繕之義務。固自當然也。」又役權。他物上權之一種也。故於自己所有之物上。不得設定役權。因是有役權者。得其役權所目的物之所有權時。因於混同。當然使其役權消滅。(他物上權雖須存在於他人所有物之上。然所謂他人之所有物之意義。爲消極的。以非自己之所有爲已足。非必以現爲他人所有爲要件。因而於無主物之上得設定役權。爲羅馬法以來學者間不存疑之處。テルンブルヒ第一卷第二百三十七章。ウイントシヤイト第一卷第六百三十八葉)

(三) 役權之種類……分役權爲人的役權(人役權) (*Servitus personalis*) 及地的

役權。(地役權) (Servitus praediorum) 之一種。地的役權者。謂爲一定之土地之利益而存在之役權。人的役權者。謂爲一定之人之利益而存在之役權。如通行、流水、觀望之役權。爲地役權。如用益權、住居權、則人役權也。日本之慣習。不認人役權。故日本民法所認役權之種類。僅地役權而已。

地役權有二要素。一、要役地 (Fonds dominant) 二、承役地 (Fonds servant) 要役地云者。要求他之土地之使役之土地也。承役地云者。承受他之土地之使役之土地也。以要役地爲要素。故地役權必爲土地。以承役地爲要素。故地役權必存乎土地之上。謂之要。謂之承者。亦不過極形容其土地有如是之性質耳。非土地能自爲要、自爲承也。地役既有要役承役之關係。則兩地須相連屬。然此非要素。雖事實上往往爲連屬者。然以理論言之。即中間隔有一地。亦無妨地役權之成立也。

地役權以通行地役權爲多。然通行地役權之外。尚有多數之種類。今略舉之。

第一 引水地役權。例如甲地無水。而乙地有泉。甲於乙土地引泉水以供己地之用。是甲地爲引水要役地。乙地爲引水承役地。即地役權也。

第二 汲水地役權。例如甲地有井。乙地汲甲地之井水。以供自己土地之用。亦一地役權也。

要之。第一之引水地役權。第二之汲水地役權。皆可包含於用水地役權中。但有時於此則見爲用水地役權。於彼則僅見爲引水地役權者。例如甲乙丙三地。甲地於丙地引水經過乙地。就甲地對於丙地觀之。固可謂之用水地役權。就甲地對於乙地觀之。祇得謂之引水地役權也。又有時於彼並不見爲用水地役權。而於此仍不失爲引水地役權者。如上例。丙地爲公地。甲地對之。即無所謂用水地役權。乙地爲私有。則甲地引丙公地之水。經過乙私地。仍爲引水地役權也。

第三 觀望地役權。觀望權之用語。本不適當。惟學者間沿用甚多。故茲仍之。論其內容。乃於自己土地建築家屋。不許他人於彼之土地建築家屋之權也。例如甲乙兩地相連屬。甲於其土地建築家屋。其前林木繁盛。可以任意觀望。因與乙特立契約。不許其建築。或建築至何程度而止。務使不妨害其觀望。即觀望地役權也。地役權之種類。法律概不爲限定。一任設定行爲自由設定。凡以他人之土地供自己

土地之用者。皆可認爲地役權。此日本民法第二百八十條之前段。所以爲概括的規定也。然必以適法之目的爲限。而地役權之不適法。以變更關於所有權限界之規定爲多。（即日本民法第二百八十條但書所謂第三章第一節中。關於公之秩序之規定。）然變更所有權限界之規定。不得盡謂之不法。換言之。非悉違反關於公之秩序之規定也。例如設定袋地之所有者。不通行圍繞地上之地役。得妨礙隣地自然流下之水之地役。不設界標之地役等。皆有害公之秩序。可以認爲不法。反之而設定非袋地而可通於他人之土地之地役。爲牆壁或建物之築造。及修繕不立入於隣地之地役。及使雨水注瀉於隣地之地役等。是即無關於公之秩序。故當認爲有效。要之。認地役權之有效與否。一以公之秩序有無違反爲斷。此即第二百八十條但書之所規定也。

附錄 岡松博士民法理由物權編第二百八十六葉至二百八十九葉

(四)地役權之性質……地役權(Servitus praediorum)爲役權(Servitus)之一種。

而爲一土地之便益。使用屬於他人之土地之物權也。(ワンケロ―第一卷第

三百四十章 ウイントシャイト第一卷第六百六十二葉 テルンブルヒ第一卷第二百三十八章) 舉其特性。則(一)地役權、要二箇之土地。(子)依地役權而被使用之土地。(是云承役地 Dienedegruestuek)(丑)依地役權而享受利益之土地。(是云要役地 Herrschende grueluek)是也。(一)地役權、本法所認祇一役權。(本法不認人役權。故本法所認之役權、亦僅爲地役權。)(二)地役權、爲存於土地之上之役權。(於羅馬法及歐洲之法律、關於建物、已認地役權之存在。是因在彼之建物、當然爲土地之一部也。本法(子)從日本之慣習、不以建物爲土地之一部。)(丑)因無離土地、僅爲建物設定役權之必要。唯限於土地之上之役權。)(四)地役權、爲一定之土地之便益而設之役權也。(非如人役權爲人而設者)以是地役權不得離土地而單獨存在。(其結果(子)地役權之買賣、讓與、其他讓渡、皆須隨於要役地。)(丑)地役權之實行、亦非隨於其土地、則不得委之於他人。(寅)地役權以爲要役地之從物、而隨於要役地之所有權爲移轉爲原則。就地役權之性質、學者之見解多歧、而其主要者凡有四。(一)地役權

者。要役地所有權之擴張也。ウイントシヤイト第一卷第六百六十二葉。夫要役地所有權。爲要役地之完全支配權。僅以要役地爲其目的。故爲要役地設定地役權。但要役地之完全支配權。不因之增減。唯就要役地外之他物（即承役地）之支配權。不過使爲附從而已。然則以地役權爲要役地所有權之擴張者全非也。（シエネマン第五百五葉）（二）地役權。使附屬於要役地之一性質也。（テルンブルヒ第一卷第五百六十六葉）夫地役權與要役地所有權。必然隨伴。而非與其所有權共爲移轉者。故因設定行爲。或習慣。地役權不伴所有權之移轉而消滅。往往有之。（日本民法第二百八十一條參照）然則以地役權爲附隨於要役地所有權之一性質者。失當也。（三）地役權。要役地所有之權利也。（即以要役地爲地役權之主體）（ベーキルク第一卷第三十八章）是以要役地視爲法人。爲地役權地主體者。雖然。若以要役地爲地役權之主體。則要役地之所有權。與地役權之所有權。同屬一人之場合（即混同）地役權亦依然不可不爲存續者。然羅馬法以來。近世之立法。皆以地役權爲他物上權之一種。其結果。

要役地歸於地役權所有者之所有時。因於混同。當然爲消滅者。故此說爲近世法理之所不認也。(テルンブルヒ第一卷第五百六十七葉)(四)地役權。承役地所有權之一部也。(ブユヘル物權論。ベツハオーヘエン質權論。第一卷第六十七葉)若以此說爲正當。則地役權之設定。不可不謂爲使分割承役地所有權者。因而所分割承役地之一部。再復歸於承役地。要更就其一部有取得之行爲。是地役權之消滅。當然不得使完全承役地之所有權矣。是此說之所不當也。(ワンケロー第一卷第六百八十九葉)要之。地役權非要役地所有權之擴張。非要役地之一性質。非要役地之權利。又非承役地所有權之一部。實即承役地之制限也。是近世學者一致之說。(エルウエル第四十一葉。ワンケロー第一卷第三百三十八章。ウイントシヤイト第一卷第二百零三章注第三號。テルンブルヒ第一卷第五百六十三葉)蓋地役權以他物上權之一種。爲所有權之限制。(或負擔)乃當然之事也。

(貳)從性質

必有要役地而後見地役權之成立。此地役權實爲其土地而存。若離其土地即不得爲獨立之存在。故土地爲主。而地役權常爲其土地之從。因其性質而生之結果有二。
(甲) 伴於要役地之所有權。(乙) 不許分離。

(甲) 伴於要役地之所有權

日本民法第二百八十一條第一項云。『地役權爲要役地之所有權之從。與之共爲移轉。又爲存於要役地之上之他權利之目的。但設定行爲有別段之規定時。不在此限。』此即從性質之第一結果之規定也。依此規定。不但要役地所有者。以其所有權讓渡於人。地役權應同時移轉。(不待如何之宣言。當然隨之。)即於要役地所有權以外。設定地上權。或永小作權。與人。地役權亦隨之。否則地上權。永小作權。之權利。亦不能適用。又如以要役地設定質權。抵當權。先取特權。與人。地役權是否亦爲其權利之目的。學者間雖不無議論。然實可與地上權。永小作權。之義。下同一之論決。因設定後。若不履行其債務。則質權者。抵當權者。先取特權者。皆得以其土地付諸公賣。即生所有權移轉之結果。故附隨於所有權之地役權。不能獨自留存。亦伴之而移轉也。但地

役權不以永久爲必要。倘設定之時。約定限於要役地之現所有者。得有其權利。或承役地所有者變更時。其權利即因之消滅。則雖不伴所有權爲移轉。或不爲他種權利之目的。此殆無害公之秩序。可放任當事者之隨意。是第二百八十一條第一項但書之所由規定也。（但設定行爲有別段之規定。在登記法。非登記後不得以之對抗第三者。參照不動產登記法案第百十三條。）

(乙) 不許分離

日本民法第二百八十一條第二項云。『地役權不得與要役地相分離而讓渡之。或爲他之權利之目的。』此即從性質上所生之第二結果也。例如甲乙丙三地。乙地爲甲地之承役地。甲地即爲乙地之要役地。設甲以其從乙地上所得之地役權讓渡於丙。使爲丙之地役權。此即非法律所許。蓋甲地所得之地役權。苟非與所有權相伴。固不能爲單獨之讓渡。亦其性質使然也。又如以地役權爲質權之目的物。亦爲法律所不認。因地役權專供要役地之使用。一旦與要役地分離。爲人設定質權。倘其後不能履行債務。質權者得以其權利之目的（地役權）賣渡與人。因之要役地與地役權分

離。即失其土地之便益。故地役權不能單獨爲質權等權利之目的。又可以知之矣。
(參)不可分之性質

自羅馬法以來。即有「地役權不可分」之名言。此即其第二之性質也。蓋既設定權利。則其權利之全部。即須得爲完全之行使。例如通行地役權。惟有欲通行則全爲通行。不通行則全不通行。若行使其半。或三分之一。皆實際所不能也。又如行使汲水地役權。亦惟有汲則全汲。不汲則全不汲。若行使其半。或三分之一。亦實際所不能也。

茲宜注意者。所謂地役權之不可分者。乃權利之不可分。非其內容之不可分也。例如自來設定通行地役權之道幅。本爲一間(六尺)。後乃減去三尺。或分爲各有三尺之二個通行地役權。此即權利內容之分割。是亦不過自事實言之耳。若自法律上言之。前者之三尺減少。僅視爲權利之範圍稍狹。後者之一個通行權。亦視爲狹其範圍。而他之一個通行權。則視爲新爲設定。故僅有所謂變更。或消滅。毫無所謂分割也。試更舉例以明之。例如甲與乙約束。以其初設定地役權一丈二尺之地。減半爲六尺。此不過消滅地役權之一半。非分割也。又如甲就其固有地役權六尺之地。與丙各分有三

尺。法律於一方見甲消滅其地役權之半。於他之一方。即視爲丙新設一地役權。亦非分割也。

地役權之性質不許分割而行使之。故(甲)不許一部之消滅。(乙)不許分割。茲分言之。

(甲)不許一部之消滅

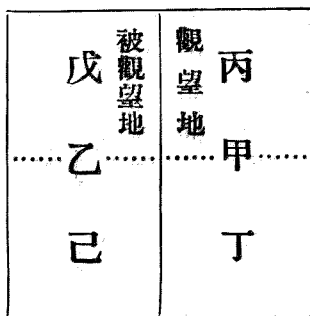
日本民法第二百八十二條云。『土地之共有者之一人。就其持分。關於爲其土地。或存其土地之上之地役權。不得使之消滅。』此條所謂爲其土地之地役權者。指要承地言。所謂存其土地之上之地役權者。指承役地言。故無論要役地。承役地。皆可適用。就要役地言之。例如甲乙共有一要役地。對於丙地有其地役權。此存於丙地之上之地役權。乃爲甲乙共有要役地之全部而設。故必以全部行使其權利。設甲對於丙。表示拋棄爲其持分之土地之地役權之意思。則乙地由一部消滅之結果。遂亦不得行使其權利。故法律不許甲之拋棄。因地役權固非爲甲乙各部分而設也。就承役地言之。甲乙共有之土地。爲丙地之承役地。則爲丙之要役地所設之地役權。實存於甲乙共有全部之土地之上。非分存於甲乙各持分之土地之上也。倘甲對於丙。特約爲自

己持分承役義務之消滅。同時丙對於承役地之乙。即不能行使其地役權之權利。故法律亦不許承役地之甲。獨消滅存其持分上之地役權也。

(乙) 不許分割

所謂不許分割者。就要役地言之。例如甲乙兩地。甲爲要役地。乙爲承役地。乙爲甲之土地設定用水地役權後。而甲地分割爲丙丁所有。然存於乙地上之用水地役權。不因甲地之分割。亦生權利分割之結果。故丙丁均可完全行使其權利。蓋法律視丙丁二人。一如甲之一人也。設甲以要役地之或部分。讓渡於丙丁二人。而他部分仍爲自己所有。則甲與丙丁。對於存乎乙地上之地役權。與甲地未讓渡時同。決不能以爲甲一人設定之地役權。分爲甲丙丁各有一部之權利也。就承役地言之。例如甲爲要役地。乙爲承役地。設乙地分割爲丙丁二部。則甲地對於丙丁二部。其地役權存乎各部之上。仍爲一個地役權。不能謂存乎丙部之上者。爲一地役權。存乎丁部之上者。又有一地役權也。設乙以其承役地之一部讓渡於丙。而他部分爲己利用。則對於甲地所負擔之義務。與前無異。固不能以乙地爲甲地負擔一地役權。而丙地可因讓渡以消

滅義務。又不能僅以丙地爲甲地負擔一地役權。而乙地不負擔承役之義務。蓋爲甲地所設之地役權。依然存於乙丙各部之上。其讓渡固不足生何等之影響也。右爲關於地役權不許分割之原則。但尙有類乎例外者。即依於其地役權之性質。本僅關於土地之一部。倘因分割。或讓渡之結果。惟就其一部。依然見地役權之存在。而他之一部。不妨因之脫離地役權之關係也。今先圖示於左。而後加以說明。



如右圖。甲爲要役地。乙爲承役地。有爲甲地之或家屋之觀望權。存於乙地或部分之。甲地因分割。或讓渡。爲丙丁所有。乙地亦因同一關係。歸於戊己所有。甲地有家屋

之部分。適爲丙地（觀望權）同時乙地承受觀望之部分。適爲戊地（被觀望權）是觀望權專屬於丙。承役義務專屬於戊。反之甲地之他部分之丁地。既無家屋。乙地之他部分之己地。又無可觀望。則丁地對於己地。不生地役之需要。己地對於丁地。亦無地役之承受。故甲乙二地。既各分割。或讓渡。以上。其結果。爲丙地之觀望權。雖尙行於戊地之上。而丁地與己地之關係。已脫地役權之範圍矣。

關於地役權不可分割之原則及例外。規定於日本民法第二百八十二條第二項云。『於土地之分割。或其一部之讓渡之場合。地役權爲其各部。或存於其各部之上。但地役權因其性質僅關於土地之一部時。不在此限。』

第二款 地役權之設定

地役權。設定之原因。有二。壹。法律行爲。貳。時效。學者間有謂於此兩種外。尙有一種之地役權。即法定地役（即法律上之地役（*Servitudes Legales*））是也。是殆指新民法所認所有權中之隣地權而言。因其與地役權有多少類似之點。故名爲法定地役。實則誤認隣地權爲地役權也。今就通行權言之。有所謂純正地役權。有所謂非純正地

役權而爲隣地權者。此二者僅爲表面上之觀察。頗難區別。往往招學者之誤解。例如袋地通行權。雖酷似地役權之狀態。而實屬隣地權之一種。以其非純正地役權也。純正地役權者。必如乙地爲供甲地之便益。特於自己土地之上。設定通行權。方足當之。蓋即從乙地完全所有權中。割其一部。爲甲地使役之用。故由設定行爲所生之結果。非乙地之所有權之性質上。當然供甲地之用者也。反之。袋地通行權。袋地之所有者。不待圍繞地之設定。本可通行其地上。同時圍繞地之性質。亦本有供袋地所有者使用之關係。乃兩地間所有權當然之狀態也。故前者由當事者自由意思設定。而後者則否。日本舊民法及佛國法系之國。皆認後者爲地役。規定於地役章。故有法定地役之名稱。新民法做獨逸法系國之立法例。認爲隣地權。規定於所有權章。

依舊民法及其他多數國之立法例。可由所有者之用方 (Destination du père famille) 設定地役權。如兩地屬於同一之所有者。其間與已設有地役權有同一之狀態。則至兩地分屬於二人時。視爲當然設定地役權。然此不過以當事者之意思解釋。果使當事者實有其意思。不須明文。當然爲地役權之設定。當事者不有意思。無強其設定之

理由。故新民法亦不認爲地役權設定之原因。現時地役權設定之原因。實不外二種。即法律行爲與時效而已。

(壹)法律行爲

法律行爲之一般原則。前已說明。(總則)至法律行爲中之契約。當讓後講述。茲關於地役權之設定。因無特別之法律行爲。略之。

參考 民法要義第二卷物權編第二百四十七葉

地役權以人之意思設定之。而十之八九以契約與地上權永小作權同。但以遺言設定者。亦非絕無之事也。

附錄 富井博士民法原論第二卷物權上第二百六十五葉第二百六十六葉
地役權設定之原由。一爲設定行爲。此所謂設定行爲者。以地役權之設定爲目的之法律行爲之謂。即契約及遺言是也。

地役權。以可爲要役地之土地所有者。與可爲承役地之土地所有者。之契約設定之爲多。此契約或爲有償。或爲無償。固皆不要何等之方式。僅因於兩地所有

者合致之意思表示。而生其効力。(日本民法第一百七十六條)但以之對抗第三者。則必要登記。不待言也。(同法第一百七十七條。登記法第一條)又土地所有者之外。地上權者。或永小作人。亦得於其權利之存續期間內。爲其使用之土地。或於其土地之上。設定地役權。

附錄 橫田學士物權法第三百七十七條三百七十八條

以地役權之設定爲目的之法律行爲。亦細別之爲二。即契約及遺言是也。

一、契約 土地之所有者。於其相互之間。得任意定土地之關係。於兩者間以一土地。供他土地之便益。之契約成立時。則此契約即發生地役權。而民法第一百七十六條第一百七十七條之規定。以地役權之設定爲目的之當事者間之意思表示。可適用之。勿待論也。

二、遺言 土地之所有者。爲屬於他人之土地之便益。得以遺言於自己之土地上。設定地役權。於此場合。土地所有者之遺言。隨其死亡而生其効。要役地之所有者。依於遺言之効力。取得承役地上之地役權。

(貳)時効

關於時効可爲爲二。(甲)原則。(乙)不可分之結果。

(甲)原則

地役權之取得時効。日本民法第二百八十三條云『地役權限於繼續且表現者。得因時効取得之。』

地役權爲財產權之一。關於取得時効。於日本民法應適用第六十三條之規定。固不容疑。惟何種之地役權。方因時効而取得。此右條所以特爲之規定也。依此規定。可因時効取得之地役權。須具有二條件。

第一 繼續。繼續地役權者。自設定後。無間斷行使其權利也。例如甲地無水。而乙地有之。甲因於乙地上置一引水管。使水引至己地。雖間有不引水之時。然引水管既設置以上。固繼續存在。可無間斷行使其引水之權利。故爲繼續地役權也。

第二 表現。表現地役權者。地役權之行使現於外者也。如前例。引水管置於乙地之上。使人易見。即表現地役權也。

以右之二條件。再從其反面言之。何者爲不繼續之地役權。如通行地役權是。（但特設通路者爲繼續。）此由其性質而分。蓋當通行時。爲行使權利。既通行後。即或至他地。或在自己之土地上。非能時時履其土地爲無間斷之行使。故不爲繼續地役權。何者爲不表現之地役權。如引水地役權者。以引水管埋於他人土地之中者是。蓋既埋於地中。即爲權利之行使。亦不爲人所見。故爲不表現之地役權。前者（通行）雖表現而不繼續。後者（埋引水管）雖繼續而不表現。皆不得因時效而取得地役權。故必爲繼續且表現之地役權。方可適用。（此條文之且字。不可不注意也。）

法律上不許不繼續而表現者。因時效而取得其地役權之理由。自立法上論之。倘使不繼續而表現之地役權。得因時效取得。則待承役地之所有者。頗失之酷。例如乙地所有者。偶在甲地上經過。甲地所有者。往往因無甚不便之處。且欲保持隣地間平和之關係。任其出入。設經過十年。許乙地之所有者。因時效取得甲地之通行地役權。是甲地所有者。本爲善隣之好意。乃反生承役義務之結果。於理未當。又如許不表現而繼續之地役權。因時效而取得。亦於承役地所有者有所不利。例如甲地所有者。埋

引水管於乙地之心。乙地所有者。每多不知其事實。倘經過十年。許甲地所有者。因時效取得乙地之引水地役權。是乙地所有者。因不知而傷害其所有權完全之權利。於理亦覺不合。況就法律設立時效之理由論之。其原因不一端。要不外因權利者怠於行使權利之故。如第一例。甲地所有者專謀隣地間之平和。默許其通行。斷無自拋棄其土地之一部。爲之設定地役權之意思。故不得視爲權利行使之怠慢。如第二例。乙地之所有者。既不知甲地所有者埋引水管於乙地之事實。即對之無可行使其權利。（如請撤去引水管）尤不得認爲怠慢。故可適用取得時效者。必以繼續且表現者爲限。蓋受此種地役權之行使。惟其繼續。必可釀難堪之煩累。惟其表現。又必可明知其事實。而承役地所有者。於十年。或二十年間。竟甘受其煩累。或默許其設置。絕不爲時效之中斷。（如阻止其通行。及請撤去其水管）是真欲拋棄自己之權利者也。亦即爲法律所不必保護者也。故一方使要役地所有者。因時效取得地役權。於他之一方。即加承役地所有者以怠慢於權利行使之制裁。方不背法律設立時效之精神也。

（乙）不可分之結果

地役權有不可分之性質。於取得時效亦適用之。蓋依此性質。則因時效而取得地役權者。不能限於一部。欲取得則全部取得。否則一部亦不能取得之。例如一要役地。屬甲乙二人之共有。甲在承役地行使其權利。已經過十年。乙於此十年間。未嘗行使。從時效之一般原則論之。則甲可因時效取得地役權。乙以未嘗行使地役權。不得受取得時效之適用。然地役權爲甲乙共有之要役地全部而設。今甲僅取得其一部。而乙未取得。即反乎不可分之性質。近世各國之立法例。關於此點。分二主義。第一主義。二人中一人雖已行使。因他之一人未曾行使。則取得時效。不完成。第二主義。二人中苟有一人行使其權利。則他之未行使權利之一人。亦得同時因時效而取得。日本民法採第二主義。於要役地屬於數人共有時。可因此時效而取得地役權。其適用之場合有三。

第一 關於取得時效之必要條件。如占有公然、平穩、善意、十年、惡意、二十年、是也。但須共有者中之一人。具備此等之要件。他之共有者。雖要件全然欠缺。或稍未完備。因共有者利害之共通。故法律保護占有者之利益。使未備有要件者。同時受要件具

備者時效之利益。共取得其地役權。日本民法第二百八十四條云。『共有者之一人。因時效而取得地役權時。他之共有者。亦取得之。』

第二 關於時效中斷之原因。如請求、差押之類。是也。時效中斷。其效力僅及於本人。而不及其他。（日本民法第四百八十八條）此一般之原則也。設承役地之所有者。對於要役中之一人爲請求。以中斷其時效。則他之共有者。因不受其請求。固不生中斷之原因。即得爲時效進行。至十年。或二十年。共有中之未受請求者。固當然取得地役權。然不使受請求之人同時取得。則一已取得。一不取得。亦與地役權不可分之性質不合。故雖有中斷之原因者。得因不中斷者時效之完成。同受其利益也。同法第二百八十四條第二項云。『對於共有者之時效中斷。非對於行使地役權之各共有者爲之。不生其效力。』

第三 關於時效停止之原因。共有者中之一人。雖以或原因發生。停止其時效。然因他之共有者時效之進行。至完成之日。同爲取得。因而其一人雖有停止之原因。實際上不生何等之效力。例如甲乙丙三人。共有要役地。甲因適爲承役地所有者之後

見人於或時期之間。時效不爲之完成。（同法第一百五十九條。詳前時效停止之原因中。）而乙丙不拘於甲發生停止之原因。得自進行時效。至一旦時效完成。非惟乙丙可取得地役權。即甲亦同時與乙丙共取得地役權。若認乙丙時效已完成。而甲以受停止之故。不完成時効。則乙丙取得。甲獨不能取得。亦有戾於地役權不可分之性質矣。因此故亦同時取得。同法第二百八十四條第三項云。『於行使地役權之共有者。有數人之場合。對於其一人雖有時效停止之原因。時效仍爲各共有者進行。』

第三款 地役權之效力

地役權之設定。應發生何種之效力。此不外依設定行爲之內容定之。設定行爲所設之地役權。要皆以法律行爲設定者。而因時效設定地役權者。亦不得謂絕無其例。倘設定行爲。未定地役權有如何效力。法律上不可不明爲規定。若因時效取得地役權。則當依占有之內容而定其效力。例如甲設引水管於乙之地上。因時效完成而取得地役權。其效力。自當以甲當時在乙地占有之內容爲限。如初在乙地設引水管。則效力僅及於乙地。而不及於丙丁等也。夫以法律行爲設定者。既依設定行爲之內容而

定。以時效設定者，又可依占有之內容而定。故日本民法上無關於地役權效力一般之規定。僅有一二特別之規定而已。分爲三言之。（壹）用水地役權。（貳）承役地所有者之義務。（參）工作物之使用。

（一）用水地役權

用水地役權，可包含汲水地役權、引水地役權二種。前已言之。用水地役權與引水地役權，不同其範圍。例如甲乙丙三地，甲於丙地引水，經過乙地，而後至於自己之地，則甲地對於丙地言之，既有用水地役權。復有引水地役權。因引水地役權，可包含於用水地役權。故得單謂之用水地役權。自甲地對於乙地言之，僅以丙地之水，引過其地，而未嘗以乙地之水，供甲地之使用。故僅謂之引水地役權。不得謂之用水地役權也。關於用水地役權，法律上所以設特別之規定者，因水爲人之生活上必要之物。要役地與承役地之所有者，可同時使用其水。苟水量足供二地之需要，固無甚問題。至二地需要額，超過水之分量時，則要役地、承役地之所有者間，應依如何之割，合定各地需要額之多寡，實生至困難之問題。法律特爲之規定，使以供家用爲先。家用之水，如

飲用、洗滌用等皆是。蓋飲用缺則至不能生活。不洗滌則有害於衛生。故必以此爲第一之必要也。定家用之水多寡。應以每家人口之多少爲正比例。例如甲乙兩地。甲爲要役地。乙爲承役地。甲家族十人。乙家族五人。則當分全水量爲三分。甲取三分之二。乙取三分之一。

承役地之水。除供承地役。要役地之家用外。尙有餘水。乃得供其他之用。如農業之灌田。工業之洗濯所。商業之菜店。酒家。皆得先後使用。但關於後之二者。於兩地之所有者。爲同一之營業者。絕少其例。惟前之一者。兩地均係田畝。因灌溉致生用水之爭議者。乃時有之事。其應如何分配之法。不可不明爲規定。即以其土地之大小。定其需要額之多少。例如甲地五町。乙地十町。則以水之全量爲三分。甲之所有者。取其三分之一。乙地之所有者。取其三分之二。如尙有餘水。亦可供各地農業及商工業之用。仍依同一之標準。以定其各地之需要額。此固可以類推矣。

以上所述。關於用水種類之先後及其標準。然是非爲命令之規定。故必於設定行爲未定明時。方得適用。設當事者有別段之意思表示。如言以供農工商業之用爲先。而

以家用爲後。或言不論人口多少及土地大小，皆得平均使用。則當從當事者之意思。如前例，甲乙二地於地役權之目的水以外，尙各有一井，已有以供家用。則以地役權目的之水，先供他項之用。固爲法律所認許者也。日本民法第二百八十五條云。『於用水地役權之承役地之水，因要役地及承役地之需要，至於不足時，應其各地之需要，先供家用。其殘餘，供他之用。但設定行爲，有別段之規定時，不在此限。』

右之規定，不過豫想一承役地上僅存有一個地役權者，倘於同一承役地上，設定數個地役權，則不但生要役地所有者與承役地所有者之關係，且要役地所有者與他之要役地所有者，亦生關係。如兩個之地役權同時設定，則一依右之規定之標準，爲用水之分配，不成爲問題。例如甲地之上，同時爲乙丙兩地，設定地役權，依右之原則，應以供家用爲先。設甲地之人口五，乙地之人口三，丙地之人口二，則以水量爲十分，甲地取其五，乙地取其三，丙地取其二，尙有殘餘，乃可供他之用，亦依各地之大小計之。反之，兩個之地役權，非同時設定，前之地役權者，對於後之地役權者，於權利行使上，有無受其制限，法律上不可無明文之規定。日本民法第二百八十五條第二項云。

『於同一承役地之上。設定數個之用水地役權時。後之地役權者。不得妨前之地役權者水之使用。』依此規定。雖同爲地役權者。因其設定之先後。其結果不得不異。如承役地所有者。初爲一人。設定地役權。此要役地所有者。與承役地所有者間。從第二百八十五條第一項之規定。可得有完全之權利。至其後承役地所有者。於同一承役地上。爲他之一人。再設定地役權。則後之地役權者。僅對於承役地所有者所分得之水量。有其權利。故對於前之地役權者。不得妨其完全之權利。否則承役地所有者。既爲人設定地役權之後。得從自己一人之意思。減殺其地役權之効力。再移以與他之地役權者。實生不公平之結果。亦即有戾於不得以自己所無之權利。讓渡他人。*(Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet)*之確言。此第

二百八十五條第二項所不許也。然則承役地所有者。與先後之地役權者間。其權利關係果如何。請舉例以明之。例如甲於自己之所有地上。爲乙設定用水地役權之後。復爲丙設定同樣之地役權。若於水量不足之場合。先供家用。亦依人口爲標準。如甲人口五。乙人口三。丙人口二。應先分水量爲八分。甲取其五。乙取其三。而甲所取之五

分。化爲七分。再以甲丙人口爲比例。即甲取其五。丙取其二。故丙對於乙所分取全量八分之三。固不能侵害之也。至其殘餘之水。供其他之用。亦不外依其地之大小以分配之。而先之地役權者。不計後之地役權者。得有充分之用水與否。得完全行使其權利。蓋地役權爲物權。應有優先權。乙之地役權設定在先。故可排斥丙而行使之。反之。丙之地役權設定在後。固不得主張各權利爲平等之行使。而與乙對抗也。

(貳) 承役地所有者之義務

地役權爲物權。地役權者對於承役地。當然可自由爲其行爲。而承役地所有者。因爲人設定地役權之結果。轉不得於其承役地之上。有爲或種行爲之權利。然依地役權之性質。欲爲權利之行使。以使承役地之所有者。爲或種之設備爲便利。則以設定行爲爲定之。或於設定後特立契約認定。均無不可。例如通行地役權。即使承地役所有者開設通路。或地役權者已設通路。使承役地所有者爲修繕。法律上皆認爲有效。所以謀雙方之便也。蓋就承役地所有者言之。設許地役權者。於自己（指承役地者）土地之上。爲工作物之設置。修繕。實不堪其煩累。故不如由自己爲之。以供其使用。較合於

自己之意思。再就地役權者言之。對於他人所已設置、或修繕之工作物。即可供自己之使用。亦較自己爲之尤爲便利也。關於此等工作物之費用。雖其初由承役地所有者負擔之。而地役權者每年支拂相當之償金。自不待言矣。

由上言之。承役地所有者。對於地役權者。負設置工作物、或修繕之義務。同時地役權者。對於承役地所有者。即可有其權利。此義務似生債權。而不生物權。但此義務爲地役權之從。與之有密切之關係。又與普通之債權不同。例如甲有地役權存於乙之所有地上。且依設定行爲。或其後特別約束。使乙負修繕之義務。設乙以其所有地讓渡於丙。從普通債權之一般原則上言之。甲對於乙。雖有債權關係。而對於丙。即無債權關係。此即於甲大有不便。甲當時取得乙地上之地役權。必認由乙修繕。方爲利益。今由乙以土地讓渡於丙之結果。不使丙負同樣之義務。雖可要求乙爲損害之賠償。斷難使丙爲義務之履行。即不能充分貫徹甲之意思。不免失望。且丙僅受取甲每年支拂之償金。而不負擔修繕之義務。亦足生不公平之結果。故法律不拘於修繕義務之性質。爲僅足生債權關係。而特以物權同一視之。即使丙爲乙之特定承繼人。一切依

甲乙間當事者設定行爲，或其後特別約束之所定，負擔其義務。然此皆爲保護甲（地役權者）之權利。而丙（特定承繼人）亦應受法律上之保護。故甲因與乙契約上所發生之債權，必俟登記後，方可與丙對抗。否則丙於讓受時，僅知乙地上有承役之義務，不知更負擔他人義務，終恐受意外之損害也。日本民法第二百八十六條云：「因設定行爲，或特別契約，承役地之所有者，爲地役權之行使，負擔以其費用設工作物，或修繕之義務時，其義務，承役地之所有者之特定承繼人，亦負擔之。」

承役地之所有者，對於地役權者，既可由設定行爲，或特別約束，負擔設置工作物，或修繕之義務。有時亦至不堪其負擔者，或因無償金而單負義務，或因少有償金而工作費極大，或因其初雖推測義務之輕易，至負擔後始知其重大者。於此而強令承役地之所有者，永久負擔其義務，則承役地之所有者，非但不能以土地所有權爲利益，轉足增其煩累。故法律特爲之規定，使承役地之所有者，得一方拋棄其土地之所有權。於他之一方，即免其義務。但此所謂拋棄土地所有權者，非指全部而言，乃指爲地役權必要之部分之所有權而言也。例如通行地役權，爲免修繕通路之義務，但就

通路所存之土地拋棄之。又如引水地役權，爲免修繕引水管之義務，亦僅於存置引水管之部分拋棄其所有權足矣。故日本民法設此規定，與第二百八十六條有同一之精神，亦爲謀雙方之便利也。自承役地之所有者觀之，僅拋棄其土地之或部之所有權，即得免永久之負擔。固所深願。即自地役權者觀之，亦得以承役地所有者所拋棄之土地，任自己之意思，設置工作物，或修繕，又無有不便利者。同法第二百八十七條云：『承役地之所有者，無論何時，得以爲地役權所必要土地部分之所有權，委棄於地役權者，免前條之負擔。』此條之義務，謂之依物義務（*Obligatio propter rem*）言，因所有物始負此義務也。

(參)工作物之使用

爲地役權之行使，於承役地上設工作物，此常有之事也。例如通行地役權，往往於其承役地之上，開設道路，使之便於出入。不論爲地役權者所設，爲承役地所有者所設，自純理言之，既爲地役權行使所設之通路，則地役權者，得有使用之權利，固不待言。而承役地所有者，似不得以其通路供自己之用。然實際上，承役地所有者，亦適以開

設通路爲必要。使不許其使用。必開設同樣之通路。此實可謂不經濟之極者矣。故法律使承役地所有者。亦有使用之權利。但須具有二條件。

第一 不得妨害地役權之行使。蓋此種工作物。既爲地役權之行使而設。則承役地所有者。僅得於不妨其行使之範圍內。有使用權利。乃當然之事也。例如甲爲乙設定通行地役權。並開設通路。倘乙之家族。經過通路。同時甲之家族。亦經過同一之通路。此即有妨乙通行權之權利行使。非法律上所許也。

第二 須爲費用之負擔。承役地所有者。或使用原屬他人所有之工作物。（由地役權者自設之場合。）或使用他人所應使用之工作物。（由承役地者設置。而供要役地使用之場合。）則因此所受之利益。對於其工作物之一切費用。爲相當之負擔。此又當盡之義務也。

於第一之條件。日本民法第二百八十八條第一項云。『承役地之所有者。於不妨地役權之行使之範圍內。得使用爲其行使於承役地上之工作物。』於第二之條件。同條第二項云。『於前項之場合。承役地之所有者。要應其利益之割合。分擔工作物之

設置及保存之費用。

第四款 地役權之消滅

地役權消滅之原因有六。(壹)拋棄。(貳)豫定原因。(參)要役地或承役地之滅失。(肆)混同。(伍)公用徵收。(陸)時效前五者與他種權利之消滅爲共通之原因。而後一者爲特別原因。故於前五者稍略。而於後一者特詳焉。

(壹)拋棄

凡財產權皆可拋棄。地役權亦財產權之一。無不可拋棄之理由。但拋棄有數多之種類。有爲有償之拋棄。有爲無償之拋棄。有爲契約之拋棄。有爲單獨之拋棄。(由要役地所有者單獨意思拋棄。)

(貳)豫定原因

豫定之原因不一。例如定明一期間。自今日始。以至十年爲限。或以甲死亡。乙死亡。爲消滅。則因十年間之經過。及甲乙死亡時。地役權因之消滅。凡或條件之成就。及一定事實之發生。皆足爲消滅之原因也。

(參)要役地或承役地之滅失

要役地滅失。則承役地爲供其使役之目的。因以消滅。承役地滅失。則要役地要求其使役之目的。亦爲消滅。故皆可爲消滅之原因。

(肆)混同

混同。前已述之。即要役地之所有者。因相續或其他原因。取得承役地之所有權。或承役地之所有者。因相續或其他原因。取得要役地之所有權。此地役權與所有權相混同。因地役權爲所有權之支分權。故由混同之結果。使歸併於所有權之內。而因之消滅。亦爲一原因也。

(伍)公用徵收

地役權之權利。全存乎承役地之上。設一旦承役地因公用而被徵收。即地役權失其存在。當然因之消滅。例如爲鐵道之公用。徵收承役地。承役地既被徵收之後。地役權者因目的物之不存在。自不能行使其權利。故又爲消滅之原因。

(陸)時效

關於時效消滅地役權分爲三。(甲)取得時效之結果。(乙)獨立之消滅時效。(丙)共通規定。

(甲)取得時效之結果

取得時效之結果又分爲二。(一)原則。(二)中斷。

(一)原則

日本民法第二百八十九條云。『承役地之占有者。具備取得時效必要之條件爲占有時。地役權因之消滅。』依此規定。則承役地之占有者。若具備取得時效之必要條件。可取得其承役地之所有權。同時存乎承役地之上之地役權。因占有者取得承役地之所有權之結果。爲之消滅。蓋地役權原爲土地所有權之支分權。亦可謂爲所有權之一部。承役地之占有者。因時效取得其完全所有權。而地役權當包含在內。則一方由占有者取得。他之一方。即使地役權者之權利歸於消滅。例如甲於乙之地上有一地役權。(乙爲真所有者與否可以不問)後乙以其土地讓丙。丙因登記官吏於登記簿之謄本上。脫落其地役權。遂不知甲有地役權存其土地之上。十年間具備定於第六十二條之條件而爲占有。即取得其土地完全之所有權。甲之地役權。當然因

此消滅。

(二) 中斷

依日本民法第二百八十九條之規定。就承役地之占有者言之。爲取得時效。就地役權言之。則爲消滅時效。時效中斷之原因。已如前述。請求、差押等。皆是。但地役權者對於承役地之占有者。依以上中斷之方法。實際上殆不適用。設不有他之方法。足以中斷其時效。則地役權者。必坐視占有者取得時效之進行。即自己權利終不免歸於消滅。頗不利益。故法律認其權利之行使。亦足爲中斷原因。使免地役權之消滅。例如於乙地之上爲甲地設定地役權。則甲對於乙地有使役之權利。設有丙占有乙地。甲如不行使其權利。則由丙於時效之必要條件具備後。取得乙地之所有權。同時存在乙地上之甲之地役權。當然因之消滅。若甲於丙之取得時效未完成之前。對於丙占有之承役地上行使其權利。亦可生時效之中斷。由是言之。地役權之消滅時效。與普通之消滅時效相同。蓋各因權利者於一定之期間內。不行使其權利。始罹時效而消滅。所異者。普通之消滅時效。區別爲二十年。而地役權之消滅時效。則獨限於十年耳。日

本民法第二百九十條云。『前條之消滅時效。因地役權者行使其權利而中斷。』此條之規定。所以爲地役權者謀其便利。而爲第二百八十九條之救濟也。

(乙)獨立之消滅時效

日本民法第二百九十一條云。『規定於第六十七條第二項之消滅時効之期間。就不繼續地役權。自最後行使之時起算之。就繼續地役權。自可妨行使之事實發生時起算之。』地役權之消滅。於日本民法。既適用第六十七條第二項。關於非債權。又非所有權之財產之消滅時効之規定。而又必別爲之規定者。因各種權利於一定之期間不行使。始罹時効而消滅。而地役權中有繼續、不繼續之別。不繼續地役權。何時始得爲權利之不行使。固易斷定。至繼續地役權。乃可時時行使者。果至有何種之事實發生時。方能謂爲權利之不行使。因之定其消滅時効進行之起算點。實一大問題也。自有羅馬法以來。關於此問題。即爲學者爭點之所集。故日本民法。特設條文以解決之。

先就不繼續地役權言之。例如通行地役權。汲水地役權。其性質上萬不能繼續。倘通

行地役權者、或汲水地役權者、於何年、何月、何日、何時、爲通行、或汲水後、經過二十年間、不再爲行使、則自其年、其月、其日、其時、起算爲權利之不行使、可使消滅時效。由是進行至二十年、其地役權當然消滅。條文所謂最後行使之時起算之、乃最易明瞭者也。

反之。在繼續地役權。例如引水地役權。引水地役權者自埋水管於承役地之後。應以何時始爲權利之不行使。頗多疑問。或學者有謂何時不引水。即爲不行使權利。可自其不引水之時。起算消滅時效之期間者。不知引水地役權之存在。係屬於引水管之存在。苟引水管存在之間。引水、不引水、與權利之行使。毫無關係。因有引水管。苟欲引水。即時得行使其權利也。故必承役地之所有者。以善意、或惡意、爲妨其權利之行使。掘取引水管。此時地役權者。欲行使其權利。非別設新引水管不可。而竟默然認容承役地所有者之妨害行爲。（地役權者自除去引水管。多作爲權利拋棄。）則當自其掘取引水管之時。作爲權利之不行使之起算點。使進行消滅時效。經過二十年間。引水地役權。即因之消滅。又觀望地役權。亦爲繼續地役權。例如甲於自己之所有地建築

家屋。因使乙不得於其地上爲建築。此即甲有觀望權存於乙地之上。其果以何時爲不行使權利。亦一疑問。或學者又有謂此種權利。既爲觀望而設。應以自其不觀望時爲起算點者。此實爲不通之學說。蓋觀望權者。欲時時觀望。事實上有不能。或因旅行他地。或雖在自己家屋之內。因其他之故障。皆不能無間斷之觀望。且觀望權乃不許他人建築高之家屋。妨害自己觀望。於他人未爲建築之間。隨時得自由觀望。雖暫不觀望。不得認爲權利之不行使也。故必自乙地爲建築以妨害甲之觀望起算。設甲許乙爲建築。即當自乙建築之時。爲觀望權者不行使權利。以定消滅時效期間之起算點也。以上皆指以人爲的妨害其權利而言。即自然的事變。如因天災地異。致地役權者不能行使其權利時。亦當自其事變發生之時起算。而爲消滅時效之進行也。

(丙) 共通規定

共通規定。可分爲二。(一)不可分之結果。(二)部分消滅。

(一) 不可分之結果

日本民法第二百九十二條云。『於要役地屬數人共有之場合。爲其一人有時效之

中斷、或停止。其中斷、或停止、亦爲他之共有者生其效力。』此不可分之結果。與地役權取得時效相同。例如甲乙二人共有要役地。甲有時效中斷、或停止之原因。乙無時效中斷、或停止之原因。就原則上言。甲因中斷、或停止、消滅時效不完成。反之。乙不中斷、或不停止、則應完成其消滅時效。然甲不消滅而乙獨爲消滅。即反乎地役權不可分之性質。故甲乙之消滅時效。若完成則各爲完成。若不完成則皆不完成。此乃不可分性質當然之結果也。日本民法所採主義。與關於取得時效之規定。同出於保護地役權之共有者之精神。如上例。乙雖無中斷、停止之原因。得因甲乙已爲時效之中斷、停止、不使其消滅時效之完成。

或有疑日本民法第二百九十二條。與第二百八十四條（取得時效）之規定相矛盾者。謂第二百八十四條。爲一人時效之完成。他之共有者亦視爲完成。反之第二百九十二條。爲一人不完成。他之共有者亦視爲不完成。是何先後之牴觸也。然爲此說者。不免皮相之誚。蓋第二百八十四條之規定。以一人之權利行使。視爲他之共有者。同爲行使權利。故在取得時效。使共取得地役權。第二百九十二條消滅時效。因一人之

權利行使。(權利行使可中斷時效已詳前)同時使他之共有者亦皆妨地役權之消滅。此一則使易於取得。一則使難於消滅。實不外保護各共有者之權利之唯一精神也。設第二百九十二條爲一人時效之完成。使他之共有者亦爲完成。是即不保護共有者之權利。却與第二百八十四條所採之主義適相矛盾已。

(二) 部分之消滅

日本民法第二百九十三條云。『地役權者不行使其權利之一部時。惟其部分。因時效而消滅。』例如甲有通行地役權。存乎乙地之上。就其權利之性質上言之。甲或甲之家族。對於乙地。本可通行其全部。乃甲僅通行乙之或部分。而他之部分。二十年間未嘗行使其通行之權利。則其後更不得於他之部分通行。而存乎他之部分之上之地役權。當罹時效而消滅。故可爲部分之消滅。就表面言。似與地役權不可分之性質相矛盾。不知所謂地役權之不可分者。乃不變地役權之性質。不得單分爲三、分爲四之謂。非如上例。變更地役權之性質。(變更權利之內容)以關於承役權全部之地役權。而爲關於或一部之地役權之謂也。換言之。前所謂不可分者。(日本民法第二百

八十二條及第二百八十四條)即欲以通行承役地全部之權。由數人間分割之。則爲地役權性質之所不許也。

附 入會權

入會權前已於共有中詳述之。日本入會權慣習頗盛。故民法不能爲一定之規則。而一以各地方慣習爲主。至無慣習可從時。乃使之從民法之規定。大別爲二。

第一 爲有共有(狹義共有)之性質之入會權。例如甲乙二人於一定區域內。共有一山。各有特別權利。亦依其慣習而定。設慣習不明確時。適用共有所有權之規定。(日本民法第二百六十三條詳前)

第二 爲不有共有之性質之入會權。自廣義言之。亦爲共有之入會權。茲謂之不有共有之性質者。乃別乎狹義共有而言也。例如一山爲他人所有。而專於其山上掘筍伐薪。此乃爲人之利益。使用他人之土地。非爲土地之利益。使用他人土地。與近今地役地之性質不合。似難適用其規定。然如上所述。地役權自學理沿革上。非僅認爲土地之利益而設者。亦有認爲人之利益而設者。故此種入會權。於從各地方慣習外。

雖不得云適川。而不妨認爲地役權之一種。使之準用。其規定也。日本民法第二百九十四條云。『就不有共有之性質之入會權。從各地方之慣習外。準用本章之規定。』

