

1



* 0014456000 *

0014456-000

特 2 3 3 - 2 3 1

物権法

佐藤操・著

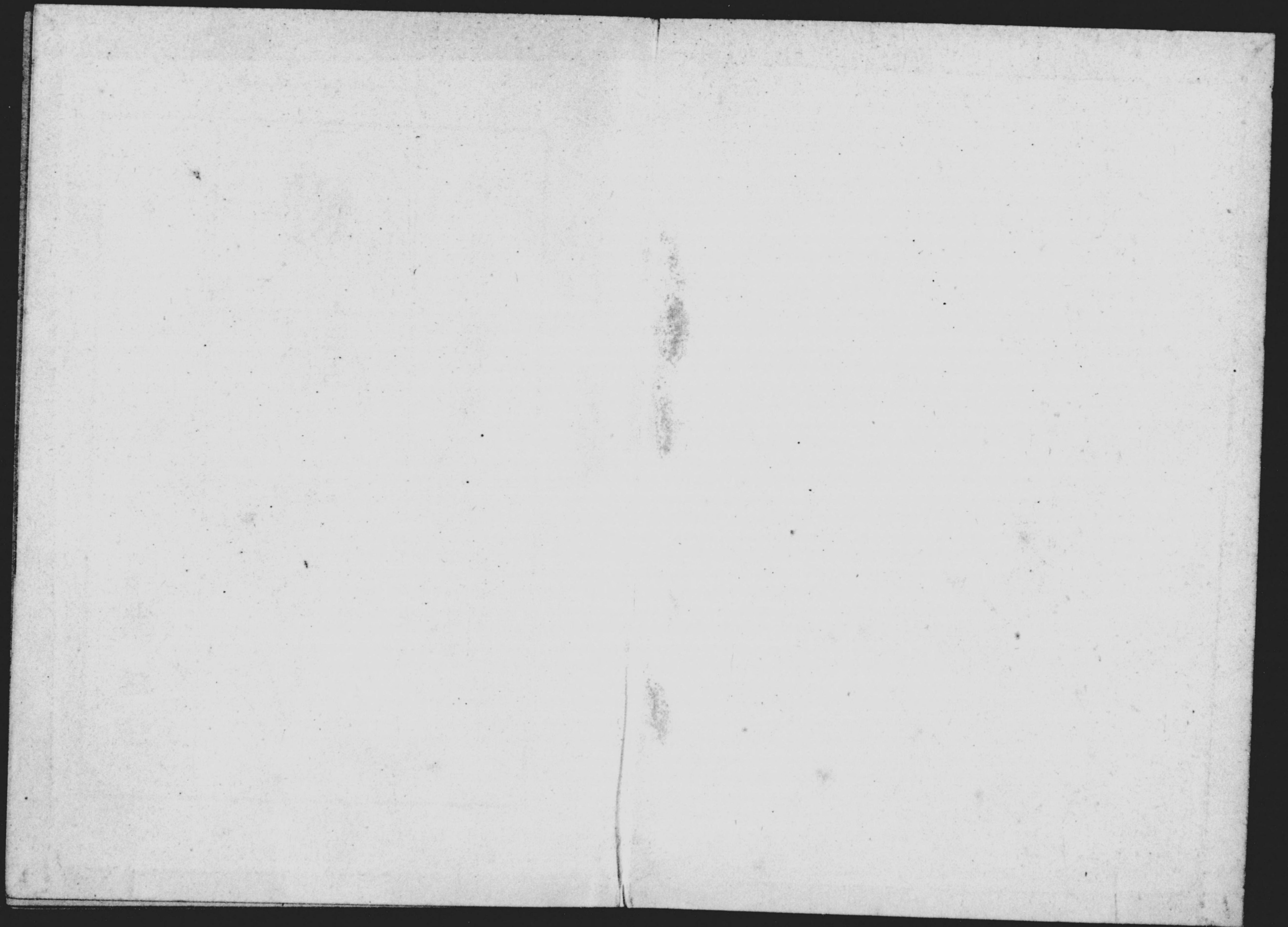
春陽堂書店

1

昭和 1 6

ACE

この著作物は、著作権者不明のため、著作権法
第 6 7 条の規定に基づき、平成 1 2 年 3 月 2 日付
けで文化庁長官の裁定を受け使用するものです。



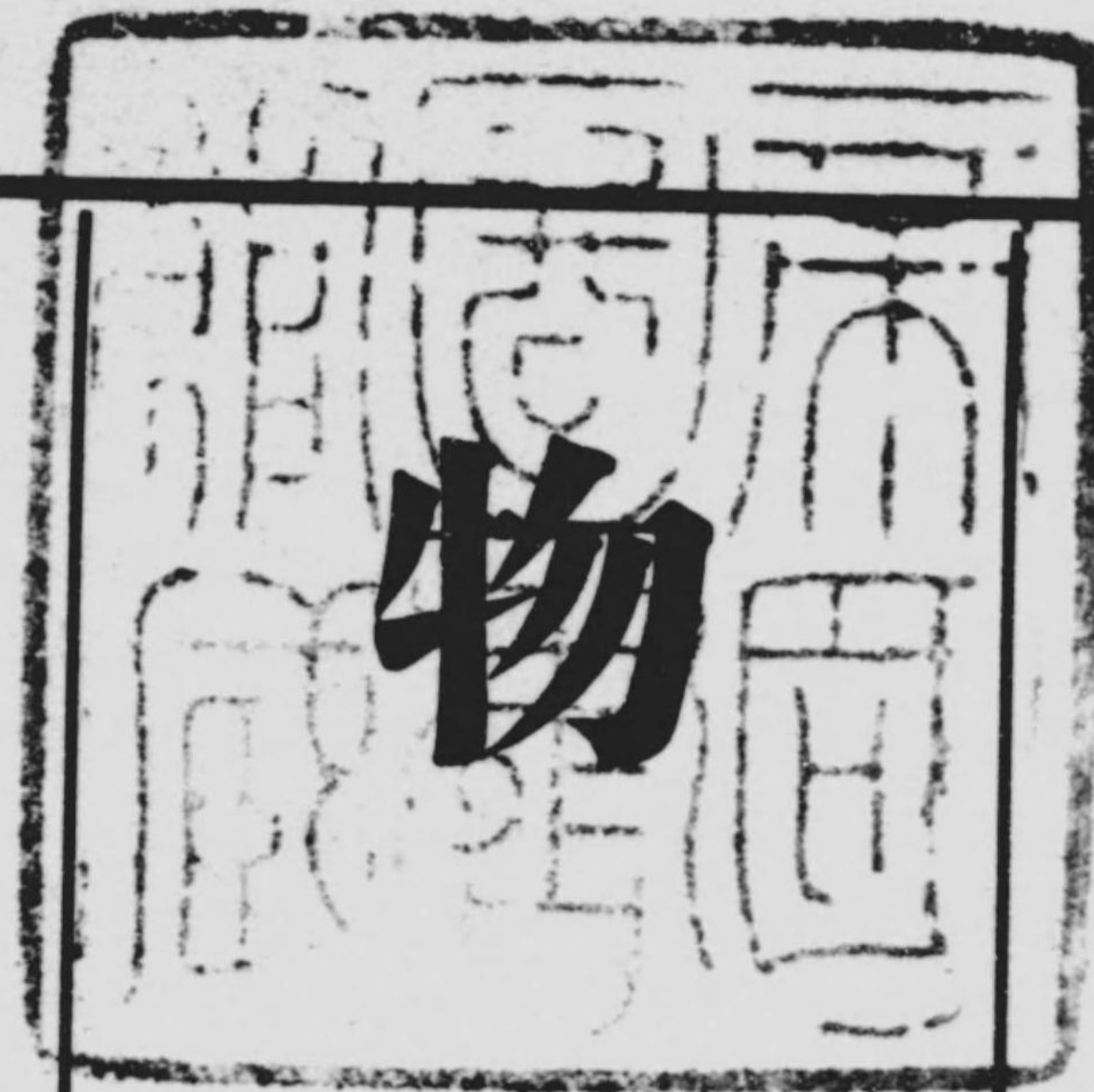
特233
231

佐藤操著

高等試驗
準備叢書

物權法

(I)



東京 春陽堂發兌

ことわり

今回、高等試験準備叢書を發行するに付て、私は民法物權法の部を分擔するやうにと依頼された。大したことはないと思ふて軽く引受けたのであるが、いざ取掛つて見ると案外面倒で、當初豫定した月數の殆んど二倍を費した、それにも拘はらず心掛けてゐて尙ほ果し得なかつた點や出來上つて見て更に不足を感じる點もある。將來改版の機會が恵まれれば幸だと思ふ。

此の稿を草するに當つて書店の希望は、出來るだけ多くの學說を紹介すること及び本文が其儘答案の體裁をなしてゐることを以て本叢書の特長としたいと言ふことであつた。このことは、斯ういふ種類の参考書にとつて相當必要なことではあるが、其反面動もすれば讀者に對して徒らに暗記を強ひ、且つ全卷の首尾一貫した理解を妨げる様な形式に陥る弊がなしとしない。従つて私の最も苦心したのは右の點に存するのであるが、其れが果して何の程度迄効果を齎らしたかは、偏へに讀者諸氏の批判に俟たなければならぬ。

本叢書の物權法の部は、之を二卷に分ち、参考書並に學說は本叢書發行の趣旨に鑑みて其れに必要な範圍に止めた。乃ち第一卷に援用せる主要参考書は次の如くである。

末 川 博 法學全集第八卷 民法Ⅱ、物權法

ことわり

我妻 榮 物權法（民法講義Ⅰ）
 中島 玉吉 民法釋義卷之二 物權篇
 石田 文次郎 物權法論
 遊佐 慶夫 全訂民法概論物權篇
 末弘 嚴太郎 物權法上卷
 三 瀧 信三 全訂物權法提要上卷
 小池 隆一 日本物權法論
 田 島 順 物權法
 横田 秀雄 改版増補物權法
 鳩山 秀夫 民法研究第二卷（物權）

尙ほ文中括弧内に法典名を附せずニ數字のみを示したのは民法典の條文である。商法の條文は凡て改正商法に據つた。

昭和十五年九月

佐藤操

物 權 法 [I] 目 次

第一章 總 則

第一節 物權法の概念	一
第一 物權法の存在理由	一
第二 物權法の特質	二
第三 物權法の法源	三
第二節 物權の本質	三
第一 主體	四
第二 客體	四
第三 内容	五
第三節 物權の效力	二一
第一 優先的效力	二六
第二 追及的效力	二九
第三 物權的請求權	三三
第四節 物權の種類及分類	三三
第一 物權法定主義	三三

目 次

第二 民法第一七五條の解釋……………二五

第三 現行法の認める物權の種類……………二六

第四 物權の分類……………二六

第五節 物權の變動……………二六

第一款 總說……………二六

第一 物權變動の意義……………二七

第二 物權變動の原因……………二七

第二款 物權行為……………二七

第一 物權行為の觀念……………二七

第二 物權行為に關する立法主義……………二八

第三 我が民法の解釋……………二八

第四 物權行為の要件……………二九

第三款 物權の消滅……………二九

第一 意義……………二九

第二 消滅原因……………二九

第四款 物權變動の公示……………二九

第一項 公示の原則……………二九

第一 公示の原則の觀念……………二九

第二 公示の原則と對抗要件……………三〇

第三 公示の原則と公定力……………三五

第二項 對抗要件……………三五

第一目 總說……………三五

第一 序說……………三六

第二 對抗……………三七

第三 第三者……………三八

第二目 登記……………三八

第一 序說……………三八

第二 登記を要する物及び權利……………三九

第三 登記を要する物權變動……………三九

第四 登記の方法……………四〇

第五 登記の效力……………四〇

第三目 引渡……………四一

第一 引渡の意義……………四一

第二 引渡を要する物……………四二

第三 引渡を要する權利及び變動……………四二

第四 引渡の效力……………四二

第四目 明認方法……………四二

第一 意義……………四二

- 第二 立木に關する物權變動の公示 一六
- 第三 未分離の果實に關する物權變動の公示 一三
- 第四 流水及び溫泉に關する權利變動の公示 一三
- 第三項 公信の原則による物權の變動 一三
- 第一 登記の公信力 一三
- 第二 動產占有の公信力 一三

第二章 占有權

第一節 總說

- 第一 現代法の占有制度 一六
- 第二 占有保護の理由 一六
- 第三 占有權の性質 一八
- 第四 占有權に關連する用語 一〇
- 第二節 占有の成立 一三
- 第一 立法主義 一三
- 第二 我が民法の占有 一三
- 第三節 占有の種類 一四
- 第一 自主占有と他主占有 一四
- 第二 自己占有と代理占有 一四

- 第三 單獨占有と共同占有 一五
- 第四 善意占有と惡意占有 一五
- 第五 過失ある占有と過失なき占有 一五
- 第六 瑕疵ある占有と瑕疵なき占有 一五
- 第七 正權原の占有と無權原の占有 一五

第四節 占有權の取得

- 第一款 占有權の原始取得 一四
- 第二款 占有權の承繼取得 一四
- 第一 占有權の移轉性 一四
- 第二 占有權の讓渡 一六
- 第三 占有權の相續 一六
- 第四 占有權承繼の効果 一三

第五節 占有權の效力

- 第一款 總說 一四
- 第一 序說 一四
- 第二 占有に關する事實の推定 一六
- 第二款 權利の推定 一六
- 第一 意義 一六
- 第二 推定の効果 一六

第三款 善意占有者の果實取得 一六九

 第一 善意の占有者の権利 一六九

 第二 悪意の占有者の義務 一七〇

第四款 占有者と回復者との關係 一七一

 第一 序説 一七一

 第二 占有者の賠償義務 一七三

 第三 占有者の費用償還請求權 一七三

第五款 即時取得 一七四

 第一 總説 一七四

 第二 即時取得の要件 一七六

 第三 即時取得の効果 一七九

 第四 盗品及び遺失物に付ての特則 一八七

第六款 動物の取得 一八九

 第一 民法第一九五條の趣旨 一八九

 第二 動物取得の要件 一九〇

第七款 占有訴權 一九七

 第一 總説 一九八

 第二 各種の占有訴權 一九八

 第三 占有訴權と本權の訴 二〇六

二四

第六節 占有權の消滅 二二六

 第一 自己占有の消滅 二二六

 第二 代理占有の消滅 二二六

第七節 準占有 二二七

 第一 準占有の意義 二二九

 第二 準占有の要件 二二九

 第三 準占有の效力 二三〇

 第四 準占有の消滅 二三三

第三章 所有權 二三三

 第一節 總説 二三四

 第一 序説 二三四

 第二 所有權の意義及び性質 二三四

 第三 所有權の保護 二三五

 第二節 所有權の限界 二三七

 第一款 總説 二三七

 第一 所有權の制限 二三八

 第二 法令による制限 二三八

 第二款 土地所有權の範圍 二三〇

二七

第三款 相隣関係 三三二

第一 序説 三三二

第二 建物区分所有者間の関係 三三二

第三 隣地使用権——立入権 三三三

第四 隣地通行権 三三四

第五 水に関する相隣関係 三三五

第六 疆界に関する相隣関係 三三七

第七 竹木に関する相隣関係 三四一

第八 工作物建造に関する相隣関係 三四四

第三節 所有権の取得 三四五

第一 序説 三四八

第二 無主物先占 三四九

第三 遺失物拾得 三四九

第四 埋蔵物發見 三五二

第五 添附 三五四

第四節 所有権の消滅 三五五

第五節 共有 三五五

第一款 總説 三五六

第一 共同所有の態様 三五六

第二 我が民法の共同所有関係 三六八

第三 共有の性質と原因 三六八

第二款 共有に基づく法律關係 三七〇

第一項 共有者の持分 三七〇

第一 持分の性質 三七〇

第二 持分の割合 三七一

第三 持分の處分ないし主張の自由 三七三

第二項 共有者相互間の權利義務 三七四

第一 序説 三七四

第二 共有物の使用及び收益 三七四

第三 共有物の處分 三七五

第四 共有物の管理 三七五

第五 管理費用の負擔 三七七

第六 共有に関する債權の特別取扱 三七八

第三項 共有の對外關係 三七九

第三款 共有關係の終了(特に共有物の分割) 三八〇

第一 序説 三八〇

第二 共有物分割の自由 三八一

第三 分割の方法 三八三

第四 利害關係人の参加 二八五

第五 分割の効果 二八五

第四款 準共有 二八六

第四章 地上権

第一節 總 說

第一 地上権と賃借權 二九一

第二 地上権の性質 二九一

第二節 地上権の取得

第一 法律行為による取得 二九六

第二 法律行為以外の原因による取得 二九六

第三節 地上権の存続期間

第一 設定行為を以て存続期間を定める場合 二九八

第二 設定行為を以て存続期間を定めない場合 二九八

第三 借地法による地上権の存続期間 三〇一

第四節 地上権の效力

第一 土地使用權 三〇五

第二 地上権處分の自由 三〇五

第三 地代に關する法律關係 三〇六

第四 地上権の對抗

第五節 地上権の消滅

第一 消滅原因 三二六

第二 地上権消滅の効果 三三〇

第五章 永小作權

第一節 總 說

第一 永小作權と賃借小作、農地調整法 三三三

第二 永小作權の性質 三三五

第二節 永小作權の取得

第三節 永小作權の存続期間

第一 設定行為を以て存続期間を定める場合 三三七

第二 設定行為を以て存続期間を定めない場合 三三八

第四節 永小作權の效力

第一 土地使用權 三三八

第二 永小作權の處分の自由 三三九

第三 小作料に關する法律關係 三三〇

第四 賃貸借に關する規定の準用 三三二

第五 永小作權の對抗

第五節 永小作權の消滅

第一 消滅原因

第二 消滅の効果

第六章 地役權

第一節 總說

第一 地役權の存在理由

第二 地役權の法律的性質

第三 地役權の存続期間

第二節 地役權の種類

第一 積極地役權と消極地役權

第二 繼續地役權と不繼續地役權

第三 表現地役權と不表現地役權

第三節 地役權の取得

第一 法律行為による取得

第二 時効による取得

第四節 地役權の效力

第一 地役權者の權利

第二 承役地所有者の義務 三五三

第五節 地役權の消滅 三五四

第一 承役地の時効取得による消滅 三五四

第二 地役權の消滅時効 三五五

第三 承役地所有權の委棄 三五五

第七章 入會權

第一節 總說

第一 入會權の概念

第二 入會權の法律的性質

第三 入會權の主體、客體並に態様

第二節 入會權の效力

第一 共同收益權

第二 入會權の侵害に對する效力

第三 入會權の對抗

第三節 入會權の得喪

第一 部落としての入會權の得喪

第二 部落民としての入會權の得喪

物 權 法 〔I〕

第一章 總 則

第一節 物權法の概念

物權法の存在理由

第一 物權法の存在理由

人類の經濟生活は自己保存の本能に基くものであるが、其最も原始的な形態は自然に對する人間の實力を以てする直接支配であつて、其れは人類相互の信賴關係を通して營まれる經濟生活の以前に存在するものである。前者が即ち經濟生活の物權的部面であり、後者が即ち債權的部面である。法律的に觀た現代の經濟生活は、要するに、人類の此の兩面の生活の合體交錯したものに外ならない。

處で、自己の實力によつて生ぜしめた結果——例へば取得物や製作物——に對しては誰でも權利感情を持つ様になるのが自然であるから、之に付ては其利用を安全確實ならしめるの制度を必

要とする。殊に人類の需用を充たすべき外界の物資は有限であるから、之が分配の基礎を確立して置くと言ふことは、共同生活を本體とする人類にとつて、最も根源的な要請であると言はなければならぬ。茲に物權法の存在する理由があるのである。

物權法の特質

第二 物權法の特質

物權は後に述べる様に、他人の干渉を排斥して獨占的に物を支配する權利であるから、一般の利害に影響する所が頗る大である。其れが爲め物權法に於ては當事者の自治を許す範圍が極めて狭少であつて、物權の種類や内容も法律によつて限定せられ（一七五）、其法規は多く強行的である。右に反し債權に於ては、排他的性質を有しない結果として、契約自由の原則が認められ、公序良俗に反しない限り廣く當事者の自治を許し、其法規は概ね任意的である。

だが、物權法と債權法とは、共に相俟つて現代私經濟生活の運行を規律してゐるのであるから、其間には自ら相通するものが存するのみならず、經濟取引の進展に連れ兩者の對立關係も漸次變化を來し、一方に於ては債權の物權化の傾向が認められると同時に、他方に於ては逆に物權の債權化の傾向が認められる。乃ち最近に於ける企業組織の客觀化と取引關係の劃一化とは、債權法に於ても漸く自由契約の餘地を縮少せしめ、特に貸借或は雇傭の如く社會的關係の重大なものに於て其れが著しい。と同時に又近時財產關係が取引關係による動的のものとなつた結果、物權法に於ても取引の必要上當事者の契約によつて或程度迄物權法の規定を回避することを認めなければならなくなつてゐる。——例へば讓渡擔保——（我妻氏二七頁）。

物權法の法源

第三 物權法の法源

現行の物權に關する法律中最も重要なものは言ふ迄もなく民法第二編であるが、其他にも物權法の法源となるべき法律は少くない。而して之等は何れも制定法であるが、尙ほ慣習法や判例法と言ふものも考へられる。

主なるものは次の如くである。

(一) 物權一般に關するもの

(一) 物權一般に關するもの。

民法第二編、民法施行法第三五條乃至第五一條、不動産登記法、地上權ニ關スル法律、建物保護法、借地法、借家法、借地法及借家法ノ施行期日ニ關スル件、借地借家調停法、借地借家臨時處理法、防火地區内借地權處理法、小作調停法、立木ニ關スル法律、立木登記規則、外國人又ハ外國法人ノ物權登記ニ關スル法律、外國人土地法、外國人永代借地權ニ關スル法律、遺失物法、土地收用法、農地調整法。

(二) 擔保物權に關するもの

(二) 擔保物權に關するもの。

立木ノ先取特權ニ關スル法律、外國人ノ抵當權ニ關スル法律、鐵道抵當法、軌道ノ抵當ニ關スル法律、工場抵當法、鑛業抵當法、漁業財團抵當法、抵當證券法、抵當證券法ノ施行期日及施行地域ニ關スル法律、自動車交通事業法、農業動産信用法。

(三) 商事に關するもの

總 則
(三) 商事に關するもの。

留置權(商法五一、五五七、五二二)、質權(商法五一五)、船舶債權者の先取特權(商法八四二以下)、船舶抵當權(商法八四八以下)。

(四) 其他

(四) 其他。

鑛業法、砂鑛法、森林法、牧野法、國有林野法、漁業法、狩獵法、河川法、道路法、耕地整理法、都市計畫法、特別都市計畫法、市街地建築物法、不良住宅地區改良法、信託法、擔保附社債信託法、華族世襲財產法、特許法、實用新案法、意匠法、商標法、著作權法。

第二節 物權の本質

物權の本質は、今日の法律が認めて居る各種の物權に共通なる要素を抽出し、之を債權其他の權利に於ける其れと比照して、如何なる點で區別せらるべき特徴を有するかを明かにすることによつて示される。

而して具體的に或權利を觀念するにあつては、先づ其權利の主體と客體と、それから其れの間を結びつけて居る關係の内容とを考へる必要がある。

物權の主體

第一 主 體

物權の主體となり得るものは、一般に權利能力を有する法律上の人格者即ち自然人と法人とで

あつて、其單數であるか複數であるかは勿論、内國人であるか外國人であるかをも問はないのを原則とする(二)。故に此の點に於ては別段のこともない。唯外國人の船舶所有權(船舶法一)、鑛業權(鑛業法五)、砂鑛權(砂鑛法二三)等に例外が存するのみである。(尙ほ外國人のみが有し得る權利として永代借地權と云ふものがあるが、昭和十七年四月から廢止されることになつてゐる。)

物權の客體

第二 客 體

物權の客體は物である。物權の本質的な特徴は先づ此の點に於て見出される。他の權利例へば債權に於ては人の行爲を、親族法上の權利に於ては人を、又特許權や著作權などの無體財產權に於ては無體の精神的作物を客體とする。

(一) 物であること

(一) 物權の客體となり得るものは物であることを原則とする。

民法に所謂「物」とは有體物である(八五)から、物權の客體としての物も亦原則としては有體物である。

然るに、民法では、準占有(二〇五)、一般先取特權(三〇六)、權利質(三六二以下)、抵當權(三六九)の如く、有體物に非ざるものを以て客體とする物權をも認めて居る爲めに、斯る權利をも純然たる物權と見るべきか否かについて議論がある。大體次の三説に分けることが出来る。

(1) 從來最も優力とせられて居る説に従へば、物權の客體となるべき物は有體物に限り、右に述べた様に有體物に非ざる財産權を目的とする權利は純然たる物權ではなくて、物權に準じて

取扱ふべき權利、即ち準物權である」とする(富井氏民法原論二卷一三頁、横田氏物權法二頁、川名氏物權法要論一頁、松岡氏民法論物權法四頁、三浦氏四頁。遊佐氏五頁は準占有のみを準物權なりとする)。

(2) 「民法が均しく物權として認めて居るものの中から、特に純物權と準物權とを區別したり、或は原則と例外との差別をつけるが如きは穩當でない、何れも純然たる物權である」とする(中島氏二頁、小池氏九頁)。

(3) 「物權は原則として有體物を客體とし、例外的に財産權の如き無體物を客體とする」(末川氏八頁、遊佐氏五頁、我妻氏一五頁、末弘氏二頁、田島氏二頁。尙ほ三浦氏四頁は此の説にも賛する)。

此の第三説は、大體前二説の折衷説の如きものであつて、最近では是が多數説の様であるが、併し實質的には寧ろ第二説に近いと思はれるものもある。唯有體物の概念も自然科学的に定められるものではなくて、社會的取引上の經驗法則によつて定められるのであり、又物權の内容的な本質は後に述べる様に排他的直接支配性に在ると考へられるのであるから、此の原則も絶對的な存在理由を存するものではなく、流動體や瓦斯體は勿論、電氣・光・熱等の如き自然力も計量されて取引の物體とせられる様な場合、換言すれば排他的直接支配の目的とせられる様な場合には物と言ふて差支なく、之等の上に物權の成立を認むべきである。従つて又集合物とか集合財産・財産としての企業等の如く、他の法律關係及び事實關係を包含した物の觀念を構成して、其上に物權の成立を認めることも可能であるが、人の支配の對象となり得ない所の海面や流水の如きは其

(二) 特定して居ること

儘では物權の客體となり得ない(末川氏八頁、我妻氏一五頁)。

(二) 物權の客體となり得る物は特定して居ることを要する。

物權は客體を直接に支配することを以て内容とする權利であるから、其目的物が特定してゐなければ其實益をおさめることが出来ない。債權は之に反して人の給付行爲を請求することを内容とし物の直接支配を内容とする權利でないから、必ずしも現在に於て物の特定してゐることを必要としない。例へば金錢・米穀などの様に單に種類と數量のみを以て指示し得る不特定物についても成立する(四〇一)。

併し例へば工場財團・鐵道財團に於ける財團の如く、物の集合體が法律上一個の不動産と見做され、全一體として物權の客體となつて居る様な場合には、其れが全體として矢張り特定性を有して居ると見るべきであるから、其れを構成する個々の物が變更したとしても、是によつて其特定性が害せられたと考へることは出来ない。

(三) 獨立の完全體であること

(三) 物權の客體となり得る物は獨立の完全體であることを要する。

此の意味は、物權は一個の物として完全な獨立性を有する物についてのみ認められ、物の一部又は構成部分については成立することが出来ないと言ふことである。例へば一個の家屋について見るに、其家屋の所有權の外に尙ほ柱とか天井とか言ふ様な家屋の構成部分について個々別々の所有權が成立すると言ふことは考へられない。更に極端な例をとれば、一匹の家畜について、頭

とか足とか言ふ様な其部分々に成立する所有権は到底想像出来ない（共有關係は斯る關係とは全然異なるものであることを注意せられたい）。即ち一個の物については唯一個だけの物權を認めるとするものであつて、斯る原則を一物一權主義といふ。

蓋し物の一部や構成部分は、其れのみでは直接支配の實益が甚だ乏しいのと、其れから物の一部や構成部分について別々に物權が成立すると言ふことになれば權利者相互間の支配關係が複雑になり、而も其權利の歸屬狀態を第三者に公示することが困難である爲めに、其物について新たに物權を取得した者は不慮の損害を被むることが多く、従つて一般取引の安全をも害することになるからである。

従つて又一般取引上の經驗法則によつて直接支配の實益がありとせられ、且つ複雑な支配關係の公示方法も具備してゐるならば、一物一權主義の原則は必ずしも例外を許さないものではない、と同時に——例へば民法第二〇八條（但し議論あり、二三三頁参照）、同第二三一條、未分離の果實の上に存する土地賃貸人の先取特權（三一三）、土地の一部の上に存する用益物權並に占有權等——物の獨立性の問題も亦單に物理的の觀點からのみ決定することなく、其時と所に於ける一般取引上の通念に従つて決定されなければならぬと言ふことが理論上考へられるのである。特に説明を要するものは次の如くである。

(1) 土地

- (1) 土地 土地の個數は、土地登記簿の上で獨立の一用紙を存するものを一個の物となす

(2) 建物

のであるが、未登記の土地に付ては土地臺帳に於て一筆とせられてゐる地區を以て一個の物とする。即ち帳簿上一筆とせられてゐるならば、一個の土地として取扱はれるのが原則であり、従つて是に一個の所有權があると云ふことが出来る。併し所有者は法令の制限内に於て自由に其所有物を利用し、處分することが出来るのであるから、一筆の土地の一部について地上權・永小作權・地役權の如きを設定することも出来れば（不登法一一一、一一二、一一三）、又一筆の土地の一部を分割して譲渡することも可能である（但し譲渡の登記は先づ分筆の手續を要する）。尙ほ占有權は人が現實に物を支配することによつて成立するのであるから、一筆の土地の一部についても存在し得ること勿論であつて、従つて其一部について時効による所有權の取得もあり得る。一個の土地と言ふ時は地表のみならず上下にも及ぶから（二〇七）、地中にある鑛物は元來土地の一部であるけれども、其等の中一定の物は國有とされてゐるので獨立の物として取扱はれる（鑛業法二、三）。

(2) 建物 建物は土地の定着物中最も重要な物であるが（八六）、我が國に於ては土地から完全に獨立した物として取扱はれて居る。そして建物登記簿の上で一用紙を備へて登記してある建物は一個の物と觀られるのであるが、未登記の建物につき具體的に其個數なり獨立性を決するについては、單に物理的の構造のみよるべきではなく、取引上の通念によつて決すべきである。されば建築中又は取毀し中の建物が何時から或は何時迄建物なりや等の問題も、結局は社會觀念上一般に獨立せる建物としての效用を有するものと認められるや否やによつて決すべきで

あつて、一棟の建物は必ずしも一個の物とは限らず、數棟の建物が一個の物として取扱はれる場合もあり得る。唯通常一棟の建物は一個の物として取扱はれてゐるから、是に一個の所有權が成立するものと考へなければならぬ。民法第二〇八條を右の例外と解するかどうかについては議論がある(二三三頁参照)。

(3) 立木

(3) 立木 一筆の土地又は一筆の土地の一部分に生立する樹木の集團は、立木法によつて所有權保存の登記を経た場合には、獨立の不動産と見做され、土地と分離して處分することが出来る(立木法一、二)。併し立木法の適用を受けない樹木の集團も實際取引の目的とせられてゐることが少なくないので、其要求に應ずる爲めに、今日では當事者の意思表示に従ひ土地と分離して獨立に處分し得ることが認められてゐる。又個々の樹木についても同様である。

(4) 未分離の果實

(4) 未分離の果實 果實・桑葉又は稻立毛等も山や畑にある儘で元物たる土地や草木から分離して別個に取引の目的となし得ることが認められてゐる。殊に土地・賃貸人の先取特權(三一三)は之等の物の上にも及ぶことは既に述べた(八頁)。

(四) 各個々の物であること

(四) 物權の客體となり得る物は各個々の物であることを要する。

此の意味は、物權は個々の物について夫々成立し、集合物は單一の物權の客體とならないと言ふことである。例へば商店内の商品について言へば、其一つ々々の商品が夫々單一の所有權の客體となつてゐるのであつて、其商品全部を一まとめにした物の上に單一の所有權が存在するので

はない。牧場内の畜群・圖書館内の書籍についても同様に説明し得る。蓋し物は各々一個の物として夫々の經濟的價値を有して居るのが通常だからである。故に集合物と雖も、經濟上一定の目的の爲めに組織化されて之を構成する個々の物が有するとは異つた獨立の綜合的な機能と價値とを有するに至つた様な場合には、此の集合物の全體を以て單一の物權の客體と認めることを妨げるものでない。殊に擔保物權の如く客體の用益的價値よりは交換的價値を目的とする權利にあつては、此の様な例外を認める要求が少くない。されば民法に於ては一般の先取特權は債務者の總財産の上に存するものとせられ(三〇六)、又特別法にては各種の財團の上に存する抵當權を認めてゐる(工場抵當法、鑛業抵當法、漁業抵當法、鐵道抵當法、軌道ノ抵當ニ關スル法律、輕便鐵道抵當法、運河抵當法)。

物權の内容

第三 内 容

茲に物權の内容と言ふのは、其主體と客體とを結び付けてゐる關係の内容、換言すれば主體の客體に對する權利の行使が如何なる態様乃至は方向をとつて現はれるかを言ふものである。そして此の點に於ける物權の本質的な特徴は支配的であることに存する。即ち物權は物を直接に支配することを以て内容とする權利であつて、他の權利例へば債權の内容は請求的であり、取戻權・解除權・買戻權の内容は形成的であるのと異なる。

(一) 物を直接に支配する權利

(一) 物權は物を直接に支配する權利である。

(1) 直接支配の意義 物を直接に支配すると言ふのは、物權者が何等他人の行爲の介入を要せず自ら其物について一定の利益を享受し得ることを意味する。債權に於ては縱令物の給付を目的とする場合でも、其内容は單に特定の債務者をして物の給付なる行爲を爲さしめることに存し、物權に於ける如く直接物について利益を享受し得ることを内容としない。特定の人に對して土地の使用を爲さしむべきことを請求し得る權利は賃借權として債權の範圍に屬し、何等他人の行爲の介入を要求せずして工作物又は竹木を所有する目的の爲めに他人の土地を使用し得る權利は地上權として物權の範圍に屬する。此の直接支配性が物權の最も本質的な特徴を爲すものであつて、物權の爾余の性質や効力は悉く之を根幹として當然に生ずるものと觀ることが出来る。けれども、現行法上に於ける物權と債權との區別は單に權利の内容のみによつて決定し得るものではなく、そこには多分に權利觀乃至歴史的な發展による制約が存する。例へば賃借權と雖も物を直接に支配してゐると言ふ關係自體に於ては地上權や永小作權に於けると何等異なる所はないが、唯制度の上に於て貸主の使用の供與と云ふ給付行爲を基礎として成立する債權的構造をとつてゐるに過ぎない。土地の賃借權と地上權とが均しく借地權として同様に取扱はれ得る所以は茲に有する(借地法一)。尙ほ最近に於て不動産賃借權が漸次物權化する傾向にあることも注意すべき現象である(六〇五、建物保護法、借家法参照)。

(2) 支配の範圍並に態様 物權者が外界の物資から利益を享受する範圍並に態様は一様で

ない。之によつて物權に各種類を生ずる。

(イ) 目的物について其有する一切の利益を享受し得る場合と一定の範圍内に於てのみ利益を享受し得る場合 前者は所有權に於ける支配の範圍であり、後者は制限物權に於ける支配の範圍である。

(ロ) 物權は本來物の有する經濟的效用——使用價值乃至交換價值——を其儘に利用することを以て内容としたのであるが、近代の經濟組織に於ける信用の發達は、物資の效用を其儘直ちに發揮せしめることなく、之を擔保として信用を獲得する方法を著しく發達せしめた。前者は用益物權に於ける支配の態様であり、後者は擔保物權に於ける支配の態様である。

(二) 排他性

(1) 排他性。

(1) 直接支配と排他性 物權は直接に物を支配し得る權利であるから、當然に排他性を有する。蓋し一の物が一定の關係に於て或者の直接支配に屬してゐる以上は、之と同一の關係に於ては最早他の支配に服し得ないからである。即ち一の物の上には互に相容れない内容を有する物權が同時に二個以上成立することが出来ない。物權の一物一權主義は、此の意味に於ても言はれる。併し物權の排他性は支配の獨占的性質より生ずる結果であるから、若し相互の支配關係が衝突しないものである様な場合には、同一物上に同時に二個以上の物權が成立することを妨げない。例へば所有權と制限物權、順位を異にする數個の抵當權、不作爲を目的とする數個の地役權

の如きである。

右と異り債權に於ては、例へば同じ時間に甲乙別個の劇場で演劇することを約し、又一旦甲に賣ると約したものを更に乙に賣ると約した場合の様に、事實上兩立し得ないものであつても同時に二個以上成立し、而も其間に強弱の差が認められない。蓋し債權の内容は給付を請求することに存するのだから、結局に於ては相牴觸すべき内容を存するに拘はらず、履行の時迄は何れも可能の給付を目的とするものとして複數に併存し得るのであつて、唯不履行に終つた方に對し損害賠償等の責任問題を生ずるに過ぎない。

(2) 排他性と公示の原則 以上の如く物權が排他性を有する結果、第三者の利益を犠牲にすることが甚だ多いので、此の排他性を具備せしめる爲めには物權の存在を表象する外形を必要とする。之が即ち物權に於ける公示の原則であつて、普通に對抗要件の問題として取扱はれてゐる所のものである。従つて縱令物權であつても對抗要件を具備しないときは完全に其排他性を發揮することが出來ず、比較的債權に近いものとなり、反對に又債權であつても對抗要件を具備することによつて排他性を具備し、物權的性質を帯びるに至るものもある(六〇五)。

(3) 絶對性の問題 絶對性を以て物權の本質的特徴と認めるか否かについては議論があるが、結局は寧ろ絶對性の意義を如何に解するかにか歸着する問題である様に思はれる。大別すれば次の如くである。

(イ) 權利の絶對性とは、何人も其權利を尊重しなければならぬ、之を侵害することは法の禁する所である、と言ふ意味に解するのが本來の意義である。だが之は權利一般に通有のものであつて、例へば債權に於ても第三者が之を侵害することによつて不法行爲が成立するのだから、斯る絶對性を以て敢へて物權乃至支配權のみの特徴となすことは出來ない。とする見解(末川氏二〇頁、末弘氏一九頁、小池氏一四頁)。

權利の絶對性を此の様な意味に解するならば、之を以て物權のみの特徴とすることは出來ないと言ふことは殆んど異論を見ない様である。唯遊佐博士(七頁)は、「斯る絶對權を生ずるのは獨り物權には限らないけれども、如何なる物權も絶對權を生じないのがないのを特徴とする。」とせられ、又我妻教授(二二頁)は「債權にも絶對性ありと考へる時は債權の侵害は不法行爲となる。併し凡ての債權に一律に此の結果を認むべきかは問題であらう。のみならず債權に絶對性ありと爲す時は其侵害に對して妨害排除の請求權を認むべきやも問題となる。思ふに此の效力に於ても債權の種類によつて差異を認むべきものであらう。」とせられて居る。

(ロ) 物權は支配權であることから排他性を生じ、之によつて對萬人の關係となる。即ち排他性の在る所、權利者は其内容自體の實現を一般人に對して積極的に強要し得る。此の意味に於て物權は絶對性を有するのであつて、單に特定人間の請求關係を權利の構造としてゐる債權には此の如き絶對性はない。とする見解(中島氏二頁、石田氏二四頁、三浦氏九頁、田島氏二一―三頁)。

若し絶対性と言ふ意味を此の意味に於て解するならば、之を以て物權の特徴なりとする事は否定出來ないであらう。けれども此の意味に於ける絶対性は結局物權の排他性に通ずる性質であつて、一の物の上には同時に二個以上の物權が成立することが出來ない、と言ふことと相表裏するものである。従つて此の意味の絶対性を説く學者は重複して更に排他性を説くことなく（中島氏、石田氏、三浦氏、田島氏）、又排他性を説く學者は重複して更に斯る絶対性を説かない（我妻氏、末川氏、末弘氏、小池氏）のは當然である。

以上、物權の本質について主體、客體並に内容の方面より概説したのであるが、之を要約すれば、「物權は物を直接に、従つて又排他的に支配し得る權利である」と言ふことが出来る。

第三節 物權の效力

物權が前節に於て述べた様な内容を有することから、以下述べる様な效力を生ずる。各種の物權には勿論夫々の特異な效力があるが、茲に述べる所は物權一般に共通的なものである。

第一 優先的效力

優先的效力
(一) 意義

(一) 意義。

物權は直接に物を支配する内容を有し、従つて排他性を生ずる權利であるから、其權利行使の範圍内に於て、之と相容れないところの他の權利の行使を妨げる效力を有する。之を物權の優先

權と稱するのであつて、此の效力は物權相互の間に於て、又物權の債權に對する關係に於て生ずるとするのが通説であるが、中島博士（一一頁）は、物權の債權に對する關係に於てのみ、又三浦博士（一二頁）は、物權相互間の關係に於てのみ此の語を用ひて居られる。

(二) 物權相互間の優先的效力。

物權は排他性を有する結果、内容の抵觸する物權は同一物上に同時に二個以上存在することは出來ない。従つて、(1)先に成立した物權は其後に之と相容れない内容を有する他の物權の成立することを妨げ、(2)又後に成立した物權は前に成立した物權の支配を害しない範圍内に於てのみ成立することが出来る。例へば既に完全な所有權の存在する物の上に、更に他の所有權の成立し得ないのは前者の例であり、又成立の時の前後によつて、抵當權に順位を生ずるのは後者の例である。之が債權相互の間に於ては、其成立の時の前後によつて效力に優劣強弱の差がないのと異なるところである。だが此の點については次の様な二つの大きな制限がある。

(1) 物權が此の様な優先的效力を生ずるのは排他性の結果であるが、此の排他性を完全に具有せしめる爲めには、第三者の利益保護の上から對抗要件を必要とすること前に一言したところである。従つて對抗要件を具備しない物權には、優先的效力を認めることが出來ない。

(2) 先取特權相互間及び之と他の物權（質權と抵當權）との優劣順位は、時の前後に拘はらず、特別な理由からして、法律の定めた順位に従ふ（三二九—三三二、三三四、三三九）。

(二) 物權相互間の優先的效力

尙ほ各種の制限物権は、其客體の上に先に存在した所有權を制限して居ることになるが、之は併し制限物権たるの本質に基くものであるから、相容れない内容を有する物権相互の間に於て一方が他方に優先すると言ふ優先權の問題と同視しない様に注意しなければならない。

(三) 債權に對する優先的效力。

物權は直接に物を支配し得る權利であるから、發生の時の前後に拘はらず、其物に關して發生した債權に優先するの效力を有する。蓋し債權の内容は債務者の行爲を請求することに存するのだから、たとひ物の引渡を目的とする債權の場合でも、債權者が直接に其物の上に支配を及ぼすと言ふことは出來ず、従つて其れは物權者に對抗出來ないのである。例へば、或土地の上に既に使用収益を目的とする賃借權の成立があるにも拘はらず、之と相容れない目的を有する地上權が後に成立して、先に成立した賃借權の行使を妨げる結果となる。而も債權の行使は、縱令強制執行若くは破産の手段に訴へても尙ほ其物について物權を有する者に優先することは出來ない。例へば民事訴訟法中第三者の執行異議の訴(民訴五四九)、破産法中所有權者の取戻權(破八七以下)及び擔保物權者の別除權(破九二以下)の如き、物權の優先的效力の現はれである。(但し債權者が強制執行又は破産に訴へた場合には、其後に成立する物權には優先せしめる必要がある。強制執行に於ける差押の物權的效力の問題—民訴六五〇—、及び破産法に於ける否認權—破七二以下—が之である)。尙ほ一般擔保物權者が優先辨濟權を有すること(民訴五六五)も物權の優先的效力を以て

(三) 債權に對する優先的效力

説明して居るのが通説であるが、遊佐博士(二〇頁)は、「此の如き關係を以て物權が債權に優先すると解するのは誤謬である。之は單に物權を有する者が、物權を有しない者に比して有利な地位にあると言ふに止まり、物權と債權との優劣問題を言ふのではない。」とせられる。

物權が債權に對して優先的效力を有することは以上の如くであるが、之については又次の様な制限のあることを注意しなければならない。

- (1) 不動産物權に關する請求權が、假登記を備へる時は物權に優先する(不登法二二)。
- (2) 不動産の賃借權を登記した時(六〇五)、建物所有を目的とする土地の賃借人が其土地の上に登記した建物に有する時(建保一)、借家法の施行されて居る地域に於て、賃借權に基き建物の引渡を受けた時(借家一)等に於ては、賃借人が其後に成立した物權に對抗することが出来る。
- (3) 民法第六〇二條に定めた期間を超えない賃借權は抵當權の登記後に登記されたものであるも、之を以て抵當權者に對抗することが出来る(三九五)。

但し以上は何れも登記又は引渡と云ふ公示方法の具備を前提とすることと言ふ迄もない。

第二 追及的效力

追及的效力
(一) 意義

(一) 意義。

物權は物を直接に支配する權利であるから、其客體となつてゐる物が轉々として何人の手中に移つて居つても、權利者は其物の存在する所に追及して權利の内容を實現せしめることが出來

る。之を物權の追及權、或は單に追及效と呼ぶ。例へば所有權者は其目的物の占有を奪はれた時は、たとひ何人の手中にあつても自己の所有權を證明することによつて、現に其物を占有する者から之を取返すことが出來、又抵當權者は、抵當權設定者が其目的物を何人に讓渡したとしても、其讓受人の權利を無視して、自己の權利を實行し得る。債權は單に特定人に對して、一定の行爲を請求し得ることのみを内容とする權利であるから、債權を有するに過ぎない者は、給付の目的物が債務者の手から第三者の手に移つた場合に、其第三者に對して物の引渡を請求すると云ふことは出來ない。

だが物權の追及的效力も亦無制限ではない。留置權(二九五、三〇二)、先取特權や質權に於ける占有の喪失(三三三、三五二)、即時取得(一九二)などは其最も顯著な例であるが、其他動產物權は一般に目的物の引渡を以て第三者對抗要件とし、不動產物權は登記を以て對抗要件としてゐるから(一七七、一七八)、此の形式を具備することなしには追及權を生じないこと、優先權の場合と同様である。併し又之とは反對に、債權でも登記することによつて追及權を生ずる場合がある。不動產に關する賃借權及び買戻權の如きが之である(六〇五、五八一)。

(二) 物權の他の效力との關係。

以上、債權の其れと比較して見れば殊にはつきり判る様に、物權が追及的效力を有することは確かに其特徴であつて、之を物權の一般的效力として認めなければならぬといふことは否み得ない。

(一) 物權の他の效力との關係

い。故に從來多數の學者も亦物權の本質的效力として、必ず此の追及的效力を擧げて居るのである(中島氏六、一四頁、石田氏二七頁、遊佐氏一頁、田島氏一三四、一九頁、三瀨氏一三頁)。併し此の所謂追及的效力が先に述べた所の優先的效力及び殊に、此の次に述べようとする所の物權的請求權との關係に於て、果して獨立に取扱はなければならぬだけの意義を有するものであるかどうかと言ふことについては、近時之を否定する學者も相當に多い。

追及效を以て特に物權の本質的效力として擧げて居る學者の見解に依れば、「物權は其内容自體の實現を以て何人に對しても對抗することの出來る權利であるから、即ち此の意味に於て絕對權であるから(但し遊佐博士は一般の不可侵義務をも含めて此の語を用ひて居られる(同氏八頁)、物權には當然追及效が伴ふものである。」となし、其上併せて物權的請求權をも物權の一般的效力として説明して居るのが例であるが、實質に於ては追及權の中に物權的請求權を含めて、「特定人の物權侵害を俟つてはじめて生ずる物權的請求權は追及權の一適用であつて、寧ろ物權の二次的效力に過ぎない。」とする學者もある(遊佐氏一三頁、田島氏一三四、一九頁、三瀨氏一六頁も亦物權的請求權を以て獨立の權利と見ることに反對して居られる)。

以上の見解に對して他の學者は、追及權を以て「結局は物權的請求權を指稱するものである。」とし(鳩山氏一二〇頁、末弘氏五一頁)、或は「物權的請求權中に包含されるものである。」とする(末川氏三四頁、小池氏一八頁、我妻氏一六頁は優先權と物權的請求權と二つの效力中に包含されるものであ

るとして居られる。従つて斯る見解を採る學者は、物權の效力として、優先權と物上請求權のみを擧げ、別に追及權の説明を掲げることを行なう。

第三 物權的請求權

物權的請求權とは何ぞ(大二三、五二)

(一) 意義

物權の本質的内容である支配が何等かの事情によつて侵害された場合には、物權者は完全な支配を回復する爲めに必要な行爲を侵害者に對して請求することが出来る。此の請求權を物權的請求權又は物上請求權と言ふ。例へば所有物の占有を奪はれた者は其占有者に對して返還を請求し、又占有の妨害者に對して妨害の除去を請求するなど、此の物上請求權行使の結果である。而して物上請求權と追及權との關係を如何に觀るかといふ事は、前述の様に見解が岐れて居るが、物上請求權の意義並に適用を此の様に解することについては殆んど異説を見ない。唯中島博士(二六頁)は、物權的請求權を以て單に物權より生ずる請求權なりとし、各種の物權に共通的な此の種の請求權を二種に分け、「一は物權の存在と共に當然存在するもので一般人の不可侵義務に對する不作爲の請求權であり、他は物權の侵害によつてはじめて生ずるものである。」として、茲に述べる所の物上請求權を擧げて居られる。

(二) 根據

(一) 根據

我が民法上、物權一般について物上請求權を認めることが出来るかどうかと言ふことについて

は、學說・判例共に齊しく肯定的態度を採つて居る今日としては、之を認める根據を詮索することは最早其實益の大半を失つてしまつたものと言はなければならぬが、併し不法行爲に於ける新らしい理論とも關係を有するので、次に一應の説明だけする。

(1) 權利の絶對性

(1) 權利の絶對性

本來凡ゆる權利は、そのあるべき状態に於て法律の保護を受けることによつてはじめて完全に其作用を全うすることが出来るのであるから、何等かの事情によつて其權利が侵害された場合には、其侵害を除去して、權利本來のあるべき完全な状態へ回復せしめるといふことは、法律の一般的の要請であり、少くとも一つの目的であると言はなければならぬ。若し之を否認するならば、權利者は拱手して侵害の繼續を傍觀して居らなければならず、而して損害の生ずるのを待つてはじめて損害賠償の請求權のみを行使することが出来ると言ふ以外に、救済の途がないこととなるが、此の様なことの不合理であることは言ふ迄もない。其故に法律は斯る場合について損害賠償の請求權とは別個に、何等か他の救済手段を與へなければならぬといふことになる。

尤も單に此の意味だけに於てならば、獨り物權のみが其權利侵害の場合に於て之が排除の手段を必要とするものとは言ふことが出来ない。けれども支配權の侵害は、請求權の侵害に比して極めて現實的な形をとつて現はれ、其影響も著しく直接的であり、又大であるのを常とする。従つて物權に於ては早くから之に對應する手段が考へられて居た(所有物返還請求權や所有物の妨

害排除請求權は既にローマ法時代に於て損害賠償請求權とは別個に存在したのに反し、債權については、最近になつて漸く其侵害について不法行為の成立とか、或は妨害排除の請求權とかを認めようとして居るに過ぎない。

(2) 物權の絶対性

(2) 物權の絶対性 物權は直接に物を支配することを以て其内容とし、之が實現を何人に對しても對抗することの出来る權利であるから、權利内容の完全な作用を侵害する事由の生じた場合には、敢へて他人の行為を待つ迄もなく、自己の實力を以て之を排除し、圓滿なる支配状態の維持回復を圖るの手段を存しなければならない。所が此の様なことは却つて社會の秩序を紊すものであるとして、現在の法律制度は自力救済を許さないのを原則とする。此の様な場合に於て物權の實效を完全に發揮させる爲めには、どうしても侵害者に對して侵害の除去に協力することを請求する所の權利を物權者に認めなければならないと言ふことになる。

(3) 民法の規定

(3) 民法の規定。

(イ) 民法が、單に一時の經過的な支配状態を保護するに過ぎない占有權についてさへ、三種の訴權を認めて居ることは(一九八一二〇〇)、より一層強力な支配力を内容とする他の一般の物權については、殊更に同様の保護を認めるものであると解すべき根據となる。

(ロ) 民法は第二〇二條に於て、占有の訴に對し更に本權の訴なるものを認めてゐることは、本權の侵害に基く物權的請求權が占有訴權と同一の内容を有し得ることを認めたものである

と考へなければならぬ。

(ハ) 民法第一九一條及び第一九六條に於て回復者と言ふのは、本權に基いて占有を回復するものと言ふのであるから、之も亦間接の根據となすことが出来る。

(三) 性質

(三) 性質。

物上請求權の性質については説が岐れて居る。その主要な點は、物權本來の内容との關係に於て之を別個獨立の權利と見るかどうかといふことに關して居る。即ち、

- (1) 「物上請求權は物權の作用又は效力であつて、獨立の權利ではない。」とする説(三瀨氏一六頁、遊佐氏一三頁、大六・三・二三大判)と、
- (2) 「物上請求權は物權本來の内容とは異なる別個獨立の權利である。」とする説(末弘氏五四頁、末川氏三九頁、我妻氏二〇頁、小池氏二二頁)とであり、更に之と交錯して、此の權利を、

- (1) 「債權なり。」とする説(末弘氏五四頁、石田氏二八頁、小池氏二二頁)と、
- (2) 「債權に類似する權利、又は債權に準じて取扱はるべき權利である。」とする説(我妻氏二〇頁、末川氏四〇頁)とがある。

併し以上何れの説を採るにしても、之によつて物上請求權の取扱上特に異なるものを認めてゐるわけではない。例へば三瀨博士(一六頁)は、物上請求權を獨立の權利なりとすることは反對し

て居られるけれども、併し「之を法律上獨立の權利と同様に取扱ふことに反對するものではない。」として居られる。故に通説に従つて物上請求權の特異なる性質として擧げられてゐる點を示せば大體次の如くである。

(1) 物上請求權は物權の存在のみによつて當然生ずるものではなく、物權の侵害あることを法律要件とし、而も其れは特定人に對して一定の行爲を請求することを内容として居るものであるから、物權の内容である直接支配とは異なる。即ち此の點に於て物權本來の内容とは別個の權利である。

(2) 併し物權本來の内容を完全に發揮せしめる爲めに認められて居る權利であるから、物權を離れて獨自の存在理由を有するものではなく、物權と運命を共にする(物上請求權の從屬性)。即ち、

(イ) 物權を有する者でなければ物上請求權を有しないと同時に、其者が物權を他人に譲渡すれば、之と共に物上請求權を失ふ、此の點に於て其自身獨立の存在理由を有する債權と同一に取扱ふことは出来ない。従つて又、

(ロ) 基本物權が存在して居るのに、物上請求權のみが獨立に消滅時効に罹ることはない。蓋し物上請求權を失へる物權は事實上有名無實なものとなつてしまふからである。又物上請求權の性質上、侵害が續く限り不斷に此の請求權は發生し進行して居るのだから、遂に時効の完成す

る餘地がないとも考へることが出来る。

(3) 物上請求權は、通常の債權よりも強力な權利である。蓋し物上請求權は、物權本來の内容としてあるべき完全な支配状態の回復乃至維持を目的とするものであるから、何處迄も現在ある違法の状態に追及するのであつて、此の點でも、特定の行爲を特定の債務者に對してのみ求めるに過ぎない債權と異なる(先に物權の追及効として述べた所である。従つて物上請求權の外に尙ほ追及權を論ずる必要ありや否やが問題となるのである—二一頁参照)。尙ほ破産法第八七條以下及び第九二條以下参照。

(四) 發生要件

(四) 發生要件。

物上請求權は物權本來の内容と現状とが合致しない場合、即ち何等かの妨害によつて物權行使の圓滿が害せられた場合に發生する。但し單に害せられる處がある場合にも之が豫防の請求權を認めようとするのが現在の通説である。

(1) 客觀的違法状態が存することを以て足る。物上請求權は、物權の圓滿なる行使が妨害せられたこと、又は妨害せられる處があること自體によつて生じ、その妨害事實は必ずしも故意過失ある人の行爲に基くものなることを要せず、人の行爲とは關係なく、不可抗力に基くものである場合にも生ずる。例へば地之りの爲めに土砂が崩壊した様な場合、又其危険が生じた様な場合でも此の請求權は生ずる。故に、

(1)客觀的違法
状態の存在

(イ) 若しも其妨害事實が人の故意過失ある行爲によつて生じたものである場合には、物上請求權と相並んで不法行爲による損害賠償請求權をも發生せしめ、一方の消滅は當然に他方の消滅を來さない。

(ロ) 又妨害者の行爲が不當利得に該當するものであるならば、物上請求權と相並んで不當利得返還請求權を生ずる。併し此の場合には何れも物の返還を目的とするのであるから、一方の履行は當然他の消滅を來すことになる。但し、不當利得者の悪意の場合に於て別に損害賠償請求權の生ずることあるは別問題である。

(2) 客觀的違法状態は物權者の義務又は相手方の權利に基いて生じたものでないことを要する。

(イ) 物權者に於て其妨害事實を容忍しなければならない義務を負担してゐないことを要する。法律は社會共同生活の利益の爲めに權利者をして或程度の妨害を容忍せしめることが可成りある。民法に於ては相隣關係の規定などである。

(ロ) 妨害事實を生ぜしめた者が物權者の權利を妨害すべき正當の權利を有してゐないことを要する。例へば地上權・永小作權・賃借權等に基いて他人の土地を占有してゐる様な場合である。同時履行の抗辯權を有する場合も同様である。

所で之等の場合には、斯る事情の存する限り物上請求權は成立せずと解すべきか、或は物上請

(2)客觀的違法状態は物權者の義務又は相手方の權利に基いて生じたものでないこと

求權は成立するが妨害者に於て物權者に對し妨害の適法なることを理由として請求を拒絶する抗辯權を有するものと解すべきかについては見解が分れる。末川博士(四七頁)は前者を採られるが、多數説は後者を採る(中島氏一七頁、田島氏二二頁、末弘氏五九頁)。

第五(當事者)

(主體)

(五) 當事者。

(1) 主體。

(イ) 物上請求權者は常に現在の物權者である。故に他人の侵害行爲によつて物權自體の消滅を來して了つた場合には既に物權者ではないのであるから、損害賠償請求權の主體ではあつても物上請求權の主體ではない。

(ロ) 物權者の權利は第三者に對抗し得るものでなければならぬ。其物權を以て第三者に對抗し得ない以上、其權利の保護を目的とする物上請求權も行使し得ないのは當然である。

(ハ) 尙ほ權利者に於て侵害を容忍すべき義務のないことを要すること前述の如くである(二八頁)。

第六(相手方)

(2) 相手方。

(イ) 物上請求權は現在の違法状態を除去することを以て目的とするものであるから、其相手方は常に「現在其違法状態を生ぜしめてゐる者」である。故に例へば他人の所有物を不法に占有して所有權を侵害した者は最初甲であつても、甲が其占有を乙に移轉して了つた場合には、

物上請求權の相手方は現在其違法状態を支配してゐる乙であつて、甲に對しては不法行爲上の損害賠償請求權は成立しても、物上請求權は成立する餘地がない。

(ロ) 妨害事實が相手方たるべき者の意思に基くものであることを要しないのは前述した如くである(二七頁)。故に唯其支配内に屬する事情に基けば十分である。

(ハ) 尙ほ相手方たるべき者が物權者の權利を妨害すべき正當の權利を有してゐないことを要することも前述の如くである(二八頁)。

(六) 種類。

物上請求權發生の基本要件たる妨害事實は、物權の種類により又客體の種類によつて必ずしも同様の形態をとつて現はれるものとは限らない。而して此の妨害事實の態様の異なるに従つて物上請求權の種類を生ずるのであるが、所有權は最も完全な支配力を内容とする權利であるから、之に對しては凡ゆる方法による侵害が可能である。所有權に基く物上請求權が最も典型的なものとされてゐる所以である。

次に各種の物上請求權を掲げるが、其發生要件及び當事者については先に一般的に述べた所を参照せられたい。茲では唯重複しない程度に於て述べる。

(1) 返還請求權

(イ) 返還請求權。

(イ) 要件 物權者の權利が物の占有を必然の内容とする場合に於て其占有を侵奪され

たことによつて成立する。所有物返還請求權・占有回收の訴(二〇〇)など其例である。

(ロ) 當事者 主體は現に物權者であつて物の占有を奪はれた者であり、相手方は現に目的物を占有する者である。

(ハ) 内容 此の請求權の内容は、物權の客體たる物の引渡——占有の移轉——である。而して此の場合返還を爲すについて物上請求權者と占有者との間に生ずべき法律關係は、原則として占有に關する規定によつて決せられる(一八九—一九一)。

(2) 妨害排除請求權

(イ) 妨害排除請求權。

(イ) 要件 占有侵奪以外の方法によつて物權者の權利が妨害されてゐる場合に成立する。所有權に基く妨害排除の請求權・占有保持の訴(一九八)が其例である。

(ロ) 當事者 主體は現に物權者であつて其權利を妨害されてゐる者であり、相手方たるべき者は現に其妨害を生ぜしめてゐる者、又は其様な状態を支配し得る地位に在る者である。

(ハ) 内容 此の請求權の内容は、妨害を排除して物權本來の原状を回復せしめるに在る。唯動産にあつては占有が侵奪されるのが普通であるから、此の請求權は事實上主として不動産殊に土地について生ずることが多し。

(3) 妨害豫防請求權

(イ) 妨害豫防請求權。

(イ) 要件 物權侵害の虞あることによつて生ずる。所有權に基く妨害豫防請求權・占

有保全の訴(一九九)が其例である。前述二種の物上請求権は物權侵害の状態が現實に存在してゐる場合に成立するのであつて、其根據も要件も極めて明瞭であるから、既に早くから認められてゐるのであるが、具體的に侵害の事實が生ずる以前に於ても其危険が十分である時は之が豫防の請求権を物權者に認めることが出来るかどうかと言ふことは最近の問題である。

けれども「妨害事實發生の見込が殆んど確實であるにも拘はらず拱手傍觀して、具體的に之が發生を待たなければ何等の救済をも講じ得ないとする」ことは、餘りに迂遠なことであるから、斯る場合には妨害豫防の請求権を認める。」と言ふのが今日に於ける學說・判例の一般の傾向である。而して民法が占有權につき占有を妨害される虞のある時は占有保全の訴によつて妨害の豫防を請求し得ることを認め(一九九)、又相隣關係では隣地の所有權を妨害せぬ様に豫防工作をとらせてゐることなど(二三八)、右の見解を是認するものであると言はなければならぬ。

尤も妨害事實發生の見込が充分でないのにも拘はらず漫りに豫防請求権を行使させると言ふことは許さるべきことではないから、「如何なる程度の危険がある場合に斯る請求権を認めるか」と言ふことが又問題となるのであるが、結局は社會通念によつて決定せらるべき事實問題である。従つて侵害の危険ありとするのは、物權者個人の主觀的判斷にのみよつて決定されるものでないことは勿論である。

(ロ) 當事者 主體は侵害される虞ある物を現に有する者であり、相手方は其行爲によ

つて妨害の虞ある状態を生ぜしめてゐる者、又は斯る状態を支配し得る地位に在る者である。

(ハ) 内容 此の請求権の内容は、侵害を生ずる虞の原因となつてゐる行爲又は状態を排除して侵害を未然に防ぐことである。即ち(a)侵害を生ずる虞ある工事の中止を求めると言ふ様に不作爲を請求することもあれば、(b)崩壊の虞ある建物に支柱を施させると言ふ様に豫防の爲め適當な處置を講ずべき作爲を請求することもあり、(c)又不可抗力たる風雪によつて土砂の崩壊しさうな状態を生じた場合の如く物權者自身が修理するのを相手方に忍容を求めると言ふ様なこともある。

第四節 物權の種類及び分類

第一 物權法定主義

物權の創設に關しては放任主義と法定主義——限定主義とも言ふ——の二者があるが、我が民法は第一七五條に於て「物權ハ本法其他ノ法律ニ定ムルモノノ外之ヲ創設スルコトヲ得ス」と規定し、法定主義に據ることを明言してゐる。現在外國の立法例も亦多く此の主義を採用する。

(一) 法定主義を採用せる理由。

(1) 物權の排他性と公示方法の困難 即ち物權は既に再三繰返して居る様に、排他性を有し、物權者の物に對する支配は獨占的であるから、若し之を當事者の欲する儘に様々な種類の物

(一) 法定主義
採用の理由

權を作ることが出来るものとすれば、第三者の利益は甚だしく害せられることとなる。尤も公示方法の具備によつて斯る不都合は或程度迄救済することは出来るけれども、當事者が任意に創設する如何なる種類の物權についても、之が權利の存在並に内容を第三者はよつて容易に知られ得る様な公示方法を一々設けると云ふことは、事實上不可能なことである。されば一般法律秩序の安定を期する爲めには、物權の種類並に内容を劃一的に規定しておくことが必要なのである。特定の人に對し給付行爲を請求することを内容とするに過ぎない債權に於て、公序良俗に反しない限り契約自由の原則が認められてゐると異なるところである。

(2) 土地に關する權利の單純化の爲め 不動産、特に土地に關する權利關係は、一國の經濟組織及び社會制度の上に直接重大な影響を有するものであつて、多分に公法的な部面をも有するものであるから、成る可く之を劃一單純化しておくことが必要なのであつて、當事者の自由意思の儘に放任しておくことは避けなければならない。

(一) 法定主義の缺陷

(一) 法定主義の缺陷。

此の主義には次の様な缺點が認められる。

(1) 經濟取引關係の進展に應じて、社會は新らしい種類の物權を必要とするに至るのであるが、物權法定主義は此の需要に應じ切ることが出来ない。——各種特別法による物權、又借家關係や、賣渡抵當並に信託等の問題。

(2) 土地の權利關係は古來の沿革上極めて複雑なものが存してゐるのだから、之を民法が認める物權の種類のみ限定して了ふことは無理である——入會、小作、借地等の諸問題。

以上の缺陷を補ふ爲めに各種の特別法が制定され、又制定されようとしてゐるが、併しそれであるからと言ふて直ちに此の主義を排斥して放任主義を採用すべしと言ふことには至らない。

民法第一七五條の解釋

第二 民法第一七五條の解釋

民法第一七五條は「物權ハ本法其他ノ法律ニ定ムルモノノ外之ヲ創設スルコトヲ得ス」と規定して居る。之を分説すれば次の如くである。

(一) 本法其他の法律

(一) 本法其他の法律。

(1) 茲に所謂法律は「憲法上の意味に於ける法律を指す。」と言ふのが通説である。蓋し民法が命令をも包含させる時は特に之を「法令」と稱するのが例だからである。併し緊急勅令や委任命令は憲法上の意味に於ける法律ではないが、其性質上當然茲に包含されることとなる(憲三七、八、九)。故に當事者の意思を以ては勿論、普通の命令を以て法律が規定する以外の物權を創設することは出来ない。

(2) 慣習法を含むか。此の點については可成り議論もあるが、現在では之を肯定する説が多数である。

(イ) 慣習法を含まぬとする説(中島氏二四頁、三瀧氏一九頁、遊佐氏一六頁) 其理由とす

る所は、(a)本條が法律に定むるものの外之を創設することを得ずと宣言したのは、物權を創設する力あるものは憲法上の法律に限るの義であるから、法例第二條の要件を具備して實質的には法律と同一の效力を有する慣習でも之を含まないと解しなければならぬ。(b)民法施行法第三五條及び第三六條は慣習によつて認められた物權の效力を完全に否定してゐる、と。

(ロ) 慣習法を含むとする説(末弘氏四二頁、石田氏二二頁、我妻氏二四頁、末川氏三一頁、田島氏二八頁、小池氏二八頁)

其理由とする所は、(a)法例第二條の要件を具備してゐる慣習法の效力を物權創設の場合に限つて否定しなければならぬとする理由は薄弱である。(b)民法施行法第三五條及び第三六條は唯古來の慣習に基いて成立した幾多の混亂した物權關係を一應整理統一することを目的としたものに過ぎない。(c)實際社會の必要に基いて自然に生じて來る所の慣習法を法例第二條の範圍内に於てすら尙ほ之を否定しようとすることは却つて有害でもあり不可能でもある。そして慣習法によつて新たな公示方法をも生成せしめる時は公示の原則の破壊せられる虞もないのだから、之によつて物權法定主義の缺陷も緩和される、と。

判例は、他人の土地を開墾せる者が、上土權——地表のみについて存する所有權であつて、地主の貢納徴收權に對立するもの——を有すると言ふ慣習上の物權の效力は否認してゐるけれども(大六・二・一〇大判)、耕作等の爲めの流水利用權に關しては慣習上の物權的效力を認めてゐる(大六・二・六、同一四・二・二大判)。法例第二條の範圍内に於て慣習法を認めようとする多數説(但し石

田博士一二二頁——は法例第二條の規定自身が既に其れに牴觸する慣習法の發生によつて廢止されるとされる)の立場から之を判斷すれば、前者は民法第二〇七條と異なる内容の所有權に關するものであるから——即ち法例第二條に所謂「法令ニ規定ナキ事項」に關するものではないから——斯る所有權については慣習法上の效力を認めることは出來ないのであるけれども、用水權の如く別段法令に規定のない事項に關するものについては慣習法上の效力を認めて可いと言ふことになり、結果から見て妥當である。

(二)創設することを得ず

(一) 創設することを得ず。

(1) 此の意味は、法律が認めてゐる各種の物權と異なる種類の物權を作ることが出來ないと言ふこと、及び法律が認めてゐる各種の物權に法律が定めてゐると異つた内容を有せしめることが出來ないと言ふことの二者を包含する。即ち物權の種類を限定すると共に其内容をも一定して變更を許さないのである。蓋し物權の内容を變更することは事實上新種類の物權を創設することになるからである。尤も民法は或種の物權について其内容の決定を或程度迄當事者の意思に委ねてゐることがあるから、斯る場合には設定行爲によつて其物權の内容を定め得る(二八〇、三五九)。

(2) 本條違反行爲の效力 (a)法律が特に規定を設けてゐる場合には之に従ふこと勿論である(二七八、三六〇等)。(b)其他の場合には強行法規に違反するものとして無効である(九一)。(c)但し公序良俗に反することを目的とするものでない限り、當事者間に於て債權的效力のみ生ずるこ

現行法の認める物權の種類

とはあり得る。

第三 現行法の認める物權の種類

基本的なものは民法に定めてゐる種類のものであるが、特別法に定められて居るものも甚だ多く、而も經濟社會の發展と法律技術の進歩とに伴つて年々著しく増加の傾向に在る。のみならず民法に定める物權、殊に擔保物權が、主として社會政策的な立場から特殊な領域に迄擴張せられてゐることは注目すべきである(貯蓄銀行法一〇、借地法一三等)。

現行法上主要な物權の種類を示せば次の如くである。

(一) 民法の認める物權の種類。

占有權・所有權・地上權・永小作權・地役權・入會權・留置權・先取特權・質權・抵當權。

(二) 商法の認める物權の種類。

商事の留置權(五一、五二一、五五七)・商事の質權(五一五)・船舶債權者の先取特權(八四二)・船舶抵當權(八四八)。

(三) 特別法の認める物權の種類。

鑛業權(鑛業法一五)・砂鑛權(砂鑛法二三)・漁業權(漁業法七)・入漁權(同上二三)・鐵道財團抵當權(鐵道抵當法二)・工場財團抵當權(工場抵當法一四)・鑛業財團抵當權(鑛業抵當法三)・軌道財團抵當權(軌道ノ抵當ニ關スル法律一)・漁業財團抵當權(漁業財團抵當法一)等が主要なものである。但し中島博士

(二六頁)は「以上の中、鑛業權・漁業權・入漁權の三種は物上支配權ではなく只法律によつて物權と見做されるにより物權的效力を附せられてゐるに過ぎないのであるから其性質は物權でない。」とせられる。

(四) 慣習法により認められてゐるものとして用水權(又は水利權)。

物權の分類

第四 物權の分類

民法上の物權についての分類である。其れは色々の標準によつて分類することが出来るが、普通最も多く用ひられてゐる標準に従へば次の如くである。

(一) 本權と占有權

(一) 本權と占有權。

本權とは物を占有することを得る基礎たる物權である。占有權は物を現に支配してゐると云ふ一時の經過的な事實關係自體を保護することを目的とする權利である。故に其物を占有し得べき基本たる權利の有無に拘はらない。民法第二〇二條の存する所以である。けれども終局に於て其占有を正當ならしめる基礎たる權利——即ち本權——がないならば占有權者は遂に本權を有する者に對抗することは出来ない。此の意味に於て此の區別を終局的物權と一時的物權とする學者もある(石田氏一三頁)。

(二) 所有權と制限物權

(二) 所有權と制限物權。

此の區別は右の(一)に於て述べた本權についての分類である。而して所有權は最も完全且つ包

括的に物を支配し得る権利であるから、此の権利の主體は其物の具有する一切の利益を享受することが出来る。即ち、(a)自ら其の物を物質的に利用し又は處分することも出来れば、(b)他人に譲渡し又は利用せしめて其對價を收得することも出来、(c)或は其物を擔保として信用を獲得することも出来る。民法第二〇六條は所有權者の權利として使用・收益・處分の三を擧げて居るが、一切の方向に於ける支配を之に包含せしめて居るのである。之に對し制限物權は特定の限られた方向に於てのみ物を支配し得る權利である。例へば地上權は工作物又は竹木を所有する爲めに他人の土地を使用する權利であり、永小作權は耕作又は牧畜の爲めに他人の土地を使用する權利である。此の制限された以外の方向に於て其物の利益を享受することは出来ない。而して制限物權は原則として他人の所有物について存在するのだから(例外、一七九)、此の意味に於て他物權とも呼ばれ(但し民法第一七九條の故に此の名稱は妥當ならずとして排斥する學者もある。末弘氏四六頁、末川氏三二頁)、又此の間他人の所有權は制限を受けてゐるのだから、制限物權といふ名稱は此の意味に於ても用ひることが出来る(石田氏一四頁、遊佐氏一八頁)。制限物權が消滅すれば所有權は當然に本來の完全包括的な支配力を回復する。之を所有權の弾力性と言ふ。尙ほ三瀆博士(二二頁)は所有權と制限物權との分類に於て制限物權を更に占有權と他物權とに分類して居るが、占有權は占有といふ事實關係に基く特種の物權であるから、之を他の制限物權と同一の分類にすることは妥當でないとする見解もある(中島氏一九頁、末弘氏四六頁、小池氏三三頁)。

(三) 用益物權と擔保物權

(三) 用益物權と擔保物權

此の區分は右の(二)に於て述べた制限物權についての分類である。石田博士(一五頁)は、使用權と價值權と言ふ名稱を附して居られる。目的物につき利益を享受する態様の異なるによつて生じた分類である。

前者即ち用益物權は、他人の物を一定の限られた範圍に於て使用收益することを目的とする權利で、現行法上は不動産についてのみ成立する。即ち、

- (1) 地上權は工作物又は竹木を所有する爲めに他人の土地を使用する權利である(二六五)。
- (2) 永小作權は耕作又は牧畜を爲す爲めに他人の土地を使用する權利である(二七〇)。
- (3) 地役權は設定行爲を以て定められた目的に従ひ他人の土地を自己の土地の便益に供する權利である(二八〇)。

(4) 入會權は部落住民が山林原野に於て共同収益を爲し得る權利である(二六三、二九四)。後者即ち擔保物權は、目的物をして債權擔保の用に供することを目的とする權利であつて、之は更に當事者の意思とは關係なく法定の要件を具備することによつて當然に成立する法定擔保物權と、當事者の意思に基いて設定される約定擔保物權とに分類することが出来る。次に述べる四種の擔保物權の中、(1)(2)は前者に屬し、(3)(4)は後者に屬する。即ち、

- (1) 留置權は他人の物の占有者が其物に關して生じた債權を有する場合に其債權の辨濟を受

ける迄其物を留置することの出来る権利である(二九五)。

(2) 先取特権は法律の定める一定の要件の具備した場合に於て其債務者の財産につき優先辨濟を受け得る権利である(三〇三)。

(3) 質権は債務者又は第三者より債権の擔保として受取つた物につき優先辨濟を受け得る権利である(三四二)。

(4) 抵當權は債務者又は第三者が占有を移さず債権の擔保に供した不動産(地上權と永小作權も抵當權の目的となり得る)につき優先辨濟を受け得る権利である(三六九)。

(四) 動產物權と不動產物權

之は權利の客體が動產であるか不動産であるかによる分類であつて、我が民法は特に之を區別して規定しては居ないけれども、以下述べる様な色々の點に於て頗る顯著な對立を示す重要な分類である。

(1) 取得の方法を異にする。即ち不動産については先占・拾得等による所有權の取得はない(二三九、二四〇)。

(2) 對抗要件を異にする。即ち動產に於ては物の引渡、不動産に於ては登記である(一七七、一七八)。

(3) 其れについて成立する物權の種類が異なる。即ち不動産については凡ゆる種類の物權が成

立するけれども、動產については所有權及び占有權の外は擔保物權中の留置權と、先取特權と、質權とが成立するだけである。

(4) 公示方法の異なるに基き權利關係の推定、公信力等に於ても種々異なる點を生ずることは次の節に於て述べるところである。

尙ほ權利質(三六二I)とか抵當權(三六九II)の様に權利を客體とする物權もあること、及び最近に於ける物權の證券化の傾向は漸次動產・不動産の差別を抹消しつつあることに注意を要する。

(五) 主たる物權と從たる物權

(五) 主たる物權と從たる物權。
地役權は要役地の所有權に從たる物權であり(二八一)、擔保物權は何れも債權の存在を前提とする物權であるから、之等を所有權や地上權、永小作權の如く獨立して存在し得る物權に對して從たる物權と呼んでゐる學者もある(遊佐氏二〇頁、中島氏二〇頁、三濤氏二〇頁、小池氏三一頁)。

第五節 物權の變動

第一款 總 說

第一 物權變動の意義

物權變動の意義

(一) 意義。

物權の變動と言ふのは、物權自體について言へば其發生・變更・消滅の總稱である。物權の主體

について言へば取得・變更・喪失の總稱である。民法は之を言ひ現はす爲めに設定・移轉・得喪・變更・讓渡などの文字を用ひて居る(一七六一―一七八)。

(二) 取得

原始取得と承継取得との區別を説明し且強制的に因る所有權の取得は其の何れに屬するを説明すべし(大九外)

(一) 取得

物權が或主體の爲めに歸屬することであつて、原始的に取得する場合と承継的に取得する場合とある。

(1) 原始取得

既に存在する他人の權利に基くことなしになされる取得である。取得された權利は全然新たなものと考へられるのであるから、其目的物が嘗ては他人の權利の目的であつたとしても其他人の權利は消滅し、取得者は此の負擔を受繼ぐことはない。先占によつて無主物の所有權を取得するなどが其例である(尙ほ二四九頁参照)。

(2) 承継取得(繼受的取得)

既に存する他人の權利に基いて傳來的になされる取得である。取得された物權は既存の權利を前提とするものであつて、全然新たな權利ではないから、既存の權利について存した負擔や瑕疵は原則として其儘受繼がれる。而して之には又移轉的に承継される場合と、設定的に承継される場合とがある。

(イ) 移轉的承継取得

前の主體の權利が其同一性を保ちながら別の主體によつて取得されることであつて、物權自體について言へば主體の變更であり、之を客觀化して言へば物權の移轉である。相續や讓渡による取得が之である。

(ロ) 設定的承継取得

設定とは既に或權利の客體たる物につき、内容の制限された別個の物權——即ち制限物權——を發生せしめることである。斯くして取得することを設定的承継取得と言ふ。移轉的承継取得の場合と異り、從來の主體の權利は消滅を來すことはないが、一定の範圍に於て制限を受けることになる。各種の制限物權を新たに設定せしめて取得する場合が悉く之に該る。

(三) 喪失

(一) 喪失

物權が或主體から離脱することであつて、絶對的に喪失する場合と、相對的に喪失する場合とある。

(1) 絶對的喪失

物權自體が其存在を失ふによつて、主體が物權を失ふに至る場合である。故に從來の主體のみに限らず最早何人の爲めにも物權は存在しなくなる場合である。即ち物權自體について言へば「消滅」である。目的物の滅失に基くこともあり、又權利者の拋棄に基くこともある。

(2) 相對的喪失

物權自體は存在を喪ふわけではないが、唯主體が變更する爲めに之を從來の主體から見ても指稱するのである。即ち物權の移轉による効果の一面を見て言ふものであつて前に述べた移轉的承継取得の反對効果である。

尙ほ物權の消滅については説明すべきものが多いから、後で款を改めて述べる。

(四)變更

物權の本質が害せられない範圍に於て變化を生ずることである。例へば存續期間の伸縮・客體の範圍の増減などである。主體の變更は前に述べた取得及び喪失と重複を避けると言ふ意味に於ても茲から除外するが妥當である(但し反對の學者もある—小池氏三四頁)。

第二 物權變動の原因

物權變動の原因
(一)法律行爲

(一) 法律行爲。

凡て法律上の効果は之を惹起すべき法律要件の充足によるものであるが、物權變動も物權的法律效果の發生であるから之を生ずべき法律要件の具備することを要する。故に民法總則に於て説明される所の法律要件論は茲にも當てはまるのであつて、物權變動を生ぜしめる法律要件としても法律行爲が最も主要なものであることは言ふ迄もない。そして物權變動を目的として爲される法律行爲は、之を物權的法律行爲又は單に物權行爲と言ふのであるが、之に付ては極めて問題が多いから次款で改めて述べる。

(二)法律行爲以外の事實

(二) 法律行爲以外の事實。

物權行爲以外に物權變動を生ぜしめる法律要件としては、單なる事實行爲であるものもあれば、又自然界の現象たる事實に過ぎないものもある。主なるものを示せば、(1)物の自然的滅失變更、(2)果實の分離、(3)時効(一六二—一六六)、(4)相続(九八六、一〇〇一)、(5)混同(一七九)、(6)先占(二三九)、(7)遺失物拾得(二四〇)、(8)埋藏物發見(二四一)、(9)添附(二四二)、(10)公用徵收、(11)沒收等である。

第二款 物權行爲

第一 物權行爲の觀念

物權行爲の觀念

(一)意義

民法第百七十六條を説明すべし(大一小一五、五二號)物權の讓渡と債權の讓渡との異同を辯明すべし(大三)

(一) 物權行爲の意義。

物權行爲又は物權的法律行爲とは、物權の變動を生ぜしめようとする意思表示——物權的意思表示——を必要的に包含して成立する法律行爲である。物權の變動を生ぜしめる原因は色々あるが、其中でも最も主要なものは物權行爲であること前述の如くである。而して民法第一七六條は「物權ノ設定及ヒ移轉」と言ふてゐるけれども、物權の喪失や變更を除外すべき理由はないから、同條に所謂「設定及ヒ移轉」は、廣く物權の得喪變更を意味するものと解すべきである。之を通説とする。

(二)種類

(二) 物權行爲の種類。

物權行爲は寄附行爲・遺贈・拋棄等の如く單獨行爲として爲されることもあるが(物權行爲に單獨行爲を認めることは現在の通説である)、多くは契約の形を採る。従つて物權行爲に關する論議は物權契約を中心として爲されるのが例であるけれども、單獨行爲による物權行爲についても其

理論は同じである。

第二 物權行為に關する立法主義

之に付ては意思主義と形式主義との根本的に相對立する二主義があり、其具體的な適用の上にも著しい差違を生ずるので、我が民法の解釋上右の何れに據るべきかについて争がある。

(一) 意思主義

物權の變動は當事者の意思表示のみによつて生じ其以外何等の形式を要しないとす主義である。佛民法の採用する所であるから佛主義とも言はれる。専ら當事者間の便宜に従ふものであつて、個人意思の自由を主張する自然法學的な思想が其根柢を爲してゐる。

此の主義の適用より生ずる主な結果を示せば次の如くである。

(1) 第三者は當事者間の物權變動を知り得ない爲めに不測の損害を被むることが多い。そこで不動産物權の變動については登記を以て對抗要件とし、動産物權の變動に於ては前主の占有を信賴して取引した善意の第三者を保護することになつてゐる。之を占有の公信力と呼ぶ。

(2) 物權行為の獨自的存在を認める餘地が狭少である。蓋し物權の變動を目的とする意思表示も債權の發生を目的とする意思表示と同様何等の形式を要せずとする結果、當事者は單一の契約によつて債權關係を生ぜしめると共に物權關係をも生ぜしめることが出來、而も特別の事情が存しない限り結局に於て物權の變動を生ぜしめる如き債權契約——例へば賣買・贈與等——は

同時に物權の移轉を生ぜしめるものとされてゐるからである。

(3) 物權變動の効力は原則として其原因行為の効力によつて支配される。蓋し賣買又は贈與等の債權契約によつて所有權の移轉なる物權變動を生じた場合、斯る物權變動は之のみを目的とする別個の意思表示によつて生じたのではなく、賣買又は贈與と言ふ債權關係の發生を企圖する單一の意思表示によつて當然發生したものとされてゐる限り、特別の事情がなければ其原因行為たる賣買又は贈與行為が無効となり又は取消された時には所有權の移轉といふ物權變動も從つて同一の運命に陥らざるを得ないのが當然だからである。

(二) 形式主義

(一) 形式主義

物權の變動は當事者の意思表示と外部的な一定の形式とを具備することによつてはじめて生ずるとする主義であつて、一定の形式と言ふのは、不動産物權にあつては登記、動産物權にあつては引渡である。獨逸民法の採る所であるから獨法主義とも呼ぶ。専ら一般取引の安全を企圖したものであつて、物權の如く排他性を有する權利は其存在乃至變動を容易に第三者が知り得る様に一定の外部的形式を具備せしめねばならぬとの要求に基くものである。

此の主義の適用より生ずる主な結果を示せば次の如くである。

(1) 一般取引の安全を保護することが大である。但し之は不動産物權の取引に於てのみ言ひ得ることであつて、動産物權の取引に於ては必ずしも然うでない。蓋し動産の引渡は、現實の

物權行為に關する立法主義
不動産登記の效力に關する佛の主義と我國の主義とを比較し、(大元、文)

引渡のみならず簡易の引渡や占有改定等の如く何等外形的變化を伴はない方法によつても爲し得るとされてゐる爲めに、物權公示の機能を充分に果し得ないからである。それで茲でも佛民法と同様占有の公信力によつて善意の取得者を保護してゐる。

(2) 物權行爲の獨自的存在が明確である。蓋し此の主義に於ては、物權の變動を生ぜしめようとするには必ず直接之を企圖する所の意思表示即ち物權的意思表示——債權的意思表示ではない——と登記又は引渡といふ一定の外部的形式とを必要とするのであるから、單なる意思表示即ち債權的意思表示の外に何等の形式をも必要としない債權行爲とは、外部的には勿論、内部的にも自ら判然と區別されるのである。但し引渡は前述の如く必ずしも現實の方法によることを要しない爲めに、動産に關する物權行爲は不動産に關する其れに比して外部的には明瞭でない場合が可成り存する。

(3) 物權行爲は無因である。物權行爲が獨自の存在を有する以上、縱令其れが債務の履行として爲された場合に於ても、其効力は獨自に決定せらるべきものであつて、債權行爲の効力の如何は當然物權行爲の効力を支配することはない。之を物權行爲の無因性と呼ぶ。例へば賣買契約に基いて所有權の移轉行爲があつた場合、其賣買契約は何かの事情により無効となつても、所有權移轉行爲は其れ自體に瑕疵を存せぬ限り依然として有効に存続するから、賣主は買主に對して不當利得の理論により利得の返還を請求し得るのみである。

第三 我が民法の解釋

我が民法の解釋
(一) 意思主義
なり

(一) 意思主義である。

我が民法第一七六條は「物權ノ設定及ヒ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生ス」と規定してゐるから、意思主義を採用したものである(但し質權の設定は例外である——三四四)。従つて爾餘の點——例へば物權行爲の獨自性や無因性の問題——も其儘佛民法流に解釋して可い様に思はれるのであるが、之については大いに議論がある。原因は本條以外の民法の規定、例へば贈與や賣買に關する規定(五五〇、五五七、五六〇)、或は不當利得に關する規定(七〇三以下)等によれば、寧ろ獨民法の規定と類似する點が多々存する爲めに、之と關聯して本條の所謂「意思表示」の性質の解釋につき見解が分れることに存する。即ち、

(1) 「本條の意思表示は直接に物權の變動のみを目的とする意思表示即ち純粹の物權的意思表示を指すものである。」とする説(中島氏三三頁、遊佐氏二五、二七頁、三瀧氏三〇頁、石田氏四四頁、末川氏六七頁、田島氏五〇頁) 故に物權の變動は獨民法と同じく物權的意思表示によつて生じ、唯其れが無形式である點に於てのみ獨民法と異ると言ふことになる。

(2) 「本條の意思表示は唯結局に於て物權の變動を企圖する意思表示を指すものである。」とする説(末弘氏八五頁、我妻氏五七、六〇頁) 故に物權の變動のみを目的とする意思表示即ち物權的意思表示は無くとも當事者が結局に於て其れを企圖して或法律行爲を爲したならば、特に反對

の事情が認められない限り之に因つて當然物權の變動を生ずると言ふことになる。

我が民法の解釋上物權行爲の獨自性を認むべきや否、又原因行爲との關係は之を如何に取扱ふべきか等に關する論議は、要するに右の如き見解の相違に基くものである。

(二) 物權行爲の獨自性の問題。

(1) 問題の所在

次の如き場合には物權行爲が獨自の存在を有すること疑のない所であつて、此の點は別段問題とならない。即ち、(イ)消費貸借締結(五八七)や手附の爲め(五五七)金錢の所有權を移轉し、又は地上權や抵當權を設定する場合の如く、當事者が特に物權變動のみを目的とする意思表示を爲せる場合、(ロ)不法行爲や不當利得に基いて生じた債務を辨濟する爲め金錢其他の物の所有權を移轉する場合の如く、債權契約の存在を前提とせず物權の變動が行はれる場合、(ハ)既に締結せる債權契約に於て當事者が所有權移轉の行爲を後日に留保せる場合の如く、物權行爲が特に債權行爲と切り離して爲される場合等である。

問題となるのは、物權の變動が債權契約に基いて爲される場合であり、而も物權變動の行爲を特に後日に留保すべき特別の事情の存しない場合に限る。例へば當事者が賣買契約を爲した場合、其れは單に物權の移轉を爲すべき債權債務を發生せしめるに止まるか、或は其れよりも寧ろ直ちに物權の移轉其ものを發生せしめるかと言ふことが問題となる。若し前者に従へば、其契約の究局の目的を達する爲めには更に直接物權の移轉を目的とする物權行爲が必要であるから、債

(2) 獨自性を認める説

權行爲と物權行爲とは明かに區別せられて物權行爲の獨自性は肯定せられるのであるが、若し後者に従へば、敢へて債權行爲と物權行爲とを區別する必要はなく、従つて物權行爲の獨自性は否認せられることになる。

(2) 物權行爲の獨自性を認める説

「物權の設定移轉を爲すべき債權契約が存する場合に於ても物權の變動其ものは常に直接之を目的とする物權行爲の效力として生ずる」とするもので、之が今日の多數説である(中島氏三二頁、遊佐氏二五頁以下、三瀨氏三〇頁以下、石田氏三九頁以下、末川氏六六頁以下、小池氏三八頁)。其理由を要約すれば次の如くである。

(イ) 均しく意思主義を採用して居つても、佛民法に於ては債權行爲と物權行爲とを區別しない建前を採り、賣買契約の締結は當然に財産權移轉の效力をも生ぜしめるものとなつてゐるに反し、我が民法は債權行爲と物權行爲とを明かに區別し、賣買契約の締結は單に財産權移轉の債權關係を發生せしめるに過ぎないものとなつてゐる。それでなかつたら他人の權利の賣買を有効とし(五六〇)、履行に着手する迄は手附を抛棄して契約を解除し得る(五五七)と言ふ様な規定の説明がつかない。又代金の提供を受ける迄は賣主は自己の債務の履行を拒み得る旨の規定(五三三)、或は書面に依らぬ贈與でも履行の終つた部分は取消し得ないとする規定(五五〇但)の如きも、債權契約の締結と同時に財産權の移轉を生ずるものとせば到底理解の出来ない所である。従つて民法第一七六條は意思主義を採用してゐるとしても、其れは唯物權行爲に獨民法の如き形式を必要

とせぬと言ふことを示すに止まり、佛民法の如く債權的意思表示により物權變動を生ずるとしたものでない。

(ロ) 形式主義か意思主義かの問題は、公示方法が物權變動の要件となつてゐるか否かの問題であつて、物權變動が如何なる内容の意思表示によつて生ずるかの問題とは無關係である。故に法律が物權變動發生の爲め特別の公示方法を必要としてゐるや否やによつて特別の物權行爲を要するものと解すべきや否やを決しようとする考へ方(末弘氏八六頁)は誤りである。

(ハ) 凡て意思表示の効果は精密に意思の内容と一致することを要する。故に物權の變動は直接之を目的とする意思表示の結果でなければならぬのであつて、債權の發生を企圖する意思表示が直ちに履行せられて物權の變動が生ずるとか、或は單一の意思表示を以て債權的效力と物權的效力とを同時に發生せしめるなどと言ふことは不可能である。と。

其れでは斯る物權行爲は何時成立するか。現實贈與とか現實賣買、或は貸金の交付とか手附の交付の如く、物權行爲が單獨に爲される場合は其成立時期も明瞭であるが、物權行爲が債權行爲を原因として爲される場合は右の如く明瞭でない。若し獨民法に於ける様に物權行爲は必ず一定の形式を要するものとして公示的に爲されるならば、其成立時期について問題を生ずることは餘り無い(但し動産に關する物權行爲は必ずしも然らでない。四九頁参照)。又佛民法に於ける如く特に物權行爲と債權行爲とを區別しない立法に於ては、唯法律行爲一般の原則に従つて決すれば可いか

ら、縱令物權の變動が公示的に爲されないでも其時期の決定は比較的容易である。だが我が民法の如き意思主義の立法に於て、其上物權行爲の獨自性を認めようとするれば、其成立時期について可成り困難な問題を生ずる。そこで物權行爲の獨自性を主張する學者は、物權が一般に排他的效力を有してゐることや、一般取引の安全乃至我々日常生活の實情等から考慮して、「物權は外部的徵表を伴ふ行爲の爲された時に變動すると解すべきであつて、外部的徵表を伴ふ行爲とは例へば登記とか引渡、或は代金支拂の如く、其れによつて物權の變動が行はれたと觀るべき外部的な行爲である。」とする。即ち「(1)代金を支拂へば掛賣又は前拂の約束乃至慣習が存しない限り其時に所有權が移轉したと考へることが多く、代金を支拂つたからもう自分の物であるとか、代金を受取つたからもう自分の物でないとか考へるのが今日普通人の常識であり、殊に目的物を現實に引渡すことなく簡易の引渡や占有改定などによる場合は最も實情に適する。(2)又目的物が現實に引渡された時には、動産にあつては勿論、不動産にあつても登記とは無關係に此の時に於て所有權は移轉したと解すべきであり、(3)尙ほ不動産にあつては登記申請の時又は登記申請に必要な書類が賣主から買主に交付された時に所有權を移轉せしめる意味に於ての行爲が存するものとすべきである。」と言ふのである(尤も以上の如き所謂外部的徵表を伴ふ行爲があつても特に物權の變動を留保して置くことも出来れば、又當事者間の意思だけで所有權を移轉せしめることも不能だと言ふのではない)。併し以上は飽く迄物權行爲成立の時期に關する問題であつて、獨民法の如

く物權的意思表示の外に登記又は引渡の形式を備へてはじめて一個の物權行爲が成立すると言ふのではなく、「物權的意思表示のみによつて物權行爲は成立するけれども、唯斯る行爲が何時如何なる行爲若くは事實のあつた時に成立し其効力が生ずると解すべきかと言ふと、右に述べた様な外部的徵表を伴ふ行爲の存する時に爲されたものと解するのが現代取引上合理的である。」と言ふに止まる(末川氏七〇頁以下、石田氏四六頁以下)。

之を要するに、「民法第一七六條に言ふ「意思表示」は物權的意思表示を指すものであつて、我が民法上物權行爲の獨立性を認めてゐることは民法其他の規定との關係上疑ひは無い。そして斯る物權行爲は外部的徵表を伴ふ行爲のあつた時に爲されたと解するのが合理的であり又實際生活に適合するものである。」と言ふのが此の説の要旨である。

(3) 獨自性を認めない説

(3) 物權行爲の獨自性を認めない説 「當事者の意思表示が物權變動のみを直接の目的とするものでなくとも結局に於て其れを企圖して爲されたものであるならば(例へば賣買契約)、特に反對の事情が認められない限り更に別段の意思表示によつて特別の物權行爲が爲されなくとも當然物權變動の效果をも生ぜしめる。」とするものであつて、現在少數説ではあるが、判例も殆んど此の理論を以て一貫して居り、相當有力な説である(判例、末弘氏七九頁、我妻氏五五頁、横田氏四七頁)。其理由とする所は、「均しく意思主義を採用する我が民法に於ては佛民法と同様の解釋に従ふべきだ。」と言ふのが結局の歸着點である。即ち、

(イ) 獨民法の如く公示主義を極端に強調する法律にあつては、物權變動の行爲は同時に公示方法であるから、債權發生を欲する行爲に於て同時に物權變動をも欲し、以て特別の物權行爲を省略することは許されないけれども、我が民法では登記や引渡は對抗要件たるに過ぎずして物權行爲其ものの要件ではないから、我が民法に於ても物權變動は常に物權變動のみを直接の目的とする意思表示によつて生ずるとなすが如きは無用の概念構成である。

(ロ) 我が民法は佛民法の如く賣買又は贈與契約によつて原則として物權變動を生ずる旨の規定は設けて居らぬけれども、意思主義の法制の下に於ては同様に解して實際上の解釋標準を明かにするのが合理的であり、此の説に對する反駁には佛民法の誤解に基くものが多い。と言ふのである。

右の結果は物權變動の時期を決するに付ても前説と甚だしい相違を生ずるのは當然である。今此の説の立場に於て其れを略述すれば次の如くである。即ち、

(イ) (a) 特定物の賣買に於ては代金支拂と登記手續とを後日に爲すこととしても所有權は契約締結の時に移轉する。(b) 賣買の豫約に於ては賣買完結の意思表示によつて賣買契約が成立すると共に所有權は移轉する。(c) 第三者の爲めにする特定物移轉の契約に於ては第三者の受益の意思表示によつて當然所有權の移轉を生ずる。

(ロ) 當事者が目的物の處分權を有せざる時(他人の物の賣買)、目的物が特定せざる時、

又は目的物が独立の物として現存せざる時(將來分離する物又は製作する物の賣買)等に於ては、直ちに物權變動の效果を生じないこと勿論であるが、斯る場合に於ても原則としては物權變動の效果を生ずる要件の充たされた時、即ち當事者が處分權を取得せる時、目的物が特定した時、又目的物が獨立の物として現存するに至つた時、當然物權の變動を生ずる。

(ハ) 尤も當事者が特に物權變動の效果の發生を一定の時期迄留保し、又は代金完済・引渡・登記等を條件として之に繋らしめた時は、此の時期の到來又は條件の成就によつてはじめて發生する。

(三) 物權行爲の無因性

(1) 問題の所在

(1) 問題の所在 物權の設定移轉を爲すについては常に何等か之によつて達しようとする目的が存在する。其れは他方から言へば物權行爲を爲すに至つた原因である。或は贈與の爲めに爲されることがあり(贈與原因)、或は既存債務の辨濟の爲めに爲されることがあり(辨濟原因)、或は債權を取得する爲めに爲されることもある(債權取得原因)。故に物權行爲は其原因と結び付くことによりはじめて社會的な意味に於て完全性を有するに至るのであるが、併し法律上の取扱に於ては、兩者を絶縁し其原因から全然抽象された物權行爲の效力と言ふものを考へて見ることも出来れば、又必要も存することがある。物權行爲に於ける有因・無因の問題の根本は茲に存する。而して物權行爲が其原因との關係に於て特に問題とされるのは、債權契約の履行と言ふ形に

於て爲された場合である。即ち賣買契約又は贈與契約によつて所有權の移轉があつた場合、賣買契約又は贈與契約と言ふ物權變動の原因が無効又は取消となれば其れに従つて物權變動の效力も當然影響を受けるかどうかと言ふことである。故に例へば現實贈與とか現實賣買、或は貸金の交付とか手附の交付の如く何等債權關係に基かず物權行爲が單獨に爲された場合には、有因・無因の問題は起る餘地がない。

尙ほ「物權行爲の獨自性を認める立場に於ては、物權行爲と債權行爲とは各別個の行爲として獨自の效力を有するのが當然であるから、有因・無因の問題を生ずる餘地はない。」とする見解(柚木氏六四頁)、或は、「我が民法の解釋として物權變動を目的とする法律行爲(物權行爲)の獨自性を認めざる以上、其無因性の問題を生ずる餘地がない。」とする見解(我妻氏六二頁)もあるが、之に對しては「物權行爲の獨自性を認めるや否やの問題と有因・無因の問題とは必ずしも一致するものではない。」とする批難が存するのみならず(末川氏八五頁、田島氏五七頁、小池氏四二頁)、物權行爲の獨自性を認めながら無因性は之を認めない學者もあるから(川名氏、富井氏、小池氏)、以下學說の概要を述べる。

(2) 無因性を認める説

(2) 物權行爲の無因性を認める説 物權行爲の獨自性を認める學者の多くは無因性をも認める(中島氏三七頁、石田氏六三頁、末川氏八七頁、遊佐氏二六頁、三浦氏三二頁)。但し「登記又は引渡を以て物權行爲の要件とせず、且つ物權行爲に條件又は期限を附することを禁じてゐない我が民

法の解釋としては、當事者の意思によつて有因となし得る所謂相對的無因である。」とする（石田氏六八頁、三浦氏三二頁、末川氏九〇頁）。尙ほ末川博士（八七頁）は、「物權を直接に移轉し又設定することを内容とする行爲は外部的徵表を伴ふ行爲として爲されるのが原則であるから、斯る外部的徵表を伴ふ行爲によつて移轉又は設定された物權は更に外部的徵表を伴ふ行爲がない限り債權行爲の失效によつて當然に原狀に復歸することはない。」とされる。「物權行爲の獨自性乃至無因性は法律が物權變動發生の爲め特別の公示方法を必要としてゐる場合にのみ認められる事柄である。」との反對説からの批難に應答する説明である様に思はれる。

物權行爲の無因性を認める理由の概要を示せば次の如くである。

(イ) (a) 不當利得の規定、殊に非債辨済に關する第七〇五條、債務者以外の者が錯誤によつて辨済した場合につき特に返還請求權を拒否してゐる第七〇七條、(b) 法律行爲取消の效果に關する第一二二條但書、(c) 解除があつた場合に生ずる原狀回復義務について同時履行の抗辯權を認めてゐる第五四六條等の諸規定は、何れも原因行爲の運命と關係なく物權變動の效果其ものは有效に存續するものと解しなければ説明が出来ない。

(ロ) 物權行爲の無因性は勿論形式主義と密接の關係があるけれども、物權變動について形式主義を採るか否かは一般物權行爲其れ自身に關する問題であるに對し、物權行爲の有因か無因かの問題は債權契約の履行として爲された場合にのみ起る問題であり、又意思主義を採用して

ゐる法制に於ても形式を全然不要なりとするのではなく、少くとも之を對抗要件としてゐるのであるから、斯る國に於ては、唯形式を以て成立要件とする國に於ける如く完全な無因性を實現しないと言ふに止まる。

(ハ) 原因關係は當事者間にのみ認められるものであるから、之を以て既に生じた物權變動の效果を動かすことは取引の安全を害する。

右の如く物權行爲は原則として無因であるとする結果生ずる適用の主なるものを示せば、例へば賣買契約に於て、

(イ) 契約が無効又は取消になつた場合、賣主は買主に對して不當利得に基く返還請求權を有しても、所有權に基く返還請求權即ち物權的請求權を有せず、

(ロ) 解除があつた場合に生ずる原狀回復義務（五四五―）は賣主が買主に對して自己の所有權に基き單なる占有の返還を爲すべきことを内容とする義務を負はすものではなく、所有權其ものの返還を爲すべきことを内容とする義務を負はすものとなり、

(ハ) 買主から更に其物を讓受けた第三者は無權利者から讓受けたこととはならないと言ふ保護を受けることになる。

(3) 無因性を認めない説

(3) 物權行爲の無因性を認めない説 物權行爲の獨自性を否認する學者は無因性をも否認するのが一般である（末弘氏九四頁、我妻氏六二頁、横田氏五四頁。但し物權行爲の獨自性の問題につき

田島氏は折衷的態度を採られ—同氏四九頁以下—又小池氏は積極説を採つて居られるけれども—同氏三八頁—無因性の問題に付ては何れも消極説を採つて居られる。田島氏五七頁、小池氏四二頁。尙ほ本書五九頁參照。

物權行爲の無因性を認めない理由の概要を示せば次の如くである。

(イ) 物權行爲の無因性は物權行爲に明瞭な形式を與へることによつてはじめて意義がある。即ち物權行爲の無因性は物權行爲を債權行爲から截然區別することを前提とし、而して其區別は物權行爲に明瞭な形式を與へることを條件としてはじめて實際上意義がある。故に獨逸民法に於ても明瞭な公示形式を與へることの出来ない動產物權については無因性は決して其效用を完うしてゐない。

(ロ) 我が民法は當事者保護の立場に於て意思主義を採用したものであるから、何等直接の根據も無いのに無因性を認めることは民法の趣旨に合はぬ。

(ハ) 原因を以て法律行爲の内容たらしめることが禁じられ、縱令當事者が之を内容たらしめても所期の効果を發生し得ぬ法律行爲でなければ無因行爲とは言ひ難いのに、物權行爲には此の如き性質はない。

右の如く物權行爲の無因性を否認する結果生ずる適用の主なるものを示せば、例へば賣買契約に於て、

(イ) 契約が無効又は取消になつた場合は物の所有權は當然に賣主に復歸する。従つて賣主は買主に對して所有權に基く返還請求權即ち物上請求權を有することとなる(但し末弘博士—九二頁—は一個の行爲から債權的效力と物權的效力とが生ずると解する限り、不當利得の規定も此の場合に適用がある、とせられる)。

(ロ) 契約が解除された場合に生ずる現状回復義務(五四五—)は賣主が買主に對して所有權其ものの返還を爲すべきことを内容とする義務を負はすと言ふよりは、賣主が既に自己に復歸した所有權に基き單なる占有の返還を爲すべきことを内容とする義務を負はすものである。

(ハ) 買主から更に其物を讓受けた第三者は無權利者から讓受けたこととなる。唯公信の原則によつて保護されることがあるに過ぎない。

物權行爲の要件

第四 物權行爲の要件

物權行爲は法律行爲であつて、遺贈及び拋棄の場合を除けば契約であるのを最も普通とする。従つて意思表示、法律行爲及び契約に關する一般理論の適用を受けるわけだが、茲には物權行爲のみについて説明を要する點を擧げる。

(一) 成立要件

(一) 成立要件。

物權行爲は直接に物權の變動を生ぜしめようとする意思表示、即ち物權的意思表示のみによつて成立する。但し例外として質權の設定には物の引渡が(三四四)、遺贈には法定の形式が(一〇六

○以下)成立要件となつて居る。債權的意思表示との相違は唯其内容のみに關する。右の外は一般法律行為の理論に従ふ。

(二)效力要件

(一)效力要件。

(1) 一般に法律行為が有効である爲めには、其内容が確定してゐることを要するが、物權行為にあつては特に客體について此の點が強要せられる。即ち物權の客體たる物の現在すること・獨立性を有すること・特定してゐることが必要であつて、債權行為は現存せざる物や不特定物について有効に成立し得るのと異なる。但し物權行為にあつても、物の現在すること・獨立性を有すること・或は特定することを條件として爲されることは可能であるから、斯る場合には條件の成就と同時に當然物權行為の効力が發生するのである。此の點は物權行為の獨立性を認めると否とによつて差異は無いのであるが、唯物權行為の獨立性を主張する學者の一部は、特別の意思がない限りは後日物が現存し、獨立性を有し、或は特定した時に外部的徵表を伴ふ行為によつて物權行為が爲されると解する方が、より實狀に適するものである、と爲す(石田氏四六頁以下、末川氏七〇頁以下)。

(2) 物權行為の當事者の一方は必ず物權者(或は代理人)であり且つ其物について處分の權限を有することを要する。他人の物の賣買についても有効に成立する債權行為と異なる點である(五六〇)。尤も將來其物を取すべきことを條件として物權行為を爲して置くことは差支ない。又た

とひ物權者であつても其物が差押へられた場合の如く處分の權限を失つて了つた時には、有効に物權行為を爲すことが出來ない。將來處分權を有すべきことを條件として物權行為を爲すことは差支ない。

(3) 一般に法律行為は其内容が適法のものでなければ效力を生じない。故に物權其ものについての禁止規定に違反する物權行為は無効である。例へば民法其他の法律に規定する以外の物權を創設する行為(一七五)、或は法律上の禁制品を移轉する物權行為などである。けれども物權行為は物權變動のみを目的とするに止まるから、其れ自體としては公序良俗に反する事項を目的とする(九〇)と言ふ理由によつて無効となることはないと言はれる。不法の原因の爲め爲された物權行為(七〇八)と雖も其れ自體は有効である(末川九四頁、石田氏六八頁。遊佐氏一七頁は唯第九〇條の適用ある場合が大いに減縮せられるものとして居られる。尙ほ獨逸に於ては近時之が適用を肯定する學者も少くないと言はれる―我妻氏五四頁)。

第三款 物權の消滅

第一 意 義

物權の消滅の意義

物權の消滅とは物權自體が全然其存在を失つて了ふことであつて、物權の主體について言へば所謂絶對的喪失である。即ち最早何人の爲めにも存在しなくなることである。次に掲げるのは各

種の物權に共通な消滅原因のみである。

消滅原因

第二 消滅原因

(一) 目的物の滅失

(一) 目的物の滅失。
物權は直接に物を支配する權利であるから、物が滅失すれば其れを客體とする物權も亦消滅するのは當然である。けれども物が滅失したかどうかと言ふことは社會觀念によつて決せられる問題である。従つて、(a)物の一部が滅失しても尙ほ其同一性を失はぬと觀られる限りは物權は之のみによつて消滅しない。(b)物が破碎されて斷片となつた場合は其各斷片の上に物權は存在する。(c)物自體よりも物の交換價値を目的とする擔保物權にあつては、目的物は滅失しても經濟上之に代るべき代位物が存する限り、物權は其代位物の上に存續することとなる。之を物上代位と言ふ(三〇四、三五〇、三七一)。

(二) 消滅時效

(一) 消滅時效。

(1) 所有權以外の物權は、二十年間之を行使せぬ時は時效によつて消滅する(一六七)。所有權については、他人の取得時效が完成した結果として從來の所有權が消滅するだけである(一六一)。

(2) 占有權は現實の支配關係をのみ基礎として成立する權利であるから消滅時效に罹る餘地はなく、又留置權は其存續の爲めに占有の繼續を必要とするから消滅時效と言ふことを考へる餘

地がない(二九五、三〇二)。

(3) 擔保物權は之を擔保とする債權と共にのみ消滅時效に罹るのを原則とする(三九六、三六一)。

(三) 拋棄

(一) 拋棄。

拋棄は物權を消滅せしめることを目的とする單獨行爲である。即ち物權を何人の爲めにも歸屬せしめようとするのではなく、絶對的に消滅せしめることを目的とする意思表示を要素として一方的に爲される行爲である。

(1) 物權拋棄の意思表示は無形式を原則とするが、所有權や占有權の如く物の占有を伴ふ物權では、占有をも拋棄しなければ物權拋棄の意思を認め難いのが普通である(但し此の點については議論があつて、田島氏三七頁は「所持關係を維持しつつ所有權を拋棄することも理論上は可能である」とせられる)。

(2) 拋棄は單獨行爲であるが、所有權及び占有權以外の物權にあつては、拋棄によつて直接利益を受ける者(通常は所有權者)に對して爲されることを要する。

(3) 一般に權利の拋棄は權利者の自由であるのを原則とし、物權に於ても此の理は同様であるが、併し、拋棄によつて他人の利益を害する結果を生ずる場合には許されない。民法第二六八條第一項、第三九八條、立本法第八條など主な例である。

(4) 抛棄の効果として物権は消滅する。所有權の抛棄によつて無主物を生じ、制限物權の抛棄によつて所有權は本來の完全な支配状態に復歸する。

(四)混同

(四) 混同。

(1) 兩立せしめる價值のない二個の資格が同一人に歸することを混同と言ふ。民法第五二〇條は債權と債務の混同に關し、第一七九條は物權の混同に關する。混同の効果については「權利が絶對的に消滅し、後日混同以前の狀態に復歸することがあつても一旦消滅して了つた權利は復活することがない。」とする説と、「權利の行使が一時制限せられるものであつて、混同の原因が除去された時には一度消滅した權利が復活する。」となす説とがある。我が民法の解釋としては絶對消滅説が通説である。

(2) 混同によつて物權は消滅する。之が原則であつて、二の場合がある。

(イ) 所有權と他の物權の混同 法律の規定によると、法權行為によるとを問はず、同一物上に存する所有權と他の物權とが同一人に歸した時は他の物權は消滅する(一七九I本)。蓋し所有權は物を總括的に支配する權利であるから、所有權を有する時は更に其物について他の物權を有する必要がないからである。例へば土地の所有者が其土地の上に存する地上權を取得した時は其地上權は消滅する。地上權者が其土地の所有權を取得しても同じ理である。

(ロ) 所有權以外の物權と之を目的とする他の權利の混同 所有權以外の物權——例へ

ば地上權——と之を目的とする他の權利——例へば抵當權——とが同一人に歸した時は他の權利は消滅する(一七九I)。

(3) 右の原則に對しては次の様な例外がある。

(イ) 所有權と他の物權の混同の場合に於て、

(a) 物が第三者の權利の目的となつてゐる時は他の物權は消滅しない(一七九I但)。例へば一番抵當權者が其目的たる不動産の所有權を取得しても、其不動産の上に更に第三者の二番抵當權が存在する時は、一番抵當權は消滅しない。若し然うでないとき第三者の二番抵當權は第一順位に進むこととなり、第三者は思はざる利益を受けるのに反し所有權を取得した一番抵當權者は却つて不當の損失を被むるからである。

(b) 右と反對に、他の物權が第三者の權利の目的となつてゐる場合でも同じである(一七九I但)。例へば土地の所有者が其土地を目的とする地上權を取得しても、其の地上權が第三者の抵當權の目的となつてゐるならば地上權は消滅しない。そうでないと第三者は不當の損害を被むるに至るからである。

(ロ) 所有權以外の物權と之を目的とする他の權利の混同の場合に於て、

(a) 所有權以外の物權が第三者の權利の目的となつてゐる時は他の權利は消滅しない(一七九I但)。例へば一番抵當權者が其目的たる地上權を取得しても其地上權に更に第三者の二番

抵當権が存在すると言ふ様な場合には一番抵當権は消滅しない。

(b) 右と反対に、他の権利が第三者の権利の目的となつてゐる時にも同じである(一七九Ⅱ但)。例へば地上権を目的とする抵當権が更に第三者の質権の目的となつてゐる様な場合には、地上権と抵當権が同一人に歸しても抵當権は消滅しない。

(ハ) 占有権は物を支配する事實状態其ものを保護する爲めに認められた権利であつて、独自の存在意義を有するものであるから混同によつて消滅することはない(一七九Ⅲ)。

(ニ) 鑛業権の如く土地所有権より完全に獨立した特殊の物権は、たとひ土地の所有権と同一人に歸することがあつても混同によつて消滅しない。

(ホ) 尙ほ我妻氏は「近時に於ける財産権の證券化の傾向は、混同によつて権利が消滅するといふ原則に對する例外を益々多くする。」として、手形法第一一條、抵當證券法を例示して居られる(同氏三〇、三七頁)。

(五) 沒收

(五) 沒收。

犯罪につき附加刑として科せられるものと(刑九、一九)と警察行政上の爲めに爲されるもの(紙幣類似證券取締法四、未成年者喫煙禁止法二、未成年者飲酒禁止法二)とがある。

(六) 公用徵收

(六) 公用徵收。

(1) 公益の爲め所有権其他の財産権を強制的に取得することであつて、之により公益事業の

主體は原始的に権利を取得し、其反面に於て從來の権利は消滅する。

(2) 公用徵收は、所有権の神聖不可侵に對する一大例外として憲法の規定を以て其要件を定めてゐるのが各國一般の例である。我國に於ては憲法第二七條第二項に「公益ノ爲必要ナル處分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」とあるのを以て根據とする。

(3) 現行法上公用徵收を認めてゐる最主要な法律は土地收用法である。其他の主なるものとしては鑛業法(三章)、森林法(四章)、都市計畫法(一六一二〇)、市制(一二六一)、町村制(一〇六一)、水利組合法(五〇)、河川法(二三)、航空法(三七)等である。

(七) 其他 (七) 物権消滅の一般原因としては以上の外尙ほ添附(二四二一)、存續期間の満了(二六八、二七八)、消滅請求権の行使(二七六、二九八、三〇一)等がある。

第四款 物権變動の公示

第一項 公示の原則

第一 公示の原則の觀念

公示の原則の觀念
(一) 物権の排他性と公示の原則

(一) 物権は所有権であると、其他の制限物権であるとを問はず、盛んに取引の對象とせられる財産権であるが、其れは既に述べた通り排他的性質を有して同一物上には同一内容を有する他の物権

の成立を許さぬ独占的の権利であるから、斯る物權の存在乃至變動は第三者の利害に甚大の影響を及ぼす、其れが爲めに「物權の變動については常に何人も容易に之を知り得る様な一定の表象を伴はしめることが必要である」と言ふ原理を生ずるのであつて、之を公示の原則と言ふ。

(二) 近代法に於ける物權の公示方法。

所で此の様な公示方法は各人の任意に従つて種々雑多なものであり得るとすれば、其れは到底取引保護の爲めの公示方法として充分な機能を發揮することは出来ない。故に公示方法は制度の上にて之を統一し劃一的なものとして置く必要がある。近世各國の法制は一般に不動産物權については登記、動産物權については引渡を以て公示方法としてゐる。我が民法も亦之に倣ふものである(一七七、一七八)が、經濟社會の進展に伴ひ新種類の財産權が生ずるにつれて、之に應ずる新たなる公示方法——例へば鑛業權や漁業權に於ける登録——を考案し、又實際取引に於て法定の形式では間に合はぬ場合に慣習として廣く行はれてゐる特別の公示方法——例へば次に述べる明認方法——をも併用してゐるのである。

(1) 不動産物權の存在乃至變動に一定の表徴を具へしめることは擔保物權、殊に抵當權の發達に伴ふものであると言はれる。蓋し所有權又は利益物權の存在乃至變動に付ては、現實の支配状態とか或は引渡の如く何等かの外形的變動を伴ふのが常であるし、又其取引も必ずしも頻繁ではなかつたのであるが、抵當權にあつては不動産の支配状態や占有を從來の儘にして置いて——

即ち何等の外部的な變動を生ぜしめないで——成立する關係上、其れが漸次經濟取引に於て重要な役割を占める様になると、第三者が之によつて不測の損害を被むる虞は他の不動産物權に比して一層増大するからである。茲に於て登記と言ふ制度を案出し、之によつて取引關係の保護を圖ると共に、他面に於ては不動産の擔保價值を充分に發揮させることを企圖するに至つた。併し近代の經濟取引は、獨り抵當權のみならず所有權其他の物權をも漸次頻繁な取引の對象とする様になり、而も資本としての不動産取引は外形的變動を伴はないことが多いので、抵當權についての登記制度は、やがて不動産所有權及び他の不動産物權一般にも及ぶこととなつた(我妻氏四〇頁、田島氏六一頁)。

(2) 動産物權にあつては占有を以て權利の存在乃至變動の表徴とするのであるが、占有による公示力はその永續性に於て又正確さに於て到底登記と同様の機能を發揮することは出来ない。殊に近時經濟取引關係が愈々頻繁となり、其迅速を貴ぶ様になるに連れて、動産に關する權利の變動と共に一々現實の占有移轉を要することは不便なりとして、特に物の存在場所を變更することなく意思表示のみによつて生ずる占有の移轉(一八二Ⅱ、一八三、一八四)をも認めるに至り、公示方法としての占有の價値は益々減少された。而も一々の動産につき悉く登記を要求すると言ふことは實際上不可能である。そこで、

(イ) 特殊の状態に在る動産については之を一定の證券に表象せしめることによつて——

例へば貨物引換證・倉庫證券・船荷證券など——占有の有する公示力の不充分を或程度迄補ふと共に、

(ロ) 其れでも尙ほ公示の原則を貫徹し得ない部分は、他人の占有を信頼して取引した者は保護せられる(一九二)と言ふ即ち公信の原則によつて保護しようとしてゐる(我妻氏四一、四二頁)。

(三) 物權以外の權利に於ける公示方法

(三) 物權以外の權利に於ける公示方法。

公示の原則は獨り物權のみについて考へられる問題ではなく、其成立乃至變動に於て排他的なものについては一般に要請せられる原則である。故に例へば、(1)身分法上に於ても私生子の認知や婚姻、養子縁組の如きについては公示を必要とし(八二九、七七五、八四七)、(2)財産權に於ては特許權・商標權の如き、公示を離れて存在も變動もし得ない(特許法三四、四五、商標法七、二四)。(3)更に債權の讓渡(四六七)や手形上の權利の移轉の如きについても、第三者に利害を及ぼす事項に關しては矢張り公示が必要とされてゐる(手形法一一、一三)。唯物權にあつては、排他性が通常の性質である爲めに、公示の原則が特に重要な意義を有するに至る。

第二 公示の原則と對抗要件

物權の變動につき公示方法を具備せしめることは取引保護の上から必要であつて、現代各國の法制は登記又は引渡を以て其公示方法としてゐること前述の如くである。併し現實に物權變動の

公示の原則と對抗要件

効果を發生せしめるについて、如何なる程度迄此の公示方法の具備を要求するかについては各立法例によつて異なる。物權變動の立法主義について既に述べたところの形式主義は、登記又は引渡と言ふ公示方法を以て物權變動の成立要件とするものであるから、最も強度に公示方法の具備を要求するものである。之に反して意思主義に於ては物權變動は意思表示のみによつて其效力を生じ、登記又は引渡は唯物權變動の效力を第三者に對抗する爲めの要件であるとするに過ぎない。而して此の所謂對抗要件に關しては頗る問題が多い。

第三 公示の原則と公信力

公示方法は物權の存在乃至變動を表徴するものであるから、斯る公示方法のない所に物權の存在を主張することの出来ないのは勿論であるが、之と同時に公示方法のある所には之と對應する物權が存在すると推測されるのも當然である(權利の推定)。然らば物權の存在を推測せしめる様な形式(登記・登録・占有等)を具備して居る場合に之を信頼して取引した者は、其形式がたとひ眞實の權利關係と一致して居ない場合でも尙ほ其信頼を保護されるかと言ふ問題がある。若し公示形式が具備されて居る場合に於ても仍ほ其れが果して眞實の權利關係と一致して居るや否やを一々審査した上でなければ取引をなし得ないと言ふ不安があるものとすれば、物權取引の圓滑は甚だしく阻害せられることとなり、到底今日の實情に副ふことが出来ない。そこで斯る場合には、其形式を信頼して取引をなした者は保護されなければならぬとする原理が生ずるのであつて、之

公示の原則と公信力

を公信の原則と稱するのである。而して公示方法の有する斯る效力を公信力と呼ぶ。併し此の原則を貫くならば、其反面に於て本來の眞實の権利者の利益は甚だしく犠牲にされる結果となる。それで物權存在の形式を信賴する者の利益と、眞實の権利者の利益との何れをより厚く保護すべきかと言ふ問題になる。即ち動的な安全と靜的な安全との調和の問題である。此の點に關して、我が民法は動産の占有についてのみ公信力を認め、一定の要件のもとに善意の取得者を保護してゐる（一九二）。

公信の原則は獨り物權のみに限る問題ではなく、苟くも外形を信賴して取引した者は之を保護して取引の安全と敏活を圖ると言ふことは取引法の全般に亙つて要請される問題である。表見代理の規定（二〇九—）や、債權の準占有者又は指圖債權の所持者に對する辨濟の規定（四七八、四八〇）等、此の趣旨の發現に外ならない。

第二項 對抗要件

第一目 總 說

序 說

不動産に關する權利の得喪變更による登記せざるもの效力如何（大行）

我が民法は、物權の得喪變更は「當事者ノ意思表示ノミニ因リテ」其效力を生ずるものとし（一七六）、但し不動産物權にあつては「登記ヲ爲スニ非サレハ」、又動産物權にあつては「引渡ヲ爲スニ非サレハ」之を以て「第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」と規定した（一七七、一七八）。此の故に

物權變動の公示方法である登記及び引渡の問題は、我が國に於ては「對抗要件」の問題として論議されるのが從來の例である。

所で我が民法が登記及び引渡を以て物權變動の成立要件とせず對抗要件となした爲めに、物權變動の效力は當事者間に於ける關係と、第三者に對する關係とに於て重大な差異を生ずることになつた。即ち當事者間に於ては、登記又は引渡がなくとも物權變動の效力を主張することが出来るに拘はらず、第三者に對しては、登記又は引渡がなければ物權變動の效力を主張しても其れを貫徹することが出来ない。茲に於て物權變動の第三者に對する效力をめぐつて種々複雑した問題を生じ、此の第三者に對する關係即ち所謂對抗問題が我が物權法に於ける重要問題となつてゐる。

而して問題の要點は、第一に「對抗スルコトヲ得ス」の意味であり、次に「第三者」の範圍である。

第二 對抗

（一）對抗することを得ず

甲者乙者に其不動産を賣却し未だ其登記を爲さざる間に甲者は更に右不動産を丙者に賣却

（一）「對抗スルコトヲ得ス」の意義。

物權の變動は登記又は引渡を爲さなければ之を以て「第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」と言ふのは實際問題として如何なることを意味するか。此の點の説明をするにつき常に典型的な例として引用されるのは、「甲が其所有の不動産を乙に讓渡し、未だ其登記を爲さない間に丙に讓渡して

して其登記を了し
たり乙者は廢除訴
權を以て甲丙間の
賣買の取消を求め
んとす當否如何
(大田、辯)

丙は登記を済ました。」と言ふ所謂二重譲渡の場合である。之を條文の字義通りに解釋すれば、「甲から先に不動産を譲受けた者は乙であるが、併し登記を先に済ました丙の方が確定的に所有権を取得する」といふことになるのであつて、此の結果については何等異論がない。だが問題となるのは、「甲から一旦乙に所有権を譲渡してしまつた以上は、甲は無権利者であるから、斯る無権利者から丙が更に所有権を譲受けると言ふことはあり得ないではないか。然るに丙が乙に優先して所有権を取得するとす法理如何。」と言ふ點である。

(1) 嘗ては、不動産登記法第六條に「同一ノ不動産ニ關シテ登記シタル權利ノ順位ニ付キ法律ニ別段ノ定ナキトキハ其順位ハ登記ノ前後ニ依ル」とあるのを引照し、之に依つて説明しようとした學者もある(富井博士)。併し之は、(イ)同一所有権については二個以上の登記があり得ない、と言ふ理由と、(ロ)動産の場合には登記が無いから説明に窮する、と言ふ理由で今日は賛成する學者がない様である。

(2) 乙が登記又は引渡をしない限り甲乙間の譲渡は丙に對する關係に於ては效力を生じない、とする見解(川名博士)。之に依れば、丙は無権利者から權利を譲受けたことにはならず、又動産物權と不動産物權との區別なく一樣に説明することが出来る。併し「此の見解による時は、(イ)物權の變動は當事者の意思表示のみによつて其效力を生ずると言ふ規定の趣旨が全く失はれて了ふのみならず、(ロ)登記又は引渡がなくとも丙の側から乙の所有權取得を有效と認めて、之

に對し所有者としての責任を問ふたりすることの説明がつかなくなる。」と言ふ理由で矢張り賛成する學者はあまり無い様である。

(3) 物權の變動は丙に對する關係に於ても登記又は引渡なしに有効に生ずるのであるが、丙に於て甲乙間の譲渡行爲を否認する權利を有し、此の否認權の行使によつて甲乙間の譲渡行爲は無効となり、所有權は依然甲に歸屬したと言ふことになるから丙に移轉することが出来る、とする見解(中島氏六五頁以下、遊佐氏三一頁、末弘氏一五四頁、石田氏九六、一〇八頁、横田氏八一頁、小池氏四六頁)。之が今日の多數說であつて、此の見解に従へば、甲乙間の所有權譲渡を無効だとするのではないから、民法第一七六條の趣旨にも合致するのみならず、登記又は引渡がなければ、甲乙の側から物權變動の効果を主張することが出来ないだけのことであつて、丙の側からは物權變動の效力を否認して自己の權利を保護することも出来れば又、甲乙間の物權變動の効果を是認して乙に對して所有者としての責任を問ふことも出来る。だが此の説に對しては又以下の様な批難がある。(イ)丙が甲乙間に譲渡があつた事實を知らない様な場合には、丙が否認權を行使すると言ふことは考へられないから、斯る場合に於ても丙が乙に優先して所有權を取得すると言ふ理由を説明するに窮する。(ロ)第三者によつて否認せられる様な所有權の移轉が果して完全な所有權の移轉と言へるかどうか。若し完全な移轉であるとすれば甲は無権利者となつてゐるわけだから丙が甲から所有權を取得する實質的な基礎が失はれて了ふ、と。

(4) 物權は其變動について公示の原則の採用されてゐる限り公示方法を備へないでは完全な排他性を有することが出来ない、此の意味に於て民法第一七六條は第一七七條及び第一七八條によつて制限を受ける、とする見解(我妻氏八四頁、末川氏一〇九頁、近藤氏三六頁) 即ち此の見解によれば、「當事者間に於ては意思表示だけで物權變動の効果を生ずるけれども、第三者に對する關係に於ては登記又は引渡がない限り敢へて第三者の否認權の行使を待つ迄もなく完全な排他的效力を生じない。」とするものである。従つて第三者丙が甲乙間に物權變動のあつた事實を知らないで——即ち否認權を行使しようなどと考へる餘地もなく——物權を取得した場合に於ても乙に優先する結果となる。だが此の説に對しても次の様な批難がある。(イ)若し公示方法の具備しない物權は不完全な物權であると爲す時には、完全な物權を設定移轉する爲めには必ず公示方法を具備しなければならぬこととなり、結局形式主義を採用したと同じ結果になる。(ロ)登記は一定の既存の事項を登記簿に記載して不動産に關する實體法上の權利關係を公示する作用を有するのみであつて、不完全な物權を完全な物權となすと言ふ様な物權の實質に觸れる效力を有するものではない、と(尙ほ此の批難に對する反駁は末川氏一一〇頁)。

(二) 對抗問題の適用上に於ける問題。

(1) 登記又は引渡は當事者が物權變動を主張する積極要件であるか、或は第三者に於て登記又は引渡の缺點を主張しなければならぬか。即ち「物權の變動をめぐる訴訟に於て登記又は引渡

(二) 對抗問題の適用上に於ける問題

の有無についての主張乃至舉證は何人が之を爲すべきか」と言ふ問題である。判例の態度は一貫してゐないが、

(イ) 若し第四説の如く、「登記又は引渡がなければ物權變動の効力は第三者に對する關係に於て、民法上當然に否認せられてゐる」と言ふ見解に従へば、當事者に於て主張乃至立證の責任を負ふと言はなければならない(我妻氏八四頁)。が、

(ロ) 併し、「民法第一七七條及第一七八條は第三者の利益の爲めに設けられた規定であると云ふ點に特に重きを置いて考へるならば、之等の規定を自己の利益の爲めに適用せらるべきことを求める者、即ち第三者の側で主張乃至舉證の責任を負ふと解しなければならぬ。」とするのが多數説である(末川氏一一四頁、石田氏一〇二頁、中島氏六八頁)。

(2) 二重讓渡の場合、どの讓受人も登記又は引渡を受けて居なければ、讓受人相互の間に於て如何なる關係を生ずるか。

(イ) 「斯る場合には實體法上の關係に遡つて、先づ權利を得た者を以て權利者と認めなければならぬ。」(中島氏六八頁)と言ふ見解もあるが、

(ロ) 「讓受人は相互に其權利取得を以て相手方に對抗出来ないと言ふ對等の關係に在るから、何れでも先づ登記を済ました方が優先する。」と言ふのが多數の見解である(末川氏一一四頁、石田氏一一二頁、我妻氏八五頁)。

(3) 其他の問題。

(イ) 登記の効力は第三者に對して主張する要件であるに止まるから、第三者の側からは物權變動の効力を否認することも出来れば又是認することも出来る。従つて例へば、(a)土地の所有者となつた者は未だ登記しない間でも隣地者の相隣權に基く各種の主張を拒むことが出来ず、(b)又土地の工作物所有者は其登記未了の故を以て民法第七一七條の責任を回避することは出来な

50
 (ロ) 又たとひ丙は甲乙間の物權變動の効力を否認しても、丙以外の他の第三者は之を是認することも有り得る。併し一旦物權變動の効果を認めた第三者は爾後再び登記又は引渡のないことを理由として其變動の効力を否認することは出来ない。又同じ取引關係に於て甲に對しては之を是認しながら、乙に對しては否認すると言ふことも出来ない。

(ハ) 上述二重讓渡に於けると同様の對抗問題は相續や時效についても生ずる。例へば被相續人甲が所有の不動産を乙に讓渡し未だ登記を爲さない間に死亡した爲め相續人丁が相續登記をなし、其不動産を丙に讓渡し登記を済ました場合には、丁は甲の地位を承繼する者であるから恰も同一人が乙と丙とへ二重讓渡したと同じ形になる。又甲所有の不動産を乙が時效によつて取得し其登記を爲さない間に甲は其不動産を丙に賣却して登記を爲した場合も二重讓渡の形になる。

第三 第三 者

(一) 第三者の意義。

第三者と言ふのは「當事者及び其包括承繼人以外の者を言ふ。」とするのが通説である。

(1) 當事者と言ふのは、必ずしも物權行為の當事者のみに限らず、物權變動について直接に利害關係を有する者をも包含することが多い。故に例へば、

(イ) 時效取得は原始取得であるとされてゐるけれども、權利の取得者のみならず喪失者も當事者であると言ふに妨げない(尙ほ一〇三頁参照)。

(ロ) 又債務者又は設定者でない者の取得時效の完成によつて抵當權が消滅した場合に於ける抵當權者も當事者であると言ふことが出来る。

(2) 當事者の包括承繼人——例へば合併會社や相續人——は法律上其前者と同一の地位を有するものであるから第三者の範圍に入らない。

(二) 第三者の範圍。

(1) 不動産登記法上特に第三者の範圍から除外される場合が二ある。(イ)詐欺又は強迫によつて登記の申請を妨げた第三者(不登法四)、(ロ)他人の爲め登記を申請する義務ある者(不登法五)例へば法定代理人、受任者、破産管財人)。

(2) 然らば以上の者を除いて爾餘の者は悉く之を第三者と言ふことが出来るか。之について

第三者

(一) 意義

(二) 第三者の範圍

(1) 不動産登記法上の除外

(2) 學說

二説ある。

(イ)無制限説

(イ) 無制限説(横田氏七四頁、鳩山氏二四頁以下、石田氏一一七頁以下。但し三濤氏四〇頁は立法論としては別なりとせらる) 其理由とする所は學者により區々であるが、要約すれば次の如くである。

(a) 法文上特に之を制限して解釋しなければならぬ理由が存しないのみならず、物權變動の對外的關係に於ける劃一的な取扱の必要に顧みても、第三者の範圍を縮少することは妥當でなす。

(b) 物權の性質並に不動産登記制度の理想を究めて對抗要件に關する法文を熟讀すれば、同條の理由は番に取引の安全を保護するに止まらず、第三者に對抗し得べき所謂絕對權の性質上汎く第三者を保護するものであることが理解される。従つて取引の安全と言ふことのみを唯一の目的として第三者の範圍を縮少しようとすることは誤りである。

(c) 尙ほ石田博士は、「對抗問題に屬する問題と屬しない問題とを明確に區別して第三者の意義を定めるならば、敢へて第三者の範圍を制限しなくとも實際の適用上に於て決して不當の結果を生じない。」として居られる(其實例は本書八七頁及八八頁参照)。

(ロ)制限説

(ロ) 制限説(末川氏一六七頁、我妻氏八六頁、末川氏一一九頁、遊佐氏三五頁、中島氏七一頁、小池氏四八頁) 之は明治四十一年の聯合部判決が「民法第一七七條ニ所謂第三者トハ當事者若ク

ハ其包括承繼人ニ非シテ不動産物權ノ得喪及變更ノ登記欠缺ヲ主張スル正當ノ權利ヲ有スル者ヲ指稱ス」として以來漸次學說に於て廣く認められるに至つたもので、今日の多數説である。其理由としては主に次の如き點が擧げられてゐる。

(a) 民法第一七七條及び第一七八條は第三者の保護及び取引の安全を期することを目的とする規定であるから、第三者の側に保護するに値する權利又は實質的利益の存する場合にのみ同條の適用があると解しなければならぬ。従つて自ら第三者の範圍に制限を生ずる。

(b) 物權變動は凡て之を公示せしめることにより對外的關係を劃一的に取扱ふことは固より望ましいけれども、今日の登記制度と實際生活とを以てしては到底其れは實現出来ないことであるから、矢張り現實には民法の要求する如き對抗要件を具備してゐない物權變動が可成り澤山あることを念頭に置いて第三者につき差別を認める必要がある。

(c) 債權侵害をも不法行爲と爲さうとする現在の法律理論の下に於ては、不法行爲によつて物權を侵害した様な第三者に迄も登記又は引渡が無ければ物權侵害の効果を主張し得ないとする事は權衡を失する。のみならず第三者と言ふ文字も其用ひられてゐる場合に應じて廣狹適宜に解釋しなければならぬから、解釋上之に制限を加へることは差支ない。と。

然らば「正當の利益を有する第三者の範圍を具體的に制限する標準如何」と言ふ問題が更に制限説を採る學者間に於て論議されてゐる。

(a) 末弘博士(一六七頁)は、判例に現はれた色々の實例を挙げ大體に於て正當なるものとし、之から以下の如き原則を歸納して居られる。第一原則として、「甲の物權變動について登記なきことを主張せんとする者は、若し甲の物權變動を認めるとすれば内容が之と對立せる爲め論理上當然否認せられねばならぬ權利を有する者なることを要する。」第二原則として、「物權侵害者に對して侵害の排除又は損害賠償を請求する爲めには其物權が登記されてゐることを要しない。」と。

(b) 我妻教授(八八頁)は、「當該不動産に關して有效な取引關係に立てる第三者には登記が無くては對抗し得ないが、其他の第三者に對しては登記が無くとも對抗し得る。」と言ふ標準を立てられ、其理由として、(i)公示の原則の存在意義は不動産物權の取引關係を表象によつて劃一的に規律せんとするに在るから此の理論からして右の標準が導かれる。(ii)制限論者が複雑な標準によつて説明しようとする結果は此の標準によつて簡明に説明することが出来る。」とされる。

(3) 第三者の範圍につき問題となつた實例 無制限説と制限説と言へば、理論的には全く對立する見解である様に思はれるが、具體的な適用の上にては必ずしも然らうでない。蓋し制限説に於て第三者とされる所の者は無制限説に於ては當然第三者であり、又制限説に於ても第三者の善意惡意は之を問はないとするのが一般だからである(八八頁参照)。兩説の具體的な適用上に於ける差異は次に實例によつて示す如く主として不法行爲者に關してである。

(3)問題となつた實例

(イ)不法行爲者

(イ) 不法行爲者 制限説の立場に依れば、「不法行爲者に對して損害賠償又は妨害排除等の請求を爲すには對抗要件の具備を要しない。」とする。蓋し制限説を生ずるに至つた根本の理由は寧ろ斯る不法行爲者を第三者の範圍から除外しなければならぬと言ふ點にあつたからである。唯右の如く解すると、不法行爲者は眞實の權利者が他にあることを知らずに登記簿上の名義人に對し義務を果した様な場合、其れが無効となつて二重に義務を果さなければならぬと言ふ様な不都合を生ぜぬかと言ふ疑(鳩山氏六一頁)も生ずるけれども、併し「不法行爲者が善意で前者へ履行を果した限り債權の準占有者に對する辨濟(四七八)として有效なもの」とされるから別段に不都合は生じない。」とされる。

右に反し無制限説に依れば、「縱令不法行爲者に對しても對抗要件を具備してゐなければならぬ。」とする。其理由として鳩山博士(六〇頁以下)の説明を要約すれば、「制限説の論者の見解は不法行爲と犯罪とを同視し不法行爲者を以て當然法律上憎むべき者とするが如くである。併し刑事責任と民事責任の分化した今日に於ては、民法上の不法行爲は固より犯罪を鎮壓するものではなく、單に客觀的に存在する損害の填補を目的とするに過ぎないものであつて、故意と過失につき責任の範圍を區別しないものであるから、不法行爲者も亦債務を履行するについては正當に保護されなければならぬ利益を有する。」とされる。然るに同じく無制限説を採られるけれども石田博士の説明は右と全く異り、結果に於ては制限説と同じである。即ち同博士(八三頁、一四一頁)に依

れば、「登記又は引渡は物權變動の對抗要件であつて物權其ものの對抗要件ではない。」と言ふことを前提とせられ、「而して讓渡行為によつて自己に所有權を取得したと言ふ主張は變動の效力の主張であるから、斯る場合には對抗要件の具備してゐることを要するが、所有權を侵害した者に對して自己の所有權の效力を主張するのは物權其ものの效力の主張であるから、斯る者に對しては登記又は引渡がなくとも對抗することが出来る。」とされる(之に對する批判は我妻氏九二頁)。

(ロ) 第三者の善意惡意 例へば二重讓渡の場合に於て、第二の讓受人丙が既に乙に對して第一の讓渡があつたことを知つて居つた場合にも乙は登記又は引渡が無ければ丙に對抗出来ないか。

(ロ) 第三者の
善意惡意

判例及び通説は「惡意の第三者も亦茲に所謂第三者に屬するから登記又は引渡がなくては對抗出来ない。」とする。其理由とする所は、(a)物權變動についての公示の原則は法定の形式を具備せしめることによつて其機能を全うし得るのであつて、外部的な形式に重點を置くのであるから、第三者の主觀的な意思内容に迄立入つて之を左右するが如きは此の原則の趣旨と相容れぬ。(b)又實際の結果から言ふも、惡意の第三者には登記又は引渡がなくとも對抗し得るとすれば善意惡意の立證をめぐつて紛争を繁くするのみならず、上の例で丙が既に登記又は引渡を受けた後にも乙は尙ほ丙の惡意を主張して争ふこととなり、遂には其物權が轉輾した後迄も取引の安全を害することとなる。」と言ふに在る。

併し之に對しては少數の反對説があつて、「公示主義は本來善意者の保護を目的とするものであるから」と言ふことを主なる理由とする(田島氏一〇七頁、小池氏四九頁)。尙ほ石田博士(一四三頁)は、「若し制限説の如く民法第一七七條及び第一七八條は第三者保護の規定であるから第三者の側に保護に値する權利又は實質的利益がない時には登記又は引渡がなくとも對抗し得ると解するならば、惡意の第三者に對しては登記や引渡がなくして物權變動の對抗を許しても不慮の損害を與へると言ふ様なことは無いわけだから、制限説を採りながら之を區別しないのは矛盾である。」とされる。

(ハ) 第三者に該當する者の實例 第三者の善意惡意を區別しないこと前述の如くであるが、其他に於て、

(a) 其物につき物權又は賃借權を取得した者 例へば甲所有の不動産を乙が讓受けて未だ登記をせぬ間に甲から其不動産を二重に讓受けた者、又は地上權や賃借權を取得した者等に對しては、乙は登記が無ければ自己の所有權取得を對抗出来ない。第三者が自ら對抗要件を具備してゐると否とは之を問はない。

(b) 一般債權者 判例では、「強制執行手續を執り又は破産債權の届出を爲した様な者は第三者に屬するが、未だ此の様な手續を執らない一般債權者は第三者に屬せぬ。」とするけれども、學説では「斯る區別は不要なり。」とする。

(ハ) 第三者に
該當する者の
實例

(三) 第三者に該當しない者の實例

不法行為者を除外すること前述の如くであるが、其他に於て、

(a) 不動産について實質上權利を有してゐないに拘はらず登記簿上名義人となつてゐる者、例へば虚偽の讓渡行為に基いて登記を有する者(九四一)、表見相續人として登記を爲した相續缺格者(九六九)、他人所有の未登記の不動産につき擅に自己名義の保存登記を爲した者の如きである。更に之等の者から物權を取得したとして登記を濟ました者も第三者に該當しない。蓋し登記に公信力を認めない我が民法に於ては、縱令登記名義人を眞正の權利者なりと誤信して取引した場合に於ても何等權利を取得する由がないからである。而して眞正の權利者は以上の者に對して登記の抹消、回復を請求し得る(尙ほ石田博士一四一頁によれば、以上の實例は物權自體の效力の主張であるか、登記の抹消又は回復の問題であるか、或は公信力に關する問題であつて、何れも對抗問題とは關係のないことである、とされる)。

(b) 登記や引渡の對抗要件とは別個の實質的理由によつて對抗せられる爲め第三者に該當しない者 例へば、(i)虚偽の讓渡行為に於て善意の第三者の爲めに抵當權を設定した時は虚偽の讓渡人は之が登記の欠缺を主張する正當の利益を有する第三者に該當しない(九四)。(ii)債權の讓受人が其主たる債權の讓渡を以て債務者に對抗し得ない以上は、縱令從たる抵當權については移轉登記を受けたにしても、債務者が債權讓渡人に辨濟をしたことによる抵當權消滅の登記

の欠缺を主張して抵當權取得の保護を受け得るものではないから、斯る讓受人も第三者に該當しない。

第二目 登記

第一序 說

序說
(一) 登記の意義

(一) 登記の意義。
不動産ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(一七七)。登記と言ふのは登記法(不動産登記法と立木ニ關スル法律)の定むる所に從つて一定の公簿(土地登記簿・建物登記簿・立木登記簿の三種あり)に一定の事項を記載することである。尙ほ工場抵當權、鑛業抵當權、鐵道抵當權については之に附隨して特別の登記手續が定めてある。

(二) 登記は強制せず

(二) 登記は強制せず。
登記を以て物權變動の成立要件としない我が法制に於ては登記を強制することはない。唯登記がなければ其不動産に關する物權變動を以て第三者に對抗し得ないものとし、間接に登記を促すに過ぎない。

第二 登記を要する物及び權利

(一) 登記を要する物。

登記を要する物及び權利
(一) 登記を要する物

其物權變動を以て第三者に對抗する爲め登記を要する物は不動産である。併し現行法上不動産にして登記の目的となり得る物は土地、建物及び立木法による立木のみであつて、之以外の定着物にあつては、たとひ其れが獨立して取引の目的となり得る物でも登記の方法がない(尙ほ後述明認方法の説明参照)。

而して土地及び建物は其種類に關係なく之に關する物權變動を以て第三者に對抗する爲めには必ず登記を経なければならぬが、公示の原則は私權の變動に關するものであるから、私權の目的となり得ない不動産は登記すべきでない。従つて既登記の土地が世傳御料に編入せられた場合又は河川の敷地となつたと云ふ様な場合に於ては其登記を朱抹して其登記用紙を閉鎖するものとし(不登法一〇二ノ二、一〇二ノ三)、反對に公用物たる不動産でも公用の制限外に於て私權の目的となり得るときは(例、道路)私權の變動に關する限りに於て尙ほ登記を要するものとする(六七・一九大判)。

(二)登記を要する權利

(二) 登記を要する權利。

其變動を以て第三者に對抗する爲めに登記を必要とする權利は、他面から言へば登記を爲すに適する權利であつて、或は登記能力ある權利と呼ばれる。

(1) 不動産登記法上登記を要する物權は、(イ)所有權、(ロ)地上權、(ハ)永小作權、(ニ)地役權、(ホ)先取特權、(ヘ)質權、(ト)抵當權の七種である(不登法一)。

従つて次に掲げる物權は不動産に關する場合でも登記することが出來ず、従つて又其得喪變更は登記しなくとも第三者に對抗することが出來る。

- (イ) 占有權 占有と言ふ外形的事實と終始する權利であるから特に登記を以て公示する必要がない。
- (ロ) 留置權 理由は右と同じ。
- (ハ) 入會權 之は各地方の慣習によつて内容の定まるものであるから、適當な登記の方法もなく又實際に其必要もない。
- (ニ) 一般の先取特權 民法第三三六條参照。
- (ホ) 尙ほ建物の所有を目的とする地上權は地上權者が其土地の上に登記した建物を有するときには地上權其ものには登記がなくとも第三者に對抗することが出來る(建物保護法一)。

(2) 物權以外の權利で登記されるものの中民法上規定の存するもの。

- (イ) 質借權(六〇五、不登法一)。
- (ロ) 不動産買戻權(五八一) 民法上は一種の解除權と觀られてゐるから(五七九)、登記も獨立に爲されぬ様になつてゐるが(不登法三八)、併し實際取引に於ては一個獨立の財産權として取引の客體とせられて居り、判例も亦其移轉登記を認め漸次に獨立の物權たる地位を與へようとしてゐる。

登記を要する
物權變動
(一)物權變動
の種類

第三 登記を要する物權變動

(一) 物權變動の種類。

登記を要する物權變動の種類は、前述登記を要する権利の設定・保存・移轉・變更・處分の制限及び消滅である(不登法一)。民法第一七七條は單に得喪及び變更と規定して居るけれども、不動産登記法第一條は民法の趣旨を承け之を補充して右の如く規定したものである。

(1) 保存

(1) 保存 不動産物權の保存とは、物權の取得が物權の設定・移轉以外の原因に基く場合に、物權の取得者が登記をして自己の權利を保存する場合であつて、未登記不動産についての保存登記とか、先取特權の效力を保存する爲めの登記(三三七、三三八、三四〇)などが之である(我妻氏六九頁、末川氏一三四頁)。但し石田博士(一七三頁)は「未登記不動産の所有者の申請に基いて爲す保存登記、又は登記官吏が職權を以て爲す未登記所有權の保存登記(不登法一二八一―三四)は、何れも權利の得喪變更に關する登記でなく、權利の現狀を公示する權利登記であつて、物權の變動に關する登記の前提として必要な登記であるから、斯る保存登記は茲に所謂「保存」の中には含まれない。」として居られる。

(2) 處分の制限

(2) 處分の制限 不動産物權者が普通當然に有すべき處分權能が特別の場合に於て制限されて居る時は此の旨を登記しなければ第三者に對抗することが出来ない。

(a) 其處分制限が當事者の意思表示によつて生ずるものであるときは一貫して此の原則が

認められる。例へば、共有不動産不分割の契約(二五六I但、一〇二一、不登法七八)や永小作權の讓渡又は轉貸の禁止の特約(二七二但、不登法一二二)の如きである。けれども地上權の讓渡又は轉貸の禁止の特約の如く、何等登記手續の設けられてゐないものは、之を登記して第三者に對抗するの效力を生ぜしめる由がない。

(b) 處分制限が法律上當然に生ずる場合には登記がなくとも第三者に對抗することが出来る。例へば遺言執行者ある場合に於ける相続人の處分の制限(一一一五)の如きである。

(3) 權利の消滅

(3) 權利の消滅。

(イ) 物權の客體たる物の滅失によつて權利が絶對的に消滅する場合は既に對抗問題を生ずる餘地がないから登記を必要としない。

(ロ) 權利の消滅が登記簿上或は法律の規定上明瞭な場合も登記を要しない。例へば、(a) 物權の存續期間が法規によつて定められてゐる場合、其期間の経過によつて物權が消滅した時、又存續期間が契約によつて定められてゐる場合でも其れが登記されてゐる時、(b) 混同による物權の消滅は一般に登記がなければ第三者に對抗出来ないが、併し混同を生じた權利が何れも登記されてゐて混同の事實が登記簿上明かな場合。

(ハ) 辨濟其他の原因によつて債權が消滅した結果其債權を擔保してゐた擔保物權も消滅した場合には、對抗要件としての登記は必要でない。

にのみ有効であるとし、末川博士（一五六頁）は之に賛成せられる。我妻教授（八一頁）は「甲の同意は要するも乙の同意は之を要しない」とされる。

（三）物權變動の原因

物權の變動は之を生ずるに至つた原因——此の原因は前項に於て述べた登記原因とは稍々意味を異にする——の如何を問はず凡て登記を要するか。此の點に關しては凡そ次の様な三の見解がある。

(1) 物權變動が當事者の意思表示によつて生ずる場合にのみ登記が必要である、とする見解（石坂博士） 故に此の見解に依れば、相続・土地收用・取得時効・添附等の如く當事者の意思に依らないで不動産物權の變動が生じた場合には、登記がなくても第三者に對抗し得ることとなる。其理由とする所は、「民法第一七六條は意思表示による物權の得喪變更を規定し、第一七七條は此の規定を承けて之に關する第三者の對抗要件を定めたものであるから、意思表示以外の原因に因る不動産物權の得喪變更には民法第一七七條の適用がない。」と言ふのである。けれども之に對しては、以下の如き批難がある。(a)民法第一七六條は物權變動の成立に關する原則を規定するに反し、第一七七條は單に登記を以て第三者に對抗するの要件とする旨を規定するに止まるものであるから、右の如く解することは出来ない。(b)民法第一七六條には「設定及ヒ移轉」と規定し、第一七七條には「得喪及ヒ變更」と規定してあるのに徴しても兩條の規定する範圍が異なるも

のであることが知られる、と。

(2) 物權變動が當事者の意思表示による場合及び當事者間の權利關係に基因する場合には登記が必要であるが、死亡による相続や時効及び添附による物權取得の如く、第三者が登記名義人と取引する餘地が無かつたり、又第三者なるものが無かつたりする様な場合には登記が必要でない、とする見解（横田氏六二頁） 理由は、「民法第一七七條は明文上物權變動の原因について何等制限する所はないけれども、實際に於ては登記を要しない場合があるのだから、さう言ふ場合でも尙ほ登記を要求する必要がない。」と言ふのが根本であつて、登記の必要である所以を實質的に考へ、「其れは物權の歸屬者が何人であるか不明である爲めに第三者の陥り易い過誤を防がうとするものであるから、其必要のない場合に迄登記を要求することは愚である。」とするのである。そして其結論として「死亡相続及び取得時効其他原始所得の場合には登記を要しない。」としてゐる（本書一〇二頁参照）。

尙ほ石田博士（一四六頁、一五四頁、一五八頁）は、「我が民法は登記を以て不動産物權變動の成立要件と爲さず單に第三者に對抗する要件としてゐるに過ぎないから、不動産物權の變動があつても其原因の特異性によつて、全然對抗問題を生じない様な場合には實際上登記を爲すの必要を見ない。」とせられ、其例として死亡相続の場合と目的物の滅失による物權消滅の場合とを擧げて居られる。

(3) 凡ゆる物權變動について登記を要する、とする見解(中島氏四八頁、三浦氏三六頁、遊佐氏三六頁、我妻氏六八頁、小池氏五二頁、田島氏七三頁、末川氏一三七頁)之が今日の通説であるが、併し此の見解に従ふにしても、第三者との間に對抗問題を生ずる餘地の全然無い場合には登記も必要でないこと勿論である。判例は明治四十一年の聯合部判決以來此の見解を採る(明四一・一二・一五大判)。主な理由は、(イ)民法第一七七條によるも、又不動産登記法の諸規定によるも何等制限を要求する文字はない。(ロ)物權變動の公示方法は成るべく廣汎に且つ劃一的に行はれることが公示の原則の要請に適ふ。と言ふことなどである。

次に従來實際上問題になつた事例を示せば、

(1) 意思表示による物權變動。

(イ) 物權の變動が契約によると單獨行為によるとを問はず、更に生前行爲によると遺言によるとを論せず、意思表示を要素とする法律行為によつて生ずる場合には凡て登記を要すると言ふことには異論がない。

(ロ) 法律行為が一定の條件の成就することによつて生ずる場合には豫め登記を爲すことによつて對抗要件の具備を後日に留保して置くことが出来る(一二九、不登法二)。そして條件が遡及效を有する場合(一二七)、無權代理行為が追認された場合(一二六)、選擇債權の選擇があつた場合(四一一)の如く、物權變動の効果が遡及する場合に於ても、之等の物權變動につき豫め登記

(1) 意思表示による物權變動

が爲されてゐる時は第三者に對抗することが出来る。民法は後の二の場合につき「第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス」(一一六但、四一一但)と規定してゐるが、物權の變動に關する限りに於ては登記によつて決するのが正當である(我妻氏七〇頁、末川氏一三八頁)。

(ハ) 法律行為の取消によつて一度生じた物權變動が遡及的に復歸する場合に付ては區別して考へなければならぬ。

(a) 取消によつて生ずる物權變動は登記がなくても第三者に對抗出来る。そして詐欺の如く遡及的効力が制限される場合(九六Ⅲ)の外は一般に絶對的効力がある。

(b) 併し取消後に於ては登記がなければ以後に其不動産について正當な權利關係を有するに至つた第三者には對抗し得ない(我妻氏七〇頁、末川氏一三八頁)。

(ニ) 法律行為の解除又は解除條件の成就によつて生ずる物權變動についても區別して考へなければならぬ。

(a) 法定解除(五四一)に於ては其物權の復歸は登記がなくても解除前に取引した第三者には對抗することが出来るが、既に對抗要件を具へてゐる様な第三者の權利は害することが出来ない(五四五I但)。

(b) だが解除後に於ては其物權の復歸につき登記がなければ其後に取引した第三者には對抗することが出来ない。

(c) 意思表示による解除権の留保及び解除条件付行為等の如く、解除の効果が當事者の意思表示に基く時は、買戻の特約がある場合と同様に豫め之を登記して置かなければ解除の効果として生ずる物權變動は之を以て第三者に對抗することは出来ない(不登法三八、民一二七II、同五八一。我妻氏七〇頁、末川氏一四〇頁)。

(2) 競賣 民事訴訟法又は競賣法に規定する競賣によつて生じた物權變動についても登記を要する(民訴七〇〇、競三三)。

(3) 公用徵收 之も矢張り登記を要する。而して公用徵收による物權の取得は原始取得であるが、登記の取扱に於ては移轉登記を爲すべきものとする(不登法一〇三、一〇三ノ二、一二七ノ二、一四九)。

(4) 取得時効 「時効による取得其他原始取得の場合には登記がなくとも第三者に對抗し得る。」とする見解がある(横田氏六七頁)。其理由とする所は、(a)物權の得喪變更が原始的の性質を有する時には對抗要件の欠缺の爲めに之を否定せしめるのは理論に反する、(b)時効取得の如き原始取得の場合には當事者がなく、従つて對抗せらるべき第三者がないから、と言ふに在る。併し通説は「時効取得の場合にも登記を要する。」とする。其理由は、(イ)一定期間の占有のみによつて時効が完成するものとする我が民法に於ては(獨民法では占有と登記の兩者を要件とする)、時効による取得も矢張り登記によつて公示するものでなければ第三者に對抗し得ないと解するのが

時効に因る不動産所有權の取得を第三者に對抗するには登記を要する(大ニ判)

妥當である、(ロ)當事者と言ふのは必ずしも法律行為の當事者に限らず單に權利を取得した者又は喪失した者をも含めて言ふことがあるのであつて、現に民法にも時効の當事者なる文字を用ひてゐるから(一四五、一四八)、原始取得には當事者なく従つて第三者が無いと言ふ理論は妥當でない、と言ふ様な點に存する。

尙ほ時効による物權取得の登記については、法律に別段の定めはないけれども、(イ)既登記の不動産については移轉登記を、(ロ)未登記の不動産については前所有者に保存登記を爲さしめた上で更に移轉登記を爲すべきであるが、(ハ)其未登記不動産が建物である場合には時効取得者に於て自ら保存登記をしても差支なく、(ニ)又時効によつて地上權其他の制限物權を取得した場合には設定登記を爲すべきものとされてゐる。

(5) 相續。

(イ) 生前相續の場合 此の場合に於ては被相續人が尙ほ其登記名義を利用して第三者と取引を爲す虞があるから、相續人に於て相續登記を爲さなければ第三者に對抗し得ない。

(ロ) 死亡相續の場合 多數説は此の場合に於ても尙登記を要するものとする(中島氏五四頁、遊佐氏三九頁、末弘氏一二九頁、我妻氏七二頁、小池氏五三頁)。其理由とする所は、(a)相續人が其承繼した所有權を主張して地上權者や永小作人から地代や小作料を取立てたり第三者の取得時効を中斷したりするに必要である。(b)當該不動産が既に被相續人の贈與或は遺贈によつて第三者

(5)相續
相續と不動産登記との關係を論ずべき(附二行)

に歸してゐる場合に於ては一般第三者は物權の所在を知り難く従つて第三者の利害に影響を及ぼすことがあり得るから。(c)實際上の必要は少いが理論上此の場合を例外とすべき必要がないのみならず、遺産相續に於て、例へば數人が共同に相續せるにも拘はらず其一人に全部の登記がある様な場合には、他の相續人は登記がなくては第三者に對抗し得ないこととなるから、と言ふことなどである。

だが之に對しては相當有力な反對説がある。其の主張する所を要約すれば、「死亡相續の場合に於ては物權變動の當事者たる被相續人は最早現存してゐないから、其者と取引する第三者なる者も存在し得ないわけであつて、實際上對抗の問題を生ずる餘地がない。故に他日相續人が相續財産を處分しようとする時に相續登記を爲せば足りる。」と言ふのである(石田氏一五五頁、末川氏一四四頁、横田氏六三頁、田島氏七六頁)。而して前説の主張する理由に對しては、(a)相續人が其承繼した所有權を主張して地上權者や永小作人から地代や小作料を取立てたり第三者の取得時效を中斷したりするには、單に自己が相續によつて權利を取得してゐる事實を立證しさへすれば足るのであつて、敢へて登記を要するとすべき理由はなく(尙ほ石田博士一四五頁は、物權自體の主張又は行使の問題と對抗問題とを混同したものであるとせらる)。 (b)遺産相續の場合に於て共同相續人は各自の相續分に應じた持分以上には權利を有しないから(一〇〇三)、其一人が遺産全部の登記をしても持分以外の登記は實體法上權利を有せぬ者の爲した虚偽の登記に外ならず、従つて他の相續人

(6) 建物の新築

は登記の虚偽であることを立證して第三者の權利取得を争ひ得るのみならず、其登記を信じて取引した第三者は縱令善意であつても我が民法が登記に公信力を認めてゐない以上權利を取得することは出来ない。即ち之は登記の公信力の問題であつて對抗力の問題ではない、と反駁してゐる。

(6) 建物の新築 請負人によつて建物を新築する場合に於ては所有權歸屬の態様によつて見解が分れる。

(イ) 新築建物の所有權が最初から又は完成と同時に當然注文者に歸屬する場合——例へば注文者が主たる材料を提供するか又は當事者が完成と同時に物權變動を生ずる旨を特約した時には登記を要しないとす説(末弘氏三一頁、末川氏一四六頁)と、此の場合にも登記を要するとする説(我妻氏七四頁)とがある。

(ロ) 新築家屋の所有權が一旦請負人に歸屬した上引渡によつて注文者に移轉される場合——例へば請負人が主たる材料を提供した場合——には登記を要することに異論がない。

(7) 尙ほ處分の制限及び物權の消滅の場合に於ける問題については、前述せる所(九四頁以下)を参照されたい。

登記の方法

第四 登記の方法

(1) 登記手續

(1) 登記手續。

登記は登記法の定むる所に従つて爲さなければならぬ(一七七)。即ち管轄登記所に於て登記簿

に記入して之を爲すのであつて、管轄登記所は原則として登記すべき権利の目的たる不動産の所在地を管轄する區裁判所又は其出張所である（不登法八）。登記簿は土地登記簿と建物登記簿の二種とし（不登法一四）、別に立木法によつて立木登記簿が設けられてゐる（同法二〇）。登記簿には原則として一つの不動産につき一用紙が備へられ（不登法一五）、不動産を基準として物的編制主義による（之に對し権利者を基準とするを人的編制主義とする）。而して縦令登記の申請があつても登記官吏の過失等で登記簿に記載せられなかつた時は登記としての効力がない。又同一不動産につき既に登記がある時は、縦令其れが無効なものであつても先づ之を抹消しなければ第二の登記は許されない。同一の不動産に二個の登記がある時は後のものが無効である。

登記は法律に別段の定ある場合を除く外當事者の申請又は官廳若くは公署の囑託によつて之を爲す（不登法二五）。而して登記の申請又は囑託が形式上の要件を具備してゐる時は登記官吏は必ず登記することを要し、實質上の點例へば登記原因の有効無効の如き點迄も審査する権利もなければ義務もない（不登法四九）。之を形式的適法主義と呼ぶ。登記が當事者の申請に基いて爲される場合には登記権利者（登記を爲すことにより利益を受ける者）及び登記義務者（登記を爲すことにより不利益を受ける者）又は之等の代理人が登記所に出頭して爲すべきものとする（不登法二六）。但し例外として登記権利者が單獨で爲し得る場合もある（不登法二七、二八、三二、三三）。

(二) 登記請求權。

(二) 登記請求權

登記が登記権利者と登記義務者との共同の申請に基いて爲される場合には、登記権利者は登記義務者に對して登記の申請に協力すべきことを請求し得る權利を有すると觀られる。之を登記請求權と言ふ。従つて登記官吏に對して登記を申請することに關する所謂登記申請とは異なる。

登記請求權の根據——或は發生原因——については之を一元的に觀る見解と多元的に觀る見解とがある。

(1) 一元的に觀る見解によれば、「登記請求權は實質上の權利關係と登記簿上の權利關係とが合致してゐない場合に此の不合致を排除することにより利益を受ける者（登記権利者）から不利益を受ける者（登記義務者）に對し實質上の權利の效力として法律上當然に生ずるものであつて、物的請求權の一種である。」とする。之が今日の多數說である（中島氏論文「登記請求權」三八二頁、末弘氏一四一頁、我妻氏八一頁、田島氏九一頁、末川氏一五九頁）其の理由とする所は、「蓋し多元的に色々の原因を列擧して觀ても、其れは結局實質上の權利狀態と登記簿上の記載との不一致を來す個々の原因を列擧するに止まるものであつて、之に依り登記請求權の本質を明かにすることが出来ないのみならず、凡ての登記請求權につき矛盾なく説明することは困難であるから。」と言ふにある。

但し登記請求權を以て物上請求權の一種と觀ることにについては、末川博士（一五九頁以下）は反對して居られる。即ち、「物上請求權は専ら物權の内容たる現在の狀態に對する侵害があること

によつて實體法上の關係に於てのみ成立するものであるに反し、登記請求権は必ずしも之を問題とせず實質上の權利状態が登記簿上の記載と齟齬してゐることにより當然發生するものであるから、現在既に物権者でなくなつてゐる者についても與へられることがあると共に、又現在既に物権を侵害してゐるとは言へぬ者に對しても登記義務が課せられることがある。」とされる。

(2) 以上に反し石田博士(一八一頁以下)の見解によれば、「登記を以て不動産物權變動の成立要件としてゐる法制では、登記しなければ物權の變動を生じないから物權の變動によつて登記請求權が發生する様な餘地は無く、唯既存登記の抹消とか變更とかの如く登記簿上の權利状態と實體法上の權利状態との間に不一致を來した場合に其齟齬を排斥するが爲めに登記請求權が發生するに過ぎない。従つて斯る法制に於ては登記請求權を一元的に定めることも出来るし、又物權的請求權の一種であるとする事も出来るが、我が民法の如く意思主義を採つてゐる法制では場合を分けて考へなければならぬ。」とされ、(イ)物權變動に基く場合の登記請求權は不動産物權が變動したと言ふ事實其ものに基いて物權變動を公示するが爲め法律の命する所に従ひ當然に生ずるものであるから、此の場合に於ける登記請求權者は必ず物權變動の當事者でなければならず、又物權變動の當事者であるが故に此の登記請求權を取得するのであつて、實體法上の物權的請求權の一種として有するものでないが、(ロ)登記原因の無効若くは取消により既存登記の抹消若くは回復の登記を申請する場合に於ける登記請求權は兩法上の權利状態の齟齬——即ち登記簿上の權利状态と實體法上の其れとの齟齬——を直接の原因として發生し、實體法上の權利者が登記簿上の齟齬を排斥し自己の權利を保全せんとするものであるから、之は實體法上の物權から派出する物權的請求權であり、従つて此の場合に於ける登記請求權者は物權行爲の當事者に限らない、とされる。

判例は現實に發生した個々の事案について下された判斷である關係上更に多元的である。(イ)契約其他による物權の變動があれば之に附隨して其當事者に發生する。(ロ)當事者間に登記を爲すべき特約によつても生ずる。(ハ)登記と眞實との不一致があることによつて生ずる。となす。登記の申請に協力すべき旨の特約を爲すことは可能であつて、特に不動産賃借權の如きは當事者間に登記を爲すべき旨の契約なくしては登記し得ない。併し斯る契約に基く登記請求權は純然たる債權であつて、茲に所謂登記請求權とは異なる。

登記請求權は之を生ぜしめてゐる原因の存在によつて生じてゐるのだから、其原因の存在する限り此の請求權も亦存在し、獨立に消滅時効に罹ることはない。

登記義務者が登記申請に協力しない時は登記權利者は其意思表示を求むる訴を起し(四一四Ⅱ)判決を得た上で單獨に登記の申請を爲すことが出来る(不登法二七)。

(三)假登記

(三) 假登記。

(1) 登記の種類 登記は大別して之を終局登記(本登記)と豫備登記の二種とする。終局登

記は物權の變動が實體法上完全に效力を生じ、而も登記申請に必要な手續上の要件が具備してゐる場合に爲される登記であつて、登記として完全な對抗力を生ずるのは此の登記に限る。其内容により記入登記・變更登記・回復登記・抹消登記に分れ、更に其方法によつて新登記と附記登記とに分れる。豫備登記は終局登記を爲すについての實質的又は形式的要件が完全に具備してゐない場合、將來の終局登記に對する準備の意味で爲される登記であつて、豫告登記と假登記とに分れる。豫告登記は登記原因の無効又は取消による登記の抹消又は回復の訴のあつた場合に於て之を爲すものであつて（不登法三）、訴訟の結果登記せる權利が不存在のものとなることあるべき旨を第三者に豫告するものである。假登記については問題が多い。

(2) 假登記の爲される場合 假登記の爲される場合は不動産登記法第二條の規定する所であつて、(イ)登記の申請に必要な手續上の條件が具備しない時（故に此の場合は既に登記を爲すに適する物權變動が生じてゐることを前提としてゐる）、(ロ)物權變動の請求權を保全せんとする時、(ハ)右の請求權が始期附又は停止條件附なる時其他將來に於て確定すべきものなる時の三である。

(3) 假登記の效力 假登記の效力は本登記の爲めに其順位を保全するに在る（不登法七II）。換言すれば本登記の效力即ち當該物權變動の對抗力は、假登記の當時に遡及して生ずることになる。故に例へば、甲所有の不動産について乙が移轉の假登記をして置けば、それでも甲は尙ほ此

の不動産を處分する權利を失はないから、此の上に丙の爲め抵當權を設定して本登記を爲すことが出来るけれども、後日乙が既に爲してある假登記に基いて本登記を爲せば、乙への所有權移轉は丙の抵當權に優先し、抵當權は其效力を失ふことになり、若し又乙の假登記が抵當權の設定に關するものであつたとすれば、其本登記によつて丙の抵當權は次順位に下ることとなる。假登記の效力は以上で以て盡きるのであつて、之により從來の權利者が其不動産に對して有する權利を制限されるものでもなければ、又第三者に對しても其れ自身單獨には何等の對抗力をも生ずるものではない。唯假登記も公示方法たる登記の一種である以上、第三者に對する關係に於て警告的の意味は有すると言ふことが出来る。

第五 登記の效力

(一) 登記の有效要件

登記が有效である爲めには登記されてゐる權利又は其變動が實際に存在してゐることを要するは勿論、其登記は登記法の定むる所に従つて爲されたものでなければならぬ。前者を實質的要件とするならば、後者は形式的要件である。

(1) 實質的要件 事實上物權の得喪變更が存在しない以上、たとひ之ありとして登記を爲しても、斯る登記は無効である。だが、單に地番や坪數の表示などに多少の誤謬があると言ふに止まる様な場合は、尙ほ不動産の同一認識が出来ると言ふ範圍に於て其登記は有效であるとされ

る。又たとひ實體法上眞實に符合せぬ爲めに其登記は無効であるとされる場合でも、登記が形式上存在してゐるが爲めに有してゐる効力は之を無視することが出来ないから、之を抹消せず更に兩立し得ない登記を爲すことは許されない。

(2) 形式的要件 登記がたとひ實質的要件は具備してゐても、登記法に定めてある形式上の要件を缺く場合は矢張り無効である。

(二) 登記の效力。

(1) 對抗力

(1) 對抗力 登記が實體法上で有する効力は不動産物權變動の對抗要件たることに存する。従つて右に述べた所の登記の有効要件は主として此の登記の對抗要件としての効力發生に關するものである。蓋し上記の要件を缺く登記は何等對抗要件としての効力を生じないけれども、以下述べようとする登記の推定力や公信力は登記の外形のみについて生ずる効力であつて、其實質上の有効無効とは別個の問題だからである。

登記の對抗要件としての効力については既に詳述した所であるから、茲では之以上の説明は省略する。

(2) 推定力

登記には推定力があると言はれてゐる。即ち苟くも登記簿上の記載がある限り其記載は一應眞實に合するものと推定されると言ふのである。我が民法には之を認める直接の規定は無いけれども、登記簿は公簿であり、又登記の申請には種々の證明書を必要とし、且つ形

式上登記が存在する限り一應登記官吏を拘束して、先づ其登記を抹消しなければ之と相容れない新たな登記を爲すことが出来ないといふ點等から考へて、登記には推定力があると解されてゐる。従つて登記簿上の記載を信じて取引した者は特別の事情がない限り過失があるとは言ひ得ないのであるが、併し其れは單なる推定に止まるのだから、登記の記載が眞實に合してゐないことの證明がなされるならば其推定は覆へされる。

尙ほ民法は占有に付て一般的に推定力を認め、「占有者が占有物の上に行使する權利は之を適法に有するものと推定す」と規定してゐるのであるが(一八八)、此の規定は登記のある不動産については適用がないものと解されてゐる(末川氏一七一頁、我妻氏三二七頁、石田氏三〇九頁)。蓋し不動産上の權利の所在は不動産の占有によるよりも、登記によつて表示されることが多く、又實際取引の上にも不動産に關する取引は登記を見て爲されるのが一般だからである。即ち不動産にあつては登記の推定力は占有の推定力よりも強いと言ふことになる。

(3) 公信力

之は登記簿上の記載を信頼して取引した者は其信頼を保護されることが出来るかどうかと云ふ問題であるが、後に述べる所(一二二頁)を参照されたい。

第三目 引 渡

第一 引渡の意義

第一章 總則 物權の效力

動産ニ關スル物權ノ讓渡ハ其動産ノ引渡アルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス（一七八）。引渡と言ふのは本來は其動産に付ての現實の支配を移轉すること——即ち占有の引渡みに限らず、簡易の引渡（一八二Ⅰ）や占有改定（一八三）及び指圖による引渡（一八四）の如く占有物の所在を移轉することなく單に意思表示のみによつて生ずる引渡をも包含する。

引渡は登記と異り一時的な現象に止まり、且つ物權變動の内容や過程をも一々顯示するものではないから、之を以て物權變動の公示方法とし對抗要件としての機能を果さしめるには甚だ不完全なものであると言はなければならぬ。殊に前述の如く動産の所在は從來の儘にして置いて單に當事者の合意のみによつても引渡が生ずるものとする觀念的な引渡の方法をも認めるに於ては殊更のことである。けれども動産は其個數殆んど無數であるのみならず、其移轉や生滅も實に頻々であるから、之に付て一々登記の方法を設けると言ふことは事實に於て不可能である。而も實際に於ては引渡でさへも悉くの場合について必ず現實の引渡を爲さなければならぬとすることは、今日の活潑なる取引關係の上から見ても甚だしく不便であり又無意味であることもある。故に斯る場合には、現實の引渡を伴はぬ便法による引渡を以ても足りるとしたものであつて、動産の公示方法として他に適當な方法を工夫することが出来ない限り誠に已むを得ないことであると言はなければならぬ。而して其反面に於ては取引上不都合な結果の生ずることあるべき場合の爲

引渡を要する物

めに、動産の占有に公信力を與へることにより之を緩和せんとしてゐるのである。

第二 引渡を要する物

引渡を以て對抗要件とする權利の客體は動産に限る。けれども、(1)從物たる動産は別段の意思表示がない限り主物の處分に從ふべきであるから、不動産の從物たる動産についての對抗要件としては其不動産の爲めに存する登記以外に引渡を要することはない。(2)船舶は動産であるけれども、之に付ては別に登記の制度が認められ（商六八六）、此の點に於ては不動産と同様に取扱はれてゐるから引渡を以て對抗要件とすることはない。(3)貨物引換證、倉庫證券又は船荷證券によつて表象された商品に於ては、之等の證券の交付が商品其ものの引渡と同一の效力を有すること、及び證券の引渡が單に動産物權變動の對抗要件たるに止まらず效力發生要件であることに於て、民法第一七八條に對する例外をなす（商五七三、五七五、六〇四、六二〇、七七六）。(4)無記名債權は動産と見做される（八三Ⅲ）から、引渡を以て對抗要件とする。併し右に述べた商法上の有價證券が裏書交付を以て讓渡行爲其ものの效力發生要件としてゐる點との權衡上、立法論としては無記名債權についても同様の取扱を爲すべきである、と言はれてゐる。

第三 引渡を要する權利及び變動

(一) 引渡を要する權利。

民法第一七八條は廣く「動産ニ關スル物權」と規定してゐるけれども、實際に其適用を受け

引渡を要する權利及び變動
(一) 引渡を要する權利

るのは所有権だけである。之を通説とする（但し横田氏一〇七頁は動産質にも其適用があるとせられ、又中島氏七四頁は更に留置権にも適用ありとせられる）。蓋し、(1)地上権・永小作権・地役権・抵當権は何れも不動産についてのみ成立する物権であるから、引渡を以て對抗要件とするが如きことはない。(2)占有権・留置権(三〇二)・質権(三四四、三四五)は何れも占有を以て権利の成立乃至存続の要件としてゐるから、(但し質権に付ては一旦有効に成立した以後に於ける占有の喪失は單に對抗力を失ふに止まるとする説—三齋氏、石田氏、勝本氏、田島氏、小池氏—と、質権自体が消滅するとする説—中島氏、我妻氏、抽木氏—とある) 別に其讓渡について引渡を對抗要件としなければならぬ理由はない。(3)先取特権(三〇六、三一)は物の占有を伴はぬ物権であるから、たとひ之を讓渡し得るものとしても其對抗要件として物の引渡を要すると言ふことはあり得ない。

(二)引渡を要する物權變動

(一) 引渡を要する物權變動。

引渡を必要とする物權の變動は「第一七八條の示す如く、當事者の意思表示に基く「讓渡」及び之と同様に取扱はれる讓渡契約の取消や解除による所有權の復歸の場合に限る。」とするのが通説である(但し遊佐氏四七頁は、共有物の分割の如きは所有權の變動とも解し得るから本條には「變更」の場合をも掲げる必要がある、とせられる)。蓋し、(1)先占・時効・遺失物拾得等の如き原始取得に於ては、必ず物の占有なる事實を伴ふのであるから別に引渡の問題を生じない。(2)又埋藏物の發見・附合の如きは占有の取得を要件としないから、矢張り右と同様の結果になる。(3)讓渡以外の承繼

取得即ち相續に於ては占有も亦原則として承繼されると解されるから、之も亦引渡を問題とする餘地がない。

引渡の效力

第四 引渡の效力

引渡は動産に關する物權の讓渡を以て第三者に對抗する要件である。對抗問題については既に詳述した所を参照せられたい。尙ほ占有の引渡によつて生ずる推定力に付ては民法第一八八條に於て説明する所を(一六七頁以下)又公信力に付ては民法第一九二條に於て説明する所(一七七頁以下)を参照されたい。

第四目 明認方法

意義

第一 意義

前述の如く民法上物權變動の對抗要件とされてゐるものは登記と引渡であるが、經濟取引の不斷の進展に連れて民法に規定せられた方法だけでは到底實際の要求を充たすことが出来なくなるから、實際取引の必要上自ら一般的に行はれるに至つた特殊の方法があるならば、之を以て法律の固定性から生ずる不便を緩和しなければならぬ。蓋し物權の客體となり得る物は獨立性を有するものでなければならぬのであるが、物の獨立性は既に述べた如く、要するに社會觀念に従つて決定されるものであるから、當時の經濟取引に於て之を獨立に取引の目的とする價值があるものと認められてゐる場合には、其れが取引を禁すべき理由がなく、例へば立木法の適用を受け

ない樹木の集團や、未分離の果實の如きは、或は土地や元物の一部であるが如くにも考へられるが、今日の實際取引に於て之等を獨立に取引の目的としてゐる以上、之を以て一概に無効なりとすることは、徒らに經濟取引の發展を阻害するものと言はなければならぬ。所が、之等の物についてはまだ法律上登記の方法がなく、又引渡を爲すと言ふことも、其存在の場所を移轉すると言ふ意味に於ては頗る困難な問題であり、而も物理的には獨立の物たる形態を具備してゐないのだから其物權變動を第三者に知らしめる必要が殊に大であるにも拘はらず、民法の規定する形式を以ては之を爲すに由がないといふことになる。そこで從來之等の物の取引に於て一般に慣習的に行はれて來た特別な方法、例へば立木については皮を削つて譲受人の名前を書くとか、或は畑の周圍に繩を張つて立札をするとか言ふ様な方法を、判例に於ても之を是認し、登記や引渡によつて充たし得ない部分を補充してゐるのであつて、學說に於ても一般に之を支持してゐるのである。而して斯る方法を明認方法と呼んでゐる。

立木に關する物權變動の公示

第二 立木に關する物權變動の公示

土地に生立してゐる樹木即ち立木は、通常の場合に於ては土地の構成部分として土地所有權の内容を爲し、土地所有權の讓渡又は抵當權は原則として立木に及ぶと解されるのであるが、併し其れは場合によつて必ずしも同一に解することは出来ない。

(一) 明認方法を必要とする場合。

(一) 明認方法を必要とする場合

一筆の土地又は一筆の土地の一部分に生立する樹木の集團であつて其所有者が立木法により所有權保存の登記をなしたもの(立木法一)は土地から獨立した不動産となるから、土地と分離して讓渡し又は抵當權の目的とすることが出来る。そして斯る立木の權利變動は登記簿上明瞭であるから、他に明認方法を問題とする必要がない。

然るに立木法によつて所有權保存の登記をしてゐない樹木の集團でも、當事者が獨立に取引の目的と爲さうとする場合には之を否認すべき理由はなく、又古くから一般に行はれてゐる所でもある。所が斯る樹木の集團については其權利變動を獨立に公示する方法が法律上認められてゐない。そこで嘗ては、(1)土地と立木が同一人の所有である場合には、土地の所有權移轉の登記を以て立木の所有權移轉を第三者に對抗し得るものとし、(2)或は、立木の取得者の爲めに其生立する土地の上に地上權又は賃借權を設定すれば之を以て立木に關する物權變動の對抗要件を具備するものとした様な例もある。けれども前者は立木を地盤から分離して獨立に取引の目的とする場合には意味を爲さず、又後者も立木のみに關する公示方法としては必要以上のことを要求するものであつて、例へば伐採の目的で立木を讓受ける様な場合に於ても一々地上權や賃借權を設定し之が登記をしなければならぬとするのは不必要でもあり又無意味でもある。そこで土地とは別個に立木其ものの所有權歸屬状態を公示するに足る方法を必要とするに至るのであつて、其れが所謂明認方法である。尙ほ右は個々の樹木についても同様であつて、判例も之を是認する。

(一) 明認方法。

明認方法とは判例の表現に従へば「第三者ヲシテ權利取得ノ事實ヲ明認セシムルニ適スル方法」である。最も普通には立木の皮を削つてそこに所有者の氏名を墨で書くとか、或は焼印を押すとかであるが、山林中にあちこちと伐採を爲すべき小屋掛をしてゐるとかでも可いとされる。而して斯る明認方法は物權變動の當時に存在してゐたことを以て足るのではなく、其後も繼續して存在することを要し、第三者の權利取得當時に於て現存することを要する。但し權利取得の原因や前所有者の名稱の如きは之を表示して置く必要はない。

(三) 明認方法の效力

(1) 明認方法の效力は立木に關する物權の變動を以て第三者に對抗することを得しめるに在る。

(2) 明認方法による公示と土地所有權の取得又は地上權や賃借權設定の登記による公示との間には其效力に於て差異がない(我妻氏一〇八頁、末川氏一九〇頁、判例)。但し末弘博士(一九〇頁)は、「明認方法は一時的の便宜方法であつて複雑な内容を示すことが出来ないものであるから」と言ふ様な理由で登記の方に強い效力を認むべきだとされてゐる。

(3) 明認方法によつて公示し得る物權の變動は立木所有權の移轉に限り、抵當權設定の如きに於ては許されない。蓋し明認方法は所有權移轉の場合にのみ實際取引上の慣行によつて認めら

れて來たものであり、而も登記簿の如く權利の内容を詳かに公示するには適しないものだからである。

未分離の果實に關する物權變動の公示

第三 未分離の果實に關する物權變動の公示

未分離の果實も其元物たる樹木から切り離して取引の目的とせられることは少くない。斯る場合には未分離の果實は獨立の物として取引の客體となつてゐるのであるから、前述の立木と同じ様に其れ自身獨立に公示する爲め明認方法を必要とする。

判例が此の種の物について明認方法による物權變動を認めたものは温州蜜柑・桑葉・煙草・立毛等である。而して判例の大體の傾向によれば、明認方法は單に引渡のあつたことを明認せしめる方法であつて引渡の外に尙ほ明認方法を必要とするものの如くであるが、「之は未分離の果實を以て動産視することに拘泥するものであつて、明認方法は其れ自體が所存權の移轉を公示するものとして必ずしも引渡のあつたことを前提としないと解するが正當である。」とされる(我妻氏一〇九頁、末川氏一九五頁)。

斯る場合の明認方法が如何なる形式でなされるかは各具體的事情によつて異なるが、最も普通に行はれてゐるものとしては、田や畑の周圍に繩張りをして所有者の氏名を墨書した立札をするなどである。

第四 流水及び温泉に關する權利變動の公示

流水及び温泉に關する權利變動の公示

土地の一部の如くであつて而も獨立の經濟的價値を有するものとしては尙ほ流水及び溫泉があるが、其何れについてもまだ獨立の公示方法が存在しない。

登記の公信力

第三項 公信の原則による物權の變動

第一 登記の公信力

登記に公信力があるかの問題は、我が民法の解釋としては否定しなければならない。之が通説である。故に「登記簿上或不動産ノ登記名義者タルモ其者ニシテ本來所有權ヲ有セサル者ナルニ於テハ其者ヨリ該不動産ヲ買受クルモ所有權移轉ノ效果ヲ生セサルヤ論ヲ俟タサレハ買受人カ所有權移轉ノ登記ヲ爲シタルト賣渡人ノ所有者ナルヲ知ラスシテ買受ケタルトニ拘ハラズ眞正ノ所有者ハ其所有權ヲ以テ買受人ニ對抗スルコトヲ得」(明四一・一〇・二七大判)とされるのである。主な理由は次の如くである。

(一) 登記の公信力の如きは、登記を以て物權變動の成立要件となし一切の不動産物權を登記の上に反映せしめ登記が同時に不動産物權關係の表現形式となつてゐる様な形式主義の民法に於て始めてよく理論上の構成と實際上の效果とを完うし得るものであつて、我が民法の如く登記に創設的效力を認めず單に既存事實を以て第三者に對抗するの要件とするに止まる法制に於ては、之を認めることは妥當でない。

(二) 登記に公信力を認めることは法律が一定の範圍に於て登記の内容に關し其記載が眞實で

あり完全であるとの保證を與へてゐると解される様な法制に於てのみ可能である。然るに我が法制に於ては所謂形式的適法主義を採用し、登記官吏は實質上の權利關係を審査するの權限を有しないのであるから、其爲した登記は或は眞實に合せぬことがあるかも知れないと言ふことが既に豫定されてゐるものと言ふことが出来るのであつて、斯る建前の法制では登記に公信力を與へることが出来ない。

(三) 不眞實な登記を善意の第三者の爲めに眞實であるとして權利取得の效力を認めると言ふ様な重大な例外については必ず直接の明文がなければならぬのであるが、我が民法には斯る規定がない。

右の如く登記に公信力がない結果として、不動産に關する取引の安全が害せられることは少くない。其れが爲めに立法論としては獨民法の如く登記に公信力を與へる様な制度を設けることが必要であるとされてゐる。唯抵當證券法は登記に公信力が無いことによつて生ずる不都合を或程度迄緩和して不動産金融の圓滑を圖つてゐるのであるが、併し其基礎となつてゐる登記簿の記載が絶對の公信力を有しない限り尙ほ不充分であるとされてゐる。

動產占有の公信力

第二 動產占有の公信力

動產にあつては其權利の存在が占有によつて表象せられ、之として之に付ては公信力が與へられて善意の取得者が保護されてゐる。民法第一九二條の所謂即時取得の制度が即ち之である。蓋し

既に述べた通り動産の占有は公示方法として甚だ不完全なものであり、而も動産取引の頻繁なることは到底不動産取引の其れの比ではないのであるから、若しも左程重要でない動産の取引に於ても一々其権利の實體に立入つて審査した上でなければ安んじて取引を爲し得ないものとするならば、日常生活は殆んど其煩に堪へなくなり、延いては取引の安全と敏活とを害すること甚大だからである。此の故に、取引が頻繁に行はれば行はれる程、又其實實の権利者を知ることが困難であればある程、此の公信の原則の適用を必要とするわけであつて、今日高度の流通性を有する手形や株券其他有價證券については、動産の即時取得よりも更に強い公信力が認められて居り（手一六、小二一、商二二九一、五一九）、殊に其流通の最も激甚な貨幣にあつては其占有に最強度の公信力が與へられなければならない、とされてゐる所以である。

右の如く動産の占有に公信力を認めたのが民法第一九二條の即時取得であつて、其趣旨は取引の安全を圖らんとするに存すること異論は無いが、併し其根據、換言すれば如何なる法理に基いて之を解するかについては必ずしも見解を同じくしない。民法が之を占有権の效力の部に規定してゐる所から考へれば、讓受人の占有の效力であるとも解されるのであつて、從來斯る見解の學者も少くない（中島氏一八七頁、三浦氏二九一頁、遊佐氏五二四頁、小池氏一〇四頁）。だが現在では寧ろ以上説明した如く「取得せられたる占有の効果ではなくして、前主即ち讓渡人に存したる占有に公信力を認めた結果である。」と解するのが多數である（鳩山氏八〇頁、末弘氏二六〇頁、石田氏一三

〇頁、我妻氏一一一頁、末川氏二五〇頁、田島氏一二四頁）。従つて學者によつては此の制度の説明を總論の物權變動の節に於て爲す者もあるが（我妻氏、田島氏、楠木氏）、本書は唯民法の規定する順序に従ひ占有権の效力の説明に於て更に詳述する。

第二章 占有権

第一節 總 說

現代法の占有制度

第一 現代法の占有制度

人が事實上物を支配してゐる状態があるならば、其れが正當の權利に基いてゐるものであるかどうかと言ふことは別問題として、一應事實上の状態を保護すると言ふのが所謂占有の制度である。従つて例へば、無効の法律行為によつて物を支配してゐる表面上の權利者や、他人の物を侵奪して支配してゐる盜人の如きも、其外形的支配事實自體は保護を受けるのであつて、此の事實を無視して人々が勝手に其者から奪ひ合ふが如きことは許されない。だが其れは結局に於ては法律上是認せらるべき支配ではないから、やがて眞の權利者から請求があれば其物を返還しなければならなくなるのは勿論である。従つて占有制度は唯「あるが儘の事實」に對して一應の保護を與へると言ふに過ぎないものであつて、此の意味に於て占有権は或は假の權利であるとも言はれてゐる。

右の如く單なる事實に過ぎない占有を基本の權利と切り離して別個に保護すると言ふことは、ローマ法のポセシオに由來するものであるが、現代の占有制度は更にゲルマン法のゲヴェーレをも承けて發達したものであるから、本章の理解を授ける爲め、次に此の兩制度につき簡單な説明

を試みる。

(I)ローマ法

(I) ローマ法に於ては、物に對する事實上の支配たるポセシオと純然たる法律上の支配たる所有權とを截然區別して對立せしめた。従つて其保護の方法も各獨立に定められ、ポセシオの保護は、所有權其他の權利に基くことなく之等とは無關係に與へられた。而して現行法の占有訴權(一九七—二〇二)の制度は、占有を爲し得る所の權利即ち所有權や其他の權利——本權——とは全然別個に、現在あるが儘の事實上の支配關係を基礎として認められてゐるものであるから、右のポセシオに於ける理論を承繼した最も重要なものである。此の外善意占有者の果實取得權並に費用償還請求權(一八九—一九一、一九六)も占有を其れ自體として占有を爲し得る權利から切り離して保護するが故に認められたものであるから、矢張りポセシオと同じ理論によるものである。

(II) 右に對しゲルマン法に於ては、ローマ法のポセシオの如く所有權其他の權利と對立せしめられる事實關係といふものではなく、權利の外觀を伴ふ事實上の支配を爲す者はゲヴェーレを有するものとし之によつて保護を受けた。即ちゲルマン法に於ては凡ての物權は物に對する事實上の支配によつて表現され、事實上の支配は即ち物權の行使であると考へられるのであるから、事實上の支配を保護することは同時に之と不可分的に結合してゐる權利の保護を意味した。均しく物の事實上の支配に基礎を置くものであることに於てはローマ法のポセシオと異なる所はないが、ポセシオにあつては、眞實の權利と離れてポセシオ其れ自身の爲めに效力を認めるものであるのに

反し、ゲヴェーレにあつては、眞實の権利保護の爲めに其表象たる外部的事實に對して效力を認めるのである。従つてゲルマン法に於ては、ゲヴェーレを有するものは實質的にも権利を有する者と推定せられ、訴訟上でも有利な地位を與へられて、判決によつて破られる迄は當然に権利者として取扱はれ、又ゲヴェーレは物權を表象するものとして、之を信頼して取引した者は完全に其物についての權利を取得すると共に、物の處分はゲヴェーレに付て行はれ、ゲヴェーレの移轉によつて物權は移轉した。而して現行法に於ける權利の推定(一八八)及び動産の占有が權利を表象するものとして之に公信力を與へてゐる即時取得の規定(一九二—一九四)は、右のゲヴェーレの理論を承繼したものである。

第二 占有保護の理由

法律が實質上の權利とは別個に、單なる事實に過ぎない占有を保護し占有者に權利を付與するの理由に付ては、色々の説明が試みられてゐる。だが之は占有を其れ自體として保護する制度に於てのみ問題となるのであるから、主としてローマ法の占有制度を理解するについて爲された論争が、其れの繼受と共に、我國にも紹介されたと解するのが妥當である。

(一) 占有は占有者の人格の化體(サヴィニー)ないし意思の表現(ウインドシヤイド)であるから、占有の侵害は占有者の人格に對する不法行爲となり、又意思の侵害となる、従つて占有制度は占有者の人格ないし意思を尊重して之を保護することにある。とする見解 併し之に對して

(一) サヴィニー
ウインドシヤイドの説

占有保護の理由

は、「其人格なり意思が尊重されなければならないことは、獨り占有者に限ることではないから、占有が占有として保護を受けることの理由については、占有其ものの中に之に求めなければならぬ。」とする批難がある。

(二) 占有は所有權の發現形態として所有權の所在に伴ふことを常態とするから、占有の保護は畢竟所有權の保護を完うする爲めのものである、とする見解(イエーリング) 併し之に對しては、「占有は常に必ずしも所有權に隨伴するものではないのみならず、占有制度は占有を以て所有權其他の本權とは別個に保護することを目的とするものであるから、其理由を占有其もの外に於て求めようとするのは妥當でない。」とする批難がある。

(二) イエーリングの説

(三) ヘルマン
ルビの説

(三) 占有と言ふ事實狀態其ものの中に之を保護すべき理由があるとするとするものであつて、一定の物が或人の事實的支配の裡に存する場合には、たとひ此の事實的支配狀態があるべき眞實の狀態に反するものであつても、私力を以て濫りに之を侵害すると言ふことは社會の平和と秩序を破る所以であるから、之に對して一應の保護を與へると言ふことは、社會の平和と秩序を維持する上から觀て必要な制度である、とする見解(デルンブルヒ) 之が現今の通説であり、我國の學者の殆んども之に賛する(中島氏九四頁、三浦氏二四七頁、遊佐氏四八四頁、我妻氏三〇三頁、末川氏二〇八頁、小池氏六六頁)。

(四) 右の第三説に對し、其結論に於ては何れも大した差異を見ない様であるが、(1)石田博士

(四) 我が邦の
異説

(二四二頁以下)は、ゲルマン法のゲヴェーレの保護に特に注意せられて、「権利は概念界の構成であつて、其存在は外面より知覚することが出来ないに反し、占有は表現界の事實であつて、外部より容易に知覚することが出来るものであるから、動的安全の爲めには實質的権利の保護よりも先づ以て一應権利表現の事實を保護しなければならない。」とせられ、占有保護の理由を此の點に求めて居られる。(2)又末弘博士(一九七頁)は、「法律關係を正確に規律すると言ふことと、取引關係の迅速を圖ると言ふこととの調和の中に占有保護の理由がある。」とされてゐる。(3)更に田島教授(二五九頁)は、「生活關係の現状を出来るだけ維持すると言ふことが法律上の保護を當然とする限り、占有は生活關係の連続性擁護の手段である。」とされてゐる。

占有権の性質

第三 占有権の性質

占有権は占有を法律要件として成立する権利である。即ち占有権は、人が現實に財貨を支配してゐると言ふ事實としての占有を基礎とするものであるから、物權の最も原始的な形態である。

占有が事實なりや權利なりやの問題は、我が民法の解釋としては殆んど實益がない。蓋し我が民法に於ては、占有は法律要件を構成する事實であつて、其法律効果として占有権が発生するからである。換言すれば、占有なる事實——即ち自己の爲めにする意思を以て物を所持すると言ふ事實——によつて法律要件が具備すると其處に法律効果として占有権と言ふ一種の物權が生ずるのであつて、民法第一八〇條は端的に此の事を表明してゐる。

併し一般の權利は一旦發生すれば其發生原因たる法律要件から分離して獨自の存在を有するに至るのであるが、占有権にあつては占有を以て其發生要件とするのみならず、又存続の要件とするのであつて、占有の事實と運命を共にし、暫定的の性質を有するに過ぎない。

占有権に關連する用語

第四 占有権に關連する用語

占有制度を理解する上に於て、之に關連する用語の概念を明確に區別することが必要である。

(1) 所持 物が或者の支配に屬すると認められる事實上の状態であつて、全く客觀的な關係である。

(2) 占有 右の所持に主觀的な要素(例へば自己の爲めにすると言ふ様な)が加はる時は之を占有と言ふ。故に占有は所持の中で或制約を受けたものであつて、我が民法に於て占有権の基礎となる事實は之である。

(3) 占有権 右の占有と言ふ事實が法律上保護せられることによつて認められる權利であつて、占有は法律要件であり、其法律効果として生ずるのが占有権であること前述した通りである。

(4) 占有を爲し得る權利 占有を爲すことを正當づける權利であつて、占有権とは別個なものである。従つて例へば盜人の如く占有権を有するも本權を有しない者があり、又逆に盜難者の如く本權を有するけれども占有権を有しない者がある。

第二節 占有の成立

立法主義

第一 立法主義

占有権は占有なる事實を基礎として成立する権利であること上述の如くであるが、然らば占有権の基礎としての斯る占有は如何なる事實として存在することを要するか。單に事實上物を支配してゐる關係があれば足りるものとして凡ての所持を占有と認むべきか、或は所持の中所持者の特別の意思の加つてゐるもののみを占有となすべきか、については學說立法例が岐れてゐる。そして此の問題もローマ法の占有制度をめぐつて展開され來つた論争であつて、ローマ法が均しく事實上の支配關係の中でも占有意思なる主觀的要素の有無により法律上の保護を受けるものと、受けないものとを區別して居つたことに基因し、其れが社會事情の變遷に伴ふ新たな要求に應ぜんとする近代法の立法政策論と交錯して種々の見解を生ずるに至つたものである。

(一) 主觀說

「法律の保護を受ける占有は單なる所持——體素——の外に何等かの意思——心素——の伴ふことを要する。」となすものであつて、サヴィニーの主唱する所である。だが其意思の内容が如何なるものであるかによつて、更に三に分けることが出来る。

- (1) 所有者意思說 「所有者として物を支配するの意思であることを要する。」とするもの

であつて、サヴィニーの説である。此の結果は占有権の範圍を極めて狭くする。佛民法及び我が舊民法は之を採用した。

(2) 支配者意思說 「事實上凡ての方向に於て物を支配するの意思であることを要する。」とするものであつて、ウインドシャイドが前説を修正したものである。

(3) 自己の爲めにする意思說 「物を自己の利益の爲めに支配するの意思あることを以て足りる。」とするものであつて、デルンブルヒの唱へる所である。我が民法は之を採用したものである(一八〇)。

(二) 客觀說

(一) 客觀說

「占有は所持の外に主觀說の言ふ様な特別の内容を有する意思を必要としない。」とするものであつて、イエーリングの主唱する所である。獨逸民法、瑞西民法、滿洲國民法は之を採用した。だが同じく客觀說の中でも幾分の相違がある。

(1) イエーリングの客觀說 此の説によれば、「物の支配がある所には必ず之に對應する意思の發現を認めなければならぬのであるから、物の所持の裡には當然主觀的要素も包含されてゐるのであつて、所持の外に主觀說の言ふ様な特別の内容を有する意思を必要とすべき理由はない。」とする。そして之を必要とすることの不當なことは、實際訴訟に於て意思の存否ないし其内容を立證することの至難なことによつて觀るも明かである、と。

(2) 純客觀說 右の説では所持と言ふ事實自体が意思發動の結果であるから、其以外に特別の内容を有する意思を必要としないとするのであるが、更に一步を進めて、「其所持の中に包含されてゐると解される如き意思さへも必要でない。」とする説がある。之はベツカーの主張する所であつて、前説に對し純客觀說と呼ばれてゐる。そして之に依ると、「例へば自己の知らない間に庭に投げ込まれたボールの如きも、客觀的には自己の支配内にあるのだから之について占有権が成立する。」と云ふのである。

以上の諸説は前述の通り主としてローマ法の占有制度の研究の結果として現はれたものであるが、併し自ら論者の屬する時代の社會的事情から生ずる要求や、又新時代に應ずべき占有制度の理想をも織込んでゐるものと觀なければならぬから、今日の立場に於て直ちに右の學説の當否を批判することは妥當でないかも知れない。だが、占有意思を擴大することは結局占有自體の否定を意味するの結果となるから、占有保護の理由は既に述べた如く占有と言ふ事實狀態其もの裡に存するものと解する限り、占有制度の眞の機能と言ふものは占有意思を否定する所迄徹底した時にはじめて完全に發揮されるものであると考へる。されば今日の學説に於ては客觀說が絶對多數の支持を受けてゐる。

第二 我が民法の占有

民法第一八〇條は、「自己ノ爲メニスル意思」と物の「所持」とを以て占有権が成立する旨を定

有我が民法の占

(一) 所持

めてゐる。民法第二〇三條及び第二〇四條も亦間接に此の意味を示す。

(一) 所持

所持と言ふのは、物が社會觀念上或者の事實的支配に屬してゐると認められる客觀的な關係に在ることである。社會觀念によつて決すべき問題であるから、

(1) 必ずしも有形的に他人が目撃し得るやうな形に於て物を自己の支配圏内に置いてゐると言ふやうな關係に限るのではなく、單に鍵を所持してゐることにより倉庫内の物或は金庫内の物を所持してゐると觀られ、又旅行中でも其家や家財道具に對する所持は繼續してゐると觀られるのである。

(2) 故に代理關係に非ず單に他人の機關として物を握持し又は物に接觸してゐる者、例へば留守番・家用自動車の運轉手・店員、其他僕婢の如き、有形的物理的に觀れば之等の者が所持を有してゐるが如くであるけれども、社會觀念上は之等の者は獨立の所持を有してゐるものではなく、其主人が之等の者を所持の機關として自ら所持を有してゐると觀られるのである。

(3) 従つて又必ずしも個人の主觀によつて之を決すべきものでもない。

物を所持してゐると言ひ得る爲めには其事實的支配の狀態が繼續的であることを要するか。一説には「將來に向つて多少繼續すべき實力狀態に非ずして唯一時的に止まる場合には未だ所持ありと言ふべからず。」とする(横田氏二四九頁、我妻氏三〇四頁。但し我妻氏は、之は所持の要素ではない

とせられる。反對説は、「物の所持を社會觀念に従つて理解すべきものとする以上、此の如きは問ふ所に非ず。」とする（三浦氏二四九頁、遊佐氏四八六頁、田島氏二六四頁）。尙ほ排他的であることを要するか。一説は「他人の干渉を排斥し得べき状態に在ることを要する。」とする（横田氏一四二頁、末川氏二〇八頁、我妻氏三〇四頁。併し之を以て必ずしも所持の要素とすると言ふ意味ではない様である。現に我妻氏は此の旨を言明して居られる）。反對説は「同じく社會觀念によつて決すべきものとする以上、之も不必要なり。」とする（三浦氏二四九頁、田島氏二六四頁）。

以上の如く、所持は社會觀念上物が或者の事實的支配に屬すると觀られる客觀的關係であるから、所持の客體となり得る物は凡ゆる種類の物であり、而して又必ずしも獨立の物であることを要しない。故に本權の客體となり得ない様な物——例へば禁制品や、物の一部——についても所持は成立するのである。従つて斯る所持に次に述べる様な心素を伴ふことにより占有權が成立するのであつて、土地の一部とか、家屋の一室とかの如く、物の一部の上に占有權の成立することについては異論がない。禁制品については兩説があつて、一説は「占有權が本權の表現的形式である以上、本權の客體となし得ない物は占有權の客體にもなり得ない。」とし（石田氏二四五頁、横田氏一三〇頁）、一説は「占有權は本權と獨立の權利であるから、本權の客體たることの禁止は當然占有權の客體たることの禁止を包含するものに非ず。」とし、「唯法律が本件の客體たることを禁ずる場合には併せて占有權の客體たることをも禁ずるを常とするのみ。」とする（遊佐氏四九二

(一) 自己の爲めにする意思

頁、中島氏一〇六頁)。併し何れにしても、事實關係に過ぎない所持のみは、たとひ禁制品についても成立することは否定出来ない。

(二) 自己の爲めにする意思

此の様な意思を以て占有の要素とすることは占有制度の趣旨に鑑みて妥當でないと言ふことに一言した通りである。蓋し、(1) 占有制度は既存する事實状態を其儘保護することを趣旨とするのであるから、若し保護せらるべき對象を占有意思と言ふ様な主觀的要素によつて常に動搖し得るものとせば、此の制度の趣旨は没却されて了ふことになり、又、(2) 占有意思と言ふ如き主觀的な要素の存否を立證することは、所持者自身に於ても、更に第三者に於ても至難の事であつて、徒らに混亂を招く結果になるからである。従つて民法の解釋としては、此の「自己の爲めにする意思」と言ふものを出來るだけ寛やかに且つ之に客觀性を有たす様に解して、占有制度の社會的作用を達成せしめる様にしなければならない。」と云ふのが今日の通説である。其結果は大體次の如くなる。

(1) 自己の爲めにする意思とは、事實上の利益——即ち法律上どう言ふ結果が與へられるかと言ふ様な事とは全く別個に、物の所持によつて人が享受し得る現實の利益——を自己に歸せしめようとする意思である。故に、(イ) 自己のみが利益を獨占して自己以外により強い支配意思のあることを認めない所の所有權者の意思や、(ロ) 他人の支配をも認めながら同時に或限定された

範圍に於て利益を受けようにする制限物權者、或は賃借人・使用借人等の意思は勿論、(ハ)受寄者・運送人・受任者・請負人・事務管理人・不在者の財産管理人・遺言執行者・破産管財人・後見人・子の財産を管理する親權者・妻の財産を管理する夫・遺夫主に返還する目的で遺夫物を所持する拾得者の如く、物の效用とは無關係に物を所持すると言ふこと自體に利益を有する者——即ち後日引渡又は返還義務を履行する爲めにはどうしても其物を所持してゐる必要があるのだから——の意思も、茲に所謂自己の爲めにする意思であると解しなければならぬ。これが大體今日の通説であるが、唯右の最後の者について三濬博士(二五五頁)は「本人が之等の者によつて占有を爲すものであつて、之等の者は單に他人の爲めに所持するものである。」として居られる。

(2) 自己の爲めにする意思は客觀化されたものでなければならぬ。即ち、意思は固より心理上の作用に外ならないのであるけれども、併し其れが法律上何等かの效力を生ずるが爲めには、必ず外部に表現せられ、合理的に客觀化された所の法律意思でなければならぬ。此のことは意思表示一般について必要なことであるが、茲に「自己の爲めにする意思」について言へば、所持者の個々の内心に立入つて斯る意思の有無ないし内容の如何を探究する必要はなく、苟くも物の所持があるならば其所持を方向づけてゐる所の何等かの意思があると考へられるのであつて、斯る意思は其所持の原因、即ち物を所持するに至つた原因——所謂權原——との關係に於て個々の所持の具體的な主觀とは離れて典型的若くは抽象的に自ら決定されてゐると觀なければならぬ。

い。故に例へば、窃盜や賣買によつて物を所持する者の意思——之は所有者の意思である——は、賃貸借や事務管理によつて物を所持する者の意思——一は用益者の意思であり、他は管理者の意思である——とは典型的に抽象的に當然異なるものとして取扱はれるのであつて、個々の所持者について其内心を探究した結果によるものではない。

(3) 自己の爲めにする意思は潜在的又は一般的意思であることを以て足りる。即ち一々の所持を爲す毎に意思を決定し表明する必要はない。故に例へば郵便受函・牛乳受函・賽錢箱等を設けてある場合、又は魚を捕へる爲めに簞を張つてある場合には、其中に投入された物や其中に入つた魚類、又は知らぬ間に宅に届けられてゐた品物の如きについても占有意思はあると觀られ、又、睡眠中と雖も占有意思は中斷されると解すべきではない。

(4) 自己の爲めにする意思が一度決定されたならば、當該の占有者が主觀的にどの様に其意思内容を變更したとしても、其れが一定の方法で外部に表示せられない限りは占有の性質を變へることが出来ない(一八五)。

だが、兎に角占有権の成立には意思が必要である、とする以上、占有者は意思能力を有することを必要とする。従つて意思能力を有しない幼者や心神喪失者の如きは占有者たり得ない理であるが、併し之等の者でも法定代理人によつて意思を補足するときは占有者となり得ること言ふ迄もなす。

占有の繼續に
占有意思の繼
續すること
必要とするか

占有権

占有の繼續に占有意思の繼續することを必要とするか。説が分れてゐる。

(1) 一説によれば、「占有意思の現實的存続は生理上固より不可能であり、法律も亦之を強要し得るものではない。そして意思を以て占有繼續の要件なりと解する時は、假令占有意思を客觀的に解するとしても——前述(2)の項参照——尙ほ擬制たるを免れない。而も民法第一八〇條は占有意思を以て單に占有取得の要件となしてゐるに過ぎず、又第二〇三條は占有意思の積極的拋棄を以て占有權消滅の原因としてゐるに過ぎないから、占有意思は占有取得の要件であつて、占有繼續の要件ではない。」とする(末弘氏二一三頁、我妻氏三〇六頁)。

(2) 他の説によれば、「占有意思を心理的な意思に解するならば、其繼續は事實不可能であること勿論であるが、占有取得に當つて謂ふ所の占有意思は觀客化された意思であつて、占有取得の原因に遡りそこに化體された意思を觀てゐるのであるから、占有繼續に當つても斯る意思の繼續を認めることは可能である。又民法第一八〇條は、如何にも占有取得に關する規定ではあるけれども、第一八五條は一旦成立した占有意思の繼續することを前提として其變更に關する規定であり、第二〇三條に所謂拋棄は繼續してゐる既存の占有意思を將來に向つて斷絶する旨の外部的表示であると解すべきであるから、占有の繼續には占有意思の繼續を要するものと解しなければならぬ。」とする(石田氏二五二頁、末川氏二一三頁)。

第三節 占有の種類

占有は色々な標準によつて分類することが出来る。其主なものをあげれば次の如くである。

第一 自主占有と他主占有

(一) 意義及び區別の實益。

自主占有とは、所有の意思を以てする占有である。他主占有(中島博士二一〇頁は限定占有と呼ばれる)とは、其他の占有である。例へば所有者又は盜賊の占有の如きは前者であつて、制限物權者や財産管理人の占有の如きは後者である。併し所有の意思を以てする占有とは必ずしも所有權を有して物を所持することを指すものではなく、又之を有すると信ずることも必要でない。盜賊の如きでも尙ほ自主占有を有すると言ふのは此の爲めである。

此の區別の實益は、取得時効(一六二)・占有者の責任(一九一)・先占(二三九)などに於て現はれる。けれども占有意思の内容に關する證明は困難であるから、占有者は自主占有者であると一應推定される(一八六)。

(二) 占有の變更

(二) 占有の變更。

既に述べた如く、占有者の意思は占有取得の原因たる事實即ち權原の客觀的性質によつて決定されるものであるから、例へば地上權や質權の設定により又は賃借權によつて占有を爲す者は當

自主占有と他
主占有
(一) 意義及び
區別の實益

然他主占有者である。従つて他主占有者が自主占有者となるが爲めには、(1)他主占有者が自己に占有を爲さしめた者に對して所有の意思あることを表示するか、(2)又は新たな取得原因に基いて更に所有の意思を以て占有を始めなければならぬ。是れ民法第一八五條の規定する所であつて、本條は民法が主觀主義を採用した弊害を救済するが爲めに設けられたものである。蓋し純粹に主觀説の立場からすれば、意思の變更だけで占有の性質を變更せしめることが出来ることにならぬが、併し其れでは占有を與へた者は自己の知らぬ間に占有者の意思が變更することによつて不測の損害を被むるに至るからである。但し本條は權原によつて他人に占有を與へた場合の規定であるから、占有機關の如く自らは何等の占有を有することのない者に對しては適用のないこと勿論である。分説すれば次の如くである。

(1) 他主占有者即ち權原の性質上所有の意思がないものとされる場合の占有者が、自己に占有を爲さしめた者に對して所有の意思があることを表示したることを要する(一八五前文)。例へば從來の賃借人が賃借人に對して、今後自己の物として占有する旨を表示すれば、此の時から他主占有が自主占有に轉換するのである。而して此の意思表示は明文の示す如く自己に占有を與へた者に對して爲されなければならないが、併し其承諾を要するものではない。但し「權原ノ性質上占有者ニ所有ノ意思ナキモノトスル場合」とは、必ずしも有效なる法律行為に限らず、唯權原となる法律行為の外形上について言ふものである(但し石田博士一七七一頁—は、他主占有を自主占有に變質せしめるが爲めに必要な取得原因は有效であることを要するとされる)。

(2) 他主占有者が新權原によつて更に所有の意思を以て占有を始めたことを要する(一八五後文)。例へば從來の賃借人が賃借人たる所有者から賃借物を買取つた時には、此の時から賃借人の他主占有は自主占有に變更する。だが相續の場合はどうか。多數説は、「相續によつて占有權を取得する者は前主の占有權其ものを承繼するのであるから、前主の占有が所有の意思のないものであつた場合には相續人の占有も亦同様であつて、相續は茲に所謂新權原の中に含まれない。」とする(末川氏二一六頁、末弘氏二四四頁、我妻氏三〇九頁、田島氏二八三頁)。但し石田博士(二七一頁)は、「相續も亦占有の性質を變更せしめる新權原である。」とされる。

第二 自己占有と代理占有

(一) 意義及び占有に於ける代理關係。

自己占有(本人占有とも言ふ)とは、本人自ら物を所持する場合の占有であり、代理占有とは、他人によつて物を所持する場合の占有である。併し其他人が本人の機關——普通占有補助者などと呼ぶ——に過ぎない場合には、其物の所持は即ち本人の所持なのであるから、斯る場合には自己占有があるだけである。けれども又占有は事實であつて意思表示ではないから、民法第一八一條は「占有權ハ代理人ニ依リテ之ヲ取得スルコトヲ得」と規定してゐるけれども、民法總則に於ける代理人とは異なるのであつて、例へば賃借人や質權者等は賃借人や質權設定者に對して意思表示

自己占有と代理占有
(一)意義及び占有に於ける代理關係
代理占有の性質を説明すべし(大七七)
代理占有を説明すべし(附二、三)

示の代理關係に立つ者ではないが、占有關係に於ては代理人であるとされるのである。従つて民法總則に於ける代理の法理其儘によつて茲に言ふ所の本人と代理人との關係を律することは出来ない。

(二)代理占有制度の根據

(一)代理占有制度の根據

所持の觀念を社會的の意味に理解するならば、一の物に對する支配は必ずしも絶對獨占的なものではなく、重複する二個或は其れ以上の支配關係を認めることが可能である。例へば賃借物に對する事實上の支配は現に賃借人が有してゐるとしても、之と同時により根源的にして包括的な賃借人の支配をも認めざるを得ない。而して斯る場合には、賃借人の占有を保護する反面に於て賃借人も亦占有の保護を受けなければならない道理である。代理占有の制度は右の如き理由に基くものである。

(三)代理占有の成立要件

(一)代理占有の成立要件

(1) 代理人が物を所持すること。代理人が物を所持することに依つて本人が占有権を取得するものとするのが代理占有の特質であるから、代理人が物を所持することを必要とするのは言ふ迄もない。けれども民法の諸規定(二〇四I₃、一八二II—一八四)によつても明かである様に、代理人が其所持について自ら占有者であるかどうかは問ふ所でない。そして代理人による物の所持は代理占有の存続要件でもある。

(2) 代理人が本人の爲めにする意思を存すること。茲に所謂「本人ノ爲メニスル意思」も「自己ノ爲メニスル意思」と同様に客觀的抽象的に觀て寛やかに解すべきである。従つて權原の性質上本人の爲めにする意思のあることを通例とする場合には、其權原たる事實を證明することによつて、意思の存在が一應證されたことになる。

占有代理人が本人の爲めにする意思を有すると共に自己の爲めにする意思を有することは固より可能である。例へば賃借人は本人たる賃借人の爲めにする意思と相並んで、賃借人としての範圍では自己の爲めにする意思をも有してゐるのである。

本人の爲めにする意思は代理占有成立の要件たるに止まらず存続の要件でもあるか。學界の傾向は先に「自己の爲めにする意思」の所(一四〇頁)に於て説明したと同様である。

(3) 占有代理關係——廣義の代理關係——の存在 多數説は、「代理占有の成立については本人と代理人との間に於て、廣い意味での代理關係が存在しなければならぬ」とし、「此の關係は本人が占有を爲すべき權利を有し、所持者が此の本人の權利に基いて物を所持するが爲めに、所持者が本人に對して物の返還義務を負ふ關係である。」とする(鳩山氏九七頁以下、我妻氏三一四頁、石田氏二六二頁、田島氏一七六頁、末弘氏二三一頁、小池氏八九頁)。而して其理由とする所は、「代理人の所持によつて本人の事實的支配に屬すると認められるが爲めには、代理人が本人の占有すべき權利を體現して所持を爲し、結局之を本人に返還すべき地位に在る場合でなければならぬ」

から。」と言ふのであつて、換言すれば、「本人が代理人に對して其物の返還請求権を有するが故に、此の返還請求権によつて本人は間接に代理人の所持に在る物を支配する結果となり、代理占有を取得するの要件を充たす。」と云ふのである(但し末弘博士(二三二頁)は、「代理占有は民法第九九條以下の代理ではないが、一定の人が他人の爲めに爲した行爲の結果として其他人が権利を取得する點に於ては普通の代理と何等擇ぶべきものが無いから、代理の結果として本人が占有権を取得する爲めには本人と代理人との間に代理権が無ければならない。」として居られる。故に一般の説明とは可成り異なるものがある)。

右に對し遊佐博士(五〇三頁以下)は、「代理占有の成立要件としては代理人の物の所持と本人の爲めにする意思を以て充分なり。」とし、其理由として、(イ)占有は體素と心素が備はることによつて成立するから、代理占有の場合に於ては上述(1)(2)の要件を以て足る。(ロ)固有の代理の場合には本人に權利と共に義務をも歸せしめるから代理権あることを要するが、占有の代理に於ては權利を歸せしめるのみであるから同一に論ずる必要はない。(ハ)代理権の存否の如きは第三者より知り得る客觀的の事項ではないから、之を以て成立要件とすることは出来ない。(ニ)民法第二〇四條第二項も亦占有権は代理権の消滅のみによつて消滅しない旨を定めてゐる。とされる。

又末川博士(二一九頁以下)及び三浦博士(二七七頁)は、「代理人の所持と本人の爲めにする意思の外、次に述べる本人の意思を以て代理占有成立の要件なり。」とし、本人と代理人間に於ける

代理關係——若くは之と類似の關係——の如きは必要でない」とされる。其理由は「本人代理人間に物の返還に關する法律關係がある如き場合には代理占有の成立を認め得ること勿論であるが、併し其れは斯る法律關係自體を以て直ちに代理占有の要素であるとする事は出来ないのであつて、斯る法律關係は單に本人代理人間の意思——即ち代理人の本人の爲めにする意思と、本人の代理人をして占有を爲さしめようとする意思——の結合によつて生ずる事實關係を象徴するに過ぎない。従つて斯る法律關係は法律上不存在又は無効のものであつても構はないのであつて、唯本人及び代理人が斯る法律關係の存在を信じてゐると言ふ様な状態さへあれば代理占有の成立を認めることが出来る。」として居られる。

(4) 「本人が代理人をして占有を爲さしめる意思を有することは必要でない」とするのが多數說である(鳩山氏一〇九頁、末弘氏二二九頁、石田氏二六五頁、我妻氏三一四頁、小池氏八八頁。尙ほ遊佐氏五〇五頁)。即ち代理占有の成立について本人と代理人との間に代理關係——若くは之と類似の關係——あることを要するとする時は之れ以外更に本人の意思は不要なりとするのであつて、其主な理由としては、「若し代理占有の成立につき本人の意思をも必要であるとすれば、本人が法人や意思無能力者である場合には代理占有が成立しないことになるが、斯る場合こそ代理占有を認むべき必要があるから、本人の意思は不要なりとしなければならぬ。」と言ふのである(石田氏二六三頁、遊佐氏五〇五頁)。

だが前段に述べた通り、末川博士と三瀆博士は、本人代理人間の代理関係は不要であるとされる代り、斯る本人の意思を以て代理占有成立の要件であるとされる。即ち末川博士(二一九頁以下)に依れば、「占有一般について占有意思を要素とする建前に於ては、本人は自己の爲めにする意思と代理人をして所持を爲さしめる意思とを有することを要するわけであるが、前者は代理占有に限つて要求せられるものではないから、特に問題となるのは後者であつて、此の代理人をして所持を爲さしめると言ふ本人の意思が前掲(2)に於て説明した所の代理人の「本人の爲めにする意思」と合致することによつて、本人の所持に代るべき事實関係としての物に對する廣い意味での支配が成立する。そして斯ういふ意思結合による事實関係は、本人が代理人に對して物の返還請求権を有してゐると言ふ様な法律關係に於て象徴せられてゐるのが常であるけれども、斯る法律關係自身が代理占有の要素たるのではない。反對説は、本人が意思無能力である場合には本人の意思を認める餘地がないと言ふけれども、併し法人制度や法定代理制度は本來意思の無い者について其れを社會的活動の單位——主體——と認める必要上、法律制度を以て言はゞ意思の補足を認めて居るのであるから、代理占有の場合に限つて本人の意思が不要だと云ふ一般的論斷を爲すことは許されない。」として居られる。尙ほ三瀆博士(二七七頁)は「法人や意思無能力者の場合は例外として本人の意思が不要である。」とされる。

(四)代理占有の効果

(四)代理占有の効果。

代理占有の要件が具備すると、本人は之によつて占有権を取得し占有者として一切の法律上の保護を受けることになる。其結果、動産物權の對抗要件を具へ、時効取得や即時取得を爲し又占有訴權を有することになる。

尙ほ既に述べた様に、占有の代理は民法總則(九九以下)に於ける意思表示の代理とは異なるけれども、其性質の許す限りは民法總則の規定を準用すべきであつて、例へば占有の善意悪意、其他侵奪の有無に關する事項は、第一次的には直接に物を所持してゐる代理人について決すべきである。併したとひ代理人が善意であつても本人が悪意であるならば、本人自身は悪意占有者として取扱はれる。斯る本人を保護すべき理由はないからである。又本人が代理人を指圖して占有を爲さしめた場合には、占有の善意悪意及び過失の有無等は本人について定むべきこととなる。

(五)直接占有と間接占有

(五)直接占有と間接占有。

之は我が民法には存しない文字であるけれども、占有代理人による占有権の成立の場合に現出するものであつて、實際上は屢々使用される言葉である。例へば占有代理人が本人の爲めにする意思と共に、限定された範圍で自己の爲めにする意思をも有する場合には、本人について占有が成立すると同時に、代理人についても亦占有が成立する。此の場合に本人の占有を間接占有と呼び、代理人即ち現に物を所持してゐる者の占有を直接占有と言ふのである。即ち地上權者や賃借人等は直接占有者であり、所有者や賃貸人等は間接占有者である。

第三 單獨占有と共同占有

單獨占有とは一物について一人の占有者がある場合の占有であり、共同占有とは數人が共同して一物を占有してゐる場合の占有である。共同占有者は各自自己の爲めにする意思を有すれば足り、全員の爲めにする意思を有することを必要としない。共同占有には共有者の占有・共同相續人の占有などの如く自主占有もあれば、又共同で物を賃借してゐる場合の如く他主占有もある。共同占有の場合に於ても第三者の侵害に對しては各自が占有訴權を有する。

善意占有と悪意占有

第四 善意占有と悪意占有

此の區別は占有全般に亘るものではなく、占有の中、本權を伴はない占有のみについて存するものである。本權を有する者の占有については善意悪意の區別はない。

即ち所有權・制限物權・賃借權等の如き占有を爲し得る權利を有しないに拘はらず、之を有すると誤信して爲す占有を善意占有と言ひ、斯る占有を爲し得る權利を有せぬことを知り又は其有無について疑を抱きながら爲す占有を悪意占有と言ふのである。一般の場合に於ては、善意と言へば「不知」を意味し、疑を抱く場合にも善意なりとするのであるが、善意占有が特に厚く保護を受けてゐる點(一六二Ⅱ、一八九、一九二等)から觀て、占有の場合には占有者が占有を正當とする本權があると確信する場合のみ善意なりと爲すべきである。」と言ふのが今日の多數說である(中島氏一一八頁、末弘氏二一九頁、石田氏二七二頁、我妻氏三一〇頁、末川氏二二七頁)。但し占有の場合

に於ても矢張り「不知」を以て善意なりとする見解もある(三浦氏二六一頁、遊佐氏五一〇頁、小池氏七五頁)。

本權なき占有者の善意なりや悪意なりやは各場合につき具體的に決すべき問題であるが、民法は反證のない限り一應善意であると推定してゐる(一八六Ⅰ)。だが一旦善意であつた者も後に悪意となることがあるのは勿論であつて、其時から悪意の占有者として取扱はれるのであるが、果實の取得については、善意の占有者が本權の訴に於て敗訴した時は起訴の時に遡つて悪意であつたものとして取扱はれる(一八九Ⅱ)。

善意占有と悪意占有の區別の實益は甚だ多い。例へば取得時効(一六二)・占有者の果實取得(一八九、一九〇)・占有者の責任(一九一)・即時取得(一九二)・占有者の費用償還請求權(一九六Ⅱ)等に於て現はれる。

第五 過失ある占有と過失なき占有

此の區別は前段の善意占有についての區別であつて、過失とは本權を有しないに拘はらず之を有すると誤信したことに於ける注意の欠缺を言ふ。即ち相當の注意を拂つたならば本權のない事實を知り得た筈であるのに、其注意を缺いた爲めに本權があると信じて爲す占有が過失のある占有であり、注意を拂つても本權がない事實を知り得なかつたと認められる場合の善意占有を無過失占有と言ふ。

過失ある占有と過失なき占有

過失の有無も各場合につき具体的に定むべき問題であつて、占有につき一般に善意を推定する民法第一八六條第一項の規定は無過失の推定には及ばない。故に例へば民法第一六二條第二項の取得時効を主張する者は無過失について立證の責任がある。但し右の解釋に對して遊佐博士(五二〇頁)は、「無過失占有は占有の常態なるが故に之を主張する者に立證責任なく、其變態たる過失占有を主張する者が立證責任を負擔する。元來民法第一八六條は占有の常態を推定するものなれば寧ろ當然の法理を注意的に規定したるものにして、斯る規定無しと雖も常態は一應の推定を受くべきものである。」とせられる。

此の區別の實益は、取得時効(一六二)・果實の取得(一九〇Ⅱ)・即時取得(一九二)等に於て現はれる。

第六 瑕疵ある占有と瑕疵なき占有

瑕疵ある占有(一八七Ⅱ)と言ふのは、悪意・過失・強暴・隠秘・不繼續などの事由がある爲めに完全な占有としての効力の發生を妨げられる占有を言ふ。右に對し善意・無過失・平穩・公然・繼續の占有を瑕疵なき占有と言ふ。

強暴の占有とは、法の許さない様な暴力的の方法で取得し又は保持する占有であつて、然らざるものを平穩の占有と言ふ。隠秘の占有と言ふのは、外部から他人が容易に認識することを得ない様に故らに隠蔽してなす占有を言ひ、然らざるものを公然の占有と言ふ。又不繼續の占有と言

瑕疵ある占有
と瑕疵なき占有

ふのは、或時點にのみ成立する占有であつて、一時占有とも言ふ。或時點と或時點との間繼續してゐる占有は之を繼續占有と言ふ。民法第一八六條第一項は「占有者ハ所有ノ意思ヲ以テ善意平穩且公然ニ占有ヲ爲スモノト推定ス」と規定し、又同第二項は「前後兩時ニ於テ占有ヲ爲シタル證據アルトキハ占有ハ其間繼續シタルモノト推定ス」と規定してゐる。

瑕疵ある占有と瑕疵なき占有の區別の實益は、取得時効(一六二、一六三)・果實の取得(一九〇Ⅱ)・即時取得(一九二)等に於て現はれる。

第七 正権原の占有と無権原の占有

正権原の占有とは、適法の原因によつて取得した占有を言ひ、然らざるものを無権原の占有と言ふ。賣買契約等によつて取得する占有は前者であり、不法行爲によつて取得する占有は後者である。其れ故、學者によつては此の區別を單に適法占有及び不適法占有と呼ぶ(遊佐氏五一頁)。正権原の占有に於て其占有取得の原因たる事實は適法にして客觀的に存在すれば足り、必ずしも有効のものであることを要しない。

此の區別は、我が民法の上では大した意味のあるものではない。蓋し我が民法は占有權を其取得原因と分離して認め、取得原因の如何によつて其効力を左右することがないからである。唯不法行爲によつて占有を取得した者は留置權を有することが出来ない(二九五Ⅱ)と言ふ點に於て實益がある。

正権原の占有
と無権原の占有

第四節 占有権の取得

第一款 占有権の原始取得

(一) 占有権は既に述べた通り、自己の爲めにする意思を以て物を所持するの事實があれば、其法律効果として當然に取得されるのであるから(一八〇)、斯る事實が生ずればそこに占有権の原始取得がある。

(二) 占有権の原始取得は法律行為でない。蓋し自己の爲めにする意思は、前にも述べた様に物の所持による事實上の利益を自己に歸せしめようとするに過ぎないものであつて、占有権取得と言ふ如き法律効果の發生に向けられてゐるものではないからである。従つて行為無能力者も單獨で完全に占有権を取得することが出来る。唯意思能力をも有しない者は法定代理の法理によることとなる。

(三) 占有権は代理人によつても原始的に取得し得る(一八一)。其要件は既に説明した。

第二款 占有権の承継取得

第一 占有権の移轉性

占有権は共同一性を失はないで甲の主體から乙の主體へ移轉し得るか。此の疑問を生ずる所以

占有権の移轉性

は、(1)占有は事實であり、事實は之を移轉することを得ないから、之と離れて存在することの出来ない占有権も亦移轉することが出来ないではないか、と言ふことと、(2)占有権は占有取得の原因如何を問はず、占有なる事實によつて發生するのであるから、たとひ他人から物の引渡を受けた場合に於ても譲受人は此の新たな占有の事實によつて獨立の占有権を原始的に取得する理であつて、敢へて占有権の移轉を認める必要がないではないか、といふことに存する。併し既に述べた通り、物の所持なる事實關係も社會的觀念上認められる關係であるとするならば、例へば一定の物が甲から乙に引渡されたと言ふ様な場合には、從來甲の物に對して存在した關係が其儘同一性を失はずに乙に移轉したと觀ることが可能である。又時効取得などの場合に於ては、一定期間の占有繼續を必要とする關係上占有権の承継を認める實益も大いにある。それ故民法も「占有権ノ讓渡」(一八二)とか「占有者ノ承繼人」(一八七)とか言ふ言葉を用ひ、一般に占有権の承継取得を認めて居り、又今日の學者の大多數も占有権の移轉性を肯定してゐる。但し石田博士(二八一頁)及び三浦博士(二六九頁)は、「占有権ノ讓渡及び相續は法律要件たる事實としての占有の承継を指すのではなく、占有に付與された法律効果としての占有権の承継を意味する。」とせられ、又遊佐博士(四九五頁)は「純理から言へば占有権は移轉性を有しないものであるから、民法の規定(一八二、一八七)は唯一つの財産權たる社會觀念として占有権の移轉性を認めたものである。」とされる。

第二 占有権の譲渡

占有権の譲渡は所有権其他占有を爲し得べき権利の移轉に伴ふて爲されることが多い。併し單に占有権のみの譲渡を爲す場合もある。例へば、占有者が所有者又は所有者たりし者に占有物を返還せんとする場合に占有権のみの譲渡がある。占有権の譲渡には占有権譲渡の意思表示の外に物の引渡を爲すことを要する場合(一八二I)と、單に占有権譲渡の意思表示のみで足りる場合(一八二II、一八三、一八四)とある。原則的なものは勿論前者であつて、後者は一の便宜的方法である。

(一)原則として占有の引渡による

(一) 占有権の譲渡は原則として占有の引渡によつて爲される(一八二I)。即ち占有権移轉の契約と物の引渡を要件とする。而して物の引渡は單に法律要件を構成する事實に過ぎないが、占有権譲渡契約は占有権の譲渡と言ふ法律効果を企圖する意思表示を必要的に包含するから、占有権の譲渡行爲は全體として法律行爲である。従つて占有の原始取得と異り、行爲無能力者は單獨に之を爲し得ない(但し中島博士(一三八頁)は「此の場合の合意の内容は事實たる物の所持の移轉に對して向けられ法律上の効果たる占有権の移轉に對するを必要とせず、物の所持が譲渡されるによつて其の効果たる占有権も同時に譲渡されるのであるから、現實の引渡による譲渡行爲は法律行爲に非ず。」とされる)。

而して占有物の引渡は、占有権譲渡行爲の成立要件であるから、たとひ動産に關する占有権の

譲渡の場合に於ても此の引渡がなければ占有権譲渡の效力を生じたい。此の點に於て民法第一七六條の例外を爲すものである。蓋し占有権は物の所持なる事實に根據して認められる權利だからである。

引渡と言ふのは讓渡人の事實的支配に在る物を讓受人の事實的支配に移すことである。即ち所持の移轉である。併し引渡と言ふも、社會觀念上物が讓渡人の支配圈内を離れて讓受人の支配圈内に入つたと認められることを意味するに過ぎないから、必ずしも物理的に實力による支配の移轉のみを指すものではない。尤も動産にあつては物の所在を移すことによつて現實に引渡を爲すのが常であるけれども、併し之のみに限るものでない事は勿論であつて、殊に不動産に於ては物の所在を移轉すると言ふことは全く不可能であるか、或は甚だしく困難である。故に例へば、證書又は鍵を交付するとか、目標を書換へるとか、或は番人を附したり、界標を設置したり、苟くも社會觀念上其引渡のあつたことを認むるに足る事實が存すれば足る。

(二) 占有権の譲渡は例外として意思表示のみによつて生ずる。蓋し意思表示のみによつて完全に占有権移轉の效果を生ぜしめ得る場合が存するに拘はらず其れでも尙ほ占有の引渡を強要することは無意味である、のみならず却つて徒らに法律關係を紛糾せしめるものだからである。次の三場合がある。

(一)例外として意思表示のみによる

(1)簡易引渡

(1) 簡易引渡

讓渡人又は其代理人が現に占有物を所持する場合に於ては、占有権の譲渡

は當事者の意思表示のみによつて爲すことが出来る(一八二)。例へば他人の物を賃借してゐる者が、其物を自ら直接に占有してゐると或は占有代理人をして占有せしめてゐるとに關係なく、賃貸人から其物の所有權を譲受けた場合には敢へて二重の引渡を爲す必要はなく、單に占有權移轉の合意があるだけで占有權移轉の效果を生ずる。蓋し斯る場合には占有權の基礎たる物の事實的支配關係は既に讓受人に存在するからである。

此の規定は畢竟從來占有代理人であつた者や、占有機關であつた者が、二重の引渡の煩を避けて其物につき自己占有權を取得する場合に關する便宜方法であつて、茲に讓受人の代理人も亦其讓受人との關係に於て必ずしも占有代理關係に在ることを要せず、其占有機關たるに過ぎない場合にも適用がある。

(2) 占有改定

占有改定を説明すべし(一八三、一八五二號)

(2) 占有改定

代理人が自己の占有物を爾後本人の爲めに占有すべき意思を表示したときは本人は之によつて占有權を取得する(一八三)。例へば甲が其所有物を乙に讓渡して直ちに之を賃借すると言ふ様な場合に、甲は爾後乙の爲めに賃借人として其物を占有する旨を表示すれば其れで乙は其物に對する占有權を取得することになる。而して茲に代理人と言ふのは、正確に言へば適當しないのであつて、占有の改定があつてから後の地位を言ふものである。即ち本人との間に意思關係が生ずる迄は代理人でなく、自らが占有者なのである。従つて本條は二重の引渡を省略して新たに代理占有の關係を作り出す方法に關する。

尙ほ多數說によれば、「讓渡人が全く占有者たる地位を失ひ單なる占有機關となる様な場合——例へば被備者が自己の所有物を主人に讓渡し引續き主人の仕事の爲めに其れを使用する様な場合——に於ては本條の適用がなく、民法第一八一條によるべきものである。」とする(中島氏七七頁、一四八頁、三浦氏二七三頁、我妻氏三一九頁、小池氏八三頁、判例)。之に對し石田博士(二八七頁)及び末川博士(二三三頁)は、「讓渡人が讓受人の占有機關となる場合に於ても二重の引渡を爲さしめることは無用であるから、右の如き區別を附する必要はない。」される。

(3) 指圖による引渡

(3) 指圖による引渡

代理人によつて占有を爲す場合に於て、本人が其代理人に對し爾後第三者の爲めに其物を占有すべきことを命じ、第三者が之を承諾した時は其第三者が占有權を取得する(一八四)。此の方法は、代理占有の關係を其儘存続せしめながら本人の占有權を第三者に讓渡する場合に關するものであつて、例へば甲が乙に賃貸した物を賃貸の儘で丙に所有權を讓渡し、其引渡を爲すについての便宜方法である。

而して法文には、代理人に對し爾後第三者の爲めに其物を占有すべき旨を「命シ」とあるけれども、實際に於ては單に讓渡人と讓受人間に權利の變動のあつた事を其物の占有代理人に通知する程度に止まるものであつて、占有代理人の承諾ないし同意を要するものではないと解される。又、第三者が之を「承諾シタルトキ」と言ふのは、之によつて讓渡人と讓受人との間に占有權の移轉に關する契約が爲されたことを意味するものと解すべきである。

第三 占有権の相續

占有権は相續によつて被相續人から相續人へ其儘移轉するか。民法には特に規定がないけれども、上述せる様な占有権の移轉性と相續制度の趣旨に照して多少の異論はあるが、結論に於ては之を肯定すべきだと言ふのが今日の通説である。但し次の様に場合を分けて考へなければならぬ。

(一) 死亡相續の場合

(一) 死亡相續の場合。

被相續人が死亡して相續が開始する時は原則として従前其占有に屬してゐた物は同一性を保持して當然に相續人に移轉する。蓋し、(1)死亡相續の場合に於ては被相續人の人格は消滅し、相續人が凡ゆる關係に於て法律上被相續人と同一の地位に立つものであり(九八六、一〇〇二)、而も占有権は被相續人の一身に專屬する權利ではないから、(2)又、被相續人の死亡によつて其相續財産に屬する物が無占有の状態に置かれると言ふことは社會的にも法律的にも不當な結果を齎すものだからである。そして被相續人の所持に存した物は社會觀念上相續人の所持に移ると認められるのが普通であるから、相續人が其物について一々具體的に管理を開始する必要があるのは勿論、相續開始の事實を知ること必要でない。とされてゐる。但し此の點について石田博士(二九二頁)は見解を異にし、次の如く説明して居られる。即ち、「被相續人と相續人とが現在幾千里距つてゐる場合には、たとひ相續の開始によつて相續人が法律上當然に被相續人の地位を承繼すると

しても、事實關係たる所持の相續は不可能である。さればと言ふて現に相續人が存在してゐるにも拘はらず相續と共に被相續人の事實的支配關係が消滅して他日相續人が事實上所持を爲す迄相續財産を無占有の状態に曝すことは、社會の對物的秩序を破壊し、法律が占有権を認めた目的に反するから、相續人に所持があるか否かを問題としない所に占有権の相續の特殊性が存するものと解すべきであつて、従つて相續人の占有権には所持を必要としない。」と。尙ほ遊佐博士(四九五頁)は、「占有権相續の場合に於て、心素も體素も具備しない占有権の存立を認めざるを得ないのは、民法第一八二條や第一八七條の規定(即ち「占有権の讓渡」とか「占有者の承繼人」と云ふ文字を使用し居ることを指す)の不當である結果に外ならぬ。」として居られる。

(二) 生前相續の場合

(二) 生前相續の場合。

隠居・入夫婚姻・其他被相續人の生存する場合の相續に於ては、死亡相續の場合と異り被相續人は尙ほ占有を繼續するのを常とするから、この場合には占有の事實を基礎とする占有権も當然には相續人に移轉しないと解すべきであつて、占有権が相續人に移轉したとする爲めには、其物が特に相續人の事實的支配に移轉したと認められる事情がなければならぬ。但し石田博士(二九四頁)は前述の如く、相續人の占有権には所持の成立を必要としないとして居られる關係上、茲でも「たとひ被相續人に於て依然として所持を繼續して居つても占有権の相續を認めるについて何等の支障がない。」とされる。

占有権承継の
効果
(一)占有権承
継人の地位

第四 占有権承継の効果

(一) 占有権承継人の地位。

占有権の承継人の地位は之を二面に觀察することが出来る。即ち、一面に於ては前者の占有と同一性を有する占有を受け継いだものと觀られると共に、他面に於ては自ら占有の事實を具備して新たな占有権を取得したものと觀られる(但し、末弘博士(二四二頁)及び小池博士(八四頁)は占有権の承継人の地位を此の様に二面的に觀ることに反對して居られる)。

(二) 占有権の分割及び併合の選擇主張。

右の如く占有権承継人の地位を二面的に觀察し得る結果として、占有権の承継人は其選擇により「自己ノ占有ノミ」——占有の分割——を主張することも出来れば、又「自己ノ占有ニ前主ノ占有ヲ併セテ」——占有の併合——を主張することも出来る(一八七頁)。但し自己の占有に併せて前主の占有をも主張する者は、前主の占有について存在した瑕疵をも承継しなければならぬ(一八七頁)。而して茲に前主と言ふのは、直前の前主のみに限らず、現占有者に先だつ凡ての前主を指すものと解されてゐる。

占有の分割及び併合の選擇主張を許すことは取得時効に於て占有期間の計算につき重大な意味を有する。

(1) 占有の分割を主張する時は占有期間は短くなるけれども、前主の占有に存在した瑕疵を

承継することがない結果として、次の様な實益を生ずる。例へば、前主の不動産占有が悪意であつて五年繼續した後其占有の讓受人が善意で十年繼續したとすれば、前主の占有を併合して主張する時は民法第一六二條第一項の結果尙ほ其不動産を時効によつて取得することが出来ないけれども、自己の善意の占有のみを主張する時は民法第一六二條第二項の結果其不動産を時効によつて取得することが出来る。

(2) 占有の併合を主張する時は前主の占有に存在した瑕疵をも承継するけれども、占有期間が長くなる結果として次の様な實益を生ずる。例へば、前主の占有が悪意で十五年間繼續した後其占有の讓受人が善意で五年間繼續したとすれば、若し自己の占有のみを主張する時は民法第一六二條第一項によるも又同第二項によるも尙ほ時効取得を爲し得ないけれども、前主の占有を併せて主張する時は民法第一六二條第一項の結果時効取得を爲し得るのである。

占有権承継人は自己の利益に従つて右(1)と(2)の何れでも選擇することが出来るが、併し茲に所謂選擇と言ふのは、選擇債權に於ける選擇權の行使の如き強い意味を有するものではないから、一度選擇しても後から其れを撤回することが出来る。従つて數人の前主を経て占有を承継した者が、一度凡ての前主の占有権を併せ主張したとしても、之を變更し得るは勿論、全然自己の占有のみを主張することも妨げない。之が今日の通説であるが、唯中島博士(一五九頁)は「一度選擇した以上撤回を許さない。」として居られる。

本條適用の範圍

(三) 占有の併合を主張し得るのは、右に述べた様に占有権の承継取得があつた場合に限る。故に盗人の如き原始取得者は被害者の占有を併せて主張することの出来ないのは勿論である。又所有の意思を以て物を占有する者は所有の意思ある占有権のみを譲渡し得るに過ぎないから、自己占有と他主占有とは併合することが出来ない。更に代理占有が消滅して自己占有になつた様な場合にも、之は占有の承継取得とは解することが出来ないから、矢張り占有併合の主張は許されない。

然らば苟くも占有権の承継取得があれば、其れは特定承継たると、相続の如き包括承継たるとを問はず凡て占有の分割及併合を認むべきか。「本條は占有本來の性質に基くものであつて當然に包括承継の場合にも適用せらるべきものである」とする見解(中島氏一五九頁、三浦氏二八〇頁、我妻氏三二二頁、小池氏八五頁)もあるが、判例では「相続其他包括名義ノ遺贈等ニ因リ占有權ヲ承継スル場合ニハ其一般承継ハ前主ノ占有權ヲ承継スルノミニシテ自己固有ノ占有權ヲ取得スヘキ獨立ノ權原存在セサルカ故ニ一般承継人ハ更ニ新權原ニ因リ新ニ自己固有ノ占有ヲ始ムルニアラサレハ常ニ自己ノ承継シタル前主ノ占有ノ性質及ヒ瑕疵ヲ離レテ主張スルコトヲ得サルモノトス」となしてゐる(大四・六・二三、同六・二・二八、昭六・八・七六判。同旨、横田氏一九二頁、沼氏物權法五七頁、末川氏二三九頁)尙ほ石田博士(二九九頁)は、原則として特定承継の場合と包括承継の場合とを區別しない立場を採られ、「唯被相続人の占有と相続人の占有が、一方は他主占有であり、一方が

(四) 占有の併合を主張する爲めには相互の占有が連続することを要す

自主占有であると言ふ様な場合にのみ併合は許されない。」として居られる(同旨、末弘氏二四四頁)。(四) 又占有の併合を主張する爲めには相互の占有が連続してゐることを要する。故に占有が互に接続しない時は之を併せ主張することは出来ない。例へば、讓渡人と讓受人との中間に於て占有喪失の事實があるか、又は性質を異にする他の占有が介在してゐる場合である。

第五節 占有権の效力

第一款 總 說

序 說

第一 序 說

占有権は本權の有無に關係なく正當な理由と手續によつて否認される迄は、其儘に物の支配を繼續し得る權利である。そして其れは物が現に或者の事實的支配に屬してゐると言ふ外形に基いて一先づ假の地位を確定し之を保護することによつて社會の平和と秩序を維持しようとするにある。此の目的を達する爲めに民法は占有權に對して種々の效力を與へてゐる。

其中、民法が特に占有權の效力として規定してゐる所のは以下款を追ふて説明する所の、(1) 權利の推定(一八八)、(2) 果實の取得(一八九、一九〇)、(3) 占有者と回復者との關係(一九一、一九六)、(4) 動産の即時取得(一九二―一九四)、(5) 動物の取得(一九五)、(6) 占有訴權(一九七―二〇二)の七種であるが、他にも尙ほ、(7) 取得時効(一六二―)、(8) 動産物權變動の對抗要件(一七八)、(9) 先占(一

占有に關する事實の推定

三九、(10) 質權及び留置權の發生要件(三四四、二九五)等の重要なものがある。

第二 占有に關する事實の推定

占有は其態様の異なるに従つて其效力も亦同一でない。然るに或占有が實際上果して如何なる態様に屬するものであるかは、外形的事實のみについて直ちに之を判斷することは困難であり、一々につき之が證明を要求することは、占有制度本來の目的からするも妥當なるものと言ふことが出来ない。そこで民法は特に第一八六條を設けて占有者の立證責任を軽減してゐる。

(一) 占有者は所有の意思を以て善意・平穩且つ公然に占有を爲すものと推定される(一八六一)。

本條に所謂善意の意義其他平穩・公然については前に占有の種類に於て詳述した通りである。又本條は無過失の推定を包含しないことも既に述べた。尙ほ民法第一八九條第二項を参照せられ度い。

(二) 前後兩時に於て占有を爲したる證據ある時は占有は其間繼續したるものと推定される(一八六II)。之も既に述べた所である。

併し以上は何れも一應の推定を爲すに止まるのだから、相手方は反證を擧げて其推定を覆へし得ること勿論である。

第二款 權利の推定

意義

第一 意義

民法第一八八條は「占有者カ占有物ノ上ニ行使スル權利ハ適法ニ之ヲ有スルモノト推定ス」と規定してゐる。従つて其事實を不正なりと主張する者は自ら立證の責任を負擔しなければならぬ。是れ、社會の現状を一應正しいものと認めて之を保護し、平和と秩序を維持せんとする占有制度の建前から觀ても、又占有は多くの場合眞實の權利狀態に符合する蓋然性を有するものである、と言ふ點から觀ても、誠に至當の規定であると言はなければならぬ。即ち本條は前述せる占有の事實に關する推定と相俟つて、占有者の法律上の地位を一應正當づける結果となり、占有者に於ては其權利の證明を免れるのである。而して占有者は事實の上に於て所有の意思を以て占有するものと推定せられるのだから(一八六一)、占有権者は結局所有權を有するものと推定される。

第二 推定の效果

推定の效果
(一) 推定の範圍

(1) 客體の範圍 占有者が此の様に適法性の推定を受ける一つの理由は、右に述べた様に占有は多くの場合に於て眞實の權利狀態に符合する蓋然性を有するものなることに存するのである。

第二章 占有權 占有權の效力

るから、民法には何等此の點に關する特別の制限規定は存しないけれども、「占有よりは寧ろ登記により強度の推定力を認め得る不動産の占有者には本條の適用が無く、従つて本條は動産の占有者にのみ適用せらるべきものである。」とするのが今日大多數の説である。唯中島博士（一六三頁）と三瀧博士（二八六頁）は「不動産登記による權利推定と占有による權利推定との間には優劣がない。」とされてゐる。

(2) 權利の範圍 占有者が適法に有するものと推定せられる權利は、其行使に物の占有を要する凡ての權利を指すものである。故に例へば所有者として占有してゐる者は所有權を、地上權者や賃借人として占有してゐる者は地上權や賃借權を適法に有するものと推定せられるのであつて、其權利の物權たるは債權たるとは之を問はない。尤も占有者は一般に所有權を有するものと推定せられること既述の通りである。

(3) 人的範圍 又此の占有に關する權利の推定は、占有者のみならず第三者も之を援用し得るのであつて、例へば占有者から物を賃借してゐる者は、眞正の所有者からの返還請求に對して賃借人が所有者として受ける推定を援用し得る。

(二) 推定の效果

(一) 推定の效果 推定の效果は反證を擧げて破られる迄は一應正當なものとせられると言ふ程度の消極的なものであつて、占有者を眞正の權利者としてしまふと言ふ程度の效力を有するものではない。故に占有者は推定を受けることを理由として自ら積極的に眞實の權利者なることを主張し得るものではない。又其占有の正權原に基くことを證明すべき場合に於て此の推定を以て證明に代へることは許されない。

尙ほ推定は實際上占有者の利益の爲めに存するのを常とするけれども、時には占有者の不利益に於て爲されることもあり得る。例へば或種の物の占有者に租稅其他の負擔が課せられた場合に、斯る者は自ら所有者でないことの反證を擧げない限り負擔を免れ得ないものと解される。

第三款 善意占有者の果實取得

第一 善意の占有者の權利

善意の占有者の權利

善意の占有者は占有物より生ずる果實を取得する（一八九）。元來天然果實は其元物より分離する時に之を收取する權利を有する者に屬し、法定果實は之を取得する權利の存續期間日割を以て之を取得するのであるが（八九）、何人が果實收取權を有するかについては、民法は各場合に於て規定を設けてゐる。即ち、(1) 善意の占有者（一八九）、(2) 所有者（二〇六）、(3) 地上權者（二六五）、(4) 永小作權者（二七〇）、(5) 留置權者（二九七）、(6) 質權者（三五〇、二九七、三五六）、(7) 賣主（五七五）、(8) 使用借人（五九三）、(9) 賃借人（六〇一）、(10) 夫又は女戸主（七九九）、(11) 親權者（八九〇）、(12) 受遺者（一〇九四）等である。

而して民法が善意の占有権者に對して果實の收取權を與へた理由は、善意占有者の如きは通常果實を得る爲めに勞力及び資本を費すことが多いから、其物について果實を收取し又は之を消費したとしても、敢へて咎むべきことではないと共に、後に本權を有する者から其れの返還を請求された場合に於て之を全部返還しなければならぬとするのは、如何にも酷に失するからである。

(一) 善意の占有者

茲に善意と言ふのは、既に述べた様に「單なる不知を以ては足らず、錯誤によつて自己が權利を有すると信じてゐることを要する。」と言ふのが通説であるが、本條について之を具體的に言へば、果實を收取し得る權利を有すると誤信してゐることを要するのである。故に元來果實の收取權を包含せざる權利、例へば抵當權は、之を有せざるに拘はらず有するものと誤信して居つても、其れによつて抵當權の目的たる不動産より果實を收得することは出來ない。

然らば斯る善意は如何なる時期を標準として定むべきか。天然果實にあつては果實が元物より分離した時を以て標準とすべきであり、法定果實にあつては收取する權利のあることを誤信してゐる期間日割に應じて果實を取得するものと解すべきである(八九)。併し善意の占有者も本權の訴に於て敗訴した時は其起訴の時から悪意の占有者と見做されるから(一八九)、此の時を標準として次に説明する民法第一九〇條の適用を受けることとなる。蓋し訴は凡て起訴の時に於ける

法律關係を定むることを以て其目的と爲すものなるのみならず、既に本權の訴が提起された以上は、たとひ從來は善意であつたとしても自己の占有物上に行使する權利について多少の疑を抱くべき筈であるから、敗訴した時は起訴の時に遡つて之を悪意の占有者と觀るも敢へて不當に非すとせられたものである。尙ほ又占有者が故意に訴訟を延引せしめて果實の分離を待つ様な弊害を防がうとする政策的見地も加味されたものであらう。

(二) 果實

(一) 果實

本條に所謂果實と言ふのは、天然果實のみならず法定果實をも包含し、更に物の利用も亦之を包含すると解されてゐる。

第二 悪意の占有者の義務

悪意の占有者の義務

悪意の占有者は果實を返還し且つ其既に消費し、過失に因つて毀損し、又は收取を怠つた果實の代價を償還しなければならぬ(一九〇I)。強暴又は隱秘に因る占有者も同様である(一九〇II)。

(一) 悪意の占有者

茲に悪意と言ふのは、自己が本權を有しないことを知つてゐることであるが、たとひ本權を有すると誤信して居つても、其本權が果實收取權を包含しないものであると言ふことを知つてゐるならば矢張り悪意の占有者である。善意の占有者につき説明した所を参照せられたい。

(二) 責任範圍

(一) 悪意の占有者の責任範圍

悪意の占有者は現存の果實を返還し且つ既に消費した果實及び過失に因つて毀損し又は收得を怠つた果實の代價を償還しなければならぬ。併し不可抗力に因つて毀損し又は收得を怠つた果實については責任を負はない。

第四款 占有者と回復者との關係

序説

第一序説

占有者と占有物の返還を請求する者即ち回復者との間に制限物權關係・賃貸借・寄託・事務管理、其他正當な法律關係が存在する時は、占有者の占有物に對する責任又は占有者が占有物に付て費した費用の償還請求權の有無並に範圍等は悉く之等の法律關係によつて決せられるから、特に問題を生ずることはない。然るに右の如き正當な法律關係が全然存在しないか、又は外形上は存在しても其れが無効若くは取消されたと言ふ様な場合には、之を決定すべき標準がない。一定の場合には不當利得や不法行為の規定が適用せられるであらうけれども、占有物自體について生じた損害のみについての責任とか、更に善意悪意によつて其責任の範圍に差別をつけようとするば、右の規定のみでは律し得ないものが存する。民法第一九一條及び第一九六條は正に此の爲めの規定であつて、前者は占有者の賠償義務に關し、後者は費用償還請求權に關する。

占有者の賠償義務

第二 占有者の賠償義務

占有物が占有者の責に歸すべき事由に因つて滅失又は毀損した時は、悪意の占有者は其回復者に對し其損害の全部を賠償する義務を負ひ、善意の占有者は其滅失又は毀損に因つて現に利益を受ける限度に於て賠償を爲す義務を負ふ。但し所有の意思なき占有者は其善意である時と雖も全部の賠償を爲すことを要する(一九一)。茲に滅失と言ふのは、占有物の返還を客觀的に不能ならしめる物質的滅失の場合のみならず、占有者の占有喪失による主觀的返還不能をも包含する。毀損の意味も亦同様で物質的意味にのみ限らない。尙ほ本條は専ら占有者として占有物其ものについて生じた損害の賠償のみに關するものであるから、必ずしも不法行為に關する通則の適用を排斥するものではない。

(一) 悪意の占有者の賠償義務。

悪意の占有者は回復者に對して損害の全部を賠償する義務を負ふ。故に回復者の積極的に被つた損害は勿論、消極的に喪つた利益をも含む。自分が無權利者であることを知つて居りながら占有を爲すものであるから、故意又は過失によつて生ぜしめた損害の全部を賠償すべきは當然である。尙ほ本條に於ては民法第一八九條第二項の如き文句はないが、同様に取扱ふべきである。

(二) 善意の占有者の賠償義務。

善意の占有者は其滅失又は毀損によつて現に利益を受ける限度に於て賠償の義務を負ふ。蓋し善意の占有者は或は之を自己の所有物なりと信じて處分して了ふこともあり、或は又其管理につ

(一) 悪意の占有者の賠償義務

(二) 善意の占有者の賠償義務

いて所謂善良なる管理者の注意を用ひないこともあるから、其處分は不法であり、其管理は不注意であるとして一概に悪意の占有者と同一の責任を負はしめることは酷だからである。故に不當利得の原則によつて現存利益の賠償のみを爲さしめるのである。

併し、たとひ善意の占有者であつても所有の意思のない者は悪意の占有者と同じ責任を負はなければならぬ。蓋し其物が他人の所有に屬することを知つてゐるのであるから、之を處分すべからざるのみならず、其管理については正に善良なる管理者の注意を用ふべきものであるに拘はらず之を無視するものだからである。

第三 占有者の費用償還請求權

占有者の費用
償還請求權

占有者が占有物を返還する場合に於ては、其物の爲めに費したる必要費や有益費の償還を回復者に對して請求することが出来る(一九六)。本條による費用償還請求權の範圍は、必要費と有益費とによつて異なるのみであつて、占有者が善意であると悪意であるにより、又所有の意思を有するものであると否とにより差異がない。唯悪意の占有者は有益費償還請求權の行使について後述の如き制限を受けることがあるのみである。

(一) 必要費

必要費と云ふのは、物の維持及び保存に必要とする費用であつて、例へば修繕費・飼養費・公租公課の支拂・地代の支拂などが之である。而して必要費は其全部の償還を請求することが出来る

(一九六一)。

必要費は通常的必要費と臨時の必要費とに分れる。

(1) 通常的必要費 自然の荒廢又は普通の使用による毀損の爲めにする修繕費や租税の如く、物が存在する通常の過程に於て必要とせられる費用である。而して占有者が占有物から果實を取得した場合には、此の通常的必要費は占有者の負擔に歸し、償還請求權は成立しないこととなる(一九六一但)。實際取得した果實の價が其れに相當しなくとも、占有者は其差額を請求することが出来る。

(2) 臨時の必要費 天災、事變其他一般に豫期することの出来ない事情に基因して支出を要した費用であつて、之は常に償還を請求し得る。

(二) 有益費

(1) 有益費。

有益費と言ふのは、物の價格を客觀的に増加せしめるが爲めに費した費用であつて、例へば改良費の如きが之である。而して此の費用は占有者が占有物を回復者に返還する時に於て、物の價格の増加が現存してゐる場合に限り、回復者の選擇に従ひ占有者の費した金額又は増加額を償還せしめることが出来る(一九六一)。そして悪意の占有者も亦有益費の償還請求權を有するのであるが、其償還請求に對しては、裁判所は回復者の請求によつて相當の期限を許與することが出来る(一九六一但)。

回復者の右に述べた様な選擇權の行使は、民法第四〇六條以下の選擇債權に於ける選擇權の行使と同様に取扱ふべきである、とするのが多數の見解であるが、石田博士(三三四頁)は、「斯る嚴格なる意味のものではなく、回復者の好む所に従ひ、と言ふ軽い意味の選擇である。」とされる(同旨明三五・二二二大判)。

(三) 贅澤費

(三) 贅澤費。

何等實際上の役に立たぬ無駄な費用のことである。奢侈費又は徒冗費と言ふ。斯る費用は、たとひ善意の占有者と雖も其償還を請求することが出来ない。贅澤費であるか否かは矢張り社會觀念によつて決すべきである。

以上の如き占有者の費用償還請求權は、其物について生じた債權に外ならないから、其辨濟を受ける迄は占有者は留置權を有する。但し惡意の占有者の有益費償還請求權については前述の如く裁判所が回復者の爲めに特に猶豫期間を許可することがあるから、斯る場合には其期間内は留置權を生じない。又、占有者の占有が不法行爲によつて始まつたものである場合にも同様である(二九五頁)。

第五款 即時取得

總説

第一 總説

(一) 沿革及び根據。

(一) 沿革及び根據。
民法第一九二條適用の範圍を説明すべし(六一四、五二二)

民法第一九二條は「平穩且公然ニ動産ノ占有ヲ始メタル者カ善意ニシテ且過失ナキトキハ即時ニ其動産ノ上ニ行使スル權利ヲ取得ス」と規定してゐる。之即ち即時取得の規定であつて(學者によつては善意取得と呼ぶ。例へば石田博士三三五頁以下)、動産物權の變動に付き頗る重大な役目を有し、動産上の争ある時には常に先づ本條適用の有無を考へて見る必要があると迄言はれてゐる。

元來ローマ法に依れば、「何人と雖も自己の有するよりも大なる權利を他人に與へることは出来ない。」との原則が嚴格に行はれてゐた爲めに、無權利者から權利を取得する様な場合を認める餘地が無く、所有權を有して居ない占有者を眞實の權利者であると信じて動産を譲受けても眞實の權利者からの追奪を免れることが出来なかつた。所が、ゲルマン法に於ては、「自己の信賴を置いたところに於てのみ信賴を取戻すべく、信賴すべからざる者を信賴した過失の結果は自己に歸する。」と云ふ様な原則が行はれ、例へば所有者が他人に占有(ゲヴェール)を委ねたならば、其他人のみから返還を求め得るだけであつて、其他人が所有者の信賴を裏切り第三者に占有を移した様な場合には、最早其第三者に對しては返還を求めることが出来ぬものとされた。従つて所有者が自ら他人に占有を委ねたのではない場合、例へば盗まれたとか或は遺失した物を拾はれたとか言ふ様な場合には、其盗人なり或は拾得者から更に之を譲受けた第三者に對して何處迄も返還を請求することが出来た。故にゲルマン法に於ては、所有者が其意思に基いて占有を失ふたも