紙捨羽

L
4.2
U

Kodak Color Control Patches
© Kodak, 2007 TM: Kodak
Blue Cyan Green Yellow Red Magenta White 3/Color Black
Kodak Gray Scale
C Y M
© Kodak, 2007 TM: Kodak
A 1 2 3 4 5 6 M 8 9 10 11 12 13 14 15 B 17 18 19

明治文庫
憲政資料室図書
2798-1
考10
憲政資料室図書
983107
考10

不用決定

民法第二編物権目次

第一章 総則
物権ノ定義
物権ノ効力
物権ノ設定移転
登記ニ関スル規定
物権ノ変更消滅

第二章
占有
総論
占有ノ意義及性質
占有ノ要素
占有ノ態様
占有ノ効力
占有ノ消滅
準占有
第二節 占有権
占有権ノ取得
占有権ノ効力
占有権ノ消滅

民法第三編物權目次

第一章　總則
　物權ノ定義
　物權ノ効力
　物權ノ設定移轉
　登記ニ關スル學說
　物權ノ変更消滅
第二章　占有
　總論
　定義及性質
　占有ノ要素
　占有ノ性質
　第一節　占有權ノ取得
　第二節　占有權ノ効力

二一一一一一一一一四一
三八五五三三三八四四一一一

物權篇目次

帝國大學
法科大學
圖書館
明治文庫 2798-1
昭和10年
993107
不用決定

第一款　権利ノ推定　二三
第二款　果実ノ取得　二四
第三款　権利掫ノ取得　二七
　家畜以外ノ動物ノ占有
第四款　費用ノ償還　二八
第五款　毀損ノ賠償　二九
第六款　占有ノ訴　三二
　占有ノ訴ト本権ノ訴トノ関係
第三節　占有権ノ消滅　三三
第四節　準占有　三五
　代理占有ノ消滅　三六
第三章　所有権　三七
第一節　所有権ノ限界　三七
第一款　所有権ノ定義　三八
第二款　所有権ノ範囲　三八
　建物ノ不分所有　四一
第三款　隣地権　四三
第四款　隣地ノ使用　四三
　一、隣地ノ使用　四四
　二、通行権　四四
　三、水権　四五
　四、疆界権　四八
　五、竹木ニ干スル権　五〇
　六、建物ニ干スル権　五一
　七、観望権　五二
　八、有害工事ニ干スル権　五二
第二節　所有権ノ取得　五三
第一款　先占　五三
第二款　遺失物ノ拾得　五三
第三款　埋蔵物ノ発見　五四

第六章　地役権　四三
第三款　隣地権　四三
第四款　隣地ノ使用　四四
　一、隣地ノ使用　四四
　二、通行権　四四
　三、水権　四五
　四、疆界権　四八
　五、竹木ニ干スル権　五〇
　六、建物ニ干スル権　五一
　七、観望権　五二
　八、有害工事ニ干スル権　五二
第二節　所有権ノ取得　五三
第一款　先占　五三
第二款　遺失物ノ拾得　五三
第三款　埋蔵物ノ発見　五四

第四款
第三節　共有
第一款
第二款
第三款
第四章　地上権
第五章　永小作権
一、永小作権ノ定義
二、永小作権者ノ権利
三、永小作権者ノ義務
四、永小作権ノ消滅
第六章　地役権
添付
一、附合
二、混和
三、加工
共有者ノ権利義務
入会権（地役ノ際ニ譲ル）
共有物ノ分割

五五
五五
五六
五六
五八
五九
六三
六九
七七
七七
七九
八〇
八二
八三

第一節　地役権ノ性質
第二節　地役権ノ設定
第三節　地役権ノ効力
第四節　地役権ノ消滅
第五節　入会権

八四
八八
九〇
九二
九三

民法第二編物権

第一章　総則

物権ノ定義

物権ノ定義ハ多キ者ニヨリ多少異ルモ一般ニ行ハレタルモノヲ述フレハ物権トハ物ニ直接ニ存スル権利即物ニ直接ニ人ノ行為ヲ施スコトヲ得ル範囲ナリ

或人ハ曰ク物権トハ何人ニ対シテモ有スル権利ナリト何人ニ対シテモ有スル権利ト云ヘハ対世権ト云フヲ可トス又自己ノ行為ヲ目的トスト云ヘハ債権モ又然リ我民法ニテハ物トハ有体物ヲ云フ然レハ物権トハ有体物ノ上ニ直接ニ存スル権利ナリト同民法ノ如ク無体物ヲモ含メテ云ヘハ物権ノ範囲モ広ク即権利ハ無体物ナルヲ以テ権利上ニモ物権存スルヲ得ルニ至リ債権ニモ物権存スルニ至ルヘシ現ニボアソナード氏ハ債権中ニ地上権等ヲモ含ムト云ヘリ仏民法ノ如キモ尚然リ尤モ物権ハ多ク所有権ノ支分権ナリト云フ点ヨリシテ之ヲ所有権ト云テ可シト

最高裁判所図書館

説出ツルヤ然レ共如此区クスルトキハ物権ト人権トノ区別及ビ或権利ト他ノ権利トノ区別不分明ナルニ至ラン故ニ新民法ニ於テハ物権ニアラサルモノヲ物権中ニ規定セルモノアレ共之ハ序ヲ以テ規定セルナリ

物権ノ効力

物権ノ効力トシテ考者ハ他ノ優先権ト追及権トヲ挙ケ優先権トハ普通ノ債権者ヨリモ先キニ自己ノ権利ヲ行フコトヲ得ル権利ヲ云フ之レ物権中担保権（留置権、先取特権、抵当権）ニ付テモ云ハサルコトヲ得ス而シテ之等ノ者ニ付テハ他ノ物権

上権者ハ第三者ヲ追及シテ此権利ヲ行使スルコヲ得即チ第三者ハ地上権ヲ除キ
ノ外ノ権利ヲ取得スルモノトス
物権ハ其種類数多アリテ悉ク之ヲ民法ニ規定スト雖モ特別法ニ於テ認メタルモノアリ例
ヘハ工業条例ニヨル鉱物ノ採掘権ハ地上権ナリ之ハ他人ノ行為ヲ借ラス自己カ直接ニ土地
ノ上ニ有スル権ナリ砂礫採取権ハ規定上ヨリ自ラ物権タルヲ証セリ
明文ナキモノニシテ物権ヲ認ムルヲ得ルヤ否ヤ固ヨリテハ物権ノ規定ナキカ為メニ往々此疑問
ヲ生ス然レ共元来物権ハ物ノ上ニ直接ニ行ハルーモノニシテ其権利ノ範囲内ニアハ一切他人ノ
権利ヲ認メサルモノナレハ債権ノ如ク唯信用ノ多少ヨリテ或ハ債
権ハ資力ダニ有セハ我何ニテモ之ヲ負フコヲ得ル若シ資力ナキ例ヘハ破産ノ如キ場合ニ
ハ分担スルコヲ得ルモ物権ハ然ラス失ニ得タルモノハ何人ニモ対抗スルコヲ得即チ優先権
追及権アルカ故ニ若シ物権ヲ各人随意ニ設定スルコヲ得ハトセハ今日迄人ノ知ラサリシ間ニ
物権ノ存立アリテ為メニ第三者ハ甚タ迷惑ヲ感スルニ現ニ欧州ノ封建時代ニハ種々ノ物権
ヲ設定シ為メニ取引ノ安全ヲ妨ケタルコアリ殊ニ不動産ニ付テ弊害最モ多カリキ即不動
産ハ移動セサルモノナレハ其上ニ物権ヲ有スト称スルモハ夫丈ハ確定シテ動カス然ルニ第三者之ヲ知
ラスシテ其物ニ付キ取引ヲ為シ追及セラルルコアラハ第三者ノ損害想像スルニ餘アリ

元ヲ云ハ仏民法ヲ模範シタルモノニシテ仏民法カ日本ノ此編別法ノ元トナリトスルモ可
ナリ仏民法ノ分チ方ハ此分チ方ト少シク異ナリ之ヲ始メニ置キタルハ日本旧民法ノ順序ニ比シテ大差ナシ只相続ニ付ス規定カ仏民
法ハ契約ニ付スル規定ヨリ前ニアリ又証拠ニ付スル規定ヲ財産編ノ次ニアリ其他
ハ変リナシ仏民法ハ時トシテハ不穏当ナル文字ヲ用ユ仏民法ノ順序ノ不穏当ナル
コハ仏人ト雖モ之ヲ認ムル所ナリ而シテボアーソナード氏ハ仏民法ノ不穏当ナル等ヲ
改正シテ日本民法ヲ起草セシナリ其他仏法系ノ国ハ仏民ト大合小異シテ仏法
典ヲ土台トス此順序ハ仏法典カ始メテ(インスチチユーション)ヨリ出テタルナリ(ラテン語)
モ初メニ人事編ヲ当ル規定ヲ掲ケ大体ハ仏法典ニ似タリ仏法典ノ順序ハ羅馬法
ヨリ出テタルナリ而シテ此編別法ハ一通リ理由アルナリ人ハ権利ノ主体ナリ法律トイヘハ
権利ノ規定ナリトモ可ナリ故ニ権利ノ主体タルモノヲ第一ニ規定シ次ニ物ノ規定
ヲ掲ケ何トナレハ物ハ権利ノ客体ナレハナリ次ニ権利ヲ取得スルハ方法ヲ規定スル
アソナード氏ハ次ニ権利ヲ担保スル法即チ債権担保編ヲ掲ケ次ニ権利ヲ
証明スル法即チ證拠法編ヲ置ケリ之ヲ非難スルモノアルモ一通リハ節通セリ新民

法ノ編別ハ少シク異ナリ第一編総則第二編物權第三編債權第四親族第五編相続トセリ之レ独ノ Pandekten ヨリ来ハ Pandekten ノ Institutionen ノ六冊ノ順序ニヨリ居ルニ余カ前ニ云フ如クナリ居ルニ過ギス独孛者カ Pandekten ヲ講義ノ件用ル仕方ナリ独孛者中法多少之ト異ルアリ共理屈ノツケ方ハ物權ト債權トノ順序ニ多クノ独ノ孛者ハ此方法ニヨリタルハ物權ト債權トノ順序ニ採用ス方法ト日本新民法ノ方法ト只一ツ異リタルハ物權ト債權トノ順序ニテ債權ヲ物權ノ前ニ置ケリ我新民法編纂ニ当リ編ニアリ共理屈ノツケ方ハ此点ニ付テハ久ケ間敷議論アリ（余ハ左程六ケ敷議論ヲ要セスト信ス）独孛者ノ債權ヲ前別ヲ設ムルニ付キ種々議論アリシカ置ノ理由ハ多クノ場合ハ債權ノ生シテ後ニ物權生ス物權生シテ後債權生スルヲ以テ債權ヲ前ニ置クヲ妥当トスト云フニアリ一応尤モノ理由ナリ現ナカリキ共理由ハ一ニハ是迄 Pandekten ノ順序ニ来債權ノ規定ヨリ物權ノ規定ニ至ル前ニアリ故ニ余程ノ必要ナシトハ改メスシテ可ナリ此点ハ仏法系ノ国ノ法典独乙系ヲ奉スル孛者ノ著述ニテモ債權ヲ後ニ置ケリ此独乙孛者種々議論スル

アリシモ此等ノモノハ皆物權ニ非ス若シ夫レ強ヒテ之ヲ物權ナリトセハ之レ行政法上ノ物權ニシテ民法上ノモノニ非ス

物權ノ設定移轉

物權ノ設定トハ物權ヲ新ニ設定スルヲ謂ヒ移轉トハ甲ノ有セシ權利ヲ乙ニ与フルヲ云フ然レモ所有權ハ固ヨリ先占アルモ設定トス云ヒ又取得トスル移轉ハ何レノ權利有キテモ用ヰラル即チ移轉ノ場合ハ權利ハ一方ニ消滅シテ一方ニハ設定セラル故ニ理論上設定ト含シ

物權ノ設定移轉ノ方法ハ最モ多クノ場合ニ於テ当事者ノ意思ニ因ル例ハ地上權ノ設定ハ契約ニ依リテ為ス所有權ノ移轉モ又然リ然レモ所有權ノ取得ハ当事者ノ意思ヲ俟タス当事者カ面接ニ設定移転セラルヽアリ即チ失取得權ハ或ル状態ニアルハ法律カ之ニ權利ヲ附与スル又時效ニ因リ權利ヲ設定スルアリ此等ハ法律ノ規定ヨリ生スルモノナリ理論上ヨリ云ヘハ強制執行モ又然リトス然レモ此等ハ責任ノ移転ニテ權利ノ移転ニ非ス場合モ亦法律ノ規定ヨリ生スルモノ移転ハ当事者ノ意思ニヨルヲ最モ多シ於此乎当事者ノ意思ヲ如何ニ解スヘキヤ否ノ問題ヲ生ス此問題ニ付三主義アリ

第一、独法主義　物權ハ当事者ノ意思ニテハ移転セス之ニ伴フニ必ス不動産ニアリテハ登記動産ニアリテハ引渡ヲ要ストセリ

第二、意思主義　此主義ヲ採ル国ニテモ又登記又ハ引渡ヲ以テ対抗スヘキ物權モ之ヲ認メサル可ラス又善意ノ第三者ニ対抗スルニハ引渡ヲ以テ要トス而シテ第三者ハ善意ナルヲ要スル我旧民法ハ此主義ヲ採リ即第三編六条以下不動産ニ付テハ第三五〇条之ヲ定メ而シテ怪ム可キハ第三四七条ニシテ其第四項ニ当事者ノ悪意ハ其自白ニ依リ之ヲ証スルヲ得ス然レ共譲渡人ト通謀シタル詐害アリシ時ハ其通謀ハ通常ノ証拠方法ヲ以テ之ヲ証スルヲ得ルトアリ故ニ実際ノ適用ハ悪意ノ第三者モ保護セラルヽコトナルモ主義ハ善意ノモノヲ保護スルニアリ

第三、形式主義　凡テ第三者ニ対抗スルニハ登記若クハ引渡ヲ要ストスルモノニシテ新民法ハ即チ此主義ヲ採リ佛法ニテハ此問題ハ議論アリ引渡ニ付テハ明文アリ不動産ニ付テハ唯第三者ノミアリテ善意悪意ヲ区別セス近来ノ学者ハ善意悪意ヲ問ハストセリ古来ノ学者ハ善意ノミトセリ

此三主義ハ各利害アリ第一主義ハ至テ単純ナリ理論上ヨリ物權ハ何人ニ対シテモ行ハルヽモノナルニ或者ハ物權カ設定移転セラレ或者ニハ設定移転セラレサルハ不可ナリトスル独乙学者ノ謂フ所ナリ然レ共余ハ此論ヲ動カス可ラサルモノト信スル能ハス法律上何事モ絶対トスルヲ望ム可ラス裁判上モ甲ニハ權利アリテ乙ニハ權利ナシトスルヲ多シ物權ニ於テモ全ク甲乙間ニテハ両カ所有者トナリ而シテ此二ノ裁定ストセハ全ク法律ノ下ニ所有者二人アルヲトナルハ之レ不得止コトナリ又無能力者ノ為ニスル法律行為ハ相手方ヨリ見レハ完全ナル權利ナルモ無能力者ヨリハ何時ニテモ取消スヿヲ得ルカ故ニ不完全ナリ故ニ權利ハ絶対ナラサル可ラサルヲ以テ独乙学者ハ当事者ノ意思ト引渡登記ト合一セサルヘカラスト云ヒ然レ共他方ヨリ見レハ當事者カ移転セント欲スルニ移転スルヲ得ス一旦当事者ノ意思ヲ以テ設定スルヲ得レハ何人ニ対シテモ対抗スルヲ得唯善意ノ第三者ハ保護セラルヽカ故ニ可ナルカ如キモ之レ又完全ナルモノニ非ス何トナレハ善意悪意ヲ区別スルヲ頗ル困難ナレハナリ凡ソ人ノ意思ハ之ヲ知ルヿ難ク事実之ヲ知ラスシテ為セルモノナルヤ否明ナラス若シ

其意思不明ナリトセハ之ヲ善意ナリト
ナリ不公平ヲ来スニ加之当事間ニ
不便起ラサルモ若シ第三者中甲ニハ権利
ヲ来スニ例ヘハ甲カ乙ヨリ土地ヲ質ト
而ヨリ金ヲ借リ而テ丁ハ乙カ其土地ヲ
トシテ金ヲ貸シタリトセハ此場合ニ丙ハ
ハ善意ナルヲ以テ有効トナル然ラハ丁ハ
二人ニ干シテスラ尚ホ如上ノ不公平ヲ生ス況
第三ノ主義ハ新民法モ之ヲ採用ス元来
スルニ随ヒ当事者ノ一方ニ傾ケリ羅馬
ニ即チ羅馬法ニテハ条件ヲ以テ
フヿ能ハス大ニ不便ナリトヨステプレートル
尚当事者ノ意思ニ任セ随意ニ行フヿヲ得サリシ然ハ
限リハ当事者ノ意思ヲ貫徹セラレンコトヲ期シ当事者
ニ為シ得ルニ至リシハ之レ法律ノ進歩ニヨレリ故ニ物権ノ設定移転ニ付テモ苟

モ他ニ弊害ナキ限リハ当事者ノ意思通リニ可ナリトセリ唯第三者ヲ害ス
可ラス故ニ第三者カ知ラサレハ不可ナルヿヲ要スト雖モ其善意悪意ヲ区別
ヿ渡ヲ要スト而シテ其善意悪意ヲ区別セサルヿ
来サス新民法ノ主義ハ最モ進歩シタルモノト云フヘシ
独乙法ハ尺テ規定皆可ナリト云フ可ラス或ハ羅馬法ニ拘泥シ或ハ日耳曼法ニ
拘泥セシ所アリ物権ノ設定移転ニ付テハ又ニモ然ラスト雖モ羅馬
法ヨリ来リ即チ形式ヲ要スル羅馬法ニテハ
カ其儀式ハ進歩シテ今日ハ引渡ヲ要
キニハ其幼稚ナルヲ知ルヘシ得ヘキ今日独
リテ登記スルヿトセリ
此独乙法ノ主義ヨリモ新民法ノ主義即チ当事者ノ意思ニ依リ害ヲ及ホサル
限リハ何時ニテモ效力ヲ生セシムルヿヲ得ルヿヲ可ナリトス即第一六七条ニ曰ク「物権
ノ設定移転ハ当事者ノ意思表示ニヨリテ其效力ヲ生ス」ト此当事者ノ意思
表示ハ設定移転ノ当時ニ之ヲ為サルモ可ナリ例ヘハ今契約ニヨリ土地ヲ売却
シ其所有権ヲ来年一月一日ヨリ取得セシムトスルトキハ来年一月一日ニハ意思

表示ヲ為スコトヲ要セス今日為シタル意思表示カ来年一月一日ニ至リ其效ヲ生ス
不動産ニ付テハ登記ヲ為スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス又動産ニ付
テハ引渡ノ外ナシニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス而シテ「第三者ニ対抗スル
ヲ得ス」トハ之ヲ約シテ第三者ヨリ対抗スルヲ妨ケサルヲ例ヘハ乙カ甲ニ所有権ヲ移
転シ丙ト丁トカ相当権者ナリトセンニ丙丁ニ利益ハ所有権ノ移転ナカリシモノト見
ルニ在リ又甲ヨリ相当権ヲ得タル者即チ戊カ甲ノ所有権ヲ認メスト云フ時甲
ハ汝ハ第三者ナルヲ以テ移転ヲ知ラサルモ已ニ移転セリト云フヲ得サルモ第三者ハ此移
転未タ登記ナクシテ渡ナキヲ以テ之ヲ認メスト云フコトヲ得
物権ノ設定移転ニ対抗スルニ不動産ニアリテハ登記ヲ要トスル所
其登記ニ付テハ民法ニ規定ナシ外国ノ法典ニテハ多クハ則チ民法中ニ規定
セリ仏法ニ之ナキハ未タ登記ヲ要スルカハ実体法上ノ問題ニ属ス其
リ然ハヘキコトニシテ如何ナル権利カ登記ヲ要スルヤハ各国ノ法律ニ依リ之ヲ
手続法ニ至リテハ或ハ規定スルモ可ナリ新民法ハ手続法ニ之ヲ民法
ニ入レサルハ主義ナリ而シテ如何ナル権利ハ登記スルヲ要スルカヲ規定セサリシハ登記
法ノ定マラサリシヲ以テナリ第一七七条ニ登記法ノ定ムル所ニ従ヒテ登記

法ニ定メタル権利ハ之ヲ登記ヲ要スルナリ
不動産登記法中欠ル所ノモノハ物権中ノ約置権ト占有権ナリ其故ハ現ニ占有セ
ル個ノ此等ノ権利存スルモノニシテ占有ヲ失ハ直ニ消滅スルヲ以テ即チ登記ヨリモ
確実ナル占有ヲ以テナリ然シテ占有ヲ除ノ外ハ皆登記ヲ要スル大ニ其中先取特権ハ民法ノ規定ニヨリ登記ヲ
少ノ效力アリ又地役権ハ登記セサルモノアリ全部ニ非サルモ権利ノ種類ニ依リ即チ
表現且継続シタルモノハ登記ヲ要セサルナリシテ占有ト全ク登記ヨリ一層明瞭
ニシテ登記ハ蛇足ナルヲ以テナリ加之地役権ハ所有権ノ範囲ヲ縮ムル少ケレハ之ヲ凡テ
登記セシムルノ要ナシ（余ハ此意見ナリシモ敗レタリ）此外不動産ニ干スル権利ニシテ
物権ノ效力トシテ存スルモノアリ或ハ債権ノ效力トシテ存スルモノアリ此等ハ皆登記ヲ
要スルモ民法ニ規定スルヲ可トスルヲ以テ皆登記法ニ譲レリ
引渡ハ極メテ明カナルカ如キモ実際困難ナル問題ヲ生スル動産ニ付テ云ヘハ当事者カ
手ヨリ手ニ授受セハ可ナレ共常ニ然ルヘキニ非ス殊ニ分量ノ多キモノニ至リテ然リトス例ヘ
ハ多量ノ物品ヲ改メテ之ヲ全部汝ニ渡セハ買主ハ之ヲ送ルニテ売主ノ庫ヨリ品物ヲ出スヲ得

隔地者間ノ引渡ハ送リ出シタル時引渡アリシカ又ハ受取リシ時引渡アリシカトス
ニ余ハ到達セシ時ナリト信ス而シテ此問題ハ往々意思表示ノ問題ト混スルモノアレ
不可ナリ意思表示ハ意思ナルヲ以テ表示スレハ可ナレモ引渡ハ事実ナルカ故ニ然ニ
物品ヲ受取ラサレハ引渡トスヘカラス何故ニ隔地者間ニテハ到達セル時ヲ以テ引渡ノ
時トナスカ蓋シ此場合ハ運送人カ引渡人ノ委任ヲ受ケテ持チ行クモノナルヲ以テ運
送人ハ決シテ受取人ノ代理人トスヘカラス(受取人ヨリ何某ニ渡スヘシト通シタルトキハ格別
普通ハ然ラス)此問題ハ多大ノ議論アルヘキモ已ニ理ニ
於テ明カナルヘキヲ以テ終ニ掲ケサルヘシト為リ又茲ニ引渡ヲ詳細ニ説カントセハ占有ヲモ
詳説セサル可ラサルカ故ニ之ヲ畧シ唯一ノ場合ヲ説明センニ即チ実際物ノ場所ヲ移
サスシテ引渡ノ完済スルヘキ例ヘハ甲カ現ニ占有セル物ヲ乙ニ売ハトセハ普通ハ乙カソ
ノ物ヲ持テ帰ルヘキナリ然ルニ乙ハ甲ニ向テ引渡ハ受ケタルモ置場ナキニヨリ暫時預
カリ呉レト云ヘル場合ノ如キハ引渡ハ完了シ只売主ハ買主ノ代理トシテ占有スルト占有改定也」
之ト対シ乙カ甚タ甲ノ所有ノ机ヲ借リ居リシヲ乙之ヲ引受ケタル場合ノ如キハ即
チ簡易ノ引渡ナリ況ンヤ不動産ニアリテハ手渡スルヲ得サルモ尚ホ渡引トス、有
形ノ引渡ハ勿論為シ得サルモ唯甲ノ管理ノ下ニアルヲ乙ノ管理ノ下ニ移スニ過キサルナ
リ然ルニ不動産ニアリテハ管理ヲ変スルハ有形的ニ困難ナルヲ以テ象屋ノ如キハ
稍ヤ有形的ニ為シ得ルモ土地ニ至リテハ殆ント有形的ニ為スヲ得ス唯譲受人カ其土
地ニ衍キ之カ其土地ナリト云ヒ可シト云フテモ之ヲ踏テ為スナリ素ヨリ登記ヲ以テ引渡ノ
完了セルモノト思フモ之ハ別ナリ多クノ場合ハ物品ヲ見テ可シト云フ時ナリ故ニ羅馬法ニテ
ハ之ヲ長ノ引渡又ハ仮想ノ引渡ト云フ此注意スヘキハ第一七七条ハ不動産ニ干スル
物権ノ得喪及ヒ変更トアリテ一ハ云フ一ハ狭キ用語アル
ヲ以テ如何ト論アルヘキモ実際動産ニ付テハ得喪ト云フモ譲渡ノトキノミ引渡アルヲ以
テナリ不動産ニ付テハ遺贈ノ場合モ引渡ヲ要シ且ツ登記ヲ要ス動産ハ遺贈場
合ニハ引渡ナキモ死亡ノ時ヨリ権利移転スルコトヽナリ実際動産ニ即時時效ナル
モノヤリ然他占有移ラサルヲ以テ大ナル不都合ナケレハ盛ロ規定ナキヲ
可ナリト信ス

不動産ノ物権ニハ変更即チ地上権永小作権ノ条件ヲ変更スルアリ例ハ地上権
ノ地代ヲ八十円メリシモノヲ百円トシ三十年ノ期間ヲ五十年トスルカ如シ
第一七八条ハ広ク物権ノ譲渡ヲ云フモ之ハ所有権ノ外適用ナシ唯物権ノ総則ナル
ヲ以テ限リタル文字ヲ使用スルヲ好マサルト理論上質権ニ非モアルヲ以テナリ

供シ之ハ債権ノ規定ヨリ出ツ即チ債権ヲ譲渡スニ引渡ヲ要ス
ルト上ヲスヲ物権ノ設定及移転ニ于スル規定ノ説明ヲ終レリ

物権ノ変更、消滅

物権ノ変更トハ理論上ヨリ云ヘハ前ノ権利消滅シテ新ナル権利ノ生スルモノナリト信
ス然レ共之ニ付テハ議論アリ即チ
(一)権利ハ凡ソ抛棄スルコヲ得故ニ当事者カ抛棄スルハ消滅スルヤ而シテ抛棄カ当事者
双方ノ契約ニ因リテ権利カ消滅スルアリ例ハ地上権ハ五十年間ノモノナリシ
モ此度都合ニヨリ已ニ二十年ヲ経過セルヲ以テ今日ヨリ中止セントスルコヲ得ルカ如シ
此事ハ設定当時ニ定メルコモアリ
(二)地上権、永小作権ニ付テハ期間ヲ付スル其期間到来セハ消滅スルハ勿論ナリ(第七
六条ヲ左ノ解スレハ此中ニ入ル)之ニ付テハ明文ヲ要セス
(三)次ニ物ノ消滅ニ因リ物権ノ消滅スルハ論ヲ俟タス
(四)法律ノ規定ヨリ直接ニ生ス消滅原因アリ即チ時效ノ如シ
其他各種ノ権利ニ付キ夫々特別ノ規定アリ
変更又当事者ノ意思ヲ以テ為スコヲ得ル最モ多キモ物ノ変更即チ物カ形ヲ変スレハ

自ラ権利モ変更ス新法発布ノ際ニハ経過法トシテノ法律出テ之カ為メ往来ノ権
利ヲ変更スルコトアリ、変更ニ付テハ別段明文ナキモ明カナリ
混合トハ数所スルコヲ得サル二資格カ合一人ニ集マリシ場合ヲ謂フ例ハ債権者ト地
位ト債務者ノ地位トカ合一人ニ集マリシ場合ノ如キヲ謂フ即チ二人カ各自己ニ対シ或請求ヲナスコトアリ得ヘ
カラサルコトナリ即チ請求ヲ為スモノトカ合一体トナルカ如キコトハ
アリ得ヘカラス物権ニ付テモ所有権ト地上権、永小作権、地役権等全ク異
有スルコヲ得ス地上権、永小作権、地役権モ皆他人ノ土地ノ上ノ権利ニシテ所
有者カ自己ノ土地ノ上ニ此等ノ権利ヲ有スルコヲ得ス即チ此ニ資格ヲ兼有スルヲ得ス
故ニ若シ混合ス来ル混合ハ権利消滅ノ一原因トシテ数ヘラレタリ然レ共細カニ之ヲ観
察スレハ時トシテハ消滅原因ト見ハラ得サルコトアリ何トナレハ所有権ト地上
権トノ混合ニ付テモ一ノ土地ニ付テ地上権ヲ有スル場合ニ於テハ後ニ説明
スルカ如ク所有権ハ削カレスルヤリ例ハ所有権ノ分量一〇トスレハ其一〇中ノ
五ヲ地上権ノ範囲トシ残リノ五ヲ所有者カ有スルヤリ
慣習上両ホヲヲ所有権トスルヤ所有者カ有スルヤリ
由ニ使用スルヲ得又壊スモ埋ムルモ之レ大ニ異ナリ一〇ノ所有権ヤル其土地ヲ自
由ニ使用スルヲ得又壊スモ埋ムルモ建物ヲ建ツルモ自由ヤリト云フ代リ地上権ハ故ヤノ

自由ニスルコトヲ得サルカ故ニ即チ一〇ノ権利カ五トナルヘキヤリ

此地上権ノ範囲ニ属スル五ヲ有スル人ト他ノ五ヲ有スル人ト二人アルトキハ例ヘハ地上権者カ死セシ其相続人カ所有権者トナリシ場合ニ元ノ如ク五分セラレ得サルニ非スト雖モ不動産ノ不完全ナル所有権ト地上権トヲ併有シ得テ是非ヲ一トナサヽル可ラサルニアラス時トニテハ是非地上権ハ依然存在セシカ如ク見サル可ラサル場合アリ例ヘハ其土地ヲ抵当権ノ目的トセルトキハ即チ地上権ヲ設定セシ後之レニ抵当権ヲ設定セシ地上権者ヲ所有権者ノ相続人トナルカ如キ場合ニ於テ若シ債務者カ債務ノ弁済ヲ為サヽリシトキハ抵当権ヲハ行使スルカ故ニ是非之ヲ弁済セサル可ラス又羅馬法ヨリ来ル所ノ追奪担保ノ訴権ヲ承継スル所ノ人即チ追奪担保ノ義務ヲ負フモノカ訴追セラレタルトキハ其土地ヲ抵当権ノ目的トセルトキハ即チ地上権ヲ設定セシ後之レニ抵当権ヲ設定セシ地上権者ヲ所有権者ノ相続人トナルカ如キ場合ニ債務者ナル自ラハ地上権者ナルカ故ニ抗弁ヲ以テ之ヲ拒ミ得サルカ如キ又追奪担保ノ義務アルモノハ自ラ追奪ヲナス能ハサルヲ以テ抵当権ノ行使ヲ妨ケ得ルカ如キ此理由ニヨリ今ノ場合ニ債務者ナル自ラハ地上権者ナルカ故ニ地上権者トシテハ抵当権ノ行使ヲ妨ケ得ス自己カ弁済ヲナスヘキ義務ヲ有スルヲ以テ債権者ニ対シ地上権ヲ行使シテ弁済ノ妨ケヲナスコトヲ得ス然レハ若シ其モノカ第三者即チ債権者以外ノ者ヨリ抵当物ヲ供セシ場合ナレハ地上権者トシテハ抵当権者ニ打チ勝ツ権利ヲ有スルヲ以テ混合ニヨリ消滅スル前ヨリ不利益ノ地位ニアルコトナシ即チ甲ナルモノカ乙ナルモノヽ債務ノ担保ヲ為メ自己ノ不動産ヲ抵当ニセリ然ルニ丙カ已ニ其不動産ノ上ニ地上権ヲ有シ登記アリトスレハ其場合ニ債権者ハ丁ハ完全ナル所有権ノ中ヨリ地上権ヲ削カレタルモノニ対シテ抵当権ヲ有スルヲ以テ此場合ニ於テ丙カ甲ノ相続人トナリ即チ地上権者ノ資格ト所有権ノ資格トカ一人ニ集マリシトキ債務者ナル乙カ弁済セサル故ニ債権者ヲシテ抵当権ヲ実行スルヲ為スヘキハ抵当権ヨリ前ニ生シタル地上権カ消滅スルニ非スト雖モ抵当権ヨリ前ニ生シタル地上権者ハ所有権者甲ノ資格ヲ兼ネテ所有権ヲ取得スルカ如キ場合ニ於テハ地上権者ハ所有権ヲ取得スル場合ニ於テハ地上権ハ消滅シテ所有権ノ中ヨリ地上権ヲ削カレタルモノニ対シテ抵当権ヲ有スルヲ以テ混合ニヨリ消滅スル前ヨリ不利益ノ地位ニアルコトナシ故ニ混合ハ又其結果ノ為メニ抵当権カ左ノ一〇ノ上ニ存スルコトナシ故ニ混合ハ又スルモ権利消滅ノ原因トナルモノニ非ス只其結果不利ナルトキハ消滅セス果シテ然ラハ如何ニ解スヘキヤ余ノ所信ハ固ヨリ此ニ資格ヲ兼有

スルコトヲ得ストハ單ニ普通ノ有様ニ於テ云フ（キフニシテ勿論此両資格カ合一人ニ集マレハ法律上恰モ二人ノ存在セルカ如クニ見做スヲキモノニシテ法律上次ニテ之ヲ兼有スルコトヲ得スト云フハ不可ナリ近キ例ヲ挙クレハ代理人ニ於テ更ニ他人ノ代理人トナル場合ノ如シ即チ此場合ニ於テ代理人カ自己ノ資格ニテハ債権者トナリ代理人ノ資格ニテハ債務者トナルコト少カラス（會社ノ取締役ノ如キハ然リ）

相続其他ノ原因ニ依リ権利ヲ取得シタルモノハ相続人ノ資格トシテ或権利ヲ有スル即チ二ハ所有権ト地上権ナル如キ又自己固有ノ権利アリ然ラハ之ヲ消滅原因トセサルヘカラス（混合カ消滅原因トナリト云フハ要ナル場合アリトスルモ理論上ヨリセハ混合カ消滅原因トナリト云フヲ不可ナリ仮シ実際上原則トシテ消滅原因トスル方便利ニシテ又穏当ナリ其理由ハ権利ハ何時ニテモ抛棄スルヲ得ハヲ以テ多クノ場合ニ於テ不要ノ権利ハ之ヲ抛棄スル即チ自己カ債務者タル場合ニ於テ債権者ノ資格ヲ得タリトセンカ此債権者タル資格ハ不用トナリ寧ロ之ヲ抛棄スルヲ以テ常トス仮シ自己ノ権利ヲ自己ニ対シテ抛棄スルニ他人ニ向テ之ヲ告示スルモノナレハ故ニ混合ヲ消滅原因トセサル時ハ或ハ其ノ者ノ都合次第ニテハ数年ヲ経テ後モ尚ホ存在スト云フコトアルヤモ之為メニ第三者ハ大ニ迷惑スル即チ第三者ハ抛棄セシモノト思ヒ居タルニ後テ数年ヲ経テ尚ホ存在スルモノナリト云ヒ出スコトアルヤモ計リ難シ故ニ混合ハ不都合ナリ又未地上権ハ普通他人ノ土地ノ上ニ存スル権利ニシテ其地上権者ノ資格トカ全一人ニ集マル時ハ自己ノ土地ノ上ニ自己カ地上権ヲ有スルノ又要ナキヲ以テ抛棄ヲ然ルニ之ヲ人ニ告ケスシテ後地上権者ナリト云ヒ出スコトアル時ハ第三者ハ大ニ迷惑スルコトアリ故ニ原則トシテ消滅ノ原因トナセリ唯之ヲ消滅セシメテハ権利者ノ為メニ不利益ナル時ハ当事者ニ其権利ヲ抛棄スルノ意思ナキコト明カナリ尚消滅セサルモ第三者カ害ヲ受ケサルヲ以テ消滅セシメサル時ハ即チ消滅セシ如キ時ハ自己ニ不利益ナル場合ニハ之ヲ消滅セス例ヘハ地上権ノ第三者ニ損害ヲ及ホス場合ハ元ヨリ消滅其モノハ第三者ニ損害ヲ及ホス場合ハ元ヨリ消滅セス例ヘハ地上権ヲ設定シ地上権者カ地上権ノ上ニ抵当権ヲ設立シタル後地上権者カ死亡シ所有者カ其相続人トナリタル場合ニ地上権カ消滅セハ第三者カ抵当権者ハ抵当権ノ目的ヲ失ヒ其権利ヲ失ヒタル故ニ斯ル場合ニハ

抵当権者ノ為メニ地上権存在スルキトリ而シテ此類ノ例ハ枚挙ニ遑アラス
実似ノ状態ニシテ結果ノ異ナル場合アリ即チ所有者カ地上権ノ設定ヲ
更ニ抵当権ヲ設定セハ地上権ト所有権トノ間ニ混合アリシ時ハ地上権ハ消滅ス
然ラハ此場合ニ抵当権ト所有権トノ間ニ混合アリシ時ハ如何此場合ニ於テ尚抵
当権ハ消滅スト何トナレハ少シモ地上権者ノ権利ヲ害セス地上権者ヨリ見レハ抵
当権ハナキモノ全一ニシテ即チ残リノ権利ニ付テ生スル抵当権ナルヲスルテ其抵当権ノ有無
ハ敢テ痛痒ヲ感セス此事タル民法ノ明文上明言セサルモ実際上然ラサルヲ得ス即
チ消滅スルカ為メニ従来ノ権利ニ有無ヲ或人ノ利益不利益ニ依テ変更スルコヲ得
ス今ノ場合ハ何人ノ利益不利益ニモ干係セサルカ故ニ消滅シ得ルヨリ又土地ニ付テ抵当
権カ二ツ存スル場合ニ於テモ又全一ナリ例ハ甲カ土地ノ所有者ニシテ乙ノ為ニ第一
抵当権ヲ設定シ後丙ノ為ニ第二抵当権ヲ設定シ場合ニ於テ若シ甲乙ノ
間ニ混合アリトセンカ之カ為メニ乙ナル抵当権者ハ不利益ヲ受ケサルニ至ル
ヘシ即チ第一抵当権カ消滅スルハ第二抵当権者ハ利益ヲ受クルニ至ル例ハ其不動
産ノ価ノ二万円トシ之ニ第一抵当カ五千円トシ第二抵当カ一万円ナル場合ニ混合
ナキ時ハ第一抵当権者ハ五千円ヲ取リ第二抵当権者カ取ルヘキ
モノタリ反之若シ此場合ニ於テ甲乙ノ間ニ混合アリテ乙ノ抵当権カ消滅スルモノト
セハカ意外ノ損失ヲ受クルナシ去レハ甲ノ資格ト乙ノ資格カ各別ナル時ハ乙ノ資
格トシテ五千円ヲ取ルヲ得ルニ資格混合ノ為メニ利益トナルヘキ理由ナキ故ニ此ノ場
合ハ消滅セス因テ丙カ其不動産ノ競売ヲナセハ甲乙ノ資格合体スルモ依
然乙ハ自己ノ権利ナル五千円ヲ受取ルヲ得ルナリ

以上ハ所有権ト他ノ物権トノ間ニ混合アリシ場合アリ例ハ地上権ト永小作権トハ地役権ニ於テ尚ホ前ニ言ヒ所
ノ混合ニ非ス然ニ茲ニ所ノモノハ敢テ所スル能ハサル二資格カ全一人ニ集ルモノニシテ是ニハ勿
論兼有スルヲ得ルモノトス例ハ甲ノ土地ト乙ノ土地相隣レ甲ノ土地ノ利益ノ為メニ乙ノ土地
ニ地役権ノ存在セル場合ニ甲ノ土地ノ所有者カ乙ノ土地ニ地上権ヲ設定スルキハ甲ノ
所有者ハ全時ニ地上権ト地役権トヲ有スルニ是等ノコハ勿論為シ得ヘキコトトス故ニ
混合ノ問題ノ起ルハ異ノ地役権ヲ抵当ニ入レシ其地役権者タル資格ト抵当権
者タル資格トカ混合セシキニアリース
第三者ノ存セル時即チ甲カ地上権者ナル時ニ抵当権ヲ設定セル甲乙間ニ混合アル時ハ乙ノ抵当権ハ消滅スルモ甲丙間ハ消滅セス

以上ハ原則トシテ凡テノ物権ニ通シテ適用シ得ル占有権ハ之ヲ一種独立ノ物権ト見ルヲ本来誤リ之他ノ権利ノ行使ヨリ即所有権ノ行使地役権ノ行使ヨリ供シ権利ヲ行使スルニ当リ正当ナルヲ不正当ナルトヲ問ハス権利者ナラサルモノカ他人ノモノヲ占有セルヲモ又保護セラルヘク占有ヲモノハ多クハ他ノ物権ト共有スルモノナリ即チ他ノ権利ヲ有スルヲ以テ単ニ不正当ノ占有権ノミヲ保護スルニ至ルヘシ故ニ占有権ニ付キテハ寧ロ之ヲ保護セサルヘカラス

混合ハ種々ノ原因ヨリ生スルモ就中相続ニ依リテ生スルヲ最モ多シトス

前ニ物権ノ設定移転ヲ述ヘタルモ移転ノ裏面ニハ必ス消滅変更アリ即チ甲ノ所有物ヲ乙ノ所有ニ移スハ乙ノ為メニ権利発生スルモ甲ノ為メニハ消滅スルヲ以テ地上権ヲ設定スルハ一般ニハ之ヲ変更ナリ（見様ニヨリテハ一ヲ消滅トナシ他ヲ設定スルモ可ラスト雖モ）故ニ権利ノ消滅変更ノ問題起ルトキハ移転設定ノ場合ヲモ観察セサルヘカラス

ニヨリ起ルモノナルカ当事者ノ意思ニヨル場合ハ当事者間ニテハ権利消滅又ハ変更又ハ法律ノ規定ニヨリ消滅スル場合ニハ多クハ第三者ニ対抗スルヲ得ス之ヲ換言スレハ第三者ニ対抗スルヲ得スルヨリ物ノ消滅ニ付テハ対抗云々ノコトハ起ラス其他法律ノ規定ヨリ生スル消滅原因ニ付テモ大抵ハ然リトス而シテ当事者ノ意思ニヨル場合ニハ登記ヲ要ス

第二章　占有

総論

定義及性質

占有ノ定義及性質ニ付テハ古来学者間議論紛々未タ一定ノ確説アルヲ見ス其ノ研究ハ羅馬法ニ於テハ大ニ之カ研究ニ努メ面白キ沿革アリシモ其後研究スルモノアリシモ唯羅馬法ヲ研究スルモノアリシモ進テ羅馬法ノ覊絆ヲ脱シテ研究セシモノナシ甚シキニ至リテハ仏ノ如キ占有ニ干スル規定ナキモノアリ（唯許ス迄モ読ムニヲ掲ケル学者ハ唯羅馬法ノ規定ヲ現行法ノ如ク論シ之ニ由リテ裁判シ之ニ依リテ議論セハナリ独乙ニテハ羅馬法カ Gemeines Recht ニテ唯少シク変更セシモノナリ其変更ハ伯世ノ君主ノ発セル命令モアリ又学者ノ新学説ヲ挿入セルモアリ占有ニ干スル学説モ亦然リ例ヘハイエリングカ大ニ研究ニ著者モ亦多シト雖モ其論スル所常ニ羅馬法ヲ根拠トセリ依テ羅馬法ヨリモ脳中ヨリ出テタル議論アルカ如シ他ノ学者モ然リ如斯占有ニ干スル学理ハ案外ニ進歩セス他ノ部分ヨリ著シク後ルルカ如シ元来占有ニ干スル事項ハ法律問題中ニ入リ込ミタルモノニシテ多ク研究シ難キ故モアラン）

余ノ所信ニ依レハ占有ハ権利ノ行使ニ非ス権利ノ行使ハ権利ヲ現ニ権利ヲ有様ヲ名ケテ之ヲ占有ト云フ故ニ之ヲ物権篇ニ置キハ沿革ニ覊束セラレモノニシテ容易ニ総則編ニ入ルヘキモノトス沿革上占有ハ初メハ所有権ノ行使ノミニ付テ認メラレタリ所謂当時ニ於ケル占有ハ所有ノ意思ヲ以テ物ヲ所持スル状体ヲ指称セリ如斯狭キ占有ノ観念存セシカ事実ヲ変更スルモ表面ヨリ之ヲ壊サスシテ徒ニ所有権ノ占有ノ保護ノミニテハ不足ヲ感シ（ここに擬制ヲ作リ）所有ニ非ヲ認ムルニ至リ今日ニテハ（ここに擬制ノ占有ヲ認ムルニ至リ（或ハ自分占有ナルモアリ）即チ凡テノ財産権ノ占有ヲ事実上認ムルニ至リ従テ回収ヲ肌ス占有ニハ尚ホ（ここに擬制ヲ要セストスル羅馬法ニモアリシト云フモ余ハ之ニ対シ絶テ此学説ハ（ここに擬制ヲ要セサルヘカラサル占有ハ必要ナラサルヘキ筈所持ヲ必要トセリ而シテ物ノ所持ヲ必要トセサルハ唯占有トスル此変物ノ所持ヲ要スル占有ハ所有権地上権、永小作権、質権、債借権、使用借権ノ行使ニ非ス最モ主ナルモノナリ余ハ尚ホ之ヲ旧套ナリトスル何トナレハ物ヲ所持シテ行フ権利ニハ物ヲ所持セスシテ行フ権

利アリ而シテ今ニ保護ヲ受クル故ニ何ヲ基シテ物ヲ取得スルノ必要アランヤ故ニ今日ニ於テハ占有ハ権利ノ行使ナリトシテ総則篇ニ入ルヘキヲ云当トス

新民法ニ占有権トハ自己ノ為メニスル意思ヲ以テ物ヲ取得スルニ因リテ生ス権利ナリトセリ而シテ占有ハ余ノ云フカ如クセハ極メテ単純ナル人来占有ハ事実ナルヤ権利ナルヤノ問題アリ余ノ信スル所ニ依レハ事実ニシテ何等ノ権利ヲモ生セストセハ誤リナリト思フ今日ノ法律ニテハ占有者ノ権利ヲ認ム依シ占有ハ権利ナリトノ論ハ用語ノ上ニ於テ穏ヤナラス余ハ占有其モノカ権利ナルニ非スシテ法律カ占有ヲ保護スル為メニ認メタル権利ナリト云フハ穏当然ナラス例ハ他人ノ土地ヲ使用スルモノアリトセンニ其使用スルヤ即チ一ノ事実ナリ然ルニ此土地ヲ使用スル者ハ一定ノ権利ヲ有スル即チ債権者ノ如シ然シ土地ヲ使用スルヤ事実ニシテ之ハ全ク権利ヲ行使セル有様ノ事実ナリ唯法律カ其モノニ権利ヲ与ヘタルナリ而シテ此占有ハ法律カ保護シ之ヨリ生スル権利ヲ如斯占有ハ法律カ保護セラルヽハ当然ナルカ之ハ権利者トシテ保護セラルヽナリ従テ占有者カ自己ノ権利ヲ保護セラルヽ場合ニテ唯占有ヲ保護スルニ非ス然ハニ法律ハ

占有ノミヲ保護シ権利ノ有無ヲ問ハス其理由ハ数多アレモ最モ主ナルモノ三アリ

(一)他人ノ権利ヲ悪意若クハ過失ニ由リテ行使スル者アレハ一国ノ全体ヨリ見レハ極メテ少数ナリ多クノ場合ニ於テハ真ニ権利ヲ有シ之ヲ行使スルヲ常トス故ニ他人ノ物ヲ権利ナクシテ使用スルハ寧ロ例外ニ属ス故ニ法律ハ依リ之ヲ正当トシテ保護スルハ可ナリ

(二)其例外少数ノ場合ヲモ自己ノ権利ヲ他人ニ使用セラレ法律カ保護スルヲアルハ之レ已ムヲ得サルニ非カルナリ

(三)依リニ怠慢者ニ非サルモ現ニ占有者ヲ保護スル理由アリ無論其場合ニハ権利者之ヲ取返スニハ法律ニ許ス所ノ手段ヲ得而シテ之ヲ取返スヲ得ルモ取返スニハ勝ツ可ラス只真正占有者ナルヤ否ヤ不明ナルカ故ニ法律之ヲ保護スルノ保護ニ勝ツ可ラス只真正占有者ナルヤ否ヤ不明ナルカ故ニ法律之ヲ保護スルハナリ若シ夫レ瞬カニ訴ヘテ取返スヲ得セシメハ国家ノ安寧ヲ乱ルノ恐アルナリ

占有ノ要素

占有ノ要素ハ古来孝者ニ個アリトス一ニ心素二ニ体素ニ者ナケレハ占有ハ成立セス権利ノ行使ハ之ヲ権利トシテ行使セサルヘカラス然ラサレハ権利ノ行使トハ云フヘカラス又意思ノミアルモ行為ナケレハ占有成立セス古来議論アリテ即チ心素ヲ要セス体素ノミアルモノヲシテ体素ノミアルモノヲシテ体素ノミアルモノヲシテ

説ニ依レハ此 [illegible] ナリト云リ然レ共今日ノ法理ヨリ云ハ誤レリ唯今日ノ民法ニ於テハ自己ノ為メスル意思表示ナリ

占有權ノ性質

占有權ノ性質ハ之ヲ種々ニ分ツコトヲ得

(一) 所有ノ意思ヲ以テスル占有ト所有ノ意思ヲ以テセサル占有

(二) 善意ノ占有ト要意ノ占有、平穏トハ自己ノ腕力ヲ用ヰテ対抗セサルモノヲ云ヒ強暴ハ其反対ナリ

(三) 平穏ナル占有ト強暴ナル占有、公然ノ占有ト秘密ノ占有トス所有ノ意思ヲ以テスル占有ハ他人ニ知ラシメサル占有ナリヲ普通ノ方法ニテ秘密ニスルヲ謂フ

(四) 公然ノ占有ト穏密ノ占有、公然トハ占有ヲ秘密ニスルコトナク普通ノ方法ヲ以テスル占有ニテ秘密ノ占有ニ対スル語ナリ

(五) 継続占有ト不継続占有、継続占有トハ間断ナク始メヨリ終リマテ占有ヲ続クルモノヲ云フ不継続占有トス間断アル占有ヲ云フ新民法ニテハ不継続ノ占有トハ中断シタル占有ニシテ任意ニ占有ヲ止ムルモ又他人ノ暴行ニヨリテ

占有ヲ奪ハルルモ凡テ此中ニ包含セリ

此五性質ノ区別ハ法律上必要ナリ

(一) 所有ノ意思ヲ以テスル占有ト然ラサル占有之レ沿革上最モ大切ナル区別ニシテ今日尚ホ各国此区別ノ重要タルヲ唱フ我新民法ニ於テハ左程重要ナハヲ感セス然レ共全ク無用ニ非ス即チ所有権ヲ取得スルニハ必ス所有ノ意思ヲ以テセサルヘカラス吾人ノ占有トスル間ハ所有権ヲ行使スルト又他ノ権利例ヘハ借主カ権利ヲ行使スルトハ効力上大ナル差アリ

(二) 善意ノ占有ト悪意ノ占有之又各国重要スル区別ニシテ我新民法ニ於テモ又然リトス即チ時効ニ付テモ善意ノ占有ト要意ノ占有トハ大ニ差異アリ又果実ヲ取得スル権利ニ付テモ差異アリ

(三) 平穏ナルモノト強暴ナルモノ之レ又時効ニ干シ平穏且ツ公然ナラサルハ時効ノ効果ヲ受ケス強暴ハ悪意ノ占有ト全一視セラル

(四) 公然ノ占有ト隠密ノ占有

之又全ク時效ノ效果ハ公然ノ占有ニノミ存シ隱秘ノ占有ハ尚ホ惡意ト全一視セラル

(五)繼續占有ト不繼續占有

之ハ時效ニ付テ特別ノ必要アリ即チ繼續占有ニアラサレハ時効ノ効果ヲハ受ケス

以上ノ性質ハ大抵繼續セルモノナリ即チ斷ヘス所有ノ意思ヲ以テ平穩ニテモ然リ或時ヨリ強暴カハリ隱密カハリ又ハ其時ヨリ占有ノ性質不利益トナル獨リ善意惡意ノ占有ニ至リテハ場合ニヨリ繼續ヲ要スルト然ラサルトアリ效力ニ付テハ又繼續センコトヲ要セス占有ノ始メニ惡意ナケレハ後ニ惡意トナルモ之ヲ問ハス所謂瞬時時效ニ干シ問題トナラス瞬間ニ權利ヲ得レハ後ニ惡意トナルモ問ハス斬釘截鐵矣品盜賍品ハ瞬時々效ニ係ハラス善意者ニ付テ保護想定アリ即チ善意者トハ占有ノ当初ニ善意ナルモノヲ云フ併シ場合ニヨリテハ此性質ノ繼續ヲ要スルコトアリ果実ノ取得ニ付ノハ果実ヲ取得スルハ善意ナルヲ要スルコトアリ果実ノ取得ニ付ノハ果実ヲ取得之時效ニ付テ說明セシ如ク新民法ニハ敢テ之ヲ問ハス唯過失ノ有無ヲ問フノミ之ヲ占有ノ性質ト云ヘルモノ或場合ニ必要ナル条件ト爲テモ可ナリ然レ𪜈窓口無過失ノ占有、有過失ノ占有ト云フヲ可トスルモ平併シ時效ニ付テ必要アリ旧民法及西洋ノ立法例ニ於テ全ク之レヲ無用ノ區別トハ云フヲ得サルモ其名称不当ナリトス眞代理占有ノ下ニ於テ說明センカ其他佛民法等ニテハ曖昧占有ナルモノアリ之ハ占有セルカ然ラサルカ知レサル有様ニアルモノヲ云フ例ヘハ余カ余ノ父ト住スル代家内ニアル間ノ動産ハ誰カ占有スルモノナルヤ不明ノ場合ヲ云フナリ而シテ此問題ハ多ク時效ニ付テ發生スル即チ父死シテ後其所有ノ動産ヲ永ク占有スルトキトテモ父ノ存在中ハ父カ故ニ曖昧占有ハ時效ノ效果ヲ受ケス時效ノ利益ヲ引用スルモノハ法律ニ定メタル期間占有セルコトヲ証明セサル可ラス果シテ然ラハ此ノ場合ニハ眞ノ占有ヲ爲セルモノトハ實際上之ヲ知ルコト困難ナリ人ノ意思ハ甚タ明カ以上ノ性質ハ理論上明カナルモ時效問題ニ至リテハ表面ノ事實ナルカ故ニ理論上明カナルモ時效問題ニ至リテハ表面ノ事實ナルカ故ニ証ヲ得ス難シ即チ數年占有セルトノ証拠ヲ出

スヿ難シ故ニ継続又ハ不継続ニテモ我十年間継続セシヤ間断アリシヤ明ナラス故ニ治律ハ一ノ特例ヲ設ケタリ即チ第百八十六条之ナリ之ハ治律ノ推定セントスルモノニシテ也間普通ノ事実ヲ以テ之ヲ推定セントスルモノニシテ也間普通ノ事実ノ多数ニ付テ見レハ皆所有ノ意思ヲ有スルモノト云フ可シ(極端ニ云ヘハ盗賊其他悪人モ又所有ノ意思ヲ以テ占有ス)故ニ治律ハ所有ノ意思ヲ有スルモノナリト推定セリ

善意ハ治律上凡テノ場合ニ之ヲ推定スト雖モ我民治編纂ノ当時ハ此原則ヲ採用セス即チ証拠法ニ採用スル考ナリキ是不当ノ権利ヲ行使スル意思ニテ占有ヲ為スモノ少ケレハナリ

平穏モ当然他人ノ占有ヲ腕力ニテ奪ヒ又ハ他人ノ腕力ニ対シ腕力ヲ以テ防禦シテ占有スルヿ大ナル分然モ又然リ

継続キ又全ク一旦占有ヲ始メタルモノハ或事実発生シテ占有ヲ奪ハレ又ハ抛棄スルヿナケレハ即チ占有ハ継続スル代理占有ノ場合ニ於ケルモ現在物ヲ持チ居ラサルモ依然占有ハ継続セルナリ故ニ継続ハ原則ニシテ不継続ハ窒口例外タリ

故ニ継続セルモノト推定スル然レ共推定ハ反證ヲ許ス

第一節　占有権ノ取得

占有権ヲ取得スルニ付テノ原則ハ第百八十条、第百八十三条、第一項ニ規定セリ而シテ第百八十条ノ規定アレハ第百八十三条第一項ノ規定ハ之ナクモ可ナルカ如キ感アルモ這ハ時效ノ規定ニ通スル原則ナルカ為メ規定セルナリ

第百八十条ハ左ノ物ヲ占有スルトキハ勿論占有ノ移轉譲渡ノ場合ニモ又通シテ適用アリ然ルニ第百八十二条、第一項ニ譲渡ノ時ニ之カ適用ヲ見ルノミニ占有ノ要素ハ心素及ヒ体素ナリ従テ占有権ヲ取得スルニハ必ス此二者ヲ要ス心素ハ意思故ニ占有センノ意思(自己ノ為メニセン意思)アルヿ可ナリ体素ハ物ノ持所ニシテ物ノ所持トハ物ノ上ニ権利ヲ行フニキ場合ニ於テル権利行使ノ事実ナリ故ニ所有権ノ行使ニ付テニハ所有ノ意思ヲ要セスシテ占有ヲ為ス意思ノ外ニ尚ホ普通所有者ノ為スニキヿヲ為サヽルヿヲ要ス即チ物ノ所持之ナリ之ハ動産ノ譲渡ニ於テル引渡ト全シ即チ引渡ハ占有ノ移転ナリ然レ共之ニ敢テ掌握ヲ要スルノ意ニアラス只其モノノ処分内ニアルヿヲ要スルノ意ニ外ナラス而シテ処分ノ程度ヵ所有権行使ノ場合ニ之ヲ破壊スルヲ得ルモ他ノ権利ノ場合ニ在テハ物ヲ使用スルヿヲ得ス此ニ者ヲ得サルヿヲ占有ヲ取得スルヿヲ得ス要スルニ意思及事実ノ二素ヲ欠

ヲ以テハ占有権ヲ取得スルコヲ得ス

此ニ疑問ノ起ルハ代理占有ノ場合ナリ大モ余カ爰ニ代理占有ト称スルモノハ従来
学者ノ唱フルモノヨリモ其範囲広ク即チ他人ノ代理ニ依リ占有ヲ為ス凡テノ場合
ヲニヲモノナリ而シテ余ノ見ヲ以テスレハ代理占有ニ五種アリ

一、普通ノ代理占有

最モ簡明ナル場合ヲ例セハ余カ乙者ニ代理ヲ托スルニ現在甲ノ占有セル物ヲ受取
方ヲ以テセリ乙者之ヲ諾シ甲ヨリ其物ヲ受取リタルトキハ余ハ乙ノ代理ニヨリ其
物ノ占有権ヲ取得セリ之ニ付テハ従来種々ナル学説アルカ新民法ノ採用セル
主義ハ極メテ単純ニシテ他ノ代理ト敢テ異ナル所ナシ羅馬法以来学者ノ一般
ニ唱フル所ニヨレハ占有ノ要素タル心素ト体素トノ中体素ハ代理スルヲ得レ
ト心素ハ代理スルヲ得スト而シテ此観念ハ今日尚ホ学者ノ胸中ニ存シ現
ニ新民法編纂ノ際ニモ此学説出テタレトモ其誤レルコト証シテ法文ノ如ク為
セリ旧民法ハ此誤謬ヲ採用セレモ之レ治革上ヨリ来レルモノナリ曽テ述ヘタルカ
如ク羅馬法ニ於テハ代理ナルモノサカリシモ不便ナルヨリ種々工夫ヲ為セリ
占有ニ付テ代理ヲ許サヽルハ不都合ニシテ前例ニ於テ乙ニ托シテ占有

ヲ為サシメル代リ乙カ占有者トナレハ時効其他ノ問題ニ干シ余ハ何等ノ利益ヲ受ケルコ
トナキノ不都合ヲ生スヘシ然レハ若シ乙者カ此利益ヲ受ケスト云ハ尚不都合ナル結果
ヲ生ス即チ若シ暴漢アリテ其物ヲ持チ去ルトキハ占有者ナキヲ以テ致ス所ナキニ
ナルニ至ル(シ故ニ羅馬法ニ於テモ心素ハ代理シ得サルモ体素ハ代理ヲ許ストナセリ
(羅馬法ニテハ売買ニ付テモ代理人カ買主トナリ代理人カ更ニ本人ニ権利ヲ移転セ
サルカラサリシナリ即チ直接ニ本人ニ効力ヲ生セサリシナリ)然ハニ占有ノ事理ノ進
歩遅々トシテ今日尚羅馬法ヲ去ル遠カラス豈愛フヘキナラスヤ

売買ノ場合ニ買主ト為リ売主トハ意思ヲ代理ニ由テ表示スルコヲ得其結果本
人ニ対シテ直接ニ効力ヲ生スルノ原則ヲ採用セハ独リ占有ニ付テ代理ヲ
許サルカ如キハ主旨ヲ毫徹セサル行為ハ本人ニ対シテ直接ニ効力ヲ生シ即チ心素モ体
素モ代理人之ヲ有シ直接ニ本人ニ対シテ効力ヲ及ホスコトセリ然リ旧来ノ学説ハ
理論上誤レルノミナラス実際上亦不都合ナリ即チ法定代理ノ場合ニ想像セヨ本
人ハ意思ヲ有セス即チ禁治産者、幼者、法人等代理人皆之ヲ代表シ直チニ
本人ニ対シ其効力ヲ有スルニアラスヤ(法人ニ意思アリトノ説アルモ之ニ依ルモ社員ノ多

数ノ意思カ添人ノ意思ナリトスルモ其社員ノ各人カ一々之ヲ占有セシムルモノニアラス代表者之ヲ行フナリ」然ルニ近来ノ学者殊ニテ曰ク法定代理ハ恰モ当事者ノ如キモノニシテ這ハ特別ナリ」ト而シテ前旧主義ニ依レハ大ニ困難ナルアリ即チ占有ノ要素タル心素ハ本人之ヲ有セサルヘカラサルカ故ニ本人ト代理人トノ一所ニ居ラサル場合ニ於テ代理人カ本人ニ代リテ物ノ引渡ヲ受クルトキハ占有ハ移転セスシテ何ソヤト云ヘハ心素ハ代理人カ本人ニ代リテ有スルヲ許ササルカ故ニ本人カ代理人ニ委任ヲ為ス当時ニ於テハ占有ヲ取得スルノ意思アリシモ実際代理人カ物ノ引渡ヲ受クルニ際シテ若シ本人カ意思能力ヲ失ヒタリトセハ遂ニ占有ノ移転ニ至ラサルヘシ然ルニ此場合ニ於テカ旧主義ノ学者曰ク「特ニ此場合ニハ及ハス当時心素アリシヲ以テ後日之ヲ失フモ可ナリ」ト云ヘリ然レトモ這ハ又駁ノ価値ナキナリ

尚占有権ヲ物権トスルニ於テハ目的物カ一定セサルヘカラス然ルニ委任ヲ為ス場合ハ未タ物品定マラス即チ此種委ノ目物ハ又ハ器具トシテハ目的物確定セサルヘカラス然ルニ本人ハ未タ占有スヘキ物ヲ知ラサルカ故ニ代理人カ買入レタル物ニ付本人ニ占有ノ意思アリト為スコヲ得ス唯茲ニ一ノ非雑アリ即チ第百八十条ニ自己ノ為メニスル意思トアリ代理人ハ自己ノ為メニアラス他人ノ為メニスルモノナリ故ニ占有移転セストノ論ヲ為スモノアリ然レトモ此非雑ハ誤リ凡テ代理ノ場合ニ代理人ノ行為ハ本人ノ行為ニアラスシテ他人ノ行為ナリ故ニ代理人カ物ノ引渡ヲ受クルハ自己ノ為メニ引渡ヲ受クルニアラス即チ本人ヲ代表セル資格ニ於テ自己ノ為メニ引渡ヲ受クルナリ（自己トハ代理人自身ヲ云フ）意思ニテスルコトハ凡テ代理人ノ意思ヲ以テ自己ノ為メニスル意思ハ代理人カ代理人トシテ自己ノ為メニスル意思ナリ故ニ意思ハ代理人ノ意思、体素モ代理人ノ体素ニシテ而シテ其効力ハ直接ニ本人ニ対シテ生スルナリ

二 traditio brevi manu

之亦代理ノ占有ナリ即第百八十二条第二項ニ規定アリ甲カ乙ニ或物ヲ賃リ其占有ヲ移ス前已ニ甲ヨリ預リ又ハ借リ甲ノ所有物ヲ現ニ所持スル場合ニハ引渡ノ必要アリ而シテ乙ハ其ノ前ヨリ此場合ニハ意思ノミニテ所有ノ意思ノミニテ移転スルモノニシテ所有ノ意思ノミ移転スルヲ欠ク此場合ニハ意思ハ已ニ乙カ現有シ唯所有者ノ意思ノミ移転スルヲ以テ足レリ之ヲ説クモノアリ然レトモ之レ一ノ代理占有ナルニ過キス即チ乙カ或資格ニ於テ代理占有ヲ為セルナリ故ニ自己カ代理人ノ資格ニテ甲ノ所持ヲ自己ノ資格ニテ受取ルナリ即チ乙ハ甲ノ代理人ナル資

格ト乙自身ノ資格トノ二ヲ有シ甲ノ代理人トシテ占有ヲ移スヲ以テ故ニ甲ノ意思カ移ス
ヘキヲ以テ(代理人ハ当事者双方ヲ代理スルヲ得サルモ之ハ利害干係相反スル場合ナリ)
三、占有ノ改定、
是ハ前ト反対ニシテ即チ甲カ或物ヲ乙ニ賣リ其物ノ占有ヲ移サハ可ラサルトキ買
主タル乙カ甲ニ其物ヲ預ケ又ハ甲カ乙ニ其物ヲ借ル場合ニシテ有形上所持ヲ移サ
ス意思ノミ移転スル即チ甲カ従来自己ノ為メニ占有セシヲ乙ノ為メニ占有シ只
代理人トシテ意思ヲ有スル然レ共代理論上ヨリ云ハ代理占有ノ適用ニ過キス即チ甲ハ
自己ノ資格ナリシカ乙ノ代理人タル資格ニ於テ所持ト意思トヲ有ス(一八三)
此占有改定ノ場合ハ往々ニシテ占有ハ法律上ノ保護ヲ受ケサルコトアリ即ヲ例ヘ或
店頭ニテ代價ヲ支払ヒ其品物ヲ預カル場合ニハ占有ハ買主ニ移ルト雖モ其後或人
来リテ其物ヲ買ヒタリトセハ先ノ買主ハ占有者タルカ故ニ茅ニノ買主カ其品物ヲ
特ヲ行クモ法律ノ保護ヲ受ケストノ疑ヒアラン蓋シ此場合ハ茅ニノ買主カ勝ヲ
占ムル此点ヨリシテハ代理占有ハ危険アリ
四、代理ノ移転、
余カ乙ヲ代理人トシ余ノ所有物ヲ占有セシメ后之ヲ甲ニ賣ル場合ニ乙ハ幸ヒ甲

ノ信用セル人ナルヲ以テ便利上甲ノ兼諾ヲ経テ従来余ノ代理人トシ占有セルモノヲ自
今甲ノ為メニ占有スヘキコヲ乙ニ命スルカ如キハ其時ヨリ占有ハ甲ニ移転ス(一八四)
以上ノ場合ニ於テ理論上如何ニ説明スヘキヤノ問題生ス即チ乙ハ余ノ委任ヲ受ケテ
代理セルカ故ニ此間ニハ代理権カ一般ノ原則ニヨリ生セリ然ルニ今甲ト余トノ極談上甲
ノ代理人ト為レタル点新民法上委任代理ノ外法定代理ノ場合アルノミ然ルニ此場
合ニ於テ甲乙間委任契約ナシ併ニ余ハ此場合ニ代理権成立ストナスハ新民法ノ
主義ニテ委任外ノ代理ヲ認メストスルモ甲ハ余ニ先ツ代理ヲ委任シ余ヨリ乙ニ更ニ
代理ヲ托セシモノニシテ即チ複代理ノ原則ニヨリ甲乙間余ノ仲介ニ依リ委任契約
成立ス否委任契約ナルト仝一ノ効カヲ生ス独法ノ主義ニ依ルモ依リニ代理人ニ
対スル意思ヲ要スルノ学説ヲ採ルモ其意思表示ハ即チ余ノ仲介ニヨリテ表示サ
レタルヲ以テ代理占有ヲ為スコハ疑ナシ
今一ノ問題トナルハ何時代理カ移転スルカ即チ乙カ命ヲ受ケタル時カ又甲カ乙ノ
代理人トナルコヲ兼諾セシ時ナルヤ否ヤニヨリ而シテ此場合ニハ理論上乙ハ甲ノ為メニ
占有ヲ為ス意思ヲ有セサルヲ以テ故ニ若シ之ヲ嫌トシ代ハ問題トナラス唯此場合
ハ複代理ノ原則ニ依リ乙ハ甲ノ代理占有者トナラスシテ余カ甲ノ代理占有者トナリ

故ニ占有権ハ余カ乙ニ対シテ甲ノ為メニ占有ヲ為スヘシト命シタルトキニ移転スル此場合ニ乙ハ辞セサルヘカラス且ツ余ニ復セサル間ハ甲ノ為メニ占有セサルヘカラス換言セハ余ノ資格ニテ占有スヘシト命セラレモ今後ハ甲ノ代理人トシテ占有スヘシト命スルモノニシテ若シ乙カ之ヲ拒メハ代理ヲ為ス辞スルノ外ナキナリ

五、容仮ノ占有、

之ニ対シテ（illisible）ナルモノアリ（illisible）ヲ以テスルモノニシテ其他ノ場合ハ（illisible）ナリ然ルニ占有手続ニ関スル（illisible）ヲ要セサルヲ以テナリシヨリ此区別カ（illisible）スル孝説進ンテ（illisible）稍々複雑トナレリ

容仮ノ占有ハ即チ代理占有ナリ又之ヲ法定占有ナリ

代理占有ニ二種アリ(一)単純ナル代理占有、(二)代理占有ト代理ニ非サル占有ト併合セルモノ、之ナリ 例ヘハ地上権ハ自己ノ為メニ地上権ノ行使ヲ為シ所有者ノ代理人トシテ所有権ノ行使ヲ為スカ如シ之レ容仮ノ占有ナリ尚重容仮ノ場合アリ 例ヘハ地上権者カ又之ヲ賃貸スル場合ノ如シ

新民法ハ容仮ノ占有ヲ規定セサルモ其場合アリ即チ第百八十五条（準占有）占有ニ付テハ二〇四条、第一項、第二項（第三者ニ関スル部分ヲ除ク）之ナリ 例ヘハ地上権者又ハ使借人ハ自己ノ所有トテハ非サルモ尚物ノ所有ヲ為セリ即チ使借人ハ権ニ付テノミ自己ノ為メニスル（illisible）ナリ又ハ所有者タラントノ意思ヲ有セハ占有ハ元ト意思ト事実トノ合体ヨリ成ルカ故ニ其意思ノ変更ト共ニ又其性質ヲ変スルヲ得テ可ナルカ如シト雖モ此ハ実際其数ニ堪ヘサルニシテ何トナレハ所有者ハ地上権者又ハ賃借人ヲ借用シテ之ニ占有ヲ委任セシニ際シ其意思ヲ変更シ自己ノ為メニ所有権ヲ行使スルヲ得ハモノトセハ占有ノ一切ノ利益ハ単ニ容仮ノ占有者ニ帰スルニ至ルカ故ニ立法者ハ容仮ノ占有ハ自己ノ意ノミヲ以テ其占有ノ性質ヲ変シ恣ニ所有権ノ行使ヲ為スコヲ得サルモノトナシタリ

第一、所有者又ハ自称所有者ニ対シ爾後己ノ為メニ所有権ヲモ行使スル占有

表示シ又ハ

第二、新メタル法律上ノ原因ニヨリ所有権ヲ取得シタルモノトシテ更ニ所有者タル占有ヲ始メルニ非サレハ其占有ノ性質ヲ変セサルモノトセリ例ヘハ真ノ所有者称

又ハモノ、相続人トナリ又ハ真ノ所有者ト称スルモノヨリ其物ヲ買取ルカ如キ之ナリ此原則ハ債借人カ地上権者タラント欲スルキモ亦適用アリ

占有ノ兼迷

占有者死シテ相続人出テ占有権モ又他財産ト合シ相続又ハ占有者ヨリ其占有物ヲ買取リ又ハ渡ヲ受ケシ時ハ売主ノ権利ハ買主ノ兼迷又然ルニ占有ハ権利ニ非ス又事実伴フモノナリトノ論ヨリ占有ハ兼迷スルヲ得ストノ説モ出テタリ併シ今日ニ於テハ其論ハ畧消滅セリ原則トシテ兼迷シ得ハトナレリ何トナレハ占有権モ一ノ財産権ナリ凡テノ財産権カ相続其他ノ法律行為ニヨリ他人ニ移転スルトキハ一般ナリ占有ハ一ノ事実ニ相違ナキモ此事実ヲ法律カ保護スルニ依リテ権利ヲ生スル例ハ甲カ占有スルトノ事実ヨリ生スル権利ハ無論乙其相続人トナリテ其特定兼迷人トナリテ兼迷スルヲ得而シテ乙ノ占有モ又法律カ保護スルニ故ニ又権利カ生ス従テ甲カ占有セシ間ノ利益ヲ受ケルト全時ニ又乙自身ニ受ケル利益アリトス

五年間甲カ善意ニテ占有シ而シテ乙之ヲ兼迷シテ後五年間乙自身ニ於テ占有スル而シテ乙之ヲ相続シ又甲カ其始メ善意ニテ且ツ過失ナカリシ代ハ乙カ其不動産上ノ権利ヲ取得スル即チ

前ニ甲ノ得ル権利ト乙ノ得ル権利トヲ合セテ一ノ権利ヲ為スナリ甲カ十年

特別時効ヲ善意且ツ無過失ニテ占有ヲ始メ五ケ年間占有シ乙之ヲ相続シ五ケ年間之ヲ占有シ而シテ其占有ヲ所有権ヲ取得シ其間ノ果実ハ又之ヲ返還セサルヲ可ラス

凡ソ取得時効ハ十年ト二十年トアリ而シテ甲カ占有ノ始メ善意且ツ無過失ニテ五ケ年間不動産ノ占有ヲ為スカ然ルニ甲死シテ後乙カ相続シ若シ乙カ其時善意且ツ無過失ニテ之ヲ占有スルハ勿論十年即チ甲ノ死亡後五年ニテ所有権ヲ取得ス然ラハ若シ乙カ悪意ナリシ時ハ如何

凡ソ普通ノ相続普通ノ兼迷ハ前ノ有様カ続クモノナルモ占有ハ事実ニ伴フモノナルヲ以テ乙カ悪意ナラハ十年ニテ取得スルヲ得ス二者相反ナリ仍占有ナルカ故ニ十年間ヲ経サハ可ラス即チ悪意ノ占有ヲ受ケハ乙ノ悪意ノ占有ヲカヘテ時効ノ効果ヲハ又甲カ悪意ヲ以テ占有ヲ始メ善意且ツ無過失ニテ乙之ヲ兼迷シ其占有ノ始メ善意且ツ無過失ナル時ハ二十年ニテ時効ノ効果ヲ得ント欲スルニ二十年継続セサルヲ要ス若シ又乙ノ占有ノミヲ以テスレハ十年間ニテ可ナリ故ニ此場合ニ於テハ乙ハ甲ノ五年間

ハ占有ノ権利ノ抛棄シタル後ナホ所有権ヲ取得スルヲ得ベシ

第二節　占有権ノ效力

第一款　権利ノ推定

占有者カ占有物ノ上ニ行使スル権利ハ之ヲ適法ニ有スルモノト推定ス（一八八）

占有者カ占有物ノ多數ハ権利者ナリ或権利ヲ行使シツヽアルモノ多數ハ眞ニ権利ヲ有スルモノナリ故ニ法律ハ苟モ物ヲ占有シ其物上ニ或権利ヲ行使スルモノアルハ其者ハ正当ニ権利ヲ有スルモノト推定スル机上ノ論トシテハ簡様ナル有様ニアル間ニ斯ル権利アリトセラルヽ事実ハ証拠ヲ要スル併シ挙証ハ困難ナリ就中物権ハ先ヲ甲カ乙ヨリ其権利ヲ譲リ受ケタルコヲ證シ得ルモ乙カ果シテ権利者ナリシヤノ問題アリ又乙ハ丙ヨリ権利ヲ譲受ケタルコヲ証明シ得ルモ丙カ果シテ権利者ナリシヤノ問題アリ如此許サレハ大ニ挙証ノ困難ヲ生スルヲ以テ法律ハ苟モ占有権ノ証拠ハ恐ハクハ元ヨリ進歩シタル法律ニテハ登記ノ瞬間時效ノ制度発達シ一々証拠ヲ出スノ必要ナキモ尚困難ナリ尤モ占有者ハ多クノ場合ニ権利者ナルノ事実ナル以上法律ニ於テ占有者ト推定スルハ無理ナラス否便利ナリ多論推定シテ反対ノ証拠ヲ許スノ故ニ占有者ハ権利者ニ非スト雖モ其権利ハ他ノ者カ有スルノ反対証拠ヲ出セハ其推定ハ破ルヲ得ヘシ」

此原則ハ遠ク羅馬法ノ占有ノ適用ノ範圍ニ比較シテ狭キヲ以テ権利ノ爭ヒアル時ハ権利者ヨリ其権利ヲ爭フモノヽ相手取リテ訴ヲ起スノ必要ナシ他ヨリ占有者ニ対スル訴ヲ起シ来ルヲ俟チ居リテ可ナリ他ノ者カ我ニ眞正ノ権利者ナリトノ証拠ヲ提出スルカ其他占有者ニ対シテ許ヲ起スマテハ占有者ハ進ンテ自ラ爭フノ要セス占有者ハ被告タルノ利益ヲ有ス証拠法ノ普通ノ原則ヨリ言フモ疑ナキヲ以テナリ占有ハ占有ノ訴其他ノ方法ヨリテ保護ヲ受ケ故ニ此者ニ対シテ権利ヲ主張シテ共物ヲ取戻サントスルハ之ヲ欲スルノ訴ニ新タナル主張ヲナス者ナリ新タナル主張ヲナスモノハ必ス証拠ヲ出サヽル可ラス

然ルニ第百八十条ハ之ノ之ヲ適法ニ有スルモノト推定スト雖モ以テ占有者カ原則タルト被告タルトヲ問ハス原告トナリテ権利確定ノ訴ヲ起ス場合ニモ適用セラルヽ即チ余カ或建物ヲ占有セル時他ヨリ爭ヲルモノアル場合ニ若シ証拠法ノ原則ヲ適用セハ原告タル余ハ自己ノ権利ノ証拠ヲ提出セサル可ラス之レ証拠法ノ原則ニ反ス外國ハ羅馬法等ニモ多クハ如斯ナラス唯占有者ハ被告タルノ権利ヲ有スルニ

新民法ハ左ノ規定セリ

第二款　果実ノ取得

善意ヲ以テ占有者ト悪意ノ占有者トヲ区別セサル可ラス前ニ善意ノ占有者ト悪意ノ占有者トヲ述ヘタリ只爰ニ注意スヘキハ常ヲ論シタル時效ニ於テハ善意ハ其始メニ又要ナリシカ此ニ善意トヲ以テ果実ヲ取得スルノ時善意ナラサル可ラス即チ自己ノモノナリト信シテ収取セサルカ故時效ノ場合ハ悪ナリ善意ナリトハ悪意ト占有権利ヲ有スルモ悪意ノ占有者ハ権利ヲ有セス（一八九）此原則ハ羅馬法ヨリ来レルモノニシテ一見如何ニ善意ノ占有ナリトモ其モノカ他人ノモノタルヲ知リタル以上ハ之ヲ返還セサル可ラサルカ如シ併シ社会ノ秩序上此規定ヲ必要トス法律ノ目ヨリ見レハ善意ノ占有者ハ多クハ過失アキモノニシテ却テ自己ノ権利ヲ他人ヨリ行使セラルヽモノハ多クハ怠慢アルモノナリ故ニ過失アキ悲ムヘキ占有者ヲ保護シ怠慢アル権利者ヲ抑制スルハ法律上当然ナリトス然ルニ善意ノ占有者ハ自己ノモノナリト信シテ占有ヲナスカ故ニ其モノヨリ生スル果実モ亦自己ノモノナリトシテ之ヲ採取スルニ至ルヘシ然ルニ後日其権利ハ全ク他人ニ属シ土地ハ又自己ノ（占有者）ノ所有ニアラスシテ他ニ所有者アルヲト分明ナル時ハ従来採取シタル果実ヲ悉ク返還スヘシトセハ占有者ハ意外ノ困難ニ遭遇スルヲ以テ過失アキ占有者ニ不利ヲ蒙ラシメ

トセハ不公平ナリ即チ貯蓄心ニ富マサル者ハ損失ヲ受ク而シテ加之消費スルヲハ必スシモ之ヲ返還スルヲ困難ニシテ消費セサルヲハ之ヲ返還スルヲ容易ナリトスルヲ得ス何トナレハ一所ノ田地ヲ有シ其中一所カ他ノモノナル場合ニ収獲ノ際一緒ニ刈入レタル偶然ノコヨリ自己ノ所有ノ田地ヨリ出テタルモノハ皆之ヲ消費シ今後ハ他人ノ田地ヨリ出テタルモノヲ以テ消費シタリト思ヒシニ偶然ニモ他人ノ田ヨリ出テタルモノヲ前ニ費消シ自己ノモノヲ餘セルヲハ返還スルニ及ハス又金銭ニ於テモ其金ヲ使用セシヲハ偶然使用セサル他人ノモノヨリ生シタル果実ヲ返還セサルヲ故ニ消費不消費ニヨリテ区別スルハ穏当ナラス之ヲ以テ新民法ニ於テハ一切之ヲ区別セサルナリ

善意ノ占有者ハ如斯特別ノ保護ヲ受ケ併シ之ハ善意ニテ果実ヲ収取シタル占有者ニ限リ受クヘキ保護ナリ故ニ始メハ善意ナルモ取収ノ時悪意ナルハ此保護ヲ受クルヲ得ス而シテ何時ヨリ悪意ナリシヤハ事実問題ナリ始メ他人ノモノヲ自己ノモノト誤リタル時権利者カ反対挙証ヲナセハ其時ノ占有ハ悪意ナリ而シテ実際長ク占有セシモノハ終リマテ自己ヲ権利者ナリト信シ遂ニ許セリシ時善意ノ占有カ悪意ノ占有トナルヤ即チ茅百八十九条ノ規定ヲ設ケタリ即チ茅百八十九条茅二項之ナリ此規定ノ理由ハ断然タル規定ヲ為セリ其意味ハ民訴茅百九十五条ニテ明ナリ即チ此条ハ権利拘束ノ規定ナリ去レハ訴ノ始メニ敗訴シ之ノ理由アルヲ以テ故ニ敗訴ハ何時ヨリ善意者カ悪意者トナルヤモノト見ルヲ当然ナリ故ニ敗訴ハ何時ナルモ始メヨリ敗訴セシ遠ク仮令内心如何ヲ論セス法律上ヨリ見レハ敗訴セシニ相ノ始メヨリ悪意ナリシモノト認メサルヲ得ス

茅二、事実上ノ理由ヨリ云ヘハ他人ヨリ訴ヲ起サレタル時自己カ真正ノ権利者ナリト信スルモ訴訟ノ結果敗訴スルヲ予想セサル可ラス故ニ果実ヲ起訴ノ時ヨリ之ヲ返還セサル可ラス

之ハ善意ノ占有者ノ権利ニシテ悪意ノ占有者ハ権利ナキカ故ニ即チ果実ヲ償ヒ償還セサル可ラス（一九〇）

悪意ニテ採取シタル果実ハ已ニ消費シタルモノハ悉ク之ヲ返還セサル可ラス又採取セサリシ果実ノ償代ヲ償還セサル可ラス若シ既ニ消費シ又ハ過失ニ因リテ滅失シタル時ハ其果実ノ急リテ採取セサリシ場合ノ如ク全ク之ヲ償還セサル可ラス

悪意ノ占有者ノ支弁ヲ要スル費用ニ関シテハ第七百九条ニ規定セル不法行為ノ裁判ヲ受ケサル可ラス他人ノモノヲ占有シテ本人ニ返還セサルコト悪意ヲ以テ為セハ之ヲ不法行為ナルカ故ニ其不法行為ヨリ生スル一切ノ損害ハ之ヲ償還セサル可ラス之ヲ当然ニシテ茲ニ規定セハ其適用ニ過キス茲ニ云フ所ノ悪意ノ占有者善意ノ占有者ハ果実ノ収取ニ付テノミナラス之ヲ以テ初メ善意者ニシテ後悪意者トナルカラス之ハ其時ヨリ後ノ果実ハ償還セサル可ラス

悪意トハ自己ノ正当ノ権利ヲ有セスシテ他人ノ権利ヲ行使シツヽアルコトヲ知ルモノヲ云フ然ルニ強暴ヲ以テ隠秘ヨリモ甚シキ占有者ニ準用スルヲ以テ強暴トハ他人ノ占有物ヲ腕力ニ訴ヘテ奪ヒ又ハ他人カ腕力ヲ以テ之ヲ防キ占有スルヲ云フ隠秘トハ他人ニ知レサル様秘シテ占有スルヲ云フ如此占有ハ善意者ニモ往々之アリトス何トナレハ法律ヲ知ラサルモノハ自己カ真正ニ権利ヲ有スルモノト信スルヲ以テ取戻スコアリ又占有物ハ自己ノモノト信スルモ他ニ又自己ノ所有物ナリト主張スルモノアルノ煩累ヲ避ケン為メ之ヲ隠ノスコアルヘク此場合ニハ善意者ニモ尚果実ヲ取得セス何トナレハ法律ハ之ヲ憐ムヘキモノト見做サス腕力ニ訴ヘサルモ法律ハ占有ノ訴ヲ保護シ得ヘケレハナリ然ルニ腕力ニ訴ヘテ占有ヲ奪還シ又ハ隠秘ヨリ悪意者トナルヘキ覚悟セサル可ラス若シ敗訴スレハ始メヨリ悪意者トナルノ虞アルナリ隠秘ニテモ亦然リ実際ニテハ悪意ニ立証ノ出シ難キモ是等占有者ハ悪意者ノ多シ

第三款　権利ノ取得

占有カ権利取得ノ原因トナル場合多シ已ニ述ヘタル取得時効モ占有ニ因リ権利ヲ取得スル例ナリ唯之ハ年数ヲ必要トス又失占モ占有ニ因リ権利ヲ取得スル例ニハ鉄獣ニ出テ鳥獣ヲ獲ルカ如シ但シ此場合ハ無主物ナラサル可ラス茲ニ唯占有ノミニヨリテ他人ノ権利ノ目的タルモノヲ自己ノ権利ノ目的トスル場合ノミヲ云フ彼ノ遺失ノ瞬間時効又ハ即時時効ノ特別ノ場合ナリ（一九二）

即チ動産ニ付テハ十年ノ時効ノ場合ト全ク条件

ヲ必要トスル即時ニ権利ヲ取得スルヤ例ハ書面ニ至リテ書物ヲ買ヒタル後日其書物カ他人ノモノナル事ヲ発見スルカ如シ此原則ハ日耳曼法ヨリ来レルモノナリト信ス而シテ此原則ハ如何ナル理由ヨリ生セリヤトイフニ取引上ノ必要ヨリ生セリ即チ動産ニ登記法ナキヲ以テ何人ノ所有ナルヤ知ルニ由ナキカ故ニ此原則ナレトモシカ先ツ其物カ如何ナル人如何ナル方法ヨリテ取得セラレヤヲ探究セサレハ何時取戻サルヘヤ知ル可ラサルカ故ニ取引ハ安心シテ為スヲ得ス即チ取引上ノ安全ヲ保スヘカラス民法施行法前此原則ナカリシカ為メ取引上大ニ不都合ノ事アリシ

第百九十二条ニ動産ノ上ニ行使スル権利ヲ取得スルヤ他国ノ法律ニテハ所有権トアリ仏併斯有権ニ限ラス債権ニ付テモ問題起ルヘケレ即チ善意ニ且過失ナク質物トシテノ動産ヲ受取レハ其時ヨリ質権ヲ設定スルヤリ先取特権ニ付テハ準用ノ場合アリ併シ之ハ準用ノ場合ニ適用ナシ無記名公債証書ノ如シハ此適用ヲ受ケ（之ハ動産ト見ル）過失ナキヲトハ理論上明カナル所実際上困難ナリ不動産ニ付テハ称々判然別シ易キモ動産ニ付テハ過失トイフハ例ハ負民ヨリ高価ノモノヲ買取リシカ如キハ無過失ナリ高価ノモノニテモ骨董店ヨリ買取リシカ如キハ無過失ナリ（一九二）

他人ノ物ヲ預ケ又ハ貸シ又ハ返カシタル時ハ往方ナキモノニシテ又任意ニ又過失ニテ占有ヲ失ヒシモノナルカ盗品及遺失品ノ如キハ即チ意思ニ反シタルモノニシテ任意ニ占有ヲ失ヒシモノニ非サルヲ以テ法律ハ之ヲ保護スヘキナリ新民法ニハ二ケ年間トナレリ（旧民証一四五）

此権利ノ性質ニ付テハ議論アリシモ新民法ニ於テハ疑ナシ即チ此権利ハ所有者カ其権利ノ行使ヲ為ス期間ヲ定メタルモノナリ（一種ノ消滅時効ト解セラサルニ非ス）故ニ之ハ取得時効ニアラスシテ現在ノ占有者善意ニシテ過失ナキ時ハ昨日買取リシモノニテモ可ナリ換言スレハ第百九十二条ノ原則ヲ失フニ非ス唯此場合ニハ第百九十二条ノ適用ヲ受クヘキモノニ二年ヲ経過スレハ返還ヲ請求セサル可ラス二年ヲ経過スレハ返

還スハニ及ハス

又質権若シモ係リ即チ質権者カ善意且ツ無過失ニテ占有ヲ始メ此物カ盗難又ハ遺失ノ時ヨリ二年ヲ経過セサルニハ之ヲ返還セサルヘカラス又正当ニ質権ヲ有スルモノカ他人ヨリ盗取セラレ或ハ遺失シタルキハ其盗品ヲ善意且ツ無過失ニテ占有セシ時ハ質権者ハ一ケ年内ニ取戻スヲ得ヘシ（質権ノ性質ヨリ来ル）之ニ対スル例外アリ即チ第百九十四条ノ場合之ヨリ盗難ニ遇ヒ又ハ遺失シタルトキハ憐ムヘキモノナルヲ以テ時トシテハ尚之ヨリ憐ムヘキモノアリ即チ公売若クハ公ノ市場ニ於テ其物ト全種類ノ物ヲ販売スル商人ヨリ買取ルカ如キハ正当ナル方法ナル故ニ元ヨリ盗品又ハ遺失物ナリト想像スルヲ得ス故ニ此場合ニハ特別ノ保護ヲ与タリ尤モ洛律ハ第百九十三条ノ原則ノ適用ヲ全ク失ハシムルニ非ス占有者ハ此ノ場合ニ実ニ憐ムヘキ境遇ニアルモノナルハ立法者ハ占有者ヲシテ少クモ金銭上ノ損極的ノ損失ヲ蒙ラシメンコトヲ計レリ

家畜ト動物ノ占有

動物ハ動産ナリ故ニ第百九十二条及盗品遺失物ニ干スル規定ハ動物ニモ適用アリ唯動物ハ家畜ト家畜外ノ動物トアリテ家畜動物ハ一般ノ原則ニ依リ家畜外ノ動物ハ特別ノ規定アリ新民法主義ハ家畜外ノ動物ト雖モ所有権ノ目的トナルコトヲ得然レトモ昼茅ノ動物ハ原則トシテ逸走シ易クシテ普通之ヲ捕捉スルコトヲ得サルヲ常トス故ニ普通ノ原則ニ依ハヲ得ス故ニ第百九十五条ノ規定ヲ設ケタルモノナリ例ヘハ家畜外ノ動物ハ何人ト雖モ之ヲ捕ヘテ自己ノ所有ノ目的トセントスルニ昼茅ノモノハ苟モ善意ナルモ動物ハ逃ケ易キモノナルヲ以テ逸走ノ時ヨリ一ケ月ヲ経過セサレハ権利ヲ取得セス之ハ第百九十一条ノ場合ト同シク逸走ノ時期カ少シク久シキニ亘リテ信スヘカラサルヲ以テ第百九十三条ノ場合ハ一旦第百九十二条ノ規定ニヨリテ権利移転セルモノカ再ヒ原ノ所有者ニ返ヘル即チ権利移転カ二度アルモノナリテ権利移転セス占有ハ何時ヨリ始マルモ善意ニテ過失ナケレハ唯逃失ノ時ヨリ及之第百九十五条ハ逃失ノ時ヨリ一ケ月間ハ権利移転セス占有ハ何時ヨリ始マルモ善意ニテ過失ナケレハ唯逃失ノ時ヨリ一ケ月ヲ経ルヲ要ス

第四款　費用ノ償還

費用ノ償還ハ重要ノ規定ニシテ最モ其適用ヲ多キモノトス西洋ニ於テハ古来之ヲ三種ニ分ツ即チ

(一) 必要費、

(二) 有益費、

(三) 従ク費、

之ヲ
必要費トハ其費用ヲ出サヽレハ物ノ保存ヲ為シ得サル費用ヲ謂フ故ニ或ハ之ヲ保護費トモ云ヒ例ヘハ建物ノ修繕費及租税ノ如シ
有益費トハ或ハ之ヲ改良費トモ云フ即チ物ノ保存ノ為メニ必要ナラサルモ其費用カ物ノ價格ヲ増ス費用ナリ故ニ改良費ニ非ス
徒ラ費トハ全ク徒ラナル費用ナリ即チ其費用ヲ出サヽルモ必要上價格上ニ変更ノナキモノヲ云フ
必要費ハ時トシテ徒ラ費トナルコトアリ即チ修繕ヲナスハ必要ナルモ其費用ハ悉ク必要ナルモ否ヤハ明ナラス普通百円ニテ修繕シ得ルモノヲ二百円掛ケメハ其ハ二百円ハ必ス全ク必要ニアラス百円ハ必要費ナルモ残リハ徒ラ費ナリ
此三種ノ費用ニ付キ各規定ヲ大ニシリ而シテ新民法ハ概メテ明瞭ナル原則ニ依レハカ故ニ孝者ノ議論ノ一致スル所ナリ
(一)必要費ハ所有者ヨリ他ノ者之ヲ支出セルトキハ所有者ニ向テ全部ノ償還ヲ求ムルヲ得何トナレハ此費用ヲ出サヽレハ其物ハ消滅シ又破損スルニ至リシナラハ其物ノ所有者ハ全ク必要費ヲ免ルヽヲ以テ即チ全部所有者ノ利益トナルヲ以テナリ然ニ之ノ例外トモ云フヘキハ善意ノ占有者ニシテ通常費ト臨時費トノ二種アリ前者ハ小修繕ノ費用ニシテ家屋等ニ適用シ例ヘハ障子ノ張替、畳ノ表替、屋根ノ破損修繕、隧壁ノ修繕等ノ如シ此他ハ臨時費ニシテ例ヘハ風暴ニヨリ屋根ヲ破損シ盗難ノ為メ垣ヲ破壊セラレ火災ニ因リ一部焼失シタル等ノ修繕費ノ如シ通常費ハ苟モ其物ヲ占有スル以上ハ必ス果実ヲ収得スヘキモノナリ毎々ノ収獲カ千円アレハ其内ノ百円ハ此修繕ニ充ツヘキモノナリ家賃カ年三百六十円トスレハ之ヲ以テ畳ノ表替ヲ為スカ如シ屋根ヲ修繕スルニ苟モ暫時ニ即チ果実ヲ以テ払ハサルヘカラス故ニ通常費ハ孝者之ヲ果実ヨリ収獲スルモノニ対シ相当ノ負担ヲ為サヽルヘカラス悪意者カ保護セラレシト雖モ其代リ悪意ノ占有者ハ果実ヲ返還セサルヘカラス又モ善意ナルトキハ必ス果実ヲ取得スルモ通常費ヲ負担スルニ非ス果実ヲ取得シタル場合ニ限ル家屋ノ如キ自己カ住メハ果実ヲ生セス故ニ此場合ニ所有者ニ対シ請求スルヲ得ルナリ又モ事実ノ問題トシテ畳ノ如キ住居セルカ為メニ之ヲ破損シ之ヲ償ヒタル場合ハ毀滅ノ賠償ノ原則ト費用償還ノ原則トヲ合セテ適用セサルヘカラズシテ或ハ占有者ノ負担トナルヘキアリ例ヘ屋根ノ葺更ノ如キハ当然ニ

所有者ノ負担トナルヘシ唯果実ヲ収取セシ場合ニ於テ其費用ハ占有者ノ負担ニ帰セス善意ニテ他ヨリ生スル果実ヲ収取スルハ所有者ニ償還ヲ請求スルヲ得ス又之ニ臨時ノ必要費ハ占有者カ果実ヲ収ムルモ所有者ニ請求スルヲ得

(二)有益費ハ物ノ価格ヲ増加スルモノナリ故ニ此場合ニハ費用ニ因リテ生シタル増加額丈ケヲ占有者ヨリ所有者ニ請求スルヲ得例ハ建物ノ価一万円ナリシニ之ニ二千円ヲ投シテ造作ヲ為シタルカ為メ所有者カ之ヲ他人ニ売却スルニ当リ其価一万二千円ト為リシ場合ニ於テ其一千円丈ケヲ請求スルヲ得ルヤ否ヤニ付テ所有者カ返還ヲ受クルニ当リ已ニ存在セサル建物ニ付テ費用ヲ償還スルニ及ハス例ハ土地ヲ占有セシモノカ其上ニ建物ヲ建築セシ時此家屋所有者ノ有ニ帰シタル件家屋ノ価格丈ケハ勿論占有者ニ返還セサルヘカラサルモ所有者ノ返還ヲ受クル前已ニ焼失シタル時ハ所有者ハ利益ヲ受ケサルヲ以テ少シモ償還スルニ及ハス又半焼ノ時ハ焼ケ残リノ分ノ価格丈ケヲ返還スヘキヤ右ハ支出費用ノ額ヨリ増加額ノ寡キ場合ヲ想像セルモノニシテ反対ニ物価ノ変動ニ依リ増加額ノ増大セル場合アリ例ハ木材ノ安価ナル時建テ増シ又造作ヲ為シタル高ニ売却セラレ得ヘキモ此場合ニハ費用額丈ケヲ返却スレハ可ナリトスレトモ所有者ハ大ニ好都合ニテ自己ヲ利得シテ他人ニ損害ヲ蒙ラシメ所謂不当利得ニ原因セルニアラスヤト思フモ然レトモ今ノ場合ニ所有者カ全ク償ハサレハ損失ヲ掛クルモ費用丈ケヲ返還セハ占有者ハ損失ヲ受ケス償ノ増加偶然ノ結果ニテ良ク利益ヲ得ルモ他人ニ損失ヲ蒙ラシムルニアラス伊民法ノ如キハ所有者ハ費用カ増加額ヨリ多キキハ増加額丈ケヲ返還シ又キキハ費用額ト増加額トヲ比較スヘキモノトセルモ之ニ不便アリ故ニ新民法ハ第百九十六条ニ於テ右ノ規定ヲ採用セリ

然ニ問題トナルハ此原則ハ不当利得ノ原則上公平正大ナル規定トシテハサルヲ得サルモ時トシテハ却テ不公平ナル結果ヲ来スコトアリ例ハ不動産ノ価格一万円ト雖モ直チニ二万円出スニ非スシテ賤売アルヘク又貴重ナル書画ノ如キモ之ヲ貴ヒテ好マサルコトアリ故ニ若シ直チニ其費用ノ償還ヲ権利者ニ求ムルコトヲ得ハモノトスレハ其権利者ハ一時其費用ヲ償還スルノ準備ナキ為メ困難ヲ感スルコトアルヘシ殊ニ悪意ノ占有者カ権利者ヲシテ物ノ回復権ヲ行使スルコトヲ能ハサラシムル為メ莫大ノ費用ヲ投シ償還ヲ請求スルカ如キ不公平ヲ来スコ

アリ故ニ新民法ハ当事者相方ノ利益ヲ保護スル為メ下ノ如ク規定セリ

即チ所有者ノ請求ニヨリ裁判所ハ返還ノ猶豫期限ヲ与ヘステ此ノ裁ヲ避ケタリ

去ル金策モ出来所有者モ損失ヲ被ムラサル

(三)従ノ費ハ勿論所有者之ヲ支払フニ及ハス旧民法其他外国民法律ハ或場合ニ

ハ支払ハシムルコトアリ即チ損害賠償ノ名義ヲ以テス

此三種ノ原則ハ不当利得ヨリ割出シタルモノナリ唯第一項第二項ノ如キハ当然不

当利得ノ原則トシテヲ得サルモ其他ハ此原則ニ依リ説明スルヲ得而シテ普通

償還ヲ請求セラルヽモノハ所有者ナル理論上他ノ権利ヲ有スル者ニ返還ヲハ

請求スルヲナキニ非ス故ニ民法ニハ回復者トアリ(地上権者、永小作権者等之

ナリ)

又要費、有益費ノ如キ所有者ヨリ占有者ニ返還スヘキ費用ニ就テハ留置権

アリ留置権ハ占有物ヲ留メ置ク権利ナリ(三九五)費用償還ノ債権ハ物ニ

干シテ生シタル債権ナリ故ニ弁済ヲ受クルマテ其物ヲ留置スルヲ得若シ第百

九十六条第二項ノ但書ナレトモ債権弁済期ニ至リテ費用ヲ払フヘキ時来

レハ若シ所有者払ハサル占有者ハ留置権ヲ行フヲ得於此乎第百九十六

条第二項ノ但書ハ必要費ノ占有者ヨリ占有者ニ返還スヘキ費用ニ就テハ留置

其債権ノ弁済ヲ受クルマテ其物ヲ留置スルヲ得ルカ如キモ第百九十六条第二項

但書ニヨリ裁判所ニ於テ期限ヲ許与シタルキハ第百九十五条第一項但書ニ該当

スルヲ以テ有益費ニ付テハ留置権ヲ有セス

第五款　毀損ノ賠償

占有者カ占有物ヲ毀損シテ其全部又ハ一部ヲ失ヒシキハ所有者ニ対シテ賠償

ノ責任ヲ負フヘキ当然ノコトナリ(一九二)自己ノ権利ノ目的物ニアラサルコトヲ知リツヽ

之ヲ毀損セシキハ一般不法行為ノ原則ニヨリ賠償ノ義務ヲ負フヘキモノトス(七

〇九)然レトモ占有者カ自己ノ権利ノ目的物ナリト信シテ滅失又ハ毀損セシ場合ニ

於テハ已ニ前述セシ如ク善意ノ占有者ハ猶ホ常ニ過失ナキモノト見テ其ノ占

有ノ事実ニヨリ損害ヲ被ラシメントノ法律ノ趣旨ニ基キ此場合ニ於テハ単ニ不

当利得ヲ為サシメサルニ止ム即チ故意ニ其物ヲ毀損スルモ過失ニヨリ毀損スルモ自己ノモノヲ毀損スルモノハヲシテ責任ヲ負ハサルヲ可ラストノ考ナカリシモノナリ唯不当利得ヲ為スヘキニアラサルヲシテ現ニ利益ヲ受ケル限度ニ於テ賠償ノ責ヲ負フ例ヘハ他人ノ家屋ヲ自己ノ所有ナリト信シテ布シ都合上其家ヲ取リ毀チ布ニ始メテ他人ノモノタルコヲ知リ返還セサル可ラサル場合ニ若シ布布カ毀損ノ当時悪意ナリシナラハ家屋カ家屋トシテ存在セシ時ノ價格ヲ賠償セサル可ラサルト全時ニ亦附随ノ賠償義務アリ然シ若シ善意ナリシナラハ家屋ノ返還ハ勿論其價格モ又返還スルニ及ハス唯毀損セル為メニ得タル賤物即チ布材木材等ノ代金ヲ得布セシ所布者ニ返還スレハ可ナリ然ラサレハ所謂不当得利トナルナリ（二〇三）

茲ニ注意スヘキハ善意ノ占有者トハ新民法上占有物ヲ自己ノ権利ノ目的物ナリト信セル者ヲ云ヒ又スルモ自己ノ所有物ナリト信セサルモ可ナリ即チ正当ノ物権債権ヲ有スト信セハ可ナリ併シ自己ノ所有物ニ非サル物ハ毀損スルヲ知ラサル可ラス殊ニ如何ニ善意ナルモ所有ノ意思ヲ以テ占有セサル軽キ責任ニテ足ルヲナキナリ悪意ノ占有者ト全ク責任ヲ負ハサルヘカラス即チ所有者ハ其善意ナルト否トニ全部ノ賠償ヲナス

第六款

占有ノ許ス左ノ三種アリ

一、占有保全ノ許、　二、占有回収ノ許

新民法ハ此三種ヲ認ムルニ新民法施行ニ来欧州諸国ニ於テハ新タニ区別ヲナサス佛法ノ[illegible]ハ保持ニ近ノ而シテ又[illegible]新工告発許権ノ沢シハ保全ニ近シ[illegible]ハ保持ナルモノニシテ新民法ニ所謂保持ノ場合ヲモ含メリ右ノ急害告発許権トニリ之レ全ク沿革上ノコトニシテ羅馬法ニテハ占有ノ観念ハ次第ニ発達セシモノナリ故ニ次第ニ救済法ヲ認メタレハナリ即チ必要ニ基キ作ルモノニシテ李理的ニアラス只ソ法律ハ概ネ李理的ナルモ此占有ニ付テハ李理的ニアラス羅馬古法ト全ク旧民法ハ余程欧州諸国法律ノ沿革ニ重キヲ置キシモ新民法ハ之ニ反シ李理的ニ便利ナルモノヲ求メタリ

占有保持ノ訴ハ現在ノ妨害ニ対スル制裁ナリ例ヘハ我建物ヲ占有セルニ暴行者来リテ立退ヲ命ス此場合ニ余ハ占有者ナリ果シテ其建物ヲ占有スル権利アルヤ否ヤハ後ニシテ先ツ其防害ヲ止メヨトノ訴ヲ起スヲ得尚附随トシテ損害賠償ノ請求ヲモ併セテ為スコヲ得

占有保全ノ訴ハ将来ノ防害ヲ豫防スルナリ例ヘハ土地ヲ占有セルニ隣地ニ新建築ヲ為スキハ其建物ノ危険ニシテ或ハ此方ノ建物ニ崩レカヽルヤモ知ル可ラサル場合ノ如キ未タ此方ノ土地ノ占有ヲ妨害セサルモ倒ルヽハ妨害セラルヽカ故ニ斯ル場合ニハ保全ノ訴ニ依リテ危険ナル建物ヲ建ツルヲ止メシメ又ハ地盤ヲ固メシメ高サヲ減セシムル等将来ヲシテ危険ナキ様ニ為スキヲ請求スルヲ得ヘシ尤モ建物ノ建テ方ヲ変セヨ又ハ相当ノ工事ヲ起シテ倒レサル様スヘシト請求スルニ限ラス若シ倒レテ損害ノ生スヘキヲ恐レ豫メ相当ノ担保ヲ供セシムルヲ得即チ其両者中何レカヲ撰ムコヲ得

占有回収ノ訴ハ過去、現在、将来ト時ニ依リ種差ヲ分チタル也キ例ヘハ腕力ヲ以テ家ヨリ引出サレシ如キハ妨害ハ過去ニ属スルモ回収ノ訴ニヨリ建物ヲ旧ノ如ク返サシムルヲ得此場合ニハ多クハ損害生スル即チ畳具ヲ毀チ身体ニ創傷ヲ負ハシメラルヽニ至ル即チ此訴ニヨリ全時ニ請求スルヲ得

占有ノ場合ニハ占有者ハ本人ナリ故ニ代理占有者ハ自己ノ名義ヲ以テ占有ノ訴ヲ起スコヲ得ス然レハ代理人ハ本人ニ代リテ占有ノ訴ヲ提起スルノ権利ヲ有スルヤ否ヤノ問題起ル依リニ本人カ何トモ云ハサリシ時ハ斯ノ如キ権限マテモ与フル意思アリシヤ否ヤ茲ニ意思アリトスルモ訴訟上有效ナルヤ否ヤ今日ノ民事訴訟ニハ本人自ラ起サヽレハ弁護士ニ非サレハ其代理ヲナスコヲ得ス民訴第六十三条、構成法第十四条第二号第八号之ニ依ルニ親属若ハ雇人等ニ非サレハ訴訟ノ代理人タルコヲ得ス然レハ占有ノ訴ハ迅速ヲ要スルモノナリ急迫ノ場合多キ故ニ弁護士或ハ本人ニ告クルニ暇アラサルコアリ(犬も泊宿代理人ニ於テハ民訴上ニテハ本人全様ニ見ルカ故ニ訴ヲ起シ得ルハ勿論也)故ニ代理人カ自身ニ訴ヲ起スコヲ得サル可ラス況ンヤ弁護士ニ委任スルニモ果シテ

共権限ヲ有スルヤ否ヤハ明ナラス故ニ斯ル急ヲ要スル訴ナルヲ以テ法律ヲ以テ代
理人ニテモ訴ヲ提起スルコヲ得トセリ
占有権ハ物権ナリ故ニ何人ニ対シテモ行
ヒ得ヘキヤ
占有権ハ物権ナリ故ニ何人ニ対シテモ恢フコヲ得ヘシ権利ナリ保シ其者ト占有者
トノ間ニ債権ヲ係ナキモ訴ヲ起スコヲ得尚保持ノ訴ハ暴行者ニ対シテ起スヘキ
モノナルヲ以テ相手方ハ自ラ定マル、保全ノ訴モ工事ヲ起スモノニ対シテ起スモノト
ス回収ノ訴ハ現ニ占有セルモノニ対シテ起サヽルヲ得ス即チ物ノ返還ヲ請求スル
モノナレハナリ即チ現ニ占有セルモノニ対シテ起サヽルヲ得ス尤モ占有ノ訴ハ常ニ損
害賠償ノ問題附随セリ占有ヲ奪ハレサルニモ法律ハ損害賠償ヲ要ス尤権利ハ侵害ヲ受ケ
権利ヲ奪ハレタリ而シテ理論上損害ノ債務者即チ損害ヲ加ヘシ者ニ対シテ起サヽルヲ得ス
ノニ対シテ起スコヲ得ルナリ
為ニ一例外ヲ設ケタリ元来回収ノ訴ハ占有ノ純然タル理論ヨリ云ヘハ変則ナリ
ノ保護ハ現在ノ事実ヲ保護スルカ故ニ保持ノ訴ト云ヘハ現在ノ占有ヲ妨ケラレタル者ヲ防キ保全ノ訴モ現在占有セル者ニ将来
妨ケラレタル故ニ保護スルナリ独リ回収ノ訴ハ之ヲ以テ現在ノ占有者ヲ保護シ現在ノ占有
者ヨリ之ヲ旧占有者ニ返還セシムル故ニ斯ル変則ナリ
然レトモ之ヲ認メサレハ腕力ニ訴ヘ無理ニ奪ヒ返ス者アルヲ以テ法律ハ保持ノ訴ニ依リテ占有ヲ得ルコトヲ為リ甚タ不当ナリ然レトモ暴行者カ他人ノ
占有ヲ奪ヒ之ヲ第三者ニ引渡シタルトキハ第三者ハ普通ノ占有者トナリ此場合ニ
若シ買主タル第三者カ売主タル者ハ暴行ヲ以テ占有ヲ得シモノナルコヲ知レハ第
三者タリテ其物ヲ返還セシムルヲ得然レトモ若シ之ヲ知ラスシテ買ヒ又知リタルノ証
ナケレハ旧占有者ヲ保護セスシテ現占有者ヲ保護セサルヲ得ス即チ回収ノ訴ヲ起
スコヲ得ス
占有ノ訴ハ占有ノ事実ヲ保護スル性質ノモノナリ故ニ占有ノ本権ニ関スル争ハ其
ヲ起サヽル理由ナシ純然タル権利ノ存在ヲ争フノ訴ハ時効ニ係ハラス之ヲ起スコヲ得
占有保持ノ訴ハ現在ノ妨害ニ対スル制裁ナリ故ニ占有妨害ノ存スル間又其
妨害ノ止ミタル後一年内ニ之ヲ起スヘキモノトス例ハ占有物ノ所有者ナリト主張ス
ル者来リテ暴行ニヨリ奪還セントスルニ当リ其暴行ノ継続スル間及其暴行ノ止
ミタル後一年内ニ訴フルヲ得トセリ

占有保全ノ訴ハ将来ノ妨害ヲ豫防スルモノナルヲ以テ其妨害ノ去レハ此訴ヲ起スヲ要セス又ハ久シキ例ハ建物ヲ焼失セシ時ノ如シ

以上三訴権ニ付テ法律ハ特例ヲ認ム即チ夥多ノ費用ヲ要スル工事ヲ傍観シ落成ノ後保全ノ訴ヲ起シ建テ替ヘヲ請求スルハ工事者ハ大ニ迷惑ヲ感スヘシ又境界ニ錯誤アル場合ニ之ヲ傍観シ落成ノ後ニ之カ取毀テヲ請求スルカ如キハ大ニ迷惑ヲ感スヘシ殊ニ国家経済上ヨリスルモ其建物ヲ取毀ツキハ重大ノ損害ナルヲ以テ之ヲ許スヘキニ非サルヲ以テ故ニ第二百〇二条第一項但書ノ規定アリ、占有回収ノ訴ハ常ニ過去ノ事実ニ干スルノミナラス又短期々間内ニ起訴セサルキハ旧占有者ノ権利ハ占有者ノ権利ニ付テ之ヲ認ムルヲ得サルニ至ルヘシ

以上ノ訴ハ皆短期々間内即チ一年内ニ之ヲ提起セサル可ラス

占有ノ訴ト本権ノ訴トノ干係

此ニ着ハ全ク独立ノモノタリ権利者必スシモ占有者ニ非ス之ヲ牽連セシメサルハ大ニ理由アリ若シ然ラストセンカ占有ヲ事実ノマヽニ保護スル克ハス例ハ本権ノ訴ヲ起セシ占ハ占有ノ訴ヲ起スヲ得スト又ニ

百〇三条但書ニ規定シテ遁済ノ時期ニ許ヲ提起シテ之ヲ取戻セハ依然トシテ占有ヲ失ハサルモノト見做セリ尚勝訴ノ判決ノ執行ヲナサルモ占有ヲ失ハス法文ハ不完全ナルヲ以テ文字ニノミ拘泥スルハ唯訴ヲ提起スレハ占有ヲ失ハサルカ如キモ大ニ確定判決ヲ受ケルモ執行ヲ為サヽルハ長キニ亘レハ或ハ占有ノ意思ヲ抛棄セシモノト認定スル場合アラン這ハ事実問題ニ属ス

又但書中ニ許ヲ提起トアルモ必スシモ提起スルヲ要セス任意ニ返還セシムルモ可ナリ法文ノ上ヨリ之ヲ見レハ或ハ必ス訴ヲ提起セサルカ如ク見ユルモ余ハ立法者ノ精神其然ラサルヲ信ス蓋シ立法者ハ主トシテ一年内ニ占有ノ訴ヲ提起シテ占有ヲ回収シタル時ハ事実上一旦占有ヲ失ヒタルニ相違ナキモ法律上之ヲ失ハサルカ如ク見做スヘキ旨ヲ言ハント欲スルニ急ニシテ其ノ前已ニ侵奪者カ任意ニ占有ヲ返還シタル場合ニ思ヒ及ハサリシモノトスルヲ正シ或ハ法文ノ不備トスルヲ得ヘキモ其精神ニ至リテハ毫モ疑ヲ容レサル所ナリ此場合ニ於テ原占有者カ一旦其占有ヲ失ヒタルモノトセハ侵奪者ヨリ返還ヲ受ケルニ当リ其占有ヲ兼継スルモノトスヘキハ固ヨリナリ故ニ一旦占有ヲ失ヒタルモノトスルモ可ナルカ如キモ然ラス此場合ニ於テハ侵奪者占有ノ瑕疵ヲモ兼継スルカ故ニ善テ占有ヲ失ヒタルニアラス唯代理占有ノ消滅ニ過キサルモノニアリ

(一)代理人ハ心素ト体素トヲ有シ本人カ心素ヲ失ヒ即チ代理人ヲシテ自己ノタメニ占有ヲナサシメントノ意思ヲ失ヒタルトキハ其反対意思ヲ表示セサル可ラス此場合ニハ心素体素共ニ代理人ニヲ有スルモ利益ハ本人ノモノナリ其利益ヲ本人カ抛棄スルニ依テ消滅スルナリ

(二)代理人ノ意思ノ変更セシコトヲ明カニ表示セサル可ラス即チ本人ニ対シ第三者ノ為メ又ハ自己ノ為メニ占有スルコトヲ表示セサル可ラス即チ代理人ハ自己ノ為メニ占有ヲナスカ又ハ甲ノ為メニ従来占有セシモ今後乙ノ為メニ占有スルコトヲ本人ニ表示セサル可ラス是ハ第百八十四条ト全主義ニシテ第百八十五条ハ容假ノ占有ニモ之ヲ純然タル代理占有ニシテ法律ノ精神ハ全一ナリ如此ノ六ハ都合ナリ

(三)代理人カ代理権ヲ失ヘハ理論上代理占有消滅スト雖モ法律上直チニ之ヲ

認ムルトセハ大ニ不都合ヲ生スルヲ以テ若シ代理人ヨリ代理ヲ辞シ為メニ代理消滅スルトセハ何人モ右ノ如キ義務ヲ負ヒタルモノナキヲ以テ右ノ有ヨリ生ズル一切ノ利益ヲ失フニ至ルヘシ故ニ委任ノ場合ニ於テ代理消滅事項ハ自ラ之ヲ斯理セサル可ラス（六五四）即チ本人ニ引渡スマテハ右ノ有セサル可ラス

第四節　準占有

往昔占有ハ……ヲ要ストセシニ於テ之ナキモノハ皆準占有トセリ例ヘハ用益権者地役権者カ占有ヲナセハ即チ準占有ナリ今日ハ占有ハ……ヲ要スト雖モ之ヲ要スルモノ多シ唯物ノ斯持ヲ必要トセサル権利ノ行使ヲ準占有トセリ併シ是等ノ場合ニ於テモ占有ト全ク保護ナカル可ラス

物ノ斯持ヲ必要トスル権利ノ行使ハ純然タル占有タルハ已ニ述ヘタル如シ即チ斯有権、地上権、永小作権、通還権、使用借権、及ヒ質借権ノ行使ハ準占有ノ中ニ入ラス故ニ第二百ノ五条準占有ニ付テノ規定ノ適用ハ主トシテ地役権、先取特権、（此中ニハ純然タル占有ノ場合モアリ要義五二頁ヲ見ヨ）抵当権、債権、版権、特許権、意匠権、商標権、等ニ付テ之アリ

旧民法人事篇（九三、九五、九七）其他外国ノ法律ニハ往々身分ノ占有ヲ認メタルモノアリ之ヲ新民法ニ於テ斯ノ如キ規定ヲ適用スヘキヲ明文アリ然レトモ規定ノ性質上ヨリ云ヘハ準占有ニ於テモ占有ノ規定ヲ準用スルコト能ハサルモノアリ之レ準用ノ準用タル到底之レヲ準占有ニ適用スルコト能ハサルモノアリ之レ準用ノ準用タル斯クスルトキハ第百九十五条ノ規定ノ如キハ皆動産ノ占有ニ関スル規定ニシテ敢テ之レヲ債権其他物ノ斯持ヲ必要トセサル権利行使ニ適用スルヲ克ハサルハ蓋シ疑ヲ容レサル斯ナリ

第三章　所有權

所有權トハ最早今日ニ於テハ何人ニテモ法律語トシテ之ヲ知ル所ナリ故ニ別ニ原語否語原ヲ説明スルノ必要ナシ此物權ノ性質ニ付テハ種々議論アルモ其中一學説ヲ採用シ一定セリ

本章ヲ説明スルニ民法ノ順序ニ依リ之ヲ述ヘン

第一節　所有權ノ限界

所有權ノ限界ヲ定ムルノ必要アルハ此節ニ掲ケスルカ如テ掲示セン二ハ勢ヒ此名称ニ依ラサル可ラス独民法モ又此語ヲ用ユ而シテ本節ニ論スルモノハ(一)所有權ノ定義(二)所有權ノ範圍(三)隣地權等ニテアル下逐次之ヲ説明セン

第一款　所有權ノ定義

此定義ハ従来定ムル所ノ如クニモ異ナル性質ヲ表ハセリ即チ使用權收益權、処分權之ナリ

処分トハ即チ俗語ニシテ云フ処分ニシテ即チ物ヲ毀損シ其性質ヲ変更スルヲ云ヒ其他使用スルヲモ云フニアラス物ノ全部又ハ一部ヲ滅失スルノ謂ヒナリ

第二百六条ニ云フ所ノ定義ハ最モ完全ナル定義ニシテ旧民法ニモ此三ノ構成分ヲ認ムト雖モ然レトモ茲ニハ反対説アリ独民法之ナリ即チ使用ヲ定メ又意味ニ用ヒタリ蓋シ正当ト信スル即チ使用ヲ定メタル解セハ田畑ヲ耕シ収獲ヲ物ヲ借与シテ其賃ヲ得建物ヲ毀損シテ其石材木材等ヲ他ノ建物ニ用ユルカ如キ或ハ物ヲ変更ヲ加ヘテ之ヲ用ユルカ如キ皆使用ニ過キス故ニ理論上独民法ノ定義ハ可ナルモ如何ニセン我国ニテハ使用收益、処分ナル文字ハ旧民法ニ用ヒラレ法律家ノ間ニ使用ト云ハレタリ故ニ使用ナル文字ヲ用ユルヒハ人々之ヲ定義ニ解スル餘ハス加之收益処分ノミノ意味ニ用ヒラ

渡し他人ニ譲渡スルコトヲ意味スル文字ナルモ之ハ権利ノ処分ナリ
所有権ハ物上ノ権即チ物権ナリ故ニ所有権ノ構成分ナル処分ハ物ノ処分ナリ権
利ノ処分ナレハ何ノ必スシモ所有権ニ限ラス然ルニ三ノ構成分ヲ認ムル学者ハ所
有権ノ特質ナルガ故ニ使用収益ノ二ハ所有者ス外人モ之ヲ有シ或一定ノ時間処
分権ノミ残存スルモノアリ例ヘハ土地ヲ他人ニ使与シ地上権、永小作権ヲ設定スルモノアリ又賃貸借、使用貸借ノ結果収益使用ハ所
有者以外ノ者之ヲ為スコトアリ然ルニ処分権ハ其何レノ場合ニ於テモ所有ス外ノ
者之ヲ有セス不動産質権者モ債務者カ債務ヲ履行セサルハ不動産ヲ賣却シ
其代價ヲ以テ償フコトアリトス此普通ノ説ニテハ質権者カ権利ノ處分ヲ要スト云
フ然レ共余ハ此説ヲ採ラス即チ物ヲ処分スルヲ能ハサルカ故ニ所有権ノ特質ハ処
分権ニアリ而シテ処分権中ヨリ使用収益ノ権利ノ全部又ハ一部ヲ割キタルモノ
ハ之ヲ支分権トシテ而シテ其使用収益ハ権利ニ属シ或ハ地上権者ニ属シ或ハ質権者
ニ属シ質権、賃借権、使用借権又ハ支分権ナリト雖モ物権ト見ル
ハ支分権ナル故ニ債権ト見ハ此学説ヲ採用セルヲ明ナル故ニ総テ反対説アリ余ノ説明ニ
対シ所有権カ処分権ノミヲ有スルノ説ノ如クンハ此定義ノ誤レルニ非スヤト然レ共此批難ハ誤レリ今ノ場合ト雖モ使用
収益ノ権利ヲ所有者カ全ク失フニアラス純然タル支分権ノ存スルカ為メニ所有
者ハ素ヨリ其土地ヲ使用シ収益ヲ計ルヲ能ハサルヲアレ共全ク使用権ヲ失ヒニ非ス
地上権、永小作権ノ消滅スル時期アリテ消滅スレハ所有者ハ通キニ之ヲ使用収益ス
ルヲ得ルカ故ニ全部ノ権利ヲ失フヲナシ諸君或ハ曰ン地上権ノ存続スル間ハ使用
権ヲ失フヨスシテ失フ一定ノ所有者カ一年間若ハ二年間所有権ヲ有セサルヲアリ而
シテ地上権ハ其間若ハ夫ヨリ永ク存続スルヲアリ此場合ニハ其所有者ハ全ク之
ヲ使用スル能ハサルヘシ亦物カ全部消滅スルヲアリ滅失ノ如キ迫地上権存セハ使用ス
ル能ハサルヘシト然レ共此説不可ナリ茅ノ場合ニハ初メノ所有者ハ使用スルヲ得サル
キモ所有権ハ甲ヨリ乙ニ移リテ表レタルヲナリ故ニ乙ノ所有トナリシ後地上権消滅セ
シナレハ其使用権ハ甲ノ所有ノ侭ナリアリシモノト見サル可ラス第二ノ場合ニハ天災ヲ

ノ事実上ノ妨害ヨリ使用スルヲ能ハサルトアルヘシ係シ権利カ無シトハ云フヲ得ス地上権者ハ或土地ニ建物ヲ建ツル為メニ使用スル権アリ係シ建テサル中ニ其土地カ流出スルカ如キハ事実上権利ヲ行フヲ得サルヲ以テ地上権ノ抛棄スルヲ得ルカ故ニ地上権ヲ抛棄セハ所有者ハ利益ヲ得又権利ハ凡テ抛棄スルヲ得ルカ故ニ地上権ノ抛棄ノ為メニ所有者カ利益スル筈ナシ所有者カ使用権ヲ失ヒシモノトセハ如何ト云フニ初メヨリ所有権中ニ包含セサル部分モノトセハ如何ニ思惟スルモ使用収益ノ権利ハ法律ノ認了ニ依テ始メテ権利タリ故ニ如何ニ所有権ノ範囲広汎ニ又如何ニ強力ナリトモ其法令ノ許ス限リノ範囲内ニ於テノミ三構成分ヲ行フヲ得ルニ過キス

法令又文字ヲ使用セハ警察其他行政上ノ必要ニテ命令ヲ以テ所有権ヲ制限スルコトアリ例ハ土地ヲ所有スルモノニシテモ衛生ノ為メニ下水ノ浚流ヲ命シ井水ニ塵埃投入ヲ禁スル等ニテシ一々法律ヲ以テスルヲ要セス命令ヲ以テスルモ可ナリトセリ此命令ト雖憲法第八条ノ所謂命令ニ非スシテ第九条ニ所謂公共ノ安寧秩序ヲ保持シ又ハ臣民ノ幸福ヲ増進スル為メニ必要ナル命令ヲ指スナリ「令」ノ字ヲ以テスルヲ以テ法律ヲ変更スルコトヲ得ストアルハ命令ハ法律ヲ変更スルコトヲ得ス

依リテ所有権ヲ制限スルコトヲ得サルヘシ係シ「令」アルハ命令ニテ所有権ヲ制限スルコトヲ得ルニ付テハ議論アリシモ今日日本ノ有様ニテハ「令」ナラサルヘカラストセリ又此法令中ノ「法」ニハ慣習法ヲ含ム土地ノ所有ニ付テハ慣習ニテ定マルコト多シ例ハ竹木ヲ植ユルニ付テハ隣地ヨリ若干ノ距離ヲ隔テサルヘカラス又物干ヲ設ルニハ多少ノ条件ヲ要スルカ如キハ慣習アリ是等ハ一々法律ニ明記スルヲ以テハ殆ント際限ナキヲ以テ只原則丈ケヲ法ニ規定スヘシトテ余カ編纂中之ヲ削除セリ然シテ之ヲ認メサルニ非ス唯慣習ニ任スルノ意ナリ此慣習ノ效力ハ法律ト雖モ一般ノ規定アリ此法令ノ制限ハ非常ニ多クノ条件ヲ以テ制限スルニ過キス又将来ニ生スルヘキ現在中主トシテ土地収用法ニ掲ケサル公益ノ為メニ土地収用ノ必要ヲ生シ又ハ土地収用法ノ外ニ於テモ制限スルコトアリ之レ所有権ノ制限ナリ

新民法ハ所有権ハ決シテ自然ニ広キモノト認メス唯法令ノ範囲内ニ於テ最高ノモノタリ其他ニハ所有権ナル者テ遂ニ自然ニ広キモノト認メサル如ク余ハ自然法ヲ認ムルニ非ス天賦権ナルモノナシ

実上ノモノタリ地上権ヲ設定スルハ大丈所有権ハ制限セラルヽコトアリ之レ事

其ノ所ニ於テ云フヘキニ非ス只所有者カ自己ノ権利ノ一部分ヲ与ヘタルモノニシテ所有権ノ制限ト云フヲ得ス自己カ有スル権利ナルハコソ他人ニ与フルヲ得ルナリ

第三款　所有権ノ範

動産ノ所有権ニ付テハ別ニ問題トナラス定メ中ニ自ラ包含セラルヘキ唯土地ノ所有権ニ付テ問題ヲ生ス即チ所有権ハ果シテ土地ノ表面ノミニ存スルヤ又ハ土地ノ上空天ニ達スルヤ地所有権ノ目的トナルヤ又地殻ノ中心ニ迄及ブヤノ問題アリ此問題ハ時トシテ必要ナリ例ヘハ余ノ地面上ニ毎日風船ヲ乗リ廻リ又ハ電線空中鉄道等ノ工事ヲ地面ニ触レス土地ノ上ニ施スヲ得ルヤ否ヤ又地中ニ於テモ余ノ所有地ノ地中ニ穴ヲ穿チテ之ヲ通行シ又ハ水道ヲ通シ下水道ヲ堀リ瓦斯ヲ通シ電線ヲ通スルモ可ナルヤ余ノ信スル所ニ依レハ土地ノ所有権ハ法令ノ制限内ニ於テ其土地ノ上下ニ及フトスルナリ極端ニ云ヘハ地球カ空気ニ蔽ハレ最高所ニ達シ地下ハ中心ニマテ及フト云テ可ナリ従テ余ノ所有地上ニ地面ニ触レス工作物ヲ施シ又ハ理論上風船ニ乗シ通行スルコトハ勿論地中ニ如斯工作ヲ為スヲ得ス唯余リ厳格ニ云ヘハ非常ニ窮屈ナリ実際ニ不便ナルカ故ニ独民ニ実際ノ障リトナラサル以上ハ宜シトアレ法律ノ規定トシテハ斯ク漠然タルコトヲ能ハス従テ原則トシテハ

他人ノ地上ヲ通行シテ可ナリト定ムルハヲ得ス

余ノ信スル所又新民法ノ採用セル所ハ土地ノ所有権ハ其地ノ上下ニ及ト従テ理論ヨリ云ヘハ他人ノ所有地上ニ飛ハシ又風船ニ乗リテ通行スルヲモ得ス併シ斯ハルコトヲ実際厳格ニ云ハハ明カナリ地面ノ上ニテモ垣壁等ヲ築キ又ハ他人ノ土地ヲ許可ナクシテ通行スルコハ慣習上之ヲ認ムル所ナリ然レトモ若シ所有者カ之ヲ禁シタルトキハ他人ノ土地ヲ加フルコトヲ得ス然レハ所有者カ之ヲ禁シタルトキハ他人ノ土地ヲ空中ニテモ高キ所ニ風船ヲ上ケテ通行スルヲ得ス又ハ地面ノ上ニテモ垣壁等ヲ築キ又ハ他人ノ土地ヲ許セリ然レハ都合上之ヲ拒マント欲スルトキハ天ヨリ拒ムコトヲ得

電線ヲ通シ鉄道ヲ通スルモ不可ナシト雖モ所有権ハ大ニ害セラルル故ニ所有権ハ土地ノ上下ニ及フトシテ其餘ハ各人ノ徳義上慣習トニ任スヘシ地中ニ於テハ浅キ所ニテモ工事ヲ施スコヲ得ハヲ以テ他人ノ為メ所有者ノ害トナリ又所有権ハ如何ニ深キ所ニテモ工事ヲ施スコヲ得ハヲ以テ他人カ先キニ之ヲ施スアリテハ迷惑ナルカ故ニ上

此原則ハ明カナル所ニ令ノ制限内トアリ土地所有権ハ土地ノ上ニ及フトアルヲ以テ所有地ヲ通行スル鳥ヲ銃猟スルコヲ得ルニ之ハ期節ト場所ニヨル（キナリ

其他他人ノ土地ノ上ニ電線ヲ通スル必要アリ国法上土地所有者ノ義務トシテ之ヲ負担セシム空中鉄道ヲ架スルモ地下ニ干シテハ別ニ干係ヲ随意ニ通スルコトヲ得ストスルノ必要アリ

又地中ニ付テハ著シキ制限アリ第二百〇七条ノ原則ヨリ云ヘハ地中ニアル礦物ハ土地所有者ノ所有物タラサルヘカラス外国法ハ之ヲ認メル例アリ然レ我国法ニ於テハ未タ採掘セサル礦物ハ国有ニ属スル例ニシテ余ハ所有地ノ表面ヨリ五十乃至一丈下ニ金礦アルモ余ハ所有者ニ非スシテ国ノ有ナリ甚シキニ至リテハ表面ニアルモ採掘スルヲ得ス蓋シ公益上必要上之ヲ認メタルナリ鉱物ハ天産物ニシテ其分量ニ定量アリ而シテ其大部分ハ最モ経済上必要ナル貨幣ノ原料ト十ル斯ノ貴重物ニシテ採掘法其ノ宜シキヲ得サランカ坑脈ヲ乱サルニ至ルヘシ之カ為メ其採掘方法ヲ過ラシカ後ニ新ナル方法ヲ設ケテ採掘セントスルモ困難ナリ故ニ特ニ之ヲ国有トシテ普通ノ土地所有者之ニ触ルヲ得スト国家ハ其採掘ヲ為スニ最モ適当ナリト認メル者ニ採掘権ヲ与ヘテ採掘セシム理論上如此主義可ナルヘシ又砕物ハ土地所有者ノ所有ニ属セシメ唯制限ヲ加フルカ可ナルヤハ立法論ニ渉ルヲ以テ茲ニ之ヲ論セス

故ニ所有権ハ絶対ノモノニ非ス

建物ハ他ノ不動産若ハ動産ト合シテ共有ノ目的物体タルヲ得ルヤ疑ナシ新民法施行後ハ家族ノ財産ハ直系卑属ノ間ニ平等ニ之ヲ分ツ然レ二財産ノ分割迫ハ凡テ共有タルカ故ニ二人ノ家族カ建物ヲ所有シ其建物ノ所有権ハ其人ノ死亡後二人アルハ二人ノ共有トナルヘキヤ勿論ニシテ茲ニ論スルヲ要セス一棟ノ家ヲ区分シ一部ヲ甲ノ所有トシ他ノ一部ヲ乙ノ所有トシ家根床等皆合一セル西洋造リノ家屋ニテリテハ一階毎ニ所有権ヲ異ニスル場又日本造リノ家屋ニテハ長屋ノ各戸ヲ別ニ所有スル場合ニ於テ如何ナル原則ニ依ルヘキカ之レ即チ第二百〇八条ノ規定アルニ因テ一家屋カ数人ノ共有ニ属スル場合ニ非ス其ハ場合ニ如何ナル原則ニヨリ法律カ之ヲ支配スヘキヤ之ハ共有ニ非ス共有ハ全部ノ上ニ権利カ及ハサル可ラス長屋ナレハ右ノ部分ヲ有スル者ハ其所有権ナリヤトラニ然ラス故ニ法律上面側ナル隔壁ヲ生ス

第二百〇八条ハ数人ニテ一棟ノ建物ヲ区分シ各其一部ヲ所有スル時ハ建物及其附属物ノ共用部ハ其共有ニ属スルモノト推定ス共用部分ノ修繕費其他ノ負担ハ各自ノ所有部分ノ価格ニ応シテ之ヲ分ツ尚共有ノ部分ニ付テハ共有ノ規定適用セ

ラル其結果例ハ共有ノ部分カ如何ナル割合ニテ所有権ヲ有スルヤ明ナラサル時ハ均一ノモノト推定ス費用ノ負担ニ付テハ第二項ヲ準ケ之ヲ規定セリ但共有ノ規定ヲ適用セサルモノアリ例ハ第二百五十六条ニ規定アリテ第三百五十六条ハ此場合ニハ適用セラレス即チ各分割ヲ請求スルコトヲ得ス

建物及其附属物ノ共用部分ト分割ヲ請求スルコトヲ得ス

建物ノ共用部分ト分割ヲ請求スルコトヲ得ス

第三百〇八条　第二百五十六条ノ規定ハ西洋造リノ家屋ニアリテハ階梯表門等ヲ日本造リノ家ニアリテハ長屋ノ隔障其他ノ負担トハ主トシテ租税ヲ云ヒ蓋シ家屋税ハ通常一棟ニ付キ其額ヲ定ムルカ故ニ本条ノ場合ニ於テハ各所有者ニ於テ之ヲ分担セサルヲ可ラス

第四款　隣地権

隣地権ハ地面ノ相隣レルヨリ生スル権利ナリ隣地権ノ種類ハ多クシテ一々之ヲ法典ニ列挙スルヲ得ス法典ニ記載セルモノ大別左ノ八ナリ

一、隣地ノ使用、
二、通行権、
三、水権、
四、境界権、
五、竹木ニ干スル権、
六、境界ノ建物ニ干スル権
七、観望権、
八、有害工事ニ干スル権

之ヲ以下逐次説明セン

一、隣地ノ使用（二〇九）

此権利ハ旧民法仏民法等仏法系ノ多クノ国ニ於テハ法律上ノ地役又ハ自然ノ地役ト云ヒ然レ共之ハ誤リニ非ス地役ノ章下ニ詳説セン

隣地ノ使用トハ甲土地ノ為メニ乙地ヲ自由ニ使用スルノ謂ニテ法律上之ヲ認メサルヘカラサル例ハ余カ隣地トノ境界又ハ其近傍ニ於テ経済上大ナル不都合ヲ来スヘキ場合ニハ隣地ノ使用ヲ許サヽルヘカラス

隣地ノ使用ヲ許サヽルヘカラス

隣地ノ使用ヲ許サヽルヘカラス

作物若ノアルトキハ建築修繕若ヲ猶豫セサルヘカラス而シテ此権利ニ付左ノ制限アリ

(一)家屋ハ土地ノ一部ナリ故ニ住家ニモ立チ入ルヲ得ルカ如シト雖モ之ハ許サス人ノ家屋ノ侵ス可ラサルハ憲法上ニモ制裁アリ故ニ経済上不利ナルモ致方ナシ犬モ所有者ノ兼諾アレハ可ナリ

(二)尚住家ニ非サルモ無断ニ立入ルヲ許サス現ニ其土地ヲ所有スル者ニ請求セサル可ラス若シ兼諾セサルトキハ裁判所ニ訴テ使用スルヲ得ヘシ無断ニテ立入ルトキハ隣地ノ所有者ハ大ニ迷惑スヘケレハナリ

(三)隣人ニ損害ヲ与ヘルトキハ之ヲ賠償セサル可ラス例ヘハ桓根ヲ一部分損スルノ必要アリテ隣地ニ損害ヲ与ヘ又ハ作物ヲ蹂躙スル若ノ場合ニハ賠償セサル可ラス

二、通行権

一ノ土地カ四方他人ノ土地ニ囲繞セラレテ其土地ニ立入ルニハ勢ヒ他人ノ土地ヲ通行セサル可ラサル場合アリ若シ所有権ノ原則ニ依リ他人ノ兼諾ヲ得サレハ通行スルヲ得ストセハ四方ノ隣地主カ邪悪ニテ兼諾ヲ与ヘサルトキハ一度其地ニ入ルモノハ出ルヲ得ス去レハ其土地ハ價値ナキニ至ルヘキコトナリ 経済上不利益ヲ来スカ故ニ法律ハ斯カル場合ニハ通行スルヲ得ル旨ヲ規定シ其囲繞地ノ所有者ニ対シ其損害ヲ償ハシメサルモ尚通行スル為メ作物ヲ蹂躙スル等ノコトアレハ之レ亦一時ニ生スル損害ナルヲ以テ一時ニ其損害ノ償ヲ払ハサル可ラス此通行権ハ不得止ニ出テタルモノニシテ他人ノ所有権ヲ害スルヲ以テ人為的ニ斯ル必要ヲ生セシムルヲ得ス又袋地ニ干スル原則ヨリ之ヲ見レハ高之カ分割又譲渡ヲ為スヤ已ニ是等ノ部分及残部カ皆公路ニ通スル様之ヲ分タスシテ其部分ハ残部ヲ公路ニ通セサラシメタルトキハ共袋地ノ所有者ハ他ノ土地ヲ通行スルノ権ヲ仮令通用ヲ為スヤモ又ハ素ト全一ノ所有者ニ属セシ他ノ部分ノミヲ通行スルトキハ譲渡ヲナス場合ニ於テ甲ノ部分所有者カ乙ノ部分ヲ通行スヘキコトハ法律ノ規定ニヨリテ定マリ所ナルカ故ニ其分割若ハ譲渡ヲナス当リ当事者ハ必ス之ヲ豫期シテ分割ノ部分ヲ定メ又ハ代價ヲ定ムル等凡テ其分

割譲渡ノ行為中ニ於テ此通行権ニ着眼シ又ハ之ヲ見做サバヘカラス故ニ其通行地ノ所有者ハ此権利ノ為メニ特ニ損害ヲ被ムルモノト云フヲ得ス従テ償金ヲ払フノ要ナシ

三、水権

水ハ人ノ生活ニ必要ナルト全時ニ不用ニアリテハ害トナリ且ツ場合ニヨリテハ危険ナリ故ニ隣地者間ニ在テ水ニ干スル権利ノ争ハ欧州ニテモ頻繁ナリ水権ニ干シテハ裁判例又立法例亦著書茅モ多シ我国ニテハ従来余リ権利義務ノ争ナカリシヲ以テ水権ノ問題モ少カリシカ所謂水論ハ多カリシ此水論ナルモノハ此ニ所謂水権上趣ヲ又ニスル点ニ水カ土地所有者ノ為メニ利害ノ干係多キニ因ルナリ

第一、雨水、降雨スレハ水湧リ土地ニ高低アレハ水ハ低キニ赴クヲ以テ高キヨリ低キニ流ル土地所有権ノ原則ヨリ云ヘハ自己ノ所有地ノ上ニハ何程工作物ヲ設ケテ出水ヲ防クトモ差支ナシ余ノ所有地カ低クシテ隣地カ高キトキハ堤防ヲ築キテ水ノ来ルヲ防クコヲ得シ尤併シ之ヲ許サハ隣地ノ所有者ハ大ニ困却スヘシ即チ湿気勝トナリ衛生上且ツ経済上不利益アリ即チ低キニ就カシメハ遂ニ河海ニ入リ何人ニモ害ヲ加ヘス若シ然ラサレハ近傍全体湿地トナルノ悲境ヲ見ルニ至ルニシテ以上土地ニ高低アル場合ヲ想像セリ然レ共時トシテ土地ニ高低ナキモ隣地ヨリ自然ニ流出スルコトナレトモ甚シキニ至リテハ隣地低下ナルモ却テ其土地ヨリ高地ニ流ルコアリ例ハ隣地ニ噴水アル場合ノ如キ之ナリ故ニ土地ノ高低ヲ分タス広ク隣地ト云ヘリ

本条ハ自然的ノ場合ヲ想定セルモ若シ人工ニヨリ余カ土地ヲ堀リテ水ヲ湧メタルハ隣地ニ溢流スルコアラハ隣地ノ者ハ堤防ヲ築キテ之ヲ防クコヲ得且ツ損害ヲ及ホスニハ賠償ノ為サルヘカラス

第二、水流、即小川ニテ人ノ所有地内ヲ流ルヽ影多アリ此場合モ自然的ナル以上ハ高地ノ所有者ハ低地ノ所有者ノ為メニ工作物ヲ施ス場合ナリ

第三、今一進ンテ隣地ノ所有者ヲシテ工事ヲ施サシムル場合アリ下水、堤防等之ナリ斯ル工事ノ破壊又ハ阻塞スルニ時ハ莫大ノ水量一時ニ乙地ニ溢流スルノ虞アルヲ以テ斯ル場合ニ於テ甲地ノ所有者ヲシテ其工作物ノ修繕若クハ疏通ヲ為サシムルヲ得又甲地ノ水ノ湧出ニ乙地ノ水ノ湧出ヲ防ク為メ水溢ノ来リ乙地ニ及ホキハ乙地ハ大ニ迷惑ヲ又

溝に塵芥積リ又ハ隣地ニ過溢水ノ害ヲ及ホスコアリ斯ハ場合ニ乙地ノ所有者ハ甲地ノ所有者ヲシテ修繕若クハ疏通セシムルノミニテハ足ラス又隣雨ノ為メ斯ハ虞アルトキハ尚堅固ナル堤防ヲ築クヘシト命スルヲ得是等ノコハ所有者ハ勿論自有者モ多ク場合ニ於テ全ク権利ヲ有スヘシト雖モ妨害ノ現在又ハ将来ナルトニ依リ自有保全ノ訴又ハ保持ノ訴ヲ起スヲ得、

此二権利ハ土地所有権ノ必要ナル事項トシテ之ヲ定ムト雖モ費用ヲ負担スルモ別ニ公益ニ影響ヲ及ホサヽルヲ以テ慣習アルトキハ之ニ従ヲ第二一五条ノ場合モ若シ慣習カ他地ノ所有者之ヲ負担スルカ又ハ両人ニテ分担スヘキ旨ヲ定ムルトキハ之ニ従フ又第二一六条ノ場合ニモ破壊シ又ハ阻塞シタル工作物ヲ設クル高地ノ所有者カ費用ヲ負担スルノ正当ナルモ慣習上低地ノ所有者ノ負担スヘキ旨ヲ定ムルトキハ何人カ之ヲ負担スルモ別ニ公益ニ影響ヲ及ホサヽルヲ以テ慣習アルトキハ之ニ従フ第二一五条ノ場合モ若シ慣習カ他地ノ所有者ヲシテ費用ノ全部又ハ一部ヲ負担セシムルトキハ之ニ従フ又第二一六条ノ場合ニモ破壊シ又ハ阻塞シタル工作物ヲ設クル高地ノ所有者カ費用ヲ負担スルノ正当ナルモ慣習上低地ノ所有者ノ負担スヘキ旨ヲ定ムルトキハ何人カ之ヲ負担スルモ別ニ公益ニ影響ヲ及ホサヽルヲ以テ慣習アルトキハ之ニ従フ

第四、雨水ヲ隣地ニ注カサル様為スヘキ勿論ナレモ雨水カ自然ニ隣地ニ流ルヽハ差支ナキノミナラス隣地ノ所有者ハ之ヲ防止スルコヲ得ス然レモ工作物ノ為メニ雨水カ殊更ニ隣地ニ流ルヽカ如キコヲ為スヲ得ス例ヘハ家根ノ工作ニヨリ自分ノ土地ニ落ルハ所有者ノ勝手ナレモ之ヲ隣地ニ注瀉スルカ如キ又ハ境界ニ建物ヲ作リ境界線ニ向ヲ斜面ヲナシ又ハ家根ヲ造リ雨水ヲ乙地ニ直下セシムルカ如キ隣地ニ斜メニ家根ヲ向ケシムルカラス若シ之ヲ為サント欲セハ樋ヲ設ケテ雨水ノ落下サル様ナスヘシ

第二八条 文法上疑問ヲ生ス即チ如キ感アルモ然ラス即チ土地ノ所有ニ属スルハ其土地ノ所有権ハ其土地ノ上下ニ及フカ故ニ又ハ第二八条ナキモ隣地ノ所有権ヲ侵セサリ併シ茲ニ云フ所ハ家根ハ自己ノ所有地内ニアル場合ヲ云フナリ

第五、水流カ公ノ水流ニ非スシテ一個人ニ属スル水流ニ付テハ其水流ニ干係アル土地所有者ノ利益ヲ公平ニ保護スル規定ヲ設ク(二九)即チ甲地ト乙地ノ間ニ水流アル場合ニ此水流カ甲地ノ所有ニ属スルハ其水流カ甲ノ所有ニ属スルハ勿論ナレモ水流ニテ凡テ水流ニハ三個ノ土地ヲ要ス川床及両岸ノ地之ナリ故ニ川床ト一方ノ岸カ甲ノ所有ニ属スルモ他方ノ岸カ乙ノ所有ニアルモ此水流ハ全ク甲ノ自由ノ処分ニ任スヲ得ス即チ水ノ有無又ハ過不足ハ乙地ノ利害ニ干スルカ故ニ此場合ニハ自由ニ水路又ハ堰敷ヲ変更スルヲ得ス多論両人協議上ナレハ格別ナリ又法文ニ流水地トナル文字ハ従来往々謬説行ハレタリボアソナード氏ノ唱ヲ入ルヽ所ニ依レハ流水其モノハ所有権ノ目的トナリ得ルモノニ非ス川水ノミ所有権ノ目的トナルモノナリトノ之レ謬説ナリ川床丈ケアルモ慣

第二章　用水権

ナキ場合アリ水流アルヲ以テ慣アルヲ以テ故ニ水其モノカ所有権ノ目的トナラサル故ニ水流ノ慣ハ独リ新民法ハ水流地ト云ヘリ其水流全部カ所有権ノ目的トナルヲ以テ故ニ水流アルカ故ニ慣アルヲ以テ故ニ水流地モ又全ク所有者ニ属スル場合ニテ水流地ト如何ニ所分スルヲ可トリ水路又ハ幅員ヲ変更スルヲ可トリ唯隣地ニ流ル、水流地ニ於ケル自然ノ水路ニ復スルヲ要スル唯慣習ノ之ニ反スルヲ明カナル場合ハ慣習ニ従フヘキモノトス第六、水ノ排泄ニ干スルヲ、上水ノ流ル、ヲ妨ケ又ハ自然ニ流ル、水ヲシテ何程流スルヲ問ハス尚一歩進ンテ人工的ニ流スヲ得ル場合ノ規定セリ（三三）、公路、公流又ハ下水道ニ其水ヲ流下セシムルヲ得ルヤ勿論尚ホ之ニ反スルヲ得然レトモ之カ為メ権利ニテ他人ノ低地ヲ通過セシムルヲ得ルニ非ス唯慣習ニ従ヒ低地ノ為メニ損害最モ少キ場所及方法ヲ選フヲ要ス第七、他人ノ設ケタル工作物ヲ水ヲ通スル為メニ使用スルノ得ル権（三三）、此規定ハ多ク下水ニ干シ通用アリ例ヘハ余ノ所有地ヨリ高キ地モ又下水ノ必要アリ而ニテ其下水ノ為メニ新ニ樋ヲ設ケル代ハ往々ニシテ二重ノ工事ヲ施スヲアリ之ニ国家経済上不利且ツ不便ナルヲ以テ低地所有者ノ溝渠又ハ樋ヲ使用スルヲ得、又高地ノ工作物ヲ使用スル場合例ヘハ山谷ヨリ水ヲ引用スル場合甲地ノ所有者ノ已ニ有セル樋ヲ利用シテ乙ノ低地ノ所有者ノ高地ニ害ヲ及ホサヽレハ大ニ便利ナルカ故ニ法律ハ之ヲ許セリ唯其利益ヲ受ケル限定ニ於テ其費用ヲ分担セサル（カラス）第八、他人ノ設ケタル堰ヲ使用スル権利全時ニ他人ノ土地ニ附着セシメテ堰ヲ設ケル権利水流地ノ全部又ハ一部カ甲ノ処有ニ属シ其対岸地乙ノ所有ナル時甲其流水ヲ利用スル為メ乙対岸地ニ堰ヲ設ケルヲ得但シ損害アレハ賠償セサル（カラス）右ノ如ク他人ノ設ケタル堰ヲ使用スル場合ニハ費用ハ分担セサル（カラス）

四、疆界権

茲ニ疆界権トハ次ノ二ノモノヲ含ム即チ

（一）経界権、（二）囲障権、之ナリ

尚ホ是等ヨリ出テ、互有権ナルモノアリ互有権トイフハ（一）経界権、経界ヲ明確ナラシムル必要アリ当初双方善意ニテ明確ナルモ后日不明確ナル場合アリ故ニ隣ノ為メ遮ル為メ眼標ヲ設ケル必要アリ或ハ善

意ニテ其後日ニ至リ苦情起リ両側ヲ生ズル虞ヤリ無論一方ノ利益ニナラス而
地ノ為メニ必要ナルカ故ニ若シ一方ノ所有者カ之ヲ設クルヲ欲セサルトキハ之ヲ自己費
用ニテ之ヲ設クルヲ要セス隣地ノ所有者ヲシテ其費用ヲ分担セシムルヲ
得スンハアルヘカラス即チ第二三条ノ規定アリ

(二)囲障権　界標ヲ設クルハ単ニ宅地ニ於ケル場合ニアラサルヘシ田畑、山林、宅地等皆必要アレハ此囲障権ハ
内ノ状況ヲ他ヨリ窺ヒ知ラレサル為メ其他ノ理由ニ依リ之ヲ要スルヲ以テ而シテ
之ハ双方ノ為メナレハ共同ノ費用ヲ以テ為サハ可ラス但中間ニ空地アルヲ要スル而
シテ何ノ間隔シ居レハ垣根ヲ設クルヲ要スヤ之ニ付テハ慣習ニ任スルヲ此囲障ハ必要ナルモノナレハ
カ多額ノ費用ヲ要シ一方ノ所有者ハ不必要ナル多額ノ費用ヲ負担セサルヘ
カラサルノ不幸ヲ見ルニ至ルヘシ故ニ本条ニ於テ専ラ之ヲ当事者ノ恢護ニ委ス

若シ恢護適ハサル時ハ其材料ハ之ヲ板塀又ハ竹垣ト定メタリ蓋シ添律ハ板塀ヲ
モ竹垣ニテモ可ナルモノトセルカ故ニ請求ヲ受ケタル所有者其何レヲ採ルモ已ニ添
律上ノ義務ヲ尽シタルモノト云フヘケレハナリ而シテ此囲障ニ付キ費用ハ平分ナリ(二六)
第二三五条ノ規定ニヨレハ囲障ハ板塀又ハ竹垣ニシテ高サ六尺ナルヲ原則トセル当
事者ノ身分、建物ノ構造等ニヨリ此材料又ハ高サニテ不足ナルヲアリ例ハ貴顕
紳士ハ土塀若クハ石垣ニノ高サ大ニ余ニ違スルモノヲ必要トスヘク又二階造リノ家
屋ノ為メハ囲障ノ高サ特ニ高カラサルハ其用ヲ為サヽルヲアリ是等ノ場合ハ当
事者ノ一方ハ高価ナル囲障ヲ設ケ其高サヲ増シ因テ生ジタル費用ノ増
加額ヲ負担セハ他ノ一方ハ之ニ対シ二三五条二項ニ定メタル囲障ノ廉
価ニ止ルヲ得ス此場合ニ於テハ隣人等
ニ付キ特別ノ慣習アルトキハ元ヨリ之ニ従フヘキモノトス

互有権、前述セル経界、囲障ニ権ノ結果トシテ還界ハ牆壁其他界標、囲障、溝渠アリ今日迄ハ慣習上別ニ規定ナカリシモ慣習上之ヲ認メタリ而シテ其工作物ハ多ク多少ノ隔ヲ有シ殊ニ其敷地ハ必ス該分ノ僅カヲ有スル溝渠ハ敷地ト工作物トヲ殆ント分ツヲ得ス且ツ之ニ沿ヒト分ツヲ得ス且ツ之ニ沿ヒト工作物トヲ殆ント

ルモノハヲ以テ共有者ノ兼諾ヲ要ス(三五)然レハ壁ノ高サヲ増スト雖ハサルハ家ノ高サヲ増ス能ハス故ニ苟クモ害ヲ及ホサヽルハ限リニヲ許ス(三二三三)二階カ四階トナル場合ニハ但各ノ必要ナキヤモ知ルヘカラサルモ元来低キモノヲ高クスルハ二ハ壁ノ事サノ足ラサルヲ感スルコアリ其時ニ高クスルモ危険ナキ様セサルヘカラス大モ某ニ三〇条ノ適用ト見テ可ナルモノニシテ後ヨリ高クシタルハ部分ハ共有ナリ併シ隣人ニ損害ヲ及ホスヘキハ之ヲ償ハサルヘカラス

五、竹木ニ干スル権、

新法典ハ一ノ事柄ノミヲ規定ス即チ竹木ノ枝若クハ根ノ越境ヲ防クヘキ之ナリ竹木ノ幹ハ甲地ニアルモ其枝根等カ乙地ヲ侵スコアリ此場合ニ於テ枝ヲ隣地者故意ニ枝根ヲ蔓延セシムルニアラサルモ相隣地者為メニ損害ヲ受クルノ義務アリ故ニ第三三条ノ規定アリ併シ枝ト根トノ間ニ区別ヲ設クルハ如何トナレハ之ハ別ニ深キ理由アルニアラス枝ハ多クノ幹ニ上リテ初メテ之ヲ切ラシムヘク根ハ若シ其所有者ヲシテ切ラシムルトスルハ其所有者カ他人ノ土地ニ立入ルヲ許サヽルヘカラス如此ハ時トシテ迷惑ナル多シ又反対ニ根ハ自己ノ土地ニ於テ之ヲ切取スルヲ得ルモ枝ハ必ス幹アル地ニ立入ラセサレハ克ハス且ツ枝ハ概シテ其価高ク(果樹ニシテ已ニ熟セル果実ヲ着クルハ此ニ於テ殊ニ然リ)根ハ概シテ其価低キヲ以テナリ

竹木ニ干シ旧法典ニ一ノ規定アリ即チ竹木ヲ植ルニ経界線ヨリ相当ノ距離ヲ隔テサレハ可ラサルニ之ニ干シ現今我日本ノ各地ニ慣習アリ余モ又規定ノ必要ヲ感シ原案ニ規定セシモ衆議院ニ於テ削除セリ之ハ原案ノ規定ハ最モ多クノ各地ノ慣習ニ適セシナリ併シ共削除セシハ如此慣習ノ存セサル所アリ且ツ東京ノ如キハ庭園狭クシテ大ニ困却スル場合ヲ生ス故ニ之ハ慣習ニ任シ別段ノ法文ヲ規定セサルモ可ナリトノ理由ニ出ツ

六、建物ニ干スル権

自己ノ所有地内ニ家ヲ建ツルハ原則トシテ自由ナリ如何ニ高キ建物ヲ建テ隣地ノ日光ヲ遮リ為メニ隣地ノ耕作物ノ発生ヲ妨クルモ不得止所ナリ其他如何ナル建物ヲ設クルモ可ナリ但シ一ノ制裁ハ隣地ノ境界ニ接シテ家ヲ建ツル場合ニハ相当ノ距離ヲ存セサルヘカラス境界線ヲ越シテ庇ヲ出スハ所有権ノ当然ノ結果トシテ為ス可ラサルヲ以テナリ尚一歩進ンテ隣地ヨリ多少隔リタル所ニ建テサルヘカラス其理由ハ境界線ニ近傍ニ新ニ建築ヲ為シ又ハ已ニ建築シタル家屋ノ修繕ヲ為ス為メニ隣地ヲ使用シ又隣地ニ立入ルニアラサレハ境界線ニ接着シテ家ヲ建テタリ

トセンカ之ヲ修繕スル度ニ必ス隣地ニ立入ラサルヘカラス然ラハ隣地ニテ新タニ家ヲ建テントスルニ当リテハ勢ヒ余ノ建物ヨリ三尺乃至数尺ノ距離ニ建テサルヘカラス況ヤ之ヲ修繕スル度ニ余ノ地ニ入ル丈ケニ至ル故ニ法ハ如此不公平ナル結果ヲ生セサル為メニ建築ヲ為スニ当リテハ必ス境界線ヨリ一尺五寸ヲ距テサルヘカラスト為シ双方合セテ三尺ノ空地ヲ存セシメタリ（二三四）之ハ右有ノ許ニ於テ述ヘタル全ノ理由ニヨリ若シ莫大ナル費用ヲ要スルニ落成セントシ又ハ落成后之ヲ毀タシメ又ハ模様替ヲナサシムルハ経済上頗ル損害ナルヲ以テ之ヲ許サス唯場合ニ損害賠償ノ請求ヲ為スヲ得トセリ、

北限定ト第二〇一条ノ規定トハ重復ニアラスヤトノ疑アラン右有ノ許ハ第一ニ右有者ニ非サルモ所有者ナルト同シク第二〇一条ハ建築着手ノ時ヨリ一年ヲ経過シ又ハ落成ノ後ハ権利ヲ有セサル即チ右有者トシテ保護ヲ受クル丈ケノ事ニシテ又之ハ三年間之ヲ請求スルヲ得何トナレハ之レ不法行為ニ基因スルヲ以テナリ中断シ又ハ永クナリ所有者知ラスシテ居シ又ハ二十年間ナリ

此二点又ハ之ヲ重複セス旧民法草案第二五七条ハ唯右有ノ許ヲセスシテ之ヲ得トアリ之ハ前述ノ理由ヨリ不穏当ナリ即チ所有者ノ権利ト右有者ノ権利トヲ混合シタルモノナルヲ断言スルニ憚カラス尤モ第三項ノ如キハ実際ハ大差ナシ此外大体ハ全精神ヨリ生ス多クノ場合ハ二者ノ一ト雖其所ヲ以テハ三四条一項ノ規定ノ法律上当然所有権ノ限界ナリ之ヲ侵セハ所有権ノ行使ヲ妨ケ一尺五寸ヲ距テサルハ他人ノ所有権ノ行使ヲ妨ケ三尺ヲ右保全ノ許ヲ起スニ過当ニ落成シタル場合ニ保持ノ許ヲ起スヲ得

七、観望権

看望権ニ付キ欧州ニテハ慣習アリ又学説論アルモ我国ニテハ斯ル面倒ナル慣習唯ハ地界ニテ隣地ヲ直下ニ見下ス建物ヲ建ツルヲ能ハスト云フニ在リ二五条ノ規定之ヨリ慣習上必ス三尺ニ限ラサルモ各地ノ慣習ノ平均上三尺ト為ル凡ソ隣地ヨリ自己ノ家内ノ情況ヲ窺知セラルヽハ不愉快ナリ故ニ各人カ平穏ニ生活スルニハ之ヲ許スヘカラス極端ニ云ヘハ方向ニヨリテハ如何ニ経界線ヨリ遠ク距ルモ二階若クハ三階ヲ建築スルモ隣地ノ者ハ看望セラルヽ可シ然レハ之ハ我方ニ要スル程度問題ナリ併シ餘リ近キ所ニ建ツルハ恰モ故意ニ隣地ヲ見ル為メノ如クナルヲ以テ善隣ノ道トシテ其家ヲ建築スル者ハ目隠シヲ付スヘキヲ東西其慣ヲ含スルノ距離ノ制限ニ付テハ種々ノ主義アルモ新民法ニ採用セル主義最モ我国ノ慣習ニ適当セリ即チ隣地ノ近傍ニ窓椽側ヲ設ケサルモ可ナリ唯此場合ニハ目隠ヲ設ケサルヘカラス（二三五）

自隣人慣習上意味アリ其種類ハ制限セル普通板ヲ以テス距離ハ三尺ナルモ其計算ハ困難ナルヲ以テ却テ窓其縁側ノ最モ隣地ニ近キ点ヨリ直角線ニテ境界線ニ至ルマテ三尺未満ナル間隔ヲ付スルト見ハサルモノナルト雖モ隣地ノ所有者カ特ニ不愉快ヲ感スルハ其窓又ハ縁側ノ内部何レノ場所ヨリモ之ヲ観望シ之カ大抵直角線ニスルヲ多ク又

不可ナリ動産ナレハ懐中ニ入レ又ハ袖手ニ含ミ失上ノ点有ハ不能ナリ故ニ已ニ甲カ失白キ傘ニ争ハ絶ヘサルニ故ニ現明国ノ通則トシテ現在所有者ナキ不動産ハ国有トシ故ニ無主ノ不動産アルヘカラス従テ失点ニヨリテ取得セラルヘキ動産ノ範囲狭ク今日ニテハ動産ニ非サルモノト雖モ狩猟法ノ規定アリテ時期及種類ヲ限ル西洋ニテハ何モ以下ハ狩猟スルヲ得ストセリ仍テ今日ニテハ動物ニ対シ先占ヲ適用セラルヘキ動物ハ鳥ノ如キモノニ限ルカ又甲カ銃ヲ以テ猪ヲ撃チシニ死セスシテ乙モ又之ヲ撃テ丙カ其猪ヲ拾ヒタルトキハ何人ノ所有ニ帰スヘキカ此論アリ余ハ先占ハ初メテ所有権ノ原因ナリトセハ丙ノ有ト信ス(三九)

第二款　遺失物ノ取得

往古ハ道ニ落チタルヲ拾ヒタルモ今日ニテハ之ヲ拾得シテ届ケ出テサレハ刑法第三八五条ノ有ト為スヘキハ刑法之ヲ罰ス遺失物ヲ拾得シテ自己ノ有ト為スヲ認メサル点拾得セサレハ制裁アリ故ニ今日ニ於テハ拾得シテ直ニ自己ノ有ト為スヲ認メサル点拾得セサレハ天物暴殄ト云ヘル場合ニヨリ拾得者ノ所有ニ帰スル期セサルヘカラス故ニ一定ノ時期ヲ経テ所有者出テサレハ拾得者ノ所有ト為ス此実際上其所有ニ当然回復スル克ハサラン故ニ到底無益ト

遺失物ト云ヘ有主ノ物ヲ他人ヨリ奪ヒタルニ非スシテ偶然其ノ占有ヲ失ヒタル動産ヲ遺失物ニ酷似シテ異ナリ海上ニ漂流セル物ハ何人ノ所有ニモ属セサル疑アルモ漂流物ハ遺失物ト為スヘキカ不明ナリ而シテ余ハ性質上遺失物ナリト為ス蓋シ漂流物ナルモハ船中又ハ海岸ヨリ取落シタル物波浪ノ為メニ引去ラレタルモノ等之ナリ是等ノ物ハ本来ノ性質ヨリ見ハ全ク道路ニ取落シタル遺失物ニ異ラサルヘキモ故ニ若シ特別法ノ規定ナクンハ漂流物モ又本条ノ規定ニ従ヘキモノトス然ルニ現今漂流物ハ本条ノ適用ヲ受ケサルヘキヲ以テ本条ノ精神ヨリ云ヘハ明治八年ノ布告ニヨリ改正ヲ施スヘキモノナリ尚刑法第三編第二章第三節ニ於テ遺失物中ニ漂流物ヲモ包含セシメタルヲ参照セヨ

第三款　埋蔵物ノ発見

埋蔵物ノ定義ニ付テハ諸論アリ余ノ信スル所ニ依レハ人ノ見易カラサル場所ニ蔵ヲ物ニシテ何人ノ所有ニ属スルカ不明ナルモノヲ云フ実際ノ適用多キハ土中ニ埋没セル

物ヲ其他壁ノ中ニ塗リ込メタル様ノ中ニ紙幣等ヲ埋蔵物ヲ簞笥ノ抽出ニ入リシモノニ付テ種々議論アリシ末ヲ一ト方ナシト云フニ帰着スト雖モ土中ヨリ掘出スニハ労力ヲ要シ尚且ツ所有者ハ所有ノ意思ヲ抛棄セリト見ルヲ得キ場合モアリ之ハ普通ノ場合ナルヘク或ハ発見者カ一人ニテ取得スヘク能ハサルコトアリ斯ル場合ニハ所有者ト折半スル而シ其理由ト云ヘハ埋蔵物ノ多クハ其土地ノ所有者ノ祖先若クハ前所有者ノ埋蔵シタル所ニ存スルヲ以テ或ハ土地ノ所有者カ物ノ真ノ所有者タルヘキ時其土地ニ附着シタル利益ハ総テ併セテ之ヲ取得シタルモノト認ムルヲ得ヘキヲ以テ所有者ハ其土地ヲ自由ニ処分シ得ルカ故ニ其土地ヲ発掘スルカ如キ固ヨリ所有者ノ権内ニ属ス其発見ヲ発見シタルトキハ又知ラサルカラス故ニ偶然ノ事実ニヨリ他人カ之ヲ発見シタルトテ其物ノ全部ヲ他人ニ与フルハ聊カ其当ヲ得サルモノアリ況ヤ其発見者カ大抵所有者ノ命令ニヨリ若クハ其業務ノ為メニ或ハ日ハン然ニ何ラスシテ埋蔵物ノ半ヲ発見者ニ与フルカ曰ク他ナシ若シ其者之ヲ発見スルヲ以テ所有者ハ竟ニ之ヲ発見セサルヤ未タ知ル可ラス故ニ其物ノ半ヲ付テハ通則ヲ適用シ発見者ヲシテ其所有者タラシムルハ其当ヲ得タルモノト云ヘシ旧民法ハ偶然ニ発見シタルトキハ一ト一条件トスルニ新民法ハ之ヲ採用セス人夫ヲ入レテ発見シタルトキハ人夫ハ発見者ニ非スト雖モ著シキモノアリ日本ニ於テハ土地ト家屋ハ別ニ見做スノ慣習アルカ故ニ家屋ノ造作ヲ施スカ若ハ最モ著シキモノナ

カ議論アル所ナレ尤余ハ不動産ニ付テハ一概ニ断言スルヲ得ス土地ニ家ヲ建テタルトキハ日本ノ慣習ニテハ二物ナリ然レ尤建物ニ造作ヲ施セタル場合ハ二物ト見ルヲ得ス故ニ合成物ト云ハス従物トニテモ之ニ附合セタルモノト云フ

動産ノ附合、理論上動産不動産全ク其趣ヲ異ニスルヲ実際上其趣ヲ異ニスルヲ以テ動産ノ場合ハ添付ト称スル羅馬法又然リ従テ附合ハ動産ニ付テハ困難ナル動産ノ附合ハ如何ナル場合ニ付キ疑ハシキ場合アリ例ハ余カ自己所有ノ紙ト他人ノ紙トヲ綴リテ一冊ノ手帳トスルトキハ之ハ綴糸ヲ切ルカ紙ヲ損スルニアラサレハ分離スルコトヲ得ス之ヲ自己ノ指環ニ他人ノ所有ニ属スル宝石ヲ入ル場合ハ如何余ハ附合トリト云フヲ得ス何トナレハ多クハ指環ハ之ヲ毀タサレハ分離スルヲ得ス要スルニ分離セラルヽヤヲ見ルヘキカラス

双方又ハ一方カ毀損セラルヽヤ否ヤヲ以テ決スヘシ之ニ附合ナリ又余ノ着物ノ表ニ他人ノ裏地ヲ仮綴ノ本ヲ他人ノ物ヲ以テ表装スルハ之ニ附合ナリ例ハ之ニ附合ヲ作リタルトキハ之ハ附合ナリ何トナレハ分離セハ別々トナル尻離セタル裏地ハ着ケ袷ヲ作リタルトキハ之ニ附合ナリ何トナレハ分離セハ別々トナル尻離セタル裏地ハ最早他人ノ着物ノ裏ニ適セス他ノ類似ノ物ニ附合ノ結果ハ第二四三条ニ同シ

第二四三条　主タル動産ノ所有者ニ属スル動産ハ新民法ノ採用スル所ニ依レハ一物ト見ルヘキ場合ニ於テモ尚ホ之ヲ分離シテ各別ノ物トシテ取扱フヘキヤ

附合ニヨリテ成リシモノハ一物ナリヤ将タ二物ナリヤハ動産ニ付テ最モ議論アル問題ナリ余ノ信スル所及新民法ノ採用スル所ニ依レハ二物ト見ルヘキ場合ニ於テモ尚ホ之ヲ分離シテ各別ノ物トシテ取扱フヘキヤ

権消滅シ新タナル一物生シ其物ノ所有権生ス

此第二四三条ニ付注意スヘキハ二アリ第一主タル物従タル物トアル尻這ハ第八七条ニ云フ主物、従物トハ別ナリ理論上ハ殆ント全ク第八七条ハ二者別々ナル場合ニテ主物ノ所有者ト全一ナル場合ヲ想像セリ此場合ハ主タル物ト従タル物トハ全一物ニテ所有者ヲ異ニスル場合ナリ第二ニ附合ハ物ヲ毀損スルニ非サレハ分離スルヲ得サル性質ナリ之ヲ分離サレサルニアラサルモ多ク費用ヲ要スルカ故ニ経済上ノ理由ヨリ分離スヘカラサルモノト全視スル例ハ他人ノ屋瓦ニ色紙ヲ張リタリトセンカ経師屋ヲシテ分離セシメ得ルモ費用多額ヲ要スルニ付キ分離スヘカラサルモノト全一視スル唯過分ノ費用ハ常識ニヨル物ノ価ヨリ多額ノ費用ヲイフ以上ハ動産ノ附合ニテスル原則タリ主タル部分ヲ成セル物ヲ処分セル者カ合成物ノ所有者トナル併シ主従ノ区別ハ常ニ困難ナルハ多論ナルモ時トシテ区別ヲ為スヲ能ハサルアリ此場合ニハ共有トスル(二四四)而シテ共有ハ又平等ナル割合ニ非スル甲ノ権利ノ部分ハ乙ノ部分ヨリ大ナルハ其大小ノ割合ハ附合ノ当時ノ価格ノ割合ニ応ス

二、混和、

混和トハ金属、液体、穀物等ニ至ル迄用多シ而シテ混和トハ二以上ノ所有ニ属スル物カ混合シテ孰レカ誰ニ属スルヤ識別スル能ハサル物ヲ云フ甲ノ所有ナリシ金塊ト乙ノ所有ナリシ金塊トヲ併セテ一ノ器具ヲ作リシ場合ハ甲乙ノ部分ヲ知ル克ハス又甲ノ酒ト乙ノ酒ト混合セシ時モ全ク敵シ併シ穀物ノ如キハ理論上又実際上全ク併シ此場合ニ主従ノ区別ハ為シ得ヘシト信ス全質ノ物ノ混合ハ分量ノ多少ニ依リ主従ノ区別ヲ為ス但金百円ト銀一貫目ト混シタル場合ハ代價ヨリ云ヘハ金主ナルモ分量ヨリ云ヘハ銀主ナリ此場合ハ聊カ疑アルモ余ハ金主ナリト信ス併シ不明ナル共有トナル(二四五)

三、加工、

加工トハ物ニ工作ヲ加ヘル場合即チ他人ノ所有物ニ工作ヲ加ヘル場合ノ所有者ハ材料ノ所有者ナルカ又ハ加工者ナルカト云フニ新民法上材料ノ所有者ヲ以テ加工物ノ所有者トスルヲ原則トス然レトモ之ヲ絶対的ニ適用スル能ハス有名ナル彫刻師ノ加工セシ場合ノ如キ良シ材料ハ金ナルモ其加工却テ價高キヲ以テ此場合ニハ第二四六条一項但書ニ依リ寧ロ加工者カ所有権ヲ取得スル他人ノ物ヲ以テ製造シタルトキハ単純ナル自己ノ物ヲ以テ加工シテ製造シタルトキハ困難ナリ他人ノ金ニ自己ノ銀ヲ加工シテ彫刻スル場合ハ如何敢テ云ヘハ附合若クハ混和ト加工トカ混合セリ此場合ハ何レノ規定ニヨルカ否此場合ニハ加工ノ原則ヲ以テスルヲ克ク故ニ第二項ノ規定アリ第一項ハ原則トシテ材料ノ所有者カ全部ノ所有者トナリ工作ノ價額ヨリ高キトキハ加工者トスル第二項ハ加工者ト材料ノ價トヲ合シ他人ノ材料ノ價ヨリ高キトキハ材料ノ價高キトキハ材料ノ所有者之カ所有者ト為ル之レ他ニ方法ナキヨリ而シテ性質ノ混シタル場合ニシテ第一項ニ著シク文字アリノ第二項ニ之ナキハ材料カ主ナルヤ原則ニシテ著シク材料ノ價ニ超ユタル場合ナラサルヘカラス様シ第二項ハ材料ヲ供シタルカ故ニ少シニテモ其價格ニ工作ニ因リテ生シタル價格ヲ加ヘタルモノカ他人ノ材料ノ價格ニ超ユル時ハ加工者其物ノ所有ヲ得有ス

此三ノ添付ノ場合ニ所有権ノ移転消滅アリ即チ附合ノ場合ナレハ主タル物ノ所有者カ従タル物ヲ合スレハ従タル物ノ所有権消滅シ否ヤ両権消滅スル而シテ新タナル権利ヲ生ス其物ノ上ニ新タナル権利属セシ時ハ如何他人ノ所有権ヲ取上テ其侭ニテハ不当ナリ故ニ相当ノ償ヲ出サシムルヘカラス

添付ニヨリ権利消滅シ又ハ甲者ヨリ乙者ニ移転スルコト、添付ノ結果不当利得ヲ為ス者ハ其償還ヲ為サルヘカラス

第一前述セル如ク新タニ添付ニ因リ多クノ場合ニ於テ前二物消滅シ新ニ一物ヲ生スルコトヲ認ムル故ニ従然タル理論ヨリ云ヘハ甲乙二物カ合シテ一ノ両ナル物ヲ生セシ時其甲乙ノ有シ権利ハ消滅スルヤ従テ之カ消滅スルヤ不公平ノ結果ヲ生スルヲ故ニ其甲乙ノ上ニ存セシ権利ハ更ニ両ノ上ニ存ストセリ(二四七)

二四七、二四二条ノ不動産ノ添付ハ慣習上主タル物ハ消滅セシモノト見做サス木材ヲ以テ家ヲ建テシ時其敷地ハ消滅セス木材カ消滅シ家屋トナリテ其土地ノ一部ヲ為スヤ又家屋ニ修繕ヲ施スヤ之ニ費シタル木石材等ハ消滅シ家屋ノ一部トナル動産ニ付テハ常ニ前者消滅シテ新タナル物生スル故ニ厳格ニ云ハ前者ノ上ノ所有権消滅シテ前数条ノ規定ニヨリ添律カ新シキ物ノ上ニ所有権ヲ新ニ与フルヤ明カナリ故ニ所有権ニ付テハ前数条ニヨリ決定セラルヘキモ而シテ其場合ハ其物ノ上ニ存セシ他ノ権利例ヘハ甲乙二物ヲ合シテ丙ナル一物ヲ生セシ時ハ余カ甲ノ所有者トナリシ時ハ其物ノ所有者トナルヤ而シテ甲物カ先取特権ノ目的物トナリシ時ハ其先取特権ハ亦丙物上ニ存スヘキヤ之ニ関シ乙物上ニ設置権、先取特権、質権カ存セシ時ハ是等ノ権利ハ消滅スヘキヤ乙ノ所有者カ子トスル時其者ノ権利消滅シ余カ所有者トナルヤ又甲乙二物カ合シテ一物トナリシ時ハ余カ所有権ノ上ニ設置権、質権存スルヤナレトスルハ勿論ナリ

又甲乙二物カ混合シテ一ノ両物ヲ生シ甲、所有者タリシ余ト乙ノ所有者タリシ子ト共有トナル場合ニ於テハ甲ノ物ノ上ニ存セシ設置権、先取特権、質権ハ余ノ持分ノ上ニ存在スヤ此甲乙二物ノ合シテ一物トナリシ時ハ先取特権カ其両方ノ部分ノ上ニ存スルヲ得例ハ甲乙二物カ混合シタル時其持分ハ各別ナルカ故ニ其持分ニ対シ先取特権行ハル即チ六部ニ付テハ甲ノ債権者四分ニ付テハ乙ノ債権者先取特権ヲ行使スルヲ得而シテ先取特権ノ順位ハ毫モ変更セラレス第二何人ト雖モ他人ノ財産ヲ労務ニヨリ故ナク利益ヲ受クヘカラス(七〇三)例ヘ余カ他人ノ所有ニ係ル材木ヲ以テ余ノ所有地ニ家屋ヲ建テタル場合其家屋ノ所有者ハ余ニ対シ材木ノ所有主ハ他人ナルヲ以テ之カ賠償ヲ為サヽルヘカラス而シテ余ハ不当利得トナルカ故ニ其材木ニヨリテ利益ヲ受ケタルモノハ材木ノ代償ヲ支払ハサルヘカラス尤モ現在ノ利益ヲ受ケタル限度ニ於テ支払フヘキモノトス例ヘ家カ焼失セシ時ハ普通返還スルニ及ハサルモ若シ其家ヲ他人ニ賃シテ之ヨリ家賃等ヲ得シ時ハ尚材木ノ価ヲ返還セサルヘカラス而シテ之ハ善意ノ場合ナリ又之ヲ悪意ニテ他人ノモノト知リツヽ之ヲ用ヒシ時ハ不当

ノ利得ニ加フルニ不法行為ニシテ故意ニ他人ニ損害ヲ加ヘシヲ以テ其所有権ヲ
ハ得ラルレモ普通ノ不当利得ノ原則ニ依ラス第七〇四条ニヨリ償還ノ義務重タ
即チ当初ノ利木ノ代價ニ利息ヲ付シテ之ヲ返還セサルヘカラス
唯此場合ニハ不当ニ受ケタル利益ハヲ以テ損害賠償ノ義務ノ規定ニ依ラ
ス其制裁普通ノ不当利得ヨリ重シトス

第三節　共有

共有トハ二人以上共ニシテ所有権ヲ有スル有様ヲ云フ即チ所有権ハ例ヘハ十ノ
モノヲ二人ニテ五ツ、持ツトカ如キヲ謂フ、ハモ真ノ共有ハ所有権ノ共ニシテ
有セラル、有様ヲ云ヒモ総ニ規定スル処ハ他ノ権利ニモ之ヲ以上ニテ有スル場合ニテモ
準用スルヲ以テ理論上ハ所有権ト他ノ権利トニ天ナルモ実際ハ合シ
共有ノ原因ハ種々アリ今後最モ頻繁ナル原因ハ相続ナリ家督相続ハ第一二三〇条ニ依レハ家督相続人ノ場合ニ
原因トナラサルニ非ス其理由ハ民法第
ハ前戸主ハ少クモ財産ノ半分若クハ三分ノ一ヲ留非家督相続人ニ与ヘサルヘカラス
依テ其餘ノ財産ハ勝手ニ処分スルヲ得
遺産相続ニ至リテハ家族ノ遺産ニシテ遺言ナクシテ死亡セシ時子ノ数人アルトキ皆

共有トナル其他組合夫婦財産契約共同契約等ハ皆共有ノ原因トナルニ
右何レノ場合ニテモ原則トシテハ全ノ規定ニ従フ但組合、夫婦財産契約ニ於テハ往々
特別ノ約束ヲナスコトアリ特ニ組合ノ場合ニハ詳細ナル規定アリテ普通ノ共有ノ
規定ニ依ラサルコトアリ夫婦財産契約ハ多クノ
共有ニ干スル部分ヲ分テ四トス即チ

(一)共有者ノ権利義務、　(二)共有物ノ分割、　(三)入会権、
(四)所有権以外ノ財産権ノ共有　之ナリ

第一款　共有者ノ権利義務

共有者ノ権利ノ性質ニ付テハ議論アリ然レ共有者ノ権利ハ各独立
利ハ物ノ全部ニ付テ完全ナル所有権ノ一部分ヲ有スルニアラス其独
ノモノニシテ一ノ目的物ノ上ニ存スル独立ノ所有権ノ一部ヲ割ケルモノナリ故ニ
立スルト否トハ実際大ナル差異ヲ生スル又支分権モ所有権ノ一部ヲ割ケルモノナリ故ニ
地上権ヲ有スルモノハ使用権ノ一大部分ヲ有スルモノナリ故ニ他ノ処分収益（他ノ目的トスル）ノ権
ヲ有セス共有ハ之ト異リテ所有権ノ凡テノ構成分ヲ有スルモ性質其分量カ七八ハノ
使用収益ハ各自独立シテ行フヲ得唯実際ニ於テ物カ唯一ナルカ故ニ各時ニ二人以

上ヵ使用スル ヲ得サル場合多シ家屋ニ付テ云ヘ各共有者ハ家屋ノ全部ヲ使用スル権利ヲ有シ他人ノ許諾ヲ要セス只他人ノ権利行使ヲ妨クルヲ得ス故ニ実際上ハ十室ノ家屋ナレハ各五室ヲ、使用スルノトナル理論上各自カ家ノ全部ヲ使用スル為ス理論上正当ナルモ 1/10 若クハ 1/3 ヲ分ツテ実ニ 3 丈ケ若クハ 4/10 ノ使用ヲ為ス理論上正当ナルモ 1/10 若クハ 1/3 ヲ分ツテ実際ニ於テ難シ使用ニ付テハ新民法ニテハ二四九条ニ規定アルモ持分ニ応スルトセリ純然タル使用ニ付テハ分量ヲ定メルヿ難キモ収益ニ付テハ之ヲ分ツテ容易ナリ処分ニ付テハ理論上独立シタル権利カ独立ニ行ハレヘキヲ得ス

共有権ハ独立セル各共有者ノ権利ヲ合致シタルモノナリトノ学説アリ余ハ此説ヲ採ラス支分権ハ皆独立ナリト云フ地上権者ハ濫リニ土地ヲ処分スルヲ得ス所有権者モ濫リニ土地ノ形ヲ変スルヿヲ得ス処分ノ極端ハ破毀シ尾多クハ変更ナリ故ニ二五一条ノ規定アリ

如此共有権ハ使用収益処分ニ付テ右ニ述ヘタル如キ結果ヲ生ス変更ニ付テハ特分ノ多少ヲ論スルノ必要ナキモ使用収益ニ付テハ必要アリ

特分ノ多少ハ共有ノ原因ニヨリテ定マル相続ニ付テハ例ヘハ庶子ハ嫡出子ノ半ヲ取カ如キ又組合ニ付テハ出資ノ額ニ応シテ取ルカ如キ（六七四、六八一、六八八、三）夫婦財産契約ニ当リテモ出資ノ額ニテ其特分明カナリ然レ尾不明ナル場合アリ例ヘハ遺言等ニテ財産全部ヲ甲乙丙ニ与ヘルト云フカ又夫婦財産契約ニテ初メノ財産不明ナルカ為メ特分明カナラサルヿアリ故ニ二五〇条ノ規定アリ

共有物ハ管理セサレハ消失又ハ毀損ノ虞アリ使用ヲモ全部ニ付テナスヲ得ハヲ以テ管理又全部ニ付テナスヲ得然レ尾此ニ実際ハ全部ヲ管理スルヿ難シ故ニ二五二条ノ如ク各共有者ノ特分ノ価格ニ従ヒ過半数ヲ以テ之ヲ決ス（頭数ニ非ス財産特分ノ過半数ナリ）

保存行為、時効中断ノ如キハ最モ著シキ例リ共有者中ノ一人ニテ中断スルヲ得又登記ヲ要スル場合ニモ一人ニテ登記ヲナスヲ得然レ尾此ニ者ハ他ノ者ノ委任ナクシテ為シタルハ他ノ共有者ニ対シテ効ナシ又法律行為ニ非サル実際ノ保存行為ハ一人ニテ之ヲ為スヲ得即チ他ノ共有者カ或物ノ保存ヲ顧ミサル時ハ一人ニテ之ヲ為スヲ得

費用ノ負担、管理ニ費用ヲ要スル租税ノ如キ之ナリ豆茸ハ特分ニ応シテ負担ス（三五三）此費用負担ノ義務ハ通常ノ義務ニ非リ特別ノ規定ニ従フ如左ニ

(一)其分不履行ノ場合ニ普通ノ強制方法ヲ用ユルヲ得金銭債務ナレハ法定ノ利息ヲ取ル(四九)催告スルモ払サルトキハ裁判所ニ訴ヘ(其場合ニハ裁判費用ヲ取ルヲ得又宣告アルモ払ハサルトキハ強制執行ニ依リ取ルヲ得然レトモ斯ハ困難ナル方法ナリ故ニ二五三条但書ニ相当ノ償金ヲ払ヒテ其持分ヲ取得スルヲ得此規定ハ共有ニ干シテ殊ニ必要ナリ共有ハ実際不便ナリ即チ全部ニ付テ使用スル権利アルモ金時ニ双方カ使用スルヲ得ス又管理ニ付テモ困難ナリ故ニ共有物ハ自然改良ヲカクルノ少ク経済上不便ナリ殊ニ共有者ノ一人カ負担ノ費用ヲ払ハサルトキハ永ク共有スルヲ得ス故ニ如斯場合ニハ寧ロ共有ヨリ除キテ他ノ者之ヲ取ルノ必要ナリ

(二)債権ハ凡ソ第三者ニ対抗スルヲ得サルモノナリ換言セハ甲カ乙ニ対シテ或請求ヲナス権利ヲ有スルモ他ノ丙ニ対シテ請求ヲナス権利ヲ有セス然ルニ共有物ニ干シテハ共有者ニ対シテ有スル債権ハ其特定承継人ニ対シテモ之ヲ行フヲ得(三五四)

共有物ノ債務ニ干シ特別ナルノ一例ヲ述ン干係ニ止リ第三者ニ対抗スルヲ得ス例ハ甲カ乙ニ其所有物ヲ賃セハ使用賃借成立シテ借主甲ノ所有物ヲ使用スルニ付テ債権ヲ有シ甲ハ乙ヲシテ其物ノ使用ヲナサシムル義務ヲ負リ然ルニ甲カ其物ヲ丙ニ賃リシト仮定セハ乙ハ丙ニ向テ其物ヲ使用セシメヨト請求スルヲ得ス即チ丙ハ現在乙ノ使用シツヽアルヲ取上ルモ如何トモスル克ハス蓋シ債権干係ハ債権者債務者ノ間ニ於テノミ効力アルヲ以テナリ

共有者間ノ債権ハ普通ノ場合ニ於テハ第三者ノ地位ニ立ツヘキ特定承継人ニ対シテモ尚之ヲ行フヲ得特定承継人トハ権利義務ノ全部又ハ一部ヲ包括的ニ承継スルモノヲ謂フ例ハ相続人ヲ初メトシ或ル人ノ権利義務ノ全部又ハ一部ヲ包括的ニ承継スルモノヲ謂フ

特定承継人ニ対リ是等ノモノハ全ク当事者ニ準シノ債権干係ト雖モ当然効力ヲ及ホス最モ普通ノ場合ハ或財産ノ譲受人ニシテ是ハ失例ニ明ナル如ク債権干係ヨリ見ルト常ニ第三者ナルカ普通ナリ特定承継人トシテ権利ヲ承継スルモノナリト云フハ左ノ如シ

(一)物権干係ノ干リ即チ所有権其他ノ物権ヲ譲受ケシ者ハ勿論債権ノ譲受人ナリ之レ恰モ物権ノ譲受人ト全ク地位ニ立ツモノナリ甲乙間ニ債権アルノ故ヲ以テ其債権カ特定承継人ニ対シテ効力ヲ生スルモノニ非ス債権ノ譲渡ノ場合ニ付テハ複雑ナル問題ヲ生スル処現ニ四六八条等ノ規定アリテ大体ノ原則ニ於テ全ク一ナリ

要スルニ特定承継人ハ債権干係ヨリ云ヘハ第三者ナリ之ニ対シテ共有者間ノ債権ヲ対抗スルヲ得ハ不文ノ変則ナリ(三五四)何故ニ此例ト雖モ設ケシヤトイフ

二共有者ノ債権ハ多クハ共有ニ干係ヨリ生シタル債権ナリ共有者ノ干係ヲ離シテハ実際其債権ノ履行ヲ求ムルヲ得サル場合多シ然ルニ共有者ノ権利ハ安全ナル所有権其他一般財産権ニ孝シク随意ニ之ヲ譲渡スヲ得決シテ他ノ共有者ノ兼諾ヲ要スルヲナキ故ヲ以テ若シ本条ノ規定ナキトキハ動モスレハ他ノ共有者ノ知ラサル間ニ其譲渡人カ共有者トシテ負担セル債務ノ履行ヲ求ムルヲ得サルニ至ルヤモ知レス此場合ニ損害賠償ヲ求ムルヲ得ルハ勿論如斯場合ニ於ケル損害ノ賠償ハ多クハ不確実ナルモノニシテ裁判官モ其実定ニ苦シムヲ以テ故ニ本条ノ規定ヲ設ケテ特定承継人ニ対シテモ此債権ヲ行フヲ得ルモノトセルナリ尤モ余ノ所信ニヨレハ此規定アルニ上ハ不動産ニ付テハ登記ヲ具ルニ此場合ニ登記スヘキ規定ナシト云フ余ノ大ニ遺憾トスル処ナリ

此共有者間ノ債権ト云フハ無論共有ニ干スル債権ナラサルヘカラス換言セハ共有者トシテノ債権ナラサルヘカラス此債権ノ最モ主タルモノハ共有物使用ノ方法ニ干スル契約ヨリ生スル債権ナリ家屋ヲ共有シ之ヲ使用スルニ何等ノ契約ナキトキハ往々ニシテ衝突ヲ来シ同室ヲ甲乙合時ニ使用セント欲スルニアリ斯ル場合ニ此衝突ヲ避ケン為メ豫メ契約ヲ結ヒヲ普通トス例ハ此室ハ甲カ使用シ彼ノ室ハ乙カ使用シ若シ各個一ヶ月ハ半年前ハ甲カ使用スルカ如キ物ノ使用方法ヲ特約シテ定ムルヲハ実際頻繁ナリ土地ニテモ合シテ分割セスシテ耕作ヲ為スヲ受持ヲ定メテ或区域ハ甲カ耕作シ或区域ハ乙カ耕作スト云フカ如キヲ多シトヲ称シテ仮分割ト云フ（旧民財三七、六）

管理ノ方法ニ二五三条ニハ特約ナキ場合ニ共有ニ属スル契約ヲ結フハ随意ナリ例ハ共有者中ヨリ一人ノ管理人ヲ定メ一定ノ権限ヲ以テ管理スルカ如キ之ナリ又管理ノ費用其他租税等共有物ノ負担ヲ分担スル割合ハ持分ニ応スルヲ以テ本則トスル然レトモ或ハ特別ノ事情ノ為メニ分担ノ割合ヲ契約シテ別段ニ定ムルヲ妨ケス又費用其モノヲ支払フ債権或ハ期間内分割ヲ為サス又ハ分割スル場合ニハ如何ナル方法ニ依ルヘキヤ等ハ皆債権債務ノ干係ヲ生シ共有者ニ人カ共有物ニ付キ他ノ共有物ニ対シテ有スル債権ナリ因之観之現在費用其他共有物ノ負担ヲ仕払フノ義務ヲ除キテハ現在共有者間ニ於ケルニ非サレハ必要ナキ債権債務ナリト信ス故ニ前述ノ理由ニ依テ明ナリト信ス茲ニ注意スヘキハ之レ法律カ債権者ニ与ヘタルモノナリ故ニ共有者ノ一人カ其持分ヲ

他人に譲渡する場合に於て其義務は當然譲受人に移り譲渡人は全然其義務を免かるゝと云ふに曰く然らず元より一の権能、ヲ債権者に与ふるに過ぎずして元より共有者たる譲渡人に対して債権の履行を求むるを得るや勿論なり債権は譲渡を得るも債務は譲渡を得ず但し実際に於ては費用其他の負担は仕払義務を除きては已に共有者たるが為に対して直接に履行を求むるを得ず債権なるが為に対しても可なり

此場合に於て契約に伴ふ使用の為し其他契約違反の行為あれば之より生ずる損害の賠償は譲渡人に対しても請求し得べし

共有者は譲受人に対して請求し得べき義務の消滅に干して特別なる規定なきが故に若し其物が不動産なれば国庫に帰属すべきや(相続法の規定上相続人なしとして死亡すれば)其持分は無主物なるが故に各共有者の持分の放棄若くは相続人欠の場合に適用せらるゝや此原則として共有者の一人が其持分を放棄し又は相続人なしとして死亡したるときは其持分は他の共有者に帰属す(確定せり)

共有者の一人が債務を負担したるときは他の共有者は之が為に責任を負はざるを以て原則とす

共有者の一人が其持分を放棄したるときは他の共有者之を取得す然れども此原則よりすれば

変更スルヲ得ス
如何ナル理由ヲ以テスルモ特約上分割ヲ為サヽルノ
効力ハ五年ヲ超ユル可ラストセリ
此ニ二ノ問題ヲ生ス、其一、此規定アルモ猶ホ五年ヲ超ユル期間ヲ以
テ契約ヲ為スキハ全然無効ナルカ又ハ五年ヲ超ユル期間丈無効
無効ナリト信ス、其二、更新ハ其更新ノ時ヨリ前契約ヲ解キテ新
タナル契約ヲスルモノナルカ又ハ前契約ハ其儘ニ存シテ其前契約ノ終了
ニ至ル後ニ於テ行ハルヘキ契約ナルカ余ノ所信ニヨレハ如此問題ハ当事者ノ意思ノ
如何ニアリトス然レトモ当事者カ明定セサル場合多シ其場合ニ余ハ前契約ヲ将
来ニ向テ解除シ更新ノ時ヨリ直チニ新タナル契約ノ行ハルヽモノト解スルヲ穏当ナ
リト信ス而シテ其期間ハ更新ノ時ヨリ五年ヲ超ユルヲ得ス

共有物ノ分割ニ干スル例外、

曾テ述ヘタル如ク一棟ノ建物ヲ区
分シテ数人ニテ所有スル場合ニ於テ其共用部分ハ各所有者ノ共有ニ属スル而
シテ此共有ハ概シテ茲ニ論スル所ノ共有ニ関スル規定即チ共有者ノ一人ノ
自由ニテ分割シ得トノ原則ハ彼ノ一棟ノ建物ノ共用部分ニ適用スルヲ得ス

之レ当然ノコトニシテ一階ニ階ニ階ニ階ヲ各別ノ所有者ニ属セル場合ニ階梯ヲ分割スレ
ハ共用ヲ為サス故ニ之ハ分割ヲ請求スルヲ得ス所有者ノ恢復ノ上之ヲ売リ
他ノモノヲ設クルハ可ナレトモ一人ノ意思ニテ分割スルハ不可ナリ、又彼ノ互有物地
ノ境界線ニ存スル墻壁囲障界標ノ如キ又全ク一方ノ意思ニテ分割スルヲ得ス之レ共有ニテ共用ヲ為サヽルヲ得ス
等窖口一方ノ請求ニヨリ共同ノ費用ニテ設クヘキモノナルニ之ヲ一方ノ意思ノミニテ
分割シ得トセハ共迷惑想フ可シ故ニ第三五七条ノ規定ハ之カ為ニ存スル
分割ノ方法、外国ニテハ綿密ナル規定ヲ設ケタル例アリ其詳細ニ付テハ
モ種々精キ規定ヲ設ケタル例アリ新民法ニ於テハ曼荼ノ例ニ倣ハス分割ハ
原則トシテ共有者ノ恢復次第ナリトセリ唯恢復調ハサルトキハ裁
判所ニ請求スルヿトセリ蓋シ如何ニスルモ可ナリ第二五八条第二項ノ場合ハ強制競売ニアラスシテ
任意競売即競売ノ規定ニヨルヿトセリ佛法ハ分割ハ現物ヲ以テシ現物
ヲ以テスルヿ克ハサル時ハ競売スルヲ得トシ之ニ精細ノ規定アリ其結果田舎ニテ
土地ヲ分割スルニ当リ数歩ノ地ニテモ之ヲ二三人ニ分ケアリ往々不便ヲ生スルヿ
アリ之ヨリシテ佛法ハ分割相続ヲ不可ナリトセルモ之レ必竟分割方法其宜シ

キヲ得サルニ由ハ我新民法ハ便宜ヲ計リ協議ニ任セ協議調ハサルトキ並ニ又ハ便宜法ヲ採用セリ而シテ分割ヲ為スヘカラサルモノトハ牛馬等ノ如シ分割ニ著シク價格ヲ減スルトハ小地ヲ現物ノ侭分割スル場合ノ如キヲ云フ分割ニ付テハ各共有者カ只此場合ニ協議不調ナルトキハ裁判所ニ請求スルノミ而シテ共有者中無能力者アルトキハ如何ナル方法ヲ採ルヘキヤ蓋シ準禁治産者及妻ハ補佐人又ハ夫亦未成年者及禁治産者ハ親権人後見人ノ合意ヲ得ルノミニ無能力者ニ法定代理人ノ定メナキトキハ如何即チ(一)未成年者ニシテ親アリ後見人モ選任サル場合又(二)白痴瘋癲ニシテ未タ禁治産ノ宣告ヲ請求セサルトキ及ヒ(三)禁治産者ノ後見人ノ欠ケル場合(一)(三)是等ノ場合ハ協議セントスルモ共相手トシテ此場合ニハ直ニ協議不調ト見テ裁判所ニ請求スヘキカト云フニ然ラス法律上当然後見ヲ要スヘキモノナルトキハ親族会ニテ後見人ヲ選任スヘキモノナルカ故ニ共有者ヨリシテ親族会ノ招集ヲ請求シ後見人ヲ選任セシメ之ト協議スルヲ要スト雖モ信スルヲ得ス而シテ此場合ニ就テハ第九百四九条等ハ此場合ヲ見サルヨリ尚無能力者ノ親族会ニ就テハ第九百四九条ニ云々トアリ即チ利害関係人カ直接ニ族親会ヲ招集スル非スト雖モ第九百二五条二号管督人(戦務云々トアリ是等ノ各条ヨリ断定ヲ下セハ無能力者ノ為メ親族会ノ組織ナキトキハ共有者二人ヨリ親族会ノ招集ヲ請求スルヲ得スト而シテ已ニ親族会ノ組織アレハ後見人ヲ選任セシメ之ト協議スルヲ要スト雖モ信スルヲ得ス而シテ此場合ニ就テハ第九百四九条等ハ此場合ニ適用ナキモノナルカ故ニ親族会員ニ向テ共有者ノ一人ヨリ親族会ノ招集ヲ請求スルヲ得此場合ニ若シ招集セサレハ損害賠償ノ責アリ故ニ多クハ招集スルコトトナリ又共有者ノ一人不在ナル場合ニ於テ充分ノ権限ヲ有スル管理人ナキ場合ハ如何ト云ニ此場合ニハ財産管理人ヲ置クコトトナルヘキヲ以テ即チ第三五条ニ依リ共有者ノ一人ヨリ請求シテ管理人ヲ得然レトモ此管理人ハ第一〇三条ノ規定外ノ権限ヲ有セス然ルニ分割ハ処分行為ナルカ故ニ若シ管理人カ分割ヲ必要トシ其方法ヲ定ムルヲ得ントセハ第六条ニヨリ裁判所ノ許可ヲ要スト雖モ第二五条ニヨリ分割セントスルトキ管理人之ヲ不利トシテ理人ニ於テ分割ヲ必要トセス又他ノ者ヨリ分割ヲ請求セサルトキハ即チ協議不調トナリトシテ即チ相手方ノ請求ニ裁判所ニ許可ヲ請求セサルトキハ即チ協議不調トナリトシテ即チ相手方ノ請求ニ任スヘキヤ第二百五十九条ニ依リ此分割ニ際シ共有者間ニ債権ヲ有スル場合例ハ共有者二人カ費用ノ全部ヲ取替ヘタルニ分割ノ際他ノ一人カ之ヲ払ハサルトキハ其共有者カ受クヘキ部分ヲ以テ弁済ニ当ツルヲ得然レトモ金銭ナルトキハ其共有者ハ直ニ返済ヲ受クルヲ得ルモ然ラサル時ハ直ニ弁済ヲ受クルヲ得サル場合アリ

故ニ第五八条第二項ノ規定ヲ設ケタリ此方法ヲ採用セハ独乙民法ナリ佛及第一ノ国ハ多クハ此場合ニ於テ甲ノ立替ヲ乙カ支払ハサル時ハ甲ハ失取特権ヲ以テ乙ノ受クヘキ部分ノ上ニ失取特権ヲ行使スル又債権ヲ分割ニ際シテ生スルコトアリ例ヘハ子丑ノ両地ニ分割ニ子ノ地カ價高クシテ全部一万五千円ナルニ丑地ノ方ハ甲ニ向テ二百五十円ヲ金銭ニテ受取ルコトヲ請求スルヲ得ハナリ此独仏二主義何レモ共有者保護ノ理由ヨリ生スルモ余ハ独民法主義ヲ便ナリト信ス元来失取特権ハ法律之ヲ認ムルモ可成其範囲狭少ナルヲ可トス然ラサレハ普通債権者ノ権利ヲ害スルコト甚シク且ツ信用ヲ薄弱ナラシムルモノニシテ立法ノ本旨ニ反スル故ニ此共有ノ場合モ他ノ保護スル方法アルトキハ之ヲ認メサルヲ可トス蓋シ失取特権ハ分割後意外ノ時之ヲ行フコトヲ得ハヲ以テ第三者ノ利益ヲ害スルモノタリ且此失取特権ハ動産ニ付テハ事実上之ヲ認ムルコトヲ得ス何トナレハ動産ノ失取特権ハ其物カ債務者ノ占有中ニ在ル間ハ之ヲ行フコトヲ得ス故ニ共有者ノ失取特権ニ干シ動産ニ付テ之ヲ認ムルモ多クハ有名無実トナルヘシ故ニ仏民及之ニ倣ヒタル諸典中モ動産ニ就テ之ヲ認(第一モ多シ)メス故ニ動産ノ共有者ハ終ニ保護セラレサルコトトナルヘシ然ルニ新民法ノ採用セル主義ハ不動産動産ノ区別ナク之ヲ行フコトヲ得特ニ此失取特権ハ破産ノ場合ニ当リ甚タ数ヲ要シ困難ヲ感ス然ルニ此新民法ノ主義ハ分割ニ際シ其共有物ノ一部ヲ以テ直チニ弁済ニ充ツルヲ得ルモノナルヲ以テ其至便霄壌モ啻ナラス第三者ノ参加権、西洋ニテハ分割ニ干スル手続ヲ綿密ニ規定スルヲ以テ啻ニ共有者間ノ権利ヲ保護スルノミナラス第三者ノ権利ヲ保護スル為メナリ何トナレハ動モスレハ第三者ノ権利ニ干係ヲ及ホセハナリ例ハ甲乙二ノ土地ヲ共有スル此場合甲ハ乙ニ其土地全部ヲ与ヘ自己ハ代金ヲ受取ルコトアリ普通ノ場合ニ於テハ之ヲ妨ケサルモ甲乙ニ対シ債権者アリ其不動産ヲ担保トシタルトキハ分割法ニヨリテ各自ノ債権ニ干係アリ然ハ債権者ニ取リテ共有者中自己ノ債務者ノ分割ニヨリ多分ニ物ヲ受クル方利益ナリトス故ニ利害干係ノ点ヨリ第三者ニモ参加ヲ許スヘキナリ(但シ自費タルヲ要ス)又共有物上ニ権利ヲ有スルモノモ利害干係ヲ有ス(地上権質権抵当権)例ハ今ヲ契約上甲乙ノ共有地ニ地上権ヲ有セルトキハ之ヲ第三者ニ譲却セラルルトキハ地上権者ハ此特別ノ契約(債権ハ第三者ニ対抗シ得ス)ヨリ得有セル利益ヲ失フコトナルヘシ故ニ是又利害干係ヲ有スル而シテ新民法ハ分割ノ効力ニ干シ分割ノ効力ハ已往ニ遡

ルトノ主義ヲ採ラサルカ故ニ是等ノ権利ヲ害スルヿ少キモ仏民法及外国大多数ノ
法律ノ如ク分割ノ效力ハ已往ニ遡及シ恰モ各分割者カ始メヨリ其分割ヨリ生スル権
利ヲ有セル如ク見做スヿハ大ニ第三者ニ重大ナル利害干係ヲ及ホスヲ以テ我新民
法第三六〇条ニ於テ第三者ノ参加権ヲ認メタリ(分割ニ付テハ民訴第二六六条
ノ下ニ特別ノ規定アリ)注意ニ項云々

分割ノ效力、旧法典及佛民法其他ノ国ノ法律ニ於ニハ分割ノ效力已往ニ遡
及スルノ主義ヲ採リ蓋シ此分割ノ效力ハ已往即共有ノ権利ニ遡及スルモノタリ而シテ
此主義ハ如何ナル理由又如何ナル沿革ヨリ出テシカ大ニ研究ノ價アリ仏ノ法典纂
成前封建ノ餘習存セシ時ハ分割ノ效力問題ハ随分議論アリシモ羅馬ニ於テハ
分割ノ效力ノ已往ニ遡ルト云フヿナカリキ即チ分割ハ甲乙二人カ子丑二不動産ヲ共
有シ分割ノ結果甲カ子ヲ乙カ丑ヲ分取セハ甲カ従来丑不動産上ニ有セル権利ヲ
譲リ又乙ハ子ノ上ニ有セル権利ヲ甲ニ譲渡ストヿ見做シ後チ分割ハ権利ノ譲渡ナリ
ト為シ理論上毫モ疑ナカリキ然ルニ封建ノ時代ニ至リ分割ノ效力已往ニ遡ルノ
主義ヲ生シタリ当時種々ノ考者カ其時勢ニ適応スルノ議論ヲ作シ恰モ日本ノ維
新ノ始メ西洋考者ノ説ヲ採リ来リテ主張セシ如ク羅馬法ヲ根拠トシテ主張セ

リト云フ何故考者カ之ヲ主張セシヤト云フニ封建時代ハ権利ノ譲與ニ付最モ高
税ヲ課セラルル故ニ当時ノ法律上行為ハ税ヲ免セラレメントセシナリ即チ分割ハ多クノ相続ノ結果トシテ発生シ而シテ相続ノ場合ハ相続税又ハ分
割税ハ分割税ヲ譲渡税トシテ取ラルルカ故ニ相続ノ結果共有トナリ共有ノ
結果分割生スルニ時ハ全時ニ二重ノ税ヲ賦課セラルヽヲ以テ其之ヲ免レンカ為メニ
分割ノ效力ハ已往ニ遡ルト主張セリ去レハ相続前ヨリ分割セシ如ク見做スカ故ニ
始メヨリ破産ノ一部ヲ相続セシト見做スカ故相続税モ少ク又二重税ヲ免カルヽナリ
(大モ地方ニ依リ多少ノ差アリシ)然ルニ此主義カ封建廃税ノ今日尚存在セルハ
如何ソ如キ沿革上分割ハ課税スヘキモノニアラストノ理由ヨリ分割効力ハ已往ニ遡
ルヘキモノトナシナホ登録税ニ至リテハ分割ニ課税ヲ認メ民法ニテハ之ヲ認メス此理
由ハ元ト迂々脱税ノ理由沿革ヨリ来レルモノカ為メ存外利益アルヿアリ即チ分
割ノ效力ハ已往ニ不遡トセンカ例ヘハ甲ノ持分ノ上ニ抵当権ヲ有シ之ヲ分割スレハ
不動産ハ子丑寅トナリ甲乙丙ニテ共有セシ甲持分ノ上ニ抵当権ヲ有スルモノカ分割
ニヨリテノ所有ノ地ノ上ニ抵当権ヲ有スルニ至ルヘシ之レ乙ノ為メ不利益ナリ其結果
其有分ハ何人モ買求メス又買求ムルモ甚タ廉ナリ乙丙又甲ノ為メニ共権利ヲ害

セラレタリトセハ之カ賠償ヲ請求シ得サル可ラス故ニ之ハ何ム対シテモ利益ヲ与シ然ニ此場合ニ分割ノ效力ハ已往ニ遡ルトセハ大ニ便利アリ即チ甲ノ抵当権者ハ始メヨリ甲(子)地ノ上ニノミ抵当権ヲ有スルヿトナリ故ニ仏ニテハ分割税ヲ登録税ニテ課収スルニモ拘ラス民法ニテハ之ヲ認メサルヿ然ルニ新民法ニ此理由アルニ干セス共有一般ノ主義トシテ分割ノ效力ハ已往ニ遡ラストセリ是ハ法典起草ノ際議論アリシモ共有ノ一般ノ原則トシテ之ノ可トセリ(分割ハ相続ノ場合ニ起リ易キモノヲ想像シテ議論スレトモ然レ共一個ノ地ヲ甲乙共有シ而シテ甲カ自己ノ持分ノ上ニ抵当権ヲ設定シ乙カ不動産ヲ取リ其償ヲ甲ニ与フルトセンニ若シ分割ノ效力已往ニ遡ルト云フ原則ヲ取ルキハ始メヨリ甲ハ不動産ノ所有者ナラサルカ如ク見エ然ルニ甲ノ抵当権者ノ権ハ全時ニ消滅スル競売ノ場合ニモ又殆ント全結果ヲ生ス(旧民戦取第一〇四条以下及仏法モ殆ント全シ)故ニ甲ノ抵当権者ハ全ク権利ヲ失フ故ニ是等ノ場合ニハ却テ已往ニ遡ラストスルハ穏当ナリトス然レトモ相続ニ付テハ第一〇一二条遺産ノ分割ニ就テハ第一〇一〇条以下特別規定アリ

「担保ノ義務」第二六一条 各共有者ハ他ノ共有者カ分割ニ因リテ得タル物ニ付キ売主ト全ク其持分ニ応シテ担保ノ責ニ任ス」トス又相続ニ関シ別ニ規定アリ第一〇三条共有者間ノ担保義務ヲ定メタルモノナリ五五九、五七二条売主ハ買主ニ対シ其譲渡シタル目的物ニ就テ担保義務アルヿ原則トス分割ニテモ不遡及ノ主義ヲ取ルヿ上ハ新ニ之ヲ得タルモノハ譲受人ニテ各共有者ハ譲渡人ナリ故ニ譲渡シタル物ノ上ニ付テ担保ノ義務アルモノナリ担保ノ義務即チ譲渡シタル権利ノ全部又ハ一部カ第三者ノ権利ニ依リ譲受人ノヿヨリ奪ハレタル場合ニ譲渡人カ之カ為メニ蒙ムル所ノ損害ヲ賠償スル義務ヲ云フ而シテ右追奪ノ原因タリシ権利ハ共有前ニ存在セルヿヲ要ス何トナレハ分割前ト雖モ共有後ニ生シタルモノハ共有者ハ之ヲ知ラスシテ始メヨリ共部分ヲ除キテ分割ヲ為スヘキヿハナリ故ニ共有前ノ原因ニ基キ物ニ隠レタル瑕疵ノ存スルヨリ譲渡人カ譲受人ニ対シテ有スル義務ナリ此問題ハ共有後生スルモノナリ例ニハ甲カ乙ニ告ケスシテ自己ノ持分ノ上ニ抵当権ヲ設定シタリ此時ハ分割ニ際シ乙ハ其抵当権又権利ヲ削カレタルモノトナルヲ以テ共権利ノ全部ヲ甲ヨリ取ルヿヲ得

効力ノ一担保問題(共有者間担保ノ義務アルヤ)之レ法例及多クノ国ニ種々ノ法

律アリ新民法相続財産ハ特別ノ規定アルモ一般ノ規定ハ第二六三条ナリ並シ分割ノ効力ヒ往ニ遡ラストノ主義ヲ取レハ別ニテ之ヲ要セス規定ナリ而シテ先ツ共有物カ共有物ト為ラサル場合即チ共有前ニ担保ノ義務生シ居ルコアリ(第一)例ハ子丑ノ二個不動産アリテヲ甲乙共有シ共有ノ前丑ノ不動産上ニ第三者ノ権利アリテヲ二年ノ後ヲノ分割シテ甲ハ子ヲ乙ハ丑地ヲ取リ而シテ二年ノ後ヲノ分割シテ甲ハ子ヲ乙ハ丑地ヲ取リ右ニ至リ丑地ノ上ニ第三者ノ権利アリシカ為メ所有権全部ヲ失フニハ結局子地ヲ二人ニ分割スルコト為ルヘシ若シ夫レ分割ニ因リ甲ハ全部ヲ得乙ハ全部ヲ得ストセス甚タ不公平ナルヲ以テ乙ハ甲ニ其子地ノ半分ヲ請求シ得ルナリ(第三)共有後ニ生スルコアリ甲カ乙ニ知ラサルニテ丑地ノ上ニ抵当権ヲ設定シテ(敢テ悪意ナラサル時ハ此レニ)抵当権者カ丑地ノ半分ヲ競売スルニ乙ハ甲ニ向テ己レノ失ヒシ全部ヲ請求シ得ヘシ第二百六十一条ノ重ヌル適用アリ

共有物ニ関スル訴訟ハ甚タ必要ニシテ権利ニ付キ争アルニ裁判所ニ共訴ヒ又ハ訴ヘラルヽヲ要スヘキナリ然ルニ物カ一ナルニハ訴ヘ訴ヘラルヽ物ヲ分割シタル物ニ関スル訴訟ハ一人ニ渡セハ一人ニ訴ヘラルヽナリ(以上分割終ル)

第四款 入会権 二六三条ヒ入会権ハ各地方ニ慣習上存在スル外国ニモ此例アリ而シテ西洋ニテハ使用権ト云ヒテ山林ニ就テ取ルモ多ク存スル多クハ或ル一村落ノ人民カ山林ニ入リテ下草新芽ヲ採取スル権利ナリ日本ニテモ官林ニ就テハ豈ニ之ノコアリ然レモ官林ニ就テハ追々特別ノ規定ヲ生ト民法ノ適用ヲ受クルコヲ減少スルニテヲ又民林ニ就テモアリテヲ之ニ就テハ民法上ノ権利トセサルカラス此入会権ノ性質ハ地方ニ依リテ千差万別ニシテヲ之ヲ一定ニ規定スルヲ難シ新民法ハ入会権ニ付テハ旧慣ヲ存セシヲ期セリ此性質ヲ大別スレハ共有性質ヲ帯ヒタルモノト然ラサルモノトアリ此共有性質ヲ帯ヒタルモノハ場合ニハ慣習ノ定マリアルヒハ之ニ従ヒ其慣習ノ不明ナル時ハ共有ノ規定ヲ準用シ(共有ニ関スル場合ノ外ハ地役権ノ規定ヲ準用スルナリ)

第五款 所有権以外ノ財産権 (二六四)共有ハ所有権ヲ数人ニテ共有スル場合ヲモ所有権以外ノ財産権ヲ又数人ニテ共有スル場合アリ是等ノ場合ハ此所有権共有ノ規定ヲ準用スルヲ他ノ財産権ノ共有ノ多ノ相続ノ場合ニ生スル別段ノ規定甚タ少シ動モスレハ(一)入会権ニ非スシテ森林ヲ数人ニテ刈リ樹木ヲ培植スル等ハ地上権中ニ入ル意ハ右ニ説明スヘキモ之ハ農商務省ノ規定アリ

(二)相続権ニ付テハ第一〇二八条以下ニ規定アリ所有権外ノ他ノ財産権ニモ適用セラル(三)株主権ニ付テハ商法ニ特別ノ規定アリ、商法第一四四条(四)合名合資会社ニ付テハ精算ノ場合ニ規定アリ、一〇三条(五)株式会社ニ付テハ二五〇条(六)船舶ノ共有、第五四六、五五条(以上共有ノ法律ニ終ル)

第四章　地上権

地上権ハ文字ハ新規ノ語ニシテ従来日本ニハ此文字ガ一定ノ主義ヲ有セシトイフコトナシ新法典ノ新用語ナリ此文字ハ訳語ヨリ考出シ内法ニテ[illegible]ト云ヒ独乙等者ハ[illegible]ナリ之レ永代建築権ノ規定ナシ然レドモ地ノ表面ノ所有権ニハ所有権ノ規定ヲ適用セラレタリ独ノ[illegible]ニ近シ日本ニ従来借地権存セリ唯此種類ノ

如ク判然セス従来ノ語ニテハ借地中小作ハ耕作ノ為メ土地ヲ借ルモノ永小作トハ永代ト云ヒ度ケレドモ少シ長ク十或ハ二十年ヲ上ハ永小作ト云フ宅地ノ賃借(建築スル為メ)ハ普通借地ト云フ此三種ノモノハ漠然トシテ存スル(小作永小作借地)然レドモ民法ニ規定スルハ最モ困難ヲ感セリ此三種ノモノ皆物権トスルヤ否ヤボアソナードハ賃貸借ノミ物権ヲ生ストセリ賃貸借ヨリ物権ヲ生スルヤ否ヤハ立法論トシテ考フルニ価アリ他人ノ所有物ヲ使用スルハ権利ト云フ如ク見ユ故ニ理論上之ヲ物権トスルハ不動産ニ付テハ登記スルハ第三者ニ対抗スル為メ登記スルヲ得トスルモ可ナリ友之賃貸借ハ借主カ土地其他ノ物ヲ使用スル権利ニ非ラヲ有ニ其結果トシテ差シ家屋ノ如キ時々修膳ヲ必要トスルモノナルハ原則トシテ賃貸人カ修繕ヲ為ス義務ヲ負フ土地ニ付テモ亦然リ日本ノ小作ノ慣例如キ亦然リ(即土地ノ修繕ハ地主カ負担ス)左スレハ之ハ物権ニアラス債権ナリ借主ハ賃主ニ向テ是カ修繕ヲ求メ修繕ヲナサヽルハ権利ニテボアソナード氏ハ之ヲ物権トスルモ他ノ物権ト異ナル物権トセリ蓋シ理由ハ全ク又賃借ニテ物権ト

スル以上ハ使用借権モ物権トセサルヘカラス然ルニ
用借権ハ物権ト見ス而シテ日本ノ慣習モ甚タ不明ナリ唯権利ノ効力ヲ観
察シテ人権ナルカ物権ナルカヲ見ハ人ノ外ナシ然ルニ小作及永小作ハ明カニ別アリキ
即チ小作権ハ譲渡スルヲ得ス且ツ一年限リナルヲ多シトス径テ土地ヲ費渡
シタル場合ハ前所有者ニ対スル権利ヲ伯ノ所有者ニ対シテ請求スルヲ得サルカ如シ之
ニ反シ永小作所有者カ土地ヲ費リテモ永小作権ハ存在スルモノトノ論多シ故ニ小
作ハ人権ニシテ永小作ハ物権ニ近シトスルヲ得ヘケレ宅地ノ借地権ハ物権ニ近シ
ト見ルヲ得土地ヲ費リテモ借地人ニ即刻退去ヲ命スル難シ故ニ物権ト見
テ相当ノ期間限ヲ定メルカ如シ契約上何時ニテモ立退ク云々等ノ文言アル以
上ハ原則ハ随意カサルヲトナセシヲ明カナリ甚シキニ至テハ此契約アルニ関セス判
ノ結果相当ノ期間ヲ設ケシコトアリ（之ハ裁判不当ナラン）欧州ニテハ賃借ヨリ
純然タル物権ヲ生スル例ハ普ハ賃借及使用賃借ヨリ物権ヲ生ス濃ハ
不動産ノ賃借ニ限リ物権ヲ生スルト見ルヲナリ其他ハ債権ハ生スト雖モイフ
地上権 Superficies ノ方ハ物権ト見ルヲ仏ノ如キハ所有権ト見
又永小作権ニ近キ Emphyteusis ヲ認ムル所ニテハ之ヲ物権ト認ムル

物権ト認メサル所ニテハ（上之ヲ認メサル所ナリ其場合ハ皆債賃借中ニ入ルナリ
新民法ハ茲ニ地上権ト名クルモノ及永小作権ト名クルモノハ物権トシ其他
ノ賃貸借若クハ使用賃借ヨリ生スル権利ハ債権トセリ但シ土地ノ賃貸借
ハ之ヲ登記スレハ第三者ニ対抗スルヲ得トセリ（之レ近来ノ法律ニ見ル所ニシテ
独ト瑞ト ノ条約中モ此事アリ）如此地上権ハ新民法物権ト認ム
定義――第二六五条、工作物トハ種々ノモノヲ包含シ重ルモノハ家屋建物ヲ
ナリ然レトモ此他等山及矢場等竟ニ御用スル場合ヲ云フ花壇又然リ竹木ヲ植ユルハ又然リ
各国ノ法律多少異レリ又学者ノ説モ異レリ仏一部ノ学者ハ
ハ所有権ナリ其主意ハ土地上ニ有スル建物竹木等所有権ナリト
氏モ又而カ見ルハ如シ之ハ一種ノ説ニシテ欧人ニハ此説ノ出ル怪シカラサルモ日本ニテハ
地上ニ有スル建物竹木ヲ土地ヨリ分離シテ観察スルハ考行ハサル故ニ建物ノ所
有権等ヲ地上権トスルハ日本人ニハ奇怪ニ感セラルヘシ欧ニテハ建物ト竹木ト土
地ト分離セサルカ故ニ家屋又ケノ所有権ノ観念浮ハス然ルニ
地上権トシテ之ヲ認メハ一種ノ権利ナリトノ観念生スルナリ然レ共余ハ之ハ誤レリ

ト信ス仏及欧ノ法律ハ多ク土地ト土地上ニ有スル建物樹木ノ別ヲ存セサル
[illegible]ハヲ知ルモ然レモ夫ハ一般ノ規定ニシテ之ヲ説シテ見ルト雖ハサルモノナリトノ
考ハ起ラス沿革上考フルモ[illegible]ハ決シテ然ルモノニアラス羅馬ニテハ
土地ヲ使用スル権利ニシテ地役トセリ何ノ為メニ其土地ヲ使用スル権利ナリト仏ニテ
建物ヲ建テ樹木ヲ植テ之ヲ使用スルカ為メニ其土地ヲ使用スル権利ナリト仏ニテ
ハ地上地下ニ分チ地下ノモノハ砿物等ノ含ムトシ之ト地ノ表面ノ所有権トヲ分チ
即チ地下ニ手ヲ付ケラレサルモ表面丈ケハ手ヲ下スコヲ得ル即チ表面丈ケノ所有
権ヲ見ルモノトスルカ方正当ナラン日本ニテハ砿物ハ国有ナレハ猶更土地表面ノ権
利ノ如キ薄弱ナルモノヲ設ケル丈要ナキナリ故ニ日本ノ慣習モ適シ亦条理上正
当トシテ新民法ハ斯ノ規定セルナリ又多数ノ法律ノ真意ハ茲ニアルカ如シ此ノ
定義ヨリテ見レハ地上権ハ名ハ新ラシケレ其実古昔ヨリ存在セルモノニシテ
宅地及山林ノ賃借ニシテ物権ノ効力ヲ有スルモノト解シ得ヘシ
地上権ト賃借権若クハ使用借権トノ区別、事実問題トシテ困難ナ
ル場合多シ現ニ今日有スル借地ニシテ果シテ地上権ノ性質ヲ有スルモノト見
ルヘキカ将タ賃借権ト見ルヘキカ疑ハシキモノアリ先頃東京ノ或ル大地主ノ土地ヲ

賃セル契約合ヲ見ルニ是等ハ何レトモ解釈シ得ヘク契約ナリ其期間ハ五年トアリ
然レ共地主ハ土地ノ修繕等ニ付キ一切責ヲ負ハスト云フニナリ居リ其土地ハ東
京ノ市中ニテ勿論家屋ヲ建築スル為メニ用ユルナリ故ニ其目的ハ地上権ニ類ス
ル期間ノ五年トアルヲ見ハ或ハ普通ノ賃借権カトモ見ユ此場合ニ余ハ之ノ地
上権ト見タリ地上権ハ期間ニ定メナキモノナリ故ニ五年ノ期間ハ短カケレ共五年ノ
カ故ニ地上権ニアラストスルコヲ得ス賃借権ハ債権ヲ生スルモノナリ借主ヨリ賃主ニ
向テ一定ノ要求ヲナスヲ得ルモノナリ、成程土地ヲ借主ノ使用スル丈ノモ債
権ノ目的ト為リ得ヘク使用貸借ノ場合多ク然リトス然レ共賃貸借ノ時ハ修繕
ノ義務ヲ借主ノ為メニ生スル事アルヤ契約ヲ以テ如何様ニモ定メ得ルモ原則トシテ
賃主カ修繕ノ義務ヲ負フ然シテ前述ノ契約ハ全ク之ノ借主ノ負担トナリ居リ
而シテ余ノ見ル所ニテハ期間ノ五年ハ其契約ヨリ見レハ少シノ奇怪ニリ即チ市中
ニテ堅牢ナル建物ヲ設ケ居ルニ五年ノ期間トスル之レ怪シカラヘシ故ニ余ハ此期間ハ地
代トノ関係上ヨリ生スルモノト見タリ地代ハ契約当時当事双方相当ト思フ額ニ
定マルナリ然レニ日本ニテハ別シテ土地ノ相場絶ヘス変動シ従テ地代モ多ク変
更スルナリ（成程地代ヲ永ク変セサル例モアルモノ）故ニ一般契約ヲ結ヒ上ハ民法

ノ下ニ此地代ヲ地主ニ已ノ考ニテ引上ハ勿論雑シ故ニ期間ヲ短クシテ堅牢ナル建物又ハ建テシメ約束ノ期来レリトテ地代ヲ引上ケントセハ借主ニ兼恐スルノ止ムヲ得サルニ至ルヘシ之カ目的ナランカト思惟セラルト雖モ其期間カ当事者ノ意思トハ思ハレス故ニ余ハ地上権ナリト云ヘリ然レトモ是等ノ契約ハ甚タ疑ハシキカ故ニ今后困難ナル問題ヲ生スルコトナシトモセス尤モ将来ニ於テハ漸々登記其ノ他ノ為メニ性質定マルニ至ラン例ハ任意貸借ハ短期ノモノハ登記セサルヘシ地上権ナレハ必ス登記スヘシ(第三者ニ対シテ効力ナケレハナリ)而シテ登記スレハ賃借トシテ登記スルヤ地上権トシテ登記スヘキヤ定メ難シ(カラス)故ニ大抵ハ之ヲ実際知ルコトヲ得ルナリ故ニ行々ハ前述ノ如キ問題ハ減少セン

第三性質上即チ理論上ノコトニ止マルヤモ知ラサレモ其差異ヲ述ヘン(一)地上権ハ物権ナリ賃借権若クハ使用借権ハ債権ナリ(之レ性質上明カナルカ如キモ実際上不明ナリ使用借権ハ登記スルコト克ハサルカ故ニ之ハ幾分カ明カナリ且ツ無償ナル土地ノ借地カ使用借権ナルハ之レ甚タ稀レナル(ニレ)(二)地上権ハ其目的物ハ又ハ土地及ヒ要スル賃貸借及使用借権ハ凡テノ動産不動産ニ就テモ存スル使用借権ハ動産ニ就テノミ存スト外国ニハ定例アリ(三)土地使用ノ目的ハ地上ニアリテハ工作物又ハ竹木ヲ使用スルニアリ賃貸借使用借権ハ常ニ契約ニヨリ設定セラルヘシ此地上権ハ前回述ヘタルカ如ク旧民法ニ於テハ目的カ工作物及竹木ノ存在ヲ要セス極端ノ為メニ土地ヲ使用スルニアリト雖モ可ナリトノ理ナリ終ニ竹木ノ栽植ノ為メニ土地ヲ使用スルニアリト雖モ亦地上権ナリト云フ点ヨリ考ヘ今日頻繁ナル部分林ハ地上権ナリヤ否ヤト云フニ余ハ地上権ト信ス即チ林地ヲ借リテ其ニ樹木ヲ栽植シ而シテ一定ノ年数ヲ経テ其樹木ノ全部又ハ一部ヲ伐ルヘキ其得ル樹木ヲ半分ツヽニ分ツ等ナリ而シテ其五分又ハ六分ヲ地主ニ納メ

工作物又ハ竹木ヲ使用スルヲ為メナリ他ノ目的ヲ以テ使用スルハ地上権ニ非ス賃貸借及ヒ使用貸借ハ如何ナル目的ヲ以テ使用スルモ可ナリ(四)地上権ハ有償ナルコトアリ(ニレ)然ルニ賃貸借ハ借賃カ要素ナリ又使用貸借ハ無償ナリ附加地上権ハ設定行為ニ定マリナシ故ニ併シ多クハ契約ヨリ生スト然レトモ遺言ヲ以テスルコトヲ得ルヲ以テ之ヲ設定スルモ法律上之ヲ禁セス然ルニ賃貸借使用借権ハ常ニ契約ニヨリ設定セラルヘシ此地上権ハ前回述ヘタルカ如ク旧民法ニ於テハ目的カ工作物及竹木ノ存在ヲ要スルニアラス従テ地上権設定ノ当時建物竹木ノ存スルコトヲ要セス旧民法ニハ建物及竹木ナキ地ヲ借ルハ代ハ之ヲ植栽シ又建築スルニアリト雖モ地上権ト為ルトノ之レ甚タ奇怪ナリ新民法ニ於テハ目的カ工作物及竹木ヲ使用スルニアリト雖モ現ニ工作物及竹木ノ存在ヲ要セス極端ノ為メニ土地ヲ使用スルニアリト雖モ可ナリトノ理ナリ終ニ竹木ノ栽植ノ為メニ土地ヲ使用スルニアリト雖モ亦地上権ナリト云フ点ヨリ考ヘ今日頻繁ナル部分林ハ地上権ナリヤ否ヤト云フニ余ハ地上権ト信ス即チ林地ヲ借リテ其ニ樹木ヲ栽植シ而シテ一定ノ年数ヲ経テ其樹木ノ全部又ハ一部ヲ伐ルヘキ其得ル樹木ヲ半分ツヽニ分ツ等ナリ而シテ其五分又ハ六分ヲ地主ニ納メ

其餘ヲ林ヲ作リ名人カ取ハナリ之ハ地上権ナリ竹木ヲ所有スル為メニ他人ノ地ヲ使用スルト余ハ見ハナリ之ニ就テハ議論アル問題ナラン（一説）一部分林ノ樹木ハ土地所有者ニ属スト雖モ其一部ヲ報酬トシテ植栽者ニ与フルナリ（二説）土地ハ一人ノ所有ニテ其樹木ハ地主ト植林者トノ共有ナリ」ト余ハ部分林ヲ以テ地上権トスルト雖モ此二説ヲ採ラス樹木ハ植林者ノ所有ニテ土地ハ地主ノモノナリ只借地人カ材木ヲ採ルハ其一部ヲ地代トシテ納ムルナリト見ルヲ以テ尤モ始メヨリ契約ニテ単ニ一種ノ契約ナリト為シ共有説ヲ取ラス又特別ノ規定アル場合ニハ即チ其規定ニ因リ決定セラル（一）金ノ無償ニテ此権利ヲ取得スル如キ純然タル恩恵的ノモノニテ其場合ニハ例ヘハ始メ二人ノ所有者ニ土地家屋ノ属スルヲ家屋丈ケ売リ又土地丈ケ売リタル場合ニ地上権ヲ付ケテ売ルカ又地上権丈ケ留保シテ売ル場合ニ多カラン此場合ハ純然タル無償ニアラス暗ニ其代償ヲ家屋ノ代償中ニ入リ居ルナリ加之贈与ノ時ハ全ク無償ナリ（二）一時ニ報酬ヲ払フナリ即チ地上権ヲ買フナリ例ヘハ五十年間或地ヲ使用スルニ千円払フトセンカ如シ（三）実際頻繁ナル地代ヲ払フテ地上権ヲ行フナリ之レ東京及都会ノ土地賃借契約ノ此中ニ入ル即チ年々月々地代ヲ払フナリ唯地代ハ賃借ニ於ケル借賃ノ如ク又シモ金銭ヲ以テ払フヲ要セス然レトモ今日ハ金銭以外ノモノヲ以テ地代ヲ払フニハ漸次減少セリ然レ共古ハ米等ヲ払フテ決シテ珍ラシカラス部分林ノ如キ此地代ノ性質タルヤ永小作ニ於ケル小作料賃貸借ニ於ケル借リ任ニ類スル故ニ特別ノ規定ヲ設ケス永小作及ヒ賃貸借ニ関スル規定ヲ準用スルナリ即チ第三七四条第三七六条ヲ準用スルナリ此点ハ賃貸借ノ規定ヲ準用セス永小作権ノ規定ヲ準用スルナリ（理由）永小作権ハ物権ヲ設定スルナリ地主ハ比較的少ナキ地代ヲ取リ土地ヲ永小作人ニ任スルナリ之ヲ通常ノ賃貸借ニ比スレハ賃貸割合ニ高ク賃人ヲシテ又修繕ノ義務ヲ負ハシムルモノトハ区別スルノ必要アリ又小作料ハ天災ニ依リ収穫ノ減スルヨリ減スルヲ請求シ得ルモ永小作ニ至リテハ然ラス克ク賃貸借及小

作カ債貸弁済ノ義務ヲ一年息トハ直ニ解約シ得ルモ永小作権ハ然ラス此点ヨリシテ地上権ハ永小作権ノ規定ヲ準用スルヲ以テ地代ニ関スルノ外ハ地代ノ仕払時期契約ニ定メタル時ノ法文第六百四条ノ規定アリ先取特権モ賃貸借全様ニ存ス第三百二条以下規定即チ地上権ニ付テハ地代ニ就テ先取特権アリ第二十六条全賃貸借中ニ適用サレサリシハ修繕ノ義務譲渡ヲ出来サル事等ナリ以上第三、地上権ハ彼ノ所有権ニ就テ規定セル隣地権ノ規定ヲ準用スヘシ理論上然ルヘキハ勿論ナリ例ヘハ甲カ自己ノ地ニ建築ヲナシ又ハ修繕ノ為メニ隣地ヲ使用スルノ権アリ地上権者モ建物ヲ使用スルカ為メ借リ入ルヘキハ当然ナリ又通行権ニ就テモ亦然リ是等ハ明文ナキモ明カナリ独リ観望権等ニ付テハ規定ヲ要ス即チ地上権者間ニ観望権ノ規定適用セラルヘキ否ヤハ明文ノ必要アリ第二六七条但書地上権ニ特別ナルハ第二三七条ニ有物ノ規定ヲ要スルハ第二九条ハ之ニ就テ特別ノ規定ヲ要スルカ為メ借リ入ルヘキ

地上権ニ就テハ十ノ八九地代ナル債務ヲ負フ権利ナルヲ以テ之ヲ失ハス義務ヲ免カレ権利ハ勝手ニ放棄シ得ルモノト義務ハ免カレヘカラス此場合ハ之ヲ法律ニ於テ故斯ノ規定ヲナシ唯義務ヲ免スルカ故ニ土地所有者ノ利益ヲ害スル場合アリ故ニ但各ノ又要アリ即チ一年前縁告シ一年后ハ地上権ヲ放棄シ又期限ニ至ラサル一年分ノ地代ヲ払フヲ要ス又他人ノ土地ヲ使用スルハ勝手ナル地代ヲ義務アリテ使用ノ義務ナシ無償ノ場合又已ムヲ得サル時ニ払込ミシモノハ何時ニテモ放棄シ得(三)裁判所ヲシテ期間ヲ定メシムルノ権ヲ認ムル甲斐ナシト云フニ帰スヘシ

逐スヲ欲セス故ニ豫メ期間ヲ定メテ貰ヒ将来何年間此地ヲ使用セント欲スル者ハ予メ地主ニ於テモ地上権者カ何時ニテモ放棄シ得ルヤ否ハ困ル場合アリ其時ハ裁判所ニ許ニテ期間ノ定メヲ求ムルヨリ此期間ハ法律上二十年以上五十年以下ト定メタルモノハ深キ理由ナカラントモ地上権ハ先ツ工作物竹木等ハ数十年存スル為メニ地上権ハ設定スルニ二十年位ヨリ短キ時ハ権利ヲ認ムル甲斐ナシト云フニ帰スヘシ

有権ト称スル所ナキニ至リ地代ハアレトモ之モ五十年モ経過セハ当時相当ノ地代モ今日ハ有名無実トナル故ニ五十年位ヲ限リトセルニ因ル又経済上モ不可ナリ土地所有者ハ多少改良セントスルモ土地使用者カ余リ永ク権利ヲ有スルトキハ改良スル克ハス又地上権カ附着シ居ル時ハ家ヲ売ルニ不便リ然ルニ凡ソ物ハ(朝ニ)其所有者ヲ変スルニ従ヒ利用セラルヘキ故ニ所有権ノ移転アルヲ可トスルヨリ以上ノ理由ヨリシテ五十年ヲ最長期トセリ唯此ニ期間ノ起ハ地上権ニ規定ヲ設ケテ制限セサルヘカラス之ハ当然ノコトニシテ余モ此条文ト今時ニ地上権ハ五十年以上設定スル得ストノ条文ヲ置カント欲セシカ否決セラレタリ其理由トスル所ハ百年二百年モ存続シ得ル建物ヲ建ツルノ能ハサルヨリトノ云フニアリ然レトモ余ハ此説ニ服セス裁判所ニテ期限ヲ定ムルハ法律上ノ期限ハ二十年以上五十年以下トセンカ之ニ工作物永ハ竹木ノ種類状況参酌シテ之ヲ定ムトセリ之レ裁判官ノ標準ヲ定メタル事情ヲ定メタ

(時ニ於テ)

地上権設定当事ノ事情一時ノ報酬ヲハ其報酬ト地代トノ比較ニ依リテ等ナリ為ニ困難ナル問題ハ(解釈上困ラサル問題)当事者間ハ何年ト定メテモ可ナリ裁判官ハ五十年ヲ最長期トスル今当事者カ五十年ヲ経テ后裁判所ニ地上権ノ期間ヲ定メンコトヲ請求スルハ(民法施行法第四条ヨリ)即チ五十年ヲ経テ請求スレハ裁判官ハ地上権設定当時ノ状況ニ顧リ其設定当時ノ事情ヲ定メ

適当ト認ムル五十年ニ至ル一段地上権設定ヲ経過シ尚暗黙ノ承諾ノ上又新タナル地上権設定セラレ五十年ヨリ更ニ五十年間存続期間アル訳合ナレハ此茶又ノ解釈ニ付テハ起ル大問題ハ当事者カ設定行為ニテ永代ノ地上権ヲ設定シ得ルヤ否ヤ解釈上永代地上権ノ設定ヲ得スト信スル第二六八条ニハ期間云々ノ語アリ期間ハ始期終期アルヘキ筈ナルヘシ（慣習上モサキカ如シ）

能ハサル筈ナリ（慣習上モサキカ如シ）

地上権消滅期間ノ終了、此問題ニ伴ヒ法律ノ規定スル所ハ地上権者ハ他人ノ所有物（地）ニ工作物竹木等ヲ有スルヲ以テナリ是等ノモノハ処分ハ地上権者ノモノナレハナリ

取去ルコトヲ得トセサルヘカラス外国ノ例ノ如ク地上権者ノ建テ建物等ハ当然地主ノモノトスルモ多クハ損失ナル場合アリテヲ常ニ取去ルコトナルヘキ筈ナレ而シテ之ヲ取去リ得ルトキハ経済上不利ナリ然レトモ外国ノ如ク是等ノ物ヲ残シ相当ノ価ヲ請求スルハ日本ノ慣習上之ヲ許サヽルモノナリ故ニ第二六九条ノ如ク定ムト雖モ他人ニ貴ハノ契約アル場合又ハ竹木等カ自己ノ為メニ必要ナル場合等正当ナル理由アルトキハ之ヲ拒ミ得ルモ正当ノ理由ナキ時ハ之ヲ拒ミ得ス此規定ハ利アリテ害ナキ規定ト信スルモ時トシテハ慣習ニ反スルコトアルカ故ニ慣習アルトキハ之ニ従フトセリ

第五章　永小作権

第一、永小作権ノ定義、

第二七〇条所定ノ永小作権ナルモノハ前回略述セシ如ク日本古来ノ慣習上存在シ近年著シク此数ヲ減シタリト雖モ又未タ地方ニヨリテハ少カラス此本来ノ性質ニ付テハ多少不明ノ所アリ又地方ニヨリ異ナル或地方ニ於テハ所有権ニ近キアリ或ハ単ニ小作期間ノ長キカ又ハ期間ノ定メナキ十数年又ハ数十年継続セハヨ永小作ト云フ西洋ニ於テハ全ク之ト全ク同一ノモノナケレモ相類似スルモノハ [illegible] ナリ就中独ノ [illegible] 耕作賃貸借ニシテ日本ノ小作ニ最モ近シ（永小作権ニ [illegible] トハ多カリシ羅馬法ノ [illegible] アルハ曼ク又耕地ニ多カラン仏ハ左ノ日本ノ如シ然レトモ一方ニ [illegible] 地上権ナルモノ [illegible] ハ所有権トセハナリ、今日トナリテハ仏ニ用サラレサルモ李者ハ之ヲ長期ノ賃貸借ト見做セリ日本ト仏トノ条約ヨリ [illegible] ニヨリ家及土地ヲ賃借シ得トアリテハ仏ニ

モ期間ヲ定メサルトキハ各当事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ為スコトヲ得ル旨ヲ規定シ（第六百十七条）又借地権ニ関スル特別法ハ地上ニ建物ヲ有スル賃借権ニ付テハ期間ノ定アルモノニ付テモ亦同様ノ規定ヲ設ケテ居ル（建物保護ニ関スル法律第一条）ノデアルカラ此点ニ於テハ日本ノ法律ハ英国ノ法律ヨリモ一層借地人ニ有利ニナッテ居ルト謂ッテ宜イ

英国ニ於テハ地上権ト賃借権トノ区別ハ日本ニ於ケルヨリモ一層明瞭デアル即チ地上権ハ土地ノ使用ヲ目的トスル物権デアッテ地主ハ地上権ヲ設定スルニ当リ地代ヲ徴収スルコトモ出来レバ又地代ヲ徴収セズシテ地上権ヲ設定スルコトモ出来ル又地上権ハ譲渡モ出来レバ又相続ノ目的ニモナルノデアル之ニ反シ賃借権ハ土地ノ使用ヲ目的トスル債権デアッテ賃借人ハ地主ニ対シテ地代ヲ支払ハナケレバナラヌ又賃借権ハ譲渡モ出来ナケレバ又相続ノ目的ニモナラヌノデアル

英国ニ於テハ賃借権ハ動産ト同ジク取扱ハレテ居ルカラ賃借人ハ賃借権ヲ以テ動産ト同ジク差押ヲ受ケルコトガアル又賃借人ハ賃借権ヲ以テ動産ト同ジク遺言ヲ以テ処分スルコトガ出来ル又賃借人ガ遺言ヲ為サズシテ死亡シタ場合ニハ賃借権ハ動産ト同ジク死亡者ノ最近親ノ者ニ帰属スル

物権編

物権者

区別ノ標準ハ物権ナリヤ債権ナリヤト云フニ帰着ス（大モ期間ノ定メナキ時ハ永小作トスルハ三十年ハ期間ヲ定メタルヲ得然レ共之レ何レニカ定マル場合ニ適用セラルヘキ問題ニ当者ノ意思ノ定マルヲ待ツヘキ是等ハ地上権ト賃借権トハ別ナル雑キカ如シ）永小作ト使用借権トハ一方ハ無償一方ハ有償ナリ他ノ点ハ賃貸借ト別ノ如シ

定義ノ説明、永小作ノ特別ノ性質ハ目的カ耕作牧畜ニアルニ小作料ヲ払フニアリ耕作トハ植物ヲ栽培スル為メ土地ニ人ヲ施スモノナリト雖モ可ナラン故ニ田畠ニ米穀菜花綿茶薬等ヲ作ルハ工作ナリ稍ヤ疑ハシキハ林業ナリ林業トハ茶業畠等ト区別シ点ハ理論上ナキト信ス然レ共之ヲ慣習上耕作ト云ヘハ林ノ方ハ植物ヲ栽培スルニ非ス唯ノ保護ニ過キサレハナリ

ハ後世ノ為メ故ニ古ノ山林斫有者ノ如ク永久ニ木ヲ伐採シテ天然木ヲ伐採シテ収入ヲ得ルノミ然ハ之ニ伐採ヲ施スニ至リ故ニ沿革上耕作ノ方ニ入ス今日ハ単ニ自然ニ放任セス人ヲ施スニ至リ故ニ沿革上耕作ノ方ニ入ス

之ハ地上権トセレナリ

小作料、トハ先ツ普通ハ定期ニ金銭其他ノモノヲ払フナリ然レ共問題ト

九ハ定期ニ払フモノナラサルヤ否ヤト云フニアリ例令ハ永小作料ナラサルヤ否ヤト云フニアリ例令ハ永小作権ノ設定ノ当時一時ニ小作料ヲ払ヒテ永小作権ヲ設定シ得ルヤ否ヤ全ク之ヲ慣習ニ委ネタルモノナリト雖モ可ナラン故ニ田畠ニ米穀菜花綿茶薬等ヲ作ルハ工作ナリ稍ヤ疑ハシキハ林業ナリ林業トハ茶業畠等ト区別シ点ハ理論上ナキト信ス然レ共之ヲ慣習上耕作ト云ヘハ林ノ方ハ植物ヲ栽培スルニ非ス唯ノ保護ニ過キサレハナリ

之ハ地上権トセレナリ

小作料、トハ先ツ普通ハ定期ニ金銭其他ノモノヲ払フナリ然レ共問題ト

ニ永小作ハ定期ノ小作料ヲ払フヲ要スト云ヒ小作料カ果シテ定期ナルヤ否ニ付テ疑フモノアラン然レ共一方ニハ慣習上定期ナルモノハ小作料ト云ヒ得ル如シ第二六条第一項永小作カ定期ノ小作料ヲ想像セルモノナルハ此定期ノ地代ヲ払フヘキ点ニ永小作ノ規定ヲ準用セルヲ見テモ明カナリ（然ラサルハ消償ノ時悪ノ筆シ得ル筈ナリ）若シ永小作料ニテ定期ナラサルニアリトセハ定期ノ地代トセル必要ナシ右償ハ代ニ云フヘキモ、（以上定義終ル）

第二 永小作人ノ権利、

以上定義ヨリ永小作人ハ他人ノ土地ニ耕作又ハ牧畜ヲナス権利ヲ有スルニ就キ何程ノ事カ出来ルヤ失ノ第一ニ土地ニ変更ヲ加フルコトヲ得ルヤ否ヤ曰ク永小作人ハ或条件ヲ以テ為スコトヲ得ルナリ日本及西洋ノ沿革上永小作若クハ之ニ当ルモノハ多ク開墾地ニ適用ノ然

ルニ拘ラス賃貸借ニ関スル規定（要素ニ反セサル限リ第三七一条ニ三条ニ三条ニ三五条参照）故ニ二十一条ノ規定アリ(一)此規定ノ表面ニハ永久ノ損害ヲ生セサル変更ハ加ヘルノ得トシテ又ニ地主ノ不利益ナル変更ハ不可トセリ即チ利益ナル変更ハ損益アラサルヲ可トセリ荒蕪地ヲ田畠トスルハ多クノ場合ニ可ナリ一時ノ損害ヲ生スルコトアルモ永久損害トナラサルハ可ナリ　即テテ借リテ居ル間損害アリテモ返スキ元ノ通リトスルハ可ナリ例池ヲ埋メ畠トナスキハ利益ナリ反対ノ時ニ損害アラン然レトモ之ハ為スコヲ得即チ永小作権消滅ノ時原形ニ復スルハ可ナリ田畠中ニ池ヲ堀ルハ是又損害ナルヲ多シトセリ何時ニテモ埋ムルヲ得ルカ如キ即チ永小作権消滅ノ時原形ニ復スルヲ得ルハ可ナリ開ヲ変シテ宅トスルニハ概シテ不利益ト見ルヘキヲ以テ容易ニ埋メ雑木モノハ不可ナリ大モ地主ノ承諾アルニ如何ナルモ為スコヲ得(二)永小作人ハ自己ノ権利ヲ他人ニ譲渡シ又ハ転貸スルコヲ得ルヤ曰ク永小作権ノ権利ノ譲渡ヲ許スコハ多クノ地方ニ於テ見ル処ナリ故ニ原則上之ヲ許スコトセリ第三七二条但シ自己ノ権利ノ範囲内ニハ勿論ナリ(一)期限ニ於テ(二)目的ニ於テ、但単ニ耕作ノ為メノ永小作ヲ牧畜ノ為メニ賃貸スルコト克ハサルヘキヲ以テ賃貸トアルモ然ラハ使用貸借ハ如何ト云フニ永

小作人カ自ラ使用スル権利アルカ故ニ之ヲ為スモ可ナリ此他ニ一時無償ニテ貸スコトヲモ永ク貸シ置ク等ノコトニ生セサルヘキヲ以テ勿論公益規定ニ非サルカ故当事者ノ意思次第ニテ定ムルヲ可トス第三七二条ノ但書アリ但シ登セサレハ第三者ニ対抗スルヲ得ス之レ登記法ニヨリテ明ナリ第三七三条（登記法）

第三、永小作人ノ義務、地上権ト比較シテ論セラレタル永小作ハ常ニ有償ナリ而シテ小作料ハ定期ナルヲ以テ常ニ義務ヲ伴フ此永小作人ノ義務ハ生ルトキニ於テ小作料仕払ノ義務ナルカ又他ニ全ク之ナキニモ非ス小作料仕払ニ付テハ特ニ永小作人ノ義務カ法律ノ規定ヲ要スルモノナレハ之ニハ原則トシテ賃貸借ニ関スル規定ヲ準用スルヲ小作料仕払ノ期ハ如何ト云フニ特約アレハ可ナルモ特約ナキトキハ第六一四条ヲ準用セサルヘカラス地主ノ先取特権ニ付キ賃貸借ニ関スル規定第三〇三条第三一六条ヲ準用スル第六一七条ノ規定モ適用アリ第六一五条亦然リ而シテ支定行為ヲ以テ定メタルモノハ外トアルモ設定行為ニテ定ムルニアラサレハ借賃ハ金銭ヲ以テ払フカ又ハ実際収獲物ヲ以テ支払フ其額（明ニ定メサルトキハ慣習上ノ定額）仕払期日ヲ定メサルトキハ賃貸

借ノ規定ヲ準用スル盖シ注意深キ当事者ナレハ永小作料ノ支払ニ付大凶年ノ場合又ハ小作人ノ小作料ヲ怠リシ時ノ制裁又ハ修繕ヲ怠リシ時ノ制裁ニ就テモ永小作人ハ地主ニ迫テ修繕ヲナサシムルノ義務ヲ克ハサルモ永小作人ノ方ニテ是非修繕ヲナス部分及場合ヲ約束スルコトアリ其他特ニ永小作人ハ云々ノ工事ヲナサヽルヘカラスト云フカ如キ約束ヲナシ或ハ又草原ヲ是非開墾セサルヘカラスト云フ約束ノ如シ是等ノ点ニ付テ従来ノ慣習ニ依リテ定マルヘキハ勿論ナルカ登記セサレハ第三者ニ対抗スルヲ得ス（登記法第一二三条）以上永小作人ノ義務ノ本体ナルモ是又反対ノ特約ナキ場合ニ限ルヘリ又如何ナル場合ニ義務ヲ免カルヤ普通ノ小作人ハ第六〇九条又ハ六一一条ニ依テ小作料仕払ノ義務ノ全部又ハ一部ヲ免ルヽヲ得ルトヽナリ居レリ故ニ広ク云ヘハ普通ノ小作人ハ不可抗力ニヨリ収益ニ損害アリタルトキハ小作料減額ヲ請求シ得（第六〇九条ノ極端ハ全ク小作料ヲ払ハサル場合アルモ）然ルニ従来ノ慣習ニ依ルモ普通ノ小作ニハ小作料ノ減額権ヲ認メアラス永小作ニ就テハ之ヲ認メス盖シ永小作ノ場合ハ元来期墾多ク地主カ全ク己ノ土地ヲ他人ニ任シテ少シモ煩ヲ避ケンカ為メ僅少ノ小作料ヲ取ル場合カ多シト雖モ然ルニ此年ニテ収獲僅少ナリトテ小作料ヲ減セラルヽハ、カ如キコトアレハ初メニ低廉ナル小作料ヲ約シ置キ豊年ニハ之ヲ増額スルノ特約ヲナシ置カサルヘカラス然ルトキハ永小作ノ性質ヨリ来ル所ノ利益ヲ地主ニ与フルニ過キス斯ノ如キハ永小作ノ性質ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス故ニ第二七五条ノ規定アリ此規定ハ永小作ニ就テハ二年以上小作料ノ支払ヲ怠リ云々トアリテ即チ容易ニ解除セサルヘカラサルモノトス

賃貸借ニ関スル規定ト異ナル所ノモノアリ、破産ノ場合、賃貸借ノ場合ハ第六二〇条ニ規定アリ要スルニ失ノ双方ヨリ解約スルヲ得又其解約ニ付キ豫告期間ヲ経テ后解約スルヲ得（第五四一条）（一）然ルニ永小作権ニ就テハ地主ヨリ解約ニ得而シテ破産ヲルニ永小作人ノ破産管財人ヨリ請求スルヲ得サルヘシ（二）地主カ永小作権ノ消滅ヲ請求スルニハ二期間ヲ要セス直ニ消滅セシムルヲ得

一、破産ノ場合ニ永小作ト賃借ト孰レカ優先スルヤ（イ）此理由如何

ト云フニ永小作ノ場合ハ地主ハ土地ヲ全然永小作人ニ任セ自己ハ全ク一時ノ関係

ヲ離レ煩ヲ避ケ僅少ノ小作料ニ甘ンスルヲ以テ故ニ地主ニ於テハ例令破産管財

人カ永小作人ニ代テ其権利ヲ行フモ又之ヲ公売ニ附シ第三者ニ売ルモ差

支ナキノ地主ノ考ヘラルヽ処ナルヲ以テ破産管財人ノ方ヨリ進テ義務ヲ免カレントスルノ無理

ナリ小作料ハ僅カナレハ他人ニ任セ賃貸シテモ大体ノ場合利アリ又永小作公売

スルモ利アル権利ナレハ何人モ買フ故ニ破産管財人ヨリ解約ヲ申入ルヽヲ許サ

ス又賃貸借ノ場合ハ借賃モ高ノ原則トシテハ権利ノ譲渡モ土地ノ転貸モ

出来ス又売買ハトルテモ永小作人ノ利益ナキ権利ナレハ売ルモ不便ナリ旁破産

管財人ニ於テ解除ヲ望ムコハ正当ノ理由アルヲ以テ反対ノ任貸借人モ之ト

決シテ土地ヲ他人ニ往セタルニ非ス多クハ自ラ修繕ノ義務ヲ負ヒ又少シク小作

料ヲ息ハモ之ヲ催促スル等ノコトナシ又賃貸借モ高ノ取ハナリ故ニ自ラ管理ス

ル故ニ小作人カ破産ノ場合ニ破産管財人カ其権利ノ解約ヲ望ムハ之ヲ拒ムコト

克ハス又永小作権ハ容易ニ設定セラレ得ス反之賃貸借ハ設定シ易キ故

ニ多クノ場合ニ解約セラルヽモ地主カ損スルコトナシ其代リ三定ノ期間（土地ニ付

一年）ヲ認ムルハ其間ニ代リノ賃借人ヲ求ムルヲ易シ

二、賃貸借ニハ一定ノ豫告期間ヲ認メテ永小作料ニハ認メサル理由如何之ハ永小作

ハ地主カ余程信用セサルヽカラス然ルニ之カ破産シ破産管財人カ管理シ又ハ何時

公売ニ附シテ何所ノ人カ知レサル者カ永小作人トナル場合アルヽヲ以テ故ニ第二七六条別ニ豫告期間ヲ認メサルヲ得ス賃貸借

ノ場合ハ動モスレハ（小作ノミニ就テ云フモ）小作其モノヽミニテ衣食スル者多シ然ルニ

永小作ハ偶メルモノ多シ故ニ直ニ取上ケラルヽトモ永小作人ハ敢テ困ラサルモノ多シ之

レ其理由ヨリ永小作人ハ権利差分ハ今日マテノ慣習ヨリ攻ケタルモノニシテ概シテ

慣習ニ悖ルヿ少シト信ス然レ共地方ヨリ明ニ此規定ト異ナル慣習アルニ之ヲ捨

テ此規定ヲ実行スル必要ナシ故ニ第二七七条ノ規定アリ但シ第二七〇条ハ此前六

条ノ中ニ入ラサルヿヲ知ルヘシ

第四、永小作権ノ消滅

五条 第三七六条ノ外設定行為ニ因リテ消滅スル外論ナシ小作ノ期間ヲ或

条件ノ成ルニ就ノ消滅スト定ムルモ可ナリト知ルヘシ普通ノ場合ハ契

約又ハ遺言等ヲ以テ存続期間ヲ定ムルモ永小作ト云フカ如ク治革

上無期限トモスヘキモノナリ然レ𪜈無期限トイフコトハ漸々用ヰラレス永小作ハ兵長キヲ示スニ至レリ然レニ永代ノ小作ヲ認ムル𪜈ハ所謂権利ト永小作トノ関係右日不明トナリ為メニ争ヲ惹起スルノミナラス土地ノ制度トシテ極メテ願ハシカラサル制度トナル失ヲ経済上ヨリ云フモ地上権ニ就テ述ヘタルト全ク土地ヲ有スルモハ僅少ノ小作料ヲ取ルモノナレハ目ラ土地ヲ改良セントセス又永小作人モ全ク己ノ土地ニアラサレハ所有者程土地ヲ愛セス只経済上ハ土地ノ所有者カ時々変更スル方可ナルモ永小作権ノ附着セル所有権ハ買手少シ故ニ経済上不利ナリ且ツ所有者ナルヤ否ヤ不明ノモノ二人モ生スルハ取リ上宜シカラス加之小作料ヲ一度定メ数十年経ル𪜈ハ其当時ノ小作料ハ今日ニ於テ大抵等ノ永小作ナル(永小作ノ小作料ハ金銭ヲ定ムルヲ多シトス)(今日ニ於テ大抵等ノ永小作地ハ最モ適例ナルモノナリ)之レ所有者ノ為メニ不利不公平トナル故ニ永代小作ヲ認ムル𪜈ハ相当ノ時期ニ永小作料ヲ上ケ又ハ下ケセサル(カラス然レ𪜈之ハ裁判上契約ヲ要シ左右スル結果ニ陥ルヘシ故ニ是等ノ点ヨリ永小作ニ付キ最長期ヲ設ケ三至レリ茅二七条余ハ短期ヲ定ムル𪜈ハ如何ヤト思フ前ニ述ヘシ解除条件永小作ハ其条件カ五十年ノ間ニ来ラサレハ自然永小作権消滅スルヲリ設定行為ニ

年限ヲ定メサル𪜈ハ二十年以上五十年以下ノ間トセサルヘカラス然レ𪜈之ハ各地ノ慣習ニヨリ二十年或ハ三十年等ト定メレハ之ニ従ヒ之ナケレハ三十年トスルヲリ此ノ消滅ノ場合ニ地上権消滅ノ場合ニ於ケルカ如ク第二百六十九条ノ規定ノ準用セラルヘキヲリ永小作人トテモ工作物ヲ設置シ又ハ竹木ヲ植

第六章　地役権

地役権トハ羅甸語ノ servitus ト訳シ又ハ仏蘭西語ノ servitude ヲ訳シタルモノニシテ仏ニテハ droit réel ト云ヒ、地役権ニハ広狭ノ二意義アリ広義ノモノハ他人ノ土地ヲ自己ノ用ニ供スル物権ノ総称ト云ヒテ可ナリ此広義ニ於テハ地役ヲ人的地役 servitudes personnelles 物的地役 servitudes réelles ニ分チ仏ニテハ droit réel ト云フ人的地役ハ人ノ利益ノ為メニ他人ノ土地ヲ使用スルヲ云フ羅馬法ニテハ人的地役ノ範囲広ク地上権永小作権 etc ヲモ此中ニ入レシカ人的地役ノ重ナル用役権（旧民）ト云フモ usufruit, usage, habitation ニシテ住居権ノミハ droit d'habitation, habitation, wohnungsrecht ヲ云ヒ、地的地役ノ重ナルモノハ通行権例ヘハ往来ニ出ル迄モ不便ナル往来ニシテ他人ノ土地ヲ通行セハ能キ道ニ出ラルヽ場合ニ他人ニ依頼シテ得ル権利ナリ其他汲水権、観望権（目隠シヲ附セサルモノ及隣地ニ高キモノヲ立テシメサル事）汽水権等アリ種々雑多ナルモノヲ包合シテ限リナク人的地役ハ限ラサルヲ得ス人的地役ノ制限セサルヘカラサルハ喩ヘハ特ニ来レリ故ニ用益権ヲモ規定セリ（精シク）然ルニ日本ニ於テハ慣習上用益権使用権（入会権ハ別ナリ）住居権ナルモノナシ日本ノ地方ニヨリテハ隠居分即チ隠居者カ隠居料トシテ一定ノ金額ヲヨビ賦産ヲ所有スルニ非スシテ戸主ヨリ或一定ノ土地ノ収益ヲ得ル権又嫁資ヲ持チ来リ或ハ不動産ヨリ生スル収益ヲ主淫典フルモノナリ又後家分即チ夫カ死亡セシ時ニ或ハ不動産ヨリ生スル収益ヲ後家分トシテ生涯得ル等ノ慣習アルモ是等ハ果シテ物権的効力ヲ有スルカ即チ其土

地ヲ他人ニ貸リシ場合ニ他人カ果シテ其隣居分及嫁入后家分等ヲ与ヘカト云フニ然ラサルモノハ如シ故ニ之ハ用益権ト異リ物権ニ非ス一種ノ債権ナリ然ラハ此債権干係ハ債権干係ニ止リ薄弱ナル権利ナルカ之ヲ確実ニセントセハ枕当権及質権等ヲ設定シテ之ヲ担保セハ可ナリ故ニ新民法ハ用益権使用権住居権等ヲ認メス唯入会権丈ケ之ヲ入会権トシテ認メ之レ人的地役ナリ而シテ新民法ニ云フ地役ハ狭義ノ地的地役ヲ云フモノナリト知ルヘシ

第一節　地役権ノ性質

地役権ノ定義ハ第二八〇条所規定即チ他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スル権利ナリ土地ヲ使用スル間ハ地役権ナリ其使用スル目的ノ如何ヲ問ハス勿論前ニ所有権ノ限界トシテ論シタル規定ニ依テ甲地カ乙地ノ所有者ニヨリテ使用セラルル成程旧民法及仏法系ノ多数ノ法律ハ之ヲ法定地役自然地役ト云フ（Servitudes naturelles）然レ共前述シタル如ク之ハ地役ニ非ス所有権ノ当然ノ状ナリ苟クモ土地カ或状況ニヤレハ其土地ノ利益ノ為メニ他ノ土地カ一定ノ目的ノ為メニ使用サルヽハ法律上定レルモノニシテ所有権ノ支分権ナル地役権ニ非ス此事ハ仏孝者中已ニ之ヲ論スルモノアリ仏法系国モ之ヲ全部又ハ一部ヲ地役トセサル例アリ為ニ云フ地役ハ必ス一定ノ設定行為ヲ以テ定レルモノナリ其設定行為中十中八九ハ契約ナレ共ヤ偶ニハ遺言ヲ以テ定ムルアリ其設定行為ニヨリテ地役ノ目的モ定ルナリ法律行為ニ依ラス必要ナル場合ニ於テハ唯凡テノ法律行為ニ於テ必要ナル公ノ秩序ヲ害セサルト云フヲ以テナリ已ニ之ハ第九〇条ニ規定アリテ言ヲ俟タサル所ナリ然レ共彼ノ所有権ノ限界変更ヲ目的トスル地役ハ実際多キカ之ハ悉ク有効ナリ否疑ハシキ問題ナリ故ニ本条ニ第三章第一節云々ノ但書ヲ置ケリ理論上言ヲ俟タサレ共実際上疑問ノ起ラサラン為メニ之ヲ置ケリ而シテ如何ナルカ公ノ秩序ヲ害セサヤ此問題ニ免レサルヲ以テ重ナルモノヲ挙ケレハ例ヘハ袋地ニシテ隣地ニ対シテ通行権ヲ有セサル如キ公ノ秩序ニ反シテ無効ナリ甲地ヨリ乙地ニ流レ来ル水ヲ流サヌ様妨ケテモヨシト云フ如キ地役権ヲ設定スルモ無効ナリ（全上ノ理）界標ヲ施サヽル如キ又無効ナリ然レ共其他ノ場合ニ境界線近傍ニ建物ヲ築ク又ハ修繕ヲナスニ隣地ヲ使用セストノ地役権ハ固ヨリ有効ナリ此場合ニハ一般ノ原則ニヨラス例ヘハ甲地カ乙地ニ接シテ家ヲ建テントスルニ其建築及修繕ニ干シテ必要ナル地ヲ残シテ建築スレハ出来ルヲ以テナリ故ニ殊ニ境界線近傍ニ建築又ハ修繕スル当然隣地使用権ヲ有スルモノト之ヲ約束シテ使用セストスルモ可ナリ（之レ間接ニ他

ノ土地ヲ使用スルコトヲ得ル地役権ヲ設定サル）又家用及農工業用水ヲ他地ニ通過セシメス公路下水水道等ニ落スコトヲ得ル云ヒ規定アル如ク甲乙地間ニ甲地所有者カ乙地低地ノ場合ニ直ニ乙地カ之ヲ通サヽルトキハ庭園等ノ上困ル場合ニ新ヌル地役権ヲ丙丁等ニ対シテ設定シテ丙丁地ヲ通過セシメ得此際多クハ乙ハ報酬スルヲ以テ此際乙地カ甲地ニ対スル地役権ト云ヲ設定サヽルヘカラサルヲ甲地ノ都合ニヨリ境界線ニ接シテ家ヲ建テントスル時此際乙地ノ所有者ノ許可ヲ受クルヲ可ヲ以テ其結果若シ乙カ其境界線ノ処ニ建物ヲ建テントスルトキハ夫ヨリ三尺モ離サヽルヘカラス即チ甲カ甲地ノ為メニ乙地ヲ一尺五寸使用スルコトシテ一ノ地役ヲ又窓ヲ明ケル様側ヲ設ケヽ直接ニ尺未満ノ場合ニ目隠シヲ附セサルコトヲ云ヒ又要トスルニ之ヲ附セハ眺望ヲ失フカ故ニ隣地所有者ニ目隠シヲ附セサルコトヲ云ヒ又隣地ノ許可ヲ得ハ之レ一ノ地役ヲ設定セリトノ之レ観望権トシテ頻繁ナルコトヲ甲地ノ為メニ乙地ヲ使用スルノ権ナリ要スルニ所有権ノ限界ヲ変更スルヲ以テ皆地役権ヲ設定スルナリ但シ公ノ秩序ニ干スル規定ニ反スルモノハ之ヲ設ケルヲ得スト雖モ其他私益保護ノ規定ト見ルヘキモノハ凡テ地役権ノ

規定ニ動カシ得ヘキ境界線近傍ニ池井穴ヲ穿ツ（ヒ）此他最モ頻繁ナル地役権ハ通行権（袋地ニアラサル場合）及隣地ニ家ヲ建テシメサル権、隣地ヲ透シテ水スル権又汲水スル権、等皆地ノ為メニ土地ヲ使用スルコトヲ云フ（第二四〇条）例令家屋ノ利益ヲ計ル為メ家屋ノ使用ニアラス又何レカ一方カ借地人ノ為メニ建テタルモノナレハ之レ地役ニアラス又何レカ一方カ借地人ノ建テタル場合ハ地役ニ非サルヤ何ト云ヒ難キニ非ラサレトモ然レトモ若シ家屋カ両者共土地所有者ニ属スルトキハ之レ地役ト云フヲ得ス（理由我民法家屋ハ土地ト密着シテ見ハヽヲ許スモ原則トシテハ家屋ハ土地ノ定着物ナレハ土地所有者カ家屋ヲ建テタル場合ハ云ハヽ土地利用方法ノ一ナリ此利用方法ノ為メニ他人ノ土地ニ家屋ヲ建ツル場合ハ云ハヽ土地ノ利益ノ為メ家屋ヲ使用スルモノト云ヒ得ヘキヤ（疑問）甲地ノ利益ノ為メニ乙地ニ存スル建物而シテ其建物カ所有者ヨリ建築サレ、場合ニ此建物ヲ使用スルハ地役権ナルヤ否ヤ此場合ニ余ハ建物ヲ土地ノ一部トミルヘキヤ地役権ト認ムヘキヤ之ヲ土地ノ便益ノ為メ他人ノ土地ヲ使用スルニ非サルモノハ地役ト云フヲ得サルナリ例ヘハ甲ノ土地ノ所有者カ

好獵家ニテ此ノ為メニ乙地ヲ使用スル如キハ一種ノ債権ヲ生セス（要美第二四四条）故ニ此契約ニテ一時成立スルモ所有者ノ代ヘリ（然レニ古ハ之ヲ地役権トセルカ故ニ弊害アリシヲ以テ之ヲ改メタリ）又甲地ヲ乙地ノ所有者ヲシテ掃除セシムル場合（要美第二四五条）例ハ甲地ノ所有者カ乙地ノ所有者ヲ使役スルカ（或報酬ノ為メニ）如キ契約ノ地役ニアラサルヤ明カナリ要スルニ地役権ハ甲地ノ為メニ乙地ヲ使用スルモノナリ其便益ヲ受ケル地即チ乙地ヲ使役スル地ヲ要承スル権利ヲ有スル地ヲ要役地ト（例ヘハ甲地ノ所有者カ乙地ヲ使役セラルヽ地ヲ兼役地（ややこしくなりました）ト云フ

地役権ノ性質トシテ普通論スヘキモノニアリ

（一）地役権ハ従タル権利ナリ前説明ニヨリ明カナル如ク要役地ハ兼役地ヲ使用スルノ権利アリ故ニ甲地カ要役地ニシテ乙地カ兼役地ナル場合此地役権ハ甲地ノ所有権ノ従タル権利ナリト云フ旧民法（ややこしくなりました）始メテ生ジ得ヘカリシ故之ハ甲地ノ所有権ノ規定セルモノ）ニハ明ニ之ヲ規定セリ（蛭産第三条第三項第四項第十五条第二項第二六七条第一項蓋シ教科書的ナラシメ）之レ法学者ノ常ニ云フ所ナリ之ヲ学

理上唯商云フモノナレハ明文上規定ヲ要セサルモ其法律ハ又要ナリ第二八一条甲要役地ニシテ乙兼役地ナル場合甲地所有権ノ現在所有者カ責リ即チ之ヲ（イ）ヨリ（ロ）ニ責リシ場合ニ（ロ）ハ甲地ノ所有権ヲ譲受ケタル場合ニ（ロ）ハ又乙地ノ地役権ヲ行フヲ得（第一項第一段）又甲地ノ上ニ地上権ヲ設定シタルモノナレハ住居ニ伴フ地役権、汲水、注水、通行、観望権等ハ地上権者ハ当然之ヲ行フヲ得（第一項第二段）又工作物使用ノ為メノ地上権ノ場合ニモ之ト全一ナリ又永小作権者不動産質権者ニ於テモ此権利アリ即チ債務者カ弁済ヲナサヽルカ為メ土地ヲ責ル場合ニモ其地役権ノ付キタル儘責ルヽナリ（賃貸借及　ノ場合ハ契約ヨリ来ルナリ）之レ地役権ノ普通ノ性質ナリ

尤公益ニ関スル規定ニ反スルモノニ非スンハ譲渡スルモ隣地ニ水ヲ流スヘカラス云々等ヲ云フモ何ノ効ナシ之レ但書ノ必要ナル所以ナリ是即始メ地役権ヲ設定スル際ニ此地役権ハ現在所有者ノ所有スル間ハ設定シ又所有者ノ為メニ設定スルモ他ノ権利者地上権者永小作権者等ノ為メニ此権利ヲ設定セストモ可ナリ（但書）但シ第三者ニ対抗スルニハ登記ヲ要ス又地役権ハ要役地ノ所有者ノ意思ニテ変更スルコヲ得即先例（イ）カ（ロ）ニ自己ノ

所有ノ地ヲ譲ルニ余カ往来有セシ地役権ハ汝ニ譲ラス故ニ汝ハ更ニ兼役地ノ所有者ト契約スヘシト云フ場合アリ之ハ則チ(イ)カ地役権ヲ放棄シタルモノナレハ有効也第二結果ヨリ地役権ハ要役地ヨリ分離スルコヲ得ス即甲地所有者カ乙地ニ地役権ヲ有セル場合即汲水権ヲ有スル場合ト雖モ此汲水権ヲ分離シ独立ニ譲渡シ又ハ相当権ノ目的トスルコヲ得サルヘリ又地役権ノ上ニ地役権ヲ設定スルヿ能ハス又丙地所有者カ甲地ヲ通行スル権利ヲ有シ亦甲地所有者カ乙地ヲ通過スル権利ヲ有スルトセンカ之レ乙地所有者ハ甲地所有者ノ為メニ権利ヲ与ヘタルモノヨリ去ルヘキ此際甲地所有者カ己レト乙地ヲ通行セサルトテ丙地所有者ヲシテ乙地ヲ通行スル権利ヲ得セシメントスルモ之ニ克ハサルヘリ

(三)地役権第三ノ性質、不可分、例ヘハ通行権ト云フ如キモノニシテ途中迫通行スル権利等ノコアリ得ヘキ様ニシテ通行権中道巾カ従来一間ナリシ道巾ヲ三尺トスルモ可ナリ之レ地役権ノ分割ニアラス権利ノ範囲ヲ狭メタルノミ(要多二五〇条)然レ共従来一間ノ道ヲ三尺ニ之レ通行セシメ等ノ権利ヲ渡スヿヲ得スト云ヘハ可分ノ原則ニ反スルヘリ故ニ此時ハ前ノ通行権ハ一旦消滅シ後更ニ二人カ各別ニ地役権ヲ得タルモノト見ルカ又ハ二人共有トシテ地役権ヲ得メルニ地役権ハ汝ニ譲ラス故ニ不可分ノ結果トシテ第二八二条ノ規定アリ地役権ハ不可分ナレハ一部丈消滅セシムルヿ克ハス例ヘハ(イ)(ロ)二人カ共有シテ甲地ヲ有シ之カ乙地ノ上ニ地役権ヲ有スル時(ロ)ノミカ其地役権ヲ消滅セシムルヿヲ得ス(二項)又甲地ヲ丙丁(丙丁所有セルメント此場合ニ地役権ハ各部ノ為メノ二人ニ分ル場合例ヘハ甲地カ(イ)(ロ)二人ノ共有ナリシ時分割シテ(イ)ハ丙ニ(ロ)ハ丁ニ所有セシメンニ此場合ニ地役権ハ各部ノ為メニ有スル即チ(イ)(ロ)両人共ニ通行権ヲ有スルカ如シ而シテ乙地ノ何レヲ通行スルモ宜シク(イ)カ甲全部ヲ有シ之ヲ丙丁ニ分テ(ロ)カ其一部ヲ買受ケシ場合モ又全ク茲ニ制限アルヘカラス通行権ニシテ場所ノ定マレル場合ヤリ兼役地乙カ分割シテ成リ已トナル場合ニ通行スヘキ場所カ成ノ一部ナルヘキハ已ノ部ハ地役権ヲ免カルヽヲ得ス要役地ノ観望権カ甲地中丙ノ部ニ半分ヤリコノ為メニ観望権アリトスレハ丁ノ為メニ存セス

第二節　地役権ノ設定

普通ハ法律行為中ニ八九ハ契約ニテ定マリ第六節言ヲ定マル此外国法律ニテ認ムル設定行為ニヤリ(一)所有権ノ用法」旧民第三七七条ニ規定スル所有者ニ

属セシ甲ノ中ノ丙部ニ井アリ其井ハ丙及丁部ニ住セルモノモ共ニ汲メル場合ニ所有者ニ之ヲ二分シ丙ノ部分丈ハ旧民及仏民ニ依レハ丁ノ所有者丙地ノ井ヨリ水ヲ汲ム権アリ之ヲ地役権ナリ之ヲ設定スルニハ其意味ハ全ク所有者タリシモノカ自ラ自己ノ土地中ニ存セル井ヲ乙ノ部分ノ利益ノ為メニ用井居レルモ而モ丙ノ他人ノ者トナル為メニ初メテ此然ル地役権生ス

此地役権ハ売買当時所有者ノ用方ニヨリテ設定セラルヘキ旨ノ法律ヲ以テ強制スルノ必要ナシト信ス即甲カ丙地ヲ売ルニ当リ丙地ノ井ヲ乙ニ使用シ得ヘシト云フ契約ヲナスカ又ハ契約ヲナサヽルモ其黙諾ヲ察知シ得ル場合ニハ前ニ特ニ此規定ノ必要ナキヲ見ス元来[illegible]ハ法律行為ニ外ナラス又法律行為ト推定スル場合法律行為以外ト云ハ従来乙部ノモノカ単ニ使用セシヿヲ設定ヿトナルヿリ従来乙部ノモノカ丙井ヲ使用シ居ル際丙ヲ売ルニ乙地ノ人カ水ヲ汲ムヿヲ差止メサレハ之レ黙認アルヿリ

ト余ハ之ヲ単ニ推定ト見做スヲ以テ新民法ニ此推定ヲ認メス(二)時効第一六三条第一六五条規定ヲ即チ所有権以外ノ財産権取得時効ニヨリテ取得スルヿヲ得ルヿヲ蒙ル(旧民法外国法律ノ認メル所ナリ)即「継続」地役権ノ性質絶エス他人ノ地ヲ使用スルヿナリ他人ノ地ニ水管ヲ置キ水ヲ通セシムル如シ「表現」其水管カ地上ニ現ハレ又ハ表現ナリ通行権ニテモ特ニ場所ヲ定メ之ヲ態々道路ニ築造シテ丈ケ又ハ甲地ノ所有者ノ通路トスル場合ハ継続及表現ナリ此二条件ノ備ハル地役権ニアラサレハ時効ニヨリ取得スルヿヲ得ス之ハ羅馬法以来然ル所ナリ水管ヲ地下ニ通スル如キハ継続不表現ナリ又通行権ニテモ特ニ場所ヲ定メ之ヲ態々道路ニ築造シテ其丈ケハ甲地ノ所有者ノ通路トスル場合ハ継続ナリ継続ナリ通行権ハ何故ニ地役権ヲ取得スルヲ得サルヤ(要義第二六三条)不継続ハヤニ付キ論アリ而シテハ不継続地役権ノ特別ナル性質ヨリシテ取得時効ニ関スル一般ノ規定ニヨレハ特別ノ規定ヲ要スル場合アリヿヲ茲ニ規定スル地役権ハ不可分ナリ従テ其一部ヲ取得スルヿヲ克ハス取得スヘキヤ全部ヲ取得セサレハ全部ヲ取得セサルヿリ故ニ一ノ垣廻ノ生ス

或土地ノ共有者数人アリ其内ノ一人カ取得時効ニヨリ地役権ヲ取得スヘキ有様ニ居ル場合此場合ニ一部分ノ取得ト云フヲ能ハサルヤ又ハ全部即共有者共全ク地役権ヲ取得スルヤ又ハ其時効ノ条件ヲ具備セル者モ之ニ依テ地役権ヲ取得セサルカニ定メサルカ又ハ其時効ノ条件ヲ具備セル者ハ之ヲ主張シ得ルヤ否ヤ

（カラス主張者ハ之ニ於テ考スルニ共有者間ニ代理アリトハ云フヲ得ス然レ共利益ノ共通ハアリ故ニ若シ各共有者ノ為メ皆利益トナル時効カアラハ其条件カ一人ニ就テ生シタルモ其利益ヲ共有全体ニ及ホサヽレハヨリ寧ロ総員ニ及ホシムルヲ可トセリ然ラサレハ法律カ保護スル状態ニアルモノ迄モ保護ヲ与ヘサルコトヽナリ故ニ第二四条ノ規定ヲ設ケタリ此取得時効ノ結果トシテ承役地トナルヘキ土地ノ所有者ハ大ニ不利ヲ被ムルト云ヘ共有者ノ一人ニテモ継続且表現ノ地役権ヲ行使シ或ハ善意ニテ過失ナシ而メ十年間其行使ヲ継続シハ又例令其条件ナケレ共利益ヲ共有全体ニ受ケサセサルヨリ寧ロ総負ニ受ケシムルヲ可トセリ然ラサレハ法律カ保護スル状態ニアルモノ迫モ保護ヲ与ヘサルコトヽナリ故ニ第二四条ノ規定ヲ設ケタリ此取得時効ノ結果トシテ承役地トナルヘキ土地ノ所有者ハ大ニ不利ヲ被ムルト云ヘ共有者ノ一人ニテモ継続且表現ノ地役権ヲ行使シ或ハ善意ニテ過失ナシ而メ十年間其行使ヲ継続シハ又例令其条件ナケレ共兼役地ノ所有者カ之ニ対シテ妨止ヲナサヽレハ即チ自己ノ怠慢ニテ自己ノ権利ヲ棄テサルモノト云フヲ得ス故ニ時効ヲ設ケタル主意ヨリシテ時効スルモノト云フヲ可トス

二項ニ兼役地ノ如キ土地ノ所有者カ共有者中一人ニ対シテ請求ヲ為シ又ハ一人ヨリ余ハ決シテ地役権ヲ有セス寧ロ全ク其所有権ヲ有スルモノナリト証スルモ他ノ共有者カ地役権ヲ行使スルニ所有者之ヲ放置セハ又怠慢ナリト云ハサルヘカラス故ニ

地役権行使者全体ニ対シテ時効中断ヲナサヽレハ時効ハ進行シテ完成スル例ハ甲乙丙三人アリ甲乙二人地役権ヲ行使ス（例ハ土地ノ上ニ鉄管ヲ布設シテ山ヨリ水ヲ取ル場合表現且ツ継続）ル場合ニ其兼役地タル土地ノ所有者カ甲ニ対シテ之ヲ拒ミ乙ニ対シテ何トモ云ハサルカ其中ニ時効未ル時ハ甲乙丙三人皆地役権ヲ得ルヤ否ヤ

ナリ前例ヲ借リテ説明セハ甲ハ丁ノ後見人トセンニ被后見人ハ后見人ニ対シテ停止原因ヲ有ス（即第一五九条ニ依リ）然ルニ之ハ甲ト丁トノ関係ニシテ乙丙ハ此関係ヲ有セス然レハ甲ニ生ヤル停止原因ナケレハ甲ト丙三人共地役権ヲ取得スルナリ

第三節　地役権ノ効力

地役権ノ一般ノ効力即チ物権トシテ甲地ノ利益ノ為メニ乙地ヲ使用スルモノナルコトハ已述セリ其他ニハ各種ノ地役ニ従ヒ其効力ヲ異ニスルヲ以テ之ヲ一言ニ尽スヲ得ス唯法律ニ於テハ二三ノ稍特別ナル規定ヲ要スルヲ以テ之ヲ述ヘン

（第一）用水地役権ニ于スルニ他人ノ土地ヨリ流出スル水ヲ使用スル権能ニ特別ノ規定ヲ要スル所以ハ水ハ通例生活ニ必要ナリ之カ何程ニテモ湧出セハ問題起ラサルモ旱魃等ノ場合ハ然ラス故ニ水ニ関スル地役権ハ実際上問題起リ易ク且ツ農業ノ為メニハ実ニ必

物権編

要スルモノニシテ民事上水論多キ西洋ニテモ如此農業国ニ於テハ特ニ然リトス即チ旧民法ハ概シテ仏ヨリ簡単ナレドモ水権ニ干シテハ精密ナリ余ハ是等ノ法律ニ定メラレタル慣習ニ任スルヲ可ト信ス然レドモ用水不足ノ場合ニ於テ当事者ノ豫メ定メ居ラサル時ノ為メニ第二八五条ヲ設ケタリ旧民法ハ之ニ類スル規定アレドモ慣服セサル規定ナルハ改メタルナリ新民法ノ規定ハ簡ニシテ理義ニモ適シ又実際ニ適フモノト信ス先ツ甲乙ノ地并ビ居リ乙ノ地ノ利益ノ為メニ甲地上ニ用水地役権ヲ設定スルトセンニ充分ニ甲乙地カ使用セハ水ノ不足ノ時ニ勝手ニ任セハ争種トナリ勿論契約及地役権設定行為ヲスル定メサル時ハ立法者ハ先ツ生活ニ必要ナルモノヲ主トセリ即第一飲料水其他家用水ニ用ヒ其残余ハ他ノ農工用ニ供スルナリ即甲乙地ノ度ニ応ジテ即甲ニ三人乙ニ五人住セハ他ノ理由ナキ限リハ(家用犬モ不充分ナル時)其水ノ分量ヲ八分シ甲カ三分乙カ五分取用スヘク家用充分ニシテ尚残余アリテ農業用ニ供スル時甲乙両方ニ対シテ不充分ナル時ハ其積面ニ応シテ分割スヘシ例ヘハ甲ハ十町歩乙ハ五町歩ナル時ハ先ツ水ヲ三分シ二ハ甲カ一ハ乙カ取用スヘク次ニ地役権カ二ツアル場合即チ甲地上ノ水ヲ乙及両地ノモノカ共ニ使フトセンニ而シテ地役権カ今時ニ設

定セラレシ時甲三人乙五人丙七人ノ場合ニ於テ甲ニ乙五丙七ヲ取ルヘキヤリ次ニ家用ノ余分アリテ甲地ニ用ユル場合ニテ水カ不充分ナル時甲十町乙五町丙三町ノ時ハ水ヲ十八分シテ甲十乙五丙三分ヲ取用スヘキヤリ次ニ先ツ乙ノ地ノ為メニ地役権ヲ設定シ后又丙地ノ為メニ地役ヲ設定セシ場合、旧民法第二八三条ニ家用犬ハ平等ニストノ規定アレドモ之レ不都合ナリ此場合ハ乙地ノ所有者ノ権ハ始メノ地役権設定ノ確定セシモノトセサル可ラス即先ツ家用ヲ乙地カ取リ餘リアレハ丙ノ用ニ供スル物権ヲ乙カ得ルモノニシテ此権ハ甲地ノ所有者一人ニテ勝手ニ変更スル事ヲ得ス故ニ甲カ丙ト契約シテ地役権ヲ設定スルモ乙地ノ権利ニ毫モ妨ケラルヽ事ナシ地役権ハ物権ナレハ乙地利益犬ケハ甲地ノ所有権中ヨリ殺カレテ居ル訳ナリ残リノ甲ノ有スル権利犬ケニ就テモ丙ニ分ヲ得ルヽ故ニ水量不足ノ時ハ(一)家用ニモ不足ノ時ハ先ツ水ヲ八分シ乙五ヲ甲三ヲ取ルヘキヤリ而メ此三分ヲ甲ト丙ニテ取ルヘキヤリ即チ丙七人ト九ハ此三分ノ水ヲ更ニ十分シ甲三丙七ヲ取ル時ハ甲ノ田畠ニ分ツ時モ又全シ即乙カ家用犬ケニ充分ニ水ヲ用ヰ甲ハ三人犬ケニ充分ニ水ヲ丙ト共ニ十分シテ甲カ三分ヲ取リ丙カ七分ヲ取ル割合ナリ(第二百五六条、二六〇条要義参照)但シ乙カ某契約ノ上ニテハ如何ニスルモ可ナリ(第二)地役権ハ物権ナレハ之ニ伴フ債権アリ此債権ハ第三者ニ対抗スルヲ以テハ他ノ債権ト異ナルヲナキニ法律ハ之ヲ保護シ

テ総テ第三者ニ対抗シ得ヘキモノト認メサルヘカラス（第三百八十六条）即チ登記ヲ要スル（不動産登記法第二十三条）此債券ハ千差万別ナルニ頻繁ナル例ヲ挙クレハ甲地ヨリ乙地ニ氷ヲ送ルニ甲カ乙ヨリ金銭ヲ取リテ樋ヲ設ケル場合又甲カ修繕ヲ為ス場合又通行権ニ付テモ通行路ノ修繕等是等債務ハ甲カ負担スル故ニ甲カ其土地ヲ丙ニ譲ル丙又其債務ヲ負フ（二六一、二六二条要義）而シテ此債務ハ所有者ニ於テ時トシテ重キ負担トナルヘキ即他人ノ為メニ為スヘキコトヲ己レノ為スモノニシテ時トシテハ長ク継続シテ重キ負担トナルヘキニ就中他人カ其契約ヲナシテ後置セル場合（登記ヲナシアルモ）随分重ク感スルニ至ル此債務ハ元来土地所有者タルカ為メ負フ所ノ債務ナリ故ニ此土地ノ所有権ヲ放棄セハ此債務ハ免カルヘキモノトス即通行地ヲ与フレハ其債務ヲ免カルヘキノ理由ナリ（地役権ハ所有権ヨリ償フ（以下ナケレハナリ）如此債務ハ［illegible］ノ為メニ債務ヲ負フ義ナリ（依物義務）（二六三、三六四条要義）此土地ヲ放棄スルニ付キ土地全部ヲ放棄セサルヘカラスト説ノモアリ又疑ヲ挟ムモノアレ共然ラサルナリ故ニ新民法ハ明ニ其地役権ニ必要ナル土地丈ヲ放棄スルコトヲ得トセリ通行権ナレハ水ヲ引ク丈ケノ地ヲ放棄セハ可ナリ（第三）二百八十八条所有者ノ権利ハ即チ兼役地ノ所有者カ地役権行使ノ為メ其土地ノ上ニ設ケタル工作物ヲ使用スル権利例ハ通行権ノ行使ノ為メニ設ケタル道路ヲ通行シ又ハ水権ヲ行使スル為メニ設ケタル水樋ヲ利用シテ兼役地ノ所有者モ又全ク水源ヨリ其所有地内ニ引ク丈ケノ実是モ原則上兼役地ノ所有者カ作ルトヲ問ハス一ヲ要役地ノ存在スルモノトシテ兼役地ノ所有者ハ之ヲ使用スル権利ナキモノトス然レ共兼役地ノ所有者ニシテ全ク工作物ヲ更ニ工作スルハ国家経済上不利益ナルヲ以テ特ニ之カ使用権ヲ認メリ但シ如此場合ハ人ノ工作物ニ依リ利益ヲ受クルモノナレハ其利益ノ割合ニ応シテ設置及保存ノ費用ヲ分担スルヲ要ス

第四節　地役権ノ消滅

他ノ権利ノ消滅原因ト見ル可キ新民法ハ故ニ特別ノ消滅原因ヲ規定セリ普通ノ権利ノ消滅ハ放棄（有償無償）又契約（双方ノ意思及単独意思）又地役権ノ期限ノ附シアル場合又斯除条件ノ附ノ場合又物ノ消滅スル場合ハ地役権消滅スル即地役ナラス兼役地又ハ要役地消滅ノ場合又ハ混合又ハ公用収用ニヨリ消滅スルアリ（兼役地ヲ公用収用ニヨリ買上ケル場合又兼役地要役地共ニ公用収用ニ依リ買上ケラルル場合）又消滅時効ニヨリテ消滅又消滅時効ニ付テハ特別ノ規定アリ（一）取得時効（兼役地）完成スル為メ地役権消滅スルアリ兼

役地ノ所有者カ完全ナル所有者トシテ善意且過失ナクシテ十年又ハ二十年ノ条件ヲ具フルニ至リタルトキハ其ノ結果トシテ地役権消滅スヘシ地役権ヲ所有権ノ支分権ト認ムルハ上ハ当然ノコトナリ又土地ヲ占有セサル者カ地役権ヲ占有者カ地役権ヲ恰モ之ヲ有スルカ如ク外形ヲ具フルニ至リタルトキハ即チ占有者カ地役権ヲ取得スヘキモノトス(二六六、二六七条要義)此場合ニ於テモ消滅時効ハ中断ヲ生スルコトアリ(二六六条)即チ土地ヲ買入レタル人カ地役権者カ中断ヲ為シ得ルカ如キ場合ハ唯地役権ヲ行使スルヲ得サルノミニシテ地役権ノ消滅スヘキヲ妨ケサルカ故ニ是亦通行セサル場合ニ於ケルト同シク地役権ハ消滅スヘキモノトス又普通ノ権利ノ如ク承認ニ因リ又ハ普通ノ消滅時効ハ権利ノ行使セサルカ為メニ消滅スヘキヲ以テ其ノ行使ヲ妨ケサルカ如キ場合ニ於テモ亦地役権ノ消滅スヘキヲ妨ケサルヲ以テ之ヲ消滅セシムルヲ得ルモノトス(普通ノ消滅時効ハ権利ノ行使セサルカ為メニ消滅スヘキヲ以テ其ノ行使ヲ妨ケサルヲ以テ之ヲ消滅セシムルヲ得ルモノトス)

(第一)第二九二条共有者甲乙丙三人アリテ甲者ノミ地役権ヲ行フカ為メニモ中断セラルヽヤ又甲カ占有者ノ被占人ニ非サル場合ニハ占有者ノ被占人ニ対スル時効完成セス此利益ハ乙丙モ又均シク受クルヲ以テ此規定ハ第二八四条ト全ク正反対ノ如ク見ユルモ之ヲ決シテ然ラス第二八四条ハ地役権ノ取得ニ付テノ規定ナリ故ニ一人ニ付時効中断停止ノ原因タル他ノモノニ付テモ之カ効力アルヤトセサルハ一人ノ地役権ヲ有スルモノカ他ノ者ノ権利消滅原因ノ為メニ自己ノ地役権ヲ失フヤトナルニ故ニ前ニ一人ニ利益ナルヤ否ヤヲ論スルノ必要ナキ故ニ次モ又一人ノ為メニモ存在スヘカラス(第三)地役権ノ不可分ナルニ関セス一部消滅ノ如キ場合アルヤノ規定ナリ第二九三条例ハ通行権即チ始メ甲地ノ所有者カ乙地ノ何レノ部分ヲモ通行シ得ハ権利ヲ有セシモ

ノカ地役権ナリ管中ノ水カ流通スルトキハ恒ニ水ノ流通スルヲ以テ通路ヲ設ケシ場合ハ其通路ノアル間ハ行使アルモノトス故ニ是亦ノ場合ニ要役地ノ所有者カ之ヲ取除クノ場合ニハ放棄ナルヲ以テ承役地ノ場合多シ是亦ノ時効ヲ起算スルナリ

共有地ノ場合ニ於ケル消滅原因、

(第一)第二九二条共有者甲乙丙三人アリテ甲者ノミ地役権ヲ行フカ為メニモ中断セラルヽヤ又甲カ占有者ノ被占人ニ非サル場合ニハ占有者ノ被占人ニ対スル時効完成セス此利益ハ乙丙モ又均シク受クルヲ以テ此規定ハ第二八四条ト全ク正反対ノ如ク見ユルモ之ヲ決シテ然ラス第二八四条ハ地役権ノ取得ニ付テノ規定ナリ故ニ一人ニ付時効中断停止ノ原因タル他ノモノニ付テモ之カ効力アルヤトセサルハ一人ノ地役権ヲ有スルモノカ他ノ者ノ権利消滅原因ノ為メニ自己ノ地役権ヲ失フヤトナルニ故ニ前ニ一人ニ利益ナルヤ否ヤヲ論スルノ必要ナキ故ニ次モ又一人ノ為メニモ存在スヘカラス(第三)地役権ノ不可分ナルニ関セス一部消滅ノ如キ場合アルヤノ規定ナリ第二九三条例ハ通行権即チ始メ甲地ノ所有者カ乙地ノ何レノ部分ヲモ通行シ得ハ権利ヲ有セシモノ

年間二十年間他ノ部分ヲ通行セス或一定ノ部分ニ通過セル場合ハ其他ノ部ヲ通過スル権利ハ消滅ス（又汲水ノ隔日ノ例）這ハ一見地役権不可分ノ性質ニ反スル如キモ之ヲ従来共有者ノ場合ハ権利全体ノ上ニ三分ノ一或ハ二分ノ一汲水権ノ半分ヲ取ルコトヲ得ス然レハ第二九三条ハ権利ノ通行部ト云フモ唯其範囲ヲ狭クスルノミナリ（地役権ノ性質変スルトモ云ヒ得）即チ通行権モ或ハ一定ノ場所ヲ通過スル権ナレハナリ

第五節　入會権

今日存在スル入会権中共有ノ性質ヲ有スル場合アレハ亦地役権中ニ入ルヘキモノアリ之レ最モ多シ而シテ多クハ人ノ利益ノタメニ他人ノ土地ヲ使用スルナリ即チ人的地役ナリ第二百九十四条（第二七四条第二七五条要義参照）原則トシテハ慣習ニ依リ慣習ノ定マラサルトキハ本条ニ依ル

第二百六十三条ノ共有ノ性質ヲ有スル入会権ハ各地方ニ慣習多ク外国ニテモ亦多シ西洋ニテハ之ヲ使用権ト云ヒ山林ニ付テ最モ多シ多クハ或ル一村落ノ人民例ヘテ云ヘハ官林ニ入リテ下草ヲ採リ薪ヲ伐ルカ若ノ権是ナリ併シ官林ニ付テ次第ニ特別法ノ規定アルヨリテ民法ノ適用ヲ受クルコト自然ニ減少セリ而シテ民林ニ付テモ亦然リ然レ共民有地ノ入会権ニ付テハ民法上ノ権利タリ而シテ入会権ノ性質ハ各地千差万別ニシテ一定ノ規則ヲ設クルコト難シ故ニ新民法ニ於テハ可成的各地方ノ慣習ヲ存スル主義ヲ採リ只共慣習ノ不明ナルトキハ本章ノ規定ヲ準用スヘキモノトス而シテ入会権ヲ大別スレハ

(一) 共有ノ性質ヲ有スルモノ、之ハ慣習ノ定メアルトキハ慣習ニ従ヒ又慣習ナキトキ又ハ不明ナルトキハ共有ノ規定ニ従フヘキモノトス

(二) 地役権ノ性質ヲ有スルモノ、之ハ地役権ノ規定ヲ準用ス

W324.01
U64
3(2-2)