主物說ヲ正シトス、論者或ハ法律上ノ代理ヲ認メ先占權者ハ第三者ヲ代理人トシテ占有スルカ故ニ所有權ヲ取得ストナシ、或ハ先占權ノ物權的效力ヲ認メ第三者ノ手ニヨリ實行セラル、カ故ニ物權ヲ取得ストナスモ其根據如何ニモ薄弱ニシテ徒ラニ技巧的ナリ、只實際上一般權利觀念上先占權者ニ所有權ヲ與フルヲ可ナリトスルモ、之レカ爲メニハ法律ノ特別規定又ハ慣習法ノ成立ヲ認ムルヲ要ス可シ、

(ロ)所有ノ意思ヲ以テスル占有

所有ノ意思ハ物ヲ全然支配スル意思ノ義ナリ(第二章總論(八)ノ(ロ)ヲ見ヨ)、而シテ所有意思ハ法律之ヲ推定ス(一八六)、其他占有取得ニ要スル條件卽チ占有ヲ取得セントスル意思及ヒ物ノ所持ニ就テハ第二章總說(五)ヲ見ヨ、又占有ハ他人ニヨリ卽チ占有機關ヲ使用シテ直接ニ之ヲ取得シ又ハ他人ヲ直接占有者トシテ間接ニ取得スルコトヲ得可シ、此後ノ場合ニハ所有權ヲ取得スルモノハ間接占有者ナリトス、例之一定ノ報酬ヲ約シテ魚類ノ捕獲ヲ請負ハシムル場合ニ於テハ捕獲シタル魚類ノ所有權ハ使用者ニ歸ス可キモ、請負人ハ占有者トシテ報酬ニ就テハ留置權ヲ有ス可シ、

(五)條件附先占

他人ノ所有ニ屬スルモ然カモ他人ノ占有ニ屬セサル動產ハ條件附ニ之ヲ先占スルコトヲ得、卽チ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ之ヲ占有スル

モ卽時ニ其所有權ヲ取得スルヲ得ス、所有權ハ蓋シ一物上ニ重復シテ存在スル能ハサレハナリ、然シナカラ其所有者カ所有權ヲ拋棄スルトキハ其物ハ其時ヨリ無主物トナルカ故ニ茲ニ先占ノ條件ヲ滿シ占有者ハ其所有權ヲ取得スルコトヲ得可シ、此ノ事實ヲ條件附先占ト稱ス、而シテ條件附先占ハ原則トシテ自由ナリト雖モ遺失物、埋藏物等法律ニ特別ノ規則存スルモノハ之ニ從フ可ク先占ノ規定ニ依ルヲ得ス、

一定ノ權原ニヨリ他人ノ物ヲ占有スル場合ニ於テハ其他人カ所有權ヲ拋棄スルモ占有者ハ直チニ所有權ヲ取得スルヲ得ス、之レ所謂條件附先占ニ非ス、何トナレハ占有者ハ所有ノ意思ヲ有スルモノニ非サレハナリ、只此場合ニハ占有者ハ其意思ヲ變シテ所有權ヲ取得スルノ機會ヲ得ルニ過キス、

(六)無主ノ不動產

國庫ノ所有ニ屬ス、(本條第二項)無主ノ不動產ニ就テハ國庫カ獨占的先占權ヲ有シ個人ノ先占ヲ排斥スト云フ意義ニ非スシテ、個人ノ所有ニ屬セサル不動產ハ當然國庫ノ所有ニ屬スルコトヲ意味ス、故ニ正確ニ云ヘハ不動產ニハ無主物ナキナリ從テ先占ノ適用ナキナリ、本條ニ無主ノ不動產トアルハ個人ノ所有ニ屬セサル不動產ノ義ナリ、不動產ハ土地及ヒ其定着物殊ニ建物ヲ意味ス、故ニ土地建物ノ所有者カ其所有權ヲ拋棄スルトキハ國庫ハ當然所

有權ヲ取得ス可シ、

第二百四十條　遺失物ハ特別法ノ定ムル所ニ從ヒ公告ヲナシタル後一年內ニ其所有者ノ知レサルトキハ拾得者其所有權ヲ取得ス

(一)本條ノ理由　羅馬法ニ於テハ拾得者ハ遺失物上ニ所有權ヲ得ルヲ得ス又遺失物ニ對シテハ取得時效モ進行スルコトナシトセリ(Dernbug III § 116.)、故ニ拾得者ハ畢竟遺失者ノ請求アルマテ之ヲ保管スルノ義務ヲ負ヒタリ、然レトモ此ノ如キハ拾得者ニ對シテ甚タ酷ナリ、獨逸固有法ハ一定ノ條件ノ下ニ拾得者ニ所有權ヲ與フ、近世ノ法律之ニ倣フモノ多シ(普國々法一部九章一九以下獨民九六五以下佛民七一七以下)、本法モ亦此主義ニ則ル、

(二)遺失物ノ意義　遺失物トハ或人ノ所有ニ屬シ、然カモ何人ノ占有ニモ屬セサル物ヲ云フ、

(イ)所有者カ故意ニ占有ヲ拋棄スル場合ニ於テハ其物ハ無主物トナル、蓋シ所有者カ占有ヲ拋棄スルニ於テハ同時ニ所有權ヲ拋棄スルノ意思アルモノト認メサルヲ得サレハナリ、故ニ本條ノ適用ナク前條ニ依ル、

(ロ)他人ノ爲メニ强奪又ハ窃取セラレタル物ハ遺失物ニ非ス、蓋シ現ニ占有ヲアルカ故ナリ、從テ本條ノ規定ニヨリ所有權ヲ取得スルヲ得ス、

(ハ)物ノ所有權者カ直接ニ占有ヲ失フ場合、及ヒ他人ニ占有權ヲ與ヘタルニ其他人カ占有ヲ失フ場合アリ、遺失物法(明三二、法八七)第一條ニ遺失者又ハ所有者其他ノ「物權回復ノ請求權ヲ有スル者」トハ右ノ場合ヲ指スモノナル可シ、例ヘハ賃借人賃權者等カ賃借物賃物ノ占有ヲ喪失シタル場合ニハ所有者モ同時ニ間接占有ヲ失ヒ全ク占有者ナキニ至ルカ故ニ遺失物ナリ、從テ本條ノ適用ヲ受ク可シ、

(ニ)窃盜カ追捕ヲ怖レテ捨去リタル物品ハ之ヲ遺失物ト見ル可シ(Dernburg III § 116. anm 8 Planck III § 967 1. A. 遺失物法一一)、占有機關ニ由リ占有スル場合ニ於テ其機關カ故意ニ拋擲シタル結果本人ノ所持モ亦失ハレタルモノト見ラル、場合モ亦同シ、蓋シ全然占有者ヲ欺ケハナリ、

(ホ)誤テ(遺失物ナリト信シテ)占有シタル物件、他人ノ置去リタル物件、及ヒ逸走ノ家畜ハ遺失物法ニヨレハ性質上遺失物ニ非サルモ遺失物法ヲ準用ス可キモノトス(遺失物法一一)、此規定タルヤ蓋シ正當ナリ、遺失物ニ非サルモノヲ遺失物ト誤認シタル場合ハ勿論他人ノ置去リタル物、逸走ノ家畜ハ未タ全然占有

者ナシト云フヲ得サレハ遺失物ト云フヲ得サルナリ、然レトモ現ニ支配者ヲ缺ケト云フ點ニ於テ遺失物ニ類似スルヲ以テ遺失物ニ關スル規則ヲ準用スルヲ得ルナリ、

要スルニ遺失物ノ觀念ニハ或人ノ所有ニ屬シテ然カモ何人ノ占有ニモ屬セサルコトヲ要ス、之レ遺失物ノ隱匿カ窃盜ニ非サル根本義ナリ、

(三) 拾得ノ意義

拾得トハ遺失物ヲ占有スル事實ヲ云フ、而シテ占有ハ必ラス發見ヲ前提トスルハ勿論ナリ、

(イ) 本法ニ於テハ占有ノ取得ニハ「自己ノ爲メニスル意思」ヲ必要トス(一八〇)、茲ニ於テカ遺失物ヲ隱匿セントスル場合ニハ其意思ヲ認ムルヲ得可キモ之ヲ所有者其他請求權者ニ返還セントスル意思ヲ以テ拾得スル場合ニハ「自己ノ爲メニスル意思」アリト云フヲ得ス、從テ占有取得ナシト云ハサル可ラストノ論アルモ之レ不當ナリ、蓋シ拾得者カ之ヲ所有者等ニ返還セントスル場合ニハ自己ノ德義心ヲ滿サントスルモノナレハ自己ノ爲メニスルノ意思アルモノト云フヲ得可ケレハナリ、

(ロ) 遺失物ノ拾得ニハ占有ノ一般條件即チ自己ノ爲メニスルノ意思ヲ要スルノミ、返還ノ意思又ハ隱匿ノ意思所有ノ意アリヤ否ヤハ無關係ナリトス、

(ハ) 遺失物ノ拾得ニハ又物ノ物理的支配ヲ必要トセス、社會上ノ意義ニ於テ物ノ所持ヲ得レハ可ナリ(第二章總說(五)參照)、故ニ一指未タ之ニ觸レサルモ既ニ占有ヲ得ル場合アリ、例ヘハ遺失物ヲ發見シ之ニ近キ其側ニ立テ其處分ヲ講シツヽアルノ狀外部ヨリ窺知シ得ルニ於テハ既ニ其拾得アリ、猾奴若シ其隙ヲ窺テ之ヲ奪去ラント欲スルモノアレハ杖ヲ上テ之ヲ逐拂テ可ナリ(七二〇)、

(ニ) 遺失物ノ拾得ハ右ノ如ク占有ノ取得ニ外ナラス、故ニ法律行爲ニ非ス、無能力者モ單獨ニ之ヲナスコトヲ得、

(ホ) 遺失物拾得ノ要件ハ要スルニ、(一)遺失物、(二)占有取得ノ二者ニシテ此ノ二者カ客觀的ニ存スルニ於テハ遺失物ノ拾得トナル、卽チ無主物ナラント信テ占有シタル物カ遺失物ナルトキハ本條ノ適用ヲ受ク可ク、又遺失物ナラント信シテ占有シタル物カ他人ノ占有ニ屬スル物ナルトキハ本條ノ適用ナシ、但シ遺失物法ニヨリ本條ノ準用セラル、コトナキニ非ラス、

(四) 拾得者ノ義務

拾得者ノ性質ハ事務管理者ナリトノ說廣ク行ハル (Dernburg F. R. III S. 335. Planck III S. 276, Bem § 963)、蓋シ遺失物ノ發見者ハ之ヲ拾得スルノ義務ナシ、然ルニ之ヲ拾得シタルハ遺失者ノ爲メニスルモノト見ルコトヲ得ルカ故ナリ、然シナカラ我國ニ於テハ遺失物ニ就テハ本條井ニ遺失物法存スルカ故

ニ隣一位ニハ之ヲ適用スル可キモノナリ、其義務ノ主ヌルモノハ、適用ス可ク規定ノ缺ケタル場合ニ始メテ事務管理ノ規定ヲ

(イ) 保管義務　ヲ生ス、之ニ對シテハ拾得者ハ原則トシテ輕過失ノ責ニ任ス、而シテ保管義務ハ拾得物ヲ返還請求權者又ハ警察官署ニ交附スルニヨリ消滅ス、

(ロ) 返還義務　遺失者又ハ所有者其他ノ物件回復權者ノ知レタル場合ニ於テハ遠ニ之等ノ者ニ返還スルヲ要ス(遺失物法一)、然レトモ直接ニ返還スルハ拾得ノ日ヨリ七日以內ニ限リ七日ヲ經過シタルトキハ報勞金ヲ受クル權利ヲ失フ、此三者ノ回復權ハ互ニ重疊スル場合多シ、然レトモ要件ヲ以前ノ占有者又ハ現在ノ所有者其他ノ物權者ナリトス、例之賃貸人カ遺失シタル場合ニ於テハ賃借人ハ所有者ニ非サルモ遺失者トシテ返還請求權アリ、而シテ請求權者數人アル場合ニ於テハ之ヲ連帶債權者トシ見ル可シ(同論 Gierke D. P. R. II S. 534)、即チ拾得者ハ請求權者ノ內ノ一人ニ對シテ返還スルヲ爲メニハ之ヲ請求權者ノ利益ニ對スル責任ヲ免カレス、而シテ之ヲ返還スルハ全部其義務ヲ免カレ、然レトモ請求者カ果シテ眞ノ權利者ニ非サリシトキハ過失ニヨリ權利者ニ交付シタルトキハ權利者ニ對スル責任ヲ以テ調査スヘキ要ス、若シ過失ヲ免カレ、然レトモ請求者カ果シテ眞ノ權利者ニ交付シタルトキハ權利者ニ對スル責任ヲ免カレ、然レトモ請求者カ果シテ眞ノ權利者ニ交付シタルトキハ權利者ノ住所ニ持參スルヲ要セス、請求權者カ交附ヲ請求シタル場合ニ之ヲ交附スルノ義務ヲ免ルヲ可ナリ、又我遺失物法ニヨレハ第六百九十九條乃至第六百九十九條ノ規定ハ適用シタル場合ニ於テモ遠知スルノ義務ヲ免ルヲ可ナリ、

(ハ) 屆出義務　拾得者ハ請求權者ノ知レサル場合ニハ之ヲ警察官署ニ屆出ツルヲ要ス、又其知レタル場合ニ於テハ直接ニ返還シ又ハ警察官署ニ屆出ツルヲ要ス(遺失物法九)、屆出ヲ怠リタル時ハ拾得ノ日ヨリ七日ヲ經過シタルトキハ拾得者ハ權利ヲ失フ、(遺失物法一)、然レトモ拾得者ハ保管ノ義務ヲ免カレ、警察官署ハ遺失物ヲ保管スル義務ヲ負フ、且ツ拾得物ヲ持參シ警察官署ニ交附シ、但シ保管ニ不適當ナル物ハ之ヲ賣却シ(遺失物法二)、同施行法一)、且ツ遺失物ヲ保管スルニ適スル所ニ從ヒ公告ヲナシ(遺失物法二)、同施行法三)、(四)其代

物権　所有権

チスルチ得ス、然レトモ此點ハ行政ノ繁雑且ツ微罪ノ發生セ所有權ノ取得

ナスル利第上ノ制裁ハ遺失物ノ價ノ極メテ少ナル場合ニモ猶存シ、之ヲ怠ルトキハ

右ノ屆出義務ハ遺失物ノ價ノ五分ノ二以下ノ金額ニ付キ爭アルトキハ拾得

ニ就テ保管スルコトヲ得、此場合ニ於テハ遺失者及ヒ拾得者ノ權利義務ハ代價

【二四〇】　四〇〇

(五)拾得者ノ權利

(イ)費用ノ請求權

可シ、

(ロ)報勞金請求權

ルルコトヲ得、其根據ハ左ノ如シ、

法第九條ノ規定ニ從ヒ公告ヲ爲メニ加ヘタル費用ノ請求ハ

得ノ日ヨリ七日以內ニ返還請求者ハ拾得物保管ノ爲メニ加ヘタル費用

ノ日ヨリ七日以內ニ返還請求者ハ拾得物保管ノ爲メニ加ヘタル費用

ヨリ、拾得者ハ此間不正ナル行爲ニ因リテ生ス、此請求權ハ遺失物法第四條

ヨリ、拾得者ハ此間不正ナル行爲ニ因リテ生ス、此請求權ハ遺失物法第四條

ノ規定ニ從ヒ公告ヲ爲メニ要シタル費用及ヒ報勞金ヲ受クルトキハ遺失物

七日以內ニ返還請求者ハ拾得物保管ノ爲メニ要シタル費用及ヒ報勞金ヲ

內ニ返還請求者ハ拾得物保管ノ爲メニ要シタル費用及ヒ報勞金ヲ

以內ニ返還請求者ハ拾得物保管ノ爲メニ要シタル費用及ヒ報勞金ヲ

日以內ニ返還請求者ハ拾得物保管ノ爲メニ要シタル費用及ヒ報勞金ヲ

(ハ)所有權ノ取得

得ノ日ヨリ七日內ニ返還請求(一)拾得物ヲ隱匿又ハ不正ニ處分スルコトヲ

ノ條件ハ遺失物法第一條ノ規定ニ從ヒ公告ヲ爲シタル後一年ヲ經過シタル場合ニハ拾得者ハ

ヨリ七日內ニ返還請求(二)警察官署カ右ノ屆出ヲ受ケテ遺失物法第一條同施行細

ヨリ七日內ニ返還請求(二)警察官署カ右ノ屆出ヲ受ケテ遺失物法第一條同施行細

日以內ニ返還請求者ハ拾得者ノ知レサルコトヲ要ス、所有者ノ知レタル場合ニハ拾得者ハ(三)遺

內ニ返還請求者ハ拾得者ノ知レサルコトヲ要ス、所有者ノ知レタル場合ニハ拾得者ハ遺

返還請求者ハ拾得者ノ知レサルコトヲ要ス、所有者ノ知レタル場合ニハ拾得者ハ遺

請求權ハ消滅ス、一ケ月ノ期間ハ其性質時效還後一ケ月及ヒ報勞金辨償ノ義務ヲ

求權ハ消滅ス、一ケ月ノ期間ハ其性質時效還後一ケ月及ヒ報勞金辨償ノ義務ヲ

免カルヽコトヲ得可ク(同法八)、又權利ヲ抛棄シテ物件返還請求權者ハ其權利ヲ

ト、ナス、猶返還請求權者ハ其權利ヲ抛棄シテ物件返還請求權者ハ其權利ヲ

要ス、猶返還請求權者ハ其權利ヲ抛棄シテ物件返還請求權者ハ其權利ヲ

所有權　所有權ノ取得

【二四〇】　四〇一

有者ニ通知ヲ與ヘ又ハ其申出アリタル後一定ノ期間内ニ受取ラサルトキハ所有權ヲ喪失スルモノトシテ之ヲ拾得者ニ與フルノ途ヲ開ク可キナリ(水難救護法二七參考)

然レトモ各返還請求權者カ其權利ヲ拋棄シタルトキハ右ノ例ニ依ラス拾得者ハ直ニ其所有權ヲ取得ス(遺八)、但シ此場合ニ於テハ保管公告ノ費用ハ拾得者ノ負擔トナリ又報勞金ヲ請求スルヲ得ス、

拾得者カ所有權ヲ取得シタル場合ニハ遺失物上ニ存セル一切ノ權利ハ皆消滅スルハ勿論ナリ、

拾得者カ一旦所有權ヲ取得シタルヨリ一ケ年内ニ物件ヲ警察官署ヨリ受取ラサルトキハ所有權ヲ失フ(遺失物法一四)、此場合ニ於テハ遺失物ハ無主物トナルカ故ニ其所有權ハ占有者タル國庫ニ屬ス可シ(同法一五)、

拾得者ノ所有權取得ノ理由ハ先占ニ非ス、蓋シ遺失物ハ無主物ニ非サレハナリ、又時效ニ非ス、蓋シ占有ノ繼續ヲ必要トセサレハナリ、吾人ハ之ヲ一種特別ナル取得原因ト解セントス(同論富井博士原論二卷一二八)、

(六)漂流物　トハ河川湖海ニ漂流スル物件ヲ云フ、其所有者ノ知レタル場合ト然ラサル場合アリ、何レニシテモ無主物ニ非スト雖モ其占有ハ喪失セラレタルモノナリ、故ニ其性質ハ遺失物ト異ルナシ、只一ハ水面ニ漂流シ他ハ然ラサルノ差アルノミ、從テ之ニ關スル法規ヲ多少異ニスルモ多ク因襲的ノモノニシテ物ノ性質ニ基因スルモノニ非ス、水底ニ沈沒シタ物件モ亦之ト同シク所有者アルモ現ニ占有ノ喪失セラレタル物件ナリ、漂流物及沈沒品ニ就テハ水難救護法第二十四條以下ニ規定存ス、其規定ハ大體遺失物法ト同一ニシテ而カモ遺失物法ニ比スレハ遙ニ明瞭ナリ同法ヲ參照スルヲ要ス、

第二百四十一條　埋藏物ハ特別法ノ定ムル所ニ從ヒ公告ヲ爲シタル後六ケ月内ニ其所有者知レサルトキハ發見者其所有權ヲ取得ス但他人ノ物ノ中ニ於テ發見シタル埋藏物ハ發見者及ヒ其物ノ所有者折半シテ其所有權ヲ取得ス

(イ)埋藏物ノ意義

(イ)埋藏物ハ動産ナリ　此點ハ本條ニ於テ明言セスト雖モ次ニ述フル如ク埋藏物ニハ埋藏ノ事實ヲ要ス、而シテ不動産タル土地家屋ノ如キハ事實上埋藏物權　所有權　所有權ノ取得　【二四一】　四〇三

モ之ヲ区別スルノ要ナシ(宮井柳士原論二卷一二九 Planck III § 984 1. B.)又羅馬法ニ於テハ埋藏物(Thesaurus)ト云ヘハ貴重物ナルヲ要セルモ(Windscheid Pand. § 184 aum 8.)本條ノ解釋トシテ此如キ要件ヲ加フ可キ根據ナシ、

(ハ) 埋藏物ハ無主物ニ非ス　埋藏物ノ觀念ニハ他人ノ所有權ノ存在ヲ前提トスル可キモノニシテ本條ノ規定ヲ要ス、若シ然ラサレハ先占ノ規定ニヨリ支配サルヘキ物ハ埋藏物ニ非ス、又前世界ノ所有者アルコトヲ確告スルハ若シ且遺失物法(同法一三)ニヨリ一定ノ公告ヲナシ所有者ノ請求ヲ待チ拋棄シタル故ナリ、左レハ拋棄ノ意思ナキカ故ニ其相續人ノ所有權ヲ認ム可キモノナレハナリ、

(ニ) 所有者ノ不明ナルヲ要ス　埋藏ノ事情又其物ノ性質ニヨリ所有者ノ可キコトヲ推知シ得ルモ然カモ何人カ所有者ナルカヲ確知シ能サルヲ要ス(羅民九八四、羅馬法ニ就テハ Windscheid. Pand. § 184.)、此要件ハ本條ニ明言セラレ

ス、ト雖モ「埋藏」ナル文字ノ意義ノ中ニ之ヲ求メルヲ得可シ、故ニ例ヘハ程經サル地質ノ爲メニ埋沒セラレタル隣人ノ貨財ハ埋藏物ニ非ス、發見者ハ全部經サ

ル間隣人ニ返還スルヲ要スル可シ、然リ而シテ所有者不明ナルトキハ之ヲ埋藏物ト稱スルニハ通常年歲ヲ經サ

ルヲ要スルモ是レハ法律上ノ要件ニ非ス、埋沒後僅カニ數年ヲ經タルトキハ之ヲ埋藏物ト稱スルヲ妨ケス、所有

者不明ナルヲ要スルカ故ニ羅馬法ニ於テハ之ヲ無主物ノ一種トシテ埋藏物ハ所有者不明ナル物ヲ除ク可シ(Windscheid Pand. § 184. Gierke D. P. R. § 132.)、然レトモ埋藏物ハ所有者不明ナル物ニ非サルカ故ニ此觀察ハ正シカラス、

(ニ) 所有權取得ノ條件

(イ)埋藏物ノ發見　是レ本條ニ發見者其所有權ヲ取得ストアルニヨリ發見者ニ非サレハ所有權ヲ取得スル能ハサルコト明ナリ、而シテ埋藏物ノ發見ハ單純ナル事實ニシテ法律行爲ニ非サルカ故ニ無能力者モ亦發見ニヨリ所有權ヲ取得スルコトヲ得、佛蘭西民法(七一六)羅馬法等ニ於テハ發見ハ偶然ナルヲ要ストセルモ本法ノ解釋上ハ此ノ如キ制限ヲ設ク可キ根據ナシ、若シ能フ可クンハ魔術ヲ用ヒテ發見スルモ所有權取得ニ害ナシ、又發見ハ必シモ合法的行爲タルヲ要セス、例ヘハ不法ニ他人ノ土地ヲ開發シテ發見スルモ埋藏物ノ所有權ヲ取得スルヲ得可シ、只此ノ場合ニ於テハ一般ノ原則ニ從ヒテ被害者ニ對シテ損害賠償ノ義務ヲ負ハンノミ、

(ロ)公告後所有者ノ知レサルコト　埋藏物法ニ二大主義アリ、一ハ獨逸普通法並ニ獨逸民法ノ主義ニシテ發見者ハ其占有ヲ取得スルヤ否ヤ直ニ所有權ヲ取得ストナスモノニシテ、他ハ之ヲ警察官署ニ屆出シメ公告ヲ爲シテ所有者ナキコトノ確定シタル後ニ所有權ヲ與フル制度ナリ(普國々法一部九章七五―八〇、墺民三九七)、本法ハ後者ニ從ヒタルモノナリ、卽チ

(a)所有者ノ知レタル場合　公告前ニ於テ又ハ公告ニヨリ所有者ノ知レタルトキハ之ヲ全部所有者ニ返還ス可シ(遺失物法一、一三)、但シ此場合ニ於テハ發見者ハ一定ノ報勞金ヲ請求スルコトヲ得(遺失物法四、一三)、

(b)所有者ノ知レサル場合　所有者ノ存在セサルコトハ遺失物法ニヨリ公告ヲナシタル後六ケ月ヲ經過シ請求ノ申出ヲナス者ナキ時ニ確定ス、此場合ニ於テ(一)自己ノ物ノ中ニ於テ埋藏物ヲ發見シタルトキ卽チ發見者ト物ノ所有者カ同一人ナルトキハ發見者埋藏物全部ノ所有權ヲ取得ス、(二)他人ノ物ノ中ニ於テ發見シタルトキハ發見者ト其物ノ所有者折半シテ所有權ヲ取得ス、若シ其物カ數人ノ共有ニ屬スルトキハ數人シテ折半シタル部分ヲ共有ス、又數人シテ同時ニ發見シタルトキハ數人ノ發見者折半シタル部分ヲ共有ス、又埋藏物カ不可分物ナル場合ニ於テハ發見者ト物ノ所有者ト埋藏物ヲ同一ノ割合ヲ以テ共有ス可シ、發見者數人アル場合又ハ包藏物カ共有ナル場合モ類推ス可シ、(三)埋藏物カ兩地ノ疆界ニ存スル場合ニ於テハ兩地ノ所有者ハ發見者ト折半シタル部分ヲ共有ス可シ、卽チ兩地ノ所有者ハ各四分ノ一ノ所有權ヲ取得ス可シ、學術技藝若シクハ考古ノ資料ニ供ス可キ埋藏物ハ其所有者知レタルトキハ之ニ返還ス可キハ勿論ナルモ其所有者知レサルトキハ國庫ノ所有ニ歸ス(遺失物一三)、而シテ國庫ハ埋藏物ノ發見者及ヒ埋藏物ヲ發見シタル土地ノ所有者ニ其價格ニ相當シタル金額ヲ

給ス、若シ發見者ト土地所有者ト異ルトキハ右ノ金額ハ折半シテ之ヲ給ス、而シテ其金額ニ就キ不服アルトキハ國庫ヲ被告トシテ民事訴訟ヲ提起スルコトヲ得、此關係ハ發見者一旦埋藏物ノ所有者トナリ而シテ國庫之ヲ收用スルニ非スシテ國庫ハ直接ニ所有權ヲ取得スルモノト見ル可シ、

以上ノ如ク埋藏物ノ所有權ヲ取得スルニハ埋藏物ヲ警察署ニ差出シ公告後六ケ月ヲ經過スルヲ要スルモノナルカ故ニ埋藏物ノ占有ヲ取得スルコトハ事實上必要ナリ、蓋シ占有セスシテ警察署ニ差出スコトハ不能ナレハナリ(富井博士原論二卷一三〇、一三一參照)、羅馬法獨逸民法等ニ於テハ發見ニ次クニ占有ヲ以テスレハ直ニ所有權ヲ取得シタルモ、本法ノ主義ニヨレハ發見シ占有シ且ツ警察署ニ差出シ公告後六ケ月ヲ經タルヲ要スルナリ、故ニ所有權ヲ取得スルニ占有ハ必要ニ非スト論スルヲ得サルナリ、然ラハ甲者カ發見シ未タ占有セサルニ乙者カ占有シ警察署ニ差出シタル場合ニハ何人カ所有權ヲ取得スルヤ、此ノ如キ問題ハ我民法ニ於テ依然解決セラレス、余輩ノ見ル所ニ於テハ此場合ニハ發見者所有權ヲ取得ス可シ、何トナレハ本條ニ發見者所有權ヲ取得ストアルカ故ナリ、即チ所有權ノ取得ニハ發見ニ次クニ占有屆出ヲ要スルモ發見者自ラ之ヲ爲スヲ要セス、他人カ占有屆出ヲナスモ之ニヨリテ所有權ヲ取得スル者ハ發見者ナリト解スルコトヲ得可シ、然シナカラ右ノ理論ニヨリ發見者カ所有權ヲ取得スルニハ占有者ノ占有ハ發見者ノ行爲ニ基因スルモノナルヲ要ス、例之甲者カ土地ヲ開發シ埋藏物ヲ發見シ未タ之ヲ占有セサルニ乙者カ之レヲ聞知シテ占有シ之ヲ屆出テタル場合ニハ甲者所有權ヲ取得ス可キモ、洪水山崩等ニヨリ露出シタル埋藏物ヲ甲者先ツ認識シ未タ占有セサルニ乙者モ亦之ヲ認メテ占有シ屆出テタル場合ニ於テハ乙者所有權ヲ取得ス可キカ如シ(同論 Planck III § 984 2 B. S 267.)、或ハ發見者ハ發見ニヨリ獨占的先占權ヲ取得シ他人ノ占有ニヨリ占有權ヲ取得スト論スルモ(Gierke D. P. R. II S. 543.)正シカラス、蓋シ是レ埋藏物ヲ以テ無主物トナス根本ノ觀念ニ依ルモノナレハナリ、

(三)所有權取得ノ性質

(イ)埋藏物ノ所有權取得ハ原始的取得ナリ、蓋シ此ノ場合ニ於テハ其所有者知レサルヲ前提トシテ法律上直接ニ所有權ヲ取得スルモノナルカ故ニ之ヲ承繼ト見ルヲ得サレハナリ、

(ロ)埋藏物ノ取得ハ法律行爲ニ非ス、蓋シ埋藏物ノ發見ハ事實ニシテ所有權ヲ取得セントスル意思ヲ要件トセサレハナリ、故ニ無能力者モ亦單獨ニ埋藏物ノ

所有權ヲ取得スルコトヲ得可シ、然シナカラ埋藏物發見ノ爲メニ他人ヲ使用スルヲ妨ケス、被傭人カ埋藏物ヲ發見シタルトキハ使用者其所有權ヲ取得ス可シ(同論 Kober Z § 984 3. B. Planck III § 984. S. 297)、此現象ハ代理ノ法理ニヨリ論スルヲ得ス、蓋シ埋藏物ノ發見ハ法律行爲ニ非サレハナリ、宜シク機關ノ觀念ニ因リテ之ヲ說明ス可シ、然レトモ右ノ原則ハ被傭人カ其業務ノ遂行ニ關シテ(In the couse of employment)發見シタル場合ニ限ル、業務ニ關係ナキ機會ニ於テ發見シタルモノハ被傭人ノ所有ニ屬ス可シ、

(ハ)所有權取得ノ時期ハ遺失物法ニヨリ公告ヲ爲シタル後六ケ月ヲ經過シタル時ナリ、發見又ハ占有ノ時ニ所有權ヲ取得スルニ非ス、若シ夫レ然リトセハ公告ノ結果所有者ノ知レタル場合ニ之ヲ返還スル義務ノ根據ヲ說明スル能ハサル可シ、又其ノ所有權取得ハ敢テ發見ノ時ニ遡ルニ非ス、蓋シ之ヲ遡ラシムル必要モナク又其ノ法律上ノ根據モナケレハナリ、然レトモ發見者ハ發見ノ時ニ於テ所有權ヲ取得ス可キ希望權ヲ有スルモノニシテ其侵害者ニ對シテハ十分ナル保護ヲ受ケサル可ラス、例之甲者埋藏物ヲ發見シ未タ之ヲ採掘セサルニ乙者之ヲ採掘シテ毀損シタル場合ニ於テハ、發見者ハ所有權ヲ取得ス可キ希望ヲ不法ニ侵害セラル丶カ故ニ遺失物法ニヨル條件ヲ備ヘ其所有者知レサルトキハ其所有權ヲ取得スルト同時ニ毀損者ニ對シテハ損害賠償ヲ請求スルヲ得可シ、

(ニ)埋藏物所有權ノ取得ハ先占ニ非ス、然レトモ發見者カ所有權ヲ取得スルニハ所有者ノ知レサルヲ要スルヲ以テ學者往々先占ノ一種ト爲ス(Gierke D. P. R. § 132 Pappenheim, Eigenthumserwerb an Alterthumsfunden Iherings Jahrb XLV 148. Windscheid Pand § 184.)、然レトモ此說正シカラス、蓋シ所有權ヲ取得スルニハ所有者ノ知レサルヲ要スルノミニシテ所有者ナキコト(即チ無主物タルコト)ヲ要セサレハナリ(同論 Dernburg B. R. III § 117 Z. 4.)、吾人ハ埋藏物ノ發見ヲ以テ特別ノ所有權取得方法ト見ント欲ス、

第二百四十二條　不動產ノ所有者ハ其不動產ノ從トシテ之ニ附合シタル物ノ所有權ヲ取得ス但權原ニ因リテ其物ヲ附屬セシメタル他人ノ權利ヲ妨ケス

(一)附合ノ要件　本條ハ不動產ノ附合ヲ規定スルモノニシテ、其要件ハ左ノ如シ、

(イ)不動產ニ附合スルコト　附合ニハ動產ノ附合(次條)ト不動產ノ附合アリ、本條ハ後者ニ關スルモノニシテ二物ノ中ノ一方ハ不動產ナルヲ要ス、而シテ不

動產ノ意義ハ第八十六條ニ依ル(本書一卷三九七以下)、即チ土地及ヒ定著物ナリ、定著物ノ主タルモノハ立木及建物ナル可キモ立木ニ他物カ附合スルカ如キハ蓋シ實例稀ナル可シ、

(ロ)附合物ハ動產ニ限ラス　之レ本條ニ廣ク「附合シタル物」トアリテ之ヲ動產ニ制限セサルニ因リ明ナリトス(反對獨民九四六)、故ニ不動產ト不動產ノ附合ト動產ト不動產ノ附合スル場合ヲ含ム、例之種子ヲ播付ケタルカ如キ肥料ヲ施シタルカ如キ、樹木ヲ植付ケタルカ如キ、土管ヲ埋置シタルカ如キ之ナリ、建物ノ建設ハ附合ニ非ス(反對富井博士原論二卷一四三)、之レ次ノ要件ヲ缺クカ故ナリ、

(ハ)附合ノ事實アルヲ要ス　附合ト云フハ附合物カ不動產ト結合シテ其一部トナリ其獨立性ヲ失フヲ云フ、是レ即チ附合カ所有權取得原因トナル理由ナリ、反對論ニ曰ク法文ニハ「不動產ノ從トシテ之ニ附合シタル物ノ所有權ヲ取得ス」トアルカ故ニ附合物ハ主タル不動產ト同一體ヲ爲サスシテ常ニ別個ノ物ヲ形成スルモノト解スヘキカ如シト(富井博士原論二卷一四三、梅博士民法要義二卷一五七)、然レトモ此解釋ハ誤レリ、其意ハ思フニ所有權ハ獨立物ノ上ニ非サレハ存在セス、而シテ本條ニハ附合物ノ所有權ヲ取得ストアルカ故ニ附合物ハ獨立物タルヲ要ストナスモノナランモ、本條ニ附合シタル物ノ所有權ヲ取得ストアルハ附合ニヨリ附合物上ノ所有權ハ消滅シ不動產ノ所有權附合物上ニ擴及スルノ義ナリ、故ニ附合物ハ附合後猶ホ獨立性ヲ失ハサルナ要ストノ論結ヲ生セサルナリ、且ツ此論ニヨレハ物カ不動產ト合體シテ一物ヲ成スニ至リタル場合ハ之ヲ附合ノ觀念ヨリ除カサル可ラサルニ至ラン此ノ如キハ枝葉ノ爲メニ其根本ヲ誤マルモノナリ、論者ハ敢テ此論結ヲ肯定セス、結合シテ一物ヲ成ス場合ヲモ包含セシメントスルモ其論據機械的ナリト云ハサルヲ得ス、

附合シタル物カ不動產ト結合一體ヲ爲サヽル場合ニハ第八十六條ニ所謂定著物トナルモノニシテ其物上ノ所有權ハ消滅スルコトナシ(本書一卷三九八)、從テ本條ノ適用ヲ受ケス、外國ニ於テハ建物ハ土地ノ一部ト見ルカ故ニ建物ヲ建設スルトキハ其ノ所有權ハ附合ノ理由ニヨリ土地ノ所有者ニ屬シ、權原ニヨリ建設シタル場合ニハ建設者ハ其ノ使用權ヲ有スルモノト見ル、然ルニ我國ニ於テハ建物ハ土地ノ一部ヲ成サス、蓋シ建物ノ構造ヨリ來ル差異ナリ、故ニ權原ニヨリ建設シタルト否トニ拘ラス、建設者ハ其ノ所有權ヲ失フコトナシ、

附合物カ結合シテ一物ヲ成セリヤ否ヤハ一般取引ノ觀念ニヨリテ之ヲ決ス、通常一時的ノ目的ノ爲メニ結合シタル場合ハ一物ヲ成サヽルモノトス、例之假植ノ樹木ノ如シ、又立木(立木ト稱スルハ立木登記法ノ意義ニ於テ之ヲ云フ)建物ノ所有權カ附合ニヨリ消滅セサルハ一般取引ノ觀念并ニ法律ノ規定上土地ノ一部ヲ成スモノト見ラレサルカ故ナリ、

附合物ハ又所謂從物ニ非ス、從物ハ主物ノ處分ニ從フト雖モ然カモ主物ト一體ヲ成スモノニ非ス、故ニ所有權ハ各物上ニ別々ニ存在ス、之ニ反シテ附合物ハ不動產ト合體シテ其ノ一部ヲ成シ附合物上ニ獨立ノ所有權存在スルコトナシ、之ヲ其區別トス、

附合ノ原因ハ或ハ自然力ナルコトアリ、或ハ附合物ノ所有者ノ行爲ナルコトアリ、或ハ不動產所有者ノ行爲ナルコトアリ、又ハ第三者ノ行爲ナルコトアリ、而シテ又其ノ過失ノ有無善意惡意等其場合頗ル多シト雖モ、所有權關係即チ不動產所有者カ附合物ノ所有權ヲ取得スルト云フ效果ニ關シテハ其區別ヲナスヲ要セス、只償金問題ニ至テ其結果ヲ異ニセンノミ、

(二)不動產ト附合物ト所有者ヲ異ニスルヲ要スルヤ

法文ニハ「物ノ所有權ヲ取得ス」トアリ、而シテ自己ノ物ノ所有權ハ之ヲ取得スルヲ得ス、故ニ附合物ハ他人ノ物タルヲ要スルモノヽ如キモ之レ皮相ノ觀ナリ、凡ソ所有權ハ獨立シタル物ノ上ニ非サレハ存在スル能ハス、而シテ附合ニヨリ附合物ハ獨立存在ヲ失フカ故ニ其所有權ハ消滅シ不動產ノ所有權カ附合物ニ擴及スルナリ、附合物上ニ所有權ヲ取得ストハ此義ナリ、左レハ本條ハ兩物ノ所有者同一ナル場合ニモ亦適用アリ(反對說 Planck II S. 247.)、且ツ次條ニ於テ各別ノ所有者ニ屬スル云々ト規定シ本條ニ於テ斯ノ如キ文字ヲ見サルハ其證ノ一トナスニ足ランカ、而シテ其實用ハ附合物カ第三者ノ權利(先取特權)ノ目的タル場合ニ顯著ナリ若シモ反對ノ意見ヲ正シトセハ附合物上ノ第三者ノ權利ハ消滅シ不動產所有者ハ理由ナクシテ利益ヲ得ルニ至ル可シ、余輩ノ見解ニ從ヘハ第二百四十七條ヲ適用スルヲ得ルカ故ニ其結果公平トナル、

(二)附合ノ效果

ハ左ノ如シ、

(イ)所有權ノ取得

附合ニ因リテ附合物上ノ所有權ハ其目的物カ獨立性ヲ失ヒタルカ故ニ消滅シ、不動產ノ所有者ハ附合物上ニ所有權ヲ取得ス、正確ニ云ヘハ附合ニヨリ不動產所有權ノ目的物カ擴張セラレ、從來ノ不動產ノ所有權カ其附合物即チ擴張セラレタル部分ニ及フモノナリ、然リ而シテ其所有權取得ハ終局的ノモノニシテ爾後附合カ解除セラルヽコトアリトスルモ之ニヨリ

テ一旦消滅シタル所有權復活スルコトナシ(羅馬法ハ反對ナリ Windscheid § 188 チ見ヨ)、

右ノ結果ハ(一)ノ條件備ハルトキハ法律上直接ニ生ス可ク何等ノ意思表示モ必要ニ非ス、故ニ附合ハ法律行爲ニ非サルナリ、又本條ノ規定ハ所謂强行規定ニシテ當事者ノ反對ノ意思ヲ容ル、餘地ナシ、

所有權取得ノ理由ハ專ラ公益ニ在リ、一旦結合シテ一體トナリタル物ヲ分離スルコトハ或ハ全ク不能ナルコトアリ、又然ラサルモ多額ノ費用ヲ要シ又ハ附合物或ハ不動產ヲ毀損スルコトアリ、此ノ如キハ國益ニ非サルヲ以テ主タル財產ノ所有者タル不動產所有者ニ其所有權ヲ與ヘ、之レト同時ニ附合物ノ所有者カ被ル可キ損失ハ金錢損害賠償ヲ與ヘテ別ニ之ヲ塡補セシムルモノナリ(第二百四十八條參照)

(ロ)所有權取得ノ例外　之レ本條但書ノ定ムル處ナリ、即チ權原ニ因リテ物ヲ附屬セシメタル場合ニハ假令附合ノ事實アルモ所有權ノ變動ヲ來サス、附合物ノ所有者ハ不動產ヲ原狀ニ復シテ之ヲ收去スルコトヲ得(參照地上權二六九永小作權二七五、使用借權五九八賃借權六一六)、蓋シ權原ニ因リ物ヲ附合セシムル場合ニ於テハ之レ權利實行ノ爲メニスルモノナリ、假シ經濟上ノ不利益ハ之レアリトスルモ權利ヲ實行シテ權利ヲ喪失セシムルコトアル可ラス、是レ附合物ノ所有權ハ消滅セサルモノトナス理由ナリ、

(ハ)損害賠償　附合物ノ所有者ハ本條ノ結果所有權ヲ喪失ス、然レトモ之レ全ク公益ノ爲メニ所有權關係ヲ變更シタルニ過キス、故ニ之カ爲メニ當事者間ニ不公平ノ結果ヲ生セシム可ラス、故ニ第二百四十八條ノ規定ニヨリ附合物所有者ハ不動產所有者ニ對シテ償金ヲ請求スルコトヲ得、

第二百四十三條　各別ノ所有者ニ屬スル數個ノ動產カ附合ニ因リ毀損スルニ非サレハ之ヲ分離スルコト能ハサルニ至リタルトキハ其合成物ノ所有權ハ主タル動產ノ所有者ニ屬ス分離ノ爲メ過分ノ費用ヲ要スルトキ亦同シ

(一)動產附合ノ要件　左ノ如シ、

(イ)各財產皆動產ナルヲ要ス　之レハ說明ヲ要セス、

(ロ)各財產所有者ヲ異ニスルヲ要ス　之レ又說明ヲ要セス、蓋シ本條ニ「各別ノ

所有者ニ屬スル數個ノ動產」トアリテ其意味明瞭ナレハナリ、然シナカラ何故ニ不動產ノ附合ニ就テハ所有者ノ異ルヲ要セスシテ本條ノ場合ニ於テハ之ヲ要スルヤ、余輩ハ此ノ如キ差別ヲ設ク可キ立法上ノ理由ナキモノト信スルナリ、然シナカラ同一所有者ニ屬スル物ノ附合ヲ認ムル實際上ノ必要ハ其物カ第三者ノ權利ノ目的タル場合ニ關ス、而シテ動產上ノ他物權ハ僅カニ質權、留置權、先取特權ニ過キス、然カモ前ノ二者ハ其適用頗繁ナラス先取特權ヲ以テ其ノ適用アルモノトナス、故ニ此ノ場合ニモ附合ノ法理ヲ適用シ、第二百四十七條ヲ適用スルヲ公平トスルニアラスヤ、

(ハ)附合ノ事實アルヲ要ス　附合ノ意義ハ前條ニ述ヘタリ、即チ數物カ合體シテ一物(合成物)ヲ爲シ毀損スルニ非サレハ分離スル能ハサルカ、又ハ分離ノ爲メニ過分ノ費用ヲ要スル狀態ニアルヲ意味ス、然レトモ此ノ狀態カ加工ニ由リ生シタルトキハ第二百四十六條ヲ適用ス可ク本條ヲ適用スルヲ得ス(Plan cir III 8 947. 1.)、又瓦斯體液體及ヒ穀物ニ關シテハ第二百四十四條ノ規定ヲ適用ス可キカ故ニ動產ノ附合ノ場合ハ甚タ頗繁ナラサル可シ、例ヘハ衣服ノ表ト裏ノ如キ、書物ノ裝釘ト內容ノ如キ、又靴ノ上部ト底ノ如キ、障子ト紙、襖ト紙ノ關係ノ如キ其適例ナランカ、

附合ノ原因ハ自然力又ハ人工ニ因ルコトアリ、又善意ナルアリ惡意ナルアリ、又過失ノ有無モ有之可シト雖モ所有權ヲ取得スル關係ニ於テハ何等ノ差別ナシ、只損害賠償問題ニ付キ差異ヲ生スルノミ、

(二)附合ノ效果

(イ)合成物ヲ構成スル各財產ノ中ニ就テ主從ノ區別ヲナシ得ルトキハ主タル動產ノ所有者合成物全體ノ所有權ヲ取得ス、而シテ他ノ動產ノ所有者ニ對シテハ第二百四十八條ニヨリ償金ヲ拂フヲ要ス、各動產ニ就テ主從ノ區別存スルヤ否ヤハ要スルニ裁判官ノ認定ニ屬スル事實問題ナリ、而シテ主タル標準ハ價格及ヒ物ノ性質ナリトス、價格ハ大ナルモ物ノ性質上從タル場合アリ、例ヘハ靴ト靴ノ底ノ關係ノ如シ又物ニ性質上ノ主從關係ナキトキハ價格ノ大小ハ之ヲ決スル有力(唯一ニ非ス)ナル標準トナル可シ、又本條ノ所有權取得ハ終局的ナルコト前條ノ場合ト同シ、爾後附合カ解除セラルヽモ所有權關係復舊スルコトナシ、

(ロ)各動產ノ中ニ主從ノ區別ヲ認メ得可ラサル場合ニ關シテハ次條ヲ見ヨ、

第二百四十四條　附合シタル動產ニ付キ主從ノ區別ヲ爲

スコト能ハサルトキハ各動産ノ所有者ハ其附合ノ當時ニ於ケル價格ノ割合ニ應シテ合成物ヲ共有ス

合成物ヲ構成スル數個ノ動産ノ中ニ就テ主從ヲ區別シ得ルトキハ前條ノ規定ニ從ヒ主タル動産ノ所有者合成物全部ノ所有權ヲ取得ス可キモノトス、而シテ本條ハ主從ノ區別ヲ成シ能ハサル場合ニ於ケル所有權關係ヲ定メタルモノナリ、曰ハク(一)各動産ノ所有者ハ合成物ヲ共有ス可シ、(二)而シテ其共有ノ割合ハ附合當時ニ於ケル價格ノ割合ニ應ス可シト、本條ノ規定ノ旨意ハ斯ノ如クニ明ナリ、而シテ注意ス可キハ本法ノ精神ニヨレハ動産ノ附合ノ場合ニ於テハ單獨所有權ヲ以テ本則トナシ、共有ハ寧ロ例外ト見ルヘキコト之ナリ、之レ前條ト本條ノ位置ニヨリテ明ナル所ナリ、而シテ之ヲ實際ニ適用スルニ當リテハ先ツ各動産中ニ於テ主從ノ區別ヲナシ得可キヤ否ヤヲ試ミ、其不能ナル場合ニ本條ノ適用アリ、即チ本條ヲ適用スルニハ主從ノ區別ヲナス能ハサルコトヲ立證スルヲ要ス、次ニ又共有ノ割合ハ附合當時ニ於ケル價格ノ割合ニ依ルカ故ニ爾後市價ノ變動アルモ之ニヨリ其割合ニ變更ヲ生スルコトナシトス、又終リニハ本條ノ共有ハ終局的ナリ、故ニ爾後附合カ何等カノ原因ニヨリ解除セラルヽコトアリトスルモ所有權關係ハ復舊スルコトナシ、

第二百四十五條　前二條ノ規定ハ各別ノ所有者ニ屬スル物カ混和シテ識別スルコト能ハサルニ至リタル場合ニ之ヲ準用ス

左ノ如シ、

(一)混和ノ要件

(イ)數個ノ物カ動産ナルヲ要ス　此要件ハ本條ニハ見ヘス、本條ニハ單ニ物トアルカ故ニ動産ト不動産又ハ不動産間ノ混和アリ得可キカ如キモ實ハ然ラス、蓋シ混和ニハ次ノ識別不能ノ條件ヲ要ス、而シテ不動産(即チ土地又ハ建物)カ動産又ハ不動産ト混和シテ識別不能トナルカ如キハ吾人之ヲ想像スル能ハサレハナリ、例ヘハ疆界ノ不明トナリタルハ土地ノ混和ニハ非ス、蓋シ物ノ混和アルニ非サレハナリ、

(ロ)數個ノ動産カ所有者ヲ異ニスルヲ要ス　本條ニ各別ノ所有者ニ屬スル物トアルニヨリテ此ノ條件ヲ要スルコト明ナリ、

(ハ)數個ノ動産カ相混和シタルヲ要ス　混和トハ二物カ混合シテ其何レノ部分カ何レノ所有者ニ屬スルヤヲ識別スル能ハサルニ至リタル狀態ヲ云フ、

之ヲ附合ト比較スルニ附合ニアリテハ合成物中何レノ部分カ以前何レノ人ニ屬セシカヲ識別シ得ルモ之ヲ分離スルコトカ無益ノ損耗トナルカ故ニ一方ノ所有者ニ全部ヲ與フルモノナリ、混和ハ即チ然ラス始メヨリ混合物ノ何レノ部分カ何レノ所有者ニ屬セシカヲ識別シ能ハサルモノナルカ故ニ二物ヲ分離スルコト不能ナルモノナリ、故ニ所有權關係ヲ別ニ定ムルヲ要スルナリ、然レトモ之カ分離ノ請求ヲ許サヽルニ至テハ二者全カ同一ナリ、故ニ本條ニ於テハ全然附合ノ規定ヲ混和ニ準用セリ、

以上ノ如キ差別ハ二物ノ性質ニヨリテ生スルモノナリ、例之液體瓦斯體ノ物ノ間ニ於テハ混和ハアリ得ルモ附合ハアリ能ハス、又固體ニ於テモ穀物食鹽砂糖綿紙糸ノ如キ可分物ノ間ニハ混和ハアリ得ルモ附合ヲ生スルハ稀ナル可シ、金屬ハ其液體ナルトキハ混和ヲ生シ固體ナルトキハ附合ヲ生ス可シ、

金錢ニ就テハ混和ニ關スル規定ノ適用ナシ、何トナレハ金錢ハ其性質上何レノ部分ヲ取ルモ經濟上損益スル所ナキカ故ニ不當ニ損得セシメスト云フ意味ニ於テハ公平ニ分離スルコト容易ナレハナリ、

混和ヽ原因ハ種々アル可シト雖モ所有權問題ニ就テハ何等ノ區別ヲナスノ要ナシ、

(二)混和ノ效力　ニ就テハ前二條ノ規定ヲ準用セリ、

(イ)二物ノ間ニ於テ主從ノ區別ヲ爲シ得ルトキハ主物ノ所有者混和物ノ所有權ヲ取得ス、而シテ他ノ所有者ニ對シテハ第二百四十八條ノ規定ニ從ヒ價金ヲ與フヘキモノトス、主從ノ區別ヲ立ツル標準ニ就テハ物ノ性質ト價格ヲ主タル標準トナス可キモ混和ノ場合ニハ價格ヲ標準トナスヘキ場合寡ロ多カル可シ、

(ロ)二物間ニ主從ノ區別ヲナス能ハサルトキハ混和物ヲ各所有者ノ共有トナシ、而シテ共有ノ割合ハ各物カ混和ノ時ニ有セシ價格ノ割合ニ應スルモノトス、此場合ニハ價金問題ヲ生セサルハ勿論ナリトス、

第二百四十六條　他人ノ動産ニ工作ヲ加ヘタル者アルトキハ其加工物ノ所有權ハ材料ノ所有者ニ屬ス但工作ニ因リテ生シタル價格カ著シク材料ノ價格ニ超ユルトキハ加工者其物ノ所有權ヲ取得ス

加工者カ材料ノ一部ヲ供シタルトキハ其價格ニ工作ニ

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トキニ限リ加工者其物ノ所有權ヲ取得ス

(一)加工ノ要件　本條ハ所謂加工 Specificatio ヲ規定ス、加工トハ他人ノ動產ニ工作ヲ加ヘテ之ヲ新物ト化スル行爲又ハ其ノ事實ヲ云フ、大正八年一一、二六、大審院判決、判決錄二五輯二二四頁モ同趣意ニシテ新ナル物件ト化スルヲ加工ト云フト說明セリ、其ノ要件左ノ如シ、

(イ)加工ノ目的物ハ動產ニ限ル　是レ本條ニ特ニ明カナリ、即チ不動產ニ工作ヲ加ヘタル場合例之土地ヲ開墾シ家屋ヲ塗替ヘルカ如キハ所謂加工ニ非ス、此ノ場合ニハ原有權ニ變更ヲ生スルコトナク只僅ニ不當利得償還問題ヲ生スルニ過キサル可シ、

(ロ)材料ノ一部又ハ全部カ他人ニ屬スルヲ要ス　是レ本條ノ一項及ヒ二項ニ於テ明言スル所ナリ、自己ノ物ニ工作ヲ加フルハ本條ノ意義ニ於テ又所有權取得原因トシテノ加工ニ非ス、材料トハ工作ヲ加フル物體ノ義ニシテ必シモ粗製品又ハ自然品タルヲ必要トセス、

(ハ)工作ニヨリ新物ヲ生スルヲ要ス　加工ニ由リテ生シタル新物ヲ加工物ト稱ス、原料タル物ト新物トカ別種ノ物タルヲ觀念上必要トス、單ニ原物ニ對シテ修繕改良ヲ加フルカ如キハ此ノ故ニ加工ニ非ス、加工物カ原料トハ別種ノ物トナリタリヤ否ヤハ取引ノ觀念ニ從ヒテ決ス可キ事實問題ナリ、一定不變ノ標準ハ之ヲ定メ難シト雖モ其取引上ノ名稱ヲ異ニスルコトハ注意ス可キ有力ナル點ノ一ナリトス、例ヘハ皮ヲ以テ靴ヲ作リ、金銀塊ヲ以テ指環時計ヲ作リ、耕地ニ繪ヲ描テ繪畫トナシ、木材ヲ以テ器具ヲ作リ、布ヲ以テ衣服ヲ作リ、麥粉ヲ以テ麵麭ヲ製シ、砂糖ヲ以テ菓子ヲ製ルノ類之ナリ、

羅馬法ニ於テハ加工カ單ニ材料ノ表面ニ止マルトキハ所有權關係ニ變更ナシトセリト雖モ本法ニ於テハ此ノ如キ制限ナキカ故ニ、苟モ加工物カ新物ト見ラルル程度ニアラハ本條ノ適用ヲ受ク可シ、例ヘハ白紙ニ印刷シ又ハ繪畫文字ヲ描キ又ハ石材木材ニ彫刻ヲ施スカ如キ之ナリ(獨逸民法九五〇同)、

又羅馬法ニ於テハ加工物ヲ原狀ニ同復シ得ルヤ否ヤニ由リ法律上ノ結果ヲ異ニシ、加工物ノ所有權ハ之ヲ原狀ニ同復シ得ル場合ニハ材料ノ所有者ニ屬シ同復シ能ハサルトキハ加工者ニ屬シタリ(Windscheid pand § 187. anm 2.)、墺太利民法(墺民四一五)モ又此區別ヲ認メス、

區別ヲ認ムルモ本法ハ近世多數ノ立法例ニ從ヒテ此

又羅馬法ニ於テハ加工者カ所有權ヲ得ルニハ其善意ナルヲ要件トセリ(Windscheid A. A. O. anm 3.)、即チ其材料カ自己ノ所有ニ屬スト誤信セルヲ必要トセリト雖モ我民法上ハ此ノ如キ條件ヲ必要トスル根據ナキカ如シ、然レトモ其善意ナルト否トハ價金額ヲ決スルニ當リ意味アル可シ(二四八)、

又新物ハ工作ニヨリテ生シタルヲ要ス、之レ加工カ附合混和等ト區別セラルル要點ナリ、本法ノ主義ニヨレハ附合混和ニヨリテモ新物ヲ生スルナリ、即チ合成物混和物ノ名アル所以ナリ(二四七)、然レトモ之等ノ場合ニ於テハ新物ノ生スル原因ハ物ト物トノ結合又ハ混和ニ依ル、反之加工ニ於テハ新物ノ生スル原因ハ物ト勞力ノ結合ニ依ルモノナリ、乍然本條第二項ノ場合ノ如ク加工者モ亦原料ノ一部ヲ供スルコトアリ、然ルトキハ所有者ヲ異ニスル二物ノ結合又ハ混和アルト同時ニ勞力ノ加ハレルモノナリ、故ニ其ノ性質ヲ論スレハ加工ト附合又ハ混和ト併發セルモノニシテ其性質ハ混合的ナリト云ハサル可ラス、然レトモ苟モ工作カ加ハル場合ニ於テハ凡テ加工ノ規定ノ支配ヲ受ク可キモノニシテ附合又ハ混和ノ規定ニ依ルヲ得ス、蓋シ本條第二項ハ右ノ混合的ノ場合ニ關スル特別ノ規定ナレハナリ、例ヘハ甲ナル犬工カ乙ノ材料ト自己ノ材料トヲ以テ箱ヲ作リタリトセハ一方ニハ甲乙兩人ノ動產ノ附合アリ、又他ノ一方ニハ乙ノ材料ニ對スル甲ノ加工アルモノナリ、此ノ場合ニハ附合ノ規定ニ依ラスシテ本條第二項ニ依ル、

(二)加工ノ效力

(イ)加工物ノ所有權ハ原則トシテ材料ノ所有者ニ屬ス

加工物ノ所有者ヲ決スルニ就キ三種ノ制度アリ、(一)ハ材料ノ所有者ニ加工物ノ所有權ヲ與フルモノニシテ羅馬古法ニ於テハ「ザビニアン」派之ヲ唱ヘ獨逸古法モ亦然リシト云フ(Gierke D. P. R. II S. 584.)、(二)ハ正反對ノ主義ニシテ加工者ニ加工物ノ所有權ヲ與ヘントスルモノニシテ羅馬古法ノ「プロクリアン」派之ヲ主張シ、近世ノ立法之ニ屬スルモノ多シ(普國々法一部九章二九九、佛民五七〇、墺民四一四等)、(三)ハ折中主義ニシテ原則ヲ第一說又ハ二說ニ置キ或ハ原狀回復ノ能否ニヨリ或ハ材料ト工作ノ價格ノ比較ニヨリテ例外ヲ認ムルモノナリ、本法ノ主義ハ折中主義ニシテ原則ヲ第一說ニ取リ、材料ト工作ノ價ニ由リテ例外ヲ設クルモノナリ、

材料カ數人ノ共有ニ屬スル場合ニ付テハ特ニ規定ナキモ其割合ニ應テ加工物ヲ共有ス可シ、又數人ノ材料ヲ取テ之レニ加工シタル場合ニ就テモ規定存セサレトモ此場合ニハ附合ノ規定ヲ準用シ主タル材料ノ所有者加工物ノ單

獨所有者トナリ、主從ヲ別ツ能ハサルトキハ材料ノ價格ニ應テ加工物ヲ共有スヲ可シ、

(ロ)例外ノ一　工作ニ因リテ生シタル價格カ著シク材料ノ價格ニ超ユルトキハ加工者其物ノ所有權ヲ取得ス、

材料又ハ工作ノ價格ト材料ノ價格トヲ比較ス可キモノニシテ、材料ノ價格ト加工物ノ價格トヲ比較ス可ラス、若シ然ラサルトキハ加工物ノ價格ハ常ニ材料ノ價格ヨリ著シク大ナル可キカ故ニ加工者ハ常ニ所有權ヲ取得スル結果トナリ本條ノ精神ニ反ス可シ、例ヘハ材料カ百圓ニシテ加工物ノ價カ五百圓ナリトセハ、四百圓ノ增價ハ工作ニヨリ生シタルモノニシテ工作ノ價ナリ、卽チ四百圓ト百圓トヲ比較ス可キモノニシテ、百圓ト五百圓トヲ比較ス可ラス、而シテ又本例外ノ適用アルニハ工作ノ價格カ「著シク」材料ノ價ニ超加スルヲ要ス、「著シク」ト云フハ程度問題ニシテ「僅カニ」ニ對スルモノナリ、而シテ其ノ超過格果シテ「著シカ」ト云ヒ得ル程度ニ達セリヤ否ヤハ裁判官ノ認定ニヨル、

(ハ)例外ノ二　加工者カ材料ノ一部ヲ供シタルトキハ其價格ト工作ノ價格ノ和カ他ノ材料ノ價格ニ超ユルトキハ加工者加工物ノ所有權ヲ取得ス、而シテ前ノ場合ト異リテ其ノ差額著シキヲ要セス、卽チ其計算法ハ先ツ加工物ノ價ヲ算シ、次テ總原料ノ價ヲ定メ、後者ヲ前者ヨリ控除シ其殘額ヲ以テ工作ノ價トナシ、之レニ加工者ノ供シタル材料ノ價ヲ加ヘテ得ルトコロノ和ヲ他人ノ供シタル材料ノ價ト比較スルナリ、

右計算法ニ於テハ材料ノ價ハ常ニ加工當時ノ價ヲ標準トシ、加工物ノ價ハ現時ニ於ケル價ヲ標準トス可シ、故ニ物價ノ變遷ニヨリ材料ノ價カ加工物ノ價ニ超加シ工作ノ價ヲ存セサルニ至ルコトナキニ非ス、又材料ノ價ハ終始一定シ、工作ノ價ハ時々變更スルモ之レ已ヲ得サルナリ、

(ニ)加工者又ハ材料ノ所有者カ加工物ノ單獨所有權ヲ得タル場合ニ於テハ第二百四十八條ノ規定ニヨリ賠償義務ヲ負フ、

(三)加工ニ因ル所有權取得ノ理由

ニ就テハ從來種々ノ說アリ、(一)材料所有者カ加工物ノ所有權ヲ取得スル場合ニ關シテハ或ハ之レ所有權當然ノ作用ナリト論スルアリ、何トナレハ所有權ハ一形體ヲ成ス物上ニ存スルノミナラス之ヲ形成スル分子上ニ存スルモノナルカ故ニ、物カ加工ニヨリ性質ヲ變スルモ所有權ハ依然變スルコトアル可ラスト(富井博士原論二、一五〇)此ノ論必シモ不可ナラス、然レトモ本法カ此ノ說ヲ取リタルモノトスレハ本條ノ如キ特別ノ規定ヲ要

モ、加之加工ハ所有權取得原因ニ非サル結果トナル可シ、故ニ余輩ハ寧ロ加工ニ有者ハ法律ノ規定ニヨリ即チ物カ新物ト化スルニヨリ材料上ノ所有權ハ消滅シ、同時ニ材料ノ所有權ハ新ニ生シタル加工物上ニ所有權ヲ取得スルモノト解セン、トス、(二)加工者ノ所有權ヲ取得スル理由ニ就テハ從來先占說(Vangerow Pand § 113. Bechmann Archiv F. civil Praxis XL VII S. 25.)ト加工說(Bremer, Kritische V. J. S. X S. I. Leist. civil. Studien III S. 119. Kohler, Jahrb. F. Dag X VIII S. 231.)ト相對持スルアリト雖モ後說ヲ正シトス、前說ニヨレハ加工ニヨリ舊物ハ消滅シ、從所有權モ從テ消滅シ、一旦無主物ヲ生スルヲ以テ先占ニヨリ其所有權ヲ取得スト見サルヲ可ラス、然レトモ此ノ說ニヨレハ加工者ハ何故ニ材料ノ價カ工作ノ價ヨリ大ナル場合ニ所有權ヲ得スヲ說明スルヲ得ス、故ニ寧ロ加工者ハ勞力ヲ加ヘ價ヲ增シ取得スルカ故ニ所有權ヲ取得スト說明スルヲ以テ要ヲ得ヌルモノト信ス、然ラハ即チ工作ノ價カ少ナル場合ニモ其割合ニヨリ所有權ヲ取得セサル可ラサルヲ理ナリ、然レトモ本法ハ共有ヲ以テ經濟上不利益ナル形權ヲ取得セシ加工物ノ共有ハ絕對ニ之ヲ遮ケ、加工物ノ創作ノ爲メニ最モ大ナル犧牲ヲ拂ヒタル者ニ全部ノ所有權ヲ與ヘントスル主義ヲ取レリ故ニ勞力ノ價カ著シク材料ノ價ヲ超ヘサルトキハ加工物ノ所有權ヲ取得スルヲ得サルノミ、即チ此例外ハ所有權取得ノ原因ヲ

(四)所有權取得ノ性質　所有權取得ノ理由ニ就テハ右ノ如ク學說相違ルヲ、加工ノ性質又ハ加工ニヨル所有權取得ノ性質ニ就テハ學說大抵一致ス、(一)加工ハ法律行爲ニ非ス、加工ニヨル所有權ノ取得ハ直接ニ法律ノ規定ニ因ル、此點ニ付キテハ反對說ヲ唱カス(同論 Planck III § 950.; Biermann, Sachenrech § 950. Kober Z § 950. Endemann Lehrb. II § 84; Cosack II § 203.)、故ニ無能力者モ亦加工ニヨリ所有權ヲ取得スルコトヲ得、又代理ハ法律行爲ニ關スル制度ナルカ故ニ加工ニハ適用ナシ(同論 Endemann II § 84. S. 333. anm 11. Planck A. A. O.)、然レトモ加工ノ爲メニ他人ノ保助ヲ受ケ又ハ機械トシテ他人ヲ使用スルヲ妨ケス、此ノ場合ニハ使用者ヲ以テ加工者トナス(同論 Dernburg III § 109, Ko'er A. A. O. Planck A. A. O.)、又加工ニヨル所有權取得ハ加工者カ所有權ヲ取得スル場合ハ勿論、材料ノ所有者カ加工物ノ所有權ヲ取得スル場合ニ於テモ原始的取得ナリトス、而シテ其所有權取得ハ終局的ニシテ影響スル所ナシ、

(五)加工ニ關スル規定ハ當事者ノ意思解釋ノ規定ニ非スシテ公益保護ノ理由トナスト雖モ、直接ニハ當事者(加工者ト材料所有者)ノ利益ニ關スルモノ

ナルカ故ニ契約ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ得可シ、之レ請負契約ニ於テ其ノ例ヲ見ル所ナリ、即チ原料ノ所有者カ契約ニヨリ他人ヲシテ加工セシムル場合ニ於テハ加工ノ價著シク原料ノ價ニ超過スルトキト雖モ加工者其所有權ヲ得ルコトナシ、例ヘハ大理石ヲ供給シテ之レニ精巧ナル彫刻ヲ施サシムル場合ノ如シ(同論 Planck A. A. O. N. 3.)、原料ノ所有者ノ許諾ヲ得テ加工スル場合モ亦然リトス、(大正六、六、一三、大審院判決同旨趣)

第二百四十七條　前五條ノ規定ニ依リテ物ノ所有權カ消滅シタルトキハ其物ノ上ニ存セル他ノ權利モ亦消滅ス

右ノ物ノ所有者カ合成物、混和物又ハ加工物ノ單獨所有者ト爲リタルトキハ前項ノ權利ハ爾後合成物、混和物又ハ加工物ノ上ニ存シ其共有者ト爲リタルトキハ其持分ノ上ニ存ス

(一)第一項

(イ)立法理由

附合、混和、加工(二四六、二項ノ場合)ニ依リ從タル物ハ獨立性ヲ失ヒ主タル物ニ併合セラレ、其存在ヲ失フカ故ニ、主物上ノ所有權ハ擴張セラレタル新物ノ上ニ及ヒ同時ニ從物上ノ所有權ハ消滅ニ歸スルナリ、而シテ從物上ニ他物權カ存在スル場合ニ於テハ其他物權モ亦消滅ニ歸スルモノトス、蓋シ他物權ハ他人ノ所有物上ニ非サレハ存スルヲ得サル權利ナルカ故ナリ、

(ロ)適用ノ範圍

右述ヘタルカ如ク附合混和加工ニ依ル所有權關係ノ變更ハ目的物ノ變更ニ由リテ必然的ニ生スルモノニシテ其性質上二物カ所有者ヲ異ニスルヲ必要トセサルナリ、例ヘハ或人カ自己ノ材木ト釘トヲ以テ箱ヲ作リタリトセハ釘ノ所有權ハ消滅シ材木ノ所有權モ亦消滅シ新ニ生シタル箱ノ所有權ヲ取得ス可シ、地金ノ所有者カ自ラ加工シテ指環ヲ製造スル場合モ亦同シク地金ノ所有權消滅シテ新ニ指環ノ所有權ヲ取得スルナリ、即チ二物ノ所有者(又ハ加工者ト材料ノ所有者)カ同一人ナル場合ニ於テモ所有權關係ニ變更ヲ生スルヲ知ル可シ、

乍然本條ニハ「前五條ノ規定ニ依リ」云々トアリテ前五條中所有者ヲ異ニスルヲ要セサルモノハ獨リ第二百四十二條アルノミ、故ニ同條ヲ除キテハ所有者ヲ同フスル場合ニハ當然本條ヲ適用スルヲ得ス、

又單ニ所有權ノ關係ニ就テノミ論スレハ二物ノ所有者同一人ナル場合ニハ

特ニ規定ヲ設クルノ必要ナシ、然レトモ其消滅シタル物上ニ他物權ノ存スル場合ニハ大ナル利害關係アリ、例ヘハ或人カ自己ノ釘ト材木ヲ以テ箱ヲ作リタルニ其材木カ他人ノ先取特權ノ目的タリトス、此場合ニ本條ヲ準用セハ他人ハ箱ノ上ニ先取特權ヲ行フヲ得ルモ、若シ本條ノ準用ナシトセハ先取特權ハ消滅ニ歸シ僅ニ不當利得ノ請求權ヲ生スルニ過キサル可シ、是レ公平ニ非サルカ故ニ本條ノ規定ハ之ヲ二物ノ所有者カ同一人ナル場合ニ準用スルヲ可トセンカ、

「其物ノ上ニ存セル他ノ權利」ト云フハ他物權ノ義ニシテ債權ヲ包含スルコトナシ(Kober S. 117.)、是レ其文章上明ナリ、特定物ヲ目的トスル債權モ亦目的物ノ滅失ノ爲メニ消滅ニ歸ス可キモ之レ履行不能ニ依ルモノニシテ其效果ハ債權篇ノ規定ニヨリ定ム可キモノナリ、而シテ前五條ノ規定ニヨリ消滅ニ歸スルモノハ第二百四十二條ノ場合ヲ除ク外ハ常ニ動產所有權ナリ、而シテ動產上ニ存シ得可キ他物權ハ質權先取得權、留置權ノ三者アリト雖モ留置權ニ就テハ其適用ヲ想像シ難シ、

(二)第二項

前項ハ附合混和加工ノ法律論理當然ノ結果ヲ示シタルモノニシテ本項ハ之ニ對スル救濟ヲ定ムルモノナリ、即チ附合混和加工ニヨリテハ附合物混和物又ハ加工物ナル新物ヲ生スルト同時ニ從來ノ兩物ハ其主物ナルト從物ナルトヲ論セス共ニ消滅ニ歸スルナリ、從テ之等ノ物ノ上ニ存セシ他物權モ一切消滅ニ歸セサルヲ得ス、然レトモ此理論ヲ貫クトキハ他物權者ハ故ナク損害ヲ蒙ル可キカ故ニ本項ニ於テ特ニ之ヲ保護シ、(一)他物權ノ目的タリシ物ノ所有者カ合成物混和物加工物ノ單獨所有者トナリタルトキハ其消滅ス可カリシ他物權ハ本條ノ直接ノ作用ニヨリ爾後合成物混和物加工物ノ上ニ存スルモノトス、而シテ前數條ノ規定ニヨリ合成物混和物加工物ノ單獨所有者トナル者ハ主タル物ノ所有者ナリトス、(二)二物ニ就テ主從ノ別ヲ爲ス能ハサル場合ニハ共有トナス場合アリ(二四四、二四五)、此場合ニハ消滅ス可カリシ他物權ハ其持分ノ上ニ存スルモノトス、(三)而シテ規定ヲ缺クハ他物權ノ目的タル物カ新物ヲ構成スルニ付キ從タル作用ヲ爲シタルニ過キサルトキナリ、例之甲乙二物ヲ混和セシムルニ用ヒタル燃料ノ類ナリ、此場合ニ於テハ其物ノ所有者ハ單獨所有者トモナラス又共有者トモ成ラス、全ク所有權ヲ失ヒ其代リニ次條ノ規定ニ從ヒテ損害賠償請求權ヲ有ス可キノミ、然レトモ此請求權ハ第三百四條第三百五十條ニ所謂目的物ノ滅失ニヨリ債務者ノ受ク可キ金錢ニ外ナラサルカ故ニ、他物權者タル先取特權者又ハ質權者ハ其請求權ノ差押ヲ爲シテ各其權利ヲ行フコトヲ

得ンカ(同論梅博士民法要義第二卷二四七條)、

第二百四十八條　前六條ノ規定ノ適用ニ因リテ損失ヲ受ケタル者ハ第七百三條及ヒ第七百四條ノ規定ニ從ヒ償金ヲ請求スルコトヲ得

(一)立法理由　附合、混和、加工ノ結果動産所有者ノ一人ハ其所有權ヲ失ヒ他ノ一人ハ其所有權ヲ擴大ス、之レ公益ノ理由ニ基クモノナリト雖モ然カモ當事者間ノ關係ヲ論スレハ頗ル不公平ナリト云ハサル可ラス、此ノ故ニ本條ニ於テハ實質上ノ理由ナクシテ損失ヲ蒙リタル所有者ヲシテ利益ヲ得タル所有者ニ對シテ金錢上ノ補償ヲ請求スルコトヲ得セシム、本條ノ規定アリテ始メテ前六條ノ規定ハ正當トナル、

(二)請求權ノ性質　本條ノ規定ニヨル請求權ハ嚴格ニ論スレハ不當利得ノ返還請求權ニ非ス、蓋シ不當利得トハ法律上ノ原因ナクシテ利益ヲ受クル事實ヲ云フ(七〇三)、然ルニ前六條ノ適用ニヨリ利益ヲ得ルハ之レ契約不法行爲等ト相比ス可キ法律ノ直接規定ニヨリ利益ヲ得ルモノニシテ完全ナル法律上ノ取得原因存在スルナリ、故ニ之ヲ不當利得ト云フ可ラス、又若シモ前六條ノ規定ニヨリ利益ヲ得ルコトカ不當利得ナリトセハ第七百三條ノ適用ハ當然ナリ、何ソ本條ヲ設クルノ必要アラン十、故ニ本條ノ請求權ハ法律カ特別ニ與ヘタル請求權ト見ルヲ可トス、但シ其請求權ノ內容ハ特ニ本條ノ規定ニ依リ不當利得ノ規定ニ依リテ之ヲ定ムルノミ、

(三)請求權ノ內容　ハ第七百三條第七百四條ヲ適用シテ之ヲ定ム、即チ受益者カ惡意ナルトキハ利益カ現存スルト否トニ拘ハラス受ケタル利益ニ利息ヲ附シテ返還ス可キモノトシ、尙ホ夫以外ノ損害モ之ヲ賠償ス可キモノトス、此場合ニ於ケル惡意トハ他人ノ物ヲ附合混和又ハ加工シテ所有權ヲ取得セントスル意思ヲ指スニ非スシテ他人ノ物タルコトヲ知テ附合混和加工スルヲ云フ、例ヘハ他人ノ布ニ刺繍ヲ施シタル場合ニ於テハ其所有權ヲ取得セントスル意思ナシトスルモ其他人ノ布タルコトヲ知ルニ於テハ惡意ノ受益者ト曰ハサルヲ得ス、受益者カ善意ナルトキハ第七百三條ニヨリ現ニ利益ノ存スル限度ニ於テ返還ノ義務ヲ負フ、善意トハ他人ノ物タルコトヲ知ラスシテ卽チ他人ノ物ヲ自己ノ物ナリト誤信シテ附合混和又ハ加工シタル場合ヲ云フ、附合混和又ハ加工カ受益者ノ行爲ニ依ラス自然力第三者ノ行爲又ハ損失者ノ行爲ニ基ク場合ハ嚴格ニ云ヘハ善意ノ受益者ニ非サルモ第七百三條ノ規定ニ依ル可シ、

(四)請求權ノ當事者　請求權者ハ前六條ノ適用ニヨリ所有權又ハ勞務ヲ空費シ損失ヲ受ケタルモノナリ、獨リ疑ハシキハ所有權消滅ノ結果先取特權質權ヲ失ヒタル第三者ハ本條ノ請求權アリヤ否ヤノ問題ナリ、一面ヨリ見レハ本條ノ規定ハ廣漠タルカ故ニ此場合ヲモ含ムカ如キモ余ハ其ノ否ナルヲ信ス、何トナレハ此場合ニ於テハ受益者ハ所有權喪失者ニ對シテ賠償義務アリ、而シテ先取特權者質權者ハ所有者ノ賠償請求權上ニ其權利ヲ行ヒ得ルコト前述ノ如シ(三〇四、三五〇)、然ラハ卽チ法律ノ目ヨリ見レハ損害ヲ受ケタリト云フヲ得サレハナリ、請求ノ相手方ハ勿論受益者ナリ、受益者トハ前六條ノ規定ニヨリ直接ニ所有權又ハ勞務ヲ利シタル者ヲ指シ、間接ニ利益ヲ得タル者ハ此內ニ在ラス、例ヘハ受益者ノ債權者保證人等ハ此ニ所謂受益者ニ非ス、又第二百四十四條第二百四十五條ノ規定ニヨリテ共有トナル場合ニ於テハ純理上權利ノ得喪ナキニ非サルモ法律ノ目ヨリ見レハ互ニ損得ナキモノト云ハサル可ラス、

(五)其他ノ保護　附合、混和、加工ノ事實ハ同事ニ他ノ法律事實例之不法行爲ヲ構成スルコトナキニ非ス、例之他人ノ動產タルコトヲ知テ之レニ加工又ハ混和スルハ所有權ノ侵害ニシテ故意又ハ過失ニ出テタルトキハ不法行爲ナリト云ハサル可ラス、此場合ニ於テハ損失者ハ本條ノ請求權ヲ有スルト同時ニ不法行爲ニ基ク請求權ヲ有ス可シ(反對富井博士原論二卷一五一、梅博士民法要義二卷二四八條)、然レトモ之レ同一ノ經濟上ノ目的ニ對シテ法律カ與ヘタル兩種ノ手段ナルカ故ニ、何レカ一方ヲ行使シテ滿足ヲ得タルトキハ他ノ一方ハ消滅ス可シ、卽チ請求權ノ競合ヲ來ス可シ、

第三節　共有

總說

(一)共有ノ觀念及種類　一物カ數人ニヨリ支配サル、現象ヲ稱シテ廣義ニ於ケル共有ト云フ、而シテ凡ソ左ノ如キ形式ヲ想像スルコトヲ得

(イ)區分有　區分有(Copropriété sans indivision)トハ一物ヲ區分シテ數人カ各其一部ヲ所有スル狀態ヲ云フ、此ノ種ノ共有ハ所有權ノ觀念ニ反スルカ故ニ之ヲ認ムルヲ得ス、蓋シ所有權ハ物ヲ完全ニ支配スル權利ナルカ故ニ(本章總說(一)ノ(イ)參照)觀念上一物上ニ數個存在スルヲ得サレハナリ、(一)第二百八條ノ場合ハ純然タル區分有ト解ス可ラス、是レ一棟ノ建物カ分割セラレテ經濟上數個ノ獨立物ト見ラルル場合ニ其各部上ニ完全ナル所有權ノ存在スル場合ニ外ナラス、數個ノ建

物カ棟ヲ一ニスルハ異トス可キモ一物上ニ數個ノ所有權ノ存スル場合ニハ非サルナリ、(二〇八(一)參照)、(二)又地上權ハ往々土地ノ上部ノ所有權ナリト解セラル、此ノ說ニヨレハ一ノ土地カ其上部ト下部ト所有者ヲ異ニスルカ故ニ眞ノ區分有ナル可キモ、本法ノ地上權ハ其性質他物權ニシテ所有權ニ非サルカ故ニ是レ又區分有ノ場合ニ非ス、

(ロ)所有權ノ共有

(イ)ニ述ヘタル所ハ一物ヲ區分シテ各部分上ニ所有權ヲ認メントスルモノナリ、玆ニ述ヘントスル所ハ物ヲ區分セスシテ一ノ所有權ヲ數人ニ屬セシメントスルモノニシテ、更ニ之ヲ細分スレハ、

(a)所有權ヲ分割スルコトナク即チ全體トシテ數人ニ屬セシムルモノアリ(之ヲ(Jointtenants gesamteigenthum oder Gemeinschaft zur gesamten Hand.ト稱ス、)此種ノ共有ニ於テハ各共有者ハ持分ヲ有セス(反對 wolff, sachenr S. 269.)、從テ各共有者ハ自己ノ持分ヲ自由ニ處分スルヲ得ス、所有權ハ全體トシテ數人ニ屬スルカ故ニ其處分及ヒ管理モ所有權全體ニ關スルヲ要シ又共有者全員ノ共同行爲ヲ要ス、此種ノ共有ハ理論上可能ナルノミナラス又實際上モ便宜ナルコトナキニ非ス、即チ數人間ニ或目的ノ爲メニスル結合存シ其目的ノ爲メニ特別財產ヲ設ル場合ニハ此種ノ共有ヲ便利トス、蓋シ其目的ノ存スル間ハ其持分ヲ處分スルヲ得サレハナリ、詳言スレハ對人的ノ信用ヲ基礎トスル結合ニ於テハ其財產ノ共有者カ變更スルトキハ自然其結合ヲ維持スルヲ得サルニ至ル、故ニ共有分ノ處分讓渡ヲ許サヽル此ノ種類ノ共有ハ其目的ニ適スト云可シ、獨逸ニ於テハ組合夫婦財產契約及ヒ共同相續ノ場合ニ此種ノ共有關係ヲ認ム、本法ニ於テハ特ニ此種ノ共有ヲ認ムル場合ナシ、只夫婦財產契約ハ當事者任意ニ其內容ヲ定ムルヲ得ルカ故ニ(七九三)此種ノ共有ヲ定メ得サルカノ問題ヲ生ス、或ハ曰ハン、此種ノ共有ハ法律ノ規定スル所ニ非サルモ夫婦財產契約ハ之ヲ登記セシムルモノナルカ故ニ(七九四)是ヲ認メテ不可ナカル可シト、然レトモ夫婦財產契約ノ自由ハ法律ノ認メタル物權關係ノ範圍內ナルヲ要ス可シ、若シ然ラサレハ法律ノ認メサル新ナル種類ノ物權ヲモ自由ニ設定シ得ルニ至リ公益ニ反スルニ至ル可シ、若シ夫レ入會權ニ至リテハ第一位ニ各地ノ慣習ニ從フヘキモノナルカ故ニ(二六三)此ノ種ノ共有關係ノ存スルコト稀ナラサルヘシ、然レトモ入會權ノ凡テカ此ノ種ノ共有ナリト云フヲ得ス、

(b)所有權ヲ分割シテ其各部分ヲ數人ニ專屬セシムルモノアリ、此種ノ共有ハ更ニ分チテ二トナス、

(甲)所有權ヲ其內容タル權能ニ從テ分割シ各權能ヲ數人ニ屬セシムルモノ、例

ヘハ甲ハ處分權ヲ有シ、乙ハ使用權、丙ハ收益權ヲ有スルモノトシ各權能ヲ有スル者ヲ所有權者ト看做スカ如キ之ナリ、此思想ハ一時廣ク行ハレ現在ニ於テモ猶之ヲ認ムルモノアリト雖モ、本法ハ之ヲ認メス、本法ニ於テハ所有權ハ物ヲ完全ニ支配スル權利ナリ或種類ニ限ラレタル權能ハ所有權ニ非サルナリ、(本章總說(二)ノ(ハ)參照)、

(乙) 所有權ヲ分量的ニ分割スルモノ、即チ所有權ヲ分數ニ從ヒテ二分ノ一、三分ノ一ト云フカ如クニ分割シ、其各部ヲ數人ニ專屬セシムルモノナリ (tonang in common, Gemeinschaft bei Bruch teile) 此方法ニ依レハ其各部ノ包含スル內容ハ所有權ト其成分ヲ同フシ只分量ヲ異ニスルノミナリ、換言スレハ其各部分カ處分權使用權收益權等ノ一切ノ權能ヲ一部ツヽ包容スルナリ、此共有觀念ニ對シテハ非難アリ、曰ハク所有權ハ完全ナル物ノ支配權ナリ、之ヲ分量的ニ分割セハ各自ノ持分ハ完全ナラス、嵐ニ持分ハ所有權ニ非ス從テ共有物ハ無主物トナル可シ又若シモ之ヲ所有權ナリトセハ一物上ニ多數ノ所有權存スルニ至ル可シ、是兩ナカラ不可ナリト此非難ハ一部ノ理由アリ若シモ持分ヲ以テ完全ノ所有權ト解セハ論者ノ如キ比難アル可キモ、持分ハ所有權ニ非スシテ所有權ノ一部ニシテ其各部ヲ合シタルモノカ完全ナル所有權ナリト解セハ共有物ハ無主物トナルコトモ無ク、又一物上ニ二個ノ所有權ヲ生スルコトモ無シ、故ニ所有權ヲ此ノ如キ方法ニ分割スルハ不能ニ非ス、而シテ其分割セラレタル所有權ノ一部カ所謂持分ニシテ各共有者ニ專屬ス、此故ニ持分ハ隨意ニ之ヲ處分スルコトヲ得ルナリ、又登記法ニ於テハ持分ニ對スル處分(例之賣入)ニ付キ登記ヲ認ム、本法ノ又從テ本節ニ於テ認ムル共有ハ此ノ種類ニ屬スルモノナリ、民法ニ於テ單ニ共有ト云フ場合ニハ常ニ此種ノ所有權ノ共有ヲ意味スルモノト知ル可シ、

(二)持分ノ性質

持分ハ所有權ノ一部ナリ、其成分ハ所有權ト異ラス、只分量的ニ完全ナル所有權ニ如カサルノミ、而シテ所有權全體トシテハ數人ニ分屬スルモ、其各持分ハ各共有者ニ專屬ス、是ノ二點ハ我共有制度ノ根本觀念ナリ、其ノ結果トシテ

(イ) 持分ハ所有權ノ一形式ニシテ特種ノ物權ニ非ス、從テ其處分ノ方法登記及ヒ第三者ニ對スル關係等ニ於テ總テ所有權ニ關スル規定ニ從フ、加之持分ハ所有權ノ一形式ナルカ故ニ彈力性(本章總說(二)參照)ヲ有シ、共有者ノ一人カ持分ヲ拋棄スルトキハ其持分ハ無主物トハナラス、シテ當然他ノ共有者ニ歸屬ス(二五五)即チ持分ハ互ニ擴大シテ完全所有權トナラントスル潛在力ヲ有シテ互ニ相競合シツヽアルモノナリ、

(ロ)持分ハ各共有者ニ專屬ス、是本法ノ前提トスル所ナリ、此故ニ各共有者ハ任意ニ他ノ共有者ノ同意ヲ得ルヲ要セスシテ其持分ヲ處分(讓渡、拱贈保、拋棄)スルコトヲ得、

(三)共有者間ノ關係

共有者間ノ關係ハ債權關係ニ非ス、一共有者ノ權利カ持分ノ範圍ヲ超ユル能ハサルハ敢テ他ノ共有者ニ對シテ、此ノ如キ債務アルカ故ニ非スシテ、他ノ共有者モ亦持分ヲ有シ其持分ヲ侵害スルヲ得サルカ故ノミ、卽チ其ノ義務ハ他人ノ所有權(持分)ヲ侵害ス可ラサル義務ナリ、故ニ之ヲ侵害スルトキハ普通ノ所有權ヲ侵害シタルト同一ノ結果ヲ生ス、

(イ)共有者ノ一人カ自己ノ持分ノ範圍ヲ越ヘテ共有物ヲ使用又ハ占有シタル場合ニ於テハ、他ノ共有者ハ所有物返還請求權ニ準シ(本章總說(四)ノ(ロ)參照)自己ヲ持分ニ相應スル共同占有者タラシムルコトヲ請求スルヲ得可シ、

(ロ)共有者ノ一人カ共有物ヲ侵害シ又ハ他ノ共有者ノ其持分ニ應スル使用ヲ妨害シタルトキハ他ノ共有者ハ其停止ヲ請求スルコトヲ得可シ(本章總說(四)ノ(ハ)參照)。

(四)共有者ト第三者ノ關係

(イ)第三者カ共有物ヲ占有スルトキハ各共有者ハ單獨ニ其返還ヲ請求スルヲ得可シ、或ハ曰ハン共有者ノ權利ハ其持分ニ止マル故ニ全部ノ返還ヲ請求スルハ其權利ノ範圍ヲ越ユルモノニ非スヤト、曰ハク然ラス、物ノ返還ハ不可分ノ行爲ナリ持分ニ應スル返還例之二分ノ一ノ返還ハ不能ナリ、故ニ全部ノ返還ヲ請求スルコトヲ得サル可ラス(大正一〇、三、一八、大審院判決、判決錄二四輯七三一參照)

七、四、一九、大審院判決、判決錄二七輯五四七頁、大正二四輯七三一參照)

(ロ)第三者カ共有物ヲ侵害スル可キ設備又ハ行爲ヲ爲シタルトキハ各共有者ハ單獨ニ其停止又ハ除去ヲ請求スルコトヲ得、蓋シ共有者ノ權利ハ物ノ全部ニ及フモノナルカ故ニ物ノ如何ナル部分ニ對スル侵害ト雖モ共有者ノ權利ノ侵害トナラサルハナシ、之レ各共有者カ單獨ニ本請求權ヲ有スル所以ナリ、而シテ其內容ハ防害ノ全部ノ停止ヲ請求スルニアル可シ、或ハ曰ハン、共有者ハ一部ノ權利ヲ有スルニ過キス故ニ宜シク防害ノ一部ノ停止ヲ請求ス可シト、曰ハク然ラス、一部ノ停止ハ猶一部ノ防害ヲ殘スカ故ニ畢竟停止ニ非サルヲ以テ全部ノ停止ヲ請求スルコトヲ得サル可ラス、

(ハ)共有物ニ對スル侵害ヨリ生スル請求權カ可分ナル場合ニ於テハ前二者ト異リ其請求權ハ持分ノ割合ニ應シ分割セラル可シ(四二七)、例之不法行爲ニ基ク損害賠償請求ニ於テハ各共有者ノ權利ハ其持分ニ應シ分タル可シ、然シテ各共有者

ハ自己ノ持分ニ應スル部分ハ單獨ニテ之ヲ行使スルヲ得可シ、

(ニ)共有物ヨリ生スル損害(例之共有物ノ運送寄託保管等ノ場合ニ共有物ノ瑕疵ニヨリ第三者ニ生シタル損害)ニ付キ被害者タル第三者ヨリ訴ヲ起スニハ共有者全員ヲ以テ相手方トナス可シ、蓋シ其損害ハ全體トシテノ共有物ヨリ生シタルモノニシテ各部分カ與ヘタルモノト見ル能ハサルカ故ニ其責任ハ全員ニ在レハナリ、

(ホ)確認訴訟、持分ノミニ關スル確認訴訟ハ第三者ニ對スルト他ノ共有者ニ對スルトヲ問ハス、各共有者單獨ニ之ヲ提起スルコトヲ得、蓋シ是レ自己ノ權利ニノミ關スルカ故ナリ、反之第三者ニ對シテ共有物所有權ノ全部確認ヲ求ムルニハ共有者全員ノ名義ニ於テスルヲ要ス(大正八、五、三一、大審院判決、二五輯九四六頁)

(五)共有ノ原因

(イ)共有者ノ意思ニ基クモノ、ハ左ノ如シ、

(一)共同行爲ニヨル所有權ノ取得、(二)組合(六六八)、(三)夫婦財產契約(七九二)等アリ、

(ロ)共有者ノ意思ニ基カサルモノ、(一)遺產相續(一〇〇二)、(二)遺贈(一〇八七、一〇九二)、(三)埋藏物ノ發見附合混和(二四一、二四四、二四五)等ナリ、

以上ノ場合ニ於テ特別ノ規定存スルモノハ(例之遺產相續)先ツ之ニ從ヒ其規定ノ存セサルモノハ本節ノ規定ニ從フ、即チ本節ノ規定ハ共有ニ關スル一般法ナリ、

(六)本節ノ內容

本節ハ十六ケ條ヨリ成リ第二百四十九條ヨリ第二百五十四條ニ亙リ共有者ノ權利義務ヲ規定シ第二百五十六條ヨリ第二百六十二條ニ亙リテ分割ニ關スル詳細ナル規定ヲ設ケ、第二百六十三條ニ於テ入會權ヲ規定シ、第二百六十四條ニ於テ所有權以外ノ財產權ノ共有ヲ定ム、

第二百四十九條　各共有者ハ共有物ノ全部ニ付キ其持分ニ應シタル使用ヲ爲スコトヲ得

(一)物ノ全部ノ使用

本法ノ共有ハ總說(一)ニ於テ論シタルカ如ク物ヲ區分シテ其各部ヲ所有スル(所謂區分有)ニ非ス、物全體ニ對スル一個ノ所有權ヲ分量的ニ分割シテ有スルナリ、此ノ故ニ各共有者ノ權利(持分)ハ物ノ一部ニ對スル權利ニ非スシテ物ノ全部ニ對スル權利ナルコトヲ知ル可シ、本條ニ於テ共有物ノ全部ニ付キ使用ヲナスコトヲ得ト規定シタルハ之カ爲メナリ、

(二)持分ニ應シタル使用

右ノ如ク共有者ノ權利ハ物ノ全部ニ及フト雖モ然カモ其權利ハ所有權ノ一部ニ止マルカ故ニ同等ノ權利ヲ有スル他ノ共有者ノ使用ヲ妨クルヲ得ス、是レ其ノ使用ノ範圍ハ持分ニ應スルヲ要スル所以ナリ、例之

十室ヲ有スル家屋ヲ甲乙二人ニテ平等ノ割合ヲ以テ共有スル場合ニ於テハ甲又ハ乙ハ其家屋ヲ各五室ツツ使用スルニ非スシテ十室全部ヲ使用スルコトヲ得ルナリ、但シ甲乙何レモ他ヲ排シテ一人ニテ專用スルヲ得ス、平等ノ割合ヲ以テ共同ニテ使用スルヲ要スルカ如キ是ナリ、

(三)收益權　本條ニ於テハ單ニ持分ニ應シタル使用權ヲ規定スト雖モ、各共有者ハ又持分ニ應スル收益權ヲ有スルモノト云ハサルヲ得ス、蓋シ持分ハ所有權ト成分ヲ同フシ當然收益權ヲ含有スルモノナレハナリ、例之共有物ヨリ生シタル自然果實及ヒ法定果實ハ持分ノ割合ニ應テ之ヲ分配ス可キカ如シ、

或ハ本條ノ使用ノ文字ヲ廣義ニ解シ收益ヲモ包含セシメント試ムルモノアランモ之レ聊カ無理ナリ、何トナレハ本法ハ使用ト收益トハ之ヲ區別シ相對立セシムルヲ用例トスレハナリ(參照二〇六、三五六、五九三、六〇一)

(四)本條ノ制裁　本條ノ規定ニ違反シ持分ノ割合ニ超加シタル使用又ハ收益ヲナストキハ他ノ共有者ノ權利(持分)ノ侵害トナリ、他ノ共有者ハ場合ニヨリ或ハ共同占有ノ認容又ハ防害ノ停止ヲ請求スルコトヲ得(本節總說(四)參照)而シテ其請求權ハ物權タル持分ノ侵害ヨリ生スルモノニシテ物權的請求權ナリ、其ノ發生ニハ加害者ニ故意又ハ過失アルヲ要セス、但シ加害者ニ故意又ハ過失アルトキハ不法行爲ヲ構成スルカ故ニ物權的請求權ト不法行爲ノ損害賠償請求權トノ競合シテ存在スルニ至ル可シ、

第二百五十條　各共有者ノ持分ハ相均シキモノト推定ス

(一)持分ノ割合　持分ノ割合ハ通常分數ニヨリ之ヲ定ム、例ヘハ甲二分ノ一乙四分ノ一丙四分ノ一ト云フカ如シ、而シテ其割合ハ共有ノ原因ニヨリ定マル即チ

(一)共同有償行爲ヲ以テ一物ヲ取得セル場合ニハ其出捐ノ割合ニ應ス可シ、例ヘハ甲百圓乙二百圓ヲ出シ三百圓ノ動產ヲ共同ニ取得セル場合ニ於テハ其持分ハ三ノ分一ト三分ノ二ノ割合トナル、(二)贈與遺贈ニ於テハ贈與者遺言者ノ意思ニ因ル可シ、(三)埋藏物ノ發見ノ場合ニハ相折半スルモノトシ(二四一、)(四)附合及ヒ混和ノ場合ニハ價格ノ割合ニ應スルモノトシ(二四四、二四五、)(五)組合財產ノ共有ハ出資ノ割合ニ應シ(六七四、六八八、二)(六)共同相續ノ場合ハ相續分ニ應ス(一〇〇三)ルカ如シ、

共有ノ原因ニヨリ持分ノ割合ヲ明ニスル能ハサルトキハ本條ノ規定ニヨリ之ヲ相均シキモノト推定ス、蓋シ割合不明ナルトキハ之レヲ平等ト決スルヨリ外ニ良策ナキカ故ナリ、外國ノ例モ粗之レニ同シ(獨民七四二、墺民八三九、羅馬法

Dernburg Pand § 455.)而シテ本條ノ規定ハ(一)共有者全員ノ持分カ不明ナル場合ニ適用アルノミナラス、(二)共有者ノ一人又ハ數人ノ持分ハ判然セルモ其他ノ共有者ノ持分ノ判然セサル場合ニ適用アリ、例ヘハ甲乙丙三人ノ共有ニシテ甲ノ持分ハ二分ノ一ナルコト明ナルモ、乙丙ノ持分不明ナルトキハ乙丙ハ甲ノ持分以外ノ部分ニ就キ平等ノ權利ヲ有スルモノ即チ各四分ノ一ノ所有權ヲ有スルモノト推定ス可キカ如シ、

(二)共有ノ登記　共有ノ登記ノ申請ハ共有者全員ヨリ之ヲ爲ス、而シテ登記原因ニ其持分ノ定アルトキハ申請書ニ其持分ヲ記載ス可シ(登三九)、然ルトキハ持分ノ割合モ亦登記セラル、從テ第三者(善意惡意ヲ問ハス)ニ對抗スルコトヲ得ヘシ、若シ持分ノ割合ヲ登記セサルトキハ本條ノ規定ニヨリ相均シキモノト推定セラル、而カモ是レ登記事項ナルカ故ニ第三者ニ對シテハ反證ヲ上クル能ハサルニ至ラン、

(三)持分確認ノ訴　共有者間ニ於テ各持分ノ範圍ニ付キ爭アルトキハ持分確認ノ訴ヲ起スコトヲ得、此ノ場合ニ於テ共有者全員ノ持分ニ付キ爭ノ存スル場合ニハ共有者全員ヲ被告トナスヘシ、反之或一人ノ持分ニ付テハ爭ナク、爾餘ノ共有者ノ持分ニ付テノミ爭アルトキハ爭アル共有者全員ヲ被告トナスヘシ、(大正一三、五、一九、大審院判決例集三卷二一一頁ヲ參考スヘシ)、

第二百五十一條　各共有者ハ他ノ共有者ノ同意アルニ非サレハ共有物ニ變更ヲ加フルコトヲ得ス

(一)目的物ニ對スル變更　本條ハ共有ニ屬スル權利其ノモノノ變更ヲ規定シタルモノニ非スシテ共有ニ屬スル權利ノ物體ニ對スル有形的變更ニ就テ規定ス、例ヘハ建物ヲ改築シ又ハ土地ヲ開墾シ又ハ動產ニ加工スルカ如キ之ナリ、又本條ノ變更トハ幾分重大ナル變更ヲ意味シ管理ノ目的ノ爲メニスル變更ハ本條ニ所謂變更ニ非ス、例之庭園ノ手入、土地ノ耕作、車ノ塗替等其目的物ノ性質ニ從フ經濟上ノ利用ノ爲メニスル通常ノ變更ハ永條ノ適用ヲ受ク可キモノナルカ故ニ本條變更ノ意義ノ內ニ在ラス、

(二)全員ノ同意　本法ニ於テハ共有物ノ管理ニ就テハ羅馬法ノ個人主義ヲ捨テテ過半數主義ニ從ヘリト雖モ、前示ノ意義ニ於ケル目的物ノ變更ニ就テハ過半數主數ヲ取ラス、共有者全員ノ同意ヲ要スルモノトス(獨民七四五、三項同主義)、蓋シ目的物ノ變更ハ共有者各員ノ權利ニ影響スル所頗ル大ナルカ故ナリ、

(三)本條ノ制裁　本條ニ違反シ共有者ノ同意ヲ得スシテ變更ヲ加フルナラハ、之

レ其ノ所有權ニ對スル侵害ニシテ其故意又ハ過失ナキ場合ト雖モ其除去ヲ請求スル權利ヲ生ス可シ、若シ故意又ハ過失アリタルトキハ同時ニ不法行爲ノ條件ヲ具備スルカ故ニ妨害除去請求權ト損害賠償請求權ト競合シテ發生ス可シ、

第二百五十二條　共有物ノ管理ニ關スル事項ハ前條ノ場合ヲ除ク外各共有者ノ持分ノ價格ニ從ヒ其過半數ヲ以テ之ヲ決ス但保存行爲ハ各共有者之ヲ爲スコトヲ得

(一)共有物ノ管理

共有物ノ管理トハ前條ノ意義ニ於ケル變更ヲ生セサル範圍ニ於テ共有物ヲ利用改良スル行爲ヲ云フ、此ノ如キ行爲ハ各共有者ノ利益ノ爲メニナルモノニシテ一日モ之ヲ廢止スルヲ得ス、然レトモ各共有者ハ所有權ノ一部ヲ有スルニ過キサルカ故ニ他ノ共有者ト協同スルニ非サレハ其權利ヲ行フヲ得ス、而シテ全員ノ協議カ調ヒタル場合ニ於テハ如何ナル方法ヲ以テ管理スルモ可ナリ、又法律ニ特別ノ規定ヲ要セサル理ナリト雖モ協議調ハサル場合ニハ各共有者ノ權利ハ互ニ制肘ヲ受ケ遂ニ共有物ヲ利用改良スル能ハサルニ至ル、此ノ故ニ本條ニ於テハ羅馬法以來ノ舊套ヲ捨テ(Dernburg Pand § 196.)共有者ノ過半數ヲ以テ管理方法ヲ定メ得可キモノトナス、而シテ其過半數ハ頭數ニ因ラスシテ持分ノ價格ニ從フ可キモノトス、

共有者全員ノ同意ニヨリ又ハ本條ノ規定ニヨリ過半數ヲ以テ決定シタル管理方法ハ共有者間ニ債權關係ヲ生ス、即チ共有者ハ自己ノ有スル自由ノ一部ヲ捨テテ協定方法ニ從フノ義務ヲ負フ、而シテ此義務ハ第二百五十四條ニ所謂共有物ニ付キ共有者間ニ存スル債權關係ナルカ故ニ其特定承繼人ニ對抗スルコトヲ得(獨民七四六)、而シテ其性質ハ單ニ債權關係ニシテ第百七十七條ノ意義ニ於ケル物權ノ得喪變更ニ非ス、又不動產登記法第一條ニ所謂處分ノ制限ニ非ルカ故ニ之ヲ登記スルヲ得ス、登記スルコトナクシテ第二百五十四條ニヨリ特定承繼人ニ對抗スルコトヲ得ルナリ(獨民ハ登記ヲ必要トス同法一〇一〇)、然レトモ立法論トシテハ之ヲ登記セシムルヲ可ト信ス、

(二)保存行爲

共有物ノ保存行爲ハ各共有者專斷ニテ之ヲ爲スコトヲ得(但書)(獨民七四四同)、保存行爲トハ共有物上ニ加フル有體的行爲(例之家屋ノ修繕)及ヒ共有者ノ權利ヲ維持スル爲メニスル法律上ノ行爲ヲ含ム、例之第三者カ共有物上ニ取得時效ヲ得ントスル場合ニ於テハ單獨ニテ之ヲ中斷スルヲ得可シ、又其權利ヲ保存スル爲メニ保存登記又ハ讓受ノ登記ヲナスコトヲ得可シ、然リ而シテ是等ノ場合ニ於テ共有者全員ノ名ヲ用ユルヲ要スルトキハ(例之登記申請時效

中斷ノ爲メニスル請求)保存行爲ヲナサントスル者ハ他ノ共有者ノ名ヲ用ユルコトヲ得、即チ本條ニ於テハ所謂法定代理權ヲ認ムルモノトス、大正八、五、三一、大審院判決二五輯九四六頁ニヨレハ時效中斷ノ爲メニ共有者ノ一人カ共有物全體ニ付キ起ス確認訴訟ハ保存行爲ニ屬セス、云々余ハ此判決ノ當否ヲ疑フモノナリ、蓋シ共有者カ自己ノ持分ノミニ付キ確認訴訟ヲ起シ得ルハ當然ノ事理ニシテ本條ノ規定ヲ俟タサルナリ、本條本項但書ハ共有者全體ノ利益ノ爲メニ共有物全體ニ付キ保存行爲ヲ爲スコトヲ各共有者ニ許シタルモノナリ、換言スレハ保存行爲ハ急速ヲ要スル必要上自己ノ持分ニ屬スル權利ヲ超ヘテ實質上他ノ共有者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ許シタルモノナリ、然ラハ一人ノ共有者ハ時效中斷ノ爲メニハ共有物全體ニ關シ確認訴訟ヲ提起スルモ何ノ不可トスル所カアラン、加之手續上共有者全員ノ名ヲ用ユルノ必要アラハ其名ヲ用ユルモ亦不可ナキモノト信スルナリ、

保存行爲ニ付キ特ニ各共有者ノ獨斷專行ヲ許ス所以ハ保存行爲ハ急ヲ要スル場合多ク、又保存行爲ハ物ノ維持ノ爲メニ絕對的ニ必要ニシテ其結果ハ同時ニ他ノ共有者ノ利益トナル場合多ケレハナリ、

第二百五十三條　各共有者ハ其持分ニ應シ管理ノ費用ヲ拂ヒ其他共有物ノ負擔ニ任ス

共有者カ一年內ニ前項ノ義務ヲ履行セサルトキハ他ノ共有者ハ相當ノ償金ヲ拂ヒテ其持分ヲ取得スルコトヲ得

(一)管理ノ費用及共有物ノ負擔

ハ各共有者其持分ニ應テ之ヲ支拂フヲ要ス、之レ共有ノ性質上當然ナル所ニシテ諸國ノ法制概ネ然リトス(獨民七四八、瑞民六四九)、蓋シ共有者ハ其持分ノ割合ニ應テ共有物ヨリ生スル利益ヲ享有スルカ故ニ出費モ又其割合ニ應スルモノトスルハ當然ナリト云フ可シ、

本條ニ管理ノ費用トハ極メテ廣義ニシテ第二百五十一條ニヨリ共有物ニ變更ヲ加フル爲ニ要シタル費用、及ヒ第二百五十二條ニヨリ共有者全員ノ同意又ハ多數決ニヨリ共有物ノ利用改良ノ爲メニ要シタル費用及ヒ共有者ノ一人カ獨斷ニテ共有物ノ保存ノ爲メニ費シタル費用ヲ含ム、

共有物ノ負擔トハ畢竟共有者ノ負擔ノ義ナリ、然レトモ共有者カ共有物ヲ所有

スルカ故ニ負擔ヲ生スルトキハ之ヲ共有物ノ負擔ト云フ、例ヘハ地租其他土地ヲ基トシテ課スル租稅ノ如キ之ナリ、又共有地カ地役權ノ目的タル場合ニ於テ共有者ノ費用ヲ以テ工作物ヲ設ケ又ハ修繕ヲ爲スノ義務アル場合(二八六)ノ如キモ之ナリ、

(二)本條ノ義務ノ制裁

本條ノ義務ニ付テハ債權者ハ一般ノ原則ニ從ヒ强制執行又ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルノミナラス、左ノ如キ特別ナル制裁アリ、

(イ)本條ノ義務アル共有者カ一年內ニ其義務ヲ履行セサルトキハ他ノ共有者ハ相當ノ償金ヲ拂ヒテ其者ノ持分ヲ取得スルコトヲ得(本條二項)、一年ノ期間ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ起算ス可キモノトス、蓋シ債務者カ未タ履行ノ請求ヲ受ケサレハ債務ノ存在ヲ覺知セサルコト多シ、然ルニ本條ノ如キ制裁ヲ加フルハ酷ナル可ケレハナリ、又本條ノ制裁ノ條件ハ兵一年ノ期間ヲ經過スルニ在ルノミニシテ訴ノ提起或ハ强制執行カ無益ニ終レルヲ要件トナサス、償金ノ額ニ付キ爭アルトキハ裁判所ノ決定ヲ俟ツ可シ、債權者タル共有者數人アルトキハ其持分ノ割合ニ應テ怠慢共有者ノ持分ヲ分割ス可シ、而シテ本條ノ權利ノ實行方法ニ就テ法律ニ何等ノ規定ナシト雖モ無形式一方行爲ムヨリ之ヲ爲シ得ルモノト認ムルヨリ外ニ途ナシ、猶償金ノ辨濟ニ就テハ遲滯ニ在ル費用及ヒ負擔ヲ以テ相殺スルヲ得可ク實際ハ差引殘額ヲ與フレハ可ナリ、猶費用負擔カ持分ノ價格ヨリ大ナル場合ニ於テハ他ノ共有者ハ怠慢者ノ持分ヲ取得シ且ツ殘額ニ付テハ債權一般ノ規定ニ從ヒ强制執行ヲナスコトヲ得可シ、

猶共有物ノ負擔額カ持分ノ價格ヨリ少キ場合ニ於テモ持分全部ヲ取得スルコトヲ得ルモノトス(明治四二、二、五、大審院判決、判決錄一五輯一五八頁)蓋シ本條ノ制裁ハ怠慢者ヲ共有關係ヨリ除斥スルヲ以テ目的トナスモノナレハ持分ノ一部ヲ取得シテ殘部ニ付キテハ依然共有者タラシムルハ本條ノ目的ニ反ス、但シ此場合ニ於テハ持分全部ニ對スル償金ヲ拂フヘキハ勿論ナリトス、

(ロ)又本條ノ債權ハ共有物ニ付キテ共有者間ニ存スル債權ナルカ故ニ怠慢共有者カ其持分ヲ讓渡シタル場合ニ於テハ讓受人ニ對シテ之ヲ請求スルコトヲ得(二五四)、而シテ讓受人ノ善意惡意ヲ問ハス、但シ讓受人カ善意ナルトキハ讓渡人ニ對シテ瑕疵擔保ノ規定ニ準シ損害賠償ヲ請求スルヲ得可シ、

(ハ)又分割ニ際シテハ第二百五十九條ノ特別ナル保護ヲ受ケ、債務者ニ歸ス可キ部分ヲ以テ辨濟ヲナサシムルコトヲ得可シ、又必要アルトキハ債務者ニ屬ス可キ部分ヲ賣却シテ其收得金ヲ以テ辨濟ニ充ツルコトヲ得

第二百五十四條　共有者ノ一人カ共有物ニ付キ他ノ共有者ニ對シテ有スル債權ハ其特定承繼人ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得

(一)本條ノ理由　共有物ニ關スル費用其他ノ債權ハ本來對人權ニシテ性質上共有物ノ特定承繼人ニ對抗シ得可キモノニ非ス、然レトモ此理論ヲ貫クトキハ共有者カ其持分ヲ讓渡ストキハ事實上其債權ヲ行フヲ得(例之不分割契約等)サルニ至ル場合多キカ故ニ本條ニ於テ特ニ之ヲ特定承繼人ニ對抗セシムルナリ、

(二)適用ノ範圍　本條ノ適用ヲ受クルニハ次ノ二條件ヲ要ス(一)共有者間ノ債權ナルコト、(二)其債權カ共有物ニ付キテ存スルコト之ナリ、「共有物ニ付キ」ト云フハ恐カ漠然タリト雖モ共有物カ原因タル場合(例之管理費用)ト共有物ヲ目的トスル場合(例之管理方法)トヲ包含スルモノトス、而シテ左ノ場合ヲ主タルモノトス、(イ)共有物ノ管理方法(二五二)、(ロ)管理ノ費用其他共有物ノ負擔(二五三)、(ハ)不分割契約(二五六)等ナリ、

(三)登記　本條ノ適用ヲ受クルニハ其債權關係ヲ公示スルヲ要スルヤ、曰ハク純然タル理論上ノ見地ヨリスレハ公示ヲ必要トスルヤ論ナシ、然レトモ共有ニ關スル債權關係ノ公示ハ之ヲ實行スルコト容易ナラス、往々ニシテ費用ヲ要スル多キモノアリ、故ニ立法者ハ或ハ公示方法ヲ必要トシ或ハ之ヲ必要トセスシテ特定承繼人ニ對抗セシム、個々ノ場合ニ就テ論スレハ(一)動產ノ共有ニ就テハ全ク公示方法ヲ必要トセス、(二)不動產ノ共有ニ於テハ不動產登記法ニ於テ登記ヲ許スモノハ登記スルニ非サレハ特定承繼人ニ對抗スルヲ得サルモノトス、此種類ニ屬スルモノハ不分割契約ナリトス(登七八)、反之登記法ニ於テ登記ヲ許サヽルモノハ本條ノ結果登記ナクシテ特定承繼人ニ對抗スルモノトス、其場合ハ共有物ノ管理方法ニ關スル契約(二五二)、管理ノ費用其他ノ負擔(二五三)ナリトス、猶是等ノ債權ニ就テモ理論上登記ヲ許ス可キモノナルハ勿論ナルモ現行法ハ之レヲ許サス、

第二百五十五條　共有者ノ一人カ其持分ヲ拋棄シタルトキ又ハ相續人ナクシテ死亡シタルトキハ其持分ハ他ノ共有者ニ歸屬ス

(一)本條ノ理由　共有者ノ權利即チ持分ハ分量的ニハ所有權ノ一部ニ過キストヽ雖モ其成分ハ所有權ト異ルコトナシ、是ヲ以テ持分ハ普通ノ所有權ト同シク彈

力性ヲ有シ外部ノ壓迫カ除去セラルヽトキハ直ニ其ノ支配力ヲ擴張セントスル性質ヲ有ス、故ニ共有者ノ一人カ持分ヲ拋棄スルトキハ他ノ共有者ノ持分ハ直ニ擴張セラレテ以テ其缺ヲ補フ、本條ハ此理ヲ闡明シタルモノナリ、

人カ相續人ナクシテ死亡シタル場合ニ於テハ相續法ノ規定ニヨレハ相續財產ハ國庫ニ歸屬ス(一〇五九)、然ラハ死者ニ屬セシ共有物ノ持分ヲ國庫ニ歸屬セシムルハ理論上不可ナル所ナキナリ、然レトモ我立法者ハ共有ヲ以テ經濟上不利益ナル形トナシ、可成之ヲ單純所有權ニ化セシメントスル主義ヲ抱有セシヲ以テ(梅博士民法要義本條參照)國庫ハ此場合ニ爭多キ共有者ノ一人トナルヲ不利益トナシ、其持分ハ他ノ共有者ニ歸屬セシムルモノナリ、

法人ノ解散ハ本條ニ所謂共有者カ相續人ナクシテ死亡シタル場合ニ非ス、故ニ其持分ハ他ノ共有者ニ屬セスシテ歸屬權利者ニ屬ス可シ、但シ第七十二條第三項ノ場合ニ於テハ國庫其持分ヲ取得ス可シ、

(二)持分取得ノ性質　他ノ共有者カ拋棄セラレ又ハ相續人ナキ持分ヲ取得スルハ法律ノ直接ノ作用ニ基クモノニシテ之レカ爲メニ意思表示其他何等ノ取得行爲ヲ必要トセス、

他ノ共有者カ數人アルトキハ拋棄又ハ相續人ナキ持分ハ其持分ノ割合ニ應テ之ニ歸屬ス、例之三人ノ共有者アリ甲ハ三、乙ハ二、丙ハ五ノ割合ヲ以テ共有シ、丙其ノ持分ヲ拋棄シタリトセハ丙ノ持分中五分ノ三ハ甲ニ屬シ五分ノ二ハ乙ニ歸ス可キカ如シ、

本條ノ規定ニヨル持分ノ歸屬ハ其性質ハ(一)ニ述ヘタルカ如ク他ノ共有者ノ持分ノ擴張ナリ、拋棄セラレタル持分カ其形ニ於テ猶存續シ他ノ共有者ニ歸屬スルニ非ス、例之甲乙カ平等ノ割合ヲ以テ共有スル場合ニ乙者其持分ヲ拋棄シタリトセハ、甲ノ持分ハ當然擴張セラレテ完全ナル所有權トナルモノニシテ甲ハ自己ノ持分ノ外ニ更ニ乙ノ持分ヲ取得シ二個ノ持分ヲ有スルニ非ス、此ノ故ニ甲ノ持分上ニ擔保權ノ存スル場合ニ於テハ其擔保權ハ當然擴張セラル可シ、

(三)持分取得ノ時期、持分取得ノ性質前述ノ如クナルカ故ニ(一)拋棄ノ場合ニ於テハ即時ニ持分ヲ取得シ、(二)相續人缺ノ場合ニ於テハ一時法人トナシ(一〇五一)第千五十八條ノ手續ヲ終リ相續人ナキコトノ確定シタルトキニ之ヲ取得スルモノトス(大正六、九、六、大審院判決)從テ持分取得ノ登記ヲナシ得ルハ同條ノ期間ヲ經過シタル後ナリトス、

第二百五十六條　各共有者ハ何時ニテモ共有物ノ分割ヲ

請求スルコトヲ得但五年ヲ超ヘサル期間内分割ヲ爲ササル契約ヲ爲スコトヲ妨ケス

此契約ハ之ヲ更新スルコトヲ得但其期間ハ更新ノ時ヨリ五年ヲ超ユルコトヲ得ス

(一)本條ノ根本思想　本法ハ共有ヲ以テ經濟上不利益ナル狀態ト看做セリ、蓋シ少數者ノ反對アルモ共有物ニ變更ヲ加フルヲ得ス(二五一)、又過半數ノ同意アルニ非サレハ利用改良ノ方法ヲ定ムルヲ得ス(二五二)、畢竟共有物ノ效用ヲ十分ナラシムルヲ得サルヲ以テ成ル可ク速ニ共有關係ヲ終了セシメンコトヲ圖リ、原則トシテ分割ノ自由則チ各共有者分割請求權アルモノトシ、例外トシテ五年ヲ越ヘサル期間内ニ限リ不分割ノ契約ノ效力ヲ認ムルモノナリ、

(二)分割請求權及分割ノ訴　分割請求權及分割ノ訴ノ性質ヲ定ムルニハ先ツ持分ノ性質及分割ノ性質ヲ明カニスルヲ要ス、持分ハ共有物全體ニ對スル所有權ノ一部ナリ、各共有者ハ共有物ノ全部上ニ持分ニ應スル所有權ヲ有ス、(本章總說(一)ノ(ロ)ノ(b)ノ(乙)此ノ關係ヲ變シテ共有物ノ一部上ニ對スル數個ノ完全所有權トナスヲ分割ト云フ、故ニ分割ハ一共有者ノ取得スル部分ニ付テハ他人ノ持分ヲ讓受ケ、他ノ共有者ノ取得スル部分ニ付テハ自己ノ持分ヲ讓渡スルニヨリ行ハル、分割ハ其ノ性質交換ニ外ナラス、(二五八(二)ノ(イ)參照)故ニ裁判外ニ於ケル分割ハ其性質法律行爲ナリ、各共有者ノ有スル分割請求權ハ相手方ノ分割(意思表示)ニ協力スルヲ請求スル權利ニシテ、權利者一方ノ意思表示ニ因リ實行セラルヘキ形成權ニアラス、故ニ裁判上此ノ請求權ヲ行使シ判決ヲ以テ意思表示ニ代ヘ以テ分割ヲ實行スル能ハサルニアラス然レトモ是レ甚タ迂遠ナリ、此ノ故ニ共有者ノ協議調ハサルトキハ形成權タル分割請求權ヲ生ス、此ノ分割請求權ハ必ラス裁判上ニ於テ行使スルヲ要シ、其行使ニヨリ分割實行セラルルモノナリ、故ニ裁判外ノ分割ハ法律行爲ニシテ、分割ノ訴ハ形成ノ訴ナリトス(法協誌四三、一〇八一、加藤博士論文末弘博士物權法四三一參照)

(三)不分割契約　不分割契約ハ分割請求權ヲ一定ノ期間行使セサルコトヲ以テ内容トナス契約ナリ、通常ハ總共有者ノ合意ニヨリテ成立ス、然レトモ亦多數ノ共有者中ノ二人又ハ數人カ不分割ヲ約スルコトナキニ非ス、此場合ニ於テハ其效力ハ當事者間ニ限ラル可シ、即チ他ノ共有者ノ爲メニハ分割ヲナスヲ要スルモ其當事者ノ間ニ於テハ分割スルヲ得サルナリ、故ニ畢竟共有者ヲ滅スル結果

トナル可シ、殊ニ當事者ノ意思ハ其契約ニ違反シ分割ヲ請求スルトキハ損害賠償ノ義務ヲ生ストナス場合多シトス、

不分割契約ハ其性質ハ債權契約ニシテ各共有者ハ之レニヨリ一定ノ期間分割請求權ヲ行使セサル義務ヲ負擔スルモノニシテ分割請求權ヲ除斥消滅セシムルモノニ非ス、第二百五十四條ニ所謂共有物ニ關スル債權ニ當リ之ヲ登記スルトキハ(登七八)持分ノ特定承繼人ニ移轉スルモノトス、

不分割契約ノ期間ハ五年ヲ越ヘタルトキハ全部無效タル可キカ又ハ之ヲ五年ニ短縮ス可キモノナルカ此ノ點ハ一疑問タルヲ免カレス、或ハ曰ハン、是レ契約ノ一部カ違法ナル場合ナルカ故ニ宜シク其違法ナル部分ヲ無效トシ然ラサル部分ハ之ヲ有效トス可シ、有效ナル部分ハ無效ナル部分ニヨリ汚損セラル、コトナシトハ羅馬法以來ノ原則ニ非スヤト、余思フニ然ラス、權利ノ存續期間ヲ短縮スルトキハ當事者ノ意思ニ反スル效果ヲ生スルコトアリ、例ヘハ不分割契約ノ場合ニ於テ十年ノ期間ナラハ不分割ノ利益アルモ五年ニテハ其目的ヲ達スルヲ得ス當事者ハ寧ロ速ニ之ヲ賣却又ハ分割セント欲スルコトナキニ非ス、此ノ場合ニ其期間ヲ五年ニ短縮スルトキハ當事者ノ欲セサル契約ヲ成立セシムル結果トナル、故ニ當事者間ノ契約ニ反シ權利ノ存續期間ヲ短縮セシムルニハ必ラス法律ノ明文ヲ要スル理ナリ、而シテ本法ニ於テハ權利ヲ短縮スル場合ニハ常ニ之ヲ明言ス(例之二七八、五八〇、六〇四)、然ルニ本條ニ於テ短縮ノ規定ナキハ之レ法ノ遺漏ニハ非スシテ短縮ヲ許サヽルノ精神ト云フ可シ(同論梅博士要義二卷本條富井博士原論二卷一七四、反對論 Crome, System III S. 817 Dernburg B. R. III. S. 507)、

不分割契約ハ之ヲ更新スルコトヲ得、然レトモ其期間ハ更新シタル時ヨリ五年ヲ越ユルヲ得ス、故ニ豫メ更新シテ以テ最長期五年ノ制限ヲ回避スルコトヲ得ス、然レトモ更新ハ何回之ヲ重ヌルモ可ナリ、更新ハ從來ノ契約ノ期間ヲ延長スルモノニ非スシテ從來ノ契約ヲ解除シテ新ニ同一ノ內容ヲ有スル契約ヲ締結スルモノナリ、故ニ更新ニ必要ナル能力其他契約一般ノ條件ハ更新ノ時ニ存スルヲ要ス、殊ニ共有者全員ノ同意ヲ要スルモノニシテ一人タリトモ反對者アルトキハ更新スルヲ得ス、

共有者ノ一人又ハ數人カ分割ヲ請求シタル場合ニ於テハ他ノ共有者ハ不分割契約ヲ理由トシテ其請求ヲ拒ムコトヲ得、

(四)財產處分者ノ意思ニ依ル分割禁止

例ヘハ甲カ其二子乙丙ニ一不動產ヲ贈與スルニ際シ分割ヲ禁止スルコトヲ得ルカ、此問題ニ就テハ法律ニ規定ナシ、

或ハ曰ハン、分割禁止ハ分割ヲ奬勵スル民法ノ精神ニ反ス、而シテ分割禁止ハ財産處分ノ負擔ヲ爲スカ故ニ右ノ場合ニハ獨リ禁止其モノカ無效ナルノミナラス財産ノ處分カ全部無效タル可シト、余ハ此說ニ贊スル能ハス、蓋シ第一ニ右ノ場合ニ財産ノ處分ヲ無效タラシムル可キ實際上ノ必要ナシ、又次ニハ民法ノ精神ニ依ルモ五年ヲ越ヘサル分割禁止ハ違法ニ非サルナリ、故ニ此場合ニハ不分割契約ニ關スル規定ヲ準用シテ禁止カ五年ヲ越ヘサルトキハ之ヲ有效トシ、五年ヲ越ユルトキハ之ヲ無效トシ旦ツ財産ノ處分全體ヲ無效トス可キナリ、猶遺産ニ就テハ第千十一條ニヨリ被相續人遺言ヲ以テ相續開始ノ時ヨリ五年ヲ越ヘサル期間內分割ヲ禁止スルコトヲ得、

右ノ分割禁止ノ效力ニ就テハ(一)債權說即チ共有者間ニ債權關係ヲ生スルニ止マルトナスモノアリ(二)物權說即チ之ニ反スル分割ハ第三者ニ對シテモ無效ナリトナスモノアリ、余ノ妥當ト信スル所ハ不動産登記法ニヨリ分割禁止ヲ登記シタルトキハ物權的效力ヲ生シ、然ラサルトキハ債權的效力ヲ生スルニ過キストナスニ在リ、

(五)分割ノ性質及效力　第二百五十八條ヲ見ヨ

第二百五十七條　前條ノ規定ハ第二百八條及ヒ第二百二十九條ニ掲ケタル共有物ニハ之ヲ適用セス

(一)本條ハ前條ノ例外規定ナリ、第二百八條ハ建物ノ區分有ノ場合ニ於ケル共用部分ノ共有ニ關シ、第二百二十九條ハ界標其他疆界線上ノ工作物ニ關ス、此ノ二者ハ之ヲ共有ト爲スニ由リテ其用ヲ爲スモノニシテ若シ之ヲ分割セハ却テ其用ヲ爲サヽル物ノミナルカ故ニ前條ノ規定ヲ適用ス可ラサルハ勿論ナルモ、若シ本條ノ明文ナクンハ解釋上前條ノ適用ヲ見ル可キカ故ニ特ニ本條ヲ設ケタルモノナリ、猶本條ノ場合ト同シク分割請求權ナキ場合ハ組合財産ノ共有ナリ(六七六)

(二)前條ノ規定ヲ適用セストハ共有者一人ノ意思ニヨリ他ノ共有者ノ意思ニ拘ハラス分割ヲ請求スル權利ヲ與ヘサルノ義ニシテ各共有者協議ノ上ニテ分割スルハ本條ノ禁スル所ニ非サルハ勿論ナリ、

第二百五十八條　分割ハ共有者ノ協議調ハサルトキハ之ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得

前項ノ場合ニ於テ現物ヲ以テ分割ヲ爲スコト能ハサルトキ又ハ分割ニ因リテ著シク其價格ヲ損スル虞アルトキハ裁判所ハ其競賣ヲ命スルコトヲ得

(一)分割方法　分割方法ハ左ノ數種トス、

(イ)共有者全員ノ協議ニ依ル、之ヲ第一位トス(但シ(ハ)ノ例外アリ)、全員ノ協議ニ依ルトキハ如何ナル方法ニヨリ分割スルモ可ナリ、即共有物ヲ自然的ニ分割スルモ可ナリ、例ヘハ百坪ノ土地カ二人ノ共有ナルトキハ各五十坪ツヽニ分ツモ可ナリ、或ハ七十坪ヲ一人ニ與ヘ三十坪ヲ他ノ一人ニ與ヘ二十坪分ハ金錢ヲ以テ補償スルモ可ナリ、又ハ全部ヲ賣却シテ其代價ヲ分配スルモ可ナリ、即チ如何ナル方法ニヨルモ可ナルモ、其取得スル割合ハ持分ノ割合ニ應スルヲ要スルハ勿論ナリ、猶全員ノ協議ニ因ルトキハ牛馬家屋ノ如キ自然分割ニヨリテハ著シク價格ヲ減スルモノト雖モ自然分割ヲ爲スヲ妨ケス、

(ロ)協議調ハサルトキ即チ一人ニテモ分割方法ニ付キ異議ヲ唱フルモノアルトキハ分割方法ノ裁定ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ要ス、此ノ場合ニ於テハ裁判所ハ現物分割(自然分割)ヲ命シ得可キハ勿論ナルモ、共有物ノ性質上現物ヲ以テ分割スル能ハサルトキ又ハ分割ニヨリ著シク其價格ヲ減スル虞アルトキハ之ヲ競賣シテ其代價ヲ分割ス可キ旨ヲ命スルコトヲ得、

分割ノ訴ハ二個ノ性質ヲ異ニスル場合ヲ包含ス、一ハ分割請求權ノ有無ニ關スル爭ニシテ此ノ點ハ民事訴訟タル性質ヲ有ス、他ハ分割方法ノ裁定ヲ求ムルモノニシテ其性質ハ非訟事件ナリ、蓋シ當事者間ニ爭ノ存スルヲ前提トセサレハナリ、現ニ獨逸ニ於テハ之ヲ非訟事件トナスモ我非訟事件手續法中ニハ此規定ナシ故ニ此點ニ付テモ民事訴訟ノ形式ニ依ルヨリ外ニ途ナケン、

(ハ)分割方法ノ指定、財產ノ處分者又ハ遺言者ハ共有物ノ分割ヲ五年以內ニ於テ禁止シ得ルト同時ニ其ノ分割方法ヲモ之ヲ指定スルコトヲ得(一〇一〇參照)、分割方法ノ指定ハ指定方法ニヨリテ分割ス可キ請求權ヲ共有者ニ與フルモノナリ、即チ債權的效力アリ、一共有者カ指定方法ニ違反シテ分割ヲナサントス、欲スルトキハ他ノ共有者ハ之ニ對シテ異議ヲ唱ヘ得ルハ勿論、指定方法ニ因ル分割ヲ裁判上强制スルヲ得可シ、此場合ニハ裁判所ハ勿論指定方法ヲ變更スルヲ得ス、

右ノ如ク分割方法ノ指定ハ共有者間ニ債權關係ヲ作リ分割方法ヲ自由ニ協定スル權利ヲ奪フモノナリト雖モ之レ本來共有者ノ利益ノ爲メニ定メタリ

ト見ル可キ場合多キカ故ニ各共有者ハ其權利(指定方法ニ因ル可キ旨ヲ他ノ共有者ニ對シテ請求スル權利)ヲ拋棄シテ新ナル契約ヲ以テ新ナル分割方法ヲ定ムルコトヲ得可シ、然レトモ分割方法ノ指定カ負擔(modus)ノ性質ヲ帶フル場合ニ於テハ之ヲ實行セサルトキハ却テ財產ヲ返還スルヲ要スルニ至ル可シ、然シ遺產ノ分割方法ハ勿論其他原則トシテ分割方法指定ハ負擔タルノ性質ヲ有セサルモノト解釋スルヲ以テ當事者ノ意思ニ合ス可シ、

(二)分割ノ性質

分割ノ性質ハ自然分割ト其他ノ方法ニヨル分割トニヨリ同一ニ非ス、茲ニハ自然分割ニ付キ述フ可シ、從來自然分割ノ性質ニ關シ二學說アリ、

(イ)移轉主義

又ハ設權主義ト稱ス、其論旨ニ曰ハク、各共有者ハ共有物ノ全部ニ對シテ一部ノ所有權ヲ有ス、分割ハ之ヲ變シテ目的物ノ一部ニ對スル完全ナル所有權トナスモノナリ、故ニ甲ハ目的物ノ一部ニ對スル自己ノ持分ヲ乙ニ讓リ、同時ニ自己ノ取得ス可キ部分ニ對スル乙ノ持分ヲ取得シ、乙モ亦之レト同シク甲ノ取得スル部分ニ對スル持分ヲ甲ニ與ヘ、同時ニ自己ノ取得スル部分ニ對スル甲ノ持分ヲ讓受ケ、此ノ如ク互ニ持分ノ一部ヲ讓渡スルニヨリ各自カ其一部分ニ付キ完全ナル所有權ヲ取得スルニ至ルモノナリト、故ニ此主義ニ因レハ分割ノ性質ハ交換ト同シク權利ノ取得ト同時ニ讓渡アルモノナリ、故ニ合意ニ因ル場合ニハ有償行爲ニシテ裁判ニヨル場合ニ於テハ其判決ハ單ニ既存ノ權利關係ヲ認ムルニ止マラス新ナル權利關係ヲ設定スルモノニシテ設權的效力アリ、從テ分割ノ效力ハ將來ニ對シテノミ生シ性質上既往ニ遡ルコトナシト、

(ロ)認定主義

又ハ宣言主義ト云フ、佛伊和等ニ用ヰラル、本主義ハ固ト中世封建時代ニ政策上ノ手段トシテ案出セラレタルモノニシテ論理上ノ根據アルニ非サルナリ、中世佛國ニ於テハ臣民カ其所有地ヲ讓渡スニハ君主ノ認可ヲ要シ又認可ヲ受クル爲メニハ財產移轉稅ヲ拂フヲ要セリ、故ニ若シモ共有ノ分割ヲ以テ移轉行爲ナリトスルトキハ財產移轉稅ヲ拂フヲ要スル結果トナル、而シテ佛國ニ於テハ衆子共同相續主義ヲ取リタルカ故ニ共有ハ非常ニ多ク、君主ハ財產移轉稅ヲ以テ好個ノ財源トナシ、臣民ハ其ノ負擔ニ苦メリ、依テ當時ノ法律家カ君主ニ反對シ臣民ノ利益ヲ保護センカ爲メニ案出シタル手段カ即チ本主義ナリ、曰ク共有ノ分割ハ財產ノ移轉ニ非ス、單ニ財產關係ヲ認定スルニ過キス、各共有者ノ持分ハ始メヨリ共有物ノ一部上ノ完全所有權ナリ、其ノ範圍ヲ認定スルモノカ分割ナリト、故ニ此主義ニヨレハ分割ハ有償行爲ニ非ス、又其效力ハ當然共有ヲ生シタル時ニ遡ル可シ、

以上ノ二主義中理論上ハ前者ヲ以テ優レリトス、後者ハ特別ノ理由ニヨリテ生シ且ツ物ノ一部上ニ完全ナル所有權存在スルモノトナスカ故ニ共有ノ性質ニ反ス可シ、然レトモ其實際上ノ結果ニ至リテハ兩主義相互ニ長短アリ、即チ共有者カ其持分上ニ抵當權ヲ設定シタル場合ニ於テハ移轉主義ニヨレハ分割後其權利關係甚タ複雜トナリ分割ノ目的ヲ達スルヲ得ス、例ヘハ甲者カ其持分上ニ抵當權ヲ設定シタルトキハ抵當權ハ物ノ各部ノ上ニ存ス可キカ故ニ抵當權ハ分割後甲ノ有トナリタル物ノ上ニモ乙ノ有トナリタル物ノ上ニモ素ト甲ノ持分タリシ割合ニ應テ存スル結果トナリ、而シテ又抵當權者カ抵當權實行ノ爲メニ其目的物タル持分ヲ競賣ニ附スル場合ニ於テハ競落人ハ甲ノ得タル部分ニ付テハ甲ト、乙ノ得タルハ部分ニ付テハ乙ト共有トナリ、再ヒ經濟上不利益ナル共有關係ヲ出現ス可シ之ヲ移轉主義ノ短所トス、反之認定主義ニ依レハ其效力既往ニ遡リ甲及ヒ乙ハ始メヨリ各自カ分割ニヨリ取得シタル部分上ニ完全所有權ヲ有スルモノト看做サル、カ故ニ、甲又ハ乙カ持分上ニ設定シタル抵當權ハ各其完全ナル所有權上ニ存スル結果トナリ、甲ノ設定シタル抵當權カ乙ノ得タル部分上ニ存シ乙ノ設定シタル抵當權カ甲ノ取得セル部分ニ存スルカ如キ不自然ナル結果ヲ生セス、且ツ自然分割カ其持分ニ應シ公平ニ行ハル、場合ニ於テハ毫末モ抵當權者ヲ害スルコトナシ、否、寧ロ抵當權者ニ利益アリ、何トナレハ物ノ一部上ニ於ケル完全所有權ハ往々全部上ニ於ケル不完全ナル所有權ヨリハ高價ニ賣レルコト多ケレハナリ、乍然分割カ公平ナラサル場合ニ於テハ抵當權者ヲ害ス可シ、例ヘハ債務者カ自己ノ持分ヨリハ過少ナル部分ヲ得テ沈默スル場合ニハ抵當權者ハ損失ヲ受ク可シ、此ノ故ニ第二百六十條ニ於テハ抵當權者ハ分割ニ參加スルヲ得ルモノトス、

然ラハ本法ハ以上二主義中何レニ屬スルヤ、此點ニ付キテハ直接ノ規定アルコトナシ、故ニ意見ノ分ル、ヲ免カレサル可シト雖モ、余ハ多數ノ解釋家ト共ニ民法ハ移轉主義ヲ原則トシ第千十二條ハ例外トシテ認定主義ヲ取リタルモノト解釋セント欲ス、何トナレハ(一)共有ノ性質上持分ハ共有物ノ全部ノ上ニ存ス(二四九)故ニ反對說ノ如クニ之レヲ目的物ノ一部上ニ存スル單純所有權ナリト解スルヲ得ス、然ラハ單純ノ所有權ト變スルニハ一方ニ取得スル所アルト同時ニ他ニ讓渡ス所ナカル可ラス、(二)各共有者ハ分割後ニ於テ賣買ノ規定ニ從ヒテ擔保ノ責ニ任ス(二六一)之レ分割カ有償行爲ナルカ爲メニハ非サルカ、然レトモ亦反對論ノ根據モナキニ非ス(一)移轉主義ハ既記ノ如ク分割後ノ權利關係ヲ複雜ナラシム、(二)第二百六十條ニヨレハ共有物ニ付キ物權ヲ有スル者モ分割ニ參加

スルコトヲ得、若シ本法カ移轉主義ヲ取リタルモノトセハ之レ必要ナキコトナリ、何トナレハ物權ハ第三者ニ追及シ又物ノ全部上ニ存スルカ故ニ如何ナル不公平ノ分割ヲナストモ各共有者ノ取得スル部分ニ追及セハ損害ヲ蒙ル虞アルコトナシ故ニ移轉主義ニヨレハ無用ノ條文トナル可シト、是等ハ有力ナル反對論ナリト雖モ余ハ共有ノ性質ニ重キヲ置キテ判斷スルヲ可ト信スルカ故ニ本法ハ移轉主義ヲ取リタルモノト斷定セントス、

(三)分割ノ效力　分割ノ效力ハ分割ノ時ヨリ將來ニ向テ生ス、即チ分割前ニ於テハ各共有者ハ共有物全體上ニ一部ノ所有權ヲ有シ分割後ハ取得部分上ニ完全ノ所有權ヲ有スルモノトス、從テ持分カ他人ノ權利(特ニ抵當權)ノ目的タリシ場合ニ於テハ(二)ニ述ヘタルカ如キ結果トナル可シ、

右ノ原則ニ對スル重要ナル例外ハ第千十二條ノ規定ナリトス、

(四)分割ノ成立　分割ハ有償契約ニシテ各共有者カ分割并ニ分割方法ニ同意シタルトキハ成立ス、而シテ分割ノ證書ヲ作成スルヲ常トス(獨第二百六十二條參照)、其要件ハ契約一般ノ原則ニ從フ、又分割ハ必シモ全共有者間ニ行ハルヽヲ要セス、例ヘハ三人ノ共有ノ場合ニ一人カ分割ヲ請求セルトキハ其者ニ持分ニ應スル部分ヲ與ヘ殘部ハ他ノ二人ニテ共有スルヲ妨ケス、是レ又一種ノ分割ナリ、

第二百五十九條　共有者ノ一人カ他ノ共有者ニ對シテ共有ニ關スル債權ヲ有スルトキハ分割ニ際シ債務者ニ歸スヘキ共有物ノ部分ヲ以テ其辨濟ヲ爲サシムルコトヲ得

債權者ハ右ノ辨濟ヲ受クル爲メ債務者ニ歸スヘキ共有物ノ部分ヲ賣却スル必要アルトキハ其賣却ヲ請求スルコトヲ得

(一)本條ノ目的　本條ハ共有者ノ一人カ他ノ共有者ニ對シテ「共有物ニ關スル債權ヲ有スル場合」ニ共履行ヲ確實ニス可ク特別ノ辨濟方法ヲ定ムルモノナリ、蓋シ共有物ニ關スル債權ハ共有物維持ノ爲メニスル費用又ハ負擔ニシテ共有物カ現在ノ價格アルハ其費用ヲ加ヘタルカ爲メナリト云ハサル可ラス、從テ他ノ共有者カ分割ニヨリ分前ヲ得ラルヽモ亦之レカ爲メナリト云フテ可ナリ、然ルニ一方ニ於テハ分割ニヨリ分前ヲ取得シ他ノ一方ニ於テハ債務ノ辨濟ヲ忘ル

コトアリテハ不公平ノ極ナリ、故ニ本條ニ於テハ債務者ニ與フ可キ部分ヲ以テ辨濟ニ充ツルコトヲ認ムルモノナリ、

(二)共有ニ關スル債權　本條ニ共有ニ關スル債權トハ第二百五十四條ニ所謂共有物ニ付キテ有スル債權ト其範圍ヲ同フセス、共有物ノ管理方法ニ關スル協定及ヒ不分割契約ノ如キハ第二百五十四條ノ内ニ包含セラル可キハ既ニ論シタルカ如シ、然レトモ此二者ニ就テハ明ニ本條ノ適用ナカル可シ、共有ニ關スル債權トハ其意義頗ル漠然タリト雖モ、恐クハ(一)共有物ノ保存并ニ管理ノ費用、(二)共有者ノ協議ニヨリ共有物ニ變更ヲ加ヘタルトキハ其費用、(三)共有物ニ關スル訴訟費用、(四)共有物ノ負擔、(五)共有物ノ運送保管ニ關スル費用、(六)共有物ニ瑕疵アリテ第三者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其損害賠償、(七)共同ノ出費ニヨリ共有物ヲ取得シタル場合ニ於ケル立替金等之ニ屬ス可シ、以上ノ數者ハ要スルニ共有者全員ノ負擔ス可キモノニシテ共有物カ價ヲ保存スルハ其出費ニ俟ツ所多シ、故ニ共有者ノ一人カ之ヲ支出シ他ノ共有者カ之ヲ償還ス可キ義務ヲ負フ場合ニ於テハ其辨濟ニ就テハ特別ノ保護ヲ加フルノ必要アルヲ見ル可シ、

(三)實行方法　債權者ノ有スル本條ノ權利ヲ實行スル方法ハ簡單ニ分割ニ際シテ債務者ニ歸ス可キ共有物ノ部分ヲ辨濟トシテ債權者ニ與フルニ在リ、即チ本條ハ之カ爲メニ債權者ニ特別ナル請求權ヲ與フルニ非ス債權者ノ自助ノ一方法トシテ自ラ本條ノ權利ヲ實行スルコトヲ得ルナリ、然レトモ其前提ニ付キテ爭アル場合ニハ裁判上ノ決定ヲ要スルハ勿論ナリ、

債權ノ目的ト債務者ニ歸ス可キ共有物ノ部分ト同種類ノ物ナルトキハ債權者ハ直ニ債權額ニ當ル分量ヲ控除シテ殘餘ヲ債務者ニ與フレハ可ナリ、反之債權ノ目的ト債務者ノ取得ス可キ共有物ノ部分トカ種類ヲ異ニスルトキハ直ニ辨濟ニ當ツルヲ得ス、債權者ハ債務者ニ屬ス可キ部分ヲ賣却シ金錢ニ換價シテ辨濟ニ充ツルコトヲ要ス、而シテ法文ニ賣却ヲ請求スルコトヲ得トアルハ敢テ債務者ヲシテ賣却セシム可ク請求スルニ非ス、自ラ之ヲ賣却スルコトヲ債務者ヲシテ承認セシムルノ義ナリ、之レ本條ノ權利ハ債權者ノ自助權ナルヲ知ラハ自ラ明ナリ、故ニ實際ハ賣却ノ旨ヲ通知シテ後之ヲ賣却スレハ可ナリ、又賣却ハ債務ノ辨濟ニ充當センカ爲メナルカ故ニ辨濟ニ必要ナル範圍ヲ越ヘテ賣却スルヲ得サルハ勿論ナリ、

第二百六十條　共有物ニ付キ權利ヲ有スル者及ヒ各共有者ノ債權者ハ自己ノ費用ヲ以テ分割ニ參加スルコトヲ

得前項ノ規定ニ依リテ參加ノ請求アリタルニ拘ハラス其參加ヲ俟タスシテ分割ヲ爲シタルトキハ其分割ハ之ヲ以テ參加ヲ請求シタル者ニ對抗スルコトヲ得ス

(一)本條ノ目的　共有ノ分割ハ往々ニシテ共有者以外ノ者ニ利害ヲ及ス、例之持分上ニ抵當權ヲ有スル者ハ債務者カ分割ニヨリ取得スル部分カ過少ナルトキハ損害ヲ受ク可ク、又單ニ共有者ニ對シテ債權ヲ有スル者モ債務者ノ受クル部分カ過少ナルトキハ債務者ノ一般財產カ減少スルカ故ニ損失ヲ蒙ル可シ、之レ利害關係者ヲシテ分割ニ參加スルヲ得セシムル所以ナリ、

(二)參加權者　本條ノ規定ニヨリ分割ニ參加スル權利ヲ有スル者ハ共有物上ニ物權ヲ有スル者及ヒ各共有者ノ債權者ナリトス、或ハ曰ハン、本法ニ於テハ分割ノ效力ハ既往ニ遡ラス、而シテ共有物上又ハ持分上ニ存スル物權ハ追及權ヲ有スルカ故ニ分割カ如何ナル方法ニテ行ハルヽトモ之ニヨリテ損失ヲ受クルコト無カル可シ、例ヘハ甲ナル共有地上ニ地上權ヲ有スル者ハ甲地ヲ自然分割シテ乙丙ノ兩地トナストキハ乙丙兩地上ニ地上權ヲ有ス可ク又ハ分割ノ爲メニ其土地ヲ賣却スルモ地上權ハ之ニヨリ消滅セサルカ故ニ損害ヲ受ルコトナカル可シ、又例ヘハ或共有者ノ持分カ抵當權ノ目的タル場合ニ之レヲ分割スト雖モ抵當權ハ習來ノ持分ニ應シテ各分割地上ニ存ス可キカ故ニ損失ヲ蒙ルコトナカル可シト、此ノ論ヤ大ニ理由アリ、抽象的ノ論トシテハ本法分割ノ主義ニ於テハ物權者ニ參加權ヲ與フル必要ナシ、然レトモ事實上ハ然ラス、分割ノ結果土地ヲ不相當ニ區分スルカ如キハ大ニ其價ヲ減スルコトアルカ故ニ參加ノ必要全ク無シトセス、若シ夫レ共有者ノ債權者ニ至リテハ參加ノ必要一層痛切ナリ、何トナレハ共有者(債務者)カ受クル所ノ分配カ過少ナルトキハ一般擔保ヲ減シ債權ノ價ヲ減スレハナリ、

(三)參加ノ時期　參加權者ハ分割ノ手續中如何ナル程度ニ於テモ參加スルコトヲ得、裁判上ノ分割ノ場合ニ於テハ其訴訟ニ參加スルコトヲ得(民訴五三)、

(四)分割ノ通知　參加權者ニ對シテ分割ヲ通知スルヲ要セス、事ノ性質上ハ通知ヲ與ヘ參加ヲ確スヲ要スルカ如キモ此ノ如キハ實際上行ヒ難シ、蓋シ共有物又ハ持分上ノ物權者ハ其數モ比較的少ク且ツ登記簿ニヨリ容易ニ之ヲ知リ得ルモ共有者ノ債權者ニ至リテハ其數限リ無ク悉ク之ヲ調査シ通知ヲ與フルハ少カラサル勞力日子及ヒ費用ヲ要スレハナリ、加之通知漏ノ爲メニ分割ノ效力ニ影響アリトセハ分割ヲ困難ナラシムルヤ大ナリ、果シテ然ラハ分割ヲ奬勵セン

トスル本法ノ政策ニモ亦矛盾スルニ至ラン、

(五)參加ノ請求　右ノ如ク分割ハ之ヲ參加權者ニ通知スルノ要ナシ、然レトモ參加權者カ分割ノ議アルヲ聞知シ參加ヲ請求シタル場合ニ於テハ共有者ハ參加ヲ拒絶スルヲ得ス、

若シ參加ヲ拒絶シ(參加ノ請求アルニモ拘ハラス參加ヲ避ケ私ニ分割スルハ拒絶ノ一種ナリ)又ハ參加ヲ待タス即チ參加ノ機會ヲ與ヘスシテ分割シタルトキハ其分割ハ之ヲ以テ參加ヲ請求シタル者ニ對抗スルヲ得ス(本條第二項)、即チ參加ヲ請求シタル者ハ依然分割ナキモノトシテ其權利ヲ行フコトヲ得、例之共有者ノ債權者ハ持分留存スルモノト看做シテ之ヲ競賣スルヲ得可シ、然リ而シテ之カ爲メニ參加請求者ハ損害ヲ受ケタルコトヲ立證スルヲ要セス、然シ此制裁ハ物權關係ヲ寢雜ナラシメ相對的ノ物權關係ヲ生スル弊アルカ故ニ立法論トシテハ余單ノ適當ト認ムル能ハサル所ナリ、

(六)參加ノ意義　ハ甚タ不明ナリ、若シ之レヲ參加者ノ同意又ハ承諾ナクンハ分割ハ有效トナラサルモノト解セハ誤レリ、參加ヲ拒絶スルモ猶分割ハ無效ニ非ス然ラハ參加ヲ許シテ其意見ヲ用ヒサルモ分割ノ無效トナル理由ナシ、且ツ分割ハ共有者間ノ契約ニシテ參加者ハ其名ノ示ス如ク當事者ニ非ス當事者ニ非サル者ノ意見ニ如此重大ナル意義ヲ附スルヲ得ス、況ンヤ參加者ノ意見ヲ以テ分割ノ有效條件ナリトセハ共有者ハ分割ノ自由ヲ制限セラルヽニ至ル可シ、故ニ此說ハ不可ナリ、然ラハ參加ハ單ニ分割評議ノ席ニ列シテ傍觀スルノ義カ果シテ然ラハ參加ハ全然無意義ト爲ル可シ、

以上ノ二說ハ極端ニ失ス、眞理ハ中間ニ在リ、余單ノ見ル所ニ於テハ參加者ハ分割ノ議席ニ列リ且ツ分割ニ付テ發言ノ權アルモノトス、蓋シ法律カ參加ヲ許ス主タル目的ハ(一)債務者タル共有者カ他ノ共有者ニ欺カレ其結果債權者ヲ害スルヲ防キ、(二)債務者タル共有者カ債權者ヲ害スルノ意思ヲ以テ他ノ共有者ト通謀シテ過少ナル部分ヲ受クルヲ防カシムル爲メナリ、故ニ參加者ハ少クトモ分割ニ付キテ發言ノ權ナカル可ラス、故ニ余單ハ發言ヲ拒ムハ參加ヲ拒ムト同シク本條第二項ノ制裁アルモノト認メントス、

然レトモ參加者ノ權利ハ只發言ニ止マル故ニ共有者カ其發言ヲ許シテ而カモ之ヲ用ヒスシテ分割シタルトキハ其分割ハ本條第二項ノ制裁ヲ受ケス、然レトモ參加者ハ既ニ議席ニ參シ又意見ヲ陳ヘ分割者間ノ內情ヲ知ルカ故ニ若シ分割カ不正ニ行ハレタルナラハ之ニ對スル救濟手段ヲ取ル可ク機會及ヒ證據ヲ有スルノ便アルヲ以テ參加ノ目的ヲ達スルナリ、

因ニ債務者タル共有者カ他ノ共有者ト共謀シ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ過少ナル部分ヲ受クルコトニ同意シタルトキハ第四百二十四條ノ適用ヲ見ル可シ、

第二百六十一條　各共有者ハ他ノ共有者ノ分割ニ因リテ得タル物ニ付キ賣主ト同シク其持分ニ應シテ擔保ノ責ニ任ス

(一)本條ノ理由　共有物ノ自然分割ハ余顧ノ解スル所ニ於テハ有償契約ニ外ナラス(二五八、註(二)參照)、然ラハ賣主ノ擔保責任ニ關スル規定ノ適用アルハ第五百五十九條ニヨリ明ナル所ニシテ敢テ本條ノ規定ヲ必要トセサルナリ、然レトモ亦從來廣ク行ハルル反對說(二五八、註(二)ノロ參照)アルカ故ニ特ニ本條ヲ置クノ必要ヲ生シタルナリ、加之若シモ本條ヲ裁判上ノ分割ニ適用セント欲セハ其明文ヲ要スルヤ勿論ナリ、

(二)本條適用範圍　ハ左ノ場合ナリ、

イ)共有物ヲ各共有者間ニ自然的ニ分割シタル場合、

ロ)共有物ヲ共有者ノ一人ニ與ヘ其者ヲシテ補償金ヲ拂ハシメタル場合、

共有物ヲ第三者ニ賣却シテ代金ヲ分割スル場合ニ關シテハ本條ノ適用ナシ、第五百五十九條ニヨリ擔保責任アル可シ、而シテ其責任ノ範圍ハ各共有者ノ持分ニ應ス可シ、

又各共有者ノ取得シタル部分カ一樣ニ瑕疵アル場合又ハ追奪セラレタル場合ニハ本條ノ文言ハ廣キニモ拘ハラス實益ナキカ故ニ適用ナキモノトス、

次ニ本條ハ契約ニヨル分割ニノミ適用アリヤ又ハ裁判上ノ分割(裁判所カ分割ノ方法ヲ具體的ニ指定シタル場合)ニモ適用アリヤハ疑問ナリ、形式論ヨリスレハ確定セル裁判ハ終局的ニ眞實ナルカ故ニ裁判ニヨリテ分配ヲ得タル者ハ追奪ヲ受クルコトナク又裁判上持分ニ應スルモノト認メラレタル物カ瑕疵アルコト無カル可キカ如シ、然レトモ此說ハ誤リナル可シ、何トナレハ分割ノ裁判ハ第三者トノ間ニ於ケル共有者ノ權利ヲ確認スルコトナクシテ獨リ分割方法ノミニ關スルコトアリ此場合ニハ追奪ノ問題ヲ生ス可シ、又物ニ隱レタル瑕疵アリヤ否ヤハ事實ナルカ故ニ裁判ヲ以テ分割方法ヲ指定シタルトキト雖モ損害ヲ生スルコトハ事實上アリ得可シ故ニ實質上本條ハ之ヲ裁判上ノ分割ニモ適用スルヲ可トス、

又本條ノ適用アルハ單ニ第五百六十條以下ノ條件ノ存スル場合ニシテ、其原因カ詐欺又ハ强迫ニ在ルトキハ第九十六條ノ規定ニ因リ分割其ノモノヲ取消スヲ得可シ、

(三)擔保責任　ハ賣主ニ同シ、而シテ賣主ノ擔保責任ハ第五百六十條以下十二條ニ定ムル所ナリ、其詳細ハ玆ニ述フルノ餘地ナシト雖モ大要二種ノ擔保責任アルモノナリ、(一)ハ追奪擔保ニシテ賣買ノ目的タル權利ノ一部又ハ全部カ賣主ニ屬セサルニヨリ之ヲ買主ニ移轉スル能ハサル場合ニ生スル責任ニシテ其ノ制裁ハ契約解除、代金減額、損害賠償等アルモ實際上本條ノ場合ニ適用頻繁ナルモノハ損害賠償ナル可シ、(二)賣買ノ目的タル物ニ隱レタル瑕疵アル場合ニシテ其制裁ハ契約ノ解除及ヒ損害賠償ナルモ分割ノ場合ニハ契約解除ノ適用サ見ルコトハ蓋シ稀ナル可シ、

猶第五百七十二條ノ規定モ本條ノ場合ニ適用アルハ勿論ナリトス、

(四)擔保責任ノ範圍　各共有者ノ擔保責任ノ範圍ハ持分ニ應シテ定マリ頭數ニ應セス、

第二百六十二條　分割カ結了シタルトキハ各分割者ハ其受ケタル物ニ關スル證書ヲ保持スルコトヲ要ス

共有者一同又ハ其中ノ數人ニ分割シタル物ニ關スル證書ハ其物ノ最大部分ヲ受ケタル者之ヲ保存スルコトヲ要ス

前項ノ場合ニ於テ最大部分ヲ受ケタル者ナキトキハ分割者ノ協議ヲ以テ證書ノ保存者ヲ定ム若シ協議調ハサルトキハ裁判所之ヲ指定ス

證書ノ保存者ハ他ノ分割者ノ請求ニ應シテ其證書ヲ使用セシムルコトヲ要ス

(一)共有物ニ關スル證書保存義務　ヲ本條ハ規定ス、共有物ヲ分割シ了リタル後ハ共有關係ハ終焉スルカ故ニ最早ヤ證書ノ必要ナキモノ、如ク見ユルモ之皮相ノ觀ナリ、例之共同有價行爲ヲ以テ共有物ヲ取得シ既ニ其代價ノ支拂ヲ了シ之ヲ分割シタルニ若シモ其代價ノ受取證ヲ保存セサルトキハ各共有者(分割者)カ賣主ヨリ再ヒ代價ノ請求ヲ受ケタル場合ニ之ニ對抗スル手段ヲ有セサル可シ、是レ分割後ニ於テモ共有物ニ關スル證書ヲ保存スル必要アル所以ナリ、然

ラハ即チ何人カ之ヲ保存ス可キカ之レ本條ノ定ムル所ナリ、

(二)證書保存義務者　ハ左ノ如シ、

(イ)共有物數個アリテ其各物ニ付キテ證書存在シ分割ニ際シテハ各共有者カ各其一個ノ物ヲ受ケタル場合ニ於テハ其物ニ關スル證書ハ其物ヲ受ケタル者之ヲ保存ス可シ(本條第一項)、而シテ其保存ハ分割者ノ他ノ分割者ニ對スル義務ナリトス、蓋シ證書ハ後日權利關係ニ付キ爭ヲ生シタル場合ニ證明ノ具トナルモノニシテ他ノ共有者カ其證書ヲ必要トスル場合ニ之ヲ使用スルコトヲ得サル可ラス、是レ之ヲ義務トナス所以ナリ、

(ロ)一共有物ヲ共有者一同又ハ數人ノ間ニ自然的ニ分割シタル場合ニ於テハ其物ノ最大部分ヲ受ケタル者之ニ關スル證書ヲ保存スルノ權利ヲ有シ義務ヲ負フ、蓋シ共有物ニ關スル證書ハ一通ナルヲ常トスルカ故ニ之ヲ各共有者ニ分ツヲ得ス、依テ利害關係最モ大ナル分割者ヲシテ之ヲ保存スル義務ヲ負ハシム(本條第二項)、此場合ニ於テ各共有者ノ受クル部分相等シク最大部分ヲ受クル者ナキトキハ協議ノ上保存者ヲ定ム、若シ協議調ハサルトキハ裁判所保存者ヲ指定ス(本條第三項)、此裁判ハ其性質非訴事件ナル可キモ現行法ニ於テハ民事訴訟ノ形式ニ依ル、

(三)證書保存義務ノ內容　證書保存義務ノ內容ハ證書ヲ保管シ且ツ他ノ分割者カ證書ヲ使用スル必要アルトキハ其請求ニ應シテ之レヲ使用セシムルニ在リ(本條第四項)、自ラ使用スル權利アルハ言ヲ待タス(民訴三三六、二號同三四三參照)、

(四)保存ノ期間　之レ本條ノ規定セサル所ナリ、一缺點ト言フ可シ、余輩ノ信スル所ニ於テハ證書ノ關係スル權利ノ存續期間或ハ時效期間之ヲ保存セシムルノ要アル可シ、

(五)證書喪失者ノ責任　共有者カ證書ヲ使用セントスル場合ニ保存者之ヲ喪失シ使用セシムルヲ得ス、之カ爲メニ其共有者損害ヲ被レリトセハ之レ證書保存義務違反ノ結果ニ外ナラサルカ故ニ保存者ニ過失アリタル場合ニ於テハ損害賠償ノ原因トナル可シ、

第二百六十三條　共有ノ性質ヲ有スル入會權ニ付テハ各地方ノ慣習ニ從フ外本節ノ規定ヲ適用ス

本條ノ說明ハ便宜上之ヲ第二百九十四條ニ讓ル、

第二百六十四條　本節ノ規定ハ數人ニテ所有權以外ノ財

産權ヲ有スル場合ニ之ヲ準用ス但法令ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

(一)本條ノ目的　本節ノ規定ハ所有權ノ章中ニ位シ所有權ノ共有ニ關ス、然ルニ數人ニテ權利ヲ有スルハ必シモ所有權ニ限ラス、而シテ其共有者間ノ關係ニ至リテハ所有權ノ共有モ所有權以外ノ權利ノ共有モ敢テ甚大ノ差アルニ非ス、是ヲ以テ各種ノ權利ニ關スル共有ヲ一々規定スルノ煩ヲ避ケテ本節ノ規定ヲ之ニ準用スルモノナリ、

(二)準共有ノ觀念　ハ之ヲ認ム可キ形式上ノ理由アルモ實質上ノ理由ナシ、法典ニ於テ單ニ共有ト云ヘハ即チ所有權ノ共有ヲ意味シ、其規定ハ所有權以外ノ財産權ノ共有ニ準用セラルヽ之レ所有權以外ノ權利ノ共有ヲ準共有ト爲ス說ノ起ル所以ニシテ形式上理由アリト云ハサル可ラス、然レトモ所有權ノ共有モ其他ノ權利ノ共有モ其權利關係ハ全ク同一ニシテ共有關係ノ實體ニ至テハ全ク異ル所ナシ、故ニ其間ニ正準ノ差別ヲ立ツ可キ實質上ノ理由ナシ、余輩ノ提案ハ共有ナル觀念ヲ一層高キ觀念トシ所有權ノ共有并ニ其他ノ權利ノ共有ヲ包含セシメントスルニ在リ、

(三)本條ヲ準用ス可キ場合　一權利カ數人ニ屬スル狀態ニ種々アリ(本節總說(一)參照)、而シテ其中ニ就テ本條ノ準用ヲ受ク可キモノハ財産權ヲ分量的ニ分割スル場合ナリトス、

又本條ハ共有ニ關スル原則法ナルカ故ニ法令ニ別段ノ定アル場合ニハ本條ノ適用ナシ、殊ニ不可分債權ニ就テハ假令之ヲ以テ債權ノ共有ト解スルモ債權法ニ別段ノ規定アルカ故ニ本節ノ規定ヲ適用スルヲ得ス、猶財産權ノ意義ニ就テハ本書第一卷八九〇頁ヲ見ヨ、

第四章　地上權

總說

(一)沿革並ニ經濟上ノ意義　古代ノ羅馬法ニ於テハ定著物(地上物)ハ土地ニ從フ(Superficies solo cedit)ト云フ原則行ハレ、定著物ヲ以テ土地ノ一部ト看做シ定著物ニ對シテハ獨立ノ所有權ヲ認メサリシ、故ニ借地上ニ建築ヲナストキハ建物ハ添附ノ原則ニヨリ土地所有者ノ有ニ歸セリ、然レトモ此ノ如キハ借地人ノ忍フ能ハサル苦痛ナリ、共和政治時代ニ及ンテハ土地ノ兼併盛ニ行ハレ、都市ノ土地ハ小數貴

族ノ有ニ歸シ、平民ハ容易ニ宅地ヲ得ル能ハス、借地上ニ建築スルモノ次第ニ增加シ不平ノ聲漸ク高マリ、遂ニ借地人ニ建物ノ所有權ヲ與フルニ至レリ、然レトモ土地ヲ使用スル權利ハ之ヲ以テ債權關係トナシタルカ故ニ土地所有權ノ讓渡アルトキハ借地人ハ其權利ヲ以テ讓受人ニ對抗スルヲ得ス退去ヲ餘儀ナクセラレタリ、然カモ其昔建築術幼稚ニシテ木材ヲ材料トシ且ツ其規模少ナリシ時代ニ於テハ移轉モ亦容易ナリシト雖モ一般ニ石造ノ建築行ハルルニ至テハ其移轉ハ殆ント不能トナレリ、此ニ於テカ借地人ノ權利ヲ强固ニスルニ非サレハ他人ノ土地上ニ建築スルヲ得サルニ至レリ、依テ常ニ民主的思想ヲ有セル當時ノ裁判官ハ借地人ニ與フルニ物權的訴權ヲ以テシ讓受人ニ對抗スルヲ得セシメタリ、是今日ノ地上權ナリ（Windscheid Pand § 223, Note 9. Degenkolb, Platzrecht u. Miethe 1868 S. III Pesel, Erbbaurecht p. 1 ff.）獨逸固有法ニモ亦物權トシテノ地上權ノ觀念ナク其初メ木造建築時代ニ在リテハ建物ヲ動產ト看做シ、十四世紀頃石造建築ノ行ハルルニ至テハ之ヲ以テ土地ノ一部ト見タリ、故ニ添附ノ原則ニヨリ借地人カ借地上ニ建築シタルトキハ其建物ノ所有權ヲ失ハサルヲ得サリシ、之レ借地人ノ忍フ能ハサル所ナリシナリ偶々羅馬法ノ侵入ニ際シタルヲ以テ其地上權ノ思想ヲ輸入シタリト云フ、

以上略述セル如ク地上權ハ富者卽チ貴族ト貧者卽チ平民間ノ爭ノ結果生シタルモノニシテ兩者ノ利益ヲ調和スルノ任アリ、其ノ規定ノ眞否及ヒ運用ノ巧拙ハ都市住居問題ノ解決ニ關スル所頗ル大ナリトス、

(二)地上權ノ觀念及本質

ハ第二百六十五條ヲ見ヨ、

(三)地上權ノ地代

ニ就テハ第二百六十六條ヲ見ヨ、

(四)地上權ノ取得原因

(イ)契約

土地ノ所有權者ト地上權取得者ノ間ノ契約ニヨルヲ普通トス、而シテ其契約ハ所謂物權契約ニシテ直接ニ地上權ヲ設定スルヲ以テ目的トナスモノナラサル可ラス、地上權カ不動產ノ賃借權ト區別セラルヽハ當事者ノ意思カ物權ヲ與フルニ在ルカ又ハ債權ヲ發生セシムルニアルカニ在リ而シテ其實際上ノ證徵ハ其使用シタル文字又ハ言語ヲ以テ一應ノ推定トス可シ、卽チ地上權設定證書トアレハ先ツ地上權ト推定シ賃借契約書トアレハ賃借權ト見ル可シ、若シ此點カ不明ナルトキハ契約ノ內容ニ付キテ區別ス可シ、借地人ニ與フルニ任意ニ轉貸又ハ讓渡スルノ權利ヲ以テセルトキハ地上權ト見テ可ナリ、又此點モ明ナラサルトキハ貸主ニ修繕保存ノ義務アリヤ否ヤニヨリ區別スルヲ得可シ（六一二、六〇六）、

(ロ)法律ノ直接規定

（三八八、立木登記法第五條等）、

(ハ)行政行爲　例之土地收用法第一條ニヨリ土地ヲ使用スル必要アル場合ニハ地上權ヲ設定スルコトヲ得、此場合ニ於ケル登記手續ハ不動產登記法第百二十七條ノ二及第百三條ヲ見ヨ、

(ニ)取得時效　第百六十三條參考、

(ホ)遺言　遺言カ效力ヲ生シタルトキニ地上權ハ受遺者ノ爲メニ發生ス、遺贈ノ承認ノ時ニ非ラス、又遺言效力ヲ生シタル後ニ設定行爲ヲ爲スヲ必要トスルニ非ス、然シナカラ其登記ハ遺言執行人一般ノ手續ニヨリ之ヲ爲ス、

(五)地上權ノ登記　ハ不動產登記法第四章第一節ノ一般手續ニ從フノ外特ニ第百十一條ノ規定ニ因ル、卽チ申請書ニハ地上權設定ノ目的(建物所有又ハ竹木所有)及ヒ範圍(例之百坪)ヲ記載シ並ニ存續期間、地代又其支拂時期ノ定アルトキハ之ヲ記載スルコトヲ要ス、

猶右ノ外明治四十二年法律第四十號建物保護ニ關スル法律アリ、同法ニ依レハ建物ノ所有ヲ目的トスル地上權ニヨリ地上權者カ其土地上ニ登記シタル建物ヲ有スルトキハ地上權ハ其登記ナキモ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得(同法第一條)、同法ハ衆議院ノ提出ニ掛リ所謂地震賣買ヲ妨止スル目的ニ出ツ、卽チ地主カ借地人ノ爲メニ登記ヲナスヲ拒ミ借地人カ建築ヲナシタル後ニ至テ之ヲ第三者ニ讓渡シ讓受人ハ其立退ヲ請求シ其窮ニ乘シ地代ノ增加ヲ請求スルノ弊ヲ防カントスルモノナリ、立法ノ旨意ハ建物ノ保存登記ニハ必シモ地主ノ協力ヲ要セサルカ故ニ借地人一人ニテ建物ノ登記ヲ爲サシメ之ニヨリテ地上權ヲ第三者ニ對抗セシメントスルニ在リ、然ルニ建物ノ保存登記ハ登記法第百六條ニ因リ先ツ地上權ノ登記ヲ要スル場合多ク、又同條第四號ニ因ルニハ建物所有權ノ確認判決其他官公署ノ証明ヲ要スルカ故ニ其手續簡單ナラス先ツ此點ヲ簡易ナラシムルニ非サレハ同法モ其目的ヲ達シ難カル可シ又土地登記簿ト建物登記簿トハ帳簿ヲ異ニスルカ故ニ建物ノ登記ヲナサシムルモ之ヲ土地登記簿ニ移載スルニ非サレハ土地登記簿ニヨリ土地ヲ取得セントスル者ニハ地上權ノ存在ハ知レサル結果トナリ第三者ヲ害スルノ弊ナシトセス、之ニ對スル同法第二條ノ救濟ハ不十分ナリトス、故ニ同法ノ目的ヲ達センニハ宜シク先ツ登記法第百六條ヲ改正シ建物ノ所有ヲ目的トスル借地證書ヲ提出シ得ル者ニシテ單獨ニ建物ノ保存登記ヲ申請スルコトヲ得セシメ、又建物ノ登記アリタルトキハ職權ヲ以テ其旨ヲ土地登記簿ニモ移載ス可キモノトシ土地登記簿ヲ見ル者ヲシテ地上權ノ存在ヲ知リ得ルノ途ヲ開カサル可ラス

(六)地上權ノ相續及讓渡　地上權ハ使用借權ト異リ之ヲ相續スルコトヲ得(五九九)、

又地上權ハ賃借權ト異リ之ヲ讓渡スルコトヲ得(六一二)、而シテ之レカ爲メニハ土地所有者ノ同意ヲ得ルヲ必要トセス、其他讓渡ノ方法ハ一般物權契約ニ因ル(本書一七六條ヲ見ヨ)、猶地上權者カ工作物ヲ有スル場合ニ於テ其所有權ヲ他ニ移轉スルトキハ之レト共ニ地上權ヲ移轉セシムルノ意思アルモノト一應推測スルコトヲ得(同論明治三七、一二、一三大審院判決)、但シ契約ヲ以テ其讓渡ヲ禁止又ハ制限スルコトヲ得サルニ非サルモ其效力ハ債權的ニシテ當事者間ニ止マリ第三者ニ對抗スルヲ得ス(同論富井博士原論二卷二〇六 Biermann, kommt Z. § 1012)、蓋シ地上權ノ讓渡ヲ禁止又ハ制限スル契約ハ登記法ニヨリ登記シ得可キ事項ニ非サルカ故ニ其物權的效力ヲ認ムルハ取引ノ安全ニ害アル可ケレハナリ(同論明治三四、六、二四、大審院判決)

(七)地上權ノ存續期間

ニ就テハ第二百六十七條ヲ見ヨ、

(イ)存續期間ノ滿了、(ロ)解除條件ノ成就、並ニ解除權ノ行使ハ(明治三七、三、一一大審院判決同論)、地代ノ支拂ヲ一回タリトモ怠ルトキハ直チニ消滅スヘシトナシ、又ハ地所入用次第返還スヘシトナスカ如キハ其性質皆解除條件ナリ、共ニ有效ナルハ疑ナキ所ナリ、但シ契約書ニ斯ル文言アルモ單ニ一ノ例文ニシテ當事者ノ眞ノ合意ナキ場合ニ於テハ其ノ條項ハ效力ナキハ勿論ナリ、然レトモ之レ契約解釋ニ關スル一般的ノ原則ニシテ敢テ地上權設定契約ノミニ關スル問題ニアラス、例文ナルカ故ニ效力ナキニアラス、眞意ノ合致ナキカ故ニ效力ナキナリ、而シテ例文ナリトスルモ苟モ契約條項タル以上ハ一應ハ合意アリタルモノト推定シ、反證責任ハ之ヲ爭フモノヲシテ負擔セシムヘシ、但シ之ヲ以テ地上權ノ特定承繼人ニ對抗センニハ一般登記手續ニヨリ之ヲ登記スルヲ要スルハ勿論ナリ、(ハ)拋棄、地代ヲ支拂ハサル場合ニハ地上權者ノ一方的行爲、地代ヲ支拂フ場合ニハ所有者ノ承諾ヲ要ス又存續期間ノ定ナキトキハ第二百六十八條ニヨリ猶第二百七十五條ノ準用モ絕無ニハ非ス此等ノ場合ニハ地代ノ有無ニ拘ハラス一方行爲ニテ可ナリトス、(ニ)混同(一七九)、(ホ)土地收用(同法六三)、(ヘ)地代ノ延滯又ハ地上權者ノ破產(二六六、二七六)此場合ニハ地上權ハ當然消滅スルニ非ス、土地所有者ハ地上權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得ルノミ、玆ニ消滅ノ請求トハ法典ノ用語ヲ假リタルモノナリト雖モ其意ハ給付ヲ請求スルノ義ニハ非スシテ地上權ヲ消滅セシムルノ意思ヲ通告スルノ義ナリ(Kündigung)、故ニ所有者ノ一方行爲ニヨリ地上權ハ消滅ス(同論明治四〇、四、二九、大審院判決)、(ト)土地ノ滅失、是物權共通ノ消滅原因ニシテ說明ヲ要セス、但シ建物ノ滅失ニヨリテ地上權ハ當然消滅スルコトナシ(チ)消滅時效並ニ第三者ノ取得時效ノ結果(本書一卷八七七參考)、(リ)地上權ノ濫用(Wasteof Land)例

之目的以外ノ使用ヲナシ又ハ土地ニ永久的變更ヲ加フルカ如キ是ナリ、本法ニ於テハ權利ノ濫用ヲ以テ權利消滅原因トナス場合多シ(二九八、三項、三五〇、五九四、三項、六一六等)、然ルニ地上權ニ就テ其規定ノ缺ケタルハ遺憾トスル所ナリ、然レトモ地上權者ハ占有權ヲ有シ且ツ廣大ナル權限ヲ有スルカ故ニ地上權ヲ消滅セシメスシテ其濫用ヲ防止ス可キ適當ノ方法存セサルカ故ニ實際ノ必要上之ヲ以テ消滅原因ト認メテ可ナリトス但シ權利ノ濫用ハ當然權利ヲ消滅セシメス所有權者ニ地上權ヲ消滅セシムル權能ヲ與フルノミ、(同論富井博士原論二一七、三潮博士提要一九六、末弘博士物權法五五一)

(九)本章ノ內容　本章ハ五ヶ條ヨリ成リ、第二百六十五條ニ於テ地上權ノ觀念及ヒ性質ヲ定メ、第二百六十六條ニ於テ地代ヲ規定シ、第二百六十七條ニ於テ隣地者間ノ關係ヲ定メ、第二百六十八條ヲ以テ存續期間ニ關スル事項ヲ定メ、第二百六十九條ヲ以テ地上權ノ消滅後ノ關係ヲ定ム、

第二百六十五條　地上權者ハ他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル權利ヲ有ス

(一)地上權ハ他人ノ土地ヲ使用スル權利ナリ　地上權ノ觀念ニ就テハ少クトモ三說アリ、(一)地上ノ建設物ト土地トハ合體シテ一物ヲナシ地上權者ハ建設物ト土地ノ上部ヲ所有シ土地所有者ハ地盤ヲ所有ストナスモノ即チ地上權ヲ以テ土地ノ上部ノ所有權トナス說(バイエルン國法四部七章三十四條)、是レハ最モ古キ說ニシテ一物上ニ數個ノ所有權ヲ認ムルモノニシテ所有權ノ觀念ト相容レサルカ故ニ今日一般ニ排斥セラル、(大正六、二、一〇、大審院判決判決錄二三輯一三八頁)モ亦地表ノミノ所有權ヲ認メス)(二)前說ト同シク土地ト建物ト一物ヲ構成ストナシ地上權ハ他人ノ物タル建設物ヲ使用スル權利トナス說、之獨逸普通法上ノ通說ナリ(Wachter, Das Superficialrecht S 40; Windscheid § 223 anm 3. 4.)獨逸民法ハ之レニ反シテ地上權ヲ以テ土地ノ使用權トナスモ猶本說ヲ取ル可キ場合ナキニ非ス、何トナレハ獨逸民法ニ於テハ建物ハ土地ノ主要ナル構成分子ト看做サルヽカ故ニ既存ノ建物ヲ目的トスル地上權ヲ設定スル場合ニハ他人ノ物タル建物ノ使用權ト見ルヨリ外ナケレハナリ(Gierke D. P. R. II § 141)、本說ハ建物ヲ土地ノ構成分子ト見ル國ニ於テハ認容セラル可キモ土地ト建物ト所有者ヲ異ニシ得ル法制ニ於テハ之ヲ認ムルヲ得ス、(三)地上權ヲ以テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メニ他人ノ土地ヲ使用スルヲ內容トナス制限物權トナス說(獨逸民法一〇一二)本法ハ之ニ屬ス、即チ地上權ノ本體ハ工作物又ハ竹木ノ所有權其ノモノニ非

スシテ工作物又ハ竹木ノ所有權ヲ享有センカ爲メニ他人ノ土地ヲ使用スルコトニ存ス、又地上權ノ本體ハ他人ノ物タル工作物ヲ使用スル權利ニ非スシテ自己ノ物タル工作物ヲ所有スル爲メニ他人ノ土地上ニ存スル權利ナリ、猶之ヲ詳說スレハ、

(イ)地上權ハ制限物權ニシテ必ラス他人ノ所有ニ屬スル土地上ニ存在シ、一定ノ範圍ニ於テ土地ノ所有權ヲ制限シ其ノ負擔トナルモノナリ、

(ロ)地上權ノ目的ハ工作物又ハ竹木ノ所有ニ在ルヲ要ス之レ本條ニ特ニ明ナル所ニシテ地上權カ永小作權ト異ル要點ハ此處ニアリ、是レ法律上ノ要件ニシテ地上權ノ目的ハ此範圍外ニ出ツル能ハス、而シテ地上權ノ登記ニ於テハ必ラス明瞭ニ例ヘハ建物所有又ハ竹木所有又ハ橋梁隧道ノ所有ト云フカ如クニ具體的ニ之ヲ記載スルヲ要ス(登一一一)、然レトモ之レ單ニ目的ニシテ地上權者カ土地ヲ使用スルハ其目的以外ニ出ツル能ハスト雖モ現ニ工作物又ハ竹木ヲ所有スルヲ以テ其ノ要件トナスニ非ス、故ニ將來建築センカ爲メ又ハ殖林センカ爲メニ地上權ヲ設定スルコトヲ得可ク、又ハ現存ノ建物又ハ竹木ヲ取得シ之ヲ其儘他人ノ土地上ニ所有スル爲メニモ地上權ヲ設定スルコトヲ得ルノミナラス、一旦設置シタル工作物又ハ竹木ヲ除去スト雖モ之カ爲メニ地上權消滅スルニ非ス、又其目的ハ常ニ工作物竹木ノ所有ニ在リテ其賃借ノ目的ノ爲メニ之ヲ設定スルヲ論ナシ、例ヘハ他人ノ地上ノ建物ヲ買取リタル者ハ地上權ヲ設定スルヲ得ルモ賃借スルノ目的ヲ以テ地上權ヲ取得スルヲ得ス、

權利ノ名稱ハ沿革ニ從ヒ之ヲ地上權ト稱スルモ其內容ハ必シモ地上ノ使用ニ限ラル、ニ非ス、此ノ故ニ本條ニ於テハ「他人ノ土地ノ上ニ於テ」ト規定セスシテ單ニ「他人ノ土地ニ於テ」ト規定ス、之レ地下ニ於テ工作物ヲ所有スル爲メニ他人ノ土地ヲ使用スル場合ヲ包含セシメントスルノ旨意ニ出ツ(同論富井博士原論二卷一九三)、故ニ地上權ノ目的タルニ適スル事項ハ頗ル廣クシテ鐵道軌道水道堅道地窖橋梁等アルモ最モ頻繁ナルハ建物ノ建設ナリトス、

竹木所有ノ爲メニスル地上權ハ立法例ニ於テハ之ヲ許スモノト(普國々法一部二十二章二四三、墺民一一四七、獨逸普通法ニ就テハ Wachter A. A. O. S. 53. Windscheid § 223 anm 30) 許サヽルモノ(獨民一〇一二)、トアリ、之ヲ禁スルハ賃借權ヲ以テ其必要ニ應セシメントスルナリ、然レトモ我國ニ於テハ實際之ヲ必要トスルカ故ニ(Dernburg B. R. III § 162 anm 4ハ獨民ノ改正ヲ非ナリトス)本條ニ於テハ明ニ之ヲ許ス、竹木ト云フハ通常ハ造殖シタル竹木ノ所有權ヲ取得スル爲メ

又ハ將來造林セントスル場合ナルモ必シモ其竹木ハ地上權ノ觀念上ノ一部ト看做サルヽモノニ非サルヲ要ス若シ其竹木ハ地上權ノ觀念上所有スル爲メニモ地上權ヲ設定スルコトヲ得但シ造林ニ限ルニ非ス自然生ノ竹木ハ地上權者ノ所有ニ屬シ地代ハ地上權ノ目的タル土地ト分離シテ之ヲ所有スルヲ得サル故ニ地上權ノ目的タル土地ト看做サルヽ場合(三八八)ニ於テ其必要ヲ感スルモノニシテ地上權ヲ設定スルヲ得レハナリ只振當工切庭園ノ必要ナサルトキハ土地ト分離シテ之ヲ所有スルヲ得サル權ヲ知何ナル範圍マテ及ス可キカハ前示ノ標準ニ依ル可シ

(三)地上權ノ物體

地上權ノ物體ハ他人ノ土地ニ限ル而シテ持分上ニハ土地權ヲ設定スルヲ得ス蓋シ地上權ハ直接ニ物ヲ使用スル權利ナルカ故ナリ然ト雖モ其範圍ハ必シモ一筆ノ土地ノ全體ニ及フヲ要セス其一部分ニ地上權ヲ設定スルコトヲ得(登一一一)然レトモ特ニ其範圍ヲ示サヽル場合ニハ其一筆ノ土地全體ニ及フモノト見ル可シ又地上權ハ工作物又ハ竹木ノ所有ニ必要ナサルモノ之カ爲メ有益ナル部分ニ及スコトヲ得(獨民一〇一三)例之庭園ノ必要如シ而シテ此ノ事タルヤ實際契約ニヨリ工作物ヲ設定スル場合ニハ痛切ニ感スルモノニシテ地上權者ハ現實ニ工作物ヲ設定スルヲ要セサル故ニ地上權者ハ現實物(例之桑茶之類)ナルトキハ土地ト分離シテ之ヲ所有スルヲ得サル權ヲ有スル場合ナルモ必シモ之ヲ造林ニ限ルニ非ス自然生ノ竹木ハ地上權ノ觀念上所有スル爲メニモ地上權ヲ設定スルコトヲ得但シ其竹木ハ地上權者ノ所有ニ屬シ地代ハ地上權ノ要件ニ非ス是レ本條ノ規定中ニ之ナキニヨリ明ナリ

(イ)地代

地上權ノ目的タル土地ノ使用ヲ防害シ又ハ其使用ヲ妨害シタルトキハ其所有者カ地上權者ニ對シテ其賠償ヲ請求スルコトヲ得即チ地代ハ地上權者ニ對シテ其占有ヲ奪ヒタル場合ニハ勿論所有者カ占有ヲ奪ヒタル場合ニ於テモ亦其賠償ヲ請求スルコトヲ得之レ地上權ノ內容ノ總テ之レ地代ハ地上權者ノ所有ニ屬シ地代ハ地上權者ノ目的ニ相當スル土地ノ使用ヲ防害シタルトキハ其停止ヲ請求スルコトヲ得(二六八)ニ於テ其必要ヲ感スルモノニシテ地上權者ハ其權利ヲ讓渡スルコトヲ得(舊說(六)參照)

(ロ)

地上權者ハ其權利ヲ賃貸スルコトヲ得但シ此場合ニ於テハ自己ノ有スル權利內ニ於テ又可キコトハ勿論ナリ即チ地上權者ハ自ラ工作物ヲ設ケ竹木ノ植栽ヲ爲シ之ヲ賃貸シ或ハ賃借ヲ爲サシメ其報酬ヲ利スルコトヲ得之レ地代ノ義務(主トシテ地代ヲ得之レ地上權者ハ從前ノ所有者ノ同意ヲ得ルヲ必要トス)

(ハ)

地上權者ハ其權利ヲ讓渡スルコトヲ得但シ此場合ニ於テハ自己ノ有スル權利內ニ於テ又可キコトハ勿論ナリ即チ地上權者ハ自ラ工作物ヲ設ケ竹木ノ植栽ヲ爲シ之ヲ賃貸シ或ハ賃借ヲ爲サシメ其報酬ヲ利スルコトヲ得(舊說(六)參照)

(三)地上權者ノ權能

地上權者ハ所有權ニ準シテ占有者ニ對シテ土地返還請求權ヲ有ス第三者カ其占有ヲ奪ヒタル場合ニ於テモ亦其返還請求權ヲ有スルコトヲ得即チ占有ス可キ權利ヲ有ス之レ地上權ノ內容ノ總テ之レ地代ハ地上權者ノ所有ニ屬シ地代ハ地上權者ノ目的ニ相當スル土地ノ使用ヲ防害シタルトキハ其停止ヲ請求スルコトヲ得(二六八)ニ於テ其必要ヲ感スルモノニシテ地上權者ハ其權利ヲ讓渡スルコトヲ得(舊說(六)參照)

(ホ)地上權ハ之ヲ抵當權ノ目的トナスコトヲ得(三六九、二項)

第二百六十六條　地上權者カ土地ノ所有者ニ定期ノ地代ヲ拂フヘキトキハ第二百七十四條乃至第二百七十六條ノ規定ヲ準用ス

此他地代ニ付テハ賃貸借ニ關スル規定ヲ準用ス

(一)無償ノ地上權

地上權ハ無償ナルコトヲ得、是レ前條ニ於テ地代ヲ以テ其要件トセサルニヨリ明ナリ、而シテ無償ノ地上權ハ取得時效等ニヨルコトナキニ非サルモ實際ハ遺言又ハ契約ニヨリテ生スルヲ普通トス、此ノ後ノ場合卽チ法律行爲ニヨリ生スル場合ニハ法律ニ明文ナキモ贈與ニ關スル規定ヲ準用シ、地上權設定者ニハ擔保義務ナキモノトスルヲ以テ當事者ノ意思並ニ其性質ニ適合スルモノトス、例之甲者カ其地上ニ乙者ノ爲メニ無償ノ地上權ヲ設定セルニ其土地ハ實ハ丙者ノ土地ナリシカ故ニ甲者ハ追奪セラレタリトセハ乙者ノ地上權モ亦消滅ス、蓋シ物權契約ハ物權者ノミ之ヲ締結スル能力アリ故ニ甲者ノ地上權授與ハ無效トナルナリ、然シナカラ此場合ニハ甲者ハ乙者ニ對シテ損害賠償ノ義務ヲ負ハサルノ類ナリ、

(二)有償ノ地上權

地代ハ地上權ノ要件ニ非サルコト右ノ如シ、然レトモ實際大多數ノ場合ハ有償卽チ地代ヲ支拂フモノナリ、

(イ)地代ヲ生スル爲メニハ地代ヲ支拂フ意思表示アルヲ要ス其ノ意思表示ナキ場合ニ於テハ無償ナルモノト見ルヘシ(大正六、九、一九、大審院判決、判決錄二三輯一三五〇頁)又地代ノ登記ヲ爲サヽルトキハ第三者ニ對シテハ無償ナルモノト看做サルヘシ、

(ロ)地代ハ今日ニ於テハ金錢ヲ以テ支拂フヲ通常トスルモ地方ニヨリテハ米ヲ以テ支拂フコトアリ、又造林ヲ目的トスル場合ニ於テハ收穫セル木材ノ一部ヲ以テ地代ニ充ツルコトヲ約スルコトアリ、何レモ地上權ノ性質ニ反スルモノニ非ス、

(ハ)地代支拂ノ方法ハ、(一)地上權設定ノ始メニ當リ金穀其他ノ物ヲ以テ一時ニ支拂コトアリ、此場合ニ於テハ法律ニ特別ノ規定ナキモ賣買ニ關スル規定ヲ準用ス可キモノトス(五五九參照)、例之其土地カ地上權設定者ニ屬セサルニ因リ地上權設定カ無效ナルトキハ地代ヲ返還ス可キカ如シ、(二)地上權ノ終期ニ際シテ一時ニ之ヲ支拂フ場合アリ、例之借地上ニ造林ヲナシ一定年數ヲ經テ伐

採シ最モ常通ニシテ又本條ノ定ムル所ナリ故ニ特ニ之ヲ左ニ論スヲ可シ、

(三)定期ノ地代

(イ)其性質

債權ニシテ地上權ノ繼續期間定期ニ一定ノ給付ヲ請求スル權利ナリ、而シテ其地上權ニ對スル關係ニ就テハ從來二說アリ第一說ハ羅馬法與大利民法等ノ主義ニシテ地代ハ物上負擔ニシテ常給地上權ト共ニ不可分的ニ結合シ之ト共ニ移轉スト為ス (S. Dernburg Pand § 259; Windscheid Pand § 220 N 3. § 223; Krainz System § 263)、第二說ハ獨逸及英國ノ主義ナリ、獨逸ニ於テハ原則トシテ地代債務ハ常給地上權ニ追從スルモノニ非ストナシ、之ヲ地上權ト結合セシメントスルトキハ特ニ地上權ヲ物體トシ所有權者ヲ債權者トナシ物上負擔 (Real lasten) トシテ設定シ登記スルヲ必要トス (Planck, Vormerkung Z § 1012 N. 7; Biermann Z § 1012 N. 1. S. 229, Gierke D. P. R. II § 141 N. 8) 英法ニ於テハ地代附帶上權設定行爲ヲ以テ二個ノ法律行爲トナシ即チ一方ニ於テハ物權行爲タル地上權設定行爲 (Conveynce) アルト同時ニ地代ヲ目的トスル債權契約 (Contract) アルモノトシ、地上權其ノモノハ所有者ノ同意ヲ得スシテ讓渡 (Assignment) 又ハ賃貸 (Underlease) シ得ルモ、地代債務ハ契約當事者間ニ存スル對人義務ナルカ故ニ地上權ト共ニ

英ニ當然移轉スルコトナク、然レトモ常ト為スヘキ地上權設定證書ニ地代債務ハ「自己及ヒ自己ノ讓受人ヲ拘束スル」ト記入スルヲ常トス、然ルトキハ地代債務ハ地上權ト結合シ其負擔ナリ拘束之レト共ニ移轉ス (Covenant which run with the land ; covenant attached to land)、今日此ト為スヘキ約款ヲ加ヘサルモノハ少シトモ云フ、要スルニ第一說ニヨレハ地上權ト地代債務ハ當事者ハ登記又ハ當然結合スヘキ項ノ明記ニヨリ之ヲ結合セシメ得ルモノナリ、

第二說ハ地上權讓渡ノ場合ニ於テハ原則トナスモ當事者ハ分離ヲ為シ得特ニ別條ノ實際上ノ差ハ地代債務ヲ免カレス又讓渡人ハ地代債務ヲ負擔セス、

我民法ノ解釋トシテ前說ヲ唱フル者(富井博士原論二卷二〇九)ト後說ヲ主張スル者(富井博士原論二卷二〇九)トアリ雖モ余ハ共ニ正當ニ非スト信スル故ニ當然地上權ト結合スル地代債務カ第一說ノ如ク單ニ土地ノ使用料ナルカ故ニ當然地上權ト結合スル地代債務ハ登記法ニヨリ登記シ得ルモノナリ(登一一一)、若シモ地代債務カ第一說ノ如ク單ニ土地ノ使用料ナルカ故ニ當然地上權ト結合スル地代債務ハ登記法ニヨリ登記シ得ルモノナリ、而シテ第二說ハ地代債務ハ當然地上權ト結合シ之ト共ニ移轉スト為ス (Dernburg Pand § 259; Windscheid Pand § 220 N 3. § 223; Krainz System § 263)、第二說ハ獨逸及英國ノ主義ナリ、獨逸ニ於テハ原則トシテ地代債務ハ當然地上權ニ追從スルモノニ非ストナシ、之ヲ地上權ト結合セシメントスルトキハ特ニ地上權ヲ物體トシ所有權者ヲ債權者トナシ物上負擔 (Real lasten) トシテ設定シ登記スルヲ必要トス (Planck, Vormerkung Z § 1012 N. 7; Biermann Z § 1012 N. 1. S. 229, Gierke D. P. R. II § 141 N. 8) 英法ニ於テハ地代附帶上權設定行爲ヲ以テ二個ノ法律行爲トナシ即チ一方ニ於テハ物權行爲タル地上權設定行爲 (Conveynce) アルト同時ニ地代ヲ目的トスル債權契約 (Contract) アルモノトシ、地上權其ノモノハ所有者ノ同意ヲ得スシテ讓渡 (Assignment) 又ハ賃貸 (Underlease) シ得ルモ、地代債務ハ契約當事者間ニ存スル對人義務ナルカ故ニ地上權ト共

モノナリトセハ何カ故ニ之ヲ登記セシムルカ又登記ナクンハ讓受人ニ移ラサルノ理由ヲ説明スル能ハサル可シ、又後説ノ如クニ地代債務ハ其性質上地上權ト結合セサルモノトスルモ之ヲ登記スルニ於テハ其效力ニ於テ變化スル所ナカル可ラス、若シ然ラサレハ登記スルモ登記セサルモ同一トナリ登記ハ何等ノ效果ナキニ至ル可シ、故ニ余輩ハ地代債務ハ當然地上權ト運命ヲ共ニスルモノニ非サルモ之ヲ登記スルトキハ地上權ト結合シ地上權ト共ニ讓受人ニ移轉スルモノト解セント欲ス(拙文地上權ノ地代法學新報二二卷六號、同論大正五、六、一二、大審院判決、三潴博士提要一八四)

(ロ)地代ノ增減　地代ノ額ハ當事者間ノ契約ニヨリ定マリ不可抗力ニヨリ損失ヲ受ケタルトキト雖モ(例之竹木ノ枯死工作物設置ノ制限)地上權者ハ其免除又ハ減額ヲ請求スルコトヲ得ス(二六六、二七四)、之レト同シク地主ハ地租其他ノ公課ノ增加セル場合又ハ土地ノ隆盛繁昌ニ因リ附近ト共ニ地價ノ騰貴セルカ如キ事由發生スルコトアルモ之レヲ理由トシテ契約ヲ以テ一定ノ年限間定メタル地代ノ增加ヲ請求スル權利ナキハ勿論ナリ、蓋シ地代ノ高低ハ賣買ノ代價ト同シク當事者ノ任意ニ定メ得ル所敢テ裁判所ノ干渉ス可キ限ニ非サレハナリ、然ルニ我大審院ハ前述ノ如キ事情アリタルトキハ「地主ハ借地人ニ對シテ增額ヲ强要スルヲ得ルコト卽チ訴訟上ノ請求ヲナシ得ルコトハ本院ノ一般慣習法トシテ認ムル所ナリ云々」ト説キ(四〇、オ號第百六十九號)、當事者カ約定シタル地代ヲ變更スル一般慣習法ナルモノヲ認メ其適用ヲ避ケント欲セハ特ニ地代ノ增額ヲ請求セサル旨ヲ約定スルヲ要ストセリ、然レトモ之レハ大ナル誤謬ナリ、第一ニ地代增加請求ノ一般慣習法ナルモノ果シテ存在スルヤ否ヤ疑問ナリ、次ニハ假令斯ノ如キ慣習法アリトスルモ之レ固ヨリ任意的性質ノモノナレハ當事者意思ヲ以テ其適用ヲ除斥スルヲ得サル可ラス而シテ當事者カ一定ノ期間內一定ノ地代ヲ定ムルニ於テハ明ニ其期間內ハ地代ヲ變更セサルノ意思ナレハ之ニヨリテ其適用ヲ除斥シタルモノト解釋セサル可ラス、何ソ必ラスシモ特ニ增加ヲ請求セサル旨ノ特約ヲ要セン乎、又若シモ大審院ノ認ムル慣習法ニシテ當事者カ一定ノ期間變更セサルノ意思ヲ以テ地代ヲ定ムルモ猶其期間內ニ於テ增加ヲ請求シ得ルニ在リトセハ之レ明ニ公益ニ害アル慣習ニシテ法令第二條ノ禁スル所ナリ、蓋シ斯クノ如クスレハ當事者ハ地上權ノ地代ヲ確的ニ定ムルヲ得サル結果トナリ契約自由ノ原則ニ反シ一般ノ取引ニ害アレハナリ、然ルニ大審院ハ爾後同趣意ノ判決ヲ重ネ最近ノ判決ニ於テハ「將來地代値上ヲ爲ササル特約ハ經濟上普

通ノ變動アル場合ヲ豫期シタルモノナリ、公租公課ノ激增地價地代ノ暴騰等當事者ノ豫想セサル場合ニ付テハ效力ナキモノナリ」ト說明シ、更ニ「當事者カ非常ノ變動アル場合ニモ地代ノ値上ヲ爲サヽル旨ヲ約スルハ稀有ノ事ナリ、故ニ裁判所カ之ヲ認ムルニハ其ノ理由ヲ示スヲ要ス」(大正六、六、四大審院判決判決錄二三輯一〇三二頁)ト判示シ、遂ニ將來地代値上ヲ爲サストスル特約ノ效力ヲモ危殆ニ瀕セシメントス、

(ハ)地代支拂ノ時期　ハ當事者間ノ契約ニヨリ之ヲ定ム、若シ此點ニ付キ契約ナキトキハ第六百十四條ヲ準用シ、宅地ニ就テハ毎月末、竹木所有ノ爲メニスルトキハ毎年末ニ拂フ可キモノトス、

(二)地代ノ延滯　地代ノ延滯ハ地主ノ最モ苦痛トスル所ナリ、故ニ之ニ對シテハ法律ハ十分ナル救濟手段ヲ與ヘタリ、(一)引續キ二年以上地代ノ支拂ヲ怠リタルトキハ地主ハ地上權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得(二七六)、而シテ一方ニ於テ地上權ヲ消滅セシメ殆債權法一般ノ規定ニ從ヒテ延滯地代ヲ請求シ得ルハ勿論ナリ、此救濟法ハ將來繼續シテ生スル損失ヲ防止スルヲ目的トナス、地上權ト地代債務ト結合セサル場合ニ於テ地上權ノ讓渡アルトキハ讓渡人ノ地代怠納ノ爲メニ讓受人ハ地上權ヲ失フ結果トナルコトナキカ、曰ク然ラス是レ地代ノ登記ナキ場合ニシテ讓受人ハ地代ノ存在ヲ否認シ地代ノ定ナキ地上權ト看做スコトヲ得ルカ故ニ所有者ハ讓受人ニ對シテハ地代ノ怠納ヲ理由トシテ其消滅ヲ請求スルヲ得ス、又地代ノ登記アル場合ニ於テ讓渡人カ既ニ二ヶ年ノ怠納ヲナシタル後讓渡シタルトキハ讓受人ニ對シテ直チニ地上權ノ消滅ヲ請求シ得ルカ、讓受人カ地上權ノ喪失ヲ免カレント欲セハ讓渡人ノ怠納地代ヲ辨償スルヲ要スルカ、曰ク然リ、是レ讓受人ニ對シテハ頗ル酷ナリ、殊ニ地代ノ怠納ヲ讓受人カ知ラサル場合ニ於テ然リトス、然レトモ若シ之ヲ反對ニ決スルトキハ地上權者ハ延滯二年ニ及ハントスルニ當リテ其地上權ヲ讓渡シ(地上權ノ讓渡ニハ地主ノ承諾ヲ要セス)以テ地主ノ第二百七十六條ノ權利ヲ水泡ニ歸セシムルヲ得ルノ弊アル可シ、大正三、五、九、大審院判決法律新聞九四九號掲載ニヨレハ、前者ト承繼人ト地代怠納ヲ通算シテ二年以上ニ及フトキハ地上權ノ消滅ヲ請求シ得トナス、又右述ル所ト同趣意ナリ、而シテ讓受人カ延滯地代ヲ辨濟シタルトキハ第三者ノ辨濟トナルヲ以テ讓渡人ニ對シテ求償權アル可シ、又讓渡人ノ延滯ノ爲メニ其地上權ヲ喪失シタルトキハ之レ讓渡人カ完全ノ權利ヲ與ヘサルモノニ外ナラサルカ故ニ讓受人ハ賣買ノ追奪擔保ノ規定ニヨリ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得可シ、(二)地上權

ノ地代ニ付テハ賃貸借ニ關スル規定ヲ準用スルカ故ニ間接ニ第三百十三條ノ準用アリテ土地所有者ハ地代ニ付キテ地上權者カ建物ニ備付ケタル動産并ニ其土地ノ利用ニ供シタル動産及ヒ地上權者ノ占有ニ在ル(未タ他人ニ引渡サヽル)果實ニ付キテ先取特權ヲ有ス、

地上權者カ其權利ヲ無資力者ニ讓渡スル場合ニ於テハ地代ノ滯納ヲ來ス虞アリ、然レトモ地主ハ之ヲ豫防スルノ手段ナシ、只此場合ニハ右說明シタル(一)ノ權能ニヨリ實際滯納アリタルトキニ及ンテ其消滅ヲ請求スルヲ得可キノミ、

(ホ)地代ノ消滅　地上權カ消滅シタルトキハ其如何ナル理由ニ出テタルカヲ問ハス必ラス地代ノ發生ヲ停止ス、蓋シ地代ハ土地使用ノ對價ニシテ土地ヲ使用スルニ從テ生スルモノナルカ故ニ、土地ノ使用ナカンハ地代ノ發生スル原因ナケレハナリ、但シ延滯ニ屬スル地代ハ地上權ノ消滅ニヨリ消滅セス、債權一般ノ原則ニヨリ之レヲ實行スルコトヲ得

第二百六十七條　第二百九條乃至第二百三十八條ノ規定ハ地上權者間又ハ地上權者ト土地ノ所有者トノ間ニ之ヲ準用ス但第二百二十九條ノ推定ハ地上權設定後ニ爲シタル工事ニ付テノミ之ヲ地上權者ニ準用ス

本條ハ相隣權ニ關ス、相隣權ハ前章ニ於テ所有權ニ就テ之ヲ規定スト雖モ地上權ハ其範圍所有權ニ亞クモノニシテ相隣權ヲ與フルニ非サレハ實際ノ不便尠カラス、之レ本條ニ於テ所有權ノ規定ヲ地上權ニ準用スル所以ナリ、若シ夫レ但書ノ規定ノ如キハ理由明白又說明ノ要アルヲ見ス、

第二百六十八條　設定行爲ヲ以テ地上權ノ存續期間ヲ定メサリシ場合ニ於テ別段ノ慣習ナキトキハ地上權者ハ何時ニテモ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得但地代ヲ拂フヘキトキハ一年前ニ豫告ヲナシ又ハ未タ期限ノ至ラサル一年分ノ地代ヲ拂フコトヲ要ス

地上權者カ前項ノ規定ニ依リテ其權利ヲ拋棄セサルトキハ裁判所ハ當事者ノ請求ニ因リ二十年以上五十年以

下ノ範圍内ニ於テ工作物又ハ竹木ノ種類及ヒ狀況其他地上權設定當時ノ事情ヲ尠酌シテ其存續期間ヲ定ム

(一)地上權ノ存續期間

ハ當事者任意ニ之ヲ定メ得可ク其最長期并ニ最短期ニ付キ法律上何等ノ制限ナシ、永代ノ地上權モ亦法律上認ムル所ナリ(登錄稅法第二條第七號參考同論明治三六、一一、一六、大審院判決)此ノ點ニ付テハ反對論多シ(富井博士原論二卷二〇三頁、横田博士物權法四六四、梅博士民法要義物權二三八、九頁、末弘博士物權法四八六以下)其ノ理由ハ一ナラスト雖モ地上權ハ其ノ支配範圍廣大ナルカ故ニ永代地上權ヲ許ストキハ所有權ノ本質ヲ害ストナスヲ主ナルモノトナスカ如シ、然ラハ敢テ問ハン永代ノ地上權ハ所有權ノ本質ヲ害シ萬々年ノ地上權ハ所有權ノ本質ヲ害スルコトナキカト、又若シモ地上權ハ他物權ナルカ故ニ必ラス時間ノ制限ナカルヘカラスト論スルモノアリトセハ夫ハ非ナリ、現ニ地役權ニ於テハ存續期間ヲ定ムル必要ナキニアラスヤ故ニ余ハ現行法ノ下ニ於テ永代地上權カ經濟上特ニ有害ナリトスル理由ヲ發見スルヲ得ス、又永代地上權カ地上權ノ性質ニ反スルト云フ理論ヲモ肯定スルヲ得ス、却テ民法カ賃借權永小作權等ニ最長期ヲ定メタルニ反シ地上權ニ付テハ何等ノ制限ヲモ設ケサルハ永代地上權ヲモ認ムルノ趣旨ナリト解スルノ妥當ナルヲ信ス、且ツ次ニ論スルカ如ク解除條件附ニテ地上權ヲ設定シ條件不成就ト決セハ當然永代存續スヘキ地上權ヲ生スルニアラスヤ、且ツ又立法論トシテモ地上權ノ最長期ハ決シテ之ヲ制限スヘキニアラス、永久的建築ヲ爲サンカ爲メニハ往々數百年ニ亘ルヲ要スヘシ、倫敦市「ブラハト」旅館ノ地上權ハ九百九十九年ナリト云フ、既ニ此ノ必要アリテ千年ノ地上權ヲ認ムルト何ノ選フ所カアラン、果然最近ノ判例ハ永代地上權ヲ認メタリ、(大正一四、四、一四、大審院判決法律新聞二四二三號所載)

地上權ノ存續期間ハ之ヲ登記ス可キモノナリ(登一一一)、永代ノ地上權ハ其永代ナル旨ヲ登記ス可シ、若シ「存續期間ノ定ナシ」ト登記スルトキハ本條ノ適用ヲ受クルニ至ル可シ、

存續期間ノ定メ方ハ之ヲ確定期限トナスモ可ナリ、又ハ不確定期限(例之某氏ノ一生涯)トナスモ可ナリ、或ハ又將來ノ出來事ノ發生ヲ以テ其存續期限トナスモ可ナリ、例ヘハ「某子ナクシテ死セハ」又ハ「某女ト婚姻セハ」地上權ハ消滅ス可シトナスコトヲ得、或ハ曰ク此ノ如キハ權利ノ内容ニ條件ヲ附スルモノナルカ故ニ法律ノ認メサル物權ヲ作ルモノニシテ違法ナリト、之レ不可ナリ、是レ只權利ノ

存續期間ヲ定ムルモノニシテ内容ヲ變更スルモノニ非ス、

(二)解除條件等

地上權ノ設定ハ又解除條件附トナスコトヲ得、此ノ場合ニ於テハ條件ノ成就ニヨリ地上權消滅シ、條件不成就ト決セハ地上權ハ永代存續ス可キモノナリ、敢テ存續期間ノ定ナキモノトシテ本條ヲ適用スルヲ得ス、

又一定ノ豫告期間（Kündigungsfrist）ヲ定メ地上權者又ハ土地所有者カ地上權消滅ノ意思ヲ相手方ニ通知シタル時ヨリ一定ノ期間ヲ經過スルトキハ地上權消滅ス可シトナスヲ妨ケス、其期間ノ長短ノ如キハ各當事者カ自己ノ經濟上ノ必要ニ適合セシム可ク裁量シタルモノナルカ故ニ裁判所ノ干渉ス可キ限ニ非サルナリ、

或ハ又全然豫告期間ヲ定メスシテ地主又ハ地上權者ノ請求次第即時ニ地上權消滅ストナスコトヲ得、此ノ如キハ地上權者ノ爲メニハ極メテ危險ナルノミナラス元來地上權ハ其目的工作物又ハ竹木ノ所有ニ在リテ通常永ク繼續スルヲ要スル權利ナリ、故ニ右ノ如キ契約ヲ爲スハ稀ナリ、然レトモ地上權ノ存續期間ハ本來當事者ノ協定ニ一任ス可キモノナルカ故ニ若シモ眞ニ當事者カ請求次第地上權ヲ消滅セシムルノ意思ヲ有シタリトセハ之レニ從テ其效力ヲ定ム可シ（同論明治三四、四、一七、大審院判決）、但シ地上權設定證書ニハ「請求次第地上權ヲ消滅セシメ明渡ス可シ」トスル條款アルモ當事者ノ眞意カ然ラサルコト判明シタルトキハ其條款ヲ無效トシ其地上權ニハ存續期間ノ定ナキモノト看做スコトヲ得可シ、是レ敢テ地上權ニ特有ナル理論ニ非ス、契約解釋ノ一般的原則タリ（明治三八、一、二三大審院判決）、然リ而シテ地上權設定書ハ有力ナル書證ナルカ故ニ之ヲ破ランニハ頗ル强大ナル證據アルヲ要ス而シテ其舉證ノ責ハ被告ニアルハ勿論ナリ、

(三)存續期間ノ定ナキ地上權

トハ設定行爲ニ於テ權利ノ繼續ス可キ期間ヲ定メサルモノヲ云フ、永代ノ地上權、解除條件附地上權ハ所謂存續期間ノ定ナキモノニ非ス、存續期間ノ定ナキ場合ニハ本條ノ規定ニヨリ、

(イ)別段ノ慣習アルトキハ之ニヨリ存續期間ヲ定ム、

(ロ)別段ノ慣習ナキトキハ地上權者ハ何時ニテモ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得、而シテ地上權ヲ拋棄スルトキハ地代ノ債務モ亦當然消滅ニ歸ス、此故ニ地代ヲ支拂フ可キ場合ニハ一年前ニ豫告ヲナシ又ハ未タ期限ノ至ラサル一年分ノ地代ヲ拂フヲ要ス、本來地代ノ定アル地上權ヲ拋棄スルニハ地主ノ承諾ヲ要ス即チ契約ニ因ルヲ必要トスルモ、右ノ條件ヲ備フルトキハ地上權者一方ノ行爲ニヨリ之ヲ拋棄スルコトヲ得、地代ノ定ナキ場合ニハ地上權者一方ノ行

爲ヲ以テ何等ノ條件ナクシテ拋棄シ得ルハ勿論ナリ、但シ其意思表示ハ之ヲ所有者ニ對シテ表示スルヲ要ス、

(ハ) 地上權者カ其權利ヲ拋棄セサルトキハ裁判所ハ地上權者又ハ地主何レカ一方ノ請求ニヨリ地上權ノ存續期間ヲ定ム、而シテ其期間ハ(一)裁判ノ時ヨリ起算シテ二十年以上五十年以下トス、梅博士ハ地上權設定ノ時ヨリ起算スヘキモノトナシ(民法要義本條)本條ニ設定當時ノ事情ヲ斟酌シトアルヲ根據トナスト雖モ、若シ此ノ論ヲ正シトセハ地上權設定後五十年ヲ經過シタル後ニ本條ノ請求ヲナストキハ將ニ如何スヘキカ、遡及シテ地上權ヲ消滅セシメサルヲ得サルニ至ラン、本條ニ設定當時ノ事情ヲ斟酌シトアルハ決シテ設定當時ヨリ起算スヘシト云フ意味ヲ包含スルモノニアラス、寧ロ裁判ノ時ヨリ將來ニ向ツテ存續期間ヲ定ムルニハ主トシテ裁判當時ノ現況ニヨルヘキモ設定當時ノ事情ヲモ「斟酌」スヘシト云フ義ニ解スヘキニアラスヤ、猶爾後ノ學說ニ於テハ富井博士原論二卷二〇二、横田博士物權法四六八、三潴博士提要一七五、末弘博士物權法四九七等悉ク反對ナリ、(但シ此ノ點ニ付キテハ未タ判決例ナキカ如シ、)(二)其期間ヲ定ムルニ付テハ工作物又ハ竹木ノ種類及ヒ狀況其他地上權設定當時ノ事情ヲ斟酌スルヲ要ス、然レトモ之レハ裁判所ノ事實認定權

ノ範圍ニ屬スルヲ以テ當事者之ニ服セサルモ上告ノ理由トナスヲ得ス、

(四) 法定地上權ノ存續期間　モ亦裁判所ノ定ムル所ナリ、第三百八十八條ニヨル地上權及ヒ立木登記法(明治四十二年法二二、)第五條ニ因ル地上權等ニ於テハ本來地代ノ定モ存續期間ノ定モ存セサルカ故ニ當事者ノ請求ニヨリ裁判所ハ地代并ニ存續期間ヲ定ム、而シテ存續期間ヲ定ムルハ本條ニ遵據シテ二十以上五十年以下ニ於テスルヲ要ス、

第二百六十九條　地上權者ハ其權利消滅ノ時土地ヲ原狀ニ復シテ其工作物及ヒ竹木ヲ收去スルコトヲ得但土地ノ所有者カ時價ヲ提供シテ之ヲ買取ルヘキ旨ヲ通知シタルトキハ地上權者ハ正當ノ理由ナクシテ之ヲ拒ムコトヲ得ス

前項ノ規定ニ異リタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フ

(一) 地上權消滅後ノ關係　本條ハ定メタルモノナリ、

(イ) 地上權カ消滅シタルトキハ地主ハ所有權ニ基ク妨害除去請求權ニヨリ地上

權者ニ對シテ工作物又ハ竹木ノ除去ヲ請求スルコトヲ得、而シテ此請求ニ對シテハ地上權ハ既ニ消滅シタルヲ以テ地上權者(工作物竹木所有者)ハ何等ノ抗辯權ヲ有スルコトナシ、

(ロ)土地ト定著物トカ一體ヲ爲スト云フ法制ニ於テハ地上權消滅後ハ建物ト竹木トハ當然法律上土地所有者ニ歸屬スルニ至ル、英國地上權ノ如キ之ナリ、此ノ法制ニ於テハ地上權者ハ其終期カ近クトキハ工作物ニ修繕ヲ加ヘス又土地ニ改良ヲ施ササルヲ常トシ、都會ニ於テハ終期ノ近ケル地上權ヲ買收シ之ヲ短期ニ賃貸シ其差ヲ貪ルヲ業トスル者ヲ生シタリ之ヲ Hausse Knacker ト稱ス、此ノ如キハ一般經濟上ニ少カラサル弊害アリ、然レトモ建物カ當然土地所有者ニ歸屬ストナス法制ニ於テハ蓋シ已ヲ得サルナリ、何トナレハ權利消滅ノ最後ノ瞬間ニ至ルマテ修繕ヲナサシムルハ人情ニ反スレハナリ、幸ナル哉我民法ニ於テハ土地ト定著物ハ別物ニシテ地上權消滅後ニ於テ地上權者ハ工作物又ハ竹木ノ所有權ヲ失ハス、故ニ之ヲ收去スルコトヲ得ルハ勿論地上權ノ消滅後ニ於テ之ヲ他人ノ土地上ニ所有スルハ實ニ他人ノ權利ノ妨害ナリ、故ニ之ヲ收去スルノ義務アルモノト云ハサル可ラス、此ノ故ニ本條ヲ以テ之ヲ收去スルニ當リテハ土地ヲ原狀ニ復スルヲ要スル旨ヲ定ム、

(ハ)**買收權**　土地所有者ハ工作物又ハ竹木ニ付キテ買收權ヲ有ス、蓋シ工作物又ハ竹木ハ之ヲ收去スルトキハ多クハ其物ノ價ヲ損シ又土地ノ價ヲ損スルコトモ稀ナラス是ハ双方ノ爲メニ不利益ナリト云フ可シ、故ニ土地ノ所有者ニシテ其工作物又ハ竹木ヲ買取ラント欲セハ地上權者ハ之ヲ拒ムヲ得サルモノトセリ、其條件ハ時價ヲ提供スルニ在リ、提供ハ現實ナルヲ要スルハ勿論ナリ、時價ハ其時ニ於ケル價ヲ云フモノニシテ土地所有者ノ提供スル所カ果シテ時價ナリヤ否ヤニ付キ爭アルトキハ裁判所之ヲ決ス、而シテ時價ニ當ラスト決スルトキハ買取ルヲ得サルモ時價相當ト判決セラル、トキハ地上權者ハ買收ニ應セサルヲ得ス、但シ地上權者カ賣却ヲ拒ム可キ正當ノ理由ヲ有スルトキ(例之建物カ記念物タルトキ又ハ高價ノ買手アルトキ)假令所有者カ十分ノ價ヲ提供シタリトスルモ猶之ニ應セサルコトヲ得、右ニ反シ地上權者カ時價ヲ以テ工作物又ハ竹木ヲ土地所有者ニ賣付ケント欲スルモ土地所有者ハ之ニ應スルノ義務ナシ、即チ地上權者ハ賣付權ヲ有セス、是レ聊カ公平ヲ失スルノ感アルモ實際時價ヲ提供シテ買取ルハ其實行容易ナルモ時價ヲ以テ賣付ケ强制シテ其價ヲ拂ハシムルハ實行容易ナラサルカ故ニ已ヲ得サル可シ、

(二)第二項ノ規定　第二項ハ第一項ノ規定ニ異リタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フ可キ旨ヲ定メタルモノナリ、而シテ第一項ハ地上權者ノ收去權ヲ規定シ但書ニ於テ買收權ヲ規定ス故ニ買收權ニ付キテ反對ノ慣習アルトキハ之ヲ認ム可キハ勿論地上權者ノ收去權ヲ認メサル慣習アルトキハ猶之ニ從フ可キモノナリ、然レトモ買收權ニ付テハ反對ノ慣習ヲ認メテ可ナルモ收去權ヲ認メサルノ慣習ヲ認ムルハ不可ナリトス、何トナレハ之レ地上權者ノ工作物及ヒ竹木ノ所有權ヲ奪フモノニシテ地上權ノ性質ト相容レサレハナリ、猶第二項ノ規定ヨリスレハ買收權ヲ認メテ代價ノ提供ヲ要セサル慣習又ハ正當ノ理由アルモ買取ヲ拒ム能ハストスル慣習アルトキハ之ニ從ハサル可ラサルニ至ル可キモ、余輩ハ其害アルヲ知テ益アルヲ見サルナリ、要スルニ第二項ノ規定ハ稍ヤ厳キニ失スルカ如シ、

第五章　永小作權

總說

(一)永小作權ノ觀念　永小作ノ名稱ハ從來吾國ニ存セル所ニシテ一定ノ期限ヲ設ケス代々小作スルモノヲ永小作ト云ヘリ、普通賃貸借ノ期限ノ永キモノヲ指シタルモノニシ敢テ其ノ間ニ權利ノ性質上ノ差別アリシニ非ス、然ルニ我民法ハ羅馬法ノ「エンフィトイシス」ニ則リ之レヲ物權ノ一種トナシ其各方面ノ規定モ多ク範ヲ羅馬法ニ取リタリ、然レトモ從來ノ慣習ヲ打破スルヲ得サルカ故ニ第二百七十七條ニ於テ廣ク慣習ノ優先的效力ヲ認メタリ、故ニ本章ノ規定ハ第二百七十條其他二三ヲ除ク外ハ皆補充的ノ規定ト知ル可シ、永小作權ノ主要ナル性質ハ左ノ如シ、

(イ)永小作權ハ物權ナリ　之ヲ物權トナシタル理由ハ(一)ニ永小作權ハ通常期限永ク(二)其目的ノ大部分ハ土地ノ開墾改良ニ在リ、然ルニ之ヲ債權トナストキハ土地所有者カ其權利ヲ讓渡スルトキハ小作人ハ之ニ對抗スルヲ得ス、即チ請求ニ依リ之ヲ明渡サヽルヲ得サルヲ以テ土地ノ改良ニ資金ヲ投スルコトナシ、然ラハ即チ永小作ノ目的ヲ達スルヲ得サルカ故ニ之ヲ物權トナセリ、此點ニ於テ永小作權ハ之ヲ土地ノ賃借權ト區別ス可シ、

(ロ)永小作權ノ物體　(一)土地ニ限ル、外國ニ於テハ建物上ノ永小作權ヲ認ムル例アリ(Dernburg Pand § 260)、ト雖モ斯ノ如キハ本邦古來ノ慣習ニ存セサルカ故ニ本法ニ於テハ永小作ノ物體ハ之ヲ土地ニ限レリ(二七〇)、而シテ永小作權ハ一筆ノ

土地ノ全部ニ及フヲ必要トセス一部上ニ永小作權ヲ設定スルヲ妨ケス(登記法八四參考)、

(八)永小作權ノ目的　ハ耕作又ハ牧畜ニ在ルヲ要ス(二七〇)、此ノ點ニ於テ之ヲ地上權ト區別スルコトヲ得、耕作牧畜ハ之ヲ經濟上ノ意義ニ解ス可ク且ツ耕作物又ハ家畜ノ種類幷ニ方法ニ因リ制限ヲ立ツ可ラス、然レトモ其目的ハ此二者ニ限ラルルヲ以テ之以外ノ目的ノ爲メニ永小作權ヲ設定スルヲ得ス、例之造林ノ爲メニハ地上權ヲ設定シ得ルモ永小作權ヲ設定スルヲ得サルカ如シ、

(二)小作料　ハ永小作權ノ必要的負擔ニシテ小作料ヲ支拂ハサル永小作權アルコトナシ、此點ニ於テ地上權ノ地代ト性質ヲ異ニス、立法論トシテハ此制限ハ議論ノ餘地アリ、蓋シ之カ爲メニ無償ニテ耕作牧畜ノ爲メニ土地ヲ使用スル權利ヲ作製スルヲ得サルカ故ナリ、

小作料ハ定期ニ支拂フ可キ土地ノ使用料ナリ、(一)通常金錢ヲ以テ支拂フモ或ハ又收穫ノ一部ヲ以テ小作料トナスコトナキニ非ス、是レ我國ニ於テ廣ク行ハルヽ慣習ナリ、(二)其他小作料ニ就テハ設定行爲ヲ以テ定ム可キモノトシ其定ナキトキハ慣習ニ依リ(二七七)、慣習ナキトキハ賃貸借ニ關スル規定ニ依ル可キモノトスルモ猶特別ノ規定ナキニ非ス(例之二七四)、

小作料ノ性質ハ地上權ノ地代ト異リ當然永小作權ノ負擔トナル、蓋シ之レ地上權ノ地代ト異リ永小作權ニ當然伴フ可キモノナルカ故ニ登記ヲ待タスシテ之ヲ結合セシメテ弊害アルコトナシ、則チ永小作權讓渡ノ場合ニ於テハ其時以後ハ讓受人其義務ヲ負擔シ讓渡人ハ其義務ヲ免カル、又土地所有者ニ變更アリタルトキハ常ニ支拂時期ニ於ケル所有者ニ支拂フ可キモノナリ羅馬法ニ於テハ延滯セル小作料ハ之ヲ讓受人ノ負擔トセリ(F. Windscheid Pand § 220)、本法ニハ特別ノ明文ナシト雖モ慣習ノ存スルトキハ之ニ從フ可キハ勿論ナリ(二七七)、慣習ナキ場合ニ於テハ羅馬法ト同シク讓受人ノ負擔トスルヲ可トス、蓋シ小作料ハ其性質永小作權ニ隨伴スルモノナルカ故ナリ、但シ此ノ如ク論スレハ讓受人カ善意ナル場合ニ損害ヲ蒙ル恐アルモ、一旦之ヲ辨濟シタルトキハ第三者ノ辨濟トシテ讓渡人ニ對シテ求償權アル可ク、又第二百七十六條ノ規定ニヨリ永小作權ヲ喪ヒタルトキハ賣買ノ規定ニヨリ讓渡人ニ對シテ損害賠償ヲ請求スルヲ得可ク讓受人ノ保護缺クル所ナケレハナリ、

永小作權ノ小作料ハ通常其收穫ニ比シテ僅少ナリトス、蓋シ地主ハ土地ノ改良開發等ヲ以テ借地ノ目的ノ一部トナシ之ニヨリ豁ラサル利益ヲ受クルカ故ニ小作料ハ之ト相殺セラレ低廉ナルヲ常トスルナリ、然レトモ之レ經濟上ノ性質

ニシテ法律上低廉ナルヲ要スルニ非ス、但シ永小作權ナルカ賃借權ナルカ判然セサル場合ニ於テハ小作料ノ額カ收穫ニ比例スルヤ否ヤハ之ヲ決定ス可キ有力ナル證據トナル、

設定行爲ニヨリ定マリタル小作料ニ就テハ小作人ハ其減額ヲ請求スルヲ得ス(二七四)、故ニ其權衡上地價地租等ノ增加アルモ地主ハ小作料ノ增加ヲ請求スルヲ得サルモノトス、但シ之ニ異リタル慣習アルトキハ之ニ從フ可キモノトス(二七七)、(明治三一、七、六、大審院判決參照)、

(二)永小作權者ノ權能

第二百七十條ヲ見ヨ、

(三)永小作權ノ取得

永小作權取得ノ種類ハ之ヲ分テ二トナス、曰ハク原始取得曰ハク承繼取得之ナリ、而シテ承繼取得ハ更ニ分テ移轉的取得ト建設的取得ノ二トナル(本書一卷四二八以下參看)、又取得原因ハ左ノ如シ、

(イ)契約

建設的取得ノ場合ニハ土地所有者ト永小作權者トヲ當事者トナシ、移轉的取得ノ場合ニハ現在ノ永小作權者ト讓受人トヲ以テ當事者トナス、而シテ其契約ハ所謂物權契約ニシテ直接ニ物權ヲ發生セシメ又ハ移轉セシメントスル意思ノ合致ヲ要ス、然レトモ既ニ總則ニ述ヘタル如ク其成立ニハ何等ノ形式ヲモ要スルコトナク只第三者ニ對抗スル要件トシテ登記ヲ要スルノミ、

建設的ニ小作權ヲ取得セル場合ニ其果シテ永小作權ナリヤ賃借權ナリヤハ之ヲ判別スルコト困難ナルコトナキニ非ス、(一)目的物ニ付テ論スレハ賃借權モ土地ヲ以テ目的物トスルコトアリ、(二)目的ニ付キテ論スレハ賃借權モ亦耕作牧畜ヲ目的トスルコトアリ、(三)存續期間ニ就テハ永小作權ノ最短期ハ二十年ニシテ賃借權ノ最長期ハ二十年ナリ、故ニ契約上ノ期間カ二十年ナルトキハ二者ヲ分ツ標準トナシ難シ、以上ノ方法皆不完全ナルカ故ニ畢竟當事者ノ意思カ債權ヲ與ヘントスルニ在ルカニ由リテ之ヲ區別スルヨリ外ニ策ナキモ普通人ハ之ヲ明言セサルヲ常トス、故ニ一定ノ標準ニヨリ二者ヲ區別スルヲ得ス、契約全體並ニ其一切ノ事情ヲ斟酌シテ其意思ノ物權的ナリヤ債權的ナリヤヲ分ツヲ要ス、而シテ通常參考ス可キ點ハ小作料ノ高低、土地修繕義務ノ負擔者、賃貸轉貸並ニ讓渡ノ自由等ナリト雖モ、尤モ有力ナルモノハ當事者カ契約ニ使用シタル文字ナリトス、契約書ニ於テ永小作權ナル文字ヲ使用スルトキハ一應ハ之ヲ永小作權ト推定シテ可ナリ、然カシナカラ忌憚ナク言ヘハ如此ニ分別シ難キ二種ノ權利ヲ認ムルハ立法者ノ不注意ナリトス、

(ロ)行政行爲

土地收用法第一條不動產登記法第百二十七條ノ二第百三條參看、

(ハ)取得時效

第百六十三條ヲ見ヨ、

(二)遺言　遺言カ效力ヲ生シタルトキニ永小作權ハ當然受遺者ノ爲メニ發生ス、遺贈ノ承認ノ時ニ非ス、又遺言カ效力ヲ生シタル後ニ設定ノ手續ヲ必要トスルニ非ス、然レトモカカラ其登記ハ遺言執行人ニ於テ一般ノ手續ニヨリ之ヲ爲スモノナリ、

(ホ)相續　永小作權ハ一般ノ規定ニ從ヒテ之ヲ相續スルコトヲ得、故ニ獨逸ニ於テハ之ヲ代々小作權(Erbpacht)ト稱スルコトアリ、

(四)永小作權ノ登記　ハ登記ノ通常手續ニ從フ外特ニ登記法第百十二條ニ依ル、

(五)永小作權ノ讓渡等　ハ第二百七十二條ヲ見ヨ、

(六)永小作權ノ消滅原因　ハ(一)存續期間ノ滿了(二)解除條件ノ成就(二七八)、(三)拋棄、永小作權ノ拋棄ハ其必然ノ結果トシテ所有者ノ同意ヲ要ス(同論 Wintscheid § 322)、蓋シ永小作權ノ拋棄者カ拒絕シタルトキハ永小作權ハ消滅セス、永小作人ハ引繼キ小作料支拂ノ義務ヲ免カレス、是レ原則ナリ、但シ第二百七十五條ノ場合ニハ例外トシテ永小作人一人ノ意思ヲ以テ拋棄スルコトヲ得、(四)混同(一七九)、(五)土地敢用(同法六三)、(六)小作料ノ延滯又ハ永小作權者ノ破産(二七六)、(七)土地ノ滅失、(八)消滅時效並ニ第三者ノ取得時效(本書一卷八五七參看)、(九)權利ノ濫用、例之目的以外ノ使用ヲナシ又ハ土地ニ永久的變更ヲ加ヘタルトキハ所有者ハ永小作權ヲ消滅セシムルコトヲ得サル可ラス、是レ本章ノ特ニ規定スル所ニ非サルモ若シ所有者ニ此權利ヲ認メサルトキハ所有者ハ永小作權者ノ暴横ヲ傍觀セサル可ラサルニ至リ實際上弊害少カラサル可シ、(十)解除權ノ行使、當事者ハ設定行爲ニ於テ解除權ヲ留保スルコトヲ得、例ヘハ小作料ヲ支拂期日ニ上納セサルトキハ直ニ解除ストナスカ如シ、此ノ如キ特約ハ法律ノ禁止スル所ニ非スシテ有效ナリ(明治三七、三、一一、大審院判決同論)、然リ而シテ之ヲ永小作權ノ特定承繼人ニ對抗セシムルニハ登記ヲ要スルハ勿論ナル可キモ、登記法ニ於テハ特ニ其手續ヲ認メス故ニ登記手續ノ通則ニヨリ之ヲ登記ス可シ

(七)本章ノ內容　第二百七十條ニ於テ永小作權ノ觀念ヲ示シ、次ノ二ケ條ニ於テ永小作人ノ權能ヲ示シ、第二百七十三條ヨリ第二百七十六條ニ亘リテ小作料ニ關スル事項ヲ定メ、第二百七十七條ハ廣ク慣習ノ效力ヲ認メ、第二百七十八條ハ存續期間ヲ定メ、末條ニ於テハ永小作權ノ消滅後ノ關係ヲ定ム、

第二百七十條　永小作人ハ小作料ヲ拂ヒテ他人ノ土地ニ耕作又ハ牧畜ヲナス權利ヲ有ス

(一)永小作權ノ觀念　ヲ本條ハ定ム、而シテ既ニ本章總說(一)ニ於テ之ヲ詳說シタ

ルカ故ニ之ヲ參考ス可シ、

(一)永小作權者ノ權能　ハ左ノ如シ、

(イ)永小作權者ハ耕作又ハ牧畜ノ爲メニ他人ノ土地ヲ使用スル權能ヲ有ス、而シテ其目的ハ耕作牧畜ノ二者ノ外ニ出ツルヲ得サレトモ、其主タル目的カ耕作又ハ牧畜ニ在ルトキハ附隨ノ目的ノ爲メニスル使用ヲ妨ケス、例之耕作ヲ目的トスル場合ニハ開墾ヲナシ小屋ヲ立テ又ハ道路溝渠ヲ開鑿スルヲ妨ケス、牧畜ヲ目的トナス場合ニハ家畜小屋ヲ立テ又ハ其土地ノ產物ノ製造所ヲ設ケ得ルカ如シ、而シテ其從タル使用ノ範圍ハ或ハ慣習上定マルコトアリ或ハ又其目的ヲ遂スルニ普通ナル手段トシテ當然含畜セラル、コトアリ、或ハ又契約ヲ以テ之ヲ定ムルコトアリ、而シテ特ニ契約ヲ以テ除斥セサル以上ハ其主タル目的ヲ遂スル爲メニ慣習上普通ナリト看做サル、範圍ニ屬スル使用ハ之ヲ爲スヲ妨ケサルモノト見サル可カラス、

(ロ)收益權　永小作權者ハ其土地ヨリ生スル果實ヲ取得スル權利アルコトハ勿論ナリ、而シテ其取得ニハ果實ノ占有ヲ爲スヲ要セス、其分離ニヨリテ當然其所有權ヲ取得ス可シ、

(ハ)土地ヲ占有ス可キ權利　之レ本條ノ定義中ニ見エスト雖モ本條ノ目的ヲ遂スル爲メニハ其土地ヲ占有スルヲ要スルカ故ニ永小作權者ハ土地ヲ占有ス可キ權利ヲ有スルモノト認メサル可カラス、然リ而シテ永小作權ハ物權ナルカ故ニ其權利ハ對世的ニシテ(一)他人カ占有ヲ奪ヒタルトキハ其所有者ナルト第三者ナルトヲ問ハス其返還ヲ請求スルヲ得可ク、(二)他人カ永小作權者ノ占有ヲ妨害シタルトキハ其所有者ナルト第三者ナルトヲ問ハス其除去ヲ請求スルコトヲ得、

(二)讓渡賃貸　永小作權者ハ其權利ヲ讓渡又ハ賃貸スルコトヲ得其方法ハ第二百七十二條ヲ見ヨ、

(ホ)擔保　永小作權ハ之ヲ抵當權ノ目的トナスコトヲ得(三六九、二項)、但シ設定行爲ヲ以テ讓渡ヲ禁シタルトキハ此限ニ在ラス、

(ヘ)相續　永小作權ハ之ヲ相續スルコトヲ得、此ノ故ニ之ヲ代々小作ト稱スルコトアリ、舊民法ハ永借權ト稱シタリ、

第二百七十一條　永小作人ハ土地ニ永久ノ損害ヲ生スヘキ變更ヲ加フルコトヲ得ス

(一)本條ノ理由　本條ハ所謂土地ノ濫用(Waste of land)ヲ規定スルモノナリ、永小作

權ハ固ト荒地改良、新田開發等ノ目的ニ設定セラルヽモノナリ、從テ前條ニ於テ述ヘタルカ如ク廣キ權能ヲ有シ耕作又ハ牧畜ノ爲メニハ土地ニ變更ヲ加フルノ權能ヲモ有スルナリ、然シナカラ永小作權者ハ所有權者ニ非ス、故ニ畢竟ハ之ヲ土地所有者ニ返還スルヲ要ス、而シテ其加ヘタル變更カ性質上一時的ノモノナルトキハ永小作權者ハ之ヲ原狀ニ復シテ返還スルヲ得ルモ其性質永久的ノモノナルトキハ之ヲ原狀ニ復スルヲ得ス、是レ之ヲ永小作權者ニ禁スル所以ナリ、

(二)適用

(イ)一時的變更　ハ其變更カ土地ノ改良トナル場合ハ勿論損害トナル場合ニ於テモ永小作權者之ヲ加フルコトヲ得、蓋シ此種類ノ變更ハ土地ノ返還ニ際シテ之ヲ原狀ニ復セシメ得ルカ故ニ土地所有者ニ損害ヲ及スコトナケレハナリ、

(ロ)永久的變更　永久的變更ハ之ヲ二種トナス、即チ土地ニ損害ヲ及ス性質ノモノト改良トナル性質ノモノ之ナリ、前者ハ本條ノ規定ニヨリ永小作權者之ヲ加フルヲ得サルモ、後者ハ所有者ニ利益ヲ與フルモ損害ヲ及ササルカ故本條之ヲ禁セス、即チ永小作權者ハ前條ノ目的ノ範圍内ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得、

(ハ)區別ノ標準　一時的變更ト永久的變更ノ區別ノ標準ハ果シテ之ヲ實際上原狀ニ復セシメ得ルヤ否ヤニ在リ、實際上ト云フハ理論上ニ對ス、蓋シ經費ト時間ヲ惜マサルトキハ理論上ハ原狀ニ復シ能ハサル變更ナルモノハ殆ント之アラサレハナリ、例畝地ヲ變シテ水田トナシ、水田畝地ヲ變シテ池沼トナスカ如キハ理論上ハ原狀ニ復シ能ハサルモノニ非サルモ實際上ハ原狀ニ復シ能ハサルモノナリ、何トナレハ一旦水田ト變シタル畝地ハ之ヲ埋立テ又ハ排水スルモ猶濕潤ニシテ久シキ間ハ全然原狀ニ復スルコトナケレハナリ、況ンヤ池沼ヲ畝地ニ復スルカ如キハ頗ル永キ時間ヲ要ス可ケレハナリ、又永小作人ノ加ヘタル變更カ土地ノ損害トナルカ利益トナルカハ一般ノ經濟上ノ見解ニヨリ之ヲ決定セサル可ラス、要スルニ以上ノ二點ハ事實問題ニシテ事實裁判所ノ認定ニ屬ス、

(三)制裁

(イ)一時的變更ヲ加ヘタル場合ニハ永小作權者ハ其權利消滅ニ際シ之ヲ原狀ニ復スルヲ要ス、

(ロ)永久的變更カ土地ノ利益トナリタル場合ニハ永小作人ニ對シテ制裁ナシ、永

小作人モ亦土地所有者ニ對シテ賠償ヲ求ムルヲ得ス、蓋シ之レ皆永小作權ノ目的ノ範圍内ニ於テ爲ス所ニシテ本來永小作人ノ利益ノ爲メニスル所ナレハナリ、反之其變更カ土地ニ永久ノ損害ヲ加ヘタル場合ニハ(一)所有者ハ永小作權ヲ消滅セシムルコトヲ得、是レ本章ノ規定セサル所ナリト雖モ永小作權者ハ占有權其他廣大ナル權利ヲ有スルヲ以テ之ヲ消滅セシムルヨリ外ニ其專肆ヲ制スルノ途存セサレハナリ、同論三潴博士提要二一六、(二)永小作權ヲ消滅セシメタル上ニ於テ猶損害賠償ヲ請求スルコトヲ得、之レハ一般不法行爲ノ原則ニ因ル、蓋シ永小作權者ハ其權限ヲ越ユレハ權利ナシ、故ニ之レ他人ノ權利(所有權)ノ侵害ニ外ナラサレハナリ、

第二百七十二條　永小作人ハ其權利ヲ他人ニ讓渡シ又ハ其權利ノ存續期間内ニ於テ耕作若クハ牧畜ノ爲メ土地ヲ賃貸スルコトヲ得但シ設定行爲ヲ以テ之ヲ禁シタルトキハ此限ニ在ラス

(一)永小作權ノ讓渡

(イ)其方法

永小作權ヲ讓渡スルニハ土地所有者ノ同意ヲ必要トセス、之レ賃借權ト異ル所ナリ、羅馬法ニ於テハ土地所有者ハ讓渡ノ對價ノ百分ノ二ヲ請求スル權利ヲ有シ又ハ先買權ヲ有シタルヲ以テ讓渡ハ之ヲ土地所有者ニ通知ス可キモノトセルモ本法ニ於テハ此ノ如キ制度ナシ、但シ本法ニ於テモ小作料ハ讓受人ニ對シテ請求ス可キモノナルカ故ニ土地所有者ハ讓渡ノ事實ヲ知ルノ必要全クナキニ非ス、而シテ其讓渡ヲ第三者ニ對抗セシムルニハ登記ヲ要スルモ土地所有者ハ登記ヲ見ル可キ關係ニ在ラサルカ故ニ讓渡人ニ對シテ地代ヲ請求スルニ至ルハ當然ナリトス、故ニ讓渡人ヲシテ讓渡ノ事實ヲ土地所有者ニ通知ス可キ義務ヲ負ハシメテ可ナリトス、但シ之レ既成ノ讓渡ノ通知ニシテ所有者ノ同意ヲ以テ讓渡ノ要件トナスノ義ニ非ス、混同ス可ラス、讓渡ハ有償ナルアリ無償ナルアリ、

(ロ)登記

第百七十七條參照、其手續ハ登記法第百十二條參照、

(ハ)效力

永小作權ノ移轉ト共ニ小作料支拂ノ義務モ亦讓受人ニ移轉ス、小作料ノ義務ハ永小作權ノ當然ノ負擔ナリ、

(二)讓渡ノ禁止

永小作權ノ讓渡ハ設定行爲ヲ以テ之ヲ禁スルコトヲ得、此禁止ハ登記法第一條ニ所謂處分ノ制限ニシテ同法第百十二條ニヨリ之ヲ登記

スルコトヲ得、故ニ登記スルニ非サレハ第三者之ヲ否認スルコトヲ得可シ、此禁止違反ノ行爲ハ損害賠償ノ原因トナルニ非スシテ絶對無效ナリ、

(二)永小作權ノ賃貸

(イ)方法

永小作權ノ賃貸ニハ所有者ノ同意ヲ要セス、之レ賃借權ト異ル所ナリ(六一二)、

(ロ)登記

永小作權ノ賃借權ハ不動産ノ賃借權ニ外ナラサルカ故ニ之ヲ登記スルコトヲ得(六〇五登一二七)、

(ハ)制限

永小作權ノ賃貸ハ(一)其權利ノ存續期間内ニ於テ(二)其目的ノ範圍内ニ於テスルヲ要ス、此ノ制限ヲ越ユルトキハ賃貸借契約ハ無效ナリ、蓋シ何人モ自己ノ有スルヨリモ大ナル權利ヲ他人ニ與フルヲ得サレハナリ、

(二)效力

賃借人ハ賃貸ノ期間及ヒ目的ノ範圍内ニ於テ土地ヲ使用スルコトヲ得、而シテ小作料支拂ノ義務其他永小作權ノ關係ハ從來ノ如ク土地所有者ト永小作人ノ間ニ存シ、永小作人ト賃借人ノ間ノ關係ハ賃貸借ニ關スル規定ニ依ル、殊ニ地主ハ直接ニ賃借人ニ對シテ小作料ヲ請求スルヲ得ス、此場合ニハ不可ナリ(反對說梅博士民法要義第二百七十三條)、轉貸ハ其性質賃貸借權ノ讓渡ト解セラル、カ故ニ同條ノ規定ヲ生シタルモノナレトモ、永小作權ノ賃貸ハ物權ノ賃貸ニシテ永小作權者ハ所有者ノ承諾ヲ要セス當然其權利トシテ爲シ得ル所ニシテ自己ノ權利ノ使用收益權ヲ與フルモノニシテ其性質讓渡ニ非ス、故ニ第六百十三條ヲ準用スルヲ得ス、殊ニ永小作ニ於テハ其賃貸ハ權利利用ノ最モ普通ナルモノニシテ地主ハ賃力信用アル永小作人ヲ選テ小額ナルモ而カモ一定セル地代ヲ以テ比較的大ナル土地ヲ一口ニ賃與シ、永小作人ハ更ニ直接耕作者ヲ求メテ分割シテ之ニ賃與スルモノナリ(之ヲ Sublocant ト稱ス)、地主ハ永小作人ヨリ地代ヲ得、永小作人ハ賃借人ヨリ地代ヲ得、而シテ地主ノ得ル所ハ永小作人ノ得ル所ヨリ通常小ナリト雖モ永小作人ハ資力アルヲ常トスルカ故ニ不納延滯ノ恐ナシ、是レ地主カ滿足スル所以ナリ、又永小作人ハ通常自己カ地主ニ支拂ヨリハ數割ヲ利シテ其土地ヲ賃貸ス、其差額ハ卽チ彼ノ利得ナリ、資力少キ直接耕作者ニ賃與スルカ故ニ地代ノ不納ノ恐ナキニ非サルモ之レ彼レノ豫メ計算スル所ノ危險ナリ、以上ハ永小作權ノ經濟上ノ作用ノ一般ナリ、依之觀之第六百十三條ヲ準用スルノ不可ナルヲ知ル可シ、

(ホ)賃貸ノ禁止

賃貸ハ設定行爲ヲ以テ之ヲ禁止スルコトヲ得、而シテ之ヲ第三者ニ對抗セシムルニハ登記ヲ要ス、其他(一)ノ(二)ニ述ヘタル所ニ同シ、

(三)無償ノ轉貸　永小作人ハ又無償ニテ其權利ヲ他人ヲシテ行使セシムルコトヲ得(反對富井博士原論二三二)、是レ財產權ノ通性上然ル所ナリ、同論三潘博士提要二〇七、末弘博士物權法五九四、)

第二百七十三條　永小作人ノ義務ニ付テハ本章ノ規定及ヒ設定行爲ヲ以テ定メタルモノノ外賃貸借ニ關スル規定ヲ準用ス

(一)本條ノ目的　永小作權ハ定期ノ地代ヲ拂ヒテ他人ノ土地ヲ使用スル權利ニシテ其性質賃貸借權ニ類スル所多シ、故ニ本條ヲ以テ永小作人ノ義務即チ主トシテ小作料義務ニ付キテハ賃貸借ノ規定ヲ準用セントスルモノナリ、結局其準據法ノ順序ハ下ノ如クナル可シ、(一)設定行爲ノ規定、(二)慣習(二七七)、(三)本章ノ規定、(四)賃貸借ニ關スル規定ノ準用之ナリ、

(二)準用ノ範圍　第六百九條第六百十條第六百二十一條ノ規定ハ第二百七十四條以下三條ノ規定アルカ故ニ準用ノ餘地ナク、又第六百十三條ノ規定ヲ準用スル可ラサル理由ハ之ヲ前條ニ述ヘタリ、故ニ結局準用アルハ地代ノ支拂時期ニ關スル第六百十四條并ニ先取特權ニ關スル第三百十二條以下ノ規定ナル可シ、

第二百七十四條　永小作人ハ不可抗力ニ因リ收益ニ付キ損失ヲ受ケタルトキト雖モ小作料ノ免除又ハ減額ヲ請求スルコトヲ得ス

(一)本條ノ理由　賃借權ニ付テハ第六百九條ニ於テ不可抗力ニヨリ借賃ヨリ少キ收益ヲ得タルトキハ賃借人ハ借賃ノ減額ヲ請求シ得ルモノトセリ、然ルニ本條カ反對ノ規定ヲ爲セル理由ハ如何、曰ハク其理由二アリ、(一)賃借權ハ債權ナリ賃貸人ハ賃借人ヲシテ賃貸物ノ使用ヲナサシムル義務ヲ負フ、然ルニ不可抗力ニヨリテ十分ノ使用ヲ爲スヲ得サルニ於テハ賃貸人ハ利益ヲ與フルヲ得サリシモノナルカ故ニ其損害ハ賃貸人之ヲ負擔スルヲ至當トス、然ルニ永小作ニ於テハ地主ハ借地人ニ對シテ何等ノ義務ヲモ負擔スルコトナシ、永小作人カ實際收益ヲ得ルト否トハ地主ノ關知スル所ニ非ス、是レ危險負擔ノ原則ヲ異ニスル所以ナリ、(二)永小作ハ通常期限長ク其短カキモノモ猶二十年ニ及ヒ又地代ハ廉ナルヲ常トスルカ故ニ永小作人ハ凶年ニ失フ所ヲ平年ニ於テ回復スルヲ得可シ、又地主カ地代ノ貴キ賃貸借ヲ捨テ、地代賤シキ永小作ヲ選ヒタル理由ハ年ノ豐凶ニヨリ收入ニ變動ヲ來ササラシムル爲メナリ、故ニ若シモ賃貸借ト同一

ノ原則ヲ採用セハ其豫期ニ反スルニ至ルカ故ナリ、

(二)適用

(イ)不可抗力　不可抗力トハ常識アル方法ニヨリ避クルコトヲ得サル外部ヨリ來ルカヲ云フ、或ハ自然力ナルコトアリ或ハ人間ノ力(例之戰爭)ナルコトアリ、又其力ハ突然發生シタルモノニシテ豫見シ得可ラサルコトアリ或ハ豫見シ得ルモ然カモ避クルコトヲ得サルコトアリ、豫見シ得可ラサルコトハ不可抗力ノ要件ニ非サルナリ、例之霖雨繼續セハ洪水ノ來ルコトヲ豫見シ得可キモ其害ヲ避クルヲ得サルナラハ之レ不可抗力ナリ、

(ロ)反對ノ慣習　アリタルトキハ其慣習ニ從フ(二七七)、又本條ハ强行規定ニ非サルカ故ニ設定行爲ニ反對ノ規定アルトキハ之ニ從フ可シ、

第二百七十五條　永小作人カ不可抗力ニ因リ引續キ三年以上全ク收益ヲ得ス又ハ五年以上小作料ヨリ少キ收益ヲ得タルトキハ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得

(一)本條ノ理由　本條ノ規定ヲ生シタルハ全ク前條ノ規定アルカ爲メナリ、若シ天災ノ爲メニ收穫ヲ得サルカ又ハ損シタルトキハ永小作人ハ小作料ノ減免ヲ

請求シ得ルモノトセハ敢テ永小作權ヲ拋棄スルノ權利ヲ認ムルノ要ナキナリ、然ルニ前條ニ於テ不可抗力ニヨリ收益ニ損失ヲ受クルモ小作料ノ減免ヲ請求シ得サルモノトナシタルカ爲メニ凶作連年三五年ニ及フトキハ永小作人ハ一方ニ於テハ收入ナク他ノ一方ニ於テハ引續キ小作料ノ義務ヲ免カレサルカ故ニ可憐ノ情況ニ陷ルヲ以テ本條ニ於テ其救濟方法トシテ永小作權拋棄ノ權利ヲ與フルナリ、夫レ永小作權ハ財產權ナルカ故ニ任意ニ拋棄シ得可キカ如キモ永小作權ニハ必ラス小作料義務ノ負擔アリテ永小作權ヲ拋棄スルトキハ同時ニ必然的ニ小作料義務ノ消滅ヲ來ス故ニ通常ノ場合ニ於テハ其拋棄ニハ所有者ノ同意ヲ要ス(本章總說(六)參考)ルモ、本條ノ場合ニ於テハ永小作權者一方ノ意思ヲ以テ拋棄スルコトヲ得、是レ又本條ノ規定ヲ要スル所以ナリ、

(二)本條ノ適用　ニ付キ注意ス可キハ(一)本條ハ二個ノ場合ヲ規定スルコト、即チ一ハ不可抗力ニ因リ引續キ三年以上全ク收益ヲ得サル場合ニシテ、二ハ同シク不可抗力ニ因リテ損害ヲ受クルモ其程度前者ノ如ク甚シキニ至ラス小作料ヨリ少キ總收入ヲ得タル場合ニシテ而カモ其年限ハ繼續五年ニ及フ場合ナリ、(二)本條ニヨル永小作權ノ拋棄ニハ所有者ノ同意ヲ要セサルコト(一)ニ述ヘタリ、(三)反對ノ慣習アリタルトキハ其慣習ニ從フ可キコト、而シテ其慣習ハ全ク拋棄ヲ

認メサルコトアル可ク或ハ單ニ其ノ年限ニ關スルコトアル可シ(四)設定行爲ヲ以テ反對ノ契約ヲナストキハ其契約ハ少クトモ其當事者間ニ於テハ有效ナリ、

第二百七十六條　永小作人カ引續キ二年以上小作料ノ支拂ヲ怠リ又ハ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ地主ハ永小作權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得

(一)本條ノ理由　本條ハ地主ノ側ヨリシテ永小作權ノ消滅ヲ請求シ得ル場合ヲ定ム、而シテ其場合二アリ、(一)ハ永小作人カ引續キ二年以上小作料ノ支拂ヲ怠リタル場合ナリ、借貸借ニ於テハ一回タリトモ地代ノ支拂ヲ怠ルトキハ第五百四十一條ノ規定ニヨリ地主ハ直ニ契約ヲ解除スルヲ得ルモ永小作ニ於テハ延滯二年以上ニ及フヲ要スルモノトス、蓋シ永小作權ハ少クトモ二十年以上ノ存續期限アルモノニシテ借地人ハ土地改良ノ爲メ多少ノ資本ヲ投スルヲ常トス、然ルニ一朝凶歲ニ遭ヒ小作料ヲ支拂フヲ得サルヲ以テ直ニ其權利ヲ剝奪セラルヽモノトセハ小作人ノ計畫ハ畫餅ニ歸ス可シ、是レ延滯引續キ二年ニ渉ルヲ要スル理由ナリ、理由書ニ由レハ本邦ノ慣習ハ二年三年或ハ四年ナルモノアルモ本法ハ永小作ニ最長期ヲ附シタルヲ以テ權衡ヲ維持スル爲メニ二年トナシタリトアリ(二)ハ永小作人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ永小作權ノ消滅ヲ請求シ得ルコト之ナリ、蓋シ永小作ニ於テハ地主ハ通常僅少ノ小作料ヲ得テ廣キ權限ヲ與ヘテ土地ヲ永小作人ノ使用ニ委スルモノニシテ永小作人ヲ信用スルニ非サレハ爲シ能ハサル所ナリ、然ルニ永小作人破産スルトキハ其土地ハ破産管財人ノ管理ニ屬シ畢竟永小作權ヲ競賣シテ債權者ニ分配スルモノナリ、故ニ其土地ハ何人ノ手ニ落チ如何ナル管理ヲ受クルヤ逆睹ス可ラス、此ノ如キハ地主ニ取リテハ頗ル不安ナリ、是レ永小作權ヲ消滅セシムル所以ナリ、

(二)適用　ニ付キ注意ス可キハ(一)小作料支拂ノ延引ニ至レル理由ハ之ヲ問ハサルコト(二)破産ノ申請者ハ必シモ他ノ債權者タルヲ要セス地主自身カ破産申請者ナル場合ニモ本條ノ適用アルコト之ナリ、(三)小作料ノ延滯及ヒ破産ノ宣告ハ當然永小作權ヲ消滅セシムルモノニ非スシテ地主ノ請求ヲ要ス、而シテ茲ニ請求ト云フハ小作人ノ行爲ヲ求ムルノ義ニ非スシテ永小作權ヲ消滅セシムルノ意思ヲ通知スルノ義ナリ、本條ニヨル地主ノ權利ハ可能權ニシテ請求權ニ非ス(本書一卷五三)、故ニ本條ニヨル地主ノ權利ハ給付ノ訴ノ原因トナルコトナシ、(同論明治四〇、四、二九、大審院判決、大正七、五、二三、大審院判決、判決錄二四輯九三一頁)(四)本條ノ規定ニヨル永小作權ノ消滅ハ將來ニ向テノミ效力ヲ生ス、(五)地主ハ本

條ノ權利ヲ行ヒ且ツ延滯セル小作料ヲ請求スルコトヲ得、(六)本條ノ規定ニ異リタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フ(二七七)、

第二百七十七條　前六條ノ規定ニ異リタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フ

理由書ニ曰ハク「小作ノ事タル各地慣習ヲ一ニセス、本案ニ於テハ其尤モ實際ニ便ナリト信スル所ニ據リテ前數條ノ原則ヲ設ケタレトモ決シテ之ヲ以テ從來ノ慣習ヲ打破スルノ精神ニアラス、本邦ノ如キ古來農ヲ以テ國ヲ建テ各地ニ諸般ノ慣習ノ存セル國ニ於テ僅ニ一篇ノ法律ニ因リテ從來ノ慣習ヲ悉ク變更セントスルハ社會上及經濟上尠カラサル害毒ヲ釀シ而カモ其得ル所多カラサル可キヲ以テ苟モ一定ノ慣習ノ存スルトキハ成ヘク之ニ據ラシムルヲ可トス、是本案ノ主義トスル所ニシテ殊更茲ニ本條ヲ設ケテ此旨ヲ明カニセルナリ」ト、旨意明瞭一言ノ附加ス可キモノナシ、

第二百七十八條　永小作權ノ存續期間ハ二十年以上五十年以下トス若シ五十年ヨリ長キ期間ヲ以テ永小作權ヲ設定シタルトキハ其期間ハ之ヲ五十年ニ短縮ス

永小作權ノ設定ハ之ヲ更新スルコトヲ得但其期間ハ更新ノ時ヨリ五十年ヲ超ユルコトヲ得ス

設定行爲ヲ以テ永小作權ノ存續期間ヲ定メサリシトキハ其期間ハ別段ノ慣習アル場合ヲ除ク外之ヲ三十年トス

(一)第一項

本項ハ永小作權ノ長期及ヒ短期ヲ定ムルモノナリ、舊民法ニ於テハ之ヲ三十年以上五十年トシ、政府案ニハ十年以上五十年トアリシヲ議會ニ於テ二十年以上五十年以下ト改メタルモノナリ、是ヲ以テ見ルモ此點ニ關スル我國ノ慣習ノ如何ニ不明ナリシカヲ察知スルヲ得ン、其短期ヲ定メタルハ二十年以下ノ借地權ハ是ヲ物權トナスノ必要ナク賃借權トシテ保護スルヲ以テ足レリトスレハナリ、殊ニ其登記ヲ認ムルニ於テハ其保護ニ於テ缺クル所アルナシ、其長期ヲ定メタルハ永小作權者ノ權能ハ廣大ナルヲ以テ若シ無期限トナストキハ所有權ト選フ所ナキニ至リ權利關係ノ混淆ヲ來スカ故ナリト云フ、然レトモ

此點ハ從來ノ我慣習ニ非サルナリ、我慣習ハ永久ノ小作權ヲ認ムルモノナリ、民法施行後ハ五十年以上ノ永小作權ハ之ヲ認メサルモ、民法施行前設定ノ五十年以上ノ永小作權並ニ無期限(即永代)ノ永小作權ハ無效ニ非ス、然レトモ其存續期間ハ民法施行ノ時ヨリ五十年ニ短縮ス(民法施行法第四十七條參考)、

永小作權ノ長期ヲ五十年トナシタル以上ハ五十年以上ノ永小作權ノ設定ハ不能ナリ、從テ當事者カ五十年以上ノ期間ヲ以テ永小作權ヲ設定シタルトキハ理論上其契約ハ全部無效トナス可キカ如シ、然レトモ大多數ノ場合ニ於テハ當事者ハ全部其法律行爲ヲ無效ナラシメンヨリハ其合法ナル範圍ニ於テ其效力ヲ保タンコトヲ欲スルモノナラサル可ラス、故ニ本項末文ヲ以テ其期間ヲ五十年ニ短縮シテ以テ其效力ヲ認ム、

若シモ當事者カ二十年以下ノ期間ヲ以テ永小作權ヲ設定セントスルトキハ其效力如何、是レ明ニ永小作權設定行爲トシテハ無效ナリ、蓋シ法律ハ二十年以下ノ永小作權ヲ認メサレハナリ、然ラハ右ノ行爲ハ賃貸借契約トシテ有效ナラスヤ、曰ハク是レ一ニ當事者ノ意思解釋問題ニシテ一概ニ決定スルヲ得ス、若シモ當事者ノ意思カ物權タル借地權ヲ得ントスルニ在レハ其契約ハ無效タラサルヲ得ス、反之若シモ權利ノ性質等ニハ重キヲ置カス只一定ノ條件ヲ以テ借地權ヲ得ントスルニ在ラハ賃貸借契約トシテ其效力ヲ認ムルヲ得可シ、

解除條件附永小作權ノ設定ハ別テ二トナス、(一)ハ條件ノ決定ヲ期限ニ掛ラシムル場合例之某外國ニ旅行セハ永小作權ヲ消滅セシム可シ但シ五十年ヲ超ユルコトヲ得スト云フカ如シ、(二)ハ條件ノ決定ニ期限ナキ場合ナリ、例之某耶蘇教ニ改宗セハ永小作權ヲ消滅セシムト云フカ如シ、後ノ場合ニ於テハ解除條件附永小作權ノ設定ハ無效ナリ、何トナレハ其永小作權ハ五十年以上繼續スルコトアリ得ルカ故ナリ、前ノ場合ニ於テハ條件ノ決定ノ掛レル期限カ五十年ヲ超過セサルトキハ有效ナリトス、何トナレハ永小作權ハ條件ノ成就ニヨリ五十年以内ニ於テ消滅スルコトアリ得ルモ到底五十年ヲ越ヘテ存續スルコトアラサレハナリ、

(二)第二項

ハ永小作權ノ更新ヲ規定ス、即チ始メノ永小作權ノ未タ消滅セサルニ先チテ更ニ永小作契約ヲ締結スルコトヲ得ルナリ、斯クスルトキハ永小作權ハ相次無窮ニ連ルコトヲ得可シ、豈ニ啻ニ五十年ト云ハンヤ、然レトモ其新契約ノ期限ハ更新ノ時ヨリ五十年ヲ越ユルヲ得ス、蓋シ斯クスルニ非サレハ始メニ五十年ノ期間ヲ以テ永小作權ヲ設定シ次テ幾何モナラスシテ更ニ五十年ノ期間ヲ以テ永小作權ヲ設定シ前後通シテ百年タルヲ得ルニ至リ容易ニ本條第一項

ノ最長期ノ制限ヲ避クルヲ得レハナリ、

(三)第三項　第三項ハ假定行爲ヲ以テ永小作權ノ存續期間ヲ定メサリシ場合ニ關スル規定ニシテ、此場合ニハ(一)別段ノ慣習アルトキハ其慣習ニ從テ存續期間ヲ定ム、但シ其慣習カ五十年以上ノ永小作ヲ認ムルニ在ルトキハ之レ公益ニ反スル慣習ナルカ故ニ無效ナルヲ以テ直接ニ法律ノ規定ニ從フ、(二)別段ノ慣習ナキトキハ其存續期間ハ之ヲ三十年トス、(三)地上權ニ於ケルカ如ク永小作人ハ一方行爲ヲ以テ其權利ヲ拋棄スルヲ得ス、蓋シ地代ノ定アレハナリ、

第二百七十九條　第二百六十九條ノ規定ハ永小作權ニ之ヲ準用ス

本條ハ永小作權消滅後ニ於ケル關係ヲ定ムルモノニシテ地上權ニ關スル第二百六十九條ヲ準用スルモノナリ、同條ニヨレハ地上權者ハ土地ヲ原狀ニ復シ工作物又ハ竹木ヲ收去スル權利ヲ有シ又土地所有者ハ時價ヲ提供シテ買收スル權利ヲ有スルモノトシ猶反對ノ慣習アルトキハ之ニ從フ可キモノトス、即チ之レト同シク永小作權者ハ其權利消滅後ハ土地ヲ原狀ニ復シテ耕作物又ハ牧畜ノ爲メニ設置シタル小屋ノ類ヲ收去スルヲ得可カ、土地所有者ハ時價ヲ提供シテ之ヲ買取ル

權利ヲ有ス可ク、又反對ノ慣習アルトキハ之ニ從フ可キモノナリ、本來耕作物ノ如キハ土地ノ一部ヲ成シ土地ノ附合物トナルモノナリト雖モ素ト是レ權原ニヨリテ附屬セシメタルモノナル故ニ永小作權者ハ之ヲ收去スル權利ナカル可ラス(二四二參考)然レトモ之ヲ收去スルハ永小作權者並ニ土地所有者兩方ノ爲メニ不利益ナルコト多シ之レ買收權ヲ與ヘタル理由ナリ、

第六章　地役權

總說

(一)沿革　地役權ノ觀念ハ其名稱ト共ニ羅馬法ヨリ來ル、羅馬ニ役權(Servitut)ト稱スル廣キ觀念アリ、一定ノ目的ノ爲メニ他人ノ物ヲ使役スル物權ノ總稱ナリ、之レ羅馬ノ他物權中最古ノモノニシテ又質權地上權永小作權等ノ生スルマテハ實ニ唯一ノ他物權ニシテ所有權ト相對立セリ、而シテ此役權ヲ分チ二トナス、曰ハク地的役權(Servitutes Prediorum)、曰ハク人的役權(Servitutes Personalis)之ナリ、地的役權トハ或土地ノ現時ノ所有者ノ便益ノ爲メニ他人ノ物ヲ使用スル權利ヲ云ヒ、人的役權トハ特定人ノ便益ノ爲メニ他人ノ物(權利ヲ含ム)ヲ使用スル權利ヲ云ヘリ、而シテ地的

役權ハ更ニ之ヲ田野地役（S. rusticorum）市街地役（S. Urbanorum）トナシ、人的役權ハ（一）用益權（Ususfructus）、（二）使用權（usus）、（三）住居權（Habitatio）、（四）勞力使用權（Operae Servorum et animalium）ノ四者ヲ含ムモノトセリ、

然ルニ吾民法ハ人的役權ハ一切之ヲ認メス（入會權ニ就テハ後ニ述フ可シ）、地役權ノ名稱ノ下ニ本章ニ於テ地的役權ノミヲ規定セリ、人的役權ヲ排斥シタル理由ハ

（一）本法ノ慣習ニ之レ無シト云フニ在レトモ之レ必シモ正確ニ非サル可シ、俗ニ隱居面、後家分ト云フカ如キハ其性質人的役權ニ近カル可シ、（二）人的役權ハ歐洲ニ於テモ弊害多シト云フト雖モ多少其內容ヲ制限シ且ツ之ヲ登記セシムルニ於テハ其弊害ハ之ヲ根絕スルヲ得可シ、吾人ハ民法カ人的役權ヲ一掃シ其弊害ヲ除去シタルト共ニ其利益モ亦棄テ顧ミサルヲ惜マサルヲ得ス、故ニ現行法ノ下ニ於テハ土地ノ收益ヲ一生涯享有セントシ又ハ土地ヲ一生涯使用セントスル場合ニハ債權契約ヲ以テ滿足セサル可ラス、豈ニ不安ナラスヤ、

(二) 地役權ノ觀念

地役權ハ一定ノ目的ニ從ヒ他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スル權利ナリ（二八〇）、

(イ) 地役權ハ他物權ナリ

以前ハ地役權ヲ以テ一部ノ所有權（Eigenthumsbestandtheile）ナリトナス說盛ナリシカ其誤レルコト明ナリ、蓋シ其效力ニ於テ地役權ハ

所有權ヨリモ强大ニ又其取得ノ方法ニ於テ又其前提ニ於テ所有權ト同一ニ非サルカ故ニ其一部ニ非サルヲ知ル可シ、地役權ハ其法律上ノ定義ニ明ナルカ如ク一定ノ目的ニ從ヒテ他人ノ土地ヲ使用スル權利ナリ、即チ一人カ他人ノ物上ニ有スル權利ナルカ故ニ吾人ノ所謂他物權ニ屬ス、

(ロ) 地役權ト其他ノ他物權ノ差別

ハ之ヲ其權利ノ內容ト目的ニ求ムルコトヲ得、卽チ權利ノ內容ヨリ云ヘハ地上權永小作權ハ其內容極メテ廣ク所有權ノ效用ヲ殆ント剝奪スルモ、地役權ノ內容ハ法律上ニハ制限ナシト雖モ其目的ニヨリ自ラ制限セラレ事實上甚タ廣大ナラサルヲ常トシ、通常承役地ノ所有者トノ同時ニ相併ンテ其權利ヲ行フモノナリ、又權利ノ目的ヨリ云ヘハ地役權ハ或土地ノ效用ヲ增進セシムル爲メニ其土地ノ所有者カ他人ノ土地ヲ使用スル權利ニシテ約言スレハ土地ノ爲メニ土地ヲ役スル權利ニシテ其名稱ノ起源モ亦茲ニ在リ、然ルニ地上權永小作權質權（抵當權）ノ如キハ皆單ニ權利者ニ利益ヲ與フルヲ目的トシ一定ノ土地ノ便益ヲ目的トナサス、是ヲ地役權ノ特性トス

(三) 地役權ノ存續期間

法律上地役權ノ最短并ニ最長期ヲ制限スルモノナシ、故ニ假定行爲ヲ以テ自由ニ之ヲ定ムルコトヲ得、殊ニ永代ノ地役權ヲ設定スルヲ妨ケス、

(四)地代　地代ハ地役權ノ要件ニ非ス、或ハ一時ニ拂フコトアル可ク或ハ定期ニ拂フコトアル可ク、或ハ又全ク無償ナルコトアリ、何レニシテモ地代ノ債務ハ地役權關係ノ必要的內容ニ非スシテ其外部ニ存スル債權關係ナリ、然レトモ之ヲ登記スルニ於テハ第三者ニ對抗スルコトヲ得、我登記法ハ特ニ地代ノ登記ヲ定メサルモ是レ性質上地役權ノ負擔トナル可キ債權ナルカ故ニ登記シ得ルモノト認メサル可ラス、

(五)地役權ノ客體　地役權ノ客體ハ土地ニ限ル、是レ第二百八十條ニ「他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スル」云々トアルニヨリ明ナリ從テ他人ノ建物ヲ使用スル權利例ヘハ自己ノ建物ヲ支ヘル爲メニ他人ノ建物ノ壁ヲ使用スル權利ハ地役權ニ非ス、

地役權ハ又共有ノ持分上ニ設定スルヲ得ス(二八二參照)、然レトモ一筆ノ土地ノ一部分上ニノミ設定スルヲ妨クス、例ヘハ通行地役ノ如キハ多クハ然リトス、

(六)地役權ノ主體　地役權ハ一ノ土地(要役地)ノ便益ノ爲メニ他ノ土地(承役地)ヲ使用スル權利ニシテ地役權ト要役地ノ所有權トハ不可分的ニ結合ス、以之羅馬法ノ如キハ要役地ヲ以テ地役權ノ主體ト呼ヘルコトアルモ固ヨリ正確ニ非ス、蓋シ要役地ハ法人ニ非サレハナリ、只要役地ノ所有者カ同時ニ地役權ノ主體タルノミ、地役權ヲ享有シ得ル者ハ要役地ノ所有者ニ限ル可キカ羅馬法ハ地上權者及ヒ永小作權者ニ其權利ノ存續期間內ニ於テ地役權ヲ享有スルヲ許シ(Windscheid § 212 anm 7.)、獨逸民法ハ地上權ノ爲メニ地役權ヲ許ス(Planck III vorm § 1018, S. 358.)我民法ニ於テハ此點ヲ明ニ規定セス、然レトモ地上權若シクハ永小作權ノ設定アル場合ニ於テハ要役地ヲ現ニ使用スル者ハ地上權者又ハ永小作權者ナルカ故ニ地上權者又ハ永小作權者ニ地役權ヲ與フルニ非サレハ要役地ノ效用ヲ增進セシムルヲ得ス、且ツ本法ニ於テハ明ニ地上權者永小作權者ノ地役權ヲ認メサルモ之ヲ禁止スル旨意ノ法條アルコトナシ、故ニ實際ノ必要上要役地ノ地上權者永小作權者ヲシテ地役權ヲ享有セシメサル可ラス、(反對三潴博士提要二三二、)

或土地ノ共有者ノ一人ノミ地役權者タルヲ得ス、是レ地役權不可分ノ原則ノ適用ナリ、

(七)地役權ノ前提及內容

(イ)二個ノ土地　地役權ノ存在ニハ二個ノ土地ノ存在ヲ前提トス、其便益ニ供セラルル土地ヲ承役地ト稱シ、便益ヲ受クル土地ヲ要役地ト稱ス、而シテ要役地トハ所有者ヲ異ニスルヲ要ス、

(ロ)兩地ノ相隣　地役權ノ存在ノ爲メニハ要役地ト承役地ト相隣地タルヲ要セ

ス、羅馬法ニ於テハ之ヲ必要トセルカ如キモ獨逸普通法時代ヨリ一般ニ之ヲ排斥ス (Gierke D. P. R. § 144 N. 41. Windscheid Pand I § 209. 反對 Kohler. Beitrage zum Servitutenrecht Arch civ Praxis 87. S. 157.) 本法モ亦之ヲ必要トセス、蓋シ(一)法典ニ兩地ノ相隣ヲ要求スル條文ナシ、(二)第二百八十條ニ定メタル地役權ノ目的ノ爲メニハ必シモ相隣地タルヲ必要トセサルナリ、甲乙兩地相隔離スル場合ニ於テモ乙地ヲ甲地ノ便益ニ供スルコトヲ得、例之乙地ノ産スル石灰ヲ採テ甲地ノ肥料トナシ、乙地ノ水ヲ引テ甲地ニ漑クカ如シ、殊ニ甲地ノ惡水ヲ排泄スル場合ニ於テ丙地ヲ隔テ、乙地アリ而シテ始メテ公流ニ通スル場合ニ於テハ甲ハ丙乙兩地上ニ地役權ヲ設定スルヲ要ス可シ、

(八) 地役權ノ内容　ハ設定行爲ヲ以テ之ヲ定ム、取得時效ニヨリ取得スル場合ニ於テハ事實上ノ行使ニヨリ之ヲ定ム、然レトモ地役權ノ性質上又法律ノ規定上三個ノ制限ナカル可ラス、(一)隣地者間ノ關係中公ノ秩序ニ關スル規定ニ違反スルヲ得ス(二八〇)、(二)地役權ノ内容ハ要役地ノ便益トナルモノニ限ル、即チ地役權ハ直接ニ人的ニ地役權者ニ利益ヲ與フルヲ以テ目的トナサス、要役地ノ效用ヲ增進スルヲ以テ直接ノ目的トナシ間接ニ地役權者ヲ利スルモノナリ、故ニ例ヘハ單ニ承役地ヨリ生スル果實ヲ取得スル權利ハ人的役權トシテ用益權トシテ成立スルモ地役權トシテ成立スルヲ得ス、然レトモ其果實ヲ一定ノ要役地ノ便益ニ供スル場合ニ於テハ地役權トシテ之ヲ認メテ可ナリトス、(三)承役地其ノモノヲ要役地ノ便益ニ供スルモノナルヲ要ス、換言スレハ承役地ノ所有者ヲシテ積極的ノ給付ヲナサシムルヲ以テ内容トナスヲ得ス、即チ土地カ役ヲ負擔スルヲ要シ承役地ノ所有者ヲシテ人的ノ義務ヲ負ハシムルヲ得ス、卽チ地役權ハ物權ニシテ債權ニ非サルナリ、然レトモ實際上承役地所有者ノ債務ノ伴フコトアリ(例之二八六)然シ其場合ニ於テハ其債務ハ地役關係ノ内容ヲ成スニ非スシテ所有者ノ債務トシテ外部ニ存スルニ過キス、當事者ハ以上三ノ制限内ニ於テ設定行爲ヲ以テ自由ニ其内容ヲ定ムルコトヲ得レトモ要スルニ左ノ三者ノ一ニ出テサル可シ、

(一)要役地ノ所有者(地上權者永小作權者)カ或一定ノ範圍内ニ於テ承役地ヲ使用シ得ルコト、例之通行汲水ノ如シ、此場合ニ於テハ承役地ノ所有者ハ當然排斥シ得ル行爲ヲ認容スルノ義務ヲ負擔スルモノニシテ、承役地ノ所有者カ地役權者ノ行爲ヲ認容セサルトキハ其權利ノ侵害トナル、

(二)承役地ノ所有者ヲシテ其地上ニ於テ一定ノ行爲ヲナスヲ禁スルコト、例之展望日光ヲ遮ルカ如キ建物ヲ立テサルコト又ハ閑靜ヲ破ルカ如キ工場ヲ設置

セサルカ如キ之ナリ、卽チ此場合ニ於テハ承役地ノ所有者ハ當然爲シ得ルコトヲ爲サヽルノ義務ヲ負擔スルモノニシテ之ヲ爲スコトカ地役權ノ侵害ナリ、

(三)隣地者間ノ關係ニ於テ承役地ノ所有者カ要役地上ニ行使スルコトヲ得ル權利ヲ行使セサルコト、例之要役地ノ所有者ヲシテ自然水ノ流通ヲ妨クルヲ得セシメ又ハ直接ニ雨水ヲ注瀉セシム可キ屋根其他ノ工作物ヲ設クルコトヲ得セシムルカ如キ之ナリ(但シ此場合ニハ隣地者間ノ關係中公益規定ニ反セサルヲ要ス)、此場合ニハ承役地ノ所有者カ當然ニ行使シ得可カリシ權利ヲ行使スルニヨリ地役權ハ侵害サル可シ、

(八)地役權ノ種類

(一)地役權ハ之ヲ分テ積極地役(Positve)ト消極地役(Negative)トナスコトヲ得、前者ニ於テハ地役權者ハ承役地上ニ積極的ノ作爲ヲ施スコトヲ得、之レニ對スル承役地所有者ノ義務ハ認容(Dulden, in Patiendo consistunt)ニ在リ、後者ニ於テハ地役權者ハ承役地所有者ノ行爲ヲ禁止スルコトヲ得、之レニ對スル承役地所有者ノ義務ハ不作爲(in non faciendo consistunt)ニ在リ、如何ナル場合ニ於テモ地役權ハ承役地所有者ニ作爲ノ義務ヲ課スルヲ得ス(Servitus in faciendo consistere nequit)蓋シ地役權ハ物權ナレハナリ、然レトモ或意味ニ於テハ本分類ハ正確ナラサル點アリ、卽チ一地役權ニシテ積極消極兩方ノ內容ヲ兼有スル場合アリ得レハナリ、(二)繼續地役ト不繼續地役(Servitutes continuae; s. discontinuae)、地役權ノ行使カ一定ノ繼續的狀態ノ惹起ニ在ルモノハ繼續地役ナリ、例之通路ノ開設、水樋ノ設置ノ如キ之ナリ、其他消極地役ハ常ニ繼續地役ナリ、不繼續地役トハ一時的ノ作爲ヲ目的トナス地役ナリ、例之要役地ノ便益ニ供スル爲メニ承繼地ノ果實ヲ取得スル場合(例之石灰ヲ取得シ又ハ肥料トシテ刈草ヲナスカ如シ)ノ如シ、本區別ノ實益ハ第二百八十三條ニ在リ、(三)表現地役ト不表現地役ノ區別、前者ハ地役權行使ノ狀態カ外部ニ表ハルヽモノヲ云ヒ後者ハ其外部ニ表ハレサルモノヲ云フ、例ヘハ地上ニ水樋ヲ架設スルハ表現ナリ、地下ニ土管ヲ施設スルハ不表現ナリ、本區別ノ實益モ亦第二百八十三條ニ在リ、

(九)地役權ノ請求權

本法ハ全ク地役權ノ保護卽チ地役權ヨリ生スル請求權ニ付キ規定スル所ナシ、之レ吾人ノ遺憾トスル所ナリ、羅馬法ハ所有物ノ返還請求權(Rei vindicatio 第三章總說(五)ノ(ロ))ニ相似タル actio confessoria ナルモノヲ認メ、地役權ノ確認、妨害ノ除去、將來ノ妨害ニ對スル擔保及ヒ損害賠償ノ請求權ヲ認メ、獨逸民法ハ所有權ノ妨害除去請求權(actio negatoria)第三章總說(五)ノ(ハ)參考)ノ規定ヲ地役權ニ準用セリ(獨民一〇二七)斯クノ如ク立法例モ大ニ異ル所アリ、之ヲ以テ見ルモ其訴

權ヲ規定スルノ必要アルヲ知ル可シ、然レトモ本法ノ如ク法律カ或物權ヲ規定シ其ノ保護方法ヲ規定セサルニ於テハ民事訴訟法一般ノ規定ニ從ヒ其ノ權利ノ內容ニ應スル保護アルモノト解スルヨリ外ナシ、果シテ然ラハ、

(イ)民事訴訟法一般ノ條件ニ從ヒテ地役權者ハ裁判上其權利ノ確認ヲ請求スルヲ得可シ、

(ロ)地役權カ妨害セラルヽニ於テハ地役權者ハ其防害ノ除去ヲ請求スルヲ得可シ、蓋シ之レ法律カ認メタル地役權ヲ維持スル上ニ於テ必要缺ク可ラス、又若シ其保護ヲ單ニ損害賠償請求權ニ止メナハ地役權ヲ維持スルコト能ハサル可ケレハナリ、而シテ其請求權ハ(一)防害即チ地役權ノ內容ト兩立ス可ラサル事實ノ惹起ヲ原因トナシ、(二)其妨害者ハ必シモ第三者タルヲ要セス承役地ノ所有者カ防害者ナル場合ニ於テモ此請求權ヲ生ス、蓋シ地役權ハ物權ナレハナリ、(三)然リ而シテ以上ノ請求權ヲ生スルニハ地役權者カ承役地又ハ要役地ノ占有者ニシテ其占有ノ防害アルヲ要セス、何トナレハ地役權ノ請求權ハ地役權其ノモノヽ防害ヨリ生シ占有權ノ防害ヨリ生スルモノニ非サレハナリ、例之承役地上ニ水ヲ通セシムル權利ヲ有スル者ハ未タ以テ承役地ノ占有者ナリト云フヲ得サレトモ其水流ヲ壅塞セラルヽトキハ其除去請求權ヲ生ス可キカ如シ、(四)將來ノ妨害ニ對シテハ擔保ヲ請求スルヲ得ス、何トナレハ擔保ノ請求ハ物權ノ本然ノ狀態ヲ維持スル上ニ於テ必要ナルモノニ非サレハ特別ノ規定アルニ非サレハ之ヲ認ムルヲ得サルナリ、又地役權ノ侵害ハ當然占有權ノ侵害ヲ含ムモノニ非サレハ第百九十九條ヲ適用スルヲ得ス、之レ吾人カ地役權ノ訴權ヲ特ニ規定スル必要ヲ說ク理由ノ一ナリ、(五)地役權者ハ其防害ニ對シテハ一般不法行爲ノ原則ニヨリ又地役權者ノ取得ス可キ果實ヲ奪ハレタル場合ニハ一般不當利得ノ原則ニヨリ其賠償又ハ返還ヲ請求スルコトヲ得ルハ勿論ニシテ之レハ別ニ規定ヲ要セス、然レトモ法律ニ特別ノ規定存セサルカ故ニ占有ノ訴ニ於テルカ如ク之等ノ人的請求權上ノ訴ト防害除去請求權上ノ訴トヲ併合スルヲ得ス、但シ其兩者カ民事訴訟法ニ從ヒ訴ノ併合ノ一般的要件ヲ具備スルトキハ此限ニ在ラス、

(ハ)地役權ノ侵害カ同時ニ占有權ノ侵害トナル場合ニハ第百八十九條以下ノ規定ニ從ヒ保護セラルヽハ勿論ナリ、例之地役權者カ承役地上ニ工作物ヲ有スル場合ニ之ヲ毀損セラレタル場合ノ如シ、

(ニ)地役權ニ附隨スル債權ノ侵害セラルヽ場合(例之二八六)ニハ債權一般ノ規定ニ依ル可シ、

(一〇)地役權ト所有權トノ關係

地役權ト要役地ノ所有權トノ關係即チ其從屬性

ニ付テハ第二百八十一條ヲ見ル可シ、又地役權ノ不可分性ハ第二百八十二條ニ註ス可シ、

(二)地役權ノ發生

地役權發生原因ハ左ノ如シ、

(イ)契約

地役權設定ヲ目的トスル契約ハ物權契約ナリ(第一章一七六ノ(二)參照)遺言ニ因ル場合ニ於テモ特定遺贈ハ債權的效力ヲ生スルニ過キサルカ故ニ相續人ハ受遺者ノ爲メニ地役權設定ノ義務ヲ負ヒ其履行トシテ設定行爲(物權契約)ヲ爲スニ因リ始メテ地役權ヲ生スルナリ、而シテ其契約ニハ(一)第百七十六條ニヨリ形式ヲ要セス、(二)地役權設定能力者ハ承役地ノ所有權者ノミナラス地上權者永小作權者タルコトアリ、是レ獨リ從來ノ通說ナリシノミナラス(Windscheid P. § 212.)地上權永小作權存スル場合ニハ現時ニ於ケル承役地ノ事實上ノ支配者ニシテ地役權ノ設定ニヨリ痛痒ヲ感スルモノハ地上權者永小作權者ニシテ所有權者ハ相關スル所甚切ナラス、故ニ地上權者永小作地者ニ地役權設定能力アリトス、而シテ其地役權ハ其權利ノ存續期間内ニ限ル可キハ勿論ナリ、此解釋ハ實際上ノ必要ヲ滿シ得ルノミナラス法典ニ此解釋ノ妨トナル規定ハ一トシテ之ナシ、承役地カ數人ノ共有ニ屬スルトキハ地役權ノ設定ニハ數人ノ協力ヲ要ス、(三)地役權取得者ニ就テハ前述(六)ヲ見ヨ、(四)地役權ノ設定ニハ一般ノ規定ニ從ヒ條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ得、(五)地役權ハ又所有權讓渡ニ際シテ之ヲ留保スルコトニ因リ設定スルコトヲ得、此場合ニ於ケル法律關係ハ始メヨリ地役權ヲ控除シタル所有權ヲ讓渡スルニ非スシテ完全ノ所有權ヲ讓渡シテ而シテ後新ニ地役權ヲ設定スルモノナリ、故ニ其法律關係ハ普通ノ地役權設定ト異ナラス只其狀況ヲ異ニスルノミ、

(ロ)取得時效

第二百八十三條第二百八十四條ヲ見ヨ、

(ハ)國家ノ行爲

地役權設定ノ義務アル場合ニ於テ判決ヲ以テ其意思表示ニ代フル場合、土地收容法ニヨリ地役權ヲ設定スル場合等アリ、

(二)法律ノ直接規定

ニヨリ地役權ヲ生スル場合ハ實際ニ之レナシ、即チ法定地役ハ本法之ヲ認メス(二八〇參考)、

(三)地役權附隨ノ契約

ハ單ニ債權關係ヲ生スルニ過キス、而シテ其地役權ニ對スル關係ハ登記ノ有無ニ因リテ異リ、登記アルトキハ地役權關係ニ從屬シ然ラサルトキハ其效力契約當事者間ニ止マル、其主タル場合ハ(一)地代ノ契約、(二)第二百八十一條但書、(三)第二百八十二條第二項但書、(四)第二百八十五條第一項但書、(五)第二百八十六條ノ契約ノ如キ之ナリ、

(三)登記

(イ)(ロ) **地役權ノ登記**　ハ一般登記手續ニ從フノ外特ニ登記法第百十三條ニ依ル、**地役權附隨ノ契約**　モ亦登記法第百十三條ニ依リ登記スルコトヲ得、而シテ登記シタルトキハ第三者ニ對抗スルコトヲ得、

(一四) **地役權ノ讓渡**　ハ第二百八十一條ヲ見ヨ、

(一五) **地役權ノ消滅原因**

(イ) 法律行爲、地役權者ノ意思表示ニヨリテ消滅ス、而シテ其意思表示ハ生前行爲タルコトアリ遺言タルコトアリ、生前行爲タル場合ニ於テハ(一)地代ノ契約アル場合ニハ承役地ノ所有者(場合ニヨリテハ地上權者又ハ永小作權者)ノ同意ヲ要ス、(二)地代ノ定ナキ場合ニハ地役權者ノ一方行爲ニテ可ナリ、(三)猶共有ノ場合ニハ要役地所有者ノ全員ヨリ承役地所有者ノ全員ニ對スルヲ要ス、

(ロ) 解除條件ノ成就并ニ存續期間ノ滿了、

(ハ) 要役地又ハ承役地ノ滅失、

(ニ) 混同、第百七十九條參考、

(ホ) 委棄、第二百八十七條參考、

(ヘ) 消滅時效、第百六十七條第二項、第二百九十條以下參考、

(ト) 取得時效ノ結果、本書一卷第八七七頁第二百八十九條參考、

(一六) **本章ノ內容**　本章ハ第二百八十條ヨリ第二百九十四條ニ至ル十五ケ條ヨリ成リ、第二百八十條ハ定義ヲ示シ、第二百八十一條第二百八十二條ハ地役權ノ特別ナル性質ヲ定メ、第二百八十三條第二百八十四條ヲ以テ取得時效ニ關スル特別ノ規定ヲ定メ、第二百八十五條以下ヲ以テ或種類ノ地役權ノ效力ヲ規定シ、第二百八十九條以下ハ消滅原因ノ或モノヲ規定シ、最後ノ條文ヲ以テ共有ノ性質ヲ有セサル入會權ニ本章ノ規定ヲ準用セリ、即チ同條ハ地役權ニ必要ナル規定ニハ非スシテ便宜方法ニヨリ入會權ヲ規定シタルモノナリ、

第二百八十條　地役權者ハ設定行爲ヲ以テ定メタル目的ニ從ヒ他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スル權利ヲ有ス但第三章第一節中ノ公ノ秩序ニ關スル規定ニ違反セサルコトヲ要ス

(一) **地役權ノ定義**　本條ハ地役權ノ定義ヲ定ムルモノニシテ勿論強行規定ナリ、本條ノ條件ニ反スル地役權ハ第百七十五條ニヨリ之ヲ設定スルヲ得ス、而シテ

其要點ハ左ノ通リナリ、

(イ)人爲地役、舊民法ニハ(財産篇二一四、二項)地役ハ法定又ハ人爲ヲ以テ設定スト
アリテ法定地役ノ觀念ヲ認メタルモ其内容ハ所有權ノ限界ニ外ナラサルカ
故ニ本法ハ之レヲ第三章第一節ニ讓リ、地役權トシテハ法定ノモノハ之ヲ認
メサル精神ナリ、本條ニ於テ「設定行爲ヲ以テ定メタル目的」云々ト規定シタル
ハ設定行爲ニ依ラサル地役權ハ之ヲ認メサルノ趣意ナリ(理由書二七八條參
照)、然レトモ本條ノ規定ハ正確ニ其目的ニ適合セス、蓋シ設定行爲ト云ヘハ本
法ノ文例上意思表示ヲ以テ物權ヲ發生セシムル行爲ヲ指ス然ルニ本章ニ於
テハ明ニ地役權ノ取得時效ヲ認ムレハナリ、故ニ地役權ハ法律ニ依リ直接ニ
生スルコトナキモ其ノ發生原因ハ必シモ法律行爲ニ限ラサルナリ(本章總說
(二)參照)、

(ロ)地役權ハ土地ヲ土地ノ便益ニ供スル權利ニシテ要役地共ニ承役地共ニ土地
ナルヲ要シ、建物ノ爲メニスル地役、又ハ建物上ノ地役ハ本條之ヲ認メス、

(ハ)地役權ノ目的、地役權ノ目的即チ内容ニ就テハ法文上ノ制限ナク設定行爲ヲ
以テ自由ニ之ヲ定メ得可キカ如キモ地役權ノ性質上自ラ制限ノ存スルモノ
アリ(本章總說(七)ノ(ハ)參照)、然リ而シテ其權利ノ範圍内ニ於テモ地役權者ハ其

權利ノ行使ニ就テハ出來得ル丈承役地所有者ノ蒙ル損害ヲ輕少ナラシムル
コトニ力ムルヲ要ス、蓋シ地役權ハ事實上通常其範圍甚タ廣カラスシテ承役
地ノ所有權ノ行使ヲ全然排除スルニ至ラス、相竝ンテ同一地ヲ使用スルニ至
ルカ故ニ相隣相保クルノ目的上承役地ノ蒙ル損害ヲ出來得ル丈減少スルニ
力メサル可ラス羅馬法獨逸民法(一〇二〇)等ハ之ヲ以テ法律上ノ義務トナセ
リ、本條ハ特ニ之ヲ明言スルナシト雖モ恐クハ從來慣習法トシテ認ムル所ナ
ル可シ、

(ニ)地役權ハ他物權ナリ、此點ハ從來議論多カリシモ今日ニ至テハ學說ノ一定ス
ル所ナリ(總說ノ(二)及ヒ Windscheid Pand, § 200, anm 3)、

(二)各種ノ地役權

地役權ノ種類ハ法律上制限ナク、本條ノ範圍内ニ於テ當事者
ハ如何ナル内容ヲ有スル地役權ナリトモ自由ニ之ヲ設定スルコトヲ得、然レト
モ從來ノ經驗ニ從ヒ適用ノ最モ頻繁ナルモノヲ擧クルハ必シモ無用ノ業ニ非
サル可シ、

(一)通行權、之ニハ通路ヲ開設スルモノト然ラサルモノ、車馬ヲ通スルモノト然ラ
サルモノトアル可シ、其範圍ハ要スルニ設定行爲ニ因リ定マル、又通行權ハ陸上
ニ於テスルモノト水面ニ於テスルモノトアル可シ、地下ノ墜道ヲ墜ツ場合ニモ

地役權ニ依ル事ヲ得ルハ勿論ナリ、(二)地下又ハ地上ニ水道ヲ設ケテ承役地ノ水又ハ承役地ヲ越ヘテ他地ヨリ水ヲ引用スル權、承役地上ニ存スル泉水、井水ヲ汲用スル權等モ稀ナラサル可シ、又羅馬法ニ於テハ家畜ニ水ヲ呑マシムル權利ヲ地役權ノ一種トナスモ此ノ如キハ要役地ノ便益ト云フヲ得サル場合多カル可シ、(三)共同秣場井ニ共同牧場等ニ就テハ第二百九十四條ヲ見ル可シ、(四)承役地ヨリ石灰、砂利、石材、燃土等ヲ採取シ要役地ノ需用ニ供スル權ハ勿論地役權ナリ、但シ鑛業法ノ適用ヲ受クル場合ハ同法ニ依ルヲ要ス、(五)隣地ヨリ自然水ノ流下スルヲ妨クル權(二一四)、雨水ヲ隣地ニ直瀉セシム可キ屋根其他ノ工作物ヲ設クル權(二一八)、隣地上ニ突出スル屋根其他ノ工作物ヲ設クル權、隣地ノ下ニ穿入スル地下室地窖等ヲ設クル權、隣地ニ接近シテ建物、井戸、用水溜等ヲ設クル權(二三四二三七)、竹木ノ枝根ヲ隣地ニ突出セシムル權(二三三)、(六)承役地上ニ一定ノ高サヲ越ユル建物ヲ設置セシメサル權(Servitus altius non tollendi)、要役地ノ爲メニ光線(Servitus ne luminibus officiatur)又ハ眺望(Servitus ne prospectui officiatur)ヲ遮ラシメサル權、承役地上ニ於テハ一定ノ種類ノ工場ヲ設置セシメサル權、承役地ニ法律上ノ限度ヲ越ヘタル煤煙、音響等ヲ及スコトヲ得ル權、是等ハ皆所謂濟極地役ニシテ羅馬法以來一般ニ認メラル、所ナリ(二〇七、(三)(四)ノロ本章總說(七)ノハヲ參照ス可シ)、

第二百八十一條　地役權ハ要役地ノ所有權ノ從トシテ之ト共ニ移轉シ又ハ要役地ノ上ニ存スル他ノ權利ノ目的タルモノトス但設定行爲ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

地役權ハ要役地ヨリ分離シテ之ヲ讓渡シ又ハ他ノ權利ノ目的トナスコトヲ得ス

(一)**地役權ノ從屬性**　本條ハ地役權ノ從屬性ヲ規定ス、蓋シ地役權ハ前條ニ明ナルカ如ク要役地ノ便益ノ爲メニ存スル權利ナリ、故ニ其性質上要役地ニ從屬スルヲ要スルナリ、

(イ)**第一項**　ハ從ハ主ニ從フノ原則ノ適用ニシテ要役地ノ所有權ヲ讓渡ストキハ地役權モ亦當然之レト共ニ移轉シ、又要役地上ニ權利ヲ設定スルトキハ其效力ハ當然地役權ニ及ヒ地役權ハ其目的トナルモノトス、例之要役地上ニ抵當權ヲ設定スルトキハ抵當權ハ當然地役權ニ及ヒ、抵當權實行ノ爲メニ要役地ヲ競賣スルトキハ地役權モ亦當然之レニ從フカ如シ、或ハ又要役地上ニ

地上權永小作權等ヲ設定スルトキハ地役權ハ其目的トナリ地上權者永小作權者ハ地役權ヲ行使スルコトヲ得ルカ如シ、猶第一項ノ規定ハ「要役地ノ上ニ存スル他ノ權利」トアルカ故ニ之ヲ物權ニ限ル可キカ如キモ之レ形式ニ拘泥スル論ナリ、廣ク「要役地ノ使用ヲ目的トスル他ノ權利」ノ義ニ解ス可キナリ、蓋シ地役權ハ其性質上要役地ノ便益トナルモ他ノ土地又ハ人ノ利益トナルヲ得サルモノナレハ要役地上ニ使用權ヲ與フル場合ニハ其物權ナルト債權ナルトニ論ナク當事者ハ之ヲ地役權ニ及ス可キ意思ヲ有ス可ケレハナリ、故ニ例之要役地ノ賃借人、使用借人モ亦地役權ヲ行使スルコトヲ得可シ、

(ロ)但書ノ規定　ハ設定行爲ニ於ケル反對契約ヲ以テ地役權ノ從屬性ヲ除斥スルコトヲ認ムルモノナリ、理由書ノ說明ニ依ルニ「土地ノ所有者ハ時トシテハ其人ヲ信シテ之カ爲メニ地役ヲ設定スルコトアリ、此ノ如キ場合ニ要役地ノ所有權ヲ移轉スルニ伴フテ地役權モ亦必ラス之ニ附隨シ移轉スルモノトスルトキハ設定者ノ意思ニ反スルニ至ル可キヲ以テ豫メ特約ヲ附シテ地役權ノ移轉セサルコトヲ定ムルコトヲ得セシムルヲ可トス」(理由書二七九)、之ニヨリ其理由明白ナリ、只地役權ハ原則トシテ要役地ニ附隨スルカ故ニ世人ヲシテ誤解ナカラシムル爲メニハ其特約ハ之ヲ登記スルヲ要シ、登記スルニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトナシ(登一一三參照)、人或ハ論セン地役權ニシテ其效力設定行爲ノ當事者間ニ止マルモノトセハ之レ債權ニ異ラス、此ノ如キ目的ノ爲メニハ賃貸借契約ヲ締結セハ可ナリ何ソ之ヲ地役權トナスノ要アランヤ、ハ然ラス、(一)ニ之ヲ賃借權トセハ土地所有者ハ修繕ノ義務アリ土地所有者ニシテ其煩累ヲ脫センニハ之ヲ物權トナスヲ要ス可シ、(二)存續期間、地代等ノ關係ニ於テモ亦地役權トナスヲ便トスルコトナキニ非ス、

猶此但書ノ例外ハ要役地移轉ノ場合ノミニ關スルヤ、或ハ要役地カ他ノ權利ノ目的タル場合ニモ關スルヤ、理由書ハ此問題ハ之ヲ說明スルナキモ余輩ハ前途ト同一ノ理由ニヨリテ要役地カ他ノ權利ノ目的トナル場合ニモ特約ヲ以テ其效力ハ地役權ニ及ハサルモノトナスコトヲ得ルモノト解釋セント欲ス、但シ之カ爲メニ其特約ハ登記ヲ要スルハ勿論ノコトナリ、

反對契約ノ存スル場合ニ要役地ヲ移轉シタルトキハ地役權ハ當然且ツ絕對的ニ消滅スルモノトス、反之要役地上ニ他ノ權利ヲ設定シタル場合ニハ地役權カ其權利ノ目的トナラサルノミニシテ當然消滅ニ歸スルコトナシ、故ニ要役地ノ所有者ハ自ラ地役權ヲ行使ス可ク又地役權ノ內容ニヨリテハ其權利ノ消滅後自ラ地役權ヲ行使スルヲ得ルニ至ル可シ、

(ハ)第二項　ハ地役權ハ之ヲ要役地ヨリ分離シテ讓渡シ又ハ他ノ權利ノ目的トナスヲ得サル旨ヲ定ムルモノニシテ、地役權ハ要役地ノ便益ノ爲メニノミ存スル權利ナルヲ知ラハ其理由ハ釋然タル可シ、只注意ス可キハ本項ニハ前項ニ於ケルカ如キ但書存セス反對ノ契約ヲ許ササルコト之ナリ、●

(二)準用　本條第一項ハ要役地ノ所有權ニ付キテノミ規定スルモ地役權ハ地上權又ハ永小作權ノ爲メニ設定セラル、コトアリ(本章總說(六)參考)、此場合ニハ本條ヲ準用シテ地役權ハ當然地上權永小作權ト共ニ移轉シ又當然地上權永小作權ヲ目的トスル他ノ權利ノ目的トナルモノト認メテ可ナリ、

承役地ノ所有者變更ハ地役權ニ影響スル所ナシ、地役權ハ承役地カ何人ノ所有ニ屬スルカヲ問ハス之ヲ行フコトヲ得、之レ物權ノ追及權ニシテ地役權ヲ以テ物權トナス以上ハ當然言ヲ俟タサル所ナリ、本條ノ準用ヲ要セスシテ其根據ヲ求ムルヲ得可シ、舊民法(財產篇二六七)ノ如キハ特ニ之ヲ明言セルモ蓋シ其必要ナカル可シ、

第二百八十二條　土地ノ共有者ノ一人ハ其持分ニ付キ其土地ノ爲メニ又ハ其土地ノ上ニ存スル地役權ヲ消滅セシムルコトヲ得ス

土地ノ分割又ハ其一部ノ讓渡ノ場合ニ於テハ地役權ハ其各部ノ爲メニ又ハ其各部ノ上ニ存ス但地役權カ其性質ニ因リ土地ノ一部ノミニ關スルトキハ此限ニ在ラス

(一)地役權ノ不可分性　之レ本條第一項ノ規定スル所ナリ、凡ソ權利ノ分割ニ二方法アリ、一ハ其目的物ニ付キ分量的ニ分割スルモノニシテ他ハ想像的ニ分割スルモノナリ、前ノ意義ニ於テハ地役權ハ分割ヲ許ス(本條第二項)モ後ノ意義ニ於テハ分割ヲ許サス、即チ地役權ハ要役地ノ持分ノ爲メニ又ハ承役地ノ持分ノ上ニ存在スルヲ得ス、是レ地役權不可分ノ義ニシテ更ニ詳說スレハ左ノ意義アリ、

(イ)要役地ノ共有者ノ一人ハ其持分ニ付キ地役權ヲ消滅セシムルヲ得ス、例ヘハ共有者ノ一人カ地役權ヲ拋棄スル場合ニ於テハ之ニヨリテ全員カ地役權ヲ失フモノト見ルカ、又ハ何人モ地役權ヲ失ハサルモノト見サル可ラス、何トナレハ共有者ノ權利ハ其內容互ニ相等シキヲ要スレハナリ、而シテ本條ハ一人

ノ行爲ニヨリ他ノ共有者ニ損失ヲ被ラシムルノ酷ナルヲ以テ拋棄ヲナシ得ル一人ノ行爲ハ無效ニシテ他ノ共有者ハ勿論其者モ亦地役權ヲ失ハサルモノトス、本條ニ「消滅セシムルコトヲ得ス」トアルハ「消滅ヲ目的トスル行爲ハ無效ナリ」ト云フ義ニ解ス可シ、裏面ヨリ云ヘハ地役權ヲ消滅セシムルニハ共有者全員ノ協力ヲ要スルナリ、

猶本條ハ共有者ノ行爲ニヨリ地役權ヲ消滅セシムル場合ノミニ關スルコト「消滅セシムル」云々ノ文字ニヨリ明ナルモ、消滅時效ニ關シテモ同一ノ原則ノ存スルヲ知ル可シ第二百九十二條參照、

(ロ)承役地共有者ノ一人ハ自己ノ持分ニ付キテノミ其地上ニ存スル地役權ヲ消滅セシムルヲ得ス、即チ其ノ共有者ノ一人ノ爲メニ地役權ヲ消滅セシムルモ他ノ共有者ニ對シテ地役權存シ之ヲ行使スルトキハ事實上承役地ノ全部ニ及フカ故ニ其共有者ノ持分ノ爲メニスル地役權ノ消滅ハ之ヲ無效トス、地役權ハ消滅セシカ全共有者ノ爲メニシ、存存セシカ又全共有者ニ對ス即チ地役權ハ不可分ナリトス、

消滅時效ニ關シテ右ノ原則ヲ認ムル特別ノ規定存セス(二九三ハ此場合ニ適用ナシ)ト雖モ承役地共有者一人ノ爲メニ消滅時效完成スルコトナカル可シ蓋シ地役權ヲ一度行使センカ必ラス承役地ノ全所有者ニ對ス可ク或持分丈ヲ除キテ地役權ヲ行使スルヲ得ス即チ苟モ中斷アルナラハ當然全共有者ニ對ス可シ(二九二、類推)、其結果時效ノ完成ハ必ラス全共有者ニ對シテ同一トナル可シ、

(ハ)本條第一項ハ地役權ノ消滅ニノミ關スルモ之ヲ其取得ニ類推適用スルノ必要アル可シ、特ニ規定ナキヲ以テ反對ノ解釋ヲナスハ不可ナリ、蓋シ地役權ノ不可分ハ其性質ニ基クモノニシテ、本條ハ之ヲ宣言スルモノニシテ例外ヲ設クルモノニ非サレハナリ、猶取得時效ニ付キテハ第二百八十四條第一項ニ於テ此原則ヲ認ム、而シテ此場合ニ於テハ取得原因カ異レハトテ其結果ヲ異ニス可キ理由ヲ發見スル能ハサルカ故ニ之ヲ法律行爲ニヨリ設定スル場合ニ及スヲ得可シ、即チ何レノ理由ニヨルモ(一)要役地ノ共有者ノ一人ノ持分ノ爲メニノミ地役權ヲ發生セシムルヲ得ス(二)承役地ノ共有者ノ一人ノ持分ノ上ニノミ地役權ヲ發生セシムルヲ得サルモノト認ム可キナリ、

(二)土地ノ分割

又ハ其一部ノ讓渡ノ場合ハ前述スル所ト大ニ其結果ヲ異ニシ原則トシテハ地役權關係ハ之ニ由リテ影響ヲ受ケサルモノトス、分割トハ一筆ノ土地ヲ數筆ニ分ツノ謂ニシテ、一部讓渡ハ一ノ土地ヲ數筆ニ分チテ其一部ノ

所有權ヲ留保シ他ノ一部ノ所有權ヲ讓渡スル場合ヲ云フ、其場合ハ左ノ如シ、

(イ)要役地ノ分割　又ハ一部讓渡ノ場合ニハ地役權ハ其各土地ノ爲メニ存スル可シ、然リ而シテ其範圍ハ各土地ノ地役權ヲ合セタルモノカ分割前ノ地役權ヨリ大ナルヲ得ス、例之要役地ノ爲メニ年々十坪ノ砂利ヲ取得スル權利アル場合ニ要役地ヲ二等分スレハ各土地ノ有スル地役權ノ範圍ハ五坪ヲ越ユルヲ得サル可シ、然レトモ地役ノ内容殊ニ消極地役ノ場合ニ於テハ其各土地カ全部ノ利益ヲ受クルコトヲ得サルニ非ス、蓋シ此ノ如キ場合ニハ各土地カ全部ノ利益ヲ受クルモ承役地ノ負擔ヲ加重スルコトナキカ故ニ之ヲ認メテ可ナリトス、

要役地ノ一部ノ爲メニノミ地役權存スル場合ニ於テ分割ノ結果其利益ヲ受ク可キ土地ト全ク關係ナキ土地ヲ生シタルトキハ其關係ナキ土地ノ爲ニハ地役權ハ消滅ス可シ、例之要役地ノ一部ニ養魚池アリテ隣地ヨリ引水ノ權利存スル場合ニ於テ要役地ヲ分割シ其池ノ存スル部分ト然ラサル部分ヲ生スルトキハ地役權ハ後者ノ爲メニ消滅ス可シ、

地役權ノ負擔タル債權存スル場合ニハ其債權ハ地役權ト同一ノ割合ニ分割セラル可シ、例之塡代ノ義務ノ如シ、

(ロ)承役地ノ分割　又ハ一部讓渡アリタルトキハ原則トシテ地役權ハ從來ノ範圍ニ於テ其各地ノ上ニ存ス可シ、但シ地役權カ承役地ノ一部ノミニ限ラル場合ニ於テ分割ノ結果地役權ノ關係アル部分ト然ラサル部分ヲ生シタルトキハ後者ハ負擔ヲ免カル可シ、例之通行地役カ承役地ノ一端ニノミ限ラル、場合ニ分割ノ結果其衝ニ當ラサル地ヲ生スルトキハ其土地ハ全然負擔ヲ免カル、又承役地ノ所有者カ第二百八十六條ノ義務其他ノ附隨ノ人的義務ヲ負擔スル場合ニ於テハ其義務ハ承役地ト同一ノ割合ニ分割セラレ、且ツ全ク負擔ヲ免カレタル土地ヲ生スルトキハ之レヲ取得セル者ハ全然義務ヲ負カル可シ、

第二百八十三條　地役權ハ繼續且表現ノモノニ限リ時效ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得

(一)本條ノ目的　本條ハ第百六十三條ノ例外ヲ定ムルモノナリ、地役權ハ財産權ノ一種ナルカ故ニ時效ニヨリ之ヲ取得スルコトヲ得ヘキナリ、然ルニ本條ハ繼續且表現ノモノニ限リ取得時效ニ因リ取得シ得可キ旨ヲ定メ、其裏面ニ於テ繼續且表現ニ非サルモノハ時效ニヨリ取得シ能ハサル旨ヲ示ス、是レ即チ第百六

十三條ノ例外ナリ、

此ノ如キ例外ヲ設クル理由ハ繼續且表現ニ非サル地役ハ承役地ノ所有者ニ於テ之ヲ感知セス、又然ラサルモ事實煩累ヲ爲スコト少キヲ以テ中斷セサルヲ人情トス、然ルニモ拘ハラス時效ヲ完成セシムルハ酷ナルヲ以テナリ、

(二)本條ノ適用

(イ)繼續且表現地役

取得時效ノ適用アルニハ地役權ノ行使ノ事實カ間斷ナク行ハレ加之外部ヨリ認知シ得ルヲ要スルナリ、繼續ノモノト雖モ表現ニ非サレハ不可ナリ、表現ノモノト雖モ繼續ニ非サレハ又不可ナリ、故ニ法文ニ於テ繼續「且」表現ト云ヘリ、例之砂利燃土ヲ取得シ又ハ牧草ヲ刈取ル權ノ如キハ表現ハ即チ表現ナリト雖モ繼續ニ非サルカ故ニ時效ニヨリ取得スルヲ得ス、地下ニ水樋ヲ埋ムルカ如キハ繼續ハ即チ繼續ナリト雖モ表現ニ在ラサルカ故ニ又不可ナリトス、通路ノ開設、地上水樋ノ設置、屋根等ヲ突出セシムル權、雨水ヲ直瀉セシムル工作物ノ設置、隣地ヲ觀望ス可キ窓ノ設置ノ如キハ兩性ヲ兼有スル例ニシテ本條ノ適用アランカ、

通行權ハ法律上不繼續ノ性質ヲ有シ時效ニヨリ取得スルヲ得サル旨ノ判例アリ(明治三一、六、一七大審院判決、判決錄四輯六卷、八一、京都地方裁判所大正三、五、三〇、判決、法律評論三六〇頁)、何レモ道路ヲ開設セサル場合ニ關スルモノニシテ大體正當ナルモノト認ム、然シ道路ヲ開設セサル場合ト雖モ通行カ頻繁ニシテ且ツ正規ニ行ハルル場合ニ於テハ繼續的ト認ムヘキ場合ナキニアラサルヘシ、要ハ各事實ニヨリ決スヘキモノニシテ道路開設ナキ通行ハ凡テ繼續的ニアラスト云フヲ得サルヘシ、

表現トハ承役地ヨリ見テ表現ナルヲ要スト云フ說、理由書ニ見ユ、蓋シ至當ノ見解ナル可キモ之レヲ誤解シテ工作物カ必ラス承役地上ニ存スルヲ要ストナス勿レ、例ヘハ觀望權ノ如クニ工作物ハ要役地上ニ存スルモ而カモ其事實承役地上ヨリシテ容易ニ認知シ得ル例ニ乏シカラサレハナリ、

(ロ)本條ノ適用ヲ受ケ時效ノ適用アル場合ニハ第百六十二條ニヨリ其期間ハ善意ナルトキハ十年、然ラサルトキハ二十年トス、

(ハ)繼續且表現ノ地役ト雖モ其取得ヲ以テ第三者ニ對抗セシメンニハ一般ノ規定ニ從ヒ登記ヲ要ス、繼續且表現ナルカ故ニ第三者之ヲ認知シ得ルト云フ理由ニヨリ登記ノ不必要ヲ主張スルヲ得ス、

第二百八十四條　共有者ノ一人カ時效ニ因リテ地役權ヲ

取得シタルトキハ他ノ共有者モ亦之ヲ取得ス

共有者ニ對スル時效中斷ハ地役權ヲ行使スル各共有者ニ對シテ之ヲ爲スニ非サレハ其效力ヲ生セス

地役權ヲ行使スル共有者數人アル場合ニ於テ其一人ニ對シテ時效停止ノ原因アルモ時效ハ各共有者ノ爲メニ進行ス

(一)第一項　本項ハ取得時效ニ付キテ地役權ノ不可分ヲ認ムルモノニシテ(消滅時效ニ付キテハ第二百九十二條)次ノ二項ハ其適用ニ外ナラス、既ニ第二百八十二條ニ於テ說明セルカ如ク地役權ヲ想像的ニ分割シ其一部ヲ行使スルハ事實上頗ル不便ナル場合多シ、且ツ各共有者ノ持分ハ其性質ニ於テ同等ナルヲ要ス、然ルニ一共有者ノ持分ノ爲メニハ地役權存シ他ノ共有者ノ持分ノ爲メニハ地役權存セサルトキハ不平等ヲ來ス可シ、故ニ地役權ハ存センカ凡テノ共有者ノ爲メニ存スルヲ要シ、存セサランカ凡テノ共有者ノ爲メニ存セサルヲ要スルナリ、而シテ共有者ノ一人カ時效ニヨリ地役權ヲ取得シタル場合ニ各共有者間ノ關係ヲ平等ナラシメント欲セハ他ノ共有者モ亦之ヲ取得スルモノトナスカ然ラサレハ其共有者ヲシテ地役權ヲ失ハシムルカ二者一ヲ擇ハサル可ラス、而シテ權利ヲ取得シタルモノヲ失ハシムルハ酷ナルカ故ニ本條ハ他ノ共有者モ亦地役權ヲ取得スルモノトセルナリ、

本條ハ要役地カ共有ニ屬スル場合ニ關ス、承役地カ共有ニ屬スル場合ニ就テハ全ク規定スル所ナキモ、既ニ第二百八十二條ニ於テ論シタル如ク同條ヲ準用シテ持分上ニハ地役權ヲ取得スルヲ得サルモノト解スルヲ可トス、

(二)第二項　本項ハ要役地ノ共有者ニ對シテ取得時效ヲ中斷スル場合ヲ規定スルモノニシテ中斷ノ效力ヲ生スルニハ地役權ヲ行使スル各共有者ニ對スルヲ要スルモノトス、蓋シ共有者ノ一人カ取得時效ヲ得ルトキハ他ノ共有者モ亦當然其恩ニ浴ス可キハ前項ニ於テ既ニ規定スル所ナリ、然ラハ共有者ノ或者ニ對シテハ中斷スルモ他ノ者ニ對シテハ中斷セサルトキハ、其他ノ者ノ爲メニ時效完成シ前項ノ規定ニヨリテ全員カ取得時效ヲ得ルニ至ル可ケレハ本項ノ規定ノ如キハ蓋シ言ヲ俟タサル所ナリ、

本項ノ規定ハ凡テノ中斷原因ニ付キテ適用アリ、獨リ第百四十條第三號ノ承認ハ地役權ノ行使者ニ對シテ爲ス行爲ニ非スシテ地役權ノ行使者ノ爲ス行爲ナ

リ、故ニ此場合ニハ本項ノ文章ハ其儘ニ適用スルヲ得サルモ承認ヲ除斥ス可キ實質上ノ理由ナキヲ以テ本條ノ精神ニ依リ地役權ヲ行使スル各共有者承認スルニ非サレハ中斷ノ效力ヲ生セサルモノト認ムルヲ可トス、

猶第百六十五條ノ自然中斷ハ往々共有者ノ一人ニ對シテ之ヲ行フトキハ當然他ノ共有者ニ對シテモ效力ヲ生スル場合アルモ常ニ然リト云フ能ハサルコトアリ、此場合ニハ各共有者ニ對シテ確的ニ自然中斷ヲナスヲ要ス可シ、

(三)第三項　本項ハ時效ノ停止ヲ規定スルモノニシテ要役地共有者ノ一人ニ對シテ時效停止ノ原因アルモ他ノ共有者ニ對シテ其原因ナキトキハ時效ハ他ノ共有者ノ爲メニ進行シ完成シ本條第一項ノ規定ニヨリ共有者一同地役權ヲ取得スルモノトス、

時效ノ停止原因ハ承役地ノ所有者ニ付キテ存スルコトアリ、承役地カ相續財產ナルカ故ナルコトアリ又ハ天災其他ノ事變ニ在ルコトアリ、是等ノ場合ニ於テハ共有者ノ一人ニ對スル停止原因ハ當然他ノ共有者ニ對シテモ停止原因ナリ、

只承役地所有者ト要役地共有者ノ一人ノ間ニ第百五十九條ノ關係存シテ他ノ共有者トノ間ニ其關係存セサル場合ニ一人ニ對スル停止原因カ他人ニ對シテ停止原因トナラサル場合ヲ生シ本項ノ適用ヲ見ルナリ、

第二百八十五條　用水地役權ノ承役地ニ於テ水カ要役地及ヒ承役地ノ需要ニ不足ナルトキハ其各地ノ需要ニ應シ先ツ之ヲ家用ニ供シ其殘餘ヲ他ノ用ニ供スルモノトス但設定行爲ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

同一ノ承役地ノ上ニ數個ノ用水地役權ヲ設定シタルトキハ後ノ地役權者ハ前ノ地役權者ノ水ノ使用ヲ妨クルコトヲ得ス

(一)第一項　本條ハ用水地役ニ於テ水カ要役地及ヒ承役地ノ需要ニ不足ナル場合ニ於ケル水ノ使用方法ヲ定メタルモノナリ、

右ノ場合ニ於テ當事者カ設定行爲ヲ以テ使用方法ヲ定ムルトキハ之ニ從フ可キハ勿論ナリ、之レ本項但書ノ定ムル所ニシテ其契約ハ登記法第十三條ニ因リ登記スルヲ得可ク又之ヲ登記シタルトキハ第三者ニ對抗スルヲ得可シ、

設定行爲ニ特別ノ規定ナキトキハ即チ本項ノ規定ニ從ヒ其各地ノ需用ニ應シテ先ツ之ヲ家用ニ供シ其殘餘ヲ他ノ用ニ供スルモノトス、家用トハ飲用洗濯等ノ使用ヲ云ヒ、他ノ用トハ農工業ノ使用ヲ云フ、而シテ農工業用ノ中ニ就テハ前後優劣ノ差別ナシ、例之水ノ全量二十石ニシテ要役地承役地兩地ノ家用總計十石ナリトセハ先ツ之ヲ取リ、次ニ他ノ需要ニ及ヒ要役地ノ需要ハ承役地ノ需用ニ倍セリトセハ要役地ニ於テ六石六斗餘ヲ用ヒ承役地ハ三石三斗餘ヲ使用ス可キカ如シ、又水ノ全量ハ僅カニ八石ニシテ兩地家用ノ總計ハ十石ナリトセハ全量ヲ以テスルモ家用ヲ滿スニ足ラス、故ニ其全部ヲ擧テ兩地ノ家用ニ供ス可シ而シテ其割合ハ兩地ノ需用ニ應テ之ヲ分ツ可シ、例ヘハ要役地ハ家族五人ニシテ承役地ハ家族三人ナリトセハ要役地ハ五石ヲ取リ承役地ハ三石ヲ取ルカ如シ、故ニ農工業用ニ殘ス所ナキハ勿論ナリ、此ノ如クニ家用ヲ先キニシタル所以ハ家用ハ人生ニ必要ナルノ程度農工業用ニ過クルモノアルカ故ナリ、

家用ノ範圍ハ往々判然セサルコトアリ、然レトモ之ヲ農工業用ニ先タシメタル理ハ右ノ如ク人ノ生活及ヒ衛生ニ直接ニ必要ナルカ爲メナリ、左ラハ娯樂用贅澤用ニ屬スルモノハ家用ノ範圍ニ屬セサルコト明ナリ、例ヘハ噴水、庭池ノ如キ之ナリ、若シ夫レ夏期ノ打水ニ至テハ直接ニ衛生ニ必要ナルハ勿論ナリ、然リ而シテ兩地在住者ノ生活ノ程度モ亦之ヲ斟酌セサル可ラス、下等社會ニハ衛生上必要ナラサルモノモ往々上流社會ニアリテハ衛生上ノ必要タルコトナキニ非ス、

(二)第二項

ハ同一ノ承役地上ニ數個ノ用水地役權ヲ設定シタル場合ニ關ス、此場合ニ於テモ若シ水源豐富ナルトキハ後順位ノ役地權者モ十分ニ水ヲ使用スルコトヲ得可キモ、水ノ不足ヲ生シタルトキハ先順位ニ在ル者カ十分ノ使用ヲナシ猶剩餘アルニ非レハ後順位ノ地役權者ハ使用スルヲ得サルナリ、蓋シ承役地所有者カ第一ノ地役權ヲ設定スルトキハ之ニ因リテ其所有權ハ既ニ制限セラルル所アリ、故ニ第一ノ地役權ヲ害セサル範圍ニ於テスルニ非サレハ第二ノ地役權ヲ設定スルヲ得サルナリ、故ニ物權ニ於テハ時ニ於テ先ナルモノハ效力ニ於テモ亦先ナリトノ原則ヲ生シ後順位者ハ先順位者ヲ害スルヲ得サルナリ、而シテ本項ハ此原則ノ適用ニ過キス、但シ同順位ノ場合ニハ其効力モ亦同一ナル可キハ言ヲ俟タス、例ヘハ甲地所有者カ乙地ノ所有者ノ爲メニ用水地役權ヲ設定シ後更ニ丙地所有者ノ爲メニ同樣ノ用水地役權ヲ設定シタリトス、而シテ水ノ全量二十石ニシテ甲他ノ家用五石乙地家用三石ニシテ甲乙兩地ノ農業用ノ需要ハ二ト一ノ割合ナリトセハ、甲地ハ此目的ノ爲メニ八石ヲ用ヒ、乙地ハ四

石ヲ取ル、即チ乙地ノ用ユル所ハ合計七石ニシテ甲地ノ用ユル所ハ十三石ナリ、即チ甲地所有者ノ有スル權利ノ全體ハ十三石ニシテ甲者ハ其中ニ就テ丙者ノ爲メニ更ニ地役權ヲ設定シタルモノナルカ故ニ丙者ハ全然乙者ノ權利ニ關ル、ヲ得ス、僅カニ甲者ノ享ク可キ十三石ノ中ニ付キテ本條第一項ノ規定ニ從ヒテ甲者ト水ヲ分ツ可キノミ、即チ甲者ノ家用ハ五石ナルカ故ニ若シ丙者ノ家用三石ナリトセハ先ツ之ヲ控除シ殘餘ノ四石ヲ甲丙兩者ノ需要ノ割合ニ應テ農工業ノ爲メニ分用ス可キカ如シ、

第二百八十六條　設定行爲又ハ特別契約ニ因リ承役地ノ所有者カ其費用ヲ以テ地役權ノ行使ノ爲メニ工作物ヲ設ケ又ハ其修繕ヲ爲ス義務ヲ負擔シタルトキハ其義務ハ承役地ノ所有者ノ特定承繼人モ亦之ヲ負擔ス

(一)本條ノ性質　地役權ハ物權ニシテ物ヲ使用スル權利ナリ、故ニ承役地ノ所有者ヲシテ積極的ノ行爲ヲナスノ義務ヲ負ハシムルヲ以テ其內容トナスヲ得ス(本章總說(七)ノ(ハ)參照)、之レ第二百八十條ノ定義上明ナル所ナリ、然レトモ實際上地役ノ性質ニ因リテハ要役地ノ所有者カ承役地ニ立入リ地役權行使ノ爲メニ工作物ヲ設ケ又ハ修繕ヲナスヨリハ承役地ノ所有者ヲシテ其義務ヲ負擔セシムルヲ便宜トスルコトアリ、是レ本條ニ於テ其特別契約ヲ認ムル所以ナリ、故ニ本條ノ特別契約ハ地役關係ノ內容ヲ成スモノニ非スシテ地役關係ニ附屬スル債權契約ナルコト明ナリ、而シテ債權契約ナル以上ハ契約自由ノ原則上當然認メラル可キモノニシテ敢テ特別ノ法文ヲ要セサルモ之ヲ以テ特定承繼人ニ對抗セシムルタメニハ特別ノ規定ナカル可ラス、是レ本條ノ規定アル所以ナリ、然リ而シテ本條ノ特約ヲ特定承繼人ニ對抗セシムルニハ登記法第百十三條ニ從ヒ登記ヲ要ス(獨民一〇二一參照)、

(二)本條ノ適用　(一)設定行爲トハ地役權設定行爲ヲ指シ夫レト同時ニ右ノ特約ヲナスヲ云ヒ、特別契約トハ地役權設定後ニ至リ別ニ契約ヲナスヲ云フ、(二)承役地ノ所有者カ其費用ヲ以テ云々トアレトモ之レハ其性質上要役地ノ負擔トナスヲ妨クルモノニ非ス、(三)承役地所有者ノ義務ノ範圍ハ契約外ニ於テ自ラ制限アリ、即チ地役權ヲ行使スルニ必要ナル程度ヲ超ユルヲ得ス、(四)工作物ヲ設ケ又ハ修繕ヲ爲スト云フハ承役地所有者カ工作物ヲ設ケ且ツ修繕ヲナス場合ト承役地所有者ハ工作物ヲ設クル義務ノミヲ負擔シ修繕ハ要役地所有者之ヲナス

場合ト、工作物ノ設置ハ要役地所有者之ヲナシ承役地所有者ハ修繕ノ義務ノミヲ負擔スル場合アル可シ、其範圍ハ契約ニ因リ定マル、(五)本條ノ義務ハ登記スルニ因リ第三者ニ對抗スルコトヲ得、而シテ設定行爲ヲ以テ同時ニ本條ノ特約ヲナシタル場合ハ登記法第百十三條ニ因ル可キモ其以後特別契約ヲ以テ設定シタル場合ニ關スル登記手續ニ付テハ特別規定ナシト雖モ之レハ登記手續ノ通則ニ從フ可キモノナリ、

第二百八十七條　承役地ノ所有者ハ何時ニテモ地役權ニ必要ナル土地ノ部分ノ所有者ヲ地役權者ニ委棄シテ前條ノ負擔ヲ免カルルコトヲ得

(一)本條ノ目的　前條ノ負擔ハ往々承役地所有者ノ苦痛トスルトコロナリ、故ニ本條ニ於テハ承役地所有者ノ一方ノ意思ヲ以テ之ヲ免カルヽ方法ヲ規定ス、元來義務ハ之ヲ拋棄スルヲ得サルナリ、然レトモ前條ノ義務ハ其性質單純ノ義務ニ非スシテ承役地所有者ハ其土地ヲ所有スルカ故ニ之ヲ負擔スルナリ、形容シテ云ヘハ土地カ義務ヲ負擔シ其負擔アル土地ヲ所有スルカ故ニ義務ヲ負フモノト云フコトヲ得可シ(此ノ如キ義務ヲ物上負擔 Reallasten ト稱ス)、此ノ故ニ承役地ノ所有者ハ地役權ノ行使ニ必要ナル部分ノ所有權ヲ地役權者ニ委棄シテ其負擔ヲ免カルヽコトヲ得ルナリ、然リ而シテ其委棄スル部分ハ必シモ承役地全部ナルヲ要セス、例ヘハ其一偶ニ通路ヲ開設シ又ハ水樋ヲ設置スルカ如キ場合ニ於テハ其部分ノミヲ委棄スレハ可ナリ、但シ地役權カ承役地ノ全部ニ及フトキハ全部ヲ委棄スルノ必要アルハ勿論ナリトス、

(二)委棄　所有權ノ委棄ハ拋棄ト其ノ實質ヲ同フス、只本條ノ委棄ハ絶對的ニ非スシテ「地役權者ノ爲メニ」スルヲ以テ條件トナス、故ニ地役權者ニシテ所有權ヲ取得セント欲シ之ヲ取得セハ承役地所有者ハ其權利ヲ失フ可キモ、若シ地役權者カ所有權ヲ取得スルヲ欲セサルニ於テハ承役地ノ所有者ハ所有權ヲ喪フニ非サルナリ、而シテ委棄ノ方式ハ法律之ヲ規定セサルモ其性質上地役權者ニ對スル一方的無形式ノ意思表示ニ因リ行ハルヽモノト見テ差支ナカル可シ、猶委棄カ本條ノ效力ヲ生スルニハ地役權者カ所有權ヲ取得スルヲ必要トセス、其土地ヲ地役權者ノ自由取得ニ委スルノ意思表示完成セハ即チ本條ノ效力ヲ生ス可シ、若シモ反對ニ地役權者ノ所有權取得ヲ要件トセハ負擔ノ免除ハ地役權者ノ意思ニ掛リ左右セラルヽニ至ル可キカ故ニ法律カ承役地所有者ノ爲メニ負擔免除ノ方法ヲ與ヘントスル本條ノ精神ニ反スルニ至ラン、故ニ其間ハ承役地

ノ所有者ハ所有權ヲ失ハスシテ而カモ負擔ヲ免カル、結果トナル、

第二百八十八條　承役地ノ所有者ハ地役權ノ行使ヲ妨ケサル範圍内ニ於テ其行使ノ爲メニ承役地ノ上ニ設ケタル工作物ヲ使用スルコトヲ得

前項ノ場合ニ於テハ承役地ノ所有者ハ其利益ヲ受クル割合ニ應シテ工作物ノ設置及ヒ保存ノ費用ヲ負擔スルコトヲ要ス

(一)第一項　本條ハ第二百二十一條ト同一ノ精神ニ基クモノナリ、只同條ハ相隣所有權相互ノ關係ナルカ故ニ直ニ之ヲ必スシモ相隣ヲ必要トセサル地役權ニ應用スルヲ得ス、之レ特ニ本條アル所以ナリ、其目的ハ全ク第二百二十一條ト同一ニシテ承役地上ニ承役地所有者又ハ要役地所有者ノ設置シタル地役權行使ノ爲メニスル工作物アル場合ニ承役地ノ所有者モ地役權ノ行使ヲ妨ケサル範圍ニ於テ之ヲ使用スル權利アルコトヲ認メタルモノナリ、蓋シ純理上ハ地役權行使ノ爲メニスル工作物ハ何人カ之ヲ設置シタルカヲ問ハス承役地所有者ニ

於テ之ヲ使用スルヲ得サル可キ理ナリ、然レトモ此理論ヲ貫クトキハ承役地ノ所有者ハ別ニ自己ノ爲メニ同樣ノ設備ヲナスノ要アリ、此ノ如キハ一般ノ經濟上利トスル所ニ非ス、是レ特ニ本條ニヨリ其使用權ヲ認メタル所以ナリ、

右ノ權利ハ承役地所有者ノ當然有スル所ニシテ登記ヲ要セスシテ地役權ノ特定承繼人ニ對抗スルコトヲ得、猶法文ニモ明ナルカ如ク其工作物ヲ使用スルハ承役地所有者ノ權利ナルモ義務ニ非ス、固ヨリ承役地所有者ハ別ニ自己專用ノ工作物ヲ設置スルヲ妨ケサルナリ、

(二)第二項　承役地ノ所有者カ前條ノ權利ヲ行使シ地役權行使ノ爲メニスル工作物ヲ事實上使用シタルトキハ其利益ヲ受クル場合ニ應シテ工作物ノ設置及ヒ保存ノ費用ヲ分擔スルヲ要ス、事實上ノ使用カ費用分擔ノ原因ナリ之ヲ使用スルノ權利アルモ之ヲ行使シテ事實上工作物ヲ使用セサルトキハ費用分擔ノ義務ヲ生セス、

第二百八十九條　承役地ノ占有者カ取得時效ニ必要ナル條件ヲ具備セル占有ヲ爲シタルトキハ地役權ハ之ニ因リテ消滅ス

(一)地役權ノ消滅　本條ハ他人ノ取得時效ニ因ル地役權ノ消滅ヲ規定ス、然レトモ是レ理論ノ當然ニシテ敢テ地役權ニ付キテノミ(地上權、永小作權等ニ此規定ナシ)此ノ如キ明文ヲ設クル必要アルコトナシ、蓋シ一物上ニハ所有權ハ二個アルヲ得ス、故ニ承役地ノ占有者カ第百六十二條ノ要件ヲ具備シタル占有ヲナシ同條ニヨリ完全ナル所有權ヲ取得スルトキハ其所有權ト相抵觸スル一切ノ權利ハ消滅ニ歸ス可キハ當然ナレハナリ(本書一卷八七七參照)、次條ニ於テハ本條ノ消滅原因ヲ指シテ消滅時效トナスト雖モ是レ消滅時效ノ性質ヲ誤解シタル論ナリ(梅博士民法要義二卷本條モ亦消滅時效ナリトナス)、蓋シ消滅時效ノ要件ハ權利ノ不行使ニ在リ(一六七)、本條ノ消滅原因ハ他人ノ占有ニ在レハナリ、若シ本條カ消滅時效ナリトセハ他人カ占有ヲナスト否トニ拘ハラス單ニ權利ノ不行使ニヨリ消滅セサル可ラス、然ルニ他人ノ占有並ニ取得時效ヲ必要トスルハ是レ其消滅時效ニ非サル證據ナリ、故ニ其要件ノ如キ一切消滅時效ノ規定(例之一六六、一六七、二項)ニ依ラスシテ專ラ取得時效ノ規定ニ從フ可シ、

(二)適用ノ範圍　本條ノ規定ハ第三者カ占有ヲ爲ス場合ニ適用アルハ勿論ナルモ承役地ノ所有者カ第百六十二條ノ占有ヲナス場合ニ果シテ適用アリヤ否ヤハ問題ナリ、人或ハ曰ハン、取得時效ハ他人ノ物ノ占有ニ付キテノミ適用アリ、自己ノ所有物ヲ占有スル場合ニ取得時效ノ適用アルコトナシト、曰ハク然ラス、承役地ノ所有者ノ有スル權利ハ地役權ノ制限ヲ受クルモノニシテ完全ナル所有權ニ非ス、故ニ完全ナル所有者ノ意思ヲ以テ占有ヲナスニ於テハ地役權ニ關スル部分ニ付キテハ他人ノ物ヲ占有スルト異ナラス、故ニ取得時效ノ適用アルモノニシテ從テ本條ノ適用アル可シ、

第二百九十條　前條ノ消滅時效ハ地役權者カ其權利ヲ行使スルニ因リテ中斷ス

(一)前條ノ規定ヲ消滅時效ト解スルノ不可ナルコト既ニ述ヘタリ、而シテ本條ハ中斷方法ヲ規定スルモノナルカ故ニ固ヨリ消滅時效ノ中斷方法ニ非スシテ承役地占有者ノ取得時效ノ中斷方法ト知ル可シ、即チ地役權者カ其權利ヲ行使スルトキハ承役地占有者ハ地役權ノ存在ヲ認メサル可ラス、是其ノ中斷原因トナル所以ニシテ本條カ特ニ之ヲ認ムル所以ナリ、

(二)本條以外ノ中斷原因　本條ハ特別ナル取得時效中斷原因ナリ、總則篇ニ規定スル中斷原因ハ法定中斷自然中斷皆其適用アルハ勿論ナリ、

第二百九十一條　第百六十七條第二項ニ規定セル消滅時

效ノ期間ハ不繼續地役權ニ付キテハ最後ノ行使ノ時ヨリ之ヲ起算シ繼續地役權ニ付キテハ其行使ヲ妨クヘキ事實ノ生シタル時ヨリ之ヲ起算ス

本條ハ地役權ノ消滅時效ノ起算點ヲ定ムルモノナリ、一般ノ原則ニ從ヘハ消滅時效ハ權利ヲ行使スルコトヲ得ル時ヨリ進行ス(一六六)、而シテ本條ハ其適用ニ外ナラス、蓋シ消滅時效ハ權利ヲ行使シ得ルニモ拘ハラス權利ヲ行使セサル者ニ對スル制裁ナリ、而シテ不繼續地役(例之通行地役、木草土砂ヲ採取スル地役ノ如シ)ニ於テ最後ノ行使ノ時ヨリ起算スルハ他ナラス地役權者ハ引續キ地役權ヲ行使シ得ルニモ拘ハラス其ノ時ヨリ之ヲ行使セサルカ故ナリ、繼續地役權(例之觀望權、道路ヲ開設スル通行權、引水權ノ類)ニ於テハ事實上地役權者カ地役權ノ利益ヲ享ケツヽアリヤ否ヤニ拘ハラス苟モ其行使ヲ妨ク可キ事實ノ生スルマテハ地役權ハ行使セラレツヽアルモノト見サル可ラス、而シテ一旦地役權ノ行使ヲ妨ク可キ事實ヲ生シタルトキハ承役地所有者カ之ヲ生セシメタルト第三者カ生セシメタルトヲ問ハス地役權者ノ爲メニ其除去ヲ請求スル權利ヲ生ス(總說九參照)、然ルニ地役權者カ其請求權ヲ行使セサルハ是レ即チ地役權ヲ行使セサルモノニ外ナラサルカ故ニ消滅時效ハ其時ヨリ進行スルモノトナス、

時效ノ期間ハ第百六十七條二項ニ因リ二十年トス、

第二百九十二條　要役地カ數人ノ共有ニ屬スル場合ニ於テ其一人ノ爲メニ時效ノ中斷又ハ停止アルトキハ其中斷又ハ停止ハ他ノ共有者ノ爲メニモ其效力ヲ生ス

(一)本條ハ地役權不可分ノ原則ヲ消滅時效ニ應用シタルモノニシテ第二百八十四條ト相對照シテ研究スルヲ便利トス、本法ハ共有者ノ一人カ權利ヲ得又ハ失ハサルトキハ他ノ共有者全員皆權利ヲ得又ハ權利ヲ失ハサルモノトスル主義ヲ取リタリ、故ニ取得時效ニ於テハ共有者ノ一人カ時效ヲ得ルトキハ共有者全員カ時效ヲ得、消滅時效ニ於テハ共有者ノ一人ノ爲メニ中斷又ハ停止原因存シ其者カ權利ヲ失ハサルニ於テハ他ノ共有者モ亦當然權利ヲ失ハサルモノトス、蓋シ同一原則ノ適用ナリ、

(二)本條ハ要役地ノ共有ノ場合ノミヲ規定スルモ之ヲ承役地ノ共有ノ場合ニ準用スルコトヲ得可シ、例之要役地ノ所有者ト承役地共有者ノ一人間ニ第百五十九條ノ關係存スルトキハ承役地ノ他ノ共有者ノ爲メニハ消滅時效完成スルモ其