

物權 占有權 占有權ノ效力 【一九二】

一九二

シ、故ニ占有ニ因ル權利取得ト見ル方最モ正シ、本法力之ヲ占有權效力中ニ規定シタルモ此趣旨ナリ、此故ニ本條ニヨル權利取得ニハ單ニ占有ヲ取得スルコトノミカ必要ニシテ有效ナル權利取得行爲ノ存在ヲ要セス、
又本條ニヨル權利取得ハ所謂承繼取得ニ非スシテ原始取得ナリ、蓋シ承繼取得ニハ其觀念上前者ハ權利者ナルヲ要シ前者カ權利者ニ非サレハ後者ハ權利ヲ得ル能ハサルナリ、然ルニ本條ハ無權利者ヨリ權利ヲ取得スル場合ニシテ前者カ權利者ニ非サルコトカ其前提タリ、故ニ明ニ承繼取得ニ非ス、然レトモ占有者カ本條ニヨリ權利ヲ取得スル結果トシテ舊所有者ノ權利ハ消滅又ハ制限セラ

(四) 適用ノ範圍

- (イ) 本條ハ動産ニノミ適用アリテ不動産ニ適用ナシ而シテ無記名債權ハ動産ト看做サル、カ故ニ本條ノ適用ヲ受ク(八六)、手形ニ就テハ商法ニ特別ノ規定アリ(商法四四一)、記名株券ニ白紙委任狀ヲ附シタル場合ニハ本條ノ適用ナシ、蓋シ無記名債權ニアラサルカ故ナリ(大正五、五、一五大審院判決)。
(ロ) 本條ハ善意ノ第三者ヲ保護スル制度ナルカ故ニ直接ニ所有權者其他ノ權利者ヨリ占有ヲ取得スル場合ニハ其適用ナシ(同論民法第九十二條ノ適用範

圍富井博士法學協會雜誌三一卷二號石坂博士民法第九十二條論民法研究一卷五九八以下)例之無能力者ト取引ナシタル相手方、錯誤行爲ノ相手方等ハ本條ニヨル占有ヲナスモ權利ヲ取得スルヲ得ス、然レトモ無能力者ノ相手方ヨリ占有ヲ取得シタル第三者、錯誤行爲ノ相手方ヨリ占有ヲ取得シタル第三者ハ本條ノ保護アリ、即チ本條ノ適用アル場合ニ於テハ無効及ヒ取消ハ善意ノ第三者ニ對抗スル能ハサル結果トナル、

(ハ) 本條ハ單ニ所有權取得ノ方法ニ止マラス、所有權以外ノ物權モ亦本條ニヨリ之ヲ取得スルコトヲ得、占有ニハ所有ノ意思ヲ以テスルモノト限定占有アルコトハ既ニ述ヘタリ(本章總說(八)ノ(ロ)ヲ見ヨ)、占有意思ノ内容ニ從ヒテ之ニ相當スル權利ヲ取得スルコトヲ得ルナリ、例之無權利者ヨリ動産ヲ買ニ取リタル者ハ買權ヲ取得ス可ク買取りタル者ハ所有權ヲ取得スルカ如シ、之レ本條ニ、所有權ヲ取得スル規定セスシテ行使スル權利ヲ取得スルアルニヨリ明瞭ナリトス、

(ニ) 所有者カ占有ヲ失ヒタル理由ニ因リ適用ノ範圍ヲ定ム可キト否トハ解釋上疑問ナリトス、先ニ述ヘタル如ク本條ノ模範タル獨逸固有法ニ於テハ所有者カ任意ニ動産ノ占有ヲ他人ニ與ヘ其他入ヨリ占有ヲ取得セル第三者ノミ本物權 占有權 占有權ノ效力 【一九二】

一九三

物權 占有權 占有權ノ效力 【一九三】

一九四

條ノ保護ヲ受ケ所有者カ意思ニ基カスシテ占有ヲ失ヒタル場合ニハ本條ノ適用ナキモノトス、然ルニ本條ノ明文上ハ此ノ如キ差別ナシ、只次條ノ例外アルノミ、是レ疑ヲ生スル所以ナリ、例之強制執行ノ爲メニスル競賣ニ於テ占有ヲ得タル者、法定代理人カ權限外ノ行爲ニヨリ物ヲ引渡ス場合、民事訴訟法ニヨル強制管理ノ場合ニ管理人ヨリ占有ヲ得タル第三者等ハ前ノ解釋ニヨレハ本條ノ適用ヲ受ケス、後ノ解釋ニヨレハ本條ノ適用ヲ受ケ可シ、獨逸民法ハ前主義ヲ採リタルカ故ニ多數ノ例外アリ、然ルニ本法ニ於テハ只次條ノ例外アルノミ、故ニ前者ノ如ク解スルトキハ實際ニ不公平ナル場合少カラス、然レトキ之ヲ沿革ニ徵スルニ本制度ノ精神ハ任意ニ動産ノ占有ヲ他人ニ與ヘタル場合ニ限リ適用セラル可キハ疑ヲ容レサル處ナリ、蓋シ任意ニ占有ヲ與フル者ハ第三者ヲ誤解セシメタル責任アリ、之レ第三者カ保護ヲ受ケル所以ナリ、然レトモ意思ニ反シ占有ヲ失ヒタル者ハ其情大ニ憐レム可キモノアリ、同一ニ論スルヲ得ス、故ニ多少ノ不都合ノ場合ナキヲ保セスト雖モ本條ハ任意ニ占有ヲ與ヘタル場合ニ限リ適用アルモノト決セントス、

第百九十三條 前條ノ場合ニ於テ占有物カ盜品又ハ遺失

物ナルトキハ被害者又ハ遺失主ハ盜難又ハ遺失ノ時ヨリ二年間占有者ニ對シテ其物ノ回復ヲ請求スルコトヲ得

(一) 本條ノ目的

ハ前條ノ規定ニ對シテ例外ヲ設ケルニ在リ、而シテ盜品及ヒ遺失物ヲ以テ其例外トナス、蓋シ此二者ハ所有者ノ意思ニ反シテ占有ヲ奪ハレ又ハ喪失シタルモノナルカ故ニ之レニ前條ヲ適用スルトキハ所有者ノ保護薄弱トナリ、所有者ニ對シテ甚々酷ナルカ故ナリ、

(二) 條件

本條ノ適用ヲ受ケ占有者ニ對シテ動産ノ回復ヲ請求スルニハ左ノ條件ヲ具備スルヲ要ス、

(イ) 盜品及遺失物

盜品トハ竊取セラレタル物及ヒ強奪セラレタル物ヲ併稱ス、遺失物トハ偶然占有ヲ失ヒ所在不明トナリタル物ヲ云フ、英國ニ於テハ一時本條ノ例外ヲ詐取物ニ及シタルコトアリシモ暫時ニシテ廢止セラレタリ、蓋シ詐取物ハ所有者ノ眞ノ意思ニ出ツルニ非ストスルモ全然其意思ニ反シテ其手ヲ離レタル物ニ非ス、被詐僞者ハ不完全ナカラモ占有ヲ與ヘントスルノ意思在リテ面シテ占有ヲ與ヘタルモノナリ、故ニ盜品遺失物トハ大ニ趣物權 占有權 占有權ノ效力 【一九三】

一九五

物權 占有權 占有權ノ效力 【一九三】

一九六

ヲ異ニシ、被詐偽者ト善意ノ第三者何レヲ保護ス可キカト云ハ、善意ノ第三者ヲ保護ス可キ理由大ナルカ故ナリ (24. 25. Vict. c. 96. S. 100. 後 Sect 24. Subsect 2. Sale of Good Act, 1893 ニヨリ廢サレ)、本條カ例外ヲ盜品遺失物ノ二者ニ限リタルハ正當ト云フ可シ、

而シテ本條ハ一切ノ盜品遺失品ニ適用アリ、然レトモ之ヲ金錢及ヒ無記名債權ニ適用スルトキハ其流通ヲ阻害スルノ弊ナシトセス、此ノ故ニ獨(民法一〇〇七)英(Geol 100. Larceny act 1861.)ニ於テハ金錢及ヒ無記名債權ニハ本條ノ例外ヲ認メス、蓋シ至當ノ處置ト云フ可シ、但シ我國法ニ於テモ商法第四百四十一條ノ規定ニヨリ善意無過失ノ手形取得者ハ何人ヨリモ其返還ヲ請求セラレ、コトナシ、故ニ手形ハ本條ノ例外トナル、

(ロ) 前條ノ場合ニ於テ

トアルハ盜品遺失物上ニ前條ノ性質ヲ有セル占有ヲ取得シタル場合ニ於テノ義ナリ、即チ本條ノ規定アルニ非サレハ前條ノ適用アル可キ場合ヲ指スモノニシテ本條ハ前條ノ例外ナリトス、敢テ前條ノ規定ニヨリ一旦權利ヲ取得シタルモノヲ本條ニヨリ返還セシムルモノト解スヘカラス、

(ハ) 二年間

盜品遺失物ニ對スル返還請求ハ二年以内ニナスヲ要ス(佛民二二

七九ハ之ヲ三年トス)、而シテ其ノ期間ノ起算點ハ盜難又ハ遺失ノ時ニ在リ、而シテ返還請求ハ二年以内ニ爲セハ可ナリ、例ヘハ二年以内ニ訴ヲ提起シ判決ノ時ハ二年以後トナルモ猶原告ノ勝訴トス、此二年ノ期間ハ動產物權ニ基ク返還請求權ノ除斥期間ニ非ス、故ニ二年經過ノ後ト雖モ前條ノ占有ヲナスモノアルニアラザレハ猶返還請求權ハ存在ス、然レトモ二年以後ハ前條ノ適用アルカ故ニ前條ノ條件ヲ具ヘタル占有ヲ取得スル者アルトキハ返還請求權ハ消滅ニ歸ス可シ、若シ其占有者カ前條ノ條件ヲ具ヘサルトキハ二年以後ト雖モ之ヲ回復スルヲ得可シ、故ニ二年ノ期間ハ單ニ前條ノ適用ヲ除外スル期間ト解ス可シ、

被害者又ハ遺失主カ回復ヲナスニハ占有者ニ對シテ賠償ヲナスノ義務ナシ(但シ次條ノ例外トス)、但シ善意ノ占有者ハ回復ノ爲メニ生シタル損害ヲ相手方(竊盜又ハ收得者又ハ其後者)ニ對シテ請求シ得ルハ勿論ナリ、然レトモ其賠償請求權ノ存否ハ本來其原因行爲ニヨリ定マル可キモノニシテ、有價行爲ニヨリ取得シタル場合ニハ賣買ノ追奪擔保ニ關スル規定(五五九)ヲ適用シ反之無價行爲ニヨリ取得セル場合ニハ賠償請求權ナキヲ原則トス(五五一)、ニケ年間經過ノ後前條ノ占有ヲ爲ス者ハ本條ノ適用ヲ受ケサルカ故ニ其物物權 占有權 占有權ノ效力 【一九三】

一九七

上ニ行使スル權利ヲ取得ス、而シテ注意ス可キハ占有者ハ二ケ年間繼續シテ占有ヲナスノ必要ナキコト之ナリ、何トナレハ前條ニ依ル權利取得ハ其性質短期時効ニ非サルカ故ニ占有ノ繼續ヲ要セサレハナリ、例ヘハ二年經過ノ後占有ヲ取得セハ即時ニ權利ヲ得可ク、又一年半ノ時ニ當リ占有ヲ取得セハ爾後六ケ月ヲ經タル時ニ權利ヲ取得ス可シ、

(二) 回復權者

本書前版ニ於テハ被害者又ハ遺失主ハ本條ニヨリ特別ナル回復請求權ヲ賦與セラルルモノノ如ク説明シタルモ夫ハ誤謬ナリ、被害者又ハ遺失主ノ回復請求權ハ一般ノ規定ニ從フヘキモノトス、而シテ本條ノ場合ハ直接ニ拾得者又ハ窃盜等ニ對スルモノニアラスシテ、前條ノ條件ヲ備ヘタル占有者ニ對スルモノナルカ故ニ其ノ請求權ハ物權的效力アルモノニ限ルハ勿論ナリ、而シテ動產物權ノ種類ハ占有權、所有權、留置權、動產先取權、動產買ノ五種アリト雖モ先取特權者ハ占有ヲ有セサルカ故ニ回復請求權ノアルヘキ理由ナク、又留置權者動產買權者ハ本條上ノ回復請求權ヲ有セス、只占有者トシテ占有回復請求權ヲ有スルニ過キス、(三五三)而シテ占有回復請求權ハ善意ノ特定承繼人ニ對抗スルヲ得サルカ故ニ本條ノ適用ヲ俟タスシテ善意ノ承繼人ニ對抗スルヲ得サルナリ、賃借人等カ占有者タル資格ニ於テ回復ヲ爲ス場合

(三) 立證責任

モ亦同シ、況ンヤ本權ヲ有セサル單純占有者ノ回收訴訟權ニ於テオヤ、故ニ結局拾得者竊盜等ノ善意特定承繼人ニ對抗シ得ヘキ回復請求權ヲ有スルモノハ獨リ動產所有權者ノミナリト云フヘシ、明治四十年三月四日大審院判決(刑事判決録一三輯八六頁所載)カ動產買權者ハ本條ノ回復請求權ヲ有セスト判定シタルハ正當ナリト云フヘシ、(三浦博士物權法提要三五頁參考)然レトモ直接ニ拾得者窃盜等ニ對シテハ前條並ニ本條ノ適用ハ勿論存セサルカ故ニ一般ノ規定ニ從ヒ本條上ノ請求權又ハ占有訴訟權ノ行ハルヘキハ勿論ナリ、

(本) 回復請求ノ相手方 即チ本條ニ云フ占有者トハ遺失物ノ取得者又ハ窃盜等ヲ指スニ非スシテ拾得者又ハ窃盜等ヨリ善意ニテ前條ノ占有ヲ取得シタル第三者ヲ意味ス、善意ノ第三者ニ對シテ回復ヲ請求スルニハ本條ノ規定ニヨリ二ケ年内ナルヲ要スルモ、拾得者又ハ窃盜等ニ對シテハ前條ノ適用ナク從テ本條ノ適用ナク、一般ノ原則ニ從ヒ占有訴訟權所有權ノ訴訟或ハ不法行為ノ訴訟(私訴)ニ依リテ回復ヲ請求スルヲ得可シ、

(三) 立證責任 本條ニ依リ回復ヲ請求スル者ハ、(一) 被告ノ占有物ノ盜品又ハ遺失物タルコトヲ立證スルヲ要シ、(二) 盜難又ハ遺失ノ時ヨリ二年以内ナルコトヲ立證スルヲ要ス、

第九十四條 占有者カ盜品又ハ遺失物ヲ競賣若クハ公
ノ市場ニ於テ又ハ其物ト同種ノ物ヲ販賣スル商人ヨリ
善意ニテ買受ケタルトキハ被害者又ハ遺失主ハ占有者
カ拂ヒタル代價ヲ辨償スルニ非サレハ其物ヲ回復スル
コトヲ得ス

(一) 本條ノ目的

本條ハ密接ニ前條ト關係アリ、前條ニ對スル一制限ト見ルコト
ヲ得、盜品及ヒ遺失物ハ被害者又ハ遺失主ニ於テ二年間ハ之レヲ回復スルコト
ヲ得、而シテ原則トシテ回復者ハ占有者ニ對シ賠償ヲ拂フノ義務ナシ、然ルニ本
條ノ場合ニ於テハ占有者ハ正當ニシテ公明正大ナル方法ニヨリ占有ヲ取得シ
タルモノナルカ故ニ、之レニ損害ヲ被ラシムルトキハ又引ノ安全ヲ害スルヲ以
テ一方ニ於テハ被害者遺失主ニ回復權ヲ與フルト同時ニ占有者ニハ賠償ヲ與
ヘテ回復者占有者兩者ノ利益ヲ調和シテ保護セントスルニ在リ、

(二) 本條適用ノ範圍

(イ) 本條ハ前條ノ制限ナルカ故ニ盜品又ハ遺失品ノ回復ノ場合ニノミ適用アリ、

又本條ハ善意ニテ第九十二條ノ條件ヲ具ヘタル占有者ニ對シ之ヲ回復ス
ル場合ニ適用セラレルモノナルカ故ニ惡意ノ占有者ヨリ回復ヲ爲ス場合ニ
ハ本條ノ適用ナシ、即チ惡意占有者ニ對シテハ賠償ヲナスヲ要セス、

(ロ) 競賣公ノ市場同種ノ物ヲ販賣スル商人

競賣ハ最高代價ノ提供者ト契
約セントスル賣買ノ一ノ方法ニシテ公然行ハル、モノナリ、故ニ競賣ニ於テ
買受ケタル者ハ尤モ公明ナル買得者ナリ、是レ本條ノ保護アル所以ナリ、茲ニ
競賣トアルハ凡テノ種類ノ競賣ヲ包含スルモノニシテ任意競賣、強制競賣口
頭ニ依ル場合入札ニ依ル場合、或ハ又競賣入場者ノ資格ヲ制限セサルモノ之
ヲ制限セルモノ皆本條ノ保護アル可シ、

公ノ市場 (Market overt) トハ公然貨物ヲ販賣スル場所ノ義ナリ、必シモ公設ノ市
場ノミニ限ル可ラス、普通市中ニ開設セラル、店舗ハ凡テ公ノ市場ト云フ可
シ、但シ裏座敷ニ階座敷等ハ此限ニ在ラス、
同種ノ物ヲ販賣スル商人トハ盜品遺失物ト同種ノ物ヲ販賣スルヲ業トスル
者ヲ云フ、但シ夫以外ノ物ヲ販賣スルヲ妨ケス、例ハ吳服ト紙ト販賣スル
商人ヨリ盜品タル吳服ヲ買受ケタル者ハ本條ノ保護アリ、又本場合ハ公ノ市
場ニ於テ販賣セラレサル場合即チ商人カ店舗ヲ有セサル場合ニ主トシテ適
物權 占有權 占有權ノ效力 【一九四】

用アリ、故ニ此點ト前段トハ重複ニ非ラス、

(ハ) 善意ニテ買受ケタルトキ

善意トハ占有物カ盜品又ハ遺失物ナルコトヲ知ラサルノ義ナリ、而シテ本條ハ賣買ノミニ適用アリ、之レ本條ニ於テ「買受ケタルトキ」拂ヒタル代價ヲ辨償云々トアルニ依リ疑ナシ、交換贈與等ニヨリ取得セル場合ニハ本條ノ保護ナシ然レトモ立法論トシテハ賣買以外ノ有價行爲ニ適用スルチ可トセンカ、

(ニ) 代價ノ辨償

被害者又ハ遺失主カ回復ヲ請求センニハ占有者カ拂ヒタル代價ヲ辨償スルチ要ス、是レニヨリテ占有者ハ積極的ノ損害ヲ免カル、コトヲ得、而シテ代價ノ辨償ハ占有物ノ回復ト引換ニ爲ス可キモノナレハ占有者ハ現實ノ辨償アルマテハ返還ヲ拒ムコトヲ得、即チ占有者ハ代價ノ辨償ニ付キ留置權チ有スルモノト云フ可シ、猶回復著ハ占有者カ事實上拂ヒタル代價ノミチ辨償スレハ可ナリ、之レ本條ニ明ナル所ナリ、故ニ利息ヲ附スルニモ及ハス又之レカ爲メニ占有者カ如何ナル損害ヲ蒙ルモ其責ニ任スルコトナシ、但シ第九十六條ノ適用アルハ勿論ナリ、

(ホ) 二年以内

ナルチ要ス、本條ニヨリ回復チナスニモ盜難又ハ遺失ノ時ヨリニケ年以内ナルチ要スルハ勿論ナリ、ニケ年經過ノ後ハ假令代價ノ辨償チナ

ヌモ回復スルチ得ス、

(三) 回復後ノ關係

代價ノ辨償チ受ケテ占有物ヲ返還シタル場合ニ於テ占有者ハ其ノ餘ノ損害ハ賣買ノ追奪擔保ノ規定ニ從ヒテ之レヲ賣主ニ對シテ請求スルコトヲ得、又回復者ハ回復チナシタルモ猶損害アリタルトキハ之レヲ加害者ニ對シテ請求スルチ得可シ、

(四) 立證責任

本條ハ前條ト牽聯シテ考フ可キモノニシテ、回復者タル原告ハ(一)被害ノ占有物カ盜品又ハ遺失物ナルコト、(二)二年ヲ經過セサルコトヲ立證スルチ要ス、而シテ被告タル占有者カ代價ノ辨償チ得ント欲セハ競賣若シタハ公ノ市場ニ於テ又ハ其物ト同種ノ物ヲ販賣スル商人ヨリ善意ニテ買受ケタルコトヲ立證スルチ要ス、然ルトキハ裁判所ハ代價ノ辨償ト引換ニ占有物ヲ返還ス可キ旨ヲ命スル判決チナス可キモノナリ、

第九十五條 他人カ飼養セシ家畜外ノ動物チ占有スル者ハ其占有ノ始善意ニシテ且逃失ノ時ヨリ一ケ月内ニ飼養主ヨリ回復ノ請求チ受ケサルトキハ其動物ノ上ニ

行使スル權利ヲ取得ス

(一) 家畜外ノ動物 (Animals ferre nature)

家畜外ノ動物トハ家畜ニ非サル動物ノ義ナリ、故ニ家畜ノ意義ヲ定ムルニ因リテ之ヲ明ニスルヲ得可シ、家畜トハ通常人ニ飼養セラレテ生活シ人ニ馴ルル性質ヲ有スル種類ノ動物ヲ云フ、牛馬豚羊雞犬ノ類之ナリ、以上ノ性質ヲ有セサル動物ヲ家畜外ノ動物ト云フ、例之虎、熊、鷹、鷹、鳩、蜜蜂、鯉、金魚、兎、金絲雀ノ類之ナリ、故ニ家畜外ノ動物ハ(一) 偶々人ニ飼養セラレルモ、逃失シ易シ、(二) 一旦逃逸シタルトキハ之ヲ無主ノ野生動物ト區別シ難シ、是レ家畜外ノ動物ニ關シ特ニ本條ノ規定ヲ生シタル原因ナリ、外國ニ於テモ本條ニ相當スル規定アルモ、多シ(佛民五六四、獨民九六〇以下)、然レトモ多クハ列記的ニシテ本法ノ如ク動物ヲ家畜ト家畜外動物トニ二大別シテ規定シタル例ヲ見ス、

(二) 本條ノ目的

本條ハ第九十二條ニ對シテ例外ヲ定ムルモノナリ、家畜外ノ動物ニ就テハ英國普通法ノ如キハ所有權ヲ認メス只占有權ヲ認ムルノミナルモ、本法ニ於テハ固ヨリ其飼養者ノ所有權ヲ認ムルモノナリ、故ニ竊取遺失等ノ場合ナラハ當然第九十三條ノ適用ヲ受ケ可キモ、逃失ハ遺失ニ非ス又盜取ニ非サルカ故ニ其適用ヲ受ケス、然ラハ第九十二條ノ適用ヲ受ケ善意占有者

(三) 本條適用ノ條件

(イ) 家畜外動物

ナルコト其意義ハ(一)ニ述ヘタリ、

(ロ) 逃失シタルコト

逃失トハ家畜外動物カ自ラ飼養者ノ占有ヲ離レ所在不明トナルコトヲ云フ、本條ハ逃失ノ場合ニノミ適用アリテ他人カ竊取強奪シタル場合ニハ其適用ナク、其場合ニハ第九十三條第九十四條ヲ適用ス可キモノナリ、

(ハ) 逃失ノ時ヨリ一ヶ月ヲ經タルコト

善意トハ其家畜外動物カ回復請求者ノ飼養ニ掛レルノ事實ヲ知ラサルヲ云フ、例ハ甲者ハ逃失セル家畜外動物ヲ捕獲シ乙者ハ甲者ヲ所有者ト信シ之ヲ買取リタル場合ニハ本條ノ適用アリ、故ニ善意ト云フハ回復者ノ飼養ニ掛レルノ事實ヲ知ラサルノ義ニ解ス可キモノニシ

ハ即時ニ權利ヲ取得シ飼養主ハ其權利ヲ失フ可キモ斯ノ如キハ飼養者ニ對シテ酷ナル處アリ、何トナレハ前示ノ如ク家畜外動物ハ其ノ性逃失シ易キカ故ニ飼養者ハ甚シキ不注意ナクシテ所有權ヲ失フ虞アレハナリ、此ノ故ニ本條ニ於テハ一ヶ月ノ期間ヲ設ケ、一ヶ月間ハ第九十二條ノ適用ナク飼養者ハ之ヲ同復シ得ルモノトス、

テ其何人ノ飼養ニモ屬セサルコトノ確信ト解ス可ラス、
以上ノ四條件ヲ具備スルトキハ占有者ハ直チニ其動物ノ上ニ行使スル權利ヲ
取得ス、而シテ其權利取得ノ原因ハ單ニ占有ニ在リテ時効ニ非ス、故ニ占有者
ケ月以上繼續スルコトヲ必要トセス、又本條ニ因リ取得スル權利ハ所有權ノミ
ニ限ラスト雖モ實際ニ適用ヲ見ルハ所有權ヲ主トシ稀ニハ質權ヲ想像スルコ
トヲ得、例ヘハ甲者惡意ニテ他人ノ家畜外動物ヲ占有シ之ヲ善意ノ第三者ニ典
質スル場合ノ如シ、

以上ノ條件中(ハ)又ハ(ニ)ヲ缺キタルトキハ所有權者ハ占有者ニ對シテ其回復ヲ
請求スルコトヲ得、而シテ此回復請求權ハ一般ノ原則ニ從フ所有權ノ請求權ナ
リトス、

(四)回復後ノ關係

占有者カ(一)家畜外動物ノ占有ヲ取得スルニ就キ對價ヲ供
シタルトキハ回復者ハ之ヲ辨償スルヲ要スルヤ、(二)回復者ハ家畜外動物ノ飼養
其他ノ費用ヲ辨償スルヲ要スルヤ、曰ハク(一)ノ對價ノ辨償ヲ要セス、蓋シ回復者
ハ其所有權ニ基キテ所有物ヲ回復スル者ニシテ權利行使者ニ外ナラス、故ニ法
律ニ特別ノ明文アルニアラサレハ賠償義務ヲ負フコトナシ、但シ此場合ニ於テ
善意ノ占有者ハ其直接ノ前者ニ對シ賣買ノ追奪擔保ノ規定ニヨリテ賠償ヲ求

ムルコトヲ得、以上ハ固ヨリ「逸失」シタル家畜外動物ニ就テ之ヲ云フ、若シ其動物
カ「強奪物取」シタル物ニシテ占有者カ第九十四條ノ條件ヲ滿ストキハ代價ノ
辨償ヲ要スルハ勿論ナリトス、(二)ノ動物ノ飼養料其他ノ費用ニ就テハ次條ノ適
用ニヨリ必要費及ヒ改良費ハ之ヲ償還スルヲ要ス、

五 占有回復者ノ費用償還義務

第九十六條 占有者カ占有物ヲ返還スル場合ニ於テハ
其物ノ保存ノ爲メニ費シタル金額其他ノ必要費ヲ回復
者ヨリ償還セシムルコトヲ得但占有者カ果實ヲ取得シ
タル場合ニ於テハ通常ノ必要費ハ其負擔ニ歸ス
占有者カ占有物ノ改良ノ爲メニ費シタル金額其他ノ有
益費ニ付テハ其價格ノ增加力現存スル場合ニ限り回復
者ノ選擇ニ從ヒ其費シタル金額又ハ増價額ヲ償還セシ
ムルコトヲ得但惡意ノ占有者ニ對シテハ裁判所ハ回復

者ノ請求ニ因リ之ニ相當ノ期限ヲ許與スルコトヲ得

(一) 本條ノ根本觀念

凡ソ占有者カ占有物ヲ返還スル場合ニ於テハ返還請求ヲ受ケタル時ノ現狀ニ於テ之ヲ返還スルヲ要ス、此ノ故ニ(一)占有物ヲ毀損シタル場合ニ於テモ之ヲ修繕シテ返還スルノ義務ナク、現狀ノ儘ニテ返還シ毀損ニヨリテ生シタル損害ハ別ニ之ヲ賠償ス可キノミ、之レト同シク(二)占有者カ占有物ニ費用ヲ加ヘタル場合ニ於テモ現狀ノ儘ニテ返還スルヲ要スルカ故ニ、回復者ハ他人ノ費用ニ由リテ利益ヲ得ル結果ヲ生スルカ故ニ其償還義務ヲ負ハシムルモノナリ、故ニ本條ニ因ル費用償還義務ハ占有ノ直接ノ效果ニ非スシテ不當利得償還ノ精神ニ出ツ、

(二) 第一項

ハ所謂必要費(Dépenses nécessaires)ヲ規定ス、必要費トハ物ノ保存ニ缺ク可ラサル費用ヲ云フ、例ヘハ租稅其他ノ公課及ヒ修繕費ノ如キ之ナリ、物カ滅失(公賣ノ結果回復不能トナル場合ハ滅失ト看做ス)ヲ免カレタルハ必要費ヲ加ヘタルカ爲ナリ、回復者自ラ占有ヲナスモ尙ホ物ヲ保存セント欲セハ必ラ必要費ヲ支出スルヲ要ス、故ニ若シモ回復者カ物ヲ回復シテ費用ヲ償還セサルトキハ他人ノ費用ニヨリテ利得ヲナス結果トナル、是レ之ヲ償還セシムル所以ナリ、而

シテ必要費ハ之ヲ別テ二種トナス、曰ハク、

(イ) 通常ノ必要費

通常ノ必要費トハ物ノ原狀ヲ維持スル爲ニ通常生スルモノニシテ普通ノ經營方法ニ於テ物ノ收益即チ果實ヲ以テ支辨シ得ルモノナリ、故ニ占有者カ果實ヲ取得スル場合ニ於テハ之ヲ以テ相殺シ得タルモノト看做シ之ヲ請求スルヲ許サス(第一項後段)、而シテ茲ニ果實ヲ取得シタル場合トハ第八十九條ノ規定ニ由ル場合ノミナラス債權關係其他物權關係ニ由リテ果實ヲ取得シタル場合ヲ包含ス、例之永小作人賃借人等カ果實ヲ取得シタル場合ニ於テハ通常ノ必要費ヲ償還セシムルヲ得ス、猶注意ス可キハ通常ノ必要費ト果實トハ法律上其額相相當スルモノト看做シ相殺セシムルモノナルカ故ニ實際取得シタル果實ノ價ト必要費ト相當セサルコトアリトスルモノ之ヲ立證シテ差額ヲ請求スルヲ得ス、

(ロ) 臨時ノ必要費

臨時ノ必要費トハ天災其他豫期セサル原因ニヨリ生シタル損害ニ對シ物ヲ保存スル爲メニ必要ナル費用ヲ云フ、斯ノ如キ費用ハ通常其額大ニシテ果實ノミチ以テ支辨スルヲ得サルヲ常トス、故ニ占有者カ果實ヲ取得セル場合ニ於テモ回復者ハ猶之ヲ償還スルヲ要ス、而シテ第二百九十五條ノ適用ニ因リ占有者ハ留置權ヲ有スルヲ以テ其償還アルマテハ占有物物權 占有權 占有權ノ效力 【一九六】

ノ返還ヲ拒ムコトヲ得、而シテ次ニ述フル有益費ト異リ其額ノ大ナル場合ト雖モ裁判所ハ回復者ノ爲メニ期限ヲ許與シ留置權ヲ消滅セシムルヲ得ス、必要費ノ算定ニ付テハ專ラ占有者ノ支出シタル金額ヲ標準トナス可シ、但シ其一部ハ必要費トナリ一部ハ必要費ニ非サルコトアリ、其場合ニハ必要ナリシ部分ニ就テノミ右述ヘタル處ヲ適用ス可シ、占有者ハ必要費支出以後ノ利息ヲ請求スルヲ得サルモノトス、蓋シ占有者自身カ占有中之ニ因リ利益ヲ受ケタルモノナルカ故ニ利息ヲ生ス可キ性質ノモノニ非サルナリ、

(三) 第二項

第二項ハ所謂有益費 (Depenses utiles) ニ關ス、有益費トハ占有者ノ加ヘタル費用ニシテ物ノ保存ノ爲メニ必要ナラサルモ然カモ物ヲ改良シ物ノ價值ヲ増加スルモノヲ云フ、例之耕地ニ溝渠ヲ設ケ建物ニ雜作ヲ施スカ如シ、此場合ニ於テモ占有者ハ之ヲ收去スルヲ得ス、第二百六十九條第二百七十九條等特別ノ理由アル場合ヲ除ク外ハ原則トシテ其儘之ヲ返還スルヲ要ス、故ニ回復者之ヲ償還セサルトキハ其物ノ増加額ヲ不當ニ利スル結果トナル、故ニ回復者ノ選擇ニ從ヒ増加額又ハ支出シタル金額ヲ償還セシム、増加額ト支出額トハ必シモ其額ナ一ニセス、然レトモ増加額ヲ償還スレハ回復者ハ不當ノ利得ヲナスコトナク支出額ヲ償還スレハ占有者ハ損害ヲ蒙ラサルカ故ニ之レヲ回復者ノ選擇ニ

委シタルモノナリ故ニ價格ノ增加カ現存セサルトキハ即チ一旦ハ占有者ノ費用ニヨリ價格ノ増加ヲ來シタルモ回復當時ニ於テハ存在セサルトキハ回復者ハ全ク償還ヲナスヲ要セス、回復者ノ債務ハ其性質選擇債務ナリ、故ニ第四百六條以下ノ適用アリトス(反對明治三五年二、二二大審院判決ハ選擇債務ノ性質ヲ誤レリ)、

右ノ場合ニ於テ占有者ハ費用償還ニ付キテ留置權ヲ有ス、然レトモ占有者カ費用ヲ加フル時ニ當リ惡意ニシテ回復者ノ償還實力ナキニ乘シ多大ノ改良費ヲ加ヘ留置權ノ行使ニ因リ永ク其物ヲ占有シ回復者ノ權利ヲ有名無實ナラシムルコトナキニ非ス、此場合ニ於テハ裁判所ハ回復者ノ請求ニヨリ費用償還ニ付キ相當ノ期限ヲ與ヘ以テ留置權ヲ消滅セシメ、回復者ヲシテ先ツ物ヲ回復セシメ、而シテ後徐ニ之ヲ處分シテ以テ償還ノ費ヲ辨スルコトヲ得セシム、此期限ハ所謂惠期限ニシテ其許否ハ一ニ裁判所ノ自由裁量ニ出ツ、

(四) 徒冗費

徒冗費 (Depenses voluptuaires) トハ物ノ保存ニ必要ナルニアラス又之レカ爲メニ物ノ價格ヲ増如セサルモノヲ云フ、斯ノ如キ費用ハ回復者之ヲ償還スルヲ要セス、蓋シ之レニヨリ回復者ハ不當ノ利得ヲナスコトナケレハナリ、凡ソ占有者ノ加ヘタル費用カ以上三種ノ内何レノ種類ニ屬スルカハ占有者ノ意思ニ

ヨリ之ヲ決定スルヲ得ス、必ラス客觀的ニ其結果ニ付キ判斷ス可キモノナリ、占有者カ費用ヲ加フル目的ハ徒冗ニ在ルコト蓋シ稀ナル可シ、然レトモ其結果物ノ價格ヲ増加セス又保存ニ必要ナラザリシナラハ徒冗費ト云ハサルヲ得、例之占有者カ庭園ニ修理ヲ加ヘ多火ノ費用ヲ支出セルモ其結果却テ風致ヲ損シ毫モ價值ヲ増サ、ルカ如キ之ナリ、

(五) 本條適用ノ範圍

本條ノ根本觀念ハ不當利得ニ在ルコト(一)ニ述ヘタルカ如シ、故ニ回復者カ償還ヲナササレハ不當利得ヲナスニ至ル可キ凡テノ場合ニ適用アリ、(一)占有者ノ善意惡意ヲ區別ヤス之レ既ニ第二項但書ニ於テ明ナル所ナリ、(二)回復者カ占有ノ訴ニヨリ回復スル場合、所有權他物權ヲ基礎トシ所謂本權上ノ請求權ニヨリ回復ヲナス、場合、及ヒ債權ニ基キテ回復スル場合ニ廣ク適用アリ、例ヘハ受寄者、賃借人、質權者、留置權者等カ費用ヲ加ヘタル場合ニ所有權又ハ債權ニ基キ回復スル場合ニ適用アルカ如シ、然シナカラ本條ハ占有回復者ノ義務ヲ定メタルモノナルカ故ニ一旦占有ヲ與ヘ若シクハ失ヒタル者カ之ヲ回復スル場合ニ非サレハ適用ナシ、例ヘハ特定物ノ賣買ニ於テ賣主カ引渡前ニ費用ヲ加ヘタル場合ニハ本條ノ適用ナシ此場合ニハ不當利得ノ一般ノ規定ニ依ル可シ、

六 占有訴權

第百九十七條 占有者ハ後五條ノ規定ニ從ヒ占有ノ訴ヲ提起スルコトヲ得他人ノ爲メニ占有ヲ爲ス者亦同シ

(一) 占有ノ訴ノ種類

本法ハ占有ノ效力トシテ三種ノ占有ノ訴ヲ認ム、即チ(一)占有ニ對スル現在ノ妨害ニ對シテハ占有保持ノ訴、(二)未來ノ障害ニ對シテハ占有保全ノ訴、(三)過去ノ障害ニ對シテハ占有回復ノ訴之ナリ、占有ノ裁判上ノ保護ハ此三種ノ訴ニ限ラレ、

(二) 占有訴權者

占有訴權ヲ有スル者ハ占有者及ヒ他人ノ爲メニ占有ヲ爲ス者ナリ、

(イ) 占有者

本條占有者ノ意義中ニ直接占有者共同占有者一部占有者ヲ包含スルハ疑ナシ、只疑問タルハ間接占有者(又ハ代理人ニヨル占有者)ヲ包含スルヤ否ヤノ問題ナリ、例ヘハ賃借物又ハ質物等カ第三者ノ爲メニ奪ハレタルトキハ其所有者ハ占有訴權ヲ有スルヤ否ヤ、此點ハ由來學者間ニ爭ノ存スル所ニシテ、積極說(Gierke D. P. R. II S. 246, Kuhnbeck Komm. Bem. I S. 625 消極說 Strohal Sachbesitz S. 121 Planck-Komm. III 60, Biermann Komm. S. 39.) 本法ニハ直接ニ此問題ヲ決定ス可物權 占有權 占有權ノ效力 【一九七】

キ材料ナシ、間接占有者ニ訴權ヲ與ヘスト云フ論ノ根據ハ專ラ實際上ノ便宜ニ在リト雖モ、余ノ信スル處ニ於テハ間接占有者ニ訴權ヲ與フルモ毫モ弊害ナシ、加之苟モ、間接占有ヲ認ムル以上ハ裁判上之ヲ保護ス可キハ當然ナリ、猶本條ニ於テハ廣ク占有者ハ云々ト規定シ間接占有者ヲ除外ス可キ文意ナシ、只然シナカラフ間接占有者ノ訴權ト直接占有者ノ訴權トハ其内容ニ於テ事物當然ノ理ニ基ク差別アル可キコトハ之ヲ認メサル可ラス、此點ハ以下各訴權ヲ説明スルニ當リ述ヘントス、

(ロ) 他人ノ爲メニ占有ヲ爲ス者

他人ノ爲メニ占有ヲ爲ス者ノ意義ハ不明ナリ或ハ之ヲ直接占有者(動産不動産ノ保管人、賃借人等)ノ義ニ解スルモノアリ、然レトモ之レ本條前段ニ謂フ占有者ニ外ナラス、左レハ本條末段ハ之ヲ抹殺スルコトトナルヘシ、本書前版ニ於テハ他人ノ爲メニ占有ヲ爲ス者ノ意義ヲ占有機關ト解シタリ、左レトモ占有機關ナルモノハ番人、從僕ノ類ニシテ占有者ニアラス、本人ノ手足トナル者ニ外ナラザレハ、斯カル者ニ訴權ヲ與フルノ必要ナシ、後段ニ述フル自己防衛ノ權利ヲ與フル必要ハ即チ存スト雖モ訴權ヲ與フルノ必要ナカルヘシ、之レ解釋ノ困難ナル所以ナリ、然レトモ、余ハ實際上ノ見地ヨリシテ本條末段ハ之ヲ抹殺スルモ占有機關ニハ占有訴權ヲ與

ヘサルヲ可ナリト信スルニ至レリ、或ハ本條前段ハ直接占有ヲ含マス、後段ハ直接占有者ヲ意味スルモノト解スルモ亦一方法ナランカ(三浦博士物權法提要三四二頁以下參照)

(三) 占有ノ訴ノ性質

占有ノ訴ハ占有自體ヨリ生スル請求權ノ裁判上ノ行使ナリ、而シテ我民法ハ占有ヲ全然實體權又ハ本權又ハ占有ス可キ權利ト分離シテ之ヲ規定スル主義ヲ取リタリ(二〇二、二項)、故ニ實體權ノ有無ハ占有ノ訴ニ何等ノ影響ヲモ及サス、占有ノ訴ニ對スル抗辨モ亦實體權ニ基クテ許サス、其他占有ノ訴ニ特別ナル性質ナシ、

(四) 自己防衛

或條件ノ下ニ占有者自身ノ力ヲ以テ(裁判上ノ力ヲ借ラス)占有ノ侵害ヲ防禦シ又ハ占有物ノ回收ヲ爲スヲ自己防衛又ハ自助 (Self-help) ト稱ス、(獨民八五九)英(所謂 Right of Retention) 等之ヲ認ムルモノ多シ、蓋シ占有者ハ事實ナルカ故ニ極メテ侵害サレ易ク又一旦侵害サレタルトキハ急ニ回復スルニ非サレハ途ニ其權利モ有名無實ニ歸スル恐アリ、故ニ占有保護ノ方法トシ自己防衛ハ極メテ必要ナリ、然ルニ我民法ハ之ニ關シテ規定スル處ナク、只僅カニ刑法第三十六條第三十七條民法第七百二十條ノ規定存スルノミニシテ、不法行為ニ對スル防禦ノ爲メニ他人ニ加ヘタル損害ニ就テハ責任ナシトスルモ、他人ノ爲メニ物權 占有權 占有權ノ效力 【一九七】

奪ハレタル物ヲ自己ノ力ヲ用ヒテ回復シ得ルヤ否ヤ疑問ナリ、假シ必要上之ヲ許ストスルモ其條件等全ク不明ナリ、民法ノ規定ハ此點ニ就テハ不完全ナリ、

第九十八條 占有者カ其占有ヲ妨害セラレタルトキハ占有保持ノ訴ニ依リ其妨害ノ停止及ヒ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得

(一)本條ノ目的 ハ占有ノ訴ノ第一種タル占有保持ノ訴ノ要件并ニ目的ヲ規定スルニ在リ、占有保持ノ訴ノ出訴期限ハ第二百一條一項ニ於テ之ヲ規定シ、本條ノ訴ニ對スル關係ハ第二百二條ニ規定ス、本條ノ規定ハ獨逸民法ノ第八百六十三條ニ相當シ、又大體獨逸普通法ノ *Passorium o diuicium* ニ同シ、本條ノ規定自體ニハ不明ノ處ナキモ第二百一條ノ規定不明ナルカ故ニ占有保持ノ訴全體ノ性質ヲ不明ナラシムルハ遺憾ナリ、

(二)占有保持ノ訴ノ要件

(イ)原告ノ占有 原告ハ占有者タルヲ要ス、而シテ其占有ハ直接占有又ハ間接占有タルコトヲ得(一九七(二)ノイ)、一部占有者モ亦本條ノ訴權アリ但シ此場合ニハ次に述フ可キ占有ノ侵害ハ一部占有者ノ占有部分ニ對スルヲ要ス、然ルト

キハ一部占有者ハ各自獨立シテ訴權アリ、共同占有ノ場合ニ於テハ第三者カ侵害セルカ又ハ他ノ共同占有者カ一定ノ範圍ヲ犯シテ物ノ支配ヲナシタル場合ニ本條ノ訴權ヲ生ス、猶強暴隱惡意等瑕疵アル占有者ト雖モ本條ノ保護ナキニ非ス、然シナカラ原告カ既ニ全然占有ヲ奪取セラレタル場合ニハ第二百二條ノ規定ニ依ル可キモノニシテ本條ニ依ルテ得ス、又本條ノ請求權ハ之ヲ讓渡スルコトヲ得、然レトモ占有權ヨリ分離シテ讓渡スルテ得ス、請求權ノ讓渡ニハ同時ニ占有ヲ讓渡スルヲ要ス、權利拘束ノ發生後ニ至テ原告カ占有ヲ拋棄シ讓渡シ又ハ奪取セラレタル場合ニ於テハ原告ノ敗訴ニ歸ス可シ何トナレハ判決ハ判決ヲ言ヒ渡ス時ノ權利關係ヲ認ムルモノナルカ故ニ、判決ノ時ニ於テ原告カ既ニ占有者ニ非サルトキハ原告タルノ資格ヲ缺キ勝訴ノ條件ヲ缺クモノト云ハサル可ラス(同論 Planck III S. 50, Knlepp, Der Besitz I. R. O. B. S. 43; Biemann Komm S. 24.)

(ロ)現在ニ於ケル占有ノ妨害

廣ク占有ノ妨害ト云ヘハ占有者カ占有物ヲ支配スルコトヲ阻害スル事實ヲ意味ス、而シテ占有ハ人ト物トノ關係ナルカ故ニ純理上ハ占有妨害ハ人ト物トノ兩面ニ對シテ行ハル、理ナリ、例之占有者ヲ監禁スルモ占有ハ妨害セラレ可ク又占有物ニ柵ヲ設ケテ占有者ヲ近ク物權 占有權 占有權ノ效力 【一九八】

物權 占有權 占有權ノ效力 【一九八】

二二八

サルモ占有ハ害セラル可シ、然シナカラ前者ニ在リテハ直接ニ干涉ヲ受クルハ人身ニシテ其間接ノ結果トシテ占有ノ事實カ害セラル、モノナルカ故ニ之ヲ占有ノ妨害ト見ス、法律ハ人身ニ對スル不法行為トシテ之レニ保護ヲ加フ、通常占有ノ妨害ト稱スルハ後ノ場合ナリ、換言スレハ他人カ占有ノ物體ニ干涉スルコトニヨリテ占有者ノ支配ヲ阻害スル場合ナリトス、占有保持ノ訴ハ動産ノ占有及ヒ不動産ノ占有ニ共ニ適用アリ、然シナカラ動産占有ニ就テハ其實例比較的少ク不動産占有ニ其實例多シ、例之占有ノ目的タル土地ニ工作物ヲ設置シ又ハ地下ニ下水道地窖ノ類ヲ穿テ又ハ地上ヲ通行シ或ハ柵ヲ設ケテ通行ヲ妨クルノ類ナリ、又妨害ノ性質ハ繼續的ノモノアリ反覆的ノモノアリ又ハ一時的ノモノアリ、要スルニ妨害ノ有無ハ事實問題ナリ、然シナカラ其性質ハ現ニ物ノ支配ニ障害ヲ與ヘタルヲ要ス、單ニ口頭又ハ書面ヲ以テ占有者ノ占有ヲ争ヒ又ハ自己ノ占有ヲ主張スルカ如サハ占有保持ノ訴ノ原因トナスヲ得ス、此ノ如キ場合ニハ積極的若シクハ消極的ノ占有確認ノ訴ヲ起ス可キノミ、占有ノ妨害ハ現在ニ於テ存在スルヲ要ス、此ノ點ハ理由書ニモ明記シアリ(理由書第九十條)且ツ本條ノ規定ニヨレハ占有保持ノ訴ノ目的ハ「妨害ノ停止」

ニアリ、而シテ過去ノ妨害及ヒ將來ノ妨害ハ之ヲ停止スルコト不能ナルカ故ニ必ラス現在ノ妨害タルコトヲ要ス、故ニ一時的ノ妨害ニ對シテハ占有保持ノ訴ヲ起スヲ得ス、例之旅人カ一回田畝ヲ横斷セル場合ニハ本條ノ訴ヲ起スヲ得ス、只損害賠償ノ請求ヲナシ得ルノミ、同一ノ理由ニ依リ將來ノ妨害即チ占有カ脅サレタルニ止マルトキハ次條ノ訴ヲ起シ得ルモ本條ノ訴ヲ起スヲ得ス、

現在ノ妨害ノ顯著ナル例ハ工作物、地窖、隧道等ノ設置ニ依ル妨害及ヒ通行カ反復サル、場合及ヒ柵ヲ設ケテ占有者ノ接近ヲ妨クル場合等ニシテ、工作物ノ存在スル限リハ妨害ハ現存ス可ク又通行ノ反復サル間ハ一時中止セラレルモ將來再ヒ占有ノ亂サル虞アルトキハ同一ノ妨害行為ヲ猶終息セサルモノト見ラレ可ク、又柵ヲ以テ占有者ノ接近ヲ妨クル場合ニ於テハ其柵ノ存スル間ハ妨害存スルモノト見ラレ可シ、起訴當時ニ於テハ妨害現存セルモ權利拘束以後ニ及ンテ妨害全然終止セタルトキハ原告ノ敗訴ニ歸ス可シ、蓋シ判決ハ判決當時ノ權利關係ヲ認ムルモノナリ、然ルニ判決ノ時ニ於テハ妨害停止請求權ハ目的ノ消滅ニヨリ既ニ消滅セルカ爲メナリ、但シ此場合ニ於テハ訴訟費用ハ被告ノ負擔トス、何トナレ

二一九

ハ訴ノ動機ハ被告ノ妨害ニ在レハナリ、又此ノ場合ニ於テハ原告ハ訴ノ適當ノ時期ニ於テ請求ヲ變更シテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得、然ルトキハ敗訴ヲ免カル、コトヲ得可シ、

以上ノ如ク占有保持ノ訴ニハ其性質上妨害ノ現存ヲ必要トス、然ルニ第二百一條ニヨレハ占有保持ノ訴ハ妨害ノ存スル間又ハ其止ミタル後一ケ年內ニ之ヲ提起スルヲ要ストアリ、占有訴權ニ出訴期限ヲ設ケルハ羅馬以來然ル處ニシテ其精神ハ非難ス可キナシ、何トナレハ占有ハ事實ヲ基礎トナスカ故ニ若シ長時間ヲ經過スルトキハ原告ハ占有ヲ立證スルコト困難トナリ、被告モ亦其用ヒントスル抗辯ヲ立證スルコト困難トナリ、遂ニ不當ノ判決ヲ下ス處アレハナリ、然レトモ民法ハ此點ニ付キ大ナル誤解ヲナシタリ、(一)ニ妨害ノ存スル間ハ何時ニテモ訴ヲ起シ得ト云フハ一見正當ノ如ク見ユルモ、占有妨害ノ始メヨリ長キヲ經ルトキハ被告ハ抗辯ヲ立證スルコト困難トナリ不利益ナル地位ニ立ツ故ニ出訴期限ヲ設ケタル精神ニ合セスト云ハサル可ラス、(二)ニ妨害ノ止ミタル後一年內ハ之ヲ提起スルコトヲ得トアルモ之レ甚シキ矛盾ナリ、抑モ占有保持ノ訴ノ目的ハ妨害ノ停止ニ在リ、故ニ妨害力止ミタルトキハ妨害停止請求權ハ目的ノ消滅ニヨリ當然消滅ニ歸ス可シ、然ルニ爾後一

年間訴ノ提起ヲ許ストハ何ノ意ソナ、然レトモ他人ノ土地ヲ通行スル場合ノ如ク妨害力反覆セラル、性質ナルトキハ過去一年間全ク妨害行爲ナキモ猶將來繼續シテ通行スル虞アルコトアリ、此ノ場合ニハ保持ノ訴ヲ起スコトヲ得サル可ラス、又民法モ恐クハ斯クノ如キ場合ヲ想像シタルモノナランモ是レ妨害力止ミテ一年ヲ經過セルニ非ス實ハ妨害力猶全然停止セサルカ故ニ停止ヲ請求スルコトヲ得ルナリ、要スルニ第二百一條一項ノ規定ハ誤レルモノナリ、此ノ規定ヲ根據トシテ占有保持ノ訴ニハ妨害ノ現存ヲ必要トメスト論スル勿レ、

ハ)妨害ノ不正ナコトヲ要ス

此點ハ特ニ法文上ニハ見ヘスト雖モ「妨害」

ナル文字中ニ其意潜在スルモノトス、左ノ場合ハ不正ノ妨害ナリトス、

(a) 占有者ノ意思ニ基カサル妨害、即チ占有者ノ意思ニ反スル干渉及ヒ占有者ノ同意ヲ得サル干渉、

(b) 特ニ法律ニヨリ許サル、コトナクシテ爲シタル (a)ノ妨害

約言スレハ占有者ノ同意ヲ得タル場合及法律ニヨリ特ニ許サレタル場合ニ於テハ妨害ハ正當ナリトス、法律ニヨリ許サレタル干渉トハ執達吏ニヨル強制執行、警察法規ニ基ク警察官ノ臨檢又ハ害物危險物ノ除去ノ如シ、

物權 占有權 占有權ノ效力 【一九八】

然シナカラ占有ノ妨害カ過失ニ出ツルヲ要セス、又無過失ノ證明セラレ、場合ト雖モ前段ノ意義ニ於テ不正ノ性質アルトキハ占有保持ノ訴ヲ起スコトヲ得、之レ占有ノ訴カ不法行為ノ訴ト其性質ヲ異ニスル要點ナリ、

(三) 占有保持ノ訴ノ目的

妨害者ノ費用ヲ以テ占有ノ妨害ヲ除去シ妨害前ノ状態ニ復セシムル行為ヲ請求スルニ在リ、例ヘハ妨害カ工作物ニ因リ生シタル場合ニ於テハ之レヲ除去シテ原状ニ復スルコトヲ目的トシ、妨害カ通行ニ在ルナラハ通行ノ停止ヲ目的トス、故ニ其ノ請求ハ被告ノ作為ヲ内容トスルコトアリ又不作為ヲ内容トスルコトアリ、然トモ、原告ノ請求ヲ却下スル裁判ハ其反面的内容トシテ被告ノ占有又ハ占有ノ可キ權利ヲ確認スル效力ヲ生スルコトナシ、

(四) 訴ノ相手方

ハ常ニ現在ニ於ケル妨害者ナリ、故ニ一人カ妨害的工作物ヲ設置シ之ヲ他人ニ讓渡シタル場合ニ於テハ工作物ノ讓受人タル現在ノ占有者ヲ以テ相手方トナス、蓋シ原告ノ占有ハ現在其工作物カ存在スルニ依リ害サレツツアリ、而シテ工作物ノ讓渡人ハ之レヲ除去スルノ權能ナク之ヲ除去シ得ル地位ニ在ル者ハ讓受人ナルカ故ナリ、而シテ讓受人カ工作物取得ノ時ニ於テ占有妨害ノ事實ヲ知ルヲ要セス、何トナレハ原告ノ占有ハ工作物ノ存在スルコト自

體ニヨリテ害サレ妨害者ノ過失惡意等ト關係スル所ナクレハナリ(同論 Bierrann Komm. 255)、若シモ工作物カ代理人ニヨリ占有セラル、場合ナラハ原告ハ本人又ハ代理人ヲ訴フルコトヲ得、然シ代理人ヲ被告トスル場合ニハ民事訴訟法第六十二條ニヨリ被告ハ本人ヲシテ訴訟ヲ引受ケシメ訴訟ヨリ脱退スルコトヲ得、

權利拘束ノ後ニ至テ被告カ工作物ノ占有ヲ他人ニ讓渡シタル場合ニハ被告ハ猶依然トシテ被告タルノ資格アル可シ(同論 Franck Komm. § 862)此ノ點ニ付テハ獨逸ニ於ケルカ如ク明文ノ依ル可キモノナシト雖モ、斯クノ如ク論スルニ非サレハ物權訴訟ハ常ニ之ヲ繼續スルヲ得ス、原告ノ訴權ハ有名無實ニ歸スルカ故ニ之ヲ認ム可キ絕對的必要アリトス、但シ被告カ敗訴ニ歸スルトキハ讓受人ニ對シテ損害賠償ノ義務ヲ負擔スル場合多キカ故ニ讓受人ニ訴訟ヲ告知シ其從參加ヲ求ムルヲ得可シ、然ルトキハ被告ニ對シテ與ヘタル敗訴ノ判決ハ讓受人ニ對シテ之ヲ執行スルヲ得可シ、
他人ノ委囑ヲ受ケテ(所謂工事請負)妨害的工作物ヲ設置シタル場合ニ於テハ委囑者即チ本人ヲ以テ被告トナス、工事ノ引渡アリシヤ否ヤ、對價ノ支拂完済セリヤ否ヤ、請負人カ工作物上ニ留置權ヲ有スルヤ否ヤ等ハ之ヲ問フノ必要ナキモノ
物權 占有權 占有權ノ效力 【一九八】

物權 占有權 占有權ノ效力 【一九八】
トス、蓋シ委囑者ハ工作物ヲ除去スルノ法律上ノ手段ヲ有スルカ故ニ被告タル
ノ資格アルナリ、又請負人ヲ被告トナスコトヲ得サルニ非サルモ此場合ニハ請
負人ハ民事訴訟法第六十二條ノ準用ニヨリ本人ヲシテ訴訟ヲ引受ケシムルコ
トヲ得可シ、

(五) 被告ノ抗辯

被告ハ(二)ニ違ヘタル三個ノ事實ヲ否認シテ以テ原告ノ請求
ヲ斥ケルコトヲ得、然レトモ占有ノ訴ハ本權上ノ理由ニヨリ裁判スルヲ得サル
カ故ニ(二)〇二、二項)被告ノ有スル抗辯モ亦此三者ニ限ラレ被告ハ本權上ノ抗辯
ヲ提出スルヲ得ス、殊ニ被告ノ占有ノ可キ權利ヲ以テ抗辯トナスヲ得ス、例之原
被ノ間ニ家屋ノ貸借契約アリテ被告ハ家屋ノ引渡ヲ請求スル權利ヲ有スル
場合ニ於テモ原告ノ同意ナクシテ之レニ侵入スルトキハ占有ノ妨害トナリ被
告ノ貸借權ヲ以テ抗辯トナスヲ得ス、蓋シ之レ本權上ノ理由ナレハナリ、
又被告ハ自己ノ妨害ノ無過失又ハ善意ヲ以テ抗辯トナスヲ得ス、蓋シ占有保持
ノ訴ハ不法行為ノ訴ニ非ス始ヨリ妨害者ノ故意又ハ過失ヲ以テ要件トナサザ
レハナリ、又被告ハ原告ノ占有ノ瑕疵又ハ其正權原ナキノ事實ヲ以テ抗辯トナ
スヲ得ス、何トナレハ瑕疵アル占有者又ハ無權原ノ占有者モ亦本條ノ訴權ヲ有
スレハナリ、

(六) 本條請求權ノ消滅原因

ハ目的ノ消滅、不能、請求權ノ競合等一般ニ通スル
モノノ外ニ特別ナルモノニアリ、

(イ) 出訴期限

第二百一條ヲ見ヨ、

(ロ) 妨害者ノ權利ノ確認

妨害者カ物ニ干渉ス可キ權利ヲ有シ其權利カ裁
判上確認セラレタルトキハ占有者ハ妨害停止請求權ヲ失フ、此點ハ法文上直
接ノ根據ナシ、然シナカラ妨害停止請求權ハ不正ノ妨害ニ對スルモノニシテ
妨害者カ法律上又ハ占有者ノ意思ニ基キ物ニ干渉スル權利ナキヲ要件トス
ルコト前ニ述ヘタルカ如シ、故ニ妨害カ行ハレタル後妨害者ノ權利カ裁判上
認めラレタルトキハ妨害ハ正當ノモノト認めラレサルヲ得ス、即チ其時ニ於
テ妨害停止請求權ハ其存立ノ前提ヲ缺クテ以テ消滅ニ歸ス、然シナカラ注意
ス可キハ茲エ云フ權利ノ確認ハ占有訴訟ニ於テ之ヲ求ムルヲ得ス、蓋シ之レ
單ニ本權上ノ問題ナレハナリ、又茲ニ述フル處ハ前段(五)ニ違ヘタル所ト矛盾
セス、蓋シ是レ單ニ本權上ノ抗辯ニハ非スシテ妨害カ不正ニ非スト主張スル
モノニシテ原告ノ請求權ノ原因ヲ否認スルモノナレハナリ、

(七) 訴ノ併合

(イ) 損害賠償請求ノ訴

ト併合スルコトヲ得、之レ本條ノ認ムル處ナリ、此ノ
物權 占有權 占有權ノ效力 【一九八】

場合ニ於テハ訴訟物ノ價格ニ拘ハラズ區裁判所ノ管轄ニ屬ス可シ(構成法一四)、此ノ點ニ於テ本條ノ規定ハ民事訴訟法第九十一條ノ例外ヲ爲ス、而シテ損害賠償請求權ノ有無ハ一般ノ原則ニ從フ可キモノニシテ第七百九條ノ規定ニヨリ原則トシテハ妨害者ニ過失アルヲ要ス (Gierke D. P. R. II S. 57. Pruef. Ko mm. II Z. 2 850. 2 同論) 只妨害者カ法律ノ規定ニヨリ絶對的ニ占有ノ不可侵ノ義務アル場合ハ此限ニ非ス、何レニシテモ本條ノ訴ト併合シ得ル損害賠償請求權ハ占有ノ妨害ニ基因スルモノナルヲ要ス、即チ本權上ノ理由又ハ契約不履行等ニヨリ請求權ハ之ヲ併合スルヲ許サス、蓋シ本法ニ於テハ占有ノ訴ハ本權上ノ理由ハ之ヲ調査セスシテ單ニ占有ニ關スル事實ノミニヨリ判決ス可キモノトセリ、而シテ之レト便宜上併合ヲ認メタルモノナルカ故ニ其損害賠償請求權モ亦占有ニ關スル事實ノミニヨリテ決定シ得可キモノナルコトヲ要スル理ナリ、故ニ例ハ貸借人タル直接占有者カ貸主ノ間接占有ヲ害シタル場合ニ於テハ貸主ハ延滞セル借貸ヲ併合シテ請求スルヲ得ス、蓋シ之ヲ判決スルニハ占有ノ妨害以外ニ於テ契約ノ有無借貸支拂ノ有無等ヲ審査スルノ必要アル可クレハナリ、

占有カ侵害セラレタル場合ニ於テハ **損害賠償ノ額** ハ占有其ノモノノ價格

ニヨリテ之ヲ判ス、而シテ占有ノ價值ハ占有ノ種類ニヨリテ同シカラズ、所有意思ヲ以テスル占有ヲ最高トナシ、以下場合ニヨリ差等アリ、要スルニ占有ヨリ生スルコトアル可キ各種ノ利益ノ可能 (Möglichkeit) ナリ見積リテ其ノ價值トス、例之質權者カ第三者ノ爲メニ占有ヲ妨害セラレタル場合ニ於テハ其損害額ハ債權額ヲ越ユルヲ得ス、又債權額カ質物ノ所有權ノ價ヨリ大ナル場合ニ於テモ損害額ハ所有權ノ價ヨリ大ナルヲ得サルカ如ク自ラ標準ヲ得可シ、又例ヘハ運送品カ第三者ノ爲メニ妨害セラレタルトキハ運送者ハ所有權ノ價ヲ請求スルヲ得ス、占有妨害ノ爲メニ失ヒタル運賃及ヒ荷送人ニ對シテ損害賠償ノ義務ヲ生スル場合ニハ之ヲ併セ請求シ得ルニ止マル可シ、

(ロ) **占有回收ノ訴ト併合スル場合**

占有ノ妨害ト占有ノ奪取ハ實際上區別

シ難キ場合少カラズ、例之他人ノ土地ニ建物ヲ立テタル場合ハ妨害カ將タ侵奪カ認定ニ苦マサルヲ得ス、而シテ一方ノ訴ヲ起スモ其原因カ否認セラルルトキハ其請求ハ却下セラレサルヲ得ス、故ニ豫メ二個ノ訴ヲ併合シテ提起スルヲ安全トスルコトナキニ非ス、例ヘハ占有保持ノ訴ヲ起シタルニ裁判上占有ノ侵奪ハ認めラル、モ妨害ハ否認セラルトキハ敗訴ヲ免カレス、或ハ曰ハン、占有保持ノ訴ニ於テ裁判所ニ於テ妨害カ否認セラレ侵奪カ認めラレタル物權 占有權 占有權ノ效力 【二九八】

ルナラハ直ニ申立テ變更シテ其返還ヲ請求スレハ可ナラント、曰ハク然ラス、之レ訴ノ原因ノ變更ナルカ故ニ不可ナリ、故ニ豫メ此ニ請求權ヲ併合シ其原因トシテハ被告ハ原告ノ占有ヲ妨害又ハ侵害セルニヨリ妨害ノ停止又ハ占有物ノ返還ヲ請求スト云フ形式ヲ取ラハ(Eventual verbindung)其ノ一方ニ於テ敗ル、モ他ノ一方ニ於テハ勝テ制スルコトヲ得ンカ、此場合ニ於テハ兩訴共ニ占有ノ訴ナルカ故ニ訴訟物ノ價格如何ニ拘ハラズ區裁判所ノ管轄ニ屬ス、

(ハ) 一般規定ニヨル併合

トハ民事訴訟法第九十一條ニヨル併合ヲ云フモノニシテ其條件ハ凡テ同條ノ規定ニ依ル、同條ノ條件ヲ具備スレハ占有ノ訴ハ如何ナル訴ト之ヲ併合スルモ可ナリ、或ハ占有ノ訴ハ本權ノ訴ト併合スルヲ得スト論スルモ(横田博士物權法一八二)正シカラス、此ノ種ノ併合ハ占有者カ同時ニ所有者タル場合ニ占有ノ訴ノミニテハ勝訴ノ見込十分ナラサルトキ之ヲ所有權ノ訴(本權ノ訴)ト併合スル場合ニ尤モ適用多シトス、斯スレハ一方ニ於テ敗ル、モ他ノ一方ニ於テハ目的ヲ達スルヲ得可シ、

第百九十九條 占有者カ其占有ヲ妨害セララルル虞アルトキハ占有保全ノ訴ニ依リ其妨害ノ豫防又ハ損害賠償ノ

擔保ヲ請求スルコトヲ得

(一) 占有保全ノ訴

ハ現在ニ於テハ未タ占有ノ妨害ナク、將來ニ於テ其占有ヲ妨害セララル可キ事情ノ存スル場合ニ其豫防又ハ損害賠償ノ擔保ヲ請求スル訴ナリ、羅馬法及ヒ獨逸民法ニハ本訴權ナク、占有ヲ不安ナラシムル脅迫ノ存スル場合ニ關シテハ其實ノ侵害ト見ラル可キ場合ニハ占有保持ノ訴ヲ許シ、然ラサルモノハ全ク占有ノ訴ヲ許サス(獨逸民法理由書三卷一二六)、而シテ多數ノ學者ハ占有カ脅カサル、場合ハ其實ノ侵害ト解ス(Planck, III Z § 862. 2; Biermann, Kommt § 862. 2)、故ニ其結果ニ於テハ彼此大差ナキモ其觀念ハ大ニ異ル即チ我民法ハ將來ノ妨害ニ對シテ訴權ヲ認ムルモ獨逸民法ニ於テハ現在ノ妨害ト見ラル可キ場合ニ非サレハ訴ヲ許サス、本法ハ舊民法ニ倣ヒ(財産編二〇一、二〇二)占有保持ノ訴ヲ本條ノ訴權ト前條ノ訴權トニ分離シタルモノナリ、

(二) 占有保全ノ訴ノ要件

(イ) 占有妨害ノ虞アルヲ要ス

前條ノ如ク從來ハ本條ノ訴權ト前條ノ訴權トハ分離セラレス、占有カ不正ニ脅迫サル、場合ハ現在ノ妨害ト見テ之ヲ保護セリ、然ルニ本法ハ之ヲ分離獨立特別ノ性質目的ヲ有スル訴權トナシ、將來ノ妨害ニ對スル豫防ノ訴トナセリ、故ニ其要件トシテハ、
物權 占有權 占有權ノ效力 【一九九】

(a) 積極的ニハ將來ニ於ケル占有妨害ノ虞アルヲ要シ、
 (b) 消極的ニハ占有ニ對スル現在ノ妨害ナキヲ要スルニ至レリ (a)ノ條件ヲ缺クトキハ訴權ヲ生セサルハ勿論ナルカ、(b)ノ條件カ存スルトキハ前條ノ訴ヲ許スモ本條ノ訴ヲ許サ、ルナリ、本條ハ實ニ物權カ侵害前ニ於テ行使シ得キ請求權ヲ生スル實例ニシテ、物權ノ本質ハ單純ナル人ト物トノ關係ニ非サルコトヲ證明スルモノナリ (本書一卷六一頁以下併ニ本卷總說二ノ(七)参照)。

占有妨害ノ虞アルトキトハ如何ナル事情ヲ指スカ、抑モ占有ナルモノハ素ト事實ナルカ故ニ常ニ不正ノ攻撃ヲ受ケル虞アルモノナリ、妨害ヲ受ケルノ虞ハ常ニ存スルモノト云フコトヲ得、然レトモ妨害ヲ受ケル危險ノ程度ニ至リテハ種々アリ、本條ニ云フ妨害セラル、虞ト云フハ一般若シクハ抽象的ノ妨害ノ虞ニ非スシテ具體的ノ妨害ノ虞ニシテ且ツ其ノ現實セラル可キ蓋然性 (Möglichkeit) ノ頗ル大ナル場合ヲ指スモノトス、具體的妨害ノ虞トハ何人カ妨害ヲナスカ、又如何ナル方法ヲ以テ妨害ヲナスカヲ明ニ感得セラルル場合ヲ意味ス、若シ此二條件ニシテ具ハラサレハ吾人ハ未タ何人ニ對シテ訴ヲ起ス可キカ、又如何ナル事項 (豫防)ヲ請求ス可キカヲ知ラサルナリ、又妨害現實ノ蓋

然性ノ大ナルヲ要スル理由ハ他ナラス、占有ニ對シテハ前述ノ如ク輕少ナル妨害ノ危險ハ常ニ存スルモノニシテ裁判上ノ保護ヲ要ス可キ理由存セサレハナリ、然リ而シテ以上ノ數點ハ皆原告ノ立證ス可キモノニ屬ス、妨害ノ蓋然性果シテ大ニシテ裁判上ノ保護ヲ要スル程度ニ達スルヤ否ハ占有者ノ主觀的感覺ヲ標準トシテ決スルヲ得ス、客觀的ニ世間ノ事物ノ成行ヲ標準トシテ裁判所之ヲ認定ス可キモノナリ、例之單ニ口頭又ハ書面ヲ以テ原告ノ占有ヲ爭フ場合ノ如キハ通例ハ確認ノ訴ノ原因トナル可キモ保全ノ訴ノ原因トナスニ足ラス、然レトモ亦其人ノ性質其他ノ事情ニヨリ占有妨害ノ公言カ暴力ヲ以テ實行セラルル蓋然性著大ナルトキハ裁判上ノ保護ヲ必要トスルコトナキニ非ス、

本條ノ訴權ハ理由書ニモ明ナル如ク動産及ヒ不動産ノ占有ニ共ニ適用アリ、然レトモ其適用頻繁ナル可キハ工事ニ依ル不動産占有ノ妨害セラルル場合ナリトス、例之建築規則ニ違反シ脆弱ナル高樓牆壁ヲ設ケ、又ハ不完全ナル瓦斯溜水溜ヲ設ケ又ハ隣地ニ接近シテ地窖墜道等ヲ設ケ、其顛覆破潰又ハ陷落ノ爲メニ隣地ノ占有ヲ害スル虞アルカ如キ是ナリ、然リ而シテ占有ノ妨害トナル虞アル工事トナルカ爲メニハ工事者又ハ其ノ占有者ニ過失アルヲ必要トセス、

物權 占有權 占有權ノ效力 【一九九】

(ロ) 占有妨害ノ虞ヲ生セシムル行為力不正ナルヲ要ス

此條件ハ前條ニ

於テ述ヘタル所ト同シク占有者ノ意思又ハ法律ノ規定ニ基カサルコトヲ要スル義ナリ蓋シ占有ノ妨害トナル事情夫レ自身ハ未タ何等現實ノ損害又ハ權利毀損トナルモノニ非ス然レトモ結局占有ノ現實ノ妨害トナル虞アルカ故ニ豫メ之ニ對シテ保護ヲ加フルナリ故ニ占有保持ノ訴ニ妨害ノ不正ナルヲ要ストセハ其豫防ノ訴タル本條ノ訴ニモ之ヲ必要トスルハ論ナキ所ナリ、不正妨害ノ意義ハ之ヲ前條ニ述ヘタリ占有ヲ妨害セラレル危險ノ情態ニ在ル土地ヲ其事情ヲ知リツツ取得セル場合ニ於テ占有者ハ本條ノ訴ヲ提起シ得ルヤハ稍ヤ疑ハシト雖モ積極的ニ答フルヲ可トス蓋シ危險ノ事情ヲ知ルト云フコトハ請求權ヲ拋棄スルノ意思アルモノト見ルヲ得ナレハナリ、反之前占有者カ妨害者ニ對シテ同意ヲ與ヘタル場合ニハ其讓受人タル現在ノ占有者ハ本條ノ請求權ヲ有セサルハ明ナリ、

(ハ) 原告ノ占有權

原告ハ現在ニ於テ占有者タルヲ要ス、此點モ亦前條ノ説明ヲ見ヨ、

(三) 占有保全ノ訴ノ目的

ハ妨害ノ豫防ニ必要ナル行為又ハ損害賠償ノ擔保ニ在リ、然レトモ妨害ノ豫防ヲ求メ且ツ損害賠償ノ擔保ヲ併セ請求スルヲ得ス、

蓋シ妨害豫防ニシテ十分ナルトキハ法律上ハ損害ヲ生スルノ虞ナシト見ルカ故ニ擔保ノ請求ヲ許サス、又豫メ擔保ヲ得タルトキハ妨害豫防ヲ請求ス可キ必要存セサレハナリ、故ニ訴狀ニ於テハ一定ノ申立トシテ其ノ中何レカヲ求ムルカ又ハ妨害ノ豫防又ハ擔保ト云フカ如ク選擇的ノ請求ヲナスコトハ之ヲ妨ケサルモ兩者ヲ併セ請求スルヲ得ス、

妨害豫防ニ必要ナル行為ハ事情ニヨリテ異ル可ク、工事ノ場合ニ於テハ其停止ヲ求ムルコトアル可ク、又ハ既ニ成シタルモノノ除去ヲ求ムルコトアル可ク、或ハ又其變更ヲ求ムルコトアル可ク、或ハ又豫防行為トシテ新工事ヲ求ムル場合アル可シ、而シテ訴狀ニ於テハ單ニ妨害豫防ト云フカ如キ抽象的不明確ノ一定ノ申立ヲナスヲ得ス、必ラス如何ナル行為ヲ要求スルカヲ具體的ニ指定スルヲ要ス、但シ一定ノ申立ハ權利拘束以後ニ於テモ之ヲ擴張減縮スルヲ妨ケス(民訴一九六)。

本條ニ云フ損害賠償ノ擔保ハ其ノ性質所謂根擔保ニシテ將來ノ債權ノ擔保ナリ、而シテ舊民法ハ擔保ノ種類ヲ制限シタルモ本法ニ於テハ其制限ナシ、其設定方法ハ一般ノ規定ニ從フ、殊ニ本條ノ擔保ハ之レヲ裁判所ニ供託スルモノニ非スシテ占有者ニ與フ可キモノナリ、而シテ一旦擔保ヲ供シタルモ後ニ至リ妨害物權 占有權 占有權ノ效力 【一九九】

ノ危險カ全然除去セラレタルトキハ將來債權ノ發生スル可能性消滅スルカ故ニ其擔保ノ取戻ヲ請求スルコトヲ得可シ、故ニ擔保ノ供與ヲ命セラレタル妨害者ハ工事ヲ廢止中止又ハ變更シテ擔保ノ消滅ヲ求ムルコトヲ得、偶然ノ原因ニヨリ例之(火災)妨害ノ危險ノ去リタル場合モ亦同シ、占有者カ占有ヲ他人ニ讓渡ス場合ニハ擔保モ共ニ之ヲ讓渡スヲ得ルヤ否ヤハ疑問タル可キモ、本條ノ擔保ハ損害賠償ノ擔保ニシテ物上ノ負擔タル性質ヲ有セス、對人的ノモノナルカ故ニ擔保ハ移轉セサルモノト解ス可シ(若シ夫レ擔保ス可キ損害賠償額ニ至リテハ原告ノ請求ヲ俟テ裁判所之ヲ決スルハ勿論ナルモ、本條ノ擔保ハ占有ノ妨害ヨリ生スル損害賠償ノ擔保ナルカ故ニ其額ハ占有ノ價格以上ニ出ツルヲ得ス、

(四) 占有保全ノ訴ノ相手方

ニ就テハ前條(四)ヲ類推ス可シ、

(五) 相手方ノ抗辯

前條(五)ヲ見ヨ、

(六) 占有保全ノ訴ノ消滅

原因中特別ナルモノハ、

イ) 出訴期限 第二百一條第二項參照、

ロ) 占有保全ノ虞トナル事情ヲ生セシメタル行為カ裁判上正當(權利アリト)ト認メラレタルトキ、其理由ハ前條(六)ノ(ロ)ヲ見ヨ、

(七) 訴ノ併合

占有保全ノ訴ハ之ヲ他ノ占有ノ訴ト併合スルコトヲ得、又併合スルヲ得策トス、何トナレハ工事ニ依ル不動産ノ占有妨害ノ如キハ現在ノ妨害カ將來ノ妨害カ判然セサル場合多シ、此ノ如キ場合ニ本條ノ訴ノミヲ起ストキハ裁判所カ現在ノ妨害ト認定スルトキハ敗訴トナラサルヲ得サルカ故ニ前條ノ訴ト併合スルヲ得策トス、然ルトキハ一方ニ敗ルルモ他ノ一方ニテ目的ヲ達スルヲ得可シ、然レトモ本條ノ訴ハ原則トシテ本權ノ訴ト併合スルヲ得ス、何トナレハ物權ハ原則トシテ侵害前ニ訴權ヲ生スルコトヲケレハナリ、然レトモ法律カ特ニ物權ノ侵害前ニ豫防的請求權ヲ與ヘタルトキハ之ヲ本條ノ訴ト併合スルヲ得ン、但シ其場合ニハ民事訴訟法第九十一條ノ規定ニ從フヲ要ス可シ(其他前條(七)ヲ見ヨ)

第二百條 占有者カ其占有ヲ奪ハレタルトキハ占有回收

ノ訴ニ依リ其物ノ返還及ヒ損害賠償ノ請求ヲナスコトヲ得

占有回收ノ訴ハ侵奪者ノ特定承繼人ニ對シテ之ヲ提起

スルコトヲ得ス但其承繼人カ侵奪ノ事實ヲ知リタルト
キハ此限ニ在ラス

(一) 占有回收ノ訴ノ性質

占有保持ノ訴ハ現在ノ妨害ニ對シ、占有保全ノ訴ハ
將來ノ妨害ニ對シ、現在ノ占有者ノ有スル訴權ナリ、然ルニ本條ノ回收ノ訴ハ占
有ヲ全然奪ハレタル場合即チ過去ノ侵害ニ對シテ其回收ヲ目的トスルモノニ
シテ過去ノ占有者カ現在ノ占有者ニ對シテ有スル訴權ナリ、是レ前二者ト其性
質ヲ異ニスル所ナリ、然レトモ其訴ノ原因ハ過去ノ占有者モノニ在リテ占有ス
可キ實體權ニ在ラス、故ニ之ヲ占有ノ訴ト稱スルヲ妨ケス、抑モ占有ハ人ノ對物
的秩序ナリ、然ラハ過去ノ占有者ヲ保護スルヨリハ現在ノ占有者ヲ保護スルヲ
至當トナス可キカ如シ、然カルニ本條カ過去ノ占有者ニ與フルニ現在ノ占有者
ヲ排斥スルノ訴權ヲ以テシタル理由ハ全ク占有ノ奪取カ不正行爲ニ出ツルカ
爲メナリ、然レトモ不正ナル占有者モ亦占有者ナルカ故ニ人ノ對物的秩序ヲ維
持スル爲ニハ之ヲ保護スルノ必要アリ、故ニ不正行爲ノ對手人タル原告ニ對シ
テハ現在ノ占有者ヲ以テ對抗スル能ハサルモ第三者ニ對シテハ裁判上ノ保護ヲ
カル可ラス、此ノ意味ニ於テ不正占有ノ瑕疵ハ其効力對人的ナリトス、加之一定

ノ狀態カ多少ノ時間經繼スルトキハ尊重スルヲ要スル秩序ヲ生スルカ故ニ法
律ハ回收ノ訴ニ對シテハ短期ノ出訴期限ヲ設ケ、其期間ヲ經過スルトキハ被害
者ハ占有者トシテ之ヲ回收スルヲ得ス、本條ノ訴ニヨルヲ要スルニ至ル、

(二) 占有回收ノ訴ノ要件

(イ) 原告ハ占有被侵奪者タルヲ要ス

前段ニ述ヘタル如ク回收ノ訴ハ過去
ノ占有者即チ被侵奪者ノ有スル訴權ナリ、原告ハ現在ノ占有者タルヲ得ス、若
シ然ルトキハ占有保持ノ訴ヲ起シ得ルモ本條ノ訴ヲ起スヲ得ス、而シテ原告
ハ過去ニ於テ如何ナル種類ノ占有者ナルモ可ナリ、大正一三、五、二二、大審院判
決(例集三卷二二四頁)ニヨレハ惡意ノ占有者ト雖モ侵奪者ニ對シテハ損害賠
償請求權ヲ有ス、然ラハ占有物回復請求權ヲ有スルハ勿論ナリトス、殊ニ占有
ス可キ權利ヲ有スルコトハ全然必要ニ非ス、回收ノ訴ノ基礎ハ過去ノ占有者
モノニ在リテ實體上ノ權利ニ非ラス(二〇二二項)、共同占有ノ場合ニ於テハ各
占有者單獨ニテ全部ノ回收ヲナスコトヲ得、蓋シ占有物ノ回收ハ物ノ保存行
爲ト見ララルルカ故ナリ(二五二、但、二六四)、此ノ場合ニ於テハ原告ハ被告ト共同
占有者タラシコトヲ請求スルニ非ス、物ヲ回復シテ侵害前ノ狀態ニ復スルヲ
目的トナス、又一部占有ノ場合ニ於テハ物ノ一部ヲ回收シ得可キ場合ニハ其
物權 占有權 占有權ノ効力 【二〇〇】

部分ノミニ對シテ同收ノ訴ヲ起ス可ク、若シ性質上一部同收ヲ許サザルトキハ必要上全部ノ同收ヲ求ムルコトヲ得、然ルトキハ他ノ部分ニ對スル舊一部占有者ハ之ニヨリ當然其占有ヲ回復スルコトヲ得可シ、間接占有者モ亦本條ノ訴權ヲ有ス、但此場合ニ於テハ占有物ヲ自己ニ返還ス可キ旨ヲ請求スルヲ得ス、第三者タル直接占有者ニ對シテ返還ス可キ旨ヲ請求ス可シ、蓋シ占有同收ノ訴ノ目的ハ占有ヲ原狀態ニ復セシムルニ在リ而シテ間接占有者ハ本來自ラ物ヲ所持スルニ非サルカ故ニ自己ニ對シテ返還ス可キ旨ヲ請求スルヲ得ス、直接占有者カ物ノ所持ヲ得ルナラハ之ニヨリテ其間接占有ハ回復セラレカ故ニ直接占有者ニ返還ス可キ旨ヲ請求シ得ル理ナリ、然シナカラ物ノ返還ハ一方的行爲ニ非ス、直接占有者カ其受領ヲ欲セサルカ又ハ能ハサルトキハ返還ヲ實行スルヲ得ス、故ニ編逸民法ハ此場合ニハ自ラ受領スルコトヲ得トス(獨民八六九)、是レ便法ナリ、然カシ此ノ如キ規定ナキ我民法上ハ反對ニ決定スルヨリ外ナシ、何トナレハ間接占有者ハ本來自ラ物ヲ受領スル權能ナキモノナレハナリ、然レトモ之レ判決ヲ實行スルヲ得サルノミナルカ故ニ直接占有者ニ返還ス可キ旨ノ判決ヲ與フルハ之ヲ妨ケス、直接占有者カ受領ヲ拒ミタル場合ニ間接占有者カ同收ノ目的ヲ達セントセハ先ツ直接占有ヲ消滅

滅セシメ本權ノ訴ニヨルヨリ外ニ途ナシ(占有ノ訴ニ非ス)、例ハ貸借物ヲ竊取セラレタル場合ナラハ所有者ハ其物ヲ賃借人ニ返還ス可キ旨ノ請求ヲナシ、賃借人之ヲ受領セハ目的ヲ達ス、若シ賃借人之ヲ拒ムナラハ賃借權ヲ消滅セシメテ所有權ノ訴ニヨリ回復ス可キカ如シ、
同收ノ訴ニ於テハ原告ハ侵奪前ニ於ケル自己ノ占有ヲ立證スレハ侵奪當時ニ於ケル占有推定セラル、被告之ニ反對セント欲セハ侵奪前ニ於テ原告ハ占有ヲ喪失シタル事實ヲ立證スルヲ要ス、

(口) 被告ノ不正ノ侵奪

占有ノ侵奪カ不正ナルヲ要スル理由ハ(一)ニ述ヘタリ、又本條ニ於テ「侵奪」ナル文字ヲ用ヒタルハ其中ニ不正ナルヲ要スルノ意ヲ寓スルモノト云フ可シ、不正トハ即チ原占有者ノ意思ニ反シ又ハ同意ヲ得スシテ又ハ侵奪ス可キ特別ナル法律上ノ權能ナクシテ全然占有ヲ奪取スルノ義ナリ、(同說大正八、四、六大審院判決、判決錄二五輯六五七頁)、同判決ニヨレハ占有者ノ意思ニ反スルヲ不法トス、然レトモ積極的ニ占有者ノ意思ニ反スル場合ノミナラス、同意ヲ得サル場合モ亦不法(不正)ナリ、例之強盜竊盜ノ類ナリ、不動產ニ付テハ圍障ヲ設ケテ占有者ヲ近クス又ハ建物ヲ建テ、占有者ノ所持ヲ排斥スルカ如キ之ナリ、而シテ實際上ハ占有ノ妨害ト侵奪トハ往々區別シ

難キコトアリト雖モ觀念上ハ判然タル區別アリ、占有者カ全然占有ヲ失ハサルモノハ妨害ニシテ占有ノ喪失トナルモノハ侵奪ナリトス、要スルニ本條ハ不正ニ侵奪セラレタル場合ニノミ適用アリ、故ニ例ヘハ賃借人カ賃借ノ期間満了後ニ至テ賃借物ヲ返還セサル場合ニハ占有同收ノ訴ヲ起スヲ得ス、蓋シ是レ占有ヲ維持スヘキ實體權カ消滅シタルノミニシテ被告ニ占有ヲ侵奪セルノ事實アラサレハナリ、此場合ニハ債權ノ訴ニ依ルカ又ハ所有權ノ訴(Vindicatio)ニ依ル可キモノナリ、大正八年五月十七日大審院判決(判決錄二十五輯七八〇頁)ニヨレハ建物ノ賃借人カ轉貸シタル場合ニ轉借人ニ對シテ占有同收ノ訴ヲ起スコトヲ得ルモノトス、思フニ此判決ハ正シカラス、蓋シ轉借人ハ占有侵奪者ニアラス、占有者ハ意思ニ基カスシテ占有ヲ奪ハレタルモノニアラス、只詐欺通竊等ノ事實アリテ其ノ取消サレタル場合ニハ占有ヲ維持スヘキ實體權ナキニ至ルモ、之レカ爲メニ占有侵奪ト云フヲ得サルナリ、大正十一年十一月二十七日大審院判決(判決集一卷六九二頁)ニヨレハ占有ノ侵奪ハ占有者ノ意思ニ基カサル占有ノ喪失ナリ、詐欺ニヨル場合ト雖モ苟モ意思ニ基ク場合ハ占有ノ侵奪ニアラス、此ノ判決ヲ正シトナス、又例ハ遺失物ヲ他人カ收得シテ返還セサル場合ニ於テモ右ト同一ノ理由ニヨリ本條ノ訴ヲ起ス

ヲ得ス、所有權ノ訴ニ依ル可キモノナリ、
立證問題トシテ原告ハ只自己ノ意思ニ基カスシテ占有ヲ奪ハレタル事實ヲ立證スレハ可ナリ、被告カ占有ヲ奪フ可キ特別ナル法律上ノ權能ヲ有スルコトヲ主張セント欲セハ其立證ノ責任ハ被告ニ在リ、例之執達吏カ差押ヲ爲シタル場合ニ原告カ本條ノ訴ヲ起スニハ被告ハ原告ノ意思ニ基カス占有ヲ奪ヒタル事實ヲ主張立證スレハ可ナリ、而シテ執達吏ニ於テ執行力アル正本ヲ示スヲ得サルトキハ(民訴五三四)執達吏ノ敗訴ニ歸ス可シ、

(ハ) 現在ニ於ケル被告ノ占有

被告ハ現在ニ於ケル占有者タルヲ要ス、何ト

ナレハ本條ノ訴ハ占有物ノ返還ヲ目的トナスカ故ニ占有者ニ非サレハ被告トナルノ資格ナケレハナリ、占有機關ニ依ル占有ノ場合ニ於テハ本人ヲ以テ相手方トナスヘシ占有機關ヲ以テ相手方トナスヲ得ス、間接占有ノ場合ニハ(例之侵奪者カ占有物ヲ第三者ニ寄託シ又ハ典質シタル場合)間接占有者ヲ以テ相手方トナスコトヲ得、然ルトキハ原告ハ直接ニ物ノ所持ヲ回復スルヲ得サルモ被告カ直接占有者ニ對シテ有スル返還請求權ヲ取得スルコトヲ得ルカ故ニ、其行使ニヨリ直接占有者ヨリ物ヲ回復スルコトヲ得可シ、又直接占有者ヲ以テ相手方トナスコトヲ得、此場合ニハ被告ハ民事訴訟法第六十二條ノ物權 占有權 占有權ノ效力 【1100】

侵奪者カ占有ヲ第三者ニ讓渡シタル場合ニハ第三者ノ善意ト惡意ヲ區別シ
 第三者善意ナルトキハ本條ノ請求權ハ消滅ス(本條第二項)、此場合ニ於テハ本
 條ノ訴ニヨリ回復スルヨリ外ニ途ナシ、但シ本條ノ訴ニ對シテモ第三者ハ第
 百九十二條ノ保護アリ、讓受人カ惡意ナルトキハ之ニ對シテ回收ノ訴ヲ起ス
 コトヲ得、
 包括承繼ノ場合(相續包括名義ノ遺贈)ハ右ト異リ、承繼人ノ善意惡意ヲ問ハス
 之ニ對シテ返還請求ヲナスコトヲ得、蓋シ包括承繼ニ於テハ承繼人ハ前主ト
 同視セラレ前主ノ瑕疵ヲ其儘承繼スルカ故ナリ、是レ本條第二項ニ含蓄セラ
 ル、意義ナリ、
 權利拘束トナリテヨリ以後被告カ占有物ヲ第三者ニ讓渡シタル場合ニ關シ
 テハ大ニ議論アリ、一説ニ曰ク、凡ソ返還義務ハ現ニ物ヲ占有スルヲ以テ前提
 トナス、現ニ物ヲ占有セザレハ返還義務ノ存在ハ不能ナリ、故ニ被告モ占有ヲ
 讓渡シタルトキハ原告ノ請求權ハ消滅スルカ故ニ其請求ハ之ヲ却下ス可シ、
 但シ訴ノ必要ヲ生セシメタル者ハ被告ナルカ故ニ訴訟費用ハ被告ノ負擔タ
 レ可シト(Planck Komm. III § 861) 第二説ハ獨逸民事訴訟法ヲ根據トスル論ニシテ

(獨逸訴二六五、三二五、七二七)權利拘束ハ訴訟ノ目的物ヲ處分スルヲ禁スル效
 力ナシ、然レトモ其處分ハ訴訟手續ニ何等ノ影響ナシトアルカ故ニ訴訟ハ依
 然素トノ被告トノ間ニ繼續ス可ク、又判決ハ當事者及ヒ權利ノ承繼人及ヒ訴
 訟當事者ノ代理占有者又ハ訴訟當事者ヲ代理占有者トナスカ如キ方法ヲ以
 テ訴訟物ノ占有ヲ取得シタル者ニ對シテ效力ヲ有ストアルカ故ニ判決ハ其
 直接占有者タル讓受人ニ對シテ有效ニ執行シ得可シト云フ (Biermann Kommt. 2
 § 201, 1 P.)、實際上ノ結果ハ後説ノ如クナルヲ要スルモ我國法上ハ獨逸民事訴
 訟法ニ於ケルカ如キ明文ナシ、而シテ判決ハ判決當時ノ權利關係ヲ認ムルモ
 ノニシテ又判決ハ訴訟ニ參加シタル者ニ對シテノミ執行シ得可キハ動カス
 可ラサル原則ナリ、故ニ我國法上ハ前説ノ如ク論スルヲ正シトス、然レトモ此
 理論ヲ貫クトキハ物件回復ノ訴訟ハ常に被告ノ奸策ニヨリ有名無實ニ歸ス
 ル怖アルカ、故ニ法文上ノ根據ナキモ實際ノ必要上訴訟ハ從來ノ被告トノ間
 ニ繼續シ進行スルモノトセサル可ラス、而シテ此ノ如クスルモ當事者間ニ與
 ハタル判決ハ讓受人ニ對シテ執行スルヲ得サルカ故ニ讓受人ニ訴訟ヲ告知
 シテ參加ヲ求ムルヲ可トス、以上ハ便宜ニ從ヒ解說スル所多キモ猶頗ル不完
 全ナリ、第一ノ讓受人カ訴訟ニ參加シテ後更ニ第二ノ讓受人ニ讓渡ストキハ
 物權 占有權 占有權ノ效力 【1100】

畢竟裁判ニヨリ物ヲ回復スルヲ得サルニ至ル可シ、是法ノ缺漏ニシテ已ヲ得サル所ナリ、故ニ最モ安全ナル途ハ回收ノ訴ヲ起スト同時ニ假處分ヲ求ムルニ在リ、

(三) 占有回收ノ訴ノ目的

ハ占有物ノ返還ヲ求ムルニ在リ、換言スレハ原告ニ占有ヲ與フルニ必要ナル被告ノ作為ヲ求ムルヲ以テ内容トス、原告カ占有ヲ取得スルヲ妨ケサル被告ノ不作爲ヲ以テ目的トスルニ非ス(同論 Planch III § 861)而シテ其返還ノ場所ニ關シテハ債務履行地ニ關スル規定(四八四)ヲ準用ス可シ、即チ侵奪當時占有物ノ存在セシ場所ニ於テ返還ス可シ、原告カ間接占有者ナル場合ニ關シテハ(二)ノイヲ見ヨ、竊民事訴訟法第九十六條第三號ノ準用ニヨリ物ノ滅失又ハ善意ノ第三者ニ讓渡シタル場合ニハ賠償ヲ求ムルヲ得、

(四) 相手方ノ抗辨

被告ハ只(二)ニ述ヘタル三點ヲ否認シテ以テ原告ノ請求ニ對ス可キノミ、本權ニ基ク理由例ヘハ被告ノ所有權(所謂 *exceptio domini*) 其他其物ヲ占有可スキ實體上ノ權利ヲ以テ抗辯トナスヲ得ス(二〇二)ニ項、又被告ノ善意及ヒ無過失ハ抗辯トナスニ足ラス、蓋シ被告ノ惡意又ハ過失ハ返還請求權ノ發生要件ニ非サレハナリ、只原告ノ占有自身カ被告ノ占有ヲ不正ニ奪取シタルモ

ノナル時ハ原告ノ占有ノ瑕疵ヲ以テ抗辯トナスコトヲ得ルヤ否ヤ(*Exceptio vitiosae possessionis* 獨民八六一)ハ疑問ナリ、若シ之ヲ許サ、ルトキハ不正ノ占有者カ正當ノ占有者ニ勝ツ結果トナル故ニ之ヲ許ス立法例多シ、然シ我民法上ハ特別ノ明文ナク本條ハ廣ク占有者ニ回收訴權ヲ與フルカ故ニ不正ノ占有者モ亦裁判上保護ヲ受クルモノト、見ルヲ正シトス、

(六) 占有回收訴權ノ消滅

ニ付テハ第九十八條ノ(六)ヲ見ヨ、

(七) 占有回收ノ訴ノ效力

占有回收ノ方法ハ不當利得ノ訴(*condictio possessionis*) 所有權ノ訴(*rei vindicatio*) 債權ノ訴等其種類多シト雖モ占有回收ノ訴ニハ一種特別ナル效力アリ、即チ回收者ハ一度ハ占有ヲ喪失セルモノナリト雖モ回收ノ訴ニヨリ回收シタルトキハ占有ハ中斷セサルモノト看做サル、コト之ナモ(二〇三)但、猶侵奪セラレタル質物ヲ回收スル手段ハ占有回收ノ訴ニ限ル(三五三)。

(八) 訴ノ併合

回收ノ訴ハ第九十八條ノ(七)ニ述ヘタル所ノ如ク(一)或ハ之ヲ占有保持ノ訴ト併合スルヲ得可ク、(二)又ハ之ヲ本權ノ訴ト併合スルヲ得可ク、(三)又ハ之ヲ損害賠償請求ノ訴ト併合スルヲ得、或ハ本條ニ「物ノ返還及ヒ損害ノ賠償」トアル文字ニ拘泥シテ、回收ノ訴ニハ物ノ返還ト同時ニ必ラス損害賠償ヲ請求スルヲ要ストナス者アルモ之レ正シカラス、若シ此ノ論ヲ正シトセハ被告カ原告

管ノ意思ニ基カスシテ占有ヲ取得シタル場合ニ於テモ過失ナキトキハ一般ノ規定ニヨリ損害賠償義務ヲ生セサルカ故ニ占有回收ノ訴ハ之ヲ提起スルヲ得サルニ至ラン、余報ノ見ル所ニ於テハ之レ只訴ノ併合ヲ規定シタルニ過キス、論者又或ハ曰ハシ、訴ノ併合ハ民事訴訟法第九十一條ニヨリ一般ニ認メラル、所ナリ本條ノ規定ヲ要ス可キ理由ナシト、之レ誤レリ、民事訴訟法ノ規定ニヨリ訴ノ併合ヲ爲サンニハ同法ノ定ムル條件ニ從フヲ要ス、本條ハ其例外トシテ其條件ヲ要セスシテ訴ヲ併合シ得ルヲ認メタルモノナリ、特ニ本條ノ規定ニヨリ占有其モノノ侵害ヨリ生シタル損害賠償ノ訴ヲ併合スルニハ訴訟物ノ價格如何ニ拘ハラズ之ヲ區裁判所ニ提起スルコトヲ得ルナリ、故ニ原告ハ併合ヲ行ハスシテ先ツ物ノ返還ノ訴ヲ起シ、後更ニ損害賠償ノ訴ヲ起スコトヲ妨ケス、猶本條ニヨリ併合シ得ル損害賠償ハ占有ノ侵害自體ヨリ生シタルモノナレトキ要ス(其理由第九十七條七ヲ見ヨ)、本條又ハ債權ニ對スル侵害等ヨリ生シタル損害賠償ノ請求ヲ併合セント欲セハ民事訴訟法一般ノ規定ニ從フヲ要ス

第二百一條 占有保持ノ訴ハ妨害ノ存スル間又ハ其ノ止ミタル後一年內ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス但工事ニ因

リ占有物ニ損害ヲ生シタル場合ニ於テ其工事著手ノ時ヨリ一年ヲ經過シ又ハ其工事ノ竣成シタルトキハ之ヲ提起スルヲ得ス

占有保全ノ訴ハ妨害ノ危險ノ存スル間ハ之ヲ提起スルコトヲ得但工事ニ因リ占有物ニ損害ヲ生スル虞アルトキハ前條但書ノ規定ヲ準用ス

占有回收ノ訴ハ侵奪ノ時ヨリ一年內ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス

(一) 出訴期限

本條ハ前三條ニ定メタル占有ノ訴(占有上ノ請求權)ノ出訴期限ヲ定ム、第一項ハ占有保持ノ訴ニ關シ第二項ハ占有保全ノ訴ニ關シ、第三項ハ占有回收ノ訴ニ關シ、元來占有ノ訴ハ皆事實關係タル占有ヲ基礎トス、故ニ時ヲ經ルコト久シキニ及フトキハ證據曖昧トナリ誤判ヲ生シ易シ、是レ本條ノ出訴期限ヲ定ムル所以ナリ(獨民八六四參照)、而シテ本條ノ期間ハ時効ニ非スシテ出訴期

物權 占有權 占有權ノ效力 【1101】

限ナルコトハ法文ニ時効ノ文字ナキニヨリ明ナリ(本書一卷八九六)然ラハ(一)時効ノ中斷停止ノ規定ハ本條ニ適用ナシ(本書一卷八九七)(二)時効ハ當事者ノ援用アルニ非サレハ裁判所之ニヨリ裁判ヲナスヲ得サレトモ(一四五)出訴期限ニ於テハ然ラス、期間經過ノ事實カ原告ノ訴狀又ハ陳述ニヨリ明ナルナラハ裁判所ハ被告ノ抗辯ヲ待タスシテ原告ノ敗訴ヲ命セサル可ラス(本書一卷八九八)蓋シ被告ノ抗辯ヲ要セスシテ訴權ハ消滅スルカ故ナリ、

(二) 第一項

ハ占有保持ノ訴ノ出訴期限ヲ定ム、左ノ如シ、
(イ) 原則トシテ妨害ノ存スル間又ハ其止ミタル後一年內ハ訴ヲ提起スルコトヲ得、此法文ノ意味ハ明瞭ナルモ妨害カ止ミタル後訴ノ提起ヲ許スハ保持ノ訴ノ性質ニ矛盾ス、蓋シ保持ノ訴ハ妨害ノ停止ヲ目的トス故ニ妨害カ止メハ保持ノ訴ハ目的ノ消滅ニヨリ當然消滅ス可キナリ、妨害ノ停止後妨害ノ停止ヲ請求スルハ不能ナリ(獨一九八)(二)ノ(ロ)參照)故ニ妨害カ止ミタル後一年間訴ヲ提起スルヲ得トナス本條ノ規定ハ其適用ナカルヘシ、或ハ占有妨害カ反覆的ナル場合ヲ想像シテ最後ノ妨害ノ時ヨリ一年間ハ保持ノ訴ヲ許ス可シトナス(梅博士民法要義本條)モ不可ナリ、妨害カ猶反覆セラル、虞アルナラハ之レ未タ妨害ノ止マサルモノニシテ止ミタル後ニ訴ヲ起スルニハ非サルナリ、

(ロ) 工事ニ因ル妨害ニ關スル例外 之レ本條第一項但書ノ定ムル所ニシテ本文

ニ對スル例外ナリ、即チ工事故着手ノ時ヨリ一年ヲ經過シ又ハ工事故竣成シタルトキハ妨害現存スト雖モ占有ノ訴ヲ許サ、ルナリ、理由書并ニ梅博士(民法要義本條)ノ說明ニヨレハ工事ノ將ニ落成セシトシ又ハ落成シタルモノヲ除去セシムルハ國家經濟上害アルカ故ニ之ヲ許サスト云フモ之レ恐クハ誤リナル可シ、何トナレハ占有ノ訴トシテ其除去ヲ求ムルヲ得サルモ本權ノ訴ニヨレハ之レカ除去ヲ求ムルヲ得ルハ何人モ疑ハサル所ナレハナリ、故ニ余輩ハ工事ノ場合ニハ利害關係大ナルカ故ニ實體權ニ無關係ナル占有ノ訴トシテハ之ヲ許サス、本權上ノ理由ニヨリ決セシメントスルノ旨意ト解ス、
右例外ノ工事ノ意義如何ハ之ヲ定ムルコト困難ナリ、例之僅カニ通路ヲ開設スルモ工事ナリ、圍障ヲ設クルモ工事ナリ、然レトモ立法ノ精神ヨリ察スレハ多額ノ費用ヲ加ヘタル工事ヲ指スナル可シ、之レ固ヨリ程度問題ニシテ畢竟裁判官ノ認定ニ待タサルヲ得スト雖モ、疑ナキ場合ハ家屋橋梁瓦所溜壁道軌道鐵道等ノ工事ナリ、
工事故着手トハ如何ナル時期ヲ指スカ之レ亦明瞭ナラサルモ物質的ニ著手シタル時期ト解ス可キカ如シ、例ヘハ工事ノ請負契約ノ締結ハ著手ニ非ス、又材
物權 占有權 占有權ノ效力 【二〇一】

料ノ購入モ着手ニ非ス、之ヲ其土地ニ運搬シテ始メテ着手ト云フヲ得ンカ、然リ而シテ着手ノ時期ハ客觀的ニ決定ス可キモノニシテ占有者カ其事實ヲ知ルト否トハ關係ナシ竣成ノ意義モ亦然リトス、

(三) 第二項

ハ保全ノ訴ノ出訴期限ナリ、其本文ハ訴ノ性質上當然ナル可キカ如キモ實ハ然ラス占有ノ訴ニ期間ヲ設クル精神ヨリ論スレハ妨害ノ危險ノ生シタル時ヨリ起算シテ一定ノ出訴期限ヲ設クルヲ可トス、然ラサレハ證據曖昧トナル弊アルヲ免カレス、然ルニ本法ハ此策ヲ取ラサルカ故ニ妨害ノ危險ノ生シタル後何年ヲ經ルモ専モ妨害ノ危險存スル間ハ占有保全ノ訴ヲ起スコトヲ得、其但書ニ就テハ前項ノ所説ヲ參考セヨ、

(四) 第三項

ハ同收ノ訴ノ出訴期限ナリ侵奪ノ時ヨリ一年內トス、此ノ場合ニ於テモ侵奪ノ時期ハ客觀的ニ決定ス可キモノニシテ被害者ノ覺知ノ時期ヨリ算ス可キニ非ス、

(五) 期間滿了ノ意義

前數段ニ述ヘタル期間滿了シタトキハ訴權ハ當然消滅ニ歸ス故ニ訴ヲ提起スルヲ得ス、又期間滿了ノ事實カ裁判所ニ知レタルトキハ何レノ側ヨリ知レタルヲ問ハス裁判所ハ原告ノ請求ヲ却下ス可キモノナルコト前ニ述ヘタリ、茲ニ問題トナルハ訴ハ之ヲ期間內ニ提起シタルモ判決前ニ滿

了シタルトキハ如何ナル結果トナルヤ、出訴期限ニ時効ノ規定ヲ適用シ得ルモノトセハ裁判上ノ請求アルトキハ判決ノ確定スルマテハ期間進行セス、故ニ裁判ノ遲滯ハ原告ノ爲メニ何等ノ損害ヲモ生セス、反之時効中斷ノ規定ハ全ク出訴期限ニハ適用ナキモノトセハ、判決ノ時ニハ既ニ訴權ハ消滅スルカ故ニ原告ノ敗訴ニ歸セサルヲ得ス、裁判ノ遲延又ハ被告ノ奸計ノ爲メニ過失ナキ原告ノ權利カ害セラレ、ハ不當ト云ハサル可ラス、之レ出訴期限ニ原則トシテ時効ノ中斷停止ノ規定ヲ適用ス可シトスル說ノ起ル所以ナリ(本書一卷八九七參考)、然レトモ新クスレハ出訴期限ト時効ノ區別ハ沒却セラル可シ、且ツ本法ハ二者ヲ區別シテ時効ノ文字ナキ場合ハ凡テ豫定期間ナリトシ之レニ中斷停止ノ規定ヲ適用セサルモノトナシタルカ故ニ前示ノ場合ニハ中斷ノ規定ノ適用ナシトナスヨリ外ナシ、然レトモ出訴期限ノ目的ハ消滅時効ト同シク證據不明ノ訴訟ヲ防グルニ在リ故ニ其ノ目的ニ適合スル範圍內ニ於テ時効中斷ニ關スル規定ヲ準ス用ヘシトスル說ハ必シモ不可ナラス、

第二百一一條 占有ノ訴ハ本權ノ訴ト互ニ相妨クルコトナシ

占有ノ訴ハ本權ニ關スル理由ニ基キテ之ヲ裁判スルコトヲ得ス

(一) 第一項 本條第一項ノ規定ハ獨逸民法第一章案第八百二十三條第一項ニ倣ヒタルモノニシテ其意義極メテ廣シ、

(イ) 實質上 ハ占有上ノ請求權ノ發生ハ本權上ノ請求權ノ發生ヲ妨ケス、又本權上ノ請求權ノ發生ハ占有上ノ請求權ノ發生ヲ妨ケサルヲ意味ス、蓋シ是レ至當ノ論ナリ、何トナレハ占有ト實體權トハ兩立シ得可キ別個ノ權利ナルカ故ニ、占有ハ一人ニ屬シ實體權ハ他ノ一人ニ屬スルコトアル可ク、又兩方同時ニ一人ニ屬スルコトアル可キハ當然ナリ、然ラハ即チ占有ノミナ有シ、實體權ヲ有セサル者ハ占有訴權ハ之ヲ有スルモ實體權上ノ請求權ヲ有スル理ナク、又實體上ノ權利ハ之ヲ有スルモ占有ヲ有セサル者ハ實體權上ノ請求權ハ之ヲ有ス可キモ、占有上ノ請求權ヲ有ス可キ理由ナシ、反之、一人ニテ實體上ノ權利ヲ有スルト同時ニ占有ヲナストキハ其者ハ兩訴權ヲ併有ス可シ、例之所有者カ同時ニ占有者ナルトキハ所有物ノ(同時ニ占有物ノ)侵奪者ニ對シテハ所有權上ノ返還請求權ヲ有スルト同時ニ占有上ノ返還請求權ヲ有ス可シ、而シ

テ右ノ如ク兩請求權ノ内容カ同一ノ經濟上ノ利益ニ對スルトキハ一方カ満足ニ實行セラル、トキハ他ノ一方ハ消滅ニ歸ス可シ、而シテ何レヲ行使ス可キカハ權利者ノ選擇ニ在リ之ヲ請求權ノ競合ト云フ、又例ヘハ遺失物ノ取得者カ取得物ヲ第三者ノ爲メニ奪ハレタルトキハ、占有訴權ハ取得者之ヲ有シ所有權ニ基ク返還請求權ハ所有者之ヲ有スルカ如シ、

右ノ如ク本權上ノ請求權ト占有上ノ請求權ハ別個ノ基礎ヲ有スル別個ノ請求權ナリ、故ニ一方カ消滅スルモ當然他ノ一方モ消滅ニ歸スルモノニ非ス、殊ニ占有訴權ハ前條ニ述ヘタル如ク、卑期ノ出訴期限ニ掛リ、被害者カ全然被害ノ事實ヲ覺知セサル間ニ消滅スルコトアルカ故ニ兩訴權ヲ併立セシムル必要アリトス、占有ノ訴權カ消滅シタル場合ニ於テハ被害者ハ本權上ノ請求權ヲ有ス可シ、

(ロ) 訴訟上ノ意義 訴訟上ニ於テハ(被害者カ兩訴權ヲ有スル場合ト假定ス)左ノ意味アリ、

(a) 被害者ハ獨立ニ又ハ併合シテ兩請求權ヲ行使スルコトヲ得、此場合ニ於テハ裁判所ハ各請求權ニ對シテ判決ヲ與フルヲ要ス、然ラハ其結果被告ハ二重ニ給付ヲ命セラル、コト、ナル、例ヘハ所有權ニ基ク返還請求權ヲ地方物權 占有權 占有權ノ效力 【二〇二】

裁判所ニ起シ占有回復ノ訴ハ區裁判ニ提起シタリトセハ被告ニ對シテハ二個ノ判決ヲ見ル可シ、占有ノ訴ハ本權ノ訴ト互ニ妨ケストハ此義ナリ、此ノ場合ニ於ケル被告ニ對スル救済方法ハ請求權消滅原因トシテ請求權ノ競合ヲ認ムルニ在リ(拙文請求權ノ競合京都法學會雜誌四卷三號)、又兩訴訟カ併合セラレ又ハ獨立シテ同一ノ裁判所ニ提起セラレタル場合ニ於テハ其何レヲ先キニ審理判決ス可シト云フコトナシ、二者ハ互ニ無關係ニ進捗ス可キモノナリ、之レ又兩訴權互ニ妨ケサルノ義ナリ、

(b) 一方ノ訴ニ對スル判決ハ他ノ一方ノ訴ニ於テ既判力ノ效力ナシ、故ニ一方ノ訴ヲ先ツ提起シ敗訴シタルトキハ更ニ他方ノ訴ヲ起スヲ得、又二者ヲ併合シテ同時ニ提起シタル場合ニ於テ其結果ハ必シモ同一ニ決スルヲ要スルニ非ス、一方ノ請求權ハ之ヲ認メ他ノ請求權ハ之ヲ排斥スルヲ妨ケス、蓋シ此二者ハ原因ヲ異ニスル別物ナレハナリ、

(三) 第二項

本法ハ本權ト分離シテ占有ノ效力ヲ定ムル方針ヲ取り、前數條ニ於テ各占有訴權ノ要件ヲ定メ其要件ヲ具フル者ニハ皆保護ヲ加フ可キモノトシ、而シテ占有ス可キ實體上ノ權利ノ存在ヲ以テ其要件トナサス、此ノ故ニ占有ノ訴ハ本權ニ關スル理由ニ基キテ裁判スルヲ許サス、例之質權者カ債務辨濟後猶

質物ヲ返還セサルニ付キ所有權者之ヲ奪取シタリトス、此場合ニハ質權者ハ占有ス可キ實體上ノ權利ヲ有セス、然レトモ第二百條ノ條件ヲ具備スルカ故ニ所有權者(侵奪者)ニ對シテ其ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ル如シ、
被告ニ對シテモ亦右ト同一ノ理由ニヨリ本權上ノ抗辯ヲ許サス、蓋シ本權上ノ抗辯ヲ認メテ裁判スルナラハ之レ本權ニ關スル理由ニ基ク裁判ト云ハサル可ラス、前例ニ於テ被告カ其所有權ヲ以テ抗辯トナシタル場合ニ之ヲ認ム可ラサルカ如シ、
本項違反ノ裁判ハ法律ノ誤解ニ基クモノニシテ之ニ對シテハ上告ヲナスコトヲ得、

第三節 占有權ノ消滅

總說

(一) 占有權ノ消滅ハ之ヲ分テ(一)絕對的消滅ト關係的消滅ト爲スコトヲ得、後者ニ就テハ第八十二條以下ニ於テ其要件ヲ規定ス、本節ノ規定ハ其前者ニ關ス、然シテカヲ絕對的消滅原因ハ本節ノ規定ニ盡キタルニ非ス、少クトモ(イ)占有物ノ滅失、(ロ)占有權 占有權 占有權ノ消滅 總說 二五五

有者ノ權利能力喪失、(ハ)占有物ノ能力喪失即チ占有ノ目的タルコトヲ禁止セラレタル場合ノ三者ハ之ヲ認メサルヲ得ス、(ニ)又占有權消滅原因ハ之ヲ占有者ノ意思ニ基ク場合ト意思ニ基カサル場合ニ大別スルコトヲ得、

(二) 本節ノ規定ハ二條ヨリ成リ、第二百三條ハ占有者カ自ラ物ヲ所持スル場合即チ直接占有ニ關シ、第二百四條ノ規定ハ代理人ニヨリ占有ヲ爲ス場合即チ間接占有ノ消滅原因ナリ、

第二百三條 占有權ハ占有者カ占有ノ意思ヲ拋棄シ又ハ

占有物ノ所持ヲ失フニ因リテ消滅ス但占有者カ占有回復ノ訴ヲ提起シタルトキハ此限ニ在ラス

(一) 本條消滅原因ノ性質 占有ハ既ニ述ヘタル如ク(本章總說(五)占有意思ト物

ノ所持ノニヨリ構成セラル、而シテ此二者ハ占有ノ繼續ニモ亦必要ナリ、故ニ其一ヲ失フトキハ占有ハ破壞セラル、隨テ之ニ法律カ付シタル效力タル占有權モ亦滅滅スルナリ、

事實タル占有ヲ維持シテ占有權ヲ消滅セシムルコトハ不能ナリ、蓋シ權利タル占有即チ占有ノ法律上ノ效力ハ占有者ノ欲望ニ基キテ生スルニ非ス、占有ハ法

律行為ニ非ス、其ノ效力ヲ生スル爲メニハ效力意思ヲ必要トセス、法律ハ當然一定ノ事實ニ對シテ一定ノ效力ヲ附スルナリ、故ニ法定要件ヲ具ヘタル事實カ存スルナラハ法律上ノ效力モ亦當然存セサルヲ得ス、故ニ占有權ヲ消滅セシムル原因ハ常ニ事實タル占有有其モノニ關セサルヲ得ス、本條定ムル所ノ占有意思ノ拋棄及ヒ所持ノ喪失皆然リトス、

(二) 占有意思ノ拋棄 占有意思ノ拋棄トハ占有權ヲ拋棄セントスル意思ニ非

ス、事實タル占有有其モノヲ維持シツ、其ノ效力タル權利ヲ拋棄スルコトハ不能ナリ、(一)ヲ參照セヨ、故ニ本條占有ノ意思ノ拋棄トハ占有ノ構成分子タル意思則チ「自己ノ爲メニスル意思」ノ拋棄ト解ス可シ、之レ又本條カ之ヲ所持ノ喪失ト相對セシムルニ依リテ見ルモ明ナリ、

拋棄ハ積極的行爲ナリ、明示的又ハ默示的ニ外部ニ顯ハルルヲ要ス、元來占有意思ハ占有ノ要件トシテ占有ノ繼續ニ必要ナリ、然ラハ事實上占有意思ヲ喪失シタル場合ニハ積極的行爲ニ依ラスト雖モ占有ノ消滅ヲ來ス可キ理ナルカ如シ、然シナカラ一旦占有ヲ取得シタルトキハ一定ノ狀態ヲ生シ占有意思ハ客觀化(Verkörpern)セラレテ其狀態ト共ニ存續シ單純ナル意思ノ喪失ニ因リテ破滅セラ

ル、コトナシ、例之小禽ヲ籠中ニ養フ場合ニ於テハ小禽カ籠中ニ在ルト云フ狀

態自體ノ中ニ占有意思存在スルカ如シ、占有繼續ニ必要ナル意思ハ純主觀的の意思ニ非スシテ客觀的の意思ニテ足ル、是レ占有ノ繼續中占有者ハ常ニ占有意思ヲ繰返スヲ要セス、又神心喪失又ハ睡眠等ノ事實アルモ占有ハ消滅セサル所以ナリ、此ノ如クニ意思カ客觀化セラレテ存在スルカ故ニ之レヲ破壞スル爲メニ積極的行爲ヲ要スルナリ、

占有意思ノ拋棄ハ之ヲ特定人ニ對シテ表示スルヲ要セス、又其意思ハ法律意思即チ法律上一定ノ資格アル者ノ意思タルヲ要セス、蓋シ占有意思ハ自然意思ナルカ故ニ之ヲ除去スルニモ亦自然意思ヲ以テ足ルモノト認メサル可ラス、即チ無能力者モ亦有效ニ占有意思ヲ拋棄スルコトヲ得(同論 Gierke, Fahrnisbesitz S. 4. ann 4. Biermann kommt § 856 Bemerkung 2, Kohler kommt Z § 856 II 反對説 Planck kommt III § 850.2. Endemann II § 86.)

占有意思ノ拋棄ハ又前述ノ如ク占有ノ效力ニ對スルニ非ス、只事實トシテノ占有意思ニ對ス、此ノ故ニ占有意思ノ拋棄ハ其性質法律行爲ニ非ス、是レ又能力ヲ以テ有效條件トセサル理由ナリ、反對論ハ其間接ノ結果トシテ權利ノ喪失ヲ來スヲ以テ之ヲ法律行爲トナシ、又能力ヲ必要トスト雖モ正シカラス、蓋シ或行爲カ法律行爲ナリヤ否ヤハ意思カ法律上ノ效果ニ向ケラレタリヤ否ヤニ由リ決

ス可キモノナレハナリ、

占有者カ有效ニ占有意思ヲ拋棄シタルトキハ客觀的ノ物ノ所持ハ之ヲ失ハサルモ占有ハ消滅ス、是レ本條ノ規定スル所ニシテ主觀主義ノ論理ヲ貫クモノト云フ可シ、然レトモ其結果ハ實際生活ニ合セス、例ヘハ現ニ物ヲ其手中ニ把持スル場合ニ於テモ占有意思ヲ拋棄スルトキハ占有ヲ失フモノト認メサルヲ得サル可シ、之レ本法根本ノ主義ノ誤謬ニ由ルモノニシテ解釋ヲ以テ救フヲ得ス、

(三) 所持ノ喪失

所持ノ喪失ハ第三者ノ行爲ニ因ルコトアリ、又偶然ノ事實ニ

因ルコトアリ、(洪水、地震、遺失ノ類)又占有者ノ意思ニ基ク場合アリ、此ノ最後ノ場合ニ於テハ占有意思ノ拋棄ハ當然之ニ伴フモノナリ、而シテ何レノ場合ニ於テ

モ所持喪失ノ原因如何ハ其效果ニ關係アルコトナシ、所持喪失ノ意義ハ之レヲ所持ノ取得ト同シク社會觀念ニ從ヒテ判斷スルヲ要ス、而シテ家畜カ近傍ヲ徘徊スルカ如キ、又ハ土地ノ所有者カ其地ヲ履マス又ハ見サルカ如キ、或ハ動産ノ所在ヲ忘失シタル場合ノ如キ、占有者ノ疾病不在ノ如キ占有消滅ノ原因トナラス、蓋シ之レ等ノ場合ニ於テハ社會觀念上占有者ハ物ノ所持ヲ失ハサルモノト見ラル、カ故ナリ、通説ノ如クニ物ノ所持ヲ失フモノノ時限ニシテ直ニ回復ノ見込アル場合ニハ占有消滅セスト論スル勿レ、斯ノ如キ物權 占有權 占有權ノ消滅 【11011】

ハ矛盾ヲ包含スル論ナリ、如何ニ短時間ト雖モ全然所持ヲ失フナラス占有ハ其時ニ失ハル可シ、之ヲ回復セル場合ニハ新ニ占有ヲ取得スルモノト認メサル可ラス是レ本條但書ノ規定ノ起ル所以ナリ、

占有機關ニヨリ占有スル場合ニハ機關カ物ノ支配ヲ失フトキハ同時ニ占有者モ物ノ所持ヲ失フ可キカ故ニ占有消滅ス、直接占有者カ占有ヲ失ヒタルトキハ間接占有者モ亦占有ヲ失フ、蓋シ自己ニ代リテ物ヲ所持スル者ヲ缺キ間接占有ノ基礎消滅スレハナリ又物ノ所持ノ喪失ハ占有者ノ意思ニ基ク場合ト雖モ法律行為ニ非ス、蓋シ其ノ意思ハ法律上ノ效果ニ對セサレハナリ、故ニ所持ノ喪失カ占有權消滅ノ效果ヲ生スル爲メニ能力ヲ有スルヲ要セス、

(四) 但書ノ規定

ハ第二百條ニ明ナルカ如ク不法ニ占有ヲ奪ハレタル場合ニノミ適用アリ、故ニ占有意思ノ拋棄ノ場合ニハ全ク適用ナシ、所持ノ喪失ノ場合ニ於テモ占有者ノ意思ニ基ク場合及ヒ偶然ノ原因ニヨルトキハ適用ナシ、不法ニ占有ヲ奪ハレタルトキハ占有ハ其ノ時ニ失ハル、故ニ爾後占有回收ノ訴ヲ提起シ之ヲ回復スルモ占有ハ其間中斷スル結果トナル、然レトモ占有ハ素ト事實ニシテ不法ノ侵奪ヲ受ケ易キカ故ニ斯クアリテハ占有保護薄弱トナル緣アルヲ以テ特ニ擬制ヲ以テ占有ハ其間中斷セサルモノト看做スナリ、占有ヲ奪

ハレタル場合ニ之ヲ回復スルノ手段ハ所有權不動産質權等ノ物權的請求權(所謂本權ノ訴)ニ依ル場合、不當利得ノ訴ニ依ル場合、刑事附帶私訴(此性質不明ナルモ占有回收ノ訴ニハ非サル可シ、例ヘハ一年經過後ニテモ可ナル可シ)ニ依ル場合等頗ル多シト雖モ、占有ノ中斷ヲ防ク效力アルモノハ占有回收ノ訴ニ限ル可シ、

第二百四條 代理人ニ依リテ占有ヲ爲ス場合ニ於テハ占有

有權ハ左ノ事由ニ因リテ消滅ス

- 一 本人カ代理人ヲシテ占有ヲ爲サシムル意思ヲ拋棄シタルコト
 - 二 代理人カ本人ニ對シ爾後自己又ハ第三者ノ爲メニ占有物ヲ所持スヘキ意思ヲ表示シタルコト
 - 三 代理人カ占有物ノ所持ヲ失ヒタルコト
- 占有權ハ代理權ノ消滅ノミニ因リテ消滅セス

物權 占有權 占有權ノ消滅 【二〇三】

(一) 間接占有 本條ハ間接占有又ハ代理占有ノ消滅原因ヲ定メタルモノナリ、間接占有ノ基礎ハ直接占有者ニ對スル返還請求權ニアリ、故ニ其消滅ニ因リテ間接占有ハ消滅ニ歸スルナリ、其結果直接占有カ如何ナル影響ヲ受ク可キカハ本條ニ於テ直接ニ規定セズ、然レトモ第一號第二號ノ場合ニ於テハ直接占有ハ擴大セラル、カ少クトモ一般ノ原則ニ依リテ其占有ヲ擴大スル機會ヲ得可ク、第三號ノ場合ニ於テハ直接占有間接占有共ニ消滅ニ歸ス可シ、

(二) 第一號ノ規定 ハ本人即チ間接占有者カ代理人即チ直接占有者ニ對シテ有スル請求權ヲ拋棄スル場合ヲ定メタルモノナリ、之ニヨリ間接占有者ハ物ヲ支配スルノ手段ナク全ク其基礎ヲ失フカ故ニ消滅ニ歸ス、例之所有權者カ質權者ニ對シテ爾後返還ヲ請求セサル可シト表示スルトキハ所有權者ノ占有消滅ス、又例ヘハ本人カ代理人ヲシテ物ヲ受取ラシメテ保管セシムル場合ニ其返還ヲ請求セスト表示スル場合モ同シ、本條ノ意思ノ拋棄ハ其性質法律行為ナリ、蓋シ其意思ノ内容ハ權利ヲ拋棄スルニ在レハナリ、而シテ其方法ハ第五百十九條ヲ準用シ直接占有者ニ對スルヲ要スルモノトス、無能力者カ本條ノ拋棄ヲナスニハ法定代理人ノ同意ヲ要ス、

(三) 第二號ノ規定 ハ代理人ノ意思ノ改定ニ關スル場合ナリ、從來ノ說ニ於テハ

代理占有ノ基礎ヲ以テ自然的ノ意思ト解シタリ、即チ本人ハ代理人ヲシテ占有ヲ爲サシムル自然的ノ意思ヲ有シ、代理人ハ又本人ノ爲メニ占有スル自然的ノ意思ヲ有シ、兩者相合シテ代理占有ノ基礎ヲナスモノトナセリ、然シナカラ之レ代理占有ノ性質ヲ誤解シタルモノナリ、代理占有ノ基礎ハ自然的ノ關係ニ非スシテ法律的關係タルコトヲ要ス、本人カ代理人ヲシテ占有ヲナサシメントスル自然的ノ意思ヲ有シ、且ツ代理人カ本人ノ爲メニセントスル自然的ノ意思ヲ有スルモ代理占有ハ之ニ因リテ成立セズ、蓋シ兩者共ニ自然的ノ意思ナルニ於テハ之ヲ法律上實現セシムルヲ得ス、本人ハ物ニ對シテ何等ノ支配力ナク物ニ對シテ支配力ヲ有スル者ハ全然其他人ヲラサルヲ得サルナリ、質權者地上權者賃借人保管人運送人受寄者等ヲ直接占有者トシテ所有者カ之等ノ者ヲ通シテ間接占有者トスル理由ハ、彼等ノ間ニ存スル意思如何ニ依ルニ非スシテ彼等ノ間ニ存スル法律關係ニ依ルナリ、故ニ直接占有者カ意思ヲ變シ又ハ如何ナル意思表示ヲ爲ストモ其ノ法律關係ニシテ存在スル以上ハ間接占有(本人)ニ何等ノ影響ヲモ及スモノニアラサルナリ、然ルニ民法ハ主觀主義ヲ取り間接占有ノ性質ヲ誤リ意思ノ有無ニヨリテ間接占有ノ有無ヲ決定セントス、故ニ直接占有者カ自己又ハ第三者ノ爲メニ占有物ヲ所持スヘキ意思ヲ有シ即チ本人ノ爲メニ占有スル意思物權 占有權 占有權ノ消滅 【二〇四】

チ有セサルニ至ルトキハ本人ハ占有ヲ失フ可キ理論上ノ結果トナリ、本人ノ占有ハ全ク代理人ノ意思ニヨリ自由ニ左右セラル、結果トナルカ故ニ本條ノ規定ヲ設ケテ其根本ノ誤謬ヲ彌縫セントシ、本人ニ對シ其意思ヲ表示スルコトヲ必要トナシタリ、然レトモ此彌縫策ハ殆ント何等ノ效チモ奏セス、蓋シ直接占有者カ意思ヲ變シテ之ヲ本人ニ通知スルヲ要ストスルモ之レ直接占有者ノ一方的的意思表示ナリ、而シテ其ノ結果間接占有者ハ占有ヲ喪失スルニ至ルハケレハナリ、只其ノ通知ニ接シタル間接占有者ハ之レニヨリ自衛ノ途ヲ講スト雖モ其ノ通知ハ恐ラク不正ナル占有ノ侵奪ニハ非サル可シ、從テ第二百條ノ訴ハ之ヲ提起スル能ハサル可シ、然ラハ前條但書ノ適用モ亦ナカル可シ、畢竟所有權、其他本權ノ訴ニヨリ回復スルヨリ外ニ途ナシトセハ間接占有ノ保護十分ナルヲ得サルナリ、是レ民法ノ根本主義ノ誤謬ニ因ルモノニシテ到底實際ニ之ヲ用ユルヲ得ス、

(四) 第三號ノ規定

代理人カ占有物ノ所持ヲ失フトキハ本人ノ占有ハ消滅ス、是レ理ノ見易キ所ナリ、蓋シ本人ハ代理人ニ對シテ物ノ返還ヲ請求シ得ル法律上ノ力ヲ有スルカ故ニ占有者ナリ、然ルニ代理人カ所持ヲ失フトキハ代理人ニ對シテ物ノ返還ヲ請求スルコトハ不能トナルカ故ニ本人ノ占有權ハ消滅ニ歸セ

(五) 第二項ノ規定

ニ曰ハク、占有權ハ代理權ノ消滅ノミニ因リ消滅セスト、抑モ此ノ如キ規定ヲ生スル源ハ民法カ代理權ノ性質本體ヲ誤認シ又間接占有ノ基礎ヲ誤レルカ故ニ疑心暗鬼反對ノ解釋ノ生センコトヲ恐レテ注意的ニ設ケタルモノナル可シト雖モ全然無用ノ規定ナリ、何トナレハ間接占有ノ基礎ハ本人代理人間ニ存スル物ノ返還請求權ニ在リテ代理權ノ存否トハ全然無關係ナリ、例ヘハ質權者賃借人受寄者等ハ始メヨリ所有者ノ代理人ニ非ス、代理權ヲ有スルニ非ス、故ニ代理權ノ消滅ニヨリ間接占有ノ消滅セサルハ當然ナリトス、

第四節 準占有

第二百五條 本章ノ規定ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ財產權ノ行使ヲ爲ス場合ニ之ヲ準用ス

(一) 沿革 準占有 (Juris quasi possessio, Rechtsbesitz) ノ思想ハ其源ヲ羅馬法ニ發ス、羅馬法ニ於テハ地役權ノ行使ヲ以テ準占有トナセリ (同論 Dernburg, Pand I § 190; Gierke, D. P. R. II S. 524. 地上權及ヒ永小作權ニ就テモ準占有ヲ認メタリトノ説ハ (Randa, Besitz S. 633 ff.) 故ニ準占有モ亦物ノ占有ナリシナリ、即チ占有ト準占有トハ其物體ヲ異ニスルニ非ス、只所有意思ヲ有シ物ノ全部ニ就テ所持スルモノハ占有ニシテ一定ノ關係ニ於テノミ物ヲ支配スルモノハ準占有ナリシナリ、故ニ占有ト準占有ノ差別ハ寧ロ其ノ意思ニ存セリ (Windscheid Pand. § 163) 然ルニ寺院法ニヨリ其意義大ニ擴張セラレ、物ノ所持ヲ要セサル諸種ノ權利ノ行使ヲ準占有トナシタリ、例ヘハ寺院市町村等ニ對スル國家ノ最高權、諸種ノ僧職及之ニ附屬スル特權及ヒ利益、婚姻即チ夫タリ妻タルノ身分ノ如キモ準占有ノ目的トナルモノトシ、殊ニ時効ニヨリ之等ノ權利ヲ取得シ得ルモノトセリ (Dernburg Pand I § 191. Randa Besitz S. 643) 寺院法ノ影響ヲ受ケタル獨逸普通法ニ於テハ物ノ所持ヲ必要トセサル物權ノ行使ヲ準占有トナシ (Brunn, Besitz S. 421. Beseler, P. R. § 79; Randa, Besitz S. 642) 債權ニ就テモ其繼續性ノモノニ付キテハ一般ニ之ヲ認メ (Gierke II § 144 N. 69. Dagegen Krausz System § 170.) 猶人格權ニ付キテモ準占有ヲ認ムルモノ少カラヌ (Gierke II § 114. Bruns aao. S. 383 Randa aao. S. 661.) 獨リ親族上ノ權利殊ニ婚姻ニ付キテハ之ヲ認

メサルヲ通説トス (Randa aao. S. 623; Unger, System IS. 510. 反對 Krausz System § 170.) 近世ノ立法ニ於テハ普國々法ハ尤モ廣ク之ヲ認メ (一部七章五條—七條) 奧太利民法ハ之ヲ取引ノ目的トナル權利ニ限リ (奧民三一) 佛蘭西民法ハ之ヲ身分權ニ及シタリ (Possession d'état 320, 321) 獨逸新民法ニ至テ再ヒ之ヲ制限スル傾ヲ生シ之ヲ人的及物的ノ地役權ニ止メタリ、然レトモ此點ニ付テハ各州ノ立法ニ委シタルモノ少カラサルカ故ニ(施行法一九一) 實際ハ猶多クノ準占有アリ。

(二) 準占有ノ觀念

本條ノ規定ニ因レハ「財產權ノ行使ヲ爲ス場合云々」トアリ、故ニ一方ニ於テハ國家ノ最高權、公職、婚姻其他身分ノ如キ財產ノ性質ヲ帶ヒサル權利ハ準占有ノ目的トナリ能ハサルコト明ナリ、然ラハ一切ノ財產權悉ク準占有ノ目的トナルヤ之ヲ制限スルノ必要ナキヤト云フニ、凡ソ財產權ノ行使ニシテ物ノ所持ヲ必要トスルモノト然ラサルモノアリ、權利ノ内容トシテ物ノ所持ヲ包含スルモノハ凡テ前者ニ屬ス、故ニ此ノ種類ノ權利行使ハ準占有ニ非スシテ占有ナリ(梅博士民法要義二卷第二條前書)ト云フ可シ、左レハ準占有ノ意義ハ占有ニ非サル權利ノ行使ニ限ラレサル可ラス、本條ノ文字ハ廣キニ失シ占有ヲモ之ヲ包含スト雖モ此ノ二者ハ相對立ス可キモノナルカ故ニ準占有ハ物ノ所持ヲ包含セサル財產權ノ行使ノ義ニ制限スルヲ要ス、

(三) 準占有ノ目的 前述ノ旨趣ニ從ヘハ占有ト準占有ノ區別ハ其目的ニ在リ、占有ハ有體物ノ支配ニシテ準占有ハ物ノ支配ヲ包含セサル財產權ノ支配即チ事實上ノ行使ナリ、故ニ獨逸ノ學者ハ前者ヲ物ノ占有 (Besitz) ト稱シ後者ヲ權利ノ占有 (Rechtsbesitz) ト稱ス、善ク其ノ觀念ヲ言ヒ現ハスモノト云フ可シ、

物ニシテ占有ノ目的タルヲ得サルモノアルト同シク財產權ニシテ準占有ノ目的タルヲ得サルモノナキニ非ス、故ニ先ツ財產權ノ意義ヲ述ヘ、次テ疑問アル點ニ付キ述ヘントス、財產權ノ意義ニ就テハ從來學說一定セスト雖モ、經濟上ノ價值アル權利即チ金錢上ノ價值アル權利ヲ以テ財產權トナスハ多數說ニシテ又正當ナルカ如シ(本書一卷八九〇參照)、然ラハ即チ財產權ニシテ準占有ノ目的タルヲ得サルモノ少カラス、

(イ) 公職又ハ身分ヲ基トスル財產權

例之官吏公吏ノ俸給恩給ヲ受ケルノ權、法律上ノ扶養ノ權利義務ノ如キハ準占有ノ目的タルヲ得ス、何トナレハ之等ノ權利ハ其基礎タル關係ヲ離レテ存在スルヲ得ス、而シテ其基礎タル關係即チ公職身分ノ如キハ財產權ニ非サレハ準占有ノ目的タルヲ得サルハナリ、例ヘハ時効ニヨリ法律上扶養ヲ受ケル權利ヲ取得スルヲ得サルカ如シ、

(ロ) 一回ノ行使ニヨリ消滅スル權利

例之取消權、解除權、買戻權ノ如キハ準

占有ノ目的タルヲ得ス、從テ取得時効ノ目的タルヲ得ス、何トナレハ準占有ノ本體ハ物ノ所持ヲ包含セサル權利ノ行使ニシテ之ヲ取得スルニハ其權利ノ事實上ノ行使ヲ要ス、然ルニ權利ノ性質上一回行使スルトキハ直ニ消滅スルナラハ之ヲ取得スルコト不能ナルカ故ナリ、

(ハ) 債權

之レ從來尤モ議論ノ多キ處ニシテ、從來ノ獨逸ノ學說ニ於テハ準占有ノ目的タルヲ得ストナスモノ多數ヲ占ム、其論據ノ如キ人ニヨリ同シカラサルモ重ナルモノナシト云レハ、(一) 債權ハ一回ノ行使ニヨリ消滅スルカ故ニ占有ノ目的タルヲ得スト云フモノアリ (Unger, System I S. 546.)、然レトモ之レハ正シカラス、債權ノ性質ニヨリ一回ノ給付ニヨリ消滅スルモノト一定ノ期間繼續シテ又ハ繰返シテ行使シ得ルモノアリ、論者ノ說ハ前者ニ就テハ的中スルモ後者ニ關シテハ誤レリト云フ可シ、(二) 債權ノ目的ハ債務者ノ意思ニ在リテ意思ハ自由ニシテ外部ヨリ支配スルヲ得サルカ故ニ占有スルヲ得スト云フ (Klerner I S. 364.)、然ラハ債權其ノモノカ如何ニシテ成立シ得ルカ奇ナリト云フ可シ、債權カ實際ニ權利トシテ成立シ得トモハ事實上債權者ト同一ノ地位ヲ獲得シ得タルモノハ債權ノ行使者ト云フ可キニ非スヤ、(三) 準占有ハ物權ナリ、若シ債權ノ行使者ヲ準占有者トナサハ物ヲ目的トセサル物權ヲ生ス可シト

(Puchmann, Die Verjährung S. 103) 然リ準占有ハ物權ナリ、然レトモ本法ニ於テハ物權ノ目的ハ必シモ物ニ限ラス、權利質ノ如キ財産權ヲ目的トスル物權存ス、故ニ本説ハ前提ニ於テ誤アリ(本卷緒論一、参照)。

余輩ノ債スル所ニ於テハ債權モ亦準占有ノ目的タルコトヲ得(同論Arndts-Pand § 129 N. 3; Windscheid § 464; Dernburg Pand § 191; Randa § 24. 反對 Kraing I. • S. 488) 蓋シ債權ハ財産權ニシテ其性質繼續シテ行使スルヲ許スモノハ本條ノ條件ヲ完全ニ具ヘ得ルカ故ナリ、又第四百七十八條ニハ明ニ「債權ノ準占有」ナル文字アリ、故ニ法典ノ解釋トシテ絶對的ニ債權ハ準占有ノ目的タルヲ得スト爲スハ誤レリ、余ノ見ル所ニ於テハ左ノ區別ヲナス可キモノナリ、

(a) 物ノ支配ヲ許容スル債權

例之賃借權、使用借權、寄託、運送等ニ於テハ其權利ノ内容ヲ行使スル爲メニハ物ノ所持ヲ要ス、故ニ此ノ場合ニハ權利ノ行使者ハ準占有者ニ非スシテ占有者ナリトス、

(b) 一回ノ行使ニヨリ消滅スル債權

ハ準占有ノ目的タルヲ得ス其理由ハ(ロ)ニ述ヘタリ、

(c) 繼續シ又ハ繰返シテ給付ヲ請求スル債權

例之契約上ノ終身年金、借賃、利息、年賦金ノ如キハ準占有ノ目的トナルコトヲ得、其理由ハ本條準占有

ノ要件ヲ滿シ得ルカ故ナリ、第四百七十八條ノ「債權ノ準占有」ト云フハ此場合ノミヲ指ス、猶此點ハ之ヲ後ニ述フ可シ、

(二) 相續權

相續開始前ノ相續權(Erbschaft)ナルモノハ一定ノ身分上ノ關係ニ基テ希望權ニシテ既成ノ權利ニ非ス、故ニ準占有ノ目的タルヲ得ス、相續人ノ地位ヲ通俗ニ相續權ト呼フモ之レ未タ完全ナル權利ニ非ス、相續人自身ニ於テモ之ヲ行使スルヲ得ス、又消滅時効ノ客體トモナラス、擔保權ニヨリ擔保スルヲ得ス、又被相續人又ハ第三者カ相續財産ヲ減少又ハ毀滅スルモ損害賠償ノ訴權ヲ生セス即チ權利タルノ實質ヲ備ヘサルモノナリ、故ニ財産權ノ行使タル準占有ノ目的タルヲ得ス、例之戸籍吏ノ錯誤ニヨリテ時効期間法定推定家督相續人ノ地位ニ於テモ登記セラル、モ之ニヨリ其地位ヲ取得スルヲ得サル可シ、

以上ト異リテ相續開始以後被相續人ニ屬セシ權利義務ヲ行使スル者ハ眞ニ占有者又ハ準占有者ナリ、而シテ此ノ場合ヲ相續ノ準占有ト稱スルコトナキニ非サルモ正シカラス、蓋シ此ノ場合ニ占有又ハ準占有ノ目的タルモノハ相續財産全體ニハ非シテ各個ノ權利義務ナリ、即チ相續財産カ全體トシテ占有ノ目的トナルニ非サレハナリ、故ニ各個ノ財産ノ侵害ニ對シテハ占有者又ハ物權 占有權 準占有 【二〇五】

準占有者ハ占有訴權ヲ有ス可キモ(同論 Randa § 24. N. 7. S. 664; Krulz I § 170. S. 491.)
相續全體ヲ否認スル者ニ對シテハ占有訴權ヲ有セス、

(ホ) 專用權

土地、水面、道路等ノ專用權、著作權、特許權、意匠、商標、商號等ノ專用
權ハ繼續シテ行使スルコトヲ得ル財產權ナルカ故ニ準占有ノ目的トナリ
得ルコト爭ナキ所ナリ、

(四) 準占有ノ取得

準占有ハ本條ニ明ナル如ク自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ財
產權(物ノ所持ヲ要セサル)ノ行使ヲナスノ事實ヲ云フ、故ニ準占有ノ要件ハ占有
ノ要件ト同シシ心素及ヒ體素ノ二ナリ、心素ハ即チ自己ノ爲メニスル意思ニシ
テ體素ハ即チ財產權行使ノ事實ナリ、從テ此二者ヲ具備スルニ因リ準占有ハ取
得セラレ、其一又ハ二ヲ喪失スルニヨリ準占有ハ喪失セラル、理ナリ(Randa, Das
Iz § 25.)、第八十條以下ノ規定及ヒ第二百三條第二百四條ノ規定ハ之ヲ準占
有ニ準用スルコトヲ得、

(イ) 準占有ノ意思

準占有ニハ自己ノ爲メニスル意思ノ外ニ權利ノ内容ヲ權
利トシテ行使スルノ意思ヲ要ス、只單ニ權利ノ内容ヲ實行スルノミニテハ其
體素ハ即チ具ハル可キモ未タ之ヲ準占有ト云フ可ラス、權利ノ内容ヲ自己ノ
利益ノ爲メニ權利トシテ行使スルノ意思カ準占有ノ意思ニシテ準占有ノ成

立ニ缺ク可ラス、例之親族朋友等ノ間柄ニ於テ權利ノ内容ノ行使ヲ許容セラ
ル可キヲ信シテ之ヲ行使スル場合(usus ex Jure familiaritatis)、又ハ強制ニヨリ又ハ
公法上當然許容セラレタルモノト信シテ行使スル場合(usus ex Jure Facultatis)、例
ヘハ公道ト信シテ通行スル者又ハ一時景色ヲ眺メント欲シ他人ノ土地ニ立
入ル場合ニ於テハ、自己ノ權利トシテ權利ノ内容ヲ行使スルニ非サルカ故ニ
其行為ノ内容カ或權利ノ内容ト相當スルト雖モ準占有タルヲ得サルナリ、然
レトモ正當ニ權利ヲ有スト信スルヲ要セス(opinio Juris)、又權利ノ内容ヲ行使
スルニ就キテハ其善意ナルヲ要スル理由ナシ、之レ只善意準占有ノ要件ノミ、
若シ夫レ他人ノ同意ヲ得テ權利ヲ行使セルモ其他人カ何時ニテモ其同意ヲ
撤回シ得ル場合ニ關シテハ疑アリ、或ハ此ノ如キハ何時撤回セラル、ヤモ知
レサルカ故ニ自己ノ爲メニ權利トシテ實行スルノ意思ヲ缺クト云フ(Schwarzob
L. I § 36. 37.)、然レトモ之レ正シカラズ、撤回サルレハ即チ止ム可キモ撤回サル
マテハ自己ノ爲メニスルノ意思ヲ以テ權利トシテ行動スルモノト見ル可
シ(Randa an.o § 26)故ニ此場合モ亦準占有ト見テ不可ナシ、
準占有ニ就テモ亦直接間接ノ區別ヲナスコトヲ得、直接ニ自ラ權利ノ内容ヲ
行使スルモノハ直接占有者ナリ、他人ノ爲メニ權利ノ内容ヲ行使ス可キ義務
物權 準占有 【一〇五】

アリテ之ヲ行使スル場合ニハ其者ハ直接占有者ニシテ其權利者ハ間接占有者ナリ例之他人チシテ債權ノ取立テチナサシムル場合ニ於テハ其使用者ハ債權ノ間接占有者ナルカ如シ、

(ロ) 權利ノ行使

權利ノ行使ハ準占有ノ要素ニシテ占有ニ於ケル物ノ所持ニ相當ス、而シテ其行使ノ方法ハ權利ノ種類及ヒ其内容ニヨリ異ルト雖モ一般ニ云ヘハ左ノ條件ヲ必要トス、

(a) 現實ノ行使

債權ニ於テハ履行ヲ現實ニ受ケルヲ以テ行使トス、故ニ一同ノ給付ニヨリ消滅スル債權ハ準占有ノ目的トナラス、債權證書ノ占有ハ未タ債權行使ニ非ス、無効行為ニヨリ債權ヲ讓渡シ之ヲ債務者ニ通知スルモ猶讓受人ハ債權ノ準占有者ニ非ス、故ニ第四百七十八條ノ適用ナシ、蓋シ我民法ノ準占有ハ權利ヲ行使シ得ル事實上ノ地位ニアルヲ云フニ非ス、現ニ權利ヲ行使スル状態ヲ意味スレハナリ、繼續シ又ハ繰返シテ給付スル債權ニ於テ一同又ハ數回ノ辨濟ヲ受ケタルトキハ債權ノ現實ノ行使アルカ故ニ其者ハ其債權ノ準占有者タル可シ、
專用權ニ就テハ登記登錄(著作權特許權等)ノミニテハ未タ準占有ニ非ス、一同若シクハ數回ノ複製又ハ製造アリテ始メテ之等ノ權利ノ内容ノ實行

アルカ故ニ是等ノ權利ノ準占有アル可シ、

要スルニ權利ノ行使トハ權利ノ内容ノ實行ヲ意味ス、若シ夫レ權利ノ處分殊ニ讓渡カ權利行使ト云ヒ得キヤ否ヤハ議論アル點ナルモ有力ナル學者中之チ否定スルモノアリ(Randa Besitz 26 B. 698.)、蓋シ權利ヲ讓渡ストキハ爾後權利ノ内容ノ實行ヲ繼續スルヲ得サレハナリ、然シナカラ他人チシテ權利ヲ行使セシメ其對價ヲ取得スル場合ニ於テハ權利ノ行使アルモノト見ルチ通説トス、例之特許權者カ他人ニ特許權ノ使用ヲ許シ對價ヲ得ル場合ノ如シ、此場合ニ於テハ間接準占有アルモノナリ、

(d) 權利ノ行使ハ一回ニテ足ル

繼續又ハ反覆シテ行使チナシ得ル權利ニ就テノミ準占有アリ得キコトハ既ニ述ヘタリ、而シテ一回ノ行使アル以上ハ即チ權利ノ行使アル理ナルカ故ニ準占有ヲ取得ス可シ、例ヘハ年金ニ付キ一回ノ辨濟ヲ受ケ又ハ特許權ニ付キ一回ノ製作チナストキハ其權利ノ行使アリト云フ可シ、

(c) 準占有ノ範圍

權利行使者ハ其實行シタル範圍内ニ於テ準占有ヲ取得スルコト占有ノ場合ニ同シ、例之千圓ノ年金申五百圓ノ履行ヲ請求スル者ハ五百圓ノ範圍ニ於テ占有者タル可シ、然レトモ或權利ニ當然ニ附屬スル物權ニ準占有 【二〇五】

權能ハ現ニ之ヲ行使スルコトナキモ之ヲ取得シ得ル場合ナキニ非ス、例之
主タル債權ノ一部ヲ行使スルトキハ其割合ニ應シテ利息債權ヲ得ルカ如
シ、

準占有ノ一般的要件ハ以上ノ數者ニ盡キタリ、而シテ權利ノ行使ニハ只權利
ノ内容トシテ或行為ヲナスヲ要スルノミニシテ權利者タルノ確信又ハ實際
上權利ヲ有スルヲ必要トセス、是等ハ或ハ善意ノ準占有又ハ正權原アル準占
有ニ必要ナルコトアラソノミ、

(五) 準占有ノ喪失

準占有ハ自己ノ爲メニ權利ヲ行使スルノ意思又ハ權利行使
ノ事實ヲ失ヒタルトキハ之ニヨリテ消滅ス、而シテ其意思ノ拋棄ニ付キテハ占
有ニ關スル規定ヲ其儘ニ適用スルヲ得可ク、又權利行使ノ事實ノ喪失ハ任意ニ
出ツル場合ト外部ノ強制ニヨル場合トアリト雖モ其結果ハ一ナリ、又間接準占
有ノ消滅ニ關シテハ前條ヲ類推センノミ、

(六) 準占有ノ效力

本條ノ規定ニヨレハ準占有ニハ占有ニ關スル規定ヲ準用ス
トアリ、然ラハ如何ナル範圍ニ於テ如何ニ準用セラル可キヤ、之レ尤モ不明ナル
所ナリ、余ノ見ル處ニ於テハ準占有ハ權利行使ノ事實ナリト云フ點ニ於テハ凡
テノ場合ニ共通ナリト雖モ、行使セラル、權利ノ種類ノ異ナルニ從テ個々ノ場

合ニ就テ論スレハ其法律事實ノ構成常ニ同一ニ非ス、故ニ占有ニ關スル規定ヲ
準用ス可キ範圍モ亦必シモ凡テノ場合ニ同一ナルヲ要セス、左ニ重ナル點ヲ述
ブ可シ、

(イ) 取得時効

ニ關スル規定ハ凡テノ準占有ニ準用アル可シ、

(ロ) 權利ノ推定

即チ第百八十八條ノ規定モ亦凡テノ場合ニ適用アル可シ、

(ハ) 果實取得

ニ關スル第百八十九條以下ヲ準用スルヲ得ン、本來我民法ノ法
定果實ハ物ノ使用ノ對價トシテ受ク可キ金錢其他ノ物ヲ云フ(八八)、從テ他人
ヲシテ權利ヲ使用セシメテ報酬トシテ受クルトコロノモノハ果實ニ非ス、又
自ラ權利ヲ行使シ獲ル所ノモノモ果實ニ非ス、是等ハ皆收益ノ觀念ニ屬ス可
キモノナリ、畢竟果實ハ(法定果實ト雖モ)物ヨリ生シ權利ヨリ果實ヲ生スルコ
トナシ、然レトモ其ノ關係相類似スルヲ以テ果實取得ニ關スル占有ノ規定ヲ
準用スルヲ妨ケス、

(ニ) 回復者ノ費用賠償

占有カ本權ニ歸ツ能ハサルカ如ク準占有モ亦實質
上ノ權利ニ歸ツ能ハス、例之著作權特許權等ノ事實上ノ行使者ハ眞實ナル權
利者ノ爲メニハ其權利行使ノ事實ヲ擲メサル可ラス、即チ眞ノ權利者ハ準占
有ヲ回復スルコトヲ得ルナリ、此場合ニ準占有者カ費用ヲ加ヘタル事實アル
物權 準占有 【二〇五】

物權 準占有 【二〇五】

二七八

トキハ第九十六條ノ規定ニ從ヒ其償還ヲ求ムルコトヲ得可シ例之準占有者カ消滅時效ヲ中斷シ又ハ登錄ノ爲メニ費用ヲ出シタルトキハ其償還ヲ求メ得ルカ如シ、

(ホ) 權利ノ取得

ニ關スル第九十二條モ亦準占有ニ準用スルチ可トスル場合アリ、同條ハ無權利者ヨリ占有ヲ取得セル者カ物上ニ行使スル權利ヲ取得スル制度ナリ、而シテ其理由ハ動産ノ權利取得者ハ前者(相手方)ノ權利ヲ調査スルコト困難ナルカ故ニ之ヲ保護セントスル精神ニ出ツ、而シテ準占有ニ就テモ同一ノ理由存スル場合ニハ之レヲ準用スルチ可トス、然ルニ此ノ點ニ付キテハ反對説多シ、大審院ノ判決ニヨレハ第九十二條ハ動産ニ關スル特別規定ナルカ故ニ準占有ニハ適用ナシト云フ(大正八、一〇、二、判決、二五輯一七三〇)然レトモ斯ク一概ニ排斥スルハ不可ナリ、實際取引上前者ノ權利ヲ調査スルコト困難ナル場合ニハ動産ニ於ケルト同一ノ理由アルカ故ニ之レヲ準用シテ不可ナシ、記名國債ノ買入ノ如キ場合ハ當然準用ノ價值アリ、白紙委任狀付記名株券ニ付キテハ第九十二條ノ當然ノ適用ナカル可キモ(大正五、五、一五、大審院判決)準占有トシテ同條ヲ準用スルチ可ナリトス、但シ取引ノ頻繁ナラサル權利、公示方法ノ存スル權利ノ準占有ニハ同條ヲ準用ス可ラサルハ勿

論ナリ、

(ハ) 占有訴權

ニ就テハ一概ニ論スルチ得ス、準占有ノ目的タル權利カ第三者ニ追及スル效力ナキ場合ニ於テハ準占有モ亦占有訴權ナシ、例之債權ノ準占有者ハ第三者カ債權ノ目的物ヲ奪取スルモ其返還ヲ請求スルチ得ス、第三者カ妨害スルモ其停止ヲ請求スルチ得サルカ如シ、反之準占有ノ目的タル權利ノ對世的效力アル場合ニ於テハ第三者ノ侵害ニ對シテハ其停止ヲ請求スルチ得可シ、例之特許權ノ準占有ハ第三者ニ對シテ侵害停止ヲ請求スルチ得可シ、斯ノ如ク場合ニヨリ異ルト雖モ要スルニ準占有者ハ如何ナル場合ニ於テモ其目的タル權利ノ眞ノ權利者カ有スルヨリ實質上大ナル權利ヲ有スルコトナカル可シ、

第三章 所有權

總說

(一) 所有權ノ觀念

ニ就テニ大思想ノ存スル在リ、一ハ日耳曼法ノ思想ニシテ他ハ羅馬法ノ思想ナリ、歐洲中世ノ法律及ヒ十八世紀ノ終ニ出來タル諸法典ニ於テ

物權 占有權 準占有 【二〇五】

二七九

ハ日耳曼思想ノ行ハレタルモノ多カリシカ、十九世紀ノ中葉以來羅馬法思想次第ニ勢力ヲ得テ遂ニ今日ノ通説トナリ、我民法モ亦之ヲ承繼シタルモノニ外ナラサルカ故ニ左ニ大要ヲ述フ可シ、

(イ) 日耳曼法ノ思想ニヨレハ所有權ハ物上ニ存在シ得ル支配權ノ總合ナリ、故ニ目的物ノ性質ノ異ルニ從ヒテ所有權ハ内容ヲ異ニシタリ、殊ニ動産所有權ト不動産所有權ト其内容ニ於テ同シカラス、又所有權ハ其内容ノ異ナルニ從ヒ種々ノ階級ニ分カレタリ、物上ニ行ハレ得ル凡テノ權能ヲ具備スルモノハ完全所有權ニシテ主要ナル權能ヲ缺クモノハ不完全所有權ナリシ、蓋シ當時ハ所有權ヲ以テ抽象的(現在の權能ニ對ス)觀念トナス術ヲ知ラザリシカ故ニ、他人ノ爲メニ物權ヲ設定スル時ハ權利ノ一部ヲ奪ハル、結果トナリ其彈力性ヲ認ムルニ由ナカリシカ故ナリ、又土地ノ所有權ハ公權ト結合シ純然タル私法上ノ財產權ニ非ザリシモノ、如シ(Vergl. Gierke D. P. R. II S. 347. 360)。

(ロ) 羅馬法ノ所有權ノ思想ハ右ト異リ、物上ノ完全支配力(又ハ凡テノ關係ニ於ケル支配力)ヲ以テ所有權トナセリ、即チ所有權ハ各權能ノ集合ニ非スシテ一個成一ノ權利ナリシナリ(Windscheid Pand § 167; Randa Eigenhum I S. 7. 其他)

以上ノ二說中實際ニ便利ナルモノハ後者ナリトス、我國ノ學者ハ大抵之ニ從フ、余

モ亦之レヲ探ラントス(明治三七、三四、大審院判決、富井博士民法論二卷九〇、横田博士物權論一九四、三浦博士註釋民法全書第四卷一〇等同論)而シテ所有權ハ完全支配力ナリト云フハ抽象的ノ意義ニ於テ之ヲ云フモノニシテ實在的又ハ個々の所有權ヲ探テ之ヲ比較スレハ其内容ハ其目的物ノ性質ニ從テ一ナラサルハ勿論ナリ、故ニ獨逸學者ハ此意義ヲ示サンカ爲メニ所有權ハ本體上(Ansich)又ハ觀念上(Clar Idee nach)完全支配力ナリト云フ、其義ハ其作用又ハ效力ハ之ヲ制限シ得ルヲ意味シ又之ヲ制限スルモ其本體ハ損セラレサルヲ意味スルモノナリ(Windscheid Pand I 167. aum. 5 引用參書 Gierke D. P. R. II S. 348. 引用參書參照)。第二百六條ノ規定ハ所有權ノ本體ヲ示シタルモノニ非スシテ其主タル權能ヲ上ケタルモノト解スルヲ得、然ラハ我民法上ノ論トシテモ所有權ハ物ヲ完全ニ支配スル權利ナリト云フコトヲ得、

所有權ハ其支配力完全ナリ、之レ所有權カ他ノ物權ト區別セラル、所以ナリ、然レトモ之ヲ以テ其差ハ單ニ支配範圍ノ分量ニ存スト云フ勿レ、前者ノ支配力ハ素ト制限アルニ非ス故ニ之ヲ制限セラレタルモノト數量的ニ比較スルヲ得ス、二者ノ差ハ分量的ノ差別ニ非スシテ性質上ノ差別ナリ(反對意見 Stolbe Privatrecht Saarf II § 94, Hartmann Rechte an der eigenen Sache S. 73, Thom, Knorm S. 161)。

(二) 所有權ノ制限

シテ認ムル所ナリ、法律ヲ以テ之ヲ制限スル能ハサルニ非サルモ此本體ヲ動スナラハ之レ所有權ヲ破滅スルモノト云ハサル可ラス、然レトモ所有權ハ前途ノ如ク抽象的觀念ナルカ故ニ其本體ヲ變更スルコトナクシテ其個々の作用ヲ制限スルコトヲ得、通常所有權ノ制限ト稱スルハ眞ノ所有權ノ制限ニハ非スシテ其作用ノ制限ナリ、

所有權ノ作用ノ制限ノ意義ハ通常所有權ノ作用ノ一部ヲ奪ヒ去ルモノト解セラレ、モ正シカラス、若シ此ノ如キモノナリトセハ其制限撤廢セラレ、トセハ所有權ニハ虧缺ヲ生ジ、之ヲ完全ナラシムル爲メニハ新ナル取得行爲ヲ要ス可シ、所有權ノ作用ノ制限ハ一時所有權ノ作用ヲ外部ヨリ抑壓シ發動スルヲ得サラシムルニ止マリ之ヲ其根底ヨリ除去スルニ非ス、所有權ノ内容ハ之ニヨリ減殺セラレ、ニ非ス、其外的壓力ニシテ除去セラレ、トキハ所有權ハ其本然ノ力ニヨリ自動的ニ舊來ノ狀態ニ復ス、形容スレハ指頭ヲ以テ護謀球ヲ壓スルノ狀ノ如シ、所有權ノ此潛在的ノ力ヲ稱シテ弾力性 (Elasticität, expansionskraft, Kondensirbarkeit od. Konsolidation) ト稱ス、所有權ノ弾力性ハ所有權ノ本體ヲ抽象的ノ力ト認ムルニヨリテ理解セラレ可シ、所有權ノ制限ハ之ヲ分ツテ三種トナス、

(イ) 法令ニ依ル制限

之レ第三百六條ノ認ムル所ナリ、詳細ハ同條ニ於テ説ク可シ、只茲ニ一言ス可キハ法令ニ依ル制限ノ性質ナリ、多數説ニ於テハ所有權ハ法令ノ制限内ニ於テノミ存スト説ク(富井博士民法原論二卷九二、横田博士物權法一九六)、是レ誤解ニ非サルモ誤解ヲ招キ易シ、法令ニハ所有權ノ本體ヲ定ムルモノト其作用ヲ定ムルモノ、二種アル可シ、所有權ハ前者ノ制限内ニ於テノミ存ス可キハ疑ナキモ後者ノ性質ヲ有スル法令ハ一時所有權者ノ權能ノ發動ヲ抑壓スル效力アルモ其本體ヲ減殺スルノ作用ナシ、第二百六條ニ、法令ノ制限内ニ於テ云々トアルハ後ノ種類ノ法令ヲ指スモノナリ、一例テ上クレハ古社寺保存法ニヨリ特別保護建造物又ハ國寶ト認定セラレタル物ハ之ヲ處分スルヲ得ス(同法四、五)、又保安林ニ編入セラレタル森林ハ皆伐及開墾ヲナスヲ得ス(森林法一九)、是等ハ皆所有權ノ作用ヲ抑壓スルモ其本體又ハ内容ヲ減殺スルモノニ非ス、故ニ是等ノ法律カ一朝廢止セラレ、トキハ所有權ハ其弾力性ニヨリテ完全支配權ニ復ス可シ、若シモ所有權ノ内容カ是等ノ法律ノ範圍内ニ限ラル、モノト解セハ其廢止ノ場合ニ如何ニシテ當然其處分權ヲ回復ス可キカヲ説明スル能ハサル可シ、此種ノ法令ノ制限ハ他物權ノ制限ト其性質ヲ異ニセサルモノト云フヘシ、

(ロ) 慣習法ニ依ル制限

慣習法ハ法令(成文法)ト同一ノ效力ヲ有ス(本書一卷一六以下)、故ニ慣習法ヲ以テ所有權ノ作用ヲ制限スルコトヲ得サル可ラス(同論 Randa, *Eigentum* S. 11. 梅博士民法要義二卷九二頁)、其制限ノ意義ハ(イ)ニ同シ、而シテ其慣習法ハ多ク不動産ノ所有權ニ關スルカ故ニ第二百七條ノ下ニ之ヲ述フ可シ、

(ハ) 他物權ニ依ル制限

所有者ノ意思ニ基因スル他物權ノ設定ハ所有權ノ作用ヲ抑壓スルカアリ、然シナカラ其性質ハ一個ノ所有權ノ一部ヲ割テ他人ニ讓渡スルモノト解スルヲ得ス(反對埃民三七五)、若シモ所有權ノ本質ハ使用權收益權處分權等ノ集合ニシテ他物權ノ設定ハ之等權能ノ一部ヲ他人ニ讓渡スルモノト解スルトキハ理論上其他物權消滅スト雖モ所有權ハ當然完全支配權ニ復スルヲ得ス、之カ爲メニハ別ニ其虧缺ヲ補補スルニ必要ナル取得行爲ヲ必要トス可シ、然レトモ之レ事實ニ非ス(Vergl. Randa, *Eigentum* S. 17.)、故ニ他物權ノ設定行爲ハ新ニ強力ナル權利ヲ創設シ之ヲ所有權ノ側ニ置クモノニシテ之レカ爲メ所有權ハ其作用ヲ一時壓迫セラル、モノト解ス可シ、如斯セハ他物權消滅スルトキハ所有權ハ其弾力性ニヨリ當然其本然ノ狀態ニ復スルノ理ヲ了解スルヲ得シ、(大正三、一、一八、大審院判決、判決錄二〇輯一一一七頁同趣旨)故ニ我民法上ハ

所謂支分權 (*Gehaltseigentum*) 即チ所有權ノ包含スル權能ノ一部ヲ以テ所有權ノ一種トナスノ觀念ナリ、所謂支分權ナルモノハ他物權ニ外ナラス、又所有權ニ完全所有權不完全所有權ノ別ナシ、埃太利民法ノ如キハ物ノ實質 (*Gehalt*) ニ對スル權利ト之ヲ使用スル權利トカ同一人ニ屬スルトキハ之ヲ完全所有權トナシ、實質ニ對スル權利カ一人ニ屬シ使用權カ他ノ一人ニ屬スルトキハ兩者共ニ不完全所有權トナリ、前者ハ優等所有權ニシテ後者ハ使用所有權ナリトナス(埃民三五七)、此ノ如キ觀念ハ我民法ノ認メサル所ナリ、所有權ハ如何ナル場合ニ於テモ其本質上完全支配權ナリ、羅馬法ニ於テハ所有權カ他物權ノ爲メニ制限セラレ使用收益ノ權能ヲ缺クトキハ之ヲ裸體ノ所有權、虛有權 (*Nudum proprietas*) ト稱シ以テ使用收益權アル所有權、通常完全所有權ト稱ス、ト對セシム、之レ又不必要ナル分類ナリ、蓋シ他物權ノ制限ヲ設クル所有權モ亦其本質ハ完全支配權ニシテ使用收益權ヲ有スルモノト異ル所ナケレハナリ、
物ノ支配ヲ許與スル債權ハ經濟上ノ意義ニ於テハ所有權ノ制限ト看ル可キ場合ナキニ非サルモ法律上ハ所有權ノ制限トナルコトナシ、何トナレハ債權ノ目的ハ常ニ債務者ノ行爲ニ在ルカ故ニ債權ハ直接ニ所有權者ノ物ノ支配ヲ妨グルモノニ非サレハナリ、債權カ假登記ヲ經タル場合ニハ第三者ニ對抗スルコト
物權 所有權 總說

ヲ得、然レトモ債權ハ假登記ニヨリテ性質ヲ變セス、依然トシテ其讓渡消滅等ニ關シ債權法ノ支配ヲ受ケ、其内容ハ債務者ニ對スル請求ニシテ物上ノ支配ニ非サルカ故ニ此ノ場合ニ於テモ直接ニ所有權ヲ制限スルノ作用ナシ、

(三) 所有權ノ目的物

ハ有體物ニ限ラル、而シテ所有權ハ物ヲ完全ニ支配スル權利ナルカ故ニ所有權ノ目的ハ獨立シタル物ナルヲ要シ、物ノ一部上ニハ所有權成立スルヲ得ス、一物上ノ所有權ハ常ニ必ラス一個ナリトス、而シテ物ノ個性ハ取引ノ觀念ニヨリ之ヲ決ス可シ(本書一卷三七七)又所有權ノ目的トナルニハ物ニ權利能力アルヲ要ス、換言スレハ物ノ性質又ハ法律ノ規定ニヨリ個人ノ獨占的支配ヲ禁セラレサルヲ要ス(本書一卷三八〇以下)、

(四) 所有權ノ種類

所有權ハ其本體ニ於テハ常ニ同一ニシテ種類ナキモ其主體及ヒ目的ニ就キテ重要ナル分類ヲナスコトヲ得、

(イ) 單獨所有權ト共有

一個ノ所有權力數人ニ共屬スルモノヲ共有ト稱シ、一人ニ專屬スルモノヲ單獨所有權ト稱ス(本章第三節參照)、

(ロ) 動産所有權ト不動産所有權

之レ最も重要ナル分類ニシテ取得方法、公示方法并ニ制限ニ關スル法規等相異ルモノ頗ル多シ、

(五) 所有權ノ保護

ニ關シテハ本法ニ規定スル所ナシ、之レ缺點ト云ハサル可ラス、

然レトモ凡ソ權利ハ其内容ニ應ジテ法律ノ保護ナカル可ラス、然リ而シテ所有權ハ物ヲ完全ニ支配スル權利ナルカ故ニ他人カ其支配ヲ妨ケタルトキハ完全ノ狀態ニ復スル爲メニ他人ニ對スル請求權ヲ生セサルヲ得ス、此請求權ハ本來所有權ノ内容ヲ成スモノナリト雖モ其満足セル狀態ニ在ル間ハ其作用ヲ現ハサス、他人ノ侵害ニヨリ又其侵害ノ繼續スル間ハ其本然ノ狀態ヲ回復センカ爲メニ特定人ニ對シテ作爲又ハ不作爲ヲ要求スル權利トナリテ現ハル、然リ而シテ其請求權ノ内容ハ侵害ノ種類ニヨリ同シカラス、之ヲ大別シテ二種トナス、即チ他人カ所有權ノ目的物ヲ占有スルトキハ其返還ヲ請求スル權利ヲ生ス、蓋シ物ヲ完全ニ支配スル爲メニハ物ノ占有ヲ必要トスレハナリ、此ノ物ヲ占有スル權利(占有權ニ非ス)ハ所有權ノ内容ヲ成スモノナリ、之ヲ羅馬法ニ於テ *Rei vindictio* ト稱ス、又他人カ目的物ノ占有以外ノ方法ニヨリ所有權者ノ物ヲ支配スルコトヲ妨害スルトキハ其妨害ノ停止(又ハ除去)ヲ請求スル權利ヲ生ス、之ヲ羅馬法ニ於テハ *actio negatoria* ト稱ス、以上ノ二者ヲ純然タル所有權上ノ請求權トナス、

(イ) 占有ノ訴ト所有權ノ訴ノ關係 占有ノ訴ハ占有ヲ基礎トシテ生シ占有者ニ屬ス、所有權ノ訴ハ所有權ヲ基礎トシテ生シ所有權者ニ屬ス、是二者ノ根本ノ差異ナリ、而シテ所有權者カ同時ニ占有ヲ有シ所有權ト共ニ占有カ害サレタル

トキハ被害者ハ所有權ノ訴權ト占有ノ訴權ト併セ有ス、故ニ兩種ノ訴ヲ提起スルヲ得可ク又ハ選擇ニ從ヒテ其一方ヲ行使スルコトヲ得、但シ其一方ヲ執行シ満足ヲ得タルトキハ他ノ一方ハ請求權ノ競合ニヨリ消滅ス可キノミ(二〇二註釋參考)。

(口) 所有物返還請求權

所有權ハ完全支配權ニシテ之ヲ實現スル爲メニハ物ノ占有ヲ必要トスルカ故ニ所有權ハ觀念上當然物ヲ占有ス可キ權利(Pechn zur Besitz)ヲ包含ス、故ニ他人カ其目的物ヲ占有スルトキハ其不法ナルト合法ノ原因ニ基クトテ問ハス、占有者ニ對シテ其ノ物ノ返還ヲ請求スル權利ヲ生ス、

(a) 返還請求權ノ要件

左ノ如シ

(I) 請求權者ノ所有權

返還請求權ハ所有權ヲ基礎トス、故ニ請求權者ハ

現時ニ於ケル所有權者タルヲ要ス、例之他人ニ貸貸又ハ質入シタル物ヲ讓渡シタル場合ニ於テハ貸借人質權者等ニ對スル返還請求權者ハ讓受人ナリトス、

所有權ノ證明ハ不動産ニ就テハ登記アル場合ニハ登記ヲ以テ證據トナスコトヲ得、然レトモ之レハ絕對ノ證據ニ非ス被告ハ登記ノ不眞實即チ登記名義人カ眞ノ所有者ニ非サルコトヲ反證スルコトヲ得、未登記ノ不動産ニ

於テハ原告ハ以前ノ占有ヲ立證スルコトヲ得、然レトモキハ第八十八條ニヨリ其當時ニ於ケル所有者タルコトヲ認メラル、從テ被告ノ反證ナキ限リハ現時ニ於テモ亦所有者ナリト推定セラル、被告カ之レヲ反證セント欲セハ被告ノ現時ノ占有(所有意思アル占有)タルヲ要ス貸借人質權者等ノ權原ニ依ル場合ハ不可ナリ)ヲ主張セハ第八十八條ノ規定ニヨリ被告ハ所有者ト推定セラル、カ故ニ原告ノ利益ノ爲メニスル推定ハ打破セラル可シ、此場合ニ於テハ原告ハ所有權取得原因ヲ立證スルヨリ外ニ途ナシ、然ルトキハ反證ナキ限リハ現時ニ於ケル所有者ト推定セラル、被告ハ之ニ對シテハ其取得原因ヲ否認スルカ又ハ取得後所有權喪失ノ事實ヲ上テ反對スルヲ得可シ、然シナカラ此場合ニハ被告ハ自己ノ占有ヲ主張シ第八十八條ヲ引用シテ以テ原告ノ所有權ヲ反證スルヲ得ス(Planck III S. 300. 反對)蓋シ取得原因ノ立證ハ占有以外ノ方法ニ依ルモノナルカ故ニ占有返還カ問題トナル場合ニ於テハ占有自體ヨリ生スル推定ヨリモ強力ナルカ故ナリ、第八十八條ノ規定ハ廣汎ニ失シ此ノ場合ニモ適用アルカ如ク見ユルモ若シモ此ノ制限ヲ加ルニ非サレハ登記アル場合ノ外ハ所有權ニ基ク返還請求權ハ常ニ有名無實ニ終ル危險アリ、

動産ニ就テハ原告ハ以前ノ占有ヲ立證ス可シ、然ルトキハ其當時ノ所有權者ト推定セラル、從テ反證ナキ限リハ現時ニ於テモ所有者ナリト推定セラ、之ニ對シテハ被告ハ原告カ其當時ニ於ケル占有者ニ非サルコトヲ證明スルカ又ハ其當時ノ占有ハ之ヲ認ムルモ現時ニ於テハ所有者ニ非サルコトヲ反證ス可シ、此ノ後ノ策ニ出ツルニハ自己ノ現在ノ占有ヲ主張スレハ可ナリ、然ルトキハ第八十八條ニヨリ所有者ト推定セラル、カ故ニ原告ノ爲メニスル推定ハ打破セラル可シ、(但シ之カ爲メニハ被告ハ所有意思ノ占有ノ立證ヲ要スルカ故ニ、賃借人質權者等權原ニ依リ所有ノ意思ナキモノト認メラル、モノハ此方法ヲ取ルヲ得ス)、然ルトキハ原告ハ所有權取得原因ヲ立證シテ以テ被告ノ爲メニスル推定ヲ打破スルノ手段ヲ講ス可シ、然ルトキハ原告ハ取得原因當時ノ所有者ト認メラル、カ故ニ現在ニ於テモ亦所有者ト推定セラル可シ、之ニ對シテハ被告ハ取得原因ヲ否認スルカ又ハ取得後原告ノ所有權喪失ノ事實ヲ立證シテ原告ノ所有權ヲ否認スルコトヲ得、然レトモ自己ノ現在ニ於ケル占有ヲ主張シ第八十八條ニヨリ自己ノ所有權ヲ主張シ以テ原告ノ所有權ヲ否認スルヲ得ス、其理由ハ前ニ述ヘタルカ如ク若シ此立證方法ヲ許ストキハ物ノ返還請求權ハ常ニ行ハ

(II) 被告ノ占有

レサルニ至レハナリ、要スルニ所有權ノ訴ニ於テハ登記アル場合ノ外ハ原告ノ地位常ニ不利益ニシテ畢竟所有權取得原因ヲ立證スルヲ要スルニ至ルヲ以テ占有同收ノ訴ニ依ルヲ便宜トナスコト多シ、

返還請求權ハ物ノ返還ヲ目的トスルカ故ニ被告ハ現在ノ占有者タルコトヲ要ス、即チ現在ノ占有者ニ非サレハ被告タルノ資格ナシ、而シテ被告カ所有權ノ目的物ヲ占有スルノ事實ハ原告ニ於テ之ヲ立證スルヲ要ス、而シテ其立證ノ方法ハ單ニ被告カ物ノ所持ヲ有スルノ事實ヲ立證スレハ可ナリ、占有ノ他ノ要素タル自己ノ爲メニスル意思ハ之ニヨリ推定スルヲ得可シ、何トナレハ物ノ所持ヲ有スル者ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ有スルヲ當トスレハナリ、若シモ被告ハ單ニ占有機關ニシテ占有者ニ非サルコトヲ主張セント欲セハ其立證責任ハ被告ニ在リ、所有權ノ訴ハ占有同收ノ訴ト異リ被告ノ占有ノ不法ナルヲ要セス、例ハハ所有者ハ賃借人質權者等ニ對シテハ自ラ任意ニ占有ヲ與ヘタルニモ拘ハラス猶返還請求權ヲ有ス、之レ賃借人質權者ハ單ニ所有權ノ目的物ノ占有者ナルカ爲ナリ、然シ此場合ニ於テハ賃借人質權者等ハ所有者ノ請求權ニ

對シテ有力ナル抗辯權ヲ有スルカ故ニ、原告ノ返還請求權ノ存在ハ之ヲ認ムルモ猶返還ヲ拒ムコトヲ得ルナリ、

返還請求權ハ現時ノ占有者ニ對ス而テ占有者ノ善意惡意又ハ權原ノ有無等ハ凡テ之ヲ問フノ要ナシ、又占有者カ占有物ヲ直接ニ所有者ヨリ奪取シタリヤ或ハ第三者ノ手ヲ經テ取得シタリヤヲ問ハス、占有回收ノ訴ハ善意ノ特定承繼人ニ對シテ提起スルヲ得サレトモ所有權ノ訴ニハ斯ノ如キ制限ナシ、物權ノ訴ハ對世的ナリトハ此義ナリ、但シ第九十二條ノ制限アルコトハ同所ニ述ヘタリ、例之甲者原告ノ所有物ヲ奪ヒタルモ現時ニ在リテハ轉々シテ乙ノ占有ニ在リトセハ返還請求ノ訴ハ乙ニ對シテ之ヲ提起ス可シ、大正六、三、二三、大審院判決、判決錄第二十三輯五六〇頁、大正九、七、一五、大審院判決法律新聞一七三四號掲載等皆同意ナリ、反之不法行為ノ損害賠償請求ヲナサント欲セハ甲ニ對スルヲ要ス可シ、不法行為ノ訴權ハ對人的ナリトハ此ノ義ナリ、然レトモ原告ハ甲ヨリ賠償ヲ求メ且ツ乙者ヨリ物ノ返還ヲ請求スルヲ得ス、蓋シ何レカ一方ノ訴權ニヨリ其究局ノ目的ヲ違セハ他ノ訴權ハ訴權競合ニヨリテ消滅スルカ故ナリ、

被告ハ現在ノ占有者ナルヲ要スルハ占有者ニ非サレハ物ヲ返還スル資格

ナキカ故ナリ、故ニ占有者カ他人ヲ占有機關 (Besitz diener) トシテ占有スル場合ニハ占有者ヲ以テ被告トナス、占有機關ハ被告タルノ資格ナシ(同論 Planck III S. 300, Biemann, Comm. S. 189, 2. 反對 Jary, Geschäftsführung S. 296.)、間接占有ノ場合ニハ直接占有者又ハ間接占有者ヲ以テ相手方トナスコトヲ得(同論 Gierke, Fahrn Isositz S. 53, Biemann S. 189, Planck III S. 301, Ströhal, Sachbesitz S. 45, 反對 Wendt, Arch f. civ Praxis 87. S. 68, 直接占有者ノミテ相手方トナス) 直接占有者ヲ相手方トナストキハ被告ハ民事訴訟法第六十二條ノ權能ヲ有ス、間接占有者ヲ相手方トナス場合ニハ直接ニ物ノ返還ヲ請求スルヲ得ス、之レ不能ナリ、此場合ニハ間接占有者カ直接占有者ニ對シテ有スル返還請求權ノ移轉ヲ以テ目的トナスヘシ、之レニヨリテ所有權者ハ直接占有ニ對シテ物ノ返還ヲ請求スルヲ得可シ、

權利拘束後被告カ占有ヲ第三者ニ讓渡シタル場合ニ關シテハ第二百二條(二)ノハヲ見ヨ、

(b) 返還請求權ノ目的

(I) 直接占有者ニ對スル場合ニ於テハ物ノ返還即チ占有ノ移轉ヲ目的トナス、詳言スレハ請求權者ヲシテ占有ヲ取得シ得可キ状態ニアラシムル被告ノ

物權 所有權 總說

行為ヲ以テ目的トナス、而シテ返還ノ場所及ヒ費用ニ就テハ第四百八十四條及ヒ第四百八十五條ヲ準用ス可キモノトス、而シテ判決ノ結果強制執行ヲ要シタル場合ハ又其ノ費用ノ負擔ハ民事訴訟法一般ノ規定ニ從フ、

(II) 間接占有者ニ對シテ訴ヲ起ス場合ニ於テハ間接占有者カ直接占有者ニ對シテ有スル請求權ノ移轉ヲ目的トナス、請求權ノ移轉ニ就テハ債權讓渡ニ關スル規定ヲ準用ス可シ、猶其強制執行ノ方法トシテハ第四百十四條第二項但書ノ準用アル可シ、

(III) 返還請求權ハ各個ノ物ニ對ス、多數ノ物ノ返還ヲ請求スル場合ニ於テハ請求權ハ多數ナリ、債權ハ其ノ性質トシテ多數ノ物ヲ一債權ノ目的トナスヲ妨ケサルモ物權上ノ請求權ハ然ラス、蓋シ我民法上ハ所謂集合物ナルモノナク、數個ノ物上ニハ數個ノ所有權存在スルモ數物ヲ合シテ一所有權ノ目的トナスヲ得ス、故ニ各物ニ對スル請求權ハ各之ニ相當スル所有權ヨリ生スルモノトス、故ニ數物ノ返還ヲ請求スル場合ニ於テハ其各物ノ所有權ヲ證明スルヲ要ス、

(c) 返還請求權ニ對スル抗辨 所有者ハ單ニ(a)ニ述ヘタル條件ヲ具フルトキハ占有者ニ對シテ返還請求權ヲ有ス、而シテ占有者カ其物ヲ占有ス可キ實

體上ノ權利ヲ有スル場合ニハ所有者ノ請求權ニ對シテ抗辯權ヲ有ス、之ニ依リテ所有者ノ請求ヲ斥ケルコトヲ得、凡ソ抗辯權ハ請求權ニ對スルモノニシテ一方ニ請求權アリテ始メテ他ノ一方ニ抗辯權アリ得ルナリ、其作用ハ互ニ相反スルカ故ニ或ハ之ヲ反對權ト云フ、抗辯權ハ請求權ノ行使ヲ妨ケル作用アリト雖モ抗辯權ノ存在ハ請求權ノ存在ヲ除斥スルモノニ非ス、二者ハ其作用相反對スルモ互ニ兩立シ得可キ權利ナリ(拙文抗辯權京都法學會雜誌六卷八號參照)、而シテ其抗辯ハ占有ノ訴ノ場合ト異リ本權上ノ理由ニ基因スルコトヲ得其主ナル場合左ノ如シ、

(I) 占有者ノ物權 占有者カ物ヲ占有スル權利ヲ包含スル物權ヲ有スル場合ニハ其者ハ所有者ノ請求ヲ斥ク可キ抗辯權ヲ有ス、例之動產質權者、不動產質權者、留置權者、永小作權者、地上權者ノ如シ、蓋シ是等ノ權利ハ所有權ヨリモ強力ナル權利ナリ、隨テ其包含スル物ヲ占有スル權利モ亦所有權者ノ夫ヨリ強力ナルカ故ニ抗辯權ヲ生スルナリ、

(II) 占有者ノ債權 所有者カ物ノ占有ヲ認容ス可キ債務ヲ負フ場合ニ於テハ債權者ハ所有者ノ返還請求ヲ拒否ス可キ抗辯權ヲ有ス、例之賃借人、後見人、遺言執行人等ノ如シ、

(III) 占有者力間接占有者ヨリ占有スヘキ權利ヲ取得セル場合 返還請求

權ハ原則トシテ直接占有者ニ對スルモノナリ、而シテ直接占有者カ所有者ヨリ直接ニ占有スヘキ權利ヲ取得セス、間接占有者ヲ通シテ之ヲ取得セル場合ニ於テハ直接占有者ハ間接占有者ノ有スル抗辯權ヲ行使スルコトヲ得、何トナレハ此場合ニ於テハ所有者ハ間接占有者ニ對シテ物ヲ占有スル權利ヲ與ヘ、間接占有者ハ其權利ニ基キテ直接占有者ヲシテ占有ヲナサシムルモノナレハ、畢竟所有者自ラ直接占有者ニ占有ス可キ權利ヲ與ヘタルト異ル所ナク、例之所有者カ物ヲ貸貸シ且ツ轉貸ヲ許シ貸借人カ其權利ニ基キ轉貸シタル場合ニ所有者カ轉借人ニ對シテ返還ヲ求メタルトキハ轉借人ハ貸借人ヨリ轉借シタル旨ヲ以テ抗辯トナスコトヲ得、然シ此場合ニハ被告ノ抗辯カ有效ナル爲メニハ二ノ條件ヲ必要トス可シ、(一)間接占有者カ所有者ニ對シテ有效ナル占有ス可キ權利ヲ有スルコト、故ニ前例ニ於テハ貸借契約カ無効ナルカ又ハ其期限既ニ滿了シタルトキハ轉借人ノ抗辯ハ無効ナリトス、(二)間接占有者カ直接占有者ニ對テ與ヘタル占有ス可キ權利ノ有效ニ存スルコト、故ニ轉借契約カ無効ナルトキハ轉借人ハ抗辯ヲ有セス、蓋シ轉借人ハ貸借人ヨリ占有ス可キ權利ヲ取得スルモノナ

ノハナリ (Planck III S. 897f. B. Sammlung die Einrede aus Rechte F. Dr. F. 168; Rapport die Einrede aus fremden Rechts S. 205 等參照)

以上ノ抗辯權ハ之ヲ行使スルニ因リテ始メテ原告ノ請求ヲ斥クルコトヲ得ルモノナルカ故ニ被告カ之ヲ行使セサル以上ハ裁判所ハ之ヲ認ムルヲ得ス、例之所有者カ質權者ニ對シテ返還ヲ請求シタル場合ニ於テ質權者タル被告カ質權ノ抗辯ヲ行使セサルトキハ裁判所ハ原告ノ請求ヲ認メ被告ノ敗訴ヲ言渡サ、ル可ラス、

(ハ) 妨害除去停止又ハ排除請求權

所有權ノ妨害ハ種々ノ體様アリ、苟モ所有權ノ内容ニ應スル物ノ支配ヲ害スルモノハ皆所有權ノ妨害ナリトス、其物ヲ侵奪スル場合ニ關スル救済方法ハ(ロ)ニ述ヘタリ、此ニ述ヘントスル處ノモノハ夫以外ノ妨害ニ對スル救済方法ナリ、即チ妨害ノ除去ヲ請求スルヲ以テ其目的トナスモノナリ、
妨害除去請求權ハ占有保持ノ訴ト其目的ニ於テハ相同シト雖モ其基礎及ヒ條件ヲ異ニス、即チ占有保持ノ訴ノ基礎ハ占有ニ在リ反之茲ニ述ヘントスル妨害除去請求權ノ基礎ハ所有權ニ在リ、之レ其性質ノ同シカラサル所ナリ、又占有保持ノ訴ハ占有ノ妨害ノ不正ナルヲ條件トス(一九八(二)ノ(ハ)參照)ルモ所有權上ノ物權 所有權 總說

妨害除去請求權ハ然ラス、其他出訴期限ノ有無(二〇一)裁判所ノ管轄ニ關スル差
異等アリ、

妨害除去請求權ト(ロ)ニ述ヘタル返還請求權トハ觀念上ハ明瞭ナル差別アリ、即
チ後者ハ占有ヲ全然奪ハレタル場合ニ其取戻ヲナスヲ目的トナシ、前者ハ夫以
外ノ妨害ニ對スルモノニシテ占有ヲ全然奪ハレサルヲ消極的條件トナス、然シ
ナカラ實際上ハ其差別ノ明瞭ナラサル場合少カラス、殊ニ工作物ノ設置ニヨル
妨害ヲ然リトス、此ノ如キ場合ニハ兩請求權ヲ選擇的ニ併合シテ訴ヲ起スチ便
利ニシテ安全ナリトス(一九八七)ノ(ロ)參照)又妨害カ其性質上占有ノ侵害トナル
ト同時ニ夫以外ノ妨害トナルコトアリ、例ヘハ占有ヲ奪ヒ且ツ物ノ本質ヲ害ス
ル場合ノ如シ、此場合ニハ兩訴權ヲ生スルヲ以テ併合シテ訴ヲ提起スルチ便ト
スルノミナラス、完全ニ救済ヲ得ルカ爲メニハ之ヲ必要トス、

(a) 妨害除去請求權ノ要件 ハ左ノ二者ナリ、占有保持ノ訴ト異リテ妨害ノ不
正ナルヲ必要トセス、

(I) 原告ノ所有權 其證明ニ就テハ(ロ)ノ(a)ノ(I)ヲ見ヨ、

(II) 現在ニ於ケル所有權ノ妨害 所有權ノ妨害トハ所有權ノ物體ニ干涉
シ所有權者ノ物ノ支配ヲ妨クル事實ヲ云フ(一九八二)ノ(ロ)參照)而シテ其中

占有ヲ全然奪ヒタル場合ニハ前述ノ返還請求權ヲ生ス可キカ故ニ妨害除
去請求權ヲ生スル妨害ハ占有ノ全奪以外ノ妨害タルヲ要ス、之ヲ消極條件
トス、

又其妨害ハ繼續的ナルヲ要ス、例之道路ノ開墾建築、汚穢物ノ放流震動有害
瓦斯、反覆の通行ノ如シ、一時的ノ妨害ハ其ノ生スル十直チニ終止スルカ故
ニ除去ノ目的ナルモノナシ、例之旅人カ一回限リ土地ニ侵入シタル場合、器
物ヲ毀損シタル場合ノ如シ、此場合ニハ不法行爲ノ損害賠償請求權ヲ生ス
可キモ物權的請求權ヲ生セス、同一ノ理由ニヨリ一旦生シタル妨害カ全然
除去セラレタルトキハ請求權ハ目的消滅ニヨリ消滅ス、

而シテ其妨害ハ被告ノ過失又ハ不正行爲タルヲ要セス、是レ占有保持ノ訴
ト異リ所ナリ(Planck con § 1004 E. 331)。只客觀的ニ所有權ノ妨害アレハ即本請
求權ヲ生ス、被告カ妨害ス可キ實體上ノ權アリ所有者ハ之レヲ認容ス可キ
義務アル場合ト雖モ猶本請求權ノ發生ヲ妨ケス、例之土地ノ所有者カ他人
ニ其使用ヲ許シタル場合ノ如シ、只斯ノ如キ場合ニハ被告ハ抗辯權ヲ有ス
可キノミ、

又其妨害ハ現實ナルヲ要ス、將來妨害ヲ生ス可キ虞アルニ過キサル場合ニ
物權 所有權 總說

ハ原則トシテ請求權ヲ生セス、但シ法律ニ特別ノ規定アルモノハ此限ニ在ラス(例之二一六)、是レ又占有ノ訴ト異ル所ナリ(一九九參考)。

(b) 被告

何人カ被告タルノ資格アルカニ付テハ第九十八條註ノ(四)ヲ見ヨ

(c) 請求權ノ目的

妨害存スル場合(例之工作物)ニハ被告ノ費用ヲ以テ其除去ヲ求ムルニ在リ、除去不能トナリタルトキハ一般ノ原則ニ從ヒ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得、然シテ不能トハ經濟上ノ意義ニ於テ之ヲ云フモノシテ物理上ノ意義ニ非ス、例之他人ノ所有地ニ溝ヲ穿テル場合ニ於テハ之ヲ原狀ニ復セシムルハ物理的ニ云ヘハ不能ナリ、然シ經濟上ヨリ見ルトキハ之ヲ埋ムルニヨリ妨害ハ除去セラレタルモノト見ルナリ故ニ不能ニ非ストス、況ンヤ妨害除去ノ爲メニ多大ノ費用ヲ要スルカ如キハ此請求權ノ行使ニ何等ノ影響ヲモ生スルコトナシ、

妨害カ被告ノ繼續的又ハ反覆的作爲ヨリ成ル場合ニ於テハ其停止ヲ以テ目的トス、此場合ニ於テハ請求ノ目的ハ被告ノ不作爲ニ在リ、

(d) 被告ノ抗辯

ニ就テハ返還請求權ニ付テ述ヘタル所ヲ見ヨ (ロ)ノ(c)

(二) 所有權妨害者ノ對人的責任

之レハ債權法一般ノ原則ニ從フ可キモノニ

シテ所有權ノ妨害カ故意又ハ過失ニ出ツルトキハ不法行爲ノ損害賠償請求權ヲ生ス、又他人カ法律上ノ原因ナクシテ所有物ノ占有ヲ得タルトキハ不當利得ノ返還請求權ヲ生スルカ如シ、然リ而シテ是等ノ對人的責任ハ(ロ)(ハ)ニ述ヘタル物上請求權ト互ニ相妨ケス、二者ハ兩立スルコトヲ得ルナリ、茲ニ於テカ同一ノ經濟上ノ目的ニ對シテ被害者ハ數個ノ請求權ヲ有スル結果トナル、即チ請求權ノ競合ヲ生スルカ故ニ其一方ヲ行使シテ満足ヲ得タルトキハ他ノ一方ハ消滅スルモノト認メサル可ラス、

(ホ) 其他ノ保護

所有權ハ刑法行政法ニヨリ直接又ハ間接ニ保護セララル、コト少カラサルモ本書ノ範圍外ニ涉ル故ニ述ヘス、

(六) 所有權ノ拋棄

所有權ノ絕對消滅原因ハ物ノ滅失、目的物ノ權利能力喪失、及ヒ拋棄ノ三者ナリ(消滅時効及混同ハ所有權ニ適用ナシ)、前二者ニ就テハ特ニ述フ可キコトナキカ故ニ(物ノ滅失ニ就テハ本卷總說二ノ(三)ヲ見ヨ)、此ニハ拋棄ニ就テノミ述フ可シ、

(イ) 拋棄ノ要件

拋棄(Vorzicht)ハ權利者ノ意思ニヨリ財產權ヲ直接ニ消滅セシムル事實ナリ、債權物權其他ノ財產權ニ原則トシテ適用セララル、然シナカラ其要件ハ權利ノ種類ニヨリ同シカラス、債權ニ就テハ本法ハ多數ノ立法例ニ反シ債權物權 所有權 總說

者一方行為ニテ足ルトナス(五一九佛民一二八二、一二八八獨民三九七ハ契約ヲルテ必要トス)、物權ニ就テハ何等直接ニ規定スル所ナシ、第七十六條ノ規定ハ物權ノ設定及ヒ移轉ニ關スルモノニシテ消滅ニ關スルモノニ非サレハ之ヲ援用シテ以テ拋棄ノ要件ヲ定ムルヲ得ス、各種ノ權利ノ性質ニヨリ決定スルヲ要ス可シ、而シテ一方行為ニテ足ルモノト(例之所有權、留置權、先取特權、質權、抵當權)契約タルヲ要スルモノト(例之地代ノ定アル地上權、永小作權)、單純ノ意思表示ニテ足ルモノト(例之留置權、先取特權、質權、抵當權、地上權、永小作權)要物行為タルモノ(例之動產所有權)ノ差別アル可シ、或ハ拋棄ハ性質上常ニ一方行為ナリトナスモノアルモ(富井博士原論二卷八二)恐クハ正シカラサル可シ、茲ニハ所有權ノ拋棄ニ就キテノミ述ヘン

(a) 動產所有權ノ拋棄要件

動產所有權ノ拋棄ハ一方行為ナリ、而シテ特定ノ相手方ナシ、蓋シ其通知ヲ受クルニ就キテ利益ヲ有スル特定人ナケレハナリ、然レトモ單純ノ意思表示ニテハ效力ヲ生ゼス、同時ニ占有ヲ拋棄スルヲ要スルモノトス、之レ從來ノ通説タルノミナラス、相手方ナキ行為ニシテ然カモ對世的ノ效力ヲ生スルモノナルカ故ニ、一般人ヨリ認識シ得可キ外形ノ表彰アルヲ要スルカ故ナリ、

(b) 不動產所有權ノ拋棄要件

動產所有權ノ拋棄ハ其性質法律行為ナルカ故ニ能力ヲ要スルノミナラス意思表示ニ關スル通則ハ原則トシテ適用アリトス、

登記ヲ要ストナシ(獨民九二八)、佛國ニ於テハ占有ノ拋棄ヲ必要トナス(佛民五三九)、本法ニハ規定スル所ナキモ動產ノ拋棄ト同シク所有權ヲ拋棄セントスル意思表示ト同時ニ占有ノ拋棄ヲ必要トスルモノト解ス、然レトモ其意思表示ハ一定ノ相手方アルヲ要セス、即チ一方的相手方ナキ要物行為ナリ、占有ノ拋棄ヲ必要トスル理由ハ動產ニ就テ述ヘタル所ニ同シ、然リ而シテ第三者ニ對抗スル要件トシテ第七十七條ノ適用ニヨリ拋棄ノ登記ヲ要スルヤ、曰ハク然リ、然レトモ本法ノ登記ハ絕對的公信力ナキカ故ニ其實際上ノ必要アル場合ハ稀ナリ、只所有權者ニ物的ノ負擔アル場合(例之二八六)ニ其實益アル可シ、其手續ハ土地建物ノ滅失ニ關スル規定ヲ準用シ所有權ノ登記名義人一人ニテ抹消登記ノ申請ヲナスコトヲ得、不動產所有權ノ拋棄ハ主トシテ公課ヲ免カレンカ爲メニ之ヲ爲スモノナリ、然ルニ地租條例ニヨレハ土地臺帳ニ所有者トシテ登録アルトキハ地租ノ賦課ヲ免カレス(同條例一三)、故ニ臺帳ヨリ所有者名義ヲ除クノ必要アリ、此點ニ關シテハ法律明ナラサルモ土地臺帳物權 所有權 總說

規則第三條ヲ準用シ登記所ニ於テ所有權ノ登記ヲ抹消シタルトキハ之ヲ土地臺帳所管廳ニ通知シ以テ臺帳ヨリ其所有者名義ヲ除ク可キモノトス(土地臺帳現則施行細則第五條參考)。
不動産所有權拋棄ハ其性質法律行為ニシテ能力ヲ要シ又意思表示ノ通則ニ從フ、

拋棄ノ效力 拋棄ノ結果トシテ拋棄セラレタル物ハ當然無主物トナリ、不動産ハ當然國庫ノ所有ニ屬シ(二三九、二項)、動産ハ先占ノ目的トナル(二三九、一項)、他人ヲシテ占有ナサシムル場合(例之寄託シタル物)ニ於テ其所有權ヲ拋棄スルトキハ占有者ハ先占ヲ爲スノ機會ヲ得可シト雖モ當然之ニヨリテ所有權者トナルニ非ス、

(ハ) 拋棄ノ制限 所有權カ他ノ權利ノ目的タル場合ニハ之ヲ拋棄スルヲ得サルカ、獨逸民法ニ於テハ日耳曼法思想ニ基キ所有權ノ消滅ニヨリ他物權消滅セスト云フ主義ヲ取リタルカ故ニ(Kohler, § 928, 2. B. S. 173; Dersthe § 959, 2. S. 292 其他)他物權ノ目的タル物ヲ拋棄スルモ他人ヲ害スル結果ヲ生セス、例ハ土地所有權拋棄後地上權ハ無主物上ニ存在シ、國庫カ登記ニヨリ其土地ノ所有權ヲ取得シタルトキハ國庫ニ對シテ地上權ヲ行フコトヲ得ルモノトス、故ニ之ヲ拋棄スルヲ

妨ケスト雖モ、本法ノ主義ニ於テハ他物權ハ所有權ノ存在ヲ前提トシ、他人ノ所有物上ニ存在スル權利ナルカ故ニ所有權一旦拋棄ニヨリ消滅スルトキハ他物權モ同時ニ消滅ニ歸セサルヲ得ス、故ニ他物權ノ目的タル場合ニハ所有權ヲ拋棄スルヲ得サルモノトス、其拋棄ハ他物權者ニ對抗スルヲ得サルノミニ非ス全然無効トス、蓋シ拋棄ノ根據ハ個人權タル財產權ハ之ヲ拋棄スルモ害ヲ他人ニ及スコトナキカ故ニ之ヲ許スモノナリ、故ニ他人ノ權利ヲ害スル結果ヲ生スル場合ニハ之ヲ禁シタルモノト見ルヲ至當トスルヲ以テ其行為ハ全然無効トナル、所有權ノ持分ノ拋棄ハ總テ右述ヘタル所ニ同シ
所有權カ債權ノ目的タル場合ハ以上ト異リテ其拋棄ヲ認ム可シ、但シ債權者ヲ害スルノ目的ニ出テタルトキハ第四百二十四條ノ適用アル可シ、

(七) 本章ノ規定 ハ三節ヨリ成リ、第一節ハ所有權ノ限界ト題シ所有權ノ作用ノ制限及ヒ擴張ヲ規定シ、第二節ハ所有權ノ取得ヲ規定シ、第三節ニ共有ヲ規定ス、而シテ所有權ノ讓渡及ヒ消滅ニ就テハ總則ノ規定並ニ學理ニ依ル可キモノトシテ規定セス、

第一節 所有權ノ限界

總說

物權 所有權 所有權ノ限界 總說

(一) 法令ニ依ル所有權ノ制限

所有權ノ制限ノ意義及ヒ所有權ノ制限ニ三種アルコトハ本章總說(二)ニ述ヘタリ、而シテ其ノ一タル法令ノ制限ハ分テ公法上ノ制限ト私

法上ノ制限トナス、第二百六條第二七七條ニ於テハ法令ノ制限ニ關スル一般の規定ヲ揭ケ、以下第二百三十八條ニ至ルマテハ隣地者間ニ於ケル制限ヲ規定ス、之ヲ相隣權(Nachbarrecht)ト稱ス之ヲ私法上ノ制限ノ主タルモノトス、

法律上ノ制限ニ就テハ廣汎ナル原則ヲ設ケル立法例アリ、例之英米法ニ於テハ他人ヲ害セサル範圍ニ於テ汝ノ物ヲ使用セヨ(Sic utere tuo ut alienum non laedas)ト云フ原則アリ、之レ有名ナル有害物(nuisance)ニ關スル法律ノ基礎ニシテ所有權ノ内容ハ原則的ニ他人ヲ害セサル範圍ニ限ラル、ナリ、然シナカラ本法ニ於テハ所有權ハ無制限ナルチ原則トシ、訴訟上モ一應ハ無制限ト推定セラル、モノニシテ所謂法令ノ制限ハ所有權ノ本體ヲ認ムル一般法ニ對スル例外法タルノ關係ニ在リ、故ニ各個ノ法令ノ範圍内ニ於テノミ所有權ハ制限セラレ、其制限法ニ抵觸セサル範圍ニ於テハ所有權ハ無制限ナルモノト看做サル、

(二) 相隣權ノ性質

相隣權トハ隣地者間ニ於ケル所有權ノ制限ヨリ發生スル權利義務ノ總稱ナリ、其ノ内容及ヒ性質ハ皆多少異ル所アリ、或ハ請求權タルアリ(所有權附帶者)或ハ支配權タルコトアリト雖モ左ノ如キ通有性アリ、一派ノ學者ハ之ヲ

以テ法律上ノ地役權ト解ス (Fetker, Jahrbuch D. gen. R. V. 147, Pandia I N. 3366, 3367, Code civile Art 639.) 又モ本法ノ解釋トシテハ之レ非ナリ、何トナレハ一方ノ所有權ヲ制限スルニヨリテ他方ニ生スル權利ハ獨立ノ物權ニ非スシテ所有權ノ擴張ト見ルヲ至當トスルカ故ナリ(同論富井博士原論二卷一〇一、三浦博士前出一九)、從テ下ノ二則ヲ生ス、(一)相隣權ハ相隣權トシテ獨立ニ登記スルヲ得ス、(二)相隣權ハ消滅時効ニ掛ルコトナシ(本書一卷九〇三)、

第二百六條 所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用收益及ヒ處分ヲ爲ス權利ヲ有ス

(一) 本條ノ目的

ハ所有權ノ定義ヲ與フルニ在ラス、法令ヲ以テ所有權ノ作用タル個々の機能ヲ制限シ得可キ旨ヲ宣言スルニ在リ、而シテ完全支配權タル所有

權ハ法律タル民法カ前提トシテ認ムル所ナルノミナラス、憲法第二十七條ニヨレハ日本臣民ハ其ノ所有權ヲ侵サル、コトナク、公益ノ爲必要ナル處分ハ法律ノ定ムル所ニ依ルトアリテ本來、所有權ハ命令ヲ以テ制限シ能ハサルモノナリ、此故ニ特ニ本條ニ於テハ「法令」ト云ヒ法律又ハ命令ヲ以テ所有權ノ作用ヲ制限シ得ル旨ヲ明ニス、換言スレハ本條ハ所有權ノ制限ヲ概括的ニ命令ニ委任スル物權 所有權 所有權ノ限界 【二〇六】

モノナリ(富井博士原論一卷七九頁同論理由書二百八條ノ下ニ「La loi et les reglement
トアリ)、蓋シ之レ至當ノ策ナリ、何トナレハ所有權ハ公益上ノ必要ニヨリ急ニ之
ヲ制限スルヲ要スル場合アル可ク、一々法律ノ規定ヲ待ツテ得サル事情存スレ
ハナリ、

(二) 使用權 (Jus utendi) 使用トハ物ノ用方ニ從ヒ、物ヲ毀損シ又ハ本質ヲ變更スル
コトナク、需用ニ供スルヲ云フ、

(三) 收益權 (Jus fruendi) トハ物ノ果實ヲ取ル權利ヲ云フ、天然果實法定果實ノ收取
ヲ包含ス(本書一卷四一七以下)、而シテ天然果實取得ニ就テハ果實ノ占有ヲ必要
トスル説ナキニ非サルモ正シカラス、本條ノ規定ニヨリ天然果實カ元物ヨリ分
離スルヤ否ヤ其所有權ハ直チニ元物ノ所有者ニ屬スルナリ、

(四) 處分權 (Jus abutendi) ノ意義ニ就テハ、或ハ之ヲ狹義ニ解シ物ヲ毀損シ性質ヲ
變スル等ノ物質的ノ處分ヲ意味シ讓渡權 (Veräußerungsrecht) ヲ含マストナシ、或ハ
之ヲ包含ストナシ學說一定セス、「トーン」曰ハク所有權讓渡ノ場合ニ於テハ所有
權ハ讓渡ノ目的ナリ、讓渡ス權利ハ讓渡サル、權利ノ一部タルヲ得ス、故ニ讓渡
權ハ論理上其ノ外部ニ存スル權利ナラサル可ラス、此現象ハ所有權ト所有權ヲ
讓渡ス權利カ數人ニ分屬スル場合ニ顯著ナリト (Thon, Rechtsnorm. U. Subjektiv. I. echte

§ 227. ff. 其他 Unger System I 68. S. 613. At Pandia Eigentum S. 183 am 2. 同論)、反之「ヘルマン」ハ
讓渡權ハ所有權中ニ包含セラルトナシ (Horn, Koel' als objekt d. Pfandrecht S. 7. Hanausek,
Lehre von Ueigentlichen Nießbrauch S. 51. ハ所有權ト處分權ト二人ニ分屬スル場合無シ
トテ「トーン」ノ説ヲ駁シ Windscheid Pand § 167. ハ讓渡權ハ觀念上所有者ニ屬ストナ
ス)、我國ノ學者ハ前説ヲ取ルモノ多シ(梅博士民法要義本條、富井博士原論二卷九
三、三浦博士前掲二八反對説岡松博士民法理由二卷一四八松岡博士民法論卷二
八五)、余モ亦多數説ニ從ヒ讓渡權ハ所有權ノ内容ニ屬セスト信ス、蓋シ「トーン」ノ
論理ヲ認ムルモノナリ、然シナカラ讓渡權カ所有者ニ屬セサル場合ハ未タ之ヲ
發見スル能ハス、質權者、抵當權者、後見人、管財人等カ所有者ニ非スシテ讓渡權ア
ルハ事實ナリ、然レトモ之等ノ場合ニ於テモ所有者ニ讓渡權存在セサルニ非サ
ルカ故ニ、讓渡權ハ所有權ノ内容ニ屬セサルモ必然的ニ其外部ニ附屬シテ存ス
ルモノト見ルヲ可トス、然レトモ現行法ニ於テ處分ノ意義常ニ如此ト云フニ非
ス、例之國寶ノ處分禁、假處分トシテ爲ス處分禁等ハ讓渡ヲ包含スルハ勿論ナル
可キモ第八十七條ノ處分ノ意義中ニハ物質的處分ヲ包含セサルヲ明ナリ、右ハ
只本條ノ意義トシテハ斯ノ如シト云フノミ、

(五) 前三者以外ノ權能 所有權ハ其本質完全支配權ナルカ故ニ其權能ハ之ヲ列
物權 所有權 所有權ノ限界 【二〇六】

物權 所有權 所有權ノ限界 【二六〇】

三二〇

舉シ盡スヲ得ス、前述ノ三者ハ其主ナルモノト上ケタルニ止マル、所有權者ノ權能茲ニ盡キタリト解セハ誤レリ、例之所有物ヲ占有スル權利(占有權ニ非ス)他人ノ妨害除去ヲ請求スル權利ノ如キ皆所有權ノ內容ヲ爲ス權能ナリ、

(六) 公法上ノ所有權制限

之レ又其ノ數及ヒ場合ヲ列舉シ盡スヲ得ス、且ツ動產所有權ニ對スルモノト不動產所有權ニ對スルモノト大ニ異ル所アリ、後者ハ便宜上之ヲ次條ニ譲リ茲ニハ動產ニ對スル制限ヲ述フ可シ、所有權ノ制限ハ本來所有權ノ作用ノ制限ナルカ故ニ之ヲ所有權ノ主ナル權能ニ從ヒ彙類スルコトヲ得可シ、即チ

(イ) 處分ノ制限

國寶(古社寺保存法五)、獸疫ニ罹レル家畜(獸疫豫防法四)、衛生上危險ナル飲食物其ノ他物品(三三、法十五號)、模造シタル通貨及ヒ證券(二八、法律二八號)ノ類ナリ、

(ロ) 使用ノ制限

例之銃砲火藥(警察犯所罰令三條四號)、毒藥劇藥(二二、法一〇號)、有害性著色料(三三、內務省令一、七號)、阿片煙(刑法一三九)等枚舉ニ限アラズ、收益ノミヲ禁止セラレ又ハ制限ヲ受ケタル物ノ實例ハ之ヲ發見スル能ハス、但シ使用ヲ禁セラレタル結果トシテ收益ヲ得ル能ハサルモノハ無キニ非ス、例之毒藥移行ノ虞アルニコリ牛乳ヲ搾取スル能ハサル乳牛ノ如キ之ナリ、

(七) 私法上ノ所有權制限

不動產ニ付キテハ其主ナルモノヲ相隣權トス、動產ニ就テハ正當防衛並ニ緊急狀態ヨリ生スル第七百二十條ノ制限、又其追及權ニ對シテハ第九十二條ノ制限等アリ、

第二百七條 土地ノ所有權ハ法令ノ制限内ニ於テ其土地ノ上下ニ及フ

(一) 土地ノ意義

土地トハ單ニ一定面積ノ地表ヲ指スニ非ス遠ク其地下地軸ニ達ス可キ地殼(Erdkrone)ヲ指スモノナリ、蓋シ地表ハ平面體ニシテ有體物ニ非ス、隨テ所有權ノ目的トナスヲ得ス、所有權ノ目的トナリ得ルモノハ立法體ニシテ必ラス厚サヲ有スルヲ要ス、然ラハ地下幾何ノ深サニ達ス可キト、是ニ就テハ因リ標準アリ得可ラス、故ニ地下地軸ニ達ス可キ地殼ヲ指スモノトナスヨリ外ナキナリ即チ其範圍内ニ包含セラル、土壤地下水礦物石炭ノ類相集テ土地ヲ構成シ合體シテ一物ヲ成シ以テ所有權ノ目的トナルモノナリ、

(二) 土地所有權ノ觀念

土地所有權ハ前記ノ意義ニ於ケル土地ヲ完全ニ支配スル權利ナリ、本條ニ於テ土地ノ所有權ハ其上下ニ及フト規定スト雖モ、其地表下ニ及フ可キハ事理ノ當然ニシテ若シ地下ニ及ハストモハ所有權ハ存在スルチ物權 所有權 所有權ノ限界 【二〇七】

三二一

得サルナリ。本條ニ於テハ法令ノ制限内ニ於テ其土地ノ上下ニ及フトアルカ故ニ法令ノ制限存セサル限リハ地表下地軸ニ達スルモノト解ス可キナリ (Windscheidl Pand. § 130, Dernburg Pand. I § 198, s. 552, B. R. 218, Byersche Entwurf III art 89, Preussische L. R. I. 8, § 26, 65, 123, 132, 141.)

此ノ故ニ地下數十尺ノ下ニ於テ遠道ヲ穿タントスル場合ニ於テモ土地所有者ノ承諾ヲ得サル可ラス。若シ其承諾ナクハ明ニ所有權ノ侵害トナルカ故ニ所有者ハ其工事ノ停止又ハ除去ヲ裁判所ニ請求スルヲ得可シ。然シテ之カ爲メニハ所有者ニ何等ノ實害(例之水源涸竭、地盤陷落若シクハ震動之類)アルヲ要セス

(同論富井博士原論二卷九八)。
右ハ本條ノ解釋トシテ疑ナキ所ナルモ地下ノ起業漸ク盛ナラントスル時ニ當リ決シテ喜フ可キ現象ニ非サルナリ。地下所有權ノ範圍ヲ制限セントスル說ノ起ルハ當然ナリ(織田博士論文京都市學會雜誌四卷七號)。現ニ獨逸ノ民法ノ如キハ土地ノ所有權ハ其上下ニ及フモ所有者ノ利益ヲ有セサル高サ又ハ深サニ於テハ他人ノ干渉ヲ禁スルヲ得スト規定セリ(獨民九〇五)。蓋シ至當ノ制限ト云フ可シ。他人ノ土地ノ地下ヲ使用セントスル場合ニハ所有者ノ承諾ヲ要スルコト前述ノ如シ。而シテ其方法ニ就テハ英米法ノ如キハ土地(建物ヲ含ム)ノ各層ニ就キテ獨立

ノ所有權ヲ認ムルカ故ニ地下ノ所有權ヲ買收スルノ途アルモ、本法ニ於テハ土地ハ一物ニシテ一物ノ一部上ニ獨立所有權ノ存在ヲ認メサルカ故ニ(同論明治二九、一、六、判決)地下ノ所有權ヲ買收スルヲ得ス。使用權設定ノ方法ニ出テサル可ラス。而シテ其ノ方法ハ(一)賃借權ノ設定、此ノ方法ニヨレハ登記ノ便利アルモ定期ニ地代ヲ拂ハサル可ラス、又存續期間ノ制限ニ服セサル可ラス(六〇一、六〇四)(二)之ヲ無名契約トナストキハ存續期間ノ制限ハ之ヲ免カレ得ルモ登記ノ便ナシ(三)之ヲ地役權ト爲シ得ルモ我民法ノ地役ハ所謂地的地役ナル故ニ隣地所有者ニ非サレハ之ヲ享有スル能ハス、最良ノ方法ハ(四)地上權ノ設定ナリ。斯クスレハ物權ナルカ故ニ之ヲ登記スルヲ得可ク、又地代ハ一時ニ之ヲ拂フヲ得可ク又存續期間ノ如キハ其制限ナシ、故ニ尤モ便利ナリトス。但シ地上權ハ地上ノ權利ナルカ故ニ地下使用ノ爲メニ之ヲ設定スルヲ得ストナス俗論アラシクモ之レ明ニ誤レリ。第二百六十五條ニハ明ニ「土地ニ於テ」ト云ハスシテ「土地ニ於テ」ト規定ス、土地ニ於テトハ明ニ土地下ニ於テスル場合ヲ包含ス故ニ地下使用ノ爲メニ地上權ヲ設定スルヲ妨ケス猶同條ヲ參考ス可シ。

(三)上空ニ對スル土地所有權ノ擴張 土地ノ所有權ハ土地ノ上位ニ在ル空間ニ及フ之レ眞ノ所有權ノ擴張ナリ、其地下ニ及フ場合トハ全ク性質ヲ異ニス、地

物權 所有權 所有權ノ限界 【二〇七】

下ニ及フ效力ハ所有權カ其目的物上ニ及フモノナレハ所有權本然ノ效力ニシテ眞ノ擴張ニ非ス、然レトモ上位ニ及フ場合ハ全ク之ト異ル、空間ハ有體物ニ非ス故ニ空間ニ所有權存ス可キ理由ナシ、然ルニ土地ノ所有者ハ恰モ空間ニ對シテモ所有權ヲ有スルカノ如ク(嚴格ノ意義ニ非ス)土地ノ上位ノ空間ヲ專用シ他人ノ干渉ヲ排斥スルコトヲ得、之レ土地ニ對スル所有權カ無形ノ空間ニ及フモノニシテ眞ニ所有權ノ擴張ト云フ可シ(Vergl. Planck III § 905 B. 169.)

上位空間ノ支配權ヲ認ムル理由ハ土地其モノ、支配利用ヲ全カラシムルカ爲メナリ、若シ空間ノ支配權ナクンハ家屋ノ建造竹木ノ培栽等凡テ地表上ノ空間ヲ必要トスル利用ヲナスヲ得サレハナリ、故ニ此擴張ハ實ニ已チ得サル所ナリ、然レトモ之ヲ無制限ニ擴張ス可キカ或ハ一定ノ範圍ニ限ル可キカハ自ラ別問題ニ屬ス、

本條ノ規定ニ依レハ荷モ法令メ制限ナキ限リハ所有權ノ效力ノ及フ範圍ハ無限ナリ、所有者ノ承諾ナクシテ土地ノ空間ニ干渉スルモノハ凡テ所有權ノ侵害トナリ、所有者ハ實害ヲ蒙リタルト否トニ論ナク裁判上其停止又ハ除去ヲ請求スルコトヲ得可シ、例之電信、電話、電燈用ノ線條架設、或ハ飛行機飛行船ノ航空凡テ所有權ノ侵害ニ非サルナリ、

右ハ本條ノ解釋トシテ疑ナキ所ナリ(宮井博士原論二卷九八、三浦博士民法全書三三同論)、然レトモ空間ニ對スル所有權ノ擴張ハ土地ノ利用ヲ完全ナラシムル爲メニ外ナラス、故ニ土地ノ利用ヲ害セサル範圍ニ於テ制限ヲ加フルモ其目的ニ反スルコトナシ、故ニ空中利用ノ衛正ニ大ニ關ケントスル現時ノ必要ニ適應セシムル爲メニ適當ノ範圍ニ之レヲ制限スルヲ可トス、獨逸民法(九〇五)ハ早ヤク此點ニ着眼シ所有者カ利益ヲ有セサル範圍ニ於テハ他人ノ干渉ヲ排斥スルヲ得ストナス、蓋シ至當ノ制限ト云フ可シ、

(四) 土地所有權ノ制限

(イ) 法令ニ依ル制限

ニ依ルモノ要塞地帶法(三三、法一〇五)、(二)建築、之ニ就テハ一般的法規ナシト雖モ各地方ノ警察法規中ニ散見スルモノ少カラス、又古社寺保存法東京市區改正條例(一一、勅六二)東京市區改正土地建物處分規則(二二、勅五)、臺灣家屋建築規則ノ如キ特別ナルモノモアリ、(三)通信ニ關スルモノハ郵便法(四)電信法(六、九等)等アリ、(四)森林ニ就テハ森林法(三、七、一九、二二、二五、等)アリ、(五)礦物ニ就テハ礦業法(三)砂礫採取法(三)、(三)河川ニ關シテハ河川法(特ニ一六以下)、(七)道路ニ就テハ道路法ニ少カラサル制限アリ、

以上ノ法令ニヨル制限ハ所有權ノ完全支配權能ニ對スル例外的性質ヲ有スルモノトス、故ニ其法規ノ存セサル範圍ニ於テハ所有權ハ制限ナキモノトス、又法令ニ基因スル官廳ノ處分ハ其效力法令ノ直接ノ制限ト異ルコトナシ、

(ロ) 慣習法ニ依ル制限

其根據ニ就テハ本條總說(二)ノ(ロ)ヲ見ヨ、慣習法ノ成立

ニハ國民一般ノ法的確信ト其ノ表彰トヲ要ス(本書一卷一九)、而シテ吾人カ疑ナキ我國ノ慣習法ト信スルモノハ、生命身體財產ニ對スル急迫ノ危害ヲ避ケル爲メニ他人ノ土地内ニ立入ル場合ナリ、此ノ如キ場合ニハ所有者ハ之ヲ拒ムコトヲ得サルモノト信ス、但シ其大部分ハ第七百二十條ニ規定セラル、同條第一項ハ他人ノ不法行為ニ對シ權利ヲ防衛スルモノ(正當防衛)、第二項ハ他人ノ物ヨリ急迫ノ危難ヲ生シ其物ヲ毀損スル場合、例之他人ノ飼犬カ危害ヲ加ヘントスル場合ニ之ヲ射殺スルカ如シ、通常之ヲ防衛的緊急狀態行為(Vertheidigende Nothstarthatung)ト稱ス、以上ノ二者以外ニ於テモ所有權ヲ制限スル慣習アリ、即チ危害ノ原因カ他人ノ不法行為ニ存セス、又危害物其物ヲ毀損スルニ非スシテ他人ノ土地中ニ侵入スルヲ許ス場合アリトス、例之水中ニ陥リタル者カ沿岸地ニ上リテ生命ヲ救ハントスル場合ニハ土地所有者ハ第七百二十條一項ノ規定ニ基キテ之ヲ擅離スヲ得ス、其上陸ヲ許サ、ル可ラス、又火災ノ場

合ニハ隣地ニ立入りテ水ヲ汲ムコトヲ許サ、ル可ラス、又老幼者不具者又ハ病者カ他人ノ土地内ニ在ルヲ發見シタル者ハ救助ノ爲メニ其土地内ニ侵入スルコトヲ得サル可ラス、是等ハ獨逸ノ學者ノ所謂攻撃的緊急狀態行為(Angreifende Nothstarthatung)ナルモノニ屬ス、而シテ斯ノ如キハ我國ニ於テハ尋常普通ノ事トシテ人之ヲ惟マス、土地所有者モ已テ得サルモノトシテ之ヲ認メ侵入者モ亦不正行為ヲ爲シタリトノ感ヲ抱カス、之レ即チ慣習法ノ成立セル證據ナリ、但シ其條件例之土地所有者ノ損害ノ比較的少ナルヲ要スルヤ、圍障アル地内ニ立入ルヲ得ルヤ否ヤ、土地所有者ニ對シテハ賠償ヲ拂フヲ要スルヤ等ニ至テハ不明ナル點ナキニ非ス、宜シク各個ノ場合ニ就テ慣習ヲ調査ス可シ、第二ノ慣習法ハ瓦斯蒸氣煤煙臭氣震動及光熱等ノ移送(Immission)ニ依リ間接ニ他人ノ土地ヲ有體的ニ侵害スル場合ニ關スル制限ナリ、所有權ノ觀念並ニ本條ノ規定ニヨレハ所有者ハ其害ノ如何ニ微少ナル場合ト雖モ防害除去ノ訴(Actio negatoria)本章總說(五)ノ(ハ)ニヨリ有害物移送ノ停止ヲ請求スルヲ得可シ、然レトモ共同生活上互讓ノ精神ニ基キテ風ニ我國ニ於テハ慣習法ノ存スルモノアリ、即チ其ノ害カ僅少ニシテ且ツ其土地ニ於テハ普通ノ業務ヨリ生スルモノナルトキハ隣地者ハ之ヲ忍フヲ要シ除去ヲ請求スルヲ得サルコト之物權 所有權 所有權ノ限界 【1107】

第二百八條 數人ニテ一棟ノ建物ヲ區分シ各其一部ヲ所

有スルトキハ建物及其附屬物ノ共用部分ハ共有ニ屬ス
ルモノト推定ス

共用部分ノ修繕費其他ノ負擔ハ各自ノ所有部分ノ價格
ニ應テ之ヲ分ツ

(一) 第一項

本條ハ一棟ノ建物ヲ區分シテ所有スル場合(所謂 Party-wall, Mitoyenneté)

ニ關スル規定ナリ然シナカラ經濟上一物ト看做サル、物ハ全體トシテ一所有
權ニ服ス可キモノニシテ之ヲ區分シテ其各部分上ノ所有權ヲ認ムルヲ得ス、故
ニ本條ノ適用アル場合ハ甚タ多カラス、(一) 普通ノ日本風木造建築ニ於テハ區分
有テ許サス、蓋シ我國ノ經濟上ノ慣習ニ於テハ之ヲ一物ト見ルカ故ナリ、債權的
效力アル間貸ハ之ヲ許ス可キハ勿論ナルモ其一室又ハ一階ノ所有權ヲ他人ニ
與フルヲ得ス、(二) 洋風ノ煉瓦又ハ石造ノ建物ニ於テハ其各階層ノ所有權ヲ認ム
可キカ、佛國ニ於テハ一般ニ之ヲ認ム(佛民六六四)、獨逸ニ於テモ以前ハ之ヲ認メ

タル地方アルモ獨逸民法ハ之ヲ認メス(Dernburg R. R. III S. 152)蓋シ建物ノ階層區
有分 (Stockwerkgeheimen, Misons divises par étages) ハ其修繕改良等ニ就キ所有者ノ意見
ノ一致ヲ缺キ不便ヲ生スルノミナラス(Planiol I. P. 805)本法ノ取リタル所有權ノ
觀念上認メ得可キモノニ非サルナリ、何トナレハ所有權ハ完全支配權ナルカ故
ニ目的物ノ有體的處分權ヲ包含セサル可ラス、然ルニ階層區分有ニ於テハ目的
物ノ性質上之ヲ有體的ニ處分スルヲ得サレハナリ、換言スレハ一個ノ建物ヲ階
層ニ從テ分子數個トナスヲ得ス、故ニ數個ノ所有權存在スルヲ得サルナリ、我國
ニ於テハ洋風ノ建築ハ日猶淺ク未タ階層區分有テ許スヤ否ヤニ付キ慣習ノ存
スルアルヲ聞カスト雖モ、前記ノ如ク性質上不合理ニシテ實際上弊害アルモノ
ナルカ故ニ之ヲ認メサルヲ可トス、佛國ノ區分有制度ハ分割相續ノ結果トシテ
生シタルモノナリト聞ク、我國ノ遺產相續ノ分割ニ就テモ右ノ點ニ留意シ建物
ノ分割ニ付テハ可成自然分割ヲ許サ、ル方針ヲ取ルヲ可トス、(三) 所謂棟制長屋
ナルモノハ其構造上其各部ノ獨立支配ヲ許スカ故ニ區分有テ認メテ差支ナカ
ル可ク又我國ノ慣習モ然ルカ如シ、洋風ノ建築ト雖モ其構造上之ヲ縱ニ分割ス
ルヲ得ル場合ニ於テハ其性質ハ棟制長屋ニ外ナラサルカ故ニ區分有テ認メ得
可キハ勿論ナリ、然レトモ此場合ニ於テハ分割シタル各部分ヲ別個ノ物ト看察
物權 所有權 所有權ノ限界 【三〇八】

スルヲ要ス、然ラサレハ所有權ノ觀念ニ矛盾ス可シ、
建物及ヒ其附屬物ノ共用部分トハ其疆界タル壁及ヒ屋根、共有ノ門、便所、物置、井
戸、洗場、水道ノ水栓等ヲ云フ、

右ノ共用部分ハ各所有者ノ共有ニ屬スルモノト推定ス、但シ之レ一應ノ推定ニ
シテ反證ヲ許ス、即チ一人ノ所有者ニ專屬スルコトヲ得、此ノ場合ニ於テハ他ノ
所有者ハ債權的使用權ニヨリテ之ヲ使用スルコトヲ得ヘキノミ、共有ノ場合ニ
就テハ第二百五十七條ニヨリ共有者一方ノ意思ニヨリテ分割ヲナスヲ得ス、其
他ハ本章第三節共有ノ規定ニ從フ、

(二) 第二項 ハ共用部分ノ修繕費其他ノ負擔ニ關スルモノニシテ共有者各自ノ
所有部分ノ價格ニ應テ之ヲ分擔ス可キモノトス、故ニ本項ハ持分ニ應シ共有物
ノ負擔ニ任ストナス第二百五十三條ノ例外ナリトス

第二百九條 土地ノ所有者ハ疆界又ハ其近傍ニ於テ牆壁
若シクハ建物ヲ築造シ又ハ之ヲ修繕スル爲メ必要ナル
範圍内ニ於テ隣地ノ使用ヲ請求スルコトヲ得但隣人ノ

承諾アルニ非サレハ其住家ニ立入ルコトヲ得ス

前項ノ場合ニ於テ隣人力損害ヲ受ケタルトキハ其償金
ヲ請求スルコトヲ得

(一) 本條ノ目的 本條ハ所謂隣地使用權 (Hinterlassungsrecht) 之レ獨逸民法ニハナシ

施行法ニヨリ州法ニ存スルモノ多シテ規定ス、其目的ハ土地ノ所有者カ隣地ト
ノ疆界又ハ其近傍ニ於テ牆壁若シクハ建物ヲ築造シ又ハ之ヲ修繕セント欲ス
ルトキ隣地ノ一部ヲ使用スルヲ必要トスルコトアリ、其場合ニ所有權ノ觀念ヨ
リ論スレハ隣地者ノ承諾ヲ得レハ立入ルヲ得ルモ承諾ナクハ立入ルヲ得ス、
然レトモ此ノ理論ヲ貫クハ隣地者ノ承諾ヲ得ル能ハサルカ爲メニ或ハ牆壁建
物ノ築造ヲ中止シ又ハ空シク零地ヲ存スルノ已ヲ得サルニ至ル可シ、是レ經濟
上甚ダ不利ナリ、故ニ本條ハ一定ノ條件ノ下ニ隣地ノ使用權ヲ認ムルモノナリ、

(二) 使用權ノ條件 ハ(一) 疆界又ハ其近傍ニ於テ牆壁若シクハ建物ヲ築造シ又ハ

修繕スル爲メニ隣地使用ノ必要ヲ生シタルコト之ナリ、故ニ牆壁建物ノ築造修
繕以外ニ本條ノ權利ナシ、例ヘハ庭木又ハ機械等ヲ引入レ又ハ据付ケル爲メニ
ハ本條ノ權利ヲ生セス、是等ノ目的ノ爲メニ隣地ヲ使用スルニハ其承諾ヲ經ル
物權 所有權 所有權ノ限界 【二〇九】

ヨリ外ナシ、但シ反對ノ慣習法アル場合ハ此限ニ在ラス(二)右ノ目的ノ爲メニ建築法上隣地使用ノ絶對的必要ヲ生シタルヲ要ス、故ニ例ヘハ單ニ多額ノ費用ヲ要スルヲ理由トシテ隣地ヲ使用スルヲ得ス、

(三) 使用權ノ内容及目的

使用權ノ内容ハ牆壁建物ノ築造修繕ニ必要ナル範圍内ニ於テ隣地ヲ使用スルニ在リ、即チ使用スル土地ノ面積其使用ノ方法及ヒ使用ノ時間皆必要ナル範圍ヲ越ユ可ラス、又其目的ハ單ニ隣地ヲ使用スルニ在リ、換言スレハ隣地者ハ使用ヲ聽容ス可キ義務アルニ過キサルカ故ニ隣地者ニ何等積極的ノ義務ヲ課スルヲ得ス、例ヘハ妨害トナル物體ノ取除ヲ請求スルヲ得ス、又使用ノ物體ハ土地ニ限ラレ、カ故ニ隣人ノ庭園ハ之ヲ使用スルヲ得ルモ、建物物置地窖ノ類ハ本條但書ノ適用ヲ受ケサル場合ニ於テモ之ヲ使用スルヲ得ス、

(四) 使用權ノ性質

隣地者ニ對スル請求權ナリ、而シテ土地所有者ニ法律ノ直接ニ與フル所ナルカ故ニ廣義ニ於テ之ヲ物權的請求權ト稱スルヲ妨ケサルモ之ヲ以テ所有權ノ内容ヲ成スモノト見ルハ不可ナリ、宜シク所有權ノ外部ニ存スルモノト見ル可シ、又其性質ハ請求權ニ外ナラサルカ故ニ先ツ隣地者ニ對シテ使用ノ聽容ヲ請求シ隣地者之ヲ承諾セサルトキハ裁判上之ヲ強制スルヲ得

ンノミ(同論梅博士民法要義本條、富井博士原論二卷二〇一、三諸博士民法全書四〇其他)、而シテ其ノ義務者ハ隣地ノ所有者ニシテ占有者ニ非ス(例之賃借人)、蓋シ本條ハ所有權ノ限界ニ關スルモノナルカ故ニ兩地ノ所有者ノ間ノ關係ヲ定メタルモノト見ル可ケレハナリ、

(五) 第一項但書

隣地ヲ使用スル場合ニハ隣人ノ承諾ヲ裁判上強制スルヲ得レトモ隣人ノ住家ニ立入ルニハ隣人ノ任意ノ承諾ヲ要ス、即チ裁判上之ヲ強制スルヲ得ス、蓋シ隣人ノ住家ニ立入ル權利ヲ有セサルハナリ、住家トハ人ノ住居スル建物ヲ意味スルモノニシテ其庭園ハ本條ニ云フ住家ニ非ス、憲法第二十五條ノ住所、刑法第三百三十條ノ住居トハ其範圍稍々同シカラス、

又隣人トハ現ニ隣地ノ建物ニ住スル者ノ義ナリ(同論三諸博士前出四二)、其土地若シクハ建物ノ所有者ナルト賃借人タルトテ區別セス、蓋シ但書ノ規定ノ目的ハ所有權ノ保護ニ在ラスシテ住家ノ安寧保護ニ在ルカ故ナリ、

(六) 損害賠償

隣地者カ使用ノ爲メニ損害ヲ蒙リタルトキハ其價金ヲ請求スルコトヲ得、其賠償義務ハ不法行為ニ基クニ非ス、又客觀的違法行為ニ基クニ非ス、權利行為ニ基ク損害賠償ナリ、徵發又ハ土地收容者カ爲ス倍價ト其性質相同シ、故ニ其消滅時效ハ第七百二十四條ニ依ラス第百六十七條ニ依ル、又其額ハ裁判物權 所有權ノ限界 【二〇九】

所ノ認定ニヨル、然レトモ第一項但書ノ場合ニ於テ隣人カ承諾ヲ與ヘタルトキハ之レ契約ニ依ルモノナルカ故ニ其額ハ當事者ノ約定スル所ニ從フ、若シ明約ナキトキハ隣人ハ相當ノ對價ヲ請求スルコトヲ得可シ要スルニ此場合ハ契約上ノ債務ニシテ損害賠償ニハ非ス、

(七) 本條ノ準用

第二百六十七條ニヨリ本條ハ地上權者間又ハ地上權者ト土地ノ所有者ノ間ニ準用セラル、即チ隣地ニ地上權アル場合ニハ本條ノ請求ハ地上權者ニ對シテ之ヲ爲スコク所有權者ニ對シテ爲スヲ要セス、賠償モ亦地上權者ニ拂フ可ク所有者ニ拂フヲ要セス、又地上權者カ牆壁建物ノ築造修繕ヲナサントスル場合ニハ隣地ノ所有者又ハ地上權者ニ對シテ本條ノ請求權アリトス、然レトモ本條ハ之ヲ賃借人間ニ準用スルヲ得ス此點ハ立法上議論ノ餘地アル可シ、

第二百十條 或土地カ他ノ土地ニ圍繞セラレテ公路ニ通セサルトキハ其土地ノ所有者ハ公路ニ至ル爲メ圍繞地ヲ通行スルコトヲ得

池沼、河渠若クハ海洋ニ由ルニ非サレハ他ニ通スルコト能ハス又ハ崖岸アリテ土地ト公路ト著シキ高低ヲ爲ストキ亦同シ

(一) 通行權發生條件

本條ニ明ナル如ク或土地カ他ノ土地ニ圍繞セラレテ公路ニ通セサルトキハ隣地ヲ通行スル權利ヲ生ス、圍繞セラレタル土地ヲ舊民法ニ於テ袋地ト稱セリ(財産編二一八)、爾來通稱トナレリ、故ニ通行權發生條件ハ袋地ノ條件ト同一ナリトス、而シテ袋地タルニハ下ノ二條件ヲ要ス、(一)他ノ土地ニ圍繞セラル、コト、(二)公路ニ通セサルコト之ナリ、

(イ) 他ノ土地ニ圍繞セラルコト

他ノ土地ニ圍繞セラルトハ四邊ノ土地カ皆他人ノ所有地ナルコトヲ意味ス、假令公路ニ通セサル土地ヲ生スルモ其一方カ自己ノ所有地ナルトキハ便否ヲ論セス他人ノ土地ヲ通行スルヲ得ス、宜シク自己ノ土地ヲ通行ス可キノミ、其一面ニ當ル自己ノ地上ニ他人ノ爲メニ絶對的ノ使用權ヲ與ヘ通行ヲ禁止スルノ權利ヲ與ヘタル場合ニ於テハ全然道路ヲ缺クニ至ルト雖モ然カモ本條ノ通行權ヲ生スルコトナシ、蓋シ是レ物權 所有權 所有權ノ界限 【一一〇】

自業自得又已ヲ得サルノミ

(ロ) 公路ニ通セサルコト

公路ニ通セサルコトノ意義ニ就テ二大主義アリ、一ハ絶對主義ニシテ全然公路ニ通セサルヲ要ストナシ、他ハ相對主義ニシテ公路ニ至ルノ通路アルモ狹隘ニシテ其土地相應ノ利用ヲナス爲メニ不十分ナルトキハ通行權ヲ生ストナス、例之被圍繞地カ廣大ナル市街宅地ニシテ住宅倉庫等ヲ築造スルヲ普通ノ利用方法トナス場合ニ於テ、僅カニ人ノ歩行シテ通スルノ路アルモ車馬ヲ入ル、通路ナキトキハ後説ニ從ヘハ通行權ヲ生ス可キモ前説ニ從ヘハ通行權ヲ生セサル結果トナル、實際ノ便否ヨリ論スルトキハ後説ノ正シキコト明ナリ、又本條ノ解釋トシテモ相對主義ヲ否認ス可キ根據ナシ、本條ニ公路ニ通セストハ其土地相應ノ利用ヲナス爲メニ十分ナル通路ナキコトヲ意味スト解ス可キナリ、蓋シ不十分ニシテ必要ヲ滿スニ足ラサルノ通路ハ本條ノ精神ニ於テ之ヲ通路ト認ムル能ハサレハナリ、又四方カ他人ノ土地ナルモ袋地所有者カ圍繞地上ニ地役權賃借權等ノ權利ヲ有シ其權利ニ基キテ現ニ通路ヲ有スル場合ニハ通行權ヲ生セス (Darmburg R. R. III § 84, Ziff. 11. ann I, Planck, Konnt III S. 188. 同論) 假シ其權利カ解除條件又ハ解約權等ニヨリ隣地者一方ノ意思ニヨリ何時ニテモ消滅セシメ得ル場合ニ

シテ袋地所有者ノ地位ハ不確實ナル場合ニ於テモ又然リトス、蓋シ此場合ニ通行權ヲ與フルトキハ徒ニ二個ノ通路ヲ生シ無用ノ贅物ヲ生シ本條通行權ヲ與フル精神ニ反ス可ケレハナリ、

右ト異リ隣地ヲ通行スル權利ヲ有スルモ其權利カ停止條件附又ハ始期付ニシテ袋地所有者ハ直ニ之ヲ實行スルヲ得ス、從テ現ニ通路ヲ缺ク場合ニ於テハ通行權ヲ生ス可シ、蓋シ之レ現在ニ於テハ通路ヲ缺クノ状態ニアルモノナレハナリ、然レトモ現ニ通路ハ開設セラレサルモ袋地所有者ハ直ニ其權利ヲ行使シ通路ヲ開キ得ル地位ニ在ルトキハ法律上ノ通行權ヲ生セサルモノトス、蓋シ本條ノ通行權ハ一ニハ公經濟ノ爲メニスルモノナルモ直接ニハ袋地所有者ヲ保護スルヲ目的トス、左レハ袋地所有者ハ先ツ自己ノ權利ヲ實行シテ以テ通路ヲ求メサル可ラス、到底通路ヲ得ル能ハサルニ及ンテ始メテ強制的ニ通路ヲ要求ス可キノミ、

袋地所有者カ通行權ハ之ヲ有セサルモ事實上隣地ヲ占有シ隣地者モ亦之ヲ認容スル場合ニ於テ通行權ヲ生ス可キヤ否ヤ、此問題ニ就テハ現ニ通路ヲ缺カスト云フ理由ニヨリ通行權ヲ否認スルモノアリ (Rudenberg, Nothwegrecht S. 22.)

然レトモ之レ正シカラス、何トナレハ此論ニヨレハ袋地所有者カ本條ノ通行物權 所有權 所有權ノ限界 【110】

權ヲ得ルカ爲メニハ先ツ隣地ノ事實上ノ占有ヲ試ミ隣人カ之ヲ聽容スルヤ否ヤヲ試ムルノ必要アルニ至ル可クハナリ、法律カ通行權ヲ與フルハ事實上ノ通路ヲ缺クカ爲メニ非スシテ法律上通行スル權利ヲ缺クカ爲メナリ、故ニ此場合ニハ通行權ヲ與フ可シ、又本場合ハ前述ノ袋地所有者カ有スル通行權カ隣地者ノ意思ニヨリ消滅セシメ得ル場合ト相似タリ即チ其通路ハ何時閉鎖ノ厄ニ達フヤモ知レス、然レトモ前ノ場合ハ閉鎖セラル、マテハ權利ニ基ク通路アリ、本場合ハ始メヨリ法律上ノ通路ナシ故ニ其結果チ異ニスルナリ、

(三)(二) 通行權ノ内容

次條ヲ見ヨ、

通行權ノ性質

通行權ハ債權ニ非ス、蓋シ其内容ハ一定ノ行爲ヲ請求スルニ在ラサレハナリ、或ハ之ヲ以テ可能權(本書一卷、五三三)ナリトナス(Rudenberg a.o.)ト雖モ否ナリ、何トナレハ其内容ハ單純ノ可能ニ非スシテ他人ノ土地上ニ行ハル、現在ノ支配力ナレハナリ、故ニ余輩ノ見ル所ニ於テハ通行權ハ通行地ヲ目的トスル物權ナリ而シテ其性質ハ通行地役ニ類似スルモノアリ、又通行權ハ登記シ得可キ權利ニ非サルモ(登第一條參照)通行地ノ所有者變更スル場合ニハ之レニ追及スルコトヲ得可シ、之ヲ以テ袋地ノ所有權ノ内容ノ擴張ト見ンヨリハ、寧ロ

袋地ノ所有權ニ不可分のニ附屬スル別個ノ權利ト見ルヲ可トス、

(四) 通行權ノ消滅

通行權ハ公路ノ新設或ハ隣地ノ買收地役權賃借權ノ設定等ニヨリ袋地カ公路ニ通スルニ至ルトキハ當然消滅ス、

(五) 第二項ノ規定

第二項ハ全然公路ニ通セサル場合ニ非ス、又十分ノ通路ヲ得ル能ハサル場合ニモ非ス、然レトモ公路ニ通スルニハ池沼、河渠若シクハ海洋ニ由ルヲ要スルカ又ハ崖岸アル場合ナルカ故ニ、舟楫ニ由ルカ又ハ橋梁ヲ架スルヲ要シ、又ハ隧道ヲ穿ツヲ要スル等交通ノ爲メニ非常ナル費用ヲ要スルヲ以テ、隣地ノ通行權ヲ與ヘサルトキハ遂ニ其土地ヲ經濟上利用スル能ハサルニ至ルヲ以テ第一項ノ場合ニ準シタルモノナリ

第二百一十一條 前條ノ場合ニ於テ通行ノ場所及ヒ方法ハ通行權ヲ有スル者ノ爲メニ必要ニシテ且圍繞地ノ爲メニ損害最モ少キモノヲ選フコトヲ要ス
通行權ヲ有スル者ハ必要アルトキハ通路ヲ開設スルコトヲ得

(一) 通行權ノ内容

所及ヒ方法ヲ定メ第二項ハ通路ノ開設ヲ定ム、
 通行ノ場所及ヒ方法ハ二個ノ標準ニヨリ定マル、(一) 通行權者ノ爲メニ必要ナル
 範圍ヲ限度トス、(二) 圍繞地ノ爲メニ損害最モ少キモノヲ選ム可シ、
 例之袋地カ耕地ナルト市街地ナルトニヨリ又ハ其面積ノ大小、及ヒ形狀ノ如何
 等ニヨリ通路ニ要スル地面ノ幅員ヲ決ス可キカ如シ、要スルニ其通行ノ方法ハ
 袋地所有者ノ經營セントスル事業ノ規模ニヨリテ之ヲ決スルニ非スシテ其土
 地ニ相當シタル利用ヲ爲スニ必要ナリヤ否ヤニヨリ客觀的ニ決定ス可シ、例ヘ
 ハ狭少ナル袋地ニ市場ヲ私設セントシ廣キ通路ヲ要求スルモ許ス可ラサルカ
 如シ、然レトモ亦其通路ハ其土地ノ需用ニ應ス可キモノナルカ故ニ場合ニヨリ
 テハ廣キ土地ヲ要シ且ツ通路ヲ建設スルコトモ之ヲ認メサル可ラス(第二項)、然
 シ何レノ場合ニ於テモ其土地相當ノ利用ヲナスニ必要ナル程度ヲ越ユルヲ得
 ス、
 通行ノ場所ハ圍繞地ノ爲メニ損害最モ少ナキ場所ヲ選ムヲ要ス、例ヘハ甲乙丙
 ノ圍繞地アル場合ニ甲地ヲ通行スレハ五間ヲ要シ乙丙ナレハ十間ヲ要ストモ
 ハ甲地ノ通行ハ損害最モ少ナキモノナリ、然レトモ右ハ各地ノ狀況皆同一ナリ

(二) 通行地決定ノ訴訟

ト假定シタル論ナリ、若シ其狀況ヲ異ニセハ必シモ距離ノ長短ノミニヨリテ之
 ナ決スルヲ得ス、例之前例ニ於テ甲地上ニハ建物アリ乙地ハ他人ノ庭園ニシテ
 丙地ハ空地ナリト假定セハ丙地ノ通行ハ損害最モ少ナキモノト云ハサル可ラ
 サルカ如シ、
 土地所有者間ノ協議ニヨリ通行ノ場所及ヒ方法ヲ決定
 スル能ハサルトキハ其決定ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得、而シテ(一) 其原告ハ袋
 地ノ所有者又ハ地上權者(二六七)タルヲ要シ共有ノ場合ニハ各共有者獨立ニ訴
 ヲ起スコトヲ得ルモ、賃借人質權者等ハ原告タルノ資格ナシ、(二) 被告ハ隣地ノ所
 有者ナリ、其共有ナルトキハ全員ヲ相手方トナス可シ、隣地上ニ地上權存スルト
 キハ地上權者ヲ以テ被告トス(二六七)、隣地ノ賃借人永小作人質權者等ハ被告タ
 ルノ資格ナシ、(三) 請求ノ目的ハ通行ノ場所及ヒ範圍ノ確定ヲ請求スルニ在リ、原
 告ハ一定ノ地區ヲ指定シテ之ヲ以テ通行地トナサンコトヲ請求スルノ要ナシ、
 而シテ(四) 之レニ對スル判決ハ所謂設備的ノ效力ナシ、通路ハ判決ニヨリ始メテ
 定マルニ非ス、本條第一項ニヨリ抽象的ニ定マル、之ヲ特定ノ場合ニ適用スルニ
 過キサルカ故ニ宣言的効力アルニ過キサルモノト云フ可シ(Planck III S. 189) 即
 チ確認ノ訴ニ外ナラサルナリ、(五) 隣地者カ數人アル場合ニ其内ノ一人ヲ訴ヘタ
 物權 所有權 所有權ノ限界 【一一一】

ルニ本條第一項ニ適當スル地區ハ其者ノ所有地ニ非スシテ他ノ隣地者ノ所有地ナルトキハ原告ノ敗訴ニ歸ス可シ、蓋シ判決ハ訴外人タル他ノ隣地者ニ對シテ執行スル能ハサル可クハナリ、又反之隣地者ヲ悉ク共同被告トナストキハ通行地ニ相當セサル隣地者ニ對スル部分ハ原告ノ敗訴トナラサルヲ得ス (Plaf. H. 116 同論)、以上ノ結果ニ歸スルカ故ニ原告ハ先ツ何レノ隣地者ノ土地カ本條第一項ノ條件ニ適合スルヤヲ審査シテ訴ヲ起スヲ要ス、

第二百十二條 通行權ヲ有スル者ハ通行地ノ損害ニ對シテ償金ヲ拂フコトヲ要ス但通路開設ノ爲メニ生シタル損害ニ對スルモノヲ除ク外一年毎ニ其償金ヲ拂フコトヲ得

(一) 償金支拂ノ義務

通行權ハ圍繞地ノ所有權ヲ害スルコト甚シ、故ニ之ニヨリテ利益ヲ受クル袋地ノ所有者ヲシテ其損害ノ賠償ヲナサシム、

(イ) 償金支拂ノ方法

ハ通路開設ノ爲メニ生シタル損害ハ一時ノ損害ナルカ故ニ之ヲ一時ニ支拂フ可キモノトシ、其他ノ損害ハ年々生スルモノナルカ故

ニ一年毎ニ之ヲ拂フコトヲ得、但シ此場合ニ於テモ通行權者ノ意思ニヨリ一時ニ支拂フヲ妨ケス、而シテ年金トナス場合ニハ各年度ノ始メニ一年分ヲ前拂スルヲ適當ナル方法トナス可キモ法律上一定セル方法ナシ、

(ロ) 償金義務ノ發生

償金ヲ支拂フ義務ハ何時ヨリ發生スルカ、或ハ第一回ノ損害即チ第一回ノ通行アリタル時ヨリ發生ストナス論者アランモ是レハ不可ナリ、何トナレハ實際ノ通行前ニ於テモ既ニ隣地者カ其所有權ノ制限ヲ受ケタルトキハ其ノ時ニ損害ヲ蒙リタルモノト見ルヲ至當トス可シ、故ニ償金義務ハ通行權井ニ之ニ對スル隣地者ノ認容義務確定ノ時ヨリ生スルモノトスルヲ可トス、

(ハ) 償金額

ハ通行權發生ノ時ヲ標準トシテ之ヲ定メ爾後地價ノ高下アルモ之ヲ變更スルヲ得サルモノトス (同論 Planché III S. 100)。蓋シ償金ハ其時ノ袋地所有者ヨリ其時ノ通行地所有者ニ對シテ支拂フ可キモノニシテ、或意味ニ於テ第三者ニ對抗スル效力ヲ有スルモノナルカ故ニ第三者ヲ害セサル爲メニハ之ヲ變更セシメサルヲ要スレハナリ、但シ爾後通行ノ範圍方法ニ變動アリタルトキハ償金額モ亦之ヲ増減シ得ルハ勿論ナリトス、

(ニ) 償金義務ノ消滅

償金義務ハ其性質債權ナルカ故ニ債權ニ關スル一般的物權 所有權 所有權ノ限界 【二二二】

物權 所有權 所有權ノ限界 【二二二】

三三四

規定ニ從ヒテ消滅ス、消滅時効ニ付テハ第六十九條ノ適用アリトス、然レトモ其性質上通行權ノ存在スル間ハ年々發生スルモノニシテ通行權ノ消滅ト同時ニ非サレハ其發生ヲ止ムルコトナシ、通行權ノ消滅ニヨリ將來ニ向テ其發生ヲ止ム可キモ既ニ發生シテ延滞セル部分ハ之カ爲メニ消滅セサルハ勿論ナリトス、

(二) 價金義務ノ性質

價金支拂義務ハ其性質債權ナリ、然シテ我登記法上ハ之ヲ登記スルヲ得サルモ立法論トシテハ通行權ト共ニ之ヲ登記セシムルヲ可トス、

又其義務ハ袋地ト結合シ袋地ノ物的負擔 (Burden) トシテ存在スルモノナリ、故ニ袋地所有者ハ通行權ヲ拋棄スルニ由リ何時ニテモ之ヲ消滅セシムルコトヲ得可シ、又袋地讓渡ノ場合ニ於テハ通行權モ當然讓渡セラルルカ故ニ價金支拂義務モ之ニ從テ移轉ス可シ、但シ延滞セル部分ハ此限ニ在ラス、又價金ハ現時ノ通行地所有者ニ對シテ拂フ可キモノニシテ其讓渡アリタル場合ニハ讓受人ニ對シテ支拂フ可キモノトス、但シ延滞セル部分ハ此限ニ非ス、

通行權者カ價金ヲ支拂ハサル場合ニハ通行地所有者ハ通行權ノ消滅ヲ請求スルヲ得ルカ、此點ニ付テハ何等ノ明文ナキモ積極的ニ答フ可キモノトス、蓋シ價金ハ通行權ニ對スル對價ナリ、一方カ義務ヲ履行セサルニ他ノ一方ノミチシテ

其義務ヲ履行ス可ク強要スルハ不公平ナレハナリ、

第二百十三條

分割ニ因リ公路ニ通セサル土地ヲ生シタルトキハ其土地ノ所有者ハ公路ニ至ル爲メ他ノ分割者ノ所有地ノミチヲ通行スルコトヲ得此場合ニ於テハ價金ヲ拂フコトヲ要セス

前項ノ規定ハ土地ノ所有者カ其土地ノ一部ヲ讓渡シタル場合ニ之ヲ準用ス

(一) 第一項

ハ共有地分割ニヨリ袋地ヲ生シタル場合ニ關ス、此場合ニ於テモ通行權ヲ生セサルニ非ス、然レトモ其袋地タルヤ土地所有者ノ任意ノ行爲ニ由リテ生シタルモノナルカ故ニ累テ他ノ圍繞地ニ及ステ得ス、第二百十一條ノ規定ニ拘ハラス袋地所有者ハ他ノ分割者ノ所有地ノミチヲ通行スルコトヲ得可ク、又

此場合ニ於テハ袋地ノ生スルコトハ豫メ分割者ノ豫見スル所ナルカ故ニ通行地所有者ハ價金ヲ請求スルヲ得ス、即チ通行地ノ選擇并ニ價金ノ二點ニ關シテ前條及ヒ前々條ノ例外ヲナスモ其他ノ點ニ關シテハ前數條ノ適用アル可シ、
物權 所有權 所有權ノ限界 【二二三】

三三五

共有地ノ自然分割カ裁判ニヨリテ生シ其結果袋地ヲ生シタル場合ニ猶本項ノ適用アリヤ(二五八)本條ノ文面上ハ此場合ニモ適用アル可キカ如キモ本條ノ根本的精神ハ袋地カ任意行爲ニヨリ生シタル場合ニ關スル例外ナリ故ニ右ノ場合ニハ本項ヲ適用セサルヲ可トス、

本項ハ直接ノ分割者間ニノミ適用アリテ分割ニヨリ生シタル袋地ノ特定承繼人ニ適用ナシ其事情ヲ知リテ袋地ヲ取得シタル者ト雖モ亦同シ之レ本條ノ文意上明ナリトス然レトモ斯クストキハ袋地ノ所有者ハ虛偽的ニ其土地ヲ他人ニ讓渡シ以テ他ノ圍繞地上ニ通行權ヲ請求スルニ至ルノ弊アリトス左レト是レ脫法行爲ニ過キサルカ故ニ其事情ヲ證明スルヲ得ルニ於テハ其通行權ヲ排斥スルヲ得可シ、

(二) 第二項

第二項ハ土地ノ一部讓渡ニヨリ袋地ヲ生シタル場合ニシテ前項ノ規定ヲ準用スルモノナリ即チ其通行地ハ讓渡地ニ限リ又償金ノ請求權ナキモノトス其理由モ亦前者ニ同シク袋地所有者ノ任意行爲ニ因ルカ故ニ制限ヲ設クルモノナリ故ニ土地ノ一部カ公用ノ爲メニ收用セラレ袋地ヲ生シタルトキハ本條ノ適用ナク第二百一十一條ニヨル、
土地ノ所有者カ二筆ノ土地ヲ有シ其一筆ヲ他人ニ讓渡シタル爲メニ他ノ一筆

(三) 其他ノ任意行爲ニヨル袋地

土地カ袋地トナリタル場合ハ本項ノ内ニ在ラサルモ本項ヲ準用シテ可ナラシカ但シ其一筆ノ土地ノ任意ノ讓渡タルヲ要ス可キハ勿論ナルカ故ニ強制競賣土地收用等ニ依ルトキハ本項ヲ準用ス可ラス、

土地所有者カ隣地上ニ地役權賃借權ヲ有シ公路ニ通シタルニ任意ニ之等ノ權利ヲ拋棄シ(例之地代高價ナル爲メ)爲メニ袋地トナル場合ニハ通行權ヲ生セサルカ、竊逸民法ハ此場合ニハ絶對的ニ通行權ヲ與ヘス(獨民九一八)蓋シ其背信所爲ニ對スル制裁ナリ然シ此場合ニハ其袋地ヲ讓渡スレハ特定承繼人ハ通行權ヲ得可キカ故ニ間接ニ通行權ヲ得ルノ手段存セサルニ非サルナリ、本法ハ此場合ニ關シテハ何等ノ明文ヲ設ケス或ハ本條ノ規定ヲ此場合ニ準用セント試ムルモノアラシモ、本條ノ場合トハ著シク其關係ヲ異ニスルカ故ニ準用ノ餘地ナシ又或ハ竊逸民法ト同シク通行權ヲ與ヘサラント試ムルモノアラシモ法典上ニハ其根據ナシ却テ第二百十條ノ條件ヲ完全ニ具備スルカ故ニ同條ニヨリテ通行權ヲ生スルモノト解スルヲ正シトス可シ、

第二百十四條 土地ノ所有者ハ隣地ヨリ水ノ自然ニ流レ

物權 所有權 所有權ノ境界 【二一四】

來ルヲ妨クルコトヲ得ス

(一) 承水義務

水ハ其性低ニ從テ流ル、モノナル故ニ低地カ高地ヨリ流レ來ル水ヲ承ク可キハ當然ノ事理ナリ、若シ低地ニ於テ高地ヨリ流レ來ル水ヲ阻止スルコトヲ得トセハ高地ハ爲メニ水ノ疎通ヲ妨ケラレ耕作上又衛生上損害ヲ受ク可シ、斯ノ如キハ一般經濟上不利益ナルノミナラス土地所有者カ地ヲ接シテ生活スル所以ノ道ニ非ス、是レ本條ノ規定ノ生スル理由ナリ、

(イ) 適用ノ範圍

本條ハ廣ク自然水ニ關スルモノニシテ雨水泉水溪流等ノ地上水併ニ地下水ニ付キテ適用アリ(三浦博士民法全書本條同論)、然レトモ人工ニ由リテ貯積シタル水ニ就テハ適用ナク、低地所有者ハ其流レ來ルコトヲ防止スルヲ得可シ、家用農工業用ノ餘水ニ就テハ第二百二十條ヲ見ヨ、

(ロ) 承水義務ノ内容

ハ不作爲ニ在リ、即チ自然水ノ流レ來ルヲ妨ケサルニ在リ、自然水カ自己ノ所有地ニ於テ阻塞シタル場合ニ於テモ之カ疎通ヲ計ル可キ義務ナク、又高地所有者カ疎通ノ爲メニ立入ルコトヲ認容スルノ義務ナシ、

(二) 承水義務違反行爲

低地所有者カ自然水ノ流入ヲ阻塞スルトキハ承水義務ノ違反トナル、此ノ場合ニ於テハ高地所有者ハ自ラ低地ニ立入りテ疎水ニ必要

ナク行爲ヲナスコトヲ得ルカ、又ハ單ニ其障害物ノ除去ヲ請求シ得ルニ止マルカ、本條ノ義務ノ性質ヨリ論スレハ後ノ如ク障害物ノ除去ヲ請求シ得ルニ止マルモノトスルヲ正シトス(第四百十四條二項參照)、次條ヲ準用シテ自ラ低地ニ立入ルコトヲ得トナスヲ得ス、蓋シ之レ單ニ不作爲ノ義務ノ違反ニシテ之ニ關スル特別ノ規定存セサルカ故ニ一般ノ原則ニヨリ外ナクハナリ、但シ何レノ解釋ヲ取ルモ損害賠償(債務不履行)ヲ請求シ得ルハ勿論ナリトス、

第二百十五條 水流カ事變ニ因リ低地ニ於テ阻塞シタルトキハ高地ノ所有者ハ自費ヲ以テ其疎通ニ必要ナル工事ヲ爲スコトヲ得

(一) 本條モ亦自然水ニ關スルモノナリ(同論梅博士民法要義本條)、水流トアルハ地上地下ノ自然ノ水流ノ義ニ解ス可シ、低地ノ承水義務ハ前條ニ説キタル如ク其内容ハ消極的ニシテ水流カ事變ニヨリ自己ノ土地内ニ於テ阻塞シ隣地ニ苦テ及ス場合ニ於テモ之レカ疎通ヲ計ル可キ義務ナシ、故ニ本條ニ於テ低地ニ立入り自己ノ費用ヲ以テ疎通ニ必要ナル工事ヲナスノ權利ヲ認ム、

(二) 本條ノ工事ヲナス權利ハ水流カ事變(例之地震山崩ノ類)ニヨリ阻塞セル場合ニ物權 所有權 所有權ノ限界 【二一五】

生ス、此場合ニハ低地所有者ハ之レヲ除去ス可キ義務ナキカ故ニ高地所有者ニ立入權ヲ與ヘタリ、從テ低地所有者カ自己ノ所爲ニヨリ即チ承水義務ノ違反トシテ水流ヲ擁塞セル場合ニハ低地所有者チシテ之ヲ除去セシムルコトヲ得ルカ故ニ本條ノ權利ナシトス、

(三) 本條ノ權利ハ水流カ直接ノ隣地ニ於テ阻害セル場合ノミナラス、或土地ヲ隔テタル低地ニ於テ阻害セル場合ニモ亦生ス故ニ本條ニハ隣地ニ於テ阻害云々ト云ハスシテ廣ク低地ニ於テ阻害セルトキト規定ス、

(四) 本條ノ權利實行ノ爲メニ要スル工事ノ費用ハ疏水工事チナシタル者自ラ之ヲ負擔ス、他ノ高地者カ之ニヨリテ利益ヲ得ルアリト雖モ之ニ對シテ費用ノ分擔ヲ請求スルコトヲ得ス、但シ反對ノ慣習アリタルトキハ之ニ從フ可キモノトス(二一七)、又本條ノ權利實行ノ爲メニ低地者カ損害ヲ蒙ルアリト雖モ其賠償ヲ請求スルヲ得ス、蓋シ之レ權利行爲ニ基ク損害ナルカ故ニ法律ニ明文アル場合ノ外ハ之カ賠償ヲ要セサルナリ、然シナカラ高地者カ疏通ニ必要ナル範圍ヲ越ヘタル行爲又ハ工事チナシタルトキハ其範圍ヲ越ヘタル行爲ニヨリ生シタル損害ハ之ヲ賠償スルヲ要スルハ勿論ナリ、

第二百十六條 甲地ニ於テ貯水、排水又ハ引水ノ爲メニ設

ケタル工作物ノ破潰又ハ阻塞ニ因リテ乙地ニ損害ヲ及ホシ又ハ及ホス虞アルトキハ乙地ノ所有者ハ甲地ノ所有者チシテ修繕若クハ疏通ヲ爲サシメ又必要アルトキハ豫防工事ヲ爲サシムルコトヲ得

(一) 本條立法理由 夫レ所有權ハ完全支配權ナリ、如何ナル方法チ以テ如何ナル目的ノ爲メニ之ヲ使用スルモ自由ナラサル可ラス、貯水、排水又ハ引水ノ爲メニ工作物ヲ設ケ多量ノ水ヲ貯ヘ又ハ流通セシムルカ如キ固ヨリ其自由ナリ、然レトモ之レカ爲メニ他人ニ損害ヲ及スチ許ス可ラサルハ勿論ナリ、故ニ之ニヨリ他人ニ實損害ヲ加ヘタルトキハ一般不法行爲ノ規定ニ從ヒ損害賠償ノ義務ヲ生ス可シ、然トモ之レ既發ノ損害ニ對スル金錢賠償ニシテ被害者ハ損害豫防ニ必要ナル行爲ヲ請求スル權利ナシ、故ニ本條ニ於テ特ニ之ヲ認ム、左レハ本條ノ救濟方法ハ一般ノ規定ニ從フ損害賠償請求權ト併立スルモノトス、

(二) 本條請求權ノ發生要件 ハ左ノニトス

(イ) 甲地ニ於テ貯水排水又ハ引水ノ爲メニ設ケタル工作物ノ存スルコト、而シテ物權 所有權 所有權ノ限界 【二一六】

之等ノ工作物(例之貯水溜、堤防水樋ノ類)ヲ設ケル目的ハ全然之レヲ問ハス、又其地上ナルト地下ナルトヲ問ハス、然レトモ是等ノ工作物ハ皆甲地所有者カ人工的ニ設ケル所ニシテ其水ハ人工的ニ蓄積セルモノナルヲ要ス、事變其他自然ニ水カ甲地ニ蓄積セル場合ニハ本條ノ請求權ヲ生セス、

(ロ) 工作物ノ破潰又ハ阻塞ニヨリテ乙地ニ損害ヲ及ボシ又ハ及ボス虞アルコト、工作物ノ破潰トハ堤防ノ潰決貯水溜ノ漏缺、水樋ノ朽廢等ヲ云フ、阻塞トハ水樋ノ堵塞ニヨル溢水ノ如キ之ナリ、損害ヲ及ボシトハ現ニ損害ヲ及ビタルヲ云フ、此場合ニハ一般ノ原則ニ因ル損害賠償請求ヲ併發ス可シ、損害ヲ及ボス虞アルトハ現在ニ於テハ未タ實損害ナキモ四圍ノ事情ヨリ推測シ將來損害ヲ及ス蓋然性ノ大ナルモノヲ云フ、果シテ其虞アリヤ否ヤハ右ノ客觀的標準ニヨリ裁判官ノ決定ス可キ事實問題ナリ、

(三) 本條請求權ノ内容 本條ノ請求權ノ内容ハ工作物ノ修繕若シクハ疏通、又必要アルトキハ豫防工事ヲ爲スコトヲ請求スルニ在リ、即チ本條ノ請求權ハ作爲ノ請求權ナリトス、而シテ義務者カ任意ニ之等ノ請求ニ應ズル行爲ヲナサ、ルトキハ第四百十四條ノ規定ヲ準用シ代執行ヲナスコトヲ得可シ、然レトモ前述工作物ノ除去ヲ請求シ又ハ積水行爲ノ停止ヲ請求スルヲ得ス、蓋シ斯ノ如キハ

(四) 當事者

所有權ノ制限其度ニ過ケルカ故ニ本條ハ之ヲ認メサルナリ、地位ニ在ル土地ノ所有者ニシテ相手方ハ積水工作物所在地ノ所有權者ナリ、之レ本條ノ文意上明瞭ナル所ナリ、從テ(一)右ノ兩地ハ必シモ直接ニ接近スルヲ要セス、兩地間ニ他人ノ土地ヲ存スルモ可ナリ、(二)本條ノ請求權ハ兩地ノ所有者間ニ存在ス而シテ之ヲ地上權者ト所有權者又ハ地上權者間ニ準用スルヲ得ルモ(二六七)之ヲ占有者間ニ準用スルヲ得ス、但シ占有者ハ別ニ第九十八條第九十九條ノ條件ヲ具フル時ハ其保護ヲ受ケ可シ、而シテ占有ニ基ク請求權ハ本條ノ請求權ト互ニ妨ケルコトナシ、又土地ノ賃借人間ニ於テモ亦本條ノ請求權ナシ、右ハ本條ノ明文上疑ナキ所ナリ、本條ハ工作物ノ所有者ト土地ノ所有者ト同一人ナル場合ノミヲ想像スルモ此兩者ハ必シモ同一人ニ非ス、而シテ共同一人ニ非サル場合ニ於テハ本條ノ規定ハ不穩當ナリトス、例ハ賃借人カ貯水溜ヲ設置シタル場合ニ土地ノ所有者ニ對シテ其修繕ヲ請求スルハ事宜ニ適セサル可シ、故ニ此場合ニハ英米法ノ如ク工作物ノ所有者ヲ以テ請求ノ相手方トナスヲ可トス、

(五) 費用ノ負擔

工作物ノ修繕、水ノ疏通並ニ豫防工事ノ費用ハ工作物ノ所在地ノ所有者ノ負擔トス、此ノ點ニ就テハ直接ノ規定ナキモ義務履行ノ爲メニ要ス

費用ハ義務者ノ負擔トナスヲ原則トスルカ故ニ(四八五參照右ノ解釋ヲ生ス、

第二百十七條 前二條ノ場合ニ於テ費用ノ負擔ニ付キ別段ノ慣習アルトキハ其慣習ニ從フ

本條ハ説明ノ要ナシ、只本條ノ認ムル慣習ハ「費用ノ負擔」ニノミ關スルヲ要シ、其他ノ點ニ關シ反對ノ慣習アルモ本條ノ認ムル所ニ非サルコトニ注意ス可シ、

第二百十八條 土地ノ所有者ハ直チニ雨水ヲ隣地ニ注瀉セシム可キ屋根其他ノ工作物ヲ設クルコトヲ得ス

(一) 本條ノ事實

本條ノ事實ハ(一) 屋根其他ノ工作物カ隣地上ニ突出シテ雨水ヲ注瀉セシムル場合ニ非ス、此ノ如キハ第二百七條ニヨリテ當然隣地所有權ノ侵害トナリ、隣地者ハ其除去ヲ請求スルコトヲ得ルナリ、(二) 雨水カ一旦自己ノ所有地内ニ落ちテ隣地ニ流出スル場合ニ非ス、斯ノ如キハ第二百十四條ノ規定ニ

隣地者ノ認容スルヲ要スル所ナリ、
本條ノ事實ハ屋根其他ノ工作物ハ自己ノ所有地内ニ在ルモ其勾配ノ爲メニ直接ニ雨水ヲ隣地ニ注ク場合ナリ(梅博士民法要義本條、同論)、蓋シ斯ノ如キハ自然

ホニ非ス、人工ヲ以テ雨水ヲ集メテ他人ノ土地ニ注クモノナルカ故ニ本條ヲ以テ之ヲ禁スルナリ、但シ稀有ナル豪雨ノ爲メニ雨水ヲ直瀉セシムル事實アルモ本條ノ適用ナシ、本條ヲ適用センニハ普通ノ雨量ニテ雨水ヲ直瀉セシムル場合タルヲ要ス可シ、

(二) 本條違反ノ制裁

ハ本條ニ明ナラサルモ、(一) 損害賠償請求權ヲ生スルハ疑ナキ所ナリ、而シテ之カ爲メニハ故意又ハ過失ヲ必要トセス、土地所有者ハ前記ノ

工作物ヲ設置ス可ラサル消極的義務ヲ負擔スルモノナルカ故ニ其義務違反ノ制裁トシテ客觀的ニ責任ヲ負フ可シ、(二) 隣地者ハ屋根其他ノ有害的工作物ノ除去ヲ請求スルヲ得ルカ、第四百十四條第三項ヲ準用ス可キモノトモハ積極的ニ答ヘサル可ラス、然レトモ損害ノ原因ハ屋根其他ノ非スシテ屋根ノ勾配ニ在リ、又屋根ハ其儘ニ存スルモ雨樋ヲ設クル等豫防的設備ヲナスニ於テハ損害ノ原因ヲ根絶スルコトヲ得可キカ故ニ強テ屋根其他ノ工作物ヲ除去セシムル必要ナシ、故ニ原告ハ一定ノ申立トシテハ一般的ニ雨水ノ直瀉ヲ防ク可キ行為ヲ請求ス可キナリ、而シテ判決モ亦之レニ應シ雨水ノ直瀉ヲ防ク行為ヲナス可キコトヲ命ス可キノミ、

第二百十九條 溝渠其他ノ水流地ノ所有者ハ對岸ノ土地

物權 所有權 所有權ノ限界 【二一九】

カ他人ノ所有ニ屬スルトキハ其水路又ハ幅員ヲ變スルコトヲ得ス

兩岸ノ土地カ水流地ノ所有者ニ屬スルトキハ其所有者ハ水路及ヒ幅員ヲ變スルコトヲ得但下口ニ於テ自然ノ水路ニ復スルコトヲ要ス

前二項ノ規定ニ異リタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フ

(一) 本條適用ノ範圍

河川ハ之ヲ分テ公共河川ト私川ノ二種トナス、而シテ公共

河川ハ河川法ノ支配ニ屬シ(本書一卷三八五)之ヲ無主物トナス、本條ノ適用ヲ受クルモノハ所謂私川ニシテ河川法ノ適用ナキ河川ナリ、而シテ其ノ流水ハ其性質上完全支配ヲ許サ、ルカ故ニ所有權ノ目的タルヲ得サルモ使用權ノ目的トナルヲ得、反之其河床ハ全ク他ノ土地ト同シク所有權ノ目的トナルモノナリ、從テ第二百六條ノ規定ニヨレハ土地ノ所有者ハ其河床ヲ變シテ自由ニ水路ヲ變更シ得ル結果トナルモ、水ハ素其性下ニ就クカ故ニ水路ヲ自由ニ變スルトキハ隣地者ノ水利ヲ減シ或ハ汎濫セシメ損害ヲ及スコト懸カラズ、故ニ本條ニ於テ

之レヲ制限ス、

(二) 第一項ノ規定

河川ハ岸、流水、及ヒ敷地ノ三者ヨリ成ル、本項ハ其敷地及ヒ一

方ノ岸カ一人ニ屬シ反對ノ岸ハ他人ノ所有ニ屬スル場合ナリ、此場合ニ於テハ一方ノ岸及ヒ敷地ノ所有者ハ其水路又ハ幅員ヲ變スルヲ得ス、蓋シ水路ヲ變スレハ對岸ノ所有者ハ水流ヲ利用スルヲ得ス、又幅員ヲ變スレハ或ハ水深ヲ減シ或ハ之ヲ増加シ以テ對岸所有者ノ水利ヲ害スルカ故ナリ、案スルニ本項ノ規定ハ對岸所有者ノ利益ヲ保護スルヲ以テ目的トナス、故ニ荷モ害ヲ第三者ニ及サ、ル以上ハ對岸所有者ノ同意ヲ得テ水路幅員ヲ變スルヲ妨ケサル可シ、

本項違反行爲ニ對スル制裁トシテハ、(一)對岸所有者ハ損害賠償請求權アリ、(二)水路及ヒ幅員ヲ原狀ニ復セシムルコトヲ請求スルヲ得可シ、

(三) 第二項ノ規定

ハ兩岸ノ土地及ヒ敷地カ同一ノ所有者ニ屬スル場合ナリ、此

場合ニ於テハ其所有者ハ水路及ヒ幅員ヲ變スルコト自由ナリ、蓋シ水流全部カ其所有地内ニ在ルカ故ニ累テ他人ニ及スコトナケレハナリ、但シ其水路ヲ變更シタル場合ニ於テハ其下口ニ於テ從來ノ水路ニ連結セシメ低地ノ所有者ヲシテ損害ヲ蒙ラシメサルヲ要ス、

物權 所有權 所有權ノ限界 【三一九】

本項違反ノ場合即チ水路ヲ變シテ而カモ下口ニ於テ從來ノ水路ニ復セシメサル場合ニ於テハ低地ノ所有者ハ之ヲ從來ノ水路ニ連結セシムルコトヲ請求スルコトヲ得可シ、然シナカラ水路ノ變更ヲ全部舊態ニ復ス可ク請求スルヲ得ス、蓋シ水路ノ變更其ノモノカ違法ナルニハ非スシテ從來ノ水路ニ連結セシメサルコトノミカ違法ナレハナリ、

(四) 第三項ノ規定ハ説明ヲ要セス

第二百二十條 高地ノ所有者ハ浸水地ヲ乾カス爲メ又ハ家用若クハ農工業用ノ餘水ヲ排泄スル爲メ公路、公流又ハ下水道ニ至ルマテ低地ニ水ヲ通過セシムルコトヲ得但低地ノ爲メニ損害最モ少キ場所及ヒ方法ヲ選フコトヲ要ス

(一) 本條ノ目的

浸水地ヲ乾カシ家用農工業用ノ餘水ヲ排泄スルハ土地ノ利用上並ニ衛生上缺ク可ラサル所ナリ、然レトモ其土地ノ位置高クシテ其低キ方面ニ於テ直接ニ公路、公流又ハ下水道ニ接セサルトキハ勢ヒ之ヲ排泄スル爲メニ

ハ低地ヲ通過セシメサルヲ得ス、此ノ如キハ低地ノ制限トナルニモ拘ハラス公路上ノ理由ニヨリ本條ハ之ヲ認メタルモノナリ、

(二) 本條ノ適用

上注意ス可キ點左ノ如シ、

- (イ) 公路トハ陸上ノ道路ノ義ニ非ス、陸上ノ道路ハ餘水ヲ放流セシム可キ場所ニ非ス、故ニ茲ニ公路トハ公衆ノ使用ニ供セラル、水路(溝渠、疏水ノ類)ヲ意味スルモノナル可シ、公流トハ公共河川ナルト私川ナルト間ハ直接ニ公衆ノ使用ニ供セラレタル水流ノ義ナリ、故ニ公路ハ公流ノ一ノ場合ニ過キス、猶私川ニシテ公衆ノ用ニ供セラル、モノトハ河川法ノ適用ヲ受クサル河川ニシテ直接ニ公衆ノ用ニ供セラルモノヲ云フ、下水道ニ就テハ説明ス可キモノナシ、以上ノ外池沼等ニ餘水ヲ排泄スル場合少カラス、然トモ其主ナルモノハ多クハ公路タル可シ、若シ個人ノ私有ニ屬シ公用ニ供セラレサルニ於テハ自然水ヲ放下スルヲ得可キモ人工的ニ積メタル水ヲ放下スルヲ得ス、
- (ロ) 餘水ヲ低地ニ通過セシムルニハ低地ノ爲メニ損害最モ少キ場所及ヒ方法ヲ選フコトヲ要ス、蓋シ餘水ハ自然ノ流水ニ非サルカ故ニ自然ノ水路アルナラ人工ヲ以テ水路ヲ開クヲ要スルカ故ニ低地ニ及ス損害最モ少キ場所及ヒ方法ヲ選ムヲ要スルナリ、

物權 所有權 所有權ノ限界 【三二一】

三五〇

(ハ) 右ノ目的ノ爲メニハ水管ノ布設等多少ノ工事ヲ要スルコト多シ、而シテ其費用ハ高地所有者之ヲ負擔ス可シ、

(ニ) 餘水通過ノ爲メニ低地ノ所有者カ受ケル損害ニ對シテハ賠償ヲ求ムルコトヲ得ス、蓋シ餘水ヲ通過セシムルハ高地所有者ノ權利行爲ナリ、而シテ賠償ヲ與フ可キ特別ノ明文ナキヲ以テ賠償義務ヲ生セサルナリ、然レトモ此點ハ隣地使用權通行權ト比較スルトキハ權衡ヲ失ス、立法論トシテハ宜シク相當ノ賠償ヲ與フ可キモノナリ、

(ホ) 本條ノ權利ハ高地所有者並ニ地上權者(二六七)ノ有スル所ナリ、然レトモ濕地ヲ乾カス爲メニスル場合ノ如キハ之ヲ永小作權者ニ與ヘ、家用農工業ノ餘水排泄ノ爲メニスル場合ノ如キハ之ヲ貸借人ニ與フルモ可ナラスヤ、

第二百二十一條 土地ノ所有者ハ其所有地ノ水ヲ通過セシムル爲メ高地又ハ低地ノ所有者カ設ケタル工作物ヲ使用スルコトヲ得
前項ノ場合ニ於テ他人ノ工作物ヲ使用スル者ハ其利益

ヲ受クル割合ニ應シテ工作物ノ設置及ヒ保存ノ費用ヲ分擔スルコトヲ要ス

(一) 本條ノ目的

高地ノ所有者ハ低地ニ水ヲ通過セシムルコトヲ得ルハ前條ニ定ムル所ナリ、而シテ之カ爲メニハ通常多少ノ工作物ノ設置ヲ要ス、然ルニ低地所有者カ既ニ設置シタル工作物アルニ之ヲ使用スルヲ得ストモハ、高地所有者ハ別ニ工作物ヲ設置スルヲ要スル結果トナルカ故ニ二重ノ費用ヲ要シ且ツ低地ノ損害モ二重トナル可シ、是レ經濟上有害無用ノ業ナルノミナラス通水設備ノ如キハ他人ヲシテ之ヲ使用セシムルモ敢テ多大ノ損害ヲ與フルモノニ非サルカ故ニ、本條ニ於テハ他人ノ設置シタル工作物ヲ使用スル權利ヲ認ム、

(二) 適用ノ範圍

高低兩地アル場合ニハ高地者ノ設ケタル設備ヲ低地者使用スルコトヲ得可シ、又低地者ノ設ケタル工作物アル場合ニハ高地者之ヲ使用スルコトヲ得可シ、又甲乙丙丁數個ノ土地カ順次高低チナシテ存スル場合モ之レト同シ、例ヘハ丙者カ丁地上ニ工作物ヲ設置シタリトモ甲乙ノ高地者並ニ丁ナル低地者皆之ヲ使用スルヲ得ルカ如シ、
又本條ノ規定ハ前條餘水ノ排泄ノ爲メニスル工作物ニ就テノミ適用アリ、第二物權 所有權 所有權ノ限界 【三二一】

三五二

百十四條ノ自然水ノ場合ニハ適用ナシ、何トナレハ第二百十四條ハ他人ノ土地
上ニ工作物ヲ設置スル權利ヲ認メサレハナリ、

(三)費用ノ負擔

排水工作物ノ使用者ハ各其利益ヲ受ケル割合ニ應シテ其設置
保存ノ費用ヲ分擔スルコトヲ要ス(本條第二項)一人カ工作物ノ設置ヲナシ他人
カ單ニ使用スル場合ニ於テハ工作物ノ所有權ハ設置者ニ屬ス可シ、反之數人ニ
テ設置シタル場合ニハ其共有ニ屬ス可シ、而シテ法律ニハ明文ナキモ此場合ニ
ハ分割ノ請求ヲナスヲ得サル可シ、

(四)工作物ノ性質

高地所有者カ低地上ニ有スル工作物ハ高地ノ從物ナリ(八七)、
高地ノ處分ハ當然右ノ工作物ニ及フ、又他人ノ工作物使用權ハ單純ナル對人的
ノ權利ニ非ス、土地所有權ノ負擔トシテ之ト運命ヲ共ニス可キ權利ナリ、

第二百二十二條 水流地ノ所有者ハ堰ヲ設クル需用アル
トキハ其堰ヲ對岸ニ附着セシムルコトヲ得但之ニ因リ
テ生シタル損害ニ對シテ償金ヲ拂フコトヲ要ス
對岸ノ所有者ハ水流地ノ一部カ其所有ニ屬スルトキハ

右ノ堰ヲ使用スルコトヲ得但前條ノ規定ニ從ヒ費用ヲ
分擔スルコトヲ要ス

(一)堰トハ何ソヤ

水壅爲球モノヲ堰ト曰フト辭書ニアリ、流水ヲ壅塞スルノ設
備ヲ云フ、俗ニ「セキ」ト稱スルモノ之ナリ、其目的ハ水車引水等ノ爲メニ水面ヲ高
ムルニ在リ、

(二)第一項

水流ノ敷地全部及ヒ一方ノ岸ノ所有者ハ堰ヲ設クル需用(必要ニ非
ス)アルトキハ其堰ヲ對岸ニ附着セシムルコトヲ得、本來所有權ノ性質ヨリ論ス
レハ水流敷地所有者ハ自己ノ所有地上ニハ堰ヲ設クルヲ得ルモ對岸カ他人ノ
所有地ナルトキハ之ヲ對岸ニ附着セシムルコトヲ得サルナリ、然レトモ此理論
ニヨレハ流水ハ對岸ニ沿フテ奔出シ水面ヲ高ムルヲ得サルカ故ニ堰ヲ設クル
ノ目的ヲ達スルヲ得ス、故ニ本項ニ於テハ之ヲ對岸ニ附着セシムルノ權利ヲ認
ム、但對岸所有者カ之ニヨリテ損害ヲ受ケタルトキハ償金ヲ拂フヲ要ス、而シテ
償金支拂ノ方法ニ就テハ明文ナシ、一時ニ支拂フモ可ナリ、又年金トシテ支拂フ
モ害ナカル可シ、而シテ其請求權ハ土地ノ所有權ニ附着スル權利ナルカ故ニ對
岸ノ所有權ト運命ヲ同フスルモノナリ、然シ本項ノ場合ニ於テハ對岸所有者ハ
物權 所有權 所有權ノ限界 【二二二】

堰ニヨリテ高マリタル水流ヲ利用スルヲ得ス、蓋シ此場合ニ於テハ其水流ノ大部分ハ對岸所有者ニ屬セサルカ故ナリ、又次項ノ規定ト對照シテ其然ルヲ知ル可シ、

又本項ノ規定ハ自然ノ流水并ニ人工的ノ溝渠ニ適用アリトス、

(三) 第二項

ハ水流ノ敷地全部カ一所有者ニ專屬セス兩岸ノ所有者ニ各々一部ツ、屬スル場合ナリ、此場合ニ於テモ其一方ノ所有者ハ堰ヲ設ケテ對岸ニ附着セシムルコトヲ得、但シ對岸ノ所有者ハ堰ヲ使用スルコトヲ得、堰ヲ使用スルトハ堰其ノモノヲ使用スルノ義ニ非ス、堰ニヨリテ高マリタル水流ヲ引水水車等ニ使用シ得ルヲ云フ、對岸所有者カ他人ノ堰ヲ使用シ得ルハ水流地ノ一部カ其所有ニ屬スルカ故ナリ、蓋シ此場合ニハ兩岸ノ所有者ノ權利ハ同等ナラサル可ラス、兩岸ノ所有者共ニ堰ヲ設置シ得ル權利アリ、然レトモ相并ンテ二個ノ堰ヲ設ケルハ只ニ費用ヲ加倍スルノミナラス其下流ニ在ル堰ハ殆ント全ク無用ノ長物タル可シ、此故ニ對岸者ニ使用權ヲ與フ、但シ之ヲ使用スル場合ニ於テハ前條第二項ノ規定ニ從ヒ其設置及ヒ保存ノ費用ハ各其利益ヲ受ケル割合ニ應テ之ヲ分擔スルヲ要ス、對岸者之ヲ使用セサル場合ニハ對岸者ハ前項ノ規定ニ從ヒ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得、而シテ其損害賠償ハ本來使用料ニ過キサルカ

故ニ一時拂又ハ年金タルヲ得可シ、又其性質ハ前項ニ違ヘタル所ニ同シ、

第二百二十三條 土地ノ所有者ハ隣地ノ所有者ト共同ノ費用ヲ以テ疆界ヲ標示スヘキ物ヲ設クルコトヲ得

(一) 本條ノ目的

本條ハ界標設置請求權ヲ定ムルモノナリ、抑モ界標ナルモノハ兩地ノ區域ヲ明ニシ其結果所有權ノ範圍ヲ明ニスルモノニシテ兩地者間ノ疆界ニ關スル紛擾ヲ未然ニ防止スルノ效力アリテ、兩地所有者ノ利益トナルカ故ニ共同ノ費用ヲ以テ之カ設置ヲ請求スル權利ヲ認メタリ、

(二) 請求權ノ發生條件

(一) 界標ノ現ニ存在セサルコト、但次條ノ規定ヨリ察スルトキハ現存ノ界標ヲ保存スル爲メニモ本條ノ請求權ヲ生スヘシ (二) 疆界線ニ付キテ兩地者間ニ争ノ存セサルコトヲ要ス、若シ争ノアル場合ナラハ疆界確定ノ訴ヲ提起シタル上ニ非サレハ本條ノ權利ヲ行フヲ得ス、

(三) 當事者

本條請求權ハ土地ノ所有者又ハ地上權者(二六七)ニ屬シ、隣地ノ所有者又ハ地上權者ニ對ス、共有ノ場合ニハ各員獨立シテ本條ノ請求權ヲ有ス、蓋シ界標ノ設置ハ疆界線ニ付キ争ノナキ場合ニシテ所有物ノ處分ニモ非ス又管理ニモ非ス單ニ保存行爲ト見ルヲ得ルカ故ナリ(四五、一〇)。

物權 所有權 所有權ノ限界 【二二二】

(四) 請求權ノ内容

協力ス可キコトヲ請求スルニ在リ、又界標保存ノ場合ニハ其保存ニ協力スルコトヲ請求ノ内容トナス、隣地者カ(二)ニ違ヘタル條件アルニモ拘ハラズ之ニ應セサルトキハ裁判所ハ第四百十四條第二項ノ規定ニヨリ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ヲシテ之ヲ爲サシムルコトヲ得、而シテ界標ニ用ユ可キ物ノ種類ハ法律ニ規定ナシ、例ヘハ石ヲ立テ又ハ木ヲ植ヘ又ハ溝ヲ穿ツ等兩地者ノ合意ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得、其合意成ラサル場合ニハ畢竟其地方ノ慣習ニ從ヒ裁判所之ヲ定ム可キモノトス、

(五) 界標ノ效力

以上ノ如クニシテ設置シタル界標ハ土地ノ疆界ニ關シテ相對的效力アリ、即チ其設置ニ關與シタル當事者間ニ於テハ絕對的ニ疆界ヲ定ムル效力アルモ其設置ニ參與セサル者ニ對シテハ效力ナシ、例之土地所有者カ隣地者ト協議シテ界標ヲ設クルモ之ニ參加セサル地上權者債權者等ハ其ノ疆界ヲ否認シ正當ノ疆界ヲ主張立證スルコトヲ得、

(六) 界標設置ノ費用

ハ次條ヲ見ヨ、

(七) 疆界確定ノ訴

隣地者間ニ於テ土地ノ疆界線カ不確定ナルトキハ訴訟ニヨリ判決ヲ以テ之ヲ確定セシムルコトヲ得、此問題ハ本條ニ直接ノ關係ナキモ相

伴フテ起ルヲ常トスルカ故ニ茲ニ二三ノ點ヲ説明ス可シ、

(イ) 疆界確定ノ訴ハ所有權ノ訴ナリ、蓋シ訴ノ原因ハ所有權ニアレハナリ、何トナレハ自己ノ指定スル疆界線ニ至ルマテノ土地ハ自己ノ所有權ノ目的物ナル

コトヲ主張スルモノナレハナリ、通常ノ所有權ノ訴ニ於テハ自己カ所有權者ナルコトヲ主張スルモノナリ故ニ多少ノ差異ナキニハ非ス、

(ロ) 當事者、疆界確定ノ訴ヲ起シ得ルモノハ所有權者ノミニ限ル可キカ (Biermann Sachentw. 119.) 或ハ凡テノ物權者ハ皆原告タルノ資格アリヤ (Planck III S. 195. De

rnburg III S. 250.) 此ノ點ハ法律ニ規定存セサルモ後説ヲ以テ正シトス、若シ前説ニ從フトキハ所有權者カ自ラ訴ヲ起サ、ルトキハ他物權者ハ其疆界ヲ侵害

セラル、モ之ヲ確定セシムル途ナクレハナリ、被告タルノ資格ニ對シテモ亦

同一ノ問題ヲ生シ學說一定セサルモ余ハ隣地ノ所有者及ヒ他物權者皆其實格アリト解ス (Planck A. A. O.) 蓋シ判決ハ當事者間ニ於テノミ效力アルカ故ニ

假リニ所有權者ナシテ一定ノ疆界ヲ承認セシムルモ他物權者ニ對抗スルヲ得サレハ其實效ナキ場合ヲ生スレハナリ、

(ハ) 疆界確定ノ訴ハ其性質確認ノ訴ナリ (同論 Planck III S. 195. Biermann S. 118. Staudinger III 151.) 蓋シ訴ノ目的ハ權利ノ設定又ハ權利ノ取得ニ存セスシテ現存ノ權

物權 所有權 所有權ノ限界 【二二三】 三五七

利ノ確認ヲ求ムルニ在レハナリ、素ヨリ判決カ失當ナル場合ニ於テハ甲者ノ土地ヲ乙者ニ與フル結果ヲ生ス可キモ此ノ如キ誤判ニヨリテ訴ノ性質ヲ定ムルハ不可ナリ、大正一二、六、二大審院民事聯合部判決ニヨレハ疆界確定ノ訴訟ニ於テハ裁判所ハ當事者ノ主張セル經界線ニ羈束セララルコトナク、白ラ其實實ナリト認ムル所ニ從ヒ疆界線ヲ定ム可キモノトナスヲ相當トス、本判決ヲ評シテ加藤博士ハ疆界確定ノ訴訟ハ確認訴訟ニアラスシテ形成訴訟ナリト云ヘリ、如何ニヤ(法學協會雜誌四二卷八號)

- (一) 判決ノ效力、判決ノ效力ハ訴訟ノ當事者間ニ限ル、所有權者ト所有權者間ノ訴訟ニ於テモ其判決ノ效力ハ他物權者ニ及ハス、若シ反對ニ解セハ他物權者ノ利益ハ他人ノ爲メ容易ニ侵害セララル、結果トナル可シ(二六〇ノ精神參照)。
- (本) 疆界ヲ確定ス可キ標準ハ(一)占有ニヨル、占有者ハ權利者ト推定セララルレハナリ、(二)然レトモ此推定ハ實測地圖土地臺帳其他ノ證據ニ依リ破ルコトヲ得、(三)占有狀態明ラカナラス又信ス可キ證據ナキ場合ニ於テハ緊争ノアル範圍ノ土地ヲ平等ニ分割スルヲ以テ公平トス、

第二百二十四條 界標ノ設置及ヒ保存ノ費用ハ相隣者平

分シテ之ヲ負擔ス但測量ノ費用ハ其土地ノ廣狹ニ應シテ之ヲ分擔ス

本條本文ハ界標其ノモノ、設置及ヒ保存ノ費用ノ分擔ノ割合ヲ定ムルモノニシ、テ兩地ノ廣狹如何ニ拘ハラス平分シテ負擔ス可キモノトシ、但書ハ測量ノ費用ニ關スルモノニシテ土地ノ面積ノ廣狹ニ應シテ之ヲ分擔ス可キモノトス、猶土地ノ形狀傾斜等ニヨリ測量ノ費用ヲ異ニス可キモ之等ノ點ハ之ヲ顧ミルヲ要セサルカ、

第二百二十五條 二棟ノ建物カ其所有者ヲ異ニシ且其間ニ空地アルトキハ各所有者ハ他ノ所有者ト共同ノ費用ヲ以テ其疆界ニ圍障ヲ設クルコトヲ得

當事者ノ協議調ハサルトキハ前項ノ圍障ハ板屏又ハ竹垣ニシテ高サ六尺タルコトヲ要ス

(一) 本條ノ目的 本條ハ圍障設置請求權ヲ定メタルモノナリ、圍障ハ外人ノ侵入物權 所有權 所有權ノ限界 【二二五】

及ヒ窺視ヲ防ク設備ニシテ建物及ヒ住居ノ保護上缺ク可ラサルモノナリ、所謂
塀、垣ノ類之ナリ、而シテ土地所有者(賃借人モ亦然リ)ハ隣人ノ承諾ナクシテ之ヲ
設クルヲ得ルハ勿論ナルモ其ノ承諾ナキトキハ之ヲ自己ノ土地内ニ設ケサル
ヲ得ス、之ヲ疆界線上ニ設置セント欲セハ勢ヒ多少隣地ヲ使用スルニ至ル可キ
カ故ニ隣人ノ承諾ヲ要ス、然ルニ圍障ナルモノハ疆界線上ニ一個アレハ兩地ノ
爲メニ用チナスモノナルカ故ニ二重ニ之ヲ設置スルノ費費ヲ省センカ爲メニ
隣人ノ承諾ナクシテ之ヲ設備シ且ツ費用ヲ分擔セシムル權利ヲ認メタルモノ
ナリ、

(二) 請求權發生要件

(一) 所有者ヲ異ニスル二個ノ建物ノ存スルコトヲ要ス、土
地ノ所有者カ異ルコトハ要件ニ非ス、又二個ノ建物ノ存在ヲ必要トスルハ本條
ノ解釋上ハ疑ナキ所ナルモ先ツ圍障ヲ設ケテ然ル後ニ建物ヲ設クルハ普通ノ
建築方法ナリ、故ニ建物ヲ建築セント欲スル場合ニモ豫メ本條ノ請求權ヲ與ヘ
テ可ナランカ、(二) 兩建物間ニ空地アルコトヲ要ス、空地トハ建物ノ無キ地ヲ云フ、
庭園ノ如キ猶之ヲ空地ト云フ可シ、(三) 現ニ圍障ノ存セサルヲ要ス、又圍障ハ存ス
ルモ本條第二項ノ品質ヲ備ヘサルトキハ本條ノ請求權ヲ生ス、

(三) 當事者

請求權者ハ建物ノ所有者ナリ、必シモ同時ニ土地ノ所有者者タル

コトヲ要セス、例ヘハ土地ノ賃借人カ建物ヲ建築シタル場合ニハ本條ノ請求權
者ハ建物ノ所有者即チ土地ノ賃借人ニシテ土地ノ所有者ニ非サルナリ、本條ニ
「各所有者ハ」トアルハ建物ノ所有者ノ義ニシテ土地所有者ニ非ス、蓋シ圍障設置
請求權ハ本來土地ヲ保護スルカ爲メニ非スシテ建物ヲ保護スルヲ目的トナス
カ故ニ建物ノ所有者ニ非サレハ其利益ヲ有セサレハナリ、又建物ノ賃借人ハ本
條ノ請求權ヲ有セス、蓋シ賃借權ハ貸主ニ對スル債權ナルカ故ニ特別ノ明文ナ
クシテハ第三者タル隣人ニ對スル權利ヲ包含セナレハナリ、
請求權ノ相手力ハ相隣セル建物ノ所有者ニシテ土地ノ所有者ニ非ス、其理由ハ
右ニ述ヘタリ、故ニ兩建物ノ所有者カ相異ルトキハ土地ノ所有者ハ同一ナル場
合ト雖モ猶其借地ノ疆界線上ニ圍障ノ設置ヲ請求スル權利ヲ生ス、
(四) 請求權ノ内容 ハ共同ノ費用ヲ以テ疆界ニ圍障ヲ設置ス可ク協力スルコト
ヲ請求スルニ在リ、又本條ニハ圍障ノ修繕ノコト無キモ次條ノ規定ヨリ察スル
トキハ其必要アルトキハ共同ノ費用ヲ以テ修繕スルコトヲ請求スルヲ得可シ、
(五) 圍障ノ種類 ハ相隣者協議ノ上之ヲ定ム可シ、然レトモ其協議調ハサルトキ
ハ板屏又ハ竹垣ニシテ高サ六尺タルコトヲ要ス(本條二項)、此ノ點ハ法律カ直接
ニ定ムル所ニシテ判決ヲ以テ夫以外ノ種類材量ヲ指定スルヲ得ス、然シナカラ
物權 所有權 所有權ノ限界 【二二五】

物權 所有權 所有權ノ限界 【二二六、二二七】

三六二

板塀ニモ竹垣ニモ品質ノ良否及ヒ價ノ高下アリ、其點ニ付キ協議調ハサルトキハ判決ヲ以テ之ヲ指定スルコトヲ得ヘシ、

第二百二十六條 圍障ノ設置及ヒ保存ノ費用ハ相隣者平分シテ之ヲ負擔ス

本條ハ(一)相隣者協議ノ上圍障ヲ設置シタル場合(二)並ニ協議調ハスシテ前條第二項ノ圍障ヲ設ケタル場合ニ共ニ適用アリ、其他説明ノ要ナシ、

第二百二十七條 相隣者ノ一人ハ第二百二十五條第二項ニ定メタル材料ヨリ良好ナルモノヲ用井又ハ高サヲ増シテ圍障ヲ設クルコトヲ得但之ニ依リテ生スル費用ノ増額ヲ負擔スルコトヲ要ス

(一)本條ノ目的 第二百二十五條ノ條件ヲ具備スルトキハ共同費用ヲ以テスル圍障設置請求權ヲ生ス、然レトモ其材量及ヒ種類ニ付キ協議調ハサルトキハ同條第二項ノ物ヨリ良好ナル物ヲ用ユルヲ得ス、然シナカラ建物ノ規模ニヨリ板

塀竹垣ニシテ高サ六尺ナルモノニテハ不満足ナル場合少シトセス、故ニ本條ヲ以テ斯クノ如キ場合ニハ一方ノ當事者ノ好ム所ノ材量ヲ用ユルヲ許シ、同時ニ其當事者ヲシテ費用ノ増加額ヲ負擔セシムルモノナリ、費用トハ設置ノ費用ノミナラス修繕ノ費用ヲモ含ムモノナリ、

(二)本條ノ適用ニ付キ注意ス可キ點ハ、(一)良好ナル材量ヲ用ヒ又ハ高サヲ増シテ圍障ヲ設クル權ハ第二百二十五條一項ノ條件アルトキハ相隣者ノ當然有スル所ニシテ他ニ何等ノ理由アルヲ要セス、(二)遮ヘタル所ハ立法ノ理由ニシテ權利發生ノ條件ニ非ス、(三)本條ノ權利ハ素ト圍障ノ目的ノ爲メニスルモノナルカ故ニ自ラ其目的ニヨリ制限ヲ受ケ、又之ニ因リテ相隣者ノ有スル特別ノ權利ヲ侵害スルヲ許サス、例ヘハ相隣者カ展望權(地役權)ヲ有スル場合ニハ徒ニ圍障ヲ高クシテ之ヲ妨クルヲ得ス、又例ヘハ疆界線ヲ中心トシテ土塀石垣等ヲ設ケル場合ニ於テモ濫リニ其敷地ヲ廣クシ以テ隣地ノ負擔ヲ大ナラシムルヲ得サルカ如シ、

第二百二十八條 前三條ノ規定ニ異リタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フ

物權 所有權 所有權ノ限界 【二二八】

三六三

本條ハ説明ノ要ナシ、

第二百二十九條 疆界線上ニ設ケタル界標、圍障、牆壁及ヒ溝渠ハ相隣者ノ共有ニ屬スルモノト推定ス

(一)立法理由 疆界線上ニ設ケタル界標(二二三、二二四)圍障(二二五、二二六)ハ素ト相隣者ノ共同ノ費用ヲ以テ設置シタルモノ多シ、是レ之ヲ共有ト推定スル所以ナリ、又牆壁溝渠ハ種々ノ目的ニ供セラル、モ其疆界線上ニ存スルモノハ界標又ハ圍障ノ目的ノ爲メニ設置スルモノ多シ、左レハ是レ又畢竟界標圍障ノ一種ニ過キサルコト多ク、共同ノ費用ヲ以テ設置シタルヲ常トスルカ故ニ本條ハ共有ノ推定ヲ下スモノナリ蓋シ正當ナリト云フ可シ、若シ夫レ疆界線上ノ樹木ニ至リテハ本條ニ直接ノ確定ナキモ、其界標ノ爲メニ植ヘタルモノナルトキハ本條ノ推定ヲ受ク可シ、

(二)相隣者ノ意義 相隣者ノ意義ハ疆界線ノ意義ト相俟テ決定ス可キモノナリ、前記ノ工作物カ所有地ノ疆界線上ニ存スルトキハ兩地ノ所有者ヲ意味シ、借地(地上權)圍障ニ關シテハ土地ノ賃借人ヲ含ム(二二五參照)ノ疆界線上ニ存スルトキハ兩地ノ借地人ヲ意味ス可シ、

第二百三十條 一棟ノ建物ノ部分ヲ成ス疆界線上ノ牆壁ニハ前條ノ規定ヲ適用セス

高サノ不同ナル二棟ノ建物ヲ隔ツル牆壁ノ低キ建物ヲ踰ユル部分亦同シ但防火牆壁ハ此限ニアラス

(一)第一項 本條ハ前條ノ例外ヲ規定シタルモノナリ、蓋シ前條ノ推定ハ相隣者ノ共同ノ費用ヲ以テ設置シタルヲ常トスル物ニ關ス、然ルニ疆界線上ニアル工作物ニシテ其然ラサルヲ常トスルモノアリ、是レ本條ノ例外ヲ設クル所以ニシテ其場合ニヨリテ之ヲ各項ニ規定ス、
第一項ハ一棟ノ建物カ疆界ニ接シテ建築セラレ其ノ一方ノ牆壁カ疆界線上ニ存スル場合ナリ、此場合ニ於テハ其牆壁ハ其建物ノ一部ヲ成スモノニシテ其專用ニ屬スルコト明ナリ故ニ本條ニ於テ前條ノ例外トナシ共有ノ推定ヲ下サザルナリ、本條ノ場合ト混同ス可ラサルハ第八條ノ場合ナリ、同條ハ一棟ノ建物ヲ區分シテ其各部分所有者ヲ異ニスル場合ナリ、然ラハ其共用部分タル牆壁ハ同條ニヨリ共有ノ推定ヲ受ク可キハ當然ニシテ假令其牆壁疆界線上ニ存スル物權 所有權 所有權ノ限界 【二三〇】

物權 所有權 所有權ノ限界 【二三一】

三六六

ルトスルモ敢テ本條ノ適用ヲ受ク可キニ非ス、

(二) 第二項

ハ二棟ノ建物密接シテ存在シ、其間ニ一個ノ牆壁アリテ之ヲ隔ツル
場合ニシテ、其牆壁ハ兩者ノ共用ニ供セラレ共同ノ費用ヲ以テ建設スルヲ常ト
ス、第二百八條ノ場合ト其關係相似タリ、只前者ハ一棟ノ建物ヲ區分シテ所有シ
本條ノ場合ハ二棟ノ建物ヲ密接シテ存スルヲ差異トス、故ニ其共用壁ニ就テハ
前條ノ推定アルハ勿論ナルモ、若シ兩建物其高サヲ異ニスルニ於テハ其低キ建
物ヲ越ユル部分ハ高キ建物ノ用ヲナスモ低キ建物ノ爲メニハ何等ノ用ヲモ爲
サ、ルモノナルカ故ニ共同ノ費用ヲ以テ設置シタリト推測スルヲ得サレハナ
リ、然シナカラ防火壁ハ其例外ヲナス、何トナレハ防火壁ナルモノハ低キ建物ノ
高サヲ踰ユルニ非サレハ其作用ヲナス能ハサルカ故ニ低キ建物ノ所有者モ亦
之ニ付キテ利益ヲ有シ、共同ノ費用ヲ以テ建設スル場合多キカ故ニ之ニ付テハ
共有ノ推定ヲ下ス、

第二百三十一條 相隣者ノ一人ハ共有ノ牆壁ノ高サヲ増
スコトヲ得但其牆壁カ此工事ニ耐ヘサルトキハ自費ヲ
以テ工作ヲ加ヘ又ハ其牆壁ヲ改築スルコトヲ要ス

前項ノ規定ニ依リテ牆壁ノ高サヲ増シタル部分ハ其工
事ヲ爲シタル者ノ專有ニ屬ス

(一) 第一項

ハ相隣者ノ一人ハ共有ノ牆壁ノ高サヲ増ス權利アルヲ認ムルモノ
ナリ、蓋シ共有物ニ變更ヲ加フルニハ他ノ共有者ノ同意ヲ要ス(二五〇)而シテ牆
壁ノ高サヲ増スカ如キハ明ニ共有物ノ變更ナルカ故ニ隣人ノ承諾ヲ要ス可シ、
而シテ相隣者ノ一人カ其建物ノ高サヲ増サントスルトキハ勢ヒ共同牆壁ノ高
サヲ増スヲ要ス可キ理ナルカ故ニ若シ隣人ニシテ之ヲ承諾セサルトキハ遂ニ
其企ヲ中止スルノ已ヲ得サルニ至ル可シ、之レ本條ニ於テ隣人ノ承諾ヲ要セス
シテ其高サヲ増スノ權利ヲ認ムル所以ナリ、然レトモ其高サヲ増シタルカ爲メ
ニ牆壁ハ其重量ニ耐ヘサルコトナキニ非ス、此ノ場合ニハ其者ハ自費ヲ以テ工
作ヲ加ヘ又ハ改築ヲナシ以テ隣人タル共有者ニ損害ヲ加ヘサルヲ要ス、其高サ
ヲ増スニ要スル費用ハ高サヲ増ス者ノ獨リ負擔ス可キハ勿論ナリ、

(二) 第二項

ハ相隣者ノ一人カ自費ヲ以テ牆壁ノ高サヲ増シタル場合ニハ其部
分ハ其ノ者ノ專有ニ屬スル旨ヲ定ム、蓋シ之レ其ノ者一人ノ費用ヲ以テ増加シ
タルモノナルカ故ナリ、故ニ結局牆壁ノ上部ハ一人ニ專屬シ下部ハ相隣者ニ共
有物 所有權 所有權ノ限界 【二三一】

三六七

屬スル結果トナル、前項ノ規定ニ從ヒテ一人カ改築ヲナシタル場合ト雖モ亦同シ、

第二百三十二條 前條ノ場合ニ於テ隣人力損害ヲ受ケタルトキハ其償金ヲ請求スルコトヲ得

本條ノ損害賠償請求ニハ工事者ニ過失アルヲ要セス、工事者ハ前條ノ規定ニヨリ權利トシテ工事ヲ施スコトヲ得ルナリ、然カモ之レ一人ノ相隣者ノ爲メニ法律カ與ヘタル利益ナルカ故ニ公平ヲ保ツ爲メニ法律ハ他ノ隣人ニハ損害賠償請求權ヲ與フルモノニシテ、其工事カ敢テ不法行爲ナリト云フニ非ス、之レ過失ヲ要セサル所以ナリ、例之牆壁カ普通ノ建築方法ニ從ヒテ増築セラレタルモ壓力ニ耐ヘスシテ傾キタル場合ニモ猶損害賠償ノ義務アルカ如シ、

第二百三十三條 隣地ノ竹木ノ枝力疆界線ヲ踰ユルトキハ其竹木ノ所有者ヲシテ其枝ヲ剪除セシムルコトヲ得 隣地ノ竹木ノ根力疆界線ヲ踰ユルトキハ之ヲ截取スルコトヲ得

(一) 本條ノ事實 本條ノ規定スル事實ハ竹木ノ幹ハ隣地ニ在テ其枝又ハ根力疆界線ヲ踰ヘタル場合ナリ、

竹木ノ幹カ疆界線上ニ在ル場合ニ就テハ本法ニ規定ナシ、然シナカラ其レカ界線ナルトキハ第二百二十九條ノ規定ニヨリ共有ト推定セラレ、分割請求(二五七)ニ關スル事項ノ外ハ共有ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒ、枝根ノ剪除ノ如キハ共有物ノ變更ト見ラル可キカ故ニ他ノ共有者ノ同意アルニ非サレハ之ヲ爲スヲ得ス(二五二)、而シテ其界線ニ非サル場合ニ就テハ何等ノ推定ナキモ、疆界線ヲ中心トシテ一部ツ、兩地ニ跨リテ樹立スルモノナルカ故ニ反對ノ證據ナキ限りハ共有ト見ル可キモノナリ、而シテ此場合ニハ分割請求權ヲ奪ハル、コトナキカ故ニ各共有者ハ分割ノ請求ヲナスコトヲ得可シ、然レトモ分割ヲ請求セスシテ枝根ヲ剪除セント欲セハ第二百五十一條ノ規定ニヨリテ各共有者ノ同意ヲ要ス可シ(獨民九二三、參考)。

(二) 竹木ノ枝 隣地ノ竹木ノ枝力疆界線ヲ踰ヘタルトキハ其竹木ノ所有者ニ對シテ之カ剪除ヲ請求スルコトヲ得、

(イ) 此請求權ノ發生ニハ單ニ隣地ノ竹木ノ枝力疆界線ヲ踰ヘタルノ事實アルヲ要スルノミニシテ、獨逸民法ニ於ケルカ如ク損害ヲ及スノ事實アルヲ要セス 物權 所有權ノ限界 【二三三】

(獨民九一〇、二項)、蓋シ土地ノ所有權ハ上空無窮ニ及フ可キモノナルカ故ニ單ニ疆界線ヲ除ヘタルノ事實ニヨリテ權利侵害トナルカ故ナリ、

(□) 請求ノ相手方ハ竹木ノ所有者ニシテ其占有者ニ非ス、又土地ノ所有者ニモ非ス、例ヘハ賃借人カ竹木ヲ植ヘタル場合ニ於テハ賃借人ヲ以テ請求ノ相手方トナス、蓋シ之レ至當ノ論ナリ、何トナレハ枝ノ剪除ハ竹木ノ處分ナルカ故ニ其所有者ニ非サレハ之ニ應スル權能ナケレハナリ、

又本條ニ於テハ請求權者ヲ定メサルモ之レ一ノ缺點ナリ、隣地ノ所有者又ハ地上權者ニ限ル可キカ、又ハ賃借人モ本條ノ請求權アリヤ不明ナリト雖モ之ヲ賃借人ニ與フ可キ理由ハ乏シキカ如シ、何トナレハ之レ對人權ナルカ故ニ法律ノ明文アルニ非サレハ第三者タル竹木ノ所有者ニ對スル請求權ヲ含マサレハナリ、

(ハ) 本條請求權ノ内容ハ枝ノ疆界線ヲ除ヘタル部分ヲ剪除スルコトヲ請求スルニ在リ、隣人カ其請求ニ應セサル場合ニ於テハ第四百十四條ノ規定ニ從ヒ之ヲ強制シ又ハ代執行ヲナスコトヲ得、獨逸民法ニ於テハ相當ノ期間ヲ定メテ剪除ヲ催告シ隣人之レニ應セサルトキハ自ラ之ヲ剪除スルノ權利ヲ認ムルモ本條ハ此ノ如キ權利ヲ認ムルコトナシ、故ニ剪除シタル枝ノ所有權ハ何人

ニ在リヤノ問題ヲ生セス、

(二) 本條請求權ノ性質ハ所有者ノ妨害除去請求權 (actio negatoria) ニ外ナラス、本條ノ規定ナシト雖モ他人ノ所有地上ニ物ヲ突出セシメタル場合ニ於テハ當然其除去ヲ請求スル權利ヲ生スルナリ、本項ノ場合ハ屋根、檐又ハ樋ノ類カ疆界線ヲ除ヘテ他人ノ地上ニ突出シタル場合ト其關係ヲ同フス、

(三) 竹木ノ根

カ疆界線ヲ除ユルトキハ自ラ之ヲ截リ且ツ其所有權ヲ取得スルコトヲ得法文ニ「截取」トアルハ此義ナリ(梅博士民法要義本條富井博士民法要論二卷一一七同論)、而シテ(一) 此權利ヲ生スル爲メニハ根ノ踰越カ隣地ニ損害ヲ及ベタルヲ要セス、只疆界線ヲ除ヘタルノ事實アレハ足ル、(二) 截リタル根ヲ取得スルモ其價金ヲ拂フヲ要セス、何トナレハ法律ハ根ヲ截リ且取得スルノ權利ヲ與ヘ其賠償義務ヲ課セサレハナリ、一言ニシテ云ヘハ之レ權利行為ナレハナリ、(三) 截取者ハ截取ノ費用ヲ請求スルヲ得ス、

右ノ權利ハ請求權ニ非ス、直接ニ自己ノ力ヲ以テ之ヲ實行シテ可ナリ、所謂自助權 (Selbsthilfe) ナリ、故ニ竹木ノ所有權カ何人ニ屬スルカ(土地所有者カ均上權者カ賃借人カ)ヲ論スルノ要ナシ、然レトモ右ノ權利ハ何人ニ屬スルカハ稍ヤ不明ナリト雖モ隣地ノ所有權者地上權者ニ其權利アルハ蓋シ疑ヲ容レサルナリ、問題
物權 所有權 所有權ノ限界 【三三】

ハ貸借人ニ右ノ補助權アリヤ否ヤニ存ス可シト雖モ實際上又理論上、貸借人ニハ本條ノ權利ヲ認メサルヲ可トス、何ナレハ本條ノ權利ハ根カ土地ノ實質ヲ犯スカ故ニ生スルモノニシテ其使用ニ實害ヲ及スカ故ニ非レハナリ、而シテ貸借人ハ單ニ使用權ヲ有スルニ過キサルカ故ニ根ノ侵入ハ直接ニ貸借人ノ利益ヲ害スト認ムル能ハサレハナリ、本邦ノ慣習モ亦然ルカ如シ、但シ貸借人カ土地所有權者ノ代理人タルトキハ右ノ權利ヲ行使シ得ルハ勿論ナリ、

根ニ就テハ右ノ自助防衛權アルモ其竹木ノ所有者ニ對シテ其除去ヲ請求スル權利ナシ、枝ニ就テハ其剪除ヲ請求スル權利アルモ自ラ剪除スル權利ナシ、根ト枝ノ間ニ此ノ如キ差別ヲ設ケタル理由ニ就テハ、(一)枝ハ通常價高キモ根ハ比較的價低クキカ爲メナリトナス説(梅博士民法要義本條)アルモ之レ甚數大量觀察ニ過キス、(二)余輩ノ信スル所ニ於テハ根又ハ枝ノ侵入ハ隣地ノ所有權ノ侵害ニシテ一般ノ原則ニ從ヘハ除去ヲ請求權(Actio negatoria)ヲ生ス可キナリ、然ルニ枝ハ自己ノ所有地上ヨリ之ヲ除去スルヲ得ルカ故ニ除去ノ請求權ニ止メタルモ、根ニ至テハ隣地ニ立入り且ツ其土地ヲ掘開クニ非サレハ之ヲ除去スルヲ得サルカ故ニ相隣者間ノ平和ヲ維持スルノ目的ヲ以テ、便宜ニ從テ隣地者ニ直接ニ之ヲ除去ハルノ權利ヲ與ヘタルモノナリ、若シ夫レ截斷シタル根ノ所有權ヲ與フル

(四) 隣地ニ遂落シタル果實

ノ理由ニ至テハ之ヲ以テ其勞ニ酬ユルノ意ト認ム可キカ(同論 Frank III. 178.)
 法例ハ國民九一、普國國法一部九章二八九、二九〇、二九二、參照、此點ニ就テハ慣習法ノ存スルモノアラハ先ツ之ニ從フ可シ、然ラサルトキハ隣地所有權者ニ其所有權ヲ與フルヲ可トス、若シ反對ニ樹木ノ所有者カ隣地ニ立入りテ之ヲ取リ去ルヲ得トモハ相隣者間ノ平和ヲ害スル弊アルノミナラス、隣地ニ立入ル爲メニハ法律上ノ根據ヲ要ス可キ理ナルモ其ノ根據ナケレハナリ、但シ之レト同時ニ隣地所有者ハ樹木ノ所有者ニ對シテ其除去ヲ請求スル權利ナシ、何トナレハ隣地ニ立入ルノ權利ナクシハ其除去ハ不能ナレハナリ、

第二百三十四條 建物ヲ築造スルニハ疆界線ヨリ一尺五寸以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス

前項ノ規定ニ違ヒテ建築ヲ爲サントスル者アルトキハ隣地ノ所有者ハ其建築ヲ廢止シ又ハ之ヲ變更セシムルコトヲ得但建築着手ノ時ヨリ一年ヲ經過シ又ハ其建築

ノ竣成シタル後ハ損害賠償ノ請求ノミヲ爲スコトヲ得

(一) 本條ノ事實及理由

本條ハ自己所有地内ニ建物ヲ築造スル場合ニ疆界線ヨリ一尺五寸以上ノ距離ヲ存セシムルコトヲ定メタルモノニシテ疆界線ヲ離ヘテ建物ヲ建築シタル場合(Caspari)ニ關スルモノニ非ス、何故ニ一尺五寸以上ノ距離ヲ存スルヲ要スルヤト曰フニ若シ疆界線ニ密接シテ建物ヲ立ツルトキハ隣地ノ所有者カ建物ヲ立テ又ハ修繕ヲナサントスル場合ニ自己ノ側ニ於テノ必要ナル空地ヲ存セサル可ラサルニ至リ相隣互讓ノ精神ニ反スルカ故ニ法律ハ先ツ建築ノ爲メニハ三尺ノ空地ヲ要スルモノト定メ疆界線ヲ中心トシテ兩側ニ於テ各々一尺五寸ツ、ヲ讓ラシムルナリ、即チ本條ニヨリ各所有者ハ相互的ニ疆界線ヨリ一尺五寸以内ニ於テハ建築ヲナサ、ル消極的義務ヲ負擔スルモノナリ、

(二) 本條違反行爲

本條第一項ノ規定ニ違反シテ建築ヲナサントスル者アルトキハ隣地ノ所有者ハ其建築ノ廢止又ハ變更ヲ請求スルコトヲ得、然レトモ此請求權ハ建築着手ノ時ヨリ一年ヲ經過シ又ハ其建築竣成シタルトキハ消滅ス、蓋シ竣成シ又ハ將ニ竣成セントスル建築ヲ廢止又ハ變更セシムルハ建築者ノ爲

メニ非常ナル損害ナルカ故ナリ、但シ之ニヨリテ隣人ノ蒙リタル損害ハ之ヲ賠償スルヲ要ス、

而シテ(一)右除斥期間ノ起算點ハ建築着手ノ時ニ在リ、建築ノ着手トハ單ニ設計又ハ請負契約ノ締結等無形ノ行爲ヲ指スニ非スシテ有體的ニ着手シタル時ヲ指ス、若シ然ラサレハ隣人ハ之ヲ知ル能ハサレハナリ、又有體的ニ着手アリタルトキハ隣人カ其ノ事實ヲ知ラスト雖モ此期間進行ヲ開始ス、(二)損害賠償ハ其性質上之ヲ年賦金トナス可キモノナリ、然レトモ事公益ニ關係ナク又法律ニ反對ノ明文ナキヲ以テ一時ニ支拂フヲ妨ケス、而シテ此損害賠償請求權ハ隣人カ建築ヲ爲サントスル時ニ於テ發生ス、蓋シ消極的義務ノ違反ハ違法建築ノ時ニ在リト雖モ其實害ヲ生スルハ隣人カ建築ヲナサントスル時ニ在レハナリ、猶損害額ノ算定ニ就テハ隣人カ讓歩ス可ク餘義ナクセラレタル土地面積ノ地代ニ依ル可シ、例ヘハ疆界線ヨリ三尺ヲ退クヲ要ストセハ一尺五寸幅ノ土地ノ地代ヲ標準トス可シ、(三)隣地者カ違法建築ノ廢止又ハ變更ノ抗議ヲナシタルニモ拘ラズ建築ヲ竣成セシメタル場合ニハ竣成後ト雖モ其變更ヲ請求スルコトヲ得可シ、蓋シ建築者ハ惡意ナルノミナラス若シ然ラサレハ建築ノ廢止變更請求權ヲシテ無制裁タラシムルノ虞アレハナリ、

物權 所有權 所有權ノ限界 【二三四】

(三) 本條ノ性質 本條ハ任意規定ナリ、又第三百三十六條ノ規定ニヨリ反對ノ慣習アルトキハ先ツ慣習ニ依ル可キモノトス、而シテ其慣習ハ或ハ全然空地ヲ存スルノ必要ナシトナスモノアル可ク、或ハ單ニ其距離ニ關スルモノアル可ク、或ハ損害賠償請求權ニノミ關スルモノアル可シ、

(四) 疆界踰越ノ建築 ニ就テハ本法ニ規定ナシ(獨民九一二以下ニ詳細ナル規定アリ参照ニ値ス)、然レトモ此ノ如キハ隣地所有權ノ侵害ノ最モ顯著ナルモノナレハ苟モ本法ノ如ク特別ノ規定ナキ以上ハ隣地所有者ハ妨害除去請求權 (actio negatoria) (五ノハ)ヲ見ヨ、建築竣成ノ後ト雖モ固ヨリ然リ、又隣地ノ占有者ハ占有保持ノ訴ニヨリ其除去ヲ請求スルヲ得可シ(一九八)、但シ占有ノ訴ニ依ルトキハ第二百一條ノ制限アリ、

第二百三十五條 疆界線ヨリ三尺未滿ノ距離ニ於テ他人ノ宅地ヲ觀望ス可キ窓又ハ緣側ヲ設クル者ハ目隱ヲ附スルコトヲ要ス
前項ノ規定ハ窓又ハ緣側ノ最モ隣地ニ近キ點ヨリ直角

線ニテ疆界線ニ至ルマテヲ測算ス

(一) 觀望權ノ制限

土地ノ所有者ハ第二百六條ノ規定ニヨリ自己ノ土地内ニ於テハ如何ナル構造ノ建築ヲ爲スモ可ナリ、之ヲ原則トス、然レトモ宅地内ヲ他人ニ觀望セラル、ハ不快ノ甚シキモノニシテ、宅地タルノ效用ヲ減スルコト大ナリ、此ノ故ニ本條ニ於テハ他人ノ宅地ヲ觀望ス可キ窓又ハ緣側ヲ設クルニ付キ制限ヲ設ケタリ、

(二) 本條ノ適用

ニ付テ注意ス可キ點ハ左ノ如シ、

- (イ) 疆界線ヨリ三尺以上ヲ距ツルナラハ他人ノ宅地ヲ觀望ス可キ窓又ハ緣側ヲ設クルモ何等ノ制限ヲ受クルコトナシ、本條ハ其距離三尺未滿ノ場合ニ關ス、其ノ距離測定方法ハ第二項ニ在リ、
 - (ロ) 隣地カ宅地ニ非サルトキハ疆界線ヨリ三尺未滿ノ距離ニ於テ窓又ハ緣側ヲ設クルモ何等ノ制限ナシ、本條ニ宅地ヲ觀望ス可キトアルハ此義ナリ、又窓又ハ緣側ノ構造ニヨリ隣地ノ宅地ヲ觀望スルヲ得サルトキハ隣地宅地ナリト雖モ本條ノ制限ヲ受ケス、例之二階ニ設ケラレタル窓又ハ緣側カ隣地建物ノ屋根ニ向テ開ク場合ノ如シ、
- 物權 所有權 所有權ノ限界 【二三五】

(ハ) 隣地カ他人ノ宅地ナル場合ニ疆界線ヨリ三尺未滿ノ距離ニ於テ之ヲ觀望ス可キ窓又ハ縁側ヲ設ケルコトモ全然之ヲ禁止スルニ非ス、只其設置者ニ對シテ目隠ヲ附スルノ義務ヲ負ハシムルノミ、此點ニ就テハ諸國ノ立法例大ニ異リ或ハ一定ノ距離以內ニ於テハ全然窓ヲ設ルヲ禁スルモノアリ、又本條ノ如ク單ニ目隠ノ義務ヲ負ハシムルモノアリ(Gierke, D. P. R. II § 126. num 34. 35ヲ見ヨ)本條ノ主義ヲ進歩シタルモノトナス、

(ニ) 目隠設置義務者ハ右ノ窓又ハ縁側ノ設置アル建物ノ所有者ニシテ其土地ノ所有者ニ非ス、蓋シ土地ノ所有者ハ他人ノ所有スル建物ニ目隠ヲ付スル權能ナクハナリ、又建物ノ使用者モ本條ノ義務ナシ、何トナレハ目隠ノ設置ハ建物ニ加フル變更ナルカ故ニ使用權者ニハ其權能ナクハナリ、例之建物ノ賃借人ハ本條ノ義務ナシ、

(ホ) 目隠設置請求權者ハ隣地ノ所有者ニ非ス、蓋シ土地其ノモノハ觀望ニヨリ害ヲ蒙ルコトナクハナリ、然ラハ隣地ノ建物ノ所有者カ、又ハ現ニ其建物ニ住居スル者ナルカ、此點ハ法律不備ナルカ故ニ不明ナリト雖モ、住居ノ安全ヲ保護スルト云フ點ヨリ見レハ現住者ニ與フルヲ至當トス可キカ如シ、又觀望ハ建物ノ價值ヲ減スルト云フ點ヨリ見レハ建物ノ所有者ニ與フルヲ至當トス

可シ、然レトモ本條ハ所有權ノ限界ニ關スル規定ナルカ故ニ之ヲ後者ニ限ル可シ、

(ヘ) 請求權ノ内容ハ目隠ノ設置ヲ請求スルニ在リ、第四百十四條ノ規定ヲ適用シ裁判上之ヲ強制シ又ハ代執行ヲナスコトヲ得、然シナカラ窓ノ閉鎖縁側ノ除去ヲ請求スルヲ得ス、蓋シ窓又ハ縁側ノ設置其モノハ違法ニ非サレハナリ、

(ト) 目隠ノ種類ハ法律ニ制限ナシ、普通目隠トシテ用ヒラル、物ヲ用ユレハ可ナリ、

(チ) 目隠設置ノ費用ハ目隠設置義務者之ヲ負擔ス、蓋シ之レ義務履行ノ費用ナレハナリ、

(リ) 距離測定方法ハ第二項ニ之ヲ規定ス、曰ハク窓又ハ縁側ノ最も隣地ニ近キ點ヨリ直角線ニテ疆界線ニ至ルマテヲ測算スト、即チ先ツ窓又ハ縁側ノ尤モ隣地ニ近キ點ヲ求メ其點ニ於テ窓又ハ縁側ノ正面ノ線ニ對シ九十度ノ角ヲ成ス線ヲ作リ、其ノ疆界線ト合スルノ點ヲ得テ兩點ノ間ヲ測算スルモノナリ(梅博士民法要義二卷本條ノ說明ニ詳シ)、

(三) 本條請求權ノ性質 ハ所謂物權的請求權ナリ、隣地建物ノ所有者ハ目隠設置請求權ヲ拋棄スルコトヲ得、然レトモ之レハ其當事者間ニ於テノミ效力アリ、其物權 所有權 所有權ノ限界 【二三五】

ノ建物ノ一方又ハ双方カ變更シタル場合ニハ其抛棄ヲ採用スルヲ得ス、

第二百三十六條 前二條ノ規定ニ異リタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フ

本條ハ説明ノ要ナシ、

第二百三十七條 井戸、用水溜、下水溜、又ハ肥料溜ヲ穿ツニハ疆界線ヨリ六尺以上池、地窖又ハ厠坑ヲ穿ツニハ三尺以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス
水樋ヲ埋メ又ハ溝渠ヲ穿ツニハ疆界線ヨリ其深サノ半以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス

(一) 本條立法理由 並ニ本條ノ想像スル事實ハ誠ニ明白ニシテ説明ニ値セス、只本條ハ列記の規定ナルカ故ニ本條記載以外ノ穿地工事ニ之ヲ及スヲ得サルコトニ注意センノミ、

(二) 本條違反工事ノ制裁 ハ誠ニ不明ナリ、羅馬法ニ於テハ損害ノ擔保(Cautio damni

Chopur) 請求シ得ルニ止マルモノトシ、獨逸民法ニ於テハ除去請求權(Cautio negatoria) ヲ與フ(獨民九〇九)、余ハ本條ノ解釋トシテモ隣地者ハ除去請求權アルモノト解セントス、何トナレハ本條ノ文言上之レ法律カ絕對的ニ禁止スル事項ナルコトヲ推知スルヲ得レハナリ、論者或ハ曰ハシ、次條ノ規定ニ據レハ前條ノ工事ヲ爲ストキハ土砂ノ崩壞又ハ水若クハ汚液ノ滲漏ヲ防グニ必要ナル注意ヲナセハ足ル、故ニ隣地者ハ必要ナル豫防工事ヲ爲スコトヲ請求シ得ルノミト、此論非ナリ、蓋シ次條ノ規定ハ疆界線ノ近傍ニ於テ前條ノ工事ヲ爲ストキハトアリテ本條所定ノ距離ヲ存シタル場合ヲ見タルコト明ナレハナリ(梅博士民法要義二卷本條同論)。

(イ) 請求權者 ハ(一) 隣地所有者、其共有ナル場合ニハ各共有者(二) 地上權者(二六

七) 及ヒ、(三) 隣地ノ使用權者ニシテ地盤ノ陷落土砂ノ崩壞又ハ水液ノ滲漏ニヨリ其權利ヲ侵害セラレ、者、例ヘハ地役權者永小作權者等之ナリ、土地ノ賃借人ニ對シテモ又本條ノ請求權ヲ與フ可キカハ疑問ナルモ賃借權ハ對人權ナルカ故ニ消極的ニ決スルヲ正シトス、

(ロ) 相手方 本條ノ工事ノ現在ノ所有者ナリトス、即チ本條請求權ニハ除斥期間ノ定ナク、又消滅時効ノ適用ナク、其工事ヲ讓渡シタルトキハ(土地ト共ニス

物權 所有權 所有權ノ限界 【二三七】

物權 所有權 所有權ノ限界 【二三七】

三八二

ルヲ常トス)之レヲ讓受ケタル現在ノ所有者ニ對シテ其除去ヲ請求スルコトヲ得可シ、

(ハ) 請求權ノ内容

ハ違法工事ノ除去ヲ請求スルニ在リ、而シテ隣地者カ實害ヲ受ケタルコトヲ條件トセス、但シ實害ヲ受ケタル場合ニハ除去請求ト同時ニ損害賠償ヲ請求シ得可シ、而シテ本條ノ場合ニ於テハ隣地者ハ豫防工事又ハ損害賠償ノ擔保ヲ請求スルヲ得ス、何トナレハ之等ハ皆法律ニ明文ヲ要スル事項ナリ、然カルニ法律ニ明文ナキカ故ナリ、又被告ハ豫防工事又ハ損害賠償ノ擔保ノ提供ヲ以テ抗辯トナスヲ得ス、何トナレハ法律ハ絶對的ニ本條違反ノ工事ヲ禁止スルカ故ニ其ノ損害ヲ減少又ハ豫防スルトモ之ヲ繼續セシムルヲ許サ、レハナリ、

(二) 占有訴權トノ關係

本條ノ請求權ハ占有保全ノ訴ト競合スルコトアリ、但シ占有ノ訴ヲ起サントスルトキハ第二百一條第二項ノ制限ニ服セサルヲ得ス、

(三) 本條ノ性質

本條ノ規定ハ公益規定ニ非ス、隣地者ノ承諾ヲ得テ本條所定ノ距離以內ニ於テ本條工事ヲ施スコトヲ得、蓋シ本條ノ保護利益ハ隣地者ノ利益ニ止マレハナリ、

第二百三十八條

疆界線ノ近傍ニ於テ前條ノ工事ヲ爲ストキハ土砂ノ崩壞又ハ水若クハ汚液ノ滲漏ヲ防クニ必要ナル注意ヲ爲スコトヲ要ス

(一) 本條ノ事實

ハ前條ト異リ前條記載ノ種類ノ穿地工事ヲ疆界線ノ近傍ニ於テ然カモ前條所定ノ距離ヲ存シテ爲ス場合ナリ、故ニ(一)前條所定ノ距離以內ナルトキハ前條ノ適用ヲ受ケ本條ノ適用ヲ受ケス、(二)而シテ其地位疆界線ノ近傍ニ非サルトキハ又本條ノ適用ナシ、但シ果シテ疆界線ノ近傍ナリト否ヤハ事實問題ニシテ畢竟裁判官ノ認定ニ因リ決ス、

(二) 隣地者ノ救済

本條所見ノ工事ハ法律ノ絶對ニ禁止スル所ニ非ス、只土砂ノ崩壞又ハ水若クハ汚液ノ滲漏ヲ防クニ必要ナル注意ヲナスノ義務ヲ負ハシメタルノミ、

(イ) 請求權者

ハ前條ノ場合ト同シク隣地ノ所有權者地上權者及ヒ土地ノ使用權者ニシテ本條違反ノ工事ニヨリ損害ヲ受クル地位ニアル者ナリ、

(ロ) 請求ノ相手方

モ亦前條ノ場合ニ同シ、

(ハ) 請求ノ内容

ハ前條ノ場合トハ大ニ異リ工事ノ除去ヲ請求スルヲ得ス、蓋物權 所有權 所有權ノ限界 【二三八】

三八三

シ工事其ノモノハ違法ニ非サレハナリ、只損害ノ防止又ハ豫防ノ爲メニ必要ナル注意ヲ爲スコトヲ請求シ得キノミ、例ヘハ石垣ヲ堅固ニシ又ハ漆喰ヲ施ス等之ナリ、而シテ被告ニ對スル判決ハ第四百十四條ノ規定ニヨリ之ヲ強制シ又代執行ヲナスコトヲ得、

右ノ請求ニ對シテハ被告ハ必要ナル注意ヲ施シタルコトヲ以テ抗辯トナスコトヲ得、其施シタル注意果シテ十分ナリト否トハ事實問題ニシテ若シ十分ナリト認めラレタルトキハ原告ノ請求權ハ其發生條件ヲ缺キ存在セサルモノトナルカ故ニ原告ノ敗訴ニ歸ス可シ、又被告ハ右ノ工事ヲ除去シテ以テ原告ノ請求ヲ拒ムコトヲ得可シ、蓋シ本條ノ請求權ハ有害工事ノ存在ヲ前提トシ其存在スル間ノミ存在スルカ故ニ工事ノ除去ニヨリテ消滅ニ歸ス可ケレハナリ、但シ權利拘束後工事ヲ除去シタル場合ニ於テハ訴訟費用ハ被告ノ負擔タル可シ、何トナレハ訴訟ノ動機(又ハ原因)ハ被告之ヲ與ヘタルモノナレハナリ、

(三) 本條ノ性質 本條モ亦公益規定ニ非ス、隣地者ハ本條ノ請求權ヲ有效ニ拋棄スルコトヲ得、

第二節 所有權ノ取得

總說

(一) 本節ノ内容 本節ハ所有權ノ取得原因タル、(一)先占(二三九)、(二)遺失物ノ拾得(二四〇)、(三)埋藏物ノ發見(二四一)、(四)附合(二四二—二四四)、(五)混和(二四五)、(六)加工(二四六)、(七)後ノ三者ニ共通ナル規定(二四七、二四八)ヲ定ム、

(二) 本節以外ノ原因 本節以外ノ所有權取得原因殆頗ル多シ、(一)意思表示ニヨル讓渡(本編第一章)、(二)取得時効(總則編第六章)、(三)占有(一九二、以下)、(四)相續(相續編)、(五)公法上ノ行為(徵發、土地收容、裁判所)等アリ、

第二百三十九條 無主ノ動産ハ所有ノ意思ヲ以テ之ヲ占有スルニ因リテ其所有權ヲ取得ス
無主ノ不動産ハ國庫ノ所有ニ屬ス

(一) 先占ノ理由 先占トハ無主物ノ占有ヲ云フ、之レ所有權取得ノ最モ自然ナル方法ニシテ或ハ所有權ノ起源ハ先占ニ在リト稱セラル(Occupationsstheorie)、其確證ハ今日何人モ之ヲ示スヲ得スト雖モ事ノ性質上蓋シ然ラント推測スルコトヲ得ルナリ、抑モ天物ハ吾人之ヲ占有スルニヨリテ始メテ吾人ノ支配ニ屬シ人類ノ物權 所有權ノ取得 【二三九】

生存ノ需用ニ供セラルルコトヲ得ルナリ、而シテ素ト無主物ナルカ故ニ累テ他人ニ及スノ虞ナク、獨リ益ノミアリテ全ク害ノ伴フナシ、是レ今日ノ法律カ先占ヲ認ムル理由ナリ、

未開ノ世ニ在リテハ無主ノ土地多カリシヲ以テ先占ハ動産ニ限ラス土地モ亦先占スルコトヲ得タリ、羅馬法獨逸法ノ如キモ猶之ヲ認メタリ (Stolte Lehmann D. P. II § 132)。然レトモ現時ニ於テハ土地ノ無主ナルモノハ甚々少ナク、且ツ土地占有ノ事實ハ直接ナラサルヲ常トスルカ故ニ一人カ占有シタルモノヲ他人來リテ之ヲ犯シ互ニ其所有權ヲ爭フノ弊ナキヲ保セス、故ニ本法ニ於テハ先占ハ動産ニ就テノミ之ヲ認メ、不動産ノ先占ヲ認メス、外國ノ法律モ多クハ然リ (佛民七一三、獨民九二八等)。

(二) 先占自由ノ原則

無主ノ動産ハ何人ト雖モ之ヲ先占スルコトヲ得即チ其自由ナルチ原則トス、然レトモ之ニ對スル例外ニアリ、(一)ハ法律ヲ以テ先占ヲ禁シタルモノアリ例ヘハ狩獵法ニヨル保護鳥ノ如キ之ナリ、(二)特定人ニ獨占的先占權ヲ與ヘ一般人ノ先占ヲ排斥シタルモノ之ナリ、例ヘハ漁業權(三四、法三四號)ノ如キ之ナリ、

一般的先占權ハ一種ノ私權ナリ、或ハ之レ當然一般人ニ屬スル權能ナルカ故ニ

權利ニ非スト爲ス、之レ舊時ノ通説ナリ、然シナカラ法律カ賦與シ法律カ保護スル所ノ力ハ一般人ニ直接ニ與フルト特別ノ取得原因ニヨリ之ヲ取得スルトニ論ナク皆權利ト解スルチ正當トス、然リ而シテ其權利ノ性質ニ就テハ、(一)物權説 (Lehmann bei Stolte D. P. R. II § 446) 之ヲ物權ト解スルモ正シカラス、蓋シ之レ將來ニ於テ物ノ支配ヲ得ルノ權利ニシテ現在ニ於テ物ヲ支配スル權利ニ非サレハナリ、換言スレハ人ト物トノ關係ハ未タ存セサレハナリ、(二)形成權説、曰ハク其權利ノ實行ニヨリテ始メテ物權關係ヲ生スルカ故ニ形成權ナリト、然レトモ吾人ノ所謂形成權ナルモノハ一方的的意思表示ニヨリ實行セラル、權利ナリ、然ルニ先占ハ意思表示ニヨリ行ハル、モノニ非サレハ之ヲ形成權ノ内ニ數フ可ラス、若シ先占權ヲ形成權ノ中ニ數フ可キモノトセハ今猶未成ノ域ニ在ル形成權ノ觀念ヲ益々不明ナラシムルニ至ラン、(三)人格權説 (Gierke D. P. R. II § 132) 本説ヲ正シトス、蓋シ先占權ハ權利者自身ノ行爲ヲ以テ目的トスル權利ナレハナリ、獨占的先占權 (ausschließliche aneignungsrecht) ハ他人ヲ排除シテ先占ヲナス權利ナリ、此ノ如キ權利ハ一定ノ取得原因ニヨリテ取得スルチ常トス、第三者カ之ヲ犯シテ先占ヲナシタルトキハ一般ノ規定ニ從ヒ不法行爲トナリ損害賠償ノ原因トナル、一般的先占權ハ讓渡相續ノ目的トナルチ得サルモ獨占的先占權ハ反之讓渡物權 所有權 所有權ノ取得 【二三九】

相續ノ目的トナル、其性質ハ一般的人格權ニ非スシテ特定人ニ屬スル人格權ナリ、著作權特許權ト其性質相同シ、

(三) 先占ノ性質

ニ關シテハ從來ニ説アリ、(一)法律行為説 (Biermann S. 168, Magnick anwendungsgebiet S. 240, Coack Lehrb. § 202, Kohler Z § 958) 曰ク先占ハ所有ノ意思ヲ以テ無

主物ヲ占有シ其結果所有權ヲ取得スルカ故ニ法律行為ナリト、(二)非法律行為説 (Glöckle D. P. R. II § 132, Planck Z § 958, Strohal, Sachbesitz S. 75, Dernburg III S. 315) 曰ク先占ニハ所有權ヲ取得セントスル意思ヲ要セス、即チ所有權ノ取得ハ所有權ヲ取得セントスル意思ノ效果ニ非サルカ故ニ法律行為ニ非スト、第二説ヲ正シトス、本條ニ「所有ノ意思ヲ以テ占有スルニ因リ」云々トアルハ所有權ヲ取得セントスル意思ヲ意味スルニアラス、事實上ノ所有ノ意思即チ物ヲ全然支配セントスル意思ノ義ナリ、其意思ハ單ニ事實タル占有ニ關スルモノニシテ法律上ノ效果ニ向ケラズ、コトナシ、即チ所有權取得ハ意思ノ效果ニ非スシテ法律ノ直接ノ效果ナリ、故ニ先占ハ法律行為ニ非ス(第二章總説(八)ノ(口)參照)(同論三藩博士民法全書一〇宮井博士民法原論二卷一三三)。

先占ハ法律行為ニ非ス從テ法律行為ニ關スル通則ヲ適用スルヲ得ス、即チ(一)先占ニハ能力ニ關スル規定ヲ適用ス可ラス、然レトモ先占ハ其實體ハ占有取得ニ

外ナラサルカ故ニ占有取得ニ要スル能力ナカル可ラス(第二章總説(六)參照)(二)又意思表示ノ通則ニ關スル規定ヲ適用ス可ラス、故ニ例ヘハ他人ノ物ナラント信シテ占有シタルニ其實無主物ナリトセハ所有權ヲ取得スルニ妨ケナシ、錯誤ノ規定ヲ適用ス可ラス(同論富井博士前出(二四)(三)他人ニ依リ先占スルヲ妨ケサルモ總則代理ノ規定ニ依ル可ラス、第八十一條ノ規定、ニヨル可シ(同條註釋參考)(四)條件附先占ノ觀念ハ後ニ述フ可キモ之レ意思カ條件附ナルモノニ非スシテ先占ノ要件ヲ缺キタル場合ナリ、故ニ總則ノ規定ニ依ルヲ得ス、

(四) 先占ノ要件

ハ之ヲ分テニトナス、

(イ) 無主物

無主物 (res nullius) トハ現ニ何人ノ所有ニモ屬セサル物ノ義ナリ、無

主物ニハ管テ何人ノ所有ニモ屬シタルコトナキ物例之野生ノ鳥獸魚介蟲類ノ如キアリ、又且テ或人ノ所有ニ屬シタルモ現ニ所有者ナキ場合アリ、例ヘハ拋棄物ノ如キ之ナリ、然シテ法律ハ此間ニ何等ノ差別ヲモ設ケス、

今疑ハシキ場合ヲ上クレハ(一)天然果實ハ無主物ニ非ス、其ノ分離ト共ニ之ヲ收取スル權利ヲ有スル者ノ所有ニ屬シ(本書一卷四一四、第八十九條)(二)參照一瞬間ト雖モ無主物トナルコトナシ、(三)家畜外動物ニ就テハ諸國特別ノ規定ヲ設クルモノ多シ、蓋シ家畜外動物ハ逃走シ易ク一旦逃走シタルトキハ歸還物權 所有權 所有權ノ取得 【二三九】

物權 所有權 所有權ノ取得 【二三九】

三九〇

セサルヲ常トスルカ故ニ、占有ヲ失フトキハ同時ニ事實上所有權ヲ行フヲ得
サレハナリ、英米法普國々法ノ如キハ始メヨリ其所有權ヲ認メス、只占有ヲ認
ムルノミナリ、故ニ逸失スレハ當然先占ノ目的トナル、獨逸民法ハ其所有權ハ
之ヲ認ムルモ逸走セルトキハ一定ノ條件ノ下ニ之レヲ無主物トナス(九六〇、
九六一)、從テ先占ノ目的トナル、本法ニ於テハ此點ニ付キ何等ノ規定ナシ、故ニ
所有權ノ目的トナルハ勿論又逸失ニヨリ所有權ヲ失フコトナシ、只第九十
五條ノ規定ニヨリ其ノ占有者ハ保護ヲ受ケンモ之レ先占ニ非ス、(三)遺失物埋
藏物等ハ各其處ニ逃ヘン、

又右述ヘタル無主ノ事實ハ客觀的ニ存在スレハ可ナリ、占有者カ其ノ無主ナル
コトヲ知ルヲ要セス、例ヘハ他人ノ物ト信シテ占有シタルニ無主物ナルトキ
ハ其所有權ヲ得可シ、反之善意ニテ過失ナク無主物ナリト信スルモ其實無主
物ニ非サルトキハ所有權ヲ得ルコトナシ、

(a) 法律ノ禁止シタル物

其禁止ハ絕對的ナルアリ、又先占ノ時期又ハ方法
ノミヲ制限スルモノアリ、其適例ハ保護鳥獸(狩獵法一九、二〇、同施行法二七、
二八、二九等)獵虎獵豹(獵虎獵豹法)ナリトス、法律ニ違反シテ先占セナス

トキハ各々刑法上ノ制裁アルノミナラス捕獲物ノ所有權ヲ取得スルコト
ヲ得ス(獨民法九八五、二項、普國々法一部九章九條、獨民法三八二)、蓋シ法律カ先占
ニヨリ所有權ヲ取得スルコトヲ禁シタルハナリ、然レトモ法律カ特ニ禁止
セサル以上ハ先占者ヨリ善意ニテ占有ヲ取得シタル者ハ第九十二條ニ
ヨリ所有權ヲ取得スルコトヲ得、何トナレハ第九十二條ニヨリ所有權ヲ
取得スルニハ前者カ權利者タルヲ必要トセサレハナリ、

(b) 他人ノ獨占的先占權ヲ犯スヲ得ス

獨占的先占權ノ例ハ漁業權(漁業法

三、四)、共同狩獵權(狩獵法五九)及御獵場ノ權ノ如キ之ナリ、他人ノ先占權ヲ犯
シテ先占ヲナレタル場合ニハ所有權ヲ取得スルヲ得ルモ賠償ヲナス可キ
カ(Puchta, Vorles I § 154, Thon Rechtsnorm S. 337, annu 19)或ハ全ク所有權ヲ取得スルヲ
得サルカ(獨民法九五八二項、獨民法三八二)等)ノ問題ハ前同様所有權ヲ取得スル
ヲ得スト解スルヲ可トス、何トナレハ法律ハ他人ノ權利ノ侵害ニ於テ所有
權ヲ取得スルヲ禁シタルモノト見ルヲ正シトスレハナリ、然ラハ其捕獲シ
タル無主物ハ依然無主物ナルカ(Dernburg Pand. I § 203, annu 14, Stobbe-Lehrmann II.
I. S. 552) 或ハ他人ノ占有ニヨリ先占權者ハ所有權ヲ取得ス可キカ(Windsc.
heid § 184 annu 5, B. Brinz Pand. I 570, Gierke D. P. R. II 132) ニ就テハ爭アリ、論理上無
物權 所有權 所有權ノ取得 【二三九】

三九一