

324.2
Su669b
14



0014779-000

324.2-Su669b-(14)

物權法

末弘巖太郎・著

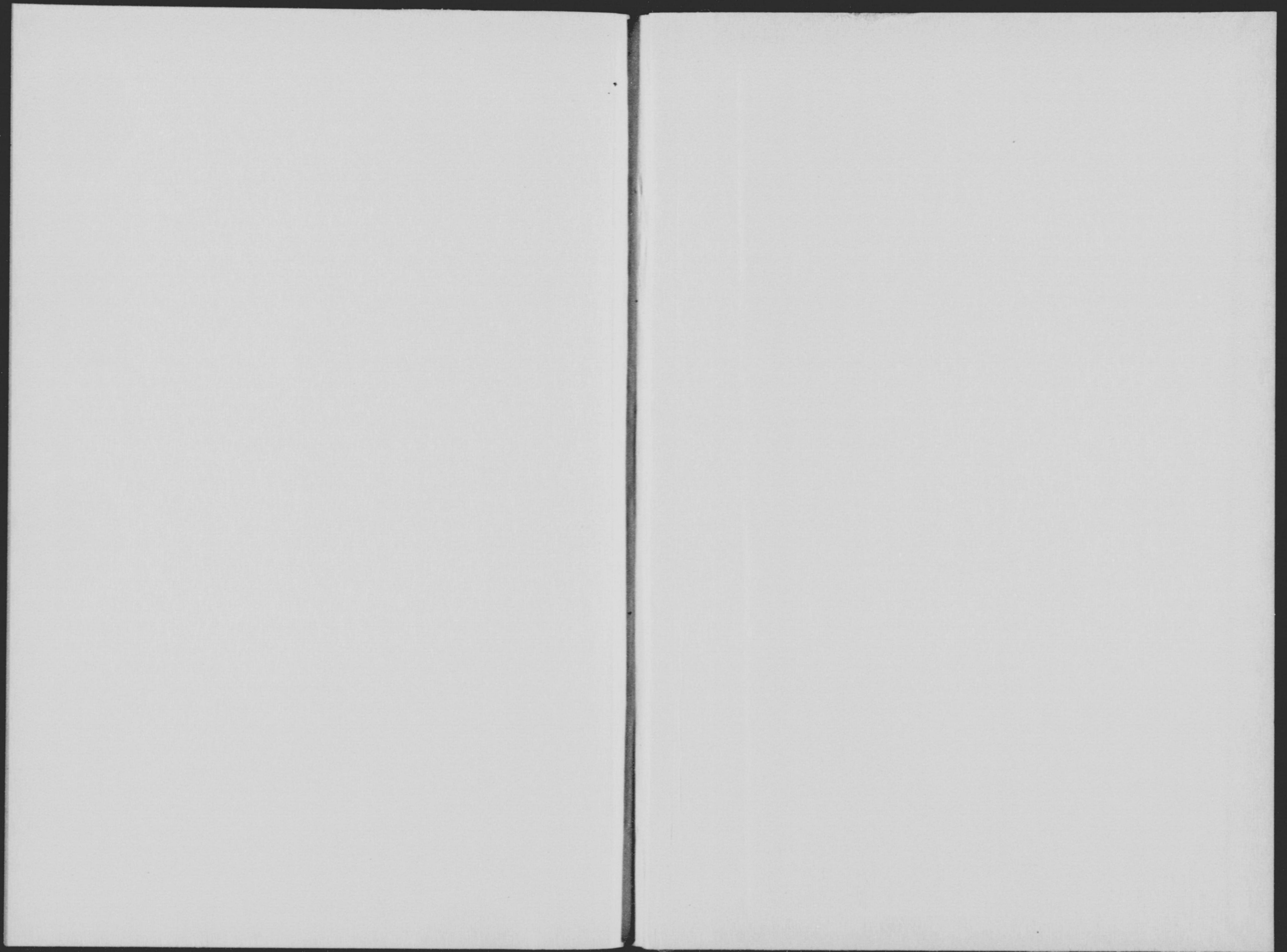
有斐閣

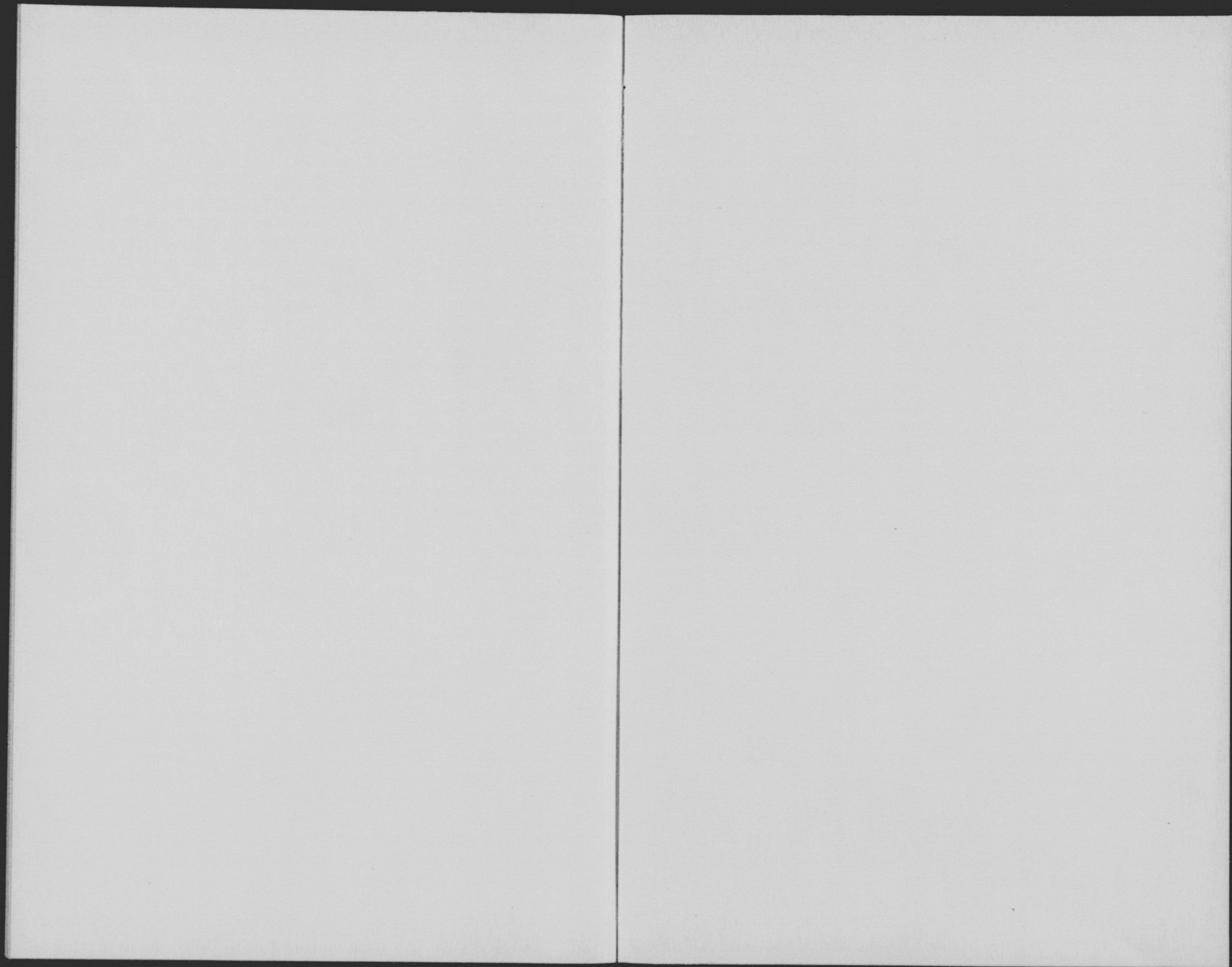
下卷 第1分冊

14版

1932

ACE





斗 包-96

末弘嚴太郎著

物 權 法

下 第
一 分
冊 卷

東 京 書 肆 有 斐 閣

324.2 Sub 96 (14)

物權法下卷第一分冊目次

第四章 用益物權總論

第一節 用益物權の特質

第一 用益物權と所有權(四四八) — 第二 用益物權と擔保物權(四五六) — 第三 用益物權の目的物(四五八) — 第四 上土權(四五八)

第二節 用益物權の種類

第一 總説(四六一) — 第二 不動産賃借權の物權化的傾向(四六二)

第五章 地上權

第一節 地上權の意義及性質

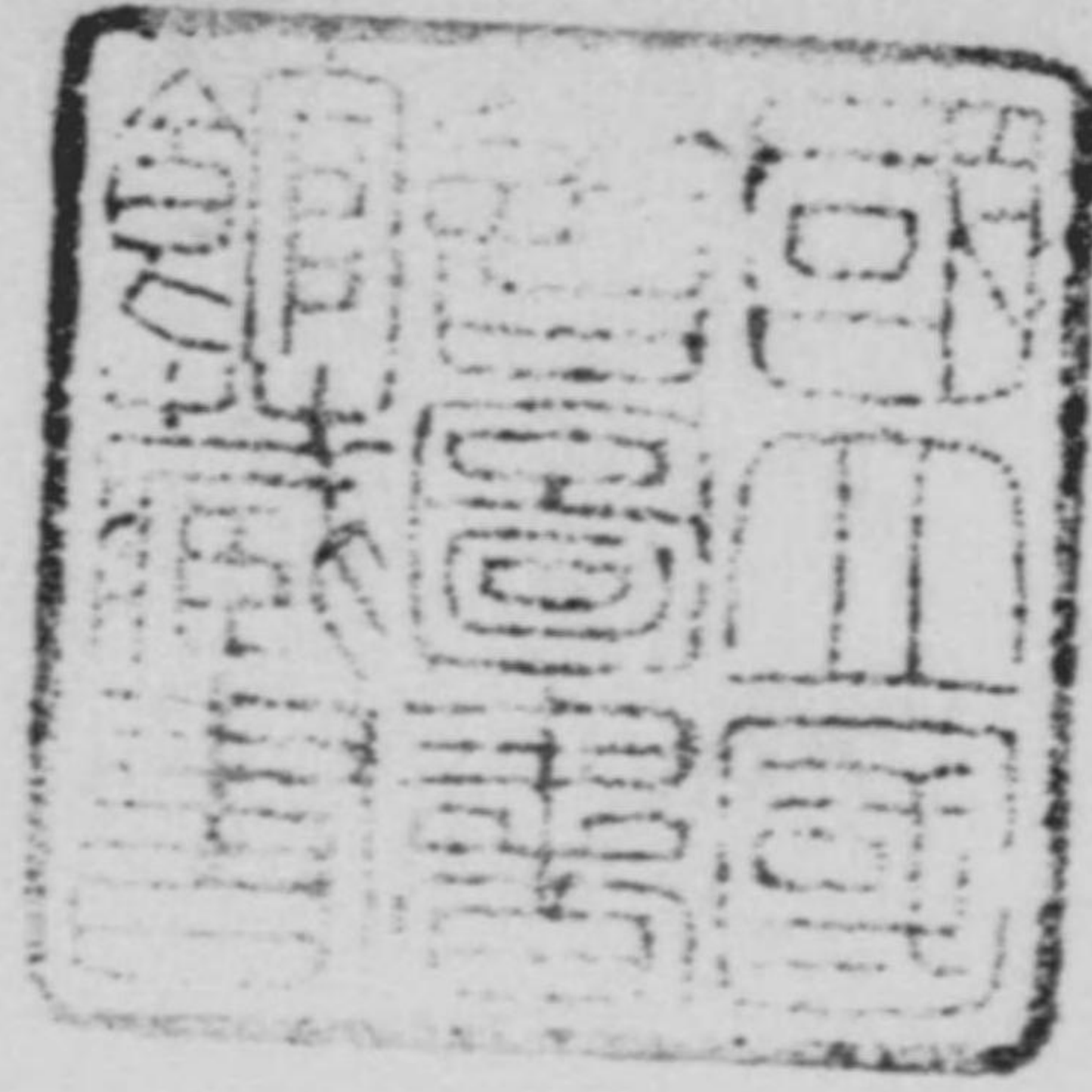
第一 序説(四六八) — 第二 地上權の法律的性質(四七三) — 一 土地使用權(四七三) — 二 使用目的「工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ」(四七五) — 三 地代(四七六) — 四 賃借權との區別(四七七) — 第三 部分林分收權(民收權)(四八三)

第二節 地上權の存續期間

四八六

目次

一



324.2
Sub 96
14



68586

第一 永代地上権は可能なりや(四八六) — 第二 當事者の定むる存続期間(四九一) —
 最長期・最短期 — 第三 當事者存続期間を定めざりし場合(四九四) — 一 普
 通の場合(四九五) — 二 借地法の特則(四九七)

第三節 地上権の效力……………四九九

第一項 土地使用権……………四九九

第一 土地を占有する権利(五〇〇) — 第二 土地使用権(五〇〇) — 第三 優先的
 效力(五〇一)

第二項 土地の轉貸及び地上権の處分……………五〇二

第一 轉貸(五〇三) — 第二 地上権の處分(五〇四) — 第三 轉貸又は處分の禁止
 特約(五〇五)

第三項 地上物の所屬及び其處分……………五〇六

第四項 隣地者關係……………五〇八

第五項 地代支拂義務……………五〇八

第一 序説(五〇九) — 第二 支拂時期(五一二) — 第三 支拂場所(五一三) —

第四 地代の額 — 一 額の決定(五一四) — 二 額の變更 — 増減特約(五一七)
 — 地代値上慣習(五一七) — 借地法一二條(五三〇) — 減額請求(五三二)

第四節 地上権の變動……………五三五

第一項 地上権の取得……………五三五

第一 原始的取得(五三五) — 設定・時効・法定地上権 — 第二 承繼的取得(五三七)

第二項 地上権の消滅……………五三八

第一 消滅原因(五三八) — 一 土地滅失(五三八) — 二 土地收用(五三九) —
 三 時効(五三九) — 四 存続期間滿了(五四〇) — 五 約定消滅事由の發生(五四
 二) — 六 解除(五四四) — 約定解除權・拋棄・消滅請求 — 七 其他(五五二) —
 第二 消滅の効果(五五二) — 一 土地返還(五五二) — 二 地上物收去(五五三)
 — 三 第三者に對する效力(五五五)

第六章 永小作權……………五五七

第一節 永小作權の意義及び性質……………五五八

第一 小作問題と永小作權(五五八) — 第二 永小作權の法律的性質(五六八) — 一

目的物(五六八)——二 權利の内容——土地使用權(五六九)——小作料(五七二)
——三 法律的性質(五七四)——物權・賃借小作權との區別・土地所有權との區別

第二節 永小作權の存續期間……………五八三

第一 最長期及び最短期(五八三)——第二 當事者存續期間を定めざりし場合(五八五)
——第三 民法施行前設定の永小作權(五八六)

第三節 永小作權の效力……………五八九

第一 土地使用權及び其附隨義務(五九〇)——第二 轉貸及び永小作權の處分(五九三)
——第三 地上物の所屬及び其處分(五九四)——第四 小作料支拂義務(五九五)——
支拂時期・場所・額・轉貸處分との關係

第四節 永小作權の變動……………六〇四

第一 永小作權の取得(六〇四)——第二 消滅——一 消滅原因(六〇五)——二
效果(六一〇)

第七章 地役權……………六一五

第一節 地役權の意義及び性質……………六一六

第一 地役權の社會的意義(六一六)——第二 地役權の法律的性質(六一九)——要役
地(六二〇)——承役地(六二三)——地役權の内容(六二六)——要役地の便益(六二
六)——承役地の物的負擔(六三二)——存續期間(六三二)——地役權の不可分性(六
三四)

第二節 地役權の種類……………六三六

第一 作爲の地役權と不作爲の地役權(六三六)——第二 繼續地役權と不繼續地役權(六
三八)——第三 表現地役權と不表現地役權(六三九)

第三節 地役權の效力……………六四〇

第一 地役權者の爲し得べき行爲——其種類及び範圍(六四〇)——承役地所有者の利
益を寛容する義務(六四二)——第二 地役權の優先的效力(六四四)——第三 承役地
所有者の義務(六四七)——一 不作爲義務(六四七)——二 作爲義務の特約(六四八)

第四節 地役權の變動……………六五〇

第一項 地役權の取得……………六五〇

第一 法律行爲(六五〇)——第二 要役地所有權取得(六五四)——第三 時效(六五
四)

第二項 地役権の消滅……………六五九

第八章 入會權……………六六五

第一節 序 説……………六六六

第一 入會權の社會的意義(六六六)——第二 入會權の沿革(六七二)

第二節 入會權の意義及び性質……………六六七

第一 入會權の内容(六七七)——一 入會權の主體(六七八)——二 物體(六八二)——

三 共同收益(六八八)——第二 入會權の種類及び其法律的性質(六九〇)——

「共有ノ性質ヲ有スル入會權」ニ「共有ノ性質ヲ有セザル入會權」ニの區別(六九二)——

二 入會權の實體(六九五)……………六九八

第三節 入會權の效力……………六九九

第一 共同收益權(六九八)——第二 權利侵害に對する救濟手段(六九九)——一 入

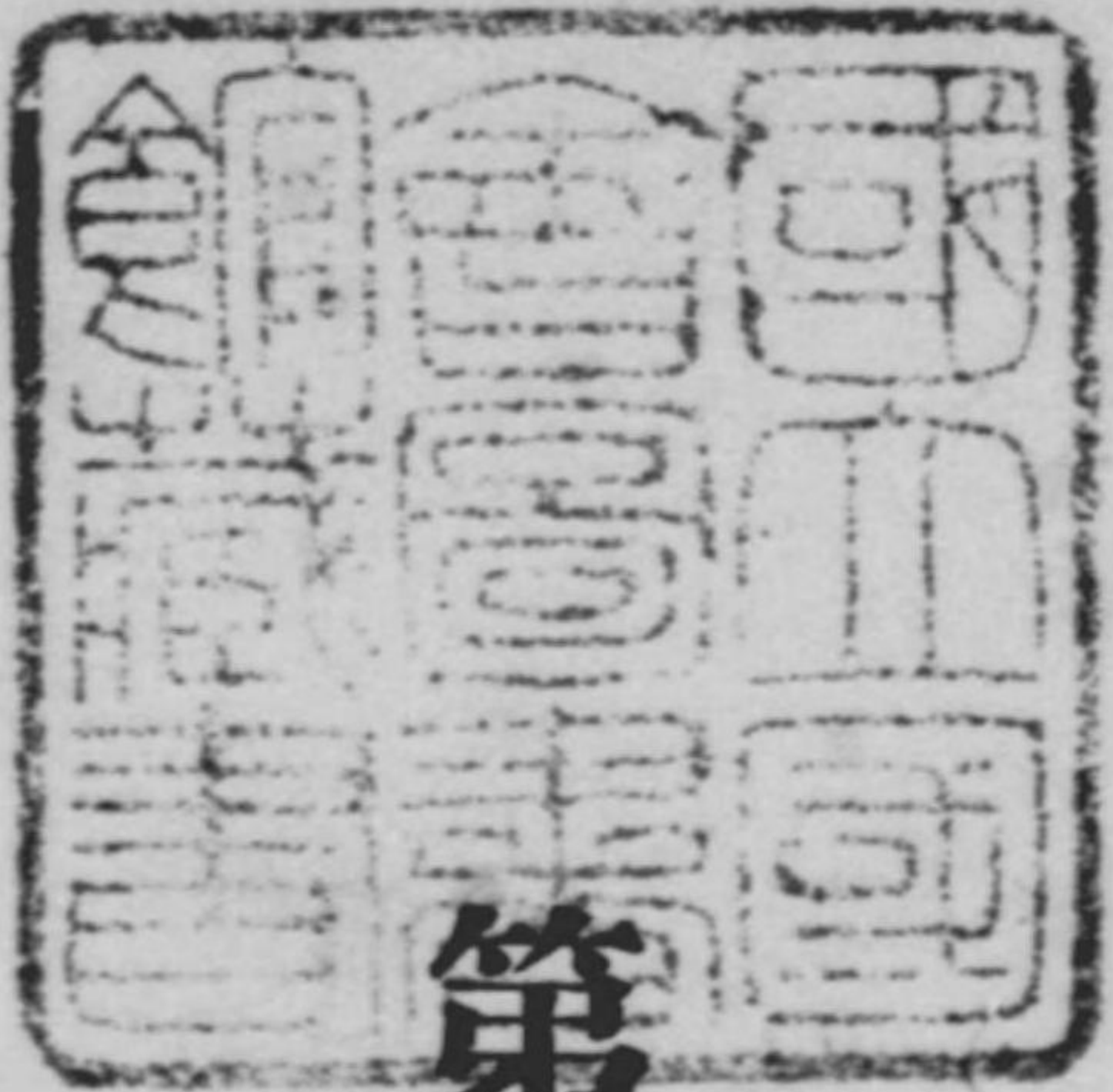
會權者相互間の侵害(六九九)——二 第三者の侵害(七〇〇)——第三 訴訟當事者ニ

しての入會權者(七〇二)……………七〇四

第四節 入會權の變動……………七〇四

第一 入會關係の發生消滅(七〇四)——一 發生(七〇四)——二 消滅(七〇五)——

第二 入會權の取得喪失(七〇八)——第三 公示方法(七〇九)



第四章 用益物權總論

第一節 用益物權の特質

第一 用益物權と所有權	四四八頁
第二 用益物權と擔保物權	四五六頁
第三 用益物權の目的物	四五七頁
第四 上土權	四五八頁

第一 用益物權と所有權

一 現行民法の考に従へば、所有權は一般的支配權である。而かもそれは物的支配權能の單なる集合乃至總和にあらずして、其等の權能の源泉である。其等の權能を——時に於ても量に於ても——無限に生み出す所の源泉である。之に反し、同じ物の上に成立する其他の物權は何れも、量に於て又其時に於て〔註一〕有限的である。例へば「土地所有權ハ其目的タル土地ニ對シ地上權ヲ設定スルモノ之ガ爲メニ其權利ノ全部ハ勿論一部タリトモ消滅スルモノニアラズ唯地上權ノ範圍ニ於テ其權能ヲ制限セラルルニ過

ギザルノミ」。從つて地上權の存續中と雖も「所有者ハ土地ヲ不法ニ占據スル者——地上權者以外の第三者——ニ對シ其明渡ヲ請求シ得ルモノト解」せねばならず（物權的請求權）〔註二〕、又將來「地上權消滅スルトキハ土地所有權ハ他ニ何等法律上ノ事實ノ發生ヲ要セズ當然ニ完全ナル無制限ノ權利ヲ回復スルコトヲ得」るものと謂はねばならぬ（所有權の反歸力又は彈力性）〔註三〕。

〔註一〕 尤も現行民法の解釋として、地役權だけは永久無限の存續期間を有するものを認め得べきこと後述の通りである。

〔註二〕 大審三・一二・一八民二錄二〇輯一一二〇頁。

〔註三〕 前註判例。尙三二二頁參照。

無論、法律は色々の理由から所有權の内容を制限する〔註四〕。又時には留置權先取特權の如き權利を認めて所有權に制限を加へ、又時効に因る用益物權の取得を認めて所有權を制限することもある。けれども其以外に於ては所有者の意思に基かずして濫り

に之を制限すべき物權を成立せしむるを得ない。各種の制限物權は所有權と同じく——假令其内容こそ制限されて居れ——直接物を支配する權利である。それにも拘らず其成立に當つては必ず所有者の同意がなければならぬ。又成立の後に於ても、或は所有者に對して小作料・地代の類を拂はねばならず、或は場合に依り所有者單獨の意思に依つて權利を奪はれることもある。従つて同じく物を支配する權利でありながら、一方は無限にして優越なる地位を占め、他方は何れも皆制限的内容を有して其下に屈從するものたるに過ぎぬ。是れが現行民法の下に於ける所有權と其他の物權との關係である。

〔註四〕 三二四頁以下参照。

二 現行法上土地所有權と用益物權との關係はかくの如きものである。けれども——今日吾國多數の人が考へてゐるやうに——かくの如き關係のみが唯一の合理的にして且可能なる制度だと考へてはならない。吾國に於ても、古來土地制度がかかる形式を以

て終始存續し來つたもののやうに考へてはならない。吾國の土地制度も各時代各地方の政治的理由及び經濟的事情の影響を受けて、色々變化を極めたのである。

例へば、今日吾々に知られてゐる最も顯著な一例として、土佐藩には次のやうな耕地制度が行はれて居た。

田地を別けて、本田・新田とし、其中本田は農民のみ之を所有することを許したから、士工商と農民との間に公然土地所有權を賣買することは許されなかつたが、或る土地から年々一定の加治子米——小作料に當る——を收得する權利を設定して之を賣買することは默許されて居た。此加治子米收得權の設定が本田永小作の起源であつて、今日の法律思想を以て云へば一種の土地負擔 *Reallasten, rentes foncières* に外ならぬ。

次に新田は、甲乙兩者の共同開墾に始まつたもので、其中甲は開墾すべき土地の願下をなし、乙は之に開墾の勞資を投じ、兩々協力して新田を作つたのである。従つて甲は其後年々加治子米を收得するの外土地に對して何等の權利義務を有せず、反之乙は實際耕作に従事して地租其他土地に關する各種の義務を負担して居た。此關係を今日の法律觀念を以て言ひ現せば分割所有權 *coelles Eigentum* に似たものである〔註五〕。

〔註五〕 帝國農會發行本邦永小作慣行六二頁、一二〇頁以下の記載に依る。

尙戸水寛人氏の報告に依るに肥後藩阿蘇郷にも、武士は碌として土地を賜はつて之から出る掟米を收得し

用益物權の特質——用益物權と所有權

百姓は土地を開墾して之が耕作に従事し且藩への租税を負擔して居た例があつたを謂ふ。戸水氏は之を説明して「細川家の武士は其槍先を以て祿を得永小作人は其鋏先を以て永小作權を得たり」と云つて居られる。是れ亦分割所有權の一例で、此場合武士の有した權利は決して今日考へるやうな所有權ではなかつたのである。戸水寛人氏「阿蘇の永小作」法理論叢第一〇編参照。

此種の土地制度は中世歐洲にも廣く行はれて居た。而して歐洲に於ては土地解放運動 *affranchissement du sol* の結果此制度が廢止されて、從來の下級所有權は化して今日の意味に於ける所有權となり、上級所有權は全然廢止されるか又は土地負擔としてのみ存續を許されるに至つた。之と同じやうに吾國の土地制度を全然今日のやうに改めたものは明治維新である。當時の當局者は主として課税の目的を以て納稅義務者を定むるが爲め、土地制度を調査改革し、封建的の分割所有權其他今日一般に行はれて居るやうな所有權思想を以てすれば解し難い各種の土地制度を、すべて無理矢理に現在のやうな土地所有權に變へて仕舞はうと努力した(註六)。それで、例へば上記のやうな土地制度の行はれて居た高知縣に地券渡方規則を施行するに際しては從來の加治子

米收得者を地主として之に地券を與へた。けれども、券面の地價は土地の實價に依らず、「譬は一反歩に付所得米一石此代價百圓相當の處前條の如く永小作人有之地主纔かに五斗丈け所務致し來り候分は地券の代價も亦五十圓と相記し」たのであるが、愈々地租改正を行ふに當つては右地價の記載を「土地の眞價」に代へたい。それにはどうしても永小作權を消滅せしめねばならず、さらばと云ふて若しそうすれば「小作人は自然破産と相成る道理」だと謂ふて、高知縣令から政府へ處分方に關する伺が出た(註七)。依つて政府は之に向つて「書面永小作の儀は元來地主と作人との約定に候儀に付土地を小作人に買受候歟永小作の權利を地主に買受候歟双方熟議の上私有の分界可相立」云云なる指令を發したので(註八)、「地方廳は右指令に基き地主及小作人等に小作權を處分すべき旨を訓諭し、其結果一部に於ては或は土地を折半し或は地主六分小作人四分或は小作人六分地主四分等の方法を以て分地をなし」たけれども、實際上中々旨く行かないので「終に政府は當初の指令を取消し、舊慣其儘に差置くべしとの訓令

を發せられ、「租稅諸公課の如き依然永小作人の負擔する所」となつて其後に及むだ〔註九〕。此は最も顯著な一例に過ぎないけれども、地租賦課の目的の爲め無理矢理に從來の土地制度を變改し、それが爲め實際地方人に迷惑をかけた例は全國に亘つて可成り多いと思ふ。地租改正施行規則中に所謂「一村又は數村總持ノ山林秣場等」若しくは地券渡方規則に所謂「村持之小物成場山林ノ類」の處分方の如きも其例であつて、それが今日農村に於ける最も困難な法律問題たる入會地問題の素因を成したのである。

〔註六〕 此點に付いて特に注目すべき當時の法令は「地所賣買讓渡ニ付地券渡方規則」明治五・二・二四大藏省達第二五號、同七・四同第八三號、同九・四同第一二六號、同一〇・晦同第一五九號）及び附屬諸法令、「地租改正條例」(明治六・七・二八太政官布告第二七二號)、「地租改正施行規則」(同上)、「地方官心得書」(同上)等。尙那須氏「明治年間我が國農政の沿革」國家學會雜誌三〇卷三號一二八頁以下、八號一三〇頁以下、清瀨氏「維新以後ノ土地制度概論」京法一二卷四號一三五頁以下、五號一三二頁以下参照。

〔註七〕 此同の全文は帝國農會發行本邦永小作慣行一二七頁に掲げてある。

〔註八〕 同上二二八頁に掲ぐ。

〔註九〕 同上六三頁の記載に依る。

三 かくの如く、今日のやうな土地制度が決して唯一の合理的且可能なものではなく、我國にも維新前には色々の土地制度が行はれて居たのである。

其所で、私は、一方には現在法律を扱ひつゝある司法官行政官に向つて、次の一言を呈したい。今日一般に行はれてるやうに所有權だけを絶對優越の位置に置く土地制度の思想のみを標準として、昔から傳來した各種の複雑な土地關係を處理してはならぬ。永小作・入會地・山林盜伐等に關する諸問題を處理するに付いては特に其點に注意せねばならない。何故なれば、一片の成文法なり行政處分なりを以て古來の慣例に基づく——實際上「生活の必要」となつて居る——權利利益を急激に奪ふことは、政治上最も慎むべきことであり、又實際上不可能なることだからである。

第二に又私は、現在の土地制度を改正するに際しては——そうして改正の必要は可成り急迫だと思ふが——我國にも亦古來行はれたことのある「土地負擔」「分割所有權」

等の諸制度を——昔とは異つた新しい意味で——復活採用する餘地はないであらうか、其點を充分考慮する價値があるやうに思ふ。例へば現在の永小作權——乃至は普通の小作權までも——を所有權の地位に上昇せしめて地主の權利を單なる土地負擔にするること、地主の權利を全廢して直接耕作者の權利のみを——所有權としてでなく——用益物權として認めることは必ずしも不可能であるまい。吾々は舊を温ねて新に向ふべき途が——特に此問題には——澤山あるやうに思ふ。

第二 用益物權と擔保物權

同じく制限物權でも、用益物權と擔保物權とは全く精神の違つたものである。

擔保物權は債權の擔保を目的とする權利である。其中には留置權の如く、債務の履行ある迄單に目的物を留保することを得しむるに過ぎぬ權利もあるが、其他の先取特權・質權・抵當權の三者は目的物の金銭的價値を目的とし之を以て債權の満足に宛てむとする權利である。反之用益物權は目的物それ自身の使用價値を目的とする權利であ

る。故に苟も金銭的價値を有するものでありさへすれば擔保物權の目的物たるに差支へないのに反し、用益物權の目的物たり得るものには次の如き制限がある。

第三 用益物權の目的物

用益物權の目的物は現行法上土地に限られて居る。動産は賃貸借の目的となるが、用益物權の目的にはならぬ。(一)動産には登記の如き複雑なる内容を公示すべき方法を施すを得ない。従つて其上に色々の内容を有つた物權を成立せしめる譯に行かぬ。占有には到底それ程の公示力がない。(二)又他人の動産を借りて居る者は不動産の借主程目的物の上に重要且不可動的の利害關係を有するに至らぬ。従つて其利益は必ずしも物權的に保護される必要がない。(三)尙土地は其數量に限りあるに反し、動産には多く其ことがない。従つて他人の所有物を借りる必要も自然少く、之を物權的に保護する必要も従つて少い(註一〇)。此等が土地のみについて用益物權が認められてる主な理由である。

〔註一〇〕物の數量が少くて之を借りたい人が多い場合には、自然借主の權利を物權的に保護する必要を生ずるものなることは、住宅難に促されて出來た借家法第一條が借家權を物權的に保護したのに依つても知るゝことが出来ると思ふ。

第四 上土權

用益物權の問題を考へるに付いて、是非共一應考へねばならぬ事柄は俗に云ふ「上土權」の問題である。

現行民法に於ては「土地ノ所有權ハ法令ノ制限内ニ於テ其土地ノ上下ニ及ブ」(七〇)ものであるから、土地を上下に區分して地下と地表とが各個の所有者に屬することを認めない〔註一一〕。併し他人の土地の上に工作物を設け竹木を植えて之を自己の有に屬せしめて置くことが出来る以上、他人の土地の上に自己に屬する土壤を有することも理論上決して不可能ではない。民法施行前には例へば他人に屬する濕地其他の荒蕪地に「地上ヲナシ開墾シテ畑地ト成シ」たやうな場合に「之ヲ上土權ト名ケ地盤ノ所有

權ハ地主ニアルモ地表ノ所有權ハ小作人ニ在リ古來自由ニ其上土ノミヲ賣買シ地主モ之ヲ承認シ來リタル」事實があつたやうである〔註一二〕。茲に所謂「上土」は地上に置かれた土壤其ものを指すのか又は開墾に基く小作人の物權的權利を表はす爲めの思想的「象徴」に過ぎないかは、無論大に疑問だけれども、他人の土地の上に土壤を有すると云ふことが何等の不合理なしに考へられて居たことだけは之を推知することが出来る。

〔註一一〕三四〇頁註一參照。

〔註一二〕大審六・二・一〇民三錄二三輯一四八頁以下に引用された大阪府誌の記載參照。尙帝國農會發行本邦永小作慣行六二頁にも土佐に於ては「通俗地主を呼で底地持と云ひ、永小作人を上地持又は中地頭と稱し」たとの記事がある。

所が、現行民法は土地の上下を區分して異別の所有者に屬せしむることを認めなくなつた爲め、かゝる上土權も民法施行後は單に永小作權又は地上權として保護せらるるに過ぎないことになつた〔註一三〕。併し地上權者の地上に設けた工作物が依然として地上權者に屬するが如く、かれが地上に置いた土壤の所有權を其まゝ保有することも

理論上絶對に考へられないことではない。唯土壤の如く附合の結果元來の土地との區分が不明になるものに付いては——工作物又は竹木に於けるが如く——最早獨立の所有權を存續せしめないのが民法の考へなのであらう〔註二四〕。従つて民法の解釋上かゝる土壤が依然として地上權者に屬することは到底之を認め得ないであらう。けれどもかゝる特殊の起原と性質とを有する地上權乃至永小作權を單なる他人の土地の使用權としてのみ觀察することは——立法論としては勿論——解釋論としても決して穩當でない。かゝる權利者に向つては少くとも附合に因つて「損失ヲ受ケタル者」が「償金ヲ請求スルコトヲ得」(二四)ると同じだけの利益を認めてやり、權利の存續期間・地代等を判定するに付いて其事由を斟酌せねばならぬ。

〔註一三〕 大審六・二・一〇民三錄二三輯一五二頁。

〔註一四〕 四〇一頁註六參照。

第二節 用益物權の種類

第一總說

四六一頁

第二 不動産賃借權の物權化的傾向

四六二頁

第一總說

現行民法の認めた用益物權は、地上權・永小作權・地役權及び入會權の四種類に過ぎぬ。此中

一 地上權及び永小作權は他人の土地を耕作其他特殊の目的に使用する權利である。民法施行前には此二權利の間には明かな區別なく、宅地小作・山林小作などの權利も認められて居たのであるが、民法では「耕作又ハ牧畜」の爲めにする土地使用權のみを永小作權とし、「工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ」の土地使用權は凡て之を地上權ならしめたのである。従つて從來「小作權」と稱して居た權利でも民法上地上權に相當する

内容を有するものは、今日では原則として地上権として取扱はれねばならない。

二 地役権は、甲地を乙地の便益に供し得る権利で、其「便益」に付いて法律上何等の制限がない爲め元來物權の種類に乏しき吾民法の下に於ては地役権を活用して色々の内容の物權を作ることが出来る。

三 入會權は、或る地區の住民が一定の土地に於て共同的に收益をなし得る慣習上の權利であつて、同じく用益的の物權とは謂ふものの、現行民法中其他の權利に比すると極めて特殊の性質を有するものである。

第二 不動産賃借權の物權化的傾向〔註一〕

〔註一〕 拙稿「住宅問題と借家法案」法學協會雜誌三九卷三號六九頁以下。

一 現行民法の認むる用益物權は以上の四種に限る。それ以外の權利關係を物權として設定することは法律上許されない。それが爲めには賃借に依つて債權關係を發生せしむるの外方法がない。所が債權は單なる對人的關係たるに過ぎざるが爲め、賃借人

の法律的地位は極めて薄弱であつて——地主の好意を豫定せざる限り——安むじて地上に永續的施設を施すことが出来ない。此故に近世各國の法律は皆均しく不動産賃借權の保護を厚くして漸次之に物權的效力を與へむとする傾向がある〔註二〕。

〔註二〕 此點の詳細は前註に引用した拙稿參照。

現に吾民法に於ても、「不動産ノ賃借ハ之ヲ登記シタルトキハ爾後其不動産ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其効力ヲ生ズ」〔六〇〕〔五條〕の旨を定めて〔註三〕〔註四〕、不動産賃借權に物權的效力を與へ得べき可能性を認めたのであるが、元來賃借人は賃借人の承諾を得るにあらざれば、かかる登記を爲すこと能はず〔註五〕、而かも賃借權の強固を好まざる賃借人は容易に其承諾を與へざる爲め、事實上此規定は賃借權保護の目的を達することが出来なかつた。

〔註三〕 民六〇五條に付いては別著債權各論五九五頁以下參照。尙本條に付いては「賃借人が賃借ノ目的物

ヲ第三者ニ讓渡シタルトキハ其舊所有者ト賃借人トノ間ニ存在シタル賃借關係ハ法律上當然其新所有者ト

賃借人間ニ移リ新所有者ハ舊所有者ノ賃貸借契約上ノ地位ヲ承繼シ舊所有者即チ舊賃借人ハ全然其關係ヨリ脱退スルモノトス」を謂ふて、登記した不動産の賃貸借を殆ど物權たる地上權の關係と同様に取扱つた最近の判例大審一〇・五・三〇民二錄二七輯一〇一三頁參照。

〔註四〕 尙商五五六條に於ても「船舶ノ賃貸借ハ之ヲ登記シタルトキハ爾後其船舶ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其效力ヲ生ズ」る旨を定めて居る。

〔註五〕 此點に就ては「賃借人ハ賃貸借ノ登記ヲ爲スコトノ特約存セザル場合ニ於テハ特別ノ規定ナキ限り賃借人ニ對シテ賃貸借ノ本登記請求權ハ勿論其假登記ヲ爲ス權利ナモ有セザルモノト解」して大審一〇・七・一一民二錄二七輯一三七八頁參照。

二 それを爲め先づ第一に問題を惹起したのは、住宅地の借地問題——「地震賣買」——で、それを一應解決したのは明治四十二年の建物保護法(法律四〇號)である。同法は「建物ノ所有ヲ目的トスル(略)土地ノ賃貸借權ニ因リ(略)土地ノ賃借人ガ其土地ノ上ニ登記シタル建物ヲ有スルトキハ(略)土地ノ賃貸借ハ其登記ナキモ之ヲ以テ第三者ニ對抗スル事ヲ得」(一項)る旨を定めて、登記なき住宅地賃貸借にも多少の物權的效力を認められた〔註六〕。

〔註六〕 別著債權各論六〇二頁以下參照。尙註三に引用した大審一〇・五・三〇參照。

所が、此法律だけでは借地に關する各種の紛争を充分に解決することが出来ない爲め、大正十年更に借地法(法律四九號)を制定して其缺點を補充すると共に、借家問題解決の爲めに借家法(法律五〇號)を制定し、其結果「建物ノ賃貸借ハ其登記ナキモ建物ノ引渡アリタルトキハ爾後其ノ建物ニ付物權ヲ取得シタル者ニ對シ其ノ效力ヲ生ズ」(一項)るに至つた〔註七〕。

〔註七〕 借地法及び借家法に付いては、三浦氏借家法及借地法、拙稿「住宅問題と借家法案」法學協會雜誌三九卷二號及び三號參照。

尙此等の二法は何れも大正十年五月十五日から施行せられ且其施行區域は東京市(及び其隣接町村たる品川町・大崎町・淀橋町・大久保町・戸塚町・千駄ヶ谷町・澁谷町・南千住町・巢鴨町・瀧野川町・高田町・日暮里町・西巢鴨町・吾嬬町・龜戸町・大島町・寺島村・砂村)、京都市、大阪市(及び之に隣接せる今宮町・鷺洲町・豊崎町・中津町・傳法町・鶴橋町・中本町・天王寺町)、横浜市及び神戸市に限る、こゝになつて居る(大正一〇勅令二〇七號)。

三 かくの如く、住宅問題に關する限り賃借人の權利は可成り充分な保護を受けるに至つたけれども、農業上田畑の賃借人——普通の小作人——は今日尙かかる法律的保

護を受くるに至らず、其権利は依然として——地主の好意を前提とする——極めて薄弱なものである。而かも最近小作爭議頻發の結果地主小作人間の關係兎角圓滿を缺くに至り、兩者法律を以て相争ふとき、小作人の法律的保護薄弱にして到底地主と相争ふべからざること一般人の意識する所となり、茲に小作權の物權化が新たな問題として要求せらるるに至つた〔註八〕。

〔註八〕 此點に就いては第六章永小作權に関する説明参照。

第五章 地上權

第一節 地上權の意義及性質

第一序説	四六八頁
第二 地上權の法律的性質	四七三頁
一 他人の土地の使用權 — 二 使用の目的 — 三	
地代 — 四 賃借權との區別	
第三 部分林分收權	四八三頁

第一序説

他人の土地を借りて建物其他永續的設備を爲し又は之に殖林を爲さむとする者は、其途中に於て濫りに土地の明渡を請求されないやうにと希望する。然らずむば借地人は到底安むじて永續的設備を施すことが出来ないからである。又二には、自己が土地に附合せしめた物の所有權を引續き自己に保有して置きたいと希望する。折角自己の

費用を以て附合せしめた物が土地の一部になつたからと謂ふて濫りに地主の所有に歸して仕舞ふやうでは困る。

第一の希望を容れる爲めには、借地人の權利を物權たらしむることが必要である。地主と借地人との間には如何に強固な契約があつても、若しそれが單なる債權契約に止まるときは、一度其地主が約に背いて土地を他人に讓渡すや、新地主と借地人との間には何等の權利義務なく、従つて新地主の明渡請求あるや、借地人は絶對に之に服従するの外仕方がない。無論實際借地人は舊地主に對して損害賠償を請求し得るから、自然舊地主がかかる背約を敢てすることを或る程度まで防止し得るけれども、舊地主がそれにも拘らず背約を敢てした場合又は其意思に反して土地が他人に移轉せしめられた場合には、借地人は新地主に對抗すべき何物をも持たない。従つて彼は自然高價な永續的設備を施すことを躊躇する。故に借地人に此點の安心を與へるが爲めには、彼の權利をして物權たらしめねばならぬ。

次に又借地人の権利は相當に長い存續期間を有せねばならぬ。高い金を出して永續的設備を爲さむとする者にとつては、其権利が長く續くことが絶対に必要である。然らずむば彼は到底安むじてかかる設備をすることが出来ない。

かかる要求に應ずる爲めに、民法の設けた制度が地上權である。併し立法者は其後普通の賃借權にも地上權に對すると畧同様の保護を與ふるべく餘儀なくされて、建物保護法及び借地法を制定するに至つたことは、先にも述べた通りである。

第二に、借地人は自己が借地に附合せしめた建物・立木の類を引續き自己の所有にして置きたい。所が元來ローマ法には「地上物ハ土地ニ屬ス」Superficies solo cedit の原則があつて、苟も土地に附合した物は、附合者の何人なるかに關係なく、總て土地所有者の有に歸するものと考へられて居た。然るに、ローマ府が段々盛になつて土地を得ることが困難になるに連れて、他人の土地を借りて建築をする必要が漸次に増えて來た。所が其建築した物は「地上物ハ土地ニ屬ス」る原則に依りて凡て土地所有者に

歸屬して仕舞ふ。それでも契約當事者たる地主と借地人との間だけならばまだ差支ない。けれども一度地主が變はると、借地人は新地主に對抗し得べき何物をも有たない爲め、見す／＼地上物の利用を拒絶される。借地人にとつては非常な不幸である。其所で借地人は何とかして自己の設けた地上物の上に何人にも對抗し得べき物權的の權利を保有したいと希望した。その希望は遂に Praetor の容れる所となつた。けれども、その際 Praetor は理論上正面から「地上物ハ土地ニ屬ス」る原則を破ることなく、唯借地人に許すに、永久——又は少くとも長期間——所有者と同様の權利を地上物上行ひ得ることを以てした。是れがローマ法に於ける地上權の起原である。此故にローマ法の地上權に於ては、地上物存置の爲め他人の土地を使用すると云ふ思想よりは、他人の土地に附合せしめた物に付いて引續き物權的の權利を行ひ得ると云ふ考が中心になつて居た。他人の土地の上に地上物を存置せしめて置く爲めには其土地の使用權を有せねばならないことは謂ふまでもないのであるが、何所までも、その點を表面に出

さない所がローマ法の地上権の特色であつて、現在歐洲諸國の法典に於ける地上権には尙多少其影響を残して居る。吾舊民法財産編第七十一條に「地上權トハ他人ノ所有ニ屬スル土地ノ上ニ於テ建物又ハ竹木ヲ完全ノ所有權ヲ以テ占有スル權利ヲ謂フ」とあるのも、同じ影響の下に立つて居るものと考へることが出来る。

元來吾國の考へ方に依ると、建物・立木の如き地上物と土地とは別のものだと考へるのが普通である。故にローマ法の「地上物ハ土地ニ屬ス」る原則は、民法第二百四十二條となつて吾國にも輸入されたけれども、建物は常に土地と別物と考へられ、立木は判例上土地の一部とは謂はれてるものの實は土地と全く獨立した法律的運命に服することになつて居る〔註一〕。故に、吾國に於て地上権を規定するに當つては、地上物の權利問題は殆ど之を云々するの必要なく唯土地の使用權たる方面だけを見ればい、譯である。是れ吾民法第二百六十五條が地上権を定義して「他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル權利」と云つて居る所以である。それでも永小

作權の場合(〇七條)と異つて態々「工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ」なる文句が入れてあるのは、依然として尙多少ローマ法の香を残したもので、法律思想の影響の如何に根強いものなるかを語るものである。

〔註一〕三三頁殊に註一〇に引用した判例参照。

第二 地上権の法律的性質

地上権は他人の土地に於て工作物又は竹木を所有する爲め其土地を使用する權利である(二六條五條)。

一 他人の土地の使用權である。

イ 地上権の目的物は他人の土地なるを原則とする。従つて、例へば地主が地上権者を相續すると、地上権は原則として混同に因つて消滅する。但し例へば其地上権が抵當權の目的になつて居れば(三六九條二項参照)、混同に拘らず消滅せざること勿論である(二七九條一項但書)。

ロ 地上権の目的たる土地は一筆の土地なるを原則とする。けれども不動産登記法

(二)が「地上権設定ノ(中)範圍」を登記すべきことを規定してることから考へると、一筆の土地の一部に付いても亦地上権を設定することを妨げざるものと解すべきである〔註一〕。

〔註二〕私に嘗て此點を反對に解して居た。第三版以前の本書二八頁参照。

尙大審三四・一〇・二八民二錄七輯九卷一六二頁は「一ノ法律行為ヲ以テ」地上権を設定した場合でも、工作物敷地と其四圍の空地とに付き二個別々の地上権を設定することは理論上可能である、唯かく解するが爲めには「特ニ其設定當事者ニ於テ其意思ニ出アタル事實アルヲ要シ」「係争地ハ野柰畑又ハ空地ニシテ殆ンド荒廢ニ歸シタル狀況アリ」その一事のみを根據としてかゝる論結を爲し得ないと謂ふて居る。

ハ 地上権の目的たる土地は特定せることを必要とする。併し一定の區域を定めて借地を爲すに際し之に附加して「爾後其借受ケタル區域ガ出水川欠ノ爲メ減少スル場合ニハ其減少シタル部分ヲ補足スル爲メ之ニ相當スル(中)地坪ヲ漸次借受ケ使用スルヲ得ベキコト」を約定した場合でも地上権は有効に成立し得る〔註三〕。

〔註三〕大審三八・四・五民二錄一輯四三七頁。

二 使用の目的は工作物又は竹木を所有する爲めなることを要する。

イ 工作物とは建物其他地上地下に設置される一切の建設物を謂ひ、必ずしも地上物たることを要せざるは勿論、土地に附合せしめたもの(橋梁、堤防、紀念碑等)なることを必要とせず、土地其物に工作變更を加へたもの(例へば墾道、地管等)でも差支ない。

ロ 竹木とは主として殖林の目的となるべき植物を云ふので、耕作の目的たる植物類(例へば稻麥、桑茶果樹等)は之を包含せぬ。何故なれば此等の草木を植栽する爲め他人の土地を使用する権利は地上権にあらずして寧ろ永小作權なりと見るべきだからである。

ハ 「工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ」とは之を以て土地使用の主たる目的とするを謂ふ。従つて家屋建築の爲めに地上権を設定した場合にも住居に便する爲め之に従つて蔬菜草花類を栽培しても決して地上権設定の目的を逸脱するものと謂ふを得ないのは勿論、苟も工作物の利用に必要な限り「工作物敷地ノ外其四周ニ空隙ノ場所アルモ廣狹如何ヲ問ハズ——總て之を地上権の——範圍中ニ包含シ得ベキモノトス」〔註四〕。

〔註四〕 大審三四・七・八民二錄七輯七卷四四頁。蓋し「例へば一個ノ工場ヲ所有スルニ付テハ其附屬物及製造品ノ置場物品運搬ニ要スル線路又ハ製造用ノ爲メ隨時要スル場所等ハ總テ工作物所有ノ爲メニ使用スル目的中ニ存ス」るものと謂ひ得るからである。尙大審三四・一〇・二八民二錄七輯九卷一六二頁同旨。

二 地上權設定の目的は「工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ」であるが、特に設定契約を以て之を「工作物ヲ所有スル爲メ」又は「竹木ヲ所有スル爲メ」のみに制限し得るは勿論、工作物乃至竹木の種類を制限することも出来る。而して其目的の何たるかは「地上權ノ設定又ハ移轉ノ登記ヲ申請スル」際申請書に記載せねばならぬ（不動産登記法一一條）。

ホ 地上權設定の際既に工作物又は竹木が存在することは必要でない。又設定後に至つて工作物又は竹木が滅失其他無くなつたとしても、之が爲め當然に地上權の消滅を來すものではない。無論地上權者がそれを其まゝに放置して置くと、場合に依り、目的外の使用を爲すものとして、權利消滅の請求を受ける虞はあり得るけれども。

三 地代は地上權の要素ではない。従つて地上權には有償のものと無償のものがある

り得る〔註五〕〔註六〕。

〔註五〕 地代に關する詳細は第三節第五項參照。

〔註六〕 併し有償の地上權と地上權の有償の設定とは嚴格に之を區別して考へねばならぬ。例へば賣買の形式で地上權を設定して買ふ場合の如きは有償の設定である。併し因つて設定された地上權は地代附なることもあれば、無償なることもあり得る。反之設定は無償でも設定された地上權は地代附なることもあり得る。

四 地上權と土地の賃借權とは全然同一の經濟的目的の爲めに之を設定し得るけれども、法律上根本の考へ方を異にした制度である。

イ 地上權者は直接土地について一定の物上享益を爲し得る權利である。無論其設定は原則として——第三百八十八條及立法法第五條の場合例外——地上權者との契約に依て爲され、又其後も地代其他の問題について彼等相互の間に色々の關係が存在するけれども、それは偶々此等の二權利が同一の物體を目的とし而して現行法上所有權は何所までも總括的支配權だと謂ふことになつて居る結果に外ならぬ。之が爲め地上權者と土地との間に直接の物上享益關係あることを妨ぐるものではない。地上權者

が土地所有者の意思如何に拘らず任意に其権利を譲渡するを得、又土地所有者の變更が地上權に對して何等の影響をも及ぼさざるは實に其性質の現はれに外ならぬ。

反之賃借權は賃貸人に對して物の使用を爲さしむべきことを請求する權利たるに過ぎぬ。無論其當然の結果として賃借人は適法に目的物を使用し得るに至るけれども、關係は何所までも對人的で對物的ではない。従つて、地上權の場合と異なつて、賃借人は「賃貸人ノ承諾アルニ非ザレバ其權利ヲ讓渡シ又ハ賃借物ヲ轉貸スルコトヲ得ズ」(六一二條一項)、又賃貸借の繼續中目的物の所有者が變つた場合に新所有者は毫も其賃貸借に拘束されることがない。無論賃貸借と雖も之を登記すれば「爾後其不動産ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其效力ヲ生ズ」(六〇條)に至り、建物保護法に於ては登記なき土地の賃貸借にさへ或る條件の下に對外的效力を與へて居る。併し此等の規定は尙何所までも賃貸借の對人的關係たることを基礎としつゝ之に或る程度の物權的保護を與へたものに過ぎない。之が爲め其賃借權がすつかり物權になり切つて仕舞つたものと考へることは出來ぬ。

無論先にも一言した通り〔註七〕、不動産賃借權には物權化的傾向がある。而して此等の規定も其傾向の一現象に外ならないけれども、未だ之が爲め賃借權を對人的なりとする根本思想を棄てたものだと考へることは出來ない〔註八〕〔註九〕。

〔註七〕 四六二頁以下参照。

〔註八〕 尙以上の如き主たる區別の外、地上權と賃借權との間には左記の如き色々の區別がある。

- 一 賃貸人は契約の主旨に従ひ賃借人をして物の完全な使用を爲さしめればならぬ。従つて物が約定の使用に適せざるに至つたときは之を修繕する義務がある(六〇六條一項)、反之地上權にあつては、特約なき限り(大審三七・一一・二民二録一〇輯二三八九頁)、土地所有者はかかる義務を負はぬ。
- 二 賃貸借は常に有償なるに反し、地上權には無償のものもあり得る。
- 三 地上權には相隣者關係に關する二〇九條乃至二三八條の適用あるに反し、賃借權には此事がない。
- 四 存續期間に付ても差異がある(六〇四條、六一七條、二六八條二項)。
- 五 地代滞納に因る解約に付いても、賃貸借には五四一條、地上權には二六六條一項(二七六條)が適用される。

〔註九〕 かくの如く地上権と賃借権とは「法律上之ヲ同一視スルヲ得ズ故ニ賃貸借ノ關係ヲ原因ト爲シタル訴ヲ地上権ノ關係ニ變更スルハ——民訴四一三條に所謂——訴ノ變更」にして「第二審ニ至リテハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ許サル法規」である（大審三四・一〇・一六民二錄七輯九卷六九頁、同三四・一一・二五民二錄七輯一〇卷八六頁）。

□ かくの如く地上権と土地の賃借権とは全く異なつた考へ方を基礎とする別個の制度であるが、二者は其經濟上の目的を同じうするが故に、實際上具體的事實に付いて其果して地上権なりや賃借権なりやを判断することは必ずしも容易でない。

1 殊に民法施行の際には——從來の借地關係に於ては一般に地上権・賃借権の區別が明確でなかつた關係上——此認定に關して澤山の困難な問題が起つた。是れ明治三十三年三月二十七日法律第七十二號を以て「本法施行前〔註一〇〕他人ノ土地ニ於テ工作物〔註一一〕又ハ竹木ヲ所有スル爲其土地ヲ使用スル者ハ地上権者ト推定ス」〔條一〕の旨の規定を設け、反證なき限り〔註一二〕總て地上権と推定する方針を採つた所以である。而して同時に「第一條ノ地上権者ハ本法施行ノ日ヨリ一箇年内ニ登記ヲ爲スニ非ザレ

バ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ」「前項ノ規定ハ本法施行前ニ善意ニテ取得シタル第三者〔註一三〕ノ權利ヲ害スルコトナシ」〔條二〕との規定が設けられた爲め、同法施行後幾何もなくしてかゝる「土地ヲ使用スル者」は競つて地上権の登記を爲さむと計り、而かも地主が容易に同意しない爲め、已むなく先づ假登記〔註一四〕をした。是れ其頃以後一時地主の側から盛に地上権假登記抹消の訴が提起された所以である〔註一五〕。

〔註一〇〕 民法施行前なる否かを問はぬ（大審三四・一二・二三民二錄七輯一一卷八六頁）。

〔註一一〕 布海苔乾燥場に用ふるのが主たる目的で「唯時雨ノ際ニ夫レヲ避クル」が爲め粗末な掘建小屋を建ててゐるに過ぎないときは「工作物ヲ所有スル爲」と云ひ難い（大審三五・二・一〇民二錄八輯二卷四二頁）。

〔註一二〕 此規定は單なる推測規定に過ぎないから、「當事者ノ意思ヲ知り得べき場合ニハ之を適用スベキモノニ非ざる」と勿論である（大審三三・一一・一二錄六輯一〇卷五〇頁）。

〔註一三〕 「善意ニテ取得シタル第三者」の意義に付いては大審三四・三・一五民二錄七輯三卷四八頁、大審三五・四・二八民二錄八輯四卷一二四頁、大審三五・五・九民二錄八輯五卷二七頁、大審三五・五・二八民二錄八輯五卷一三八頁、大審三五・六・二七民二錄八輯六卷一六七頁、大審二七・四・二〇民二錄一〇輯四九〇頁等参照
〔註一四〕 法律は保存登記を爲し得べきことを認めて居ないから地上権設定の假登記をすることになつて居

た。大審三五・五・二八民二錄八輯五卷一三六頁、大審三五・七・七民二錄八輯七卷四八頁參照。

〔註一五〕 明治三十三年から三十七年までの間に大審院判決録に掲げられた事件だけでも約三十件ある。全體としては極めて多數に上つたと傳へられて居る。

2 反之、右明治三十三年法律第七十二號施行後に始まつた借地關係については、全然かゝる推測規定がないから、一々具體の場合につき、設定契約に表はれた當事者の意思を解釋し、權利關係の實質的内容を觀察して、之を判定するの外ない。判定の主たる標準は地上權・賃借權の差異として先に列擧した諸點(四七七頁以下參照)の比較觀察であるが、其外次註に掲げる諸判例にも注意を拂はねばならぬ〔註一六〕。

〔註一六〕

- 一 當事者が特に「民法上ノ用語ヲ了解シテ契約シタルモノト認メラル、場合ハ格別ナレドモ單ニ借地證ニアル賃借ノ文字ノミニ依リテ之ヲ定ムルヲ得ズ」(大審三四・七・五民二錄七卷三四頁)。
- 二 「地上權者モ亦其土地ノ所有者ニ定期ノ地代ヲ拂フコトアルガ故ニ唯此一事ヲ以テ地上權ト賃借トヲ區別スルノ標準ト爲スヲ得ズ(中略)而シテ原院ハ被告人ガ地上權ニアラザレバ有ス可ラザル權利即チ本案係争ノ地上ニ於テ工作物ヲ所有スルガ爲メニ恰モ所有者ノ如ク其土地ヲ使用スル權利ヲ取得シタル事實及

ビ地主ノ承諾ナクシテ自由ニ其權利ノ讓渡ヲ爲シタル事實等ヲ認メ以テ本案係争ノ權利關係ヲ賃借ニアラズシテ地上權ナリト判定シタルモノナレバ判斷上何等違法と認むべき點がない(大審三二・一・二二民一錄五輯一卷三一頁)。

三 大審三四・四・一七民二錄七輯四卷四五頁、大審三四・一〇・二三民二錄七輯九卷一〇六頁、大審三四・一一・二五民二錄七輯一〇卷八六頁は地上權の存續期間を定むるに付き其長短如何は全く當事者の隨意なれば「三ヶ月ノ豫告期間ヲ以テ土地ヲ明渡ス」と云ふが如き約款があるからと謂ふて直にそれのみを理由として其權利關係は賃借にして地上權にあらずと論斷するを得ないを謂ふて居る。此等の判例に付いては五四三頁註五參照。

四 「下水ノ掃除ナドハ皆地主ニ於テ之ヲ爲シ居リ又地主ノ方ニ於テ水道ヲ引キ水道稅ヲモ拂ヒ地所ニ關スルコトハ地主ガ爲シ居リタル場合」は賃借と認むべきである。東京控四五・五・八法律新聞八一號。

五 「假令地主ニ於テ地所ノ修理ヲ爲シタルコトアリトスルモ之ニ據リ直チニ賃借なりと認定出來ない。東京控五・六・一法律新聞一一四一號二三頁、東京地四・三・二四法律評論四卷民二三〇頁。

第三 部分林分收權(民收權)

「竹木ヲ所有スル爲メ」の地上權に酷似したものに、部分林分收權なるものがある(國

林野法一九條以下、同施行規則五)。

二條以下、國有林野部分林規則等)

「國ハ造林者ト其ノ收益ヲ分收スルノ契約ヲ以テ國有林野ニ部分林ヲ設クルコトヲ得」(國有林野法一九條一項)。國は國有林野を私人に貸與して造林を爲さしめ、之が對價として造林收益の一定割合を收受する。是れが即ち部分林制度の實體であつて、利益分配を以て地代とした一種の借地契約に外ならぬ。此契約に基く造林者の權利は結局國有林野の使用權に外ならないのであるが、法律に於ては「部分林ノ樹木ハ國ト造林者トノ共有トシ其ノ持分ハ收益分收ノ割合ニ均シキモノトス」(二〇條)と謂ふて、此權利の本體を寧ろ地上物たる樹木の共有權たる點に置かうとして居る。從てローマ法系統の地上權に類似した一種の物權なりと考へることが出来る(註一七)。

尙此權利は「大林區署長ノ許可ヲ得ルニ非ザレバ——之を——處分スルコトヲ得ズ」(國有林野部分林規則三條)(註一八)。其他多くの點に於て國の監督に服して居る(註一九)。

(註一七) 反之公有林野官行造林法(大正九法七號)に依つて、國が「公共團體トノ契約ニ基キ收益ヲ分收スルノ條件ヲ以テ公有林野ヲ造林」(一條)する場合には、「造林ニ係ル樹木ハ國ト公共團體トノ共有たるの外、

「國ハ第一條ノ規定ニ依リ造林ヲ爲ス公有林野ニ同條ノ契約ノ存續期間中地上權ヲ有ス」(三條)るこゝになつてゐるから、上述した私人の分收權と異なつて、純然たる地上權である。

(註一八) 「許可アルニ非ザレバ處分行爲ヲ成立セシメザル趣旨ニ非ズシテ許可アルニ非ザレバ處分ノ效力ヲ生ゼザラシムル趣旨ニ外ナラズ」(大審四・四・二二民二錄二一輯五六四頁)。

(註一九) 本權利に關しては右の外大審四・七・二九民二錄二一輯一二五三頁參照。

第二節 地上權の存續期間

- | | |
|----------------------|------------|
| 第一 永代地上權は可能なりや | 四八六頁 |
| 第二 設定行爲を以て存續期間を定める場合 | 四九一頁 |
| 一 最長期 | 一 二 最短期 |
| 第三 當事者が存續期間を定めざりし場合 | 四九四頁 |
| 一 普通の場合 | 一 二 借地法の特則 |

第一 永代の地上權は可能なりや

一 地上權の存續期間に付いては民法中何等之を制限した規定がない。然らば永代の存續を目的とする地上權は法律上有効に之を設定し得るであらうか。

大審院は此問に對して「然」と答へて居る。而して其理由として、(イ)「若シ民法が幾數百年又若クハ永代ト云フ如キ無制限ノ契約ヲ爲スコトヲ許サル律意ナリトセバ

永小作權ニ於ケル規定ノ如ク期限ヲ制限ス可キ筈ナルニ其制限ナキヲ以テ之ヲ見レバ其期間ハ當事者ノ設定行爲ニ一任シ一切制限セザル律意ナリト解釋セザル可ラズ」及び(ロ)登録税法^(ニ)が其第七號に於て「永代ノ地上權ノ取得價格千分ノ二十五」と規定し「第八號ノ存續期間ノ定メナキ地上權取得ノ規定トハ全ク異別ニ其稅額ヲ定メタルヲ見レバ永代地上權ハ法律ノ認ムル所ナルコトハ寔ニ明ナリ」との二點を擧げて居る〔註一〕。

〔註一〕 大審三六・一・一六民二錄九輯一二四四頁。中島氏物權五〇二頁は此判旨に同意して居る。

反之、學者は一般に「否」と答へて居る。其の理由として擧げる所は、(イ)苟も期間と云ふからには「必ズ始期ト終期トヲ具フル」ことを要するから若し當事者が「永久ニ地上權ヲ設定」してもそれは法律上「設定行爲ヲ以テ地上權ノ存續期間ヲ定メザリシ」ものとして第二百六十八條の適用を受けるに至る〔註二〕。(ロ)判例の援用して居る登録税法第二條に所謂「永代ノ地上權」は實は「永代借地權」を指すのであつて、之を理由とし

て永代の地上権のあり得べきことを論ずるを得ない、(ハ)永代の地上権を許すときは「總括的支配權タル所有權ノ本質ヲ害スルノ結果ヲ生ズ」〔註四〕等の諸點である。

〔註二〕 梅氏物權二三九頁、横田氏物權四六四頁。

〔註三〕 横田氏物權四六五頁。

〔註四〕 富井氏物權一九九頁、横田氏物權四六四頁、三浦氏物權一七二頁(氏は上記大審院判例を同説として引用し「學說判例モ略一致ス」と謂つて居るけれども、全く誤つて居る)。

或る土地から永久に地代を收納することだけを目的とする物權——地代物權・土地負擔 *Reallasten, rentes foncières* ——は現行民法の認めざる所である。して見れば、實質上土地所有權をして地代物權と同一物たらしむるに至るべき永代の地上権を認むるのは民法の精神に反すること明かである。けれども、他方に於て、苟も時間が限定してありさへすれば、百年千年は愚か如何に長い存續期間を定めても差支ないことになつてゐるのを考へ合はせて見ると、右の制限の殆ど有名無實なるを感ぜざるを得ない何故なれば、永久の地上権と一萬年の地上権とは恐らく經濟上殆ど同じものとして取

扱はれるに違ひないから。唯土地負擔を認むるや否やは土地制度上の大問題であり、而して吾國明治維新以來の引續いた方針は從來吾國に存在した分割所有權・地代物權等の諸制度を全廢して、之に代ふるに土地所有權と用益物權との對立を以てするにあつたことを考へると、結局は殆ど名義上の問題に歸着する事柄ではあるが、現行民法の解釋としては永代の地上権は許さないと云ふ見解に左袒するの外ないと思ふ〔註五〕。無論立法論としては大に疑を抱いて居るけれども。

〔註五〕 大審院の理由として掲げて居る議論の中、(一)地上権の存續期間に付いては法律上何等の制限なく従つて、「幾數百年」のものを認め得る以上「永代」のものも當然認められねばならぬと云ふ考は、實質的に考へると一應首肯出来るけれども、明治維新以來の土地制度に關する根本的方針を考へ合はせて見ると、「幾數百年」と「永代」との間には今尙混同し難い區別があるやうに思はれる。

(二) 次到大審院の第二の論據を考へて見ると、今日外國人の有する永代借地權は元來は地上権として保護されて居た。現に民法施行法四五條にも「外國人又ハ外國法人ノ爲メニ設定シタル地上権ニハ條約又ハ命令ニ別段ノ定ナキ限り民法ノ規定ヲ適用ス」規定されて居た。所が明治三四・九・二一法律三九號永代借地權法の制定と共に右民法施行法の規定は廢止され、從來外國人の有した永代地上権は「永代借地權」として「民法

中所有權ニ關スル規定」の準用を受けることになり、同時に永代借地權に關する登記に付ては「登録稅ヲ課セズ」(三條)の明文が設けられた。大審院は若し登録稅法(二條)の「永代ノ地上權」が「永代借地權」を指すものだとすれば、登録稅法の規定は右永代借地權法三條の規定と矛盾する、従つて後者の制定に際し特に登録稅法二條中「永代ノ地上權」云々の規定を廢止する旨を明定すべきであるのに、實際そのことなしに放置されてる所を見るに、右「永代ノ地上權」は矢張り外國人の爲めにする永代借地權の意味ではなく、普通の地上權にして永代なるものを指すのだと主張して居る。けれども永代借地權に關する登記には登録稅を課せざることを明定した以上其以前の法律にして其登録稅率を定めたものがあれば、それは新法と矛盾する限りに於て——致て明文を俟つまでもなく——當然に廢止されたものとも考へることが出来る。故に大審院の此論據にも大して重きを置く譯に行かない。殊にかゝる稅法中の一文句を重寶視して民法上の——少くとも主義に關する——大問題を解決せむとするが如きは裁判所として決して褒むべき態度と謂ひ難い。

二 かくの如く民法は永代の地上權を認めないけれども、當事者が之を定めた場合に必ずしも總て之を無効と解すべきではない。此場合には當事者が其「永代」と云ふ點に重きを置くや否やを解釋して行爲の效力を決すべきである。而して其點に重きを置かず、従つて行爲は尙有效なりと認むべき場合には、當事者何等の存續期間を定めざりし場合と同一に解釋して、之に後述第二百六十八條の規定を適用すべきである〔註六〕。

〔註六〕 富井氏物權二〇三頁は當事者が存續期間を定めざりし場合と永久の存續期間を定めた場合とを同一視して、後の場合にも二六八條が當然通用されることを謂つて居る。併し此二場合を必然同一のものを見るのは精密でないと思ふ。

第二 當事者が設定行爲を以て存續期間を定める場合

一 最長期

當事者は設定行爲を以て地上權の存續期間を定めることが出来る。而して——無期限永久の地上權を許すべからざることとは上述の通りであるが苟も期限が附いてる以上——其期間は如何に長くとも差支ない〔註七〕。

〔註七〕 大審三四・二一・二五民二條七輯一〇卷八六頁、大審三六・一一・一六民二條九輯一二四四頁。

借地法は「借地權ノ存續期間ハ石造・土造・煉瓦造又ハ之ニ類スル堅固ノ建物ノ所有ヲ目的トスルモノニ付テハ六十年、其ノ他ノ建物ノ所有ヲ目的トスルモノニ付テハ三十

年トス」(二項)と規定して居るけれども、——賃借權に關しては兎に角(六〇四條參照)——少くとも——地上權に關する限り之を以て借地權の最長期を定めたと解するを得ない。何故なれば、民法上地上權は數百年の長期に亘つても差支ないことになつて居るのに、元來借地權を保護し之を強固ならしむることを目的とした本法に於て遽かに之を六十年乃至三十年に短縮し、それ以上の期間を許さないことにしたものと解するのは極めて不合理だからである。従つては私は右の規定を以て、當事者存續期間を定めざりし場合に對する補充規定に過ぎざるものと解したのである(註八)。無論賃借權に關する限り此規定は同時に民法第六百四條を改正したものと解し得るけれども。

〔註八〕三浦氏借家法及借地法八三頁以下は本規定を以て借地權の最長期を定めたと解して居るけれども、かゝる解釋は全く借地法制定の精神に添はざるものと思ふ。加之第二條二項の規定と對比して見ても右の規定が決して制限的主旨を包含するものにあらざることを愈々明白なりと信ずる。

二 最短期

存續期間は如何に短くとも差支ないのであるが、例へば建物建築を目的とする地上權を設定するに當つて其期限を僅か三年乃至五年と云ふが如き極めて短い期間にして居る場合には、當事者必ずしも之に依つて存續期間を定むるの意思を有せずして、單に地代改定の區切を立てむとするに過ぎぬと認むべき場合も少くあるまい(註九)。

〔註九〕無論之は意思解釋の問題である。けれども通常の住宅を建築する爲めに借地を爲すに當り三年乃至五年と云ふが如き短期間の借地をすることは通常あり得ない所だから、特に反對の意思が表はれてない限り、契約中「期間」に關する定めよりは、寧ろ「目的」に關する定めを重きを置いて、其期間を無効と考へ、之を以て單に地代改定の時期を豫定したに過ぎぬと解することは決して無理な解釋ではない。此問題に付いては東京控三・三・七法律評論三卷民六九頁其他澤山の判例がある。三浦氏「土地賃貸借ノ期間ト地代据置ノ期間」法學志林一四卷一號二〇頁以下、「返還借地證書ノ效力」法學協會雜誌三二卷七號一三〇頁以下は「例文裁判」を稱して此等の判例を猛烈に攻撃して居るけれども、氏が契約中間期間に關する定めのみを重きを置いて一概に「證書ニ期間三箇年ト明記セルニ拘ラズ所謂普通ノ事情云々ニ依テ意思解釋ヲ爲シテ明言以外ノ解釋ヲ爲スハ不當ナリ」と論じ去るのは、此契約が「期間」に關する定めを爲すと同時に「目的」に關する定めを爲して居ることを無視するもので、此二點の矛盾を調和する爲め「普通ノ事情」を援用して意思解釋の助けにしても決

して氏が絶對的に非難するやうな不都合はないと思ふ。無論判決の中には問題の根本が意思解釋にあることを忘れた極端なものもあるけれども。

尙借地法(二條)は「契約ヲ以テ堅固ノ建物ニ付三十年以上、其他ノ建物ニ付二十年以上ノ存續期間ヲ定メタルトキハ借地權ハ前項ノ規定ニ拘ラズ其ノ期間ノ満了ニ因リテ消滅ス」る旨を定めて居るから、「建物ノ所有ヲ目的トスル地上權」の存續期間だけは三十年以上乃至二十年以上でなければならぬものと解すべきである。

第三 當事者が設定行為を以て存續期間を定めざりし場合

設定行為の主旨其他當事者の意思を解釋しても到底存續期間を定め得ない場合に對して、現行法は左記の補充方法を設けて居る〔註一〇〕〔註一一〕。

〔註一〇〕 民法三八八條及び立木法五條に依る法定地上權の存續期間を定めるに付いても左記の方法に依るべきこと素よりである(大審四三・三・二三民二錄一六輯二三三頁)。

〔註一一〕 「民法施行前ニ設定シタル地上權ニシテ存續期間ノ定ナキモノ」に付いては左記の補充規定がある。

- 一 「當事者が民法第二六八條第二項ノ請求ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ設定ノ時ヨリ二十年以上民法施行ノ

日ヨリ五十年以下ノ範圍内ニ於テ其存續期間ヲ定ム(民法四四條一項)。

二 但し「地上權者が民法施行前ヨリ有シタル建物又ハ竹木アルトキハ地上權ハ其建物ノ朽廢(朽廢の意義については大審八・一二・二五民二錄二八五頁参照)又ハ其竹木ノ伐採期ニ至ルマテ存續ス」べく(同二項)、此場合には當事者前項の請求を爲すこと能はず(大審三四・二・一五民二錄七輯二卷九一頁)。而して「地上權者が前項ノ建物ニ修繕(上記大審八・一二・二五參照)又ハ變更ヲ加ヘタルトキハ地上權ハ原建物ノ朽廢スベカリシ時ニ於テ消滅ス」る(同三項)。

尙此等の規定は「民法施行前ノ設定ニ係ル地上權ニシテ存續期間ノ定ナキモノニ付キ其當事者ヨリ民法第二六八條第二項ノ請求ヲ爲シタル場合裁判所が其存續期間ヲ定ムルニ付テノ標準ヲ規定シタ」ものだから若し「別段ノ慣習」あるときは此等の規定を適用するを得ない(大審三二・二・二二民二錄五輯一巻九九頁)。

一 借地法の適用なき普通の場合

イ 當事者の協議

地上權を設定するに當り當事者何等の存續期間を定めざりし場合と雖も、後より協議を以て之を定め得べきは素よりである。第二百六十八條第二項の規定は「當事者協議ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ禁ズルノ法意ニ非ズ」〔註一二〕。

〔註一六〕 大審四三・三三三民二錄一六輯二三三頁。

□ 當事者の協議成立せざる場合

1 「別段ノ慣習」あるときは其慣習に依る(二六八)〔註一三〕。但し一旦慣習に依つて定まつた上、更に協議を以て伸縮し得べきは勿論である。

〔註一三〕 大審三二・二二二民二錄五輯一卷九九頁。

尙此種の特種慣習については戸水寛人氏「吉野山林」法理論叢第五編に興味ある記載がある。

2 かゝる「別段ノ慣習」亦存在せざるが爲め之に依つて存続期間を定むること能はざるときは、當事者何れも裁判所に向つて之が決定を請求〔註一四〕することが出来る。

〔註一四〕 請求の方法については非訟事件手続法中に何等の規定がないから、形成の訴として民事訴訟の手續に依るの外ない。

裁判所此請求を受けたるときは、「二十年以上五十年以下ノ範圍内ニ於テ工作物又ハ竹木ノ種類及ビ狀況其他地上權設定ノ當時ノ事情ヲ斟酌シ其存続期間ヲ定ム」(二六八)〔條二項〕べきである。此「二十年以上五十年以下」の期間の起算點に付いては、當該地上權設

定の時なりとする説及び裁判確定の時より將來に向つて計算すべしとする説があり兩説各々相當の根據を有するけれども、學者の多數は前説を採つて居る〔註一五〕。理論的と謂はむよりは寧ろ主として成法的の問題であるから、多數の學者殊に法典起草に關係した學者の意見を重むすることにしたいと思ふ。

〔註一五〕 前説を採る者富井氏物權二〇二頁、梅氏物權二三八頁、横田氏物權四六八頁以下、三浦氏物權一七四頁。後説を採る者中島氏物權五〇五頁。

多數の學者が前説を採る主たる理由は、第二六八條が存続期間を定むるに付いて「地上權設定ノ當時ノ事情ヲ斟酌」すべきことを命じて居る點にある。けれども文字論よりすれば兩説甲乙なしとするが公平な見方である。

二 借地法の特則

借地法の適用を受くべき地上權に付いて、當事者存続期間の定めを爲さざりしときは、其「存続期間ハ(一)石造・土造・煉瓦造又ハ之ニ類スル堅固ノ建物ノ所有ヲ目的トスルモノニ付テハ六十年、(二)其他ノ建物ノ所有ヲ目的トスルモノニ付テハ三十年ト

地上權の存続期間

ス」〔註一六〕〔註一七〕。「但シ建物ガ此ノ期間満了前朽廢シタルトキハ借地權ハ之ニ因リテ消滅ス」(二條) (尙借地法施行前に設定した地上權の)。

〔註一六〕 此規定が借地權の最長期を定むるものにあらずして、當事者存續期間を定めざりし場合に對する補充規定に過ぎざるここに付いては四九二頁以下参照。

〔註一七〕 「契約ヲ以テ借地權ヲ設定スル場合ニ於テ建物ノ種類及構造ヲ定メザルトキハ——其權利が果して堅固ノ建物ノ所有ヲ目的トスル」や否や不明なるが故に借地法三條は特に其——借地權ハ堅固ノ建物以外ノ建物ノ所有ヲ目的トスルモノト看做ス」旨の規定を設けて居る。

尙「借地權ノ消滅前建物ガ滅失シタル場合ニ於テ——借地權者が——殘存期間ヲ超エテ存續スベキ建物」を築造するも、之が爲め存續期間が當然延長する譯はないのであるが、借地法(七)は特に規定を設けて、「土地所有者ガ——之に對して——遲滞ナク異議ヲ述べザリシトキハ借地權ハ建物滅失ノ日ヨリ起算シ堅固ノ建物ニ付テハ三十年間、其ノ他ノ建物ニ付テハ二十年間存續ス」ることとした。「但シ殘存期間之ヨリ長キトキハ其ノ期間ニ依ル」べきこと素よりである。

第三節 地上權の效力

- 第一項 土地使用權 四九九頁
- 第二項 土地の轉貸及び地上權の處分 五〇二頁
- 第三項 地上物の所屬及び其處分 五〇六頁
- 第四項 鄰地者關係 五〇八頁
- 第五項 地代支拂義務 五〇八頁

第一項 土地使用權

- 第一 土地を占有する權利 五〇〇頁
- 第二 土地を使用する權利 五〇〇頁
- 第三 優先的效力 五〇一頁

地上權者は設定行爲及び法規の定むる所に從ひ權利の目的の範圍内に於て土地の使

用に必要なる一切の行爲を爲すことが出来る。

従つて地上権者は次の如き色々の権利を有する。

第一 目的物たる土地を占有する権利

工作物又は竹木を所有する目的を以て土地を使用するが爲めには之を占有せねばならぬ。従つて地上権者は土地所有者に向つて土地の明渡を請求し得るのみならず、現に其土地を占有しつゝある第三者——單純なる賃借權を土地所有者から適法に與へられた第三者をも含む——に對して其明渡を請求し得る（物權的請求權五）。

第二 土地の使用を爲し得る權利

使用の目的及び範圍は設定行爲及び法規に依つて定まる。従つて例へば建造すべき工作物の種類が限定されて居る場合に濫りに制限外の工作物を設けてはならぬ。殖林の目的で設定された地上権にあつては其土地を變じて宅地にしてはならぬ。又地上権の目的たる土地を耕作の用に供してはならぬ。併し例へば住宅建築の爲めにする地上

権に於て住宅の周圍に小菜園を作るが如く單に従屬的性質を有するに過ぎざるときは元來の目的範圍を越えても差支ない。

尙地上權行使の爲め土地に永久の損害を生ずべき變更を加ふべからざること永小作權の場合（二七）と全く同じだと解すべきである（註一）。

〔註一〕 大審三七・一一・二民二條一〇輯一三九二頁は此點に付いて「土地ノ性質ヲ變換セザル範圍内ニ於テ自由ニ修理シ之ヲ使用シ得ベキモノ」だと謂つて居る。

第三 優先的效力

かくの如く地上権者は土地を占有し使用するの權利を有するが故に、其範圍内に於て、

- 一 同一地上に之と牴觸すべき内容を有する第二の物權、例へば地上權・永小作權等の成立することを妨げるのみならず（四九頁以下参照）、
- 二 其土地の所有權にも優先し「所有者ト雖モ其土地ヲ使用スルヲ得ズ從ツテ他人ヲ

シテ之ヲ使用收益セシムルヲ得ザルコト當然である〔註二〕。併し此場合と雖も所有權は單に其地上權の範圍に於て制限を受くるに過ぎずして「其權利ノ全部ハ勿論一部タリトモ消滅スルモノニアラズ」(中)加之、地上權消滅スルトキハ土地所有權ハ他ニ何等法律上ノ事實ノ發生ヲ要セズ當然ニ完全ナル無制限ノ權利ニ回復スルコトヲ得ベキ地位ニ在ルモノ」なれば、地上權の存在は毫も「所有者ガ土地ヲ不法ニ占據スル者——舊賃借人——ニ對シ其明渡ヲ請求」することの妨げとなるものでない〔註三〕。

〔註二〕 大審六・九・六民二錄二三輯一二五〇頁の議論。

〔註三〕 大審三・一二・一八民二錄二〇輯一一一七頁。

第二項 土地の轉貸及び地上權の處分

第一 轉貸

五〇三頁

第二 地上權の處分

五〇四頁

第三 轉貸又は處分の禁止特約

五〇五頁

地上權の目的たる土地は地上權者任意に之を轉貸し得べきか。又地上權者は地主の意思に關係なく其權利を讓渡其他處分し得べきか。民法は永小作權に付いては特に第二百七十二條の規定を設けて此間に答へて居るに拘らず、地上權に付いては何等の規定をも設けて居ない。けれども、地上權者にかゝる權能あることは權利の性質上寧ろ當然であつて、若し之なしとすれば地上權と賃借權とを區別する理由は大半なくなると謂はねばならぬ。此故に判例も學者も皆均しく之を認めて居る。

第一 轉貸

地上權者は自己の權利の範圍内に於て更に其土地を轉貸し得る〔註一〕。何故なれば、地上權は一定の範圍内に於て直接土地の使用收益を爲し得る權利だから、その範圍を超えざる限り如何やうに利用しやうとも差支なく、從つて特に法律で禁じてない限りは他人をして使用を爲さしめても差支なく、それが爲め地主の同意を得るの必要なきものと見なければならぬからである。但し其轉貸借の存續期間及び使用目的の範圍

は根本の地上権に付いて定められた制限を超え得ないのは勿論である。

轉貸契約は賃貸借でも又使用貸借でも差支なく、又地上権を設けることも必ずしも不可能ではない〔註二〕。けれども、何れの場合にしる、地上権者は轉借人の行爲に對して絶對責任を負はねばならないのは無論であり、又若し轉貸契約が賃貸借なるときは地主は直接轉借人に向つても地代の請求を爲し得る〔二六六條〕〔註三〕。

〔註一〕 大審三六・二・二三民二錄九輯一四七二頁、大審三七・六・二四民二錄一〇輯八八〇頁。

〔註二〕 地上権の上に地上権を設定するのではなく、地上権の範圍内に於て直接土地の上に地上権を設けるのである。

〔註三〕 其結果生ずる地主・地上権者及び轉借人相互間の關係に付いては別著債權各論六一四頁以下第六一三條に關する説明参照。

第二 地上権の處分

地上権は直接土地を使用収益し得る權利で、賃借權の如き對人的權利でないから、特に法律に於て禁じてない限り、任意に之を讓渡し得るものと解せねばならぬ〔註四〕。

従つて相續の目的となり得べきことも勿論である。又地上権を以て質權又は抵當權の目的となし得ることに付いては明文がある〔三六二條、三〕。

併し、其處分を以て第三者に對抗し得るが爲めには其登記を要すること勿論だから、登記なき限り地主は處分を否認しても差支ない。

〔註四〕 大審三七・六・二四民二錄一〇輯八八〇頁。

第三 轉貸又は處分の禁止特約

かくの如く地上権者は原則として轉貸並に處分の權利を有するけれども、設定行爲又は其後の特約を以て之を禁止することは差支ない〔註五〕。併し永小作權に於けるが如き特別の規定〔二七二條但書、不動〕がないから、其禁止を登記して第三者に對抗し得るやうにすることは出来ないやうに思はれる〔註六〕。併し何故かゝる區別があるのか其理由を解するに苦しむ。

〔註五〕 大審三四・六・二四民二錄七輯六卷六〇頁。

〔註六〕 同説富井氏物權二〇六頁、三瀨氏物權一七九頁、中島氏物權四八五頁、横田氏物權四四二頁。反之前註判例は「只善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得ザルニ過ぎズ」と謂ふて居る。此見解に依れば、惡意の第三者に對しては登記なくとも對抗し得ることになつて、永小作權に於けるが如き明文のない爲めに起る不都合を多少防ぐことが出来るけれども、第一七七條が登記の效力に關して第三者の善意惡意を區別して居ない主旨とは稍や懸け離れることになる。

第三項 地上物の所屬及び其處分

地上權は第二百四十二條に所謂「權原」の一種に屬するから、地上權者が其權利に基いて土地に附合せしめた物は依然として地上權者の所有に屬する。

従つて地上權者は何時でも任意に其地上物を讓渡其他處分することが出来る。併し讓受人をして引續き其地上物を存置することを得しむるが爲めには、必ず地上權をも併せて讓渡すか又は其土地を轉貸せねばならぬ。加之判例はかゝる場合には「反對ノ意思表示ナケレバ地上權ハ工作物ノ所有權ト共ニ新所有者ニ移轉シタルモノト推定ス

ベキコトハ工作物ノ不動産タル所以ノ理由ト地上權ノ性質トニ照シテ當然ノ法理ト云ハザルヲ得ズ」と謂ふて居り〔註一〕〔註二〕、學者も亦一般に其主旨を認めて居る〔註三〕。

〔註一〕 大審三三・三・九民二錄六輯三卷四八頁、大審三七・二・一三民一錄一〇輯一六〇〇頁、大審三九・二・六民聯錄一二輯一七四頁。尙此最後の判決はかゝる場合に「建物所有權ノ移轉登記ヲ爲スモ地上權ノ移轉登記ヲ爲サザル以上ハ地上權移轉ノ效力ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ」と謂ひ、富井氏物權一九八頁は又之に賛成して居られるけれども、建物保護法施行後の今日に於ては建物の移轉登記がありさへすれば地上權の移轉をも第三者に對抗し得るものと解せればならぬ。何となればかゝる建物の登記ある以上「地上權(中畧)ハ——全然——其ノ登記ナキモ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得」(一條一項)のだから。

〔註二〕 民法三八八條が「土地及び其上ニ存スル建物ガ同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミヲ抵當ト爲シタルトキハ抵當權設定者ハ競賣ノ場合ニ付キ地上權ヲ設定シタルモノト看做ス(下畧)」と謂つてるのも、略同じ考に依つたものである。

〔註三〕 富井氏物權一九七頁以下、中島氏物權四八五頁。

唯三瀨氏一七七頁だけは此問題を以て純粹な意思解釋の問題なりとし判例の主張するが如き推測を認め得ないとい説いて居る。成程根本が意思解釋の問題であることは明かである。けれども當事者の意思が全然不明な場合を考へて見ると、事物の性質上其所に自ら判例の主張するが如き推測が浮いて來るやうに思はれる。

第四項 隣地者關係

地上權は直接土地を使用し得る權利である。之と土地所有權との差異は單に其内容が無制限なりや否やの點に存するに過ぎぬ。従つて相隣の地上權者相互間又は地上權者と土地所有者との間にも相隣所有者相互間に於けると同様の相互的制限を設ける必要がある。是れ民法が「第二百九條乃至第二百三十八條ノ規定ハ地上權者間又ハ地上權者ト土地ノ所有者トノ間ニ之ヲ準用ス」(條本文)と定めた所以である。「但——互有權に關する——第二百二十九條ノ推定ハ地上權設定後ニ爲シタル工事ニ付テノミ之ヲ地上權者ニ準用ス」(但書)べきは素よりである。

第五項 地代支拂義務

第一序説

第二 地代支拂時期	五一二頁
第三 地代支拂場所	五一三頁
第四 地代として支拂ふべき物	五一四頁
第五 地代の額	五一四頁

一 額の決定

二 額の變更——地代増減に關する特約——地代値上の判

例——借地權の地代値上に關する特約——地代減額の

請求

第一序説

一 地代は——永小作權に於けると異なつて——地上權の要素ではない〔註一〕。従つて「當事者間ニ特ニ地代支拂ノ契約ヲ爲サザルトキハ當事者ノ意思ハ無償ニテ地上權ヲ設定スルニ在リ」と爲さねばならぬ〔註二〕。けれども實際上當事者は特約を以て地代義務を設けるのが通例である。

〔註一〕 大審二・四・二四民一録一九輯二七一頁。

〔註二〕 大審六・九・一九民三錄二三輯一三五二頁。

二 當事者が特約を以て地代を設けたときは、其旨を登記せねばならぬ（不動産登記法一一一條）。従つて、

イ 地代の存在・地代として支拂はるべき物及び其額・將來地代を増減するに付いて何等かの特約あらば其特約〔註三〕等は勿論之れを登記すべく、若し之れなきときは其事實を以て第三者に對抗出來ない。反之第三者——例へば地主の承継人——の側から地代に關する特約の當事者に向つて對抗することは素より差支ない〔註四〕。

〔註三〕 大審五・六・一二民二錄二二輯一一八九頁。

〔註四〕 前註の判例。尙此點に付ては一五五頁參照。

□ 地代の支拂時期・支拂場所に關する特約も、登記なくば之を以て第三者に對抗するを得ない。けれども此等の事項に付いては若し當事者間に特約がなければ當然之を補充すべき特別の法規（二六六條、六一四條、四八四條）があるから、登記中に此等の事項に關する記載が

全く缺けて居ても少しも差支ない。此場合には特約なきものとして當然此等の補充規定が適用されることになるだけのことである。

三 地上權は必ずしも地代附たるを要しないけれども、苟も當事者が特約を以て地代を設けた以上「地代ハ存續期間ト一般ニ地上權ノ存立要件換言セバ之ガ内容ヲ爲スモノ」であつて「其權利關係ハ地上權及ビ土地所有權ニ從屬シテ之ト運命ヲ共ニスベキ性質ヲ有シ相續ノ場合ハ勿論賣買讓渡ニ因リ地上權若クハ土地所有權ノ移轉スル場合ニ於テモ當然之ニ附隨シテ移轉スルモノ」である〔註五〕。従つて地主が變れば新地主當然に請求權を取得し、地上權者が變れば地代債務も亦當然新地上權者の負擔となるもので、地上權を讓渡するに際し、地代債務だけは依然として舊地上權者の負擔とする旨の特約を爲すことは出來ない〔註六〕。尤も地代に關する登記がなければ地主が地上權讓受人に向つて地代の存在を主張し得ざること上述の通りである。

〔註五〕 大審三九・七・五民一錄一二輯一〇七四頁、大審五・六・一二民二錄二二輯一一八九頁。

富井氏物權二〇九頁は此判例に反して地代債務は依然として讓渡人之を負擔すと説いてるけれども、學者は一般に判例に同意してゐる。中島氏「地上權ノ地代ニ就テ」論文集三三九頁以下、三瀆氏物權一八二頁以下。尤も兩氏共に大審三九・七・五が地代の登記ありや否やを顧みずして一概に本文の主旨を認めてゐることを非難して居られる。併し大審院も其議論に反對の譯ではないらしく、現に大審五・六・一・二中には明かに其主旨が現はれて居る。

〔註六〕 けれども、讓渡前までの地代は無論讓渡人の負擔であつて、讓受人は唯讓渡以後の分を負擔するに過ぎざること勿論である。

四 「地代ニ付テハ賃貸借ニ關スル規定ヲ準用ス」(條二六六)を原則とする〔註七〕。けれども「地上權者ガ土地ノ所有者ニ定期ノ地代ヲ拂フベキトキハ——先づ小作料に關する——第二百七十四條乃至第二百七十六條ノ規定ヲ準用ス」(項一)べきである。

〔註七〕 「賃貸借ニ關スル規定」中準用せらるべきは、(一)借貸に關する規定に限ると同時に、(二)苟も借貸に關する以上必ずしも民法第三編第二章第七節に規定したもののみに限らず、例へば不動産賃貸人の先取特權に關する三二二條乃至三一六條の如きも亦之を準用すべきである。

第二 地代支拂時期

當事者任意に之を定め得る。けれども當事者「定期ノ地代」を定め、而かも其支拂時期について何等の定めをしなかつた場合には、「宅地ニ付テハ毎月末ニ、其他ノ土地ニ付テハ毎年末ニ之ヲ拂フコトヲ要ス」(二六六條)るものと解せねばならぬ。

地上權設定に際し地代全部を一時に拂つて仕舞ふことがある。併し其場合と地上權の有償的設定——地上權の買取——とは區別せねばならぬ。何故なれば後者の場合には、因つて設定された地上權が無償なることもあり得るし、而して地上權が地代附なると否とに依つて爾後色々違つた取扱を受けることがあり得るから〔註八〕。

〔註八〕 例へば、地上權設定に際して一時に一定の金を拂つて仕舞つた場合に、若し其金が地代の積りであれば、後になつて「地上權者が不可抗力ニ因り引續キ三年以上全ク收益ヲ得ズ又ハ五年以上土地代ヨリ少キ收益ヲ得タルトキハ其權利を拋棄スルコトヲ得」(二六六條一項、二七五條)、而して拋棄以後の期間に相當する地代の返還を請求し得るものと解せればならぬ。反之右の金が地上權買得金なるときはかゝる結果を生じない。

第三 地代支拂場所

地上權の效力—地代支拂の時期及場所

地代の支拂は「別段ノ意思表示ナキトキハ^(中)債權者——地主——ノ現時ノ住所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス^(四八)」併し契約の當初に於て「別段ノ意思表示」を爲さずとも、地主が便宜の爲め毎月地上權者方に來つて取立を爲し、其事長きに及ぶときは、之に因つて支拂場所に關する暗黙の契約成立したるものと見得る場合が少くない。

第四 地代として支拂ふべき物

當事者任意に之を定め得る。必ずしも金錢なることを要せぬ。實際上も例へば玄米を以て地上權の地代を定めてる例がある〔註九〕。

〔註九〕 大審六・二・一〇民三錄二三輯一三八頁の事案。

第五 地代の額

一 額の決定

當事者任意の契約に依つて之を定め得る。現行法上此點に付いて何等の制限のないのは明かに大きな缺點である〔註一〇〕。

〔註一〇〕 此問題については拙稿「住宅問題と新信家法案」法協三九卷二號一二頁以下「相當家賃線」に關する議論參照。

尙民法第三百八十八條に依れば、同條に所謂地上權の「地代ハ當事者ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ定ム^(同條)」〔註一一〕ることになつて居るが、それは決して「當事者ガ其協議ヲ以テ地代ヲ定ムルコトヲ禁ズルノ趣旨」ではなく、「其協議ヲ以テ之ヲ定メタルトキハ其協定ニ依ルベク其協議調ハザルトキハ裁判所ニ請求シテ之ヲ定ムルノ法意」に過ぎぬ〔註一二〕。而して其手續に付いては非訟事件手續法中に特別の規定がないから、當事者の何れか一方が協議調はざることを理由とし訴に依つて之を請求すべきだと謂はれて居る〔註一三〕。其訴は分割の訴等と同じく形成の訴の一種である。

〔註一一〕 此場合、裁判所は「競賣ニ依リ當事者間ニ成立シタルモノト看做サレタル地上權ニ付キ^(中)其地代ノ數額ヲ定ムル」のである。先づ地代のない地上權が成立した上、裁判所の裁判に因つて初めて地代附に變るのではない。故ニ裁判所ガ其數額ニ付キ爲シタル確定ノ效力ハ獨リ判決後ニ生ズル地代ニ對スルノミナラズ地上權設定以後ノ地代ニ及ブ^(中)ものと解せねばならぬ。大審五・九・二〇民三錄二二輯一八一三頁。

地上權の效力—地代額の決定

〔註一二〕 大審四三・三・二二民二錄一六輯二二三頁。

〔註一三〕 梅氏要義二卷第三八八條註。但し梅氏は立法論として其不可なるを主張して居られる。誠に然るべきことと思ふ。

二 額の變更

地代は一旦之を定めた以上、以後如何に事情が變らうとも、當事者一方の意思を以て濫に其額を増減し得ざるを原則とする〔註一四〕。

〔註一四〕 大審四〇・三・六民二錄一三輯二二九頁、大審四二・五・三民二錄一五輯四五二頁。

併し、(一)當事者は特約を以て將來に於ける地代の増減を豫定することが出来る。

(二)又判例は公租公課の増額・地價の騰貴等を理由として地代の値上を請求し得べきことを認め、(三)借地法(一二)は更に此法理を擴張して地代増減の請求を許して居る。

(四)尙法律は二三の場合につき地代減額の請求を認めて居る。以下順次に此四場合を説明する〔註一五〕。

〔註一五〕 尙其外耕地整理法二〇條に依るこ、耕地整理施行ノ爲著シク地上權ノ目的タル土地ノ利用ヲ増シタ

ルトキハ「整理施行者又ハ組合員」になつて居ない——土地所有者ハ地代ノ相當ノ増額ヲ請求スルコトヲ得「前項ノ請求アリタル場合ニ於テ地上權者ハ契約ノ解除ヲ爲シ其ノ義務ヲ免ルルコトヲ得」。

(第一) 地代増減に關する特約

「當事者が一定ノ年限毎ニ當時ノ情況ニ從ヒ地代ヲ變更スベキコトヲ約定シタルトキ」は之を有效と認むべきこと勿論であつて、此場合には、(一)約定の年限に達するまでは——後に述ぶる地代値上の慣習に拘らず——地代値上を請求し得ないのを原則とするが、(二)苟も其年限にさへ到達すれば其都度約旨に從つて地代の改定を請求し得るのである〔註一六〕。

〔註一六〕 此種の特約に付いては註五に引用した大審五・六・一二民二錄二二輯一一八九頁參照。

(第二) 地代値上に關する判例

「無期限ノ宅地ノ賃貸借契約——又は地上權設定——ノ後ニ於テ租税ノ負擔其他比隣借地料増加等ノ事由ガ發生シタル場合ニ於テ借地料ノ増加ヲ求め得ルコト」は既に

民法施行前「一般慣習法」として判例の認めたる所であつた。而して當事者「特ニ反對ノ意思ヲ表示セザル限り」かかる「一般ノ慣習ニ依ルベシトノコトハ當然即チ默示ニ約束シタルモノト見做サザルヲ得ズ」と謂はれて居た〔註一七〕。

〔註一七〕 大審三一・五・二六民一錄四輯五卷八三頁(貸貸借)、大審三五・六・一三民二錄八輯六卷六八頁(地上權)此等の判例に於ては一般に、

- 一 かゝる値上の慣習は——從來學者に依つて屢々論ぜられたるが如く——事實たる慣習なりや慣習法なりやを明かにして居なかつた。
- 二 又判例は皆無期限の宅地の貸貸借又は地上權に關して居た。

所が、右の慣習は民法施行後も引續き存續するものと認められたのみならず〔註一八〕、其内容は漸次に變化して段々と精細且一般的になつた。殊に日露戰役に因る地租の増額と都市に於ける地價の暴騰とが此慣習の發達に影響したことは極めて顯著である〔註一九〕。

〔註一八〕 尤も大審三五・六・一三民二錄八輯六卷六八頁は、民法施行後も尙かゝる慣習存續せりや否やの問題

を度外に置いて、宛に角民法施行前に成立した借地關係には民法施行法一條に依つて民法前の慣例を適用すべきだと謂ふて居る。

〔註一九〕 例へば大審四〇・三・六民二錄一三輯二二九頁の事案に於ては明治三十七年に三六四圓八〇錢なりし地租が明治三十八年には八四四圓四五錢になつたことが値上請求の原因になつて居る。

イ 慣習の根據

「土地ノ公租公課増加シタル場合ニ於テモ尙之ガ變更ヲ許サザルニ於テハ獨リ所有者ノミ損失ヲ蒙ルベキ理ナリ其不公平ヲ救済スル爲メ公租公課ノ増加シタル場合ニ於テハ地料ヲモ増加セシムル慣例ヲ生ジタル所以ナリ」〔註二〇〕。又かくの如く「地主ノ負擔増加スルカ又ハ土地ノ隆盛繁昌等ニ因リ附近ト共ニ地價ノ騰貴スルガ如キ事由ノ發生セルニ拘ラズ借地人ニ於テ承諾ヲ爲サザルガ爲メ地料増加ノ途ナク而カモ貸借關係ハ尙之ヲ將來ニ繼續セザルヲ得ザルニ於テハ地主ノ痛苦獨リ甚シキモノアリ故ニ此ノ如キ場合ニ於テ地主ハ借地人ニ對シ増額ヲ強要スルヲ得ル」〔註二一〕と謂ふのが大審院の考であつて、要するに損失共擔なる衡平的精神に基くことを看取し得る〔註二二〕。

〔註二〇〕 大審四〇・三・六民二錄一三輯二二九頁。

〔註二一〕 大審四〇・七・九民一錄一三輯八一頁、大審四二・五・三民二錄一五輯四五頁。

〔註二二〕 大審四・六・八民一錄二一輯九一〇頁。

□ 慣習なりや慣習法なりや

大審院は、初めの内は毫も此區別に重きを置かなかつたやうで、或は「一般慣習法」なりと謂ひ〔註二三〕、或は「一般ノ慣例」なりと謂つて居た〔註二四〕のであるが、最近には寧ろ「慣習」なりと謂ふを常とするに至れるのみならず、學者が「若し慣習法なるに於ては反對の意思表示なき限り當然に適用せらるべきも、慣習に過ぎざるときは「當事者ガ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムベキ」にあらざれば「其慣習ニ從フ」(九二)ことを得ぬ」と主張して此區別を明かにするの必要あることを説いたにも拘らず〔註二五〕、大審院は「慣習タルノ性質上土地貸借ノ當事者ニ於テ特ニ反對ノ意思ヲ表示セザル限リハ其慣習ニ依ル意思ヲ有シタルモノト認ムルヲ相當トス」〔註二六〕と謂ふて、かか

る區別を事實上不必要ならしめて居る。

〔註二三〕 大審三一・五・二六民一錄四輯五卷八三頁(此判決では同時に「一般ノ慣例」だとも謂つて居る)、大審

四〇・七・九民一錄一三輯八一頁、大審四二・五・三民二錄一五輯四五頁(此判決では「慣例」と謂つた大審

四〇・三・六と「一般慣習法」だとも云つた大審四〇・七・九を同時に先例として引用して居る)、大審四五・五・一三

民二錄一八輯四八七頁。

〔註二四〕 大審三五・六・一三民二錄八輯六卷六八頁、大審四〇・三・六民二錄一三輯二二九頁、大審四三・三・一

五民一錄一六輯二二二頁。

〔註二五〕 石坂氏「地代値上ニ關スル慣習」改纂研究上卷四七〇頁以下。

〔註二六〕 大審三一・二・二三民二錄二〇輯一一六〇頁、大審四・六・八民一錄二一輯九一〇頁。

私は、學者間の通説には反するけれども、慣習と慣習法との區別の如きは學者の空論に過ぎないもので、實際上かかる區別を爲すことは殆んど不可能に近いと思ふ。従つて民法第九十二條の文字には稍や反するけれども、「當事者間特ニ反對ノ意思ヲ表示セザル限リハ其慣習ニ依ル意思ヲ有シタルモノト認ムル」と謂つてる大審院の考に賛成して、かかる實際上到底不可能なる區別の爲めに苦心しないことにしたいと思ふ

〔註二七〕。

〔註二七〕 同じく此種の判例を是認しての穂積氏民法總論下三六頁以下參照。

ハ 適用を受くべき借地關係

1 賃貸借なると地上權なるを區別せぬ。併し判例の事案は多く地上權に關して居る。恐らく賃貸借に付いてはかかる慣習を援用して訴訟を爲さずとも事實上値上を強制することが容易な爲めであらう〔註二八〕。

〔註二八〕 賃貸借に關する大審三一・五・二六民一錄四輯五卷八三頁。

地上權に關する大審四〇・三・二二民一錄一三輯二七二頁、大審四二・五・二二民二錄一五輯四五二頁、大審四五・五・一三民二錄一八輯四八七頁、大審六・二・一〇民三錄二三輯一三八頁、大審六・六・四民二錄二三輯一〇三二頁等。

2 判例の多數は宅地の貸借に關する。けれども田畑の貸借にも同様の法理を認めたる判例もないではない〔註二九〕。

〔註二九〕 大審三一・七・六民二錄四輯七卷九頁。併し此判決は公租公課の増額を理由として小作料値上を請求

し得べき旨の理論を一言しただけで、事案としては古來土地の修繕が地主の負擔になつて居る耕地に於て天災の爲め必要になつた修繕を地主がしたからと云ふて、小作料値上を請求し得べきではない、と謂つて居るに過ぎない。

3 期限の定めなき借地關係に限るか。

判決本來の主旨は無期限のものに限る考であつたやうであるし、現に判例の殆ど全部は其場合に關して居る〔註三〇〕。無論期限の定めあるものにも同様の法理を認めたる判例もある〔註三一〕。けれども、それとても、事案は期限五十年の地上權に關して居る。契約の當時到底豫想し得ざるが如き事情の變動あるに拘らず長く貸借の繼續を強制するは不公平だと謂ふのが、本慣習の本旨だとすれば、短期の借地關係には本慣習の適用を必要とする場合も自然少かるべく、又濫りに之を適用すべきでないと思ふ。

〔註三〇〕 大審三一・五・二六民一錄四輯五卷八三頁、大審三五・六・一三民二錄八輯六卷六八頁、大審四〇・七・

九民一錄一三輯八一頁、大審四三・三・一五民一錄一六輯二二二頁。

〔註三一〕 大審六・六・四民二錄二三輯一〇三二頁。

地上權の效力―地代値上の慣習

ニ 値上の標準

1 標準たる事實

地代値上を請求し得るは、公租公課の増額に因る地主の負擔の増加、土地の隆盛繁昌等に因る比隣一般の地價騰貴、比隣借地料の増加等の事由に因り、從來の地代をそのまゝ維持するは地主にとつて不公平なりと考へらるゝ場合に限る。

従つて、縦令かゝる事由があつても、他に地代の値上を不必要ならしむべき特別の事情あるときは、値上の請求を爲し得ざること勿論である〔註三二〕。

〔註三二〕 例へば、

- 一 縦令公租公課が増加しても、地代として受ける「地料米ノ價格騰貴スル等ノ理由ニ因リ所有者ニ於テ損失ヲ蒙ラザル場合ニ於テハ地料ヲ増加セシムベキ理由もなければ必要もない。大審四〇・三・六民二録一三輯二二九頁、大審四三・三・一五民一録一六輯二二二頁。
- 二 縦令如上の事實あるも、「客觀的地代が従前約定ノ地代ト相匹敵スルニ於テハ固ヨリ地代ノ價額ヲ請求スルヲ得ズ」。大審四・六・八民一録二一輯九一〇頁。

2 値上の程度

以上の事由存在するに因つて請求し得べき値上の程度は、具體的の場合に付いて「相當」と認められる「客觀的地代」を越ゆるを得ない。けれども例へば從來の地代が著しく低い場合に一躍比隣に行はるゝ「客觀的地代」額を全部要求し得しむるのも決して判例の主旨ではないと思ふ。従つて、値上を言渡す判例に於ては「一般ノ經濟狀態ニ鑑ミ相當トスル比率ヲ量定スルト同時ニ其比率量定ノ相當ナルコトヲ認メタル理由ヲ明示シテ増加額請求ノ當否ヲ判定」せねばならぬ〔註三三〕。

〔註三三〕 大審四三・三・一五民一録一六輯二一三頁、従つて「地代が金錢ナルトキハ地價ト増加額トヲ示スニ於テ計算上其比率ヲ知ルコトヲ得ベシト雖モ同シク經濟狀態ニ因リ價格騰貴スルコトアルベキ物品——玄米——ヲ以テ地代ヲ定メタルトキニ在テハ玄米ノ價格如何ヲ判示スルニアラザレバ未ダ以テ其比率ノ當否ヲ知ルコト」を得ない。

ホ 値上の方法

地主は一方的意思表示を以て地代増額を請求し得る。敢て借地人の同意を得ること

地上權の效力—地代値上の慣習

を必要とせぬ。

1 意思表示の方法

法律上「特定ノ方法アルニアラザレバ裁判外ハ勿論裁判上相手方ニ對シ訴狀其他一定ノ申立書又ハ口頭辯論ニ於テ攻撃防禦ノ方法トシテ之ヲ爲ス事ヲ妨ゲ」ない〔註三四〕。

〔註三四〕 大審六・二・一〇民三錄二三輯一三八頁。

2 效力發生時期

意思表示一般に於けると同様、「相手方ニ到達シタル時ヨリ其效力ヲ生ズ」(九七條一項)るものと解すべきである。

けれども、多くの場合何が「相當の増加額」なるやに付いて當事者の意見が一致せず、借地人は全然値上の理由なきこと又は地主の請求する値上額が相當ならざることを主張して、地主の地代請求に應じない。其場合、地主が自ら「相當」なりと信ずる程度に値上した其新地代を強制的に取りたければ、訴訟の方法に依るの外ない。

併し其訴は地主の主張する値上額の相當なりや否やの判定のみを求むる形成の訴ではない。相當額までの値上は意思表示があつただけで既に——客觀的に——發生して居る。地主は自己の主張する値上額は恰も其相當額に當るものと信じて、それだけ値上された新地代の給付を求め。其給付の訴が此際地主の採るべき唯一の手段である〔註三五〕。値上請求は一方的意思表示に依りて效力を生ずるのだから、相手方之を争ふ場合と雖も、之に向つて値上の承諾を求める給付の訴を提起することは出来ない。

〔註三五〕 立法論としては、値上請求額が相當なりや否やの判定を求める手續を非訟事件として規定することにした。借地法一二條及び借家法七條が判例と同様の法理を規定せるに拘らず、右の手續に付いて何等規定する所なきは大なる缺點と謂はればならぬ。

値上を認めて地代の給付を命じた判決が確定するときは、初め意思表示が效力を生じた時から、其認められた額だけ既に値上されて居たこととなる〔註三六〕。蓋し然らずむば、「地主ニ於テ増額ノ意思表示ヲ爲スニ拘ラズ地上權者ニ異議アリテ上訴ヲ爲シ其

他裁判手續ノ遅延ノ爲メ地代増額ノ後ルル不條理ニ陥ル」からである〔註三七〕。

〔註三六〕 併し裁判所の認める値上額が地主の請求した額より低くければ地主の訴は一部敗訴した事になる。

〔註三七〕 大審四五・五・一三民二録一八輯四八七頁。

併し愈々判決の確定あるまでは、増加額確定せず、従つて「之レガ支拂ヲ爲スニ由ナキヲ以テ未ダ支拂時期に達セザルモノト謂ハザルヲ得ズ、然レバ其間借地人ニ於テ從來ノ定メニ從ヒ地代ノ支拂——又は其供託——ヲ爲セル以上ハ支拂ヲ怠リタルモノト謂フベカラズ」〔註三八〕。之を理由として遅延利息を請求し又は地上權の消滅を請求し得ざること勿論である。

〔註三八〕 大審四〇・七・九民一録一三輯八一頁。

へ 地代値上を爲さるる旨の特約の效力

「當事者が將來地代値上ヲ爲サル特約ヲ爲シタル場合」には、縦令爾後一般に値上の原因たるべき事情の變動を生じて、値上の請求を爲し得ないのを原則とする。

1 かゝる特約の第三者に對する效力

「地上權ノ存續期間地代ノ増減ヲ爲サル特約ハ不動産登記法(二條)に所謂「地代(中ノ定)」に相當するから、「地上權者ガ之ヲ第三者ニ對抗セシメント欲セバ必ずヤ登記ヲ爲スヲ要スル」〔註三九〕。

〔註三九〕 大審四〇・三・一二民一録一三輯二七二頁、大審五・六・一二民二録二輯一一八九頁。

2 特約に拘らず値上を請求し得る場合

「地代値上ヲ爲サル特約ヲ爲シタル場合ト雖モ、公租公課ノ増加・地價地代ノ騰貴等ノ事情ガ漸時増進スベキ場合即經濟上普通ノ變動アル場合ヲ豫想シテ其契約ヲ爲シタルモノト解スルヲ相當トス。故ニ當事者間右ノ如キ特約アルモ公租公課ノ激増・地代ノ暴騰等經濟上當事者ノ豫想セザルガ如キ非常ノ變動アル場合ニハ其契約ノ效力ヲ及ボスベキニアラズ。勿論當事者ハ經濟上非常ノ變動アル場合ニ於テモ尙地代ノ値上ヲ爲サル旨ノ特約ヲ爲スコトヲ得ザルニアラザルベシト雖モ、斯クノ如キハ取引上

極メテ稀有ノ事例ニ屬スベキヲ以テ、裁判所ガ右ノ如キ趣旨ノ契約ナルコトヲ認定スルニハ宜シク其理由ヲ明示セザルベカラズ」(註四〇)。

〔註四〇〕 大審六・六四民二錄二三輯一〇三二頁。此判決は可所り思切つた判決で、抽象的理論だけから考へるに相當に非難を受くべき餘地があると思ふ。併し事案は明治二十一年に向ふ五十年間の期限で地上權を設定した際には公租公課が一ヶ年十二圓十二錢三厘なりしものが大正四年には百七十五圓六十三錢となり、當時の地價一坪一圓なりしものが三十九圓に騰貴し、又約定の地代一ヶ年僅か七圓餘なりしものが大正四年之を相當地代額に見積れば千四百四十圓の多額に上るべき場合に關するので、具體的考察を以てすれば尙此判決の合理性を發見することが出来る。従つて此判旨を抽象化して濫りに他の場合に適用することは勿論慎まればならないけれども、學者が具體的事案を觀察せずに漠然判決の態度を非難することも亦無論慎まればならぬ。

以上の判例は、次に説明する借地法(一二)が制定された結果として、「借地權」に關する限り不用になつた譯だが、借地法には一定の施行地區(大正一〇勅令(二〇七號參照))があるから、其以外に於ては今後も尙引續き效力を有すべきこと勿論である。

(第三) 借地權〔建物ノ所有ヲ目的トスル地上權〕(借地法一條參照) に於ける地代の増減

「地代(中)ガ土地ニ對スル租稅其ノ他ノ公課ノ増減若ハ土地ノ價格ノ昂低ニ因リ又ハ比隣ノ土地ノ地代(中)ニ比較シテ不相當ナルニ至リタルトキハ契約ノ條件ニ拘ラズ當事者ハ將來ニ向テ地代(中)ノ増減ヲ請求スルコトヲ得。但シ一定ノ期間地代(中)ヲ増加セザルベキ特約アルトキハ其ノ定ニ從フ」(借地法一二條)。

此規定は大體上述した從來の判例を成文化したものに過ぎないから、之が解釋に際しては専ら判例の趣旨を參酌せねばならない。

併し此規定と判例との間には次の如き多少の差異がある。(一)判例は地主の値上請求のみを認めて居たのを、法律では當事者双方共「地代ノ増減ヲ請求」し得ることとした。(二)判例では「一定ノ期間地代ヲ増加セザルベキ特約アルトキ」と雖も、之を無視して値上を請求し得べき場合あることを認めて居たのに反し、法律は之を許さないことにした。

尙以上の判例と借地法の規定とを通じて解釋上最も注意すべきは、其所謂「租稅其

ノ他ノ公課ノ増減」は單に「地代の——相當な——増減」を爲すに付いての一標準たるに過ぎずして、公租公課の増加額全部を總て借地人に轉嫁し得ると云ふ主旨ではないことである。蓋し然らずむば、元來地價昂騰を理由とし其他特に土地所有者の負擔たらしむる目的を以て増額された地租が全部借地人に轉嫁されることになるからである。

(第四) 地代減額の請求

現行法上地上権者は左記の場合には地代減額の請求を爲し得る。

イ 上述した通り借地法第十二條は借地權(同法一
條參照)に於ける地代減額の請求をも認め
て居る。

ロ 地上権の目的たる土地の「一部が地上権者ノ過失ニ因ラズシテ滅失シタルトキハ其滅失シタル部分ノ割合ニ應ジテ地代ノ減額ヲ請求スルコトヲ得」(二六六條一項)
(六一一條一項)〔註
四一〕。

〔註四一〕 例へば地上権の目的たる山林の一部が山崩れの爲め沼地となつて殖林に適しなくなった場合。尙
第六一一條に付いては別著債權各論六二六頁以下參照。

以上と異なつて「收益ヲ目的トスル土地ノ賃借人ガ不可抗力ニ因リ借賃ヨリ少キ收益ヲ得タ」場合の借賃減額請求に關する第六百九條は地上権には其適用なきものと解せねばならぬ。何故なれば「永小作人ハ不可抗力ニ因リ收益ニ付キ損失ヲ受ケタルトキト雖モ小作料ノ免除又ハ減額ヲ請求スルコトヲ得ズ」(二七
四條)との規定は地上権にも準用されることになつて居るからである(二六六
條一項)。

ハ 「耕地整理施行ノ爲地上権ノ目的タル土地ノ利用ヲ妨ゲラレタルトキハ——」整
理施行者又ハ組合員」になつて居ない——地上権者ハ地代ノ相當ノ減額又ハ前拂シタル借賃ノ相當ノ拂戻ヲ請求スルコトヲ得」(二三條
一九條)。

ニ 尙「地上権ノ對價ガ當初坪數ニ依リテ算出セラレタル場合ニ於テ實際ノ坪數ニシテ契約當初ノ坪數ヨリ不足スルトキ」は——元來地代附の地上権設定契約は有償契

約だから(五五九條参照)善意の地上権者は「其足ラザル部分ノ割合ニ應ジテ地代ノ減額ヲ請求スルコトヲ得」べく(註四二)、又其「殘存スル部分ノミナレバ」契約を締結せざるべかりしときは契約を解除することが出来る(五六五條)。(五六三條)。

〔註四二〕 東京控三・三・一九法律新聞九五七號二三頁は此種の場合に代金減額を認めて居る。而して此種の減額請求も「一年内ニ」之を爲すことを要するや勿論であるが(五六五條五六四條)、地上権は繼續的關係なるが故に、其「一年」の起算點は、一回の給付を目的とする賣買の場合の如く、「契約ノ時ヨリ」にあらずして、其後何時と雖も過去一箇年間に遡つて地代の減額請求を爲し得ると解するのが「契約ノ性質」上至當の解釋だと思ふ(五五九條参照)。右の判決は契約成立一年後に於ける減額請求を許さむが爲めに五六四條の適用を否定して居るけれども、正しいテクニクではない。

第四節 地上権の變動

第一項 地上権の取得

五三五頁

第二項 地上権の消滅

五三七頁

第一項 地上権の取得

地上権は左記の諸原因に因つて取得される。

第一 原始的取得

一 設定

地上権は土地所有者と地上権を取得せむとする者との契約に因り又は土地所有者の遺言に因つて之を設定し得る(註一)。又從來の借地契約が「地上権設定契約ナルト使用貸借契約ナルトニ拘ラズ合意上之ヲ新ナル地上権設定契約ニ變更」して新なる地上権

地上権の取得

五三五

を發生せしむることも出来る〔註二〕。

〔註一〕 設定の登記を申請する手續に付ては不動産登記法一一一條参照。

〔註二〕 大審六・三・二二民二錄二三輯四五九頁。

尙地上權の設定は有償的に爲されることと無償的に爲されることとある。けれども何れの場合たるを問はず、因つて成立する地上權は有償なことと無償なこととがあり得ること上述の通りである。

二 取得時効(一六)(註三)。

〔註三〕 永小作權に關する大審一〇・三・一六民三錄二七輯五四一頁参照。

三 「土地及び其上ニ存スル建物ガ同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミヲ抵當トナシタルトキハ抵當權設定者ハ競賣ノ場合ニ付キ地上權ヲ設定シタルモノト看做ス。但地代ハ當事者ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ定ム」(三八) ること上述の通りである(五一五)(註四)。

〔註四〕 尙本條に付いては第十三章抵當權の部に於て詳説する。

第二 承繼的取得

地上權は性質上移轉性を有すること、及び其移轉ありたるときは地代債務其他當該地上權の内容を成せる各種の法律關係は總て當然に新地上權者と地主との間に移轉すべきこと上述の通りである(五一)。(頁參照) 但し特約に因つて初めて地上權の内容になつた事項は登記がしてなければ之を以て新地上權者に對抗出來ぬこと之れ亦上述の通りである(五一〇)(註五)。

〔註五〕 地上權の移轉は登記するにあらざれば之を以て第三者に對抗し得ざることを勿論である。而して其移轉行爲より見れば地主も亦第三者だから、登記なき限り地主に向つて移轉の事實を主張し得ない。大審三六・一・一六民二錄九輯一二五四頁は嘗て此點を反對に解したが、大審三九・二・六民三錄一二輯一七四頁に依つて右の如く解されるに至つた。

尙移轉登記を申請する手續に付いて不動産登記法一一一條参照。

第二項 地上權の消滅

第一 消滅原因

五三八頁

- 一 土地の全部滅失 — 二 土地の収用 — 三 時効 —
- 四 繼續期間満了 — 五 特約された消滅事由の發生 —
- 六 解除 — 拋棄 — 地上權消滅の請求 — 七 其他

第二 消滅の効果

五五二頁

- 一 土地の返還 — 二 地上物の收去義務

第一 消滅原因

地上權は左記の諸原因に因つて消滅する。

一 土地の全部滅失

反之土地の一部が滅失したに過ぎない場合には、地上權之に因つて消滅することなく、唯其一部滅失が「地上權者ノ過失ニ因ラズシテ」發生したる場合に限つて「其滅失

シタル部分ノ割合ニ應ジテ地代ノ減額ヲ請求スルコトヲ得」(二六六條一項、)るに過ぎぬ。尙地上物の滅失は地上權消滅の原因にあらざること上述の通りである(四七六)。

二 土地の収用

「土地物件ヲ収用スルトキハ収用ノ時期ニ於テ所有權ハ起業者之ヲ取得シ其ノ他ノ權利ハ消滅ス」(土地收用法)るから、地上權の目的たる土地が収用された場合には、地上權之に因つて消滅し(註二)、地上權者之に對して補償を受ける(同四七)(註二)。

〔註一〕 但し「地上權ノ目的タル土地ノ一部ガ市區改正等ノ爲メ消滅シ而カモ其殘地ガ工作物ノ存在セザル空地ナリトスルモ特約ナキ限りハ該殘地ニ對スル地上權ハ消滅セズ」(東京地五・一・三一法律新聞一〇九一號一七頁)。

〔註二〕 補償額の算定方法に付ては東京控四〇・一二・一五最近判例集二卷二五頁參照。

三 時効

イ 消滅時効(條一六七)

○ 第三者が地上權の目的たる土地の所有權を時効に因りて取得したるときは(六一

地上權の消滅 — 土地滅失・収用・時効

三、地上権は之に因つて消滅するを原則とする。併し其第三者が時効の爲めにする占有を爲すに當り、「所有ノ意思」を有すると同時に、他人が其土地の上に地上権を有する事實を認識し居たるときは、彼をして地上権の負擔なき完全な所有權を取得せしむる理由は少しもない〔註三〕。

〔註三〕 同説鳩山氏全書二卷六七八頁。川名氏物權一四四頁は如何なる場合にも常に消滅せざるものとし、之と反對に三瀧氏物權一八九頁はかゝる解釋は「取得時効が權利ノ原始的取得原因ナリトノ根本ヲ忘レタレ」ものだと云ふて常に必ず消滅するを説いて居る。けれども兩説共に極端に失すると思ふ。殊に三瀧氏の唱へて居る「根本」なるものは必ずしも理論上絶対に存在するものではない。

四 存續期間の満了

約定の存續期間が経過すると、地上権は之に因つて當然消滅する。其場合當事者の合意を以て契約の更新を爲し得べきこと勿論であるが、此外

イ 借地法は「借地權消滅ノ場合ニ於テ建物アルトキハ借地權者ハ契約ノ更新ヲ請求スルコトヲ得」〔四條一項〕の旨の特別規定を設け、之が強制手段として「土地所有者が契

約ノ更新ヲ欲セザルトキハ時價ヲ以テ建物其ノ他借地權者ガ權原ニ因リテ土地ニ附屬セシメタル物ヲ買取ルベキコトヲ請求スルコトヲ得」〔同二項〕の旨を定めて居る。

ロ 當事者が契約を更新する場合に、更新後の存續期間を幾何ならしむべきかは、全く當事者の任意である。併し借地法は當事者の意思不明なる場合に備へる爲め、「當事者ガ契約ヲ更新スル場合ニ於テハ借地權ノ存續期間ハ更新ノ時ヨリ起算シ堅固ノ建物ニ付テハ三十年、其他ノ建物ニ付テハ二十年トス」る旨を定め「但シ建物ガ此ノ期間満了前朽廢シタルトキハ借地權ハ之ニ因リテ消滅ス」ることとして居る〔五條一項〕。素より此規定は補充規定に過ぎないから、「當事者ガ前項ニ規定スル期日ヨリ長キ期間ヲ定メタルトキハ其ノ定ニ從フ」〔同二項〕べきこと勿論である。

ハ 尙當事者が特にかゝる明示の合意を爲さずとも、存續期間の經過後地上権者が引續き土地を使用するに拘らず、地主が遲滞なく異議を述べざるときは、前契約と同様の條件で設定契約を更新したるものと推測すべきである。

所が借地法^(六)は更に一步を進めて「借地権者借地権ノ消滅後土地ノ使用ヲ繼續スル場合ニ於テ土地所有者ガ遲滞ナク異議ヲ述べザリシトキハ前契約ト同一ノ條件ヲ以テ更ニ借地権ヲ設定シタルモノト看做ス」こととし、而して其存續期間は第五條第一項を準用して之を定むることとして居る。

五 特約された消滅事由の發生

當事者は地上權の存續を、發生するや否や不明なる將來の事實にかゝらしめることが出来る〔註四〕。此場合には其事實發生するに因つて地上權の消滅を來す。

〔註四〕 大審三五・一・二九民二錄八輯九二頁（大審三七・三・一民二錄一〇輯二六四頁は永小作權に付いて同旨を認む）は議論として此ことを認めて居る。尤も此判決は此理由に依つて「期日ニ代金淹滞スルトキハ何時ニテモ地所ヲ明渡ス可キ契約」を地上權に伴はせても差支ないこと云ふ結論を導き出しているのであるが、此論には賛成し難い。何故なれば判決の云ふ通り地上權の「消滅時期」ヲ條件ニ係ラシムルガ如キハ固ヨリ當事者ノ自由ニ屬スるけれども、之に依つて強行法規に違反し得ざるは勿論であり、而して地代の怠納は「引續キ二年以上」に及ばなければ地上權消滅請求の理由とするを得ないとする第二六六條第二七六條の規定は強行法規だからである。

然らば發生するや否やが全然當事者一方の意思のみにかゝれる事實を以て消滅事由とする旨の契約は有効だらうか。原則としては無論有効と見るの外ない。併し例へば地主の請求あるときは何時でも直に一定の期間内に明渡すべしと云ふが如き特約の效力如何に付いては多少争の餘地がある。私はかゝる特約が當該の借地契約を不合理のものたらしむるや否やを標準として、其效力を決すべきだと思ふ〔註五〕。

〔註五〕 大審三四・四・一七民二錄七輯四卷四五頁、大審三四・一〇・二三民二錄七輯九卷一〇六頁、大審三四・一・二五錄七輯一〇卷八六頁は地上權存續期間の長短は當事者の隨意に定める得る所で法律上何等の制限がないから、と云ふ理由で「借地ノ地所賣買方ニ御入用有之カ或ハ借地ニ係ル不都合有之明渡ノ御談ヲ受クル節ハ其日ヨリ三月内ニ異議ナク明渡可申其節一言タリトモ苦情申入問敷候」この特約を有効として居る。尤も此等の諸判決は何れも、民法施行前から存續して居た借地権を地上權と認むべきや否やの認定問題に關し、原審が上記の特約は地上權の特約に反するが故に、かゝる特約を伴へる場合は之を地上權と認め難いと議論を以て對して、かゝる特約と雖も絕對に地上權の性質と相容れないものではないと主張して居るのである。故に具體的に見れば素より正當な議論であるけれども、濫りに此論を抽象化し擴張してはならぬ。

三浦氏物權一九三頁はかゝる特約の有効なりや否やは意思解釋の問題であるが不明な場合には寧ろ有効と解すべきものと居る。反之富井氏物權二一六頁は寧ろ無効とするに傾いて居る。私は問題を意思解釋の問題なりとする三浦氏の考に賛成するけれども、意思不明な場合には寧ろかゝる特約は地上權の如く永續的設備の設置を目的とする契約を不合理ならしむるものと解したいと思ふ。

六 解除

(第一) 約定解除權

當事者は特約を以て解除權を留保することが出来る。而して之が行使を全く自由にするか又は何等かの條件にかゝらしむるかは、當事者の隨意である。けれども、永續的施設の爲めにする土地貸借の精神と相容れないやうな内容の特約を爲し得ないのは勿論である〔註六〕。

〔註六〕 此點に付いて

- 一 前註に掲げた大審三四・四・一七民二錄七輯四卷四五頁、同三四・一〇・二三民二錄七輯九卷一〇六頁等は「三ヶ月ノ豫告期間ニテ解約ヲ爲シ得ベキ旨即チ地主ノ意思ノミニテ自由ニ地上權ヲ消滅セシムベキ契約」は有効だと謂ふて居る。

- 二 東京控四四(れ)一一二號最近判例集九卷一三六頁は「借地人が借地上ニ相當價格ノ家屋ヲ所有スルトキ其期限ヲ五ヶ年ト定メ而シテ地主ニ於テ入用ノ節ハ一ヶ年ノ猶豫期間内ニ返地スベキ旨」を約した特約は有効だけれども、之に依つて返地を請求するには「反證ナキ限りハ已ムヲ得ザル相當ノ事由ヲ生ジタル」ことを要すると謂つて居る。

(第二) 法定解除權

イ 地上權者の解除——拋棄

地上權者は其權利を拋棄することが出来る〔註七〕〔註八〕。

〔註七〕 拋棄の意思表示は地主に對して之を爲さればならぬ(一〇六頁參照)。故に地主の變更ありたる後に於て前地主に對して爲された拋棄は法律上何等の效力なく、従つて之を原因とする地上權抹消登記も亦無効である。大審四四・四・二六民二錄一七輯二三三四頁。

〔註八〕 尙「地上權(中畧)ヲ抵當ト爲シタル者が其權利ヲ拋棄シタルモ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ズ」(三九八條)。一〇七頁參照。

尙地上權の拋棄については左記の諸場合に注意せねばならぬ。

1 存續期間の定なき場合

地上權の消滅——拋棄

「別段ノ慣習ナキトキハ地上権者ハ何時ニテモ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得但地代ヲ拂フベキトキハ一年前ニ豫告ヲ爲シ又ハ未ダ期限ノ至ラザル一年分ノ地代ヲ拂フコトヲ要ス」(二六八條一項)ること上述の通りである。

2 存続期間の定ある場合

存続期間の定あることは毫も地上権拋棄の妨げとならぬ。けれども之が爲め土地所有者に損害を與へることは無論許されないから、(一)例へば、地上権が地代附ならざるとき、地代が全部拂濟みなるとき等には、何時でも随意拋棄して差支ないけれども、(二)地代が週期的に支拂はるべき場合には、拋棄と同時に存続期間の残部に相當する地代の全部を一時に支拂はねばならぬ。此場合と雖も「之が爲メニ相手方ノ利益ヲ害スルコトヲ得ズ」(一三六條、二項但書)、従つて中間利息の割引を主張するを得ない。但し此等の點について當事者別段の定めを爲し置くを得べきこと勿論である。

3 以上何れの場合たるを問はず「地上権者ガ土地ノ所有者ニ定期ノ地代ヲ拂フ」

と、なれる場合に、若し「不可抗力ニ因リ引續キ三年以上全ク收益ヲ得ズ又ハ五年以上地代ヨリ少キ收益ヲ得タルトキハ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得」(二六六條一項、二七五條)。此場合には無論拋棄の時以後の地代を拂ふ必要はない。

4 尙「耕地整理施行ノ爲地上権」(中略)ヲ設定シタル目的ヲ達スルコト能ハザルトキハ「整理施行者又ハ組合員」になつて居ない——地上権者(中略)ハ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得(耕地整理法二一條一項)。此場合には地上権者は以後地代義務を免るゝのみならず、「整理施行者ニ對シ拋棄ニ因リ生ジタル損害ノ補償ヲ請求スルコトヲ得但シ整理施行者ハ契約ノ定ムル所ニ依リ土地所有者ニ對シ求償スルコトヲ得」(同上二項)。

□ 地主の解除——地上権消滅の請求

左記の諸場合には地主一方の意思表示を以て地上権を消滅せしめ得る。

1 「地上権者ガ引續キ二年以上」(註九)地代ノ支拂ヲ怠リ(註一〇)又ハ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ地上権ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得(二六六條一項、二七六條)。

〔註九〕「引續キ二年以上」の意義に付ては左記の諸判例に注意するを要する。

一 「小作料ノ支拂ヲ怠ルコト繼續シテ二年分以上ニ及ブノ謂ニシテ例ヘバ一年分ノ小作料支拂ヲ怠リタルコト二年以上ニ及ブガ如キ又ハ前ニ一年分ノ小作料支拂ヲ怠リタルコトアリシ小作人が後年再ビ一年分ノ小作料支拂ヲ怠ルガ如キ場合ニアリテハ之ヲ理由トシテ地主ハ永小作權ノ消滅ヲ請求スルヲ得ズ」(大審四三・一一・二六民聯錄一六輯七五九頁)。本判決は「民法二七六條ニ所謂引續キ二年以上小作料ノ支拂ヲ怠ルトハ永小作人が二年分ノ小作料ヲ支拂ハザルコト云フニアラズシテ右ノ二年トハ其小作料ノ支拂ヲ怠リタル期間ヲ指スモノ」だ云つた大審三八・三・三民二錄一一輯二八七頁の前判例を覆したものである。

二 「引續キ二年以上」は「二年ヲ包含セル趣旨」にして致て二年分を越ゆる小作料の滞納を必要とせぬ。従つて「大正三年九月一日ヨリ同五年八月末日マア即チ引續キ二年間ノ地代ヲ支拂ハザル」ときは本條に依つて「消滅ヲ請求スルコトヲ得る」(大審七・五・二三民二錄二四輯九三二頁)。

三 地代怠納の中途に於て地上權者の交代があつて、前者ト承繼人トノ地代怠納ノ期間ガ通ジテ二年以上ニ亘リタルトキハ地主ハ之ヲ理由トシテ承繼人ニ對シ地上權ノ消滅ヲ請求スル」ことが出来る。大審三・五・九民一錄二〇輯三七三頁。此判決中には當該の地上權につき地代の登記ありたりや否や何等記す所がないけれども、若し登記がなければ承繼人は地代債務を否認し、従つて前主の地代怠納をも否定し得る譯である。故に此點を明にすることは極めて重要である。

けれども縱令登記があつたとしても之に依つて知り得るは地代債務の有無に過ぎずして、債務の辨濟あり

たりや否やを知ることは出来ない。故に地上權を讓受ける者は前主が地代を皆濟せりや否やに付き注意する必要がある。

〔註一〇〕 茲に「怠り」とは遲滯を謂ふ。従つて縱令「引續キ二年以上地代ノ支拂ヲ怠」つても、遲滯の責任なきときは、消滅の請求を受けることはない。例へば、地代値上の請求は地主の一方的意思表示に依つて其效力を生ずるけれども、値上額に關する判決確定するまでは、地上權者は從來の地代を支拂ひ又は供託して居さへすれば遲滯に陥らぬ(大審四〇・七・九民一錄一三輯八一頁)。従つてかゝる状態が二年以上續いても「地上權ノ消滅ヲ請求」し得ざるものと謂はればならぬ。五二八頁參照。

而して地主此「請求」を爲するには、「單ニ——一方的に——其意思表示ヲ爲スヲ以テ足り地上權者ヲシテ之ヲ承認セシメ若クハ裁判上之ヲ訴求スルノ要」なく〔註一一〕、又其意思表示を爲すに先立ち「契約解除ニ於ケルガ如ク豫メ履行ノ催告ヲ要スルモノニ非ズ」〔註一二〕。

〔註一一〕 元來大審三九・六・一三民二錄一二輯九六六頁は此點を反對に解釋して「自己ノ意思表示ノミヲ以テ足レリトセズ」地上權者の「承服」又は之に代はるべき裁判を俟つて初めて、地上權の消滅を來すのだ、と謂つて居たが、大審四〇・四・二九民聯錄一三輯四五二頁以來本文の如く改められて、今日に及んで居る(大審

三・五・九民一録二〇輯三七三頁、大審七・五・二三民二録二四輯九三一頁等。

従つて、現在の判例に依るに、地上権は消滅請求の一方的意思表示がありさへすれば直に消滅する、従つて地主は(一)消滅請求の結果地上権消滅したりとの確認を求めるか、又は(二)地上権消滅したることを理由として返地を求めることは出来るけれども、(三)消滅請求に對して「承諾」を求める給付の訴は許し難いことになつて居る。

〔註一二〕 永小作權に關する大審元・一〇・四民二録一八輯七八五頁。

尙右の規定は解除に關する一般原則(五四條)の例外を成すもので、地上權者が僅かな地代延滞の爲め直に其權利を失ふが如きことならしめ、以て地上權の安定を計らむとする公益的目的に出でたるものなるが故に、之に反する特約にして地上權者の爲め不利なるものは無効だと謂はねばならぬ。蓋し然らずとせば、經濟上の優者たる地主は常にかゝる特約の締結を強要して、本條を有名無實に陥らしめるに違ひないから〔註一三〕。

〔註一三〕 例へば「地代ハ毎月三十日限リ支拂ヒ萬一不納ノ節ハ自費ヲ以テ即時土地ヲ明渡ス」旨の特約は無効である。大審三五・一・二九民二録八輯九二頁は地上權の消滅時期を條件に係らしめても差支ないこと云ふだけ

の理由で、かゝる特約を有效なりとして居るが、それは明かに第二六六條(第二七六條)の精神を無視するものである。

反之、東京控四一・一二・二八法律新聞五五二號九頁は民法施行前にはかゝる特約も有効であつた而して「該特約ハ民法ノ施行ニ因リ消滅スベキモノニ非ザレバ其施行後ト雖モ效力ヲ有ス」と謂ふて居る。暗に民法施行後は最早かゝる特約を爲し得ざることを指示したものである。

2 尙右の以外に於て、地上權者が設定契約に違反し約定の目的の範圍を超ゆるが如き行爲——例へば「土地ニ永久ノ損害ヲ生ズベキ變更ヲ加フルコト」——を爲した場合には、永小作權に關する第二百七十一條の如き規定はないけれども、地主に於て之が停止を請求し又は之を理由として損害の賠償を請求し得るは勿論、「相當ノ期間ヲ定メテ其履行——即ち違反行爲の停止——ヲ催告シ若シ其期間内ニ履行ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」(五四條)べく〔註一四〕、同様の法理は契約に因らずして發生した地上權にも條理上之を認めることが出来る。

〔註一四〕 大審九・五・八民三録二六輯六三六頁は永小作權者が土地を「耕作以外ノ目的即チ造船作業用ニ使用」

した場合につき此主旨を認めて居る。學者に依つては質貸借に関する規定にして地上權に準用せらるゝは地代に関するものみに限るから(二六六條二項)、かゝる解除を認め得ないを説くものもあるが(横田氏物權四五〇頁)、契約解除に関する一般規定たる第五四〇條以下は當然地上權設定契約にも適用せらるべきもので、之に反對する意見は徒に物權契約・債權契約の區別に捉はれたものである。

七 其他

既に抵當權の目的となれる土地に付いて設定された地上權は「之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノ」なるが故に、「抵當權者ガ其權利ノ實行トシテ抵當不動産ニ對シ競賣ノ申立ヲ爲シ競落許可決定アリタルトキ」は之に因りて地上權は消滅すべきこと勿論である(註一五)。

〔註一五〕大審六・四・五民二錄二三輯六二五頁。

第二 消滅の效果

一 土地の返還

地上權消滅せるときは、地上權者は直に其土地の占有及び使用を解いて之を地主に

返還せねばならぬ。けれども地上權者は存續期間の最後まで土地使用を繼續し得るものと解すべきだから、例へば地上權者が目的の範圍内に於て土地を使用するが爲め工作物又は竹木を設けた場合でも、存續期間中は之を收去するの必要なく、従つて期間經過後と雖も此等の物の收去に必要な相當の期間内に限り、收去の目的の範圍内に於て、占有を繼續し得るものと解すべきである。

返還すべき時期到來し其他何等正當の理由なきに拘らず、土地を返還せざるときは所謂不法占據として遲滯の責に任じ損害賠償を爲さねばならぬ。

二 地上物の收去義務

地上權者が設けた工作物又は竹木は終始其所有に屬するが故に(五〇六頁參照)、地上權消滅後に於ても之が收去を爲し得べきこと勿論であるが、同時に之を收去する義務を負擔してゐることも明かである。

イ 收去の條件 地上權者右の收去を爲すに付いては必ず「土地ヲ原狀ニ復す

ることを要する(二六九)。(條一項)又收去は地上権消滅後遲滯なく之を開始し必要なる相當の期間内に之を終らねばならぬ。

□ 地主の地上物買取権

右の場合に「土地ノ所有者ガ時價ヲ提供シテ之——工作物又は竹木——ヲ買取ルベキ旨ヲ通知シタルトキハ地上権者ハ正當ノ理由ナクシテ之ヲ拒ムコトヲ得ズ」(同但書)。(條)蓋し地上物は之を收去するときは價值著しく減損するを通例とするが故に、地主に於て時價を提供して買取を求むるに拘らず、地上権者濫りに之を拒絶し得とするは、何等合理的の理由なく恣に公益を害することを認むるの結果となるからである。

尙以上第二百六十九條第一項の規定は別段の慣習あるときは之を適用しない(同條二項)。

ハ 地主の地上物買取義務

以上の如く地主には買取権はあるが、買取義務なきを原則とする。けれども借地法(條四)は借地権(條一)たる地上権に關する限り其「消滅ノ場合ニ於テ建物アルトキハ借地権

者ハ契約ノ更新ヲ請求スルコトヲ得」土地所有者ガ契約ノ更新ヲ欲セザルトキハ時價ヲ以テ建物其ノ他借地権者ガ權原ニ因リテ土地ニ附屬セシメタル物ヲ買取ルベキコトヲ請求スルコトヲ得」旨を定めて居る。

三 地上権消滅の第三者に對する效力

地上権の消滅を第三者に對抗する爲めには、之が抹消登記をせねばならぬこと勿論である。加之地主が消滅請求権を有するときは之が假登記を爲すことも出来る。

第六章 永小作權

第一節 永小作權の意義及び性質

第一 小作問題と永小作權

五五八頁

第二 永小作權の法律的性質

五六八頁

一 目的物 — 二 權利の内容 — 「耕作又ハ

牧畜」 — 小作料 — 三 權利の性質 — 賃借

權との區別 — 所有權との區別

第一 小作問題と永小作權

一 農地所有者が自家の勞力を以て耕作を爲し得ざるときは、多く他に人を求めて其耕作を爲さしめる。併し其際、地主と其他人との間に成立する法律關係は、場合に依つて色色異なる。或場合には地主自らが農事經營者となつて、耕作の爲め單に他人の勞力を借るに過ぎざることがある。此場合に於ける其他人は——依つて受ける報酬の

額乃至形式に關係なく——單純なる雇傭勞働者たるに過ぎない。一般に所謂作男の如きは即ちこれである。

所が、吾國に於ては——外國に於けると異なつて——地主が多數の勞働者を雇つて自ら——企業的に——大組織の農業を經營する例は極めて稀れであつて、多くの場合耕地を他人に貸し附けて耕作を爲さしめ、自らは唯耕地使用料として小作料を受けるに止まる。此方法に依つて、地主は自ら經營者たるに依つて受くべき利益の機會を棄てると同時に、損失の危険をも免れて、確實な収益を受け、經營の利益並に危険は總て小作人の享受し負擔する所となる。従つて此場合の小作人は單純な雇傭勞働者にはあらずして、獨立の經營者である〔註一〕。無論一概に小作人と謂ふても、其中には「作り子」〔註二〕の如く、或る地主に專屬して其田畑を小作すると共に、住屋・農具・牛馬・種子・肥料等の全部又は一部の貸與を受け、其報償として農繁の際其他必要に應じて地主の農事家事に従事する者もある。此等の者は小作人と雇傭勞働者との中間に位す

るもので、經濟上特別に觀察するを要するものであるが、少くとも土地の使用に對して小作料——一部は勞務の供給——を拂つて居る點に於て、法律上小作人として取扱はれねばならぬものである。

〔註一〕單純なる農業労働者と小作人との間には理論上かくの如き截然たる區別がある。けれども同じく小作人云ふても其中には、工業企業者が資本家から金融を得、労働者から勞力を得て工業を組織經營することやうに、地主から農地を借り労働者から勞力を買つて全然企業化した農事經營を営むこと英國の Turner の如きものもあれば、又自家の勞力のみを以て耕し得る狭少の土地を借りて僅かに一家を糊口するに足るべき收入を得る爲めに全力を盡して愛蘭の cottier の如きものもある。兩者共に自己の計算を危険に於て農業を經營せる點に於て純然たる雇傭労働者と異なる。けれども、然らば彼等は企業者なりや」と云ふ間に對しては、勿論「前者は然り後者は否」と答へねばならない。

吾國の小作人の中にも無論色々程度の差はある。けれども大體に於て企業者と見得る程度の者は殆どない。其多くは單に自家の勞力のみを以て——例外的に多少他人の手を借りることはあるが——耕作に従事し、因つて得る所の收穫の一部を地主に納めて仕舞へば、跡には僅かに一家一年の貧弱な生活を繼續するに足るだけの米穀しか残らない有様である。従つて資本主義産業組織の下に於ける資本家労働者の分類中彼等に入るべき部門は勿論「労働者」でなければならぬ。唯何故彼等が歐米諸國に於けるが如き純然たる農業労働者

にならずに小經營者たる形式をとつて居るかを謂へば、それは彼の農業が一般に大規模に經營されてるに反し、我農業が一般に集約的且家族的に行はれてるからなのである。自己の勞力を以て地主の爲めに不勞所得を作る點より云へば彼等の間に何等の差もないのである。嘗て國際農業労働會議に對する労働代表者選出の問題起るや、當路者及び學者の間には小作人企業者説を爲すものが可成り澤山あつた。けれども私は之を以て極めて形式的な——問題の實質を忘れた——議論だと謂ひたいのである。

〔註二〕「作り子」は、地方に依り、「被管百姓」「下人」「名子」「子分」「内百姓」「入百姓」「代耕人」等の名稱を有し、農民中貧窮の爲め自ら獨立して農業を經營するだけの力なき者に付いて多く見受ける例である。従つて小作料は一般に極めて高く、地主から借受けて居た種子食料等を收穫物中から返却した上残りを折半するもの、地主七分小作人三分に分配するものなどがある。此等の者の中には、昔から主従の關係を以て地主に隸屬して居る者もあるが、中には地主が小作人の返地に遭つた場合其他普通の小作人を得ることの困難な場合に之が補充策として創定した例が少くない（農商務省農務局の調査に據る）。

二 小作人は他人の土地を借り自己の計算に於て農業を營む者である。所が現在吾國には其「他人の土地を借り」る法律的形式に二種類ある。

其中最も廣く普通に行はれてる形式は、地主との賃貸借契約に依つて其土地を借り

入れる方法である。此場合に於ける小作人の権利は地主との契約に因り地主が貸與義務を負担且履行することを根據として成立せる對人的の権利に過ぎない。従つて一度地主が變れば新地主に對抗し得べき何物をも持たない爲め、彼から明渡の請求を受ければ何時でも之に應せねばならぬ。其地位は極めて不安である。無論かかる場合には小作人は舊地主に向つて債務不履行を理由とする損害賠償を訴求し得るけれども、現在の如く徒らに費用と時間とを要する裁判制度の下に於ては、かかる救済は事實上到底充分な効果を齎すものでない。殊に金もなく時もない貧民は、かかる手緩い救済に信頼して安心して行かない。加之現在行はれてる賃借小作は一般に契約期間が極めて短く、其多數は一作卸で毎年更新してゆく有様である。此場合地主には更新の義務なきこと勿論なるが故に、小作人は平素から心掛けて地主の甘心を得て置かないと期限の切れた際更新をして貰ふことが出来ない。其結果、小作人は地主に向つて債権を有すると云ふても實は全くの名義だけになつて仕舞ひ、終始地主の鼻息を伺つて居

なければ、近い將來に於ける生活の安全を期することが出来ない有様である。成程小作人が地主の恩惠の下に隷従することを光榮とし、地主も亦仁慈を以て小作人を愛した「淳風美俗」の昔はそれでも差支なかつた。けれども、元來文化の進歩は萬人の人格完成を意味する。他人の恩惠に依つてのみ生活し得る者は完全な人格者ではない。現代の小作人が之を喜ばないのは素より當然である。又地主の側でも色色な關係上段段に昔の「仁慈」的態度を保持することが出来なくなつた爲め、かかる恩情のみを基礎とする小作制度は最早現代の要求に適合しないのである。之を以て農村の平和を維持せむとするも事は殆ど不能に近いのである。

此故に、現在の小作問題を解決する第一着手は、賃借小作權の確立でなければならぬ。それが爲めには、(一)家屋建築の爲めにする借地權及び借家權が物權的の保護を受けるやうになつたと同じやうに、小作權にも亦第三者に對抗し得べき物權的效力を與へねばならない。(二)次に又、小作權の存續期間を成るべく長くするのみならず、

存續期間終了の場合に於ても、地主自ら耕作するの必要ある等何等か正當の理由あるにあらざれば、濫に更新を拒絶し得ないやうにせねばならない〔註三〕〔註四〕。

〔註三〕 文化の進歩と共に借地人の権利が漸次強固安全なものになる傾向があることは、各國の法制史上明かな事實である。此事に付いては拙稿「住宅問題と新借家法案」法協三九卷三號六九頁以下参照。

〔註四〕 小作權の確立は、小作人の人格完成及び農村平和の爲め必要なるのみならず、農業の能率増進と云ふ公益的見地から見ても必要である。耕作者自らが土地に親しみをもち、耕作に對して深い利害關係を有することは、農業の成績を極めて重大な關係を有する事柄である。それならば——其昔歐洲に於て封建的土地負擔の廢止に依つて直接耕作者たる農民の所有權を確立したと同一やうに——現在所有權の壓迫に苦しむつゝある小作人の權利を確保することは、農業の能率を維持し増進するが爲め——即ち公益的見地から見ても極めて重要な事柄である。單に不確實な權利を有するに過ぎず、その上收穫物の大部分を地主に納めねばならない小作人に向つて「土地に親しめ耕作に興味を持って」と云ふのは抑も無理な注文である。

三 現行法は、以上の如き賃借權たる小作權の外に、物權たる永小作權を認めて居る。

永小作權は物權なるが故に、地主の交代に依つて何等の影響を受くることなきは勿

論、永小作人は原則として轉貸及び讓渡の權利を有する。加之、存續期間も二十年以上五十年以下であるから、賃借小作權に比すれば遙かに強固にして確實なる權利である。

併し、民法が賃借小作權の外に、之と併せて永小作權を認めて居ても、小作問題の解決にとつて實は殆ど何等の價値もないのである。

イ 現在の如く二種の著しく效力に差異のある小作權が認められて居る以上、地主が其強固なるものの設定を好まざるは當然である。従つて我國の現状を見ても、小作權の大部分は賃借權であつて、永小作權たるものは極めて少ない。加之其僅かな永小作權さへ其起原は多く民法施行前殊に維新前に屬し、民法に依つて新設されたものは極めて其數に乏しい〔註五〕。故に永小作權制度の存在は殆ど小作問題を解決する効果がないのである〔註六〕。

〔註五〕 無論民法施行後民法に従つて契約書を作り又は之を登記した例は少くないけれども、其多數は從來の

小作關係を明確ならしめる爲め又は小作爭議を解決する手段として締結されたもので、事柄の實質は前から續いてるものが多い。

〔註六〕 故に、現存の永小作權は大體に於て寧ろ舊時代の遺物なりと考ふべきものと思ふ。其起因を——主として帝國農會發行本邦永小作慣行に依つて——調べて見ると、

一 大多數は開墾乃至土地改良に起因して居る。即ち今日地主に相當する人が荒蕪地を拂下げて開墾の許可を受け、之に農民を招致して開墾を爲さしめた上、其對價として「永代小作」する權利を認めた例が極めて多い。無論場合に依り、「地主」は自己所有の荒蕪地を提供して開墾せしめた例もあれば、又自ら費用を出して海岸に堤防を築いたやうな例も少くない。従つて其小作地の成立に依つて「地主」と「小作人」との提供した犠牲の比率には、場合に依つて色々差等があるとしても、兎に角其開墾に依つて「小作人」が多大の犠牲を拂つたこと云ふことが、其權利の「永代小作」たる根據であつて、今日の如く之を單なる他物權として取扱ふことは多くの場合極めて不當である。此事に依つては第四章第一節四五〇頁以下四五八頁以下参照。

二 地主が金子入用の場合に、或は土地所有權全部を手離すことなく、單に土地負擔として年々一定の掬米——加治子米——を收得し得る權利を設定して之を他人に賣り——此場合は獨逸の *Hentoukanf* に相當する——或は土地所有權を他人に賣つて「永代小作」する權利だけを自分に留保し、又或は右と反對に「永代小作」する權利だけを他人に賣つて自ら掬米收得權者となるやうなことをした。此等は何れも現存の永小作權の起源を成してゐるのであるが、此中第一の場合の如き所有權は依然として賣主にあること明瞭なるに拘らず、今日

では——土地負擔が特別の物權として認められない爲め——單なる永小作人として取扱はれるに過ぎないことになつた例が少くない。

三 寺領地を耕作せしめる爲め「永代小作」すべき權利を附與した例も少くない。

尙「本邦永小作慣行」中には、右の外色々な發生原因を掲げて居る。又同書に依つては維本氏「本邦永小作慣行ヲ讀ム」京法一一卷五號一一二頁以下参照。

要するに現存永小作權の大多數は維新以前に其端を發し、且本來は分割所有權に於ける下級所有權の性質を有したもので、やうに思はれる。然るに維新以後之を單なる用益他物權として取扱ふに至つたことは、極めて大なる過失である。此事に依つて三二三頁及び第四章第一節四五〇頁以下参照。

□ 次に、永小作權は今日では最早單なる用益他物權として取扱はれてるに過ぎないけれども、而かも尙直接物を支配する權利なるが故に、永小作人は——設定行爲に別段の定めなき限り——自己の權利の範圍内に於て任意に轉貸を爲し得る。従つて現在の實狀を見ても、永小作人が恰も地主のやうに——尤も本來地主として取扱はるべかりしものも少くなかつたのだから恐らく夫れが相當なのであらうが——土地を轉貸し、其結果永小作人と轉借人との間に小作問題を惹起してゐる例も少くないのである。

要するに、民法中に賃借小作・永小作の二種類を認めて置きさへすれば、當事者は好む所に従つて其何れかを選択するならむと考へた民法立案者の樂觀的豫期は、全く裏切られた譯である。永小作權の存在は毫も小作問題の解決に資する所がない。永小作權の問題は過去にある。本來分割所有權なりしもの、否時には今日の目から見ても所有權と認むべかりしものが單なる用益他物權として取扱はるるに至つた、其不法を回復することが永小作權に關する主たる問題である〔註七〕。

〔註七〕 此問題に付いては第四章第一節四五〇頁以下參照。

第二 永小作權の法律的性質

永小作權とは小作料を拂つて他人の土地に耕作又は牧畜を爲す物權である(二七〇條)。

一 永小作權の目的物

イ 永小作權の目的物は他人の土地である。此點は地上權に關して上述した所と全く同じである(四七三頁參照)。

□ 永小作權の目的物は一筆の土地なることを要するか又は土地の一部でも差支ないか。不動産登記法は地上權及び地役權に付いては其「設立ノ目的及ビ範圍」を登記すべきことを命じて居るに反し(二二三條)、永小作權に關しては何等其事が謂つてない。立法者の意思を忖度するに、農地を目的とする永小作權に付いては宅地の場合と違つて、權利の個數と土地の個數とを合致せしめて何等の例外を認めずとも差支ないと思ふ考でもあらうか。併し立法論的に考へると二者をかくの如くに區別する理由は少しもないと思ふ。

二 權利の内容

イ 土地の使用權

永小作權の目的は耕作又は牧畜の爲め他人の土地を使用するにある。

土地の使用權たる點は地上權と全く同じである。けれども、使用の目的は耕作又は牧畜に限る。

1 「耕作」とは土地に勞力を加へて米穀蔬菜果樹等を栽培するを謂ひ、「牧畜」とは牛馬其他の家畜を飼養するを謂ふ。けれども苟も「農業」と謂ふ言葉の中に含まれ得ることならば總て永小作權の目的になり得るので、茲に「耕作又ハ牧畜」と謂ふのは、實は廣くかゝる事柄を指す爲めに用ゐられた包括的名辭に過ぎないものと解したいのである〔註八〕。併し竹木の植栽等寧ろ「林業」に屬すべき事柄は地上權の目的にはなるけれども〔註八〕、永小作權の目的となるを得ない〔註九〕。

〔註八〕 然らずむば我國從來の言葉に於て「小作」と稱されたものの總てを包含することが出来ないからである。従つて

一 例へば牧草を採る爲め草山を使用するが如き、嚴格な言葉使ひより謂へば「耕作」なりと稱すること稍困難なるに拘らず、現に大審三六・七・六民二錄九輯八六一頁に於ても「惡草荆棘等ヲ尤除シ或ハ播種其他ノ方法ニ依リテ良草ヲ繁茂セシムル等人工ヲ施シテ良草ヲ刈取ル爲メ他人ノ草山ヲ使用スル」ことを以て永小作權の目的と爲し得べしと謂ひ、又大審三九・一一・一二民二錄一二輯一五・一四頁に於ては「耕作ノ目的物ハ五穀蔬菜ニ限ル旨ノ法規若クハ慣習ナキハ勿論又其條理ナクレバ竹木ヲ除ク外諸草即チ藥草・草花・馬草・肥草等苟モ耕作ニ因リ價值ヲ生ズル物ハ總テ之ヲ目的物ト爲シ得ル」と謂ふて、「耕作」の意義を稍々廣く解して

居る。

二 養魚は嚴格に謂へば「耕作」にも「牧畜」にも入らぬ。けれども場合に依り尙之を「農」の一種と見て永小作權の目的とみなし得るものと思ふ。併し當該永小作權の目的が或る種の「農」例へば畑作に限られてる場合に、濫りに畑地を變じて養魚池と爲し得ざるは勿論である。

三 永小作地は開墾に起原するもの多く、従つて自然海岸に位するものが多い爲め、元來は田地として使用して居たのを、暴風其他の事變を機會に以後鹽田として使用せらるゝに至つたものがある。帝國農會發行本邦永小作慣行三五頁に記載した愛知縣幡豆郡の例参照。かゝる場合は嚴格に云へば或は以後鹽田なる工作物の所有を目的とする地上權に變はるのだと謂ふべきかも知れない。何故なれば製鹽は正確に云へば「工」に屬すべきものだから。けれども私は從來の慣例に鑑みてかゝる場合も尙廣く「農」の中に加へ永小作權としてそのまゝ存続し得るものと解する方が穩當だと思ふ。そうして置けば、永小作人は任意更に鹽田を變じて普通の田地とすることも出来る。但し今後新にかゝる目的を以て永小作權を設定することは無論出来ないであらう。

〔註九〕 大審三九・一一・一二民二錄一二輯一五・一四頁。

2 土地使用の目的を「耕作又ハ牧畜」中或る種のものみに制限する特約は有效である。但し登記するにあらざれば其制限を以て第三者に對抗出来ない〔不動産登記法一・一二條〕。か

かる制限ある場合には永小作人其範圍を越えて土地使用を爲し得ざること勿論である。

3 「耕作又ハ牧畜」を主たる目的とする以上、之に附隨して他の目的に使用しても差支へない。従つて設定行爲の主旨如何に依つては小作地の一部を利用して番小屋・肥料小屋・倉庫等直接農業用の附屬的工作物を建設し得るは勿論、自家用の住宅類を建設しても差支ない。無論元來田畑として貸した土地を濫にかゝる工作物建設用に使用してもいゝと謂ふ意味ではない〔註一〇〕。殊に小作料が收穫物の割合を以て定まれる場合には濫りに耕作面積を減縮し得ざること勿論である。

〔註一〇〕 此問題に付いては、嘗て大阪府南河内郡大草村に、永小作人が新に別家を爲さしめる爲め従來永小作地として使用して居た畑地に建家を建設したるに對し、地主から異議が出て訴訟になつた例がある（帝國農會發行本邦永小作慣行二六頁）。かゝる場合には其別家が家族増加に因る自然の必要に基くか及びそれが爲め實際上地主の受くべき地代額に影響を及ぼさないか等を標準として判斷すべきだと思ふ。

□ 小作料

永小作人は——地上權の場合と違つて——必ず小作料を支拂ふ義務を負ふ。

1 小作料を伴はぬ永小作權を物權として設定し得ない。無論之を免除する契約は有效だけれども、之を登記して物權的效力を有せしむるを得ない。

2 小作料は土地使用を許された對價として支拂ふ金錢其他のものである。小作料は定期拂なるを要するか又は設定の當初一時に支拂ふことにしても差支ないか、従つて又小作料として支拂はれる物は代替物なることを要するや否や〔註一一〕に付いては、多少の反對説があるけれども、私は一時拂差支なく、不代替物亦差支なきものと解する。無論民法の諸規定は最も普通なる定期拂の場合を標準として設けられてるけれども、之が爲め一時拂を禁ずる主旨なりと解するを得ない〔註一二〕。

〔註一一〕 反對富井氏物權二二二頁。

〔註一二〕 現在吾國に行はるゝ小作料支拂方法を大別すると、現物納・金納・代金納の三種となる。現物納が其大部分を占めて居る。代金納とは小作料額を米穀で定めながら其支拂は之を換算した金錢を以て爲さしむるを謂ひ（實例「本邦永小作慣行」二三頁にあり）、金納とは初めより一定金額を以て小作料を定めた場合を謂

ふ(實例同上二一九頁にあり)。

尙支米一定量を以て小作料を定め若し之なきときは金銭一定額を拂ふべしとの特約をした例に付いては大審三・七八民二録二〇輯五九二頁参照。

3 小作料の額は初めから一定額に定まつてゐることもあり、又收穫物の一定割合を以て定まつてゐることもある。後の場合を稱して分益小作——「刈分小作」「分ヶ作」——と謂ふ。

三 権利の法律的性質

永小作權は他人の土地の使用を目的とする物權である。

イ 物權である

「小作契約ハ地所ニ附從シタル一種ノ權義ニシテ地所々有權ノ移轉ニ隨ヒ之ヲ繼承スベキモノト爲シ來レルコトハ我國古來ノ慣例ナリ」とは既に民法施行前裁判所の屢々明言した所である。併し當時は永小作權を登記する方法がなかつたから、「右ノ慣例

タル小作人ガ地所ノ所有主ヨリ小作地ノ引渡ヲ得テ實際占有シタル場合ニ適用スベキモノニテ、未ダ曾テ地所ノ引渡ヲ受ケザル場合ニマデ及ブベキモノニアラズ」。然らずむば第三者例へば「地所ノ買受人ガ何程注意調査セントスルモ小作契約ノ存在ヲ知ルニ由ナク」其結果小作權の負擔なしと誤信して地所を買受けた者をして不測の損害を蒙らしめる虞があると謂はれて居た〔註一三〕。

〔註一三〕 大審二九・一〇・九民二録二輯九卷三四頁、大審三〇・三・五民二録三輯三卷五一頁、大審三〇・六・二一民二録三輯六卷六一頁。

此等の判決が「占有の移轉」を以て永小作權の對外的效力の要件としてゐることは興味ある問題で、日耳曼系の法律が *Gewere* を要件として各種の用益物權を認め、英法が不動産賃借人の占有開始を要件として之に物權的保護 *Leasehold* を與へてゐること、其軌を一にするものである。此事に付いては拙稿「住宅問題と新借家法案」法學協會雜誌三九卷三號六九頁以下参照。

而して「民法ノ精神ニ於テモ其規定ニ依ル該永小作權ノ存續期間中ハ右慣習及判例ニ從フ可キ法意ナルコト自ラ明カ」で〔註一四〕、永小作權の物權たること、從つて地主の

交代は毫も其權利に影響を及ぼさざること等今日に於ては何人も之を疑ふものがない。けれども、不動産登記法施行後の今日に於ては登記がなければ之を以て第三者に對抗し得ざること勿論である。

〔註一四〕 大審三三・六・二二民二録六輯六卷一三二頁。

□ 賃貸借に因る小作權との區別

普通に小作權と稱するもの、大部分は賃借權であつて、永小作權は極めて稀れなること上述の通りである。而して前者は債權なるに反し後者は物權なるが故に、先に地上權と賃借權とに付て述べたと略同一の區別がある。

一定の小作權が永小作權なりや否やは小作人及び地主にとつて極めて重大な事柄なるが故に、實際上屢々此點について争が起る。それで之を解決する標準は略地上權に付いて述べた所(四八二頁以下参照)と同じだが、小作權に付いては特に次の諸點に注意せねばならぬ。

1 或る人が其所有の寄洲池沼其他の荒蕪地を開墾する爲め之を農民に貸下げ主として其資力と勞力を以て開墾を爲さしめ、「右農民ハ其報酬トシテ右畑地ニ付キ比較的少額ナル小作料ヲ以テ永久ニ之ヲ小作スル權利ヲ得タ」るに因つて小作關係が開始したやうな場合〔註一五〕には、反對の事情なき限り、永小作權なりと推定すべきである〔註一六〕。

〔註一五〕 大阪控三・二・一五法律新聞一〇一四號二七頁。

〔註一六〕 此事は現在全国に行はるゝ永小作權の大部分がかゝる荒蕪地の開墾に起因してゐるのに依つても之を推論し得る(五六六頁参照)。現に田畑になつてゐる土地を借りて耕作する場合に荒蕪地を開墾して新に小作權を得た場合は、古來全く異別に取扱はれたもので、例へば今日の地主に相當すべき者が、開墾の許可を得たとか、海岸に堤防を築くが如き大工事をしたとか云ふやうなことはあつても、内部の開墾が小作人の勞力と—大部分—其資力を以て爲された以上、それは永小作とすべきである。尤も開墾全體が大部分地主の資力で爲されたこと明かなる場合の如きは素より別論である。

2

小作人が從來「地主ニ關係ナク自由ニ小作權ヲ賣買讓渡質入ヲ爲シ」、地主が其

永小作權の法律的性質—賃借權との區別

土地を賣買讓渡するに當つても右小作人の權利を尊重したる事實あるときは、之を永小作なりと解すべき有力な根據あるものと謂はねばならぬ〔註一七〕。

〔註一七〕 註一五に引用した判例參照。民法施行後の永小作權設定契約には明文を以て讓渡轉貸を禁じてるものが多いけれども、從來の慣習に依ると、永小作權は自由に讓渡し得るものとするのが普通であつた。

3 尙「特ニ每一季小作タルノ契約アルニアラズシテ二十箇年以上繼續小作シタル者ハ乃チ永小作タルコトハ舊幕府時代ヨリノ慣例」だとの判例がある〔註一八〕。

〔註一八〕 判決要旨類集に引かれた大審二五民三卷三八頁。

4 反之「民法施行前ノ小作證書ニ或ハ「本年受地小作仕候」云々或ハ「本年一箇年受地小作仕候」云々或ハ「本年ヨリ五箇年間受地仕候」云々トアリ「尙ホ翌年越ノ作附ハ一切爲サハル旨」及ビ「戸主又ハ長男ガ十五日以上他行スルトキハ土地ヲ隨意ニ引揚ゲ得ベキ旨」ノ特約アル場合ハ永小作契約ニ非ズシテ一ノ貸貸借契約ナリト認定スルヲ相當トス」〔註一九頁〕。

〔註一九〕 名古屋控四一・三一四最近判例集二卷七六頁。

□ 土地所有權との區別

現行法上土地所有權と永小作權との區別は觀念上極めて明白である。併し實際上に於ては、維新前から傳來してゐる色々の權利にして現在——土地臺帳・不動産登記簿等に於ける名義には關係なく實質上——其果して土地所有權なりや永小作權なりや不明なものが少くない。維新前各地に行はれた土地制度と現今の土地制度との間には根本的に差異のある場合が稀れでない。例へば——先にも述べた通り——土佐に於ける本田の加治子米權利者は——外見上今日の所有者に似てゐるけれども實質上實は——土地負擔權利者に過ぎない。加治子米を納めてゐる耕作權者が眞の所有者である。又同じく土佐に於ける新田の加治子米權利者は分割所有權に於ける上級所有者に過ぎずして、耕作者は彼の借地人ではなかつた。然るに維新の際地券渡方規則實施に當つては、此等の加治子米權利者を地主として之に地券を與へた。無論實際にも彼れに完全な所有權があ

るものとした譯ではなく、單に一部の所有權あるに過ぎざるものとなしたること先きにも述べた通りであるが、其後——或は其際既に——ローマ法流の所有權思想の持主たりし當局者は此「地主」を以て今日の所有權者と同一なりと考ふるに至り、民法施行の際には、終に從來は眞の所有權たるか又は少くとも下級所有權たりし永小作權の存續期間を僅か五十年に限定するが如き暴策を取てするに至り、「地主」の權利が完全な所有權として保護されるに至つたのである〔註二〇〕〔註二一〕。

〔註二〇〕 土佐に於ける此不法事實は明治三十二年高知縣有志者から政府に提出された陳情書に記されて居る。

〔註二一〕 此外(一)帝國農會發行本邦永小作慣行餘論「割地制度と永小作」中に小野武夫氏の記す所に依れば、愛知縣海部郡蟹江町、七寶村に付いても、右と全く同様の事實があるを傳へられて居り(同書一三五頁以下殊に一六八頁、一六九頁)、(二)戸水寛人氏は又肥後國阿蘇地方に付いて同様の事實を傳へて居る。全國を精密に調査したならば此種の事例は更に數多いのではあるまいか。

かくの如くであるから、今日公簿上所有權と稱し、永小作權と稱されてるもの、中

に、實質上實は全くさうでないものが可成りにあるのである。

無論、地券渡方規則及び地租改正條例の施行以後、或は「地主」と永小作人との妥協に依つて土地を或る部に分割した例もあり、或は「地主」が代金を拂つて永小作權を買ひつづした例もあり、又或は永小作人が「地主」の權利を買ひつづして仕舞つた例もある。而してそれ等は無論其まゝで差支ないけれども、然らずして、役人の誤解に因り又は維新以來の法律思想の變遷に因つて法律上自然に分割所有者——又は單なる土地負擔權利者——から完全な所有權者に成り上がった者、及び、分割所有權者——又は眞の所有者——から單なる他物權者に引き下げられて仕舞つた者は、今日公簿上の名義如何に關係なく、總て本來の地位に引き下げられ又引き上げられる正當の義務と權利とがあるものと謂はねばならない。かゝる變遷は決して特別の行政處分に依つて生じたのでもなく又正當の對價を拂つて出來たものでもない。凡て唯無智と誤解とから生じたのである。して見ればかくして權利を失つた者は現行法のまゝでも當然其權

利を復活することが出来るのである。無論爾來時が可成りに経過して其後の法律關係も入り組むで居るに違ひないから、理想的に謂へば此際——少くとも民法施行後五十年の経過する前に——特別法を制定して、此等の理由なしに權利を奪はれた者を救済するのが最上の策だと思ふ〔註二二〕。

〔註二二〕 土佐の舊藩主山内家に於ては、民法施行と雖も、永小作地の收用に依つて受くべき補償金額の七分を永小作人に與へることにして居る（「本邦永小作慣行」二二頁）。元來「地主の權利」と「永小作人の權利」とは分割所有權的關係に立つて居たと云ふ沿革的見地から見て、極めて至當な處分である。

又熊本縣に於ける或る永小作契約中には將來已むを得ざる事由の爲め地主が「土地を賣却し永小作權を解く場合に於ては賣却代金の二割即ち十分の二を開墾料として開墾したる反別に限り小作人に交付する事」になつて居る（同書六八頁）。尙四五八頁以下「上土權」に關する議論参照

第二節 永小作權の存續期間

- 第一 最長期及び最短期 五八三頁
- 第二 設定行爲を以て存續期間を定めざりし場合 五八五頁
- 第三 民法施行前からの永小作權の存續期間 五八六頁

第一 永小作權の最長期及び最短期

「永小作權ノ存續期間ハ二十年以上五十年以下トス」（二七八條一項）。故に

一 地上權に於けると異なつて——永久無限の存續を目的とする永小作權を設定し得ないのは勿論のこと——五十年を越ゆる存續期間を有する永小作權も亦之を設定し得ない〔註一〕。

〔註一〕 其立法理由に付いて學者は一般に「其期間永キニ過アルトキハ所有權ト殆ド相擇フコトナキ強力ナル物權ヲ認ムル結果ト爲リ之が爲メニ財産ノ流通改良ヲ妨ゲ且當事者ノ地位又ハ一般ノ經濟事情等ニ變更ヲ生ズルモ既定ノ條件ヲ改ムルコト能ハザル不便アリ」と説明して居る（富井氏物權二二六頁、梅氏物權二五九頁）

永小作權の存續期間

以下等)。長い用益物権を認めるに所有権が有名無實の虚有権になることを甚しく恐れることの當否は先づ別論としても、それが爲め「財産ノ流通改良ヲ妨グ」ること云ふ主張は全く机上の空論である。小作権の存続期間が長ければ長い程小作人と土地との間に親しみが出来て土地の「改良」にも勉めるし、又小作権が強固になればなる程其「流通」もよくなるのが實際である。又縱令長い存続期間を認めても、其間に小作料を自動的に變動せしむべき特別の方法を設けさへすれば差支ないので、後段の理由も全く成立たないと思ふ。

イ けれども「若シ——當事者が——五十年ヨリ長キ期間ヲ以テ永小作權ヲ設定シタ」としても、法律は其設定行爲全部を無効とすることなく、唯其期間を「五十年ニ短縮ス」ることにして居るに過ぎぬ(二七八條一項後段)。當事者が永久無限の存続期間を定めた場合亦之を同様に解すべきである(註二)。けれども、當事者が特に其五十年以上又は無限なることに重きを置き、五十年以下の永小作権は之を欲せざるの意思明かなるときは、勿論本規定の適用なく、設定行爲は全部無効になるものと解せねばならぬ。

(註二) 第二七八條三項は當事者が全然「存続期間ヲ定メザリシトキ」にのみ適用される規定である。

□ 又五十年を超える永小作権の設定は許し得ないけれども、一旦設定した上「之

ヲ更新スルコト」は差支ない。けれども「其期間ハ更新ノ時ヨリ五十年ヲ超ユルコトヲ得ズ」(二七八條二項)。

二 二十年未滿の永小作権は之を設定し得ない。之を目的とする設定行爲は全然無効である(註三)。

(註三) 二十年未滿の永小作権を認めなかつた理由は「短期ノ借地權ハ土地ニ改良ヲ加ヘテ其收益ヲ増殖スベキ經營ヲ爲スコト少キガ故」だと言はれてゐる(富井氏物權二二六頁)。其理由は無論正當であつて、同じことは賃借權たる小作権に付いても謂ひ得る。

第二 設定行爲に於て存続期間を定めざりし場合

「設定行爲ヲ以テ永小作權ノ存続期間ヲ定メザリシトキハ其期間ハ」次の方法に依つて定まる。

一 「別段の慣習アル場合」には其慣習に依る。併し永小作権の存続期間を二十年以上五十年以下に限つた上記第二百七十八條第一項の規定は公益的理由に基く強行法規に

屬するが故に、之に反する慣習は無効だと謂はねばならぬ^{(二)法例}。

二 かゝる慣習なきときは、存続期間は法律上當然に「之ヲ三十年トス」^(二七八條三項後段)る。

第三 「民法施行前ニ設定シタル永小作權」の存続期間

一 民法施行前には、今日の永小作權に相當する權利には一般に期限の定めなく、「永代」存続するものと考へられて居た。此種の權利が一般に如何なる原因に基いて發生したかを考へて見れば、其「永代」存続を認めたることは當然なのである。

二 然るに立法者は、民法が新に五十年を超ゆる永小作權を認めなくなつた精神に鑑み、從來の永小作權までをも此範圍内に押入りたいと考へて、次の規定を設けた。

イ 「民法施行前ニ設定シタル永小作權ハ其存続期間ガ五十年ヨリ長キトキト雖モ其效力ヲ存ス但其期間ガ民法施行ノ日ヨリ起算シテ五十年ヲ超ユルトキハ其日ヨリ起算シテ之ヲ五十年ニ短縮ス」^(民法四七條一項)。

□ 「民法施行前ニ期間ヲ定メズシテ設定シタル永小作權ノ存続期間ハ慣習ニ依リ

五十年ヨリ短キ場合ヲ除ク外民法施行ノ日ヨリ五十年トス」^(民法四七條二項)。

三 けれども、民法施行前には、永小作權は「永代小作」し得べき權利、即ち永久の存続期間を有するものとして一般に考へられて居た。殊に地方に依つては、小作人が耕地に對して有する權利と小作人から控米——加治子米——を受ける人が其耕地に對して有する權利との關係が今日の法律の下に於ける地主永小作人の關係と全く異なつて、或は兩者共に分割所有者たるか、或は永小作人が眞の土地所有者にして「地主」は單なる土地負擔權利者たるに過ぎざりし場合が少なくないこと既に上述の通りである。従つて、民法を以て忽に永小作權の存続期間を五十年に制限するのは本來永久に存続すべかりし權利を何等の理由なしに奪ひ去つたものに外ならない。是れ明治三十二年高知縣有志者から政府に向つて陳情書が提出された所以であつて、明治三十三年三月法律第七十一號が、民法施行法第四十七條の末尾に「民法施行前ニ永久存続スベキモノトシテ設定シタル永小作權ハ民法施行ノ日ヨリ五十年ヲ經過シタル後一年內ニ所有者

ユ於テ相當ノ償金ヲ拂ヒテ其消滅ヲ請求スルコトヲ得若シ所有者ガ此權利ヲ拋棄シ又ハ一年内ニ此權利ヲ行使セザルトキハ爾後一年内ニ永小作人ニ於テ相當ノ代價ヲ拂ヒテ所有權ヲ買取ルコトヲ要ス」なる一項を附加したのは、實に此點の不平を柔げる目的に出でたのである〔註四〕。

〔註四〕 此規定は恐らく民法施行後五十年の際「相當ノ償金」乃至「相當ノ代價」如何の問題を中心として幾多の訴訟を惹起すであらう。私は今から別にもつと合理的な法律を設けて之を豫防することにしたいと思ふ。此規定の不可なることに付いては戸水氏阿蘇の永小作二四頁以下参照。

第三節 永小作權の效力

- 第一 土地使用權及び其附隨義務 五九〇頁
- 第二 轉貸及び處分 五九三頁
- 第三 地上物の所屬及び處分 五九四頁
- 第四 小作料支拂義務 五九五頁

永小作權の内容は第二百七十條以下の諸規定及び設定契約に依つて定まる。其外「永小作人ノ義務」に付いてだけは、反對の慣習なき限り（七條）、「賃貸借ニ關スル規定ヲ準用ス」（三條）ることになつて居る〔註二〕。

〔註二〕 地上權の場合には「地代ニ付テだけ」賃貸借ニ關スル規定ヲ準用ス（二六六條二項）ることになつて居るのと同や趣を異にして居る。

又永小作權には隣地者關係に關する第二〇九條乃至第二三八條の規定を準用しない、ことになつて居るが（二六七條参照）私は稍や其適宜を疑ふ。

永小作權の效力

永小作人は次の如き諸種の権利義務を有する。

第一 土地使用權及び之に附隨する義務

一 永小作人は、耕作又は牧畜に必要にして且設定契約の主旨に反せざる限り、如何なる行爲をも爲すことが出来る。けれども「土地ニ永久ノ損害ヲ生ズベキ變更ヲ加フルコトヲ得ズ」(二七)。(二七)。濫りにかかる變更を加へ其他權利の範圍を逸脱するときは第五四一條に依つて權利消滅の請求を受ける(註二)。但し此規定に「異ナリタル慣習アルトキハ其慣習ニ能フ」(七七)べきである。

〔註二〕 大審九・五・八民三録二六輯六三六頁。

横田氏物權四八二民、三瀨氏物權二一一頁は消滅請求の理由を第五九四條及民第六一六條の準用(二七三條)に求めて居るけれども、是れ徒に物權契約債權契約の區別を固守するが爲めに生ずる結論に過ぎぬ。私は右の判決と共に第五四一條は地上權設定行爲にも當然適用せらるべきものだと解したい。

二 永小作人は右の如く他人の土地を耕作又は牧畜に使用する權利を有するけれども同時に其使用を爲すに付いては、「契約又ハ目的物ノ性質ニ因リテ定マリタル用方ニ

從ヒ其物ノ使用及ビ收益ヲ爲スコトヲ要」(二七三條、六一六)し、且「善良ナル管理者ノ注意」を加ふることを要する(四〇〇)。(四〇〇)。従つて永小作人此義務に反したるときは、地主は之に對して、(イ)違反行爲の停止を請求し得べきは勿論、(ロ)之が爲め蒙りたる損害の賠償を請求し得べく、(ハ)又第五四一條に依つて永小作權の消滅を請求し得べきこと後に述ぶる通である。

尙永小作人は如上の義務を負ふ當然の結果として、自己の過失に因つて土地を荒廢せしめた場合は勿論、天災の爲め土地の荒廢を來した場合にも、——荒廢が土地の全部滅失と認むべき程度なるときは兎に角、然らざる限り——之が回復を計る義務あるものと謂はねばならぬ。けれども、天災に因る荒廢の損失を永小作人のみが負擔せねばならぬ理由はあり得ないから、永小作人が回復作業に要した費用の一部は其都度地主に向つて償還を請求し得るものと謂はねばならぬ(註三)。反之賃貸借の場合と異なつて(六〇六)〔註四〕、地主は——別段の慣例ある場合を除く外——かゝる回復の義務を負

はない〔註五〕。

〔註三〕 償還請求の根據は、かゝる費用は土地保存の必要費と認めらるゝ點にある（六〇八條一項參照）（別著債權各論六八八頁以下參照）。けれども、此場合には、

一 貸借の場合の如く、永小作人の支出した必要費の全部を償還する必要はない。何故なれば、貸借人は貸借物の修繕義務を負担するに反し（六〇六條一項）、永小作地所有者にはかゝる義務がないから。地主も永小作人も共に當該の土地に付いて直接權利を有するのだから、之が保存費は双方の共擔でなければならぬ。

二 次に償還は支出の都度「直チニ」之を請求し得るものと解すべきである（六〇八條一項參照）。

三 尙永小作人は右の償還請求權を擔保する爲め小作地の上に先取特權を有する（三二條六條）。

〔註四〕 別著債權各論五八四頁以下參照。

〔註五〕 大審三一・七・六民二錄四輯七卷九頁殊に一一頁は假定的な議論として、元來地主が海岸に堤防を築き小作人が開墾したるに因つて初つた永小作關係に於ては、後に至り暴風雨の爲め堤防破壊して耕作不能となつた場合に、若し地主が自費を出して堤防を修葺したならば、之を理由として——小作料の値上げ請求出来ないが——費用の辨償を求め得べきことを認めて居る。併しそれは無論「地主ニ於テ永小作人ノ負擔ニ屬スベキ工事ヲ爲シ其費用ヲ支出シ」たることを條件とするので、本件に於ては「舊例ニ依リ堤防ノ修築ハ地主ニ於テ之ヲ負擔シ井路ノ修繕ハ小作人ニ於テ之ヲ負擔スベキ」ことになつて居るのだから、——井路修繕の分

だけは兎も角——堤防修築に關する分は費用辨償を請求し得ない、と謂はれて居る。

尙「本邦永小作慣行」六〇頁六一頁の記載に依ると、徳島縣に於ける海岸埋立に因る永小作地に於ては、天災に因つて荒地となつた場合の復舊義務は小作人之を負擔し、堤防道路橋梁の修築等は地主之を負擔することに於て居る。參考に値する慣行である。

第二 永小作地の轉貸及び永小作權の處分

一 「永小作人ハ（中略）其權利ノ存續期間内ニ於テ耕作若クハ牧畜ノ爲メ」土地を轉貸——又小作・又掟——することが出来る（二七條）〔註六〕。

イ 「權利ノ存續期間」を超えて轉貸を爲し得ざるは勿論、

ロ 「耕作若クハ牧畜」の目的以外に轉貸するを得ない。従つて小作地上に地上權を設定することは無論許されない。

〔註六〕 永小作人の轉貸は實際上極めて其例が多い。此種の場合には、地主も永小作人との間及び永小作人との轉借人との間に、二段の小作關係を生ずるので、小作問題として特別に講究を要する問題である。

私の考では、永小作權の讓渡は之を確保する必要があるけれども、轉貸は成るべく之を制限し若くは禁止

すべきものだと思ふ。所が實際多數の契約を見るに此點が反對に約束されて居る。是れ轉賃は地主永小作人の雙方に好都合なるに反し、讓渡は地主にとつて不都合だからである。併し公益的見地から見るとそれは寧ろ反對でなければならぬ。

ハ 第二百七十二條には單に「賃貸」とある故、無償の轉賃を認めないやうであるが、理論上之を禁ずる理由は少しもない〔註七〕。

〔註七〕 宮井氏物權二二三頁は反對に解して居るが、學者間の通説は本文と同説である。三濑氏物權二〇三頁、中島氏物權五二四頁。

二 永小作權は之を「他人ニ讓渡シ」得るは勿論(二七條)、其他質權(三六條) 抵當權(三六九條)等の目的とすることが出来る。

三 右の如き轉賃又は處分は設定行爲を以て之を禁止し得る(二七二條)。併し之を以て第三者に對抗する爲には登記を必要とする(不動産登記法一一二條)。

又以上と「異ナリタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フ」(二七七條)べきである。

第三 地上物の所屬及び其處分

永小作人が「權原ニ因リテ」土地に附屬せしめたる物は附合に拘らず尙永小作人の所に屬する(二四二條但書)。従つて又任意に之を處分することが出来る。此點については先に地上權に關して説明した所(五〇六頁以下)参照。

第四 小作料支拂義務

永小作人は常に必ず小作料支拂義務を負ふ。而して小作料として給付すべき物の種類・數量・支拂の時期・場所等は總て當事者の定むる所に依つて定まるべく〔註八〕。而して別段の特約なきときは慣習に依り(二七七條)、慣習亦存せざるときは賃貸借に關する規定を準用すべきである(二七七條)。

〔註八〕 小作料は永小作權の要素である。故に登記なしと雖も第三者——例へば永小作權の承繼人——其存在を争ふことを得ない。併し其額、支拂時期其他特約に依つて初めて定まる事項は登記(不動産登記法一一二條)するにあらざれば之を以て第三者に對抗出来ぬ。

一 小作料支拂時期

永小作權の效力—小作料支拂義務

特約なく、別段の慣習亦存在せざるときは、「收穫季節後遲滞ナク之ヲ拂フコトヲ要ス」(二七三條六)る。

二 小作料支拂場所

小作料の支拂場所に付いて特約なく(註九)、又別段の慣習なきときは、「債権者ノ現時ノ住所ニ於テ」支拂を爲さねばならぬ(四八)。(四八)從つて債権者たる地主が住所を變じ又は小作料債権を他人に讓渡したる爲め「債権者ノ現在ノ住所」に變更を生じたるときは、其「現實ニ債務ノ履行ヲ爲ス時ニ於ケル債権者ノ住所」に於て支拂をせねばならぬ(註一〇)。併し之が爲め「辨濟ノ費用ヲ増加シタルトキハ其増加額ハ債権者之ヲ負擔ス」(四八)べきこと勿論である。

〔註九〕 次註末段參照。

〔註一〇〕 大審九・三・一三民三錄二六輯三一二頁。本件は地主甲が或年分の小作米債権を乙に讓渡し、乙は更に之を丙に讓渡した爲め、本來の辨濟場所は甲の住所地たる静岡縣志太郡島田町なりしものが丙の住所地た

る茨城縣土浦に變じ、其結果丙が「義務ヲ履行ス可キ地ノ裁判所」(民訴一)に小作米請求の訴を提起した事件である。此事件に付いて感ずる事柄の一は、

一 現行民法四八四條及び四八五條の規定が或場合に付き極めて不當だと謂ふことである。成程辨濟費用の増加額は債権者に於て之を負擔するとしても、通常資力に乏しき小作人が小作米の如き運送容易ならざる物品を——債権者の任意に依つて——遠隔地にまで送らなければならぬことになり、若し之を忘れれば其地に於て訴を提起されることになるが如きは、極めて重大な不都合である。故に私は一日も速かに——少くとも小作料に付いてだけでも——此點を改正せねばならぬと思ふ。

二 小作契約の如き屢々證書なしに締結せらるる契約にありては小作料支拂場所についても當事者特に明示の意思表示を爲すことなく、而かも當事者雙方共地主の住所又は小作管理人の住所を以て支拂の場所とすることを欲し暗黙に其合意成立したものと認むべき場合が少くない。殊に若しかゝるものが年々繰返されて居たならば其事實だけでも支拂場所に關する暗黙的特約の成立を推論出来る。明示の合意なきことのみを理由として直に第四八四條を適用してはならぬ。

三 小作料額

契約に依つて定められた小作料額は、事後如何に事情が變らうとも、當事者一方の意思を以て濫に之を増減し得ざるを原則とする。此事先に地上權に付いて述べた所と

全く同じである(六一五頁)〔註一一〕。

〔註一一〕 耕地整理法に依る小作料増減の請求に付いては同法一九條、二〇條、二三條、二四條ノニ參照。

イ 「永小作人」が「不可抗力ニ因り収益ニ付キ損失ヲ受ケタル」場合の如き、彼をして「小作料ノ免除又ハ減額ヲ請求スルコトヲ得」しむるのが至當のやうに思はれるのだが、民法は之を許して居ない(四七條)。尤も之と「異ナリタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フ」(七七條)べきこと勿論であるが。貸借に依る小作にあつては「不可抗力ニ因り借賃ヨリ少キ収益ヲ得タルトキハ——少くとも——其収益ノ額ニ至ルマデ借賃ノ減額ヲ請求スルコトヲ得」(六〇條)ることなれるに拘らず、永小作權に付いては何故に同理を認めないのであらうか。私には其理由を解することが出来ない〔註一二〕。

〔註一二〕 學者は一般に之を説明して「凶作に因る損失は頓て來るべき豊作に依つて償はれる、殊に長期の存続を通例とする永小作權にあつては長年月の間に損益相償ふに至るを常とするからだ」と謂ふて居る(富井氏物權二三五頁以下、三浦氏物權二〇七頁以下)。けれども、一般に貧困な小作人をして、(一)「不可抗力ニ因り借

賃ヨリ少キ収益ヲ得タルトキハ其収益ノ額ニ至ルマデ借賃ノ減額ヲ請求スルコトヲ得、しめて——小作人が如何にして生活を續くべきかの問題に何等の顧慮を拂ふことなしに——収益額の全部を地主の手に收めしめて第六〇九條既に極めて非人道的である。(二)況んや收穫皆無の場合にさへ小作料全額を支拂はしめる第二七四條に至つては、之を是認すべき何等の口實をも發見することが出来ない。學者稍もすれば、永小作權にあつては小作料も平素から少額なるを通例とするから、凶作の場合に對する第二七四條の取扱ひ必ずしも過酷ならずと稱して同條を辯護して居る。けれども永小作に於ける小作料の安いのはその權利が本來所有權に近いからなのである(五七九頁以下參照)。従つて永小作人こそ一層凶作に因る小作料の減免を受ける資格があるのだと考へることが出来る。

尙學者に依つては「永小作人ハ不可抗力ニ因り引續キ三年以上全ク収益ヲ得ズ又ハ五年以上小作料ヨリ少キ収益ヲ得タルトキハ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得」(二七條)の旨の規定を以て凶作に對する永小作人の「保護」(註)策なるが如くに説いて居る者もあるが(三浦氏物權二〇八頁)、かくの如きは「汝の命を捨てよ然らば病苦を免るゝことを得む」と謂ふに均しい。

要するに、第二七四條は永小作人をして容易く其權利を失はしむる機會を作るだけで(二七六條參照)、何等合理的の存在理由を有せぬ。

□ 右と異なつて、永小作權の目的たる土地の「一部が永小作人ノ過失ニ因ラズシ

永小作權の效力—小作料額

ヲ滅失シタルトキハ其滅失シタル部分ノ割合ニ應ジテ小作料ノ減額ヲ請求スルコトヲ得（二七三條六）〔註一三〕。

〔註一三〕 第六一一條に付いては別著債權各論六二六頁以下参照。

従つて、例へば洪水の爲め小作地の一部が流失して河床となつた場合は勿論、小作地の一部が砂礫地になつて全く耕作不能となつた場合にも本條に依つて減額請求を爲し得るものと謂はねばならぬ。何故なれば、永小作權は「耕作又ハ牧畜」の爲め他人の土地を使用する權利だから、元來耕作の爲めに借りた土地が天災の爲め耕作不能になれば其永小作權に關する限り土地は滅失したものと謂はねばならないから。尙右の法理は天災の爲め土地の品質が悪くなつた場合に付いても亦同様に之を認めねばならない。何故なれば土地の——廣さに付いての——一部滅失と品質に付いての一部滅失とを區別して取扱を異にする理由は少しもないから。

ハ 尙公租公課の増額地價の昂騰等を理由として地代の増額請求を許す法理（五一七頁以下）

〔參〕は永小作權にも亦之を適用し得べきや否やに付ては多少の疑問があるけれども、古く大審院は「永小作ニ於テ小作料ノ増額ヲ求ムルニハ地主ニ於テ公課ノ負擔増加スルカ又ハ其他ノ顯著ナル理由ナカルベカラズ」と云ふて〔註一四〕、増額請求の理論上可能などを認めたとがある。而して現在學者は一般に右の法理は廣く借地關係の總てに適用あるものと考へるに至つたのであるが〔註一五〕、從來此問題に關する判例の殆ど凡ては宅地に關するるので、耕地に關しては其先例力を疑ふ餘地さへある〔註一六〕。理論上から考へても耕作地に關しては「公租公課の増額」は生産費として消費者に轉嫁されるのが常であり、「地價の昂騰」は又寧ろ米價昂騰の結果だとも考へられる。而して我國に於ける小作料は通常米麥等收穫物を以て拂はれてるのであつて見れば、公租公課の増額、地價の昂騰の如き事由を理由として小作料の増額請求を許す根據は極めて薄弱だと謂はねばならぬ。故に私は——一步譲つて耕地の借地關係に付いてもかゝる法理を認め得るとしても——其適用を金納小作料の場合にのみ限るべきで、現物納又は代金納の

場合には其適用なきものと考へたいのである〔註一七〕。

六〇二

〔註一四〕 大審三一・七・六民二録四輯七卷九頁。本判決は唯理論として本文の文句を一言しただけで、事件として、元來地主が堤防を築造し小作人が開墾を爲したるに因りて初りたる永小作權關係に於ては、後に至り暴風雨の爲め堤防が破壊した際地主が更に費用を出して之を修葺したからと云ふて、小作料の値上を請求し得ない、と謂つてゐるに過ぎない。具體的に見れば、——殊に永小作の起原までも考に入れてある點に於て——至當な判決だと考へることが出来る。五九二頁註五參照。

〔註一五〕 三瀨氏物權二一〇頁、宮井氏物權二四四頁。

〔註一六〕 五二二頁參照。

〔註一七〕 此の點に付いては、「公租公課増加スルモ地料米ノ價格騰貴スル等ノ理由ニ因リ所有者ニ於テ損失ヲ蒙ラザル場合ニ於テハ地料ヲ増加セシムベキ理由ナキノミナラズ毫モ其必要ナシ」と云へる大審四〇・三・六民二録一三輯二二九頁及び地代が玄米の如き「經濟狀態ニ因リ價格騰貴スルコトアルベキ物品ヲ以テ」支拂はるべき場合には玄米の價格昂騰をも考慮に加ふるにあらざれば、地代増額の許否を決し得ざる旨を判示した大審四三・三・一五民一録一六輯二一三頁參照。此等の判例は寧ろ本文の議論を裏書きするものである。

四 永小作權が讓渡せられ又は永小作人が小作地を轉貸した場合に、地主が直接讓受人又は轉借人に向つて小作料の請求を爲し得ることは、先に地上權に付いて述べた所

と全く同じである(二六三條)(五〇三頁以下)。
(六一三條)(五一二頁參照)。

第四節 永小作權の變動

六〇四

第一 永小作權の取得

六〇四頁

第二 永小作權の消滅

六〇五頁

一 消滅原因——二 消滅の效果

第一 永小作權の取得

地上權に付いて述べた所と同じである。但し永小作權に付いては第三八八條の如き規定がない。土地と建物とが別々に競賣されることはあつても、土地と耕作物とが別別に競賣されるやうなことは實際上先づないからなのであらう。

尙永小作權を時効に因つて取得することも理論上考へ得られるけれども、例へば一作卸にて毎年更新して永年賃貸借を續けて來た小作人が「自己の爲めにする意思を以て平穩且公然に二十年間永小作權を行使して來たから」と云ふて永小作權の時効取得

を主張することは出来ない。何故なれば本來賃貸借を以て初まつた準占有が永小作權の準占有に變はる爲めには第百八十五條^(二〇)_(五條)に依る特別の意思表示を必要とするからである〔註一〕。

〔註一〕 大審一〇・三・一六民三錄二七輯五四一頁。尙本件については法學協會雜誌三九卷一一號一五三頁中川氏評釋參照。

第二 永小作權の消滅

地上權の消滅に付いて述べた所は略そのまゝ、永小作權にも適用することが出来る。

一 消滅原因

地上權に於けると同じく永小作權に付いても、土地の全部滅失・土地の收用・時効・存續期間の満了・特約された消滅事由の發生・拋棄・消滅の請求等を消滅原因として擧げることが出来る。以下其中特に永小作權に付いて説明を要する點だけを略述する。

イ 土地の全部滅失

永小作權の取得—消滅

六〇五

小作地の一部が「小永作人ノ過失ニ因ラズシテ滅失」すれば永小作人は小作料減額の請求を爲し得る(頁參照)。反之小作地の全部が滅失すれば永小作權は當然に消滅する。併し其所謂「滅失」とは、例へば洪水の爲め土地が全然流失して仕舞つたやうな場合のみならず、砂礫地になつて全く耕作に適しないやうになつた場合をも含むものと解せねばならぬ。無論此後の場合は程度の問題であつて、尙多少たりとも耕作の見込みがあれば一部滅失に過ぎざるが故に、當然には永小作權を消滅せしめない(二七三條、六(六〇〇)頁參照)。而して此場合永小作人は土地の回復を計る義務あると同時に地主をして其費用の一部を償還せしめ得べきこと上述の通りである(頁參照)。

□ 特約された消滅事由の發生

地上權に於けると同様「永小作權ノ設定ニ關シテモ或條件ヲ以テ其設定ノ契約ヲ解除スベキ特約ヲ爲ス如キハ固ヨリ當事者ノ自由ニシテ敢テ法律ノ禁ズル所ニアラズ」註二、「併し「小作米ノ支拂期限ニ之ヲ履行セザルトキハ直チニ其設定ノ契約ヲ解除シ

小作權ヲ消滅セシムルコトヲ得ベキ特約」は、「永小作人ガ引續キ二年以上小作料ノ支拂ヲ怠」るに依りて初めて「地主ハ永小作權ノ消滅ヲ請求」し得べしとする第二百七十六條の精神に反するから無効である(註三)。又一定の存續期間を定めながら同時に地主の請求あるときは何時にても直に又は一定の期間内に明渡すべしとの特約を爲したるときは、それが當該契約の目的と矛盾するや否やに依つて其效力を決すべきこと地上權の場合と同様であるが、其判斷を爲すに付いては、小作の目的が耕作にあるや牧畜にあるや又耕作物が米麥類なりや果樹殊に柑橘類の如き永年作物なりや等の諸點を斟酌すべきで抽象的固定的な決定を與へてはならない。

〔註二〕 大審三七・三・一一 二條一〇輯二六四頁の議論。

〔註三〕 前註判決は右の理由に依つて此種の特約を有效なりとしてるけれども、其不可なることは地上權に關する五四二頁註四に於て之を説明した(同說梅氏物權二五四頁)。反之富井氏物權二三九頁は二七六條は強行規定と見るを得ないから、と云ふ理由で判例に賛成してゐる。けれども同條が公益的規定なることに付いては殆ど疑ひあるまい(同說三瀨氏物權二〇九頁、然るに同氏は同條が地上權に準用せらるべきものなるにも拘

らず地上権に關して、「一回ニテモ地代ノ支拂ヲ怠ルトキハ其時ニ於テ權利ヲ消滅セシムト約スルモ可ナリ」と云つて右判決を引用して、同書一九二頁、明かに矛盾である。

ハ 抛棄

永小作人は其權利を抛棄することが出来る。併し永小作權には——地上権に於けると異なつて——常に存續期間があるから、第二百六十八條第一項の準用はない〔註四〕。

〔註四〕 耕地整理法二一條にも永小作權抛棄に關する特別規定がある。

永小作人は其權利を抛棄し得るけれども

1 普通の場合には存續期間の殘部に對する小作料を拂はなければならぬ〔註五〕。

〔註五〕 此點に付いては地上権に付いて述べた所(五四六頁以下)參照。

2 反之「永小作人が不可抗力ニ因リ引續キ三年以上全ク收益ヲ得ズ又ハ五年以上小作料ヨリ少キ收益を得タルトキハ其權利ヲ抛棄スルコトヲ得(五七條)べく、此場合には將來に向つて小作料を免るべきこと勿論である。但し本條の規定と「異ナリタル慣習

アルトキハ其慣習ニ從フ(二七條)。

尙右の期間は「民法施行前ヨリ同條ニ定メタル事實が始マリタルトキト雖モ其始ヨリ之ヲ起算ス(六條)ることになつて居る。

ニ 永小作權消滅の請求

「永小作人が引續キ二年以上小作料ノ支拂ヲ怠リ又ハ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ地主ハ永小作權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得(二七條)る。而して本條に付いては先きに地上権に付いて詳説した所を參照せられたい(五七四頁以下)。但し永小作權に付いては之と「異ナリタル慣習アルトキハ——本條を適用せずして——其慣習ニ從フ(二七條)ことになつて居る。

尙右「二年以上」の期間は「民法施行前ヨリ同條ニ定メタル事實が始マリタルトキト雖モ其始ヨリ之ヲ起算ス(六條)。

尙右の外、約定解除權及び右第二百七十六條以外の一般義務違反を理由とする法定

解除権(五四)に付いても、總て地上權に付いて述べた所を参照せられたい(五四四頁以下殊に五五一頁以下)。

二 消滅の効果

永小作權が消滅すると略地上權に付いて上述したると同一の効果が發生する(五五二頁以下參照)。

イ 土地の返還

永小作權消滅せるときは、使用を停止して其土地を返還せねばならぬ。

返還の時期は永小作權の消滅と同時にである。けれども、實際若し作物其他の地上物があれば、永小作人は之を收去すべき權利義務を有すること後に述ぶるが如くなるが故に、收去に必要な相當の期間(註五)返地の猶豫を受け得べきものと解せねばならぬ。併しそれは收去に必要な範圍に限ること勿論で、其範圍を越えて耕作を續け得る譯ではない。

(註五) 此期間を定むるに付いては作物の状態季節其他當事者双方の需要等を標準とすると同時に「善良の風

俗」の要求をも參酌せねばならぬ。故に例へば、

- 一 收穫時期の都合上僅かな時日の差異が永小作人にまつて極めて重大な價值を有すべき場合には、地主は其時日の猶豫を與へねばならぬ。殊に地主が次期の耕作を初むるに付き必要なきに拘らず、永小作人の事情を斟酌せずに迅速な返地を求めることは出来ない。
- 二 同時に永小作人も、頓て權利消滅すべきことを知りながら無斷にて其後に收穫すべき作物を作り初めても、それを理由として收去の猶豫を求めることは出来ぬ。但し地主が明示又は暗黙に同意を與へたときは此限でない。
- 三 一定の時期に小作地の返還を受けることが、地主が次期の耕作を初むるに付き必要なるか又は極めて有利なるときは、多少永小作人には不利でも迅速な返還を請求することが出来る。

ロ 地上物の收去義務

永小作人が小作地に植付けた耕作物其他權利行使の爲めに設けた地上物は、附合に拘らず終始其所有に屬する。従つて何時と雖も之が收去を爲し得べきこと勿論であるが、永小作權消滅の場合には更に又之を收去すべき義務を負ふに至る。

1 收去の條件

永小作權の消滅—土地の返還

永小作人右の收去を爲すに付いては必ず「土地を原狀に復」さねばならぬ(二七九條二項)
 但し「異ナリタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フ」(同二項)。尙收去は權利消滅後遲滯なく
 之を開始し必要なる相當の期間内に之を終了せねばならぬ。

2 地主の地上物買取權

右の場合に「土地ノ所有者ガ時價ヲ提供シテ之——耕作物其他小作人が權利行使の
 爲めに設けた地上物——ヲ買取ルベキ旨ヲ通知シタルトキハ永小作權者ハ正當ノ理由
 ナクシテ之ヲ拒ムコトヲ得ズ」(二六九條二項但書)。但し之と「異ナリタル慣習アルトキハ其慣習
 ニ從フ」(同二項)。

地主が買取を請求し得るものは、獨り耕作物のみならず、苟も永小作人が權利行使
 の爲に土地に附合せしめたものの全部に及ぶ。故に例へば肥料小屋・住宅・牧畜の爲め
 にする家畜小屋其他の施設等の買取を求め得る。而して又此等の物の全部を買取るや
 又は其一部のみを買取るやは原則として地主の自由だけれども、一部買取の爲め著し

く永小作人の利益を害するが如き場合には——若し之を許せば權利濫用になるから——
 一勿論全部を纏めて買取らねばならない。

第七章 地役權

第一節 地役權の意義及び性質

- | | |
|--------------|------------|
| 第一 地役權の社會的意義 | 六一六頁 |
| 第二 地役權の法律的性質 | 六一九頁 |
| 一 要役地と承役地 | — 二 要役地の便宜 |
| 一 三 承役地の物的負擔 | — 四 存續期間 |
| 一 五 地役權の不可分性 | |

第一 地役權の社會的意義

二の土地が隣合つて存在する場合に、法律は相隣者双方に向つて法律上當然に一定の義務を負擔せしめて居る（例へば二〇、八條以下）。若し然らずして相隣者各自が得手勝手に自己の權利を主張するとすれば、其結果は相隣者双方にとつて反つて不利益になり、世の中は極めて住み難いものになるだらう。此ことに付ては曩に所有權の章に於て之を詳

説した（三四四頁以下）。

無論法律が當然にかゝる義務を負はせるのは、特に法律の定めた要件の具備して居る場合に限る。所が、例へば甲地と乙地との間に——法律の定めた要件は備はらないが——若し甲地所有者が乙地を一定の用に使用することが出来れば、其結果甲地そのもの、便益が増加し其價值増大するに至るが如き、事實的關係の存在することがあり得る。若しかゝる場合に甲地所有者の乙地使用目的が乙地の占有までも必要とするが如き種類のものなるとき——例へば建築し耕作し殖林するが如きものなるとき——は、其目的を達するが爲め、或は賃貸借を締結し、或は地上權乃至永小作權を設定せねばならぬ。併しそれほどの使用をするのではなく、或は單なる通行の爲め、或は疏水の爲め等に、乙地を使用したいと謂ふやうな場合に、一々賃貸借を締結し地上權を設定せねばならぬとすれば、それは甲地所有者に向つて無用の犠牲を要求するものである。かゝる場合に、乙地は其まゝ乙地所有者に於て之を利用しつゝ、甲地所有者の

需要の限度に於て、之を甲地の便益にも供することにすれば、乙の犠牲少くして而かも甲の爲め大に其便益を増大せしむる結果になる。殊に其關係が物權として成立すれば乙地をかゝる目的に使用し得ると云ふ便宜は甲地の附屬的權能として其一部を成すに至り、甲地の物的價值を増大せしむるに至る。是れ民法に於て地役權を認めたる所以である。

故に地役權は民法二百八條以下に規定した相隣者相互間の權利關係と酷似した性質を有するもので、唯前者は契約を以て特に設定せらるゝものなるに反し、後者は法定要件の具備する場合に法律に因つて當然に發生し、従つて其の内容も法律に依つて一定して居る、と謂ふ差異があるに過ぎない。是れ後者を稱して一般に法定地役 *servitutes legales* と名付くる所以である〔註一〕。

〔註一〕 大審九・三・六民三錄二六輯二六一頁が民法施行前に締結した疏水契約の内容が民法施行後民法二二〇條に該當することになる土地所有者は「當然同條ノ權利ヲ取得スルニ至ルモノニシテ之ニ牴觸スル從前ノ

契約ノ其效力ヲ失フハ勿論、之ニ適合スル契約ト雖モ其效力ヲ保有セシムルノ必要」なきに至るものだと謂つて居るのは、正に地役權と所謂法定地役とが互に酷似せる事實を語つたものに外ならぬ。

外國の法律中には右の如き地役權の外、人役權 *servitutes personelles, persönliche Dienstbarkeiten*——即ち一定の土地其他の物が特定の人の便宜に供せらるべき物權的負擔を負ふことを認めてるものがある〔註二〕。此種の權利は——地役權が要役地に從屬する如く——其一定の人と密接の關係を有するもので、讓渡性並に相續性なきを原則とする。吾民法は上述の如く單に或る土地の便益の爲めにする役權を認めるに過ぎずして、かゝる人役權を認めぬ。けれども立法論としては、此種の人役權を認める必要のある場合が少くないと思ふ。

〔註二〕 獨一〇三〇條以下、一〇九〇條以下、佛五七八條乃至六三六條(但し佛民は *servitutes personelles* なる名稱は昔の農奴制 *serfage* と文字が似通つて居る爲め混同の恐があるとの理由で其使用を避けて居る)。

第二 地役權の法律的性質

地役權の法律的性質

地役権とは設定行為を以て定めた目的に従つて他人の土地を自己の土地の便益に供し得る権利を謂ふ(二〇八條)。

一 一の土地を他の土地の便益に供する権利である。従つて地役権は常に必ず二個の土地の存在を前提とし、其中便益を受くる土地を要役地と謂ひ、便益に供せらるる土地を承役地と謂ふ。

イ 要役地と承役地とは事實上互に便益に供せらるべき位置にあるを以て足り、相隣関係の場合(二〇八條以下)の如く、必ずしも互に隣接せることを必要とせぬ。

ロ 要役地は一筆の土地なるを原則とする。併し同一又は異別の所有者に属する數筆の土地を要役地として地役権を設定しても差支ない。けれども、後の場合には——後に説明すべき一筆の要役地が二筆以上に分割された場合の取扱(二八二條二項)と同様——各一筆の土地毎に地役権が成立し、而して其地役権相互の間には共有的關係が成立するものと見るべきである(註三)註四)。

[註三] 民二八五條二項は即ち其場合に當る。尙大審一〇・三・二三民三錄二七輯五八六頁(法協三九卷一號一六〇頁)は、數人の土地所有者が「自己ノ土地ヲ水田ニ開墾スル目的ヲ以テ他人ノ土地ニ溜地ヲ築造シテ設定セラレタル權利」を以て「共用者が共同シテ各自所有ノ開墾地ニ引水スル用水地役権」なりと認め、其共用者相互間の關係を解して地役権の共有なりとし、其結果要役地の一が他人に譲渡されば、右地役権の共有持分權も之に従つて當然讓受人に移る(二八一條)、と説いて居る。上告論旨が「要役地ノ所有權ニ付き共有關係アル者ニアラザレバ地役権ノ共有者タルコト能ハザル」旨を説いてるのは當らない。

數筆の土地の爲めに地役権を設定し得ることは、三瀨氏物權二三五頁、横田氏物權五一九頁も之を認めて居る。けれども、其數筆の土地が異別の所有者に屬する場合に、其等の者相互間に如何なる法律關係が生ずるかに付いて説明がない。

尙かゝる場合に於ける地役権は數個であるが、其相互の間には共有的關係が成立することは、共有の性質に關する私の考(四〇八頁以下)に依つて説明し得ると思ふ。

[註四] 尤も不作爲地役権の如く、全然排他性のないもの(一九頁註二)は一個の承役地の上に幾個成立しやうとも、各個の内容は何れも完全である。従つて相互の間に共有的關係を生ずることはない。

一筆の土地の一部のみを要役地として地役権を設定することは許されない。其事は第二百八十二條第二項の規定からも考へられるし、又不動産登記法の規定(一一三條)を

見てもさう考へられる。従つて一筆の地の一部を要役地として地役権を設定せむとせば先づ其部分だけを分筆ねばならぬ。

加之民法は「土地ノ分割又ハ其一部ノ讓渡ノ場合ニ於テハ地役権ハ其各部ノ爲メニ(中)存スルものとし、唯「地役権ガ其性質ニ因リ——分割又は一部讓渡の結果として出來た——土地ノ一部ノミニ關スル」場合に限り、地役権は其部分に付いてのみ存續するものと定めて居る(二八二)。(條二項)。

1 此場合には從來の地役権が法律上當然に分裂して、二筆になつた要役地各々の爲めにする二個の地役権になるのであつて、不動産登記法(八一)に依つて之を登記せねばならぬ。

2 併し之が爲め承役地所有者が從來よりも多大の義務を負擔するに至ることは素より之を認むべきでないから、新に出來た二個の地役権の作用は之を合して從來の地役権の内容を超ゆることを得ない。換言すれば、二個の新地役権は互に準共有關係

(二六)に立つものだと謂はねばならぬ(註五)。(四條)

(註五) 四〇八頁以下共有の性質に關する説明參照。

私は共有を以て數個の權利が同一物上に競合する状態だと解するから、本場合にも地役権は分裂して二個となり、而して互に共有的關係に立つのだと説明するのである。尙此點に付いては註三註四參照。

尙註三に引用した大審一〇・三・二三民三錄二七輯五八六頁に依つて認められた理を推せば、從來一個なりし要役地が二個以上に分割された場合にも、以後地役権は當然に分割して互に共有的關係に立つことになるものと解し得る。

ハ 承役地が一筆の土地なることを要するか又は一筆の土地の一部にても差支なきやに付いては疑がある。けれども、不動産登記法(三一)が地役権設定の申請書中に「地役権設定ノ目的及ビ範圍ヲ記載」すべきことを命じて居ること及び民法第二百八十二條第二項但書が「地役権ガ其性質ニ因リ土地ノ一部ノミニ關スル」場合あることを認められたことから考へると、地上權の場合と同じく、一筆の土地の一部のみを承役地となし得るものと解するのが穩當のやうに思はれる。

承役地が——一筆の土地なると又は土地の一部なるとに拘らず——分割せられ又は一部分他人に譲渡せられたるときは、地役権は其結果當然に分裂して「其——新なる各部ノ上ニ存ス」るに至る。但し従來の「地役権ガ其性質——従來の内容——ニ因リ土地の一部——即ち其分割された各部の中一方——ノミニ關スルトキ」は勿論其部分に付いてのみ地役権が存續し他の部分は當然之を免るるに至るものと解すべきである(二八八項)。尙かくの如く地役権の分裂を來したるときは不動産登記法(八一)に依つて之を登記せねばならぬ。

二 要役地及び承役地は何れも共有地でも差支ない。

1 共有地が要役地たる場合には、共有者の全部が地役権者とならねばならぬ。共有者の一人は自己のみに付いて共有地の爲めに地役権を設定するを得ない。従つて一旦設定の後に於ても「共有者ノ一人ハ其持分ニ付キ其土地ノ爲メニ(中)存スル地役権ヲ消滅セシムルコトヲ得ズ」(二八二條一項)。

然らば共有者相互間の法律關係如何。地役権は後に述ぶるが如く要役地所有權に附加して其屬性を成すに至るものだから、要役地共有者は當然其土地の爲に存する地役権の準共有者になるものと解すべきである。従つて共有者の一人に付いて生じた事項が如何なる程度に他の共有者に影響を及すかの問題も、總て共有に付いて説明した所に準じて解決されねばならぬ。唯地役権に付いては共有者の「一人ノ爲メニ時効ノ中斷又ハ停止アルトキ」は「當然他ノ共有者ノ爲メニモ其ノ效力ヲ生ズ」る旨の明文がある〔註六〕。

〔註六〕 共有者の一人に付いて生じた時効中斷の効力が當然他の共有者にも及ぶや否やの問題は一般的には尙大に疑問である(四一五頁註一末段參照)。それが、地役権の共有に付いてだけ、本條に依つて明言されてゐる譯である。本條の立法理由に付いては後に述べる(六六二頁參照)。

2 共有地が承役地たる場合には、共有者の全部が承役義務者にならねばならぬ。共有者の一人が自己の持分のみに付いて地役権を設定し得ざるは勿論、一旦設定後と

雖も「共有者ノ一人ハ其持分ニ付キ(中)其土地ノ上ニ存スル地役權ヲ消滅セシムルヲ得ズ(二八二)條一項。

承役地共有者は、相互に如何なる關係を保ちながら、地役權者に對して義務を負ふのであらうか。彼等は實質的には各自の持分に應ずるだけの義務を負担するに過ぎないのだが、其給付が不可分な爲め、各自何れも全部の履行を爲さねばならぬ。従つて彼等の義務は不可分債務的の性質を有するものと解すべきである。

3 尙要役地又は承役地たる共有地の現物分割(四三四)頁参照がある時、以後「地役權ハ其各部ノ爲メニ又ハ其各部ノ上ニ有ス」ることになる。「但地役權ガ其性質ニ因リ——分割の結果たる——土地ノ一部ノミニ關スルトキハ此限ニ在ラズ」(二八二)條二項。

4 尙要役地又は承役地が中途から共有地になると、以後右に述べたと同じ法律關係が発生する。

二 要役地の便益の爲めに存在する權利である。

地役權は其内容の如何を問はず要役地の利用に對して利便を與ふるものなることを必要とする。

イ 地役權の内容の制限

地役權の内容は要役地の利用に關係ある事柄ならば、其種類如何を問ふことなく、金錢上の價值を有すると否と又單に精神上の愉快を與ふるに止まると否とを問ふこともない。従つて、元來物權の種類を認むること極めて少き吾民法の下に於ては(四六頁)參照、地役權なる形式を借りて、可成り雑多な内容を持つた物權を設定し得る譯である。

けれども、其所にも無論一定の制限がなければならぬのは當然である。

1 地役權其のもの、性質に基く制限 元來法律が地役權を認めたる理由は、乙地所有權に一定の制限を附して之れを甲地の便益に供し、以て甲地の使用價值を増大せむとするにあるのだから、例へば甲地から大道路に通ずる爲め乙地を通行し、甲地に水を引く爲め乙地に水道を通ずるが如き、地役權は之を設定し得るけれども、甲地所有

者の爲めに、乙地を散歩し、乙地に狩獵するが如き權利を地役權として設定することは許されない。成程此場合にも甲地所有者は便益を受けるには違ひないけれども、かくの如きは單に甲地所有權と共に加ふる便益が存在するに過ぎぬ。乙地を甲地の「便益ニ供スル」ものとは謂ひ難いのである〔註七〕。

〔註七〕 同說横田氏物權五〇〇頁、宮井氏物權二五〇頁、三浦氏物權二二二頁。

けれども苟くも要役地其物の便益の爲めなる以上、必ずしも承役地に於て何等か積極的行爲を爲すことを内容とするの必要なく、要役地の便益の爲め單に承役地の利用方法を制限するが如きも亦地役權の内容となり得る。學者の所謂不作爲の地役權は即ち是れである〔註八〕。例へば甲地の眺望を害するが如き工作物を乙地に建築せざらしむる權利の如し。

〔註八〕 不作爲の地役權の物權性については一七頁參照。

2 強行法規に基く制限 地役權の目的は當事者任意に之を定め得るを原則とする

けれども、「所有權の限界」に關する民法第三章第一節中公ニ秩序ニ關スル規定ニ違反セザルコトヲ要ス（二八〇條但書）るは勿論、其他強行法規に違反し得ざること勿論である。

3 「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗」に基く制限（九〇條）。

□ 地役權の内容の決定

地役權の内容——「目的」——は、以上の制限に従ふ限り、「設定行爲ヲ以テ」任意に之を定めることが出来る（二八條）。而して其「定メ」に基いて其内容の地役權が成立する譯だから、地役權を登記するに當つては必ず其の内容——「目的」——に付いて記載を要すること勿論である（不動産登記法一—三條）。

尙地役權が時効に因つて取得せらるる場合には、時効期間中取得者が地役權の行使として事實上爲し來りたる行爲の如何に依つて、其内容が定まるは勿論である（一六條）。

ハ 斯くの如く地役權は要役地の便益の爲めに存する權利なるが故に、常に要役地所有權に附隨し、恰も其所有權が地役權の内容だけ膨脹したるが如き有様を形成する

ものである。此故に

1 「地役權ハ要役地ノ所有權ノ從トシテ之ト共ニ移轉シ〔註九〕〔註一〇〕又ハ要役地ノ上ニ存スル他ノ權利——例へば地上權・永小作權・抵當權——ノ目的タルモノトス〔註一一〕。但設定行為ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラズ」(二八一條一項)。尤も其「別段ノ定」は之を登記するにあらざれば第三者に對抗し得ざること勿論である(不動産登記法一三三條)。

〔註九〕「其移轉ニ付テ特ニ賣買當事者ノ意思表示ヲ必要トセズ」(大審一〇・三・二二民三錄二七輯五六頁)。

〔註一〇〕 尙地役權附にて土地を賣買した場合に於ける賣主の擔保責任に付いては第五六六條二項參照。

〔註一一〕 従つて、既に地役權の附着せる土地を目的として此等の權利が設定された場合は勿論、此等の權利の設定後に至つて土地所有者が其土地の爲めに地役權を設定した場合に於ても、此等の權利者は各自己の權利の範圍内に於て、地役權を行ふことが出来る。

併し此の場合と雖も、地役權附の土地が此等諸權利の目的になつてゐるものと見るべきで、地役權そのものが獨立して其目的になつてゐるものと考ふべきではない。従つて、例へば地役權附の土地を目的とする抵當權實行の結果競賣を行ふ場合にも、特に地役權に付いて競賣をする必要なく、土地の競賣とあれば地役權は當然其競落人に歸するのである。

2 「地役權ハ要役地ヨリ分離シテ之ヲ讓渡シ又ハ他ノ權利ノ目的ト爲スコトヲ得ズ」(二八一條二項)。而して此點に付いては當事者別段の定めを爲すを得ない。

3 又要役地がかゝる附隨的權利を伴へることは之を公示するを適當とする故、不動産登記法(四條)は「地役權ノ設定ノ登記ヲ爲シタルトキハ要役地タル不動産ノ登記用紙中」にも其旨を記載することを要するものとして、其手續を規定して居る。併し既に承役地の登記用紙中に「地役權ノ設定ノ登記」ある以上(三一條)、要役地の登記用紙に於ける右の記載なしと雖も、毫も地役權の對外的效力に影響を及ぼすことはない。

三 地役權の目的物は承役地である。従つて地役權は承役地の側から見れば其物的負擔である。

イ 負擔の内容は地役權の内容如何に應じて千差萬様である。地役權の内容が承役地に於て通行其他積極的の行為を爲すに存するとき、承役地所有者の負擔は地役權者が右の行為を爲すことを忍容することに存すべく、又其地役權が所謂不作爲の地役