

## 第三章 地上權

### 第一節 沿革及性質

(一) 地上權 Superficie の制度は其の淵源を羅馬法に發するのであつて、古來羅馬法に於ては「地上物ハ土地ニ屬ス」と云ふ原則がある。

地上に存する建物・竹木等は土地と離れて所有權の目的物となることなく土地と一體をなし土地所有者の所有に歸するものとす、然しながら此の原則を貫徹するときは借地權に基づいて土地の上に建築しても建築者は建物の所有權を取得せざることとなり其の結果は甚だ不當であるから *Dinglich* は茲に例外を認めて他人の土地の上に建物を占有することを内容とする一種の物權を認めるのであつて、之れが地上權の起源である。

此の制度は近世歐洲の民法にも傳はり他人の土地の上に建物を所有することを内容とする一種の物權として地上權を認むるに至つた。(獨一〇二二條、佛五七三、五五三參照)

我國に於ては地上のものを以て總べて土地に従ふものとする觀念はない、殊に家屋其の他の建物は土地と獨立して所有權の物體となることは慣習の廣く認むる所であつて、故に地上の建設物が土地所有者の所有に歸することを妨げるには特殊の物權を必要とするから此の點に於て大に羅馬法及歐羅巴諸民法と異なるのである。

我現行法に於て地上權を以て特殊の物權としたのは土地使用權の一種として之れを認めためである。即ち

他人の土地に於て工作物又は竹木を所有する爲めに其の土地を使用する權利である。(二六五條)

其の土地使用權と云ふのは永小作權及賃借權と異なる、唯使用の目的は工作物又は竹木の所有にありて耕作牧畜に存せざるの點に於て永小作權と異なるのみである。

要するに歐洲の民法に於ける地上權は他人の土地に於て建物を所有する權利であつて、我民法に於ける地上權は建物又は竹木を所有する爲めに土地を使用する權利である、從て彼にありては現に建物の存在するにあらざれば理論上地上權は存せざることとなり、又地上權の範圍は現存建物の所有に必要又は有益なる範圍に限らるべき譯である、反之我國にあつては現に建物の存することがなくとも地上權は存立するのである、又此の範圍も現存建物と關係はない。

經濟上より觀察すれば歐洲の地上權は専ら都市に於て他人の土地の上に住宅を建設するが爲めに利用せらる殊に近年に至りては都市に於ける住居問題を解決せんが爲めに地上權制度を利用せんとする傾向があつて、壞太利は一九一二年四月廿六日 *Baurecht* に關する法律を制定し、且つ同年獨逸法曹大會は此の問題を研究討論した。

我國に於ては從來森林に就いても地上權に類似せる制度があつて、工作物のみならず竹木を所有することに付いても地上權を認める。乍併現行法に於ける地上權に關する規定は地上權の經濟上の目的を達するに足るものなりや否や、研究の價值ある問題である。

(二) 現行民法に於ける地上權は上述の如く他人の土地に於て工作物又は竹木を所有するために他人の土地を使用することを以て其の内容とする。



(イ) 土地の上に存する物権である。

不動産物権なるが故に其の得喪變更は之れを登記するにあらざれば、第三者に對抗し得ざるは勿論である、土地の上に存する権利であるから土地以外のもの殊に建物に關しては地上権は存することはできない、既に建物の存在する土地に就いて其の地上と建物とに通じて地上権を設定することも不能である、建物は常に地上権者の所有に屬せねばならぬ。

(ロ) 一定の限られたる方面に於て土地を支配する物権である。

即ち所謂限定物権又は他物権である、或は地上権を以て一種の土地所有權即ち下級の土地所有權だとする法制があるけれども我が民法に據らざるべからざるは勿論である、其の支配の方面は使用に限る、且つ其の使用の目的は工作物又は竹木を所有することに限る、他の目的、特に耕作、牧畜のためにする地上権を設定することはできない。

工作物とは舊民法に建物と云ひたるを改めたるものであつて夫れに比して範圍は廣し、即ち地上地下の一切の施設物を云ふのである、(家屋其の他の建物は勿論墜道、鐵道、池水、樋、銅像等)

(ハ) 地上権は土地の使用權なる故當然土地を占有する權利を包含する。

故に所有者に對しては物の引渡を請求する物上請求權を有し之れに基いて所謂本權の訴を起すことを得べく又其の現に占有を爲せる場合に於ては占有訴權をも有するものである。

又土地使用の關係に於ては土地所有者と多く異なることがないから相隣地間の權利義務に關する二〇九條乃至二三八條の規定は之を地上権者間及び地上権者と土地所有權者との間に準用する。(二六七條)

(三) 地上権は相續性及び讓渡性を有する。

此の點に付いては法律に明文がないけれども財産權たる性質上疑ないことである、唯讓渡性に就いては永小作權に就いて特に二七二條の規定がある故に多少疑を抱く者があるけれ共二七二條の規定は唯その但書の爲に設けられたるものであつて其の本文の規定を以て特別だと解す可きものではない、故に其の本文の規定より反對解釋を試むべきでない。(地上権には本文の如く貸借し得ることを規定してゐない、故に讓渡性はないと云ふものがある)

地上権の讓渡性を契約を以て奪ふことを得るや否や、換言すれば地上権讓渡禁止の特約は永小作權讓渡禁止の特約と同じく物權的效力を有するや否やに就いてである、永小作權に就いては特別に規定があるけれども、(二七二條但書)如斯特則無きに於ては物權的讓渡禁止は民法の認めたる物權に異りたる内容を與ふるものである、公の秩序に反するが故に效力なしと考へる、反之單に當事者間に於て地上権を讓渡せざる債權債務を成立せしむるは敢て物權の内容を變更するものではない、又第三者の利害にも關係することがないから有効であると解せねばならぬ、然しながら其の效力は嚴格に當事者間に限り、若し當事者が之れに反して讓渡をなしたるときは債務不履行を生ずるものであつて讓渡の無効を生ずるに至る、又此の點について第三者の善意、惡意を區別することはない、(獨民一三八條參照、所有權讓渡禁止契約も同一に解す)。

地上権者は轉貸することを得るや否やに就いて明文がないと云ふけれども建物及び竹木を所有すると云ふのは必ずしも權利者が自ら之をなすべきものと解する必要はない、地上権の範圍内に於て轉貸をなし得るものと解する通説を正しとす(二七、六、二四大審院判決)。



(四) 地上權と土地の賃借權とは共に廣義に於ける借地權に極めて類似する。

殊に不動産の賃借權も之れを登記するときは爾後其の不動産につき物權を取得したるものに對して其の效力を有するが故に(六〇五條)效果に付いても兩者は類似する、然しながら其の間には顯著なる差異がある、即ち請求は物權にあらずして債權である故に直接に物について支配をなす權利ではない。賃借人に對して物の使用を爲さしむるきを請求する權利である。從て賃借人は物を適當に使用し得べき状態に置く義務特に修繕の義務を負ふ、尙賃借人は地上權者の如く所有者と同様なる關係に於て土地を使用するものでないから、彼の相隣地間に存する規定は賃借人は準用しない、其他讓渡、轉貸、存續期間等に付いても兩者の間に差異がある(賃借人の同意がなければ讓渡、轉貸をなし得ず、債權なるものは人を信用してなせるものだからである、存續期間は二十年とす、地上權には制限はない)。

然しながら或る權利が賃借權であるか、地上權であるかを判定するには事實上容易ならざることがある、民法施行の際に付いては此の點に就いて特別の規定があつたが(原則としては地上權とす)此の法律は現今は行はれないのであつて、現今に於ては各個の場合に於ける契約の内容殊に修繕義務の有無、存續期間の有無、長短等を標準として之れを決するの外はないのである。

(五) 地上權者は地代を支拂ふ義務を有するを常とする。  
然しながら此の義務を有することは地上權の要素にはならぬ。

## 第二節 地上權の取得

地上權は契約、遺言、時効及び法律の規定に因つて取得せられる、尙ほ既存の地上權が相続、讓渡によつて繼受的に取得せらるゝことは上述した所である。

(一) 契約

地上權は土地所有者及び地上權を取得すべき者の契約によつて成立する、此の契約は所謂設定行爲の一であつて直接に地上權を成立せしむることを内容とする物權契約である。

(二) 遺言

遺言によつて地上權を設定し得るや否やは、遺言によつて所有權を移轉し得るや否やと同じく我民法の解釋上疑問のある點である、余は積極説を採るのであるが、但し受遺者が遺贈の拋棄を爲せば始めより地上權を成立せしめざりしこととなるのは勿論である。(一〇八八條)

(三) 取得時効

地上權は第一六三條に従ひ取得時効によりて之れを取得することを得。

(四) 法律の規定 (第三八八條)

## 第三節 地上權の存續期間

地上權の存續期間は設定行爲に因つて定まることがあり、又は然らざることがある。

(一) 設定行爲によつて地上權の存續期間を定むるに就いては賃借權又は永小作權の場合と異り何等の制限もない(第二六八條参照)、立法論としては最長期を定むるを可とする説がある。



- (二) 設定行為を以つて存続期間を定めない時は次に述べる處に依つて之れを定む。(二六八條)
- (イ) 別段の慣習がある時には夫れに従ふ。
- (ロ) 慣習のない時には地上権者は何時でも地上権の拋棄をなすことができる。
- (ハ) 但し地代を拂ふべき時は一年前に豫告を爲すか又は未だ期限の終らない一年分の地代を拂ふことを要する。慣習がなく又地上権者が拋棄を爲さざる時は、裁判所は當事者の請求に依り二十年以上五十年以下の範圍に於て、工作物又は竹木の種類及び情況其他地上権設定當時の事情を斟酌して其の存続期間を定めるのである。(二六八條二項)
- (a) 二十年乃至五十年の期間は裁判の時からであるか或は地上権成立の時からであるか、これに對しては地上権成立の時よりと解するのが通説となつてゐる(梅氏、川名氏、富井氏等、反對説は中島氏) 地上権の存続期間を定めるのであるから其の成立の時からであると解するのが正當であらう、但し立法論としては多少議論の餘地があるのであつて、若し三十年も四十年も續けるときに裁判があつたならば直ちに消滅せしむる虞があつて、之れは權利者に對しては餘りにも酷甚過ぎる事ではないかと思ふのである。
- (b) 其の請求を爲し得べき者は當事者の一方である、相手方の合意あることを必要としない。
- (c) 二十年を最短としたのは賃借權の存続期間と權衡を保ち、五十年を最長としたのは永小作權の存続期間と權衡を保たしめんが爲めである。
- (三) 設定行為を以て永久存続すべきものであると定めたる場合は如何、永久と云ふのは其の存続期間を定めたと云ふことのできないことであると解するのを通説とするのであつて、永久と言ふ數は有限の數ではないから存続期間を確定したものであると解することはできないが、直ちに第二六八條二項を適用して二十年以上、五十年以下に限定したのは明かに設定行為の主旨に反するものである。故に余は設定行為の主旨に依つて存続期間を定むべく、之れを定め得ざる場合に於ては慣習に従ふべく、其の兩者に依つて定め得られない場合に於てのみ二八六條二項の規定に依るべきものであると考へるのである。

例へば他人の土地の上に高層なる家屋を建築して其の土地に永久の地上権を設定した場合には少く共その家屋の存続期間内は地上権を存続せしむる意思と解せねばならない、又或る地方に於て普通二〇〇年、五〇〇年等の地上権の存続する場合に、當事者が永久地上権を設定せる場合には其の期間は少くとも其の地方に行はるゝ最長期の地上権よりも短期であると解することになる。

#### 第四節 地 代

- (一) 地代は地上権者が土地所有者に對して土地使用の報酬として支拂ふことを要する金錢其の他の物である。地代は金錢なることが通常であるけれども米穀その他の物を給付する場合もある、又定期に支拂ふことを常とするけれども一時拂も絶無ではない。
- 「地代の設定について末弘博士は次の如く述べてゐる。  
地代は——永小作權に於けると異なつて——地上権の要素ではない(大審二、四、二四、民錄一九輯二七一頁) 従つて「當事者ニ特ニ地代支拂ノ義務ヲ爲サザルトキハ當事者ノ意思ハ無償ニテ地上権ヲ設定スルニ在リ」(大審六、九、一九民三錄二三輯一三五二頁)と爲さねばならぬ。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」

地代支拂義務は債務である。地上権者が一定の給付を爲すことを目的とするものであつて之れを債務と解せない理には行かない、併しながら債務は經濟上は地上権と密接なる關係を有し土地使用の報酬として存するものである、然しこの經濟上の關係は法律上に於ても存在するや否や外國の例について見るに、英法に於ては之れを純然たる債務であるとし、法律上當然地上権と結合するのではないとする、之れに反して羅馬法及び奧地利民法に於てはその存続及び移轉共に地上権と分離すべからざるものとするのである。我が民法はこの點に就いて規定を設けたものがなく、從て解釋上議論が多いが問題は地上権讓渡の場合に生ずるのであつて、茲に三つの説がある。

(イ) 分離説 (非結合説)

富井氏はこの説を採るのであるが、即ち地代支拂義務は債務であるから當初の債務者なる讓渡人のみが之れを負擔するのである。土地所有者は直接に讓受人に對して、地代を請求することはできないものとなすのである。

(ロ) 結合説

我が大審院は地代支拂を以て地上権者の義務であるとし、從て地上権移轉の場合には當然新地上権者が之れを負擔するものとなす、(明治三十九年七月五日判決川名博士は之の説を採る)

(ハ) 折衷説

中島博士は登記の有無を以て之れを區別し、登記したる時は讓受人も亦この債務を負擔するものとしてゐ

る。詳言すれば地代債務は性質上地上権と結合せるものでなければならぬが之れを登記することに依つて結合關係を生ずるものとなすのである。

余は結果に於て第二説を採るのであるが、然し其の理由は反對である、何となれば若し地代債務を以て性質上地上権と結合關係無しとするときは何が故に登記によりて突然其の性質を改むるか、我民法上登記は對抗要件に過ぎないのであるから之れによつて權利義務の性質が變更するものとは解せられない、余の考へに由れば地代債權及び地代債務は性質上土地所有權及び地上權と結合せられるものである、然しながら若し之れを登記しない時は之れを以て第三者に對抗することはできない、此の理由によつて登記したる場合に於てのみ地上權の讓受人に對抗し得るものと信するのである。

學者は從來地上權と地代債務との結合關係のみを論ずる、併しながら同一の問題が土地所有權と地代債權との間にも生ずる、若し土地所有者の變更があれば土地所有權の讓渡によつて當然地代債權も亦移轉することとなり、或は此の債權移轉の爲めに特殊の債權讓渡契約を必要とするか、此の點については何人も地代債權が土地所有權と結合せることは疑ふものがないのである。地代債務と地上權の關係も亦之と異らない、蓋し債權關係の主體は始めより確定することを要するのは勿論であるが、初めより絶対に確定することは難し。一定の地位に在るものを以て其の隨時の主體となすことを妨げないのであつて、地上權、永小作權等に在りては土地所有者を以て地代債權、小作料債權の權利者となし、地上權者、永小作權者を以て其の債務者となすに外ならないのである。

(二) 定期地代の支拂に就いて民法は永小作權に關する二七四條乃至二七六條の規定及び賃貸借に關する規定を茲



に準用する。(二六六條)其の概要を述べると次の如くなる。

- (イ) 地上権者は不可抗力に因り収益に付き損失を受けたるときと雖も地代の免除又は減額を請求することができる。きない。(二七四、六〇九條参照) 一方は債權にして一方は物權である。
- (ロ) 地上権者が不可抗力により引續き三年以上全く収益を得ないか、又は五年以上、地代より少き収益を得たる時は地上権を拋棄することができる。(二七五、六一〇條)
- (ハ) 地上権者が引續き二年以上土地支拂の義務を怠り、又は破産の宣言を受けたる時は地主は地上権の消滅を請求することを得。(二七六條) 此の請求は一般的意思表示である。
- 次に賃貸借に關する規定にして地上権に準用すべきものは主として轉貸の場合に關する六一三條及地代支拂の時期に關する六一四條の規定である。然しながら此他不動産貸借の先取特權に關する三一二條乃至三一六條の規定も準用するのである。
- (三) 地租其他の公課の増加せる場合又は土地の隆盛に基きて地價騰貴し相隣の地價騰貴したる場合に地主は契約上定めたる地代の増加を請求し得るや否や。
- 此點について若し特別の意思表示がなく、又特別の慣習法がなければ消極的に解すべきは勿論である。然るに我大審院は殆んど三十年來幾多の判例を以て東京市に於ては斯の如き慣習法又は慣習の存在することを認め地代の増加請求を許した、之れに對して學者の批難を加ふるものが少なくないのであつて、其の理由とする處は概ね次の如きものである。
- (イ) 地代値上については多くの訴訟が存在するが故に判例の云ふが如き慣行は事實上に之れを認むることができなう。

(ロ) 地代の額は賣買の代金と同じく當事者の經濟上の自由に一任すべきであつて、之れに干渉するのは慣習は公の秩序に反する故に法例第二條により法律たる效力を有し得ないこととなる。

(ハ) 若し地代増額の慣習法が存在すると假定しても斯の如き慣習法は強行法と認むべきことはできないのであつて、故に當事者が契約によりて地代を定めたる場合には其の適用はないのである。

固より慣行の存在するや否やは事實問題であるが、其の事實が存在するや否やは之れを一般的に觀察すべく、個々の事件に就いて反對行爲があつても、直ちに以て一般的慣行の存在を否定することはできない、裁判所が鑑定人の陳述に基いて一般的慣行の存在を認定するのは之れを違法と云ふことはできない。又當事者の經濟上の自由に干渉するが故に直に公序に反するものとは云ひ難い、利息制限法の如きは明かに當事者の自由に干渉するものであつて、故に公序に反するや否やは經濟上の自由に干渉する程度によりて、之れを決するものでなければならぬ。

若し當事者の契約を以てしては地上権の存続期間内に地代を確定することを許さないと云ふ意味に於て慣習法を認むるならば之れは明に公序に反することである。然し乍ら存続期間の定めなき場合、若くは存続期間の定めがあり且つ地上権設定當時に於て地代の定めがあつても單に當分の中に於ける地代を定めたるに過ぎざる時に之れを變更する慣習法を認めても敢て公序に反することはない、第三の點に付いても亦同様であつて、若し任意法たる地代増額の慣習法が存在すると假定すれば當事者の意思を以て其の適用を受けざることを特約し得るは勿論である、斯の如き特約は地代を地上権の存続期間内に變更しないと云ふことを内容とするもので



なければならぬ、單に地上權設定當時に地代の額を定めたりと云ふ一事を以て當然斯の如き特約の存するものと爲すべきではない。

### 第五節 地上權の終了 (消滅)

(一) 地上權の終了原因は次の如し。

(イ) 存続期間の満了

存続期間の範圍に就いては制限がないから三年五年と云ふが如き短期の地上權契約の有効なことは勿論である、然しながら個々の場合に於て斯の如き短期の期間は實は地上權の存続期間にはあらずして地代据置き期限に過ぎないことがある、其の何れに屬するかは意思解釋に歸するが、東京控訴院の一判決は斯の如き約款は所謂例文にして拘束力を生ぜざる慣習があると認めるのは穩當を缺くことと思ふのである。

(ロ) 地上權消滅の請求 (二六六、二七六條)

地上權は所有者が消滅の請求を爲したる時に消滅するものである、或は地上權者が之に應じて承諾を爲したる時消滅するや否やに付き争があるのであつて、大審院は初めには承諾を要するものと解したが明治四十年來之れを改めて一方的意思表示を以て足るものと解するのである。

(ハ) 地上權の抛棄

「民第二六八條 設定行爲ヲ以テ地上權ノ存続期間ヲ定メサリシ場合ニ於テ別段ノ慣習ナキトキハ地上權者ハ何時ニテモ其權利ヲ抛棄スルコトヲ得地代ヲ拂フヘキトキハ一年前ニ豫告ヲナシ又ハ未タ期限ノ至ラサル一

年分ノ地代ヲ拂フコトヲ要ス

地上權者カ前項ノ規定ニ依リテ其權利ヲ抛棄セサルトキハ裁判所ハ當事者ノ請求ニ因リ二十年以上五十年以下ノ範圍内ニ於テ工作物又ハ竹木ノ種類及ヒ狀況其他地上權設定ノ當時ノ事情ヲ斟酌ニテ其存続期間ヲ定ム」

(ニ) 特に定めたる消滅事由の發生

設定行爲に依つて特に定められたる所の消滅事由が發生する時は地上權の消滅すべきことは云ふまでもない。或は一定の事由を解除條件として定めることを得べく、或は一定の事由が發生して來た時に所有者に於て地上權消滅の請求を爲し得べきものと定むることができる。

この點に關して特に注意を喚起したのは「地所御入用の節は空渡の通知を受けたる日より一定の期間内に引拂ふべし」と云ふ約款である、之れに就いても判例は所謂例文であつて拘束力がないと云ふ、然しながら例文であるが故に直に拘束力がないと云ふことは誤謬である、若しも其の拘束力を奪はんと欲するならば、具體的な場合に當事者より約款に對する效果意思を有してゐないことを理由となさなければならぬ、慢然慣習を理由として其の效力を剝奪するのは強行法的慣習を認めるものであつて公序に反するものであると考へるのである。

(ホ) 時効

地役權は消滅時効によつて消滅するのであつて(一六七條二項)又第三者は取得時効に依つて完全なる土地所有權を取得した時に於ては其の效果として消滅するのである。



(チ)(ト)(ヘ) 土地の滅失又は失格 (土地收用法第六三條)  
混同 (第一七九條)

(チ) 地上権者が其の権利の範囲を超えて土地を使用したる場合、この場合に於ては土地所有者が地上権消滅の請求をなし得るものと解する學説がある。然しながら、これは全く法典上の論據を缺くものであつて、地上権の濫用は土地所有權の侵害となるのであるが故に土地の所有者は損害賠償請求權及び妨害除去の請求權を有するのであるが地上権の消滅を請求し得る爲めには法典に根據がなければならぬ。

## (二)

地上権消滅の効果

土地の上に存する工作物及び竹木は當然土地所有者に歸するのではない、地上権者は土地を原狀に復して之れを收去することができる。

第二六九條「地上権者ハ其權利消滅ノ時土地ヲ原狀ニ復シテ其工作物及ヒ竹木ヲ收去スルコトヲ得但土地ノ所有者カ時價ヲ提供シテ之ヲ買取ルヘキ旨ヲ通知シタルトキハ地上権者ハ正當ノ理由ナクシテ之ヲ拒ムコトヲ得ス」

前項ノ規定ニ異ナリタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フ

又法律には特別の規定はないけれども土地所有者は妨害除去の請求權に依つて其の收去を請求するのべからぬ。然しながら若し土地所有者が對價を提供して之れを買取るべき旨を通知したる時は地上権者は正當なる理由がなくして之れを拒むことができないのは二六九條の規定通りである、即ち法律は土地所有者の利益及び經濟上の利害を考へて土地所有者に一種の先買權を認めためたのである。又以上の諸點について別段の慣習が

あるときにはそれに従ふことは第二六九條二項の示す如くである。







不動産登記法第十二條「永小作權ノ設定又ハ移轉ノ登記ヲ申請スル場合ニ於テハ申請書ニ小作料ヲ記載シ若シ登記原因ニ存続期間、小作權ノ支拂時期其他永小作人、權利若クハ義務ニ關スル特約又ハ民法第二百十二條但書ノ定アルトキハ之ヲ記載スルコトヲ要ス」

(ロ) 土地の使用を目的とする制限権である、此處に使用とは廣義のものであつて、收益權を包含すること勿論である、而して土地使用權の内容として占有を爲す權利及び物上請求權を包含することは又地上權に同じである、然し相隣者間の關係に關する規定は準用しない。

(ハ) 土他使用の目的は耕作及び牧畜に限るのであつて、其の他の目的の爲めに永小作權を設定することはできない。然しながら耕作及び牧畜の目的を達するが爲めに建物其の他の工作物を設定することは固より差支へないことである。

(ニ) 小作料支拂の義務の附着することを以て其の存在の要件となす、故に無償にて耕作又は牧畜を爲す權利は永小作權としては之れを設定することはできないのであつて、これ又地上權と異なる點である。地上權との間に斯くの如き差異を設けたのは主として舊慣に依つた爲めである。

(ホ) 永小作權の内容たる土地使用權については一つの制限がある、それは土地に永久の損害を生ずべき變更を加へることができないと云ふことであつて民法第二百七十一條の規定する所である。蓋し永小作權者は永小作權終了の場合に於て、原狀に於て土地を所有者に返還する義務を有するものであるから、土地に永久的損害を加ふべからざることは勿論である、故に例へば荒蕪地を變じて耕地となすのは差支へないけれども畑地を變じて水田となし又は池沼となすことはできないのである。

永小作權者がこの規定に反して土地の使用をなしたる時に於ては所有者は如何なる權利を有するかと云ふことに就いては規定がない。或は永小作權の消滅を請求し得ることは勿論であると解する學說があるけれども(富井氏、中島氏)それは法典に何等の根據がないことであつて、之れに従ふことは不可能であるが損害賠償及び妨害除去の請求權はあると見做す。(石坂氏同說)

(三) 永小作權は相續性及び讓渡性を有する。其の讓渡性については民法に明文があるし、且つ讓渡禁止の物權的契約をなし得ることは曾て述べたる如きである。

第二七二條「永小作人ハ其權利ヲ他人ニ讓渡シ又ハ其權利ノ存続期間内ニ於テ耕作若クハ牧畜ノ爲メ土ヲ所賃貸スルコトヲ得但設定行爲ヲ以テ之ヲ禁シタルトキハ此限ニ在ラス」

地上權と異なり物權的禁止契約を認めたのは永小作權の内容たる耕作、牧畜は地方に於て行はるゝものであつて財産の融通、權利の移轉を爲す必要が地上權に比して少ないからである。永小作權者は又永小作權の存続期間内に於て耕作若くは牧畜の爲めに土地を賃貸することができ、然しながら設定行爲を以て賃貸を禁止したるときはこの禁止は絶對的效力を有するのである。(第二七九條)

(四) 永小作權者は其の權利を以て質權又は抵當權の目的となすことができる。(第三六二條、第二六九條一項)所謂權利質、權利抵當の一種であつて、讓渡の禁止された場合には質權、抵當權の設定も亦禁止せられるものである。

## 第二節 永小作權の取得



永小作權は契約、遺言、時効、讓渡及び相続に依つて取得せられる、それは地上權を参照することに依つて明白となつて來るであらうと思ふ。

但し次のことは注意すべき必要があるであらう。

「小作契約ハ地所ニ附從シタル一種ノ權義ニシテ地所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權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ス」。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。

(大審二九、一〇、九民二錄二輯九卷三四頁、大審三〇、三、五民二錄三卷五一頁、大審三〇、六、二一民二錄三輯六卷六一頁)

此等の判決が「占有の移轉を以て永小作權の對外的効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 *Tenueholds* を與へると、其軌を一にするものである」

### 第三節 永小作權の存續期間

永小作權の存續期間は設定行爲に依つて定まることゝ、然らざることとある。

- (一) 設定行爲に依つて存續期間を定める場合には之れに従ふことは勿論であるが其の範圍については法律上制限がある(第二七八條 永小作權ノ存續期間ハ二十年以上五十年以下とす若し五十年ヨリ長き期間ヲ以テ永小作權ヲ設定シタルトキハ其期間ハ之ヲ五十年ニ短縮ス)即ち二十年以上五十年以下たることを要するのである。
- 「永小作權ノ設定ハ之ヲ更新スルコトヲ得但其期間ハ更新ノ時ヨリ五十年ヲ起ユルコトヲ得ス」(第二七八條二項)

設定行爲を以て五十年以上の存續期間を定めた時に於ては之れを五十年に短縮することができるのであつて(第二七八條一項)尙ほ民法施行以前に五十年以上の存續期間を以て設定せられたる永小作權については民法施行法第四十七條にその特則がある、即ち「民法施行ノ日ヨリ起算シテ五十年ヲ起ユルトキハ其日ヨリ起算シテ之ヲ五十年ニ短縮ス」ることになつてゐる。

- (二) 設定行爲を以て存續期間を定めなかつた場合には慣習に依る、但し慣習に依つても五十年以上は存續期間を認めることができないのは明かなことである。

「設定行爲ヲ以テ永小作權ノ存續期間ヲ定メサリシトキハ其期間ハ別段ノ慣習アル場合ヲ除ク外之ヲ三十年トス」(第二七八條三項)

### 第四節 小作料

- (一) 永小作權者の有する重要な義務は小作料支拂の義務である、其他土地に永久の損害を加へざる義務永小作權終了の場合に於て土地を返還する義務も亦永小作權の義務として擧げらるゝ所であるが前者は永小作の範圍



とするを正當とすべく、又後者は他人の物の所持者として當然負擔する義務に過ぎないのである。

(二) 小作料支拂の義務については

第一、設定行為に依るべく

第二、慣習に従ふべく

第三、民法二七四條乃至二七六條に従ふ

第四、之れ等に依つて定まらざる部分に就いては賃貸借に關する規定に従ふのである。(第二七三條——二七七條)

(イ) 「永小作人ハ不可抗力ニ因リ收益ニ付キ損失ヲ受ケタルトキト雖モ小作料ノ免除又ハ減額ヲ請求スルコトヲ得ス(第二七四條)と規定されて居り、又賃貸借第六〇九條には「收益ヲ目的トスル土地ノ賃借人カ不可抗力ニ因リ借賃ヨリ少キ收益ヲ得タルトキハ其收益ノ額ニ至ルマテ借賃ノ減額ヲ請求スルコトヲ得但宅地ノ賃借ニ付テハ此限ニ在ラス」

(ロ) 永小作人カ不可抗力ニ因リ引續キ三年以上全ク收益ヲ得ス又ハ五年以上全ク收益ヲ得ス又ハ五年以上小作料ヨリ少キ收益ヲ得タルトキハ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得(第二七五條)と規定してゐると同時に賃貸借第六一〇條には「契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」としてゐて、これは拋棄することができないと云ふ原則が餘りにも酷に過ぎると云ふ點からであらうと思ふ。

(ハ) 第二七六條の「引續キ一年以上小作料ヲ怠リ」と云ふ意味については議論が多いのであつて、支拂を爲さざる事が二年以上繼續したることを要するか、或は小作料が二年分以上延滞したるを以て足るか判例は前

説を採るものであつて(判例明治三八年三月三日、四三年十一月二十六日)富井氏は後説を採つてゐる(條文上に於ては前説の方が正當である、然しながら事實上に於ては後説を可とする)この點については賃貸借について特別の規定がないが然し五四一條の契約解除の通則に従ふものと解するものである。

この外小作料支拂の時期に關する第六一四條、轉賃の場合に於ける六一三條及び三一三條——三一六條は、永小作權に準用あるものと信する。

## 第五節 永小作權の終了

永小作權の終了原因については地上權の終了原因と異なることがない、唯その拋棄に就いて、地上權と異なることがあるのは先に述べた所と同様である。そして特約された消滅事由の發生した場合に於ては次の如くなる。

「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ヘ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スル所ニアラス(大審三七三三一一民二錄一〇輯二六四頁の議論)併し「小作米ノ支拂期限ニ之ヲ履行セサ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ヘキ特約」は「永小作人カ引續キ一年以上小作料ノ支拂ヲ怠」ることに依りて初めて「地主ハ永小作權ノ消滅ヲ請求」し得べしとする第二七六條の精神に反するから無効である。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類に柑橘類の如きは永年作物なりや等の諸點を斟酌



## 第五章 地 役 權

### 第一節 地役權の性質

(一) 地役權の制度は羅馬法に源を發するのであつて、羅馬法に於ては用益權 (Jus Fructus) 使用權 (usus) 住居權 (Habitatio) 及び動物又は牧畜の使用權 Apano 人的役權と相並んで廣く地役權を認め之れを分ちて都會地の地役權と田野地の地役權となしたること Justinian 法典に明かな事である。近世歐羅巴諸國法の法典に概ねこの二種の地役權を認める。然しながら我國に於ては古來人的役權の慣習がなく、又立法上特殊の物權がないので之れを認める必要がなき故に民法は之れを認めないのであつて唯地役權のみを認める、然しながら地役權に關する慣例は少なくして實際上この制度の利用せられるのは寧ろ例外である。

(二) 地役權は設定行爲又は永年間の使用に依つて定まりたる適法の目的に従ひ他人の土地の便益に供する權利である。(第二八〇條) 前者を承役權と云ひ後者を要役地と言ふのである。

(1) 地役權は他人の土地を使用することを目的とする制限物權である。制限物權には質權、抵當權の如く他人の土地の交換價格を目的とするものと、使用價格を目的とするものがある。地役權は地上權、永小作權と同じく後者に屬する。

(2) 土地使用の目的は自己の土地の便益に供するにある。

(イ) 地役權は土地使用權であるけれども他人の土地を使用することを獨立の目的とする永小作權、地上權と異なり、自己の土地の利用の爲めに他人の土地を利用することを目的となすのであつて、例へば他人の土地を通行し、又は他人の土地に親望を妨ぐる建物を建築せしめざる權利の如きものである。故に自己の土地がなくして地役權のあることはない、或は地役權を以て要益權の所有地擴張であるとす、然しながら共に形容の詞に止まり土地そのもの、權利の主體たり得ないのは勿論、他人の所有せる土地の上に所有權の成立し得ると云ふことは誤謬の甚だしきことである。

ロ) 自己の土地と云ふのは嚴格に言ふ時には自己所有の地である、然しながら永小作權、地上權等を有するものはその權利の存続期間内に於て地役權の主體たることを得るのである。

ハ) 所謂便益は地役權の行爲を以て目的とすることがあり、又或は承役地に於て或る一定の行爲を爲さしめざることを目的とするものがあるのであつて、前者を積極的地役權、後者を消極的地役權と言ふのである。之れに反して承役地の所有者をして或る積極的行爲をなさざらしむることは之れを地役權の目的となすことができないのである。そして地役權は物權であるから特定人の作爲を以て其の内容となすこともできないのである。其の便益の種類は法律に制限は設けてゐない、唯設定行爲に依つて定まるを原則となし、時効に依つて成立したる地役權に就いては永年間の使用に依つて定まるのである。

便益は又土地に歸着することを要する。土地所有者の個人的利益は債權の内容たり得るけれども地役權の内容たり得ない、之れ二〇八條に自己の土地の便益と言ふ理由である。然しながら何れの土地にも必ずしも便



益となることを要しない、其の具體の場合に於て其の要役地に就いて便益となることを以て足るのである。

(二) 地役權の本質については土地所有權の擴張又は延長であるとする説、承役地所有權の支分權であるとする説、土地の性情なりとする説等があるけれども何れも正當ではない、我が民法に於ては承役地の上に存する一種特別の制限物權となしたることは疑ふべくもないことである。

(3) 地役權の客體は他人の土地である。

地役權は他人の土地について一定の範圍に於て支配を爲すことを目的とするものであるから不動産物權である、其の登記方法は登記法第一一三條と第一一四條に依るのであつて、不作爲地役權に在つては其の支配の範圍は極めて狭少であるが尙其の土地について一定の利益を受けることを内容とするものにして之れを支配と言ふのである。

(4) 地役權の内容は適法なることを要する。地役權の内容の適法なることを要すると云ふことは九九〇條の適用上寧ろ當然なことであらうと思ふ。第二八〇條が第三章第一節中の公の秩序に關する規定は違反せざることを要すと規定せるは注意規定に過ぎない、而して其の第三章第一節中の何れの規定が強行的規定であるかは各個の規定について其の立法上の趣旨を考へて之れを決定する外はない、貸地の通行權に關する二一〇條自然の水路に關する二一四條の如きは之れに屬するのである。

(5) 地役權は要役地所有權に従ふ權利である。

土地の便益を目的とする權利であるから土地所有權と分離して存在することはできない、従て次の效果を生ずるに至る。

(イ) 要役地所有權を移轉し、又は要役地の上に質權抵當權、地上權、永小作權等を設定したる時は地役權も亦原則として所有權と共に移轉し、又は之等の權利の目的となるものとす(第二八一條二項)

(ロ) 要役地所有權を移轉し、又は要役地の上に質權抵當權、地上權、永小作權等を設定したる時は地役權も亦原則として所有權と共に移轉し、又は之等の權利の目的となるものである(二八一條一項)

但し設定行爲に別段の定めがあるときは例外として地役權は土地の處分に從はない、(此の場合土地所有權のみ移轉しても地役權は消滅する)

(6) 承役地の所有者の變更は地役權に何等の變動をも及ぼさない、(物權たる性質上當然なことである)

(7) 地役權は不可分なものである。

地役權の不可分なることは學者の好んで論ずる處である、其の意は地役權と土地とが不可分の關係を有すると云ふのではない、地役權其のものが分割を許さざることを言ふのである。例へば二分の一の通行權、二分の一の建築禁止權と云ふが如きは理論上認めることのできない觀念である。従つて地役權消滅の場合には其の二分の一又は三分の一を消滅せしむることが出來ず、地役權取得の場合にも分數的地役權を取得することができない、この原則に依つて次の如き結果を生ずるのである。

(イ) 地役權の消滅は全部なることを要す。即ち承役地の共有者の一人が其の持分に就いて地役權を消滅せしむることは出來ない、又要役地の共有者の一人が其の持分に就いて地役權を消滅せしむることも出來ない(第二八二條)

(ロ) 地役權の取得も亦全部なることを要す



即ち要役地の共有者の一人は其の持分に就いて地役権を取得することを得ず、又承役地の共有者の一人は自己の持分のみを付きて地役権を設定することが出来ない、此の點について直接の明文はないけれども二八二條の規定及び二八四條、二九二條の規定より推して考へるならば我民法上又この原則を認めねばならない

(ハ) 共有者の一人に付いて地役権の取得時効要件が成立すれば總共有者は皆地役権を取得することになる。

蓋し取得時効の要件を具へたる其の共有者のみが地役権を取得するものだとするのは地役権不可分の原則に反するから法律は寧ろ總共有者のために地役権取得の効果ありと見たのである。(二八四條一項)

其の結果として地役権を行使する共有者が数人ある時は其一人について有する時効中断又は時効停止の原因は時効の完成を妨げることはない(二八四條二三項)

蓋し一共有者に対する之等の妨害事由は他の共有者の爲めに取得時効の完成するを妨げず、而して一共有者に付きて時効が完成すれば總共有者が地役権を取得するからである。

(ニ) 要役地又は承役地の分割又は一部譲渡の場合に於て不可分の原則は如何なる結果を生ずるに至るか。

要役地の分割又は一部譲渡の場合に於ては其の分割又は譲渡せられたる土地の各部に就いて所有権を取得したるものは各々承役地の全部の上に地役権を取得する(二八二條二項)又承役地の分割又は一部譲渡の場合には其の各部に就いて要役地の所有者は各々地役権を有する、何れの場合に於ても分割的地役権を生ずるのではない(但し承役地の負擔を増加し得ずと思ふ、獨逸)

但しこの原則に時として一例外がある、地役権が性質上其の土地の一部のみに關する時は此の限りにあらずるものとす(二八二條二項但書)

例へば承役地の一部のみを通行する地役権の存したる場合に於て其他が甲乙二人に分割せられ甲のみが地役権に必要な土地の部分を取得したる時はこの所在地については地役権は存在せざることとなる。

(S) 以上に述べたる外、要役地、承役地が近傍に存すること、所謂便宜が永久的に土地の利益に歸すること、又便宜の範圍は要役地の需要の範圍を超へざること等は地役権の要件には屬しないのである。

## 第二節 地役権の種類

地役権の内容は設定行為を以て任意に之を定めることができる、従つて其種類は多種多様であるが之を各種の標準に依つて大別すると大體次の如くなる。

### (一) 繼續地役権と不繼續地役権

この區別は地役権を行使するについて其の都度特に権利者の行為を要するや否やを以て標準とするのである、繼續地役権とは其行使が間断なく繼續するものを謂ふのであつて、例へば引水地役権、觀望地役権、通路を設けたる通行地役権の如きは繼續地役権である。

不繼續地役権とは其の行使が繼續的事實として現はれざる場合を謂ふ。例へば汲水地役権、通路を設けざる通行権の如きものである。尚排水地役権の如し、必ずしも常任排水せず、而かも要役地に必要ある毎に自然に排水を生ずるが如き場合を不繼續地役と稱し得べきや否やは困難な問題であるが單に常任排水せずとの事實のみを根據として「不繼續」なりと謂ふを得ざるは勿論である、かゝる場合には排水の爲め特別の永續的設備の施されたりや否や等を参酌せねばならぬ。



## (二) 積極的地役權と消極的地役權

これは作爲の地役權と不作爲の地役權とも稱せられてゐる。作爲の地役權とは地役權者が承役地に於て何等か積極的の行爲を爲し得る場合を謂ふ、之に對して承役地所有者は其行爲を認容する消極的義務を負担する、例へば通行地役權汲水地役權等の如きものである。

消極的地役權とは承役地が一定の目的に使用せざることに依つて要役地が便益を受ける場合を謂ふのであつて、この場合に承役地所有者の負擔する義務は純正不作爲義務である、例へば一定の高さ以上の建物を建築せざること、遠望を妨ぐべき樹木を植えざること、穿井を爲さざること等を内容とする場合を謂ふのである。

## (三) 表顯地役權と不表顯地役權

この區別は地役權の行使が外部的設備に依つて表現せらるゝや否やを標準とするものである。

地上に表はれてゐる水管に依る引水權、通路を設けたる通行權は前者に屬し、通路なき通行權、觀望地役權は後者の例である。

## 第三節 地役權の取得

地役權は法律行爲又は時効に依つて取得せられるのであつて

(一) 地役權を設定する法律行爲は契約、即ち物權契約なることを原則とするけれども寄附行爲又は遺言に依つて之れを設定することも出來得る(何れの場合に於ても登記を要す)。

(二) 既存の地役權は土地所有權と共に移轉することができる。

(三) 地役權表現、且つ繼續のものに限り第六十三條の規定に依つて時効に依り之れを取得することができるのである。

第二八三條 地役權ハ繼續且表現ノモノニ限り時効ニ由リテ之ヲ取得スルコトヲ得

蓋し不表現なる時は承役地の所有權に於て之れを認識することは不能なるべく、又不繼續なる時は其の損害を及ぼすことが少ないのであるから之れを放置することは寧ろ隣圍の友誼上當然とすべきが故である、尙ほ共有者の地役權に就き特則の存することは既述した所である。第二八四條に於ける規定「共有者ノ一人カ時効ニ因リテ地役權ヲ取得シタルトキハ他ノ共有者モ亦之ヲ取得ス

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

地役權ヲ行使スル共有者數人アル場合ニ於テ其一人ニ對シテ時効停止ノ原因アルモ時効ハ各共有ノ爲メニ進行ス」と言ふのは共有者の地役權取得に對する規定である。

(四) 要役地所有權の取得については「地役權は要役地ノ所有權ノ從トシテ之ト共ニ移轉するを原則とする。(註)併し「設定行爲ニ別段ノ定アルトキハ此限ニアラス(二八一條二項)

尙地役權の承繼的取得は必ず此方法に依ることを必要とし「要役地ヨリ分離シテ之ヲ讓渡」することは出來ないのである(目二項)

〔註〕「要役地ノ所有權」ニハ取得すれば、特に地役權を移轉する旨の意思表示がなくとも「從トシテ」當然に移轉することが出來る(大審一〇、三、二三民錄二七輯五八六頁參照)。



### 第四節 地役權の消滅事由

地役權の消滅事由は左の如し

(一) 土地の滅失

(二) 事實的不能

(三) 承役地の收用(土地收用法六三條)

之れに反して要役地が收用されると、收用者が土地所有權と共に地役權をも取得することになる。

(四) 耕地整理(耕地整理法二二條)

「耕地施行地ノ上ニ存スル地役權ハ耕地整理施行ノ後仍從前ノ土地ノ上ニ存ス」るを原則とするけれども「耕地整理施行ノ爲地役權者カ其ノ權利を行使スル利益ヲ受クルコトヲ要セサルニ至リタルトキ其ノ地役權ハ消滅ス」る。又整理施行の爲め單に「從前ト同一ノ利益ヲ受クルコト能ハサルニ至リタル」ときは、從來の地役權は消滅するけれども「地役權者ハ其利益ヲ保存スル範圍内ニ於テ——新ニ——地役權ノ設定ヲ請求スルコトヲ得」るのである。

(五) 設定行爲を以て定めたる消滅事由の發生したる時、例へば存續期間の満了等である。

(六) 拋棄。但し有償の地役權は對價を支拂ふあらざれば拋棄することはできない。

(七) 委棄(第二八七條)

「承役地ノ所有權ハ何時ニテモ地役權ニ必要ナル土地の部分ノ所有權ヲ地役權者ニ委棄シテ」第二百八十六條

に定められてゐる「負擔ヲ免ルルコトヲ得」る。

(八) 混同(第二七九條)【註】

但し要役地又は承役地が數人の共有に屬する場合には、其一人が他の土地の所有權を取得しても地役權の消滅を來さない。何故なれば「土地ノ共有者ノ一人ハ其持分ニ付キ其土地ノ爲メニ又ハ其土地ノ上ニ存スル地役權ヲ消滅セシムルコト」を得ない(二八二條一項)からである。

【註】末弘博士は委棄について斯く言つてゐる。「尙二八七條の委棄も混同に由つて地役權の消滅を來す場合の一である」と。

(九) 時効

(1) 取得時効(第二八九條、第二九〇條)

但し「範圍」に言へば他人が承役地所有權を時効に依つて取得したる反對效果なりとす。

(2) 消滅時効

債權又は所有權でない所の「財産權ハ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス」ることになる(第一六七條二項)のであるが、その起算點に於て第二九一條「第六十七條第二項ニ規定セル消滅時効ノ期間ハ不繼續地役權ニ付テハ最後ノ行使ノ時ヨリ之ヲ起算シ繼續地役權ニ付テハ其行使ヲ妨クヘキ事實ノ生シタル時ヨリ之ヲ起算ス」るのである。

(3) 中斷又は停止

「要役地カ數人ノ共有ニ屬スル場合ニ於テ其一人ノ爲メニ時効ノ中斷又ハ停止アルトキハ其中斷又ハ停止ハ



他ノ共有者ノ爲メニモ其效力ヲ生ス(二九二條)。共有者の一人は「自己ノ持分ニ關スル時効ノ中斷ヲ爲スコトヲ得」(大審八、五、三三民三錄二五輯九四六頁)る。併し其效力が當然他の共有者にも及ぶや否やに付いては疑ひがある。それを少くとも要役地共有者相互の關係に付いて解決したのが本條である。是れ第二八四條が共有者の一人について地役權の取得時効が完成すると其效力は當然他の共有者にも及ぶ旨を認めたのと同精神に基くものである。

(4) 地役權の一部の時効に由る消滅

「地役權者が其權利ノ一部ヲ行使セザルトキ——例へば車馬を以てする通行地役權を有した者が永年月に亘り徒歩のみにて通行したとき——ハ其部分ノミ時効ニ因リテ消滅ス(第二九三條)」

## 第六章 入會權

(一) 入會權の意義

入會權は一定の地方の住民が其の住民の**共有**する森林原野に於て牧草、落葉、下枝等を互入して收取する權利である。

其の權利の内容範圍は各地方の慣習に依り一定しないのであるから民法は第一次に慣習に従ひ、第二次に共有又は地役權に關する規定に従ふべきものであるとした。

「末弘博士は入會權を定義して曰く「入會權とは或る地區の住民が一定の場所に於て共同的に收益を爲し得る慣習上の權利を謂ふ」としてゐる」この權利については民法中僅かに第二六三條及び第二九四條の二規定があるのみである。

第二六三條 共有ノ性質ヲ有スル入會權ニ付テハ各地方ノ慣習ニ從フ外本章(物權編第六章地役權)ノ規定ヲ準用ス

(二) 入會權の種類

入會權には共有に類似したる性質を有するもの(第二六三條)と地役權に類似したる性質を有するものと(二九四條)あり、前者は地盤毛上共に地上權者に屬するものを謂ひ、後者は地盤が第三者又入會權者の一二人に屬し、入會の内容としては唯毛上の收取權のみなるものを謂ふのである。(富井、中島、三瀧、梅、横田博士同説



判例はその反対)

(三) 入會權の實體について末弘博士は次の如く述べてゐる。

「入會權が（共有ノ性質ヲ有スル）や否やの區別は、結局入會權が入會權者の所有に屬するや否やに存し、從つて實質上地主對入會權者●法律問題を生ずるや否やの差異に歸着する」と云ふのである。更に「故に其問題を別除して入會權の全體に通ずる本質如何を考へる、とそれは結局「一定の部落民が一定の地區に於て共同收益を有する」權利だと謂ふことに歸着する。而して其權利は部落民全體の總有に屬するものと解すべきである。蓋し個々の部落民は——各々自己の收益し得る割合は定まつて居るけれども——共有の場合の如く各自獨立した持分を有する譯ではなく從つて其權利は法律上當然に部落民たる資格と終始するもので、他人に讓渡し得べきものではないから。」と述べられてゐる。(尙次の補講と比照精讀せられん事を乞ふ——編輯者)

## 補 講

法學博士  
東大教授

末弘嚴太郎講述

### 第一章 入會權

#### 第一節 序 說

##### 入會權の社會的意義

(一) 農村の富豪は耕すべき田畑を有すると同時に、薪炭を採り秣草を刈るべき山林原野をも私有してゐる。自家の諸用は此等の田畑山林原野の收穫物を以て充分に之をみたすことが出来る。所が僅かに一家を支ふるに足るべき耕地を有するに過ぎない小地主、他人の土地を借りて耕作に従事してゐる小作人等農民の大多數は耕作に使用する以外、何等餘分の土地を有せざるを通例とする。彼等は、炊事用の薪炭、屋根を葺き、田を培ひ、家畜を飼ふべき秣草類其他農民日常生活の必需品を自己の所有地から採取することが出来ない。而かも貧困な彼等が金錢を以てそれを買ふことの出来ないのは明かである。然らば彼等は何所にそれを得べきであらうか。彼等が權利なしに濫りに富豪の山林原野を犯し得ざるは素よりである。地方には到る處に入會地、入會山、立合山、入付場、入稼場、稼山、請山、野山、差圖山などと謂はれるる土地がある。村民は或は時を定め、或は随時に、其土地に



來つて木を伐り草を刈る。そうして自家の雜用に充てる。彼等一人々が其地から得る所の収益額は、絶對的に見れば極めて僅少なものであらう。然しそれは彼等の生活必需品である。貧困な彼等は、それなしには生活することが出来ないのである。従つて此種の収益を爲し得る権利の存否は彼等にとつては生計上の大問題である、之れから説明しやうとする「入會權」は、こと實に此重要な權利に關するのである。

(二) 村民は誰彼の區別なく共同して入會山を利用する。昔「淳風美俗」の行はれた頃ならば兎に角、今日の如く世智辛い世の中になれば、かくして共同的に利用される山林が濫伐濫獲の爲めに荒れるのは當然である。今日入會地の多數が樹木のない荒れた山地になつてゐるのは事實である。土地を荒れたまゝに放置するのは獨り國家經濟上不利なるのみならず、惹いては洪水の原因ともなる。従つて専ら土地の使用、能率の發揮、生産の増加のみを念とする自由主義經濟思想より謂へば、入會位厄介なものはない。一日も早く入會を止めて、造林を施せば、一方には林産物の増加を來し、他方には洪水を防止し得て一舉兩得である。獨逸に於て第十八世紀の中葉以來漸次に村落共有の林野を分割し、英國に於ても第十七世紀以降同様の事を實行したのは、實に此思想の實現に外ならぬ。

我國に於ても、維新以來政府は一方に於て森林政策、治水政策の見地から入會の整理に苦心すると同時に町村自治團體の基本財産として森林を所有開發することを奨励した爲め、各地方に於て入會が廢止又は整理されたことは決して其例に乏しくない。而して此政策は今日も尙其まゝ續行せられつゝある。

成程、それは林野の利用を合理的ならしめ、其能率を増進すると謂ふ目的だけから謂ふと、極めて喜ぶべき現象である。けれども、入會地の採取物を以て生活の必需品として居る農村の細民は入會の廢止に因つて如何なる

影響を受けるであらうか、或は金を出して薪炭類を買ふとかするより外に仕方がない。併し前者は到底廣く行き亘らず後者は實際上到底行はれ難い。耕作に依る收穫物の外には、僅かに入會地の収益を得て漸く生活を營むで居る——謂はば自足經濟、實物經濟を營むで居る——農村の細民には、到底金を出して薪炭其他を買ふだけの餘裕はないのである。

故に、細民の生活需要を全く度外視して、入會廢止のみに熱中する結果は、或は農村人口の減少となり、或は農村生活の貨幣經濟化を惹起すであらう。何故なれば、入會の廢止は當然に農村細民の生活を困難ならしめるから彼等は自ら其業を棄てることになるであらうし、又其業を棄てないまでも從來の如く小作人として獨立の經營者たることが困難になる爲め、自然大農場の賃銀労働者になつて普通の工業労働者と同じく貨幣經濟を營むものにならねばならないから。所が、かくの如きことは何れも農業政策上の大問題である。一方に於て農村人口の維持に苦心し、自作農の創定に努力する當局者が、林野の合理的利用、町村自治團體の收入増加と言ふが如きことだけに注目して、無暗に入會の廢止を奨励することは甚しい矛盾である。

殊に入會の廢止に因つて損害を蒙るものは農村の細民なるに反し、町村有林野の開發に依る町村稅廢止に因つて主たる利益を受ける者は——從來の擔稅者たる——富豪其他有産者であることを考へると、濫りに入會を廢止することは近來政府の實行しつゝある貧富緩和の策と全く相容れざる矛盾した政策だと謂はねばならぬ。

私は入會存続の爲め、林野の荒廢甚しき幾多の事例を知る。故に之を整理して（入會の縮少を計り収益の方法を整頓するの必要は大に之を認める。けれども、之が爲め農村細民の生活が如何なる影響を受けるか、又惹いては農業組織の上に如何なる影響を及ぼすであらうか等の諸點を考慮せず、唯單純な自由主義經濟理論のみに盲



従し又は自治團體の財政改善と言ふやうな目前の小策にのみ促はれて、入會の廢止を獎勵するを以て、極めて危険な政策だと考へる。將來我國の農業が大組織的に且工業的に經營されるやうになるとすれば兎に角、今日の如き小農制小作制を維持する限り入會の存続——從つて之に因る林野の荒廢——は農業政策の大局から見ても必要已むを得ざる事柄である。無論如何なる程度に之を存続せしむべきかは具體的研究と計算とを俟つて初めて明かになるのであつて、事柄は結局「如何程の油を差せば機械の運轉上最も經濟的なるべきか」と同じ問題に歸着するのである。油を差すのは不經濟だからと言ふて、全く油を差さずに機械を圓滑に運轉せしめんとしても事は全く不可能である。

#### 入會權の沿革

我國現在の入會關係は總て徳川時代からの遺物であるから、其性質を理解するが爲めには、是非其沿革を知らねばならぬ。

(入會權の沿革に就いては川瀬氏「公有林及共同地役」殊に二〇〇頁以下、中田氏「徳川時代に於ける村の人格」國家學會雜誌三四卷八號一頁以下を参照せられたし)

徳川時代に於ける「村」の法律的性質如何は一の疑問である。けれども、それが——今日の町村自治團體の如く法律上之を組織する村民とはかけ離れた獨立の抽象的乃至思想的の實在でなかつたことだけは確かである。中田博士は之を説明して我國の村は獨逸中世の *Genossenschaft* に似たもので村なる人格者は即ち村民の全體であつて、村と村民とは相對立する觀念ではなかつた。從つて村は村として訴訟を爲し、財産を有し、法律行爲を爲し得ると同時に、村の負擔する公課は當然村民全體の共同負擔であり、村の債務は同時に村民全體の共同債務で

あり、村持の土地は同時に各村民の共同利用地であつた、と謂つて居られる(中田氏前掲二八頁以下)。私は今此説の正否を判斷するだけの正確な材料を持たない。けれども、今は一般に行はれつゝあるやうな羅馬法寺院法流の法人觀念よりは日耳曼系の *Genossenschaft* 思想の方が一般人には寧ろ自然に思はれること及び中田博士の採用された幾多の資料は今回の法人思想を以てしては到底説明出來ないことから考へて、私は差當り此説に賛成するの外ないと思ふ。

徳川時代に於ける村の法律的性質が斯くの如きものであつたとすれば、村持の林野の如きも今日の法律に所謂町村所有地とは全く異なつて、村持たることは同時に當然村民全體の共同利用地、即ち其總有地——「總持」*Co. saunter yentun*——なりしものと推論せざるを得ない。而して當時の村は——此觀念を基礎として——或は「村中總百姓入會」乃至「總村入會」の林野を有し、或は數箇村入會にて共同の收益林野を有し、或は一村より他村持の原野へ入會して共同收益を許されてゐた。

所が明治維新以來、政府は地租徵收の目的を以て官有地民有地の別を明かにせむと企てた。けれども、此區別は入會林野に付いては殊に困難であつた爲め、當時の當局者は餘程此點に付いて苦心をしたらしい。が兎に角、明治八年六月地租改正事務局乙第三號達に於ては「從來數村入會又ハ一村持等積年ノ慣行存在スル地所ハ假令簿冊ニ明記ナキモ其慣行ヲ以テ民有ノ證ト認メ之ヲ民有地ニ編入スベシ」と定め、又明治九年一月地租改正事務局議定山林原野等官民所有區分處分方法に於ては「口碑ト雖何村持ト唱ヘ樹木草茅等其村ニテ自由ニシ來リタルガ如キ山野ノ類ハ舊慣ニ依リ其村持ト定メ民有地ニ編入スベク」、「從來村山村林ト唱ヘ樹木植付或ハ燒拂等其村所有地ノ如ク進退シ他ノ普通其地ヲ利用シテ天生ノ草木等伐採シ來リタルモノト異ル類ハ從前租稅ノ有無ト簿冊ノ



記否トニ拘ラズ前額ノ成績ヲ視認シ民有地ト定ムベシ」<sup>一</sup>、反之「従前秣永山永下草錢冥加永等ヲ納ムルモ曾テ培養ノ勞費ナク全ク自然生ノ草木ヲ採伐シ來リタルノミナルモノハ官有地ト定ムベシ」と定めて此區別を實行した其結果従來村民の共同收益地たりし林野の或るものは官有となり、或るものは民有——多數は村有乃至區有——となつた。

而して、一方に於ては村の法律的性質が次第に羅馬法寺院法流の法人となり、他方に於ては町村の分合がしきりに行はれた結果、村民の林野に於ける共同收益權は極めて複雑なものになり、或は一村又は數村の住民が國有地に入會する場合あり、或は數箇町村の共有地上に其等の町村民が入會する場合あり、其他私人の共有地に其共有者が入會ひ、又は私人の所有地上に一定地區の住民が入會ふ等其他色々の場合を生じたのである。併し、かくして整理されたものは、入會の目的たる土地の所有權の歸屬に過ぎない。其上に存する入會關係は此等の變革に拘らず、土地所有權が何人の手に移らうとも、舊慣のまゝ存続したのであつて、入會の本體を捉へるに付いては此點に注目することが最も大切である。

## 第二節 入會權の内容

入會權とは、或る地區の住民が一定の場所に於て共同的に收益を爲し得る慣行上の權利を謂ふ。

此權利に付いては、民法中僅かに第二六三條及び第二九四條の二規定あるに過ぎず、又其等の規定すら問題の大部分は總て之を「各地方の慣習」に一任してゐるに過ぎぬ。従つて之が法律關係を一括して精細に説明することは極めて困難である。(田多井氏「入會權ノ性質ヲ論ズ」<sup>二</sup>辯護士協會錄事二四卷三號五頁以下、<sup>三</sup>川瀬善太郎氏公有

林及共同林役二三三頁以下参照)

### 一、入會權の主體

入會權の主體は、或る地區の住民である。其地區は或は現在の自治團體たる「村」と一致することあり、或は其一部たる字、區等に止まることあり、又或は數箇村に亘ることもある。尙其地區の住民中或る資格を備へたもののみが權利者たる場合と然らざる場合とある。

けれども其地區の住民各個が個人として入會權の主體たるのではなく、或は住民全體として入會權を總有し、或は其居住する部落を通じて入會權を總有する。

イ 部落民が其共有又は部落有の林野に入會ふ場合は即ち前者の例に屬する

(註)「川瀬氏前掲二四六頁は、村民が自村所有の林野に共同收益權を有する場合は、入會權にあらずして町村制九〇條に所謂「舊來ノ慣行ニ依リ町村住民中特ニ財産又ハ營造物ヲ使用スル權利ヲ有スル者アルトキ」に該當し、全く行政上の權利に過ぎぬと説いて居る。

反之、大審三九、二、五民二錄一二輯一六五頁は「町村制ニ掲グル町村又ハ區ノ造物物其他ノ財産ニ對スル行政法上ノ共用又ハ使用ノ權利ニ關スル規定中ニハ住民ガ其山林ノ天產物即チ樹木柴草等ヲ各自採取スル權利ハ之ヲ包含セズ」と解して「自村ノ山林ト雖モ固ヨリ入會權ヲ設定シ得」る旨を説いてゐる。

川瀬氏の主たる論據は、此場合に於ける村民の權利を入會權なりとするときは、村民の集合體を以て其主體なりと解せざるべからず、其結果「町村法人中ニ町村夫レ自身ノ法人格ト町村ニ住居スル住民團體ノ法人格ト二様ノ法人存在スルコト」となるべしとするにある(前掲二四四頁)。けれども、先に一言した通り、徳



川時代の村が今日の如き村に變つた以上、入會地の所有權は村に屬し、村民は全體として其上に入會權を有すると謂ふ關係を認めることは少しも變ではない。而して其場合村民は全體として入會權を總有するので、無理に之を法人だと考へる必要はない。尙徳川時代にも、村民が自村の山野に於て共同利益を爲す場合をも「入會」と稱して居たことは、中田氏前掲一二頁以下にも記されてゐる。川瀬氏自らも其記録あることを認むるに拘らず、何等特別の理由を示さずに「之レ只普通ニ入會ト稱シタルニ過ギズンテ之ヲ以テ直ニ現時ノ入會權ノ性質ヲ斷定スルコト能ハザルベシ」と謂つてゐるのは（前掲二四五頁）、自家の理論に捉はれ過ぎて事實を否認せむとするものである。

尙川瀬氏の議論は町村制九〇條の文字のみより云へば、正當のやうであるが、元來現在の制度の下に於て入會地が町村自らに屬するやの區別は、維新以後の土地制度改革及び町村改廢等偶然の出來事に起源するので、之を根據として入會權の存否並に性質如何を區別するは極めて不可なるのみならず、若し氏の説に従ふときは町村會の多數を占むる有産者は本來無産者生活の必需品にして——有産者には用少なき——入會を單なる「町村會ノ議決」に依つて廢止し得るに止るべく（町村制九〇條一項）其結果は極めて不都合である。故に私は大審院の見解を正當なりと解した。』

町村の法律的性質が今日の如くに變つた以上、最早町村の所有地は同時に村民全體の共同利用地だと謂ふやうな考は維持出來ない。而して、昔一部落として獨立の入會地區を成して居た土地が、今日の法律に於ては最早獨立の人格者たる村でもなく、又獨立して「財産ヲ有シ」得べき「町村ノ一部」——「區」——でもなくなつた例が少くないこと、又既に一言した通り入會地の所屬關係も昔とは全く變つて仕舞つたこと等を考へ合せると法人觀念の變革に因る「村」と「村民」との分離は、入會關係に付いても亦入會地所有權と入會權の分離を來さしめたもので、所有權が何者に歸屬したかに全く關係なく、入會權は昔のまゝ部落民全部の權利として存続してゐるものと解するのが、最も自然的な考へ方である。

□ 以上と異なつて、數箇町村が共同に入會する場合及び一部落が他部落の所有地上に入會權を有する場合に於ては、入會權は部落民自らが全體として之を總有して居るが、他部落に對する對外關係に於ては部落自らが其代表者に依つて入會關係に關する法律行爲、訴訟行爲を爲すべきである。何故なれば、かゝる場合には昔から部落と部落とが代表者に依つて相對したものであるから、町村の性質及び代表方法の變つた今日に於ても——現時の——法定代表者に依つて相對すべきものと解するのが至當だから。けれども、其部落が町村分合の結果今日では法定代表者を有せざる地區になつて仕舞つて居るやうな場合があれば、外部に對する關係に於ても部落民自らを直接の入會權者と見るの外ない。

## 二 入會權の物體

### イ 物體の種類

入會權の物體は山林原野なるを常とする。併し入會漁業權の如く水面を物體とするものもないではない。「舊漁業法施行規則（明治三五、五、七農會七號）二五條は「從來ノ慣行又ハ契約ニ因リ共有ノ性質ヲ有スル入會ヲ爲シタル者ガ從來ノ慣行ニ因リ專業漁業ノ免許ヲ受ケムトスルトキハ入會漁業者連印シテ出願ス」べき旨を規定し、又同二六條は「從來ノ慣行又ハ契約ニ依リ他人ノ專用漁場ニ入漁シタル者ハ入會其ノ他何等ノ名義ヲ以テスルニ拘ラス專用漁業ノ免許ニ因リテ其權利及義務ニ變更ヲ生ズルコトナ」き旨を規定して居る。



其結果前者は今日に於ては純粹の專用漁業權となり、後者は入漁權となつたのである。尙入漁權の性質に付ては大審四四、一一、一七民二錄一七輯六六九頁、大審五、六、五民二錄二二輯一一六五頁等参照。

□ 物體の所屬

入會地が入會權者の共有に屬する場合、入會地が入會權者自らの所有——共有——に屬することが屢々ある。嘗て大審院は明治三十七年以來「民法第二百六十三條ニ所謂共有ノ性質ヲ有スル入會權トハ、地盤毛上トモニ入會權者ニ屬スル場合ヲ指シタルモノニアラズシテ、地盤ハ第三者若クハ入會權者中一二ノ者ニ屬シ、其ノ毛上ノミ入會權利者が共有シテ共同收益スル場合ヲ指シタルモノト解セラルベキ」旨を主張し(註)爾來學者實際家の非難も相次ぐに拘らず(田多井氏前掲二四卷三號二二頁以下、中島氏物權五八四頁、富井氏物權二八六頁、横田氏物權四二六頁、梅氏物權二二二頁、川名氏物權一三二頁、三瀨氏物權二六六頁、川瀬氏前掲二四八頁以下)同じ判例を繰返へしてゐた(大審三九、一九民二錄一二輯五七頁、大審四〇、一二、二〇民二錄一三輯一二七頁等)併し、大正九年遂に多年の判例を翻して「共有ノ性質ヲ有スル入會權」と「共有ノ性質ヲ有セザル入會權」とを「區別スル標準ハ入會權ノ權利ガ其共有ノ地盤ヲ目的トスルヤ若クハ他人ノ所有ニ屬スル地盤ヲ目的トスルニ存」する旨を判示するに至つた爲め(大審九、六、二六民二錄二六輯九三二頁)今日では入會地が入會權者の共有に屬する場合あることが判例上に於ても亦明白になつた。

(註) 大審三七、一二、二六民二錄一〇輯一六八頁。此判決は「民法實施前ニ在リテハ多數ノ者ガ共同シテ林野ニ於テ收益ヲ爲ストキハ其地盤及ビ毛上トモニ共同收益者ノ共有ニ屬スル場合ト地盤ハ第三者若クハ共同收益者ノ一二ノ者ノ所有ニ屬スル場合トテ問ハズ齊シク其收益ヲ入會權利者ト云ヒ其權利ヲ區別ナク入會ト稱

セシコトハ當院判例ニ於テモ屢々見スル所ナリ」と謂ふに拘らず、民法施行後ハ民法二六三條に依つて右の法制は全く改廢せられたるものとなし、而かも若し「地盤毛上共ニ入會權利者ニ屬スル場合」をも「共有ノ性質ヲ有スル入會權」の一種なりと解するとせば「純然たる共有」と何等區別なきに至るべく、而してかかる場合は寧ろ「直接ニ共有ニ關スル規定ノ適用ヲ受ク可キモノニシテ右第二六三條ニ依ルベキモノニアラズ」と説いて居る。

入會權が他人の所有に屬する場合、入會權が、他の個人又は町村の所有に屬することも、實際上其例に乏しくない。「入會權が或る個人に屬する場合の中には、それが入會權者の權利にあらすして、地主の恩恵に過ぎずと認むべき事例もないではない、併し外觀上恩恵に過ぎざるが如くに見えても、多年の慣行上既に權利になつて居ると認むべきものも多いし、殊に例へば收益の一部分を地主に納入するが如く、報酬を拂つて居るものは反對の事實なき限り、權利と認めて差支ないやうに思はれる」

但し此場合には所有者側でも同時に其土地に入會ふのが通例である(村に專屬して其村民だけが収益する林野を「内山」と稱するに對し「他村ノ入會を許スモノヲ外山ト稱シタ」例が多い。行政三九、一一、一五錄一七輯六二七頁)

尙或る村の所有地上に村民全體が入會權を有する場合も、今日の法律的形式から言ふと、此場合の一に屬するやうであるが、沿革的觀察よりすれば、かかる入會權は村民全體の共有地上に行はれて居る入會權に準じて取扱ふのが至當だと思ふ。

官有地は入會權の目的となるか、古い判例には官有地が入會權の目的たる場合を認めたものがある「けれど



も大正四年三月十六日の大審院判決(註)は之と全く反對に明治初年地租改正處分の際官有地に編入された土地に付いては其編入と同時に入會權は當然消滅したのだと謂ふて居る。

(註)「大審四、三、一六民一錄二一輯三二一八頁、其理由次の如し「明治七年乃至九年ノ地租改正處分ニ關スル諸法令ニ依レバ其改租處分ニ於テハ一般ノ土地ヲ官有ト民有トニ區別シ」たのもので「從來村民入會利用ノ慣行アリタル土地モ亦總テ之ヲ官民有ニ區分シ其慣行ヲ證據ニ照シテ(一)實質上之ヲ村ノ所有地ト同視スルニ足ルモノ又ハ村民ガ之ニ付テ樹木等ヲ自由ニスルコト土地ノ所有者ト異ナラザルガ如キ重キ關係ヲ有シタルモノハ悉ク之ヲ民有地ト定メ(二)村民ガ之ニ付テ單ニ天生草木等ノ伐採ノミヲ爲スガ如キ輕キ關係ヲ有シタルモノハ皆之ヲ官有地ト定メ(三)既ニ之ヲ官有地ト定メテ編入シタルトキハ從前其土地ニ於テ慣行上村民ガ草木等ヲ伐採シ來リタル關係ハ當然廢止セララルヲ以テ之ガ爲メ其村民ニ忽チ支吾ヲ生ジ損害ヲ及ボスコトヲ慮リ特ニ其村民ニ地所拂下又ハ貸渡等ヲ許ス趣旨ヲ以テ改租處分ノ行ハレタルコトヲ知ルベク」從つて、(四)「地租改正處分ニ於テ官有地ニ編入セラレタル土地ニ對シ從前慣行ニ依リ村民ノ有シタル入會權ノ如キ私權關係ハ改租處分ニ依リ官有地編入ト同時ニ當然消滅ニ歸シタ」ものである。」

けれども、行政裁判所に古くから、屢々村民が入會權の存在を理由として入會權の自己に屬することを主張せる訴に對し「入會ノ事實アルモ直チニ所有地アリト言フヲ得ズ」と答へて、廣く官有地上に入會權の存在することを認めて居る。之を以て見れば、右大審院判決は現在の實際には適合しないやうに思はれる。

御料地。

右に述べた大審院の論法を以てすれば、一見御料地を目的とする入會權もあり得ないやうであるが、事實は

之に反し、現に御料地拂下規程(明治四一年十二月二十八日宮内省令一〇號)第二條に於ても御料地上に「草木刈伐ノ爲入會ノ慣行アル」ことが認められて居る。

保安林。

「入會權ノ目的タル森林ガ保安林ニ編入セララルモ其權利ガ直チニ消滅スルモノニアラズ」  
 「大審三八、四二二六民一錄一一輯五八九頁、森林法第十九條に「保安林ニ於テハ皆伐及ビ開墾ヲ爲スコトヲ得ズ」とあり其他第二〇條第二二條にも同様の制限があるから、一見保安林に入會の存続することは許されないやうであるが「芝草及ビ一部ノ伐木ノ如キハ絕對ニ禁止」されてる譯でもないから、保安林に編入されたと言ふ一事を以て直に入會權消滅したりとの論斷をしてはならぬ。」

### 三、共同收益

入會權は一定地區の住民が入會權に於て共同的に收益する權利である。而して收益行爲の種類は種々雜多であるが

イ 其最も普通なるは、山林原野に樹木を伐り薪芝を採り、秣草を刈り、葛根山蕨を堀るの類である。(川瀬氏前掲二三〇頁に各種の實例を掲ぐ)

ロ けれども「入會權ノ目的ニ付テハ民法ニ於テ別ニ制限シタル所ナキヲ以テ」例へば或る山「の石材豐富ニシテ附近部落ノ住民が永續的收益トシテ之ヲ採取スルニ足ル場合ニ於テ地理ノ關係上其石材採取ヲ以テ生活資料ト爲スガ爲メ山ノ所有者ニ非ラザルニ拘ラズ各自自由ニ採石シ得ル慣習發達シタルトキハ亦石材採取ヲ目的トスル入會權ノ存スルヲ妨ゲザルモノトス」(大審六、一一、二八民三錄二四輯二〇一八頁)



ハ 入會漁業權「從來ノ慣行又ハ契約ニ因リ共有ノ性質ヲ有スル入會——漁業——ヲ爲シ」又は「他人ノ専用漁場ニ入漁」する實例は古來澤山あつた。此中、前者は今日では法規上専用漁業權に化し後者は入漁權になつたけれども、殊に後者の如きは今日尙本來の入會たる性質を失つて居ないものと考へることが出来る。

### 第三節 入會權の種類及び其法律的性質

入會權は以上の如き沿革と構成とを有するものである。然らば其法律的性質は果して何であらうか。

民法は此點に付て「共有ノ性質ヲ有スル入會權ニ付テハ各地方ノ慣習ニ從テ外本節ノ規定ヲ適用ス」(二二六三條)及び「共有ノ性質ヲ有セザル入會權ニ付テハ各地方ノ慣習ニ從テ外本章ノ規定ヲ適用ス」(二二九四條)なる規定を設けてる爲め、學者は一般に入會權を分つて「共有ノ性質ヲ有スル入會權」及び「共有ノ性質ヲ有セザル入會權」——即ち學者の所謂「地役ノ性質ヲ有スル入會權」の二種とし、前者は尙之を共有の一種なりと解し、後者は地役權にはあらざれども尙之に類似するが故に地役に關する規定の準用を受くるものだと言ふて居る。

一、「共有ノ性質ヲ有スル入會權」と「共有ノ性質ヲ有セザル入會權」との區別

大審院は嘗て「共有ノ性質ヲ有スル入會權トハ地盤毛上トモニ入會權利者ニ屬スル場合ヲ指シタルモノニアラズシテ、地盤ハ第三者若クハ入會權利者中一二ノ者ニ屬シ其毛上ノミ入會權利者ガ共有シテ共同收益スル場合ヲ指シタルモノ」と解して居た(大審三七、一二、二六民二錄一〇輯一六八二頁)

けれども若し此說に従へば、「共有ノ性質ヲ有スル入會權」なるものは實際上殆どあり得なくなるのみならず入會の實情と甚しく矛盾低觸するので、學者は筆を揃へて之に反對して居た。其結果大審院は遂に去る大正

九年說を改めて「此二者ヲ區別スル標準ハ入會權者の權利が其共有ノ地盤ヲ目的トスルヤ若クハ他人ノ所有ニ屬スル地盤ヲ目的トスルヤニ存シ(一)入會權者ガ地盤ヲ共有スル場合ハ本來共有ノ規定ニ依リテ其效力ヲ定ムベキモノナレドモ入會權ニ付テハ各地其慣習ヲ異ニスルモノアルヲ以テ先ヅ其慣習ニ準據スベク慣習ナキ場合ニ於テ共有ノ規定ニ依ルベキモノトス(二)之ニ反シテ入會權者ノ地利ガ他人ノ所有ニ屬スル地盤ヲ目的トスル場合ハ本來地役權ニ非ザルモ他人の所有權ヲ目的トスル地役權ト其性質ヲ同フスルヲ以テ慣習アルトキハ之ニ準據スベキモノ若シ慣習ナキトキハ地役權ノ規定ヲ準用シテ其ノ效力ヲ定メザルベカラズ」と謂ふに至り、入會權の性質及び區別は之に依つて稍や明瞭となつたのである。

イ 入會權が入會權者自らの共有に屬するときは、其權利は他物權ではない。従つて對地主の法律問題を生ずるの餘地なく、唯入會權者相互の持分、收益の程度、其他入會權の分割、處分等に關して問題が起り得るに過ぎない。反之、入會權が第三者に屬する時は、入會權者相互間の問題と同時に地主對入會權者の問題が起る。此意味に於てこの場合は區別せらるべき實益と必要とがある。

ロ 入會權。が他人若くは、他部落の所有に屬するときは、入會權者と土地所有者との間に次の如き色々の法律問題を生ずる。

入會料。此種の場合には、入會權者に於て入會料支拂の義務あるを通例とし、其の支拂は米を以て爲さるるを最も通例とし、金錢麥等之に次ぎ、稀には酒類牛などにて拂はるゝ例もある。而して此種の場合に直接土地所有者に對せべき者は部落夫れ自身なるが故に、入會料債務も部落に於て之を負擔すべきである。反之、かかる場合でも、部落民自らが直接對外關係に於ても入會權者だと認め得べき場合があれば、其債務は部落



民の不可分的に負擔する所だと謂はねばならぬ。

使用收益關係。他人の土地が入會權の目的となつて居る場合に、土地所有者——部落——も亦同じく其土地を使用收益するを通例とする。此場合には、所有部落民の權利も亦——「共有ノ性質ヲ有スル」——入會權と見るべきであるが之と入會部落民の權利との間には、行使の方法、程度などに差等のある例が少くない。(例へば入會部落民は秣草のみを採取し、所有部落民は薪をも採集し得るが如し)

所有者の土地分權、入會權の所有者が其土地を他人に讓渡し又は之を抵當に入れても入會權其のものには何等の影響をも及ぼさぬ。其土地が競賣の結果他人に歸した場合も亦同じである(大審一〇、一一、二八民二録二七輯二〇五頁)

かくの如く、入會所有者と入會權者との間には、色々の法律關係を生ずるが故に學者は一般に之を稱して「地役ノ性質ヲ有スル」入會權と謂つて居る。併し此種の入會權は部落民たるが故に之を有するので部落の土地所有者たるが故に有するのではないから寧ろ集合的人役權の一場合と見るべきである。

## 二、入會權の實體

入會權が「共有ノ性質ヲ有スル」や否やの區別は、結局入會權が入會權者の所有に屬するや否やに存し、從つて實質上地主對入會權者の法律問題を生ずるや否やの差異に歸着すること上述の通りである。故に其問題を別除して、入會權の全體に通ずる本質如何を考へると、それは結局「一定の部落民が一定の地區に於て共同收益をする權利」だと謂ふことに歸着する。而して其權利は部落民全體の總有に屬するものと解すべきである。蓋し、個々の部落民は——各々自己の收益し得る割合は定まつて居るけれども——共有の場合の如く各自獨立した持分

を有する譯ではなく、從つて其權利は法律上當然に部落民たる資格と終始するもので、他人に讓渡し得べきものではないから。

學者は一般に「共有ノ性質ヲ有スル入會權」に於ける權利者相互間の關係は、共有 *Miteigentum* であると説いて居る、けれども「共有ノ性質ヲ有スル入會權」とは入會權が入會權自らの共有に屬する場合を意味するに過ぎない。其場合、土地の所有權は普通の共有であるかも知れない。併し、土地所有權の移轉其他の處分は毫も入會權に影響を及ぼすものでないから、縱令共有權の分割又は讓渡があつても——同時に入會關係の廢止が決議せられざる限り——入會權に對しては何等の影響を及ぼさざるものと解すべきである。加之更に進むでは此場合に於ける土地の「共有」夫れ自身が入會の目的たる關係上普通の共有たる性質を失つて「總有」になつて居るものとも考へることが出来る。此考に依れば入會權と共にするにあらざれば土地共有權の分割又は讓渡も出來ないことになる。

「共有ノ性質ヲ有セザル入會權」にあつては、入會權者と地主との間に上述の如き法律關係を生ずるけれども入會權者たる部落の内部に於ける部落民相互間の共同收益關係は「共有ノ性質ヲ有スル入會權」の場合と全く同様に、總有關係を有するものと解せねばならぬ。

而して、此場合部落は唯外部に對して部落民を代表する關係上入會權者たるに過ぎないのだから、實質上の入會權者は部落民全體である。對外關係に於て部落が入會權者たるが故に内部に於ける部落民の權利は入會權にあらずして行政上の公有財産使用權に過ぎぬと説くのは至當でない。



#### 第四節 入會權の效力

##### 共同收益權

入會權者は、入會權に於て共同的に收益行爲を爲し得る。

一、如何なる收益行爲を爲し得るかは、慣習又は規約に依つて定まつて居る(註)。

例へば山林の入會の中にも、「株薪炭ノミヲ取得スルニ止マル所謂制限ヲ以テ入會スルモノ」もあれば「又或ハ等ク無制限ニ入會スルモノ」もある。而して大審院は「制限アルモノハ普通ニシテ制限ナキモノハ變態ナリト認ムルニ足ルベキ一般ノ慣行」がないから、「入會權ニ付制限アルヤ將タ制限ナキヤヲ相争フ争訟ニ於テハ制限アリト主張スル」者に於て其事實を立證せねばならぬと言ふて居る。

(註) (一)時に入會權に入り得る人員を限るもの、(二)收益の時期を限定するもの、(三)他村よりの人員をして收益を爲さしめてはならぬことにしてゐるもの、(四)採取器具又は運搬具を制限せるもの等、色々の例がある。(川瀬氏前掲二二二頁以下、二五五頁参照)

二、入會權者各自の爲し得る收益行爲の種類及び程度は平等たるを原則とするも、場合に依り部落民中に一定の資格を限つて差等を設ける例もある。又一部落の住民が他部落の所有地へ入會つて居る場合には、所有部落民の入會ふ權利と入會部落民の權利との間に差等のある例が多い事は上述の通りである。

##### 權利侵害に對する救済手続

一、入會權者相互間の侵害

入會權者の或る者が其權利の程度を超えて收益行爲を爲したるときは、他の入會權者は各自總入會權者の爲めに其行爲の停止を請求し得るは勿論、損害賠償を請求し得る。入會關係は之を一種の總有關係なりと解すべきことと上述の如くなるが故に、各入會權者の爲めにかゝる請求を爲し得べきこと、不可分債權に關する民法第四百二十八條より之を推論し得る。

入會中の或る者が(一)事實上他の權利者の收益行爲を妨害すべき行爲を爲した場合にも右と同一の結果を生ずる(二)反之、法律上他の權利者の權利を制限又は廢止せしむべき行爲をしても、それは無効である。何故なれば總有者の或る者のみにて總有に屬する權利を處分すべき法律行爲を爲し得ないから。

二、第三者の侵害

第三者が入會權を侵害したる時は、各入會權者は總入會權者の爲めに、侵害の除去停止を請求し得べく又損害の賠償をも請求し得る。此の場合の請求權も亦不可分債權なりと解すべきであるから、各入會權者は「總債權者ノ爲メニ履行ヲ請求シ」得るものと謂はねばならぬ(第四二八條参照)

入會地所有者と雖も、入會權者の承諾を得ずして、入會權に影響を及ぼすべき變更を其土地に加へてはならぬ若し之を爲したるときは、賠償は勿論原狀回復の義務を負担せねばならぬ。

三、訴訟當事者としての入會權者

入會權者が、他の入會權者又は第三者の權利侵害を原因として妨害除去又は損害賠償を請求する權利は不可分債權と見るべきこと上述の通りだから、各入會權者は單獨にても他の「總債權者ノ爲メニ履行ヲ請求」する訴を提起し得るものと解せねばならぬ。尙二個以上の部落が入會する場合には、對外關係に於ては部落自らを權利者



と見るべきだから、一方より他方に對する訴は部落自らが其代表者を以て提起すべきである。けれども其部落が町村を成さず其他法定の代表者を有せざるときは部落民全部が直接訴訟當事者になるものと解せねばならぬ。

入會權者中の或る者が他の者の同意を得ず、入會關係の廢止等其他入會權の處分を目的とする法律行爲をしても、無効であることは上述の通りであるが、其場合には他の入會權者——の全部又は一部——から無効確認を提起し得べきこと勿論で必要的共同訴訟にはならない。反之、或る部落の住民が「村民ノ資格ヲ以テ係争山林ニ對シ古來入會權ヲ有スルコトヲ主張スル——確認——訴訟は民事訴訟法第五十條ニ所謂權利關係ガ合一ニノミ確定スベキ事件ニ該當ス」るから、必要的共同訴訟になると言ふのが大審院の考へである。

## 第五節 入會關係の發生及消滅

入會關係全部の發生消滅と各入會權者の權利得喪とは全然之を區別して考へねばならぬ。

### 一、入會關係の發生

入會關係の發生は大部分古來の慣習に起因する。

契約を以て新に入會關係を發生せしむることも理論上考へられないことはない。けれども民法の精神は單に從來の入會關係をそのまま認容することのみに存し、之が新設は寧ろ其豫想せざりし所であらうと考へる。無論從來明瞭ならざりし入會關係を新に確認すべき契約を爲し得べきは素よりであるが、尙時効に因る入會關係の發生は今後と雖も可能であらう。

### 二、入會關係の消滅

入會關係廢止は別段の慣習ある場合の外、入會權者全部の同意を以てするにあらざれば之を爲し得ない。

「共有ノ性質ヲ有スル入會權」に於ても——權利者全部の同意を以てするは兎も角——個個の入會權者より「分割」の請求を爲し得ざるは勿論、多數決を以てするも「分割」を強行し得ない。第二百六十三條及び第二百五十六條一項の規定だけから考へると、かゝる「分割」請求を許し得るやうに見えるけれども、第二百六十三條の主旨は先づ「各地方ノ慣習」を適用した上初めて共有に關する民法の規定を適用すべしとするにあり、而して從來一般の慣習は、かゝる解釋を容るゝ餘地はないと思ふ。

入會地が町村の所有地なるときは、一見入會權者の意思に關係なく「町村會ノ議決」のみを以て廢止を爲し得るやうであるが、其然らざること上述の通りである。尙多數部落が入會つてゐる場合には、其部落相互の對外關係に於ては各部落が入會權の主體なること上述の通りだから、其部落全部の協議を以て入會權を分割し得る。けれども、かくして各部落に割當てられた入會地は其部落民全部の入會權の目的となるが故に、更に其入會關係を廢止せむとせば、住民の全部同意を得ねばならぬ。

「共有ノ性質ヲ有セザル入會權」も——別段の慣習乃至規約ある場合を除く外——土地所有者一方の意思を以て之を廢止し得ざるは勿論、入會權者中の或る者のみの意思を以て之を拋棄し得ない。

かくの如く現行法と入會權の廢止は通常入會權者全部の同意がなければ出來ない。それは入會權者自身にとつては極めて利益だけでも、先にも一言した通り、現在の入會地中には整理を要するものも少くないのだから速に法規を設けて公平且合理的な廢止方法を設ける必要があると思ふ。併し町村の決議のみを以て之を廢止せしむることは絶對的にいけないと思ふ。



入會地が事實上又は法律上の理由に依つて入會に適しなくなると、入會権は消滅する。けれども、例へば山火事の爲め入會地の生産物が減少し又は皆無となるも、入會権は之が爲め消滅することなく、林野の復舊と共に再び権利を行使し得るに至るものと解せねばならぬ。又入會地が保安林に編入されても必ずしも入會権は消滅するものでないことは既述の通りである。

## 第六節 入會権の取得喪失及公示方法

- 一、部落民たる資格を取得したる者は當然に入會権を取得し、其資格を失つた者は又當然に入會権を失ふのを原則とする。勿論別段の慣習に依つて、移住民又は分家には権利なしとするが如き例もないではない。
- 従つて、入會権を部落民以外に譲渡するを得ず、又其等の者に依つて相続されることもないのが原則である。
- 二、又入會権は入會権者の總有に屬するが故に、各個の入會権者は——「使用収益の割合」の意味に於ける「持分」を有するけれども——獨立の持分権を有しない。従つて入會権者相互間に於ても「持分」の譲渡を爲し得ず又之を相続するを得ない。各入會権者は部落民たるの故を以て當然に各自共同収益を爲し得るだけのことである。
- 三、入會關係の發生存在は、入會の標示を建てる等の方法で公示する例もあるけれども、法律上は何等の公示方法も要求されて居ない。登記も亦必要がないのである。従つて入會権の附着して居ることを知らずに林野の所有権を取得した者でも、入會権の存在を否定し得ないのである。

## 第二章 用益物權に就いて

### 第一節 用益物權の特質

#### 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有限的である。(尤も現行民法の解釋としても地役權だけは永久無限の存続期間を有するものを認め得べきこと後述の通りである)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」従つて地上權の存続中と雖も「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(物的請求權)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弾力性)

無論、法律は色々の理由から所有權の内容を制限する。又時には留置權先取得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—直接物を支配する権利である。それにも拘らず其の成立に當つては必し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。

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ゝる形式を以て終始存続し來つたも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、色々と變化を極めたのである。

例へば、今日知られて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權の起源であつて、今日法律思想を以て言へば一種の土地負擔 *Realisten rentes foncieres* 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擔して居た。此關係

を今日の法律觀念を以て言ひ現せば分割所有權 *coelestis Eigentum* に似たものである」

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の結果此制度が廢止され、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続を許されるに至つた。之を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。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、券面の地價は土地の實價に依らず「臂は一反歩に付所得米一有此代價百圓相當の處前條の如く永小作人有之地主權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、さらばと言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。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儀候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」云々なる指令を發したので「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小作人の負擔す

*Miye Restoration European Mindset*

しつねに永小作の地券を發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、券面の地價は土地の實價に依らず「臂は一反歩に付所得米一有此代價百圓相當の處前條の如く永小作人有之地主權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、さらばと言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。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儀候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」云々なる指令を發したので「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小作人の負擔す

。工は...  
20...  
...  
...



る所」となつて其後に及む。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「一村又ハ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其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。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るものではなく、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き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———と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こと、地主の權利を全廢して直接小作者の權利のみを———所有權としてとなく———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、債務の履行あるまで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、其他の先取得權、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。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ことが出來ると思ふ。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。

#### 第四 上土權

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」(二〇七條)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。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「之ヲ上土權ト名ク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。茲に所有「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」に過ぎないの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。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ゝに過ぎないことになつた。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絕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続せしめないのが民法の考へなのであらう。従つて民法の解釋上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少くとも附合し因つて「損失ヲ受ケタル者」が「價金ヲ請求スルコトヲ得」(二八四條)ると同じだけの利益を認めてやり、權利の存続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。

### 第二節 用益物權の種類

#### 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、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。従つて従來「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權として取扱はれねばならない。

地役權は、甲地を乙地の便益に供し得る權利で、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權を活用して色々の内容の物權を作ることが出来る。

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



一、現行民法の認むる用益物権は以上の四種に限る。それ以外の権利関係を物権として設定することは法律上許されない。それが爲めには賃貸借に依つて借権関係を發生せしむるの外方法がない。所が債権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——安んじて地上に永續的施設を施すことが出来ない。故に近世各國の法律は皆均しく不動産賃貸借の保護を厚くして漸次に物權的效力を與へむとする傾向がある。

現に吾民法に於ても「不動産ノ賃貸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效力ヲ生ズ」(六〇六條)の旨を定めて、不動産賃貸借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、かゝる登記を爲すこと能はず、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、事實上新規定は賃借權保護の目的を達することが出来なかつた。

二、それが爲め先づ第一に問題を惹起したのは、住宅地の借地の借地問題——「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……土地ノ賃借權ニ因リ……土地ノ賃借人が其土地ノ上ニ登記シタル建物ヲ有スルトキハ……土地ノ賃借ハ其登記ナキモ之ヲ以テ第三者ニ對抗スル事ヲ得」(第一條一項)の旨を定めて、登記なき住宅地賃借權にも多少の物權的效力を認めたる所が、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」(第一條一項)るに至つたのである。

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——は今日尙かゝる法律的保护を受くるに至らず、其權利は依然として——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、小作人の法律的保护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ゝに至つた。

物 權 法 (終)



昭和三年二月十三日 印刷  
昭和三年二月十五日 發行

【非賣品】

不許  
複製

發行所

編纂者 巒 國太郎  
東京市神田區三崎町三丁目四十四番地

發行人 高橋新藏  
東京府下千駄ヶ谷四百二十二番地

印刷人 萩原孝三郎  
東京府下千駄ヶ谷四百二十二番地

印刷所 有明社印刷所

東京市神田區三崎町三ノ四四

國文社  
振替口座東京四三九〇五番

(納所本製橋高田神京東)







573  
191



