

90-233/\



1200501333398

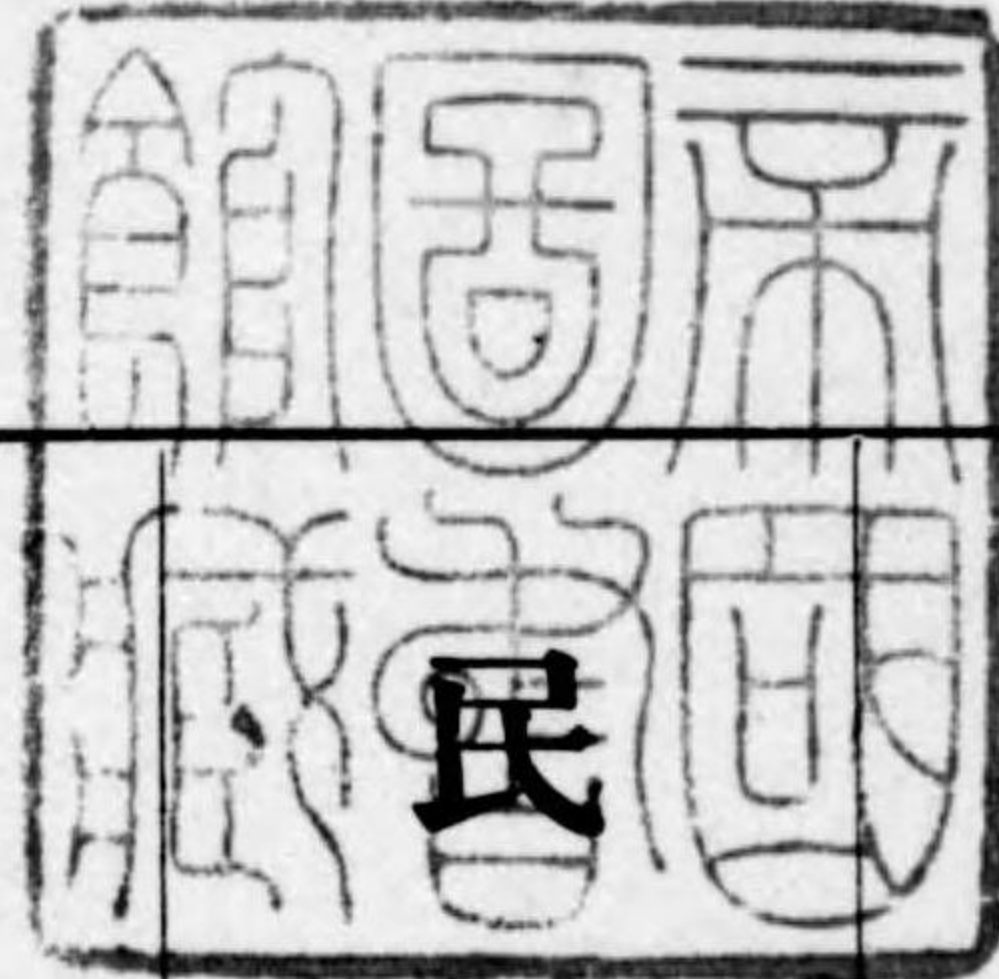
0

233/\



始





法學博士松岡義正著

法
論
物
權
法

東京

會社
清水書店發行



90-233ハ

自序

余ハ曩ニ物權論上册ヲ著ハシ今又其ノ下册ヲ著ハシ民法物權ノ論述ヲ完成セントシ之ヲ合シテ民法論(物權)ト題シテ之ヲ公ニシ以テ民法論總則ノ續刊トシ約束ヲ履踐セントス夫レ法律制度ハ突然發生スルモノニ非ス必ス因テ來タル所アリ故ニ沿革ヲ究メスシテ法制ヲ語レハ則チ其ノ説明獨斷ニ陷ル又法學ハ比較ニ依リテ進ムモノナリ蓋我カ短チ知リ彼ノ長ヲ知ルヲ以テナリ故ニ民法ノ原理ヲ研究スルニハ沿革法理學及比較法理學ヲ以テ最良ノ方法トス是本書ニ於テ煩ヲ厭ハスシテ起源ヲ説明シ又文明諸國ノ法制ヲ比較シタ

自序

ル所以ナリトス讀者希クハ之ヲ諒セヨ

昭和五年九月

著者識

二

民法論物權法目次

第二編

第一章 物權法ノ概念

- 第一 性質……………一
- 第二 内容……………二
- 第三 系統……………三

第二章 物權通論

- 第一 意義……………四
- (壹) 本質……………四
- (貳) 目的物……………五
- (參) 效力……………六
- 第二 種類……………七
- (壹) 所有權及ヒ定限物權……………九
- (二) 所有權……………九

目次

一

(一) 限定物權……………九

(1) 用益物權……………一〇

(2) 擔保物權……………一〇

(三) 區別ノ實用……………一〇

(貳) 動產物權及ヒ不動產物權……………一〇

(一) 動產物權……………一〇

(二) 不動產物權……………一一

(三) 區別ノ實用……………一一

(參) 本權及ヒ占有權……………一一

(一) 本權……………一一

(二) 占有權……………一一

(三) 區別ノ實用……………一一

(肆) 主タル物權及ヒ從タル物權……………一一

(一) 主タル物權……………一一

(二) 從タル物權……………一一

(三) 區別ノ實用……………一一

第三 效力……………一一

(壹) 優先權……………一一

(貳) 追及權……………一一

第四 取得……………一一

(壹) 法律規定……………一一

(一) 動產物權ノ取得……………一一

(二) 不動產物權ノ取得……………一一

(三) 相續……………一一

(貳) 法律行爲……………一一

(一) 主義……………一一

(1) 羅馬法主義……………一一

(2) 佛國法主義……………一一

(3) 獨逸法主義……………一一

(二) 日本民法ノ主義(意思主義)(民一七六)……………一一

(三) 制限……………一一(民一七七、一七八)

第五 喪失……………一一

(壹) 權利者ノ意思ニ基カサル事實……………一一

(一) 消滅……………一一

(二) 混同……………一一(民一七九)

(三) 時效……………一一

(貳) 權利者ノ意思ニ基ク事實……………三

(一) 拋棄……………三

(二) 讓渡……………三

第六 對抗……………三

(壹) 立法主義……………三

(一) 動産物權ニ關スル主義……………三

(1) 引渡公示主義……………(民一七八)……………三

(2) 引渡要件主義……………三

(二) 不動産物權ニ關スル主義……………三

(1) 登記公示主義……………(民一七七)……………三

(2) 登記要件主義……………三

(3) 地券交付主義……………三

(貳) 第三者……………三

(一) 意義……………(民一七七、一七八)……………三

(二) 權利……………(民一七七、一七八)……………三

(參) 登記……………三

(一) 意義……………(民一七七)……………三

(二) 種類……………三

(1) 終局登記(狭義登記、更正登記、抹消登記、回復登記、全部登記、附記登記)……………三〇

(2) 準備登記(假登記、豫告登記)……………三一

(三) 登記物權(所有權、地上權、永小作權、地役權、先取特權、質權、抵當權)……………三一

(四) 登記事項(不動産物權ノ得喪及ヒ變更)(民一七七)……………三一

(五) 登記ノ手續……………三二

(1) 終局登記手續……………三二

(子) 登記ノ前手續……………三二

(イ) 登記義務者ノ同意……………三二

(ロ) 登記申請書ノ提出……………三三

(ハ) 登記原因證明書ノ提出……………三三

(ニ) 登記義務者ノ權利ニ關スル登記済證ノ提出……………三三

(ホ) 第三者ノ許可、同意又ハ承諾ヲ證スル書面ノ提出……………三三

(ヘ) 代理權限ヲ證スル書面ノ提出……………三三

(丑) 登記實施手續……………三三

(イ) 登記申請ノ受理……………三三

(ロ) 登記申請ノ調査……………三三

(ハ) 登記簿ノ記載……………三三

(ニ) 登記済證ノ交付.....六

(2) 準備登記手續.....七

(子) 假登記手續.....七

(イ) 登記前手續.....七

(ロ) 登記實施手續.....七

(丑) 豫告登記手續.....七

(イ) 登記前手續.....七

(ロ) 登記實施手續.....七

(六) 登記書類ノ保存及ヒ閱覽.....七

(七) 登記ノ效力.....七

(1) 發生ノ要件.....七

(2) 發生ノ時期.....七

(3) 效力ノ内容.....七

(子) 終局登記ノ效力.....七

(丑) 準備登記ノ效力.....七

(肆) 引渡.....八

(一) 意義.....八

(二) 種類.....八

第三章 占有權

(1) 現實ノ引渡.....八

(2) 簡易ノ引渡.....八

(3) 占有ノ改定.....八

(4) 返還請求權ノ讓渡.....八

(三) 引渡ヲ要スル物權.....八

(四) 引渡事項.....八

(五) 引渡ノ效力.....八

第七 物上請求權.....九

(壹) 意義.....九

(貳) 目的.....九

(參) 準則.....九

第一 占有ノ起源.....九

第二 意義ノ發達.....九

(壹) 羅馬法ノ占有.....九

(貳) 獨逸古代法ノ占有.....九

(參) 近世諸國ノ占有.....九

第三 意義.....九

目次

(壹) 占有.....101

(貳) 目的物.....101

(參) 作用.....101

第四種類

(壹) 瑕疵アル占有及ヒ瑕疵ナキ占有.....102

(一) 瑕疵アル占有.....102

(二) 瑕疵ナキ占有.....102

(三) 區別ノ實用.....(民一八六、第一項).....102

(貳) 正權原ノ占有及ヒ無權原ノ占有.....102

(一) 正權原ノ占有.....102

(二) 無權原ノ占有.....102

(三) 區別ノ實用.....102

(參) 善意ノ占有及ヒ惡意ノ占有.....102

(一) 善意ノ占有.....102

(二) 惡意ノ占有.....110

(三) 區別ノ實用.....(民一八六、第一項).....110

(肆) 過失占有及ヒ無過失占有.....111

(一) 過失占有.....111

目次

(二) 無過失占有.....111

(三) 區別ノ實用.....111

(伍) 所有ノ意思アル占有及ヒ所有ノ意思ナキ占有.....111

(一) 自主占有.....111

(二) 他主占有.....111

(三) 區別ノ實用.....(民一八六、第一項).....111

(陸) 直接占有及ヒ間接占有.....111

(一) 直接占有.....111

(二) 間接占有.....112

(三) 區別ノ實用.....112

(漆) 私法的占有及ヒ自然的占有.....110

第五效力

(壹) 自力保護權及ヒ占有訴權.....111

(一) 占有保護ノ理由.....111

(1) 絕對的占有保護主義.....111

(2) 相對的占有保護主義.....111

(子) 人格保護主義.....111

(丑) 所有權保護主義.....111

(寅) 秩序維持主義……………二五

(二) 自力保護權……………二六

(1) 意義……………二七

(2) 占有者……………二七

(3) 相手方……………二九

(4) 要件……………二九

(5) 損害賠償……………三三

(三) 占有訴權……………三三

(1) 發達……………三三

(子) 羅馬法ノ占有訴權……………三三

(丑) 獨逸普通法ノ占有訴權……………三三

(寅) 獨逸民法ノ占有訴權……………三六

(卯) 佛國民法ノ占有訴權……………三六

(辰) 日本民法ノ占有訴權……………三六

(2) 意義……………三六

(3) 種類……………三六

(子) 占有保持ノ訴……………三六

(丑) 占有保全ノ訴……………三六

(寅) 占有回收ノ訴……………三六

(4) 手續……………三六

(子) 起訴……………三六

(丑) 異議……………三六

(寅) 立證……………三六

(卯) 判決……………三六

(5) 消滅……………三六

(子) 占有保持訴權ノ消滅……………三六

(丑) 占有保全訴權ノ消滅……………三六

(寅) 占有回收訴權ノ消滅……………三六

(6) 占有訴權ト本權訴權トノ關係……………三六

(子) 占有訴權ノ獨立……………三六

(丑) 本權訴權ノ準備……………三六

(貳) 償還請求及ヒ賠償義務……………三六

(一) 償還請求……………三六

(1) 意義……………三六

(2) 種類……………三六

(子) 必要費……………三六

(丑) 有益費……………174

(寅) 奢侈費……………174

(卯) 區別ノ實用……………174

(3) 手段……………174

(子) 留置權……………174

(丑) 收去權……………174

(寅) 賠償請求訴權……………174

(4) 範圍……………174

(二) 賠償ノ義務……………(民一九一)……………174

(1) 要件……………174

(2) 範圍……………174

(參) 動產權ノ取得及ヒ果實ノ取得……………174

(一) 動產權ノ取得……………174

(1) 發達……………174

(2) 理由……………174

(3) 要件……………(民一九二)……………174

(4) 效力……………(民一九二)……………174

(5) 特例……………174

(子) 盜品及ヒ遺失品……………(民一九三、一九四)……………174

(丑) 家畜外ノ動物……………(民一九五)……………174

(寅) 不融通物、船舶及ヒ不動產ノ從物……………174

(二) 果實ノ取得……………174

(1) 發達……………174

(2) 理由……………174

(3) 善意ノ占有者……………(民一八九、第一項)……………174

(4) 惡意ノ占有者……………(民一九〇、第一項)……………174

(子) 狹義ノ惡意占有者……………174

(丑) 法定ノ惡意占有者……………(民一八九、第二項)……………174

(寅) 準的惡意占有者……………(民一九〇、第二項)……………174

(肆) 適法及ヒ繼續ノ推定……………174

(一) 適法ノ推定……………(民一八八)……………174

(二) 繼續ノ推定……………(民一八六、第二項)……………174

第六 取得……………174

(壹) 原始取得……………(民一八〇)……………174

(一) 占有的所持……………174

(二) 占有的意思……………174

(貳) 傳來取得……………(民一八二乃至一八四)……………三三

(一) 讓渡……………三三

(1) 占有的意思……………三三

(2) 占有ノ移轉……………三六

(子) 引渡……………三八

(丑) 意思表示ニ依ル引渡(簡易引渡、占有改定、指圖引渡)……………三九

(二) 相續……………三九

(三) 效力……………(民一八七)……………三九

(子) 特別承繼人……………三九

(丑) 一般承繼人……………三九

(參) 代理取得……………(民一八一)……………三九

(一) 原始取得……………三九

(二) 傳來取得……………三九

第七 變 更……………三九

(壹) 他主占有……………(民一八五)……………三九

(一) 意思ノ表示……………三九

(二) 權原ノ變更……………三九

(貳) 惡意占有……………三九

第八 消 滅

(參) 強暴占有……………三六八

(肆) 隱秘占有……………三六八

(伍) 過失占有……………三六九

第八 消 滅……………三六九

(壹) 代理人ニ依ラサル占有權ノ消滅(民二〇三)……………三六九

(一) 占有的所持ノ喪失……………三六九

(1) 占有否定ノ事實……………三七一

(2) 永續的不行使……………三七一

(二) 占有的意思ノ拋棄……………三七一

(貳) 代理人ニ依リテ爲ス占有權ノ消滅(民二〇四)……………三七一

(一) 本人ノ占有的意思ノ拋棄……………三七一

(二) 代理人ノ意思變更……………三七一

(三) 代理人ノ占有所持ノ喪失……………三七一

(參) 占有物ノ滅失……………三七一

第九 準占有……………(民二〇五)……………三七一

(壹) 意義……………三七一

(貳) 效力……………三七一

(參) 取得……………三七一

第十 喪失……………二六六

(肆) 共有……………二六七

(壹) 意義……………二七八

(貳) 效力……………二八八

(參) 取得……………二八九

(肆) 喪失……………二九〇

第四章 所有權……………二九〇

第一 所有權ノ起源……………二九〇

(壹) 共產制……………二九〇

(貳) 家産制……………二九三

(參) 個人制……………二九三

第二 意義ノ發達……………二九三

(壹) 羅馬法ノ所有權……………二九四

(貳) 獨逸古代法ノ所有權……………二九六

(參) 近世諸國ノ所有權……………二九七

第三 意義……………二九七

(壹) 內容……………二九七

(貳) 制限……………二九七

(參) 目的物……………二九八

(肆) 單一權……………二九八

(伍) 作用……………二九九

第四 種類……………二九九

(壹) 不動産所有權……………三〇〇

(貳) 動産所有權……………三〇〇

(參) 區別ノ實用……………三〇〇

第五 內容……………三〇一

(壹) 作用ヨリ觀察シタル內容(民二〇六)……………三〇一

(一) 所有者ノ隨意……………三〇一

(二) 積極的作用(占有、使用、收益、處分)……………三〇二

(三) 消極的作用(排外)……………三〇二

(貳) 範圍ヨリ觀察スル內容(民二〇七)……………三〇二

(一) 地表、地上及ヒ地下ノ支配……………三〇三

(二) 從物ノ支配……………三〇三

(三) 果實ノ支配……………三〇三

第六 制限……………三〇三

(壹) 制限者.....三三二

(一) 國家.....三三二

(二) 所有者.....三三三

(貳) 制限ノ目的物.....三三四

(一) 作用.....三三四

(二) 繼續.....三三七

(參) 公法的制限.....三三一

(一) 概念.....三三一

(二) 種類.....三三三

(1) 不動產所有權ノ制限.....三三三

(2) 動產所有權ノ制限.....三三四

(肆) 私法的制限.....三三三

(一) 概念.....三三三

(二) 種類.....三三六

(1) 緊急行為ニ對スル制限.....三三六

(2) 相隣地所有權ニ對スル制限.....三三九

(子) 侵入禁止權.....三三三

(イ) 要件.....三三三

(ロ) 手續.....三三〇

(丑) 使用權.....三三七

(イ) 要件.....三三七

(ロ) 手續.....三三九

(寅) 通行權.....三三三

(イ) 要件.....三三三

(ロ) 手續.....三三七

(卯) 排水權.....三三一

(イ) 要件.....三三一

(ロ) 手續.....三三六

(辰) 用水權.....三三九

(イ) 要件.....三三二

(ロ) 手續.....三三六

(巳) 設堰權.....三三七

(イ) 要件.....三三八

(ロ) 手續.....三三九

(午) 用堰權.....三三〇

(イ) 要件.....三三〇

(口) 手續……………三七一

(未) 疏水權……………(民二二〇)……………三七一

(イ) 要件……………三七三

(ロ) 手續……………三七四

附言、工作物共用權……………(民二二一)……………三七五

(申) 界標設置權……………(民二二三、二二四)……………三七六

(イ) 要件……………三七八

(ロ) 手續……………三七八

(酉) 圍障設置權……………(民二二五乃至二二八)……………三九〇

(イ) 要件……………三九〇

(ロ) 手續……………三九一

(戌) 剪除權……………(民二二三)……………三九三

(イ) 要件……………三九三

(ロ) 手續……………三九六

(亥) 距離保存權……………三九八

(イ) 地上的工作物……………三九九

(甲) 建物ノ築造(要件、手續)(民二三四、二三六)……………三九〇

(乙) 窻ノ建設(要件、手續)……………(民二三五、二三六)……………三九一

(口) 地下的工作物(要件、手續)(民二三七、二三八)……………三九二

第七 效力……………三九四

(壹) 所有訴權……………三九四

(一) 所有權保護ノ理由……………三九四

(1) 個人的所有權保護主義……………三九四

(子) 先占保護主義……………三九四

(丑) 勞力保護主義……………三九五

(寅) 人格的必要主義……………三九五

(卯) 社會的所有權保護主義……………三九六

(子) 社會契約主義……………三九六

(丑) 法律創設主義……………三九六

(寅) 秩序維持主義……………三九七

(卯) 經濟的必要主義……………三九七

(二) 所有訴權……………三九七

(1) 發達……………三九八

(子) 羅馬法ノ所有訴權……………三九八

(イ) 所有物回復訴權……………三九九

(ロ) 所有權保全訴權……………四〇〇

(一) 舊占有物回復訴權……………101

(二) 占有訴權……………101

(三) 境界確定訴權……………101

(四) 損害擔保訴權……………101

(五) 新工事停止訴權……………101

(六) 強暴及ヒ隱秘ノ土地變更禁止訴權……………101

(七) 排水訴權……………101

(八) 占有物提示請求訴權……………101

(九) 獨逸普通法ノ所有訴權……………101

(一〇) 所有物回復訴權……………101

(一一) 所有權保全訴權……………101

(一二) 舊占有物回復訴權……………101

(一三) 占有訴權……………101

(一四) 境界確定訴權……………101

(一五) 獨逸民法ノ所有訴權……………101

(一六) 佛國民法……………101

(一七) 日本民法……………101

(一八) 意義……………101

第八 取得

(一) 先占……………(民二三九)……………101

(二) 立法主義……………101

(三) 意義……………101

(四) 效力……………101

(五) 特例……………101

(一) 狩獵……………101

(二) 漁業……………101

(三) 捕獲……………101

(四) 蜜蜂ノ先占……………101

(五) 鳩ノ先占……………101

(六) 遺失物ノ拾得……………(民二四〇)……………101

(七) 主義……………101

(二) 意義……………五八

(三) 效力……………五三

(參) 埋藏物ノ發見……………(民二四一)……………五三

(一) 立法主義……………五三

(二) 意義……………五三

(三) 效力……………五八

(肆) 加工……………(民二四六)……………五九

(一) 立法主義……………五〇

(二) 意義……………五〇

(三) 效力……………五〇

(伍) 混和……………(民二四五)……………五七

(一) 立法主義……………五六

(二) 意義……………五三

(三) 效力……………五三

(陸) 附合……………(民二四二乃至二四四)……………五四

(一) 立法主義……………五四

(二) 意義……………五四

(三) 效力……………五八

第九 喪失

五六〇

(壹) 所有權ノ拋棄……………五六一

(一) 意義……………五六一

(二) 效力……………五六一

(貳) 所有物ノ滅失……………五六一

(參) 家畜外ノ動物ノ所有權喪失……………五六一

第十 共有

五六一

(壹) 持分共有……………五六一

(一) 意義……………五六一

(二) 效力……………五六一

(1) 共有者間ノ關係(內部關係)……………五六一

(子) 共有者ノ持分……………(民二四九、二五〇)……………五六一

(丑) 利用權……………(民二四九)……………五六一

(寅) 管理權……………(民二五二、二五四)……………五六一

(卯) 處分權……………五六一

(辰) 歸屬權……………(民二五五)……………五六一

(巳) 占有保護請求權……………五六一

(午) 所有權保護請求權……………五六一

(未) 共擔義務……………(民二五三)…………… 六九三

(申) 注意義務…………… 六九八

(2) 共有者ト第三者トノ關係…………… 六九九

(子) 處分權…………… 七〇九

(丑) 占有的保護請求權…………… 七〇一

(寅) 所有的保護請求權…………… 七〇二

(卯) 義務…………… 七〇五

(三) 取得…………… 七〇六

(1) 界標圍障等ノ共有……………(民二二三,二二五,二二九)…………… 七〇七

(2) 共用物ノ共有……………(民二〇八)…………… 六一一

(四) 喪失…………… 六一三

(1) 分割請求權……………(民二五八,二五九)…………… 六一四

(2) 分割請求權者…………… 六一四

(甲) 各共有者……………(民二五六)…………… 六一六

(乙) 債權者…………… 六一二

(丙) 破產管財人…………… 六一三

(3) 分割手續…………… 六一三

(甲) 協議上ノ分割…………… 六一三

第五章 地上權

第十一 入會權……………(民二六三,二九四)…………… 六四〇

(乙) 裁判上ノ分割……………(民二五八)…………… 六三四

(丙) 分割參加……………(民二六〇)…………… 六三三

(4) 分割ノ效力……………(民二六一,二六二)…………… 六三三

第一 地上權ノ起源

(壹) 羅馬法…………… 六四三

(貳) 獨逸普通法…………… 六四三

(參) 文明諸國…………… 六四三

第二 意義…………… 六四三

第三 效力……………(民二六五乃至二六七)…………… 六四七

第四 取得…………… 六四八

第五 消滅……………(民二六八)…………… 六四八

第六章 永小作權

第一 起源…………… 六五〇

(壹) 羅馬法…………… 六五〇

(貳) 獨逸普通法……………六五三

(參) 文明諸國……………六五三

第二 意義……………六五三

第三 效力……………(民二七〇乃至二七三、二七九) 六五五

第四 消滅……………(民二七五、二七六、二七八) 六五七

第七章 地役權

第一 起源……………六五九

(壹) 羅馬法……………六五九

(貳) 獨逸普通法……………六六〇

(參) 近世諸國……………六六一

第二 意義……………六六一

第三 種類……………(民二八〇乃至二八二) 六六六

第四 效力……………(民二八五乃至二八七) 六六七

第五 取得……………(民二八三、二八四) 六六九

第六 消滅……………(民二八九乃至二九三) 六七一

第八章 留置權

六七三

第一 起源……………六七三

第二 意義……………六八〇

第三 效力……………(民二九五乃至三〇〇) 六八三

第四 取得……………六八六

第五 消滅……………六八六

(壹) 占有ノ喪失……………(民三〇二) 六八六

(貳) 義務違背……………六八七

(參) 擔保ノ供與……………(民三〇一) 六八七

第九章 先取特權

第一 起源……………六八九

(壹) 羅馬法……………六八九

(貳) 獨逸普通法……………六九〇

(參) 近世諸國……………六九〇

第二 意義及七種類……………六九一

(壹) 意義……………(民三〇三) 六九三

(貳) 種類……………六九三

(一) 一般先取特權……………(民三〇六) 六九三

三〇

- (1) 共益費用ノ先取特權……………(民三〇七)……………六九四
- (2) 葬式費用ノ先取特權……………(民三〇八)……………六九五
- (3) 雇人給料ノ先取特權……………(民三〇九)……………六九七
- (4) 日用品供給ノ先取特權……………(民三一〇)……………六九八
- (二) 動産ノ先取特權……………(民三一〇)……………七〇〇
- (1) 不動産賃貸ノ先取特權……………(民三一〇、三一三、三一九)……………七〇一
- (子) 制限……………(民三一五、三一六)……………七〇一
- (丑) 擴張……………(民三一四)……………七〇二
- (2) 旅店宿泊ノ先取特權……………(民三一七、三一九)……………七〇三
- (3) 運輸ノ先取特權……………(民三一八、三一九)……………七〇六
- (4) 公吏保證金先取特權……………(民三二〇)……………七〇八
- (5) 動産保存ノ先取特權……………(民三二一)……………七〇九
- (6) 動産賣買ノ先取特權……………(民三二二)……………七一〇
- (7) 種苗肥料供給ノ先取特權……………(民三二三)……………七一〇
- (8) 農工業勞務ノ先取特權……………(民三二四)……………七一〇
- (三) 不動産ノ先取特權……………(民三二五)……………七一六
- (1) 不動産保存ノ先取特權……………(民三二六)……………七一六
- (2) 不動産工事ノ先取特權……………(民三二七)……………七一八

第三 順位及ヒ效力

- (3) 不動産賣買ノ先取特權……………(民三二八)……………七二〇
- (壹) 順位……………七二二
- (一) 一般先取特權ノ順位……………(民三二九)……………七二六
- (二) 動産先取特權ノ順位……………(民三三〇)……………七二八
- (三) 不動産先取特權ノ順位……………(民三三一)……………七二八
- (四) 同一順位ノ先取特權者間ノ關係……………(民三三二)……………七三一
- (貳) 效力……………七三一
- (イ) 不可分權……………七三一
- (ロ) 優先權……………七三一
- (一) 一般ノ先取特權……………(民三三四乃至三三六)……………七三一
- (二) 動産先取特權ノ優先權……………(民三三四)……………七三六
- (三) 不動産先取特權ノ優先權……………(民三三七乃至三四〇)……………七三九
- (參) 追及權……………七四一
- (一) 一般先取特權ノ追及權……………(民三三三、三三六)……………七四一
- (二) 動産先取特權ノ追及權……………(民三三三)……………七四四
- (三) 不動産先取特權ノ追及權……………(民三三七、三三八、三四〇)……………七四四

第四 取得……………七四四

第五 消滅

(壹) 意義……………(民三〇四) 七四六

(貳) 場合……………(民三〇四) 七四七

(一) 目的物ノ賣却…………… 七四七

(二) 目的物ノ質貸…………… 七四八

(三) 目的物上ニ爲シタル定限物權ノ設定…………… 七四八

(四) 目的物ノ滅失…………… 七四九

(五) 目的物ノ毀損…………… 七四九

(六) 實行要件…………… 七五〇

第十章 質權

第一 起源

(壹) 羅馬法…………… 七五三

(貳) 獨逸古代法及ヒ獨逸普通法…………… 七五六

(參) 佛國民法…………… 七六一

(肆) 獨逸民法…………… 七六〇

(伍) 日本民法…………… 七六六

第二 意義及ヒ種類

(壹) 意義……………(民三四二、三四五) 七六七

(貳) 種類…………… 七六八

(一) 動產質權……………(民三四三) 七六八

(二) 不動產質權……………(民三四三) 七六九

(三) 區別ノ實用……………(民三五〇) 七七〇

第三 效力

(壹) 一般の效力…………… 七七一

(一) 不可分權……………(民三五〇、二九六) 七七一

(二) 占有權……………(民三四二) 七七二

(三) 利用權……………(民三五〇、三五六乃至三五九) 七七二

(四) 留置權……………(民三四七) 七七二

(五) 轉質權……………(民三四八、三四九) 七七二

(六) 賣却權……………(民三四九) 七六六

(七) 優先權……………(民三四二、三五〇) 七六〇

(八) 追及權(訴權)……………(民三五三) 七六〇

(九) 債務關係……………(民三五〇) 七六七

(十) 質權者ト所有者トノ關係…………… 七六八

(貳) 動產質權特別ノ效力…………… 七六九

(一) 質權ノ對抗……………(民三五二、三五三) 八〇九

(二) 質物ノ引受……………(民三五四) 八二二

(三) 質權ノ順位……………(民三五五) 八二二

(參) 不動産質權特別ノ效力…………… 八三三

(一) 質權ノ對抗…………… 八三三

(二) 存續期間……………(民三六〇) 八三四

(三) 質權ノ順位其他ノ效力……………(民三六一) 八三五

第四 取得…………… 八三五

(壹) 設定行為…………… 八三七

(一) 性質…………… 八三三

(二) 要件…………… 八三三

(1) 債權…………… 八三三

(子) 性質…………… 八三三

(丑) 範圍……………(民三四六) 八三六

(3) 目的物…………… 八三七

(子) 性質……………(民三四三) 八三七

(丑) 範圍……………(民三六一、三七〇) 八三八

(3) 所有權…………… 八四〇

(三) 效力…………… 八四三

(貳) 讓渡…………… 八四三

第五 消滅…………… 八四三

(壹) 特有原因…………… 八四三

(一) 債權ノ消滅…………… 八四三

(二) 質權ノミノ不讓渡…………… 八四三

(三) 質權ノ實行…………… 八四三

(貳) 共通原因…………… 八四三

(一) 質權ノ拋棄…………… 八四三

(二) 質物ノ滅失…………… 八四三

(三) 混同…………… 八四三

(四) 時ノ經過…………… 八四三

(五) 條件ノ成就…………… 八四三

(六) 消滅ノ請求…………… 八四三

第六 權利質…………… 八四三

(壹) 意義及種類…………… 八四三

(二) 種類…………… 八四三

(貳) 債權質.....八五三

(一) 性質.....八五三

(二) 效力.....八五五

(1) 取立權.....(民三六七、三六八).....八五五

(2) 對抗權.....(民三六四乃至三六六).....八六〇

(3) 債權質ノ順位.....(民三六二).....八六三

(三) 設定行為.....(民三六三).....八六三

(四) 消滅.....八六六

(參) 債權以外ノ權利質.....(民三六二).....八六六

(一) 性質.....八六七

(二) 效力.....(民三六三).....八六八

(三) 設定行為.....八六八

(四) 消滅.....八六九

第十一章 抵當權.....八七一

第一 起源.....八七一

(壹) 羅馬法.....八七一

(貳) 獨逸古代法及ヒ獨逸普通法.....八七三

(參) 佛國民法.....八七五

(肆) 獨逸民法.....八七九

(伍) 日本民法.....八八三

第二 意義.....八八七

第三 效力.....八八八

(壹) 不可分權.....(民三七二).....八八八

(貳) 順位.....(民三七三).....八八八

(參) 處分權.....(民三七五、三七六).....八八九

(肆) 賣却權.....(民三七八乃至三九四).....八九〇

(伍) 優先權.....(民三六九、三七一、三七二).....九〇一

(陸) 追及權(訴權).....九〇三

(柒) 債務關係.....(民三七二).....九〇三

(捌) 抵當權者ト所有者トノ關係.....九〇四

(九) 抵當權者ト第三者トノ關係.....(民三七七、三七八、三九五).....九〇四

第四 取得.....九〇六

(壹) 設定行為.....九〇六

(一) 性質.....九〇七

(二) 要件.....九〇八

目次.....三七

(1) 債權……………九〇八

(子) 性質……………九〇八

(丑) 範圍……………(民三七四) 九〇〇

(2) 目的物……………九〇四

(子) 性質……………九〇六

(丑) 範圍……………(民三七〇、三七二) 九〇三

(3) 所有權……………九〇三

(三) 效力……………(民三七五) 九〇四

(貳) 讓渡……………九〇三

第五 消滅……………九〇三

(壹) 特有原因……………九〇三

(一) 債權ノ消滅……………九〇三

(二) 抵當權不讓渡……………九〇七

(三) 競賣……………九〇七

(四) 代價辨濟……………(民三七七) 九〇九

(1) 要件……………九〇〇

(2) 效力……………九〇〇

(五) 滌除……………九〇二

(1) 性質……………(民三七八) 九〇五

(2) 滌除權者……………(民三七九、三八〇) 九〇五

(3) 滌除期間……………(民三八一、三八二) 九〇九

(4) 滌除ノ方式……………(民三七八、三八三、三八四) 九〇六

(5) 滌除ノ效力……………(民三七八) 九〇六

(C) 增價競賣……………(民三八四乃至三八六) 九〇八

(子) 增價競賣ノ性質……………九〇八

(丑) 增價競賣權者……………九〇九

(寅) 競賣請求期間……………九〇九

(卯) 增價競賣請求手續……………九〇〇

(辰) 增價競賣手續……………九〇一

(巳) 取消……………九〇三

(貳) 共通原因……………九〇四

(一) 抵當權ノ拋棄……………九〇五

(二) 抵當物ノ滅失……………九〇六

(三) 混同……………九〇六

(四) 時ノ經過……………(民三九六、三九七) 九〇六

(五) 條件ノ成就……………九〇九

第六 權利抵當	九三九
(壹) 意義	(民三六九) 九四〇
(貳) 效力	(民三六九) 九四三
(參) 取得	(民三六九) 九四三
(肆) 消滅	(民三六九、三九八) 九四三

目次終

民法論 物權法

法學博士 松岡義正 著



第二編 物權法

第一章 物權法ノ概念

物權法ハ物體的法律關係ヲ規定スル法規ノ全體ナリ

性質

第一 性質 物權法ハ物體的法律關係ヲ規定スル法規ノ全體ナルヲ以テ民法

中ノ物權編、船舶抵當法、鐵道抵當法、永代借地法等ハ何レモ物權法ニ屬ス故ニ民法中ノ物權法規ハ物權法ノ一部ナリト知ルヘシ又物權ノ法制ハ國家ノ經濟又

第二編 物權法 第一章 物權法ノ概念

内容

ハ人民ノ慣習ニ至大ノ關係アルヲ以テ其法規ハ強行法タルヲ通例トス故ニ各國ハ法律ヲ以テ物權ノ種類及ヒ範圍ヲ限定シ當事者ノ意思ニ放任セス又各國ノ物權法規ハ債權法規ニ比スレハ其特色頗ル多様ニ涉レリ

第二 内容 物權法ハ物權的法律關係ヲ規定ス此關係ニハ物權ニ基ク關係ト物權ニ附隨スル債權ニ基ク關係トアリ第一ニ物權ニ基ク關係(例ハ所有權)ハ物權上ノ本領ナルヲ以テ之ヲ物權編中ニ規定スルハ固ヨリ當然ナリ第二ニ法律上物權ニ附隨スル債權(物權ニ結合スル債權)ハ物權者カ特定人ニ對シ一定ノ金錢ノ支拂又ハ果實ノ返還ノ如キ一定ノ給付ヲ請求スル權利ナルヲ以テ物權ニ非サルコト固ヨリ當然ナリト雖(民一九〇、一九六、二四八等、獨民九八七、八九四、一一〇八等)這ハ物權ノ效用ヲ全ウスル物權附隨ノ權利(Begleitrecht)ナルヲ以テ之ヲ物權ト共ニ規定スルヲ適當トス故ニ各國民法ハ物權ト共ニ物權附隨ノ債權ヲ規定セリ從テ此債權ニハ先ツ物權法ヲ適用シ次ニ債權法ヲ適用スト知ルヘシ

系統

第三 系統 日本民法ハ物權ト題シテ一般物權及ヒ之ニ附隨スル債權ヲ規定

シ特別ノ物權及ヒ之ニ附隨スル債權ハ之ヲ特別法ニ讓リタリ又總則トシテ各種ノ物權ニ共通スル法則ヲ設ケ次ニ主タル物權ヲ規定シ終リニ從タル物權ヲ規定シタリ此系統ハ學理上最モ正當ナリトス

第二章 物權通論

四

意義

第一 意義 物權ハ特定ノ有體物ヲ直接ニ支配スル權利ナリ左ニ之ヲ分説スヘシ

本質

壹 本質 物權ハ直接ニ有體物上ニ行ハル之ニ反シテ債權ハ間接ニ債務者ノ行爲ノ媒介ニ因リ有體物上ニ行ハル物權ニ在リテハ權利者ト有體物トノ關係ハ直接ナリ之ニ反シ債權ニ在リテハ債權者ト有體物トノ關係ハ間接ナリ然レトモ之カ爲メニ(1)物權ニ在リテハ權利者ト有體物トノ關係カ事實上直接ナルコトヲ要スト速斷スヘカラス權利者ト有體物トノ關係カ法律上直接ナル以上ハ何レモ物權タルニ足ル例ヘハ抵當權者ハ裁判所ニ依リテ其權利ヲ行フカ故ニ其目的物タル有體物トノ關係ハ事實上直接ニ非スト雖法律上直接(抵當義務者ノ媒介ヲ要セス)ナルヲ以テ抵當權カ物權タルニ妨ケナキカ如シ(2)物權ト債權トハ法律上何等ノ關係ナシト速斷スヘカラス債權ニ在リテハ債務者カ將來有體物ヲ債權者ニ給付シ物權ニ在リテハ權利者ハ現ニ有體物ヲ利用スルコト

目的物

ヲ得ルヲ以テ財產取引ヨリ觀察スレハ債權ハ財產取引ノ手段(Mittel)ニシテ物權ハ財產取引ノ目的(N Zweck)ト云フコトヲ得之ヲ要スルニ物權ハ本質ハ對物關係ナリ(反對說ハ一般ノ人ニ對スル關係即チ對人關係ナリト主張ス)

貳 目的物 物權ノ目的物ハ特定ノ有體物ナリ故ニ特定物ノ給付ハ債權ノ目的物タルモ物權ノ目的物ト爲ラス無體物殊ニ權利ハ物權ノ目的物ニ非ス從テ權利質及ヒ權利抵當等ハ物權ト同視スヘキ權利即チ準物權ニシテ物權ニ非ス(民三六二、三六九、獨民一二七三以下)又不特定物ハ物權ノ目的物ト爲ラス從テ數量及ヒ種類ヲ以テ指示セラレタル代替物ハ物權ノ目的物ト爲ラス然レトモ之カ爲メニ特定ノ有體物ハ悉ク物權ノ目的物ト爲ルト速斷スヘカラス(1)有體物ノ成分(例ヘハ家屋ノ瓦ノ如キ)ハ獨立ノ物權ニ非サルヲ以テ又建物以外ノ土地ノ定著物ハ土地ト共ニ一體ヲ成ヌヲ以テ(民二四二)及ヒ不動産登記法ニ於テ建物以外ノ土地ノ定著物ニ付キ登記ノ規定ナキ立法上ノ趣旨參照但疊建具ハ建物ノ所有者ニ屬スルトキハ從物ニシテ又之ニ屬セサルトキハ獨立ノ一體ニシテ成分ニ非ス)物權ノ目的物ト爲ラス但例外トシテ果實ハ成分ナルニ拘ハラヌ

先取特權ノ目的物タルコトヲ得(民三一三、三二三)(2) 聚合物(例へハ商店内ノ商品ノ如キ事實的聚合物)ハ各個ノ有體物ヨリ成立スルモ聚合物トシテ一個ノ有體物ト爲ラサルヲ以テ物權ノ目的物ト爲ラス但聚合物ヲ組成スル各個ノ有體物ハ物權ノ目的物ト爲ル(羅馬法及ヒ獨逸普通法ハ聚合物ヲ以テ一個ノ有體物トス)又包括財産(法律的聚合物)ハ權利及ヒ有體物ノ集合ナルヲ以テ一般ノ先取特權以外ノ物權ノ目的物ト爲ラス(佛國民法ハ包括財産上ノ抵當權ヲ認メ又羅馬法ハ包括財産上ノ物權ヲ是認シタルニ似タリ)(佛民二一二乃至二一二三)(反對説ハ權利ヲモ物權ノ目的物ナリト主張シ其理由トシテ物權ノ對人關係説ヲ引用ス)

效力

效力 物權ハ權利者カ之ヲ各人ニ對抗スルコトヲ得ルノ消極的效力ヲ有ス即チ物權者ハ一般ノ各人ニ對シ自己ノ權利範圍内ニ於テ物ヲ支配セシムヘキ旨ヲ請求シ又物ニ關シ自己ノ權利ヲ害スルニ至ルヘキ行爲ヲ爲ササル旨ヲ請求スルコトヲ得ントモ自己ノ爲メニ積極的行爲ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得ス蓋或人ニ特定物ニ關スル積極的行爲ヲ爲サシムル權利ハ直接ニ其行

種類

爲ヲ目的物トシ其物ヲ目的物トセサレハナリ(債權ニシテ物權ニ非ス)(絶對的效力)之ニ反シテ債權ハ債權者カ唯債務者ニ對シテ之ヲ對抗スルコトヲ得ルノミ(相對的效力)

第二 種類 物權ノ創設ニ關シテハ古來放任主義及ヒ法定主義ノ二者アリ放任主義ハ當事者カ登記又ハ占有ニ依リテ物ニ關スル債權ヲ物權ト爲スコトヲ得ル主義ニシテ普國私法ノ採用シタル所ナリ法定主義ハ法律カ物權ノ種類及ヒ其内容ヲ限定スル主義ニシテ羅馬法、佛國民法、獨逸民法等ノ採用シタル所ナリ元來物權ノ制度ハ國家ノ經濟(財産ノ流通及ヒ改良、産業ノ發達及ヒ隆盛)ニ至大ノ關係ヲ有スルヲ以テ法定主義ニ依ルヲ立法上適當ノ政策トス故ニ日本民法ハ法律ヲ以テ限定シタル物權以外ノ物權ヲ創設スルコトヲ許サス(民一七五)是ヲ以テ第一ニ物權ノ種類ハ法律ヲ以テ之ヲ限定ス故ニ單純ナル命令(憲八、九)慣習又ハ契約ヲ以テ物權ヲ創設スルコトヲ得ス例へハ當事者ハ物權ノ效力アル貸借權ヲ設定スルコトヲ得サルカ如シ契約自由ノ原則ハ債權法ニ行ハレ物權法ニ行ハルコトナシ第二ニ物權ノ内容ハ法律ヲ以テ之ヲ限定ス故ニ單純

ナル命令、慣習又ハ契約ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ得ス例ヘハ當事者ハ質權者ニ於テ質物ヲ占有セサル質權ヲ設定スルコトヲ得サルカ如シ蓋質權ハ質權者ノ質物占有前ニ成立セサレハナリ(民三四二參照)

羅馬法ハ物權ヲ大別シテ所有權及ヒ定限物權トシ又定限物權ヲ分テ役權(地役權及ヒ人役權)地上權永借權及ヒ質權トシ佛國民法ハ物權ヲ大別シテ所有權及ヒ定限物權トシ定限物權ヲ分テ用益權、使用權、住居權(此三權ハ羅馬法ニ所謂人役權ニ該當ス)佛民五七八以下)永借權(裁判例ニ存シ)法文ニ存セス)地役權、質權、抵當權、留置權及ヒ先取特權トス(地上權ハ地上物ノ所有權ト解スルヲ以テ特ニ之ヲ認メス)又獨逸民法ハ物權ヲ大別シテ所有權及ヒ定限物權トシ又定限物權ヲ分テ地上權、役權(地役權、用益權)制限の人役權(先買權、土地負擔、抵當權及ヒ質權トシ又日本民法ハ物權ヲ大別シテ占有權、所有權及ヒ定限物權トシ又定限物權ヲ分テ地上權、永小作權、地役權、入會權、留置權、先取特權、質權、抵當權トス又日本特別法ハ永代借地權(明三四)法三九鑛業權(鑛業法一五)等ヲ以テ物權トス今日本民法ニ規定セル物權ヲ學理的ニ分類スレハ左ノ數種ト爲ル

所有權及
ヒ定限物
權

壹 所有權及ヒ定限物權 物權ハ其支配力カ目的物ノ全般ニ涉ルト否トヲ標準トシテ所有權及ヒ定限物權ト爲スコトヲ得

一 所有權 所有權ハ特定ノ有體物ノ全般的支配權ナリ(民二〇六)故ニ所有者ハ法令ノ制限ヲ超エサル限リハ自由ニ其目的物ヲ支配スルコトヲ得

二 定限物權 定限物權ハ特定ノ有體物ノ定限的支配權ナリ例ヘハ地上權、抵當權等ノ如シ定限物權ハ學者之ヲ制限物權ト稱ス然レトモ權利ニハ制限アリ所有權亦然リ(民二〇六)故ニ制限物權ト云フハ正當ニ非ス (Die begrenzten dinglichen rechte, nicht beschränkten rechte) 又定限物權ハ古來之ヲ他物權ト稱ス是定限物權ハ他人ノ所有物上ニ有スル物權ナリト誤解シタルニ職由ス定限物權ハ他人ノ所有物上ニ有スルヲ通例トスルニ止マリ之ヲ必要トセサルモノナリ蓋定限物權ハ其目的物カ無主物ト爲リタルトキト雖尚ホ存續スルコトヲ得レハナリ例ヘハ動産質ハ其目的物ヲ所有者ニ於テ拋棄シタルトキト雖尚ホ存續スルカ如シ(質權者ハ所有ノ意思ヲ以テ其目的物ヲ所有セサルカ故ニ民法第二三五條ノ規定ニ從ヒ質物ノ所有權ヲ取得スルコトナシ)定限物權

ハ其内容ニ從ヒ之ヲ再別シテ用益物權及ヒ擔保物權トス

(1) 用益物權 用益物權ハ物ノ使用及ヒ收益ヲ内容トスル物權ナリ日本民法ニ規定セル地上權、永小作權、地役權及ヒ地役的入會權ハ之ニ屬ス

(2) 擔保物權 擔保物權ハ物ノ交換價格ヲ權利者ニ歸屬セシムル内容ヲ有スル物權ナリ故ニ此物權ハ常ニ債權ノ履行ヲ擔保スルカ爲メニ存シ又其實行ハ其目的物ヲ換價シ其賣得金ヲ權利者ニ歸屬セシムルニ在リ從テ擔保物權ノ目的物ハ物ノ交換價格ニシテ物自體ニ非スト速斷スヘカラス物ノ交換價格ハ其物ヨリ獨立シテ擔保物權ノ目的物ト爲ラス而シテ日本民法ニ規定セル留置權、先取特權、質權及ヒ抵當權ハ何レモ此物權ニ屬ス

三 區別ノ實用 所有權ハ其目的物ヲ支配スルノ力カ全部ニ涉リ定限物權ハ其目的物ヲ支配スルノ力カ一部ニ限ラル是之ヲ區別スルノ實用ナリ

貳 動產物權及ヒ不動產物權 動權ハ其目的物カ動產ナルト不動產ナルトニ從ヒ之ヲ動產物權及ヒ不動產物權ト爲ス

一 動產物權 動產物權ハ動產ヲ目的物ト爲ス物權ナリ日本民法ニ規定セル

動產物權
及ヒ不動
產物權

本權及ヒ
占有權

占有權、所有權、先取特權、質權ハ動產ヲ目的物ト爲ストキニ限リ動產物權ト爲ル

二 不動產物權 不動產物權ハ不動產ヲ目的物ト爲ス物權ナリ日本民法ニ規定セル占有權、所有權、先取特權、質權ハ不動產ヲ目的物ト爲ストキニ限リ不動產物權ト爲ル又入會權及ヒ抵當權ハ唯不動產ノミヲ目的物ト爲ス物權ナルヲ以テ不動產物權ニシテ動產物權ト爲ルコトナシ

三 區別ノ實用 動產物權及ヒ不動產物權ハ其取得ノ方法及ヒ第三者ニ對スル對抗要件ヲ異ニス是之ヲ區別スルノ實用ナリ例ヘハ無主ノ動產ノ所有權ハ先占ニ依リテ之ヲ取得スレトモ無主ノ不動產所有權ハ之ニ反スルカ如ク(民二三九)又動產ノ所有權移轉ハ其引渡ヲ以テ對抗要件ト爲シ不動產ノ所有權移轉ハ其登記ヲ以テ對抗要件ト爲スカ如シ(民一七七、一七八)

參 本權及ヒ占有權 物權ハ其支配力カ法律的ナルト事實的ナルトヲ標準トシテ之ヲ本權及ヒ占有權トス

一 本權 本權ハ特定ノ有體物ヲ法律的ニ支配スルノ物權ニシテ占有權以外ノ物權ハ悉ク之ニ屬ス

二 占有權 占有權ハ特定ノ有體物ヲ事實的ニ支配スル物權ナリ國家ハ其秩序ヲ維持スルカ爲メニ物權ノ他ニ尙ホ物權ノ行使ヲ保護ス物權ノ行使ハ事實的支配ニシテ又法律ノ保護ヲ受クルハ一個ノ權利タルカ爲メナリ占有權ハ即チ此權利ニ他ナラス

三 區別ノ實用 占有保護ノ方法ハ本權保護ノ方法ト同シカラサルコト古今各國其揆ヲ一ニス是之ヲ區別スルノ實用ナリ(第三章第五占有效力ノ說明參照)

肆 主たる物權及ヒ從たる物權 物權ハ獨立シテ存在スルト否トヲ標準トシテ之ヲ主たる物權及ヒ從たる物權トス

一 主たる物權 主たる物權ハ獨立シテ存在スル物權ナリ日本民法ニ規定セル所有權、地上權、永小作權ハ之ニ屬ス

二 從たる物權 從たる物權ハ主たる權利ニ依リテ成立スル物權ナリ日本民法ノ規定ニ依レハ地役權(要役地ノ所有權ニ附隨スル物權)及ヒ擔保物權(債權ノ履行ヲ擔保スル留置權、先取特權、質權及ヒ抵當權)等ハ之ニ屬ス

三 區別ノ實用 從たる物權ハ主たる權利ナケレハ存在スルコトヲ得ス又從たる物權ハ主たる權利ト共ニ當然之ヲ取得ス是主從ノ物權ヲ區別スルノ實用ナリ(民法論總則第六章第一節肆參照)

第三 效力 物權ハ一般ノ各人ニ之ヲ對抗スルコトヲ得ルノ效力ヲ有ス(絕對權)故ニ物權者ハ原則トシテ通常ノ債權及ヒ爾後ニ成立シタル物權ニ優先シテ其權利ヲ實行シ又物ノ所在ニ追及シテ其權利ヲ實行スルコトヲ得佛法律學者ノ所謂優先權及ヒ追及權是ナリ

壹 優先權 優先權ハ物權ノ絕對的效力ノ作用ニシテ物權ニ附加シタル特質ニ非ス一般ノ各人ハ物權者ノ利益ヲ害スル行爲ヲ爲ササルノ消極的義務ヲ負フ故ニ物權者ハ通常ノ債權者又ハ爾後ニ發生シタル物權取得者ニ優先シテ其權利ヲ行フ是ヲ以テ第一ニ債權者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ擔保物權者ハ破産手續ニ依ラス通常ノ債權者(破産債權者)ニ優先シテ其物權ノ目的物ノ賣得金ヨリ優先的辨濟ヲ受クルコトヲ得(別除權(破九二以下、二二八、二五八)之ニ反シテ通常ノ債權者ハ破産財團ヨリ其債權額ノ割合ニ應シテ辨濟ヲ受クルノミ

(破二五六)第二・二個以上ノ物權カ順次ニ成立シタルトキハ前ニ成立シタル物權ハ後ニ成立シタル物權ニ優先ス故ニ後ニ成立シタル物權ハ前ニ成立シタル物權ト其性質ヲ同ウスルトキハ存在スルコトヲ得ス又其性質ヲ異ニスルトキハ之ヲ害セサル限度内ニ於テ存在ス例ヘハ甲カ其所有地ニ付キ乙ノ爲メニ地上權ヲ設定シタル後丙ノ爲メニ同一ノ地上權ヲ設定シタルトキ又ハ甲カ其所有地上ニ乙ノ爲メニ第一抵當權ヲ設定シ丙ノ爲メニ第二抵當權ヲ設定シタルトキノ如シ之ニ反シテ通常ノ債權者ハ其債權成立ノ前後ニ拘ハラズ債務者ノ財產ヲ以テ平等ノ辨濟ヲ受ク(佛國法學者ノ所謂共同擔保是ナリ)第三・破産法ニ所謂別除權ハ破産財團ニ屬スル財產ニ付キ優先的辨濟ヲ求ムル權利ナルヲ以テ管財人カ別除權ノ主張ナキ場合ニ於テ其目的物ヲ他ノ破産財團ニ屬スル財產ト同シク換價シタルトキハ消滅ス但別除權者ハ不當利得ヲ許ササル法則ニ基キ破産手續中ハ財團債權者トシテ別除權ノ目的物ノ賣得金ニ付キ優先的辨濟ヲ求メ又破産手續終結後ハ各破産債權者ニ對シ其得タル利得額ノ返還ヲ請求スルコトヲ得(破二二八)又不動産ノ登記及ヒ動産ノ引渡ハ第三者ニ對抗ス

追及權

ル要件ナルヲ以テ物權者カ其權利ヲ第三者ニ對抗スルニハ登記又ハ引渡アリタルコトヲ要ス(民一七七、一七八)尙ホ先取特權ニ關スル例外ニ關シテハ民法三二九乃至三三二、三三四、三三九等參照)

貳 追及權 追及權亦物權ノ絕對的效力ノ作用ニシテ物權ニ附加シタル特質ニ非ス一般ノ各人ハ物權者ノ利益ヲ害スル行爲ヲ爲ササル消極的義務ヲ負フ故ニ物權者ハ物ノ所在ニ追及シテ其權利ヲ行フ是ヲ以テ第一・占有者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ其占有物ノ所有者ハ破産手續ニ依ラスシテ之ヲ破産財團ヨリ取戻スコトヲ得又所有者カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ永小作權者地上權者等(擔保物權ヲ除外ス)ハ確認ノ訴ニ依リテ其權利ヲ破産財團ヨリ除外セシムルコトヲ得(取戻權)(破八七)通常ノ債權者ハ追及權ヲ有セス第二・所有者ハ其目的物ヲ所持スル各人ニ對シ之カ取戻ヲ爲スコトヲ得(竊盜其他ノ所持者)又定限物權者ハ其權利成立後新ニ所有權ヲ取得シタル第三者ニ對シ其權利ヲ行フコトヲ得(買主其他取得者)通常ノ債權者ハ詐害行爲取消ノ場合ヲ除ク外(民四二四)債務者及ヒ其財產ニ對シ其權利ヲ行フコトヲ得ルニ過キス(債務者以外ノ

第三者及ヒ其財産ニ對シ其權利ヲ行フコトヲ得ス(第三)ニ破産法ニ所謂取戻權ハ破産財團ヨリ之ニ屬セサル權利ヲ除外セシムル權利ナルヲ以テ破産手續中破産財團ニ屬セサル財産カ該財團中ニ存スルトキニ非サレハ之ヲ行フコトヲ得ス又不動産ノ登記及ヒ動産ノ引渡ハ第三者ニ對抗スル要件ナルヲ以テ所有者又ハ定限物權者カ其權利ヲ第三者ニ對抗スルニハ登記又ハ引渡アリタルコトヲ要ス(民一七七、一七八)尙ホ民一九二、二〇〇第二項、三〇二、三三三、三四一、三五二、三五三、三六一、三七七、三七八等參照)

取得

第四 取得 物權ハ法律ノ規定又ハ法律行為ニ依リテ之ヲ取得ス(拙著民法論第一編第九章參照)

法律規定

壹 法律規定 物權ハ法律ノ規定ニ依リテ之ヲ取得スルコトヲ得
 一 動産物權ノ取得 動産ノ所有權ハ時効(民一六二)先占、拾得、發見、附合、混和、加工(民二三九乃至二四六)等ニ依リ原始的ニ之ヲ取得ス但天然果實ハ元物ノ所有者カ分離ニ依リ之ヲ取得スルトキニ限り法律ノ規定ニ依ル原始取得ト爲ル蓋元物ノ所有者ニ非サル者カ天然果實ヲ取得スルニハ法律行為的授權ヲ

必要トスレハナリ(民八九)又動産ノ定限物權ハ時効ニ依リテ原始的ニ之ヲ取得ス(民一六三)

二 不動産物權ノ取得 不動産ノ所有權ハ取得時効(民一六二)強制競賣(民訴六八六)及ヒ公用徵收ニ依リ原始的ニ之ヲ取得ス國庫ノ無主不動産所有權ノ取得(民二三九)亦原始的取得ナリ又不動産ノ定限物權ハ時効ニ依リテ原始的ニ之ヲ取得ス(民一六三)

三 相續 動産物權及ヒ不動産物權ハ相續人カ傳來的ニ之ヲ取得ス而シテ妻ノ財産管理權ハ夫カ原始的ニ之ヲ取得シ又子ノ財産管理權ハ親權者カ原始的ニ之ヲ取得スルコト言フ俟タス(民九八六、一〇〇一、八〇一、八八四)

法律行為

貳 法律行為 物權ハ法律行為ニ依リテ之ヲ取得スルコトヲ得
 一 主義 法律行為ニ依ル物權ノ取得ニハ古來羅馬主義、佛蘭西主義及ヒ獨逸主義アリ

(1) 羅馬法主義 羅馬法ニ在リテハ物權ヲ取得スルニハ引渡(Traditio)ト稱スル方式ヲ要ス(羅馬ノ古代ハ Mancipatio 及ヒ Injure Cessio ノ方式ニ依リ漸クユス

チャヌス帝ノ時代ニ至リテ之ニ代フルニ Traditioヲ以テシタリ故ニ所有權
 移轉ノ契約ハ所有權ノ移轉ヲ目的トスル債權ヲ發生スルニ止マリ所有權
 ノ移轉ノ效力ヲ生スルコトナシ所有權ヲ移轉スルニハ更ニ讓渡人カ讓受
 人ニ對シ引渡ノ方式ヲ履ムコトヲ要ス(近世ノ法律ハ不動産ノ讓渡ニ限リ
 引渡ニ代フルニ登記ヲ以テス)然レトモ引渡ノ方式實施ハ頻繁ナル取引ニ
 副ハサルヲ以テ之ヲ避クルコトヲ目的トスル略式ノ引渡ヲ見ルニ至リタ
 リ古昔ノ佛國法學者ノ所謂長手ノ引渡、短手ノ引渡及ヒ占有改定ノ引渡是
 ナリ長手ノ引渡ハ讓渡人カ讓受人ニ目的物ヲ指示シ且之ヲ占有スルコト
 ヲ得セシムル地位ニ在ラシムルヲ以テ足レリトスル引渡ナリ(裁判所ハ之
 ヲ以テ引渡アリト看做ス)短手ノ引渡ハ讓受人カ曩ニ目的物ヲ賃借、寄託等
 ノ關係ニ因リテ所持セル場合ニ行ハル方式ニシテ讓渡人カ讓受人ノ爲メ
 ニ爾後占有ヲ拋棄スル旨ノ表意ヲ以テ足レリトスルモノナリ(讓受人ハ現
 實ノ引渡ヲ要セスシテ所有權ヲ取得ス)又占有改定ノ引渡ハ讓渡人カ爾後
 繼續シテ目的物ヲ所持スル場合ニ行ハル方式ニシテ讓渡人カ爾後讓受人

ノ爲メニ占有ヲ爲ス旨ヲ約シテ行フモノナリ(讓受人ハ目的物ノ所在ヲ變
 更セスシテ所有權ヲ取得ス)故ニ所有權ハ現實ノ引渡ヲ要セスシテ之ヲ移
 轉スルコトヲ得(引渡主義要スルニ羅馬法ニ在リテハ物權ノ取得ニハ現實
 ノ引渡又ハ略式ノ引渡ヲ必要トセリ)

(2) 佛國法主義 佛蘭西法ニ在リテハ第一ニ民法制定以前ハ專ラ羅馬法ニ
 依レリ故ニ物權ノ取得ニ亦羅馬法ト同シク引渡ヲ必要トセリ然レトモ略
 式ノ引渡ヲ用キ現實ノ引渡ヲ用キサルヲ以テ物權ノ取得ニ引渡ヲ要スル
 ノ法則ハ理論的ニ存在シ實際的ニ行ハレサリシ殊ニ占有改定ノ引渡ニ他
 ナラサル *Dessaisine-Saisine* ノ約款(讓渡人カ爾後所有權ヲ拋棄シ之ヲ他人ノ
 爲メニ占有スル表意)ヲ以テ現實ノ引渡ヲ避ケタリ(實際)又 *グロチユス*、*プヘ
 ンドルフ*氏等ハ當時流行ノ哲理(意思論)ヲ根據トシ引渡ハ有形行爲ナルヲ
 以テ一個ノ事實タル占有ヲ移轉スルコトヲ得ルニ過キス又所有權ハ無形
 物ナルヲ以テ單純ナル合意ニ依リ之ヲ移轉スルコトヲ得ト主張シ *ロアゼ
 ル*、*ドマ*氏等之ニ和シ遂ニ所有權ハ當事者ノ意思表示ニ依リテ之ヲ移轉ス

ルコトヲ得從テ引渡ヲ必要トセサル原則即チ意思主義ヲ成立セシメボチ
 エー氏ノ反對説モ之ヲ妨クルコトヲ得サリシ(理論)第二ニ佛國民法ハ斯ル
 實際ト理論トヲ根據トシ物權ノ設定移轉ハ當事者ノ意思表示ヲ以テ之ヲ
 爲スコトヲ得又契約(賣買、贈與)ハ債務ヲ發生シ且所有權ヲ移轉スルノ效力
 ヲ有スルノ法則ヲ設ケ(佛民一一三八)學者ハ一般ニ其理由ヲ説明シテ物權
 ノ設定及ヒ移轉ノ契約ハ成立ト同時ニ履行セララルニ在リト云ヘリ(意思
 主義)伊民一一二五、羅馬尼亞民九七一)等)要スルニ佛蘭西法ニ在リテハ物權
 ノ設定及ヒ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ依リテ之ヲ爲シ目的物ノ引渡
 ヲ必要トセス (La propriété se transmette par le simple consentement) (意思主義ハ引渡
 主義ノ反面ニシテ物權ノ設定及ヒ移轉ニ付キ引渡ヲ必要トセサル法意ヲ
 示スニ他ナラス故ニ之ヲ物權ノ設定期及ヒ移轉期ノ法則ト混スヘカラス
 此時期ハ二三ノ例外ヲ除ク外當事者ノ意思解釋論ニ歸スト知ルヘシ)

(3) 獨逸法主義 獨逸法ニ在リテハ羅馬法ヲ繼受シタルヲ以テ之ニ依リタ
 ル所頗ル多シ故ニ羅馬法ニ所謂引渡ハ實際上重要ノ事項ニシテ又學者ノ

論究スル所タリ第一ニ引渡ハ性質ハ或ハ引渡ハ讓渡人カ讓受人ニ其取得
 シタル物權ヲ行使セシムルカ爲メニ行フ實行行爲 (Vollzugs handlung) ナリト主
 張シ(物權ノ移轉ハ引渡ニ依ルニ非ス)ベツカ、シユロスマン氏等)或ハ引渡ハ
 物權移轉契約ノ實行ニシテ物權ノ移轉ニ必要ナル方式ナリト主張シ(物權
 ハ引渡ニ依リテ之ヲ取得ス)ウキン、ドシヤイ、ド、デルンブルグ氏等)又或ハ引
 渡ハ真正ノ契約ニシテ債權契約ト區別スルカ爲メニ之ヲ物權契約ト表示
 スヘキモノナリト主張ス(引渡ハ物權取得契約ノ方式ニ非スシテ物權ノ取
 得ヲ目的トスル合意ナリ)サビ、ニー氏之ヲ首唱シ諸學者之ニ和ス(物權契約
 ハ物權取得ノ合意及ヒ其實行行爲ノ全體ナリ各人ハ其意ナク又ハ其意ニ
 反シテ權利ヲ取得スルコトナシ)法律行爲ニ依ル取得)故ニ讓渡人ノ一方的
 表意ハ物權ヲ取得セシムルニ足ラス又物權取得ノ合意ハ之ヲ實施セサル
 ヘカラス實行行爲ハ權利ノ取得ヲ完了セシム物權契約ハ物權取得ニ必要
 ナル一切ノ法律事實ナリ是物權契約カ物權取得ノ合意及ヒ其實行行爲ノ
 全體タル所以ナリ例ヘハ甲カ乙ニ特定ノ馬一頭ヲ贈與スル場合ニ在リテ

ハ(1)贈與債務ヲ發生スル債權契約ト(2)該馬ノ所有權移轉ノ合意ト(3)之ヲ
 甲カ乙ニ引渡ス實行行爲トヲ生シ(2)及ヒ(3)カ物權契約ト爲ルカ如シ第二
 ニ引渡ト債權契約トノ關係ハ或ハ附隨關係ナリ故ニ引渡ハ附隨的法律行
 爲又ハ附隨契約ナリト主張ス(ウルピヤン、ゴトルトシユミト)或ハ獨立關係
 ナリ故ニ引渡ハ獨立的法律行爲又ハ獨立契約(絕對的契約)ナリト主張ス(ユ
 リヤヌス、サビニ)獨逸舊普通法及ヒ之ニ基ク普國私法ハ引渡ヲ以テ附隨
 的物權契約トス是ヲ以テ物權ハ引渡(不動產物權ニ關シテハ引渡ニ該當ス
 ヘキ登記)ニ因リテ之ヲ取得シ債權契約(賣買贈與ノ如キ)ニ因リテ之ヲ取得
 スルコトナシ然レトモ債權契約ハ物權契約ノ基礎ナルヲ以テ彼ハ主ニシ
 テ此ハ從ナリトシ又彼ヲ權原(Titel)(名義)此ヲ取得ノ方法(Modus acquirendi)
 ト稱シ彼カ客觀的ニ存在セサレハ此效ナキモノトス故ニ物權ノ取得ハ權
 原及ヒ方法ノ共同作用ノ結果ニシテ債權契約カ成立セサレハ物權ヲ取得
 セシムルコトナシ從テ讓渡人ハ物權ノ訴ヲ以テ讓受人ニ對シ目的物ノ取
 戻ヲ爲スコトヲ得附隨的法律行爲說之ニ反シテ獨逸新普通法、普國所有權

取得法(一八七二年五月五日法律)及ヒ獨逸民法ハ引渡ヲ以テ獨立の物權契
 約(取得ノ合意ト其實行行爲トヲ一個ノ法定事實トス)トス故ニ物權ハ引渡
 (不動產ニ關シテハ引渡ニ該當スヘキ登記)ニ因リテ之ヲ取得シ債權契約ニ
 因リテ之ヲ取得スルコトナシ加之債權契約及ヒ物權契約ハ主從ノ關係ナ
 キ獨立的法律行爲ナルヲ以テ物權ハ債權契約ノ效力ノ有無ニ拘ハラヌ物
 權契約ニ因リテ之ヲ取得ス故ニ債權契約ト物權契約トノ關係ハ緣由ト法
 律行爲トノ關係ニ同シ從テ債權契約カ其效力ヲ生セサルトキハ(無效又ハ
 取消讓渡人ハ讓受人ニ對シ不當利得ヲ許ササル原則ニ依ル債權ノ訴ヲ以
 テ目的物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得レトモ物權ノ訴ヲ以テ目的物ノ取戻
 ヲ爲スコトヲ得ス但讓渡人ハ豫告登記ヲ以テ目的物ノ物權的保全ノ利益
 ヲ享有スルコトヲ得(登三)絕對的法律行爲說(絕對的法律行爲ハ之ヲ分テ必
 要的行爲及ヒ任意的行爲トス獨逸民法第九二五條ニ所謂明渡(Auflassung)ハ
 必要的行爲ニシテ他ノ物權移轉殊ニ引渡ニ因ル動產讓渡ハ任意的行爲ナ
 リ蓋前者ハ利害關係人カ合意上債權契約ノ有效ヲ物權移轉ノ前提要件ト

爲スコトヲ得ス後者ハ之ニ反スレハナリ)而シテ物權契約ノ獨立ハ物權ノ獨立性(絶對性)ヲ全ウセシム是獨立法律行爲說カ附隨的法律行爲說ニ優ル所以ナリ(物權契約カ其效力ヲ生セサルトキハ物權ヲ取得スルコトヲ得ス是附隨的法律行爲說及ヒ獨立的法律行爲說共通ノ法則ナリ物權契約ノ效力ノ有無ハ民法ノ規定殊ニ總則ニ依ル例ヘハ目的物ニ關スル錯誤ノ爲メニ物權契約カ無効ナルトキハ當事者ノ一方ハ他方ニ對シ物權ノ訴ヲ以テ動産ノ引渡又ハ登記取消手續ヲ爲ス行爲ヲ求ムルコトヲ得ヘシ)物權契約主義)要スルニ獨逸法主義ニ在リテハ債權契約ト物權契約トヲ區別シ前者ハ物權取得ノ債務關係ヲ發生シ又後者ハ物權取得ノ法律事實(物權取得ノ合意及ヒ其實行行爲)ヲ指示シ彼ト此トハ主從ノ關係ヲ有シ(普國私法)又ハ互ニ獨立ス(獨逸民法)

二 日本民法ノ主義 法律行爲ニ因ル物權ノ取得ハ日本民法ニ在リテハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生ス(民一七六)第一ニ法律行爲ニ依ル物權ノ取得ハ前主ト後主トハ關係ニ基ケハ之ヲ分テ原始取得及ヒ傳來取得ト

シ又其内容ニ基ケハ之ヲ分テ物權ノ設定及ヒ移轉トス物權ハ設定ハ所有者カ他人ノ爲メニ自己ノ所有物ニ定限物權ヲ創設スル行爲ニシテ其他人ハ之ニ因リテ定限物權ヲ取得ス例ヘハ地上權ノ設定、抵當權ノ設定ノ如シ物權ハ移轉ハ物權ノ讓渡ナリ讓渡ハ權利者カ其意思作用ニ依リ全ク一定ノ權利ヲ他人ニ移轉スル行爲ナルコト前示ノ如シ例ヘハ所有者カ其權利ヲ他人ニ讓渡シ又地上權者カ其權利ヲ他人ニ讓渡スルカ如シ(相續ハ讓渡ニ非ス)拙著民法論總則參照)而シテ物權取得ノ法律行爲ハ雙方行爲殊ニ契約タルヲ通例トス(物權ノ設定及ヒ移轉ノ意義)(民一七六)物權ノ設定及ヒ移轉……)第二ニ物權ハ唯當事者ノ意思表示ノミヲ以テ之ヲ設定シ又ハ之ヲ移轉スルコトヲ得故ニ物權ノ取得ハ意思表示ノ直接ノ結果ニシテ引渡(動産物權)若クハ登記(不動産物權)ヲ必要トセス又物權ノ設定若クハ移轉ヲ目的トスル債務履行ノ效果ニ非ス物權ノ設定及ヒ移轉ヲ目的トスル法律行爲ハ一方ニ於テ債權ヲ發生シ他方ニ於テ物權ヲ取得セシム故ニ物權移轉ノ債務ヲ發生スルニ止マル債權契約ト物權移轉ノ效力ヲ生スル物權契約ヲ混成シテ之ヲ一個ノ行爲

ト爲シタルニ過キス是ニ依リテ之ヲ觀レハ日本民法亦佛國民法ト同シク意思主義ヲ是認シタルモノナリ(物權移轉ノ債務カ成立スルト同時ニ履行セラレ物權カ移轉ストノ理由ハ物權ノ移轉カ其意思表示ノ直接ノ結果ニ非スシテ反テ其意思表示ニ依リテ成立シタル債務履行ノ結果即チ物權移轉ノ表意ノ間接ノ結果ナリトノ論結ニ歸シ意思主義ノ本質ニ反スルヲ以テ日本民法ノ解釋トシテ之ヲ主張スヘカラス現ニ佛國ニ於テモ之ヲ主張セサル學者多シ)

三 制限 意思主義ハ當事者ノ表意ノミニ因リ物權取得ノ效力ヲ生セシムルヲ以テ簡便ヲ旨トシ意思ノ自由ヲ重シ法理上正當ナルノ外觀ヲ有スト雖深ク其根柢ヲ探究スレハ一片ノ空理ニ歸シ取引ノ煩雜ヲ招キ又物權ノ法理ニ反ス元來物權ハ第三者ニ對シ之ヲ主張スルコトヲ得ルノ效力ヲ有スルヲ以テ當事者ノ表意ノミニ因リテ物權ヲ取得スル原則ヲ無制限ニ行ヘハ第三者ノ利益ヲ害シ延テ取引ノ信用ヲ害ス例ヘハ甲カ乙ニ對シ其不動産ヲ讓渡シ更ニ丙ニ對シ同一ノ不動産ヲ讓渡シタルトキハ丙ハ同一不動産ノ所有權

ヲ取得スルコトヲ得ス又斯ル行爲ヲ爲ス甲ハ通例資力ヲ有セサルヲ以テ丙カ甲ニ對シテ有スル損害賠償權ハ有名無實ニ歸シ結局丙ハ甲乙間ノ取引ノ犧牲ニ供セラルルニ過キス斯ル事實ハ獨リ丙ノ利益ヲ害スルノミニ止マラス延テ取引ノ信用ヲ損スルモノナリ故ニ意思主義ヲ是認スル諸國ノ法律ハ一個ノ制限ヲ設ケ物權取得ノ公示方法トシテ登記(不動産物權)及ヒ引渡(動產物權)ヲ命シ物權ノ取得ハ登記又ハ引渡ナキ間ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトシ以テ第三者ノ利益及ヒ取引ノ安全ヲ保護セリ(民一七七、一七八)是ヲ以テ物權中ニ第三者ニ對抗スルコトヲ得ル權利及ヒ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル權利ヲ生ス第三者ニ對抗スルコトヲ得サル物權ノ存在ハ取引ノ煩雜ヲ招キ又物權ノ本質ヲ害ス蓋第三者ニ對抗スルコトヲ得サル物權ハ第三者ニ對シテハ讓渡人カ依然權利者ニシテ又讓渡人ニ對シテハ讓受人カ當然權利者ナルヲ以テ讓渡人カ更ニ第三者ニ物權ヲ讓渡シ又讓受人カ更ニ他ノ第三者ニ物權ヲ讓渡スルカ如キ煩雜ノ關係ヲ生シ徒ラニ紛爭ノ原因ヲ成スノミ又第三者ニ對抗スルコトヲ得サル物權ハ第三者ニモ對

抗スルコトヲ得ヘキ物權ノ效力ヲ無視シ物權ノ法理ニ反スレハナリ之ニ反シテ物權契約主義ハ登記及ヒ引渡ヲ以テ物權取得ノ要件ト爲ス故ニ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル物權ノ存在ヲ見ルコトナシ從テ取引ノ煩雜ヲ招クコトナク又物權ノ法理ヲ無視スル弊ナシ是物權契約主義カ偉大ノ勢力ヲ有シ意思主義ノ立法的領土ヲ蠶食スル所以ナリトス

喪失

權利者ノ
意思ニ基
キサル事
實

第五 喪失 物權喪失ノ原因タル事實ニハ各種ノ物權ニ共通スル事實ト各種ノ物權ニ特別ナル事實トアリ後者ハ之ヲ物權總論ニ論セサルヲ適當トス故ニ茲ニ之ヲ述ヘス而シテ各種ノ物權ニ共通スル原因ハ之ヲ大別シテ權利者ノ意思ニ基カサル事實ト權利者ノ意思ニ基ク事實ト爲スヲ通例トス
壹 權利者ノ意思ニ基カサル事實 物權ハ權利者ノ意思ニ基カスシテ之ヲ喪失ス左ニ其重要ナル事實ヲ論ス
一 消滅 物權ハ其目的物ノ事實上及ヒ法律上ノ消滅ニ因リテ之ヲ喪失ス例ヘハ家屋ノ所有權ハ其燒失ニ因リテ消滅シ事實上消滅又土地ノ所有權ハ其土地ノ不融通物ト爲リタルニ因リテ土地カ砲臺ノ敷地ト爲ルカ如キ消滅法

律上ノ消滅スルカ如シ物ノ占有ヲ喪失シ之ヲ取戻ス能ハサル事實ハ物ノ消滅ニ同シ例ヘハ波濤ノ爲メニ漁具ヲ奪ハレ之ヲ取戻スコト能ハサル事實ノ如シ物ノ變更ハ物權喪失ノ原因タルヤ否ヤハ法律ノ規定ニ依リテ之ヲ定ム例ヘハ假差押物ノ賣得金ハ其假差押物ニ代ルヲ以テ假差押物上ニ存スル物權消滅スルコトナク(Surrogationsprinzip)之ニ反シテ差押不動産ノ賣得金ハ其差押不動産ニ代ラサルヲ以テ其不動産上ニ存スル抵當權消滅スルカ如シ(民訴七五〇、六四九)然レトモ物ハ分割ハ其物ノ上ニ存スル物權消滅ノ原因ト爲ルコトナシ

二 混同 物權ハ其混同ニ因リテ消滅ス物權ノ混同ハ所有權及ヒ定限物權又ハ定限物權及ヒ之ヲ目的トスル準物權(民三六九、三七五、三六二)カ同一人ニ歸屬スル事實ナリ例ヘハ所有者カ地上權者ヲ相續シ又ハ抵當權者カ其目的物タル地上權ヲ讓受ケタルトキノ如シ元來混同ハ權利實行ノ不能ニシテ權利ノ消滅原因ニ非ス然レトモ實行不能ノ權利ヲ存續セシムルハ何等ノ實益ナク却テ法律關係ニ煩雜ヲ加フルニ過キス是混同ヲ以テ權利消滅ノ原因ト爲

三〇
ス所以ナリ(民一七九、獨民八八九、一〇六三、一二五六)佛國民法ハ單ニ權利實行ノ不能原因タルニ止ム故ニ混同ノ原因除去セハ權利ハ復舊ス故ニ權利ノ實行ヲ爲スコトヲ得ヘク又ハ權利ヲ存續セシムルノ實益アルトキハ混同ヲ以テ權利消滅ノ原因ト爲スコトヲ得ス是ヲ以テ第一ニ占有權ハ混同ニ因リテ消滅セス蓋占有權ハ本權ノ有無ニ拘ハラズ之ヲ實行スルコトヲ得ヘキ特質ヲ有スルヲ以テ本權ト占有權ト同一人ニ歸屬スル事由ニ因リテ消滅セシムルノ理ナケレハナリ第二ニ混同シタル權利ノ目的物(民二七二、二九八、三四八、三五〇)又ハ混同ニ因リテ消滅スヘキ權利(民三六二以下、三六九、三七五)ニ付キ第三者カ權利ヲ有スルトキハ混同シタル權利ハ混同ニ因リテ消滅セス蓋斯ル場合ニ在リテハ混同シタル權利ヲ存續セシムルノ實益存スレハナリ(民一七九)今前者ヲ例示セハ所有者カ第一抵當權及ヒ第二抵當權ヲ設定シタル後第一抵當權者ノ相續ヲ爲シタルトキハ第一抵當權ノ存續ハ所有者ノ利益ナルヲ以テ混同ニ因リテ第一抵當權ヲ消滅セシムルコトナク(此場合ニ於テ第一抵當權カ消滅ストセハ第二抵當權者カ第一抵當權者ト爲リ所有者ノ利

益ヲ害ス此法則ハ羅馬法普國私法獨逸民法及ヒ日本民法ノ是認スル所ニシテ獨逸普通法ノ是認セサル所ナリ)從テ所有者カ同時ニ第一抵當權者ナルカ如ク(他物權ノ觀念ノ不當ナル確證ナリ)又後者ヲ例示セハ地上權者カ其地上權上ニ抵當權ヲ設定シタル後地上權ノ目的物ヲ讓受ケタルトキハ地上權ノ存續ハ第三者ノ利益ナルヲ以テ混同ニ因リテ地上權消滅スルコトナク(此場合ニ於テ地上權消滅ストセハ抵當權亦消滅ニ歸シ抵當權者ノ利益ヲ害ス)從テ所有者ハ同時ニ地上權者ナルカ如ク又地上權者カ其地上權ニ第一抵當權及ヒ第二抵當權ヲ設定シタル後第一抵當權者ノ相續ヲ爲シタルトキハ第一抵當權ノ存續ハ地上權者ノ利益ナルヲ以テ混同ニ因リテ第一抵當權ヲ消滅セシムルコトナク從テ地上權者ハ同時ニ第一抵當權者ナルカ如シ

三 時効 多數ノ物權ハ時効ニ因リテ消滅ス(拙著民法論總則說明參照)民一六六

貳 權利者ノ意思ニ基ク事實 物權ハ權利者ノ意思ニ依リテ之ヲ喪失ス左ニ其重要ナル事實ヲ論スヘシ

權利者ノ意思ニ基ク事實

一 拋棄 物權ハ權利者ノ拋棄ニ因リテ絶對的ニ之ヲ喪失ス(1)動產物權ノ拋棄ハ權利者ノ一方行爲ヲ以テ足レリトス例ヘハ動產ノ所有權ハ所有者カ其權利ヲ拋棄スルノ意思表示ニ依リテ之ヲ喪失シ其動產ハ無主物ト爲ル(民二三九第一項)法律行爲の表意ヲ必要トセス又動產ノ質權ハ權利者カ受益者(設定者)ニ對シ質權ヲ拋棄スル意思表示ニ因リテ之ヲ喪失ス(相手方ノ受領ヲ要スル一方行爲ヲ以テ足レリトシ相手ノ同意ヲ必要トセス)而シテ質權者ノ占有廢止ハ第三者ニ對スル對抗要件タルニ止マリ質權消滅ノ要件ニ非ス之ニ反シテ獨逸民法ニ在リテハ占有ノ廢止ハ質權消滅ノ形式的要件ナリ(獨逸九五九一〇六四、一二五三)(2)不動產物權ノ拋棄亦權利者ノ一方行爲ヲ以テ足レリトス例ヘハ不動產ノ所有權ハ所有者カ其權利ヲ拋棄スルノ意思表示ニ依リテ之ヲ喪失シ其不動產ハ無主物ト爲ル(民二三九第二項)又抵當權ハ權利者カ受益者(設定者)ニ對シ抵當權ヲ拋棄スル意思表示ヲ爲スニ因リテ之ヲ喪失ス而シテ不動產物權登記ノ抹消ハ第三者ニ對スル對抗要件タルニ止マリ其消滅ノ要件ニ非ス之ニ反シテ獨逸民法ニ在リテハ登記ノ抹消ハ不動產物權

消滅ノ形式的要件タリ(獨逸九二八、八七五)(3)第三者ノ權利ノ目的物タル物權ハ自由ニ之ヲ拋棄スルコトヲ得ス例ヘハ甲ノ地上權カ乙ノ抵當權ノ目的物タルトキハ甲カ自由ニ其地上權ヲ拋棄スルコトヲ得サルカ如シ蓋スル物權ノ自由ナル拋棄ハ第三者ノ權利ヲ消滅ニ歸セシメ(目的物ノ欠缺)其權利ヲ害スレハナリ故ニ斯ル物權ノ拋棄ハ其物權上ニ權利ヲ有スル第三者ノ承諾ヲ要スト知ルヘシ(相對的拋棄即チ第三者ノ權利ヲ害セサル範圍ニ於テ物權ヲ存續セシメテ爲ス物權ノ拋棄ハ相對的物權ヲ設定スルニ歸シ物權ノ絶對的效力ヲ害シ又取引ノ安全ヲ害スルヲ以テ各國ノ是認セサル所ナリ)

二 讓渡 物權ハ讓渡ニ因リテ之ヲ喪失ス然レトモ物權ノ讓渡ハ權利主體ノ變更ニ過キササルヲ以テ所謂相對的喪失ニシテ絶對的喪失ニ非ス(拙著民法論總則參照)

第六 對抗 動產物權ノ讓渡ハ其動產ノ引渡又不動產物權ノ得喪變更ハ其登記アルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(民一七八、一七七)是第三者ノ利益ヲ保護シ又取引ノ安全ヲ保護スル法意ニ出ツ

壹 立法主義 物權ハ各人ニ對シ效力ヲ有スルノ特質ヲ有ス故ニ物權ノ得喪及ヒ變更カ何等ノ方式ヲ履行スルコトヲ要セス直チニ第三者ニ對シテ效力ヲ有スルトキハ第三者ハ當事者間ノ祕密取引ノ犠牲ニ供セラレ不測ノ損害ヲ蒙リ延テ取引ノ安全ヲ害ス是古今各國ニ於テ第三者ノ利益及ヒ取引ノ安全ヲ保護スルカ爲メニ種々ノ法制ヲ設ケ物權ノ得喪及ヒ變更ト第三者トノ關係ヲ規定シタル所以ナリ而シテ其法制ハ之ヲ大別シテ動產物權ニ在リテハ引渡公示主義及ヒ引渡要件主義トシ不動產物權ニ在リテハ登記公示主義登記要件主義及ヒ地券交付主義トス

一 動產物權ニ關スル主義 動產ハ其地位一定セス且其種類極メテ多キヲ以テ登記制度ハ動產物權ニ適セス又動產ノ轉讓ハ迅速ナルコトヲ要ス登記制度ハ此目的ニ背馳ス故ニ登記ヲ以テ動產物權ノ讓渡ト第三者トノ關係ヲ定ムルコトヲ得ス之ニ反シテ引渡ハ占有ノ移轉ナルヲ以テ顯著ニシテ第三者ヲシテ容易ニ外部ヨリ動產物權ノ權利狀態ヲ認識セシムルノ特質ヲ有ス故ニ引渡ヲ以テ動產物權讓渡ノ公示方法トシ又ハ其成立要件トシ動產物權ノ



引渡アルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト爲シ又ハ全然成立セスト爲サハ第三者ヲシテ祕密取引ノ犠牲ト爲リ不測ノ損害ヲ蒙ラシムルカ如キ虞ナシ是動產物權ニ關シ引渡公示主義及ヒ引渡要件主義發生スル所以ナリ

(1) 引渡公示主義 引渡公示主義ハ引渡ヲ以テ第三者ニ對スル動產物權讓渡ノ公示方法トシ引渡以前ニ在リテハ當事者カ動產物權ノ讓渡ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル主義ナリ例ヘハ甲カ其所有動產ヲ乙ニ讓渡シタル以後未タ其引渡ヲ爲ササル以前ニ於テ更ニ同一物ヲ丙ニ讓渡シタル場合ニ於テ乙ハ其讓渡ヲ丙ニ對抗シ所有者ナリト主張スルコトヲ得サルカ如シ此主義ハ佛國(佛民一一四一)但ブラニオール、ボードリ氏等ハ占有ノ效果ニシテ引渡ヲ公示方法ト爲シタルニ非スト主張ス伊國(伊民一一二五)及ヒ日本(民一七八)等ノ諸國ノ採用シタル所ナレトモ取引ノ煩雜ヲ招キ物權ノ法理ニ反スルコト前述ノ如シ

(2) 引渡要件主義 引渡要件主義ハ引渡ヲ以テ動產物權ノ讓渡成立ノ一要

件トシ引渡以前ニ在リテハ物權讓渡カ第三者ニ對シテハ勿論當事者間ニ在リテモ其效力ヲ生セサル主義 (Traditionprinzip) ナリ例ヘハ甲カ其所有動產ヲ乙ニ讓渡シタルモ未タ其引渡ナキ間ハ單ニ所有權移轉ノ債務ヲ負擔シタルニ止マリ未タ所有移轉ノ效力ヲ發生セサルカ如シ此主義ハ羅馬法及ヒ獨逸民法(獨民九二九)其他獨逸法系諸國ノ是認スル所ニシテ取引ノ實際ニ適シ物權ノ法理ニ合スルコト前述ノ如シ

二 不動產物權ニ關スル主義 不動產ハ其地位一定シ且其種類動產ノ如ク多カラス故ニ各不動產所在地ノ官廳ニ一個ノ公簿ヲ備ヘ之ニ不動產物權ノ得喪變更ヲ記載シ利害關係アル第三者ヲシテ該公簿ニ基キ容易ニ外部ヨリ不動產物權ノ權利狀態ヲ認識セシムルノ制度(登記制度)又ハ各個ノ土地ニ對シ地券ヲ交付シ之ニ不動產ノ得喪變更ヲ記載シ以テ不動產物權ノ權利狀態ヲ確定シ利害關係アル第三者ヲシテ該地券ニ基キ容易ニ外部ヨリ不動產物權ノ權利狀態ヲ認識セシムルノ制度(地券制度)ヲ設ケ之ヲ以テ不動產物權ノ得喪變更ノ公示方法又ハ其成立要件トシ不動產物權ノ得喪變更ハ其登記(登記

簿ニ)又ハ其記載(地券ニ)アルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ストシ又ハ全然成立セスト爲サハ第三者ヲシテ祕密取引ノ犠牲ト爲リ不測ノ損害ヲ蒙ラシムルカ如キ虞ナシ是不動產物權ニ關シ登記公示主義(登記要件主義)及ヒ地券交付主義ノ發生スル所以ナリ

(1) 登記公示主義 登記公示主義ハ登記ヲ以テ第三者ニ對スル不動產物權ノ得喪及ヒ變更ノ公示方法トシ不動產物權ノ得喪及ヒ變更ハ其登記アルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト爲ス主義ナリ例ヘハ甲カ其所有地ヲ乙ニ讓渡シタル以後其登記ナキ以前ニ於テ更ニ同一物ヲ丙ニ讓渡シタルトキハ乙ハ其讓渡ヲ丙ニ對抗シ所有者ナリト主張スルコトヲ得サルカ如シ此主義ハ佛國(一八五五年三月二十三日法律)白國(一八五一年十二月十六日法律)伊國(伊民一九三二以下、一九八一以下)希臘、葡、西及ヒ日本(民一七七)等ノ諸國ノ採用シタル所ナリ元來登記公示主義ハ佛國ノ發見スル所ナリ羅馬ニ在リテハ引渡ヲ以テ不動產得喪ノ一要件(Mancipatio In jure Cessio traditio)ト爲シタルカ故ニ不動產物權ノ取引ハ其安全ヲ保ツヲ得

タリ爾後佛國ニ在リテハ專ラ略式ノ引渡ヲ用キ現實ノ引渡ヲ用キサルニ至リタルヲ以テ不動産物權ノ取引ハ其安全ヲ保ツコトヲ得ス蓋不動産ノ買賣ハ現實ノ引渡ヲ要セスシテ當然其效力ヲ發生スルヲ以テ不動産ノ買主又ハ定限物權者ハ自己ノ豫知セサル前買主自己ヨリ前ニ同一不動産ヲ買受ケタル者ヨリ其權利ノ對抗ヲ受ケ所有權ヲ取得シ又ハ定限物權ヲ取得スルコトヲ得サルノ虞アリ是ヲ以テ先ツ佛國ノ各國地方ニ種々ノ慣習ヲ生シ各人之ニ依リテ不動産ノ取引ヲ爲スコトヲ欲シタリ例ヘハ佛國ノ北方ニ在リテハ各地方ニ公簿ヲ設ケ之ニ各不動産所有者ノ氏名ヲ記入シ以テ利害關係アル第三者ヲシテ之ニ依リ真正ノ所有者ヲ認識セシムル方法ノ如シ(Systeme de publicité) 次ニ一七九八年十一月一日ノ法律ヲ以テ登記制度ヲ創設シタリ是佛國革命ノ產出シタル一大有益事業ナリ然レトモ當時ノ登記ハ抵當權者保護ノ目的ヲ有スルニ止マリ現今ノ登記ノ如ク況タ不動産物權ニ關スルモノニ非ス故ニ登記スヘキ物權ハ抵當權ノ目的物ト爲ルコトヲ得ヘキ權利ニ限定シ又該權利ニ關スル讓渡ハ其登記ナキ限り

ハ更ニ讓渡人ト取引ヲ爲シタル第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス從テ抵當權ヲ取得セントスル債權者ハ登記簿ニ依リテ容易ニ設定者ノ權利者タルコトヲ知リ安全ニ抵當權ヲ取得スルコトヲ得佛國民法ハ斯ル登記制度ヲ廢止シタルモ之ニ代ルヘキ登記制度ヲ設ケス故ニ不動産物權ノ得喪ハ法律上當然第三者ニ對シテモ其效力ヲ對抗スルコトヲ得第三者ノ利益及ヒ取引ノ安全ヲ害スルニ至リタリシカ一八五五年三月二十三日法律ヲ以テ現行登記法ヲ制定シ佛國法系諸國登記制度ノ基礎ヲ成シタリ然レトモ此主義ハ取引ノ煩雜ヲ招キ物權ノ性質ヲ害スルコト前示ノ如シ

(2) 登記要件主義 登記要件主義ハ登記ヲ以テ不動産物權ノ得喪及ヒ變更ノ要件トシ不動産物權ノ得喪及ヒ變更ハ其登記アルニ非サレハ其效力ヲ生セサル主義ナリ例ヘハ甲カ其所有地ヲ乙ニ讓渡シタルモ未タ其登記ナキ間ハ甲カ依然所有者ナルカ如シ此主義ハ獨逸法系諸國殊ニ奧(一八七一年七月二十五日法律)匈(一八五五年十二月十五日法律)獨逸(獨民八七三以下)瑞典(一八七五年六月十六日法律)及ヒ蘭民六〇九、一二二四等ノ諸國ノ採用

シタル所ナリ (Eintragungssystem) 元來登記要件主義ハ獨逸古代法ノ發見シタル所ナリ獨逸ニ在リテハ羅馬法受繼以前ニ於テ不動產物權ノ讓渡及ヒ設定ハ不動產所在地ノ裁判所ニ出頭シ其旨ヲ陳述シ且裁判所ハ其陳述ヲ登記簿ニ記入スルコトヲ必要トシタリ是獨逸ニ在リテハ不動產物權(土地物權)ハ一私人ノ重要ナル財產ナルノミナラス土地ノ所有權ハ部落共有地ノ分割ニ成リタルモノナルヲ以テ其讓渡及ヒ之ニ對スル物權ノ設定ハ部落ノ同意及ヒ許可ヲ必要トスル觀念ニ發シタルモノナリ故ニ不動產物權ノ讓渡ハ當初部落集會ニ於テ嚴正ナル方式ヲ履行シテ之ヲ爲ス所謂 *Investitura* 是ナリ(前者ハ讓渡又ハ設定ノ要式的表意ニシテ又後者ハ明渡即チ土地ノ現實的占有移轉ナリ)爾後不動產所在地裁判所ニ於テ略式的引渡(記號ヲ以テスル引渡)及ヒ裁判所ノ許可ニ依リテ之ヲ爲シ近代ニ至リテハ不動產所在地ノ裁判所ニ於テ其所管ノ公簿ニ登記シテ之ヲ爲ス不動產物權設定亦之ト類似ノ發達ヲ爲シタルコト沿革上疑ヲ容レス而シテ此主義ハ取引ノ實際ニ適シ物權ノ法理ニ合スルコト前示ノ如シ

(3) 地券交付主義 地券交付主義ハ土地ノ權利狀態ヲ記載セル二通ノ地券ヲ作り一通ハ之ヲ所有者ニ交付シ以テ其權原ヲ證スルノ用ニ供シ他ノ一通ハ之ヲ登記官廳ニ留メ編成シテ登記簿ト爲シ爾後其土地ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ニハ該地ノ地券及ヒ登記簿ヲ變更スルコトヲ要スル主義ナリ例ヘハ甲カ其所有地ヲ乙ニ賣渡スニハ一定ノ方式ニ從ヒ讓渡證書ヲ作成シ之ニ地券ヲ添ヘテ登記官廳ニ送付シ登記官廳ハ賣主ノ地券ヲ抹消シ新ニ之ト同式ノ地券ヲ買主ニ交付シ且登記簿ニ該賣買ヲ記入スルカ如ク(一部讓渡ニハ必ス新地券ヲ發行スルコトヲ要シ又全部讓渡ニハ新地券ヲ發行シ或ハ舊地券ニ讓渡ノ記入ヲ爲スコトヲ得)又甲カ債權者乙ノ爲メニ自己ノ所有地上ニ抵當權ヲ設定スルニハ一定ノ方式ニ從ヒ物權設定證書二通ヲ作成シ之ニ地券ヲ添ヘテ登記官廳ニ送付シ登記官廳ハ地券及ヒ登記簿ニ物權設定ノ記入ヲ爲シ設定證書一通ト共ニ地券ヲ甲ニ返還スルカ如シ(物權ノ抹消ハ所有者カ抵當權者ヲシテ其所持セル設定證書ニ物權抹消ノ裏書ヲ爲サシメ之ヲ地券ト共ニ登記官廳ニ送付シ登記官廳ハ其旨ヲ

ハ先取特權ノ如キ權利ヲ取得シ先ニ登記ヲ爲シ又ハ引渡ヲ受ケタル者ナル
 コトヲ要セス通常ノ債權者亦第三者タルコトヲ得白國抵當法(一八五一年)及
 ヒ西國民法(西民六〇六)ハ不動產物權ノ登記ニ付キ同趣旨ノ規定ヲ設ケ又佛
 國民法(佛民一一四一、佛登三)及ヒ伊國民法(伊民一九四二)ハ不動產物權ノ登記
 ニ付キ正反對ノ規定ヲ設ケ(動產物權ニ關シテハ斯ル趣旨ノ明文ヲ缺ク)第二
 ● 第三者タルニハ善意ナルコトヲ要セス是意思ノ善惡ニ關スル爭訟ヲ避ク
 ル法意ニ他ナラス(實際的觀察)佛國民法(佛民一一四一)及ヒ伊國民法(伊民一一
 二五)ハ動產ノ引渡ニ付キ正反對ノ規定ヲ設ケ是惡意ノ第三者ハ物權ノ讓渡
 ヲ知ルヲ以テ祕密取引ノ犧牲ト爲ラサルノ法意ニ他ナラス(理論的觀察)又佛
 國民法及ヒ伊國民法ノ多數說ハ(法律上ノ明文ナシ)不動產ノ登記ニ付キ同趣
 旨ノ論結ヲ是認シ又白國民法及ヒ日本舊民法ハ不動產ノ登記ニ付キ正反對
 ノ規定ヲ設ケタリ其理由ハ動產ノ引渡ニ於ケルト異ナラス第三● 第三者タ
 ルニハ不法行爲者ニ非サルコトヲ要ス登記及ヒ引渡ハ第三者カ祕密取引ノ
 犧牲ト爲リ不測ノ損害ヲ蒙ルノ弊害ヲ防止シ取引ノ安全ヲ保護スルカ爲メ

ナリ故ニ不法ニ他人ノ物權ヲ行使シ又ハ之ヲ毀損シタル者ハ其他人カ未タ
 登記ヲ爲シ又ハ引渡ヲ受ケサルヲ事由トシテ目的物ノ返還又ハ損害賠償ヲ
 拒ムコトヲ得ヘキノ理ナシ反對ノ論結ハ法文ニ拘泥シ登記及ヒ引渡ノ法意
 ヲ無視シ論理解釋ト文理解釋トノ關係ヲ知ラサル謬論ナリ(拙著民法論總則
 參照)佛國民法ニ在リテハ第三者タルニハ目的物ニ付キ權利ヲ有スルコトヲ
 要スル結果トシテ第三者中ニ不法行爲者ヲ包含セサルヲ學者ノ定說トス
 二 權利 登記又ハ引渡ナキ物權ノ得喪及ヒ變更ハ之ヲ第三者ニ對抗スルコ
 トヲ得ス(民一七七、一七八)是ヲ以テ第一● 第三者ハ自己ノ利益ニ從ヒ登記又
 ハ引渡ナキ物權ノ得喪及ヒ變更ヲ否認シ或ハ是認スルノ權利ヲ有ス是登記
 又ハ引渡ナキ物權ノ得喪及ヒ變更ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サ
 ル法則ノ積極的意義ニ他ナラス(佛登三、伊民一九四二)等例ハ甲カ其所有地
 ヲ乙ニ賣渡シタル以後其登記ナキヲ奇貨トシ同一所有地ヲ丙ニ賣渡シタル
 トキハ丙ハ甲乙間ノ賣買ヲ否認シ自己カ所有者ト爲ルコトヲ得ルカ如ク甲
 カ其所有地上ニ於テ乙ノ爲メニ地役權ヲ設定シタル後其登記ナキヲ奇貨ト

シ同一所有地ヲ丙ニ賣渡シタルトキハ丙ハ甲乙間ノ地役權設定行爲ヲ否認シ地役權ノ設定ナキ土地所有者ト爲ルカ如ク甲カ其所有地ヲ乙ニ賣渡シタル以後其登記ナキ以前ニ於テ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ同一所有地ヲ差押ヘタル丙(甲ノ債權者)ハ該讓渡ヲ否認シ差押ヲ存續セシムルコトヲ得ルカ如ク又甲カ其所有地上ニ於テ乙ノ爲メニ地上權ヲ設定シタル以後其登記ナキ以前ニ於テ同一所有地ヲ丙ニ讓渡シタルトキハ丙ハ乙ニ對シ該地上權ノ設定ヲ主張シ地代ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルカ如シ第二ニ登記又ハ引渡ナキ物權ノ得喪及ヒ變更ヲ否認スル第三者ノ權利ハ第三者ノ登記原因竝ニ引渡原因ノ發生及ヒ差押以後登記又ハ引渡アリタル爲メニ消滅セス是然ラサレハ第三者ノ利益保護ヲ全ウスルコトヲ得サレハナリ例ヘハ甲カ其所有地ヲ乙ニ賣渡シタル以後其登記ナキヲ奇貨トシ同一所有地ヲ丙ニ賣渡シタル場合ニ於テ丙カ甲乙間ノ賣買ヲ否認スルニハ甲丙間ノ賣買當時甲乙間ノ賣買登記ナキヲ以テ足レリトシ爾後ニ爲シタル甲乙間ノ登記ニ因リテ何等ノ妨害ヲ受クルコトナキカ如シ然レトモ詐欺又ハ強迫ニ因リテ登記ノ申請ヲ妨ケタ

ル第三者ハ登記ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得ス蓋スル不法行爲ヲ爲シタル第三者ハ之ヲ保護スルノ必要ナケレハナリ例ヘハ丙カ甲ヨリ其所有地ヲ買受ケタル乙ヲ強迫シ其登記ヲ妨ケ爾後甲ヨリ同一所有地ヲ買受ケタル場合ニ於テ登記ノ欠缺ヲ理由トシ甲乙間ノ賣買ヲ否認スルコトヲ得サルカ如シ(登四)又他人ノ爲メニ登記ノ申請ヲ爲ス義務アル第三者ハ(法定代理人、法人ノ代表者、財産管理人等)其登記ノ欠缺ヲ以テ法律上主張スルコトヲ得ス蓋何人ト雖其義務ノ不履行ヲ以テ法律上自己ノ利益ニ引用スルコトヲ得サレハナリ例ヘハ後見人甲カ被後見人乙ノ爲メニ丙ヨリ其所有地ヲ買受ケ其登記ヲ怠リ更ニ自己カ丙ヨリ同一所有地ヲ買受ケ自己ノ利益ノ爲メニ乙丙間ノ賣買登記ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得サルカ如シ(登五、民九二三)登記法第五條但書ノ規定ハ第三者タルニ登記ヲ必要トスル佛國ノ法則ニ適スルモ第三者タルニ登記ヲ必要トセサル日本ノ民法ニ適セス蓋他人ノ爲メ登記申請ヲ爲ス義務アル第三者亦他人ノ爲メニスル登記原因カ自己ノ爲メニスル登記原因後ニ發生シタルトキハ自己ノ登記原因ヲ他人ニ對抗スルコトヲ得サルノ筋合ナ

ルヲ以テナリ)第三ニ第三者ハ登記又ハ引渡ナキ物權ノ得喪ヲ否認シテ傳來取得者ト爲ルコトヲ得元來第三者カ公示方法ヲ缺キタル物權ノ得喪ヲ否認シ物權ヲ取得シタルトキハ其取得ハ原始取得ナルヤ傳來取得ナルヤ殊ニ甲カ其所有地ヲ乙ニ賣渡シタル以後其登記ナキ以前ニ於テ更ニ同一所有地ヲ丙ニ賣渡シタル場合ニ於テ丙カ甲乙間ノ賣買ヲ否認シ土地ノ所有者ト爲リタルトキハ丙ハ原始取得者ナルヤ傳來取得者ナルヤハ疑ナキ問題ニ非ス然レトモ原始的取得ナルヤ傳來取得ナルヤハ取得者ヲ標準トシテ之ヲ定ムルヲ當然トス故ニ丙ヲ標準トシテ諸法律關係ヲ觀察スレハ甲乙間ノ賣買ハ否認ノ結果其效力ヲ有セサルニ同シ從テ甲ハ依然權利者ニシテ丙ハ甲ノ權利ヲ承繼シタルモノニシテ傳來取得者ナリト斷定セサルヲ得ス但甲ハ乙ニ對シ民事上損害賠償ノ責ニ任シ又刑事上詐欺取財ノ責ニ任ス(刑二四六)ルコトアルコト言ヲ俟タス

登記

參 登記 日本ニ在リテハ明治五年地券制度ヲ採用シ明治十九年之ニ代フルニ佛國主義ノ登記制度ヲ以テシ明治三十二年不動産登記法ヲ制定シテ佛國主

義及ヒ獨國主義折衷ノ登記制度(登記ノ本質ハ公示方法ニ過キサルコト佛國ニ同シ又登記簿ノ編成ハ不動産ノ表示ニ因ルコト獨國ニ同シ)ヲ採用シタリ(登一

五)

一 意義 不動産ノ登記ハ不動産所在地ノ區裁判所カ當事者ノ申請又ハ官廳若クハ公署ノ囑託ニ因リテ法律上一定ノ公簿ニ爲ス不動産ノ權利狀態ノ記載ナリ(1)登記ハ私權ノ效力ニ重大ノ關係ヲ有ス故ニ裁判所ヲシテ之ヲ管掌セシム又登記事件ハ其數極メテ多ク且迅速ニ之ヲ完了スルコトヲ要ス故ニ不動産所在地ヲ管轄スル區裁判所又ハ其出張所ニ於テ之ヲ爲ス裁構一五、登八(2)登記ハ當事者(登記權利者及ヒ登記義務者)ノ申請ニ因リテ之ヲ爲スヲ原則トシ官廳若クハ公署ノ囑託ニ因リテ之ヲ爲シ又ハ登記所カ職權ヲ以テ若クハ裁判所ノ命令ニ因リテ之ヲ爲スヲ例外トス(登二五)元來登記ハ當事者カ利益保護ノ爲メニ之ヲ申請シ(賣買交換ノ登記)又官廳若クハ公署カ當事者ノ利益保護ノ爲メニ之ヲ囑託ス而シテ登記ノ囑託ヲ爲ス場合ハ法律之ヲ特定ス(民訴六五)七〇〇七五〇登二九乃至三二三四一〇三二一〇四一二二一四三二一

四八、一一〇、一三五參照又登記ハ申請及ヒ囑託ノ手續ヲ省略スルカ爲メニ登記所ヲシテ職權ヲ以テ之ヲ爲サシメ(登一四七第二項一四八、一四九ニ規定セル抹消登記裁判ノ實效ヲ保有セシムルカ爲メ裁判所ノ命令ニ因リテ之ヲ爲サシム(登一五四、一五五、一五七)而シテ其場合ハ法律之ヲ特定ス(3)登記ハ不動產ノ權利狀態ヲ明示スルコトヲ目的トス故ニ登記ハ法律上一定ノ公簿即チ登記簿(登一四)ニ之ヲ爲ス又登記ハ不動產ノ權利狀態ニ關スル公簿上ノ記載ニ他ナラス故ニ法律上一定ノ登記簿ニ存セサル記載例ハ建物登記簿ニ存セスシテ反テ土地ノ登記簿ニ存スル建物ノ登記ノ如キ(登一四)又不動產ノ權利狀態ニ關セサル公簿上ノ記載例ハ登記ニ異議アル旨ノ附記(登一五三)ハ登記ニ非ス

二 種類 登記ハ其目的ニ從ヒ之ヲ分テ終局登記(Endgültige)及ヒ準備登記(Vorläufige)トス

(1) 終局登記 終局登記ハ登記ノ本來ノ目的ヲ達スルカ爲メニ爲ス登記ニシテ學者ノ所謂完成登記是ナリ此登記ハ其目的ニ從ヘハ之ヲ再別シテ狹

義、登記、更正、登記、抹消、登記、及ヒ回復、登記トス狹義ノ登記ハ不動產物權ノ得喪變更ニ付キ爲ス登記ニシテ民法(民一七七)及ヒ不動產登記法(登一)ニ所謂登記ナリ更正、登記ハ錯誤又ハ遺漏アル登記ヲ更正スルカ爲メニ爲ス登記ナリ(登六三、六四)抹消、登記ハ權利ノ消滅其他ノ原因ニ依リ登記ヲ抹消スルカ爲メニ爲ス登記ナリ(登一四一乃至一四九)又回復、登記ハ登記簿ノ全部又ハ其一部カ火災其他ノ原因ニ依リテ滅失シ滅失登記ノ回復若クハ登記ノ錯誤(甲抵當登記ヲ抹消セントシテ誤テ乙抵當登記ヲ抹消シタルカ如キ)其他ノ原因ニ依リテ抹消セラレタル場合ニ於テ(抹消登記ノ回復)登記ヲ回復スルカ爲メニ爲ス登記ナリ(登二三、六五、六六等)又此登記ハ其方法ニ從ヘハ之ヲ再別シテ全部、登記(主登記)及ヒ附記、登記トス全部、登記ハ權利ノ取得其他ノ原因ニ依リ新ニ爲ス登記ニシテ又附記、登記ハ登記名義人ノ表示ノ變更其他ノ原因ニ依リテ從來ノ登記ノ一部ヲ變更スルコトヲ要スルトキ其事項ヲ從來ノ登記ニ附記シテ其登記ノ效力ヲ存續セシムル登記ナリ而シテ附記登記ヲ爲スコトヲ得ヘキ場合ハ法律之ヲ特定ス(登五六、五八、六四、六

六一二五等)元來終局登記ノ制度ハ獨逸古代法ノ產出物ニシテ羅馬法ニ存セサル所ナリ又獨逸法系諸國及ヒ佛國法系諸國ハ登記制ヲ是認スト雖英米法系ニ在リテハ原則トシテ登記制度ヲ是認セス

(2) 準備登記 準備登記ハ終局登記ヲ準備シ且之カ爲メニ登記順位ヲ保全スルコトヲ目的トスル登記ナリ此登記ハ之ヲ再別シテ假登記及ヒ豫告登記トス假登記(本登記ニ對スル登記)ハ終局登記ノ申請ニ必要ナル形式的要件完備セサル場合ニ於テ登記ヲ爲スヘキ物權ヲ保全スルカ爲メニ又ハ終局登記ノ申請ニ必要ナル實體的の要件完備セサル場合ニ於テ假ニ不動產物權ノ設定移轉變更又ハ消滅ヲ目的トスル債權(始期附停止條件附其他將來ニ確定スヘキ債權殊ニ判決確定セサル債權等)ヲ保存スルカ爲メニ假ニ爲ス登記ナリ例ヘハ甲カ其所有地ヲ乙ニ讓渡シタルモ登記申請ニ必要ナル書面完備セサルトキ殊ニ代理權限ヲ證スル書面ナキトキ乙ノ爲メニ其所有權ノ假登記ヲ爲シ又甲カ今日所有地ヲ乙ニ讓渡シ其所有權ノ移轉ヲ明年一月一日ト約定シタル場合ニ於テ乙ノ爲メニ其所有權移轉ヲ目的トス

ル債權ノ假登記ヲ爲スカ如シ又豫告登記ハ登記原因ノ無効又ハ取消ニ因ル登記ノ抹消又ハ回復ノ起訴アリタル場合ニ於テ假ニ其訴旨ヲ登記簿ニ記入シ以テ原告ノ權利ヲ保全スルカ爲メニ爲ス登記ナリ例ヘハ甲カ其所有地ヲ乙ニ讓渡シ且其登記ヲ經タル後其讓渡ノ無効ヲ理由トシ讓渡登記抹消ノ訴ヲ提起シタルトキハ其訴旨ヲ登記簿ニ記入シ以テ爾後同一所有地ヲ讓受ケタル丙ニ對シ甲ノ勝訴判決ノ效力ヲ對抗スルコトヲ得セシムルカ如シ(學者或ハ豫告登記ノ目的ヲ以テ第三者ノ利益保護ナリト解ス然レトモ第三者ハ讓受人ト共謀シ同人ヨリ同一不動產ヲ讓受ケ讓渡人タル原告ヲシテ奔走ニ勞ラシムルノ弊害ハ實際上屢々見聞スル所ナリ故ニ豫告登記ハ民事訴訟法ニ所謂假處分ト共ニ斯ル弊害防止ノ爲メニ存スト解スルヲ正當トスルニ似タリ)元來準備登記ハ其源ヲ普國抵當法(一七八三年)ニ發シ普國土地臺帳法(一八七二年)之ヲ改正シ遂ニ獨逸民法及ヒ日本不動產登記法ノ是認スル所ト爲レリ然レトモ獨逸民法ニ所謂假登記及ヒ豫告登記(Vormerkung; Widerrpruch)ハ日本不動產登記法ニ所謂假登記及ヒ豫告登記

ト其範圍ヲ同ウセス假登記ハ物權的變更ヲ目的トスル債權ノ保全ヲ目的トシ豫告登記ハ登記抹消權ノ保全ヲ目的トス故ニ彼ト此トヲ同視スヘカラス

三 登記物權 第三者ニ對抗スルカ爲メニ登記ヲ爲スヘキ不動產物權ハ不動產登記法ノ限定スル所ニシテ(民一七七)登記法ノ定ム所ニ從ヒ(登一)所有權、地上權、永小作權、地役權、先取特權、質權及ヒ抵當權トス故ニ占有權留置權及ヒ入會權ハ之ヲ第三者ニ對抗スルカ爲メニ登記ヲ爲スコトヲ要セス蓋占有權及ヒ留置權ハ其存在ニ目的物ノ占有ヲ要件トスルヲ以テ該占有ノ事實ニ依リ第三者ハ容易ニ權利者ヲ知ルコトヲ得ヘク從テ其登記ヲ必要トセサレハナリ又入會權ハ登記ヲ必要ト爲ササル慣習アルニ由ル立法上ノ見解トシテハ不當ナリト云フヘシ但不動產ノ賃貸借ハ例外トシテ登記ヲ爲シ以テ之ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得(民六〇五)登一)又第三者ニ對抗スルカ爲メニ登記ヲ爲スヘキ權利ノ目的物ハ不動產即チ土地及ヒ建物ナリトス日本ノ法制ニ在リテハ古來ノ慣習ニ從ヒ土地及ヒ建物ヲ以テ各獨立ノ不動產トシテ土地登

記簿及ヒ建物登記簿ヲ設ケ土地及ヒ其定著物ニ關スル事項ハ土地登記簿ニ又建物及ヒ其定著物ニ關スル事項ハ建物登記簿ニ之ヲ登記ス(登一四)故ニ私有不動產ハ勿論公有不動產ト雖之ヲ登記セサルヘカラス(公有財產亦國家ノ所有財產ナルコト拙著民法論總則ニ述ヘタルカ如シ)之ニ反シテ單ニ立木ノミヲ目的物トスル不動產物權其他建物以外ノ土地定著物ヲ目的物トスル不動產物權ノ登記ハ不動產登記法ノ是認セサル所ナルヲ以テ獨立のニ之カ登記ヲ爲スコトヲ得ス但船舶ハ例外トシテ登記ヲ爲スニ非サレハ其所有權、抵當權及ヒ賃借權ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(商五四〇、五四一、五五六、六八六等、船舶登記規則參照)

四 登記事項 登記ヲ爲スヘキ事項ハ登記ニ因リテ保護スルコトヲ要スル三者ノ存在スルコトヲ得ヘキ不動產物權ノ得喪及ヒ變更(民一七七)ノ事實ニシテ不動產登記法ハ之ヲ再別シテ權利ノ設定、移轉、保存(民法ニ所謂得)處分ノ制限、消滅(民法ニ所謂喪)及ヒ變更トス(登一)(1)不動產物權ノ設定ハ定限物權ヲ創設スル行爲ナリ例ヘハ甲カ其所有地上ニ乙ノ爲メニ地上權ヲ設定スルカ

如シ故ニ不動產物權ノ設定ハ所謂創設的傳來取得ニ他ナラス(2)不動產物權ノ移轉ハ權利者カ其權利ヲ全ク他人ニ讓渡スル行爲ナリ例ヘハ甲ハ其所有地ヲ乙ニ讓渡スルカ如シ故ニ不動產物權ノ移轉ハ所謂移轉的傳來取得ニ他ナラス(3)不動產物權ノ保存ハ其權利ヲ保全スル行爲ニシテ例ヘハ甲カ未タ登記ヲ經サル所有地ヲ登記シ又ハ先取特權ノ登記ヲ爲スカ如シ(登一〇五、一〇六、民三三六)(4)不動產物權ノ處分ノ制限ハ不動產物權ノ處分ヲ禁止シ又ハ之ヲ制限スル行爲ナリ例ヘハ假處分命令ニ依リ不動產物權ノ處分ヲ禁止シ又ハ契約ニ依リ五年ヲ超エサル期間共有不動產ノ分割ヲ爲ササルカ如シ(民訴七五八、民二五六等)(5)不動產物權ノ消滅ハ不動產物權ノ絶對的喪失ナリ例ヘハ地上權カ存續期間ノ滿了ニ因リテ消滅シ又從タル不動產物權カ主タル債權ノ消滅ニ因リテ消滅スルカ如シ(6)不動產物權ノ變更ハ不動產物權ノ内容ノ變更ニ因ル變更ナリ例ヘハ主タル定限物權(例ヘハ地上權ノ如キ)ノ存續期間ヲ伸縮シ又從タル物權(例ヘハ抵當權ノ如キ)ノ效力カ主タル債權額ノ増減ニ因リ伸縮スルカ如シ故ニ不動產物權ノ變更ハ所謂私權ノ客觀的變更ニ

屬ス(私權ノ主觀的變更ハ通常權利ノ承繼ト稱ス故ニ茲ニ所謂變更ニ屬セスト解スルヲ可トス)拙著民法論總則參照是ヲ以テ第一ニ不動產物權ノ原始取得ハ登記ヲ必要トセス原始取得ニ在リテハ權利ヲ授受スル當事者ナク從テ又登記ヲ以テ保護スルコトヲ必要トスル第三者ナケレハナリ例ヘハ時効ニ因ル不動產物權ノ取得、公用徵收ニ因ル不動產物權ノ取得、公用徵收ハ公益ノ爲メニ甲ノ權利ヲ剝奪シテ乙ニ原始的ニ取得セシムル國權ノ作用ニシテ強制賣買ニ非ス故ニ公用徵收ニ因ル不動產物權ノ取得ニハ登記及ヒ賣主ノ責任ニ關スル民法ノ原則行ハルルモノニ非ス(エンデマン氏著獨逸民法論、ギルケー氏著獨逸私法論、オット、マイエル氏著獨逸行政法論參照)強制賣買ニ依ル不動產物權ノ取得(強制競賣ハ執行裁判所カ債務者ノ不動產物權ヲ剝奪シ競落ニ因リ該物權ヲ競落人ニ付與スル行爲ニシテ強制賣買ニ非ス從テ競落人ハ債務者ノ承繼人ニ非ス故ニ強制競賣ニ依ル不動產物權ノ取得ハ原始取得ナリエングルマン氏著獨逸民事訴訟法論、キルゲー氏著獨逸私法論參照)及ヒ國庫ノ無主不動產所有權ノ取得(民二三九第二項)ノ如シ第二ニ死亡相續ニ

因ル不動産物權ノ取得ハ登記ヲ必要トセス蓋被相續人ト取引ヲ爲スヘキ第三者即チ登記ヲ以テ保護スルコトヲ必要トスル第三者ナケレハナリ之ニ反シテ隱居相續ニ因ル不動産物權ノ取得ハ登記ヲ要ス蓋此場合ニハ被相續人タル隱居ト取引ヲ爲ス第三者アレハナリ遺贈ニ因ル不動産物權ノ取得亦然リ蓋此場合ニハ相續人ト取引ヲ爲ス第三者アレハナリ第三ニ目的物ノ事實的滅失ニ因ル不動産物權ノ消滅ハ登記ヲ必要トセス蓋斯ル消滅ハ絶對的ニ其效力ヲ生スレハナリ例ヘハ建物ノ燒失ノ如シ獨逸ニ在リテハ登記ハ當事者カ法律行爲ニ因リ不動産物權ノ權利狀態ニ變更ヲ生シタルトキ之ヲ爲スコトヲ要スルヲ原則トシ債權ノ讓渡ト共ニ抵當證書ヲ交付シテ爲ス抵當權ノ讓渡ニ付キ之ヲ要セサルヲ例外トス(獨民一一五四尙ホ他ノ例外ハ獨民五七一ヲ參照スヘシ)又法律ノ規定(例ヘハ相續ノ如キ)執行處分(例ヘハ強制競賣ノ如キ)又官廳ノ命令(例ヘハ公用徵收ノ如キ)ノ如キ法律行爲以外ノ原因ニ因リ不動産ノ權利狀態ニ變更ヲ生シタルトキニ之ヲ要セサルヲ原則トシ國庫ノ無主不動産取得ノ場合ニ之ニ要スルヲ例外トス(獨民九二八尙ホ他ノ例

外ハ獨民九二七、八六六ヲ參照スヘシ)

五

登記ノ手續 登記ハ第三者ノ利益ヲ保護シ取引ノ安全ヲ保護スルヲ目的トス登記手續ハ此目的ヲ達スルノ手續ニ他ナラス登記手續ハ登記ノ種類ニ從ヒ之ヲ分テ終局登記手續及ヒ準備登記手續トス

- (1) 終局登記手續 終局登記手續ハ終局登記ヲ爲スニ必要ナル行爲ノ全體ナリ

子 登記ノ前手續 登記ハ登記權利者及ヒ登記義務者又ハ其代理人ノ申

請ニ因リテ之ヲ爲スヲ原則トシ登記所カ官廳若クハ公署ノ囑託ニ因リ

裁判所ノ命令ニ依リ又ハ職權ヲ以テ之ヲ爲スヲ例外トス(登二五、一五四

一五五、一五七)(登記ノ意義參照)(獨土臺一三)第一ニ登記ノ申請ハ登記權

利者及ヒ登記義務者又ハ其代理人カ登記所ニ出頭シテ之ヲ爲スコトヲ

要ス(登二六)蓋登記ハ登記義務者ニ不利益ヲ蒙ラシムルヲ以テ登記義務

者ノ同意アルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ許ササルヲ適當トスレハナリ

登記權利者ハ登記ニ依リテ直接ニ利益ヲ受クル者(Aktivberechtigter)ニシテ

登記義務者ハ直接ニ登記ニ依リテ不利益ヲ受クル者ナリ (Passivbeholdung) 例ヘハ抵當權設定ノ登記ニ在リテハ債權者カ登記權利者ニシテ所有者カ登記義務者ナルカ如ク抵當權消滅ノ登記ニ在リテハ債權者カ登記義務者ニシテ所有者カ登記權利者ナルカ如ク又抵當權變更ノ登記利率ノ引上ニ在リテハ債權者カ登記權利者ニシテ所有者カ登記義務者ノ如シ登記申請ハ能力ハ法律上ノ明文ヲ缺クヲ以テ或ハ法律行為能力ノ規定ヲ準用シテ之ヲ定ムトシ或ハ事實上ノ能力(現ニ爲ス行為ノ意義及ヒ效果)ヲ了解スルニ足ル意識力ナリトス後說ハ理論上正當ナリ蓋登記申請ハ非訟行為ナルヲ以テ法律行為能力及ヒ訴訟行為能力ノ規定ハ茲ニ之ヲ準用スルコトヲ得サレハナリ然レトモ獨逸ノ多數學者ノ法律行為能力ノ規定準用說ヲ主張ス(コーザック氏著獨逸民法論參照)代理能力ハ委任代理ニ在リテハ訴訟能力者(非訟六第一項)及ヒ法定代理ニ在リテハ法定代理人之ヲ有ス又登記ノ申請ノ方式ハ不動産登記法第三十五條乃至第四十六條等ノ規

定スル所ナリ(獨土地臺帳法ニ在リテハ別段ニ方式ヲ要セス)獨土臺三〇) 第二ニ登記ノ囑託ハ官廳又ハ公署カ之ヲ登記所ニ宛テ發スルコトヲ要ス此囑託ハ官廳又ハ公署カ最モ迅速ニ登記權利者ノ利益保護ノ爲メニ之ヲ發ス例ヘハ假處分裁判所カ其發シタル假處分命令ノ登記ヲ囑託シ(民訴七五六、七五一、獨民訴九四一)又破産裁判所カ破産登記ノ囑託ヲ發スルカ如シ(破一二〇、獨破一一三)又此囑託ハ登記ノ申請ニ代用ス故ニ登記ノ申請ニ關スル規定ハ之ヲ登記ノ囑託ニ準用ス(登二五第二項、二九乃至三一、一一〇、一二一、一三五)第三ニ裁判所ノ命令ニ依ル登記及ヒ登記所ノ職權登記ヲ爲ス場合ハ法律ノ限定スル所ナリ(登記ノ意義參照)故ニ登記所ハ其既ニ登記權利ノ變更アリタルコトヲ知ルト雖猥リニ其變更登記ヲ爲スコトヲ得ス今左ニ登記申請ノ方式ヲ略論スヘシ

(イ) 登記義務者ノ同意 登記ハ登記義務者ノ同意ヲ要スルヲ原則トシ之ヲ要セサルヲ例外トス第一ニ登記ハ登記義務者ノ同意ニ因リテ之ヲ爲ス(登二六、獨土臺一九元來登記ハ登記簿ニ記載シアル權利狀態ト又實

際ニ成立セル權利狀態トノ齟齬ヲ防止スルコトヲ要ス故ニ登記義務者ノ同意アルニ非サレハ登記ヲ爲スヘカラス又登記義務者ハ登記權利者ニ對シ登記ヲ完了スルニ必要ナル行爲ヲ爲スノ義務ヲ負フ例ヘハ賣主ハ買主ニ對シ其權利ヲ登記スルニ必要ナル行爲ヲ爲スノ義務ヲ負フカ如シ故ニ登記ノ同意即チ登記ヲ耐忍スヘキ意思ノ陳述ハ法律上登記義務者ノ義務ト爲ル從テ登記義務者カ正當ノ理由ナク登記ノ同意ヲ拒ミタルトキハ登記權利者ハ登記義務者ニ對シ登記同意ノ意思陳述ヲ訴求スルコトヲ得(民訴七三六、登二七、獨民訴八九四)是登記ハ登記義務者ノ同意又ハ之ニ代ルヘキ確定判決ニ因リテ之ヲ爲スノ原則存在スル所以ナリトス登記ハ同意ヲ爲ス能力ハ法律上明文ヲ缺ク然レトモ登記ノ同意ハ登記義務者カ登記權利者ニ對シ登記ヲ耐忍スヘキ意思陳述ヲ内容トスル債務ナルヲ以テ法律行爲能力ト同一ナリト論定セサルヘカラス(コ―ザツク氏著獨逸民法論參照)又登記同意ノ形式ハ法律ノ規定セサル所ナリ故ニ明示的ニ登記ノ同意ヲ爲シ又默示的ニ登記ノ同意ヲ爲スコト

ヲ得登記義務者カ登記權利者ト共ニ登記所ニ出頭シタル事實(登二六)ハ默示的同意ヲ包含スルコト言フ俟タス(獨逸土地臺帳法ハ登記ノ同意ノ形式ニ付キ法律上ノ規定ヲ設ケ登記ノ申請ノ形式ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケス日本ノ不動産登記法ハ之ニ反ス)獨土臺二八、二九●●官廳若クハ公署ノ囑託、裁判所ノ命令又ハ登記所ノ職權ニ依リテ登記ヲ爲スニハ登記義務者ノ同意ヲ要セス相續ニ因ル登記ヲ爲スニ亦然リ(登二七、四二)尙ホ登記義務者ノ同意ヲ要セサル登記ニ關シテハ不動産登記法第二十八條、第六十九條、第百五條、第百六條、第百九條、第二百二十八條、第三百三條、第百三十二條、第百三十四條、第百四十一條等ヲ參照スヘシ而シテ登記義務者ノ同意ヲ要セサル例外規定ノ存在スル理由ハ顯著ニシテ登記義務者ノ同意ヲ必要トセス其同意ヲ得ルコト難ク又ハ同意ヲ得ルコト能ハサルノ一ニ歸ス

(口) 登記申請書ノ提出 登記ヲ申請スルニハ登記申請書ノ提出ヲ必要トス是登記ノ確實ヲ期スルカ爲メナリ(登三五)故ニ口頭ヲ以テ登記ヲ申

請スルコトヲ得ス登記申請ハ無條件ナルコトヲ要ス登記ノ條件附申請ハ不確實ナルヲ以テ之ヲ許サス故ニ登記ノ條件附申請ヲ表示シタル登記申請書ハ無効トス(訴ノ條件附申立ニ同シ)又登記ノ申請ハ之ヲ併合スルコトヲ許サス登記ノ併合的申請ハ登記ヲ遺脱スルノ虞アリ故ニ數個ノ不動産ニ關スル登記申請ヲ包含シタル一個ノ登記申請書ハ無効ナリ唯例外トシテ同一登記所ノ管轄内ニ在ル數個ノ不動産ニ關スル登記ヲ申請スル場合ニ在リテハ登記原因及ヒ登記目的カ同一ナルトキニ限り便宜上同一ノ申請書ヲ以テ登記ヲ申請スルコトヲ得ルノミ(登四六登記申請書ニ記載スヘキ一般ノ事項ハ不動産登記法第三十六條及ヒ第三十七條ニ規定スル所ニシテ)登施三八、三九又特別ノ事項ハ同法第三十七條第七十條、第七十八條、第八十條、第七十條、第七十一條乃至第一百十三條、第一百五條乃至第一百二十條、第一百二十二條、第一百二十五條、第一百二十七條ニ規定スル所ナリ(登施四〇、四五等)

(八) 登記原因證明書ノ提出 獨逸土地臺帳法(獨土臺一九)ハ登記ヲ容易

ナラシムルカ爲メニ登記ヲ爲スニハ登記義務者ノ同意ヲ以テ足レリトシ登記原因ノ證明ヲ必要トセス之ニ反シテ不動産登記法ハ登記簿上ノ權利狀態ト實際上ノ權利狀態トノ齟齬ナキヲ期スルカ爲メニ登記ヲ爲スニハ登記義務者ノ同意ノ他ニ尙ホ登記原因ノ證明ヲ必要トス從テ斯ル證明書ノ提出ヲ必要トス(登三五、四〇乃至四三)例ヘハ獨逸ニ在リテハ抵當權設定ノ登記ヲ爲スニハ土地所有者ノ登記同意アルヲ以テ足レリトスルカ如ク(形式的同意主義)獨逸民法ニ在リテハ法律行爲ニ依ル不動産物權ノ取得ハ登記ノ他ニ尙ホ利害關係人ノ合意ヲ必要トスルヲ以テ學者之ヲ實體的同意主義ト云ヒ形式的同意主義ト對稱ス(獨民八七三)之ニ反シテ日本ニ在リテハ抵當權設定ノ登記ヲ爲スニハ不動産所有者ノ登記同意アルノミヲ以テ足レリトセス尙ホ抵當權設定行爲ノ證明書ノ提出ヲ必要トスルカ如シ是獨逸舊土地臺帳法ト其立法例ヲ同ウスル所ナリ登記原因ノ證明書ハ登記事項ノ原因タル權原(Rechtstitel)ヲ證明スルニ足ル書面ナリ例ヘハ不動産ノ所有權ヲ移轉スル賣買證書、抵當權設定

スルヲ原則トシ之ヲ要セサルヲ例外トス(獨逸土地臺帳法ハ形式的同意主義ニ依ルヲ以テ斯ル規定ヲ設ケス)第一ニ第三者ノ許可同意又ハ承諾ヲ要スル登記原因ハ實體法ノ規定スル所ナリ例ヘハ妻ノ不動產物權ノ得喪ヲ目的トスル行爲ハ夫ノ許可ヲ要シ(民一四)後見人カ被後見人ニ代リテ爲ス不動產物權ノ得喪ヲ目的トスル行爲ハ親族會ノ同意ヲ要シ(民九二九)又不動產賃借權ノ讓渡ハ貸貸人ノ承諾ヲ要スルカ如シ(民六一二)登一第八號第二ニ登記原因ヲ證スル書面カ執行力アル判決ナルトキハ第三者ノ許可同意又ハ承諾ヲ證スル書面ノ提出ヲ必要トセス(登二五第二項)蓋此場合ニ在リテハ登記ヲ爲スヘキコト明白ナレハナリ

(ヘ)代理權限ヲ證スル書面ノ提出 委任代理人法定代理人法人ノ代表機關カ登記權利者及ヒ登記義務者ニ代リテ登記ヲ申請スルニハ其代理權限又ハ代表權限ヲ證スル書面ヲ提出スルコトヲ要ス(登三五)獨土臺二九三〇、三二乃至三五等參照例ヘハ代理委任狀戶籍簿謄本(戶六八、一一四)民法法人登記簿謄本(民四六)會社登記簿謄本(非一四〇)ノ如シ

丑

登記實施手續 管轄登記所ハ登記ノ申請又ハ登記ノ囑託ヲ受理シタル後其適否形式的調査ヲ調査シ之ヲ不適法ナリト認メタルトキハ登記ノ申請ヲ却下シ之ヲ適法ナリト認メタルトキハ登記簿ニ登記事項ヲ記載スヘキモノトス

(イ)登記申請ノ受理 登記申請ノ受理(受附)ハ登記官吏カ登記所ニ提出セラレタル登記ノ申請書(又ハ囑託書)ヲ受領スルノ行爲ナリ登記官吏カ登記ノ申請ヲ受理シタルトキハ其申請書ニ受理ノ年月日及ヒ受理ノ番號ヲ記載スルコトヲ要ス蓋登記官吏ハ受理ノ順序ニ從テ登記ヲ爲スモノナレハナリ(登四七、四八)獨土臺一三(獨逸法ニ在リテハ登記ノ申請受理ノ時期カ實際上及ヒ訴訟上必要ナルコト獨民八七三、八七八、八九二及ヒ民訴九三二ノ規定ニ依リ明白ナリ)但同一ノ不動產ニ關シテ同時ニ數個ノ申請アリタルトキハ同一ノ受理番號ヲ記載スルコトヲ要ス(登四七)蓋此場合ニ在リテハ受理ノ時期ニ前後ノ區別ナキヲ以テナリ(受領證ノ交付ニ關シテハ不動產登記法第四十七條末項ヲ參照スヘシ)又登記官吏ハ

先ニ受理シタル登記ノ申請ニ付キ處分却下又ハ登記ヲ爲シタル後ニ非サレハ後ニ受理シタル登記申請ニ付キ處分ヲ爲スコトヲ得ス(獨土臺一七)是受理ノ順序ニ從テ登記ヲ爲スヘキ法則ノ結果ナリ但先ニ受理シタル登記申請ノ取下アリタルトキハ此限ニ在ラス(登記申請ハ登記權利者ノ利益ノ爲メニスルヲ以テ登記アルマテ之カ取下ヲ許スコト固ヨリ當然ナリトス)

(ロ) 登記申請ノ調査 登記官吏ハ其受理シタル登記ノ申請(又ハ囑託)ノ適否(形式的調査)ヲ調査スルコトヲ要ス(職權及ヒ職務ヲ有ス)其調査ノ結果不適法ト認ムルトキ殊ニ登記義務者ノ同意ナキトキ其他不動産登記法第四十九條ニ掲ケタル事項ニ適合スルトキハ決定ヲ以テ登記ノ申請ヲ却下スルコトヲ要ス但登記申請ノ欠缺ヲ補正スルコトヲ得ヘク且申請人カ即日ニ之ヲ補正シタルトキハ此限ニ在ラス是登記權利者ノ利益保護ノ法意ニ出ツ從テ該申請ハ其順位ヲ保存シ同一ノ權利ニ付キ爾後受理アリタル登記ノ申請ニ先ンセラルルコトナシ(獨土臺一八)而シテ該

却下ノ決定ニ對シテハ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得(登一五〇)之ニ反シテ登記官吏ハ其受理シタル登記申請(又ハ囑託)ノ當否(實體的調査)ヲ爲スコトヲ得ス(職權及ヒ職務ヲ有セス)(登四九「……限ル……」)故ニ登記原因カ實在セサルトキ又登記事項カ實際ノ權利狀態ニ適セサルトキト雖登記ヲ爲スコトヲ要ス(獨逸法亦同シ)之ヲ要スルニ登記申請ノ調査ニ關シテハ形式的調査主義ヲ是認シ實體的調査主義(Legalitätsprinzip)ヲ否認セリ是畢竟實體的調査ハ多クノ費用勞力及ヒ時間ヲ要スルヲ以テ多數ノ登記事件ニ付キ實體的調査主義ヲ是認セハ迅速ニ登記ヲ完了セシムルヲ得サルカ故ニ形式的調査主義ヲ是認シ以テ登記手續ノ進行ヲ容易ナラシムルニ他ナラス

(ハ) 登記簿ノ記載 登記官吏ハ登記ノ申請(又ハ囑託)ヲ適法ナリト認メタルトキハ登記簿ニ登記事項ヲ記載スルコトヲ要ス其記載ノ内容ハ當事者ノ意思ニ準據シ其記載ノ方法ハ登記官吏ノ意思ニ從ヒ(登記ハ明瞭簡單ニ記入ス)登記申請書ノ文書ニ拘束セラルルコトナシ又其記載ノ要

件ハ不動産登記法ノ規定ニ依ル例ヘハ受理ノ年月日ヲ記載シ登記官吏捺印スルカ如シ(登五二乃至五九、六四以下、登施四七)登記ノ編成ニハ不動産ノ表示、編成主義(Princip des Realolimus)及ヒ人名編成主義(Princip des Personolimus)ノ二者アリ、不動産ノ表示、編成主義ハ不動産ノ表示ニ依リテ登記簿ヲ編成シ一個ノ不動産ニ一登記用紙ヲ用キ之ニ該不動産ニ關スル一切ノ權利狀態ヲ記入スル主義ニシテ獨、塊其他獨逸法系諸國ノ採用スル所ナリ、人名編成主義ハ不動産物權者ノ氏名ニ因リテ登記簿ヲ編成シ一人ノ物權者ニ一登記用紙ヲ用キ之ニ其物權者ノ權利得喪及ヒ變更ノ事由ヲ記載スル主義ニシテ、佛伊其他佛國法系諸國ノ是認スル所トス、後者ハ不動産ノ權利狀態ヲ知ルニハ其不動産物權ヲ順次ニ取得シタル各人ノ氏名ヲ知ルコトヲ要シ前者ハ不動産ノ權利狀態ヲ知ルニハ其不動産ノ表示ヲ知ルヲ以テ足レリトス、各不動産物權取得者ノ氏名ハ悉ク之ヲ知り難ク之ニ反シテ一個不動産ノ表示ハ之ヲ知ルニ易シ故ニ前者ハ立法上正當ニシテ後者ハ立法上不當ナリ、從テ佛國

ニ在リテモ改正ノ企圖アリト云フ是ヲ以テ不動産登記法ハ不動産ノ表示編成主義ヲ是認シ登記簿ハ一筆ノ土地又ハ一棟ノ建物ニ付キ一用紙ヲ備ヘテ之ヲ編成スルヲ原則ト爲シタリ(登一五)

(三) 登記濟證ノ交付 登記官吏ハ登記ヲ完了シタルトキ登記權利者ニ登記濟證ヲ交付スルコトヲ要ス例ヘハ登記官吏カ登記原因ヲ證スル書面(抵當權設定證書ノ類)ニ登記番號、申請書受理ノ年月日竝ニ其番號、順位番號及ヒ登記濟ノ旨ヲ記載シ登記所ノ印ヲ押捺シテ之ヲ登記權利者ニ還付スルカ如シ此登記濟證書ハ登記ヲ申請スル場合ニ最モ其必要ヲ見ル(登三五)尙ホ登記濟證ヲ交付スヘキ場合及ヒ其手續ニ關シテハ不動産登記法第六十條乃至第六十二條及ヒ第四十條ヲ參照スヘシ

(2) 準備登記手續 準備登記手續ハ假登記及ヒ豫告登記ヲ爲スニ必要ナル行爲ノ全體ニシテ法律上別段ノ規定ナキ限りハ終局登記手續ニ依ル子 假登記手續 假登記手續亦之ヲ分テ登記前手續及ヒ登記實施手續ト

ス

(イ) 登記前手續 假登記ハ假登記權利者ノ申請ニ因リテ之ヲ爲スヲ原則トシ(登三三)官廳若クハ公署ノ囑託又ハ裁判所ノ命令ニ依リテ之ヲ爲スヲ例外トス(登三二、一五四第二項、獨民八八五)

(ロ) 登記實施手續 假登記ハ登記用紙中相當區事項欄ニ之ヲ爲シ其左側ニ餘白ヲ存シ本登記ノ申請アリタルトキ該餘白ニ其登記ヲ爲スコトヲ要ス(登五四、五五、施四九)

丑 豫告登記手續 豫告登記手續亦之ヲ分テ登記前手續及ヒ登記實施手續トス

(イ) 登記前手續 豫告登記ハ裁判所ノ囑託ニ依リテ之ヲ爲ス(登三四)蓋豫告登記ハ原告ノ登記抹消權ヲ保全スルカ爲メニ裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ囑託スルモノナレハナリ

(ロ) 登記實施手續 豫告登記ノ實施手續ハ本登記ノ實施手續ト異ナラス

六 登記書類ノ保存及ヒ閱覽 登記簿、見出帳、共同人名簿及ヒ圖面ハ永久ニ之

ヲ保存シ申請書其他ノ附屬書類ハ申請書受理ノ日ヨリ十年間之ヲ保存スルコトヲ要ス(登二〇)是利害關係人ヲシテ登記書類ニ依リ不動産ノ權利狀態ヲ證スルコトヲ得セシムルノ法意ニ出ツ又登記ハ不動産ノ權利狀態ヲ公示スルヲ以テ其目的トス故ニ登記簿及ヒ其附屬書類ハ之ヲ公示スルコトヲ要ス其公示方法ハ登記簿ノ謄本ノ交付及ヒ登記簿又ハ其附屬書類ノ閱覽許可ニシテ商業登記ト同シカラス(登二一、商一一)

七 登記ノ效力 登記ノ效力ハ登記官吏カ登記ヲ實施シタルトキニ發生スルヲ原則トス又登記ノ效力ノ内容ハ其登記ノ種類ニ從テ同シカラス

(1) 發生ノ要件 登記ハ登記官吏ノ適法ナル登記簿記載ニ因リテ其效力ヲ生ス故ニ登記ノ記載カ不適法ナルトキハ其效力ヲ發生スルコトナシ(エン)デマン氏著獨逸民法論參照然レトモ之カ爲メニ第一ニ登記ハ其登記前手續カ違法タルカ爲メニ其效力ヲ發生セスト速斷スヘカラス蓋登記前手續ニ關スル規定(登四八)ハ一個ノ訓示の規定ニ過キサレハナリ(コーザツク氏著獨逸民法論及ヒエン)デマン氏著獨逸民法論參照例ハ登記官吏カ當事

者ノ申請ニ因リテ爲スヘキ登記ヲ公證人ノ囑託ニ因リテ爲シタルトキハ其登記ハ法律上效力ヲ發生スルヲ妨ケサルカ如シ然レトモ斯ル見解ニ對シテハ反對ノ學說少カラス注意ノ爲メニ一言ス第二ニ登記ハ其登記原因ノ無効ナルニ拘ハラス其效力ヲ發生スト速斷スヘカラス蓋登記ハ取引ノ安全ヲ保護スルヲ目的トスルヲ以テ登記權利者ノ爲メニ其效力ヲ發生スルニハ法律上有效ナル權利得喪ノ事實現存スルコトヲ要スレハナリ元來登記ノ效力ノ發生ニ關シテハ形式的效力主義及ヒ取引保護主義ノ二者アリ前者ハ埃國ノエクスデル氏之ヲ代表シ其要旨ハ登記ハ其之ヲ爲サシメタル者ノ爲メニ直チニ權利ノ得喪及ヒ變更ノ效力ヲ生ス登記ノ違法ナルト登記ヲ爲サシメタル者惡意ナルト又犯罪者ナルト否トヲ問ハス唯被害者ハ不法行爲者又ハ不當利得者ニ對シ損害賠償又ハ不當利得返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルノミト云フニ在リ後者ハ獨逸國ノ採用シタル所ニシテ(獨民八七三)其大要ハ登記ハ取引ノ安全ヲ保護スルカ爲メニ存ス故ニ法律上有效ナル權利ノ得喪及ヒ變更ノ事實存スルトキニ限り登記官吏ヲシテ

登記ヲ爲サシメタル者ノ爲メニ其效力ヲ生ス唯登記ヲ信シテ取引ヲ爲シタル第三者ノ利益ハ登記カ不法ナルトキト雖之ヲ保護スルノミト云フニ在リ日本民法ハ後者ニ依ル(第三者ノ利益保護ニ關シテハ異ナルコト後示ノ如シ)蓋前者ハ登記ノ效力ヲ誇大ナラシムレハナリ

② 發生ノ時期 登記ハ登記官吏カ適法ニ之ヲ登記簿ニ記載シタルトキニ其效力ヲ發生ス故ニ登記ノ效力ハ利害關係人ノ申立ニ因リ登記ノ申請又ハ登記ノ囑託アリタルトキニ之ヲ發生セシムルコトヲ得ス蓋登記ハ登記官吏單獨ノ行爲ニシテ利害關係人ノ干與ヲ許ササルヲ以テナリ(反對說ハ登記ノ信用ヲ害ス)從テ登記申請後登記實施前ニ當事者ニ對シテ爲シタル處分權ノ制限ハ(例ヘハ禁治產ノ宣告)登記ノ實施及ヒ其效力ノ發生ヲ妨ケス(獨民八七八、八九二第二項參照)

③ 效力ノ内容 登記ノ效力ノ内容ハ其登記ノ種類ニ從テ同シカラス子 終局登記ノ效力 終局登記ハ第一ニ登記權利者ノ爲メニ權利創設的效力ヲ生シ又權利證明の效力ヲ生ス(1) 第三者ニ對抗スルカ爲メニ登記

ヲ要スル法律關係ニ在リテハ登記ハ當事者ノ爲メニ第三者ニ對抗スルノ效力ヲ生ス(對抗權ノ創設)獨逸ニ在リテハ登記要件主義ヲ是認シタルヲ以テ登記ハ權利得喪ノ效力ヲ生シ第三者ニ對抗スルノ效力ヲ生スルニ止マラス(2)第三者ニ對抗スルカ爲メニ登記ヲ要セサル法律關係ニ在リテハ登記ハ當事者ノ爲メニ其權利證明ノ效力ヲ生ス例ヘハ死亡ニ因ル相續ノ登記ノ如シ第二ニ登記簿ノ記載ヲ信シテ取引ヲ爲シタル第三者即チ善意ノ第三者ノ爲メニ權利取得ノ效力ヲ生セス是真正ノ權利者ヲ保護スルノ法意ニ出ツ元來登記ハ善意ノ第三者ニ權利ヲ取得セシムル效力ヲ生スルヤ否ヤノ問題ニ關シテ古來登記有公信主義及ヒ登記無公信主義ノ二者アリテ各國ノ立法例亦其揆ヲ一ニセス前者ハ第三者カ登記簿ノ記載(外觀的權利狀態)ヲ信認シ其登記簿上ノ權利者ヲ真正ノ權利者ト思惟シ(善意)之ヨリ不動産物權ヲ讓受ケタルトキハ讓渡人カ真正ノ所有者タルト否トヲ問ハス外觀的權利狀態ニ適合スル物權ヲ取得スル主義(登記ハ公信カヲ有ス)ニシテ善意ノ第三者ヲ保護スルカ爲メ

ニ發生シ舊獨逸固有法及ヒ獨逸民法(獨民八九一乃至八九二)ノ是認シタル所ナリ(日民第一九二條ノ法意ト同旨ナリ)例ヘハ甲カ故意ヲ以テ又ハ過失ニ因リ乙ノ所有スル家屋ヲ自己ノ所有物トシテ登記シ(不法行爲トナル)之ヲ丙ニ讓渡シ且丙カ甲ヲ真正ノ權利者ナリト確信シタルトキハ丙カ該家屋ノ所有權ヲ取得シ乙カ不法行爲者甲ニ對シ損害賠償ノ請求ヲ爲スカ如ク)又甲カ故意ナク又過失ナク乙ノ所有スル家屋ヲ自己ノ所有物ナリトシテ登記シ(不法行爲ト爲ラス)之ヲ丙ニ讓渡シ且丙カ甲ヲ真正ノ權利者ナリト確信シタルトキハ丙ハ該家屋ノ所有權ヲ取得シ乙カ甲ニ對シ不當利得ノ返還ヲ請求スルカ如シ(若シ乙ノ處分カ無償ナルトキハ丙ニ對シ不當利得ノ返還請求權ヲ有ス)之ニ反シテ後者ハ第三者カ登記簿ノ記載ヲ信用シ其登記簿上ノ權利者ヲ真正ノ權利者ト思料シヨリ不動産物權ヲ讓受ケタルトキハ讓渡人カ真正ノ權利者ナルトキニ限リ物權ヲ取得スル主義(登記ハ公信カヲ有セス)ニシテ真正ノ權利者ヲ保護スルカ爲メニ發生シ佛伊諸國ノ是認スル所ナリ前例ニ在リテハ丙

ハ甲ニ對シ損害賠償又ハ不當利得返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルニ止マ
 リ家屋ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得ス日本民法ハ後者ニ依ル
 丑 準備登記ノ效力 準備登記ハ假登記及ヒ豫告登記ノ二者ナリ第一ニ
 假登記ハ爾後爲スコトアルヘキ本登記ノ順位ヲ保全スルノ效力ヲ生ス
 (登七、獨民八八三)是ヲ以テ(1)假登記アリタル法律關係ニ付キ本登記アリ
 タルトキハ假登記後本登記前ニ同一不動産ヲ目的物トシテ發生シタル
 法律關係ハ假登記アリタル法律關係ト抵觸セサル範圍内ニ於テ存在ス
 ルコトヲ得ルノミ例ヘハ假登記アリタル地上權ノ設定的法律關係ニ付
 キ本登記アリタルトキハ假登記後本登記前ニ同一不動産ヲ目的物トシ
 タル所有權ノ移轉ハ地上權附所有權ノ移轉トシテ其效力ヲ有スルカ如
 ク假登記アリタル地上權ノ消滅的法律關係ニ付キ本登記アリタルト
 キハ假登記後本登記前ニ爲シタル同一地上權ノ讓渡ハ其效力ナキカ如
 ク假登記アリタル質權ノ設定的法律關係ニ付キ本登記アリタルトキハ
 假登記後本登記前ニ同一不動産ヲ目的物トシテ設定セラレタル質權ハ

第二位ノ質權トシテ其效力ヲ有スルカ如シ(2)假登記アリタル法律關係
 ニ付キ本登記アリタルカ爲メニ效力ヲ減少シタル法律關係假登記後本
 登記前ニ成立シタルモノノ登記ハ之ヲ存續セシムルノ實用アレトモ效
 力ヲ喪失シタル法律關係ノ登記ハ之ヲ存續セシムルノ實用ナク寧ロ本
 登記ヲ爲シタル權利者ノ權利ノ侵害ト爲ル故ニ該權利者ハ無効ト爲リ
 タル法律關係ノ登記權利者及ヒ義務者ニ對シ其登記抹消ヲ請求スルコ
 トヲ得ヘシ例ヘハ假登記アリタル地上權ノ消滅的法律關係ニ付キ爾後
 本登記アリタルトキハ其登記權利者ハ之カ爲メニ無効ト爲リタル假登
 記後本登記前ノ同一地上權移轉登記ノ抹消ヲ其登記權利者及ヒ登記義
 務者ニ對シ訴求スルカ如シ第二ニ豫告登記ハ原告カ登記抹消權利ヲ是
 認シタル判決ヲ該登記後權利ヲ取得シタル第三者ニ對抗スルコトヲ得
 ルノ效力ヲ生ス(獨逸ニ在リテハ豫告登記ハ登記有公信心主義ノ適用ヲ
 除外スル效力ヲ有ス(登記ノ種類參照))

肆

引渡 日本ニ在リテハ古來佛國法ノ影響ヲ受ケ物權ノ讓渡ハ其動產ノ引

渡ヲ爲シタル後ニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(明二六、五月十日判例參照)現行日本民法ニ在リテ亦然リ(民一七八)獨逸民法ハ古來羅馬法ノ影響ヲ受ケ動產物權ノ讓渡ハ其動產ノ引渡ヲ以テ成立要件トス(獨民九二九以下)

一 意義 茲ニ所謂引渡ハ動產物權ノ讓渡人カ讓受人ニ對シ其目的物タル動產ノ占有ヲ移轉スル行爲ナリ(民事訴訟法第七百三十一條以下ニ所謂引渡ト同義ナリト速斷スヘカラス)(1)引渡ハ讓渡人カ讓受人ニ對シテ爲ス行爲ナリ故ニ讓渡人カ之ヲ爲シ若クハ其代理人カ之ヲ爲スコトヲ得又讓受人本人ニ對シテ之ヲ爲シ又ハ其代理人ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得隔地取引ニ於テ目的物ヲ運送ニ付シタルトキハ引渡ハ差出ノ當時ニ完成スルヤ又ハ交付ノ當時ニ完成スルヤハ目的物運送受託者カ讓渡人ノ代理人ナルヤ讓受人ノ代理人ナルヤニ依リテ之ヲ定ム是日本民法、獨逸普通法及ヒ獨逸民法ノ通則ニシテ法律ノ明文ヲ要セサル所ナリ即チ目的物ノ運送受託者カ讓渡人ノ代理人ナルトキハ引渡ハ讓受人ニ對シ目的物ヲ交付スルニ因リテ完成シ又讓受人

ノ代理人ナルトキハ引渡ハ運送受託者ニ對シ目的物ヲ交付スルニ因リテ完成ス但郵便、鐵道其他商法ニ所謂運送人(商三三一以下)ニ依リテ目的物ヲ運送スルトキハ此等運送者ヲ差出人ノ代理人ト推定ス蓋此等運送者ハ差出人ノ運送受託者ナレハナリ(普國私法ハ之ニ反シテ斯ル推定ヲ爲サス)讓受人カ破產シタルトキハ讓渡人カ運送中ニ在ル目的物ニ付キ差止權 (Right of stoppage) ヲ有スルコト各國破產法ノ是認スル所ナリ(破八九、獨破四四等)(2)引渡ハ占有移轉ノ行爲ナリ即チ讓受人ヲシテ其目的物上ニ權利ヲ行使スルコトヲ得ルノ状態ニ在ラシムル行爲ナリ故ニ引渡ハ讓受人及ヒ讓渡人ノ合意ニ因リ成立シ(是取得者一方ノ行爲ニ過キサル先占ト異ナル要點ナリ)又讓受人カ其目的物上ニ權利ヲ行使スルコトヲ得ルノ效果ヲ生ス(3)引渡ハ讓受人カ其目的物ヲ占有ス故ニ第三者ニ對シテ權利狀態ヲ公示スルニ足ル是引渡カ動產物權讓渡ノ公示方法タル所以ナリ

二 種類 引渡ハ其方法ニ從ヒ之ヲ分テ現實ノ引渡、簡易ノ引渡及ヒ占有ノ改定(返還請求權ノ讓渡)トス

- (1) 現實ノ引渡(Wirkliche ubergabe) ハ有形的ニ占有ヲ移轉スル行爲ニシテ例ヘハ手ヨリ手ニ目的物ヲ交付シ(Tradition manuelle)又目的物ヲ貯藏スル倉庫ノ鍵ヲ交付スルカ如シ而シテ此引渡ハ動產物權ノ讓渡ヲ第三者ニ對抗スルニ適切ナル公示方法タリ
- (2) 簡易ノ引渡 簡易ノ引渡ハ讓受人カ賃借、受寄、竊取其他ノ原因ニ依リ既ニ目的物ヲ所持スル場合ニ於テ讓渡人カ單ニ意思表示ニ依リテ占有ヲ移轉シ以テ返還ヲ受ケ更ニ之ヲ現實ニ引渡スノ勞力時間及ヒ費用ヲ省略スル方法ナリ(Brevi manu traditio)例ヘハ賃貸人カ賃借物ヲ賃借人ニ讓渡シ爾後賃借人ヲ該物件ノ所有の占有者ト爲ス表意ヲ爲シ又賃借人カ其決意ヲ表示シテ占有者ト爲ルカ如シ而シテ此引渡ハ讓渡人カ其目的物ヲ事實上他ニ處分スルコトヲ得サル地位ニ在ルヲ以テ動產物權ノ讓渡ヲ第三者ニ對抗スル公示方法タルニ足ル
- (3) 占有ノ改定 占有ノ改定ハ讓渡人カ賃借、受寄其他ノ原因ニ依リテ讓渡後依然目的物ノ所持ヲ繼續スル場合ニ於テ讓渡人カ單ニ意思表示ニ依リ

テ占有ヲ移轉シ以テ讓受人ニ目的物ヲ交付シ更ニ同一物ノ交付ヲ受クルノ勞力、時間及ヒ費用ヲ省略スル方法ナリ(Constitutum Possessorium)例ヘハ甲カ其所有動產ヲ乙ニ讓渡シ爾後乙ノ爲メニ該物件ノ寄託ヲ受クルトキハ甲及ヒ乙ノ意思表示ニ依リテ乙カ占有者ト爲ルカ如シ而シテ此引渡ハ讓渡人カ其目的物ヲ所持シ事實上之ヲ他ニ處分スルコトヲ得ルノ地位ニ在ルヲ以テ動產物權ノ讓渡ヲ第三者ニ對抗スル公示方法タルニ適セスト論スル學者頗ル多シ(ローラン、ボードリ氏等)元來債權者カ債務者ノ所持スル財產ヲ其財產ナリト信スルハ洵ニ當然ノ理ナリ然ルニ債務者カ占有ノ改定ニ依リテ讓渡ヲ爲シタルトキハ真正ノ權利狀態カ債權者ノ正當ニ信スヘキ權利狀態ニ適合セス故ニ占有ノ改定ハ信用ヲ害シ公示方法タル引渡ニ適セサルノ論旨ハ不當ナリト云フヘカラス然レトモ占有ノ改定ハ取引ノ實際ニ適シ經濟上之ヲ無視スルコトヲ得ス故ニ日本及ヒ獨逸民法ハ法律上有效ナル所持ノ原因ノ存在ヲ以テ占有ノ改定ノ要件トシ爭アル場合殊ニ執行參加ノ訴訟(民訴五四九)ニ於テハ債務者ノ所持スル物件ニ付キ所有

權ヲ主張スル各人ヲシテ該原因立證ノ責ニ任セシメ占有ノ改定ヲ以テ動產物權讓渡ノ公示方法又ハ動產物權取得ノ要件ト爲セリ

(4) 返還請求權ノ讓渡 返還請求權ノ讓渡ハ第三者カ讓渡ノ目的物ヲ占有スル場合ニ於テ讓渡人カ讓受人ニ目的物ノ引渡ヲ爲ス方法ナリ羅馬法ニ在リテハ自ラ占有ヲ爲ササル所有者ハ其所有權ニ基ク訴權ヲ讓渡スルコトヲ得此場合ニ於テハ讓渡人ハ依然目的物ノ所有權ヲ保有シ又讓受人ハ占有者ニ對シ目的物ノ返還ヲ訴求スルノ權利ヲ有ス而シテ讓受人カ該權利ヲ行使シ目的物ヲ占有シタルトキハ之ニ依リテ所有權ヲ取得ス(獨逸普通法亦之ニ同シ)獨逸民法ニ在リテハ羅馬法ヨリ一步ヲ進メ自ラ占有ヲ爲ササル所有者カ其所有權ニ基ク返還請求權ヲ讓渡シタルトキハ其請求權ニ付キ期限アルト條件アルト反對給付ニ係ルト占有者カ知ルト否トニ拘ハラズ之ヲ引渡ニ代用シ讓受人ハ目的物ノ所有權ヲ取得ス然レトモ占有者タル第三者ハ讓渡人ニ對シテ有シタル抗辯ヲ讓受人ニ對抗スルコトヲ得蓋權利ノ讓渡ハ故ナク第三者ニ不利益ヲ蒙ラシムルコトヲ得サレハナ

リ(獨民九三二)日本民法ニ於テ斯ル明文ヲ缺クハ立法上失當ナルヲ免カレ

三 引渡ヲ要スル物權 動產物權ノ讓渡ヲ第三者ニ對抗スルカ爲メニ引渡ヲ必要トスル動產物權ハ動產ノ所有權ナリトス蓋民法ニ所謂動產物權ハ所有權占有權質權留置權及ヒ先取特權ノ五種ニシテ占有權ノ讓渡及ヒ質權ノ讓渡ハ其目的物ノ引渡ヲ成立要件トシ(民一八二、二〇三、三四四、三五二)又留置權及ヒ先取特權ハ法律上一定ノ債權者ニ專屬シ獨立シテ之ヲ讓渡スルコトヲ得サルヲ以テナリ加之留置權ニ在リテハ留置物ノ占有ハ留置權ノ存續ノ要件ナレハナリ又先取特權ハ其一般ノ先取特權タルト特別ノ先取特權ナルトヲ問ハス債務者カ第三取得者ニ引渡シタル動產ニ對シテハ之ヲ行フコトヲ得サルモノナレハナリ(民三〇二、三三三)但例外トシテ船舶所有權ノ讓渡ハ其登記ヲ爲シ且船舶國籍證書ニ之ヲ記載スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(商六八六)

四 引渡事項 動產物權ヲ第三者ニ對抗スルカ爲メニ引渡ヲ必要トスル事項

ハ動產物權ノ讓渡ナリ(民一七八)故ニ動產ヲ目的物トスル質權ノ設定、動產ノ原始取得及ヒ動產ノ相續ハ之ニ屬セス蓋質權ノ設定ニ在リテハ目的物ノ引渡ハ成立要件ニシテ對抗要件タルニ止マラス原始取得ニ在リテハ第三者ナク(登記事項ノ説明参照)又相續ハ讓渡ニ非サレハナリ(拙著民法論總則參照)但隱居ニ因ル相續ニ在リテハ隱居者ト取引ヲ爲ス第三者アルヲ以テ相續人カ動產ノ相續ヲ第三者ニ對抗スルカ爲メニハ引渡ヲ必要トスト規定スルヲ立法上正當トス

五 引渡ノ效力 引渡ハ完成ニ因リテ其效力ヲ生ス然レトモ之カ爲メニ第一ニ引渡ハ其原因ノ無効ナルニ拘ハラズ引渡權利者ノ爲メニ其效力ヲ發生スト速斷スヘカラス蓋引渡ハ登記ト同シク取引ノ安全ヲ保護スルヲ目的トスルヲ以テ引渡權利者ノ爲メニ其效力ヲ發生スル法律上有效ナル動產物權ノ讓渡現存スルコトヲ要スレハナリ第二ニ引渡ハ讓渡人ヲ真正ノ權利者ト信シテ之ト取引ヲ爲シタル第三者ノ爲メニ權利ヲ取得セシムルノ效力ヲ發生スト速斷スヘカラス讓渡人カ真正ノ所有者ニ非サルトキハ斯ル善意ノ第三

者ト雖權利ヲ取得スルコトヲ得ス蓋真正ノ權利者ハ之ヲ斯ル第三者ヨリ保護スルヲ立法上適當トスレハナリ(即チ無公信力主義ヲ原則トス)唯例外トシテ斯ル善意ノ第三者カ平穩且公然ニ動產ノ占有ヲ始メ且過失ナキトキニ限リ即時ニ其動產ノ所有權ヲ取得ス(民一九二)ルノミ是斯ル第三者ノ利益ヲ保護シ取引ノ安全ヲ保護スル法意ニ出テ獨逸古代法、日、佛、獨諸國ノ是認シタル法則ナリ

第七 物上請求權 各物權者ハ其物權的狀態ノ實在ヲ各人ニ請求スルコトヲ得所謂物上請求權(Dinglicher anspruch)是ナリ

一 意義 物上請求權ハ物權的狀態ト事實的狀態トノ齟齬ヲ原因トシ且物權的狀態ノ實在ヲ目的(給付)ト爲ス請求權ナリ第一ニ物上請求權ハ物權自體ナルヤ一個ノ債權ナルヤ又ハ物權ノ成分ナルヤハ學者間ニ爭アル問題ナリ然レトモ物上請求權ハ物權ニ基キテ發生ス故ニ物權自體ニ非ス又物上請求權ハ物權的狀態ノ實在ヲ目的トシ債權ノ履行ヲ目的トセス故ニ物權ニ附屬シテ發生スル債權ニ非ス從テ物權ノ成分ト論定スルヲ正當トス第二ニ物上請

求權ハ物權的狀態ノ實在ヲ目的トス故ニ物權的狀態ノ變更ヲ目的トスル請求權及ヒ物權ノ侵害ニ基ク不法行為ノ損害賠償請求權ハ物上請求權ニ非ス

第三ニ物上請求權ヲ成立セシムル原因ハ物權的狀態ト事實的狀態トノ齟齬ナリ蓋物上請求權ハ物權者カ其物權ノ内容ヲ實在セシムルコトヲ得サル各人(義務者)ニ對シ之ヲ主張シ以テ物權ノ利益ヲ享有セシムル權能ナレハナリ

二 目的 物上請求權ハ積極的給付ヲ目的トシ又ハ消極的給付ヲ目的トス第一ニ積極的給付ヲ目的トスル物上請求權ハ行為ヲ目的トスル物上請求權ニシテ例ヘハ所有者カ占有者ニ對シテ爲ス所有物返還ノ請求物權者カ侵害者ニ對シテ爲ス侵害行為除去ノ請求又ハ物權者カ登記ノ抹消ヲ求ムルカ爲メニ利害關係人ニ對シテ爲ス同意ノ請求ノ如シ而シテ所有物返還ノ請求ハ民事訴訟法第七百三十條(參)準則參照ニ依リ又同意ノ請求ハ同第七百三十六條ニ依リ之ヲ執行ス

第二ニ消極的給付ヲ目的トスル物上請求權ハ不行爲ヲ目的トスル物上請求權ニシテ例ヘハ所有權ノ行使ヲ妨クルニ至ルヘキ行為ノ避止ノ請求ノ如シ

而シテ此請求ハ民事訴訟法第七百三十三條(參)準則參照ニ依リテ之ヲ執行ス

三 準則 物上請求權ハ對人請求權(Personlichen anspruch)ト同シカラス然レトモ之カ爲メニ債權法則カ物上請求權ニ準用ナシト速斷スヘカラス法律上別段ノ規定ナキ限リハ債權ノ法則ヲ準用スヘキコト日本民法ノ法意ニシテ又獨逸多數學者ノ一致シタル見解ナリ(フランク氏著獨逸民法註釋、デルンブルグ氏著獨逸民法論、ヘルビヒ氏著請求權及ヒ訴權論參照)

物上請求權ト對人請求權トヲ區別スル標準ニハ種々アリ今其重要ナルモノヲ舉クレハ第一ハ物上請求權ハ物ニ對スル關係ニシテ對人請求權ハ人ニ對スル關係ナリトス然レトモ各種ノ請求權ハ人ニ對シ給付ヲ求ムルモノナルヲ以テ此標準ハ頗ル不當ナリトス第二ハ物上請求權ハ特定ノ一私人ニ對セサル請求權ニシテ對人請求權ハ特定ノ一私人ニ對スル請求權ナリトス然レトモ物上請求權亦特定ノ一私人ニ對スルモノナリ所有權ニ基ク物ノ返還請求權亦債權ニ基ク返還請求權ト同シク特定ノ一私人(占有主又ハ賃借人)ニ對ス故ニ此標準亦失當ナリトス第三ハ物上請求權ハ一般ノ世人カ遵守スヘキ

義務他人ノ權利ヲ害セサル義務ニ違背シタル各人ニ對シ對人請求權ハ債務ヲ履行セサル債務者ニ對スト然レトモ物上請求權ハ物權者カ其物權ノ内容ヲ實在セシムルコトヲ得サル各人ニ對シ之ヲ主張スル權能ナルヲ以テ此標準亦失當タルヲ免カレス第四ハ物上請求權ハ其原因カ權利者ヲ一定スルニ止マレトモ對人請求權ハ其原因カ權利者及ヒ義務者ヲ一定ス例ヘハ所有物返還ノ請求權ハ其原因タル所有權カ權利者ヲ一定スルニ止マルカ如ク義務者ハ占有ニ因リテ之ヲ一定ス又貸借物ノ返還請求權ハ其原因タル貸借カ權利者(貸借人)及ヒ義務者(貸借人)ヲ一定スルカ如シ此標準ハ失當ニ非ス第五ハ物上請求權ハ物權的狀態ヲ實在セシムルコトヲ得サル各人ニ對シテ主張スル物權者ノ權能ニシテ對人請求權ハ債務ヲ履行セサル各人ニ對シテ主張スル債權者ノ權能ナリ此標準ハ最モ正確ニシテ余輩ノ主張スル所ナリ

第三章 占有權

占有ノ法理ハ生活關係ノ實際ニ重大ノ影響ヲ及ホシ机上ノ空論タルニ止マラス例ヘハ私法ニ在リテハ時効ノ問題ニ又公法ニ在リテハ新領土占領(國際公法)竊盜(刑法)及ヒ立證責任ノ問題(訴訟法)等ニ重大ノ關係ヲ有ス是各國ノ法學者カ占有ヲ重視スル所以ナリ而シテ獨國ノサビニールンズ及ヒイエリグ氏ハ世人之ヲ占有論ノ三傑ト稱ス宜シク其著占有論ヲ參照スヘシ

占有ノ起源

第一 占有ノ起源 元始社會ニ在リテハ動物の占領アリテ占有及ヒ所有ナシ半開社會ニ在リテハ人類カ外界ノ物件ヲ永久ニ利用スル狀態ヲ保護スルニ止マリ占有及ヒ所有ノ區別ナシ文明社會ニ在リテハ占有ト所有ノ區別判然シ占有ヲ保護スルノ必要ヲ生ス元來元始社會ニ在リテハ各人ハ外界ノ物件ヲ利用スル間ニ限リテ之ヲ自己ノ物トシ奪略者ニ對シ防禦ヲ爲スコト他ノ禽獸ニ同シ人類ハ各自己ノ腕力ヲ以テ防禦ヲ爲シ團體若クハ社會ノ保護ニ依頼スルコトナシ故ニ動物的占領存スルノミ文化少シク進歩シタル社會ニ在リテハ團體若クハ社會ハ各人カ外界ノ物件ヲ永久ニ利用スル狀態ヲ保護シ人類ノ鬭爭ナ

カラシムルノ必要ヲ知ルニ至ル是ニ於テ初メテ所有若クハ占有ノ觀念ヲ生ス然レトモ未タ之ヲ分別スルニ至ラス文化頗ル發達シタル社會ニ在リテハ所有者ニ非スシテ物ヲ占有スルノ狀態例ヘハ質ヲ保護シ取引ノ需要ニ應スルノ必要ヲ知ルニ至ル是ニ於テ始メテ所有及ヒ占有ノ區別ヲ見ル之ヲ要スルニ占有ノ法則ハ文明社會ニ非サレハ存スルコトナシ從テ占有權ノ發達ハ所有權ノ發達以後ニ在リト云フヘシ

意義ノ發達

第二 意義ノ發達 古代ニ於テ最モ發達シタル社會ハ羅馬國及ヒ獨逸國ナリ故ニ占有ノ法則ハ此兩國ニ存ス然レトモ其意義ニ至リテハ全然同シカラス羅馬主義ノ占有及ヒ獨逸主義ノ占有而シテ近世諸國ニ行ハルル占有ノ法則ハ此兩主義ノ影響ヲ受ケサルハナシ

羅馬法ノ占有

壹 羅馬法ノ占有 羅馬法及ヒ獨逸普通法ハ法律ノ保護ヲ受クル事實的支配力ヲ占有(羅馬法) (Possessio) 又ハ法律上ノ占有(獨逸普通法) (Juristischer Besitz) ト稱シ又法律ノ保護ヲ受ケサル事實上ノ支配力ヲ所持 (Detentio; Innehabung) ト稱シ又占有ヲ分テ物的占有及ヒ準占有又ハ權利占有(地役的占有) ト稱ス而シテ占有及ヒ

所持ヲ區別スル標準ニ關シテハ學者ノ見解區々ニ涉レリ然レトモ之ヲ大別シテ客觀主義及ヒ主觀主義ト爲ス(1)客觀主義 ハイエリング氏ノ首唱スル所ニシテ(一八八六年占有意思論)占有ト所持トヲ區別スル標準ハ法律ノ規定ニシテ占有ノ意思ニ非スト主張シ其論據ハ占有ニハ所持ト同シク所持ノ意思 (Behalten-willen)ヲ以テ足レリトシ所有セント欲スル意思又ハ自己ノ爲メニスルノ意思ヲ必要トセス故ニ理論上ヨリ論スレハ各所持者ハ悉ク占有者(法律上占有者)ナリ然レトモ法律ハ經濟上ノ理由(客觀的標準)ニ基キ特殊ノ所持者ニ保護ヲ拒ミ之ヲ單純ナル所持者トス從テ法律上ノ占有ハ法律ノ保護ヲ受クル所持ニシテ又所持ハ法律ノ保護ヲ受ケサル占有ナリト云フニ歸ス然レトモ此見解ハデルンブルグ氏ノ所說ノ如ク廣キニ失ス蓋自己ノ爲メニスル意思ナキトキハ占有者トシテ之ヲ保護スルノ必要ヲ見サレハナリ(2)主觀主義 ハ占有ト所持トヲ區別スル標準ヲ占有意思ノ有無ナリト主張ス然レトモ其論旨ニ至リテハ各同シカラス(イ)所有意思主義 ハサビニー氏ノ首唱スル所ニシテ(一八〇三年占有權論)其論據ハ法律上ノ占有ニハ占有物ヲ所有セント欲スルノ意思存在スルコトヲ要

ス故ニ理論上ヨリ論スレハ唯所有占有者カ法律上ノ占有者タルノミ而シテ羅馬法ニ於テ質權者及ヒ保管人ノ如キ占有物ヲ自己ノ所有ト爲スコトヲ欲スルノ意思ナキ占有者カ所有占有者ト同シク法律ノ保護ヲ受クル理由ハ畢竟所有占有者ノ有スル法律保護ノ移轉アルニ在リ從テ所有ノ意思ヲ有セスシテ法律ノ保護ヲ受クル占有者ハ傳來的占有者ナリ(Absoluter Besitz)ト云フニ歸ス然レトモ此見解ハデルンブルグ氏所說ノ如ク狹キニ失シ且羅馬法ノ觀念ニ適セス(羅馬法ハ法律上ノ占有ニ所有ノ意思ヲ必要トセス)自己意思主義ハデルンブルグ氏ノ首唱スル所ニシテ其論據ハ法律上ノ占有者ハ自己ノ爲メニ所持スルノ意思アルヲ以テ足レリトシ所有ト爲スコトヲ欲スルノ意思ヲ必要トセス故ニ理論上ヨリ論スレハ所有ノ意思ヲ以テ物ヲ所持スル者ハ勿論永貸借貸借等ノ關係ニ依リ單ニ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ占有スル永借人賃借人等ハ何レモ法律上ノ占有者ナリ然レトモ羅馬法ハ立法政策ニ基キ法律保護ヲ必要トスル占有ト之ヲ必要トセサル占有トヲ分別シ前者ヲ法律上ノ占有トシ後者ヲ單純ノ所持トス是羅馬法ニ於テ質權者保管人等ハ法律上ノ占有者ナルモ

獨逸古代
法ノ占有

近世諸國
ノ占有

永借人賃借人ハ法律上占有者ニ非サル所以ナリト云フニ歸ス羅馬法及ヒ獨逸普通法ノ解釋トシテハ自己意思主義ヲ最モ正當ナリトス

貳 獨逸古代法ノ占有 獨逸法ハ各人ト物トノ直接的勢力關係即チ權利ノ外觀ヲ占有(Carvend)ト稱ス故ニ占有ハ一個ノ法律關係ニシテ單純ナル事實の支配カニ非ス又占有ニ因ル權利存在ノ推定カ除去セラレサル間ハ占有者ハ占有ノ保護ヲ受ケ敢テ自己ノ爲メニスルノ意思ノ有無ヲ問フコトナシ(永借人及ヒ賃借人ハ當然占有者ナリ)苟クモ世人カ權利者ト信スル間ハ占有者タリ(占有ト所持トノ區別ナシ)

參 近世諸國ノ占有 中古寺院法ハ羅馬法及ヒ獨逸法ヲ混同シ獨逸的占有ヲ是認シ又汎ク羅馬的準占有ヲ是認シタリ(準占有ハ羅馬法ニ於ケルカ如ク地役的占有ニ止マラス)又近世佛國(佛民二二三〇)奧國(奧民三〇九)索遜(索民一八六)及ヒ日本(民一八〇)等ハ主トシテ羅馬法ノ占有ヲ是認シ英國普國及ヒ獨國(獨民八五四)等ハ主トシテ獨逸法ノ占有ヲ是認シタリ而シテ近世ニ於テ占有ニ付キ比較的完全ナル規定ヲ設ケタル民法ハ日本民法及ヒ獨逸民法トス日本民法ハ多

量ノ羅馬的占有ヲ代表シ又獨逸民法ハ多量ノ獨逸的占有ヲ代表ス日本民法ニ依レハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スル各人ハ占有者ニシテ所有意思ヲ以テ物ヲ所持スル者賃借人借主等自己ノ爲メニスル意思ヲ有セスシテ物ヲ所持スル各人ハ所持者ニシテ占有者ニ非ス(例ヘハ代理人ノ如シ)民一八〇之ニ反シテ獨逸民法ニ依レハ物ノ事實的支配力者ハ占有者ニシテ自己ノ爲メニスル意思ノ存在ヲ必要トセス他人ノ爲メニスル意思ノ存在ヲ以テ足レリトス又事實的支配力ノ永續的性質ヲ有スルコトヲ必要トセス一定ノ目的ノ爲メニ一定ノ期間存在スルヲ以テ足レリトス(所有意思ヲ以テ物ヲ支配スル者賃借人ノ如キ一定ノ目的ノ爲メニ一定ノ期間物ヲ支配スル者代理人ノ如キ唯他人ノ爲メニ物ヲ支配スルニ過キサル者ハ何レモ占有者ナリ)羅馬法ニ所謂占有及ヒ所持ノ區別ハ獨逸民法ノ是認セサル所ナリ然レトモ占有者ト占有補助者(Besitzdiener; Besitz schulle)ハ嚴格ニ之ヲ區別シ混同スルコトナシ占有補助者ハ他人ノ指揮ニ從フヘキ義務ヲ負ヒテ其他人ノ爲メニ事實上物ヲ支配スル各人ナリ例ヘハ雇人ハ主人ノ爲メニ其指揮ニ從ヒ物ヲ事實上支配スルヲ以テ占有補助

意義
占有

者ナルカ如シ(獨民八五五)此法理ハ日本民法亦是認スル所ナリ蓋主人ノ物ヲ所持スル雇人ハ主人ノ機械トシテ所持スルヲ以テ其法律上ノ性質ハ主人自ラ所持スルト同一ナレハナリ

第三 意義 占有權ハ占有ニ因リテ發生シ又同時ニ占有ヲ目的トスル物權ナリ左ニ之ヲ分説スヘシ

壹 占有 占有權ハ占有ヲ發生原因トス占有權ハ占有ノ前提要件ニ非ス換言スレハ占有者ハ占有スルカ故ニ占有權ヲ有シ占有權ヲ有スルカ故ニ占有スル者ニ非ス是ヲ以テ占有權ハ之ヲ其發生原因タル占有ト區別セサルヘカラス占有者ハ一時其占有ヲ喪失スト雖尙ホ占有權ヲ保有ス例ヘハ占有者ハ其侵奪セラレタル占有回復ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルカ如シ(民二〇一)又占有權ハ占有ニ因リテ發生スルト同時ニ占有ヲ目的トス故ニ占有權ヲ有スル者ハ占有ヲ爲ス例ヘハ占有權者ハ其占有ヲ妨害セラレタル第三者ニ對シ占有保持ノ訴ヲ提起シ其妨害ヲ停止セシムルコトヲ得ルカ如シ(民一九八)斯ノ如ク占有ハ占有權ハ原因ニシテ又其目的タリ故ニ占有ハ性質ハ之ヲ確知セサルヘカラス獨逸法

ニ所謂占有 (Gewere) ハ一個ノ法律關係ナルコト明白ナリト雖羅馬法ニ所謂占有 (Possessio) ハ或ハ事實關係ヲ指示シ或ハ法律關係ヲ指示ス是ヲ以テ羅馬法若クハ獨逸普通法ニ所謂占有ハ事實ナルヤ權利ナルヤ權利の效力ヲ生スル事實ナルヤノ論争ヲ生シタリ然レトモ占有ハ權利の支配力(權利ノ行使)ナリト解スルヲ正當トス(1)人類ハ先ツ事實上物ヲ支配スルコトヲ得サレハ生存スルコトヲ得ス此事實の支配力ハ法律以外ニ存スル一個ノ現象ニシテ法律ナシト雖存在スルコトヲ得學者之ヲ占有ト解シ以テ占有ヲ事實ナリト主張ス然レトモ這ハ占有ノ基礎ト占有自體トヲ混シタル謬論ナリ人カ物ニ對スル事實の支配力ハ法律之ヲ規定シ(得喪及ヒ效力)又法律之ヲ保護シテ權利の支配力ト爲ル而シテ占有ハ此ニシテ彼ニ非ス是占有ハ一個ノ法律關係ニシテ自然的狀態ニ非サル所以ナリトス(2)法律ハ占有ノ事實ヲ保護シ占有者ヲシテ法律上一定ノ利益ヲ享有セシム故ニ權利ヲ以テ法律ニ依リ保護セラレタル利益ナリトスル學者ハ占有ヲ權利ナリト主張ス然レトモ此學說ハ權利ノ觀念ヲ誤解シ又權利ノ行使ト權利自體トヲ混シタル謬論ナリ權利ハ法律上保護セラレタル利益ニ非ス(民

法論總則參照)故ニ之ヲ前提トシテ占有ノ性質ヲ斷スルコトヲ得ス又占有ハ權利ノ行使(權利の支配力)ニシテ權利自體ニ非ス是所有者モ占有シ又竊取者モ占有スルコトヲ得ル所以ナリ(3)法律ハ占有ノ事實ヲ是認シ權利の效力ヲ結合シテ之ヲ保護ス故ニ占有ハ權利の效力ヲ生スル事實ナリト主張ス然レトモ此學說ハ占有カ事實の支配力ナクシテ存在スルコトアルヲ知ラサル謬論ナリ占有ハ事實の支配力ヲ基礎トス從テ事實の支配力ヲ有スル各人ハ占有ヲ有シ又事實の支配力ヲ有セサル各人ハ占有ヲ有セス然レトモ事實の支配力ト占有トハ必スシモ一致シテ存在スルモノニ非ス占有者ハ一時、事實の支配力ヲ喪失シタルカ爲メニ即時ニ占有ヲ喪失スルコトナシ(民二〇一參照)唯占有者ハ持續的ニ事實の支配力ヲ喪失シタルトキニ限り占有ヲ喪失スルノミ故ニ占有ハ權利の效力ヲ生スル事實ニ止マラスシテ權利の支配力タリ(4)占有ハ國家カ其秩序ヲ維持スルカ爲メニ人カ物ニ對スル事實の支配力ヲ基礎トシテ規定シ(得喪及ヒ效力)及ヒ保護シタル一個ノ法律關係ニシテ單純ナル事實關係ニ非ス法律的狀態ニシテ自然的狀態ニ非ス權利の支配力ニシテ事實の支配力ニ非ス權利行使

目的物

ニシテ權利自體ニ非ス是占有ノ得喪及ヒ效力ハ法律之ヲ規定スル所以ナリトス(各國ノ法典ハ占有ノ性質ヲ明示セスシテ之ヲ學說ニ一任ス)

貳 目的物 占有權ハ動産及ヒ不動産ヲ目的物トス蓋占有ハ動産及ヒ不動産上ニ行ハルルヲ以テナリ獨逸古代法ニ在リテハ動産ノ占有權ヲ是認スルニ止マリ土地ノ占有權ヲ是認セス唯土地ノ占有者トシテ法律上ノ利益ヲ受ケタルノミ爾後羅馬法ヲ受繼シテ土地ノ占有權ヲ是認スルニ至リタル羅馬法日本民法其他文明諸國ノ法律ハ何レモ動産及ヒ不動産ノ占有ヲ是認ス然レトモ(1)占有權ノ目的物ハ事實上取引能力ヲ有スルコトヲ要ス故ニ各人カ事實的支配ヲ爲スコトヲ得サル物件例ヘハ大洋ハ占有ノ目的物ト爲ラス從テ占有權ノ目的物ト爲ラス之ニ反シテ法律上取引能力ヲ有セサルニ過キサレ物即チ法律上ノ理由ニ依リ取引ノ目的物ト爲ラサル物件例ヘハ公有物ハ占有ノ目的物ト爲リ又占有權ノ目的物ト爲ル羅馬法及ヒ獨逸普通法ハ一私人ノ所有シ得ヘキ物件ニ限リ占有ノ目的物ト爲スヲ以テ公有物カ占有ノ目的物タルコトヲ許サス之ニ反シテ日本民法及ヒ獨逸民法ニ在リテハ國家其他ノ公法人ハ公有物ヲ占有

シ又一私人ハ公有物ノ目的ヲ害セサル範圍内ニ於テ公有物ヲ占有スルコトヲ得(2)權利ヲ行使スルコトヲ得ヘキ物ナルコトヲ要ス故ニ物ノ構成分子及ヒ聚合物(事實的聚合物及ヒ法律的聚合物)ハ占有ノ目的物ト爲ラス從テ占有權ノ目的物ト爲ラス例ヘハ一棟ノ家屋ヲ占有スル者ハ同時ニ其家屋ヲ組成スル各材料ニ付キ占有ヲ有セサルカ如ク又商店内ノ商品ニ付キ一個ノ占有權ヲ有セサルカ如シ蓋物ノ構成分子ニ對シテハ獨立的ニ權利ヲ行使スルコトヲ得ス又聚合物ハ一個ノ權利ノ目的物ト爲ラサレハナリ(民一八〇「……物……」(物權意義參照)但相續財産ニ關シテハ實際的便宜ニ基キ其占有權ヲ是認ス(獨民二〇一八參照)羅馬法ハ物ノ構成分子カ占有ノ目的物ト爲ラサル法則ヲ是認スルモ獨逸民法ハ明文ヲ設ケ反對ニ規定シ各人ハ一家ノ二階ヲ占有セスシテ其下層ヲ占有シ又山林地ヲ占有セスシテ其樹木ヲ占有スルコトヲ是認シタリ是物ノ構成分子ハ權利ノ目的物ト爲ルコトヲ得サルモ事實上所持スルコトヲ得ル物ノ一部分占有ヲ是認シタルニ由ル(獨民八六五)

作用

參 作用 占有權ハ物權ナリ故ニ占有者ハ直接ニ占有物ヲ支配シ又ハ占有ヲ

種類
瑕疵有及アル
占瑕疵ナキヒル

害スル第三者ノ干渉ヲ禁止スルコトヲ得(物權ノ説明參照)

第四 種類

占有權ノ發生原因タル占有ノ種類ハ即チ占有權ノ種類ト爲ル
壹 瑕疵アル占有及ヒ瑕疵ナキ占有 占有ハ其取得ノ方法ニ依リ之ヲ分テ瑕
疵アル占有及ヒ瑕疵ナキ占有トス

一 瑕疵アル占有 瑕疵占有ハ強暴又ハ隱秘ニ因リ取得シタル占有ナリ(民一

九〇第二項)廣義ノ瑕疵占有ハ強暴占有及ヒ隱秘占有ノ他ニ尙ホ惡意占有及

ヒ他主占有ヲ包含スルコト民法第百八十七條第二項ノ明示スル所ナリ第一

ニ強暴ニ因ル占有ハ強暴又ハ強迫ニ因リテ取得シタル占有ナリ例ヘハ甲カ

乙ニ威壓ヲ加ヘテ取得シタル占有ノ如シ而シテ此占有ハ相對的性質ヲ有シ

被害者ニ對シテ瑕疵占有ト爲リ又此占有ハ強暴ノ止ミタル時ヨリ無瑕疵占

有ト爲ル(拙者民法論取得時効參照)第二ニ隱秘ニ因ル占有ハ利害關係人ニ祕

シテ取得シタル占有ナリ(占有者カ隱秘スルノ意思ヲ有スル以上ハ假令利害

關係人カ占有ノ事實ヲ知ルト雖隱秘ノ占有ト爲ル)例ヘハ甲カ乙ノ所有物ヲ

竊取シテ得タル占有ノ如シ而シテ此占有亦相對的性質ヲ有シ占有ヲ祕スル

利害關係人ニ對シ瑕疵占有ト爲リ又此占有ハ隱密ノ行爲止ミタル時ヨリ無

瑕疵占有ト爲ル(拙著民法論取得時効參照)羅馬法及ヒ普國私法ハ尙ホ假容ノ

占有ヲ以テ瑕疵占有トス假容占有トハ返付請求アラハ之ニ應シテ返付スヘ

キ占有ニシテ若シ之ニ應セサルトキハ強暴ノ占有ニ變スルモノナリ又佛國

民法ハ占有ノ不繼續及ヒ曖昧ヲ以テ占有ノ瑕疵トス之ニ反シテ獨逸民法ハ

侵奪的占有ノミヲ以テ瑕疵占有トス(獨民八五八、日民二〇〇參照)

二 瑕疵ナキ占有 無瑕疵ハ平穩且公然ニ取得シタル占有ナリ(民一六二)第一

ニ平穩ノ占有ハ強暴ニ因ラスシテ取得シタル占有ナリ而シテ此占有ハ其保

持ノ爲メニ強暴ヲ用キタルニ依リテ強暴ノ占有ト爲ル(羅馬法ハ之ニ反ス)第

二ニ公然ノ占有ハ利害關係人ニ隱秘スルコトナクシテ取得シタル占有ナリ

而シテ此占有ハ其保持ノ爲メニ之ヲ隱秘シタルトキニ隱秘ノ占有ト爲ル(占

有者カ隱秘スルノ意思ナキトキハ假令占有カ表見セサルモ隱秘ノ占有ト爲

ラス)

占有者ハ無瑕疵占有ノ推定ヲ受ク(民一八六第一項)元來無瑕疵占有者ナリト

主張スル占有者ハ之ヲ立證セサルヘカラス此立證ハ實際上頗ル難シ而シテ占有者ハ無瑕疵ナルヲ通常ノ状態トス故ニ占有者ハ之ヲ無瑕疵占有者ト推定シ以テ占有者ノ保護ヲ全ウスルヲ立法上適當ノ政策トス是此推定ヲ生スル所以ナリ但瑕疵占有者ナル旨ヲ主張スル相手方ハ其反對事實ヲ立證シスル推定ヲ覆スコトヲ得ヘシ

三 區別ノ實用 瑕疵占有及ヒ無瑕疵占有ヲ區別スル實用ハ頗ル多シ今其重要ナルモノヲ舉示スレハ第一ニ無瑕疵ノ占有者ハ時効ニ因リテ權利ヲ取得スルモ瑕疵ノ占有者ハ之ニ反ス(民一六二第二)ニ占有ノ瑕疵ハ果實ノ取得及ヒ動産權ノ取得ニ影響ヲ有ス(民一九〇、一九二)

貳 正權原ノ占有及ヒ無權原ノ占有 占有ハ其取得ノ原因カ適法ナルト違法ナルトニ從ヒ(客觀的標準)之ヲ分テ正權原ノ占有及ヒ無權原ノ占有トス

一 正權原ノ占有 正權原ノ占有ハ適法ナル法律原因(名義)即チ法律行為ニ依リテ取得シタル占有ナリ例ヘハ賣買ニ依リテ取得シタル物ノ占有ノ如シ而シテ權原ノ瑕疵ハ正權原ノ占有ヲ成立セシムルヲ妨ケス例ヘハ買主カ無効

ノ賣買ヲ有效ナリト信シテ目的物ヲ占有シ又買主カ取消スコトヲ得ヘキ賣買ニ依リテ目的物ヲ占有シタルトキハ其占有ハ正權原ノ占有ト爲ルカ如シ蓋正權原ノ占有ハ其法律原因カ完全ナル法律行為ナルコトヲ必要トセザレハナリ

二 無權原ノ占有 無權原ノ占有ハ違法ナル法律原因即チ不法行為ニ因リテ取得シタル占有ナリ例ヘハ強盜又ハ竊盜ニ依リテ取得シタル占有ノ如シ

三 區域ノ實用 正權原ノ占有及ヒ無權原ノ占有ヲ區別スルノ實用ハ頗ル少シ故ニ羅馬法及ヒ獨逸民法等ハ此區別ヲ重視セサリシ今日本民法ニ規定セル實用ヲ舉クレハ正權原ノ占有者ハ其占有物ニ關シテ生シタル債權ニ付キ留置權ヲ有シ無權原ノ占有者ハ之ニ反ス(民二九五)

參 善意ノ占有及ヒ惡意ノ占有 占有ハ占有者カ其占有ニ付キ不法ニ非ストノ確信ヲ有スルト否トニ從ヒ(主觀的標準)之ヲ分テ善意ノ占有及ヒ惡意ノ占有トス

一 善意ノ占有 善意ノ占有ハ占有者カ占有ヲ爲スノ權利アリト確信シテ爲

シタル占有ナリ例へハ買主甲カ賣主乙ヨリ引渡ヲ受ケタル書籍ヲ爾後自己ノ所有物ト信シテ占有シタルトキ甲カ善意ノ占有者ナルカ如シ是ヲ以テ善意ノ占有タルニハ第一ニ占有者カ積極的ニ其占有ヲ爲ス權利ヲ有スル旨ノ確信(不法不存在ノ確信) (Kraanheit) ヲ有スルコトヲ要ス故ニ單ニ占有者カ消極的ニ其占有ヲ爲ス權利欠缺ヲ知ラサル事實(不法確信ノ不存在) (Ignorantia) ハ善意ノ占有者タルニ足ラス蓋善意ハ取引上及ヒ德義上ノ觀念ヲ綜合シテ之ヲ定ムヘキモノナルヲ以テ積極的ニ占有ノ權利アルコトヲ確信シタル占有者ニ非サレハ善意占有者トシテ特ニ之ヲ保護スルノ必要ナケレハナリ是羅馬法以來諸國ノ民法ニ於テ單ニ權利ノ欠缺ヲ知ラサリシ占有者(占有ヲ爲ス權利ノ有無ニ付キ疑惑ヲ有スル占有者ハ勿論)ヲ善意ノ占有者ト爲ササル所以ナリトス(獨民九三二參照) 第二ニ占有者ニ占有取得ノ權原(名義)存在スルコトヲ要セス權原ハ善意ナクシテ存在スルコトヲ得又善意ハ權原ナクシテ存在スルコトヲ得例へハ有效ナリト誤信シタル無効ノ賣買存スル場合ニ於テ獨リ善意ノ占有者アルカ如ク又贓物故買者ヨリ廉價ニ贓物ヲ讓受ケタル賣買

存スル場合ニ於テ善意ノ占有者ナキ權原アルカ如シ蓋善意ト權原トハ各獨立セル觀念ナレハナリ第三ニ日佛諸國ノ民法ニ在リテハ占有者ニ其占有ノ不法ヲ知ラサルニ際シ過失ナキコトヲ必要トセス(民一六二、一九二)……善意ニシテ且過失ナキ……之ニ反シテ羅馬法及ヒ獨逸民法ニ在リテハ占有者カ其重過失ニテ其占有ノ不法ヲ知ラサルトキハ善意ノ占有者ト爲ラス(獨民九三二)例へハ占有者カ法律ノ錯誤ニ依リテ其占有ノ不法ヲ知ラサルトキハ日本民法ニ在リテハ善意ノ占有者タルコトヲ妨ケスト雖獨逸民法ニ在リテハ之ニ反スルカ如シ是善意占有者ノ範圍ハ廣キヲ必要トスルヤ否ヤノ立法政策ノ問題ニ他ナラス

占有者ハ善意占有ノ推定ヲ受ク(民一八六第一項、佛民二二六八)元來善意占有者ナリト主張スル占有者ハ之ヲ立證セサルヘカラス此立證ハ實際上頗ル難シ而シテ占有者ハ善意ナルヲ通常ノ狀態トス故ニ占有者ハ之ヲ善意占有者ト推定シ以テ占有者ノ保護ヲ全ウスルヲ立法上適當ノ政策トス是此推定ヲ生スル所以ナリ但惡意占有ナル旨ヲ主張スル相手方ハ反對事實ヲ立證シス

ル推定ヲ覆スコトヲ得ヘシ

二 惡意ノ占有者 惡意ノ占有者ハ占有ヲ爲スノ權利アリトノ確信ナクシテ爲シタル占有ナリ例ヘハ買主甲カ賣主乙ヨリ引受ケタル書籍ヲ爾後所有者トシテ占有シ且其當時該書籍カ贓物ナルコトヲ知リタルトキハ甲ハ惡意ノ占有者タルカ如シ是ヲ以テ惡意ノ占有者タルニハ占有者ニ占有ヲ爲スノ權利アリトノ確信ナキコトヲ要ス故ニ占有者カ其占有ヲ爲スノ權利ナキコトヲ知ラサルハ其過失ニ基クトキト雖苟クモ斯ル確信ヲ有スル限リハ之ヲ以テ惡意ノ占有者ト爲スコトヲ得ス(民一六二、一九二)「善意ニテ過失ナキ」(羅馬法及ヒ獨逸民法ニ在リテハ過失ニ因ル不知ハ占有ノ權利ナキ旨ノ知情ト同一視ス)獨民九三二第二項然レトモ單ニ占有ヲ爲ス權利ノ欠缺ヲ知ラサリシ占有者及ヒ占有スヘキ權利ノ有無ニ付キ疑惑ヲ懷ク占有者ハ惡意占有者タルニ足ル但本權ノ訴ニ於テ敗訴シタル占有者ハ其敗訴ノ時ヨリ惡意ノ占有者ト看做サル(民一八九)

三 區別ノ實用 占有ノ善惡ヲ區別スルノ實用ハ頗ル多シ故ニ古來各國ニ於

過失占有及ヒ無過失占有

テ占有ノ善惡ヲ是認セリ今其重要ナルモノヲ擧クレハ第一ニ善意占有者ノ取得時効ハ惡意占有者ノ取得時効ト其期間ヲ異ニス(民一六二、一六三)第二ニ善意ノ占有者ハ其占有物ノ果實ヲ取得シ及ヒ其占有動産上ニ行使スル權利ヲ取得ス(民一八九、一九〇、一九二)惡意ノ占有者ハ之ニ反ス其他ノ區別ノ實用ニ關シテハ民法第九十一條及ヒ第九十六條第二項等ヲ參照スヘシ

肆 過失占有及ヒ無過失占有 占有ハ善意ノ占有者カ其過失ニ因リテ占有ヲ爲ス權利アリト信シタルト否トニ從ヒ之ヲ分テ過失占有及ヒ無過失占有トス故ニ此區別ハ善意占有ノ再別ナリト知ルヘシ

一 過失占有 過失占有ハ善意ノ占有者カ其過失ニ因リテ占有ヲ爲ス權利ヲ有スト確信シテ爲シタル占有ナリ故ニ占有者カ相當ノ注意ヲ拂ハスシテ法律ヲ誤解シ以テ占有ヲ爲ス權利ヲ有スト確信シタルトキハ過失ノ占有者ナリ

二 無過失占有 無過失占有ハ占有者カ其過失ナクシテ占有ヲ爲ス權利ヲ有スト確信シテ爲シタル占有ナリ故ニ占有者カ通常一般ノ人ノ爲スヘキ注意ヲ爲シ以テ占有ヲ爲ス權利ヲ有スト確信シタルトキハ無過失ノ占有者ナリ

所有ノ意思
アルノ意
思及ヒ所
有ノ意思
ナキノ意
思占
有

占有者ハ無過失占有ノ推定ヲ受ケス(民一八六)は無過失ノ立證ハ難事ニ非サレハナリ故ニ占有者ハ其占有ノ無過失ヲ立證セサルヘカラス

三 區別ノ實用 過失占有者及ヒ無過失占有者ヲ區別スル實用ハ主トシテ第

一ニ無過失占有者ノ取得時効ハ過失占有者ノ取得時効ト其期間ヲ異ニス(民

一六二、一六三)第二ニ無過失占有者ハ其占有動産上ニ行使スル權利ヲ取得シ

過失占有者ハ之ヲ取得スルコトヲ得サルニ在リ(民一九二)

伍 所有ノ意思アル占有及ヒ所有ノ意思ナキ占有 占有ハ占有者カ其占有物

ヲ所有セント欲スル意思ヲ有スルト否トニ從ヒ(占有意思ニ基ク標準)之ヲ分テ

所有ノ意思アル占有(自主占有)及ヒ所有ノ意思ナキ占有(他主占有)トス(民一六二

「所有ノ意思」一六三「自己ノ爲メニスル意思」一八六「所有ノ意思」一九七此

區別ハ羅馬法、獨逸古代法、獨逸普通法、普國私法、佛國民法(佛民二二二八)及ヒ獨逸

民法(獨民七八二)亦是認シタル所ニシテ唯各國カ立法政策ノ爲メニ他主占有ノ

範圍ヲ異ニスルノミ(普國ハ自主占有ヲ完全占有ト稱シ又ハ他主占有ヲ不完全

占有ト稱ス)

一 自主占有 自主占有ハ占有者カ其占有物ヲ自己ノ所有ト爲ス意思ヲ有ス

ル占有ナリ例ヘハ甲カ乙ヨリ買受ケタル時計ヲ占有スルトキハ甲ハ該時計

ノ自主占有者ナルカ如シ而シテ此占有ニハ占有者ニ所有ト爲スコトヲ欲ス

ルノ意思アルヲ以テ足レリトシ現ニ所有權ヲ有スルト又所有者ナリトノ確

信ヲ有スルト否トヲ問ハサルナリ(Animus domini, opinio domini)是真正ノ所有者

及ヒ竊取者カ自主占有者タルコトヲ得ル所以ナリ但竊取者ハ被害者ニ對シ

テ占有ノ保護ヲ受クルコトヲ得ス

占有者ハ自主占有ノ推定ヲ受ク(民一八六第一項佛民二二三〇)元來自主占有

者ナリト主張スル占有者ハ之ヲ立證セサルヘカラス此立證ハ實際上頗ル難

シ而シテ占有者ハ自主占有者ナルヲ通常ノ狀態トス故ニ占有者ハ之ヲ自主

占有者ト推定シ以テ占有者ノ保護ヲ全ウスルヲ立法上適當ノ政策トス是此

推定ヲ生スル所以ナリ但相手方ハ其反對事實ヲ立證シ斯ル推定ヲ覆スコト

ヲ得ヘシ(獨逸民法亦同一ノ法則ヲ是認スルコトデルンブルグ氏著獨逸民法

論ニ依リテ明白ナリ)

二 他主占有 他主占有ハ占有者カ一定ノ法律關係存續中自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ其占有物ヲ占有シ自己ノ所有ト爲ス意思ヲ以テ其占有物ヲ占有セサル占有ナリ例ヘハ甲カ乙ヨリ質入シタル時計ヲ占有シタルトキハ甲ハ他主占有者ナルカ如シ而シテ此他主占有ニハ占有者ニ現ニ其占有物ヲ所有ト爲スノ意思存セサルヲ以テ足レリトシ其占有物ノ所有權ヲ有セサルコトヲ必要トセス例ヘハ自主占有者カ真正ノ所有者ニ其占有物ヲ貸貸シ真正ノ所有者カ自己ノ所有物ナル事情ヲ知ラサルトキハ所有者ニシテ他主占有者ナルカ如シ又此占有ノ種類ハ頗ル多ク且各國其立法例ヲ同ウセス是立法政策ノ然ラシムル所ナリ例ヘハ羅馬法ニ在リテハ假容ノ占有者(他人ヨリ無償ニテ且何時ニテモ取消サルヘキ條件ヲ以テ其物ノ占有ヲ許サレタル各人ニシテ其關係カ純然タル事實關係ニ止マルモノナリ)地上權者、永借權者、質權者及ヒ保管人(訴訟ノ目的物ヲ勝訴者ニ引渡スヘキ約定ニテ訴訟當事者ヨリ保存ノ爲メニ受領シタル人)ハ他主占有者ナレトモ賃借人(有償貸借)及ヒ借主(無償貸借)ハ之ニ屬セサルカ如ク又獨逸古代法、獨逸民法及ヒ日本民法ニ在リテ

直接占有
及ヒ間接
占有

ハ賃借人及ヒ借主ハ他主占有者ニ屬スルカ如シ其他此占有ハ或ハ單獨ニ存在シ又ハ自主占有ト併存スルコトヲ忘ルヘカラス例ヘハ甲カ乙ノ拋棄シタル時計ヲ遺失シタルモノト確信シ乙ノ爲メニ之ヲ保存シタルトキハ(事務管理)甲ハ單獨ノ他主占有者ナルカ如ク又甲カ乙ノ質入シタル時計ヲ占有シタルトキハ甲ハ他主占有者ニシテ乙ハ自主占有者ナルカ如シ

三 區別ノ實用 此區別ノ實用ハ主トシテ自主占有カ取得時効ノ要件タルニ適シ他主占有カ之ニ適セサルニ在リ(民一六二乃至一六五)

陸 直接占有及ヒ間接占有 占有ハ其法律關係ヲ設定セシムル原因(Causa possessionis)ニ從ヒ之ヲ分テ直接占有及ヒ間接占有トス此區別ハ獨逸古代法、普國民法及ヒ獨逸民法ノ是認スル所ナレトモ羅馬法、獨逸普通法、佛國民法ノ是認セサル所ナリ日本民法亦然リ然レトモ此區別ハ法理上正當ナルヲ以テ其大要ヲ説明ス

一 直接占有 占有者ハ自ら占有ヲ爲シ又ハ代理人ニ依リテ占有ヲ爲スコトヲ得斯ル占有ヲ直接占有ト稱ス例ヘハ土地ノ所有者自ら其土地ヲ使用シ又

ハ代理人ニ依リテ之ヲ使用スルトキハ其占有ハ直接占有ナルカ如シ
 二 間接占有 占有者ハ物權又ハ債權關係ニ因リ一定ノ期間特定ノ目的ノ爲
 メニ共ニ同一物ヲ占有スル權利ヲ有スル者ヲ代理人トシテ同一物ヲ占有ス
 ルコトヲ得例ヘハ所有者ハ質權者ト共ニ同一物ヲ占有シ又貸貸人ハ賃借人
 ト共ニ同一物ヲ占有スルカ如シ此場合ニ在リテハ所有者ハ質權者ニ附隨シ
 テ占有ヲ爲シ又貸貸人ハ賃借人ニ附隨シテ占有ヲ爲ス又質權者及ヒ賃借人
 ハ直接ニ占有ヲ爲ス斯ノ如ク直接占有ニ附隨シテ爲ス占有ヲ間接占有ト稱
 ス故ニ間接占有ハ直接占有ニ附隨スル占有ニシテ又其直接占有者ハ自己ノ
 爲メニ間接占有者ト共ニ物ヲ占有スル權利ヲ有スル各人ニシテ且間接占有
 者ノ代理人タル者ナリ是直接占有カ間接占有ノ代理占有ニ非スシテ又直接
 占有者カ占有ノ機關器具ニ非サル所以ナリ而シテ間接占有ハ獨逸法ニ依レ
 ハ其數極メテ多シ用益權、質權、使用借權、賃借權、保管權其他之ニ類似スル法律
 關係ニ因リ他人ノ物ヲ占有スル者アルトキハ其他人ハ間接占有者タリ(獨民
 八六八)委任、問屋營業者ノ受託、運送、留置權、夫ノ管理權、親權者ノ管理權、後見人

ノ管理權、遺言執行者ノ管理權、破産管財人ノ管理權等ノ關係ハ所謂間接占有
 類似ノ關係ニ屬ス)

間接占有ハ直接占有ニ附隨スル占有ナリ是ヲ以テ第一ニ間接占有ニハ直接
 占有ノ存在ヲ前提トス故ニ各人ハ單ニ物ノ直接占有ヲ爲スコトヲ得レトモ
 間接占有ヲ爲スコトヲ得ス例ヘハ所有權ノ目的物ハ單ニ直接占有ノ目的物
 タルニ止マレトモ質權ノ目的物ハ直接占有ノ目的物(質權者ノ占有物)タルト
 同時ニ間接占有ノ目的物(所有者ノ占有物)タルカ如シ第二ニ間接占有ハ必ス
 シモ自主占有タルコトヲ要セス同一物ハ順次ニ數個ノ間接占有物ト爲ルコ
 トヲ得例ヘハ土地ノ賃借人カ之ヲ轉貸シタルトキハ轉借人ハ直接占有者ニ
 シテ賃借人ハ間接占有者ニシテ又土地ノ所有者ハ自主占有者タルト同時ニ
 間接占有者タルカ如シ而シテ此場合ニ在リテハ學理上賃借人ヲ第一階ノ間
 接占有者又所有者ヲ第二階ノ間接占有者ト稱ス第三ニ間接占有ニハ直接占
 有者カ間接占有者ノ爲メニ物ヲ事實上支配スルコトヲ要ス(間接占有ノ原因
 タル法律關係カ事實上存在スルコトヲ要ス)間接占有者カ占有物ニ付キ直接

占有者ニ對シ或法律上ノ請求權ヲ有スル事實ハ不十分ニシテ又不必要ナリ
蓋間接占有ニハ直接占有者カ其占有物ニ付キ自己ノ爲メニ事實上ノ支配ヲ
爲スト同時ニ間接占有者ノ代理人トシテ間接占有者ノ爲メニ亦事實上ノ支
配ヲ爲ス旨ヲ覺知スルコトヲ要スレハナリ例ヘハ被害者ハ竊取者ノ直接占
有中ニ在ル物ニ付キ返還請求權ヲ有スト雖竊取者ハ被害者ノ代理人トシテ
之カ爲メニ事實上ノ支配ヲ爲ササルヲ以テ被害者ヲ間接占有者ト云フコト
ヲ得サルカ如シ(不十分ノ例示)又甲カ乙ヨリ其土地ヲ賃借シタル後乙死亡シ
丙之カ相續ヲ爲シタリ然レトモ丁カ真正ノ相續人ニシテ丙ハ真正ノ相續人
ニ非ス此場合ニ於テ丙ハ甲ニ對シ法律上何等ノ請求權ヲ有セスト雖甲(直接
占有者)ハ事實上丙ヲ賃借物ノ權利主體タルコトヲ承認スルヲ以テ丙カ間接
占有者タルカ如シ(不必要ノ例示)第四ニ間接占有ニハ直接占有者カ間接占有
者ヨリ任意ニ占有ヲ付與セラレタルコトヲ要セス蓋法律上任意ノ占有付與
ヲ必要トセサレハナリ例ヘハ貸借人ハ貸借人カ強制執行ノ結果引渡ヲ受ケ
タル賃借物ノ間接占有者ナルカ如ク本人ハ事務管理人ノ管理シタル物件ノ

間接占有者ナルカ如ク遺失者ハ拾得者ノ間接占有者タルカ如シ第五ニ間接
占有者ハ直接占有者ト同シク現實ノ占有者ニシテ單ニ現實占有者タルノ利
益ヲ受クル者ニ非ス蓋間接占有者ハ共同占有者ニ非スト雖未タ全ク物ニ對
スル事實的支配力ヲ絶止シタルモノニ非サレハナリ故ニ法律上別段ノ規定
ナキ限リハ占有ノ法則ハ當然間接占有ニモ亦行ハル

三

區別ノ實用 直接占有及ヒ間接占有ヲ區別スルノ實用ハ頗ル多シ第一ニ

直接占有者及ヒ間接占有者間ノ關係ニ在リテハ直接占有者ヲ以テ占有者ト
ス故ニ間接占有者ハ直接占有者ニ對シテ占有ノ保護ヲ受ケス例ヘハ貸借人
(間接占有者)ハ貸借人(直接占有者)ニ對シ賃借人カ濫リニ賃借物ヲ使用シ又賃
借終了後賃借物ヲ返還セサルトキ本權又ハ賃借契約ニ基キ其權利ヲ主
張スルコトヲ得ルモ占有訴權ニ基キ保護ヲ受クルコトヲ得サルカ如シ之ニ
反シテ直接占有者ハ間接占有者ニ對シテ占有ノ保護ヲ受ク但間接占有者ハ
所有者ナリトノ法律上ノ推定ヲ受ク(獨民一〇〇六參照)第二ニ直接占有者並
ニ間接占有者ト第三者トノ關係ニ在リテハ直接占有者及ヒ間接占有者ハ何

私法的占有
及ヒ自然
的占有

レモ占有者タリ故ニ間接占有者亦第三者ニ對シテ占有ノ保護ヲ受ク例ヘハ
 第三者カ賃借人ノ占有ヲ妨害シタルトキハ賃借人ハ勿論賃借人(間接占有者)
 亦占有訴權ヲ行使シテ妨害ヲ停止スルコトヲ得ルカ如シ

漆 私法的占有及ヒ自然的占有 羅馬法ハ占有ヲ分テ私法的占有及ヒ自然的
 占有トス而シテ之ヲ區別スル標準ハ不明瞭ニシテ學說一定セスサビニ一氏ハ
 私法的占有ヲ以テ法律ノ保護ヲ受ケ且時効ノ要件ト爲ル占有トシ自然的占有
 ヲ以テ單純ノ握持(Detentio)及ヒ法律ノ保護ヲ受クルニ止マリ時効ノ要件ト爲ラ
 サル占有トスウキンドシヤイド氏ハ私法的占有ヲ以テ法律ノ是認シタル占有
 (法律保護ノ有無ニ拘ハラズ)トシ自然的占有ヲ以テ法律ノ是認セサル占有トシ
 又デルンブルグ氏ハ私法上ノ占有ヲ以テ所有ト合一スル占有トシ自然的占有
 ヲ以テ之ニ反スル占有トス然レトモ此區別ハ實用ナキヲ以テ近世ノ學者ハ之
 ヲ重視スルコトナク又近世諸國ノ法典ニ於テ之ヲ採用シタルモノナシ

第五 效力 占有ノ效力ニハ種々アリ第一ニ動産權ニ在リテハ占有ハ不動産
 權ノ登記ト同一ノ效力ヲ有シ(民一七八、一七七)又動産質權者ノ質物不占有ハ質

效力

自力保護
及ヒ占有
訴權

權ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルノ效力ヲ有ス(民三五二、獨民九二九、九三六
 九四五、九五八、一〇〇六等參照)第二ニ永年繼續スル占有ハ動産權及ヒ不動産ヲ
 取得セシムルノ效力ヲ有ス(民一六二以下、獨民九〇〇、八二七、九三七、一〇三三)第
 三ニ工作物ノ占有者ハ工作物ノ瑕疵ニ因リテ損害ヲ受ケタル被害者ニ對シ損
 害賠償ノ責ニ任ス(民七一七、獨民八三六)第四ニ占有者ハ自力保護權ヲ有シ又占
 有訴權ヲ有ス第五ニ占有者ハ費用ノ償還請求權ヲ有シ又損害賠償ノ義務ヲ負
 フ第六ニ占有者ハ動産權ヲ取得シ又果實ヲ取得ス第七ニ占有者ハ適法及ヒ繼
 續ノ推定ヲ受ク左ニ第四乃至第七ノ效力ヲ論ス

壹 自力保護權及ヒ占有訴權 羅馬法以來占有者ハ自力保護權及ヒ占有訴權
 ニ依リテ其權利ヲ防禦シ又之ヲ主張スルコトヲ得

一 占有保護ノ理由 各國ノ法律ハ占有者ニ自力保護權及ヒ權利保護請求權
 ヲ付與シ以テ占有ヲ保護ス故ニ占有者ハ善意タルト又無權原タルト否トヲ
 問ハス占有ノ侵奪又ハ妨害ニ對シ自ラ防禦ヲ爲シ又ハ裁判所ニ對シ保護ヲ
 求ムルコトヲ得又惡意ノ占有及ヒ強竊盜者ト雖亦占有ノ保護ヲ受クルコト

ヲ得從テ法律ハ一面ニ於テ強竊盜ヲ保護シ他面ニ於テ之ヲ處罰スルニ至ル
 斯ル法律上ノ一大矛盾ハ深ク研究スヘキ要點ナリ是羅馬ノ法學者ハ之ヲ等
 閑ニ付シタルニ拘ハラズ近世ノ法學者カ大ニ論争スル所以ナリ而シテ占有
 保護ノ理由即チ如上ノ法律上ノ一大矛盾ヲ説明スル學說ハ之ヲ分テ絕對的
 占有保護主義及ヒ相對的占有保護主義トス

(1) 絕對的占有保護主義 絕對的占有保護主義ハ占有ノ事實ノ爲メニ占有
 ヲ保護スト主張スル主義ニシテ恰モ犯罪ノ事實ヲ以テ科刑權ヲ行フニ十
 分ナル理由ナリト主張スル絕對的科刑主義ニ類似ス(占有保護ノ理由ヲ占
 有自體ニ求ム)而シテ此主義中最モ有力ナルモノヲ意思主義トス此主義ハ
 プルンズ及ヒウキンンドシヤイド氏等ノ代表スル所ニシテ其論據ハ占有ニ
 依リテ實行セラレタル意思ハ未タ占有ニ依リテ實行セラレサル意思ヨリ
 尊重スルコトヲ要ス甲カ私力ヲ以テ即チ國家ノ公力ニ依ラスシテ乙ノ現
 狀ヲ變更スルトキハ假令其變更狀態カ權利狀態ニ適スト雖是權利ノ自由
 ヲ侵害シ形式的な不法行爲ヲ爲シタルニ他ナラス故ニ甲ハ乙ノ現狀回復ヲ

爲スヘキ義務ヲ負ヒ乙ハ斯ル不法行爲ニ對スル保護ヲ受ケサルヘカラス
 ト云フニ歸ス又獨逸民法理由書ニ從ヘハ獨逸民法ハ人ト物トノ事實的支
 配關係ヲ維持シ權利ノ自由ヲ保護スルヲ以テ占有保護ノ理由ト爲スニ似
 タリ然レトモ占有者ノ意思カ非占有者ノ意思ヨリ法律上尊重セラルル理
 由ハ此主義ヲ主張スル學者ノ説明セサル所ナリ故ニ此主義ハデルンブル
 グ氏ノ駁スルカ如ク未タ正當ト云フコトヲ得ス又獨逸民法理由書ノ説明
 ハ曖昧ニ失シ要領ヲ得ス

(2) 相對的占有保護主義 相對的占有保護主義ハ特定ノ法律上ノ利益ヲ保
 護シ特定ノ法律上ノ目的ヲ達スルカ爲メニ占有ヲ保護ス占有ノ保護ハ他
 ノ法律上ノ目的ヲ達スル手段ナリト主張スル主義ニシテ恰モ科刑ヲ改悛
 威嚇等ノ如キ特定ノ法律上ノ目的ヲ達スルカ爲メニ行フ手段トスル相對
 的科刑主義ニ類似ス(占有保護ノ理由ヲ占有以外ニ求ム)而シテ此主義ハ之
 ヲ再別シテ人格保護主義、所有權保護主義及ヒ秩序維持主義トス
 子 人格保護主義 人格保護主義ニ依レハ占有ノ保護ハ暴力ニ對スル占

有者ノ人格保護ノ目的ニ出ツト説明ス此主義ハサビニ一氏ノ首唱スル所ニシテ其論據ハ占有ノ侵害ハ占有者ノ人格權ノ侵害ニ他ナラス故ニ占有ノ保護ハ不法行爲ノ被害者ヲ保護スルニ同シト云フニ歸ス然レトモ此主義ハデルンブルグ氏ノ駁スルカ如ク正當ニ非ス元來占有ハ之ニ對スル不法行爲の性質ヲ有スル行爲現存セサルトキト雖之ヲ保護ス占有回收ノ訴ハ不法行爲の性質ヲ有スル占有侵奪ヲ前提トスルモ其他ノ訴ハ斯ル行爲ヲ前提トセス故ニ人格保護主義ハ完全ニ占有保護ノ理由ヲ説明スルコトヲ得ス

丑 所有權保護主義 所有權保護主義ニ依レハ占有ノ保護ハ占有ニ依リテ存在スト推測セラルヘキ所有權ヲ保護スルニ在リト説明ス此主義ハイェリング氏ノ熱心ニ主張スル所ニシテ其論據ハ所有者ハ占有者タルヲ通例トス換言スレハ占有ハ通常所有ノ外面タリ故ニ占有ヲ保護スルハ畢竟所有權ノ保護ヲ全ウシ所有者ヲシテ其爲スヘキ舉證ノ責任ヲ輕減セシムルニ在リ從テ占有ノ保護ハ所有權ノ保護ニ他ナラス而シテ時

トシテハ所有權ヲ有セサル占有者ノ占有ヲ保護スルニ至ルモ這ハ占有保護ノ爲メニ生スル必然ノ結果ニシテ法律カ多數ノ所有者ヲ保護スルカ爲メニ支拂フヘキ代價ナリト云フニ歸ス然レトモ此主義ハデルンブルグ氏ノ駁スルカ如ク正當ニ非ス占有ノ訴ヲ受ケタル被告ハ原告タル占有者カ所有者ニ非サル確證ヲ提出シ該訴ヲ排斥スルコトヲ得ス法律ハ占有者カ所有權ヲ有スルト否トニ拘ハラス占有ヲ保護ス是占有ノ保護カ占有ニ依リテ存在スト推測スヘキ所有權ノ保護ニ非サル所以ナリ

寅 秩序維持主義 秩序維持主義ニ依レハ占有ノ保護ハ社會ノ秩序ヲ維持スルカ爲メナリト説明ス此主義ハデルンブルグ氏ノ首唱スル所ニシテ其論據ハ人類ノ共同生活ハ社會ノ秩序ヲ維持スルニ非サレハ之ヲ全ウスルコトヲ得ス社會ノ秩序ハ人類ノ生活關係ノ現狀ヲ保全シ各人ヲシテ自由ニ之ヲ變更スルコトヲ禁スルニ非サレハ之ヲ維持スルコトヲ得ス人類ノ生活關係ノ現狀保全ノ目的ハ占有ヲ保護シテ之ヲ達スルコトヲ得故ニ占有ノ保護ハ社會ノ秩序ヲ維持スルカ爲メナリト云フニ歸

ス此主義ハ最モ正當ニシテ近世ノ學者ノ贊成スル所ナリ

二 自力保護權 占有者ハ自力保護ノ手段ニ依リ占有權ヲ主張スルコトヲ得羅馬法ニ在リテハ自力保護ハ占有保護ノ爲メニ極メテ重大ナル效用ヲ有シタリ占有權ハ其占有狀態ヲ侵害スル行爲ニ對シ自力保護權ヲ行使シテ防禦ヲ爲スコトヲ得(自力防禦權)又占有者ハ占有物ノ侵奪者ニ對シ自力執行權ヲ行使シテ占有物ヲ回收スルコトヲ得(自力執行權)但占有者ハ原則トシテ自力防禦權ヲ有シ例外トシテ回復シ難キ損害ヲ避クルカ爲メニ必要トスルトキニ限り自力執行權ヲ有ス例ヘハ緊急ヲ要シ官廳ノ援助ヲ請求スルノ違ナキトキノ如シ普國私法ニ在リテハ占有者ノ自力保護ハ緊急ヲ要シ回復シ難キ損害ヲ避クルカ爲メニ國家ノ公力ヲ請求スルノ違ナキ場合ニ限りテ之ヲ許ス獨逸民法ニ在リテハ占有者ノ自力保護ノ範圍ハ權利者ノ自力保護ノ範圍ヨリ汎シ(獨民八五九、八六〇)然レトモ日本及ヒ佛國民法ニ在リテハ占有者ノ自力保護權ニ付キ別段ノ規定ヲ設ケス故ニ占有者ハ權利者カ一般ニ有スル自力保護權ト同一ノ自力保護權ヲ有スルニ止マルト論定セサルヲ得ス然レ

トモ占有者ニハ特別ノ自力保護權ヲ付與シ之ヲ保護スルニ非サレハ占有保護ノ目的ヲ達スルコトヲ得ス故ニ占有者ニ特別ナル自力保護權ニ關スル規定ヲ缺クハ立法上ノ一大缺點トス左ニ羅馬法及ヒ獨逸民法ニ所謂占有者ノ自力保護權ヲ略述シ讀者諸君ノ參考ニ供ス

(1) 意義 自力保護權ハ占有者カ自力ヲ以テ暴力ヲ抗拒シテ占有ヲ防禦シ又ハ自力ヲ以テ權利ヲ實行スル權能ナリ(1)占有者ハ其占有ヲ妨害セラレタルトキハ自力ヲ以テ其妨害行爲ヲ抗拒スルコトヲ得此場合ニ在リテハ自力保護權ハ自力防禦權ト爲ル(2)占有者ハ其占有ヲ侵奪セラレタルトキハ自力ヲ以テ其占有ヲ回收スルコトヲ得此場合ニ在リテハ自力保護權ハ自力執行權ト爲ル(3)占有者ハ其目的物ノ動産ナルト不動産ナルトノ區別ヲ問ハス自力保護權ヲ有ス

(2) 占有者 占有者ハ自力保護權ヲ有スト雖如何ナル占有者カ之ヲ有スルヤノ問題ニ至リテハ羅馬法及ヒ獨逸民法各同シカラス第一ニ羅馬法ニ在リテハ占有者(法律上ノ占有者)ハ自力保護權ヲ有シ所持者(法律保護ヲ受ケ

サル事實的支配者ハ之ヲ有セス是所持者ノ占有者ニ對シテ之ヲ保護スヘキ理由ナシト認メタルニ由ル故ニ貸貸人ハ自力ヲ以テ貸借人ヨリ其賃借物ヲ取上クルコトヲ得蓋羅馬法ニ在リテハ貸貸人ハ占有者ニシテ賃借人ハ所持人ナレハナリ第二ニ獨逸民法ニ在リテハ直接占有者ハ自力保護權ヲ有シ間接占有者ハ之ヲ有セス是直接占有權ヲ保護スルノ法意ニ出ツ故ニ賃借人(直接占有者)ハ賃借物ノ占有ヲ妨害スル貸貸人(間接占有者)ニ對シ自力保護權ヲ行使スルコトヲ得然レトモ間接占有者ハ直接占有者ニ對シ自力保護權ヲ有セス第三者ニ對シテ亦然リ唯權利保護ノ請求權及ヒ一般ノ自力保護權(正當防禦權及ヒ緊急行爲權)ヲ有スルニ過キス(獨民八六九)故ニ貸貸人ハ違約シテ賃借物ヲ使用シタル賃借人ニ對シ自力ヲ用キテ賃借物ヲ取上クルコトヲ得然レトモ貸貸人ハ賃借物ヲ破壞セントスル賃借人又ハ賃借物ヲ竊取シタル第三者ニ對シ一般ノ自力保護權ヲ使用シ賃借物ノ取上及ヒ取戻ヲ爲スコトヲ得(直接占有者ノ占有ヲ爲ス器具タル所持者ハ直接占有者ノ自力保護權ヲ行使スルヲ得ルコト言フ俟タス)

(3) 相手方 占有者ハ(1)占有ノ妨害ニ在リテハ妨害行爲者ニ對シ自力保護

權ヲ行使シ又占有ノ侵奪ニ在リテハ瑕疵占有者及ヒ之ニ代ル所持者ニ對シ自力保護權ヲ行使ス(獨民八五九)是占有保護ノ目的ニ伴フ當然ノ結果ナリ故ニ占有者ハ其占有ヲ妨害スル竊盜者ニ對シ自力ヲ用キテ占有防禦ヲ爲スコトヲ得又占有者ハ竊取者及ヒ其承繼人タル瑕疵占有者(例ハハ贓物故買者)ニ對シ自力ヲ用キテ占有ノ回收ヲ爲スコトヲ得(2)自己ノ爲メニ占有ヲ爲ス器具ノ用ヲ爲ス各人ニ對シテ自力保護權ヲ使用スルコトヲ得例ヘハ商店ノ主人ハ其支配人ヨリ商品ヲ取上クル爲メニ士官ハ兵卒ヨリ正服ヲ取上クル爲メニ自力保護權ヲ行フコトヲ得

(4) 要件 近世文明諸國ノ法制ニ在リテハ權利ハ國家カ之ヲ保護スルヲ原則トシ各人カ自力ヲ以テ之ヲ保護スルヲ例外トス故ニ各人ハ法律上一定ノ要件存スルトキニ非サレハ自力ヲ以テ其權利ヲ保護スルコトヲ得ス第一ニ羅馬法ニ在リテハ占有者カ自力防禦ヲ爲スノ要件ハ殆ント權利者カ自力防禦ヲ爲スノ要件ニ同シク(正當防禦)又占有者カ自力執行ヲ爲スノ要

件ハ殆ント獨逸民法第八百五十九條ニ規定セル要件ニ同シ第二ニ獨逸民法ニ在リテハ占有者カ自力保護ヲ爲スノ要件ハ權利者カ一般ニ自力保護ヲ爲スノ要件ト異ナレリ獨逸民法ニ依レハ權利者カ自力保護ヲ爲スニハ權利ヲ有スルコト、國家ノ適法ナル保護ヲ受クルヲ得サルコト及ヒ權利ノ實行ヲ無効トシ又ハ之ヲ困難ナラシムル危險アルコトノ三要件アリ(獨逸二二九乃至二三一)之ニ反シテ占有者カ自力保護ヲ爲スニハ不法ニ占有ノ妨害ヲ受ケ又ハ占有ヲ侵奪セラレタルコト及ヒ短期間内ニ爲スコトノ二要件アリ占有ノ不法ナル妨害及ヒ侵奪ハ法律上禁止セラレタル私力ニ依リテ爲ス妨害及ヒ侵奪ニ他ナラス故ニ占有ノ妨害又ハ侵奪カ占有者ノ意思ニ反シ且法律ノ許ササルモノナルトキハ不法ト爲ル又自力保護ヲ爲スコトヲ得ヘキ短期間ハ占有ノ妨害ニ在リテハ其妨害ノ存續中又占有ノ侵奪ニ在リテハ即時ニ(土地ノ占有)若クハ現行ノ際或ハ追跡中(動産ノ占有)ニ他ナラス(獨逸八五九)然レトモ占有者カ相手方ニ對シテ瑕疵アル占有者ナルト否ト又相手方カ目的物ニ付キ權利ヲ有スルト否トハ之ヲ問ハサルナ

リ(權利保護ノ請求權ニ在リテハ占有者カ相手方ニ對シ瑕疵アル占有者ニ非サルコトヲ要ス)占有ノ妨害及ヒ侵奪ニ關シテハ(參)ノ說明ヲ參照スヘシ)

(5) 損害賠償 占有者カ自力保護ヲ行使スルニ際シ適當ノ限度ヲ超過シタルトキハ不法行為者ト爲ル故ニ相手方ニ對シ損害賠償ノ責ニ任ス(民七〇九)

三 占有訴權 占有權ノ侵害アリタルトキハ占有者ハ之ヲ防禦スルカ爲メニ國家ニ對シ權利保護ヲ求ムルコトヲ得所謂占有訴權ハ斯ル權利保護請求權ニシテ又占有ノ訴ハ斯ル請求ノ形式ナリ

(1) 發達 占有訴權ハ其源ヲ羅馬法ニ發ス中古ノ末葉ニ於ケル獨逸法源中ニ占有訴權ノ根跡ヲ發見スト雖這ハ羅馬法及ヒ寺院法ノ影響ニ依リ發生シタルモノナリ

子 羅馬法ノ占有訴權 羅馬法ニ在リテハ占有ノ權利保護ハ裁判官カ禁令ヲ發シテ之ヲ爲シタリ故ニ占有保護ノ方法ヲ禁令 (Interdicta) ト稱シタリ是今日ニ於テモ尙ホ學者カ占有保護ヲ禁令的保護ト稱シ法律上ノ占有ヲ禁令的占有ト稱シ又占有ノ訴ヲ訴訟的禁令ト稱スル所以ナリ(占

有保護ノ方法第一●●羅馬法ニ於ケル占有ノ訴ハ一面ニ在リテハ占有ヲ保護シ又他面ニ在リテハ本權ノ訴ヲ準備スルノ目的ヲ有スルコト固ヨリ當然ナリト雖其起源ハ古來學者ノ論争スル所ナリ(1)イェリング氏ノ見解ニ依レハ占有ノ訴ハ本權ノ訴ヲ準備スルカ爲メニ之ヲ許シタルモノナリ即チ占有ノ訴ノ目的ハ何人カ所有の占有ヲ爲シ從テ又所有ノ訴ニ於テ有利ナル當事者即チ被告ト爲ルヤヲ確定スルコトヲ目的トスト云ヘリ此見解ハデルンブルグ氏ノ駁スルカ如ク羅馬法ノ觀念ニ反スルヲ以テ正當ト云フヘカラス(2)ニーブル及ヒデルンブルグ氏等ノ見解ニ從ヘハ占有ノ訴ハ公有地ノ占有ヲ保護スルカ爲メニ之ヲ許シタルモノナリ即チ羅馬ニ在リテハ公有地ハ國家ノ所有ニ屬シ一私人ノ所有ニ屬セス然レトモ公有地ノ占有ハ之ヲ一私人ニ許シ或ハ之ヲ讓渡シ或ハ之ヲ相續スルコトヲ得セシメタリ故ニ羅馬ノ裁判官ハ占有ノ訴ヲ創設シ所有權ニ基ク訴權ヲ有セサル公有地ノ占有者ヲ保護シ以テ當時ノ必要ニ應シタリ後世所有ト占有トノ區別判然シ占有セサル所有者ハ所有セサ

ル占有者ニ對シ起訴スルコトヲ得ルニ至リテ占有ノ訴ハ占有者ヲ確定シ以テ所有ノ訴ニ於ケル原告及ヒ被告ヲ豫定スルノ用ヲモ爲シタルモノナリ從テ占有ノ訴ハ其當初ニ在リテモ又後世ニ在リテモ所有ノ訴ノ準備ヲ爲スコトヲ唯一ノ目的ト爲ササルナリ此見解ハ羅馬法ノ觀念ニ適シ正當ト云フヘシ(占有ノ訴ノ起源第二●●羅馬法ニ於ケル占有ノ訴ハ之ヲ分テ占有保持ノ訴、占有回收ノ訴及ヒ占有創設ノ訴トス(1)占有保持ノ訴 (Interdicta retinendae possessionis) ハ妨害ヲ受クル占有ノ現狀保持ヲ目的トスル訴ナリ古代ノ羅馬法ハ占有物カ動産ナルト不動産ナルトニ從ヒ占有保持ノ訴ノ手續及ヒ效力ヲ異ニシタレトモユスチニヤス法典ハ斯ル區別ヲ廢止シ不動産ニ關スル占有保持ノ訴ノ法則ヲ動産ニ關スル占有保持ノ訴ニ適用セシム(2)占有回收ノ訴 (Interdicta recuperandae possessionis) ハ侵奪セラレタル占有ノ回收ヲ目的トスル訴ナリ強暴ニ因リテ侵奪セラレタル占有ヲ回收スルノ訴 (Unde vi) ハ占有回收ノ訴ニ屬スルコト固ヨリ明白ナリト雖ブレカリオ(ブレカリオハ甲カ乙ニ無償ノ占有ヲ許シ乙

テ不法行爲ノ訴トス然レトモ此訴ハ不法行爲ノ訴ニ非ス又イエリング氏ハ通常の占有ノ訴ヲ以テ占有ノ妨害禁止ヲ目的トスル訴トス然レトモ此訴ハ妨害ノ禁止ヲ唯一ノ目的トセス故ニ此等ノ見解ハ正當ト云フヲ得ス(サビニー氏以前ノ學者及ヒ實際家ハ通常の占有ノ訴ヲ解シ古キ占有ヲ原因トスル訴ニシテ本權ノ訴タル性質 (Klage aus altem oder titulierem Besitz) ヲ有スト論セリ是古キ占有ハ新シキ占有ニ優ルモノナリトノ學說勢力ヲ占メ當事者カ最モ古キ占有ヲ訴ノ原因ト爲スノ慣行ニ支配セラレタルニ他ナラス然レトモ古キ占有ハ現在ニ於テモ依然存續スルニ非サレハ勝訴ノ理由トナラス故ニサビニー氏以來ノ學者及ヒ實際家ハ斯ル解釋ヲ採ラサリシ(デルンブルグ氏著バンデクテン、一八六節參照) (2) 簡易的占有ノ訴ハ同一物ニ付キ事實上抵觸セル占有行爲ヲ爲ス當事者(二個)アル場合ニ於テ最後ニ占有行爲ヲ爲シタル旨ヲ證明シタル者ヲ假ニ係争物ノ占有者トシテ保護スルコトヲ目的トスル訴ナリ元來當時行ハレタル通常の占有ノ訴ハ煩雜ニシテ迅速ニ占有狀態ヲ確定

スルコト能ハサリシ殊ニ當事者ハ最古ノ占有ヲ探究シ之ヲ訴ノ原因ト爲スニ努ムルヲ以テ占有狀態ノ確定ハ頗ル長年月ヲ要スルニ至リタリ故ニ占有狀態ノ確定マテ假ニ占有者ヲ定メ占有ヲ保護スルノ必要ヲ生シタリ簡易的占有ノ訴ハ斯ル實際ノ必要ヨリ生シタリ從テ裁判所ハ通常の占有ノ訴ニ於テ簡易的占有ノ訴ハ普國私法ノ是認スル所ト爲リタレトモ獨逸民事訴訟法ノ否認スル所ト爲レリ然レトモ最新ノ占有行爲ヲ爲シタル者ハ現實ノ占有者トシテ之ヲ保護スヘキ實體的法則ハ依然存續シ假處分ノ形式ニ依リテ行ハレタリ(獨民訴九四〇、日民訴七六〇) ● 第二ニ獨逸普通法ニ在リテハ羅馬法ニ所謂占有回收ノ訴ノ後身ハ之ヲ侵奪物取戻ノ訴 (Actio spouii) ト稱ス普通法ハ寺院法ヲ基礎トシテ侵奪ニ對スル占有保護ヲ擴張シタリ故ニ侵奪物取戻ノ訴ハ羅馬法ニ所謂占有回收ノ訴ヨリ其適用ノ範圍廣汎ナリ (1) 侵奪物取戻ノ訴ハ寺院法ニ所謂侵奪物ノ抗辯ヨリ發生ス侵奪物ノ抗辯トハ被害者カ侵奪前ノ原狀回復アルマテ加害者ノ各請求ヲ當然排斥スルコトヲ得ルノ抗辯ニシテ之ニ

依リ間接ニ侵奪物ノ返還ヲ強制ス此抗辯ハ獨逸ニ在リテハ裁判所ノ慣行ニ依リテ發達シ普通法ハ之ヲ妨訴抗辯トシ獨逸民事訴訟ハ實體上ノ抗辯ト爲シタリ(獨逸民訴二七四、二七五、日民訴二〇六、二〇七)又普通法ハ加害者及ヒ其承繼人ニ對シテ侵奪物ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ許シタリ(2)侵奪物取戻ノ訴ハ(イ)法律上ノ占有者及ヒ利害關係ヲ有スル所持者(賃借人ノ如キ)カ之ヲ提起スルコトヲ得是當時ノ法律上ノ觀念ニ適シ經濟上ノ必要ニ應シタルモノナリ(デルンブルグ氏バンデクテン一八九節參照)(ロ)占有者カ其意思ニ反シテ不法ニ占有ヲ喪失スルコトヲ前提要件トシ占有者ニ對スル暴力ニ因ルヲ前提要件トセス(ハ)加害者其相續人(寺院法ハ無限ニ又普通法ニ從ヘハ相續財産ヲ限度トシテ)及ヒ惡意ノ第三取得者ニ對シテ之ヲ提起スルコトヲ得(ニ)三十年ノ時効ニ因リテ消滅ス而シテ此訴ハサビニ一氏ノ學說勢力ヲ占メタル以後制限ヲ受ケ近世ニ至リテハ殆ント羅馬法ニ所謂占有回收ノ訴ト其範圍ヲ同ウスルニ至レリ

寅 獨逸民法ノ占有訴權 普國ニ在リテハ獨逸普通法ニ所謂通常的占有

ノ訴ハ本權ノ訴ノ性質ヲ有シ占有ノ訴タル性質ヲ喪失スルニ至リタリ之ニ反シテ獨逸普通法ニ所謂簡易的占有ノ訴ハ占有ノ訴タル性質ヲ保持シタリ即チ簡易的占有ノ訴ハ不法ニ侵奪セラレ又ハ妨害セラレタル占有ノ保護ヲ目的トシ又被害者カ侵奪若クハ妨害前平穩ナル占有者ナルコトヲ前提要件ト爲セリ之ニ反シテ獨逸民法ニ在リテハ占有ノ訴ニハ占有保持ノ訴及ヒ占有回收ノ訴ノ二種ヲ是認シ更ニ占有保護ノ爲メニ收去請求權ヲ是認シタリ(1)占有保持ノ訴ハ羅馬法及ヒ獨逸普通法ニ所謂占有保持ノ訴ト其目的ヲ同ウス(2)占有回收ノ訴ハ獨逸普通法ニ所謂掠奪物取戻ノ訴ノ範圍ヲ制限シタルモノナリ故ニ其目的ハ二者殆ント同一ナリ即チ占有回收ノ訴ハ(イ)其占有物カ動産ナルト不動産ナルトニ拘ハラズ占有者及ヒ利害關係ヲ有スル所持者(羅馬法ニ所謂賃借人ノ如キ)所持者ニシテ獨逸民法ハ經濟上ノ必要ニ應シ占有ノ意義ヲ擴張シ此等ノ所持者亦占有者トスカ之ヲ提起スルコトヲ得(ロ)占有者カ不法ニ自己ノ意思ニ依ラスシテ占有ヲ喪失シタルコトヲ前提要件トシ暴力ノ

有無ヲ問ハス(ハ)善意ノ特別承繼人ニ對シテ之ヲ提起スルコトヲ得ス(以
上(イ)乃至(ロ)ハ掠奪物取戻ノ訴ニ同シ(ニ)一年ノ時効ニ因リテ消滅ス(是掠
奪物取戻ノ訴ト異ナル要點ニシテ成ルヘク速ニ不確定ノ權利狀態ヲ消
滅シ以テ取引ノ安全ヲ保護スル法意ニ出ツ(獨民八六一)(3)收去請求權ハ
占有者カ偶然又ハ自己ノ行爲ニ依リ他人ノ占有地ニ移去シタル占有物
ノ占有ヲ回收スルカ爲メニ他人ニ對シ其占有地ニ立入りテ搜索及ヒ收
去ヲ爲スノ許諾ヲ目的トスル請求權ナリ(獨民八六七)例ヘハ甲ノ帽子カ
風ノ爲メニ乙ノ占有地ニ入り又甲ノテニスボールカ乙ノ庭園ニ入りタ
ルカ如シ元來占有者ノ占有物カ偶然又ハ自己ノ行爲ニ依リ他人ノ占有
地ニ入りタルトキハ占有ノ妨害又ハ占有ノ侵奪ナキヲ以テ占有ノ訴ニ
依リ占有ヲ保護スルコトヲ得ス又土地ノ占有者ハ地内ニ在ル物ノ占
有ヲ取得スルヲ以テ其物ノ占有ヲ回收セント欲スル者ハ土地ノ占有者
ノ許諾ヲ受クルコトヲ要ス其許諾ヲ得スシテ占有地内ニ立入ル事實ハ
法律ノ禁止シタル私力ト爲ル是獨逸民法カ獨逸普通法ニ所謂物件提示

請求ノ訴 *Actio ad exhibendum*)ニ準據シテ收去請求權ヲ設ケタル所以ナリ
トス

卯 佛國民法ノ占有訴權 佛國ニ在リテハ占有訴ヲ分テ占有保持ノ訴、占
有保全ノ訴及ヒ占有取戻ノ訴トス(1)占有保持ノ訴 (*Complainte*)ハ第十三
世紀ニ於テポーボアジノ慣習ニ依リ發生シ占有ノ妨害ヲ停止セシムル
コトヲ目的トスル訴ナリシカ現在ニ在リテハ占有妨害ノ停止ノ他ニ尙
ホ侵奪セラレタル占有ノ回收ヲ目的トスル訴ナリ(佛民訴二二)(2)占有保
全ノ訴 (*Denonciation de nouvel oeuvre*)ハ中古其源ヲ羅馬法ニ所謂新工事停
止ノ訴 (*nunciatio novi operis*)ニ汲テ發生シ土地ノ所有者カ隣人ノ爲ニ新工
事ニ因リ受クル妨害ヲ停止セシムルコトヲ目的トスル訴ナリシカ現在
ニ在リテハ占有者カ其占有ヲ妨害セラルルノ虞アル工事ヲ停止セシム
ルコトヲ目的トスル訴ナリ(3)占有取戻ノ訴 (*Reitégrande*)ハ中古寺院法ノ
是認シタル侵奪物取戻ノ訴ニ其源ヲ汲テ發生シ占有者カ強暴ニ因リテ
侵奪セラレタル占有ヲ取戻スコトヲ目的トスル訴ナリシカ現在ニ在リ

テハ平穩且公然ニ物ヲ所持スル各人占有者タルコトヲ要セスカ強暴ニ因リテ侵奪セラレタル占有ヲ取戻ス訴ナリ是ニ依リテ之ヲ觀レハ占有保全ノ訴ハ妨害ノ虞アル工事ヲ停止セシムルコトヲ目的トスル一點ニ於テ(將來ノ妨害)他ノ二個ノ訴ト異ナリ又占有保持ノ訴ハ占有取戻ノ訴ト其要件ヲ同ウセサル一點ニ於テ異ナルモノトス(占有保持ノ訴ニ在リテハ妨害若クハ侵奪前少クモ一年間無瑕疵ノ占有ヲ爲シ且占有物カ所有權ノ目的物ト爲ルコトヲ得ヘキコトヲ要ス之ニ反シ占有取戻ノ訴ニ在リテハ無瑕疵ノ所持ヲ以テ足レリトシ又占有物カ公有物タルヲ以テ足レリトス故ニ多數ノ佛國法學者ハ現行ノ占有取戻ノ訴ハ占有ヲ前提トセサルヲ以テ占有ノ訴ニ屬セスト主張ス(但佛國ニ在リテハ占有訴權ハ不動産ノ占有者ニ限り之ヲ有ス蓋動産ニ關シテハ占有ハ所有ニ同シキ原則行ハルレハナリ(En fait de meuble la possession vaut titre))

辰 日本民法 日本民法ニ在リテハ占有ノ訴ニ占有保持ノ訴、占有保全ノ訴及ヒ占有回收ノ訴ノ三種アリ占有保全ノ訴ハ佛國ニ所謂占有保全ノ

訴ニ類シ(伊民六九八、埃民三四〇乃至三四二)又他ノ二個ノ訴ハ羅馬法及ヒ獨逸民法ニ所謂占有保持ノ訴及ヒ占有回收ノ訴ニ同シ

(2) 意義 日本民法ニ所謂占有訴權ハ占有者カ占有ノ保護ヲ受クルカ爲メニ國家ニ對シテ有スル公權ナリ(1)占有訴權ハ動産又不動産ノ占有保護ヲ目的トス故ニ占有ノ訴ハ占有ノ問題ヲ決スルニ止マリ本權ノ問題ニ及フコトナシ從テ不法行爲ニ基ク訴ハ占有ノ訴ニ屬セス(民二〇二第二項)(2)占有訴權ハ國家ニ對シテ有スルノ權利ナリ故ニ一般ノ訴權ト同シク公權ニ屬ス(3)占有訴權實行ノ形式ハ訴ナリ是占有保護ノ形式カ判決タルニ由ル而シテ其訴ノ實體的の要件ハ民法之ヲ規定シ(民一九七以下)又其訴ノ形式的要件ハ民事訴訟法之ヲ規定ス

(3) 種類 日本民法ニ所謂占有訴權ハ其目的ニ從ヒ之ヲ分テ占有保持訴權、占有保全訴權及ヒ占有回收訴權トス故ニ占有ノ訴ニハ占有保持ノ訴、占有保全ノ訴及ヒ占有回收ノ訴ノ三者アリ

子 占有保持ノ訴 占有保持ノ訴ハ占有妨害ノ停止及ヒ損害ノ賠償ヲ目

的トスル訴ナリ(民一九八、獨民八六二)第一ニ此訴ハ原告ハ占有ノ妨害ヲ受クル各占有者ナリ蓋占有ノ訴ハ占有者ノ占有ヲ保護スルノ手段ナレハナリ故ニ原告トシテ自主占有者(民一九七)竝ニ一部占有者及ヒ共同占有者(獨逸民法ニ在リテハ直接占有者竝ニ間接占有者モ)ハ占有保持ノ訴ヲ提起スルコトヲ得(共同占有者ハ妨害者カ第三者ナルトキハ各自占有ノ全部ニ付キ又共同占有者ノ一人ナルトキハ其持分ニ付キ占有ノ訴ヲ提起スルコトヲ得)他人ノ爲メニ占有ヲ爲ス者即チ他主占有者亦然リ(獨逸民法亦同シ)蓋他主占有者ハ自己及ヒ他人ノ爲メニ占有ノ訴ヲ提起シ以テ迅速ニ占有保護ヲ受クルノ利益ヲ有スレハナリ然レトモ代理人トシテ又ハ器械(雇人)トシテ占有ヲ爲ス者ハ原告トシテ占有保持ノ訴ヲ提起スルコトヲ得(利益ナケレハ訴權ナシ)而シテ原告カ代理人又ハ器械トシテ占有ヲ爲ス者ナルカ故ニ其資格ナシトノ抗辯ヲ提出シタル被告ハ先ツ其事實ヲ立證セサルヘカラス蓋事實上物ヲ支配スル各人ハ占有者ト推定スルヲ通例トスレハナリ又此訴ハ被告ハ原告ニ對シ妨害ヲ爲

ス本人又ハ其相續人ナリ(獨民八六二)第二ニ此訴ノ原因ハ占有ノ妨害即チ禁止セラレタル他人ノ行爲ニ因リテ占有者カ持續的ニ占有ヲ妨ケラルル事實的狀態ナリ是ヲ以テ占有ノ妨害現存スルニハ(1)他人ノ行爲ニ因ラサルヘカラス故ニ偶然ノ事變ニ因リテ占有ヲ害セララルコトアルモ占有ノ妨害ト爲ラス例ヘハ大風ノ爲メニ甲ノ所有地ニ在ル樹木カ倒レテ乙ノ占有地ノ使用ヲ害スル事實ハ占有ノ妨害ト爲ラサルカ如シ(2)占有ヲ妨クルニ足ル他人ノ行爲ニ因ラサルヘカラス占有ヲ妨クルニ足ル行爲ノ程度ハ占有者ニ對シ現ニ占有ヲ妨クルノ威嚇ヲ以テ足レリトシ敢テ他人カ占有物ニ對シ現實ニ占有ヲ妨クヘキ行爲ヲ爲シタルコトヲ要セス他人カ占有者ノ占有ヲ否認スルコトヲ要セス他人カ自己ノ占有ナルコトヲ主張スルヲ要セス占有者ノ占有ヲ妨クヘキ行爲ヲ爲ス他人ノ故意又ハ過失ヲ必要トセス從テ又他人カ責任能力ヲ有スルコトヲ必要トセス例ヘハ他人カ占有者ニシテ其占有持續ノ爲メニ看守人ヲ雇入ルノ必要ヲ感セシムルニ至ル行爲ヲ爲シタルトキハ其行爲ハ占有妨害

ノ行爲タルカ如ク他人カ一回占有者ノ地内ヲ通過シタル事實ハ占有者ニ對シ其占有ヲ妨クルノ威嚇ト爲ラサルヲ以テ占有ノ妨害ト爲ラサルカ如シ又他人ノ占有ヲ妨クル行爲ノ手段ハ言語ニテ足り必スシモ現實ノ事實タルコトヲ要セス例ヘハ他人カ占有者ノ占有地上ニ工作物ヲ設置シ(占有物ニ對スル手段)又ハ他人カ其所有地上ニ過度ノ消毒藥ヲ散布シ隣地ノ占有者ヲシテ其土地ノ使用ヲ妨クル(占有者ニ對スル手段)事實的、手段ハ占有妨害ノ手段ト爲ルコト勿論他人カ占有者ニ對シ其占有物カ自己ノ占有ニ屬スト主張シ又ハ腕力ヲ以テ其占有ヲ妨クト主張スルカ如キ占有者ヲ威嚇シ以テ現ニ占有者ニ不安ノ念ヲ懷カシムル言語上ハ手段ハ占有妨害ノ手段ト爲ルカ如シ然レトモ占有ニ關スル單純ノ爭訟(占有者ニ不安ノ念ヲ生セシムルニ足ラサル口論)ハ占有ノ妨害ト爲ラス故ニ占有確認ノ訴ノ原因ト爲ルモ(獨民訴二五六)占有ノ訴ノ原因ト爲ラス(デルンブルグ氏著獨逸民法論ニ在リテハ言語上ノ妨害ハ禁止セラレタル私力ニ非サルヲ以テ占有ノ妨害ト爲ラスト主張シ又ヘルビヒ氏

ハ其著請求權及ヒ訴權論ニ於テ之ヲ贊成ス(3)法律上禁止セラレタル他人ノ行爲ニ因ラサルヘカラス法律上禁止セラレタル他人ノ行爲ハ占有者ノ意思ニ反シテ占有状態ヲ攻撃シ且法律ノ許ササル行爲ナリ獨逸民法第八百五十八條ニ所謂禁止セラレタル私力はナリ占有者ノ意思ニ反シテ占有状態ヲ攻撃スル行爲ハ推知シ得ヘキ占有者ノ意思ニ反シテ占有状態ヲ攪亂スル行爲ノ全體ニシテ必スシモ他人カ占有者ノ明示的禁止ニ反シテ占有ヲ攪亂シ又ハ強暴ニ依リテ占有ヲ攪亂スル行爲タルコトヲ要セス(サビニー氏ハ占有ノ訴ヲ不法行爲ニ依ル訴ト同一視シタルヲ以テ強暴ニ依ル行爲ヲ必要トシタリ然レトモ這ハ誤解ナルコトデルンブルグ氏ノ論證スル所ナリ)但占有妨害ノ行爲ニ對シ爾後承認ヲ爲シ之ヲ適法行爲ト爲スコトヲ得又法律ノ許ササル占有状態攻撃ノ行爲ハ占有者ノ占有状態ヲ攪亂スルコトヲ得ヘキ權原(親權、官權、正當防禦權等)ヲ有セサル他人ノ行爲ノ全體ニシテ必スシモ占有者ノ占有状態ヲ攪亂スル行爲ヲ爲ス他人カ其行爲ノ不法ナルコトヲ認知スルコトヲ要セス

他人ハ故意ナク又過失ナク占有者ノ占有状態ヲ攪亂スルコトヲ得例ヘハ精神病者カ占有者ノ占有ヲ妨クルカ如シ唯故意又ハ過失ノ有無ハ損害賠償ノ責任(民七〇九)及ヒ刑事上ノ責任ニ關係アルノミ(4)占有妨害ノ事實的狀態存在セサルヘカラス此状態ハ占有者ノ占有ヲ妨クル事實ナリ故ニ占有ヲ妨クル行爲ノ有形的繼續ヲ必要トシ該行爲ヲ反覆セラルルノ危虞アルヲ以テ足レリトセス例ヘハ甲カ乙ノ占有地ニ工作物ヲ設置シタルトキハ占有ノ妨害ト爲ルモ甲カ將來乙ノ占有地通行ヲ反覆スルノ虞アルニ過キサルトキハ占有ノ妨害ト爲ラサルカ如シ是日本民法ト獨逸民法ト異ナル要點ナリ(占有保全ノ訴參照)第三ニ此訴ノ目的ハ占有妨害ノ停止及ヒ損害ノ賠償ナリ(民一九八)佛國ニ在リテハ尙ホ占有ノ回收ヲ目的トス(1)占有ノ妨害ノ停止ハ妨害者ノ費用ヲ以テ占有妨害ヲ除去スルニ他ナラス故ニ除去スルコトヲ得サル占有ノ妨害即チ一回ノ行爲ニ依リ完了シタル占有ノ妨害ニ對シテ占有保持ノ訴ニ依リ保護ヲ受クルコトヲ得ス例ヘハ甲ハ其占有地ニ穴ヲ穿チタル乙ニ對シ占有

保持ノ訴ニ依リ乙ノ費用ヲ以テ穴ヲ埋シムルコトヲ得レトモ甲ハ其占有地ヲ一回限り通行シタル乙ニ對シ占有保持ノ訴ニ依リ占有ノ妨害ノ除去ヲ請求スルコトヲ得サルカ如シ(2)損害ノ賠償ハ占有ノ妨害ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ナリ此損害ノ賠償ハ占有保持ノ訴ノ本來ノ目的ナルヤ否ヤハ古來獨逸普通法ノ解釋トシテ學者ノ爭フ所ナリ日本民法ハ積極的ニ規定シ(佛國法亦然ラン)獨逸普通法ハ消極的ニ規定セリ(反對說アリ)此區別ノ實用ハ占有ノ訴ニ關スル規定ノ適用アルト否トニ在リ)元來損害賠償ノ訴ハ相手方ノ不法行爲ヲ原因トスル訴ナリ而シテ占有ノ訴ハ占有状態ヲ明確ニスルコトヲ目的トスル訴ナリ故ニ損害賠償ヲ以テ占有ノ訴ノ目的ト爲スハ法理上不當ナリ又損害賠償ノ訴ハ之ヲ占有保持ノ訴ト併合スルコトヲ許セハ實際上ノ要求ニ應スルニ足リ敢テ法理上不當ナル法則ヲ設クルノ要ナシ從テ日本民法ハ立法上失當ナルヲ免カレス(民一九八)……占有保持ノ訴ニ依リ……損害賠償ヲ……但占有者ハ別ニ不法行爲ニ基ク損害賠償ノ訴ヲ提起スルヲ得又妨害者ハ責任能力

ヲ有スルトキニ非サレハ損害賠償ノ責ニ任セサルコト言フ俟タス之ニ反シテ妨害ニ因リテ得タル利得即チ不當利得ノ返還ハ占有保持ノ訴ノ目的ニ屬セス(民一八九)故ニ占有者カ該利得ノ返還ヲ求ムルニハ特ニ不當利得ヲ原因トスル訴ヲ提起スルコトヲ要ス例ヘハ占有者カ妨害行為ニ對シ收取シタル果實返還ヲ請求スルカ如シ但此訴ハ占有保持ノ訴ト併合スルコトヲ妨ケス而シテ妨害ニ因ル損害ノ賠償カ占有保持ノ訴ノ目的ニ屬シ妨害ニ因ル不當利得ノ返還カ該訴ノ目的ニ屬セサル區別ニ至リテハ到底完全タル法理ニ依リテ之ヲ説明シ難シ故ニ此一事ニ依リテ之ヲ觀ルモ妨害ニ因ル損害ノ賠償ヲ占有保持ノ訴ノ目的ト爲ス日本民法ノ規定ハ立法上不當ナルコトヲ知ルニ至ル(3)占有者ハ占有妨害ノ停止及ヒ損害ノ賠償ヲ併合シテ請求スルコトヲ得(民一九八…及ヒ…)丑 占有保全ノ訴 占有保全ノ訴ハ占有妨害ノ豫防又ハ損害賠償ノ擔保ヲ目的トスル訴ナリ第一…此訴ノ當事者資格ハ占有保持ノ訴ニ同シ蓋此訴亦占有保持ノ訴ト同シク占有ノ妨害ニ對シ占有ヲ保護スルヲ目的

トスレハナリ第二…此訴ノ原因ハ占有者カ將來其占有妨害ヲ受クルコトアルヘキ危虞ナリ故ニ占有保全ノ訴ハ將來受クルコトアルヘキ占有ノ妨害ヲ原因トシ(Trouble event)占有保持ノ訴ノ如クニ現在受クル占有ノ妨害(Trouble actual)ヲ原因トセス是兩訴ノ異ナル要點ナリ(民一九九)占有妨害ノ意義ニ關シテハ占有保持ノ訴ノ説明參照例ヘハ甲カ乙ノ占有地ニ於テ其占有ヲ妨クヘキ工作物ヲ建築セントシ又甲カ其所有地ニ相當ノ設備ヲ爲サスシテ不潔物ヲ貯藏セントシ以テ隣地ノ占有者乙ノ占有ヲ妨ケントスルトキハ乙カ占有保全ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルカ如シ羅馬法及ヒ獨逸民法ニ在リテハ占有者カ現ニ占有ノ妨害ヲ受ケ尙ホ後來占有ノ妨害ヲ受クルノ虞アルトキハ占有保持ノ訴ヲ以テ現在ノ占有妨害ヲ除去シ且將來ノ占有妨害ノ豫防ヲ請求シ又損害賠償ノ擔保ヲ請求スルコトヲ得例ヘハ甲カ乙ノ占有ヲ妨クル工作物ヲ建築シタルヲ以テ占有保持ノ訴ニ依リ之カ除去ヲ求ムルト同時ニ將來斯ル建築ノ不作爲ヲ請求スルコトヲ得ルカ如シ日本民法ニ在リテハ將來受クルコトア

ルヘキ占有ノ妨害ハ占有保持ノ訴ノ原因ト爲ラサルヲ以テ占有者カ現ニ占有ノ妨害ヲ受ケ尙ホ將來占有ノ妨害ヲ受クルノ虞アルトキハ占有保持ノ訴ト占有保全ノ訴トヲ併合スルニ非サレハ同一ノ目的ヲ達スルコトヲ得ス立法上ノ見解トシテハ日本民法ノ占有保持ノ訴ノ原因ハ狭キニ失シ不當ナリトス第三ニ此訴ノ目的ハ占有妨害ノ豫防又ハ損害賠償ノ擔保ナリ(民一九九)(1)占有妨害ノ豫防ハ占有妨害ノ原因カ相手方ノ不作爲ナルトキハ之ニ作爲ヲ命シ(例ヘハ不潔物ヲ貯藏スルニ必要ナル設備ヲ爲スヘキコトヲ命スルカ如ク)又相手方ノ作爲ナルトキハ之ニ作爲ノ避止(不作爲)ヲ命スルニ在リ(2)損害賠償ノ擔保ハ將來占有ノ妨害ニ因リテ受クヘキ損害ノ賠償ノ擔保ナリ故ニ擔保ハ將來占有ノ妨害ニ因リテ受クヘキ損害ヲ賠償スルニ十分ナルコトヲ要ス然レトモ擔保ノ種類ハ法律上別段ノ規定ナキヲ以テ當事者ノ合意又ハ裁判所ノ意見ニ依リテ之ヲ定ム例ヘハ一定ノ金額ヲ供託シ又ハ保證若クハ抵當ヲ設定スルカ如シ(3)占有妨害ノ豫防ハ事前ニ占有ノ妨害ヲ防止シ又損害賠償ノ

擔保ハ事後ニ占有妨害ヲ回復スルニ在リ故ニ占有者ハ一途ヲ選定スルコトヲ要シ此二途ヲ併合シテ請求スルコトヲ得ス(民一九九)又ハ……)

寅 占有回收ノ訴 占有回收ノ訴ハ侵奪セラレタル占有物ノ返還及ヒ損害ノ賠償ヲ目的トスル訴ナリ第一ニ此訴ノ原告資格ハ占有妨害ノ訴ニ於ケル原告資格ニ同シ蓋占有回收ノ訴ハ占有物ヲ侵奪セラレタル占有者ヲ保護スル手段ナレハナリ之ニ反シテ占有回收ノ訴ノ被告タルニハ起訴ノ當時原告ニ對シテ係争物ノ侵奪的占有者タルコトヲ要ス是ヲ以テ(1)起訴ノ當時係争物ノ占有者タルコトヲ要ス故ニ他人ノ爲メニ其器具ト爲リテ占有スル各人及ヒ占有者ノ代理人又ハ現ニ占有ヲ爲ササル侵害者本人及ヒ其相續人ハ被告ト爲ラス蓋前二者ハ法律上自ラ占有物ヲ返還スルコトヲ得ルノ權利ナク又後二者ハ事實上占有物ヲ返還スルコト能ハサルヲ以テナリ但後二者ニ對シテハ損害賠償又ハ不當利得返還ノ請求ヲ爲スコトヲ妨ケス例ヘハ甲ノ爲メニ占有スル雇人乙ハ其占有回收ノ訴ニ付キ被告ト爲ラサルカ如ク又竊盜甲カ其竊取物ヲ故買者