

三九〇

人より云へは自己の要用なる間之を賃借するの意思あり賃借人より云へは自己の不用なる間之を賃借するの意思ありたるか爲めに別に期間を定めさりしものと推測せざるへからざるなり。果して然らば家具の附きたる建物の賃貸借に於けるか如く法律の推定に因りて其期間を定むへからざるものあるか故に立法者は當事者より何時にても解約の申入を爲すことを得べきものとすることを穩當と認めたり。人或は曰く何時にても解約の申入を爲すことを得べきものとなすは法律か家具の附かざる建物の賃貸借にして期間の定めなき場合に當事者雙方は長き期間賃貸借を存続するの意思あるものとなすの推測に反するにあらずやと。是れ一理あるか如しと雖も其實に至りては何時にても解約の申入を爲すを得せしむるは當事者の意思か永き期間其賃貸借を存続せしむるに在ることを推定するに足るものと謂はざるへからず。何となれば凡そ取引上當事者か期間の短きを欲するときば期間を定むるを以て通常となし期間を定めず何時にても解約するの自由を存せしむるときは却て其長きを期するものたるは人

事の常なればなり。又動産又は家具の附きたる建物の賃貸借の場合と雖も黙示の更新ありたるときは何時にても解約の申入を許さるへからず。何となれば此場合に於ては借賃支拂の方法時期を變すへきか故に期間を推定するの標準なきに至ればなり

然らば則ち右等の賃貸借に於ける解約申入の効果を生ずへき時期は如何と云ふに財産編は之を其第四百四十九條乃至第五百五十一條に定めたり今之を分拆すれば左の如し

一、家具の附かざる建物の賃貸借の場合第四百四十九條

(甲) 建物の全部に付ては二ヶ月但賃借人の造作を附したるときは三ヶ月

(乙) 建物の一部に付ては一ヶ月但賃借人の造作を附したるときは二ヶ月

此場合に於て建物の全部と一部とに期間の差異を設けたるは蓋し賃借人より云へは一部なるときは新に賃借人を得るに易く賃借人より云へ

は新に賃借を爲すに容易なるも全部なるときは其結果反對なりとの主意に出たることならん。而して賃借人か造作を附したるときには期間を一ヶ月宛延長したるは蓋し造作の附きたるときは造作の附かざる場合より賃借借に困難あるべきを以てなり

二、家具の附きたる建物の賃借借の場合(第五百十條)

(甲) 前賃借借の期間を三ヶ月又は其已上に定めたるときは一ヶ月

(乙) 三ヶ月未満の賃借借に付ては原期間の三分一

(丙) 日々の賃借借に付ては二十四時

家具の附きたる建物の賃借借は余か既に述べたるか如く當事者に長き期間其賃借借を存続せしむるの意思なきものと推測すべきか故に従て解約申入の効果を生ぜしむべき時期を頗る短くなしたり。而して茲に所謂家具の附きたる賃借借の場合は更新のときに限ることゝ知らざるへからず何となれば更新にあらざるときは余の既に述べたるか如く法律に因りて期間を推定すればなり

三、動産の賃借借の場合(第五百十條)

此場合に於ても亦前述の家具の附きたる建物の賃借借の場合に於ける期間を適用すべきことは財産編第五百十條第二項の規定に因りて明かなり。畢竟動産の賃借借も當事者に長き期間之を存続するの意思なきものと推測すべきか故なりとす但し此場合も亦更新のときに限ることゝ知らざるへからず。何となれば更新にあらざるときは余の既に述べたるか如く法律に因りて期間を推定すればなり。而して第五百十條の第三項に賃借せし建物に備へたる動産又は用方に因る不動産と看做す可き動産の賃借借は其建物の賃借借の終了するに非されは終了せずと規定したるは一に當事者雙方の便益を計りたるに因るなり

四、土地の賃借借の場合(第五百十一條)

(甲) 耕地に付ては主たる收穫季節より六ヶ月前の解約申入

(乙) 不耕地其他牧場樹林に付ては一ヶ年

此場合に於て耕地と其他の土地若くは牧場樹林とに期間の差異を設け

物 權 法

たるは蓋し耕地は賃借人か播種耕耘を爲し依て以て收穫するものたるは既に賃借の當時に於て當事者の意思に於て然るものと推定すへきか故に收穫の季節を以て返却せしむべき時期となし此時期の六ヶ月前に解約申入あるにあらすんは其効なきものとなし。其他の土地收場等に付ては解約申入より一ヶ年の猶豫を與へて効果を生ずるものとなしたるなり。又土地の賃借と建物の賃借との間に期間上著しき差異を設けたるは土地の賃借は建物の賃借より困難なるへきを以てなり

右述へたる所の諸種の賃借に於ける期間は別に慣習のなき場合に適用すへき者にして慣習ある場合には其慣習に従ふべきは勿論なり。故に財産編第五百二十二條にも解約申入及返却の時期に關する前數條の規定は其時期に付き地方の慣習なきときに非されは之を適用せずとは規定したり。財産編は又其第五百五十四條に賃借人か賃借物を讓渡さんとし又は自己の爲め若くは他の特別なる原因の爲め之を取戻さんとするときは期間の満

物 權 法

第五 賃借の解除

了前と雖も賃借を解除することを得る權能を留保したる場合又賃借人か賃借の無用と爲る可き未定事故を慮かりて同一の權能を留保したる場合に於ては前數條に定めたる時期に於て各自豫め解約申入を爲すことを要すと規定したり是れ素より當然のことにして別に説明を要せず

余か既に本章の第二節及第三節に述べたるか如く賃借人及賃借人は條件の不履行其他法律に定めたる原因の爲め賃借の解除を請求するの權利あり。又此權利なき場合と雖も當事者雙方か協議の上合意を以て解除することあり。而して解除は合意に因ると否らざるを問はず賃借權消滅の原因たること疑ひあるへからず。財産編第四百五條第二項に右の外賃借は條件の不履行其他法律に定めたる原因の爲め當事者の一方の請求に因り裁判所に於て宣告したる取消に因りて終了すと規定したるは只裁判所の宣告に因る取消は當然消滅の一原因たりとのことを示したるのみ

右五原因の外尙ほ物體の遺棄、添附、混同、製作等か賃借權消滅の外由に因る原因た

賃借權 賃借權の消滅 外由に因る消滅

ることは用益權消滅の場合と異なることなきを信するなり

第六章 永借權

第一節 總說

既成民法財産編に所謂永借權は名稱に就て之を推察するときは單に長期の賃借權に外ならざるかごとき感ありと雖も其實羅馬法の *Emphyteusis* と稱する權利に該當するものにして單純なる長期の賃借權にあらざるなり。蓋し羅馬法に於て *Emphyteusis* と稱する權利は戰爭に因りて領收したる土地に於ける長期若くは永久の賃借借に基因し漸次普通の土地に於ける長期若くは永久の賃借借を認むるに及んで其發生を見るに至りたるものなると歴史に徴して疑ふべからず。而して此權利は其範圍に就て云へば只費消するの權利を包含せざるのみにして占有は勿論使用及收益に關する無限の權利を包含し賃借人は賃借人に對して借賃を拂ふの義務あるのみならず尙ほ其賃借物に賦課せらるゝ總ての租税を拂ふの義務を負担するものたり。其期間に就て云へば別に制限なきも永久なるを普通とし其目的物に就て云へば常に不動産たるべく決して動産たるを許さざるなり。

殊に又賃借人は此權利の全部若くは一部を自由に他人に讓渡し若くは之を抵當と爲す等の處分を行ふことを得べし。但賃借人に於て此權利の全部を他人に讓渡せんとするときは其旨を賃借人に告知せざるべからず。而して此場合に於ては賃借人は先買權を有するものとし又相續の場合を除く外權原の何たるを問はず苟も他人に於て此權利を讓受けたるときは其讓受人は所有主たる賃借人に對して或る程度の償金を拂ふの義務あるものとせり。翻つて既成民法財産編に所謂永借權に關する規定を見るに期間には制限を置き讓渡に關しては制限を置かさりし點の外は殆ど全く羅馬法に於ける *Emphyteusis* の權利に關する規定を採用したるものと云ふも決して過言にあらず從て單純なる長期の賃借權にあらざること知るべきなり

第二節 永借權の性質

既成民法財産編は其第五百五十五條第一項に所謂永借借の定義を示して曰く永借借とは期間三十〇年を超ゆる不動産の賃借借を謂ふと。是れ永借權の定義にあらずして永借借の定義なり。永借借に於ける此定義は果して正鵠を得たるもの

なるや否や甚た疑ふべきものあり。翻つて第百十五條の規定を見るに動産及不動産の賃貸借は賃借人より貸借人に金錢其他の有價物を定期に拂ふ約にて賃借人に或る時間賃借物の使用及収益を爲す權利を與ふとあり。此規定に依て之を見れば普通の賃貸借に在りては賃借人は其賃借物自身に就ては使用及収益を爲すの權利を有するに過ぎざるも永賃貸借に在りては第百五十八條の示す如く永借人は尙ほ永借地の形質をも變ずるの權利ありて彼れ此れ大に其範圍を異にせるの實あるか故に永借權を以て只不動産に於ける賃借權の一種と認むるの不穩當なること素より論を竣たす。是を以て永借權に對しては別に適當なる定義を示すにあらすんは前顯第百五十五條第一項の定義に因りて其性質を明かにせんと欲するも益し得へからざるなり。今夫れ既成民法財産編か永借權に關して規定する所に基き之を見るに所謂永借權とは當事者の一方か他の一方に對して定期に於て借賃を拂ふ約にて其一方か三十年已上五十年已下の期間賃借不動産に就き使用収益を爲し及之を變體することを得るの權利を云ふものとせば或は其實に庶幾からん歟。而して此場合に於ては賃借人を永借人と云ひ貸借人を

永○貸○人○と○は○云○ふ○な○り

永借權は不動産に於ける所有權の支分權なり故に其主體は必ず所有者あらざるへからざるは固より論を竣たす。然るに既成民法財産編に於ては既に余か述へたる如く用益者をして用益權の上に用益權を設定することを得せしめ又賃借人をして賃借權の上に賃借權を設定することを得せしめたる已上は法文中明示なきも永借人にも亦其永借權の上に永借權を設定するを得せしむるの精神なることは第百五十七條第二項に特別の合意なきときは下の規定に従ふの外通常賃借の規則に従ふとあるに依て之を見るも明かなり。果して然りとせば既成民法財産編に於ては永借權の主體たる者は所有主の外尙ほ永借人ありと知らざるへからず然れども其不當なることは余か既に屢々述へたる所に依て明かなれば茲に再び贅せざるへし

又普通賃借權の物體は動産たると不動産たるとを問はざるも永借權の物體は必ず不動産たるとるへからずとのことは前述したる定義に就て之を見るも明かなり。蓋し動産は其性質上概して永久の用方に供するを得ざるものなるか故に之

か賃貸借には三十一年已上に渉るか如き長期のものなきを常となすのみならず
 縱令稀に此の如き長期のものあるも之か爲めに特別の規定を置くの必要なしと
 雖も不動産は之に反し其性質上概して永久の用方に供するものなるか故に従て
 之か賃貸借には三十一年已上に渉るか如き長期のものあるを常となす。而して
 不動産に於ける賃貸借此の如く長期に渉るときは賃貸人は此長期間所有者たる
 の實權を行ふ能はさるか故に成るべく義務の輕少ならんことを欲し賃借人は其
 權利の自由安全にして永久を期して事業を計畫するに便ならんことを欲するは
 當然なるを以て特別の規定を設くるの必要あり是れ即ち永借權の物體を不動産
 に限るものとしたる所以なりとす

而して又余か既に述べたるか如く羅馬法の所謂 *Emphyteusis* には期間に制限なき
 のみならず永遠に渉るを普通となせりと雖も既成民法財産編には其期間を三十
 一年已上五十年已内のものとせり。而して其三十一年已上に渉る不動産上の
 賃貸借にあらざれば永借權を生ぜざるものとなしたるは只立法者の見込を以て
 三十一年已下の賃貸借は其目的物不動産なるも普通の賃貸借の規定に依らしめ

て差支なしと認めたるまでにして敢て理由あるにあらざるべく。又其長期を五
 十年と定めたるは他ならず此期間已上にも渉る賃貸借を許すに於ては物の融
 通及改良上甚たしき妨害を見るの結果を生ずべきを恐れたるに因るのみ。此の
 如く夫れ此期間は法律か公益上定めたるものなるか故に當事者の合意に因りて
 之を左右することを得ざるは勿論なりとす。故に財産編第百五十五條第二項は
 此期間を超過する賃貸借あるときは之を五十年に短縮すべきことを定めたり。
 若し又永借權を設定する合意を以て別に期間を定めざりしときは財産編は其第
 百五十五條第四項に其賃貸借を以て四十年にて終了するものとせり。是れ蓋
 し三十年已上五十年已内の期間に於ける中間を取りたるものならん。同條
 の第三項に永借借は常に之を更新することを得然れども其更新の時より五十年
 年を超ゆることを得ずと規定したるは全く冗文たるに過ぎず。何となれば更新
 は新なる賃貸借を生ずるものなれば此規定なしと雖も之を爲すことを得るは當
 然にして而して賃貸借は五十年を超ゆるへからざるも亦當然なればなり。其
 他同條の第五項及第六項の規定に付ては別に説明を要せざるべし

又永借權の設定は普通の質借權と同じく法律の作用に因るものにあらすして全く當事者の合意に因らざるべからざるは勿論なり。財産編第百五十六條は蓋し其意を示すに過ぎずと雖も永借權にして一種の物權なる已上は之を創設するを主たる目的とする質貸借の合意は決して契約にあらざるなり

第三節 永借人の權利

既成民法財産編は其第百五十七條に當事者相互の權利及義務は永貸借の設定契約を以て之を定む特別の合意なきときは下の規定に従ふの外通常質貸借の規則に従ふと規定して永貸人及永借人間の權利義務は其合意に因りて定むるを本則とし合意なきときは於てのみ法律の規定に従はしむるものとせり。本來永借權にして一の物權なる已上は當事者の權利義務は法律に規定して猥りに當事者の意思を以て左右せしめざるこそ本則なるべきも前顯の規定は却て之に反す蓋し奇と謂つべし。思ふに是れ普通の質借權を物權となしなから當事者間の權利義務は一に其合意に任ずるを本則となしたるより權衡上其流を永借權にまで及ぼしたるに過ぎざることならん。殊に前顯第百五十七條第二項の法文の如きは

物 權 法

物

權

法

立法者に於ては名文の積りなりしなるべしと雖も余を以て之を見れば悪文と云ふの外なし。何となれば此法文に因れば特別の合意の有無に拘はらず下の規定には必ず従はざるべからざるも通常質貸借の規則に従ふは特別の合意なきときに限るとの意にも解し得られて曖昧なればなり

之を要するに既成民法財産編の規定に依れば永借人の權利は概して質借人の權利と異なることなきも只其範圍に於て多少廣狹の別あるのみ而して其廣狹の別存する所は重に左の點に在るか如し

第一、既成民法財産編第百五十八條に曰く永借人は永借地の形質を變ずることを得但永久の毀損を生ぜしめざることを要す永借人は常に沼澤を乾涸することを得又永借地の作業に益す可きときは其土地を通過する水流を變轉することを得と。此法文中には疑惑す可きの點頗る多しと雖も其精神に至ては蓋し永借權は主として長期の事業を目的として設定するものなるか故に永借人に與ふるに永借物に於ける形質の變更權即ち例へば田地を畑地となし或は宅地を畑地となすことを得るか如き權利を以てする

永借權 永借人の權利

にあらすんは其目的を達せしむること能はざるに依り苟も永久の毀損を生せざる已上は永借物に於ける形質を變更するの處分權を永借人に與へ縱令又永久の毀損を生ずるとも沼澤を乾涸し又は水流を變轉する等のことは自由に之を爲し得るものとしたるに在らん。然れども法文に就き綿密の觀察を下すときは必ずや左の諸點に對し疑惑を生せざるを得ざるべし

一、此法文に依れば永借人か永借物に於ける形質を變ずることを得るは只其永借物か土地たる場合に限れるか如し。永借物か土地たる場合に於て永借人に與ふるに此權利を以てするの必要あるに拘らず永借物か建物たる場合には與ふるに此權利を以てするの必要なきに因るか將た又建物の永借人には斯る權利を與ふべからざる理由の別に存するものあるに因るか余は了解する能はざるなり。思ふに土地に於ける永借人か宅地を變して畑地となすか如き處分權を行ふを得ば建物に於ける永借人も住家を變して工作場となすか如き處分權も之を行ふて差支なき

か如し
二、法文中永久の毀損を生せしめざることを要すのであるは果して如何なる主意なるか頗る曖昧なり。即ち法文中に所謂永久の毀損とは原狀に回復すべからざるの毀損を云ふの意なるか或は原狀に回復することを得ると否とに拘らず永借物の價格に減少を來すか如き毀損を云ふの意なるか分明ならざるか如し。假りに前段の意なりとせんか恐らくは斯る場合を想像するに苦まざるを得ざるのみならず第二項の法文の如きは特に之を置くの必要なきか如し。何となれば宅地を畑地となすか如きことあるも再び之を宅地に回復せしむるに容易なるべく沼澤を乾涸するか如きことあるも再び之に水を入るゝに容易なるべければなり。又假りに後段の意なりとせんか適用上頗る穩當なるも法文如何にも該當せざるの嫌なしとせず。然れども余は寧ろ後段の解釋を取り形質上に於ては毀損あるも資格上に於て損害なきを要すとの意なるべきを信するなり

三、法文中永借人は常に沼澤を乾涸することを得とあるか故に新に沼澤を作り得ることは此中に包含せざるものと謂はざるべからず。現存する所の沼澤を乾涸することを得は新に之を作ることも亦之を爲すを得せしめて差支なきのみならず却て其必要なるを信するなり。

四、法文中永借地の作業に益す可きときは其土地を通過する水流を變轉することを得とありて水流變轉の場合に限り特に永借地の作業に益す可きときはなる條件を設け其他には之を設けず。然らば則ち池沼の乾涸等は永借地の作業に益なきも之を爲すを得水流の變轉は其作業を益すべきときにあらざれば之を爲すを得すと解釋せざるべからざるか如し。何故に斯る區別を生ずるものなるか奇怪と云ふの外なし。殊に此法文は只水流を變轉することを得せしむるの主意たるに過ぎざれば永借人は新に水流を設けることは之を爲し得ざるやの疑ひなきを得ず。

第二、既成民法財産編第五百十九條に曰く永借人は原野を開墾することを得然れども所有者の承諾あるに非ざれば定期採伐に供したる小木林の樹木

を掘取ることを得す又定期採伐に供せざる樹林にして既に二十五年を過ぎ且其成長の年期か貸借の期間を超ゆ可きものを採伐することを得すと。本條冒頭の規定に依て之を見れば普通の貸借に在ては賃借物か原野なる場合と雖も賃借人は之を開墾することを得ずして其之を開墾することを得るは永貸借の場合に限るものと謂はざるべからず。然らすんは特に斯る規定を茲に置くべきの必要なかるべければなり。思ふに是れ荒蕪地たる原野の貸借は普通に永貸借に因り普通の貸借に因るもの種なりとの想像より特に茲に此規定を見るに至りたることならん。雖も原野の貸借は永貸借に限るとの禁止なき已上は普通の貸借に因るも之を爲し得べきは勿論なり。果して然りとせば此場合に於て賃借人は特別の場合のみならず余は斯る野を開墾することを得ざるにや甚だ疑はざるを得ざるのみならず余は斯る野を開墾することを得ざるにや甚だ疑はざるを得ざることを得るの權利あるものたるを信するなり。何となれば原野に於ける貸借は特別に合意なき已上は開墾を以て目的とするものと推測し

得らるればなり。然らば則ち賃借物たる原野の開墾権は獨り永借人に限りて之を有するものにあらざるや明けし。又然れども已下の法文に就て之を見るに(第一)永借人は定期採伐に供したる小木林の樹木例へば薪炭材の類は之を採伐することを得るも掘取ることを得ずとせるも普通の賃借人は如何あるべきか。而して所有者の承諾なくして其之を掘取ることを得ざらしむるは利源を断ち所有者の爲めに大なる損害を來すの恐れあるを以てなり。(第二)永借人は定期採伐に供せざる樹林にして既に二十ヶ年を過ぎ且其成長の年期か賃借の期間を超ゆべきものを採伐することを得ずとあるは裏面に於ては定期採伐に供せざる樹林と雖も二十ヶ年を過ぎざるもの又は既に二十ヶ年已上に達したるも永賃借終了前に其成長を止むべきものは永借人に於て之を採伐するの權利あることを示したるものなり。普通の賃借人が原野を開墾するに當りては何故に此權利を有することを得ざるべきか。蓋し是等の權利を原野の永借人に與ふる所以のもの其之を開墾するに就て必要なるか爲めなるべし。果して然りとせば

普通の賃借人が之を開墾する場合にも亦必要ならざるを得ざるにあらざるや。若し短期の賃借の場合に於て斯る權利を賃借人に與ふるときは賃借人の爲め頗る不利益と謂はざるべからずとならば賃借人は必ず合意に因りて其制限を設けて可なり。然るに何等の合意もなきに於ては或は是等の損失は借賃中に見込みて定めたるものと推定するも敢て不可なかるべきなり。只法文中示すか如き樹林に至りては將來必ず船艦の材料或は大屋の棟梁等に用ふべきものなるを以て所有者の承諾なくして其之を採伐することを得ざらしむるは固より至當なるべきを信するなり。
第三、永借人は永賃人に對して永借物の完好及大小修繕を求むるの權なし。財産編第二百二十八條に依るに普通の賃借人は物の引渡前に其用方に従ひて一切の修繕を整ふることを賃借人に求むるの權あり。而して賃借人は或る一二の場合を除くの外賃借の期間大小修繕を爲す責に任ずべきものとせしめ。然るに永賃借の場合に在りては第六十四條を以て永賃人は永賃借契約の當時の現狀にて永賃物を引渡すものとす。永賃人は賃借の期

永借権 永借人の權利

法 權 物

間大小修繕を負擔せずと規定したり。是れ畢竟永賃借は屢々述ぶる如く、
 荒蕪地若くは未耕地の類を以て其物體となすものたれば永借人に於て
 之を完好ならしむるは寧ろ永借權設定の目的なるのみならず永賃人に取
 りては低廉なる借賃を受くるに過ぎざるか故に外ならざるなり。但し此
 注文は永借物を完好ならしめ若くは之に修繕を加ふるを以て永借人の義
 務となしたるにあらすして永借物の性質上自然の結果永借人か之を負擔
 することとなるを期したるなり。然れども永賃人又は其雇人の過失若く
 は懈怠に因りて必要となりたる修繕に至りては第百五十七條第二項の規
 定に従ひ普通の賃賃借と同じく永賃人に於て其責に任せざるべからざる
 は勿論たるべし。

右の外既成民法財産編は永借權に關する特別の規定として其第六十條に永借
 人は如何なる場合に於ても所有者の承諾あるに非ざれば主たる建物を取除くこ
 とを得ず從たる建物を雖も其存立の時期か賃借の期間を超ゆ可きものは亦同じ
 と規定したるも是れ何故に永借權に關する特別の規定なるか普通の賃賃借の場
 合は果して如何。又其第六十一條に前二條に従ひ永借人が建物又は樹木を取
 除きたるときは其物料及材木は所有者に屬すと規定したれども其建物又は樹木
 を取除くは永借人の收益權の實行にあらすして開墾若くは其他の作業上必要な
 るか爲め特に法律の與ふる權利なる已上は物料及材木は所有者に歸屬すべきは
 當然にして普通の賃賃借の場合と雖も賃借人に斯る權利あるときは同様ならざ
 るを得ざるべし。又其第六十二條に永借人は地底に礦物在るとき開坑の特許
 を得たる者より所有者に拂へる償金に付き何等の權利をも有せず然れども此特
 許を得たる者の地上に加へたる損害の爲め賠償を受くる權利を有すと規定した
 るか如き。其第六十三條に永借地に既に探掘を始め且特別法に従ふを要せざ
 る石類石灰類其他の物の石坑あるときは永借人は其收益を繼續す石石坑を未だ
 探掘せず又は其探掘を廢止したるときは永借人は永借地の改良の爲め石其他の
 物料を採取することを得と規定したるか如きは或は現行の鑛業條例に抵触し或
 は永借權に關する特別の規定として不必要なること疑ひなきものゝ如し。即ち
 現行鑛業條例は其第二條に於て鑛物の未だ探掘せざるものは國の所有とす明

法 權 物

現行鑛業條例は其第二條に於て鑛物の未だ探掘せざるものは國の所有とす明

示せるのみならず是れ實に近世歐洲諸國が礦物に關して採る所の法制の通則たり。然るに前顯第六十二條は未だ採掘せざる礦物の所有權を以て土地の所有權に包含するものとなしたり。然らば法文に所謂所有者に拂へる償金なるものあるべきの理なし。而して該條の末段に然れども此特許を得たる者の地上に加へたる損害の爲め賠償を受くる權利を有すとあるは是れ又現行礦業條例第四章に規定する所にして此場合に於ては永借人として賠償を受くるにあらざる業條例に所謂關係人として賠償を受くることを得るのみ。又前顯第六十三條第一項は即ち第六十三條の規定と同一にして而して普通の賃借人の收益權中にも包含するものたること明かなり。何となれば普通の賃借人は第二百二十六條の規定に依り賃借物に付き用益者と同一の利益を收むる權利を有すればなり。只前顯第六十三條第二項の規定は永借人をして永借物に於ける改良の爲め石其他の物料を採掘するの權利を有せしめたるか故に此一點は用益權又は普通の賃借權の場合と異なる所なり。何となれば用益者又は普通の賃借人は修繕に必要な材料を採掘するの權利を有するのみにして改良の爲めに之を採掘するの權利を有せされはなり。

物 權 法

既成民法財産編の規定に依るに永借人の義務は次に述ぶる所の二點を除く外普通賃借人の義務と其大體に於て異なることなし。

第四節 永借人の義務

第一、永借人は永借物に賦課せらるる租税其他の公課を負担すべし。財産編第四百十條に依るに普通の賃借人は賃借物に直接に賦課せらるる租税其他の公課を負担する資に任せず若し税法に依り賃借人より徴収すること有るときは其借賃より控除し又は賃借人より賃借人に之を償還すべきものとなしたり。然るに永賃借の場合に在りては第六十六條を以て之と全く反對の規定を置き永借物に賦課せらるる租税其他の公課は永借人に於て負擔するものとし若し税法に依り永賃人より徴収することあるときは永借人より永賃人に之を償還するものとなせり。而して賃借借と永賃借との間に此の如き差異を設けたる所以のものは他ならず永賃借は普通の賃借借とは異なりて荒蕪地若くは未耕地の類を以て其物體とな

物 權 法

亦こと通常なるか故に永借人が永借物に改良を施すに従ひ之に賦課せらるゝ租税公課等の多きを效す代はりに収益も亦多きを效すは自然の數なり。然るに借賃に至りては永借權設定の當時之を定むるものなるに依り必ずや低廉ならざるを得ざるは勿論中途永借人の随意に因り之を増加することを得ざるものなるに漸次に賦課の増加する租税公課を納付するの義務を永借人に負擔せしむることとなすに於ては永借人は其負擔の重きに堪へざるを以て不用の土地等あるも之に永借權を設定するか如きことを爲す者なきに至るの結果を生ぜざるを得ざるのみならず彼れ此れの間公平を失するに因るなり。又財産編は其第六十七條に數人が一箇の契約を以て一箇の不動産を永借したるときは借賃を拂ふ義務は各永借人又は其相続人に在ては連帶にして且不可分なりと規定したるは一に永借人の利益を保護するの主意に出たる特例と謂はざるべからず。蓋し普通の規則に従ふときは一の債務に付き債務者數名ある時は特別の合意なき已上は債務者の各自に於て均一の割合を以て分擔し又債務者中に死亡者あり

りたる場合に死亡者の財産相続人數名あるときは其死亡者の債務は其相続人の各自に於て均一の割合を以て分擔すべきものなり。然るに今此普通の規則を永賃借の場合に適用するものとせば數名の永借人若くは相続人中に無資力者を生じたるるとき其無資力者の擔分に屬すべき借賃に付ては永賃人は常に損失を受けざるべからず。是を以て數名の永借人若くは相続人ある場合には借賃を拂ふの義務を連帶且不可分のものとなし其中に無資力者を生ずるも其擔分に屬すべき借賃は他の有資力者に對して請求するを得せしむるものとはなしたるなり。第二、永借人は永借地に加へたる改良及栽植したる樹木を永賃借の終に當り賠償なくして殘置し得べし。第三、永賃借人は其法文の多少不完備なるに拘らず其精神に至りては普通の賃借人は賃借物を舊狀に復しよすれば其加へたる改良及栽植したる樹木を收去することを得るものとなしたるなり。然るに永賃借の場合に在りては第七十條を以て之を全く反對の規定を置き永借人が永

永借權 永借人の義務

物 權 法

借地に加へたる改良及栽植したる樹木は永賃借の終に賠償なくして之を
 残置くべきものとせり。而して賃賃借と永賃借との間に此の如き差異を
 設けたる所以のものは他ならず既に述べたる如く永賃借は普通の賃賃
 借とは異なりて荒蕪地若くは未耕地の類を以て其物體となすこと通常な
 るか故に永賃人か之に改良を加へ或は樹木を栽植する等のことは永賃權
 設定の主眼にして寧ろ當然のことと謂はざるべからず。然るに永賃借の
 終に當り永賃人に於て之を收去することを得るものとせば永賃地は即ち
 舊狀に復するに至るべくして獨り永賃權設定の目的に違ふのみならず又
 國家經濟上の不利とならざるを得ざるに因るなり。其永賃人をして賠償
 を受くるを得せらしむるか如きに至りては稍々酷に似たりと雖も永賃人
 は低廉の借賃に依り永年間収益を爲したるものなれば彼れ此れ相償ふも
 のと推定したるのみ。只永賃人か永賃地に築造したる建物に至りては永
 賃權設定の主眼をなすものにあらざるか故に普通の賃賃人と同じく之を
 收去することを得せしめ永賃人には先買權を與ふることとなせり第七

十條第二項の規定即ち是なり

第五節 永賃權の消滅

既成民法財産編の規定に依るに永賃權の消滅も亦大體に於て普通の賃賃權の消
 滅と其原因を同ふするものとせり。只其原因の一たる永賃借の解除を請求する
 ことを得る場合は普通賃賃借の解除を請求することを得る場合と多少其規定を
 異にせることは第六十八條及第六十九條の規定に依り明かなりとす

第一、永賃人か永賃借解除の請求を爲すことを得る場合左の如し

(一) 税法に依り永賃物に賦課せらるる租税其他の公課を永賃人より徴收
 ありたるるとき永賃人之を償還せざる場合

永賃物に賦課せらるる租税其他の公課は永賃人に於て負擔すべきもの
 なる已上はたとひ税法に依り永賃人より徴收することあるも永賃人は
 永賃人に對して之か償還をなさざるべからずとのことは余か既に述べ
 たる所なり。然るに永賃人に於て之か償還を爲さざる時は即ち義務
 を履行せざるものなるに依り雙務契約の原則に従ひ權利者たる永賃人

物 權 法

永賃權 永賃權の消滅

物

權

法

より永賃借の解除を請求することを得べきは當然なりとす。而して普通の賃借人は賃借物に賦課せらるる租税其他の公課を負担するの義務なきか故に此の如き場合を生ずることなし

(二) 永賃借人が三ヶ年間引續き借賃の拂入を爲さざる場合

普通の賃賃借に在りては賃借人が一回にても借賃の拂入を爲さざる時は義務の不履行を理由として賃貸人より賃賃借解除の請求を爲すことを得べしとは第三百三十九條に定むる所なり。然るに永賃借に在りては永賃借人が三ヶ年間引續き借賃の拂入を爲さざる時にあらざれば永賃人に於て永賃借解除の請求を爲すを得ざるものとなしたる所以のもの他ならず永賃借は余か屢々述べたる如く通常荒蕪地若くは未耕地の類を其物體となすものなるか故に永賃借人が永賃借物の上に作業を施し目的を達するに至るまでの間には幾多の困難に遭遇することあるべきは勿論一通作業を施し多少の収益を爲すまでには只出費と勞力のみ多く得る所之に償はすして借賃の支拂に困難を極むるか如きことあり

物

權

法

るべきは自然の數なりと謂はざるべからず。然るを一回にても借賃の拂入を爲さざる時は忽ちに永賃借人より永賃借の解除を請求せらるるか如きことあるに於ては終りを完ふする永賃借は殆ど之なきに至らざるを得ざるの結果を生ずべきに因るなり

(三) 永賃借人か他の債權者の訴追に因りて破産又は無資力の宣告を受けたる場合

永賃權は事を永遠に期して之を設定するものなるに永賃借人が破産若くは家資分散の宣告を受くるに於ては到底將來に向て借賃の拂入を爲し永賃借の目的を成就すること能はざるものと看做さるべからず是れ即ち永賃借人に與ふるに永賃借解除の請求を爲すことを得せしむるの必要ある所以なり。但し訴追を爲したる債權者に於て借賃を遲滯なく拂入るゝことを擔保するときは永賃借人に危険を生ずることなきか故に永賃借解除の請求を爲すの理由なきものと知るべきなり

第二、永賃借人が永賃借解除の請求を爲すことを得る場合左の如し

永賃權 永賃權の消滅

四二〇
（一）意外又は不可抗の原因に因りて三少年間引續き全く收益を爲す能はざる場合

普通の賃貸借に在りては意外又は不可抗の原因に依り毎年の收益三分一已上の損失を致すこと引續き三少年に及ぶときは賃借人は賃貸借の解除を請求することを得へしとは第百三十一條に定むる所なり。然るに永賃貸借に在りては三少年間引續き全く收益を爲す能はざる場合にあらざれば永借人に與ふるに永賃貸借解除の請求權を以てせざる所以のもの他ならず永賃貸借は余か屢々述る如く荒蕪地若くは未耕地の類を以て其物體となすを常とするのみならず其期間頗る長きものなるか故に意外又は不可抗の原因に因りて數年間引續き收益の多少を損失するか如きことは寧ろ通常なるべきに因るなり

（二）意外又は不可抗の原因に由り永借物の一分か毀損し爲めに將來の收益か借賃の年額を超ゆ可き見込なき場合

普通の賃貸借に在りては意外又は不可抗の原因に由りて賃借物の一分

滅失に歸し爲めに毎年の收益三分の一已上の損失を致すこと引續き三少年に及ぶときは第百四十六條に定むる所なり。然るに永賃貸借に在りては永借物の一分か毀損し爲めに將來の收益か借賃の年額を超ゆべき見込なきときは永借人をして永賃貸借の解除を請求するを得せしむる所以のものは他ならず永賃貸借は事を永遠に期するものなるに中途永借物の一分を毀損し爲めに將來に在りて年々の收益其借賃の年額を償ふに足るべき見込なきこと明かなるとき尙ほ永賃貸借解除の請求を爲すを得ざらしむるに於ては法律は永借人に永年の間損失を爲すの義務を負はしむるの結果となるに因るなり

第七章 地上權

第一節 總說

既成民法財産編に所謂地上權は羅馬法に於て Superficies と稱する權利に該當す。蓋し Superficies なる語は本來單に物の表面を表示するに過ぎずと雖も羅馬法に在

りては普通の用方としては天然の作用に因ると人為に因るとを問はず法律上土地の一部を看做すに足るべき状況を以て地表に固着する一切の物を表示し権利の名稱としては其固着物及地表を物體とする財産権を表示せり。而して此権利は地表に付てのみ云へば單に其地表を占有し及使用するの權利に外ならざるも其固着物に付て云へば所有者として之を利用し及處分することを得るの權利にして期間に制限なく又自由に他人に移轉することを得べきものなり。而して此權利を以て一種の支分權即ち他人の所有に屬する物の上に於ける權利となすに至りたる所以のものは他ならず社會經濟の發達と共に土地の價格漸く騰貴し土地及其地上物を併せて所有すること甚だ容易ならず去ればとて單純の賃貸借に因りて地上物に於ける使用収益を爲さんか或は借賃の高貴なるに堪へ難きことあるべく或は借賃高貴ならざるも其地上物自己の目的に適當せざることもあるべくして自から土地の所有者と地上物の所有者とを異にせざるべからざるの必要を來たしたるに因らすんばあらず。現に本邦に於ても他人の土地を賃借し之に住家工業場等を築造し以て土地の所有者と地上物たる住家工業場等の所有者

とを異にせるの例は都街の地に最も多く見る所にして事實上に在りては從來既に羅馬法に所謂 Superficies の權利即ち既成民法財産編に所謂地上權を認めたること明かなりと雖も別に法律の明文に依りて規定したるものなきは勿論慣習法上にも確定したるものなきか故に動もすれば土地の所有者と地上物の所有者との間に紛議を生し地上物所有者の權利頗る安固ならざるの實ありて存せり。既成民法財産編か羅馬法の所謂 Superficies の權利に基き地上權なるものを認めたるは即ち地上物に於ける所有者の權利を安固ならしめんことを期したるの主意に外ならず

第二節 地上權の性質

抑も所有權は物の上に於ける全權なるか故に土地を所有すと云へば其土地に固着せる物は土地の一部を構成して該土地の所有者に屬すべきものたるは當然なり。例へば余か所有に係る土地に建物樹木等の之に固着するとき其建物樹木等は土地と共に余の所有物なるか如し。然るに所有權を支分して他人に與ふる場合に其支分權の物體土地なるときは該支分權を得たる者は之に建物樹木等を

物 權 法

固着せしむることあるべきか故に其固着せる物と土地とは所有者を異にするこ
とあるべきは自然の數にして余か既に講述したる所の用益權、賃借權、永借權等設
定の場合皆然らざるはなし。唯是れ等の支分權を得たる者か建物、樹木等を土地
に固着せしめ以て土地の所有者と別に之を所有することあるは其目的單に收益
を爲すか爲めたるに過ぎずして地上權なる物權の設定に因りて然るにあらず。
而して茲に所謂地上權の存在せる場合も亦同しく土地の所有者と地上物の所有
者とを異にすと雖も之か設定の目的一に地上物を所有するに在りて其之を所有
して收益を爲すか如きは地上權設定の直接なる目的にあらざること、知るべき
なり

然らば即ち地上權とは何そや既成民法財産編第七十一條は之か定義を與へて
曰く地上權とは他人の所有に屬する土地の上にて建物又は竹木を完全の所有權
を以て占有する權利を謂ふと。定義簡にして盡くさざるの感なきにあらずと雖
も其精神に至りては地上權とは他人の所有地の上に定着し又は定着すべき地上
物を所有者の如く所有し及其地上物の存在し若くは存在すべき地表を占有する

物 權 法

權利を謂ふとの主意なること疑ふ可からず。此故に地上權は他人の所有地に現
存する所の地上物の上にあらざれば之を設定することを得ざるものにあらずし
て未だ現存せざるも其之を設置するの目的さへ存する已上は尙ほ其設定を爲す
ことを得べきは勿論地上權の設定ありたる已上は地上物は未だ現存せざるも將
來に於て存在すべき地表は之を占有することを得べきなり。現に財産編第七
十二條に地上權設定の時其土地に建物又は樹木の既に存するものと否とを問はず設
定行為の基本方式及公示は不動産讓渡の一般の規則に従ふと規定して地上權は
其物體たる地上物の既に存する場合にあらずと雖も之を設定することを得べき
ものたるの意を示し併せて其地上物の既に存するものと否とに拘らず地上權の設
定は不動産上に於ける物權の讓渡なるを以て之を設定するに付ての基本方式及公
示は不動産讓渡の一般の規則に従ふべきものとはなせり

第三節 地上權者の權利

地上權は前節に述べたるか如き性質のものなるか故に地上權者は其地上物に付
ては所有者たるの權利を行ふことを得べきは勿論なりと雖も其地上權を行ひ得

四二六

へき地表の範圍に至りては一に設定の當時に於て當事者の定むる所に従はざるべからず。而して地上權設定の當時に於て、地上物の現存せざる場合に在りては當事者は必ず其範圍を明定すべく又其之を明定することなくんば地上權の成立を妨ぐることもあるへきも地上物の現存せる場合に在りては或は其範圍を明定せざることもなきを保せざるに依り既成民法財産編は當事者の意思を推測して其第百七十四條に既に存せる建物又は樹木に於ける地上權の設定に際し従として之に屬すへき周邊の地面を明示せざるべきは左に掲ぐる規定に従ふ建物に付ては地上權者は其建坪の全面積に同じき地面を得るの權利を有す此配置は鑑定人をして土地及建物の周圍の形状と建物の各部の用方を斟酌せしめて之を爲す樹木に付ては地上權者は其最長大なる外部の枝の蔭蔽すへき地面を得る權利を有すとは規定したり。殊に又地上權者は其地上物を賣却することを得へきは勿論なるも社會の經濟上に於ては成るべく土地と地上物とを同一の所有者に屬せしむるを欲するか故に財産編は其第七十七條に建物又は樹木の契約前より存するべしとを問はず地上權者之を賣らんとするときは土地の所有者に其先買權を行

ふや否やを述ふへきの催告を一月前爲すことを要す右先買權に付ては此他尚ほ第七十條の規定に従ふと規定して用益權賃借權等の場合と同じからしめたり但し其催告の期間あるのみ

第四節 地上權者の義務

地上權は賃借權とは異なりて有償若くは無償にて之を設定することを得へきものなれば地上權者は必ずしも地面の賃借等を支拂ふの義務を負ふものにあらず。然れども若し借賃支拂の契約を爲したるときは其支拂ふべき納額に付ての權利義務は通常賃借の規則に従ふべきは勿論たるべし。故に財産編は其第七十三條に地上權者が讓受けたる建物又は樹木の存する土地の面積に應じて土地の所有者に定期の納額を拂ふ可きときは其權利及義務は其支拂ふ可き納額に付ては通常賃借に關する規則に従ひ其繼續する期間に付ては第七十六條の規定に従ふ右納額に付ては新に建物を築造し又は樹木を栽植する爲め土地を賃借したるときも亦同じとは規定したり。但し法文中讓受けたる建物又は樹木の存する土地の面積に應じての一句及其繼續する期間に付ては第七十六條の規定に

地上權 地上權者の義務

從ふの一句は冗文なり。蓋し借賃は土地の面積に應じて支拂ふは當然なるのみならず地上物は必ずしも所有者より譲受くるものにあらず又期間云々の規定は本條に全く無關係なればなり

又財産編は其第七十五條に地上權設定後に築造したる建物又は栽植したる樹木に付ては地上權者は此種の作業の爲め法律を以て相隣者の爲めに規定したる距離及條件を遵守す可し縱令其隣人か地上權の設定者なるも亦同し又地上權者は働方又は受方にて其他の地役の規則に従ふと規定したり。蓋し法律を以て設定する地役は公益の爲めに定むるものなるか故に何人と雖も之に服せざるべからざるは當然なり。故に地上權者は地上權設定後に建物を築造し又は樹木を栽植するときは財産編第五百五十八條及第二百六十二條の規定に従ふを必要とす。而して法文中縱令其隣人か地上權の設定者なるも亦同しとしたるは他ならず地役は本來所有者を異にする二箇の土地の上に存すべきものなるも地上權者は其有する權利の性質上完全なる所有權者と同一の位置に置くを以て相當となせばなり

物 權 法

第五節 地上權の消滅

地上權の消滅は概ね賃借權の消滅と其原因を同するか故に茲に詳細を説明するの要なし。只財産編は其第七十六條に既に存せる建物又は地上權者の築造す可き建物に付き設定權原を以て地上權の繼續期間を定めざるときは此建物存立の時期間其權利を設定したるものと推定す且其大修繕は土地の所有者の承諾あるに非されは之を爲すことを得す既に存せる樹木又は地上權者の栽植す可き樹木に付ては其地上權は樹木を採伐する時期まで又は其有用なる最長大に至る可き時期まで之を設定したりと推定す此他地上權は通常賃借權と同一の原因に由りて消滅す但所有者の爲す解約申入は此限に在らず地上權者は一ヶ年前に豫告を爲し又は未だ擲期限の至らざる納額の一ヶ年分を拂ふときは常に解約申入を爲すことを得と規定して第四百四十五條第五號に記載の賃借權消滅の原因は地上權消滅の原因としては直ちに適用せざることを明かにせり。今此規定に因りて之を見るに地上權繼續期間の定めなき場合に在りては目的物か建物なると樹木なるとに依り法律は各別の推定をなし建物なるときは其建物の存立の期間樹

物 權 法

物 權 法

木なるときは其樹木を採伐するの時期まで若くは其有用なる最長大に至る可き時期まで地上權を設定したるものと看做すこととし。又解約の申入は何時にても之を爲すことを得るも其之をして効あらしむるには一ヶ年前に豫告するか或は未だ拂ひ期限の至らざる納額の一ヶ年分を拂ふを要し。而して解約の申入は地上權者に非されは之を爲すを得ざるものとせり。前段法律上の推定は蓋し地上權の性質上當事者の意思の斯くあるべきを想像したるものに過ぎず故に反對の證據あるときは何時にても之を破るとを得べきは勿論なり。法文中但書を以て大修繕は土地の所有者の承諾あるにあらされは之を爲すことを得ざるものとしたるは全く地上權の永遠に繼續するの弊を防止するの主意に外ならざるべし。後段解約申入に關する規定に付ては其理由を了解するに苦まざるを得ず。蓋し此規定に依るときは地上權者は一ヶ年前に豫告を爲すか但しは支拂期限の至らざる納額の一ヶ年分を拂へば地上權繼續期間の定めある場合たると否とを問はず解約を爲すことを得るの權利あるものなり。其豫告の事に至りては賃借權解約に付ての豫告と其精神を同うするものなるも一ヶ年分の納額の支拂に依て解

物 權 法

約することを得るは何故なるか。若し地上權者に此權利を與ふるものとせば賃借人にも亦同一の權利を與へて更に差支なきに似たり。又賃借借の場合には解約の申入を爲すことを得るは期間の定めなき場合又は其定めあるも黙示の更新ありたる場合及當事者か此權能を留保したる場合第四百四十五條第四百四十九條乃至第五百一一條及第五百五十四條に限りたるに拘はらず地上權の場合に限りては地上權者は期間の定めあると否とに拘はらず何時にても解約申入を爲すことを得るものとしたるは何に故なるか。若し夫れ一ヶ年前に豫告を爲し或は一ヶ年先きの納額を支拂ふ已上は土地所有者に損害なきか故なりと云は、賃借借の場合に在りても同様の條件を附せば當事者に損害を與ふるとなきを以て之を許したりとて何等の差支へなきにあらずや。又解約の申入を爲すことを得るは地上權者に限るものとしたるは地上權者は地上物の完全なる所有者なるか故に厚く之を保護せんとを期したるに外ならざるべしと雖も地表のみに付て云ふときは當事者間の關係は賃借借の場合に於けると異なるとなき土地所有者をして全然解約の申入をなすとを得さらしむるに於ては前後或は權衡を失するの嫌ひなか

るべき歟。之を要するに前項第七十六條第四項の規定は地上權に固有の者として煩る理由に乏しきの感なき能はざるなり。其他財産編は第七十八條に於て本法實施の時に存する地上權は左の規定に従ふ期限を立て、設定したる地上權は其期限に至り當然消滅す期限を立てずして設定したる地上權は第七十六條に従ひて建物存立の期間繼續す右兩様の地上權は共に前條に規定したる先買權に服すと規定したるも是れ全く不用の條文たるのみならず第三項の如きは只建物に付ての地上權の場合のみを示して其他に及ぼさざる不完備なる法文と云ふの外なし。蓋し法律の既往に遡りて其効を有せしむへからざるは只既得の權利既遂の所爲を害する場合に於てのみ然るか故に其之を害する恐れある場合にあらざれば右の如き法文を特に置くの必要なかるべきは論を俟たざるなり

第八章 占有權

第一節 總說

占有は一の事實なるや將た又一の權利なるやの疑問は古來より法理學上至難の問題として學者間の論議紛々たることは世人の皆知る所にして從て諸國の制法

上探る所の主義も亦區々に渉るの跡あるを免かれず。然れども占有を侵害する者あるときは法律は之に保護を與ふるの點より觀察して近世の學者は多く占有を以て一の權利となすに至れり。蓋し法律上の權利は或る條件に従ひ公力に依頼して保護回復若くは賠償を受くべき許可に外ならざればなり。只占有は之を一の權利となすも既に夥多の學者をして一の事實に過ぎざるものと觀察せしむるに足るべき性質を包含するか故に他の權利とは大に其作用を異にする所あるは豫め期し置かざるへからず。既成民法財産編に於ては占有は一の權利なることを明言せずと雖も既に第一部物權の目次中に之を掲げたるを以て之を見れば一種の物權と認めたること疑ひなきものゝ如し。但し占有の章中に規定したる條項を研究するに及んで初めて既成民法財産編は占有に自然の占有容假の占有及法定の占有なる三種あることを認め其所謂法定の占有のみ之を權利として觀察したるの跡あることを發見するを得へし。而して其斯る規定を見るに至りたる所以のものは全く法律上の占有には占有者に其占有物を所有するの意思あることを必要となすの主義を採りたるの結果に外ならざるなり。本來占有の何に

たることに付ては法理の未だ定まらざる點頗る多きを以て余か今占有のとを説明するに當りても容易に斷論する能はざるものあるか故に素りに自己の意見を挾むことを止め一にサビニ氏の有名なる占有論より其實體を採取し以て既成民法財産編に於ける規定の當否を論ずるの材料と爲さんと欲す。蓋し氏の所論たる實に該博精緻なるを以て碩儒オースチン氏の如きも亦其著法理學講義の緒言に於て占有に關する議論に付てはサビニ氏の勞力を利用せんとするの意思あることを明言せり。然れどもオースチン氏は決して此目途を遂行せざりしなり。何となれば氏は其企圖せる著述に於て占有に論及するの前早く既に死亡したればなり。サビニ氏の議論は其基礎を羅馬法に採りたるものにして又此點に關する拉丁の教科書に付き綿密なる評論を下し兼ねて羅馬法律家の懷抱したる實際の意見を深遠に探究したるものなり。左れども氏の著述中余の利用せんとする所は此等の部分にあらずして氏か占有に關し一般法律上の思想を解拆する部分に在り。此思想たるや汎く一般に存在するものにして唯羅馬法律に於ける條規は其サビニ氏の爲め大に參酌せられたるに拘はらず該思想と異なり一般に

物 權 法

適用することを得ざるなり。故に余は特段の場合に於て論結せる所果して羅馬法律家の所論と合致するや否やに留意することなかる可し

第二節 占有權の性質

第一款 占有權の定義

既成民法財産編は占有を以て一種の物權と認めたることは同編の目錄並に草案の說明等に就て之を見るも明かなるか如しと雖も其第八十條第八十四條及第八十五條等に示す所の法定自然及容假の占有に於ける定義に就て之を見れば亦占有を以て一種の事實に過ぎざるものと認めたるの跡なきにあらずして法律の精神孰れに在るかを疑はしむるのみならず。占有の法定なると自然なると若くは容假なるとに因りて各其定義を異にし。法定の占有たるには占有者に自己の爲めに有するの意思あるを要し。自然の占有たるには占有者が自己の權利を主張するの意思なきを要し。而して容假の占有たるには占有者か他人の爲めに其他人の名を以てすることを要するものとし。尙ほ且つ法定及容假の占有は有體物若くは權利を以て其物體となすことを得るも自然の占有は必ず有體物に

物 權 法

占有權の性質 占有權の定義

物 權 法

あらざれば其物體となすことを得ざるものとなせるか故に一般に占有の何にた
ることを明かにするに由なきは勿論法定自然及容假なる三種の占有に共通する
所の元素なきに因て之を見るも既成民法財産編に於ては單純なる占有は之を認
めざるやの疑ひなきを得ず。若し夫れ既成民法財産編が占有を以て果して一種
の權利なりと認めたりとなさんか權利たる占有に自然若くは容假の占有なるも
のあるへからざるは勿論權利を以て占有の物體となすことも亦許すへからざる
なり。此故に今や占有を以て一種の權利と認め之か定義を下さんとするに當り
ては豫め先づ既成民法財産編の規定する所に從ひ自然及容假なる二種の占有の
何にたることを示し到底權利と認むへからざる所以を明かにするを要すへし。
但し權利を占有の物體となすの當否に就ては余之を次款を説明すへきを以て茲
に論究せざるへきなり

第一、自然の占有

既成民法財産編は其第百八十四條に曰く自然の占有とは占有者が自己の
權利を主張する意なくして有體物を所持するを謂ふ公有物に付ては各人

物 權 法

は自然の占有の外占有を爲すことを得ず。是に由て之を觀れば自然の
占有たるには占有者に自己の權利を主張するの意なきを要すること明か
かなり。法文中自己の權利を主張するの意なくとは蓋し自己か其物件
上に權利あることを主張するの意なく又其物件を自己の有と爲さんとす
るの意思なきことを指示し。而して財産編は一方に於て占有者か他人の
爲めに其他人の名を以てする物の所持を容假の占有なりと規定したるか
故に所謂自然の占有は他人の所有に屬する物を其所有者の承諾も得ず又
之に告げず自己にも權利を主張するの意思なくして一時所持するの事實
を謂ふことゝ知らざるへからず。例へば友人の所有に係る書籍か此机上
に存在するを幸ひ余か其承諾をも得ず暫時之を使用する場合の如し。自
然の占有にして果して此の如きものとせば其權利にあらずして單純なる
事實に過ぎざること論を俟たざるへし。現に財産編に於ても自然の占有
者を以て真正の權利者なりと推定するの法文なきは勿論此占有者に與ふ
るに占有訴權の如き或は占有物より生ずる果實を收取するの權利の如き

占有權 占有權の性質 占有權の定義

物 權 法

ものを以てせざるのみならず此占有に因りて時効を取得することも之れを許さざるなり然るに尙ほ自然の占有は財産編に所謂占有の一種なることを明言す財産編に所謂占有は果して一の権利なるや將た又一の事實なるや疑はざらんと欲するも得へからざるなり。殊に又前顯第百八十四條の法文中公有物に付ては各人は自然の占有の外占有を爲すことを得ずとあるか如きは余其何の意たるを解するに苦しまさるを得ず。蓋し公有物とは財産編第二十二條に示すか如く公の法人に屬し國用に供したる物を謂ひて現に該條中其重なる例を示せり。若し夫れ此公有物にして果して自然の占有の外占有を爲すを得ざるものとせば例へば官廳の建物を其長官か占有し船艦を其艦長か占有し兵器を兵卒か占有する如きは孰れも皆な自然の占有なりと謂はざるへからざるに至るへし。然れども此の如き占有は即ち占有者か他人の爲めに他人の名を以てする物の所持なるか故に正さしく財産編に所謂容假の占有なること疑ひなきものゝ如し。民法實施の後には此類の占有は一切之を禁止し船艦に艦長を置かず兵卒に兵

物 權 法

器を携へしめざるの精神なるか奇怪の極と謂つへし。況して財産編は其第百十六條に國府縣市町村及公設所に屬する財産の賃貸借は行政法を以て之を規定すと明示し公有物と雖も行政法の規定に従ひ之を賃貸することを得へきものと認めたる已上は一方に於ては公有物は容假の占有の目的物となすことを得へきものと認むるの精神なること明かなるに於てをや。財産編は公有物を以て不融通物となしたるか故に之を以て法定の占有の目的物となすを得ざるは當然の結果なりと雖も之に就き容假の占有をも尙ほ爲すを得ざるものとすることは其理由なきこと論を俟たざるのみならず第百十六條の規定にも矛盾し實際にも亦甚たしき不便あるを免かれず。之を要するに前顯第百八十四條の法文は財産編中より之を削除するにあらすんは財産編に所謂占有の性質終に了解すへからざるなり

第二 容假の占有

既成民法財産編は其第百八十五條に容假の占有とは占有者か他人の爲めに其他人名を以てする物の所持又は権利の行使を謂ふ容假の占有者か

占有權 占有權の性質 占有權の定義

自己の爲めに占有を始めたるときは其占有の容假は止みて法定となる。然れども占有の権原の性質より生ずる容假は左に掲ぐる場合に非されは止まず第一占有を爲さしめたる人に告知したる裁判上又は裁判外の行爲か其人の權利に對し明確の異議を含めるとき第二占有を爲さしめたる人又は第三者に出でたる権原の轉換にして其占有に新原因を付するるときと規定したり。即ち本條は容假の占有の何にたることを明かにし並せて其容假加止みて法定の占有となる場合を示したるものなり。而して本條の規定に因て之を見れば用益者、賃借人、受寄者又は質權者等が其用益物、賃借物、寄託物又は質物を所持する如きは其目的物を自己の有と爲すの意思あるにあらすして全く所有者の爲めに所有者に代はり之を所持するものなるに依り其占有は容假なり。又代理人か委任者の爲め事務管理者か本主の爲めに權利を行使する如きも自己の爲めに其權利を有するの意思なくして全く委任者若くは本主の爲めに之に代はりて權利を行使するものなるに依り其權利の占有は容假なり。然れども占有者にして中途其意思を變

して自己の爲めに有するの意思を以て占有を爲すこととなりたるときは容假の占有は變して法定の占有と爲ることを知らざるべからず。容假の占有にして果して右の如きものなりとせば其占有は權利にあらすして正さしく一種の事實なりと謂はざるべからず。何となれば他人の爲めに他人の名義を以てする已上は其占有は依然所有者に存すべければなり。前述の諸例に就て之を云へば用益者、賃借人、受寄者又は質權者等か其目的物を所持するは自から占有者として所持するに非ずして其目的物の所有者か用益者、賃借人、受寄者又は質權者等に依りて之を占有するに過ぎざることゝ知るべし。現に財産編に於ても容假の占有には法定の占有に於けるか如き効力を生ずることを許さざるなり。容假の占有者か自己の爲めに占有を始めたるときは其占有の容假は止みて法定と爲るとの規定の如きは占有者の意思次第にて自由に容假の占有を法定の占有に變ずるを得せしむるものたれば別に制限なくんば用益者、賃借人、受寄者又は質權者等は己れの意思次第にて何時にても其目的物に就き法定の占有を爲し

占有者 占有權の性質 占有權の定額

四四〇
 自己の爲めに占有を始めたるときは其占有の容假は止みて法定となる。然れども占有の権原の性質より生ずる容假は左に掲ぐる場合に非されは止まず第一占有を爲さしめたる人に告知したる裁判上又は裁判外の行爲か其人の權利に對し明確の異議を含めるとき第二占有を爲さしめたる人又は第三者に出でたる権原の轉換にして其占有に原因を付するときと規定したり。即ち本條は容假の占有の何にたることを明かにし並せて其容假か止みて法定の占有となる場合を示したるものなり。而して本條の規定に因て之を見れば用益者、賃借人、受寄者又は質權者等が其用益物、賃借物、寄託物又は質物を所持する如きは其目的物を自己の有と爲すの意思あるにあらすして全く所有者の爲めに所有者に代はり之を所持するものなるに依り其占有は容假なり。又代理人か委任者の爲め事務管理者か本主の爲めに權利を行使する如きも自己の爲めに其權利を有するの意思なくして全く委任者若くは本主の爲めに之に代はりて權利を行使するものなるに依り其權利の占有は容假なり。然れども占有者にして中途其意思を變

して自己の爲めに有するの意思を以て占有を爲すこととなりたるときは容假の占有は變して法定の占有と爲ることを知らざるへからず。容假の占有にして果して右の如きものなりとせば其占有は權利にあらずして正さしく一種の事實なりと謂はざるへからず。何となれば他人の爲めに他人の名義を以てする已上は其占有は依然所有者に存すへければなり。前述の諸例に就て之を云へば用益者、賃借人、受寄者又は質權者等か其目的物を所持するは自から占有者として所持するに非ずして其目的物の所有者か用益者、賃借人、受寄者又は質權者等に依りて之を占有するに過ぎざることを知るへし。現に財産編に於ても容假の占有には法定の占有に於けるか如き効力を生ずることを許さざるなり。容假の占有者か自己の爲めに占有を始めたるときは其占有の容假は止みて法定と爲るとの規定の如きは占有者の意思次第にて自由に容假の占有を法定の占有に變ずるを得せしむるものたれば別に制限なくんば用益者、賃借人、受寄者又は質權者等は己れの意思次第にて何時にても其目的物に就き法定の占有を爲し

物 權 法

得へくして所有者の爲めには頗る危険なることとなり不當の規定なるを免かれざるへし。何となれば法定の占有に變するときは是等の者は自己の爲めに有するの意思を以て其目的物を所持するととなればなり。故に前章第八十五條は占有の容假か止みて法定の占有と爲る場合を制限して二箇となせり。法文中占有の權原の性質より生ずる容假とあるは果して如何なる種類の容假の占有を云ふとなるへきか法文の解釋せば容假の占有には占有の權原の性質より生ずるものと其性質より生ぜざるものとの二様ありて其性質より生ぜざる容假の占有は何れの場合に於ても占有者の意思次第にて之を法定の占有に變することを得へきも其性質より生じたるものなるときは次に述ふる所の二箇の場合にあらざれば法定の占有に變することを得ずとの意なるか如きも占有の權原の性質より生ずる容假の占有は如何なるものにして又其性質より生ぜざる占有は如何なるものなるか余は之を了解する能はず。而して容假の占有か法定の占有に變するものとなせる第一の場合には例へば用益者か虛有者に對し訴訟を

物 權 法

提起し該用益物の所有權は第三者より之を取得したりと主張し。或は公吏に依りて該用益物に付ては自今之を自己の所有として有することを虛有者に告知したる場合の如き是なり。其第二の場合には法文頗る澁難にして殆ど解し難しと雖も其精神に至りては占有を爲さしめたる人又は第三者に於て權原を變更し其變更の爲めに其占有に新なる權原を附したるときと云ふの意なるか故に例へば用益者か虛有者又は第三者より用益物を讓受け或は之を買取りたる場合の如き是なり。是等の場合に於ては占有者か自己の爲に有するの意思を以て占有するの證據充分なるを以て容假の占有は變して法定の占有と爲るへきは當然なり。而して既に法定の占有と爲りたる已上は初めより法定の占有たりし時と同じく法律上の効力を生すべきは勿論にして其占有の善意なると又惡意なるとを問はざるなり已上述べたる所に因れば財産編に所謂自然及容假の占有は權利にあらずして一種の事實なること明かなり。然らば則ち財産編に所謂法定の占有は如何同編第百八十條に曰く法定の占有とは占有者か自己の爲めに有するの意思を以てする

占有權 占有權の性質 占有權の定義

物 權 法

有體物の所持又は權利の行使を謂ふ權利は物權と入權とを問はず法定の占有を受くることを得其種々の効力は場合に從ひ下に之を定む。此法文に因て之を見れば法定の占有のみに就ては財産編は初めて之を以て一種の權利となすの精神を表示せるものと謂ふて不可なき如し。何となれば法定の占有たるには占有者に自己の爲めに有するの意思と有體的の實力とを要し而して法律上種々の効力を生ずるものとせばなり(但し權利を以て占有の目的物となすの當否に付ては余之を次款に説明すべき如故に茲には有體物の占有のみに關して云ふことゝ知るべし)。現に第九十三條に法定の占有者は反對の證據あるに非ざれば其行使せる權利を適法に有するものと推定を受くのであるか如き法定の占有を以て一種の權利と認むるの精神を證明するに足るべきなり

抑も法律上の占有には無形の原素と有形の原素とを要し其無形の原素は即ち或る意思にして其有形の原素は即ち或る實力なりとのことは羅馬法已來諸國の學者の皆一致する所にして前顯財産編第八十條に於ける定義も實に其意を明示せり。只其意思及實力の性質種類の如何に關しては古來學者の間論議頗る多く

物 權 法

爲めに後世の法學者をして法律上所謂占有の何にたることを了解するに惑ふ所あらしむるの實なしとせず此故に法律上占有の何にたることを明かにするには先づ其之に要する所の意思及實力の性質種類の如何を説明せざるべからざるなり

第一、意思(Animus)

羅馬法に於ては法律上の占有に要する所の意思を單に占有の意思(Animus Possessionis)なりと明言して其所謂占有の意思とは如何なる意思を指示するかは該法の明言せざる所なるか故に羅馬法學者か之を解釋するに區々の見解を以てしたるの實あり。然れども學者の多くは羅馬法に所謂占有の意思とは所有するの意思(Animus domini)を指示することとなしたるの結果羅馬法を繼受したる諸國の法典概ね皆其意を承繼するに至れり。既成民法財産編の如きも亦然りとす。而して既成民法財産編か法定占有の外に容假の占有なるものを認了せざるべからざるの止むを得ざるに至りたるは實に茲に胚胎することゝ知るべきなり。何となれば用益者の如き永借

占有權 占有權の性質 占有權の定義

物 權 法

人の如き地上權者の如き各々其物體を占有するにも拘はらず其之を占有するは自己の爲めに所有するの意思を以てするものにあらざればなり又或る一派の學者は羅馬法に所謂占有の意思とは所有するの意思を指示するにあらざして單に他人を排斥するの意思を指示するに過ぎざるものとせり。英米の法學者は皆此派に屬す故に英米の學者か占有を論ずるには悉く皆此意を發表す。是を以て此派に屬する學者は所謂容假の占有なるものを認むることなく法律上の占有は唯一のものとなせるなり。何となれば用益者の如き永借人の如き地上權者の如き各々其物件に就き之を所有するの意思なきも其物體より他人を排斥するの意思を有するものなることは明かなればなり。而して近世の法學者は概ね皆此派に左袒するものゝ如し是れ蓋し法律上の占有には占有者に所有する意思あることを要するものとなすときは法律か占有を保護するの理論に適せざるのみならず實に占有なる概念に矛盾すればなり。即ち盜賊は其所持する所の贓物を所有するの意思あるを以て法律上の占有者なり故に之を保護せざる

物 權 法

へからず用益者は其所持する所の用益物に就き所有する意思なきか故に法律上の占有者として保護を受くへからずと云はし三歳の童子と雖も其奇怪なるに驚くことならん。法律上の占有には占有者に所有するの意思あるを要するものとなすの結果實に此奇觀を呈せざるを得ざるなり其當否素より論せずして明かなりと謂つへし。此故に余は羅馬法に所謂占有の意思の何にたることに就ての解釋の如何は之を措て問はざるも理論上に於て法律上の占有に要する所の意思は只他人を其物件より排斥するの意思に過ぎざるものなることを主張せざるへからず

第二、實力(Corpus)

羅馬法に於ては又法律上の占有に要する所の實力を指示するに單に *Corpus*なる語を用ゐたるか故に前述したる占有の意思に於けると同じく羅馬法學者か之を解釋するに區々の見解を以てし此所謂實力は握持即ち身體的の接觸を要するものと解釋したるの學者も實に少なしとせず。既成民法財産編は余か既に述べたるか如く有體物に就ては之を所持と云へり。

占有權 占有權の性質 占有權の定義

其所持とは果して如何なる事實を指示し其事實を構成するには如何なる實力を必要となすか法文は更に之を明言せず雖も其第百八十九條に法定の占有は或る物の所有權又は或る權利を自己の有と爲す意思を以て其物を握取する所爲に因り又は其權利を實行するに因りて之を取得すとあるに因て之を見れば其第百八十條に所謂有體物の所持とは即ち握持を指示すること明瞭なるか如し。然れども法律上の占有に身體的の接觸即ち握持を要すとの見解は全く羅馬法の誤解に出たるものなることは既に殆んど百年已前即ち千八百三年に於てサビエー氏の著書たる占有論第二編に詳細に論述せられ今日に在りては學者の皆疑はざる所なり。元來法律に於て同一事に關して本則と除外例との二様を設けたる場合に於ては本則は即ち普通の場合に適用せられ除外例は即ち或る特別の場合にのみ適用せらるべきものたるは當然に屬し而して擬制的のものは即ち除外例に外ならざるなり。然るに今法律上の占有に必要な實力には握持を要するものとなし其之を要せずして占有の成立を認むるは擬制に過ぎずとな

さんか除外例は即ち本則にして本則は即ち除外例たるの結果を生せざるを得ざるは余の辯を待たずして明かならん。何となれば凡そ法律上の占有は握持なくして其成立を認むること世間普通にして未だ嘗て人之を怪まざるのみならず法律に於ても明かに其法律上の占有なることを認むればなり。現に吾人か若干の土地若くは動産物を買ひ取りたる場合に於て吾人か足以て其土地を悉く踏み通し若くは手以て動産物を握取して其之を占有する場合か普通なるか或は又斯る踏み通し若くは握取の事實なくして占有する場合か普通なるかと問はば三歳の童子と雖も後段の場合の普通なるを答ふべきは勿論前段の如き場合は世間稀に見る所なるべきは人の皆知る所なりとす。果して然りとせば法律上の占有に必要な實力は物に身體的の接觸を要するものとなすを本則とするの誤まれるものたること喋々辯を待たざるへし況んや物に身體的の接觸あるも其之を占有するものと認むべからざる場合多々あるに於てをや。見よ吾人か道路を通行するに當り吾人の身體は道路に直接なる接觸を爲すものなるも

占有權 占有權の性質 占有權の定義

雖れか吾人か其の道路を占有すと云ふものあらんや。又連鎖を以て縛せらるゝ囚徒は其連鎖に直接なる身軀の接觸を爲すものなるも誰れか其囚徒は連鎖を占有すとすものあらんや。是に因て之を觀れば法律上の占有に必要なる實力は只他人を排斥するの實力に外ならずして其占有者か物體を握持すると否とは問ふ所にあらざること明かなるべきなり而して尙ほ此事に關しては占有權取得の節に於て詳論する所あるべし

右陳述したる所に依て之を見れば占有權とは自己の爲めにする意思を以て物の所持を爲す權利を謂ふとなすの適實なるを信するなり但し茲に所謂所持とは決して握持の意にあらざること注意せざるべからざるなり

第二款 占有權の主體及物體

占有權の主體に關しては既成民法財産編中何等の規定も之を置かず雖も既に法定の占有を以て自己の爲めに有するの意思を以て物を所持するを云ふとなしたる已上は法律上絶對的の無能力者の如きは代理人に因るにあらざれば自から占有權の主體たることを得ざるは論を俟たざるなり。何となれば絶對的の無能

物 權 法

力者には權利行爲に關する意思あることを認むべからざればなり。然るに余か後節に述ふる如く占有權は理論上果して代理人に因りて之を取得することを得べきものなるや否や一の疑問たらざるを得ず。而して若し代理人に因りて取得するを得ざるものとせば絶對的無能力者は占有權の主體たる能はざるの結果を生すべきなり

又物は有體物に限るとの主義を取りたる已上は物權たる占有權の物體も亦有體物に限るべきは當然の結果なりとす。然るに既成民法財産編は明かに權利なる無體物も尙ほ占有權の物體たることを得べきものとせり。例へば用益者か用益物を占有するは容假の占有なるも用益權を占有するは法定の占有なりとなせるか如し。是れ一には財産編か法律に所謂物に有體物無體物の別あることを認め無體物たる權利自身も尙ほ權利の物體たることを得べきものとなしたる結果なりと雖も又一には歴史上の沿革に基きたるものなること疑ひなきものゝ如し。蓋し基督教會法及歐洲中世の制度に於ては土地の占有と密着せる權利を認め土地の占有に關する理論を之と密着せる權利に應用したるの實あり。例へば基督

物 權 法

占有權 占有權の性質 占有權の主體及物體

物 權 法

教會管轄内の僧侶若くは封建領主の管理内の臣民が其管理内より他人の爲めに
追放せらるゝか如きことあるときは土地の占有を害せられたるものとなし併せ
て其追放を受けたる者の權利を保護したるか如き是なり。是より已來歐洲諸國
の法典に於て有體物占有の理論を無體物たる權利に應用し權利も亦占有權の物
體たることを認めたるものゝ如し。然れども余か此講義の總論に於て述べたる
か如く權利は即ち權利にして權利は權利の物體たるべきものにあらざることは
近世法理の是認する所なる已上は權利は占有權の物體たるを得べきものとなす
へからざるは論を俟たざるなり。但し法律が准占有なるものを認めて自己の爲
めにする意思を以て權利を行使する場合に一般占有に關する規定を准用するか
如きは只便宜に出づることなるを以て妨げなきは勿論たるへし

第三節 占有權の取得

第一款 取得の所爲

占有權は自己の爲めにする意思を以て物の所持を爲す權利に外ならずとのこと
は余か既に前節に於て詳論したる所なり。占有權の性質にして果して此くの如

物 權 法

きものなりとせば其之を取得するには單に物に對し自己の爲めにする意思の實
行さへあれば即ち足れること自から明瞭なりと謂はざるべからず。詳言せば占
有權は自己の爲めにする意思を以て物を所持するに因りて之を取得することを
得べきなり。既成民法財産編は其第八十九條に於て法定の占有は或る物の所
有權又は或る權利を自己の有と爲す意思を以て其の物を握取する所爲に因り又
は其權利を實行するに由りて之を取得すと規定して有體物に於ける法定の占有
を取得するには物の所有權又は或る權利を自己の有と爲す意思と其物を握取す
る所爲とを要し。權利に於ける法定の占有を取得するには同一の意思と其權利
の實行とを要するものとせりと雖も權利を以て占有權の物體となすは法理の
許さざる所たるは余既に之を辯し又有體物に於ける占有權を取得するには其物
を握取するの所爲を要すべきものにあらずとのことも亦既に余か反覆説明した
ることに屬せるを以て前顯第八十八條の規定に就ては最早彼れ是れ論議を試
むるの必要なし。然れども此結論たるや占有の取得並に喪失の方法如何を觀察
せば甚だ明白に之を認識することを得べきか故に左に之か例解を爲し以て此結

占有權 占有權の取得 取得の所爲

論の誤らざることを表白すべきなり

而して余か是より此事を例解するに方り先づ土地の場合より講せんとす。例へば人あり一頃の土地を購求せんとし其代價を支拂ひ而して雙方の當事者契約證書に署名したりとせんに此場合に於て其土地の占有を得るか爲めには敢て買主に於て土地の各部分に歩行し以て身體的接觸を爲すことを要せず買主は其土地に進入して茲に佇立し賣主は退去し又は其承諾を明示せば則ち占有は直ちに買主に歸するものとす。是れ實に占有に關する買主の請求か何人より反對を受けざる場合を想像せるものなりと雖も若し賣主にして其土地を去らす不當にも買主の占有權に抗拒するか又は第三者ありて賣主及買主雙方の權利を争ふときは縱令買主に於て其土地の全部に歩行し身體的接觸を爲すも苟も此等の抗争の除去せらるゝに非ざるよりは決して占有を取得するとなし。是れ買主をして占有を取得せしむるに必要な有形的の要素は身體的接觸にあらずして専ら自己の爲めに土地を處置し得べき實力たるに依るなり。而して斯る場合に於て買主か占有を取得するには唯二個の方法あるに過ぎず反對者を誘導して讓歩せしむる

物 權 法

物 權 法

こと又は腕力に因て其抵抗を排除すること是なり。此の如く夫れ占有を取得せんには買主に於て其土地の全部に歩行することを要せず若し其土地にして當事者の附近に在り而して賣主は之を買主に指示し其占有の空虚なることを明示し兼て之を買主に引渡さんとするの希望を發表すると同時に買主は之を受取らんとする希望を發表するときは則ち其土地の占有を移轉せしむるに足るものとす。故に買主が獨り自己の爲めに物件を處置し得べき物理上の實力たる占有の一要件は買主に於て其土地上に歩行し以て之を使用せんことを思惟するに否とに拘はらず存立するものと知るべし。而して此ことたるや占有を保維するの要件如何を觀察するときには益々明かに之を了解することを得ん。抑も土地の占有を保維せんか爲めには占有者に於て常に其土地上に滞在することを要せず又其土地の近傍にすらも存在するに及ばず占有にして一度取得せられたる以上は敢て占有者に於て毎分毎時自己の好む所に從て其土地を所置し得べき物理上の實力を保維することを必要とするものにあらずして苟も自己の望む所に依り何時にても此實力を再現せしむることを得るに於ては則ち其土地の占有は繼續せるもの

と認むべきものなり。故に夫の職業爲めに自家を去て附近の市府に赴く者の如きも亦尙ほ其家屋並に財産の占有を保維せるものなり

次に吾人が動産物の占有を取得する方法如何を探究するときには亦右説明せる所と同一の論結に到達するを得へし。元來動産物の占有は其物件と身體的接觸を爲すことに因て取得せらるゝこと屢々なり。即ち金銭は之をポケットに投入し衣服は之を着用し椅子は之に坐することに因て各其之か占有を取得するか如き是なり。然れども此身體的接觸たるや更に必要の條件にあらず故に余は余の目前に在る机の上に置きたる金銭余の衣房に掛けたる衣服又は余の家屋内に存在せる椅子に付ても猶ほ各之か占有を取得せるものと云はざるべからず。之と同一の理由に因り若し余が公の波止場に存在する所の巨大なる貨物を買求めんとする場合に於て賣主と共に現場に至り賣主は其貨物を交付するの意思を表示し買主たる余は之を受取るの意思を表明するときは茲に貨物の占有を取得するものとす。又之と同しく余が或る倉庫に貯存せらるゝ貨物を買求むる場合に於ては其鍵の交付を受くることに因て貨物の占有を取得するを得べく。

物 權 法

又材木の占有は買主か賣主の面前に於て其木片に記號を附することに因り之を取得することを得へし。而して此場合に於ても其占有は敢て記號の爲めに身體的接觸を爲すことに因て取得せらるゝものにあらずして其買主をして之を取得せしむるは實に當事者雙方の意思の然らしむる所なり。故に當事者の意思に依りては其木片に記號を附するとも更に占有移轉の効果を生ぜざるとあるべし。例へば其記號たるや單に目的物たる材木の異動せんとを防止するに止まる者にして材木は代價の支拂を俟て始めて之を引渡すを約定せる場合の如き是なり以上列記せる諸般の場合に於て物件の占有は或は想像的標識的又は解釋的に取得せらるゝものなることを主張する者ありと雖も是れ實に非常なる誤謬と云はざるべからず。此等の各場合も亦夫の他人を排斥して吾人の好む所に從ひ物件を處置し得べき物理上の實力あるに依て占有存在するものなり。即ち此等總般の場合中二個の場合を除くの外目的物たる物件は實際吾人の面前に存在するを以て其之に對する占有權あること論を俟たず。又茲に所謂二個の場合とは他なし吾人の家屋内に持來りたる物件に付ては吾人之家占有權を取得するものとな

物 權 法

物 權 法

す場合及倉庫に貯藏せる貨物を賣買するに方り賣主より買主に其鍵を交付する
 場合即ち是なり。前場合に於て吾人に占有權ありと爲すは畢竟法學者の熟知す
 る原則を此特段の場合に適用したるものなるに外ならず。所謂法學者の熟知せ
 る原則とは何そや他なし人は其家屋に對して充全獨專なる管理權を有するか故
 に家屋内に於ける總般の物件に付ても亦現實の監守を爲すものなりとの原則是
 なり。又後の場合に於て倉庫内の貨物の占有買主に移轉するものと爲す所以は
 斯る場合に其目的物を處置するの權力を買主に附與せんには鍵の交付を爲すの
 外復た他に良法之あらざればなり

動産の場合に於ても亦不動産の場合と同しく其占有の取得せられたる後占有者
 に於て常に他人を排斥し隨意に物件を處置し得べき物理上の能力を再現するこ
 とを得る以上は即ち該占有保維せられたるものとす。此理由に依り公の波止場
 に於て貨物の占有の授受ありたる後賣主及買主相伴て現場を退去することある
 も尙ほ其波止場に積置きたる貨物に付ては買主之か占有を保續するものたり。
 尤も一私人所有の倉庫内に於ける貨物賣買の場合に在ては苟も其倉庫の所有主

物 權 法

にして買主の爲めに貨物の保存所として倉庫の使用權を許與するにあらざれば
 買主に於て該貨物の占有を保續せるものと云ふ可からず

併又占有に關する思想如何に付ては生獸を占有する場合を觀察せば益々之を明
 解することを得ん。元來人の家内に馴養せらるゝ所の獸畜即ち牛馬の如きは之
 を他の動産と同一視して可なり。之に反し野獸に至ては唯吾人に於て直ちに之
 を捕拿し得るか如く充分に拘禁せらるゝ限り之か占有を得有するに過ぎず。此
 理由に依り河川内に於ける魚介に付ては縱令其河川及捕漁權の吾人に屬する場
 合と雖も尙ほ魚介に對して占有權あることなし。吾人か邸内の池泉に於ける魚
 介に付ても亦之と同一にして若し其池泉か吾人の捕漁せんと欲する所の魚介を
 して逃去せしむるの餘地あるか如く廣大なるものたるときは吾人は毫も其魚介
 に對して占有權を有するものにあらず。然れども魚介にして一旦池槽等に投入
 せられ而して其池槽か何時にても吾人をして魚介を捕拿することを得せしむる
 か如く狹隘なるものたるときは吾人は即ち其魚介に付て占有權を有するものな
 り。人に馴養せられたる野獸も亦其放置せらるゝに拘はらず尙ほ逃去せざる限

占有權 占有權の取得 取得の所爲

物 權 法

りは家畜と同しく占有権あり。左れども純然たる野獸に付ては縱令之に致命傷を附することあるも特に之を捕拿するにあらざれば未だ以て占有権を得たりと云ふ可からず。何となれば此場合に在ては尙ほ獵夫に於て物理上の監守力を欠缺せるのみならず其捕拿を妨碍すへき諸般の事項の起生するや測るへからされはなり。詳言すれば或は他の猛獸來て其野獸を攫取し之を奪去することある可く或は該野獸は其巢窟に逃竄することあるへく或は又獵夫に於て其踪跡を失却する等のことある可きなり

次に占有喪失の方法如何を觀察するときは以上の論結をして層一層明瞭ならしむることを得へし。凡そ物件に對する吾人の物理上の監守力を亡失せしむへき各所爲は因て占有を喪失するの結果を生せしむへきものなり。而して此ことたるや其監守力を亡失せしむる所爲をなしたるの者に於て該所爲に因り自ら占有を轉得したると將た或る他の人に於て該所爲をなしたるとに依て差異を生ずることなし。此理由に因り若し甲者か乙者に屬する物件を取て之を海中に投棄するときは縱令何人も其物件の占有を轉得するものなしと雖も乙者は尙ほ占有を

物 權 法

失したるものなり。又吾人は他人の爲めに物件を取去られたるに依り其の占有を喪失するのみならず單に將來監守力を行使することを得ざらしむへき事情の爲めに之を喪失することあり。例へば余か或る深林を通行するに方り細微なる寶石を落したる場合の如き。又は獵夫の爲め一旦捕拿せられたる獸畜か自から原野に逃去したる場合の如き是なり。之と同一の理由に依り若し余か某處に所有物を忘失し來りたる場合に於て其場所を想起すること能はず又之を搜索したるも發見することを得ざりしときは則ち余は其物件に對する占有権を喪失せるものなり。然れども茲に例外の場合ありて存す遺失物か發見せられざるに拘はらず尙ほ其所有主の邸宅若くは隣接せる邸宅内に存在するとき即ち是なり。例へば余か自家の庭園内に於て若干の貨幣を遺失し之を搜索したるも發見することを得ざりしとせんに此場合に在ては余は未だ其貨幣に對する占有権を喪失したるものにあらず。左れども此場合たる決して眞の例外を成すものにあらず。何となれば前述の如く法律の汎く確認せる原則に依り一家の所有主は其邸宅并に總ての住人に對して單獨の管轄權を有するを以て邸宅及庭園内に於ける各物

件に付ては亦直接の監守を爲すものと云はざるを得されはなり
 夫れ然り然りと雖も吾人か或る場所に物件を遺留し來りたるとき苟も其場所を
 知了し且つ之を復歸することを得るに於ては毫も該物件に對する占有を失ふこ
 となし。此理由に依り若し余か森林に一挺の斧を遺留したる場合に於て次日再
 ひ此處に來り工事を續行するの意思あるときは余は依然として其斧に對する占
 有を保維するものなり。然れども此場合に於て他人其斧を發見し之を携帶し去
 るときは余は則ち其瞬時より占有を喪失すべし
 不動産に於ける占有の喪失に付ても亦右と同一なる常則を適用するものなり。
 詳言すれば此場合に於ても占有は其不動産に對する物理上の監守力の繼續せる
 間保維せらるゝものにして其監守の絶止すると同時に占有も亦止息するものた
 り。故に余か朋友及從僕を余の家屋内に招致したる後之を遺留して獨り他出す
 ることあるも尙ほ余は家宅に對する占有權を喪失することなし。然れども此場
 合に於て若し此等の朋友從僕か余の歸來するに方り或る辭柄を設けて所有主た
 る余の權利を承認することを拒み余の來入を妨ぐることをあらは余は則ち家屋の

物 權 法

占有權を喪失したるものにして爾後此等の朋友并に從僕を逐斥したるとき始め
 て其占有を回復することを得るに過ぎざるなり

羅馬法に依れば余の不在中他人來りて從來余か占有に屬せる土地を占領し以て
 余の復歸を妨げ又余か其土地に對して權利を行使することを拒まんとするか如
 き場合に在ては苟も余に於て其他人の侵入せる事實を知了する迄は一も占有權
 を喪失することなしとせり。然るに此法規たるや前述せる占有の思想と抵觸相
 容れざるものなること明かなり。既に講述したるか如く法律上の意義に於ける
 占有を組成せんには吾人の隨意に物件を處置し得べき物理上の權力を要するを
 以て結局此實力の喪失せられたる以上は吾人に於て其喪失の事實を知了すると
 否とを論せず占有も亦絶止したるものと論結せざるべからず。夫れ此の如く羅
 馬法の規則は前述せる占有の一般の思想と合致せざるを以て吾人は此規則の爲
 めに占有の意義を變更せざるべからざるやの疑問を生ず可し。サピニー氏は此
 問題に關し詳細なる討究を爲したる後吾人は敢て占有の意義を變更するに及ば
 ず羅馬法の此規則は單に例外の場合として論ず可きものなることを決定せり。

物 權 法

本來此規則たる實に一の隠制たるに外ならずして其趣旨たるや通常隠制の場合に於けると等しく専ら或る事項より生ずる不便又は不正の結果を避けんとするにあり。而して此場合に於ける隠制は則ち其占有が既に實際上絶止したるにも拘はらず尙ほ占有を保維するものと認むるにあるなり。故に此規則たるや往時の不動産明渡の訴訟に於ける隠制と同じく毫も占有の思想を變動せしむるに足らざるなり。又余の知了する所に依れば遺般の隠制たる決して動産の場合に迄其適用を擴充するものにあらず而して其之を不動産に適用するは唯法律規則に於て明かに該隠制を認識したるときに限れること論を俟たす

第二款 代表に依る取得

凡そ權利は其如何なる種類のものたるを問はず代理人に因りて之を取申し得べきは原則なるも占有權は財産に關する他の權利と同じく代理人に因りて之を取申し得べきを得べきものなるや否や。既成民法財産編は其第九十條に物の所持又は權利の行使は之を第三者の所爲に委することを得但占有するの意思は占有に付き利益を得んと主張する其人に存することを要す然れども無能力者及法

物 權 法

物 權 法

人は其代理人の意思及所爲に因りて占有の利益を受くことを得と規定して普通の場合に在りては本人に於て占有の意思さへ存する已上は占有權は代理人に因りて之を取申し得べきことを認め無能力者及法人の場合に在りては本人に權利行為に關する意思なきものなるか故に其代理人の意思及所爲に因りて尙ほ占有權を取申し得べきことを認めたり。然れども此規定に依るときは明かに一物の上に財産編に所謂法定の占有及容假の占有なる二種の占有が成立せざるへからざるの結果を生ずへし。何となれば此場合に於て代理人が一物を所持するは他人即ち本人の爲めに其名義を以てするものなるか故に代理人は容假の占有を得而して本人は法定の占有を得ることゝなればなり。果して然りとせば此場合に於ける法定の占有には只占有者に占有の意思のみ存して物の所持なる元素を欠き第九十條に示したる法定の占有に關する定義に矛盾するに至るべきは疑ひなきものゝ如し。若し又余が前節に於て述べたる所の主義に基き占有權は自己の爲めにする意思を以て物を所持するに因りて取得するものとせんか益々以て占有權は代理人に因りて取得するを得べきものとなすの不當なるを發見すへ

占有權 占有權の取得 代表に依る取得

物 權 法

し。何となれば代理人が本人の爲めに物を所持するは代理人の一身より云へば自己の爲にする意思を以てするものと謂はざるべからざればなり。蓋し代理人は其所持に係る本人の物を保存看守するの義務を負ふものなるか故に他人の爲めに其物を追奪せられ或は毀損せられたるか如き場合には本人に對して其責に任せざるべからざるを以て其之を所持するは間接に自己の爲めにするの意思を有するものと斷言して不可なきなり。果して然りとせば所謂代理人は占有に就ては代理人にあらすして獨立なる占有者なりと爲さざるべからざるに似たり。此故に余は寧ろ占有權は代理人に因りて之を取得ることを得ざるものにあらざるやを疑ふものなりと雖も諸國の法制は尙ほ代理人に因りて之を取得るを得べきものとすることを普通となせるか如し故に余は已下に於て普通の說に従ひ代表占有の何たることを説明すべきなり

抑も代表者に依れる占有如何に付ては學者の間議論紛々として未だ歸宿する所なし通常學者は屢々此種の占有を目して擬制的の占有と爲せり然れどもサビニ氏は反對論を主張したり

物 權 法

蓋し代表者に依れる占有を以て擬制的又は解釋上の占有と認むるの誤謬は素と是れ身體的接觸を以て眞個の占有に於ける要件と爲すの謬見より湧出したるものに外ならず。然れども既に説明したるか如く吾人の占有を組成するの要件たるべき者は物理上の監督を再始し得るの實力と自己の利益の爲めに其監督を行ふの意思とより成れる以上は余か余の指に嵌めたる指環を占有し又は余の棲息せる家屋内に於ける什具を占有すると等しく余は従僕の囊中に於ける金圓を占有し若くは余の左配人の手裡に於ける田畑を占有し得ること素より明瞭なりとす。然れども此論結たるや唯代表者か余の命令に依違し毫も之に背反せざる場合を假定し之を下したるに過ぎず。換言すれば代表者に依りて物件の占有を爲さんには余は自己の利益の爲め其物件に對し監督を行はんことを決意せざるべからざると同時に代表者も亦余に其監督を行はしむることを許容し之か決意を爲さざるべからず。故に余の代表者か自身の利益の爲めに監督を爲さんことを決意するか若くは余以外の人の監督に従はんことを決意するときは之と同時に余は其物件に對する占有を喪失すべし是れ即ち一般の原則なり。故に此原則を

占有權 占有權の取得 代表に依る取得

適用することを得ざる場合あれば并ば例外にして而して此例外たる法律が詐欺の結果を防遏せんか爲め又は之と均等なる目的の爲めに設けたるものなること猶ほ既に講述したる他人か不在なる所有主の不動産に侵入したる場合と同一なり

諸又本人か代理人に依て占有を爲すには敢て其代理人か自己の監督の下に物件を有せることを注目するに及ばずして其之か占有を組成せんには該代表者に於て物件の監督を爲すこと代表者は自己の爲めに非ずして本人の爲めに監督を行はんことを決意すること並に其之か監督を爲すに付ては本人より授與せられたる權限の範圍内に於て該所爲を行ひたることを以て足れりとす。蓋し英國法律家は此他代理權なくして他人の利益の爲めに物件の監督を爲し而して爾後其他人か該所爲に付き認諾を與へたるときは猶ほ當初より代理委任ありたる場合と均しく其物件の占有を取得せるものと認むるならん然れども其占有は追認の表せらるゝ迄成立することなかるべし

諸又代表的占有の主義は夫の法律上無能力者たる所の幼者及瘋癲者の如き者に

物 權 法

物 權 法

は如何なる方法を以て適用せらるゝやと云ふに此等の人に付ては解釋上一見大なる困難を感せしむるに似たり。抑も法律上の意義に於ける占有は前述の如く意思の決定を包含するを以て結局法律に於て斯る決意を爲すこと能はざるものと認めらるゝ人即ち或る年齢以下の幼者並に瘋癲者等は占有を取得するの能力を有せずと論了することを得べく又此等の無能力者は縱令充分に物件に對し物理上の監督を爲すことあるも尙ほ毫も法律上の意義に於ける占有を取得すること能はずと論了することを得べく。而して又此等の無能力者か物件を所持するは羅馬法律家の明言せるか如く恰も睡眠中の人の手裡に物件を置きたると一般なりと論結することを得べし。加之此等の無能力者は代表者の行爲に依て占有を取得すること能はず何となれば本人としての瘋癲者又は幼者の認諾は尙ほ占有を完成するに必要な條件たるにも拘はらず瘋癲者又は幼者は共に此認諾を與ふることを得ざるものたればなり

以上の難問を解説するに付ては幼者の唯一の代表者は其父母若くは後見人にして又瘋癲者の唯一の代表者は即ち其後見人なることを注意せざるべからず。今

占有權 占有權の取得 代表に依る取得

や幼者に對する父母若くは後見人の關係並に瘋癲者と其之か監護を委託せられたる後見人との關係は決して單純通常なる本人及代表者の關係に非ずして甚だ特殊なるものなり。而して此等の關係の本質は實に代表者か被代表者の精神上に於ける欠缺を補完するの點に在り。左れば這般の代表者か其無能力者たる本人の利益の爲めに決意するとあれば是れ則ち能力者たる本人か自己の利益の爲めに決意したると同一の結果を生ずる者なり。此理由に依り例へば後見人か一の物件に對して物理上の監督を爲し而して其被後見人の利益の爲めに此監督を行ふべきとを決意したりとせんか此場合に於て被後見人か其物件を占有すと云ふは少しく強辯なるに似たりと雖も而も或る一點より見れば全く同一體を成す所の後見人及被後見人間に在ては茲に完全の占有を取得せる一の完全なる人ありと認めざるへからず。再言すれば此占有は幼者の利益の爲めに猶ほ能力者の占有と同一なる結果を有する者なり。被後見人に於て自ら物件に對し物理上の監督を爲したる場合に在ても亦後見人は完全なる占有の爲めに欠くへからざる要件を充實せしむるを得るものなり。何となれば被後見人は後見人の監督の

物 權 法

下に在るものにして後見人は其被後見人の爲したる物理上の監守を以て被後見人自身の利益の爲めに行はるべきことを決意し得べく從て占有は完全となるべければなり

夫れ斯の如く無能力者と其代表者との間に在ては占有取得の或る場合に付き全く本末顛倒の點あるとを見るは實に奇怪なりと謂つ可し。再言すれば元來本人に於ては代表者の所爲を認諾すべき筋合なるに此場合に在ては代表者か却て本人の所爲を認諾するは甚だ奇なるに似たり。故に諸般の難問か或る場合に於て此順序の顛倒より起生したるは亦自然の數なりとす然れども此等の難問は大率無能力者の利益の爲めに解釋せられ復た其爭議を見ざることをなれり
以上無能力者の場合に於ける代表的占有主義の適用如何を説明したれば是より本問に復歸し講説する所あらん代表者に依り法律上の意義に於ける占有を組織せんには三條件を具備せざるへからず即ち左の如し

- 第一、代表者は物件に對し物理上の監守を爲すべきこと
- 第二、代表者は本人の利益の爲めに此物理上の監守を行はんことを決意すべし

占有權 占有權の取得 代表に依る取得

物 權 法

第三、本人は自己の利益の爲めに物理上の監守の行はるゝことを認諾すべきこと

代表的占有の要件夫れ斯の如し故に代表者に於て若し物件に對し物理上の監守力を有せざるか又は本人に於て其物理上の監守か自己の利益の爲めに行はるゝことを認諾せざる時は則ち占有に絶止すべし。又之と同しく代表者に於て若し其本人の爲めに物件を保有せんとすの決意を變更し自己の爲め又は本人以外の他人の爲めに之を保有せんとすを決意するときは茲に亦占有絶止するものと云ふを以て至當とす。然れども此場合に在ても亦法律は詐欺の結果を防遏せんか爲めに干渉を爲すことあり。例へば不動産を占有せる代表者か當初其本人の利益の爲めに土地を占有したるも其後自己の利益の爲めに之を占有せんことを決意したりとせんに單に此事實のみにては何れの邦國の法律制度たるを論せず本人の占有は未だ以て侵害せられたるものと認むることなかるべきを信す。再言すれば斯る場合に於て本人の權利の拒絶又は本人の權利と兩立すべからざる判

物 權 法

物 權 法

然の行爲ありたることを本人に於て知了せるにあらざれば其占有は決して喪失せらるゝことなし。是れ余か前に説述せる土地占有者の不在中他人之に侵入し占據したる場合に於て原占有者か其侵入のことを知了するにあらざれば未だ占有を喪失したるものと認むることを得ざるに酷似せるものなり。代表者に依れる土地占有のことに付ては英國法律は尙ほ一步を進めて規定せる所あり。同國法律に依れば甲者か乙者の爲めに保有するの目的を以て乙者より土地の交付を受けたる以上は爾後甲者自身の利益の爲めに之か占有を爲さんことを決意し以て乙者を排斥せんとするか如きは殆んど不能の業なりとす。詳言すれば斯る場合に於て縱令甲者は如何なる意思の表示を爲すも又乙者の占有と兩立すべからざる如何なる行爲を爲すも更に乙者の占有に影響を及ぼすものにあらす要するに甲者か乙者の土地を保持する限り法律は常に乙者を以て占有者と認むるものなり夫れ然れども這般の例外は毫も動産占有の場合に迄擴充せらるゝものにあらざるべし。故に余の代表者にして若し自身の利益の爲め又は余以外の他人の利益の爲めに動産の監守を行はんことを決意するときは余

占有權 占有權の取得 代表に依る取得

の占有は茲に絶止するものとす。左れども斯る所爲は往々にして詐欺の性質を包有するに依り結局占有の得喪に付き法律上の効果を生ずることを防遏せらるゝことあり

第三款 讓渡又は相續に依る取得

占有権は既に述べたる如く自己の爲めにするの意思を以て物の所持を爲す權利にして常に自己の爲めにするの意思の伴はざるへからざるものなるか故に其性質上他の權利の如く讓渡又は相續に因りて移轉し得べき權利にあらざるは論を俟たず。即ち占有者か其占有物を他人に引渡したる場合又は占有者か死亡したる場合に於ては其占有権は當然消滅に歸し引受人又は相續人か其物に於ける占有権を取得するには更に自己の爲めにするの意思を以て其物の所持を爲さるへからず。換言せば此場合に於ては前主の占有権と後主の占有権とは全く別種の占有権にして決して後主か前主の占有権を其儘承繼したる者にあらす又承繼し得べきものにあらざるなり。然るに諸國の法典は占有権を以て移轉し得べきものとなせるは其權利の性質如何を顧みず只占有を以て權利となしたる已上

物 權 法

は之を移轉し得べきものとなすにあらすんは不便あるを免かれざるか故ならん

故に余は又普通の説に従ひ已下に於て占有權移轉のことを説明すべきなり

既○成○民○法○財○產○編○は○其○第○百○九○十○二○條○に○占○有○は○前○主○に○於○て○存○し○た○る○占○有○の○性○質○及○瑕○疵○を○以○て○相○續○人○其○他○包○括○權○原○の○承○繼○人○に○移○轉○す○物○又○は○權○利○の○特○定○の○取○得○者○は○其○利○益○に○從○ひ○或○は○自○己○の○占○有○の○み○を○申○立○て○或○は○自○己○の○占○有○に○讓○渡○人○の○占○有○を○併○せ○て○申○立○つ○る○こ○と○を○得○と○規○定○し○て○占○有○權○は○讓○渡○又○は○相○續○に○因○り○て○移○轉○し○得○へ○き○もの○た○る○こ○と○を○明○示○し○た○り○而○し○て○此○規○定○の○主○意○は○大○要○左○の○如○し

相續人其他包括權原の承繼人は前主の一切の權利義務を相續するものなれば前主と其承繼人との間には占有の同一及繼續あるものとなさるへからす故に前主の占有にして無權原なれば承繼人の占有も無權原なるへく前主の占有にして瑕疵あれば承繼人の占有も亦瑕疵あるへし但し承繼人にして其占有を繼續するか爲めに暴行を爲すことを止め若くは承繼人か占有の隱密を變して公然と爲すに於ては承繼人の占有は之と同時に瑕疵なきものとなるへきは當然なり。去りなから前主の占有か悪意なると善意なるとは承繼人に繼續するものにあらすし

占有権 占有権の取得 讓渡又は相續に依る取得

物 權 法

て承継人の占有の善意なる否とは其承継人が権原の瑕疵を知りたる否とに
 困りて之を定めざるべからざるなり。何となれば意思は其性質に於て承継し得
 べきものにあらざればなり。故に前主は善意を以て占有したるに承継人に於て
 其善意にあらずして悪意なりしことを發見するときは前主自から之を發見した
 る場合と同しく其占有の善意たることは止み果實收取の權を失ふべし。尤も時
 効の取得に付ては占有の初まりたるべき善意の存するを以て足れりとなすか故
 に前主の占有にして善意なりし已上は承継人も其利益を受くることを得べし。
 之に反して前主は悪意を以て占有したるに承継人は其悪意たることを知らず善
 意を以て之を占有したるときは果實收取の權は之を失はざるも時効取得に付て
 は善意の占有者としての利益を受くることを得ず。若し又特定権原の取得なる
 ときは讓受人は讓渡人の身分を承継する者にあらざれば又從て其占有を繼續す
 るものにあらず讓受人は自己の名義を以て新なる占有を開始するものとなさ
 るべからざる故に讓渡人の占有は容假の占有なるも讓受人の占有は法定の占有
 なることあるべし讓渡人の占有は無權限なるも讓受人の占有は正權原たること

物 權 法

あるべし又讓渡人の占有は正權原にして悪意なるも讓受人にして瑕疵を知らざ
 るに於ては善意の占有たるべし。讓渡人の占有は善意なるも讓受人に於て其瑕
 疵を知るときは悪意の占有者たるべし。故に特定権原の讓受人は讓渡人と同一
 の性質及瑕疵を以て占有を取得する者にあらず。然れども法定の占有は一の權
 利にして之に附屬する所の利益及訴權あり故に特別名義の取得者即ち特定物の
 買主受贈者の如きものは二様の權利を有すべし。即ち一は自己の名義を以て新
 に開始したる占有權にして一は讓渡人より承継せる占有權とす。故に特定権原
 に因る取得者は自己の利益となるべき方を撰ひ或は自己の占有のみを申立て或
 は自己の占有に讓渡人の占有を併せて之を申立つることを得る者とせり。例へ
 は讓渡人にして正權原なると無權原なるとを問はず悪意を以て二十ヶ年間占有
 を爲したるときは更に十ヶ年を経過するの後時効を取得することを得べきか故
 に讓受人は善意なると悪意なるとに拘はらず自己の占有に讓渡人の占有を併せ
 て申立つるを以て其利益なりとなさざるを得ず。何となれば自己の占有のみを
 申立つるときは悪意の占有なれば更に三十ヶ年間善意の占有なるも十五ヶ年間

物 權 法

占有權 占有權の取得 讓渡又は相繼に依る取得

を經過せされは時効を得ると能はざるも譲渡人の占有を併せて申立つるときは十ヶ年にして時効を取得することを得ればなり。然るに自己の占有と譲渡人の占有とを併合せざるの利益なることあり。例へば譲渡人か悪意にて一ヶ年間占有を繼續したるものを善意にて譲受けたるときは譲受人は自己の占有のみを申立つるを利益なりとす何となれば十五ヶ年の期限にて時効を取得するを得ればなり

物 權 法

右は即ち前顯第九十二條に於ける規定の主意なりと雖も若し占有權にして果して他の權利の如く譲渡又は相續に因りて移轉し得べきものなりとせば包括權原の譲渡若くは相續の場合と特定權原の譲渡若くは相續の場合とを問はず譲受人又は相續人は前主と同一の權利を繼承すへき筈なるに特定權限の譲受人に限り新なる占有をも開始し併せて譲渡人の占有をも繼承するものとなしたるの理由甚だ分明ならざるものゝ如し。但し占有權を以て移轉し得べきものとなすの制に依るときは占有權の譲渡は其物體の引渡に因りて之を爲すを原則とし譲受人に於て其物體を現に所持する場合に限り物體の引渡を要せず只當事者の意思

物 權 法

のみ因りて之を爲すを得べきものとなせり。既成民法財産編第九十一條に物の握取は簡易の引渡又は占有の改定を以て之に代ふることを得初め容假の權原を以て占有したる物を其占有者に爾後自己の物と看做すことを得せしめたる新權原に依りて之を保存せしめたるときは簡易の引渡ありたりとす初め物を自己に屬すとして占有したる者か爾後他人の名を以て其他人の爲め占有を繼續するを承諾したるときは占有の改定ありたりとす權利の行使に付ては初め他人の名を以て行使せる者か爾後自己の爲めに行使するにも亦當事者の意思のみにて足る又初め自己の爲め行使せる者か爾後他人の爲めに行使するに付ても亦同じとあるは即ち右の意を示したるものとす。而して所謂簡易の引渡と占有の改定と異なる所は同條第二項已下に明かなるも今例に依りて之を示さば例へば乙者あり甲者より用益權を受け其用益物を占有する場合に於て甲者か該用益物を乙者に賣渡すとありとせんか正當に云へば乙者は一旦其用益物を甲者に返還し然る後更に甲者より之か引渡を受けざるへからざるも斯くするときには徒らに手數を要するに過ぎざるを以て甲者か乙者をして該用益物を其儘占有するを得せ

占有權 占有權の取得 譲渡又は相續に依る取得

しむるときは乙者は即ち法律に所謂簡易の引渡に依りて法定の占有を得たるものとなし。之に反して甲者如若し自己の物として占有したる物を乙者に賣渡し而して自から其物の上に用益權を得て之を占有する場合の如きは甲者及乙者間に法律に所謂占有の改定ありて乙者は法定の占有者となり甲者は容假の占有者となるべきなり

第四節 占有權の効力

第一款 總說

右陳述したる所に因て占有權の構成に要する所の意思及實力は單に他人を物件より排斥するの意思及實力なりとのことは明了にすることを得たり。然るに實力は其存在を證明すること容易なるも意思に至りては人の心裏に存するものなれば之か存在を證明すること頗るかたし故に若し争ひあるに當りて現在の占有者は其意思及實力の存在を共に證明するを要するものとせば真正の占有權を得る者は殆んど之なきに至らざるを得ざるへし。殊に既成民法財産編に於ては余か既に述べたるかごとく意思の區別に因りて占有を法定自然及容假の三種とな

物 權 法

物 權 法

したるか故に占有者の意思の如何を判明にしたる後にあらざれば一の占有か其何種に屬するものなるかを明かにする能はざるに其意思の如何を判明にすること難しとせば彼れ此れ以て法律は一の推定を設くるの外別に途なかるべきは當然なり。既成民法財産編か其第八十六條に占有者は常に自己の爲めに占有するものとの推定を受く但し占有の權原又は事情に因りて容假の證據あるときは此限に在らずと規定して占有者か實力を實行しつゝある已上は法律は之を真正の占有者なりと推定することとなしたるも畢竟右の理由あるに因らすんはあらず。只此法文の但書に依れば容假の證據あるときのみは此推定を爲さざるへしとの意を示したるか如しと雖も自然の占有たる證據あるときも亦同一ならざるを得ざるべきは勿論たるべきなり

又凡そ權利を有する者は其權利を行使すべきは普通の状態なるか故に權利を行使せる者はたとひ適法の權利者にあらざるも反對の證據なき已上は適法に其權利を有する者との推定を受くべきは當然なり若し然らすんは權利の歸する所未定に屬し從て紛争を來たすの恐れなきを得ざるなり。既成民法財産編第九十

占有權 占有權の効力 總說

物 權 法

三條に曰く法定の占有者は反對の證據あるに非されは其行使せる權利を適法に有するものとの推定を受く其權利に關する本權の訴權に付ては被告たるものとす。此規定は財産編に所謂法定の占有者のみに適用すべきものにして容假の占有者又は自然の占有者には適用すべきものにあらざるは法文自然の明示する所なり。然れども占有權は自己の爲にするの意思を以て物の所持を爲す權利とするも此規定は其儘之を適用して更に矛盾を來すとなかるへし。而して未段に所謂其權利に關する本權の訴權に付ては被告たるものとすとあるは全く上段の推定より生ずる結果に外ならず。即ち占有者か其占有物の上に行使する權利は之を適法に有するものと推定する已上は占有者を以て其行使せる權利の眞の權利者にあらすと争ふ者か原告たらざるを得ざるなり。此故に例へば人あり或る不動産を占有し所有權を行使せる場合に於て其人は果して適法に所有權を得たる者にあらざるやも計るへからすと雖も法律は反對の證據なき已上は之を以て適法に所有權を有するものと推定するを以て若し所有權の有無に關し争を爲さんと欲せば其争を爲さんと欲する者に於て原告たらざるを得ざるか如し。但し

物 權 法

占有者のみに關しては占有者は或は原告となり或は被告となることあるへきは論を俟たず
夫れ然り而して占有權には正權原のものあり又無權原のものあり法律上各々其効果を異にせるか故にこゝに先づ其區別を説明せざるへからず。即ち既成民法財産編第八十一條第一項に曰く法定の占有か占有の權利を授け可き性質ある權利行為に基くときは讓渡人に授けの分限なきを以て其効力を生ずる能はざるときと雖も其占有は正權原の占有なりと。此規定の主意たる蓋し賣買交換贈與遺贈等の如き法律上權利を授け可きことを得る正當なる行為に基て占有權を得たるときはたとひ讓渡人は其授けを爲す權利を有せしめて授けの効力を生ぜざる場合と雖も其占有權は正權原のものなりと謂ふに在り。故に例へば甲者か自己の所有にあらざる物を乙者に讓渡し乙者之を占有したる場合に於て甲者は素より之か所有權を授け可き性質あるものなるか故に其効力を生ずることなきも甲乙間に於ける賣買の行為は權利を授け可き性質ある權利行為なるを以て乙者の得たる占有權は正權原のものなるか如し。又同條第二項に曰く

占有權 占有權の効力 總説

物 權 法

占有か侵奪に因りて成りたるときは其占有は無權原の占有なりと。蓋し無權原の占有は權利を授付すべき法律上の行為に基かざる占有なるか故に其占有の原因は他人の權利を侵奪するに在るべきは勿論なるを以て法文中侵奪に因り云々とは明記したるなり。既成民法財産編は又其第八十二條に於て右の正權原の占有權を善意のものど惡意のものどに細別して曰く正權原の占有は權原創設の當時に於て占有者が其權原の瑕疵を知らざるときは之を善意の占有とし此に反するときは惡意の占有とす法律の錯誤は善意に付ての利益を受くる爲めに之を申立つることを許さす但第九十四條の規定を妨げず善意たることは權原の瑕疵を覺知したるときは止むと。此故に占有者が權原の瑕疵を知らざるときは事實上の錯誤即ち例へば物の所有者に非ざるを所有者なりと信して其者より物件を譲受けたるか如き。或は未成年者を成年者なりと信して之と賣買の取引をなしたるか如き場合なる時は法律は之を以て善意の占有者なりとなすも其權原の瑕疵を知らざるときは法律上の錯誤即ち例へば質權者は何時まで質物を占有することあるも其質物を取得するを得ざるものなるに該質權者は既に時効に

物 權 法

因りて質物を取得したるものなりと信して其質權者より質物を譲受け之を占有するか如き場合なるときは之を以て善意の占有者なりとなし其善意なりしか爲めに受くる所の利益を與ふへからざるなり。而して占有者にして權原に瑕疵あることを知りながら其物を占有し若くは權原創設の當時には之を知らざりしか爲めに善意の占有者として利益を受けたるも中途其瑕疵を知りて尙ほ引續き之を占有するときは其占有は即ち惡意のものたるなり。又一の占有か正權原に基きたるものなるや否やは之を證明するに難からざるを以て占有者か其占有の正權原に基きたるものなることを主張せんと欲せば自ら之か證明を爲さざるへからざるは當然なりと雖も一の占有の善意なりしや否やのことに至りては之を證明すること頗る難きか故に若し法律に於て占有者か善意なりしことを證明するにあらざれば其利益を受くるを得ざるものとなさば恐らくは如何なる占有者も終に善意の占有者として利益を受くること能はざるか如き結果を生し法律か占有權を保護するの精神に矛盾するのみならず素と占有者の善意なるべきは本態にして惡意なるは其變態なるを以て既成民法財産編

は其第百八十七條に正權原の證據ある占有は之を善意の占有なりと推定す但反對の證據あるときは此限に在らずと規定して苟も正權原の證據ある已上は占有は善意のものとの推定をなし舉證の責をば其惡意なることを主張する者に負はしむることゝなせり

右の外尙ほ既成民法財産編は占有の瑕疵あるものと否とに依り法律上の効力を異にするものとなし。而して其第百八十二條に所謂瑕疵の占有の何にたることに關し規定したり曰く強暴又は隱密の占有は之を瑕疵の占有とす占有か暴行又は脅迫に因りて成り又は保持せられたるときは其占有は強暴の占有なり占有か公然且外見の所爲に因りて當事者に容易に見はれる時は其占有は隱密の占有なり右占有か平穩と爲り又は公然と爲りたる時は其瑕疵は消滅すと。是に由て之を觀れば瑕疵の占有とは強暴又は隱密の占有を謂ひ。其所謂強暴の占有とは暴行又は脅迫に因りて成りたる占有及同一の原因に因りて保持せられたる占有を謂ひ。其所謂隱密の占有とは公然且外見の所爲に因りて容易に當事者に見はれざる占有を謂ふなり。故に例へば甲者か乙者を脅迫し其占有に係る物件を賣

物 權 法

物 權 法

渡さしめ自から之を占有する場合の如き。甲者か乙者の占有に係る物件を強奪して自から之を占有する場合の如き。其他甲者か正當に占有したる物件を乙者か其物の上に權利あることを主張して之を回收せんとするに當り暴行又は脅迫を以て其占有を保持する場合の如き皆強暴の占有たるを免かれざるなり。但し乙者にして暴行又は脅迫を以て物件の回收を爲さんとしたるとき甲者か腕力を以て其占有を保持することあるも之を以て強暴の占有となすへからざるは勿論なり。何となれば此場合に於ける甲者の所爲は正當防禦に出づるものなればなり。又例へば甲者あり隣地との間に竊に窰を構造して之を占有する場合の如き。或は竊に地を穿ちて隣地の水を引き之を使用する場合の如きは皆隱密の占有なり。而して強暴の占有は其占有か正權原に基きたるものなると否と又占有者か善意なるも否とに因りて區別あることなきを以て占有者かたとひ正權原に因りて讓受けたるものと信することあるも暴行又は脅迫の所爲あるときは矢張強暴の占有なるへし。又隱密の占有は其占有の性質容易に當事者に見はれるものを云ふに過ぎされは實際に在りては當事者か其事を知り居る場合と雖も尙ほ隱

占有權 占有權の効力 總説

物 權 法

密の占有たるを免かれざるなり。但し是等強暴又は隱密の占有にして平穩と爲り又は公然と爲りたるときは其占有の瑕疵は止みて瑕疵なき占有となるへし然らば則ち右述へたる所の占有の瑕疵は絶対的のものなるや將た又相對的のものなるや。詳言せば其瑕疵は何人に對しても瑕疵たるへきか將た又對手に對してのみ瑕疵にして對手を除くの外に對しては瑕疵とならざるものなるか一の疑問たらざるを得ず。例へば甲者あり乙者に對し暴行を加へ一の家屋を占有したり然るに其家屋は乙者の家屋にあらずして丙者の家屋なりしものとせんか占有の瑕疵か絶対的のものならんには其占有は丙者に對しても亦瑕疵のものとならざるを得ざるか故に既成民法證據編第三十八條に従ひ時効の利益を受くことを得ざるへし。之に反して相對的のものとせば乙者に對してのみ時効を生ぜざるに過ぎざるなり

前項第八十三條の法文のみに因りて之を解釋せば寧ろ占有の瑕疵は絶対的のものど斷定するも差支へなきに似たり。然れども草案者の説明と此法條の沿革とより觀察するときには立法の精神は占有の瑕疵を以て相對的の者と爲すに在る

物 權 法

ものと知らざるへからざるものゝ如し。即ち民法草案物權の部第九十六條(既成民法財産編第八十三條と同一の條に對し草案者は強暴隱密の瑕疵は相對的のものなることを明言せり。是れ畢竟該條の規定は佛國民法第二千二百二十九條より來り而して佛國の學者多くは同條の規定を解釋するに占有の瑕疵を以て相對的のものとなしたればなり。然れども瑕疵ある占有たるの性質か對抗する人に從て變更するの結果を生ずるは理論上果して如何あるへきか余は實に疑ひなき能はざるなり

既成民法財産編は又其第八十八條に強暴の證據なき占有は之を平穩の占有と推定す占有の公然は之を推定せず必ず之を證することを要す前後二箇の時期に於て證據ありたる占有は其中間繼續したるとの推定を受く但其占有の中斷又は停止の證據あるときは此限に在らずと規定したり。蓋し占有の公然は之を證明するに容易きか故に法律は別に推定を設くるの必要を認めずと雖も暴行脅迫を用ひさりしことを證明せしむるは頗る難事に屬するのみならず占有の平穩なるは寧ろ其本能なるへきを以て前項第八十八條中第一項及第二項の規定を置き

占有權 占有權の効力 總説

たるならん。又占有の繼續したると否とは占有權の効力上大なる影響あるものなるに占有の繼續したることを證明するは頗る難く法律に於て其之を證明を占有者に強ゆるは寧ろ不能のことに屬すへし是れ前顯第百八十八條第三項の規定ある所以ならん

第二款 果實の收得

占有者か占有物より生ずる果實及產出物を收得することを得るは占有權の一効果なりと雖も此利益は如何なる占有者にても之を享有することを得べきものにあらずして善意の占有者なると惡意の占有者なるとに因りて區別あることは羅馬法已來諸國法典の認むる所なり。既成民法財産編に於ては尙ほ善意にもあらず又惡意にもあらずる占有者を其中間に狹み果實の收得に關する占有權の効果を三段に區別したるか故に余は先づ左に既成民法財産編の規定の順序に従ひ追次其大要を説明すへし

(第一) 善意の占有者に對する占有權の効果

既成民法財産編第百九十四條第一項に曰く正權原且善意の占有者は天然

物 權 法

の果實及產出物に付ては自身又は代人を以て土地より離したる時に於て之を取得し法定の果實に付ては用益者に關し規定したる如く日割を以て之を取得す。本來第一款に述べたるか如く占有者か占有物の上に行使する權利は反對の證據あるにあらざれば適法に有するものとの推定を受ける已上は別に此の如き規定を置くを要せずして占有者は當然果實及產出物を收得することを得べきものたること明かにして而して若し反對の證據のあるありて占有者か其占有物の上に行使する權利は之を適法に有するものにあらずとこの裁判上判明となりたるときは占有者か是まで取得したる果實及產出物は之を眞の權利者に返還せざるへからざるは當然のことに屬せり。然るに正權原且善意の占有者に限りてはたとひ反對の證據に依り占有物の上に行使する權利は適法に有するものにあざることの判明となりたる場合と雖も法律は尙ほ果實及產出物取得の權を與へて之を保護するの例は羅馬法已來諸國法典の繼受する所となり既成民法財産編にも亦前顯の如き規定を見るに至れり。何にか故に法律は正權

占有權 占有權の効力 果實の收得

原且善意の占有者に限り此の如き保護を與ふべき歟或る羅馬法學者は云へり是れ全く占有者が占有物を耕作改良したる勞力に對する報酬に過ぎずと。然れども此説たるは獨り羅馬古代法を説明する場合にのみ適用せらるべくして近世の羅馬法及其他の法律を説明する場合には適用することを得ざるものなり。蓋し古代の羅馬法に於ては耕作より生ずる果實にあらざれば占有者の有と爲すことを許さざりしと雖も近世の羅馬法及其他の法律は占有者は總ての果實及產出物を取得するの權あることを認むるに至りたればなり。此故に此説は耕作改良を要せずして生ずる果實及產出物には適用することを得ざるは勿論たり況んや此説をして正鵠なるものとすも何故に善意の占有者のみに限りて法律は此報酬を爲すものなるやを分明にすること能はざるに於てをや。然らば則ち法律が斯る特別の規定を置きたるには必ずや他に理由なかるべからず。而して其理由は如何他ならず正權原且善意の占有者は既に讓渡人を以て眞の權利者なりと信したるものなれば已れも亦其物に於ける眞の權利者と爲りたること

を確信したるは當然のことなるか故に占有物より生ずる果實及產出物は之を收取し其收取したるものは或は之を消費すべく或は消費せざるも之を目的として義務を負担することもあるべきは勿論なり。然るに讓渡人か眞の權利者たらざりし故を以て右の果實及產出物は之を眞の權利者に返還せざるべからざるものとなすに於ては占有者は意外の損害を受け甚たしきに至りては倒産し或は路頭に彷徨せざるべからざるに至ることなきを保せず。固より占有者が當初權利を讓受くるに際し讓渡人は眞の權利者なるや否やを充分に探知せずして其取引を爲したるは過失たるを免れざるも眞の權利者は自から權利を有しなから他に其權利の移轉することをも知らざりしは即ち權利の上に眠むれる者に於て怠慢亦更に大なり此怠慢は即ち占有者をして此過失に陥らしめたるものなれば法律は寧ろ占有者の状態を憐みて以て之を保護するに過ぎざるなり

右の如く夫れ正權原且善意の占有者は果實及產出物を收取するの權利あるも之か取得の方法に付ては前項第九十四條第一項は天然の果實及產

占有權 占有權の効力 果實の取得

出物と法定の果實とに因りて區別を設け前者は自身又は代人を以て土地より離したる時に於て之を取得し後者は日割を以て取得するものとなせり。故に法定の果實取得の方法は用益權の場合と異なるものなきも天然の果實及產出物取得の方法に至りては用益權の場合と大なる差異あるを知る可し。即ち財産編第五十二條に依るに用益者は事變又は盜奪等に依りて果實か土地より分離したる時と雖も其果實は直ちに用益者に屬するものとなしたるも占有者は自身又は代人を以て土地より之を分離したる時にあらざれば取得することを得ざるなり。而して斯る區別を設けたる理由に付き草案者は説明して曰く用益者は適法の權利即ち眞の所有者より正當に得たる權利に因りて果實を取得するものなれども占有者に至りては必ずしも眞に適法の權利を有せずして唯自ら權利を有する者と信したるのみに依りて之を取得するものなれば其果實に付き占有の行爲を施さるるときは之を其所有に歸せしむるの理なし。然れども法定の果實の收取は占有者の意思のみに因りては之を爲すを得ずして全く第三者の所爲

を待たざるへからざるものたれば第三者か支拂を遷延したる爲めに占有者か之を收取するを得ざるか如きことあるときは占有者の權利は第三者の所爲に依りて常に左右せらるゝの結果を生ずべきか故に法律は占有者か現實に收取することなきも收取すべき權利を生したる法定の果實は之を占有者に屬すべきものとなしたるなりと。已上述へたる所に因りて正權原にして且つ善意なる占有者は果實及產出物を收取するの權利ありと雖も其權利あるは一に善意なるか故に外ならざるを以て苟も其善意にして絶止する已上は即ち悪意の占有者となるべきか故に果實返還の責に任せざるへからざること勿論なり。前照第九十四條第三項に占有者か其占有せし物又は權利の自己に屬せざることを覺知したるときは將來に向ひて果實返還の責を生ず又訴訟に於て確定に敗訴したるときは其出訴の時より此責を生ずとあるは即ち之か爲めなりと知るべきなり

第二 中間の占有者に對する占有權の効力
茲に所謂中間の占有者とは文字釋當を缺くに似たりと雖も其意は即ち善

占有權 占有權の効力 果實の取得

物 權 法

意にもあらず又悪意にもあらずる占有者を云ふこと、知るへし。既成民法財産編は其第九十四條第二項に占有者が正権原を有せずして事實又は法律の錯誤に因りて悪意なきときは其消費したる果實に付き利益を得ざりし證據を擧ぐるに於ては之を返還する責に任せずと規定したり。本來此規定は無権原なるも尙ほ善意なる占有者に對する占有權の効果を示す者なりと雖も既成民法財産編に於ては善意及悪意の區別は細り占有の正権原なる場合に於てのみ之を用ひ無権原なる場合に於ては此區別を設けざりしを以て法文中にも云々悪意なきときはと記して善意なる語を用ひざるなり是れ余か止むを得ず中間の占有者なる名稱を附したる所以なりと知るへし。蓋し正権原を有せざる占有者と雖も正権原にして且つ善意なる占有者の如く自から眞の権利者なりと信する場合なしとせず。例へば甲者あり遺言に依り乙者に或る物を遺贈し死去の前に當り其遺言を取消し更に遺言書を作りて同一の物を丙者に遺贈したるに乙者は此事實を知らず全く甲者の遺言に依りて遺贈を受けたるものと信して其物を占

物 權 法

有したりとせんか即ち乙者の占有は正権原なきも悪意の者にあらずるなり。何となれば乙者は甲者を以て眞の権利者と信し且つ第二の遺言に依りて第一の遺言の取消されたる事實を知らざればなり。又例へば庶子か嫡出子あるに拘はらず自から相續權あるものと信して相續財産を占有したりとせんか是れ全く法律の錯誤に出で、正権原なきは勿論なるも自から權利あることを信したる者なれば悪意ありと云ふへからざるなり。既成民法の母法たる佛國民法は是等の占有者か果實を取得するの權利に關しては何等の規定も之を設けざりしと雖も學說の多くは之を以て正権原にして且つ善意なる占有者と同一視すへきものとなし果實は其既に消費したるものなると否とに拘らず總て占有者に屬すへきものなしたり。然れども既成民法の草案者は思へらく眞の権利者と正権原にして且善意なる占有者との過失を比較するときは占有者を以て過失少なきものとなさしるへからずと雖も正権原を有せざる占有者と比較するときは占有者の過失は寧ろ大なり況んや正権原を有せざる已上は善意の占有者とは其性

占有權 占有權の効力 果實の取得

物

權

法

質大に異なるを以て之を善意の占有者と同一視すへからず故に中間を取りて消費したる果實に付き利益を得たりし證據を擧ぐるに於ては之を返還する責に任せざらしむるに若かず。前顯第九十四條第二項の規定は即ち此主意に基きたるものと知らざるへからざるなり。然り而して前顯第九十四條第二項の規定に因れば所謂中間の占有者か其消費したる果實を眞の権利者に返還するの責任を免かれんとせば先づ其消費したる果實に付き利益を得たりしことを證明せざるへからず。本來果實を收取したる己上は其之を如何なる方法に消費することあるも占有者は直接又は間接に利益を得たるものと謂はざるへからず。何となれば占有者か其果實を有益に消費したるときは勿論無益の事例へは遊蕩の資に供したる場合の如きも此果實なかりせば他の財産を以て之に充てたるものと推測し得らるべきを以て財産の減少を防禦したるの利益あればなり。然れども法文中果實に付き利益云々とあるは其意全く其果實を直接に有益に消費したる場合のみを指示し無益のことに消費したる場合即

物

權

法

ち間接に利益を得たる場合は法文の中に所謂果實に付き利益を得たる者にあらざるなり。此故に例へば果實の代價を以て土地家屋等を買入れたるときは果實に付き利益を得たるものなるも之を遊蕩の資に供したるときは利益を得たるものにあらず。而して第一の場合即ち利益を得たる場合には之を返還せしむるも占有者に損害を與ふることなしと雖も第二の場合即ち利益を得たりし場合に於て之を返還せしむるときは占有者の資産を減少し損害を與ふべきか故に前顯第九十四條第二項の規定は占有者か消費したる果實に付き利益を得たる證據ある場合に於てのみ之か返還の責に任せしむることにはなしたるなり。己上陳述したる所は前顯第九十四條第二項の規定を置きたる主意の大要なりとす。然れども余は未だ以て該規定に於ける立法の精神に満足の意を表する能はざるなり。何となれば正権原を有せざる占有者と雖も苟も自から眞の権利者なりと信するに足るべき相當の理由ありて之を信じたる己上は過失の程度に於ては正権原にして且つ善意の占有者と毫も異

なるべき理由を發見する能はされはなり。故に余は寧ろ佛國の諸學者か
正權原なきも惡意なき占有者は正權原にして且つ善意なる占有者と同一
視するの說に左祖せんと欲す

(第三) 惡意の占有者に對する占有權の効果

既成民法財産編は其第九十五條第一項に規定して曰く惡意の占有者は
回復の請求を受けたる物又は權利は勿論現物にて仍ほ占有する果實及産
出物を返還し且其既に消費し又は過失に因りて損傷し又は收取を怠りた
る果實及産出物の代價を償還する責に任すと。蓋し惡意の占有者は當初
より其果實及産出物の自己に屬すべきものにあらざることを知るものた
れば其之か返還の責に任せしむるとあるも占有者に損害を生ずるか如き
結果を見ることなきは勿論本來自己に屬せざるものは之を其權利者に返
還すべきは當然なるを以てなり。而して收取を怠りたる果實及産出物の
代價に至るまで尙ほ占有者をして辨償の責に任せしむる所以のものは他
ならず惡意の占有者は其占有物の已れに屬せざるを知りなから之を占有

し眞の權利者をして收益の利を得さらしめ以て之に損害を及ぼすを以て
なり。又同條第三項に強暴又は隱密の占有者は其權原の正當なることを
自から信せしときと雖も果實に關しては常に之を惡意の占有者と看做す
と規定したるは畢竟占有の手段頗る惡むべきか故に外ならざるなり

第三款 必要費用の取戻

占有者は善意なるも惡意なるも問はず物の保存の爲め又は物の増價の爲め費
したる金額を回復者より償還せしむることを得右孰れの占有者も其分限のみに
ては奢靡の爲め費したる金額の償還を求むることを得ずとは既成民法財産編第
百九十六條の規定する所なり。即ち知るへし占有者は善意のものたるも惡意の
ものたるも問はず奢靡の爲めに費したる金額を除くの外占有物の保存費用及
改良費用は之を回復者より取戻すの權利あることを。蓋し保存の費用は其物か
眞の權利者の手裡に存在する場合と雖も之を要するものなれば占有者か立替へ
を爲したる場合には之を回復者より取戻すことを得べきは當然なり。其改良の
費用に至りては保存費用とは異なりて物か眞の權利者の手裡に存在する場合に

占有權 占有權の効力 必要費用の取戻

物 權 法

必ず要すへきものにあらざるは勿論なりと雖も占有者か改良を加へたるか爲めに其物の價格に増加を見るに至りたるに拘らす之を其儘回復者に於て取得するものとせば回復者は即ち不當の利得を得るの結果を生すへきか故に其不當の利得に屬すへきものは之を占有者に償還せしむへきは亦至當のこと、謂はざるへからず。只前顯第九十六條の法文中物の増價の爲め費したる金額とあるか故に占有者は恰も其占有物の増價の爲めに費したる金額の全部に付き取戻を爲すの權利を有するか如き感なきにあらすと雖も是れ恐らくは増價額のみを取戻を爲すの權利あることを示したるものなるを信するなり。即ち例へば占有者は物の改良の爲めに一千圓の金額を支出したるも實際之か爲めに生したる増價は五百圓に過ぎざるときは占有者は此増價額たる五百圓のみを取戻すことを得るか如し。現に本條の母條たる以太利民法第七百五條にも占有者は善意なると惡意なるとを問はず改良の爲めに費したる金額と増價額とを比較し其最少額にあらざれば之を請求することを得ざる旨を規定せるなり。又理論上より之を見るも本條の規定は前述の如く斷定するを以て其當を得たるものとなさるへからさ

物 權 法

る所以のものは他ならず占有者か物の増價の爲め費したる金額を回復者より償還せしむることを得るは全く不當の利得に關する原則の適用に過ぎずして而して眞の權利者即ち回復者か不當に得る所の利得は單に増價額に外ならざればなり。夫れ然り而して前顯第九十六條第二項には占有者は奢靡の爲め費したる金額は之を回復者より償還せしむるを得ざる旨を規定したりと雖も是れ果して何の必要ありて斯る規定を置きたるものなるか余は了解すること能はざるなり。蓋し奢靡の爲めに費したる金額とは例へば庭園に砂利を敷き或は之に通路を開設するか如き唯に外觀の美を添ふるに過ぎざることの爲めに費したる金額を指示することなるへきか故に其保存費用若くは改良費用にあらざること論を俟たず。果して然りとせば既に第一項に於て占有者は保存費用及改良費用の償還を請求するの權利あることを特示したる已上は奢靡の爲めに消費したる金額に至りては之か償還を請求するの權利なきこと裏面に於て自から明瞭なるにあらすや。況んや法文中其分限のみにてはとあるか如きは殆んど其何の意たるを解すへか

占有權 占有權の効力 必要費用の取戻

らざるに於てをや。又財産編は其第九十五條第二項に回復者は果實の通常の負擔たる費用を占有者に償還することを要すと規定したるも是れ前項第九十六條第一項の規定を回復者の方より觀察したるまでに過ぎされは別に重複して斯る規定を置くの必要なきを信するなり。何となれば保存費用の如きは即ち果實の通常の負擔たる費用なるべければなり

右の如く夫れ占有者は物の保存費用及増價額を回復者より償還せしむることを得ると雖も占有者にして若し其物を毀損し或は其物の價格を減少せしめたるときは却て回復者に對して其責に任せざるべからざるは勿論なり。既成民法財産編は其第九十八條に物か毀損を受け又は價格を減し其責を占有者に歸す可きときは惡意の占有者にては如何なる場合に於ても所有者に賠償を爲し善意の占有者にては其毀損又は減價に因りて己れを利したる場合に於て其利したる限度に應し賠償を爲すことを要すと規定して占有者の善意なると惡意なるとに因りて此責任に輕重の差異を設けたり。蓋し惡意の占有者は其占有物の上に自から權利を有せざることを知りながら之を占有するものなりと雖も善意の占有

者に至りては自から占有物の上に權利を有することを確信するものなるか故に其占有物を毀損し或は之か價格を減するも自己の自由なることを信して之を爲すものと謂はざるべからず。即ち前項の規定か善意の占有者を宥恕して惡意の占有者を宥恕せざる所以なり。此故に例へば占有者か一千圓の價格ある占有物たる建物を取毀ち之を百圓に賣却したりとせんか占有者にして善意なるときは其之に因りて自から利したる百圓を賠償せば足れりとなすも惡意なるときは原價額たる一千圓を賠償せざるべからざるなり

第四款 留置權

既成民法財産編は其第九十七條に規定して曰く前二條の場合に於て善意の占有者は回復者の言渡されたる保存又は増價の爲めの費用の全額を得るまで物の上に留置權を有す惡意の占有者は保存のみの費用に付き留置權を有すと。是に由りて之を觀れば占有者か留置權を行ふことを得べき目的物に至りては其善意なると惡意なるとに因りて差別なきも留置權を以て保護せらるべき債權の原因に至りては占有者の善意なると惡意なるとに従ひて差別あるものと知らざるべ

からす。思ふに是れ只善意の占有者は之を悪意の占有者に比して保護に多少の厚きを加へざるべからすとの主意に出たるものなるべしと雖も既に前條即ち第百九十六條に於て物の保存又は増價の爲めに費したる全額を占有者が善意なると悪意なるとに區別なく之を回復者より償還せしむることを得るの権利あるものとなしなから擔保權に至りては斯る差別を設けて保護に厚薄を立つるは頗る其當を失するのみならず斯る差別を生ずべき理由なきものと謂はざるべからず。又前顯法文中前二條の場合に於てとあるも前々條は占有者が費用の償還を要求することを得るの規定にあらざるか故に寧ろ單に前條の場合に於てと改むるの至當なるを信するなり

第五款 占有訴權

占有者を保護するの目的を以て之に特別の訴權を與ふることは羅馬法已來諸國の法典の皆一致する所なり。唯其異なる所は訴權の種類如何にあるのみ。既成民法財産編は其第九十九條に占有者は占有を保持し又は回収する爲め下の區別に従ひて占有に關する訴權を有す占有訴權は保持訴權新工告發訴權急害告發

訴權及回収訴權の四種なりと規定したるか故に余は先づ此順序に従ひ各種の訴權を説明すべし。蓋し前の三種は占有の保持を目的とするものにして最後の一種は回収を目的とするものと知るべきなり

第一、保持訴權

保持訴權は不動産と包括動産と特定動産とを問はず其占有に關し他人より反對の主張を合める事實上又は權利上の妨害を受くる占有者に屬す此訴權は妨害を止ましめ又は賠償を得るを以て其目的とすとは既成民法財産編第二百條の規定する所なり是に由て之を觀れば

(第一) 保持訴權は如何なる物を占有する者と雖も之を行ふことを得べし。法文中不動産と包括動産と特定動産とを問はずなる一句を置て特に占有物の種類を列記したる所以のものは他ならず既成民法の母法たる佛國民法には占有訴權に關する規定粗漏なるを以て學者の説區々に涉りたるの實あるを以てなり。就中占有の物體特定動産なるときは之に妨害を受くることあるも保持訴權を行ふを得ざるものとなすの學者頗る多し。是れ

占有權 占有權の効力 占有訴權

蓋し動産は即時時効に依りて之を取得するを得るものなれば占有と同時に所有権を取得すべきか故に占有動産に付ての争ひは直ちに所有権に付ての争ひとなり占有に付ての争ひは之を爲すの必要なしと云ふの理論に基くものなるべし。然れども斯る理論は之を即時時効に必要な条件を具備せざる場合には適用すべからず。例へば占有者善意ならざる場合の如き又正権原を有せざる場合の如き是なり。前題の法文は占有物の種類を列記し保持訴権は如何なるものを占有する者と雖も之を行ふを得べきものなることを特に示して以て解釋の區々に涉るの弊を未然に豫防したるなり。

(第三) 保持訴権は事實上又は權利上の妨害を受けたる場合に之を行ふことを得べし。蓋し事實上の妨害とは占有物の上に第三者か加ふる外形の所爲にして占有者の占有権を障害し滅殺し若くは廢滅せしむるか如き性質を有するものを云ふなり。例へば地役権を有せざる者か恰も之を有する者の如く占有者の占有地を通行する場合の如き若くは其土地内に溝渠

を構造して之を自己の下水用に供する場合の如き是なり。又權利上の妨害とは裁判上たると裁判外たるとを問はず第三者か占有者の權利に反對して之を否認する性質を有する所爲を云ふなり。例へば甲者あり乙者に或る土地を賃貸したるに丙者あり該土地の占有者なりと稱して乙者に對して其借賃を請求する所爲の如きは裁判所に出訴して請求したる場合なると出訴せずして請求したる場合なるとを問はず甲者の占有権を否認するの所爲なること明かなり。又甲乙間の賃貸借が満期に及ひたるを以て丙者に於て乙者と其實賃借繼續の契約を爲したるか如きも亦同一なりとす。

(第三) 保持訴権は占有に加へられたる妨害か反對の主張を包める場合に於て之を行ふことを得べし。是れ蓋し當然のことにして殆ど説明をなすの要なかるべし。何となれば前述の例に於て若し丙者か甲者の爲めに事務を管理するの意思を以て乙者に對し借賃を請求し或は契約を繼續したるか如き場合には甲者は保持訴権を行ふを要せざること明かなればなり。

蓋し丙者の所爲は反對の主張を包むものにあらざるか故なり
 (第四) 保持訴權は妨害か占有物の一部に止まるも又全部に渉るも之を行ふことを得べし。故に平隱の手段に依り占有を奪はれたる場合の如きは尙ほ保持訴權に依りて以て之を回復すべきものとす。蓋し回収訴權は暴行強迫又は詐術を以て占有の全部又は一部を奪はれたる場合に之を行ふべきものとなせばなり

(第五) 保持訴權は妨害を防止し又は賠償を得るの目的を以て之を行ふことを得べし。其目的妨害を防止するに在るときは保持訴權は物上訴權にして其目的賠償を得るに在るときは保持訴權は對人訴權たり。故に前者の場合に在りては何人たるを問はず占有を妨害する物を所有し若くは之を占有する者に對して行ふを得べきも後者の場合に在りては妨害を爲したる人若くは其相續人に對してのみ之を行ふを得べきなり。例へば隣地の所有者か余の占有地に對し法定の距離を守らずして窓又は縁側を設けたる家屋を建築し其後之を他人に譲渡したりとせんか余は譲受人に對し

て保持訴權を行ふことを得るも爲めに生したる損害の賠償は之を請求するを得ざるなり従て妨害の防止に付て保持訴權を行ふは占有物所在地の裁判所に於てせざるべからざるも損害賠償に付て保持訴權を行ふは加害者居住地の裁判所に於てせざるべからざること明かなり
 (第六) 保持訴權は平穩且公然なる法定の占有者のみ之を行ふことを得べし。是れ既成民法財産編第二百三條本文の規定する所なり。本來財産編に所謂自然の占有者若くは容假の占有者の如きものは其占有に關し他人より反對の主張を含める妨害を受くる場合を生ずることなし。蓋し是等の占有者には即ち自己の有となさんとするの意思なければなり。此故に保持訴權を行ふことを得べきものは法定の占有者に限るべきは當然なり。但し法定の占有者と雖も平穩且公然に占有を爲す者にあらすんは法律は完全なる保護を與へざるを以て保持訴權も亦平穩且公然なる法定の占有者にあらされは之を行ふことを得せしめざるなり
 (第七) 保持訴權は不動産又は包括動産に付ては其占有の滿一ヶ月已上繼

占有權 占有權の効力 占有訴權

續したる場合にあらざれば之を行ふことを得ずとは同じく第二百三條但書の規定する所なり。然れども何故に不動産又は包括助産に付ては斯る條件を要するものとなしたるかの理由に至りては余は未だ了解する能はざるなり

(第八) 保持訴權は妨害を受けたる時より一ヶ年内に非ざれば之を行ふことを得ずとは既成民法財産編第二百六條第一項の規定する所なり。是れ只一ヶ年已上も權利の行使を怠りたる者は法律は厚く之を保護するの必要なしと認めたるに過ぎず

第二、新工告發訴權

新工告發訴權は占有の妨害と爲る可き隣地の新工事を廢止せしめ又は變更せしむる爲め不動産の占有者に屬すとは既成民法第二百一條の規定する所なり是に由て之を觀れば

(第一) 新工告發訴權は不動産の占有者に於て之を行ふことを得へし。蓋し不動産は容易に他所に動かして害を避くることを得るも不動産は然らざるを以てなり

(第二) 新工告發訴權は接近地に於ける新工事の爲めに占有に妨害を受けんとする場合に之を行ふことを得へし。即ち保持訴權は既に受けたる妨害を妨止するにあるも此訴權は將さに受けんとする妨害を妨止するに在り。法文中には隣地の新工事とありて此訴權を行ふことを得るは隣地の新工事の爲めに妨害を受けんとする場合に限れるか如しと雖も法意に至りては決して然らずして茲に隣地とあるは近接地を指示することゝ知らざるへからざること論を缺たす

(第三) 新工告發訴權は妨害を受けんとする新工事を廢止せしめ若くは之を變更せしむるの目的を以て行ふことを得へし。此故に此訴權は常に物上訴權にして對人訴權にあらざるなり

(第四) 新工告發訴權は平穩且公然なる法定の占有者のみ之を行ふことを得へし是れ既成民法財産編第二百三條法文の規定する所にして其理由に至りては保持訴權の場合と異なることなし

占有權 占有權の効力 占有訴權

第五 新工告發訴權は其占有の滿一ヶ年已來繼續したる場合にあらざれば之を行ふことを得ずとは同じく第二百三條但書の規定する所なれども其如何なる理由に因りて此條件を要するかは保持訴權の場合と同様余の解する能はざる所なり

第六 新工告發訴權は其工事の竣成せざる間は之を行ふことを得べし。是れ既成民法第二百六條第二項本文の規定する所なり。故に此訴權に於ける有効の期限は保持訴權若くは回收訴權の有効期限より或は長きとあり或は短きことあるべきは當然なり。何となれば新工事の竣成は或は一ヶ年内のものもあるべく或は一ヶ年已上に渉るものもあるべければなり。蓋し此訴權に因りて起訴するには占有者か新工事の爲めに妨害を受けたるの事實あるを要せずして只接近地に於て占有者に妨害を加ふ可き性質を有する工事を始めたる事實あれば足れること明かなり。而して若し現に妨害を加へたるときは占有者は保持訴權に因り其妨害を廢止せしむることを得べし。第二百六條第二項の但書に其工事に付き占有者か妨害を

受けたるときは其工事竣成の前後に拘らず妨害より一ヶ年内に於て保持訴權のみを行ふことを得べし。但し保持訴權は上來陳述したるか如く占有者か既に妨害を受けたる場合に於て之を行ふことを得べきものなれば前項但書の場合に在りても保持訴權に關する訴訟期限は其妨害を受けたる事實のありたる時より之を起算せざるべからざるは勿論たるべし。故に例へば甲乙互に相接近する地あり甲地の所有者は乙地の上に既成民法財産編に所謂眺望の地役權を有し乙地の所有者は高さ十間已上の建築物を築造するの權利なしと假定せんに甲地の所有者は乙地の所有者か其地上に右の眺望權を妨害せんとする建物の築造を始めたるときは直ちに新工告發訴權に因りて起訴することを得べきも保持訴權を以て起訴するには該建物か高さ十間已上に及びたる後にあらざれば能はざるか如し

夫れ然り然るに第二百六條第二項の本文には工事の竣成せざる間は新工告發の訴を受理すべしとありて而して第二百三條には保持訴權に關する訴訟

占有權 占有權の効力 占有訴權

物 權 法

期限は一ケ年となせるに因りて之を見れば前顯の例に於て若し其工事の竣成に至るまでには一ケ年已上を要し占有者か妨害を受けたる時より一ケ年内に保持訴權を行はさることありとせば保持訴權は消滅に歸するも苟も其工事にして竣成せざる已上は新工告發訴權は尙ほ依然存在する場合なしとせざるを得ざるか如し。然れども既成民法財産編は既に一方に於て保持訴權及新工告發訴權を行ふには一ケ年已上占有の繼續したることを要するものとなしたるを以て之を見れば前顯の例に於て觀望權の侵害一ケ年已上に及へば其觀望權の屬する地の所有者は最早該權の占有者にあらざるものとなさざるを得ず。若し夫れ然らんか該所有者は保持訴權の消滅したる後に於て尙ほ占有者として新工告發訴權に因り起訴することを得ざるは理の當然なりと謂はさるへからず。余は果して法文の精神孰れに在るかを了解する能はさるなり

第三、急害告發訴權

急害告發訴權は或は建物樹木其他の物の傾倒に因り或は土手水溜水樋の

物 權 法

破○潰○に○因○り○或○は○火○燃○燒○物○爆○發○物○の○必○要○の○豫○防○を○爲○さ○る○使○用○に○因○り○隣○地○よ○り○生○ず○る○損○害○を○懼○る○可○き○至○當○の○事○由○あ○る○不○動○産○の○占○有○者○に○屬○す○此○訴○權○は○右○危○險○に○對○す○る○豫○防○の○處○分○を○命○令○せ○し○め○又○は○未○定○の○損○害○に○對○す○る○賠○償○の○保○證○人○を○立○て○し○む○る○を○以○て○其○目○的○と○す○と○は○既○成○民○法○第○二○百○二○條○の○規○定○す○る○所○な○り○是○に○因○て○之○を○觀○れ○は

(第一) 急害告發訴權は法文其れ自身を示すか如く建物樹木等の傾倒又は土手水溜等の破潰に因りて近接地に存在せる不動産に損害を與ふべき危険ある場合に於て豫め其危険を防止し又は之より生し得べき未定の損害の賠償を保證せしむるを以て目的とする所の一種の訴權なること明かなり。既成民法の母法たる佛國民法には此の如き占有訴權を認めざりしと雖も古代羅馬法に就て之を見るに右の如き危険に因り損害を生し得べき懼れある不動産の占有者は其危険の起因たるべき近接地の所有者又は占有者に對し豫め未定の損害を賠償すべき約束を爲さしむることを得。若し其近接地の所有者又は占有者にして其約束を爲すを拒むときは裁判官

占有權 占有權の効力 占有訴權

物 權 法

の命令に因り毀損の危険ある建物の占有を取消し自ら相當の防禦法を施し且時効に因り其所有權を取得することを得たるものゝ如し。羅馬法に所謂 *Cautio Damni infecti* とは即ち是なり。既成民法財産編に所謂新工告發訴權は蓋し右羅馬法の *Cautio Damni infecti* に基因したるものにして直接には以太利民法第六百九十九條の規定を採用したるものなること疑ひなしと雖も羅馬法の所謂 *Cautio Damni infecti* とは大に差異あることは前陳する所に因りて明かなり。然り而して火其他の燃焼物の使用上其使用者が必要の豫防を爲さざりしや否やは固より事實問題に屬するを以て裁判官の判定に一任すへきは勿論なるも法律命令等に因り使用上の制限を設けたる場合に在りて若し使用者が其制限を遵守せざる時は占有者は當然急害告發訴權を行ふとを得へし。但し被害の懼れある不動産の占有者は近接地の所有者又は占有者に對して或は危険豫防の處分を請求するも或は未定の損害に對する賠償の保證人を立てしむるも其隨意なること論を缺たさるのみならず第二百一十一條の規定と對照するときは此二者を併せて

物 權 法

請求するも尙ほ爲し得へしと雖も其對手たる所有者又は占有者は此方法の一を撰んで實行せんことを請求するの權なきなり

(第二) 急害告發訴權は其目的危険を防止せしむるに在るときは物上訴權にして危険より生し得へき未定の損害の賠償を保證せしむるに在るときは對人訴權なるか如し。果して然りとせば其結果は保持訴權の(第五の場合に講述したる所と異なることなかるへし

(第三) 急害告發訴權は獨り法定の占有者のみならず猶ほ容假の占有者にも屬すへしとは既成民法財産編第二百五條の規定する所なり。草案者曰く容假の占有者は物を保持するの責あるを以て之に與ふるに急害告發訴權及回收訴權を以てするにあらずんば所持者として其物を回復する能はざるか故に往々其義務を盡す能はざるへしと。果して然りとせば保持訴權及新工告發訴權は之を容假の占有者に與へざるか余は未だ其理由を發見する能はざるなり

(第四) 急害告發訴權は危険の存する間は之を行ふことを得へし是れ既成

占有權 占有權の効力 占有訴權

民法財産編第二百六條第三項の規定する所なり而して其主意に至りては
新工告發訴權の場合と異なることなし

第四、回收訴權

回收訴權は暴行脅迫又は詐術を以て不動産若しくは包括動産若しくは特定動
産の全部又は一分の占有を奪はれたる占有者に屬す但其占有が被告に對
して此等の瑕疵の一をも帶ひざることを要す此訴權は侵奪の占有を特定
權原にて承繼したる者に對し之を行ふことを得す但其者が侵奪の不法の
所爲に關與したるときは此限に在らずとは既成民法財産編第二百四條の
規定する所なり是に由て之を觀れば

(第一) 回收訴權は保持訴權と同じく如何なる物を占有する者と雖も之を
行ふことを得へし。法文中不動産包括動産若しくは特定動産の占有者云々
と列記したるは全く保持訴權(第一)の場合に講述したる所と同一の理由に
基くことゝ知るべきなり

(第二) 回收訴權は暴行脅迫又は詐術を以て占有を侵害せられたる場合に

物 權 法

之を行ふことを得へし。即ち知るへし此訴權の保持訴權と異なる所は侵
害の大小に非ずして其方法の如何にあることを。而して此訴權は前項第
二百四條第一項の但書に在るか如く暴行脅迫又は詐術に因りて占有を侵
奪せられたる者と雖も被告に對し均しく是等の手段に因りて占有を侵奪
したる事實あるときは之を行ふことを得ざるなり

(第三) 回收訴權は其因りて起る所對手の暴行脅迫又は詐術に因りて占有
を侵奪せられたるの事實にあるを以て其性質上物上訴權にあらすして對
人訴權なりと謂はざるべからず前項第二百四條第二項の規定は即ち之を
明かにせり

(第四) 回收訴權は侵奪か占有物の一部に止まるも又全部に涉るも之を行
ふことを得べきは保持訴權の場合と異なることなし

(第五) 回收訴權は獨り法定の占有者のみならず容假の占有者も之を行ふ
ことを得へしとは既成民法財産編第二百五條の規定する所なれども保持
訴權新工告發訴權等との間に斯る區別を設けたるの理由は分明ならず

占有權 占有權の効力 占有訴權

（第六）回収訴權は侵害を受けたるより一ヶ年内は之を行ふことを得べし
とは既成民法財産編第二百六條第一項の規定する所にして其理由は保持
訴權の場合と異なることなし

物 權 法

已上講述したる所の四種の占有訴權は既成民法財産編か占有權の効力として規
定するものに屬せり。而して法律か是等の訴權を規定したる所以のものは他な
らす物の上に於ける本權の歸する所を判定するに先きたち其物の占有權の何人
に屬すへきをやを確定し以て占有者たるの位置を保護せんとするに外ならず。此
故に占有の訴は之を本權の訴と區別し併行せしむることなからしむるにあらず
んは法律か特に占有者の爲めに占有訴權を設けたるの精神を失ふに至るへし。
即ち例へば甲者あり乙者に對し或る不動産の占有に關し保持訴權に因り訴訟を
提起したる場合に於てたとひ該不動産の所有權は乙者に歸すへき證據あるにせ
よ裁判所か此保持の訴に對して本權の判決を下すか如きことありとせば甲者の
占有權は終に法律の保護を受くる能はざるに至るへきなり。既成民法財産編か
其第二百七條第一項に占有の訴は本權の訴と併行することを得すと規定したる

物 權 法

は蓋し此主意に外ならざるなり。而して該條か其第二項に判事は當事者の權利
の基本より出でたる理由にして其權利を豫決す可きものに基きて占有の訴を裁
判することを得すと規定したるは全く右第一項に於ける規定の結果に過ぎずし
て即ち例へば保持訴權に因りて起訴したる者か其占有を保持するに必要なる所
の條件を具備する證據を擧げずして却て占有物か自己の所有たりとの證據を擧
げたるか如き場合に在りて裁判官は所有權の證據あることを理由として占有權
に關する訴訟の原告に勝利を與ふるか如きことは之を許さずとのことを示した
るものなりとす。若し夫れ斯る裁判を爲すことを許容せんか占有訴權は遂に本
權の訴權外に獨立するを得ざるなり。同條は又其第三項に判事は本權の訴か
既に審理中に在るも占有の訴の判決を猶豫することを得すと規定して占有の訴
は本權の訴と全く區別せざるへからざることを一層明了にしたり。然らば則ち
占有の訴と本權の訴と同時若くは相前後して起りたるときは裁判所は孰れを先
きに孰れを後にすへきか。既成民法財産編は其第二百八條に其順序を規定し
て曰く占有の訴を起したる後當事者の一方か其裁判所又は他の裁判所に本權の

占有權 占有權の効力 占有訴權

物 權 法

訴を起したるときは占有の訴の確定判決に至るまで本權の訴の訴訟手續を中止することゝを要す本權の訴の被告が第二百十條に定めたる如く其訴訟中に占有の訴の原告と爲りたるるときも亦同しと即ち知る可し。占有の訴と本權の訴と同時若くは相前後して起りたる場合に於ては同一の裁判所に起りたるを又は各別の裁判所に起りたるを問はず本權の訴に付ては占有の訴の確定判決に至るまで其訴訟手續を中止せざるへからざるを。而して其理由は如何他ならず一には占有訴訟は急速に決定するにあらすんは動もすれば原被の間に暴行強迫等の手段を行ふ恐れあると。又一には占有者は第九十三條の規定に従ひ本權の訴に付ては常に被告たるの地位に立つべきものたれば本權の訴に關し孰れか正當に被告たるべきものたるや否やは占有の訴の確定したる後にあらされは判明ならざるに因るなり

又既成民法財産編は其第二百九條に本權の訴の原告は訴を取下くると雖も其訴已前の事實の爲めに更に占有の訴を起すことを得ず然れども既に起したる占有の訴に付ては原告たるを被告たるを問はず之を繼續することを得本權の訴に

物 權 法

於て確定に敗訴したる者は占有の訴を起すことを得ずと規定して一たび本權の訴に付き原告たりし者並に其訴に於て確定に敗訴したる者は其已後に於て占有の訴を提起するを得ざるものとせり。蓋し本權の訴に原告たりし者は其訴已前の事實の爲めに更に占有の訴の原告たるを得ざるものとなしたるは畢竟既に本權の訴に原告たりし已上は自から其物に於ける占有者たらざることを自白したるものと看做さるを得されはなり。何となれば其原告にして自から占有者たることを信せは初めより本權の原告たる不利益の地位を取らざるは當然なるへければなり。然れども本權の訴已後に其原告が占有者たるの行爲を爲したる事實ある場合の如き。又本權の訴已前既に占有の訴に原告又は被告たる場合の如きは此限に在らざること勿論なり。而して本權の訴に於て確定に敗訴したる者も亦占有の訴を起すことを得ざるものとなしたるは他ならず法律が占有を保護するは全く之を以て真正の權利者なりと推定するに基くものなるに本權の訴に於て既に確定に敗訴したる已上は即ち真正の權利者にあらざることの明了となりたるものなるを以て占有者として保護を受くべきの理由消滅に歸すればなり。

占有權 占有權の効力 占有訴訟

但し本權又は占有の訴の被告は其訴訟中反訴にて占有の訴の原告と爲ることを得へきは勿論たり既成民法財産編第二百十條は即ち之を明示せり

既成民法財産編は又其第二百十一條及第二百十二條に於て占有訴訟に於て敗訴したる當事者に關する規定を設けたり。即ち第二百十一條に曰く判事は占有の訴を正當なりと認むるときは場合に從ひ妨害の絶止侵奪物の返還新工事の廢止若くは變更又は急害の豫防處分を命令す可く若くは損害おらば同時に其賠償を言渡す可し又判事は急害告發の訴に付ては其將來未定の損害額を斷定し之に對する保證人を立つ可きことを被告に命令することを得と。其第二百十二條に曰く占有の訴に於て敗訴したる原告は仍ほ本權の訴を起すことを得但既に受けたる言渡を履行せし後に限る若し言渡の金額か未定なるときは其言渡を履行するに相應なる金額を裁判所書記課に供託す可しと。然れども是等の規定に付ては別に説明を要せざるなり

第五節 占有權の喪失

第一款 總說

抑も占有權の喪失に關する問題は即ち一方に於ては占有權の繼續に關する問題たること明かなり。何となれば占有權は只其之を喪失するまで繼續するものたればなり。蓋し占有權の取得には或る實力と或る意思とを要することは余の既に反覆講述したる所なり。而して占有權の繼續するにも亦此二要素を具備するの必要なること當然なれば占有權の取得に關する原理は即ち又占有權繼續に關する原理なり。此故に若し占有者に於て右二要素の一を欠き若くは二要素共に欠くことあるときは占有は之と同時に其繼續を止むべくして占有權は從て喪失に歸せざるを得ず。既成民法財産編か其の第八十八條第三項に前後二箇の時期に於て證據ありたる占有は其中間繼續したりどの推定を受く但其占有の中斷又は停止の證據あるときは此限に在らずと規定したるは時効の取得及喪失に關する一種の推定に過ぎざることゝ知るべきのみ。然り而して占有權の喪失に付ては既成民法財産編は其第二百十三條に規定して曰く占有は左の諸件に因りて喪失す

物 權 法

第一、自己又は他人の爲めに占有する意思の絶止
 第二、物の所持又は権利の行使の任意の抛棄又は法律上強要せられたる抛棄
 第三、不法と否とを問はず他人の占有の握取但其占有が保持訴權又は回收訴
 權の行使を受くること無くして一ヶ月より長く繼續したるときに限る
 第四、占有の目的たる物の全部の毀滅又は其權利の消滅
 と蓋し此四箇のものは占有權喪失の原因たるべきは勿論なるべしと雖も今斯くの如く其原因を列擧するときには尙ほ追加を要すべきものなき能はず。即ち例へば占有權の讓渡の如き或は占有者の死亡の如き是なり。此故に余は寧ろサビニ一氏の占有論中採る所の占有權喪失の類別に従ひ其原因を外部の原因に依るものと内部の原因に依るものと及代人の所爲に依るものと三類となして之を講述するの簡便にして且つ適實なるを信するなり。右列擧せる四箇の原因の如きは即ち此類別の一に屬すべきは論を竣たす。而して余が次款已下に論述する所は又サビニ一氏の著占有論中占有權喪失に就ての所論を採摘したるものと知る可きなり

第一款 外部の事變に依る喪失

物 權 法

占有の繼續に要する所の第一の條件は吾人をして占有物を自由に處置することを得せしむべき物理的關係即ち力なり。然れども此力たる占有權取得の當時に於けるか如く現在にして且つ直接の力たることを要せずして只何時たりとも占有者の意思に従ひて之を再出することを得れば即ち足れり。若し占有者に於て此力を全く喪失するときには占有權も亦從て喪失すべきなり。而して此規則たる占有の目的物か動産たるか不動産たるかに拘はらず之を適用することを得べし。是れ固より茲に夥多の例を示して説明するを要せず自から明瞭なりとす。即ち占有者の死亡占有者か奴隸となりたること若しくは占有物の毀滅の如きは皆な占有者をして右の力を喪失せしむる原因を爲すものにして又從て占有權喪失の原因たるなり
 抑も動産物に於ける占有は隱密の手段に依ると暴行に依るとを問はず苟も他人に其占有を奪取せられたるときは之を喪失すべし。尤も占有の喪失には他方に於て之を取得する者あると否とは必要の條件にあらざるは勿論なり。例へば他

占有權 占有權の喪失 外部の事變に依る喪失

人の奴隸か主人の命令に因るにあらずして余の物件を奪取りたるか如き場合には其奴隸並に主人共に該物件に於ける占有を取得することなしと雖も余は尙ほ之か占有を喪失したるものとす。何となれば余は該物件を自由に處理するの力を失へばなり。之に反して占有者たる余自身の使役せる奴隸か余の占有物を奪取りたるときは余の該物件に於ける占有は依然として繼續するものなり。何となれば占有物を奪取したる奴隸自身か既に余の占有中に在るものなり。其之か爲に奪取せられたる物件の占有を失ふべき理由あらざればなり。夫れ然り而して又右述へたる所の所謂占有に必要な力は時として他人の干渉なくして之を行ふと能はさるとなしとせず。即ち吾人か物件の存在する場所に接近することを得ざる場合の如き或は其場所を知らざる場合の如き是なり。尤も其場所を知らざる場合に就ては茲に一の制限の必要なるものあることを忘るへからず。即ち何人ど雖も物件を自己の家屋内に隠匿し若くは自己の土地内に財寶を埋没したる者は容易に之を發見する能はさるの一事のみに因りて之か占有を喪失するものにあらずとす。是なり。蓋し何人ど雖も苟も其家屋内若くは土地内を監

物 權 法

物 權 法

守するの權を失はさる已上は其中に隠匿し或は埋没したる物件の如きは他日之を發見するに難からざればなり。此理より之を推せば占有者は其占有物の所在を確知するにあらずれば其所在の場所に對する監守權を有するの必要なること明かなり。但し監守權を有することは占有繼續の爲めに欠くべからざる條件にあらず。何となれば森林に物件を遺失し尙ほ其遺失したる場所を追想し得るか如き場合には占有を喪失するものにあらずればなり。已上の原理は動物の占有に關しても亦適用することを得へし。即ち第一馴致したる動物は他の總ての動産物と同様に占有せられ得べきものなれば從て之か占有も該動物を發見し得ざる場合に於て喪失すべし。(第二)之に反して純粹の野畜類に至りては或る特別の監督の存在する間換言せば現に吾人の力に依りて之を捕獲し得る範囲内に於てのみ之か占有の繼續するものなり。此故に生洲に在る魚若くは鐵柵中に在る獸類の如きは何時たりとも之を捕獲し得るも公園中に放ちたる野畜或は湖水中に在る魚の如きは之を捕獲するに多少便利なる手段方法の設けあるに拘はらず何時にても吾人の意に従ひて捕獲し得るものにあらずし

て其之を捕獲し得るは寧ろ偶然のことに屬するを以て斯る動物に對しては占有の繼續あることを認むべからず。(第三)人工に依りて馴致せられたる野畜類は占有者か之を保有せる場所に歸へるの慣性を失はざる限り人工を要せずして馴致せる動物と均しかるべし

不動産に於ける占有權の喪失も亦右と同一の原理を以て支配することを得べし。即ち此場合に於ても吾人か其不動産を自由に處理するの力を失ふときは之と同時に其占有を喪失すべきなり。此故に土地の占有は從來の占有者をして之を自由處理するを得せしむる總ての所爲に依りて喪失すべし。而して斯くの如きの所爲は第一占有者を奴隸と爲し若くは之を其土地上に閉込むること。及第二占有者をして其土地に來ることを得せしむることに依りて成立すべし。但し其妨害者に於て自から該土地に於ける占有を取得するの意あると或は又唯他人をして之か占有を喪失せしむるの意あるに過ぎざるときは土地に於ける占有の喪失に關係なかるべきなり。然れども之に反して單に占有者か其土地に在らざるの事實のみは占有喪失の原因を爲すものにあらず。何となれば既に屢々陳述

物 權 法

したるか如く占有の繼續には占有者か其土地に現在するを要せずして只其意思に従ひ自由に其土地を處理する力の繼續するものあれば即ち足ればなり。尤も占有者の不在中に他人か其土地を占領し占有者の再び其土地内に入るを拒むか如き事實の加はるものあるときは占有は即ち喪失に歸したるものと謂はざるべからず

第三款 意思に依る喪失

占有の繼續に要する所の第二の條件は占有者の意思なり。然れども此意思たる又前款に述べたる物理的關係と同じく占有權取得の當時に於けるか如く常に現在するを要せずして何時にても其意思を再發するの力あれば足れり。故に占有者か或る時間内物件を占有することを忘却せることあるも或は發狂して其意思を執行すべき能力を失ふことあるも占有を喪失せざるなり。蓋し意思に依て占有を喪失するは更に新なる意思即ち占有を抛擲する意思の發生したる場合に在りとす。占有を抛擲するの意思にして發生せば占有の意思を再出するの力を失ひたるものなるか故に従て占有は喪失に歸せざるを得ず。是を以て一たび占

物 權 法

占有權 占有權の喪失 意思に依る喪失

物 權 法

有を抛擲するの意思を發生したる後從來の占有者に於て再ひ其占有を取得せんと欲せば新に其取得に必要な所爲と意思とを要すべきなり。又占有者に於て占有せざることを明言する時は占有は意思のみに依りて喪失すべきは勿論なりと雖も此の如き場合には前款に述べたる外部の喪失原因も同時に發生するを常となすか故に意思に基く喪失に就ては其意思の如何を論定するに當り占有者の一切の行爲を吟味するにあらずんば其喪失は意思のみに依るか將た又然らざるかを判明すること難き場合甚だ多し。就中占有改定の場合の如きは最も然りとす。然り而して占有を抛擲するの意思は單純なる懈怠より推定するを得べき場合あり。即ち土地の如きは其之を使用するに通常年內一定せる時期あるを以て若し土地の占有者にして數年間其土地を使用せざるか如きことあるときは占有を抛擲するの意思ありと推定することを得べし。然れども其之を抛擲するの意思は占有者の自由に出でたるを要するを以て恐懼の爲め土地の使用を爲す能はざりしか如き場合には決して斯る推定を爲すことを得ざるは勿論なり

第四款 代人の所爲に依る喪失

物 權 法

既成民法財産編は余か既に述べたるか如く占有權は代人に依りて取得し得ることを規定したるに拘はらず代人の所爲に依りて之を喪失することある場合を規定せざるは前後相貫徹せざるに似たり。蓋し代人に依りて占有を繼續するには占有者には只占有の意思のみありて物理的關係あることなく其關係は却て代人に存すべしとのことは余の既に述べたる所なり。此故に代人が本人の爲めに物件を所持する場合には自己の爲めにするの意思あるにあらずして他人の爲めにするの意思あるを要すべきは勿論なり。然るに代人が他人の爲めにするの意思を變じて自己の爲めにするの意思を有するに至りたるときは代人は即ち占有者とならざるを得ざるべし。何となれば此場合に於ては占有權の取得に要する所の意思及所持の二要素を具備するに至ればなり。果して然りとせば代人の意思の變更に依りて占有者は其占有を喪失するの結果を生ずべきは當然なり。又代人にして本人の爲めに所持せる物件を紛失し代人若くは本人に於て之を發見する能はざるべきの如き或は又代人が本人の爲めに所持せる物を第三者に移轉し第三者に於て前者の占有を奪ひたるべきの如き場合に於ては占有者は即ち代人

占有權 占有權の喪失 代人の所爲に依る喪失

の所爲に依りて其占有を喪失せるものと謂はざるべからず

第九章 地役權

第一節 總說

既成民法財産編に所謂地役は羅馬法の *Servitudes* 及英國法の *Easement* に該當するものなること疑ひなしと雖も羅馬法の *Servitudes* は英國の *Easement* と全く同一のものにあらず。即ち羅馬法の *Servitudes* は獨り權利を表示するのみならず又之に對する責務をも表示せり。例へば甲者か乙者の土地の上に通行權を有すとせば甲者の有する通行權及其通行權を妨害すべからざる乙者の責務共に之を *Servitudes* と稱するか如し。之に反して英國法の所謂 *Easement* は單に權利のみを表示するに過ぎざるなり。既成民法財産編に於ては單に地役と云ふときは責務のみを表示するのとなしたることは其第二百十四條に於ける地役の定義に依りて明かなり。然れども其責務に對するの權利は正さしく一種の物權と認めたることは財産編の目次及同編中の規定に就き自から明瞭なるか故に地役のことを講述するには寧ろ權利の方より觀察し章題を地役權と改むるを以て適當なりと信す

物 權 法

物

權

法

るなり。然り而して地役權は余か後編に於て説明するか如く一種の物的役權にして或る特別なる權利取得の所爲に依り他人に屬する特殊なる物の上に有する權利に外ならされは決して法律上一般に一切の土地所有者に屬せしめたる權利にあらざるは論を俟たず。然るに既成民法財産編か其第二百十四條第二項に地役は法律又は人爲を以て之を設定すと規定して其所謂法律を以て設定する地役中に相隣地の利益の爲め所有權の行使に付したる制限をも包含するものとなし以て一切の土地所有者に屬すべき相隣權も亦地役權の一種なることを表白したるは余の最も疑ふ所に屬せり。況んや財産編も其第三十四條第四項に此他相隣地の利益の爲め所有權の行使に付したる制限及條件は地役の章に於て之を規定すと明示して相隣地の利益の爲めに付したる制限及條件は全く一般所有權中に包含せらるべきものたるの精神を明かにせるに於てをや。此故に財産編に所謂法律上の地役は所有權の章に於て講述すること正當の順序なること論を俟たずと雖も却て煩雜に涉るを恐れ暫く既成民法財産編の規定する所に從ひ之を地役權の章に於て講述することとなせり彼れ此れ混同せざらんことを要す

第二節 法律を以て設定したる地役

第一款 總説

凡そ権利の行使上他人に障害を及ぼすことあるも一般に其責に任するの限に在らざるは法理の認むる所なり。而して土地の所有者は其土地に就き所有權なる一般の權利を有するか故に其土地を自由に使用處分することを得べきは當然にして爲めに生すべき隣人の利害得失如何は之を顧慮するを要せざるなり。即ち例へば自己の屋上に烟突を設けて隣地に烟を飛散せしめ或は自己の地上に塵溜を設けて悪臭を隣地に傳へ高大なる建物を築造して隣地に射入すべき日光を妨ぐる等苟も土地の使用上に欠くべからざる所爲より隣人に障害を及ぼすことあるも隣人は之を忍ばざるべからず。然れども土地の所有者にして苟も其權利の範圍に超ゆるの所爲を爲したるとき即ち例へば隣地に突出して建物を築造するか如きことあるときは隣人は獨斷を以て自己の權利の侵害に涉る部分を毀壞する等の處分を爲すを得べきは勿論たるべし。然るに此權利に關する法理をして此儘社會に實行するを得せしむるに於ては相互の紛争常に絶へずして德義地を

物 權 法

拂ふの結果を生すべきを以て法律は公益を維持するの目的に依り法理の如何に拘らす通常吾人の所有權を制限すべき制度を設け相隣者をして各其制限に服従せしむ。茲に所謂法律を以て設定したる地役とは即ち之を謂ふなり。既成民法財産編は此種に屬する制限を其第二百五條乃至第二百六十五條に規定したり。余は次款已下に於て追次其大要を講述すべし。

第二款 隣地の立入又は通行の權利

隣地の立入又は通行の權利に付ては既成民法財産編は之を其第二百五條乃至第二百二十三條に規定したり。本來牆壁或は建物等を築造修繕する爲めに隣地に立入或は自己の土地か河川等に依り圍繞せられ居るか爲めに隣地を通行するか如きことは自然の必要に屬すべき事項なるを以て特に法律か權利として明定することなきも何れの國に於ても慣習上之を許容せざるものなし。本邦の如き又未だ嘗て是等のことに關して紛争を生したることあるを聞かず。然れども法律の思想漸く普及するに従ひ世人動もすれば權利を楯として隣人に對して立入若くは通行を拒むか如きことなきを保すべからざるを以て特に法律中に明定し

物 權 法

地役權 法律を以て設定したる地役 隣地の立入又は通行の權利

て此の如き妨害なからしめんことを必要としたり
第一 隣地立入の權

既成民法財産編は其第二百十五條に於て凡そ土地の分界に於て又は自己の土地に工事を爲し得る餘地なき距離に於て牆壁若くは建物を築造し又は修繕する爲め隣地に立入るを求むることを得と規定して以て或る格段なる場合に於ては土地の所有者に各々隣地に立入るの權利あることを認めたり。蓋し吾人か或る區域の土地を所有する已上は隣地との經界線に接する點までは之か使用收益及處分を爲し得るは所有權の性質上當然のことに屬するを以て經界線に接し牆壁或は建物を築造するか如きは固より其自由たり。而して其之を築造し若くは修繕するに當りては隣地に立入るの必要なるは世間の常なりとす。然るに所有權を重んずるの極如何なる場合に於ても所有者の承諾あるにあらずんば隣地に立入ることを得ざるものとなさんか隣人か其立入を承諾せざるに於ては牆壁若くは建物の類を築造するに當りては必ず經界線より若干の距離を留存せざるべからざるは數の當然なり。果

物 權 法

して然らんか經界線と其牆壁若くは建物との間に利用し能はざるの空地を生ずるに至るべくして國家の經濟上不利なること勿論なり。是を以て法律は或る特定の場合に於ては幾多の制限の下に隣地に立入ることを得せしめ以て隣人の利益を保護せるなり。今前顯第二百十五條の法文に依り隣地に立入ることを得るに要する條件を觀察せば左の如くなるべし

(一) 牆壁若くは建物を築造し又は修繕する場合なること

前顯第二百十五條の法文は明かに牆壁若くは建物を築造し又は修繕する爲め云々と記して特に其立入を要する目的を明定したるか故に法律の精神は即ち此明定せる目的の爲めにあらざれば隣地に立入ることを許さざるものと斷定せざるべからず。蓋し隣地立入の權の如きは所有權の原理に對し例外を爲すものたれば法律の明文已外に此權利を及ぼすべからざればなり。此故に一たび築造したる牆壁若くは建物を毀壞するの目的の爲めには隣人の承諾なくんば立入るを許さざるは勿論たどひ築造若くは修繕の爲めなるも牆壁若くは建物の爲めにあらずんば同しく立入るを許

物 權 法

地役權 法律を以て設定したる地役 隣地の立入又は通行の權利

物 權 法

さしるものと知らざるへからず。加之法文中所謂牆壁とあるは主として
 建築物の一部を爲すへき石造若くは煉瓦造のものを指示し板扉竹垣柴垣或
 は生籬の如き土地の圍障を爲すものは此中に包含せざることば第二百五
 十一條已下の法文と對照して之を見れば明かなるか如し。思ふに是れ隣
 地立入の權は眞に止むを得ざる場合に於てのみ之を認むへきものたれば
 成るべく其場合を狹隘にせんことを期したるに依るなるへし。
 (二) 右の築造又は修繕は土地の分界に於て又は自己の土地に其工事を爲し
 得る餘地なき距離に於て爲す場合なること。
 此條件は別に説明を要せずして其當然のものたることを明かなり。蓋し余
 か既に述べたるか如く法律か土地の所有者に與ふるに隣地の立入權を以
 てするは所有權の原理に牴觸し固より其例外を爲すものたれば尙も自己
 の土地内に工事を爲すに足る餘地あるときは土地の所有者に此權利を與
 ふるの必要なきは勿論なりとす。
 右の二條件にして具備せば即ち隣地に立入ることを得べし。然れども尙ほ

物 權 法

茲に一事の注意すへきものあり他ならず隣地に立入ることを得るも其住家
 には所有者の承諾あるにあらざれば決して立入ることを得ずとのことばな
 り。既成民法財産編にも既に第二百十六條第二項に如何なる場合に於ても
 隣人の承諾あるに非ざれば右工事を爲め其住家に立入ることを得ず縱令其
 修繕を要する建物か隣人の住家に連接するも亦同じと規定したり。而して
 其理由は如何と云ふに住家は即ち家族の住居する建物なるに如何なる必要
 あればとて土地と同機所有者の承諾なく之に立入ることを得せしむるとき
 は家居の安寧と秘密とは全く蹂躪せらるるに至るへきか故に外ならず
 右述べたるか如く或る條件を具備する已上は法律は土地の所有者に與ふる
 に隣地に立入るの權を以てしたりと雖も素と是れ所有權の原理に例外を設
 けたるものなるか故に若し此權利の實行上隣人に損害を蒙ふらしめたるど
 きは立入を爲したる者をして其損害を償はしむることしなし隣人の負擔は
 只立入を妨げざるに過ぎざるものとせむこと諸國の制法の概ね一致する所
 なり。既成民法財産編にも其第二百十七條に於て明かに立入を許さる隣

地役權 法律を以て設定したる地役 隣地の立入又は通行の權利

五四四
 人は工事の性質及時期を酌量して其受けたる妨害に相應する償金を求むることを得と規定せるなり。只此法文に依れば冒頭に立入を許諾せる隣人であるを以て償金の請求を爲し得るは立入を許諾したる場合にのみ限るべくして法律上の條件を具備して許諾なく立入りたるときはたとひ損害あるも隣人は之か賠償を求むることを得ざるに似たり。然れども是れ明かに法律の精神にあらざるなり。蓋し隣地の立入権は法律上當然土地の所有者に與へたるものにして許諾を得て立入るは茲に所謂立入権にあらず。果して然りせば立入権の實行に就てこそ特に前順の如き規定を要すべきも承諾を得て立入る場合に就ては却て此規定を要せざるなり。又法文中性質及時期を酌量してとあるも凡そ損害を計算するに當りては如何なる場合と雖も性質及時期を酌量せざるべからざるは勿論にして其之を必要とするは敢て此場合に限らざるなり。然らば則ち特に茲に此の如き一句を置くの必要なきは明かなるか如し。

能はざる場合を規定したり。該項に曰く築造又は修繕の工事は收穫を害す可き季節に於ても隣地の所有者又は占有者の一時不在の場合に於ても之を爲すことを得ず但急要又は極めて必要の場合には此限に在らずと。即ち知る可し右述へたる所の立入権は急要の場合を除くの外(第一)工事の爲め隣地の收穫を害すへき季節及(第二)隣人の一時不在の時に於ては之を行ふことを許さざるを。蓋し工事の爲め隣地の收穫を害すへき季節に於て立入を許すべきは通常の場合に於けるよりも隣人の蒙ふるべき損害は大ならざるを得ざるは勿論なり。損害大なれば其大なるに従て之か賠償を求むることを得べきは明かなるも損害の要償は素と人権に過ぎざるか故に損害の大なるへき恐れあるときは寧ろ初めより損害なからしめざるに若かさるべく又隣人にして在宅せるときは右立入に付き一方には自ら或は注意し或は監督し損害の成るべく小ならんことを務め一方には立入者に成るべく便宜を與ふることあるへきも隣人不在なるときは此目的を達するを得ざるべし。さればとて隣人不在なるときは如何なる場合に於ても立入を許さざるものとなすに

地役權 法律を以て設定したる地役 隣地の立入又は通行の權利

物 權 法

於ては工事遅延し不便少なからざるへし是れ即ち前項第二百十六條第一項の規定ある所以ならん。法文中隣地の所有者又は占有者云々とあるは蓋し所有者は不在なるも占有者にして在家せるときは立入權を妨げざることを示したるの意なるへしと雖も同條第二項及第二百十七條には單に隣人と記しなから本項に限りて特に所有者又は占有者と記したるものなるか隣人とあるも隣地の所有者又は占有者を指示せるものたるは明かなるにあらすや。又同項但書中急要又は極めて急要の場合とあるも急要の場合とは即ち極めて必要なる場合なり極めて必要の場合とは又急要の場合にして急要の場合と極めて必要の場合との間には如何なる差異ありて此の如く區別したるか余は解する能はざるなり

第二、隣地通行權

既成民法財産編は其第二百十八條に於て或る土地か他の土地に圍繞せられて袋地と爲り公路に通ずる能はざるときは圍繞地は公路に至る通路を其袋地に供することを要す但下に記載したる如く二様の價金を拂はしむること

物 權 法

を得土地か堀割若くは河海に由るに非されは他に通ずる能はざるるとき又は堤岸ありて公路と著しき高低を爲すときは之を袋地と看做すことを得と規定して以て或る格段なる場合に於ては土地の所有者に隣地を通行するの權利あることを認めたり。蓋し所有權の原理より云ふときは隣地通行權は其例外を爲すものたること論を俟たすと雖も隣地を通行するにあらされは公路に達すること能はず。又は堀割若くは河海に由るに非されは他に通ずる能はざるか如き場合に一々其隣地所有者の承諾なくんは通行すること能はざるものとなすに於ては此の如き位置に在る土地の利用は單に隣人の意見如何に依りて左右せらるることとなり隣人にして通行の承諾を與へざる已上は該土地に於ける利用は全く廢止せざるへからざるの結果を生ぜざるを得ざるへくして國家經濟上の不利實に尠少なからざるへし。是れ法律か或る格段なる場合に於ては公益上隣地の所有權に制限を加へ以て隣人の承諾なくも之を通行することを得せしむるの止むを得ざる所以なり。今前項第二百十八條の規定に依るに土地の所有者に隣地通行權あることを認むる場合

地役權 法律を以て設定したる地役 隣地の立入又は通行の權利

三箇あり

(一) 他の土地に圍繞せられて袋地と爲り公路に通ずる能はざる場合

通俗に所謂袋地とは四方か他の土地に圍繞せられ居る土地より一
方のみに出口ある土地を指示するか如しと雖も茲に所謂袋地は四方悉く
他の土地に圍繞せられ居る土地を指示することゝ知らざるへからず。而
して四方他の土地に圍繞せられ隣地を通行するにあらずんば公路に達す
る能はざるときは其袋地の所有者は隣人の承諾なくして其土地を通行す
ることを得べきなり

(二) 堀割又は河海に由るに非れば他に通ずる能はざる場合

此場合は素より全く通路なきにあらずと雖も状況の如何に依りては袋地
と同一視せざるへからざるものあり。蓋し堀割の如き又河海の如き其幅
員稍々大なるときは之に橋梁を架せんとするも實際架する能はざる場合
もあるへく實際には之を架し得るも巨大の費用を要し到底一私人の負擔
に堪へざるものあるへく。又平常は舟の便あるも季節の如何に依りては

物

權

法

其便も亦絶止するとなしとせず。然るに其堀割又は河海に由るに非され
は他に通ずる能はざる位置に在る土地の所有者は隣地あるに拘らず必ず
其堀割又は河海の便に依るにあらずんば公路に達するを得ざるものとな
さんか其結果たる終に該土地に於ける利用を絶止せしむるに至らざるを
得ざるべきなり。是れ法律か是等の土地を以て袋地と看做し其所有者に
與ふるに隣地通行の權を以てする所以なりとす。然れども土地と公路と
の間に小渠あり小橋或は板橋を設くれば通行し得るか如き場合は素より
此限に在らざるなり

(三) 崖岸ありて公路と著しき高低を爲す場合

此場合は土地と公路と直ちに相接するものなりと雖も苟も崖岸に依りて
其間に著しき高低ある已上は直ちに公路に通せざるか故に其之に通せし
めんとせば其崖岸を取毀たざるべからず。然るに崖岸を取毀つは地形の
如何に依りては或は爲し得へからざることあり或は之を爲し得るも巨大
の費用を要し一私人の負擔に堪へざるもの等のあるへきか故に若し斯の

地役權 法律を以て設定したる地役 隣地の立入又は通行の權利

如き位置に在る土地の所有者に與ふるに隣地通行の權利を以てするにあらすんは其結果たる該土地に於ける利用を絶止せしむるに至るべきなり。是れ法律か之を以て袋地と看做し其所有者に與ふるに隣地通行の權利を以てする所以なり

已上三箇の場合は即ち既成民法財産編か土地の所有者に與ふるに隣地の通行權を以てすと雖も第二及第三の場合は第一の場合とは大に其趣を異にすること注意せざるべからず。何となれば第一の場合は絶対的の袋地なるか故に該土地に於ける所有者は何れの場合たるを問はず隣地通行の權利を有するは勿論なるも第二及第三の場合は法文の示すか如く單に袋地と看做すことを得るまでにして法律か絶対的に袋地となしたるものにあらざればなり。此故に第二及第三の場合に於て或る土地を袋地と看做すや否やは其土地の利用方法及狀況等に基き裁判官の認定に依りて定まる者と知らざるべからず。例へば土地と公路と高低あるも其土地にして單に住居用のものとせば之を以て袋地と看做す能はざる場合に於ても若し之を耕作若くは工

物 權 法

物 權 法

業用のものとせば袋地と看做すを要するか如し。現に既成民法財産編第二百九條第一項にも袋地の利用又は其住居人の需用の爲め定期又は不斷に車輛を用ゆることを要するときは通路の幅は其用に相應するを要すと規定して通路は全く袋地の需用に相應せしむべきものたることを明かにせり。法文中袋地の利用云々とあるは其地を農工業用等に利用して車輛を用ゆるを要するか嫌き場合を謂ひ。又其住居人の需用云々とあるは該住居人の乘用に馬車を用ゆるを要するか如き場合を謂ふなり。然らば即ち袋地を圍繞する土地數箇ある場合には通路は何れの土地何れの部分に之を定むべきか。既成民法財産編は其第二百九條第二項に通行の必要又は其方法及條件に付き當事者の協議はさるときは裁判所は成る可く袋地の需用及通行の便利と承役地の損害とを斟酌することを要すと規定して一に當事者の協議に任ずるを本體となし協議はさるときに於てのみ裁判所の干渉することを許せり。而して其之に干渉するに當りては成るべく袋地の爲め便利にして且つ圍繞地の爲め損害少なき部分を撰むべきものとなせり

地役權 法律を以て設定したる地役 隣地の立入又は通行の權利

物 權 法

既成民法財産編は又其第二百二十條乃至第二百二十二條に袋地の所有者と隣地の所有者との關係に付き規定したり。即ち第二百二十條に曰く通路の開設及保持の工事は袋地の負擔に屬す承役地の建物又は樹木を取除き又は變更せしむるの必要ある時は一回限の償金を其所有者に辨償す此他承役地の使用又は耕作を減し及永く其地の價格を減するに付ての償金は毎年之を辨償す。蓋し法律が袋地の所有者に對し圍繞地の所有者をして通行せしむるの義務を負はしむるは一に袋地所有者の便益に供するに在るか故に通路の開設及保持の工事は其之に因て便益を享受する所の袋地所有者の負擔たるべきこと論を俟たざるべし。加之余が既に述べたる如く通行權は止むを得ざる必要より出て、所有權の原理に例外を爲すものたれば其權利の効果も亦必要の範圍に止まるべきものたること勿論なるか故に袋地の所有者は隣地を通行し得るも爲めに生したる損害に至りては之を圍繞地の所有者に辨償せざるべからざるなり。然り而して前項第二百二十條の規定に依れば此償金を損害の種類如何に依り之を二様に區別し。一は通行權を始む

物 權 法

る當時に於てのみ生ずべき一時限りの損害に對する償金となし。他の一を通行を爲す間永遠に生ずべき損害に對する償金となす。第二百十八條第一項の但書に下に記載したる如く二様の償金を拂はしむることを得とあるは即ち此償金を指示せるなり。其所謂一時限りの損害に對する償金は承役地即ち圍繞地の建物又は樹木を取除き又は變更する必要がある場合に於て生ずべき者たると法文に明かなり。尤も法文には取除き又は變更せしむる必要あるとき云々とありて袋地の所有者は圍繞地の所有者をして建物又は樹木を取除き又は變更せしむるの權利あるか如く規定すと雖も本來圍繞地の所有者は袋地の所有者の通行權を妨げざる義務あるまてにして之に對して或る事を爲すの義務あるべき者にあらざれば法文の如何に拘はらず其意に至りては袋地の所有者が其通路開設の爲めに圍繞地に在る建物又は樹木を取除き若くは變更する場合を指示せること疑ひあるべからず。而して此類の損害は其之を生せしめたる原因全く一時に完結し永遠に繼續すべきものにあらずれば圍繞地の所有者に對し支拂ふべき償金も眞に一回限りを以て足れ

地役權 法律を以て設定したる地役 隣地の立入又は通行の權利

物 權 法

りとなすは當然なり。又之に反して所謂通行を爲す間永遠に生すべき損害は通行權の行使に因りて生すべきものなるか故に其通行權の存在せる間は繼續するものたるや論を俟たず從て之に對する償金も一時限りの支拂を完結せは足れるものとなすへからずして通行權の繼續中は永遠に繼續するものとなさるへからざるなり。是れ前項第二百二十條第三項に此種の償金は毎年之を辨償すべきものと定めたる所以ならん。又第二百二十一條に曰く袋地たることの止みたるときは通行の權利及毎年の償金の義務は從ひて消滅す要役地の所有者は未だ拂期限の至らざる償金の六ヶ月分を拂ひて常に通行の權利を拋棄し及之に對する義務を免かるゝことを得と。本條は主意頗る明瞭を欠くか如しと雖も第一項及第二項を對照して法意の存する所を察するに第一項は袋地所有者の任意にあらすして其袋地たることの止む場合に就ての規定にして第二項は該所有者の任意に依りて袋地たることの止む場合に就ての規定なりと斷定して差支へなかるへき歟。蓋し袋地たることの止むへき原因には種々あり或は袋地の所有者か圍繞地を買取りたる

物 權 法

が爲め止むことあり。或は圍繞地中に公路を創設せられたるに依り止むことあり。或は袋地の所有者か公路に達するの通路を他に取得したるに依り止むことある等一々枚舉に遑わらざるへし。然れども其原因を大別するときは任意に出づるものと否らざるものとありて存し。其任意に出ざる場合は通行の權利の消滅すると共に之に隨伴する所の義務も亦消滅に屬すべきこと當然なりと雖も任意に出てたるときは通行の權利消滅したればどて之に隨伴する義務も亦共に消滅するものとなすことを得ざるなり。何となれば債務は債務者の任意にて之を免かるゝことを得されはなり。是れ即ち前項第二百二十一條を第一項及第二項に區別して規定したる精神なるべきを信するなり。又第二百二十二條に曰く當事者は通行より生ずる永久の損害の賠償又は毎年の償金の買戻を隨意に元本にて定むることを得孰れの場合に於ても袋地の止みしときは右元本は之を全く返還するものとす但反對の場合あるときは此限に在らすと。本條は蓋し通行權の存する間繼續すべき損害に對する償金支拂に付ての一便法を規定したるに過ぎず。即ち繼續す

地役權 法律を以て設定したる地役 隣地の立入又は通行の權利

へき損害に對する償金は毎年之を支拂ふを以て原則となすも或は頗に失し或は紛議を生し易き恐れあるを以て袋地の所有者は圍繞地の所有者に對して一時に元本を提出し通行權の繼續せる間其利子を以て償金に充當するの契約を爲すも妨げなきことを規定したるなり。但し圍繞地所有者が償金として取得すべきものは只利子に止まるか故に袋地にして止みたる已上は別段の契約あれば格別左なきときは之か元本は袋地の所有者に返還せざるべからざるは當然なりとす。既成民法財産編は又其第二百二十三條に土地の一分の譲渡又は共有者間の分割に因りて袋地の生じたるときは譲渡人又は分割者は償金を受くること無くして通路を供するの義務を負担す此義務は公路の創設に因りて袋地たることの止みしときは消滅すと規定せり。蓋しし本來袋地にあらざる土地か一分の譲渡又は分割に依り袋地となりたるは畢竟譲渡人又は分割者の不注意に出たる結果に外ならされは其結果をして他の圍繞地に及ぼさしむるは事理の許さざる所なるに依り此場合に於ては譲渡人又は分割者は償金をも受くることを得ずして自己の土地に通路を供

せざるべからざるの義務あるものとなしたるなり。法文中此義務は公路の創設に因りて袋地たることの止みしときは消滅すとあるは此場合に於てのみ然るにあらざるを以て之を本條に附屬せしむるの不當なること論を缺たざるなり

第三款 水の疏通、使用及引入

第一、水の疏通

水の疏通に關しては既成民法財産編は之を其第二百二十四條乃至第二百二十六條に於て規定したり。即ち第二百二十四條に曰く低地の所有者は人工に依らずして自然に高地より流下する雨水及泉水を承くる義務あり人工を以て水の疏通路を創設し又は變更せしむるときは其工事か三十ヶ年前に在るか又は年月を知るべからざるときは亦同しと。又第二百二十五條に曰く土手其他の水を湛ふる工作物の破潰に由り又は水樋壩の阻塞に因り高地の水量を増して衝激を致し又は方向を變せんとするときは低地の所有者は第二百二條及第二百十一條に従ひて急害の告發を爲し且高地の所有者の費用を

地役權 法律を以て設定する地役 水の疏通使用及引入

以て其修繕を爲すことを得事變に因り低地に於て水流の阻塞したるときは高地の所有者は平常の疏通に復する爲め自費を以て必要の工事を爲す權利を有す然れども其義務を負担せず又第二百二十六條に曰く所有者は雨水の直ちに隣地に落つるか如き屋根其他の工作物を設けることを得すと今此三條を分拆説明せば蓋し左の如くなるへし

(二) 土地の自然に於ける状況より低地の所有者は高地より自然に流下する水を承くるの義務あり故に低地の所有者は高地より流下する水を防止する設置を爲すことを得ず。蓋し高きより低きに流下するは水の自然に於ける本性なり故に人工に依らずして自然に高地より流下する水を低地に於て承くるは水の本性上止むを得ざるの結果にして法律は高地の所有者に負はしむるに其流下を防止するの責を以てすへからざるなり。たとひ又負はしむるに其責を以てするも實際に於て到底行ふ能はざるとに屬すへし。但し苟も自然に流下する水たる已上は地表を流下すると地下を流下すると水路を爲し流下すると否とを問はず又天水たると泉水たるとを

物 權 法

論せざるなり。法文には雨水及泉水とあるも此所謂雨水中には積雪の溶解したる水の如きも亦包含するものと知らざるへからず。而して此原則より生ずる所の結果の重なるもの左の如し

A、高地より低地に水を流下せしむるは高地所有者の權利に屬す。既に其權利たる已上は之を行使すると否とは素より權利者たる高地所有者の隨意なるを以て或は初めより水の流下を止むることを爲し得へく或は一旦流下せしめたる水と雖も中途にして其流下を止むることも爲し得へし。而して流下せしめざること久しきに渉ることあるも地形の異動なき限りは其之を流下せしむるの權利を失ふことなかるへし

B、低地の所有者は高地より自然に流下する水を承くるの義務あり。故に若し低地の所有者が圍障等を設けて水の流下を妨ぐることをあるときは高地の所有者は其圍障の下部に排水するに足るへき設置を爲さしむることを得へきは勿論低地の所有者は水の流下の爲めに何等の損害を受くることあるも高地の所有者に對して之か賠償を要求するの權利な

物 權 法

地役權 法律を以て設定したる地役 水の疏通使用及引入

物 權 法

〇、高地の所有者が低地に流下せしむることを得るは自然の流水にあり故に人工に依るものは之を流下せしむるの權利なし。然るに人工に依るものに二種あり動もすれば自然のものと混同し易し注意せざるべからず。其一は即ち高地に水の發生したるは自然なるも之を低地に流下せしむるに人工を以てするとき。他の一は即ち高地に在る水は人工に依て得たるものにして而して其流下は自然なるときは是なり。例へば高地の所有者が自己の庭園内に泉水を設け之に天水を蓄へ時々人工に依り之を流下せしむる場合の如きは第一種に屬し又自己の庭園内に在る井水を汲みて之を流下せしむる場合の如きは第二種に屬すべし。詳言せば第一種に屬すべき場合は人工に依る流下なるか故に前順の原則たること疑ひなきも第二種に屬すべき場合は流下は正しく自然なるか故に動もすれば混同し易きのみ。然れども其孰れの場合たるを問はず低地の所有者は之を承くるの義務なきなり

物 權 法

D、低地の所有者は自然の結果として水の流下に伴ふて流下する砂石は之を受くるの義務あり。故に之が爲めに損害を受くることあるも高地の所有者に對して賠償を要求するの權利なきのみならず其流下したる砂石は依然高地所有者の所有にして流下したるか爲めに低地の所有者に歸すべきものにあらざるなり。然らば則ち水の流下に伴ふことなくして低地に墜落する砂石に就ては如何。既成民法財産編は何等の規定も之を置くことなしと雖も若し其墜落にして自然に出たるものとせば水の自然に流下する場合と同一理に依りて低地の所有者之を承けざるべからざるの義務あるものゝ如し

E、雨水は人工に依りて生ずるものにあらすして自然のものなり故に自然に流下するときは低地の所有者は之を承くるの義務あるは既に述べたる所に依りて明かなり。然るに屋根其他の工作物を設けて雨水を直ちに隣地に落さしむるが如きは即ち人工に依りて流下せしむるものと謂はざるべからず。是を以て土地の所有者は雨水の直ちに隣地に落つ

地役權 法律を以て設定したる地役 水の疏通使用及引入

る如き屋根其他の工作物を設けることを得ざるなり

(二) 人工を以て水の疏通路を創設し又は之を變更せし場合と雖も其工事か三十ヶ年前に在るか又は年月を知るべからざるときは天然のものに準し低地の所有者は之より流下する水を承くる義務あり。蓋し如何なる土地と雖も久しき歲月の間には之に多少の工事を施さるもの殆ど稀なるのみならず土地は高低隆陷常ならざるものたれば幾歲月を経過したるものに至りては高低兩地の位置を證すること頗る難事に屬し土地の原始の狀態は之を確知するに由なかるべし。たとひ確知し得るとするも或は數十年來流下する川流溝渠等を原狀に回復せしむるとは殆ど爲し得べからざることもあるべく。又縱令之を爲し得るも巨大の費用を要し得失相償はむことを得べきものとするときは徒らに紛擾を増すと共に高地の所有者は非常の損害を受けざるべからざる結果を生ずるのみならず社會の經濟に於ても弊る損失と謂はざるべからず。是れ即ち法律か前顧の原則を置

物 權 法

き以て斯くの如き歲月を経たるものは天然のものに準したる所以なりとす

物 權 法

(三) 高地に水を湛へ又之を通するに當り高地の所有者は其水を敷地以外に流出せしめざる爲め土手其他の工作物を設備することあるべし。然るに其工作物破潰し又は阻塞するときは水低地に迸流して低地の所有者に損害を蒙らしむるの恐れなしとせず故に斯る場合に於ては低地の所有者は急害告發訴權を行ひ此危險に對する豫防を爲さんことを求め且自から其修繕を行ひ高地の所有者に其費用を負担せしむることを得べし。又之と反對に低地に於て高地の水を承くる義務あるとき其低地に於て水流阻塞するときは爲めに高地に損害を及ぼすことあるべし。而して阻塞にして若し低地所有者の所爲に基くときは即ち高地所有者の權利を害するものなるに依り其實に任せざるべからざるは勿論なりと雖も其阻塞にして若し低地所有者の所爲に基かざるときは高地の所有者は低地の所有者に對して何等の請求も之を爲すことを得ず。何となれば低地の所有者は只

地役權 法律を以て設定したる地役 水の疏通使用及引入

高地より水の流下するを妨げざるの義務あるのみにして高地所有者の爲めに便宜を供するの義務なければなり。故に此場合に於ては高地の所有者に與ふるに低地に於て平常の疏通に復する爲め自から必要の工事を爲すの權利を以てするも低地の所有者に對して工事を爲すことを請求し若くは其費用を負担せしむること能はざるなり。又高地の所有者に於て此工事を爲すは其權利にして其義務にあらざるか故に低地の所有者より之を請求するの權利なきは勿論たり

第二、水の使用

水の使用に關しては既成民法財産編は之を三箇の場合に區別して規定せるものゝ如し即ち左の如し

(一) 既成民法財産編は其第二百二十七條の本文に泉源の所有者は隨意に之を使用し且自然に隣地に流る可き餘水を隣人に與へざることを得と規定して特に泉源の所有者の權利を明示したり。然れども是れ全く所有權普通の原理にして敢て特別の規定を要せざるのみならず法文中泉源とある

も雨水と雖も亦同一ならざるを得ざるべきなり。然り而して既成民法財産編は前題の規定に三箇の例外を設けたることは該條の但書に依りて明かなり。曰く次條及第二百七十六條の規定其他泉源の利用收益に關する行政法の規定を妨げずと

A、泉源の水が一町村又は一部落の住民の家用に必要なときは所有者は其水の不用の部分を流下せしむる責に任す又町村は自費を以て水の聚合及引入に必要な工事を泉源の土地に施すことを得但其工事の爲め償金を拂ひ且其土地に永久の損害を生せしめざることを要す此他町村は水の使用の爲め償金を拂ふことを要す但三十年間無償にて使用を爲したるときは此限に在らずとは第二百二十八條の規定する所にして正さしく前題第二百二十七條の規定に一の例外を爲すものたり。法律か此例外を設けたる所以のものは他ならず全く私益は公益の爲めには制限を受けざるへからすとの原理に基きたるものにして而して第二項已下は本條の適用に必要な條件を定め以て公衆と一人との利益

地役權 法律を以て設定したる地役 水の疏通使用及引入

物 權 法

を相調和する所あらしめたるなり。即ち原則としては泉源の所有者は其水を自由に使用處分することを得べきは勿論なるも自己に不用の水ありて而かも公衆の爲めに必要なときは其水は公衆の必要に供せざるへからず従て公衆の必要の爲めには泉源の所有者をして其水の不用部分を流下せしむる権利あるなり。法文には公衆と云はすして一町村又は一部落の住民と云へり然れども其意に至りては同一なるを信するなり。故に一家若くは數家の爲めに必要なも泉源の所有者は此制限を受くることなかるべし。又法文に依るに茲に所謂必要は家用に限れり故に便益は如何に大なるも家用上の必要にあらざれば泉源の所有者は又此の制限を受くることなきなり。例へば一町村若くは一部落の住民が農業或は工業等の爲め泉源所有者より不用の水を受くるの必要を感ずることあるも法律は其所有者に之を供するの義務を負はしめざるなり。法律が此例外の適用に就ての範圍を斯くの如く狹隘ならしめたるは一に泉源の所有者の負擔を過大ならしめざらんとを期したるに外

物 權 法

ならず

斯くの如く夫れ公益の爲めには泉源の所有者をして其不用水を流下するの義務を負はしめたりと雖も是れ素より必要に基きたるものなるか故に其水を使用する者は泉源の所有者に相當の償金を拂はさるへからざるは尙ほ公益の爲め土地を收用する場合に收用者か土地の所有者に對して相當の償金を拂はさるへからざると同一理なりとす。然れども此償金を拂ふの義務は水の流下を受くるの権利と必ず併立するを要せざるは勿論なるを以て水の使用者は合意又は時効に依りて此義務を免かるべし。前項第二百二十八條第三項の但書に三十一年無償にて使用を爲したるときは此限に在らずとあるは時効に依りて此義務の消滅することを推定したるなり。又同條第二項に於て町村又は部落は水の聚合及引入に必要な工事を泉源の土地に施すことを得べきものとなしたるは町村又は部落に於て家用上必要なときは泉源所有者より不用水を受くるの権利あることを認めたるより生ずる自然の結

地役權 法律を以て設定したる地役 水の疏通使用及引入

果なり。而して其工事を爲すは該町村又は部落の住民自身の権利にして決して泉源の所有者をして之を爲さしむるの権利にあらざるか故に其費用は自から之を負担せざるべからざること勿論なるのみならず該工事に就ては泉源の所有者に相當の償金を拂ひ且其土地に永久の損害を生せしめざるの責あるなり

右は只財産編第二百二十八條の規定に就き其大要を説明したるに過ぎずと雖も此規定に就ては尙ほ一の注意を要すべきことなき能はざるなり。何そや即ち泉源の所有者にして此制限に服従せざるべからざるものとせば該所有者は或は泉源を毀滅し或は不用水を他に賣却するの權利なきものと断定せざるを得ざるか如き結果を生すべしとのこと是なり。是れ果して法律の精神なるべきや否は法文上明瞭ならずと雖も余は右第二百二十八條の規定は裏面に於て必ず此結果を生すべきものたるを信するなり。何となれば若し泉源の所有者に其泉源を毀滅し若くは不用水を他に賣却するか如き權利の尙ほ存するものとせば該條の規

物 權 法

定は終に其効を失はざるを得されはなり

B 財産編第二百七十六條は水の取得に關する時効のことを規定したり。即ち該條の規定より之を推せば下流の土地所有者に對し法律に定めたる條件に従ひ時効に依り水の使用に就ての權利を取得したりとの推定を生ずるときは泉源の所有者は必ず其水を低地に流下せしめざるを得ざるなり。故に該條の規定は正さしく前顯第二百二十七條本文に於ける原則に一の例外を爲すものたること明かなり

C 又鑛泉は衛生其他の原因に基き公益の爲めに利用收益を要すること頗る多し故に一私人の所有に屬する場合と雖も其所有者をして任意に處分を爲すを得ざらしむることあり。果して然らば是れ亦前顯第二百二十七條本文に於ける原則に一例外をなすものたり。然れども是等のことに關しては寧ろ行政法の規定を待つべきを以て民法財産編は一に之を行政法に譲れり

(二) 既成民法財産編は流水か土地の經界に沿ふて經過する場合に關し其第

地役權 法律を以て設定したる地役 水の疏通使用及引入

物 權 法

二百二十九條第一項に溝渠水流掘削又は池沼の沿岸者にして其床地を所有する者は家用及農工業用に其水を使用することを得然れども其水路及幅員を變ずることを得ずと規定し又其第四項に沿岸者は對岸者に損害を及ぼす可きときは己れの方に於て水除を築くことを得すと規定したり。蓋し舟筏の通すへき川又は堀削及其床地は公の法人に屬し公有財産を組成するものにして不融通物たりとのことは既成民法財産編か其總則に於て明示する所なり。又各人の所有に屬すへき水に就ては既に第二百二十七條に於て之を規定したり。而して此公有又は私有に屬する水の使用及取締は一に行政法の規定に任すへしとのことも亦第二百三十二條に一般又は一地方の公有又は私有に屬する水の使用及取締は行政法を以て之を規定すとの一條を置て之を明示せり。然らば則ち前項第二百二十九條第一項中に所謂溝渠水流掘削又は池沼は孰れも皆な舟筏の通せざるものにして而かも公有にも又私有にもあらざるものを指示せること明かなり。本來公有にも又私有にもあらざる所の水流は果して何人に屬すへきもの

なるかの問題に付ては古來學者間に種々の説あり。或は曰く床地流水共に國の私有たらしむへしと。或は曰く床地流水共に沿岸者の有たらしむへしと。或は曰く床地は沿岸者の有たらしめ流水は公共のものたらしむへしと。而して既成民法財産編は即ち此第三説に基き床地は沿岸者の所有にして水流は公共物たることを認めたり。思ふに第一説に依りて床地及水流共に國有となさんか土地の所有者は其の所有地内に水流の生したるより之か床地となりたる部分は當然國の爲めに剝奪せらるゝの結果を生ずるのみならず私有地と國有の土地犬牙錯雜し徒らに紛擾を醸生すへきのみ。又床地及水流共に沿岸者の有となさんか床地は素より當初より沿岸者の有たりしものなるも水流に至りては理論上より云へば寧ろ泉源所有者の有たるへきも只流下して他人の土地に入りたるの一事を以て其床地所有者の有に歸すへき理あるへからざるのみならず若し之を共有に歸せしむるものとせば必ずや紛擾の原因たらざるを得ざるなり。然らば則ち流水は依然泉源所有者の有たらしめんか他の流水と合したる後に於

地役權 法律を以て設定したる地役 水の疏通使用及引入

ては到底自他の區別を設くべからず。又之を無主物となさんか無主物は先占に因りて之か所有權を取得し得べきものなるか故に或は一人にて之を専用し廣く他人をして利益を享有せしむること能はざるに至るべし。是れ即ち既成民法財産編か床地は沿岸者の有にして流水は公共物たることを認めたる所以なるべし。既に流水は公共物たり故に何人と雖も之を使用することを得べきは勿論なるも沿岸者にして床地の所有者たる已上は自然の位置より其流水の使用に關し特別の便益を有すべきは當然なるを以て法律は即ち其流水を使用し得る者は沿岸者にして床地の所有者に限るものとなせり。然れども其使用上に何等の制限も之を設けざるべきは一沿岸者の爲めに他の沿岸者をして其使用を完うすることを得ざらしむるの結果なきを得ざるに依り前項第二百二十九條第一項及第四項は之か使用の目的を制限し以て下流の沿岸者若くは對岸者に損害を及ぼすことなからしめんことを期したるなり。只疑ふ此制限のみに因りて以て果して立法の目的を達することを得べきやを。何となれば前項第二百二十

物 權 法

物

權

法

九條第一項は單に使用の目的を制限したるまでに過ぎされは此目的の爲めにするときは廣大なる沿岸地の所有者は其土地の廣大なるに相應すべき水量を使用することを得べきか故に下流に在る沿岸者又は對岸者は爲めに損害を蒙ふることあるべければなり

殊に又右述へたる所の沿岸者の水の使用權に付ては實際上種々の難問を惹起し來り到底前項第二百二十九條第一項の規定のみに因りて此難問を解釋し能はざるべきなり。即ち沿岸者か其所有に係る土地の内沿岸にあらざる部分を他人に讓渡し又は分割したるときは其之か取得者は前述する所の目的の爲めには從來の所有者の如く流水を使用することを得べきか又沿岸者は前述する所の目的の爲めには沿岸にあらざる自己の所有地に其流水を使用することを得べきか。又沿岸者にして從來の沿岸地に接續する所の土地を新に取得したるときは其新に取得したる土地か沿岸にあらざる場合と雖も尙ほ其流水を該土地にまで使用することを得べきか等の問題に對しては既成民法財産編は果して如何なる答を與へんと期し

地役權 法律を以て設定したる地役 水の疏通使用及引入

たるか同編中何等の法條なきに因りて之を見れば裁判官の解釋に任するの外なかるべきのみ

(三) 既成民法財産編は所有地内を水流の通過する場合に關し其第二百二十九條第二項に同上の流水の通過する土地の所有者は右と同一の需用の爲め其地内に水路を變轉することを得然れども其水の出口に於ては之を自然の水路に復することを要すと規定したり。今此規定を前述沿岸者に關する規定と對照するときは唯一の差異あるのみ。即ち沿岸者には水路を變轉することを得せしめざるも流水の通過する土地の所有者には之を許容せること是なり。此差異あるの理由は他ならず沿岸者には對岸者及下流の沿岸者を害すへからざるの義務あるも流水の通過する土地の所有者に對しては對岸者なきか故に只下流の沿岸者を害することなければ足れるか故なりとす。即ち流水の通過する土地の所有者は水路を變轉することを得るも必ず水の出口に於て之を自然の水路に復することを要するは之か爲めなるのみ。只此規定に就ても亦實際の適用上種々の難問を生すへ

物 權 法

きは疑ひを容れざるなり

已上は即ち既成民法財産編か水の使用に關して規定する所の大要なり。而して同編は尙ほ其第二百二十九條第三項に右孰れの場合に於ても沿岸者は地方の規則に従ひて捕漁の權を有すと規定し。其第二百三十條に前條に定めたる二箇の場合に於て其水を利用すべき沿岸者又は低地の所有者より争を起したるときは裁判所は地方の慣習と衛生の需用と農工業の利益とを斟酌して之を決すと規定し。又其第二百三十一條に右流水に關する取締は地方應に屬す地方應は其流水の疏通保持及魚類の保育に付き必要の處分を令することを得と規定したり。然れども是れ等の事項は民法中に規定すべきものにあらざるか故に茲に別に説明を附するの要なかるへし

第三、水の引入

茲に水の引入と題したるは只既成民法財産編第一部第五章第一節第二款の題目に依りたるものなりと雖も其實此處には獨り水の引入に關する所有權の制限のみならず尙ほ水を排泄し又は乾かすことに關する所有權の制限及

地役權 法律を以て設定したる地役 水の疏通使用及引入

物 權 法

水を高むることに關する所有權の制限をも併せて講述せんと欲するなり。即ち既成民法財産編にも水の疏通使用及引入と題したる款の下に是等制限に關することを網羅規定せるなり。然れども余は便宜の爲めに左に之を細別して講述すべきなり

(一) 水の引入に關する制限

既成民法財産編は其第二百三十三條に自己の土地外に在る天然又は人工の水を用ゆる權利を有する所有者は家用又は農工業用の爲め償金を拂ひ其水の通過を中間の土地に要求することを得と規定し。中間地の所有者に負はしむるに水の使用權を有する土地所有者の爲めに水路を供給するの義務を以てしたり。畢竟水の使用權を有するにも拘らず中間に他人の土地ありて之を使用すること能はざるは恰も袋地の所有者か他人の土地に圍繞せられて公路に通ずる能はざる場合と其狀を同じくするものなるに依り社會の經濟上より水の使用權を有する土地所有者の爲めに中間に在る土地の所有權に制限を設くるの必要あるなり。而して其制限は他な

物 權 法

(二) 水の排泄に關する制限

らす水の使用權を有する土地所有者の爲めに水路を供給するに在るなり。然れども此水路に依りて水を通過せしむるには其使用の目的家用又は農工業用に限ること水の疏通及使用に關する制限の場合と異なることなし

既成民法財産編は其第二百三十四條に低地の所有者は浸水地を乾かすに因り出水の疏通の爲め及家用又は農工業用の餘水の排泄の爲め公路公流又は下水道に至るまで其通路を供する責に任す家用又は農工業用の爲に變質したる水の通過は地下に於けるに非されは之を要求することを得すと規定し。低地の所有者に負はしむるに人工に依る流水なるも其原因浸水地を乾かし又は餘水を排泄するに在るときは高地の所有者の爲めに其水路を供する義務を以てしたり。是れ又畢竟公益に基きたる制限に外ならざるなり。即ち浸水地を乾かし之を耕地となすか如き又餘水を排泄して衛生を維持するか如き一として公益に關せざるものなきなり。變質したる水の通過は特に地下に於けるに非されは之を要求することを得ざる

物 權 法

地役權 法律を以て設定したる地役 水の疏通使用及引入

物 權 法

ものとなしたるは一に衛生上の理由に基きたるものなること明かなり
 右述へたる所の水の引入排泄の爲めに設くべき通路に付ては既成民法財産
 編は其第二百三十五條に水の通路は成る可く承役地の損害少なき場所に之
 を設くることを要す如何なる場合に於ても建築物の下を經又は住家に連接し
 たる庭園を經て水の通過を要求することを得ずと規定し。又其第二百三十
 五條に水の通路に必要な工作物の築造及保持は其工作物に付き利益を得
 る所有者の費用にて之を爲すと規定したり。然れども是等は皆當然のこと
 を規定したるに過ぎざれば別に説明を要せざるなり。又其第二百三十七條
 に承役地の所有者は其土地に存する堀割を要役地に入する水の全郡又は
 一分の通路に供することを要求するを得但從來其堀割を通過する水か要役
 地に供したる水を變ずるの性質ならざるに限り又承役地の所有者は其
 土地に要役地の所有者の爲したる工作物を右同一條件に従ひて水の通過
 の爲め使用せんと請求することを得右孰れの場合に於ても他人の爲したる
 工作物を使用する者は自己の利益の割合に應じて其築造及保持の費用を分

擔すと規定したるは畢竟承役地及要役地の所有者をして互に既設の堀割を
 使用することを得せしめ以て別に水路を設け徒らに土地を空用するの損失
 を避くるの主意に出たるものにして社會の經濟上又其必要を認めたるに依
 るなり

(三) 支持に關する制限

既成民法財産編は其第二百三十八條に第二百二十九條第一項に従ひ流水
 を使用する權利を有する所有者は堰を設けて水を高むるの費用あるとき
 は償金を拂ひて其堰を對岸に支持せしむることを得同一の權利を有する
 對岸地の所有者は前條に記載したる如く費用を分擔して右の堰を使用す
 ることを得と規定して第二百二十九條第一項に規定したる沿岸者及對岸
 者は水を高むるの費用あるとき互に其堰を支持せしむる義務あるものと
 なせり。是れ水の使用權を有するより必然生ずる結果たるに過ぎざるな
 り

第四款 經界

地役權 法律を以て設定したる地役 經界

物 權 法

物 權 法

凡そ動産物は各自一體を爲すものなりと雖も土地に至りては全地球即ち是れ一體なるか故に其所有權の範圍を定むるには必ず人爲に依りて以て之か經界を定めざるへからざるなり。而して之か經界を定むるには其經界を標示すべき物を要するを普通となす。於是乎法律は土地の所有權に對し經界に關する制限を設くるの必要を認むへし。既成民法財産編は之を其第二百三十九條乃至第二百四十四條に規定したり。先づ其第二百三十九條に規定して曰く凡そ相隣者は地方の慣習に従ひ樹石杭杙の如き標示物を以て其連接したる所有地の界限を定めんと互に強要することを得と。是れ畢竟相隣者間に所有權の範圍を明かならしめ相互の間に紛争なからしめんことを期せんか爲めに特に明文に依り相隣者に與ふるに所有地の界限を定めんことを強要するの權利を以てしたるなり。而して其之を強要するの權利を經界訴權と稱す。故に經界訴權は苟も土地の所有權存在し其界限の定まらざる已上は必ず之に隨伴すへきものにして其存廢は常に所有權の界限の定未定に相伴ふものなり。殊に其之を相隣者に與ふるは公益に基くものなるか故に此訴權は所有權の界限未定に屬する間は所有權と共にするに

物 權 法

あらずんば其訴權のみ獨り時効に罹ることなく又當事者に於て自から之を拋棄することを得ざるなり。右の如く夫れ相隣者は各經界訴權を有すと雖も其訴權の因て生ずるは全く土地の分界不分明なるに基くは勿論なるか故に其分界にして分明なる已上は此訴權を主張するを要せざるなり。即ち既成民法財産編は其第二百四十條に經界訴權は建物に付き及土屏垣柵等の圍障ある土地に付ては行はれず公路又は公流にて隔てたる土地に付ても亦同しと規定して(第一)土地の境界に接して建物の存在する場合。(第二)土屏垣柵等の圍障ある土地。(第三)公路又は公流にて隔てたる土地は分界點の分明なる場合なるか故に經界訴權の主張を要せざるものとせり。又既成民法財産編は經界訴權の時効のことに關し其第二百四十一條に經界訴權は協議上又は裁判上に於て界限の定まらざる間は時効に罹ること無し經界の訴に付き被告か原告の土地の全部又は一分に對し取得時効又は一ヶ年已上の占有を申立つるときは原告は先づ回復又は回收の訴を爲すことを要すと規定し以て先づ經界訴權は余か既に述べたるか如く所有權の界限の定まらざる間は時効に罹

地役權 法律を以て設定したる地役 經界

らさることを明示し併せて經界のことたる土地の所有權又は占有權の所屬分明ならさるときは之を定むることを得ざるものなるか故に經界の訴あるに當り被告に於て原告の土地に對し取得時効に依り其所有權を得たることを或は又一ヶ年已上占有したるものなることを申立たるときは原告は回復又は回收の訴を爲し所有權の歸屬する所を判明にしたる後にあらざれば經界訴權を維持することを得ざる旨を明示したり

然らば則ち經界を立てんとするに當り甲乙兩地の界限確定せしめ或は其界限に付き當事者間に意思の一致せざることをあるときは如何なるものを以て證據と爲し其界限を確定し或は其爭論の當否を決すべきか。既成民法財産編は其第二百四十二條を以て之に答へて曰く經界は界限の確定せざるるとき又は爭論あるときは所有權の證書に記載したる坪數及界限に従ひて之を爲す其證書なきときは之に代ふるに足る他の證據又は書類に依りて之を爲す所有權に付き爭論あるときは先づ其裁判を受くるとを要す。是れ當然のことにして敢て説明を要せざるなり。然り而して是まで不明に屬したる界限の確定することありと雖も他日に證

物 權 法

物 權 法

據を供へ置くにあらすんは動もすれば再び爭論を生し易く又其爭論を決するに困難なるか故に既成民法財産編は其第二百四十三條に當事者か協議を以て界限を定めたるときは其證書を作ることを要す此證書は坪數及界限に付き確定權原の効を有す當事者の議協はさるときは判決を以て坪數及界限を定め其判決書に圖面を添ふ此圖面には界標を指示し且各界標の距離及其近傍の移動なき目標と各界標との距離を記載すと規定したり。其他界標設置等に關する費用の負擔方
法に付き其第二百四十四條に樹石杭代の代價其設置の費用及證書並に訴訟費用は相隣者平分して之を負擔す然れども判決に因りて不當と爲りたる爭論のみは關する訴訟費用は敗訴者之を負擔す測量費用は當事者其土地の廣狹に應じて之を分擔すと規定したるも共に別に説明を要せざるなり

第五款 圍障

既成民法財産編は第二百四十五條乃至第二百四十八條に於て圍障に關する規定を置きたり。而して今此諸條を分拆するときは第一自己の所有地に圍障を設くるの權利第二隣人に對して圍障の分擔を強要するの權利及其圍障の分擔に附隨

地役權 法律を以て設定したる地役 圍障

物 權 法

する費用の負擔方法を規定したるに過ぎず。即ち第二百四十五條には右第一に屬する權利を規定し。第二百四十六條已下には右第二に屬する權利及費用負擔の方法を規定したるなり。然れども立法者は何故に此第一に屬する權利を茲に規定するの必要を認めたるものなるか余は更に解する能はざるなり。見よ第二百四十五條は如何なることを規定せるか曰く凡そ所有者は適宜の材料を用ひ適宜の高さに於て自己の不動産に圍障を設くることを得但其不動産が法律又は人爲にて隣人の立入又は通行の地役に服するときは其地役を行ふ權能を妨くることを得ずと。蓋し土地の所有權は土地の上下に及ぶものなるか故に隣人の便益を害するを問はず法律に於て別に制限を設けざる已上は所有者は材料の種類高低の如何に拘らず自己の土地内に如何なる建造物如何なる圍障を設くるも素より其自由にして決して他人の容喙を許さず。只他人が自己の土地の上に行使すべき權利を有するときは其行使を妨くることを得ざるのみ。是れ所有權の原理にして余が既に反覆講述したる所に屬し既成民法財産編も亦所有權の章に於て明かに之を認めたり。果して然りとせば前編第二百四十五條の規定は所

物 權 法

有權の原理を圍障に關して茲に再出したるに過ぎずして其不用なること辯を待たずして明かなるか如し。佛國民法第六百四十七條に之と相類似するの規定あるも佛國に於ては古來より圍障の權に付き夥多の障礙を生したる沿革あるか爲めに特に之を置きたるに過ぎざるなり。又草案者は我民法に本條を置きたるの理由を説明して一に但書の規定を誘出せしめんか爲めなりと云ふも自己の土地に對し他人が行使すべき權利を有する已上は其權利の行使を妨くへからざるは獨り圍障を設くる場合のみに限らざるなり。况んや前編第二百四十五條の但書中に依れば土地の所有者は圍障を設くることを得るも隣人の立入又は通行の權利を害するを得ざることを示すものゝ如しと雖も隣人が自己の土地に對して行使することを得べき權利は獨り立入又は通行の權利のみにあらずして或は高地の所有者は低地に自然の流水を流下せしむるの權利を有し或は水の使用權を有する土地の所有者は中間の土地所有者をして水路を供せしむるの權利を有する等一々枚舉に遑あらず。然るを右但書の如くんは土地の所有者は圍障を設けて是等權利の行使を妨害するも妨げなきか如き感あるに於てをや。此故に余は寧

る前項第二百四十五條を削除するの至當なるを信するものなり
 夫れ然り然りと雖も第二百四十六條の規定に係る隣人に對して圍障の分擔を強
 要するの權利に至りては正さに一方に於ける所有權に對する一種の制限にして
 其之を茲に規定するの至當なるを知るなり。該條に曰く二箇の住家又は農工業
 用建物の間に在る中庭又は圍圃の土地が各箇の所有者に分屬するときは各自其
 隣人に分界圍障の分擔を強要することを當事者の議協はさるときは其圍障は
 板屏又は竹垣の類に非されは之を要求することを得ず其高さは分界線の平面よ
 り少なくとも六尺たる可し。蓋し圍障を設くるの要は相隣者間素りに相出入
 することを得ざらしめ又互に相觀望すること勿からしむるに在り。故に圍障強
 要の權利は相隣地各住居地なるか或は人の絶へず往來出入するを要すべき建物
 の存在する場合にあらされは其必要を見るとなかるへし。是れ即ち前項第二百
 四十六條の規定ある所以なり。而して圍障の材料に付き當事者の議協はさると
 きは圍障は板屏又は竹垣に限るものとなしたるは他ならず其材料に係る費用等
 は當事者双方に於て分擔すべきものなるか故に斯る場合には成るべく其費用の

物 權 法

輕からんことを期すればなり。又高さを六尺已上となしたるは他ならず少なく
 とも六尺の高さにあらずんは相觀望することを防ぐに足らされはなり。但し當事
 者の一方が自費を以てするときは此制限に依るを要せざるは勿論なり。然り而
 して右圍障の設置等に關する費用は如何なる割合を以て分擔すべきものなるや
 と云ふに既成民法財産編は其第二百四十七條に圍障の設置保持及修繕の費用は
 相隣者平分して之を負擔す相隣者の一人は前條に定めたる材料より良好なる他
 の材料を用ゐ又は高さを増して圍障を築造することを得但築造費用の差額を拂
 ひ且保持及修繕の費用の全額を負擔すと規定したり。是れ畢竟前條の規定より
 生ずる必然の結果に過ぎざるなり。只茲に一の注意を要すべきは他ならず法文
 に於て既に費用は平分して之を負擔すべきものなることを示したる已上は各所
 有地の大小又は種類の如何に依りて其分擔額を増減せざることと是なり。是れ畢
 竟板屏又は竹垣の如き材料を用ゐて設けたる圍障は其費用甚た些々たるものな
 るのみならず其之に依りて受くる所の利益に至りては相隣者互に同一なるべき
 を以てなり

物 權 法

地役權 法律を以て設定したる地役 圍障