

(イ) 時効ガ死亡者即チ先主ニ對シテ未ダ進行ヲ始メザルトキハ、相續人ノ銷除權ハ其相續ノ時ヲ以テ時効經過ノ起點トス、但シ其相續人ニ付テモ亦時効ノ經過ヲ停止スベキ原因ノ存スルモノアルトキハ格別ナリ。

(ロ) 死亡者即先主ニ對シテ既ニ時効ノ進行ヲ始メタルトキハ時効經過ノ起算點ハ既ニ確立セルヲ以テ其時ヨリ時効ノ期限ハ經過スベシ、即チ相續人ノミニ付テ云ハ、相續人ノ銷除權ハ殘期ノ經過ヲ以テ消滅スベシ、設例ヘバ未成年中ニ爲シタル合意ハ丁年ニ達シタルトキヨリ銷除權ノ時効ノ經過ヲ起算スベキヲ以テ、丁年ニ達シタル後三年ニシテ死亡シ其相續人ニ於テ其權利ヲ相續ナシタルトキハ其繼承ノ時ヨリ二年ノ後ニ至リ銷除權ハ時効ニ於テ消滅スベシ、但シ證據篇第二百二十九條ニ記載セル停止ノ場合ハ此限ニアラズ。

其他銷除權ノ時効ニ依ル消滅ニ付テハ免責時効ノ停止及ビ中斷ノ通常ノ原因ニ關スル規則ヲ適用ス(第五百四十五條末項)又既ニ論ズル如ク銷除權ノ時効ハ錯誤ニ付テハ錯誤ヲ覺知シタルトキヨリ起算スト雖モ、單ニ算數氏名、日附又ハ場所ノ錯誤ハ既ニ前章ニ於テ論述シタルガ如ク承諾ノ瑕疵ヲ爲スベキモノニ非ザルヲ以テ此等ノ錯誤ノ改正ヲ目的トスル訴權ハ決シテ時効ニ依リテ消滅スルコトナカルベシ、但シ此訴權ノ附屬スル權利ノ時効ニ係ルコトヲ妨ゲズ、設例ヘバ酒一樽ニ付五圓宛ニテ十樽ヲ賣却スルニ方リ其計算ヲ誤リ百石ノ代價合計五百圓トスベキヲ五十圓トナシタル場合ニ於テ此計算ノ錯誤ヲ改正スルノ訴權ハ決シテ其錯誤ヲ了知シタルトキヨリ五年ヲ經過スルモ時効ニ依リテ決シテ消滅スルコトナカルベシ、唯其訴權ノ附屬スル權利即チ誤算上ノ殘額四百五十圓ノ權利ハ通常ノ時効ノ期限ヲ經過スルニ依リテ消滅スベキハ固ヨリ當然ナルベケレバ、其錯誤ヲ改正スル

ヲ目的トスル訴權モ亦從テ普通ノ時効ノ期間ニ依リテ消滅スベキハ素ヨリ當然ナリ。

第二段 認諾ニ由ル銷除權ノ消滅

認諾ニ因ル銷除權ノ消滅

認諾ハ時効ノ期間ガ其經過ヲ始メタル後ニシテ未ダ五ヶ年即チ時効期間ノ滿了ニ至ラザル前ニ於テ有効條件ヲ缺キタル合意ヲ有効トスル方法ナリ、學者往々此認諾ヲ以テ有効條件ヲ缺キタル合意ノ追認ト同視スルモノアレドモ認諾ト追認トハ其性質大ニ異ルモノナルコトヲ注意セザルベカラズ即チ追認ハ本來ノ有効ナラザル合意自身ヲ丁年ニ達シタル後又ハ合意ノ瑕疵ヲ了知シタル後ニ於テ有効トナスノ方法ナレドモ認諾ハ毫モ本來ノ合意自身ニ關係スルモノニアラズシテ唯銷除權ヲ適用スルモノニ過ギズ故ニ認諾ノ結果ハ唯債務者ノ有スル訴訟上ノ權利ヲ消滅セシムルニ過ギザルナリ此認諾ニ明示及ビ默示ノ二方法アリ。即チ左ノ如シ。(第五百五十四條)

第一 明示ノ認諾

明示ノ認諾

明示ノ認諾ニ付テハ法律ハ左ノ規定ヲ設ケタリ。曰ク、

第五百五十五條 明示ノ認諾ハ銷除スルコトヲ得ヘキ合意ノ要旨及ヒ其銷除ノ原因ヲ記シ且銷除訴權ノ拋棄ヲ述ヘタル明白ナル證書ニ依リテ成ル

銷除ノ數個ノ原因アルトキハ明示ノ認諾ハ特ニ記シタル原因ニ付テノミ其効ヲ生ス

ト、此法文ニ依レバ明示ノ認諾ヲナスニ付テハ法律ハ左ノ三條件ヲ必要トスルヲ知ルベシ。

一、明示ノ認諾ハ認諾ヲナスベキ銷除權ノ附着スル合意ノ要旨ヲ記載スルコト。

二、銷除權ノ生ジタル原因ヲ記載スルコト即チ銷除權ノ生ズルニハ種々ノ原因アルヲ以テ明示ノ認諾證書ニハ其何レノ原因ナルカヲ明記セザルベカラズ、若シ一ノ合意ニ付銷除權ノ生ズベキ數個ノ原因アリタル場合ニ於テ何レノ原因ニ依ル銷除權ヲ認諾スルヤ否ヤノ分明ナラザルトキハ其ノ認諾ノ効ナカルベシ、何トナレバ既ニ前ニモ論ズルガ如ク認諾ハ一ノ權利ノ拋棄ナレバ法律ハ容易ニ之ヲ推測セザレバナリ。

三、認諾ハ銷除權ヲ拋棄スベキコトヲ明白ニ述ベタル證書ニ因ラザルベカラズ。

第二 默示ノ認諾

默示ノ認諾

民法ハ默示ノ認諾ハ左ノ行爲ニ因リテ成ルベキコトヲ定メタリ。(第五百五十六條)

- 一 合意ノ全部若クハ一部ノ任意ノ履行
- 二 異議ナキ又ハ異議ノ留保ナキ強制ノ執行
- 三 更改
- 四 物上又ハ對人ノ擔保ノ任意ノ供與

總テ右等ノ場合ニ於テハ債務者ハ明示ノ認諾ヲナサズト雖モ、既ニ自ラ銷除權ヲ拋棄シタル場合ニアラザレバ存在スベキ行爲ニアラザルヲ以テ、債務者ニ於テ其ノ反對ヲ明言セザル以上ハ默示ノ認諾ナキハ素ヨリ當然ナリ又默示ノ認諾ハ債權者ニ於テ之ヲナスベキ場合アリ、即チ債權者ヨリ銷除スルコトヲ得ベキ合意ノ履行ヲ請求シ若クハ其合意ニヨリ取得シタル全部又ハ一部ヲ任意ニ讓渡シタル場合ノ如シ、設例ヘバ甲者乙者ヲ強迫シテ乙者

ノ所有物ニ付キ賣買ノ契約ヲナサシメタルトキニ於テ、若シ乙者任意ノ賣買ノ目的タル物件ヲ甲者ニ供與シタルトキハ乙者ハ義務者トシテ其訴權ヲ認諾シタルト謂フベク、又乙者ニシテ甲者ニ對シ物件ノ代價ヲ請求シタルトキハ乙者ハ債權者ノ位置ニシテ其權利ヲ拋棄シタルモノナリ。

銷除權ノ認諾ニ付テハ法律ハ仍ホ左ノ二個ノ注意ヲ與ヘタリ。

(イ) 第五百五十七條ニ曰ク「認諾ハ銷除訴權ヲ有スル者ノ特定ノ承繼人ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス」ト、是ニ依リテ之レヲ觀レバ認諾ハ一般ノ承繼人ヲ束縛スルニ足レドモ特定ノ承繼人即チ第二者ノ權利ヲ束縛スベカラザルヲ知ルベシ、設例ヘバ甲者乙者ヲ強迫シ乙者所有ノ家屋ヲ讓渡セシメ、其強迫ノ終リタル後ニ於テ甲者之ヲ更ニ丙者ニ讓渡シタルトキハ、銷除權ハ該家屋ノ所有權ト共ニ丙者ニ移轉スベキヲ以テ乙者ハ甲者ニ對シテ其銷除權ヲ有セザルモノナレバ從テ之ヲ認諾スルコトヲ得ズ、若シ否ラズンバ丙者ナル特定ノ承繼人ハ乙者ノ甲者ニ對スル認諾ニ依リテ爲メニ其權利ヲ害スルニ至ルベケレバナリ、故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ丙者ノミ獨リ甲者ニ對シテ認諾ヲ與フルコトヲ得ベキノミ。

(ロ) 第五百五十八條ニ曰ク「初ヨリ無効ナル行爲ハ之レヲ認諾スルコトヲ得ス」ト、抑銷除訴權ハ合意ハ已ニ始ヨリ成立スルモ其合意ノ有効ニ必要ナル條件ノ一ヲ缺クガ爲メニ始メテ生ズルモノナレバ、始ヨリ無効ナル合意又ハ其他ノ行爲即チ會テ成立セザル行爲ニ付テ銷除權ノ生ズベキ理由アルベカラズ、故ニ又之ヲ認諾スルコトヲ得ベキ理由ノ存スルモノナシ、何トナレバ認諾ハ唯銷除權即チ訴訟上ノ權利ヲ拋棄スルニ過ギザレバナ

認諾ト追
違トノ差

リ、此ノ如ク論ジ來ルトキハ始ヨリ無効ナル行爲ハ之ヲ認諾スルコトヲ得ズトノ原則ハ明々白々敢テ疑ナキガ如シト雖モ、此原則ノ用語ハ甚ダ其當ヲ失シタルモノト云ハザルヲ得ズ、始ヨリ無効ナル行爲ハ之ヲ認諾スルコトヲ得ス」ト云ハンヨリハ寧ロ「始ヨリ無効ナル行爲ハ之レヲ銷除スルノ權利ナシ」ト云フノ優レルニ如カズ、何トナレバ既ニ前ニ陳述シタルガ如ク、認諾ハ決シテ合意又ハ其他ノ行爲自身ヲ認諾スルモノニアラザレバナリ。而シテ又此原則ノ用語ノ適當ナラザルヨリ學者ヲシテ遂ニ認諾ト追認ト同視スルニ至ラシメタリ、彼ノ英國ノ法學者ハ往々此原則ヲ以テ始ヨリ無効ナル行爲ハ之ヲ追認スルコトヲ得ズトノ意義ニ解スル者アルガ如キハ又其一例ナリ、之ヲ要スルニ追認ハ合意又ハ其他ノ行爲自身ヲ有効トスルモノナルヲ以テ、固ヨリ始ヨリ無効ナル行爲ヲ追認スルニ外ナラズ、而ルニボロック氏其他一二ノ英國法學者ガ未成年者又ハ癡癲者等ノ爲シタル契約ヲ單ニ無効トナシ得ベキモノトナシ始ヨリ無効ナルモノニアラズト爲シ乍ラ、其能力ヲ復シタル後ニ於テ之ヲ追認スベキモノトスルハ其論理ヲ誤リタルモノト謂ハザルヲ得ズ、始ヨリ無効ナルモノハ唯之ヲ追認スルコトヲ得ベク單ニ無効トナシ得ベキモノハ其銷除權ヲ拋棄スルニ過ギザルナリ、我民法ガ「始ヨリ無効ナル行爲ヲ認諾スルコトヲ得ス」ト云ヘルモ、英國學者ガ「單ニ無効トスベキ行爲ヲ追認ス」ト云ヘルモ共ニ誤謬ノ見タルヲ免レザルナリ。

第九節 廢罷

廢要ハ債務者ガ債權者ノ權利ヲ詐害スルガ爲メニ第三者ニ對シテ承諾シタル義務拋棄又ハ讓渡ヲ無効トスルノ

廢罷

原因ニシテ又義務ヲ消滅セシムルノ原因タリ、而シテ其廢罷訴權ハ如何ナルモノナリヤ、又其廢罷ハ如何ナル場合ニ於テ生ズベキモノナリヤ、及ビ廢罷訴權ハ如何シテ時効ニ罹ルモノナリヤハ第三百四十條乃至第三百四十四條ニ於テ之ヲ詳論セリト雖モ、要スルニ既ニ義務ヲ消滅セシムル點ニ於テハ廢罷ハ銷除ト毫モ異ル所ナシト雖モ、銷除ハ其合意自身ガ既ニ有効ノ條件ヲ缺ケルヨリ生ズルモノナレドモ廢罷ニ於テハ否ラズ、既ニ完全ニ成立シタル有効ノ合意自身ニ關係スル以外ノ原因即チ詐害ノ事實アルヨリ發生スル權利ナルヲ以テ、其目的トスル所ハ合意ノ當事者ニ非ザル債權者即チ第三者ヲ保護スルノ主意ニ出ヅレドモ銷除訴權ハ全ク合意ノ當事者ノ一方ノ權利ヲ保護スルノ主意タリ。

廢罷ノコトハ既ニ前ニ詳論シタルヲ以テ茲ニハ唯廢罷ガ義務消滅ノ一原因タルヲ示スヲ以テ足レリトス。(第五百六十條)

第十節 解除

解除

解除條件ハ其條件ノ成就シタルトキニ於テ既往ニ遡リ一旦生ジタル義務ヲ消滅セシムルコトハ、第四百九條第四百二十一條及ビ第四百二十二條ノ説明ニ於テ既ニ詳述シタル所ナリ、而シテ其解除條件ハ或ハ明示ニ因リ或ハ默示ニ因ルノ場合アリト雖モ、要スルニ當事者ノ豫メ定メタル條件ニ因リテ既ニ成立シタル義務ヲ消滅セシムルモノナレバ解除ニ因ル義務ノ消滅ハ取りモ直サズ合意自身ノ結果ナリト謂フベシ。

解除ノコトモ亦前節廢罷ト同ジク再ビ茲ニ之ヲ詳説スルノ必要ナシト雖モ唯特ニ之ヲ掲ゲテ義務消滅ノ原因タ

自然義務

第六章 自然義務

第一節 總說

總說

自然義務(Obligatio naturalis)ナル語ハ人定法ノ義務(Obligatio civilis)ナル語ニ反對スル用語ニシテ一言ニシテ、之ヲ謂ハ、即チ訴權ナキ權利ノ義務ナリ、英國法學者ハ之ヲ不完全義務ト謂ヒ、獨逸法學者ハ往々之ヲ無訴權ノ義務ト謂フ、予ガ前數章ニ於テ論述シタル所ハ皆人定法ノ義務ニ屬セシガ、予ハ今ヤ進ンデ自然法ノ義務ナルモノ如何ヲ考察シ以テ人權ノ部ニ關スル講義ヲ完了セン。

沿革

民法ニ於テモ亦自然義務ナルモノヲ認メ凡ソ義務ヲ以テ人定自然ノ兩種ニ大別セリ、抑モ自然義務ナル用語ハ羅馬法學者モ亦採用シタル所ナレドモ是唯用語ノミ我民法起案者ノ意見ノ如ク一般ニ義務ナルモノニ人定法ノモノト自然法上ノモノトアルベキコトヲ認メ、眞ニ訴權即チ救済ナキ權利ノ存在スベキコトヲ認ムルニ就テハ、學者ノ議論甚ダ數多ナレドモ學說トシテ之レヲ主張セシハクリスチヤン、トマシュース氏ナリ、此故ニ學者往々氏ヲ以テ自然義務ノ發明者トスルモノナキニアラズト雖、氏ヲ以テ其第一ノ發明者トスルハ恐クハ誤謬ノ見ニ屬スルモノナラン、氏ハ千六百五十年ニ於テ生レ、氏ノ友人ニシテ氏ヨリ高名ナルライプニッツト共ニ氏ノ父ナルジャコップ、トマシュースニ就キ法學ヲ修メタルモノナルガ、氏ハ今日ノボアソナードトモ稱スベキ新說ノ發明家ニシテ古哲アリストートル氏等ノ所說ヲ攻撃シ、且ツ自然義務ニ關スル理論ヲ公ケニシテ其名ヲ博セシガ、氏ノ此著

消極的權利派

トマシュース氏

ライプニッツ氏

書自身ハ左迄ニ有名ニモアラザリシガ、氏ノ友人ライプニッツ氏ガ彼ノ有名ナル國際公法ノ序論中ニトマシユース氏ノ著書ヲ引用シ其自然義務ニ關スル所説ヲ採用セルニ依リテ大ニ該書ノ名ヲ知ラレタリ、ライプニッツハ權利(正義)ヲ分ツテ三段階ト爲シ、第一段ヲ嚴格ノ正義(Jus strictum)ト名ク所謂更換の正義ニシテ他人ノ權利ヲ侵害スル勿ラシムル所ノモノヲ謂フ、第二段ヲ衡平(Aequitas)ト名ク、所謂分配的正義ニシテ人々ニシテ各其分ヲ得セシムル所ノモノヲ謂フ、第三段ヲ親愛(Dilatas)若クハ直實(Probitas)ト謂ヒ、人々ヲシテ正直ニ其所ヲ修メシムル所ノモノヲ謂フ、然レドモ此等ノ區別タル決シテ眞ニ確然タル區別アルベキモノニアラズ、何トナレバ第一段及ビ第二段ノ正義ハ共ニ第二段ノ正義ナルヲ單ニ異ナリタル點ヨリ觀察スルマデニシテ、第一段ノ他人ヲ害スル勿レトノ原則ハ第二段ノ各人ヲシテ已レノ分ヲ得セシムルトノ原則ト同一ニシテ、已レノ分以外ニ多キ分ヲ有シ已レノ分ヨリ少キ分ヲ有スルノ義務ナシトノ意ニ外ナラズ、第三段モ之レト同ジク第二段ノ説明ニ過ギザルベシ、今マ同一ノモノニ等シキ二個物ハ共ニ相等シトノ幾何學上ノ原則ニ依ルモ第一段ト第二段ト等シク、又第二段ト第一段ト等シキ同上ハ第三段共ニ同等ニシテ其間ニ階段等差ヲ設ケ得ベキモノニアラザルヲ知ルベシ夫ノ必要ナラザル空想ノ區別ヲ設クルハ學者ノ通弊ナルガ氏モ亦學者タルヲ免レズ、而シテ氏ガ此空漠タル原則ヲ基トシテ法律ヲ論ジ遂ニ法律ト仁惠トヲ混同シ、アーレンス氏ヲシテ「氏ノ所謂法律ナルモノハ人ト人類ノ外部ノ關係ニ止マラズシテ況ク他物トノ關係ヲ支配スルモノナリ」ト明言セシムルニ至レリ、其他ライプニッツ氏ノ外ゲラード氏グンドリク氏ノ如キモ亦トマシユース氏ノ學派ニ屬スルモ就中尤モ著名ナルハカント氏ナリ氏ハ

カント氏

トマシユース氏ト同一ノ原理ヲ主張セシガ氏ハトマシユース氏ヨリ一層實際ニ適用セラルベキ形式ニ於テ之ヲ布演シ遂ニ氏ノ配下ニ屬スル數多ノ學者ヲ輩出スルニ至レリ、氏ノ説ニ依レバ消極的ノ權利義務即チ或ル事ヲ爲ス勿レトノコトノミ特リ法律(正義)ノ淵源タルコトヲ得ベクシテ、積極的ノ權利義務即チ或ル事ヲ爲スベシトノ權利義務ハ人ノ良心情誼ニ淵源スト、而シテ氏ノ所謂消極的義務ナルモノハ即チ人定法ノ義務ニシテ訴訟ニ依リテ之ガ履行ヲ請求スルコトヲ得ベキモノ所謂積極的義務ナルモノハ自然法ノ義務ニシテ法律上其履行ヲ強制スル能ハザルモノトスルニ在リ故ニカント氏ノ説ニ從フトキハ立法ノ作用ニ依リ法律ヲ以テ規定シ得ベキ權利義務ハ唯ダ消極的ノ權利義務ニシテ、法律ハ或ル事ヲ爲スコトヲ禁ズルコトヲ得ベキモ法律ハ決シテ或ル事ヲ爲スベキコトヲ強フルコトヲ得ズトスルニ在リ(トマシユース氏ノ論理モ亦同様ニシテ既ニ其著書中ニ之ヲ明言セリ)他人ノ自由ニ干渉スルコト能ハザル義務ノミ人定法ノ義務ニシテ法律上履行シ得ベキモノナルモ吾人ガ他人ニ對シテ積極的ニ負フ所ノ義務ハ唯ダ自然法上ノモノニシテ法律上ニ履行スルコト能ハザルノ義務タルニ過ギズトスルニ在リ蓋シカント氏ガ此ノ如キ理論ヲ主張シ大ニ立法ノ範圍ヲ狭少ナラシメント企テタルハ宜シク氏ノ當時ニ於ケル時勢ヲ考察セザルベカラズカント氏ノ時代ハ實ニ法律濫製ノトキナリシナリ、商業、宗教其他社會的ノ活動ハ殆ド法律ヲ以テ之ヲ規定制限セラレタリシ時代ナリ腐敗セル邦國ニ於テハ必ズ法律ノ繁多ヲ見ル(In corruptissima republica Plurimae leges)ト謂ヘル格言ハ實ニ其結果ヲ見ントスルノ時代ナリシナリ、爾來歐洲自由主義ノ黨派ハ法典濫製ノ弊害ヲ洞見シ立法ノ作用ヲシテ狭少ノ範圍ニ止メシメンコトヲ企テ可成國家ヲシテ各人ノ自由ニ干渉スルコトヲ絶チ國家ヲ以テ單ニ犯

權者ヲ處分スルノ外他ニ一ノ職務ナキ警察署ト爲サントスルノ目的ヲ有シタリ、故ニ法理論上ニ於テモ亦立法ハ必ズ消極的ノ範圍ニ止マルベキノ原則ヲ確立セルニ外ナラズカント氏ハ專ラ法理論ヲ事トシ直接ニ實際ノ政務ニ干涉セルコト甚ダ少ナカリシト雖モ其時世ノ必要上實際上ニ於テハ亦此目的アリシニ由ルハ疑ノ容ルベキナシ、現ニカント氏ノ後ニ出デタルウキルヘルム、フオン、フンホルト氏ノ如キ其著書「國權範圍論」ニ於テ論ズル所モ亦カント氏ト其軌ヲ一ニスルヲ以テ見ルベシ。

カント派ノ諸學者

カント氏ノ後ニ至リテ仍ホ氏ノ說ヲ襲フモノ甚ダ少ナカラザリシガ此等後世學者ノ所說ハ自ラカント氏ト異ナル所アルニ至レリ、但シルツトフオルト氏及フツチエソン氏ノ如キカント氏ノ說ニ固着スル著名ノ學者ナレドモフツチエソン氏ハ幾分カント氏ノ所說ヲ寬和シテ曰ク「然レドモ完全義務ト不完全義務トノ區別ハ甚ダ容易ナラズ、完全義務ト不完全義務トノ間ニハ無數ノ段階アリテ各場合ニ於テ必ズシモ同一ナラズ、設例ヘバ純良ナル一般人ハ吾人ニ對シ或ル仁惠ヲ要求スルノ權利アルベク、隣人ニ至リテハ更ニ大ナル仁惠ヲ要求スルノ權利アルベク友人、恩人、親屬ハ更ニ一層強固ナル仁惠ヲ要求スルノ權利アルガ如ク不完全義務中ニモ自ラ大小ノ差等アリ」ト謂ヒ、博士レイド氏ノ如キハ更ニ進ンデ「完全不完全義務二者ノ區別ハ日光七色ノ區別ニ於ケルガ如ク如何ニ非常ノ明ヲ備ヘタル肉眼ト雖モ能ク之ヲ分ツコトヲ得ズ」ト云ヒ、又仁惠其他ノ不完全義務ヲ法律上ノ義務中ニ包含セシメ遂ニ全ク二者ノ區別ヲ無視スルニ至レリ。

自然義務ナルモノヲ認ムルノ說ニ對シ全ク反對ノ說ヲ立テタルハ英國人ノ博士トーマス、ブラオン氏ナリ、氏

積極的權利派ヲオン氏

ハ現ニ歐洲大家中反對論者ノ祖先ト仰ガレタリ、氏ノ說ニ曰ク「法律ハ實ニ吾人ノ義務ニ就キ種々ノ區別ヲ設ケ或種ノ義務ハ其履行ヲ許シ或種ノ義務ハ其履行ヲ許サレドモ斯ノ如キ不同等ナル法律ノ干涉ハ實ニ社會ノ幸福ニ必要ナルヨリ生ジ且ツ又之ガ爲メニ毫モ義務自身ノ性質ヲ變ズル者ニアラズ、何トナレバ義務ハ悉ク道德上ヨリ發生スレバナリ、彼ノ法律家ノ數々論究セル完全義務ト不完全義務トノ區別ノ如キハ全ク此明白ナル理由ヲ了知セザルニ由レリ、抑モ義務ナルモノハ皆道德ヨリ發生スル所ノモノナレバ義務ハ全ク道德上ノモノナレバ完全ノ義務ト云ヒ不完全ノ義務ト云ヒ一モ道德上ノ義務ナラザル者ナシ、故ニ不完全ノ義務モ完全ノ義務モ道德上決シテ其性質ヲ異ニスル者ニアラズ、縱シヤ斯ノ如キ差異アリトスルモ所謂法律上ニ完全ナル權利ハ所謂法律上ニ不完全ナル權利ヨリ微弱ナル道德上ノ力ヲ有スルニ外ナラズト謂フコトヲ得ベシ」ト、氏ハ實ニ千八百二十年ヲ以テ没セシガ其後獨逸ニ於テ反對論ノ主張者ヲ輩出セリ、博士ヤール、クリスチアンフレデリック、クウゼー氏ハ其尤モ著名ナルモノニシテ、氏ノ弟子タルレーデル及ビアレン兩氏ノ如キモ亦甚ダ有名ナリ、其他ウキルト氏シヤリホース氏弟ノフヒヒテ氏兄ノフヒヒテ氏ハカント派ナリ、ヘーゲル氏ワルンケーニツヒ氏フラット氏等はレナリ、而シテクラウゼー氏派ノ諸輩ハ單ニ其著書ニ於テ積極的權利說ヲ主張スルノミナラズ、議會ノ代議士トナラバ實際立法上ニ其主義ヲ貫カントヲ企テタリ、但シ此派ノ學者中多少其說ヲ異ニスルコトアルモ先ヅレーデル氏ヲ以テ之ヲ代表セシメテ茲ニ其大要ヲ說明セントス、夫ノカント派即チ消極的權利派ハ已ニ論ゼルガ如ク政府ヲ以テ一ノ警察署ト同視セルニ反對シレーデル氏ハ政府ヲ以テ一ノ後見人ト同視シ政府ハ人民ノ幸福ヲ保護増進スベキモノ

レーデル氏

ト爲シ、氏ハ熱心之レガ説明ヲ事トシ政府ト人民トノ關係ニ就キ政府干涉ノ區域及ビ時機等ヲ論述セルガ、其大要ニ至リテハ皆ナ標準ヲ人民ノ幸福如何ニ取ル、而シテ其論鋒ノ赴ク所ハ後見人ト幼者トノ關係上途ニ制限選舉等ノ正理ナルニ論及セリ。

不完全義務即チ自然義務ナルモノ、存否如何ニ就テハ斯ノ如ク積消兩極ノ一大議論アリ、其効果ハ途ニ私法公法及ビ國際法上ニモ大ナル異論ヲ生ジテ各々其學派ヲ爲スニ至リシガ、我民法起案者ハ果シテ如何ナル主義ニ基キシカ、不完全義務即チ自然義務ナルモノヲ認メザルハ法典濫製ノ弊害ヲ説クノ學派タルニ關ハラズ、我民法中ニ自然義務ナル一章ノ規定ヲ設ケタルハ之ヲ法典論派ガ自家撞着ト謂ハンカ、將ク我民法ノ起案者ハ自然義務ナルモノト認ムルト否トハ法理ノ沿革上古來如何ナル學派ヲ發生セルカヲ知ラザルモノト謂ハンカ、予ハ其眞意ヲ知ルコト能ハズ、又何人モ否起章者自身モ亦之ヲ知ルコト能ハザルベシ、然レドモ近世法學者ノ所謂自然義務ナルモノハ自然法上ノ義務ニアラズシテ全ク人定法上ノ義務ナリ唯ダ自然義務ナルモノハ或ル場合ニ於テ人定法上一般ノ義務ト同一ノ効果ヲ生ゼザルモノヲ謂フニ過ギズ、故ニ此等義務ノ效果ノ差違ハ各義務ノ效果ヲ規定スルノ條下ニ於テ之ヲ記載スルヲ以テ足レリトシ敢テ之レニ名ヅクルニ自然義務ナル名稱ヲ以テ必要トセズ又自然義務ナル一章ヲ誤テ別ニ之ヲ規定スルニ及バザルナリ、設例ヘバ時効ニ係リタル債務ヲ辨償シタルモノハ之ヲ贈與ト看做サズシテ一ノ法律上有効ナル辨濟（即チ自然義務ノ辨濟）ト看做スト謂フガ如キハ之ヲ時効ヲ論ズルノ條下ニ規定シ、時効ニ係リタル債務ニ特種ナル効力否寧ロ之ヲ時効ノ効力トシテ論定スルヲ以テ足レリトス、其詳ナルコトハ讀者乞フ後節ニ論述スル所ヲ考究シテ而シテ後ニ之レヲ知レ。

第二節 自然義務ノ本義

自然義務トハ何ゾヤボ氏之レガ定解ヲ與ヘテ曰ク「自然義務トハ初メニ成立ヲ有スルガ如ク見ヘ或ハ後來成立ヲ有スルナラント見ユルモ、之ヲ裁判所ノ審判ニ附スルトキハ法律上ノ關係ヲ作爲スル爲メ必要ナル正義ト道理トノ要件ヲ履行セザルガ故ニ、法律ニ疑ハレ又ハ拒絕セラルベキ義務ヲ云フ」トボ氏ノ説ニ從フトキハ第一ニ自然義務ナルモノハ、箒木ノ如ク成立スルガ如クニ見エテオ化ノ如クニ消エ失セ或ハ暴風雨ノ起ルガ如クニ見エテ忽チニ晴天トナル下手ノ天氣豫報ノ如ク、第二ニ自然義務ナルモノハ其性質上本來自然義務ニシテ裁判所ノ審判ニ附シタル後ニ初メテ自然義務トナリ第三ニ自然義務ナルモノハ李下ニ冠ヲ正スガ如ク瓜田ニ履ヲ容レタルガ如クニ法律ニ疑ハレ或ハ乞食非人ノ如クニ法律ニ拒絕セラル、者タルニ似タリ、嗚呼奇ナル哉自然義務、箒木ノ如クオ化ノ如ク、雨天ノ如ク、天氣ノ如ク、佳人ノ如ク、才子ノ如ク、乞食ノ如ク、非人ノ如シ、有ニシテ無、無ニシテ有、虛ニシテ實、實ニシテ虛、嗚呼ボ氏ノ定解、老耶壯耶儒耶佛耶茶利耶嚙語耶——而シテボ氏ハ我帝國民法ノ起草者タリ——古今無双。

蓋シ自然義務ナルモノハ人定法ト相並ビ人定法外別ニ存在スル一種ノ義務ニアラザルヲ以テ、積極的ニ之ヲ定解スルコト能ハザルハ近世學者ノ許ス所ナリボ氏ニシテ之ヲ企ツ途ニ其何タルヲ了知スルコト能ハザルノ「ノンセンス」ニ歸ス、素ヨリ怪ムニ足ラザルナリ、故ニ自然義務ナルモノハ必ズ之ヲ消極的ニ定解セザルヲ得ズト雖

ボロツク氏ノ自然義務ヲ論ズル簡ニシテ全シ予ハ先ヅ左ニ氏ノ説ヲ掲ゲテ而シテ後ニ自然義務ノ定義ヲ與ヘントス。

「契約ニ依リ利益ヲ受クル當事者ガ其ノ履行ヲ強制スルコトヲ得ベキ契約トモモ法律上ノ効果ヲ生ゼザル合意トノ間ニ一種ノ合意アリ、此一種ノ合意ハ法律上起訴ノ權ナシト雖モ合意ノ效果中起訴權ノ外他ノ效果ハ法律上盡ク之ヲ認ムル所ノモノニシテ稱シテ不完全義務ノ合意ト謂フ、ボチエー氏ノ如キハ之ヲ道德上ノ義務トスレドモ果シテ道德上ノ義務ナレバ法律上ニ毫末ノ關係アルベキモノニアラズ抑モ完全義務ニ於テハ必ず起訴權即チ救済ノ手段ヲ備ヘタル權利アルヲ以テ原則トスト雖モ不完全義務ニ於テハ救済ノ手段ナクシテ權利アリ、是レ一般原則ノ例外タリ、而シテ斯ノ如キ不完全義務ナルモノハ唯ダ人定法ノ特別規則ニ依リテ初メテ發生ス」。

ト、其言甚ダ精確ニシテ自然義務ヲ以テ人定法ト爲シ而シテ唯之ヲ一般法ノ例外トスルニ在ルヲ見ルベシ、故ニ今マ強テ自然義務ナルモノヲ定解スレバ即チ「自然義務ハ或ル場合ニ於テ法律ガ義務ノ諸效果中履行訴權ヲ除斥セル人定法上ノ義務ナリ」ト云フコトヲ得ベシ、今此定義ヲ分解スレバ即チ、

一、自然義務ハ一般ノ義務ニ普通ナル總テノ效果ヲ生ゼズシテ訴權ノ一効果ヲ缺クノミニシテ決シテ人定法外ノ義務ニアラズ唯人定法中ニテ一種其效果ヲ異ニスル例外ノ義務ナリ、故ニ若シ人定法中此例外ナキトキハ其義務ハ全ク無効トナリテ毫末ノ效果ヲ留ムルコトナカルベシ、之ヲ自然義務ト稱スルハ單ニ名稱ノミニ人定法上ノ義務タルコト素ヨリ疑ヲ容レザルナリ、而シテ自然義務ガ其一般ノ人定法上ノ義務ト異ナル所ハ唯其諸効果

中訴權ヲ缺クノ一事ノミ、民法第五百六十二條ニ曰ク「自然主義ノ履行ハ訴ノ方法ニ依リテモ相殺ノ抗辯ニ依リテモ之ヲ要求スルコトヲ得ス其履行ハ債務者ノ任意ナルコトヲ要シ之ヲ其良心ニ委ス」ト謂ヘルハ則チ此ノ意ナリ、設例ヘバ未成年者ト爲シタル合意ニ依リ未成年者ニ於テ或ル物件ヲ交付スルノ義務ヲ負擔シタル場合ニ於テ未成年者ハ丁年者ト爲リタル後ニ於テモ決シテ之ヲ履行スルノ義務ナク、權利者ハ訴ノ方法ニ依リテモ亦相殺ノ方法ニ依リテモ其義務ノ直接履行又ハ損害賠償ヲ要求スルコトヲ得ズト雖モ義務者ニシテ自ラ好シク之ヲ履行シタルトキハ該物件ノ交付ハ當然義務ノ履行タル效果ヲ生ジ決シテ法律ハ之レヲ贈與ト看做スコトナク又不當利得ヲ理由トシテ再ビ其返還ヲ許スコトナカルベシ。又法文ニ依レバ自然義務ノ履行ハ任意ニシテ且良心ニ委スベキコトヲ以テスレドモ其所謂任意トハ唯故意ヲ以テスルノ意ナレバ自然義務タルコトヲ知ラズ、法律上ノ錯誤ニ依リ人定法上ノ義務ト思惟シテ履行ヲ爲シタル場合ニアラザルコトヲ明言スルニ過ギズ、然レドモ其履行ハ單ニ任意ナルヲ要スルノミナラズ更ニ其良心ニ出ヅルヲ要ストセルニ至リテハ、大ニ其當ヲ缺クモノト謂ハザルヲ得ズ、何トナレバ自然義務ナルモノハ唯訴ノ方法ニ依リテモ相殺ノ方法ニ依リテモ其履行ヲ要求スルコト能ハザルモノナルガ故ニ、訴ノ方法又ハ相殺ノ方法以外ノ方法ニ依リテ之ガ履行ヲ強フルノ方法アラバ此方法ニ依リテ其履行ヲ爲サシムルコトヲ妨ゲザレバナリ、設例ヘバ甲者一ノ書庫ヲ質トシテ一ケ年期限ヲ以テ金千圓ヲ乙者ニ貸付シタルニ期限經過後數十年ヲ經過シ甲者ハ貸金催促ヲ訴フルノ道ナク、乙者ハ時効ニ依リテ該債權ヲ取得シタルモノトノ推定ヲ受クレドモ、乙者ヲシテ該債權即チ自然義務ヲ履行セシムルガ爲

ニハ、甲者ハ質物トシテ其手中ニ取置キタル書庫ノ返却ヲ拒ムコトヲ得ルガ如シ。此ノ如キ場合ニ於ケル自然義務ノ履行ハ敢テ乙者ノ良心ニ出ヅルニアラズシテ嘗テ質物ト爲シタル書庫ヲ得ンガ爲メニ已ムヲ得ズシテ之ヲ履行セルモノト云ハザルヲ得ズ、故ニ自然義務ノ履行ハ任意即チ自然義務タルコトヲ了知シテ履行スルコトヲ要スレドモ決シテ良心ニ出ヅルヲ必要トセス、唯ダ訴權以外ノ方法ニ依ルヲ以テ足レリトス。

二、法律ハ一般ニ自然義務ナルモノヲ認ムルコトナシ、則チ法律ハ凡テ義務ヲ以テ人定法上ノモノト自然法上ノモノトスルコトナシ、而シテ法律ガ如何ナル場合ニ於テノミ自然義務ナルモノヲ認ムルヤ否ハ特ニ法典中ニ明記スル所ニ係レリ、此等ノ場合ニ就テハ後節ニ詳論ス。

三、自然義務ナルモノハ人定法ノ義務ノ效果中唯訴權ノ一效果ヲ缺クノミニシテ他ノ效果ハ盡ク之ヲ具備セリ、設例ヘバ自然義務ノ履行ヲ以テ人定法ノ義務ノ履行ト同ジク義務ノ履行タルノ效果ヲ有セシメ、決シテ之ヲ贈與又ハ不當利得ト同視セザルノ類ナリ、事ハ又後節ニ之ヲ詳論ス。

第三節 自然義務ノ效果

自然義務ノ效果

自然義務ハ其效果トシテ訴權ヲ生ゼザルコトハ已ニ前節ニ於テ論述シタルガ如クナレドモ、其他ノ效果ニ於テハ人定法上ノ義務ト異ナルコトナカルベシ。即チ、

一、自然義務ニ對スル權利モ亦一ノ財産ナリ、自然義務ハ債權者ノ爲メニハ其ノ財産ヲ増シ債務者ノ爲メニハ其

財産ヲ減少スルモノトス。

二、自然義務ト雖モ之レヲ辨濟シタルトキハ法律上ノ一ノ辨濟タル效果ヲ生ズルコト通常義務ノ辨濟ト異ナルコトナシ、故ニ自然義務ヲ辨濟シタル以上ハ後日ニ至リ義務ハ之ヲ不當ノ辨濟トシテ之ヲ取戻スコトヲ得ザルナリ第五百六十三條第一項ニ「債務者ノ任意ノ辨濟ハ不當ノ辨濟ナリトシテ之ヲ取戻スコトヲ得ス」ト云ヘルハ即チ此意ナリ、又同條第二項ハ自然義務ノ辨濟ニ關スル舉證ニ關シテ規定シテ曰ク「自然義務ヲ辨濟シタル意思ノ據證カ事情ヨリ生スルニ於テハ辨濟ノ原因ヲ明示スルコトヲ要セス」ト、依是觀之辨濟ノ意思ガ事情ヨリ生ズルトキニ於テハ、債權者ハ債務者ニ於テ自然義務ヲ辨濟スルノ意思ナキコトヲ主張スルトキニアラザレバ其辨濟ノ原因ヲ明示スルヲ要セザルナリ。

三、自然義務ハ追認、更改又ハ質若クハ抵當ノ供與ノ物體トナルコトヲ得ベシ、此等ノ場合ニ於テハ自然義務ハ通常ノ法定ノ効力ヲ生ジテ毫モ人定法上ノ義務ト其效果ヲ異ニスルコトナカルベシ(第五百六十四條及第四百九十四條末項)但シ自然義務ノ追認ト銷除訴權ノ附着スル合意ノ默示ノ認諾(第五百五十四條及第五百五十六條)トヲ同視スルコトナキヲ要ス、即合意ノ一分ノ任意ノ履行ハ全部ノ合意ノ默示ノ認諾タルコトヲ得レドモ自然義務ノ追認ノ場合ニ於テハ唯追認シタル部分ノミニ就キ人定法ノ義務ト同一ノ效果ヲ生ズベシ、何トナレバ銷除權ノ擲棄即チ瑕疵合意ノ認諾ニ就キ一部ノ任意ノ履行ハ唯其認諾ヲ推測スベキ一證據タルニ過ギザルヲ以テ、一部ノ履行モ亦此推測ヲ爲スニ足レドモ自然義務ノ追認ノ場合ニ於テハ法律ハ決シテカ、ル推測ヲ設ク

ルノ意ニアラズシテ、單ニ自然義務ニ與フルニ追認ノ目的物タルコトヲ得ルノ能力ヲ以テスルニ過ギザレバナリ、學者往々此區別ヲ以テ自然義務ハ其區域ノ初メヨリ判然セザルニ歸スレドモ素ヨリ誤謬ノ見ニ屬ス。何トナレバ自然義務ト雖モ必ズシモ其區域ノ初メヨリ判然セザルモノニアラズ、義務ノ區域ノ判然タルト判然タラザルトハ毫モ自然義務タルト法定義務タルトヲ問ハザルナリ、ボ氏ノ如キモ亦其一人ナリ。

第四節 自然義務ノ發生

自然義務ノ發生

自然義務發生ノ原因即チ法律ガ自然義務ナルモノヲ認ムル場合ハ通常義務發生ノ原因ト等シク之レヲ合意、不當ノ利得、不正ノ損害及ビ法律ノ規定ノ數種ニ分ツコトヲ得ベシ、余ハ序ヲ追ウテ左ニ之レヲ論述セン。

第一款 合意ヨリ生ズル自然義務

合意ヨリ生ズル自然義務

合意ノ成立及ビ有効ナルニ必要ナル條件ハ、第一當事者ノ承諾、第二合意ノ物體、第三合意ノ原因、第四有式合意ニ就テハ其式等ナルコトハ已ニ之ヲ論述シタル所ナルガ若シ此等ノ條件ノ一ヲ缺クトキハ義務ハ全ク成立セズ又ハ其効力ヲ生ゼズ、故ニ斯ノ如キ無効ノ義務ヲ辨濟シタルトキハ或ハ贈與トナリ或ハ不當利得トナリテ辨濟其他ノ効果ナキヲ通則トスレドモ、此等條件ノ幾分ヲ缺ク場合ニ於テ法律ハ仍ホ自然義務ノ存在ヲ認メ、通常義務ノ如ク權利者ニ附與スルニ直接履行ノ訴權ヲ以テスルコトナキモ之ヲ辨濟シタルトキハ辨濟其他ノ効果ヲ存セシムルコトアリ、其場合ハ即チ左ノ如シ。

第一、當事者ノ承諾 全ク當事者ノ承諾ナキトキハ一般ニ自然義務モ亦成立スルコトナシト雖モ承諾不成立ノ原

因ガ承諾ヲ阻却スル錯誤ニ出デタル場合ノミニ於テハ自然義務ヲ發生スルコトヲ妨ゲズ、是レ民法第五百六十五條第一項ノ明定スル所ナリ設例ヘバ甲者ハ剗牛ヲ賣却セント乙者ニ申込ミタルニ、乙者ハ其文字ヲ誤解シ種牛ヲ賣ラントノ承諾ヲ與ヘタルトキハ、剗牛賣買ノ合意モ種牛賣買ノ合意モ亦成立スルコトナクシテ全ク無効ノ合意ナレドモ、甲者自ラ種牛ヲ乙者ニ與ヘタルトキハ甲者ハ自然義務ヲ履行セルモノニシテ、決シテ之ヲ贈與又ハ不當利得ノ場合ト同視スルコトヲ得ザルガ如シ、然レドモ錯誤ニ依ル承諾ヲ阻却スル場合ノ外強暴等ニ出デタル合意ハ何故ニ自然義務ヲ發生スルコトナキカ、民法起草者ノ意見ニ依レバ錯誤ノ場合ニ於テハ常ニ當事者ノ一方ニ過失ノ存スルモノアルヲ以テ、其過失アル者ハ自ラ其過失ノ責ヲ負擔スト雖モ強暴ノ場合ニ於テハ強暴ニ依リ義務ヲ負擔シタル者ハ其過失ナキニ由ルト云フニ在リ、然レドモ合意ハ必ズ一方ノ者ノミ義務ヲ負擔スルモノニアラズ、賣買ノ場合ノ如キハ雙方共ニ義務ヲ負擔スル場合ハ如何、必ズシモ當事者ノ一方ニ過失アリト云フベカラズ、義務者ガ無學ノ爲メ又ハ第三者ノ詐欺ノ爲メ錯誤ニ陥リタルトキモ亦同ジカルベシ、故ニ合意ヲ阻却スル錯誤ノ場合ニ於テ自然義務ノ發生スルハ、決シテ當事者ノ一方ガ過失ノ責ヲ自ラ好ンデ負擔スルガ故ニアラザルナリ。

抑モ錯誤ト強暴トノ事ニ就テハ予ハ已ニ前章ニ於テ詳述シタルガ如ク、一ハ全ク合意ヲ不成立ナラシメ一ハ單ニ其効力ヲ消滅スル所ノ銷除權ヲ對手ニ與フルモノニ過ギザルヲ以テ、強暴ノ場合ニ於テハ強暴ヲ甘ンズルモノハ銷除ヲ放棄スルモノトナリ、從ツテ其結果ハ法定ノ義務ヲ生ズルヲ以テ決シテ自然義務ヲ認ムルノ必要

アルコトナシ、是レ強暴ハ決シテ自然義務發生ノ原因トナラザル所以ナリ。

第二、合意ノ物體 合意ノ物體ニシテ欠缺シ若クハ不足ナルトキハ、義務ノ成立セザル所以ハ已ニ前章ニ於テ論述シタル所ナリ、設例ヘバ賣買ノ場合ニ於テ其目的物ヲ指定セズ又ハ其分量ヲ定メザル場合ノ如キ是レナリ、然レドモ合意ノ物體ノ欠缺及ビ不足ハ當事者ノ意思ハ明白ナルモ、唯ダ其意思ヲ表白スルコトヲ怠リタルモノニ過ギザルヲ以テ、債權者ハ其物體及數量ヲ證明スルコト能ハズ從ツテ訴權ナキコト明白ナレドモ、當事者間ニ於テ現ニ之レガ辨濟ヲ爲シ一方モ亦之ヲ受ケタルトキハ之ヲ自然義務ノ辨濟トスルコトヲ得ベキハ明白ナリ。第五百六十五條ニ目的ノ指定ノ欠缺若クハ不足ノ爲メ初メヨリ無効ナル合意ニ因リテ生ズルコトヲ得ト云ヘルハ即チ此意ナリ、然レドモ物體ノ欠缺ガ不融通物タルニ原因スルカ其他法律ニ於テ公益上合意ノ物體トスルコトヲ禁ジタルモノナルトキハ、其合意ノ無効ナルハ勿論自然義務ヲモ發生スルコトナカルベシ、第五百六十六條ニ公ノ秩序ノ爲メ合意ノ目的トスルコトヲ禁ジタル物ヲ目的トナス合意ハ自然義務ヲ生ズルコトヲ得ズト謂ヘルハ即チ此意ナリ。

又合意ノ物體ガ不能ナルトキハ自然義務モ亦不能ニシテ決シテ發生スルコトアルベカラズト雖モ、第三者ノ所爲ノ諾約及ビ第三者ノ利益ニ於ケル要約ニ關シ第三百二十二條及ビ第三百二十三條ニ定メ、無効ハ諾約者ノ自然義務ヲ生ズルコトヲ妨ゲズ(第五百六十七條)、設例ヘバ甲者ハ乙者ニ約スルニ丙者ナル畫工ヲシテ一ノ繪畫ヲ作ラシメンコトヲ以テセル場合ノ如シ、此場合ニ於テハ丙者ノ所爲ヲ以テ直ニ甲乙間ノ作爲ノ物體トスル

モノニシテ合意ノ物體ハ不能ナレドモ、丙者自ラ好シク之ヲ履行シタルトキハ之ヲ一ノ辨濟ト爲シ自然義務ヲ履行シタルモノトスルコトヲ得ルトノ意ナリ、但シ第三者ノ所爲ヲ目的トスル合意ハ果シテ不能ナルカ否ハ前章ニ於テ已ニ之ヲ詳論シタル所ナルガ、讀者ニシテ委細ニ之ヲ觀察シ來レバ我民法ノ規定及ビ起案者ノ認メタル設例ノ如キハ甚ダ其當ヲ缺クモノト謂ハザルヲ得ズ今試ミニ或學者ノ設ケタル一例ヲ示サンニ曰ク「設例ヘバ甲者ハ乙者ニ約スルニ丙者ノ爲ニ家屋ヲ建築セシムベキコトヲ以テシタルトキハ、不能ノ事柄ヲ以テ合意ノ目的ト爲シタルモノニシテ、合意ハ元來無効ナレドモ甲者ガ丙者ニ代ハリテ自ラ建築ノ義務ヲ履行スルコトヲ得ベシ、即チ甲者ハ乙者ニ對シ自然義務ヲ盡シタルモノナリ」ト、然レドモ丙者ヲシテ一ノ家屋ヲ建築セシメントノ義務ハ甲乙間ニ於テ何故ニ不能ナルヤ彼ノ建築請負師ガ大工ノ勞力ヲ目的トシテ建築契約ヲ結ブハ日常ノ事柄ナリ、又契約ハ法定ノ義務ヲ生ジテ權利者ハ訴權ヲ以テ其履行ヲ請求シ得ベク又丙者ニシテ之レヲ履行セザルトキハ、他人又ハ義務者之ヲ行ヒ又ハ損害賠償ノ責ヲ負フベシト雖モ是レ履行ノ一方法ナリ之ヲ以テ自然義務ノ履行トスルナキヲ要ス。

第三、合意ノ原因 第五百六十六條ニ曰ク「原因ノ欠缺又ハ不法ノ原因ノ爲メ無効ナル合意ハ自然義務ヲ生スルコトヲ得ス」ト、是レ事理上當然ノ結果ナリ、設例ヘバ已ニ滅失シタル特定物件ヲ賣買セント約シタル場合ノ如キハ法定義務モ自然義務モ決シテ存在シ得ベキ理由ナケレバナリ、又學者ハ往々法律ノ制限ヲ超過シタル利息ヲ辨濟シタル場合ヲ以テ自然義務ノ辨濟ト看做スヤ否ニ就キ多少ノ辯ヲ費スモノ多ケレドモ、制限外ノ利息

ノ辨濟ハ果シテ一ノ辨濟ニ之ヲ取戻スコトヲ得ベキヤ否ノ問題ハ利息制限法ノ規定如何ニ存ス、但シ制限法ノ精神ハ通常單ニ法廷ニ制限外ノ利息ヲ争フコトヲ禁ジタルニ過ギザル可キヲ以テ、制限外ノ利息ノ辨濟ハ制限法上特ニ明文アル場合ノ外之ヲ自然義務ノ辨濟トスルヲ以テ通常トス。

第四、合意ノ法式 要式ノ合意ニ於テハ其方式ヲ缺クトキハ合意ハ不成立ナレドモ、自然義務ノ發生ヲ妨グルコトナシ、第五百六十五條第一項中ニ曰ク「自然義務ハ必要ナル公式ノ欠缺ノ爲メ初ヨリ無効ナル合意ニ因リテ生スルコトヲ得」ト、然レドモ又其例外ナキニアラズ、同條第二項ニ曰ク「然レトモ公式ノ欠缺ノ爲メ無効ナル贈與ニ關シテハ贈與者自ラ自然義務ノ履行又ハ追認ヲ爲スコトヲ得ス其相續人又ハ承繼人ノミ之ヲ爲スコトヲ得」ト、又同條第三項ニ曰ク「前項ノ規定ハ方式上無効ナル遺言ヲ爲セル者ノ相續人ニ之ヲ適用ス」ト即チ法律ハ贈與及ビ遺囑ハ縱令ヒ法式ヲ缺クモ自然義務ヲ發生セザルコトヲ規定セルモノナリ、蓋シ贈與及ビ遺囑ニ公式ヲ必要トスルハ法律ガ大ニ贈與者及ビ遺囑ノ眞意ヲ疑フモノアルニ因リ、苟モ法式ヲ缺キタル贈與及ビ遺囑ハ自然義務トシテ之ヲ履行スルコトヲ許サザルナリ、但シ其承繼人ニ就テハ一般ノ規則ニ從ヒ自然義務ヲ認ムル外他ニ方法ナカルベシ。

第二款 不當利得ヨリ生ズル自然義務

自然義務ハ不當利得ヨリ生ズルコトヲ得、第五百六十八條中ニ曰ク「債務者カ不當ノ利得ニ因リテ法定義務ヲ負擔スルコトアルヘキ場合ノ外債務者ハ此權原ニテ自然義務ヲ負擔シタリト有効ニ追認スルコトヲ得」ト、設例

不當利得
ヨリ生ズ
ル自然義務

ヘバ第三百六十二條ノ場合ニ於テ他人事務ヲ管理シタル者ガ本主ヨリ訴ヲ受ケ、管理中本主ノ財産ヨリ收メタル利益トシテ幾干金ヲ本主ニ返還シタル後、本主ニ於テ其金額ハ實際ノ利益ヨリ多キニ過ギ、又ハ其他ノ錯誤ニテ返還ノ義務ナキモノト認メタルトキハ、本主ハ事務管理者ニ對シ自ラ自然義務トシテ不當利得ヲ得タルモノト有効ニ追認スルコトヲ得ルガ如シ。

第三款 不正ノ損害ヨリ生ズル自然義務

自然義務ハ不正ノ損害ヨリ生ズルコトヲ得、第五百六十八條中ニ曰ク「債務者カ不正ノ損害ニ因リテ法定義務ヲ負擔スルコト有ルヘキ場合ノ外債務者ハ此權原ニテ自然義務ヲ負擔シタリト有効ニ自ラ追認スルコトヲ得」設例ヘバ第三百七十條ノ場合ニ於テ過失又ハ懈怠ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ、裁判上其賠償ヲ爲シタル後ニ於テ眞ニ被告ノ懈怠ノミニアラザルコトヲ覺知シタルトキハ、自然義務トシテ更ニ其辨濟ヲ爲スコトヲ得。

不正ノ損害
ヨリ生ズ
ル自然義務

第四款 法律ノ規定ヨリ生ズル自然義務

自然義務ハ法律ノ規定ヨリ生ズルコトヲ得、第五百六十八條中ニ曰ク「債權者カ法律ノ規定ニ因リテ法定義務ヲ負擔スルコトアルヘキ場合ノ外債務者ハ此權原ニテ自然義務ヲ負擔シタリト有効ニ自ラ追認スルコトヲ得」ト、設例ヘバ第三百八十條第一項ニ記載シタル養料ヲ裁判上ニテ取得シタルモノガ其分ニ過ギタルコトヲ後ニテ覺知シ又ハ眞ニ養料ヲ受クベキ親族ニアラザルヲ知り、其全部若クハ幾分ヲ辨濟セルガ如キ皆ナ自然義務ヲ辨濟シタルモノナレバ再ビ之レガ返還ヲ請求スルコトヲ得ザルガ如シ。

法律ノ規定
ヨリ生ズ
ル自然義務

第五款 時効ヨリ生ズル自然義務

時効ヨリ生ズル自然義務

第五百七十條ニ曰ク「免責又ハ取得ノ時効ノ利益ヲ援用シタル者、既判力ノ利益ヲ受クル者、又ハ其他ノ推定若クハ證據ヲ申立ツルコトヲ得ヘキ者ハ尙ホ自然義務ヲ負擔シタリト自ラ追認スルコトヲ得」ト、設例ヘバ免責時効ニ就テ謂ハマ法律上一定ノ期間ヲ經過シタルトキハ、義務者ハ期限經過ノ一事ヲ以テ裁判上原告ノ請求ヲ拒ミ其義務ヲ免カル、コトヲ得ト雖モ自ラ此利益ヲ捨テ裁判確定後ニ其義務ヲ辨濟シタルトキハ自然義務ノ辨濟トシテ法律上ニ有効ナルベク又取得時効ニ就テ謂ハマ法律上一定ノ期限ヲ經過シタル後ハ、他人ノ權利ト雖モ法律上之ヲ取得シタリトノ推定ヲ受クルモ自己ノ權利ニアラズトシテ之ヲ返却シタルトキモ亦等シク之ヲ取戻スコトヲ得ズ、其他確定裁判ニ依リ既判力ノ利益ヲ申立ツルコトヲ得ル場合モ亦同ジ。

第五節 自然義務ノ存在

自然義務ノ存在

自然義務ハ法定義務ノ消滅シタル後ト雖モ存在スルコトヲ得、即チ辨濟、更改、免除、相殺、混同、履行ノ不能等ニ依リ法定義務ノ消滅シタル後ニ於テモ、仍ホ自然義務ノ辨濟トシテ其全部又ハ一部ノ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルノミナラズ、法定義務ノ消滅廢罷又ハ解除ガ裁判上ニテ宣告セラレタル後ト雖モ存在スルコトヲ得ベシ、是レ第五百六十九條ノ明定スル所ナリ。設例ヘバ消滅ノ場合ニ就テ謂ハンニ、強迫ニ依リ義務ヲ負擔シタル者ハ銷除訴權ニ依リ其義務ヲ銷除シ之ヲ無効トスルコトヲ得ベシ。故ニ義務者ガ訴ヲ受ケ之ヲ銷除ノ裁判確定ノ後ニ至リテ其裁判ニ關セズ之ヲ追認シテ義務ヲ辨濟シタルトキハ即チ自然義務ノ辨濟ニシテ再ビ之ヲ取戻スコトヲ得ザル

ガ如シ、然レドモ茲ニ注意スベキ一事アリ、即チ法文ニ依レバ自然義務ハ法定義務ノ銷除ガ裁判上ニテ宣告セラレタル後ト雖モ存在スルコトヲ得ト明言シ「ト雖」得」等ノ文字ヲ使用スレドモ、自然義務ナルモノハ法定義務ノ銷除ガ裁判上ニテ宣告セラレタル後ニ於テ始メテ成立スルモノニシテ其以前ニ於テハ決して存在スル事ナシ、何トナレバ義務者ニシテ銷除訴權ヲ裁判上ニ未ダ之ヲ行ハザル以前ニ於テ義務ヲ辨濟シタルトキハ、是レ即チ義務者ガ銷除訴權ヲ放棄シタルマデニシテ、第五百五十六條第一ノ規定ニ依リ黙止ノ認諾ト爲リ義務者ハ法定義務トシテ之ヲ辨濟スルノ責任アリ、決して之ヲ以テ自然義務ノ辨濟トスルコトヲ得ザルナリ。

廢罷解除ノ場合ニ於テ自然義務ノ存在スベキコトモ亦明白疑ナシ、讀者乞フ自ラ此等ノ場合ヲ論及シテ其設例ヲ考究セヨ、敢テ茲ニ予ノ説明ヲ待タザルベシ。

第六節 自然義務ノ讓渡

自然義務ノ讓渡

已ニ第二節ニ於テ説明セルガ如ク、自然義務ニ對スル權利モ亦一ノ財産ナリ、苟モ一ノ財産タル以上ハ自由ニ之ヲ讓渡スルコトヲ得ベキモ亦當然ナリ、然レドモ其讓渡ノ効果トシテ之ヲ讓受ケタル者モ亦自然義務ニ對スル權利ヲ有スルニ過ギズ、故ニ自然義務ハ之ヲ讓渡スルコトヲ得ベキモノトノ原則ヲ採用セバ、其讓受ケタル權利モ自然法上ノ權利タルベキモノト謂ハザルヲ得ズ。若シ又之ニ反シ自然義務ナルモノハ決して之ヲ讓渡スルコト能ハズトノ原則ヲ採用セバ、其ノ所謂讓渡ナルモノハ法定ノ義務ニ對スル法定權利ヲ讓受クルモノトセザルヲ得ズ。我民法ハ此後ノ原則ニ依リ自然義務ハ之ヲ讓渡スルコト能ハザルモノト爲シテ、而シテ一ノ例外ヲ認メテ曰

ク「自然義務ノ法定ノ讓渡ハ協諾契約ヲ以テ破産者ニ免除シタル金額ニ付キ其債權者ノ之ヲ爲シタル場合ノミ有効ナリ」ト。(第五百七十一條)

協諾契約トハ商事上債務者ニ過失ナクシテ一時ノ不幸ニ依リ破産シタル場合等ニ於テ各債權者ニ對シ一部分ツツノ債務ヲ免除スルノ合意ヲ謂フ。此協諾契約ニ依リテ債務ノ免除ヲ得タル債務者ハ、免除ヲ得タル部分ヲ併セテ全債務ヲ辨濟スルニアラザレバ、或ル商事上ノ特權(設例ヘバ會社ニ加入スルノ權)ヲ得ルコト能ハズ、然レドモ法律上斯ノ如ク一旦免除セラレタル債務ヲ辨濟スルノ義務ハ全ク自然義務ナリト雖モ商事上ノ得權ヲ得ルニハ之ヲ辨濟スルノ必要ニ迫マラル、ヲ以テ通常ノ自然義務ト大ニ其趣ヲ異ニスルモノアリ、故ニ債權者ハ有効ニ之ヲ債務者ニ讓渡シ、而シテ其結果ハ法定上ノ讓渡トナリ債務者ヲシテ商事上ノ特權ヲ得セシムルニ至ルベシ。

第七節 自然義務ノ消滅

自然義務ノ消滅

自然義務ハ辨濟其他ノ方法ニ依リ消滅スルノ外更改其他法定義務ト化スルニ至リテ消滅ス、設例ヘバーノ自然義務ヲ辨濟シタルトキハ其辨濟ハ法定義務ノ辨濟ト同一ノ効果ヲ生ジテ自然義務ハ茲ニ消滅スベク、又自然義務ヲ更改シタルトキハ其ノ更改ニ依リテ生ズル義務ハ法定ノ義務トナリ自然義務ハ消滅スベシ、要スルニ此等ノ場合ハ自然義務ノ履行又ハ認定ニ依リ自然義務消滅シテ法定義務ノ効果若クハ法定義務ノ發生スル場合ナレドモ、我民法ハ自然義務ノ履行又ハ認定前ニ於テモ、自然義務ガ消滅シテ法定義務ノ發生スベキ一ノ場合ヲ認メタリ即チ、

第五百七十二條 當事者ハ自然義務ノ任意ノ履行又ハ認定アラサル前ト雖モ仲裁契約ヲ以テ其自然義務ノ成立

又ハ廣狹ヲ仲裁人ノ決定ニ委スルコトヲ得此場合ニ於テハ自然義務ヲ宣言シタル其決定ハ法定ノ義務ヲ生ス

ト。設例ヘバ確定裁判ニ依リ定マリタル義務ハ已ニ之ヲ動かスベカラズ、設ヒ其裁判ハ誤謬ニシテ全ク義務ノ本旨ヲ誤リ又ハ眞實ノ義務ヨリ過大ナルモ義務者ハ之ヲ法廷ニ訴フルコトヲ得ズト雖、仍ホ當事者間ニ於テハ自然義務ノ存スルコトアラン。此場合ニ於テ當事者若シ自然義務ノ存否及ビ廣狹ノ爭ヲ以テ仲裁人ノ決定ニ一任セシコトヲ約シ、仲裁人ニ於テ之ヲ決定シタルトキハ、其決定ノ宣言ハ自然義務ヲ生ゼズシテ決定義務ヲ發生スルガ如シ。蓋シ自然義務ハ其存否廣狹ヲ仲裁人ノ決定ニ付シ仲裁人ニ於テ其存否廣狹ヲ定ムルモ其義務ハ依然タル自然義務タルベキハ當然ナリ、然ルニ本條却ツテ其反對ノ効果ヲ明言スルハ如何、立案者ノ意見ニ依ルニ當事者ガ合意即チ仲裁契約ヲ以テ自然義務ノ爭ヲ仲裁人ノ決定ニ委スル以上ハ、其意思ハ之ヲ法定上ノ義務トスルニ在ルベキモノト推定スルニ在リトセリ、若シ果シテ然リトセバ是レ一ノ推測法ナリ反對ノ證據アルトキハ仲裁人ノ決定ハ單ニ自然義務ヲ生ズルニ在ルベシ、是レ果シテ我民法ノ本旨ナルベキヤ民法ハ單ニ仲裁人ノ決定ハ法定ノ義務ヲ生ズルコトヲ明言スルニ止マルノミナラズ、訴訟法ノ規定ニ係ル仲裁ハ當然法定義務ヲ生ズベキモノ、ミニシテ、自然義務ノミニ關スル場合ヲ包含スルコトナキハ訴訟法ノ規定ニ於テ明白ナリ、故ニ仲裁人ノ決定ハ何レノ場合ニ於テモ法定義務ノミヲ生ゼザルベカラズト雖モ若シ果シテ然リトセバ其理由如何。即チ之ヲ當事者ノ合意即チ仲裁契約ニ依リ當事者ニ於テ自ら自然義務ヲ認ムルモノニシテ、即チ認定ノ一種ノ場合ニ外ナラザルベ

シ、民法ガ特ニ之ヲ認定前ニ於テ自然義務ヲ變ジテ法定義務ト爲スノ特例トセルハ其當ヲ失シタルモノト謂フベシ。民法ノ缺點ハ予ハ素ヨリ之ヲ公ケニスルコトヲ好ムモノニアラズト雖モ初メヨリ終リマデ謬見誤説ヲ以テ充満セラル、以上ハ、之ヲ不問ニ附シテ民法ノ眞理ヲ開發セントスルハ到底望ミ得ベキニアラズ、予ノ勉ムル所ハ唯讀者ヲシテ民法ノ學理ニ通曉セシメ、正面ヨリ裏面ヨリ以テ我民法ノ規定ヲ詳悉センメントスルニ在リ。讀者乞フ之ヲ諒セヨ。穴賢々々。

日本民法講義財産篇 人權之部終

日本民法講義財産篇

物權之部

緒論

緒論

江木が早ク死ンデ仕舞ヘバ宜イトハ有名ナル某法律學士ガ長大息ノ歎聲ナリ、光風霽月トマデハ評シ兼ヌレド心事ノ有ノ儘ヲ丸出ニシタル一段ニ至リテハ或ハ其淡泊ヲ譽ムルモノモアラン、サレドモ學問上ノ理論ヲ異ニスレバトテ、此歎聲ヲ發スルニ至ルハ如何ニモ笑止千萬ナリ、余ハ嘗テ我民法草案ヲ批評シ近世ノ法理ヲ根據トシテ其疵垢ヲ摘發シ其根底ヲ打破シ、草案ニ採用シタル學理ハ悉ク陳篇汨沒ノ淺見執拗狼狽ノ僻論タルニ過ギザルコトヲ明示セリ、而シテ諸君モ明知スルガ如ク我民法草案ハ佛法ニ基キタルガ故ニヤ、佛蘭西法學者中往々余ヲ以テ故ラニ此等ノ輩ヲ攻撃スルモノ、如クニ思惟シ恨徹骨髓ト云ハン計リニ敵視スルモノアリ、遂ニハ江木が早ク死ンダナラサゾ、氣樂ナラントマデニ思ヒ迫リタルモノナリ、痴人ノ心情實ニ憐ムベシ、苟モ法律社會ニ一定ノ識見ヲ公ケニセントスルモノハ小人偏迫ノ忌嫉ヲ受クルコトアルベキハ素ヨリ當然ナリト雖、余ガ眼中決シテ英佛獨等ノ門戸ヲ設クルモノニアラザルハ諸君ノ熟知スル所、又余ノ親愛スル佛蘭西法律學者モ亦許ス所ナラン、余ノ宗トスル所ハ只ダ近世ノ法理ノミ、法理豈ニ藩屏アラシヤ、余ヤ今マ民法講義ノ任ニ當レリ、小人痴漢ノ感情如何ヲ顧慮スルモノニアラズ、法文ニシテ近世法理ニ適セザルモノアラバ攻撃論難毫モ假借スル所ナカルベシ、おつニ氣ヲ舞シ余ヲ以テ故ラニ陳篇汨沒ノ大家ヤ學究措大ノ先生ヲ征伐スルモノト爲ス勿レ、又苟モ學理ノ研究ヲ事トスル者ハ江木ガ無事息才健全無病デ民法ノ講義ヲ始メタトテモ何モ左程ニビク、スルニモ及ブマ

眞理ニ滑
屏ナシ

緒論

法典發布ノ沿革

世ノ中ハ様々ナリ、法典ノ發布ニ遭遇シテ祝杯ヲ舉ゲシモノモアリ其無頓着ヲ驚キシ政治家モアリ、非法典論モ世間ニ現出シテ一時ハ八釜シカリシモ、考ヘルヨリハ生ムガ易イデ存外ニ法典ハ早ク此世ニ生レ來レリ、是レカラ國會ト云フ厄年トナルコトナレバ生長ノ程ハ受合兼ヌレドモ、法典ノ分曉ニ至ルマデノ沿革ヲ少々御話シ致サネバ法典ノ價值モ知レヌ譯合ナリ、故ニ其大綱ヲ示スベシ。

(第一) 法典編纂ハ實ニ數代ノ内閣ヲ經歷シタル事業ナリ、何レノ代ノ内閣デモ未ダ帝國議會ト云フ立法體ノ存在スルモノナキコトナレバ、無頓着ニヤツ付ケルナラ隨分之ヲ發布スルノ實力ヲ保有セルハ明白ナリ、然レドモ之レヲ實際ノ適用實行ノ費用及ビ日本ノ舊慣等ニ鑑ミテツイク發布スルコトナカリシガ、昨年未古今未嘗有ノ有名ナル内閣ノ現出セル時期ニ及ンデ遂ニ一大英斷ヲ以テ之レガ發布ヲ見ルニ至リタリ、學者ダノ人民ダノガ非法典論ヲ唱ヘタトテ之ヲ發布スルト否トノ權力ハ實ニ内閣ノ全權ニ在ルコトナレバ、議論モ時勢モ必用モ何モ入用ハナキコトナリ、今日法典發布ノ盛事ニ遭遇スルコトヲ得ルハ實ニ有力果斷ナル内閣ノ恩賜ナリト心得ベシ。

非法典論ノ弱點

(第二) 有名ナル法學家ハ悉ク法典編纂ヲ非難シ之ヲ贊成シタル者ハ殆ド普通學ノ智識ヲモ具ヘザル迂遠ノ書生輩カ否ラザレバ例ノ寡陋措大ノ先生ナリシ。然レドモ非法典論者ノ主張セル證據タル純ラ法典自身ノ編纂ヲ非難セル大體論ニ止マリ、實際上ノ問題ニ涉リテ法典草案ノ適否及其適用ニ關シテ毫モ論述スルコトナカリシ

草案ノ秘

ハ、非法典論者ノ失策ニシテ其勢力ノ微弱ナリシコト疑ヲ容ルベカラズ、乍去此點ヲ以テ日本ノ非法典編纂論ヲ咎ムルハ甚ダ酷ニ過グルモノナキニアラズ、蓋シ此法典ヲ發布シタル果斷政府ハ法律ヲ編纂スルニ議會ノ協賛ヲ經ルノ困難ヲ有シ或ハ之ヲ輿論ニ問フコトヲ必要トスルガ如キ優柔不斷ナル歐米ノ弱虫政府ト全ク其性質ヲ異ニセルガ故ニ、法典ハ秘密ニ之ヲ編纂シ草案モ亦之ヲ世ニ公ケニスルコトヲ禁ジタリ、故ニ非法典論者ガ法典ニ對シテ實際上ノ利害得失ヲ論定スルコト能ハザリシハ素ヨリ當然ナリ、日本ニ於テハ毫モ怪ムベキノ現象ニアラザルナリ、又非法典論者中ニハ或ハ草案ヲ熟知スル機會ヲ有シ其利害得失ヲ辨ヘタルモノモアリシナルベシト雖ドモ、草案ヲ熟視シ其利害得失ヲ知ルト同時ニヨモヤ斯ノ如キ法典ヲ發布スルノ勇氣アル政府ニアラザルコトヲ熟知スルカ、又ハ斷然之ヲ發布スルノ勇氣充分ナルヲ熟知シテ却テ其ノ口ヲ開カザリシモノ甚ダ少ナカラザリシナルベシ、依是觀之法典編纂ニ關スル利害得失論ハ歐米ニ於テハ其發布ノ前ニ於テ蜂起スベキモ、我日本ニ於テハ必ズ法典發布後ニ於テ振起セザルベカラズ、而シテ今ヤ法典遂ニ發布セラレ往日ハ非法典論者ノ見識タル實ニ正確ニシテ誤リナカリシ事實ヲ證明スベキ確實ノ證據ヲ與ヘタリ、非法典論ハ却ツテ今日ニ盛ナルモ亦怪ムニ足ラザルナリ。

法典發布後ノ非法典論

(第三) 法典編纂ハ條約改正ト密着ノ關係有リシコトハ外交通知書ノ證明スル所ニシテ決シテ争フベカラザル事實ナリ、當時ノ内閣就中大隈伯ノ如キ法典編纂ノ弊害ハ素ヨリ之レヲ熟知セリト聞ケドモ、其弊害ハ以テ條約改正ノ大業ヲ償フニ足ルベキモノトナシ、之レヲ全國ノ利益ニ顧ミテ以テ法典編纂ノ業ヲ督促シタルハ實ニ伯

法典發布ノ理由

山口法典

ガ一大政客ナリシニ過ギズ、若シ伯ヲシテ法典ヲ發布シクル内閣中ニ立タシムルコトアリトセンカ、條約改正已ニ中止セラレ伯ノ目的タル事業即チ空シキニ仍ホ法典ノ發布ヲ實行スルコトアラシヤ、故ニ今日ニ於テ法典ヲ發布スルハ實ニ目的ナキノ事業ニ類スト雖ドモ、是レニハ色々事情ノアルコトナラン、抑モ一旦開始シタル事業ハ之レヲ完了セントスルハ人間ノ意氣地ナリ、意氣地ハ獨リ江戸ツ子ノミニ限ルベキニアラズ、條約改正問題ノ喧々タリシ當時ニ於テ山田伯ハ大隈伯ノ政略ニ從ヒ致々法典編纂ノ業ニ從事シタルコトハ政治史ノ證明スル所ナリ、而シテ大隈伯ハ政略行ハレズシテ男ラシク斷然勇退シタルガ山田伯モ亦斷然勇進シテ其後ノ内閣ニ依然其地位ヲ占メ、以テ法典編纂ノ事業ヲ繼續シ百折屈セズ遂ニ之レヲ仕遂ゲテ最初ノ意氣地ヲ全ウシ、余輩ヲシテ法典發布ノ盛時ニ遭遇セシメタルハ實ニ之レヲ伯ノ一大功業ト謂ハザルヲ得ズ、世人伯ヲ稱シテ東洋ノ那破崙ト云フ良ニ故アルナリ、評者又或ハ曰ク「法典發布ハ決シテ其目的ナキニアラズ元來立法ノ大權ハ獨立國ニ固有ナル專權ナレバ外國ノ干渉ヲ受クベキ限リニアラズ、然ルニ大隈伯ノ條約改正案デハ是非トモ改正ト共ニ法典ヲ編纂スルトノ約束アリトテ、世間デハ彼是之レヲ八釜敷言ヒ立テタルコトナレバ、條約改正已ニ中止セラレタル後ニ於テハ態ト法典ヲ發布シテ以テ條約改正ト法典ノ編纂トノ毫末ノ關係ナカリシ事實ヲ證明スルコソ今日ノ大政略ナリト。驚キ入りタル頓痴氣政略ト云ハザルヲ得ズ、本來條約改正ト法典編纂トノ密着ノ關係アリシハ内外人ノ熟知スル所ナルノミナラズ外交通知書ニハ現ニ其明文アルコトナリ、今日ニ法典ヲ發布シタレバトテ已ニ嘗テ成立チ畢リタル過去ノ事實ヲ消滅スルハ神通力ハアルベカラズ神通力ニ依ルノ政略

神風政略

ハ只ダ之ヲ高間ケ原ノ神風ニ依頼スルノ外ナシト雖、皇典研究モ亦容易ニ之レヲ實行スベキ一大新法ヲ發明スルコト能ハザルベシ。

新法典ノ特性

右ノ外草案ガ外人ノ手ニ成リシ次第編纂方法ノ器械的ナリシ仕末其他委員會議並ニ草案ノ秘密ナリシ事情等ハ諸君ノ已ニ熟知スル所ナレバ、今日此法典ヲ講ズルモノニ取リテハ別ニ沿革ノ一部トシテ御話申スノ必要モナカルベシ、兎ニ角御覽ノ通りノ仕末方法及事情ニ成立チタル法典ナレバ夫レ相應ノ特性アルモ亦當然ナリ左ニ其概略ヲ述ベシ。

新法典ハ學理ニ基クモノニアラズ

(第一) 民法ヲ非難スル者或ハ新法典ヲ以テ學理的原則ヲ列叙スル法理論ニ過ギズトスルモノアルハ大ナル誤見ナリ、新法典ハ決シテ學理ニ成ルモノニアラザルハミナラズ或ハ誤謬陳腐ノ理論ヲ以テ充滿セラレ或ハ幼稚未熟ナル思想ヲ以テ架空ノ理論ヲ挿入シ就中新法典ノ基礎タル羅馬法ヲモ誤解シタリト見ユルノ點甚多シ、本來新法典ノ編纂ハ特別ノ委員ノ手ニ成レル者ト聞ケドモ、原案ハボアソナード氏ノ手ニ成ルモノナレバ謂ハハ佛國民法ニ多少ノ變更ヲ加ヘタルモノナリ、而シテ現ニ發布セラレシ法典ヲ以テボ氏ノ草案ニ對照スルモ甚シキ修正ヲ加ヘタルモノニアラザレバ先ヅ之ヲボ氏ノ手ニ成リタルモノトスルモ不可ナカルベシ、抑モボ氏ガ我日本ニ對シテ非常ノ功勞アルハ余輩ノ知ル所ナリ、氏ハ實ニ我日本ニ於テ仍ホ拷問ノ行ハレタル時代ニ於テ西洋流ノ法律論ヲ講釋シ、大ニ我日本ノ法律ノ改良ヲ助ケタル良教師タルハ疑ヲ容ルベキモノニアラズ、然レドモ今日余輩ハ氏ノ著書ヲ讀ミ其演說ヲ聞クモ更ニ感心セザルノミナラズ、其論ノ陳腐ニシテ近世法理家ノ容レザ

草案起草者ノ地位

教師ト立法官

ル舊説ヲ守レルコトヲ知ル、余輩ハ決シテ近世ノ法律家ヲ以テ氏ヲ見ルコト能ハズ況ンヤ我日本ノ法律起草者
 タルノ學力アルヲ確認スルヲヤ。余輩ハ氏ノ著書ヲ讀ミ氏ノ演説ヲ聞カンヨリ氏ノ本家本元タル佛國學者ノ著
 書ヲ見ルコト甚ダ勝ルコトアルヲ知ルナリ、余輩ハ好ンデ本家本元タル佛國學者ノ著書ヲ讀ムモボ氏ノ著書ニ
 至リテハ余輩決シテ一讀ノ價値ナキモノトナス、蓋シ余輩ハボ氏ヲ以テ佛國學者中ノ隨一トスルコト能ハザル
 ノミナラズ余輩ノボ氏ヲ信ズルコト佛國ニ於ケル尋常一様ノ學者ニ及バザルコト遠シ、日本法典ガ近世ノ學理
 ニ遠ザカルモノアルモ亦其原因ナキニアラザルベシ、今ヤ余ハ純ラ法理上ヨリ法典ノ講義ニ任ゼントス余ハ諸
 君ノ爲メニ逐一其誤謬ノ點ヲ指摘シテ以テ余ノ言ノ欺カザルヲ證明セム。

新法典ハ
 論理思想
 ト普通觀
 念ヲ缺ク

(第二) 新法典ハ舊ニ法理ヲ誤ルノミナラズ又タ論理思想ト普通觀念ヲ缺ク、諸君法典ヲ通讀シテ了解ニ苦ムモ
 ハ甚ダ多カラン苟モ論理思想ヲ以テ之ヲ解センカ先後撞着ヲ如何セン普通觀念ヲ以テ之ヲ解センカ適用上驚ク
 ベキ奇々怪々ノ現象ヲ呈スルヲ如何セム、是レ諸君ノ法典ヲ解スルニ苦ムノ要點ナリ、然レドモ余ハ諸君ニ告
 ゲン是レ諸君ガ法典ヲ解スルノ學力ナキニアラズ、法典自身ガ論理思想ト普通觀念ヲ缺クハ結果ナリ、故ニ諸
 君ニシテ法典ヲ了解セント欲セバ、諸君ハ宜シク諸君ガ多年養成セル法理思想ハ勿論更ラニ論理思想ト普通觀
 念トヲ諸君ノ腦裡中ヨリ追ヒ出シ、所謂眞ニ虚心平氣ノ精神ヲ以テ法典ヲ朗讀スルコトヲ要ス、マコーレイ氏
 嘗テミルトンノ詩歌ヲ評シテ曰ク「詩歌ハ思想單一ナル野蠻時代ノ人ニアラザレバ眞ニ詩歌ノ詩歌タル妙趣ヲ
 得ルコト能ハズ、今人ノ常ニ古人ニ及バザルモノ全ク此點ニ在リ、今人ニシテ詩歌ヲ好クセントセバ宜シク其

新法典ヲ
 解スルノ
 方法

思想ヲ以テ古人ノ思想ト爲シ今人ノ思想ヲ放擲セザルヲ得ズ、今人ミルトンニシテ古人ヲ欺クノ名詩歌アルハ
 實ニ驚クニ足ルモノアリ」ト、諸君ガ此法律ヲ了解セントスルモ亦斯クノ如キノミ、新法典ハ實ニ諸君ヲ騙ツ
 テミルトンタラシムルナリ。

新法典ト
 佛國法典

(第三) 民法ノ草案ボ氏ノ手ニ成リ委員諸氏中亦ボ氏ノ御弟子タルモノ甚ダ多シ、法典ノ骨髓ハ之レヲ佛國法典
 ニ取ルト雖モ多少ノ變更(改正トハ)ヲ加ヘタルモノナキニアラズ、佛國法典左迄誤謬ノ點ナキモ新ニ加ヘタル
 多少ノ變更ハ或ハボ氏ノ新發明ト稱揚スルモノモアルベケレド余ハ殆ド全ク取ルニ足ラザルノ妄説ニ出ヅルモ
 ノトナス、全然佛國法典ヲ採用セバ或ハ可ナリシナランニ之ニ多少ノ變更ヲ加ヘテ却ツテ紛擾ヲ來スノ種ヲ播
 キタルハ不幸中ノ不幸ナリ、此等ノ諸點ハ余ノ講義ニ隨ヒ追々諸君ノ了知スル所トナラン、然レドモ又法典ノ
 佛國法典ニ基キタル事實ハ疑ヲ容ルベカラズ故ニ共和主義ノ理論、佛國歷史上ノ出來事ニ由來シタル法律「ロー
 マレ、カトリック」教ノ精神及佛國固有ノ習慣等モ亦我法典ノ採用スル所トナリシコト疑ヲ容ルベカラズ、蓋シ
 佛國法律ハ佛國ノ法律ナリ片輪ノ學者連ガ机上ノ議論デ定メタル杓子定規ニアラザルナリ、佛國法律ヲ採用セ
 ント欲セバ一條一句ト雖モ悉ク之ヲ其主義歴史ニ鑑ミ國家的宗教的社會的ノ考察ヲ下サハルベカラズ、ボ氏ハ
 佛朗西共和國ノ一平民ナリ佛國ニ生レ佛國ニ長ジ佛國ノ法律慣例ニ支配セラレタル人ナリ、余輩ハ氏ニ對シ之
 ヲ責ムルノ甚ダ不可ナルヲ知ルト雖モ、共和國ノ主義慣例宗教等ノ依然我法典ニ現出シタルニ至リテハ余輩ハ
 氏ノ勢力ノ甚ダ強大ナルニ驚カザルヲ得ズ、國家的社會的外形ニ顯ハレタル行爲ニ就キ佛朗西共和國ノ法律ヲ

共和國ノ
 法典ト帝
 國ノ法典

新法典ノ
加特力敬

以テ我日本帝國臣民ヲ支配スルノ定規トスルハ更ナリ、宗教上ノ思想ニ至ルマデ「ローマン、カトリック」教旨ヲ以テ日本臣民ヲ支配スルノ甚シキニ至リテハボ氏ノ勢力實ニ數百萬人ノ宣教師ニ勝ル事甚ダ大ナリト謂フベシ、我日本臣民ノ身體自由ハ已ニ「ローマ、カトリック」教宗ノ刑法ヲ以テ支配セラレ那破翁ノ政略ニ基キタル治罪法ヲ以テ束縛セラル、者タルノ證據ハ余ハ已ニ刑法及治罪法ノ講義ニ於テ其詳細ノ點ヲ示シタリ、今ヤ民法已ニ發布セラレ我臣民ノ財產人事モ亦「カトリック」教旨ノ法律ニ支配セラル、コト近キニアラントス、余嘗テ現行刑法ヲ評シテ曰ク「我帝國臣民ハ知ラズ識ラザルノ間ニ其心身ヲ舉テ悉ク「カトリック」教旨ノ雲烟ニ洩没シ了リタリ科戸ノ神ノ神風モ八萬四千ノ光明モ復タ其雲烟ヲ如何セン」ト、此言又能ク之ヲ民法ニ適用スルコトヲ得ルニ至レリ、余ハ此法典ヲ講義スルニ際シテハ、此等ノ事ニ關スル要旨ヲ摘出シテ諸君ニ明示スルアラン、諸君ニシテ我法典ヲ解セント欲セバ當ニ法理的論理的思想ト普通觀念トヲ其腦中ヨリ驅逐セザルベカラザルノミナラス又諸君ハ日本帝國ト帝國臣民ナル觀念ヲモ放擲セザルベカラズ。

上來論述シタル所ヲ以テ見レバ兎ニモ角ニモ新法典ハ實ニ有名ナル法典タルニ疑ナシ、第一ニハ此法典ヲ發布シタル當時ノ政府ハ實ニ政治上著名ナル政府タル點ニ就テ、第二ニハ其編纂者及ビ編纂ノ方法ニ就テ、第三ニハ其出來上リタル結果ニ就テ之ヲ有名ナリト言ハザルヲ得ズ、而シテ其有名ナル丈ソレ丈又其缺點モ有名ナリ、然レドモ余輩ハ之ガ爲メニ決シテ之ヲ咎ムルコト甚ダ酷ナラザルヲ要ス、我國ノ法學ハ仍ホ幼稚ナリ我國ノ文化モ亦甚ダ高度ニ位セス、此時代ニ於テ完全ナル立法官ヲ得ントスルハ到底望ムベキコトニアラス、思想未ダ熱セス

新法典者ノ
對スル實任

シテ乳臭ヲ脱セザル法典タルハ趣アルハ素ヨリ怪ムニ足ラザルナリ、余輩ハ宜シク法典編纂ノ大業ヲ完成シタル諸士ニ對シテ篤ク其勞ヲ謝シ、且ツ此不完全ナル法典ヲシテ實際上圓滑ノ適用ヲ爲サシムルハ實ニ余輩ヲ捨テ、次シテ他ニ其任ニ當ルモノナキヲ知ラザルベカラズ、否ラズンバ則チ編纂ニ從事セル諸士ヲシテ我立法史上汚名ヲ千載ニ流サシムルニ至ラン、芳名ハ兎モ角モ汚名ハ可成蒙ラセ度ナキモノナリ。

日本民法講義財産篇

總則

第一章 財産ノ定義

第一節 總說

財産ノ定義

財産ハ各人又ハ公私ノ法人ノ資産ヲ組織スル權利ナリトハ財産篇第一條ノ明定スル所ナリ、「各人又ハ公私ノ法人」ノ一句ハ法律上單ニ「人」ナル意義ヲ態々冗長ニシタルマデナルハ諸君ガ已ニ法人論ニ於テ詳悉セラレタル所ナラン、故ニ第一條ハ財産ハ人ノ資産ヲ組織スル權利ナリトノ意ナルニ過ギズ、然レドモ此意義ヲシテ明了ナラシメント欲セバ先ツ財産ヲ組成スル權利ト並ニ之レヲ組成セザル權利ノ何物タルヨリ考察セザルベカラズ。

權利ノ區分

凡ソ權利トハ法律ニ依リ或ル範圍内ニ於テ一人ノ人ニ屬スル權力ナリ、余ハ此權利ノ定義ニ就テハ之レヲ法理學若クハ法學通論ニ讓ルベシト雖モ、諸君ハ此定義ニ依リテ法律上權利ナルモノハ只ダ法律ニ依リテノミ存在スルモノタルコトヲ了知セラルベシ、而テ此法律ナルモノハ私法上ニ於テハ人ノ活動上ノ利益ノ範圍内ニ於テ其自由ヲ認了シ整理シ及ビ保護スルヲ以テ其本務トスルモノナリ (A right is the power which by virtue of law belong-

人身權財
產權物權
人權

As to a person in a certain sphere, law has the task to recognise order and protect the freedom of man in the sphere of his interests of his life.) 而シテ人ノ生活上ノ利益ハ種々ナルガ故ニ其利益ノ種類ニ從ヒ權力モ亦自ラ其種類ヲ異ニスベシ、是レ權利ノ因テ生ズル原因ナリ、此ノ原理ニ從ヒ羅馬法ハ一切ノ私權ヲ分ツテ三種トス、即チ(第一)身分(status)ト稱スルハ人ノ人タル地位及人ノ人トシテ認了セラルベキ權利ヲ云ヒ、人ハ人自身ニ於テ人タル權利アリトシ、(第二)物權(Dominium)ト稱スルハ人ト實物世界トノ關係上人ガ實物ノ上ニ直接ニ其權力ヲ行フ場合ヲ指シ、(第三)法鎖(Obligatio)ト稱スルハ人ト人トノ交通上一方ノ人ガ他ノ一方ノ人ノ爲メニ或ル事ヲ行ハシメ又ハ之レヲ避ケシムルノ權力ヲ指ス、今日ニ於テモ法律家ハ羅馬法ニ基キ權利ヲ分ツテ、(第一)人身權、(第二)物權、(第三)人權ノ三種トシ而シテ物權人權ノ二者ハ之ヲ金錢ニ見積ルコトヲ得ベク、即チ人ノ資産中ニ勘定スルコトヲ得ベキガ故ニ物權ト人權トヲ總稱シテ財產又ハ財産權ト稱ス、第一條第二項ニ財産ニ物權及人權ノ二種アルコトヲ記載スルモ亦此意ナリ、即チ財産トハ交換的價格ヲ有スル權利ノ全體ヲ云フモノナリ(Property is the totality of relations of a person so far they have exchangeable value)故ニ(第一)一切ノ權利ハ盡ク財産ニ屬セズシテ權利中只交換的價格アルモノ即チ金錢的ノ價格アルモノ、ミ財産ト稱スベシ、法文ノ「資産ヲ組成スル權利」トハ即チ此意ナリ、故ニ人身權設例ヘバ生命身體權ノ如キハ交換ノ目的物タルコトヲ得ザルヲ以テ財産ニアラザルナリ、但シ人身權ニ加ヘタル損害ハ財産權ノ原因トナルコトアルベキハ當然ナリ。(第二)人ノ財産中ニハ其負債ヲモ包含セシムルコトアリ、何トナレバ負債モ亦吾人ノ交換力ノ大小廣狹ノ範圍ヲ定ムルニ

必要ナル標準ナレバナリ、之ヲ廣義ノ財産ト云フ故ニ財産ニハ積極的消極的ノ二種アリ、然レドモ通常財産ト稱スルトキハ狹義ニノミ之ヲ用キ積極的ノ財産ノミヲ稱スレドモ、法律上人ノ權利義務ヲ一體ト見做スベキ場合ニハ財産ノ意義ヲ廣義ニ使用スルコト少シトセズ、設例ヘバ相續法ニ於テ財産ト稱スルハ通常之ヲ廣義ニ解セザルベカラザルガ如シ、由是觀之財産トハ或ル權利ノ總稱ニシテ權利ノ目的物即チ物ヲ指スニアラザルコト明了ナリ、財産ヲ以テ權利ノ目的物ト論ズルハ權利ヲ以テ直ニ權利ノ目的物トスルモノニシテ自家撞着ノ甚ダシキモノナリ、故ニ羅馬法及或ル佛國法流ノ意義ヲ以テ財産ノ何物タルヤヲ定解スベカラズ、諸君モ知ラル、如ク羅馬法及佛國法ニ於テハ物ヲ以テ權利ノ目的物ト解シ而シテ此物ト稱スルモノ、中ニハ權利ヲモ包含スト云ヘリ、現ニ現今ノ佛國法律家即チムーロン氏ノ如キモ亦此意ニ解シテ曰ク「物トハ存在スルモノヲ云ヒ財産トハ公私ノ所有ト爲スコトヲ得ベキ物ヲ云フ設例ヘバ空氣光線等ハ物ナレドモ財産ニアラズ」ト。然レドモ何レモ財産ヲ以テ權利ノ目的物ト云ヒ乍ラ、權利自身モ亦權利ノ目的物トスルモノナリ、或民法ノ解義ニ採用スベキ説ニアラザルナリ。

又財産ヲ權利ト解セザルベカラザルコトニ付キ茲ニ奇々怪々ノ一説アリ、諸君ノ心得ノ爲メニ述ベ置カン是レハ或ル佛朗西學者ノ説ナリ、其説ニ曰ク「設例ヘバ余ニシテ一ノ家屋ヲ有スルトキハ余ハ此家屋ヲ所有スト云フコトナレドモ余ノ有スルモノハ家屋自身ニアラズシテ其所有權ナリ、故ニ余ハ此家屋ノ所有權ヲ有スト云フ方適當ナレバ財産ハ飽ク迄モ權利ニシテ權利ノ目的物ヲ云フモノニアラズ」ト。一應五尤ニ聞コユレドモ、是レハ羅馬

馬法ノ有體物無體物ノ區別ノ事ヲ間違フラモ理論的ニ批難スル學者ノ常言ヲ財產ノ事ニ引接シタル「ノンセン
ス」ノ底拔ケ説ナリ、(此事ハ後ニ詳論スベシ)。成程余ガ一ノ家屋ヲ有スルトキハ所有權ヲ有スルコトナルベケ
レドモ、余ガ此家屋ヲ所有スト云フコトハ余ハ此有形ナル家屋ニ對シテ法律上ノ權力ヲ行フコトヲ得ルト云フコ
トナルベシ、去々余ハ此家屋ノ所有權ヲ所有スト云フコトハ取りモ直サズ余ハ此家屋ノ所有權ニ對シテ所有權ヲ
有スト云フコト、ナルベシ。其又有スト云フコトハ所有權ヲ有スト云フコトナルベケレバ、若シ余ハ此家屋ヲ所
有スト云フノガ不當ナラバ余ハ此ノ家屋ノ所有權ヲ所有スト言フモ亦不當ナルベク、遂ニハ余ハ此ノ家屋ノ所有
權ノ所有權ノ所有權ヲ有スト順次ニ循環シテ終局ナキニ至ルベシ、御目出度新説トシテ一笑ニ附スルノ
外ナシ、財產ヲ以テ權利トスルノ定解ハ決シテカ、ル循環主義ノ妄説ニ出デタルモノニアラザルナリ、又此論者
ニ更ニ一步ノ妄ヲ進メタル論者アリ、其説ニ曰ク「財產トハ吾人ヲシテ幸福利益ヲ得セシムル所ノモノニシテ其
幸福利益ヲ得セシムルモノハ則チ權利ニ過ギザレバ財產ハ則チ權利ナリ」ト。若シ此説ヲ以テ果シテ財產ノ定義
ヲ得タルモノトセバ、幸福利害ヲ得セシムル所ノモノハ悉ク權利ニシテ權利ハ悉ク財產ナリト解セザルベカラ
ズ。吾人ニ幸福ヲ與フル所ノ妻妾ノ如キモ亦財產ナラン、人身權モ亦財產ナラン、財產ハ必ズシモ物權人權ノミ
ニ止マラザルベシ、何ゾ其説ノ空々漢々全ク論理思想ヲ喪失スルノ甚シキ諸君乞フ試ミニ論理式ニ依リテ此説ヲ
分析セヨ必ズヤ捧腹絶倒セン。

財產ノ何物タルヲ知ラント欲セバ先ヅ人身權ト財產トノ區別ヲ論ジ、次ギニ財產中ニ就キ物權ト人權トノ區別

ヲ論ズルコトヲ要ス、財產ハ已ニ論ズルガ如ク或ル權利ノ總稱ナレドモ用語ノ便宜ニ從ヒ余ハ柱々財產權ノ語ヲ
使用スベシ。

第二節 人身權

人身權

法律上人ノ何物タルコトハ諸君ガ已ニ充分開飽キタルニ相違ナケレバ略スベシ、扱人身權ト云フモノハ人
トシテノ權利及其家族内ニ於ケル地位ヨリ生ズル權利ヲ云フ。

(一) 人身權ハ絶對的人身權及ビ相對的人身權ノ二種ニ區別ス。

絶對的人身權

〔絶對的人身權〕 ハ或ハ之ヲ狹義ニ於ケル人身權ト云フ、人ノ人トシテ有スル權利ニシテ人ノ一個人タル直接
ノ結果トシテ當然發生スル權利ナリ、生命身體自由名譽等ノ安全ノ權其他契約的賣買其他ノ取引營業ヲ爲スノ自
由、結婚ヲ爲スノ自由等はレナリ、但シ絶對的人身權ノ物體タルモノ如何ニ就テハ學者ノ間多少ノ異論アリ、
近世ノ學者中往々人身權ノ物體ヲ以テ其權利ヲ有スル人即チ權利者自身トスルモノアレドモ、若シ此説ニ從フ
トキハ人ハ自己ニ對シテ自ラ權利ヲ有スルコトヲ得ルモノト云ハザルヲ得ズ、然レドモ權利ハ人々相互ノ關係
ノ上ニ於テ始メテ存在スルコトヲ得ベキモノナルヲ以テ、一人ニシニ他ニ關係アルベキ筈ナケレバ此説タル權
利ナルモノ、思想ト低觸スベシ。故ニ近世ノ學者ハ人身權ノ物體ヲ以テ法律上一般ニ一個人タル地位ニ於テ許
容セラレタル自由及ビ權利ノ範圍ナリトセリ、即チ人身權ノ物體ハ人々ガ人トシテ活動シ得ベキ區域限界ヲ云
フモノナリ、人身權ハ何人ヲ問ハズ一般ノ人ニ對シ其權利ヲ認了セシメ及ビ其權利ノ行用ヲ妨害セシメザルノ

權ナリ、故ニ此等ノ權利ハ絕對的ニシテ相對的ニアラズ而シテ此權利ニ對スル義務ハ世人一般ノ負擔スル所ナレドモ、何レモ消極的ノ義務タルニ過ギズ。

相對的人
身體

〔相對的人身體〕 人ノ家族間ニ於ケル地位ニ附屬スル權利ナリ、父ハ其子ニ對シ父タルノ權ヲ有シ夫ハ其妻ニ對シ夫タルノ權ヲ有スルガ如シ、而シテ此種ノ權利ハ相對的ニシテ世人一般ニ對シ其義務ヲ負擔セシムルモノニアラズ、只夕家族相互ノ間ノミニ止マルベシ。

(二) 人身權ハ其權利ヲ有スルモノ、死亡ト共ニ消滅ス、又此權利ハ之ヲ相續シ又ハ讓渡スコトヲ得ズ、何トナレバ此等ノ權利ハ人身ト分離スルコトヲ得ザレバナリ、但シ人ノ名譽ヲ損害シ身體ヲ傷害シタル場合ノ如キハ私訴トシテ損害賠償ヲ爲スノ權利アルベシ、然レドモ此等ノ場合ニ於テハ人身權ハ消滅シテ新ニ財產權ヲ發生スルモノト見做スナリ。

第三節 財產權

第一段 財產權總說

財產權

財產權ハ全ク人身權ト異ナレリ、財産ハ實質讓與スルコトヲ得ベク、又其權利ノ物體ハ物若クハ所爲ナリトス、故ニ財產權ハ其物體ノ種類ニ依リテ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得ベシ、物權及ビ人權是レナリ。

財產權ノ
物體

(第一) 財產權ヲ有スル人ハ左ノ物體上ニ其權力ヲ行フ。

(イ) 直接ニ有形ナル物ノ上ニ權力ヲ行フコトヲ得ベシ、之ヲ稱シテ物權ト云フ、財産篇第二條ニ於テ物權ヲ

主從ニ區別シテ法律上ニ於ケル一切ノ物權ノ目錄ヲ掲グ即チ主タル物權ハ(一)、完全又ハ虧缺ノ所有權(二)、用益權使用權及ビ住居權(三)、賃借權永借權及ビ地上權(四)、占有權。又從タル物權ハ(一)、地役權(二)、留置權(三)、動產質權(四)、不動產質權(五)、先取特權(六)、抵當權ニシテ合セテ十種トス、又通常權利ハ獨立ニシテ權利ハ權利自身ニ於テ存在シ他ノ權利ト關係ナキモノナレドモ、又從タル權利ナキニアラズ、而シテ從タル權利ハ必ズ物權ノミニ限ラズ人權ニモ亦從タルモノアルベシ、貸金ノ利子ヲ請求スルノ權ハ從タル人權タルベシ。而シテ又主タル物權ノ從タル物權モアルベク主タル人權ノ從タル物權モアルベシ、從タル物權中ノ地役ハ所有權ノ從タル物權ニシテ留置權以下ハ主タル人權ノ從タル物權ナリ。

(ロ) 財産ハ直接ニ或ル義務者ノ所爲ノ上ニ行ハル、コトアリ、此場合ヲ稱シテ人權又ハ債權ト云フ、此權利ハ債主ト義務者トノ間ニ一ノ束縛ヲ生ズ羅馬法ノ所謂法鎖是レナリ。

(ハ) 人身權ト財産權ト混同セルモノト見做スベキ一種ノ權利アリ、其本性ハ人身權ニ出デ法律ハ一方ニ於テハ特ニ一般人ヲシテ之ヲ犯スコトヲ禁ズルモ、亦一方ニ於テハ之ヲ相續讓與スルコトヲ得セシムルヲ以テ、殆ド財産權ト同一ノ結果ヲ生ズ。故ニ此權利ハ絕對的ノ權利ニシテ物權タルノ性質ヲ有スルモ現ニ其物體ハ有體物ニアラザルヲ以テ之ヲ物權ト稱スベカラズ、即チ財産篇第四條ニ記載スル所ニシテ著述者ノ著者ノ發行、技術者ノ技術物ノ製出、又ハ發明者ノ發明ノ施用ニ就テノ權利是レナリ。

第二段 物權及ビ人權ノ區別

物權人種ノ區別

物權ハ直接ニ一ノ有體物ニ對スル法律上ノ權力ニシテ即チ吾人ノ意思ニ直接ニ物ヲ服從セシムルニアリ。(The direct mastery over a thing is direct subjection of a thing under our will) 故ニ物權ノ存在及ビ物權ノ行使ニハ只一個ノ人ト一個ノ物トヲ必要トスルニ過ギズシテ、物權ノ爲メニ何人モ積極的行爲ヲ爲スノ義務ヲ負フモノナシト雖、其ノ行使ニ關シテハ何人モ之レヲ妨害スルコトヲ得ズ、世間一般ノ衆人ハ單ニ此權ノ行使ヲ妨害スベカラザル消極的義務ヲ負フモノナリ、之レニ反シ人權ハ只他人ニ對スル請求權ナリ、故ニ人權ノ存在及ビ行使ニハ必ず二人以上ノ人即チ債權者及ビ債務者アルヲ要ス。然レドモ其ノ間接ナル目的物ハ一ノ有體物タルコトヲ得レドモ直接ノ權利ハ只人ニ對スルモノニ過ギズトス。例ヘバ甲ナル者乙ナル者ト契約ヲ爲シ或ル商品ヲ賣渡サンコトヲ約シタルトキハ此義務ノ間接ナル目的物ハ商品ナル有體物ナレドモ、甲ナルモノハ未ダ乙ナル者ノ所有ニ屬スル商品ニ對シ權利ヲ有スルコトナク、甲者ハ只ダ乙者ニ對シ之レヲ引渡スベキコトヲ請求スルノ權アルニ過ギザルナリ。

物權人種ノ區別ノ法律上ノ結果

物權及ビ人權ノ區別ハ單ニ其權利ノ目的タルモノ、差異ニアリ、即チ物權ハ物ノ上ニ行ハレ人權ハ人ノ上ニ行ハル、モノタルノ一事ヲ以テ兩者ヲ區別スルノ標準トスルニ過ギザルナリ、然レドモ此ノ區別ヨリ生ズル法律上ノ結果ハ甚ダ廣大ニシテ且甚ダ數多ナリ左ニ其ノ重要ナルモノヲ論述セン。

(一) 物權ハ已ニ論述シタルガ如ク一ノ有體物ノ上ニ於ケル權力ナルヲ以テ、何人ト雖此ノ權力ノ使用ヲ妨害シ其目的タル物件ヲ自由ニ處分スルコトヲ得ザルナリ、故ニ物權ハ一般ニ絕對的權利則チ所謂對世權ナルモノ、

追及權

一種ナリ之ニ反シ人權ハ單ニ一定ノ人ニ對スル請求ノ權ナルヲ以テ一般ニ相對的權利即チ對人權ニ屬スベキモノトス、是レ物權ハ一般ニ物ノ所在ニ從ヒ何人ニ對シテモ之ヲ追及スルノ權利ヲ生ジ人權ハ一定ノ人ニ對スル外物ノ所在ニ從ヒ之ヲ追及スルノ權利ヲ生ゼザル所以ナリ、然レドモ余ハ茲ニ諸君ノ注意ヲ喚起スベキコト二個ノ要點アルコトヲ論述セザルベカラズ、二個ノ要點トハ何ゾヤ曰ク第一ハ物權ト絕對的權利(即チ對世權)トヲ同一ノ權利ト誤解スルコトナカルベキ事、第二ハ右ニ論述シタル追及權ノ有無ハ只一般ニ之レヲ云フモノニシテ一切ノ物權必ズシモ追及權ヲ生ゼズ又一切ノ人權必ズシモ追及權ナキモノニアラザル事是ナリ。

(イ) 物權ト絕對的權利(即チ對世權)トハ決シテ之レヲ同一ノモノト誤認スベカラズ、物權ト人權トノ區別ト絕對的權利(即チ對世權)ト相對的權利(即チ對人權)トノ區別ハ全ク別物ニシテ二者決シテ相交渉スルコトナシ、元來絕對的權利トハ衆人ニ對抗シ得ベキト否ト即チ義務者ノ確定ナルト不確定ナルトヲ標準トシテ一般ノ權利ノ區別ヲ立テタルモノナルガ故ニ、其ノ範圍ハ甚ダ廣汎ナリ、衆人ニ對抗シ得ベキモノハ必ズシモ物權ノミニ止マラズ、人身權中ニモ絕對的權利ニ屬スルモノアルベキコトハ已ニ前段ニ於テ之レヲ論述セリ、語ヲ換ヘテ之レヲ云ハ、物權ハ只ダ絕對的權利中ノ一部タルニ過ギズ、又一定ノ人ニ對スル權利ハ必ズシモ人權ノミニアラズ、人身權中ニモ亦相對的ナルモノアルコトハ是又前段ニ論述シタル所ナリ、要スルニ物權ノ衆人ニ對抗シ得ベキハ只物權タルノ性質ヨリ來ル一結果ナリ物權ハ物ノ上ニ行ハル、ガ故ニ衆人ニ對抗シ得ベク衆人ニ對抗シ得ラル、ガ故ニ物權ナルニアラザルナリ、人權モ亦然リ人ノ所爲ノ上ニ行ハル、

物權人種及絕對的權利相對的權利

が故ニ一定ノ人ノミニ對抗スルコトヲ得ルニ止リ、一定ノ人ノミニ對抗スルコトヲ得ルガ故ニ人權トナルニアラザルナリ、由是觀之絕對的權利ト相對的權利トハ物權タルト人權タルトヲ問ハズ凡テ或權利ノ結果ノ上ヨリ其區別ヲ立テタルモノニシテ、物權ト人權トハ其目的物ノ性質ヨリ之ガ區別ヲ立テタルモノナルコトニ注意セザルベカラズ。

相對的物

絕對的人

(ロ) 物權ハ衆人ニ對抗スルコトヲ得、人權ハ一定ノ人ノミニ對抗スルコトヲ得ルハ只ダ一般ニ二權ノ區別ヨリ生ズル結果ヲ言ヒタルモノニシテ、物權ハ必ズシモ何レノ場合ニ於テモ衆人ニ對抗シ得ベク、人權ハ必ズシモ何レノ場合ニ於テモ一定ノ人ノミニ對抗スルニアラザレバ抗スルコト能ハザルモノニアラズ、物權ナルモ衆人ニ對抗スルコト能ハザルモノアリ、人權ナルモ衆人ニ對抗シテ之レヲ行フコトヲ得ルモノアリ、例ヘバ余ハ余ガ家屋ヲ甲乙丙丁ノ四人ニ順次ニ抵當ト爲シタルコトアリトセヨ、乙丙等ノ抵當取主ハ甲ニ對シテ抵當權タル物權ヲ主張スルコト能ハザルハ何人モ之レヲ疑フコトナカルベシ。而シテ抵當權ノ物權タルコトハ財產篇第二條ノ第六ニ明記スル所ナリ、是レ物權ト雖何人ニモ對抗スルコト能ハザル一例ナラズヤ。又余ハ強迫ヲ用キテ甲者ヨリ或ル物件ヲ讓渡セシメタリトセヨ強迫ハ只合意ノ瑕瑾タルニ過ギザレバ此合意ヲ全ク無効トシ之ヲ合意ノ不成立トスルコト能ハズ、從ツテ該物件ノ所有權ハ余ニ歸シ了リタルヲ以テ甲ハ全ク其所有權ヲ失ヒ余ト甲者トノ間ニハ只ダ一ノ義務ノミヲ生ジ、甲者ハ余ニ對シ瑕瑾アリタルノ故ヲ以テ物件ノ取戻ヲ請求スルノ人權ヲ有スルニ過ギズ。而シテ余若シ之ヲ乙者ニ賣渡シ乙者更ニ之レヲ丙者ニ賣渡ス等輾轉シテ數人ノ手ニ入りタルトキハ、乙丙丁等ハ何レモ余ノ有シタル權利即チ瑕瑾アル權利ヲ相續シタルモノナレバ、何レモ甲者ニ對シテ之レヲ返却スルノ義務ヲ有スベシト雖、其ノ義務ハ該物件ヲ現有スルモノニ屬スルヲ以テ、甲者ハ乙丙丁ノ何レヲ問ハズ物件ノ所有者ニ對シテ其人權ヲ主張スルコトヲ得ベシ。是人權ト雖物件ノ所在ニ從ヒ衆人ニ輾轉シ必ズシモ一定ノ人ノミニ對抗スルコトヲ得ルニ止マラザルノ一例ナラズヤ。

先取權

(一) 物權ハ一般ニ先取權ヲ生ジ人權ハ之ヲ生ズルコトナシ、債權擔保篇第一條ニ曰ク「債務者ノ總財產ハ動產ト不動產ト現在ノモノト將來ノモノトヲ問ハズ其債務者ノ共同ノ擔保ナリ」ト。然レドモ若シ此債務者中債務者ノ財產ニ就キ物權ヲ有スルモノアルトキハ該債權者ハ他ノ共同債權者ニ先ダチテ先取權ヲ有スベシ。
(二) 前項ニ掲グルモノ、外物權人權ノ區別ヨリ生ズル法律上ノ結果ハ甚ダ數多ナリト雖逐一枚舉スルニ暇アラズ諸君ハ民法ノ研究ト共ニ之レヲ了知スルヲ得ベシ。
是ヨリ我民法ヲ繙イテ其規定如何ヲ觀察セン、財產篇第二條ハ物權ノ定義ヲ與ヘテ曰ク「物權ハ直チニ物ノ上ニ行ハレ且總テノ人ニ對抗スルコトヲ得ヘキモノニシテ主タルアリ從タル有リ」。又第三條ニ人權ノ定義ヲ與ヘテ曰ク「人權即チ債權ハ定マリタル人ニ對シ法律ノ認ムル原因ニ由リテ其負擔スル作爲又ハ不作爲ノ義務ヲ盡サシムル爲メ行ハル、モノニシテ亦主タルアリ從タル有リ」ト。一見シテ其ノ誤謬ノ甚シキモノアルヲ知ルベシ、即チ我ガ法律ハ物權人權ノ區別ヲ定解スルニ二個ノ標準ヲ設ケ一ハ權利ノ行ハル、物體ヨリ區別シ、一ハ其權利

ノ衆人ニ對抗スルコトヲ得ルト否トニ從ヒ區別セリ、然レドモ其ノ第二ノ標準タル衆人ニ對抗シ得ルト否トハ第一ノ區別ノ結果ニシテ、又必ズシモ一般ニ此結果ヲ生ズルモノニアザルコトハ余ノ已ニ講述シタル所ニ依リ諸君ノ了知スル所ナラン、若シ法律ノ明文ヲ以テ此結果ヲモ定義中ニ加フベキモノトセバ或ハ追及權ガアルトカ或ハ先取權ガアルトカ、或ハ更ニ飛ンデ物權ノ訴訟ハ其目的タル物件ノ存在ノ裁判管轄ニ歸スルトカ、此兩權ノ區別ニ依リ法律中ニ設ケタル結果ヲバ殘ラズ定義中ニ加ヘザルベカラザルニ至ルベシ。

第二章 財產及ビ物ノ區別

第一節 總說

財產及ビ物ノ區別

物ト財產トハ其間ニ重大ナル區別アリ、決シテ之ヲ混同スベカラズ、然レドモ我が民法起草者ハ往々此區別ヲ混同シ物ノ區別ヲ記載スルカト思ヘバ財產ノ區別ヲ記載スル等ノコト甚ダ少ナカラズ。財產篇ノ第五條ニ「權利ハ物權ト人權トヲ問ハス目的物ノ種種ノ區別ニ從ヒテ其様ヲ變ス此區別ハ物ノ性質人ノ意思又ハ法律ノ規定ヨリ生ス即チ下ニ掲クルカ如シ」ト云ヒ、是レヨリ「ノンセンス」ノ區別ヲモ澤山こてト記載セラレ、民法起草者ノ陳說モ空論モ奇論モ亦自ラ大發明ト信ジタル迂頂天ノ名案モ追々顯出シ始メタリ。

區別ノ原因

我民法ハ財產篇第五條ノ明文ニモアル如ク物ノ區別ヲ三個ノ原因ニ歸シ、物ノ性質、人ノ意思、及法律ノ規定ニ出ルモノト爲シタリ、例ヘバ動產不動產及ビ有體物無體物ノ區別ハ物ノ性質ヨリ來リ、主タル物從タル物及ビ

代替物不代替物ノ區別ハ人ノ意思ヨリ來リ、融通物不融通物ノ區別ハ法律ノ規定ヨリ來ルモノトセリ、然レドモ或ル物ノ區別ハ同時ニ三個若クハ二個ノ原因ヨリ來ルモノアリ、設例ヘバ民法ハ動產不動產ヲ區別スルニ性質人意思及ビ法律ノ三原因ニ依リ、又代替物不代替物ノ區別ハ或ハ人意ヨリ來リ或ハ法律ノ規定ヨリ來ルモノアリ、一個ノ區別ハ必ズシモ一個ノ原由ヲ有スルモノニアラザルナリ。

第二節 有體物及ビ無體物

有體物無體物

民法ガ開卷ノ第一ニ設ケタル物ノ區別ハ有體物及ビ無體物ノ區別ナリ、又此區別ハ民法ノ起草者ガ佛蘭西法律ヨリ一層學理ニ適スル様日本民法ニ於テ擴張シタリト誇稱スル區別ナルト同時ニ又最モ驚クベキ「ノンセンス」ノ區別ヲ擴張シタルモノナリ。

有體物無體物ノ用語ハ羅馬法學者ノ間ニ始マリタルコトナレバ此二者ノ區別ヲ説明スルニハ先ヅ之レヲ羅馬ノ法律史ニ徵セザルヲ得ズ、諸君モ知ルナラン、凡ソ物ナル語ハ必ズ有體物ノミヲ指示スレドモ今ハ昔シモ大昔シ紀元前羅馬ニ有名ナルシセローナル大豪傑アリシヲ、而シテ物ト云フ用語ヲ無體物ニモ適用シ始メタルハ即チ此ノ豪傑ナリ、是レヨリシテ學者ハ無體物ヲ以テシセローノ所謂第二ノ意義ニ於ケル物ナリト云ヘリ、然レドモ羅馬法學者ノ所謂有體物ナルモノハ單ニ所有權ノミヲ指シ其他ノ支分權即チ地役權收益權抵當權等ヲ無體物ト稱シタリ。其理由甚ダ曖昧ニシテ論理ニ適セザルガ如クナレドモ、其ノ論理ニ適セザル所ガ即チ羅馬法學ノ妙味ノ存スル所ナリ。元來羅馬法學者ガ無體物ノ語ヲ使用シタルハ後世ノ學者ガ附會シタルガ如キコジ付理屈ニ出デタ

羅馬法ニ於ケル區別

中世學者ノ妄説

ルニアラズ、羅馬ノ古代ニ於テモ法律ハ矢張り机上ノ空論ヨリ生レ來リタルモノニアラザルコトハ、決シテ今日ノ或ル空想論者ノ空想ノ如クナラザリシカバ、羅馬法學者中無體物ノ用語ハ全ク日用實際ノ必要ヨリ發生シ來レリ、抑モ我々今日ノ日用ノ實際ニ於テ明了ナルガ如ク、若シ吾人ガ或ル物ニ對シ所有權ヲ有スルトキハ、吾人ハ直ニ其物自身ヲ指シテ之レヲ有スト云ヘリ。設例ヘバ余ガ茲ニ此ノ家屋若クハ此ノ「コツプ」ニ對シテ所有權ヲ有スト假定セヨ、余ハ諸君ニ此事實ヲ告グルニハ片クルシク「余ハ此ノ家屋若クハ「コツプ」ノ所有權ヲ有スト云ハズシテ「余ハ此家屋若クハ此「コツプ」ヲ有スト云フベシ、然ルニ余ハ他人ヨリ抵當トシテ此家屋ヲ領シ又ハ質物トシテ此「コツプ」ヲ領シテ居ルトキハ余ハ直ニ此家屋若クハ「コツプ」ヲ指シ「余ハ此家屋若クハ「コツプ」ヲ有スト云フコトヲ得ズ。必ズヤ「余ハ此家屋若クハ「コツプ」ニ對シ抵當權若クハ質權ヲ有スト云ハザルヲ得ザルベシ、故ニ羅馬法學者ハ直接ニ物件自身ヲ有スト云フコトヲ得ル場合ニハ無體物ヲ有スト云ヘリ、實際上至極尤モ千萬ナル用語ノ方法ナレドモ後世ノ學者ハ何モ理屈メカザレバ學者ノ様ナ考ヘノセザル爲メニヤ。此羅馬法學者ノ用語ノ論理的ナラザルヲ攻撃シ、所有權ノ場合ナレバトテ吾人ノ有スルモノハ矢張所有權ナル權利ノミナレバ、是レモ亦無體物ナリトテ總テノ權利ヲバ悉ク無體物ト稱シ、トウ／＼權利モ物モ權利自身モ權利ノ目的物ヲモ之ヲ同一視シテ物ト稱スルコト、ナシ、羅馬デハ切角ノ實用ヲナシタル區別ヲモ空論ヲ以テメチヤ／＼ト爲シテ大得意然タルニ至ル、之ヲ空想論者ガ空想論ノ第一着歩トス、次ニハ法理上ノ物ノ區別ヲ説明スルニ仍ホ一層理屈

心理學上ノ區別ヲ採用スルノ誤見

メカサンガ爲ニヤ、心理學ノ原理ヲ假リ來リテ有體物無體物ノ區別ヲ解カントテ企テタリ、即チ心理學上ニ所謂有形物無形物ノ區別ニ擬シ、法律上ニテモ亦有體物トハ地所動物器具等ノ如ク人ノ感官ニ觸ル、者ヲ謂ヒ無體物トハ一般ノ權利財產等智能ノミヲ以テ理會スルモノヲ謂フベキモノトセリ、然レドモ諸君ハ心理學ノ初歩ヲ學ビテ了知セラル、ガ如ク、心理學上ノ所謂有形物無形物ノ區別ハ只千變萬化際限ナキ人ノ智能ノ働キニ依リテ設ケタル區別ニシテ、人ノ智能ノミヲ以テ理會スルコトヲ得ベキモノ、ミ必ズシモ無體物ニアラズ、設例ヘバ地所動物器具等ノ如キモノノ智能ノ働キ方ニ依リ之ヲ無體物トスルコトヲ得ベシ。家屋ナリ、馬ナリ、「コツプ」ナリ、有形ノモノアレバ無形ノモノモアリ。無形ノ家屋無形ノ馬無形ノ「コツプ」アルベキハ心理學者ノ許ス所ナリ、白馬非馬也トハ即チ心理學者ノ套語ニアラズヤ、法律上ノ物ノ區別ヲ説明スルニ、心理學ノ原理ヲ應用セントスルハ恐レ入タル御手際ナラズヤ。之レヲ空想論者ガ空想論ノ第二着歩トス、諸君乞フ試ミニ我民法ヲ緝ケ。其第六條ニ曰ク、

物ニ有體ナルアリ無體ナルアリ

有體物トハ人ノ感官ニ觸ル、モノヲ謂フ即チ地所、建物、動物、器具ノ如シ

無體物トハ智能ノミヲ以テ理會スルモノヲ謂フ即チ左ノ如シ

第一 物權及人權

第二 著述者、技術者、及ヒ發明者ノ權利

第二章 財產及ビ物ノ區別

第三 解散シタル會社又ハ清算中ナル共通ニ屬スル財產及ヒ債務ノ包括

ト。諸君ハ此ノ堂々タル法文ヲ一見シ我民法モ亦直チニ空想論ノ第二着歩ニマデ進ミ得タルモノタルコトヲ疑ハザルベシ。然レドモ諸君ハ余ガ已ニ物權ノ何物タルヲ論述シ、又タ我ガ法律ノ規定如何ヲ論述シタルコトヲ忘却セラレザルベシ。諸君ハ記憶セン、我民法第二條ハ物權ノ何物タルノ定義ヲ與ヘテ曰ク「物權ハ直チニ物ノ上ニ行ハレ且ツ總テノ人ニ對抗スルコトヲ得ヘキモノ云々」ト。而シテ該條中ノ所謂物ナルモノハ有體物ノミヲ指示スルコトハ民法ノ起草者モ亦許ス所ナラン、然ルニ第六條ニハ物ニ有體物ト無體物トアルコトヲ解キ、而シテ其無體物中ニハ物權人權ハ勿論著述者技術者發明者ノ權利等一切ノ權利ヲ包含セシメタリ、前後ノ法律ヲ對照シ果シテ我法律ノ所謂物ナルモノハ無體物ヲモ包含スルモノトシテ第二條ヲ解スルトキハ、物權ハ無體物即チ他ノ物權人權等ノ上ニモ亦行ハル、モノト解セザルヲ得ズ、「ノンセンス」ニアラズシテ何ゾヤ、前後低觸ニアラズシテ何ゾヤ、而シテ或ル一種ノ論者ハ起草者ニ代リテ説明シテ曰ク、第二條ノ物ト第六條ノ物トハ其ノ意義ヲ異ニス。苟モ論理學ノ初步ヲ學習シタル者何人カ之ヲ解スルコトヲ得ン。無稽モ亦茲ニ至リテ極マルモノト謂フベシ。之ヲ空想學者ガ空想論ノ第三着歩トス、而シテ其第四着歩以上ニ至リテハ顛倒ノ法理顛倒ノ論理ヲ研究スルニアラザレバ余輩想像ノ及ブ所ニアラズ。

抑モ近世ノ法理ニ於テハ法律上所謂物ナルモノハ、只ダ有體物即チ人類自身ノ外宇宙ノ間ニ場所ヲ占有スル物體ノミヲ指示シ、法律上無體物ナルモノアルヲ認ムルコトナシ、只凡俗ノ用語ニ於テハ往々無體物ナル語ヲ用フ

法文ノ低觸

ルモノアルニ過ギザルナリ。

又法律上有體物無體物ノ區別ヲ設クルノ必要ナシ、我民法中ニ於テモ財產篇第三百四十六條債權擔保篇第二百二條等ニ有體物ノ語ヲ用ヒタレドモ別ニ此ノ語ヲ用フルノ必要ナク、殊ニ總則ニ於テ一般ニ有體物無體物ヲ區別スルノ必要アルコトナシ。

第三節 動產及ビ不動產

動產トハ容量及ビ外形ヲ損ズルコトナクシテ一ハ場所ヨリ他ノ場所ニ遷移スルコトヲ得キ、一切ノ物ヲ云ヒ、不動產トハ之ヲ遷移スルコト能ハザルモノヲ云フ。第七條ニ「物ハ性質ニ依リ又ハ所有者ノ用方ニ依リ遷移スルコトヲ得ルト否トニ從ヒ動產タリ不動產タリ」ト云ヒ第十一條ニ「自力又ハ他力ニ依リテ遷移スルコトヲ得ル物ハ性質ニ因ル動產タリ」ト謂ヘルモ亦此意ナリ。

土地及ビ土地ノ一部トシテ固着シタル物即チ天然上土地ノ上ニ存在スル物ニシテ土地ト一體ヲ爲スモノハ不動產トス、但シ土地ニ固着スルモノ單ニ其ノ土地ニ置キ若クハ埋メタルモノハ不動產ニアラズ又タ土地ノ表面ニ建設セラレタルモノニシテ、土地ト密着スルモノ即チ家屋ノ如キモ亦不動產トス但シ番小屋露店等ハ此限ニアラザルベシ。

前ニ記載スルモノハ即チ不動產ナリ、別ニ込入タル區別ニモアラザレドモ我ガ民法ハ物ノ性質所有者ノ用方、及ビ法律ノ規定ノ三原因ヨリ不動產ヲ定メタリ余ハ先ヅ法典ノ規定スル所ヲ示スベシ。

動產不動

第一 性質ニ依ル動産不動産

性質ニ依
ル不動産

性質ニ依ルノ不動産ハ即チ眞ノ不動産ニシテ前ニ論ジタル不動産タルノ性質ヲ具備スルモノナリ、財産篇第八條八十一種ニ示シテ曰ク、

性質ニ因ル不動産ハ左ノ如シ

- 第一 耕地、宅地其他土地ノ部分
- 第二 池沼、溜井、溝渠、堀割、泉源
- 第三 土手、棧橋其他此類ノ工作場
- 第四 土地ニ定著シタル浴場、水車、風車又ハ水力、蒸氣ノ機械
- 第五 樹木、竹木其他ノ植物但第十二條ニ記載シタルモノハ此限ニ在ラス
- 第六 果實及ヒ收穫物ノ未タ土地ヨリ離レサルモノ但第十二條ニ記載シタルモノハ此限ニ在ラス
- 第七 礦物、坑石、泥炭及ヒ肥料土ノ未タ土地ヨリ離レサルモノ
- 第八 建物及ヒ其外部ノ戸扉但第十二條ニ記載シタルモノハ此限ニ在ラス
- 第九 塙、籬、柵
- 第十 水ノ出入又ハ瓦斯、温氣ノ引入ノ爲メ土地又ハ建物ニ附着シタル筒管
- 第十一 土地又ハ建物ニ附着シタル電氣機器

此他總テ性質ニ因リテ移轉ス可キモノト雖モ建物ニ必要ナル附屬物

第二 用方ニ依ル動産不動産

用方ニ依
ル動産不
動産

用方ニ依ルノ不動産ハ即チ人意ヨリ來ルモノナリ、故ニ若シ人意ヲ以テ反對ヲ爲サントスルハ當事者ノ自由ナリ、財産篇第九條八十種ヲ掲ゲタリ。即チ左ノ如シ。

動産ノ所有者カ其土地又ハ建物ノ利用、便益若シクハ粧飾ノ爲メニ永遠又ハ不定ノ時間其土地又ハ建物ニ備付ケタル動産ハ性質ノ何タルヲ問ハス用方ニ因ル不動産タリ即チ左ノ如シ但シ反對ノ證據アルトキハ此限ニ在ラス

- 第一 土地ノ耕作、利用又ハ肥料ノ爲メニ備ヘタル獸畜
- 第二 耕作ニ備ヘタル器具、種子、藁草及ヒ肥料
- 第三 養蠶場ニ備ヘタル蠶種
- 第四 樹木ノ支持ニ備ヘタル柵架及ヒ杭柱
- 第五 土地ニルニスル物品ノ化製ニ備ヘタル器具
- 第六 工場ニ備ヘタル機械及ヒ器具
- 第七 不動産ノ常用ニ備ヘタル小舟並其水流カ公有ニ係リ又ハ他人ニ屬スルトキモ亦同ジ
- 第八 園庭ニ装置シタル石燈籠、水鉢及ヒ岩石

第九 建物ニ備ヘタル疊、建具其物ノ補足物及ヒ毀損スルニ非サレハ取離スコトヲ得サル扁額、玻璃鏡、彫刻物其他各種ノ粧飾物

第十 修繕中ノ建物ヨリ取離シテ再ヒ之ニ用フ可キ材料

此條ヲ一見スルトキハ此條ニ於テ不動産ト定メタルモノハ性質ニ依ルノ動産即チ事實上素ヨリ眞ノ動産ナリト雖、法律ノ推測ヲ以テ之ヲ不動産トスルニ過ギザルナリ、素ヨリ理論ニ適シタルモノニアラズ又法律ニ於テ之ヲ不動産ト定ムルノ必要ナク、矢張り之レヲ動産トスルコト適當ナリ、設例ヘバ余ニシテ一ノ養蠶場及ビ蠶種ヲ買入レタルトキハ、余ハ養蠶場ナル不動産ト同時ニ動産ナル蠶種ヲ買入レタルモノトスレバ足レリ、特ニ法律ヲ以テ不動産ナル蠶種ヲモ買入レタルモノト定ムルニモ及ブマジ、若シ又本條ノ規定ハ唯ダ養蠶場ノミヲ買入ル、契約ヲ爲シタル場合ニ其養蠶場ニ備ヘタル動産ナル蠶種ヲモ買入レタルヤ否ニ就キ争ヲ生ジタルトキニ必要ナリト論ズルモノモアルベケレド、是ハ主タル物ト從タル物トノ關係(後ニ詳論ス)ニテ、從タル物ヲモ併セテ買入レタルモノトスレバ夫レニテ充分ナリ、主タル不動産ノ從タル物ハ必ず不動産ト定ムルニハ及バズ、此論ハ之レヲ不動産トスルト否トハ別問題ナリ、況ンヤ反對ノ證據アルトキハ之レヲ動産トスルヲ得ルニ於テヲヤ、又本條ハ制限法ニアラズシテ右ニ掲ゲタル目錄以外ニモ用方ニ依ルノ不動産タル眞ノ動産アル以上ハ、或ル横濱ノ横字新聞記者ガ家ニ飼ヒ付ノ犬猫モ亦用方ニ依ルノ不動産タルベシト云ヘルハ左程ニ當ラザル妄評トモ申シ兼ヌル様ナリ、又用方ニ依ル不動産ナルモノヲ設クルニ必要ナル理由トシテ財產取得篇第九條及ビ第十一條ヲ引證シテ曰ク

用方ニ依ル動産ノ不
要別動産ノ不
必區不

「土地又ハ建物ノ所有主ガ他人ニ屬スル材料ヲ以テ建築其他ノ工作ヲ爲シタルトキハ其材料ノ所有主ハ土地又ハ家屋ノ所有主ニ對シテ之レガ返還ヲ強要スルコトヲ得ザル(損害要償ハ格別)ハ其工作物ノ性質ニ依ル不動産ト爲シタルニ因ルベシ、然ルニ若シ之レヲ用方ニ依ルノ不動産ト爲シタルトキハ、材料ノ所有者ハ其返還ヲ要求スルコトヲ得ベシ。是レ用方ニ依ル不動産ナルモノヲ設クルノ必要ナル所以ナリ」ト。而シテ余ハ却ツテ之ヲ以テ其ノ不必要ナル理由トナサントス。何トナレバ其ノ一例ハ用方ニ依ルノ不動産ハ眞ニ不動産ニアラズシテ、動産タルニ過ザルコトヲ明示スレバナリ。始メヨリ用方ニ依ルノ不動産ナルモノナクンバ、本來スカ、ル問題ヲ發生スルコトナケレバナリ。要スルニ本條ハ不動産ト動産トノ區別ヲ定メタルヨリ、却ツテ主タル物ト從タル物ト何物タルヲ定メタルモノニシテ、右ノ問題ノ如キモ亦添付物即チ狹義ニ於ケル從タル物ノ關係ニ外ナラザレバ、其從タルモノハ決シテ動産タルト不動産タルトニ關係ナキコトハ後ニ至リテ論述スベケレドモ、兎モ角近世ノ法理ニ反スルノミナラズ、凡テ日本ノ習慣ヲ打破リタル法條ナルコトハ疑ヲ容ルベカラズ。試ミニ今日日本ノ有様ヲ見ヨ、家屋ノ貸借ト云ヘバ單ニ家屋ノ建物自身ノミヲ指シ、疊建具ノ類ハ勿論甚シキハ造作トテ家屋ト同一體ヲ爲ス所ノ床ノ間其他ノ借屋人ノ加ヘタル修繕(即チ狹義ニ於ケル從タルモノニシテ添付タルモノナリ)ヲモ別物トシ、造作ノ所有主ト家屋ノ所有主トハ全ク別人ニテ、先ヅ其ノ家屋ヲ借入レントスルモノハ所有者ノ外更ニ造作ノ所有者アリ、其造作ヲ買入レ若クハ借入レザルベカラズ。新民法ハ日本人民ヲ驅ツテ新民タラシメザレバ中實際ニ面倒ナルベシ。

第三 法律ノ規定ニ依ル動産不動産

法律ノ規定ニ依ル動産不動産

古代ノ學者ハ不動産ヲ分ツテ性質ニ依ル不動産及ビ法律ノ規定ニ依ルノ不動産ト爲シ、法律ニ依ル不動産中ニハ樹木ト分離セザル果實ヲモ包含セシメタリ、然レドモ果實ノ動産タルト不動産タルトハ其果實ノ樹木ニ固着スルト否トノ天然上ノ事實ノ存否ニ關スルガ故ニ、樹木ヲ分離セザル果實ハ天然上ノ不動産即チ性質ニ依ル不動産ニシテ決シテ、之ヲ法律ノ規定ニ依ルノ不動産トスルノ理由アルコトナシ、我法律ガ之レヲ性質ニ依ル不動産中ニ加ヘタルハ甚ダ可ナリ、故ニ我法律ノ所謂法律ニ依ル不動産ナル者ハ不動産上ノ權利ナリ。

余ハ已ニ前ニ述べタルガ如ク、動産不動産ノ區別ハ一ノ場所ヨリ他ノ場所ニ遷移スルコトヲ得ルト否トニ依ルモノナルガ故ニ、孰レモ宇宙内ニ場所ヲ占有スル物、即チ有體物ノミニ關スル區別タルニ過キズ、故ニ動産不動産ノ區別ハ決シテ權利若クハ一般財産ノ區別ニアラザルコト明白ナリ、之レヲ動産不動産ト云ハズシテ動物不動物ト稱スルヲ適當トス、權利ニ動不動ナシ然レドモ或ル關係ニ於テハ法律若クハ財産處分者ニシテ財産ヲ動産不動産ニ區分スルコトナキニアラズ、此等ノ場合ニ於テハ一切ノ財産權ヲ動産不動産ニ區分スルノ必要ヲ生ズルコトアリ、即チ遺囑者其ノ財産中ノ不動産ヲ長子ニ讓與シ、動産ヲ次子ニ讓與センコトヲ遺囑シタル場合ノ如キ是レナリ、然レドモ此等ノ場合ニ於テ其ノ財産ニ就キ動産不動産ヲ區別スルハ甚ダ容易ナリ。左ニ其ノ原則ヲ示ス。

權利ノ動産タルニ過キズル區別スル方法

物權ニ就テノ方法

(第一) 財産權ノ直接ナル目的物ニシテ苟モ一ノ有體物タル以上ハ動不動ノ形容辭ハ之ヲ物權ノ直接物體ニ適用ス。

スルコトヲ得ベシ、即チ動産上ノ物權ヲ動産トシ不動産上ノ物權ヲ不動産ト解釋スベシ、第十條第一ニ不動産ノ上ニ存スル物權ヲ不動産トシ第十三條第一項ニ動産ノ上ニ存スル物權ヲ動産トセルハ即チ此意ナリ。

人權ニ就テノ方法

(第二) 人權即チ債權ノ物體即チ人ノ所爲ニ就テハ全ク動不動ノ形容辭ヲ適用スルコトヲ得ズ、故ニ人權即チ債權ハ人ニ對スルモノニシテ而シテ人及其住所ハ常ニ遷移スルコトヲ得ルベキヲ以テ一切ノ人權ヲ以テ悉ク動産トスルノ學者甚ダ多シト雖、此理論タル到底之レヲ萬般ノ場合ニ貫徹スルコト能ハザルナリ、何トナレバ國、市町村等ノ法人ノ如キハ決シテ其位置ヲ變ズルコトナケレバナリ、故ニ人權ノ場合ニ於テハ其財産ヲ處分スル者ノ意思ニ從ヒ動産不動産ヲ區別セザルベカラズ、即チ權利者ハ其ノ有スル所ノ人權ニ依リテ如何ナル權利ヲ得ント欲シタルヤ否ノ意思如何ヲ推定スルニ在リ、若シ其ノ人權ニシテ他人ノ土地ノ所有權ヲ請求スルノ目的ナリシナラバ、反對ノ證據ナキ以上ハ此人權ハ不動産ト見做スベシ、遺囑ヲ以テ其不動産ヲ長子ニ讓與セルモノハ未ダ該土地ノ所有權ヲ得ザルモ仍ホ之レヲ不動産トシテ長子ニ讓與シタルモノト解釋セザルベカラズ、第十條第二項ニ不動産ノ上ニ存スル物權ヲ取得セントシ、又ハ取回セントスル人權ヲ不動産トシ、第十三條第二ニ有體動産ヲ取得シ又ハ取回セントスル債權ヲ動産トセルハ則チ此意ナリ、然レドモ之レニ反シ人權ニシテ全ク或ル行爲ヲ目的トシ物權ニ關係ナキモノタルトキハ之ヲ動産トセザルヲ得ズ。故ニ第十三條第三ハ行爲ヲ成就セシメ又ハ權利ノ行使ヲ止メシムル債權ヲ動産ト定メタリ、設例ヘバ建築師ヲシテ家屋ヲ建築セシムル契約ノ如キハ勞力ノ供給タルニ過ギザレバ之レヲ動産ト見做サルベカラザルガ如シ、然レドモ建築師ニシテ其材料

ヲ以テ建物ヲ建設センコトヲ契約シタルトキハ即チ建築師ヲシテ一ノ不動産ヲ造出セシメントノ合意ニ外ナラザルヲ以テ我法律ハ之レヲ不動産中ニ加ヘタリ。(第十條第三)

従タルモノニ就テノ方法

(第三) 従タル權利ハ主タル權利ノ性質ニ從ヒ其ノ動産タルカ不動産タルカヲ定ムベシ、設例ヘバ土地ニ對スル抵當權ノ如キハ其目的物ハ不動産ナルモ、其ノ主タル權利ハ只ダ金錢ヲ要求スルノ人權ニ過ギザレバ之ヲ動産ト解セザルヲ得ズ。但シ此點ニ就テハ財產法中明文ノ規定ナキガ如シ。

專賣權商標

(第四) 專賣權商標權ノ如キハ本來人身權ニ基ケドモ物權タルノ性質ヲ有スルコトハ已ニ前ニ論述シタレドモ、素リ只ダ他人ヲシテ同一品ヲ製造シ又ハ同一商標ヲ使用セシメザルノ權ニ過ギザルヲ以テ、我法律ハ之ヲ動産中ニ包含セシメタリ(第十三條第五)、又第十條第四ニ特別ノ法律ヲ以テ動産債權ヲ以テ不動産ト定ムベキモノアルコトヲ規定スレドモ本邦未ダ其實例アルヲ發見スルコト能ハズ、佛國ニ於テハ佛國中央銀行ノ株式ノ如キハ特ニ法律ヲ以テ之ヲ不動産ト爲スト聞ケドモ、日本ノ法律トシテハ今日ニ必要ナキガ如シ。

會社ノ財產

(第五) 法人タル會社ハ其存立中ハ其社員ナル有體人トハ素リ別個人ナルヲ以テ、會社ハ縱ヒ不動産ヲ有スト雖、其社員ガ會社ニ對シテ有スル權利ハ素リ動産タルヲ免レズ(第十三條第四)然レドモ若シ會社ニシテ解散シタルトキハ、法人タル存在ヲ失フガ故ニ社員ハ直ニ從來會社ガ所有セシ動産不動産ニ就キ、直接ニ共有ノ權ヲ有スルニ至ルベシ、即チ各社員ハ相互ニ他ノ社員ト共ニ此等ノ動産若クハ不動産ニ就キ不可分ノ權利ヲ有シ、而シテ其不可分ノ權利ハ或ハ動産タルモノアルベク、或ハ不動産タルモノアルベシ、然レドモ近世ノ會社

法ハ便宜上此ノ論理ヲ用ヒズ、共有財産ノ分割ヲ實行スルマデハ各社員ノ權利ヲ未確定ノモノトナシ、其實行ト共ニ其權利ヲ確定スルノ方法ヲ採用スルハ、諸君ガ會社法中會社ノ解散ニ關スル法則ヲ研究シテ已ニ了知スル所ナラン、故ニ解散シタル會社又ハ一般ニ清算中ナル共通財産ノ一分ニ付テ有スル權利ハ、其分割ニ依リテ各人ノ受クル財産ノ性質ニ依リ其動産不動産タルヲ定メザルベカラズ。(第十四條第一項)

第一債權

(第六) 擇一ノ債權即チ二箇以上ノ債權ノ目的物中其一ノミヲ撰擇シテ賣買讓渡センコトヲ約シタル合意ハ、其

辨濟ニ就キ撰擇シタル物ノ性質ニ依リテ定マルベシ、設例ヘバ土地若クハ金幾千圓ヲ渡スベシトノ契約ハ、其辨償ニ付キ現ニ之ヲ引渡サマル以上ハ其債權ノ動産不動産タルコトヲ知ルニ由ナシ。故ニ現ニ辨償シタル物ニ依リテ其ノ動産不動産タルヲ定ムベシ、之ニ反シ任意債權ノ如キ苟モ目的物ニシテ一定シタル以上ハ、設令ヒ辨償ノ方法上他物ヲ以テ之レニ代フルコトヲ得ベキ場合ト雖、其目的物ノ動産不動産タルコトヲ知ルコトヲ得ベキヲ以テ、其辨償ヲ待ツテ始メテ之レヲ定ムルコトヲ要セズ、初メ民法中ニハ任意債權ヲ以テ擇一債權ト同視シタレドモ、後更ニ官報ノ正誤ヲ以テ「又ハ任意債權」ノ文字ヲ刪除シタルモ亦此理由アルニ依ル。

上來論述シタル所ヲ以テ動産不動産ノ區別ニ關スル我民法ノ規定トス、已ニ論述シタル如ク近世ノ法理ハ只ダ性質上ノ動産不動産ヲ認ムルノミニシテ、古代法律家ガ法律ノ規定ニ基ク動産不動産ノ區別ハ已ニ今日學者ノ容レザル所ナリ、而シテ此ノ古代學者ガ所說ノ取ルベカラザルハ我民法草案者モ亦認メタル所ニシテ古代學者ノ所謂法律上ノ不動産ハ之ヲ性質上ノ不動産中ニ加ヘタルハ近頃ノ大出來ナレドモ、サラバトテ充分近世ノ法理ヲ採

用スルコトモナク古代學者ノ謬見ヲ改メントテ、益々空想ノ淵ニ沈ミテ遂ニハ法律ニ依ル動産不動産ハ即チ權利ニ就キテ云フモノト思惟シ、或ル關係ニ就キテノミ財產ヲ動産不動産トスルノ必要アルノミノモノヲモ法律上一般ニ認メタル區別トナスノミナラズ、更ニ用方ニ依ル動産不動産ナルモノヲモ擔ギ出シ、古代學者ノ謬見ヲ擴張シタルニ至リテハ抑モ十九世紀ノ末ニ於ケル立法官ノ手際トハ認メ兼ヌルナリ、試ミニ見ヨ、第八條ハ性質ニ因ル不動産ハ左ノ如シト云ヒ、第一耕地宅地其他土地ノ部分第二池沼、溜井、溝渠、堀割、泉源第三、土手棧橋其他此類ノ工作物第四、土地ニ定着シタル浴場、水車風車又ハ水力蒸氣機械云々ト記載セリ、成程法律ノ明文ニ依リ此等ノ物ハ不動産ヂヤト定メタルコトハ明白ニシテ夫レ丈ハ意味モアルコトナレドモ、只此等ノ物ハ不動産ト云フマデニテ第一項中ノ耕地宅地トハ如何ナル關係ガアルカ、第二ノ土手ト棧橋等トハ如何ナル關係ガアルカ更ニ其ノ意ヲ爲サズ、法律上土地ト云フトキハ凡テ此等ノモノヲ包含ストノ意ナレバ法律デサウ記載セネバナラヌナリ、民法ノ明文デハ此等ノモノハ不動産タルコトハ規定シタレドモ、不動産ハ必ズシモ土地ノミニ限ラザレバ土地ト云ヘバ此等ノモノヲモ包含スト云フコトハ更ニ知レザルナリ、又試ミニ第九條ヲ見ヨ用方ニ依ルノ不動産トシテ、第一土地ノ耕作利用又ハ肥料ノ爲メニ備ヘタル獸畜第二耕作ニ備ヘタル器具種子藁草及肥料第三養蠶場ニ備ヘタル機械及器具第四樹木ノ支持ニ備ヘタル棚架及支柱云々ト記載セリ。成程法律ノ不動産ヂヤト規定スレバ不動産ナルベキモ、此等ノモノガ單ニ不動産ト云フ計リノ意味ニテ、土地ノ耕作利用又ハ肥料ノ爲メニ備ヘタル獸畜ガ土地ノ一部ト云フ意味デモナシ、川崎田甫ノ梨棚ハ梨畠ノ一部若クハ其從タルモノト云フ譯ニモ聞コ

エザルナリ、草案者ハ法律ハナンデモゴク／＼セザレバ法律ニアラズト思惟セシニアラザルベシト雖モ、此等ノ謬見ガ遂ニ全法律ヲシテ空々漠々曖昧模糊タラシムルノ原因ナリ、第一何々第二何々トコンナ區別ヲ併ベテ之レヲ講釋スルガ法律學者ノ能ニモアラザレバ、耕作作用ニ供ヘタル肥料中ニハ人糞馬糞及牛糞ヲモ包含スルトカ、樹木ノ支持ニ備ヘタル棚架トハ汽車ノ内ヨリ見渡シタル川崎田甫ノ梨棚ニ限リテ佛國ニハ其例ガナイトカアルトカ云フガ如キハ、余ガ諸君ニ對スル講述ノ主意ニアラズ、諸君乞フ宜シク之ヲ他ノ民法註解書ニ求メヨ。

民法ニ採用シタル理論ガ陳腐ニモセヨ、誤謬ニモセヨ、又論理思想ト日本國トヲ忘レタル新發明ニモセヨ、法律ノ明文デ以テ是レ々々ハ不動産、是レ々々ハ動産ヂヤト定メタル以上ハ、性質ニ依ルモ用方ニ依ルモ、法律ニ依ルモ、又新發明ニ係ルモ法律上動産タリ、不動産タル結果ヲ生ズベキハ當然ナリ、故ニ所有權移轉ノ方法即チ登記（財產取得篇第四十四條）時効ノ取得（證據編第二章第五章及第六章）裁判管轄（訴訟法第二十二條及第二十三條）及強制執行（訴訟法第六篇第二章）等ニ關シ動産不動産タルノ區別ヲ爲スニハ、必ズ財產篇中ニ規定セル目錄ニ基カザルヲ得ザルナリ、今一例ヲ以テ之レヲ示サン或ル土地ニ定着シタル風車ヲ土地ニ定着シタル儘ニテ讓渡シ、又ハ梨棚ヲ梨樹ノ支持ニ備ヘタル儘ニテ讓渡シ、又ハ讓渡サンコトヲ約シタルトキハ此等ノモノハ第八條第九條ノ規定ニ依リ、又此ノ債權ハ第十條ノ規定ニ依リ、共ニ不動産ナルヲ以テ、財產所在地ノ區裁判所ニ其ノ登記ヲ乞ハザルベカラザルガ如シ。

動産不動産ノ區別ノ結果

第四節 主タル物及ビ從タル物

主たる物
及
從たる物

主たる物及從たる物ノ觀念ニハ必ず互ニ或ル關係ヲ保有スル所ノ數多ノ物アルコトヲ要ス主たる物 (Principale res) トハ他ノ物ガ或ル關係ニ於テ之レニ附屬スル物ヲ云ヒ其附屬スルモノヲ羅馬法ニ於テハ添附物 (Accessorio) ト云ヒ、有體物ノ外主從ノ關係アル凡テノモノヲモ稱シタリ。故ニ我民法財產篇第十五條ニハ「物ハ他ニ附屬セスシテ完全ナル効用ヲ爲スト否トニ從ヒテ主たるモノ有リ從たるモノ有リ」ト明言シテ、其第二項ニ於テ「用方ニ依ル不動産ハ性質ニ因ル不動産ノ從ナリ地役ハ要役地ノ從ナリ債權ノ擔保ハ債權ノ從ナリ」ト云ヘリ。然レドモ本來物ノ主從ノ區別ハ有體物ニ於ケル區別ヨリ發生スベキモノナルヲ以テ、余ハ茲ニ專ラ有體物ニ就キ其ノ區別ヲ論述セントス。

主たる物及從たる物ハ之ヲ廣義ト狹義トノ兩様ノ意義ニ區別スルコトヲ要ス。面シテ從たる物ヲ右ノ二様ニ區別スルコトハ甚ダ必要ナレドモ、有名ノ法學家中往々此區別ヲ看過シ或ハ狹義ノミニ之ヲ解シ、或ハ廣義ノミニ之ヲ解シテ遂ニ學理ヲ誤ルニ至ルモノナキニアラズ、蓋シ此誤謬タル羅馬法學者ガ同一ノ語ヲ以テ此二種ノモノヲ稱シタルニ原因スベシト雖、實際羅馬法學者ハ此二者ヲ區別セリ。今マ先ヅ其ノ狹義ニ於ケルモノヨリ論ゼン。

第一 狹義ニ於ケル物ノ主從

狹義ニ於
ケル物ノ
主從

狹義ニ於ケル從たる物、即チ羅馬法ノ所謂添附物 (Accessio) トハ主たる物ノ實體上ノ一部ヲ構成スルモノニシテ、物理的ニ密着シ共ニ一物體ヲ成スト雖其物體全體 (即チ主たる物) トノ關係ニ於テハ之ニ附屬スルモノト

見做サルベキモノヲ謂フ。左ニ狹義ニ於ケル從たる物ノ性質ヲ分析セン。

一、物ノ從たる性質ハ、第一或ハ主たるモノ、有機的發達ヨリ生ズルコトアリ設例ヘバ物ノ天然上ノ果實ノ如キ是レナリ。第二或ハ人爲ニ依ルト偶然ノ事爲ニ依ルトヲ問ハズ、外部ヨリ主たる物ニ附着スルヨリ生ズルコトアリ。

二、狹義ニ於ケル從たる物タルニハ、其ノ物ガ主たる物ト一體ヲ爲シ獨立シテ分離スベカラザル様其物ノ一部ヲ構成セザルベカラズ、否ラザレバ縱ヒ主從ノ關係アルモ單ニ廣義ニ於ケル從たる物タルニ過ギザルベシ。

三、故ニ狹義ニ於ケル從たる物ノ場合ヲ擧グレバ左ノ如シ。

狹義ニ於
ケル物ノ
主從
合
タル場

(イ) 不動産ト物理的結合ヲ爲シ其ノ一部ヲ形成スル動産ハ其ノ不動産ノ從たる物即チ添附物ナリ設例ヘバ河流ニ依リ漸次ニ或ル土地ニ附着シタル土石及ビ家屋ヲ構成スル所ノ瓦石又ハ地上ニ生長スル樹木等ノ如シ。

(ロ) 主たる動産ノ從たる動産アリテ物理上ノ結合ニ依リ一ノ獨立ニシテ分離スベカラザル一部ヲ成スコトアリ、而シテ此場合ニ於テハ種々ノ動産相互ニ結合スルモノナルヲ以テ、往々此等ノ動産中如何ナル動産ガ主たる物ニシテ如何ナル動産ガ從たる物ナルカヲ決スルノ必要アルベシ。左ニ之ヲ區別スルノ標準數則ヲ示ス。

(一) 若シ其物ニシテ固有ナル特性ヲ有スルモノナルトキ、設例ヘバ偶像「テーブル」等ノ如キモノニ係ルトキハ其ノ一部其裝飾等其他ノ附屬物ハ從たる物ナリ。

(一) 結合シタル物ノ存在ニ必要ナル條件ヲ構成スル物ハ主タル物ナリ。

(二) 右ノ二原則ヲ適用スルコト能ハザル場合ニ於テハ其ノ量ノ大ナルモノ若クハ價格ノ高キモノヲ以テ主タル物トス。

四、若シ又數多ノ物ニシテ物理上同一體ノ一部ヲ構成セザルトキハ是レ狹義ニ於ケル從タル物即チ添附物ニアラズシテ廣義ニ於ル從タル物タルコトヲ得ルニ過ギザルナリ、設例バーノ家屋ノ所有者ニシテ隣地ヲ購入シ之ヲ庭園トナシ、其家屋ト密接セシメタルトキハ該庭園ハ廣義ニ於ケル從タル物ナレドモ、決シテ添附物即チ狹義ニ於ケル從タルモノニアラズ、何トナレバ該庭園ハ決シテ家屋ノ一部ヲ構成スルモノニアラザレバナリ。又テ該所有者更ニ一地所ヲ購入シ庭園ト密接セシメ牆壁ヲ以テ其全地面ヲ圍繞シタリトセヨ、該地所ハ決シテ庭園ノ添附物ニアラズ二個ノ地所ハ各々二物ナリ、只ダ一ノ繞圍ニ依リテ二者ヲ集合シ一ツノ大ナル庭園ニ包含セシムルコトヲ得ルニ過ギズ、此場合ニ於テハ何人ト雖モ何レノ地ヲ以テ主タル物トシ、何レノ地ヲ以テ從タル物ト定ムルコトヲ得ザルベシ。

第一 廣義ニ於ケル物ノ主從

廣義ニ於ケル物ノ主從

廣義ニ於ケル從タル物ト添附物トハ充分ノ區別ヲ爲スコトヲ要ス、廣義ニ於ケル從タル物ハ主タル物ト物理的ノ結合ヲ以テ一體ヲ構成スルモノニモアラズ、又テ其ノ一部分ヲ成スモノニモアラズ本來別箇ノ物ナレドモ、只ダ主タル物ノ目的ニ供シ從ツテ其ノ從タル物トシテ、附着セラレタル物タルニ過ギザレバ、前項ニ記載シタル添

附物ニ關スル原理ヲ以テ之レニ適用スルコトヲ得ズ。而シテ仍ホ之ヲ從タル物トスルノ必要ハ專ラ其ノ主タル物ヲ讓渡シタルトキ、從タル物ヲ合併セテ讓渡シタルヤ否ニ就キ疑團ヲ生ジタル場合ニ於テ、只ダ其ノ從タルモノヲ讓與シタルモノト解釋スルノ點ニ在リ。故ニ如何ナルモノヲ以テ從タル物トスルヤ否ハ甚ダ重要ノ問題ナリ。而シテ此問題ヲ決スルニハ左ノ場合ヲ區別スルコトヲ要ス。

第一 特別ノ條件ヲ明言セザルトキ

物ノ從タルニ必要ナル條件

物ノ賣買讓與等ニ際シ當事者ニ於テ特ニ其物件ヲ明定セザルトキハ一ノ物ト他ノ物トノ間ニ存スル事實上ノ關係ニ依リテ之ヲ定メザルベカラズ、故ニ一ノ物ニシテ他ノ物(即チ主タル物)ノ目的利用ニ供スル爲メ之レニ附着スルトキハ之ヲ從タル物トナス、而シテ斯カル從タル物ノ關係ヲ生ゼシムルニ必要ナル條件ヲ擧グレバ、第一、其ノ物ハ他ノ物即チ主タル物ノ利益利用若クハ便宜ノ爲メニ固着セシメタルコトヲ要ス。故ニ物ノ從タルニハ其物自身ノ爲メニ固着セルコトヲ要スルヲ以テ單ニ主タル物ノ占有者ノ目的ノ爲メニセルモノハ從タル物ニアラズ。第二、從タル物ハ特定ナル主タル物ノ利益ニ供スル爲メ固定セラレ且ツ特ニ備ヘ付ケラレ (Fixed and attached) タルマ、安置セラル、コトヲ要ス(此事ハ後ニ詳論ス) 第三、從タルモノハ右ノ如キ關係ニ於テ現ニ其用ニ供セラレツ、アルコトヲ要ス故ニ已ニ從タル物ト雖一旦之ヲ分離シタルトキハ直ニ從タル物ノ性質ヲ失フベシ、我民法ハ財産篇第九條ニ於テ用方ニ因ル不動産ヲ説明スルノ條下ニ於テ右ノ原則ヲ略記セリ、同條ニ記載セル物ハ法理上果シテ不動産タラザルベカラザルカ否ノ事ハ、已ニ前回ノ講義ニ於テ論述シタル所ナルガ、諸君

ハ暫ク該條ヲ以テ從タル物ノ何物タルヲ定メタルモノト了解セラルベシ。

右ニ記載セル從タル物ニ必要ナル條件ヨリ發生スベキ重要ノ結果ヲ舉グレバ即チ左ノ如シ。

不動產ノ
從タル不
動產

- 一、不動產ニシテ他ノ不動產ノ從タルコトヲ得ベキ場合アリ、設例ヘバ家屋ノ目的ノミニ供シタル庭園泉水等ハ家屋ノ從タル物ナルガ如シ財產篇第八條ニ性質ニ依ル不動產ト定メタルモノハ概ネ土地ノ從タル物ナルベシ。
- 二、動產ニシテ他ノ不動產ノ從タル物アリ設例ヘバ家屋ノ開閉ニ供スル鍵、家屋ノ爲メニ特ニ備ヘ付タル戸扉ノ如キハ家屋ノ從タル物ナルベシ、面シテ第十五條ニモ明言セルガ如ク我民法ノ所謂用方ニ因ル不動產ハ性質ニ依ル不動產ノ從タルベシ。

- 三、右ニ反シ、(第一)土地自身ノ利益ノ爲メニ備ヘ付ケタルモノニアラズシテ單ニ其ノ土地ノ占有者其人ノ必用便宜ノ爲メニ供シタル物即チ羅馬法ノ所謂 *Instrumentum negotii* ハ從タル物ニアラズ、設例バ家屋ノ住居人ガ其ノ營業ノ用ニ供スル爲メニ用フル物品手職人ノ諸道具調劑師ノ家ニ於ケル諸器械又衣食金錢其他日用ニ供スル物 (*Fundus instructus*) 其他乘用ニ供スル爲メニ飼養スル馬匹、泉水中ノ魚及ビ單ニ家屋ノ住居人ノ一身ノ目的ノ爲メニ備付タル裝飾物等ノ如シ。(第二)土地ニ附屬スル動產物ニシテ土地ノ目的ニ供スルモ單ニ特定ノ土地ノ爲ノミニ目的ニ供セズシテ、其ノ他ノ土地ノ用ニモ供スル爲メニスルモノハ羅馬法ノ所謂 *Instrumentum fundi* ニ屬シ決シテ從タル物ニアラズ、設例ヘバ或ル場合ニ於テ掃除保全ノ用ニ供スル物即チ箒、ホソノ階子等ノ如キ是レナリ。

動產ノ從
タル動產

四、動產ニシテ不動產ノ從タルニハ前ニ論述シタル三要件ヲ具備スル以上ハ、螺旋釘等ヲ以テ之ヲ不動產ニ固着スルヲ要スルヤ否ノ問題ニ對シテハ、學者中鉸釘鉸鈕繩其他ノモノヲ以テ之ヲ固着スルコトヲ要スト主張スルモノ甚ダ少ナカラズト雖、元來主タル物從タル物ノ區別ハ事物ノ性質又ハ法律ノ規定ヨリ來ルモノニシテ、釘繩等ノ有無ニ起因スルモノニアラズ、設例ヘバ釘付ニシタル絨段ノ敷物、書棚、及ランブ等ノ如キ、又ハ小木匠ガ仕事ノ便宜ノ爲メニ床ニ釘付ニシタル椅子、土中ニ埋メ込ミタル金箱等ノ如キハ時々其ノ家屋ニ住スル人ノ用ニ供スルノミニ止マルヲ以テ、決シテ從タル物ニアラザルナリ。然レドモ若シ釘付鉸鈕等ニ依リ物理的ニ動產ヲ不動產ニ固着セシメ之ヲ其ノ一部ト爲シタルトキハ是レ狹義ニ於ケル從タル物ニシテ即チ添附物ナリ。設例ヘバ壁ニ塗リ込ミタル玻璃鏡ノ如キハ、壁ノ一部ヲ成スモノナルヲ以テ壁ヲ破壊スルニアラザレバ、之ヲ取去ルコトヲ得ザル場合ノ如シ。

第二 特別ノ條件ヲ明言スルトキ

五、動產ハ他ノ動產ノ從タルコトアリ、設例ヘバ鍵ハ碗厨ノ從タル物、「ダイヤモンド」ノ指環ヲ容ル、ニ供シタル箱ハ「ダイヤモンド」ノ從タル物ニシテ大船ニ附屬スル「ボート」ハ大船ノ從タル物ナルガ如シ。

意思ニ依
ル物ノ主
從

物ノ主從ニ關スル法律ノ規定ハ所謂任意法 (*Leges dispositivae*) ニシテ強制法ニアラズ、故ニ當事者相互ノ間ニ於テ其意思ヲ以テ特別ノ合意ヲ爲サマリシ場合ノミニ於テ、始メテ法律ノ規定ヲ適用スベキモノナレバ、設例ヘバ契約ニ依リテ法律上ニ於テハ從タルベキ物件ト雖、之レニ反シテ其物ノ取引ヲ爲スハ素リ自由ナリ、財產篇第

九條ハ方角違作ラ其條下ニ列記セルモノハ、用方ニ依ル不動産タルベキコトヲ定メタルト同時ニ、其ノ但書ヲ以テ「反對ノ證據アルトキハ此限ニ在ラス」ト規定セルモ亦此意ナリ。但法律ガ第八條ノ場合ニ同様ノ但書ヲ加ヘザルハ如何ナルベキヤ、若シ第八條ヲ強制法ト解スルトキハ、同條第四項ニ定メタル土地ニ定着シタル蒸氣機械ノ如キハ、蒸氣機械ノミ土地ニ定着シタルマ、之ヲ賣買スルコト能ハザルニ至ルベシ。然レドモ同條ハ實際物ノ主從ニ關スル規定タルニ係ハラズ、只ダ右ノ蒸氣器械ハ不動産タルコトヲ明言シタルノミト云ハ、夫レ迄ノ事ナレドモ、夫ナラ夫レ第九條ノ但書モ入用ナラザルニ似タリ、兎ニ角立法官ハ冷カナル頭腦ニテ認メタル法文トハ認メ難シ。扱テ夫ハ兎モ角物ノ主從ニ關スル法規ハ法理上任意法タラザルベカラザレバ當事者ガ任意ヲ以テ其ノ反對ヲ明言スル場合ニ二ツアリ。(第一)ハ其ノ物自身ハ從タルモノナルモ特ニ之ヲ從タル物ニアラズトシテ處分セント定メタル場合ナリ、設例ヘバ一ノ家屋ヲ賣買スルニ際シ其ノ從タル物件ヲ取除キタルトキノ如シ。(第二)ハ其ノ物自身ハ從タル物ニアラザルモ特ニ從タル物トシテ處分セント定メタル場合ナリ、設例ヘバ馬匹ノ賣買ニ付キ特ニ其ノ馬具及ビ其ノ厩舎ヲ合併セテ賣買セント約シタル時ノ如シ。

右ニ論述スル所ニテ諸君ハ物ノ主從ノ區別ノ存スル所ヲ了知セラレタルベケレバ、余ハ之レヨリ其二者ノ區別ヨリ生ズル法律上ノ結果及ビ添付物ト從タル物トノ差異ヲ講述セム。

物ノ主從
ヨリ生ズ
ル法律上
ノ結果

物ノ從タル性質ヨリ生ズル法律上ノ結果ノ主要ナル點ハ、若シ特ニ從タル物ヲ明示セザリシ場合ニ於テハ、當然主タル物ノ中ニ包含セラレタルモノトスルニ在ルナリ。故ニ賣買契約相續等ニ依リテ主タル物ヲ讓リ受ケタル

トキハ、契約ヲ爲シタル當時若クハ被相續者ノ死亡ノ當時ニ於テ其ノ物ニ附從シタル物、即チ從タル物ヲ合併セテ讓受ケタルモノトス。故ニ從タル物ト添付物即チ狹義ニ於ケル從タル物トハ全ク法律上ノ結果ヲ異ニセリ。即チ左ノ如シ。

第一、已ニ所有セル或ル物ニ從タル物トシテ他ノ物ヲ得有スルモ從タルモノハ必ズシモ爲メニ主タル物ノ所有者ノ所有ニ歸スルコトナカルベシ。設例ヘバ甲ナル者其ノ隣人乙ナル者ノ所有ニ係ル一ノ地所ヲ借受ケ之レヲ其ノ庭園ト爲シタルトキハ、此庭園ハ實ニ甲ノ家屋ニ附着スル從タル物ナリ。而シテ甲若シ其ノ家屋ヲ丙ナル者ニ賣却シタルトキハ、該庭園モ亦家屋ノ從タル物トシテ共ニ丙ニ讓渡シタルモノトナルベシ、此場合ニ於テハ甲ハ乙ノ地所ヲ以テ實ニ其ノ家屋ノ從タル物ト爲シタルレドモ、甲ハ決シテ該地所ノ所有權ヲ得有シタルモノニアラズ。其ノ所有權ハ依然舊主ニ屬スベシ。之レニ反シ狹義ニ於ケル從タル物、即チ添付物ハ其ノ添付物ノ所有權ヲ以テ直ニ主タル物ノ所有ニ移轉スベシ。故ニ我民法ハ財産取得篇第二章ニ添附ノ事ヲ掲ゲ、又從タル物ノ所有權ノ消失ニ就キテハ財産篇第四十二條第二項ニ於テ之ヲ所有權消滅ノ一原因ニ加ヘ、添附ヲ以テ所有權ヲ得有スルノ一原因トセリ。設例ヘバ余ハ他人ノ木石等ヲ占領シ、之ヲ以テ余ノ家屋ヲ建築シタルトキハ、該木石ハ余ノ所有ニ歸スベク從ツテ又此家屋ヲ他人ニ賣却スルトキハ、共ニ其ノ所有權ヲ移轉スベシ。何トナレバ此ノ場合ニ於テハ木石等ハ添付物ニシテ已ニ從タル物ニアラズ、全ク該家屋ノ一部ヲ構成スルモノナレバナリ。

主たる不動產物
ノ性質
ハ動產トシテ
動產トシテ
動產トシテ
ナズルコト
ナズルコト

第二、土地ニ附着スル從タル動產ハ其ノ從タル性質ニ依リ決シテ其性質ヲ變更スルコトナク、依然動產タル性質ヲ有スベシ、何トナレバ從タル物ハ主タル物ト同一體ヲ爲シ其ノ一部ヲ構成スルモノニアラズシテ、其ノ物自身ニ於テ別ニ一體ヲ爲スモノナレバ、事實上法律上共ニ動產トセザルベカラズ。設例ヘバ家屋ノ鍵、又ハボアソナード氏ノ發明ニ係ルトテ有名ナル川崎田甫ノ梨樹ノ支持ニ供シタル棚杭ハ勿論動產タルコト明白ナリ。然レドモ或ル二三ノ學者ニシテ之ヲ單純若クハ法律ノ規定ニ基ク不動產トスル誤謬說ヲ主張スト雖、本來動產不動產ヲ區別スルノ原理ヲ忘却シタル間拔ケ論タリ。而ルニ不幸ニシテ我法典ノ起案者モ亦此間拔ケ論ノ流行熱ニ感染スル所トナリ、間違ツタモ間違ツタリズツト飛ビ上リハネ上リ沸騰點以上ニ蒸發シテ膏ニ性質上ノ不動產ト法律ノ規定ニ基ク不動產トノ區別ヲ採用シテ、古メカシクモ微生物學者ノ「マイクロス、コピカル、エギザミネシオン」ノ目的物タルガ如キ所說ヲ堂々タル法律文ニヅラリト書キ列ネタルノミナラズ、陳腐ノ極ハ巡環シテ遂ニ一大新奇ノ發明トナリ、用方ニ依ルノ不動產トカ云フ夢ノ様ナル一種ノ區別ヲカツギ出シ、不動產ニ附着スル從タル動產ヲ用方ニ依ルノ不動產ト名付ケツ、日本社會ヲ以テ此ノ空想說ノ試驗場ニ供シタリ。已ニ前ニ論述セル如ク元來財產篇第九條ノ如キハ之ヲ從タル物ノ何物タルヲ記載スルモノトスレバ不仕末乍ラモ意味丈ケハアル法文ナルベケレド、法律ハ敢テ之ヲ主タル物從タル物ヲ定メタルモノト明言セザルノミナラズ、却ツテ之ヲ用方ニ依ルノ不動產トシテ公然誤謬說ヲ採用シタルコトヲ明言スルニ至リテハ、法學者ヲシテ大驚キニ驚カシムルニ足ルベキ大文字ト謂ハザルヲ得ザルナリ。

第五節 融通物及ビ不融通物

融通物及
ビ不融通
物

私法上ニ於テハ往々如何ナル物件ハ權利ノ物體タルコトヲ得ルヤ否ノ問題ヲ生ズルコトアリ。一般ヨリ謂フトキハ凡ソ物ナル以上ハ悉ク私權ノ物體トナリ私法上ニ於ケル融通物タルコトヲ得ベシ。然レドモ此ノ原則ニハ例外ノ場合ナキニアラズ、設例ヘバ何人ノ財產タルコトヲ得ザル物及ビ羅馬法ニ從ヘバ單ニ私人ノ財產中ニ加フルコト能ハザル物アリ。故ニ羅馬法ニ於テハ物ヲ分ツテ融通物 (Res in Commercio) 及ビ不融通物 (Res extra commercio) トセリ。此ノ區別タル素ヨリ近世法理ノ容レザル所アレドモ、我日本ノ民法モ亦此羅馬法ヲ襲ヒタレバ、余ハ茲ニ先ヅ羅馬法ノ區別ヲ論ジ併セテ近世ノ法理ニ論及セントス。

羅馬法ニ於テ一ノ物ヲ以テ不融通物トスルニハ左ノ三種ノ原因ニ基ケリ。

第一 宗教上ノ原因ニ基ク不融通物

宗教上ノ
原因ニ基
ク不融通
物

羅馬法ニ於テハ不融通物中ニ教門の物件 (Res religiosae) 及ビ神聖の物件 (Res sacrae) ノ二種ヲ認メタリ。教門の物件トハ土地所有者ノ許可若クハ所有ノ意思ヲ以テ永遠ニ人ノ死體ヲ安置セル場所ヲ指示シ、神聖の物件トハ公ケノ認了ニ依リ神佛ノ祭儀ニ備ヘタル動產不動產ヲ指示セリ。設例ヘバ殿堂、殿堂所在ノ土地及ビ神佛ノ諸具ノ如キ是レナリ。而シテ此等ノ物件タル神法 (Divini iuris) ヲ以テ支配スベク、決シテ人法 (Humani iuris) ヲ以テ之レニ適用スベカラザルヲ以テ、從ツテ人類ノ所有トスルコトヲ得ズ、何人モ此等ノ物ニ對シテ權利ヲ有スルコトヲ得ザルナリ。然レドモ此ノ羅馬法ノ原理ハ決シテ今日ノ法理ノ容ル、所ニアラズ、今日ニ於テモ此等ノ

物件ハ通常買賣讓與ヲ爲スコトナシト、是レ事實上一般ニ之レガ買賣讓與ヲ爲サマルモノニ過ギズシテ、法律上決シテ買賣讓與シ得ベカラザルモノニアラズ、日本民法モ亦此點ニ就テハ羅馬法ヲ採用スルコトナシ。

第二 政治上ノ原因ニ基ク不融通物

政治上ノ原因ニ基ク不融通物

羅馬法ハ政治上ノ理由ヨリシテ狹義ニ於ケル公用物 (Publicae res) ヲ以テ不融通物中ニ包含セシメタリ。羅馬法ニ於テハ國及ビ市町村等自治體ノ一切ノ財産即チ廣義ニ於ケル公有物ヲ二種ニ區分シ、一ヲ國及市町村ノ必要ヲ充タスベキ財産 (Patrimonium Faci) トシ之レヲ融通物ト爲シ、一ヲ狹義ニ於ケル公用物即チ公用ニ供スル爲メニ備ヘタル物設例ヘバ市街、道路、廣場、劇場等トシ之レヲ不融通物トセリ。此ノ區別ハ我が民法モ亦採用スル所ナリ、即チ財産篇第二十一條ニ公ノ法人ニ屬スル物ニ公有及ビ私有ノ二種アリト云ヒ、其第二十二條ニ公ノ法人ニ屬シ國用ニ供シタル物ハ公有ノ部分ヲ爲スト云ヘルハ即チ狹義ニ於ケル公用物ノ意ナリトス。第二十三條ニ公ノ法人ガ各人ト同一ノ名義ニテ所有スル物ニシテ、金錢ニ見積ル事ヲ得ル收入ヲ生ズベキモノハ其ノ私有ノ部分ニ屬ス。即チ國府縣市町村有ノ海潟、樹林、牧場ノ如シト云ヘルハ即チ融通物タル公有物ナリ然レドモ羅馬法ニ於ケル右ノ區別及ビ日本民法ノ規定ハ近世法理ノ容レザル所ニシテ已ニ陳腐ノ說ニ屬ス。蓋シ國ノ公用ニ供シタル物件ハ實際之ヲ買賣スルコト甚ダ多カラザルベシト雖、法理上決シテ私人ノ所有若クハ債權ノ目的物タルコトヲ得ザルモノニアラズ。試ミニ我が民法財産篇第二十二條ガ不融通物ト定メタルモノヲ舉グレバ即チ左ノ如シ。

第一 國領ノ海及ビ海濱但海濱ハ春分、秋分最高潮ノ到ル處ヲ以テ限ト爲ス

第二 道路、舟若クハ筏ノ通ズベキ川又ハ堀割及ビ其床地

第三 城砦、壘壁其他陸海防禦ノ工作物

第四 軍用ノ工廠、船艦、兵器、機械其他ノ物品

第五 官廳ノ建物

民法草案ニハ第二項中ニ鐵道ヲモ加ヘタレドモ、立法官モ其非ヲ知りタルニヤ、該條中ヨリ鐵道丈ケハ刪除セラレタレドモ、鐵道モ他ノ道路モ同様ナリ。決シテ之レヲ私人ノ所有トスル事ヲ得ザルモノニアラズ。況ンヤ官廳ノ建物ノ如キハ現ニ私人ノ所有タルモノ甚ダ多シ。鐵道拂下ノ談ハ往々耳ニスル所ナリ其ノ賣渡ニ關スル經濟上ノ利害得失ノ議論ハ兎モ角、法律上政府ガ之ヲ拂下グル以上ハ私人ニ於テ之レヲ所有スルコトヲ得ザルノ理由アルベカラズ。論者往々說ヲ爲スモノアリ、曰ク道路モ鐵道モ官廳ノ建物モ其道路鐵道タルノ用ヲ廢シ、又官廳ノ用ニ供セザル廢物トシテハ之レヲ拂下グルコトヲ得ルガ故ニ別段ノ差支ナシト。然レドモ道路ナリ鐵道ナリ之ヲ廢物トスル以上ハ已ニ道路ニアラズ又鐵道ニアラザルベシ。現ニ道路ハ道路鐵道ハ鐵道トシテ公用ニ供シタルマ、其所有權ヲ私人ニ移スコトヲ得ベシ。公用ニ供シタル物ヲ買受クルモノハ其所有者ノ權利ヲ相續スルモノナレバ、公衆ノ之レヲ利用スルノ權ヲ妨害スルコト能ハザル迄ナリ。廳舎ハ官ノ用ニ供シタルマ、之レヲ私人ノ所有ト爲シ、官廳ハ單ニ之レヲ借り受ケテ使用スル迄ナリ。然ルニ苟モ不融通物トシテ私權ノ物體タルコトヲ禁止スル以上ハ民法ノ施行期日ト共ニ私立ノ道路モ廢止セラルベシ、又借受ケテ官ノ用ニ供セル建物モ廢止セラルベシ、草

案ノ儘ニテ民法ノ發布アリタランニハ私設ノ鐵道モ亦廢止セラルベキ運命ニ遭遇シタランニ、發布ノ實際ニ至リテ鐵道ノ二字丈ケ取除カレタルハ不幸中ノ幸ナリト云フベシ。然レドモ佛國法ニテハ鐵道モ亦道路ノ部類中ニ包含セシメタルヲ以テ、法文ノ道路中ニハ鐵道ヲモ包含セシメ、佛國ト同ジク私設鐵道ヲ許ササルノ意ナルヤモ亦知ルベカラザルナリ。兎ニ角我方民法ガ羅馬法ノ陳腐說ヲ採用シタルハ、我國法學ノ進歩仍ホ甚ダ低キヲ見ルノ一證トスルニ足レリ。

第三 性質上ノ原因ニ基ク不融通物

性質上ノ原因ニ基ク不融通物

物ノ性質上ヨリ人ノ所有スルコトヲ得ザルモノアリ、此等ノモノハ勿論不融通物タリト雖モ、嘗ニ私人ノ之レヲ所有スルコト能ハザルノミナラズ、國市町村等ノ公ノ法人ト雖亦之ヲ所有スルコトヲ得ズ。然レドモ我民法ノ規定ハ往々此種ノ不融通物ニ屬スベキモノニシテ、之レヲ國ノ公用ニ供シタル不融通物中ニ混入シタルモノナキニアラス今マ羅馬法ヲ根據トシテ之レヲ左ノ三種ニ區別シテ論述セン。

(甲) 公共物

公共物

公共物 (Res omnium communis) 即チ人類ノ共同ノ使用ニ供シタル物ナリ民法財産篇第二十五條ニ説明シテ曰ク公共物トハ何人ノ所有ニモ屬スルコトヲ得ズシテ總テノ人ノ使用スルコトヲ得ルモノヲ謂フ。即チ空氣光線流水大洋ノ如シト。故ニ大洋及ビ海濱ハ其全體ニ於テハ地域上ノ妨礙ナキ以上ハ何人モ之レヲ專有スルコトヲ得ザルモノタリ、我民法ガ國領ノ海及ビ海濱ト云ヒ之ヲ第二十二條中ノ國ノ公有ニ屬スル不融通物中ニ混入セルハ國際

法ニ於テ海岸ヲ隔ル若干里ノ海ヲ以テ其ノ國領ト定メタル例規ヲ以テ直ニ私法上ノ所有權アルモノト誤認シタル結果ナリ私法ノ原理ヲ以テ公法ヲ論ズル者ノ往々免ル、コト能ハザル誤謬ニシテ深ク之ヲ咎ムルニ及バズト雖、此等ノ公共物ハ國家ト雖モ之ヲ所有スルコト能ハザルモノタルコトニ注意スルコトヲ要ス。然レドモ海若クハ空氣等ヲ以テ不融通物トスルハ只ダ其ノ全體ニ於テ之レヲ云フノミ、故ニ左ノ各項ニ係ル場合ノ如キハ國市町村等ハ勿論、一私人ト雖敢テ之レヲ所有スルコト能ハザルモノニアラズ。
第一、公共物ト雖其一部分ハ融通物トシテ賣買讓與ノ目的物タルコトヲ得、設例ヘバ河海ヨリ汲取リタル水ハ之レヲ汲取タルモノ、所有ニ屬スルヲ以テ又タ之レヲ賣渡スコトヲモ得ベシ。
第二、一ノ所有地上ニ存在スル空氣ハ其土地ノ所有者ニ屬ス。

(乙) 公ノ河川

公ノ河川

公ノ河川トハ公共ノ使用ニ供スルモノニシテ、何人ト雖モ之ヲ所有スルコトヲ得ザルモノトス。一私人ハ勿論國家ト雖モ之ヲ所有スルコトヲ得ズ、是レ羅馬法ノ原理ニ基ク所ニシテ近世法律家モ亦採用スル所ナリ。然レドモ學者往々此等ノ物ヲ以テ其ノ河川ノ通過スル土地ヲ領スル國家ノ所有物ナリト論定スル者アリト雖、素リ誤謬ノ說タルヲ免レズ。蓋シ是等ノ民法學者タル深ク國法學ノ原理ヲ論究セズ、生マカヅリニ國際法ノ端緒ヲ窺ヒ一國方其國防上ノ管轄内ヲ流通スル河川ニ就テ有スル權力ヲ以テ國家ノ所有權ニ基クモノト誤認スルモノナリ。私法上ノ見解ヲ以テ國法上ノ原理ニ適用セントスル學者ノ往々免ル能ハザル謬見タリ、古來ノ諸法典中國家思想ヲ

民法上ノ見解ヲ以テ國際法ヲ論ズルノ誤謬

細流及ビ
河川

缺クノ最モ甚シキ我民法ガ、てつきり此誤謬説ニ陥リタルモノアルハ決シテ怪ムニ足ラザルナリ。況ンヤ其草案
ボ氏ノ起稿ニ係ルモノナルニ於テヤ。ボ氏ノ學識如何ヲ知ル者豈ニ法律ノ明文ヲ待ツテ後ニ之レヲ知ランヤ。
公ノ河川ハ法律上如何ナル關係ヲ有スルカヲ論ゼント欲セバ事頗ル多端ニ渉ルヲ以テ、茲ニハ只ダ其大梗ヲ概
論スベシト雖モ、先ヅ豫メ公ケノ河川ト否ラザル者トノ區別ヲ論ジ置カザル可カラズ。即チ如何ナル河川ハ公ケ
ノ河川ニシテ不融通物タルベキモノナルヤ否ヤノ問題ヲ決セザルベカラズ。今羅馬法ノ規定如何ヲ案ズルニ同法
ハ一切ノ流水ヲ細流ト河川トノ二種ニ大別シ、其所謂細流 (Eminia) ナル者ハ常ニ流通セザル水即チ停滯不動ノモ
ノヲ云ヒ、私人ト雖モ自由ニ之レヲ所有スルヲ得ベク、又是等ノ細流ノ所有權ニ付キ疑義ノ存スル時ハ通常之レ
ヲ其細流ニ界スル土地所有者ニ屬スルモノトスルヲ通則トセリ。而シテ第二種ニ屬スル河川 Eminia ナル者ハ
廣大ナル流動ノ水ヲ云ヒ、更ニ之ヲ公私ノ二種ニ分ツ。即チ其私ノ河川ナル者ハ細流ト同ジク私人ノ所有スルヲ
得ル者ナレドモ、此私ノ河川ナル者ハ永久不斷流通スル者ニアラズシテ、只ダ時季ニ限り若クハ臨時ノ天災等ニ
依リ流通スル者ヲ云フ。之レニ反シ公ケノ河川ナル者ハ常ニ流動スル大ナル水流ニシテ、所謂何人ノ所有ニモ屬
セザル者ヲ云フ。則チ不融通物ニ屬スル河川ハ只ダ此種ノ者ニ限ル者ナリ。我國ニ於テハ行政上未ダ是等ノ規定
ナシト雖モ、舟筏ノ通行如何ニ依リ公私ノ河川ヲ區別スルモノ、如シ。即チ民法財產篇第二十二條第二項ニ「舟
若クハ筏ノ通ス可キ云々」ノ一句アルニ依リテ明白ナリ。而シテ余ハ今此公ケノ河川ニ就テ法律上ノ關係ヲ論ズ
ルニ就テハ先ヅ二様ニ之ヲ分論セントス。第一ハ河川ヲ組織スル部分ニ就キテ論述シ第二ハ河川全體ニ就キテ論

述スベシ。

第一 河川ノ部分

河川ヲ組織スル部分トハ河岸、流水、河床并ニ河中ニ生ゼル島嶼トス。左ニ其梗概ヲ論ゼン。

河岸

(一) 河岸 河岸ハ河岸ノ土地所有者ニ屬スルヲ以テ羅馬法ノ通則トス然レドモ之ガ所有者ハ其所有權上甚ダ數
多ノ制限ヲ受ケザルヲ得ズ、即チ河岸ヲ所有スル者ハ其沿岸ニ舟筏ヲ繋グ等他人ノ其河岸ヲ使用スルコトヲ拒
ムヲ得ズ、故ニ何人タリトモ河岸ヲ使用シ得ルノ點ヨリ見レバ河岸ヲ亦公用物ニ屬スト謂テ可ナルベシ。

流水

(二) 流水 流水ハ常ニ移動シテ寸時モ停止スルコトナキモノナレバ何人ト雖モ特リ之ヲ使用スルコトヲ得ズ、
故ニ流水ハ全ク純然タル公用物ニ屬スベシ。

河床

(三) 河床 河床ハ種々ノ點ヨリシテ之ヲ考察スルヲ得。即チ(イ) 公ケノ河流ニシテ苟モ其上ヲ流通スル以上
ハ河床ハ決シテ沿岸地ノ部分ニアラザルヲ以テ、沿岸地ノ所有主ニ屬ス可キ者ニアラズ、隨テ流水ト同ク何人モ
之ヲ所有スルコトヲ得ズ、常ニ公用ニ供シタル者ト看做スベシ。(ロ) 然レドモ河流其方向ヲ變ジ全部若クハ
一部分タルト問ハズ水流ノ乾涸シタル時ハ已ニ河床タルノ性質ヲ失シ其河床ヲ構成シタル土地ハ何人ノ所有
ニモ屬セザルモノナルガ故ニ何人タリトモ之ヲ占領スルモノハ即チ所有主タルヲ得ベキ者ナリ、然レドモ羅馬法
ニ在ツテハ特ニ是ガ規定ヲ設テ其乾燥シタル河床ノ地ヲ以テ沿岸地ノ添付物ト爲シ、當然沿岸地ノ所有者ニ屬
スベキモノト定メタリ。而シテ其所有ノ區域ヲ定ムルニハ其河床ノ長サニ隨ヒ其中央ヨリ兩岸ニ至ルノ直線ニ

由テ其沿岸ノ所有主ニ屬スベキ土地ノ區域ヲ定メタリ。(ハ)之ニ反シ水流ノ方向ヲ變ジタルト、又水量ノ增加シタルトヲ問ハズ、新タニ河岸トナリタル通常ノ土地ハ已ニ通常ノ土地ニアラズシテ河床タレバ悉ク公共物ニ化シ前所有者ハ直ニ其所有權ヲ失フベシ。故ニ若シ再ビ其河床ヲ流通スル水流ニシテ乾涸スルコトアルトキハ更ニ前述シタル方法ニ隨テ之ヲ河岸ノ所有者ニ配分スベキモノトス。

島嶼

(四) 河中ニ生ジタル島嶼 河中島嶼ハ種々ノ方法ニ依テ發生スベシ。即チ(イ) 河川兩岐ニ分レテ一ノ土地ヲ圍繞シ再ビ其末流ニ於テ會合スルトキハ茲ニ一ノ島嶼ヲ生ズベシ。然レドモ此等ノ島嶼ハ決シテ河川ノ部分ニ屬ス可キ者ニアラズ其所有權ハ當然從來此土地ヲ領スル所有主ニ屬スベキ者トス。(ロ) 減水ノ爲メ若クハ河床ノ土石ノ積塞シタル爲メ一ツノ島嶼ヲ爲シタルトキハ全ク河床ト別箇物ナルヲ以テ前述シタル原理ニ從ヒ、沿岸地ノ所有者ニ屬ス可キ者トス。其分配ノ方法ハ概ネ前ニ論ジタル所ニ小異ナレドモ事細密ニ涉ルヲ以テ之ヲ略ス。

第二 河川ノ全體

河川ニ對スル國權

上來論述シタル原理ヨリ推究スレバ國家ハ決シテ公共ノ河川ニ就キ所有權ヲ有セザルヤ明ナリ。要スルニ此等ノ河川タル公共ノ用ニ供スル者ニシテ、何人ト雖モ舟筏ヲ浮ベ若クハ物ヲ洗濯スル等各人自由ニ之ヲ利用スルコトヲ得ベキ者トス。然リト雖モ國家ハ公ケノ河川ニ就テハ所謂最高權ヲ有スルヲ以テ、其權力ニ依リ河岸構造法若クハ航海ノ方法ヲ定メ又ハ漁獵其他河川ノ使用法ヲ制限シ或ハ營業上ノ點ヨリシテ河川ノ使用ニ特別ノ許可ヲ

要セシムルノ權ヲ有スベキハ當然ナリ。然レドモ是等ノ權力ハ決シテ國家ノ公ノ河川ヲ所有スルヨリ生ズルモノニアラズシテ、全ク所有權ト別異ナルコトハ恰モ國家ハ人民各自ノ私有權ニ就キテモ種々ノ制限ヲ設クルノ理ト異ナルコトナシ。河川ニ對スル國家ノ所有權ニ依リ國家ハ初テ是等ノ權利ヲ生ズルモノニアラザルナリ。

(丙) 人類ノ死體

人類ノ死體

人類ノ死體並ビニ死體ト共ニ埋葬シタル物品ハ、何人ト雖モ之ガ所有權ヲ有スルコトナシ。奇論ハ兎モ角是レ歐洲各國法律ノ概ネ認ムル所ナリ。故ニ人類ノ死體又ハ死體ト共ニ墳墓ニ埋没シタル物件ヲ奪掠スル者アルトキハ特ニ公法上ノ保護ヲ與フルモ法律ハ其私有權ヲ認メザルヲ以テ竊盜ヲ以テ之レヲ問フコトナシ。即チ刑法上墳墓發掘ノ罪ヲ設クル所以ナリ。然レドモ人體ノ一部分即チ骸骨頭腦ノ如キニ至リテハ實際上人ノ所有物トナルコトヲ得ベク、特ニ醫學上必須ノ物件トシテ之ガ賣買讓與ヲ爲スコトヲ得ベキハ當然ナリ。

右論述シタル所ヲ以テ融通物不融通物ニ關スル原理ヲ盡シタル者トス。而シテ我法ノ規定如何ヲ見ニ、財產篇第二十六條ニ「物ハ私ノ所有權又ハ債權ノ目的ト爲ルコトヲ得ルト否トニ從ヒテ融通タリ不融通物タリ」ト云ヒ、其第二項ニ「公ノ秩序ノ爲メ法律ニ於テ處分ヲ禁シタル物及ヒ公有ノ財產ハ不融通物タリ」ト。而シテ所謂不融通物ナル者ハ公共ノ用ニ供スル財產タルニ過ギザルコトハ前述シタルガ如クナルヲ以テ、公ノ秩序ノ爲メニ處分ヲ禁ジタルモノヲ包含スルコトナシト雖、右ノ法文ニ據レバ或ハ是等ノ者ヲ以テ不融通物中ニ包含セシメタルヤノ趣ナキニアラズ。故ニ茲ニ注意ノ爲メ一言セン。即チ、

公ノ秩序
ノ爲メ法
律ノ禁制
スル物ハ
不融通物
ニアラズ

讓與ヲ禁
ジタルモ
ジタルモ
融通物ニ
アラズ

第一、警察上ノ理由ニ依リ賣買讓與ヲ禁ジ或ハ又之ヲ制限スル者アリ又或ハ特別ナル人ヲ限リテ之ガ所有ヲ許ス者アリ、是等ハ皆特別法ノ規定ニ係ル者ニシテ民法上決シテ不融通物ト稱ス可キ者ニアラズ。即チ例ヘバ阿片烟、ダイナマイト、火藥ノ如キ皆ナ公ノ秩序ノ爲メ法律ニヨリ之ヲ禁制シタル者ナレドモ、近世學者ニシテ決シテ是等ノ物ヲ以テ不融通物トスルモノアルヲ見ズ。民法上所謂不融通物ナルモノハ、其ノ用ノ公共ニ屬スルヲ以テ之レヲ所有セント欲スルモ決シテ之レヲ所有スルコト能ハザルモノ、ミニ限レリ。民法ガ公ノ秩序ノ爲メニ處分ヲ禁ズル物ハ本來融通物タルニ過ギザルナリ。

第二、又讓與ヲ制限シタル物アリ決シテ不融通物ト混同ス可カラズ。例ヘバ幼者ノ所有スル財産ノ如キ法律ハ或ハ全ク其讓與ヲ禁ジ、或ハ之ヲ制限ス。然レドモ是等ノ物ヲ以テ直チニ不融通物ト爲スコトヲ得ズ。何トナレバ是等ノ物タル敢テ之ガ所有ヲ禁ジタル者ニアラズ、只ダ單ニ處分ノ方法ヲ制限シタル者ニ過ギザレバナリ。若シ夫レ幼者ノ死亡シタリトセンカ、之ガ相続者タル者之ヲ相続スルヲ得ルニアラズヤ。民法第二十七條ニモ讓與シ得ルモノト否ラザル者トヲ區別シ、其第二項ニ「所有權ヨリ支分シタル使用權又ハ住居權要役權要役地ヨリ分離セルモノト看做シタル地役及ビ政府ノ與ヘタル開坑ノ特許其他ノ特權ハ概シテ融通物ナリト雖モ讓渡スコトヲ得ル者ナリ」ト明言セリ。此法文ニ依レバ不融通物ト讓與スルヲ得ザル者トノ間ニ區別アルコトヲ認メタルヤ明カナリ。但特ニ民法上之ヲ一種ノ物ノ區別トスルニ及バザルノミナラズ、開坑ノ特許權ノ如キハ必ズシモ讓與ヲ爲シ得ザルニアラズ、或條件ノ具備スルアラバ法律上之ガ讓渡ヲ爲ス事ヲ得ベシ。

扱右ニ論述シタル所ハ羅馬法ヲ基礎トシテ之レヲ近世ノ法理ニ照シ我民法ノ規定ヲ混入シタレバ、或ハ諸君ノ腦中ニ多少ノ混雜ヲ來シタル恐レモアルベシ。故ニ予ハ今茲ニ純ラ我民法ノ規定ヲ略述シ、更ニ之レヲ前述ノ理論ニ對照セシメントス。諸君乞フ繁雜ヲ厭ウテ其要旨ヲ失スルコトナカレ。

財産篇第二十條以下ハ物ヲ大別シテ、所有ニ屬スルモノト屬セザルモノトニ區別シ所有ニ屬スルモノヲ別ツテ私有物公有物ノ二種トシ公有物ヲ又更ニ小分シテ公ノ法人ノ私用物ト公用物トニ區別シ、又其所有ニ屬セザルモノヲ無主物及公共物ノ二種ニ區別セリ。而シテ其所謂不融通物ナルモノハ所有ニ屬スルモノ、中ニテ公ノ法人ノ公用ニ屬スルモノ而已ラ云フ。第二十二條ノ列記スル所是レナリ左ニ注目スベキ要點ヲ列記セン。

(一) 第二十條ニ記載シタル公共物ニ不融通物ノ名稱ヲ附スルコソ羅馬法族ノ學者ノ定論ナリ。日本民法ハ新發明トシテ之レヲ不融通物中ヨリ取除キタリ世間ニ普通ナル法學者ノ仲間外レト云フベシ。

(二) 海、海濱、公ケノ河川ハ公共物ニシテ何人モ所有スルコト能ハザルモノナルハ、羅馬法以來ノ學者ノ定論ナレドモ、是モ日本民法ハ新發明トシテ公ノ法人ノミ之ヲ所有スルコトヲ得ベキモノトセリ。故ニ日本ノ不融通物ハ公ノ法人ノミ之ヲ所有シ、只ダ私人之レヲ所有スルコト能ハザルモノナリ。第二十六條ニ物ハ私ノ所有權云々ト云ヒ更ニ私ノト云ヘル二字ヲ加ヘタリ。

(三) 第二十二條第二項中ノ道路鐵道第三項第四項及第五項ニ記載シタル物ハ羅馬法ニテハ政略上ヨリ之ヲ不融通物ト爲シタレドモ、近世ノ法理ハ之レヲ認メズ、却ツテ道路鐵道建築物等ノ官有物ハ之ヲ私人ニ賣却スルニ議

日本民法
ハ官有物
ノ拂下ナ
許サズ

日本民法
ハ近世普
通法論ノ
仲間外レ
ノ新發明

會ノ承諾ヲ要スルヤ否ノ問題ヲ生ズル程ニテ、謂ハマ之レヲ賣却スルモセザルモ其所有者ナル國ノ隨意ナリトセリ此事ハ前ニ已ニ論ジタリ。

日本民法ハ國家思想ヲ缺ク

(四) サレバトテ日本民法ノ所謂不融通物タルニハ公ノ法人ニ屬シ公ケノ法人ノ用ニ供スル一切ノ物ヲ包含スルト謂フ譯ニモアラザレバ、羅馬法ノ政略ニ基キタル不融通物トモ異ナレリ。何トナレバ第二十二條ニハ公ノ法人ニ屬シ國用ニ供シタル物云々ト明言スルヲ以テ、其所有者ハ市町村ニテモ府縣ニテモ又國ニテモ必ズ國ノ用ニ供シタルモノタルコトヲ要スルノミ。而テ已ニ國用ニ供シタルマ、市町村ガ之ヲ所有スルコトヲ得ル以上ハ、私人デモ國用ニ供シタルマ、之ヲ所有スルモ差支ナキ様ナリ。公ノ法人ダノ國用ダノト云フ文字ハ多少ノ國家思想ヲ含ムコトナレバ、生意氣ニ使用スルト飛ンデモナキ間違ヲ生ズルナリ。用心緊要タルベキ事。

日本民法ノ架空説

(五) 民法ハ公ノ法人ニ屬スル物ニ就キ更ニ公有私有ノ區別ヲ爲シ、其ノ公有ニ屬スルモノ、ミ不融通物ト爲シタレドモ、苟モ一ノ公法人タル以上ハ其公法人ノ有スルモノハ悉ク公有物タリ公法人ノ有スル私有物アルベキ筈ナシ。古代ノ學者ハ國ナル一法人ニモ公ノ資格ト私ノ資格トヲ備ヘタルモノト爲シタレドモ、今ハ已ニ大昔シニ陳腐ノ説ト變化シ去レリ。成程皮想ノ見ヲ以テスレバ或ル官廳ニシテ家屋建築ノ契約ヲ爲シ又ハ金錢ヲ借入ル、如キコトアラバ、官廳ハ一私人ノ資格ニテ此等ノ行爲ノ爲スニ似タレドモ、苟モ一私人タル以上ハ已ニ官廳ニアラズ官廳ハ官廳ノ公ナル資格ヲ以テ之ヲ行フナリ。只ダ此行爲ヲ支配スルニハ官廳ニ就テモ亦民法ノ規定ヲ適用セザルベカラザルノミ。其行爲ガ民法ノ規定ニ從ヘバトテ爲メニ官廳ガ一私人トナルニアラズ、官

廳ハ官廳ノ資格ヲ以テ訴ヲ起シ又ハ訴ヲ受クベキナリ。財産篇第二十三條ニ「公ノ法人カ各人ト同一ノ名義ニテ所有スル物ニシテ金錢ニ見積ルコトヲ得ル收入ヲ生ス可キモノハ其私有ノ部分ヲ爲ス即チ國府縣市町有ノ海濱樹林牧場ノ如シ」ト明言スレドモ、民法ガ公有ニ屬スルモノト爲シタル官廳ノ建物ノ如キモ亦苟モ國ニシテ一ノ法人タランニハ各人ト同一ノ名義ニテ之ヲ有スベク、又國用ニ供スル物ノ中ニモ金錢ニ見積ル事ヲ得ベキ收入ヲ生ズベキモノモアラン。若シ又設ヒ公有ニ屬スルモノ、中ニハ斯ノ如キモノナシトスルモ第二十三條ノ物ハ何モ私有ニハアラザルベシ。國ハ國、町村ハ町村ノ公ナル資格ニテ之レヲ所有スル外ハアルベカラズ、尤モ國法就中歲計法上ニテハ學者ハ官有物ヲ大別シテ二種ト爲シ、一ヲ行政上ノ財産トシ一ヲ經濟的財産即チ年々收入アル財産トスレドモ是ハ歲計法上政府ガ官有物ヲ拂下グルノ權利如何ヲ定メンガ爲メニ設ケタル區別ナリ。即チ行政上ノ財産ナラバ政府ハ豫メ議會ノ協賛ヲ經ズシテ之ヲ拂下ゲタル後臨時歲入トスルコトヲ得ルトカ、又經濟上ノ財産ナラバ其收額ノミナラズ、其財産ノ本體ヲ賣却スルニ豫メ議會ノ協賛ヲ要スルト云フ如キ關係ノミ、二者共ニ不融通物ナラザルノミナラズ人民ニ於テ之ヲ買得スルコトヲ得ベキコトヲ認ムルニアラザレバ全ク不要ノ區別タラントス。若シ民法ニシテ此邊ノ事ニお氣ガ付カレタト云フコトナラ國法學ノ生マ讀ミ程恐ロシキモノナケレドモ民法ニハ夫レ程迄ノ意味合モナキ様ナリ。

第六節 可分物不可分物

不可分物及不可分物

物ノ分割性ヲ論ズルニ就テハ先ヅ物理的分割即チ眞ノ分割ヲ爲シ得ベキ場合ト、法律的分割即チ想像的分割ヲ

爲シ得ベキ場合トテ區別セザル可カラズ。我民法財產篇第十九條ニ「形體上又ハ智能上分割スルコトヲ得ルモノ」ト否ラザルモノ云々ト明言セルハ亦此ニ様ノ區別ヲ指示シタルモノニ外ナラザルナリ。

第一 物理的分割

物理的分割

物ノ物理的分割ハ或ル單一ナル物件ヲ數多ノ異ナリタル有體ノ部分ニ爲スコトヲ謂フ。然レドモ斯クノ如キノ分割ハ實際眞ノ分割ニアラズシテ往々其物件ノ毀壞タルニ過ギザルコト多シ。設例ヘバ一ノ名畫若クハ一ノ駿馬ヲ分割シテ之ヲ二箇ノ部分トナス時ハ、忽チ一ノ名畫タリ又一ノ駿馬タルノ性質ヲ失フニ至ルベシ。故ニ所謂物理的ノ分割ナル者ハ物ノ實體ヲ毀損シ若クハ其價格ヲ減損スル事ナク、分割シタル各部分ヲシテ各完全ナル性質ヲ保有シ得ベキモノナラザル可カラズ。而テ斯ノ如ク分割ヲナスヲ得ベキ物ヲ稱シテ物理的即チ眞ノ可分物ト云フ (Res naturliter dividuae) 又斯ノ如ク分割シ能ハザル物ヲ稱シテ物理的不可分物ト云フ (Res naturliter individuae) 若シ此不可分物ヲシテ強テ分割セント欲スレバ、勢ヒ其物質ヲ毀壞スルカ若クハ其價格ノ減損ヲ來タスベシ。即チ物理的不可分物ナルモノハ凡テノ土地家屋其他定量ヲ有スル動產物ノ如キ物ヲ謂ヒ、之ニ反シテ確定ナル動產物ハ一般ニ不可分物ナリトス。設例ヘバ生活セザル獸類繪畫衣服等ノ如キ是レナリ。然レドモ此等確定ナル動產物ト雖モ必ズシモ悉ク分割シ得ベカラザルモノニアラズ。即チ金銀塊及ビ薪等ノ如キ是レナリ。

物理的分割ヲナスニハ左ノ數種ノ方法ニ依リ之ヲ爲スコトヲ得。

(第一) 分割シタル部分ヲシテ相互ニ全ク分離セシメ其物理的ノ結合ヲ斷絶セシムルコトヲ得。設例ヘバ茲ニ一

箇ノ純金ノ棒ヲ取り其中心ヨリ二分シタルトキハ各部分ハ相互ニ分離シテ前ニ存シタル全體ノ一部タルコトナキニ至ルベキガ如シ。

(第二) 物ノ全體ノ結合ヲ存シ只ダ境界ニ依リテ一箇ノ物體ヲ分割シ各部ヲシテ各々獨立ノ物タラシムルヲ得。設例ヘバ一ヶノ田地ヲ二人ノ小兒ニ分與シ、其中央ニ境界ヲ設ケテ一方ヲ長子ニ與ヘ一方ヲ次子ニ與フル事ヲ得ルガ如シ。此等ノ場合ニ於テハ此土地タル決シテ相互ニ分離スルモノニアラズ、只ダ境界ニ依リテノミ之ヲ分割セルニ過ギザルナリ。

(第三) 物理的不可分物ト雖モ往々之ヲ數多ニ分割スルノ必要ヲ生ズルコトアリ。設例ヘバ茲ニ三人アリ一箇ノ馬ヲ共有スルトキハ各々三分ノ一ニ付テ所有權ヲ有スト雖モ、若シ一人ニシテ其馬ヲ現ニ分割センコトヲ請求シタルトキハ、素リ其馬自身ヲ分割スルヲ得ズト雖モ、或ハ其馬ヲ賣却シテ其賣却金ヲ分配シ又ハ其中一人ニ其馬ヲ與ヘ他ノ二人ニ對シ相當ノ賠償金ヲ支拂ハシムルガ如キ是レナリ。

第二 法律的分割

想像的分割

法律的即チ想像的分割ハ數人ノ共有者ノ關係ニ於テ生ズベシ。此場合ニ於テハ其物自身ニ就キ有體的即チ物理的分割ヲ爲スコトヲ得ズト雖モ、想像上各共有者ノ數ニ隨ヒ其一箇ノ物體上ニ二分ノ一三分ノ一若クハ四分ノ一等ノ分數ニ相當スル權利ヲ有スル者ト推測スルヲ得故ニ寧ロ之ヲ以テ物ノ分割ニアラズシテ其物體上ニ於ケル權利ノ分割ト云フ可キノミ。設例ヘバ三人ニテ一ノ庭園ヲ共有スルトキハ共有者ノ各自ハ其全體ノ庭園ニ對シテ三

分ノ一ニ相當スル權利ヲ有ス。故ニ若シ共有者ノ一人ニシテ其庭園中ニ生ジタル菓實ヲ採取シタルトキハ、其採取シタル菓實中ニ他ノ二人ノ共有者ニ屬ス可キ菓實ノ三分ノ二ノ部分ヲモ包含ス。要スルニ是等ノ分割法ハ一ニ共有法ニ於テ論議ス可キ事ニシテ敢テ茲ニ論述セザルベシト雖モ、斯クノ如キ想像的分割ハ通常如何ナル物體上ニモ及ボス事ヲ得ルモノニシテ、苟モ物體タル以上ハ斯クノ如キ想像的分割ヲ行ヒ得ザルモノ殆ド稀ナルベシ。

第三 權利ノ分割

權利ノ分割ニ關スル觀念ハ之ヲ權利ニ推及スルコトヲ得ベシ、凡ソ一ノ權利ニシテ之ヲ分割シテ數個ノ獨立ナル權利トナスコトヲ得ルモノアリ、設例ヘバ茲ニ人アリ千圓ノ貸金ヲ有シ之ヲ其三子ニ分與ス、然ルトキハ三子ハ各々貸金ノ三分ノ一ノ額ニ就キ負債主ニ對シ個々獨立ナル請求ノ權利ヲ有スベク、而シテ其權利ノ性質ハ前後相同ジト雖只ダ其金額ノ範圍ヲ異ニスルノミ。故ニ此方法ニ依ルトキハ、

第一 所有權ノ分割ヲナス事ヲ得。此場合ニ於テハ所有權ノ分割ハ只所有權ノ物體タル物件上ノ物理的若クハ想像的ノ分割タルニ過ギザル可シ。

第二 其他ノ物上權即チ抵當權モ亦分割スルコトヲ得ベク、只ダ用益權ノ外地役權ニ至テハ之ヲ分割スルヲ得ザルヲ原則トス。蓋シ物ノ分割シ得ベキト否トハ全ク其性質ニ基クモノナルヲ以テ、可分不可分ノ區別ヲ爲サント欲セバ、之ヲ分割シテ果シテ其各部分獨立充分ノ功用ヲ爲シ得ベキヤ否ヲ見シコトヲ要ス。地役ノ如キ設例

ヘバ通行權ノ如キ之ヲ分割シタルトキハ半途ノ通行權タレバ毫モ其効用ヲ爲スコトナカルベシ。然レドモ日本民法ハ抵當及ビ債權ノ物上擔保ハ法律ノ規定上不可分物トセリ其詳細ハ財產擔保篇ノ講義ニ讓ルベシ。

第三 或ル人權モ亦之ヲ分割スルヲ得。此場合ニ於テハ只債權ノ物體上ニ物理的若クハ想像的ノ分割ヲ爲シ得ルニ止マル者ナリ。而シテ若シ此分割ヲ行フ時ハ人權ハ忽チ數多獨立ナル人權ヲ發生スベシ、設例ヘバ茲ニ甲者アリ乙者ニ對シテ或馬ノ代價ヲ請求スルノ權ヲ有シ併セテ又千圓ノ貸金ヲ有スルトキニ當リ、此等ノ人權ニシテ若シ三人ニテ同等ニ相續シタルトキハ、各相續人ハ各々乙者ニ對シテ三分ノ一ノ馬價及ビ三百三十三圓ノ請求權ヲ有スベシ。而シテ權利ヲ分割シ得ベキ爲メニハ有體物ヲ分割シテ之レガ毀損若クハ價格ノ減損ヲ來スコトナキヲ要スルト等シク分割ノ爲メ其ノ分割ノ部分ハ爲メニ完全獨立ノ効益ヲ失フコトナキヲ要ス。財產篇第十九條第三項ニ「物ノ一分ノ供與ヲ以テ合意ノ目的タル便益ヲ與フルコト能ハサルトキハ其物ハ當事者ノ意思ニ依ル不可分物ナリ」ト云ヘルハ即チ此意ナリ。有名ノ畫手ヲシテ繪畫ヲ作ラシムルノ義務ハ分割スベカラザルベク、土方ヲシテ土塊ヲ運送セシムルノ義務ハ分割シ得ラルベシ。要ハ只ダ其事實如何ニ在ルノミ。

權利ニシテ若シ分割シ得ベカラザル時、設例ヘバ茲ニ義務者ヲシテ一ノ分ツ可カラザル所爲ヲ行ハシメントスルカ、若クハ其權利ニシテ地役權ナルトキニ於テ若シ數人アリ其所爲若クハ地役ニ付キ權利ヲ有スルトキハ、各人ハ其全體ニ就キ單一ノ權利ヲ有スルニ止マルベク、決シテ分割シタル部分ヲ有スルモノニアラズ。若シ又分チ得ベキ權利ニシテ之レヲ分割シタルトキハ多クハ物理的分割タル可キ者トス、但シ分割ニヨリテ生ズル各自獨立

ノ權利ハ互ヒニ同性質ナレドモ、只ダ全體ノ權利ヨリ幾分カ其範圍ノ狹小ナル權利タル可キノミ。然レドモ若シ權利ノ物體ニシテ確定物ナルトキハ、其分割シタル權利ハ只ダ其物件上ニ於ケル想像的分割ノ部分タルニ止マルベシ。

以上論述シタル所ハ物ノ分割性ニ關スル一般ノ原理ヲ宣明シタルモノトス、今茲ニ民法規定ノ全體ヲ示シ諸君ニ注意セン。財産篇第十九條ニ曰ク、

物ハ其性質當事者ノ意思又ハ法律ノ規定ニ因リ形體上又ハ智能上分割スルコトヲ得ルト否トニ從ヒテ可分物タリ不可分物タリ

或ル地役及或ル作爲又ハ不作爲ノ義務ハ性質ニ因ル不可分物ナリ

物ノ一分ノ供與ヲ以テ合意ノ目的タル便宜ヲ與フルコト能ハサルトキハ其物ハ當事者ノ意思ニ依ル不可分物ナリ

抵當及ヒ債權ノ物上擔保ハ法律ノ規定ニ因ル不可分物ナリ

ト。此法文ニ依レバ我ガ民法ハ物ノ分割性ヲ分ツテ性質ニ依ルモノト、人意ニ依ルモノト及ビ法律ノ規定ニ依ルモノトノ三種トセリ。其中法律ノ規定ニ依ルモノハ即チ法律ノ命ズル所ノマ、ナレバ別ニ論ズベキコトモナケレド、其他ハ悉ク性質ニ依ルベキモノトスルカ、然ラザレバ作爲不作爲ノ義務ノ可分不可分ハ悉ク人意ニ依ルモノトセザルヲ得ズ、人ノ作爲不作爲ノ義務中ニ性質ニ依ル可分ノモノト不可分ノモノトアルコトヲ認ムルハ五町寧

務ニ性質
上及人
上可分
可分ノ
別ナシ

ニ過ギテ有難クモナシ、爲ニ民法ノ起草者ニ餘程詳密ノ考ヘアルお手際ヲ示スニハ足ラズ、有觸タル學者ノお説ニ從ヘバ破レカ、リシ堤防ヲ修理セントノ約束ハ若シ半途ニシテ其事業ヲ廢スルトキハ其便宜ヲ失フガ故ニ、人意ニ依ル不可分ノ義務ナリト云ヘリ。サレド其義務或ハ性質上不可分ノモノトスルコトハ出來ザルヤ、而シテ又右ノ學者ハ土地開拓ノ約束ノ如キハ性質ニ依ル可分ノ義務ナリト云ヘリ。成程然ラン然レドモ土地開拓ノ事業ナレバトテ契約ノ明文ニ依リテ之ヲ不可分トナシ、半途ノ開拓ヲ許サズトスレバ矢張り人意ニ依ル不可分ノ義務ノ様ナリ。苟モ法律ノ禁ゼザル限りハ當事者ノ合意次第ニテ如何様ノ契約ニテモ出來得ルナリ、契約ガ已ニ人意ニ出ヅレバ契約ヨリ生ズル義務ヲ可分トスルモ不可分トスルモ亦人意ノ勝手次第ナラン。若シ學者ニシテ強テ人意ニ依ル可分不可分物ノ一種ヲ設クルコトガお好ミトナラバ、合意ヨリ生ズル義務ハ悉ク人意ニ出ヅル可分不可分トスルガ適當ナラン。合意ヨリ生ズル義務ノ可分不可分ニ人意ニ依ルモノト性質ニ依ルモノトノ二種アルコトヲ認ムルハ甚ダ恐レ入りタル妙案ナリ。又性質上ノ不可分物ハ當事者ノ意思又ハ法律ノ規定ヲ以テ可分トスルコト能ハズトノ議論ハ往々學者ノ云フ所ナレドモ、有體物ノ分割ハ兎モ角義務ニ就イテハ決シテ適用シ得ラルベキ明論ト申シ兼ヌルナリ。

第七節 特定物定量物及ビ代替物

特定物及
定量物
及代替
物

特定物及ビ定量物ノ區別ハ物ノ代表性ノ有無ニ關スル區別ニシテ、契約上ニ於テハ殊ニ重大ノ關係ヲ有ス左ニ其區別ニ關スル原則ヲ論述セン。

(第一) 特定物トハ即チ特別ナル物ニシテ他ノ物ヲ以テ之レヲ代表セシムルコトヲ得ザルモノヲ云フ設例ハバ余ハ余ノ時計ヲ賣渡シ若クハ乘馬ヲ貸付センコトヲ約シタルトキハ、余ハ必ズ該時計ヲ賣渡シ若クハ該乘馬ヲ貸付スルノ義務アリ。又買主若クハ借主ハ該時計若クハ該乘馬ヲ要求スルノ權利アリ。決シテ他ノ時計若クハ乘馬ヲ貸付スルノ義務ナク又之レヲ要求スルノ權利ナシ。故ニ此等ノ場合ニ於テハ時計若クハ乘馬ハ一ノ特定物(Species)ニシテ其性質ヨリ或ハ之ヲ不代替物(Res non fungibles)ト云フ(第十六條第一項及ビ第十八條)

(第二) 定量物ハ種(Genus)ヲ以テ定メタル物ニシテ苟モ同種ニシテ其ノ分量ヲ同ウスル以上ハ他物ヲ以テ之レヲ代表セシムルコトヲ得ベシ。此場合ニ於テハ債務者ハ其範圍内ニ於テ隨意ニ引渡スベキ物件ヲ撰定スルコトヲ得ルガ故ニ、其性質ヨリ或ハ之ヲ代替物(Res fungibiles)ト云フ。(第十六條第一項及ビ第十八條)

(第三) 或ル物件ノ代替物ナルカ又不代替物ナルカヲ決スルニハ左ノ原則ニ從フ。

(一) 通常ノ賣買等ニ於テ重量尺度若クハ員數ヲ以テ計算スル動産ニシテ、各物件ニ就キ特別ノ價格ナキモノハ性質上ノ代替物ナリ金圓米穀等ノ如キ是レナリ。

(二) 右ノ外ノ物件ニシテ各自特別ノ價格アルモノハ性質上ノ不代替物トス土地家屋牛馬ノ如キ是レナリ。

(三) 前二項ノ原則ハ只一般ノ標準ヲ示スモノニシテ、解釋上疑義アル場合ニ於テ初メテ適用スルコトヲ得ベシ。素ヨリ強行法ニ屬スル法律ニアラザレバ當事者ノ意思ヲ以テ隨意ニ反對ノ取引ヲ爲スコトヲ得ルハ當然ナリ。第十八條ニ法律ノ規定ノ依ル代替物ノ文字アレドモ設例ト法律ノ規定アレバトテ當事者ノ意思ヲ以

代替物不
區別スル
原則

テ必ズシモ之ニ反對スルコト能ハザルモノニアラザルベシ。即チ(第一)物件自身ニ於テハ性質上一般ニ代替物ニ屬スルモ當事者ハ特ニ之レヲ特定物トスルコトヲ得ベシ設例ハバ余ハ若干ノ金額ヲ人ニ寄托シ之ヲ流用スルコトヲ禁ジ又ハ何月何日ニ於テ余ノ金庫中ニ現存スル金錢ヲ贈與センコトヲ約シタルトキノ如シ(第一)物件自身ハ特殊ナル價格ヲ有シ性質上決シテ代替物ニ屬セザルモ當事者ハ特ニ之ヲ代替物トスルコトヲ得設例ハバ羊ノ群中ニテ若干ノ頭數ヲ借受ケ數年ノ後同種同數ノ羊ヲ返還センコトヲ約シ又ハ或ル多數ノ馬匹中ヨリ若干圓以上ノ價格アル馬匹一頭ヲ買得者ノ撰擇ニ任ジテ賣渡シタル場合ノ如キ是ナリ(第三)當事者ハ其取引ノ目的物ノ代表性ニ一定ノ範圍ヲ設クルコトヲ得而シテ此範圍ハ債權者ノ權利及債務者ノ義務ヲ制限スルナリ。即チ(イ)本來代替物ニアラザルモノヲ特ニ代替物ト爲サントスル場合ニ於テ只ダ或ル範圍内ニ於テノミ其代替性ヲ認メタルトキ設例ハバ余ガ廠ノ中ニ於ケル一頭ノ馬ヲ與ヘンコトヲ約シタルトキハ如何ナル馬ヲ以テスルモ差支ナシト雖必ズ余ガ廠中ニ於ケル馬匹ニ限ルガ如シ。(ロ)本來性質上代替物ナルモ其代替性ヲ其物ノ一種内ニ限リタルトキ、例ハバ余ガ田地ニ生ジタル麥十石ヲ讓渡サンコトヲ約シタルトキハ如何ナル麥タルヲ問ハズト雖モ、必ズ余ガ田地内ニ生ジタルモノヲラザルベカラズ。苟モ余ガ田地内ニ生ジタル麥十石以上ハ其麥ノ收穫中ニ就キ十石ノ量ヲ撰ブハ余ガ自由ナリ。

右ニ論述シタル所ヲ以テ代替物不代替物ノ區別ニ關スル定説トス。民法財産篇第十八條ニ曰ク、物ハ當事者ノ意思又ハ法律ノ規定ニ因リ同種ノ物ヲ以テ代フコトヲ得ルト否トニ從ヒテ代替物タリ不代替物

タリ

ト。此明文ニ依レバ當事者ノ意思ニ依ル代替物不代替物及ビ法律ノ規定ニ因ル代替物不代替物ノ二種アルコトヲ認メタリ。然レドモ已ニ論述スルガ如ク代替物不代替物ノ區別ハ主トシテ其性質上ヨリ來ルモノニシテ法律若クハ當事者ノ意思ハ只性質上ノ代替物ヲ特ニ不代替物トシ又ハ不代替物ヲ特ニ代替物トスルモノニ外ナラズ、我立法官ハ動産不動産ノ區別ノ所ニテハ物ノ性質ニ依ル區別ヲ主トシタルニ係ハラズ其ノ代替物不代替物ヲ説明スルノ點ニ至リテハ物ノ性質ニ因ル代替物ナド、云フコトハ更ニ頓着ナキガ如シ。今ニ初メ又立法官ノお手際別ニ評スル迄モナシ。

第八節 消費物及ビ不消費物

消費物トハ一回ノ使用ニテ消滅シ若クハ耗盡スル動産物ヲ云フ而シテ其消滅又ハ耗盡即チ消費ハ全體タルト又一部分タルトヲ問ハズ。設例ヘバ一瓶ノ酒ヲ飲盡シタルトキハ之ヲ全體ノ消費ト言フベク一本ノ蠟燭ニ點火シタルトキハ其中バヲ消費シタル者ト云フヲ得ベシ。故ニ消費物ニ屬スル者ハ即チ總テノ飲食物煙草燃質物炭油食鹽等ニシテ金錢ハ其性質上ヨリ消費物タルコトヲ得。然レドモ茲ニ注意ス可キハ所謂消費トハ單ニ物件ヲ使用スル事即チ用立テスル事トハ其性質大ニ異ナル所アルノ一事ナリ。單一ノ使用即チ用立ツル事ノミヲ以テ直チニ消費ト見做ス可カラズ。設例ヘバ一ノ不動産タル家屋ノ如キ久シク之ヲ使用スレバ遂ニ頽廢シ亦使用ス可カラザルニ至ルモ家屋ヲ使用スルノ目的ハ決シテ家屋ヲ消滅シ若クハ耗盡スルモノニアラズ、又消費物トハ一ノ使用ニヨリ

消費物及
不消費物

使用ト消
費

消費物ト
代替物ト
ノ關係

テ消耗スル物ノ義ナレバ、使用ニヨラズシテ自然ニ消耗滅盡スルモノハ素ヨリ消費物ニアラズ又其使用ノ大小如何ニ從ヒ消費物非消費物トヲ區別シ得ベキ者ニアラズ、若シ果シテ使用ノ大小ニヨリ之ヲ區別スル者トセバ其大小ノ程度ハ如何ナル點ニ於テ之ヲ區別スベキヤ之レガ標準ヲ發見スルコト甚ダ難キノミナラズ、消費物ト非消費物トヲ區別スル法律上ノ要點ハ決シテ使用ノ如何ニ關スル者ニアラズ。蓋シ法律上消費物ト非消費物トヲ區別スル實際上ノ利益ハ主トシテ同種ノ物ヲ以テ義務ヲ完了スルコトヲ得ルヤ否ノ點ニ在リ。設例ヘバ或物品ヲ他人ニ使用セシメン爲メ、之ヲ貸渡シタル場合ニ於テ若シ其物品ニシテ消費物タル以上ハ別ニ特約アル場合ノ外、借受人ハ其物品ヲ自己ノ物品トシテ其用ニ供シ之ヲ消費スベシ、而シテ其借受人ハ期限ニ及ビ單ニ同種ノ物ヲ返却スレバ足レリ。必ズシモ現ニ先キニ借リタル確定ノ物品自身ヲ返還スルコトヲ要セズ、只ダ之ト同量同質ノ者ヲ以テスレバ即チ其義務ヲ免ル、ヲ得ベシ、之レニ反シ單ニ使用シ得ベキ物品、設例ヘバ我氈又ハ窓掛ケ椅子衣服帽子等ノ如キハ決シテ消費物ニ屬スル者ニアラザルヲ以テ、今余一ツノ椅子若クハ帽子ヲ人ヨリ借受ケ之ヲ使用スルトキハ、余ハ只ダ是等ノ物品ヲ使用シ得ルノミニシテ之レヲ消費スルヲ得ズ、其返還ノ時期ニ至リテハ余ハ現ニ先キニ借リタル椅子若クハ帽子ヲ返還スルノ義務アリトス。民法財產篇第十七條ニ「物ハ其性質ニ依リ一回ノ使用ニテ消費スルト否トニ從ヒテ消費物タリ不消費物タリ」ト云ヘルハ即チ此意ニ外ナラザルモノトスベシ。上來論述シタル所ニ付テ熟考スレバ消費物ト代替物トハ相互ニ或ル關係ヲ保維スルコトヲ知ルヲ得ベシ。其關係ハ即チ左ノ如シ。

第一、苟モノノ消費物タル以上ハ其物件ハ性質上當然代替物ナリ。但シ本來消費物タル者ト雖モ特ニ是ヲ確定物ト見做スヲ得ザルニアラズ。例ヘバ余ハ今特殊ナル某ノ酒一樽ヲ購求シタリトセンカ、余ハ一ツノ消費物ヲ買求シタルニ相違ナケレドモ敢テ一ツノ代替物ヲ買求メタルニアラズ。只ダ一ツノ確定物タル消費物ヲ買求シタルニ外ナラズ、民法財産篇第十八條第二項ニ定量物及ビ一回ノ使用ニテ消費スルモノハ概シテ當事者ノ意思ニ因ル代替物ト看做スト云ヒ「概シテ」ノ文字ヲ挿入シタルモ亦是意ナリ。

第二、本來代替物ニシテ亦概シテ消費物タル者ト雖モ必ズシモ然ラザル者アリ、例ヘバ釘、煉瓦、ピン等ハ本來代替物ナリト雖モ一回ノ使用ニテ決シテ消耗ス可キ者ニアラズ、但シ此等ノ物タル通常ノ取引ノ場合ニ於テハ煉瓦其他ノ物件ハ建築ノ用ニ供スルモノ甚ダ多ク即チ一ツノ目的ノ爲メニ消費シ了ルモノタルニ過ギザルトキハ通常之ヲ消費物トスルコト當事者ノ本意ナリトス。

第九節 單一物及ビ聚合物

單一物及
聚合物

物ニ單一ナルモノト否ラザルモノトアリ、單一物 (Res singulae) トハ天爲ニ出ヅルト人工ニ出ヅルトヲ問ハズ其物自身ニ於テ獨立ナル一體即チ物理的全體ヲ成スモノヲ謂フ、設例ヘバ天然上單一物ナルモノハ一個ノ石一疋ノ獸等ノ如ク其人工ニ出ヅルモノハ一個ノ家屋ノ如シ。

各單一物ハ當然天爲若クハ人工ニ依リ一體ヲ構成スル所ノ數多ノ部分ヨリ成立ス而シテ此數部分ヨリ成立スル一體タル點ヨリ觀察シテ羅馬法ハ之ヲ合成物 (Universitas rerum cohaerentium) ト稱シタリ、設例ヘバ二個ノ家

屋ハ二個ノ單一物ニシテ各家屋ハ一個ノ合成物ナルガ如シ而シテ斯ノ如キ一ノ合成物ハ其部分ヲ變更スルモ法律上仍ホ一體タルコトヲ失ハザルヲ原則トス。設例ヘバ一ノ家屋ノ瓦石ヲ取り去リ新ナル瓦石ヲ以テ之ニ換フルモ依然タル一個ノ家屋タルガ如シ。

合成物ノ外仍ホ聚合物 (Universitas rerum distinctum) ナルモノヲ認ムルノ學者アリ、是レ數多ノ單一物ヲ一ノ名義ヲ以テ之レヲ總稱スル場合ニシテ或ハ數多ノ有體物ナルコトアリ設例ヘバ余ノ有スル群畜書庫等ノ如シ。或ハ數多ノ有體物無體物ナルコトアリ、設例ヘバ余ノ總財產商業資産等ノ如シ。蓋シ斯ノ如キ聚合物ナルモノハ單ニ想像上數多ノ單一物ニ一個ノ名稱ヲ付スルノミニ止マリ、現在斯ル一體物ノ存在スルコトナキモノナリ、而シテ此ノ聚合物ナル思想ハ法律上如何ナル關係ヲ有スルカ否ヲ論ゼンニハ先ヅ左ノ場合ヲ區別スルコトヲ要ス。

事實上ノ
聚合物

第一、事實上ノ聚合物 (Universitas facti) 即チ數多ノ單一ナル有體物ヲ總稱スルニ一ノ名義ヲ以テスル場合ナリ我民法ニ於テハ唯此場合ノミヲ聚合物ト稱シ財産篇第十六條第三ニ「聚合物即チ群畜書庫ノ書籍店舖ノ商品ノ如キモノ」云々ト明言セリ然レドモ此種ノ聚合物ハ法律上決シテ之ヲ一體物ト見做スベキモノニアラズ設例ヘバ書庫ノ賣買ハ各單一物ナル書籍ノ賣買ト見做サマルベカラザルガ如シ、其詳細ハ後ニ至リテ仍ホ諸君ニ説明セン。

法律上ノ
聚合物即
チ包括財
產

第二、法律上ノ聚合物 (Universitas iuris) 即チ數多ノ有體物及無體物ヲ一個ノ名義ニ依リテ總稱シ法律上之ヲ一體物ト見做ス場合ナリ、我民法ノ所謂包括財産即第十六條第四ニ「包括財産即チ相續ノ總財產若クハ總不動產

又ハ相續ノ全部若クハ一分ノ如キ資産ノ全部又ハ一部ヲ組成スル物ト云ヘル場合ニ相當ス、羅馬法ニ依ルニ此種ノ聚合物ヲ占有スル者ニシテ、自己ノ金錢ヲ以テ之ニ他物ヲ附加シタルトキハ其附加セラレタル物ハ其聚合物ノ所有者ノ所有ニ歸スベキモノトシ又之レニ反シ此種ノ聚合物ノ占有者ニシテ聚合物ノ一部ノ物品ヲ賣却シタルトキハ其賣得金ハ聚合物ノ一部トシテ該聚合物ノ所有者ニ屬スベキモノトセリ。

右ニ論述シタル所ガ羅馬法ヲ基礎トシタル聚合物ニ關スル原理ナレドモ已ニ近世ノ法理ノ容レザル所ナリ、余ハ茲ニ事實上ノ聚合物及ビ法律上ノ聚合物即チ我民法ノ所謂聚合物及包括財産ニ就キ左ニ近世ノ法理ニ論及セントス。

第一 事實上ノ聚合物

前ニモ論ジタルガ如ク事實上ノ聚合物ハ單一ナル數多ノ有體物ヲ總稱スルニ一ノ名義ヲ以テスルモノナレバ、近世ノ法理ハ各單一物ト其想像的全體ト二者ノ間ニ法律上相異ナリタル關係アルコトヲ認メズ、群畜書庫等ヲ有スルモノハ群畜若クハ書庫ナル想像的一物ヲ有スルニアラズシテ有體ナル畜獸若クハ各書冊ヲ有スルモノニ過ギズ、故ニ近世ニ於テハ事實上聚合物ナルモノアルコトヲ認メズト雖、或ル關係ニ於テハ一個ノ總稱名義中ニ包含セラルベキ物體ヲ定ムルノ必要ヲ生ズルコトアリ、左ニ其場合ヲ掲グベシ。

第一、賣買讓與抵當質入及遺囑等ヲ爲スニ當リ當事者往々賣買讓與抵當ト爲スベキ物體ヲ指示スルニ一個ノ總稱名詞ヲ以テスルコトアリ此等ノ場合ニ於テハ當事者ハ此等ノ物體ヲ一體ト見做シタルカ又如何ナル程度ニマデ

事實上ノ
聚合物ノ
ナ

之ヲ一體ト見做シタルカ其意思如何ヲ推定スルコトヲ要ス、故ニ此等ノ問題ヲ決スルハ只ダ當事者ノ意思ヲ推定スベキ解釋上ノ問題ナリ、法律ノ明文ヲ以テ豫メ規定スベキ法律上ノ區別ニアラザルナリ、左ニ此解釋ニ關スル原則ヲ示ス。

聚合物ノ
讓渡

(イ) 總稱名義ヲ以テ或ル物ヲ賣渡シタル場合設例ヘバ一ツノ書庫ヲ賣渡シタル場合ニ於テ賣渡人ハ其書庫全體ヲ一體トシテ賣渡シタルヤ否ニ就キ疑義ヲ生ジタルトキハ其所謂書庫トハ單ニ各書冊ヲ總稱セル名義ニ過ギザレバ賣渡ノ契約ヲ結ブノ當時ニ於テ書庫中ニ存在セル各種ノ書冊ヲ賣渡シタルモノト解セザルベカラズ、故ニ賣渡契約結了ノ後ニ於テハ其書庫中ノ書冊ハ買受人ニ屬スルヲ以テ賣渡人ニ於テ自由ニ之ヲ取去ルコトヲ得ザルナリ、是レ最モ見易キ普通ノ推測ナリ、然レドモ之ニ反シ當事者ノ意思ニシテ顯然或ル數多ノ物品ヲ一體トシテ賣買スルニ在ルコト明了ナルトキハ其意思ニ從ヒ之レヲ一體物ト見做サルベカラズ、設例ヘバ人アリ、其商業全體ヲ讓渡サントスルニ際シ年末十二月三十一日ノ現況ニ於ケル儘ノ商業ヲ讓渡サンコトヲ約シタルトキハ當事者ノ意思ハ該月日ニ於ケル商業全體ヲ讓渡スニ在ルコト明白ナレバ、苟モ惡意アルニアラザレバ該讓渡契約結了ノ後ト雖、讓渡人ニ於テ負擔シタル負債若クハ其取得シタル利益ハ其儘讓受人ニ移轉スベシ、然ルニ我民法ノ財産篇第十六條第三ニハ「書庫ノ書籍ノ如キ増減シ得ヘキ物」ヲ以テ聚合物ナリト明定セリ、相モ變ラズ民法ノ陳腐說珍ラシクモナケレドモ諸君ノ爲ニ其ノ誤謬ノ點ヲ指示スレバ、(第一) 聚合物ト否トノ區別ハ全ク解釋上ノ事ニ屬シ只ダ或ル場合ニ於テ當事者ノ意思ヲ推測スベキ用語ノ

意義如何ヲ定ムル點ニ於テノミ必要ナルニ過ギザルニ我民法ハ法律上ニ此區別ヲ設ケタリ(第二) 書庫(其他第十六條第三ニ記載セル物)ノ如キ物ヲ賣買シタルモノアルトキハ書庫全體ノ賣買ニアラズシテ其賣買契約ノ當時ニ書庫中ニ存在スル各種ノ書冊ノ賣買ニ外ナラザルモノト解スベキハ前述セル理由ノ如シト雖モ我民法ハ明文ヲ以テ之ヲ聚合物ト定メタリ、故ニ賣買契約結了ノ後其書冊ヲ取去リ又ハ新ニ之ニ書冊ヲ加フルモ依然タル一書庫ノ賣買トスルコトナラン、書庫群畜店舖ヲ賣買セントスルモノハ能ク々々注意セザレバ劍吞此上ナシ一般普通ノ法理デハ仲々民法ハ解シ兼ヌルナリ。(第三) 要スルニ民法ハ合成物ト聚合物ノ區別ヲ混同シ生マカジリニ羅馬法ノ區別ヲ採用シタルナラン、已ニ論ズルガ如ク合成物ナルモノハ其構成ノ部分ヲ變更スルモ依然同一物タリトノ原理ヲ以テ之ヲ全ク異リタル聚合物ト同視シタルモノナルベシ是レ財產篇第十六條第三ノ聚合物ノ定義中ニ「増減シ得ベキ物」ノ一句アルニ依リテ明白ナリ、成程一個ノ家屋ハ實ニ一ノ合成物ニシテ之ヲ構成スル所ノ部分即チ多少ノ瓦若クハ石等ヲ取換フルモ依然一個ノ家屋ナレドモ之ヲ書庫ノ如キ聚合物ト同視シ書庫ノ書冊ヲ取換フルモ依然タル書庫ニシテ法律上同一物タルコトヲ失ハズトスルニ至リテハ古來法律ノ未ダ知ラザル所ナリ、或ハ之レヲ羅馬法ノ初歩ヲモ學ビタルコトナキ空想學者ノ新發明ト謂ハンカ。

聚合物ノ
抵當

(ロ) 前項ニ反シ若シ總稱ノ名義ヲ以テ數多ノ物ヲ抵當ト爲シタル場合ニ於テ一體トシテ此等ノ物ヲ抵當ト爲シタルヤ否ニ就キ疑義ヲ生ジタルトキハ抵當ノ當時ニ於テ該名義中ニ包含スベキ諸種ノ物件ノミナラズ、抵

聚合物ノ
遺囑

當後ニ了得シ又ハ増加シタル物件ヲモ包含スベキモノト推測シテ解釋スルヲ通則トス、然レドモ之ニ反シ抵當後ニ於ケル物件ノ減少ハ其物件ヲ引去リタルガ爲メニ抵當ノ關係ヲ脱セシムルコトヲ得ズ。

(ハ) 總稱ノ名義ヲ以テ數多ノ物ヲ遺囑シタル場合ニ於テ疑義アルトキハ之ヲ一體トシテ讓渡シタルモノトスルヲ通則トス遺囑者ノ死亡前ニ於ケル物件ノ増減如何ハ關係スル所ニアラズ設例ヘバ遺囑ニ依リ書庫ノ讓渡ヲ受ケタル者ハ遺囑ノ當時ニ於ケル書庫中ノ書冊ヲ讓受ケタルモノニアラズシテ死亡ノ當時ニ書庫中ニ存在スル書冊ヲ讓受ケタルモノニ過ギズ。

右ニ記載シタル賣買抵當及遺囑ニ於ケル場合ハ孰レモ當事者ノ意思ヲ解釋スルモノニ外ナラザルヲ以テ當事者ハ素ヨリ之ニ反對セル契約ヲ爲スコトヲ得ベキハ當然ナリ。

第二、近世ノ法學者中ニモ數多ノ有體物ノ想像的一體ヲ各有體物ニ關係ナクシテ特ニ想像的一體物トシテ占有シ及ビ所有スルコトヲ得ベキコトヲ主張スルモノナリト雖、素ヨリ架空ノ說ニ屬シ到底爲シ得ベカラザル想像タルニ過ギズ、設例ヘバ余ニシテ羊五十頭若クハ書籍數百冊ヲ占有セントカ或ハ之レヲ余ハ一群ノ羊若クハ一個ノ書庫ヲ占有スト云フコトヲ得ベシト雖モ是レ單ニ用語ノミ余ノ現在占有スルモノハ決シテ無形ナル想像物ニアラズシテ有形ナル各羊若クハ各書冊ナリ、此事實ヲ單稱スル爲メ只ダ羊群若クハ書庫等ノ語辭ヲ用フルモノニ外ナラズ、故ニ總稱名義ニ包含セラレタル物ヲ占有セント欲セバ先ヅ各物件ニ付キテ之ガ占有ヲ爲サマルベカラズ。

聚合物ノ
占有及所

所有ニ就テモ亦占有ノ場合ト其趣ヲ同ウシ吾人ハ單一ノ想像ノミヲ所有スルコト能ハザルヲ以テ總稱名義ヲ有スル數多ノ物品ハ唯ダ其名義中ニ包含セラル、所ノ各有體物ヲ所有スルモノニ外ナラザルナリ、設例ヘバ人アリ余ニ一ノ書庫ヲ贈與シ贈與契約ニ依リ之ヲ余ニ引渡サント欲セバ書庫中ノ各書冊ヲ引渡サマルベカラズ而シテ悉ク之レヲ引渡シ了リタルトキハ用語ヲ單簡ナラシムルガ爲メニ余ハ此書庫ヲ所有スト云フ迄ナリ、故ニ若シ此場合ニ於テ一冊ノ書冊ト雖モ仍ホ引渡ヲ爲サマルモノアルトキハ其書冊ハ仍ホ贈與者ノ所有タルベク余ハ其引渡ヲ待ツテ初メテ其所有權ヲ得有スベキナリ。

此種ノ聚合物ハ一體トシテ占有又ハ所有スルコト能ハザルハ今日學者ノ定説ニシテ又實際法律上之レヲ一體トスルコトナシト雖モ羅馬法ガ群畜ニ就キ設ケタル一ノ例外トモ稱スベキ場合アリ即チ群畜ハ農業經濟ノ上ニ於テハ一體物トシテ之ヲ取扱ヒ若シ一ノ群畜ニシテ偶マ他人ノ占領スル所トナルトキハ其所有者ハ一體物トシテ其取戻ヲ請求スルノ訴ヲ許シタリ、然レドモ其請求者ハ群畜ノ各頭ニ付キ所有權ヲ有スルコトヲ證明セザルベカラズ此證明ヲ爲スコト能ハザルトキハ決シテ一體物トシテ之ヲ請求スルコトヲ許サマリシナリ、蓋シ羅馬法學者ガ之レヲ一體物ト見做シタル理由ハ當時尤モ流行セシストイック派ノ哲學論ニ基ケリ、近世ノ法律ニ採用スベキモノニアラズ。

第二 法律上ノ聚合物

法律上ノ聚合物即チ財產篇第十六條ノ所謂包括財產ハ或ル場合ニ於テハ眞ニ法律上一體物トスルコトアリ、之

法律上ノ
聚合物

ヲ羅馬法ニ照スニ其場合ニアリ一ハ總財產相續ノ場合ニシテ一ハ家兒特有財產ノ場合ナリ、民法中相續篇及人事篇未ダ其發布ニ至ラザレバ茲ニ其規定如何ヲ論ズルコト能ハズト雖、相續ニ付キ我民法ガ包括財產ヲ認ムルコトハ第十六條ノ明文ニ依リ推定セラルベキヲ以テ、余ハ羅馬法ニ基キ左ニ相續ニ關シ人ノ全體ノ資産ヲ一體ト見做ス場合ヲ論述セン。

第一、一家ノ總財產ヲ相續スル者ハ一體トシテ之レヲ得有スルガ故ニ死者ノ所有物債權負債權等一切ノ權利義務ヲ併セテ相續スベシ、然レドモ一家ノ財產ヲ以テ包括財產トシ之ヲ一體トシテ之ヲ他人ニ讓與スルコトヲ得ズ。

第二、相續ニ依リ得有スベキ財產ノ全部若クハ一部ニシテ不當ニ他人ノ手ニ在ルトキハ相續人ハ之ヲ一體ノ財產中ニ在ルモノト見做シ一ノ相續訴訟ニ依リ之レヲ請求スルコトヲ得、然レドモ是レ又相續ノ場合ノミニ限ルヲ以テ若シ余ノ財產ニシテ他人ノ手ニ存スルモノアラバ余ハ其各物件ニ就キ其取戻ヲ請求スルノ訴ヲ起サマルベカラズ。

第三、若シ相續ニ依リ得有ス可キ財產ヲ他人ニ於テ不當ニ之ヲ賣却シタルトキハ相續財產ノ一部トシテ其代價若クハ其物件ヲ請求スルコトヲ得ベシ、之ニ反シ若シ相續財產ニ係ラザルトキハ大ニ其趣ヲ異ニセリ、設例ヘバ余ハ余ノ過半ノ財產ヲ余ノ管理者ニ委託シタルニ管理者ハ余ノ財產ヲ以テ私ニ一ノ駿馬ヲ購求シタルトキハ此駿馬ハ余ノ所有ニアラザレバ之ヲ請求スルコトヲ得ズシテ只ダ其私セシ財產ヲ請求スルコトヲ得ルニ過ギザル

ベシ若シ又該管理者ニシテ余ノ承諾ヲ經ズ余ノ馬匹ヲ非常ノ巨額ニ賣却シ其代價ヲ私セシトキハ其代價ノ金圓ハ余ノ有ニアラズ、余ハ依然タル該馬匹ノ所有主タルベキヲ以テ何人ト雖モ其馬匹ヲ占有スル者ニ對シ取戻ノ訴ヲ起スコトヲ得ルニ過ギザルベシ。

第十節 其他ノ物ノ區別

其他ノ物ノ區別

上來論述シタル所ヲ以テ古來法律家ノ概ネ採用シ若クハ不必要ナルニモセヨ多少ノ説明ヲ要スベキモノトセル物ノ區別トス、然レドモ我立法官ハ總則中ニ仍ホ時効ニ罹ルコトヲ得ベキ物ト得ベカラザル物トノ區別ヲ設ケ又差押フルコトヲ得ベキ物ト得ベカラザル物トノ區別ヲ設ケタリ(第二十八條及第二十九條)、然レドモ此等ノ物ノ區別タル單ニ法律上ノ結果ノ差異ニ基キタルモノニシテ民法若クハ訴訟法ノ各條ニ於テ明定スル所ナリ、總則モ亦法律ナリ、法律ノ各條ト總則トハ決シテ重複スルコトヲ許サズ、總則ヲ以テ法律各條ノ拔キ書キト同視スルハ教科用書ノ總論ヲ以テ直ニ法律ノ總則ト心得タル教師ガ塗板ヲ相手ノ講釋ナリ、立法官タル者ノ夢ニダモ見ザル考ヘナリ、若シ夫レ法律各條規定ノ結果ニ依ルモノヲモ悉ク總則中ニ物ノ區別トシテ之レヲ記載スルノ要アリトセバ右等ノ外ニモ澤山ノ區別アラシ、抵當ト爲スコトヲ得ベキ物アリ得ベカラザル物アリ、收益ヲ爲スコトヲ得ベキ物アリ得ベカラザル物アリ、合意ヲ以テ制限スルコトヲ得ベキ物アリ得ベカラザル物アリ、渡收スルコトヲ得ベキモノアリ得ベカラザル物アリ、讓渡ニ登記ヲ要スル物アリ要セザル物アリ、物ノ所在地ノ裁判所ニ訴フルコトヲ得ベキモノアリ得ベカラザル物アリ、實ニ際限ナカルベシ、我民法ノ起草者ハ如何ナル風ノ吹キ廻ハシ

ニ斯カル區別ヲ設ケタルカ其意ヲ推シ兼ヌルナリ、然レドモ此等不要ノ區別ハ左迄難ズルニモ及バズ余輩ハ草案者ガ或ハ性質ニ依ルトカ或ハ人意ニ依ルトカ云フガ如キ區別ヲ擴張スルコトナカリシヲ祝セザルヲ得ズ、若シ夫レ法律中ニ「第何條、物ニ三角ナルアリまん丸ナルアリ額布團又ハ十五夜ノ月ノ如シ、第何條、物ニ堅牢ナルアリ堅牢ナラザルアリ、金時ノ金棒又ハ根岸ノ絹漉シ豆腐ノ如シ、第何條、物ニ汽車ノ中ヨリ見渡スコトヲ得ベキ物アリ得ベカラザルモノアリ自分ノ腦天又ハ川崎田甫ノ梨島ノ如シ」杯云フ明文ノ顯出シタランニハ新法典ノ不面目此上ナカリシコトナラン。

第一部 物權

第一章 所有權

第一節 所有權總說

所有權ノ
定義

所有權 (Proprietas, rei dominium) ハ直接ニ物ノ上ニ於ケル一般ノ權利ナリ、其他ノ物權設例ヘバ用益權地役權
抵當權ノ如キハ只ダ或ル關係ニ於ケルノミノ權利ニシテ一般ノ性質ナシ、故ニ現ニ所有者ニ屬スル使用收益ノ權
利廣狹ヲ以テ所有權ノ存否ヲ斷ズベカラズ、現ニ三者ニ其全處分權ヲ制限セラレタルノ故ヲ以テ所有權ナシトス
ベカラズ、又一ノ所有權タルニハ現在其所有ノ物件ニ對シテ完全ノ權利ヲ行フコトヲ必要トセズ只ダ再ビ完全ノ
權利ヲ行フコトヲ得ベキ能力ヲ有スレバ則チ足レリ、抑所有權ノ定義ニ就テハ學者ノ間多少ノ異說アリ近世ノ學
者中ニモ往々所有權ヲ以テ物ノ上ニ於ケル無制限若クハ完全ノ權利ト定義スルモノアリ、就中佛國民法ノ如キハ
所有權ヲ定解シテ法律ノ禁制ナキ以上ハ最モ完全ナル方法 (De la manière la plus absolue) ニ於テ物ヲ利用シ及
處分スルノ權利ナリト爲シ、完全ナルヨリ仍ホ最モ完全ナル方法アルベキモノトセルモ不思議ナレドモ元來此種
ノ定義ハ其本原ヲ誤ルモノタルヲ免レズ、何トナレバ何人モ知ルガ如ク設例ヘ所有權ニ多少ノ制限ヲ加ヘテ之レ

ヲ不完全ナラシムルモ仍ホ其所有權タルヲ失ハザレバナリ、又最モ古代ノ學者ニ在リテハ所有權内ニ包含スル各種ノ權利ヲ枚擧シ之ヲ合シテ一ノ所有權ヲ成スベキモノトシタレドモ其誤謬タルコト勿論ナリ。何トナレバ所有權中ニ包含スル諸種ノ權利中其一ヲ缺クモ仍ホ所有權タルコトヲ得レバナリ、而シテ我民法ノ規定果シテ如何、諸君ハ未ダ民法明文ヲ見ズシテ我民法ガ採用スル所ハ即チ例ニ依ツテ最古ノ陳腐說ニ在ルコトヲ推知セン、財產篇第三十條ニ曰ク「所有權トハ自由ニ物ノ使用收益及ヒ處分ヲ爲ス權利ヲ謂フ」ト諸君ハ諸君ノ推測甚ダ當レルヲ喜ブカ將タ之レヲ悲ムカ余ハ諸君ガ今更ラ別ニ喜ビモセズ又悲ミモセザルヲ歎ズルナリ、民法ガ所有權ヲ定解シテ物ノ使用收益及ビ處分ノ權トセルハ如何ナル意義ナルカ法文通リニ讀下セバ使用收益處分ノ三權ヲ以テ所有權成立ノ必要元素トセルモノト解セザルヲ得ズ、故ニ此三權中其一ヲ缺クトキハ已ニ所有權ニアラザルベシ、試ミニ余ハ余ノ所有ノ家屋ヲ他人ニ貸與シ之レヲ使用スルノ權ヲ與ヘシガ余ハ已ニ余ノ家屋ノ所有者ニアラザルベシ、蓋シ斯クノ如キ法理ハマサカニ我立法官ノ採用スル所ニアラザルベシ、然レドモ我國ノ如キ幼稚ナル民法ヲ有スル邦國ニ於テハ法律ノ明文如何ニ拘ラズ法律起草者ガ腦裡ニ存スル自分極メノ思想ヲ以テ法文以外ニ法文ヲ解スルコト往々其必要ヲ發生スルコト必ズシモ此一事ニ止マラザルヲ以テ、今日ニ於ケル日本ノ法學者ハ法律ヲ解釋スルニ法律ノ精神ヲ推及スルヨリ寧ロ立法官否更ニ飛ンデ現ニ法律ヲ起草シタル起草者ノ腦裡ヲ搜查スルノ怪事ニ遭遇スルコトアリ、人世七十古稀ト稱ス起案者ガ谷中ノ露ト消エ失セザル其前ニトテ早々其意ヲ承ルニ使用收益處分ノ三權中使用收益ノ二權ヲ缺クモ處分ノ權サヘ残り居レバ依然所有權タルニ妨ナシトノ事ナリ、而シテ見

幼稚ナル
法律ノ解

ルト所有權ハ單ニ處分權ト云フ義ナルニ過ギサレバ殘ル二權ハ法文ノ虛飾ト申スノ外ナシ、此說ヲ聞テ呆レザルモノハ能ク我民法ノ價值ヲ知ル者ト謂フベシ、成程所有者ガ他人ニ其所有ノ物體自身ヲ消滅スル權ヲ與ヘナバ同時ニ所有權ヲ讓渡シタルガ如キノ外觀ナキニアラズト雖、余ハ所有物ヲ消滅スルノ權ヲ他人ニ與ヘタトテ何モ所有權ヲ與ヘタルモノニアラズ、他人ハ只ダ余ガ所有物ヲ消滅スルノ權アルノミ、自己ノ所有物ヲ消滅スルノ權ニハアラザルナリ而シテ他人ニシテ若シ其權ヲ實行スレバ其物ハ即チ消滅シテ何人ノ所有權ノ目的タルコトモ能ハザルニ至ルベシ、去ルヲ「處分權ノ存スル所ハ即チ所有權ノ存スル所ナリ」ナド、大法螺ヲ吹立ツルハ皮想學者ノ定論ナリ、況ンヤ處分權ハ單ニ其物件ヲ消滅セシムルノ權ノミニ止マラズ或ハ之レヲ抵當ト爲シ又ハ其物件ニ地役其他ノ義務ヲ負ハシムルコトヲ得ル等ノ權ヲモ包含スルニ於テヤ、余若シ他人ニ與フルニ余ガ所有物ヲ抵當トスルノ權ヲ以テセバ余ハ他人ニ余ノ所有物ノ處分權ヲ與ヘタルモノナレバ余ノ所有權ハ忽チ消失シテ抵當ト爲スノ權ヲ得タル者ニ移轉スベキヤ民法ノ起草者ヲ外ニシテ他ニ之レヲ解スルモノナカルベシ。

然レドモ財產篇第三十條ヲ以テ所有權ノ定義ヲ與ヘタルモノニアラズシテ單ニ所有權中ニ包含スベキ權利ハ使用收益若クハ處分ノ權ナルコトヲ指示スルモノトスレバ不充分乍ラモ別段ノ差支ヘナカルベシ、余ハ該條ヲ論ズルノ序デニ茲ニ所有權中ニ包含スル諸權利ノ性質ヲ論述セン。

所有權中ニ包含スル諸種ノ權利ハ之ヲ物ニ對スルモノト三者ニ對スルモノトニ大別スルコトヲ得。即チ左ノ如シ。

〔第一〕物自身ニ對スル所有權中ニハ左ノ權利ヲ包含ス。

- 一、使用權、即チ物ヲ其目的ニ從ヒ自由ニ使用スルノ權利ナリ、家屋ニ住シ衣服ヲ着用スルガ如キ是レナリ。
- 二、收益權、即チ物ヨリ生ズル法律上若クハ天然上ノ利益ヲ收ムルノ權利ナリ、田島ノ收穫、貸金ノ利子ノ如キ是レナリ。

三、處分權、此權利ハ之ヲ事實上及ビ法律上ノ二種ニ區分スルコトヲ得。即チ、

處分權

(イ) 物ノ實體ヲ處分スルノ權、即チ物ヲ變更シ消費シ又ハ全部若クハ一部ヲ毀壞スルノ權利トス。

事實上ノ處分權

(ロ) 法律的ニ物ヲ處分スルノ權、即チ所有ノ物件ヲ遺棄シ又ハ他人ニ讓與シ又ハ他人ヲシテ其物上ニ抵當權地役權等ヲ設定セシムルコトヲ得ルノ權利トス。

〔第二〕物ノ所有者ハ三者ニ對シテ左ノ權利ヲ有ス。

三者ニ對スル權

- 一、三者ヲシテ物ノ使用收益及ビ處分等ニ干渉セシメザルノ權。
- 二、物ヲ占有スル權。

本權訴權及占有ニ關スル訴權

故ニ所有ニ係ル物品ニシテ若シ三者ノ手中ニ在ルトキハ所有權ハ其物件現所有者ニ對シテ二種ノ訴權ヲ行フコトヲ得、本權訴權及ビ占有ニ關スル訴權是レナリ、本權訴權ハ所有權ニ基キ占有ヲ妨害スル者ヲ排除シ若クハ其取戻ヲ爲スヲ目的トスルモノナリ故ニ起訴者ハ先ヅ其所有權アルコトヲ證明セザルベカラズ之レニ反シテ占有ニ關スル訴權ハ單ニ占有權ニ基キ其權利ヲ實行スルヲ目的トスルモノナリ故ニ此訴權ハ所有權ノ證明

充分ナラザルカ又ハ被告ガ所有權ヲ有セザルモ占有權アルコトヲ主張スル場合ニ於テ行フベキモノニシテ原告ハ只ダ占有ノ權アル事實ヲ證明スルヲ以テ足レリトス、但シ本權訴權ハ時効ニ關スル證據篇ノ規定ニ從ヒ占有ニ關スル訴權ハ財產篇第九十九條乃至第二百十二條ニ定メタル規則ニ據ルコトヲ要ス後章ニ至リテ仍ホ之ヲ詳述セム。(第三十六條)

第二節 所有權ノ物體

所有權ノ物體

所有權ノ物體タルコトヲ得ベキモノハ有體物ノミニ止マルベキハ有體物無體物ノ區別ヲ論ジタル條下ニ於テ諸君ノ已ニ熟知スル所ナリ、然レドモ權利若クハ思想等ヲ以テ物トスル古代學者ハ無體物モ亦所有權ノ物體タルコトヲ得ベキモノトセリ、成程余ハ抵當權ヲ有ストカ又ハ債權ヲ有ストカ云フコトハ日常ニ用フル話ナレドモ此ノ「有ス」ト云フ働詞ハ何モ所有權アリトノ事ヲ指示スルモノニアラス、甚ダシキハ所有ノ語ヲ以テ財產ト同視シ人ノ智識ヲ稱シテ其ノ人ノ所有物ト云ヒ形容ノ文字ヲ直ニ法律ノ實地ニ應用セントスルモノアリ、若シ權利若クハ智識等ニシテ所有權ノ物體タルコトヲ得バ雲ヲ攫ミ月ヲ捕フルガ如キモ亦民法ノ規定ニ從ヒ法廷ノ裁判ヲ經テ容易ニ之ヲ執行スルコトヲ得ン架空論者ガ自カラ其架空タル所以ヲ知ラザルモ亦故アリト謂フベシ。

所有權ノ限界

近世ノ法理ニ從ヒ所有權ノ物體ヲ以テ有體物ニ限ルモノトスレバ其所謂所有物ナルモノハ必ズ宇宙ニ一ノ場所ヲ占有セザルベカラザルコト明白ナレドモ、更ニ之レヲ各私人ニ專屬スル所有物トセンニハ其專屬ノ範圍ヲ定ムベキ限界ナカルベカラザルナリ、而シテ動產ハ各物ニ就キ獨立ノ一體ヲ爲スヲ以テ通則トス就中其動產ニシテ實

英法學者ノ架空說

際ニ分割シ得ベカラザル有體物ニ係ルトキハ必然之レヲ一物トセザルベカラズ、設例ヘバ乘馬又ハ繪畫ノ如キ是レナリ、又有體的分割ヲ爲シ得ベキ物ト雖未ダ現ニ之ヲ分割セザル間ハ其一部ノミヲ所有スルコトヲ得ズ、設例ヘバーノ反物ノ内幾千尺若クハ指環中ノ寶石ノ如キ是レナリ、之ニ反シ土地ハ全地球ヲ併セテ物理上一體ヲ構成スルヲ以テ其分界ハ必ズ人爲ノ規定ニ依ラザルヲ得ズ、而シテ該分界ハ或ハ之ヲ變更シ又ハ之ヲ分合スルコトヲ得ベシ、又タ土地ニ於ケル所有權ノ範圍ハ單ニ土地ノ表面上ノミニ止マラズ人力ノ及ブ限リハ地平線ノ上下ニ涉ルベシ、財產篇第三十四條ニ「所有者ハ其地上ニ一體ノ築造栽植ヲ爲シ又ハ之ヲ廢スルコトヲ得又其地下ニ一切ノ開鑿及採掘ヲ爲スコトヲ得」ト云ヘルハ土地所有權ノ範圍ガ地面及ビ其上下ニ及ブベキコトヲ明言セルモノナリ、然レドモ諸君ハ往々土地ニ對スル所有權ノ範圍ニ就キ一種奇怪ノ說ヲ爲スモノアルヲ了知セン、英法學者中殊ニ其多キヲ見ル、其說ニ曰ク「土地ノ所有權ハ地球ノ中心ナル零點ト土地ノ表面ニ於ケル境界線ノ各點トヲ目安ニ引キタル直線ノ範圍内ニ及ビ一ノ稜錐體ヲ爲シ地下ハ地球ノ中心ヨリ地上ハ九天無極ニ到ル」ト、若シ土地ノ範圍ニシテ地下ハ中心ノ零點ニ至リ地上ハ大空ノ無極ニ至ラバ是レ決シテ一定ノ範圍ナキナリ、限界アルモノハ零點ニアラズ又無極ニアラザルナリ豈ニ限界ナキモノヲ以テ一ノ範圍ヲ定ムルコトヲ得ンヤ先ヅ宇宙ノ廣袤限界ヲ實測シタル後ニアラザレバ此ノ說遂ニ用フベカラズ、故ニ土地ノ限界ハ地面ノ上下ニ及ブトハ只ダ通常人カヲ及ボシ得ベキ範圍ニ止マルノミ、財產篇第三十四條ガ一切ノ築造及ビ一切ノ開鑿等ノ文字ヲ以テ此ノ意ヲ表出シバーベルノ高塔モ谷底ノ平屋モ麴町ノ井戸モ裏口ノ塵坑モ一切一切ノ一句ヲ以テ之レヲ掩ヒ民法ノ明文ヲ以

テ宇宙ノ測量ヲ始メザリシハ稱賛スルニ餘リアリ、起草者ガ立法官タルノ技能ハ實ニ此一點ニ於テ揚々顯出シタリト謂フベシ、諸君ハ只ダ其異例ニ驚カン。

土地分界ノ制度境界ニ關スル爭議等ニ就キテハ頗ル論ズベキモノアレドモ枝葉ニ涉ルヲ以テ今之ヲ略ス。

第三節 所有權ノ制限

第一款 總論

所有權ノ制限

公法的私法的の觀察

所有權不可侵ノ原理ハ古來各國法律ノ認ムル所ナリ、人ノ所有物ヲ奪フモノハ或ハ刑法ヲ以テ之ヲ處罰シ又ハ民事上之レガ取戻ヲ受クルノ義務ヲ負ハシメタリ、然レドモ所有權不可侵ノ原理ハ公法上ノ關係ヲ有シ就中羅馬法ニ於テハ所有權ヲ以テ公事ニ屬スルモノトセリ、近古ニ至リテヨリ歐洲各國ハ憲法上ニ此原理ヲ認メ我帝國憲法モ亦法律即チ帝國議會ノ協賛ヲ經タル規則ニ依ルニアラザレバ帝國臣民ノ所有權ヲ侵スベカラザルコトヲ明定セリ、財產篇第三十條モ亦憲法ノ欣慕セラル、ニヤ法律若クハ合意ニ依ルニアラザレバ所有權ヲ制限スルコトヲ得ザル旨ヲ規定スト雖モ法律ニ依ルニアラザレバ所有權ヲ侵スベカラザルトノ原理ハ只ダ國ト人民トノ間ニ於ケル關係ヲ支配スルニ過キズ、語ヲ換ヘテ之レヲ謂ハ、國ハ人民ノ承諾ヲ經タル規則ニ依ルニアラザレバ人民ノ所有權ヲ侵スコトナキノ義ナルノミ、私人ハ勿論國ノ外府縣市町村ノ如キ公人ニシテ人民ノ所有權ヲ侵ス場合ノ如キハ素ヨリ此原理ヲ適用スベキモノニアラズ、府縣市町村ノ如キハ法律ニ依ラズシテ人民ノ所有權ヲ制限スルコトアルベキハ當然ナリ、設例ヘバ此等ノ公人ニ於テ定メタル地方規則ニ依リ地方稅ヲ徵收シ又地方火災建築警察

規則ニ依リ土地家屋ノ使用方法ヲ制限スルガ如キ是レナリ、殊ニ財產篇第三十三條ノ一地方ノ公益ノ爲メニ設ケタル地役及ビ第三十四條ノ土地ノ所有權ノ使用上公益ノ爲メニスル制限ハ行政法ニ從フベキモノト定メタル其行政法ハ必ズシモ法律ノミニアラザルコト明白ナリ、故ニ民法上所有權ノ制限ヲ論ズルニハ必ズシモ法律若クハ合意ノミニ依ルベキ場合ノミニ限ルコトヲ得ズ、法律ナルト地方規則ナルトヲ問ハズ凡テ之ヲ論述スルコトヲ要ス、財產篇第三十條ハ法律若クハ合意ニ依ルニアラザレバ所有權ヲ制限スルコトヲ得ザルコトヲ明言スレドモ、之ヲ以テ單ニ憲法上ノ原則ヲ民法中ニ挿入シタルモノトスレバ即チ不仕末ナガラモ其正確ヲ失フコトナシ。若シ又之ニ反シ之ヲ民法上ノ規定ナリトスレバ即チ全ク事實ニ反スルノ誤謬タリ、公法私法ノ區別ガ判然セザル法律ノ起案者ハ毎度ノ困リ者ナリ、法律ノ製造ハ中々うっかり出來ヌナリ。

第二款 公益ニ基ク制限

公益ニ基ク制限

公益ニ基ク制限ハ之レヲ公用徵收、公益ノ爲ニ設ケタル地役、礦物採掘及警察上ノ制限ノ四種ニ大別スルコトヲ得。

公用徵收

第一、公用徵收 (エキスプロプリアション)

公用徵收トハ公益ノ爲メ所有權ヲ收用スルノ義ナリ、余ハ今茲ニ其詳細ノ論ニ涉ラズト雖諸君ヲシテ公用徵收ノ性質ニ關スル原理ヲ了解セシムルコト甚ダ必要ナリト信ズレバ左ニ此定義ヲ分析シテ民法ノ規定ト對照セシム。

收用ノ目的

(イ) 收用ノ目的 ハ公益ノ必要ヲ充タサントスルニ在リ、而シテ其所謂公益トハ實ニ國家ノ利益ノミナラズ一般公衆ノ利益ヲ總稱シ、又其果シテ如何ナルモノヲ以テ公益トスルヤ否ハ法律ノ規定ニ從ヒ之ヲ確認シ且ツ宣言スルコトヲ要ス、是レ公用徵收ヲ爲スノ手續法タルニ過ギズト雖、民法ハ財產篇第三十一條ニ於テ「適法ニ認め及ヒ宣言シタル公益」云々ト明定シテ公用徵收法ノ幾分ヲ規定セリ、然レドモ公用徵收ニシテ苟モ公益ノ爲ナランニハ必ズシモ公用タルコトヲ要セズ、設例ヘバ砲臺建築ノ爲メ人民ノ私有地ヲ收用スル場合ノ如キ其目的ハ公益ナレドモ一般ノ公衆ハ決シテ之レヲ使用スルモノニアラズ、民法ガ公用徵收ノ文字ヲ使用スルハ甚ダ適當ヲ缺クモノニ似タリ、英米ノ法學者ハ常ニ公用 (Public use) ノ語ヲ使用セルハ近世ノ學理ニ適セズ、之レニ反シ佛國學者ハ往々公用徵收ノ原理ヲ誤ルモノアルニ關ハラズ、常ニ公益 (Pour cause d'utilité publique) ノ語ヲ使用スルハ甚ダ可ナレドモ、折角ノ民法ニ公用徵收ト云ヘル用語ヲ挿入セルハ面白クモナシ。

收用ノ主體

(ロ) 徵收ヲ爲スコトヲ得ベキ者 ハ國府縣市町村等ノ公人ハ勿論一私人ト雖モ苟モ公益ノ爲メナル以上ハ之ヲ爲スコトヲ得ベシ、私立鐵道會社ノ事業ノ如キ其例甚ダ多シトス、舊土地買上規則ハ單ニ之ヲ官廳ノミニ限リタルガ現行ノ土地收用法ニ於テ之レヲ改メタルハ甚ダ宜シ、ボ氏ノ草案ニ依レバ之レヲ國府縣郡市町村ニ限リタルガ現行ノ土地收用法ニ照シテ之レヲ刪除シタルハ眞ニ之レヲ改正ト云フベキナリ、若シボ氏ノ草案ノ儘ナリシナラバ民法ノ實施ト共ニ私立鐵道會社ハ決シテ公益ノ爲メ必要ナル土地ヲ收用スルコト能ハザ

收用ノ物

(ハ) 徵收シ得ベキ物體 ハ動産不動産ヲ問ハズト雖動産ノ公用徵收ハ其徵收毎ニ定ムル特別法ニ依ルニアラザレバ之レヲ行フコトヲ得ザルモノトセリ(第三十一條第二項)又其ノ收用ニ依リ所有者ノ強要セラル、モノハ其所有權ナレドモ、公益事業ノ爲メ一時ノ占據ヲ強要セラル、コトモアルベシ、是レ財產篇第三十二條ノ規定スル所ナレドモ該條ニ依ルトキハ、一時ノ占據ニ就テハ第三十一條ノ場合ニ於ケルガ如キ手續ヲ要セザルニ似タリ。

(ニ) 收用 トハ所有權ノ讓渡ヲ強要スルノ意ニシテ決シテ之ヲ買取ルモノニアラズ、公用徵收ハ私有權ヲ以テ公益ノ用ニ供スルナリ、夫ノ賣買ノ如ク決シテ所有者ノ承諾アルヲ必要トスルコトナシ、尤モ公用徵收ハ所有權ノ讓渡ヲ強要スルモノニ過ギザレバ所有權ヲ收用スル以上ハ、其所有者ニ對シテ相當ノ損害ヲ賠償スルコトヲ妨ガザルノミナラズ、法律ハ通常之レガ賠償ヲ爲スベキコトヲ規定セリ、是レ民法ニ償金ノ拂渡ヲ受クルニアラザレバ其所有權ノ讓渡ヲ強要セラル、ナシト明言スル所以ナリ。

右ニ論述スル所ヲ以テ公用徵收ニ關スル一般ノ原則トス、然レドモ公用徵收ニ似テ甚ダ其ノ性質ヲ異ニスルモノアリ、財產篇第三十一條末項ニ「國又ハ官廳ニ屬スル先買權及ヒ徵發令ヲ以テ定メタル物ノ徵發又ハ凶災ノ時ニ行フ物ノ徵求ニ就キテハ本條ノ例ヲ用キス」ト云ヘルハ即チ眞ノ公用徵收ト之レヲ區別シタルモノナリ、先買權ノ如キハ賣買ニ屬シテ徵收ニアラズ、又徵發徵求、設例ヘバ戰時ニ人民私有ノ馬匹ヲ徵收スルガ如キハ

官廳ハ法人ニアラズ

學者往々之レヲ動産ノ公用徵收ト同視スルモノアレドモ、何レモ國家危急ノ際ニ施スベキ非常權ノ施行ニシテ之レヲ行フノ權アルモノモ亦國ノミニ限ルヲ以テ之レヲ公用徵收ト區別スルヲ適當トス、但シ民法ガ「國又ハ官廳ノ先買權」ト明言セルハ甚ダ見苦シクモ亦淺幕ナリ、國又ハ官廳ノ權ト云フカラニハ官廳モ亦法律上一個人即チ法人ト認メタルコト明カナリ、民法ノ起草者デモ人即チ自然人若クハ法人ニアラザレバ權利ノ主體タルコト能ハザルトノ法律初步ノ原則ハ五存ジアルベシ、官廳ガ一ノ法人ト云フコトハ如何ナル時代如何ナル國ノ法律デモ未ダ嘗テ知ラザル所ナリ、官廳ハ國ヨリ委任セララル事務ヲ執ル所ノ者ニ過ギズ、官廳ハ法人ニアラズトハ法人論ノ開卷第一ニ學者ノ注意スル所ナリ、我立法官ノ法人論ハ如何ナルモノカ聞カマホシ、定メテ歐米古今ノ大學者ヲシテ感心セシムルノ大發明アラン。

第二、公益ノ爲メニ設ケタル地役

公益ノ爲メニ設ケタル地役

財產篇第三十三條ニ「物料ノ採掘、道路ノ劃線、樹木ノ採伐水其他ノ物ノ收取ニ付キ一般又ハ一地方ノ公益ノ爲メ設ケタル地役ハ行政法ヲ以テ之ヲ規定ス」ト云ヘリ、即チ山林ノ採伐ハ山林法用水ハ水利法等行政事項ヲ定メタル法律ニ依ルモノアルベシト雖、又各地方ニ於テ市町村等自治體ノ規則ニ依ル制限モアルベシ蓋シ此等ノ法律規則ハ公ケノ經濟上甚ダ重要ナリト雖モ我國ニ於テハ未ダ此等ノ事ヲ規定セル法律規則ナシ。

第三、礦物ノ採掘

財產篇第三十五條ニ曰ク「礦物ノ所有權及ヒ其試掘若クハ開抗ハ特別法ヲ以テ之ヲ規定ス」ト、則チ現行礦

礦物ノ所有權

山條例ヲ指示スルナリ、事公法ニ屬スルヲ以テ余ハ茲ニ詳細ノ論述ヲ爲サズト雖モ礦物ノ所有權ノ性質及制限等ニ就キ其原理ヲ示サン。

未ダ採掘セザル地中ノ礦物ハ一個人ノ私有地内ニ於ケルモノト雖悉ク國ノ所有ニ屬ス、土地ノ私有權ト礦物ノ所有權トヲ分離スルハ近世礦法ノ原理ナリ、然レドモ可成天產ヲ發開シテ之ヲ利用スルハ公ケノ經濟上重要ノ急務タルベキヲ以テ法律上一定ノ規則ニ從ヒ國ハ其礦物ノ所有權ヲ以テ私人ニ讓渡スルヲ常則トス、採掘ノ許可ハ即チ同時ニ或ル區域内ニ於ケル礦物ノ所有權ヲ私人ニ附與スルナリ、故ニ採掘ノ許可ヲ得タルモノハ他人ノ私有地内ニ於ケルモノニ係ルモ仍ホ之レヲ所有シ且ツ之ヲ採掘スルノ權利アリ、但シ現行法律ハ採掘ノ許可ヲ得タル區域中ノ礦物ト雖モ採掘セザルモノニ就テハ私人ノ所有權ヲ認メズ、許可ノ區域ヲ鑛山借區ト稱シ私人ハ礦物ヲ採掘シテ始メテ其所有權ヲ得有スルニ過ギザレバ恰モ出稼人ノ事業タルニ似タリ、故ニ往々將來ノ利害ヲ考察セズ天物ヲ暴殄スルノ弊害アリト雖モ鑛業ノ本旨ハ天產ヲ發開シテ人類ノ用ニ供スルニ在レバ他人ノ所有地内ニ於ケル礦物ト雖モ之ヲ採掘スルコトヲ得ベク、又採掘ノ許可ヲ得タル者ニシテ多年其事業ヲ繼續セズ或ハ鑛山ヲ荒廢ニ歸セシムルガ如キコトアラバ、忽チ其許可ヲ取消スコトヲ得ベキモノトセリ、故ニ此目的ヲ達センガ爲メニ私人ノ土地モ多少ノ制限ヲ受ケ、又採掘者ガ一旦許可セラレタル權利ヲモ失フニ至ルベシ、要スルニ礦法ハ全ク公益ヲ與フルヲ目的トスル法規ナレバ私人ノ所有權ヲ制限スル場合甚ダ多シトス。

第四、警察上ノ制限

採掘ノ制限

警察上ノ制限

火災警察建築警察及ビ衛生警察上ヨリ土地家屋ノ所有權ハ多少ノ制限ヲ受クベシ、民法中特ニ此等ノ場合ヲ規定スル明文ナシト雖、元來民法ガ教科用書ナラバ兎モ角民法ノ明文トシテ斯ク々々ノ制限ハ何法ニ規定ストカ云フガ如キ注意ヲ記載スルニ及バズ、現今ハ兎モ角將來トモ苟モ法律規則ヲ制定シテ所有權ヲ制限スル場合アル以上ハ、到底逐一之レヲ民法中ニ明記スルコト叶フマジ、他ノ法律規則ハ他ノ法律規則ナリ民法ハ民法ナリ、民法ハ他ノ法律ト併立スルモノトスレバ夫レニテ足レリ、立法官ハ餘計ナ心配ニ餘計ナ苦勞ヲ求メテ而シテ其心配ハ仍ホ依然トシテ存在スルモノナリ。

第三款 相隣權

民法ノ大誤見

相隣地ハ其ノ相互ノ關係上互ニ數多ノ制限ヲ受ク、之レヲ稱シテ相隣權ト云フ、陳腐ノ學者ハ往々相隣權ヲ以テ法律ノ規定ニ基ク地役權ト混同スレドモ素ヨリ其原理ヲ誤ルノ甚ダシキモノナリ、抑々地役ナルモノハ必ずズ或特別ナル權利取得ノ所爲ニ依リ他人ノ特殊ナル物ノ上ニ有スル物權ナレドモ相隣權ハ法律ニ依リ各相隣地ニ對シ一般ニ一切ノ土地所有者ニ屬スル權利ニシテ其權利ハ常ニ土地ノ所有權ト結合スルモノナリ、故ニ相隣權ノ棄權ハ其棄權者ノ土地所有權ヲ制限即チ減少シ而シテ此棄權ニ依リテ却ツテ自ラ地役ノ義務ヲ負擔スルニ至ルナリ、設例ヘバ余ハ余ノ隣地ニ對シ余ガ地面ノ境界ニ密接シテ樹木ヲ植付ルコトナカラシムル權利(相隣權)ヲ有スルトキハ此權利ハ余ガ土地所有權中ニ包含スル權利ナリ、隣地ニ於ケル地役ニアラズ、而シテ若シ余ハ此ノ相隣權ヲ拋棄スレバ余ハ隣人ヲシテ余ノ所有地ノ境界ニ密接シテ樹木ヲ植付ケシムルノ地役ヲ負擔スル者トナルベ

物ノ探

シ、故ニ予ハ茲ニ所有權ノ制限ノ一トシテ相隣權ヲ論ズルヲ適當ト思惟スレドモ我民法ノ起草者ハ財產篇第三十
四條ノ末項ニ「此他相隣地ノ利益ノ爲メ所有權ノ行使ニ付シタル制限及ヒ條件ハ地役ノ章ニ於テ之ヲ規定ス」
ト濟マシ込ミ、相隣權ヲ法律ヲ以テ設定シタル地役ト名付ケツ、五十餘條ノ規則ヲ設ケタリ、余ハ理論的ノ順序
ニ依リテ民法ノ原理ヲ講述スルヲ目的トスレドモ新法典ノ順序ニ斯カル大變更ヲ爲シテハ諸君ヲシテ却ツテ其要
綱ヲ了得セシムルニ不便ナルベケレバ、余モ亦地役ノ章ニ於テ之レヲ講述セン、新法典ノ誤謬ハ殆ド各條各項ニ
充滿シ正確ノ規定ハ殆ンド之レヲ見ルニ難キハ今更珍シクモナケレド斯カル廣大無量ノ謬見ニ至リテハ、余モ亦
之ニ對シテ無理性生ヲ爲スノ已ムヲ得ザルニ至レリ、謬見ノ勢力亦大ナリト謂フベシ。

第四款 人意ニ基ツク制限

人意ニ基
ツク制限

所有者ノ意思ニ基ク制限即チ合意若クハ遺囑ニ依ル所有權ノ制限ハ人々ノ自由ニ出ヅルモノナレバ、其制限ヲ
設定スルノ所爲ハ或ハ却ツテ之レヲ所有權ノ行用ト云フベシ。設例ヘバ隣人ヲシテ余ノ所有地ヲ通行スルノ地役
ヲ設ケシメ又ハ余ノ所有物ヲ質入シタル場合ノ如シ、而シテ此等ノ場合タル本來所有權中處分權ノ行用ニ過ギザ
レドモ、一旦之ヲ行ヒタル後ニ於テ其所有物ノ上ニ就キ之ヲ客觀的ニ觀察スルトキハ所有權上ノ制限ナリ、斯ク
ノ如キ制限セラレタル所有權ヲ制限若クハ不完全所有權 (Dominium limitatum, minus plenum) ト云ヒ、此制限ナ
キモノヲ無制限若クハ完全所有權 (Dominium illimitatum, plenum) ト謂フ。

第五款 讓渡ノ制限

讓渡ノ制
限

所有者ハ其所有物ノ讓渡ニ就キ多少ノ制限ヲ受ケ又ハ全ク讓渡ヲ禁止セラル、コトアリト雖此等ノ制限禁止ハ
眞ニ所有權ニ對スル客觀的ノモノニアラズシテ皆或關係ニ於ケル主觀的ノモノタリ、即チ其制限禁止ハ所有物自
身ノ上ニアラズシテ其所有者若クハ其代表者ノ上ニ在リ今左ニ此等ノ場合ヲ示ス。

法律上ノ
禁制

第一、法律ニ依ル讓渡ノ禁制ハ左ノ數項ノ場合トス。

- (一) 訴訟中ニ係ル物件ハ通常之レヲ讓渡スルコトヲ得ズ但シ對手ノ承諾ヲ得タルトキハ此限ニアラズ。
- (二) 夫ハ其婦ノ嫁資ヲ讓渡スルコトヲ得ズ又父ハ其子ノ特有資産ヲ讓渡スルコトヲ得ザルヲ通則トス。
- (三) 後見ニ附ラレタル幼者ノ財産モ亦自由ニ讓渡スルコトヲ得ズ。
- (四) 遺囑ニ依リ或ル一定ノ期限ヲ定メテ三者ニ贈與シタルトキハ相續人ハ其物ノ所有權ヲ得有スルモ該期限
ヲ經過スルニアラザレバ之レヲ讓渡スルコトヲ得ズ。
- (五) 差押ヲ受ケタル物件ハ猥リニ之レヲ讓渡スルコトヲ得ズ。

右ニ列記シタル諸種ノ場合ハ人事篇及相續篇ノ發布ニ至ルマデ之レヲ確言スルコト能ハザルモノアリト雖今
暫ク羅馬法ニ依リ之ヲ論ジタリ、而シテ若シ法律ニ反シ之レヲ讓渡シタルトキハ之レヲ無効トスルヲ通則トス
レドモ又其例外ナキニアラズ第一第五ノ場合ノ如キ是レナリ。

法律ニ於テ讓渡ヲ禁制スル物ト不融通物トヲ混同スベカラザルコトハ已ニ總則ニ於テ論述セリ、又幼者瘋癲
等ノ如キハ有効ノ讓渡ヲ爲スコト能ハズト雖、是レ人身上ノ制限ニシテ所有權ニ於ケルモノニアラザレバ若シ

此等ノ者ニシテ死亡スルコトアラバ其所有權ハ直ニ相續人ニ移轉スベシ。

禁令狀ノ
第二 禁令狀即チ或ル場合ニ於テ裁判官ガ其命令ヲ以テ物件ノ讓渡ヲ禁止スルナリ、其詳細ハ訴訟法ノ規定スル所トス。

合意上ノ
第三 遺囑若クハ合意ハ人ノ意思ニ依ル讓渡ノ禁制ナリ、然レドモ其合意即チ契約ヲ以テスル場合ニ於テハ契約ハ只ダ當事者ノ間ニ一ノ義務ヲ生ズル迄ナルヲ以テ、物件ノ讓渡ヲ爲サマルコトヲ契約シタル者ニシテ、若シ之レヲ他人ニ讓渡スルトキハ其物件ノ所有權ハ依然其讓受人ニ移轉スベシ、今其契約ニ出ヅル場合ニ關スル重要ノ原理ヲ示スコト左ノ如シ。

契約ニ依ル禁制ノ
効力
(一)、自己ノ所有物ヲ讓渡セザルベキ旨ノ契約 (Pactum de non alienando) ハ有効ナルヤ否ノ問題ニ對シテハ若シ其讓渡ヲ制限スルコトニ就キ法律上ノ利益アラバ一般ニ之レヲ有効ナリト答ヘザルヲ得ズ、設例ヘバ余ハ余ノ所有ニ係ル家屋ヲ賣却スルニ買戻ノ契約ヲ爲シ買得者ヲシテ決シテ之ヲ他人ニ讓渡セザルコトヲ契約セシメタルガ如シ、然レドモ若シ讓渡ヲ禁ズル契約ニシテ毫末モ斯卡ル利益ナキトキハ素リ無効ナリ、但シ讓渡ヲ制限スル義務ヲ負擔スル締約者ハ直接ノ利益ナキモ間接ノ利益アル以上ハ其契約ハ有効ナリ、設例ヘバ讓渡ヲ爲サマルノ義務ヲ負擔シ乍ラ若シ其義務ニ背キタルトキハ、之レガ爲メニ過怠金ヲ支拂ハザルベカラザルトキノ如シ。

讓渡禁制ノ
果効
(二) 讓渡ヲ制限スルノ契約ニシテ有効ナル以上ハ其契約ハ如何ナル効果ヲ生ズベキヤ、其ノ一般ノ原理ハ別

ニ喋々ノ論ヲ待タズシテ明白ナルベシ、蓋シ契約ハ一人ノ權ヲ生ズルモノニ過ギザレバ其義務ハ只ダ契約者若クハ其相續者ノ間ニ止マリ物件ノ私權ハ爲メニ毫末ノ制限ヲ受クルモノニアラズ、故ニ義務者ニシテ若シ其契約ニ違ヒ之レヲ三者ニ讓渡シタルトキハ權利者ハ三者ニ對シテ其取戻ヲ請求スルノ權利ナカルベシ、古代ノ學者ハ往々異說ヲ唱ヘタレドモ今日ニ於テハ已ニ動カスベカラザルノ原理トナレリ、但シ仍ホ左ノ二三ノ要點ニ注意スルコトヲ要ス。

惡意ノ存
在スル場
合
(イ) 三者即チ物件ノ讓渡ヲ受ケタル者ニテ讓受ノ當時若シ他ノ締約者間ニ讓渡ヲ爲スマジトノ契約ノ存在スルコトヲ知リツ、之ヲ爲シタルトキハ債權者ハ物件ノ現所有者ニ對シテ取戻ヲ請求スルコトヲ得ベシトスルノ說ハ往々陳腐學者ノ唱道スル所ナリ、然レドモ苟モ讓渡人ニシテ法律上其所有權ヲ讓渡スノ能力權利ヲ有スル以上ハ讓渡人ト讓渡ノ禁止ニ依リテ利益ヲ有スル者トノ間ニ於ケル義務ハ他人間ノ事ナリ、之ヲ知ルト否トハ決シテ爲メニ三者ヲ束縛スルノ効ヲ生ズベキモノニアラズ。

抵當權ノ
關係
(ロ) 又讓渡ヲ爲スマジトノ事ヲ約シタル者若シ其約ニ違反シ、之ヲ他人ニ讓渡シタルトキハ、其契約ノ對手ハ其損害ヲ償フガ爲メニ其物件上ニ抵當權ヲ有スベキヲ以テ其物件ノ現所有者ニ對シテ之ガ取戻ヲ請求スルノ權アリトスル者ナキニアラズ、然レドモ此說亦其當ヲ得タルモノニアラザルナリ、蓋シ此場合ニ於テハ讓渡人ハ其契約ノ對手ニ對シ損害ヲ賠償スルノ義務アルベシト雖モ讓渡シタル物件ハ只ダ此義務ニ對スル抵當物タルニ過ギザルヲ以テ物件ノ現所有者ハ只ダ其損害ノミヲ賠償スレバ足レリ、其物件ノ所有權ハ依

然トシテ讓受人ニ存スベシ。

(ハ) 所有者其所有物ヲ讓與スルニ當リ其讓受人ヲシテ決シテ他ニ之ヲ讓渡スルコトナキコトヲ契約セシメ之レヲ權利解除ノ條件ト爲シタルトキニ於テ讓受人若シ其條件ヲ破リ之レヲ他人ニ賣却シタルトキハ讓與者ハ三者即チ物件ノ現所有者ニ對シテ取戻ノ請求ヲ爲スコトヲ得ベシ、然レドモ此場合ニ於テハ他人トノ讓渡ハ解除條件ノ爲メニ同時ニ其物件ノ所有權ヲ以テ再ビ前ノ讓渡人ニ移轉スルモノナルガ故ニ甲乙ノ契約上ノ義務ヲ以テ直ニ三者ヲ束縛スルモノニアラズ。

抵當取主ト抵當入主トノ間ニ於ル契約ノ場合

(三) 抵當取主ト抵當入主トノ間ニ於テ抵當入主ハ其抵當ニ係ル物件ヲ他人ニ讓渡セザル旨ヲ約シタルトキト雖、其物件ノ讓渡ノ有効ナルハ前項ノ理由ニ同ジカルベシ、但シ此場合ニ於テ學者ノ間ニ多少ノ異論アルハ羅馬法ノ明文ニ拘泥スレバナリ、蓋シ羅馬法中此場合ノ讓渡ヲ以テ無効トスルノ明文アルヲ以テ學者ハ此場合ヲ以テ普通原則ノ例外トスレドモ、近世學者ガ羅馬法研究ノ結果ニ依レバ右ノ羅馬法ノ明文ハ恐クハ誤寫ニ出デタルモノニシテ、羅馬法ノ所謂讓渡ヲ無効ト爲シタル場合ハ抵當物件ノ抵當取主ニ存スルニ當リ抵當取主ニ於テ之レヲ讓與セザル旨ヲ約シタル場合ニシテ、彼は大ニ其趣キヲ異ニシ茲ニ論ズル場合ト全ク權利者義務者ノ關係ヲ轉倒セル場合ト論定セリ。

第四節 所有權ノ共有

第一款 共有總論

共有總論

所有權ノ性質ニ就テハ已ニ講述シタル所アリシガ、元來一ノ所有權タルニハ物ノ全部若クハ一部ガ同時ニ數多ノ人ニ屬セズシテ一人ニ專屬スルコトヲ要スルヲ以テ、若シ甲ニシテ此物件ノ上一般ノ權力即チ所有權ヲ有スルトキハ、乙ハ同時ニ決シテ此ノ物件ノ上一同様ノ權力ヲ有スルノ理ナシ、甲ノ所有權所以ハ同時ニ乙ノ所有權ヲ以テ原告ノ所有ト宣告セラレバ、同時ニ被告ノ所有ニアラザルコトヲ指示スベシ、我レノ失フ所ハ汝ノ得ル所ナリ、法律上所有權ヲ取得スルノ原因ハ同時ニ他ニ所有權ヲ喪失スルノ原因タルベシ、故ニ同時ニ同一物ニ就キ或ル種ノ所有權ヲ甲ニ與ヘ他ノ種ノ所有權ヲ乙ニ與ヘントスルガ如キ所有權ノ種類アルベカラズ、然レドモ學者往々所有權ニ數多ノ種類アルコトヲ認ムルモノアリ、今マ試ミニ其ノ主要ナルモノヲ列擧スレバ即チ左ノ如シ。

完全所有權及不完全所有權

第一 所有權ノ性質ト種類トヲ混同スル學者ハ所有權ノ制限ノ有無ニ依リ所有權ヲ完全所有權及不完全所有權ノ二種ニ區別スレドモ同一物ハ同時ニ甲ノ不完全所有權ニ歸シ又兼ネテ乙ノ完全所有權ニ歸スルコトヲ得ズ、設令ヘバ、余ノ所有地ニ地役權ヲ有スル三者アルトキハ余ノ所有權ハ實ニ不完全ナレドモ三者ハ余ト同時ニ余ガ土地ニ對スル所有權ヲ有スルモノニアラズ、所有權ノ不完ハ所有權ノ性質ナリ決シテ所有權ノ種類ニアラズ、斯ノ如キハ只ダ同一物ニシテ同時ニ甲ノ所有權ノ目的トナリ併セテ乙ノ使用權ノ目的トナルコトヲ得ルニ過ぎザルナリ。

共有ハ所
有權ノ一
種ニアラ
ズ

第二 所有權ノ共有ヲ以テ一種ノ所有權トスルモノアレドモ共有ハ決シテ所有權ノ種類ニアラズ、所有權ノ共有ハ數人ガ同一物ニ對シテ想像的ノ持分ヲ有スルモノニ過ギザレバ、只ダ所有權ノ特別ナル場合タルニ過ギズトス、共有ニ關スル原理ハ本款講述ノ目的ナリ後ニ至リテ詳論セン。

第三 苟モ法律ノ規定ヲ以テスル以上ハ特ニ數人ヲシテ同時ニ同一物ニ對シテ全然タル所有權ヲ有セシムルコト能ハザルニアラズト雖モ斯クノ如キ法律ハ全ク所有權ノ原理ヲ打破スルナリ、蓋シ此等ノ各共有者ハ只ダ共有者外ノ三者ニ對シテノミ其所有權ヲ主張スルコトヲ得ルニ過ギズ、共有者相互ノ間ニ於テハ現ニ其物件ヲ共有者間ニ分割セザレバ所有權ヲ有スルコトヲ得ズ、而シテ之ヲ分割スル以上ハ已ニ共有タルノ性質ヲ失フベシ、故ニ斯クノ如キ共有ハ單ニ共有者外ノ三者ニ對スル權利ノミナリ、三者ニ對スル權利アレバトテ決シテ之レヲ所有權アリト云フコトヲ得ザルハ已ニ論述シタル所ナリ、然レドモ羅馬法ニ於テキ之レニ類スルノ所有權アルコトヲ認メタルコトナキニアラズ、古代ノ羅馬固有法ニ依レバ所有權ヲ有スルコトヲ得ベキモノハ唯ダ羅馬都人士ノミニ限り之レヲ固有法上ノ所有權ト稱シタリ、而シテ共和政ノ頃ヨリシテ一般ノ人民ヲシテ所有權ヲ有スルコトヲ得セシメント企テ遂ニ固有法ノ所有權ノ外自然法ノ所有權ナルモノアルコトヲ認メ遂ニ同一物ニ對シ同時ニ甲ハ固有法上ノ所有權ヲ有シ乙ハ自然法上ノ所有權ヲ有スルコトヲ得ルニ至ル、英國ニ於テ嘗テ普通法及衡平法上ノ所有權ヲ認メタル事跡ト相類セリ、然レドモ兩所有權ノ結果ニ於テハ固有法ノ所有權ハ單ニ名目ノミニ止マリ其實權ハ悉ク自然法上ノ所有權ニ存シタルヲ以テ、ジュスチニアン帝ニ至リテ遂ニ此兩者ノ區別ヲ廢止セリ。

同一物ニ
對スル二
個ノ所有
權

ヲ廢止セリ。

共有ノ性
質

右ニ論述スル所ヲ以テ見レバ同一物ニ對シ同時ニ二三ノ所有權ヲ有スルコトヲ得ズ、即チ所有權ハ單一ナル所有權ニシテ二三ノ種類ナキコトヲ知ルベシ、然レドモ此原理ハ共有所有權ノ原理ト低觸スルコトナシ、蓋シ共有ナルモノハ一人ハ物ノ一部分ニ對シテ他ハ其他ノ部分ニ對シテ所有權ヲ有スルモノニ過ギザレバ決シテ之レヲ所有權ノ一種ト見做スコトヲ得ズ、只ダ一ノ所有權ノ目的タル物件ノ想像的分割ノ持分ニ相應スル所有權ナルノミ、故ニ若シ現ニ該物件ヲ物理的即チ有物的ニ分割スルトキハ忽チ共有タル性質ヲ失フベシ、設例ヘバーノ地所ニ就キ之ヲ折半シ其東部ヲ甲ノ所有トシ西部ヲ乙ノ所有トスルトキハ甲乙各々其區分ニ係ル土地ニ對シ專權ヲ有スルヲ以テ甲ハ一ノ土地ヲ所有シ乙ハ他ノ土地ヲ所有スベシ、決シテ之レヲ共有ト稱スルコトヲ得ズ、然レドモ學者往々此場合ヲ稱シテ土地ノ共有トスルモノナキニアラズト雖、素リ誤謬ノ見タルコト明白ナリ、凡ソ誤謬陳腐ノ說トアレバ我民法ノ常ニ採用スル所タルガ例規ナリ、此場合モ亦其例外ヲ認ムルコトナシ財產篇第四十條ニ曰ク數人ニテ一家屋ヲ區分シ各其一部分ヲ所有スルトキハ相互ノ權利及ヒ義務ハ左ノ如ク之ヲ規定ス

有體的分
割ヲ爲シ
タル物ハ
共有アラ
ズ

各所有者ハ離隔セル所ノ物ノ如クニ自己ノ持分ヲ處分スルコトヲ得
諸般ノ租稅及ヒ建築竝ニ其附屬物ノ共用ノ部分ニ係ル大小修繕ハ各自ノ持分ノ價格ニ應シテ之ヲ負擔ス
各自ハ己レニ屬スル部分ニ係ル費用ヲ一人ニテ負擔ス

ト。蓋シ該條ハ只ダ家屋ノミニ就キ規定スレドモ、該法文中ニ明言スルガ如ク「一家屋ヲ區分シ」現ニ物理的

予有體的分割ヲ爲ストキハ是レ已ニ眞ノ共有ニアラザルナリ、苟モ物理的分割ヲ爲シタルモノハ共有ノ原理ヲ以テ之レニ適用スベカラザルハ勿論ナリ、惟フニ我民法起草者ハ物ノ分割ニ關スル原理ヲ充分熟得セザルガ如シ、成程一家屋ト云ヘバ一體物ニ相違ナキモ其所謂一體物タル家屋ハ其構造上必ず分離セザルベカラザル者ナル歟、銀坐街ノ如キハ數家屋相互ニ聯合スルヲ常トス起案者ハ之レヲ以テ一家屋ト見做スノ意ナル歟、若シ果シテ然リトセバ土地ノ如キハ全地球ヲ通ジテ聯結セル一體ヲ作爲スルヲ以テ個人專有ノ土地ナルモノナカルベシ、疎暴ノ論モ亦甚シト云フベシ、蓋シ家屋ハ構造上一體ヲ爲スモ牆壁其他物理的ニ分界ヲ爲スモノアラバ其各部ヲ以テ一家屋トセザルヲ得ズ、第四十條ノ場合ノ如キハ數人一家屋ヲ所有スルモノニアラスシテ數人各々別個ノ數家屋ヲ所有スルモノナリ、但シ貸長屋ノ如キハ實ニ數人ノ借家人アルニ係ハラズシテ之レヲ一家屋ト見做スベキハ當然ナリ、何トナレバ此場合ニ於テハ所有者ハ單ニ家主一人ニ止マレバナリ、然レドモ一軒ノ長屋ト雖各戸毎ニ眞ニ別々ノ所有者アル以上ハ各々之レヲ獨立ノ數家屋トセザルヲ得ズ、諸君乞フ予ガ已ニ物ノ分割性ニ就キ講述シタル原理ヲ再考セヨ。

適當ノ意義ニ於ケル共有所有權 (Condominium) ナルモノハ物理的即チ有體的分割ヲ爲スコト能ハザル一物ニ就キ、數人各々想像的即チ無體的分割ノ持分ヲ有スル場合ノミニ發生ス、即チ各共有物ハ各其無體の持分ニ應ジテ物件上ニ一般ノ權力ヲ行フモノナリ、故ニ有體のニ共有物ノ一部分ヲ採收スルモノハ其採收シタル有體ノ部分中ニハ他ノ共有者ノ無體の持分ヲモ包含スベシ。

法人ノ所有物ハ共有ニアラズ

共有ハ契約ニ依リ生ズルコトアリ、或ハ契約ニ依ラザルコトアリ、設例ヘバ數人合同シテ商業組合ヲ組織シタルトキハ、其組合ノ爲メニ各人ノ得有スル物ハ組合員ノ共有タルベク、又余ハ余ノ家屋ヲ甲ト乙トニ贈與シタルトキハ甲乙ハ該家屋ノ共有者タルガ如シ、但シ共有物ト法人ノ所有物トヲ混同スルコトナキヲ要ス、夫ノ市町村會社等公私ノ法人ノ一個人ナリ數人ニアラズ、故ニ其所有物モ亦一個人ノ有ニシテ數人ノ有ニアラズ、若シ會社ニシテ解散シ法人タルノ資格ヲ失フトキハ嘗テ法人ノ資格ヲ以テ所有シタル物件ハ解散ト同時ニ會社員ノ共有ト變ズベシ、是レ諸君ノ會社法講義ニ於テ已ニ了得スル所ナラン。

共有物ニ就キ爭議ヲ生ジタルトキハ共有者ハ何時ニテモ其物ノ有體的分割ヲ請求スルコトヲ得ベシ此事ハ仍ホ後ニ至リテ詳述セン。

上來論述シタル所ヲ以テ共有ノ性質ニ關スル原理トス而テ此原理ヲ解セザル學者ニ在リテハ往々共有ヲ以テ非常ナル反理ノ特例トスルモノナキニアラズ、然レドモ共有ナルモノハ法律上事實上決シテ一種ノ特例ナルニアラズ、夫ノ組合商業ノ如キ相續ノ場合ノ如キ日用極メテ數多ナリ、又共有ナルモノハ數人ニシテ同時ニ同一物ニ對シ數多ノ所有權ヲ有スルモノニアラズ、只ダ無體の持分ニ應ジテ之ヲ有スルモノニ過ギザルコトヲ了解セバ法律上所有權ノ思想ト毫モ抵觸スルモノニアラザルコトヲ知ルベシ。

第二款 共有者ノ權利義務

第一段 共有者ノ處分權

共有者ノ
法律上ノ
處分權

余ハ已ニ處分權ヲ論ズルノ處ニ於テ處分權ヲ二種ニ區分シ法律上及事實上ノ處分權ト爲シタリ。今マ此區別ヲ認メツ、共有者ノ處分權如何ヲ探究スレバ左ノ數項ニ歸スベシ。

第一、共有者ハ其持分ニ就テハ自由ナル處分權ヲ有スベキヲ以テ法律上ノ處分權ヲ行フニハ他ノ共有者ノ承諾アルト否トヲ問ハザルナリ、故ニ其持分ノミヲ讓渡シ贈與シ若クハ抵當トスル等其共有者ノ自由ナリ、財產篇第三十八條第二項ニ「共有者ノ一人其持分ヲ讓渡シタルトキハ讓受人ハ他ノ共有者ニ對シ讓受人ニ代リテ其地位ヲ有スト規定スルヲ以テ一見スレバ共有者ハ只讓與ノ權ノミヲ有スルガ如シト雖、是レ只ダ讓受人ノ權利義務ヲ明定スルガ爲メニ設ケタル法文ニシテ、共有者ノ處分權ヲ讓渡ノ場合ノミニ制限スルノ意ニアラス、蓋シ該條全體ヲ按ズルニ該條ハ共有者ニ處分權アルコトハ充分ニ認メ乍ラ只ダ他ノ共有者ノ承諾ヲ要スル場合ノミヲ規定シタルニ過ギザルナリ、斯ノ如ク共有者ノ一人ハ自由ニ其持分ヲ處分スルコトヲ得レドモ他ノ共有者ノ部分ヲ處分スルコトヲ得ズ若シ他ノ共有者ノ持分ヲモ合セテ處分セント欲セバ必ズ其承諾ヲ得ザルベカラズ、財產篇第三十八條第一項共有物ニ物權ヲ付スル場合ノミニ就キ他ノ共有者ノ承諾ヲ要スベキコトヲ規定スレドモ物權ヲ付スル場合ノ外他ノ法律上ノ處分權ノ施行ニ就テモ亦承諾アルヲ要スルハ當然ナリ法文甚ダ明晰ヲ缺ケドモ我民法トシテ此位ノ誤謬ハ別ニ彼是批難スル程ノ事モナシ。

共有者ノ
事實上ノ
處分權

第二、事業上ノ處分權ヲ行フニハ必ズ他ノ共有者ノ承諾アルヲ要スルヲ通則トス、事實上ノ處分ハ物ノ實體上ニ對スル行爲ナルヲ以テ必ズ有體的タルベシ、而シテ前ニモ論ズルガ如ク有體的ノ一部ノ處分ハ必ズ他ノ無體的

例外

部分ノ處分ヲ帶ブルガ故ニ共有者ノ承諾アルニアラザレバ之ヲ行フコトヲ得ザルナリ、設例ヘバ其物ヲ消費シ若クハ毀損シ若クハ變更スルガ如シ、財產篇第三十八條ガ單ニ物ノ形樣ヲ變ズル場合ノミニ就キ他ノ共有者ノ承諾ヲ必要トスルコトヲ定ムルハ素リ狹キニ失スト雖、事實上ノ處分ハ必然形容ヲ變ズベキモノト附會レバ夫レニテ不都合ナカルベシ。

第三、前項ノ原則ニ一ノ例外アリ、即チ共有物ノ保存ニ必要ナルガ爲メニ共有物上ニ行フ變更、設例ヘバ必要ナル修繕ヲ爲ス場合ノ如キハ各共有者ハ他ノ共有者ノ承諾ヲ待タズシテ之ヲ爲スコトヲ得ベク、又其費用ハ共有者ニ對シテ其持分ニ對スル部分ヲ請求スルコトヲ得ベシ。但シ物件ノ保存ニ必要ナル行爲ニ對シテハ素リ自ラ其責ヲ負擔セザルベカラズ、財產篇第三十七條第四項ニ「各共有者ハ其物ノ保存ニ必要ナル管理其他ノ行爲ヲ爲スコトヲ得」ト云ヒ其第五項ニ「各共有者ハ其持分ニ應シテ諸般ノ負擔ニ任ス」ト云フハ蓋シ此意ナリ、但シ此等ノ規定ハ共有者間ノ合意ヲ以テ自由ニ之レヲ變更スルコトヲ得ベキハ當然ナリ。是レ該條末項ノ規定アル所以ナリ。

第二段 共有者ノ使用權

共有者ノ
使用權

財產篇第三十七條第一項ニ曰ク「數人一物ヲ共有スルトキハ持分ノ均不均ニ拘ハラズ各共有者其物ノ全部ヲ使用スルコトヲ得但其用方ニ從ヒ且他ノ共有者ノ使用ヲ妨ケサルコトヲ要ス」ト。此法文ハ我民法トシテハ先々上出來ノ方ナリ、已ニ前段ニ論述シタルガ如ク各共有者ノ權利ハ物ノ全部ニ對スル想像的持分ニ在ルヲ以テ、苟モ

使用ハ一部又ハ全部ヲ同ハズ

現ニ其物ヲ使用セント欲セバ必ズ其想像的持分ニ應ジテ其全部ヲ使用セザルヲ得ズ。而シテ全部ノ使用ハ當然他ノ共有者ノ想像的持分ニ涉ルト雖使用權ハ事實上處分權ト異ニシテ一回ノ使用ニテ其物ヲ消費スベキニアラザレバ、各共有者ハ相互ニ時日ヲ異ニシ又ハ相共ニ之ヲ使用スルコトヲ得ザルニアラズ。是レ法文ニ「全部ヲ使用スルコトヲ得」ト明定スル所以ナレドモ苟モ共有者ニシテ其共有物ヲ使用セント欲セバ有體的ニハ物ノ一部ナルニモセヨ、想像的ニハ當然全部ヲ使用スルコトヲ必要トシ、各共有者ハ他共有者ノ承諾ヲ得ルニアラザレバ決シテ其共有物ノ一部分ヲモ専用スルコトヲ得ザルナリ、縱ヒ共有者ナレバトテ他ノ共有者ノ承諾ヲ得ズ當然共有ノ家屋ニ於テ其一室ニ住居シテ之ヲ専用シ、又ハ共有ノ地所ノ一部ニ於テ専用ノ家屋ヲ建設スルコトヲ得ザルベシ、故ニ共有者ハ其持分ノ不均ニ關ハラズ其使用權ヲ行ハント欲セバ必ズ其全部ヲ使用スルモノトセザルヲ得ズ、故ニ我民法ハ之レニ二様ノ制限ヲ設ケタリ、一ハ其物ノ用方ニ從フコトニシテ一ハ他ノ共有者ノ使用ヲ妨グベカラザルコト是レナリ、此ノ二様ノ制限中其物ノ用方ニ從フベキハ素リ當然ニシテ別ニ之ヲ明言スルヲ待タズ、已ニ使用ト云ヘバ必ズ其物ノ用方ニ從フベキモノナレバナリ又他ノ共有者ノ使用ヲ妨グベカラザルコトコソ實ニ其物ノ共有タル性質ニ出ヅルノ結果ナリ、苟モ自ラ之ヲ専用スルコトヲ得ル以上ハ已ニ共有ニアラザルナリ、故ニ正當ニ言ヲ立ツレバ各共有者ハ他ノ共有者ヲ妨グザル限リハ使用權ヲ有スルモノト云フベシ、其有形的ノ使用コト物件ノ全部ナレ他ノ共有者ノ使用ヲ妨グルコト能ハザル一事ガ矢張り想像的ノ持分ニ應ジタル使用權タルコトヲ明カナラシムルナリ、然レドモ如何ナル物體ナルニモセヨ數多ノ共有者ニシテ同時ニ同一物ヲ使用セントスレ

共有物ノ專用

共有者ノ使用權ノ制限

パ必ズ相互ノ使用ヲ妨グルコト、ナルベシ。設例ヘバ數人同時ニ其共有ニ係ル一疋ノ乘馬ヲ使用セントスルガ如キハ素リ爲シ能ハザルガ如シ、故ニ此場合ニ於テ何人モ之ヲ使用スルコトヲ得ザルヲ以テ共有者ハ共有者間ノ合意ヲ以テ其使用ノ方法ヲ定ムルノ外ナシ。

第三段 共有者ノ收益權

共有者ノ收益權

財産篇第三十七條第三項ニ曰ク「天然又ハ法定ノ果實及ヒ產出物ハ各共有者ノ權利ノ限度ニ應ジテ定期ニ於テ之ヲ分割ス」ト本條ハ共有物ノ果實及ヒ產出物ハ全部ノ處分使用ノ場合ト異ニシテ定期ニ於テ之レガ有體的分割ヲ爲スベキコトヲ定メタリ、果實ニ天然又ハ法定ノモノアルベキハ後章ニ詳論スベケレバ今茲ニ之ヲ略スベシト雖、廣義ニ於テハ果實トハ處分權ノ實行ニ依リ得タル代價、又ハ其物ヲ破損シテ生ズル材料物ノ使用等ヲ包含スレドモ、茲ニ所謂果實ナルモノハ狹義ニ於ケル果實ヲ指スモノニシテ、或ル資本タル物ヨリ生ズル收入ヲ謂フ田野ノ菜穀貸金ノ利子ノ如キ是レナリ、而シテ此等ノ果實タル之ヲ得ルト同時ニ素リ共有者ノ共有ニ屬シ各共有者ハ其果實ニ對シ想像的持分ヲ有スレドモ、果實ハ物ノ現體ヲ損セズ時々ニ收入アルベキモノナルヲ以テ法律ハ便宜上特ニ定期ニ於テ之ヲ分割スベキモノト定メタリ、又法律ハ定期分割ヲ爲スベキ物ノ中ニ產出物ナルモノヲ加ヘタリ產出物トハ汎ク處分權ノ實行ニ依リ得タル收穫物、即チ物件賣渡ノ代價家屋ヲ取毀チタル瓦石木材等ヲ謂フ、然ルニ學者或ハ產出物ノ文字ヲ以テ天爲ニ出ヅル物件ノ毀損即チ暴風雨ノ爲メニ倒レタル家屋ノ瓦石木材等ノミト解シ、法文ハ產出物ト明言シタルニ關ハラズ人爲ニ出ヅル場合、即チ物件賣渡等ノ場合ニモ適用スベキモ

產出物ハ必ズシモ天然ニ出ヅルモノノラズ

ノトスルモノアリコト付解釋モ亦甚シト云フベシ、其說ノ批評ハ兎モ角法律ハ此產出物ヲモ亦定期ニ於テ分割スベキモノト定メタリ、成程夫ノ果實ノ如キハ時々ノ收入ニ屬スルヲ以テ定期アルベケレバ其都度之ヲ分ツト云フコトハ聞コユレドモ、原物ノ賣拂毀損等ニ定期ノアルベキ筈ハナシ。余ハ寧ろ之ヲ不定期ノ分割ト謂ハント欲スルナリ、諸君以テ如何ト爲ス。

果實ノ定期分割

右ニテ果實及ビ產出物ノ分割ニ關スル我民法ノ規定ハ諸君ニ明白ナルガ如クナルベシ、然レドモ見レバ見ルホド益々諸君ヲシテ疑團ヲ生ゼシムルモノアラン、抑モ共有物ノ果實及ビ產出物ハ共有者ニ屬スルコトハ明白ナレバ其果實及ビ產出物ハ矢張り共有ノ物件タルコトヲ免レズ、而シテ若シ共有者中之ヲ分割セント欲セバ第三十九條第一項ノ明文ニ依リ如何ナル合意アルモ何時ニテモ其分割ヲ請求スルコトヲ得ベキヲ以テ、其分割ヲ爲サントスルハ共有者ノ勝手ナリ、左ラバトテ法律ガ果實及ビ產出物ハ定期ニ於テ之ヲ分割スト定メタルハ、共有者ノ合意如何ニ係ハラズ是非トモ之レガ分割ヲ強フルノ意ニシテ、果實及ビ產出物ハ必ズ之ヲ分割セザルベカラザルノ意ナリトセバ不道理此ノ上ナカルベシ、是レ立法官モ亦第三十七條末項ニ於テ「右規定ハ使用收益又ハ管理ヲ格別ニ定ムル合意ヲ妨ケス」ト明言シ必ラズシモ定期ニ之レヲ分割スルコトヲ要セザルモノトセルニテ明白ナリ、然ラバ則チ我民法ガ果實及ビ產出物ノ分割ニ就キ定メタル規則ハ如何ナル意義ヲ有スル歟、或人之レニ答ヘテ曰ク「民法ガ果實及ビ產出物ノ分割ニ就キ定メタル條項ハ命令的ノモノニアラズ、共有者ノ合意ヲ以テ自由ニ之ニ反對スル處分ヲ爲スコトヲ得ベシ故ニ共有者間特別ノ契約アルニアラザル場合ニ此通則ヲ適用スベキモノニシ

法律ハ記事文ニア

テ、立法官ハ共有者ノ意思ヲ推測シテ設ケタル條項ニ外ナラズ」ト。此說猶更了解ニ苦マズンバアラズ、該民法ノ規定ガ果シテ共有者ノ意思ヲ推測シテ設ケタルモノナラバ裁判官ハ其推測ヲ如何ナル場合ニ適用スベキヤ、設例ヘバ甲乙二人ノ田地ヲ有シ之レヲ丙ニ貸貸シ、丙ハ毎年十月其借料ヲ支拂フベキ場合ニ於テ、丙ガ期限ニ至リテ收メタル金圓ハ甲乙二人ノ共有ナリ、該民法ノ規定アルトモ甲乙二人ハ之ヲ分割セザルモ可ナラン、若シ又甲若クハ乙ニシテ其分割ヲ爲サント欲セバ第三十九條ノ規定ニ依リ何時ニテモ之レガ分割ヲ請求スルコトヲ得ベシ、法律ハ甲乙ハ其時々ニ之レガ分割ヲ爲スベキモノト推測スルモ其推測ハ果シテ如何ナル効カアル、成程斯カル場合ニ於テハ甲乙ハ通常之ヲ分配セン。然レドモ法律上之レガ推測ヲ設クルノ必要アルベカラズ、裁判官ガ此法律ノ規定ヲ適用シテ爭議ヲ決スルノ場合ナカラン、世間一般ノ人民ガ實際之ヲ分割スルガ通常チヤト云フ實況ノ記事ナレバ何モ法律ニ記載スルニモ及ブマジ、民法ヲ以テ一篇ノ記事文ト心得タル起案者ニアラザレバ斯ル案ハ付カヌナリ、況ンヤ共有物ノ抵當交換又ハ其破壊ヨリ生ズル材料等ノ產出物ニ至リテハ、抵當交換ニ依リ得タル物及破壊ノ材料ヲ以テ依然共有物ト爲シ直ニ之レガ分割ヲ爲スコトナキコソ通常一般ノ事ナルニ於テヤ、目的ナキノ法律ハ現世界ニ入用ハナキ事ナリ。乘乘兮トシテ歸スル所ナキガ如キハ嗚呼我民法ノ長所ナル哉。

第四段 共有者ノ義務

財產篇第三十七條第五項ニ「各共有者ハ其持分ニ應シテ諸般ノ負擔ニ任ス」ト謂ヒ、共有者ノ負擔ニ關スル一般ノ通則ヲ設ケタリ今之ヲ左ノ數項ニ分ツテ論述セム。

共有者ノ義務

共有物ノ
保存費用

第一、共有者ハ他ノ共有者ノ承諾アルニアラザレバ其共有物ニ對スル處分權ヲ行フコトヲ得ズト雖其物ノ保存ニ必要ナル管理其他ノ行為ヲ行フノ權アルベキコトハ前段已ニ之ヲ論ジタリ、而シテ各共有者ニシテ此權利アル以上ハ其持分ニ應ジ此等ノ爲メニ要スル負擔ニ任ズベキハ當然ナリ、而シテ法文ニモ明言スルガ如ク該處分權ハ必ズ其物ノ保存ニ必要ナル行為ヲラザルベカラザルヲ以テ其必要ニ出デザルモノハ設ヒ其物件ヲ改良シ其利益ト爲ルベキ行為ノ爲メニ要スル費用ト雖各共有者ハ決シテ其實ニ任ズルコトナカルベシ設例ヘバ家屋ノ修繕又ハ腐敗スベキ果實ノ賣却等ノ如キハ物ノ保存ニ必要ナル行為タルベキモ土地ヲ灌溉シ又ハ家屋ヲ裝飾スルガ如キハ必要ナル行為ニアラザルベシ但シ社會ノ經濟上特別ノ法律ヲ以テ土地改良ノ爲メニ特ニ所有者ニ負ハシタル義務ニ屬スルトキハ此限ニアラザルベシ、而シテ又其所爲ニシテ苟モ保存ニ必要ナル以上ハ必ズ其物全體ニ關スベク設ヒ一家屋中ノ一隅ノ修繕ト雖想像的ニハ必ズ他ノ共有者ノ持分ヲモ包含スベキヲ以テ各共有者ハ其ノ已ノ持分ニ應ズル負擔ニ任ズベキハ當然ナリ、故ニ此等ノ行為ノ爲メ共有者中一人ニテモ金錢ノ立換支拂ヲ爲シタルモノアルトキハ他ノ共有者ニ對シテ之ヲ請求スルコトヲ得ベシ。

諸般ノ租
稅

第二、諸般ノ租稅モ亦前同一理ニ依リ各共有者其持分ニ應ジテ之ヲ負擔シ共有者中一人ニテ之ヲ支拂ヒタルモノアルトキハ他ノ共有者ニ對シ稅金立換ヲ請求スルコトヲ得、然レドモ是レ共有者相互ノ關係ニ於ケル權利義務ナリ、國府縣等ニ於テ租稅ヲ徵收スルニハ豫メ共有者ノ持分ニ應ジテ其義務ヲ負ハシムルモノニアラズ徵稅法律ハ只ダ其物設例ヘバ土地ナレバ土地ニ就キ之ヲ徵收スルコトナレバ共有者ハ國又ハ府縣ニ對シテ其持分ヲ主張スルコトヲ得ザルベシ。

一家ノ分
有ハ共有
ニアラス

張スルコトヲ得ザルベシ。

第三、前二項ニ記載シタル原理ハ只ダ其ノ共有ノ場合即チ各共有者ガ一物ニ對シテ想像的持分ヲ有スル場合ノミニ適用スルヲ得ベシ、財產篇第四十條即チ數人ニテ一家ヲ區分シ各其一部分ヲ所有スル場合ハ數人數家ヲ所有スルモノニシテ決シテ共有ニアラザルヲ以テ各自ハ已レニ屬スル部分ニ就キ一人ニテ其費用ヲ負擔スベシ、尤モ保存ノ場合ノ如キ多少共有者間ニ關係ヲ及ボスコトアルベシト雖苟モ各別ノ所有者各別ノ家屋ヲ有スル以上ハ是レ相隣セル二個ノ所有者間ノ關係ナリ共有者ノ關係ヲ以テ之ヲ論ズベカラズ、又諸般ノ租稅ノ如キモ各自獨立ノ家屋ノ所有者ニ對シ各自ニ之レヲ課スルモノナルガ故ニ國府縣等ニ對シテハ各自ハ其所有ニ係ル家屋ノ稅金ヲ上納スルノ義務アルノミ共有ノ場合ト全ク其趣ヲ異ニセザルベカラズ、而シテ斯カル場合ニ於テ財產法第四十條第三項ハ「諸般ノ租稅ハ各自ノ持分ノ價格ニ應ジテ之ヲ負擔ス」ト謂ヘルハ立言頗ル曖昧ニシテ其意ヲ得ルニ難シト雖我民法ノ起草者ハ第四十條ノ場合ノ如キ家屋ヲバ其構造ノ連結セル點ノミヲ觀察シ一家屋トシ稅法モ亦一家屋トシテ之レニ課稅セルモノト空想セルガ故ニ「各自ノ持分」ナド云フ妙文句ヲ擔ギ出シタルナリ、其眞意ニ於テハ矢張り各獨立ノ所有者同様ニシテ共有者トハ異ナルモノトセルニ相違ナシ、民法ノ解釋ハ仲々骨ノ折レル仕事ナリ、左レドモ「諸般ノ租稅」ト云フ一句ノ下ニ「及ヒ」ノ接續詞ヲ置キ「建物并ニ其附屬物ノ共有ノ部分ニ係ル大小修繕ハ各自ノ持分ノ價格ニ應ジテ之ヲ負擔ス」ト明言シ玉ヘルカラニハ或ハ共有ノ部分ノ修繕モ諸般ノ租稅モ共有ノ場合ト同一視セルニアラザルカ、第四十條ニ關シテハ起草者ハ其始メニ

家屋分有
者ノ義務

於テ已ニ其根本ノ大原則ヲ誤リタルガ故ニ縱横上下何レトシテ失策ナラザルナキハ當然ナレドモ余ハ試ミニ起草者ニ問フベキ點ヲ掲ゲン、第一、數人ガ一家屋ヲ區分シテ所有スル場合ニモ諸般ノ租稅ノ負擔ヲ以テ數共有者ノ場合ト同一ナリトセンカ三人ノ共有者中設例ヘバ甲ニシテ租稅ヲ支拂フコト能ハザルモノトナラバ收稅官ハ更ニ乙丙ノ二人ニ對シテ之ヲ請求スルコトヲ得ルカ又甲ニシテ乙丙ノ爲メニ一切稅金ノ立換ヲ爲シタルトキハ甲ハ乙ニ對シテ立替稅金ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルカ此場合ヲ以テ共有ノ場合ト同視スル以上ハ此等ノ問題ニ對シテハ必ズ然リト對ヘザルヲ得ズ隨分大變ナ話ナレドモ稅法果シテ此原則ヲ採用スルカ又此民法ノ規定デ稅法ヲ改正セラル、ノお見込ナルヤ第二、ソレトモ此問題ニ對シ其良心ニ尋ネテ否ト答ヘ玉フナラバ眞共有ノ場合ニ於テモ亦同一ノ五答辯アルベキ筈ナレバ共有者ハ官ニ對シテモ亦其持分ノ租稅丈ヲ拂ヘバ足レリ、甲乙丙共有者間ノ合意ニ依リ最貧ナル丙者ガ十分ノ九ノ租稅ヲ負擔スル事ト定メタルトキ百圓ノ租稅ニ甲乙ハ各五圓ヅ、ヲ支拂ヒ甲乙ハ收稅官ニ對シ余ノ九十圓ハ丙ヨリ請求アルベシト云ハ、收稅官ハ夫ニテ承知スベシト答ヘラル、ヤ、又甲者獨リ稅金全額ノ取換ヲナシタルトキハ甲ハ乙丙ニ對シテ其立換ヲ請求スルノ權ナシトセラルルニヤ、是又大變ノ結果ナレバヨモヤ然リト答フルコトモ叶フマジ第三、扱テ右ノ板狹ミデうんとモすんとモ答辯ノ出來ヌ事ナラ已ムヲ得ズ第四條ノ場合ハ共有ノ場合ト全ク異ニシテ各所有者ヲシテ各別ニ租稅ヲ負擔セシメ稅法モ各所有者ニ就キ各自ノ負擔ノミヲ徵收スル者トスルノ外ハアルベカラズ、サレド此逃ゲ路モ亦法律ノ明文ニ照シテ少々不都合ナラント思ハル、ナリ、何トナレバ民法ハ諸般ノ租稅ノ負擔モ建築ノ共用ノ部分

民法規定ノ八方塞ガリ

ニ係ル修繕ノ負擔モ之ヲ同一視シタルガ故ニ若シ右ノ原理ヲ租稅ノ負擔ニ適用スルトスレバ共用ノ部分ニ係ル修繕ノ負擔ニ就テモ亦同一ノ原理ヲ以テ支配セザルベカラズ故ニ若シ一人ニテ共用ノ部分ニ係ル修繕ヲ爲シタルトキハ他ノ共用者ニ對シテ其費用ヲ請求スルコト能ハザルニ至ルベシ民法ノ起草者ハ夫レデモ宜イトハ答ヘ玉フマジ、局ル所ハ第四十條ヲ以テ八方塞ガリノ規定ト云フノ外ナシ、民法ハ日本臣民ヲ支配スルノ法規ナリ學者ガ玩弄物ニモアラザレバ世間ノ笑ヒ種ニモアラス、願クハ堂々タル明解ヲ得テ此ノ厄運ヲ吹拂ハマヤ。

第五段 共有者ノ分割權

共有物ノ分割

共有物ノ分割トハ數人ガ想像的持分ヲ有シタル一物ヲ有體的ニ共有者間ニ分割スルノ義ナリ。財產篇第三十九條ニ共有物ノ分割ニ關スル規定ヲ設ケタリ左ニ其原理ヲ論述セン。

第一、已ニ論述セルガ如ク共有權ナルモノハ共有者間相互ノ關係ニ制限セラレ純然タル所有權ノ如キ充分ナル權利タルコトヲ得ザルヲ以テ、法律ハ各共有者ニ與フルニ何時タリトモ共有物ノ有體的分割ヲ爲シ想像的分割ヲ廢シ、各自ヲシテ各々有體ナル部分ニ就キ獨立ノ權ヲ得ベキ權ヲ以テス。故ニ法律ハ共有者ノ分割請求權ニ反對スル合意ヲ有効トスルコトナシ、而シテ又此分割請求權ハ共有權ノ創設ト同時ニ發生シ法律ハ決シテ此權ヲ行フベキ時期ヲ定メザレバ決シテ時効ニ係ルコトナカルベシ、財產篇第三十九條第一項ニ「各共有者ハ如何ナル合意アルモ常ニ共有物ノ分割ヲ請求スルコトヲ得」ト規定セルハ蓋シ此意ナリ。

第二、共有者中分割ヲ拒ミ又ハ分割ノ割合ニ付キ爭議ヲ生ジタルトキハ之レヲ裁判所ニ訴ヘテ其分割ヲ求ムルコト

審判的配當

トヲ得ベシ、然ルトキハ裁判所ハ各自ノ持分ニ從ヒ共有者間ニ之ヲ分割スルノ旨渡ヲ爲スベシト雖物ニ依リテハ或ハ有體的分割ヲ爲スコト能ハザル場合アルベク、或ハ之レガ有體的分割ヲ爲ストキハ爲メニ大ニ其價格ヲ減少スル場合アルベシ、故ニ此等ノ場合ニ於テハ共有者間ノ承諾アル以上ハ甲者ニ其全物件ヲ與ヘ乙者ニ其賠償金ヲ與ヘ又其物件ニシテ數種ヨリ成ルトキハ適當ニ現品ヲ配當スルガ如キコトアルベシ、然レドモ乙者ニシテ強テ之ヲ拒ムトキハ之レヲ競賣シテ其代價ヲ配分セザルベカラズ是レ財產取得篇第百四條ニ「共有者ノ一人タリトモ現物ノ分割ヲ拒ム者アルトキハ其財產ノ協議賣却又ハ競賣ヲ爲シ其代價ヲ配當スベシ」ト規定セル所以ナリ、而シテ此代價分割ヲ爲サズ裁判所ニ於テ現物ヲ共有者中ニ與ヘタル場合ノ處分ヲ稱シテ審判的配當 (adjudication) ト云ヒ共有者ニ附與スルニ新ナル所有權ヲ以テスルモノニシテ財產取得ノ一原因トス、設例ヘバ甲乙二人ノ共有ニ係ル家屋ヲ分割シ甲ハ全家屋ヲ得有シ乙ハ賠償金ヲ得タルトキハ甲ハ完全ナル一ノ家屋ノ所有主トナルヲ以テ甲ハ乙者ニ賠償金ヲ與ヘテ乙ヲシテ其權利ヲ失ハシメ甲ハ其嘗テ有セザリシ家屋ノ半部分ヲ併得シ乙者ノ權利ヲ相續スルニ至ルベシ、故ニ一般ニハ裁判ハ只ダ已ニ存在セル權利ヲ宣言スルノミニ止マレドモ此場合ニ於テハ甲ハ嘗テ有セザリシ物ノ所有權ヲ得有スルコト明白ナリ、故ニ若シ此分割以前ヨリ共有ノ儘甲ハ丙ニ乙ハ丁ニ各其家屋ノ想像的部分ヲ抵當ト爲シタルトキハ右ノ分割ノ爲メ丙ハ甲ノ得タル家屋ニ就キ依然抵當權ヲ有スベキモ乙ハ分割ニ依リ不動產ヲ得タルモノニアラザレバ丁ハ其抵當權ヲ失フベシ然レドモ其抵當ハ始メヨリ無効ノモノニアラズ且ツ登記其他ノ手續ヲ經タルモノナル以上ハ其抵當權ヲ失フモ分割ハ一ノ

分割前ノ抵當權

不動產所有權ノ移轉ナレバ分割ノ事ニ加ヘリテ其權利ヲ主張シ又ハ抵當權ヲ失フトモ之ヲ價フベキ權利ヲ生ズベキコト當然ナリ、其詳細ハ財產擔保篇ニ於テ論述スル所アルベシト雖論者往々此原理ヲ誤解シ財產篇第十四條ニ「解散シタル會社ノ財產ノ一部ニ付テ有スル權利ノ不動產タリ不動產タル性質ハ分割ニ依テ各利害關係人ノ受クル財產ノ性質ニ因リテ定マル」ト明言シタルコトヲ引用シ民法ハ解散シタル會社ノ財產ニ對スル各社員ノ權利ヲ不確定ノモノト爲シタレバ分割前ニ於ケル共有物ノ抵當ハ無効ニシテ且共有物ノ分割ハ權利得喪ノ原因ニアラズト論ズル者アリ、抑モ會社ノ財產中ニハ或ハ不動產アリ不動產アリ二者互ニ混同スルガ故ニ法律ハ何レガ不動產ナルカ動產ナルカヲ未確定ノモノト爲シ、從ツテ各利害關係人ヲシテ之レガ抵當讓與ヲ爲シ若クハ其他ノ處分權ヲ行ハシメザルモノニ過ギズ、故ニ該條ノ規定ハ單ニ解散シタル會社ノ財產即チ動產不動產ノ混同セル場合ノミニ適用スベク、又該條ハ單ニ動產不動產ヲ定ムルニ就キ設ケタル規則タルニ過ギザルナリ、然ルニ右ニ示シタル共有物分割ノ場合ハ大ニ之レト其趣ヲ異ニシ甲乙ノ共有物ハ一ノ不動產ナル家屋ナリ甲乙ノ共有財產中ニ動產不動產ノ二者ヲ包含スルモノニアラズ、又共有ニモセヨ其不動產タルコト明白ナリ故ニ苟モ分割前ト雖不動產タルコト明白ナル以上ハ之レニ抵當權ヲ設定スルコト能ハザルノ理由アルベカラズ、又法律ノ決シテ禁ズル所ニアラザルナリ、或ル論者ノ如キハ共有者ハ分割ニ依リ權利ヲ得喪スルモノニアラズト云ヒ乍ラ却ツテ共有物ノ抵當ヲ無効トセリ出鱈目モ亦甚シト謂フベシ。

例外

第三、前第一項ニ論述シタル共有物分割權ニ一ノ例外アリ即チ左ノ如シ。

(イ) 財産篇第三十九條第二項ニ曰ク「然レトモ共有者ハ五ケ年ヲ越エサル定期時間分割セサルコトヲ得」ト其ノ第三項ニ曰ク「此合意ハ何時ニテモ之ヲ更新スルコトヲ得但其時間ハ亦五ケ年ヲ超ユルコトヲ得ス」ト。是レ合意ニ依リテ分割權ノ行使ヲ停止シ得ベキ場合ヲ定メ之レニ幾分ノ制限ヲ附シタルモノナリ、故ニ數多ノ契約ヲ今日ニ締結シテ數十年間モ之レヲ分割セザルコトヲ約スルコトヲ得ザルモ、五年ニ滿ツル毎ニ契約ヲ新ニスル以上ハ永遠ニ之ヲ繼續スルコトヲ得ベキナリ。是レ共有者間ノ合意ニ出ヅレバ敢テ之ヲシモ禁制スルニ及バズ、故ニ若シ此合意ヲ爲シタル後共有者ニシテ之ヲ分割セント欲セバ、遅クトモ五年ノ經過ヲ待チ更ニ其合意ヲ新ニスルコトナクンバ即チ足レリ。

(ロ) 分割ニ依リ何人モ利益スル所ナキ共有物ニ就テハ法律ハ又分割權ノ例外ヲ設ケタリ。第三十九條ノ末項ニ「右規定ハ數個ノ所有地ニ共通ナル通路井戸籬壁溝渠ノ共有ヨリ生スル共有權ニ之ヲ適用セス」ト明言スル場合即チ是レナリ。然レドモ此等ノ物タル多クハ相隣地相互ノ權利義務ニ屬シ苟モ其使用ヲ共ニスル以上ハ、必ズシモ其所有權ノ分割ヲ禁ズルニ及バザルニ似タリト雖モ、羅馬以來分割權ヲ制限スベキ一理由ト爲シ來レリ。

第五節 所有權ノ得喪

第一款 所有權ノ取得

所有權ノ取消

財産篇第四十一條ニ「當事者ノ間ニ於ケルモ第三者ニ對スルモ本篇及ヒ財産取得篇ニ記載シタル原因及ヒ方法

ニ依リ之ヲ取得シ保存シ及ヒ轉付ス」ト云ヒ、財産ノ取得ヲ以テ各條ノ規定ニ一任シタレバ余モ亦茲ニ之レガ説明ヲ爲サズト雖、一般財産ノ取得ニ關スル原因ヲ明カニシ諸君ヲシテ先ヅ其大綱ヲ得セシメン。

凡ソ權利ヲ取得スルニハ第一ニ法律の取得能力第二ニ現實的取得行爲アルヲ要ス。

第一ノ法律の取得能力トハ左ノ能力ヲ云フ。

(イ) 取得セントスル權利ハ法律ニ於テ取得シ得ベキモノト定メ且之ヲ取得スル者ハ之ヲ取得スベキ資格即チ權利能力ヲ備ヘザルベカラズ。

取得能力及ヒ取得行爲

(ロ) 權利ヲ取得シ得ベキ行爲即權利行爲(或ハ取得ノ原因)ハ法律ニ於テ之ヲ認め法律上之ヲ有効トスルモノナラザルベカラズ。

第二ノ現實的取得行爲トハ取得能力アルモノニシテ取得ノ都度現ニ之レヲ取得スルガ爲メニ要スル行爲ヲ云フナリ、設例ヘバ賣買ヲ爲スコトヲ得ベキ融通物ニシテ且ツ其買得者モ賣買ヲ爲スノ能力アリ、又賣買ハ法律上ニ認めタル取得原因ノ一ナレドモ現ニ賣買ヲ爲サレバ現ニ財産ヲ取得スルコトヲ得ザルベシ、是レ財産ノ取得ニ現實的行爲ヲ必要トスル所以ナリ。

然レドモ權利ノ取得ト其權利ノ法律の實行能力トヲ混同スルコトナキヲ要ス、權利ヲ取得シタレバトテ必ズシモ同時ニ義務者ニ對シテ之ヲ實行スルノ能力アルベキモノニアラズ、設例ヘバ余ハ甲者ニ六ケ月ノ期限ヲ以テ或金額ヲ貸與シタルトキハ余ハ此金額ヲ貸付スルト同時ニ該金額ニ對スル債權ヲ取得スレドモ、期限ニ至ラザレバ

實行能力

甲者ニ對シ其義務ノ實行ヲ強フルコトヲ得ズ、是レ已ニ權利ヲ取得シテ未ダ法律の實行能力ヲ生ゼザル場合ナリ。又法律的實行能力ハ現實的實行能力ト混同スベカラズ、法律的實行能力ハ存在スルモ現實的實行能力ノ存在セザル場合アリ、設例ヘバ余ハ某甲ニ金圓ヲ貸與シ其返済期限到來スルトキハ、余ハ余ノ權利ヲ實行スベキ法律的能力ヲ有スルモ、若シ某甲ニシテ赤貧如洗無資力者タルトキハ余ハ決シテ現實的實行能力ヲ有セザルモノナリ。財産ヲ取得スル種々ノ方法ニ從ヒ財産取得ノ種類ヲ認メ或ハ取得者ノ承諾ヲ要スルト否トニ依リ、之ヲ合意上ノ取得ト法律上ノ取得トニ分チ、或ハ取得ニ報償ヲ要スルト否トニ依リ有償名義ノ取得 (Titulus Ingratis) ト無償名義ノ取得 (Titulus onerosus) トニ分ツ等其分類ノ方法甚ダ多シト雖、學者ハ概ネ財産ノ取得ヲ大別シテ原始的取得及繼承的取得ノ二種ト爲ス。

原始的取得

原始的取得トハ、其取得ニ係ル權利ガ該取得ニ依リテ始メテ存在スル事ヲ得ルニ至ルモノニシテ、他人ノ權利ニ關係ナク獨立シテ該取得者ニ屬スルモノヲ謂フ。例ヘバ先占即チ無主物ノ取得又ハ添附即チ我所有物ニ他物ノ添附スル場合等ノ如キハ、已ニ他人ノ有スル權利ヲ讓受ケ之ヲ相續スル者ニアラズ、取得ヲ待ツテ始メテ成立スベキ權利ナリ、故ニ合意又ハ損害ニ依ル人權ノ創設モ亦未ダ嘗テ有セザリシ權利ヲ取得スルモノナレバ之ヲ原始的取得トセザルヲ得ズ、設例ヘバ甲其所有ノ馬匹ヲ乙ニ賣渡サンコトヲ約シタルトキハ、此人權即チ甲ニ取リテハ代價ヲ請求スルノ權乙ニ取リテハ馬匹ヲ請求スルノ權、甲乙間ノ契約ニ依リ始メテ發生スルガ如シ、但シ此契約ノ結果ニ依リ乙ノ買受ケタル馬匹ニ對スル乙ノ所有權ハ甲ノ所有權ヲ繼承スルモノニ過ギザレバ、乙ガ馬匹ニ

繼承的取得

於ケル物權ハ決シテ原始的ノ取得ニアラザルナリ。

繼承的取得トハ左ノ場合ヲ云フ。

- 一、他人ニ屬スル已存ノ權利ヲ讓受ケタルトキハ其讓受人ハ原所有者ノ地位ニ代ハルモノナリ、一言ニシテ之ヲ云ハ、讓渡シタル權利モ讓受タル權利モ依然タル同一ノ權利ナレドモ、只ダ其所有者ヲ變換スルニ過ギザル場合ヲ稱シテ繼承的取得ト云フ、設例ヘバ贈與相續又ハ賣買ニ依リ他人ノ權利ヲ讓受ケタル場合ノ如シ、而シテ斯ノ如ク贈與相續賣買等其名義ヲ異ニスルモ原所有者ノ全權ヲ其儘ニ繼承スル場合ヲ總稱シテ共ニ之ヲ相續 (Successio) ト謂フ、然レドモ余ハ用語ノ混雜ヲ豫防スル爲右ノ意義ニ於ケル相續ノ語辭ヲ使用スル事ナカルベシ。
- 二、權利ノ使用收益ヲ讓受ケタル場合モ亦繼承的取得トス、設例ヘバ余ノ地所ニ他人ヲシテ地役若クハ抵當權等ヲ創設セシメタルトキノ如シ、此場合ニ於テハ素リ權利者ノ交換ニアラズ、只ダ他人ヲシテ特別ナル權利ヲ余ガ地所ノ上ニ行ハシムルモノナレバ余ガ權利ヲ制限スルモノニ過ギザレドモ、他人ノ地所ノ上ニ行フ所ノ權利ハ余ノ有セル權利ヲ繼承シタルモノニ過ギス。

繼承的取得ニ關スル原則

繼承的取得ハ包括財産ニ係ル場合アリ、又特定權利ニ係ル場合アリ、包括財産ノ繼承的取得ハ一人ノ財産即チ權利義務ヲ總括シテ之ヲ他人ニ讓渡スルモノナリ、總相續ノ場合ノ如キ是レナリ、又特定權利ノ繼承的取得ハ特別ナル財産ノ相續又ハ權利行爲ニ出ヅルノ取得、設例ヘバ賣買贈與交換等ノ場合ノ如キ是レナリ、而シテ苟モ繼承的取得タル以上ハ其包括財産ニ係ルト特定權利ニ係ルトヲ問ハズ左ノ重要ナル原則ヲ適用ス。

第一、一ノ權利ヲ繼承シタル者ハ特別ノ合意アルニアラザレバ其權利ニ附從スル從タル權利ヲモ繼承スベシ、財產篇第四十一條第二項ニ「主タル物ノ處分ハ從タル物ノ處分ヲ帶フ但シ反對ノ證據アルトキハ此限ニ在ラス」ト謂ヘルハ即チ此意ナリ、但該條ノ規定ハ繼承ノ取得ノ場合ノミニ限ラザルガ如クナレバ、原始的取得ニモ亦之ヲ適用セントスル減法界ノ規定ナルガ如ク見ユレドモ、該條ハ權利ノ取得ト云ハズシテ、物ノ處分ト明言シ權利ヲ讓渡スル者ノ上ヨリ其言ヲ立テタルヲ以テ、之レヲ權利ヲ取得スル者ノ方ヨリ觀察スレバ、當然原有者アルベキ場合ニシテ、繼承ノ取得ノ場合ノミニ適用スベキ規定タルコト明白ナリ、萬ガ一ニモ「主タル物ノ取得ハ從タルノ取得ヲ帶フ」ト規定シタランニハ夫コソ大變ナリシナラン、我民法ガ一寸ノ言葉ノ立テ方デ此災難ヲ免レタルハ目出度シ目出度シ。

第二、取得者ハ原有者ノ有セル權利ヨリ大ナル權利ヲ取得スルコトナカルベシ、仍ホ此原則ヲ分析スレバ即チ左ノ如シ。

(甲) 讓渡人ニ屬セザル權利ハ其繼承者ニ於テ之ヲ取得スルコト能ハザルベシ、但シ讓渡人ニシテ他人ノ名義ヲ以テ之ヲ讓渡スルノ權ヲ有シタルトキハ格別トス。

(乙) 權利ヲ有セザルモノハ其權利ノ一部即チ使用收益等ノ權利ヲモ讓渡スルコトヲ得ズ、其讓受人モ亦之ヲ取得スルコトヲ得ズ。

(丙) 讓渡人ハ眞ニ權利ヲ有スルトモ、其權利ニシテ制限セラレタル權利ナルトキハ讓受人ハ其制限アル權利

ノ儘ヲ取得ス、就中特定物權ノ讓渡ノ場合ニ於テハ屢々此原則ノ適用ヲ見ルベシ。即チ、

(イ) 讓渡シタル物權ニシテ制限セラレ若クハ不完全ナルトキハ、讓受人ハ其缺點制限ノ儘之ヲ繼承スベシ、設例バ余ハ余ガ地所ニ某甲ヲシテ抵當權若クハ地役ヲ創設セシメタルニ係ハラズ之ヲ丙者ニ讓渡スルトキハ、丙者ハ抵當若クハ地役ノ義務ヲ負擔スル地所ヲ取得スベシ、從ツテ此地所ハ何人ノ手中ニ歸スルモ、抵當主ハ其地所ニ對シテ依然抵當權ヲ有シ地役ノ權利者ハ依然其權利ヲ有スベシ。

(ロ) 然レドモ讓渡シタル物ニシテ單ニ三者ニ對スル人權ニ制限セラレタルモノナルトキハ、人權ハ只當事者間ノミニ其効力ヲ有スベキヲ以テ、該物件ノ取得者ハ此人權ヲ併セテ繼承スルモノニアラズ、設例ハバ借家契約ニ依リ余ハ余ノ家屋ヲ甲者ニ貸付センコトヲ約シタルトキハ、此契約ハ未ダ物件ヲ余ガ家屋ニ設定セザルヲ以テ、余ニシテ此家屋ヲ丙者ニ讓渡ストキハ、丙者ハ完全ナル家屋ノ所有權ヲ取得シ、甲者ニ其家屋ヲ貸付スルノ義務ヲ負フコトナカルベシ。故ニ特定權利ノ取得ノ場合ニハ單純ナル人權ハ物件ニ對スル物權上ノ制限タルコトヲ得ザルナリ、但シ包括財産ノ取得ノ場合ハ一切ノ權利義務ヲ一體トシテ取得スルモノナルガ故ニ、人權物權ヲ問ハズ共ニ取得者ニ移轉スベシ。又右ノ場合ニ反シ若シ余ハ甲ニ余ガ所有ノ地所ヲ讓渡セントノコトヲ契約スルモ未ダ其所有權ヲ移轉セザル以前ニ於テ乙者ヲシテ余ガ地所ニ抵當權若クハ地役權ヲ設定セシメタルトキハ、余ガ地所ハ物權ノ制限ヲ受クルモノトナルモ、余ト甲トノ間ニ於ケル契約ハ單ニ人權ニ過ギザルヲ以テ、後日甲ニ其所有權ヲ移轉スルモ、甲ハ抵當權地役權ノ制限

將來ニ無効トスベキ所有權

ヲ有スル儘ノ權利ヲ繼承シ、乙者ノ權利ハ爲メニ毫末ノ干涉ヲ受クルコトナカルベシ、斯ノ如キ甲者ノ權利ヲ稱シテ (Dominium ex nunc revocabile)ト謂フ、將來ニ於テ無効トスルコトヲ爲ベキ所有權ノ義ナリ。

有期所有權

(ハ) 前項ト同一種類ニ屬スベキ所有權ノ義務上ノ制限トスベキ仍ホ一種ノ制限アリ、即チ確定期間間 (Ad diem certum)ノ所有權是レナリ。設例バ余ハ契約ニ依リ某甲ニ余ガ所有ニ係ル物件ヲ一定ノ期間間讓渡セラル場合ノ如シ、而シテ此場合ニ於テモ某甲ハ期限ニ至リ該物件ヲ返却スベキ人權上ノ義務ヲ有スル迄ニシテ、期限ニ至リテ之レヲ引渡シタルトキハ即チ其義務ヲ全ウセルモノナレドモ、若シ期限ニ至リテ之レガ引渡ヲ爲サザルトキハ、其所有權ハ依然某甲ニ存スルヲ以テ、余ハ某甲ニ對シ單ニ其引渡ヲ請求スル人權ヲ有スルニ過ギザルベシ、故ニ某甲ニ於テ之レヲ三者ニ讓渡シタルトキハ期限後ト雖ドモ、余ハ甲者ニ對シテ損害賠償ヲ請求スルノ外、三者ニ對シテ其引渡ヲ請求スルコトヲ得ズ、又某甲ニシテ之ヲ抵當ト爲シ若クハ其他ノ物權ヲ其物件上ニ設定シタルトキハ、設ヒ期限ニ至リテ甲者余ニ其ノ物件ヲ引渡シタリトモ、抵當其他ノ物權ハ依然トシテ該物件ニ附着スルコト前項ノ場合ニ異ナル所ナカルベシ、然レドモ近世ノ有名ナル學者中ニモ此說ニ反對スル者甚ダ多ク、今日ニ至ルモ學者ノ間其說未ダ一定セザルモノ、如シ、其說ニ依ルニ右ノ場合ニ於ケルガ如キ確定期日ハ單ニ人權的即チ間接ニ物件上ニ効果ヲ有スルニ止マラス、物權的即チ直接ニ物ノ上ニ其効果ヲ及ボスベキヲ以テ確定期限ノ到着スルヤ否忽チ其物ノ全所有權ヲ以テ原所有主ニ復歸セシメ、該期限間ニ爲シタル該物件ノ賣渡ニ依リ得タル三者ノ所有權、又ハ該物件上

ニ設定シタル抵當權地役權ノ如キモ、確定期日ノ到達ト共ニ消滅スベシト謂フニ在リ、而シテ斯ク契約ヲ以テ直ニ物權ヲ左右スルハ一見普通ノ原理ニ反スルガ如シト雖、此說ヲ主張スル者ハ曰ク「凡ソ物ノ讓渡ヲ爲スニ當リ當事者ノ意思ヲ以テ其讓渡スベキ所有權ニ期限ヲ置キ、期日ノ到來ト共ニ所有權ハ勿論其物ニ就キ期限中ニ處分シタル讓渡又ハ抵當權若クハ地役權ノ如キモ同時ニ消滅セシムルヲ以テ、所有權上ノ一制限トスルヲ得ザルニアラズ」ト。實ニ一理ナキニアラズト雖、後項ニ論述スル所ノ解除ノ條件ヲ附シタル所有權讓渡ノ場合ノ外、契約ニ依リ直ニ期限ヲ以テ所有權ノ制限ヲ附スルコトヲ得ベキモノトスレバ架空ノ說タルヲ免レザルモノナリ、抑モ期限上ノ制限アル所有權トハ如何ナル意義ナル歟、之ヲ期限ノ到來ト共ニ消滅スベキ所有權トスルカ、否ラザレバ期限ノ到來ト同時ニ法律上當然原有者ニ復歸スベキモノトスルカ、二者必ズ其一ニ居ラザルヲ得ズ、而シテ若シ之ヲ以テ期限ノ到來ト共ニ消滅スベキ所有權トスレバ、期限ノ到達ト同時ニ無主物ヲラザルヲ得ズ、然レドモ或ル所有物ヲ無主物トスルニハ必ズ其物件ヲ放棄 (Derelictio)スルヲ要ス、契約ヲ以テ無主物トスルコトハ到底爲シ得ベカラザルノ事ナリ、若シ又之ヲ制限ノ到來ト共ニ法律上當然原有者ニ復歸スベキ所有權ナリトセンカ、法律上當然ノ移轉タル以上ハ、當事者ノ契約ヲ以テ所有權ヲ復歸スルモノニアラザルノミナラズ、物ニ依リテハ契約履行ニ依リ物件ノ引渡又ハ登記ヲ爲シ、始メテ三者ニ對スル所有權ヲ移轉スルコトヲ得ルコソ法律ノ規定ナレ、當事者ノ自由ノ合意ヲ以テ此規定ヲ破ルコトヲ得ザルナリ、所有權ハ抵當權地役權又ハ使用權收益權等他人ノ物ノ上ニ於ル支

分ノ權利ト異ナレリ、所有權ヲ讓渡シ置キ乍ラ契約ニ依リ或ル期限ノ經過ト共ニ原有者ニ復歸セシメントスルハ、所有權ノ原理ニ牴觸スベシ。

(ニ) 恰モ物權上ノ制限ノ如クニ一タビ讓與シタル所有權ノ回復ヲ或ル條件ニ關セシメ、條件ノ發生ト共ニ當然其所有權ヲ回復セシメ、且條件ノ未熟中ニ處分シタル讓渡又ハ抵當權若クハ地役權等ヲモ消滅セシムル場合ナキニアラス、斯ノ如キ所有權ヲ稱シテ (Dominio revocabile ex tunc) ト云フ。既往ニ遡リテ無効トスルコトヲ得ベキ所有權ノ義ナリ、而シテ此場合ニツアリ、一ハ解除條件ヲ附シテ所有權ヲ讓渡シ而シテ其條件ノ現ニ發生シタル場合ナリ、設例ヘバ余ハ余ガ所有ノ家屋ヲ學校ノ用ニ供スル爲メ某甲ニ讓渡シ、而シテ若シ其學校ヲ廢止シタルトキハ、讓渡ヲ解除シ其家屋ノ所有權ハ同時ニ余ニ復歸スベキモノト定メ、後日ニ至リ現ニ其學校ヲ廢止シタルトキノ如シ、而シテ此場合ニ於ケル所有權ノ復歸ハ解除條件發生ノ爲メ法律上當然ノ結果ニ出ヅル歟、將タ單ニ人權的ノ義務ニ出ヅル歟、古代ノ羅馬法ニ於テハ之ヲ人權的ノ義務ニ出ヅルモノト爲シタルドモ、爾後遂ニ之ヲ法律上當然ノ結果ニ出ヅルモノトスルニ至レリ、又他ノ場合ハ遺囑者或ル特定ノ財産ヲ或ル停止條件ヲ附シテ三者ニ贈與シ、而シテ其條件ノ現ニ發生シタル場合トス、蓋シ此場合ニ於テハ停止條件附ナルヲ以テ、該物件ノ所有權ハ遺囑者ニ存スト雖、若シ該條件ノ發生セルトキハ、直ニ其所有權ヲ受贈者ニ移轉シ遺囑者ガ條件發生前ニ處分シタル物件上ノ處分ハ悉ク消滅セン。是レ羅馬法ノ規定スル所ナリ。我民法中未ダ相續篇ノ規定ヲ見ルコト能ハザルヲ以テ直ニ之

既往ニ對シテ無効ナル所有權

レヲ我民法ノ原則トスルコトヲ得ズ。然レドモ右ニ記載シタル解除及停止條件ノ場合ハ實ニ法律ノ特ニ之ヲ規定スル所ニシテ一般ノ原理ノ例外タレバ、此等ノ場合ヲ以テ他ノ場合ニ推及スベカラズ、民法ト雖例外法ハ決シテ之ヲ援引スベキモノニアラス。

第三、羅馬法ハ前第二ノ項ニ論述シタル原理ニ一ノ例外ヲ設ケタリ、則チ特ニ國庫及君主ノ利益ノ爲メ國庫君主ヨリ讓渡ヲ受ケタルモノハ他人ニ屬スルモノタルト、又抵當地役其他ノ物權ヲ負擔スルモノトヲ問ハズ、共ニ完全ノ所有權ヲ得ベキモノトセリ、近世ニ於テモ或ル特別ナル場合ニ於テハ此原理ヲ用フルノ邦國ナキニアラスト、我民法ハ全然此原理ヲ採用スルコトナキハ或ハ其模範ヲ共和國ノ民法ニ採リタルノお蔭ナリト謂フベキカ、有難クモアリ有難クモナシ。

第二款 所有權ノ消滅

一タビ取得シタル權利ハ其ノ消滅ニ至ルベキ事爲ノ發生スルマデ繼續スベキコト必セリ、故ニ茲ニ論ゼント欲スル所ハ如何ナル事爲カ、果シテ權利消滅ノ原因タルヤ否ニ在リ、財產篇第四十二條ニ所有權消滅ノ條件トシテ六種ノ原因ヲ列記シ、第一任意又ハ強要ノ讓渡、第二他人ノ物ニ自己ノ物ノ添附、第三法律ニ依リテ宣告シタル沒收、第四取得ノ解除銷除又ハ廢罷、第五物ヲ處分スル能力アル所有者ノ任意ノ遺棄、第六物ノ全部ノ消滅トセリ。此等ノ事ニ關シテハ民法各條ニ就キ時ニ臨ンデ諸君ニ詳述スルコトアルベシト雖、右ニ記載シタル諸條件ハ必ズシモ所有權ノ消滅ノ場合ノミナラズ、汎ク一般ノ權利ニ就テモ亦適用セラルベキモノナルヲ以テ、余ハ茲ニ

所有權ノ消滅

主格的及
物格的消
滅

權利ノ消滅ニ關スル一般ノ原理ヲ論述シ諸君ヲシテ先ヅ其綱要ヲ得セシメン。

權利ノ消滅ニ就テハ主格的消滅ト物格的消滅トヲ區別セザルベカラズ、主格的消滅ノ場合ニ於テハ權利自身ハ依然トシテ存在スルモ只ダ其權利ノ主人ヲ變更スルガ爲メニ前主人ニ取リテハ之レヲ失フモノトナルニ過ギズ、設例バ權利者死亡スレバ其權利ヲ失フモ同時ニ又之ヲ其相續人ニ移轉シ、又ハ一ノ權利ヲ讓渡スレバ讓渡人ハ其權利ヲ失フモ讓受人ハ其儘之ヲ繼承スルガ如シ。故ニ權利ノ主格的消滅ノ場合ハ必前節ニ於テ論述シタル權利ノ繼承的取得ノ場合ニ發生スベシ、之ニ反シ權利ノ物格的消滅ハ權利自身ガ消滅シテ全ク其主人ナキニ至ルナリ、之レヲ眞ニ權利ノ消滅ト云フベシ。設例ヘバ義務ノ履行ハ債權ヲ消滅セシメ物件ノ毀滅ハ當然其權利ヲ消失セシメ、又物ノ遺棄ハ其物件ヲシテ私法上ニ無主物ヲラシムルガ如シ、而シテ斯ノ如キ物格的消滅ハ種々ノ方法ニ於テ發生ス。即チ左ノ如シ。

當然ノ消
滅

第一、法律上當然消滅スルコトアリ、此場合ニ於テハ權利消滅ノ原因ノ發生スルト同時ニ已存ノ權利ヲ消滅スベシ、設例ヘバ債權ハ其消滅ノ原因即チ義務ノ履行ト同時ニ消滅スルガ如シ、故ニ苟モ債務者ニ於テ其義務ヲ履行シタル以上ハ新ナル義務ヲ以テ之レニ代フルモ、是レ新ナル別個ノ債權ヲ發生スルモノニシテ、舊債權ヲ復スルモノニアラズ、又權利ノ從タル權利ハ主タル權利ノ消滅ト共ニ消滅スベシ、設例ヘバ抵當權ハ主タル債權ノ消滅ニ從テガ如シ。

第二、權利消滅ノ原因ハ單ニ權利ヲ消滅シ得ベキモノニ過ギザルモノアリ、即チ權利自身ハ存在スルモ或ル特別

消滅ヲ得
ベキ權利

ナル原因ノ爲メ被告ニ於テ之ヲ消滅スルコトヲ得ベキ權利ヲ有スル場合ナリ、學者往々之ヲ權利ニアラズトスレドモ、其消滅ハ法律上當然發生スルモノニアラズ、被告ニ於テ之ヲ抗辯ノ理由トセルトキニ於テ始メテ無効トナルベキモノナルヲ以テ、權利ハ仍ホ存在スルモ單ニ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ベキモノタルニ過ギザルナリ。故ニ、

(イ) 對手ニ於テ無効ノ原因ヲ主張スル迄ハ、權利ハ依然トシテ有効ニ存在スルヲ以テ、若シ其無効ノ原因ニシテ消滅スルトキハ、消滅シ得ベキ權利ハ忽チ完全ナル有効ノ權利トナルベシ、設例ヘバ被告ニ於テ其權利ヲ遺棄シ又ハ其權利ノ時効ニ係リタルガ爲メニ、之ヲ主張スルコトヲ得ザルカ、又ハ訴訟手續上答辯呈出ノ時機ヲ失シタル場合ノ如キ是レナリ。

(ロ) 保證抵當等從タル權利ニシテ消滅シ得ベキ權利ニ附從スルトキト雖、被告ニ於テ其權利ヲ行ハザル以上ハ素ヨリ有効ナリ故ニ消滅シ得ベキ權利ニ對スル保證抵當ヲ爲スモ亦其効力ナキニアラズ、而シテ主タル權利ニシテ消滅シ得ベキモノタル以上ハ從タル權利モ亦消滅シ得ベキモノタルヲ原則トス、又前項ノ場合ノ如キ被告ノ權利ノ消滅ヲ來スコトアルトキハ從タル權利モ亦完全ナル權利ト化スベシ。

(ハ) 然レドモ若シ對手ニシテ現ニ其權利ヲ實行スルトキハ、消滅シ得ベキ權利ハ其從タル權利ト共ニ消滅スベシ。

權利消滅ノ原因ハ或ハ權利者ノ意思ト全ク關係ナキコトアリ、或ハ權利者若クハ其代表者ノ意思ニ依ルコトアリ

リ、權利者ノ意思ニ關セザル場合トハ物件ノ毀滅ノトキノ如キヲ云ヒ、權利者若クハ其代表者ノ意思ニ出ヅル場合トハ即チ權利ノ讓渡ヲ云フ、而シテ此讓渡 (Alianatio) ハ或ハ權利ノ全體ニ係ルアリ或ハ其一部ニ係ルアリ、物ノ讓渡 (Per alianatio) ノミニ就テハ云ハ、其所有權ノ讓渡ハ全權利ノ讓渡ナルベシ或ハ之ヲ狹義ニ於ケル讓渡ト云フ、又他人ヲシテ物ノ上ニ使用收益權等ヲ設立セシムルガ如キハ一部ノ讓渡ナルベシ、事甚ダ簡短ナルニ似タレドモ、法律上所謂讓渡ナルモノハ如何ナル意義ヲ有スルカ、其ノ定解如何ニ依リテハ法律上極メテ重大ナル關係ヲ生ズベキモノナリ。左ニ其原理ヲ論述セン。

第一、讓渡ナルモノハ己レノ財産中ヨリ現ニ其財産ニ屬スルモノ、若クハ現ニ財産ニ屬セザルモ當然取得スベキモノヲ讓與シ、又ハ減少若クハ制限スル場合ニ於テノミ始メテ存立スベシ、今此原理ヲ推究スルトキハ左ノ數原則ヲ發生スベシ、

(イ) 單ニ取得スルコトヲ得ベキ權利ヲ取得セザルノミヲ以テ讓渡ト爲スコトヲ得ズ、設例ヘバ他人ノ提供セラル贈與ヲ拒絕シ又ハ相續シ得ベキ財産ノ配分ニ干與セザルガ如キハ其贈與若クハ相續ニ係ル財産ヲ他人ニ讓渡シタルモノニアラザルナリ、然レドモ財産ヲ取得ニシテ法律上當然ノ結果ニ出デ、全ク取得者ノ意思ニ關係ナキモノナルトキニ於テ之ヲ拒ムトキハ之レヲ一ノ讓渡トセザルヲ得ズ、設例バ法律ノ規定ニ依リ當然死者ノ財産ヲ相續スベキモノハ、被相續者ノ死亡ト同時ニ其所有權ヲ取得スルモノナリ、故ニ若シ之ヲ拒ミテ次級ノ相續者ノミニ之ヲ相續セシムルハ己レニ屬スル權利ヲ之レニ附與スルナリ、故ニ羅馬法ニ於テハ相續

者ニシテ其債主ヲ害スル爲メニ其相續ヲ拒ムトキハ、債主ハ之レニ對シテ一種ノ訴訟ヲ提起スルコトヲ許シタリ。

(ロ) 人權上ノ義務ヲ負擔スルハ讓渡ニアラズ、設例ヘバ余ハ余ガ所有ノ書籍若クハ家屋等ヲ他人ニ貸與センコトヲ約スルモ、余ハ財産ヲ讓渡シタルモノニアラズ、余ハ此ノ契約ノ爲メニ毫モ余ガ財産ヲ減少シ若クハ制限スルコトナシ、然レドモ余若シ他人ヲシテ余ガ地所ニ地役權等ノ物權ヲ創設セシメタルトキハ、余ハ余ノ財産ノ幾分ヲ制限スルモノニシテ素ヨリ一ノ讓渡ナリ。

(ハ) 遺囑ニ依ル財産ノ處分ハ決シテ讓渡ニアラザルナリ、遺囑ノ處分ヲ爲シタレバトテ遺囑者死亡セザレバ其効ナク、死亡スレバ自ラ讓渡ヲ爲スノ能力ナケレバ、遺囑者ハ毫モ其財産ヲ減少若クハ制限スルモノニアラザレバ、又遺囑ヲ受クベキモノモ未ダ其財産ニ對スル權利ヲ有スルコトナシ、羅馬法中「遺囑ニ依ル財産ノ讓渡」ト云ヘル文字ヲ使用セルハ學者ノ大ニ非難スル所ナリ。

第二、讓渡ナルモノハ單ニ其讓渡ニ依ル權利ノ消失ガ、讓渡人若クハ其法律上ノ代表者ノ意思ニ出デタル場合ノミニ存在スベシ、故ニ己レノ意思ニ出デザル事爲ニ依リ、權利ヲ取得スルモノハ決シテ之ヲ讓受ケタルモノニアラズ、縱ヒ此場合ニ於テ權利ノ消失者ハ其權利ヲ他ニ讓渡セントスルノ目的ヲ有シタリトスルモ、其目的ハ毫末ノ關係ヲ及ボスベキモノニアラズ、設例ヘバ甲者善意ヲ以テ乙者ノ物件ヲ占領シ幾干年月ニ至ルトキハ、羅馬法ニ於テハ時効ニ依リ甲者ハ當然該物件ノ所有權ヲ得有スルニ至レドモ、乙者ガ其所有權ヲ消失スルハ全

其意思ニ出ヅルニアラズ、ヨシヤ乙者ハ甲者ニ之ヲ讓渡スルノ目的アリシガ爲メ時効ノ中断ヲ爲サマリシニモセヨ、此目的ノ有無ハ決シテ甲者ガ時効ニ係リテ取得シタル所有權ヲ變ジテ讓與ニ出デタル所有權ヲラシムルニ足ラズ、時効ニ係ル所有權ノ取得ハ其ノ物件ノ占領者ニ對スル取得條件ノ到達スルニ依レリ、原所有者ノ意思如何ニ關係アルベキモノニアラザルナリ。

財産篇第四十二條ハ任意又ハ強要ノ讓渡ヲ以テ所有權消滅ノ第一原因トセリ、而シテ其所謂強要ノ讓渡ナルモノモ亦一ノ讓渡ニシテ決シテ讓渡人ノ意思ナキモノニアラズトス。余ハ左ノ數項ニ分ツテ強要ノ讓渡ニ關スル原理ヲ説明セン。

(イ) 法律上ノ強要即チ適當ノ意義ニ於ケル強要ノ讓渡ハ、公用徵收又ハ抵當物ノ賣却又ハ共有者ノ請求ニ係ル共有物ノ分割ニ於テ他ノ共有者ノ想像的持分ヲ讓渡スル如キ場合ニ發生スベシ、此等ノ場合ニ於テハ被強要者又ハ抵當主ノ名義ニ於ケル債權者又ハ執行官ニ於テ之ヲ讓渡スルモノナリ、敢テ讓渡者若クハ其法律上ノ代表者ノ意思ナキニアラズ、只ダ其意思ノ任意ニアラザル迄ナリ、我民法ガ強要ノ讓渡ト云ヒ、之レニ讓渡ノ名義ヲ附シタルハ甚ダ理論ニ適スルモノト云フベキモ、民法ガ任意又ハ強要ノ讓渡ト明言セルハ、讓渡人ノ意思アル權利ノ消滅即チ讓渡ト否カラザル場合トヲ區別シタル譯合ニモアラズトナレバ、毫モ法律上ノ關係ナシ、單ニ讓渡ト云フベキヲ態々冗長ニ書キ記シタルマデナリ、而シテ見レバ餘リ感心スル程ノ事モナシ、況シテ起案者ガ強要ト云フ文字ヲ使用セルハ讓渡ノ意思ナキ讓渡ヲモ指示スル積リニテモアリシナラバ

法律上強要ノ讓渡

大間違ヒ此上ナキ法文ナレドモ、マサカニ左ル譯ニモアラザルベシ。乍去單ニ讓渡ト言ハズシテ態々任意又ハ強要ト云ヘルハ、圓機活法ニモ見當ラヌ法律詩ノ對句ト云フ滑稽デモアルマジ。若シ其必要アリトナラバ或ハ右ノ誤謬説ニ出デタル妙痴句ニハアラザルベキカ怪ムベキ限リニコソ。

事實上強要ノ讓渡

(ロ) 事實上ノ強要ノ讓渡トハ負債ヲ償却シ、又ハ兒童ノ教育費用ニ充ツルガ爲メニ家財ヲ賣却スルガ如キ現實ノ必要ニ出ヅル讓渡ヲ云フ、此等ノ讓渡ハ全ク任意ノ讓渡ナリ決シテ強要ノ讓渡ニアラズ。
(ハ) 事實上ノ強要ノ讓渡ナルモ仍ホ法律上幾分ノ強要ヲ受クルガ如キ特別ノ場合アリ、設例ヘバ腐敗スベキ物件ノ保管者ガ其物件ノ保管上之ヲ賣却シテ其代金ヲ保存スルコトヲ要スル場合ノ如シ、此場合ニ於ケル賣却ノ必要ハ物件ノ物理的性質ニ基クテ、之ヲ事實上ノ強要ノ讓渡トス、然レドモ若シ斯カル保管者ノ義務ニシテ法律上ノ規定ニ依リ必然之ヲ行ハザルベカラザルモノナルトキハ、或ハ之ヲ法律上ノ強要ノ讓渡ト云フコトヲ得ルニ似タレドモ、保管者ニシテ自ら其損害ノ責ニ任ズル以上ハ、必ズシモ之ヲ賣却スルコトヲ要セザルヲ以テ、學者ハ之ヲ事實上ノ強要ニ出ヅル讓渡ノ特別ナル場合ナリトセリ。

讓渡ノ目的ハ或ハ其權利ヲシテ他人ニ移轉セシムルニアリ、賣買交換贈與負債償却等ノ如キ是レナリ、或ハ所有物ヲ遺棄シ若クハ相續ヲ拒絕スルガ如ク、單ニ其權利ヲ消失セシメテ之ヲ他ニ移轉スルコトナキモノアリ、然レドモ如何ナル場合ヲ問ハズ、權利ノ讓渡ハ當然權利ノ遺棄即チ棄權ヲ包含ス。然レドモ遺棄ノ文字ヲ以テ往々狹義ニノミ使用シ、單ニ權利ヲ消滅シテ之ヲ他人ニ移轉スルコトナキ場合ニ限ルモノトシ、遺棄ヲ定解シテ「棄權

棄權

者一人ノ意思ノミニ基ク權利ノ消失トスルモノアレドモ素ヨリ其當ヲ得タルモノニアラズ、何トナレバ契約ヲ以テ債務者ニ對スル債權ヲ遺棄スルコトヲ得ベキノミナラズ、被告ノ承諾ヲ得ルニアラザレバ有効ノ棄權ヲ爲スコト能ハザル場合甚ダ多シ、左ニ棄權ニ關スル原理ヲ論述セム。

棄權者一人ノミノ宣言セル遺棄ハ被告ノ承諾ヲ待タズシテ其効力ヲ有スベキヤ否ノ問題ハ、左ノ二原則ニ依リテ之ヲ決スルコトヲ得ベシ。

第一、棄權者ノミノ意思ニ依リ遺棄シ得ベキ權利ハ左ノ如シ。

棄權者ノ
ニ依ル意思

(イ) 相續スベキ財産若クハ遺囑ニ依リ取得スルコトヲ得ベキ財産ハ、其ノ權利者ノ意思ノミニ依リ遺棄スルコトヲ得ベク、而シテ一旦之ヲ遺棄シタルトキハ再ビ之ヲ回復スルコトヲ得ズ。

(ロ) 所有權ハ其所有者一人ノ行爲ニ依リ之ヲ遺棄スルコトヲ得ベシ、然レドモ此場合ニ於テハ管ニ所有者ハ最早其物件ヲ所有セザル旨ヲ明示セルノミヲ以テ足レリトセズ、所有者ハ現ニ此意思ヲ以テ該物件ヲ打捨ツルノ行爲ヲ爲スコトヲ要ス(Derelictio)、而テ所有者ニシテ此行爲ヲ爲シタルトキハ該物件ハ一ノ無主物トナルベク、他人ニシテ之ヲ取得スルモノハ先占ニ依ルルノ所有權ヲ獲得スベシ、故ニ設ヒ棄權者ニシテ再ビ之ヲ取得スルモ是レ曩キニ遺棄シタル所有權ヲ回復スルモノニアラズシテ、先占ニ依リ新ニ其所有權ヲ取得スルモノナリ、古代ノ羅馬法學者ハ他人ニ於テ之ヲ取得スルモノナキ以上ハ、其所有權ヲ遺棄スルコトヲ得ザルモノトセシガ、後世ノ羅馬法學者ニ至リテ全ク其說ヲ改メタリ。

對手ノ承
諾ヲ要ス
ル棄權

第二、對手又ハ義務者(設例ヘバ債務者)又ハ制限者(設例ヘバ或ル土地ニ對スル使用權收益權等ヲ有スル者)等ノ確定セル被告人ニ對スル權利ハ、權利者ノミニ於テ再ビ己レニ回復セザル様之ヲ遺棄スルコトヲ得ズ、其權利ノ遺棄ヲ被告ニ於テ承諾セザル以上ハ再ビ其權利ヲ主張スルコトヲ得ベシ、此等ノ權利ハ即チ左ノ如シ。

人權ノ場
合

(イ) 人權即チ債權ニ就テハ債權者ニ於テノミニ單ニ之ヲ遺棄スルモ其効力ナシ、而シテ之ヲ債務者ニ通知シ其默諾若クハ明諾ヲ受ケタルトキニ於テ、始メテ有効ニシテ再ビ回復スベカラザル棄權トナリ、其債權ノ消滅ヲ來スベシ。

抵當權ノ
場合

(ロ) 抵當權ニ就テモ亦前項ト其理由ヲ同ウシ、債務者ノ承諾ヲ受ケザル以上ハ法律上有効ノ棄權ヲ爲スコトヲ得ズ。

收益權ノ
場合

(ハ) 他人ノ土地ニ收益權、設例ヘバ樹木果實ヲ收用スルノ權等ヲ有スルモノニシテ、自ラ其權ヲ棄テ之ヲ收用セザルトキハ、所有者ノ承諾ヲ待タズ收用セザリシ果實ハ當然所有者ニ復歸スベシト雖、該土地ニ於ケル收益ノ權利即チ物權ニ至リテハ所有者ノ承諾アルニアラザレバ有効ノ遺棄ヲ爲スコトヲ得ズ、其他他人ニ於ケル物權ニ就テモ亦同ジトス、然レドモ近世ノ學者ニシテ往々異說ヲ主張スルモノアリ、其說ニ依ルニ「收益權抵當權其他他人ノ所有物上ニ於ケル支分權利ヲ其權利者ノミノ意ヲ以テ放棄シタルトキハ、該權利ハ其主人ヲ失ヒ無主物トナルベク、土地所有者ハ從ツテ先占ニ依リ之ヲ占領スルコトヲ得ベシ、故ニ收益權等ノ支分權ト雖、其權利者一個ノ意思ヲ以テ之ヲ遺棄スルコトヲ得ザルニアラズ、只ダ之レヲ遺棄シタルトキハ

無主物タルベキヲ以テ、先占ヲ以テ之ヲ取得スルハ所有者タルト支分權利ノ所有者タルト問ハザルノミト。此說一理ナキニアラザルガ如シト雖、先占ハ必ず有體物ニ對スル取得ノ一原因タルベキヲ以テ、收益權抵當權等他人ノ物ノ上ニ於ケル無形ナル權利ガ先占ノ目的物タルコトヲ得ベシトスルハ、先占ノ原理ニ反スル誤謬ノ見タルヲ免レズ、若シ此等ノ權利ニシテ其主人ナキニ至ラバ當然所有權中ニ合體セラルベシ。

時効

棄權ノ意思ヲ表出スルニハ明暗如何ヲ問ハズ、或ハ棄權者ノ所爲ニ依リ其意思ヲ推定スルコトヲ得ベシ。然レドモ其意思ヲ推定スベキ所爲ヲ以テ權利者ガ久シク其權利ヲ行使セザリシコト、又ハ他人ノ之ヲ行使スルヲ防止セザリシコト等ニ歸スルハ誤レリ。羅馬法ガ時効ニ依リ所有權ヲ取得スルコトヲ得ベキモノト爲シタルハ、決シテ權利者ノ意思如何ニ依リタルニアラズ、時効ニ係ル取得ハ權利者ノ意思如何ニ關係セズ法律上ノ條件ヲ備フルヲ以テ足レリトスルコトハ、已ニ之ヲ論ジタルガ如クナレバ、權利者ハ或ハ其權利ヲ消滅スルノ意ナキモ、種々ノ事情ニヨリ時効ヲ中斷セザリシコトモアルベシ、然レドモ我民法ハ時効ヲ以テ權利消滅ノ原因トスルコトナシ、只ダ權利消滅ヲ推定スベキ證據タルニ外ナラズトセリ、故ニ財産篇第四十三條ニ於テ「動産及ヒ不動産ノ所有權ノ取得及ヒ消滅ニ關スル時効ノ性質及ヒ効力ニ付テハ證據篇ノ規定ニ從フ」ト明言セリ。苟モ所有權消滅ノ原因中ニ之ヲ加ヘザル以上ハ我民法ガ時効ヲ以テ權利消滅ノ一原因トセザルコト明白ナレバ、態々別條ヲ置之ヲ明言スルニモ及バザルガ如シ、或ハ我立法官ガ羅馬法ヲ採用セズシテ新說ヲ採用シタル事實ヲ注意シ、其博學ヲ手早ク世間ニ披露スルノ意ナラント推察スレドモ、此一事ヲ以テ民法全體ヲ威張ラントスルハ扞^{カキ}扞^イニ握リ尻ノ

博學ノ五披露

効能モ覺束ナシ。

他人ノ利益ノ爲メニ已レノ權利ヲ遺棄セントスルコト往々ニシテ之レアリト雖、其法律上ニ於ケル關係如何ヲ知ラント欲セバ、之レヲ左ノ數項ノ場合ニ分論セザルヲ得ズ。

對手ノ爲メニスル棄權

第一、棄權ニ依リ利益ヲ受ケントスル者ニシテ、義務者ナルカ若クハ棄權セントスル者ノ權利ニ依リテ制限ヲ受クル者ナル時ハ、其棄權ヲ承諾スルニ非レバ有効ナル遺棄タルコトヲ得ザルハ已ニ前ニ論述シタル場合ノ如シ。

第二、三者ノ利益ノ爲メニ權利ヲ遺棄スル場合ニ就テハ仍ホ左ノ二個ノ場合ヲ區別セザルベカラズ。

三者ノ爲メニスル棄權

(イ) 棄權者ノ意思ニシテ三者ヲシテ其權利ヲ取得セトスルニ在ルトキハ、該三者ニシテ權利ヲ取得スルニ必要ナル一切ノ條件ヲ具ヘ、而シテ棄權セントスル者ノ權利ノ單^ニ其權利ヲ取得スルノ妨害タリシトキニアラザレバ其効ナカルベシ。而シテ此場合ニ於ケル棄權ハ現ニ三者ニ於テ取得シ得ベキ權利ノミニ就キ之ヲ爲シ得ベク、又三者ハ決シテ余ガ權利ヲ繼承セルモノニアラザルベシ、設例ヘバ余ハ相続ニ依リ又ハ遺囑ニ依リ取得スベキ權利ヲ遺棄シタルトキハ、余ガ之ヲ遺棄シタル場合ニ於テ余ニ代リテ法律上當然之ヲ取得スベキ者ノミ相続ニ依リ此權利ヲ得ベク、又該相続者ハ直接ニ被相続者ノ權利ヲ取得シ、余ヨリ余ノ權利ヲ繼承スルモノニアラザルガ如シ。

(ロ) 若シ前項ノ場合ニ於テ三者ニシテ法律上遺棄シタル權利ヲ取得シ、而シテ後余ノ權利ヲ甲者ニ讓渡セザルベカラズ、甲者ハ遺囑ニ依リ直ニ其權利ヲ取得スルモノニアラザルナリ、又余ハ相続ニ依リ取得スベキ權

利ヲ友人ナル乙者ノ利益ノ爲メニ遺棄スルモ、此權利ハ法律上當然余ニ代ルベキ次級ノ相続人ニ移轉セラレベキヲ以テ、乙者ハ決シテ之ヲ取得スルコトヲ得ズ、然レドモ余ニシテ一旦右ノ權利ヲ相續シタル後、更ニ之ヲ乙者ノ爲メニ遺棄シ乙者ノ承諾ヲ得タルトキハ、即チ一ノ讓渡トナリ、乙者ハ余ノ權利ヲ繼承スベキモ決シテ相續ニ依リタル權利ヲ取得シタルモノトスルコトヲ得ザルナリ。

一般ノ棄權

古代ノ學者及ビ往々近世ノ學者中ニモ所謂一般ノ棄權 (Renunciatio Generalis) 設例ヘバ「何某ニ對スル余ノ一切ノ權利ヲ主張セマジ」杯明言スル棄權ヲ以テ全ク無効トスルモノアリ、然レドモ所謂一般ノ棄權トハ如何ナルモノヲ指示スルカ、其棄權スベキ一切ノ權利モ大小ノ差別アルベキヲ以テ單ニ一般ノ棄權ヲ以テ無効トスルハ素ヨリ誤謬タルヲ免レズ、故ニ今マ一般ノ棄權ニ關スル法理ヲ略言スレバ即チ左ノ數項ノ原則ニ過ギザルベシ。

第一、棄權ハ單ニ遺棄スベキ權利ノミニ就キ其効力アルベシ、故ニ遺棄セントシタル權利ノ範圍外ニ引接シテ、他ノ權利ヲモ其中ニ包含セシメントスルガ如キハ解釋上當然無効タルベシ。

第二、遺棄セントスル權利ヲ明言スルニ極メテ汎博ノ語ヲ以テシ、其範圍ヲ定ムルコト能ハザルモノハ其効力ナカルベシ

第三、法律上ノ瑕瑾アルガ爲メニ當然無効ナルカ又ハ無効ト爲スコトヲ得ベキ權利ハ、之ヲ遺棄スルモ亦當然無効ナルカ若クハ無効トスルコトヲ得ベキモノタルベシ、設例ヘバ馬匹ノ賣買ニ於テ縱ヒ隠レタル瑕瑾アリトモ、買主ニ於テ異存ヲ申立テザルベキ旨ヲ約シタルトキハ、其棄權ハ有効ニシテ後日其瑕瑾アルコトヲ發見スルベシ

棄權ニ關スル原則ノ概要

ルモ、買主ハ賣主ニ對シテ賣買ヲ無効トスルコトヲ得ズ、但シ賣主ニ於テ詐僞ヲ以テ買主ニ右ノ棄權ヲ爲サシメタルトキハ、其棄權ノ言辭ハ縱ヒ一般ニシテ汎ク隠レタル瑕瑾ニ基キタル賣買ヲ無効トスルモ、詐僞ノ場合ヲモ包含スルモノトスルコトヲ得ザルガ如シ。

讓渡ニ依ル棄權ノ何物タルハ前ニ論述シ又已ニ所有權取得ノ章ニ於テ論述シタル所アリシガ、今茲ニ之ヲ總括シテ仍ホ左ニ注目スベキ重要ナル一般ノ原則ヲ示ス。

第一、權利ノ喪失ハ現時及將來ニ對シテ其効力ヲ有シ、既往ニ遡ルコトナキヲ以テ通則トス、故ニ未ダ棄權セザル以前ニ於ケル權利ノ處分ハ、棄權後ト雖依然其効力ヲ存シテ該權利ニ附着スベシ、設例ヘバ余ガ所有ノ地所ニ、甲者ヲシテ地役權ヲ設定セシメ而シテ後之ヲ乙者ニ賣渡シタルトキハ、乙者ハ地役權附着ノ儘ニ余ノ地所ヲ繼承スベシ。

第二、或ル原因若クハ條件ノ爲メ最初ヨリ無効トスルコトヲ得ベキ權利ヲ讓渡シタルトキハ、其讓渡人ノ權利モ亦無効トスルコトヲ得ベキモノタルニ過ギザルベシ、而シテ此種ノ權利ヲ分ツテ將來ニ無効トスルコトヲ得ベキモノト、既往ニ遡リテ無効トスルコトヲ得ベキモノトノ二種トス。

(甲) 或ル未必條件ニ依リ所有權ヲ原主ニ返還スベキ人權的義務ヲ負擔スル所有權ヲ讓受ケタルモノハ、該條件ノ發生ト共ニ之ヲ返却スベキ人權的義務ヲ負擔スベシ、設例ヘバ甲ナル所有者詐僞セラレテ其物件ヲ乙者ニ讓渡シタルトキハ其讓渡ハ有効ニシテ、所有權ハ乙者ニ移轉スト雖モ乙ハ甲者ニ對シテ其物件ヲ返還スベ

キ人権の義務ヲ負擔スベシ、又甲者或ル定期間其所有權ヲ乙者ニ讓渡シタルトキハ、乙者ハ有効ニ其所有權ヲ得有スレドモ、期限ニ至ラバ乙者ハ甲者ニ之ヲ返還スベキ人権の義務ヲ負フベシ、而シテ斯クノ如キ場合ニ於ケル乙者ノ義務ハ人権的ナルヲ以テ、(イ)乙者ノ所有權ハ物格的ニ制限セラル、コトナシ、故ニ若シ乙者ニシテ之ヲ他人ニ讓渡シタルトキハ、甲者ハ乙者ニ對シテ單ニ損害賠償ノ訴ヲ起スニ過ギザルベシ。(ロ)乙者ガ其義務ヲ履行シ甲者ニ其所有權ヲ返還スルモ、其所有權ハ法律上當然甲者ニ歸スルモノニアラズ甲者ハ甲乙間ノ契約ニ成リタル人権ニ依リ新ニ所有權ヲ取得スルモノナリ。(ハ)乙者ニシテ物件ノ所有者タルトキニ於テ、之ニ物権的制限設例ヘバ地役權抵當權等ヲ設定シタルトキハ、後日ニ之ヲ甲者ニ返還スルモ甲者ハ右ノ制限ヲ受ケタル儘ノ所有權ヲ取得スルニ過ギザルベシ。

(乙) 立法的作用ニ依リ特ニ一旦讓渡シタル所有權ヲシテ法律上當然所有者ニ回復セシムル場合アリ、即チ解除條件ヲ附シタル讓渡ノ場合ナリ、事ハ已ニ所有權取得ヲ論ズルノ條下ニ論述シ、又後章ニ詳論スルコトアルベケルバ今茲ニ之ヲ略ス。

未定所有 第三、現ニ當事者ノ一方ハ所有權ヲ變更シ一方ハ之ヲ取得スル場合ニシテ、羅馬法學者ハ特ニ之ヲ未定ノ所有權ト稱シ、或ル事實ノ發生ニ至リテ始メテ其所有權ヲ取得スベキモノトセル場合アリ、即チ訴訟中ノ物件ニ對スル所有權是レナリ、然ドモ訴訟中ノ物件ハ決シテ其喪失取得ノ未定ナルモノニアラズ、縦ヒ訴訟中ノ物件ト雖其所有者アルベキハ當然ナレバ、物格的ニハ所有者ハ充分明白ナリ、只ダ其所有者ハ甲カ乙カ其人ヲ詳ニスルコト能ハザルノミ、故ニ一ノ物件ノ訴訟中ナルト否トハ近世ノ法律ニ於テハ毫末モ其所有權ニ關係ヲ及ボスモノニアラズ。

上來論述スル所ヲ以テ一般ノ權利喪失ニ關スル原理ト爲ス。而シテ其特ニ所有權ノ喪失ニ關スルモノモ亦此原理ヲ以テ支配セラルベシ。我民法第四十二條ハ所有權消滅ノ原因トシテ六箇ノ條件ヲ揭示シタルドモ、或ハ仍ホ不充分ナルモノアリ、或ハ重複ニ渉ルモノアリ、今マ理論上ヨリ簡單ニ所有權喪失ノ原因ヲ指示スルトキハ、

第一、所有權ヲ取得スベキ一切ノ方法ハ、同時ニ他ノ一方ニ於テハ其喪失ノ原因タリ、即チ他人ニシテ新ニ所有權ヲ取得スルトキハ前所有者ハ必ズ其權利ヲ喪失スベシ、故ニ此場合ハ當然讓渡即チ廣義ニ於ケル相續ノ場合ニ發生スベク、財産篇第四十二條第三ノ沒收第四ノ取得ノ解除ハ何レモ取得ノ一原因ニシテ讓渡ノ一部ニ屬シ、同條ノ第一ノ原因タル任意又ハ強要ノ讓渡中ニ包含セラルベキヲ以テ特ニ之ヲ一原因トスルニ足ラズ、又若シ該條ヲシテ所有權ノ取得ト同時ニ其表面ニ於テ發生スベキ所有權喪失ノ諸種ノ場合ヲ逐一明示スルノ意ナラシメバ、該條ニ示シタル原因ハ決シテ其全體ヲ悉シ得タルモノニアラズ、設例ヘバ共有物ノ審判的配當(Adjudicatio)遺失物ノ取得、婚姻解除ノ際婦ニ歸スベキ夫ノ財産ノ取得ノ如キ其場合仍ホ甚ダ少ナカラザルベシ。

所有權喪失ノ原因讓渡

第一、物ノ消滅即チ財産篇第四十二條第六ノ場合トス。
第二、遺棄即チ同條第五ノ場合トス。

物ノ毀滅 遺棄

野禽野獸ノ所有權ノ消失

第四、所有者ノ監督ヲ離脱シタル野禽野獸ニ對スル所有權ハ離脱ト共ニ消滅スベシ、我民法ハ別ニ此場合ヲ明記セズ。

第二章 支分權

第一節 支分權總說

支分權總說 前章ニ於テ所有權ニ關スル原理ヲ論述シ了リタレバ、今ヤ所有權ノ支分權即チ他人ノ所有物ニ於ケル權利(Jus in re aliena)ニ論及セン。

支分權即チ他人ノ所有物ニ於ケル權利ハ、該權利者ニ屬セザル物件ノ上ニ於ケル物權ニシテ、此權利ヲ有スルモノハ或ル關係ニ於テノミ該物件上ニ直接ナル權力ヲ行フコトヲ得ベシ、古代羅馬法學者ハ此權利ヲ單ニ役權ト稱シタリシガ、役權(Servitus)ノ文字ハ他ニ狹隘ナル別種ノ意義ヲ有スルヲ以テ、爾後ノ學者ハ之ヲ他人ノ所有物ニ於ケル權利ト稱セリ、我法典ニ於テハ之ヲ支分權ト稱スルヲ以テ適當トセン。

支分權ニ屬スルモノハ第一役權(Servitus)即チ我民法ノ用益權使用權及ビ住居權ヲモ包含ス及ビ地役權、第二貸借權(Emphyteute)永借權永借權ヲ包含ス第三地上權(Superficie)第四抵當權質權留置權先取權ヲモ包含ス等トス、今左ニ此等ノ諸權利ニ普通ナル原則ヲ示ス。

支分權ハ皆ナ物權ナルヲ以テ、其權利ノ實體ニ至リテハ人權ト相類似スルモ全ク其性質ヲ異ニセリ、設例ヘバ余ハ余ガ所有ノ田地ヲ甲者ニ貸與シ其耕作ノ利益ヲ取得セシムルトキハ、甲者ハ支分權ナル用益權ト實

際同一ナル權利ヲ行ヘドモ、甲者ハ單ニ余ト甲者トノ間ニ於ケル契約ヨリ生ズル人權ヲ有スルニ過ギザルヲ以テ、余ニシテ若シ此田地ヲ乙者ニ讓渡シタルトキハ、乙者ニ對シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ズ、然レドモ若シ甲者ニシテ一ノ物權タル用益權ヲ有スルトキハ、甲者ハ或ル關係即チ耕作ノ利益ヲ收得スル點ニ於テハ直接ニ該田地ニ對スル權力ヲ有シ、田地ノ所有權ハ何人ノ手ニ落ツルモ甲者ハ毫モ其權利ヲ妨ゲラル、コトナカルベシ、而シテ斯クノ如ク同一ノ耕地ヲ利用スル場合ニ於テ一ハ人權ニ過ギズ、一ハ物權タル性質ヲ得ルニ至ルハ法律上或必要ナル條件ヲ具備セルト否トニ依ル、事ハ仍ホ後節ニ詳論ス。

〔第一〕 支分權ハ實ニ一ノ物權ナレドモ、其直接ニ物ノ上ニ對スル權力ハ該物件ニ對スル一般ノ權力ニアラズ、只ダ或ル關係即チ或點ニ於ケルノミノ權力ナリ、設例ヘバ他人ノ土地ヲ耕作スルノ權アルモノハ耕作ノ一點ニ於ケル權利ニシテ、之ヲ他人ニ賣却シ又ハ之ニ家屋ヲ建設スル等ノ權利ナキガ如シ、然レド苟モ一ノ物權タル以上ハ該權利ハ直接ニ該物件ノ上ニ或ル義務 (Omnis rei) ヲ負擔セシメ、爲メニ其所有權即チ所有者ノ權力ハ物格的ニ制限セラレ、從テ其所有權ハ此制限ノ爲メニ多少減殺セラレタルモノトナルベシ、蓋シ斯クノ如キ支分權ノ實體ハ物上ニ於ケル權力ニ成リ且ツ直接ニ物ニ對シテ之ヲ行フコトヲ得ベキヲ以テ、物ノ所有權ヲ制限シ且ツ之ヲ減少スベキハ自ラ明白ナラン、但シ支分權ヲ以テ全ク所有權ヨリ分離シテ之ヲ三者ニ讓渡シタル獨立ノ權利トスルハ其當ヲ得タルモノニアラズ、有名ノ學者ニシテ往々此誤謬ノ見ヲ採リ、遂ニ抵當權及ビ或ル役權ノ如キハ所有權ヲ減少スルモノニアラズト論定スルニ至レリ、抑モ支分權ニシテ一ノ物權タル以上ハ當然

支分權ハ
或ル關係
ノミニ於
ケル權力
ナリ

支分權中
所有權ヲ
ヨリ制限
セラルレ
ル權利ト
ス

所有權ヲ制限シ又所有權ヲ制限スル以上ハ、即チ不完全ノ所有權ニシテ其ノ制限セラレタル支分權ヲ減殺スベキモ亦當然ナレドモ、論者ノ誤謬ノ原因タル支分權ノ爲メニ減殺セラレタル物上ノ權利ハ、必ズ支分權ノ實體ヲ組成スベキ權利ニ等シキモノトナシ、支分權ヲ有スルモノハ當然所有權中ヨリ減殺セラレタル支分權ノ權利ヲ行フコトヲ得ベキモノト思惟スルノ一點ニ在リ、然ルニ支分權ノ實體ハ必ズシモ所有權ヨリ減殺セラレタル權利ト同一ナルベキモノニアラズ。左ニ其場合ヲ論述セン。

(イ) 用益權地上權ノ如キ支分權ノ實體ハ該權設定ノ爲メ所有權中ヨリ減殺セラレタル部分ノ權利ト同量タルコトヲ得ベシ、設例ヘバ余ハ甲者ニ余ガ地所ノ收益使用ノ全權ヲ與ヘ余ハ單ニ虛有權ノミヲ有スルトキハ、余ハ土地ノ所有權中ヨリ全用益權ヲ減殺セラレ、而シテ其減殺セラレタル支分權ノ權利ハ悉ク甲者ニ屬スベシ。

(ロ) 無的役權即チ所有者ヲシテ其所有物上ニ或ル事ヲ爲サシムルノ權ヲ設クル場合ニ於テハ、所有者ハ該權利者ノ爲メニ所有權ノ幾分ヲ減殺セラレドモ、其減殺セラレタル權利ノ實體ハ必ズシモ支分權ナル無的役權ノ實體ト同一ナルベキモノニアラズ、寧ロ其實體ハ依然所有者ニ存スルモノト云フベシ、設例ヘバ余ハ隣地ノ所有者甲者ノ爲メニ、余ガ所有地上ニ在來ノ樹木及ビ家屋ノ外更ニ數多ナル樹木ヲ植エ、又ハ一層高キ家屋ヲ建設スルコト能ハザル地役ヲ設定スルトキハ、此地役ノ義務ノ爲メ余ノ土地所有權ハ其幾分ヲ制限セラレ又減殺セラルベシト雖、數多ノ樹木ヲ植エ又ハ高樓ヲ建設スルハ余ノ獨リ行フコトヲ得ベキ所爲ニ

支分權
減殺セラル
レタル權
體トシテ
合セザル
場

支分權
減殺セラル
レタル權
體トシテ
合セザル
場

對シテ人權ヲ得タルトキハ格別、余ハ余ガ有スル物權ヲ行フガ爲メニハ予ノ費用ヲ以テ自カラ道路ヲ開設スルノ外ハアルベカラズ、又此支分權ニ對スル義務ヲ負擔スル土地ノ所有者ヲシテ該支分權ノ從タル權利トシテ該土地ヲ改良スルノ義務ヲ負擔セシムルガ如キモ、其從タル權利ハ人權ニシテ決シテ物權ニアラザルナリ又之レト同一理ニ依リ支分權ヲ行フガ爲メニ必要ナル準備トシテ、所有者ヲシテ或ル事ヲ行ハシムル權利モ亦人權ナリ、支分權利者ニ於テ若シ現ニ之ヲ行フコトヲ必要トセバ自ラ之ヲ爲スコトヲ要ス、土地所有者ハ決シテ之ヲ行フベキ物權的義務ヲ有スルコトナカルベシ。

羅馬法ノ例外

〔第四〕 右ニ論述シタル原則ニ對シテハ近世ノ法理ハ殆ンド例外ノアルコトヲ認メザレドモ、羅馬法ニ於テハ唯一ノ例外ヲ設ケタリ、即チ甲ノ隣地ノ所有者ヲシテ乙ノ隣地ノ建物牆壁等ヲ保持スルノ地役ヲ負ハシメタル場合ニ於テ若シ甲者其義務ヲ怠リ建物牆壁等ヲ損害ニ歸セシメタルトキハ、乙者ハ甲者ヲシテ之ヲ修繕スルノ義務ヲ負擔スベキモノトセリ、又獨逸法ニ於テハ「レアラステン」ナルモノアリ、或ル事ヲ爲サシムル目的トスル一種ノ地役タルコトハ諸君ガ已ニ法學通論ニ於テ了知セラレタル所ナラン、但シ學者ハ往々右ノ羅馬法及獨逸法ニ於ケル例外ヲ以テ單ニ人權上ノ義務ト論ズルモノアリ、然レドモ羅馬法及ビ獨逸法ガ現ニ之ヲ物權ト認メタルコトハ疑ヲ容レザル所ナリト雖モ事他國ノ特別法ニ屬スレバ玆ニ之ヲ詳論セズ。

支分權ノ變更ノ妨

〔第五〕 一旦設定セラレタル支分權ハ、直ニ物上ニ於ケル權利ト爲ルヲ以テ所有者ト其運命ヲ共ニスルコトナシ、故ニ其物ノ所有權ハ何人ニ移轉スルモ支分權ハ依然トシテ之ニ固着ス可シ。

自己ニ對スル支分權

〔第六〕 自己ノ所有物ニ對シテハ支分權ヲ有スルコトヲ得ズ、何トナレバ人ハ自己ニ對スル權利ヲ有スルコトヲ得ザレバナリ。故ニ、

第一、余ニシテ一ノ物件ニ對シ役權ヲ有シ後ニ該物件ノ所有權ヲ得タルトキハ役權ハ混同ニ依リテ消滅スベシ
 縱ヒ再ビ其ノ役權ヲ他人ニ讓渡スルトモ、一旦消失シタル役權ハ依然トシテ消失シタル儘ナルヲ以テ之レヲ新ニ讓渡セル役權ト見做サマルヲ得ズ。

第二、他人ト共有スル物件ニ對シテハ役權ヲ有スルコトヲ得ズ、此事ニ關スル理由ハ後ニ役權不可分ノ原理ヲ論ズルノ條下ニ於テ詳述セン。

第二節 役權

第一款 役權總說

役權總說

役權ハ特定ノ人若クハ特定ノ土地ニ固着スル物權ナリ、此役權ヲ有スル者ハ或ル關係ニ於テ他人ノ所有物上ニ直接ノ權力ヲ行フコトヲ得、故ニ役權ハ支分權即チ他人ノ所有物上ニ於ケル權利ノ一ナルヲ以テ、支分權ニ付キ前節ニ論述シタル原理ハ悉ク之ヲ役權ニ適用スルコトヲ得ベシ、即チ役權ニ就テハ左ノ二大原則アルコトヲ知ルベシ。

役權ニ適用スベキ原則

第一原則 役權ハ支分權タル性質ヲ有スルヲ以テ、役權モ亦支分權ニ普通ナル一般ノ性質ヲ有スベシ。即チ、

一、物件ノ所有者ハ自ラ其所有物ニ對シテ役權ヲ有スルコトヲ得ズ。(Nemini res sua service potest.)

第二章 支分權

一、役權ハ物件ノ所有者ヲシテ或ル事ヲ行ハシムルノ權利タルコトヲ得ズ。(Servitus in faciendo consistere nequit) 是レ役權ノ物權タル性質ヨリ來ル所ノ自然ノ結果ナリ。

第二原則 役權ハ所有權ノ幾分ヲ制限スルモノナレドモ他ノ支分權トハ左ノ諸點ニ於テ其性質ヲ異ニス。

一、役權ハ左ノ人若クハ土地ニ對シテノミ設定スルコトヲ得。

人的役權

(イ) 役權ハ或ル特定ナル人ノ一身ノ便益ノ爲メニ他人ノ物件上ニ設定セラルベシ、此場合ニ於テハ役權ハ權利者一身ニ固着スルヲ以テ其死亡ト共ニ消滅スベク、又他人ニ之ヲ讓渡スルコトヲ得ズ、之ヲ人的役權 (Servitus personarum) ト謂フ。

物的役權

(ロ) 役權ハ或ル特定ナル甲者ノ土地ノ便益ノ爲メニ乙ナル他人ノ土地ノ上ニ設定スルコトヲ得ベシ、此場合ニ於テハ役權ハ甲ナル土地ニ固着シ乙ナル土地ハ物格的ニ其價格ヲ増シ甲ナル土地ハ之ヲ減ズベシ、之ヲ物的役權即チ地役 (Servitus praediorum) ト謂フ、故ニ該地役權ヲ有スルモノハ素ヨリ權利ノ主體タル一個人ナレドモ甲ナル土地ノ所有者タル資格ヲ有セザルヲ得ズ、然レドモ其土地ニシテ存在スル以上ハ何人ト雖モ其所有者ト爲ルモノハ當然該役權ヲ繼承スベク、從ツテ役權者ノ死亡ト共ニ消滅スルコトナシ、之ニ反シ夫ノ人的物權ニ至リテハ自ラ何等ノ土地物件ヲ有セザルモノト雖モ之ヲ有スルコトヲ得テ其權利ハ單ニ其一身ニ固有シ他人代ツテ之ヲ繼承スルコトヲ得ズ、是レ人的役權及ビ物的役權ノ區別ノ存スル要點ナリ。

二重役權

一、已ニ役權ヲ設定シタル物ノ上ニハ更ニ三者ニ對シ同一物上ニ前ノ役權ヲ制限スベキ二重ノ役權ヲ設定スルコトヲ得ズ (Servitus ease nequit) 蓋シ役權ハ一ノ物權ニシテ所有權ノ幾分ヲ減殺シ去ルベキモノタルヲ以テ、一旦役權ヲ設定シタルトキハ同一物上ニ更ニ他ノ役權ヲ設定スルコトヲ得ザルハ當然ナリ、然レドモ前後ノ役權其性質ヲ異ニスルトキハ、素ヨリ之ヲ二重ノ役權ト云フコトヲ得ズ、設例ヘバ同一ノ土地ニ就キ甲者ニ通行權ヲ與ヘタル後、乙者ニ收益權ヲ與フルモ乙者ノ收益權ハ決シテ甲者ノ通行權ヲ制限スルモノニアラザルガ如シ。

三、用益權ノ外役權ハ通常之ヲ分割スルコトヲ得ズ、其詳ナル事ハ地役ノ條下ニ於テ論述セン。

民法ノ用語

右ノ如ク役權ハ之ヲ人的及物的ノ二種ニ區分スルハ羅馬法族ノ通體ナレドモ、我民法ハ物的役權ヲ地役ト稱シ人的役權ヲ單ニ用益權ト稱シ、羅馬法以來法律上ニ慣用セル術語ヲ使用スルコトナシ、余輩其理由ヲ或ル法律學士ニ問クニ曰ク「民法起草者ハ民法編纂ノトキニ於テ役權ノ稱ハ佛國封建時代ニ於ケル賦役ノ思想ヲ惹起セシムルノ嫌アリトテ、佛國民法編纂ノ際ニモ起草者ニ於テ之ヲ避ケタルヲ以テ、我民法モ亦佛國民法ニ基キ役權ナル術語ヲ使用スルコトナシ」ト。驚キ入りタル閣下兒ノ妄想ナリト謂フベシ、抑モ役權ナル用語ハ羅馬法以來ノ術語ナリ、日本帝國ノ民法ハ羅馬法ニ基キタルニモセヨ日本ノ民法ハ日本ノ民法ナリ、佛國ノ歴史ハ日本民法中ニ術語ヲ使用スルノ妨ゲトナルコトナカルベシ、斯カル小理屈偏見ヲ以テ役權ノ名稱ヲ避ケンヨリ、先ヅ日本ノ歴史習慣ニ依リ用語ヲ撰定スルコソ却ツテ必要ナラン。

第二款 用益權

第一段 用益權ノ性質

用益權ノ性質

物件ノ所有者ハ自由ニ其物件ヲ使用シ及ビ其果實ヲ收得スルノ權ヲ有スベシ、古代ノ學者ハ此所有者ノ使用權及ビ收益權ヲ稱シテ用益權 (Usufructus) ト稱シタリシガ、已ニ所有權ヲ有スル以上ハ用益權ハ自ラ所有權中ニ合體スルヲ以テ別ニ用益權ナルモノヲ設クルノ必要ナシ、故ニ已ニ用益權ト云フ以上ハ必ズ他人ノ所有物上ニ於ケル用益權即チ一ノ人的役權タル用益權 (Servitus Usufructus) ヲ指示スルモノト解セザルヲ得ズ。

用益權ノ定義

用益權ハ他人ノ所有物ヲ通常ノ方法ニ從ヒテ使用シ、及ビ其收益ヲ爲スコトヲ得ベキ權利ニシテ、特定セル人ニ固着スル物權ナリ、財産篇第四十四條ニ「用益權トハ所有權ノ他人ニ屬スル物件ニ付キ其用方ニ從ヒ其元質本體ヲ變スルコトナク有期ニテ使用及收益ヲ爲スノ權利ヲ謂フ」ト云ヘルハ即チ此意ナリ、其詳細ハ下條ニ分論スベシト雖モ今此定義ニ從ヒ先ヅ其大要ヲ示スベシ。

第一、用益權ハ人ニ固着スル一ノ役權即チ人的役權ノ一ナルヲ以テ、必ズ其人ノ終生間ニ繼續スベキ性質ヲ有スト雖モ決シテ其終生間ヲ出ヅルコトヲ得ズ必ズヤ其死亡ト共ニ消滅スベシ。

第二、用益權ハ一人ノ人ニ固着スル物權ナルヲ以テ、之レヲ有スル者ハ他人ヲシテ自己ノ利益ノ爲メ其ノ權利ヲ行ハシムルコトヲ得レドモ、用益權自身ニ至リテハ之レヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得ザルヲ一般ノ通則トス、故ニ若シ用益者ニシテ死亡スルトキハ用益者ノ權利ヲ行ウタル三者ノ權利モ亦タ自ラ消滅スベシ、事ハ後段ニ詳説ス。

ス。

第三、用益者ハ所有者ノ如キ全權ヲ有スル者ニアラザレバ必ズ用方即チ通常ノ方法ニ依リ之レヲ行ハザルベカラズ。

第四、用益者ノ權利ハ使用及收益ヲ爲スニ止ルヲ以テ、用益物ノ元質本體ヲ變ズルコトヲ得ズ、故ニ消費物ハ用益權ノ物體タルコトヲ得ザレドモ法律ニ於テハ特ニ消費物ニ對スルモ用益權アルベキコトヲ認ムルノ必要アルヲ以テ、消費物モ用益權ノ物體タルコトヲ得ベキ場合アリ、學者之ヲ稱シテ準用益權 (Quasi usufructus) ト云フ、亦後段ニ詳説セン。

第五、用益權中ニハ收益權使用權及ビ住居權ヲ包含スト雖モ民法ノ順序ニ從ヒ使用權及ビ住居權ハ更ニ別ニ之ヲ論ジ用益權ト共ニ之ヲ論述セザルベシ。

第二段 用益權ノ設定

用益權ノ設定

用益權ノ設定ハ財産篇第四十五條乃至第四十八條ニ規定スル所ナリ、左ノ數項ニ分ツテ之ヲ論述セン。

第一 用益權設定ノ方法

用益權設定ノ方法

財産篇第四十五條第一項ニ「用益權ハ法律又ハ人意ニ因リテ設定スルモノトス」ト明言ス、即チ、

第一、契約ニ依ル場合ニ於テハ用益權設定者ハ必ズ所有者タルコトヲ要スルハ勿論ナレドモ、用益權ハ人的役權タルヲ以テ用益者ハ必ズシモ他ノ土地物件ノ所有者タル資格アルコトヲ要セズ、其他ハ總テ所有權ノ取得及

移轉ニ關スル規則ニ從フベシ。(財産篇第四十四條第三項)

第二、遺囑モ人意ニ依ルモノナレバ遺囑ニ依ル用益權ノ設定モ前項ト同一ノ原則ニ由ルベシ、而シテ財産篇第四十四條第四項ニ明言スルガ如ク用益權ハ有償又ハ無償ヲ讓渡シタル財産ノ上ニ留存シテ之ヲ設定スルコトヲ得ベシト雖モ遺囑ニ依ル用益權ノ設定ハ概ネ無償タルベシ。

第三、法律ニ因ル用益權ノ設定ハ所謂法定ノ用益權ヲ生ズルモノニシテ人事篇及ビ相續篇ノ規定ニ係ルベシ、是レ財産篇第四十五條第二項ガ單ニ「法律ニ因ル用益權ノ設定ハ別ニ定ムル法律ノ規定ニ從フ」ト云フ所以ナリ。

第四、羅馬法ニ於テハ時効ヲ以テ權利取得ノ一原因ト爲シタレバ時効ヲ以テ用益權ヲ取得スルノ一原因ト爲シタレドモ、我民法ハ此主義ヲ採用セズ時効ヲ以テ單ニ權利取得ノ證據トスルニ過ギザルコトハ已ニ前章ニ之ヲ論述セリ。(財産篇第四十四條末項)

第五、法律人意又ハ時効ニ因ル場合ノ外、羅馬法ハ裁判所ノ命令ニ依リ用益權ヲ設定シ得ベキコトヲ認メタレドモ、民法ハ此羅馬法ノ規定ヲ變フコトナキモノニ似タリ。

第二 用益權ノ物體

用益權ノ物體

用益權ヲ設定シ得ベキ物體ハ動產物タルト不動產物タルト問ハズ、特定セル有體物タラザルベカラザルハ一般ノ法理ナリ、是レ羅馬法ノ原則トスル所ニシテ、且ツおまけニ我民法ノお手本タリシ佛國法ノ斷例モ亦確認スル所ナリ、然ルニ我民法起草者ハ如何ナル神經ノ働キ工合如何ナル五臟ノ疲レ按梅ニヤ、空前絶後古今未曾有ノ

一大五夢想ヲ九天ノ外ヨリ擔ギ出シ、財産篇第四十六條ニ堂々整々新奇妙痴句偏的固泥古變ノお御輿ヲ据サセ玉ヒケル、恐ミ謹ミ其お告ゲヲ拜シ奉ルニ曰ク、

用益權ハ動產ト不動產ト有體物ト無體物ト問ハス一切ノ融通物ノ上ニ之ヲ設定スルコトヲ得又用益權ハ他ノ用益權ノ上終身年金權ノ上又ハ包括權原ニテ資産ノ上ニ之ヲ設定スルコトヲ得

人權ノ上ニ設定スル用益權

ト、扱テ此草案起草者ノ夢想(法律トハ謂ハズ)ニ依レバ、無體物則チ人權物權ヲ問ハズ一切ノ權利ニ對シテ用益權ヲ設定スルコトヲ得ルトノ事ナリ、然ルニ用益權ハ一ノ特定セル他人ノ物件ヲ直接ニ使用シ其果實ヲ取得スルノ物權ナルニ人權ニ對シテ如何ニ物權ヲ行フコトヲ得ベキヤ、民法ハ財産篇第二條ニ物權ハ直チニ物ノ上ニ行ハレ且ツ總テノ人ニ對抗スルコトヲ得ベシト云ヒ、又用益權モ一ノ物權ナリト云ヒ乍ガラ直チニ物ノ上ニ行ハレザル物權アリトハ如何ニモ受取り難キお説法ナリ、若シ斯カル奇怪ノ用益權アリトスルモ、是レ用益物所有者ヲシテ或ル事ヲ爲サシムルノ權ナレバ、決シテ物權ニアラズシテ人權ナルベシ、民法起草者ガ採用セル人權物權ノ區別ハ果シテ何處ニ存スベキヤ、試ミニ茲ニ甲ナル者乙者ニ對シ一ノ債權ヲ有スル場合ニ於テ甲者若シ其債權ノ利子ヲ取得スル權利ヲ丙者ニ與ヘタルコトアリトセヨ、起草者ノ夢想ニ依レバ丙者ハ乙者ノ債權上ニ用益權ヲ設定シタルモノト思ヒ玉フナラン、然ルニ乙者ガ甲者ニ利子ヲ支拂フノ權モ一ノ從タル債權ナリ、丙者ハ物權ニ依リテ乙者ヨリ利子ヲ取得スルコトハ、就中乙者ノ無資産ナル場合ニハ如何ナル亂暴人デモ腕力デモ恐ラテ天帝デモ決シテ其力ニ叶フコト能ハザルハ明白ナラン、是レデモ起草者ノ迷夢ハ未ダ醒メ玉ハザルヤ、生じつかニ佛

國法ナドヲ改メテ却ツテ後悔ノ念ヲ起シ玉ヘズヤ、氷囊デ其頭ヲ押ヘテモ又金槌デ之ヲ打イテモマダ眼ガ覺メ玉ハヌトナラ、腦天器ノ構造ヲ治療スルノ外ナラザレバ之ヲ度外視スルモ可ナレドモ、現ニ民法ハ物權ノ部中ニ之ヲ規定シタレバ左ニ其場合ヲ略述セン。

要スルニ起草者ノ夢想セル無體物上ノ用益權ナルモノハ可成意味ノ有ル様百方辯護ノ解釋ヲスルモ、權利者ヲシテ或ル事ヲ爲サシムルノ人權タルニ外ナラザレバ之ヲ度外視スルモ可ナレドモ、現ニ民法ハ物權ノ部中ニ之ヲ規定シタレバ左ニ其場合ヲ略述セン。

用益權上ノ用益權

第一、用益權ノ上ニ他ノ用益權ヲ設定スルコトヲ得ルハ財産篇第四十六條ノ認ムル所ニシテ、第五十七條第二項ニ第二ノ用益者ノ權利ヲ規定シ「既ニ設定シタル用益權ニ付更ニ用益權ヲ得タル者ハ原用益者ニ屬スル一切ノ權利ヲ行フ」ト明言セリ、用益權者ハ其用益ヲ貸貸シ又ハ己レニ代リテ用益權ノ實行ヲナサシムルハ格別用益權上ニ用益權ヲ設定スルナド、ハ素ヨリ起草者ガ空想ニ基キタル規定ナリ、事ハ後段用益者ノ處分權ヲ論述スルノ所ニ於テ詳述セン。

年金權上ノ用益權

第二、年金權上ニ用益權ヲ設定スルコトヲ得ベキモ亦財産篇第四十六條ノ認ムル所ニシテ、第五十七條第一項ニ「終身年金權ノ用益者ハ年金權者ト同シク其年金ヲ收取スルノ權利ヲ有ス但シ反對ノ條件アルトキハ此限ニアラス」ト年金用益者ノ權利ヲ規定セリ、然レドモ年金權ハ一ノ債權即チ人權ナリ、人權上ニ一ノ物權ナル用益權ヲ設定スルコトヲ得ベキ理由ナケレバ起草者ノ夢ミタル所謂年金用益權ナルモノハ一ノ人權ニシテ、契約上

包括財産上ノ用益

年金ヲ收取スルノ權利ヲ讓渡シタル場合タルニ過ギザルベシ。

第三、包括財産上ニ用益權ヲ設定スルコトヲ得ベキハ財産篇第四十六條ノ認ムル所ニシテ、第九十三條ニ其義務ヲ規定シ、其第一項ニ「遺言ニテ包括財産ノ用益權ヲ得タル者ハ其得益ノ割合ニ應シテ相續ノ債務ノ利息ヲ負擔ス」ト云ヒ、又其第二項ニ「此他相續ノ負擔タル養料又ハ終身年金權ノ年金モ亦同上ニ割合ニ應シテ之ヲ負擔ス」ト明言セリ、然レドモ包括財産ハ人權物權等ヲ混同セル諸權利ノ一體ナレバ、此等ノ權利上ニ用益權ヲ設定スルコト能ハザルハ當然ナリ、故ニ包括財産全部ノ用益權ヲ與フルトノ遺言ヲ爲シタルモノアルトキハ、佛國斷例ノ認ムルガ如ク、之ヲ特定權原ノ處分ト見做シ、土地其他有體物ニ就キテハ個々ニ用益權アルコトヲ認メ人權等ニ至リテハ決シテ一ノ物權タル用益權ヲ設定シタルモノニアラズシテ、相續人ハ只相續ニ依リ一ノ人權ヲ取得シタルモノトセザルヲ得ズ、第九十三條ニ規定セル所ノ相續ノ債務ニ對スル利子ヲ拂フノ義務ノ如キモ亦一ノ物權タル用益權ヨリ生ズル當然ノ負擔ニアラズシテ、相續人ハ遺言者ノ債務ヲ相續スルトキハ、同時ニ其利子ヲモ拂フベキ契約上ノ債務ヲモ併セテ相續スルモノニ外ナラズ、又包括財産中ニ包含セラル、モノト雖、特定ノ物件ニ對スル用益權ヲ遺言ニテ取得シタル者ハ、通常一般ノ用益者タル權利ヲ有シ、設定者ノ債務ヲ辨償スルノ責任ハ用益者ニ附着スルコトナシト雖、包括財産ノ相續者ハ權利義務ヲ併セテ繼承スルヲ以テ、人權ハ人權トシ債務ハ債務トシテ之ヲ辨償スルノ義務アルコトハ當然ナリ、但シ其義務ハ一ノ人權ナレバ物權タル用益權ト關係ナカルベシ。

第三 用益權設定ノ條件

用益權ノ條件

用益權ハ一人ノ一身ニ固有スル權利ナルヲ以テ、其人ノ死亡ト共ニ消滅スベキヲ以テ、必ず有期ノ物權ナレドモ其期限ハ用益者ノ終身間ニ渉ルコトヲ得ベシ、而シテ又苟モ此終身間ニ超エザル以上ハ其始時終時ヲ定メ又ハ期限ヲ定メズシテ設定シ、又ハ之ヲ未必條件ニ繋ケテ設定シ又ハ數人ノ終身ヲ期シテ設定スルコトヲ得ベキハ當然ナリ、是レ財産篇第四十七條ノ規定スル所ナリ、今マ左ニ其原理ヲ論述ス。

第一、用益權ハ設定ノ時ヨリ成立スベシ、後日ニ之ヲ設定セントスルハ單ニ一ノ未行契約上ノ人權ヲ創設スルモ物權タル用益權ヲ設定スルモノニアラズ、故ニ苟モ用益權ニシテ設定セラレタル以上ハ、用益物ノ所有者ノ權利ヲ減殺スル一ノ物權タルベキヲ以テ、所有者ハ所謂虛有者トナリ、更ニ他人ノ爲メニ用益權ヲ設定スルコトヲ得ズ、又用益者ハ縱令ヒ其權利ノ行使ヲ停止スル條件ノ爲メ其使用收益ヲナスコト能ハザル場合ト雖、一旦用益權ヲ得タル以上ハ用益物ニ對シ之ヲ保存スルノ所爲ヲ行フノ權利アルベシ。

第二、一旦設定セラレタル用益權ト雖モ其權利ノ實行ヲ始ムベキ期限ヲ定メ、其實行ヲ停止スルコトヲ得ベキヲ以テ、爲メニ用益者ハ用益物ヲ使用シ又ハ其事實ヲ取得スル能ハザルコトアラン、故ニ此ノ實行期限ノ來ル以前ニ於テ用益者死シタルトキハ、用益權ハ直ニ消滅スベク、且用益權ヲ得ルガ爲メニ用益者ガ所有者ニ支拂ヒタル代金ノ返却ヲモ請求スルコトヲ得ザルベシ、何トナレバ此代金ハ用益權ヲ設立スルノ報酬ナレバ、未行契約ト異ニシテ其用益權ハ已ニ設定シ了リタレバナリ、然レドモ法律上特別ノ規定ナキ以上ハ用益權ノ實行ヲ停止

スルノ義務ハ契約上ノ義務タレバ、用益者ニシテ此契約ヲ破リ用益物ノ果實ヲ取得シタルトキハ用益者ハ其所
有權ヲ取得シ、虛有者ニ對シ單ニ損害賠償ノ責ニ任ズルニ過ギザルベシト雖モ此民法ノ規定ハ契約上ノ結果ヲ
以テ直ニ物權ニ及ボスベキ特例トスルノ外ナシ。

第三、用益權ノ始時ヲ以テ未必ノ條件ニ繋ケテ設定スルコトヲ得ルモ亦法律ノ明定スル所ナリ、而シテ此等ノ場
合ニ於テハ用益權ハ已ニ設定セラル、ト雖モ停止條件ニシテ成就セザルトキハ設定ノ當時ニ遡リテ之ヲ無効ト
シ、最初ヨリ用益權ノ成立ナキト同一ナレバ、用益權ノ成立ノ間取得シタル利益ヲ返還スルヲ通例トス、其解
除條件ノ成就シタルトキモ亦同ジ、但シ此等ノ條件ヲ附スルハ素ヨリ一ノ契約ニ依ルモノニシテ本來物權ニ直
接ノ關係ヲ及ボスモノニアラザレバ、此レ等ノ事ハ財産篇第二部即チ人權ヲ論ズルノ部ニ於テ詳述スベケレド
モ、茲ニ論ズル場合ハ契約ノ効力ヲ以テ直ニ物權ニ及ボスベキ法律上著大ナル例外ニ屬シ、法律上當然ノ結果
トシテ一旦讓渡シタル權利ヲ回復スベキ場合ナリ、事ハ已ニ所有權ノ得喪ヲ論ズル章ニ於テ論述セリ。
用益權ヲ有スルコトヲ得ベキモノハ、必ズシモ一人ノミニ限ラズ數人ノ終身ヲ期シテ之ヲ設定スルコトヲ得ベ
シ、財産篇第四十八條ニ曰ク、

用益權ハ一人又ハ數人ノ終身ヲ期シテ之ヲ設定スルコトヲ得

數人ノ終身ヲ期シテ設定シタルトキハ數人同時ニ又ハ順次ニ之ヲ行フ

右孰レノ場合ニ於テモ用益權ハ其權利發開ノ時既ニ出生シ又ハ胎内ニ在ル者ノ爲メニスルニアラサレハ之ヲ設

數人ノ終
身ヲ期シ
タル用益
權

定スルコトヲ得ス

ト。此法文ハ則チ右ノ數項ニ係ル原理ヲ包含ス。

第一、法律ノ明文ハ一人又ハ數人ノ終身ヲ期シテ用益權ヲ設定スルコトヲ得ベキコトヲ明言スルヲ以テ、數人ノ終身ニアラザル一定ノ短期限ヲ期シテ用益權ヲ設定スルコトヲ得ザルニ似タレドモ、本條ノ要旨ハ單ニ終身用益權アルコトヲ認ムルノ意義ニ過ギザレバ、一定ノ時ヲ期シタル用益權モ亦數人ノ爲メニ設定スルコトヲ得ザルニアラザルベシ。

用益權ノ可分性

第二、數人ノ終身ヲ期シテ用益權ヲ設定シタルトキハ、數人同時ニ一ノ用益權ヲ共有スルモノナルヲ以テ、用益權ハ想像的ニ分割スルコトヲ得ベキモノタルヲ知ルベシ、用益權ノ外他ノ役權ハ決シテ想像的分割ヲナスコト能ハズ、從ツテ之ヲ共有スルコト能ハザルノ理由ハ地役ヲ論ズルノ節ニ於テ詳述スル所アルベシト雖モ所謂用益權ノ分割ナルモノハ左ノ場合ニ發生ス。

(イ) 物件ノ共有者ハ其共有物ノ想像的持分ニ對シ、他ノ共有者ノ利益ノ爲メ用益權ヲ設定スルコトヲ得。

(ロ) 數人ノ爲メニ一ノ用益權ヲ設定シ、各自ヲシテ其想像的持分ヲ有セシムルコトヲ得、例ヘバ一人ノ所有者其物件ニ對シ三人ノ用益者ヲ設定スル場合ノ如キ是レナリ。而シテ此場合ニ於テハ各用益者ハ其共有ニ係ル用益權ノ有體的分割ヲ請求スルノ權ヲ有スベキハ所有權ノ共有ノ場合ニ同ジカルベシ、設令ヘバ土地ニ對スル用益權ナレバ、現ニ其土地ヲ分割シ又動產物ナラバ其使用ノ前後ヲ定メ、若シクハ之ヲ貸貸シテ其貸金

共有用益權行使ノ方法

ヲ分配スルガ如シ、財産篇第四十八條ノ規定スル所ハ則チ此場合ナリ。

第三、共有ノ用益權ヲ行フニ就テハ民法ハ二様ノ方法ヲ認メタリ、第一ハ數人同時ニ之ヲ行ヒ、第二ハ數人順次ニ之ヲ行フニ在リ、然レドモ一ノ權利ハ二人以上ニテ同時ニ之ヲ行フコトヲ得ズ、若シ同時ニ之ヲ行ヘバ、必ズ低觸ヲ來スベキヲ以テ、第一ノ方法ニ依ルニハ數人間ニ於テ必ズ其權利ヲ行フノ時期ヲ定メザルヲ得ズ、故ニ權利ノ實行ハ想像的持分ニ在ラズシテ時期ニ依ルノ有體的持分ニ在リ、又第二ノ方法ハ數人ノ用益者中一人ノ死亡シタル後他ノ一人ニ於テ始メテ之ヲ行フコトヲ得ベキモノナルヲ以テ、此場合モ亦其有體的持分ニ對スル權利ノ實行タルコト素ヨリ論ヲ俟タザルナリ。

生存者ノ用益權

第四、所有權ノ共有者中一人ノ死亡ハ其想像的持分ヲ相續人ニ移轉スルトモ、用益權ハ其人ト共ニ消滅スルヲ以テ數人ガ同時ニ之ヲ行フト、順次ニ之ヲ行フトヲ問ハズ、數人中一人ノ死亡ハ全然用益權ヲ消滅セシムルモノニアラザルモ、其死亡者ノ想像的持分ハ直ニ用益物ノ所有權ニ合體セラレベキヲ原則トス、故ニ殘存者ハ獨リ其用益權ヲ行フコトヲ得ベキモノトナルベシ、用益權消滅ノ事ハ後段ニ論述スベシト雖、財産篇第百條ニ「數人ノ終身ヲ期シテ同時ニ且不分ニテ用益權ヲ設定シタルトキハ死亡者ノ持分ハ生存者ヲ利ス」ト云ヘル分ノ文字ハ實體的不分ヲ指示スルモノト解セザルヲ得ズ、而シテ又死亡者ノ持分ナル語ハ權利ノ實行上ニ於ケル有體的持分ヲ指示スルモノトセザルヲ得ズ、故ニ該條ハ想像的持分ハ所有權ニ合體セラレ、モ實行上ニ於ケル有體的持分ハ他ノ生存者ニ於テ之ヲ實行スベキコトヲ定メタルモノトセザルヲ得ザルナリ、生存者ガ死亡者ノ想

儼的持分ヲモ併有スルノ意義ニ解スルハ法理ノ原則ヲ誤ルモノト云フベシ。

第五、用益權ノ設定ハ直ニ一ノ權利ヲ創設スルモノナルヲ以テ、一人ノ爲メニスルト數人ノ爲メニスルコトヲ問ハズ、之ヲ取得スルコトヲ得ベキモノハ、其取得ノ當時ニ必ず出生シ又ハ胎内ニ在ル者タラザルベカラズ、現存セザルモノニ權利取得ノ能力ナキハ通常ノ法理ナリ、彼ノ遺囑ノ如キハ未ダ現存セザル子孫ニ權利ヲ附與スルモノニ似タレドモ、遺囑ハ遺囑ヲ爲シタルノ當時ニ其効力ヲ有スルモノニアラズ、遺囑者ノ死亡ノ時ニ於テ始メテ其効力ヲ有スベキモノナルヲ以テ遺囑ノ當時ニ生存セザルモ遺囑者ノ死亡ノ時ニ生存スル以上ハ、權利ヲ取得スベキ能力アリト謂ハザルヲ得ズ、又胎内ニ在ル者ハ母體ニ屬シ未ダ生存セザルモノナルヲ以テ、法律上一般ニ之ヲ人ト稱スルコトヲ得ズ從ツテ權利取得ノ能力ナシト雖モ法律ハ或ル特別ナル場合ニ於テノミ特ニ生存セル人ト同視シ之ニ權利ヲ讓與スルノ手續ヲナシムルナリ、故ニ法理上一般ニ胎内ニ在ルモノヲ以テ生存人ト同認スベキモノトスルハ誤謬ナリ、故ニ胎内ニアルモノ、爲メニ所有權ヲ贈與スルモ後日ニ至リ現ニ出生セザルトキハ、當初ヨリ存在セザルモノト見做サレ、其所有權ハ嘗テ之ニ移轉セルコトナキモノトスルヲ以テ、該胎兒ノ相續者ニ於テ之ヲ繼承スルコトヲ得ズシテ、前所有者ノ法律上ノ相續人ニ於テ之ヲ取得セン、而シテ用益權ノ如キハ素ヨリ終身ニ超ヘザルノ權利ナリ、胎内ノ者ニシテ活キテ生産セザリシトキハ用益權ハ當初ヨリ設定セラレザルモノトナルヲ以テ決シテ之ヲ一旦成立セル用益權ノ消滅セル場合トスルコトヲ得ズ。

用益者ノ權利

第三段 用益者ノ權利

第一、用益者ノ占有權

用益者ノ占有權

用益權ハ一人ノ役權ナリ用益者獨リ之ヲ行フヲ得ベシ、虛有者ヲシテ單ニ收益ヲ自己ニ與ヘシムルノ所爲ヲ履行セシムルノ權ニアラズ、故ニ用益權ヲ實行スルニハ必ず用益權ノ物件タル現物ヲ占有スルコトヲ要スベシ、但シ此用益者ノ占有權ナルモノハ一ノ假リノ占有即チ握持 (Detentio) タルニ過ギザルヲ以テ、用益者ハ縱ヒ用益權ヲ有スルモ其權利ヲ實行スルコトヲ得ベキ時ニ至ラザレバ、虛有者ニ對シテ用益物ノ占有ヲ請求スルノ權利ナシ、又縱ヒ用益權ヲ實行シ得ベキ時ニ至ルモ法律ハ特ニ不動產形狀書動產目錄ヲ作り、且保證ヲ立テタル後ニアラザレバ占有ヲ請求スルノ權ヲ行フコトヲ得ザル旨ヲ規定セリ、是レ財產篇第四十九條ノ明言スル所トス、而シテ用益者ニシテ此義務ヲ實行シタルトキハ、虛有者ハ用益物ノ占有ヲ用益者ニ引渡セバ即チ足レリ、用益者ガ其物ノ收益ヲ爲スハ用益者一身ノ責任ヲ以テ之ヲ爲スベキモノナルヲ以テ、虛有者ハ用益物ヲシテ用益者ノ收益ヲ爲スニ便ナラシムルノ義務ナシ、故ニ用益者ハ用益物ヲ其現狀ニテ受取ルベク、虛有者ニ對シ修繕又ハ恰好ヲ求ムルコトヲ得ザルナリ、但シ民法ハ二個ノ例外ノ場合ヲ認メタリ。即チ、

例外

- 第一、用益權發開ノ後設定者又ハ其相續人ノ過失ニ依リ用益物ヲ毀損シタルトキ。
 - 第二、用益權發開ノ前ニ於テ設定者又ハ其相續人ニ於テ惡意ヲ以テ用益物ヲ毀損シタルトキ。
- 是ナリ、然レドモ此等ノ場合ニ於テハ用益者ハ權利ノ實行ヲ爲スベキ時ニ至リ單ニ用益物ヲ受取ルコトヲ拒ミ、又ハ虛有者ニ修繕恰好ヲ爲スベキコトヲ求ムベシト雖モ此時ニ至リテハ用益權ハ已ニ設定セラレ一ノ物權ト

シテ用益者ニ屬スルヲ以テ、用益者ニ於テ單ニ用益物ヲ受取ルコトヲ拒ムト雖、爲メニ用益權ヲ解除スルコトヲ得ズ、若シ用益者之ヲ拒ミ其收益ヲ爲サルトキハ、或ハ單ニ用益者ノ損失ニ歸スベキヲ以テ用益者ハ必ズ處有者ニ對シ之ヲ修繕スルコトヲ請求スベシ、而シテ此修繕ノ請求ハ、或ルコトヲ爲サシムルノ要求權ニシテ、即チ處有者ニ對スル一ノ人權ナレバ、用益權タル物權ニ毫末ノ關係ヲ及ボスコトナカルベシ、由是觀之右等ノ場合ニ於テ法律ハ單ニ設定者又ハ其相續人ニ對シテノミ用益物毀損ノ責ヲ負ハシメタルニ似タリト雖、第一ノ場合ハ用益權發開ノ後ニ在ルヲ以テ、用益者ハ已ニ物權ヲ有スルモノナレバ、何人ト雖モ之ヲ毀損スル者ハ其實ニ任ゼザルベカラザルハ論ヲ待タズ。

第二、用益者ノ收益權

用益者ノ收益權

財産篇第五十一條ノ規定ニ依リ、用益者ハ其權利ノ繼續間用益物ヨリ生ズル一切ノ果實ニ付キテハ所有者ニ同ジキ權利ヲ有スベシ、而シテ此意ヲ説明スルニハ先ヅ果實ノ何物タルヨリ論述セザルヲ得ズ。

果實ノ區別

第一、果實 (Fructus) ヲ分ツテ天然果實 (Fructus naturalis) 及ビ法定ノ果實 (Fructus civiles) トス、天然ノ果實トハ人工ノ補助ヲ要スルト否ラザルト問ハズ、凡テ物ノ有機的產出物ヲ謂フ、佛國民法ハ仍ホ人工ノ果實 (Fructus industrialis) 及ビ純乎タル天然ノ果實 (Fructus vere naturalis) ノ區別ヲ採用シタレドモ、此兩者ハ實際之ヲ區別スルニ難ク又之ヲ區別スルノ必要ナキヲ以テ、近世ノ法律及ビ我民法ノ採用セザル所ナリ、故ニ天然ノ果實中ニハ樹木ノ果實、土地ノ樹木、菜穀、禽獸ノ羽毛、卵、乳汁及子等一ノ物體上ニ生ズル一切ノ物ヲ

天然ノ果實

包含スベシ、又法定ノ果實トハ物ノ法律の產出物ノ外土地ノ賃貸料資金ノ利子等金額タルト有價物タルト問ハズ法律上一定ノ權利トシテ收入スベキ一切ノモノヲ包含スト雖モ彼ノ天然ノ果實ノ如ク其額ノ一定セザルモノニアラズ、財産篇第五十四條第二項ニ法定ノ果實ニ屬スベキモノヲ例示セリ、故ニ甲ナル用益者ハ其土地ヨリ收得セル百俵ノ米ハ天然果實ナレドモ若シ其權利ヲ乙者ニ賃貸シ乙者ハ賃借料トシテ百俵ノ米ヲ支拂フベキコトヲ約シタルトキハ同ジ百俵ノ米ト雖モ乙者ガ一定ノ義務トシテ甲者ニ支拂フベキ米ハ法定ノ果實ナリ。

林トノ用益權

第二、前ニ論ズルガ如ク天然ノ果實ハ物ノ有機的產出物ナレドモ、他人ノ所有物ヨリ果實ヲ收得スベキ場合、則チ用益權ノ場合ニ之ヲ通用センニハ、或ハ其意義ヲ擴張シ或ハ其意義ヲ狹縮セザルベカラザルノ場合アリ、是レ一ニ用益權設定ノ當時ニ於ケル當事者ノ意思如何ニ基キタル用益權自身ノ範圍ノ廣狹如何ニ依ル、而シテ彼ノ定期ニ收獲スベキ果實ハ、通常用益權中ニ包含スト雖モ定期收獲ヲ以テ一ノ果實タルニ必要ナル條件トスルハ誤レリ、只ダ用益物中苟モ定期收獲スベキモノアレバ、法律ハ當然用益權中ニ包含スベキモノトシテ、當事者ノ意思ヲ推測スベキ一ノ根據トスルニ過ギザルナリ、即チ、
(イ) 土地ノ上ニ生ズル樹木ハ土地ノ有機的產出物ニシテ一ノ果實ナルコト疑ナシ、然レドモ一ノ耕地ノ用益權ヲ有スルモノハ土地ノ果實トシテ之ヲ取得スルコトヲ得ザルベシ、何トナレバ耕地ノ用益權ハ樹木ヲ取得スルノ權ヲ包含セシメザレバ通常設定者ノ意思ナレバナリ、之ニ反シ樹林自身ノ用益權ヲ得タルモノハ當然其樹林ヲ採伐スルコトヲ得ベク、就中從來ノ所有者ニ於テ其定期採伐ヲ爲シタルトキハ、其用益者モ亦定期

ニ採伐シテ之ヲ取得スルコトヲ得ベキ者ト推測スベキハ明白ノ理由ナリ、林木ノ收益ニ關スル財產篇ノ規定ハ皆此理由ニ基ケリ、第五十九條第一項ニ曰ク「用益者ハ大小木ノ樹林及ヒ竹林ニ付テハ從來ノ所有者ノ慣習及ヒ採伐ヲ方ニ從ヒ定期ノ採伐ヲ爲シテ收益ス」ト、其第二項ニ曰ク「採伐方ノ未タ確ニ定マラサルトキハ用益者ハ近傍ノ重ナル所有者又ハ國、府縣、市、町村ニ屬スル樹林ノ慣習ニ從フ但一ヶ月前ニ虛有者ニ豫告スルコトヲ要ス」ト。之ニ反シ定期採伐ノ慣習ナキトキハ當事者ノ意思ハ全ク反對ノ推測ヲ受ケ用益者ハ樹木自身ヲ採伐スルコトヲ得ズシテ、單ニ其樹木ヨリ生ズル微少ナル定期產出物即チ果實ヲ取得スルニ過ギズ、第六十條第一項ニ「從來ノ所有者ノ定期採伐ヲ得サリシ保存木及ヒ大樹木ニ付テハ用益權ハ其樹木ノ定期產出物ノミヲ得ル權利ヲ有ス」ト云ヘルハ則チ此意ナリ、但シ此場合ニ於テハ法律ハ樹木保維ノ必要ヨリ二三ノ例外ヲ設ケタリ、即チ第一、用益權ノ存スル建物ノ大修繕ヲ要スルトキハ枯レ又ハ倒レタル大樹木ヲ之レニ用ヒ、又ハ虛有者ノ立會アルトキハ生木ヲモ採伐スル場合（第六十條第二項）、第二、用益樹木ヲ支持スルニ必要ナル柵架等ニ用フル爲メ竹木ヲ採伐スル場合（第六十一條）、第三、用益樹木ノ植續キ又ハ植増ス等ノ爲メ其用益地ノ苗床ヨリ苗木ヲ採取スル場合（第六十二條）トス。

石坑ノ用益權

(ロ) 石坑ノ採掘ニ就キテモ亦前項ト同一ノ理由ニ依ル、金銀銅石炭等特別ノ法律即チ鑛法ニ依ルベキ場合ハ格別、鑛法外ナル石類石炭泥炭肥料土等ハ民法上其土地ノ所有者ニ於テ之ヲ採掘スルノ權利アリ、故ニ土地所有者ハ石炭採掘ニ付キ他人ノ爲メニ用益權ヲ設定スルコトヲ得ベシ、然レドモ單ニ耕地ノ用益權ヲ得タルモ

ノハ偶然其地内ニ石坑アルコトヲ發見スルモ、之ヲ採掘スルコトヲ得ザルナリ、是レ耕地ノ所有者ガ設定シタル用益權ハ單ニ耕作上ノ果實ニ止マルノ意思ナルコト明白ナレバナリ、之ニ反シテ該耕地上ニ於テ既ニ採掘ヲ始メタル儘ニ用益權ヲ設定シタルトキハ法律ハ反對ノ推測ヲ爲スベシ、第六十三條第一項ニ「用益地ニ既ニ採掘ヲ始メ且特別法ニ從フコトヲ要セサル石類石炭類其他ノ物ノ石坑アルトキハ用益者ハ從來ノ所有者ノ如ク其收益ヲ爲ス」ト云ヘルハ即チ此意ナリ、但シ同條第二項ハ一ノ例外ヲ認メタリ曰ク「石坑ヲ未タ採掘セス又ハ其採掘ヲ廢止シタルトキハ用益者ハ其用益物中ノ建物牆壁其他ノ部分ノ大小修繕ニ必要ナル材料ノミヲ採タルコトヲ得、其土地ヲ損傷セス且第六十條ニ記載シタル如ク豫メ其必要ヲ證スルコトヲ要ス」ト。

畜群ノ用益權

(ハ) 我が民法ニ於テハ畜群ノ用益權ニ就テモ亦現ニ畜群ノ產出物ニアラザルモノヲ以テ、其果實ト見做サマレベカラザル場合アリ、近世ノ法理ニ於テハ事實上ノ集合物ナルモノアルベカラザルガ故ニ、畜群ヲ以テ法律上ノ一體物トスルコト能ハザル所以ハ、已ニ前章ニ於テ之ヲ論ジタリ、故ニ縱ヒ現ニ畜群ナル總稱ノ名義ヲ以テ其ノ上ニ用益權ヲ設定シタルモノアル場合ニ於テモ、特定セル個々ノ獸畜ニ付其用益權ヲ設定シタルモノト解釋シ、其用益者ノ取得スベキ果實ハ各獸ノ毛若シクハ子等ニ過ギズ、而シテ若シ畜群中一頭ノ死亡シタル場合ニハ、該一頭ニ對スル用益權消滅シ全數死亡シタルトキハ用益權ハ全ク空シキニ至ルモノトセザルヲ得ズ是レ近世普通ノ法理ナリ、然ルニ財產篇第五十八條ニ曰ク「種類及ヒ員數ノミヲ以テ定メタル畜群

ノ用益者ハ保存ヲ要セサル部分ヲ毎年處分スルコトヲ得、但其子ヲ以テ全數ヲ保持スルコトヲ要ス」ト、此
 法文ニ依ルトキハ我民法ハ畜群ヲ以テ法律上ノ一體物トスル陳腐説ヲ採用セルコト明白ナリ、若シ夫レ畜群
 ニシテ法律上ノ一體物ナルコト一家屋ノ一體物ナルガ如クナランカ、家屋中一ノ瓦石ヲ取り去ルニ仍ホ一ノ
 家屋タルヲ失ハザルト同ジク、用益權ノ物體タル畜群中ノ數頭ヲ賣却シ、又之ヲ撲殺スルモ一體物タルコトヲ
 失ハザルベケレバ、用益者ニ於テ斯カル處分ヲ爲スモ處有權者ハ決シテ之ヲ拒ムコトヲ得ザルノ不都合ヲ發
 生セン。於是乎我民法ハ用益者ニ與フルニ畜群中ノ各頭ヲ處分スル權利ヲ以テスルト同時ニ、一方ニ於テハ
 特ニ全數保存ノ義務ヲ用益者ニ負擔セシメ、畜獸ノ子タルト老畜タルトヲ問ハズ、保存ニ必要ナル部分ヲ處
 分スルコトノミヲ許シ、用益者ハ必ズ其畜獸ノ子ヲ以テ畜群ノ全數ヲ保持セザルベカラザルモノトセリ、然
 レドモ保持ノ必要ノ未ダ來ラザル以前タルト以後タルトヲ問ハズ、用益者ニ於テ之ヲ賣却シ又ハ撲殺シテ其
 義務ヲ盡サマルトキハ如何スベキヤ、用益者ハ法律上畜群ノ子ヲ以テ之ヲ保持スルノ義務アルヲ以テ若シ其
 子ヲ處分シ了リタルトキハ他ノ畜獸ヲ以テ之ヲ補充ハザルベカラザル乎、然レドモ法律ハ只ダ「其子ヲ以テ全
 數ヲ保持スルコトヲ要ス」ト云ヘリ、他ノ畜獸ヲ以テ之ヲ補充スルノ責任ナシ、縱シ又此責任アリトスルモ、
 用益權者ニ於テ其責ヲ盡サマルトキハ如何、用益者ハ單ニ損害賠償ノ責ニ任ジ、虛有者ハ人權ニ基キ之ヲ請
 求スルノ外他ニ其方法アルベカラズ、由之觀之畜群保護ニ關スル虛有者ノ權利ハ人權的ナリ物權的ニアラ
 ズ、用益者ノ責任モ亦特定ノ人ニ對スル義務ナリ、物權的ニアラズ、即チ畜群ナルモノハ決シテ法律的一

用益者ノ
 狩獵權及
 漁獵權
 權利ニ對
 スル權

體物ニアラザレバ、畜群ノ上ニ物權的ノ義務ヲ負ハシムルコト能ハザルコト明白ナラン、此理已ニ明白ナル
 以上ハ畜群ノ上ニ物權タル用益權ヲ設定スルコト能ハザルノ理モ亦明白ナラン、畜群ヲ以テ法律上ノ一體
 思想スル空想論者ガ長夜ノ迷夢モ於是乎忽チ破レシ。

(ニ) 用益地ニ於ケル狩獵及ビ漁獵ノ權並ニ地役ハ、決シテ土地ノ有機的產出物ニアラズト雖モ土地ニ附屬ス
 ル一種ノ權利タルヲ以テ、法律ハ特ニ之ヲ果實ニ準ジ用益者ヲシテ之ヲ行フノ權ヲ有セシメタリ、就中地役
 權ノ如キハ不使用ニ依リテ消滅スベキヲ以テ必ズ之ヲ行フベキ義務アルモノトセリ(第六十五條及ビ第六十
 六條)。但シ埋藏物ハ全ク土地ニ附屬セザルモノタルヲ以テ、用益者ハ用益地ニ於テ三者ノ發見シタル埋藏
 物ニ付權利ヲ有セズ、然レドモ用益者自ラ之ヲ發見シタルトキハ、財產取得篇第五條ノ規定ニ依リ其一半ヲ
 取得ズト雖モ之レ用益權ニ基クモノニアラズシテ發見者タルノ權利ニ基クモノナリ。

(ホ) 風雨震災等ニ依リ倒レタル家屋ノ材木等ノ如キハ、或ハ之ヲ廣義ニ於ケル產出物ト謂フコトヲ得ルニ似
 タレドモ、有機的產出物ニアラザルヲ以テ果實ト謂フコトヲ得ズ、法律上其特例ナキヲ以テ用益者ニ於テ之
 ヲ取得スルコトヲ得ザルハ勿論ナリ。

第三 天然ノ果實ト法定ノ果實トヲ區別スルノ必要ハ、用益者ガ之ヲ取得スルノ時期ヲ定メ、用益權ノ開始消滅
 ニ際シ其權利ヲ明カナラシムルニアリ。即チ、

(甲) 果實ハ其用益權ト有機的ノ結合ヲ成ス以上ハ用益物ノ從タル物ナリ、故ニ物ノ果實ハ當然其主タル物ノ

天然ノ果
 實ト法定
 ノ區別ス
 ル理由ト
 ス

分離果實
及ビ取得
果實

所有權ニ屬スベシ、故ニ其原因ハ人爲タルト天爲タルト偶然ノ事變タルトヲ問ハズ一旦主タル物ヨリ分離シタルトキハ、所謂一ノ分離果實 (Fructus separati) トナレドモ全ク別物ナルニアラズシテ、只ダ主タル物ノ一部タルノ性質即チ從タル物タルノ性質ヲ失フ迄ナリ、分離果實ト雖モ依然其分離セザル以前ニ於ケル主タル物ノ所有ニ屬スベキハ明白ナリ、之ニ反シ人爲ヲ以テ之ヲ主タル物ヨリ分離シテ之ヲ取得シ又ハ已ニ天爲等ニ依リ分離セル果實ヲ取得シタルトキハ、始メテ所謂一ノ取得果實 (Fructus percepti) ト爲ルベシ、然レドモ他人ノ物ノ上ニ於ケル果實ヲ取得スル用益者ニ就テハ、我民法第五十一條ハ其原因ノ人爲事變又ハ盜奪ニ因ルヲ問ハズ、主タル物ヨリ分離シタル瞬間ニ於テ用益者ニ屬スベキ者ト定メタルヲ以テ、從タル果實ガ分離果實ト化スルト同時ニ取得果實ニ化スベキモノトスルモノナリ、即チ土地ヨリ生ズル果實ハ之ヲ分離セルトキ、獸畜ノ子ハ其產出ノトキ、絨毛乳汁等ハ獸體ヨリ分離セルトキニ於テ、特ニ用益者ガ之ヲ取得スルノ行爲ヲ行フヲ要セズ、直ニ用益者ノ所有ニ歸スベシ (第五十三條)、故ニ、

用益權發
開後ニ虛
有者ノ取
得セル果
實

(イ) 用益權發開ノ後ニ於テ虛有者ノ取得スル所トナリタル果實ハ用益者ニ屬スベシ、何トナレバ此場合ニ於テハ用益者ハ已ニ果實ヲ取得スルノ權ヲ有シ、而シテ其果實ハ虛有者ニ於テ取得シタルト同時ニ分離シ、而シテ法律ハ果實ノ分離ヲ爲スベキモノハ用益者タルト虛有者タルト又三者タルトヲ問ハザレバナリ、但シ用益者ガ收益ヲ遲延シタルガ爲メ虛有者ニ於テ之ヲ取得シタルトキニ於テハ、虛有者ノ要シタル收取及ビ保存ノ費用ハ用益者ニ於テ之ヲ負擔セザルベカラズ (第五十條第一項)

用益權發
開前ニ培
養セル果
實

(ロ) 用益權ニシテ一旦發開シタル以上ハ、其發開ノ當時ニ於テ從前ヨリ虛有者ノ培養シ來レル果實アルモ、未ダ分離セザル以上ハ用益者ハ其成熟ノ時ニ至リ之ヲ取得スルコトヲ得、但虛有者ノ要シタル耕耘種子及栽培ノ費用ハ、用益者ヨリ之ヲ償還スルコトヲ要ス (第五十條第二項)

用益權消
滅ノトキ
ニ於ル果
實

(ハ) 用益權消滅ノ時ニ於テ未ダ分離セザル果實ハ虛有者ニ屬スルノミナラズ、法律ハ虛有者ヲシテ用益者ニ對シテ償金ヲ與フベキ人權的義務ヲモ負ハシムルコトナシ (第六十九條第一項)

例外

(ニ) 前項ノ原則ニ唯一ノ例外アリ、即チ果實ヲ其成熟前ニ於テ用益物ヨリ分離シ、且ツ用益權ガ通常ノ收取季節前ニ消滅シタルノ場合ナリ、此場合ニ於テハ縱ヒ果實ハ用益權ノ繼續中ニ用益物ヨリ分離スルモ其所有權ハ虛有者ニ歸スベシ (第五十二條第二項)、蓋シ法律ハ用益權ノ繼續中ニ於テ、苟モ果實ヲ分離スル以上ハ直ニ用益者ニ屬シ、之レヲ分離セザルトキハ用益權消滅ノ時ニ至リテ之ヲ取得スルモノトスルガ故ニ、用益者ニ於テ用益權消滅ノ期近キニ在リト思惟シタルトキハ、通常ノ收取季節前ニ未熟ノ果實ヲ採收シ天物ヲ暴珍スルノ弊害ヲ生ズルニ至ルベシ、是レ立法官ガ特ニ此例外ヲ設ケタル所以ナリ。

分離セザ
ル果實ノ
賣買

(ホ) 用益者ガ未ダ分離セザル果實ヲ其儘ニテ賣却シ、買受人モ亦未ダ之ヲ分離セザル間ニ用益權消滅シタルトキハ、如何ナル結果ヲ生ズベキヤ、分離セザル果實ヲ其儘ニテ賣買セントノ契約ハ、未ダ已レニ屬セザル目的物ヲ賣買スルモノニシテ、所有權ヲ移轉スルコトヲ得ザレバ素ヨリ無効ナリ、又之ヲ賣買ノ當時ニ果實ノ所有權ヲ移轉セズシテ、後來取得シタルモノヲ後來賣買セントノ豫約トスレバ、其豫約ノ全ク無