

四 特別法ニ他七公告ヲ為シタルコト  
六ヶ月内ニ所有者ノ知レサルコト  
之レナリ

發見ハ拾得ノ異ニ占有取得ヲ必要トセス、埋藏物ノ存在ヲ認識スルコトヲ云フナリ。固ヨリ法律行為ニ非サルカ故ニ法律行為ニ関スル規定ニ適用ナシハ無能力者モ發見スルコトヲ得。

發見ハ偶然タルコトヲ要スルモノトスル立法例アリ。我民法ハ他・瑞民法ト同シク之ヲ必要トセス。發見ハ違法行為ニ依ルコトヲ必要トセス。例ハ許可ヲ得スシテ他人ノ土地ヲ發掘シタル者ハ其ノ所有權侵害行為ニ付キテハ損害賠償其他ノ責任ヲ負フコトアルモ之レカ為メニ埋藏物發見ニ依ル所有權取得ヲ妨クルコトナシ。

埋藏物ノ届出・保管公告・報勞金等ニ就キテハ遺失物法ノ規定ヲ準用ス。而シテ公告後經過スルコトヲ要スル期限ヲ遺失物ニ比シテ半減シタル理由ハ埋藏物ハ遺失物ニ比シテ所有者ノ知レサルコト多シト云フ考ヘニ因リシモノナリ。

(三) 埋藏物ニ付キテ物ノ全部ノ所有權ヲ取得センカ為メニハ包藏物カ自己ノ物ナルコトヲ必要トス。

他人ノ物ノ中ニ於テ發見シタル埋藏物ハ發見者及ヒ其物ノ所有者均半シテ其ノ所有權ヲ取得ス。蓋シ包藏物ノ所有者ハ埋藏物ニ付キテハ何等カノ權利ヲ有スルコト普通ナルヘク且ツ自ら發見シ得ヘキ機會ニアリタルモノナルカ故ナリ。或ハ此ノ所有權取得ノ法律上ノ性質ヲ添附ノ理ヲ以テ説明セムトスル學說立法例(羅馬法・旧民法取得篇五・二三條等)アリト雖モ埋藏物發見其物ヲ占ナリト解スル學說ト同シク誤レリ。独立ナル所有權取得ノ原因ナリト解セサルヘカラス。

(四) 埋藏物發見ヲ以テ所有權取得ノ原因トシタル理由ハ遺失物拾得ト相似タリ。唯遺失物ニ在リテハ發見行為ヨリモ管理行為ニ着眼シテ之レヲ以テ報勞ニ値スヘキ行為ナリトシタルニ反シ埋藏物發見ニアリテハ發見其ノモノニ報勞ノ価値ヲ認メタルナリ。如斯立法上ノ差異アルカ故ニ其ノ法律上ノ取扱ニ多少ノ差異ヲ生シタルモ其ニ一種ノ原始的取得ナルコトハ相同シ。

第二章 所有權 取得 埋藏物ノ發見

(五) 學術、技藝、其他考古ノ資料ニ依スヘキ埋藏物ニ付テハ遺失物法(一五) 條ニ特別規定アリ。(所有者知シタル時ハ國庫ノ所有ニ歸セシメ其代リニ 相当ノ報勞金ヲ出ス)

一九二

第四項 添附

*Accessio*  
*Zuwaschrecht*

(一) 添附ニハ広狹ニ義アリ。広義ニ於テハ二物ノ接合セル場合ノ外一物ニ 人カ加工シテ改造シタル場合即チ所謂加工ノ場合ヲモ包含ス。狹義ニ於 テハ加工ノ場合ヲ除外シ只物ト物トヲ接合セシ場合ノミヲ云フ(富井氏) 更ニ最狹義ニ解ズルモノハ物ト物トノ接合セル場合ノ中ニテ時ニ附合ノ ミヲ指シテ添付ト云フ(*Beckmann*氏)

添附ノ字義ヨリ云ヘハ狹義ニ解スル説ヲ正当トスヘキモ右述スルカ如 ク附合・混和・加工ハ其ノ立法ノ理由ニ於テ又其ノ法律上ノ效果ニ於テ

共通ナル性質ヲ有スルカ故ニ之レニ付キテ共通ナル概念ヲ認ムルコトハ 學問研究上便利ナリト考テ、其ノ共通ナル概念ニ付シテ添付ト云フ名称 ヲ下スル者ハ殆ント主義(言葉)ノ問題ナリ、

(二) 添附ハ羅馬法以來諸國ニ於テ一徹ニ所有權取得ノ原因トスル所ニシテ 羅馬法學者カ時ニ精細ニ之レヲ研究セリ。然シテ今日ニ於テハ其ノ実 際上ノ價值ハ大ニ減少シタル故法制上モ之ニ重要ナル地位ヲ與フルモノ ハ稀ナリ、

添附ヲ以テ所有權取得ノ要件トスルハ次ノ二ノ理由ニヨルナリ、  
① 合成物・混和物・加工物ノ如ク分離ノ不能又ハ困難ナルモノヲ強 イテ分離シ原所有權ノ存続ヲ認ムルハ經濟上ノ不利ナリ、  
② 共有物ノ利用ニ付キテハ紛議ヲ生スルノ虞レアルヲ以テ共有ハ單 独所有權ニ比シテ理論上不利ナリ、

(三) 添附ノ結果ニ付キテハ便宜上右説ス(第二四七條、第二四八條參照)

第三章 所有權 取得 添附

一九三

第一目 附合 (Verbindung.)

附合ニ二種アリ、不動産ノ附合ト動産ノ附合トナリ。

(甲) 不動産ノ附合

(1) 不動産ノ附合トハ不動産ト他ノ物トカ容易ニ分離シ難キ程度ニ於テ接合スル事實ヲ云フ。其ノ要件ハ次ノ如シ。

(1) 二物ノ一方ハ不動産ナルコトヲ要ス。

他方即チ接合物ハ動産ナルコトヲ通例トスルカ必スシモ之レヲ要セス。

(2) 二物間ニ附合ノ事實アルコトヲ要ス。

附合トハ二物カ密接ニ接合シテ容易ニ分離シ難キ状態ニアルコトヲ云フナリ (地面ニ肥料ヲヤルハ附合テアル。木モ根カ広テ居レハ附合ナリ)。

附合ハ容易ニ分離シ難キ程度ニ於テノ接合ナルコトハ爭ナキコトナルカニ物カ一体ヲ為スコトヲ要スルヤ否ヤハ定着トノ關係上問題ナリ。

附合ハ広義ニ解スル者ハ二物ノ一体ヲ為ス場合ノ外一体ヲ為サスシテ單ニ定着ノ關係ニアル場合ヲモ包含スルモノトセリ (富井氏、川名氏) 狭義ニ解スルモノハ定着ノ場合ヲ包含セザルモノトス。

(一) 一体ヲナストキ附合ナリ (中島氏) 后説ハ附合ヲ以テ所有權取得ノ原因トスル理由ヲ附合物カ独立性ヲ失フ點ニアリトシ。

從テ其ノ独立性ヲ失ハスシテ單ニ定着セルニ止マル場合ヲ除外スルナリ、前説ハ接合物ヲ分離スルコトカ經濟上不利ナリト云フコトノミヨ以テ此ノ規定ヲ立法理由ナリト解シ從テ其ノ一物ヲナスヤ否ヤヲ問ハサルナリ、余ハ此規定ノ立法理由ニ付テハ之ヲ混和ト比較シテ見ルナラハ前説ニ從フヲ正當ト考フルモ結果ニ於テ右者ヲ採ル。

蓋シ民法ハ第ハ六條ニ於テ定着物ヲ以テ独立ノ不動産トナシ居ル故定着物ニ付テテ獨立ノ所有權ヲ認ムルコトハ經濟上不利ニアラスト規定シタルモノト解セザルベカラサルカ故ナリ、若シ建物、樹木等

第三條 所有權 取得 附合

一九五

土地ト一体ヲ為サザルモノニ付キテハ之レヲ土地ト分離スルコトカ  
 理論上不利益ナルカ故ニ同一人ノ所有ニ歸セサルヘカラスト云フ解  
 釈ヲ採ルナラハ之等ノ物ヲ独立ノ不動産トシテ所有權ノ目的トナリ  
 得ザルモノトシタル第八六条一項ノ規定ト矛盾スルモノト考フ。此  
 ノ理由ニヨリテ予ハ附合ニヨリテ所有權ノ變更ヲ生スル場合ハ土地  
 ト一体ヲナセル場合ニ限ルト思フナリ。若シ此ノ解釈ヲ正当トスル  
 ナラハ附合ト定着トハ明ニ之レヲ區別スルコトヲ要ス。而シテ民法  
 ハ特ニ區別ノ標準ヲ示サスト虽モ定着物ハ独立ノモノトシテ附合物  
 ハ不動産ト一体タル莫ニ於テ之レヲ求ムルヲ得ヘシ。即チ一般觀念  
 上土地ト接合シ居リテモ尚木獨立性ヲ失ハスト認ムヘキ場合ハ定着  
 物ナリ。

(ハ) 二物間ニ主従ノ關係アルコト要ス。

主物從物ト云フハ第八七条ニ云フ所トハ少シク異ナレリ。物ノ常  
 用ニ供セラレ、ヤ否ヤニヨリテ決スルニアラスシテ、二物ノ物ノ間  
 ニ其ノ性質 用法等ニ付キテ從屬的關係アリヤ否ヤニヨリテ決セラ

ルナリ。

法文ハ從トシテ附合シタルモノト云ヘルモ當事者カ從屬的關係ヲ成  
 立セシムル意志ヲ有シタルコトヲ要セサルハ其ノコトヲ俟タス。

(ニ) 附合ハ人ノ行為ニ基キタルコトヲ要セス。

固ヨリ所有權取得ノ意思ヲ要セス。又善意・惡意ヲ問ハス。(自  
 家ノ物ヲ無キコトヲ知リナカラ) 故ニ法律行為ニアラサルハ云フ  
 ヲ俟タス。

(2) 附合ノ結果(效果)トシテ不動産ノ所有者ハ附合物ノ所有權ヲ取得

ス。其ノ所有權取得ノ法律上ノ性質ニ付キテハ附合ノ意義ニ關スル學  
 說ニ從テ差異アリ。

余ハ附合ニヨリテ附合物ハ獨立性ヲ失フモノト考フ故附合物ニ付キ  
 テ存シタル所有權ハ滅失シ。不動産上ノ所有權カ其ノ上ニ擴張スルモ  
 ノト考フ。反対ノ見解ニアルナラハ附合物ノ獨立性ヲ失ハサル場合ニ  
 ハ不動産ノ所有者カ附合物ノ所有權ヲ取得スルモノト云フナリ。

(3) 附合ニヨル所有權取得ニ對シテ一ノ例外アリ。即チ權限ニヨリテ物

第三章 所有權 取得 添付 附合

ヲ附合セシメタル場合ナリ。例へハ地上権、永小作權、賃借權等ニ基  
キテ土地ニ種子ヲ蒔キ竹木ヲ植ヘタルトキハ固ヨリ之レニヨリテ之等  
ノ權利者ハ之等ノ附合物上ノ權利ヲ喪失スルコトナクナリ、其ノ  
權利消滅ノ時ニ於テハ土地ノ原狀ニ復シラ之等ノ物ヲ拾得スルコトヲ得ルナリ（民法  
条祖書、二六九、二七九、五九八、六一六条）

(乙) 動産上ノ附合

- (1) 動産ト動産トカ毀損スルニアラサレハ分離スル能ハス又ハ分離ノ為  
メ過分ノ費用ヲ要スル程度ニ於テ接合スタル事實ヲ動産上ノ附合ト云  
フ
- (イ) 附合ノ成立ノ為メニ必要ナル接合ノ程度ハ分離ノ不能ナル乎、或  
ハ分離ノ經濟上ノ利益ナル乎ナリ、之レニヨリテ一物ヲ成立セシメ  
タリト認メラル可キトハ合成物ト云フニヨリテ明カナリ。
- (ロ) 附合ハ人ノ行為ニ基ケルコトヲ必要トセス。
- (ハ) 附合セラレタル動産ハ所有者ヲ異ニシタルコトヲ要ス。
- (ニ) 附合ノ効果ハ附合物間ニ主従ノ別アリヤ否ヤニヨリ異ナル、

主従ノ別アルトキハ附合ノ當時ニ於ケル各動産ノ價格ニ從テ合成物  
ヲ共有ス（二四三条、二四四条）、主従ノ意義ニ付キテハ上述セ  
ル如ク一般の見解ニヨリテ之ヲ失ムルノ外ナシ。

第二目 混和 (Confusio)

(一) 混和トハ数人ニ屬スル動産カ混合融和シテ其ノ何レノ部分ヲ何人ノ所  
有ニ屬スルカヲ識別スルコト能ハサルニ至リヲ云フ、或ハ之レヲ二種ノ  
分テ穀物ト穀物トノ混同スルカ如ク何体ノ混同スルヲ混合 *Commensu-*  
*ratio*、*Vermengung* ト云ヒ、液体トノ混合スルヲ融合  
*Confusio*、*Vermischung* ト云フモ區別ノ実益ナシ。

混和ト附合トノ差異ハ併合ニヨリ其ノ成立シタルモノニ就キテ外形上  
尚ホ現物ヲ識別シ得ルヤ否ヤニ存ス、數人ニ屬スル金銭カ混合シテ其ノ  
何レカ何人ノ所有ニ屬セル乎ヲ識別スルコト能ハサルニ至リタルトキハ  
又混和ナリト考フ、或ハ金銭ハ性質上其ノ何レノ部分ヲトルモ經濟上損

第二章 所有權 取得 添附 附合

益スル所ナキカ故ニ不当ニ損益セシメスト云フ意味ニ於テハ公平ニ分割スルコトヲ得ルモノナル故ニ混和ノ規定ハ其ノ適用無シト論スルモノアリ(中島氏)。然レ共第ニ四五条ニヨリテ所有権ノ変動ヲ生スルカ爲メニハ經濟上ノ損益無クシテ分離スルコトヲ得スト云フヲ以テ其ノ要件トスルモノニアラス。原物ノ所有者ニ原物其ノ物ヲ分配スルコトカ不能若クハ著シク困難ナルヲ以テ足レリトスルナリ。損益無クシテ分配スルコトヲ得ルハ原所有権ヲ消滅セサルカ故ニアラス。原所有権ハ消滅シ金額債權ヲ成立セシムルニ過キサレモ金錢ノ性質上ヨリ所有権ニ基ク返還請求權ト金額請求權トハ普通ニハ同一ノ價值ヲ有スルカタメナリ。原物カ独立性ヲ失ヒ独立ノ存在ヲ失ヒタルトキハ所有権ニ基キテ返還請求ヲ爲スコトハ事實上不能ナリ。混和ガ人ノ行爲ニヨリテ生シタルコトヲ要セサルハ附合ト同シ。

(三) 混和ノ効力ニ付キテハ附合ノ規定ヲ準用ス。即チニ物間ニ主従ノ別アルトキハ主物ハ所有者カ全部ノ所有権ヲ取得シ。若シ其ノ別ナキトキハ共有ヲ生ス。(三四五条)

### 第三目 加工

(一) 加工 (*Specificatio*; *Verarbeitung*) トハ他人ノ動産ニ工作ヲ如ハテ新ナルモノヲ成立セシムル行爲ヲ云フ。其ノ成立要件次ノ如シ。

(1) 材料ハ全部他人所有ノ動産タルコトヲ要セスト。虽モ少ク共其ノ一部ハ他人ノ動産ナルコトヲ要ス。

(2) 工作ノ種類ニハ特別ノ制限ナシ。所謂表面ノ変更モ亦加工タル事ヲ得。

(3) 新ナルモノヲ作りタルコトヲ要ス。

(4) 如何ナル場合ニ新ナルモノノ成立シタルモノト認ムヘキ乎、或ハ同一物ノ変更ニ過キサレモノト認ムヘキ乎ハ物ノ同一性ノ問題ナリ。畢竟一般見解ニ依リテ決スルノ外ナシ。

工作ニ依リテ成立シタルモノニ対シテ一般の見解カ新ナル名称ヲ下シタルトキハ新ナルモノノ成立シタルモノト認メ得ヘシ。ナレト新ナル名称ヲ其フルヤ否ヤハ絶対ノ標準ト爲スコトヲ得ス。

第二章 所有権 取得 添附 加工 二〇一

(二) 加工者ノ意思ハ之レヲ問ハス  
所有権取得ノ意思アリヤ否ヤ、善意ナルヤ、惡意ナルヤ問フ如ク  
ラス、只惡意ナル場合ハ右述ノ如ク賠償ノ責任ヲ生スルノミ

(三) 加工ノ法律上ノ性質ハ事實的行為 (Real act) ナリ  
附合、混合ト異ナリ常人ノ所為ヲ要素トスルモノニシテ一種ノ法律  
上ノ行為ナリ、而シテ時ニ不法ナルコトアリト雖モ不法ナルカ故ニ法律  
上ノ效果ヲ生スルモノニ非サルカ故ニ不法行為ニアラス、又所有権取得  
ノ意思ヲ必要トスルモノニ非サル故法律行為ニハアラス、即チ所謂法律  
的行為 *Rechts handlung in engem Sinne* ニ屬  
スヘキモノナリ、而シテ法律的行為中ヲ更ニ細別セバ、一定ノ意思状態  
ヲ要件トスルモノニハアラスシテ、只事實關係ノ發生ヲ必要トスルモノ  
故事實行為ニ屬ス、從テ之ニ付キテハ法律行為ニ關スル規定ハ全ク適用  
ナシ、能力錯誤、代理條件等ニ關スル規定ヲ適用スヘカラス、只代理ト  
異リ機關ニヨリ加工行為ヲ為スハ之レヲ妨ケヌト考フ、例ハ紡績ノ工場  
ニ於テ、偶々誤リテ他人ノ綿ニ加工セルトモハ其ノ所有権ハ何々ノ労働

者ニ帰スルニアラスシテ工場主ノ取得スヘキモノナリ (労働者ハ機關ト  
ナレルナリ)

(三) 加工ノ法律上ノ效果ニ付キテハ、羅馬法上頗ル議論アリトナリ、  
*Justinian* 派ハ主トシテ材料ノ所有者ノ所有權ヲ保護セントシ、  
*Proculian* 派ハ工作ノ主トシテ加工者ノ所有權ヲ與フヘキモノト  
論ス

*Justinian* 法典編纂、時ニ當リテ加工物ヲ現状ニ復スル場合ニハ  
原物ノ所有權ヲ存続セシメ然ラサル場合ニハ加工者ニ所有權ヲ與フヘキ  
モノトセルハ拙劣ナル折衷說トシテ學者、批難スル所ナリ (金屬ニ彫刻  
シテモ溶カセハ原ニナリ、布片ニ繪ヲ畫キテモ消サレナケレハ即チ加工  
トナル)

近世ノ法律ニ於テハ佛法系ノ諸法ハ *Justinian* 二傾キ、獨乙法  
ハ之レニ反シ *Proculian* 派ニ傾ケルモ其ニ例外ヲ認ムルカ故ニ  
結果ニ於テハ大差ナシ、只工作ノ價格ト材料ノ價格トノ間ニ著シク差異  
ノ存セサル場合ニ結果ヲ異ニスルノミナリ、我民法ハ佛派ノ說ヲ採リ原

則トシテハ材料ノ所有者カ加工物ノ所有權ヲ取得シ只工作ニヨリ生シタル價格カ著シク材料ノ價格ニ超エル場合ニ於テノミ加工者其ノモノノ所有權ヲ取得スルモノトセリ(二四六条一項)

(四) 加工者カ他人ノ材料ニ合セテ自己ノ材料ヲ使用シタル場合ニハ附合ト加エトカ併存ス此ノ場合ニ付キテ法律ハ特別ヲ設ケ加工規定ニ從テハ

カ他人ノ材料ノ價格ニ超エタルトキハ加工者ハ加工物ノ所有權ヲ取得スルモノトセリ(第二四六条ニ項)

(五) 加工者ト材料ノ所有者トノ間ニ契約關係成立シ加工者カ材料ノ所有者

ノ為メニ勞作ヲナス場合ニハ其ノ所有權取得關係ハ先契約ニヨリテ之レヲ定ムヘク加工ノ規定ニ從フヘキモノニ非ラス

### 第五項 添附ノ效果

(一) 添附 即チ附合 混和 及ヒ加工ニヨリテ生スル所有權ノ取得ハ常ニ

絶対的ナリ、何人ノ行為ニヨリ又ハ偶然ノ事情ニヨリテ物ノ分離スル

(二) 添付ノ結果トシテ原物ノ所有權消滅シ新ナル物ノ所有權生スルトキハ

原物ノ上ニ存シタル所有權以外ノ物權即チ制限物權モ亦消滅セサルヲ得

ス之レ民法ニ四七条一項ノ規定スル所ニテ寧ロ云フヲ俟タス

(三) 然シナカラ此ノ原則ヲ貫徹スルトハ第三者ハ故無クシテ其ノ物權ヲ失フノ結果トナリ妥当ヲ欠クカ故ニ民法ハ之レニ付キテニ何ノ特別ヲ設

ク(四) 原物所有者カ合成物 混和物、又ハ加工物ノ單獨ノ所有者トナリタル



時ハ原物ノ上ニ據利ヲ有シタルモノハ尔后之等ノ合成物ノ上ニ同一ノ權利ヲ有スルモノトス

(ロ) 原物ノ所有者カ共有者トナリタルトキハ第三者ノ物權ハ其ノ共有者分ノ上ニ存ス(二四七条ニ項)

以上ノ規定ニヨリテ原物ノ所有者カ單獨所有者トナリ又ハ共有者トナリタルトキハ第三者ハ損害ヲ被ルレコト無シト虽モ原物ノ所有者カ從物ノ所有者タリシ場合又ハ加工ニ於テ加工者カ所有權ヲ取得シタル場合ニ付キテハ原物ノ所有者ハ單獨所有者トナルコトナク又共有者トナルコトナキカ故ニ之レニ付キテ質權等ノ物權ヲ有シタル第三者モ亦先ニ速ハタル原則ニ從ヒテ其ノ權利ヲ喪失スルノ外ナキカ如シ然レ共之等ノ場合ニ於テモ第三者カ全然權利ヲ喪失スルハ不当ナルノミナラス之等ノ原物ノ所有者ハ次ニ述フル如ク所有權取得者ニ對シ不当利得タル返還請求權ヲ取得スルモノ故第三者ノ權利ハ此ノ債權ニツキテ存続スルモノト解セサルヘカラス(三〇四条 三五条 梅要義ニ三七頁)

(三) 添附ニヨル所有權取得ハ他人ノ損失ニヨリテ生ス 所有權取得者ハ故無クシテ他人ニ此ノ損失ヲ被ムラシム可キニ非ラサルヨ以テ法律ハ不当利得返還ノ規定ヲ之レニ適用シキ事者同ノ保護ノ調節ヲ圖ル(二四八条)

(イ) 所有權ヲ取得シタルモノカ善意ナリシトキハ利益ノ存スル限度ニ於テノミ返還義務ヲ負フ(七・三条) 加工者カ他ノ材料ナルコトヲ知ラザリシ場合ノ如シ

(ロ) 所有權ヲ取得シタルモノカ善意ナリシトキハ其ノ受ケタル利益ニ利息ヲ附シテ返還ニ由ル損害アルトキハ之レヲ賠償スルコトヲ要ス(七・四條)

惡意ニテ他ノ材料ヲ使用シタル者ハ寧ロ不法行為者トシテ損害賠償義務ヲ有スルモノナルカ法律ハ利得返還ト云フ点ヨリ觀察シテ規定ヲ設ク 此ノ規定アルカ爲メニ不法行為ニ關スル規定ヲ適用スルニ妨クルコトナシト考フ 例ハ八惡意ナクモ過失アル加工者ノ如キハ不法行為上ノ賠償義務ヲ有スルナリ

第五節 所有權ヨリ生スル請求權

(一) 所有權ハ物ニツキテ一般の支配ヲナス絶対權ナリ、故ニ他人ノ行為ニヨリテ其ノ一般の支配ヲ妨害セラル、場合ニハ其ノ圓滿ナル状態ヲ回復スル請求權ヲ成立セシム。独民法ハ之レニ付キテ直接ノ規定ヲ置カサレトモ所有權ノ性質上寧ロ言フヲ俟タス。

羅馬法以來明文ノ有無ニ拘ラス一般ノ立法例ニ認メラル、所ナレノミナラス我民法ニ〇ニ條ニ本權ノ訴ト云ヒ又第一九一系ニ物ノ回復者ト云フハ即チ所有權上ノ請求權ニ基ク訴及ヒ之ニ基ク物ノ回復者ヲ包含スルコトハ疑ナキ故我民法上ノ解釈上亦此ノ請求權ヲ認メサルヲ得ス (四、一ニニニ判例)

(二) 所有權上ノ請求權カ所有權其ノモノ、内容ナリヤ、所有權ヨリ流出シ之レト別何ノ存在ヲ有スル權利ナリヤハ議論ノ存スル所ナリ、此請求權ノ内容ハ單ニ消極的の行為ヨリニ要求スルニアラス、所有權返還ノ請求權

ノ如キハ引渡ト云ハル積極的の行為ヲ請求スルコトヨ内容トスルモノ故スレヲ物權ノモノ、内容ト解スルハ正當ナラス、所有權ヨリ流出スル物上請求權ナリト云ハサル可カラズ。

(三) 所有權上ノ請求權ハ分チテニトス。  
 所有權返還請求權ト妨害除去ノ請求權之レナリ、  
 所有物返還請求權

(甲) 所有物返還請求權ハ羅馬法ニ *Revindictio (reivindicatio)* (foransgabé-anapokungrecht) ト云フモノニ當ル、所有物カ他人ノ所持ニ

存スル場合ニハ此レニ返還ヲ請求スルコトヲ得ル所有者ノ請求權ナリ、要件

(1) 請求權者ハ所有者ナリ、  
 動産所有者タルト不動産所有者タルトヨ向ハス、又單独所有者タルト又共有者タルト分タサルモ所有權者ニ非ラサレハ此請求權ヲ有セス、所有者ハ占有ヲ失ヒタルカ故ニ此ノ請求權ヲ行使スレヲ帶トス、然レ共有者ヲ失ヒタルコトハ此ノ請求權ノ要件ニハアラス、例

ハハ間接占有者又ハ代理人ニヨル占有者如ク占有者有スル占有者  
モ直接占有者又ハ代理人ニ対シテ此ノ請求権ヲ有ス

(四) 占有者カ物ノ所持ヲ有セザルコトヲ要ス  
物ノ所持ヲ回復スル請求権ナレハナリ

(八) 返還義務者カ占有者又ハ所持者ナルコトヲ要ス  
占有者ハ直接占有者及ヒ間接占有者共ニ此ノ義務ヲ有ス、間接占有者  
有者ニ付キテハ多少疑問ノ餘地アリ、例ハハ賃借人カ更ニ轉貸シテ  
ル場合等ハ轉借人ノ不明ナルトキハ賃借人自身ニ対シテ此ノ請求権  
ヲ認ムル必要アリ、而シテ間接占有者モ亦占有者ナルカ故所持者ハ  
其ノ占有ノ移轉ヲ請求シ得ヘキナリ、返還義務者ハ占有者ナルコト  
ヲ要スト解スル説アリ、

然レ共例ハハ受寄者ハ占有者ニテラストモ尚ホ寄託者ニ対シテ又  
ハ寄託者以外ノ第三占有者ニ対シテ返還義務者タルヲ得ヘシ、蓋シ  
所持者カ自己ノ為メニスル意思ヲ有スルヤ否ヤハ返還請求権ノ成立  
ニハ関係ナキ事項ナレハナリ、然レ共斯ク占有ノ機關例ハハ一家内

ニ於ケル僕婢ノ如キ者ハ独立ナル資格ヲ以テ所持スルモノニ非ラサ  
ルカ故ニ被告タル資格ヲ有セザルモノト解ス、

所有物返還請求権申立ノ要件ハ以上ニテ盡ク、從テ

(一) 物ノ占有者又ハ所持者カ如何ナル理由ニヨリテ其ノ物ノ所持ヲ  
取得シタリヤト云フコトハ之レヲ問ハス、所持者ノ意思ニ基キテ  
其ノ占有ヲ取得シタリヤ、不法行為ニヨリテ侵奪シタリヤ全ク問  
フ所ニアラス、例ハハ賃借人、買權者、如ク所有者ノ意思ニ基キ  
テ占有ヲ取得シタルモノモ尚ホ返還義務ヲ有ス、只之等ノモノハ

返還請求権ニ対シテ之レヲ拒絶スル抗辯権ヲ有スルハミナリ、

(四) 所有者カ物ノ返還ニツキ債權的請求権ヲ有スルヲ妨ケス、  
固ヨリ所有者カ不法行為ヲ理由トスル損害賠償請求権ヲ有スル  
ヲ妨ケス、之等ノ場合ニ於テハ所謂請求権ノ競合ヲ出ス、例ハ

寄託者ハ寄託契約ニ基テ返還請求権ノ外ニ尚ホ所有者トシテ返  
還請求権ヲ有ス

前者ハ債權ノ消滅時効ニカ、ルト虽モ前者ハ次ニ速フルカ如

第二章 所有權、所有權ヲ生スル請求權

(2) 内容

ク消滅時効ニカ、ラサルモノト考フ。

物ノ所有権ハ其ノ占有ヲ返還セシムルニアリ。

(1) 所有者カ自ラ其ノ所有物ヲ取戻スコトヲ得ル乎、或ハ單ニ返還ヲ請求シ得ルニ止マル乎明文ヨ有セサルハ、我民法ノ解釈トシテ疑問ノ餘地アリ、サレトモ我民法ハ如何ナル場合ニ於テモ自助ヲ認メサルカ故ニ他人ノ占有スル自己ノ物ト雖モ自ラ之レヲ取戻スコトヲ得サルモノト考フ。

(四) 物ノ所持ヲ為セル返還義務者ニ対シテ返還請求ヲ為ストヤハ直ニ物ノ所持ノ返還ヲ請求シ得ヘシ、而シテ單ニ間接占有ヲナセリ返還義務者ニ対シテハ其ノ有スル占有、移轉ヲ請求シ得ルニ過ギス。

(ハ) 物ノ返還ニ加ヘテ果実及ヒ損害賠償ヲ請求シ得ルヤ否ヤ、又物ニ対シテ支出セラレタル費用ヲ償還スルコトヲ要スルヤ否ヤ、第190条、第191条、第194条、規定ニ從フ。

(二) 物ノ返還ノ場所、返還ノ費用等ニ就キテハ債務ノ弁済ニ關スル第484条、第485条等ノ規定ヲ準用ス。

(ホ) 物ノ共有者カ自己ニ対シテ物ヲ返還スヘキコトヲ要求スルヲ得ルヤ否ヤハ問題ナリ、独民法ニ於テハ第101条及第485条ノ關係上自己一人ニ対スル給付ヲ請求シ得スト解スルヲ通説トスルカ如クナレ共我民法ノ解釈トシテハ反対ニ解スヘキモノト信ス、蓋シ此ノ場合ニハ數人ノ共有者カ不可分ノ目的ヲ有スル物上請求權ヲ有スルモノナルカ故ニ不可分債權ニ關スル第484条ノ規定ヲ準用スヘキモノナレハナリ。

(3) 所有物返還請求權ニ対シテ返還義務者カ反対權ヲ有スルトキハ返還ヲ拒絶スルコトヲ得、所謂反対權即チ排他權ニ屬スルモノ次ノ如シ。

(1) 返還義務者カ占有ヲ為スノ權利ヲ有スル場合、例ハ地上權者、永小作權者ノ債權者等ハ物權ノ内容トシテ占有ヲナスノ權利ヲ有シ、又賃借人ハ債權者トシテ同シク此ノ權利ヲ第2章 所有權、所有權ヨリ生ズル請求權 二二三

有スルカ故ニ所有者ノ請求ニ應セサルコトヲ得

四 返還義務者カ留置権ヲ有スル場合

一九六条、一九五条等

(4) 返還請求権ハ条済 拋棄 混同 物ノ消滅等 諸種ノ原因ニ因リ

テ消滅ス

向題トナルハ時効ニ依ル消滅ナリ、第一六七条ノ時効ニ因リテ消

滅スルモノト解スル説アリ、此ノ請求権ヲ以テ所有権トハ單ニ独立

ノ存在ヲ有スル權利ナリトスルトモハ如斯解スルヲ以テ理論ニ適ス

ルモノト爲スヘキカ如シトモ、余ハ反對ニ解ス、其ノ理由ハ次ノ

如シ

(1) 第一六七条第二項カ所有権カ消滅時効ニカ、ラストスルハ此ノ

規定ノ沿革ヲ考ヘテ見レハ所有権ヨリ生スル物上請求権モ亦所謂

所有権ノ中ニ包含セシメタルモノト解セザル可カラズ

(2) 物上請求権ハ所有権ノ存続スル間ハ間断ナク成立スルモノナリ、

例之相隣者間ニ於ケル相隣権カ相隣關係ヲ存続スル間ハ常ニ間断

ナク成立スルカ如シ、故ニ所有権ノ存続スル間ハ時効ニヨリテ消滅セスト解スルヲ正當トスルカ如シ、

(3) 若シ此ノ時効ヲ認ムルトキハ所有者ハ物ノ返還ヲ請求スルヲ得

ス、物ノ占有者ハ之レヲ返還スルヲ要セストモ、所有者ニテラス

極メテ不都合ナル結果ヲ生ズルナリ、

(乙)

妨害除去ノ請求権

妨害除去ノ請求権トハ所有権カ所持ノ侵害以外ノ方法ニヨリテ侵害

セラレタル場合ニ於テ其内容ナル状態ヲ回復スルコトヲ目的トスル物

上請求権ナリ、 *actio negatoria*

(1) 要件

(a) 請求権者ハ所有者ナルコトヲ要ス

不法行為ニ因ル損害賠償請求権ノ滅失シタル場合ニモ之レヲ請

求シ得ヘシ、然レ共妨害除去ノ請求権ハ請求ノ当時ニ於テ所有物

ノ存在スルコトヲ前提ス、物カ存在ヲ失フニ至ルトキハ其ノ物ノ

原状ニ復スルコトハ不能ナルカ故ナリ、

妨害行為ノ存スルコトヲ要ス

ソノ妨害ノ種類ハ之レヲ向ハス、下水溝ヲ埋メ垣ヲ破壊スルカ  
如キハ勿論土地ヲ通行シ辱ム樂書スルカ如シ、

妨害行為ハ客觀的不法ナルコト要ス

主觀的ニ不法ナルコト即チ故意、過失ニ基クコトハ必要ナラス

ト虽モ法律ニヨリテ許サレタル行政權利トシテ爲スコトヲ得ル行

爲ヲ爲シタルニ依ルトキハ此ノ請求權ヲ成立セシメス、煤煙侵入ノ

如キハ通帯ノ程度ヲ越ヘサルトキハ之レニ屬ス、

其ノ他他役權其ノ他ノ權利ノ存在ニヨリ請求權ヲ成立セシメサ  
ルハ勿論ナリ、

(2) 請求權ノ内容(目的)

妨害ノ除去ニアリ、即チ所有物ノ妨害ナカリシ原状ニ回復セシム

ルコト之レナリ、損害賠償ハ之レニ屬セス、故ニ若シ損害賠償ヲ請  
求セント欲セハ不法行為ヲ理由トスルコトヲ要ス、

### 第六節 所有權ノ消滅

所有權ハ種々ナル原因ニヨリテ消滅ス、所有物ノ滅失、所有者ノ拋棄ノ  
場合ノ如ク所有權カ單純ニ消滅スルコトアリ、或ハ又添附、取得、時效ノ  
結果トシテ他人カ所有權ヲ取得スルカ爲メニ從來ヨリ存シタル所有權カ消  
滅スルコトアリ、之等ノ消滅原因ニ就キテハ特ニ説明ヲ要スルモ、無ケレ  
トモ拋棄ニ付キテハ學說上頗ル議論ノアル所故ニ其ノ性質及ヒ要件ニ付キ  
テ一言説明セントス、

(1) 拋棄 *derelictio* *prohibitio* ニ付キテハ我カ民法ニハ明文ノ  
規定ヲ欠ク、從テ其性質及ヒ要件ニ付キテ疑問少ナカラズ、

獨逸ニ於テハ其ノ九二八條及ヒ九五六條ノ解釋トシテ拋棄カ法律行

爲ナリヤ否ヤノ論アリ、時ニ非法律行為ヲ唱フル者アルモ尚ホ法律行

爲ヲ以テ通説トナスカ如シ、例ノ *Manning* 氏ハ之レヲ以テ意思行

爲トセリ、我國ニ於テモ亦法律行為説ヲ通説トスルカ如シ(中島氏、

川名氏反對)

第二章 所有權ノ消滅

法律行為説ハ拋棄ノ意思ヲ以テ所有權ヲ喪失セント欲スル效果意思  
 ナリト解スルノミナラス所謂拋棄ハ此ノ意思表示行為ナリト解ス  
 之レニ反シテ非法律行為説ヲ唱フル者ハ或ハ效果意思ノ存在ヲ必要  
 トセスト論シ又ハ表示行為ノ存在ヲ要セスト論ス、余ハ之レヲ以テ非  
 法律行為ノ一ト考フ可キモノトス、其ノ理由ハ次ノ如シ、  
 Ⅰ、效果意思ノ存在ヲ要ス、

民法ニ明文ナカ故ニ此ノ意思ノ存在ヲ必要トスルコトヲ明文ニ  
 根拠シテ説明スルコトヲ得ス、然シテ下ニ所有者カ其ノ所有權ヲ喪失  
 スルハ直接ニ法律カ之レヲ規定スルカ或ハ權利者カ之レヲ欲スルカ  
 其ノ何レカ一ナラサル可カラサルコトハ理論上明カナル故拋棄ノ成  
 立ニ所有權ヲ消滅セシメント欲スル權利者ノ意思ヲ必要トスルコト  
 ハ疑ハ容レサルモノト解ス、其ノ結果トシテ所有權拋棄ノ有效ニ成  
 立センカ爲メニハ行為能力ノ存スルコトヲ要ス、  
 Ⅱ、表示行為ヲ必要トセス、  
 此ノ点ニ付テハ通説ハ表示行為ヲ必要トスルモノトス、然シテ

ヲ人カ其ノ所有權ヲ拋棄スルヤ否ヤハ他人ニ關係スルコトナクシテ  
 之ヲ実行シ得ハキ事實ナリ、  
 苟クモ所有權ヲ消滅セシメント欲スル意思カ實現セラル、ナラハ  
 他人ヨリ之ヲ了知シ得ルヤ否ヤ問ハヌシテ其ノ意思ノ效力ヲ認ム  
 ルヲ正当ト解ス、例ハハ動産所有權ヲ拋棄センカ爲メニ其ノ所持  
 高レタル場合ニ所持ノ喪失ト云フ事實ヨリシテ以テ拋棄意思ノ存在  
 ヲ認識シ得ルコト必要ナラスト信ス、例ハハ電車若クハ汽車中ニ人  
 知レス并當ヲ棄テタル場合ニ拋棄意思ヲ表示セントスレ表示意思ア  
 リトハ云ハレサルヘシ、而モ拋棄ノ成立スルコト疑ナシ、  
 表示行為ヲ必要トセサル表示行為ニ対スル他人ノ信任ハ之レヲ保  
 護スルコトヲ要セス、故ニ例ハハ所有權拋棄ノ意思ヲ有セスシテ拋  
 棄行為ト認メラル、行為ヨナシテ且ツ自ラソノ行為トソノ意思トヨ  
 知リテモ民法九三條ニヨリテソノ拋棄行為ノ效力ヲ認ムルコトヲ得  
 ナルモノト解ス、  
 (2) 拋棄成立ノ要件トシテ拋棄意思ノ外ニ所持ノ喪失ヲ要スルヤ否ヤハ  
 第三章所有權ノ消滅

又疑問ナリ

独乙法ハ動産ノ拋棄ニ付キテハ之レヲ必要トス。我民法ニ付キテハ  
同一ニ解スル学者アルモ(中島)明文ノ根拠ナキカ故ニ理論上之レヲ  
必要トスルモノトハ解シ難シ。固ヨリ所持ノ喪失ハ拋棄意思ヲ實現ス  
ル普通ノ形式ナルベシト雖モ其ノ他ノ方法ニヨリテ拋棄意思ノ實現ス  
ルコトヲ想像スルニ難カラズ。例ハ寄託者カ受寄者ニ對シテ所有權  
拋棄ノ旨ヲ通知シタルトキハ之レヲ拋棄スルニ差支ヘナカルヘシ。

二二〇

### 第七節 共有 第一項 共有及持分ノ性質

共有 (Mitigentum) トハ數人カ一物ノ物ニ付キテ所持權ヲ有ス  
ル状態ヲ云フ。  
其ノ性質ハ法律學上雜向ノ一ニ屬ス。蓋シ所有權ハ物ノ一般の支配權  
ナルヲ以テ一物ニ付キテ數人ノ所有權ノ保存スルコトハ所有權ノ一般の

支配權タル性質ニ及スヘク又所有權ハ物ノ全部ニツキテ存スル權利ナル  
ヲ以テ物ノ各部ニ付キテ數人ノ所有權ノ保存スルモノト解スルハ一物ノ  
所有權ノ原則ニ及スヘシ。

(1) 物ノ各部カ思想上數人ノ部分ニ分割セラレ共所有者ハ其ノ思想上分  
割セラレタル分子トシテ所有權ヲ有スルモノナリト云フ考ハ曾テ独乙  
ニ於テニ三ノ學者ニヨリテ唱ヘラレタリ。然レテ此ノ說ハ擬制ニ基  
クナラス我民法上ニ所有權ハ有体物ヲ目的トスル故物ノ思想上ノ  
分子ヲ目的トスルコト能ハス。

(2) 或ハ共有ヲ以テ物ノ價格ヲ分割セラレタル價格トシテ各  
共有者カ所有權ヲ有スルモノトナス。然レテ此ノ物ノ價格ト云フハ物ト  
他ノ物及七人トノ關係ニ外ナラサルヲ以テ物ヲ分割セシテ其ノ價格  
ノミヲ分割スルコトヲ得ス。又物ノ價格ナルモノハ有体物ニアラサル  
ヲ以テ我民法上之レニ付キテ所有權ノ成立スルモノトナスヲ得ス。

(3) 經者上ノ論トシテハ可ナリ。  
比較的有カナル說ハ一所有權カ數人ニ共同ニ屬ストスル說ナリ。  
第二章 所有權 共有及持分ノ性質 二二一



此、説ハ一物一所有権ノ原則ニ適シ又所有権カ有体物ノミヲ以テ目  
的トスルト云フ原則ニモ反セズ、然シトテ數人カ合體シテ法人ヲ爲ス  
コト無クシテ尚ホ一物ノ權利ヲ有スルト云フコトハ一概ノ理論ニ反ス  
ヘク又若シ數人カ合同シテ、所有権ヲ有シ各共有者ハ何有ノ權利ヲ  
有スルモノニ非ヌトモハ各共有者カ持分ト稱スル物權ヲ有シ持分ニ付  
キテハ各自單独ニ所分行爲ヲナシ得ル現象ヲ説明シ得ス、又各共有者  
カ共有物ニ付キテ單独ニ保存行爲ヲ爲シ得ルコトヲ説明シ難シ、  
或ハ又數人カ各分數的ノ所有権ヲ有スルモノト解ス、之ヲ多數説ト  
ス、余モ之ヲ採ル、蓋シ共有關係ニ於ケル主体（共有者）ハ敢テ合同  
シテ一權利ノ主体ヲ爲スモノニ非ナルカ故ニ其數人ノ有スル權利ヲ各  
個ノ權利ナリト爲サル可ラス、然レ共一物ニ付テハ只一個ノ完全ナル  
所有権ノミ成立スルコトヲ得ルカ故ニ各共有者ノ有スル權利ハ完全ナ  
ル所有権ニ非ヌシテ分數的ノ所有権ナリ、換言スレハ完全ナル所有権ノ  
内容カ數人ニ分離セラレ各共有者ハ各其一部ノ内容トスル所有権ヲ有ス  
此ノ各共有者ノ有スル權利ヲ民法上持分ト云フ、故ニ持分ハ分數

二二二

的ノ所有権ニテ所有権ト異リタル他ノ物權ニアラス、又固ヨリ債權ニ  
モテラス、所有権ノ内容ヲ分割スト云フハ一人カ使用權ヲ有シ一人カ  
收益權ヲ有シ又他ノ一人カ占有權ヲ有スト云フカ如ク所有権ノ内容ク  
ル各種ノ權能ヲ數人ニ分割スル、意思ニハ非ヌ、所有権ノ内容タル一  
般支配權ノ全部カ分割的ニ數人ニ屬スルコトヲ云フ、例ハ三人カ平  
等ノ割合ヲ以テ一物ヲ共有スル場合ニハ各共有者ハ各三分ノ一宛ノ一  
般支配權ヲ有ス、即チ使用權、收益權ニ付テモ各三分ノ一ノ權利  
ヲ有ス

此ノ説ニ對シテ批難ナキニテラス、或ハ曰ク所有権ハ完全ナル支配  
權ナリ、然レニ各共有者ハ完全ナル支配權ヲ有スルモノニ非ナルカ故  
ニ之ヲ所有権者ト爲スヘカラス、然レテ所有権ハ絶対的ニ完全ナル  
支配權タルコトヲ要セス、只一般的支配ヲ爲ス權利タルコトヲ要スル  
ノミナリ、殊ニ他ノ物權ニヨリテ支配ノ制限ヲ受ケテモ尚所有権タル  
コトヲ妨ケサルハ限定物權ノ存在スル場合ニ對シテ常見ル所ナリ、  
共有ノ場合ニ於テモ各共有者ノ權利ハ他ノ共有者ノ權利ニヨリテ制限  
第二章 所有権 共有及持分ノ性質  
二二三

ヲ受クルニ過キス。殊ニ一共有者カ其ノ持分ヲ拋棄シ又ハ相誦人無クシテ死セシタル時ハ其ノ持分ハ法律上当然他ノ共有者ニ歸屬シ(一五五條)從テ他ノ共有者ノ權利ハ自然的ニ膨脹スルモノトス。

如斯共有者ノ權利ハ尚一般的支配權ナルノミナラス所有權ニ持殊ナル抗力性ヲ有スルカ故ニ之レヲ所有權トスルモ所有權ノ觀念ニハ反セサルヘシ。故ニ一所有權ノミカ分量的ニ觀念セラレテ數人ニ分屬スルモノナリ。數人カ分數的ナル數何ノ所有權ヲ有ストスルハ誤ナリ。然シテ一物ニ付キテ一所有權ノミ成出シ得ヘシト云フハ一物ニ付キテハ只一何ノ完全ナル所有權カ成立シ得ルト云フニ過キス。數何ノ分數的ナル所有權カ併立スルハ敢テ妨ケサルナリ。殊ニ一所有權カ數人ニ分屬スルモノトセハ各共有者ノ有スル權利ハ如何ナル權利ナルヤ。合體シテ一所有權ヲ有スルハ明カナルモ分レテ各所有權者ハ一所有權ノ一部ヲ有スルニ過キスト爲ストキハ其ノ一權利ノ一部ナルモノハ果シテ如何ナル性質ヲ有スルモノナル乎不明ナリ。若シ其ノ所有權ノ一部ナルモノカ所有權ニハ非スト云フトハ如何ナル物權ナリ。

(二)

其ノ取得方法其ノ登記方法等ハ如何ナル權利ニ關スル規定ニ從テヤ等ト云フ種々ノ解ス可カラサル問題ト出スヘシ。又各共有者ハ一所有權ノ一部ヲ有スルニ過キズトハ所謂持分ノ処分ニ付キテモ亦他ノ共有者ノ同意ヲ必要トスヘキ理ナリ。故ニ各共有者ハ權利ノ一部ヲ有スルニ非ラスシテ一部ノ權利ヲ有スルモノト解スルヲ正当ト信ズ。

持分ノ性質

(1) 持分ノ性質ニ關スル見解ハ共有ノ性質ニ關スル學說ニヨリテ異ナル。所有權分割說ニ從ヘハ分割セラレタルモノ、所有權ナリトセサル可カラス。又分割セラレサル所有權カ合同的ニ數人ニ屬スルモノトスル學說即チ分割說ニ從ヘハ持分ナル觀念ハ之レヲ認ムルコトヲ得ズ。獨ニ所謂 *gesamt eigentum* 總有 *eigentum* *jure* *gesamten stand* ニ付キテハ持分ナル觀念ヲ認メストスルヲ通說トス。之レニ反シテ所有權分割說ニ從ヘハ持分ハ即チ所有權ノ一部ナリトスル乎或ハ分數的ノ所有權ナリトスル外ナシ。余ハ右說ヲ採ルコトカ最モヨク我民衆規定ニ從テモノト考フ。

第二章 所有權 共有及持分ノ性質

(四)

持分ハ一併ノ權利ナリ  
故ニ持分ノミニ付テ單獨ニ処分行為ヲ爲スコトヲ得、即チ共有者ハ  
他ノ共有者ノ同意ヲ要セスシテ持分ヲ讓渡シ又ハ拋棄スルコトヲ得ヘ  
シ、民法ハ此ノ點ニ付キテ直接ノ規定ヲ置カサレ共第五四條及五  
二五五條ニ於テ持分ノ讓渡及ヒ持分拋棄ノ結果ヲ規定セルカ故ニ疑ヲ  
容レズ

(イ)

持分ハ所有權ナル故固ヨリ物權ナリ  
此ノ他共有者間ニハ共有當然ノ結果トシテ債權關係ノ存在スルコト  
ナシ、債權關係ノ成立スルカ爲メニハ特別ノ原因ヲ必要トス、即チ共  
有者組合契約ニヨリテ成立スルトキハ組合契約ノ效力トシテ債權關係  
成立スヘク又共有者間ニ於テ共有物ノ使用收益ノ方法管理費用負擔ノ  
方法等ニ付キテ特ニ契約ヲナセル場合ニハ其ノ契約ニ基キテ共有者間  
ニ債權關係ヲ生スヘシ、又之等ノ契約關係ノ存在セサル場合ニ於テモ  
一共有者カ管理ノ費用ヲ支拂ヒタルトキハ他ノ共有者ハ其ノ持分ニ応  
ジテ之ヲ償還スル債務ヲ負フ(二五三條)

二二六

之等ノ特別ノ原因ニ基ク債權債務ハ持分當然ノ内容ヲ爲スモノニ非  
レ故持分ノ讓渡ノ場合ニ於テモ讓渡ノ結果トシテ當然移轉セシムルモ  
ノニ非ス、然レ作ラ民法ハ特別ノ規定ヲ設ケ共有者ノ一人カ共有物  
ニ付キ他ノ共有者ニ對シテ有スル債權ハ其ノ特定承継人ニ對シテモ  
之レヲ行フコトヲ得ルモノトス(二五四條)、即チ債務ハ持分ノ讓  
渡ニヨリテ當然移轉スルモノニ非ラサルカ故ニ債權者ハ持分ノ讓渡  
人(從來ノ共有者)ニ對シテモ其ノ債權ヲ行使スルコトヲ妨ケズ且  
モ其ノ特定承継人ニ對シテモ亦之レヲ行使スルコトヲ得ルナリ、即  
チ費用返還請求權、如キハ債權者ノ選擇ニ從ヒ其ノ何レ乎一方ヨリ  
之レヲ支拂ハシムルコトヲ得ヘシ、只共有物使用ノ方法ニ關スル債  
權契約持分ニ應セサル費用負担ノ契約ノ如ク共有物ノ使用管理ニ關  
スル債權契約ハ將來ノミニ對スル關係ニ於テハ其ノ權利ノ性質上最  
早ヤ共有者タラサル讓渡人ニ對シテ之ヲ行使スルコトヲ得、スシテ單  
ニ讓受人ニ對シテノミ行使スルコトヲ得ルニ止ルモノト考フ、  
尚此ノ種ノ債權ニ付キテ我不動產登記法ニハ特別ノ登記手續ナク  
第二章 所有權 共有及持分ノ性質

二二七

從テ或ハ第三者ニ損害ヲ及スノ恐れ無シトセズ（立法論トシテハ登記セシムルヲ適当トス、独民一〇一〇参照）

(註) 独民第十條、土地ノ共有者カ管理及使用ノ方法ヲ定メタルトキ又ハ共有關係ノ廢止請求權ヲ永久若シクハ一時除斥シ若シクハ其ノ告知期間ヲ定メタルトキハ其ノ指定ハ持分ノ負担トシテ土地台帳ニ登記シタルトキニノミ共有者ノ一人ノ特別承継人ニ對シテ其ノ効力ヲ有ス

(三) 持分ハ所有權ナリ。故ニ各共有者ハ外部ニ對スル關係ニ於テ所有權トシテ其ノ權利ヲ行使シ得、即チ所有權ヲ侵奪セラレタル場合ニハ所有物返還請求權ヲ有スヘク侵奪以外ノ方法ニヨリテ所有權ヲ侵害セラレタル場合ニハ妨害排除請求權ヲ有スヘク又不法行為者ニ對シテハ損害賠償請求權ヲ有スヘシ。唯其ノ最後ノ權ハ可分ノ債權ナルカ故ニ四ニ七條ノ原則ニ從ヒ各共有者ハ其ノ持分ニ應ジテ一定ノ額ノミヲ請求シ得ルニ止マル

(ホ) 各共有者ハ又他ノ共有者ニ對シテ所有權タル權能ヲ行フコトヲ得即チ一共有者ノ物ノ占有ヲ為ス場合ニハ共同占有ヲ為サシムヘキ旨ヲ請求シ得ヘク又一共有者カ持分ヲ超過セル使用收益ヲナセル場合ニハ妨害停止ノ請求權ヲ行使スルコトヲ得ヘシ

### 第二項 共有ノ原因

共有ハ種々ノ原因ニヨリテ生ズ、之レヲ大別シテ共有者タルヘキ者ノ意思ニ基クモノト然ラサルモノトニ為スコトヲ得

(1) 數人カ共同シテ物ヲ讓受クル場合又ハ夫婦財產契約ニヨリテ一定ノ財產ヲ共有スル場合ニハ意思ニ基キテ共有ヲ生ズ、組合契約モ亦之レニ屬ス（原則トシテ）

(2) 共有者タルヘキモノノ意思ニ基カスシテ共有ノ成立スル場合ハ去典上其ノ例ニ從シカラス、二〇八條、二四一條、二四四條、二四五條、一〇〇二條、遺產一〇九ニ條等之レナリ

第三項 共有者ノ支配權

共有及ヒ持分ノ性質ハ上述ノ如クナル故ニ共有者ハ共有物ニ付キテ普通ノ所有者ト同シク支配權ヲ有ス。然レ作ラ各共有者ハ物ノ單獨ノ所有者ニハ非スシテ單ニ多數的ノ所有權ヲ有スルニ過サルヲ以テ其ノ支配權ハ他ノ共有者ノ權利ニヨリテ制限ヲ被ラサルヲ得ス。茲ニ於テ共有者ニ於ケル支配權相互間ノ關係ヲ規定スルコトヲ要ス。此ノ關係ハ或ル種ノ共有ニテハ共有者間ニ於ケル契約ニヨリテ之レヲ定ムルコトヲ得ヘシトモ其ノ共有關係ハ必スシモ契約ノ存在ヲ前提トスルモノニ非サル故ニ契約ノミヨリテ之レヲ律スルコト能ハス。之レ民法ノ共有物ノ支配ニ付キテ次ノ如キ規定ヲ設ケタル所以ナリ。

(1) 共有權ノ使用、收益

各共有者ハ共有物ノ全部ニ付キ其ノ持分ニ應シタル使用ヲ爲スコトヲ得(二四九條)。民法ハ使用權ノミニ付キテ規定ヲ設クレトモ抵當權ニ付キテモ同一ノ原則ニ從フヘキハ云フヲ俟タス(富井氏 一六六、一六七)

七)

共有ノ性質上此ノ原則ノ正当ナルコトハ疑ハ容レサルモ此ノ原則ニ從ヒテ使用權ノ範圍ヲ定ムルコトハ實際上困難ナルコト少ナカラス。即チ物ノ全部ニ付キテ如何ニ其ノ使用權ノ範圍ヲ共有者間ノ持分ニ應シテ分配スヘキカニ付キテハ紛議ヲ生スヘキコト想像ニ難カラス。共有者ノ協議ハサレバ場合ニ於テハ裁判ニヨリテ之レヲ決定スルノ方法ナキニ非ストモ紛議ノ發生シ易キコトハ物ノ利用方法トシテハ便宜ナルモノニ非ス。之レ民法カ共有關係ノ紛議ノ發生ヲ防クニ努メ又其ノ終了ヲ容易ナラシメントスル所以ナリ。

(2) 共有物ノ管理

(1) 共有物ノ管理トハ共有物ニ付キテ所謂管理行為ヲ爲スコトヲ云フ即チ共有關係ヲ維持シツ、其ノ保存、改良、變更等ノ行為ヲナスコト之レナリ。此ノ點ニ付キテ民法ハ保存行為、變更行為及ヒ其ノ以外ノ管理行為ニ分チテ規定ヲ設ク。

(1) 保存行為

保存行為トハ共有物ノ現状ヲ維持スル行為ヲ云フ、一〇三條ニ云  
ノ所ノ保存ノ意義ニツキテハ差異ナケレトモ彼ハ法律行為ノミニ關  
シ、此レハ事實行為ヲ包含スルハ論ヲ俟タス、此ノ種ノ行為ハ共有  
者ノ全部ノミニ利益アリテ損害アル恐レナキカ故各共有者ニ於テ單  
独ニ之レヲナシ得ルモノトス(二五二條但書)  
共有物ニツキテ租稅其ノ他ノ負擔ヲ支拂フノ行為モ亦之レヲ保存  
行為ニ數テルコトヲ得

四) 変更行為

変更行為トハ共有關係ヲ斷絶セシムルコトナクシテ共有物ノ原權  
又ハ性質ヲ變更スル行為ヲ云フ、此ノ種ノ行為ニ付キテハ總共有者  
ノ同意ヲ要ス(二五一條)  
其ノ他ノ管理行為ハ共有者過半数ヲ以テ之レヲ決ス、但シ其ノ過  
半数ハ共有者ノ頭數ヲ以テ之レヲ決セスシテ持分ノ價格ニ從フ(二  
五二條) 此ノ種ノ管理行為ハ主トシテ變更行為ニ屬セサル改良行  
為ニテ一〇三條ニ云フ所ノ利用及ヒ改良行為ト略々其範圍ヲ同シケ

ス、例ハ耕地ニ排水、疏水工事ヲ設ケ、家屋ニ極ヲ備フルカ如シ  
一) 如分行爲ニハ特ニ規定ナシ、サレトモ二五一條ヨリ推ストキハ共有  
者ノ同意ヲ要スヘキコト論ヲ俟タス

二) 共有物ノ管理ノ費用ソノ他共有物ノ負擔ハ各共有者ノ於テソノ持分  
ニ應シテ之レヲ負擔ス(二五三條)

一) 共有者ハ共有物ニ付キテ各々分數的ノ所有權ヲ有シ其ノ持分ノ割  
合ニ應シテ使用權、收益權、其ノ他共有物ノ支配權ヲ有スルモノ故  
又其ノ持分ノ割合ニ應シテ共有物ニ關スル費用ヲ負擔スヘキコトハ  
寧ロ當然ナリ、其ノ費用負擔ニツキテ共有者間ニ特約アレハ之レニ  
從フヘキコトハ云フヲ俟タス

如斯各共有者ハ共有物ニ關スル費用ヲ負擔スルモノ故共有者ノ一  
人カ共有物ニ關スル費用ノ全部ヲ支拂ヒタルトキハ他ノ共有者ニ對  
シ償還請求權ヲ有ス

四) 管理ノ費用トハ一共有者ノ爲シタル保存行為ノ費用、總共有者ノ  
同意ヲ以テ爲シタル變更行為ノ費用及ヒ過半数ノ同意ヲ以テ爲シタ  
ル

ル其ノ他ノ管理行為ノ費用ヲ包含ス、若シ一共有者カ民法ニ五一条及ニ五二条ノ規定ニ從ハスシテ共有物ニツキテ管理行為ヲ為シタルトキハニ五三条ニ從ヒテ求償權ヲ有スルコトナシ

若シ之レニヨリテ他ノ共有者ニ損害ヲ被ラシメタルトキハ不法行為ニヨル損害賠償義務ヲ生スヘク若シ之レニヨリテ損害ヲ生セス却テ他ノ共有者ニ利益ヲ生シタルトキハ余ハ事務管理ニ関スル規定ニ從ヒ有益費用ノ償還ヲ請求シ得ルモノト考フ

(ハ) 共有物ノ負担ト云フハ主トシテ租税ヲ云フ、租税ノ支拂モ本質義ニ於ケル管理費用ニ屬スヘキコトハ明カナルト民法ハ疑ヲ避ケンガ為メニ特ニ之レヲ規定シタルモノナルヘシ

(ニ) 民法ニ五三条ハ共有者相互間ニ於ケル關係即チ所謂対内關係ヲ規定シタルモノナリ、対外關係ニ付キテハ一般ノ規定ニ從ヒテ之レヲ決セサルヘカラス、即チ一共有者ノミカ單独ニテ第三者ト契約セシトキハ其ノ共有者ノミ債務ヲ負担スヘク之レニ及シテ一共有者カ總共有者ノ委任ヲ受ケ之レヲ代理シテ第三者ト契約セシトキ又ハ總共

有者共同シテ第三者ト契約セントキハ總共有者皆債務ヲ負担スル其場合ニ連帶債務ヲ生スルヤ否ヤハ又一般原則ニ從フ

(ホ) 管理費用償還請求權ノ效力ニ付キテ民法ハ特別ノ規定ヲナス、即チ共有者カ此ノ義務ヲ履行セサルトキ普通ノ方法ニ依リテ其ノ強制執行ヲナシ得ルハ明カナルカ民法ハ共有關係ニ基キテ特ニ次ニ述ブレ三種ノ效力ヲ認ム

(a) 償還義務者カ一年内ニ此ノ義務ヲ履行セサルトキハ他ノ共有者ハ相当ノ償金ヲ拂ヒテ其ノ者ノ持分ヲ取得スルコトヲ得、(ニ五三条ニ項)

之レ如斯義務ヲ履行セサルモノトノ間ニ共有關係ヲ存続セシムルコトハ害アリテ利ナケレハナリ、此權利ハ性質上取得權ナリ、其ノ行使方法ニ付キテハ特別ノ規定ナケレ共其ノ共有者ニ對スル一方的意思表示ニヨリテ之レヲ行フヘキコトハ明ナル故形成權タル性質ヲ有スルモノトス、此權利ヲ有スルモノハ法文ニ廣ク他ノ共有者ト云ヘハ償還請求權ヲ有スル共有者ノミニ限ルニアラス、第二章 所有權 共有者ノ支配權

此ノ取得權行使ノ效果ニツキテハ法文ニ規定ヲ欠ク故疑問ナキニ  
 アラス。或ハ一共有者カ此ノ權利ヲ行使スルトキハ他ノ共有者モ  
 又當然ノ持分ニ應ジテ取得權行使ノ效果ヲ承ケ即チ他ノ共有者ノ  
 持分モ當然擴張セラレモノト解スル説アレトモ(中島氏四四九頁)  
 余ハ寧ロ反對ニ解セントス。即チ共有者カ共同シテ此ノ權利ヲ  
 行使セルトキハ持分ニ應ジテ其ノ效果ヲ得ルコト當然ナルモ一共  
 有者ノミ單獨ニ此ノ權利ヲ行使セシトキハ之レニヨリテ他ノ共有者  
 ニツキテ償金支拂ノ義務及ヒ持分取得ノ效果ヲ發生セシムルコト  
 ヲ得ス。其ノ共有者ノミ償金ヲ支拂ヒ而シテ持分ヲ取得スルモノ  
 ト考フ。

此ノ權利行使ノ要件ニアリ。  
 即チ一年間償還義務ノ履行ヲ怠リタルコト及ヒ相当ノ償金ヲ支  
 拂フコト之レナリ。其ノ相当ノ償金トハ其ノ共有者ノ持分ヨリ償  
 還スヘキ金額ヲ減シタルモノナリ。  
 若シ償還スヘキ金額カ持分ノ價格ヲ超ヘタルトキハ持分ヲ取得

シタル上ニ尚殘金額ニ付キ債權ヲ行使スルコトヲ得

(b) 償還義務者カ持分ヲ讓渡シタル場合ニハ其讓受人ニ対シテモ亦  
 償還請求權ヲ行使スルコトヲ得(二五九條)

(c) 共有物分割ノ場合ニハ分割ニヨリテ義務者ニ歸スヘキ部分ヲ以  
 テ弁済ヲナサシムルコトヲ得。又弁済ヲ受ケルタメニ義務者ニ歸  
 スヘキ共有物ノ部分ヲ賣却スル必要アルトキハソノ賣却ヲ請求ス  
 ルコトヲ得(二五九條)。之レ共有ニ關スル債權ハ共有物ノ保存管  
 理爲メニ生シタルモノ故之ニヨリテ共有物ノ價格ヲ増加シタルモ  
 ノニテ共有物トノ間ニ極メテ密接ノ關係アル故共有物ヲ以テ之ノ  
 種ノ債權ノ担保ノ用ヲナサシムルコトハ諸國ノ立法例ノ概テ皆認  
 ムル所ナリ。但シ其ノ担保ノ用ヲナサシムル方法ニ至リテハ一様ニ  
 ハアラス。佛法系ノ民法ニ於テハ此ノ種ノ債權ノ外ニ特別ノ先取  
 特權ヲ認メテ義務者ニ屬スヘキ共有物ノ部分ニツキテ優先的弁済  
 權ヲ認ムルニ止マル(旧民法一六五條、一七〇條)。  
 我民法カ共有物ノ一部ヲ以テ直ニ弁済ヲ受ケルコトヲ得シメタ



二三八  
ルハ独民七五五、七五六条ニ則リタルモノニテ旧民法ニ比シテ簡便ナリ。

### 第四項 共有ノ終了

- (一) 共有ノ特別ナル終了原因ニツテアリ。一ハ所有者ノ一人トナルコト、一ハ共有物ノ分割ナリ。前者ハ死亡讓渡、持分ノ讓渡等諸種ノ原因ニヨリテ生スルコトヲ得ヘシ。特ニ説明ヲ要セス。及之右者ニアリテハ研究ヲ要スル事項少ナカラス。
- (二) 各共有者ハ原則トシテ分割ノ請求權ヲ有ス(ニ五六条)。之レ既述ノ如ク共有關係カ財産利用ノ方法トシテ便ナラサルカ故ナリ。此ノ原則ニ対シテニツノ例外アリ。
- (三) 共有ノ性質カ分割ヲ許サ、ル時之ニ五七条ノ規定スル所ニシテ、ニ八条及ニ九条ニ掲ケタル場合ナリ。
- (四) 共有者カ不分割ノ特約ヲナシタル場合(ニ五六)此ノ特約ハ絶対的

ニ有效ナルニアラス。只五年ヲ超ハサル期間内ニ於テノニ有效ナリ。當時者カ五年以上ノ期間分割ヲ爲サ、ル契約ヲナシタル場合ニハ之レヲ五年ニ短縮スヘキ乎或ハ全部無効トスヘキ乎問題ナリ。

短縮説ヲ採ル學者アリ(川名氏)。小教説ナリ。多數ノ學者ハ期間ノ短縮ヲ許ス場合ハ民法ハ特ニ之レヲ規定スルノ例ナルカ故ニ(例ニ七八条、五八〇条、六〇四条)共有物分割ノ場合ニ如斯規定ヲ爲サ、ルハ之レヲ許サ、ルノ趣旨ト解セサル可カラサルモノトス(富井、梅中島)。

余ハ是等ノニ七八条等ノ規定ハツノ他ノ場合ニツキテ及対辭釈ヲ許スヘキ性質ノ規定ニハアラス。而シテ五年ヲ超ヘタル不分割ノ契約ハ其ノ契約ノ一部ノミ不道法ナルモノ故法律行為ノ内容カ一部カ不能又ハ不道法ナル場合ニ法律ノ内容カ全部無効ナリトスヘキヤ否ヤノ問題ニヨリテ辭釈セラルヘキモノナリ。而シテ此ノ問題ニ付キテ一部ノ無効カ法律行為ノ全部ニ不道法ノ性質ヲ與フル場合ニハ素ヨリ全部ヲ無効トセザル可ラスト。其ノ他ノ場合ニハ法律行為ノ當事者カ其ノ無効

第三章 所有權 共有ノ終了

タル部分ヲ除キ残余ノ部分ヲ以テ尚法律行為ヲナスノ意思ヲ有シタリ  
ヤ否ヤ此ノ意思ハ表示セラレタリヤ否ヤヲ標準トシテ全部ノ無効ヲ生  
スルヤ、或ハ一部無効ナリト解スヘキ乎ノ問題ヲ決セサル可カラサル  
モノト考フ、此ノ場合ニツキテ論スレハ若シ例ヘハ當事者カ十年間分  
割ヲナサズト云フ場合ニ其ノ期間ノ十年ナルコトニツキテ特別ノ利害関  
係ヲ有スル時ハ之レヲ五年ニ短縮スルハ不当ナリ(意思ニ反ス)然ラ  
サル場合ニ於テハ適法ノ期間内ニ於テ短縮スヘキモノト信ス、即チ五  
年内ニ短縮スヘキモノナリ、

不分割ノ契約ハ之レヲ更新スルコトヲ得ルモ其ノ期間ハ更新ノ時ヨ  
リ五年ヲ起エルコトヲ得ス(二五六条ニ項)、分割禁止契約ノ効力ニ  
付キテハ債權説ト物權説トアリ、前者ニ依レハ共有者ハ只分割請求  
ヲ爲サ、ル債務ヲ負擔スルニ止マリ之レニ反シテ爲サレタル分割ハ債  
務不履行ヲ生スルモ無効ニハアラス、反之后者ニ依レハ之ニ違反シタ  
ル分割ハ全然無効ナリ、或ハ不動産登記法(七八条)ニヨリテ不分割  
契約ノ登記ヲナシタル時ハ物權的効力ヲ生スルト解スル説アレトモ

(中島氏、四五八) 余ハ常ニ物權的効力ヲ生スルモノト解ス(川名氏  
一五八)

- (三) 共有物分割請求權ハ他ノ共有者ニ對シテ存在ス、民法ニ五八条ハ分割  
ノ協議ヲハサル場合ニ於テハ裁判所ニ請求スルコトヲ得ル旨ヲ規定スル  
カ之レヲ分割スルヤ否ヤニ付キテ協議ノ調ハサル場合ヲ規定スルニハ非  
ズシテ單ニ分割ノ方法又ハ割合ニ付キテ協議ノ調ハサル場合ヲ規定セル  
ニ過キス、即チ一共有者カ他ノ共有者ニ對シテ分割請求ノ意思表示ヲナ  
ス時ハ他ノ共有者ハ之レニ對シテ承諾ヲナスト否トヲ向ハス分割ヲナス  
ヘキコト、換言スレハ共有關係ヲ終了セシムヘキコトハ確定ス、此ノ效果  
ヲ發生セシムルニ付キテハ一共有者ノ分割請求ノ意思表示ヲ以テ是レヲ裁  
判所ニ對シテ請求ノ意思表示ヲナスコトヲ要セス、
- 分割請求權ハ時效ニ依リテ消滅セス、之ノ共有關係ノ存続スル間ハ間斷  
ナク發生スルカ故ナリ、恰モ相隣者間ノ諸權ノ請求權、所有物返還ノ請  
求權カ時效ニヨリテ消滅セサルト同様ナリ、
- (四) 分割ノ方法ハ二五八条ニ規定ス、

第二章 所有權 共有ノ終了

(i) 分割ノ方法ニ付キテ共有者間ニ協議調ハタル時ハ之レニ依ル 協議  
 調ヒタル時トハ分割ノ方法ニツキテ總共有者間ニ契約即チ分割契約  
 ノ成立セラルコトヲ云フ 一共有者ニテモ其ノ方法ニツキテ反対ノ意思  
 ヲ有スルトキハ多數決ヲ以テ強制スルコトヲ得又 契約ニヨル分割方  
 法ニ付キテハ固ヨリ何等ノ制限ナシ或ハ現物ヲ分割スルコトアルヘク  
 或ハ現物ヲ一共有者ニ與ヘテ他ノ共有者ニ金銭的ノ補償ヲ受クルコト  
 アルヘク或ハ又共有物ヲ賣却シテ其ノ賣得金ヲ分割スルコトアルヘシ  
 (ii) 分割ノ方法ニ付テ協議ノ調ハサルトキハ裁判所ニ請求シテ分割ス  
 此場合ニ於テハ現物ヲ分割スルノ原則トシテ若シ現物分割ノ不能ナル  
 トキ又ハ分割ニヨリテ着シク價格ヲ損スル虞レアル時ハ競賣ニ依ル  
 (三五八条ニ項)

共有物分割ノ訴ハ固ヨリ分割請求権確認ノ訴ニハアラス又固ヨリ給  
 付ノ訴ニモアラス 共有物ヲ分割シテ共有關係ヲ終了スト云テ法律上  
 ノ效果ヲ裁判ニヨリテ創設スヘキコトヲ求ムル訴ニテ即チ創設ノ訴ニ  
 屬ス(非訟事件手續法ニ共規定) 故普通ノ手續ニ依ル(三五八条ニ項)

(iv) 遺言者カ五年間共有物ヲ分割ヲ禁止シ且ツ分割方法ヲ指定セシ場合  
 ニハ其ノ規定ニ依ル 若シ當事者カ此ノ指定ニ依ラスシテ分割ヲナス  
 ハキ者ノ契約ヲナシタル場合ニハ其ノ契約ハ有效ナルヘシ 然レモ契約  
 ノ成立セザル場合ニハ裁判上ノ分割ニ移ルニハアラスシテ當事者ハ  
 ノ指定ニヨリタル分割ヲナスヘキコトヲ請求シ得ルナリ

(v) 共有物分割ノ效果ニ就キテハ共有ノ本質ト關係シテ諸種ノ主義アリ

(i) 認定主義 (宣言主義) *Declarations Theorie*  
 各共有者ハ其ノ分割ニヨリテ得タル部分ニ付キテ当初ヨリ單獨所有  
 権ヲ有シタルコトヲ認定スル效果アリトスル主義ナリ  
 此ノ主義ニ依ルニハ分割ハ適反效ヲ有ス(併ハ八三条一八七ニ  
 條)

(ii) 移轉主義 (承継主義) *Successions Theorie*  
 各共有者ハ相互ニ特分ヲ移轉シ之レニヨリテ數何ノ完全ナル所有權  
 ヲ有スルモノトスル主義ナリ 之レニ依ル時ハ適反效ナシ(分割ニハ)

我民法上何レ、主義ニ依リタル乎ハ明文上明カナラサレトモ何等ノ  
規定無キトキハ分割ニ適及效ヲ與フヘカラス、又共有ノ性質ニツキ考  
フルニ各共有者カ物ノ一部ニ就キテ單獨所有權ヲ有シタルモノト解ス  
可カラサルハ明カナリ、遺産ノ分割ニ就キテ民法一〇一ニ条ニ特ニ分  
割ノ效力ハ相続開始ノ時ニ適ルト規定セルハ原則トシテ移轉主義ヲ採  
レルモノナルコトヲ示スモノナリ(通説)

移轉主義ノ結果トシテ一共有者カ其ノ持分ニツキテ故意シタル弊  
者ノ權利例ヘハ持分上ノ抵当權ハ分割ノ結果消滅スルコトナク共有者  
ノ取得シタル各所有權ノ上ニ存続ス

(六)

分割ノ結果トシテ担保ノ義務及證書保存ノ義務ヲ生ス  
II) 分割ノ結果一共有者ノ取得シタル部分ニ付キテ瑕疵ノ存スルコトア  
ルヘシ、又或ハ其ノ部分カ第三者ノ所有ナリシカ爲メニ第三者ニ追奪  
セラル、コトアルヘシ、之等ノ場合ニ於テ其ノ損害ハ偶々其ノ部分ヲ  
受ケタル共有者ノミヨシテ之レヲ更担セシム可キニアラスル故民法ハ  
他ノ共有者ヲシテ持分ニ應ジ費主ト同一ナル担保ノ義務ヲ更担爲サシ

ム(二六〇条、五六〇、五七〇条)又移轉主義爲ニ一論據ヲ  
與フルモノナリ(有償契約ナル故)

III) 共有物ニ関スル証書ハ諸種ノ關係ニ於テ權利ヲ証明スルニ必要ナル  
故、分割ノ后ニ於テモ之等ヲ保存スルコトヲ要ス、即チ民法ハ分割ヲ  
享ケタル共有者ヲシテ証書保存ノ義務ヲ更ハシメ其ノ保存者ニツキテ詳  
細ナル規定ヲ置ク(二六二条)

(七)

分割ハ共有物ニツキ權利ヲ有スル第三者及ヒ各共有者ノ債權者ニ諸種  
ノ關係ヲ生ス、即チ之等ノ權利者ハ少ク共分割ノ結果ヲ了知スルノ利益  
ヲ有スヘク、又自己ノ債務者、又ハ義務者タル共有者カ分割ニヨリテ不  
當ニ損害ヲ蒙ラサルコトニ就キテ利害關係ヲ有ス、故ニ民法ハ之等ノ第  
三者ニ分割参加ノ權利ヲ與フ(二六〇条)

参加トハ只分割協議ノ場合又ハ分割ニ関スル裁判ニ出席シテ意見ヲ述  
フルニ止リ、法律上ノ拘束カアル意思表示ヲナシ得ルコトヲ意味セズ、  
乍然参加ノ請求アリタルニ拘ハラズ其ノ参加ヲ待タズシテナシタル分割  
ハ之レヲ以テ其ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(二六〇条ニ項)

第二章 所有權 共有ノ終了

### 第三章 地上權 第一節 沿革及性質

(一) 地上權 *Superficies* 制度ハ其ノ淵源ヲ羅馬法ニ尋ス  
 古來羅馬法ニ於テハ「地上物ハ土地ニ屬ス」ト云フ原則アリ  
 (*Superficies solo cedit*) 地上ニ存スル建物 竹木等ハ土地ト高レテ所有權ノ目的物トナルコトナク土地ト一体ナシ土地所有者ノ所有ニ歸スルモノトス、然此ノ原則ヲ貫徹スルトキハ借地權ニ本ツキテ土地、上ニ建築スルモ建築者ハ建物ノ所有權ヲ取得セサルコトナリ其ノ結果甚ク不当ナル故 *Prætor* ハ屢ニ例外ヲ認メテ他人ノ土地、上ニ建物ヲ占有スルコトヲ内容トスル一種ノ物權ヲ認ム、之レ地上權ノ起源ナリ  
 此ノ制度ハ近世歐洲ノ民法ニモ傳ハリ他人ノ土地、上ニ建物ヲ所有スルコトヲ内容トスル一種ノ物權トシテ地上權ヲ認ムルニ至ル(独一〇一ニ條、佛五七三、五五三参照)

我國ニ於テハ地上ノモノヲ以テ惣テ土地ニ從フモノトスル觀念ナシ殊ニ家屋其ノ他ノ建物ハ土地ト獨立シテ所有權ノ物體トナルコトハ慣習ノ廣ク認ムル所ニシテ故ニ地上ノ建築物カ土地所有者ノ所有ニ歸スルコトヲ妨ケルニハ特殊ノ物權ヲ必要トセス、此ノ莫ニ於テ大ニ羅馬法及歐羅巴諸民法ト異ル

我現行法ニ於テ地上權ヲ以テ特殊ノ物權トセルハ土地使用權ノ一種トシテ之レヲ認メタルナリ、即チ他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メニ其ノ土地ヲ使用スル權利ナリ(ニ六五條)

其ノ土地使用權タルハ永小作權及賃借權ト異ナラス、唯使用ノ目的ニ工作物又ハ竹木ノ所有ニテリテ耕作、牧畜ニ存セサル莫ニ於テ永小作權ト異ル、ミ

要之歐ノ民法ニ於ケル地上權ハ他人ノ土地ニ於テ建物ヲ所有スル權利ナリ、我民法ニ於ケル地上權ハ建物又ハ竹木ヲ所有スル爲メニ土地ヲ使用スル權利ナリ、從テ彼ニアリテハ現ニ建物ノ存在スルニテラサレハ理論上地上權ハ存セサル、理ナリ、又地上權ノ範圍ハ現存建物ノ所有ニ必

要又ハ有益ナル範圍ニ限ラレヘキ理ナリ、反シ我ニアリテハ現ニ建物ノ存スルコトナキニ地上権ハ存立スルコトヲ妨ケス、又此ノ範圍モ現存建物ト關係ナシ、

經濟上ヨリ觀察スルハ政ノ地上権ハ專ラ都市ニ於テ他人ノ土地、上ニ住宅ヲ建設スルカ爲メニ利用セラレ、殊ニ近年ニ至リテハ都市ニ於ケル住居問題ヲ解決セシカ爲メ地上権制度ヲ利用セントスル傾向アリ、據ハ一九一二年四月廿六日 *Parliament Bill* ニ關スル法律ヲ制定シ且同年独乙法曾大會ハ此ノ問題ヲ研究討議セリ

我國ニ於テハ從來森林ニ就テモ地上権ニ類似セル制度アリテ工作物ノミナラス竹木ヲ所有スルコトニ付キテモ地上権ヲ認ムル現行法ニ於ケル地上権ニ關スル規定ハ地上権ノ經濟上ノ目的ヲ達スルニ足レモノナリヤ否ヤ、研究ノ價值アル問題ナリト信ス、

(一) 現行民法ニ於ケル地上権ハ上述ノ如ク他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スルタメニ他人ノ土地ヲ使用スルコトヲ以テ其ノ内容トス、  
(二) 土地ノ上ニ存スル物權ナリト信ス、

不動産物權ナルカ故ニ其ノ得喪変更ハ之レヲ登記スルノニアニサレハ第三者ニ對抗シ得ルハ勿論ナリ、土地ノ上ニ存スル權利ナリ、土地以外ノモノ殊ニ建物ニ關シテハ地上権存スルコトヲ得ス、既ニ建物ノ存在スル土地ニ付キテ其ノ地上ト建物トニ通シテ地上権ヲ設定スルコトモ不能ナリ、建物ハ常に地上権者ノ所有ニ屬セサルヘカラス、  
四、一定ノ限ラレタル方面ニ於テ土地ヲ支配スル物權ナリ、  
即チ所謂限定物權又ハ他物權ナリ、或ハ地上権ヲ以テ一種ノ土地所有權即チ下級ノ土地所有權ナリトスル法制アリトモ我カ民法ニ抑ラザルヘカラス、其ノ支配ノ方面ハ使用ニ限ル、且ツ其ノ使用ノ目的ハ工作物又ハ竹木ヲ有スルコトニ限ル、他ノ目的、特ニ耕作、牧畜ノタメニスル地上権ヲ設定スルコトヲ得ス、

工作物トハ旧民法ニ建物ト云ヒタルヲ改メタルモノニシテ夫レニ比シテ範圍廣シ、即チ地上地下ノ一切ノ施設物ヲ云フ(家屋其ノ他ノ建物ハ勿論墜道、鐵道、池水、樋、銅像)

(三) 地上権ハ土地ノ使用權ナル故當然土地ヲ占有スル權利ヲ包含ス、  
第三章 地上権 沿革及性質  
二四七

(三)

故ニ所有者ニ対シテハ物ノ引渡ヲ請求スル物上請求權ヲ有シ之レニ基キテ所謂本權ノ訴ヲ起スコトヲ得ヘク又其ノ現ニ占有ヲ為セル場合ニ於テハ占有訴權ヲ有スルナリ、  
又土地使用ノ關係ニ於テハ土地所有者ト多ク異ナルコト無キハ故ニ相隣地間ノ權利義務ニ関スルニ〇九條乃至二三八條ノ規定ハ之ヲ地上權者間及ヒ地上權者ト土地所有權者トノ間ニ準用ス。(二六七條)  
地上權ハ相統性及ヒ讓渡性ヲ有ス  
此ノ点ニ付キテハ法律ニ明文アルニ非サレトモ財産權タル性質上疑ナシ唯讓渡性ニ就キテハ永小作權ニ就キテ特ニ二七二條ノ規定下ル故多ク疑ヲ抱ク者アレ共ニ二七二條ノ規定ハ唯ソノ但書ノ爲ニ設ケラレタルモノニテ其ノ本文ノ規定ヨリテ特別ナリト解ス可キモノニハアラス故ニ其ノ本文ノ規定ヨリテ對解狀ヲ試ムヘキニアラス(地上權ニハ本文ノ如キ貸借シ得ルコトヲ規定セズ故ニ讓渡性ナシト云フモノアリ)  
地上權ノ讓渡性ヲ契約ヲ以テ奪フコトヲ得ルヤ否ヤ 按言ズレバ地上權讓渡禁止ノ特約ハ永小作權讓渡禁止ノ特約ト同シク物權的効力ヲ有ス

第三章 地上權 沿革及性質

(四)

ルヤ否ヤニ付キテ論アリ、永小作權ニ就キテハ特別ニ規定アレトモ二七二條但書)如斯特別無キニ於テハ物權的讓渡禁止ハ民法ノ認めタル物權ニ異リタル内容ヲ具フルモノナリ、公ノ秩序ニ反スルカ故ニ效力ナシト考フ、反之單ニ當事者間ニ於テ地上權ヲ讓渡セサル債權債務ヲ成立セシムルハ敢テ物權ノ内容ヲ変更スルモノニアラス、又第三者ノ利害ニ干渉保スルコトナシ、故ニ有效ナリト解セサルヘカラストサレト共、效力ハ嚴格ニ當時者間ニ限りモシ當事者カ之レニ反シテ讓渡ヲナシタルトキハ債務不履行ヲ生スルモノニテ讓渡ノ無効ヲ生ズ、又此ノ点ニツキテ第三者ノ善意ノ惡意ヲ區別スルコトナシ、(独民一三八條參照、所有權讓渡禁止契約モ同一ニ解ス)  
地上權者ハ轉貸スルコトヲ得ルヤ否ヤ明文ナシト虽モ建物及ヒ竹木ノ所有スト云フハ必スシモ權利者自ラ之ヲナスヘキモノト解スルノ要ナシ、地上權ノ範圍内ニ於テ轉貸ヲナシ得ルモノト解スル通説ヲ正シトス(三七、六、二四六判例)  
地上權ト土地ノ賃借權トハ共ニ廣義ニ於ケル借地權ニテ極メテ類似ス

殊ニ不動産ノ優借権モ之レヲ登記スルトモハ爾后其ノ不動産ニツキ物  
 権ヲ取得シタルモノニ対シテ其ノ效力ヲ有スルカ故ニ(六。五条)效果  
 付キテモ兩者ハ類似ス。乍然其ノ間顯著ナル差異ナキニアラス。即チ  
 請求ハ物権ニアラスシテ債權ナル故直接ニ物ニツキテ支配ヲナス權利ニ  
 ハアラス。賃貸トスニ対シテ物ノ使用ヲ爲サシムルキコトヲ請求スル權利  
 ナリ。從テ賃貸人ハ物ヲ適當ニ使用シ得ヘキ状態ニ置ク義務、特ニ修繕  
 ノ義務ヲ負フ。賃借人ハ地上權者ノ如ク所有者ト同様ナル關係ニ於テ  
 土地ヲ使用スルモノニ非ザル故。彼ノ相隣地間ニ存スル規定ハ賃借人ニ  
 ハ準用ナシ。其他讓渡、轉賃、存続期間等ニ付キテ兩者ノ間ニ差異アリ  
 (賃借人ノ同意ナケレハ讓渡、轉賃ヲナシ得ス。債權ナルモノハ人ヲ信  
 用シテナセルモノ故ナリ。存続期間ハ二十年トス。地上權ニハ制限ナシ  
 )  
 ナレト取ル權利カ債借権ナリヤ。地上權ナリヤヲ判定スルニハ事实上  
 容易ナラサルコトアリ。民法施行ノ際ニ付キテハ此ノ点ニ付キテ特別法  
 出ツ(原則トシテハ地上權トス)此ノ法律ハ現今ハ行ハレス。現今ニ於

テハ各例ノ場合ニ於ケル契約ノ内容殊ニ修繕義務ノ有無、存続期間ノ有  
 無長短等ヲ標準トシテ之レヲ決スルノ外ナシ。  
 (五) 地上權者ハ地代ヲ支拂フ義務ヲ有スルヲ常トス。  
 然レトモ此ノ義務ヲ存スルコトハ地上權ノ要素ニハアラス。

### 第二節 地上權ノ取得

地上權ハ契約、遺言、時效及ヒ法律ノ規定ニ因リテ取得セラル。尚ホ既  
 存ノ地上權カ相続、讓渡ニヨリテ継受的ニ取得セラル。コトハ上述セリ。

(一) 契約  
 地上權ハ土地所有者及ヒ地上權ヲ取得スヘキ者ノ契約ニヨリテ成立ス。  
 此ノ契約ハ所謂設定行為ノ一ナリ。直接ニ地上權ヲ成立セシムルコトヨ  
 内容トスル物權契約ナリ。

(二) 遺言  
 遺言ニヨリテ地上權ヲ設定シ得ルヤ否ヤハ遺言ニヨリテ所有權ヲ移シ  
 第三章地上權ノ取得



得ルヤ否ヤト同シク我民法ノ詳訳上疑問ナリ。余ハ積極説ナリ。但シ受遺者カ遺贈ノ拋棄ヲ爲セハ始メヨリ地上権ヲ成立セシメサリシコトハナラハ勿論ナリ(一〇八八条)

(三) 取得時効

地上権ハ第一六三条ニ依ヒ取得時効ニヨリテ之レヲ取得スルコトヲ得法律ノ規定

第三八八条

### 第三節 地上権ノ存続期間

地上権ノ存続期間ハ設定行為ニ因リテ定マルコトアリ。又ハ然ラザレトアリ。

(一) 設定行為ニヨリテ地上権ノ存続期間ヲ定ムルニ付キテハ債權又ハ永小作權ノ場合ト異リ何等ノ制限ナシ。(第一六八条参照) 且夫論トシテハ最長期ヲ定ムルヲ可トスル説アリ。

(二) 設定行為ヲ以テ存続期間ヲ定メサル時ハ次ノ述フル如クニヨリテ之レヲ定ム(二六八条)

(1) 別致ノ慣習アル時ハ夫レニ依テ

(2) 慣習無キ時ハ地上権者ハ何時ニテモ地上権ノ拋棄ヲナスコトヲ得但シ地代ヲ拂フハ一年前ニ豫告ヲ爲ス乎又ハ未ダ期限ノ終ラザル一年分ノ地代ヲ拂フコトヲ要ス。

(3) 慣習無ク又地上権者カ拋棄ヲ爲サル時ハ裁判所ハ当事者ノ請求ニヨリ二十年以上五十年以下ノ範圍ニ於テ工作物又ハ竹木ノ種類及ヒ情況其ノ他地上権設定當時ノ事情ヲ斟酌シテ其ノ存続期間ヲ定ム(二六八条ニ項)

(4) 二十年乃至五十年ノ期間ハ裁判所時ヨリナレ乎或ハ地上権成立ノ時ヨリナレ乎地上権成立ノ時ヨリト解スルヲ通説トス(梅川名

大体富井 反對中島) 地上権ノ存続期間ヲ定ムルモノナレハ其ノ成立ノ時ヨリト解スルヲ正當トス。即チ通説ヲ採ル。但シ立法論トシテハ多少議論ノ餘地アリ。(三十年ニ四十年ニ跨ル時裁判所ハ

第三章 地上権ノ存続期間

直ク消滅セシムル虞アリ。權利者ニ酷ナリ。  
(四) 其ノ請求ヲ爲シ得ヘキ者ハ當事者ノ一方ナリ、相方ノ合意下ルコ  
トヲ要セス。

(C) 二十年ヲ最短トシタルハ債權權ノ存続期間ト推衡ヲ保テ、五十年  
ヲ最長トセルハ永小作權ノ存続期間ト推衡ヲ保テシカ爲メナリ。  
設定行爲ヲ以テ永久存続スヘキモノト定メタル場合ハ如何。永久ト  
云フハ其ノ存続期間ヲ定メタリト云フコト能ハスト解スルヲ通説トス。  
永久ト云フ數ハ有限ノ數ナラサル故存続期間ヲ確定シタルモノト解  
シ能ハサレト直チニ第六八条ニ項ヲ適用シテ二十年以上、五十年以  
下ニ限定スルハ明カニ設定行爲ノ主旨ニ反ス。故ニ余ハ設定行爲ノ主  
旨ニヨリテ存続期間ヲ定ムヘク之レヲ定メ得サル場合ニ於テハ慣習ニ  
従フヘク其兩者ニヨリテ定メ得サル場合ニ於テノミ、二八六条ニ項ノ規定ニヨルヘキモノト考フ。  
例ヘハ他人ノ土地ノ上ニ高層ナル家屋ヲ建設シテ其ノ地ニ永久ノ地  
上權ヲ設定セレ場合ニハ少ク共其ノ家屋ノ存続期間内ハ地上權ヲ存続  
セシムル意思ト解セサルヘカラス。又或地方ニ於テ普通ニ〇〇年、五

〇〇年等ノ地上權ノ存続スル場合ニ當事者カ永久地上權ヲ設定セル場  
合ハ其ノ期間ハ少クトモ其ノ地方ニ行ハル、最長期ノ地上權ヨリモ短  
期ナリト解ス可カラサルナリ。

### 第四節 地代

(一) 地代ハ地上權者<sup>カキ</sup>土地所有者ニ対シテ土地使用ノ報酬トシテ支拂フコ  
トヲ要スル金錢<sup>カキ</sup>其ノ他ノ物ナリ。  
金錢ナルコト通常ナルモ米穀<sup>カキ</sup>其ノ他ノ物ヲ給付スル場合ナキニアラズ。  
又定期ニ支拂フコトヲ帶トスルモ一時ニ支拂フモノモ絶無ニハアラス。  
地代支拂義務ハ債務ナリ。地上權者カ一定ノ給付ヲ爲スコトヲ目的ト  
スルモノニシテ之レヲ債務ト解セサルヲ得ス。乍借債務ハ經濟上ハ地上  
權ト密接ナル關係ヲ有シ土地使用者ノ報酬トシテ存スルモノナリ。然レ共  
此ノ經濟上ノ關係ハ法律上ニ於テモ存在スルマデ、外國ノ例ニ付テ  
見ルニ英法ニ於テハ之レヲ純然タル債務トシ、法律上當然地上權ト結合  
第三章地上權 地代  
二五七

スルコト無シトス。又之羅馬法及ヒ埃太利民法ニ於テハ其ノ存続及ヒ移

轉共ニ地上權ト分離ス可カラサルモノトス。我民法ハ此ノ矣ニ付キテ規定ノ設ケナク從テ詳叙上議論アリ。何題ハ

地上權讓渡ノ場合ニ生ス。三説アリ。

(イ) 分離説(非結合説) 富井氏ハ此ノ説ヲ採ル。即チ地代支拂義務ハ債務ナル故ニ当初ノ債

務者ナル讓渡人ノミカセレヨ負担スルナリ。土地所有言ハ直接ニ讓渡

人ニ対シテ地代ヲ請求スルコトヲ得ストナス。

(ロ) 結合説 我カ大審院ハ地代支拂ヲ以テ地上權者ノ義務トナシ從テ地上權移轉

ノ場合ニハ當然新地上權者カセレヨ負担スルモノトス。明治三九年七

月五日判決。川名博士ハ之ヲ採ル。

(ハ) 折衷説 中島博士ハ登記ノ有無ヲ以テ之レヲ區別シ。登記シタル時ハ讓受人

モ亦此ノ債務ヲ負担スルモノトセラル。

詳言スレハ地代債務ハ性質上地上權ト結合セラルモノナラサレトモ之

レヲ登記スルコトニヨリテ結合關係ヲ生スルモノトス。

余ハ結果ニ於テ第三説ヲ採ル。然シ共ノ理由ハ反對ナリ。若シ地代債務

ヲ以テ性質上地上權ト結合關係無シトスルトキハ何カ故ニ登記ニヨリテ

突然其ノ性質ヲ改ムル乎。我民法上登記ハ對抗要件ニ過キサル故又レニ

ヨリテ權利義務ノ性質カ變更スルモノトハ解セラレヌ。余ハ考ヘニ由レハ

地代債務及ヒ地代債務ハ性質上土地所有權及ヒ地上權ト結合セラルモノ

ナリ。乍然若シ之レヲ登記セシレ時ハ之レヲ以テ第三者ニ對抗スルコト

ヲ得ス。此ノ理由ニヨリテ登記シタル場合ニ於テノミ地上權ノ讓受人ニ

對抗シ得ルモノト信ス。學者ハ從來地上權ト地代債務トノ結合關係ノミヲ論ス。乍伴同一ノ問

題カ土地所有權ト地代債務トノ間ニモ生スルナリ。若シ土地所有者ノ變

第二章 地上權 地代

ルハシ、地代債務ノ地上権ノ関係モ亦之ト異ラス、蓋シ債權關係ノ主体ハ始メヨリ確定スルコトヲ得ルハ勿論ナレ共又初メヨリ絶対ニ確定セス、一定ノ地位ニ在ルモノヲ以テ其ノ隨時ノ主体トナスコトヲ妨ケス、地上権、永小作權等ニ在リテハ土地所有者ヲ以テ地代債權、小作料債權ノ權利者トシテ地上権者、永小作權者ヲ以テ其ノ債務者トナスニ外ナラズ、(二) 定期地代ノ支拂ニ付キキ民法ハ永小作權ニ関スルニ七四条乃至七六条ノ規定及ヒ債權借ニ関スル規定ヲ茲ニ準用ス(二六六条) 其ノ概要ヲ述スシ

- (1) 地上権者ハ不可抗力ニ因リ収益ニ付キ損失ヲ受ケタルトキトモ土地代ノ免除又ハ減額ヲ請求スルコトヲ得ス。(二七四、六〇九条参照)
- 一方ハ債權ニシテ一方ハ物權ナリ
- (2) 地上権者カ不可抗力ニヨリ引續キ三年以上全ク収益ヲ得ス、又ハ五年以上地代ヨリ少キ収益ヲ得タル時ハ地上権ヲ放棄スルコトヲ得(二七五、六一〇)
- (3) 地上権者カ引續キ二年以上地代支拂ノ義務ヲ怠リ、又ハ破産ノ宣言

ヲ受ケタル時ハ地主ハ地上権ヲ消滅ヲ請求スルコトヲ得(二七六条) 此ノ請求ハ一方的意思表示ナリ

次ニ債權借ニ関スル規定ニシテ地上権ニ準用スヘキモノハ主トシテ轉賃ノ場合ニ関スル六一三條及地代支拂ノ時期ニ関スル六一四條ノ規定ナリ、サレトモ此地不動産賃借ノ先取特權ニ関スル三一三條乃至三一六條ノ規定亦準用ナリ

(三) 地租其他ノ公課ノ増加セル場合又ハ土地ノ隆盛ニ基キテ地價騰貴シ相隣ノ地價騰貴シタル場合ニ地主ハ契約上定ムタル地代ノ増加ヲ請求シ得ルヤ否ヤ

此点ニ付キテ若シ特別ノ意思表示ナク又特別ノ慣習法ナクハ消極的ニ解スヘキハ勿論ナリ、然レモ我大審院ハ殆シト三十年來幾多ノ判例ヲ以テ東京市ニ於テハ斯ノ如キ慣習法又ハ慣習ノ存在スルコトヲ認メ、地代ノ増加請求ヲ許セリ、之レニ對シテ學者、批難ヲ加ケルモノ少ナカラズ、其ノ理由トスル処、概テ次ノ如シ

第三章 地上権 地代

慣行ハ事实上ニ之レヲ認ムルコトヲ得ス

云々

四) 地代ノ額ハ賣買ノ代金ト同シク当事者ノ經濟上ノ自由ニ一任スヘキナリ、之レニ干渉スルハ慣習ハ公ノ秩序ニ及ス、故ニ法例第ニ条ニヨリ法律タル效カヲ有シ得ス

五) 若シ地代増額ノ慣習法存在スルト仮定シテモ斯ノ如キ慣習法ハ強行法ト認ムヘキコトヲ得ス、故ニ当事者カ契約ニヨリテ地代ヲ定メタル場合ニハ其ノ適用アルヘカラス

六) 固ヨリ慣行ノ存在スルヤ否ヤハ事實問題ナレカ其ノ事實存在スルヤ否ヤハ之レヲ一般ノ觀察スヘク何々ノ事件ニ就キテ反村行為アルモ直ニ以テ一般ノ慣行ノ存在ヲ否定スルコトヲ得ス、裁判所カ鑑定人ノ陳述ニ基キテ一般ノ慣行ノ存在ヲ認定スルノハ之レヲ遠法ト云フヘカラス

又当事者ノ經濟上ノ自由ニ干渉スルカ故ニ直ニ公序ニ及スルモノトハ云ヒ難シ、利息制限法ノ如キハ明カニ当事者ノ經濟上ノ自由ニ干渉スルモノナリ、故ニ公序ニ及スルヤ否ヤハ經濟上ノ自由ニ干渉スル程

度ニヨリテ之レヲ決セザルヘカラス

若シ当事者ノ契約ヲ以テシテハ地上権ノ存続期間内地代ニ確定スルコトヲ許サスト云フ意味ニ於テ慣習法ヲ認ムルナラハ之レ明ニ公序ニ及スヘシ

然シ尔ラ存続期間ノ定メナキ場合、若クハ存続期間ノ定メナリ且ツ地上権設定當時ニ於テ地代ノ定メアルモ單ニ自分ノ中ニ於ケル地代ヲ定メタルニ過キサル時ハ之レヲ變更スル慣習法ヲ認ムルモ敢テ公序ニ及スルコトナシ

第三ノ点ニ付キテモ亦同様ナリ、若シ任意法タル地代増額ノ慣習法カ存在スルト仮定セハ当事者ノ意思ヲ以テ其ノ適用ヲ受ケサルコトヲ特約シ得ルハ勿論ナリ、斯ノ如キ特約ハ地代ノ地上権ノ存続期間内變更セスト云フコトヲ内容トスルモノナラサル可カラス、單ニ地上権設定當時ニ地代ノ額ヲ定メタリト云フ一事ヲ以テ當然斯ノ如キ特約ノ存在スルモノト爲スヘカラス

第三章 地上権 地代

云々

第五節 地上権ノ終了(消滅)

(一) 地上権ノ終了原因次ノ如シ

(1) 存続期間ノ満了

存続期間ノ範圍ニ付キテハ制限ナキ故ニ三年五年ト云フカ如キ短期ノ地上権契約ノ有效ナルハ勿論ナリ。サレト何々ノ場合ニ於テ斯ノ如キ短期ノ期間ハ実ハ地上権ノ存続期間ニハアラスシテ地代据置キノ期限ニ過キサレコトアリ。其ノ何レニ屬スレ乎ハ意思解釈ニ歸ス。東京控訴院ノ一判決ハ斯ノ如キ約款ハ所謂例文ニシテ拘束力ヲ生セサル慣習アリト認ムルハ穩當ヲ欠クト思フ。

(2) 地上権消滅ノ請求 (二六六 二七六条)

地上権ハ所有者カ消滅ノ請求ヲ爲シタル時ニ消滅スルモノナリ。或ハ地上権者カ之レニ應シテ承諾ヲ爲シタル時ニ消滅スル乎ニ付キ争アリ。大審院ハ初メニハ承諾ヲ要スルモノト解セシモ明治四十年末之レヲ改メテ一方的意思表示ヲ以テ足ルモノト解ス。

(二) 地上権ノ拋棄

第一六八条 既述

(三) 特定ノ事由ニシテ消滅事由ノ發生

設定行為ニヨリテ特定ノ消滅事由ノ發生スル時ハ地上権ノ消滅スヘキコト言フ俟タス。

或ハ一定ノ事由ヲ解除条件トシテ定ムルコトヲ得ヘク。或ハ一定ノ事由發生シタル時所有權者ニ於テ地上権消滅ノ請求ヲ爲シ得ヘキモノト定ムルコトヲ得ヘシ。

此ノ點ニ関シテ特ニ注意ヲ喚起セシハ、<sup>1)</sup>地所御入用ノ節ハ空渡ノ通知ヲ受ケタル日ヨリ一定ノ期間内ニ引拂ハシヒト云フ約款ナリ。之レニ付キテモ判例ハ所謂例文ニシテ拘束力ナシトス。但件例文ナキト云フカ故ニ直ニ拘束力ナシト云フハ誤レリ。例文ニシテモ一應ハ之レヲ契約ノ内容ト解セサル可カラス。若シ其ノ拘束力ヲ奪ハント欲セハ具體的ノ場合ニ当テ争者ヨリ約款ニ對スル效果意思ヲ有セサルコトヲ理由トセサルヘカラス。漫然慣習ヲ理由トシテ其ノ效力ヲ剥奪スレハ強

行法的慣習ヲ認めルモノニシテ公序ニ反スルモノト考フ。

(ホ) 時効

地上権ハ消滅時効ニヨリテ消滅ス(一六七条ニ項)又第三者ハ取得時効ニヨリテ完全ナル土地所有權ヲ取得シタル時ハ其ノ效果トシテ消滅ス。

(ハ) 土地ノ滅失又ハ失格

土地収用法第六三条

(イ) 混同

第一七九条

(四) 地上権者カ其ノ權利ノ範圍ヲ超エテ土地ヲ使用シタル場合。此ノ場合ニハ土地所有者カ地上権消滅ノ請求ヲナシ得ルモノト解スル學説アリ。

然レトモ全ク法典上ノ論據ヲ欠ク。地上権ノ濫用ハ土地所有權ノ侵害トナル故土地ノ所有者ハ損害賠償請求權及ヒ妨害除去ノ請求權有スヘシ。然レトモ地上権ノ消滅ヲ請求シ得ル爲メニハ法典ニ根拠ナカル

可カラズ。

(二) 地上権消滅ノ效果

土地ノ上ニ存スル工作物及ヒ竹木ハ当然土地所有者ニ歸スルコトナシ。地上権者ハ土地ノ原狀ニ復シテ之レヲ収去スルコトヲ得。(一六九条)又法律ニハ特別ノ規定ナケレトモ土地所有者ハ妨害除去ノ請求權ニヨリテ其ノ収去ヲ請求シ得ルヘカラス。

乍爾若シ土地所有者カ対價ヲ提供シテ之レヲ買取ルヘキ旨ヲ通知シタル時ハ地上権者ハ正当ナル理由ナクシテ之レヲ拒ムコトヲ得ス。(一六九条)即チ法律ハ土地所有者ノ利益及ヒ經濟上ノ利害ヲ考ヘテ土地所有者ニ一種ノ先買權ヲ認めタルナリ。

又以上ノ諸點ヲ付キ別段ノ慣習アルトキハ夫レニ從フ(第一六九条ニ項)

シテ水田トナシ又ハ池沼トナスコトハ得サルヘシ  
永小作権者カ此ノ規定ニ反シテ土地ノ使用ヲナシタル時ハ所有者ハ  
如何ナル權利ヲ有スルカ規定ナシ

或ハ永小作権ノ消滅ヲ請求シ得ルコト勿論ナリト解スル學說アルモ  
(富井 中島) 法典ニ根拠ヲキマ以テ之レニ從フコト能ハス 損害賠  
償及ヒ妨害除去ノ請求推アルモノト解ス (石坂氏同說)

(三) 永小作権ハ相続性及ヒ讓渡性ヲ有ス 其ノ讓渡性ニ付キテハ民法ニ明  
文アリ 且ツ讓渡禁止ノ物權的契約ヲナシ得ルコト曾テ述ヘタルカ如シ  
(二七二条)

地上權ト異リ物權的禁止契約ヲ認メタルハ永小作権ノ内容タル耕作、  
牧畜ハ地方ニ於テ行ハル、モノニシテ財産ノ融通、權利ノ移轉ヲ爲スノ  
必要地上權ニ比シ少ナキカ故ナルヘシ

永小作権者ハ又永小作権ノ存続期間内ニ於テ耕作若クハ牧畜ノ爲メニ  
土地ヲ賃貸スルコトヲ得 條件設定行為ヲ以テ賃貸ヲ禁止シタルトキハ  
此ノ禁止ハ絶對的效力ヲ有ス (二七二条)

(四)

永小作権者ハ其ノ權利ヲ以テ質權又ハ抵當權ノ目的トナスコトヲ得  
(三六二条、三六九条一項) 所謂權利質、權利抵當ノ一種ナリ  
讓渡ノ禁止アリタルトキハ質權、抵當權ノ設定モ亦禁止セザレタルモ  
トス

### 第二節 永小作権ノ取得

永小作権ハ契約、遺言、時效、讓渡及ヒ相続ニヨリテ取得セラル 地上權ヲ  
参照スヘシ

### 第三節 永小作権ノ存続期間

永小作権ノ存続期間ハ設定行為ニヨリ定マルコト、然ラサルコトトアリ  
(一) 設定行為ニヨリテ存続期間ヲ定ムル場合ニハ之レニ從フコト勿論ナリ  
カ其ノ範圍ニ付キテハ法律上制限アリ (二七八条) 即チ二十年以上五十

第四章 永小作権

取得  
存続期間



### 第四章 永小作權 第一節 性質

(一) 永小作權ノ制度ハ古來我國ニ存スル永小作ノ慣行ニ基キ羅馬法ニ存シタル *Emphyteusis* (*Erbpachtrecht*) ヲ參照シテ認メタルモノナリ。旧慣ト異ナルハ之レヲ耕作及ヒ牧畜ヲ目的トスル特殊ノ物權トシ且ツ其ノ存在期間ヲ限定シタルノ莫之レナリ。其ノ點ニ付キテハ民法ノ規定ハ強行の規定ニハアラスシテ之レニ異リタル慣習アラハ其ノ慣習ニ從フ。(二七七条)

(二) 我民法上ノ永小作權ハ小作料ヲ拂ヒテ他人ノ土地ニ耕作又ハ牧畜ヲ爲スヲ目的トスル制限物權ナリ。

(1) 土地ノ上ニ存スル物權ナリ。(登記法一ニ条)

(2) 土地ノ使用ヲ目的トスル制限物權ナリ。此知ニ使用トハ廣義ナリ。收益權ヲ包含スルハ勿論ナリ。而シテ土地使用權ノ内容トシテ占有ヲ爲スル權利及ヒ物上請求權ヲ包含スルコトハ又地上權ニ同シ。サレト

意義

相隣者間ノ關係ニ関スル規定ハ準用ナシ。

(1) 土地ノ使用ノ目的ハ耕作及ヒ牧畜ニ限ル。其他ノ目的ハ爲スニ永小作權ヲ設定スルコトヲ得ス。

但シ、耕作及ヒ牧畜ノ目的ヲ達スルカ爲メニ建物其ノ他ノ工作物ヲ設定スル事ハ固ヨリ妨ナシ。

(2) 小作料支拂ノ義務ノ附着スルコトヲ以テ其ノ存在ノ要件トス。故ニ無償ニテ耕作又ハ牧畜ヲ爲ス權利ハ永小作權トシテハ之ヲ設定スルコトヲ得ス。之レ又地上權ト異ル莫ナリ。

地上權トノ間ニ斯ノ如キ差異ヲ設ケタルハ主トシテ旧慣ニ從ヒシナリ。

(3) 永小作權ノ内容タル土地使用權ニ付キテハ一ツノ制限アリ。土地ニ永久ノ損害ヲ生スヘキ變更ヲ加フルコトヲ得ス。(二七一一条) 蓋シ永小作權者ハ永小作權終了ノ場合ニ於テ原狀ニ於テ土地ヲ所有者ニ返還スル義務ヲ有スルモノ故ニ土地ニ永久ノ損害ヲ加フ可カラサルハ勿論ナリ。故ニ例ヘハ荒蕪地ヲ變シテ耕地トナスハ妨ケス。畑地ヲ變

第四章 永小作權 性質

シテ水田トナシ又ハ地活トナスコトハ得サルヘシ  
永小作権者カ此ノ規定ニ反シテ土地ノ使用ヲナシタル時ハ所有者ハ  
如何ナル權利ヲ有スルカ規定ナシ

或ハ永小作権ノ消滅ヲ請求シ得ルコト勿論ナリト解スル學說ナレモ  
(富井 中島) 法典ニ根拠ナキヲ以テ之レニ從フコト能ハス 損害賠  
償及ヒ妨害除去ノ請求推アルモノト解ス (石坂氏同說)

(三) 永小作権ハ相続性及ヒ讓渡性ヲ有ス 其ノ讓渡性ニ付キテハ民法ニ明  
文アリ 且ツ讓渡禁止ノ物權的契約ヲナシ得ルコト曾テ述ハタルカ如シ  
(二七二条)

地上權ト異リ物權的禁止契約ヲ認メタルハ永小作権ノ内容タル耕作  
牧畜ハ地方ニ於テ行ハルモノニシテ財産ノ融通ノ權利ノ移轉ヲ爲スノ  
必要地上權ニ比シ少ナキカ故ナルヘシ

永小作権者ハ又永小作権ノ存続期間内ニ於テ耕作若クハ牧畜ノ爲メニ  
土地ヲ賃貸スルコトヲ得 條件設定行為ヲ以テ賃貸ヲ禁止シタルトキハ  
此ノ禁止ハ絶對的效力ヲ有ス (二七二条)

(四) 永小作権者ハ其ノ權利ヲ以テ質權又ハ抵當權ノ目的トナスコトヲ得  
(三六二条 三六九条一項) 所謂權利質ノ權利抵當ノ一種ナリ

讓渡ノ禁止アリタルトキハ質權 抵當權ノ設定モ亦禁止セザレタルモ  
ノトス

### 第二節 永小作権ノ取得

永小作権ハ契約ノ遺言 時效 讓渡及ヒ相続ニヨリテ取得セラル 地上權ヲ  
参照スヘシ

### 第三節 永小作権ノ存続期間

永小作権ノ存続期間ハ設定行為ニヨリ定マルコト 然ラサルコトトアリ  
(一) 設定行為ニヨリテ存続期間ヲ定ムル場合ニハ之レニ從フコト勿論ナレ  
カ其ノ範圍ニ付キテハ法律上制限アリ (二七八条) 即チ二十年以上五十

第四章 永小作権  
存続期間

年以下タルコトヲ要ス

蓋シ二十年以下ナルトキハ債貸借ノ規定ニ從フヲ便トシ、又五十年以上ニ亘ル時ハ其ノ權利強大ニシテ殆ント土地所有權ト撰フ如キニ至ルヲ慮リタルナリ

永小作權ノ設定ハ之レヲ更新スルコトヲ得、サレトモ其ノ期間ハ更新ノ時ヨリ五十年ヲ超ユルコトヲ許サス(ニ七八條)

設定行為ヲ以テ五十年以上ノ存続期間ヲ定メタル時ハ之レヲ五十年ニ短縮ス(ニ七八條一項)

尚ホ民法施行以前ニ五十年以上ノ存続期間ヲ以テ設定セラレタル永小作權ニ付キテハ民法施行法四七條ニ特別アリ、民法施行ノ日ヨリ五十年以上存続スルコトヲ認メサルモトス

(二) 設定行為ヲ以テ存続期間ヲ定メサル場合ニハ慣習ニ依ル、但シ慣習ニヨルモ五十年以上ノ存続期間ヲ認ムルコトヲ得サレバ期間九ナリ、慣習ヲ存セサルトキハ其ノ期間ハ之レヲ二十年トス(ニ七八條二項)

### 第四節 小作料

(一) 永小作權者、有スル重要ナル義務ハ小作料支拂ノ義務ナリ、其ノ他土地ニ永久ノ損害ヲ加ヘサル義務、永小作權終了ノ場合ニ於テ土地ヲ運還スル義務モ亦永小作權者ノ義務トシテ擧ゲラル、如ナルカ前者ハ永小作權ノ範圍トスルヨリ正当トスヘク、又后者ハ他人ノ物ノ所有者トシテ當然負担スル義務ニスキス

(二) 小作料支拂ノ義務ニ付キテハ

第一 設定行為ニヨルハク

第二 慣習ニ從フヘク

第三 民法ニ七四條乃至ニ七六條ニ從フヘク

第四 之等ニヨリテ定マラサル部分ニ付キテハ債貸借ニ関スル規定ニ從フ(ニ七三―ニ七七條)

(1) 第二七四條參照、六〇九條地代參照

(2) 第二七五條參照、六一〇條地代參照、拋棄スルコトヲ得スト云フ

第四章 永小作權 附屬期間

原則ヲ置クハ酷ニ過ル故ナリ  
 (イ) 第二七六条 本条ニ引統キ本年以上小作料ヲ怠リ四ト云フ意味ニ付キテハ議論アリ、支拂ヲ為サ、ルコトカ二年以上絶続シタルコトヲ要スル乎、或ハ小作料カ二年分以上延滞シタルヲ以テ是ル乎、判例ハ前説ヲ採リ、(三八年三月三日、四三年一月二十六日) 富井氏ハ后説ヲ採ラル(条文上ハ前説ヲ正当ナリ、サレトモ事實上ハ后説ヲ可トス) 此、奥ニ付キテハ賃貸借ニ付キテハ特別規定ナシ、然レモ五四一条ノ契約解除ノ通則ニ從フモノト解ス、  
 此、外小作料支拂ノ時期ニ関スル第六一四条、轉貸ノ場合ニ於ケル六一三條及三一三條、一三一文条ハ永小作權ニ準用下ルモノト大信ス、

第五節 永小作權ノ終了

永小作權ノ終了原因ニ付キテハ地上權ノ終了原因ト異ルコトナシ、唯其ノ拋棄ニ付キテ、地上權ト異ナルコトアルハ先ニ述ヘタルカ如シ、

第五章 地役權

第一節 地役權ノ性質

(一) 地役權ノ制度ハ羅馬法ニ源ヲ發ス、羅馬法ニ於テハ用益權 (usufructus) 使用權 (usus) 住居權 (habitatio) 及ヒ動物又ハ牧畜ノ使用權 (pascua) 人的地役權ト相並ビテ廣ク地役權ヲ認メ、之レヲ分チテ都會地ノ地役權ト田野地ノ地役權トナシタルコト Justinian 法典ニ明カナリ、近世歐羅巴諸國法、法典ニ概ネコトニ種ノ地役權ヲ認ム、  
 然レトモ我國ハ古來人的地役權ノ慣習ナク、又立法上特殊ノ物權トシテ之レヲ認ムル必要ナク故民法ハ之レヲ認メス、唯地役權ノミヲ認ムサレト地役權ニ關スル慣例ハ少シ、實際上此ノ制度ノ利用セラルルニ寧ろ稀ナルヘシ、  
 (二) 地役權ハ設定行為文ハ永年間ノ使用ニヨリテ定マリタル適法ノ目的ニ從ヒ他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便宜ニ供スル權利ナリ(二八〇條)  
 第四章 永小作權ノ終了  
 第五章 地役權ノ性質  
 二七五

前者ヲ承役地ト云ヒ右者ヲ要役地ト云フ

(1) 地役權ハ他人ノ土地ヲ使用スルコトヲ目的トスル制限物權ナリ。制限物權ニハ質權、抵當權、如ク他人ノ土地ノ交換價格ヲ目的トスルモノト、使用價格ヲ目的トスルモノトアリ。地役權ハ地上權、永小作權ト同シク右者ニ屬ス。

(2) 土地使用ノ目的ハ自己ノ土地ノ便益ニ供スルニアリ。

(1) 地役權ハ土地使用權ナレトモ他人ノ土地ヲ使用スルコトヲ獨立ノ目的トスル永小作權、地上權ト異リ。自己ノ土地ノ利用ヲ爲メニ他人ノ土地ヲ利用スルコトヲ目的トス。例ヘハ他人ノ土地ヲ通行シ、又ハ他人ノ土地ニ眺望ヲ妨クル建築物ヲ建築セシメサル權利、如シ故ニ自己ノ土地ナクシテ地役權ナルコトナシ。或ハ此ノ關係ヲ説明センカ爲メニ地役權ノ主体ハ要役地自体ナリトス。或ハ地役權ヲ以テ要役地ノ所有權ノ擴張ナリトス。然シテ其ニ形容ノ詞ニ止リ土地共ノモノノ權利ノ主体タリ得サルハ勿論他人ノ所有セル土地ニ上ニ所有權ノ成立シ得ルハ誤ナリ。

四 自己ノ土地ト云フハ嚴格ニ云フ時ハ自己所有ノ地ナリ。條件永小作權、地上權等ヲ有スルモノハ其ノ權利ノ存続期間内ニ於テ地役權ノ主体タルコトヲ得ハシ。

(1) 所謂便益ハ地役權者ノ行爲ヲ以テ目的トスルコトナリ。又或ハ承役地ニ於テ或レ一定ノ行爲ヲ爲サシメタルコトヲ目的トスルコトナリ。前者ヲ積極的地役權、右者ヲ消極的地役權ト云フ。

反之承役地ノ所有者ヲシテ或積極的行爲ヲナサシムルコトハ之ヲ地役權ノ目的トナスコトヲ得ス。蓋シ地役權ハ物權ナルヲ以テ特定人ノ作爲ヲ以テ其ノ内容トナスコトヲ得ス。

其ノ便益ノ種類ハ法律ニ制限ナシ。設定行爲ニヨリテ定マルヲ原則トシ、時效ニヨリテ成立シタル地役權ニ付キテハ永年間ノ使用ニヨリテ定マル。

便益ハ又土地ニ歸着スルコトヲ要ス。土地所有者ノ他人ノ利益ハ債權ノ内容タリ得ルモ地役權ノ内容ヲ

り得ス 之ニハ〇条ニ自己ノ土地ノ便宜ト云フ理ナリ然シテ何レノ土地ニモ必ラスシモ便宜トナルコトヲ要セズ其ノ具体的場合ニ於テ其ノ要役地ニ付キテ便宜トナルコトヲ以テ足ルトス

(二) 地役権ノ本質ニ付キテハ土地所有權ノ擴張又ハ延長ナリトスル説承役地所有權ノ支配權ナリトスル説土地ノ性情ナリトスル説アリト虽モ何レモ正当ナラス我民法ニ於テハ承役地ノ上ニ存スル一種特別ノ制限物權トナシタルコト疑ハズ

(3) 地役権ノ客体ハ他人ノ土地ナリ地役権ハ他人ノ土地ニ付キテ一定ノ範圍ニ於テ支配コト爲スコトヲ目的トスルモノ故不動産物權ナリ其ノ登記方法ハ登記法第一一三条第一四條ニヨリ不作爲地役権ニ在リテハ其ノ支配ノ範圍ハ極メテ狭少ナレトモ尚英ノ土地ニ付キテ一定ノ利益ヲ受クルコトヲ内容トスルモノニシテ之レヲ支配ト云フマ妨ケズ

(4) 地役権ノ内容ハ適法ナルコトヲ要ス地役権ノ内容ノ適法ナルコトヲ要スルハ九〇条ノ適用第口當然ナリ

リニハ〇条カ第三節中ノ公ノ秩序ニ関スル規定ハ違反セザルコトヲ要スト規定セルハ注意規定ニスギス而シテ其ノ第三節第一節中ノ何レノ規定カ強行の規定ナリヤハ各例ノ規定ニ付キテ其ノ立法上ノ趣旨ヲ考ヘ之レヲ決スルノ外ナシ債權ノ通行權ニ関スルニハ〇条自然ノ水路ニ関スルニハ四條ノ如キハ之レニ屬スヘシ

(5) 地役権ハ要役地所有權ニ從テ權利ナリ土地ノ便宜ヲ目的トスル權利ナルコト以テ土地所有權ト分離シテ存在スルコトヲ得ス從テ次ノ効果ヲ生ズ

(1) 地役権ノミヲ分離シテ讓渡シ又ハ他ノ權利ノ目的トスルコトヲ得ス(二八一条一項)

(2) 要役地所有權ヲ移轉シ又ハ要役地ノ上ニ質權抵當權地上權永小作權等ヲ設定シタル時ハ地役権モ亦原則トシテ所有權ト共ニ移轉シ又ハ之等ノ權利ノ目的トナルモノトス(二八一条一項)但シ設定行為ニ別段ノ定メタルトキハ例外トシテ地役権ハ土地ノ処分ニ從ハス(此ノ場合土地所有權ノミヲ移轉シテモ地役権ハ消滅ス)

第二章 地役権 世實

(6) 承役地ノ所有者ノ変更ハ地役権ニ何等ノ變動ヲ及ボサス（物權ノ性質上當然ナリトス）

(7)

地役権ハ不可分ナリ  
地役権不可分ナルコトハ學者ノ好ニテ論スル知ナリ、其ノ意ハ地役権ノ土地トカ不可分ノ關係ヲ有スルト云フニハアラス、地役権其ノモノカ分割ヲ許サ、ルコトヲ云フ

例ヘハ二分ノ一ノ通行権、二分ノ一ノ建物建築禁止權ト云フカ如キハ理論上認めルコトヲ得ナル觀念ナリ、從テ地役権消滅ノ場合ニハ其ノ三分ノ一又ハ三分ノ一ヲ消滅セシムルコトヲ得ヌ、地役権取得ノ場合ニモ分數的ノ地役権ヲ取得スルコトヲ得ヌ、此ノ原則ヨリシテ次ノ結果ヲ生ス

(1) 地役権ノ消滅ハ全部ナルコトヲ要ス  
即チ承役地ノ所有者ノ一人カ其ノ持分ニ付キテ地役権ヲ消滅セシムルコトヲ得ヌ、又要役地ノ所有者ノ一人カ其ノ持分ニ付キテ地役権ヲ消滅セシムルコトヲ得ヌ（二八二条）

(4) 地役権ノ取得モ亦全部ナルコトヲ要ス  
即チ要役地ノ所有者ノ一人ハ其ノ持分ニ付キテ地役権ヲ取得スルコトヲ得ヌ、又承役地ノ所有者ノ一人ハ自己ノ持分ニ付キテ地役権ヲ設定スルコトヲ得ヌ、此ノ点ニ付キ直接ノ明文ナラズ、アラサレトモ二八二条ノ規定及ヒ二八四条、二九二条ノ規定ヨリ推シテ考フレハ我民法上又コノ原則ヲ認めサルハカラス

(2) 共有者ノ一人ニ付キテ地役権ノ取得時効要件成立セハ總共有者皆地役権ヲ取得ス  
蓋シ取得時効ノ要件ヲ具ヘタル其ノ共有者ノミカ地役権ヲ取得スルモノトナスハ地役権不可分ノ原則ニ反スルヲ以テ法律ハ寧ロ總共有者ノタメニ地役権取得ノ效果アリト見タルナリ（二八四条一項）

其ノ結果トシテ地役権ヲ行使スレ共有者數人アル時ハ其一人ニ付キテ有ス時効中断又ハ時効停止ノ原因ハ時効ノ完成ヲ妨タルコトナシ（二八四条ニ三項）

第五章 地役権 性質

蓋シ一共有者ニ對スル之等ノ妨害事由ハ他ノ共有者ノ爲メニ取得時効ノ完成スルヲ妨ケス、而シテ一共有者ニ付キテ時効完成セハ終共有者地役權ヲ取得スルヲ以テナリ

(三) 要役地又ハ兼役地ノ分割又ハ一部讓渡ノ場合ニ於テ不可分ノ原則ハ如何ナル結果ヲ生スル乎

要役地ノ分割又ハ一部讓渡ノ場合ニ於テハ其ノ分割又ハ讓渡セラルタル土地ノ各部ニ付キテ所有權ヲ取得シタルモノハ各々兼役地ノ全部ノ上ニ地役權ヲ取得スルニハニ条ニ依リ又兼役地ノ分割又ハ一部讓渡ノ場合ニハ其ノ各部ニ付キテ要役地ノ所有者ハ各々地役權ヲ有ス、何レノ場合ニ於テ元分割的ノ地役權ヲ生スルニアラズ(但シ兼役地ノ負擔ヲ増加シ得スト思フ、猶乙) 但シコノ原則ニ時トシテ一例外アリ、地役權ノ性質上其ノ土地ノ一部ノミニ關スル時ハ此ノ限リニアラザルモノトス(ニ八ニ条ニ項恒書)

例ハハ兼役地ノ一部ノミヲ通行スル地役權ノ存シタル場合ニ於

テ其地カ甲乙二人ニ分割セラレ甲ヲミカ地役權ニ必要ナル土地ノ部分ヲ取得シタル時ハ乙ノ所在地ニ付キテハ地役權ハ存在セザルコトナリ

(8) 以上述ヘタル外要役地、兼役地カ近傍ニ存スルコト、所謂便益カ永久的土地ノ利益ニ帰スルコト、又便益ノ範圍ハ要役地ノ需要ノ範圍ヲ超ヘタルコト等ハ地役權ノ要件ニ屬セス

### 第二節 地役權ノ種類

(一) 繼續地役權 不繼續地役權

此ノ區別ハ地役權ヲ行使スルニ付キテ其ノ都度特ニ權利者ノ行為ヲ要スルヤ否ヤヲ以テ標準トス

引水地役權 眺望地役權 通路ヲ設ケタル通行地役權、如キハ繼續地役權ニシテ、汲水地役權、通路ヲ設ケザル通行權、如キハ不繼續地役權ナリ

第五章 地役權 種類



(三) 積極的地役權、消極的地役權、表頭地役權、不表頭地役權

此、區別ハ地役權ノ行使カ外部的設備ニヨリテ表頭セラレ、ヤ否ヤテ標準トス

地上ニ表ハレ居ル水管ニヨリ引水權、通路ヲ設ケタル通行權ハ前者ニ屬シ、通路ヲ通行權、眺望地役權ハ后者ナリ

### 第三節 地役權ノ取得

地役權ハ法律行為又ハ時效ニヨリテ取得セラル

(一) 地役權ヲ設定スル法律行為ハ契約、即チ物權契約ナルコトヲ原則トス  
レトモ寄附行為又ハ遺言ニヨリテモ之レヲ設定スルコトヲ得ヘシ(何レノ場合ニモ登記ヲ要ス)

(二) 既存ノ地役權ハ土地所有權ト共ニ移轉スルコトヲ得

(三) 地役權ノ表頭且ツ継続ノモノニ限リ一六三條ノ規定ニヨリ時效ニヨリテ之レヲ取得スルコトヲ得(二八三條)

蓋シ不表頭ナル時ハ承役地ノ所有者ニ於テ之レヲ認識スルコト不能ナルハク、又不継続ナル時ハ其ノ損害ヲ及ボスコト少ナキカ故ニ之ヲ放置シオコトハ寧ろ隣圃ノ友誼上当然トスヘキカ故ナリ、尚ホ共有者ノ地役權取得ニ付テ特別ノ存スルコトハ既述セリ(第一八四條)

### 第四節 地役權ノ効力

(一) 地役權ノ範圍ハ左ノ如シ

地役權ノ範圍ハ一面設定行為ニヨリテ定メラル、ト共ニ他面要役地ノ便宜ニヨリテ決定セラレハカラス、從テ要役地ノ需要増加スレモ設定行為ニ依リテ、其ノ範圍力限定セラル、場合ニハ設定行為ニヨリテ其ノ範圍ヲ定ムヘク、又設定行為ニヨリテ其ノ範圍ヲ定メタル場合ニモ若シ要役地ノ需要減縮スルトキハ要役地ノ需要ヲ標準トシテ地役權ノ範圍ヲ定メサルヘカラス

(二)

地役権ノ優先性

地役権ハ制限物権ナルヲ以テ其ノ權利ノ範圍内ニ於テハ承役地ノ所有權ニ優先シテ之レヲ行使スルコトヲ得ヘキモノナリ。此ノ点ニ關シ民法ハ用水地役権ニ付テ特別ノ規定ヲ設ケタリ(ニ八五条)。

(三)

工作物ノ設置及其修繕義務

(1) 地役権者ハ地役権ノ行使ニ必要ナルハ承役地ノ上ニ工作物ヲ設ケルコトヲ得ヘク其ノ工作物ヲ所有スルカタメニ特ニ地上權ヲ設定スルコトヲ要セズ。

(2)

工作物ノ設定及ヒ保存ノ費用ハ何等ノ特約ナクハ地役権者之ヲ負擔スヘキモノナレ共。若シ當事者カ之ニ反對ノ特約ヲ爲シタルトキ其ノ特約ノ登記ヲ條件トシテ承役地所有者ノ特定承役人ニ對シテ其ノ效力アルモノトス(ニ八六条)。

(3)

承役地所有者ノ放棄權(ニ八七条)

(4) 本条設置ノ趣旨ハ承役地所有者ノ工作物設置修繕義務ノ負担ヲ免カレ、コトヲ得セシムルニ在リ。故ニ其ノ特約ノ登記ヲ要スルモノトス。

(四) 放棄ノ方法ハ承役地所有者カ地役権者ニ對シテ土地所有權ヲ移轉スル旨ノ一方表的意思表示ニヨリテ所有權移轉ノ效果ヲ生スルモノト解ス(乾博士)。

(四)

承役地所有者ノ權利

(1) 承役地所有者ハ地役権ノ行使ヲ妨ケタル範圍内ニ於テ自由ニ又同様ノ方法ニ於テ其ノ土地ヲ使用スルコトヲ得ヘシ。之レ地上權ノ承役權ト異ナルヘ、点ナリ。

(2)

工作物使用權及ヒ其ノ費用ノ分担(ニ八八条)

(五)

地役権ノ濫用

地役権ノ隣人ノ情誼ニ基キテ之レヲ設定スルコト多ク故ニ、寛容ニ之レヲ行使セサルトキハ其ノ權利ノ目的ニ反シ權利ノ濫用トナルモノトス(獨ヘ、ニ。参照)(富井博士)。

第五節 地役権ノ消滅事由

二八八

地役権ノ消滅事由左ノ如シ

- (一) 土地ノ滅失
  - (二) 事実的不能
  - (三) 承役地ノ收用(土地收用法六三、耕地整理法二二)
  - (四) 設定行為ヲ以テ定メタル消滅事由ノ發生、例之存続期間ノ満了
  - (五) 抛棄、但シ有償ノ地役権ハ對價ヲ支拂フニ非サレハ抛棄スルコトヲ得
  - (六) 委棄(二八七条)
  - (七) 混同(一七九条)
  - (八) 時效
- (1) 取得時效(二八九、二九〇条) 但シ嚴格ニ云ハハ他人カ承役地所  
有權ヲ時效ニヨリ取得シタル反對效果ナリトス
- (2) 消滅時效

- (1) 時效期間ハ二十年ナリ(一六七条二項)
- (2) 起算點(二九一条)
- (3) 要役地カ共有ニ屬スル場合ノ時效中断スハ停止(二九二条) コレ地  
役権不可分ノ原則ノ一適用ナリ
- (4) 地役権ノ一部ノ時效ニヨル消滅(二九三条)

第六章 入會權

(一) 入會權ノ意義

入會權ハ一定ノ地方ノ住民ウ其ノ住民ノ共有スル森林原野ニ於テ牧羊  
落葉下枝等ヲ互入シテ收取スル權利ナリ、其ノ權利ノ内容範圍ハ各地方  
ノ慣習ニヨリ一定セラルヲ以テ民法ハ第一ニ次ニ慣習ニ從ヒ、第二ニ次ニ  
有スハ地役権ニ關スル規定ニ從フヘキモトス

(二) 入會權ノ種類

入會權ニハ共有ニ類似シタル性質ヲ有スルモノ(二六三条)ト地役權  
第五節 地役權ノ消滅事由  
第六節 入會權

二八九

ニ類似シタル性質ヲ有スルモノト（ニ九四条）アリ。前者ハ地盤毛上共、  
 二地上権者ニ属スルモノヲ謂ヒ。後者ハ地盤カ第三者又ハ入會権者ノハ  
 二人ニ属シ入會権ノ内容トシテハ唯毛上ノ收取権ノミナシモノヲ云フ。  
 （富井、中島、三浦、梅、横田博士同説、判例反対）

ニ九〇

第七章 永代借地権

(一) 意義

永代借地権ハ条約ニ基キテ外國人カ居留地ノ上ニ有スル特殊ノ不動産  
 物權ナリ。所有權ニ最モ類似スル性質ヲ有ス。

(二) 永代借地権及永代借地所ニ存スル建物ニ付キテハ特殊ノ登記手續アリ。  
 永代借地権ノ抹消

永代借地権ハ日本人又ハ日本ノ法人カ之ヲ取得シタルトキハ還滯ナ  
 ク共ノ土地所在地ヲ管轄スル地方廳ニ地券ヲ提出シテ抹消ヲ受ケルコト

ヲ要ス。其ノ抹消アリタルトキハ土地所有權ニ喪スルモノトス。

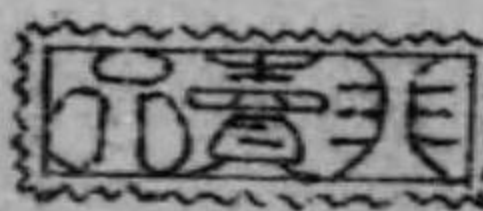
物權法 終り

第七章 永代借地権

二九八

大正十三年六月廿八日印刷  
大正十三年七月三日發行

(鳩山如雅改版(奥書))



編輯兼發行者

學生共月刊行會

印刷者

大野社  
代表者 野村始次

東京市小石川區中富坂町四番地  
電話東京四七二八七番

發行所

東京市小石川區中富坂町四番地  
學生共月刊行會

電話東京五〇五五一番

14  
732

終

