



Title	附合の基礎を考える
Author(s)	平田, 健治
Citation	阪大法学. 2019, 68(5), p. 1-91
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87181
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

附合の基礎を考える⁽¹⁾

平
田
健
治

第1章 物の結合体についての規律とその分類基準

序 若干の問題

第1節 附合制度の趣旨・その適用範囲の画定

I 不動産の附合に関する日本の学説の展開と現状

①伝統的通説

②取引観念説

③取引安全説

④新通説

〔社会経済的利益の維持という命題の検討〕

II 取引法秩序の中への位置づけかた

〔附合制度の適用範囲〕

〔当事者関係と第三者関係を区別して処理することの必要性〕

(1) 高島説

(2) 瀬川説

(a) 適用領域の確定

(b) 附合の根拠

(c) 附合の基準

第2節 結合基準、その二重性

I 構成部分と従物の分化

1 概観

2 その前夜

3 ヴェヒター、コーラー

4 諸概念と体系の関連とその変動

II 附合制度の中での変遷

1 普通法

【休眠所有権の処遇】

① 一物一権主義（休眠所有権否定のモメント）

② 分離によって生ずる所有権の説明（肯定のモメント）

【物的利用権者の場合の附合の例外】

2 部分草案

3 第一草案以降

【「本質的構成部分」概念あるいは「分離不可能」概念の統一性の破綻？】

【収去権の附合制度との一般的結合】

III 従物制度との関連での問題性

まとめ 日本法に対する示唆

第2章 権原者によって付加された物の法的処理について
はじめに

第1節 問題の所在

第一の考え方 ―概念的連動性維持―

第二の考え方 ―概念の連動否定、当事者の合意あるいは交渉が最終的基準―

第2節 主要な学説の検討

(一) 後藤説

(二) 我妻説

(三) 渡辺説

(四) 星野説 (その1)

(その2)

(五) 瀬川説

(六) 三宅説

(七) 原田説

結論

第3章 不動産の附合に関する判例と解釈提案

第1節 概説

I 序

II 附合概念の定義

III 事案類型

IV 判例の展開概観

V 基本的諸問題

第2節 民法242条の解釈

I 要件

II 但書の問題

III 「権原」の問題

IV 制度理解に基づく設計

V 機能

VI 帰責事由考慮の可否

VII 一物一権主義との関連

第1章 物の結合体についての規律とその分類基準

序 若干の問題

不動産の附合について、それがいかなる場合に成立するかという要件論に関しては、民法二四二条の「その不動産に従として付合した」(現代語化前は「従トシテ之ニ附合シタル」という表現の下に、いかなる結合が含まれるかという解釈論の形で争われる。そして、現在の多くの学説は、建物賃借人の修補・改修などの場合に、一定以上の結合関係が生じているにもかかわらず、但書に基づきなお賃借人の所有権留保が可能となるという不当な結論を回避するという実践的目的に基づき、附合を二分し、一方を不動産の構成部分となつて独立性を喪失したものと、二四二条本文のみが適用され、但書による所有権留保ができない場合と、他方を不動産と一体となつているがなおその独立性を保持していて、但書の適用もある場合に分類する。このような考え方に対しては、批判⁽³⁾があるが、本章はドイツ法の沿革に遡つた考察をもとに、なお改めて多数説の立場を擁護しようと試みるものである。以

下の叙述が示すように、附合を二分する考え方は、いわゆる取引観念説を主張した末弘説にすでにみられるものであり、その歴史的沿革をたどれば、普通法における物の分類にまで通ずるものである。後述するように、ローマ法源の解釈の形で議論された、物の三分類のうちの、単一物、合成物がこれに対応する。民法起草者である梅、富井も自らの体系書において、不動産の附合について、一物をなすものと二物をなすものとを区別していたこともその影響である。これは、表現を変えれば、附合論と費用償還論との結合、それらと収去権との関係という問題でもある。これも、以下の叙述において、合わせて考察を加えることにする。

第1節 附合制度の趣旨・その適用範囲の画定

まず、従来の学説の状況を簡単に概観しておく。

I 不動産の附合に関する日本の学説の展開と現状

従来の学説は以下の四説に大別することができる。⁽⁵⁾

① 伝統的通説

この説は、附合制度の趣旨を、附着物の分離から生ずる社会経済上の不利益を阻止する点に求める。従って、付加した原所有者からの分離請求の禁止を紛争類型として念頭においている。附合の基準は、動産の附合を規定する二四三条と同じく、分離復旧が毀損等をもたらすほど緊密に結合していることである。但し、二四二条但書の説明はほとんどなされていない。

② 取引観念説（末弘説）―BGB附合規定の参照^⑥

この説は、「取引観念上の独立性」、「接合の結果取引上独立性を失うに至ったか否か」を附合成立の基準として持ち出し、当時の通説と異なり、物理的接合の程度は、取引上独立性を失うか否かについて判断する資料にすぎず、これのみを独立的標準として附合の成否を決するのは誤りである。それは独立性を決する極めて重要な資料であるが、唯一の基準ではないとした。^⑦従って、接合の程度が極度に小さいにもかかわらず取引の通念上独立性を失う物と考えねばならない場合（その例として瓦）、他方、接合の程度が極度に大きいにもかかわらず取引の通念上依然として独立性を有する場合（その例としてコンクリート建物）、があるとした。そして、かような考えを採る理由として、ドイツ民法の規定を参照している。すなわち、通説は不動産の附合について、その基準として二四三条の不動産の規定を類推すべきだとするが、かような解釈は誤りだとし、その根拠として、ドイツ民法が附合について、九三条において一般規定を設けているのにもかかわらず、さらに土地の「重要な構成部分」について列挙的な特別規定（九四条）を設けている点を挙げる。すなわち九三条の一般規定だけでは、不動産の特質上、何が「重要構成部分」であるかを明らかにし得ないから、特に列挙的方法によってその決定を容易にさせるのである。例えば、植栽については、植栽後に根付いたか否かという基準は曖昧だから、植栽によって直ちに「重要構成部分」となることを規定しているのである。日本民法二四三条の不動産の附合についての基準は、その性質上不動産の附合に適合しないのであると述べる。^⑧

以上から、不動産に接合した物が附合によって不動産所有者の所有に帰するか否かは、その物が接合後依然として取引上独立性を保有するか否かによって定まる。この基準に従えば、日本における建物、樹木、苗、播かれた種子などは、権原の有無にかかわらず、独立性を有するものとされる。「作物は苗乃至種子の時から成熟収穫の時に至

るまで経済上全然独立の存在を有するものであって、全く附合原則の適用を受けざるものと解するを正当とする⁽⁹⁾。逆に、取引の通念上独立性を失ったと認められる場合には、接合の程度如何にかかわらず、附合する。例えば、畑に施された肥料、客土、壁に塗りこまれた石灰などである。

かくして、この考えによれば、附合には、二種類あり、第一に不動産に合体してその「不可欠的部分」になった場合、すなわち「附属」以上に接合した物は、権原による附着といえども二四二条但書その他の収去権に関する諸規定⁽¹¹⁾に基づき収去することはできず、費用の償還のみであり、第二に、単なる附属の場合には、権原の有無による⁽¹²⁾とされる。

この説は、当時問題となっていた法律問題に対処するという実践的性格を強く持っていた。すなわち、第一に、この観念によって、農作物を土地から独立化させること、第二に、建物増改築部分に対する別個の権利を否定すること、にあった。

この第二の点は、附合の成立範囲を拡大するという意味で、ドイツ不動産附合法規定の援用がまさに適合するが、第一の点は、ドイツ法では土地利用者の権原の有無（九五条）、または果実収取権の有無（九五三条以下）で判断されている点、建物はまさに土地の附合物の典型である点（九四条一項）で、日本法と前提が異なる⁽¹³⁾。

この説の特徴はさらに、不動産の附合を動産の附合と区別して、取引観念上の独立性という基準を定立し、それによって個別類型的処理を意図していた点、その発想はドイツ民法の規定の仕方を参考に行っている点である。すなわち、不動産の附合を動産の附合と対立させ、前者の附合基準がそもそも物理的接合の程度に尽きない特殊性を有していることを認識させたことに、伝統的通説を越えた新しさがあり、日本の附合法学説史上意義がある。また、かような発想をとることの必然として、結合の程度に従い附合を二種類に分け、結合の程度が強い場合には収去を

否定する附合二分説⁽¹⁴⁾（のちの学説における強い附合・弱い附合の分類を想起させる）に至っていることも注目される。

さらに、附合の効果として、「苟も附合している以上原所有者には収去の権利もなく又其義務もない」として、当時の不動産利用者の保護の必要性を前にして、不動産所有者からの除去請求を制限し、補償義務を課することを附け加えた。⁽¹⁵⁾

③ 取引安全説⁽¹⁶⁾

この説は、附合成立の基準として、伝統的通説からは「外形的一画一性」の基準を受け継ぎ、取引観念説からは「取引観念上の独立性」の基準を継承した。制度趣旨としては、ドイツ法に由来する一物一権主義を附合制度とはじめて結び付け、所有権の客体の範囲の明確化、ならびにドイツ民法第一章案理由書を引用しながら取引の安全を提唱した。⁽¹⁷⁾

しかし、制度趣旨が取引安全でありながら、附合の成否を判断する基準は、「通常独立に取引されるか否か」というような、個々の紛争ごとの具体的基準であるため、必ずしもこの説によって、取引の安全が促進される結果を導くわけではなかった。

④ 新通説

この説は、伝統的通説の修正として現れる。その特色として、具体的思考化が顕著である。まず、伝統的通説の基準である毀損の有無に、「取引観念上」という要素を加味し、基準を緩和した。第二に、借家の増改築について、取引観念説からの批判をうけいれて、一体化を認め、その構成として、構成部分と非構成部分の分離により、前者に当たる場合には、そもそも但書による所有権留保は認められないとした。第三に、取引観念説を批判し、無権原

耕作での農作物の附合を肯定する伝統的通説の立場を擁護した。又、取引安全説に対する批判として、取引安全は公示・公信の原則によるべきであつて、すでに但書の内容は外形的画一性、強行法規性と矛盾しているとした。

以上の概観を前提として、不動産附合法の制度趣旨を検討してみる。これは二つの見解の対立に単純化できる。

すなわち、社会経済的利益の維持にそれを求める見解（通説）と取引安全の保護にそれを求める見解（取引安全説）である。

〔社会経済的利益の維持という命題の検討〕

前者はこの制度の起源であるローマ法において、この制度に公法的規制の意味が含まれていたことに由来するが、現在ではこの意味は、当事者間に合意が存在しない場合というように最小限に限定されなければならないと考える。なぜならば、合意が存する場合には、このような利益の維持は必ずしも保障されないからである。⁽¹⁹⁾

社会経済上の利益の考慮という制度目的は、この目的の実現が、相当程度まで確實で、徹底したものでない限り、むしろ所有権取得者の利益のみが浮かび上がり、かえって一般の規範意識に反することになる恐れがある。土地所有者が附合した物を自己の所有物として、別個の経済的利益のために、自由にこれを収去する可能性までは防げないからである。二四二条但書の場合も、権原となる利用権の存続についての保障が行われない限り、土地上に自己の所有物を保有できても土地所有者側からの除去請求に服せざるを得ず結局は分離せざるを得なくなり、社会経済上の利益に対する考慮もその限りで重大な限界に直面する。つまり利益保持を実現するための方法についても、同様のことが言える。従つて、社会経済上の利益の考慮の観点からすると、当事者の意思を無視して所有権の得喪を生じさせる附合制度は、その目的自体に存する問題と、この目的の実現の不徹底さゆえに、技術的手段としては行き過ぎではないかという疑いがある。このような判断からすれば、附合制度の運用において、附合の成立する場合

を嚴格に限定してゆくことが望ましいと考えられる。⁽²⁰⁾

むしろ、物理的結合前の事情、結合の際の事情、結合後の事情がその結合体の運命に総合的に影響を与えるといわねばならない。そして、その際に基本に置かれるべき原則は、ある者の所有物がその者の意思に基づかないで他の者に帰属せしめられることは例外的事態としてのみ容認されるという観点⁽²¹⁾である。また、そう解することによって物の結合という経済活動にとって偶然的・外在的要素を緩和し、附合法を取引法の中に位置づけることができる⁽²²⁾からである（私的自治原則の最大限の保障）。

II 取引法秩序の中への位置づけかた

かくして、問題は附合法を如何に取引法秩序の中に位置づけるかであるが、これについて、考え方が分かれうる。⁽²³⁾ 附合制度に取引安全の機能をも一部分担させる考えとして、物の結合を動産の附合の基準と同じ基準で二分し、「結合した諸部分について所有者を異にすることが一般に考えられない状態になった場合」、この場合には第三者はそのような外形に対する信頼を保護されてしかるべきであるから、この部分を第三者は、即時取得の場合よりも強い第三者保護として、主観的要件を要せずして、附合（あるいは一物であること）の効果として取得する。その際、当事者が例外的に所有権留保をその部分にすることはできない。そのような結合には至っていない場合には、当事者は二四二条の但書による留保が認められる。そして、この場合についても第三者の保護は必要であり、即時取得の準用として処理される。⁽²⁴⁾

これに対して、結合物を二分することをせず、物の部分の帰属はあくまでその結合物を「権原」によって附着させたかどうかの判断につきるとして、第三者の保護は九四条二項の類推適用に依拠する⁽²⁵⁾という考えがある。ここで

は、附合を当事者間の問題として一貫させ、第三者保護はすべて附合制度に外在的なものとして処理される。法的構成としては最も簡明といえよう。しかし、独立性が識別できない程度の結合についても、後述の瀬川説と異なり、なおその部分についての所有権留保が肯定される（と解される）ことには、疑問が残る。

〔附合制度の適用範囲〕

以上の検討から示唆されるように、附合制度の目的をいかなるものと理解するかという問題はさらに派生して、この制度の適用範囲如何という問題を生ぜしめる。

〔当事者関係と第三者関係を区別して処理することの必要性〕⁽²⁶⁾

附加当事者間で争われる場合には、問題は少ない。ここでは、通説の言う、社会経済的利益の保護という趣旨は一応貫徹できる。しかし問題は、結合物について、第三者がかかわる場合である。典型的には、結合物を形成する一部のみを所有する者（売主）が、結合物全体を処分したところ、その相手方（買主）がそこに無権利者の処分が含まれていることを知らなかった場合である。⁽²⁷⁾ここでの利害状況は、第三者保護の基準として考えれば、第三者からみた外形性、一般取引上、各部分が所有者を異にすることのないような結合物であれば、それについて、例外的に所有権留保を認めることは妥当でないということである。

（１）高 島 説⁽²⁸⁾

この説は、取引安全説の再構成とも評され、附合制度に取引保護の機能をも一部分担させる考えである。前述の程度の結合状態にある結合物となったことあるいは独立した所有権成立の可能性の有無を附合成否の基準とする。例えば、動産であれば、二四三条の程度に達した場合、不動産であれば、結合した諸部分につき所有者を異にすることが一般に考えられない状態になった場合（例…肥料、土砂、独立の所有権の対象となり得ない部分が建物に結

合せしめられた場合）であり、この場合には、二四二条但書による留保自体認められない。逆に、但書により留保が認められる物については、権原の有無を問わず、附合の成立は否定されるべきであるとする。但書の適用される場合の第三者の保護は、対抗問題として処理するのではなく、即時取得の準用による。従って立木取引における明認方法や登記は、それ自体対抗要件ではなく第三者の善意・無過失を判断する材料の一つにすぎなくなる。

当事者関係については、詳しく言及されないが、⁽²⁹⁾当事者間では合意が基準であり、それによって附合法の強行性も限界があると述べていること、附合の効果をできるだけ制限的に解釈すべきことを主張することからすれば、後述の瀬川説と同様に解される。

(2) 瀬川説⁽³⁰⁾

(a) 適用領域の確定⁽³¹⁾

附合制度の適用範囲を当事者間にとどめ、第三者の保護は公示・公信制度にまったくゆだねるものである。この考えは、ある意味では、通説と取引安全説を止揚した考えである。また、紛争を附加物の所有権が争われるものに限定し、収去、求償の問題を二四二条の適用領域から排除する。また、二四二条本文を絶対的に所有利益の主張を禁止するものと解し、本文に費用償還理論の役割を果たさせる。

(b) 附合の根拠

民法上の制度として純化すべきで、公的利益の考慮は公法にゆだねる（建築基準法など）。社会経済的価値の保存という命題をより具体化する必要がある。それは権利濫用の禁止である。動産の原所有者からの無益な収去の主張は認めない、同時に収去によって不動産所有者に不当な不利益を与えないというのが、その具体的な内容である。言い替えると、収去が認められるためには、

① 分離によって動産所有者が得る利益が収去しない場合に得る利益より大きい場合で、

② かつ、不動産所有者が分離によって被る不利益が分離しない場合に被る不利益を越えない場合、

という二つの条件を同時に満たす場合にはじめて収去が認められる。逆に満たさない場合には「権利濫用の禁止」が働いて、収去は認められない。なお、この制度趣旨である「権利濫用の禁止」はあらゆる紛争当事者間に妥当する^{③2}。また、この制度趣旨は附合当事者間の利害を調整するものだから、絶対的ではない。附合法は、附合の成否の点でも、生じた物の帰属の点でも、任意法規と解すべきである。従って、帰属について明示・黙示の合意、または慣習がある場合には、それにより、それらがいない場合にはじめて適用される^{③3}。

但し、この条件式で考慮される要素は当事者の帰責性をも含む広いものであることに注意する必要がある。その意味で、「分離可能」性あるいは「附合」の成否は、物理的外形、機能的関連性の枠を越えている。

先に示した二つの条件式は、より詳しくは以下のように説明されている。まず、動産の原所有者からの無益な主張を認めないという点から、

(1) 動産原所有者が分離によって得る利益 $\wedge$ 分離しないときに得る利益

の場合には、附合が成立し、ここでの「分離によって得る利益」は以下のようにさらに分析される。すなわち、物自体の価額(a) - (分離による減価(d) + 分離費用(e) + 不動産の原状回復費用(f)) となる。「分離しないときに得る利益」は、求償額(g) に等しい。従って、 $a - (d + e + f) \wedge g$ の時に附合する。

同様に、(2) 不動産所有者に不当な不利益を与えないという点から、

不動産所有者が、分離によって被る不利益 $\vee$ 分離しないときに被る不利益

の場合には、附合する。そして、前者は、不動産の原状回復費用(i)、後者は、補償額(k)、動産附着により得る

利益(1)とされる。従って、 $\neg \vee \neg$ との時に附合する。

つまり、この二つの条件式のどちらかが成立すれば、附合は成立し、分離請求は許されないことになる。また、d、e、fは、原則として、分離請求をする動産原所有者の負担となるが、例外的に附着について帰責事由のある者が他に存在する場合(例として不動産所有者が盗み出して附着させた場合を挙げる)には、その者にこれらの経済的負担を転嫁できるので、「d、e、fはその分だけ小さくなるので、分離請求はより認められやすくなる」とする⁽³⁵⁾。附合の基準は、画一的ではなく、当該附着に関する両当事者の帰責性の大小の関数として考える。二つの条件式は、両当事者に帰責事由がないか、同程度の帰責事由のある場合とする。

この条件式について若干の検討をしてみる。括弧で引用した部分から推測すると、帰責事由がある者に、これらの費用を全部負担させるわけではないように読めるが、そうすると、これらの条件式は、d、e、f、iなどの要素が帰責事由の存否・程度に応じて連続的に変化すると考えられ、その判断は裁判官に任されることになろうが、当事者からすれば非常に予測が立ちにくいものとなるのではないか。そうではなくて、仮に帰責事由がある者に全額負担させるとしても、以下の理由から、第二の条件式は不必要ではないかと考えられる。

すなわち、ありうる場合は、

- 一、原所有者に帰責事由がある場合、
 - 二、第三者に帰責事由がある場合、
 - 三、不動産所有者にある場合、
 - 四、当事者にも(もしいるとすれば)第三者にも帰責事由が存在しない場合、
- に分類される。

そして、一、の場合には、第二の条件式の i は、不動産所有者が負担すべきではなく、一層強い意味で原所有者が負担すべきであるから、ゼロとなり、また、 k 、 l の要素については、利益の客観的算定がなされると、 k は l と異なるかも知れないが、不動産所有者にとつての主観的利益算定をするとすれば、両要素はイコールとなるはずである。自ら招いたのではない利益の償還については、義務者の利用可能性が考慮されることはむしろ一般的であろう。そうすれば、附合の成否は第一の条件式で判断すれば十分となる。なお、この場合には、不動産所有者から附着者に対して、通常、不法行為に基づく損害賠償請求、あるいは物権的妨害排除請求が成立するから、特に後者が主張される限りで、このような利益衡量は、無視されることになる。

二、の場合には、第三者が d 、 e 、 f 、 i ($\parallel f$) の費用を負担すべきであるから、これらの要素は、ゼロとなる。

そうすると、第二の条件式は、 $\neg \wedge i$ の場合、附合が成立することになるが、第一の条件式が成立していないのに、こちらの事実のみによつて、分離請求が排除されてよいのだろうか。この場合、不動産所有者は、不動産の原状回復費用を負担しないので、補償額が動産附着により得る利益より小さいことは意味を持たないのではないか。また、この場合には物権的妨害排除請求は、成立しないと解すべきであろうか。

三、の場合には、そもそも不動産所有者に帰責事由がある場合であるから、不動産所有者保護をねらいとする第二の条件式は、不必要であろう。

四、の場合には、瀬川説がこの条件式で唯一念頭においた場合として考慮に値しそうであるが、ここでも、原則的負担者が原所有者である以上、一、の場合と同様となる。

以上で、附合の成否は、原則として、第一の条件式、すなわち、動産所有者による分離請求が経済的に合理的な

行動かどうかのテストで決まるといつてよいのではない。不動産所有者の保護は、不動産所有者の除去請求が成立することを前提としてそれを行使するか否か、償還に應ずるかの自由な選択に任され、除去義務はさらに、附着がいかなる費用と評価されるかで異なろう。

さらに、附合の成否あるいは分離請求の可否について、当事者の帰責性が総合的に考慮されとした場合、当事者間で附合法以外の規範、例えば、不法行為、物権的妨害排除請求権などに基づく調整が問題となった場合、それらとの関係はどうなるかが疑問として残る。後者で帰責性が当然考慮される以上、前者においては考慮されないのか、あるいはその考慮は重畳してよいのかということである。瀬川説は重畳して考慮するように解されるが、そういう処理は紛争処理の決定基準としていたずらに複雑過ぎはしないだろうか。

(C) 附合の基準

成否の基準は二四三条と同じで、附合の成否についても生じた物の帰属の点でも任意規定と解する。

但書の適用の可否の基準については、独立性を識別できない場合かどうかで判断する（独立性の識別可能性⁽³⁶⁾）。

識別できる場合は二四二条但書の留保も有効であるが、識別できない場合（肥料、微少な種子、壁塗り）は留保することは当事者間でもできない。先の設例（不動産所有者が、留保されている部分をも含めて売却した場合）で言えば、分離可能な場合には、第三者は、即時取得⁽³⁷⁾による保護を受けうる。分離不可能な場合には、動産ではないので、即時取得は成立しえないが、他方別個の所有権を承継人に対して主張することは権利濫用禁止の趣旨が働くので、原則としてできない⁽³⁸⁾。但し、承継人が合意に基づく別個の所有権を知っていた場合には、その所有権を主張できる⁽³⁹⁾。

また、附合の問題を、収去権、収去義務、求償の問題と関連づける発想を三位一体論と称し、かような枠組みを

解体し、それぞれの効果ごとに解釈論を構成すべきだとする。⁽⁴⁰⁾

この最後の点に関しては、付加物の法的帰属自体から、法的効果が必然的に演繹される範囲をできるだけ限定するという趣旨において、評価されるべきである。しかし、分離可能性、付加物をいかなる「費用」の種類と解するかによって、当事者が行使し得る手段が限定されてくるといふ意味で、⁽⁴¹⁾それらは連動しているのではないだろうか。以上の二つの見解を要約すると、以下のようにまとめることができる。

高島説

I 独立した所有権成立不可能（二四三条の基準と同じ）

但書による留保は認められない（取引安全保護の徹底、主観的要件なしで第三者は保護される）

II 可能（二四二条但書で留保できる程度の結合）

この場合にはそもそも権原の有無を問わず、そもそも附合不成立

第三者の保護は、結合している限りで善意取得の準用

瀬川説

I 分離不可能（二四三条） 附合成立

(1) 独立性識別不可能

留保不可

(2) 識別可能

(i) 留保せず 附合

(ii) 留保 第三者の悪意を要件として主張可能

II 分離可能 附合不成立

第三者は善意取得可能

両者の考えの相違を検討してみると、まず、どちらも、附合の成否の基準の出発点を動産の二四三条においている。そして、その基準に従い、附合が成立しない場合には、どちらも、善意取得により第三者保護がはかれる点において、同じである。異なる点は、附合が成立する場合において、高島説では、取引安全の趣旨から、この附合部分についてはその部分を留保し、第三者にその権利を主張することはそもそもできないのに対して、瀬川説においては、そのような基準で附合が成立する場合においても、その付加物について、独立性が識別できる限りで、原所有者の所有権留保を認める点である。ただ、この留保を第三者に主張できるためには、第三者の悪意を要件とする。附合法の適用範囲をできるだけ制約的に解し、当事者の合意を、取引安全と調和する限りで、できるだけ尊重するという点では、瀬川説の方が一歩進んでいると評し得よう。もともと両者が留保不可能な場合に挙げる例は同じである。ここにおいて、概念・言葉が社会的事実をとらえるあるいは分類することの困難さが示唆されている。ただ、従来の通説が、強い附合・弱い附合、または本質的構成部分、非本質的構成部分として理解してきたものに対応するのは、瀬川説の、独立性識別不可能と可能の分類ではないだろうか。

瀬川説は、附合法を当事者関係を規律する法と解すべきとして、⁽⁴²⁾ 对第三者関係は一般の公示・公信の諸原則の適用問題に解消されるとし、その詳細な検討がなされている。

しかし、そう解する理由は、先の例によれば、附合法が对第三者関係をとらえるか否かによって、一方では附合の効果として主観的態様をとわず一律に保護され、そうでないとした場合には、第三者の主観的態様を考慮した処理が、公示・公信の諸原則の適用によって可能だと解するからなのであろうか。しかし、主観的態様の考慮が附合法の適用と矛盾するのであろうか。⁽⁴³⁾それは物の結合から生ずる特殊性によって変容された取引安全の制度と解せられないであらうか。⁽⁴⁴⁾もしそう解することが可能ならば、附合法を社会経済的利益の維持と考える見解と取引の安全と考える説は、いわば、財産法の一制度としての附合法が、当事者関係と第三者関係で示す二つの異なる側面にすぎないので、それをどちらかに二者択一的に限定することがそもそも不自然な発想ではなかったかと考えられる。実際、瀬川説においても、上述したように、附合第三者間の紛争において、附合の制度趣旨である「権利濫用の禁止」原則をまず第一に考慮しているのである。これは取りも直さず、この限りで取引安全説的な処理すなわち附合法規範の適用をしていることになるのではないだろうか。

第2節 結合基準、その二重性

ここまでの検討によって、附合制度の適用範囲の画定において、いかなる程度の結合を附合制度に取り込むかが中心的問題として現れてきた。現在のドイツ民法における附合をめぐる議論は必ずしもクリアーなものではない。その原因を考えると、沿革的なものに由来する部分が大きいに気づく。本章はドイツ法の附合、広くは物の結合に関わる諸制度、諸概念相互の関係について、その沿革を検討するという方法によって、その混乱のよってきた原因、その整序の方向をさぐるものである。この作業は同時に、やや違った次元においてではあるが、同様の諸概念を有し、制度理解についてもなお議論あるいは未解決の部分がある日本法の解釈論に対しても示唆を

与えよう。この点に関してドイツ法を参照すると以下のような概観がえられる。⁽⁴⁵⁾

I 構成部分と従物の分化

1 概観

ローマ法においては、現在の意味での構成部分、主物・従物などの概念は存在しなかった。それは、構成部分と従物という概念の形をとらず、*pars, quasi pars, fundi est, aedium est*（一部、一部のように、土地に属する、邸に属する）など多様な表現で現れた。他方では、単一物、合成物、集合物という物の分類が一部でなされていた。中世において、*(pertinco*（属する）に由来する）*pertinentia*という概念が現れたが、これは今で言う構成部分と従物を包含するものであった。⁽⁴⁷⁾

ローマ法源が以上のような状況である以上、すなわち物の結合についての法的処理の基準は、売買もしくは遺贈に際していかなる範囲の物がその処分の対象に含まれるかという個別的判断の集積の形でしか存在せず、また一体的処理についても、構成部分と従物の分化がなされていない以上、そこでの一体的処理がいかなる基準でなされているかについては、後代の解釈にゆだねられていた。そして、実際、調整的解釈の試みは多くなされてきたが、結局は整合的理解は無理であった。むしろかような法源の整合的解釈の過程で今日の諸概念が生まれてきた。古い概念系列が解消する経過と、構成部分と従物の対概念が成立する過程は並行して、ドイツの判例・学説において一九世紀全般にかけて進化した。パンデクテン法学においては、総則において、ローマ法文に依拠した、物の三分類⁽⁴⁸⁾、物の属性論としての、物の分離可能性（*Teilbarkeit*）、付加物（*Nebensache*）の叙述がなされ、その中で構成部分と従物が分離し始める。他方、物権法の分野で、所有権取得原因論の中において、そこでの *Akzession* の要件とし

て、先の総則での諸概念が援用される。この両分野の体系的、概念的関連性の意識の程度は各論者によって多様な様相を示す。そこにおいて、所有権取得原因の観点から、構成部分概念と附合論が結合した⁽⁵¹⁾。ここでも、ローマ法源における *accessio* の多義性から、物結合に基づく所有権取得原因としての *Akzession* への純化、限定化が生じた。

2 その前後

ゲスタディング (*Gestding*)⁽⁵²⁾ (1817) は、ローマ法における一体的処理、あるいは中世以来 *pertinentia* と呼ばれてきたものを、さらに細分化することを主張した。すなわち、*Pertinenz* 一般の中で、主物とより緊密な関係を有しているようなものを *wesentlicher Teil* と呼んだ。彼は、D. 50, 16, 245 (*Pomponius*)⁽⁵³⁾ の法文を出発点として、従来この法文を根拠に、全体の完成に必要でない物は、例えば装飾物は、従物でないと理解されてきたが、それはまちがいであり、ここでポンポニウスは、全体の完成に必要でない物は、なるほど家の *wirkliche Teile* ではない、従って *wesentlicher Bestandteil* ではないが、固定されている限り (*befestigt*) 従物ではありうるというのだと解した。

従って、従物であるためには、ある物が全体の完成に (*zur Perfection des Ganzen*) 必要であることは要求されない。全体の完成に必要な物は、まさに *integrierender Theil des Ganzen* を形成し、真の従物とは区別されねばならない⁽⁵⁴⁾。

そして、自己の解釈論として、建物の従物とは、建物全体の完成に属さないが、建物に結合または一体化しているすべてのものと定義した。

彼の功績は、従来の、(現代法での構成部分と従物の両者を含んだ意味での) *Pertinenz* の中で、主物との緊密

性に応じて二種類の物があるとした点であると評価されている。⁽⁵⁵⁾ もっとも、彼はなお構成部分と従物を含めた意味での広義の *Pertinenz* を同時に *Teil* とも呼んでおり用語の点でなお不徹底である。

従物は、主物の *Accessorien* または *Theile* であるから、それらは主物の運命に關与する。⁽⁵⁶⁾ だから、それらと、物全体の *wesentliche Bestandteile* を構成する物との間には法の領域においては相違は存在しない。

さらに、この二分類の主張は、両者において、そのもたらす法律効果が異なるという趣旨で主張されたのではない点に注意する必要がある。彼はこの分類の主張の後に、続けて、先の引用が示すように、しかしこの両者の分類は実際上の相違を法の世界においてもたたらさない、と述べているからである。

彼においては、本質的構成部分を形成しないもの、すなわち非本質的構成部分は従物といってよいだろう。そして、後者には、後代においては構成部分に含まれると解されるような結合物も含まれていたことに注意する必要がある。

フンケ (Funke)⁽⁵⁷⁾ (1827) はゲスタディングの影響の下にさらにこの分化過程を展開させる。

ある物は、全体の完成がその個別的性質や用途に従い、その物の寄与に条件づけられている場合には、その本質的部分とみなされる。主物の完成には属さないが、全体とまたは全体の目的と関連している場合には、従物である。……

分離不可能な形で結合した物は、その物の部分として、しかも従物ではなく、むしろ真の部分としてみなされることは事物の本性に存する。しかし、分離可能性の概念の決定においては、必然的にも単に有体的関連のみならず、同時にその他の関連をも考慮せねばならない。というのは、この概念も一般には、結合物の分離によって主物の破壊または毀損が生ずることに由来せざるを得ないから。しかし、この点は、分離される対象が、いかなる価値を有するか、いかなる重要な目的に役立つかに応じて、非常に多様な光の下で現れざるを得ない。⁽⁵⁸⁾ (傍点は引用者、以下同様)。

何が、建物の *Hauptteil* であるかが、従物との間の限界線を判断しうるために問題となる。先の一般的考察によれば、それは、建物という概念の完成に属するか、または建物と分離不可能な形で結合している物である。……本質的構成部分のほかに、ここに含められるものは、

①家を、その目的のために有用にするように定められた、分離不可能な形で付加された設備。

②分離可能ではあるが、同時に、建物の概念に本質的に属する個々の建物部分の完成、完全化に役立つ設備、すなわち窓や戸がこれに属する。

③なるほど本質的目的を伴わないが、建物と分離不可能な形で結合した物すべて。

一般的には、このような規定はこれ以上詳しく把握できないだろう。しかし、建物の部分と従物の間の限界線も実際上の影響はない、というのは、法的関係はどちらも同じだから。より重要な問題は、従物というカテゴリーに含まれない物との対比で、建物の従物とは何かである。私は、先の一般原則に基づき、建物との関係から以下のことがわかるもので、建物から分離しうるものすべてを含める、すなわち、

(a) それらが、建物をその用途のために使えるようにすることに役立つもの、例えば、暖炉。

(b) 建物自体の理由で、建物に自ら役立つかまたは単にそれを装飾するために、建物と結合しているもの、例えば、避雷針、雨どい、彫像。

(c) 建物の有用性を一般的に、高めるもの、すなわちそれらが建物保有者と関係を持つか、またはある営業、取引に属するものとがないもの、例えば、時計、鐘。

彼においては、ゲスタディングのように、*Theil* = *Pertinenz* ではなく、*Pertinenz* は *Hauptteil* と明確に対比されている。しかし同時に *Hauptteil* と *wesentlicher Bestandteil* の関係は明確ではない。後者が前者の概念に含まれることは明らかであるが、それ以外のいわゆる非本質的構成部分においては、全体の完成概念すなわち機能的モメントと物理的モメントが混在している。

彼においては、不動産同士の附合の場合には、一方が他方にとって本質的であるかどうかで、部分かどうかが決

定されるが、不動産と動産、または動産と動産の附合の場合には、任意の根拠に由来することができず、ある関係が存在することが必要だとして、完成に属するかどうかの点のほかに、物理的結合を併記している。ここには、不動産の附合（構成部分）に特有の機能的モメントと物理的モメントの並存が示唆されている。⁽⁶⁰⁾この点で、本質的でない物理的結合物をなお本質的構成部分ではなく、従物に分類していたゲスタディングと対照的である。しかし、同時に物理的モメントにおける分離不可能性の内容も個別的機能性の考慮が必要となることが示唆されている。

3 ヴェヒタ、コーラー

このような状況を飛躍的に進めたものとして、ヴェヒター (Wächter) ⁽⁶¹⁾ (1839) の主張がある。彼は、普通法学の枠内ではじめて、構成部分と従物の分類をその法律効果の相違に基づいて、とりわけ、強制執行に際して、両者が被る影響の差に応じて分化させた。そして、その際、構成部分の定義において、結合の有体性を前面に押し出すことによって、構成部分概念と、(所有権の取得原因としての) 増加 (Zuwachs) 概念を一致させた。

彼は物の章において、物の結合と物相互の関係の節を、⁶²⁾ a. *Sachgesamtheiten* (§ 39) b. *Haupt- und Nebensachen* に分け、後者をさらに、aa. 狭義での *Nebensachen* (物の構成部分、真の *Zuwachs*) (§ 40) b. 従物 (§ 41) と細分する。

aa. での定義は以下のようである。

これらは、主物の眞の構成部分であり、主物と物理的に結合して物を生み出し、主物との眞の物理的增加 (Zuwachs) として現れるようなものである、それが、全体の完成に属するか (integrierende Teile) または少なくとも全体と、一体性 (Körper) を形成し、この結合によつて、その独立性を失うのであれ、そうである。

このような定義は同時に、物の分離可能性における以下のような説明(843)と合わせて理解されねばならない。

あらゆる物は、取引において、部分の価値が何らかの意義をもつ限りで少なくとも自然的に分離可能である。しかし、複数の者が物の分割について相互に対立し、その際一人の関係者が一方的に行使し得ることで、法的調整が問題となる限りで、物の分割可能性は単に物理的に可能かどうかで決定されず、私法においては物の意義はその価値と有用性に依存するから、分離にもかかわらず、物の本質と価値が保持される可能性により決定されねばならない。

この立場をより洗練させた者がコーラー(Kohler)⁽⁶³⁾(1887)である。

その反面で、機能的関連性に基づく部分的一体的処理としての従物概念の意義を認めなかった者もいる。例えば、ヴィントシャイト(Windscheid)⁽⁶⁴⁾は以下のように述べる。

構成部分の法的関係は、従物のそれとは全く異なり、ずっと広範に及ぶものである。構成部分はあらゆる点で全体物の権利に従い、従物は本文で述べた点「ある物についてなされたすべての法的処分―引用者注」においてのみである。

ヴィントシャイトはここで、両概念の機能的相違をはっきりと認識しているにもかかわらず、他の箇所ではその根拠を最終的には意思表示の解釈問題に解消し、同趣旨の見解として、ゲッペルト(Göppert)⁽⁶⁵⁾、ベッカー(Becker)⁽⁶⁷⁾を引用する。また、従物とそうでない物の区別につき、多数のローマ法文を引用した後でこう語る。

その限界は、事物の性質に応じて、流動的であり、まさに取引觀念に従つてのみ、画しうる。それだからこそ、ローマ法は非常にはっきりと土地属具を従物の概念から排除しているのであるが、これに対してドイツ方法ではしばしば逆のことが定められている。⁽⁶⁸⁾

これは、ヴィントシャイトがローマ法源の拘束を第一に尊重するゆえの限界であろうか。あるいは、同注で、Wächterが従物を狭義と広義に分類し、当事者の特別の合意が存在する場合をも広義の従物に含めることなどの、従物概念の拡散化、に対する警鐘であろうか。

4 諸概念と体系の関連とその変動

この過程は、機能上の一体的処理概念から物理上の一体的処理概念が分化してゆく過程と称することができよう。⁽⁶⁹⁾しかし、この分化の過程において、最後まで、それどころか現在までその当初の関連性は断ち切られていないことに注意せねばならないだろう。ローマ法源⁽⁷⁰⁾の表現に依拠した *perfectio integri* (統合物の完成) 概念が、普通法における *wesentlicher Bestandteil* の内容規定、ひいては部分草案や、BGB § 93 に結実する本質的構成部分の定義に最後まで影響を与え、またそれは、「機能上の一体的処理」という基礎の上に、「物理的結合モメントの強調に基づく一体的処理」概念を分化させてきた以上、後者の概念内容にもなお、前者が影響を与え続けることになるからである。⁽⁷¹⁾他方では、ローマ法では一体的処理から排除されていた *instrumentum* が、従物概念の中に含まれていくことで、従物概念も膨らんでいき、⁽⁷²⁾機能上の一体的処理という観点が、当時の経済的要請、信用取引の要請に応える形で、農業あるいは営業用建物の設備において徹底化され、当事者の特別な合意を広い範囲で不要なものとさせていくことになる。⁽⁷³⁾そして最終的には、当事者の意思を離れた客観的一般原則化の反面として、逆に除外の合意を必要とするにいたる。⁽⁷⁴⁾

他方、部分草案に始まるドイツ民法典成立の過程において、構成部分と対応していた附合論、費用償還論は、第一草案以来の収去権の導入とその適用範囲の拡大によって、やや混乱することになり、その影響は彼の地での現在

の解釈論の悩みの種にもなっている。⁽⁷⁶⁾ すなわち、附合論、費用償還論が収去権と一般的に結合し、形式上は一般的に競合が可能となり、収去権の適用範囲の実質的制限が必要となっている。⁽⁷⁷⁾

この過程をもう少し詳しく検討してみることしよう。

II 附合制度の中での変遷

検討は、普通法学説、部分草案、第一草案以降の順になされる。⁽⁷⁸⁾ あらかじめ大ざっぱな概観をするならば、普通法における（ローマ法源の不明瞭さに由来する）学説の不統一を解消する目的で、部分草案は一応論理的に整序された体系を打ちだしたのだが、⁽⁷⁹⁾ その構想はドイツ民法第一草案以下の起草過程で修正をされていたのである。

1 普通法

普通法の学説の状況を概観するならば、まず附合については、不動産の附合と動産の附合を区別し、それぞれにおいて具体的な対象別に叙述がなされるという体裁を多くはとっている。不動産について言えば、漸次の寄り州（Alluvion）、急激な寄り州（Avulsion）、植栽、播種、建築、ぶどう畑の支柱などが列挙されて説明される。これらの紛争対象は、ローマ法源で言及があるものに当然のことながら限定されているが、その中でも重要なものとして、建築の場合が詳しく言及されている。⁽⁸⁰⁾

すなわちここにおいて、結合が毀損なしに分離可能な場合は、付加した者が主物を占有しているか否かに応じて、占有している場合には、自ら分離することができ、もはや占有していない場合には、提示訴権（*actio ad exhibendum*）によってまず分離を請求し、そののちに所有物返還請求をなすことができた。

【休眠所有権の処遇】

これに對して、毀損なしに分離が不可能な程度に結合した場合には、償還義務のみが成立するものとされた。そして、このどちらの場合においても、附合として所有権の移転効果は生ずる（原所有権が休止するにすぎないか、または消滅という形で）のだが、前者の場合（分離可能な場合）において、①付加された物の所有権は、結合中は単に休眠しているにすぎず、ヴィンディカチオの行使は制約されるが、所有権そのものはなお消滅していないと理解するのか（休眠所有権の肯定）、それとも②いったん消滅して、分離によつて新たに所有権が発生するのか⁽⁸²⁾が争われた。ローマ法源がどちらの解釈をも支持するように分裂していたため、その解釈の体裁を採りながらではあるが。

① 一物一権主義（休眠所有権否定のモメント）

ただ、この論争の基礎には、建物全体としては土地所有者の所有物となるが、材料についての「所有権」は存続するというような表現をとる法文をいかに当時の物権法の体系に整合的に組み入れるかが問題となっていた。当時生成しつつあった「一物一権主義」を徹底させれば、休眠所有権は否定されざるを得なかった。この観点を最も鮮やかに展開するのが、ブリンツ（Brinz）である。

占有と所有権の統一性は、物の統一性と符合するので、從來独立であった複数の物の一体化は通常占有と所有権の変更、しかも法の実定的判断によれば、他方の占有と所有の負担における一方の占有、所有の拡張をもたらす。……物自身が、特に技術的—芸術的結合において、一つの物と考えられ、設計され、実行され、「一つの概念」によつて担われているように、それは一所有権のみを生じ、従来、附加され、織り込まれなどされた物の所有権はもはやそれ自体としては存続し得ない。鍛接（ferrunatio）によつて始めてではなく、結合の分離不可能性では全くなく、Einheitsgedanke が部分所有権を排除

する。……一方が全体物の所有者で、それと並んで他方が部分の所有者であることは理解できない。⁽⁸⁸⁾

② 分離によつて生ずる所有権の説明（肯定のモメント）

しかし、この問題は、他方では、分離後の所有権の発生をいかに説明するか、収去権の性格をどう法的に説明するかという問題とも関連していた。この点を指摘したのが、ウィントシャイト（Windscheid）⁽⁸⁹⁾である。彼は、かつての所有者が分離によつて所有権を取得する点につき、空間的關係の変更のみでは所有権取得原因とはなり得ないと説き、その基礎に、休眠的権利（das ruhende Recht）というカテゴリーを置き、それに基づき、元の所有者がその権利の効力を回復するのだと説明した。⁽⁹⁰⁾

そして、普通法学者は所有権移転の効果が生ずるこの二つの場合のうち、分離可能の場合を通常、unwesentlicher Bestandteil⁽⁹¹⁾、分離が許されない場合をwesentlicher Bestandteil, integrierender Bestandteil, untrennbarer Bestandteil⁽⁹²⁾などと呼んでいた。

但し、以上のような概観は、一応のものである。というのは、ローマ法の法文による拘束を普通法学説は多かれ少なかれ受けていたわけであるが、この法源の拘束力に対する姿勢の差によつて、学説の内容、附合法の要件・効果の説明の仕方⁽⁹³⁾はかなりのバリエーション⁽⁹⁴⁾を示しているからである。

さらに、動産の附合と不動産の附合の場合では、法文の状況が異なり、一般的に附合論を論じにくい状況にあつたことも注意せねばならないだろう。⁽⁹⁵⁾

そういう意味において、先に述べた、附合の成立基準としての、分離可能性の有無も、実は動産の附合の場合を一般化したものといえる。不動産、とりわけ議論された建物建造の場合には、普通法においては、十二表法に由

来する分離請求の禁止（その趣旨は社会経済的利益の保護にあるとされるが）に基づいて、そもそも結合が継続している間は、附着した物の前所有者は分離請求、返還請求をなしえないものとされていたからである。⁽⁹¹⁾

【物的利用権者の場合の附合の例外】

また、不動産の附合については、ラント法上において、物的利用権者は、附合の原則の例外が認められていた。⁽⁹²⁾

2 部分草案⁽⁹³⁾

部分草案においては、普通法において議論があり、その法律構成として対立があつた、前述の休眠所有権の承認の可否について、理論的、実際により簡明なものとするため、休眠所有権という觀念を否定することにした。⁽⁹⁴⁾ その結果、分離可能な結合は、結合はしているものの、所有権移転効果が生じないものとして、すなわちそもそも独立した物として、附合の觀念から排除されることになった。部分草案の所有物返還訴訟（レイ・ヴィンディカチオ）において、占有者に与えられる「Trennungsanspruch (§ 190)」は、ローマ法の提示訴権に対応するものとして理由書において理解されているが、それは所有権移転なしに結合している物の分離を内容としているのである。⁽⁹⁵⁾

この部分草案の段階では、分離不可能であることと（「その物または構成部分が破壊されずして、または構成部分がその本質を変更せずして分離しえない」、§ 6・fester Bestandteil⁽⁹⁶⁾）、附合成立、所有権移転、費用償還成立は相互に結合、連動していたと理解できよう。その反面として、分離可能（losbarer Bestandteil）ならば、附合不成立、所有権移転せず、Trennungsanspruch 成立という図式が成立していた。

部分草案の附合に関する諸規定を概観するとき、取引の安全あるいは、物権の公示に対する考慮が顕著であり、その視点から普通法が修正されている。以下により詳しく検討してみる。

部分草案の添附の規定の末尾におかれた、添附の効果を前提とした当事者の利益調整の規定は以下のように定めらる。

§ 151 §§ 146-150 に従って、所有権を失う者の、喪失を生ぜしめた者に対する、またはその者の財産に物が移転した、その者に対する、請求権は、当事者の特別の法律関係に従い判断される。この際、特に本編の第五章の規定〔所有者占有者関係規定を指す―筆者〕が適用され、かつ、

(1) 所有者自身が自己の物の喪失を惹起した場合には、返還さるべき物に対してなした費用についての占有者の反対請求権の規定 (§§ 185, 186) が、

(2) それ以外の場合には、物の所有権を訴提起のちまたは前に失った、その者の有する請求権についての規定 (§§ 181, 183, 196, 197) が適用される。

理由書は、このような規定をおいた理由を以下のように説明する⁽⁹⁷⁾。まず、添附が生じた際の当事者間の調整として、以下のようなものが考えられるとする。

まず、物権的規律 (die dingliche Regelung) として、第一に共有、第二に、一方に所有権、他方に Pfandrecht, utilis vindicatio が物からの価値の土地債務的取り出しのために与えられる場合、第三に、所有権が一方にある条件の下で与えられ、他方がこの条件が満たされない場合に、所有権を主張できるという場合、がある。これに対して、一方に所有権がなんらの条件や制約なしに与えられ、他方は債権的調整のみを請求しうる場合が、いわゆる債権的規律 (die persönliche Regelung) である。この場合には、他方の寄与した素材は、たとえなお独立の有体的存在を有するとしても、消費または毀滅したものとみなされる。

草案が物権的規律ではなく、債権的規律を最終的に採用した理由を理由書は以下のように述べる。

本草案のように、物権をより厳格に解する場合には、物権的处理に対する疑いは大きくなる。例えば、かつての普通法の支配的見解が認めたように、損失者以外の者が附合を生じさせた場合に、*in illo rei vindictio*を承認し、あらゆる占有者に對して主張可能とすると、今日の取引において特に現れている、物権の公示可能性の努力に反することになる。すなわち、それは所有権に隠れた負担を課することになる。本草案の諸規定は、所有権の探求を限界付け、容易にさせることによって、取引にとって特に重要な意義を与える。人は自己と他人の所有権の確実性を、加工もしくは主物の所有権を知ることによって得ることができる。あらゆる *feste Bestandteile* に対する所有権調査の必要性はかなりの負担となろう。このような所有権確認の容易化を人は妨げてはならない。

さらに、附合の成否についてその際の諸事情を原則として考慮しない理由を、外的認識可能性のない事情に物的権利の根拠付けを依存させ得ないからとする。悪意占有者は物を取り戻しされる前に加工または附合によって、返還を回避できることになるが、調整は物破壊の方法でなされてはならないという附合の命題が残っており、このようなことに對しては、人的義務と公的刑罰で十分とする。

以上によれば、部分草案の立場は明確である。外形的一体性を所有権の調査の基準とし、調査義務を軽減し、取引の安全に資することである。⁽⁹⁹⁾このような理解が、第一委員会による部分草案の審議による修正の結果である第一草案、さらにそれ以降の諸草案段階においてどのように修正されていったのだろうか。

3 第一草案以降

【「本質的構成部分」概念あるいは「分離不可能」概念の統一性の破綻？」】

まず、総則の物の章に規定されている、構成部分の概念はどうであったか。まず冒頭 § 93 において、本質的構成部分の定義を置き、分離不可能な場合に限定する。しかも、理由は説明するが、§§ 94, 95 において、不動産

の附合について特則を置くのである。すなわち、§94において列挙される、土地との緊密な結合物、特に建物、土地の産出物、播種、植栽、建物築造のための物などは、§93における分離可能性の有無と無関係に、ここで列挙されることによって、不動産の本質的構成部分化するのである。⁽¹⁰⁾ その結果、§94の本質的構成部分には、附合の原則は無制限には貫徹しないとされる。従って、§95において二つの附合しない例外（一時的目的での結合、物権の利用権に基づく結合）が不動産に関して規定されることになる。

すなわち、不動産の附合においては、§93の意味における分離不可能な結合と、分離可能な結合が含まれることになった。従って、部分草案において、分離可能性の有無と、所有権の移転効果が連動されていた点は、ここで廃棄され、その限りで、ある意味では普通法の状態に戻ってしまったのである。⁽¹⁰⁾ しかし、もはやこの段階では、普通法におけるような十二表法での分離請求禁止は存在しない。今やその制度趣旨のみが生き延びるのである。

このことはいかなることを意味するか。BGBは非本質的構成部分は当然として、本質的構成部分についても収去権を認めている (§§997, 951)。このことによって、普通法とも部分草案とも異なり、「本質的」構成部分であることと、「分離不可能性」は連動しないこととなった。裏返せば、不動産の附合においては本質的構成部分には、分離が可能な場合を含むことを意味する。その結果、不動産と動産では、概念のつながりが異なり、ずれている。

より詳言するならば、動産では、§93における本質的構成部分の定義がそのまま妥当する。しかし、不動産では、§94において分離可能な結合も、附合＝本質的構成部分化することによって、これらの概念は、不動産の附合において、拡張されている。§93の概念規定を原則と考えるならば、不動産の附合において規律される本質的構成部分概念は、実は実質的には、機能的・経済的の一体処理という意味において、従物的処理に近いことである。他方、§95によって一時的目的での結合、同じく物権的土地利用者による建造物について、附合＝本質的

構成部分の概念から排除されることによって、それらの概念が再び制限されている。すなわち、不動産の附合では附合＝本質的構成部分化は ∞ における意味での分離可能性とは別個の基準（契約関係、結合の目的、結合の果たす機能、個別的類型への着目）で重層的に判断、処理される。ここでは、物理的基準よりも、機能的基準に比重が大きい。⁽¹⁰⁵⁾

以上で述べた不動産の附合についての特殊性は、第2節I以降の叙述で示されているように、むしろ不動産の附合に特有の実際の必要性から生じており、部分草案、あるいはそこで参照された諸ラント法でもすでに共通の理解となっていたことなのであった。すなわち、部分草案でも一見すると物の結合の程度に応じて整合的な体系が形成されたように見えたが、実は不動産の附合の規律においてすでに破綻していたのである。

そうだとすれば、そもそも分離可能性を、あるいは附合の成立基準を、不動産の場合において、動産の場合と同様に、あるいは附合の一般原則を当てはめて考えるという発想自体が問題視されねばならないだろう。実は本質的構成部分という概念も、動産の場合について、最も適合する概念といえよう。部分草案の意図、すなわち外形的基準で所有権の状態を判断可能にさせ、それにより取引安全に寄与するというねらいはその限りでそもそも無理があったと評することができる。

【取去権の附合制度との一般的結合】

さて、附合の効果については、EI § 897は、

八九〇条ないし八九六条の規定に従い喪失を被る者はそれによって利得する者から利得返還請求することができる。七四八条三項の規定は適用される。⁽¹⁰⁶⁾

と規定することによって、附合の効果は不当利得返還請求権という債権的調整に限定され、その限りで部分草案と変わらない立場を採ったように見える。

しかし、他方、第一草案においては、所有物返還訴訟（レイ・ヴィンディカチオ）において、費用償還が付加物の分離後の価値すら与えない場合に占有者に収去権（EI § 936 Abs. 3）⁽¹⁰⁶⁾が例外的に与えられた。⁽¹⁰⁷⁾普通法から受け継がれた、成立要件上の制約はあるものの、本質的構成部分化した物の結合についても収去権が承認されるに至ったのである。

第二草案以降、この例外的収去権の存在は、附合法の規律にも影響を与えるに至る。⁽¹⁰⁸⁾まず、この収去権は、第二草案以降、独立の条文となり、収去権の性格も *abtrennen und sich aneignen* と表現され、収去権が排除される場合が列挙される。⁽¹⁰⁹⁾

さらにそれが附合の際の調整にも準用されるに至る。すなわち第二読会において、附合の際に収去権の規定が導入され、それは先の所有者占有者関係の収去権を附合において準用するものであったが、さらに、*Redaktionskommission* は、損失者には他の請求権も留保するべきだとして、例えば、所有者占有者関係（EBV）で占有者の有する収去権よりも広い収去権を行使することができねばならないとした。この考慮に基づき、特別の法律関係によりEBVにおいて認められる範囲を越えて認められる *Einrichtungen* についての収去権⁽¹¹⁰⁾を留保した。さらに、附合が原所有者自らの行為でなされたのではない場合にも認められるべきという考慮から、⁽¹¹¹⁾「附合が主物の占有者によってなされたのではない場合でも」という文言を先の準用規定に付加した。

今までの展開をまとめれば、以下のようになる。

I 普通法

結合（所有権移転）

- ① 毀損なしに分離不可能（wesentlicher Bestandteil）（償還のみ）
- ② 毀損なしに分離可能（unwesentlicher Bestandteil）（分離請求、収去可能）
（休眠所有権の可否について争いあり）

II 部分草案

- ① 分離不可能な結合（fester Bestandteil, § 6）→ 附合、所有権移転（§ 146）、費用償還（§ 151）
- ② 分離可能な結合（lösbarer Bestandteil）→ 所有権移転せず（休眠所有権否定の結果）、Trennungsanspruch（§ 190）

土地との緊密な結合物、建物築造のための継続的付加物（§ 7）→ 構成部分化

例外：一時的目的での建築・植栽、役権行使における土地との結合物（§ 9）

III BGB

① 本質的構成部分（附合、費用償還）

§ 93（一般的定義：分離不可能性）

§ 94（不動産についての特則：土地との緊密な結合⁽¹²⁾、建物築造のための付加物）

§ 95（不動産についての例外：土地、建物に関して一時的目的での結合、土地についてのみ物的利用権者のなした場合）

収去権

§ 997 [所有物返還訴訟における占有者] (本質的構成部分化した部分の収去、分離し自己の物とすることができ) (abtrennen und sich aneignen) シカーネ禁止、分離された部分の価値償還による阻止)

§ 951 (附合) (§ 997 の準用)

§ 547 [賃借人の収去権] (Einrichtung の収去権、本質的構成部分化の有無は問われない)

§ 258 [収去権行使の際の原状回復義務]

② 非本質的構成部分

結合はしているが、法的処理は従物と同様

このような前提からすれば、§§ 997, 951 あるいは個別契約類型での収去権⁽¹¹⁾の規定は、§ 93 に該当しないという意味で分離可能な場合を主として念頭においているといわざるをえない。それらにおいて収去の際の制約として掲げられる要件、すなわち、経済的に無意味なシカーネ的収去の禁止、分離後の構成部分価値が少なくとも償還されないこと、原状回復義務すなわち原状回復可能であることを前提とした分離可能性の存在などは、そう推測させるのである⁽¹²⁾。

附合の際の調整を定める § 951 が一方では、原状回復の禁止を規定しながら、他方で収去権の規定を準用するという、一見矛盾した規定内容はそもそも不動産の附合における以上のような規律に由来するものと考えられる。

III 従物制度との関連での問題性

このことは他方では、従物概念との関係での問題性をより鮮明化させることになる。というのは、従物とは沿革

上本来主物の処分にかかる物が連動して影響を受けるかという処分の相での問題であるのに対し、本質的構成部分という概念あるいは附合という問題は物の一体性、統合性という問題だからである。非本質的構成部分が附合の問題から排除されることによって、同時に所有権の移転も成立しないことになる、この非本質的構成部分概念と従物概念の関係が改めて問題とされざるをえない。

この点の詰めが従来なされていなかったのは、不動産の附合の場合に、その結合基準が論者によって必ずしも明確ではなかったこと（ローマ法以来の建物の付加物についての有体的結合基準と機能的結合基準の混在⁽¹⁵⁾）、概念系列の展開あるいは解消ないし整理が並行してなされたこと（構成部分と明確に対置されない従物の中での分類・分化あるいはその逆の形で分化では、そもそも従物との関係如何という問題意識すら生じえない⁽¹⁶⁾）などの原因が挙げうる。

この関係の一つの解決の方法は、両者の概念を次元の異なるものとしてとらえることである。すなわち、附合は物理的關係、従物は経済的関係を規律するものとして同じ対象に対して競合しうる別次元の制度として理解するデルンブルク（Dernburg）⁽¹⁷⁾の立場である。そう理解しない場合には、両者の差は、物理的結合関係の有無というところで通常説明されるが、現実には「附合」制度自体がそもそも経済的関係をも含んで展開してきた以上、そういう区別は困難であり、むしろその連続が前面化せざるをえないだろう。

いずれにせよ、非本質的部分という概念の内容は、展開過程において、附合の概念から排除されることによって所有権移転効果も奪われ、従物に押しやられるか、逆に、休眠所有権の否定から、本質的構成部分へと吸収されるかによって（その結果として「本質」概念の変質、本質的構成部分概念への物理的モメントの侵入、分離不可能な結合物の分だけの内容の増加）、空洞化されてしまったのである。その結果、本来は、非本質的という表現が、単

に主物の完成に必要ではないという概念的な意味内容を有していたにもかかわらず、後には物理的分離不可能物も含んだところの本質的構成部分概念、従って附合の概念が成立することによって、宙に浮いた概念となってしまうのである。その意味で非本質的構成部分が従物と法的效果を同じくするという点から、その存在意義を否定する学説⁽¹¹⁸⁾が絶えないのは、当然のことであろう。

まとめ 日本法に対する示唆

これに似た現象、すなわち附合論と費用償還論が結合したことにより分離請求（収去権）の実質的制限が必要となることが日本法にも見られる。日本の附合法の源流である、フランス民法の附合規定は収去権の規定が含まれることから、分離可能な結合についてのみ適用があるとされ、分離不可能な結合については、費用償還論が適用されるものと理解されていた⁽¹¹⁹⁾。しかし、ボアソナードによる日本への導入の過程でこれらが一本化され、附合論の中に分離可能な結合と分離不可能な結合とが含まれることになった⁽¹²⁰⁾。後の学説が物の結合に対して強い附合、弱い附合などの表現をとる二分類をなし、収去権行使を制約せざるをえなかったのもここに起因する。このような処理自体は、以上の検討全体から明らかなように、収去権の成立範囲を実質的に制限づける意味において、方向として正当であつたと考えうる。

さらに、考察を進めるならば、従来も意識はされていた点であろうが、分離可能性について、「事実上のあるいは物理的分離可能性」を「法的分離可能性」から区別することが必要であろう。法が附合という言葉で理解するのは、後者の意味においてであつて、そこでは個々の制度趣旨から、法的「分離可能性」の内容が定義される。動産の場合には、制度趣旨から、ほぼ両者は一致するといってもよいが、それは一般的には事実上の分離可能性よりも

緩い基準である。⁽¹²⁾そこには、分離することによる経済的・機能的損失、あるいは分離にかかる費用と得られる利益との衡量がある。そこには、物理的分離不可能性、経済的分離不可能性、機能的分離不可能性が混在している。⁽¹²⁾それ故にこそ、ドイツ法は不動産の場合において、その財産的価値の有用性あるいはその一体的処理の社会的有用性に着目して、動産の場合の附合基準とは別の、より緩い特則を置いた上で、物的利用権者の例外を置いているのである。不動産の附合における、附合の成立範囲の拡大の上での例外である。日本法の条文上はこのような構造は、動産と不動産の附合の条文の表現の違いからわずかにうかがうことはできるものの、必ずしも明確にされていないのである。ここでは、機能的・一体的処理の社会的要請と土地利用権者の保護がいわば拮抗している。日本法でも、学説が、伝統的通説から取引観念説、取引安全説へと展開するにつれ、先に述べた要素は徐々に明らかとなつていったのである。

不動産の附合というものが元来、先に述べたうちの、機能的分離不可能性に重点が置かれているとすれば、その実質は限りなく従物的処理に近いものである。従って、賃貸借において、所有権帰属あるいは附合の成否に言及しない状況は、その意味では事態を正當に把握するものとして、十分根拠のあるものであった。

かような区別を前提とするならば、事実的分離可能性の存在⁽¹³⁾を前提として、法的意味での分離可能性の限界を超えるにすぎない場合にも、法が分離請求を否定する趣旨は、かような合目的衡量の結果にすぎないのである。⁽¹⁴⁾従って、その制約は、事実的分離可能性の範囲内である限り、あくまで、債権的関係ないしは合意が規律し得ない場合の、経済合理性を制約原理とする、補充的、任意的規範にすぎない。附合が成立するとしても、なお物権的妨害排除請求が認められるべきことはかような意味で理解される。⁽¹⁵⁾他方では、事実的分離可能性は債権的合意の限界を形成する。言い換えれば、二四二条但書に基づく留保も限界はありと解すべきである。以上のような限りで、附合

制度と収去権あるいは除去請求権は連動していると解すべきである。⁽¹²⁶⁾ すなわち、事実的分離可能性が存しない場合には、収去あるいは除去請求の前提である独立の有体的存在を認めえず、従って問題は、費用償還に限定され、その成否・額が検討されることになる。⁽¹²⁷⁾ もちろん、具体的事案では、当事者間の帰責事由（誰が付加したか、⁽¹²⁸⁾その際の主観的態様など）も考慮され、附合の成否、物権的妨害排除請求権、不法行為に基づく損害賠償請求、ひいては付加物がいかなる費用の種類に当たるか（必要費か有益費か）などで最終的处理は異なってくる。⁽¹²⁹⁾

第2章 権原者によって付加された物の法的処理について

はじめに

第1章⁽¹³¹⁾において、附合、費用償還、収去権の関連につき、若干の考察を加え、そのまとめとして以下のように述べた。⁽¹³²⁾

…附合論と費用償還論が結合したことにより分離請求（収去権）の実質的制限が必要となることが日本法にも見られる。

日本の附合法の源流である、フランス民法の附合規定は収去権の規定が含まれることから、分離可能な結合についてのみ適用があるとされ、分離不可能な結合については、費用償還論が適用されるものと理解されていた。しかし、ボアソナードによる日本への導入の過程でこれらが一本化され、附合論の中に分離可能な結合と分離不可能な結合とが含まれることになった。後の学説が物の結合に対して強い附合、弱い附合などの表現をとる二分類をなし、収去権行使を制約せざるをえなかったのもここに起因する。このような処理自体は、以上の検討全体から明らかなように、収去権の成立範囲を実質的に制限づける意味において、方向として正当であったと考える。

さらに、考察を進めるならば、従来も意識はされていた点であろうが、分離可能性について、「事実上のあるいは物理的「分離可能性」を「法的分離可能性」から区別することが必要であろう。法が附合という言葉で理解するのは、後者の意味に

においてであって、そこでは個々の制度趣旨から、法的「分離可能性」の内容が定義される。動産の場合には、制度趣旨からほぼ両者は一致するといってもよいが、それは通常事実上の分離可能性よりも緩い基準である。そこには、分離することによる経済的、機能的損失、あるいは分離にかかる費用と得られる利益との衡量がある。そこには、物理的分離不可能性、経済的分離不可能性、機能的分離不可能性が混在している。それ故にこそ、ドイツ法は不動産の場合において、その財産的価値の有用性あるいはその一体的処理の社会的有用性に着目して、動産の場合の附合基準とは別の、より緩い特則を置いた上で、物的利用権者の例外を置いているのである。不動産の附合における、附合の成立範囲の拡大の上での例外である。日本法の条文上はこのような構造は、動産と不動産の附合の条文の表現の違いからわずかにうかがうことができるものの、必ずしも明確にされていないのである。ここでは、機能的一体的処理の社会的要請と土地利用権者の保護がいわば拮抗している。日本法でも、学説が、伝統的通説から、取引観念説、取引安全説へと展開するにつれ、先に述べた要素は徐々に明かとなっていくのである。

不動産の附合というものが元来、先に述べたうちの、機能的分離不可能性に重点が置かれているとすれば、その実質は限りなく従物的処理に近いものなのである。

かような区別を前提とするならば、事実的分離可能性の存在を前提として、法的意味での分離可能性の限界を越えるにすぎない場合にも、法が分離請求を否定する趣旨は、かような合目的的衡量の結果にすぎないのである。従って、その制約は、事実的分離可能性の範囲内である限り、あくまで、債権的関係ないしは合意が規律し得ない場合の、経済合理性を制約原理とする、補充的、任意的規範にすぎない。附合が成立するとしても、なお物権的妨害排除請求が認められるべきことはかような意味で理解される。他方では、事実的分離可能性は債権的合意の限界を形成する。言い換えれば、二四二条但書に基づく留保も限界はあると解すべきである。以上のような限りで、附合制度と収去権あるいは除去請求権は運動していると解すべきである。即ち、事実的分離可能性が存しない場合には、収去あるいは除去請求の前提である独立の有体的存在を認めえず、従って問題は、費用償還に限定され、その成否・額が検討されることになる、と。

しかし、その際、物の利用権原を有する者が、その物に対して加えた付加について、如何に処理するかについて

は最終的検討を留保した⁽¹³³⁾。本章がそれに対応する。

第1節 問題の所在

問題は以下のようにまとめられる。附合における、付加物の主物との一体的処理の要請は、契約関係の存しない場合と、存する場合とはどう異なつて処理されるべきか、ということである。

ただし、ここで問題の限定をしておく必要があると思われる。第一に、当事者間で帰責事由がどちらにもない場合で、かつ、第二に、第三者が関与せず、第三者の保護の必要性という別の要請が存しない場合を前提とする。この前提をみたさない場合には、帰責事由（例えば、増改築禁止特約違反）ないしは保護の必要性から、結論が修正されうるからである。

さて、契約関係の存しない場合がそもそも本来の附合論の処理すべき場面であることは異論がないと思われるが、問題は、契約関係が存する場合において、債権的合意が物結合規律を完全に無視しうるかにある。

第一の考え方 ―概念的連動性維持―

この際、考え方としては、第一に、債権的合意をもつてしても、分離請求の前提としての「物の存在」そのものが争われ、それが訴訟上否定された場合には、なおその合意をもとに、分離請求ないしは所有権の留保を主張することはできないと考える立場がある。この考えは、言い換えれば、事、実、的、分、離、可、能、性が、債、権、的、合、意の、限、界を、な、すと、し、て、附、合と収、去、権の概念的連動性を債権的合意が存在する場合にもなお維持しようとするものである。これは、前章でさしあたり附合一般に関して私が支持した見解でもある⁽¹³⁴⁾。

第二の考え方 ―概念の連動否定、当事者の合意あるいは交渉が最終的基準―

これに対して、第二に、かような場合にも分離請求ないしは所有権留保を肯定しようとする立場がある。この立場からは、かような処理は、債権的関係がある場合には、附合の問題と収去権の問題を次元の異なる問題として考える方向が目指される⁽¹³⁾。後者の収去権の問題は債権的合意、あるいは契約の合理的解釈が対処する問題として、附合の問題と対応しなくてもよいとする。従って、この立場からは、附合が成立していても、収去権を肯定すること（やや不適切な表現だが、「一物を強制的に二物にもどす」こと）も可能であるし、逆に附合が成立していなくても、例えば、何らかの政策的趣旨（例えば、利用権者保護）から、収去義務を否定することも可能となる。それは最終的には、附着以前の当事者の合意の内容次第ということになる。当事者の交渉の結果、事後的に成立しえる合意も同様である。

しかし、これを収去の前提としての、私のいう「事实的分離可能性」を「物の存在」が否定される場合にまで及ぼすことが可能かという問題として設定すると、疑問が生ずる。あるいはそもそも契約関係が存在する場合にはかような発想自体を採らないことに、この説の独自性があるというべきかもしれない。

より詳しくいえば、当事者間での主観的功利性を肯定する合意は、客観的功利性（経済的合目的性）を排除する。客観的功利性は、附合法の趣旨として言われてきた制約である。当事者間での主観的功利性を排除するものは私法の大枠としての一般条項（信義則、権利濫用、公序良俗など）しかないことになる。

この点に関連して、ドイツ民法における附合の際の原状回復禁止（九五一条一項二文が定める）について、以下のような注釈がある。

財産的地位の帰属は原則として当事者の合意によって自由に形成されるから、§ 361は合意によって排除可能な法である。このことは原状回復の点についても妥当する。なぜならば、立法者の経済的合目的性についての一般的考慮は当事者のそれに反する、個別的判断に優越しえず、後者はそれ自体同様に経済的に根拠づけられるか（例えば、個別の場合におけるより正当な経済的判断によって）または個別的状况についての別の価値の意識的優遇に基⁽¹³⁷⁾づくからである。従って当事者は調整請求権を排除し、別の規律をなしたまたは原状回復請求を根拠づけることもできる、と。

なお、この問題はドイツ民法債権総則にある収去権規定 (§ 258) の解釈として問題となる。ここで、収去権の行使が可能であるためには「原状回復可能」(die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand zu setzen) という制約がある。その際問題となるのは、収去後の主物の原状回復が完全には不可能な場合に金銭的補償(賠償)による調整という形で片をつけることを許すのかどうかである。一般的には、先の引用が示唆するように、可能だと解されているようである。

通常、賃貸借終了の際に原状回復義務が成立し、その限りで収去は制約される(日民五九八条↓六一六条)。すなわち、収去によって原状が回復可能でなく、賃借物がはなはだしく毀損もしくは価値減少してしまう場合には、収去自体ができないことになる(二〇一七年改正法では、収去権と原状回復義務は別となり、さらに収去義務に動産の付合類似の制約が課せられる、五九九条一項、二項、六二一条)。

ただし、収去について合意が成立していれば、裁判官の裁量によって、その際価値賠償によって、主物の価値減少の埋め合わせをさせることもある程度は可能であるし、物の価値減少が価値賠償によって埋め合わせできない性質のものと判断されれば、収去自体が認められないことになる。従来、附合の成否の基準として、分離による毀損の程度を取り込んでいるのは、このことに対応する。

右の傍点部分のような処理を、当事者の合意なくして、論理的に可能と考えるか否かで、第三の立場がさらに分かれることになる。また、その際その可否の判断（埋め合わせ可能かどうか）はいかなる基準によるのかも問題となる。

ところで、このような問題に対して、従来の学説は如何なる態度を示してきたであろうか。以下においては、前述したような視点から、重要と思われる学説を個々の検討し、そのあるべき方向を私なりに探りたいと思う。

第2節 主要な学説の検討

まず、現在の通説の先駆と評価することのできる後藤説を検討する。

（一）後藤説⁽¹³⁸⁾

学説の内容は以下のようにまとめられる。

（i）賃借人の費用投下によって生じた結果が物的施設として残らない場合（例えば目的地の肥料桶抜き取り及び抜き取り跡地の埋立⁽¹³⁹⁾）、ならびに賃借人の費用投下である物的施設が目的不動産と一体化しその構成部分となる場合（例えば、土間にコンクリートまたはアスファルト舗装、台所板張り）にはその費用出捐の結果、所有権は移転し、収去義務はないとされる⁽¹⁴⁰⁾。

（ii）これに対して、構成部分をなさずして、二、四二条にいわゆる附合状態にある場合（例えば、棚、水道設備、ガス設備、電灯引き込み線）には、二、四二条但書により、賃借人は所有権を失わないため、収去義務を負わされる。

この場合に、権原者による附属物も附合の一般規定により不動産所有者の所有に一旦帰するが、権原者は動産を分

別してその所有権を回復する一種の形成権（収去権）を有するとみることも可能であるが、収去によって抵当権者の利益が害されることになるおそれがあるので、この考え方は採らない。しかし、但書による、特権的地位のためにかえって、収去義務を負担し、費用償還請求権を行使する機会を奪われる不利なる地位に置かれることは理解しがたい。これらの諸規定を相互の関連において合理的に把握するならば、収去するか、償還請求するか、任意に選ぶの地位に置かれていると見るのが正しい。⁽¹⁴⁾

こう理解した場合に、賃借人が費用償還請求をする場合の理論構成に関しては、賃借人の費用償還請求の意思表示の中には、権原により附属せしめ留保している物の所有権を賃借人に移転する意思表示を含むものであり、この意味において賃借人は費用償還の請求と同時に附属せしめたる物の所有権を賃借人に移転する一種の形成権を与えられていると理解している。⁽¹⁵⁾

分析

以上がその概要であるが、現在の通説的立場の内容が既にここではほぼ網羅的に宣明されていることが注目される。すなわち、無権原者の場合と比べて保護のバランスがとれないことにもとづき、いわゆる「弱い附合」の場合に賃借人に収去権と償還請求の選択行使を認めること、その際の費用償還請求の意思表示に付加物の移転の意思表示をも読み込む理論的構成⁽¹⁶⁾などである。

ちなみに、のちに「強い附合」と称される場合を「構成部分」と称し、附合法の適用範囲から除外し、のちの「弱い附合」の場合をむしろ本来の附合の場合として区別していることは当時の通説に従ったものである。

当時の通説は構成部分となる場合に不動産所有者の所有となることは、それは所有権の当然の効果であって、附

合法規定の適用をまたないとする、従つて二四二条但書の適用もないとしていたのである。⁽¹⁴⁷⁾

(二) 我妻説⁽¹⁴⁸⁾

現在の通説的見解を形成したのが、我妻説である。

有益費償還請求権と収去権の關係について、以下のように論ずる。

第一に、附属させた物がなお独立の存在を有し、賃借人の所有権が成立している場合（例えば、畳、建具、造作）には、収去できるが、収去権の作用とみる必要はない。賃借人には原状回復義務がある。

第二に、附属させた物が、社会経済的に全く独立性をもたず、これを収去することが不可能もしくは賃借物の毀損とみられる場合（例えば、壁紙、障子紙、ペンキ、砂利による地盛り）には、収去権も、収去義務もなく、もっぱら費用償還請求権の問題となる。

第三に、前二者の中間の物、すなわち、賃借人の所有権は認められないが、収去することが可能である場合（例えば、石垣、帽子掛け、花壇）には、収去権があり、費用償還請求権も成立する。

分析

後藤説は構成部分と附合の場合を対比させたが、我妻説ではそれらは第二と第三に対応すると思われる。第三の場合に、所有権の移転が生ずるとしている点が特徴的である。これは、費用償還の前提として所有権の移転を必要と解したためであろうか。後藤説の影響も考えられる。但し、この場合に選択的行使が可能かどうかは明言していないことに注意すべきである。また、附合法との関連、あるいは二四二条但書について、賃貸借の箇所であるとは

いえ、言及がないことも特徴的である。所有権が移転するということからすると、後藤説と異なり、附合が成立していることになる。また収去権はこの場合所有権が復活するという意味で形成権的な機能をもつことになる。しかしその場合、二四二条但書についてはどう説明することになるのか、疑問が残る。

(三) 渡辺説⁽¹⁹⁾

費用償還請求できるためには、構成部分となったことを要すると解すると、構成部分とならない場合には、償還請求権は成立せず、逆に収去義務が成立する。

しかし、賃借人が権原により附合した物が賃借人の所有に属し(二四二条但書)、そのため償還請求権がなく、かえって収去義務が生ずるのに、権原のない者が附合させた場合には、一九六条二項によって償還請求できるというのは不合理である。

有益費を目的物の構成部分になったものに限定して解する必要はなく、収去しうるものであっても、目的物の価格を高めたもので収去することが無意味に近いようなもの(土地の用排水施設、家屋の電気施設)については、賃借人に、収去権と費用償還請求権を選択的に行使する権利を与えたものと解することが、合理的であろう。

このように解することは、実際にも、所有権の帰属が明確ではない場合あるいは構成部分となったかどうかの区別がつきにくい場合もあることを考えれば、現実的にも妥当である。

分析

収去権と償還請求権の選択行使を附合の場合に認めるにあたり、無権原者とのバランス論に加えて、実際上の区

別の困難を付け加えている点が注目される。そのためか、のちのいわゆる三位一体説の前提に立ちながらも、所有権の帰属、構成部分化の成否の限界付けを放棄している。むしろ、買取請求権との間で、救済の間隙を埋める実践的意図⁽¹⁹⁾が前面に現れている。

ここでいう「構成部分」の概念内容が不明確である。それはいわゆる「強い附合」の場合のみを指すものなのか、それとも「弱い附合」と呼ばれるものをも含めて指すのが、必ずしも明確でない。従って、償還請求の対象の拡大とされる場合、すなわち構成部分とならず、収去できるが、収去することが無意味に近いものとは、従物にあたる場合なのか、それともいわゆる弱い附合にあたる場合なのか不明確となっている。「収去することが無意味に近い」とは、経済的価値の甚だしい減少ないしは毀損と解することができるならば、それはいわゆる「弱い附合」の場合ではないのか。それは、費用償還の前提としての「構成部分」化とは異なるものなのか。

このような疑問が生ずるのは、二四二条但書の「権原」をいかに解するか、附合の基準を何に求めるかが学説一般において明確でないことに由来しよう。実践的意図の前面化の反面として体系的曖昧さが生じたと評することができる。

(四) 星野説(その1)⁽¹⁹⁾

まず、付加物を以下のように分類する。

(i) 分離が物理的にも経済的にも容易である場合
賃借人の所有にとどまり、収去義務を負う。

(ii) 分離が物理的に不可能か、それによって両者を毀損するような場合

もはやその物は土地・家屋の一部と見られ（二四二条但書によっても所有権が借主に維持されるというのが無意味であるような場合）、借主には収去権も収去義務もない。

(iii) (i) と (ii) の中間の物、即ち土地家屋の一部分になるほどではなく、収去が可能であるが、収去によって、土地家屋のみならず附加した物の価値をも減少（他に持つていてもあまり役に立たない物）するような物⁽¹²⁾ (iii) において収去義務を課するのは無権原者の場合と均衡を失する。(i) と (ii) の区別もそう明瞭ではなく、区別する実際上の根拠もあまりない。建物等買取請求権や造作買取請求権が認められるに至っている今日、それらの対象にも償還請求の対象にもならないような物の存在を認めるのは適当ではない。したがって、収去義務はなく、収去権と償還請求権とを選択して行使できると解するのが妥当。(ii) と (iii) については、貸主・借主間に、関する限り、附加した物の所有権がどちらにあるかを問う実益はない。

分析

渡辺説をさらに、徹底しているといえる。(ii) と (iii) について限定的にはあるが、所有権の帰属を問題としない。物権変動時期論での立場と対応する。⁽¹³⁾ 従って、第三者との関係ではなお所有権帰属の決定問題が残ることを示唆する。しかし渡辺説が附合との関連で明確さに欠けたことに比べ、附合法との関連につき明確となっている。ここでの、(ii) は強い附合に対応し、(iii) は弱い附合に近いと解すべきであろうか。

星野説（その2）⁽¹⁴⁾ — 概念の相対化の徹底 —

二四三条の要件を満たす場合（「構成部分」あるいは「強い附合」と呼ばれている場合（例えば、土地の土盛り

工事、壁塗、壁紙張り、床板張り替え）、これらの物も、一定の範囲で（賃借人であればその権原内で）附着者が自由に処分できると解されるので（のちに壁紙を張り替えてもかまわない）、これを二四二条から排除する必要はない。権原がなくなった場合の収去の問題は、別個に考えればよい、例えば、附合しないが収去権のない物もあると考えてよい。

分析

借地・借家法の叙述の補充といえるが、やや叙述の意味が不明瞭である。いわゆる「強い附合」の場合でも但書の適用が一応あり、賃借人は一定の限度で自由に処分できるが、賃借期間終了後は、収去権がないのか、あるいは収去義務もないのかという点である。

（その１）の（ii）では強い附合の場合には収去権、収去義務を否定していたが、その関連ではどう理解すべきか。

例えば、強いて考えれば、ここで事実的分離可能性のない場合、強い附合の場合、弱い附合の場合というように結合物について三分類が導入されたものとみるのか。すなわち、従来の強い附合が二つの場合にさらに細分されたものとみるべきなのか。従って、賃借人が一定の範囲で強い附合により付加した物について処分できるのは、強い附合はしているが、事実的分離可能性はなおある、従って原状回復の可能性もある範囲でという意味なのであろうか。

あるいはそもそも賃借人がその権原の範囲内で強い附合により付加した物を処分できるということの意味は、原状回復不能部分も含めて、それは事後的な債権的調整（損害賠償）を含み、終了時の契約上の利害調整にすべてゆ

だねられるという意味であろうか。

後者の理解をするならば、賃借期間中は個々の付加物の処理は契約関係の枠内で処理されるという意味で、概念の相対化を徹底させている。

(五) 瀬川⁽¹⁵⁾説

二四二条但書の意味を「附着した動産の所有権を留保する権利」ととらえ、動産の原所有者が合意・慣習に基づきその所有権を留保する場合と考える。合意があっても別個の所有権が認められないのはどの程度結合が強いときかについて、合意が別個の権利を認めた部分を（裁判官・執行官が）識別できないときあるいはその部分に対して執行が不可能なときと解すべきとする。具体的には、肥料、微少な種子、壁塗などがそれにあたる。従って、「分離不可能」、「識別不可能」という二つの基準が用いられる。前者が附合の成否、後者が当事者間での留保の可能性、従って但書の適用可能性の限界である。

分析

従来の「弱い附合」「強い附合」の附合二分論が、装いを変えて現れていると評することも可能である。星野説の徹底化とも理解でき、諸制度の相互独立化が意図されている。「識別不可能」という基準は費用との限界づけで有用である。

(一六) 三宅説⁽¹⁵⁶⁾

① 附属物が独立のものとして存在し、賃借人が所有権を保留し、当然収去できる場合

例、畳、建具、造作

② 附属物が独立の物としての存在を失い、賃借人の所有権が消滅するばかりでなく、これを賃借物から分離するには毀損または過分の出費を免れない場合（強い附合）

例、客土による土壌改良、壁画

③ 前二者の間、附属物が独立の物としての存在を有せず、従って賃借人は所有権を有しないが、分離は困難ではない場合（弱い附合）

例、独立して建物としての用途に供することのできる構造を有しない増改築部分

賃借人の収去権は、附合の反面として、②と③につき存在し、これには法律上の制限はない。

②の場合には、賃借人に利益がないから事実上収去しないが、もし賃借人が過分の費用を投じ、賃借物を毀損せず、附属物を収去するならば、賃貸人は所有者ではあるが収去を禁止する権利はない。

ただ、収去義務については、強い附合の場合に不能を理由としてこれを認めないことがあるに過ぎない。⁽¹⁵⁷⁾

分析

③につき後藤説、我妻説と同じく、所有権が移転するものと解しているが、我妻説と同様に二四二条但書の説明に問題が残ろう。分類の限界付けについてやや混乱がある。

②の強い附合の場合にも収去権を肯定することが特徴的である。この場合に賃貸人はその付加部分の所有者であ

りながら、収去を禁止する権利はないとするが、一般的にそういうことはできないのではないか。

すなわち、例えばドイツ法では⁽¹⁵⁸⁾ (i) 部屋賃借人の *Einrichtung*⁽¹⁵⁹⁾ の収去の請求に対して (ii) 賃貸人側は買取の抗弁をなすことができ、(iii) これに対して賃借人はさらに付加物についての「正当な利益」(愛好利益を含む) の存在を立証して再抗弁できる。

このようなドイツ法の処理は賃貸借終了時における付加物の処理について、当事者間での買取の交渉過程を規範化したものともいえるのであり、物の一体性の維持に関する客観的功利性(すなわち附合の物理的・機能的観点からする成否の判断)が分離請求を阻止する抗弁となるが、さらにその客観的功利性に優先する、分離請求者の主観的功利性が立証されるかぎりで、分離が認められることになる。⁽¹⁶⁰⁾

日本法でも、収去の主張に対して、賃貸人から附合の成立を主張した場合、賃借人は収去についての合理的利益を立証する必要がある⁽¹⁶¹⁾ という形で収去権の成立範囲を制限すべきであろう。

収去義務の排除については、不能を理由とする。しかし、強い附合の定義自体がそもそも収去義務の否定を含んでいるのではないだろうか。

総じて、三宅説は収去権、収去義務を償還請求から相対化し、三位一体説をとらないことに特徴がある。

(七) 原田説⁽¹⁶²⁾

構成部分でもなく、独立の物として終了時に収去義務を負う物でもない場合、すなわちいわゆる中間的附加物の所有権の帰属の問題を検討する。この点については二つの考え方があ

(1) 賃貸人に帰属しているとする見解(我妻、石外、三宅)

これは収去権の拡張というニュアンスをもつ。⁽¹⁶⁾

(2) 少なくとも本質的構成部分とはいえないような物(非同体的構成部分、二四二条本文での附合は成立せず)は契約終了時までには賃借人に所有権が留保されており、終了時においてはじめてその処遇が問題となるという理解(瀬川)

原田説は構成としては、後者に傾くが、最終的にはこの問題の意義に疑問を投げかける。二四二条の附合の規定の理解の仕方ともかわっているため、ここで論じつくすことはできないが、少なくとも費用償還請求権の成否の問題としては、附加物の所有権がどちらにあるかを確定すること――またはその帰属の如何により償還請求の可否を決定しようとする――ことは実益の乏しい二義的な問題であるように思われると結論づける。

分析

従来の中間的附加物の処理についての混乱を指摘した点に新しさがある。ただ、ここでの「中間的附加物」とは弱い附合に対応するものなのか、それとも従物と弱い附合の中間にさらに分類枠を設定したものともみろべきなのだろうか。

大勢(渡辺、星野、鈴木)に従い、(1) 帰属の確定、(2) 帰属による処理の決定をそれぞれ二義的問題とする。しかし、瀬川説は(1) の問題の意義を否定していないことに注意すべきである。

結論

債権的合意が存在する場合とそうでない場合とで附合法がいかに異なって作用するのかという点が従来の学説では明確ではなかったように思われる。⁽¹⁶⁾ その原因としては、「附合」制度の理解の変遷、物の結合の分類に際して用いられる用語の意味の不明確さ（例えば、弱い附合、強い附合、構成部分、事実上の分離可能性などの相互関連性、限界づけのずれ）、概念構成から議論の実益への解釈論の比重の移転、賃借人保護のための収去義務制限という政策的判断の介在、などの多様な影響が介入していると考えられる。最後の点に関して言えば、むしろ、この問題を賃借人保護という実践的要請に比して、実益の乏しい二次的問題とすることによって、その関連性という問題設定を過小評価する、従ってそもそもそのような問題に対して言及しないという方向が支配的と思われる。契約関係のある場合には、合意内容の解釈として大部分が解決可能であることも作用していよう。

全体の流れとしては、付加物の所有権帰属の問題と派生的処理（費用償還・収去等）の問題を連動させようとする立場が徐々に解消されていく過程とみることができる。しかし、この事実はずしも理論的不明確さの増幅という点からだけでは評価できず、むしろ、所有権帰属と処理の問題を連動させることが紛争処理の基準として硬直しているという認識が基礎にあったと考えられる。もともと、最近では、結合の程度をいわゆる中間的結合度の付加物について考慮する学説も現れてきた。

一九九一年の借地借家法改正によって、借家に関しては、造作買取請求権が任意法規化された。したがって、新規借家に関しては、賃借人が付加する物は、民法の費用償還規定と同様に、特約による排除が可能になった。⁽¹⁶⁾ 本章で考察した問題は、この改正と直接関わる問題ではないが、ドイツの諸例を見ると、交渉にまかされる部分が大きいことがわかる。例えば、前述したように、⁽¹⁶⁾ 部分草案、または BGB 547a 条二項 [現五五二条] は Einrichtung の

買取を規定するが、それは賃借物との附合（本質的構成部分化）を必ずしも前提としない。

前章において、不動産の附合というものが元来、機能的分離不可能性に重点がおかれており、その実質は従物に近いと述べたが、⁽¹⁰⁷⁾賃貸借における所有権帰属あるいは附合の成否に言及しない状況は事態を正当に把握したものであるといえよう。その意味で、附合規定の契約関係がある場合における補充規定性が一層明かとなった。新法もこの意味から統一的処理、理論的整合性からもすつきりとしたものとなった（要件が異なるものの、従来の処理では結合度が低いものの方が償還に関し保護が厚いこととなっていた）。⁽¹⁰⁸⁾

むしろ意義のある区別は強い附合と物と一体となり吸収されたと見るべき場合との区別の可否、事実的分離不可能性または識別不可能性などの基準であろう。また、その場合に収去の可能性を論理的に肯定するか否かという立場選択の問題である。私は権原者による付加の場合にも、本章第1節の「問題の所在」において述べた第一の考え方を支持したいと考える。当事者の事前又は事後の合意あるいは裁判官の付合の成否に関する裁量も最小限度の枠があると考えることが、概念の整理上一貫性を保ちうるからである。他方ではその枠内での、すなわち事実的分離可能性がある場合の、当事者の交渉はむしろ非訟的性格を帯びると考えるべきである。仮に第二の考え方における一般条項による枠を第一の考え方の枠と等しいと理解する場合には、この対立自体が相対化されることになる。⁽¹⁰⁹⁾

かような観点からみると、附合の成否に際しても、分離費用の点よりも毀損の程度に、収去可能性の存否の重点を置くべきであることになろう。分離費用は、収去しようとする者の愛好価値（Affektionsinteresse）が主観的功利性として存在する限り、収去する者が負担する限りで問題とならないものだからである。

第3章 不動産の附合に関する判例と解釈提案

第1節 概 説

I 序

附合制度は大きく分けて不動産の附合（民法二四二条）と動産の附合（民法二四三条、二四四条）に分かれる。前者は不動産と動産の結合を予定し、後者は動産同士の結合を予定する。また、所有権の取得の節に規定されていることから、附合客体が異なる所有者に帰属していることを一応前提とする（この点、建物合体の場合は同一所有者の場合でも第三者の抵当権が設定されている場合には異なる所有者に帰属する場合と類似した状況となる）。

II 附合概念の定義

もともと、この点は必ずしも論者により意識されていない。正確には、前記のように定義すべきであるが、外国法でも必ずしも厳密に区別するわけではないようである。さしあたり、異なる所有者に帰属している場合を狭義の附合、その点を問わない場合を広義の附合と呼び、通常は前者を指すこととする。

しかし、民法施行後明らかとなったこととして、このほかにも、第一に、不動産と不動産の結合（建物同士のいわゆる合棟・合体の場合）の場合（後掲【50】が原建物に設定されていた抵当権の帰趨につき、旧建物の価格割合に応じた持分の上に存続するとして実体法次元での解決をした）、あるいは不動産（または動産）に加工することによって元の不動産（土地）から独立した不動産（建物）が成立する場合（後掲【56】は建前と呼ばれる未完成の建物（動産）がさらに加工されて完成し不動産に転じた場合の所有権帰属の基準を提示した）があり、これらの場

合に、いかなる規定を援用して判断すべきかが問題となる。また、後者の問題に関連して、加工は同じく添附制度の一つであり、動産加工者の加工行為による動産の価値増加を考慮する制度であるが、附合とは別個の制度であり、建物建築請負に典型的にみられるように、附合と加工が競合する場合にどう判断すべきかは民法典の規定自体からは明らかとならない。以上の点で、民法典の規定は不完全であり、欠缺補充がなされねばならない。

また、現行民法起草において必ずしも明確ではない経緯から、建物と土地を別個独立の不動産として扱うことにしたことから、現在では、建物と土地との関係は相互に独立した不動産として、附合の関係には立たないものと理解されているが、梅、富井ら起草者は、この点につき、附合を肯定していた。後掲【2】が無権原者による建物建築につき、土地との附合を肯定し、話題を呼んだ。この考えによれば、無権原者の建物は建物ないし土地に附合することとなる。

以上のように、従来の狭い意味での附合制度のみを厳格に考察の対象とすることは問題の関連性を見失わせるおそれがあり、必要なかぎりで隣接問題領域に比較の対象として言及することとする。

Ⅲ 事案類型

紛争別に分類すれば、農作物（稲苗、果実など）、樹木、機械、建物増改築がある。紛争の時代的分布としては、農作物はほぼ第二次大戦前のものであり、樹木は昭和30年代から40年代をピークとして判例上には現れなくなる。機械は事案としてそもそも数が少ない。建物増改築は木造建物に関するものから、マンション等コンクリート建物に対象が移行した。賃借人による増築建物の元の建物との関係が争われるが、ここで、機能的一体性を強調する基準は従物法理との関係を問題とさせる。またここでは区分所有との関係が重要である。民法起草者は立体的区分所

有については未自覚であったが、基本的には、所有権と利用権が入れ子の構造になったものと解すべきであろう。建物増改築に関連して、派生的問題として、合棟・合体の問題や前述した加工法理に関する問題がある。最後に、今後増加が予想される問題として、環境法関連で現状回復義務が課される場合、その実現可能性が、本来の附合法理からいえば、取引観念で判断されていたが、ここでは環境保護という基準が前面化しよう。最後に、水面の埋立の場合（土地と土砂の附合）が挙げられる。

本章では、附合が現れる事件の種類を、限定していないが、附合の持つ意味が一般の場合と異なることを指摘し、刑事、租税、公法関係の事件を検討の対象から慎重に除外する立場もある¹⁷⁾。確かにその趣旨は理解できるが、他方では、これらの分野に属する判決群はそもそも多くはない附合判例に貴重な素材を提供している場合が少なくなく、本章では、指摘された限界（この問題は特に最後の埋立判例に妥当する）を考慮しつつ、検討対象に取り込むこととした。

IV 判例の展開概観

判例の展開全体についていえることは、他の分野でも同様であるが、前述の各事案類型相互の影響、他の制度（抵当権の範囲を定める付加一物、請負契約における所有権帰属など）・諸観念の影響が各時代においてそれぞれ異なった作用をしており、また各時代の法学レベルに依存しているため、特に初期の判例は、全体として概念的整理がなお稚拙であり、判例の価値としては、評価に迷うものが多いことである。（附合の関連領域も含め）それぞれの領域での基本的判断ルールがいつ頃成立したか、それら相互の関係はどうかを検討する必要がある。

V 基本的諸問題

附合法理は、問題としては二四二条但書に該当する場合が重要であり、この場合は一物一権主義に一見反するように見えるため、その正当化が種々試みられている。一筆の土地の一部、立木、未分離果実、区分建物はそのような意味での共通性と異質性を有する⁽¹⁷⁾。

また、部分物をめぐる取引紛争につき、不動産法理と動産法理をどう組み合わせるべきか、一般の対抗問題が、部分物の取引対象としての独立化法理とどうかかわるのか、最終的な規定的基準である契約あるいは債権法理とどう関連づけるかなどの問題がある。

この問題は、最終的には、附合制度の趣旨を当事者関係の所有権の帰属問題（債権的合意が反映された物権法理）に限定するか、第三者との紛争解決（公示・公信制度による修正）をも取り込むかの争いに関連してくる。

最後に、制度趣旨理解と密接に関連するが、附合制度の強行性の程度・範囲をどのように把握するかの問題がある。この点は附合の成否と附合物の帰属に分けられ、通説は成否を強行法、帰属を任意法と理解するが、両者を任意法と考える学説⁽¹⁸⁾もある。

第2節 民法二四二条の解釈

I 要件

日本民法二四二条は不動産の附合の成立要件を規定する唯一の条文である。事案類型に対する判例の態度は、最上級審判決が少ないこともあり、各類型に限定しても、そのおおよその成立時期や内容につき確定できるものは多くない。ただ少なくとも言えることは、物同士の結合という要件にもとづく、動産所有権の不動産所有権への吸収、

換言すれば、合意を介さないという意味での、一種の法定所有権取得原因制度⁽¹⁷⁶⁾の理解として、その成立と、収去権否定、償金請求権成立とを連動させる、いわゆる三位一体説（原則）が通奏低音として支配しているにもかかわらず、そここに、紛争当事者の利益状況を汲み上げようとするための努力が見られ、そのために制度趣旨に遡った上での上記原則の修正の試みがなされていることが看取できる。とりわけ、附合の成否判断において、当事者の合意等の、物理的結合以外の要素を考慮する判決群（善意転借人を保護する【4】の第二審、合意の余後効に関する【11】、下請負関係理解に関する【60】の可部補足意見など）、（三位一体説を前提としてはあるが）仮に附合を認めた場合の不都合から附合の否定を導き出す（あるいはその逆の論理をたどって附合を肯定する）判決（埋立に關する判決、無権原建築の【2】）などが目に付く。ただ、それらは、個々の紛争類型に依存した散在的なものであり、残念ながら、最上級審に至るまで結晶化されたものは少ない。結晶化されたわずかな例を挙げれば、立木売買における独立化の法理（【13】【16】）、建物増改築における区分所有権の成立基準（【25】）などがある。

II 但書の問題

我が民法の構成の特徴の一つとして、二四二条但書が、権原にもとづく附属の場合に附合の例外すなわち動産所有権の留保を一般的な形で認めていることが挙げられる。この条文を形式的に理解すれば、不動産所有者以外の者が権原により附属させた場合は、本来本文により附合が成立する場合でも、合体後も所有権が留保されることとなる。これを第三者の目から見れば、外形は同じでも附着者の権原の有無で、所有権の所在が一部異なることとなる。すなわち、日本民法は一物二所有権をこの場合に認めているとも解せるが、起草者の意図に従えば、かような場合は、二物であり、その部分にそれぞれの所有権が対応すると考えるべきであろう。それはともかく、このような附

合制度は何らかの補充的構成を伴わなければ、取引安全が図られないこととなる。

Ⅲ「権原」の内容

なお、但書にいう「権原」は、当該不動産の利用関係の趣旨に依存する。土地利用権であれば、耕作あるいは植栽の権利の範囲・内容・存続期間等で限定されつつも、その範囲に含まれるかぎりでは附合の有無・態様を問うことは意味がない。もし必要だとされるとしても、それは地中や地上にあつてその価値を生産過程において形成途上の商品である特性を考慮した法技術的操作でなければならぬ¹⁷⁾。建物賃借権では増築・改築が土地利用権の確保の明示または黙示の合意を伴わなければ独立した所有権を認める意味がない。請負であれば、工事完成までの趣旨で利用権原を想定し、その限りで所有権留保を考え得るが、周知のように、注文者保護と請負人保護の兼ね合いにおいて、多様な考慮要素が合意以外にも混入しうる。

Ⅳ 制度理解に基づく設計

大筋を述べれば、附合法は不動産所有者と動産所有者との間の紛争を規律する規範と理解すべきであり、その分離請求の可否判断は、紛争当事者（必ずしも附着者とは限らない）のおのおのが分離により受ける利益・不利益（分離に伴う費用（民法二四三条後段参照）も含む）の衡量に帰着するが、一般的要件を定立することは困難である（エレベーター設備の引渡請求において、ビルとエレベーター設備それぞれの分離によりこうむる不利益を検討した【21】が実例としてあげられる¹⁸⁾）。この定式化からは、附合制度を通説のように社会経済的価値の保存と理解することはできず、せいぜいシカーネ的あるいは経済非合理的行為を封ずる大枠という意味しか与えない¹⁹⁾。また

前述のように、第三者が紛争当事者として加わる場合、例えば、権原ある附属により一部が所有権留保されているのを知らず、全体を譲り受けた第三者と留保所有者との争いにおいては、附着、当事者における規律（ここでは主観的合理性を含む債権的合意があれば原則として物権的規律に反映される）を基礎として、その効果が当該紛争当事者においても基準たり得るか、修正が必要か（ここでは公示・公信制度、客観的合理性が基準となるが、交渉による事後的合意が全く排除されるわけではない）をその都度考えていく必要がある。その際、広い意味での公信原則・公示原則が活用されねばならないが、これらを附合法に外在的なものという必要はないと考える。⁽¹⁸⁾ 付言すれば、第三者との紛争解決基準を附合法に取り込む見地からは権原の公示ないしその制約としての背信的悪意者論が問題となり、その解決を附合法に取り込まない見地からは94条2項類推適用等の公信制度に直接依拠することとなり、訴訟上での立証負担が異なることとなる。いずれにせよ、独立動産の取引保護を図る善意取得制度との連続性に注意すべきである。⁽¹⁹⁾

以上のように考えれば、附合法の任意法規性・強行法規性は当事者関係と第三者関係のいずれにおいても並存するがその比重は異なるというべきである。

V 機能

所有権留保ないし権原の公示方法・程度は、紛争目的物の種類（農作物、立木、機械、増改築部分）に応じて異なる。第三者は二四二条本文の要件・効果を備える関係があれば、その部分の有効な所有権取得を信頼して取引するわけだから、例外的に部分物を独立化させかつその所有権留保をなす場合にはそれを周知させるに足る行為が留保者側に必要であると解すべきである。部分物に対する公示が直接できないものは、利用権原の公示が代替するも

のとなるが、これはむしろ所有権留保の存在に対する間接的公示・警告の機能である。逆に、本来独立物であるものを集合的に一括する法技術として、不動産登記手続上の制度である附属建物登記（不登二条二十三号）が当該記載を申請した所有権者の意思を媒介として、集団的存在の公示の簡易実現方法として運用されている点が注目される。

VI 帰責事由考慮の可否

また二四二条但書が示唆するように、不動産の附合と異なり、動産の附合と異なり、物理的結合以外の要素をその成否の判断に取り込むことができ（動産でも二四三条後段は経済的合理性を考慮している）、また、多様な対象を扱うためにもそうせざるをえないが、他方では、当事者あるいは第三者の帰責事由をこの要素に取り込むべきかは難問である。それらは、不法行為や物権的請求権を介して、収去権（あるいは妨害排除請求権）の成否、⁽¹⁰⁾（償金額の程度（押しつけられた利得にならないかどうか）の判断などにおいて、まず考慮すべきではないかと考えられるからである。仮に取り込んだ場合には附合の成否の判断過程はかなり複雑なものとなってしまうおそれがあるからである⁽¹⁰⁾）（例えば、全体の譲受人にとっては外在的な、不動産所有者（＝全体の譲渡人）と動産所有者の間の事情が、公示・公信の原則により修正がさらに加えられることを認めるにせよ、附合の成否に影響を与えうる）。しかし、他方では、当事者が必ずしも適切な別個の法的構成を組み合わせて主張するとは限らないこと、附合の主張に対して結合に至る種々の経緯が抗弁として主張される場合には最終的に附合の成否判断にその経緯が取り込まれて考慮されねばならないのではないかという反論があり得る。結局は、附合制度の訴訟物理解にも依存する問題であり、ここでは結論を留保したい。

Ⅶ 一物一権主義との関連

なお、取引安全説⁽¹⁸⁴⁾に典型的なように、一物一権主義との関連が附合制度の趣旨・根拠として強調される場合があるが、確かに沿革上はそういえる側面は否定しがたいが、部分物をめぐる紛争につき、いかなる法理を援用して解決すべきかを考えるときに阻害的なドグマとして作用しうる。現行民法起草者が述べるように、附合には一物と見られる場合と二物と見られる場合があり⁽¹⁸⁵⁾、しかも紛争の大半は後者の場合に生ずるのであるから、この主義が内包する取引安全は、過小評価しすぎてはならないが、前述の（例えば、動産所有権の主張↓附合成立の主張↓但書の権原の存在↓公示欠缺↓背信的悪意者などのように展開しうる）立証活動における一つの手がかりを形成する限度で確保しうるにとどまる。附合法規定には合理性はなく、第三者に対する事実上の公示機能しか果たさないとする説は⁽¹⁸⁷⁾、その意味でまさに正鵠を射ている。むしろ、留保者と譲受人との利益対立をいかに調整するか⁽¹⁸⁸⁾の法理構築が重要である。その際、弁論主義の制約の下に当事者のしばしば便宜的な附合の主張に答えざるをえない裁判実務を考慮し、それと実質的な議論との結びつきをできるだけ具体的に確定する必要がある⁽¹⁸⁸⁾。

関連判例リスト⁽¹⁸⁹⁾

- 【2】 東高判昭61・12・24判時一二二四―一九
- 【4】 大判大10・4・4民録二七―六一六
- 【11】 大判昭6・2・26新聞三三四四―八
- 【13】 最判昭34・8・7民集一三一―一〇―一二二三
- 【16】 最判昭35・3・1民集一四―三―三〇七

- 【21】熊本地判昭54・8・7下民集三〇―五〇八―三六七
- 【25】最判昭28・1・23民集七―一―七八
- 【50】最判平6・1・25民集四八―一―一八
- 【56】最判昭54・1・25民集三三―一―二六
- 【60】最判平5・10・19民集四七―八―五〇六一

(1) 各章は、以下に示す、既公表の論文等を加筆訂正したものである。【第1章】「物の結合体についての規律とその分類基準」(一)(二)民商法雑誌一〇四卷二号、一〇四卷三号(1991)(以下では「結合体」で引用)、【第2章】「権原者によって付加された物の法的処理について」奥田還暦上巻(1993)(以下では「権原者」で引用)、【第3章】阪大法学五二卷五号(2003)→『不動産附合の判例総合解説』(2009)(以下では「解説」で引用)の序章と終章。

(2) 鈴木禄弥『物権法講義三訂版』(1985)一三三頁、幾代通『民法総則第二版』(1984)一六五頁、四宮和夫『民法総則第四版』(1986)一一九頁など。

(3) 新田敏「附合」二〇、二四頁(『民法講座』第三卷(1984)所収)。なお、権原者による播種の場合には、瀬川説(後掲・研究三三七頁)が提案するように、かつドイツ法が普通法以来の伝統を受けて成文化(下民九五四条)したように、利用権者の果実収取権の問題として解決するのが最も簡明であろう。

(4) 梅、富井らは、その体系書において、不動産の附合の説明中で、動産の附合と異なり、ここでは結合の結果、二物を形成する場合と一物を形成する場合とがあるとしている。例えば、富井は、一物を形成する場合として、家屋の造作としての木材、二物を形成する場合として、土地の定着物とを挙げている(『民法原論第二卷』(大正一二年合冊版復刻)(1923)一四三頁)。また梅は、「本条に於いては概して之を二物として観察せり。例えば土地に建築したる家屋、之に栽植したる草木が如し。然りと雖も場合に因りては到底二物として之を見ること能わざることあり。例えば木材を家屋の一部に使用したるが如き又は壁土若くは漆喰を建物、塗池其他の工作物に使用したるが如き」(梅謙次郎『訂正増補民法要義卷之二物権編』(明

治四四年版復刻) (1911) 一七三頁)と述べる。なお、星野英一『民事判例研究第二卷一』(1971) 一三六頁注一参照。

(5) 瀬川信久『不動産附合法の研究』(1981) 第一章第一節(七一—三三頁)の分類枠組みを参照した。なお瀬川説自体については、同書三二—三四頁、LAW SCHOOL No. 22「民法を語る⑥・不動産の附合について」(1980・七月) 六六頁以下参照。

(6) 末弘巖太郎「不動産の附合について」法協五〇巻一一号(1982) 二六頁以下。この説のような発想がそれ以前皆無でなかったことは、瀬川・研究一三頁注一参照(取引観念説への過渡的な性格をもつものとして、中島玉吉(後掲後藤論文二五八頁にも引用されている)、川名兼四郎、石田文次郎を引用する)。末弘自身、二七頁において、石田文次郎『物権法』(そのほかには末川博の判例批評も)を引用して、物理的標準の外になお「取引上独立性を失う」かどうかを標準とする注目すべき説とし、自分はさらに一步を進めて、「物理的標準を全然排斥し専ら『附合物が取引上其独立性を失う』や否やの社会的標準にのみよるべきものではないかと言う疑いを抱いている」と述べていた。

また、大判昭五(1930)・二一・一八(民録九一一四七)は、三七〇条における「附加物」と従物の区別の基準として、すでに、建物より容易に分離しうるか否かのみではなく、その建物取引上の効用に照らし判断すべきとして、雨戸あるいは建物入り口の戸扉その他建物の内外を遮断する建具類は建物の一部を構成する物として、単に従物と判断した原審判決を破棄差戻した。これは、上告理由が「一般取引の観念上」家屋と一体をなしたかどうかで判断せよとした考えを受け入れたものであった。例えば、物理的基準のみによると、床板が釘付けされているか、単にはめ込んであるかによって、一方は不動産、他方は動産と判断されるのは不合理であると主張していた。

末弘説以前に、法廷上でかような主張がなされていたことは注目に値する。

(7) 末弘・前掲論文三二頁。ただ、この点は、取引上の独立性を失わない限り、毀損もしくは過分の費用がかかっても、収去せざるを得なくなり、社会経済上おもしろくないのではないかという批判(後藤清「末弘博士の論文『不動産の附合について』を読む」法学論叢二九巻二号(1983) 二五九頁上段)を招いた。さらに、解釈論として、たとえ物理的接合の程度が緩くても、取引上独立性を失った物について、附合の規定が適用ありとして、物理的基準と取引上の独立性基準を両立するものとした(同論文二六二頁下段)。すなわち、後藤によれば、物理的基準を満たさない場合でも、社会的基準で附合する場合がありうる。物理的基準を満たせば、当然附合すると。

末弘説を全体として評価すれば、物理的基準を全く無視するというのではないが、やや誤解を招きやすい表現があった。注(6)で引用したように、「物理的標準を全然排斥し専ら『附合物が取引上其独立性を失う』や否やの社会的標準にのみよるべきものではないかと言う疑いを抱いている」という表現参照。後藤はこのくだりを引用して、末弘説を物理的標準を無視する説と理解する(二五八頁)。しかし末弘・三三頁以下で展開される解釈論は、この冒頭のいわば新説の宣言文と異なっている。

これは通常新しい説を唱える際にみられる、従来の説との相違点の論者自身による過度の強調によるものである。その意味で、後藤による批判もかみ合っていない。

(8) 以上、末弘・前掲論文三三—三四頁。

(9) 「経済上」という表現は、必ずしも物としての帰属を示唆しないと思われるが、一応そう解されてきている。

(10) 同三七頁。

(11) これらの規定で収去権の目的物となる物は、接合にかかわらず権原の性質上終始地上権者等の所有にとどまる物と解するを適当とする物に限る。同三九頁。

(12) 附着が原所有者の不法行為となる場合には、償還義務と不法行為による損害賠償義務を相殺させることによって、当事者の利害を調整することを提案する。同四〇頁。これは、現在では利益の押しつけの問題として議論されることである。

(13) もっとも、この点について、日本民法の起草者達は無権原者による建物建築は、土地に附合するものと考えていたことについては、瀬川・研究一〇頁以下。

(14) 同三八頁において、「結合の程度の強い場合に不動産所有者が所有権を取得するのは、不動産の不可分の一部となる当然の結果であるとして、二四二条の適用によって生ずるのではないとし、二四二条の適用を排除しようとする」見解を批判している。これは、言い替えば、後述する「単一物を附合の概念から排除し、合成物のみを附合と考える発想」と類似する。

(15) 同四〇頁。瀬川・研究一九頁はこれを附合→収去権なし⇨収去義務なし⇨補償請求権あり、という三位一体論と称する。

(16) 川島武宜『所有権法の理論』(96) 一七七頁。

(17) 「商品としての所有権は、客体の交換価値に対する独占的排他的な支配を、その内容としており、したがって

その客体の範囲は、常に客観的に明確であること、且つ常にただ一つであること、を必要とする。物の部分に対する独立の所有権の存在は、その物の有体的存在全部を包括する所有権の存在と矛盾せざるを得ぬことになる。ただし、物の部分に対する所有権を認めると、もはや所有権の範囲は外部的に認識確定し得られなくなり、取引安全の障害を結果せざるを得ない。たとえばある物を買う者は、外部的に認識し得られるところの・その物の有体的存在全部に対する所有権を取得し得るとはかぎらぬことになり、常に、売主の所有権が客体の全部にわたるかどうか、第三者がその部分に対し所有権を有するかどうかを調査しなければならぬことになり、取引の安全は、はなはだしく障害されざるを得ないのである。」(川島・理論一七八—一七九頁)

(18) 正確には、都市の景観保護(都市が醜くされないように)という意味と、十二表法での建物取毀の直接的禁止に由来す。
2° vgl. Pernice, *Labes*, Band 2, Abt. 1. 2. Auflage, (1895) S. 381ff.

(19) 高島平蔵「附合制度の機能について」民事研修一八六号(1972)二頁以下が説得的に展開する。

(20) この段落につき、高島・前掲論文四—六頁による。

(21) 広中俊雄『物権法』(第二版増補)(1987)四〇五頁。

(22) 瀬川・研究三二九頁。

(23) 高島・前掲論文二頁以下。なお、この考えは、瀬川・研究三一頁注一二において、「取引安全説の再構成」と称されている。

(24) 以上、高島・前掲論文七頁以下、特に一一頁以下。

(25) 広中・物権法四〇七頁注四。他方、「権原」がない場合には、一般に収獲可能な前は分離不相当な状態が続くという意味で附合の要件を満たしうるとする(四〇一頁)。

(26) 当事者関係と第三者関係で、附合法の規律が異なるものとして処理するという考え方は、高島説や瀬川説の出現以前にも、従来から萌芽的には散在していた。例えば、乾昭三「附合についての一考察」(一)民商法雑誌三六卷五号六八四頁、高津幸一「事実認識から解放された法的判断」(二)法学協会雑誌八五卷六号八九一頁以下、同「最近の判例にみる事実認識の魔手」『民法学の現代的課題(川島武宜教授還暦記念Ⅱ)』(1972)所収四二頁以下、星野英一・法学協会雑誌八六卷一号(1969)一六八頁、川井健・民商法雑誌六〇卷二二号(1969)二二六頁以下。

(27) 高島・前掲論文八頁の掲げる例。

(28) 高島・前掲論文二頁以下。

(29) 高島・前掲論文七頁。

(30) 研究・三二一頁以下、特に三二六頁以下。なお、附合物と従物の関係についても、通説と異なる見解を展開するものとして、前掲LAW SCHOOL No.22 七七頁。

「私はそういう物理的な附着の程度によって法律上の概念を分類するというのはあやまりで、法律上の一物に関する諸概念はその概念がどういふ紛争類型と結びついているのか、とくに誰と誰との間の紛争を想定しているのかによって区別すべきだと考えるのです。」(七七頁上段)「従物というのは、取引をした当事者の間の紛争に関する、したがって基本的には当事者の意思解釈の問題です。その基準としては、その社会のその種の取引では一般にどこまでがその種の取引の対象とされているかによる。物理的な附着の程度は考慮されとしても、二次的な要素ではない。」

……附合についてですが、これを附合第三者の紛争と結びつけて考えるとすれば、――私は、こう考えないのですが、もし考えるとすれば――それは第三者の保護のためであるから、その基準は第三者の期待の強さによる、つまりその社会で、くつついている物を別の者が所有していることが非常にまれかどうかによる。ここでも物理的な附着の程度は重要でない。物理的には別個の物でもこの意味では附合といえることがある。」(同頁中段)「従物、附合の基準がこういうわけですからそれは同一線上に並べられるようなものでない。ちがうレベルの問題です。ですから、従物ではないけれど、いまいった意味では附合物だ、ということがありうると思うのです。」(同頁下段)

(31) 研究・三二二―三二六頁。

(32) 研究・三二九頁。

(33) ドイツで問題となった事例が、越境建築での越境部分の帰属、または賃貸借における賃借人の建築した建物の処理について合意が不明確または両当事者で理解が食い違っていた場合であったことにつき、拙稿「ドイツ法における賃借人の費用償還請求権」(一)法学論叢一〇九巻五号(1981)五七頁以下。

(34) 研究・三四〇頁注一参照。

(35) 研究・三四〇頁注四。

- (36) 研究・三三一頁。また、同時に執行可能性をも併記する。具体例として、肥料、微少な種子、壁塗りなどとする。さらに括弧書きで、通説に含まれる舟橋説と結論において同一と記す。この限りで、「混和」と同様の基準を採るものである。
- (37) 厳密には、結合関係が存在することが前提だから高島説のように、準用と解すべきであろうか。
- (38) 裏返せば、収去権は物権化しないと解しうる。
- (39) 詳細は、研究・三三五―三三七頁。
- (40) 研究・三二三頁。もともと、収去義務の成否に関して、なされた附着物がいかなる費用の種類に該当するかで処理を変えている。研究三三二頁参照。「三位一体論」の否定は、収去権、収去義務、求償が論理必然的に連動することを否定する限りで支持するべきだが、逆にそれらが相互に論理的に全く独立して成立するような印象を与える限りで支持できない。
- (41) 研究・三三二、三三三頁参照。
- (42) 研究・三二五頁、LAW SCHOOL No. 22 七一頁最下段。物権概念の絶対性、第三者への主張可能性を考慮すると、第三者関係をも把握すると解しうるが、むしろ法技術の問題と考えるとする。
- (43) この点に関して、なお結論を留保しながらも、附合部分をも買い受けた第三者が保護されるためには、善意性が必要であるとする判例評釈（石田穰『判例民法第一巻』（1977）六五頁（＝法協八六巻七号））が参考となる。
- (44) この点に関して、附合制度の趣旨を、今日のわが国では、不動産の附合の規定の合理性はなく、せいぜい、第三者に対して取引の目的物の範囲を外面的に示すという、事実上の公示の意味を持つにすぎないとする見解として、星野『民法概論Ⅱ』（1976）一二五頁。
- (45) ドイツの附合法に関しては、すでに以下の文献がある。新田敏「ドイツにおける不動産附合法の生成」法学研究（慶応大学）四一巻一二号（1968）一五頁以下、瀬川・研究一二八頁以下、特に民法制定後の判例の変遷について、一七七頁以下（所有権留保取引保護の社会的要請から、機械・設備の独立性が一般的に認められるに至る過程、その際の解釈論的諸構成の試みを詳細に分析する）。
- (46) この概念の多義性については、E. Holtöfer, SACHTEL UND SACHZUBEHÖR IM RÖMISCHEN UND IM GEMEINEN RECHT (1972), S. 88 Anm. 5. 書評として Mayer-Maly, SZ. 90 (1973), 512.
- (47) 厳密には（ラテン語動詞 instruo（配置する）に由来する）instrumentum が排除されていた。

(48) 「構成部分」概念の案出と「従物」概念の前者との対比での限界付けである。

Holtziér, a. a. O., S. 133 ff.によれば、物の結合関係をこのように二分類することの発端は、自然法時代末のホフアッカー (Hofacker) の分類に求められる。Hofacker は、物の内部構造に応じた説明の体系のみに安住せず、さらに異なる物相互の外部関係をも物の体系に取り込んだことで、それ以前の学説と区別される。彼は、物をまず、*res singulares sive discretæ* と *res connexæ sive universales* に分類する。前者は、さらに物を絶対的対象として観察する *res absoluta* と相互に関連した対象として観察する *res relata consideratæ* に分類される。この後者において、主物—附属物 (*res principalis - res accessoria*) の関係が考察され、この主物に対して *adherere, adiungi* という関係にあり、しかも主物の本質的部分 (*partes essentialis*) とはならない附属物とされる物を *accessio* と呼び、それを *res accessoriae sive pertinentes, imperisae, fructus* に区別する。この *res accessoria* は彼によれば、なるほど主物からその実体を害さずに分離しうるが、それとその一部とみなされる形で結合しているものと定義される。そしてそれがさらに、一方では、それが別の主物の部分、増加を形成し、またはその物に従うと考えられるがゆえに物自身に状態により従属的な物と、他方では、有体的結合なくとも、主物の継続的利用に定められ、そのために従い利用される物に区別される。

確かに、ホフアッカーの著作 (PRINCIPIA IURIS CIVILIS ROMANO-GERMANICI, tomus 2 (1794) を後代の普通法学者は、この点に関ししばしば引用している。例えば Wachter, Weiskes Rechtslexikon, Bd. 1 (1839) S. 13 Anm. 6.

また、ALRをはじめとする諸立法では、この分化は若干早く開始される。vgl. Holtziér, a. a. O., S. 163 ff.

(49) D 41, 3, 30 pr. 「……物には三種ある。第一に、総体からなるもので、ギリシア語で *ἁγιώτερον* と呼ばれるもの、例えば、奴隷、角材、石材など、第二は、合成された、すなわち複数の関連したものからなる、*συνμικτερον* と呼ばれるもの、例えば、家、船、戸棚、第三は、異なるものからなるもので、複数の、それ自体相互に独立しておらず、一つの名の下で理解される有体物、例えば、民族、軍団、家畜の群れである。」

なお、この三分類を現代法の物の分類にも生かそうとして再構成を試みるのが、Holtziér, a. a. O., S. 23 Anm. 45.

(50) 単一物、合成物、集合物。例えば、Windscheid, Pandekten § 138 では「単一物と合成物」(Einfache und zusammengesetzte Sachen) の見出しの下におおよそ以下のように述べる。すなわち、物は、自然の統一体を形成するか、あるいはそれぞれが自然の一体性を形成している複数の物の結合であり、前者を単一物、後者を合成物と称する。合成物はさら

に、その構成部分が、有体的に結合しているか否かで区別され、結合していない場合は、集合物 (Sachgesamtheit) と呼ばれる。構成部分が有体的に結合している合成物について、さらに、この結合において、新しい統一体を形成するか否かで区別される。統一体を形成する場合には、二種の権利関係が成立し得、第一に、全体物とその構成部分の関係、第二に、構成部分が結合においてその別個の存在を失わないことを前提として、別個の物としてのこれら構成部分の権利関係。ただ、第二の点については、有体的結合が継続する限りで休止し、構成部分がそれ自体で存立するものとして外形的に回復されてはじめて、復活する。

- (51) Holtzöfer, a. a. O., S. 171f.
- (52) Gesterding, Das System des Römischen Rechts von den Pertinenzen (1817 [初出]) in : Alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten (1818).
- (53) D. 50, 16, 245 pr. 「彫像が建物の装飾のためで、建物の完成のためではなくときには (non quo aedes perficiantur)」
- (54) Gesterding, a. a. O., S. 350.
- (55) Eiselt, § 93 BGB Historische Entwicklung, Kritik und Reformvorschlag, Diss. Berlin, (1952) S. 73; Holtzöfer, a. a. O., S. 179 f.
- (56) Gesterding, a. a. O., S. 307.
- (57) Funke, Die Lehre von den Pertinenzen (1827).
- (58) Funke, a. a. O., S. 11 f., S. 14.
- (59) Funke, a. a. O., S. 43 f.
- (60) 𐌲𐌹𐌸𐌰 Holtzöfer, a. a. O., S. 183.
- (61) 主要な文獻として、Artikeln accessio, Accession in: Weiskes Rechtslexikon, Bd. 1 (1839); Ueber Theilung und Theilbarkeit der Sachen und Rechte, AcP 27 (1844), 155; Verpändung der beweglichen Zugehörungen (Pertinenzen) einer Liegenschaft nach Württ. Rechte in: Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrechte, Erstes Heft (1845) (この論文は𐌲𐌹𐌸𐌰 彼が Gesterding, Funke を批判する一般的な用語法の混乱を指摘している); Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, Zweiter Band, Zweite Abtheilung (1846); Pandekten,

Bd. 1 (1880), Bd. 2 (1881).

- (62) Wachter, Handbuch 2. Band, 2. Abteilung, (1846) S. 234 ff.
 - (63) Kohler の見解については、瀬川・研究一四四頁。
 - (64) Windscheid, Pandekten, Bd. 1 § 143 Ann. 1. (以下の引用は一九〇六年の九版による)
 - (65) Windscheid, Pandekten, § 143 Ann. 3.
 - (66) Göppert, ÜBER DIE ORGANISCHEN ERZEUGNISSE (1869), S. 58-80.
 - (67) Bekker, Pandekten, Bd. 1, § 74.
 - (68) Windscheid, Pandekten, § 143 Ann. 6.
 - (69) 不動産の觀念に從物をも含める、フランス民法の「用法上の不動産」はその一態様である。これに関しては、伊藤英樹「仏民法・不動産化の擬制」法学研究(愛知学院大)二九卷一・二号(1985)一頁以下。
 - (70) 前出注(53)参照。
 - (71) Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausbildung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, hrsg. von W. Schubert, Sachenrecht TEIL 1 (1982), Begründung, S.191 ff. 從物との対比において、構成部分を以下のよびに表現する。zur Vollendung der Hauptsache gehören, die ohne sie unfertig sein würde または zur Vollendung der Sache, zu ihren Bestände gehört など。
 - (72) 判例における、從物概念のみならず、構成部分概念にも及ぶ、具体的―機能的基準の浸透によって、再び兩概念の分化が問題視されるかまたはその限界付けが曖昧となり、再び再構成を必要とさせたことについては、Holthöfer, a. O., S. 105 Ann. 39.
 - (73) 構成部分概念と從物概念の分化の過程と、從物概念の中に属具(instrumentum)を取り込む過程とは時間的にずれており、前者の展開過程の方が早かったことについてはHolthöfer, a. O., S. 177 Ann. 291.
- 從つて、一九世紀中葉の諸立法において、構成部分と從物の分化はなされているが、なお属具の從物概念からの排除を規定しているもの(バイエルン草案(1861) § 151)や從物概念の拡張を産業上の属具に限定しているもの(チューリッヒ私法典(1853/1855) §§ 475ff.、シャフハウゼン・カンテン私法典(1865) §§ 417ff.、バルト諸ラント法(1865) §§ 551ff.)、不

動産担保権への従物としての拘束を一定の産業上の従物に限定するもの（ザクセン民法（1863）§§ 65ff.）があった。

(74) BGBの従物規定は、§ 97で従物の一般的定義を与え、§ 98で産業上、農業上の属具について例示し、後者を従物の概念に取り入れる体裁を採っているのは、かような歴史的背景の下でのみ理解されうる。

(75) この点に関して、比較法的考察の後に、的確な指摘をするものとして、横梯次『担保物権法』（1981）一四九—一五一頁。

(76) BGBの附合規定が内在する矛盾の指摘として、Wieling, Vom untergegangenen, schlafenden und aufgewachten Eigentum bei Sachverbindungen, JZ 1985, 511（なお、ほぼ同一の内容である、日本における講演の翻訳として、ハンス・ヴィーリンク（西村重雄訳）「附合による休止所有権について」法政研究（九大）五二巻二号（1986）五二頁以下）。その大要は、附合に基づく所有権の確定的消滅を前提としながら、なお収去権を付与することは矛盾であり、もし付与しようとするならば、それは何らかの形で物権として継続させねばならないとして、現代法においても、いわゆる休眠所有権の発想を積極的に肯定することにより、この矛盾を解決しようとし、Aneignungsrechtを所有権の余後効的請求権ととらえる。但し、この考えは、一物一権主義的発想に立つ、通説からは受け入れられていない。例えば、Münchener Kommentar, Bd. 2, 2 Aufl. (1986), § 961 Rz. 26 (Quack).

(77) 訴権の消滅による附合論と費用償還論の一体化については、瀬川・研究二四一頁注14、一七二頁参照。

広くは、普通法においては、アクチオ的個別的救済の傾向が強く、個別的救済相互の関係については、必ずしも明確ではなかったのに対し、法典編纂の過程で、一般的抽象的制度化が進行するにつれて、個々の制度相互、例えば、一般と特殊、特殊相互の保護の程度について、要件・効果の調整が必要となってくる。部分草案段階では、例えば、所有者占有者関係の規律は、債権総則の諸規定あるいは法定債権関係の準用・参照という形で起草されたが、第一草案以後、むしろ所有者占有者関係の規律を独自に規定しようとする傾向が顕著であり、この態度はBGBにまで引き継がれているが、それは同時に逆に、それ以外の法定債権関係との関係如何、競合可能性如何、という形で問題を後代に残すことになっている。この点に関しては、別稿で論じたい。[この点については、阪大法学五三巻三・四号（2003）八二三頁以下、現代消費者法九号（2010）九〇頁以下も若干検討した。]

(78) 簡単に Weling, a. a. O., S. 514 ff.

(79) 民法典成立までの一般的概観として、平田公夫「ドイツ民法典を創った人びと(1)」岡山大学教育学部研究集録五六号(1981)六三頁以下参照。

(80) なお、建築材料付加の場合の法律効果については、以下のように説明される (Wächter, Artikel Accession in: Weiskes Rechtslexikon, Bd. 1 (1839), S. 25 ff.)。

(a) 土地所有者が他人の材料で自己の土地または建物に建築した場合

善意・悪意を問わず、材料は土地所有者に帰属する。しかし、何らかの原因で結合が解消されると、元の材料所有者は返還請求できる (なお、この点の社会経済的背景として、当時の財貨の僅少さから、材料の再利用の必要性があったことを指摘したものとして、Liebs, Römisches Recht 3. Aufl. (1987), S. 155)。しかし、そうでない場合に建物の分離を訴求し、材料をヴィンディカチオすることはできない。しかし、以下の法的手段を有する。

土地所有者が善意の場合、a. de tigno juncto により二倍額の損害賠償を請求できる。原所有者がこの償還を取得すると、建築者は unwiderruflich な所有者となる。建築者は材料を分離して引き渡すことで、この賠償を免れうる。

土地所有者が悪意の場合、a. de tigno juncto は、Strukturge の性質を帯びる。二倍額受領後も、分離が生じた後に、返還請求できる。従って、材料の分離、引渡で、この二倍額賠償を免れ得ない。さらに、a. ad exhibendum を提起しうるが、これは材料の引渡ではなく、完全な損害賠償に向けられる。ただ、この場合は、後の分離の際の返還請求は排除される。

(b) 材料所有者が他人の土地上で建築した場合

直ちに、土地所有者が所有権を取得する。償還については上記の原則が妥当する。ただ、善意の場合には、必要費・有益費を抗弁の形で償還請求できる。悪意の場合は、必要費のみである。それ以外の費用については、ヴィンディカチオ訴訟における収去権のみが与えられる。

しかし、占有をすでに失っている場合には、何らの手段も有しない。しかし、後に解体された場合に、材料をヴィンディカチオできる (悪意の場合にも可能かどうかについて法源は分かれる)。

(81) その内容は、通常、原状回復不可能、または分離によって附着物のどちらかが毀損するというものである。また、結合の分離可能性は、当時においては、また総則の物の章において、物の属性としての Teilbarkeit としても論じられていることに注意せねばならない。この Teilbarkeit は、分離可能性の意味でもあり、また分割可能性の意味でもある。そこで

は、土地の「Teilbarkeit」として、境界設定の例が通常挙げられ、また権利の可分、不可分も併せて議論されている。

- (82) 注釈学派に対して、Donellus が所有権移転を主張して以来の、論争である。vgl. Hohlföder, a. a. O., S. 129 ff.; 133 f. 19世紀前半には全体物の所有者による構成部分の所有権取得を支持する見解 (Wächter, Sintenis) が支配的であったが、法源に反する見解として批判され、世紀中葉以降は構成部分所有権の存続 (休眠所有権の肯定) を支持する見解 (Pagenstecher, Gittaner, Zaun, Baron, Bechmann, Göppert, Unger, Keller, Dernburg, Bekker, [改説後]) Windscheid) がむしろ優越した。もっとも、最初から、所有権の存続を支持していた者 (Puchta, Thibaut, Arndts) もある。なお所有権の消滅を主張する者 (Brinz, Demelius, Kohler, Regelsberger, Biernann) もいた。

- (83) Brinz, Pandekten, 2. Aufl. (1873), § 146 S. 554 f. など; Hohlföder, a. a. O., S. 190 Anm. 349; トリンツの学風にひき「Stinzing-Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Abt. 3 Halbband 2, (1910), S. 842-847. 特に「S. 843. 以下に、瀬川・研究」三三二頁以下。

- (84) Windscheid, Pandekten, § 188 Anm. 13.

- (85) 逆に、Kohler は、休眠所有権を否定する立場から、物の結合中は、二重の所有権ではなく、単一の所有権と der Keim eines Neueigentums durch Repristination のみが問題となるにすぎない (S.50) と説明する。

現在の BGB は通説の見解によれば休眠所有権を否定しているので、収去権は債権的なものとされる。また、ここから収去権者イコール分離物の所有者という効果を導く。しかし、収去権者が元来その分離物の所有権者ではなかった場合には非所有者が所有者になることから、このような処理が妥当かという問題が生ずる (通説は § 997 I, II についてこのことを肯定する)。もし、そうでないとすれば、いかなる構成で妥当な処理、例えば、所有権は原所有者の下で成立することを説明するのかという問題も生ずる。

この点に関し、現在のドイツの通説、ないしは判例は、個々の規定で認められる収去権の法的性質決定 (物権か債権か) と現実の最終的処理を必ずしも一貫させていない。例えば、§ 997 I の収去権を債権としながら、他の規定 (§ 999 II) の類推適用に基づきその収去権を第三者にも主張できるとしたり (但し、なお占有していることや第三取得者の破産などの要件を要求する、Münchener Kommentar, Bd. 4 (1986), § 997 (Medicus) RdNr. 17 など)、逆に物権としながら (BGHZ 81, 146 [§ 547a [現 § 539 II] に関する]) 特別規定 (§ 558 I [現 § 548]) に基づく短期消滅時効 (六ヶ月) により権利行使

を制限しているからである。

この点に *Weling* (JZ 1985, 517 f.) は、物権関係に基づく収去権（附合、所有者占有者関係での収去権）には物権の性質を与え、債権関係、例えば質貸借から生ずる収去権には債権的性質を与える。後者の場合には、原所有権の帰属は問わず、質借人が質貸人に對して有する。質借人が原所有権の所有者でもあった場合には、§§ 951, 997 の先占権をも有する。(86) *integrirend* という表現は、ラテン語の形容詞 *integer* (完全な) に由来し、そのドイツ語化が *wesentlich* と考えられるが、これらの概念の内容は、それぞれの論者が依拠するローマ法文とそれに影響を与えたとされるストア哲学を通じて、非常に多義的かつ哲学的に解釈されてきた。BGB 起草時の「本質的構成部分」概念の理解についての議論については、新田「ドイツにおける不動産附合法の生成」法学研究（慶応大学）四一巻一二号（1968）三七頁以下、瀬川・研究一五六、一七三頁参照。

(87) Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 5. Aufl., 1. Band, (1892), S. 427.

(88) Wachter (Pandekten, Bd. 2, S. 119 ff.) は、附合一般を *widerruflich* を原則とすると述べながら、多くの例外があるとし、*unwiderruflich* な例を数多く列挙する。

(89) 例えば、Puchta は、一般に彼の学風として語られるように (Stinzing-Landsberg, a. a. O., Abt 3, Halbband 2, S. 438 ff., ヴイアッカー（鈴木訳）『近世私法』(1961) 四八四頁、Joachim Bohnert, *Über die Rechtslehre Georg Friedrich Puchas* (1975))、ローマ法源からの抽象、演繹というよりも、概念からの命題抽出という傾向が顕著であり、いつでも（例えば Puchta, *Pandekten*, 3. Aufl. (1845), S. 232）、彼は、法源の不明確さ、あるいは複雑さにはほとんどこだわらず、不動産と動産の場合の状況の差に注目することもほとんどしていない。

瀬川・研究一二九頁以下は、普通法学説を三つの傾向に分類し、構成部分と従物の対置、前者と附合の一般的基準の結合を指標に学説を古いものから新しいものへ位置づけるが、「著された時期と必ずしも一致しないが」と限定しているように（一二九頁）、論者の学風により内容は多様であり、時間的发展系列としてとらえることは困難である。例えば、最も新しい傾向に分類されている Wachter は、すでに四〇年代にかような内容を主張している。また、Holthöfer, a. a. O., S.183ff. は、Wächter と Puchta を前者が物理的結合（*corporalis cohaesio in perpetuum facta*）を統合性（*Integrität*）の基礎に置く見解、後者を観念的な統合性（*necessitas coniunctionis*）を基礎に置く見解の代表として、他の普通法学者の見解あるいは諸

立法をこの分類基準によって整理するが、筆者はこの分類にも従わない。むしろそれらは統合性のモメントとしてどちらも個々の見解に常に含まれるものと考えるからである。

- (90) 例えば、Windscheid, Pandekten, Bd. I, 9. Aufl. § 189 において、動産と動産の附合について、「かような結合の場合には、結合した物がその存在を、以前の状態で回復され得ないという形で、失うことがありうる。その場合には、それは消滅し、その物の所有権はもはや語り得ない。……結合物が、結合によって、元の物がもはや回復し得ない (nicht mehr herstellbar) 形で、とらえられない場合には、結合物のどちらも主物ではない場合には、所有権関係はなんら変更されない。これに反し、どちらか一方が主物である場合には、その結合が継続する限り、Nebensache は、主物の構成部分としての性質において、主物の所有者の所有に属する。他方、別個の物として、その物に生じている所有権は休止する。しかし、結合の解消によって、以前の権利関係は回復され、しかもこの場合結合の解消は請求されうる。」として、結合の程度に二種類を認め、それぞれに異なる効果を与えていることが明白に読み取れるが、不動産の附合においては、建物や土地に付加された物について、それらは一体として土地所有者に帰属するが、付加された物の元からの所有権は廃棄されず、結合中に限って行使し得ないにすぎず、結合が解消されるやいなや、その所有権は以前の効力を回復する。しかし結合の解消は請求され得ない、と述べ、その注 (Ann. 14) において、かような分離請求の禁止は、原則に対する例外であり、それは十二表法の明示の禁止に基づくのだとする。ここで原則として、動産の附合における、原状回復可能な場合を引用している。しかし、これ以上に、彼は不動産の附合一般に関する要件・効果の説明をしていない。それはいかなる理由に基づくのかは不明であるが、不動産の附合の場合の紛争類型の多様さから、法文がそもそもかような一般的叙述を許さないことにあるか。他方では、動産では adplumbare (鑑接) (分離可能な緩い結合) と ferruminare (鍛接) の結合の程度の違いについての法文が存在し、結合の程度について二種類想定することが容易であったという状況があらう。なお Holtziöfer, a. a. O. S. 26 Ann. 55.

- (91) そもそも「附合」という制度の扱う範囲が極めて限定的であったことについては、瀬川・研究一三七、一三八頁参照。

- (92) 新田・前掲論文二五頁以下参照。

- (93) 部分草案の物権法の起草は、ベルリン上級裁判所判事である Jolow を担当した。従って、ALR の影響は十分考えられる。ちなみに、総則は、カールスルーエ司法省局長である Gehard、債権法は、シュトゥットガルト上級裁判所長官で

ある von Kübel が担当した。それぞれ、フランス法、普通法を専門領域とした。前出注 (79) 平田 (公) 論文六七頁の表による。

- (94) Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausbildung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, hrsg. von W. Schubert, Sachenrecht TEIL 1, (1982) Begründung, S. 175, 941.

(95) なお、続けて以下の規定がある。

§ 191 占有者が返還請求された物とともに、前者と物理的に、しかし、所有権変更なくして結合したか、または、従物として、結合した、自己の物を、引渡の際にその所有権を留保せずに引き渡す場合、この物の所有権は返還請求された物の所有者に、移転によると同様に、返還によつて移転する、占有者がその代わりに費用出捐による反対請求権に基づき償還をえるか否かに関わりなく。

占有者が返還請求された物と結合した物（それについて何ら償還をえない）の引渡の際に、自己の所有権を留保した場合には、彼はこれを返還請求された物から分離し、かつその際返還請求された物に生じた損害の賠償の後に、収去できる。しかし所有者の求めに応じて、分離後に占有者にとって有するであろう価値の償還と引換に、結合した物を所有者にとどめておく義務がある。

以上のように、§ 191 の表現によれば、結合によつて所有権の移転が生じないか〔すなわち、分離しうる構成部分 (öfbarer Bestandteil)〕、または従物として結合した場合、所有権の移転は生じていないので、分離請求権は成立するが、返還請求された物の返還の際に付加物に対する自己の所有権の留保をしたか否かで処理を異にする。すなわち留保しなかった場合には、その際に付加物の所有権は移転し、費用償還の問題となる。また留保した場合には、分離かつ収去が可能である。しかし所有者側からの価値償還による阻止が可能である。

この点について、以下のような起草者の説明がある (Begründung, S. 1075f.)。

……しかし所有権変更なくしてまたは従物として結合した、占有者の物が問題となる場合、費用は、結合した物をともに引き渡すことがその所有権を返還請求する所有者に移転する意図でなされたという要件の下でのみ、存在する。このような意図は、ともに返還される物が、費用償還の反対請求権において、費用として明示に主張され、他方によつて承認された場合は、明らかとなる。しかしまた、そうでない場合にも、同じ意図が想定されねばならず、同時に返還者はこの費用につい

- て償還を請求しないことが承認されねばならない。所有者と引渡をする者の間の交渉は、引き渡す者が、引渡後も、返還する物と結合していて、ともに引き渡された物の所有者にとどまる場合には、確かな基礎を欠くことになろう。前者の所有者は、返還されたままの状態と設備において、保持できる保証がなくてはならず、この保証は、占有者が、留保せずに、ともに引き渡したという事実が、所有権を付与することによってのみ与えられる。その際、この物の個々の部分について、償還される場合にのみ、移転を意図するか、そうでない場合でも、ともに引き渡し、受領されることが、所有権移転と取得の意図でなされたなどの、立証を要しない。従って、返還請求する物の所有者が、引渡とともに、それと結合し、留保なくして、ともに引き渡された、占有者の物の所有権を、移転と同様に、取得するという実定法規定を必要とする。
- (96) § 6 An Bestandtheilen einer Sache, welche von demselben nicht getrennt werden können, ohne daß die Sache oder der Bestandtheil zerstört oder der letztere in seinem Wesen verändert wird, feste Bestandtheile, findet ein von dem Rechte an der Sache abgesonderter Recht nicht statt.
- (97) Begründung, S. 818 ff.
- (98) Voigt, *Conditiones ob causam*, (1862) S. 804; Pagenstecher, *Eigentumslehre* Bd. 2 (1858), S. 141. づれに対して、この訴権を第三者に対して主張することを否定したものと、Jhering, *Dogm. Jahrb.* 1 (1857), 151 Note 45.
- (99) 但し、善意の動産占有者は、償還または担保供与がなされるまでは、物の引渡の義務を負わない (§ 189 Abs. 2) とされる結果、その限りでは償還請求権は物権化していた。理由書 (Begründung, S. 937) は、なるほど、直接、留置者に物権が与えられるのではないが、それによって物に対する権利を得ていることは争いがたいだろうとする。その反面、不動産の場合と悪意の場合は除外されている。
- (100) 以下において、便宜上現行ドイツ民法の条数に対応させて述べることにする。各条文の対応表は、瀬川・研究一五二—一五三頁にある。
- (101) Motive, III, S. 43.
- (102) この点につき、瀬川・研究一七六、二〇二頁参照。
- (103) 簡潔な概観として、『ドイツ判例百選』(1969) 三六事件、一〇六頁二段から三段「大木雅夫」。
- (104) この規定は、不当利得の章において、不当利得の対象、範囲などについての個別規定をさらに参照し、最後に、損害賠

償や不法行為の義務も妨げないとする。

- (105) 他人の主物の占有者が自己の物を付加した場合には、所有者占有者関係の特別規定が適用されることは理由書 (Motive, III, S. 363) に言及がある。

- (106) 理由書 (Mugdan, III, S. 231) はその理由を以下のように述べる。この「利得」返還義務は、第一、第二項の結果として、場合によっては、結合した物が分離後に有するであろう価値すら与えない場合がありうる。従って、返還請求する所有者がかなうな償還義務に義務づけられず、かつその意思もない場合には、§§ 880-892「附合の規定」の収用的効果を以下の限りで制限することが妥当である、すなわち、分離が許され、分離・収去によって結合の結果生じた所有権の変更がまき戻されること。

- (107) また、占有者の費用償還請求権は、留置権を承認されているが、それは費用を出捐した当時の所有者に限定され (Motive, III, S. 416)、部分草案と異なり、全面的に、物権性は奪われた。この点につき、議事録 (Protokolle S. 4193f.) は土地登記簿の公的信頼を危うくすることを援用している。

- (108) Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, hrsg. von H. H. Jakobs und W. Schubert, Sachenrecht I, (1985), § 951 S. 660 ff.

- (109) 償還を請求し得ない場合、分離がなら利益を与えない場合、少なくとも分離後の構成部分の価値が償還される場合。また、原状回復義務等については、Mieteの規定が準用された（これは最終的には、債権総則における収去権の規定を参照する体裁にされる）。なお、第一草案において一旦否定された償還請求権の債権的性質は、第二草案以降、前所有者の償還義務を新所有者が承継するという特別規定によって、再び物権化された。

- (110) Mieteなどの場合を念頭に置いていた。しかし、Mieteの場合の収去権は、本質的構成部分の成否とは無関係に認められたものであるし、この点については、従来から、契約または不法行為に基づく効果の主張は、別次元のものとして考慮されることは当然の前提であった。例えば、Windscheid-Kipp, Pandekten, 9. Aufl., Bd. 2, S. 981 Anm. 5.

- (111) 所有者占有者関係における占有者の収去権規定を参照することから生ずる誤解を避けるためであろう。

- (112) この規定の趣旨については、理由書 (Motive, III, S. 43) は、国民経済的利益と土地取得者の保護を併記している。このような説明は、瀬川・研究一五七頁によれば、附合を当事者の関係を規律するとみる見解と、対第三者を規律するとみる

見解が混在していると評価されるが、私見では、むしろ附合法の機能の両性的性格を示唆していると解することができる（前述第1節末尾）。

(113) この場合には、そもそも原状回復可能でない場合も、合意の効力として、収去権が成立しうる。

(114) Jakobs, AcP 167 (1967), 381 ff. は、立法過程を参照して収去権の行使の制約を、実質的な利益衡量から導き出す。すなわち、第一草案においてはじめて、占有者が他人の主物と（自己の所有権の喪失を伴って）結合させた物についても収去権が与えられ、その理由書からは、この収去権は、償還義務が分離後の構成部分の価値にも及ばない場合の保護であり、この収去権が成立する限りで原状回復禁止の原則が制限されることが正当化される。附合に基づく価値償還義務が、分離後の構成部分の価値より少なくしか与えない場合には、自己の物を再取得することが許されるのである。逆に言えば、原状回復禁止の原則は、価値償還義務によってのみ正当化される。

なお、ドイツにおける議論の文脈では、悪意の建物建築者による多額の償還請求から土地所有者を保護するという立法趣旨から、悪意の占有者の有益費償還排除を規定する § 996 が立法されたとされるが（この点につき、Köbl, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB, 1971, S. 306）、この規範内容を一般不当利得法との関連で、修正していくという点が特殊であり、注意されねばならぬ。vgl. Medicus, Bürgerliches Recht, 13. Aufl. (1987) Rdn. 897, 899, 903.

(115) この点に関して、Holtföter, S. 37 ff.

(116) Funke において典型的に現れていた。なお、部分草案の従物に関する Begründung, S. 66 の叙述（かつては構成部分と従物はしばしば混同され、区別されるとしてもせいぜい本質的構成部分との対比で、非本質的構成部分または Nebenbestandteile と定義されたにすぎなかった）。

(117) Dernburg, Pandekten, Bd. 1, 5. Aufl. (1896), S. 180 Anm. 11.

(118) Spyridakis, Zur Problematik der Sachbestandteile, Diss. Tübingen. (1966), S. 92ff.; Wieacker, Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung, AcP 148 (1943), 81. 瀬川・研究二〇二頁注 6。

(119) 詳細は、瀬川・研究八一頁以下。

(120) この点に関し、瀬川・研究三二四頁。

(121) 日本法の場合には不動産と動産において、附合の要件の表現が条文上異なっていることから、両者の基準が異なることを推察することができる。

(122) 異なる観点からではあるが、種々の要因に基づく判定を指摘するものとして、林良平「動産と不動産」〔『新民法演習1(総則)』(1967) 所収〕九〇頁。

(123) 瀬川教授は、前述したように(第1節II)、当事者が合意することによっても、所有権留保することのできない限界として、「独立性の識別可能性」という基準を提唱される。この限界は、物理的一体性をその基礎に置く附合制度が機能する最小限度の範囲画定の意味において、ここで言う「事実的分離可能性」と同義と解される。

(124) このような趣旨はすでに普通法においても認識されていたところである。Wächter, Handbuch S. 272; Holtländer, S. 37「(建物の付加物に対するローマ法文の判断についてその基準に二重性を見る、すなわち、機能的重要性が物理的結合の程度を補完する)」

(125) 拙稿「ドイツ法における賃借人の費用償還請求権(三)」法学論叢一一一巻一号(1962)五八頁以下、『ドイツ判例百選』一〇六頁「大木雅夫」。

(126) もっとも、星野・概論II一二六頁は附合と除去権の問題を徹底して別個の問題として扱う方向を示唆する。なお、賃借人のなす付加物についての法的処理に関しては、のちの検討を予定している「のちに、「権原者」二六五頁以下で扱った↓後掲第2章」。

(127) 「独立の有体的存在」、「事実的分離可能性」という基準もおおむね念的・規範的基準ではないかという批判もありえようが、さしあたり、本文のように考えている。

(128) 広中・物権法四〇五頁は、不動産所有者の有責な行為に基づく附合の場合に、分離が不当と認められる場合でも、原所有者は償還請求権と現物返還請求権を選択的に行使しうるとする。

(129) 瀬川説が指摘するように、この場合には、分離可能でも、除去請求によって償還義務を免れえないと解すべきである。

(130) さしあたり、瀬川・研究三三二頁以下。

(131) 前掲九二〇頁以下(結合体(1)、(2))。

(132) 前掲九五五頁以下(結合体(2)三〇二—三〇四頁)。

- (13) 前掲九五六頁注(126)(結合体(2)三〇五頁注(121))。
- (134) 前掲九五六―七頁(結合体(2)三〇四頁)。
- (135) 後述する、星野説が典型である。
- (136) 以下、傍点部分はすべて筆者が付したものである。
- (137) MünchKommBZ 2. Aufl. Bd. 4 (1986), § 951 RdNr. 22. (Quack).
- (138) 後藤清「賃貸借における費用償還請求権」民商一三卷二号(1941)一一二五頁。
- (139) この例は、まさに労務給付の場合であり、そもそも最初から所有権の移転を考慮することはできないが。
- (140) 後藤、前掲一五頁。
- (141) 後藤、前掲、一六―一九頁。
- (142) なお、類似の構成として、ドイツ部分草案の規律(前掲九四六頁注(95)(結合体(2)二九八頁注(92))参照。
- (143) 後藤、前掲、二〇頁注二。
- (144) この点は、後の鈴木説に通ずるものがある。鈴木説(鈴木祿弥『借地法・下』、初版(1970)、改訂版(1980)六一七頁)は渡辺、星野説を支持し、選択的行使を認める際の、理論的構成として、償還請求する場合には、二四二条但書の権利はこれを行使することを義務づけられているのではなく、この権利を放棄すれば、本文の原則に戻って、土地に附合し、償還請求できるようになると説明する。なおこのほかにも、戦後の渡辺説にみられる、民法六〇八条と造作買取請求との選択行使についても言及がある(後藤、前掲二四頁)。
- (145) 石田文次郎『物権法論』(1932)四二二頁、我妻栄『物権法』(現代法学全集第二九卷)(1931)五〇〇頁。なお、我妻説は『物権法(民法講義)』(1952新版)において改説している(これは末弘の批判(前掲九二四頁注(14)(結合体(1)一六一頁注(13)参照))を受け入れたものと思われる)。
- これに対して、例えば、中島玉吉『民法釈義・卷之二上(物権篇上)』(1915再版)四〇六頁は、附合において二物を形成する場合があるとする富井、梅の見解を批判し、二物になる場合は八六条の定着物であり、附合後もなお独立性を失わない場合には、所有権の移転、拡大は生じ得ないとする。
- (146) これについてはさらに、川島武宜『民法Ⅰ総則・物権』(1960)二二三頁(梅博士の見解を援用しつつ、附合の二分論

を支持、但し、附合の結果一物を形成する場合と二物を形成する場合があるという点で、林良平「動産と不動産」(『新民法演習』1総則所収) 九一頁(わが国の解釈論で用いられる意味での構成部分は、つねに主物と附合して一物をなし例外がない意味で、ドイツ民法の構成部分の概念より狭い意味で用いられている)。

(147) 反対、柚木馨『判例物権法総論』(1984) 二五七頁。

(148) 我妻栄『民法講義V₂』(1967) [六七七]。

(149) 『注釈民法第一五卷』(旧版) (1966) § 608 III ㄱ (渡辺洋三執筆部分)。

(150) 先駆的には、やや不明確ではあるが、戒能通孝『借地借家法』(新法学全集) (1987) 一一七頁、後藤、前掲二〇二頁。

(151) 星野英一『借地・借家法』(1969) 二〇二頁。

(152) 我妻の叙述を不正確としているから、この場合には所有権は移転しないと考えていると思われる。

(153) 後掲・概論II 三七頁。

(154) 星野英一『民法概論II』(1973) 一二五頁以下。

(155) 瀬川信久『不動産附合法の研究』(1981) 三三〇頁以下。

(156) 三宅正男『契約法(各論)』下巻 (1988) 八〇二頁以下。

(157) 三宅・前掲八三五頁。

(158) BGB § 547a Abs. 2 [現五五一条]

(159) この場合には、附合の成否は要件とされていないので、日本法の費用償還請求と造作買取請求とを合わせ含むことになる。

(160) ドイツ民法 § 997 Abs. 2 における所有者・占有者関係における、収去権の規律もこれに類似する。

(161) なお、三宅・前掲八〇三頁注(1)。前掲九五三頁(結合体(2) 二九四頁)。

(162) 『新版注釈民法』第一五卷 (1989) § 608 III (b) (原田純孝執筆部分) 二四三頁。

(163) 所有権帰属を前提としない、従って所有権回復を内容とする形成権的なもの。

(164) 星野説では、契約関係のある場合には、もはや物あるいは附合法の規律は債権的調整に解消されてしまう。

(165) 例えば、原田説。

- (166) 借地借家法第三三条、三七条。
- (166a) 前掲注(85)(110)と対応する本文参照。今般の債權法改正により、使用貸借において借主の収去義務を限定する規定(五九九条一項但書)が明文化され、賃貸借にも準用されている(六二二条)。この内容は、「分離することができない物又は分離するのに過分の費用を要する物」であり、動産の附合の要件(二四三条)と酷似する。では、付合と収去義務の関係はどう解するか。関連を意識しつつも、別個に扱う方向が、ニュアンスはともかく、改正法の理解として、共通するようである。例えば、中田裕康『契約法』(2017)四〇四頁、筒井・村松「一問一答 民法(債權關係)改正」(2018)三〇八、二六頁。私見は、『私法』八一号(二〇一九年刊行予定)の二〇一八年私法学会シンポジウム「強行法と任意法」における発言を参照されたい。
- (167) 前掲九五六頁(結合体(2)三〇三頁)。
- (168) 区別の困難からか、訴訟上、一括して有益費として償還請求をし、仮に認められないならば造作として買取請求をする、という大まかな仮定的抗弁がみられることにつき、菅野佳夫「造作費・有益費と原状回復特約」判タ六九四号(1989)六二頁。同じく、借家關係の実態の変化により、造作買取請求の強行性の意義が減少してきたことにつき、『新版注釈民法』第一五卷(渡辺・原田)七五二頁以下。
- (169) 星野説(その2)の分析参照。
- (170) 第二の考え方ではなお価値賠償による(裁判官による介入としての)調整の限界づけの問題が残る。
- (171) 瀬川・一〇一二頁が起草過程以降の複雑な状況を説明する。本書では、さしあたり附合を否定する通説に従う。
- (172) 例えば、梅「土地ト建物トノ關係」法学志林八卷八号(1906)一頁以下、一〇号三〇頁以下は、民法の立場が原則一体的処理であることを例(一体処理の例…賃貸人の先取特權、附合。別個処理の例…不動産登記法、抵当權、法定地上權、一括競売、不動産工事の先取特權)を挙げつつ説明する。
- (173) 瀬川・研究二二四頁。
- (174) 槇梯次「区分建物における区分体の独立と独自の物的結合体の形成(一)」民商一〇二卷五号(1990)一頁以下は、二段階の画定を介する区分体独立の法理を展開する。
- (175) 瀬川・研究三三九頁。但し、同三三〇—三三一頁(識別ないし執行不可能な場合)。なお、現在のドイツ法学説も同様

に、成否の点でも任意法と考える見解が増えつつあることにつき、前掲九六〇頁（権原者二六九頁）。

(176) このような構成が簡明であることは、例えば、共有、所有権と担保権による負担の組み合わせ、条件付所有権取得などの歴史上構想された諸構成と対比すると明らかである。参照、前掲九四七頁（結合体（2）二八九頁）。

(177) 槇『物権法』（1978）一六七頁。

(178) 詳細な定式化を試みる瀬川・研究三四〇頁注3に対する検討として、前掲九二八頁以下（結合体（1）一六四頁以下）。なお、物権的請求権の請求内容をめぐる従来の議論（行為請求か忍容請求か、帰責事由を考慮するか等）がここで参考となる。

(179) この点の検討として、前掲九六〇頁以下（権原者二六七頁以下）。

(180) 前掲九二六頁以下、特に九三四頁（結合体（1）一六二頁以下、特に一七〇頁）。

(181) 立法過程で、自分の金の指輪に他人のダイヤモンドをくっつけて売ってしまった場合の処理について、起草者富井は、即時取得の問題と答え、現行二四七条とは無関係の問題としている（法典調査会民法議事速記録第二八回（商事法務研究会版速記録二）六〇頁下段）。これは分離可能だから動産の附合が成立していない場合を念頭に置いたものであろうか。また、添附規定の冒頭の説明で以下のように述べている。「元添附ト云フモノハ今日ニ於キマシタ殆^マ適用ガナイト思フ、適用ノ極メテ少ナイモノデ殊ニ彼ノ即時効ト云フモノノ規定が行ハレテ居ル以上ハ適用ノ誠ニ少ナイモノデ夫レニ種々場合ヲ考ヘテ煩ハシイ規定ヲ設ケルノハ余リ必要ガナイコト考ヘマス」（速記録三七頁下段。即時取得制度と附合制度の関係は明らかではないが、分離可能性の有無を問わずとも、利益状況の同質性を根拠に（一種の勿論解釈？）第三者が保護されると考えていたのであろうか。なお、瀬川・研究四二頁、三四一頁注17参照。

(182) 不動産所有者の故意または過失による附着の場合につき、広中俊雄『物権法下』（1981）四〇五頁は動産原所有者に償金と現物返還の選択行使を認める。鈴木祿弥『物権法講義五訂版』（2007）二八頁も同旨か。加藤雅信『物権法第二版（新民法大系）』（2005）二八一頁以下、石田稜『物権法』（2008）二五三頁以下も示唆に富む。

(183) 前掲九三二頁（結合体（1）一六八頁）ではそう述べた。起草者も現行二四八条の趣旨説明で、不当利得と不正の損害（不法行為の意）の二つの法理が、附着者が誰かや、その主観的態様に応じて、使い分けられると述べている（速記録六七頁上段）。

- (184) その主唱者は、川島武宜『所有権法の理論』(1949) 一七七頁。
- (185) 星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響」『民法論集』第1巻 (1970) 一四七頁注4は、日本民法は土地と86条の定着物が一物をなすか、二物であるかについて規定していないとする。また、土地・建物の一部で別個の権利の対象とならない物と、別個の権利の対象となりうるが87条の従物法理により処分の効果が及ぶ物との区別についても規定がないとする。
- (186) ドイツ民法起草の過程でも同様の経過をたどったことにつき、前掲九五〇頁以下(結合体(2)二九一頁以下)。
- (187) 星野『民法概論』Ⅱ (1980) 一二五頁。
- (188) 瀬川・研究三二六頁の指摘。
- (189) 番号は「解説」のもの。各判決の詳細は「解説」の第1章以下の参照を乞う。

* 原論文公表後の関連文献として、以下のものを挙げておく。鎌田ほか「不動産とは何か」(1)～(5)、ジュリスト一三三五～一三三七号(2007)、直井義典「添付の歳償金請求権に関する一考察」(一)～(四)、徳島大学社会科学研究所21～24号(2008～2011)° Schimpert, *Integrale und funktionale Verbindungen aus Sachen im französischen und deutschen Recht* (2015), v. Bar, *Gemeinewopäisches Sachenrecht*, Bd. I (2015) § 2 VII.