

添付の際の償金請求権に関する一考察（三）

直 井 義 典
（徳島大学総合科学部）

目 次

はじめに

第一章 フランス法

第一節 民法典の添付規定

第二節 所有権留保

小 括

（以上、二一―号）

第二章 ドイツ法

第一節 民法典の添付規定

第二節 ベールの見解

小 括

（以上、二二―号）

第三章 日本法

第一節 添付規定の成立過程

第二節 学説

第三節 判例・裁判例

(一(1)まで、本号)

第三章 日本法

本章では、わが国における添付の際の償金請求権に関する議論を紹介する。第一節では添付規定の成立過程をボアソナード草案からたどっていく。次いで第二節では民法典の添付規定を学説がどう受け止めたのかを償金請求権に関する議論に絞って検討する。そして第三節では、起草過程ならびに学説において提起された問題意識を判例・裁判例がどのように受け止めたのかを明らかにするために、判例・裁判例の分析を行う。

第一節 添付規定の成立過程

本節では、わが国民法典における添付規定の成立過程について検討する。

現行民法典の添付規定、特に償金請求権に関する規定は、後述するようにドイツ法の強い影響を受けて制定されたものである。しかしそれに先立つボアソナード草案ならびに旧民法典の添付規定にはフランス法の影響が色濃く反映されており、現行民法典制定の際に規定の体裁ならびに内容に大幅な変化が生じたのである。そこでボアソナード草案にまで遡ってわが国の添付規定の成立過程を検討することによって償金請求権規定へのフランス法・ドイツ法の影響を明らかにすることが、わが国における添付の際の償金請求権の理解にどのような変化が生じたのかを浮き彫りにするためには有益であると考えられる。

以下、一ではボアソナード草案の添付規定について、その内容ならびに立法の趣旨を明らかにする。続いて二では旧民法典の添付規定について、条文内容はボアソナード草案と類似であることから、学説による条文解釈をボアソナードの草案起草趣旨と比較しながら紹介していく。最後に三では現行民法典の添付規定のうちで特に償金請求権について直接に規定する二四八条、ならびに、添付目的物上に存した所有権以外の権利の帰趨について規定する二四七条の起草過程における議論を中心として償金請求権の性質について検討を加える。

一 (1) ボアソナード草案^①は、財産を取得する方法について定める第三編の中に添付に関する第二章を置く。このように添付を財産取得の一方方法として位置付ける点では、添付を財産および所有権の様々な変容に関する第二編に位置付けるフランス民法典の立場とは異なるものと言えなくもない^②。しかし本章はその構成においてはフランス民法典に類似しており、総論規定（六〇八条）に続いて不動産の添付（六〇九―六二二条）ならびに動産の添付（六二二―六三二条）の二つの節を設けている。

本章の規定のうちで、特に償金請求権と関わりのある規定を以下に掲げることとする。

六〇八条「動産不動産ヲ問ハス一箇物ノ所有者ハ総テ其物ニ合体スル従属物ヲ以下ニ定メタル區別ニ従ヒ賠償方法ヲ以テ獲得ス」

六〇九条「① 土地又ハ建物ノ上下ニ為シタル総テノ築造植付其他各種ノ工作ハ其土地又ハ建物ノ所有者自費ニテ為シタルモノト推測ス但反对ノ証拠アルキハ此例ニ在ラス

② 如何ナル場合ニ於テモ右工作物及ヒ築造物ノ所有権ハ土地又ハ建物ノ所有者ニ属ス但第三ノ人ノ権証若ハ獲得時証アルキハ此例ニ在ラス

③ 植物ニ関スル場合ハ第六百十一条ニ規定ス」

六一〇条「① 土地又ハ家屋ノ所有者カ他人ニ属スル材料ヲ以テ築造其他ノ工作物ヲ為シタルキハ悪意ニ出テタルキト雖又之ヲ破壊シテ其材料ヲ返付スルニ及ハス

② 又材料ノ本主ヘ其材料ヲ収去ス可シト請求スル」ヲ得ス

③ 但第四百五条ニ規定シタル區別ニ遵ヒ材料ノ所有者ニ賠償ヲ為ス可シ」

六一一条「① 他人ニ属スル樹木又ハ植物ニ就テハ其植附ノ時ヨリ一箇年内土地ノ所有者又ハ占有者ハ之ヲ抜き取りテ植物ノ所有者へ返還スル」ヲ要ス但此外植物ノ所有者ニ損害ヲ及ホシタルハ之ヲ賠償ス可シ

② 若シ樹木〔又ハ植物〕ノ所有者之ヲ取戻ス」ヲ好マサルカ又ハ植附後一箇年ノ期限経過セシキハ賠償金額ヲ領収スヘシ」

六一三条「① 他人ノ土地又ハ建物ノ善意ノ占有者其土地又ハ建物内ニ自己ノ材料又ハ樹木ヲ以テ築造、工事若クハ植附ヲ為シタル場合ニ於テ真ノ所有者ヨリ其不動産ノ取戻〔請求〕ヲ受ケタルハ右ノ築造、工事又ハ植物ヲ収去スル」ヲ要セス但真ノ所有者ハ自己ノ選択ヲ以テ材料及ヒ工力ノ代償若ハ其事業ニ因リ不動産ニ加ヘタル増価額ヲ占有者ニ払フヘシ」

② 若シ築造者悪意ノ占有者ナリシキハ所有者ハ土地ヲ旧状ニ復スル為メ占有者ニ強テ工作物及ヒ植物ヲ毀除セシメ且此外損害ヲ受ケタル時ハ其賠償ヲ払ハシムル」ヲ得又所有者ハ前項ニ述ヘタル如ク占有者ニ賠償ヲ与ヘテ工作物及ヒ植物ヲ保存スル」ヲ得」

六二二条「① 第三者ガ所有者ノ異ナル二箇又ハ数箇ノ動産物ヲ其所有者ノ意思ニ因ラス集合シテ何レノ動産物ニモ著シキ損壞又ハ減価ヲ致ス」ナクシテ容易ニ之ヲ分離スル」ヲ得ヘキハ各所有者ハ其分離ヲ請求スル」ヲ得但之カ為メ賠償ヲ要スルハ其附合ヲ行ヒシ者之ヲ担当ス」

② 附合前ニ係ル原物ノ変更又ハ混悪ハ損壞ト看做ス」ヲ得

六二三条「① 二箇物ノ分離ヲ為ス」ヲ得又之ヲ為ス」ヲ得ルモ著シキ損壞又ハ減価ヲ致シ又ハ余計ノ入費又ハ数多ノ時日ヲ要スルハ何レノ所有者モ其分離ヲ請求スル」ヲ得又シテ其物ノ全部ハ首タル物ノ所有者ニ属ス但其所有者ハ從タル物ノ所有者ノ損害トナリ自己ノ利得トナリタル限度ニ循ヒ賠償ヲ担任スヘシ

② 一物ノ便益、裝飾又ハ補充ノ為メ集合シタル物ハ從タル物ト看做ス若シ此点ニ就キ二物トモ同様ノ性質ニ属スルハ其中抵価ノ物ヲ以テ從タル物ト看做ス

③ 其他ノ場合ニ於テハ各物ノ首タリ又ハ從タル性質ハ裁判所ノ査定ニ任ス」

六二四条「① 首タル物ノ所有者ノ過愆又ハ欺詐ニ依リ附合ヲ為シ前述ノ規則ニ循ヒ其分離ヲ為ス可カラサルハ從タル物ノ所有者ノ首タリ又ハ從タル性質ハ裁判所ノ査定ニ任ス」

② 若シ築造者悪意ノ占有者ナリシキハ所有者ハ土地ヲ旧状ニ復スル為メ占有者ニ強テ工作物及ヒ植物ヲ毀除セシメ且此外損害ヲ受ケタル時ハ其賠償ヲ払ハシムル」ヲ得又所有者ハ前項ニ述ヘタル如ク占有者ニ賠償ヲ与ヘテ工作物及ヒ植物ヲ保存スル」ヲ得」

六二二条「① 第三者ガ所有者ノ異ナル二箇又ハ数箇ノ動産物ヲ其所有者ノ意思ニ因ラス集合シテ何レノ動産物ニモ著シキ損壞又ハ減価ヲ致ス」ナクシテ容易ニ之ヲ分離スル」ヲ得ヘキハ各所有者ハ其分離ヲ請求スル」ヲ得但之カ為メ賠償ヲ要スルハ其附合ヲ行ヒシ者之ヲ担当ス」

ル物ノ所有者ノ受クヘキ賠償ハ其被フル所ノ損害即第三百九十条及ヒ第四百五条ノ規則ニ照シ査定シタル損害ヲ程度トス
 ② 従タル物ノ所有者躬ラ附合ヲ為シタル^①ハ首タル物ノ所有者ノ得タル利益ノ限度内ニ非サレハ自己ノ受ケタル損失ノ賠償ヲ求ムル^②ヲ得ス

六二五条「支障ナク分離スル^③能ハサル物ニシテ其中何レノ物モ他ニ比較シテ其性質ニ因ルモ其品質又ハ価額ニ因ルモ首タル物ト看做ス^④ヲ得サル^⑤ハ其附合ニ因リ組成シタル物ハ總テノ所有者ニ平分シテ其共有物タル可シ但過愈又ハ悪意アル者ニ対シ賠償ヲ負担セシムヘシ^⑥」

六二六条「① 数人ノ所有者ニ属スル流動体、固形体又ハ金属ノ混合ニ就テモ前諸条ノ規則ヲ同一ナル區別ニ従ヒ適用ス

② 但分離スル^⑦能ハサル原物同性質及ヒ同品質ニシテ所有者ノ共有物タルヘキ時ハ各共有者其混合物ヲ組成セル自己ノ原物ノ多寡ニ応シテ權利ヲ得有スヘシ^⑧」

六二七条「附合又ハ混合カ所有者中ノ一人ノ所為ヨリ生シタル場合ニ於テハ他ノ所有者ハ自己ノ物件ノ優等ナルニ因リ自己ニ帰スル全部ノ所有權ヲ受諾スルニ及ハス亦各自ノ物ノ重要性及ヒ価額ノ同等ナルニ因リ成立スル共有ヲ受諾スルニ及ハス各所有者ハ附添ヲ為セシ本人ニ対シ同分量及ヒ同品格ノ物若ハ金円ニテ其価額ヲ請求スル^⑨ヲ得^⑩」

六二八条「① 何人ニ限ラス他人ノ材料ヲ用テ新ナル種類若ハ用法ノ物ヲ作りタル^⑪ハ其原物ノ所有者ハ作工料又ハ其作工ノ為メ原物ニ致シタル増価ヲ弁済シテ右物件ノ所有權ヲ要求スル^⑫ヲ得

② 然レモ作工ノ価額著シク原物ノ価額ヲ超過スル^⑬ハ造出シタル物件ノ所有權ハ製作者ニ属ス但原物ノ所有者ニ相当ノ賠償ヲ為スヘシ

③ 又製作者カ同時ニ原物ノ一分ヲ供シタル^⑭ハ其原物ノ価額ヲ作工ノ価額ニ加ヘテ先取ノ權ヲ定ムヘシ

④ 所有者ノ承諾ナクシテ原物ヲ用キタル^⑮ハ其所有者ハ常ニ自己ニ属スル先取ノ權ヲ拋棄シテ品格並ニ分量トモ自己ノ原物ニ等シキ物又ハ金円ニテ其価額ヲ請求スル^⑯ヲ得^⑰」

(2) これらの条文に規定された償金請求権の位置付けに関する検討に入る前に、ポアソナード草案においてはそもそも償金請求権はいかなるケースで発生するものと構想されているのか、この点に関する基本方針を明確にし、しておくことが重要である。

この基本方針を明らかにするにあたってはまず、添付はいかなるケースで生じるのかについて明らかにする必要がある。その際に注目しなければならないのは、添付の総論規定である六〇八条に關してなされたボアソナーの次のような説明である。

「若シ其二物ノ分割カ性質上及ヒ法律上共ニ為シ得キモノナル時ハ各所有者自己ニ屬スル所ノモノ、所有權ヲ保有ス可ク随テ附添物ノ分割ヲ請求スルト同時ニ之ヲ取戻ス「ヲ得可シ」⁹⁾」

このように、ボアソナーによれば、物の性質上ならびに法律上の双方の観点から二つの物の分離が可能とされる場合には添付によって新たに生じた物の物理的な分割、すなわち原状回復を認容すれば足りるのであり、いずれかの観点から二つの物の分離が不能となった場合に初めて添付が認められることが明言されているわけである。

それではここに言う物の性質上あるいは法律上二つの物の分離が不能であるとはいかなる事態をさすのか。ボアソナーは同条の説明において「其ノ集合タル或ハ形体上ノ性質ニ因リ或ハ法律ト公益トノ為メ破壊シ得可カラサル」¹⁰⁾ときは二つの物が分離不能となるものとしている。すなわち分離不能とは、形体上・法律上・公益(Inter general)上のいずれかの理由により集合を破壊することができない場合であるとされている。ここで注目しなければならないのは、物の形体上あるいは法律上は二つの物を分離することが可能であっても結合によって生じた物を破壊するのが公益上の理由により適當ではないと解される場合においても、二つの物が分離不能となるものと観念されることである。ボアソナーが公益の内容について説明を加える所はないが、添付によって新たに生じた物を存続せしめた方が分離するよりも交換価値が高まることでそれが社会的な利益となるということを指すものとはひとまず考えられる。このようにして、物理的には分離可能であっても公益上の理由のみから元の所有者による取戻が認められず添付が生じるケースが存在することとなる。

以上のように、ボアソナーは分離が形体上・法律上・公益上のいずれかの理由によって不能となった場合に

付合が成立するという基本方針を明らかにしている。そして公益に基づく分離不能を原状回復を否定する事由に含めた結果として、物理的な性質のみを考慮するよりも、付合が認められる範囲が拡大されるのである。

添付が認められた場合には、次にその効果はいかなるものであるかが問題となる。ボアソナードはこの点について、添付により新たに生じた物の上に共有が成立するか否かを全く問題とすることなく次のように述べる。「附添ニ依リテ他人ノ物件ヲ獲得セシ者ハ其附添物件ノ本主ニ賠償セサル可カラサルハ敢テ弁ヲ待タサル所ナリ」⁽¹¹⁾。

このように、添付が認められるとその効果として償金請求権が発生することとなるのである。すなわち、添付の成否と償金請求権の有無とは全く同一の問題として認識される。

以上が総論である。以下では各規定の内容を順に検討していくこととする。

(3) まず是不動産と動産との付合に関する規定から検討する。

六一〇条・六一一条は、不動産所有者の所為による添付の成否に関する規定である。

六一〇条は不動産の所有者が他人の所有する動産でもって自己の不動産に築造・工作を行ったケース一般において、フランス民法五五四条と同様に不動産所有者の主観的事情を問うことなく材料取戻権を一律に否定し、材料所有者には不動産所有者から賠償がなされるべきものと規定する。これは六〇九条二項本文の現れである。このように材料取戻権が否定される理由はボアソナードによれば、付合によって新たに生じた物を破壊することが法律によって認められないことによるとされており、付合の際に材料の原形が存しなくなることで動産が物としては消滅することによるのではない⁽¹²⁾。さらに、土地所有者が悪意の場合においても動産所有者による材料取戻権が否定されていることに対しては、経済上の理由によるとの説明が付け加えられている⁽¹³⁾。

このように、ボアソナードは材料取戻権を全面的に否定することで、添付によって新たに生じた物を保存することに重点を置くのである。また、経済上の理由とは前述した公益上の理由と同様と考えられ、ここにも公益を重視する姿勢を見て取ることができるのである⁽¹⁴⁾。

六一一条は、六〇九条三項から明らかなように六〇九条二項本文の例外、したがって六一〇条の例外をなす。そして本条は、土地所有者が他人の所有する樹木・植物を植え付けた場合につき、以下の二つの事柄を定める。それは第一に、樹木・植物の所有者は植え付けから一年内であれば樹木・植物の返還を請求しうることであり、第二に、樹木・植物の所有者が返還を希望しない場合あるいは植え付けから一年以内に返還請求をしない場合には樹木・植物の所有者は賠償を請求することになることである。植付から一年内でありなおかつ樹木・植物の所有者が返還を希望する場合には植付を行った者に対して樹木・植物の取戻を義務付ける点でフランス法と異なる。¹⁶⁾

このように規定した理由についてはポアソナードは建物築造の場合と比較しながら、次のように述べている。「此取戻ヲ禁止スルニ就テハ前同一ノ經濟上ノ理由アルヲナシ何トナレハ樹木ヲ其所有者ニ復歸スルカ為メ土地ヲ變更スルモ敢テ著シク其利益ヲ失フニ非サルカ故ニ樹木ノ所有權ヲ褫奪スルノ理由アラサルナリ然リト雖氏亦植物カ不当ニ栽ヘ置カレタル土地ニテ培養繁茂シ得ル程ノ十分永キ時間ヲ過クルモ右ノ取戻ヲ允許スルハ其當ヲ得ルモノニアラス」¹⁷⁾。ここでも付合によって新たに生じた物を保存するという公益上の理由に重点がおかれているのである。すなわち、建物築造の場合とは違って樹木・植物については植え替えが可能であるから、物理的な取戻を認めても樹木・植物そのものの効用 (utility) を必ずしも損なうわけではない。こうした効用を損なわない期間として一年という期間が定められたというわけである。¹⁸⁾このように公益を考慮した結果として副次的に樹木・植物所有者の所有権が一定の範囲内で尊重されることとなっているのである。

六一三条は、他人の不動産を無権限で占有する者がその不動産に築造・植付をなしたことによって付合が生じた場合に関する規定である。善意の占有者に対しては付合させた動産の除去義務は課されていないのに対して、悪意の占有者に対しては除去義務が課されている。ただし、不動産所有者には悪意の占有者に対して除去義務を課せずに付合物を保存することも認められている。それでは、築造材料あるいは植え付けた樹木を占有者の側から除去することは可能なのか。明文規定がないことから問題となる。不動産所有者から不動産の返還請求を受け

ても除去する義務を負わないとの一項一文の規定ぶりからは、善意の占有者には除去請求権が認められる²⁰。これに対して悪意の占有者については二項二文で不動産所有者には工作物・植物を保存する権利が認められていることから、除去請求権は認められない。以上のように解することができる。不動産の所有者が材料あるいは樹木を取得する場合には占有者の主観的態様を問うことなく材料費あるいは労賃または不動産に生じた増加額を償還する義務を負うものと規定される。

ポアソナードによれば、本条は当時のフランス民法五五五条を整理したものとされており、ここでは六一〇条の場合とは異なつて土地所有者には何らの過失もないことから土地所有者に工作物・植物の保存・取去の選択権が認められるものと説明されている²²。ただ善意の不動産占有者に対しては取去義務が課されていないのは、仮に取去義務を課したとすると善意者に工作物の損失ならびに毀損・取去の費用・材料の減価という三重の損害を生じさせることとなるためとされる²³。それとは逆に悪意者には懲罰として取去義務が課されるという²⁴。本条は不動産所有者の所為による場合と異なり築造のケースと植付のケースとで異なつた処理をしていない。その理由は、善意の不動産占有者には除去権があること、悪意の不動産占有者には除去権がないがそれが付合物の保存に有益であることに求めることができよう。また本条においては前条までにおけるのは異なつて、付合によつて新たに生じた物を保存するという視点は後景に退いており、むしろ占有者の悪性と土地所有権の絶対性との調整が問題とされている。このような取り扱いの差異は、これまで説明されてきたような付合によつて生じた物の保存という視点では全く説明できない。むしろ結果的にいずれの場合においても不動産所有者が極力保護されていることに説明の鍵があるものと考えられる。すなわち、不動産所有者の意図に沿うような形で取去の可否が決められているわけである。このようにポアソナードの言う経済上の理由とは、不動産所有者が生ぜしめた物の保存をも含めた意味での不動産所有権の絶対的自由の貫徹という点にあるものと言ふべきである。

以上が、不動産と動産の付合における材料あるいは樹木の所有権の帰属に関する規定内容である。

それでは、償金請求権とはいかなるものとして観念されていたのか。

不当利得の一般規定である三八一条は、添付が不当利得法によって処理されることを明らかにしている。次のような規定である。

三八一条「①有意ナルト無意ナルトヲ問ハス又錯誤ニ出ルト故意ニ出ルトヲ別タス総テ正当ノ原由ナクシテ他人ノ財産ヨリ利ヲ得タル者ハ其不当ニ得タル利益ヲ返還ス可シ

②此条例ハ以下ノ區別ニ従ヒ殊ニ左ノ事件ニ適用ス

第一から第三 「略」

第四 「第三編第二章二規定スル如ク」他人ノ物ノ附添又ハ其勞力ヨリ生セシ所有物ノ増加²⁶⁾

第五 「略」

このように、償金請求権は不当利得返還請求権の一種として位置付けられているわけである。そして償金請求権と所有権の帰趨との関係について、同条に次のような説明が加えられていることが重要である。

「主タル物件ノ所有者ハ其利得セル價格ヲ弁済スルノ任ヲ負フニ非スンハ主タル物件ノ價格ヲ改良増加シタル他人ノ物件若クハ他人ノ作業ノ附着ヲ利得セサル」²⁷⁾

ここでは償金を支払う義務を負うことが添附によって新たに生じた物の所有権を取得するための条件として理解されているのである。²⁸⁾

償金請求権の内容については、三八一条をはじめとする不当利得規定には定めがなく、償金請求権の発生原因を定める各規定に委ねられている。

六一三条は一項で償金額について規定し、二項においてはこれを賠償と性質づけている。

六一〇条は材料の所有者が賠償を受けるべきことを定めるほかはすべて四〇五条に譲っている。²⁹⁾このように同条において償金額が四〇五条により決せられる理由ならびに償金の性質については、ボアソナードは次のように述べている。

「法律ハ第四百五条ニ譲リ以テ本条ノ条例ヲ簡單ナラシメタリ○此第四百五条ハ合意不執行ヨリ生スル損害賠償ノ為メニ設ケラレタルモノナリト雖比本条ノ場合ノ若キ不当ノ利得アリテ築造者ノ善意ナル場合及ヒ悪意ノ場合ナル夫ノ不正ノ損害ノ場合ニモ亦之ヲ適用スルニ於テ同一ノ理由アリ○既ニ第三百九十条ニモ概シテ不正ノ損害ニ付キ同条例ニ譲リタリ」³¹⁾

このように、ボアソナードによれば償還は不当利得の返還にあたり債務不履行の場合と同様と考えることができるから、規定の簡潔化のために損害賠償の範囲に関する四〇五条が適用されると説明されるのである。

ここで注意しておかなければならないことがある。ボアソナードは金銭支払が生じる場合について常に「賠償する (indemniser)」との語を用いている。ところが、同一の語を用いながらもボアソナード自身がその内容につき別個の理解を見せている箇所があるのである。例えば、六一一条一項あるいは後述する六二五条の「賠償」は純粋に損害賠償のみを意味するものとされているのに対して、六一一条二項の「賠償金額」は樹木または植物の有していた価額と損害賠償とを足し合わせたものとされている。³²⁾このようにボアソナードは、添付の目的物が姿態変化したものとして発生する償金と損害賠償とを明確には区別していなかった。すなわち、彼は広義の償金概念のうちには償金請求権と損害賠償とが含まれることを十分に明らかにせず、これらを混同していたものと考えられるのである。³³⁾

(4) 次に、動産同士の場合に規定について検討する。

ボアソナードは結合を生ぜしめたのが第三者の所為である場合(六二二条・六二三条)と動産所有者自身の所為である場合(六二四条)とに分けて規定する。

六二二条一項は、第三者の所為によってかつ所有者の意思によらずに複数の動産が結合した場合には分離によって「著シキ損壞又ハ減価」を生じさせない限りで分離を認めている。その理由は、動産の分離を認めるのが当然のことであり「所有權ヲ尊重スルモノニシテ各所有者ノ利益便宜ヲ尊重スルモノ」³⁴⁾であるためと説明されてい

る。よってポアソナードは、分離を全面的に否定したフランス民法五六六条には賛同できないとする。この規定がポアソナードの主張する基本方針に沿ったものであることは確かである。ただ、不動産と動産とが結合した場合と比べて分離の認められる範囲が拡大されているようにも考えられる。すなわち、不動産と動産とが結合した場合には形体上・法律上・公益上の理由があれば分離が認められなくなるのに対して、動産同士が結合した場合には著しい損壊または減価を生じる場合に分離が認められないとされていることをどのように解すればよいのか
が問題となるのである。形体上の理由に関しては、六二二条二項についての説明でポアソナードが「附合ヲ容易ナラシムル為メ物件ニ来シタル多少ノ変換モ損壊ト看做スヘキ」として³⁵いる。また、公益上の理由は前述したように不動産所有権に関するものであり動産の場合には考慮する必要がないと考えられたものと推測される。このように解すればポアソナードの基本方針は不動産と動産とが結合した場合と動産同士が結合した場合とで異なる
ところはないと言えるのである。

六二三条は六二二条を受けて、第三者の所為によつて³⁶複数の動産が結合したことによつて二つの物を分離することが不可能となつた場合または分離が可能であつても元の物に著しい損壊あるいは減価を生じさせることなくしては分離ができなくなつた場合ならびに分離に過分の費用あるいは時日を要することとなつた場合には、動産所有者は分離を要求することはできず付合物の全体が主たる物の所有者の所有に帰すものとする。そして付合によつて新たに生じた物の所有者となつた者は従たる物の所有者に「賠償」³⁷すべきことが規定される。共有を認めなかつたわけであるが、この点につきポアソナードは次のように説明している。

「是レ其未分ノ不便アルヲ知ルカ故ナリ（第三八条乃至第四十条註解參観）是ニ於テ乎全体ヲ挙テ主タル物件ノ所有者ニ付与シ唯之ヲシテ賠償ヲ払フノ責ヲ負ハシムルノミ」³⁸

このように主たる物の所有者のみが所有者となる理由を、ポアソナードは共有が不便であることに求めているわけである。

六二四条は、動産所有者自身が複数の動産を結合させた場合について規定する。これにより六二三条と同様の意味で分離をなしえなくなった場合には、主たる物の所有者による従たる物の所有者に対する「賠償」が問題になるとして、付合を生ぜしめたのが主たる物の所有者である場合と従たる物の所有者である場合とに分けて賠償額を定めている。一項においては主たる物の所有者が付合を生ぜしめた場合、賠償額を三九〇条に照らして算定することで不法行為が存在するとの性質決定がなされる。⁽⁴¹⁾二項においては従たる物の所有者が付合を生ぜしめた場合、六二三条一項と同様の範囲内で賠償させる。こうした区別はフランス民法五六六条には見られないものである。⁽⁴¹⁾ここにも行為者の行為責任を償金額に反映させようという考え方が現れている。また、六二二条のような明文規定はないが、六二四条の反対解釈によると、結合した動産が分離可能であれば基本方針にのっとりて取戻により原状回復がなされることとなる。

六二三条一項・六二四条二項においては、付合によって新たに生じた物の所有者とされた者は自らの意思によることなく償金の支払を強いられることとなる。不当利得に関する学説にいう利得の押し付けが生じているのである。この点についてポアソナードは特に説明を加えていないが、六二三条の状況は主たる物の所有者にとって「変災」であるとしており、⁽⁴²⁾問題があるとの認識はしていたようである。そして、主観的には賠償額を軽減することで調整したといふことのように見受けられる。⁽⁴³⁾後述する六二七条もまた利得の押し付けに対する対処となっている。

六二五条は、動産を付合させた者の如何を問わず、複数の動産が分離不能かついずれの動産が主たる物であるかを決定できない⁽⁴⁴⁾ような態様で結合したときには共有が成立するものとする。ポアソナードはこうした処理が唯一の方法であるとして、公売を義務付けるフランス民法五七五条とは異なる処理をしたことを明言する。⁽⁴⁷⁾なぜ公売によることができなにかについては言及していないが、付合した動産を所有する者全員から所有権を奪取することは避けるべきであるから、動産所有者に所有権を与えるべきであるとの考え方が根底にあったものと考え

られる。⁴⁸⁾

また、混和の場合については、六二六条一項が付合と同様に処理すべき旨を定め、同条二項は混和した物が同性質・同品質のときにはその量に応じた共有を成立させている。これは旧物所有者の一人に所有権を取得させて償金支払によって処理するのに比べて「条理ニ適シ公義ニ合スル所ナリ」⁴⁹⁾とされている。ここに見られる付合と混和における共有に対するボアソナードのスタンスの違いは共有物分割の難易の差に起因するものと考えられる。すなわち、混和の場合には混和物が同性質・同品質である以上、持分に応じた分割がきわめて容易になしうるのである。

六二七条は、動産所有者のうちの一人の所為によって付合・混和が生じた結果付合物の単独所有者とされる者あるいは共有者とされる者は、それが自己の所為によるのでない限り、単独所有権・共有権を取得せずに同分量・同品質の物の引渡あるいは償金の支払を求めることができるとした規定である。この規定は利得の押し付け問題に対する対処法の一つである。

ボアソナードは「或ハ他ノ所有者即チ主タル物件ノ所有者ニ於テ其集合物ノ全部カ自己ノ需用ヲ超過スルニ因リ或ハ其資力附従物ノ価値ヲ弁済スル能ハサルノ故ヲ以テ其全部ノ所有者タルヲ希望セサル」ナシトセス又其集合物ノ共同物件タルヘキ片過失ナキ所有者ハ自己ノ最初ノ権利ヲ剥奪シタル所有者ト共ニ其未分中ニ加入スルヲ欲セサル「アルヘキナリ」⁵⁰⁾との指摘を行っており、所有権を取得する者が償金を支払えない場合にこの者に償金の支払を強要しないことよって、添付を原因として発生した補償問題を確実に処理するという意味合いも有している。

加工に関する六二八条は、一項で材料所有者に加工物の所有権を認める。ただし、二項では加工により価値が著しく上昇するときは例外的に加工者に所有権を与える。⁵¹⁾以上は基本的にフランス民法五七〇条・五七一条と同様である。ところが、三項ではフランス民法五七二条⁵²⁾と異なり、共有を一切認めない。四項では一項の場合に材料所

有者による所有権放棄ならびに同分量・同品質の物の引渡を認める。これは六二七条と同様の規定であり、加工者が加工によって生じた物の所有権を取得した場合に材料所有者の保護を強化した規定と言える。⁵³⁾

(5) ここでポアソナード草案に見られる特徴をまとめておく。

まず、全体の構成についてはフランス民法典と全く同様である。

基本方針として、二つの物が結合しても分離が可能である限り分離を認める。動産については分離を一切認めないフランス法とは異なっている。ただし、結合物を分離することが物理的に可能であってもそれが公益に反する、すなわち社会的な損失をもたらすと判断される場合には分離は認められない。このように、社会的な損失をさわめて重視していることがポアソナードの特徴である。⁵⁴⁾ 添付の効果は基本的には償金の支払であって、共有は例外的な場合においてのみ認められる。この点、大枠ではフランス法に類似する。

不動産と動産の付合については、不動産所有者が他人の動産を結合させた場合と、不動産の無権限占有者が自己の動産を結合させた場合とに分けて規定する。こうした区分法はフランス民法典と一致する。しかし不動産所有者が他人の動産を結合させた場合については、結合された動産が植物の場合とその他の材料である場合とに分け、植物については一定の要件のもと不動産所有者に返還義務を課している点でフランス民法典とは異なっており特徴的である。この区分は、分離を認めた場合に動産の効用を損なうか否かの差異によって正当化される。不動産の無権限占有者が動産を結合させた場合については、不動産占有者の善意・悪意によって処理を変える。これはフランス法と同様である。しかし償金額について六一三条は不動産占有者が善意であるか悪意であるかによって区別しておらず、この点はフランス法に対する学説の批判を取り入れたものとなっている。以上のように、不動産と動産の付合においては、植物以外の動産が不動産所有者によって付合された場合には動産所有権は償金請求権に転化するが、その他の場合には原物での取戻の可能性が認められている。償金請求権は不当利得返還請求権の一種として説明されており、不当利得に関する一般規定により性質付け・算定方法の決定がなされ、償金

の額が債務不履行の損害賠償額規定（四〇五条）によって決定されるケースがある点にフランス法には見られない特徴がある。また、償金請求権は「賠償」と表現されているが、その中には付合物が姿態変化した価値の返還ならびに損害の賠償という二つの要素が無意識的に含まれていた。

複数の動産の付合については、第三者の所為による付合と動産所有者の一人の所為による付合とに分けて規定される。前者につき、分離が認められない場合には共有は成立せず、償金請求権に解消されるとする。後者の場合においても同様にして償金請求権が発生し、その額が付合を生ぜしめた者の如何によって変化する。ただし、主物を決定しえない場合には共有が成立するものとされる。この点は公売を義務づけるフランス民法典と異なる。すなわち、複数の動産の付合においては主物を決定できないというきわめて例外的なケースを除き償金請求権の問題として処理される。

利得の押し付け問題については償金額の軽減ならびに六二七条を置くことによって対処している。混和についても基本的には付合同様であるが、共有の成立範囲が付合の場合よりもやや広くなっている。加工においては材料所有者が所有権を取得するのが原則である。共有はフランス民法と異なって成立しない。

以上のように、内容においてはボアソナードが自覚的にフランス民法典に対して若干の修正を加えている箇所がある。その結果、フランス民法典に比べ、償金の支払が問題となりうる領域がやや狭められている。

二 (1) 旧民法典の添付規定は財産取得編の第二章であり、同章は総則的規定である七条に続いて不動産上の添附（八条から一三条）と動産上の添附（一四条から二三条）の二つの節から構成されている。このようにボアソナード草案と同じ構成を採用している。

本稿に関係する条文は以下のとおりである。一見して明らかかなように、内容もボアソナード草案と基本的に同様である。

七条「動産ト不動産トヲ問ハス或ル物ノ所有者ハ其物ニ附従トシテ合シタル物ヲ下ノ區別ニ従ヒテ取得ス」

八条「① 建築其他ノ工作及ヒ植物ハ総テ其附著セル土地又ハ建物ノ所有者カ自費ニテ之ヲ築造シ又ハ栽植シタリトノ推定ヲ受ク但反對ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス

② 右建築其他ノ工作物ノ所有權ハ土地又ハ建物ノ所有者ニ屬ス但權原又ハ時効ニ因リテ第三者ノ得タル權利ヲ妨ケス

③ 植物ニ関スル場合ハ第十条ノ規定ニ從フ」

九条「① 土地又ハ建物ノ所有者カ他人ニ屬スル材料ヲ以テ建築其他ノ工作ヲ為シタルトキハ其工作物ヲ毀壞シテ材料ヲ返還スル強要ヲ受ケス又材料ノ本主ニ其取去ヲ強要スルコトヲ得ス

② 然レトモ右ノ所有者ハ財産編第三百八十五條⁵⁵ノ規定ニ從ヒテ材料ノ本主ニ償金ヲ払フノ責ニ任ス」

一〇条「① 他人ニ屬スル草木ノ栽植ニ付テハ其栽植ヲ為シタル土地ノ所有者又ハ占有者ハ一箇年内ニ其草木ヲ拔取り且之ヲ返還スル強要ヲ受ク尚ホ損害アルトキハ之ヲ賠償ス

② 右草木ノ所有者カ其返還ヲ欲セス又ハ栽植ノ時ヨリ一箇年ヲ經過シタルトキハ其所有者ハ償金ヲ受ク」

一一條「① 他人ノ土地又ハ建物ノ善意ノ占有者ニシテ其土地又ハ建物ニ自己ノ材料又ハ草木ヲ以テ築造又ハ栽植ヲ為シタル者ハ所有者ヨリ不動産回復ノ請求ヲ受クルニ當リ其工作物又ハ草木ヲ取払フ責ニ任セス所有者ハ其選択ヲ以テ占有者ニ材料及ヒ手間賃ヲ払ヒ又ハ不動産ノ増価額ヲ払フ

② 築造又ハ栽植ヲ為シタル者カ善意ノ占有者タリシトキハ所有者ハ工作物及ヒ草木ヲ除去シテ場所ヲ旧狀ニ復セシメ且損害アルトキハ之ヲ賠償セシムルコトヲ得又所有者ハ前項ノ規定ニ從ヒ占有者ニ償金ヲ払ヒテ右ノ工作物及ヒ草木ヲ保存スルコトヲ得」

一四條「① 各別ノ所有者ニ屬スル數箇ノ動產物カ所有者ノ意ニ非スシテ第三者ニ因リテ附合セラレ其各物共ニ著シキ毀損又ハ減価ヲ受ケスシテ容易ニ分タル可キトキハ所有者ノ各自ハ其分離ヲ請求スルコトヲ得但損害アルトキハ附合ヲ為シタル者之ヲ賠償ス

② 附合ノ為メニセル物ノ変様ハ之ヲ毀損ト看做ス」

一五條「① 二箇ノ物カ分ツ可カラサルカ又ハ之ヲ分ツカ為メ著シキ毀損、減価ヲ為シ若クハ過分ノ費用、時日ヲ要スルトキハ孰レノ所有者モ分離ヲ請求スルコトヲ得スシテ其物ハ附合ノ儘ニテ主タル物ノ所有者ニ歸屬ス但此所有者ハ從タル物ノ所有者ニ損害ヲ加ヘテ己レヲ利シタル限度ニ應ジ賠償ヲ負担ス

② 或ル物ノ便益、粧飾又ハ補完ノ為メニ附合セラレタル物ハ之ヲ從タル物ト看做ス主從ノ區別ニ付キ疑アルトキハ價格

ノ低キ物ヲ以テ従タル物トス

③ 此他ノ場合ニ於ケル物ノ主従ノ區別ハ之ヲ裁判所ノ査定ニ委ス」

一六条「① 附合カ主タル物ノ所有者ノ過失又ハ詐欺ニ因リテ成リ前条ノ規定ニ従ヒテ其分離ヲ為ス可カラサルトキハ従タル物ノ所有者ノ受ク可キ賠償ハ財産編第三百七十条及ヒ第三百八十五条ニ依リテ其額ヲ定ム

② 従タル物ノ所有者カ附合ヲ為シタルトキハ主タル物ノ所有者ノ利益ノ限度ニ応シテノミ賠償ヲ受ク」

一七条「不都合ナシニハ物ヲ分離スルコトヲ得サル右同一ノ場合ニ於テ其性質、品質又ハ価格ニ因ルモ主従ノ區別ヲ為シ難キトキハ其物ハ平等ノ權利ニテ各所有者之ヲ共有ス但過失又ハ悪意アル者ヨリ賠償ヲ受クルコトヲ妨ケス」

一八条「① 前数条ノ規定ハ各別ノ所有者ニ属スル流動物、固形物又ハ金屬ノ混和ニモ亦之ヲ適用ス

② 然レトモ分離スルコトヲ得サル物カ其性質及ヒ品質ノ同シキニ因リテ共有ト為ル可キトキハ各自ノ權利ハ己レヨリ出テタル物ノ数量ノ割合ニ応ス」

一九条「附合又ハ混和カ所有者ノ一人ノ所為ヨリ生スル場合ニ於テハ他ノ所有者ハ專屬ノ所有權ヲモ共有權ヲモ承諾スル責ニ任セス添附ヲ為シタル者ニ対シテ同品質ノ物又ハ其代価ヲ要求スルコトヲ得」

二〇条「① 或人カ他人ノ物料ヲ以テ新ナル用方ノ物ヲ作りタルトキハ物料ノ所有者ハ手間賃ヲ払フテ其物ノ所有權ヲ要求スルコトヲ得

② 然レトモ手間賃カ著シク物料ノ価額ヲ超ユルトキハ新ナル物ノ所有權ハ製作者ニ属ス但製作者ハ物料ノ所有者ニ賠償スルコトヲ要ス

③ 製作者カ物料ノ幾分ヲ供シタルトキハ其物料ノ価額ハ優先權ヲ定ムル為メ之ヲ手間賃ニ合算ス

④ 所有者ノ承諾ナクシテ物料ヲ用キタルトキハ其所有者ハ常に自己ノ優先權ヲ抛棄シテ同品質、同数量ノ物又ハ其代価ヲ要求スルコトヲ得」

旧民法典においてもボアソナード草案と同様に添付は不当利得の発生原因と解されており、このことについては財産編二六一条が次のように規定している。

財産編三六一一条「① 何人ニテモ有意ト無意ト又錯誤ト故意トヲ問ハス正当ノ原因ナクシテ他人ノ財産ニ付キ利ヲ得タル者ハ其不当ノ利得ノ取戻ヲ受ク

② 此規定ハ下ノ區別ニ從ヒ主トシテ左ノ諸件ニ之ヲ適用ス

第一から第三 「略」

第四 他人ノ物ノ添附ヨリ又ハ他人ノ勞力ヨリ生スル所有物ノ増加

第五 「略」

ポアンナード草案からの変更点は、第一に、たとえば一〇条二項や一一条二項に見られるように、条文において償金と賠償の文言上の区別がなされるようになったこと、第二に、二〇条一項において材料所有者の支払うべき価額については材料所有者に与えられていた加工賃と増価額との選択権が排除され前者に一本化されたことの二点である。⁽⁵⁷⁾

(2) わが国の論者はこれらの規定をどのように解していたのか。以下では、井上操と熊野俊三の見解を検討していく。

まず添付の成立場面と償金請求権の存在意義に関する基本方針を確認することとする。

この点につき井上は次のように述べている。「其主タル物ト從タル物トハ尚ホ之レヲ分離スル「ヲ得又ハ二人ノ所有ニ歸スルヲ得ヘキ場合ニ於テモ法律ハ之レヲ取去リ又ハ二人ノ所有ニ歸スル「ヲ許サス」⁽⁵⁸⁾。このように二物の分離を認めないのが本則とされる。

このように考えられる理由については、井上は続けて次のように説明している。

「今之レカ取去ヲ為シ又ハ二人ノ所有ニ歸セシムルトキハ為メニ社会ノ經濟ヲ害スル「アルヘキニ由リ法律ハ尚ホ添付ノ原則ヲ適用シ其主タル物ノ所有者ヲシテ從タル物ノ所有權ヲ取得スルモノト為シタリ」⁽⁵⁹⁾

すなわち井上は物理的には二物を分離することが可能であっても社会経済的な考慮からそれを認めないケースがあると解するわけである。またこれと並んで井上は「從ハ主ニ随フトノ原則」⁽⁶⁰⁾を重視することで分離を制限する⁽⁶¹⁾。これら二つの原則は、結合した物を分離することで物を滅失させることは避けなければならないというポアン

ナードの強調する社会経済上の理由に合致するものである。ところが、ボアンナードの場合は分離を制約する事情として社会経済的観点⁶²が挙げられていたのに対して、井上の場合には分離を認めないのが本則とされているのであるからボアンナードとは基本方針が全く逆となっているのである。

これに対して熊野は「法理上厳正ニ論スル⁶³ハ各所有者ニ二物ノ分離ヲ求ムル權利ヲ与ヘサルヘカラス」とし、分離権が認められるべき理由については所有者の意思に反して所有権が奪われるのは適當でないことに求めている。そして分離不能の場合または分離によって物が損壊されることで社会の経済を害する場合には、償金の支払⁶²がなされることとなるという。添付によって生じた物の所有権の所在については、「従ハ主ニ随フトノ添附ノ元則」によって説明する。ここにはボアンナードに類似した原状回復が基調であるとの考え方を窺い取ることができる。

以上のように、井上が社会経済的観点を極端なまでに強調しているために井上と熊野とでは基本原則が逆となっているものの、二物の分離が物理的に不能または社会経済上望ましくない場合には添付が生じるとする点、ならびに、添付が成立しない限りは原物の取戻が認められるとする点では両者の見解は一致している。

添付が生じた場合に償金が支払われるべき理由について、井上は次のように説明している。⁶⁴

「今添附ニ由リテ所有権ヲ取得スルハ無主物ヲ先占ニ依リテ取得スルト異ニ重モニ他人ノ所有ニ係ル物ヲ取得スルモノナレハ其取得者ハ常ニ之レカ償金ヲ出スノ責アル」ヲ忘ル可ラス若シ然ラサルハ取得者ハ為メニ不当ノ利得ヲ得ルモノト為リ添附ハ実ニ所有物ヲ奪取スルノ一方法ト為ルニ至ルヘキナリ故ニ主タル物ノ所有者ハ添付ノ方法ニ依リテ従タル物ノ所有権ヲ取得スルト共ニ不当利得返還ノ方法ニ依リ之レカ賠償ノ責ヲ免レサルナリ」

添付の目的物は無主物ではなく他人の所有物であるから、添付によって新たに生じた物の所有者を一人に限定することに⁶⁵よって所有権を奪われる者が発生する。そこで添付により新たに生じた物を所有することとなった者が不当に利得することを避けつつ、かつ、添付が原因で従来有していた所有権を奪取されることとなった者に生

じた損害を填補するために償金を支払う必要があるという不当利得に依拠した説明がなされる⁽⁶⁶⁾。すなわち所有権取得と償金の支払とは表裏一体の関係に立つというのである⁽⁶⁷⁾。もつとも、償金の性質に関しては不当利得返還の側面が明確に指摘される一方でこれは「賠償ノ責」と説明されており、ボアソナードにおけるのと同様、ここで「賠償」という文言には不当利得の償還と損害賠償という二つの側面があるということについて十分には整理しきれないところも見受けられる⁽⁶⁸⁾。しかし、熊野が九条の説明において、償金には材料の代価と損害賠償の二つの側面があることを的確に指摘していた⁽⁶⁹⁾。この点、条文上のみならず解釈においてもこの二側面を混同していたボアソナードの見解からは一步を進めたものと言えるだろう。

(3) 続いて各論部分について検討する。

不動産の添付については次のように説明される。

九条・一〇条において土地上の建築と植栽とを別個に規定する理由は、植物の場合は土地から分離しても著しく社会経済上の損害を発生させるといふわけではないことによつて説明されている⁽⁷⁰⁾。これはボアソナードと同様の説明である。

土地所有者が他人の材料により建築・工作をしたケースである九条は、「従は主に従う」の原則、ならびに、社会経済上の理由⁽⁷¹⁾という前述した井上の二つの原則に基づいて説明される⁽⁷²⁾。

このうち、社会経済上の理由が特に重視されていることは以下の説明に明らかにされている。

「添附ノ一点ヨリ見ルトキハ社会ノ公議上実ニ不正不理ヲ免レサルカ如シト雖モ其所有者ヲシテ償金ノ責ニ任セシムルヲ見ルトキハ亦其然ラサルヲ發悟スヘシ要スルニ添附トハ社会ノ経済ト公議トヲ調和シタル財産取得ノ方法ト云フヘキナリ」⁽⁷³⁾

すなわち、添付は法律が不当に所有権を奪取する制度であるが、添付によつて新たに生じた物の所有者の下に発生した不当な利得は償金を支払うことによつて消失し、これによつて社会経済上も望ましい状態が得られると

いうのである。ここで社会経済上望ましくないものと考えられているのは、添付によって新たに生じた物からそこに付合した物を除去することならびに添付によって新たに生じた物を共有とすることの双方である。これもまたボアソナードによる説明に類似しており、償金支払による解決を志向している。

以上を前提とすると、次のような疑問が生じる。それはすなわち、添付成立の後に添付によって新たに生じた物からそこに付合した物が分離された場合にはこの分離された物を取り戻すことは認められるのかという疑問である。熊野は、次のように論じて取戻を肯定する。

「論者曰ク土地ノ所有者ハ添付ニ因リ適法ニ材料ノ所有権ヲ取得シ材料ノ本主ハ其所有権ヲ失ヒタルナリ既ニ所有権ノ移転シタル以上ハ家屋ノ破壊シテ材料ノ原形ニ復スルモ所有権ニ變動ヲ生スルノ理ナク材料ノ本主ハ其材料ヲ回復セントスルモ最早所有者ニアラスト此説ハ論理上ヨリ看ハ間然スル所ナシト雖モ予ハ其無益ニ嚴酷ナルヲ嫌フナリ夫レ材料ノ本主返還ヲ強要スルヲ許サ、ルハ其家屋ト成リテ土地ニ附着スルカ故ナリ法律ハ社会ノ経済上ヨリ既ニ落成シタル工作物ヲ毀壞シテ材料ヲ返還セシムルヲ欲セサルナリ然レトモ家屋ノ破壊シテ材料ノ原形ニ復シタルモ法律ノ理由ハ既ニ存セサルニ因リ材料ノ本主其所有権ヲ回復セント欲スルモ強ヒテ之ヲ拒ムノ理由ナカラン」

このように熊野は添付が認められたことよって付合物の所有権が移転することを認める。ただ他方で、動産の原物での返還請求が否定される理由は付合が生じたことにあるが、物が分離された場合にはすでにそうした理由は妥当しなくなっている。⁽⁷⁶⁾ すなわち、社会経済上の理由を考慮する必要はないのである。

一一条一項は善意の不動産占有者が築造・植栽を行った場合に収去義務はないとするが、他方で占有者の側からする取戻請求権も解釈上否定されている。⁽⁷⁸⁾ その理由は、従たる動産はすでに不動産所有者の所有物となつていないことにある。償金支払に関しては以下の二つの問題点がある。⁽⁷⁹⁾ 第一に土地・建物の所有者が自らの行為によらずに工作物・草木の所有権を強制的に取得させられることにある。⁽⁷⁹⁾ しかしこれは、添付をなしたのが善意の占有者である場合については、社会経済上の利益の考慮ならびに除去義務が発生することを全く予期しなかつたにも

拘らず自らのなした工作・植栽の除去を強制するのが酷であることという二つの理由により正当化される。悪意の占有者については、本条二項により添付を受け入れるか否かは不動産所有者の任意とされており、不動産所有者には付合物の除去請求権があるものとされている。⁽⁸⁰⁾しかし井上は工作物・草木の保存を社会経済的観点から極めて重視しており、⁽⁸¹⁾一二条を批判して、行為者の善意・悪意によって区別すべきではないとの立法論を展開する。⁽⁸²⁾第二の問題点は、土地・建物の所有者が十分な資力を有しないために償金支払に困難を来す可能性があることである。しかし井上も熊野もこの問題を所有者の資金調達の困難という観点から問題視しているにすぎず、占有者に対する償金支払を確実なものたらしめるといふ意図は見られない。

ただ、熊野が善意の不動産占有者に対して、償金を受領するまでの間につき不動産の留置権を認めている。そしてこれによって、所有者が無資力であるために償金の支払を受けられないというリスクを避けられることが明確に指摘されており、⁽⁸³⁾注目される。

償金額については、一〇条に関する井上の説明ならびに九条に関する熊野の説明に注目すべきものがある。井上の説明は次のようなものである。

「又占有者ハ右ノ草木ヲ返還スヘキノミナラス若シ其間其草木ヨリ収益セシ菓実又其草木ヲ抜キ取リタルカ為メ其価額ヲ減シタル等ニテ損失ヲ生シタルハ此等ノ賠償ヲモ為サ、ル可ラサルノ責アルナリ而シテ其賠償額ノ範圍ハ前条ニ述ヘタルカ如ク其土地ノ所有者又ハ占有者ノ善意ナリシヤ將タ悪意ナリシヤニ由リテ異ナルヘキナリ」⁽⁸⁴⁾

償金には土地を占有していたことに伴う果実収取・植物除去による損害賠償としての側面があることを指摘し、また、九条二項の償金規定に従い一〇条一項の賠償額も占有者が善意であるか悪意であるかによって決定されるものである。

熊野は次のように説明する。

「材料ノ本主ハ償金ヲ受クヘク而シテ償金ハ材料ノ代価ノ外損害ノ賠償ヲ包含スヘシ」⁽⁸⁵⁾

償金には材料が姿態変化した側面と損害賠償の側面があることを明らかにする。このように井上も熊野も、償金の中には損害賠償としての側面があることをはっきりと認識している。しかし前述の二つの側面はいまだ十分には区別されていない。そのため動産同士の付合が主たる物の所有者の故意・過失によって生じた場合の賠償についてはポアンナードと同様、不法行為という性質付けのもとに次のように説明される。

「其従タル物ノ所有者ニ為スヘキ賠償額ハ其過失ナルト又詐欺ナルトニ由リ同カラサルナリ即チ過失ノ際ニ於テハ准罪ヲ成シ其賠償額ハ附合ノ当時ニ於テ予見シ又ハ予見スルヲ得ヘカリシ損失ト利得トノミヲ包含シ又詐欺ノ際ニ於テハ犯罪ヲ成シ其賠償額ハ附合ノ当時ニ於テ予見スルヲ得サリシ損害ト雖比其附合ヨリ生スル結果ニシテ避ク可ラサルモノハ皆之レヲ包含スルナリ」^{是レ本条ニ従タル物ノ所有者ノ受クヘキ賠償ハ財産編第三百七十条及ヒ第三百八十五条ニ依リテ其額ヲ定ムトアル所以ナリ}

(4) ここでは材料価値の返還という側面が完全に見落とされているのである。ここに添付はあくまでも社会の経済のために認められたものであり、所有権の安固を害するものであることは確かであるから、結合した動産の分離的な分離が可能な時は分離が認められる。この基本方針はポアンナードのそれと同様である。この方針を確認するものとして、第三者の所為により動産が結合されたとしても「若シ之レヲ分離シテ各物共ニ著シキ毀損又ハ減価ヲ受ケサル場合ニ在テハ社会ノ経済ヲ害スルハ実ニ瑣末ノ事タルヘキ」^是との一四条に関する説明がある。このように動産同士の付合については不動産と動産とが付合した場合とは若干異なった説明がなされているわけであるが、分離による損失の程度が不動産と動産とでは大きく異なるものと認識されていたと考えることよってこうした説明方法の違いを正当化することができる。第三者の所為により複数の動産が相互に分離不能となった時は一五条が適用される。この場合は主たる物の所有者には何らの責任もないにも拘らず、償金の支払が義務づけられる。利得の押し付けケ

スである。そのため、償金支払の主眼はあくまでも付合によって新たに生じた物の所有者の受けた不当な利得を吐き出させることにあるのであって旧物所有者の損害を填補することではないとの説明がなされている。⁽⁸⁸⁾

動産所有者の所為によって複数の動産が結合した場合について規定する一六条においても、動産が分離不能となつて初めて償金の支払が問題となるのである。一六条自体はその償金額の算定方法について規定したものであるが、不動産の場合と同様に一項では故意の時は「犯罪」、過失の時は「准犯罪」とされている。

混和に関する一八条は主従の区別をなす標準が付合と異なり価格によって区別をしている点に特徴があるのだが、物の価値は物本然の品質によって決定される、との説明が見られる。⁽⁸⁹⁾

一九条の説明において、償金支払に関しては一一条に見られたのと同様の説明をしている。そこから過失のない所有者に添付によって新たに生じた物の単独所有権あるいは共有持分の取得を強要するのは「不条理」であると説明する。⁽⁹¹⁾

二〇条において所有者が支払うべき価額についてはボアソナード草案とは若干の差異があることは前述のとおりであるが、この点については井上も熊野も全く説明を加えていない。

(5) 以上をまとめることとする。

全般的には、旧民法典に関するわが国の論者の解釈はボアソナードによる草案の説明に類似しているものと言える。ところが、ごく一部ではあるがわが国の論者の解釈に独自の特徴とも言うべき部分が見られる。

第一に、ボアソナード草案の説明において見られた償金と損害賠償との間の混乱に旧民法典の条文上は多少の改善が見られる結果として、条文解釈においても代価と損害賠償との二側面が整理されたものとなっている。しかしながら、一六条二項のように条文上いまだ不適切な部分も見られ、条文の解釈においてもいまだに二側面を十分に区別していない部分が見られる。

二物が分離しうる限りは分離を認めるという基本方針はボアソナードと同じであるが、特に井上において社会

経済的考慮がボアソナードにおける以上に強調されているために原則と例外が逆転して説明されていることが注目される。また、善意の不動産占有者が動産・樹木を結合させたときの取戻請求権も井上ならびに熊野によって明確に否定されている。そのため、ボアソナードに比べ償金請求権の支払が問題となる局面が拡大されることとなるものと考えられる。さらに、一条が行為者の善意・悪意を区別したことを批判する点もボアソナードとは明らかに異なっている。このことの背後にも社会経済的利益を強く考慮したことがあるものと考えられる。

三 現行民法典の起草過程に考察を移すこととする。

(1) 現行民法典の添付規定の原案を起草したのは富井と見られる。⁽⁹²⁾ 法典調査会において富井は添付の総論として次のような説明をする。

説明の冒頭において、富井は添付規定の全体構成につき次のように述べている。

「本案ニ於キマシテハ大ニ既成法典ノ規定ヲ削除致シマシテ条文ガ著シク少ナクナリマシタ、夫故ニ二節ニ分ケテ不動産上ノ添附動産上ノ添附ト云フ如キ区別ヲ設ケル必要ハナイト考ヘマシタカラ此第三款ノ中ニ細別ヲ立テズシテ規定ヲ致シマシタ」⁽⁹³⁾

旧民法典には存在していた節の区分がなくなっているが、これは条文数の大幅な減少に伴って節の区別をやめたというに過ぎず、不動産付合と動産付合の区分の必要性そのものまで否定する趣旨ではなかったことは明らかである。⁽⁹⁴⁾

償金を定めた各種規定の構成については次のような説明をする。

「既成法典ニハ其添附ノ箇条ニ於テ添附又ハ製作ノ適用ニ依テ権利ヲ失ナヒ損失ヲ受クル者ニ償金ヲ払ハナケレバナラヌト云フコトヲ規定シテ居ル、併シ是レハドノ場合ヲ見テモ不当ノ利得ニ依ルカ或ハ不正ノ損害ニ依ルカ必ス此二ツノ内ニ帰スルト思ヒマス、夫故ニ多クノ条文ノ格段ナル場合ニ付テ一々其事ヲ言フヨリモ一ツノ条ニ纏メテ仕舞ツタ方ガ至当デアラウ」⁽⁹⁵⁾

ここでは、償金には不当な利得の吐き出しと損害賠償の二側面があることが正当に認識されている。そして、これらを一つの条文にまとめて規定するのが簡潔でよいというのである。

以上のような条文構成に関する説明に続いて、富井は旧民法に見られた条文の削除理由を述べる。その中でも最も注目すべきは旧民法一九条の削除理由である。同条の削除が添付規定に関する最大の改革であると述べた後に富井は以下のように言う。

「是レ〔旧民法一九条〕ハ一見致シマストキハ甚ダ公平ナ規定ノ様ニ思ヒマスケレドモ、従ツテアツテモ決シテ害ハナイト思ヒマスケレドモ、特ニ設ケル必要ガアルカト云フト甚ダ疑ヒマス、本款ノ一番仕舞ノ条文即チ不当ノ利得ハ償還セニヤナラヌ不正ノ損害ハ賠償セニヤナラヌト云フ原則ガアレバ十分デアラウト思フ」

富井は旧民法一九条の規定内容に反対するものでは決してない。むしろ公平な規定であるという。しかし、不当利得の償還・不法行為による損害の賠償は他の規定によって認められているから旧民法一九条は不要であるとするのである。⁽⁹⁷⁾

確かに、代価の要求については二四八条または不当利得・不法行為に関する一般規定によって代替されている。しかし、添付によって新たに生じた物について所有権を取得することを強要されないこと、ならびに、添付を生ぜしめた者に対して同性質・同品質の物の引渡を要求しうることに關しては規定が消滅してしまっているのである。

(2) 不動産の付合についてはドイツ民法典にならって二四二条の一条に規定がまとめられた。⁽⁹⁸⁾

同条の説明で富井は「従トシテ附合スト云フ数量ヲ能ク裁判官ガ適用スレバ十分デアラウ、是レハ独逸民法草案ノ例ニ倣ツタノデアリマス」と言う。すなわち、いかなる場合に付合が生じるものとされるのか、換言すれば結合した物の取戻はいかなる場合に可能であるのかは裁判官の裁量によって決定されることとなったわけである。旧民法典のように建築その他の工作物と植物の場合とに分けて規定すると遺漏が生じる可能性があるために

不動産の付合を一か条で規定するものとしたのであり、これに伴って樹木の植栽に関する特則も姿を消すこととなった。⁽¹⁰⁴⁾

また、但書が新たに付け加えられたが、これは既成法典にあっても同じことだがあつた方がよいということと付け加えられたものであるとして、富井は土地のケースのみを念頭に置いた説明を加えている。⁽¹⁰⁵⁾

ここで箕作麒祥によって、添付が所有者の一人の所為による場合と第三者の所為による場合という旧民法典に見られる区分が廃止されたが、これらのケースで生じる損害は二四八条で網羅されているということなのかが確認され、富井はそれを肯定する。二四八条も不動産付合一般に適用されることが確認されたわけである。

二四二条はその質問以外には議論されることなく可決された。

次いで、動産の付合規定の起草過程に目を転じることとする。

二四三条に関しては富井が本稿の観点からは非常に注目すべき発言をしている。それは次のような発言である。

「夫レカラ又多クノ国ノ法典ニハ其主タル物ノ所有者ガ添附シタルトキハ従タル物ノ所有者ニモ幾分カ権利ヲ与ヘルトカ物ヲ損ジテモ分離ヲ請求スルコトガ出来ルトカ、物ガ遺失シテモ従タル物ノ所有者ニ權利ヲ得セシムルトカ誠ニ煩ハシクアル、夫レヨリハイツソ法律ニ主従ヲ区別スル細別ノ標準ヲ掲ゲズシテ裁判官ノ判断ニ任カセル方ガ宜イ、然ウシテモ實際ノ結果ハ既成法典ニ掲グル所ト同一ナルト思フ」⁽¹⁰⁶⁾

ここでは、諸外国法では従たる物の所有者にも分離請求権あるいは共有持分権が与えられることが認識されている。そしてあまりに細かな区分は煩わしいので主たる物と従たる物の決定を裁判官の判断に委ねるといのである。添付の効果も含め、旧民法典と異なった結論を採ることは想定されていない。

同条についてはまた、少し毀損すれば分離が可能な場合においても付合を認めて取戻を否定するのは適當ではないとして、長谷川喬が「著ルシク毀損スルニ非サレハ」と「著ルシク」の文言を追加する修正案を提出しよう

とする。分離請求ができる範囲が極端に狭まることを危惧する見解と言つてよいだろう。しかしこの見解は、付合したか否かは結局のところ裁判官の裁量に委ねられる事柄であるとして取り上げられる事はなかつた。⁽¹⁷⁾

二四四条について富井は、旧民法典とは異なり物の主従を決定するのに旧民法財産取得編一五条のような規定がないから平等の権利での共有とはできないとする。この発言の真意は明確ではないが、物の主従について裁判官の裁量によって決定する余地が広がったために主従の区別をなしえないケースが増え、二四四条の適用されるケースが増える。すなわち、共有成立の範囲が広がるということと考えられる。

二四六条の加工については富井は次のように論じる。材料所有者が加工物の所有者となるか加工者が加工物の所有者となるかは国によってまちまちであるが、ドイツは加工によって新たな物が生じたことを重視することによって加工者に基本的に所有権を付与したものと考えられる。しかし根付に彫り物をした場合のようにどのような場合であっても新たな物が生じるものとは言い難い。また、「他人ノ材料ニ工作ヲ加ヘタ場合デアリマスカラ材料ノ所有者ヲシテ其所有権ヲ失ハシメント云フコトハ何ウモ原則トシテハ酷ドイコトノヤウニ思ヒマス」。そこで、手間賃よりも加工によって生じた増価をもって所有権の所在を考えるのが至当であるというのである。⁽¹⁸⁾

(3) 二四七条は富井も説明するようにドイツ民法典のみに見られる規定であり、法典調査会において参照条文として挙げられているのもドイツ民法第一草案八九五条と第二草案八六四条のみである。この規定を採用した理由につき富井は、このように考えるのが「如何ニモ公平ナ規定ト思」われると述べる。すなわち、付合によって全く新たな物が生じるのだから従前の物の上に存在していた権利は消滅するのが原則であつて一項に規定するまでもない。ところが本条二項のような例外規定が存在しない場合には以下のような不都合が生じるといっているのである。ここで富井は次のような例を挙げて二項の必要性を説く。動産買主が代金を支払わないうちに売買目的物と自己が元から有していた物とを付合させた場合には、これによって全く新たな物が生じることとなるから売主が有していた動産売買先取特権は消滅する。このように、買主が自己の所為によって第三者である動産売主の先取

特権を消滅させてしまうこととなる。こうした不都合を避けるために一項の例外として二項をおくこととしたというのである。⁽¹⁵⁾

一 この条文案案に対しては、二つの方向から削除の提案がなされた。⁽¹⁶⁾

第一は磯部四郎による提案であり、本条は「全く無用ノ贅文」であるから、全部削除すべきものとする。⁽¹⁷⁾

一項に関する磯部の主張は次のようなものである。まず不動産付合の場合を問題として、建築材料上に請負主が有する先取特権は付合が生じても消滅しないものと考えられる。しかるに、二四七条一項ではこれが消滅するものとされているから不適當であるというのである。そして動産付合の場合については「他人ニ占有權ガ往クト同時ニ第三者ノ權利ガ消滅スルト云フコト」は規定するまでもないとする。このように一項は有害無益であると⁽¹⁸⁾して削除を提案する。

二項について磯部は

「私ハ一物ガ新ラシク出来テモ前ノ所有者ノ權利ハ消滅シナイト云フ考ヘデアリマス然ウスレバ物ノ躰様ハ変ハルカモ知レマセヌガ物ノ性質其物ハ存在シテ居ル第三者ノ權利ハ躰様ノ変ズルガ為メニ消滅スルト云フコトハ不都合デアラウト思トマス」⁽¹⁹⁾

との考えに立っている。磯部は旧所有者の権利目的物に姿態変換が生じるのみであつて権利そのものは当然に添付によつて生じた物の上に存続するものと理解するわけである。

第二は、高木豊三による提案である。

高木は、一項の物上に存する「他ノ權利」に動産売買先取特権が含まれるのかを疑問視し、ドイツ民法草案においては物上に存する権利とは物権のことを指す、すなわちここに含まれるのは質権と入額所得権のみであつて留置権は含まれないと⁽²⁰⁾言う。そして入額所得権はわが国では規定しないものとされており、質権についても一項が適用されることは全くない。⁽²¹⁾ こうして一項は規定するまでもない不要な規定であると⁽²²⁾する。

二項についても、担保目的物の価値が増大したときは担保権そのものも増大するのが当然であるから不要だと
 言う⁽¹³⁾。どうしても規定するというのであれば、担保のところ規定すべきだとする⁽¹⁴⁾。これは磯部と同様の削除理
 由である。

これらの削除の提案に対しては富井が反論する⁽¹⁵⁾。一項については、磯部の主張したような、従前の物の上に存
 した物権は付合によって消滅しないという見解を否定するためにこそ必要なのだとする⁽¹⁶⁾。また高木に対しては、
 ドイツ民法草案は先取特権に触れていないが先取特権は物権中に規定すべきものであると答える。そして二項に
 ついては前述した先取特権の例に言及し、さらに二項は一項の例外であることを述べて必要性を主張する。

その後意見を求められた梅が発言する。二項の必要性については、富井の挙げる先取特権の例ならびに質物を
 第三者に占有させていた事例をもって説明する⁽¹⁷⁾。

結局、これらの全部削除提案はいずれも賛成者が少数であったために否決された。
 本条の審議において本稿の関心を引くのが、横田国臣の発言を巡る応答である。

横田は、金の所有者が金の指輪を作成しそれに他人所有のダイヤモンドを付合させて売却した場合、ダイヤモ
 ンド所有者の保護はできないのかを問う。富井は、これは即時取得の問題であるから、第三取得者に追及でき
 場合もあるが、所有権以外の権利の帰趨について定める本条とは全く無関係であると⁽¹⁸⁾。注目しなければなら
 ないのはこれに対する横田の次のような発言である。

「別ノ所有権デナイ薄イ権利デサイモ此通りニ此處デ以テ保護スルコトニシタナラバ所有権ニ付テハ尚ホ先取特権カ何
 ニカヤツテ宜カラウト思ヒマス」⁽¹⁹⁾

横田は、所有権以外の権利でさえ本条で保護されるのだから所有権はなおさら保護されなければならないと主
 張しているわけである。富井は、ダイヤモンドを主物とすること、あるいはダイヤモンドの売主には先取特権が
 認められることから、所有者の保護は十分であると答弁した⁽²⁰⁾。これに対して横田が先取特権を規定することを要

求して議論は終結している。

質問をした横田の真意は明らかではないが、客観的に見れば、当初の質問がダイヤモンドの所有者が金の所有者に売却したケースのみを想定するものでないことは確かである。⁽¹³⁾ 償金請求権を付与するのみでは所有権者の保護として不十分であるという議論に発展する可能性のある問題提起であっただけに、富井の答弁の途中から売却ケースに限定された議論となつてしまったことが惜しまれる。

(4) 二四八条の立法理由について富井は以下のように述べる。

「既成法典ニ於テハ添附ノ方ヲ各場合ニ付テ不当ノ利得又ハ不正ノ損害ニ基ク所ノ求償権ノコトヲ規定シテアリマスガ之ハ一括シテ此處ニ規定スルガ宜シト思ヒマシテ此處へ規定ヲ致シマシタ」⁽¹⁴⁾

「此条文ノ体裁ハ既成法典トハ少シ違ツタ丈ケテ少シモ既成法典ノ精神ヲ変ヘタ積リデハナイ」⁽¹⁵⁾

このように求償権についての旧民法典の規定を一括したに過ぎないというのである。旧民法典が償金請求権を不当利得の返還として位置づけつつ償金額の算定については不法行為に基づく損害賠償規定である財産編三七〇条・三八五条に依拠していたのとは異なり、本条は償金額の算定に關しても専ら不当利得規定に言及するのみである。これは不当利得規定の構成の変化によるものと言え、⁽¹⁶⁾ 大きな変化ではない。

本条に關しては、「償金」とはいかなる内容のものであるのが算作によつて質問された。これに対しては富井が「賠償ト云フト不正ノ損害ノミノ文字ニ附クヤウナ慣例ニ為ツテ居リマス」と答え、償金と賠償とは異なるものであること、すなわち前者には損害賠償としての側面と同時に不当な利得の吐き出しの側面もあることを明確にしている。⁽¹⁶⁾

続いて、本条にいう「償金」とは金銭に限定されるのが算作によつて問題とされる。富井は次のように答弁している。

「不正ノ損害ノ所デハ何ウ云フ主義ヲ採ルカマダ分リマセヌガ私ノ考ヘデハ法律ガ進歩シテ往クニ從ツテ金丈ケガ損害

賠償ノ方法ニ為ルノガ至当デアラウカト云フコトニ付テ大ニ疑フノデアリマスガ何ウ云フコトニ為ルカ知レマセヌガ先ヅ此處丈ケハ金ニシテ置テ万一先キテ其主義カ変ハレバ直ホス積リデアリマス」

このように富井は「償金」の内容を不正の損害の箇所、すなわち悪意不当利得に関する七〇四条においていかなる考え方を採用するのかに委ねる。そして法律が進化するにつれて損害賠償の方法は金銭ばかりでなくなるであろうが、とりあえず本条の起草においては金銭ということにしておく。これが富井の考え方である。

これに対して梅は次のように述べて「償金」は金銭に限定されるとする。

「私ノ想フニハ此處ノヤウナ場合ニハ先キニ往ツテ主義ガ何ウナラウトモ金ダラウト思ヒマス」⁽¹⁸⁾

「償金」が金銭によらないとしてどのようなものを富井が考えていたのかは明確ではない。損害賠償の方法として原状回復が認められれば、旧民法財産取得編一九条のように同種・同量・同品質の物による返還請求が認められるものと考えていたのだろうか。⁽¹⁹⁾ 同条については、二四四条の審議の際に富井によって、二四八条があれば十分な救済ができるために削除したとの説明がなされており、富井が旧民法一九条の規定内容に問題があると考えていたわけではないことを考慮に入れるとき、このように解することもあながち不可能とは言えないと思われる。

本条に関する法典調査会での議論は以上に尽きており、償金支払をいかにして確保するかについての議論は見受けられない。

(5) 以上に検討した現行民法典の起草過程における議論の要旨をまとめておく。

起草者は、ドイツ民法典にならって旧民法典の規定を簡略化することを最も重視していた。そのため、条文の体裁には大きな変化が生じているが、条文の内容に大きな変更を加えることは全く想定していない。内容面での変更点は二四七条の新設である。この規定はドイツ民法典のみに見られるものであるが、富井が従前の物の上に権利を有していた者の保護を目的として導入したものである。その前提には、従前の物の上に存した権利は付合

によって消滅するという考えがある。

旧民法典に見られた種々の区分のうち、不動産付合と動産付合の区分は現行民法典でも維持された。しかし旧民法典に見られた建築等の工作物と植物との区分、ならびに、添付を生ぜしめた者の属性及び主観的態様といった他の種の区分はすべてなくなっている。これは条文を簡潔にすることならびに遺漏を生じさせないことを目的としたものであって、こうした区分の必要性そのものが否定されたわけではなく、すべて裁判官の裁量に委ねることとされている。

添付の効果も旧民法典と大きく異なることはないが、旧民法財産取得編一九条が廃止されたこと、そして不当利得の償還ならびに不法行為による損害賠償が他の規定によって認められているから同条を存置する必要がないと認識されていたことが重要である。起草者は償金が不当な利得の吐き出しと損害賠償との二側面を有することを明確に認識しており、この点は旧民法典期の議論とは異なっている。また、二四八条の「償金」は、梅が金銭に限定されるものと明言するのに対して、富井は暫定的に金銭としたにすぎないと考えており、起草者間での見解の相違が注目される。

四 以上、ポアソナード草案から現行民法典起草過程までの添付規定の変遷を償金請求権に着目しながらたどった。

ポアソナード草案ならびに旧民法典はその構成上も内容上もフランス法の強い影響を受けて成立したものであった。ただし、フランス民法典の不都合については、あるいは当時のフランス学説に従い、あるいはポアソナードの独創で規定が改められている。その際には公益、すなわち不動産所有権の絶対性を貫徹することがとりわけ重視された。

現行民法典に至ると条文の体裁上はドイツ法の影響を受け簡略化が進められたが、条文内容は旧民法典を維持した部分が大半である。旧民法典に見られた種々の区分が廃止されたがこれも内容面での変化を目的としたもの

ではなく、すべて裁判官の裁量に委ねることとした結果にすぎない。ドイツ法の影響が内容面で反映されたのは、二四七条の新設に尽きる。現行民法典の起草者は認識していなかったが、同種物の取戻を認める旧民法財産取得編一九条が削除されたのは大きな変化と言える。

結合した物が分離できる場合には分離を認めるという方針は一貫して貫かれている。また、償金が不当利得の返還と損害賠償の二側面を有することについては、ボアソナード草案においてはかなりの混乱が見られていたが、次第に整理されていった。

第二節 学説

本節では、添付における償金請求権の発生する場面ならびに償金請求権の性質に関する学説について検討していくこととする。一では起草者の見解を紹介することとし、二ではその後の学説を検討する。そのうち、(1)では通説が償金請求権をどのようなものとして捉えているのかを紹介する。そして(2)・(3)では償金の支払確保に寄与する見解として、それぞれ、償金の発生する場面を限定する見解、償金請求権の性質そのものを分析する見解を検討することとする。

一 起草者の見解のうち、現行民法典添付規定の直接の起草者と見られる富井⁽¹⁰⁾の見解、ならびに、添付規定について富井と並んで法典調査会での発言が多い梅の見解を検討する。

添付が認められる理由について富井は、原状回復が事実上不可能または経済上不利益であることによるものとする。そのため、多大な損害を生じることなく付合物を分離しうるときは分離を請求しうることが確認される⁽¹¹⁾。そして添付規定は「公益上ノ理由ニ基ク強行法」とされる⁽¹²⁾。梅も明言はしないものの、付合とは一物が他の物に附着して毀損するのだから分離できなくなることと言うものとしており、富井⁽¹³⁾と⁽¹⁴⁾同旨と考えられる。さらに梅は次のような説明を加える。二四二条については、附着させた物を不動産から取り離すと附着物が価値を失い

ややもすれば不動産にも損害が生じる⁽¹⁶⁾。悪意の不動産所有者の所為によって付合が生じた場合についても、第一に附着物は性質を変じていること、第二に分離を認めると経済上の不利益が大きく国損であることから、添付によつて所有権を失う者の救済は七〇四条によれば足りる⁽¹⁶⁾。付合物が独立の存在として残存していても「従は主に従う」の原則により付合が成立する⁽¹⁶⁾。動産付合の場合についても、毀損は国家経済上不利益であり、多くの場合に各動産の従前の所有者にとつても不利益であるとの説明を加える⁽¹⁶⁾。そして、原則として所有者の一人に所有権を与えることとしたのは、共有は不便なためであるとする⁽¹⁶⁾。この点について富井はもう少し詳細な説明をする。

現行民法典の旧民法典からの変化は、動産付合において共有の成立するケースが広く認められた点にあるとされている⁽¹⁶⁾。二四四条・二四五条には共有が規定されているわけだが、共有には弊害が多いことからドイツ民法九四七条とは異なり共有を本則とまではしなかったものと説明されるのである⁽¹⁶⁾。この点では、従前の物の上に存していた所有権が償還請求権に転化するケースは旧民法典と比べるとある程度限定されることとなっている。

加工においては基本的には材料所有権が一旦消滅するものと解されており、そのため二四六条一項が本則であり二項はその例外であるという扱いを受けることとなる。

二四七条については梅が次のように述べる。

「本条第一項ノ規定ハ力メテ他人ノ権利ヲ害スル結果ヲ生セシメサルコトヲ要ス故ニ右ノ諸例ニ於ケル債務者カ添附ニ因リテ成リタル物ノ単独所有者ト為リタルトキハ旧ト先取特権、質権等ノ目的タリシ物ノ消滅シタルカ為メ其上ニ存セシ先取特権、質権等ハ消滅シタリト雖モ添附ニ因リテ更ニ生シタル物ノ上ニ同一ノ権利存スルモノトセリ」

ここで説明されているのは、元の先取特権・質権等は一旦は従前の物とともに消滅することである⁽¹⁶⁾。したがつて、従前の物の上に存していた権利は一旦消滅し、新たに生じた物の上に全く新しい権利が成立することとなるのである。梅によれば、従たる部分が先取特権・質権などの目的となつている場合には、先取特権者・質権者は三〇四条・三五〇条の物上代位により二四八条の償金上に権利を行うことになるとされる⁽¹⁶⁾。このように、起草過

程においては全く見られなかった物上代位規定に依拠した説明がなされていることが注目される。⁽¹⁵⁾

二四八条については次のような富井の記述が興味深い。

「惟フニ此最後ノ場合〔添付を生じさせた者が悪意であるために七〇四条が適用される場合〕ニ於テハ寧ロ不法行為者トシテ其實ニ任セサルヘカラサルカ如シト雖モ第七百四条ニ定メタル返還義務ノ範圍ハ不法行為ノ規定ト其結果ニ於テ殆ト相異ナルコトナシ唯不当利得ノ方面ヨリ觀察シタルモノニ他ナラサルナリ」

ここでは、添付が悪意者によって生ぜしめられた場合は不法行為に該当するものとされている。そして返還義務の範圍が不当利得と不法行為とでほとんど変わらないことから、不当利得規定への言及がなされているといふのである。⁽¹⁶⁾

これに対して梅は同条について次のような説明をする。

「本条ニ於テハ不当利得ノ原則ニ從ヒ利益ヲ受ケタル者ヨリ損失ヲ被ムリタル者ニ相当ノ償金ヲ払フヘキコトヲ規定セリ」⁽¹⁷⁾
 富井と異なり不当利得返還請求権として一元的に説明されることが明確に述べられている。⁽¹⁸⁾ところがこれに続けて、悪意で添付を生じさせた者は単に不当利得者であるのみでなく同時に不法行為者である、したがってこの者は不当利得及び不法行為の原則によって責任を負わなければならないが、実際の便益を考えて立法者は七〇四条を設けたのであるとする。⁽¹⁹⁾

このように両者とも償金のうちには不当利得の返還と不法行為の賠償の要素があることをはっきりと述べているのである。性質上は不法行為に対する損害賠償請求権であるものを不当利得返還請求権によって規律することが可能となる理由につき、富井は損害賠償請求権を「不当利得ノ方面ヨリ觀察」するのみであって明確ではない。梅は実際の便宜を考えてのこととしており、金銭の支払について問題とするのみなので便宜上不当利得の規定によることができるということと考えられる。さらに梅は不当利得規定の場合には利得が根底にあることが明確であると指摘してこうした方策を積極的に正当化している。

また、梅は償金の支払を受けるまで添付によって新たに発生した物について留置権が発生することを明言している⁽¹⁶⁾。

以上のように、起草者の見解においても結合した物を分離することが物理的に不可能または社会経済上望ましくないという場合を除いて分離を請求できるものとされる。共有が認められる領域は拡大されたが、やはり共有の弊害の方が強調されている。

起草者の見解においてもつとも注目されるのは、梅が物上代位によって二四七条を説明するようになったこと、ならびに、二四八条の説明において留置権の成立可能性が指摘していることである。いずれの指摘も法典調査会の議論には見られないものである。

二 その後の学説においては、添付の際の償金請求権をめぐる議論は低調で、そのこともあってか償金請求権そのものに関しては見解の大きな違いは見られない⁽¹⁶⁾。添付の成否の基準が通説の見解・取引観念説・取引安全説など種々の見解の間で激しく争われたことと対照的である⁽¹⁶⁾。

しかし、いかなる場合に原状回復が可能でありいかなる場合に共有が成立しいかなる場合に償金請求権が発生することとなるのか、といった視点から考察する場合、ただ単に償金請求権に関する議論を検討するのみでは不十分であることが明らかとなる。そこで以下では、償金請求権に関する議論そのものばかりでなく、添付の成立要件論のうちで償金の支払確保の問題に関連すると考えられる見解についても紹介することとする。

(1) 通説によれば、付合は社会的な損失を避けるために認められた制度であるから、付合した物の分離・復旧が物理的には困難でなくてもそれが社会経済上不利益をもたらすのであれば分離・復旧は認められないものとされる⁽¹⁶⁾。そして原物返還が可能な場合には、原物返還を認める⁽¹⁶⁾。

二四七条については一般に次のような理解がなされている。

同条一項の説明においては、物の添付が生じた場合には、付合した物はその存在を失うこと⁽¹⁷⁾から付合した物の

上に存していた権利はすべて絶対的に消滅するものと解される⁽¹⁷⁾。それゆえ、一旦付合した物が後に再び分離可能となっても付合した物の所有者は返還を請求することはできないこととなる。このことは添付によって新たに生じた物の効率的利用をはかり複雑な権利関係が発生しないようにするためと説明される⁽¹⁸⁾。このように、付合した物の上に存していた権利が一旦消滅することを前提として、付合した物の所有者が添付によって新たに生じた物の単独所有者・共有者となった場合には、第三者の有する権利はこの単独所有権あるいは共有持分権の上に存在するようになる。このように解さないと公平に反すること⁽¹⁹⁾、ならびに、添付によって新たに生じた物は付合した物に代わって生じた物と言えることが理由とされる。他方、付合した物の所有者が単独所有権あるいは共有持分権のいずれも有しない場合について規定する二四八条は物上代位⁽²⁰⁾によって説明されている⁽²¹⁾。そして、償金請求権は、付合した物の所有者と添付によって新たに生じた物の所有者の間の衡平をはかるために認められたものであるとされる。この請求権の性質は不当利得返還請求権として説明されるのみである⁽²²⁾。二四八条により償金請求権を有する者は添付がなされた物につき留置権を有するとの見解もある⁽²³⁾。

以上のように、通説的見解が償金請求権は不当利得返還請求権であるから債権の性質が全面的に適用されると考えていることについては異論がない。そして償金請求権の性質については、二四八条を物上代位によって説明しながらもそれが付合物の所有権が転化したものであることに着目した説明をしていないのである。

しかし、添付によって付合物の所有権を失う者が償金債務者の支払不能のリスクを負うことを疑問視するとき⁽²⁴⁾に注目すべき見解がわが国にも存在している。こうした見解のうちには二つの種類のものがある。第一は、原物返還が認められる範囲を拡大することによって償金請求権が発生する場面そのものを限定しようとする見解であり、第二は、不当利得に関する類型論の立場に立って不当利得返還請求権の内には物権的効力すなわち優先弁済効を認めるべきものがあると主張する見解である。以下では、これらの見解を順に紹介していくこととする。

(2) 付合に関して償金請求権の発生場面を限定する見解として鈴木の見解ならびに広中の見解がある。

まず鈴木の見解から見ていくこととする。

鈴木は、添付が生じた場合に分離を請求することは社会経済的要求によって許されなくなるとしつつも、次のように論じている。⁽¹⁸⁷⁾

「分離・復原が社会的に不可能かどうかという点も、所詮は程度問題である」⁽¹⁸⁸⁾

こうした指摘をした上で、物理的に分離が不可能というのではなく社会経済上の要求によって分離を認めないとされるケースについては、添付を生じさせた者の主観的態様によって事実認定を異にすることで分離・復原の可否、換言すれば付合の成否が決められてよいとする。すなわち、

「たとえば、甲所有の物が乙によって不法に乙の所有物に結合させられたような場合には、その結合がもし適法にされたのなら分離・復原が不能だと判定されるであろうような状況であっても、分離が可能であると事実認定され、甲の乙に対する分離の請求の認容されることが妥当な場合もありうるであろう。」⁽¹⁸⁹⁾

このことを正当化すべく鈴木は、不法行為に基づく原状回復請求が認められれば上記の結論は自然な帰結であることを指摘し、原状回復が認められないことをもって事実認定による処理に依拠せざるを得ないというのである。⁽¹⁹⁰⁾

償金請求権の性質に関する鈴木の見解は通説の見解と同様であり、「債権的求償」とされるのみである。⁽¹⁹¹⁾しかし、これに続けて次のような記述をしていることに注目しなければならない。

「したがって、添附の成否自体は、当事者間ではあまり深刻な問題とならず、むしろ、当事者の一方の破産や当事者の一方の債権者による当該物件の差押の場合に、他方の当事者が自己の所有権を主張するという形で、争いになる場合が多」⁽¹⁹²⁾

ここでは、償金支払の履行を確実なものにすることが、付合物を所有していた者以外の第三者との間に生じる紛争の解決にとって重要であるという問題意識が如実に現れているのである。付合物所有者間の紛争について事

実認定によって分離・復原を可能とする道を開くという鈴木の見解の背後には、こうした問題意識があるものと言ってよいだろう。

続いて広中の見解を検討する。

広中も鈴木と同様に、次のような問題意識を明らかにする。すなわち、分離が不可能でなく不相当と認められるにすぎないときは、付合物上の所有権を失った者に対しては本来は不当利得返還請求権として原物返還請求権が認められるのが本則である。⁽¹⁹⁾ それにも拘らず原物返還請求権を付与するのは不相当であるから償金請求権が認められるに止まっており、その限りで二四八条は七〇三条・七〇四条の特則としての性格を有するというのである。⁽²⁰⁾ 償金請求権には一般の不当利得返還請求権とは別個の考慮要素があることが示唆されている。また、広中は別の箇所⁽²¹⁾で、ある者の所有する物がその者の意思に基づかず⁽²²⁾に他の者に帰属せしめられるのは例外的のみ容認され⁽²³⁾るとする。

こうした問題意識のもと、広中は以下のようにして原物返還請求権が認められる範囲の拡大をはかる。

「分離が不相当と認められる場合」でも、不動産所有者の故意または有過失の行為によって附合が生ぜしめられたときは、相当との判断は附合物所有者の利益のためにのみ与えられるものとみて附合物所有者は——分離・収去義務は負わないが——二四八条（特則）による償金請求権⁽²⁴⁾と本則による現物返還請求権⁽²⁵⁾とを選擇的に有すると解するのが妥当であると考えられる。」

広中もまた、分離が不相当であるが故に附合が認められるケースでかつ添付を生ぜしめる所為をなした者に故意・過失がある場合については、付合物の所有者には原物返還請求権が認められてよいとする。社会経済的考慮よりもむしろ添付を生じさせた者の主観的悪性を問題として原状回復を拡大しているのである。そしてその根拠として、分離が不相当であるという判断は付合物所有者の利益のためになされることを挙げる。⁽²⁶⁾

また逆に二四二条但書の「権原」がない者あるいは「権原」が消滅した者が植栽した場合における植栽者への

補償について、悪意者は償金請求権による保護に甘んじるべきであるが、善意者については償金請求権による保護しかないというべきではないとする⁽¹⁶⁾。

以上のように鈴木と広中とは、自己の所有物の所有権を添付によって自己の所為によることなしに失った者に対して、分離請求権を認めようとする点では共通する⁽¹⁶⁾。ただ、そのために用いられる手段はやや異なっており、鈴木は事実認定、広中は分離不相当性判断の背後にある考慮を持ち出すわけである。このうち広中の見解は条文上の根拠を欠くため、鈴木の見解に比べて解釈論として受け入れるのに困難を伴うものと言わざるを得ない。

(3) 不当利得返還請求権の性質を再考する見解として特に注目し値するのは、川村の見解ならびに四宮の見解である。

不当利得、中でも侵害利得に関する川村の見解は、添付の際の償金請求権の性質を再考しようとする本稿にとって重要な指摘を含んでいる。

添付においては原状回復請求と償金請求が問題となるが、物権的返還請求権と不当利得返還請求権との関係について、川村は次のように論じる。所有物が所有物として回復可能な場合には物権的返還請求権である、「所有権」に基づく返還請求権によるが、原物返還が不可能となった場合にはそれに代わるものとして「所有」関係の場合に不当利得が発生することとなる⁽¹⁷⁾。そして不当利得返還請求権が発生するためには利得の不適法性が必要とされるが、この点に関して川村は、利得者自身の行為あるいは過失は不要であり第三者の行為による場合や被害者自身の行為による場合であっても差し支えないという⁽¹⁸⁾。その上で添付は不適法な財貨の帰属が法律の規定によって作り出されたケースであるとして侵害利得返還請求権の発生を基礎づける⁽¹⁹⁾。ここで川村は添付において生じる不当利得返還請求権が一般の債権に対して有する特殊性を次の点に求める。それは、「他人の財貨からの利得」が「所有権」に基づく返還請求ではなく不当利得「償還」に基づく請求権とされるのは、あくまでも「他人の財貨からの利得」が金銭の不適法な帰属として在ることに規定されたものであるという点である⁽²⁰⁾。すなわち、原物返還が

認められず金銭による返還が要請されるが故に不当利得返還請求権という債権の形を取らざるを得ないというわけである。⁽²⁰⁾

ここには、債権の性質に再考を迫るものがある。特に債務者が破産したケースにおいて問題が大きい。川村は通説による処理を次のように要約する。

「有体物」所有権が破産者ないし破産管財人のもとで別の財産に姿態転換している場合には、「物権」から「債権」への質的転換として構成され、この姿態転換した別の財産の取戻しは「所有権」に基づいてではなく、「債権」——ただし「所有権」に基づく返還請求権の延長ないし補充としてとらえられた「他人の財貨からの利得」債権ではなくて、「物権」から峻別された「債権」としての不当利得債権——に基づいて「中略」返還請求さるべきものとされる。⁽²⁰⁾（以下、傍点原文。）

これに対して川村は破産法六四条の代償的取戻権に着目し、これは私的所有という実体と債権という姿態が異常事態のもとで破綻したものと指摘する。⁽²⁰⁾そしてこれを敷衍して次のように論じる。

「もっとも、破産法は、そのような「債権」に基づく返還請求権にも、一定の要件のもとに、「所有権」に基づく返還請求権に準じた法的保護をあたえた。それが代償的取戻権の制度（破産九一条）である。代償的取戻権の対象になりうるためには、「所有権」に基づく返還請求権の対象であった有体物が姿態転換したものが（金銭である）その他の有体物であるを問わず）、ふたたび、「特定性」において返還請求可能な状態にあることが要件とされる。「中略」金銭の場合には破産財団を構成する別の金銭と混和を生じていないこと、いいかえれば「特定物」として保管されて在ることが要件とされる。」⁽²⁰⁾

また、川村は他人の財貨からの利得の返還に問題を拡大して次のようにも論じている。

「他人の財貨からの利得は確定額の金銭債務という構成をうけとつて、在来の破産法学のもとでは、このように定在を採る他人の財貨からの利得は物権と債権との対置のドグマティックを介して破産債権に格下げされている。そこで、先ず、このような扱いの当否が問題となる。

まず、「他人の財貨からの利得」債権は債権という姿態をとった私的所有である（!!）。

つぎに、特殊に債務者破産とのかかわりにおいては、契約的債権者（それも先履行債権者または無担保貸主）のように

債務者の破産の危険を自ら買った者ではない。(!!)。

こうして、確定額の金銭債務の構成をうけとる他人の財貨からの利得債権についても亦、擱取対象を破産財団から分別させる処理が妥当となる。⁽²⁰⁾

添付においては材料付合の瞬間に原所有者の所有権は私的所有たる「債権」に姿態転換しているわけであるから、不当利得返還請求権の対象は有体物が姿態を変えた「価値」にそくして構成されることとなるという。⁽²⁰⁾

添付の際に生じる償金請求権はまさに他人の財貨からの利得によって生じる請求権なのである。川村は、請求権者が債務者の破産の危険を自ら負担したわけではない場合について、破産財団からの分別という物権的救済を志向するのである。そのため、川村は明言していないものの、自らの故意・過失によって添付を生じさせたことによって償金請求権を取得した者については、こうした救済を否定するものと考えられる。また、添付を生じさせたのが償金請求権者ではない場合には償金支払義務者に過失のあることが要求されている。⁽²⁰⁾

川村は、物権的返還請求権の対象であった有体物が金銭という形を取るに至った場合には不当利得返還請求権に転化するものと見ている。そして行為者または償金支払義務者に過失があること、ならびに、特定金銭として存在していることが物権的救済を受ける要件とされる。しかし付合・加工に関しては代償的取戻権が認められていないことに関連して、「他人の財貨からの利得」債権は、それが有体物所有権の姿態転換であるにもかかわらず、「特定金銭」債権として貫徹「不」可能であるという事情がある。」としており、その理由は利得が「出費の節約」構成を介することに求められる。⁽²¹⁾

川村の論考は添付への具体的当てはめに至らずに終了している。そのため不当利得返還請求権と物権的救済の関係に関する川村の見解の全体像を描き出すことはできないのだが、「物権」から峻別された「債権」としての不当利得返還請求権であることと「債権という姿態をとった私的所有」とされることとの関係が明確ではない点に問題があるように思われる。債権であることを強調するならば、金銭が混和されていないこと以外に破産財

団からの分別を正当化するための論理を欠く点で不十分である。他方、所有の面を強調するならば、不当利得返還請求権を物権と解するための根拠を欠くのである。

物権的価値返還請求権の概念を提唱する四宮の論文⁽²¹⁾⁽²²⁾では、金銭を窃取または騙取された場合あるいは受任者が背信行為によって金銭を処分した場合にどのようなようにして被害者を救済するかという問題が扱われている。したがってこの論文で扱われているのはあくまでも金銭を所有していることが前提とされるケースのみであって、付合した物について所有権を有していたことを前提とする添付の際の償金請求権について論じる本稿とは無関係のように見える。しかし、以下に見るように元の所有者の意思によらずに所有権が奪われたことよって発生した金銭債権の有する性質に関して重要な指摘を行っており、本稿の問題と密接な関連を有する論文である。

四宮はこの論文において、金銭を窃取・騙取された者に「その金銭について、一般に所有権者に認められるような権利（第三者への追及権、返還義務者破産の場合の取戻権、その債権者の強制執行に対する異議権）を主張することができるだろうか」という問題を立てる。そして判例を分析して「物」的解決と「価値」的解決はいつでも適切ではなく、中間的な解決が適切であるとす。なぜ純粋に価値的な解決をする、すなわち一般の債権として処遇するのでは不十分なのか。四宮は次のように説く。

「金銭の特殊性（高度の代替性）はかえって混和の場合にもなんらかの物権的保護を可能にするのではないか、といった疑問を感ずるのである。」⁽²³⁾

「価値所有権者の意思に基かないで物としての金銭の占有が移った場合には、価値の帰属割当は変更されないのに「物」の占有者は事実上価値を享受する、という変則的な事態が生ずることになる。かような場合には、価値所有権を保護するために、他の財産権が侵害された場合と同じように、適当な要件のもとになんらかの物権的効力をもってその復原がはからなければならない。「中略」金銭の所有権はいわば、価値所有権と物所有権とに分裂し、一方では占有者が物所有権を取得し、他方、価値所有権者はその復原を事実上の価値の回復という形で、しかし、さほどには第三者に影響することのない物権的効力（準物権的効力ともいうべきか）をもって、実現することができる、と考えればよいのではなから

うか。⁽²⁷⁾

こうして、元の所有者の意思に基づかず金銭の占有が移った場合について、金銭債権そのものの効力の強化をはかるのである。これが最も問題となるのは債務者の破産時であるが、四宮は不当利得法の体系書において侵害利得をはじめとする財貨帰属法型不当利得⁽²⁸⁾に関して、次のような興味深い指摘をする。

不当利得返還義務を負う者が破産した場合において、破産者ないし破産管財人が行った「有償的譲渡の対価でなくとも特定性ある代位物が生ずる場合には、——〔破産法六四条の〕代償的取戻権に準じて——取戻権を認めべきである。それ以上に、確定した金銭債権としての侵害利得返還請求権に、この代償であることを理由に、解釈上取戻権の保護を与えること（川村——所有・判評一四四号九頁）は、物権的権利の一般的特性（対象の特定性、権利と対象との物的関数関係）を欠くところに物権的保護を与えることになるので、無理ではなからうか。⁽²⁹⁾

（一）内、筆者

ここで有償的譲渡の対価でなくとも特定性ある代位物が生ずる場合として四宮が念頭に置くのは、「BがAの動産を、権限なく、しかも無効の契約に基づいてCに売却した場合」あるいは「MがXから騙取した金銭でYの債務を債権者Aに支払い、Aが善意取得した場合⁽²⁰⁾」であり、こうした侵害利得のケースについて代償的取戻権規定を準用すべきことを主張するのである。

この見解は物権的返還請求権をもちや行使しえなくなった場合に生じる不当利得返還請求権の効力の強化を志向するものである。この点においては、添付が生じたがゆえに旧物の返還請求権が行使できなくなった結果として償金請求権が発生した場面と類似する場面を扱うものと言えよう⁽²¹⁾。もっとも、川村説を批判していることから明らかになるように、四宮の見解はさきわめて謙抑的なものである。金額が確定していることのみをもって取戻権にも類した保護を与えることはできないとしており、添付の際の償金請求権に関してはこの見解は適用されな⁽²²⁾いものと見られる。

以上のように川村ならびに四宮は債務者破産のケースを特に念頭に置いて不当利得返還請求権の有する効力の強化を図るわけである。その際、所有権が転化して不当利得返還請求権となっていることが重要視される。もっとも、いかなる範囲で不当利得返還請求権に物権的効力を認めるかについては両者の考えは異なっている。

第三節 判例・裁判例²⁶⁾

本稿で問題としている添付の際の償金請求権の性質について直接扱った判例・裁判例は存しない。ただ、償金請求権が発生する前提として、結合した物の取戻権が否定されて添付が生じることが必要とされるから、鈴木・広中説のように事実認定を操作することで取戻権を肯定し、それによって償金請求権が発生させない解決を採る判例・裁判例が存する可能性がある。そこで本節では判例・裁判例を分析することとする。

現行民法典は、起草過程から見るとれるように、旧民法典に見られた種々の区分を不適切なものとして排除したのではなく、条文の簡素化に伴って裁判官の判断に委ねる範囲を拡大したものである。そこで、旧民法典に見られた区分が判例・裁判例に反映されているのか、こうした区分によって償金請求権の位置づけが変わっているのかを検討するために、以下のような基準に従って判例・裁判例を分析していくこととする。

まず、問題となったのがいかなる添付類型であるのか、すなわち不動産の付合（一）、動産の付合（二）、加工（三）のいずれの紛争であるのかによって分類する。そのうち不動産の付合については、旧民法典にならって播種・耕作・植栽のケース²⁵⁾（1）とそれ以外のケース（2）とに区分する。次に、付合が否定される場合には原物取戻が可能となることから、それぞれについて付合の成否により分ける。分析を加える際には、付合を生じさせたのが誰であるのか、その者は善意であったのかに特に着目していくこととする。

そして最後に、付合が成立した場合に償金請求権支払の実効性を確保する手段として留置権の成否に関する判例・裁判例（四）を分析することとする。

一 不動産の付合に関する事例から検討する。

- (1) まず、他人の土地に播種・耕作・植栽を行った場合に関する判例・裁判例を検討していく。ここでは、付合の成立を肯定したもの (a)、付合の成立を否定したもの (b)、時効取得に関するもの (c) の順に分析する。
- (a) 付合の成立を肯定した判例・裁判例を分析する。

【1】東京控判明治四四年一月一八日新聞七七〇号一九頁

Xの先代Aは無権限の訴外Bから原野を樹木とともに有形のまま買い受け、A自らも樹木を植え付けた。真の土地所有者Yが樹木を処分しようとしたためXは樹木の所有権確認ならびに占有妨害排除の請求、取得時効成立の主張をして提訴。原審は時効取得を認めず。大審院においても、権原のない者が他人の土地に樹木を植栽したときは樹木所有権は植栽と同時に土地所有者に移転するとして、X敗訴。

【2】奈良地判大正二年三月二二日法律新聞八八二号一〇頁

本件土地は元来はYの所有地であったがXが競落取得した。そこでXの小作人が耕作しようとしたところ、Yが妨害して麦を植え付けた。Xが麦の所有権確認と土地の妨害排除を請求。Yが植え付けたのと同時に麦は土地所有者であるXの所有に帰すとしてXの請求を認容。

【3】大判大正一〇年六月一日民録二七輯一〇三二頁

XがYの所有する土地に無断で小麦・桑を植え付けた。そこでYはXから土地引渡の仮処分によって土地の引渡を受けた。仮処分時にYはXに対して二、三日中に耕作物を収去してよいと声明していたにも拘らず後日Yが収去したため、Xが損害賠償を請求した。他人の土地に所有者以外の者が播種した小麦は二四二条によって土地に付合するとしてXの請求を棄却した原判決を維持した。

【4】大判昭和六年一〇月三〇日民集一〇卷九八二頁

AはYに対して債権担保のために田地を売却するとともに賃借し、Yに無断でXに賃貸していた。YがAに対する強制執行保全のために、Xの耕作した稲毛を仮差押したため、Xは自己の所有権を主張して仮差押不許の判決を求めて提訴し

た。一審はXの請求を認容。二審も、AとXの間の転貸借契約はYによる承諾がなくても有効であるから稲毛は「権原」のあるXに帰属するとしてXの請求認容。大審院は、無断転貸借は六一二条によって賃貸人に対して主張できず稲毛は二四二条によって田地所有者に帰属するとして、転貸借についてのYの承諾の有無を判断するために破棄差戻した。

【5】東京控判昭和七年八月三十一日新聞三四八六号九頁

X₁らの祖先が江戸時代に組織した講中には本件係争土地についての使用収益が認められていたが、X₁らが、大正五年に植林したところ、土地を所有する区の住民Y₁らが昭和二年にそれを伐採し苗木を植え付けた。X₁らが土地使用収益不存在確認ならびに損害賠償を求めて提訴。裁判所は、物権法定主義により講の特殊な使用収益権は認められず、立木所有権も植栽と同時に土地所有者に帰属すると判示してY₁らが勝訴。

【6】大判昭和一〇年一〇月一二日新聞三〇九四号一頁

土地賃借人Aが土地所有者Yに無断で賃借権をXに譲渡した。後にYがAに対する債権に基づいてXの耕作した稲毛を仮差押したため、Xが異議を申し立てた。Xは無権原であるとしてXの申立を棄却。

【7】大判昭和一二二年三月一〇日民集一六卷三一一三頁

Y所有の田地をA・Bが共謀してB名義とした。Xは本件田地をBから小作し（Xの善意・悪意については不明）稲の苗床を設置したところYが公権力によることなく苗床を掘り返したので、Xは得べかりし利益の賠償を求めて提訴した。原審はXは賃借権をYに対抗できないから稲苗は二四二条によりYの所有となるとして請求棄却。Xは占有権の侵害を主張して上告したが、大審院はXの占有権原を否定して上告を棄却した。

【8】大判昭和一八年三月一九日法学一二卷七八三頁

XはAから既にリング樹が植栽してある畑地を土地所有者Yに無断で転借してリングを産出したところ、Yがそれを取得した。そこでXはリングの所有権または二四八条の償金請求権を主張して提訴した。大審院は、産出された果実は畑地に付合されたものに当たらないから償金請求権は発生せず、また無断転借人は転借権を賃貸人に対抗できないからリングの収取権を持たないとして請求を棄却した。

【9】秋田地判昭和三〇年八月九日下民集六卷八号一五九〇頁

共有の性質を有する入会地に当該集落の住民であるAが無断で杉松苗を植林し、同じく当該集落の住民であるXが買い受けた。ところが隣地の所有者でもあるY₁ならびに隣地を占有するY₂が伐採搬出したため、Xは土地境界の確認、伐木についての損害賠償、立木の所有権確認を求めた。裁判所は入会権者の一人が植林したことによる立木の個人所有の慣習は存在しないとし、さらに二四二条本文と入会権の性質とから入会権者の総有となるとした。

【10】最判昭和三十一年六月一九日民集一〇卷六号六七八頁

XとY₁はXの所得予定であった山林とY₁の有する畑地を交換する契約を合意解除し、Xが植え付けた小麦の収穫後に土地をY₁に返還することとした。しかし収穫後に甜瓜が植え付けられていたために、Y₂がこれを削り取った。Xは本件畑地についてY₁との間に売買契約が成立していたとしてY₁に対して所有権の移転、Y₁・Y₂に対して畑地の返還ならびに損害賠償を求めた。原審は売買契約の存在を認めずXの請求棄却。最高裁も同様にしてXの本件土地使用収益権原を否定して上告棄却²⁸。

【11】東京地判昭和三十一年一〇月二九日週刊法律新聞三九号一三頁

Xが土地を所有していたところYがこの土地を占有しているため、土地所有権に基づいて引渡を求め訴訟を提起した。そしてその執行を保全するために占有解除・耕作禁止の仮処分決定を得た。これに対してYが異議を申し立てたので、Xが執行保全の必要性としてYが耕作しあるいは第三者に土地の占有を移転して耕作させることよって土地引渡の強制執行が事実上不可能となると主張した。裁判所はY先代がXから本件土地を無償で借り受けたとのYの抗弁を否定して、Yのように土地につき権原のない者が播種耕作した場合には付合が成立するとした。そして、地上に耕作物が生育している土地引渡の執行は困難にはならないとしてYの異議を認めた。

【12】福岡高判昭和三四年一月三二日下民集一〇卷一号二一五頁

XがY（国）に対して境界確定、山林実地の確認、伐木の所有権確認を求めた訴訟である。裁判所は境界確認についてはXの請求を却下した。そのため、XはYの所有する土地上の樹木を伐採搬出したこととなったが、Xは当該樹木は前々主の養父が植栽したものであると主張した。しかし裁判所は、植栽については正当の権原がないから樹木はYの所有であるとして、Xのその他の請求を棄却した。

【13】 最判昭和四二年九月二六日判時四九九号三八頁

Aが本件農地を耕作していたが死亡してXが相続した。Xは耕作地に居住していないためAの娘である訴外BとBの夫Yとに畑を耕作させていた。ところがBとYが離婚訴訟に至ったため、XはYに対して三四年度産玄米の引渡および損害賠償を請求。原審はB・Yの使用貸借ないし使用転借の存在を認定して請求棄却。最高裁は、無権原者が農地を耕作した場合には耕作物の収取権が土地所有権者に属することを前提としつつ、使用貸借ないし使用転借の成立時期ならびに地方長官の許可または農業委員会の承認の有無が明らかでないとして破棄差戻。

【14】 東京高判昭和四四年八月二〇日判時五六八号五二頁

Xは係争土地に杉・サワラを植栽したが、Yが地盤所有権を主張して伐採・搬出したため、不法行為に基づいて損害賠償を請求した。なお、係争土地の所有権の所在についてはXとYの間で争いがあった。一審はXの請求認容。二審も地盤所有権の所在ならびに使用権の有無について議論することなく、立木は取引上独立の価値あるものであるから土地に付合しないとしてXの請求認容。裁判所は、立木が独立して取引の対象となるとしても建物のように独立の不動産とされているわけではないから付合の対象となるとして、Xの植栽権原の有無を審理させるために破棄差戻した。なお、立木について付合が成立する根拠として、付合を認めないと植栽者に収去義務が生じることが付加的に挙げられている。

【15】 最判昭和四六年一月一六日判時六五四号五六頁

土地所有者Xは、Yが無権限で杉檜苗木を植栽したとして、苗木の抜去ならびに土地明渡を求めた。原審はYには苗木の植付ならびに維持管理についての権原がないことを認定し、Xの請求を認めた。Yは無権原であれば苗木は土地に付合し土地所有者が付合物の所有権を取得するから収去義務がないとして上告した。最高裁はこの上告理由を容れて無権限者が植栽した樹木・苗木の土地への付合を認め、破棄差戻した。

以上、【1】から【15】の各判例・裁判例はいずれも無権限者が播種・耕作・植栽を行った事例である。⁽²⁷⁾ 無権原者の行為が原因となっているわけであるから、一二四二条但書の適用は認められず付合が肯定されるのは当然のことである。

ところが、問題はむしろ事実認定の部分にある。

これらの事例のうち、添付を生ぜしめた無権原者が自己が無権原であることについて悪意と見られるケースは【2】判決と【3】判決のみである。しかもこのうち【3】判決は、仮処分時に土地所有者が無権原者に対して二、三日中に耕作物を収去してよいと説明していた事例であり、無権原とされた者には二、三日中に耕作物を収去する権原があったと見ることもできた。その意味では【3】判決のYを悪意者と断定することは適切ではないとも言える。⁽²⁰⁾

このほかの事例は、いずれも無権原者が悪意であったとすることはできないものである。【1】判決・【7】判決では、いずれも土地について何らの権原も有しない者から買い受けまたは賃借したために自己に所有権あるいは賃借権が存在することを前提としてなされた耕作・植栽が問題となっている。土地に関する物権変動理論が耕作物・植栽物についても貫徹されているわけである。また、【11】判決は使用貸借権の存在を前提として播種・耕作した者の事例であり、【13】判決も使用貸借権ないし使用転借権の存在を前提とした事例である。ところが、裁判所はこれらのいずれの判決においても、付合を生ぜしめた者の善意・悪意を明らかにすることなく付合の成立を肯定している。⁽²⁰⁾【4】判決・【6】判決・【8】判決はいずれも無断転貸のケースであるが、無断転貸であることについての転借人の悪意を認定することなく、転借人は無権原者であるとしている。⁽²⁰⁾【5】判決は講中に使用収益権があることについて植栽者が疑っていなかった事例であり、【9】判決は立木の個人所有の慣習を前提としていた事例である。そのため植栽者には付合を生ぜしめたことについて過失がないものと言え、付合の成立を認めるのは植栽者にとっては厳しい判断となる。⁽²⁰⁾【12】判決・【14】判決・【15】判決はいずれも根底に境界争いがあり、自己の所有地と信じて植栽したところ他人の土地であったために付合が成立したという事例である。時効取得も問題となりえた事案である。

なお、【15】判決では植栽を行った無権原者の側が付合の成立を主張しそれが認容されている点に特徴がある。⁽²⁰⁾以上のように無権原者が悪意である事例はほとんどなく、土地の境界争いの事例に見られるように権原の有無

自体が真の争いとなつている事例がほとんどである。そのため、無権原で播種・耕作・植栽を行った者に何らかの配慮を示してもよさそうな事例も多い。にも拘らず、裁判所は二四二条本文を厳格に適用しているわけである。

(b) 続いて、二四二条但書の「権原」が存在するなどの理由によつて付合の成立が否定された事例を分析することとする。紛争の当事者間に明確な契約関係があるために「権原」の存在が認定されている場合にはほとんど問題は無いが、「権原」が裁判所によつて推定された場合には、「権原」の有無の判断に先立ち付合を認めることの適否が考慮されている可能性がある。その意味で、ここに挙げる判例・裁判例を分析することには重要な意義がある。

付合の成立を否定したのは以下の判例・裁判例である。⁽²⁵⁾

【16】 大判大正一〇年四月四日民録二七輯六一六頁

土地の無断転借人Xが土地所有者Yによる原賃貸借契約の解除について善意で稲を植え付けたが、この稲をYが刈り取つたためにXが損害賠償を求めた。大審院は、Xには善意が推定され果実収取権が認められるとして二四二条但書の権原を肯定し、Xの請求を認容した。

【17】 大判昭和四年一二月一四日新聞三〇八一号一一頁

Aが家族とともに耕作した稲毛に対してAの債権者であるYが強制執行したため、本件田地の所有者でありAの家族でもあるXは異議を申し立てた。原審は、稲毛はXに属するとして申立を認容した。大審院は、土地所有者でない者が自己のために土地を耕作した場合には稲立毛は耕作者の所有に属するものと推定されるとして、原判決を破棄差戻した。

【18】 大判昭和七年五月一九日新聞三四二九号一二頁

Yは土地所有者Xから賃借した田を畑として桑を七、八年間植栽していたがその間Xから異議はなかった。大審院は、使用について当事者間に暗黙の合意があったものと認定し、桑の植栽がYの権原によるものであるから桑をYの所有と判定した原判決を支持した。

【19】 大判昭和一五年八月二八日新聞四六二四号七頁

Xの祖先が明治元年以降、平穩公然に所有の意思を以て苗木の植付・伐採・開墾を行ってきた地域内に育成した樹木をYが伐採したため、Xが地盤の所有権を主張して損害賠償を求めた。原審においては、係争地域はXの所有地ではなくYの所有地であるという理由で請求棄却。大審院は、自然に生成した樹木は当然土地所有者の所有となるが、植栽された場合には当然に土地所有者の所有となるものではないとして、原判決を破棄差戻した。

【20】 福島地判昭和二七年八月三〇日下民集三卷八号一一八六頁

Y₁は大正一三年ころ山林地盤をAから買い受けたが移転登記を経由していなかった。Aの相続人Bがこの売却の事実を知らずに昭和一七年に地盤ならびに杉立木をXに売却し、昭和一九年に地盤の移転登記がなされた。Xは昭和二三年に地盤のみをCに売り渡して移転登記を経由したが昭和二五年に買い戻して移転登記を済ませた。昭和二五年にY₂がY₁から地盤・立木を買い受け立木の一部を伐採したため、Xは伐採・搬出禁止の仮処分を得た。その後仮処分は取り消されY₂は立木を全部伐採した。XはY・Y₂に対して損害賠償を求めて提訴。裁判所は、対抗力を備えない所有権も二四二条但書にいう「権原」にあたるとして、立木はY₁の所有となるとしたが、立木所有権と土地所有権は原則として独立したものであるから立木所有権については明認方法を備えない限りその所有権を第三者に対抗できないという。そしてXが地盤登記をしていた時期になされた伐採についてのみ損害賠償を認容した。

【21】 和歌山地新宮支判昭和三四年八月二六日下民集一〇卷八号一七七七頁

XはAより山林を買い入れ登記を備えたが、一部の土地所有権移転については未登記のままであった。Xはこの未登記の土地上の立木を伐採の上で植林を行い、明認方法を施した。Aの相続人Bはこの未登記の土地をCに譲渡して所有権移転登記をすませ、さらにCは土地上の立木をYに売却した。Yが立木を伐採したため、Xは土地・立木の所有権確認ならびに境界確定と損害賠償を求めた。

境界線の所在についてはYの主張が認められ、土地についてCが登記を備えているからXはC・Yに対して所有権を主張できないとされた。しかし立木については、植林当時土地がXのものではなかったと主張できる第三者が存在しなかったから、Xは二四二条但書という権原を有していたものとして所有権確認請求を認容し、損害賠償についても一部を認容した。

【22】和歌山地新宮支判昭和三四年九月九日判時二〇九号二〇頁

Xは昭和三年、A・Bが持分各二分の一で共有する本件山林地盤ならびに旧立木を買い受けたが、地盤・立木のいずれについても移転登記をしないままに立木登記がなされていた旧立木のうちの八割を伐採・搬出して、そのあとに杉檜苗木を植林し明認方法を施しておいた。昭和三〇年にCはAに無断で本件山林地盤ならびに旧立木のうちのAの持分をYに売り渡し、地盤・旧立木の移転登記を経由した。XがYの占有解除、立入・立木伐採禁止等を求めて仮処分を申請したのに対し、仮処分命令が下されたためYが異議を申し立てた。裁判所は以下のような理由でXの請求を認容した（仮処分に関する判示については省略する）。Xは山林地盤の所有権に基づいて新立木を植林したものであって、植林当時には山林地盤所有権の對抗要件欠缺を主張しうる第三者は存在しなかったからXは二四二条但書により新立木の所有権を原始取得した。

【23】最判昭和三五年三月一日民集一四卷三号三〇七頁

大正一三年にYはAから本件山林地盤を買い受け杉苗を植栽して立札を立てていたが、地盤については移転登記をしないままに、後にこの売買契約は解除された。他方、Aから本件山林を昭和三年に買い受けたBは昭和一〇年にX₁にさらに売却し、昭和二三年に二分の一の持分についてはX₁からX₂に贈与されて、それぞれ地盤の移転登記を経由された。Yが立木を伐採したので、X₁らは山林の所有権確認ならびに損害賠償を請求し、これに対してYはX₁らの取得登記の抹消を求めた。裁判所は、立木の植栽はYが権限に基づいてなしたものであるが、立木所有権の地盤所有権からの分離を第三者に對抗するには少なくとも立木所有権に對抗要件を備えていることを要するとし、本件においては昭和七、八年には立札が朽廃していたことを認定してX₁らの請求を認容した。

【24】最判昭和三七年五月二九日判時三〇三号二七頁

Xは昭和三年にAからB村所有土地の賃借権ならびに土地上の立木所有権を譲り受け、この譲渡は昭和一六年にB村の承諾を得た。その後昭和二七年にYはB村から地盤を賃借し、立木を伐採した。伐木が売却されたため、Xが売得金の帰属確認を求めて提訴した。最高裁は、Xは適法な賃借権を有するのであるから二四二条但書によって立木所有権をB村に對する関係で主張でき、また、Yの賃借権には立木を伐採する権利は含まれていないとして、Xの請求を認容した。

【25】 岐阜地判昭和三七年七月一四日民集二〇卷七号一三七五頁

Aが土地の明渡判決に基づいてXに対して強制執行を行い、その際庭木・生垣の収去もなされた。ところが執行方法が悪くて庭木が枯死したとしてXはY（国）に対して損害賠償を求めて提訴した。裁判所は以下に掲げるような判示のもと植栽²³についての暗黙の承諾が存在したものと認定の上、Xには二四二条但書にいう権原があったとして、請求を一部認容した。

「Aは当時本件土地の管理を訴外Bに、昭和二五年一月二五日その死亡後は妻の訴外Cに委任していたのであるが、右訴外人らは本件土地をしばしば見に来ていたにも拘らず原告の生垣や立木の植栽に対して何ら異議を述べていないこと、更に、Aに於てもXに対して何ら異議を述べずに昭和二九年頃まで経過したこと等の事実を認めることができる」「中略」。この事実によつて考えるとAはXが本件土地に生垣や立木を植栽するについて暗黙の承諾をしたものと解するのが相当である。そうするとAはXに対し右樹木を本件土地に附属させる権原を与えたものといふことができる」

【26】 仙台高判昭和四三年二月二九日下刑集一〇卷二号一一八頁

執行官保管中の農地に立ち入り債権者の耕作を妨害した刑事事件である。本件田地には所有者Aからの賃借人Bが稲苗を植栽していたがYが刈り取つたために、器物損壊の罪に問われた。裁判所は本件田地にBが賃借権に基づいて稲苗を植栽したのであるからその所有権はBに帰属するとして、器物損壊罪の成立を認めた。

【27】 宮崎地判昭和五九年四月一六日判タ五三〇号二〇六頁

Xが立木の所有権確認を求めた訴訟である。X・Yの所有する二つの土地の境界とされていた河川の流路変更の有無が争われ、Yは本件係争地は自己の所有地であり自己の所有地内にXの先代が無権原で植林したものと主張したが、流路変更は認定されなかった。また、Yによる本件係争地の時効取得に必要な程度の排他的占有も認められなかった。そこで裁判所は、本件係争地の所有者は不明であり植栽された杉苗木が他人所有の土地に付合されたものとは言えないとして、Xの所有権を確認した。その理由として、第一に本件係争地については二四二条の所有者が画定できないこと、第二に土地所有者が不明であるから二四八条の償金請求権の実効性が確保できず立木所有者も不明となること、第三に一八九条の趣旨に照らして所有者不詳地への付合については二四二条但書を類推適用して「権原」ある者がなしたものとされること、

を挙げる。

【24】判決は承諾のある転賃借、【26】判決は賃賃借の事例であつて、二四二条但書の「権原」の典型例である。【24】判決では賃借権の二重譲渡がなされたこと、【26】判決が刑事事件であつたことが争いの生じた原因である。【16】判決は無断転賃借人による播種・耕作の事例であるが、賃賃借契約の解除について善意であると認定して付合の成立を否定したものである。事案そのものは【4】・【6】・【8】の各判決と同様であり、これらの判決に先行するものである。【16】判決は播種・耕作者の救済を図つたものであるが、このような結論の違いをもたらした理由は事案を見るだけでは不明である。【18】判決・【25】判決は土地所有者との間の暗黙の合意が存在すると認定して付合の成立を否定したものである。いずれの事例においても土地所有者が異議を述べなかつたことがこうした認定がなされることとなつた理由と考えられる。【20】・【21】・【22】・【23】の各判決は、未登記所有権者の有していた所有権が二四二条但書の「権原」とされたものである。ただ、植栽時には植栽者の土地所有権を否定できる者が存在していなかつたことが認定されており、このような者が存在する場合には物權變動理論によつて処理されるべきことが示唆されている。【17】判決は強制執行に関する特殊事案であり、AとXが家族であることから衡平な解決を図つたものと考えられる。【27】判決も極めて特殊な事例であるが、根底には土地の境界争いがあり、係争地の所有者を決定することができなかつたことが付合を否定するという結論に結び付いている。

(c) 最後に、付合の成立を前提としつつも立木について時効取得が成立したものと判示した事例を挙げておく。

【28】最判昭和三八年一月三日民集一七卷一七号一六九六頁

Xの父AはBの所有地であることを知りながら大正一〇年以降、係争土地に杉苗を植え付けたが、Bに管理を委託された者であるCはこれを咎めなかつた。Cは昭和一三年にBから係争土地を贈与され、昭和一六年にCからDに相続された。さらにその後DからYに対して立木を除いた形で売却がなされて、地盤の移転登記が經由された。Yが係争土地の杉立木

を伐採したためXは仮処分決定を得て伐木に対するYの占有を解いて、換価命令によって生じた伐木の売得金を供託させるとともに、Yに対して係争土地の所有権確認と供託金の引渡を求めた。一番はXの請求を全部認容した。二番ならびに最高裁は、立木についての所有権確認と供託金の引渡請求を認容した。その理由は、Aには地盤所有の意思がないから係争土地所有権の取得時効は成立しておらず、またAには植栽権原がないから植付と同時に杉苗は係争土地に付合するが、Aはそれを二〇年の時効によって取得したというものである。

【29】 最判昭和四六年一月二六日判時六五四号五三頁

Xの父AとXはその居住するY₁集落の所有する本件土地に杉・檜を植え付け手入れしていた（Xによる植え付けは昭和三年）。集落の住民はXが本件土地を排他的に使用していることを知りながら異議を述べなかつた。集落住民であるY₂らが杉立木を伐採したので、Xは立木所有権及び地上権の確認ならびに損害賠償を求めて提訴した。裁判所は、立木は土地に付合したが、Xは昭和三年ころには立木所有権と地上権を時効取得したものと認定して、Xの請求を認容した。

【28】 判決・【29】 判決のいずれも、無権原者により植栽がなされた場合には土地と立木の付合が生じ立木は土地所有者の所有物となることを前提としながらも、二〇年の取得時効の成立を認定している。植栽権原がないことを認定して取得時効の問題としているが、いずれの判決も無権原での植栽について土地所有者が異議を述べなかつたことが認定されており、その意味では「権原」の存在を認定して付合は成立しないものと判示した【18】判決・【25】判決に類似する。【18】判決・【25】判決の場合は占有期間が短かつたために付合の成否を直接問題とせざるを得なかつたが、【28】判決・【29】判決の場合は付合の成否を判断せずとも結論を導くことができたのが、このような構成の差異を生じさせた原因と言えようか。

本稿は、平成二一年度科学研究補助金・若手研究（B）の研究成果の一部である。

- (1) 以下、ポアンナード草案の原文は G. Boissonade, *Projet de Code Civil pour l'empire du Japon, nouvelle édition*, [3.1891]により、草案の翻訳は『ポアンナード氏起稿 再閣修正民法草案註釈』（翻訳者・刊行年不明）による（ただし条数についてはポアンナードの原文に合うように修正を加えてある）。
- (2) 後述するように、三八一条二項四号に不当利得の発生原因の一つとして添付が挙げられているために償金請求権の発生根拠が不当利得に求められている点では、不当利得に関する一般規定を有しないフランス民法とは規定そのものの位置づけが大きく異なる。
- (3) 四〇五条① 概シテ損害賠償ハ権利者ノ受ケタル損失ノ償ト権利者カ失ヒタル利潤ノ代償トヲ包含ス
 ② 然レトモ若シ其不執行又ハ延引カ詐欺又ハ悪意ノアルナクシテ義務者ノ懈怠ヨリ生シタルニ過キサルハ損害賠償ハ双方ノ者カ合意ノ時ニ予見シ又ハ予見スルヲ得タリシ損失及ヒ失ヒタル利潤ノ外ヲ包含セス
 ③ 悪意ノ場合ニ於テハ義務者ハ仮令予見セザリシ損害ナリトモ不執行ノ避クベカラサル効果ナルハ其賠償ヲ負担ス可シ
- (4) 原文では一項と同様に“*autres, abusives ou plaintes*”と規定されていることから、「」内を補った。
- (5) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』には「請求」の文字はないが、文意が通らないため原文に従って補充した。
- (6) 三九〇条① 自己ノ過愆又ハ懈怠ニテ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ之ヲ償フ可シ
 ② 致害ノ所為有意ニ出ルハ之ヲ民事ノ犯罪トシ其無意ニ出ルハ之ヲ准犯罪トス
 ③ 犯罪及ヒ准犯罪ノ責任ノ広狭ハ次章第二節ニ記載シタル如ク合意ノ執行上犯セシ詐欺及ヒ過愆ノ責任ト同様ニ之ヲ定ム
- (7) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』は「得タルハ」とするが原文に照らして訂正した。
- (8) 本条はフランス民法五七六条に相当する規定だが、『再閣修正民法草案註釈』の誤訳の程度が甚だしいため、後半部を大幅に修正した。誤訳から誤った解釈が生じた可能性もあることから、『再閣修正民法草案註釈』の訳を以下に掲げる。
 六二七条「附合又ハ混合カ所有者中ノ一人ノ所為ヨリ生シタル場合ニ於テハ他ノ所有者ハ自己ノ物件ノ優等ナルニ因リ自己ニ帰スル全部ノ所有権ヲ受諾スルニ及ハス又各自ノ物ノ主要及ヒ価額ノ同等ナル場合ニ於テハ各所有者ハ附添ヲ為セシ本人ニ対シ同分量及ヒ同品格ノ物若ハ金円ニテ其価額ヲ請求スルヲ得」

- (9) 『ポアソナード氏起稿 再閣修正民法草案註釈』第三編・上巻(翻訳者・刊行年不明) 五一頁。
- (10) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・五一頁。
- (11) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・五二頁。
- (12) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・六二頁。いずれもフランス民法の理由づけにおいても見られたものである(本稿(一)・社会科学研究所二一三三八頁)。ポアソナードの説明によれば、付合によって新たに生じた物が解体されて材料が再び独立して存するようになった場合には、その取戻が可能となるものという立場を取る可能性も生じる。
- (13) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・六五頁。
- (14) もつとも所有者に所有物の使用・収益・処分が認められる結果として付合によって生じた物を所有者が取り壊すのは自由であるから、公益を重視するといっても必ずしも貫徹されているわけではない。
- (15) これに加えて「自己ノ受ケタル取用ノ喪失ト減価トノ為メニ損害賠償」(前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・六九頁)を求めることができる。
- (16) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・六七頁でポアソナード自身、フランス法・イタリア法とは異なるものとしている。第一章で紹介したようにフランス民法五五四条は建築・工作の場合と植栽の場合とを区別することなく規定しており、学説もまた植栽の場合を特別視していない。
- (17) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・六八頁。
- (18) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・六八頁では、「亦植物カ不当ニ栽ヘ置カレタル土地ニテ培養繁茂シ得ル程ノ充分永キ時間ヲ過クルモ右ノ取戻ヲ允許スルハ其当ヲ得ルモノニアラス」としている。
- (19) 用取者・賃借主・永借主・地表権主については、草案五七二条・五七三条・六五八条・六八二条・六八九条といった特別規定によるべきことが明言されていることから、六一三条は不動産の無権原占有者に対してのみ適用される(前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・七五頁)。
- (20) もつとも、植付から一年以上経過してから樹木の除去を請求するケースのように、いかなるケースであっても無制限に認められるのかは問題がある。
- (21) 償還内容については、フランスの学説による批判(本稿(一)・社会科学研究所二一四〇頁で紹介したところであ

る)を考慮して、制定当初の五五五条に存していた占有者の善意・悪意による区別を撤廃している(前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・七九頁)。

(22) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・七五頁。こうした記述からは悪意の占有者に関する規定が原則であつて、善意の占有者は例外的に取壊義務を免除されたものと考えられる。

(23) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・七六一七七頁。善意者に工作物・樹木の収去義務を課さないことが善意者保護にあたるといった考え方は、フランス民法の起草過程においても見られたものである(本稿(一)・社会科学研究所二一四〇頁)。ただし樹木については収去義務を課しても三重の損害が生じるとは限らない。そこで、善意の占有者の側から収去請求をすることが認められるかが問題となる。

(24) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・七八頁。

(25) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』は「他人ノ財産ヲ利シタル者」とするが、原文に照らして訂正した。

(26) 「」内は『再閣修正民法草案註釈』では訳し漏れとなつているため原文に従つて補充した。

(27) ポワソナード氏起稿『再閣修正民法草案註釈』第二編・上巻(翻訳者・刊行年不明)五三六頁。

(28) もつとも、現実に償金の支払がなされることと所有権の取得とが対価関係にあるとまでは明言していない。

(29) なおポアソナードは六〇八条の説明では次のように述べるのみである。

「附添ニ依リテ他人ノ物件ヲ獲得セシ者ハ其附添物件ノ本主ニ賠償セサル可カラサルハ敢テ弁ヲ待タサル所ナリ故ニ法律ハ亦此旨ヲ記載シタリ」(前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・五二頁)

ここではポアソナードは償金請求権の性質を明らかにしていない。ただ、動産の付合に関する六二三条について「是ヲ以テ其賠償ノ多寡ハ物件ヲ失フタル者ノ被リタル損害ニアラスシテ此物件ヲ獲得シタル者ノ得タル利益ニ準スルモノトス」と説明しており、付合によつて新たに生じた物を善意で所有する者による償還の性質を不当な利得の吐き出しと見ていたことが推定される。

(30) 六一一条は賠償額の算定については一切触れていない。それは同条が物理的な返還請求に關してのみ六一〇条の特則をなすのであつて、賠償については六一〇条と異なるところはなないものと考えたことから規定しなかつたものと考えられる。

(31) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・六六頁。

- (32) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・六九頁では六一一条二項について「又一ケ年ヲ経過シタル其ハ植物ノ所有者ハ樹木植付ノ時ニ估計セル其値直ト其効用ヲ失フタルノ賠償ヲ求ムルヲ得」と説明されている。
- (33) このことはポアソナードが債務の発生原因として不当利得と不法行為、不当利得と契約、不法行為と契約とがそれぞれ同時に作用する可能性があるとして、それぞれの制度を明確には区別していないことから明らかになる(前掲・『再閣修正民法草案註釈』第二編・五二七―五二八頁)。
- なお、ポアソナードの不当利得論そのものを検討することも重要な課題であるが、本稿では行わない。
- (34) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・一四二頁。
- (35) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・一四二頁。
- (36) このことは規定上は明確ではないが六二四条が存在することにより明らかとなる。前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・一四四頁も参照。
- (37) 付合によって新たに生じた物の所有者は自己の利得を返還すれば足り、その他の損害については付合を生ぜしめた第三者が支払うこととなる(明文規定はないが、六二二条一項によればこのように解されることとなろう)。
- (38) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・一四四頁。
- (39) ここでは必ず「過愆又ハ欺詐」があるものと説明される(前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・一四六一―一四七頁)。
- (40) ただし、ポアソナードがこのように明言するわけではない。
- (41) ポアソナードは、フランス法・イタリヤ法がこの区別を導入していないことを批判する(前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・一四八頁)。
- (42) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・一四七頁。一四八頁では六二四条二項について同様の説明を加えている。
- (43) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・一四四頁。
- (44) 必ず主たる物を決しようと考ええるフランス民法五六七条・五六九条の立場とは異なっている。
- フランス民法五六七条「他の部分はその部分の使用、裝飾又は補充のためにのみ結合された部分は、主たる部分とみなされる。」
- フランス民法五六九条「結合して単一体を形成する二つの物のうち、一方を他方の付属物とみることがならんでき

ない場合には、価額において、又は価額がほとんど等しい場合には数量においてより大きな一方が主たる物とみなされる。」

(45) 価格によっても主たる物と従たる物とを決することができないわけであるから、各共有者の持分は平等とされる。

(46) フランス民法五七五条「物がそれを形成した材料の所有者の間で共有にとどまるときは、その物は、共同の利益のために換価されなければならない。」

(47) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・一四九頁。

(48) このほか、ポアンナードが公売制度をどのようなものとして設計していたのかについても検討しなくてはならないが、本稿では扱わない。

(49) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・一五三頁。

(50) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・一五五頁。

(51) なお、ポアンナードはフランス民法典に比べて加工者の所有となるケースを広く認めることを予定していた(前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・一六〇―一六一頁参照)。

(52) 同条は一九六〇年に微修正を受けているが、ポアンナードが参照した当時の規定を訳出する。

フランス民法五七二条「ある者が一部はその者に属する材料を、一部はその者に属さない材料を用いて、二つの材料のいずれもが完全には破壊されないとしても不都合なしに分離することができない仕方新しい種類の物を形成するときは、その物は、一方にとってはその者に属する材料の割合で、他方にとってはその者に属する材料及びその労働力の対価の双方の割合で、二人の所有者の共有となる。」

(53) 前掲・『再閣修正民法草案註釈』第三編・一六一頁。

(54) このことはフランス法・イタリア法には存しない六一二条の存在からも裏付けられる。次のような規定である。

六一二条「建築物ヲ解拆スル為メ若ハ植物ヲ抜取り又ハ伐採スル為メ之ヲ売渡シ又ハ贈与セシ所有者又ハ占有者ハ其建物又ハ植物ヲ保存スル為メ買主又ハ受贈者ニ賠償ヲ与ヘテ常ニ其解拆又ハ伐採ヲ絶止スル」ヲ得」

(55) 財産編三八五条① 損害賠償ハ債権者ノ受ケタル損失ノ償金及ヒ其失ヒタル利得ノ填補ヲ包含ス

② 然レトモ債務者ノ悪意ナク懈怠ノミニ出テタル不履行又ハ遅延ニ付テハ損害賠償ハ当事者カ合意ノ時ニ予見シ又ハ予見スルヲ得ヘカリシ損失ト利得ノ喪失トノミヲ包含ス

- ③ 悪意ノ場合ニ於テハ予見スルヲ得サリシ損害ト雖モ不履行ヨリ生スル結果ニシテ避ク可カラサルモノタルトキハ債務者其賠償ヲ負担ス」
- 本条は現行四一六条の原規定である。四一六条の沿革については平井宜雄『損害賠償法の理論』(昭和四六年・東京大学出版会)一四六頁以下、ならびにそこに掲げられた文献を参照。
- (56) 財産編三七〇条① 過失又ハ懈怠ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ其賠償ヲ為ス責ニ任ス
- ② 此損害ノ所為カ有意ニ出テタルトキハ其所為ハ民事ノ犯罪ヲ成シ無意ニ出テタルトキハ准犯罪ヲ成ス
- ③ 犯罪及ヒ准犯罪ノ責任ノ広狭ハ合意ノ履行ニ於ケル詐欺及ヒ過失ノ責任ニ關スル次章第二節ノ規定ニ從フ」
- (57) また細かい問題であるが、八条二項が「時効ニ因リテ第三者ノ得タル権利」として時効を権利取得方法として規定している点も、ボアソナード草案が時効を証拠方法としていたのと異なっている。この点について熊野敏三『民法正義 財産取得編・卷之一』(明治二六年・新法註釈会)六四頁は訳文の誤りであろうという。
- (58) 井上操『民法詳解 取得編之部上巻』(明治二四年・岡島宝文館)三八頁。
- (59) 井上・前掲・三八頁。
- (60) この原則については共有の不便を避けることによつても説明されている。
- (61) 井上・前掲・三七頁。八条に関する説明である同書・四四頁においては「添付ノ規則」としている。そしてこの原則によれば添付も一定範囲では自然法に適するものという。熊野・前掲・五八頁も参照。
- (62) 熊野・前掲・五七頁。
- (63) 熊野・前掲・五八頁。
- (64) なお、ボアソナードと同様、共有の成否については顧みられていない。
- (65) 井上・前掲・三九頁。九条に関する説明においても同様のことが述べられている(井上・前掲・五一頁)。
- (66) 熊野・前掲・五八頁は次のように、やはり不当利得に依拠した説明をする。
- 「而シテ所有權ノ付与ハ即チ從ハ主ニ隨フトノ添附ノ元則ニ從ヒテ之ヲ為シ償金ハ不当ノ利得ノ元則ニ依リテ之ヲ定ム財産編第三百六十一條第四号ハ他人ノ物ノ添附ヨリ又ハ他人ノ勞力ヨリ生スル所有物ノ増加ヲ以テ不当ノ利得ト為セリ」
- (67) 償金の支払により不当な利得は消失するのであり増価分が不動産所有者のものとなつても不当ではないとの考え方は、次の二一一条についての説明にも見られる。

- 「占有者ハ其工作物又ハ草木ノ価額ト費用トノ償却ヲ得ルトキハ既ニ其損失ハ充分償ヒ得ルヲ以テ所有者ハ決シテ占有者ヲ害シテ自己ニ不当ノ利得ヲ得ルモノニアラサレハナリ」(井上・前掲・五九頁)。
- (68) 熊野・前掲・六七頁も「損害賠償ノ問題」としている。
- (69) 熊野・前掲・七〇頁。
- (70) 井上・前掲・四五頁。熊野・前掲・七六頁。熊野・前掲・七五頁はボアソナードと同様に、フランス・イタリアには存しない規定であることを指摘する。草木所有者保護規定と解されている(井上・前掲・五五頁、熊野・前掲・七七頁)一〇条に関しても、「他人ノ所有権ヲ害シテ其草木ヲ存留セシムル程ノ経済上ノ利益ナケレハナリ」(井上・前掲・五三頁)とされる。ただし一年を経過した場合に抜去すると草木の成長を妨げるものとされる(井上・前掲・五四頁)。熊野・前掲・七六―七七頁は、草木が土地に根を下ろしたか否かによつて区分するローマ法をもつて適切なものとし、旧民法典の一年という期間はやや長きに失しておりすでに根を下ろした草木まで抜去するという不都合が生じうるとする。
- (71) どのような点で社会経済上の損失が発生するのかに関しては、井上・前掲・四八頁が「第一其材料ノ価額ヲ減シ第二毀損運搬ノ費用ヲ要シ第三之レカ為メニ時日ヲ空費シ第四建築工作ノ費用時日ヲ空無ニ属セシムルノ結果ハ到底免レ得サル所ナリ」と論じている。
- (72) 井上・前掲・四七―四九頁。熊野・前掲・六九頁は社会経済上の理由のみを挙げる。
- (73) 井上・前掲・五一頁。
- (74) 熊野・前掲・五五頁も参照。
- (75) 熊野・前掲・七一―七二頁。井上・前掲・五〇頁も、「建築工作カ地震、風雨其他ノ変災ニテ破滅シタルトキハ八所有者ハ其材料ノ取去ヲ求ムルヲ得ヘシ」と説明する。
- (76) 熊野はこの説明の後で、植栽の後数か月を経た植物はもはや従前の植物と言うことができないうが、この場合ですら取戻が可能とされていることと対比して、建築材料であればなおさら取戻が認められてよいとする。
- (77) 取り払わせることが苛酷であること(井上・前掲・六二頁)、ならびに、社会的損害となること(熊野・前掲・八三頁)がその理由である。
- (78) 井上・前掲・五八頁、熊野・前掲・八一頁。

- (79) 熊野・前掲・八三頁も参照。
- (80) 井上・前掲・六一頁。所有者に償金支払の困難を受けさせないことが理由とされている(井上・前掲・六一頁)。すなわち、利得の押し付けを生じさせないということである。
- (81) 添付によって新たに生じた物の保護をボアソナードよりもさらに強くはかつてはかっているように見られる。
- (82) 熊野・前掲・九一頁も同様。熊野・前掲・九二頁は、悪意占有者に対して極めて廉価で家屋を譲渡することを強要することになるというフランスの学説にも見られた指摘をする(本稿(一)・社会科学研究所二一四〇頁参照)。
- (83) 熊野・前掲・八三頁。
- (84) 熊野・前掲・八八―八九頁。
- (85) 井上・前掲・五三―五四頁。
- (86) 熊野・前掲・七〇頁。
- (87) 井上・前掲・八一頁。熊野・前掲・一一二頁も、この場合の犯罪・准犯罪の存在を認める。
- (88) 井上・前掲・七三―七四頁。もつとも、「其物ヲ拳ケテ無価又ハ甚シク減価セシムルカ然ラサルモ其費用ハ以テ之レヲ分離シタル利益ヲ償フニ足ラサル」(井上・前掲・七六頁)ために社会の経済を害する場合には一五条が適用されることとなる。
- (89) 井上・前掲・七六―七七頁。「其賠償ハ敢テ従タル物ノ所有者ノ被フリタル損害ニ応スルヲ要セス只添附ニ因リ不当ニ己レヲ利得スルニ由ルモノ」とする熊野・前掲・一〇九頁も同様。「其賠償ノ責アルハ唯添附ノ為メ不当ニ自己ヲ利得スルニ由ルモノ」とする井上・前掲・七七頁も参照。
- (90) 井上・前掲・八六頁。
- (91) 井上・前掲・八八頁。
- (92) 福島正夫編『明治民法の制定と穂積文書』(昭和三十一年・有斐閣)五四頁も参照。
- (93) 『法典調査会民法議事速記録二』(昭和五九年・商事法務研究会)三二六頁。また、同書三七―三八頁にも次のような説明が見られる。ここには規定の簡略化にあたって、当事者の主観から物の形状へと着眼点が変化していることが見て取れる。

- 「元添附ト云フモノハ今日ニ於キマシテ殆ンド適用ガナイト思フ、適用ノ極メテ少ナイモノデ殊ニ彼ノ即時時効ト云フモノノ規定ガ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ト考ヘマス、又其添附ト云フモノハ誰ガ其事実ヲ生ゼシメタカ善意デアルカ悪意デアルカト云フコトヲ重モ二見ルヨリモ一ツノ物ガ他ノ一ツノ物ニ附属シテ殆ド其一部ヲ為ス迄ニ密着シタト云フ事実ガアル、夫レニ重キヲ置イタ方ガ便宜上所有權得喪ノ結果ヲ生ゼシムルコトニナルト思フ夫故ニ一方ノ所有者ガ附合混和ヲナシタ場合ハ他ノ一方ノ所有者ニ対シテ特權ガアルト云フ様ナ規定ヲ設ケルノハ煩ハシクテ夫レ丈ケノ効能ガナイト思ヒマシタカラ遂ニ此条モ削ルコトニ致シマシタ」
- (94) 富井政章『民法原論 第二卷・物權・上』(明治三十九年・有斐閣書房) 一四〇頁も参照。
- (95) 『法典調査会民法議事速記録二』三七頁。
- (96) これが二四八条である。
- (97) 『法典調査会民法議事速記録二』三七頁。
- (98) 『法典調査会民法議事速記録二』三七頁。
- (99) 石田穰『物權法』(平成二〇年・信山社) 三五四頁注二は、富井が、添付は誰が生じさせたか、その者は善意か否かを重視するよりも、一つの物が他の物に附属してほとんどその一部をなすに至ったことを主にみる方がよい、と考へた(『法典調査会民法議事速記録二』三七頁) ことを削除の主たる理由とする。
- (100) 富井・前掲・一四二頁参照。
- (101) このことの持つ意味については、瀬川信久『不動産附合法の研究』(昭和五六年・有斐閣) 四〇頁。
- (102) 『法典調査会民法議事速記録二』三八頁。
- (103) 『法典調査会民法議事速記録二』三八頁。瀬川・前掲・四〇頁は、これを「歴史法派」的な考えを採用して旧民法典の煩雑さを批判したものとす。
- (104) そのため、植物については旧民法典と現行民法典とで扱いが変わったのが問題となるが、この問題は意図的に裁判官の裁量に委ねられたということであろう(瀬川・前掲・四三頁も不動産の付合に関して、農作物・樹木・建物建築などの具体的な物に即した検討がなされていないことを指摘し、法典が紛争類型・効果について十分具体的に規定しないのは起草者の意図によるものであるとする)。

- (105) 『法典調査会民法議事速記録二』三八頁。瀬川・前掲・四一頁は「わが国の土地利用権の実情を考え、しかしその具体的な意義を充分検討することなく、創設したもののようである。」という。
- (106) 『法典調査会民法議事速記録二』三九頁。
『法典調査会民法議事速記録二』四〇頁。
- (107) 『法典調査会民法議事速記録二』四〇頁。
- (108) 『法典調査会民法議事速記録二』四一頁。
- (109) 『法典調査会民法議事速記録二』五一頁。
二四七条の起草過程については、瀬川・前掲・四一頁も参照。
- (111) 『法典調査会民法議事速記録二』五五頁。
- (112) 第一草案八九五条① 八九〇条ないし第八九四条の規定によって物の所有権が消滅すると、それに対して設定されていた他のすべての権利もまた消滅する。
- ② 第八九〇条ないし第八九二条によって物に対する所有権が他の物の所有者に移転するときは、先の物は後の物に存する他のすべての権利により把握される。
- ③ 第八九一条・第八九二条により共有が生じたときは、個々の物の一つにこれまで存在していたその他の権利はこの物の地位を占める共有持分に対し存続する。」
- 第二草案八六四条「第八六一条ないし第八六三条の規定によって物の所有権が消滅すると、その物に対して設定されていた他の権利もまた消滅する。負担ある物の所有者が共有権を取得すると、この物の地位を占める共有持分上に権利は存続する。負担ある物の所有者が単独所有者となった場合には、権利はそこに加わった物の上にも拡張される。」
- (113) 『法典調査会民法議事速記録二』五五頁。
- (114) 『法典調査会民法議事速記録二』五八頁で富井は、二項は一項の例外であると明言している。
- (115) 『法典調査会民法議事速記録二』五五―五六頁。なお、六二頁では、加工においては新たな物は生じないから、加工物上には旧来の権利は移転しないというだけでは説明が足りず二四七条一項が必要となるという。
- (116) 削除提案を出した磯部・高木のほか、土方寧も全部削除説に賛成する（『法典調査会民法議事速記録二』五八頁）。土方は全部削除提案が否決された後も一項は規定する必要がないと主張している（『法典調査会民法議事速記録二』

六二頁)。

- (117) 『法典調査会民法議事速記録二』五六頁。
 (118) ただし、磯部は『法典調査会民法議事速記録二』五六頁において、富井の説明を聞いた結果、二項の必要性についてはわからないでもないとしていた。
 (119) 『法典調査会民法議事速記録二』五六―五七七頁。五八―五九頁の磯部発言も同様。六三―六四頁でも磯部は不動産付合については一項を適用するのは適切でないとする。
 (120) 『法典調査会民法議事速記録二』五七頁。
 (121) 質権者自身が質物を占有していなければならぬことを理由とする。
 (122) 富井も『法典調査会民法議事速記録二』五六頁では、一項は注意規定であり規定がなくても同様に解されるものと考えていた。
 土方は、起草者とは異なり新たに物が生じた場合には従来の物の所有権が消滅するという見解は採らないが、それでも従たる物の所有者は法律によって所有権を失うのであるから一項は規定するまでもない、と述べる(『法典調査会民法議事速記録二』五八頁)。
 (123) 土方もこの高木の削除提案に賛成し、『法典調査会民法議事速記録二』五八頁において建物抵当権が増築部分に及ぶ場合を例として示す。
 (124) 『法典調査会民法議事速記録二』五七頁。
 (125) 『法典調査会民法議事速記録二』五八頁。
 (126) さらに『法典調査会民法議事速記録二』六二頁の富井発言では、二四六条によって加工者が所有権を取得する場合のように添付によって新たな物が生じるとは言えない場合については一項が必要であるとされる。
 (127) 『法典調査会民法議事速記録二』五九―六〇頁。一項については、付合または加工が生じると先取特権が消滅することは規定がなくとも疑いなくとする。
 (128) 『法典調査会民法議事速記録二』六〇頁。
 (129) 『法典調査会民法議事速記録二』六〇頁。
 (130) 『法典調査会民法議事速記録二』六一頁。

- (131) ドイツの学説においては盗品の場合が問題とされている(本稿(二) 社会科学研究所二二号一二〇頁)。
- (132) 『法典調査会民法議事速記録二』六六頁。ここで富井は不当利得に関する規定として七〇三条を、不正の損害に関する規定として七〇四条を想定していた。
- (133) 『法典調査会民法議事速記録二』六八頁。
- (134) 衣斐成司「不当利得における「因果関係」」『民法講座6』(昭和六〇年・有斐閣)五五頁は、『法典調査会民法議事速記録五』(昭和五九年・商事法務研究会)一六六頁以下の土方の質問に端を発する議論に基づいて、以下のように述べる。
- 「法典調査会の議論のなかで、旧民法典における不当利得が物上訴権、物権回復の訴と把握されていたが、七〇三条は、物の回復および原状回復不能の場合には、その依って得た利益を回復させるべく、債権と規定された。」
- (135) 現行民法典の不当利得規定と旧民法典のそれとの内容的連関が比較的希薄であることを指摘する加藤雅信『事務管理 不当利得』(平成一年・三省堂)五一頁も参照。
- (136) 『法典調査会民法議事速記録二』六八頁。
- (137) 『法典調査会民法議事速記録二』六八頁。なお、瀬川・前掲・四二頁は「本条が、求償の目的物を「金銭」に限っている」とするが、少なくとも起草者の意図としてそこまで断定できるのかには疑問もある。
- (138) 『法典調査会民法議事速記録二』六八頁。
- (139) フランス所有権留保における代替物取戻の議論ともつながり得る問題である(本稿(一)・社会科学研究所二二号四七頁以下参照)。
- (140) 『法典調査会民法議事速記録二』四一頁。
- (141) もっとも法典調査会においては、富井が十分に答えられない点について梅が補足を行っている個所が多数見られる。このことには、不当利得規定の第九議會衆議院民法中修正委員会における説明担当者梅であり、法典調査会における冒頭説明者は穂積であって(福島編・前掲・五五頁)不当利得規定に関する富井の関与の程度は相対的に低かったものと見られることも影響していよう。
- (142) 富井・前掲・一四一頁。
- (143) 富井・前掲・一三八頁。不動産の付合に関する同書・一四二頁も参照。

- (144) 梅謙次郎『民法要義 卷之二・物権編』(明治四四年三二版・私立法政大学Ⅱ中外出版社Ⅱ有斐閣書房) 一七二頁。
 なお、具体的にどのような場合に付合が認められるかについては、同書一七八頁参照。
- (145) 梅・前掲・一七二頁。
- (146) 梅・前掲・一七二―一七三頁。民法典起草者との関連の強い、松波仁一郎Ⅱ仁保亀松Ⅱ仁井田益太郎『帝国民法正解』第四卷(明治二九年・有斐閣書房) 六一四頁にも全く同様の説明が見られる。
- (147) 梅・前掲・一七三―一七四頁。
- (148) 梅・前掲・一七五―一七六頁。
- (149) 梅・前掲・一七六頁。
- (150) 富井・前掲・一四六頁。この背景には、フランス民法が共有を嫌っており、それがフランス法の影響が極めて強かつた旧民法典に反映されていたことがある。
- (151) 共有割合は付合時の価格によるものとされる(富井・前掲・一四六頁、梅・前掲・一八〇頁)。
- (152) 富井・前掲・一四六頁。
- (153) 富井・前掲・一五〇頁。次々注も参照。
- (154) 梅・前掲・一八六―一八七頁。
- (155) 梅・前掲・一八六頁によれば、不動産付合においては従前の物は必ず滅失し、動産の付合・混和においては従前の物はすべて滅失するものとされる。そして加工については加工によって新種の物が生じた場合には従前の物が滅失するのに対してそうでない場合には滅失しないものとされる(富井・前掲・一四〇頁も同様)。
- (156) 松波Ⅱ仁保Ⅱ仁井田・前掲・六三四頁も、「物権ハ物ノ上ニ存シ物ノ消滅ニ伴フテ消滅スヘキ権利ナリ」とする。
- (157) 梅・前掲・一八八頁。
- (158) 同様の説明はドイツにおいても見られる(本稿(二)・社会科学研究二三号一一九頁)。
- (159) 富井・前掲・一五四頁。不動産付合に関する説明においても富井は、不動産所有者が他人物を故意に付合させたときはその責任は不法行為規定を適用することで足りるとして二四八条を参照させている(富井・前掲・一四二―一四三頁)。富井が二四八条に不法行為規定としての側面も読み込んでいたことはここから明らかになる。
- (160) 富井・前掲・一四二―一四三頁も同様にして、不動産所有者が他人の物を故意で付合させたときはその責任は不法

行為規定を適用すれば足りるとしつつ二四八条を参照条文として挙げています。

(161) 梅・前掲・一八八―一八九頁。

(162) 松波Ⅱ仁保Ⅱ仁井田・前掲・六三六頁も同様。

(163) 梅・前掲・一八九頁。

(164) 梅・前掲・一八九―一九〇頁。

(165) 瀬川・前掲・七頁以下では不動産の付合に関する学説が紹介されているが、償金請求権に関する議論はごくわずしか見られない。

(166) 「民法制定後、本条が問題となったことはない。」(『注釈民法(7)』(昭和四三年・有斐閣)〔五十嵐清執筆〕二九八頁) ことも学説の議論が低調である原因の一つである。

(167) 付合制度論をめぐる学説の争いの主たる部分を占める不動産付合論については、瀬川・前掲・七頁以下に的確に紹介されている。

(168) たとえば、我妻栄(有泉亭補訂)『新訂物権法』(昭和五八年・岩波書店)三〇四頁・三〇七頁。ただし、こうした見解に対しては、所有者が所有物を破棄するのは社会経済上不利益であつても認められているとの批判が存する(石田穰・前掲・三四五頁)。

こうした通説とならんで、物が取引観念上有する独立性を問題とする取引観念説、近代的所有権論と結びついた取引安全説が有力に主張されていることは言うまでもない(瀬川・前掲・七頁以下)。

(169) 藤原正則『不当利得法』(平成一四年・信山社)二一九頁・二五六頁では、給付利得・侵害利得について原物返還を肯定するのが不当利得学説の通説であるとされている。

(170) 岡松参太郎『註釈民法理由』中巻(明治三三年八版・有斐閣書房)(初版は明治三〇年である。)二一五頁、末弘巖太郎『物権法・上巻』(大正二二年六版・有斐閣)三九五頁、三瀨信三『全訂 物権法提要・上巻』(昭和二年・有斐閣)一〇八頁。

こうした考え方は法典調査会においても起草者の見解としてしばしば見られたものである(『法典調査会民法議事速記録二』五五頁〔富井〕・五六頁〔富井〕・六〇頁〔梅〕・六三頁〔梅〕。なお、五八頁の土方発言も参照)。

(171) 川名兼四郎『物権法要論』(大正四年・金刺芳流堂)一〇六頁、末川博『物権法』(昭和三一年・日本評論新社)三

〇五頁。

川名・前掲・一〇六頁は、所有権が消滅するのは、「其物体カ法律上ノ存在ヲ失フカ又ハ所有物取戻ノ請求ヲ許シ之ヲ分離セシムルコトカ不経済ニシテ公益ニアラサルカ故ナリ」と論じ、中島玉吉『民法釈義・卷之二上・物権篇上』(大正一〇年訂正一〇版・金刺芳流堂)四二六―四二七頁は、「従タル物ハ独立性ヲ失ヒ主タル物ニ併合セラレ、その存在ヲ失フ」との理由を挙げる。ここでも社会経済上の理由と「従は主に従う」の原則とが見られるのである。これに対して末弘巖太郎「不動産の附合について」法協五〇巻一―一〇号(昭和七年)二〇四三頁は、次のように述べる。

「尚かくの如くにして認めらるべき原所有者の復旧権は特別の規定がない以上単なる債権的のものと解せねばならぬ。附合物の所有権は附合と同時に一旦消滅したのであるから、特別の規定がない限り法律上当然には復活すべきではない。原所有者に与へらるべき復旧権は性質上第二百四十八条による求償権に代はるものであるから、単なる債権的請求権なりと解するを正当とする。」

このように、効力は債権的なものに止まるとしつつも末弘は付合によって一旦消滅した物の元の所有者による返還請求権を認めている。こうした返還請求権が債権的なものとどまる理由が付合した物の所有権が消滅すること求められることから、結局のところは川名・中島らの見解と大差はない。本稿との関係で重要なのは、二四八条の求償権が債権的請求権であることを前提に、原状回復請求権もまた債権的請求権に過ぎないとされていることである。しかしながら、復旧権が求償権に代わるものゆえ債権的請求権にすぎないのならば、なぜ求償権が付合によって消滅した物の所有権に代わるものゆえ債権的請求権であると言うことが許されないのか、という疑問がある。

(172) 石田喜久夫『口述物権法』(昭和五七年・成文堂)二〇五頁。

(173) 横田秀雄『改訂増補 物権法』(明治四二年・清水書店)三二二頁。「此結果ニ因リ第三者ノ権利ヲ害センコトハ可及的ニ之ヲ避ケサルヘカラス」とする岡松・前掲・二一五頁も同旨だろう。

(174) 横田・前掲・三七二頁。我妻・前掲・三〇六頁は、物上地位と理論を同じくするものであるという。

(175) なお、岡松・前掲・二一六頁は「添附ノ結果其目的者カ変シテ他ノ物ト為リシヲ以テ権利ヲ消滅セシメタルモノナレハ同一債権者カ其新生物ニ付テ所有権ヲ得タルトキ新生物ハ先ニ所有シタリシモノ、拡張ト見做スコトヲ得レハナリ」として、「拡張」という文言を用いており、権利目的物が増えたかのように見られる。しかし「其組成物ノ上ニ

成立セシ権利ハ再ヒ其所有権又ハ其持分ノ上ニ成立存続セシムルモノト為スヲ以テ至当トス」(二一五—二一六頁)とも述べており、権利が「再ヒ」「存続」するものと理解していることから、付合した物が一旦は消滅した上で添付によって新たに生じた物が付合した物に代わって生じたことを否定する趣旨ではないと言うことができよう。

(176) 川名・前掲・一〇六頁、中島・前掲・四二九頁、我妻・前掲・一七五頁、末弘・前掲・三九六頁、石田文次郎『全訂改版 物権法論』(昭和二〇年・有斐閣)三八七頁、末川・前掲・三〇六頁、前掲注釈民法(7)・二九九頁(五十嵐)、林良平編『物権法』(昭和六一年・青林書院)一一一頁(月岡利男執筆)。

これが通説であるが、引用する条文には若干の違いが見られる。川名は質権者の例を挙げて三五〇条と三〇四条のみ言及する。中島は梅を引用して三〇四条・三五〇条のみを挙げる。このように、川名・中島は梅と同様に三〇四条・三五〇条のみに言及し、これらの規定と同じ担保物権の物上代位規定でありながら三七二条には言及しない。川名の場合は質権を例示しているわけであるから三七二条に言及しないのも不自然ではないが、中島の場合は不可解である。これに対して末弘・石田・末川・五十嵐・月岡は三〇四条・三五〇条・三七二条のいずれをも挙げてゐる。三潜信三『全訂 物権法提要 上巻』(昭和二年・有斐閣)一一〇頁も「第三百四條ノ規定亦ハ之ヲ準用セル規定」という表現によりながら、三〇四条・三五〇条・三七二条のすべてに言及する。こうした引用条文の差異の裏には、抵当権者の有する権利についての理解の相違がある可能性がある。すなわち、梅・川名・中島のように三七二条を挙げない見解の論者は、抵当権は添付が発生したにも拘らず存続するから二四八条によるまでもないものと考えていた可能性があるのである。最判平成六年一月二五日民集四八卷一号一八頁との関係で興味深いところである。

(177) ほぼ同旨であるが、舟橋諄一『物権法』(昭和三五年・有斐閣)二六五頁は以下のように、厳密な記述を行っている。

「旧物所有者が新物の所有権(単独所有権または共有持分)を取得しなかつたときは、(i)右の権利のうち担保物権は、物上代位の規定(三〇四条・三五〇条)によって旧物所有者の受ける償金(二四八条)の上に、これを行使することができる。また、(ii)右のうちの用益物権(質権化された債権も含む)は消滅するけれども、旧物上の用益物権者は、新物所有者に対し、不当利得の規定(七〇三条)に従い、償金を請求することができる(二四八条)、もし旧物所有者が、用益物権の負担がないものとして新物所有者から償金の支払を受けていたときは、旧物所有者に対し、不当利得の返還を請求することができる。」

これによれば、添付によって新たに生じた物の所有者が用益物権を負担することを条件に償金を減額することも認

められそうである。そうだとすれば、付合した物はその存在を失うから付合した物の上に存していた権利は絶対的に消滅するとの説明に異論をさしはさむことも可能である。ただし、添付によって新たに生じた物の所有者による受益物権の負担を一方的債務引受行為であると見る、あるいは、受益権者との間に黙示の契約が締結されたものと見るならば、付合した物の上に存していたが一旦は消滅した権利が添付によって新たに生じた物の所有者によって一方的に設定されたと説明することもできる。

(178) 岡松・前掲・二一六頁、末弘・前掲・三九七頁、石田・前掲・二〇五頁。

(179) 「此損得ハ之ヲ平均セシメサルヘカラス」とする川名・前掲・一〇七頁も、衡平を理由とするものと言える。三瀧・前掲・一一〇頁も同様。「利害の均衡」を言う末川・前掲・三〇五頁、「不均衡の清算」を言う林編・前掲・一一〇頁〔月岡執筆〕も同旨。松坂佐一『民法提要 物権法』(昭和五五年第四版・有斐閣)一六三頁は「添附による所有権の取得は、社会経済上の利益のためであつて、当事者間における財産的価値の移動を実質的に理由づけるものではない」から償金を支払わなければならないとする(松坂佐一『事務管理・不当利得〔新版〕』(昭和四八年・有斐閣)一六七頁も同様)。

(180) 川名・前掲・一〇七頁、我妻・前掲・一七四頁、柚木馨『判例物権法総論』(昭和九年・巖松堂書店)二六一頁、我妻栄『民法大意・上』(昭和一九年・岩波書店)七四頁、勝本正晃『物権法』(昭和二七年訂正版・創文社)一三四・一三六頁、稲本洋之助『民法Ⅱ(物権)』(昭和五八年・青林書院新社)二八八頁。「添附は、一方において新物所有権の取得による利得を生じさせると同時に、他方において旧物所有権の消滅による損失を生じさせる」とする舟橋・前掲・三六四―三六五頁も同様。二四八条には侵害利得と費用利得の双方のケースが含まれており、償金請求の内容が両者で全く異なることを明確に指摘する藤原・前掲・二六六頁においても、償金請求権そのものの性質については論じられていない。

(181) ただし、「本条ノ規定ニヨル請求権ハ嚴格ニ論スレハ不当利得ノ返還請求権ニ非ス、蓋シ不当利得トハ法律上ノ原因ナクシテ利益ヲ受クル事実ヲ云フ(七〇三)、然ルニ前六条ノ適用ニヨリ利益ヲ得ルハ之レ契約不法行為等ト相対ス可キ法律ノ直接規定ニヨリ利益ヲ得ルモノニシテ完全ナル法律上ノ取得原因存在スルナリ、故ニ之ヲ不当利得ト云フ可ラス、故ニ本条ノ請求権ハ法律カ特別ニ与ヘタル請求権ト見ルヲ可トス」という中島・前掲・四三〇―四三一頁のような指摘があることには注意を要する(原島重義ほか『民法講義2物権』(昭和五二年・有斐閣)二五〇頁〔新

田敏執筆)も同様)。また、前掲注釈民法(7)・二九九―三〇〇頁〔五十嵐)も、添付による利得は法律上の原因のあるものではないかとの疑問は生じ得るが、「添附の制度は物権法的要請より認められたものであり、当事者間の実質的な不公平を正当化するものではない。本条は、これを明らかにした点で意味をもつ。」との説明により不当利得規定に依拠することを正当化する。

(182) 三瀧・前掲・一一一頁、前掲注釈民法(7)・三〇〇頁〔五十嵐)。ただし三瀧は、いかなる要件のもとで留置権が行使されるのかについては一切言及しない。

鈴木禄弥『物権法講義 四訂版』(平成六年・創文社)二七頁は、無権原の植栽者は償金請求権に基づく留置権を第三者に対抗しうるから償金の支払は保障されており、留置中に収穫期が来た場合には二九七条に基づいて刈り入れることができる(この点については、広中俊雄『物権法』(増補版)〔昭和六二年・青林書院)四一〇頁も同様)から、無権原者が植栽した場合には稲毛等について付合が生じるとしても必ずしも植栽者に不利ではないとする。

(183) 類型論においても、いかなる範囲で原物返還が認められるのかは非常に重要な問題となる。侵害利得について、たとえば好美清光「不当利得法の新しい動向について(下)」判タ三八七号(昭和五四年)一二二頁は、侵害利得返還請求権は原物返還請求のための物権的返還請求権を補充するものであることを明確に指摘している(川村泰啓「返還されるべき利得の範囲(四)」判例評論六五号(昭和三九年)三頁も参照)。

(184) 鈴木・前掲講義・二三頁。

(185) 鈴木・前掲講義・二三頁。

(186) 鈴木・前掲講義・二三頁。

(187) 動産の付合についても本文中で紹介した不動産付合の場合と同様に、善意の無権原者によって動産について付属させられた物が独立性を失わない弱い付合を生じたときは、無権原者は求償か取去かの選択権を有するものとする(鈴木・前掲講義・二七頁)。

(188) 鈴木・前掲講義・二三頁。

(189) 鈴木・前掲講義・二五頁。

(190) 広中俊雄『債権各論講義 第六版』(平成六年・有斐閣)四〇八頁・四一〇頁では、給付利得においては原物の返還が、そしてそれが不能な場合にはその価値の返還が、他人の財貨からの利得においては取得された物の価値が不当

- 利得返還請求権の対象であるとしている。
- (191) 広中・前掲物権法・四〇四頁。なお、不動産については二四六条を類推適用すべきではない根拠として、償金請求権しか認められないという効果が重大すぎることが挙げられている(広中・前掲物権法・四一六頁)。
- (192) 広中・前掲物権法・四〇五頁。
- (193) 広中・前掲物権法・四〇五―四〇六頁。動産の付合について、同書・四一二頁も同様。
- さらに、悪意の加工者が加工物所有権を取得した場合について、材料所有者は償金請求権と加工物所有権移転請求権とを選択的に有するものとして、これを七〇一条の準用により根拠づける。なお、加工物所有権移転請求権については、悪意の加工者からの悪意の特定承継人に対抗できるという(広中・前掲物権法・四一五頁)。
- (194) 平野裕之『物権法「第二版」』(平成一三年・弘文堂)二六一頁注6、石田穰・前掲・三五四―三五五頁が支持する。早いところでは稲本・前掲・二八七頁が広中の見解に触れていたが、稲本がこの見解をどのように評価するのかは不明であった。
- (195) 広中・前掲物権法・四一〇頁。
- (196) このほか動産の付合について、加藤雅信『物権法 第二版』(平成一七年・有斐閣)二八一―二八二頁が、添付が意図的(単なる故意・過失では足りないものと考えている)になされたときは、添付によって動産所有権は消滅したとの抗弁の主張は権利濫用とされうると論じていることも、鈴木・広中と同一の方向を目指すものと言えよう。
- (197) 川村泰啓「所有」関係の場で機能する不当利得制度(一)」判例評論一一七号(昭和四三年)二頁。同・六頁も参照。
- (198) 川村・前掲制度(一)・四頁、川村・前掲制度(三)・判例時報一二三三号(昭和四四年)二頁、川村・前掲制度(四)・判例時報一二四号(昭和四四年)一〇一頁。
- (199) 川村・前掲制度(二)・五頁。
- (200) 川村・前掲制度(四)・一〇二頁。
- (201) 川村・前掲制度(二)・七頁。同・八頁ならびに、川村・前掲制度(四)・一〇〇頁でも、債権という姿勢をとった私的所有としての「他人の財貨からの利得」債権という指摘がなされている。
- (202) 有償・双務契約の無効・取消において、「契約の相手方による転売・加工・消費等により、「所有権」に基づく返還

請求権に代わって「不当利得返還請求権」が登場する」、あるいは、「所有権」の all or nothing (排他性) の論理は、原物による返還請求不能の場合にも、なお価値的に貫徹可能なはずである。」とする川村泰啓「契約の無効・取消と不当利得」『契約法大系Ⅶ』（昭和四〇年・有斐閣）五九頁も同様。

なお、添付が生じる事例についての議論ではないが、鈴木祿弥「法律行為の無効・取消・解除の場合の給付物返還請求権は、どんな性質をもつか」『物権法の研究』（昭和五一年・創文社）二一九頁（初出・昭和三九年）、同「法律行為の無効と給付物の取り戻し」前掲研究・二二七頁（初出・昭和四二年）では、無効な売買に基づいて引き渡された目的物についての売主の返還請求権を、物権的請求権と債権的請求権の中間的な請求権として認めるべきことが主張されている（鈴木・前掲研究・二二七頁・二三四頁）。こうした鈴木の見解に影響を与えたのが新訴訟物理論、とりわけ三ヶ月の見解（三ヶ月章「特定物引渡訴訟における占有承継人の地位」『民事訴訟法研究 第一巻』（昭和三七年・有斐閣）三〇〇—三〇一頁（初出・昭和三六年））である。三ヶ月は、特定物引渡訴訟における執行力の拡張の範囲について考察を加える。そしてドイツの判例を参照しつつ引渡請求権の中に物権的請求権と債権的請求権という区別とは異なる区別を取り入れることが必要であると主張する。債権的請求権の中に「物権を背後に控えた「取戻」」である Herausgabenspruch と「相手方の背後に物権が控えている物であることを承認しつつ、その「交付」を求めるもの」ところの Verschaffungsanspruch とが含まれるというのである。これに対して物権的請求権はつねに Herausgabenspruch であるところだ。

(203) 同様の認識は広中にも見られたところである。

(204) 川村・前掲制度（一三）・判例評論一四四号（昭和四六年）四頁。

(205) 川村・前掲制度（一）・八頁注(1)。

(206) 川村・前掲制度（一三）・四頁。

(207) 川村・前掲制度（二三）・九頁。ヴィルブルクの「物権的返還請求権の債務法的姿態転換論」に言及する川角由和『不当利得とはなにか』（平成一六年・日本評論社）一〇八頁も参照。

(208) 川村・前掲制度（八）・判例評論二二九号（昭和四四年）一〇五頁。

(209) 川村・前掲制度（五）・判例評論二二五号（昭和四四年）一〇〇頁。

(210) 川村・前掲制度（四）・一〇一頁。

- (211) 川村・前掲制度(一三)・五頁。
- (212) 四宮和夫「物権的価値返還請求権について」『四宮和夫民法論集』(平成二年・弘文堂)九七頁(初出・昭和五〇年)。
能見善久「金銭の法律上の地位」星野英一編集代表『民法講座 別巻1』(平成二年・有斐閣)一〇二―一二五頁も参照。
- (213) 好美清光「騙取金銭による弁済について」一橋論叢九五卷一号(昭和六一年)二七頁も基本的に本論文における四宮の見解を支持する。
- (214) 松岡久和「価値追跡」説の展開と限界」龍谷大学法学部創立二十周年記念論文集『法と民主主義の現代的課題』(平成元年・有斐閣)三四一頁は、物権的価値返還請求権を「ごく部分的な意義しか持たない中途半端な存在」という。
- (215) 四宮・前掲論文・九七頁。
- (216) 四宮・前掲論文・九九頁。
- (217) 四宮・前掲論文・一一三頁。
- (218) 添付によって生じた償金請求権が基本的にはこの類型に当てはまることは言うまでもない(四宮和夫『事務管理・不当利得』(昭和五六年・青林書院)一八五頁)。ただし、四宮・前掲書・二〇一頁では添付によって財産的利益の移動するそれぞれのケースの実質に即して類型を考察すべきことを指摘している。
- (219) 四宮・前掲書・一八七―一八八頁(5)注(一)。
- (220) いずれも四宮・前掲書・一八七頁(4)注(一)。
- (221) とりわけ添付によって所有権を失う者の意思に基づかず添付が生じた場合がこれと類似する。
「添附の規定は、それ自身としては、「有体物」所有権の変動のみに関する約束である。
そのような約束としては、それはすべての添附の事例について普遍的に妥当する。しかし、二四八条の不当利得返還請求権は、加工等を媒介した占有が、所有・非所有の対抗関係の場での裸の占有であったか、それとも無効あるいは取り消された契約に媒介されたものであったかに応じて、類型的に分化されねばならない。」(傍点、原文)。
とする川村泰啓「不当利得返還請求権の諸類型(二)」判例評論七七号(昭和四〇年)一頁注(1)もこれを示唆するものか。
- (222) 四宮・前掲書・二四〇頁以下は他人の建築材料の取付によって添付が生じる過程に第三者が関与するケースを扱う

が、償金請求権の有する性質については何ら言及するところがない。

(223) 不動産付合に関する昭和五〇年代前半までの判例・裁判例は瀬川・前掲書において分析されているため、この時期までの判例・裁判例については本稿での紹介は網羅的なものではない。

(224) 二四五条において混和事例には動産付合の規定が準用されていることから、ここには混和の事例を含めることとする。

(225) 瀬川・前掲・二二六頁以下では農作物と樹木の事例を分けて分析しているが、かつては樹木について付合が成立するか否かについて争いがあつたことを反映した区分であり本稿においては重要ではないものと判断されることから一括して分析することとした。

(226) 広中・前掲物権法・四〇八頁注(5)は、本判決が甜瓜の播種を権原に基づかないものとした点を疑問視する。

(227) ただし【8】判決においては、畑地にリンゴ樹を植栽した者は貸借人であるのかあるいは賃借人であるのか不明である。ただし無断転借人はリンゴ産出のために施肥等を行ったものと考えられるから、無権原者が耕作を行った事例として扱っても差し支えないだろう。

(228) 【10】判決は売買契約の解釈が問題となっており、付合当事者間の合意の解釈が問題とされる事案という意味では【3】判決に類似する。

(229) ただし【13】判決は傍論であつて、使用貸借・使用転借の効力が認められる可能性もあつた事例である。

(230) 転貸借の場合に貸借人の承認の有無を確認することは容易であるという事実は、付合の成立を否定する方向に働く。

(231) ただし【14】判決では認定がない。

(232) 【14】判決も当事者の主張とは無関係であるが、付合を認めないと植栽者に収去義務が生じるとして立木が土地に付合すると判示していた。

(233) ただし【19】判決は植栽者の権原の有無を審理させるために差し戻した事例である。

(234) この判決は二審でも維持されたが、上告審である最判昭和四一年九月二二日民集二〇巻七号一三六七頁により、付合とは無関係の理由によって破棄自判されている。

(235) 厳密には地盤についてのみ賃借権の二重譲渡が生じている。立木所有を目的とする土地であつたことが二重譲渡が

添付の際の償金請求権に関する一考察（三）

（236）

生じやすい原因となっている。
この点、(a)に掲げた諸判決と軌を一にする。