

Title	ドイツにおける不動産附合法の生成：土地・建物を中心として
Sub Title	Zur Entwicklung des deutschen Verbindungsrechts mit Grundstücken
Author	新田, 敏(Nitta, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1968
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.41, No.12 (1968. 12) ,p.15- 50
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19681215-0015">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19681215-0015</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# ドイツにおける不動産附合法の生成

——土地・建物を中心として——

新 田 敏

- 一、はじめに
- 二、ドイツ普通法における不動産附合法
- 三、ドイツ・ラント法における不動産附合法
- 四、ドイツ民法第一草案及び第二草案における附合法
- 五、総 括

## 一、はじめに

わが国の附合法（民法二四二条及び二四三条）がドイツ法（普通法及び現行民法草案）の影響の下に立案され、今日なおわが民法のそれらの規定を解釈するに当つて、ドイツ法がわが民法と比較して詳細な規定を有していることと、この規定の母法であることが相俟つて、学説の主流がその基本的立場をドイツ民法に依つてゐることは、ほとんど疑いのないところであろう。<sup>(2)</sup>そして、わが民法二四二条、二四三条の解釈に当つて学説がほぼ共通の母法の圏内から出発しているにもかかわらず、目的の理解、成立要件、法律効果に関する解釈をめぐつて複雑な対立を示し、判例にも混乱が見られることは先に小稿において

指摘したところである。<sup>(3)</sup>

附合法の原型は周知の如く古く十二表法の規定の中にあつて、ローマ法の中でも所有権取得原因の一つとして、特殊な地位をしめ、歴史的推移の下でその意味付け、成立要件などについて可成りの変遷を経て来ている。<sup>(4)</sup> それにもかかわらず、ローマ法上の「地上物は土地に従う」(superficies solo cedit)という原則自体は、普通法上もドイツ民法成立迄受け継がれて来たと一般に信じられている。しかし、今日のドイツ民法は、純然たるローマ法の規定とはその性質を異にする内容を含んでいることは明らかであつて、それが如何なる理由に基づくものであるかを追求することは、<sup>(5)</sup> わが附合法の研究においても最も重要な基礎的作業といえよう。その有力な手掛りが、ドイツの固有法であるラント法にあるであろうことは充分予想し得るところである。ローマ法を継受し、ドイツ連邦のほぼ全域に亘つて当該領域のラント法の補充法としての効力を有していた普通法が、論理的には精緻に体系化されていたとはいへ、ドイツ民法起草の時期に実質上わが国で一般に知られている程の効力を持つていたかどうかは疑わしい。<sup>(6)</sup> 一般的にいつても不動産に関連する法律関係は、土着的色彩が強いと考えられる。そこで本稿では、永い法史的背景を持つが故に、単なる法論理的操作による研究には親しみ難い附合法の中でも現実的意義を有する不動産の附合、主として土地と建物の結合関係について、普通法、ラント法を当時の文献、判例を基にして鳥瞰し、それに続いてドイツ附合法の生成過程を民法編纂の資料により考究して見たいと思う。資料的に必ずしも充分でない憾みはあるが、本稿によつて、従来のが国附合法研究の大きな断層を多少でも埋めることが出来、それによつて、現在の附合法の理論に強固な基盤を与える一助になれば幸いと考える。

(1) 拙稿・法学研究三九卷一号、二七頁以下参照。

(2) 物の構成部分上に独立の権利は生じない、一時の目的の建物は附合しない、附合した物の分離権は存在しない等、全てドイツ民法の規定に存在する。

(3) 前掲法学研究三九卷一号。

(4) ローマ法の解釈、学説については、Ernst Heilmann, Die rechtsgestaltende Kraft der Sachverbindung, 1909 が詳しい。それによれば、十二表法における他人の土地に附合させた者に対する所有権者のなし得る二倍額の損害賠償請求の性質をめぐる論争及びその成立要件につき客観的なものに重点が移り、附合者の善意、悪意という主観的要件を排除しつつあつたことが述べられている。SS. 110 参照。

(5) 勿論ドイツ民法制定に附帯する一般的性格も、例えば、連邦統一のための妥協的性格が強かつたというようなことも問題とならう。しかしここではより直接的な理由を意味する。一般の問題の研究として、Werner Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung の総論部分がある。

(6) Biermann, Superficies solo cedit, Jherings Jahrbücher, Band 34, 1895 は「普通法はしばしばドイツにおけるもつとも狭い範圍で効力を有するにすぎず、往々にしてもはやく効力を有していない。ローマ担保法は一般的にラント法によつて排斥されてしまつてゐるし、附合法も、プロシヤの立法によつて、ドイツの大部分にとつて著しく修正されている」と述べている。S. 182.

(7) 本稿での判例は全て、Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in dem deutschen Staaten による。なお、OAG は Oberappellationsgericht, OLG は Oberes Landesgericht を示す。

(8) 本稿註と Motive との間の Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Protokolle というのは、Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs である。

## 二、ドイツ普通法における不動産附合法

[一] ある土地と建築又は定著によつて一体とされた物はその土地所有権者の所有物となるということは普通法上の一致した見解であつて、その簡潔な表現は「地上物は土地に従う」(superficies solo cedit) というローマ法の法諺である。<sup>(1)</sup> すなわち、土地及び建物はある一つの物の法律的部分であり、またその全体であつて別物ではなく、それ自体で存在している物である。従つて、土地及び建物に異なる所有者が生じ得ないし、むしろ、二つの物の上の所有権は常に一人の人間に合一されている。それ故に建物が土地を合体するか、逆に土地が建物を合体することになる。前者は土地が無主物であつて、その土地上の建物の建築が先占となる時に生じ、後者は土地の所有者が添附によつて他人の材料によりその土地に建てられた建物の所有者となる場合に生ずる。<sup>(2)</sup> 同様に植物が植附けによつて、土地と結合した時は土地の構成部分となり、土地所有権者に帰

属すると言われるのである。<sup>(3)</sup>この原則はローマ法及びそれを継受した普通法を通して一貫するものと我が国においても広く知られている。この普通法上における不動産に関する物権取得の原因としての添附(Accession)には、「土砂の堆積」、「土地の分裂合体」<sup>(4)</sup>が含まれるが、この二つは自然現象に起因するものである点において、「土地と建物の附合」、「土地と建物の附合」の二つとその本質を異にしており、且つその研究の今日的意味が希薄と考えるので、以下においては、「土地と建物の附合」、「土地と建物の附合」に限定する。

この二つの事件(法律効果発生要件としての)の本質は、二つの物(土地と建物又は植物)が次のような関係に入ることであると考えられている。すなわち、双方が強固な且つ継続を目的とした結合によつて、新たに有機的全体を構成し、双方がその不可欠の部分であり、さらに、これらの物の一方が、全体との関係において、その大きさ、価値及び他の性質を考慮して、最も主要な構成部分と見なされるということである。それ故に、土地の上に建物が建てられ又は植物が植栽された時には、その建物又は植物は、今や不可欠の二つの部分の強固な結合から成立する新たに生じた人為的全体を形成する。そして、土地は、家又は植物の存在を制約する部分であつて、最も主要な部分であるから、土地の所有者は常にその上に建てられた建物又は植物の所有者となる。たとえ、その者が、自ら他人の材料でその建物を建てたにしろ、他人が自己の材料でその建物を建てたにしろ、その建物が全体又は部分的に他人の材料によつて建てられたにしろ、また建てられた建物が土地と直接に結合したにせよ、又は、既に存在する建物に接合されることによつて間接的に結合されるにせよ、その結果は異ならない<sup>(5)</sup>というのが「地上物は土地に従う」という原則の典型的な理解であるし、植物についても同様に考えられる。この原則はこのように物権變動の効果を根拠づける反面、その結論から、土地と建物、建物の個々の階又は区画、土地と植物は、異なつた所有者には帰属しないという所有権の客体をも規定することになる<sup>(6)</sup>。ところで原理的に極めて明解なこの原則も、土地と結合する動産の種類、成立要件、法律効果について追求して見ると、形式的、実質的に可成りせまい範囲でしか

効力を有しなかつたことが知られる。

〔二〕普通法上まず形式的に右の添附の原理に服するのは、建物及び建物類似の工作物、ブドウ園の支柱、植物に限定される。

それ故に、土地に定著させられた動産であつても、建物及び建物類似の工作物以外の物は、附合しない。ローマ法においても、建物及び建物類似の工作物、ブドウ園の支柱を除くと、明文の規定は存在しないといわれ、Pandektenの断片を手掛りとして研究された資料によれば、引水、下水の装置は、その地役権者の所有に留まり、土地所有権者にその物の権利は移転していかない<sup>(7)</sup>。さらに普通法上も、ガス、水道、電気の諸施設は、設置者の所有に留まり、さらには、各種の路面交通機関に附帯する諸施設についても、その設置された動産は、それらの企業者の所有に留まり、その企業者はそれらを何時でも撤去することができた<sup>(8)</sup>。この例外とされているのはブドウ園の支柱として使用される木材であつて、これはローマ法、普通法を通じて土地に附合するものとされ、その理由は、それを除去することによつて、ブドウ園を破壊する結果になることを阻止しようといふところにあるといわれる<sup>(9)</sup>。

次に、建物及び建物類似の設備が、地上に建設された時は、その物は土地所有権者に帰属するのが原則であり、そして普通法上建物の用途とは関係なく附合するものとされている<sup>(10)</sup>。しかし、建物が土地から、又は建物から材料が容易に分離することができる場合、また建物への接合が建物自体の修復及びその完全性に役立つものでなく、外的附属物に過ぎない場合には、土地所有権者とその動産所有権者の従来の法律関係には何らの変更も生じない<sup>(11)</sup>。

同様に一時の必要の為に役立てることを目的として建てられた建物は附合しない<sup>(12)</sup>。もつともこの一時の目的の為の建物をどの範囲で理解するかは問題である。ローマ法においては、祭りの際に建てられた劇場、見世物小屋等は、専ら一時的建物として、これらは建築主の所有に留まり、建築主は全く自由にこれらの工作物を処分し、取壊し、変更することができ、他

の所有権者と異ならないといわれ、一時的建築物をもまた添附原理に委ねた法源は存在しないと主張されている。<sup>13)</sup>

しかしそのことから、直ちに、若干の学者によつて主張されている用益賃借人がその権利の継続の間のみ建物を建て、その権利の終了の後には撤去すべきことが同意されている場合には、その建物は用益賃借人の所有物として留まり、この場合にはたとえ結合が強固であつても添附原理は適用されない<sup>14)</sup>、ということがあつたかどうかは疑問である。用益賃借人によつて建築された建物が、その権利の性質からして、一時的なものとして看做され、一般的に添附の外に置かれていたという根拠は見出だせない。ドイツ民法第一草案理由書において「(添附の)原則の制限を必要とする場合は、土地の所有権者とは異なる者によつて、不動産と物、特に建物との結合が、一時の目的の為に権原に基づいて行われた場合である。これらの物に不動産の構成部分の性質を否認することにより、それらの物を原則からはずしている。その限りに、おいて、草案は、土地の上の権利がこの土地と結合された物の上に拡張することを排斥することによつて、プロイセン法及びフランス法の立場に近づいているのである。」<sup>15)</sup>と記述されているところから推定して、むしろ普通法上は存在目的それ自体が極めて短期の使用であり、土地との結合が弱い建築物のみが添附の例外とされていたものと考えられる。<sup>16)</sup>

〔三〕 右に述べた二つの例外を除けば附合することになる。従つて建物が他人の材料によつて建てられた時には、その建物は全体として土地所有権者の所有物となり、その建物が存在する限り、その材料の分離・返還請求権を行使することは許されない。<sup>17)</sup> しかしながら、材料所有権者の所有権は附合によつて消滅するのではなく、単に停止するに過ぎず、<sup>18)</sup> 材料所有権者が自ら権利を放棄し又は補償を取得することによつて、土地所有権者が確定的にその物の所有権者とならない場合には、その建物の解体の際に物権的返還請求権を有するから、その限りで材料所有権者はその材料の所有権を失わない。<sup>19)</sup> しかもこの返還請求権は建物が存在する限り消滅時効にかからない。<sup>20)</sup> 尚ローマ法上は土地所有権者が悪意で動産を附合させた場合には、

*actio ad exhibendum*——分離を求める提示訴訟——又は *rei vindicatio*——所有物回収訴訟——の権利が与えられていた。<sup>21)</sup>

普通法上この権利が認められていたかどうかは充分明らかでない。<sup>(22)</sup>

また材料所有権者が他人の土地に建物を建てた時には、その善意、悪意を問わずその者が占有している場合には損害なしに除去が行われ得る限り、収去権を有している。<sup>(23)</sup>従つて、用益賃借人又は役権者が自ら建物を建てた場合には、その使用権が継続している間は、何時でもそれを除去することができる。<sup>(24)</sup>

[四] 次に形式的には添附の原理に服しながらも、実質的に見ればその例外と考えられるものに、Superficies (地上権) に基づいて建てられた建物がある。この権利は、通常契約又は遺言によつて設定されるが、<sup>(25)</sup>判例によれば、未だ建物が建てられていない土地について期間の制限なしに賃貸され、それによつて賃借人がその上に継続的目的のために自己の費用で家を建てるといふ場合には、賃貸人が賃借人に債権的請求権を与えるだけではなく、地上権が設定されたものと解すべきであるとしてゐる。<sup>(26)</sup>

Superficies (地上権) とは他人の土地上で継続的に建物又はその他の施設を保持する相続及び譲渡可能の物権である。<sup>(27)</sup>そしてローマ法においては、この権利は他人の土地に自己の費用で建物を建てるための権利であつたが、普通法上はその他に樹木、森林、鉄道などのためにも設定されている。<sup>(28)</sup>この地上権に基づいて建物が建てられた場合にも、土地と(継続的に)結合しているその建物は土地の構成部分に過ぎず、それ故にまた独立の権利の客体ではあり得ないといふ添附の原理がそのまま適用される。<sup>(29)</sup>従つてこの Superficies は他人の物(その上に存在する施設を伴う土地)の上の権利と理解されている。<sup>(30)</sup>

しかしながらそれにもかかわらず普通法上この地上権は、他人の物の上の権利以上の権利を持つという觀念に基づいて規定されており、この者は、その土地について無制限の使用権を有し、明示又は黙示に反対の定めがない場合には、その地上物についての処分権そのものが地上権者に帰属し、それに担保権を設定することも、それを譲渡することも可能であり、その地上物を取毀すこともその建築材料を保持することも自由である。<sup>(31)</sup>さらに、この地上権者には、所有権者と同様の本権

的防禦手段が帰属し、従つて所有物返還請求權、妨害排除請求權を行使し得るのである。<sup>32)</sup>

[五] 他人の種子が土地に播かれ又は他人の植物が土地に植えられた時には、土地の所有權者はその種子又は植物の所有權を取得する。この所有權取得は、確定的であつて、種子、植物の所有權者の所有權は永久に失われ、仮に分離することがあつても、その返還を請求することは許されない。<sup>33)</sup> この植物の接合が一時の目的のためであつても添附の原理に服する。<sup>34)</sup> このような土地と植物の附合の特異性は、ローマ法において早くから意識され、その成立要件、効果は別に把握されていた。ここでは、單なる植物の根付き、播種が決定的要因であつて、その植栽又は播種が如何なる状況の下で行われたか、善意か悪意か、法的根拠があるかどうかは全く問題とされていなかった。<sup>35)</sup>

[六] 右に見たところから明らかなように普通法上、不動産と動産の結合により所有權の合一が生じ、双方の所有權者から分離ないしは収去の請求を排斥するという典型的な附合が生じるのは、不動産と植物（種子を含めて）及びブドウ園の支柱の附合だけであるということである。勿論、解体ないしは自然の分離の際に行使し得る旧動産所有權者の物權的請求權があるというだけで、建物の附合は存在しなかつたと言ふことは觀念的に過ぎよう。動産所有權者による分離請求權を否定することにより、附合制度の目的は現象的には達成し得るからである。そこ迄含めて考えれば、土地所有權者の行つた土地と建物の接合及び建物と材料の接合、材料所有權者が同様の接合を行い且つ占有してない場合に附合が生じると言い得るのである。しかしながら、材料所有權者が他人の不動産に行つた接合の場合には、占有を条件にその者がその動産の収去權を有する限り、それを附合ということは、一方では全く觀念的な所有權取得のみを認め、他方で収去を許容することによつて附合の効果を重要な側面を否定する結果になり、今日の意味の附合とは異なると言わざるを得ない。また、地上權者によつてなされた建物等の建築についても、先に述べたところから、それを附合によつて建物等の所有權（今日の意味における）が土地所有權者に取得されたとは言ひ得ないことは、多言を要しないと思ふ。

- (1) Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 8 Auflage, S. 861 ff.; Heinrich Dernburg, Pandekten, Band I, 5 Auflage, S. 492 ff.; Paul Roth, System des Deutschen Privatrechts, Band III, S. 201; Biemann, Superficies solo cedit, Jherings Jahrbücher, Band 34, S.169; Baun, Über das Princip des einheitlichen Eigentums an Boden, Gebäude und deren einzelnen Theilen, AcP, Band 43, S. 211 ff.
- (2) Baun, a.a.O. SS. 211—212.
- (3) Dernburg, Pandekten I, S. 492.
- (4) Windscheid, Pandekten I, S. 86; Roth, D.P.R.III, S. 209 ff.
- (5) Baun, a.a.O. S. 212; Biemann, a.a.O. S. 169.
- (6) Dernburg, Pandekten I, S. 478 und S. 160; Windscheid, Pandekten I, S. 610; Baun, a.a.O. S. 212.
- (7) Biemann, a.a.O. SS. 176—180. ドイツ民法第一草案理由書のことを読めば。但しそこでは、地役権以外の権原に基づいて地上権を設けた場合でも附合しないという主張が見られる。しかしそれは、ローマ法の内容ではなく、第一草案の規定の理由附けであることに注意すべきである。 Motive, S. 48.
- (8) Biemann, a.a.O. SS. 194—198. この研究においては、ローマ法の解釈を基礎としながらも、多くの具体的例から、現に存在する法を明らかにしよう。
- (9) 普通法に「Windscheid, Pandekten I, S. 865. ローマ法に「Biermann, a.a.O. SS. 176—177.」の理由は、「ドイツにおけるドイツ國の産業上の比重、樹木の性質から充分に首肯し得るところである。」
- (10) Biemann, a.a.O. SS. 183—184; Dernburg, Pandekten I, S. 174. 判例は「普魯（ケルリン Obertribunal 一八七四年九月二四日判決「Seuffert, Band 31, S. 145 ff.」納屋（同裁判所一八七七年四月一九日判決「Seuffert, Band 34, S. 404」）クラフンハウス（ロストック OAG 一八六七年三月二日判決「Seuffert, Band 28, S. 666）」についてそれぞれ附合するとしている。ローマ法では「納屋を動産、穀倉を従物としているから（Biermann, a.a.O. S. 172）普通法の方が附合する建築物において若干拡大をされているといえよう。」
- (11) Windscheid, Pandekten I, SS. 864—865; Biemann, a.a.O. S. 186.
- (12) Dernburg, Pandekten I, S. 492.
- (13) Biemann, a.a.O. SS. 186—187.
- (14) Biemann, a.a.O. S. 189; Baun, a.a.O. S. 214.
- (15) Motive, III, S. 47.
- (16) Vgl. Roth, D.P.R. III, S. 201. Biemann 自身撤去が同意されていた時と限定するところに「一般的には土地使用権原があつても附合するものを採り考へられる。」

- (1) Roth, D.P.R. III. S. 202; Windscheid, Pandekten I. SS. 863—864; Dernburg, Pandekten I. S. 493.
- (2) Windscheid, Pandekten I. S. 863; Dernburg, Pandekten I. SS. 492—493.
- (3) Roth, D.P.R. III. SS. 201—202; Windscheid, Pandekten I. S. 863; Dernburg, Pandekten I. S. 493.
- (4) Roth, D.P.R. III. S. 202, Anm. 9.
- (5) Roth, D.P.R. III. S. 202, Anm. 10.
- (6) Windscheid, Pandekten I. S. 864 は、この場合材料の二倍の補償をしても、土地所有権者はその材料の所有権を取得しないこと。Roth, D.P.R. III. S. 202 によれば、一部の補償を要しても、材料所有権者は解体の際の返還請求権を失わないこと。Dernburg, Pandekten I. S. 493 の意見を照らす。
- (7) Roth, D.P.R. III. S. 203. 新条に於て一八六三年一月二二日キーンノオーグ判決がある。Seuffert, Band 19, S. 201.
- (8) Biernann, a.a.O. S. 191.
- (9) Windscheid, Pandekten I. SS. 1001—1002; Dernburg, Pandekten I. S. 644.
- (10) 一八六七年五月二日ロストックオーグ判決。Seuffert, Band 28, S. 656.
- (11) Dernburg, Pandekten I. S. 643.
- (12) Dernburg, Pandekten I. S. 644; Windscheid, Pandekten I. S. 1002.
- (13) Biernann, a.a.O. SS. 190—191; Roth, D.P.R. III. S. 494.
- (14) Windscheid, Pandekten I. SS. 999—1000; Roth, D.P.R. III. S. 493—494. なき Roth によれば、この権利は普通法及びラント法の双方に存せし、これは田舎地権 (Nutzigentum) を認めてあるからである。
- (15) Windscheid, Pandekten I. S. 1000; Dernburg, Pandekten I. S. 645; Biernann, a.a.O. SS. 190—191. 前掲ロストックオーグ判決の意義を、Seuffert, Band 28, SS. 656—657, Dernburg によれば建物の保存、復旧それ自体は地上権者の義務ではない。もつとも地上権を家屋の一部に、例を以て樹木園とかを庭に持つてゐる者は、所有権者に対して、また他の地上権者に対して、その建物持分の保持が義務づけられること。
- (16) Dernburg, Pandekten I. S. 645; Windscheid, Pandekten I. S. 1000.
- (17) Dernburg, Pandekten I. SS. 493—494; Windscheid, Pandekten I. S. 862; Roth, D.P.R. III. S. 207.
- (18) Biernann, a.a.O. S. 203.
- (19) Biernann, a.a.O. SS. 169—171; Heilborn, a.a.O. SS. 12—14. Heilborn によれば、その根拠を提示する学説としては、古くから植物が成長する栄養分は土地から得られたとするもの、或はそれと並列的に地面との接合の程度を問題とするものなどがあつた。

### 三、ドイツ・ラント法における不動産附合法

〔一〕 ドイツ統一民法典の編纂に着手されていた当時において、ドイツ帝国には、七つの自立する私法圏(Rechtsgemein)が存在している。それは、プロイセン法、普通法、フランス法、ザクセン法、ニュートランド法、フリースランド法及びデンマーク法である。<sup>(1)</sup>従つて、今日において、ドイツ民法制定直前のドイツ法を正確に再現することは極めて困難といえる。<sup>(2)</sup>すなわち右に述べた法の中には、複数の Staat で効力を持つものがある反面、他方においては一つの Staat に複数の私法が効力を持つていたからである。たとえば普通法は二、三の Staat において、プロイセン・ラント法は三つの Staat において効力を有し、またプロイセンには実に右に挙げた内の六つの法圏(ザクセン法を除く)が存在し、政治的境界と法圏の境界が一致していたのはザクセン法圏のみであつたといわれている。<sup>(3)</sup>そこで本章では、土地と建物の附合、土地と植物の附合について、プロイセン法、ザクセン法、バイエルン法等に存在する普通法とは異なつた規定を考察し、合わせて普通法上は添附の原理の下で全く存在し得ず、ラントの制定法としても存在しなかつた建物の区分所有権についても、判例を素材にして当時の法状況を説明したいと思う。

〔二〕 土地に建物が建てられた場合において、ラント法には成立要件及び効果の上で可成り普通法と異なるものがみられる。プロイセン・ラント法によれば、「地上物は土地に従う」という原則は広範に否定されている。同法第一章第九八条は、土地所有権者とは異なる建物所有権者を予定し、また同法第一章第二二章二四三条は、地上権者に他人の土地上に建物、樹木の所有を認め、更には同法第一章第二二章一九九条、二〇〇条が森林役権者に森林の樹木の所有を認めることから、一般に使用権原を有する者すなわち、地上権者、役権者、用益賃借人等が自ら建物を建てた時には、その建物の所有権者として留まり、その建物の権利が土地所有権者に移転することはないと解釈されている。<sup>(4)</sup>土地所有権者が自己の土地に他人の材料で

家屋を建てた時には、附合によつてその権利を取得することは普通法と同様である。<sup>(5)</sup> 材料の所有者が他人の土地に、土地所有者に無断で建物を建てた時にはまず二つに分けられる。土地所有者がそれを知らなかつたか、又はそれを知つて直ちに建築の継続に異議を申し立てた場合には、その者は次の三つの内の一つを選択することができる。

第一は、建築者の費用によるその建物の取毀し及び除去並びに損害賠償の請求、第二は、建築費用の支払いと引換えに建物引渡しへの請求、第三は、建築敷地の価格の補償と引換えに建築者による建物の引受及び損害賠償の請求である。<sup>(6)</sup> 土地所有者が、建築を知つた後直ちに異議を申し立てなかつた時には、その建物は土地と共に建築者に留まり、土地所有者は建築敷地について損害賠償を請求し得るにすぎない。<sup>(7)</sup> また建築者が他人の材料で他人の土地に双方の所有者が知ることなしに建物を建てた時には、土地所有者は建物についての右の選択権を有し、材料所有者は建築者に対してのみ補償請求権を有する。<sup>(8)</sup>

ザクセン法によれば、動産が土地と結合して、その結果、動産が土地の構成部分となる時は、土地の所有者は建物については建築材料の建物への使用と同時にその動産上の所有権を取得する。但し、その結合が一時の目的のために、例えば用益賃貸借 (Pachtungen) 及び賃貸借 (Mietten) の場合に、それについての権原を有する他人によつて行われた時には、この限りでない。しかしながら、後者の場合においても、土地の所有者は、その動産の所有者にその価格を支払うことによつて、その動産の除去を回避することができる。その建物に使用された建築材料の返還請求権は、単にその建物との結合の継続の間だけではなく、その分離後もまた排斥されている。<sup>(9)</sup> もつとも、その材料が建物から取りはずされ得る限り、又は建物の倒壊の後なおそのままになつてゐる限り、土地所有者が材料所有者にそれを返還することまで禁止されてはいない。<sup>(10)</sup>

バイエルン・ラント法によれば、他人の土地に建物が建てられた時には、材料の所有者は常に材料の価格を定める訴権

のみが与えられている。

材料の所有権者が一方的に他人の土地に建物を建てた時には、その者が占有している限り留置権を行使することによつて、その者が善意であつた場合には、必要費及び有益費と見られる出費の補償を請求し得る。その他の出費 (Meioration) は、その物を毀損しない限りで収去することができる。その者が悪意であつた時には、必要費についてのみ留置権を有し、その他の支出に関しては、主たる物を毀損しない限りで収去権を有するにすぎない。<sup>(11)</sup> その者が占有していない時には全く法的手段を持たない、そして建物解体の際のみ材料の返還請求をなし得る。<sup>(12)</sup>

ドイツ・ラント法とは言えないが、一部の地域で効力を有していたフランス法の規定によれば、他人の材料で建物が建てられた時にはその建物は土地所有権者によつて取得されるが、土地所有権者が自ら他人の材料で建築した時にはその価格を補償しなければならない。<sup>(15)</sup> 材料の所有権者が他人の土地に建物を建てた場合には、土地所有権者は、その建築者が悪意であつた時にはその建物を労賃及び材料費の補償と引換えに保有するか、又は建築者にその者の費用でその建物の除去を請求し得る。後者の場合、事情によつて合わせて損害賠償を請求し得る。その建築者が善意であつた時には、土地所有権者は建物の除去を請求し得ず、その労賃及び材料価格を補償するか、又は、それによつて高められた土地の価格を補償するかの選択権を有する。<sup>(16)</sup>

〔三〕 土地と植物の附合については、ザクセン法、フランス法においては、建物と同様の原則に従う故に見るべきものはない。<sup>(17)</sup> しかし、プロイセン法が普通法とは極めて異なる制度を有する。

プロイセン法によれば、ある土地に他人の種子が播かれ又は他人の植物が植えられた場合には、種子については播種と同時に、植物については根附いた時に、その土地の使用権原者がその物の所有権を取得し、所有者と異なる使用権原者が存在しない場合には、土地所有権者が取得する。<sup>(18)</sup> その土地の使用権原者が自ら種子を播き、植物を植えた時には、その物の所有

権は、その使用権原者に留まり附合しない。これに属するのは、用益賃借人、役権者、地上権者、容假占有者である。附合がその種子又は植物の所有権者によつて行われた時には、その土地の使用権原者が果実を享受しようとする場合には、善意の耕作者には証明し得る費用を、悪意の耕作者には地方経済上使われる費用を補償しなければならぬ。使用権原者が果実を享受する意思がない場合には、耕作者は不動産を侵害することなしに可能である限り種子及び植物を収去しなければならぬ。また、使用権原者が耕作者に果実を譲渡する時には、耕作者はその収取された土地利用について使用権原者に補償しなければならぬ<sup>(20)</sup>。植物が二つの土地の境界に存在し、その結果、双方に根附いている場合には、その植物は、それが地表に現われる割合に従つて双方の使用権原者に帰属する<sup>(21)</sup>。なお、プロイセン法では、動産、不動産の区別に当つて、その性質及び主たる役割からして毀損することなく、移転可能な物は動産としてるので、土地から分離することがその物の役割及び性質に矛盾しない場合、樹木苗床とか花屋の庭にある植物は、不動産ではなく動産であり、收穫期に達している穀物、果実は動産と考えられている<sup>(22)</sup>。

[四] 「地上物は土地に従う」という原則は、先にも述べたように、附合について物権変動の効果を根拠づける反面、土地と建物、建物の個々の階又は区画、土地と植物が、異なる所有権者に帰属することはないといい、所有権の客体を規定する原則ともなつている<sup>(23)</sup>。この中でも建物、とりわけ家屋の階層ごと又は区画ごとにそれが異なつた所有権者に帰属し得るかどうかが判例の上で争われている。普通法上は右の原則は全く疑いのないものと思われているにもかかわらず、数多くの判決が、いわゆる建物の区分所有を承認していることは注目すべきである。

普通法上は、一つの建物について階層又は部屋割で区分所有することは全面的に禁止されている。例えば、

——被告Hが原告Gにその家屋一区画を売却した。双方の占有者にとつて使用に必要な構成部分すなわち階段、廊下、出入口、便所は共通である。契約の内容によれば、契約当事者は役権又は地上権を創設するのではなく、共有権を創設するこ

とを意図していたことが認められた。そして特に地面は共有と認められた。四年間の紛争の後、Gは分割の訴(競売による売  
得金の配分)を提起した。——第二審の裁判官は、この訴を棄却した。その理由は、この家の実際の分割は必要な限りで既  
に行われており、解消されるべき未分割の共有の事情は存在しないということであつた。ところが、上告審であるシュツッ  
トガルト Obertribunal 一八六四年六月四日判決は、原告の訴を理由あるものと認め次のように言つてゐる。「法律によ  
れば、土地とその上にある建物は、分離し得ない全体を構成している。それ故に土地と建物とを異なる者で所有するといふ  
ことは、法的に不可能であり、全く同様に、一つの家屋の個々の階を異なる者が所有することも法的に不可能である。この  
ことから明らかなのは、家屋は(一般にその構造が許す限り)垂直的な分割によつてのみ、すなわち、それぞれに対して、  
土地の一定部分を、この部分上に存在する建物と共に関連する全体として区分されるようにのみ分割され得るのである。こ  
の法規の今日における適用は、ヴイルテンベルグにとつて、土地と建物は法的に連結しているという原則として殆んど疑い  
はなく、垂直方向以外に任意に区分された場合には、実際の所有権分割の効果は与えられない。」<sup>(24)</sup>とされている。一八四八年  
五月二一日のカセルO A Gも「家屋の区分は、普通法の前提に反する。」<sup>(25)</sup>として否定した。また、

——ある家屋について、階層又は区画によつて区分され、それぞれ独立の台所を有して排他的に使用されており、玄関、廊  
下、階段、地下室、中庭、既舎は共同で使用されていたが、その所有権者の一人が競売による分割を訴求したのに対し、被  
告が、自己の相応の部分についての所有権の承認を求める反訴を提起した事件について——一八七七年四月一九日ベルリン  
Obertribunal 及び類似の事件について一八七七年九月二五日同裁判所判決は、右に述べたと同様の理由で区分所有権を否  
定して、普通法と異なる地方的慣習法が存在するとしても「今日の普通法に従つており、且つ、反対の権利行使が特に立証  
されないところにおいては、土地の権利と異なるその地上にある建物の部分上の所有権が法的に可能と認められるべきで  
ある」といふのは正当ではない。」<sup>(26)</sup>と述べている。一八八一年一月四日ブラウンシュバイクO L G判決も<sup>(27)</sup>同様の立場に立つ

ている。

ところで、ドイツにおいて建物の区分所有が認められたのは、一八六四年のバイエルン民法典草案においてであるといわれているが可成り広い地域に亘つてこのような所有形態が認められていたことは、以下の判決から知られる。

その先駆的なものとして、一八五五年五月二〇日リュウベックOAGの判決がある。これは、家の現実に二人に分割されたその一区画に存在する肉売台の権利をめぐつて争われた事件であるが、判決は、「その所有権について、完全にローマ法における *dominium* の意味と範囲において考えなければならぬ問題は……。ドイツの法律観によればローマ法のそれと異なり一つの家の異なる階層 (*Stockwerke*) 又は住居 (*Wohnungen*) を異なる者が所有するということは無条件に可能と見られている。」<sup>(28)</sup>として、他の部分からの独立の権利を認めた。さらに、一八六七年二月二三日ミュンヘンOAGは、他人の家屋の下にある地下室の取得時効を認めて、「その地下室はそれ自体で一つの固有の全体を成し、またその全体として把握され得る状態にある。もしこのような分離が可能でありまた考え得るならば、ローマ法原理に従つてもまたこの部分に独立の占有が取得され得る。」と述べている。<sup>(30)</sup>さらに注目されるのは、先に建物の区分所有を否定した裁判所が、後にそれを変更していることである。中でも重要なのは、一八六九年一月二二日のシュツットガルト *Obertribunal* の判決である。これは、ある家屋が数人によつて階層及び部屋によつて、区分して占有されてきたところ、その内の一人が完全な分割を訴求したものである。一八六四年に一度区分所有を否定している同裁判所は、再検討のための民事連合部において、次のように判断した。「ヴィルテンベルグに存在する慣習法は、建物は垂直方向とは異なる方向において所有権に従つて分割され得ることを認めている。」非常に長文の判決理由を要約すると、(一)建物の分割可能性に関して、ローマ法とドイツ法の見解があり、且つドイツの多くの地方において、家屋の分割が実際の分割として、しばしば階層に従いまた任意に分離された居室によつて行われていた。(二)ヴィルテンベルグの都市及び地方において、恐らく全体の慣習となつて居るのは、数人の所有に

なつてゐる家屋は垂直方向においてではなく、水平方向において階層及び任意に分割された個々の居室によつて、その必要に応じて区分されている。(三)当事者の一致した見解によれば、建物のそれぞれの部分に排他的に区分された独立の区画は、その建物の排他的所有物であり、共通の使用に向けられる部分は共有である。従つて、それぞれの家の部分は、全体の家屋の所有権上の観念的部分及びそれを区分した独立の区画上の単なる排他的使用権というものではなく、この区画上の独立の所有権と、共通に残されている部分上の共有から成り立つてゐる。(四)この家屋の部分は、その物理的境界設定が完全且つ徹底したものではないにもかかわらず、取引においては垂直に分割された家屋の部分と同様に、それ自体独立した物として取り扱われる。(五)その家屋が建つてゐる土地は、共有であり、従つて、独立の部分の価値に一致する観念的土地の部分がそれぞれの家屋の部分に帰属すると理解される。かくして分割の訴の対象となつてゐるのは、この共有部分であつて、その性質及び使命によれば、これ以上の分割は許されないものであるとしてゐる。<sup>(31)</sup>さらに、一八七九年の判決で一度建物の区分所有を否定したバイエルンOLGは、翌年には判決の前提において、区分所有権を承認してゐる。事件は区分所有権の客体となつてゐる建物の一区画上に設定された抵当権に基づき、火災によつて焼失したその建物の敷地の権利を主張したものである。判決は、「問題の法律関係において、土地は、分割された建物部分上の独立の所有権の構成部分としてのみ、ある観念的部分についての建物持分の所有権者の法的支配に属してゐるのであつて、土地の共有権は、その独立の所有権の部分と考えられる。それ故に、独立の権利が完全に消滅してしまひ、権利蘇生の法的可能性がない場合には、必然的にその権利の構成部分となす土地の共有権も消失する。」<sup>(32)</sup>としてゐる。バイエルンOLGは、その後一八九〇年六月二五日の判決においても建物の区分所有権の成立を認めてゐる。<sup>(33)</sup>その他、一八七〇年三月九日シュツットガルト Obertribunal は、<sup>(34)</sup>区分所有を前提として、自己の区画に属してゐるものであつても、壁は建物全体を支えるものであるから共有物であるとしてゐる。

(五) 右に述べたところから、ラント法の中には、普通法とは全く対立する重要な制度が存在していたことが知られる。中

でも、当時のドイツ連邦の人口のほぼ半数をその法圏に収めていたプロイセンの極めて特異な規定が注目される。プロイセンにおいては、土地と建物又は土地と植物の関係は、「土地の利用」を中心に構成されていたといえよう。使用権原者による建物の建築には、附合の適用はない。植物の附合の場合には、その植物の所有権が土地の使用権原者に移転する。他人の土地に建物を建てた場合に、土地所有権者が直ちに異議を述べなかつた時には、建築者が建物の権利を取得し、逆に土地の利用権を当然に取得するということがこれを示している。その反面、所有権の合一及び分離の阻止という附合法の中心的効果を土地の所有権者又は使用権者の意思にかからしめている場合が少なくないことも指摘し得るところである。その意味では、ザクセン法が、一般的に附合の効果を主観的要素から切り離し、材料(又は植物)の分離請求権を否定していることは、普通法ともプロイセン法とも異なっている。その他同法が一時の目的のため賃借権等の使用権原を有する者が、その権原に基づいて建築植栽した場合には附合しないとすることは、ローマ法とプロイセン法の間を行くものと見られ得る。バイエルン法は、附合の後の法律関係を原則的に金銭的補償を求める訴権を与えることによつて処理し、その点で、附合の中心的効果を確保しているが、先の二つのラント法に比較すれば、最も普通法に近い。

さらに、普通法上は全くの背理でしかない建物の区分所有が、慣習法として広く存在していたことが知られる。先に挙げたリュウベック、ミュンヘン、シュツットガルト、バイエルンの裁判所判決がこの現に存在していた制度を充分明らかにしていると考えられる。

- (1) Roth, D.P.R.I. S. 1. 同書によれば、一八七五年の人口統計により、それぞれの法圏に属する人口は次の通りである。プロイセン法一八、〇二〇、四四五人、普通法一三、九七四、八六五人、フランス法七、六一、三三三人、ザクセン法二、七六〇、五八六人、ニュートランド法三六〇、五七三人、フリースランド法一四、〇七〇人、デンマーク法一五、〇四〇人。

(2) このような当時のドイツ連邦の複雑な法状況から、民法制定のためのいわゆる第一委員会(1874-1889)のメンバーの構成には相当の考慮が払われている。Staatの観点から見ると、Johov, Kurthmann, Pape, Planckはプロイセンから、Roth, Schmittはバイエルンから、Gebhard,

Windscheid は「ケーテンの」Kübel は「ケーテンの」Weber は「ケーテンの」Derscheld は「ケーテンの」ローレンツは「ケーテンの」Schmitt, Kübel は「ケーテンの」Pape, Kirchbaum, Johow は「ケーテンの」Derscheld, Gebhard は「ケーテンの」Ober は「ケーテンの」Kübel は「ケーテンの」Weber は「ケーテンの」Derscheld は「ケーテンの」ローレンツは「ケーテンの」Schubert, a.a.O. SS. 18—19.

(10) Roth, D.P.R.I. SS. 1—2.

(11) Dernburg, Die Allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preußens und des Reichs, 5 Auflage, 1894, S. 502; Biermann, a.a.O. S. 220. Vgl. Roth, D.P.R. III. S. 495.

(12) Pr. L.R.I. 9. § 334; Vgl. Dernburg, P.P.R.I. S. 568; Roth, D.P.R. III. S. 204.

(13) Pr. L.R.I. 9. §§ 328—331.

(14) Pr. L.R.I. 9. § 332.

(15) Pr. L.R.I. 9. §§ 336—339.

(16) Eduard Siebenhaar, Sächsischen Privatrecht, 1872, S. 333.

(17) Siebenhaar, a.a.O. SS. 333—334.

(18) Roth, Bayrisches Civilrecht, II. S. 164. Roth は「ケーテンの」Weber は「ケーテンの」Derscheld は「ケーテンの」ローレンツは「ケーテンの」Schmitt, Kübel は「ケーテンの」Pape, Kirchbaum, Johow は「ケーテンの」Derscheld, Gebhard は「ケーテンの」Ober は「ケーテンの」Kübel は「ケーテンの」Weber は「ケーテンの」Derscheld は「ケーテンの」ローレンツは「ケーテンの」Schubert, a.a.O. S. 220. Vgl. Roth, Bayr.C. R. II. S. 161. utiles et voluntarias aber nimmt er soweit zurück, als es ohne Schaden des Hauptgutes geschehen kann.

(19) Roth, Bayr. C.R. II. S. 164.

(20) Roth, D.P.R.I. S. 2. Roth は「ケーテンの」Weber は「ケーテンの」Derscheld は「ケーテンの」ローレンツは「ケーテンの」Schmitt, Kübel は「ケーテンの」Pape, Kirchbaum, Johow は「ケーテンの」Derscheld, Gebhard は「ケーテンの」Ober は「ケーテンの」Kübel は「ケーテンの」Weber は「ケーテンの」Derscheld は「ケーテンの」ローレンツは「ケーテンの」Schubert, a.a.O. S. 220. Vgl. Roth, Bayr.C. R. II. S. 161.

(21) Code Civil §§ 554, 555.

(22) Code Civil § 554.

(23) Code Civil § 555.

(24) Biermann, a.a.O. S. 333. Roth は「ケーテンの」Weber は「ケーテンの」Derscheld は「ケーテンの」ローレンツは「ケーテンの」Schmitt, Kübel は「ケーテンの」Pape, Kirchbaum, Johow は「ケーテンの」Derscheld, Gebhard は「ケーテンの」Ober は「ケーテンの」Kübel は「ケーテンの」Weber は「ケーテンの」Derscheld は「ケーテンの」ローレンツは「ケーテンの」Schubert, a.a.O. S. 220.

(25) Pr. L.R.I. 9. § 275. Vgl. Roth, Bayr.C. R. II. S. 161.

(26) Biermann, a.a.O. S. 220.

- (20) Pr. L.R.I. 9, §§ 276—281.
- (21) Roth, Bayr. C.R. II, S. 162.
- (22) Pr. L.R. I. 2, §§ 4—6. Vgl. Biermann, a.a.O. SS. 229—233.
- (23) 一八五七年一月十七日メーン O A G は、「普通法の原則」によつて他人の土地上の建物の所有を否定。Seuffert, Band 12, S. 168.
- (24) Seuffert, Band 18, SS. 381—382.
- (25) Seuffert, Band 14, S. 15.
- (26) Seuffert, Band 34. 前者によつて SS. 12—14. 後者によつて SS. 15. 全てヘッセンの事件である。
- (27) Seuffert, Band 37, SS. 146—147. その他普通法の原則通り建物の土地への附合を認める判決として、一八五七年一月十七日メーン O L G 判決、Seuffert, Band 12, S. 168; 一八六三年一月二十八日キール O A G 判決、Seuffert, Band 19, S. 201; 一八六七年三月二日ロシュトック O A G 判決、Seuffert, Band 28, SS. 656—657; 一八七四年九月一日ハイエムン Obertribunal 判決、Seuffert, Band 31, SS. 145—146; 一八七九年二月一日ハイエムン Oberster Gerichtshof 判決、Seuffert, Band 34, S. 404; 一八八五年一月十九日ハイエムン O L G 判決、Seuffert, Band 41, S. 167; 一八九〇年一月二十四日メーン O L G 判決、Seuffert, Band 47, SS. 157—158.
- (28) Motive, III, S. 45.
- (29) Seuffert, 9, SS. 347—349.
- (30) Seuffert, Band 21, S. 171.
- (31) Seuffert, Band 24, SS. 361—368. この判決には、その他一八六九年一月二十九日の日付が入り、合計三組の当事者が記載されている。
- (32) 一八八〇年二月四日ハイエムン O L G 判決、Seuffert, Band 36, SS. 153—155.
- (33) Seuffert, Band 46, S. 132.
- (34) Seuffert, Band 24, S. 450.

#### 四、ドイツ民法第一草案及び第二草案における附合法

〔一〕 第一草案 一八七四年から一八八九年迄設置された統一ドイツ民法編纂のための第一委員会が立案された不動産附合法は、二つの部分から成り立っている。いずれも物権編に含まれているが、前半は権利の客体の部分に、後半は所有権取得

の部分に、規定されている。条文は次の通りである。

七八二条 一方又ハ他方ノ構成部分ヲ破壊シ或ハソノ本質ニオイテ変更サレルコトナシニ相互ニ分離サレ得ナイ物ノ構成部分（本質的構成部分）ニハ、ソノ物ノ権利カラ全体トシテ分離サレタ権利ハ生シナイ。

七八三条 土地ノ定著物、特ニ建物ハソノ土地ノ本質的構成部分トサレル。建物ノ修復ノタメニ建物ニ結合サレタ物ハソノ建物ノ本質的構成部分トサレル。但シ、ソノ結合カ一時ノ目的ノタメニ行ワレタトキハソノ限りテナイ。

七八四条 土地ノ産出物ハ土地ト結合シテイル限りマタ土地ノ本質的構成部分ニ属スル。種子ハ播種ト同時ニ、植物ハ根附イタ時ニソノ土地ノ本質的構成部分トナル。

七八五条 建物ニオイテハ土地トノ結合カ土地所有権者以外ノ者ニヨリ一時ノ目的ノタメニ権原ニ基ツイテ行ワレルカ、又ハ建物カ土地ノ権利行使ニオイテ権原者ニヨリソノ者ノ利益ニオイテ不動産ト結合サレタ物ハ不動産ノ構成部分トサレナイ。

八九〇条 動産カ土地ト結合シテソノ本質的構成部分トナルトキハソノ動産ハ土地所有権者ノ所有トナル。  
―八九五条、八九六条は添附した物の上に存在する権利の規定であるが附合した物の所有権の問題ではないので省略する。

八九七条 八九〇条乃至八九六条ノ適用ニヨリ損失ヲ受ケル者ハソレニヨツテ利得シタ者ヨリ利得ノ引渡ヲ請求シ得ル。七四八条三項ノ規定カ適用サレル。

第一草案理由書において見られるこの草案の最も重要な第一点は、附合の制度目的を大前提として立案されていることである。まず、七八二条で構成部分概念を導入したことについて、理由書は次のように言っている。構成部分は、その経済的目的及び価値を、通常それらによつて構成されている物の中にのみ有していることは明らかである。それを分離することは、単に全体の解消をもたらすだけではなく、獲得されるべき部分の毀損及び本質的変更をもたらす。従つて、財産の無価値化又は少なくとも価値低下をもたらし、国民経済的利益に反する結果となる。しかしながら個々の構成部分上に独立の権利を許容することは、分離を必然的に保護することにならう。それ故に、立法は国民経済的利益を考慮すべきであるから、その排斥は正当と認められる。その結果、第一に構成部分関係にある物全体を把握しない物権を排除する。第二に本質

的構成部分として結合した複数の物からなる物には単一の権利のみが存在し得る、特にその部分の分離を求めるあらゆる請求は物権によつて拒否されるとするのである。<sup>(2)</sup>

そして、同様の理由で七八三条一項は、建物をそれ自体又は土地を毀損することなしに分離し得るとしても、土地からの分離の阻止を目的としている。<sup>(3)</sup> また、土地に定著された柱、塀、導管及び類似の物も、建物と同様の方法で土地と合一して、国民経済的利益において保持されるべき全体を形成している。<sup>(4)</sup> この国民経済的理由は建物の修復に使用され、且つその建物の継続的形成のために経済的全体をなしている全ての物の関係にも妥当する。<sup>(5)</sup> さらに種子の附合の時点についても、自然的觀察に従えば根附き以前には構成部分といえるか問題となるが、七八四条が播種と同時に土地の構成部分として取り扱うのは、播種された種子は多くの場合土地から分離不能であるし、勿論過度の費用を要するであらうとしている。<sup>(6)</sup>

次に重要な点は、「権原ある者によつて一時の目的のためになされた結合」を本質的構成部分から除外していることである。理由は、不動産の構成部分として結合されているものであつても、それが重要な利益の不法な侵害の機会を与えるものでない時には、七八二条の原則が無制限に貫徹されるわけではないとし、この例外を認めることによつてプロイセン法及びフランス法に近づき、部分的にはザクセン法及びローマ法とも調和するとしている。そして右のような結合の場合には、不動産からの分離が意図されているし、また、遂行される目的が考慮に価しないものを除くためには「権原」によることを強調することによつて避けられると述べている。<sup>(8)</sup>

さらに、この草案の特色となつてゐるのは、附合の成立要件及び効果を著しく単純化していることである。そのことは三つの観点から言い得る。第一に、八九〇条と七八二条によつて、不動産と結合した動産を全体として単一の権利に服せしめていること、第二に、人間の行為によつて附合が行われる場合に、その時の行為者の事情、とりわけ善意、悪意及び何人がそれを行つたかというようないわば主観的要件を全く考慮せず、二つ以上の物がある関係に入つたという客観的要件のみに

関わらしめてゐること、第三に、附合せしめられた動産上への土地所有権拡張の効果を確定的なものとし、休止している特別な権利 (dominium dormiens) の存在を認めないことである。<sup>(9)</sup>

また、消極的な意味で重要なものは、建物区分所有権及び未分離果実上の所有権を否定していることである。前者については、このような権利を許容する地方的慣習法の存在を認めつつも草案の規定する物概念から見て、変則的であること、異なる階層の所持者がその家の永続的権利に拘束されることは著しく不利益であり、その上に土地の共有が加われれば、断え間ない紛争の根源となる組合關係を持つことになると説き、<sup>(11)</sup> また後者については、その物が土地と結合している限りそれは土地の部分で土地から独立した存在ではないとしてゐる。<sup>(12)</sup>

〔二〕 第一草案に対する批判 一八八八年に公表された第一草案は、当時ドイツ連邦に存在した錯雑した法規と比較して、右に述べたような特色を有するものであつたが、それに対してなされた批判ないし提案は、ほぼ四つの内容に分類することができる。

第一は、附合法の單純化、画一化の中心的役割を担つて登場した「本質的構成部分」に対するものである。まず、第一草案に対する反対草案を作成した Weyb は、その対案八一四条(草案七八二条)として次のような法文を提出する。「物ノ構成部分トハ、ソノ自然的關係ニオイテソノ物ヲ形成シ又ハソノ物ニ名稱ヲ与エル全体ニ結合サレテイル全テノ部分ヲイウ」。法文をこのようにすべき理由として彼は、草案が「本質的構成部分」に独立の権利は生じないという表現によつて、どのような権利を一般的に排斥しようとしてゐるか明らかではないと主張する。例えば、青銅製の像について、その頭と脚を又はそれを構成する銅と錫を、別々に売却するということを、特別の規定によつて排斥すべきであると信ずるのであるか。このような物の部分上の権利が一般に考えられる限り、それが本質的構成部分であるか非本質的構成部分であるかは、全くどちらでも良いことである。青銅が分解された場合には、銅及び錫は毀損も変更もされないから両者はその像の非本質的構成

部分をなすことになるであろう。それによつて、双方に独立の権利を取得し得べきであろう。逆にある家屋の一つの階の賃借権又はある土地の通行地役権は、その本質的構成部分に独立した権利として成立している。このように草案七八二条の全命題が不確定であり、「本質的構成部分」の概念を設けることの価値がなくなると主張し、対案八八三条でも草案八九〇条の「本質的」という文言を削除すべしとしている。<sup>(13)</sup>

同じく第一草案全体に対する批判を行つた *Gierke* は、同様にこの構成部分概念を批判して次のように述べている。

構成部分概念は、特に土地との関係において作爲的に過ぎ且つ恣意的である。一度構成部分の性質について客観的基準を決定しているにもかかわらず、純粹に主観的理由から再び多くの態様についてこの性質を除外している。その結果人々は、それが構成部分であるのかないのか決して判断することができない。構成部分としての性質を自然的事実が決定するのはその一部であつて、そこに本質的構成部分が存在するの或非本質的構成部分が存在するのかを決定するものは大部分フイクシヨンなのである。その種の法技術は許されるべきではない。<sup>(14)</sup> この点については、ほぼ共通の観点から、*Goldschmidt* も、草案七八二条は誤りであるか少なくとも余りに一般的認識に基づいている。そしてそれは直ちに草案七八五条と矛盾する。所有権者によつて建てられた建物は土地の構成部分と見られ、用益権者によつて建てられた建物は土地の構成部分とならないというのは奇妙な現象である、と非難している。<sup>(15)</sup> さらに *Rasow* が、物の本質的構成部分の概念を分離の影響によつて全体を基としてではなく、部分に基づいて規定しているのは考慮を要するとして注目に値する。<sup>(16)</sup>

第二は、附合の効果についての提言である。*Ebbelke* は、草案七八二条の原則を無権原で土地に他人の物を結合した場合に制限し、その他の場合には構成部分上に独立の所有権が認められるべきである。草案は七八五条で既にローマ法の立場を放棄しているが、さらに前進すべきであると述べ、<sup>(17)</sup> *Kloppe* は、耕作者から播種された種子の所有権を喪失せしめ、後に成育した果実を取得させるといふのは無意味であるし、明白な目的もないと批判している。<sup>(18)</sup> また、*Beyer* は、結合された物に

ついで賃借人にも取戻しの権利を与えるべきである。賃借人は、その物の所有権を放棄する意思はなかつたのであるから、と主張している。<sup>(19)</sup>

第三は、第一草案が建物の区分所有権を否定したことに對する批判である。Gierke は、階層所有権を違法としまたそれと結合されている組合のためにできるだけ排撃することが本當に立法の目的なのか、プロイセン法にもフランス法にも見られず、現代の世界においては、今迄以上に耐え難い矛盾に導くにもかかわらず *„superficies solo cedit“* というローマ法の命題が、無限且つ絶對的効力を要求することが實際に許されるのかと述べ、他にも反対が見られる。<sup>(20)</sup>

第四は、未分離の果実上に独立の所有権を認めるべきであるという提案である。Barron は、未分離の果実は土地の構成部分として取り扱うべきではないとして、次のように主張する。

未分離の果実の売却は、ドイツにおいてはしばしば行われ、またブドウその他の果実について熟成する以前に及び樹木について幹に印をつけるという方法によつて、所有権者にその売却を可能とする實際上の必要性がある。もし法律が未分離の果実を土地の構成部分として取り扱うならば、所有権者が単にその果実を処分できないだけではなく、債権者もその上に担保権の取得もできず、破産財団に帰属させることもできない。この買手の側の二重の不利益のために所有権者は、しばしば適当な価格を得ることを断念しなければならぬであらう。<sup>(22)</sup> Ebbeske は、果実に独立の所有権を承認することによつて果実取得のための物権の構成及び占有権の構成がより単純、明瞭となると提言している。<sup>(23)</sup>

〔三〕 第二草案の成立 先に発表された第一草案を検討すべく設置された第二委員会は、一八九一年から一八九五年まで逐条的に審議を続けたが、特に問題とされたのは、前節で見た第一草案への批判に呼応して、構成部分、未分離果実上の用益権者の権利、「一時の目的」と「権原」、附合の効果の四つに集約し得る。

草案七八二条に對しては、まず、「物ノ上ニ成立スル權利ハソノ物ノ全テノ構成部分及ヒソノ從物ヲ包括スルモノト推定ス

ル」という改正案が提出された。その理由とするところは、ドイツになおしばしば見られる階層所有権の場合と、特にライン及びエルザス・ロートリンゲンで行われている個々の樹木上の所有権の場合のように、生活の中から形成されたその様な法律関係を立法者が考慮しないということは許されない。不動産上の権利を単純化しようという経済的必要性は、フランス法と同様にその種の独立した権利に反対の推定を定めることで充分である。またそれによつて、實際上殆んど必要ない物の本質的構成部分と非本質的構成部分の區別を放棄することができるという大きな利益があるところにある。<sup>(24)</sup>

委員会はこの提案に賛成せず次のように判断した。もしこの様な独立の権利を許容するならば大きな不明瞭性を生じさせるだけではなく、特に不動産の場合に可能な限り単純且つ單一の法律関係形成に努めることは、単に法律的便宜であるだけでなく、それと同時に、信用(Kredit)の切実な要求にも一致する。加えるに法の發展は、ますます階層所有権及び樹木上所有権に見られるような変則的権利関係を排斥するように思われる。またこの推定は具体的内容を持っていない、数個の物が附合した時には、この推定は役立たないし、如何なる法律要件がその推定を否定すべきかが認識され<sup>(25)</sup>ない。

草案七八三条については、「一時ノ目的ノタメニ」建物に接合されたものは「修復ノタメ」とは認められないから、その部分を削除すべきであるという提案がなされたが、明瞭性のため削除しない方が合目的であるとしてこれを否決した。<sup>(26)</sup>

草案七八四条に関しては、第一項を削除し「物ニ関スル権利ハソノ物ト結合シテイル果実ヲモ包括スルモノト推定スル」という条文を挿入し、第二項から「本質的」という文言を削除するという提案と、第二項について「植物ハ植附ケト同時ニ」土地の本質的構成部分となるという修正が提案された。

前者は、未分離果実上に独立の権利を可能とすることを目的としている。これに対して委員会は、次の理由でこれを否決している。未分離果実上には、土地の権利から独立した如何なる権利も生じないという草案の命題は、自然な理解及び経済的に独立しない生成中の果実の本質に一致する。草案は、その他の点で結果的にプロイセン法の規定の目的に到達してい

る。すなわち、果実は、分離と共に直ちに利益権原者の所有となり、その不動産の所有者又はその他の生成中の果実に関する利益権原者による物権的処分を可能とする。さらに、未分離果実の売却に着手するのは窮迫した財産状態においてのみであるが、その独立性を否定することによつて、抵当債権者の干渉による売却の可能性が排除され得る。この考え方を疑問なきように表現するために、未分離の土地の産出物は土地の本質的構成部分として表示しなければならぬ<sup>(27)</sup>。後者については、その提案が承認された。その理由は、たとえそれが現行法と一致せず、またその修正により不当な結果が生じ得るとしても、植物が根附いたかどうかの判断は外見上からは決定できず、そのため未だ根附いていないという認識によつて、その植物上に存続している独立の権利によつて引き抜かれ、またそれによつて毀損される危険が生ずる。それ故に、植物は植附けられると同時に土地の本質的構成部分となるとする方がより合目的であるとするのである<sup>(28)</sup>。

草案七八五条については、実質的形式的変更を含めて、四つの提案がなされたが、その内重要な提案は三つである。第一は、この規定から権原によつて不動産に結合された植物を除外すべきであるというものであり、第二は、「一時ノ目的ノタメ」土地と結合されたものを土地の構成部分から除外するというものである。第三は、「土地ノ所有者以外ノ者ニヨツテ」を削除すべしとするものである。

第一の提案は権原によつてなされた植物の植栽であつても、それは常に土地に附合させることを意図するものであるが、その理由は、植物はその養分及び価値を大部分土地から受けているものであるからであるとする。この原則は承認された<sup>(29)</sup>。第二の提案は「一時ノ目的ノタメ」の結合を構成部分から除外しようとするものである。これは次の理由で採用された。一時的な結合は、その本質に従えば構成部分としての性質を根拠づけるのに不適當である。それ故に、その結合が権原に基づいて行われるか又は権原なしに行われるかという區別は放棄されるべきである。従つて、このことは一時の目的のために作られた樹木苗床等の植物にも適合するが、逆に利益賃借人による畑の耕作の場合に、その者は、その植物の存在の継続を目的と

しているから、一時の目的のための植栽ではない。<sup>(30)</sup> 第三は、再関第二委員会<sup>(31)</sup>で結局提案に従つて削除されている。<sup>(32)</sup> ある土地の所有権者が、その土地に一時の目的のために建物<sup>(33)</sup>を建て、その後その土地を売却した時には、買手は、その売買の効力が建物にも及ぶことを信頼し得なければならないというのがその理由である。右の理由で草案七八五条は大きく改正され、一般に一時の目的で土地に結合される物は、土地の構成部分でないものとされ、権原によつて土地と結合される物は、建物又は類似の工作物のみが土地の構成部分でないものとされたのである。この規定との関連で不動産登記簿の公信力が地上物に及ぶのかどうか問題とされたが、委員会の意見は、草案七八五条に挙げられた物の法律関係には、公信力は及ばないことと一致した。<sup>(34)</sup>

草案八九七条については、まず附合によつて権利を失つた者は、不当利得に基づく価格補償の請求のみに限定され、原状回復の請求は認められないことが合意された。<sup>(35)</sup> それとの関連で次のような提案がなされている。

第一は、「以前ノ状態カ回復サレナイ限り」価格補償の請求権を認めようとするものである。すなわち、一旦添附したものであつても後日それが分離した場合には、以前に存在した物が再び独立の物として現われるのであるから、先の所有権者はその物自体を要求し得べきであると主張する。この見解は他の委員によつて、私法的所有権の収用は、全く異常なものであるから最も不可欠なものに限定されるべきであるとして支持された。それにもかかわらず、委員会の多数はその種の特別規定の必要を認めなかつた。

第二は、添附が不法行為によつて行われた時には、その物の分離及び同一物の返還が行われるべきであるという提案である。第三は、賃借人の収去権を確定草案九一〇条(現行ドイツ民法九九七条相当)<sup>(36)</sup>によつて、認めようとの提案である。この二つの問題をめぐつては、ほぼ賛否が伯仲したもののようで、何度か留保されて、結局、賃借人は、たとえ時間的に制限されているとはいえ占有をなし得る権利を有しているのであるから、附合の場合にも、確定草案九一〇条と同様の範囲で収去

権を与えることのみを認めることになつた。<sup>(38)</sup> 両方の場合にその状況の本質が同様であるからであるとの理由があげられている。<sup>(39)</sup>

このような第二委員会及び主として文言上の整備を行つた再読第二委員会の審議を経て、一八九五年一〇月二四日連邦議令 (Bundesrat) に提出されたのが次の確定草案である。括弧内は現行民法条数である。

八九条〔九三条〕 一方又ハ他方ノ構成部分ヲ毀損シ或ハソノ本質ニオイテ変更サレルコトナシニ相互ニ分離サレ得ナイ物ノ構成部分(本質的構成部分)ハ独立ノ権利ノ客体トナリ得ナイ。

九〇条〔九四條〕 土地ノ定著物、特ニ建物及ヒ土地ノ產出物ハ、土地ト結合シテイル限り土地ノ本質的構成部分ニ屬スル。種子ハ播種ト同時ニ、植物ハ植附ケト同時ニ土地ノ本質的構成部分トナル。

建物ノ修復ノタメニ建物ニ結合サレタ物ハ建物ノ本質的構成部分ニ屬スル。

九一條〔九五條〕 一時ノ目的ノタメニ土地ト結合シテイル物ハ土地ノ構成部分ニ屬サナイ。他人ノ土地ニオケル権利ノ行使ニオイテ権原者ニヨツテ土地ト結合サレタ建物又ハ他ノ工作物モマタ同シ。

建物ニ一時ノ目的ノタメニ結合サレタ物ハ建物ノ構成部分ニ屬サナイ。

九三一條〔九四六條〕 動産カ不動産ト結合シ、ソレニヨツテ土地ノ本質的構成部分トナル時ニハ、土地ノ所有權ハコノ動産ニ及フ。九三六條〔九五一條〕 九三一條乃至九三五條〔九四六條乃至九五〇條〕ノ規定ニヨツテ権利ヲ失ウ者ハ、不当利得ノ返還ニ關スル規定ニ從イ、ソノ權利ノ變動ニヨリ利益ヲ得タ者ニ對シ金錢ニヨル補償ヲ請求シ得ル。原状回復ノ請求ハ許サレナイ。

不法行為ニヨル損害賠償義務ニ關スル規定並ヒニ使用ノ補償及ヒ附加物ノ除去權ニ關スル規定ニハ關ワラナイ。九三一條〔九四六條〕、九三二條〔九四七條〕ノ場合ニ、所有權者ニ對スル占有者ノ収去權ノ規定ニヨル収去ハ、ソノ結合カ主タル物ノ占有者ニヨツテ行ワレタモノテナイ限り許サレル。

(1) Motive, III, S. 41.

(2) Motive, III, S. 42.

(3) Motive, III, S. 43.

(4) Motive, III, S. 43.

- (5) Motive, III. S. 44.
- (6) Motive, III. SS. 46—47.
- (7) Motive, III. S. 47.
- (8) Motive, III. SS. 47—48.
- (9) Motive, III. S. 357.
- (10) Motive, III. S. 45.
- (11) Motive, III. S. 45.
- (12) Motive, III. S. 46.
- (13) Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1892, SS. 177—178 u. S. 196.
- (14) Otto Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, S. 289.
- (15) Ludwig Goldschmidt, Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerung zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band III, 1890 SS. 16—17.
- (16) Zusammenstellung, S. 16.
- (17) Zusammenstellung, S. 16.
- (18) Zusammenstellung, S. 17.
- (19) Bähr, a.a.O. S. 197.
- (20) O. Gierke, a.a.O. S. 289.
- (21) Ebbecke, Zusammenstellung, S. 16 u. Kuntz, Zusammenstellung, S. 17.
- (22) Zusammenstellung, S. 17.
- (23) Zusammenstellung, S. 16.
- (24) Protokolle, III. SS. 4—5.
- (25) Protokolle, III. S. 5. その他非本質的構成部分上にも権利が及ぶという訴訟上の関係を意識した推定も提案されているが否決された。
- (26) Protokolle, III. S. 6.
- (27) Protokolle, III. S. 8.
- (28) Protokolle, III. SS. 8—9.
- (29) Protokolle, III. S. 11.

- (30) Protokolle, III. S. 11.
- (31) 一八九五年五月六日より六月一九日まで開かれた。Vgl. Schubert, a.a.O. SS. 48—49.
- (32) B. Muggen, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, III. 1899, SS. I—II.
- (33) Protokolle, III. SS. 9—11.
- (34) Protokolle, III. SS. 11—12.
- (35) Protokolle, III. S. 244.
- (36) 便宜上先に述べた再聞第二委員会で付せられた条数を確定草案——条と呼ぶ。
- (37) Protokolle, III. S. 245 u. Protokolle, VI. S. 235 u. SS. 238—239.
- (38) Protokolle, VI. S. 239.
- (39) もつとも、この確定草案九一〇条は、占有者に認める収去権であつて、権原による工作物の接合を構成部分としない規定との関連で、実際上とだけの実用性を持ち得るか問題とならう。

## 五、総 括

前章迄に述べたところから、ドイツ不動産附合法が三つの要素から成立していることが知られる。その第一は言うまでもなく、普通法、第二はドイツ・ラント法、第三は全く新しい部分である。

普通法の影響はその規定の全般に亘つているといえるが、それは附合の効果として所有権が移転する、その附合した動産の所有権は土地所有権者が取得するといういわば附合法の枠組において、普通法が採り入れられているというに留まり、普通法の内容がそのままに再現されているわけではない。すなわち、所有権取得という附合の効果の最も重要な場面においても、普通法のそれは、第一章案の効果程画一的、確定的なものではなかつたからである。先にも述べたところであるが、普通法上は、土地所有権者の権利取得は動産所有権者が権利を放棄するか、その者に補償を行わない限り、不確定的なままであり、逆に動産所有権者にその分離、解体の際における物権的返還請求権が帰属していたのである。勿論その反面普通法上

建物が存在する限り分離請求権を行使し得なかつたのであるから、不確定な要素に懸つてゐる動産所有権者の物権的返還請求権を強調することは、余り実用的な議論ではない。しかし、動産所有権者の行つた附合については、その者が占有している限り収去権を有していたという効果は、第一草案で全く消失してしまつてゐるのである。その他附合を行つた主体による區別、その者の善意、悪意といったいわば主観的要素を全く払拭して、所有権取得の効果を画一的、絶対的にした点において、それは普通法(ないしローマ法)を越えるものといえよう。従つて、實質的意味において普通法が再現されているのは、植物の附合の取扱いと建物の区分所有の否定の二点に過ぎない。これとても、普通法上は附合するものとされてゐた一時の目的のための植物の結合が、この場合土地の構成部分に属さないという操作によつて、第二委員会では附合しないものとされてゐるし(現行民法九五条)、建物の区分所有の否定についても、第一委員会、第二委員会を通じて最も議論のあつたところであることは既に見た通りである。そしてこの建物の区分所有も第一委員会及び第二委員会ですべて否定されたにもかかわらず結局「既に存在するものは従来の法律によつて規定される」ものとして、民法施行法の中に生き続けたのである(現行民法施行法一八二条)。

次に附合のもう一つの重要な効果である分離請求権の排斥については、当時同じ法規を持つてゐたのはザクセン法であつて、普通法、プロイセン法、バイエルン法は、例外なしに分離を否定してゐたわけではない。第一草案によれば、法文上は明示されておらず、わずかに理由書でその効果が理論上主張されてゐたに過ぎない。それ故に、分離請求権の明文による否定は第二草案において初めて行われた(現行民法九五一条一項)ものである。この規定によつて行われた原状回復請求の一般的否定も、普通法における効果をはるかに越えるものといわなければならない。

第三に、附合の例外規定であるが、ドイツ民法は「一時の目的のため」の結合及び権原によつてなされた結合の場合に附合しない。普通法上は権原ある者が土地に建物を結合した場合であつても附合するものとし、「一時の目的のため」の物

であつても植物の場合には常に附合するものとされてきたことは先に指摘したところである。この場合の法規制で最も詳細な規定を有していたのはプロイセン法であつて、附合の広範な例外を形成していたことも既に見た通りである。従つて、ドイツ附合法におけるこの部分は、明らかにプロイセン法の影響によるものといえよう。また、建物、植物の双方について當時「一時の目的のため」の結合を附合の例外としていたのはザクセン法であつた。第一委員会は、権原による結合を附合の例外とすることを容易に認めながら、「一時の目的のため」の結合は権原ある者による場合であることを固執していた(草案七八五条)が、第二委員会はむしろ「一時の目的のため」の結合を全て附合の例外とし、建物、工作物についてのみ(3)権原によるものを附合の例外とした(現行民法九五条)。しかしこの権原はあくまでも物権であることを前提としているから、賃借權に基づく場合には常に附合することになり、この点で普通法がなお根強い影響を示している。

この普通法がドイツ不動産附合法生成過程で最も激しい攻勢にさらされながら、未分離果実上に独立の所有權を認めないという点ではついに一步も後退しなかつた。当時、プロイセン法においては未分離果実上に独立の所有權を認めていた。先に見たように、第一草案に加えられた批判に依つて「果実は分離と共に利益權原者の所有になるから(現行民法九五三条以下)本質的にはプロイセン法と同様であり、むしろ、その独立性を否定することによつて、債權者の不当な干渉が避けられる」というのは、土地と植物とは一体だという普通法の觀念にとらわれて、起草者は批判者の真意を理解し得なかつたものと言わなければならぬ。ここにおいては、Bernannの「普通法上の原則は、われわれの法意識に反し、あらゆる非法律家にとつて、いやあらゆる非ローマ法學者にとつて全く理解し得ないものである。このような原則は有害である。なぜならば、それは理由なしに労働者から労働生産物を奪い、それをその生産に関り合わなかつた者に与えてしまふ。このような法規は人的な労働が何の価値もなかつたローマ人にとつては可能なのだ。」(5)という普通法の添附原理に対する批判が力強い響きを持つのである。

最後にドイツ附合法の根幹を形成する役割を担つて第一草案に登場した「構成部分」、特に「本質的構成部分」の問題を取り上げよう。右に述べて来たところから明らかなように、ドイツ不動産附合法は、統一ドイツ民法によつて、その法史上最も強力な効果を有するものとなつたと言ひ得るであらう。このような規定を推進する力となつたものは二つある。一つは附合の制度目的を明瞭に打ち出し、終始単にその目的との関連であらゆる成立要件、効果を規定していつたということ、他の一つは「本質的構成部分」という概念によつて、附合の成立要件及び主たる効果を把握するという法技術である。構成部分という概念は既に普通法の教科書の中で頻繁に現われている。<sup>(6)</sup>しかし、この「本質的構成部分」という概念は、恐らくドイツ民法における附合法のために考え出された概念と思われる。この二つの力の内、附合法の目的を国民経済的利益を擁護することと捉えていることは、ローマ法、普通法、ドイツ民法、いや今日のわが国の附合法においても正当な認識といえよう。<sup>(7)</sup>従つてこの点については、他の諸制度との関連がより多く考慮されても良かったのではないかとすることが問題となり得るに過ぎない。例えば、植物の附合、建物の区分所有等における使用権ないしは所有権についてである。しかし、それも困難にしたのが「本質的構成部分」という概念ではないかと思われる。それ故に、第一草案に加えられた非難の大多数はここに集中する。その批判の内容は本章第二節に記述した通りである。勿論、これら全ての批判が必ずしも正鵠を射ているとも言えない。特に *Bahr* の主張の中には、起草者の意図を充分理解しているのか疑わしいと思われる部分が見られる。一つの物の部分を分離して処分することをこの規定で排斥することは、起草者も恐らく考えていなかったのではないか。問題は一つの物の部分に独立の権利が生じ得ないというに過ぎない。青銅の像を銅及び錫にそれぞれを毀損も変更もせず分離し得るという批判は、批判のための批判の感じがしないでもない。しかし *Bahr* によつてなされたこれらの批判から、附合の場合以外にどれだけ実際上の意味を持ち得るか疑問に思われる。「本質的構成部分」という法技術及びその定義された内容に、そのような批判を受ける余地があることを認めざるを得ない。この概念が先にも述べたように、附合法の成立要件及

び主たる効果の画一化、単純化に役立つ面を持つことは否定し得まい。そしてそれは、近代化への脱皮のための一つの要請でもあつたのである。そして、その法技術的欠陥も、「本質的構成部分」という概念の内容をより機能的ないしは経済的意味で把握していれば、その批判の多くは避け得られたのではないか。この点で *Passow* の批判は重要な示唆を与えていると思われる。これらと比較すれば *Cierke* 及び *Goldschmidt* の批判は極めて論理的であるけれども、構成部分が何故に常に客観的基準によつて確定されなければならないのが問題である。確かに、それは望ましいことには違ひないであろう。しかし、現実に社会で機能している権利、ここでは用益権であるが、それとの関連で或る場合に必ずしも自然的事実によつて確定し得なくとも、その法律関係を承認する必要性が存在する場合もあり得るのである。*Cierke* 自身その合法性を認めよという建物の区分所有権、果実上の独立の所有権と、用益権に基づいて建てられた建物の所有権とで判断の基準としての自然的事実において、どれだけ差異があるのであるうか。従つて、そこで責められるべきは本質的構成部分の定義が極めて自然科学的であつたということにほゞ尽きるのではないかと思われる。第一草案に加えられた「本質的構成部分」概念への多くの批判にもかかわらず、第二委員会でも修正されることなく、わずかに「一時ノ目的ノタメ」に結合したものと「權原」によつて結合したものは、土地の構成部分ではないという例外を作出することによつて、実際に生じ得る不当な結果を避けようとしたのである。

右によつて、ドイツ不動産附合法の生成と、そこから生ずる特質をほゞ明らかにし得たものと思われる。このささやかな研究の中から直接われわれの解釈論に示唆を与えるものは、まず、わが民法では同一条文で規定されているために、全く同じ成立要件、効果を考へる傾向があるにもかかわらず、附合法上、建物と土地の附合、植物と土地の附合は、実質的に可成り違つた制度であつたということである。第二には、附合の成立要件及び権利の客体の把握に當つて、自然科学的判断を基礎とすることは正当ではないのではないかということである。また、普通法、プロイセン法、ドイツ法とそれぞれ相異する

