

Title	附合・加工における建物所有者の決定基準
Sub Title	Zur Verbindung mit einem werdenden Gebäude und Verarbeitung
Author	新田, 敏(Nitta, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1980
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.53, No.7 (1980. 7) ,p.1- 27
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=AN00224504-19800715-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19800715-0001</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.

# 附合・加工における建物所有者の決定基準

新 田 敏

- 一 はじめに
- 二 未成建物の法的性質
- 三 未成建物に工作が加えられた場合の法律関係
- 四 私 見
- 五 総 括

## 一 はじめに

「地上物は土地に従う」(superficies solo cedit)というローマ法以来の原則は、土地とそこに生育する植物の関係を規律するかぎりでは、わが民法上も、樹木・未分離の果実についての例外的取扱いは存在するものの、<sup>(1)</sup>原則的には同様に適用されている。しかしながら土地と建物とを別個の不動産とする法制をとるわが民法のもとでは、土地と建物とを右の原則通りに一体のものとするローマ法系の国とは、別異の法現象を生起させることになる。しかもこの点については、民法起草者も

明確な認識を欠いていたもの<sup>(2)</sup>のように、不動産の附合および加工をめぐつて、特別の立法的措置が講じられなかつたことから、解釈論上の困難な問題を残している。

もつとも建物を土地とは独立のものとするとしても、土地とは独立した不動産たる建物に、工作によつて所有者を異にする動産が接合される場合については、附合の意義をどう理解するか、民法二四二条但書の権原をどの範圍とするかなどの点で、解釈論上の対立がないわけではないが、増改築・修復を通して建物に接合された他人の動産が、民法二四二条本文によつて、不動産たる建物に附合する点では、判例・学説上異論をみない。土地への植物の附合とならぶ典型的な民法二四二条の適用場面である。

困難なのは、不動産たる建物に至らない工作物―建築途中の工作物に、他人の動産が接合され、あるいはそれと共に工作物が増えられる場合の法律問題である。同様の問題は、建物が不動産とはいえない程度に解体されていたものに、他人によつて建築が附加された場合も起りうる。これらの場合には、それによつて、不動産たる建物の段階に達したとき、あるいは建物として完成したときに、その建物の所有権は複数の関与者のうちのいずれに帰属することになるのか。その場合に適用されるべき規定は、不動産の附合に関する民法二四二条か、動産の附合に関する民法二四三条か、それとも加工に関する民法二四六条か。さらにはその前提として、独立の不動産たる建物とはいえない工作物―以下本稿では未成建物と呼ぶ―の法的性質をどうみるか、すなわち土地の一部として不動産とみるか、土地とは一応独立した動産とみるかが問題とならう。その際これらの工事は請負によつて行われるのが通常であるから、請負人の材料と労力によつて製作される場合のそれらの工作物の所有権帰属との関係も考慮しなければならない。

右の問題に関して、近時判例も増加しつつあり、さらに昨年それに関する注目すべき最高裁判決も現われるに至つて<sup>(3)</sup>いるので、それらを主要な素材として、以下に若干の考察を試みたいと思う。法の継受にあつて充分に意識されていなかった、

わが国固有の法制と母法の間隙を埋める一助となり、さらにはわが民法における附合法および加工法の解釈についての新たな側面を提示できれば幸いである。

(1) これは決してわが国特有の取扱いではなく、ドイツにおいても民法制定以前は、ブドウその他の果実・樹木について、幹に印をつけるなどの方法によつて、土地とは別個に売却されていた。従つてドイツ民法制定過程では、それを条文化すべく各種の提案がなされている。拙稿「ドイツにおける不動産附合法の生成」法学研究四一巻一八二頁以下参照。

(2) 法典調査会における民法二四二条の審議の際には、磯部委員の「他人ノ土地ニ建物ヲ建テタ場合地面ノ所有主ニ取ラレテ仕舞フト思ヒマス」などの発言に異論はせず、また現行三七〇条の審議の際には、梅委員の「債務者カ或請負人カ何ニカト契約ヲ結ンデ家ヲ建テルトカ其土地ヲ抵当ニ取ツテ居ル債権者ニ特別ナル利益ヲ与ヘ」との発言があり、この会で横田国臣委員より、わが国の慣習では土地と建物は別に抵当とされるとの発言があつて、「建物ヲ除ク外」という現行の条文に訂正されている。拙稿「借家の増改築と民法二四二条」法学研究三九巻一三三頁註(15)および三五頁参照。

(3) 附合について、その程度によつて二種に分ける二重構造を認めるかいなか、家屋の賃借権を同条但書の権原と解するかなど。前掲拙稿法学研究三九巻一四七頁以下参照。

(4) 第三章で考察の対象とする一〇件のうち、七件は昭和三〇年以降のものであり、さらにそのうち四件は昭和四〇年以後のものである。

(5) 昭和五四年一月二五日民集三三巻一四二六頁。

## 二 未成建物の法的性質

一 土地と建物とを別個の不動産物権の客体とするわが法制のもとにおいて、建物が独立の不動産の段階に達している場合には、それを土地から独立の物として法律関係を処理していくことになる。従つて、その建物に修復のため附加された他人の動産は、その建物と一体の物となつて、建物所有者に帰属することになり、ローマ法におけるように、土地所有者に帰属してしまふわけではない。しかしながら建築に着手されてから、建物として完成されるまでには多くの工程があり、時間的にも長期にわたることになる。そこでこの一連の過程のどの段階で不動産たる建物となるとみるかは、重要な問題である。もつとも建物といつても、その目的・機能・構造などが多様であるから、画一的な基準によつて判定することはかなり

困難といわなければならぬ。

代表的判例は、木造家屋について、木材を組立てて土地に定着させ屋根を葺き上げただけでは建物とはいえないが、屋根瓦を葺き荒壁をぬり終えた建物は、床・天井を張っていないとも不動産として登記可能つまり独立の不動産物権の客体として<sup>(2)</sup>いる。学説は建物の使用目的をも考慮しながら、法規の目的と社会観念によつて決する他はないとしながらも、この判例の判断を一般に支持しているようである<sup>(4)</sup>。合成物たる建物が、土地とは別個独立の不動産とされるためには、その建物の目的とする社会的機能をはたすについて、最低限の構造を備える必要があるから、原則的には、木造家屋についてのこの基準は妥当なものといえよう<sup>(5)</sup>。

二 それでは不動産たる建物に至らないその前段階の工作物の法的性質をどのようにみるべきであろうか。この点については従来あまり論じられていないが、つぎのような見解がある。

第一説は、土地所有者・土地利用権者・占有者の建物の建築による所有権の取得を、土地への附合という観点からとらえようとするものであつて、「建物ノ材料カ土地ニ定著スルニ從ヒ漸次ニ其所有權ヲ取得シ最後ニ完成シタル建物ノ所有權ヲ取得スルモノトス<sup>(6)</sup>」とする。この考え方によれば、建築の全工程において土地に附合していくのであるから、未成建物は当然に土地の一部である土地の定着物とみることになる。

第二説は、不動産たる建物は別個独立の不動産であるから附合しないとしながら、請負人による建築途上の未成建物については「請負人ハ契約ニ依リテ……其未ダ建物トナラザル以前建築ノ目的ヲ以テ建築材料ヲ附合セシムルハ之ヲ『權原ニ因ル』モノト解セザルベカラズ<sup>(7)</sup>」とする。この説は、附合は二物が結合して一物となる場合の問題であるとして、不動産たる建物は附合しないとするのであるから、不動産たる建物の附合しない段階では、民法二四二条の適用範囲の問題となり、同条但書によつて請負人にその所有権が留保されるとするわけである<sup>(8)</sup>。従つてこの説によれば未成建物は、民法二四二条但書の

適用によつてその所有権が留保される、土地の構成部分ということになると思われる。

右の二つの説は、土地と未成建物との物理的結合性を基盤とし、附合の問題として理解する点で共通である。

これに対して、昭和五四年最高裁判決が、棟上げ後屋根下地板を張り終えただけで、屋根瓦も葺かず荒壁もぬられていない未成建物（本判決はこれを建前と呼んでいる）を、理由を明示することなく動産として、<sup>(9)</sup>その後の法律関係を判断していることに賛成して、むしろ土地には附合しない動産とする見解があらわれている。

すなわち第三説は、本件建前（未成建物）は、定着物として土地所有権に属するのか、土地とは独立した動産としての所有権として認めるのが問題であるとし、「土地の定着物とは、土地の構成部分ではないが土地に附着せしめられ、かつ社会觀念上その土地に恒久的または相当期間継続的に附着せしめられた状態において使用されることが、その物の取引上の性質であると認められるものと考えられる。すなわち、仮設的・臨時的に附着され、容易に移転しうる仮小屋などは含まないと解されている。それ故に、本件建前は、独立の不動産ではなく、土地とは、物理的、経済的に分離した動産として扱われるべきである」とする。<sup>(10)</sup>

第四説は、右の判決が、未成建物を動産と認定することによつて、加工についての民法二四六条二項を適用した点に注目して、「建物を常に敷地と別個独立のものと考える通説を前提とするときは、建物所有権が必ずしも敷地使用権原<sup>II</sup>その空間に対する権利を持たないから、建物自体には不動産添附原理を妥当させず、建物に対する工作には加工規定を（類推）適用し、この意味では建築物を常に動産と考えるべきである」とする。<sup>(11)</sup>

三 右のように学説は、未成建物を土地との結合を基礎として土地と一体の物とみるか、その他の事情を考慮して土地とは別個の動産とみるかの点で基本的に対立する。

このうち第一説および第二説のように未成建物を土地に附合することを基本にしてその性質をとらえようとする考え方

は、ローマ法以来の附合の原理にもつとも忠実な構成といえよう。しかしこれらの説に対する最初の疑問は、いずれも請負契約によつて建築される場合を中心に考えられているが、注文者が土地の無権原者である場合についてである。ローマ法の原理に従う場合であつても、地上権に基づいて建物が築造されるときは、その建物は地上権の内容となつて、地上権者に帰属するという不動産の附合の例外が存在したことは広く知られるところである<sup>12)</sup>。従つて、土地利用権原者が注文者となつて建物が築造される場合には、土地と建物を別個の不動産とするわが法制のもとでも、その建物が譲渡されるような場合に、その権原たる権利の処分行為とするか、建物そのものについての処分行為とするかという法律構成上の差異は存在するにしても、その実質的法律関係はローマ法と異ならないといえよう。それに反して、無権原者によつて建物が築造される場合には、ローマ法原理に従えば、土地に附合することになつて、その者に建物の所有権が認められる余地はない。

第一説は、土地所有者・利用権者・占有者のいずれが請負契約の注文者となつても、土地に附合するとするが、この立論の最大のねらいは、建物建築請負契約においては、建物所有権は原始的に注文者に帰属するとするところにあるが、それは土地利用権原者が注文者であるときには、事実上そのねらいが達成されうるにしても、その他の者が注文者のときには問題を残すことになる。まず注文者が占有者（無権原者）であるときには、その築造された建物は附合によつて土地所有者に帰属することになつて、附合を根拠とする以上、原始的に注文者たる占有者に帰属するということはない。またその場合に附合を認めてしまうと、建物所有権は土地所有者に帰属することになつて、土地所有者の側からする建物の収去請求は認められないことになり、占有者の側も建物収去義務を負わない。これはわが国における従来の学説・判例に反することは指摘するまでもない。第二説は、未成建物の所有権が留保される根拠を、附合を前提として民法二四二条但書にもとめようとするが、注文者が無権原者の場合には、この但書の権原の生じようがない。この但書の意義は、ローマ法原理のもとでの地上権に代表されるように土地所有権とそれを基礎にして成立する土地利用権の調整として、その土地の構成部分となつている物

に、例外的に所有権の留保を認める——つまり附合しない——ものである。従つて無権原者が注文者であるときには、この者が持つていない権原が、請負人に生ずるとは考えられない。

そもそも土地と建物とを別個独立の物とする法体系と、土地の上に築造される建物は土地に附合するという法体系とは相互に矛盾する。附合の制度目的は、そこに新たに形成された物について、相互の所有権を存続させることによつて生じうる分離・収去請求権を排除して、その社会的損失を回避しようとする点にある。その場合「形成された価値の保全」と、「所有権の単一化」は、前者は目的、後者は法技術とみることもできるが、後者の法技術が有効なのは、一物の形成により、それ以前に存在した所有関係を排除できるという一物一権主義に支えられているからである。従つて、それぞれに独立の所有権が成立しうる以上、その所有権の強制的一体化を生じさせる必要はないことになる。この意味で、土地と建物とを別個の客体とするのが法制のもとでは、建物の土地への附合という理解は、体系的に整合しえない。<sup>(13)</sup> とすれば、この法体系上の差異を充分認識しつつ、そこから生ずる矛盾を、わが民法の解釈論を通して解消していかなければならないであろう。そのためには土地と建物との建築の諸工程を通しての附合というローマ法的觀念から一度解放してこの問題を考えなければならぬ。

それでは未成建物を動産とする考え方は成り立つてあろうか。

これを主張する第三説は、その動産性を、仮設的・臨時的に附着され、容易に移転しうる仮小屋などと同視することによつて、認めようとするもののものであるが、この理解には無理がある。確かにローマ法以来右の意味での仮小屋などは土地に附合しないとされている。<sup>(14)</sup> しかし建物の建築のために、土地に附着させられた未成建物は、その建物自体が一時的目的のものでないかぎり、未完成ではあつても、むしろ社会觀念上その土地に恒久的または相当期間継続的に附着せしめられた状態において使用されることが意図されているものであつて、仮小屋などとはその性質を異にしている。



それにもかかわらずなお土地の構成物とみることができないのは、土地と建物とを別個の不動産所有権の客体とみることに由来するものといわざるをえない。請負人が自己の材料を仕事の結果として土地に附着させても当然にその所有権が土地所有権者に移転することはないとされるのも、その表われである。この場合にも、未成建物の時期は土地の構成部分として土地所有権（または利用権）の内容となつていて、独立の不動産である建物となつた時点で、突如請負人の所有となるのではなく、この請負人によつて築造過程にある工作物の所有権は、特約のないかぎり、終始請負人に留まつているのである。つまりローマ法などと異なり土地所有権の内容が、未成建物にまで拡張することはないと考えるべきである。もしこのように考えないと、無権原で建物が築造される場合に、未成建物の段階では―それは独立の建物ではないから―土地に附合することになつて、その所有権は土地所有者に帰属し、その収去請求は認められず、それが建物としての独立性を取得したときにはじめて、土地利用権原のないことを理由として、収去請求が認められるということにならう。このような理解が不合理なことは強調するまでもあるまい。土地所有者が無権原の建築者に、その建築のどの段階であれその工作物の収去請求をなすうるのはその工作物の所有権が土地所有者に移転していないからである。

問題はその未成建物が、それ自体として、取引上の価値が認められるかどうかである。まず工事の進行に伴い建築中の建物の所有権を請負人から注文者に帰属させる契約は有効とされているが、これはこの未成建物の上に所有権が成立することを前提としているものといえる。もつともこれはあくまでも注文者と請負人との特殊な関係といえないこともない<sup>(15)</sup>。しかしたとえば土地所有者が、建てかけた未成建物を、借地権を設定して他人に譲渡することも一般的に可能であるから、未成建物について土地とは別個の客体性を全面的に否定することはできない。もつとも場所的移転性の面で、動産性を充足するかどうかはなお問題ではあるが、わが民法上、土地・建物・立木法上の立木のみを不動産として、いずれも登記による公示と結合されている以上、未成建物は非不動産として動産と解するほかないであらう。その性質は、立木法の適用を受けないで

譲渡される樹木や、独立して取引の対象とされる未分離の果実に類似するといえよう。またこのように未成建物を土地とは独立の動産と認めたとしても、特に第三者の権利を害するおそれもないと思われる。未成建物はそれが完成される以前に土地所有者の交代が行われた場合にも、登記ができない以上、建物保護法の適用を受けられる可能性はなく、新土地所有者はそれによる拘束を受けることもない。仮りにそれが登記された借地権に基づく場合であれば、第三者は登記によつて借地権の存在を知りうる。この場合にその未成建物の所有権が土地の第三取得者に移転することもない。またこの動産の譲受人についても、それが土地利用権と一体でなければ、排除請求されることになることは、理解しうるはずである。

ところで第四説は、未成建物の動産性を直接検討することなく、これに加工の規定を適用するために、これを動産とみようとするものである。従つて未成建物それ自体の性格づけに役立つものではない。なお民法二四六条一項は、他人の「動産」に工作を加えることを要件としているが、同条の適用範囲については、第四章で別に考察の対象としたい。

(1) 大判大正一五年二月二日民集五卷九九頁。

(2) 大判昭和一〇年一〇月一日民集一四卷一六七頁。

(3) 我妻・民法総則二二四頁、舟橋・物権法二二頁、柚木・判例物権法総論一六頁など。

(4) 前註文献の他、単にこれらの判例を引用するものとして、四宮・民法総則一三六頁、幾代・民法総則一六三頁などがあり、特にこれに対する批判はみられない。

(5) もつとも後述判例③④のように、具体的な紛争との関係においては、これと異なる判断のものもみられる。

(6) 横田秀雄「請負契約ニ因ル所有権ノ取得」法曹記事二四卷八号七二四頁。他に附合を前提とするものとして、石神兼文「建物建築請負における未完成建物の所有権について再論」鹿児島大学法学論集三号七頁、中村勝美「建築元請負人の倒産と注文者、下請負人の地位」NBL七一号七頁および一二頁。

(7) 末弘・債権各論六九五頁註16。

(8) 同旨、榎本恭博ジュリスト六八八号八五頁。

(9) もつともこの点は原審は動産と認定し、上告理由でもその点を争っていないのであるから、特に理由を明示しなかつたのかも知れない。

(10) 内山尚三・判批民商八一巻六号八二一三頁。

附合・加工における建物所有者の決定基準

- (11) 瀬川信久・判批判例評論二四九号一八頁(判例時報九三八号所収)。もつとも論者は通説とは別の独自の見解を持つている。後述第四章四参照。
- (12) その詳細については、前掲拙稿法学研究四二卷一七九三頁以下参照。
- (13) もつともそのために社会的価値の保全という附合制度の目的からすれば、そのもつとも重要と思われる場合、すなわち他人の土地に無権原で建物が建てられた場合が、その対象外とされる結果となつた(土地所有者による排除請求が認められる)ことは充分に意識しておかなければならない。
- (14) 前掲拙稿法学研究四二卷一七九一頁以下参照。
- (15) 大判明治三七年六月二日民録一〇輯八六一頁、大判大正四年五月二四日民録二二輯八〇三頁など。我妻・債権各論中卷(一)六一六頁、末川・契約法下一八〇頁、末弘・前掲六九四―五頁などもこれを支持する。
- (16) 前掲最判昭和四四年一月二五日。
- (17) この延長線上では、建築工事について、未完成でも引渡すべしとか、民法六四一条による損害賠償が既済部分の報酬を含むときは請負人は仕事の結果の引渡しを拒めないとの主張(打田・注釈民法(6)一四三頁・一四五頁)も、取引上の価値の存在を前提としているものといえよう。

### 三 未成建物に工事が加えられた場合の法律関係

前章で挙げた代表的判例の基準によれば、建物とはいえない工作物(本稿でいう未成建物)に、他人によつて工事が加えられて、不動産たる建物となり、あるいは建物として完成した場合に、判例はどのようにその法律関係をとらえているであろうか。これを大きく分けると、不動産の附合についての民法二四二条によるもの、動産の附合についての民法二四三条によるもの、加工についての民法二四六条によるものがある。以下にこれを挙げ、それに続いて対応の遅れている学説の状況を示しつつ、これらの判例を分析、検討することとしたい。

#### 一 従来判例

##### イ 民法二四二条を適用するもの

- ① 東京高裁昭和二九年二月二六日判決(高裁民集七卷一号二一八頁)

鉄筋コンクリート造スレート葺地階付平家の建物が焼け落ち鉄骨の屋根張のみが残存し、四囲の外壁も相当に破損し、窓は外壁の穴として判る程度のもので（当時の見積りによれば、五六万余円の修繕をすれば約二五〇万円の建物となると評価されていた）に、被告が七四三万余円の工事費を費いやして、修理・補強・増築した事案。

**判旨** 「本件焼残部分は、そのままでは建物としての用をなさないものであるけれども、なお建物としての主体を存し修繕可能のものであるが故に、社会通念上なお建物というべきが相当であり……右修理、補強、増築、内部造作などの工作部分はいずれも右建物の構成部分となつたか、あるいはこれに附合し……建物の所有者である原告の所有に帰したものである」と。

② 東京地裁昭和三〇年四月二五日判決（訟務月報一卷三号八五頁）

原告が被告の許可を得て、被告所有の戦災により屋根や床やその他木造部分が焼け、不燃体たる煉瓦造の壁体が残存していたものに、総額二〇〇万余円をかけて建物とした事案。

**判旨** 「原告が施工して本件建物として築造するに利用した焼残煉瓦壁体は……従前の煉瓦造建物の外廓をなし、いまだ全く建物としての効用価値を失つた程度に至らず、これに屋根をのせ、内部に床を張り間仕切りさえすれば十分に建物として居住その他の使用にたえるように復用せられ得るものであると認めるに十分であるから……それ自体なお建物としての独立の不動産たる性質を有するものと認むべき……以上右施工によつて原告が新にその所有権を取得すべきいわれはなく、民法二四二条によれば却つて右焼残煉瓦壁体の所有者が……これに附合した屋根及び床の所有権を取得すべきものというべく……」

③ 最高裁昭和三四年二月五日判決（民集一三巻一号五一頁）

賃借人（敷地の賃借と主張）である上告人が、アパートの二階を支える柱十数本、建物の基礎工事、ひさしの一部、北側の壁の一部などが残存するのみで、土間は露出し、内部への出入は自由なまま相当期間放置され、附近の子供の遊び場となつていたものを、その負担でもつて建物として完成した事案。

**判旨** 「原判決は、被上告人所有の改造途中の所論工作物を利用し、造作等一切を上告人の負担で取付ける等の約束で、本件賃貸借が成立するに至つた事実を認定し、その完成された建物の所有権の帰属については、結局民法二四二条本文の附合により被上告人の所有に帰したものである旨を判示しているのであつて、右認定・判示は……是認することができる（なお原審は、本件の工作物は「完全な建物から改造後の完全な建物へと移行する過程にあつたというに過ぎず……これを取引上二個の建物と同視して差支えなく……」としている）

附合・加工における建物所有者の決定基準

④ 大阪地裁昭和四四年四月二二日判決(判例時報五七二号一六頁)

未完成のバラックに、他人が、屋根、壁をつけ、ガラス障子を入れ、便所、炊事場などを作つて建物として完成した事案。

判旨 「建物のような不動産につき加工による所有権の取得を認めるのは、原則として、土地所有者に対抗しうる権限の取得を伴わない以上何ら実質的意義がなく……むしろ、民法第二四二条本文の規定の趣旨に照らし、原則として元の不動産の所有者に帰属するもの」とする。

ロ、民法二四三条(および二四六条)を適用するもの

⑤ 大阪高裁昭和三八年一月三〇日判決(下級民集一四卷一七号二三五五頁)

被控訴人が建築資材を提供して、請負人Aによつて工事された上棟状態の建物で、天井・床張りの工事の一部が行われたものの、まだ荒壁もできていない段階のものに、控訴人が建築資材の不足分や建築資金を負担して工事を進め、建物として完成した事案。

判旨 「本件建物は……本件工事の施主であり、上棟状態における所有者であつた被控訴人の所有に属すると認めるを相当とし、控訴人の所有とは認められない。けだし……合成物たる本件建物の所有権は主たる動産すなわち、上棟状態における建物の所有者に属すべく、民法第二四三条にいわゆる主従の区別は第一次には物の性質により……本件においては物の性質上、上棟状態における未完成建物を以て主たる動産と解すべきである」

⑥ 東京地裁昭和四五年六月一五日判決(判例時報六一〇号六二頁)

下請負人である原告Xは、元請負人Aとの契約によりビル建築の中核となる鉄骨工事を完成させた後、Aが倒産状態となりこの工事代金の支払いをしないため、XはAに引渡しをしないところが、このビル建築の注文者被告Yが他の業者に依頼して、この鉄骨工事を基礎にしてビル建築を完成させた事案。

判旨 「YとAとの間に締結されたビル建築工事請負契約においての約定代金額〔五〇〇万円〕に照らすと、Xの工事完成した右鉄骨建築物の代価〔一六〇万円〕より、Yがビル建築の完成のためにこれに付加した材料の代価と工作費用との合計額が相当上廻つていたことが推認できるから、Yは、民法二四三条、二四六条に基づきその構成物となつた右鉄骨建築物を含む右ビル建造物(不動産)の所有権を取得する」(〔内筆者挿入〕)

## 八、民法二四六条を適用するもの

⑦ 東京地裁昭和四年四月三〇日判決（法律新報一九〇号二〇頁）

原告Xの被相続人Xはその賃借していた土地に三棟の建物を建築することをAに請負させたところ、Aは建物全体の材料の約三分の一を供給し、建物の工程に達しないで建築を中止したので、XおよびXがその後の工事を続行して建物を完成させた事実。

判旨 「請負人カ建築半ニシテ之ヲ中止シ……注文者ニ於テ已ムナク自ラ其ノ余ノ材料全部ヲ購入シテ建築ヲ完成セシメタル場合ニ於テハ……請負人並ニ注文者ノ各供給シタル材料ノ価格各其ノ材料ニ工作ヲ加ヘタルニ因リテ生シタル価格ヲ比較考量シ加工ノ原則ニ依リテ決セサルヘカラス」として、三棟の建物の所有権をXが原始的に取得したものとしている。

⑧ 大阪地裁昭和二八年一月二八日判決（下級民集四卷二二号一八九七頁）

原告は建物建築のため地上に鉄骨を組立て屋根を葺いたままのものを買受けたが、その鉄骨の存在する土地を買受けた被告がこれに造作を加えて倉庫用建物とした事実。

判旨 「本件物件が不動産となつたと見られる昭和二五年一二月頃の原告所有の鉄骨と被告の造作改造を加えた部分との本件不動産（建物）構成分子としての価格を比較するに鉄骨の部分は十八万五千五百円なるに對し、その他の部分は十三万六千七百八十五円以下なることが判明する。このような場合、合成物たる建物の所有権を何人が取得するかについて、民法に直接の規定はないが、動産の加工に関する同法第二四六条を類推適用するのが最も合理的」とし、原告の所有権取得を認めた。

⑨ 大阪地裁昭和四九年九月三〇日判決（判例時報七七一号六七頁）

請負人（被告）が、本件建物の一階のコンクリート躯体部分を完成したところで工事を中止したので、注文者（原告）が資金資材の一切を出して自ら工事を続行してこれを完成した事実。

判旨 「本件建物建築の全過程を通じ原告は材料の主要部分を供給し、その価格が被告提供の材料価格を著しく超えることも明らかであるから……右経過および民法二四六条の加工の法理からして完成された本件建物の所有権は原始的に注文者たる原告に帰属する」

⑩ 最高裁昭和五四年一月二五日判決（民集三三卷二六号二六頁）

被上告人Yから本件建物の工事を請負つたBの下請負人Aは、自己の資材で棟上げを終え屋根下地板を張り終えたところで、Bが倒  
附合・加工における建物所有者の決定基準

産状態となつて支払いを受けられる見込がなくなつたので工事を中止していたところ、YはBと請負契約を合意解除し、その後は工事を進行に伴いその所有権はYに帰属させるとする特約でCに工事を請負わせ、Cが工事を竣工してYに引渡した。Aの相続人XよりYに所有権に基づく明渡請求がなされた事案。

判旨 「未だ独立の不動産に至らない建前……に第三者がこれに材料を供して工事を施し、独立の不動産である建物に仕上げた場合においての右建物の所有権が何びとに帰属するかは、民法二四三条の規定によるのではなく、むしろ、同法二四六条二項の規定に基づいて決定すべきものと解する」として、その理由として、建物の建築は単純な動産と動産の附合ではなく、材料に施される工作が特段の価値を有するからとし、建物の所有権はYに帰属するとした。

## 二 学説の状況

所有権の特殊な取得原因である附合または加工は、所有者を異にする複数の物が結合して、それを毀損せずに分離することが困難ないし不可能となるか、著しい経済的損失をもたらすとき、あるいは動産に工作を加えまたは他の材料を加えて工作がなされたときに、いずれもそこに形成された物を一個の物として、それに必要な範囲で、所有権の変動を生じさせるものである。従つて、ここでは従来複数の物であつたものの所有権の合一化こそが強行法として実現されなければならないことであつて、形成された全体の物の所有権を従来の複数の所有者のいずれに帰属させるかは、関係者の合意によりうることについては異論をみない。<sup>(1)</sup>そこで請負によつて建物が建築される場合に、請負人の材料と注文者の材料とを使用して工事がされるとしても、その築造物の所有権の帰属について契約で定めがあれば、まずそれによつて決定されるべきことになる。

特約がないときに、請負人が材料のすべてまたは主要な材料を供給して建物を完成した場合に、判例および従来<sup>(2)</sup>の通説は、建物の所有権は請負人に帰属し、引渡しによつて注文者に移転するものとしている。その理由としては、判例はこの場合建物は請負人の材料・労力によるものであること、請負契約の性質上引渡しを要することと並んで、わが法制上建物は土地に

附合しないことを挙げ、この独立した不動産たる建物が土地に附合しないと解する点では学説もほぼ一致している<sup>(4)</sup>。また独立した不動産たる建物に、建物所有者と異なる者の材料によつて、増改築がなされたときは、その他人の材料が建物に附合することは、民法二四二条本文の典型的適用例と理解されていることは前述した通りである<sup>(5)</sup>。

これに対して、未成建物に他人の材料・工作が附加される場合については、従来ほとんど論じられていなかった。その理由はいくつか考えられる。まず未成建物は、未だ不動産たる建物ではないから、民法二四二条の適用は考えられない。また仮にこの規定を未成建物に適用すると、その附加される工事の時期によつては、その工事自体は僅少であるにもかかわらず、その施工者が完成建物を取得する可能性が考えられないでもない<sup>(6)</sup>。つぎに民法二四三条については、動産の附合の規定であるから、未成建物を動産とみるかどうかの問題があり、さらに仮に動産とみたとしても合成物が不動産となる場合まで同条が予定しているのかが明らかでないことなどが考えられる。さらに民法二四六条については、同条一項が明らかに動産に限定しているだけでなく、ローマ法以来加工は動産に関するものと理解されてきたことから、未成建物の法的性質が動産とされないかぎりその適用を考え難いということがあつたと思われる。それだけでなく、民法二四六条二項は「他人ノ材料ノ価格ニ超ユルトキニ限り加工者其物ノ所有権ヲ取得ス」としていることから、請負人が自らの材料で工作を加え、未完成の間に中止し、それに注文者が自ら材料と工作を加えて完成したような場合に、その未成建物は、請負人の単なる材料ではなく、工作が加つていることに注目すれば、「民法の予定外であるが、加工の規定を類推する<sup>(8)</sup>」といわざるをえなかつたと思われる。

### 三 判例の分析と評価

土地と建物とを別個の不動産とする法制に特有と思われる、未成建物をめぐる法律問題について、学説の自覚的対応がほ



とんどみられなかつたことは右にみた通りである。それと比較すれば一に挙げた諸判例は、現実の紛争を前にして、それなりの苦心の対応が読みとれる。それだけにそれぞれに解釈論上の問題がないわけではない。

まず民法二四二条を適用した判例①から④であるが、その附加の対象とされた工作物はいずれもそのままでは不動産とみることが困難なものである。それは前記大審院の代表的判例の基準に適合しないだけでなく、独立した建物として最低限の機能もはたしえないものだからである。勿論判例①②については、木造建物ではなく、しかも戦災後の社会的特殊事情ということも充分考慮すべきである<sup>(9)</sup>といえよう。しかしいずれもその残存物の価値とそれに附加された工作のために支出された費用とを比較すると、明らかに後者の方が大きいことを考えれば、それだけでは充分な説得力があるとは思われない。判例③④についてはそのような特殊な事情を考慮する余地もない。これらは、その事案に民法二四二条本文を適用するために、未成建物を不動産とする、かなり無理な認定をしているといわざるをえない。

つぎに民法二四三条を適用した判例⑤については、未成建物を動産とし、しかも上棟状態にあるからこれが主たる物であるという認定はそれなりの説得力をもつているといえよう。しかしこのような建物の基本部分のみで判定することが一般性をもちえないことは、加工を適用した判例⑧⑨⑩がこれを排斥し、判例⑥は、原告がビル建築の中核となる鉄骨工事を完成させた者であるにもかかわらず、完成されたビル全体との価額の比較をせざるをえなくなっていることから知られる。従つて判例⑥は、根拠条文として、二四三条と合せて二四六条を挙げている。

これに対して民法二四六条二項を適用した判例⑦から⑩は、同条一項が「他人ノ動産」としていることと、加工のローマ法以来の沿革も動産に限定していることから、未成建物の性格附けにかかつて<sup>(10)</sup>いるという問題がないではないが、附合の制度がより公益的な意味を持つているのと比較すると、加工の制度は民法二四六条二項の規定からも知られるように、むしろ関係者の衡平の観点が重視されていることと、単なる物の結合ではなく、その製作に費やされた労力が評価されていること<sup>(11)</sup>

などを考慮すれば、とりあえずは、合意をえられやすい解釈論といえよう。判例⑩が、未成建物に工作が加えられた場合には、民法二四三条ではなく、二四六条二項によるとしたことに、学者の側から好意的な賛同が寄せられているのはその表われといえよう。<sup>(12)</sup>

しかしわれわれは、未成建物への附加工事によつて、建物が築造された時には、加工の規定によるべきであるという選択により、二つの大きな問題に直面したことを知らなければならない。

第一の問題は、その建物の築造に関与した複数者の供出した材料および労力の大小をどの時点で比較判断するのかわかることである。その時点のとり方によつては、その建物の所有者とされる者が逆になることが充分考えられ、またそれを意識して必ずしも有用でない加工がなされる可能性も考えられる。しかも従来の判例の基準時は同一ではない。判例⑩は、何らの理由を示すことなく、AがCの工事の続行を差し止めた仮処分執行の時をその基準時としている。判例⑦⑨は建物の完成時を基準時としている。判例⑧は、その工作物が不動産となつたとみられる時点で、原告所有の鉄骨と被告の造作改造を比較し、原告の支出部分が四万八千余円多いことを理由に原告の所有としている。しかしこの事案では、完成までにはそれ以後も被告によつて工作が加えられていたもののようなものであるから、完成時を基準とすれば、被告の所有とされた可能性がある。逆にこの判例⑧のように不動産となつた時点をとれば、判例⑩においては、上告人の所有権が認められそうである。なお不動産の附合によつて判断された判例⑤についても、加工によつて判断されるとすれば、所有権の帰属が逆になつていたのではないかと推定される。

なお学者のなかには、同じく判例⑩の基準時に疑問を提出し、最初の工作物の所有者を特に優遇する理由はなく、後続工事を切断せずに全体に添附の規定を適用すべきであるとする見解<sup>(13)</sup>もある。不動産の附合の場合には、その後どのような規模の添附がなされたとしても、その部分が建物としての独立性を持たないかぎり、所有権は前の不動産(建物)所有者に帰属

する。これは不動産の附合の性質それ自体に基づくものといえるし、実質的には他人の所有不動産に多額の添附をすることによつて、その所有権の取得を認めることが一般に不当と考えられるからである。論者のいうように加工の場合の基準時の設定にあつて、最初の工作物の所有者を特に優遇する理由がないことは確かであるにしても、後続工作者がいつまでも工事を続行することを容認していいのかも問題である。

第二に、実質的により大きな問題として、一見合理的に思われる加工の規定の適用によつて、建物の存立基盤たる土地利用権能が考慮されないことになりはしないかということである。民法二四六条二項では材料と工作による増加（勞力といつても良いであらう）しか要件に取り込まれていないからである。

未成建物に工事が附加されたことによつて、その完成建物の所有権の帰属をめぐつて争われた前記①から⑩の判例について、その建物の所有権を認められた者の土地使用権原をみると、判例①②④⑩は土地所有者であり、判例⑤⑦は借地権者であり、判例③は改造途中の工作物の所有者の夫が土地所有者で何らかの権原があつたとされている。判例⑥⑨は土地使用権原はかならずしも明らかでないが、いずれも工事発注者に完成ビルの所有権が帰属するとされており、当然に土地利用権原を有していたと推定される。従つて全く土地利用権原のない者に、建物の所有権が帰属するとしたのは判例⑧のみといえる。

先に指摘したように、右の諸判決は、その事実認定において、適用条文について、あるいはその適用の基準時において、様々であり、なかにはかなり強引とみられる判断もあるが、一つを除いて、土地利用権原者にその建物の所有権帰属を認めていることは、新たに形成された物をそのまま維持することによつて、社会経済的利益を保全するという、不動産の附合を中核とする添附制度の目的にかなうものであつて、妥当な判決といわなければならぬ。判例④を除いて、判決理由のなかで土地の利用権原に触れていないが、現実の紛争の解決に當つて、当該裁判官は右のことを充分に意識していたものと思わ

れる。そこでこれをどのように民法解釈論に取り込むかがわれわれの課題といわなければならない。

- (1) 我妻・物権法二〇三頁、末川・物権法三〇一頁、舟橋・前掲三六四頁など。
- (2) 我妻・前掲債権各論六一六頁、末川・前掲契約法一八〇頁など。前掲大判明治三七年六月二三日、大判大正三年二月二六日民録二〇輯二二〇八頁など。従つて同様の場合下請負のときには、下請負人に帰属することになる。大判大正四年一〇月二三日民録二一輯一七四六頁。なおこのような請負人帰属説に対して、近時注文者原始取得説が多数説になりつつある。次章註(6)参照。
- (3) 前掲大判大正三年二月二六日。
- (4) 末弘・前掲六九四頁、鳩山・増訂日本債権法各論(下巻)五七七頁、末川・前掲契約法一八〇一頁など。反対横田・前掲七二六頁。
- (5) 舟橋・前掲三六六頁、末川・前掲物権法三〇二頁、五十嵐・注釈民法(7)二八五頁など。
- (6) 瀨川・前掲一七頁。
- (7) 横田・前掲七二二頁、栗生武夫「加工の歴史」入会の歴史その他所収九五頁。
- (8) 浅井清信「請負契約における所有権の移転」総合判例研究叢書民法四一三―五頁。従つて教授は「未完成ながら不動産の体をなす物に資材を附加するときは附合の原理によるべきである」とされている。
- (9) 田中整爾・注釈民法(四)四〇一頁は、建物としての主体が存し、たんに建築材料としてではなく建物(焼ビル)として取引されているから、社会観念上なお建物といふべきであらう、とされる。
- (10) 前掲最判昭和四年一月二五日などは、それを考慮して、未完成建物を動産ととらえたこととみられないこともない。
- (11) 加工法の発展が材料より労働が重視されてくる歴史の流れに沿うものであることについては、久保敬治「加工法の断層」神戸経済大学創立五十周年記念論文集法学編(Ⅱ)所収五〇頁以下参照。
- (12) 瀨川・前掲一七頁、内山尚三・判此民商八一巻六号八二五頁、高木多喜男・判例解説 Law School 一七号二一九頁。
- (13) 瀨川・前掲一八頁。

#### 四 私 見

前章で指摘したように、未完成建物に工事が附加された場合に、過去の判例のほとんどすべては、どのような法律構成をとるにしても完成建物の所有権は、結果的に、土地利用権原者に帰属するものとしている。それと同時に、そのなかの代表的

判決である昭和五四年最高裁判決は、近時の下級審にみられる傾向に沿つて、はじめてその紛争の解決については加工に關する民法二四六条二項を適用すべきことを示している。そこで以下にこの二つの点を中心に考察することとしたい。まず本問に加工の規定を適用することの是非から検討してみたい。

一 従来のが国の学説<sup>(1)</sup>が、加工は動産に限ると解釈してきたことは、民法二四六条の文理および加工に關するローマ法以來の沿革からすれば、一応当然のことといわなければならない。しかしわが民法上、土地と建物とを別個の権利の客体としてゐることからすれば、民法二四六条の規定にもかかわらず、加工を動産に限定する必然性は存在しない。なぜならばローマ法のもとでは、土地の上に、土地所有者が自ら他人の材料で建物を建てたにせよ、他人がその者の材料で建物を建てたにせよ、その建物が全体としてまたは部分的に他人の材料によつて建てられたにせよ、また材料が建物の建築として直接土地と結合されるにせよ、あるいはすでに存在する建物に材料が接合されるという間接的形をとるにせよ、すべて「地上物は土地に従う」という原則の典型的な適用として、その結果は異ならないと理解されているからである。<sup>(2)</sup> このような原則のもとでは、建物あるいは未成建物に他人が材料を供給して工作したとしても、すべて不動産（土地）の附合法の適用によるのであるから、加工が動産に限定されるのは、当然のことである。

従つて建物を土地と別個の客体とする前提のもとでは、不動産（建物）の加工の規定を設けるべきかどうかの論議があつてもよかつたと思われる。しかし民法起草者や法典調査会の委員は、添附の規定の審議の際には、建物は土地に附合することを前提としていたもの<sup>(3)</sup>のようである。この点については何の論議もみられなかつた。この意味では、不動産の加工の問題は、継受法と固有法の間隙にできた空白部分なのであつて、わが民法体系としてみれば、その必要があれば、民法二四六条は当然に不動産（建物）に適用されると解してさしつかえないと思われる。もしそう解することができる<sup>(4)</sup>とすれば、未成建物が動産か不動産かの性質の決定とは關係なく、それに民法二四六条二項を適用することができる。

二 もつともこのことは、未成建物に他人によつて工事が附加されたときには、つねに民法二四六条二項のみによつて解決すべしということではない。なぜならば、継受法と固有法の間隙に生じた法の空白は、不動産（建物）の加工にとどまらず、より大きな問題があるからである。それは前述の建物とそれを存立させる土地利用権原の問題である。もしそれを考慮するならば、未成建物を本稿第二章で考察したように動産とみて、それに工事が附加されたときには、そこに合成された建物の所有者を決定するについて、民法二四三条を適用し、そこで要件とされている「主たる動産」の判断に、土地利用権原を含ませることができるからである。つまり土地利用権原者の側の動産部分をつねに「主たる動産」とみるのである。建物が建物として存立できるためには土地利用権原が不可欠である以上、その合成物に土地利用権原者が関与しているかぎり、その利用権原者の動産を「主たる動産」と解することに、それほど無理があるとは思われない。民法起草者も、このことを意識していたわけではないにしても、何が主たる物かは「裁判官の判断に任せる」<sup>(4)</sup>ことにしたのである。また民法二四四条が、主従の判定が不可能なときは、価格の割合によつて合成物を共有するものとしていることからも、主従の決定についての基準としては、客観的に合理的根拠を有するあらゆる価値判断が許されているのではなからうか。未成建物に他の者により工事が附加されたときに、土地利用権原者に帰属する動産を主たる物とする基準が、建物という合成物についての判断として、附合の制度目的にもつとも適合する客観的合理的基準であることはいうまでもあるまい。

三 ところで、未成建物に他人が工事を附加したときには、加工によつて判断すべしという判決の方向が、単なる物の結合ではなくそれに加えられる労力が正当に評価されるという意識に支えられて、今後も継続するものとすれば、前章で指摘したように、その関与部分の金額的比較考量によつてのみ、建物所有者が決定されることになる。そこでもし実質的に土地利用権原を考慮しようとするならば、従来判例にみられるように、その判断時点を事案にそくして移動するという方法をとらざるをえないことにならう。しかしそれが充分な根拠をもたないならば、裁判不信をもたらし、法的安定性を害する結

果となる。

そこでもし本問の場合に、民法二四六条二項の適用を原則とするのであれば、対立当事者の一方が土地利用権原を有する場合には、その者の材料および工作によつて生じた価格に土地利用権価額を合算して比較することを提案したい。先にも述べたように、建物は土地利用権原の存在によつて建物として存立しうるのであり、単なる材料と労力の合算の比較によつて、土地利用無権原者に建物が帰属することになつた場合には、最終的には建物の取り壊しという事態となつて、添附の制度目的とは相反する結果を導くことになる。この提案は、前章で挙げた大多数の判決の實質的判断と推察される内容とその狙いにおいて一致すると思われるし、それによつて、土地と建物に関する継受法と固有法の間隙の重要な部分を埋めることができるのではなからうか。

さらにその建物の築造に土地利用権原者が関与している場合には、土地と建物とを独立の物とする法体系のもとでも、その築造は、土地利用権原者の意思にかなうものであつて、この者の意思に反する利用が強制されるわけではない。とすればその建物所有権はその基盤たる土地利用権原と一体として存立を考える方が合目的であり、かつ社会経済的利益の保全という目的にも合致する。

右に提案したように民法二四六条二項の適用に當つて、土地利用権原者が関与しているときには、その土地利用権価額を合算するとしたときには、ほとんどの場合に、その不動産としての建物の所有権は土地利用権原者に帰属することになると思われる。もつともその具体的状況によつては、土地利用権原者の支出した材料・労力の価格に土地利用権価額を合算した金額を、非土地利用権原者の支出した材料・労力の価格の方が上まわることがないとはいえない。この場合には、わが民法が土地と建物とを別個独立の物とする原則をとる以上、その非土地利用権原者にその建物所有権が帰属することを認めざるをえないのではなからうか。

四 なおこの問題と関連して、近時、特別の契約関係がないかぎり、建築物は原則として土地に附合し、建築物が移築可能な場合および建物所有を目的とする敷地利用権がある場合にのみ例外的に附合しないとの主張がみられる。<sup>(5)</sup>

その詳細とりわけ前段の特別の契約関係の意味および範囲が明らかでないが、右の見解をとつたとしても、本稿が問題とした未成建物の問題のすべてが解決されるわけではない。なぜならば、請負人の建築による建物は―敷地利用権がないから―当然に全て附合するるのでなければ、つまり少くとも請負人と注文者の契約によつて、請負人が未成建物の所有権を留保すること―これは右の主張の特別の契約関係に含まれると解されるのだが―を全面的に否定しないかぎり、本稿でとりあげた未成建物をめぐる問題は存在しうるからである。

それとは別に右の主張は、ローマ法以来の附合の観念とは異なる、所有権の一体化によらない、独立の他人の物の所有権取得をも附合として認めるということになる。もつともこの点は、継受法と固有法の間隙を埋める一つの方向としては、なお検討すべき余地はあるかも知れない。それよりも大きな問題は、無権原で他人の土地に建物が立てられた時は、土地所有者に、それが権利の濫用とならないかぎり、建物収去・土地明渡請求を認めてきた判例・学説を全面的に否定することとなることである。この点は右の主張の詳細な展開を待つて、別に考察の対象とすることとしたい。

五 とところで請負人が自らすべてのあるいは主要な材料を供給して建物を建築する場合について、判例がその建物は請負人に帰属し、原則として引渡しをまつて初めて、その所有権が注文者に移転することと反対して、建物は原始的に注文者に帰属するとする説が近時多数となりつつある。この問題についての詳論は別の機会に譲るが、本稿との関係でいえば、この多数説はかならずしも未成建物の段階でもなお原始的に注文者に帰属すると解しているわけではないようである。これは従来の問題提起が完成建物の所有権はどちらに帰属するかという形でなされていることによる可能性もあるが、ほとんどは完成建物の所有権は注文者に帰属していると解している。<sup>(6)</sup>とすれば本稿の問題とは直接抵触することはないと思われる。



るが、未成建物の段階でも原始的に注文者に帰属するとする見解もまったくわけではないので、以下に若干の補足をしておきたい。

この原始的に注文者に帰属するとする説の請負の性質を根拠とする点については、注文者の材料による場合に、加工の規定の適用を排除する理由としては、請負人は労務を提供することだけを意図していることは明瞭であるから、注文者のために結果を発生させるといふ請負の性質をその根拠とするには異論はない。しかし全ての材料を請負人側が提供している場合には、労務を提供して結果を発生させることの他に、当然にその材料と労務によつて築造された建物の所有権移転の問題が含まれているのであつて、これは物権移転の問題として考えるべきであらう。<sup>(8)</sup> とすれば代金の支払が済んでいるときは、建物完成と同時に、代金未済のときは引渡しによつて、建物の所有権が移転するとの判例の大勢の結論に特別の不合理はないのであるまいか。<sup>(9)</sup> 前掲昭和五四年最高裁判決が、未成建物の所有権は、最初の下請負人に帰属するとしているのは、従来判例の流れにそうものである。請負人の材料による場合に、引渡しまたは代金支払いがない以上、未成建物の所有権が注文者に当然に移転する理由はないといえよう。

また多数説の多くは請負人に敷地利用権がないことを重視している。<sup>(10)</sup> たとえば、請負人所有の完成建物は一時的にしろ不法占拠建物と認めざるをえないので、紛争が生じ引渡しになされない場合に、注文者の方から土地明渡請求をできるのかという疑問が生ずるとされている。<sup>(11)</sup> しかしこのような疑問がどこまで現実性をもっているのであろうか。論者のように、仮に紛争がこじれて(代金未払がその原因と思われるが)注文者が土地所有権(ないし利用権)にもとづいて、その完成建物の取去請求をするとすれば、請負人の報酬請求権は存続するのに、注文者は自らの意思でその対価物を失うことになるまいか。いずれにしろ、この請負により建築された建物所有権の帰属の問題は、請負人から注文者への物権変動という理論的側面と、請負人と注文者の利益保護の衡量という実質的側面の<sup>(12)</sup>双方からなお論議されなければなるまい。

- (1) 我妻・前掲物権法二〇七頁、末川・前掲物権法三〇四頁、柚木・前掲五一二頁など。なお舟橋・前掲三七〇頁は、動産に限られるが、不動産に類推しておしこえないとする。
- (2) Baun, Über das Princip des einheitlichen Eigentums am Boden, Gebäude und deren einzelnen Theilen, AcP, Band 43, S. 212, Biermann, Superficies solo cedit, Jherings Jahrbücher, Band 34, S. 169.
- (3) 第一章註(2)および同註の拙稿参照。
- (4) 同条の起草者である富井政章委員の法典調査会での発言、法典調査会民法議事速記録(三)(法務図書館)三五頁。同旨梅・民法要義(一)一五五―一六頁。
- (5) 瀬川・前掲一八頁。
- (6) 加藤・民法教室債権編二二〇頁、柚木・判例演習(債権法2)八七頁、広中・注釈民法(四)一〇五頁、星野・民法概論Ⅳ(契約各論)二六一頁、石外克喜「請負建築家屋の売買と所有権の帰属」不動産法大系二二八二頁は、いずれも完成建物についてのものである。吉原節夫「請負契約における所有権移転時期」契約法大系Ⅳ一三五頁は「建造物は原始的に注文者に帰属」とするので、いずれともいい難いが、冒頭で「請負人が有形物を完成した場合」と問題提起しているので右と同様とみてよいであろう。これに対して未成建物も注文者に原始的に帰属するものとしては、石神兼文「請負契約における完成前の建物の所有権について」鹿兒島大学法学論集二巻七五頁、内山・前掲民商八一巻六号八二七頁。同旨来栖・契約法四六七―八頁。もつとも建物の完成を目的とする請負契約から、代金支払あるいは引渡しもないのに未成建物の所有権が移転する根拠は示されていない。
- (7) 星野・前掲二六一頁、石外・前掲二八二頁。
- (8) 柚木・前掲判例演習八六頁以下、浅井・前掲六三頁以下。
- (9) 同旨浅井・前掲六三―七頁。この点で、代金の支払いがある時の判例(最判昭和四四年九月二二日判例時報五七二号二五頁)が、完成と同時に注文者に帰属していることを、注文者原始帰属説に近づいたという評価(内山・現代建設請負契約法一七頁および同・前掲八二六頁)には大いに疑問がある。
- (10) 本章前註(6)に挙げた多数説のほとんどがこの点を重要な根拠としあるいはこの点に言及している。
- (11) 吉原・前掲一三二頁。
- (12) 完成建物の所有権が、引渡しまで請負人に帰属するとする判例のねらいは、請負人の請負代金を確保させることにあると、一般に理解されている。従って注文者が官公庁、地方公共団体、民間大企業の場合には、その支払能力に問題はないから、これを標準に考えるわけにはいかない。それ以外の一般の請負の場合に、請負人に認められる留置権・先取特権などによつて、その債権が充分確保できるかは疑問といえよう。この点については、荒井八太郎・建設請負契約論八九八頁および九〇六頁以下、中村・前掲NBL七一号二頁以下参照。

## 五 総 括

一 未成建物に他人が工事を附加してこれを完成させた場合に、その建物の所有権は何人に帰属するのか、その適用条文は何か、をめぐつては、従来学説上はほとんど論じられていなかった。この問題に関する判例は、第三章一で紹介したように、一〇件を数えることができるが、その適用条文は三つに分かれ、そこで表面上考慮されている要素についても統一性があるとはいえなかつた。それにもかかわらずそのうち九件は、その建物の所有権を、結果的に、その敷地についてもなんらかの土地利用権原を有するものに帰属させている。本稿ではそれを添附の解釈論のなかに顕在化させることを試みた。無理がないと思われるのは、第四章二で論じたように、未成建物を動産とみて、民法二四三条を適用し、結合して合成物となつた一方の動産が、土地利用権原者に属するときには、その動産を主たる動産とみて、その者に合成物たる建物の所有権を帰属させるという解釈である。その前提として未成建物を動産と解しうることは、第二章で論じたところである。

二 しかし近時の下級審の傾向に合わせるかのように昭和五四年最高裁判決は、未成建物には、民法二四三条ではなく、民法二四六条二項を適用すべきことを判示した。その前提として、未成建物を動産としたが、土地と建物とを別個の客体とするのが法制のもとでは、第四章一で論じたように加工の規定の適用を動産に限定する理由はない。従つて加工の規定を適用する場合には、未成建物を動産とみるか不動産(の一部)とみるかは、重要な問題ではない。

もし未成建物には加工の規定を適用するとする判決の方向が定着するとすれば、そこで新しく抱える問題は、過去のこの問題に關与した判決が、実質的に考慮してきたと思われる土地利用権原を、金額的比較考量しか要素としていない民法二四六条二項の基準に、どのようにとり入れるかという問題である。そこでその加工の一方に土地利用権原者が關与しているときには、その者に建物の所有権が帰属する可能性を高めるために、その者の供給した材料・労力の価格に土地利用権価額を

合算するという、やや大胆な提言を試みた。

三 未成建物をめぐる法律問題は、土地と建物を一体の物とするローマ法系では、すべて不動産の附合として処理されるものである。添附についてローマ法を継受しながら、それとは異質のこの問題に対応すべき立法上の手当はなされなかつた。その空白を埋めながらなお体系的に整合する解釈を追究することはかなり困難な作業であり、残されている問題も少なくない。大方の御批判を賜われれば幸いである。