

# フランスにおける建築請負契約と所有権（五）

坂本武憲

- 一 はじめに
- 二 Pothierの所有権の理論について
- 三 一九世紀の所有権と請負の理論
  - (一) 所有権について
  - (二) 請負契約（労務賃貸借契約）
- [A] 請負契約（労務賃貸借契約）の定義
- [B] 危険負担について
- [C] 受領後の瑕疵についての責任
- (以上専修大学法学研究所紀要6・民事法の諸問題II)
- [D] 建築上の瑕疵についての判例の展開
- (以上専修大学法学研究所紀要12・民事法の諸問題V)
- 四 二〇世紀以後の物権・所有権と建築契約の理論
  - (一) 物権と所有権についての理論的変遷
- [A] 序論

[B] 物的権利についての理論的推移

(a) 物的権利を法主体者間の債務的關係とする学説の出現

(b) 物的権利を法律上の排他的利用権能とする理論への進展

[C] 所有権を中心とする小括

(以上専修法学論集一〇〇号)

(二) 添付原則と地上権についての理論的変遷

[A] 序論

[B] 借地上建物の所有権帰属(普通賃貸借の場合)

(a) 問題の意義とその解決の方向性

(b) 一九世紀後半から二〇世紀にかけての学説と判例(予備的考察)

(以上専修法学論集一〇三号)

(c) 二〇世紀以降の学説と判例の推移

(以上本号)

#### 四 二〇世紀以後の物権・所有権と建築契約の理論

(二) 添付原則と地上権についての理論的変遷

[B] 借地上建物の所有権帰属(普通賃貸借の場合)(承前)

(c) 二〇世紀以降の学説と判例の推移

前述した「Pantio」の批判によると、通説や判例が採る添付権放棄の理論では、賃貸借終了時に賃貸人が借地上建物の所有権を取得するのは通常の譲渡の効果という他はない。しかし、賃貸人が終了時に取得する所有権は、賃借

人により設定された抵当権などの負担を免れているべきだとする見解を前世紀と共にする二〇世紀の学説にあって  
も、もちろんこの取得に通常の譲渡を見ることはできず、やはりこれとは異なる添付取得とせざるをえなかった。<sup>(16)</sup>

このような袋小路に直面して、旧来の理論はその限界を露呈したとみざるをえない。おそらく二〇世紀の若き研究者達にもそう映ったであろう。しかしこの問題の根深さは、容易にその本格的な研究を表わさなかった。前世紀後半の通説は、建物が土地とは独立した個性・有用性をもつことから、賃借人が土地所有権とは別個に彼の築造にかかる建物の所有権を賃貸借期間中はもちうると解した。このように物理的一体性ではなく独立した個性・有用性が所有権成立の基準とされる時代に、旧来の添付理論が応えられない限界とは何か、それを乗り越えるどんな理論がありうるか。更に前世紀後半からの判例では、土地賃貸人が賃借人に建築を許容しつつ添付権を放棄して、賃借人を借地上建物の所有者とする事例の一般化をみうるが、このような趨勢の中で旧来の賃貸借理論にはどのような変革が必要か。いずれも熟慮に値するテーマである。

世紀のスタートからほぼ三〇年の熟慮期間が経過して、まず借地上建物の個性に主として着目する本格的探究の成果がようやく登場し始めた。

α 借地上建物の個性に着目する学説の出現

\* Brisse Saint Macary の見解<sup>(17)</sup>

この論者はまず、諸学者が頻繁に援用する《従物は主物に従う》(Accessio cedit principali) との法格言だけをもってしては、彼らが添付について与えた解決をほとんど(あるいは全く)説明しえないと批判しつつ、かつてはよく用いられその後は段々とこの法格言に席を譲ってきたところの、《消滅した物は返還請求されえない》(Res extinctae vindicari non possunt) (瀬川・前掲書五八頁参照) とする規範に目を向けていう (p.12)。各々がその個性をも

った二つの財産が、分離しがたいほどに結合して新たな単一体を形成する場合に、法はこの結合物に一つの個性―主たる財産の個性―だけを承認するのが添付という法現象であるが、前述したローマの法格言はその際にある物(従たる財産)が個性を失って法的にはもはや存在しなくなるとすべく登場してきた規範である。<sup>(107)</sup>なるほどこの場合に、外見的には添付により統合された財産の所有者は客体の欠如により彼の所有権を失うのに対し、他方の所有者は新たな何もかも取得しないように思える。しかし実質的には彼は何かあるものを取得したのであるが、それはいかにしてなのか。<sup>(108)</sup>確かに従たる財産の所有者が所有権を失うことはよく理解できるとしても、主たる財産の所有者が結合された従たる財産を含めて全部につき自らが所有者だといえるのはどんな権利によるものなのか。この疑問への解答として採用されたのが、その新奇さで人のよく知るところとなった、無主物先占を応用する理論である。「かつての財産はもはや存在しない。それは無主物である。ところですべての無主物は最初の占有者に帰属する。最初の占有者は主たる財産の所有者ではない別人ということも確かにありうる。しかし法律は所有者にこの特権を認める。後者のかかる所有者がもつ特権を正当化するためには、添付が生じる時にまで遡らねばならない。その時には二つの作用 (operation) が生ずる。一方の下での所有権の消滅、他方の下での所有権の成立。これらの作用は同時に起こるが、しかし互いに独立している。所有権の消滅は形式の、元の個性の滅失によってなされる。他方の下での所有権の成立については、それは無主物先占に由来する。ただしこの無主物先占は人によってなされるのではなく、我々にいわば受任者の役を果たすところの物によってなされる。それは物的な無主物先占である。」(pp.17-18)<sup>(109)</sup>

二つの物の結合における添付にあっては、合体により従物の個性が消滅するとみるべきではなく、添付は従物に独自の個性があるにもかかわらずその従物の所有権を消滅させ、主物所有者のために新たな従物所有権を取得さ

せると説く部分は、特に借地上建物の賃貸人による取得に関して正当性があり、また Demolombe の添付理論から完全に脱却しようとする指向にも妥当性がある。しかし皮肉にも論者がこれらの主張のために採用した物的占有の理論は、Demolombe がいった「土地による吸収」と同様に、法的現実よりはイメージに依拠する理論と批判され、また理論面でも民法典は添付と無主物先占を別異に規定するのに、それらを同一化するのには疑問があること、不動産についての無主物先占は認められないのに、物が合体されて性質による不動産になった時にそれが介入するという理論には矛盾があること、無主物先占を適用するためには合体させる所有者の意思的放棄を必要とするが第三者による建築の場合にはあてはまらないことなどが指摘された。<sup>(11)</sup>

この学説を口火として、それぞれに重厚な体系を備えた重要学説が続々と登場する。そこでこれからの紹介では冗長を避けるため、各学説の内容とそれに対する筆者の評価を中心に、できるだけ簡潔に叙述してゆきたい。

#### \* Levie の見解<sup>(12)</sup>

費用 (impense) の原則が適用される場合と五五五条が適用される場合の確定の問題に、物の個性の存続という基準を導入しながら、De Page に倣って任意的・延期的添付 (accession facultative et différée) と呼ぶ理論を詳細に展開したのは Levie である (瀬川・前掲書六〇頁参照)。前述したごとく (四・注(73)参照)、Demolombe は既存の建築物に修繕をなす場合には費用の償還が問題となり、反対に更地に新たな建築物を施す場合に五五五条が適用されるとしていた。しかし建築物の取得も材料の取得も、結局のところ土地所有権の拡大によって説明する彼の理論では、どうしてそう区別すべきか理解しえなかった。Laurent はこれを条文にない区別として排斥し、代って五五五条が建築物について第三者に収去するよう義務付けうると規定していることから、収去できないほどに物と同一化している場合には費用の問題であり、逆に収去が可能な場合には同条が適用されると説き、これが通説とな

った。<sup>(11)</sup> ところで Levia はまず、物の個性に着目してこの通説による区別を次のように置き換える——結合の後に結合せしめられた客体がなお個性化されるか否か (p.61)。その上この区別に基づいて両者には所有権取得の効果に差異があるとし、例えば既存建物の修理や改良による材料の結合のごとく結合の後にはその個性がなくなる場合には、材料所有権は即時に合体した物の所有権者により取得されるのに対し、結合の後にも個性が存続し五五五条が適用される建物建築などの場合には、悪意の第三者が築造した建築物については土地所有者が同条の選択権を行使してそれを保持するとの意思表示をした時から、更に善意の占有者が築造したそれについても土地所有者がその状況を放置することなく保持を欲する時から所有権者となり、それまでは建築者に不動産所有権があるという。<sup>(12)</sup> これが任意的・延期的添付の内容であるが、それを生じさせる原因は土地所有者の意思であり、合体はその必要条件にすぎないと位置付け、それゆえに添付は取得のための法定権能であり、土地所有権者の下では自由な売買の、そして建築者の下では強制売買——徵用 (expropriation) ——の性質をもつとする (pp.146-147)。

借地上建物との関係で重要なのは、この学者が説く建築者の建物所有権に関する理論である。それによると、他人の土地上に建築した者は彼自身のために築造したのであれば (所有の意思のみが決定的だという) 建築物について不動産所有権を有するが、この建築物は土地を占有して土地所有権者の権利の一部を奪うがゆえに、この建築者の不動産所有権は土地所有権者によりいつでも取得されたり取り壊させられたりする一時的な (precaire) 権利であるという (pp.163-172, pp.178-179)。しかし、なんらかの法的障害によって土地所有権者がこれら二つの権利を行使しえなくなれば、建築者の所有権は強化される (consolider) ことになる<sup>(13)</sup> とし、そのような法的障害として債権である賃借権や物権である受益権、更には土地所有権者の容認などをあげる (pp.180-183)。こうして借地上建物の所有権も、一時的な性格の権利ではあるが賃貸借契約が存続する間は強化された所有権としてあり、それゆえ

その存続中は建築物を取り壊すことも改修することもできず、所有権を譲渡したり抵当権などの負担を付けることもできるが、ただ一時的な性格の権利である以上は賃借人からの建物譲受人に対しても五五五条により収去の請求をなすか補償金支払いを伴った徴用をなして一特約があればそちらに従う——建物所有権の消滅を対抗しえ (p.177)、また賃借人が設定した抵当権などの負担も徴用における一時的所有権の消滅により消滅し、土地所有者はそれらを負担しない建築物を取得するところ<sup>(18)</sup> (p.150, pp.176-183, p.204)。

この説は、およそ他人の土地に建築する者が自己のために建築物を築造すれば所有の意思のみを根拠として不動産所有権を原始取得するとし、土地についての権利 (権限) との対応で建物所有権の内容や存続期間を定める解釈をとっていない点に特色がある。しかしそもそも土地に対する権利 (権限) とは全く無関係に、所有の意思をもって築造しただけで他人の土地上に建築物の不動産所有権を取得できるというのは疑問であり、またそうように考えると、例えば土地の悪意占有者も賃借人もかかる築造だけで一様に不動産所有権をもつことになるが、果たしてそれでよいのか、前者では材料と工作の総合としての動産所有権だけをもちうればよいのではないかなどの問題に直面するが、この理論ではそれらについて検討することさえも不可能となろう。更により大きな難点として、この説からは賃借人による借地上建物の所有権取得は理解しえても、賃貸借終了時における土地所有権者にとっての自由な売買 (建築者にとつての徴用) により、どうして消滅した賃借人の一時的所有権に代えて土地所有権者が建築物の新たな所有権を原始取得しうるのか説明しえないことがある。

\* Aberkane の見解<sup>(19)</sup>

フランス民法典は、例えば互有壁 (mur mitoyen) の修繕や再建についてそれに権利をもつすべての者に彼らの権利に応じて貢献する義務を負担させるが (六五五条)、各権利者はその権利を放棄してその貢献義務を免れうる

と定めている(六五六条)。このようにある義務がなんらかの物権に緊密に結ばれていて、その物権が移転されれば取得者に移転し、その物権を放棄すれば免れうるような義務をフランスでは物付従義務(*obligation propter rem*) または物的義務(*obligation real*)と呼んでいる。Aberkane はかかる義務にあつては債権者だけでなくその債権者もある物権の権利者であり、そして両者の有する物権は同一物か(例えば共有者間での維持義務のように)、さもなければ隣接する二つの物か(例えば前述の互有壁のように)を対象とするところから、物付従義務は対抗しあう権利(*droits rivaux*)の権利者を統合するもので、それらの権利に平和的共存と競合的行使を可能とするため受け入れ可能な和解案(*modus vivendi*)を定めて、この衝突を解決する機能をもつ義務であると位置付ける(pp.18-19)。その上で判例が添付取得の際に土地所有権者が負う補償金支払義務を土地所有権とともに移転される物付従義務としていることに鑑みても、添付全体の問題にこの義務の理論を適用すべきであるとする。

この学者はまず、合体に添付取得の原因を見つつ添付権放棄の理論により添付取得の時期を後ろにずらす通説と判例について、ほぼLevieと同様に批判する(pp.210-211.注(17)参照)。しかし同時にLevieの学説にも批判を向け、この説がどうして土地所有権者に建築物を取得する異例な権能を付与する必要があるのかに関して、社会にとつての獲得された諸価値の保存の必要性和適切性という一般的考慮だけをいい、いかなる法的な正当化もなしていないと断ずる(pp.218-219)。そしてここに要求される添付の根拠と態様を説明するものこそ、判例が常に補償金支払義務についてその性質を認めてきた物付従義務であるとし、おおよそ次のように説明する。他人の土地に建築物が建築されている状況では、土地の所有権と建物の所有権との間に一方が他方へと合体されたという事実から、明らかな衝突が生じている。ところで、例えば袋地と囲繞地の衝突の場合なら囲繞地の通行地役権を与える義務だけを認めればよく、囲繞地の所有権まで譲与させる(徴用させる)必要はない。しかしここで問題の状況は極端な場



合であり、衝突は他方権利者をもつ権利の全体的付与のみがそれを解決させるほどに重大である（対抗しあう二つの権利の併存を前提とした方法も考えられるがその後のすべての事情から恒常的対抗の状態を生じさせるだけだという）。そこで法律は建築物により侵害を受けている土地所有権者に建築物を付与し、建築者には彼の物権に代えて単なる補償金を与えることにより二つの権利の同時的行使を確保するように解決するが、これは物付従義務理論の単純な適用であり、ここで示すべき唯一の特性はこの義務が根本的に衝突を終了させるということである。更にこの学者は添付の主要な規律について、この義務による説明を続けるが、ここでは主要な二つの点だけを掲げたい。最初に土地所有権者が建物所有権を取得する時期については、例えば互有権を譲与する義務では債権者が彼の権利に付随するある特権ともいふべきものを要求した日から履行されるが、ここでも建築物を与える義務は土地所有権者が自由に選択権を行使した時に建物所有権を取得するという。次に建築者が善意の時は所有権者から取り壊しを請求されないのに、悪意の建築者はそれを強制されることについて、添付は権利の衝突を犠牲によってではなく和解 (compromis) によって解決するものだから最も様々な考慮が働くとし、この問題について法律は他人の権利の意識的違反において築造された建築物は、この他人の権利との衝突を担うに値しないと考えてこのような区別をしたとする (pp.220-226)。

所有権を認める基準が、物理的の一体性ではなく独立した有用性・個性に求められるべき現代において、確かに *Ab-ctane* が提唱する見方は注目に値するし、例えば他人の土地に建築した善意占有者と土地所有者との関係にあっては、袋地と圍繞地における土地所有権の衝突などに類似した建物所有権と土地所有権の衝突が存在するともいえ、建物所有権者に課される物付従義務（与える義務）の効果として土地所有権者が所有権を取得するようにも思える。しかし彼の理論の最大の弱点は、土地所有権者がなぜ物付従義務（与える義務）を通じて建築者の設定した抵当権

などが付かない所有権を取得するのか理解しえないだけでなく、今の場合についてそもそも善意占有者が他人の土地に築造した建物所有権をどうして原始取得しうるのか（その結果として土地所有権者との衝突関係に入りうるのか）も説明しえないところにある<sup>(12)</sup>。他方でまた彼は借地上建物の場合をも同じ物付従義務の理論で説明しているが、建築者と土地所有者との間に賃貸借という法律関係があるにもかかわらず、建物所有権と土地所有権の衝突として理解すべきか（契約関係による解決ではなく権利衝突に対する規律方法で解決すべきか）にも疑問が残る。

これまで述べてきた三つの説は、いずれも建物が土地に結合されてもお個性（独立な有用性）を備えるという新たな認識に基づきながら、それぞれに独自の理論を打ち立てようとしたものである。確かにこの認識は正当とされるべきであるが、どうもそれだけでは特に借地上建物に関する添付のすべてを説明しえないように思われる。やはり他人の土地上の建築物の所有権については、土地利用権限（善意占有者では土地利用の法的容認―注(120)参照）と対応して考えてゆく必要がある。かくして学説では既に、建物の個性とともに土地利用権の代表である賃借権が与える土地利用権能にも目を向けるものが現れていた。

β 賃借人の使用収益権の内容に着目する学説の登場

\* Ziegel の見解<sup>(121)</sup>

この学者は後掲(9)判決が出現した後には、この判決と前掲(2)判決を参照しつつ、賃貸借契約によって所有権者の権利の重要部分、すなわち使用収益の委付(abandon)がなされるが、この委付は添付の帰結にある制限を生じさせ、所有権者は賃借人が取り付けた建築物の取去をさせたり取去に反対することはできないと叙述している(pp.79-83)。しかし、その建築物の所有権が賃借人に帰属するのはこの契約が添付権の明示または黙示の放棄を含む場合だけだから、それが無い場合にはこの建築物には賃借物に対すると同様の使用収益権しか賃借人はもたな

いという。更にそこから前掲(3)判決の反対解釈を援用して、賃貸人は賃貸借の全期間中において建築物の返還請求をすることができ、それがなされると賃借人はそれらを収去することができなくなるという。そしてこう解釈すると添付の存在は所有権者の意思的行為にかからしめえないのに、所有権者にはその意図を表示する義務が課されることになるが、賃借人には賃借物件に一時的な修正をもたらず権利があるから、賃貸人は賃貸借終了以前に原状回復を請求しえず、また終了時以降の保持を望む時には工作物を保持する意思表示をなすべしとするのも論理的であるという (pp.83-87)。

基本的に従来通説と判例に従う見解であるが、添付権放棄がない時でも賃借人に委付された使用収益権が、添付の帰結に影響する(限られた影響であるが)との見方には前進がある。実際にも、その後には賃借人の使用収益権に対してより大きな影響を認める学説が現れた。

#### \* Saint-Alary の見解<sup>(14)</sup>

賃借人による自己築造物に対する有期的所有権の取得根拠を、賃貸人の添付権放棄から賃借人の建築権取得に求める方向づけをなしたのは Saint-Alary である。「支配的見解は不当にも賃貸人の地位は第三者がその土地の上に建築物を築造したところの所有権者に類似すると信じた。現実には全くそうではない。なぜなら賃貸人の所有権は賃貸借契約の締結後にはもはや以前の十全性をもっては現れない。正当にいわれたごとく、賃貸人は彼の所有権の諸属性の「契約的分割」ともいふべきものに同意したからである。彼は彼の財産の使用収益権を賃借人に委ねたのであり、またこの者が人的債権だけを享有するとしても賃借物件の利用においてある大きな独立性を主張する権利がある<sup>(15)</sup>」。このような理解に基づいて、この学者は特に賃借人の職業行使のための賃貸借について、そうであるかを知って貸す賃貸人は所有権の諸属性の分割が居住賃貸借よりもより先へと進むことを予期しているはずであるか

ら、賃借人の独立性はより広くそこには建築権も含まれるとすべきであるという (pp.268-269)。その上で、所有権者が明示に添付権を放棄した場合にだけ賃借人の有期的所有権を認める判例と学説ではこの権利が例外的にしから取得されない点に批判を向け、それに代えて賃借人が建築することを認められたときから工作物の有期的所有権が賃借人に取得されるという説を提唱している。実際にこの許可を与えた場合には、賃借人に最も大きな独立性を承認する必要がある。そこで、賃貸人が建築許可を与えたり、法律が賃借物件のより良い経済的・社会的有用性のために必要なすべての改良を認める場合には、添付権の即時の行使を防ごうとしているものであるから、少なくともこの権利の発生は賃貸借の期間満了まで遅らせられる (pp.274-278)。

また添付権の理論から完全に脱却していないが、賃貸借契約をして所有権者が自己の使用収益権の一部を契約的に分割するとの思考方法を採用した点、および賃借人が有期的所有権をもつ根拠として委譲された使用収益権に含まれる建築権の取得に目を向けさせた功績には大きなものがある。そして判例もゆつくりとはあるがこの方向へと動いていた。

∨ 賃借人の使用収益権に根拠付ける判例の出現

一九世紀後半に出された前掲(2)破毀院判決は、その後の判例においていずれかの判決が、添付権放棄条項はなくても賃借人の使用収益権を理由に、この者が賃貸借期間中に建物所有権をもつとすべきか否かについて、直接の判断を迫られるであろうと予感させてはいた。しかしこのように大きな問題については、実務家にも熟慮期間が必要であったのか、その成否を判断する判決は中々現れなかった。漸く下級審では火災保険金の受領権者の決定という事案において次の判決が出され注目された

(9) Aix, 1er mars 1923 (Gaz. Pal. 23 1 641)

de Villechaize は石鹼製造者の Bellon に、この者が既に賃借人として占有していた家屋の一階(もともと物干し用の中庭を備えた洗濯場として使用されるための)を私署証書により賃貸した。この賃貸借は更新されたが、賃借した場所に遡ること三〇数年前に石鹼製造工場を設営していた Bellon は、この場所に從たる中庭に倉庫と付属建物を建築させていた。この倉庫はその後に火事で壊滅したが、それには賃貸人の de Villechaize が五年程前に保険会社 La France と La Nord に火災保険をさせていた。損害額について鑑定が行われた後に、de Villechaize は前記保険会社に保険金支払いを請求し、そして保険会社は賃貸人が所有者と承認されてこの支払いの責めを負わされる場合に備えて、担保のため一七三三条と一七三四条により責任のある賃借人 Bellon をこの訴訟に召喚して、前述の有判決から自分らを解放し担保すべきことの言い渡しを求めた。

一番はおおよそ次の理由で原告の保険金請求と保険会社の求償請求を認めた。—賃借人が賃借地に築造した建築物は民法典におかれた添付権の規定(民法五四六条と五五一条)に從い、原則として土地所有者に帰属する。ただ諸状況や特に賃貸借契約条項から、所有者が添付権を放棄し賃借人がその費用で建てたあるいは建てる予定の建築物所有権を賃借人に承認していたことなる場合だけは別である。本件では、相次的に当事者間に介在した賃貸借はこのことに関して黙っており、全く反対に de Villechaize は Bellon によつて建築された倉庫に保険をかけて、添付権によりこれら建築物について利用する意思を表示していた。そこからいつて、必然的に賃借人が建てさせた建築物に対するこの者の権利は当事者間の関係では、土地そのものに関してこの者に帰属するそれと同様に、人的権利の性格だけをもつ。賃貸人には合意によつてなんらの約定もない時には賃貸借終了時に建築物の保持か収去を義務付けるかの権利があるが、賃貸人はその選択を賃貸借係属中に実現しうることも真実である。本件では原告が争われている倉庫に保険をかけた日に所有者として行動することによりこれをなした。Bellon が控訴。

逆に控訴審は、概略するところ以下の理由で原告の保険金請求を棄却し、從つて保険会社の担保(求償)請求についても判断する必要がないとした。—本件における問題の解決は、火事の時に Bellon と de Villechaize のどちらが倉庫の所有者だったかにかつている。もしそれが de Villechaize なら、この者が保険をかけた保険会社は損害を支払わなければならないだろう(一七三三条に從い責任のある賃借人 Bellon がなすべき解放と担保は別として)。反対にそれが Bellon なら、火災にあつた不動産になんら

の権利もない de Villechaize が保険金を請求する理由はないであろう。原告は前述の倉庫の所有権を証明するために、《地上物は土地に從う》の法格言と五五五条一項を援用する。賃借人が賃借土地の所有権者に対して第三者であるかは、次のことを考えれば疑わしい。すなわち、賃借借は彼らの間に相互的義務を生じさせ、その主要なものは賃借人の負担における賃借人をして賃借借が継続する全期間にわたり平穩に使用収益させることである一方、賃借人は他方で合意された代価を負担して賃借物を賃借借がそれに充てた用途に從い、あるいは合意がない場合には状況によつて推定されるそれに從つて利用することであり、また物を彼が受領した時のようにして返還する（賃借人にいかなる利得もえさせることなく）ことである。かくして賃借人が五五五条一項の意味で第三者であることを認めるにせよ、賃借人は通常の第三者より以上に、彼の賃借借に從つて賃借物を自由にそして平穩に使用収益する権利というものが授与されているのである。そのような使用収益を行使するためには、賃借人は賃借借継続中に彼の專斷で賃借借により予定された用途の尊重という条件の下で、賃借物件において彼の職業上の必要から不可欠と判断する諸々の設置や変更をなしえなければならぬ。特に彼が事業者 (industriel) または商人である場合には、そこに機械を据え付けたり取り外したり取り換えたり、彼が営業者である場合にはそこに彼の随意でそして状況に從い樹木を植えたり引き抜いたりなしえなければならぬ。もし賃借人が添付権によりこれら定着物不動産なり賃借土地への合体につれて所有権者となるのを認め、賃借人による自己の許可なき取り外しや取り換えを彼が妨げうると認めるならば、この自由な使用収益権は完全に無に帰せしめられるであらう。「これらの状況では、反対の合意がなければ、賃借人の自由な使用収益権の行使は賃借借の経過中は賃借不動産の所有権者がもつ添付権の障害をなすこと、そしてこの権利は留置権と同様に賃借借終了時にだけ行使されうること疑問がない。」本件の賃借借には、賃借人の使用収益の態様やこの者が期間中に製作した設置物や建築物の所有権につきなんらの約定がなく、Ballon が石鹼製造業者であることの言及が存するだけである。Ballon は石鹼製造所やその付属建物である倉庫を設置することにより、賃借した場所を賃借借に從つて利用し、また de Villechaize や彼の前主 (auteur) ともそれを知りつつこの使用態様に異議を述べずに賃借借を更新してきた。それゆえ賃借借期間中に火事で壊滅した倉庫の所有権者は Ballon のままであり、彼の計算でそれは減失しあるいは損傷せしめられた。

その判示内容から、前掲(2)破毀院判決を踏襲する形式によりながら、その徹底化を図った下級審判決であることは明らかである<sup>(17)</sup>。ではこの下級審判決のように、破毀院自体は前掲(2)判決を基礎として同様の前進を試みるのだろうか。二〇世紀も後半を迎えて、次の二判決が同判決の引用もない極めて簡単な判決理由によりその方向へと踏み出した。

(10) Cass, Civ, 11 dec. 1962 (D.63 I 131)

共同当事者 Thibaut の被相続人である Thibaut は、共同当事者 Henry の前主 Henry に土地を賃貸したが、賃借人はそこに簡易な建築物を建てることについて、賃貸借終了時にそれを消滅させることの留保付きで許容されていた。何度かの更新がなされた契約履行中に賃借人は、この土地の上に許容されていた簡易な建築物の他に、堅固な建築物を築造した。解約が法に従って通知された共同当事者 Henry は、終局判決により一九四八年九月一日の法律の適用に従いその物件での継続居住 (maintien) の利益を認められた。共同当事者 Thibaut は民法五五五条を根拠に、賃借人が建築した第二の独立建物に対する彼らの所有権が確認されるべきことを請求した。原判決は、賃借人に承認された使用収益権は賃貸借の経過中において所有権者が添付権を發動することを妨げるとし、所有者はこの権利を賃貸借期間満了時にだけ援用しうるとした。そして破毀院もこの判示を正当とする。

この事件では、控訴審のなした添付の生ずる時期に関する判示が破毀申立てによって争われていなかったため、破毀院は控訴審が判示した理論の価値がいかなるものであれ、それが争われていない以上は控訴院判決に破棄申立ての主張する矛盾があったことにはならないと判決を下している。破毀院がここでの問題を直接には解決しなかったもので、この判決の意義はなお限られていた<sup>(18)</sup>。しかし次の事件に至って、破毀院による明確な判断が示された。

(11) Cass, Civ, 1er dec. 1964 (Gaz. Pal. 65 I 79, J.C.P. II 14213)

共同当事者 Pochiolo は更地を Ferouillet に賃貸し、そこに賃借人は建築物を築造したが、この建築物は戦争によって破壊された。契約者間で戦争被害補償金の付与に関して紛争が生じ、控訴院は賃借人の権利承継人である共同当事者 Ferouillet への補償

金を付与した。その理由付けにおいて原審は、建築物の築造に応じた添付という賃貸人の主張は、判例で一般に認められている五五五の解釈と対立するとした。賃貸人が上告して、賃貸借に特別な規定がなければ一般法が適用されるべきで、賃貸人の添付権は建築物の築造の時から認められるべきであると主張した。しかし破毀院は、「当事者の合意がない場合には、賃借人によって築造された建築物の帰趨は賃貸借の期間満了時に五五五条一項二項で規律されるとしても、賃借人は賃貸借の継続中においては彼が賃貸人の土地上に築造した建築物の所有権者にとどまる。」と判示して、破毀申立てを棄却<sup>(4)</sup>。

この新たな破毀院判決は、結論において妥当なものであるうが、その正当性を論証していない。そこで再び、主として若き研究者達がそれぞれに新しい視点を取り入れながら、この判決の正当化という課題に取り組むことになった。

○近時における学説の動向

\* Fayard の見解<sup>(5)</sup>

一九世紀以降における産業の発展とともに、「所有権は、人の労働と彼がなす投資のおかげで生産的になる」ことが知られてきた (p.2)。しかし、民法典起草者が考えていた旧来の個人主義的な所有権の構造からは、所有権者が恐ろしい二つの優先権をもつことになる。すなわち、彼らに固有な財産への生産的投資の実現に恣意的に反対する権利、および彼らの財産の原状回復を要求することにより、投資が創造した価値の虚無化を引き起こす権利である (p.105)。このような認識に立ちながらこれらの不都合を是正するために、投資者（費用の投下者）に公平な法的地位が与えられるべきであるとの問題提起をしたのは Fayard である。

この学者はかかる問題意識から、費用 (impense) の概念を広く既存の財産への投資と理解しながら、結果において既存財産から分離可能な財産の作出がない場合だけでなく、当初の財産と別個な新たな工作物に至る場合をも



この概念に含めていこう<sup>(31)</sup> (pp.12-13)。民法典の古典的解釈者によると、物の使用収益権はその享受者に装備のために費用をかける権利を与えない。彼が建築したり改良したりして、物の実質を修正するためには所有権者の許可を要する。物の用途を決めるのは所有権者であり、彼はその意思を無視しえない。そこで新しい学説が所有権者の特権に對置しようと望んだのは、使用収益権の内容についてのより拡張的な考え方である。この方向での最初の一步は、所有権者が彼の財産の使用収益権を委譲することにより、所有権の属性における大きな部分を手放すこと、換言すればこれら属性の「契約的分割」に同意したのだと説く学者達によってなされた。その帰結は、この権利の享受者が委譲された財産の使用収益において広い自律性 (autonomie) を主張する権利があるということであり、費用から生ずる変更が財産の返還の時に排除されるのであれば、なにもものもその使用収益の期間中はそれらの実現に反対しないということである。実際には、この最初の緩和策は不十分である。金銭面においてこの権利の享受者は、築造された工作物の価値を材料の価値において回復できずに、収去費用も余儀なくされる。他方では一般的経済の平面において、社会に有用な工作物の破壊を生ずる。こう説明してから、より先に進む学説として前にあげた *Saint-Alary* の学説を紹介するが、しかしこの学説は判例において大きな反響を持たずいくつかの判決が採用しただけでその後は忘却の淵に沈んだという。また、最近では例外的立法により賃借人がなす改良のための有益費についてもより自由な使用収益権の保護が図られたが、なお極めて部分的なものにとどまっているとす (pp.42 et suiv.)。

添付による所有権取得についての記述は、概ね一九世紀の通説と判例に準拠しており、添付はある財産の他の財産への結合または合体によって生ずるがこれには二つの障害があり、一つは添付の働きを最終的に妨げるもの、もう一つは添付の現象に一時的な障害をもたらすものだとする。そして後者の場合には添付が主たる財産への工事の合体に応じて生ずるのではなく、障害の消滅まで無力化されるが、しかしこの消滅の時にこの現象が生ずるとい

(pp.144-145)。そして当然ながら賃貸借契約において賃貸人がなす添付利益の放棄は一時的障害をもたらすもの位置付けられるが、この学者は先にあげた(11)判決がこの分野において「一種の小革命」をなしたと評価している。この判決は使用収益の移転が賃借人により築造された工作物の有期の所有権を与えるとする解決に、破毀院が最終的に与したものである(p.172)。それゆえこの判決が契約条項のない場合について、賃借人によって実行された付加や装備の所有権は移転された使用収益権の有期的な障害から「賃貸借終了時に」初めて賃貸人によって取得されるとの体系を採用したことにより、もはや賃貸借契約における同趣旨の条項がもつ実益は小さくなる(p.175)。

この学者がいう費用(投資)についての問題設定や、使用収益権に関する理解には現代に対する時代認識の確かさが感じられる。しかしこの説の難点は借地上建物所有権の賃貸人による取得について、破毀院はPainl'のいう「添付は期限付きでは機能しえない」とする理論にもかかわらず期限付きで機能しうることを認めてきたが、それは新たな(11)判決の支配下でも有効であると記述し(p.178)、依然として期限付添付の理論に依拠しているところであろう。というのもこの論者がそれについていう内容は、合休時に機能すべき添付の時期を使用収益権という障害がなくなる賃貸借終了時に後退させるというだけだから、それは期限までの効力停止にすぎずそのことによってはそもそも賃借人が借地上の建物について動産所有権は取得できても、不動産所有権(有期的ではあるが)を取得することにはならないであろう―添付により建物の不動産所有権を取得する利益は機能停止中であっても賃貸人がなお保持しているから。それゆえ借地上建物の賃借人による有期の所有権の原始取得を認めつつ、かつ賃貸借終了時の賃貸人による建物所有権の原始取得を認めるためには、委譲される(そして後には返還される)使用収益権を添付の機能停止の根拠とするのではなく、むしろ添付取得(地上物所有権の原始取得)自体の根拠とする必要がある。

\* Goubeaux の見解<sup>(12)</sup>

借地上建物に関する「添付権放棄」の理論では、それが目指している効果を完全には実現しえない。Paniol がなしたこのような問題提起に対して、判例と通説の解決は結局のところ添付権の移転という理論にゆきつくのではないかとの検討を試みたのは Goubeaux である。その叙述にはまだ不明瞭なところが残るが、大事と思われる部分を抜粋して訳出したい。「考へうる」として、賃貸人は添付の利益の有期的放棄の条項により、彼の所有権の分割に同意してある期間《結合し合体するもの》への添付権を移転するのだとすることがあろう<sup>(13)</sup>。よく知られているのは、用益権の委譲における対称的な場合である。ところで、添付権が自分は従物の所有権者であるという権利だとすれば、この権利により実現される取得は最終的であり、我々の場合には所有権の再成立―我々の当面する場合にあつては賃貸借終了時に起こる―は将来に向かつてだけ効果を生じ、所有権者はその物に加わるに至るだろう。新たな従物について、自分が所有権者であるという権利を回復することになり、これに対し旧賃借人が添付権の所持者であつた間に出現した従物の所有権については彼が保持していたことになろう。よりよく知られている用益権の場合において用益権消滅時にまだ未収穫な果実は所有権者に帰属すると請け合うことができるだろうが（五八五条）、これは添付権により授与される従物の所有権が必ずしも最終的ではない（用益権設定により従物所有権取得のための添付権を一度失つても後に所有権者がそれを回復しようという意味であらう―筆者）ことを証明している。しかしこの説明は、添付権の延期された働き―賃貸人が彼の権利を即刻に行使するのを放棄する場合における―を正当化するのには確かにもつてまわつた感じがする。賃貸借の条項により、所有権者がそうして賃借人に彼の所有権から分割されたある種の物権を与えうるのは奇妙に思われるであらう。「所有権のある属性がある期間にわたりに完全に消滅するというのは驚くべきことである。しかし問題なのはそれであつて、権利の単なる不行使ではない。

なぜなら添付の働きは原則として自動的だとされるからである。殊にそれは、土地所有権者の添付権により構成される障害が消滅する時から、建築者が彼の費用と計算で建築したがゆえに、その所有権者であるのは彼だと認めることである。「それゆえ判例による解決は広くその抽象的性格を失っている添付権という源への一つの興味ある回帰として現れる。」(pp.288-289)。

この論述にはまだ漠然としたところが残っているのは事実である。しかし、ここにか見えるまでに示された道筋を辿って進めば、やがてより完全な理論に到達しうると予感させる何かが存在するのも事実であろう。問題は(Goubeaux も「つづ」とく、賃貸借において「使用収益権」の委譲に加えて、「添付権」(所有権から分割された)の委譲までをいう「もってまわった(contourne) 説明」によらなければ、賃借人の建物所有権取得と賃貸借終了時の賃借人による取得を正当化しえないのかどうかにある。これを逆にみれば、添付が法定の所有権取得方法(七一条)であるのなら、土地所有権者だけでなく建物の添付による法定取得を正当化するだけの利用権能を持っている者もまた、七一条により建物所有権を原始取得しうると端的に論じえないのかどうかということになる。

\* Roze's の見解<sup>(4)</sup>

Roze's はその博士論文で、借地上建築物の所有権取得の問題を所有権の規定によってではなく、賃借人の使用収益権との相関で解決する理論の提示に努めた。この学者はまず問う。賃借人の使用収益は消極的な単なる占有に帰されるか。一見したところでも、物件のあらゆる改良―賃借人に有用性を与える―を禁止するのは困難であろう。すると二つの問題が提示される。賃借人は彼の使用収益権から工作物を築造する真の権利を得るのか。使用収益権はこれら工作物の法的制度を規律するのだろうか (pp.37-38)。前者に対しては肯定によってこれに答え、いくつかの理由をあげる。その概略だけを示せば、土地を害さない装備をなす賃借人のイニシアチブはそのような配

慮をしない行為より以上に「善良なる家父」の行為であること(一七二八条)、用途(destination)に従って利用するとは土地を許された範囲の手段で使うことではなく、地所のもつ用法(affectation)——使用収益の指向性(orientation)——に従った利用を意味すること(一七二八条)、賃貸借終了時における原状回復義務からは、終了時に収去が可能で土地の構造を変えない工作物ならば作りうる」と解釈できること(一七三〇条)、土地の使用収益を供与する賃貸人は、彼の所有権の「契約的分割」——工事や建築物を施すための独立性の余地を賃借人に授与するところの——ともいうべきものに同意したことなどをいう(pp.43-45)。こうして賃借人は、彼の賃貸借に工事や建築物の築造権を見出すことができ、そこから賃貸人の同意がなくても土地に対する装備(aménagement)は施しうるが、ただ制限として不動産にもたらされる修正が原状での返還を不可能としたり不動産の構造を変質させるような改造(transformation)については許されないとの原則が説かれる(p.46)。

借地上建物の所有権帰属という論題は、この学者によると前述した第二の問題提起に係る。というのも、従来の通説および主要な判例が採用する合体時の即時添付と賃貸人の添付権放棄を組み合わせた理論は、この論題を歪めて所有権の章の条文による解決に向かわせ、その帰結として賃借人の使用収益権による正当な解決から離れてしまったからだという。そこでまず、この批判されるべき理論がもつ不都合が、以下のように指摘される。先に掲げた(2)と(3)判決は、賃借人が施した工作物や植栽物について賃貸人による添付権放棄がなくても、賃借人の自由な使用収益権を理由に撤去可能と判示したものであるが、通説と主要判例の理論ではこのような場合に賃借人に工作物や植栽物の不動産所有権を承認することは不可能である(pp.90-101)。しかし他方では(3)判決の非論理性がこう指摘される。この判決は賃貸借終了前に賃貸人が植栽物を保持するとの意思を表示していれば、賃借人は賃貸借期間中であつてもそれを収去しえないとするが、この判決が(2)判決とともに賃貸借期間中は賃借人が工

作物や植栽物の所有権者であることを認めたと―賃貸人による合体時の即時添付による取得ではなく―のだとすれば、この点の判示は論理的に説明がつかない (pp.210-211)。ところで現実には、これらの不都合はどれも賃借人の使用収益に固有な特権に関係している。なぜなら工作物を作る権利も、それを収去する権利も全く同様に使用収益権の一属性だからである (p.216)。それゆえすべては契約の平面で規律される。かかる認識に基づいて、賃貸借契約は合体の原因と正当化であるが、しかし添付を發動させる原因ではないという。賃貸借契約が土地への合体の権能を導き、同様にこの契約が賃借人によって築造された工作物の用法に従う解体の権能を規律する。その結果、添付に関する規定に影響するのは今や使用収益権であるから―判例によって認められている賃借人の所有権を發動するものはすべての手段により証明される工作物の履行の事実そのもので五五三条が予定する権限 (JHE) による反対証明は必要ないとする<sup>(88)</sup>―、従って工作物はその土台をなすという事実だけで不動産に即時に結ばれるものではなく (p.217)。

以上の確認から次のような結論が引き出される。圧倒的多数の場合に、工作物はなによりもまず賃借人に役立つように築造されるから、工作物と使用収益権との間には賃貸借の途中において切り放され得ない本質的な紐帯が確立される。この基本的関係が賃貸借中における賃借人の工作物所有権を承認することへと導く。かく使用収益権に結ばれた工作物には有限性 (precarie) の刻印が押される。なぜなら、有期的な使用収益に役立てるために有限的に合体された財産だからである。かくして、賃借人による工作物の履行証明が確認されるや否や、彼の有期的所有権はその事実自体によって賃貸人に対して確立され、契約の明示の条項だけが賃貸人の即刻の所有権を生じさせる (pp.218-219)。他方で賃貸人の賃貸借中における収去に反対する権利については、合体される工作物が契約的に消滅することを予定されておらず、賃借人が土地への最終的不動産化を実行した時には、不動産の帰趨にそれらを従

わせる意思を示したものととして、賃貸人はこの最初の意思を守らせるために賃借人のかかる意思的行動に依拠することができる。するとこの場合には、民法典の五五一条・五五二条・五五三条はそれらの固有の働きによって自律的にはなく、まず賃借人によって再導入され、そしてその後には賃貸人により承諾されて再生するということになる (pp.221-224)。

前述したごとく、Fayard にあつてはなお賃借人の使用収益権は賃貸人による添付権放棄と同様の、添付を無力化させる障害と理解したのであるが、Rosee に至つて賃借人もつこの権利は合体と賃貸借継続中の工作物所有権取得を正当化する原因と位置付ける理論が確立されることになった。確かにこの点には大きな前進がある。ただ、この学者による「契約法の規則が非常に自由な証明のために権限 (Titre) による所有権の証明という原則を排除する」との記述 (p.219) から理解しうるごとく、主として賃借人による証明負担の軽減を目的に、賃借人の所有権が発動する原因として権限に代えて「工作物の履行の事実」(合体)をいい、それゆえこの取得は添付による取得ではないとするのであるが、この点の理解には理論的整合性の観点からいつて問題が残る。というのも、「工作物の履行の事実」の証明だけでよいなら、使用収益権が工作物築造権を含まない場合にも賃借人は工作物の不動産所有権を取得することになるがこれは行き過ぎであろうし、反対に築造権のある賃借人がした「工作物の履行の事実」を証明すべきなのだとすれば、それは権限の証明とほぼ変わらないことになるからである。賃借人による借地上建物の取得は添付によるものではないのか否か、まだ検討の余地が残されている<sup>(17)</sup>。

#### \* Bertel の見解<sup>(18)</sup>

建築物の所有権と土地の所有権の結合にせよ分離にせよ、それらは同じ根拠に基づいていて、その根拠が正に人為的不動産添付なのではないか (p.740) Bertel はこのような構想に依拠する論稿を公表した。この学者はまず、

添付は所有権の属性であるとの理論に依拠する *Goubeaux* の見解を引用しながら、所有権を構成する権能の内での属性と考えるべきかを考察する。それによると、有体財産は一般に有用性に一致する価値として定義できるし、所有権はそれを有効利用する (*exploiter*) 権利と定義できるが、所有権はそれだけでなくすべての者に対抗可能な権利であるから、特に土地所有権は建築権や植栽権を取り込んだ真に有効利用の独占権であるという。更に所有権者は自己の所有権からこの独占権を分離して委譲できるが、それこそ土地賃貸借の場合であり、そのことは特に最近の賃貸借に関する特別立法(後述)における賃借人の権能が辿った進展に鑑みると、余儀なく現実に合致していると確認されるとする (pp.745-751)。そして論者はこのような進展を所有権の二重化として位置付け、多くの相違はあるが封建時代における上級所有権 (*domaine eminent*) と下級所有権 (*domaine utile*) を想起させなくもないと指摘しながら、添付はこの新たな *domaine utile* (すなわち土地有効利用の独占権) の属性―それが土地所有権者により保持されているのであれ第三者・建築者に付与されているのであれ―として考えるべきだとする。

このように考える理由として、添付はそれなしには土地有効利用の独占権が意味のなくなるところのいわゆる論理的延長であること、それゆえこの独占権は建築物に対する権利の不可欠の「支え (*support*)」であることなどが論述される。他方ではこの説の特性がいわれ、それは *Pothier* による主物・従物の関係についての論述からそれほど離れていないが、唯一の差異は *Pothier* が「物」に照準を合わせたのに対し―民法典の時代には所有権とその客体である物とを混同する傾向があったという―、自説は物がその客体であるところの「権利」を考慮したところにあるとし、このことが従物原則の有体財産から無体財産への置き換えという表題で示される (pp.752-755)。

このように添付の根拠を物ではなく物に対するかかる独占権に求める利点は次のものだという。第一には、「添付が課す解決は物によるそれであり、法の真実で人間的な源に由来してゐる」(*Levie, op.cit., p.18*) などとこ



た批判の正当性を失わしめうることであり、第二には、新たな説明をもたらして、建物所有権と土地所有権が分離しつつ別異な所有権者に属しうることをより明確に理解させる点である (pp.756-757)。特に借地上建物に関して第二の利点が説かれる。前掲 (11) 判決をみた判例にとつて、土地所有権者が賃借人の築造した建築物について即刻に所有権者となるのを妨げるものは使用収益権の介在である。他方では現代のいくつかの学説も建築物に対する権利と賃借地に対する権利の相関を強調している。しかしこれら学者は、相関関係があるという点の確認をするだけで、かかるつながりの性質を説明しておらず、この点は (11) 判決も同様である。<sup>(10)</sup> この曖昧な一隅は、不動産添付が土地有効利用の独占権の属性であるとする自説を採用すれば消失する。土地所有権者が賃借人にこの独占権を委譲したからには、添付により築造された建築物の所有権取得の利益を受けるのは賃借人であり、ここに見出されるのは單純に主物と従物の関係である。判例と通説は賃借人による明示・黙示の添付権放棄条項がある場合に、賃借人が賃貸借継続中は建築物の不動産所有権者であるとして実務の必要性に依ってきたが、Pratierが正当に批判したごとくこれでは賃貸借終了時において土地と建物の所有権が土地所有権者のために添付により一致するという効果を論理的に説明できなかった。自説ではこの「曖昧な一時しのぎ」に訴えることなしに、添付は土地の属性ではなく土地を有効利用する者の活動の属性だから、かかる独占権——ここでは土地所有権者とは別の者が権利者である——の利益において義務的にそして即時に介在すると告示すれば十分であるし、賃貸借終了時になされるこの独占権の回復により建築物は自動的にそれに附着するから、土地所有権者は彼が築造しなかったこの建築物の所有者となると説明しうる (pp.762-767)。

確かにまだいくつかの方面で細かな精密化を必要とするが、一九世紀から学説と判例を悩ませてきた難題はここにおおよその解決をみるに至ったといえる。だが一つの綻びが、この学説になお存在する構造上の欠陥を裏切り

示しているように思われる。この学者は、借地上建物に関する説明の最後にこう付け加えた。賃借人の建築物に対する所有権は一時的であるとする考えには、それ自体に矛盾を含んでおり、そのことは Esmein もフランス法において有期的所有権は何か異常なものであると書くところであるが、自説はこの矛盾を解消させる。土地の使用収益が満了すると、賃借人が享受する建築物の所有権は消滅せずに土地有効利用の独占権に追従し、全く単純に名義人を変えるのみで土地所有権者の財産に帰着せしめられるからである。しかしこれまで異議なく認められてきた前提により、賃貸借終了時に建物が残る場合に賃貸人が取得する所有権は、賃借人により設定された権利（特に建物抵当権）を負担しないことになるから、このように理論を組み立てえない。むしろ Esmein も続けて書くように、「しかしいかなる法原則も有期的所有権の実現を妨げない——殊にこの場合のごとく財産が、所有権の消滅時に他の所有権者をもつ時には」<sup>(註)</sup>としつつ、賃借人の有期的な建物所有権は賃貸借終了時に消滅し、賃貸人は新たな所有権を添付により取得するとした方が整合的な理論に近づいたであろう。もちろん、この誤りはそう大きなものではなく、論述の最後に犯された不注意のようにも見えるが、実はそうではない。それは以下に見るようにその基礎にある理論の構造的欠陥に由来する。この説は添付を主物やその所有権の属性から、有効利用の独占権に固有な属性へと置き換えるが、これはある意味で従来の添付権に類似した帰結となる。というのも、主物やその所有権には従物やその所有権を引き寄せる力である添付権があり、その強さは従物に別個の所有権を認めるために添付権放棄を必要とするほどだというのがこれまでの添付権の理論であったが、Bertel の理論では、この引き寄せる力（添付）<sup>(註)</sup>が有効利用の独占権に移されるだけなので、建物所有権はこの権利の属性に引き寄せられて一体化せざるをえない。そこから賃借人が享受する建物所有権は消滅せずに土地所有権者に帰着するという先の見解に行き着いてしまうことになる。では添付をこの独占権に固有な属性としながら、建物所有権はこれに一体化しないとして、賃貸借終了時に

は賃借人の建物所有権は消滅し、賃借人は新たに所有権を原始取得するとの修正ができるであろうか。それは否である。なぜなら、一方で添付を主たる権利の属性としながら、他方で添付は従たる権利を主たる権利に一体化することなく取得させるというためには、一体化に代わる根拠が必要となろう。しかし、一方の存立なくして他方が存立しえない関係にある相互に独立な権利について、一方の権利者（主たる権利の権利者）が他方の権利（従たる権利）を原始取得する理由として考えられるのは、結局のところ各人が各々の権利に基づいて財貨をできるだけ有効に利用しようように規律しなければならない法が、そのように認めているからということしかありえないであろう。すると添付はなんら主たる権利の属性ではなく、主たる権利の権利者に従たる権利を原始取得させる法定の権利取得原因（七一二条）であることになる。所有権が物の有用性を排他的に利用・確保させるための法的権限・権能であると理解され、それゆえに所有権の成立可能性が物の一体性の基準ではなく独立した有用性・個性のそれに移されてゆく時代にあつては、添付や添付権を物や権利の属性とする理論にもはや正当性がないこと、代わって従物の主物への結合という態様の添付にあつてもそれは法定の所有権取得原因とされなければならないこと（添付に関する一般理論の詳細は後述）、これらの認識がこの理論に加わっていれば、おそらくあの小さな綻びも生ずることはなかったであろう。

Bertelの理論でなお検討の余地があるのは、賃貸借契約によって土地有効利用の独占権が委譲されることを当然の前提としているが、賃借権が物的権利ではなく人的権利であるのに、そう無造作にいうのかという点である。今世紀に入つてこの問題をかなり詳細に検討する論稿が現れた。

\* Lamarche の見解<sup>⑩</sup>

Lamarche は前掲 (11) 判決があらゆる論争を閉じるのに適切な用語で、賃貸借継続中における延期的添付を支

持する解決の方向にきっぱりと舵をとったと評価しながら、その正当化を物的権利と人的権利という区別の柔軟化によって与えようとする。「誰が見ても、用益権者と賃借人は同じ仕方である家に住んでいる。しかし一方はそれについて使用収益する権利を持ち、他方は賃貸人が彼にそれを使用収益させることへの権利を持つ。一方は物的権利をもち、他方は人的権利をもち」。Carbonnierの有名な一節を引用しながら、この論者は二つの権利の区別は見かけほどの確なものではなく、それらの効果からみるとむしろ曖昧なものであることを多様な種類の賃貸借の例示により説明する (pp.17-18)。そして、他人の物を対象とするすべての賃貸借が物に対する物権的性質の優先権についてまでそれらの行使の権利を与えるわけではないが、反対にそれらのいくつかが物権的効果を生じさせることは確かであるとする (p.19)。そこから次のような解釈が提唱される。賃貸財産の性質との相関で、賃借人が彼の権利の客体の本体 (substance) に干渉すること——賃貸人が自分の財産を賃借人に使用収益させる義務に従って——を認めることにより、賃貸人は彼の所有権が無力化されないまでも、少なくとも停止される (使用・収益だけでなく処分の一部も) のを見るだろう。この物権的効果により賃貸借は土地所有権者が彼の土地の所有権から引き出さるある特権の発動を、特に従物原則の利益の発動を抑止する。賃貸借期間中はこの原則が凍結され表れない。いわば賃借人の権利における物権的効果の深さが不動産添付のメカニズムを麻痺させる性質上の障害を生じさせる。建築物の所有権はこの障害の現存により、賃借人の手にだけ入りうる。並行して賃借人は賃貸借満了時に存在する建築物の所有権に対する資格・期待可能権を保持する。添付に関する発動の延期は最終的放棄とは異なるから、賃貸人は賃貸借終了時において添付により所有権を取得しうる (pp.20-21)。

先にあげた Fayard の理論とほぼ骨格を同じくしており、従ってそこでしたのと同様の批判が Lamarche にもあてはまるが、Fayard を含めて何人かの学者により「所有権の属性の契約的分割」と理解される賃貸借について、

物権的效果を生じさせる賃貸借の角度から検討するこの理論には、注目すべきものがある。

社会的分業の徹底した現代社会では、各人が財貨（特に土地）につき自己のイニシアチブによって有効に利用するのを相互に認め合わなければならない。そのためには一九世紀前半に主流であった物自体に対する区々の支配権（またはそのような効果を生じさせる物の内の権利）に所有権をみる理論は不相応であり、代わって物自体（特に土地）は社会全体に帰属している——言い換えれば構成員が自分たちの所属する社会全体に帰属しているという思想に則って共同的に保有している——のであり、そこから所有権は物が人一般に対してもっている有用性を排他的に確保（使用収益）しうるように、法が予め用意している権能・権限であるとされてきた。このような所有権理論の変遷は、主物と従物の結合による添付の場合について、これまでとは異なる二つの思考可能性を与える。一つは従物に独自の個性・有用性を承認しつつある要件の下で従物のみ所有権を認めてこれを主物所有権者以外の者に享有させる可能性である。というのも、所有権が物自体に対する区々の支配権とされる場合には、従物が物理的に主物と結合して成立した一物には一つの所有権しかありえないことになるが、所有権が物の有用性を排他的に確保（使用収益）できるようにする法的権能・権限と理解される場合には、所有権の成立を認める基準は物理的に一物か否かではなく、独立した有用性・個性の存在に移らざるをえないからである。もう一つの可能性は、従物が主物に合体するに依りて《物の力と支配により》(vi ac potestate rei)（瀬川・前掲書五七頁参照）添付取得が生ずるのではなく、当事者の法律関係に対応して——例えば所有者と占有者の関係または所有者と賃借人の関係——、それぞれに適切な従物所有権に関する原始取得の規律をなしうるそれである。確かに所有権が物自体に対する支配権（またはそのような効果を生じさせる物の内の権利）とされるときには、従物が結合するに依りて主物（特に土地）の支配権が及んでゆくことを第一の前提とさせるであろうが、物自体は社会全体に帰属しており所有権はただその有用性を

排他的に確保するための権利となれば、なんらそのように考える論理的必然性はない。添付取得の時期も態様も問題となる当事者の関係に応じて決定しうるし、むしろすべきことになるであろう。

借地上建物に関する問題について、右に述べた可能性をまず利用したのは、この建物の個性に主として目を向ける学説（α参照）であった。そこに引用した三つの学説はいずれも以下の二点についての利用をなしえている――①建物は土地に合体してもなお個性があるから土地所有権とは別個に建物所有権を考えうること、②建物の土地に対する合体に応じて添付による所有権取得が土地所有権者の利益のために効果を生ずるとする必然性がないこと。

しかしその先になると、*Brisse Saint Macary* と *Aberkane* は主物と従物の合体が問題となっている法律関係を区別することなく一律に論じているのに対し、*Levie* は賃借権や用益権などが土地所有権者による建物の取得や取壊しの権利行使に対する法的障害となると位置付けて、各々の法律関係に応じた添付の規律の可能性までを利用しえていた。この意味で *Levie* の理論は、所有権の変遷に伴う前述した二つの思考可能性に依拠して最も先へと進んだ学説といえる。しかし同時にその理論にあっても、賃借人が賃貸人の土地上に建てた建築物について、なにゆえに不動産所有権（土地上で「動かない物」として排他的に使用収益しうる権能）を原始取得しうるのかなお十分な説明を与ええないところから、まだ利用すべき新たな思考可能性――所有権理論の変遷が新たに開くところの――がありながら、未だそれが十分に使われていないことを推測させる。そして実際のところこの理論でも十分に使われていなかったものは、賃貸借契約に関する新たな考察可能性であった。

前述したごとく（α参照）、民法典の条文は賃借人が賃貸借期間中になす使用収益に関して、賃借人のイニシアチブをほとんど認めていなかった。<sup>(15)</sup> おそらくその理由は、民法典編纂者が所有権を物自体に対する支配権と理解していたところから、賃貸借においても賃貸人は自己に帰属する物自体を貸与するのであって、この者が所有権者と

してもつ物の使用収益におけるすべてのイニシアチブは保持し続ける（何ら委譲しない）とする理論へと導かれたことであろう。だが、緩やかなしかし着実な所有権理論の変遷は、賃貸借契約の理論にも新しい考察可能性を準備していた。というのも、物自体は社会全体に帰属する（そのような理念に則って社会構成員により共同的に保有されている）のであり、所有権はただ物の有用性について他の者を排除してそれを確保（使用収益）しうるように法が用意している権能・権限だとすれば、賃貸借においても賃貸人はもはや自己に帰属しない物自体を貸与することは不可能なのであり、代わって賃貸借契約はその有用性について自己の有する排他的権能・権限（所有権の諸属性）の一部を契約により委譲する内容のものとならうからである。Saint-Alary は逸早く二〇世紀の前半にこのような思考方法に依拠して、特に職業行使のための賃貸借では賃貸人は土地所有権の一属性として存する建築権の「契約的分割」にも同意したとの理論により、建築許可が契約で与えられている場合だけでなく、建築権があると認められる場合にも、土地所有権者の添付権発生を賃貸借期間満了まで遅らせる説を提唱したのであった。そして二〇世紀も後半に至って出現した前掲（11）判決も、Saint-Alary と同様の思考方法によりながらより前進して、当事者による別段の合意がない限り賃貸借期間中は土地の使用収益権を有する賃借人が建築物の所有権者にとどまるとし、更にこの判決を「一種の小革命」と評した Fayard も、このような賃貸借理論が近代の要請にかなうことを実証したのである。

右記の学説と判例は、借地上建物の賃借人による所有権取得の根拠となるべき新たな賃貸借理論の確立に貢献したが、まだ Planiol が前世紀末になしていた問題提起には満足すべき解答を与えていなかった。なぜなら、ここに採用された理論では賃借人の使用収益権（または建築権）が所有権者の有する添付権の効力発生を延期するということであるが、それだけではなぜ賃貸人の土地上に建築した賃借人が不動産所有権を有することになるのかについて、

積極的な根拠を与えてはいないからであり、他方また何らかの理由で賃貸借終了後に建築物がなお残存する場合に賃借人の有期的所有権が消滅して、賃貸人が新たな所有権を原始取得することの正当化理論がなお欠如しているからである。Rosaは賃借人が自己の築造した借地上建物の所有権を取得しうる積極的根拠として、それは彼の有する使用収益権（装備のための築造権を含む）にあるとしたが、五五三条が予定する権限ではないとして添付による取得ではないと位置付け、賃貸借終了後の賃貸人による取得だけを添付による取得とした。これに対しGoubeauxは賃貸借契約に伴う添付権の移転と回復という理論により、前述の欠如を解決できないか検討した。そしてBertelは多分これら二つの見解の長所に着目して、所有権はもちろん含むが今日ではそれとの関係で採られるべき理論により賃借権も含みうる「土地有効利用の独占権」が土地上の建築物所有権を添付により取得させる権限（五五三条が予定する）であるとし、これによりPlaniolが後世の法律家に投げかけた理論上の難問におおよその解答を与えた。かくしてこの一連の学説の流れの中にも、新たな所有権思想がそれと整合して一体となる賃貸借理論を形成してゆく、いわば思想的・演繹的進展ともいえるべきプロセスが現れているように思われる。<sup>(16)</sup>

最後に、Bertelが示しLanarcheが詳論する賃借権の物権的効力についても、やはり所有権理論の変遷との関係で整理しておく必要がある。前述した今日の所有権理論との相関で賃借権を理解するとき、これらの学者的見解は正当とされるべきである。実際のところ、今日の賃貸借契約は、所有権者が有する使用収益のための権能・権限の一部についてなされる契約による委譲である外はなく（物の使用のために最低限必要な占有権限だけの委譲に近い場合もあるが）、その点では用益物権の設定と変わりが無いというべきである。ただ、物権法定主義に従う用益物権とは異なり、賃貸借にあつては委譲される権能・権限の範囲は契約当事者が基本的に合意により決定するのであるから、賃借人は委譲を受けた権能・権限の範囲について賃貸人との契約により証明せざるをえず、第三者に



対して当然にある範囲での権能・権限を委譲されたと主張しえないこと、同様の理由から委譲に関する公示や對抗要件について物権とは異なる配慮が必要となること、もちろん賃貸人は所有権の属性を委譲するだけでなく合意に従って多様な使用収益させる債務を負いうる（一般的にいえば委譲される所有権の属性の範囲が広ければ少なくとも狭ければ多くなる）—そしてこの事情は委譲権能の範囲確定に関する契約解釈において一つのメルクマールとなりえよう）こと、賃借権の内容がそのように賃貸人との個別的合意により決定されることから人的信頼関係に配慮してその譲渡や転貸における制限がありうること、などの相違が存するだけである（この賃借権の物権的効力の論点は次に考察する特殊な賃貸借における借地上建物の問題において、より顕著に現れるであろう）。

こうしてフランスの学説と判例は、所有権を物の内にある権利（又はその効果としての物自体に対する支配権）とし更に添付権はかかる所有権の一内容とする旧来の理論を克服して、新たな所有権と添付に関する理論（特に借地上建物に関する添付理論）を二世紀にも及ぼんとする連綿とした努力によって確立してきたのであるが、今その足跡を顧みるとき次のような感慨を禁じえない。それは、学者や実務家がそれぞれに独自の自問自答の努力を重ねてゆけばゆくほど、現前の世界がそれによって生きられるためにある一つの法へと、それとは知らず懸命に近づいてゆくようにみえるということである。もしこの心に残る思いが単なる幻想などではなく、真に得られた何かであるとするれば、それは自由への望みを絶やさせない貴い印象とでもいうべきものであろう。

(105) 二〇世紀初期の文献と判例だけをあげると Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. I, du *contra de louage*, 3<sup>ed.</sup>, 1906, p.380. は、「もし賃貸人が彼に固有の計算で建築物を保持するという場合には、我々は彼を賃借人の特定承継人として考えるべきでなく、そしてこの後者により同意された抵当権は消滅すると考える。」という。

Benoist, Des constructions élevées par un preneur avec promesse de vente, 1911, p.181-182. 同趣旨。Cass., Req., 20 mars 1939 (D.H.1939 291) は「賃借人が賃借地に建てた建築物について、土地所有権者がそれを取得しうる条件を定めた賃貸借条項は、売買の性格をもつ合意ではなく添付権の予定代価での合意による決済方法であるから、lesion による取消訴権は適用されないとする。」

(106) Brisse Saint Macary, De l'accession artificielle immobilière, 1929.

(107) ）、のような規範にそって添付を説明する学説として以下のものがある。「添付においては常に所有権の客体についての物的修正が存在する：例えば更地上での建築。しかし所有権者は新たな権利を取得しなかった：先在する権利の客体における単なる増大だけが存在する。添付による所有権取得という考えを流布させたものは、人が権利を物の内に合体されたものとして考える習慣である。法的分析はここでは物とは独立に権利あるいはより正確にいうと権利の取得方法をみることを課す。客体の増大は権利の経済的価値を増価させるが、しかし問題となるのは常に同一の権利である。もし権利が物の各部分にかかるために分解されることを認めるのなら、真に権利の取得が存在しうるであろう：新しい部分に対して新しい権利の設定が存在するだろう。しかしそのような権利の分離は客体の単一性と相容れない。真実であるのは、添付は従物がその個性を失いその帰結として所有権が客体をもたなくなるといつも、この物に対する所有権の消滅を生じさせるということである。他方でローマの文献はどこにも添付が取得することの方法であるとはいっていない。」(Paniol, Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil, t. I, 5<sup>éd.</sup>, 1950, p.959)

(108) 彼によると、「個性の喪失という考えは法的擬制の帰結に過ぎず、添付の様々な場合によってより適合したりしなかったりするとし、前者の例として河岸寄洲や混和を、後者の例として更地に築造された不動産をあげる。そしてこの最後の場合において、合体可能なものがその実質的個性を失わないという事実は、明らかに解釈者をして所有権の取得というべきものがあることを確認させるはずだ」という (pp.66-67)。

(109) 後述する Bertel の論稿 (注 (133) p.743) によれば、「この物的占有の理論は *par le Rde la grasserie, De l'accession*, 1865 (残念ながら参照しえなかった) が提唱していったものを、Brissé Saint Macary がほぼそのまま採用したものである」という。

(110) この論者は添付において所有権の消滅と取得が存在することの論証として、本文にあげたものの他に添付の二段階論を掲げる。まず、添付の法的根拠は物的な無主物先占にあるとする彼の主張から、当然にも添付の事実は財産間に分離しがたい結合又は合体が起こると (合意や契約に関係なく) 常に生じ、それゆえ添付の権利は当事者に知られていなくても存在しうる特性があるとの帰結が示される (pp.38-43)。しかしその先では再び奇抜な (後の学説にもある影響を与える) 理論

が展開され、添付の権利が当事者に知られていない限りその効果は眠っていて、この権利はいわば潜在的状态にあるという。そして、新たな状態がある法律関係を創設したことに当事者のどちらかが気づくであろう時から添付の権利は実現化の状態になるといい、この段階に至ると当事者のどちらか一方によるこの権利の告示やその後の主たる財産の所有者からなす添付の利益を受け入れるかまたは拒否するかを選択などにおいて意思表示の介在があり、そのような意思表示がなされた時からこの権利は効果を生ずるといふ (pp.51-63)。続いてそこからやや強引に、添付の権利の受益者は添付という事実自体によつては合休物の所有権をもたず、権利としては彼の一方的意思表示により所有権となる権利である一種の利用の権能 (faculté d'utilisation) だけをもつとし、それゆえ所有権の取得に本質的な意思の要素がここにある以上は、添付が所有権取得の方法であることは明確だと結論する (pp.68-70)。

(111) 後述する Goubeaux の著書 (注 (132) 参照) がさう指摘する (p.269)。

(112) 後述する Marty の著書 (注 (137) 参照) がさう批判する (p.115)。

(113) Levie, *Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui*, 1951

(114) Laurent, *op.cit.* t.6, pp.351-352; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *op.cit.*, t.IV, p.256; Planiol et Ripert (par Picard), *op.cit.*, p.268は見分けられ (distinct) として分離されようとする。Josserand, *op.cit.*, t.I, p.927も同様。しかしその後の学説は再び「新しい物」か否かの基準を用いようとする。例として Aubry et Rau (par Esmein), *op.cit.*, p.358; Ripert et Boulanger *Traité de droit civil*, t.II, 1957, p.877; H.L. et J.Mazeaud, *op.cit.*, p.328; Malaurie et Aynès, (par Théry), *op.cit.*, p.126; Bergel, *Brushi et Cinamonti* (sous la direction de Jacques Ghestin), *op.cit.*, p.208; Marty et Raynaud (par Jourdain), *op.cit.*, p.182. さうして判例も同様である—Cass., Civ., 1er, 18 juin 1970 (D.S.1970 561)。これらの学説と判例はおそらく付加合休される既存の物とは別の個性をもつた物の意味でこの基準を用いていると考えられ、正当とされるべきである (次注参照)。

(115) 独立な所有権の成立可能性の基準を、結合させられた物の分離可能性 (除去可能性) に求める理論はやはり、所有権を物自体に対する支配権としその帰結として所有権成立の可能性を物理的一体性に求める思考法を脱していないうえに、物の一部でも個性 (独立の有用性) ある限りその所有権を認める必要のある (例えばフランス民法典六六四条は家屋における階層毎の所有権の成立を既に認めていた—その後一九三八年のより詳細な立法がなされて削除された) 現代の状況に沿わない理論であろう。それゆえこの基準を個性 (新しい物) に置き換える Levie や近時の学説は正当である。

(116) 賃貸借に違反して建築がなされたときには、賃貸借の解消を請求してそれが宣告されると、賃貸人は五五五条の権利を行使できるとする (p.314)。

(117) この学説は、一九世紀に主流であった添付権放棄の理論(前掲(b)参照)を曖昧な弥縫策としておおよそ以下のよう  
に批判する―放棄するとはある権利を最終的に断念することであるが、これでは土地所有権者が添付権放棄により建築物  
の最終的・永久的所有権を建築者に設定することになるから、賃貸借終了時に土地所有権者がなす建物所有権取得は添付  
ではなく売買であることになってしまい、ここで目指されている効果を達成できなす(p.189)。

(118) この学説は、賃借人が建物所有権を取得する理由として添付権が地上権者(supérficiaire)に委譲されるとする理論につ  
いても検討しているが、おおよそ次の理由で採用しえないとする―土地所有権者が土地に彼自身の材料を合体させても、  
彼は建物となった材料を添付により取得するのではない。なぜなら材料は彼に属しているからである。同様にこの添付権  
が地上権者に委譲されても、この者が建築した場合に建物となった彼自身の材料を添付により取得するのではない。なぜ  
なら、仮定により材料は彼に属しているからである。そのような解釈では、添付権は一つの意義だけをもつ。すなわち、  
土地所有権者又は地上権者を不動産所有権にならしめること、換言すれば材料の動産所有権を建物の不動産所有権に転換  
することである。だがそれは、民法典五一八条によつてもつとずつと単純に達成できる。この条文は土地と建物が性質に  
よる不動産であること、更には材料の組立てにより建物が作られる時には不動産が作られることを宣告している。そのこ  
とのためには権利も特別な効力(virtu)も必要ではなく、単に材料の結合における秩序だけが必要である(pp.190-192)―。  
しかし借地上建物についてまず賃借人が有期的所有権を原始取得し、その有期的所有権が消滅する賃貸借終了後もその建  
物が存続する時には、土地所有権者がその建築物の所有権を添付により原始取得するという一連の効果に合致した理論を  
提唱しようというのなら、むしろここで検討した理論が表している系統の思考法に依拠すべきであつたように思われる(後  
述)。

(119) Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, 1957.

(120) 本文で記述したAberkaneが言及する善意占有者と悪意占有者の区別については、この学者も示唆することく占有中の土  
地利用が法的に容認されるべきか否かの判断によつて理論化するべきものと考える。例えば瑕疵あることを知らない所有権  
の移転権原に従つて土地を所有者として占有する善意占有者については果実取取権が認められているごとく(フランス民  
法典五四九条、五五〇条)、占有中の土地利用が法的に容認されることから、そこに自ら建築した建物の不動産所有権を  
原始取得することができ、また土地所有権者による土地の返還請求においても、確かに建物所有権は将来に向けて消滅す  
るが占有中の土地利用は法的に容認される効果として建物の収去までは請求されず、一定の補償金支払いを伴つた土地所  
有権者による建物所有権の原始取得だけを主張される―各人が諸権利に基づいて財貨(特に土地)を有効に自己のイニシ

アチブで利用しあわなければならない現代社会において、法はこの限りで善意占有者が占有権に基づいて継続してきた土地利用にも法的容認を与えていると解釈しうる（なお五五五条は単に善意占有者とはいわずに「この者が善意のゆえに果実の返還の責めを負わない場合には」といったのもこの趣旨からと考えられる）。これに対し悪意占有者については、果実収取権も認められていないごとく、その土地利用は法的に容認されない占有であるから、この者が他人の土地に建物、建築してもその不動産所有権までは取得できず、動産（材料と工作の集積）としての建物所有権だけを取得するとともに、占有中の土地利用が法的に容認されない帰結として、土地所有権者は建物の収去を請求するか―収去請求権が排除されない―補償金支払の負担においてそれを保持するかの選択権をもち、そして後者を選択したときには悪意占有者の建物に関する不動産所有権はやはり将来に向かって消滅し、土地所有権者が建物の不動産所有権を原始取得する。とりあえず以上のような仕方では法体系の内に組み入れられるべきものと考ええる（添付原則一般に関する私見を叙述する際により詳細な説明を加えた）。

(121) この学者は、ここで問題の建物所有権取得に関するひとつの困難として、土地所有権者がその取得をなす際に建築者により建物に設定されていたすべての権利（特に抵当権）が消滅しなければならない点をあげつつ、通説の添付権放棄に代わる理論を提示する（p.225）。しかし残念ながらその内容は遂に理解しえなかった。

(122) 後述する J.P. Marty の著書（注（132）参照）が、ほぼ同様の指摘をなす（p.117）。

(123) Ziegel, *L'indemnité de plus-value dans les rapports entre contractants*, 1939.

(124) Saint-Alary, *Les constructions, plantations et ouvrages faits par le preneur sur les lieux loués*, R.T.D.C., 1947.

(125) Saint-Alary も引用する *Carbonnier* が合体に応じて賃貸人へと設置物の所有権が移転するというのは第三者者に対しては認しうるが、賃貸借契約の当事者間では賃借物件における賃借人の独立性の原則と衝突するよう思われると指摘しつつた（R.T.D.C., 1945, p.195）。

(126) Saint-Alary は従来の通説を支配的学説（doctrine dominante）とし、自説が属する系統の学説を異説（doctrine dissidente）と位置付けてきたが、Delmas-Saint-Hilaire, *De l'application de l'article 555 du Code civil dans les rapports des personnes qui unit un lien d'obligation*, R.T.D.C., 1959 はこの位置付けを殊更に引用しつつ、自分は従来の支配的判例を与えている古典的解決を支持するとの立場から Saint-Alary が主たる提唱者となった異説の理論に真正面から否定的評価を下している。論者の主張の概要は、賃貸借などにおける当事者間での法的紐帯の存在によって、各当事者の義務に関する五五五条の適用を妨げることはできるが、添付の通常のな働きを妨げて、土地所有権者から建築物や植栽物の所有権をもたせなくさせる

ことはできず、そしてこの状況は例外的にのみこの法的紐帯の特別な態様や内容によって修正されうる、というものである (p.419)。まず債務的関係が授与する使用収益権は、それ自体では土地所有権者に伝統的に承認された添付権などの権利（五五一条以下により定められる）を妨げえないとする (pp.420-423)。次に建築者が明示の建築許可やあるいは裁判上のそれを持つている場合についても、この許可が工作物の所有権を土地所有権者から建築者に移さないとし、これによってはただ賃貸人が施された工作物の取壊しを請求できなくなるだけだという。その理由は相当に重大な添付の利益の喪失がかくも曖昧な行為に由来するとはなしえないからとする (pp.424-426)。例外的に建築者が所有権を認められるのは賃借人による添付利益の放棄であるが、それは確実であることと第三者との関係では公示に服することなど非常に厳格な条件に従うとされ、この厳格な証明規則と公正証書を必要とする公示の規定からは、添付の広大な領域を縮減するのがいかに困難かを際立たせるといふ (pp.428-434)。他方でしかし、賃貸借に由来する債務的関係は賃借人により築造された新たな工作物について土地所有者を賃貸人とし、なされた改良に相応した賃料の補充を請求することができ、建築者・賃借人はその工作物に対しても賃借人として使用収益権をもつとする (pp.434(3)5)。二〇世紀になっても、土地所有権絶対の思想はこのような論者の下で、なお根強く影響し続けていたこと、それゆえに Saint-Alary のような理論にはまだ相当の抵抗があったことを十分に知らしめる論稿である。

- (127) 破毀院はこの判決に先立つ二年前に、傍論ながら原審の次のような判示を支持していた (Cass. Civ. 14 dec. 1921 (D.P.25 I 111))：「五四六条と五五一条以下により定められる添付権に従って、土地の所有権者は第三者によって築造されたすべての建築物について、それらの合体という事実のみで即刻に所有権者となる。この一般的意義のある原則は、特に賃借した土地上に建てられた建築物に關しての賃借人に当てはまる。」この賃貸借条項はこの一般法の適用除外を含むが、しかしそれは賃貸借期間中において賃貸人が、賃借人によって建てられた建築物に対し添付権を行使することの放棄としてだけ現われる。それゆえここに掲げた下級審判決は、かかる直前の破毀院判決があるにもかかわらず (2) 判決を踏襲する形式で、實質的に新しい判断を示したものである。

- (128) 後掲 *Bertel* の論稿 (注 (138) 参照) がそう指摘する (p.762)。

- (129) この判決をコメントする *Enghin* は、土地 (権利の主体と前提される) による建築物の取得という考えを排斥して、建築物に対する有期的所有権の可能性を認めるとしたなら、賃貸借期間中の建築物に対する「賃貸人」の権利の存在を正当化するためには、五五一条以外の根拠が必要であることになるとし、なぜならこの条文は添付の原則を確立する非常に一般的な条文だが、建築物が土地所有権者に属さないという証明を許す五五三条が後続しているからという。他方またそのよ

うな根拠は不動産賃貸借契約にも見出されないといひ、その理由はこの契約が賃借人に使用収益を得させそして彼に不動産を彼が受け取った状態で賃貸借終了時に返還することへと義務付けているからとする。簡潔すぎる文章なので、理解しにくいところもあるが、賃貸借契約の存在自体により賃借人を建築物の所有者権者と証明するための権限 (titre) ありと推定する趣旨のように思われる (Esmein, note J.C.P.1965 2 14213 sous Cass., Civ., 1er dec., 1964)。

なお、この判決は賃借人が建築物に対する不動産所有権を有するとしたものではなく、建築物を構成する材料について賃借人のもつ動産所有権が土地への合体にもかかわらず添付権の延期により消滅しないとしたものだとする最近の学説がある。その理由としては、添付権が所有者の利益においてだけ機能する以上は、破産院が新たな取得方法を確立したと認めない限り賃借人は不動産所有権を取得しえないが、そうは解しえないこと (この点で後述する Bédit の見解にも反対する)、また賃借人の使用収益権には賃借人が原始取得した建物の不動産所有権を賃借人から賃借人に賃貸借期間中受けさせるという効力までは含まれないことなどがいわれている。ただし賃借人が建築物に抵当権を設定したりこの者の債権者が不動産差押えをなすことはできるとする (Revet, Propriété et, droits réels' (chroniques), R.T.D.C., 2003, pp.114-118)。

(130) Favard, Les impenses, 1969.

(131) この学説はかくして費用と添付との同質性を強調するが、その余り所有権帰属の問題について疑問と思われる記述もある。著者は添付についてそれは建築物に対してだけでなく、単なる改良にも適用されるとした後、この両者の相違を正當化するものは、新たな工作物の場合には主たる財産に対する所有権とそれに結合した工作物の別個の所有権を考へうるが改良の場合には単一の所有権しか考へられないことだとする。(p.35-36)。それでは、費用にも工作物にも適用される添付が生ずるためには、どのような態様での結合を必要とするか。この点について、添付の実現は結合しあるいは合体する要素がその充てがわれる要素と別個の客体を形成しなくなる(すなわちその自立性 (autonomie) を失い主たる財産により吸収されることが必要だとする (p.131, また pp.142-143) では従たる財産の個性の喪失が必要という)。しかしこれらの説明には矛盾が感じられ、例えば借地上に借地人が建築した (結合させた) 建物の場合において、それが自立性と個性を失っているのなら、もはや土地とは別個独立の所有権が賃借人に帰属する余地はないのではなからうか。それゆえ結合後も結合させられた物に個性が認められ、その独自の所有権をなお問題にしうる場合と、結合後は結合させられた物の個性がなくなる(すなわち独自の所有権が認められる余地がなく、以後は結合した物だけの所有権を問題にすればよい場合)の区別は必要であろう (費用と添付の概念によりこの区別をなすべきかは別としても)。なお、独立な所有権の成立可能性を結合させられた物の分離可能性 (取去可能性) に求めるのだとすれば (そう読める箇所もある— pp.12-13, p.107)、それに

は前述の批判(注(115)参照)があてはまらう。

(132) *Goubeaux, La règle de l'accessoire en droit privé, 1969.*

(133) *Goubeaux* は、所有権の属性として使用権・収益処分権のほか添付権を認め、この権利を物によって生ぜしめられる従物または物に結合する従物の取得を実現させる権利と説明している (p.273)。

(134) *Rozès, Les travaux et constructions du preneur sur le fonds loué, 1976.*

(135) この点に密接に係る前掲(11)判決について、*Rozès* は原則的判決の様相をとることなく明確に賃借人に有利な判決として紹介するが、なお多くの曖昧な領域が残っており批判を必要とするだけ評してゐる (p.209)。

(136) これは推測になるが、添付は所有権者が合休物の所有権を取得する場合だけの問題で、賃借人が自己の築造した工作物の所有権を取得する場合には添付を問題にしえないとする原則的見解に立って、理論が展開されている印象もある。しかしおおよそ物権の原始取得とは、当事者がそれと異なる約定をなす場合にはそれを前提とした承継取得と扱ふべきところの取得であるから、論理的にその決定は当事者の合意や行動によるべきではなく、やはり五五三条が予定している土地所有権に代わる権限(条文には書かれていないが同条に含まれるべきことにつき学説でほぼ異論のない)があるといえるか否かにかからしめるべきである。またそうすることで第三者が有する取引安全の要請との調和も保たれるであろう(本文で述べた *Rozès* の使用収益権に基づく工作物の築造権の理論や前掲(11)判決からは権限による証明を要求しても賃借人にそれほど負担にはならないであろう)。それゆえ賃借人による借地上建物の所有権取得もまた、添付による所有権取得であるとす理論がどうしても必要とされよう。

(137) *Rozès* の理論における特徴は、借地上建物の帰属について所有権の章にある条文の適用を排除して、賃借人の使用収益権により解決しようとするところにあった。J.P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble, 1979*はこの理論に対して、添付の排除が少し急速でありまた分析が当事者間に限られているため、結果として添付を意思的な基準に取り替えることにより用途のニュアンスの探究などからの不確実性と相対性が増加する懸念があるなどの批判を向ける (p.265)。そして前掲(11)判決から使用収益権の委譲が添付に対する障害となるとの理論に依拠しながら、借地上建物の帰属と賃貸借継続中における賃借人の収去権(賃貸人の収去反対権)の問題について、おおよそ以下のように独自の(多少奇異な)見解を展開する。賃借人は建築物等の所有権者であるが、それは使用収益権の委譲により妨害ないしは停止されている。なぜなら、その行使は彼が負っている使用収益させる義務と相容れないからである。この使用収益権は同時に賃借人に対して彼の利益で投資する権利を根拠付けるが、それは賃貸借期間中でありそれゆえ有期的で制限されている。築造された建築



物は障害—使用収益権が生じさせる賃貸人の添付に対する障害—の存在によってだけ不動産として賃借人の手に入る所有権の客体であるべきである。並行して賃貸人は全合休物に対して賃貸借終了時に排他的となるであろう所有権期待可能権(droit éventuel à propriété)を保持する。ところで、賃借人は彼の使用収益に必要な投資の裁判官と同様に、賃貸人は不動産の改良権の裁判官であるから、賃貸人は自分の所有権が排他的に行使されるであろう建築物について、期限まで固定し(bloquer)し維持することが認められるべきである。だがもしこの取壊しの禁止が、賃借人の使用収益の障害をなすのならば、それは使用収益を保証する義務の不履行となり、賃借人は禁止排除(maint. leve)や賃料の減額さらには賃貸借の期限前告知をなしうるといふ(pp.266-267)。狙いは解らないでもないが、理論構成にはまだ相当に難がある。

(138) Bertel, L'accession artificielle immobilière, RT.D.C., 1994.

(139) 今日の土地所有権と賃借権の関係を、古法における上級所有権と下級所有権の分割が復活したものとする学説はいくつかみられる。例えば Plantol, Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil, t. II, 4<sup>ed</sup> 1952, p.839はこう書いている。「所有権(domaine)を上級所有権と下級所有権に分割する古い觀念の復活に人は立ち合っている。この進展は完成してはいないし、多分それは止まるであろう。もしそれが続くべきであるのなら、我々はある財産に対して有する権利の分割に同意することだけからなる新しい賃貸借契約をもち、賃借人は所有権者の法的地位に対抗可能な同様の地位を保持するとともに、現在は所有権の負担となっている義務の一部をおそらく負うことになる」(Rozes, op.cit., p.1はこれを著書の冒頭に引用する)。Favard, op.cit., p.51も「多くの人がそれ(土地所有権者の特権が土地有効利用者と分有される進展—筆者)を恐れている。特に古法において所有権が遭遇した進展とここでの進展の類似性を気にかける人たちは:。」と記述している。しかし両者には次のような根本的な差異があることに、十分に留意する必要がある。すなわち、前にもごく簡単に触れたごとく(二参照)古法における分割所有権は土地自体に対する支配の二重化であったが、土地自体は社会全体に帰属している(このような理念に基づいて社会構成員により共同的に保有されている)ことを前提とする今日の法体系にあつては、土地所有権はもはや土地自体に対する支配権ではありえず、物の有用性を排他的に確保させる法的権能・権限とされ、その帰結として所有権者は賃借人に自己に帰属する土地自体を貸与することは不可能となったがゆえに、自分が有する排他的権能・権限の「契約的分割」をなすことが賃貸借の内容とならざるをえないということである。従つて今日では土地自体ではなく法が留意するその有効利用権能の内容的の二重化—各人がその権利に基づいて財貨(特に土地)をできるだけ有効に活用する目的にもかなう二重化—が問題なのであり、またこのような進展は古法の分割所有権とは無縁な、そして現代において理論的に不可避な法的進展なのである。

- (140) Bertelも引用するやうに、Bredinは(11)判決についてその帰結において合理的だが、根拠付けにおいて不確かであるとし、その訳はいかなる法律上の理由が使用収益権の前に所有権をかように後退させるのが分からないからであるとして続ける。「便宜上の、法的には恣意的なある抗弁が、添付の即時的效果に持ち出されると認めざるをえない」(R.T.D.C.; 1965, p.374)。なおBertelは、この(11)判決が土地所有権者による添付利益の明示的放棄がなくても賃借人が賃貸借期間中は建物の所有権者であることを認めたことにより、この新たな判例の状況においてはもはやこのような放棄条項は蛇足であるとして、前記したFayardと同様の認識を示してゐる(p.763 note (153))。
- (141) Esmein note précitée.
- (142) このような理論構成をなす帰結として、この学者は地上権(droit de superficie)を土地有効利用の独占権(建築権・植栽権)と地上物に対する所有権の二つの要素からなる権利であるとし、そして前者が主たる要素で後者が従たる要素であると言ふ(pp.769-775。―詳細は後述)。
- (143) Lamarche, L'accession différée: une nouvelle approche des grandes classifications, R.T.D.C., 2006.
- (144) 例えばLarcher, op.cit., pp.27-28は、合体するに依つての添付取得を支持して次のように記述していた。「添付は建物をそれが定着するところの土地に同化する・合体する法的現象であると我々はいった。石材がセメントによつて基礎に接合されるに依つて、梁が壁に据え付けられるに依つて、これらの材料は土地の支配者がその所有権者であるところの不動産の一部をなす。そこから我々にとつては必然的に、添付は即時にそして法律上当然に機能することになる。それゆえに我々は建築者に彼が築造した建物を取り壊す権利を絶対的に否定する。これらの建築物は、土地の支配者の所有権となつた。それらを取り壊すことは、他人の所有権に侵害をもたらすことである。唯一論理的で、唯一添付の理論および五四六条と五五五条の条文に適合する原則はこのやうなものである」。
- これに対し従物である建物という主物に合体して存在しなくなると説くDemolombeは、不思議なことにLarcherのそれと異なる説明をなしていた。それによると、五五五条は建築者・第三者が施した工作物等が所有権者と占有者の間でなされる補償金の決済時にまだ存在することを前提としており、それゆえに不動産の善意占有者が土地に植栽をなした後、占有が終了する以前にそれらを切り倒しても土地所有権者にその価値を返還する義務を負わないとされたのは正当であるという(op.cit., IX, p.663)。解決の具体的妥当性はともかくとして、理論としての整合性に欠ける憾みがある。
- (145) 原田純孝『近代土地賃貸借法の研究』(東京大学出版会、一九八〇)は、フランス民法典編纂に至るまでの主として農地賃貸借法の成立経過とその法的性格などを詳細に分析する貴重な文献である。

(146) もちろん、ここでの問題については本文に掲げた学説の他に、体系書や教科書での記述もあるが、その数も説明の分量もそれほど多くない。比較的詳しいものを掲げると以下の通りである。Baudry-Lacantinier et Wahl, *op.cit.*, p.362 et suiv. は、賃借人が賃借人の許可なくして築造した建築物であっても、賃借人が賃貸借期間中は所有権者であるとして、Wahl が既に公表している見解(注(102)参照)をほぼ同様に記述しているほか、賃借人は賃貸借終了後に自分が建築物の所有権者だと宣しうるとし、その際には賃借人が賃借人により設定された抵当権を負担しないところから(注(105)参照)賃借人の所有権は一種の解除条件に服してゐるといふ。Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 4<sup>ed.</sup>, 1924, p.544 は、五五一条が主物に結合するすべてのものを直ちに主物所有権者の所有権となるとしてゐることを理由に、合体の時に建築物の所有権は所有権者に移行するといふ。Bédant et Lebeours-Pigeonnière (avec la collaboration Voirin.), *op.cit.*, pp.376-377 は、賃借人により築造された建築物は材料の合体に依りて、その利益において添付が実現される賃借人に属するとし、この原則は賃貸借が建築許可を伴つてなされる場合でも適用され、ただその許可条項が賃借人は添付を一時的に放棄し、その効果を賃貸借満了時に遅らせたという意味に解釈される場合にだけは別であるといふ。Pianol et Ripert, (par Picard), *op.cit.*, pp.275-276 は、先に示した Aubry と Rau の「賃貸借が賃借人に付与する権利と、所有権者に帰属する添付権とを調和させる唯一の方法は、後者の権利の行使を賃貸借の終了時に現存する物の状態でだけ認めることである。」とする文章を引用したり、前掲(9)判決などを援用して、賃借人の自由な使用収益権の行使が賃貸借経過中は所有権者がつ添付権の障害をなし、添付権は賃貸借終了時にだけ行使されうると説明している。Pianol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. X *contrats civils*, (par Givord et Tunc), 1956, pp.855-865 は、まず賃借人の建築権や植栽権について原則として賃借人の同意なしには否定されるとし、従つて賃借人は賃貸借中に建築に反対したり取去を請求することができる。その理由は賃貸借終了時に賃借人が取り壊して原状に回復することにつき賃借人に何らの保証もないからという。しかしいくつかの緩和がなされるべきであり、その第一として当事者がこの点につき黙している場合には賃借地は建築などに充てられることが了解されていた可能性もあるし、賃借人が知つて建築に反対しなかつたときには建築などを許可していたとみなされうるといふ。更に賃借人が正当な理由なく賃借人に有用な物を害しない建築など(例えば納屋などの簡易な建築)に反対するときには、真の権利濫用をなすものとして裁判所はそのような反対を認めないとする。次に賃貸借継続中における建築物などの帰趨については、一般的に賃借人の所有となり賃貸借満了時にだけ賃借人に渡るとする説を支持したいといふ、その理由として賃借人は賃貸借終了時や継続中においてもそれらの取去を選択しうるから建築物などをなんら使用収益していることにならないこと、建築義務などを負つてゐるのではない賃借人には賃貸借継続中に取去する

同じ権利を与えるのが合理的なこと、質貸人に所有権を与えても具体的内容に欠ける権利を与えるだけとならうこと、この説は賃貸借継続中において添付権を停止することにより質貸人は物を引き渡した状態での物に対する権利だけをもちつという原則の適用へと導くこと、最後にこの説によれば質借人が建築物を自由に修正したり取り壊したりする権利を保持し、質借人の債権者による建築物の差押えや質借人による抵当権設定が可能となるだけでなく、建築士や請負人更には場合によって建築物に合体される動産売主までの法定先取特権が質貸人の所有権により無効化されない等々の望ましい実務的帰結をもたらすことがあげられている。Marty et Reynaud (par Jourdain), op.cit., p.178によると、通説は植栽や使用された材料の合体に依りて、また建築に依りて土地所有権者がそれらの所有権を取得すると考えるが、すべての学者がこの解決を認めている訳ではないとする。そして何人かの学者は、少なくとも質借人のように土地に対して使用収益権の所持者であった者により建築物が施された場合には、取得は土地が所有権者に返還される時にのみ生ずるとし、判例も次第にこの延期された取得を支持しているように思われるから、これにより質借人は賃貸借期間中において彼が築造した建築物の所有権者のままであることになる」と説明している。Carbonnier, op.cit., pp.1848-1849によると、賃貸借継続中は質借人・建築者が暫定的に建築物の所有権者であり、このことが土地の権利とは別個の地上権を質借人に付与するものであるとされ、そこで質借人は賃貸借の終了までそれらを自由に撤去することができるし、またそれらを譲渡したり他人に抵当権を設定することもできるとされている。

なお民法の関連条文の改正についても指摘しておく、五五五条は一九六〇年五月一七日の法律により改正され、所有者が建築物の保持を選ぶ場合における補償金について、建築者の善意・悪意にかかわらず増価に等しい金額か材料と工作工事の代価かの選択権があることとした。この直後に刊行されたAubry et Rau (par Esmein), op.cit., p.356 note 1の説明を引用する。「改正前」において、悪意の占有者に支払うべき補償金は、増価の金額がより下回っている、常に材料と工作工事の代価であった。それは批判しうるものであったが、しかし所有権者は建築者に取去を要求すると脅して彼に減縮された補償金を受けられるように強制しうることも気づかれるところであった。(この法律)は補償金の制度を統一した。それは、建築者が善意であっても悪意であっても同じである。他方でこの法律は老朽化を考慮して、材料の代価と工作工事の代金は償還の日に評価されると決めている。」

(147) 当面の問題である質借人の借地上建物所有権についていえば、質借人がそれを持ちうる根拠としての権能・権限が彼の使用収益権に含まれているかどうか、やはり質貸人との契約により証明すべきことになるが、前掲(11)判決を前提とすればその証明はかなり容易になされうることにならう。