

物権法及び担保物権法と個人意思

平 野 裕 之

I はじめに

私が日本側報告を担当したテーマは、「物権法及び担保物権法における個人の意思 (La volonté individuelle dans le droit des biens et des sûretés réelles)」であり、フランス側報告を担当したのは、フィリップ・デュピシヨ (Philippe DUPICHOT) パリ第12大学教授である¹。

以下には、先ずデュピシヨ報告を要約的に物権法と担保物権法とに分けて紹介するが、筆者(平野)による補充を必要な限りで〔〕書で付け加えている(注も同様である)。その後、フランス法が日本法に対して立法論また解釈論として示唆する点があるかまたそれはどういう点かといった観点から、日本法について分析をしたい。

¹ デュピシヨ教授は、2003年に「担保法における個人の意思の可能性」(*Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*)というテーゼ(博士論文)によりパリ第2大学から博士学位を取得し(3つの賞を受賞)、これは2005年に835頁の大作として出版されている。同教授は2009年に大陸法財団によるフランス法講義を担当するため来日し、慶應義塾大学で2回の講演を行っており(フィリップ・デュピシヨ・吉井啓子訳「人的担保法の経済的効率性」慶應法学15・16合併号[2010]133頁、同前「物的担保法の経済的効率性」慶應法学15・16号[2010]157頁)、今回が二度目の来日である。

II フランス法(デュピショ報告)

1 物権法と個人意思について

(1) 物権法規定の強行法規性

(a) 物権法は基本的には強行法規 物権法が強行法規か否かは、物権法の保護法益にかかっている。物権法といっても、政治的理由や国家の使命からして、土地や地下（鉱脈、採石、遺跡など）等の財産（富）については、国家が厳しく監視することが必要であり、また、都市や農地の利用、空中や電磁波等について公的規制が必要になる。これらを個人の自由に任せてしまう国家などあり得ず、この法領域では強行法規的性格が認められる。これらの法領域は、現在では民法から独立しており、環境法、都市法、鉱業法、空法等の学問的領域が形作られている。

民法の規定に限定しても、土地の相隣関係については、コルニュの言葉に従えば「社会的な調和により統治させる」ことに法の目的が認められ²、地役権を設定するかどうかという点では当事者の自由によって規律されるが、合意がない限り強行法規たる相隣関係（フランスでは、法定の地役権と構成されている³）によって規律されることになる。

(b) 物権法改正準備委員会における強固法規性明記の提案 2008年11月12日に提案されたカピタン協会による物権法改正準備草案⁴（以下、改正準備草案と略称する）の原案516条は、「本編の規定は、反対の規定がない限り、強行法規である」と明記していた。改正準備草案の報告書は、この点について「[改正準備]委員会の選択は、しばしば議論され、事例毎に裁判所が判断しなければならないどの規定が強行法規かという問題を

明確なものにするという利点がある。しかし、一定の物権法規定については、契約自由の外に置いてしまうべきではなく、かといって不明瞭さを除去するために、意思補完的な規定については、個別にその[任意法規という]性質を明記することが必要である[反対の合意がない限りといった形で明記]。ところが、全体的にみて、意思補完的な条文の数が多くない限り、[例外的に任意法規であるものを明記するという立法の]不都合さは認容可能な限度内にあると委員会の委員らは考え、条文で例外が明記されていない限り第2編の規定は強行法規であるとしたのである」と詳細に理由を説明している⁵。

ところが、この条文提案に対しては壮絶な批判が巻き起こり、特に2008年12月4日のリヨン第3大学における改正準備草案をテーマとするシンポジウムにおいて、厳しい批判を受けることになる。シンポジウムでは、ここまで厳格に運用することは適切ではない、立法者が社会における要請をまんべんなく事前に判断することなどできない、予めこの分野についての判例・実務を硬化させてしまうことになる、などといった批判が出されたのである⁶。

結局、改正準備委員会はこの批判を受け入れ、2009年5月15日の委員会において、議論のあった物権法の強行法規性の原則を宣言する規定を削除することにし、その後の改正準備草案の最終版では原案516条は姿を消したのである。この結果、裁判官に、「現実の状況に適合するように、条文が公の秩序か否かを選択する権限が取り戻されたのである」⁷。しかし、こ

⁵ 改正準備草案の当初案（2008年11月12日版）はアンリ・カピタン協会のホームページ上で見ることができる（www.henricapitant.org）。

⁶ W. Dross et B. Mallet-Bricout, L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique, D. 2009, p 508 et s. この論者は、「この点でここまで厳格にしてしまうことの不都合性」を認めて、「立法者が、社会の要請を予め全て判断しておくことは不可抗であり、この領域で判例・実務を予め縛ってしまうのは危険ともいえる。これは、他の国の法、例えばドイツ法に対して、物権の創造また変更の自由というフランス民法の特異性にまで立ち戻ってくる」という。

⁷ *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Litec, Carré Droit, 2009, précité, tel que modifié après une réunion du 15 mai 2009, spéc. p 115 et note 2.

² G. Cornu, *Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, coll. Domat, 2003, n° 25.

³ 「フランスの相隣関係については、武林悦子「フランス法における相隣関係」愛学17巻1・2号141頁（2002）、同「フランス民法におけるSERVITUDES（役権）の研究（3）」愛学46巻2号36頁以下（2005）参照。」

⁴ 「改正準備草案とその理由書の翻訳として、フランス物権法研究会訳「フランス物権法改正の動向」民商141巻1号134頁（2009）、門広乃里子訳「フランス民法典第2編『財産』法改正準備草案の紹介と試訳」国学院47巻1号130頁（2009）がある。本稿での条文訳は前者の翻訳を使用する。」

のことは決して逆に物権法が任意法規だという原則を認めることを意味するものではない。また、個々の規定毎にその規定が強行法規か否かが裁判所によって判断されることになるが、立法の際に強行法規か任意法規かを個別規定について明記することまで否定するものではなく、任意法規とする場合に反対の合意が可能なこと、強行法規とする場合には反対の合意を認めないことを明記しようとしている。この改正準備委員会の選択は賢明なものである。

(2) 主たる物権と物権法定主義⁸

〔フランスでは、物権を一律に扱うのではなく、①所有権とその用益の支分権である用益物権を主たる物権 (*droit réel principal*) といい、②抵当権などを従たる物権 (*droit réel accessoire*) と呼んで区別している。そして、前者のみを物権法の教科書で扱い、後者は別個に担保法 (*droit des sûretés*) ——人的担保も含む——で扱われている。〕

(a) *numerus clausus* 肯定論者 フランス民法では、物権を法定されたものに限定することを明言した規定はなく、物(財産)の上に成立する権利を規定した543条⁹を根拠に物権法定主義 (*numerus clausus* 呼ばれる) を認めるべきか否かが議論されているにすぎない。この点、物権法定主義を肯定する学説もある。例えば、マゾー兄弟の民法講義は、物権では「2人の者が係わるのではなく、人と物との関係であり、人が物につき有する権利を定めることができるのは立法者だけである。それ故、立法者は物権についてこれを制限する趣旨で列举をしているのである」と明言する¹⁰。同様に物権法定主義を肯定する学説は多い¹¹、肯定説は、ドイツ民法、アル

ゼンチン民法、オーストリア、イタリア及びスイスと同様に、民法に規定されている物権を制限列举されているものと考えるのである。

(b) *numerus clausus* 否定説が判例・多数説 [デュピショ教授は、否定説に賛成し、以下のように物権法定主義肯定論者の理由づけを批判している。]

(ア) 物権法定主義の根拠について ①まず、物権法定主義肯定論者は、ドモロン以降¹²、543条を物権法定主義の条文上の根拠として援用するが、この規定は、決して主たる物権を制限列举し物権の分類を限界づけるものではない。土地用益権または享受権の類型に係わる新たな物権を作り出したり、物権を変更する自由が、この規定故に否定されるものではない¹³。

②次に、政策的な理由からも物権法定主義を導くことはできない。新たな土地用益権や享受権を作り出したり、これらを法定のものとは異なるものとすることを認めるのは、封建的制度を廃止しようとした民法の起草者の意図と抵触するものではない。530条や686条は公序規定であるが、人的な権利とはしないという物権の要件さえ遵守していれば、明文にない土地用益権や享受権も認められる。

③功利主義的にも、物の経済的有用性の帰属する所有者が、新たな有用性(例えば、物のイメージについての権利)といった新たな利益を作り出したり、また、所有権を空間的に限定してその部分だけ独立して処分するこ

p. 451 et s., spéc. n° 14 ; F. Zénati, *Les biens*, PUF, 1^{ère} éd., 1988, n° 196[3^e éd., 2008, n° 313 et s.,] et note sous Cass. 3^{ème} civ., 18 janv. 1984, *D.* 1985, p. 504, spéc. I, A.

¹² Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t IX, 2^{ème} éd., Hachette, 1861, n° 519.

¹³ M. Cantin Cumyn, « De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés : essai sur l'énumération limitative des droits réels », in *Revue du Barreau* (Québec), t. 46, janv./fév. 1986, p. 3 et s., は、用益権が特別の利益享受の無名の物権類型として機能していることをほめかしている。また、Comp. N. Peterka, « Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance », *Defrénois* 2000, art. 37239, p. 1137 et s., spéc. n° 29 et s., は、物権について物権法定主義を否定して、特別受益を目的とした用益権を物権として肯定する。F. Pollaud-Dullian, *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Litec, Carré Droit, 2009, précité, p 17 は、制限列举ではないことを認め、このカテゴリーについて個人意思の実現を認めている。

⁸ [フランスの物権法定主義の議論を紹介するものとして、七戸克彦「物権法定主義」『慶應義塾大学法学部開設百周年記念論文集』(1990) 585頁がある。]

⁹ 民法543条は、「財産に対しては、あるいは所有権を、あるいは単なる収益権を、あるいは主張すべき土地役務のみを取得することができる」と規定している。

¹⁰ Mazeaud et F. Chabas, *Biens, droit de propriété et ses démembrements*, 8^{ème} éd., 1994, n° 1287

¹¹ 物権法定主義を肯定する学説として、V. not. H. Motulsky, « De l'impossibilité de constituer un « Trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française », *Rev. crit. DIP* 1948,

と〔＝後述の立体空間〕を禁止する必要はない。民法が、544条で所有権はもっとも絶対的な形で物を用益し処分することのできる権利と規定していることから、所有者は法令の禁止に反しない限度で自由に所有権から用益権を分離することができるのである。

(イ) 判例も物権法定主義を否定（無名の物権の創設を肯定） 判例も物権法定主義を認めず、無名の物権の創設を容認している。この点についての最初の有名な1834年2月13日のカクラール判決（arrêt « Caquelard »）は、主たる物権についてのリストは制限的なものではないことを認めている¹⁴。即ち、「民法544条、546条及び552条は、所有権の性質及び効力に係る一般法を宣言しているが、それは禁止規定ではない。……通常の所有権について許される種々の修正や権限委譲を排斥するものではない」と宣言している。もう1つこの判例ほどは知られていないが、1886年10月25日の判決があり¹⁵、「特別の合意によって、所有権の属性を規定した法律と異なる合意ができ、また、他の者のために所有権から派生する権利を制限することができる」と判示する。

(c) 物権創設の限界づけ [デュビショ教授も物権法定主義を否定する結論に賛成するが¹⁶、但し、無制限ではなく以下の3つの限界づけをしようとしている。]

①まず、所有権の「実質(substance)」を奪うような物権の設定は許されない。無名の用益権も、永久ないし過度の期間(30年以上または99年以上)

¹⁴ Cass. req., 13 fév. 1834, DP 1834, 1, p. 218 ; S. 1834, 1, p. 205 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz, 11^{ème} éd., 2000, n° 60, p. 311 et s.

¹⁵ Cass. req., 25 oct. 1886, S. 1887, 1, p. 373.

¹⁶ 物権法定主義を明確に否定するものとして、P. Crocq, *Propriété et garantie*, préface M. Gobert, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 248, 1995, n° 235 et s. ; Ch. Larroumet, *Les biens*, Economica, 3^{ème} éd., 1997, n° 54, 主たる物権の自由な創造に対して好意的な学説として ; J. L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2000, n° 53 [2^e éd., 2010, n° 53] : « いかなる条文も、条文により明確に認められた以外の物権を創造することを禁止するものではない。新たな物権の創造は公序の規定に反するものではなく、所有権は自由にその内容を分割した(……)物権としての特性を持つものとすることができる」と明言する。

について設定することは許されない¹⁷。②人間の自由を奪うことはできず、無名の用益権が人を隷属化させるようなものであってはならない〔具体例は不明。中世の領主と農民のように用益権を与えて搾取る関係か〕。③更には、第三者を不当に害するものであってはならず、取引の安全を害することは許されない。不動産について無名の用益権を設定しても、それを登記しなければ対抗できない。ところが、そもそも不動産登記によりできる公示は制限的なもので¹⁸、公示対象とされていない無名の物権は公示することができない。1955年1月4日のデクレ28条1項a号は、「不動産物権の設定または変動」にかかわる行為をすべて公示が必要なものとしているが、これは不動産物権が登記による公示が可能かどうかを問うことはない。従って、無名の用益権は登記ができないので、第三者に対抗できず、取引の安全を害することはないことになる。

(3) 物の分類における個人意思の影響

(a) 動産・不動産の分類への個人意思の影響可能性

① 法律を無視して当事者で物の性質を合意できない 物の不動産・動産等の分類については、1991年6月26日の破棄院民事部判決は¹⁹、

¹⁷ 同趣旨のものとして、B. Foëx, *Le numerus clausus des droits réels en matière mobilière*, Lausanne 1987, spéc. n° 216 は、「物権法定主義は、所有権を、その実体を出しつくしてしまうような物権制度をできないことにして保護しようという効果を持つものである」という。

¹⁸ 土地公示 (la publicité foncière) についての法規定が例示的か制限的かについては、A. Fournier, Rép. civ. Dalloz, V° « Publicité foncière », 1988, n° 180 et s., (この論者は人間的な公示については例示的であることを認めるが、対抗力を取得することができる必要公示については正当にも制限的であると考えている) ; F. Zénati, *Les biens*, PUF, 1^{ère} éd., 1988, n° 203 参照。

¹⁹ Cass. 3^{ème} civ., 26 juin 1991 : pourvoi n° 89-18.638 ; Bull. III n° 197 p. 115 ; RTD civ. 1992, p. 145, obs. F. Zénati ; D. 1993, p. 93, note I. Freu-Dalloz は、「民法517条について考察するに、物は性質により、またはその用途ないしはその用いられる目的により不動産とされるのである。上告を受けている判決(1989年6月8日のニーム控訴院判決)の認定した事実関係によると、X夫妻は、UFITH 信用ユニオン会社との、その不動産上に3つのベランダを建築するために……融資を受けた。……原審判決は、

明確に、「ある物が動産か不動産かという性質は、法律により定められ、当事者の合意はこの点について影響を与えることはできない」と明言する。

② 物の設置の仕方では決めることは可能 動産・不動産という基本的分類 (*summa divisio*) は、公序であり物理的性質によってのみ決まるかのようであるが、個人の意思によって、動産を不動産の一部と扱うことも、また反対に、土地に定着している物を動産とすることも許される。物理的な状況は、当事者の意思によって変更することが許されるのである。フランソア・テレ (F. Terré) のテーズ²⁰以来、個人意思が物の分類に直接に影響を及ぼしうることが認められている。

工事現場の小屋や園芸用温室を土地にそれ自身の重量だけで固定しておけば、不動産と分類されることを避けられる。逆に、温室を土地に固定して、性質上の不動産とすることもできる²¹ [意思で決められるといっても、ある物を当事者の意思で動産にするか不動産にするか決めるというのではなく、この事例でいえば、どういう形で設置するかでどちらにすることができるといっただけ]。實際上重要で興味深い問題として、風車 (*éoliennes*) の問題がある。風車は、民法上の風車小屋 (*moulins à vent*) と類似しているため [民法519条に風車小屋と水車小屋は性質上の不動産と規

定されている]、これは性質上の不動産であろう²²。しかし、事業者側は、これが動産と分類されることを熱望している。なぜかというと、動産であれば、抵当権ではなくこれだけに独立して質権を設定できるからである。

(b) 意思による動産の不動産化・不動産の動産化 一定の要件の下に、動産を不動産、逆に不動産を動産とみなすことができる。

① 用途による不動産化 民法自体が認めている制度としては、性質上は動産なのにこれを用途による不動産として不動産の一部と扱うことが可能である (用途による不動産化 *l'immobilisation par destination*)。これは、①動産を不動産の用に供するまたは土地の運用に供するという客観的關係 (経済的關係 [民法524条])、また、②永続する結合関係 (物理的關係 [民法524条]) から、主物の従物に対する用途という客観的關係 (*un rapport objectif de destination d'accessoire à principal*) により不動産化、即ち不動産の一部とすることが認められる。

② 不動産の一部の分離前の動産化 他方で、民法に規定がないが判例によって認められフレイジャヴィーユ (*Fréjaville*) のテーズ²³以来知られるようになっている法理として、不動産から分離される前に不動産の一部を動産と扱うことが認められている (*meubles par anticipation*)。単に将来不動産から分離する予定といった所有者の全くの主観によって、不動産からの分離前に動産化することができるという考えであるが、しかし、この分離前の動産化は第三者、特にその不動産の抵当者には対抗できない²⁴。

(c) 非消費物の消費物化等 古典的に認められている理論として、

全額の返済があるまで貸主にベランダの所有権を留保する条項は、ベランダは完全まで動産の性質を有し、それが従となり用途により不動産とすることが可能になる不動産の所有者であるX夫妻には帰属しないとした。しかし、ある物が動産か不動産かという性質は、法律により定められ、当事者の合意はこの点について影響を与えることはできず、従って控訴院は上記法条に違反している」と判示する。

²⁰ F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préface de R. Le Balle, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 2, 1957.

²¹ Cass. com., 10 juin 1974 Bull. 183 は、「軽量で暫定的なものであっても、単に土地の上に置かれている、即ちその重量のみによって支持されているのではなく、結合や設置措置がされたことにより、ある物は性質上の不動産となる」と判示する。Cass. com., 9 juin 2004, n° 01-13.349 Bull. civ. IV, n° 119 も、「コンクリートによって温室が土地に固定され、基礎工事と同じように動かないようにされている場合には、この温室は性質上の不動産を構成することになる」とする (税法上の結論に関係する判断)。

²² 性質上の不動産とされる風車 (*moulin à vent*) との類似性から、建築物に固定されていれば、風車 (*éolienne*) の支柱、回転軸及び羽根は性質上の不動産を構成する (Cass. civ. 19 juil. 1893, DP 1893.1.603)。

²³ Fréjaville, *Des meubles par anticipation*, thèse Paris 1927.

²⁴ 改正準備草案532条はこの点について明確に分離前に動産化するという制度を認めることを提案しており、「不動産から取り外すことができる物の所有者およびその契約の相手方は、事前指定によって (*par anticipation*)、それを動産と見なすことができる。ただし、第三者の権利を害することができない。このようにして、未収穫作物 (*les récoltes sur pied*)、鉱山または採石場から採掘すべき資源 (*les matériaux*)、取壊しから生じてくる産出物 (*les produits*) [は、事前指定によって動産と見なすことができる。]」と規定している。

当事者は、詐害行為とならない限り、特定物を消費物 (*choses fongibles*) とすることも、また、消費物でない物 [不特定物] を消費物とみなすないしその逆をすることが認められている²⁵。この場合、物の性質上は消費物ではないが、その物が想定されている場面においては消費物と扱われることになる。1926年3月30日の破棄院審理部の判決はこのことを認め、「性質上は消費物ではなくても、当事者の合意によりこれを消費物とすることができる」と明言している²⁶。改正委員会は改正準備草案に「設定行為において、あらゆる非消費物を処分する権限を用益権者に付与することができる」という規定を置いているが(597条)、これは用益権者に目的物の消費を認めるためのものであり、上記法理を認めるものである。

(d) 土地の立体空間の独立化 最後に、個人の意思が物の分類に影響を及ぼすものとして、立体空間 (*le volume d'air*) という法理がある。これは完全に非物質化され、三次元の割り当て部分 (*une cote*) としての空間と理解されている。しかし、実務上は、立体空間を性質上の不動産と理解する考えが次第に定着しつつある。区分所有全国委員会が2008年4月1日に登記についての勧告5号²⁷で宣言したのは、正にこのよう立場に基づいたものである。この勧告では、立体空間を性質による不動産とし、譲渡、抵当権の設定、用益権の設定、建築賃貸借に供することができるものとす

²⁵ この点につき、F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préface de R. Le Balle, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 2, 1957 参照。例えば、特定物の貸借の事例において、借主がその特定物自体を返還するのではなく金銭に評価して代償物を返還することを合意でき、これにより賃貸借(使用貸借)ではなく消費貸借となる。

²⁶ Req., 30 mars 1926, DH 1926, p 217. しかし、この自由については近時異論が提起されている (Pierre-Grégoire Marly, *Fongibilité et volonté individuelle, Etude sur la qualification juridique des biens*, Tome 4, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2004, préface Ph. Delebecque)。この論者は、消費物性を意思の問題ではなく性質の問題とすべきであるという。しかし、この提案は、興味深いものの、実定法を乗り越えていないし、通説に影響を与えていない。

²⁷ [2008年4月1日発効(採択は1991年のようである)の「不動産の区分及び分割された状態についての土地公示の規則の遵守についての勧告」であり、<http://www.jpmp-copro.com/Etude%201-1-2-3.htm>で参照することが可能である。この勧告では、「立体的区分 (*la division volumétrique*)」という表現が用いられている。]

る。この公証人慣行は改正準備草案527条に正式に採用され、立体空間を土地や建物と同等に性質による不動産として分類している²⁸。

(4) 物権法制度と個人意思

(a) 用益権の永久性の制限 民法619条は、用益権²⁹は個人のために設定する場合以外は[要するに法人に設定する場合]、30年を越えることができないと規定しており、これと異なる合意をすることはできない[自然人が用益権者の場合には、期間の満了[民法617条2項]以外に、その死亡により用益権は消滅し[同条1項]、相続性がないため永続することはない]。最長期間の制限は公序でありこれに反する合意が絶対許されないのかは殆ど問題になっていない。2007年3月7日の破棄院第3民事部の判決³⁰は、民法619条を強行法規と認め、相続を認める特約 (*conventions successives*) について、控訴院が619条と抵触するものの[617条1項を問題にしたのではない]同条は強行法規ではなく有効としたのを破棄している。即ち、「法人への用益権の設定は30年を越えられないのであり、控訴院は

²⁸ 改正準備草案527条は、「土地空間 (*l'espace terrestre*) の特定の部分は、性質による不動産とする。このようにして、土地、空間 (*les volumes*)、そこに存在する建築物および植物ならびにそこに合体される他のすべての物は、不動産である」(1項)、「区分所有の区画 (*les lots*) もまた、不動産である」(2項)と規定している。

²⁹ [日本民法は、所謂用益物権として地上権、永小作権及び地役権の3つを規定し、前2者は特定の人に帰属する物権であり、その設定できる内容は、「工作物又は竹木を所有する」(地上権[265条])または「耕作又は牧畜をする」(永小作権[270条])ことに限定され、それ以外の人役権は認められない。これに対して、フランス民法には、人の便益のために設定される物権的役権(人役権, *servitude personnelle*)として、578条～636条において、用益権(*usufruit*)、用益的使用権(*droit d'usage*)、居住権(*droit d'habitation*)の3つが認められている。旧民法では、フランス民法同様、3つの人役権が規定されていたが、弊害がありまた対して重要な権利でもないとの理由で、現行民法の起草者はこれを否定したのである。その上で、物権法定主義を採用したため、債権の利用権として同様の権利を合意するしかなく、賃貸借契約に分類されれば登記により対抗力を得る可能性があるが、無名契約とされればその可能性はないことになる。]

³⁰ Cass. 3^{ème} civ., 7 mars 2007, n° 06-12.568; Bull. civ. III, n° 36; JCP éd. G 2007, I, 197, obs. H. Périnet-Marquet.

当該条文[619条]に違反している」。ここでは契約自由が制限され、立法者が設定した期間制限に違反する法定の用益権を設定することは認められず、また、所有権の実質(substance)を侵害することはできないこともここでは示されている。民法の起草者は所有権の実質(substance)を侵害することを欲しなかったものであり、古法の階層所有関係の復活を危惧したのである。

改正準備草案には、「従前[現行フランス民法]よりも合意[の自由]をより認めようとする意図」³¹が認められるが、個人[自然人]に設定される用益権については、30年という強行的な期間制限を維持している(改正準備草案592条³²)。準備草案は、もう1つ革新的なものとして、後述する特別の用益権を創設しているが(後述)、これは法人か否かを問わず30年が限界となっている。

(b) 不動産賃借権の制限 また、[物権ではないが]長期不動産賃借権(l'emphytéose)についての法の規律を制限することはできない³³。農業及び海洋漁業法典(Code rural et de la pêche maritime)L.451-4〜L.451-13条は、一見すると長期不動産賃借権についての補完的な制度にすぎないかのようである³⁴。レミィ教授は、これについての法規定は、不動産賃借が借主に、実際上「時間の限られた所有者ないし準所有者」とするような規範であると、分析している³⁵。不動産賃借権を準物権として保護しながらも

——99年まで[18年から99年]しか認められないと——、間接的に所有権の実質(substance)を失わせることまでは認められないとして所有権を保護しているのである。破棄院は、それ故、長期不動産賃借権の譲渡可能性は「本質」であり³⁶、また、長期不動産賃借において不動産賃借人による用法の自由(liberté d'affectation)を必然的原則として認めている³⁷、建物を建設する権限は強行法規性が認められ³⁸、また、不動産賃借人の享益権をいかなる形によってであれ不安定なものとすることはできず、解除条件をつけることはできない³⁹、としている。

³⁶ Cass. 3^{ème} civ., 28 nov. 1972, RTD civ., 1973, p. 365, n° 2, obs. G. Cornu - Cass. 3^{ème} civ., 28 oct. 1974, Bull. civ. III, n° 385 - Cass. 3^{ème} civ., 12 déc. 1978, D. 1979, IR, p. 220 - Cass. 3^{ème} civ., 15 mars 1983, Bull. civ. III, n° 74 - Cass. 3^{ème} civ., 10 avr. 1991, Bull. civ., III, n° 114: 「自由に譲渡できるということは、長期賃借権の本質的な性格である」という。

³⁷ Cass. 3^{ème} civ., 12 déc. 1978, D. 1979, IR, p. 220: 賃借人は明示かつ書面による合意によって当初定められた以外の事業を行う権限はなく、それ故、賃借人は、長期賃借の分類と両立しない活動についての「監視する権利」(droit de regard)を有している。また、賃貸された財産の用法を制限する条項は、長期賃借という分類と両立しない(Cass. 3^{ème} civ., 13 mai 1998, Bull. civ., III, n° 101: 自然保護団体の会員にのみに限定された民間センターの創設へとその使用を制限することは許されない)。他方で、建物建築賃借の場合には、契約自由の原則に依拠して、借主の活動を制限する条項の有効性を認めている(Cass. 3^{ème} civ., 7 avril 2004, Bull. civ. III, n° 70)。

³⁸ 不動産賃借は、借主に建築する強行的な権利を付与するだけで、建築用地賃借とは異なり、借主に建物を建築する法的義務までは認められない(Cass. 3^{ème} civ., 11 juin 1986, Bull. civ. III, n° 93; RD imm. 1987, p. 324, obs. J.-L. Bergel: 更地の商業または工業のための使用に供するための一切の建築を認める営利会社のための20年間の賃借につき、建築を義務づけていない場合に、建物建築賃借ではなく長期不動産賃借を構成するものとして、使用料の改訂について1953年9月30日のデクレの適用はないものとしたものとして、Paris, 24 février 2005, Constr.-urb. 2005, comm. 136)。

³⁹ 従って、賃借に賃借人が賃料を支払わないと賃借人のために当然の解除を認める条項が含まれている場合には、借主の享益が暫定的なものにすぎないことを理由として、長期不動産賃借とは分類することはできない(Cass. 3^{ème} civ., 14 nov. 2002, Bull. civ., III, n° 223 は、「当然の解除条項は、貸主の利益のために物権という構成と両立しない暫定性をあたえるものである」という)。

³¹ P. Tarrade, Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens, Litec, Carré Droit, 2009, précité, p. 71.

³² 改正準備草案592条は「用益権は、名義人の終身、又は特定若しくは特定可能な期間について設定される。後者の場合、期間は30年を超えることはできない」と規定する。なお、改正準備草案593条は、「終身の用益権は、名義人の死亡によって、法人については、名義人の解散によって消滅する」(1項)、「用益権が譲渡された場合、反対の約定がない限り、用益権は、譲受人の死亡又は解散によってではなく、当初の名義人の死亡又は解散によって消滅する」(2項)と規定する。

³³ [フランスにおける不動産賃借権については、小柳春一郎『近代不動産賃借法の研究：賃借権・物権・ボワソナード』(2001)参照。]

³⁴ 「反対の合意がない限りにおいてのみ」適用されるに過ぎず、この規律は非常に広い契約による自由を前提としている。

³⁵ Ph. Rémy, obs. RTD civ., 1983, p. 757.

(c) 地役権の拡大 1804年制定当初から、民法は(686条1項)、地役権を土地と土地の関係とし、為す債務を負担させる地役権(*servitudes in faciendo*)ないし人と人とを結び付ける地役権というルビコンを渡らない限り、いかなる内容の地役権も自由に設定することを認めている⁴⁰。

(7) 地役権の限界 しかし、狩りや釣りは、封建君主がレジャーとして受け継いできたものであるが、これを土地と土地との関係である地役権(*servitude*)の対象とすることはできない。破毀院は、この場合には、地役権が付与される土地のための特別の利益を享受するのではなく、その土地の所有者という人がその利益を享受するに過ぎないため、このような利益を対象とする地役権とは認めない⁴¹。ここにおいても、領主による狩りや釣りの権利の再興への懸念が示されているように思われる。

(イ) 地役権の拡大 ところが、以下のような地役権を拡大的に運用することを認める判決がある。

① 工場の燃料を鉱山から受ける権利 ガラス工場のために、鉱山から石炭を受け取る権利を地役権で設定することは可能とされている⁴²。この場合には、人即ち工場の経営者というよりも、工場の用益という土地の利益に結び付いているからである。

② 競業禁止の地役権 更には、当初は認められなかったが⁴³、判例

⁴⁰ [フランス法の地役権については、吉井啓子「地役権概念の再検討——フランス法からの考察」同志社法学60巻7号293頁、武林悦子「フランス民法におけるSERVITUDES(役権)の研究(1)～(5)完」愛知学院大学論叢法学研究45巻4号、46巻1号、2号、3号、4号[2004～2005]参照。]

⁴¹ Cass. 2^{ème} civ., 22 juillet 1976, Bull. civ. III, n° 280 は、「猟をする権利の付与は、物権である用益権の性質を持ち得ない。そのために供与される土地[＝用役地]が何等用益や利益を得ておらず、この権利がもたらす楽しみは、その土地[＝用役地]の所有者の個人的なものにすぎず、土地そのものに関するものではない。従って、控訴院は、誤った適用をしており、[地役権の]条文に違反している」と判示する。[この判決については、吉井・前掲論文307頁参照。]

⁴² Cass. civ., 9 janvier 1901, DP 1901, I, 451, 1^{ère} esp.

⁴³ Req., 8 juillet 1851, DP 1851, I, 188 - Cass. 3^{ème} civ., 18 mars 1987, Bull. civ. III, n° 59 : 「当該条項が、売却された土地において、その近傍にある不動産におけるYの行う商事活動と類似の商業を[売却された]土地で競合的に行われることから、Yの商業

は、特定の用益に供された土地の取得者に対して課された競合禁止の物的地役権(*servitudes réelles de non-concurrence*)を認めている。即ち、1987年7月15日の第3民事部判決は、民法686条及び企業の自由についての1791年3月アラルド(Allarde)のデクレ2-17条により、「特定の用法に供することを土地の取得者に禁止することは、土地と結びついた者の行為により他の土地の利益のために設定された地役権の性格を持つ、そして、この利益が公序に反しない限り有効である、そして、場所さえ特定されていれば、決められた事業活動を期間の制限なく制限する合意も適法である」と判示する⁴⁴。この事例では、自動車修理工場を経営している土地の所有者が、「競合禁止の地役権」によって、自分の所有地に隣接する不動産につき一切自動車修理工場を設置しないという負担をさせるものであった。しかし、競業を行うのは人であり土地ではないので、疑問が残される。

⑤ 居住のみに使用が限定された地役権 最後に、分譲地の取得者につき、土地の使用を居住に限定し、自由業を含めて事業活動に使用することを禁止するいわゆるブルジョワ条項(*la clause d'habitation bourgeoise*)は、地役権の性質を持ち、全ての者に対する対抗力(*une opposabilité erga omnes*)が認められている。これは、ブレール分譲地事件(*lotissement Pereire*)についての1936年6月30日の破毀院判決が認めた結論であり、「居住用の使用以外の使用を売却された土地に対してなされた」禁止は、「土地それ自体に、他の利害関係ある土地の全ての利益となる物的な地役権を設定する」といった効果を認めることが可能であると判示している⁴⁵。このような地役権は、集団的であると同時に相互的であり、また、分譲地に

活動を保護することを目的としており、Yに、[その土地の買主である] *Prétail SICOMI* 会社とその承継人に期間について一切制限のない人的な債務を負担させるものであり、控訴院判決は正当にもこれを無効と判示した。

⁴⁴ Cass. 3^{ème} civ., 15 juillet 1987, Bull. civ. III, n° 184 - Cass. 3^{ème} civ, 4 juillet 2001, Bull. civ. III, n° 94 (このような禁止が、人的な債務の性質も有し得ることを明らかにする[この判決については、吉井・前掲論文308頁参照]) - Cass. 3^{ème} civ., 24 mars 1993, Bull. civ. III, n° 45, D. 1994, p 331, note E. Moreau.

⁴⁵ Cass. civ., 30 juin 1936, DP 1938, I, 65, note A. Besson ; S. 1937, I, 161, note H. Vialleton ; RTD civ. 1936, p 883, obs. H. Solus. [この判決については、吉井・前掲306頁以下参照。]

ある建物またそこでの生活が「ブルジョア」でなければならないといった地域を作り出す「階級意識」を支配させることになるという批判は可能である⁴⁶。

(d) 無名の物権の創設 既にみたカクラール判決によって物権法定主義が否定され、1896年12月30日のディジュン控訴院判決は、無名の物権 (*droit réel sui generis*) を認め、それを不動産の取得者のみならず転得者に対抗することを認めている。それは、鉱山の譲渡に際して合意された無担保条項 (*la clause de non-garantie*) の事例である。同控訴院は、この約定は、自由に合意をした当事者の間では法になる、そして、それは鉱山の譲渡人により譲渡された土地の当初の取得者に対抗できるだけでなく、その後の転得者に対しても対抗できると判示した。この判決に対する上告は、破毀院によって棄却されている。破毀院は、この条項は、鉱山の「開発者のために地表の権利を制限し、地表の権利の属性の1つを放棄するものである」と分析し、物権的合意であることを肯定したのである⁴⁷。

近時の判決でも、無名の物権 (*droits réels innommés*) が認められている。1984年1月18日の破毀院判決は、区分所有建物の共用部分である建物の壁を広告に利用することのできる永久の権利の設定を、無名の物権 (*droit réel sui generis*) の設定であると評価してこれを有効としている。控訴院の判決を破棄し、破毀院は、区分所有建物の壁を広告として利用する権利を民法上の用益権 (*usufruit*) とは認めず、無名の物権としたのである。区分所有者の規約では、区分所有者は第三者に譲渡する権利と共に永遠にこの権利を保持することを規定しているために⁴⁸ [従って、終身のものに限定される用益権では有効とは認められない]、この判決は、広告のために利用する無名の権利が、物権的性格を持ちまた永久のものであることを認めたも

⁴⁶ V. en ce sens, les savoureuses réflexions de Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, n° 1118.

⁴⁷ Cass. civ., 12 déc. 1899, S. 1901, I, p. 497, note A. Tissier.

⁴⁸ Cass. 3^{ème} civ., 18 janvier 1984, Bull. civ. III, n° 16 ; D. 1985, p. 504, note F. Zénati. Comp. cep. Cass. 3^{ème} civ., 19 novembre 1985, Bull. civ. III, n° 146 (区分所有規約における旧所有者に広告の権利を設定する条項を、不動産の専用部分の所有権ではなく、共用部分の使用権についてのみ付与される権利にすぎないことを理由として無効とした)。

のと考えられる (明確ではない)。カルボニエは、これは、民法上の用益権 (*usufruit*) は期間が限定されているので用益権には該当しないが、地役権でもない、何故ならば土地の利益のためではないし、更には所有権でもない、何故ならば物の用益の全てを内容とするものではないからである、と分析する⁴⁹。

また、1992年3月25日の破毀院第3民事部の判決⁵⁰は、控訴院判決の「特別の性質の不動産物権」という分類を支持し、1652年に設定された *droit de seconde herbe* の沼沢地での群れの放牧を認める権利を地役権 (*servitude*) と分類することを否定した。

(e) 地表権——立体空間所有権との区別 フランス古法では普及していたが、民法が否定した権利として地表権 (*un droit de superficie*) が注目されるようになっている⁵¹。地表権の性質については非常に議論がある

⁴⁹ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. 2, *Les biens, Les obligations*, Puf, coll. Quadrige, 2004, n° 706.

⁵⁰ Cass. 3^{ème} civ., 25 mars 1992, Bull. civ. III, n° 106 ; D. 1993, p. 65 は、「XもYも、当該権利を地役権ではなく、特別の性質の不動産物権にすぎないと判示した[控訴院]判決に対して上告をしている。上告理由は、地役権は、特定された者に設定するのではなく、地域的な区画のために設定することができ、区画とその住民の利益のために割り当てられていると主張している。[確かにその判決の説明について] 事実審判事は民法637条及び686条に違反している。しかし、主張されている *le droit de seconde herbe* が利害関係人ら (*consorts*) Zの土地のための負担をもたらすものであるならば、それは要役地に利益を与えるものではなく、その地域の住民全体に利益をもたらすものであり、また、この権利の行使が関係する場所の土地所有者のものではないならば、控訴院は、Zの土地に負わされた負担は、他の土地の用益や使用のために設定されたものではないと認めることにより、この点についての判断を正当化できるものである」と判示する。

⁵¹ [地表権というと、土地所有権を利用を内容とした所有権とそれ以外の所有権といった上土権的な印象を受けるが、そのような所有権を質的に分属させるものでも、また、空間所有権のように土地自体を区分して所有権をそれぞれに認めるというものではないので誤解しやすい。日本的な感覚では違和感のない理論であり、土地の所有権を独立させるのではなく、土地上の建物や工作物、立木等の定着物の所有権を土地利用権を持つ者が留保している権利状態にすぎない。]

が⁵²、地表権者 (*superficiaire*) に、耕作や建築のための空間的に制限された[建物や土地工作物についての]所有権を認めつつ、その土地自体については、別の地下権者といわれる者 (*tréfoncier*) に地面以下 (*tréfonds*) の部分の所有権を認めるものである。ところが、その性質は、日常生活において地表権という言葉がいろいろに用いられているため、判断は難しいものになっている。例えば、不動産賃借人が建物を建築する権限を保有する賃借権という程度の意味で最もよく用いられる。しかし、地表権は、用益権ではなく所有権の形など一切の方法によって設定することができ、従って、登記 (*publicité foncière*) が必要になる。

「権原として、地表権は、不動産所有者がその土地の上の(また建造物ないし/及び植栽)権利を譲渡するが、地下 (*sous-sol*) の所有権を保持する(その結果、地下所有者 (*tréfoncier*) となる) という内容の合意により取得される。地表権の譲渡の直接の効果は、土地の所有者による付合の規律による利益の放棄を含むものである」といわれている⁵³。判例及び多数説は、地表権をその部分全体の不動産所有権 (*un droit de propriété immobilière à part entière*) と分析する。1873年12月16日の重要な先例となる判決は、「地表権は、土地 (*fonds*) とは別の分離された所有権を形成する。即ち、それは、それが約定された契約の目的とされた建物、立木その他の土地の産物についてのみ排他的に及ぶものである」と宣言する。このようにして、破毀院は、地表についての「一元論」といわれる分析を認めるが、土地と地上物の2つの「重なり合った所有権 (*droits de propriété superposés*)」の存在

は認めている⁵⁴。そのため、地表権は、不動産の水平的な法的分割であり、絶対的な所有権から用益権を分離するものではない⁵⁵。

ところが、先に述べたように、1970年代からは、立体空間 (*volumes d'air*) が性質による不動産と認められるようになると、地表権と立体空間の所有権との混乱が生じることになる。しかし、この点、改正準備草案はこの2つを明確に区別しようとしている。「1つは、土地の空間的な分離 (*division spatiale*)、即ち、土地を2つまたはそれ以上の部分に分け、地理学的な限界は別にして、それぞれを完全な所有権の対象とするものである。これが562条の対象である。もう1つは、土地についての物権に関するものである。その権利自体は所有権ではなく、建物建築の権利を付与し、そして、建築された建物についての永久ではない所有権を付与するものである。これが607条の対象であり、論理的に[用益]物権を認める部分に規定が置かれている」⁵⁶。また、「より明かにするために、[改正準備]委員会、562条⁵⁷において、土地が分割(例えば、土地の上と地下といったように、1つの所有権の切取りは、2つの部分についての完全な2つの所有権を生み出すことになる)されるだけの場合、及び、この場合も所有権を生み出すが、新たな2つの所有権というだけ以上のものであり、空間的な分割という記述対象とされる、[空間の]立体の場合である。つい最近、地表権は、民法2521条⁵⁸に依拠したマイヨネットの登記簿において登記すべき物権のリストに

⁵⁴ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, précité, n° 901.

⁵⁵ J.-C. Chaput et S. Rochegude, “De la notion de droit de superficie à celle de volume immobilier”, *Defrénois*, art. 38570, spéc. p. 574

⁵⁶ Rapport accompagnant l'Avant-projet.

⁵⁷ 改正準備草案562条は、「土地は、その一部の所有権を第三者に与えるため、合意によって画された範囲において、その上下を分割することができる。上部の所有権を地表権といい、地下の所有権を地下権 *propriété tréfoncière* という」(1項)、「土地は、分割明細目録を作成することによって、複数の空間の創設を伴う空間的な分割の対象とすることができる」(2項)、「第534条以下の規定は、前2項の分割所有権に適用する」(3項)と規定する。

⁵⁸ マイヨネットに適用される規定についての第5編にある民法2521条は、「本法典その他のマイヨネットに適用される民事立法の規定によって規定されている登記 (*l'inscription*) が予定されている他の権利を害することなく、第三者に対抗できるた

⁵² ①多数説である一元説 *théorie “moniste”* は、地表権を土地の上部にある領域 (*zone*) = 地表 (*superficies*) についての所有権と分析し、土地そのものについては何等の権利を持たないものとする。②少数説である二元説 *théorie dualiste* は(支持者として、J.-P. Bertrel, “L’accession artificielle immobilière, contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie”, *RTD civ.* 1994, p. 737 et s)、この権利を複合的なものと考え、土地上の建築物についての権利と土地についての権利の2つからなるものと考えている。後者がなければ、建築物の所有権は付合を免れないからである。二元説の支持者は、単なる所有権ではない地表権の独自性を認めることになる。

⁵³ J.-C. Chaput et S. Rochegude, “De la notion de droit de superficie à celle de volume immobilier”, *Defrénois*, art. 38570, spéc., p. 575-576.

記載されるようになっている。

(f) 特別の受益権制度の創設 改正準備草案は、特別の利益享受が可能でなしに30年を上限とする新たな用益物権を創設しようとしている。「新たな章を創設し、改正準備委員会は、用益権 (usufruit) とは異なった、物の用益の全てにかかわるものではなく、設定者の選択により用益の1つまたはいくつかのみにしかかわる開かれた [=内容の制限のない用益] 物権 (改正準備草案608条以下)」を認め、「この特別の利益享受を目的とする物権は、例えば、池のほとりで釣りをする権利、特定のスポーツ施設の利用等を内容とするものであり、明確に期間が制限され30年を超えることができず、従って、終身のものではない(……)。この特別の受益のための物権の内容を制限されていないので、いろいろ多様な可能性を提供する。但し、これにより、享益権や用益権、その他一切の[用益]物権についての規律を脱法するために用いることは許されない。」

こういった物権を認めることは、516条が削除されたものの原則として認められる物権法の強行法規性を認めることに対して釣り合いを取るということを使命とするものといえよう。

2 担保物権法における意思の許容限度 (Le pouvoir de la volonté dans le droit des sûretés réelles⁵⁹)

(1) 従たる物権と物権法定主義 (Le *numerus clausus* des droits réels accessoires)

(a) 抵当権によって優先権が債権者間の平等を破壊する 抵当権は債権に優先権を与えるものであり、当事者の合意により他の債権者の重

めに、以下の権利が不動産登記簿に登記がされる。¹⁰ 以下の不動産物権 (Les droits réels immobiliers suivants)……e) 地表権……」と規定する。

⁵⁹ [フランス語では、物権 (droits réels) をそのまま担保物権という表現には使わず、本文にも括弧書きで引用したように *droits réels de préférence ou de garantie* といった表現がされるが、日本の担保物権に当たる表現としては、*sûretés réelles* という言葉が使われそしてより広い意味で *garanties réelles* という言葉も用いられる。この2つがどれほど区別されて使用されているかは疑問もあるが、本稿ではいずれも物的担保と訳して原語を括弧で表示することにした。]

大な利害を害する効力を持つものであり、優先権は何等の規制なしに自由に合意をすることを認めるわけにはいかない。そのため、優先権については、物権法定主義が認められる。主たる物権について物権法定主義を否定する諸理由は、優先または担保の物権 (*droits réels de préférence ou de garantie*) についてはあてはまらない。ここでは、物権法定主義を正当化する数多くの根拠が考えられる⁶⁰。

(ア) 条文に解釈上の疑義がない 主たる物権については条文の根拠としては543条しかなく、これが物権法定主義の根拠になるのか疑問があるが、物的担保では条文上の制限が明かである。2285条[改正前は2093条]と密接不可分に、2323条[改正前は2094条]は、「先取特権と抵当権とを適法な優先権の原因」として明記することにより、個人の意思を明確に

⁶⁰ 物的担保についての物権法定主義について好意的な学説として(主たる物権についての物権法定主義の否定とはつながらない)、M. Cantin Cumyn, « De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés : essai sur l'énumération limitative des droits réels », in *Revue du Barreau* (Québec), t. 46, janv./fév. 1986, p. 3 et s., spéc. p. 28 à 31, qui considère au regard du droit québécois antérieur au Nouveau Code civil du Québec promulgué en 1994 (改正前のケベック民法についての論稿である); P. Crocq, *Propriété et garantie*, préface M. Gobert, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 248, 1995, n° 235 et s.; Ch. Larroumet, *Les biens*, Économica, 3^{ème} éd., 1997, n° 54 (主たる物権の創設については好意的である [n° 53]); J. Ghestin, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, chron., p. 1 et s., spéc. n° 36; Mazeaud, F. Chabas et Y. Picod, n° 5 (「物権の数は制限されている。新しい物権を当事者が作りだすことはできない。この原則は、主たる物権について何らかの緩和がされてよいが、従たる物権に関する限りでは厳格に適用されるべきである」); Ph. Théry, n° 269; D. Legeais, n° 347: (「立法者のみが新たな物的担保を作り出した既存の物的担保制度を変更することができるだけである。信用や担保の権利は、問題となっている利益が、当事者だけの利益ではないからである」); S. Piedelièvre, n° 15 (Piedelièvre, Stéphane *Droit des sûretés* 2008); A. Bruyneel, « L'évolution du droit des sûretés, Constatations et questions », *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 oct. 1983, FEDUCI, 1984, p. 5 et s., (「債権者平等という公序の規律に対する例外である優先原因は、厳格な法であり、条文のない先取特権については十分に知られていない点は留保するとしても、意思自治は法律による抵当権や先取特権とは異なる物的担保を作り出すことは許されない」)。

制限しているのである。但し、2285条の列挙は十分なものではなく、質権者の優先権が規定されていない。民法起草者の考えでは、2285条の「先取特権」には、「質権者の先取特権」も含むつもりであり、質権に優先権を否定するつもりはなかった。

(イ) 他の債権者を害する制度である 次に、主たる物権には関係のない債権者平等の原則が問題となり、立法者によって予定されていないのに他の債権者を犠牲にして債権者に特別の担保を与える物権を創造することを禁止するものと考えなければならない。優先権は、一般担保を弱め、破産手続きや更生手続きにおいて強化される平等の要請を他の債権者を犠牲にして奪うものだからである。

(ウ) 合意の相対効の原則 優先権を持つ無名の物的担保を創設する合意は、民法1165条が規定する合意の相対効の原則にも抵触して許されない。優先権を持つ法定されていない物的担保を創設することは、たとえ無効ではないとしても、少なくとも第三者に対抗することはできないのである⁶¹。

(エ) 関連する2つの判例 担保物権については物権法定主義そのものが判例上議論されたことはないが、関連する次の2つの領域での判例は、この分野での物権法定主義になじむものである。

① 条文なければ先取特権なし 一方で、「条文なければ先取特権なし」(pas de privilège sans texte)という法格言を適用する判決、また、先取

特権について厳格な解釈を行う諸判決を挙げることができる。これらの判決は、個人の意思によって——裁判所についてさえ——先取特権の要件をで自由に決めたり、新たな先取特権を創造することを否定している⁶²。

② フランスにない物的担保についての国際私法上の扱い 他方で、フランス法では認められていない外国の物的担保のフランスの裁判所における扱いは、例えばフランスでは認められていない占有を伴わないまたは信託的な物的担保——イギリスの *la floating charge* や、ドイツの

⁶² Cass. req., 18 mai 1831, S. 1831, I, 221 (「一般先取特権について、とりわけ法外な〔特別〕先取特権について、それを規定した立法行為によって明確に特定されたじれにのみ厳格に制限されるべきであり、類推適用により〔規定されている〕以外の事例へ拡大することは許されない」という。V. aussi, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 11^{ème} éd., 2000, n° 283)。Cass. req., 13 janv. 1937, DP 1937, I, p. 39; *Gaz. Pal.* 1937, I, p. 251 (先取特権は、法律によって授与された優先的地位であり、立法者によって形式的に作られたもの以外は存在しえないという) - Cass. soc., 30 nov. 1951, D. 1952, p. 121, note P. Voirin (「先取特権は法律によつてのみ認められるに過ぎず、それを規定する条文は厳格な解釈がなされなければならない」) - Lyon, 9 avr. 1956, D. 1956, somm., p. 164 (「債権者に対して支払を保証するための担保は法律によって決められており、当事者間の適法な〔法定の担保についての〕合意以外に新たな担保を作り出すことは、裁判所は行うことができない」) - Paris, 30 avr. 1957, *Gaz. Pal.* 1957, 2, p. 29 - Cass. com., 4 nov. 1963, *Gaz. Pal.* 1964, I, p. 142 (「先取特権が認められる要件及びその対抗可能性を決める法律の規範は、倒産の場合の債権者の平等と抵触するために公序に係わるものである」) - Paris, 1^{ère} ch., 2 avr. 1997, *JCP éd. G* 1998, I, 103, n° 29, obs. Ph. Delebecque (「先取特権は、同一債務者の債権者間の競合事例における原則を変更するものであり、法律によつてのみ設定され、その規定は制限的に解釈されなければならない」) - Cass. 2^{ème} civ., 9 juil. 1997, *Bull. civ.* II, n° 217; *JCP éd. G* 1998, I, 103, n° 29, obs. Ph. Delebecque; *Gaz. Pal.* 1998, 2, somm., p. 574, obs. M. Véron (競落人に支払われていない売買代金の代物弁済また一定の金額の支払を義務づける条項は、売主に「他の債権者を犠牲にして法律の予定していな先取特権」を付与するのに等しい効果を有することを認める)。この先取特権についての厳格な解釈については、L. Aynès et P.-Y. Gautier, « De l'interprétation stricte des privilèges », *D.* 1994, chron., p. 13 et s., も参照せよ (この論者は、Cass. 1^{ère} civ., 24 mars 1993, *JCP éd. G* 1993, II, 22167, note Fourgoux の採用した解釈を余りにも厳格すぎるものと批判している); M. Cabrillac et Ch. Mouly, n° 519。

⁶¹ 同旨として、Ph. Théry, n° 117 bis 2/ (「根本的に1165条の例外なので、担保を設定する合意は、法律によって予定されている必要がある」)。このような合意は、立法者によって予定されていない方法である債権者のために財産の価値に対して優先的充当をしようというものであり、合意の債務的効力ではない効果を全ての者への対抗可能性の原則を援用することは困難であると思われる。ここでは特定の給付の負担が問題になっているからである。敷衍すると、契約当事者を越えた対抗力が問題となる法定の抵当権の設定とは異なり (V. not. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, éd. Defrénois, 2003, n° 789 et s.)、法定されていない優先権 (un droit de préférence innommé) の効力は、単なる「作られた状況を尊重する一般的義務」を出るものではない。しかし、第三者に無名の優先権の尊重を義務づけることは実際には債権の支払の序列を害することになるので、相対効の原則が対抗できるというべきである。

*Sicherungsübereignung*⁶³——が問題になった場合に、これらは殆どの場合にフランスではその効力が否定されている。その理由は、①第1に、これらは、いずれも占有を伴わない動産または不動産物的担保であり、特定の物ではなく将来の物を対象としていること⁶⁴、②第2に、フランスでは禁止されている私的実行条項 (*un pacte comissoire*) が伴われているからである⁶⁵。外国で有効にこれらが設定されたとしても、フランスにおいては国際私法上の公序に抵触する可能性がある。

以上のように、フランス法において法定されていない優先権を債権者に付与する担保物権を創造することは許されない⁶⁶。「完全に新しい優先権を

⁶³ [ドイツにおける譲渡担保については、R.ゼーリック・杉下俊郎訳『世紀の変わり目を前にしたドイツの譲渡担保、所有権留保、倒産法』(2000) 参照。]

⁶⁴ 物的担保における物権法定主義の論拠として引用される破毀院審理部の判決があり、イギリスの船舶に債権者がモーゲージを設定した事例についての判決である。債務者の破産がフランスで宣言された事例で、動産は抵当権により追求されることはないというフランスの規範に抵触することを理由に、モーゲージは無効と宣言されている (Cass. req., 19 mars 1872, S. 1872, I, p. 238)。この判決は、まず「占有、先取特権及び強制執行」についてはフランス法に服することを確認した上で、問題になっているのは動産であり不動産ではないことから、2118条と2119条に関して、「船舶は、他の動産同様に抵当権の対象とはならないと判示をすることにより、異議を申し立てられている判決はこれらの条文に正確に適合している」とし、また、2076条について、イギリスの債権者は「所有権の移転がなされていないので、現実にもまた観念的にも」船舶の占有を取得していないため、これをまた質権として有効とすることもできない、としている。

⁶⁵ Cass. req., 24 mai 1933, S. 1933, I, p. 257, note H. Batiffol - Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 1969, JDI 1970, p. 916, note J. Derruppé; *Rev. crit. DiP* 1971, p. 75, note Ph. Fouchard. *Adde*, sur la question de l'appréhension en droit français des sûretés sans dépossession constituées à l'étranger: M. Cabrillac, « La reconnaissance en France des sûretés sans dépossession constituées à l'étranger », *Rev. crit. dr. int. privé* 1979, p. 487 et s.; G. Khairallah, *Les sûretés réelles mobilières conventionnelles en droit international privé*, préface H. Batiffol, Economica, 1984; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, n° 180.

⁶⁶ 物的担保の物権法定主義について批判的な学説として以下のような学説がある。Ch. Mouly, « Procédures collectives: assainir le régime des sûretés », *Études R. Roblot, LGDJ*, 1984, p. 529 et s., spéc. n° 31 (「条文なければ担保なし」という議論は、「根拠を欠いているという難点がある。合意の自由、意思自治、新たな観念を作り出すこ

作り出すことはできない」⁶⁷」ので、取引の現実においても、厳格な意味での無名の従たる物権(物的担保)を設定する例は聞いたことがない⁶⁸。また、債権者に強化された優先権を認める新たな直接訴権を作り出すことも、個

とまたは既存の手段を新たな目的のために利用することが禁止されていない閉じられていない法システムにおいては、『条文なければ担保なし』といった規範を認めることがどうしてできるのだろうか、この規範を物的担保に限定するとしても、担保を主たる性質とする技術を担保と分類することを拒否して繕うことにならないであろうか。「物的担保は自由な契約による創造が可能である」)。M. Cabrillac et Ch. Mouly, n° 519 et 505 (「契約自由を用い、優先的な支払を確保する形での物権更にはその他の制度を編成することを妨げるものがあるだろうか。支払が策略の排他的目的であり、その策略は別の基準を充たさなければならないのであれば、個人意思により作られた担保が存在すること、そして、この担保がこの策略に依拠している限り有効であると認める必要がある」)。Ph. Simler et Ph. Delebecque, n° 346 (「物権のリストは制限的なものではなく、契約自由のシステムにおいては、新たな担保を設定することに何等支障はなく、また、その結果、実定法よりも広い概念として、物的担保の概念を広く認めることができる。但し、このような観念を弁護できるとしても、法律の設定したモデルから全く脱却できるということを意味するものではない」)。Comp. L. Aynès et P. Crocq, n° 406 (「古い考えでは、物的担保は、物権と同様に法律によって制限的に列挙されていると考えられている。このように制限したとしても、規範として支障はない。何故ならば、物的担保の数は、普通に語られるよりもはるかに重要だからである。議論は無益である。技術的な意味において担保を個人が作り出すことはできないとしても、契約自由により、譲渡可能な、担保 (*sûretés*) と同じ結果を導く、債権の従たる担保 (*garanties*) を設定できるのである」)。Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, Defrénois, 2003, n° 357 et s., spéc. n° 359 *in fine* (「合意自由の原則は、個人に法律の禁止していない一切の権利、とりわけ、法律がそのリストにおいて明確に規定をしていないとしても、物の上に直接の優先権をその権利者に付与した第三者に対抗可能な権利を創造することを認めるものである」)。

⁶⁷ J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, n° 227 et 238.

⁶⁸ 物上保証 (le cautionnement réel, これについては F. Grua, « Le cautionnement réel », *JCP éd. G* 1984, I, 3167 参照) は、無名のまたは新たな物権ではない。何故ならば、一方で、それが民法において言及されているからであり、また他方で、問題になっているのは質権や抵当権に過ぎず、それを債権者ではなく第三者が設定するというものにすぎないからである。

人意思には認められない⁶⁹。

（2）個人意思が物権法定主義に抵触しない場合

（a）物的担保以外は契約自由 優先権ある物的担保については物権法定主義による制限があるが、担保（*sûretés*）それ自体について物権法定主義は適用されることはない。①一方で、人的権利を広い意味での物的担保（*garantie réelle lato sensu*）として用いようとするもの（消極的担保（*sûretés négatives*）、同時履行の抗弁権、留置権）、②また他方で、所有権を「新たな」担保目的で、留保または譲渡という形で用いること〔所有権留保、信託担保＝日本でいう譲渡担保〕が有効と認められている。

まず、人的担保が物的担保を作り出すために用いられている。ある学者らは⁷⁰、いくつかの理由により、人的担保でありながら、*domiciliation bancaire*〔日本の振込指定のようなもののようである〕や消極的担保（同時履行の抗弁権、留置権）は、物的性質を有していると考えている。①まず、

⁶⁹ 完全または不完全のいずれの直接訴権も、法律または判例により、ある者に債務者の債務者（第三債務者）に対して、債務者の代わりにではなく自己の立場で認められる訴権であり、中間債務者（自己の債務者）の他の債権者に対する優先権や抗弁権の対抗不能等の利点が認められるものである〔直接訴権については、工藤祐巖「フランス法における直接訴権（*action directe*）の根拠について（1）（2）」南山30巻2号23頁（1996）、3・4号277頁（1997）参照〕。

確かに裁判所によって、条文なしに債権者に直接訴権が認められている事例があるが（Ch. Jamin, *La notion d'action directe*, préface J. Ghestin, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 215, 1991 参照）、それは個人意思によって直接訴権を合意することができるということの意味するものではない（直接訴権の絶対的な優先権の性質については、P. Crocq, *Propriété et garantie*, préface M. Gobert, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 248, 1995, n° 303 et s. 参照）。債権者平等という原理は直接訴権にもあてはまり、直接訴権は例外的にしか認められるべきものである（M. Cozian, *L'action directe*, préface A. Ponsard, t. 92, 1969, n° 104 参照）。

⁷⁰ Ph. Simler, « Les nouvelles garanties personnelles », Himeji International Forum of Law and Politics, n° 3, 1997, p. 38 は、振込指定と支払禁止（*la domiciliation bancaire et l'indication de paiement*）は、「不完全な人的担保にすぎない。第三者が「担保者」として機能するとしても、されは受任者としてであり、個人的に債権者に対して支払を義務付けられるわけではないからである」という。債権者に対する直接の債務がないために、人的担保という分類から外れることになる。

この担保は、人的担保のように従たる別の債務者が保証人のように付け加わるものではない。②また、担保のメカニズムが、債務者の資産の1つまたはいくつかについて強化するという方式のものであるか、または、債務者の弁済につき排他的または競合なしに得られるようなものにするものである。③更には、またこれが一番重要であるが、この担保は実務が考え出したものであり、債権者によって物的性格を持つものと考えられている。

債務者が行った法律行為を第三者が尊重しなければならないというのは、フランス債務法の原則である⁷¹。それ故、法定された物権や物的担保の性格を持つ人的権利を設定する法律行為は、原則として第三者に対抗することができる。その行為またその当事者に生じる効果は民法1167条の意味での詐害行為のフロードを構成する場合、または、債務者について開始された更生手続きの危機否認の対象となる場合を除き、第三者によって尊重されなければならない⁷²。

（b）債権者平等自体の妥当範囲の制限 また、債権者平等の原則に対しては、古典的なものと、最近のもの2つの制限が可能である。

①まず第一の古典的な制限は、債権者平等の原則の妥当領域を狭めることである。即ち、同一の財産への差押えの競合や破産手続きにおける競合

⁷¹ P. Van Ommeslaghe, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », in *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 oct. 1983, FEDUCI, 1984, p. 345 et s., spéc. n° 7 は、「ここで原則として考慮されるべき基本原理によれば、全ての債権者はその債務者に信頼せざるをえず、その結果、例外なしに債務者がなした行為の一切の効果を甘受しなければならない。これが法律行為は原則として第三者に、その対外的効果において、即ち、その存在それ自体、新たな担保を創造しようという合意が、倒産し〔債権者が〕競合してしようと原則として当事者に生じさせる結果として対抗可能であるという原理の普通の帰結である。……」といい、また、正当にも、債務者によってなされた法律行為の第三者とりわけ債権者への対抗可能性の原則を強調している。F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2002, n° 498 も、正当に「無担保債権者の状況は、一般的承継人よりも第三者の地位にはるかに近いものである。債務者によって締結された契約は、全ての物に対抗できるのと同様に、無担保債権者に対抗することができる」と述べている。

⁷² 契約の第三者への対抗可能性については、例えば、F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2002, n° 490 et s. 参照。

の状況においてのみ、債権者平等の原則による制限を認めることである⁷³。債権者平等の原則はどんな場合にも働くものではなく、また全ての債権者に対して問題になるものではなく、債権者が競合する事例においてのみ問題になるに過ぎない、即ち「債務者の1つまたは複数の財産について債権者の矛盾した主張が対立する」⁷⁴事例に限られる。

②2つ目はVan Ommeslagheが適切に記述しているところであり、「債権者の競合また債権者間の債務者の積極財産によって債権者が弁済を受けることにのみ関するものであり、それ以外の一切の普通の取引を妨げるものではない。……債権者平等の原理は（また債権者平等の派生原理である「条文なければ先取特権なし」という原則）、先取特権と抵当権を別にして、債権者の平等を害する、優先的な方法で実現された後に、債務者の財産からの弁済を債権者が受けられることを確保するための一方的法律行為または合意を禁止するというだけのものである」⁷⁵。

(3) 法定されている物的担保における意思による自由の拡大

(a) 法定の物的担保における自由の余地の拡大 優先権型の物的担保について、私的実行条項 (pacte comissoire) 禁止という制限が次第に排除される傾向にある。また、順位譲渡 (cessions d'antériorité) による優先権の順位についての変更、商品の質権 (le gage de marchandises) についての代位条項の許容、充填可能な物的担保の導入等、近時は物的担保における当事者意思の自由の許容範囲が広がりつつある⁷⁶。

⁷³ このように債権者平等及び物的担保についての物権法定主義を債権者が競合する場合に限定する学説として、P. Van Ommeslaghe, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », in *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 oct. 1983, FEDUCI, 1984, p. 345 et s., spéc. n° 9 ; P. Crocq, *Propriété et garantie*, préface M. Gobert, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 248, 1995, n° 252 à 254 et 301.

⁷⁴ P. Crocq, *Propriété et garantie*, préface M. Gobert, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 248, 1995, n° 252 à 254 et 301.

⁷⁵ P. Van Ommeslaghe, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », in *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 oct. 1983, FEDUCI, 1984, p. 345 et s., spéc. n° 9.

⁷⁶ [充填可能な抵当権が2006年の担保法の大改正により認められ（太矢一彦「フラン

(b) 物的担保の選択肢の広がり また、フランスにおいて、法律で認められている物的担保のバリエーションが広がってきている。信託担保 [日本でいう譲渡担保] が、2007年2月19日の法律2007-211号 [信託を民法に導入した法律] 及び2009年1月30日のオルドナンスにより実定法により規定された。信託担保が、不動産も含めて資産全体の設定が可能になった。これにより、優先権を設定する物的担保の設定と、財産権を移転・留保する排他的権利 (droit de préférence vs droit d'exclusion) という選択が可能になったのである⁷⁷。

Ⅲ 日本法の解釈論及び立法論的検討

1 物権法の強行法規性

(1) 強行法規性を明記すべきか

日本においても、物権法規定は原則として強行法規であると考えられている⁷⁸。禁止を明記する場合もあり (345条、349条等)、反対に法が明文で合意を認める場合もあるが (地上権の地代の有無 [266条]、留置権の使用許可 [298条2項] 等)、明文がなくても解釈により反対の合意や明文にない合

スにおける充填式抵当権 (l'hypothèque rechargeable) と抵当権付終身貸付 (le prêt viager hypothécaire) について) 東洋法学52巻2号185頁 [2009] 参照)、また、信託担保 (日本の譲渡担保) も2009年に明文で充當可能性が認められている (民法2372-5条)。

⁷⁷ [2009年のオルドナンスでは、信託担保を規定するだけでなく所有権留保についても規定を導入している。動産担保のリストに信託担保と並べと所有権留保を規定し (民法2329条)、動産所有権留保についての6カ条の規定を置き (民法2367条~2372条)、更に、不動産担保のリストに信託担保と共に所有権留保を列挙するが (2373条)、不動産については、個別規定は信託担保と同様に置かれていない。]

⁷⁸ 例えば、我妻栄『新訂民法総則』(1965) 267頁は、「物権の種類・内容などに関する規定のように直接第三者の利害に関係する法規も、一般に強行法規である。物権については、特に明文がある」と述べる。175条を根拠として挙げているので物権の内容についての規定が念頭におかれているが、對抗要件や即時取得等の物権法制度についての規定も強行法規として考えられているといつてよい。

意が否定されるものではなく⁷⁹、物権法規定がすべて強行法規と考えられているわけではない。

では、フランスの改正準備草案の原案のように物権法規定は反対規定がない限り強行法規であるとする規定を置くべきであろうか。教科書では異論なく物権法規定は原則として強行法規であると宣言されており、それを確認するだけなので何も問題がないかのようである。しかし、結論としてそのような規定は無用かつ有害である。その規定と異なる合意を認めるかどうか解釈に任せるべき規定、強行法規かどうか争いになりうる規定があり、上記のような一般規定を置くとそれらを強行法規と決めることになるからである。①明文規定によって、④反対の合意を禁止する規定、⑤反対の合意を認める規定があればそれに従うが、②明文規定がない場合には、物権的合意・債権的合意を問わず、公序良俗に違反するか否かによって個別事案毎に判断されるべきである。確かに単なる推定規定とするならば不都合は避けられるが、そのような規定を置く必要性はない。

(2) 「債権的合意」について

(a) 物権の内容としては無効な場合 物権法規定は強行法規であるが、「ただし、注意すべきことは、物権を創設するとか、物権の内容を変更する、というのは、第三者に対する関係でも効力を生ずるものとするのであって、当事者の間だけで債権的な効力を生じさせることは妨げな

⁷⁹ 例えば、法定地上権を事前に否定する合意、無償の永小作権の設定、自己借地権の設定（地上権の要件として265条が「他人の土地」ということ、また、混同の規定（179条）と抵触する）等が問題になる。囲繞地通行権を否定する合意は認められないが、通行場所について合意をすることは許され、211条の要件を充たさない部分の囲繞地通行権を合意することができてよい。また、特約が有効だとしても、譲受人に承継されるか（対抗できるか）は問題として残される。例えば、建物を境界から50cm離す義務については、延焼防止等公益的な理由が中心だとすれば反対の合意は許されないが（50cm以上にする合意なら可能であろう。但し所有権の内容についての合意か不作為義務を負担する債権契約に過ぎないかは議論の余地あり）、私的利益を中心に考えれば特約は可能になるが、特定承継人に承継されるかは問題になる。承継されなければ、特定承継人の登場により234条に立ち戻り50cmを超える建物部分の除去を義務づけられることになる（権利濫用による規律は可能）。

いことである（地上権について、譲渡しても譲受人が地上権を取得しないものとするとはできない。しかし、譲渡人には契約違反の責任を負わせることはできる）」と説明されている⁸⁰。これが、物権についての合意だが当事者間の「債権的」効力⁸¹＝「相対的」な効力として認めるという趣旨なのか、それとも債権契約であり債務を負担させる債権契約ならば認められるという趣旨なのか、必ずしも明確ではない⁸²。物権的効力・債権的効力が絶対効・相対効の代名詞のように用いられる傾向があるがための混乱であるが、後者を問題としているといえようか。

例えば、画家がその絵画を大学に寄贈する際に譲渡・処分を禁止しても、譲渡性のない一身専属的な所有権とする物権的合意はできないが（206条参照）、譲渡をしない債務を受贈者に引き受けさせる合意は有効となる。また、土地についての建物の制限は土地所有権の用益権限の内容の規律であり、法定または解釈上の規制を「より制限する」合意または「緩和する」合意については、所有権の内容を私人で決めることは認められるものではなく（後述）物権的合意としては無効であるが、債権的合意としては公序良俗に反しない限り有効と考えてよい⁸³。

⁸⁰ 我妻栄・有泉亨補訂『新訂物権法』（1983）27～28頁。

⁸¹ 物権的合意でも第三者に対抗できないときにこれを「債権的効力」といつたり、債権契約でも第三者に対抗できるときにこれを「物権的効力」といつたりする。即ち、民法の議論において、債権＝相対権、物権＝絶対権として、相対的な効力を債権的効力、絶対的効力を物権的効力と称することがあり、債権的・物権的という呼称が相対的・絶対的と等しい意味で使われる傾向がある。ドイツ民法ではそれでよいとしても、対抗要件主義を採用するわが国では、物権でも対抗できないこともあるので、物権だから絶対効を有するものではない。債権＝相対権、物権＝絶対権という理念を貫徹ば物権法定主義は必須であるが、対抗可能・第三者による侵害の効力を物権・債権の峻別論から切り離す立法また解釈の下では、対抗不能により物権の相対化がなされ、物権法定主義は必須のものではなくなる。

⁸² 法定地上権の排除の合意は、物権的合意であるが、①第三者（競落人）が法定地上権者になる場面ではその効力を生じないが、②設定者が法定地上権者になる場面では効力が生じると考えて、これを債権的効力という必要はない。物権的合意であるが、第三者（この例では競落人）に対抗できないだけといえよう。

⁸³ 但し、いずれの合意がされているのか実際には必ずしも明確とはいえない。例えば、隣接する土地の所有者ABが、法令上は3階建ての建築が可能であるが2階建

フランスではこのような合意ができるかどうかを、物権的合意と債権的合意を明確に分けて説明することはないが、物権契約と債権契約の区別をするわが国の議論の下では、譲渡できない所有権、譲渡できない永小作権、譲渡できない債権を作る物権的（準物権的）合意と、譲渡しないという不作為義務を負担させるだけの合意とを区別することができる。場合によって

て以上の建物を建築しない合意をしたとして（地域住民全員で行うと後述の建築協定）、2階建てまでしか建物を建築できない所有権とする合意なのか、2階建て以上の建物を建てない不作為義務を負う合意なのか、必ずしも明確ではない（先の例の、境界から建物を1m以上話して建築するという特約も同様）。午後6時以降は住宅街の工場で操業をしないという合意が、新たな不作為義務を負担する合意なのか、それとも、不法行為上の不可侵義務を合意で変更したものなのか（条例では例えば午後8時以降禁止になっているのを合意で午後6時に変更）、いずれとも評価し得るのと類似する（アパートの住民の間で午後8時以降はピアノを引かないという合意もでき、必ずしも所有権についての合意というわけではない。所有者の事例でも、権利者側につき特定承継人に承継させる必要があるかは疑問）。このような合意が、隣地の特定承継人に承継されるか、隣地の借地人に対抗できるのか、物権的合意であっても対抗を制限し相対効となる可能性もあり、債権的合意だから相対効・物権的合意だから絶対効というものではなく、債権的合意・物権的合意いずれについても対抗できず相対効とされる場合もあるし、債権的合意でも特別立法により対抗可能とされ絶対効が認められることもある。重要なのは、本文に何度も述べたように、「物権か債権か」また「物権的合意か債権的合意か」ではなく、「第三者に対抗できるか否か」である。傍論的であるが、大阪地判昭61・12・12判タ668号178頁は、Xがマンションの庭付きの1階で温室で趣味の欄栽培をしようとして、隣接地はAの所有であり、AとYとの間に「Aは、……については木造二階建建物を建築することを確認する」といった合意があり、同地上には同人が居住用に木造二階建の建物を建てるのみで、それ以上高い建物は建たない旨、及びしたがって本件建物の専用庭に温室を設置すれば、同所には園芸に必要な日照を確保できる旨の説明を信じてXが専用庭のあるマンション1階部分1戸を購入したが、土地がAからBに売却され、鉄筋コンクリート四階建の隣接建物が建築され温室での園芸活動は実際上不可能になった事例で、「本件契約当時の本件建物の敷地及び本件隣接地の権利関係からみると本件隣接地が第三者へ売却されればたとい当時の所有者AとYとの間に木造二階建の建物しか建てない旨の約があつたとしても、その債務が第三者に引き受けられないかぎり、第三者は本件におけるように鉄筋コンクリート造四階建専用住宅を建てる可能性は十分に存在した」と判示している。

は、物権的合意がされているがそれは無効であり、無効行為の転換により債権的合意として効力を認めるという余地はある。また、たとえ物権的合意として効力が認められる場合も（すべてが強行法規ではない→(1)）、物権的合意だから当然に絶対効があるのではなく、そのような制限も物権変動の一種であり（177条）、第三者に対して対抗不能とされる可能性はある。逆に言えば、物権契約でもその限りで第三者に対抗できず相対効であることは債権契約と変わらず、取引安全を害することはないので、物権契約か債権契約かで区別する必要があるのか、所有権の制限以外については疑問が残される。

なお、建物を解体せずそのまま使用するという約束で建物の譲渡を受けた場合に、建物所有権と建物著作権との分離といった別の法理で解決をする可能性もあり⁸⁴、目的物を壊したり変更してできない所有権を作り出すことはできないが、債権契約以外にも依拠する解決方法を探る余地はある。

(b) 附随的な債権的合意 物権に密接不可分な人的な義務（債務）を結び付ける合意は可能であり、地役権で議論されている物と結びついた

⁸⁴ フランスの判例には、建物の所有権は譲渡により移転するが、建物著作権（芸術的所有権）は建物の設計者に帰属し、その同意なしに建物所有者といえども建物を自由に改修して変更できないとしたものがある（Cass.1^{ère}civ.,7 janvier 1992, Bull.civ., I n°7,p.5）。日本では、最判昭59.1.20民集38巻1号1頁は、「美術の著作物の原作品は、それ自体有体物であるが、同時に無体物である美術の著作物を体現しているものというべきところ、所有権は有体物をその客体とする権利であるから、美術の著作物の原作品に対する所有権は、その有体物の面に対する排他的支配権能であるにとどまり、無体物である美術の著作物自体を直接排他的に支配する権能ではない」とし、所有権と著作権とが別の権利であることが認められており、最判平16.2.13民集58巻2号311頁はこれを物の名称についてのパブリシティの権利にも適用し、「競走馬等の物の所有権は、その物の有体物としての面に対する排他的支配権能であるにとどまり、その物の名称等の無体物としての面を直接排他的に支配する権能に及ぶものではない」という。前者の判例を応用すれば、建物所有権だけを譲渡し建物著作権を留保するという構成も可能であろうが、しかし、それは類似の建物が無断で建築しようという第三者に対して差止を求める権利などが認められるだけで、建物の譲受人がこれを壊そうという場合にその差止を求める根拠とすることは難しいと思われる。

地代などの債務(物上債務といっておく⁸⁵)については、所有者が誰かは問わず所有者が負わなければならない物と結びついた (*propter rem*) 特殊な債務である。抵当権設定者に増担保義務を認める合意も、抵当権の負担を受けた所有者に負わされる特殊な債務とするか、抵当権設定者についてのみ契約上の債務か、その構成は微妙である。これに対して、抵当権設定者に後順位抵当権を設定しない、目的不動産を譲渡しないといった義務を負わせることはできるが、これは抵当権に関連した義務を負担させる債権的合意にすぎないというべきであろう。これらの「附随的な債権的合意」も、そのような債権契約として公序良俗に違反しないかを検討すれば足りる。この場合、有効な合意であるとしても、抵当不動産が譲渡されれば、

⁸⁵ 梅謙次郎『民法要義卷之二物権』(1911) 227頁以下は、地上権の地代の債務は「其物権の附随義務(即ち依物義務——*obligatio propter rem*) に過ぎざるが故に、若し土地所有権の譲渡ありたるときは地代の債権も亦将来新所有者に属すべきこと固より言うを待たず」といい、それ故土地所有権譲渡の登記をすれば当然に地上権者に対して地代を請求できるという(賃貸借の場合には必ず債権譲渡の債務者への対抗要件を充たすことが賃借人への対抗には必要)。物上債務とは、物上保証人が抵当不動産の価格の限度で債務を負うのかという議論において認めるか否かが検討されているものとは別に、このように物権に結び付けられた債務といった2つの類型がある(前者はフランスの2006年担保法改正で否定したと宣言されている)。債務というかどうかは措くが、担保目的物の所有者の担保価値維持保存義務もその1つといえよう。

共有物の管理費用についての254条と同様の規律が区分所有法8条においても共用部分の管理費用等の債権について認められているが、例えば区分所有権をAが管理費を滞納したままBに譲渡し、Bにおいても支払われないまま、更にBがCに区分所有権を譲渡した場合に問題がある。①Aが債務者のままであることは当然、また、②現区分所有者Cが区分所有法8条により債務を負担することは疑いない。問題は、③中間者Bである。物的有限責任説では、Bはもはや物的有限責任を負わないことになる。大阪地判平21.7.24判タ1328号120頁は、「区分所有法8条に基づき元の区分所有者の管理費等の債務をいったん負うことになった以上、その後その区分所有権を他に譲渡しても、その債務の支払を免れることはできない」とする。理由として、「いったん特定承継人となって債務を負うことになった者が所有権を他に譲渡して債務を免れるなどという責任軽減は、規定もなく、全く想定していない」と述べる。しかし、物上債務であればCのみがその債務者であり、但しAは免れないという処理によるべきである。

譲受人には承継されることはなく、立法論としてもこのような合意に第三者対抗力まで認める必要はない⁸⁶。

2 物権法定主義について（新たな物権の創設）

物権については物権法定主義により法定の物権また内容のみを認め、法が内容の選択を認めている部分のみ契約自由が保障されるに過ぎないのに対して、債権ないし債権契約については契約自由の原則が適用され、法定のメニュー（典型契約）またその内容に拘束されることはなく、公序良俗に反しない限りはいかなる合意も許される。このように両極端な扱いを受けるのであるが、その前提である物権・債権の峻別については、「意義と射程はそれほど明確ではない。いずれに属するか不明な権利が多いだけでなく、そもそも何のために諸々の権利を二分するのが必ずしも明確ではないからである」⁸⁷と評され、その前提自体が盤石なものではない。物権的

⁸⁶ 抵当権設定契約に本文述べた条項が含まれている場合、登記をすることによって抵当権は譲受人に対抗可能になるが、抵当権設定契約当事者たる地位まで承継されるわけではない。特約による増担保義務の合意とは異なり、担保価値維持保存義務は所有者に負わされる物的義務である（一般的不可侵義務とは異なり、所有者・抵当権者間の義務）。地上権を設定した土地所有者が用益を妨害しない不可侵義務を負うに過ぎず契約上の債務を負担するのではないのと同様に、目的物の価値を下げたり実行を妨害してはならない不可侵義務として負担するものである。判例も、「抵当不動産の所有者は、抵当権に対する侵害が生じないよう抵当不動産を適切に維持管理することが予定されて」おり、「右状態があるときは、抵当権の効力として、抵当権者は、抵当不動産の所有者に対し、その有する権利を適切に行使するなどして右状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を有する」と、「抵当権の効力」により所有者の義務として負わされる義務と説明している(最大判平11・11・24民集53巻8号1899頁)。

⁸⁷ 瀬川信久「物権・債権二分論の意義と射程」ジュリ1229号(2002) 104頁。なお、ドイツ民法は、絶対権・相対権の対立概念を基礎としているため(対抗不能概念がないため、物権は絶対的なものであることが貫徹されている。そのため物権法定主義はこのような立法では必須である)、物権と債権を支配権・請求権という対立概念によって区別することではなく、支配権という概念は、形成権や期待権と相対して観念され、支配権の中には債権も含めるのがふつうであり、また、請求権は抗弁権に相対して用いられる(於保不二雄『民法著作集I』[2000] 92頁)。

合意（物権契約）・債権的合意（債権契約）の区別についても同様であることは先に述べた。

ところで、日本民法は人役権（後述のように広い意味で用いる）を永小作権と地上権に限定し、旧民法のように広く人役権を認めず、他方で一身専属性を規定せず相続や譲渡を認めている。その上で、物権法定主義を採用しているため、物権法定主義（以下には、新たな物権の創造に限定して議論する）は、民法その他の法律にない用益権を私人が創設することを否定することに大きな意義があることになり、物権法定主義⁸⁸の鍵を握るのは用益物権についての評価にあるといってもよい。

フランスでは、無名の物権を認め、また、競業禁止義務などの人的義務（債務）を負わせているようにも見える事例で物権的合意に拘泥し地役権を拡大しているが、その背景には、物権とすることにより第三者対抗力の取得を可能とするという実践的意図、また、物権・債権峻別論といった理論的思考にあるように思われる。後者については、人の役務を目的とした人と人との債権関係ではなく、土地と土地との便益の関係、土地についての物的利益の帰属といった債権関係を越えた法律関係（絶対権・排他性）を理論的にすみ分けしようという意識があるのかもしれない。また、フランスの伝統である公証人という制度も、どこかに影響を与えているのかもしれない。

（1）担保物権以外（所有権及び用益権）について

（a）所有権について 所有権は物権の完全体＝物権の源泉であり、法律といった客観的規範によってその内容が定められ、また、用益物権や担保物権の設定により制限を受けるだけである。始めからそれ自体不完全な所有権を作り出すことは認めるべきではなく、このような物権秩序は公序に属するものというべきである。そして、結局は不完全な所有権それ自体をつくり出すに等しい永遠の用益物権（地役権は除く）も認めるべきではない⁸⁹。これに対して、所有権に債権的な拘束を認める合意は、公序

⁸⁸ 筆者の物権法定主義の評価については、拙稿「物権法及び担保物権法と契約自由」法論84巻2・3号（2012）401頁以下参照。

⁸⁹ 永小作権は明文で50年に制限がされ（278条1項）、地上権については、判例は期

良俗に反しない限り可能なことは先に述べたとおりである。

（b）用益物権

（ア）人役権について

① 現行法における人役権の否定（ないし限定） ローマ法には「他人の物を自己の用に供する物権」を「役権」とし、これには人の利益のための「人」役権と土地の利益のための「地」役権の2つがあった。人役権をその権利者限りの相続や譲渡は認められない一身専属的な権利に限定するならば、そのような意味での人役権は日本にはない。但し、「地」役権に対して消去法的に「人」の利益のための用益権と広く考えれば、永小作権と地上権も人役権の一種であるといえ⁹⁰、このような広い意味で以下では人役権という言葉を用いていこう。

日本では、人役権として永小作権と地上権のみを認め、他方でこれに一身専属性を認めず相続や譲渡を可能としている（譲渡については永小作権について272条に規定）。広く人役権を認めなかった理由については、ヨーロッパにおいて「経済上其弊害あることは学者の大抵争はざる所なり。故に中古以来欧州に於ては種々の人役権を認めたりと雖も今日に至りては力めて其数を減ずるの傾向にあり」。「我邦に於ては幸にして其慣習あらざるが故に物権として此等の権利を認める要なし」。「若し夫れ多少類似の権利を必要とする場合あらば、契約の自由に拠り債権関係を生ぜしむるは豪も妨げなし」と説明されている（原文カタカナ）⁹¹。

間制限が永小作権とは異なり制限されていないことの反対解釈として、「若し民法が幾数百年又若くは永代と云ふ如き無制限の契約を為すことを許さざる律意なりとせば、永小作権に於ける規定の如く期間を制限す可き筈なるに其制限なきを以て之を見れば、其期間は当事者の設定行為に一任し一切制限せざる律意なりと解釈せざる可からず」と判示し、「永代地上権」の効力を認める（大判明36. 11. 16民録9輯1244頁〔原文カタカナ。以下戦前の判決につき同様〕）。学説は否定説が通説である（梅239頁など、近時は加藤雅信『物権法〔第2版〕』[2005] 305頁）。

⁹⁰ 梅・前掲書264頁は、広義においては永小作権や地上権も人役権といえるという。

⁹¹ 梅・前掲書264頁以下（富井政章『民法原論第2巻物権』[1906] 247頁も同様）。債権関係だけでは担保が少ないならば質権や抵当権を併用すればよいという。例えば、隠居して生涯土地の収益を与える慣習があり、相続人（生前相続人）に収益を分与する義務を負わせるが、この義務を確保するためにはその土地につき質権や抵当権を

② 人役権を再評価する提案 民法施行後、永小作権と地上権に限定したことに対して取り立てて批判は出てこなかったが、昭和初期に石田文次郎博士により、教科書に簡単ながらであるが人役権を広く認めることを再評価する主張(立法論)が次のようになされている。

「然し商工業の発達につれて、特定の土地そのものの便益のためよりも、寧ろ其の土地の上に経営されている企業其のもののため他人の土地に地役権を設定すべき必要が多い。企業経営のために欠く可からざる要素となるような土地に対する権利関係は、債権関係よりも物権関係である方が望ましい。従って私は我民法に於ても、地役権の外に人役権を認める必要があると思う」⁹²。

但し、「債権関係よりも物権関係である方が望ましい」理由は説明されていない。もしその理由が対抗力の取得にあるのだとすれば、必要ならば問題となる利用権に対抗力を認める立法をすれば解決がされるはずである。対抗力を物権の専有物であり、民法605条を例外中の例外として立法論としても安易な拡大を否定するというのは、1つの姿勢として理解できる。その後、戦後の教科書にこれを支持する記述が見られるようになり、また、田んぼ上の高压電の設置については、地上権が建物その他の工作物所有目的に限定されているために地益権として実務上設定されているが、賃貸借では十分ではなく人役権を認める必要性が主張されている⁹³。

設定すればよいという。

⁹² 石田文次郎『全訂改版物権法論』(1945) 532頁。我妻・有泉・前掲書408頁以下も、「企業財産の使用収益権が物権的に保護される必要も少なくない」といい、「人役権」という制度は利用される価値があると評する。末川博『物権法』(1956) 350頁も、「立法論としては、住居・企業などについて特定の人の便益に供せられるべき物的負担を認めて、人役権の制度を置くことも必要ではあるまいか」という。このように人役権要望論は目立たないながら戦後に勢いを増しつつあったが、これを論文として論じたのが山野目章夫「物的義務の現代的再生」法学53巻6号(1990) 210頁以下である。

⁹³ 加藤雅信ほか『現代民法学と実務(上)』(2008) 260頁以下(山野目)。この鼎談では、加藤(雅)発言は最後まで人役権導入の必要性には納得していない様子であり、加藤(新)発言も実務では債権的な処理をしておこうといった考えもあるのかと受け止めたという感想を述べる程度である。なお、民法改正研究会の改正提案は、地

(イ) 若干の考察

① 新たな用益物権の必要性はあるのか ①実際の運用はさておき、不動産賃貸借権に広く対抗力を認め(605条)、債権・物権を区別する基準を放棄するというルビコンを渡った日本では⁹⁴、用益物権によることの実益は失われ、用益物権の需要が断ち切られてしまった。また、物権法定主義を採用し人役権を制限し、物権への依存を可能な限り少なくしようという起草者の意図が見え隠れする。それが成功したのか、日本では慣習法上の物権以外に、新たな用益物権の合意(上土権等の旧慣上の物権の主張ではなく)が判例で問題とされることはない。

② 実益的観点から ①地上権とも永小作権とつかない新たな用益物権を物権のメニューに加える実益が第三者対抗力にあるのだとすれば、実務の要請があれば、債権契約に特別立法により登記等による第三者対抗力を認めることも可能であり、物権でなければならない必然性はない。②地上権や永小作権では、債権契約ではないので使用収益できる状態に置く義務を設定者に認めないという利点を実現できるが、賃貸借においても賃借人に修繕義務を負担させる特約は可能である(消費者契約では消費法10条により否定されようが)。③第三者による侵害に対する保護の点についても、解釈論として用益物権同様の保護を、債権契約にも認めることは可能である。物権とすることが望ましい実益として何が残されるのであろうか⁹⁵。

上権(普通地上権?)と永小作権を農業地上権に名称変更しつつ内容を詳細化し、それぞれ対抗力について借地借家法及び農地法の特則を民法に導入しようとするが(186条、190条)、新たな人役権は導入していない(山野目章夫「新しい土地利用権体系の構想」ジュリ1362号56頁以下参照)。

⁹⁴ 賃貸借によっても(建物所有以外の地上権を除く)特別法によって第三者対抗力が認められており(農地法16条1項、借地借家法10条、31条)、更には民法において広く「不動産の賃貸借」に土地・建物を問わず登記による第三者対抗力が承認されている(実際には登記されないというだけ)。賃貸借は「ある物の使用及び収益を相手方にさせる」ことを内容とする契約であり、占有を移転することを必ずしも要件とはしていないので、他人の土地の池で釣りをすることを認める合意も賃貸借たりえ、登記により対抗要件の取得が可能である。

⁹⁵ 実務上用益物権ではなく賃貸借が選択されるのは、土地所有者によって「物権た

⑥ 理論的観点から 確かに理論的には物権か債権かは権利構造としては大きな違いがある。特定人に対する請求権とは異なり、用益物権も人に対する権利ではなく、物の所有権から派生した権利の取得が問題とされる⁹⁶。即ち、用益物権の場合には、所有権の用益価値部分を用益権者に付与してしまい、用益権者が所有権者から付与された用益価値の部分を有しており、この物権である用益権に基づいて使用・収益ができ、所有者は何ら債務を負担せず他人の物権を侵害しないという第三者と同じ不可侵義務を負うだけである。

物権・債権＝絶対権・相対権という峻別論⁹⁷が崩壊した法制度では、政

る地上権によって強い拘束を受けることは不利」なことが理由としてあげられるが（末川・前掲書322頁）、「強い拘束」は要するに利用権者の賃借権よりも厚い保護を意味し次のようなものである（地上権と比較する）。①賃借権では20年という制限がある（604条）、②地上権は自由に譲渡・賃貸ができるが賃借権ではこれができない（612条）、③2年以上の地代の支払いを怠って初めて地上権の消滅請求が認められる（266条、276条）、④期間の定めのない地上権は裁判所が20年～50年の範囲内で期間を定めるが（268条2項）、賃貸借ではいつでも解約できる（617条）、⑤用益物権では登記請求権が認められ、賃借権ではこれを判例が認めない。しかし、これが借地については制限され統一的規律に服していることは周知のようであり、上記の差を所与の前提とする必要はなく、債権・物権いずれの利用についても立法によってどうにでも規律は可能である。

⁹⁶ 物権は、「物に対する」「直接支配権」「絶対権」であり「排他性」があり「優先効」「追及力」「第三者対抗力」が認められるといった、債権との理論的な差そして債権に対する物権の実益が認められている。担保物権を債権の効力強化として優先的処分権を認める以上に別個に物権を認めるべきかは議論のあるところであり（物権であることを否定するものとして、加賀山茂『「債権に付与された優先弁済権」としての担保物権』『民法学の軌跡と展望』（2002）291頁以下）、「絶対権」であり「排他性」「優先効」「第三者対抗力」は物権の専有物ではなく立法により債権にもこれらの効力ないし類似的効力を付与することは可能である。また「第三者の侵害からの保護」も理論的に債権について否定する必要もない。残されるのは「物に対する」「直接支配権」という理論的側面だけになる、これを後生大事に崇めて物権性を堅持するかどうか、法学に対する姿勢が問われているのかもしれない。

⁹⁷ 物権・債権峻別論については、ジュリ1229号（2002）65頁以下の「特集 財産法理論の展開」所収の諸論稿及びその引用文献参照。債権と物権とを対置するよりも、契約と物権を対置したほうが分かりやすいかもしれない。賃貸借であれば賃貸借

策が前面に打ち出される土地利用法制につき、用益物権の物権性を叫んでも虚しさしか残らない。物権秩序を整理するという物権法定主義の趣旨を極端に進め、物権としては所有権のみを認め（地役権は所有権の効力についての合意に位置づける）、それ以外は全て債権関係と財産管理権・財産の帰属論（授權論、信託等）とで処理をするということも考えられる。重要なのは第三者対抗力であり、それが物権の専有物とはしない立法では、物権性は決めてではない。理論的に残された問題としては、第三者による侵害に対する保護があるが、解釈により差止や損害賠償請求を認めることができる。複雑な封建的物権秩序の真逆の法制度としてこのような未来の法制度の設計図もありえないものではない。

② 物権法定主義の問題に立ち戻って フランス民法では、人役権が広汎に認められており、地役権と永小作権しかない日本民法とは異なるし、また、判例により物権法定主義が否定され、地役権の内容も緩やかに運用されている。日本では、立法論としてどう考えるべきであろうか⁹⁸。

たとえ物権法定主義を否定しても、法定された物権でなければ登記により第三者対抗力を取得できないので、法定の物権のパリエーションを豊富にする意味は残される。しかし、繰り返すが重要なのは物権か否かという

「契約」によりその法律関係は規律される。これに対して、例えば地上権であれば、契約（物権契約）は地上権を所有権から分離独立させるだけであり、その後の法律関係は、契約関係ではなく設定当事者間でも物権関係であり、所有権は用益権を失い、地上権者がこれを取得し、所有者でもこれを侵害すれば債務不履行ではなく、物権侵害による物権的請求権また不法行為が問題になるに過ぎない。農業のための使用権を賃貸借のみとすることは安易であり、20年を超える賃貸借を認めなければならないが、「それは、長期安定の土地使用権原を物権として構成し、そうでないものを債権として構成しようとするにより役割分担の透視性を高めるという立法政策と整合しないこととなる」という批判があり（山野目・前掲論文59頁）、上記の立法論は容易に受け入れられるところではない。

⁹⁸ なお、人役権と地役権の中間的な「制限的人役権」というものを認める立法もあるが（ドイツ民法1090条以下。ギリシャ民法1188条以下[カライスコス・アントニオス「ギリシャ民法典邦訳（5）」比較法学43巻1号47頁以下参照]）、特にこのような物権を認める必要性があるかは疑問である（制限的人役権については、三瀧信三「制限的人役権ニ付テ」法協35巻12号[1917]1頁以下、芹澤悟『「制限的人役権」概念の史的基礎」亜法27巻1号[1992]6頁以下参照）。

理論的議論ではなく、第三者対抗力の有無だとすれば、立法されるメニューは物権でなければならない必然性もない。実務に「物権」を信奉する神話は日本にはないように思われ、日本の社会意識に対する物権法定主義導入の歴史的意味は大きかったといえる⁹⁹。上記のように、物権として所有権だけを認め、地役権は所有権の効力についての合意として構成し、その他の物の積極的・消極的利用等の関係は債権契約に委ね、必要があれば第三者対抗力を認める立法をすれば足りよう¹⁰⁰。このような立法では、物権法定主義を堅持し物権を所有権に限定することが必要になる。但し、慣習法上の物的な権利の余地は残すことは可能である。

(2) 担保物権について

(a) 優先権型の担保物権 日本では、担保物権への175条の適用は担保物権も物権であるという理由のみで説明されているのに対し、物権法定主義の明文規定のないフランスにおける、他の債権者に対して優先権を取得し他の債権者に効力を及ぼすことになるので、合意の相対効の原則から、例外を認める法規定がなければ認められないという説明は興味深い。確かに「第三者」が譲受人等の物権取得者に限定される用益物権とは異なり、担保物権が債権の効力を強化し債務者の財産に対する債権者平等の原則を一切の他の債権者との関係で修正することを考えれば、契約の相対効の壁に突き当たるはずであり¹⁰¹、例外を認める法規定が必要でありまた法

が例外を認めてよいとした権利内容を私人が勝手に変更できないといえそうである。しかし、譲渡や用益物権の設定も、その財産を債権の効力外にしたり、財産としての価値を下げるものであるため、債務者の他の一切の債権者に影響を及ぼす点では変わらないはずである。ところが、それでも担保物権は本質的には物権ではないと考えれば¹⁰²、用益物権とは異なりむしろ債権についての合意でありそのために相対効とされるのだというのは、説明として容認しえないものではない。そうすると、担保物権については、むしろ物権法定主義というよりも債権の効力についての合意の相対効という観点から、法定の例外的メニュー以外は認められないことを正当化すべきであろう。

学説には、譲渡担保をめぐってこれを担保物権と構成する立場から、物権法定主義の適用を制限しようという主張がある程度である¹⁰³。その他、動産について占有を伴わない優先権型の担保物権を合意できるか（質権設定後に目的物を設定者に保管される場合に議論がある）、といった疑問はないわけではない¹⁰⁴。

に近い準物権行為であり、対抗不能を問題にするほうが適切なかもしれない。無効と対抗不能の差、契約の相対効と物権変動の対抗不能の差といった根本的な問題に係わる問題である。

¹⁰² 被担保債権の消滅時効さえ考えればよく、抵当権だけ独立して消滅時効にかかるということを考える必要はなく、立法論としては396条と397条を廃止すべきである。抵当不動産の取得時効については、抵当権が登記されている限り抵当権は消滅しないものとすべきである。

¹⁰³ 譲渡担保を無名の抵当権と構成する米倉教授は、その内容の確定度も高度なものであるし、更には、公示不備によって生ずる第三者のこうむる不利益も、この権利の承認によって特に生ずるわけではないのみならず、しかるべき救済策を伴っているのであるから、民法175条の趣旨に反するものではないという（米倉明『譲渡担保の研究』[1976] 55頁以下、同『担保法の研究』[1997] 76頁以下。竹内俊雄『譲渡担保論』（1988）16～17頁も、担保権の構成を慣習によることなく、175条の趣旨と抵触しないことを説明している。

¹⁰⁴ 本文に述べたように、優先権型の担保物権が賃貸借のような債権契約であり契約自由の原則が妥当する代物ではないとすれば、優先権型の担保物権を自由に創造することは否定せざるをえない。但し、詭弁かもしれないが、実務の要請に合致し条文解釈として対応可能なものであれば、物権法であっても立法論を解釈の名の下

⁹⁹ 明治33年の「地上権ニ関スル法律」が制定され、1条1項で地上権の推定規定が置かれたものの、同2条では民法施行前からの地上権は施行後1年以内に登記しなければ第三者に対抗できないと規定した。

¹⁰⁰ 建築協定（一注111）がその一例であり、これをあえて全員が相互的に地役権を設定する法律関係として物権的合意として構成する必要はない。太田勝造「所有制度の創発と物権・債権の区別についての覚書」ジュリ1229号（2002）103頁は、『物権だから……』とか『債権だからとか……』というレトリックで考えることは必ずしも社会的最適性を導かず、むしろ、それぞれの権利カテゴリーにおける情報コストや外部コストなどの取引費用の程度とその最安価回避方策を分析して、それに応じた制禦を図ることが社会的に望ましい発想というべきではないかと思われる」という。

¹⁰¹ なお、債権契約についての相対効ということと、物権行為についての公示がないと対抗できないというのとはことなり、債権の効力を強化する合意はむしろ後者

(b) 権利移転ないし留保型担保 譲渡担保について、判例は「所有権移転の効力は債権担保の目的を達するのに必要な範囲内においてのみ認められる」という（最判昭57.9.28判時1062号81頁。同旨を宣言する多数の判決あり）が、所有権留保については、担保の限度で留保とまで宣言した判例はないが、「留保所有権者が有する留保所有権は、原則として、残債務弁済期が到来するまでは、当該動産の交換価値を把握するにとどまるが、残債務弁済期の経過後は、当該動産を占有し、処分することができる権能を有する」と宣言した判決がある（最判平21.3.10民集63巻3号385頁）。このため、このように所有権を分裂させる行為が、物権法定主義に反しないかは、担保権的構成ではなくても問題になる。

権利移転・留保という過ぎた法形式を与える点を見れば、譲渡担保も抵当権の設定と性質は変わらない行為になる¹⁰⁵。権利の移転・留保は実行を自己の名での私的実行によることを可能とするための形式に過ぎない。しかし、直截に債権の効力を強化する合意それ自体ではなく、処分を可能とすること等の目的で所有権の移転や留保という形式を用いていることを、信託やファイナンス・リース等のように正当な行為としてその実質をオブラートに包むことを容認することも、その弊害がなく、実務の要請が高ければ認めてもよい（有効と認めてよい）。そのためには、取引の安全が害されないことが必要になるが、この点は議論をすると議論は尽きないので省略をする。

(c) 担保物権規定の合意による変更 抵当権や更には法定の担保物権について合意で内容を変更できるのかは、物権法規定と異なる合意の効力は先に述べたように公序良俗に違反するか否かによりその効力を判

に実現することは可能であると思われる。抵当権についての私的実行可能な抵当権（抵当直流）の合意だけでなく、占有を伴わない質権、実行の合理性が担保されるような流質の合意がされた質権など、物権（担保物権）についても、立法論に合致させる解釈による修正は可能である。

¹⁰⁵ 抵当権を物権と構成しない加賀山教授は、当事者の真意は担保権の設定であるとして、所有権の移転を虚偽表示として無効とし、隠匿行為である担保権の設定を有効と考える担保権的構成を採用する（加賀山茂『債権担保法講義』[2011] 532頁以下）。その担保権の設定というのが、加賀山教授では物権の設定ではないことに注意を要する。

断すべきであるが、この点で、(a)に述べたような特殊な考慮が必要になる。債権の効力を強化し他の債権者に対して優先的地位を認める担保物権は法定のものに限られ、また、そのような内容ならば他の債権者との調整として優先効を認めてよいと判断して規定を置いたわけであり、これを私人が勝手に変更することは許されない。ただ、他の債権者との関係での調整ではなく、設定者の利益との調整についての規定はこのような観点を入れる必要はなく、例えば質権とは異なり、抵当権の私的実行を認める合意（抵当直流）は有効と考えてよい。但し、特約を公示する手段がないので、抵当不動産の譲受人には対抗できないと考えるべきである。これに対し、留置権の使用を認める特約は、そもそも留置という事実状態を譲り受けようという者が調査をすべきものであり、あわせて特約の有無も調査を要求して酷ではなく、公示なしに対抗を認めてよい¹⁰⁶。留置権や先取特権を事前に放棄する合意も公序良俗に反するか否かによりその効力を判断すべきであり、また、留置権や先取特権の成立要件を制限するのはこれに準ずるが、要件を緩和する合意については、債権の効力の拡大であり原則として許されないと考えられる（合意ではなく、解釈により要件を緩和することは可能）。

3 物をめぐる議論

(1) 物の性質をめぐる議論

用途による不動産といった議論は、日本では従物以外には認めず、それで特に不都合はない。他方で、不動産の一部の分離前の合意による動産化は、日本にはおなじみの未分離果実と立木の議論に近い。この点は、所有者の下で既に独立の所有権を認めるか——日本の場合には独立の所有権を認めるために動産と擬制することはしない（準動産といった比喩がされる程度）——または譲渡があつて初めて果実や立木部分の所有権が独立し

¹⁰⁶ これに対して、清水元「判批」リマークス14号31頁は、「留置物の使用についての承諾があるときには、これを約定担保化と捉えて、一定の公示要件に服させるのが妥当と考えられる」とし、「使用等の開始を対抗要件とせざるをえず、したがって、使用等の開始の時点と所有権取得の対抗要件具備との先後関係によって決するものと解すべき」であるという。

移転するのか、更には明認方法をそのための成立要件とするのか¹⁰⁷、といった議論があり、既に日本においては判例の蓄積がある。未分離果実や立木を超えて、採石権のような権利ではなく特定された不動産の一部(将来動産)の譲渡について、対抗力を付与する制度を導入すべきかは疑問は残ろう。特に実務上の要請もないようであり、債権関係として処理しても不都合はない。不法行為者に対しては債権侵害の要件を充たせば固有の損害賠償を請求できるし、また、代償請求権による保護も考えられる。

(2) 地表権及び立体空間所有権

地表権は、建物と土地とを別個の物とする日本法の専売特許であり、付合の例外を問題にするまでもない¹⁰⁸。立体空間の議論については、地上権

¹⁰⁷ 明認方法不要説として、中尾英俊「批判」『民法の判例(第3版)』(1979)75頁、必要説として、鈴木祿弥『物権法講義〔5訂版〕』(2007)206頁、木村常信『民法異説の研究』(1972)87頁、新田敏「立木および未分離果実の独立性と『明認方法』の目的」法研45巻9号(1972)46頁等。

¹⁰⁸ 18～99年の期間の契約で農地を長期賃貸借すると、これにより借主には建築物や植えた植物に独立した所有権が認められ抵当権を設定できる(農業法典L451-1条1項)。1967年12月30日の法律により創設されたものとして、不動産の委譲(cession)は、所有者が最低20年の期間、委譲を受ける者に、鉱業、事業上の利益を授与する契約である。委譲を受ける者の主たる義務は賃料支払義務であり、建造物を建てたり植栽をする義務ではない。建築賃貸借では、建築法典251-1条により、賃貸人の不動産に建物を建築しそれを維持する義務を負うものと規定されている。地表権は立体空間と混乱されることも多く、土地の所有者が、確定的に付合による所有権取得の可能性を放棄して、第三者に建築物の建築の権利を認めることができ、これを立体空間を売却しているものと理解し、これにより国家が地下を地下鉄、道路などに利用しつつそれより上の空間の所有権を私人に残すことができるなどともいわれている。

地表権者は、建物についての所有者になる(553条[付合の例外])。この建物についての地表権の存続期間は、賃貸借の存続期間に服し、建物は当然に貸主の所有となり補償は不要であるが、委譲の場合には建築費用を補償しなければならない。そのため、フランスでは、利益権者の建物所有権は利益権が消滅すれば付合の例外の効力が失われ、土地所有権に吸収されるため、「時間の限られた所有権」といわれることがある。あえてこれを暫定的所有権と称することが必要かは疑問が残るが、日本では、建物買取請求により土地所有者の物となっても建物所有権は存続するの

については区分地上権により土地の地下ないし地上の一定空間だけを対象とした地上権が設定できる。これ以外に、土地所有権(客体は岩盤等有体物というよりも空間と考えるべき)を地上地下の空間で区切ったり、建物区分所有以外に建物の一部の独立した所有権を一物一権主義に対する例外として認める必要があるのか、疑問である¹⁰⁹。ただ、先の空中の送電線について、利益物権の拡大や賃借権の対抗要件についての特別法の制定ではなく、空間所有権という解決策もある。区分地上権や区分賃借権ではなく、地下ないし地上空間の所有権を独立させこれを取得させるということとは可能であろうが、特にこれではなければならない理由は見出せない。

また、日本では、大深度地下の公共的使用に関する特別措置法(平成12年)により、政令により指定された地域(東京、大阪、名古屋)について、政令で定める深度(40メートル以下)の地下について、国土交通大臣または知事が国や公益事業について優先利用権を持ち、収用といった補償手続きを必要とせずに利用が可能となっている¹¹⁰。大深度に該当しない私人の所

で議論状況が根本的に異なっている。

¹⁰⁹ なお、土地は人為的に区切られたものなので、登記簿上1つの土地(1筆の土地)のままでも、一部を譲渡したり一部の取得時効が可能である(登記しなければ対抗できない)。この点、果実や立木と同様の議論が考えられ、土地所有者がその意思だけで、譲渡もせず、土地の一部だけの所有権を独立させることができるのであろうか。柵などで区切っても認める必要はないであろう。土地を区切ってその一部のみに地上権や地役権を設定するためにはその部分について独立した所有権が成立している必要性はない(分筆登記をした上で地上権等の設定登記をしないと対抗力を取得できない)。但し、競売による譲渡の可能性をはらんだ抵当権設定行為については、そもそも土地の一部だけの抵当権設定はできず、独立した所有権の成立が必要である。分筆前に所有権の分割また分割された一部への抵当権の成立を認めるべきではなく、また、この場合には分筆登記を抵当権の成立要件と考えるべきである。とはいえ、債権者には抵当権が成立していなくても、設定者に土地の分筆登記をした上で抵当権設定登記をするよう請求できると考えてよい。

¹¹⁰ 大深度地下への土地所有権の効力については、伊藤道「大深度地下に対する土地所有権の限界」同『民法論下[物権・債権]』(1994)3頁以下参照。法律では利用できるというだけで、所有関係は明確にされていないが、私人の土地所有権の効力が利益の及ぶ限度でしか認められないとすれば、私的利益の及ばない地下また上空も国に属すると考える余地がある(239条2項)。なお、土地所有権の時間的・空間

有する地下についても、土地収用法は「収用又は使用」を問題としているため、同法5条1項により、所有権を制限し地下部分について区分地上権を新たに収用により取得することを認めるべきである。

4 用益物権の拡大について

(1) 地役権の拡大

地役権は、日本民法にも認められ(280条以下)、その内容はフランス民法と大差はない。「設定行為で定めた目的に従い、他人の土地を自己の土地の便益に供する権利」が地役権であり(280条)、人役権を地上権と永小作権に制限したのに対して、地役権の「目的」「便益」に制限はない。通行や用水、排水等だけでなく眺望等の便益も地役権の対象になると考えられている。それを越えて、フランスのように地役権を拡大すべきであろうか、また、地役権をそれらに適用可能なように改正すべきであろうか。

(a) 競業禁止義務 地役権者が承役地を積極的に利用するという内容ではなく、承役地での権利行使の内容を制限するものであり、このようにいわば消極的地役権は、眺望地役権と同様の型の地役権であり、280条の現行法の解釈として可能かもしれない。しかし、登記は第三者に対抗するためには必ず必要というべきであろう(未登記通行地役権についての最判平10.2.13民集52巻1号65頁参照)。

確かに、要役地所有者としては、特定の者に対して一定の範囲での競業禁止義務という人的義務を欲しているのではなく、その承役地の所有者が誰であろうと自己所有地である要役地での営業に支障になる競業を制限したのであり、人的債務とは異なるものを設定しようとする意図であり、地役権に適しているとはいえよう。但し、このような積極的な用役地の便益のためのものでなくいわば消極的地役権について永久の地役権を認めるべきではなく相当の期間に限るべきである。

(b) プルジョア条項(居住専用条項) 同様の問題はプルジョア条項についても妥当するが、この点は日本において立法的な解決が図られて

的制限の必要性を説く主張として山野目章夫「時間・空間の限られた所有権」ジュリ1126号(1998)102頁。

いる。即ち、日本では建築協定が建築基準法で認められているので¹¹¹、この他に民法の地役権を無理に認める必要はなく、むしろ地役権では無理であることを前提として建築協定の立法がされたものと考えられる。分譲地のすべての土地が同時に承役地であり要役地という地役権を認める必要はない。建築基準法の要件を充たしていない建築協定については、下級審判決があり、これを物権的合意とは認めず(物権的合意だが対抗できないというのではなく)、債権契約としての効力しか認められていない¹¹²。正式に立法がされその手続きをとることによって物権的効力を取得できるようにしたのにその手続きを踏んでいない以上は、やむをえまい。

(2) 特別の用益権その他無名の物権

(a) 慣習法上の物権 日本民法では、人役権は地上権と永小作権に限定されているため、これに物権法定主義を適用すれば、地上権と永小作権以外の特定人に帰属する人役権としての用益物権は設定できない。起

¹¹¹ 建築基準法は、市町村は「一定の区域を定め、その区域内における建築物の敷地、位置、構造、用途、形態、意匠又は建築設備に関する基準についての協定」(＝建築協定)を締結することができる旨の条例を制定でき(69条)、そして、建築協定の認可を受けた場合には、認可の「公告のあつた日以後において当該建築協定区域内の土地の所有者等となつた者……に対しても、その効力があるものとする」と規定する(75条)。住民の全員一致が必要であり、協定の改正も同様である。「敷地、位置、構造、用途、形態、意匠又は建築設備に関する基準」が合意できる内容であり、例えば、敷地について分割禁止、最低敷地面積の制限、地盤高の変更禁止、一戸建てへの限定などが考えられる。登記簿や現地における公示は必要ではないが、「市町村の長は、その建築協定書を当該市町村の事務所に備えて、一般の縦覧に供さなければならない」とされており(73条3項)、行政のホームページで認可を受けた建築協定の地域が公示されている。期間についての制限はないが、20年か30年とする例が多い。なお、建築基準法の建築協定の要件を満たしている事例で、違反部分の撤去請求が認容され、権利濫用の主張が退けられている(東京地判昭50.2.14判時787号91頁、東京高判昭57.11.17判タ490号69頁、神戸地裁姫路支判平6.1.31判時1523号134頁)。

¹¹² 前注の要件を充たさない建築協定について、「右協定が建築基準法上の建築協定のような効力を有しないことも明らかであつて、せいぜい本件決議に賛成した組合員ら同士の間において、債権契約としての効力を有するにとどまる」とされている(福岡地判平8.5.28判タ949号145頁)。

草者は正にこのように限定するつもりであった。

ところが、日本では慣習法上の物権（ないし物的権利）の議論があり、温泉権や水利権といった権利が認められており、水利権は歴史的事実により権利自体も慣習上認められるか否かが判断されるが（利用の事実でよく明認方法は不要¹¹³⁾）、温泉権については明認方法により第三者への対抗が認められる¹¹⁴⁾。このように日本の事情によって自然発生的要請に基づく物権ないし物権的権利は、慣習法上の権利という名目で175条にもかかわらず設定・譲渡更には担保化することが可能である。立法論としては、物権法定主義を堅持しても（また、物権を所有権に限定しても）、慣習法上の物権は認めてよい。

(b) 特別の用益権の創設 先に人役権について述べたところと重複しない限度で、フランスにおける改正準備草案が提案している特別の用益権を検討してみよう。永小作権と地上権以外の内容、他人の池で釣りをする、山で狩りをする、山菜を採取する等の用益権（人役権）を認めるべきであろうか。所有権の一部を自由に独立させることができるというフランス法の発想からは、このような権利も債権ではなく物権として議論される。しかし、物権と認めなくても、これらの権利を債権契約として認めること

¹¹³⁾ 水利権を認めたものとして、例えば大判大6.2.6民録23輯202頁は、「他人の所有地より湧出する流水を永年自己の田地に灌漑するの慣行あるときは、之に因りて其田地所有者に流水使用権を生じ水源地の所有者と雖も之を侵すことを得ざるは、古来本邦の一般に認められたる慣習法なり」という（他に、大判大14.12.11民集4巻709頁など）。但し判例は流水使用権を物権とは明言しておらず、大判大6.2.6新聞1249号30頁（先の判例と日付は同じであるが別の判決）は、「原野より流出する流水を永年田用水に使用するの慣行に依り其使用者が取得する流水使用権は、其流水の使用を必要とする田地の所有者が有する特種の権利」と判示する。

¹¹⁴⁾ 温泉権を認めた判例は数多くある（大判昭15.9.18民集19巻1611頁など）。他にも、墓地使用権（永代使用権）も慣習法上の物権の一種として認められているといつてよい（寺院の土地につき、山形地判昭39.2.26下民集15巻2号384頁、福岡高判昭59.6.18判タ535号218頁、東京地判平2.7.18判タ756号217頁、仙台高判平7.11.27判タ905号183頁等、一族に属する者の土地につき、岡山地津山支判昭44.2.13判時567号72頁）。墓地使用権については、鈴木龍也編著『宗教法と民事法の交錯』275頁以下参照。

ができ、しつこいようであるが債権か物権で法的扱いに差がどれだけ生じるかは疑問である。結局は、物権と構成するか否かではなく、第三者対抗力が認められるような権利として上記のような権利を立法すべきかという問いに尽きる。

IV おわりに

以上で、表記テーマについてのフランス側報告の紹介とそれに対応する日本法の議論の検討を終える。フランスでは、判例・通説が物権法定主義を否定し、また、用益物権が広く認められ、更には地役権が解釈により広く運用されているなど、物権への依存度が日本よりも高いような印象を受け、「物権」をめぐる立法また解釈における温度差がある。特別の用益権を導入しようという準備草案の提案まであり、何故そこまで物権に拘泥するのか、理論・法意識という以上に何かがあるのかもしれない。

安易な結論は出せないが、対抗不能概念を持たず、物権＝絶対権・債権＝相対権という理念を貫徹しているドイツ法とは異なり、物権も対抗不能により相対化され、債権も対抗可能とする特別立法により部分的に絶対化され、物権＝絶対権・債権＝相対権という理念が貫徹できず物権・債権かの性質ではなく対抗可能か否かが重要な基準になる立法下では（物権に物権的請求権を限定せず、債権にも不法行為に対する損害賠償や妨害排除請求を認める）、ドイツとは真逆の極端な立法論も考えられる。物権法定主義を承認しつつも、物権は所有権のみを認め、不動産の積極的また消極的な利用も債権契約のみに限定した上で必要に応じて立法により第三者対抗力を認め、抵当権等は物権ではなく財産に対する債権の特別の効力（優先権、留置権、処分権）を認める制度とし目的物に対する債権のそのような効力に第三者対抗力を付与するといった、極端な法制度である。そして、財産権の帰属をめぐる議論、他人の財産権を処分する財産管理権など他の法理を発展的に充実させることにより、担保物権を物権と構成する呪縛から逃れることが可能である。終局的には、物権・債権、物権法・債権法、その他、財産管理法、財産権等根本的な議論に絡む問題であり、法制度の一部分だけをいじって解決できる問題ではなく、総合的な研究が必要とされる問題であることを指摘しておこう。