



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	財産に関する共通法と特別法
Author(s)	吉井, 啓子
Citation	新世代法政策学研究, 17, 75-100
Issue Date	2012-07
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49977
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP017_005.pdf



財産に関する共通法と特別法

吉 井 啓 子

1 はじめに

私が担当したテーマは、「財産に関する共通法と特別法 (Le droit commun et les droits spéciaux des biens)」である。フランス側の報告者は、フランス物権法改正準備草案作成の責任者であり、現在のフランスにおける物権法および不動産法の代表的な研究者であるユーグ・ペリネ＝マルケ (Hugues Périnet-Marquet) パリ第2大学教授である¹。ペリネ＝マルケ教授は、上記テーマにつき、「フランス法における財産に関する共通法 (Le droit commun des biens en droit français)」と題する報告を行われた。

今回与えられた「財産に関する共通法と特別法」というテーマは、第1回日仏物権法セミナー中に行われたフランス側との第2回セミナーについての打合せの席で、フランス側から提案されたものであった。今日において、財産の法 (le droit des biens、物権法)²の専門化および細分化の動きが顕著であるが、それはどの法分野においても見られる現代的な現象である。このような状況の下で、民法典はなお財産 (biens) に関する共通法として

¹ フランス物権法改正準備草案については、Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens, sous la dir. de Hugues Périnet-Marquet, Litec [coll. « Carré Blanc »], 2009 およびフランス物権法研究会 (代表: 金山直樹) 「フランス物権法改正の動向」民商141巻1号134頁 (2009年) を参照のこと。

² « Le droit des biens » は通常「物権法」と訳されることが多いが、正確には「財産の法」と訳すべきである点については、吉田克己「第1回日仏物権法セミナーを終えてーひとつの総括」法時83巻8号98頁 (2011年)。

の地位を維持し続けることができるのであろうか。この点については、財産の中でも、さまざまな立法がなされている無体財産、特に知的財産権（*propriété intellectuelle*）について問題となるだろうというのがフランス側の本テーマの提案理由であったと思われる。したがって、そこで念頭に置かれていた「財産に関する特別法」は、専ら特許法をはじめとする知的財産法分野のものであったようである。各種の知的財産権は、民法典の財産に関する共通法の適用を免れ、個別の特別法の対象となっている。さらに、知的財産権自体が、特許権、著作権、商標権などと内部で細分化されており、それらに共通する法というのを見出すことも困難になっている。たしかに、知的財産権は、《*propriété intellectuelle*》という名称が示すように、民法典の「所有権（*propriété*）」概念に起源を有しており、民法典の財産に関する法が知的財産法における法の欠陥を埋めることになると考えられる。また、それによって知的財産法のメカニズムも説明できるのではないかと考えられる。しかし、所有権、占有、用益権、共有といった民法典の財産の法におけるさまざまな概念や制度を、知的財産権についても、大きな修正なく用いることができるのか。はたして、民法典は知的財産権に関する共通法たりうるのかといった議論がフランスではしばしば見られるのである³。

しかし、日仏双方の報告担当者の研究分野や問題関心により、取り上げる「特別法」は結局不動産を中心とするものとなった。日本側報告者としては、上記のような議論がこれまで日本ではほとんど見られないということもあり、どのような視点でこのテーマを扱うか苦慮した。フランス側報告者であるペリネ＝マルケ教授も、報告の冒頭で、財産に関する共通法については、フランス法においてもほとんど議論されていないと述べておられる。フランスにおいても、この種の議論は、日本よりはあるものの、盛んに行われているということは言えないようであり、議論がなされる場合も、過剰な専門化や細分化によって引き起こされた財産の法の危機あるいは空洞化にどのように対応すべきかとの視点の下で行われることが多いという。たしかに、フランスでは、徐々にではあるが、この問題に関心が

向けられつつある。しかし、この問題につき研究がなお少ないのは、実務に与える影響が小さく、大きな労力を費やす必要がある問題ではないと考えられているからではないかというのがペリネ＝マルケ教授の分析である。

ペリネ＝マルケ教授によれば、このテーマを扱うには、2つのアプローチの仕方がある。最初のアプローチは、財産の法全体を対象とするもので、有体財産と無体財産、不動産と動産のすべてに共通の法があるかどうかを検討するものである。しかし、このような方法は、民法典起草者が予定していなかった現代における財産の多様性からすれば野心的すぎるものである。新しい種類の財産の増加とその多様性は、財産全体に共通する要素を減少させており、その分析には大きな労力を要する。そこで、ペリネ＝マルケ教授は、まず財産全体に共通する法が存在するかを概観したうえで、民法典起草者が財産として専ら念頭に置いていた不動産に限定して共通法の存在を探るという第二のアプローチから報告された。

日本側報告は、不動産に限定するというアプローチの仕方では、フランス側報告と共通するが、より範囲を限定し、財産に関する特別法として区分所有法を素材として検討をした。区分所有法を素材として選択したのは、報告者の現在の問題関心が区分所有法にあったことと同時に、ペリネ＝マルケ教授が区分所有法について書かれた論文に示唆を受けたことによる⁴。日本民法典には制定当初から区分所有建物に関する規定が置かれていたが（旧208条）、1962（昭和37）年の「建物の区分所有等に関する法律」（区分所有法）制定によりその規定は削除され、民法典の外で区分所有関係が規律されることになった。現行日本民法典には区分所有に関する規定はないものの、物権法教科書では共有に関する説明の最後で、区分所有が取り上げられることが常である。フランスにおいても状況は日本とほぼ同じである。フランス民法典は、信託に関する規定を置く一方、区分所有（*copropriété*）に関する規定を1カ条も置いていない。区分所有については、民法典の外で、建築不動産の共同所有の規則を定める1965年7月10日の法律第557号（以下65年法と呼ぶ）および1965年7月10日の法律第557号の適

³ 例えば、Christophe Caron, « Du droit commun des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », JCP 2004, I, 162.

⁴ Hugues Périnet-Marquet, « La copropriété entre respect et adaptation du droit civil », Etudes offertes au doyen Philippe Simler, Dalloz, 2006, p.790.

用のための施行令を定める1967年3月15日のデクレ第223号（以下67年デクレと呼ぶ）が詳細な規定を置いている⁵。財産の法（物権法）の教科書における区分所有に関する記述は、日本の物権法教科書に比べれば詳細ではあるが、他の事項に比べれば比較的簡潔な記述にとどまっている。研究者で区分所有に関心を持つ者は少なく、区分所有を中心的に扱うテーズも少ない⁶。しかしながら、区分所有は実務的には重要な制度であり、実務家によって書かれた区分所有に関する大部の基本書は毎年のように改訂を重ねている⁷。このように、区分所有は、日本でもフランスでも民法典の外で規律されている。区分所有が民法典の外で規律されているということは、民法典が示す基本原則の適用を区分所有制度が放棄したということではない。では、いかなる点で区分所有法は民法の「特別法」であるのか、いかなる点で民法典の基本原則を維持しているのか。日本側報告では、フランスの区分所有をめぐる議論にも触れつつ、区分所有権と民法の所有権、区分所有と民法の共有という視点から検討を試みることにした⁸。

以下では、「財産に関する共通法と特別法」に関するフランス側報告と日本側報告の概要を紹介する。ペリネ＝マルケ教授は、実際の報告では、時間の関係で、用意された報告原稿の一部を省略して話をされたが、教授の意図がよりよく伝わるよう、用意された報告原稿にそくして報告の概要を紹介したい⁹。

⁵ 65年法および67年デクレに関連法規をあわせたものが「区分所有法典」として編纂されている。

⁶ ペリネ＝マルケ教授がこの点を指摘される（Hugues Périnet-Marquet, *La copropriété entre respect et adaptation du droit civil*, préc., p.790）。

⁷ 実務家により書かれたフランス区分所有法の基本文献として、ここでは以下の2冊をあげておく。François Givoud, Claude Giverdon, Pierre Capoulade, *La copropriété*, 7^e éd., 2010, Dalloz - Cyril Sabatié, *Copropriété*, 21^e éd., 2011, Editions Delmas.

⁸ フランスの区分所有法については、小沼進一『建物区分所有の法理』（1992年、法律文化社）、吉井啓子「フランス区分所有法の概要」土地総合研究20巻1号1頁（2012年）などを参照のこと。

⁹ なお、フランス側報告の概要に付した注は、吉井が必要と判断して付加したものであり、ペリネ＝マルケ教授が準備された報告原稿の注ではない。

2 フランス側報告

(1) すべての財産に共通な法は存在するか

新しい種類の財産、特に無体財産の登場は、民法典が規定する財産に関する共通法の適用範囲を小さなものにした。しかし、財産の分類、所有権と占有という基本概念、用益権と共同所有権という3つの事項については、そのあり方は異なるものの、民法典の原則が共通法として存在する。

①財産の分類に関する原則

民法典は、財産を不動産と動産とに大きく二分しており、それぞれに特別なルールを用意している。この分類は、無体財産にも有体財産にも等しく適用されるものであるが、必ずしも絶対的なものではない。なぜなら、民法典自身が、事前的動産（*meuble par anticipation*）と用途による不動産（*immeuble par destination*）という中間的なカテゴリーを用意しているからである。また、民法典成立後にいくつかの重要な財産的価値を有する動産については登録制度が整備され、それらの動産は不動産に近い取扱いがなされているからである。性質による不動産（*immeuble par nature*）、用途による不動産（*immeuble par destination*）、目的による不動産（*immeuble par l'objet sur lequel il porte*）といった分類を見てもわかるように、動産か不動産かという区別は純粋に立法によるものであって、結局、法律のみが財産の分類を決定できる。破毀院第三民事部1991年6月26日判決では、ある財産が不動産か動産かという性質決定は、法律によらなければならない、当事者がこれに変更を加えることはできないとされている。このような判例の立場は、学説による強い批判を受けたが、「すべての財産は動産又は不動産である」と規定する仏民516条の基盤を強固にすることで、財産の分類という財産の法の基盤を絶対的なものにしようとする破毀院の意思を示すものである。

仏民516条以下で規定されている不動産と動産という財産の分類は、財産に関する共通法であると言える。しかし、リブシャペール教授が指摘するように、動産と不動産という分類に対する最も決定的な批判は、有害であるとか単に時代遅れであるとかいうことよりも、それが無益（*inutile*）なものであるということである。財産の分類に関する共通法は、強力では

あるが無益なものなのである。

②所有権と占有に関する共通法

所有権に関する仏民544条はすべての財産に適用されるであろう¹⁰。しかし、所有権の概念がすべての財産に共通であるとしても、対象とする財産に応じて所有権の内容は異なる。所有権者が有する権能である目的物の使用権能、収益権能、処分権能（usus, fructus, abusus）は、それぞれの財産の種類に応じた特別のルールに従うことになる。当該財産の社会的重要性が大きければ大きいほど、その使用または処分に対する制約は強くなっていく。反対に、このような制約は、当該財産が自然的なものか人工的なものかという性質とは関係しない。例えば、環境法は、自然物について、その自由な使用収益権能を大きく減じている。今日において、最も大きな自由が与えられている財産と言えば、債務のない独身者の動産であり、その所有権への制限はほとんどない。

民法典起草者は、仏民544条を、所有者の権利を厚く保護するための条文であると考えた。しかし、起草された条文は、行き過ぎかつあいまいなものであった。「最も絶対的」という表現がそうである。しかし、近時、人権宣言17条についての憲法院の解釈や、財産の保護に関するヨーロッパ人権宣言第一附加議定書1条に関するヨーロッパ人権裁判所の判例など¹¹、所有権についてより強い保護を保障する動きがみられる。ヨーロッパ人権裁判所は、広い範囲の財産につき保護を認めることで、ヨーロッパ議会参加国の財産の法の共通法を確立したと言える。それは民法典起草者が予定していた以上のものであったが、人権宣言17条のいう「神聖にして侵すべ

からざる権利」という意味で起草者が考えていた仏民544条の方向性に一致するものと言えよう。ただし、このようなヨーロッパ人権裁判所が示す財産に関する共通法は、大変重要なものではあるが、加盟国を強く制約するものではない。なぜなら、加盟国には大きな裁量の余地が残されており、加盟国の制限的な国内法の規定の大部分は有効とされているからである。しかし、ヨーロッパ人権裁判所が、有体財産か無体財産か、物か権利かを問わず、それらをすべて同じように扱っているという点では、財産に関する共通原則を示していると言えよう。ヨーロッパという視点からは、このような新規性、ダイナミックさは歓迎されるものである。

これに対して、占有に関しては、財産の保護の名の下、ヨーロッパ人権裁判所は、占有とその主たる効果を切断していた。すなわち、ヨーロッパ人権裁判所は、当初の判決で取得時効は所有権者に大きな損害をもたらすと考えていた。しかし、その後の大法廷判決でそれを覆している¹²。

占有は大変複雑な制度であり、財産の種類に応じて異なるルールがあり、必要であるとしてもすべての財産に共通するルールを発見することは困難である。動産の占有だけとってみても、不動産のそれとは大きく異なっている。動産と不動産では取得時効の期間が異なっている。遺失または奪われた不動産に対するルールは存在しないし、不法占有者は仏民2279条により不動産を即時取得することはない。無体財産の占有に関する問題はさらにデリケートである。今回のセミナーでは、バンクタン教授がこの問題を扱うので深く立ち入らないが、無体財産を有体財産に関する制度に従わせることを妨げるものは何もない。財産の法の一体性からすれば、無体財産も占有に関する規定に従わせるべきであろう。しかし、そのように考えたとしても、具体的にはどの条文を適用できるのか、要件をどのようにあ

¹⁰ 仏民544条「所有権とは、法律または命令が禁じる使用をすることなく、最も絶対的な方法で物を収益し処分する権利である。」

¹¹ ヨーロッパ人権宣言第一附加議定書1条「すべての自然または法人は、その財産を享有する権利を有する。何人も、公益のために、かつ、法律及び国際法の一般原則で定める条件に従う場合を除くほか、その財産を奪われない。」

ただし、前項の規定は、国が一般的利益に基づいて財産の使用を規制するため、又は租税その他の拠出若しくは罰金の支払いを確保するために必要とみなす法律を施行する権利を何ら妨げるものではない。」

¹² CEDH 30 août 2007 Grande chambre, PYE LTD c/ Royaume Uni, n° 44302/02. 所有する土地を時効取得により失った会社が、一定期間財産を占有した者のために財産の時効取得を認める英国法の規定は、ヨーロッパ人権宣言第一附加議定書1条に照らして、所有権者に過大な損害を与えるものではないかと問うた。2005年11月15日判決（CEDH 15 novembre 2005, PYE c/ Royaume Uni n° 44302/02）では、ヨーロッパ人権裁判所は、所有権に対する侵害がいかなる賠償によっても保障されていないという事実に基づき、会社側の主張を認めていた。

てはめるのかは問題である。対象が無体財産であるか有体財産であるかにより、「占有」という概念そのものが異なっている。また、即時取得に関する仏民2279条は有体動産を対象にしか作られていない。問題となる無体財産ごとに、占有によってもたらされる効果が、当該無体財産に関する制度を過度に混乱させるものではないかを確認することも必要であろう。いずれにせよ、さまざまな財産についての占有に関する共通法が存在すると言うことは難しいし、基本的には有体財産に関するものとして作られた民法典の占有に関する規定を無体財産に適用することには困難が伴うであろう。

③用益権と共同所有権に関する共通法

区分所有（copropriété）は、すべての種類の財産に共通の制度ではないことは明らかである。有体財産同様、無体財産を複数人で持ち合うということは考えられるが、同じ制度に服するとは考えられない。不動産の区分所有に関する65年法により規定された制度と、知的財産権法典L.615-29条以下に規定された特許権に適用される制度とを比較すればそのことはよくわかる。

用益権（usufruit）は、制定当時の富の基本を形作っていた不動産を念頭に、民法典起草者が作った制度である。たしかに、仏民581条によれば、用益権はすべての動産および不動産に設定できることになっており、今日において用益権が洗練された形で利用されているのも無体動産についてである。もともとは不動産を対象とした制度であるが、動産にまで拡大されているということからすれば、民法典の用益権制度は財産に関する共通法であると言えよう。そうすると、残された問題は、不動産を対象とする用益権と動産を対象とする用益権は同じ制度に服するのか、そこにルールの一体性があるかどうかである。

用益権を定義する仏民578条によれば、所有権者と同じように物を使用収益する権利を有していることで、用益権者には目的物の本質（substance）を保存する義務が課せられる。この規定は、すべての用益権について適用される。準用益権（quasi-usufruit）は、伝統的な用益権とは区別される特別なカテゴリーを形成しているが、用益権者が保存すべきものが形（forme）や物体（matière）ではなくむしろ価値（valeur）であると考え

ならば、そこに共通法が存在していると考えerことは可能であろう。このように、本質という概念を広くとらえれば、すべての用益権を一つの制度に従わせることができる。もっとも、本質と価値は異なる概念であり、異なる結果に行きつくことになるであろうから、そこには微妙な差が存在することになる。1つ例を取ると、不動産の用益権者は、目的不動産を手入れする義務を負うが、大修繕は虚有権者（nu-propriétaire）の負担であり、目的不動産の価値を維持する義務を負わない。ただし、有価証券のポートフォリオを目的とする用益権については、価値の返還義務に別の意義がある。ポートフォリオの用益権者は、別の有価証券に交換するという条件の下、有価証券を譲渡することでこの包括体を管理することができる。ポートフォリオの用益権者も、目的財産の本質を維持し価値を返還する義務を負うが、判例はその場合、本質よりも価値の返還に重きを置いている。破毀院第一民事部2011年6月16日判決は、有価証券のポートフォリオの用益権について、用益権者がその一部を失った場合に用益権者の金銭的な賠償を制限した控訴院判決を破毀し、仏民578条の規定する本質の保存義務から、用益権者はポートフォリオの価値を返還する義務を負うとしたのである。

用益権の消滅の要件に関しては、民法典は目的財産の違いに応じた規定を置いておらず、すべての用益権に共通するルールを置いている。

学説は、テレ教授とシムレー教授の教科書でも指摘されているように、すべての財産に共通する用益権制度の構築について躊躇している面がある。物権法改正準備草案も、いくつかの共通ルールを設けているものの、特別の用益権（準用益権など）については特別な規定に従わせるとしている。

共有（indivision）に関する制度は、繰り返された改正を通じて増加した規定の集合体である。共有に関する民法典の規定は、動産か不動産か、有体財産か無体財産かを問わずすべての種類の財産に適用される。この点では、民法典の共有制度は紛れもない財産に関する共通法を形成している。ただし、以下のような留保がある。フランス民法典で、共有は、財産に関する規定中ではなく相続に関する章に挿入されている。これは、民法典起草者が、共有制度を、相続関係を清算するための一時的で過渡的なものにして考えていたためである。しかし、このことは、今日において共有

を財産の法上の制度であると考えたことの障害ではない。契約に関する仏民1873-1条以下において共有に関する合意について規定されていることから、法典における位置は決定的な基準ではないことがわかる。

このように見てくると、財産に関する共通法は存在しているが、その対象とする範囲は減少してきたと言える。財産の分類に関する原則は無益なものであり、用益権に関する共通法の存在も疑わしい、さらに共有制度が財産の法と同時に相続に関する法にも属していると考え、議論の余地のなくすべての財産に妥当する共通原則としては所有権の保護しか残されていないことになるのではない。

（2）不動産に関する共通法

土地、建物、不動産空間（volumes immobiliers）、区分所有の区画（lots de copropriété）、公共財産（biens publics）のうち特に国または地方公共団体の公産（domaine public）といった各種の不動産について、不動産全体に適用される共通法が存在するのであろうか。上記の各種の不動産についてはそれぞれ特別なルールが用意されており、不動産法の伝統的な構造を崩しているかのように思われる。しかし、これらの不動産について、境界画定（délimitation）に関する共通原則は維持されており、所有権および占有に関する共通原則、さらに物権の設定に関するルールは接近を見せている。

①境界画定に関する共通原則

フランス法では、公産は土地台帳番号（numéros cadastraux）の対象ではない。その境界画定は、公道線の画定（alignement）という特別の手續に従う。しかし、そのような境界画定に関する手續の違いは極めて小さなものであり、二次的なものにすぎない。その他の点では、逆に、不動産全体に共通するルールの一体性があると思われる。

添付（accession）に関するルールは、すべての不動産に適用される。公産も自然的または人工的な増積（accroissements naturels ou artificiels）による添付の恩恵を受ける。判例は、公産について、河岸寄洲（alluvions）や仏民552条の付合、さらには互有（mitoyenneté）に関する規定の適用を認めている。

不動産空間と区分所有の区画についても同様である。隣人が誤って、自

分のものではないアパルトマンの専有部分や空間に工事を施したとしよう。このようにして付合せしめられた材料は当該専有部分や空間の所有者に帰属することになるのであり、工事を施した者に帰属するのではない。工事が区分所有不動産の共有部分にされたとしても同じである。ただし、水平的区分所有（copropriété horizontale）の場合、区分所有者は、敷地について、土地の法的一体性を維持するため、所有権ではなく制限された建築権を伴う単なる私的な享有権を有することになる。この場合の材料は、土地ではなく権利に付合する。このような留保はあるが、添付に関する民法典のルールは区分所有に完全に適用されるのである。

②所有権と占有に関する共通原則の接近

占有に関するルールは、私的なものか公的なものかを問わず不動産全体に適用される。

空間については、何の問題もなく占有という概念を用いることができる。何人かの論者は、空気のできた立方体をどのように占有するのかなどと批判するが、それは誤りである。空間とは3つの次元で定義された幾何学的な空間（espace）であり、例えば、そこで工事や建設を行うことにより占有することが可能である。民法典に規定された要件を満たすことで、取得時効により、当該空間の所有者となることが可能なのである。

区分所有について見てみると、区分所有者は専有部分について占有の保護をこれまでも受けてきた。共用部分についても、たとえ管理組合が所有者でなくこの部分の管理者にすぎないとしても、管理組合は占有者としての保護を受けてきた。しかし、占有の保護は、第三者がもたらした損害については、専有部分と共用部分では同じように認められていない。区分所有者間、または区分所有者と管理組合の間では、占有の保護に関する条文を用いることができない。占有が保護を受ける短い期間も、10年という65年法42条1項の期間とは相容れない。

反対に、取得時効は、区分所有については何の制限もなく認められている。専有部分に限らず、実際には最も多く問題が生じるであろう共用部分についても取得時効に関する規定が適用される。例えば、専有部分との境界を越え共用部分を30年以上占有している区分所有者は、管理組合から何の対応もなければ、占有している共用部分について所有権を取得できるの

である。さらに、判例は、正当権原があれば短期取得時効も認めている。

占有の役割は、公産についても排除されていない。公法人も占有の保護の恩恵を受ける。しかし、公産の不可譲渡性（inaliénabilité）により、占有の取得効果は認められず、占有期間がどれだけであろうと、占有者に所有の意思があろうと、公産につき所有権を時効取得することはできない。

不動産の所有権について見てみると、不動産の種類に関係なく共通の原則に従っていることがわかる。私的なものか公的なものかを問わず不動産の所有権者は永久的な物権的請求権の恩恵を受ける。同様に、所有権者は所有する財産のすべての有用性を享受することができる。たしかに、使用権能、収益権能、処分権能は、財産の性質に応じて、賃貸借法や先買権（droit de préemption）や他のさまざまな要素に起因する数多くの制限的なルールに従うことになるのだが、物権的請求権による保護を奪うことはできない。

しかし、以下のようないくつかの特殊性についてはコメントしておく必要がある。

まず、公産については、既に述べた不可譲渡性のほかに、象徴的な価格で公法人の財産を譲渡することを禁止するという原則があり、この原則は憲法院で何度も示され確認されている。この原則は、譲渡だけでなく、公産の使用（exploitation）にも適用される。公法人の財産は、十分な価値の提供がなければ第三者に使用させることができない。これは、特にモスクといった宗教的な施設の建築について問題を生じさせる。しかし、最近では、法律やコンセユ・デタの判例により、抑えられた価格での公産の譲渡が認められている¹³。

区分所有者は、管理組合総会（assemblée générale）の議決に拘束され、自らの所有物を自由に使うことができないという点で、所有権者としての権能を減じられている。不動産空間の所有者も、区分所有者と同様の立場に置かれている。なぜなら、空間の所有権を取得した者は、都市土地改良組合（Association Foncière Urbaine）または自由土地改良組合（Association

Syndicale Libre）のメンバーにならなければならないからである。制約はあまり強くないというものの、これは空間の所有権者の権能を制限するものである。

他方で、区分所有者の権能は通常の所有権者の権能に近いと言える。区分所有の区画は無体財産であるが、判例によれば、区画は土地同様、性質による不動産であるとされる。これは、フランスの区分所有者が所有している区画に対するとらえ方と完全に一致している。さらに、65年法を修正する1979年1月2日の法律により、区画においては専有部分が本質的要素であるとされている¹⁴。近時の破毀院第三民事部判決も、専有部分が共用部分についての単なる享有権からしか構成されていない場合、区画とは言えないとの判断を下している¹⁵。破毀院は、区分所有者の権利は所有権であり、その権能はできる限り通常の所有権者のそれに近いものでなければならないと考えている。

このように、機能的には、古典的な不動産所有権、区分所有権、公産についての所有権に違いはあるが、それらの権利者に付与された権利の構造は、法律さらには判例により接近しつつあることがわかる。

③不動産に関する物権の設定方法の接近

他人の土地上に建築を認める権利の付与の可能性は、1902年に創設された長期不動産賃貸借（bail emphytéotique）と1964年に創設された建築用地賃貸借（bail à construction）により、私法においては広く認められてきた。反対に、公産については、公道占有特許（concession ou permission de voirie）という形で一時的な使用許可は認められていたものの、不可譲渡性によりこのような可能性は排除されていた。しかし、その後、1988年と1994年にできた法律により、行政長期不動産賃貸借（baux emphytéotiques administratifs, BEA）や一時的占有許可（autorisations d'occupation temporaire, AOT）といった、公産上に建築することができる物権を設定する可能性が認められた。これらの権利の内容に不明確な点が多いとしても、今日においてこれらの仕組みは広く用いられている。これらの権利の特徴は、私法上も、

¹³ CE 3 novembre 1997, Commune de Fougerolles AJDA, 1997, p. 1010, obs. Richémm; CE 18 mai 1998, Commune de Castelsarrazin, Droit Administratif 1998, n° 248; CAA Bordeaux du 8 novembre 2005, n° 02BX00744 Commune de Cazerès; CAA Douai, 29 décembre 2010, n° 06DA00459 Commune de Fécamp.

¹⁴ 共用部分の持分の変更に関する65年法6-1条参照。

¹⁵ Cass 3 Civ. 6 nov. 2002, Bull III, n° 215, p. 185.

公法上も、銀行による融資のため、抵当権の設定が認められているということである。

同様の発展が地役権についても見られる。公産について、地役権の設定は不可譲渡性により禁止されていた。また、区分所有について、地役権を専有部分間で設定することもできなかった。しかし、これら2つの制約はなくなった。2006年改正により、公法人所一般法典L.2122-4条は、公産について地役権を設定することを認めた。地役権は、公の使用と両立するからである。例えば、通行地役権は、それが自動車の通行に損害を与えるものでなければ、道路について設定することが認められる。また、破毀院は、判例を変更し、区分所有不動産における専有部分間での地役権の設定を認めた。破毀院は、1991年判決ではそのような地役権の有効性を認めなかったが、2004年にその有効性を承認した¹⁶。このような判例変更は、理論的な理由によるものではなく、圍繞された専有部分について合理的な使用を認める必要性があるという実証的な理由によるものであった。

3 日本側報告

(1) 区分所有権と所有権

①区分所有権の法的性質

日本の区分所有法制定にあたっては、外国法制が参照されたが、スイスのように建物全体を共有とし各自が各住戸部分を専用使用できるという制度は採用されず、フランスのような各自が一棟の建物の各住戸部分を単独所有しその他の建物部分（および敷地利用権）を共有する制度が採用された。日本の区分所有法1条は、「一棟の建物に構造上区分された数個の部分で独立して住居、店舗、事務所又は倉庫その他建物としての用途に供することができるものがあるときは、その各部分は、この法律の定めるところにより、それぞれ所有権の目的とすることができる」と規定する。日本の区分所有法では、構造上区分された部分で、かつ建物としての用途に供することができる部分が「専有部分」と呼ばれる。区分所有権はこの専

有部分のみを目的とする単独かつ独立の所有権であるとするのが日本の区分所有法の規定であり、学説においてもそのように解するのが通説である。

この専有部分を除く建物部分が「共用部分」ということになり（区分所有法2条4項）、区分所有者の「共有」となる（区分所有法11条1項）。しかし、この部分の共有関係は、民法249条以下で規定される「共有」とは基本的に異なることが、区分所有法12条に明記されている。すなわち、区分所有者の共用部分についての持分は、「その有する専有部分の処分に従い」（区分所有法15条1項）、区分所有者は、「この法律に別段の定めがある場合を除いて、その有する専有部分と分離して持分を処分することができない」（同法同条2項）。さらに、日本の場合は、土地と建物が別個の不動産とされることから、区分所有者は専有部分の単独所有権と共用部分の持分に加えて、土地を利用する権利（敷地利用権—所有権・地上権・賃借権）を必要とする。そして、敷地の管理も区分所有者により規約または集会でなされるようにするために、規約に別段の定めがない限り、「敷地利用権が数人で有する所有権その他の権利である場合には、区分所有者は、その有する専有部分とその専有部分に係る敷地利用権とを分離して処分することができない。」（区分所有法22条1項）この敷地利用権の「共有（準共有）」も、民法249条以下で規定される「共有」とは基本的に異なるものと解される。

民法206条は、「所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益および処分をする権利を有する」と規定する。所有者は、所有物の使用・収益・処分について、原則として、自己の意思に反し他人により拘束されない。区分所有権は、専有部分に対する、単独かつ独立の所有権である（区分所有法1条、2条1項）。したがって、区分所有者も、所有物の使用・収益・処分について、自己の意思に反し他人により拘束されない。ところが、区分所有者は、一定の事項について、多数決決議という団体的拘束に服しなければならない。制定当時の区分所有法では、原則として、共用部分の管理に限定される形で、区分所有者が団体的拘束を受けることになっていた。そのような団体的拘束の根拠は、区分所有者が共有物たる共用部分の持分権者であることに求められていた。しかし、1983年（昭和58年）改正法では、区分所有者に対する団体的拘束が、共用部分の変更

¹⁶ Cass 3 Civ. 6 mars 1991, D. 1991, 355, note Souleau ; RTD Civ.1991, 561, obs. Zenati.- Cass 3 Civ. 30 juin 2004, Bull III, n° 140; JCP 2004, n° 43, p. 1906, obs. Périnet-Marquet.

（旧17条）、規約の設定・変更・廃止（31条）、競売請求（59条）、建替え（旧62条）などに広く及ぶようになった。区分所有者が受ける団体的拘束の根拠が、所有法ではなく団体法の観点から説明されるようになったのもこの頃からとされる。その後、2002年（平成14年）改正法では、拘束のさらなる拡大・強化がはかられ、現在に至る。実務的に見れば、区分所有建物の円滑かつ適正な管理のために、これらの拘束が必要であることは理解できる。しかし、理論的な観点からすると、区分所有権が専有部分に対する通常の所有権であることを前提としていることから、区分所有者が自己の意思に反し拘束に服することを正当化する根拠は不明確である¹⁷。区分所有者が拘束に服することの根拠を探るためにも、まずは区分所有権の法的性質の探求が必要となってくると思われるが、区分所有法によれば、区分所有権は、あくまでも専有部分に対する所有権を指すものにすぎない。しかし、日本の学説は、さまざまなアプローチで、区分所有権の特殊性を説明しようと試みてきた¹⁸。

では、フランスでは区分所有権の法的性質についてどのような議論が展開されているのか。まず、議論に先立って、65年法が適用される区分所有関係について簡単に説明しておく。65年法は、区分所有関係の開始に関する特別な規定を有しておらず、同法の適用対象についてのみに定めている。同法1条1項は、その適用対象につき、「その所有がそれぞれ専有部分および共用部分の持分を含む区画によって配分されるすべての建築不動産および建築不動産群」とする。フランスにおいては、ローマ法以来の原則に従い、建物が存する土地を、土地上の建物と一体の、一個の不動産として建築不動産（*immeuble bâti*）と呼ぶ。建築不動産が数個の専属的使用に充てられる部分（専有部分）に区分され、かつ全員または一部の使用収益に充てられる部分（共用部分）を含む場合に、建物の区分所有関係（*copropriété des immeubles bâtis*）が生じることになる。この場合、区分所有者は、建物に対して区分所有権（*droit de copropriété*）を有するが、その権利の対象は

「区画」であるとされる。区画とは、単に専有部分である建物の住戸部分のみを指すのではなく、共用部分および共用部分に付属する権利の持分を含むものとされ、区分所有権の対象を包括的に把握する抽象的な概念である。

区分所有関係について、フランスでは、不動産についての共有関係を本質として団体的拘束は債権関係によって説明されるとする一元説と、専有部分上の個人的所有権と共用部分上の団体的権利の2つからなると説明する二元説が見られる¹⁹。一元説に対しては、専有部分の利用権の本質が規約に基づく債権的なものであるとすると、専有部分についての不当な制約を可能にするとの批判がある。二元説に対しては、共用部分と専有部分の不可分性に関して十分に説明できていないとの批判がある。しかし、二元説については、この共用部分と専有部分の不可分性の根拠を十分に説明することにより、区分所有権について、区画に対する1個の権利として一体的な把握が可能になるとされる²⁰。現在のフランスの学説では二元説が主流を占めていると思われるが、区分所有法の代表的な基本書では、区分所有権は、所有者が排他的に行使できる所有権とは異なる別種の権利であるとの説が展開されている²¹。同書によれば、区分所有権は、分割の対象とならず、区分所有不動産の維持管理の必要性から生じる拘束を受ける。また、この権利は、集团的利益のため、区分所有者間に一定の関係を生み出すという点では、厳格な物権概念とも相容れないとされる。このような見解は、一元説への回帰とも言えるべきもので、同書でも新一元（*néo-unitaire*）理論と名付けられている²²。フランスでは、日本の区分所有法のように区分所有権を二元的にとらえる考え方が通説的見解のようであるが、近時は区分所有権を区画全体に対する権利として一体的に把握する傾向が強くなってきている。このような一元的な把握は、区分所有者に対する拘束の説明にも資するものと思われる。

¹⁹ Givoud, Giverdon, Capoulade, La copropriété, préc., n° 217 et s.

²⁰ Périnet-Marquet, La copropriété entre respect et adaptation du droit civil, préc., p. 791. -Givoud, Giverdon, Capoulade, La copropriété, préc., n° 224.

²¹ Givoud, Giverdon, Capoulade, La copropriété, préc., n° 217 et s.

²² 同説の詳細は、Givoud, Giverdon, Capoulade, La copropriété, préc., n° 227 et s.

¹⁷ 区分所有者に対する拘束の根拠につき、ドイツ法との比較を通じて検討するものとして、伊藤栄寿『所有法と団体法の交錯—区分所有者に対する団体的拘束の根拠と限界』（成文堂、2011年）。

¹⁸ 学説の詳細については、伊藤・前掲『所有法と団体法の交錯』35頁以下。

②区分所有者に対する拘束

集会で多数決による決定が行われるのは、あくまで共用部分の（広義の）管理についてである（区分所有法31条1項）。しかし、日本の区分所有法では、以下のように、いくつかの場合に専有部分にまで多数決原理を及ぼしている。区分所有法が専有部分に対する団体的拘束を拡大する傾向にある点については既に述べたとおりである。生活の本拠である住居に対する所有権としての区分所有権を保護するという観点から、団体的拘束が専有部分にまで及ぶことの根拠を探求しその限界を探ることが必要になってくる。

a. 「共同の利益に反する行為」を行った区分所有者の排除

区分所有者は、建物の保存に有害な行為その他建物の管理または使用に関し区分所有者の「共同の利益に反する行為」をしてはならない（区分所有法6条1項）。義務違反者に対して、区分所有者ないし管理組合法人は以下の3つの措置をとることが可能である。

①義務違反者に対して、違反行為の停止・行為の結果の除去・予防措置をとることを請求することができる（区分所有法57条1項）²³。

②共同の利益に反する行為による区分所有者の共同生活上の障害が著しく、上記①の請求によってはその障害を除去して共用部分の利用の確保その他の区分所有者の共同生活の維持を図ることが困難である場合、他の区分所有者の全員または管理組合法人は、区分所有者および議決権の4分の3以上の集会の決議に基づき、訴えをもって、相当期間の当該区分所有者による専有部分の使用禁止を請求することができる（区分所有法58条1・2項）。これは以下の③の請求とは異なり、あくまでも一時的排除にすぎない。

③さらに、共同の利益に反する行為による区分所有者の共同生活上の障害が著しく、他の方法によってはその障害を除去して共用部分の利用の確保その他の区分所有者の共同生活の維持を図ることが困難であるときは、他の区分所有者の全員または管理組合法人は、区分所有者および議決権の4分の3以上の集会の決議に基づき、訴えをもって、当該行為に係る区分

²³ 区分所有法57条4項および60条1項では、専有部分の占有者（賃借人など）の違反行為に対する対応も規定されている。

所有者の区分所有権および敷地利用権の競売を請求することができる（区分所有法59条）。

②・③の請求については、義務違反者である区分所有者の所有権に与える影響の重大性に鑑みて、請求をするには、集会での特別多数決議を必要とし、さらには必ず訴えによらなければならないとされている。しかし、なぜこのように専有部分に関する区分所有者の所有権に対する制約を加えることができるのかという理論的根拠についての検討はなお十分ではないと思われる。区分所有権の特質に伴う内在的制約として可能であるとの議論があるが、その特質の内容が解明されなければならない。

b. 復旧・建替え

区分所有建物の一部が滅失した場合、滅失の程度に応じて、区分所有法は、集会での多数決による復旧を可能とする（区分所有法61条）。すなわち、建物価格の2分の1以下に相当する部分が滅失した場合には普通決議により復旧を決定でき、2分の1を超える部分が滅失した場合は4分の3の多数決で復旧を決定できる。後者の場合、決議に反対した区分所有者は、自己の区分所有権・共用部分の持分・敷地利用権の持分を決議に賛成した区分所有者に時価で売り渡すことで、区分所有関係からの離脱が可能となっている。

また、1983年改正により、区分所有者および議決権の5分の4の多数決による建替え決議が可能となり、決議に反対した者を区分所有関係から排除して建替えを実現することが可能となった。1983年改正では、建替えの実質的要件として「老朽、損傷、一部の滅失その他の事由により、建物の価額その他の事情に照らし、建物がその効用を維持し、または回復するのに過分の費用を要するに至ったとき」という要件が要求されていたのが、2002年改正ではこの実質的要件は削除され（区分所有法62条1項）、敷地の効用増を図るという目的でも建替え決議が可能となった。もっとも、実際に建替えが問題となるのは、震災などによる一部滅失が老朽化・安全性に問題のある欠陥マンションであろう。建替えについては、一方で、区分所有者が共有（準共有）する敷地の利用方法の変更という要素を含んでいるが、区分所有者および議決権の5分の4とはいえ集会の多数決の議決により区分所有者の専有部分の帰趨を決定できる点が問題となる。建替え参加者は、不参加者に対して売渡請求権を行使できる（区分所有法63条）。

これにより、不参加者は時価相当額を受け取れるものの強制的に所有権を失う。この点に関する正当化根拠の検討もなお必要であろう。

③区分所有者に対する拘束の正当化根拠

1983年改正法および2002年改正法の立法担当者は、区分所有権にはその性質から内在的制約が存在すること、区分所有者が区分所有法3条により「団体」を構成していることに拘束の根拠を求めている。これに対して、物権法教科書では、区分所有権の「特殊性」により拘束を説明しようとするものが多い。佐久間毅教授の物権法教科書では、区分所有権は、「物理的に不可分な1棟の建物の各部分を客体とするものであり、他の建物部分や敷地を他の区分所有者と共同利用することによってしか効用を発揮することができない。しかも、この共同利用関係は、区分所有権が存在する限り継続されなければならない。」このような「特殊性」のために、団体的拘束が相当強く加えられているのが区分所有権であるとの説明がなされている²⁴。ただ、特殊性のみを強調するならば、区分所有権は「特殊な所有権」であるとして団体的拘束を無制限に行うことも許容される可能性があり、「特殊性」の内容の解明とそれに基づく拘束の限界が検討されなければならないであろう。

区分所有者に対する拘束の根拠として考えられるのは、区分所有権には共用部分に対する共有持分および敷地利用権が常に伴っていることである。日本においては、区分所有関係における「共有」の特殊性という視点からの議論が多いと思われる。ただし、この点については、我が国の区分所有権の対象はあくまでも専有部分にすぎないことから、団体的拘束（特に専有部分に及ぶもの）を正面から認めるためには、区分所有権という概念に、専有部分に対する所有権に加え共用部分に対する持分を含めて一体的にとらえなおす必要があるのではないかと思われる。

我が国の伝統的通説は、共同所有を、共有・合有・総有の3つの理念型に分類したうえで、団体的結合関係を形成しようとする構成員の「意思」が財産帰属関係を規律すると解してきた。しかし、区分所有においては、区分所有者間に団体的結合関係を形成しようとする意思がない場合があ

るため、共有に関する伝統的通説からは、区分所有関係における拘束の根拠を説明することは困難であるとされる。共同所有を、分割可能な共有（処分換価型）と分割不可能な共有（持分処分型）の2つに分け考察する山田誠一教授によれば、区分所有は後者に分類される²⁵。このような類型の共有においては、共有物の使用・管理について、自己の意思に基づかずに形成された規律に拘束される必要性があるとされ、区分所有者への拘束の根拠が説明される。ただし、この説によっても、建替えのような、所有権の処分の場面における拘束を正当化することは困難であると思われる²⁶。

フランスにおいて、区分所有者に対する拘束の根拠はどのように説明されているのか。この点に検討を加えた近時のテーズでは、すべての区分所有者は所有者であると同時に団体組織の構成員であるとの視点から、区分所有権の法的性質に関する分析がなされている²⁷。

（2）区分所有と共有

①加入が強制される団体の存在

区分所有法3条は、「区分所有者は、全員で、建物並びにその敷地及び附属施設の管理を行うための団体を構成し、この法律の定めるところにより、集会を開き、規約を定め、及び管理者を置くことができる」と規定する。区分所有権は、常に建物の共用部分の共有持分と敷地利用権を伴うが、通常の「共有」とは異なり、区分所有者（共有者）は管理組合という「団体」に強制的に加入させられる。このような団体が区分所有建物の管理の「主体」となる。これは、共用部分・敷地利用権ともに区分所有建物が存

²⁵ 山田誠一「共有者間の法律関係（4・完）」法協102巻7号142頁（1985年）。

²⁶ 伊藤栄寿准教授によれば、区分所有に関する伝統的な学説は、大きなジレンマを抱えているという。区分所有を所有法の観点からとらえれば、区分所有建物管理に関する実務的な問題を柔軟に解決することが困難となる。区分所有を団体法の観点からとらえれば、区分所有権が専有部分に対する個人所有権であるということから、理論的な問題が残る。このことから、伊藤准教授は、区分所有者に対する団体的拘束が問題となる場面ごとに、その正当化根拠と拘束の限界を検討する方法を選ばれている（伊藤・前掲『所有法と団体法の交錯』）。

²⁷ この点に関するテーズとして、Florence Bayard-James, *La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier, analyse critique*, 2002, LGDJがある。

²⁴ 佐久間毅『民法の基礎2 物権』（有斐閣、2006年）218頁。

続する限り、分割は予定されておらず、分割を前提とした通常の共有関係を超えた団体性を区分所有者らに認めて多数決による決定に従わせること、つまり区分所有者に団体的拘束を加えることを必要としたからである。区分所有法3条は、区分所有建物が存在すれば、当然に各区分所有者は団体の構成員となること、既に団体が存在していることを確認している。日本の区分所有法は、この団体全てに法人格を与えることはしていない（区分所有法47条1項）。この点、フランスの区分所有法は、区分所有者は全員で法人格を有する管理組合を形成するものと規定しており（65年法14条1項）、当然に区分所有者の団体は法人格を取得する点で日本との違いが見られる。

では、このような団体の構成員であることに区分所有者に対する拘束の根拠を求めることができるのか。この点、日本の区分所有法では、専有部分に対する排他的所有権が狭義の区分所有権であり、共用部分および敷地に対する権利は、あくまでも区分所有権に付随するものととらえられていることに注意を要する（区分所有法2条1項）。したがって、区分所有者の団体（管理組合）の性質としては、共有者により構成される集団ではなく、あくまでも単独所有権者の集団であり、これに共用部分と敷地の共有関係から生じる拘束が伴うものと把握できるだろう。区分所有法3条がなければ、区分所有者相互の団体的拘束を強く認める説明は困難ではないかと思われる。

なお、区分所有建物が全壊した場合は、敷地についての共有関係のみが残り、管理組合は消滅する。区分所有における「団体」はあくまでも区分所有建物の存在を前提とするものであり、民法における「団体」との相違が見られる。そのため、建物の再建に際しては、共有に関する民法の原則に戻って、敷地共有者全員の同意が必要になる。しかし、この点については、1995年の「被災区分所有建物の再建等に関する特別措置法」が、特別多数決の決議での再建を認めることで、再建を容易なものにしようとした。建替えの際も同様に、建物を壊すと、いったんは区分所有者の団体が法的には消滅することになる。この点についても、建替え決議後の建替え事業促進のため、2002年に「マンションの建替えの円滑化等に関する法律」が作られている。

さらに、区分所有に特徴的な点は、区分所有建物の使用・管理について、

規約で定めることができるとされている点である（区分所有法30条）。居住を目的とする区分所有建物すなわちマンションには、規約が存在する（通常は、「管理規約」と呼ばれる）。規約の設定・変更・合意については1962年法制定当初は、全員の書面による合意によるとされていたが、1983年改正で、原則として集会における特別多数決によるものとされた（区分所有法31条1項、後段にも注意）。もっとも、規約の設定は、通常、マンション分譲業者の作成した「原始規約」につき各区分所有者が住戸購入時に書面で承認する形（区分所有法45条の形式）で行われることが通常である。

②区分所有建物の管理

区分所有建物の共用部分は、区分所有者の「共有」に属する。しかし、区分所有建物の共用部分の使用・管理については、区分所有法12条以下に特別の規定が置かれている。共用部分の使用に関しては、各区分所有者が、「その用法に従って使用することができる」（区分所有法13条）。また、共用部分の管理に関しては、「保存行為は、各共有者がすることができる」（区分所有法18条1項但書）ほか、「集会の決議で決する」（同法同条同項本文）。共用部分の変更については、原則として「4分の3以上の多数による集会の決議で決する」（区分所有法17条1項）。

保存行為（共用部分の修繕など）につき、区分所有法は民法と何らの違いもない。区分所有法では、使用につき「持分に従い」が「用法に従い」となっている点、変更につき「全員一致」が「多数決」になっている点で民法上の共有物管理に関する規定に修正が加えられている。さらに、共用部分の通常管理につき、集会の過半数の決議で決せられる点は、民法の共有と異ならないが、民法では「持分の価格」（持分権の割合）の過半数であるのに対して（民法252条）、区分所有法は集会での決議（区分所有法18条1項本文）すなわち区分所有者および議決権の各過半数（区分所有法39条1項）による。区分所有者1人は1議決権を有するとしうえて、各区分所有者が区分所有法14条に定める割合（共用部分の持分）によって議決権を有するものとする。区分所有者および議決権の各過半数とするのは、一方では共有物の管理という点から共用部分の持分の割合に従うものとし、他方では、集団的生活の保持という点から区分所有者各人の利益の維

持が要請されることから区分所有者の数も考慮に入れられているためである。

このような共有物管理と区分所有建物の共用部分の管理の違いの理由については、通常、区分所有建物については継続的な使用が想定されている点、多数の者が使用する共用部分について全員の合意がなければ変更ができないとすると状況に応じた実効的な対応ができなくなってしまう点などから説明されている。

4. 感想

ペリネ＝マルケ教授は、報告の最後で、財産に関する共通法は「絶滅が心配される種（*espèce menacée*）」ではないと述べられた。さまざまな種類の財産の登場にもかかわらず、また不動産という古典的な財産をとってみても、財産に関する基本原則は維持されており堅固な基盤を提供している。しかし、財産全体に共通する法を探索するというアプローチは、理論的には興味深いものになる可能性があるものの、それは必ずしも時機を得たものではないというのがペリネ＝マルケ教授の考えである。フランス法において、さまざまな種類の財産は、それぞれ、歴史的背景、経済的環境、実務の要請に応じて形成された固有の制度に服している。ペリネ＝マルケ教授が、報告の最後を、財産に関する共通法を再創造（*recréation*）することは法律家にとって楽しいレクリエーション（*recréation*）となるだろうが、立法者にとっては優先事項ではないと皮肉交じりにまとめられたことが印象的であった。不動産法における不動産の種類を超えたルールへの接近は実際の必要性から生まれたものであるが、その他の領域についてはこのような実効的な要請は感じられず、全ての財産がそれに服することになる共通法の探索に時間を割くことは有用ではないということであろう。

私の日本側報告は、ペリネ＝マルケ教授の報告とは重なり合う部分が少しあるものの、区分所有法のみを扱ったためかなり方向性の違う報告となってしまった。ただし、区分所有関係が民法典の外で規律されていたとしても、それは、民法典が示す基本原則の適用の放棄を意味するものではないという点では、ペリネ＝マルケ教授の考え方と同じである。区分所有法の共用部分の管理に関する規定は、民法典の共有法に大きな修正を加える

ものではないし、修正が加えられているとしても、その理由は十分に説明可能なものである。また、区分所有権の性質をいかなるものとするかの問題はあがあるが、区分所有権が専有部分についての個人所有権を基礎としていることは間違いない。この点から、区分所有法により加えられる区分所有者に対する拘束（特に専有部分に関するもの）の正当化根拠とその限界を検討することが重要となってくる。フランス法では、区分所有権は専有部分についての個人所有権であるという点が極めて重視されており、区分所有者に課せられる拘束はできるだけ制限的なものであるべきとの考え方があある。ペリネ＝マルケ教授の報告でも、同教授の区分所有に関する論文でも、区分所有権はあくまでも民法典の規定する所有権を基礎として作られており、区分所有者の権利は独自の内容と性質を有しているものの、所有権者の権能に限りなく近いとされている²⁸。したがって、立法者は、区分所有関係における団体的な生活を考慮した場合でなければ、それを修正することはできない。ペリネ＝マルケ教授は、このように考えることがフランス法の個人主義的所有権観に一致するのであり、この観点からすれば、区分所有者への拘束は最大制限されなければならないとされる。

区分所有法をめぐって残された問題としては、区分所有に関する規定

²⁸ Périnet-Marquet, La copropriété entre respect et adaptation du droit civil, *préc.* において、ペリネ＝マルケ教授は、通常的所有権者が有する権能と区分所有者が有する権能（使用、収益、処分）につき、以下のような比較を行っている。区分所有者の使用権能（*usus*）については、65年法2条は、各区分所有者に、専有部分について排他的な権利を与えており、この点では通常的所有権と変わらない。ただし、65年法8条により、規約に定められた不動産の用途による制限を受ける。区分所有者の収益権能（*fructus*）も、通常的所有権者が享受できるものとは基本的に異なっているわけではない。ただ、使用権同様、収益権も不動産または区画の用途により制限される。最後に、区分所有者の処分権能（*abus*）についてだが、当然のことではあるが、区分所有者が専有部分を破壊することはできない。他の区分所有者の権利や共用部分に影響を与えることは必至だからである。しかし、区画の売却については、通常不動産の売却と何ら変わらない。総会や他の区分所有者の承認を得ることなく、区分所有者は区画を売却できる。これは、立法者が、区画の売買は何よりもまず専有部分の売買であり、共用部分は専有部分の付属物でしかないと考えていたことによる。

（少なくとも基本となる規定）を民法典に入れる必要性の有無である。区分所有権を、新たな共同所有権（*propriété collective*）の一種として民法典に規定すべきか、区分所有法にすべてを委ねるべきか。フランス物権法改正準備草案では、区分所有については、現在のところ、65年法とその適用デクレである67年デクレを足すと、200カ条を超える大変多くの規定が置かれていることから、これらの規定すべてを民法典に挿入することは不可能であるとして、65年法のうち最も重要であると考えられる4カ条のみを民法典に挿入し、残りの区分所有に関する規律は65年法などに委ねることにしている。このような規定の仕方については、報告終了後の質疑応答でもその意図などにつき質問がなされたが、我が国にとっても参考となると思われる。