



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	21世紀の「財の法」の構築に向けて：第2回日仏物権法セミナーへの総括
Author(s)	吉田, 克己
Citation	新世代法政策学研究, 17, 177-214
Issue Date	2012-07
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49980
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP017_008.pdf



21世紀の「財の法」の構築に向けて —第2回日仏物権法セミナーへの総括

吉田克己

フランスの学術シンポジウムにおいては、通常、総括報告が行われる。シンポジウムにおいてなされた報告全体を通覧しまとめるとともに、その理論的意義を確認し、今後に残された課題を明らかにすることがその目的である。第1回セミナーでは諸般の事情から特に総括報告は置かれなかったが¹、今回の第2回セミナーにおいては、それを置くことにした。フランス側からはピエール・クロック教授（パリ第2大学）が、日本側からは私が担当者となった。1つのシンポジウムにおいて2人の総括報告者が立つことは異例であるが、各テーマについて日仏が対等の立場でそれぞれ1名の報告者を立てて日仏の観点をぶつけあった今回の試みにおいては、総括についても日仏からそれぞれ1名を出すのが適切と考えられたのである。

この2つの総括報告は、いずれも、今回のセミナーの諸報告を整理しつつ、21世紀の「財の法」構築に向けての理論的課題を整理するものであった。以下では、この2つの総括報告の内容を紹介する。原テキストはフランス語であるが、その厳密な翻訳ではなく、適宜その内容をまとめつつ概要の紹介を行う²。なお、口頭報告の内容は、事前に配布されたテキストとは必ずしも同一ではなかった。両報告とも、時間の関係で、事前配布テ

¹ 後日、このセミナーを振り返って簡単な総括を行った論考として、吉田克己「第1回物権法セミナーを終えて——ひとつの総括」法時83巻8号（2011年）98～99頁がある。

² クロック報告の紹介においても若干の注を付すが、これらは、すべて吉田が付けたものであって、一種の訳注である。

クストを簡潔に要約する形でなされたのである。しかし、以下の紹介は、事前配布テキストに基づいて行方。他方、総括報告については、それについてさらに議論することはしないのが通例であり、今回もこれらの報告のあとでさらに議論するという事はしなかった。したがって、本稿において議論のまとめは存在しない。

【フランス側総括報告】

ピエール・クロック「21世紀に向けての財の法はどのようなものであるべきか？——第2回日仏物権法セミナーへの総括報告」

はじめに

フランス民法典制定以降、その多くの領域は抜本的改正の対象となった。しかし、そのような中で、「財の法」(droit des biens)³は、基本的に制定時の姿をとどめている。たしかに、区分所有のように手が加えられた部分はあるが、それは民法典外部で行われている。日本でも同様であることは、吉井報告が示したところである。

現代における新たな社会的要請や新たな富の出現を見れば、フランス民法典および日本民法の内容が、現実を正確に反映するものでなくなっていることはたしかである。この点の認識が、財の法の改正に向けての考察の動因となっている。

この考察のためには、まず、今日の財の法の姿について現状を確認する一覧表を作成することが必要である。今回のセミナーの多様な諸報告に共通に見られる点の1つは、今日の財の法が公序としての性格を失い、個人の意思に多くを委ねるようになってきていることである(→I)。次に、そのような法の現実のあり方が、財の法について新たな規律を要請しているか

³ 「物権法」との訳語が当てられることが多いが、本稿では原則として「財の法」の訳語を当てる。そのほうが原義に即しているし、パンデクテン体系を採らないフランス民法典の下では、「物権法」は避けたほうが望ましいと考えられるからである。なお、この訳語問題については、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(2009年)143頁注(12)も参照。

を問う必要がある。この作業は、フランスではペリネ＝マルケ委員会によってすでに着手されているところである(→II)。

I 現状確認：現在の財の法は、個人の意思に大きな位置を認めている

今日の財の法が、公序としての性格を後退させていることは明白である。担保法についても、程度は異なるとはいえ、同様の事情を指摘することができる。

フランス法において、物権法定主義(numerus clausus⁴)は、学説上採り上げられることが少なくなっている。この傾向に抗して物権法定主義を再評価することは、問題となりえないであろう。ペリネ＝マルケ委員会による物権法改正草案は、当初は、財に関する民法典第2編の規定が公序であることを定める規定を含んでいたが(516条)、2009年5月15日の会合において、それが削除されたという経緯があるからである⁵。ところで、物権法改正草案においては、物権法定主義に対してバランスを取るために「特別の用益を目的とする物権(droits réels de jouissance spéciale)」を創設する構想⁶が提示されている。財に関する法の公序性の規定が削除された以上、この構想も放棄するのが筋ではないかが問題となる。これは、ドゥビショ報告が強調する点であった。

日本法についても、基本的事情は同様である。平野報告の示すところによれば、日本民法において物権法定主義の規定はあるが(175条)、判例は、

⁴ numerus clausus は、一般には、本文記載のように「物権法定主義」と訳されるが、言葉の本来の意味は、「数の限定」であり、そのような意味で用いられることもある。たとえば、競争試験等における合格者数の限定を示す numerus clausus sélectif などである。Henri Roland, *Lexique juridique, expressions latines*, 3e éd., Litec, 2004, p.211. 「物権法定主義」は、物権における数の限定という意味で numerus clausus が使われる場合(それが通常である)の訳語になるわけである。

⁵ ペリネ＝マルケ委員会による物権法改正草案については、フランス物権法研究会・前掲注(3)134頁以下を参照。当初、公序性を定める516条が置かれた趣旨については、147頁、その後、それが削除されたことについては、157頁を参照。

⁶ ペリネ＝マルケ委員会物権法改正草案は、第4章「所有権の支分権」に「特別の用益を目的とする物権」と称する新たな物権に関する規定を置くことを提案している(第4節608条～611条)。

慣習に基づく物権の存在や新たな物的担保たとえば譲渡担保の存在を認めているのである。

このように、21世紀初頭の財の法は、新たな自由に付与される位置の大ききで特徴づけられるが(A)、他方でこの自由については重要な限界も存在する(B)。

A 新たな諸自由

最初に指摘しておきたいのは、いわゆる物権法定主義によって、フランス法上新たな態様の所有権分割(支分権)(*démembrements du droit de propriété*)⁷の創設が禁止されたことは、一度もなかったということである。この点については、4つの理由を指摘しておきたい。①民法典543条は、財の上に行使しうる権利の種類を定めているが、それは制限的なものではない。そこには、民法典が認めるすべての物権が列挙されているわけでもないのである。②民法典544条は絶対的所有権を定めるが、それは反面では所有権分割(支分権創設)の自由が認められることを意味する。③民法典686条は、「過去の遺物の復活となるような人役(*servitudes personnelles*)の創設」(メキ報告の表現)を現在でもなお禁止しているが、封建的役権の復活は、現代ではもはや現実的なテーマではなくなっている。④第三者との関係での取引安全の要請については、不動産については公示制度によって、動産については表見法理によって対処することができる。これは、フランスについてドゥピシヨ報告が強調し、日本に関して平野報告が指摘したところである。

そのような次第で、物権法定主義は、財の法の公序性に関する強固な基

⁷ 日本で言う「用益物権」または「他物権」をこのように表現する(たとえば、Patrice Jourdain, *Les biens*, Dalloz, 1995, p. 189 et s., Gérard Cornu, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 12e éd., Montchrestien, 2005, p.521 et s.)。「分割された所有権 la propriété démembrée」と表現する教科書もある(François Terré et Philippe Simler, *Droit civil, les biens*, Dalloz, 8e éd., 2010, p.691 et s., Sophie Schiller, *Droits des biens*, 5e éd., Dalloz, 2011, p.155 et s.)。他方で、この表現を避けて、「物権 droit réel」を採用する教科書も少なくない(Jean Carbonnier, *Droit civil*, vol.1, PUF, Quadriga, 2004, p.317 et s., Nadège Reboul-Maupin, *Droit des biens*, 3e éd., Dalloz, 2010, p.111 et s., Marie-Laure Mathieu, *Droit civil, les biens*, 2e éd., Sirey, 2010, p.11.)。

礎ではない。それゆえ、判例は、当事者に多くの自由を認めてきたし(→ a))、その動向は、立法においても同様である(→ b))。

a) 判例によって付与された自由

判例はまず、新たな物権の創設を認めてきた。永小作権(*l'emphytéose*)はその端的な例であり、これはのちに立法によっても認められることになった。競業避止の負担(*la servitude de non-concurrence*)は、債権の形を採ることも、物権の形を採ることもありうる。それは、メキ報告が指摘したように、この2つの権利間の区別が流動的であることを示している。さらに、破産院は、区分所有において2個の専有部分間で役権を設定することを認めた(破産院第3民事部2004年6月30日判決)。これは興味深い判例変更である。判例は、従来、区分所有規約によって規律される区分所有者相互間の相互関係は、区分所有規約の変更手続きによるのでなければ変更できず、それは、2名の区分所有者間でその専有部分にしか関わらない事項についても同様であると考えてきたのである。

判例は次に、財の性質の変更を認めている。ドゥピシヨ報告は、古くから認められている例として、合意に基づく代替性(*fongibilité*)の承認を指摘した。より最近のものとしては、同じくドゥピシヨ報告が指摘するように、質に関して、合意に基づく代替性の第三者対抗力が認められたという例がある(破産院商事部2010年5月26日判決)。2006年の担保法改正が集合財(*un ensemble des biens*)上の担保設定を認めた以上、当然の論理的帰結と言えよう。

b) 法律によって付与された自由

法律に基づいて初めて付与される自由もあるが、その例も多数に上る。立法者がそれを意識的に行う場合も、無意識的に行う場合もある。立法者はまず、公共財産(*le domaine public*)の不可処分性については、意識的に例外を認めた。ペリネ=マルケ報告は、行政上の永代賃貸借と一時的占有許可に関する1988年と1994年の立法の重要性を指摘している。これらは、抵当権の客体たりうる新たな物権なのである。また、2006年以降、公共財産の利用と適格的である限度で、その上に役権を設定することが認められていることも指摘しておく。また、資産の一体性に対する例外である信託も、立法者が意識的に自由を付与した例である。この点については日本が先行したが(フランスでは2007年に信託が民法典に導入されたのに対して、

日本では1922年に立法ができています)、両国の制度には、片山報告が示すように、共通点が多い。

無意識的になされたケースとしては、2003年8月1日の法律と2008年8月4日の法律を挙げることができる。これらの法律は、ある不動産について債務者が差押え不能である旨の宣言をすることを認め、その上でただ1人の債権者のためにその利益を放棄することを認めた。この結果、消極的物的担保という新たな担保形態が作り出されることになったのである。この存在については、メキ報告とドゥピシヨ報告が指摘している。実際、この債権者は、当該不動産を差し押さえることができる唯一の債権者ということになる。この消極的物的担保は、倒産手続における対抗力を認められたということで(破毀院商事部2011年6月28日判決)、ますます興味深い対象になっている。

B 自由の限界

財の法における自由に関してはさまざまな限界が設けられているが、それらは、財の法の基本原則の尊重(→a))、担保法の基本原則の尊重(→b))とに由来する。

a) 財の法の基本原則

このセミナーにおいて、とりわけ次の2つの基本原則が指摘された。

第1は、すべての財を動産と不動産に分類することである。これが財の法の普通法に属することは、ペリネ＝マルケ報告が指摘するところである。これを無益と考える見解もあるが、私はそうは思わない。たしかに、動産と不動産を対立させて捉える一定の準則は消滅した。しかし、消滅したのは、不動産売買のみに関わる過剰損害(lésion)制度のように、動産・不動産の区別をその価値の差(動産は価値なき物 *res mobilis, res vilis*)に関わらせる準則である。反対に、不動性があるかどうかでこの区別を行う準則は、現在でも維持されている。例を挙げると、動産上の担保に関する公示は、人的公示システム(設定者の人的属性を参照してなされる公示)に依拠するほかに、その実効性は限定的である。これに対して、不動産担保の公示は、信頼性がより大きい物的公示(財の位置を参照してなされる公示)に基礎を置くのである。物理的な範囲確定などから生じる物的な固定性は、不動産の本質的な特徴であり、これによって空間の立方体がそ

の性質上不動産とみなされうるという命題が説明されるのである。

ペリネ＝マルケ報告が引用しているように、破毀院第3民事部1991年6月26日判決は、「ある財の動産または不動産という性質は、法律によって定められ、……当事者の合意は、この点に関して影響をもちえない」と判示した。この判示の前半部は正しいが、後半はそうではない。この事案において問題になったのは、用途による不動産化を、当事者の所有権留保条項によって排除することができるか否かであった。破毀院はこれを否定したわけであるが、民法典524条自体が、用途による不動産化の要件として所有者の同一性を要求している。したがって、破毀院の見解とは異なって、所有権移転時期をどうするかに関する当事者間の合意は、必然的に用途による不動産化に影響を及ぼすことになるのである。動産と不動産という財の分類は、したがって、個人の意思が機能する余地を、小さなものではあるが認めている。また、ドゥピシヨ報告が指摘するように、予定動産(*meuble par anticipation*⁸⁾)は、法律によって認められたカテゴリーではなく、判例によるものである。

第2は、所有権の本質を尊重することである。ペリネ＝マルケ報告において指摘されたように、ヨーロッパ人権裁判所およびフランス憲法院は、所有権の保護を通じて財の法に関する共通法を創り上げている。その法的な基礎は、1789年の人権宣言2条および17条、そしてヨーロッパ人権条約への第1付属議定書1条である⁹⁾。

⁸ 収穫を予定した農作物のように、将来の用途に基づいて動産とされる物を指す。

⁹ この3つの規定を引いておく。人権宣言2条「すべての政治的結合の目的は、人の自然の、かつ、時効によって消滅することがない権利の保全である。これらの権利は、自由、所有(*la propriété*)、安全および圧制への抵抗である」。同17条「所有は、侵すことができない神聖な権利であるから、いかなる者も、適法に確認された公の必要が明白にそれを要求する場合で、かつ、正当かつ事前の補償の条件のもとでなければ、それを奪われることができない」。以上の翻訳は、東京大学社会科学研究所『1791年憲法の資料的研究』(1972年)による。ヨーロッパ人権条約第1付属議定書1条「自然人または法人はすべて、その財産を尊重される権利を有する。いかなる者も、公益事由に基づき、かつ、法律および国際法上の一般原則によって定められる条件に従ってでなければ、その所有(*sa propriété*)を奪われることができない。／これらの規定は、財産の利用を一般利益に従って規制し、または租税もしく

この領域における判例の展開は豊富である。たとえば、次のような解決がなされている。①所有に付与される特権の完全性。所有は、それゆえ、消極的特権をも含むことができる。このようにして、2000年7月26日の狩猟に関する法律の合憲性審査を付託された憲法院は、2000年7月20日の判決において、所有の憲法的保障は、その消極面において狩猟をしない権利を含んでいる旨を明示的に肯定した。②債権に対する所有権保護の適用。ヨーロッパ人権裁判所は、2005年10月6日のドラオン対フランス事件判決において、いわゆる「反ペリュッシュ法」の遡及適用を定める諸規定を、ヨーロッパ人権条約第1付属議定書1条に反するものと評価した。それらは、障害者の損害賠償への既得権を侵害する、というのがその理由である。

しかしながら、人権宣言やヨーロッパ人権条約というこれらの法律を超える規範による所有保護の実効性は、正確にはどの程度のものであろうか。①人権宣言17条は、所有の神聖不可侵性を肯定しているが、同時に、事前かつ正当な補償および適法に確認された公の必要性を条件として、所有の剥奪が正当化されることを付け加えている。補償を条件として国による剥奪が可能とされる唯一の基本権という意味で、所有は、人権宣言によって承認された他の基本権とは区別される。②ヨーロッパ人権条約第1付属議定書1条は、財産の利用に関して構成国が規制を行うことを妨げるものではない。他方で、同条もまた、公益を理由とする収用の可能性を認めている。③最後に、憲法院判例は、一貫して、所有権の本質に侵害を及ぼさない限り、所有権行使について立法による制限を行うことが人権宣言2条によって妨げられるわけではないと判示している。要するに、これらの種々の規定を検討すると、法律を超える規範に基づく所有権の保護は、限定されたものである。一方で、補償と引き替えでの権利剥奪が可能とされ、他方で、所有権の本質を侵害しない限り無補償でのその制限が可能とされるからである。

したがって、問題は、所有権への制約がどの時点から所有権の本質を侵害すると評価しうるかである。所有権の本質とは何であろうか。これは難しい問題であるが、近時の判例は、回答に向けて、所有権の絶対性と結び

は他の分担金または罰金の支払いを確保するために必要と判断する法律を制定する国の権利を妨げない」。この翻訳は吉田による。

ついた2つの要素を指摘している。

第1の要素は、財の処分可能性である。これが所有者の特権の基本的なものを構成するがゆえに、国は、これを侵害してはならないのである。例を挙げると、ヨーロッパ人権裁判所は、1996年4月23日の判決において、都市整備計画が20年間にわたって建築禁止と収用のおそれとをもたらすような場合には、所有権への侵害があると判断した。財の処分可能性が減少するからである。

第2の要素は、PACS（民事連帯協約）に関する憲法院1999年11月9日判決によって明らかにされた。この判決において、憲法院は、民法典815条によって定められた原則、すなわち不分割（遺産共有）にとどまることを強制されないという原則に、憲法的価値を認めたのである。この解決は、所有権の絶対性に基づいて正当化される。所有権の絶対性は、所有権の界限のない分離を認めないのである。ここから、用益権（*l'usufruit*）が永久的なものであってはならず時限的なものとどまるという解決も導かれる。これは、ドゥピシヨ報告が取り上げている破毀院第3民事部2007年3月7日判決が判示するところである。そこからまた、物権法改正草案が提示している新たなタイプの所有権分割（支分権）が期間30年間を限度とするという考え方も導き出される¹⁰。

所有権の完全性とでも称すべきこの第2の要素は、しかしながら、変更される可能性を常に孕んでいる。たとえば、憲法院は、近時の2010年11月12日判決において、互有（*la mitoyenné*）制度¹¹から生じる所有権への制約は、所有権の性質を変質させるような重大性を帯びたものではないと判示した。この判断は、空間の合理的利用の必要性という名目で、永久的な不

¹⁰ ここで語られているのは、前出の「特別の用益を目的とする物権」である（物権法改正草案608条以下）。物権法改正草案によれば、この物権の消滅事由に関して、「合意された期間の満了。この期間は30年を超えることができない」と規定される（611条1号）。

¹¹ 「囲牆（壁、垣、溝）の共同所有で、隣接する共同所有者について権利（建物の梁の支えとして用いる権利）および負担（維持）の全体を設定し、その取得や立証などについて特別の制度に服するもの（民法典653条以下）」。Gérard Cornu (sous la direction de), *Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique*, Quadriège, PUF, 2009, p.594.

分割(共有)を承認することに帰着する。憲法院の言明にもかかわらず、ここには所有権の本質の変質があるというべきである。

この所有権の変質は、区分所有の領域においても見出すことができる。ここでもまた、共用部分を対象とする永久的不分割(共有)が創り出されているのである。区分所有関係における所有権の変質の結果、それぞれの区分所有者が持つ権利の法的性質をどのように理解するかが、難しい問題となっている。財の法の普通法において知られているどのようなカテゴリーにそれを結びつければよいかは難しいのである。その結果、区分所有者が蒙っているさまざまな強制をどのように正当化するかも、難しい問題になる。その点は、吉井報告が指摘した通りである。

地表権(droit de superficie)¹²についても、類似の考察が可能であろう。この点は、ドゥピシヨ報告で扱われているが、地上物所有と土地所有とが重なり合って存在するという状態は、関係する部分の所有権が変質してしまったことを承認しないと、説明が困難である。

所有権の完全性という性格によって、所有権分割(支分権)については常に、所有権それ自体とは反対に、消滅時効が成立しうるといふ解決もまた説明が可能である。

b) 担保法の基本原則

このセミナーにおいて、次の3つの基本原則が指摘された。

第1は、優先権を認められる物的担保に関する物権法定主義である。ドゥピシヨ報告が指摘するように、この物権法定主義は、一般債権者間での平等の原則に深く結びついている。すべての債権者は、債務者の資産(patrimoine)を共通の担保とし、立法者だけが、それらの者間での優先権とその順位を定めることができるのである。この解決は適切であって、これを覆すならば、立法者が望む信用政策と、一定の債権者を優先させるというその政策的選択を無に帰せしめることになってしまうであろう。「法文なくして優先権(先取特権)なし」という有名なルールは、このような要請に由来する。

この物権法定主義は、優先権を付与する担保のみにかかわる。ところが、破毀院商事部2006年12月19日判決は、普通法上の担保としての債権譲渡の

効力を否定してそれを債権質とした。ドゥピシヨ報告が述べるように、これは驚くべき結論である。しかし、この判決は、黙示的にであれ、その後変更されるに至っている。破毀院商事部2010年5月26日判決は、債権質とされた債権譲渡に、担保としての譲渡とほとんど同一の効果を認めたからである。

第2は、担保権設定者に対する暴利行為の否定である。フランス担保法は、個人の意思が働く余地を大きく認めている。債権者は、所有権移転形式での担保設定時に担保財産の所有権を取得することを認められるし、担保権実行の際にも流抵当条項等によって担保財産所有権取得の可能性を認められるのである。日本でも、平野報告が示したように、同様の方向での法発展が認められる。しかし、それらが認められるのは、一定の条件の下においてのみである。まず、債権者に配分される財の価額は客観的に定められる必要があるし、次に、この価額が債権額を上回っている場合には、差額は担保設定者に返還される必要があるのである。平野報告は、日本の代物弁済に関して全く同様の推論が見出されることを示している。

第3は、物的担保における特定性の原則である。この原則は、フランス担保法改正の際に緩和された。すなわち、現在または将来の財産や債権の総体を対象とする物的担保が認められた。また、抵当権または信託担保(譲渡担保)を充填する(recharger)することが認められた¹³。

¹² 2006年3月23日のオールドナンスによる担保法改正によって、設定行為で定められた債権と異なる他の債権(別の債権者の債権も含む)の担保とすることが可能な抵当権が創設された。被担保債権の特定性が緩和されるわけである。これを充填抵当権(l'hypothèque rechargeable)と呼ぶ。2006年担保法改正については、ジュリスト1335号(2007年)所収の小特集『2006年フランス担保法改正の概要』(執筆:山野目章夫、平野裕之、片山直也)および日仏法学25号(2009年)所収の特集『フランス担保法2006年改正』(執筆:平野裕之、片山直也、山野目章夫)があり、条文、報告書の翻訳として、平野裕之・片山直也「フランス担保法改正オールドナンス(担保に関する2006年3月23日のオールドナンス2006-346号)による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学8号(2007年)163頁以下が、改正予備草案の翻訳として、平野裕之・片山直也「フランス担保法改正予備草案」慶應法学9号(2008年)203頁以下がある。充填抵当権については、上掲ジュリスト小特集の片山直也「不動産担保に関する改正について」55~57頁、日仏法学特集の同「不動産担保に関する改正お

¹² 後注(23)と対応する本文を参照。

しかし、この原則はなお維持されており、完全な特定性の否定はなお認められていない。債務者は、その所有するすべての動産上に、それを具体的に明示せず、物的担保を設定して債務の担保に供することを認められない。また、特定の債権者に対するすべての債務を担保するためにある財産上に物的担保を設定することも認められていない。これを認めることは、きわめて危険といわなければならない。その例としてチリ法を挙げることができる。同法においては、ある債権者に対するすべての債務を担保する抵当権設定が認められているが、その結果、債務者が銀行の債務奴隷になるという事態が生じている。債務者の不動産が特定の銀行に押さえられてしまうため、他の金融機関を見つけることができなくなるのである。他方、平野報告によれば、日本法においては特定性の原則はフランスほどは尊重されていない。1971年に民法中に根抵当権(l'hypothèque omnibus)が導入されているからである。

II 展望：今後の財の法は、新たな規律を要請するか？

今回のセミナーで扱われた点に限定すると、財の法への新たなアプローチは、2つの基本的問題に分けることができる。第1に、財の法の発展は、その主要な概念の再定義を前提とするかが問題となる(A)。第2に、この発展はまた、その有用性が疑わしくなっている一定のルールの放棄をもたらすのではないかが問題となる(B)。

A 概念の再定義が必要か

財の法に関わる諸概念に関して、今回のセミナーの諸報告者の考察の対象になったのは、1つには占有の新たな定義の可能性であり(a)、もう1つには物権と債権との区別を再検討する可能性である(b)。

a) 占有の新たな定義の可能性

この問題が提起されるのは、今日占有の対象になると思われる財が多様化しているからである。それはとりわけ無体動産にかかわる。無体動産の占有は可能か、そして可能であるとすると、それは民法典によって規律されるべきなのか？

よびその意義」54～56頁参照。

まず前者の無体動産占有の可能性についてであるが、無体動産の占有を想定するのは、もともと難しいことである。それは、バンクタン報告が「法的擬制にすぎない要素に対して、直接的・物理的関係を持つことができるのだろうか」と指摘している通りである。しかし、私の見るところ、これは仮象問題である。占有の要件である体素は、財の性質に応じて変わるからである。無体動産の占有が認められるためには、無体動産の権利者として振る舞うことで足りるのである。この点は、金山報告が「有体物占有に関する準則が、それぞれの無体物の性質を考慮して『類推適用』されるべきである(民法205条)」と強調する通りである。

以上の考え方は、債権に関して間接的にはあるが承認された。占有は、所持(体素)+心素であるから、債権について占有が可能かという問題は、債権について所持が可能かという問題に帰着する。そして、債権の所持が、判例において、留置権に関して認められたのである。破毀院商事部2010年5月26日判決によれば、質権者は、質権を第三債務者に通知することによって、質入債権の支払いについて排他権を取得することを認められる。その判決要旨は、この排他性を正当化するために、貸主には留置権が認められることを挙げている。ところで、留置するためには、当然に、債権の所持、したがってその占有が可能であることが前提になっているのである。

以上の考え方は、同様に、物権法改正草案においても認められている。改正草案543条によれば、「占有とは、平穩、公然かつ明瞭な権利の行使であって、占有者がたとえ権利者でなくとも、事実および意思において権利者として振る舞うことをいう」。この広い定義によれば、占有は、有体財にも無体財にも適用可能であり、それゆえ債権の占有、無体財の占有を含み込むことになるのである。

このように無体動産の占有が可能だとすると、次にそれを民法典において規律するのが有益かという第2の問題が浮上する。結論的には、その有益性はそれほど大きなものではない。

まず指摘しうるのは、占有が有益なのは、事実状態の生起とそれに対応する権利の承認との間にタイムラグがある場合に限定されるということである。この点に関しては、バンクタン報告が挙げる美術的創造物の例を想起するとよいであろう。すなわち、そこでは、「創造行為と創造物への所有権付与との間にタイムラグがないために、占有概念のメリットは小さ

なものにすぎない」のである。

それでは、この規律をどこに置くべきか？ 物権法改正草案は、民法典には無体財占有の可能性だけを定め、その具体的規律については特別法に譲るとしている（558条）。当該無体財の法的制度を混乱させる結果になることを避けるためである。この解決は、正当なものである。無体動産の占有と取得時効に適用される準則は、きわめて多様であり、多様な財の性格に応じて決定される必要があるからである。この点は、ペリネ＝マルケ報告が「〔取得時効の反面としての〕無体的権利の全面的喪失は可能であるが、それぞれ固有の態様に服する必要がある」と強調している通りである。この解決は、無体動産に民法典2276条¹⁴の適用を否定する判例の論理的帰結でもある。この点に関して、パンクタン報告は、同条の準則を営業財産あるいは飲料提供店経営に適用することを否定した1960年および2006年の判決を引いている。

このアプローチについて何点かのコメントをしておく。まず、比較法的には、金山報告が、日本法において、無体動産、具体的には不動産賃借権や著作権に関わる複製権が取得時効の対象になりうることを示した。次に、特別法による規律については、それが可能になるためには特別法の存在が当然に必要である。それが存在しない場合または不完全な場合には、すべての財の普通法である改正草案543条から553条に立ち戻る必要がある。とりわけ占有者を所有者と推定する改正草案547条が重要であり、これは、占有に証明機能を認める2009年5月5日の破毀院商事部判決の解決に連なるものである。パンクタン報告は、無体動産の占有に関して特別法の参照を求めるペリネ＝マルケ報告の立場について、裁判官から普通法上の解決に訴える権能を奪うことになるとして若干の留保を示しているが、この留保には、上記の点からして、賛同できないと考える。最後に物権法改正草案に関して多少の批判をしておきたい。改正草案557条が定める債権の準占有者への弁済は、むしろ債務法に位置づけられるべきである。実際に、民法典1240条には、これと同じ規定が存在するのである。

¹⁴ 同条は、「動産に関して占有は権原に値する」（1項）と規定する。日本民法192条の即時取得に対応する規定である。

b) 物権・債権の区別を再検討する可能性

メキ報告が示すところによれば、今日、物権と債権との区別は、さまざまな点で再検討を要請されている。まず、物権法定主義は、もはや物権の特徴ではなくなっている。次に、すべての物権について追及権が認められるわけではないのに、債権について、居住用賃貸借の領域において、判例および立法によって認められる物的債務（l'obligation propter rem）の形で、追及権が出現してきた。この点において日本法とフランス法は収斂している（日本民法605条とフランス民法典1743条）。対抗力の点でも、物権と債権とは同等の扱いを受ける。かつて著名なベルギーの法哲学者であるダバンが示したように、主観的権利観念に固有の対抗力のゆえに、すべての権利は万人に対抗しうるのである。しかし、森田報告によれば、この考え方は、日本の民法学説には共有されていない。ところで、この原則的対抗力は、立法者によって制限されることがある。それは、第三者の安全を確保するために、この対抗力を公示または第三者の現実の認識に服せしめるという形をとる。とりわけ不動産の領域において、対抗力の原則は、森田報告が再確認したように、土地公示の準則に服するのである。マルク・レヴィが物権の特徴とした現物賠償（原状回復）（réparation en nature）は、債権の領域においても存在する。「違法行為の差止め（cessation de l'illicite）」という観念は、今日では物権債権の区別に依存しなくなっているように見える。違法な妨害行為の差止めは、それをフォートと性格づける必要なしに認めることが可能である。最後に、一定の権利は、物権債権のいずれかに類別することが不可能であり、あるいは両者の混合的な性格を帯びている。

そうであれば、物権債権の区別を、少なくとも部分的には再検討することが必要なのではなからうか？

そのような方向でなされた研究の中で最も説得的なのは、おそらくジノサー（S. Ginossar）のものである。それは、物権債権の区別を完全に否定するのではなく、その射程の縮減を図っている。というのは、ジノサーによれば、物権は、債権と同様に、積極的主体（債権者や物権の主体）と消極的主体（債務者や物的負担を負う者）との間の関係を表現するものと把握されるのである。しかしながら、このアプローチによれば、所有は、もはや物権に属するものではなく、帰属－支配の関係、個人とその権利や

財産との間の排他的な関係という事物の状態を表現するものとなる。所有は、もはや権利ではなく、ある財産、ある権利が個人に帰属する関係を示すものとなるのである。

バンクタン報告の問題提起は、以上の点に関連する。バンクタン報告の問題提起によれば、物という観念は、財の法には存在しない。それは、物が財の法にとって外在的なもので、所有の対象は常に権利ということの意味するものなのであろうか？ そうだとすると、所有について新たな考え方が導かれることになる。

メキ報告とバンクタン報告は、この点に関して慎重なスタンスを示しているが、それは正当である。というのは、物権債権区別の再検討は、所有観念の変更をもたらすであろうが、この変更は、所有の永久性にも移転可能性にも適合的ではないからである。所有が単なる個人と財との間の帰属関係であるとしたら、それが永久であるということがありうるのであろうか？ とりわけ、それぞれの譲渡がある所有の消滅と新たな所有の生成の機会であると理解するのであれば、《何人も自己の有する以上の権利を他人に移転することはできない(nemo plus juris...)》という準則と、ある財の取得者が前主が有する権利以上の権利を取得することができないという事実を、どのように説明するのであろうか？ 仮に物権債権区別論の再検討が必要だとしても、それが帰着するところは、メキ報告が示したように、せいぜい物的債務観念の承認であって、所有に関する新たな観念の採用ではない。

このように、諸概念の再定義がありうるとしても、それは節度あるものでしかありえない。今日もはや有益性を失ったように見える財の法に関する一定のルール廃止についても同様であることを、次に示すことにしよう。

B 無益な規制の廃止が必要か

ペリネ＝マルケ委員会物権法改正草案は、現行制度のいくつかの廃止案を打ち出しているが、そのうちの2つが本セミナーで取り上げられた。動産添付制度の廃止と占有訴権の廃止である。

a) 動産添付制度の廃止の妥当性

動産添付制度について言えば、それは、実務上は民法典2276条¹⁵の適用にその地位を奪われており、現実には適用されなくなっている。そのため、この制度は廃止すべきであるようにも見える。

しかし、バンクタン報告は、この廃止論を批判した。「有体動産についても無体動産についても、占有がその機能を果たすことができず、添付が必要手段になる領域が残されている」からである。判例は、実際に、営業財産管理者がその営業財産の招牌について権利主張しうることを正当化するために、動産添付準則を適用している。この準則を廃止してしまうと、この解決は正当化が困難になる。というのも、民法典2276条は、営業財産については適用されず、その招牌という営業財産の従物に適用することができないからである。

b) 占有訴権廃止の妥当性

物権法改正草案はまた、簡易化のために、占有訴権の廃止を提案した。レフェレ(référé 急速審理)訴権¹⁶が活用されているために、占有訴権の有用性に疑問が提示されているからである。

しかしながら、金山報告とともに、占有者の保護の縮減をもたらすこの廃止の正当性について、疑問を呈することができる。レフェレに関しては要件として明白に違法な妨害が要求されるわけであるが、占有訴権が単なる占有に関する妨害しか要求していないのと比較すると、占有者の保護を制限してしまうのではないだろうか？ また、占有権と本権との区別が存在しないところで、占有者の保護が常に確保されるのだろうか？

しかし、このような留保を付けた上で、有用性に乏しい規制を廃止する

¹⁵ 注(14)参照。

¹⁶ 「レフェレの命令(ordonnance du référé)は、本案受理判時でない判時(急速審理判時juge de référé)に即時に必要な処分を命じる権限を法律が与えている場合において、当事者の一方の要求により、他方当事者の出席または呼出のもとにんなされる仮の裁判décision provisoireをいう(新民訴484条)。」山口俊夫編『フランス法辞典』(東京大学出版会、2002年)493頁。日本の仮処分命令に対応する。本田耕一『レフェレの研究——フランスにおける仮処分命令の発令要件』(中央経済社、1997年)1頁参照。

ことは、今日のフランスの財の法において必要であるように思われる。民法典なるものの特性は、本質的なものに規定対象を限定するということにあるからである。

より一般的に、今日、われわれの民法典を改正することが必要であるとすれば、その理由は、日本においてもフランスにおいても、財の法の現在の現実を、その柔軟性を、そしてその偉大な豊かさをよりよく考慮するためである。この豊かさは、今回のセミナーが十分に示したところのものである。

【日本側総括報告】

吉田克己「21世紀の財の法に向けて——第2回日仏物権法セミナーへの1つの総括」

はじめに

財の法の考察領域は、2つに大別される。1つは法の客体としての財の考察であり、もう1つは法主体と法客体とを連結する帰属関係の考察である。昨年度に実施した第1回日仏物権法セミナーにおいては、所有の歴史的・比較法的考察（第1部）と財の法の展望（第2部）という2つの考察領域を設定して報告と議論が行われた。事前に調整したわけではないが、第2部の諸報告は、主要には法客体論に関心を寄せ、第1部の諸報告は、帰属関係論に焦点を当てることになった。したがって、第1回セミナーにおいては、財の法に関する上記の2大研究領域に、バランスよくアプローチしたということができる。

今回の第2回セミナーにおいては、諸報告の全体を通じて、帰属関係論の深化と研究対象領域の拡大という2つの大きな方向性を見出すことができる。

まず、帰属関係論の深化である。森田報告とメキ報告が扱ったのは、物権と債権の区別の今日的意義である。物権と債権という権利の二大カテゴリーは、帰属関係を表現する二大典型に他ならない。それでは、財の多様化現象のもとで、この二大カテゴリーを維持すべきか？これが、森田・メキ両報告を徹底する問題意識である。他方、平野報告とドゥピシヨ報告は、財の法における個人の意思を考察対象とする。これは、物権によって表現

されている帰属関係の柔軟化が可能かという問題を取り扱うものである。これもまた、今日における財の多様化を反映する問題設定に他ならない。

次に、研究領域の拡大である。それを示す1つが、財の管理の問題である。管理は、主体・客体間の関係を表現するものではあるが、ここでの文脈では、帰属関係を表現していないことに留意すべきである¹⁷。このような「管理」を財の法においてどのように位置づけるべきか？管理の要請を考慮した財の法の改正をどのように構想すべきか？片山報告とドゥピシヨ報告¹⁸がこの問題を検討した。他方で、管理の必要性は、物権とりわけ所有権の内容に影響を及ぼす。区分所有がその例を提供する。吉井報告が、区分所有に関するこの問題を、財に関する一般法と特別法という観点から検討した。他方、占有もまた、帰属関係を表現しない法制度である。これを財の法にどのように位置づけるべきか？知的財産を典型とする無体財産の出現と重要性増大という現代的法現象のもとで、占有制度の将来をどのように構想すべきか？これが、金山報告とバンクタン報告が扱った問題である。

このようにして、以下では、帰属関係論の深化（Ⅰ）と研究領域の拡大（Ⅱ）という2つの角度から、今回のセミナーの到達点に関して若干のコメントを加えることしたい。

Ⅰ 帰属関係論の深化

第2回セミナーにおいては、2つの側面からこの問題へのアプローチがなされた。物権と債権の区別の意味と（A）、財の法における個人の意思の役割（B）である。

¹⁷ 財の帰属と財の管理を区別して観念すべきことは、於保不二雄『財産管理権論序説』（有斐閣、1954年）5頁においてつとに指摘されている。

¹⁸ 当初は、ミシェル・グリマルディ教授（パリ第2大学）が報告を担当する予定であったが、アンリ・カピタン協会の公用のため来日が不可能になり、ドゥピシヨ教授が急遽その代役を勤めた。このような事情から、この報告についてはテキストがない。そのため、本稿では、この報告を検討の素材に組み込むことを断念した。

A 物権と債権の区別の意味

1 権利の法構造と物権債権の区別

権利の法構造は、密接に関連するが別個のものである内的構造と外的構造という2つの側面から分析することができる。まず、権利の内的構造は、法の主体と客体との関係を示すものである。債権の内的構造は、権利—義務の関係すなわち債権者・債務者間の結合関係によって表現される。物権の場合には、内的構造は、権利者によって対象物上で行使される直接の支配として提示される。ただし、物権においても、地代支払い関係のように、設定当事者間で権利—義務の関係が存在することがある。

次に、権利の外的構造は、第三者との関係を規律する権利の属性または性質である。具体的には、第三者対抗力、第三者による侵害の場合の差止めや損害賠償の形で保護、抵当権設定能力などである。意思自治は、ここでは原則として機能する余地がない。これらの属性がどのようなものであるかを定めるのは、客観法である。

それでは、権利の外的構造という次元における物権債権の区別はどのように捉えるべきか。森田報告は、2つの問題をめぐって考察を展開した。第三者に対する対抗力の射程および侵害の場合の物権債権の保護である。これに応じる形で、メキ報告の考察が展開された。したがって、ここでは、物権債権の区別の意味が、権利の外的構造という観点から検討されたことになる。

この2つの優れた報告を通じて、2点を確認することができる。第1に、物権債権の区別は、日仏両国において相対化されていること、しかし、第2に、相対化の動向にもかかわらず、区別の意味は一貫して存在すること、である。以下、両報告に即しつつ、これらの点を検討する。

2 債権の対抗力または追及権

賃借権は、伝統的に債権とされてきたが、不動産の特定承継人との関係では、フランス法の下でも（フランス民法典1743条）、日本民法の下でも（民法605条）、対抗力を認められてきた。その意味で、不動産賃借権は、相対効しか認められない古典の意味での債権ではない。物権債権の区別は、ここではすでに相対化されている。フランス19世紀の注釈学派に属するト

ロロンは、この対抗力を根拠に、賃借権物権説を展開した¹⁹。この議論は学説に受け入れられなかったが、不動産賃借権の属性が通常の債権と異なることはたしかである。それでは、この「奇妙な」権利をどのように位置づけるのか？

メキ報告は、それを「類別しがたい」権利とした。この把握は正当であるが、なお、このような「類別不能性」がなぜ生じるのか、それをどのようにして正当化するかという問題は残る。

物的債務という観念を立てることが、この奇妙な性格を正当化するための1つの回答になるようにも見える。しかし、これは、真の正当化というよりも、状況の事後的な叙述にすぎない。賃借人の債務は、賃借人に目的物を使用収益させることである。これは属人的なものではなく、この債務の履行に当たって賃借人が誰であるかは重要な意味を持たない。そうである以上、不動産賃借権を物権と位置づけることも可能だったはずである。日仏の立法者がともにこれを債権に位置づけたのは、賃借の人的性格（*caractère intuitu personae*）を強調するという歴史的社会的理由に基づく。この要請は、今日でも存続している。しかし、他方で、社会経済的現実には、不動産所有者が変わった場合についても、経営の継続性・安定性を要求する。このように、不動産賃借権においては人的性格に乏しいこと、経営の安定性について社会経済的要請が存在すること、この2点が不動産賃借権の特別な対抗力を正当化する理由であるように思われる。

そうである以上、不動産賃借に認められる債権の対抗力の射程は、大きなものではない。たとえば、不動産使用貸借は、その無償性のゆえに、人的・属人的性格を持つ。フランス法においても日本法においても不動産使用貸借には対抗力が認められていないが、それは十分に理解しうるものである。

メキ報告が指摘するように、不動産賃借権は類別できない権利であるし、物権債権の区別は相対化している。しかし、この解決の射程は限定的に把握すべきであり、2つのカテゴリーの権利の区別は、存続している。

¹⁹ この点に関しては、Jean Derupé, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Dalloz, 1952, pp.19-21. 参照。

3 権利侵害に対するサンクション

権利侵害に対するサンクションは、2つのカテゴリーに分かれる。侵害行為の差止めと損害賠償である。

(a) まず、侵害行為の差止めであるが、日仏の法システムには、この点に関する違いがある。森田報告が指摘するように、日本の多数学説は、侵害行為の差止めの法的根拠を物権としての性格すなわち絶対権に求める。この解決は、ドイツ法の影響によるが、ほぼ次のような論理で、物権＝絶対権侵害の場合の差止めを認める。すなわち、絶対権の主体は、目的物の上に直接的・排他的支配を有する。第三者が所有者の支配領域を侵害する場合には、所有者は、所有権という絶対権の反発力に基づいて、侵害行為差止めの訴えを提起することを認められる。人格権もまた絶対権であるので、同様の解決を認められる。

フランスにおいては、メキ報告が引用する注目すべき博士論文²⁰によれば、差止訴権は、物権の場合に限定されない。その具体例は豊富に存在する。たとえば、都市計画規制に違反する建築物の例を挙げることができる。このような建築については、当然に差止めが認められるのである。この例だけでも、フランス法上の差止めにおいては、絶対権侵害というよりは違法行為であることが重要な意味を持っていることが示されている。フランス法において「違法行為の差止めcessation de l'illicite」という表現が用いられるのは、この法的現実を反映している。ここでは、物権債権の区別は相対化しているといわなければならない。

日本においても、侵害行為の差止めは、実は、必ずしも絶対権侵害の場合に限定されない。いくつかの法律が、絶対権侵害に限定されない差止訴権を制度化しているのである。不正競争防止法、独占禁止法、消費者契約法などである。他方で、下級審裁判例においては、被侵害利益の重大性と侵害行為の有用性とを比較した上で人格権侵害を判断するものがある。この判断の仕方は、人格権の絶対的性格に適合しない。人格権の観念は、ここでは絶対権としての機能を果たさず、差止め承認という結果を正当化する

²⁰ Cyril Bloch, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction mécomie de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface de Roger Bout, Avant-propos de Philippe le Tourneau, Dalloz, 2008.

るレトリックの機能しか果たしていないといつてよい。ここでも、一種の相対化現象が見出される。

それでは、物権債権の区別は放棄するのがよいのであろうか？ われわれは、そうは考えない。この区別は、とりわけ差止めの要件を考える上で、メリットを有している。

侵害行為の差止めの要件として、フランス法においてはフォートは要求されていない。この点に関して、「近隣妨害」に関するフランスの学説は、妨害行為の差止めのために、「妨害の非正常性」を要求する。違法行為差止めの普通法においても、同様の要件で考えるべきなのであろうか？ また、所有物返還訴権や妨害排除訴権という古くからある訴権は、これらの近隣妨害差止訴権とどのような関係にあるのであろうか？ この領域において解決すべき問題は多く残されている。

物権債権の区別は、これらの問題を深めるために有益である。絶対権侵害行為は、当然に違法であり差止めを根拠づける。それは、近隣妨害に関して原則的に「非正常」と評価されるべきであり、また物権的返還請求権を発動させる。反対に、物権以外の権利の侵害または人的利益の侵害は、当然には違法でも非正常でもない。違法あるいは非正常と評価されるためには、諸事情を考慮した裁判官の総合的判断が必要となるのである。

侵害行為の差止めに関して、物権債権の区別が相対化されているのはたしかであるが、他方で、このように、そのメリットが存続していることもたしかである。

(b) 次に、損害賠償に関しても事情は基本的に同様である。債権は、物権と同様に、帰属関係を表現している。そうであれば、自らに帰属する価値を侵害された債権者が侵害者に損害賠償を請求しうることは、当然のことである。物権と債権との区別は、ここでは意味を持たない。

損害賠償の要件についてはどうであろうか？ 物権には排他性があるということは、経済学的に言えば、物権の主体は、目的物に関して独占状態を享受しうるということである。反対に、債権の主体は、給付に関して独占権を持たない。給付が人間の行為である以上、独占という人間の自由を侵害する観念は、適格的ではないのである。

このような差異は、当然に損害賠償の要件論に影響を及ぼす。物権侵害は、権利者の独占を侵害することであり、原則として違法と評価される。

これに対して、債権の場合には、債権者が第三者によって給付を奪われても、それは当然には違法と評価されない。違法と評価されるのは、侵害行為が財を巡る競争の観点から許容しがたいと評価される場合だけである。日本では、債権侵害が損害賠償の対象になるためには故意が必要とされているが、それは、このような観点から正当化することができる。

このように、相対化されているとはいえ、物権債権の区別のメリットは残っている。メキ報告において、「物権債権の区別は、批判にもかかわらず、フランス法において主観的権利の脊柱であり続けている」と指摘されているが、それは、日本法においても同様である。

B 財の法における個人の意思の役割

森田・メキ両報告が主として権利の外的側面に関心を寄せていたのに対して、平野・ドゥピシヨ両報告においては、物権における個人の意思の役割が問題とされた。それゆえ、そこでの考察は、権利の内的構造へと向かうことになった。これら両報告の考察はまた、当事者の意思による非典型的な新たな物権創設の可能性にも向かった。これら2つの問題は、いずれも、物権法定主義の再検討を要請する。

1 新たな物権創設の禁止

(a) 物権法定主義の1つの側面である新たな物権創設の禁止は、封建制復活の防止という歴史的コンテキストによって説明される。そうであれば、この禁止は、現代社会においては存在意義を失うことになる。実際、アンリ・カピタン協会の物権法改正草案は、「特別の用益を目的とする物権 (le droit réel de jouissance spéciale)」(608条以下)という新たな物権創設を提案した。もちろん公序の尊重は留保してであるが、この物権は、権利の対象・内容の決定について、当事者の最大限の自由を承認する²¹。ここでは、物権法定主義のくびきからの解放が見出される。これに対して、日本では、同様の試みは存在しない。現代社会の新たな要請について、物権に訴えることがなくても、債権の活用によって応じることができている、

²¹ V. Jean-Louis Bergel, Servitudes et autres droits réels spéciaux, in Hugues Périnet Marquet (sous la direction de), *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Litec, 2009, p.89.

ということであろう。

問題は、主として担保の領域に存する。取引実務において、多様な物的担保が出現しつつある。これらについて法的制度を整備する必要がある。物権法定主義は、その阻害要因にならないであろうか？平野・ドゥピシヨ両報告が取り組んだのは、この問題である。

(b) 結論を先取りすれば、この懸念は、日仏いずれにおいても現実のものとなっていない。日本においては、経済成長の時代に、中小企業は、容易には金融機関を見出すことができなかった。そこで、資金調達のために、中小企業は、代物弁済予約のような非典型担保を供することを強いられた。この形態の担保は、債務者の不履行があった場合に、債権者が不動産価値のすべてを取得することを可能にした。この帰結は、担保の枠を超えるもので、判例がこの不都合性に対処するために介入することになった。平野報告に示されている通り、判例のポイントは、清算義務を課するところにあった。この方向での判例の展開の後で、1978年には仮登記担保契約に関する立法がなされた。制度的整備の中心は、いうまでもなく清算義務である。このような規制の導入と制度の合理化によって、この形態の担保は、顕著に減少することになった。これに代わって用いられるようになるのは、譲渡担保など所有権移転形式での担保である。

譲渡担保は、実務において古くから用いられている担保である。譲渡担保は、動産について非占有担保を認めていない民法の欠陥を補う必要から生じてきたとよく説明される。しかし、譲渡担保は、動産に限定されるわけではない。不動産も古くから譲渡担保の目的として用いられてきた。さらに、現在では、動産や債権の集合について譲渡担保が使われる事態が多くなっている。

立法によってこれを規制しようという試みは存在したが、成功しなかった。譲渡担保の規律は、判例によってなされることになった。その中心は、代物弁済予約と同様に、清算義務である。代物弁済予約の経験を踏まえれば、判例に規律を委ねるのが賢明であろう。しかし、その場合には、物権法定主義にもかかわらず判例によってこのような規律を行うことができるのかという問題が浮上する。

譲渡担保に関する1つの構成は、担保としての所有権移転を、他人の財を対象とする新たなカテゴリーの担保と考えるというものである。この構

成のもとでは、物権法定主義との抵触が直接的に問題となり、その解決は困難である。もう1つの構成は、担保としての所有権移転を、担保の機能を伴った債権者に対する所有権移転と考えるというものである。この負担は物的なものであるから、物権法定主義との抵触はここでも解決されていない。

日本では、この問題についての議論はそれほど活発ではない。経済的要請が理論的正当化に優越するということであろうか。

フランスでは、この領域では立法が大きな役割を果たしている。たとえば、所有権留保に関して、2006年3月23日のオルドナンス²²が制定され、民法典2367条以下が改正された。譲渡担保については、2009年5月12日の法律によって、民法典2372-1条以下が新設された。立法が行われれば、物権法定主義との抵触は問題にならなくなる。

以上によって、物権法定主義の1つの側面である新たな物権創設の禁止が、現代社会においてその意義を失っていることが明らかである。それでは、物権法定主義のもう1つの側面である物権の内容変更の禁止についてはどうであろうか。

2 物権の内容変更の禁止

(a) まず所有権についてであるが、平野報告にあるように、日本民法は、「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、収益及び処分をする権利を有する」と規定する(206条)。所有権に関するこの考え方は、有名なフランス民法典544条とほとんど同じである。

これらの特権を制限する合意は、当事者間では有効である。たとえば、所有権の譲渡禁止を約定すると、この約定は当事者間では有効で、その違反については、損害がある場合には、損害賠償請求権を発生させる。しかし、契約が相対効しか有しない以上、この合意は、第三者を拘束しない。換言すれば、物権としての所有権レベルで譲渡権限を制限することはできない。この制限は、物権法定主義に抵触するからである。

(b) 次に用益物権について。日本の法システムの下では、他人の財の用益を内容とする物権が存在する。地上権と永小作権である。

日本法の地上権は、フランスの地表権(droit de superficie)に類似する

が、両システムの間には相違もある。フランスの地表権は、《土地上に建立されるすべてのものについての所有権を土地所有者以外の者に付与する物権》であり、《添付原則に対する適用除外》をなすものである²³。つまり、この権利は、地上物の所有権と土地所有権との分割をもたらすことを本体とする。これに対して、日本の地上権は、同様に所有権の分割をもたらすとしても、その中心は、他人の土地の用益権というところにある(265条参照)。

永小作権は、「小作料を支払って他人の土地において耕作又は牧畜をする権利」(270条)であり、フランスの制度(emphytéose)と基本的に同じである。

これらの権利の内容は、基本的には当事者の合意によって決定される。民法は、一定の事項に関する規定を設けているが(永小作権の最長期間を50年とする278条1項等)、その数は多くなく、権利内容決定の多くの部分は、当事者の自由な決定に委ねられている。

権利内容の規制は、物権法定主義以外の手段によっても可能である。債権でも、特別法によって内容規制を行うことができるのである。不動産賃貸借の領域でその例を多く見出すことができる。この意味で、物権法定主義の意義は相対化する必要がある。物権については、物権法定主義の存在故に、普通法である民法典に内容規制を導入することができる。反対に、債権については、強行規定を導入しようとする、原則として特別法が必要となる。この点で差異は存在するが、それほど大きなものではない。

(c) 担保物権の領域においては、内的構造を規制する必要性は用益物権よりも大きい。ここでは、暴利行為の危険が常に存在するからである。

フランスの譲渡担保に関する立法は、清算義務を課し(民法典2372-4条)、かつ、これを強行法としている(民法典2372-4条4項)。これは、物権法定主義によって説明することも可能であるが、その理由はむしろより実体的なレベル、つまり担保関係の合理化あるいは債務者保護の要請に求めるべきである。物権法定主義は、形式的な説明をあたえるにすぎない。

このようにして、物権法定主義の1つの側面である内容変更の禁止は、

²² 2006年担保法改正に関する日本語文献等については、注(13)参照。

²³ Patrice Jourdain, *Les biens*, Dalloz, 1995, p.234 ; V. Aussi, François Terré et Philippe Simler, *Droit civil, Les biens*, 8e éd., Dalloz, 2010, p.830.

現代社会において、所有権を除けば大きな役割を果たさない。たしかに、用益関係や担保関係を規律する一定の強行法は存在するが、その正当化は、物権法定主義という形式的観点よりも、実体的観点からなされるべきなのである。

II 帰属関係以外への研究領域の拡大

法の主体と客体との関係は、帰属関係に限定されない。第2回セミナーにおいては、帰属関係以外の領域へと研究領域が拡大された。財の管理と占有である。

A 財の管理理論への研究領域の拡大

1 財の動態的管理理論へ

(a) 最初に若干の前提的コメントをしておく。「管理」は、フランスで現在最も利用されているコルニュ編の『法律用語辞典』の定義によれば、「法律、判決または合意に基づく1個の財または財の総体を管理する行為であって、一般的に狭義の管理行為および時として処分行為を含むもの」である²⁴。他人の財に関する管理の特徴は、他人のために行なわれるという点に求められる。片山報告が示すように、ガイヤール(Gaillard)の著名な博士論文²⁵は、権利と権限(le pouvoir)とを区別した。権利がその主体に自らの利益において決定する権利を付与するのに対して、権限は、その主体に他人のために決定する権利のみを付与する。本稿での用語を用いるならば、権利は、その主体への一定の実体的利益または価値の帰属を表現しているのに対して、権限の場合には、そのような帰属は認められない。

「管理」は、上記の定義が示すように、広い意味を持ち、狭義の管理行為と処分行為とを包含する。片山報告は、ル・フェール論文²⁶に依拠して、消極的享受と積極的享受または経営という別の区別を強調する。この区別

は、現代の経済的要請に、伝統的な管理と処分という区別よりも適合していると思われる。片山報告の重点も、この動態的管理に置かれた。それでは、この財の動態的管理を財の法の中でどのように位置づけるべきか？

(b) 片山報告は、財の管理に関して4つの手段を挙げている。①管理契約、②信託および目的財産、③用益権と管理賃貸借および準用益権、④消費財についての信託管理である。ここでは、物権債権の区別がなされていないことが注目される。それでは、この区別は、財の管理に関しては大きな役割を果たさないのであろうか？

権利の外的構造と内的構造とを区別する必要があることは、前述したところである。内的構造の次元では、物権債権の区別は無視しうる程度の役割しか果たさず、いずれにおいても当事者の意思が大きな役割を果たす。反対に、外的構造の次元では、相対化されているとはいえ、物権債権の区別は意味を持っていた。財の管理に関してはどうか？

損害賠償請求権に関しては、その帰属主体は、管理委託者であって、管理の責任を負う者(管理者)ではない。利益または価値の帰属主体は、前者だからである。管理権限が債権であるか物権であるかによって、この点に差異を生じさせるべきものではない。

違法行為の差止めに関しては、管理対象財産に対して侵害がなされた場合には、管理委託者に差止請求権が付与される。管理者は、管理者としての資格でそれを行行使す。この点でも、管理権限における物権債権の区別は意味を持たない。他方で、管理権への侵害がある場合には、管理者自身の差止請求権を認めるべきである。管理が債権に基づく場合には、日本においてはこの請求権が否定される可能性が大きい。差止請求権に関する理論を再構成して、差止請求権を認めるべきである。この結論が認められるならば、ここでも、物権債権の区別は大きな意味を持たない。

他方で、物権とりわけ所有権に基づく管理は、一連の問題を提示する。ここでは、所有権という形式と管理という実体とが乖離しているからである。信託は、この点に関する典型例を提供する。管理の対象となる財は、管理者の所有物になっている。それゆえ、その価値も、形の上では管理者に帰属することになる。しかし、実際に価値が帰属するのは、管理委託者である。したがって、この乖離に対応するための措置を講じる必要が出てくる。そのような問題を生じさせてまで所有権移転の形で管理を委ねる理

²⁴ Gérard Cornu, *supra* note (11), p.443.

²⁵ Emmanuel Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, préface de Gérard Cornu, Economica, 1985.

²⁶ Anne-Valérie Le Fur, L'acte d'exploitation de la chose d'autrui, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p.429.

由はどのような点にあるのであろうか?

(c) 財の動態的管理は、単なる財の管理を超える。それは、財の総体からなる経営の存在を前提とするからである。さらに、この総体を管理委託者の資産(patrimoine)から分離することが必要である。この分離は、契約で行うことも可能であるが、その場合には、管理者は債権しか持たないから、分離を第三者に対抗することができない。第三者対抗力を確保する最も単純な方法は、所有権であれ用益物権であれ、管理者に物権を付与することである。ここに、所有権移転の形を採る管理の1つのメリットを見出すことができる。

財の動態的管理は、さらに先まで進む。単なる他人のための管理の場合には、経営から生じる収益や経営の要素の売却から生じる増価は、経営の所有者である管理委託者に帰する。しかし、その少なくとも一部を管理者に付与するという考え方もありうる。それは、経営のよい良き管理を確保するであろう。片山報告は、これを「財の管理の現代的モデル」と呼んでいる。

そのためには、用益権方式よりは所有権移転方式のほうが簡単である。管理者は、形の上だけであれ、すでに所有者としてその権限を認められているからである。この点に、所有権移転方式のもう1つのメリットを見出すことができるであろう。

2 不動産管理によって要請される所有権制度の整備: 不動産の区分所有を通じた考察

区分所有建物においては、多数の近接した区画が存在する。区分所有者のこれらの区画に対する法的関係は、一元的に理解するにせよ多元的に理解するにせよ、「共同所有」の関係を含む。この2つの特徴から、区分所有建物の管理に関して他の通常の財とは異なる特殊な性格がもたらされる。この管理に関する特殊性はまた、専有部分所有権の内容に関して、独自の性格をもたらす。吉井報告は、これらの問題について、財に関する普通法と特別法という観点から検討した。

以下では、この問題について、2つの側面からアプローチしたい。区分所有不動産の正常時の管理と、困難時の管理である。

(a) まず正常時の管理であるが、吉井報告が日本法の仕組みを明快に説明している。それがわれわれの考察の出発点になるであろう。概要のみ

示すと、区分所有者は、全員で、管理を行うための団体を構成する(建物区分所有法3条)。規約が建物等の管理・使用に関する事項を定める(30条)。区分所有建物は、専有部分と共用部分とからなる。区分所有の団体による管理は、基本的には共用部分を対象とし、専有部分の管理はその所有者に委ねられる。もっとも、区分所有者の共同の利益に反する行為をすることはできない(6条1項)。

共用部分は、区分所有者全員の共有に属し(11条1項)、原則として、普通法である民法の規定に服する。たとえば、保存行為は、各区分所有者が単独で行うことができる(18条1項ただし書)。しかし、そこには、普通法の適用除外も認められる。まず、管理行為は、区分所有者集会の多数決で決定されるが、この多数決は、区分所有者数および議決権の各過半数によるものとされる(18条1項、39条1項)。区分所有者数の過半数が必要とされるのは、普通法の準則とは異なる。それは、多数の区画を有する大規模な区分所有者の専制を排除することを目的とする。共用部分の変更については、普通法では全員一致が必要であるが、区分所有建物においては4分の3の多数決で足りるものとされている(17条1項)。

専有部分の管理については、前述のように、基本的には区分所有者に委ねられるが、区分所有者の共同の利益に反する行為を行うことは禁止される。そのサンクションは厳格であり、共同の利益に反する行為停止の請求(57条)、当該専有部分の使用禁止の請求(58条)、区分所有権等の競売の請求(59条)が認められる。賃借人等の占有者に対する引渡請求も認められる(60条)。

それでは、これらの普通法に対する適用除外をどのように正当化することができるのであろうか。まず、区分所有者が団体を構成することから由来する団体的拘束に、これらの措置の正当化根拠を求めることが考えられる。共用部分変更に4分の3の特別多数決を導入した1983年法の立法者は、そのように考えていたようである。しかし、この正当化は、団体が関係者の意思に基づいて設立される場合には適合的であろうが、意思によらず法律上当然に設立される区分所有者の団体については、必ずしも適合的ではない。

学説には、より客観的要素によって上記の措置を正当化しようとする試みがある。そこでは、区分所有建物について分割請求の自由が否定される

という事情が重要視される。つまりこうである。共用部分の変更は、多くの場合には、区分所有建物の効用を増大させる。その意味でそれは、広義の改良行為に当たる。そのような行為が少数者の反対によって妨げられるとすると、共用部分変更による所有権の効用増大を望む多数派の所有権が制約されることになる。通常の共有であれば、そのような場合には、対立は共有物分割によって解消される。区分所有建物の場合には、それは不可能である。さらに、改良行為であれば、反対する少数者の効用も増大する。このような条件の下で、特別多数決による変更の実施という措置が正当化されるわけである。もっとも、このような正当化が妥当するのは、あくまで変更が広義の改良行為に当たるという条件の下である。そうであれば、改良行為に当たるという客観的要件を必要とせずに単に特別多数決で変更を実施するというのは、正当化が難しい²⁷。

専有部分についての前述の措置についてはどうであろうか。共同利益に反する行為の停止については、専有部分使用ルールに違反する行為だという点に、正当化根拠を求めることができる。これに対して、競売請求は、同様の正当化が難しい。それは、一種の「私的収用」を意味するからである。それを正当化するためには、収用ケースにおける公の利益に匹敵する共同の利益の存在と、公平な手続きが必要である。この措置は、まことに例外的なものである。

(b) 困難時の区分所有建物に関する問題の中心は、建替えである。現在、そのためには5分の4の特別多数決が要求されている。この要件の導入に関しては一定の経緯があるので、まずそれを一瞥し、その後その正当化の論理を検討することにしよう。

(i) 1962年に区分所有法ができた時点では、いまだ多くの区分所有建物が存在していたわけではなかった。同法は、区分所有建物の黎明期における先駆的立法だったのである。建替えに関しては、特に規定は置かれなかった。いまだ区分所有建物老朽化の問題や建替えの必要性は意識されていなかったからである。特別の規定が存在しない以上、建替えを行うためには、区分所有者の全員一致が必要である。この要件は、現実には、充足

²⁷ 以上の推論については、伊藤栄寿『所有法と団体法の交錯』（成文堂、2011年）152-155頁参照。

することが困難あるいは事実上不可能である。

1980年代に入ると、この規定の不都合性が意識されるようになり、要件緩和が求められるようになった。1983年に、そのための改革が実現し、区分所有者と議決権の各5分の4の特別多数決で建替えが実施しうようになった（62条）。他方で、建替えに賛成しない区分所有者の利益を擁護するために、この改正法は、いわゆる「過分費用」要件と呼ばれる実体レベルの要件を要求した。反対者の意思に反してでも建替えを実施する以上、反対者である区分所有者の利益を守る砦として、過分費用要件が必要と考えられたのである。

1995年の阪神淡路大震災は、区分所有建物についても多くの物的被害をもたらした。神戸市は、物的被害を受けた区分所有建物の建替え政策を打ち出したが、これを推進しようとするれば、1983年法による建替要件を再検討せざるをえない。建替えに反対する区分所有者は、裁判所に訴えを提起したが、その際援用されたのが、同法に定める過分費用要件であり、そして、このような訴訟の結果、建替えの推進が、現実には難しくなったからである。このようにして、建替え推進派は、過分費用要件を批判し法改正を求めた。しかし、この段階では、批判に基づいて法改正が実現するところまでは行かなかった。

21世紀に入る頃から、法改正に向けての新たな試みが始まった。今度は、新自由主義的潮流が改正論を主導した。このような圧力を受けて、法務省は、最終的に実体要件の維持を断念した。このようにして実現したのが、2002年改正法である。これによって実体要件は廃止され、5分の4の多数決という手続的要件だけが残った。

(ii) 建替えの決定の際に、少数の反対区分所有者は、競売請求に基づく強制売却によって、意思に反してその所有権を失う危険にさらされる。それは、一種の「私的収用」である。それでは、この措置をどのようにして正当化しうるのであるか？

区分所有建物が荒廃する場合には、生活の質を改善するために、その建替えを望む区分所有者がいるのは、当然のことである。しかし、その費用が多額に上ることを考慮すれば、居住条件が満足すべきものでなくとも、現状維持を希望する区分所有者がいることもまた、当然のことである。一方の意思が通ると、それに反対する少数区分所有者の所有権は制限される

ことになる。ここには、両立が難しい利害の対立が見出される。

1つの解決策は、それぞれの行動の合理性を評価するということにある。この観点からは、前述の「過分費用」要件は興味深い。現況での不動産効用維持の費用が不動産価格との関係で過分であるとすれば、建替えに反対することは、合理的な行動とは評価しえなくなる。1983年改正法による過分費用要件は、このような観点から正当化することができる。

しかし、この要件は、前述のように2002年改正法によって廃止され、5分の4の賛成という手続要件だけが残った。この措置の正当化をどのように考えるべきかは、なお問題として残されている。

1つの正当化の可能性として、5分の4の賛成があるとすれば、過分費用要件が満たされていると強く推定される、という論理がある。実際、効用継続の費用が過分であるかどうかは、立証が難しい。この議論は、この立証を実体レベルから手続レベルに移行させるものといえる。

しかし、この論理が妥当するためには、反対の証明の可能性が留保されていることが不可欠である。実際には、2002年法の仕組みにおいては、この種の規定は存在しない。推定による正当化の説得性は乏しいと言わざるをえない。

区分所有建物の老朽化に対処するために、日本の政策は、修復よりも建替えを志向してきた。いわゆる「スクラップ・アンド・ビルド」政策である。とりわけ高度経済成長期においては、この政策がこの領域における大企業の利益実現に寄与した。区分所有建物建替えについて手続要件だけで足りると主張する潮流は、この政策の方向性を促進することを望んでいる。これに対して、実体要件の存続を志向する潮流は、このような日本都市政策の方向を変えることを望んでいる。そこで志向されるのは、都市環境の保全であり、エコ志向の都市である。ここでの対立は、このように都市政策を方向付ける一般利益のレベルに存する。

B 占有という伝統的領域における新たな考察対象の出現

占有は、まず占有訴権によって一定の事実状態を保護し、次いで取得時効によって一定の事実状態が主観的権利に転換することを確保する。金山報告とバンクタン報告は、この2つの領域において新たな議論が始まっていることを明らかにした。まず占有訴権はその重要性を減じており、次に

取得時効理論は新たな財の出現への対応を迫られている。以下、この2つの問題を検討しよう。

1 占有訴権による占有保護

(a) 金山報告は、占有保護が問題となるいくつかの具体的ケースを挙げた。所有者によって鍵を変更されて賃借したアパートに入れなくなった賃借人、建築請負代金を支払われていないのに注文者である所有者によって建築地の占有を奪われた請負人などのケースである。これらの場合に占有保護の必要があることを否定するのは困難であるが、ここでは、占有訴権の必要性が問題になっているのであろうか、それとも占有保護の必要性が問題になっているのであろうか？

日本民法は、3種の占有訴権を規定している(197条～202条)。そうであれば、特別の簡易迅速な争訟手続が設けられているだろうとの印象を抱くであろうが、実際にはそうではない。そのような手続は存在したことがないのである。それゆえ、問題となっているのは、占有訴権を通じた占有保護ではなく、事実審裁判官による通常の訴訟を通じた占有保護である。

アンリ・カピタン協会ペリネ＝マルケ委員会の物権法改正草案は、占有訴権の廃止を提案している。バンクタン報告によれば、占有訴権が廃止されても、占有の保護は事実審裁判官の下で常に可能であり、したがって、廃止の現実的意味はないとのことである。この状況は、日本と似ている。

要するに、特別の手続を伴った厳密な意味での占有訴権は、日本では存在したことがなく、フランスにおいても廃止されようとしている。これに対して、占有の保護は、両国において存在しているし、将来も存続するであろう。ここでは、両国の状況に大きな違いはない。それでは、占有保護の迅速性と実効性はどうか？

(b) 日本の法システムにおいては、金山報告で触れられたように、迅速な暫定的手続である「仮処分」が存在する。仮処分を得るためには、保全すべき権利または権利関係と保全の必要性を疎明する必要がある(民事保全法13条)。民法が「占有権」という用語を用いていることは、この点で無視しえない意味を持っている。

フランス法においては、レフェレ(急速審理)の手続が迅速性確保によって大きな役割を果たしている。バンクタン報告によれば、レフェレ手続において裁判官は占有妨害の停止を命じることができるが、それは、決定

が占有の質や効果に関わらないことを条件とする。緊急性のゆえに占有妨害の停止が可能となるが、占有に関する問題についての判断は行わないのである。

以上の扱いに理論的に本当に違いがあるのか、あるとしてそれが実際の解決に大きな都外をもたらすのか？これは、今後深めるべき課題である。

(c) 占有保護の範囲については、両国の間に大きな差異が存在する。金山報告によれば、日本法においては賃借人等の占用者もまた占有者としての保護を受けるのに対して、パンクタン報告によれば、賃借人等の占用者は占有者とは見られず、それゆえ占有保護を受けることができない。しかし、占用者は、他の手段による保護を受けることができる。たとえば、賃貸借関係において、賃貸人は賃借人に対して平穏な使用収益をさせる債務を負い、賃借人は、この契約上の債務を援用することによって保護されるのである。そうであれば、両国の間に、実際上の大きな差異は存在しない。今後の課題は、理論上の差異がどのような意味をもっているかを深めることである。

2 準占有と無体物の時効取得²⁸

(a) 日本民法は、財産権の準占有の観念を定め(205条)、所有権以外の財産権の取得時効の可能性を認めている(163条)。ここでは、金山報告が指摘するように、無体物占有の特殊性を考慮に入れる必要がある。有体物の場合には、ある者による利用によって、他の者の利用は物理的に排除される。物理的利用は、排他性を付与するのである。これに対して、無体物の利用は、他の者の利用を排除しない。たとえば、ある者がある作品の複写を行う場合であっても、他の者の同一のやり方でその作品の複写を行うことは排除されないのである。その無体物を創出した者も、その排他的利用を確保することができない。この意味で、無体財は、誰でも接近可能

²⁸ フランスにおいては、この領域においてすぐれた博士論文が存在する。たとえば、Anne Pélissier, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, 2001 ; Béatrice Parance, *La possession des biens incorporels*, L.G.D.J., 2008. を参照。これに対して、日本においては、この領域の研究が乏しい。そのような中で、田村善之「無体財産と準占有」同『競争法の思考形式』(有斐閣、1999年)所収は、貴重な文献であり、以下の検討は、この文献によるところが大きい。

な一種の公共財である。人為的に権利を設定して精神的作品の作者に排他権を確保するのが、知的財産制度の目的にほかならない。

無体財の取得時効は、以上の特質を反映している。著作権についてその点を見よう。

(b) 日本の著作権は、著作者人格権と(財産的)著作権とから構成される。後者はまた、複製権、上演権・演奏権、上映権、公衆送信権等から構成されている。これらの権利は著作権の支分権と呼ばれ、その総体(権利の束)が著作権と呼ばれる。

それでは、この包括的・抽象的著作権の取得時効が可能であろうか。所有権の場合には、包括的・抽象的権利であるがゆえに、有体物の利用が権利全体の時効取得を可能にする。しかし、著作権の場合には、ある支分権を長期にわたって行使しても、それによって著作権全体の取得時効が可能になるわけではない。すべての支分権の行使がある場合には、著作権自体の取得時効が可能になるであろうが、それは、理論的には想定し得ても、現実にはほとんど不可能である。

それでは、ある支分権たとえば複製権の取得時効は可能であろうか？日本民法163条と205条の文言からすれば、それは可能とならなければならない。しかし、どのような場合に準占有があるかを判定することは難しい問題である。たとえば、ある著作の複製を20年以上継続したからといって、複製権を取得時効が成立するはずはない。取得時効を基礎付ける準占有が認められるためには、排他的・独占的な権利行使が必要である。これはまさに、金山報告において検討された最高裁1997年7月17日判決(いわゆるポパイ事件判決)が判示したところである。しかし、複製に関して排他的・独占的な権利行使が現実のものとなるのは難しい。この困難性は、無体物利用に排他性がないという現実を反映しているのである。

最後に問われるのは、上記の支分権行使について何らかの法的保護を認めることができないかである。たとえば、利用主体は、著作権者からの差止請求を拒絶することができないか？これを肯定する学説は存在し²⁹、それが妥当な結論だと思われるが、その法的根拠付けは、なお残された課題である。

²⁹ 田村・前掲注(28)184頁。

むすびに代えて

最後に3点をコメントして、本稿のむすびに代えたい。

(i) 21世紀の財の法の基本的な課題は、財の多様化と帰属関係の多様化を踏まえた一般理論と法システムを構築するところにある。そのためには、物権法定主義を再検討し、財の法における意思自治を拡大しなければならない。今回のセミナーの議論を通じて、この方向性を明確に見出すことができる。しかし、さらに、財の法的全領域で意思自治が支配するわけではないことを指摘しておく必要がある。公序にも、一定の役割を留保しておかなければならない。重要なのは、自由の領域と強制の領域との仕分けである。物権の内的構造と外的構造とを区別するという視角が、この作業の遂行にとって有益であろう。

(ii) 財の法における法主体と客体との関係は、帰属関係に尽きるものではない。今回のセミナーにおいては、帰属以外の関係を表現するものとして、財の管理と占有が扱われた。財の管理に関しては、物権を介して管理を行う意味がどこにあるのかが問われる。財の管理を財の法の枠内で取り扱うメリットは、自明ではないのである。占有に関しては、歴史的経緯をふまえつつ、現代社会におけるその意義を深める必要がある。

(iii) さらに基本的問題が残されている。財の法における法的関係の多様化の下で、財に関する普通法を構築することができるのであろうか？ペリネ＝マルケ報告が論じたのは、まさにこの問題である。ペリネ＝マルケ報告が示唆するところによれば、財に関する普通法の強化は、現時点で望ましいものではない。それは、理論的には興味深いものであるが、個別の財に関する特別制度に予期せざる影響を与えてしまう危険があるからである。実務においてそのような要望が出ていない以上、立法者がそのような課題に取り組むべきではない。以上が、ペリネ＝マルケ報告の基本的認識である。このプラグマティックでやや悲観的な見通しは、財の多様化現象の下で魅力的ではある。しかし、他方で、財の普通法の探求を試みることには、やはり意味があるであろう。ただし、その結果、われわれが、新たな1つの財の法に導かれるのか、複数の財の法に導かれるのかは分からない。

いずれにせよ、われわれの前には、なおなすべき課題が山積している。