



Title	第2回日仏物権法セミナー質疑について
Author(s)	小柳, 春一郎; 山城, 一真; 原, 恵美 他
Citation	新世代法政策学研究, 17, 215-231
Issue Date	2012-07
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49981
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP017_009.pdf



第2回日仏物権法セミナー質疑について

小柳春一郎・山城一真・原 恵美・高 秀成

はじめに

第2回日仏物権法セミナーでは、報告準備会に参加していた小柳、山城、原、高は、報告そのものは担当しないものの、当日の質疑において役割を果たすこととなった。本稿はその成果である。質疑を完全に追跡することは、口頭における対応ということから、有益とはいいがたいところがあるが、重要な質疑について、その意義を含めて取り上げる。質疑では、不動産物権変動の第三者論についてのフランスの新判例（【森田／メキ報告】）、区分所有法における共同利益違反行為の停止（【吉井／ペリネ＝マルケ報告】）、財産管理における他人の介入の範囲と根拠（【片山／デュピショ報告】）、物権の典型性と契約の典型性の相違（【平野／デュピショ報告】）、賃借権の取得時効と賃借人の占有の性質の関連（【金山／バンクタン報告】）等の重要な問題について、密度の高い議論が展開された。

【森田／メキ報告】〔文責・小柳〕

1 最初に、メキ報告にも関連させながら、フランス人の間でコメントがなされた。まず、バンクタン教授が、物権と債権の区別を維持しつつ、その厳格な分離を相対化するというメキ教授の視点について、確かにそれは有効な視点ではあろうが、物権か債権かの区別は知的所有権においても重要であり、いかに性質決定するかで実際上の帰結が異なりうる と論じた。また、バンクタン教授は、民法典制定当時は、アンシャン・レジームとの決別という観点から、私的所有権が重視される傾向であったが、しかし、

20世紀における法の進展は債権の重視に結びつき、それが債権に物権・所有権を包摂する考え方（フランスにおける物権債権論の一潮流）の一つの理由になったのではないかとコメントがあった。その後、仏人教授の間で、いくつかのコメントがなされた。また、森田教授から、日本法の観点からも、物権・債権の区別は、民法のみならず、他の法領域にも適用されるのであるから、重要性は失われまいとして、企業譲渡と労働契約の解雇との関連などもその例であるとの指摘があった。これらのコメントに応えた形で、メキ教授は、物権・債権の区別は教育的な意義や基本的な特性を示す意義があるとした上で、その区別の相対化が必要であると改めて指摘をした。

2 その後、小柳の質問は、森田教授及びメキ教授の論ずる不動産物権変動についてのフランス近時の判例変更に関するものであった。フランス法においては、古く破毀院審理部1858年12月8日判決（Cass. req., 8 decembre 1858, S. 1860.1.991; D.1858.1.184）以来、「同一の所有者の善意の二重譲受人の間では最初に自己の契約を登記した者が他の者に勝るべきである。ただし、フロードはすべての規則の例外をなす。登記が売主と譲受人との間のフロードの協働によって行われた場合は、その登記は何らの効力を有さない」との法理（フロード説）が存在した。これに対して、単なる悪意とフロードの協働の区別は容易でない、また、悪意の第二買主はフォートを構成していると考えうるなどの批判が存在した。そして、破毀院民事部1968年3月22日判決（Cass. 3^{ème} civ., 22 mars 1968, Bull. civ. III, n° 129）は、それまでのフロード説を改め、第二買主が、不動産公示の手続を踏んでも、取得の時点で、公示のない第一売買の認識を有していたのであれば、それはフランス民法典1382条〔不法行為の一般規定〕に言うフォートを構成するものであり、それ故、第一買主に公示がないことを主張することができないものと判示した¹（フォート説）。ところが、近時の破毀

院判決（Cass. 3^{ème} civ., 10 février 2010, Bull. civ. III, n° 41, R.D.C., 2010, p. 895 et s., obs. S. Pimont ; Cass. 3^{ème} civ., 12 janvier 2011, pourvoi n° 10-10667, publié au bulletin, R.T.D. civ. 2011, p. 369 et s., obs. Th. Revet）が、1968年判決以来のフォート説に基づく悪意者排除説を改めた。換言すれば、新判決では、第二買主の善意悪意を問わず、先に不動産公示の手続を踏んだ第二買主が優先する。それ故、新判決は、不動産公示を履践したか否かを重視している。これは、日本法における不動産物権変動論とも関連する重要な判例変更である。小柳の質問の趣旨は、いかなる理由でこの判例変更がなされたのか、それは学説の批判に基づくのか、それとも実際上の理由によるのか、また、メキ教授はこの判例変更に賛成なのかである。とりわけ、メキ教授は、一方では物権と債権の区別を相対化する方向を支持しているが、この判例変更について、物権のルールを重視し、物権と債権の相違を明確化する方向のものと報告で評価している。とすると、新判例はメキ教授の全体の議論と適合するかである。

これに対するメキ教授の回答は、一方では1968年の判決（フォート説）は、不動産物権公示システムを無視するものであったとして、新判例を歓迎するものであった。他方で、新判例に関連して、メキ教授は、第二買主について、公示の理論を重視すべきと考えるから確かに所有権のレベルで

た。例えば、鎌田薫「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全——フランスにおける判例の転換をめぐって——」比較法学 9 巻 2 号（1974年）120頁は、フォート説（1968年判決の説）を前提にしながら、「我国では一般に『実体法上』悪意者排除の原則が確立しているということは困難であろう。第二売買が、第一買主に対する関係で、第二買主の不法行為を構成することさえ、一般には認められているとはいえない。さらに、不法行為の成立を認めたとしても、現物賠償の考え方は我国ではほとんど認められていない」と述べて、フランスのフォート説を直接日本に導入しにくい点があるとしつつ、「しかし、ここでいわゆる『公信力説』に注目する必要がある。……公信力説は、論理構成において特殊な要素を含んでいるものの、基本的には〔フランス法における1968年判決の〕右の結論の内容と同一の構造を有する主張であると理解することができるであろう」と論じた。また、1968年判決については、七戸克彦「不動産の二重譲渡における第三者の悪意」（松川正毅ほか編『判例にみるフランス民法の軌跡』（法律文化社、2012年）61頁）が詳細な評釈である。

¹ これまでフランス法における不動産物権変動論、とりわけ悪意第三者論については、この1968年判例を中心として、それまでのフロード理論からフォート理論に移行したとされ、それは、第二買主について悪意者排除説に立ったものであるとされてきた（例えば、滝沢幸代『物権変動の理論』（有斐閣、1987年）156頁）。そして、この1968年判決が日本法の解釈にも手がかりを与えるものとする有力学説があっ

優先するが、しかし、悪意でありながら不動産を取得する点について、やはりフォートを構成しうるものであり、金銭賠償義務を負う可能性があり、その点では、債権法のルールに基づいた救済がありうるとの見解を示した。

これに対して、クロック教授は、この判決について評釈を発表していることもあり（*Revue trimestrielle de droit civil*, 2011. 158, obs. P. Crocq）、日仏法学セミナーでこの点について発言の機会を得たことは喜ばしいと強調した後、次のように論じた。第一に、判例変更には、広い意味で不動産公示の重視という背景がある。そもそも、1968年のフォート判決は、例外的であり、抵当権については、公示をするか否かで対抗可能性が自動的に定まるとされているし、長期の永借権の対抗についても公示が決め手となる。そして、不動産公示重視及び取引安全重視の観点から、自分もまた判例変更賛成である。この結果、判例は、1968年判決前のフロード説に戻るようになるが、それでよいと考える。第二に、メキ教授のように、悪意の第二買主について不法行為を構成しうるものとする考え方には「全く」賛成できない。メキ説は、実質的に考えれば、1968年判決を維持するのに近いからである。また、第二買主の公示をする勤勉さをもってフォートと考えることができない。ただし、フロードがあった場合には別であり、それ故、1968年判決前の立場を支持すべきである。

以上の注目すべきクロック教授の発言に対して、メキ教授は反論を求めたが、それを制する形で、金山教授からのコメントがあった。日本でも同様の問題が議論されたこと、しかし、戦後では、第二買主が背信的悪意であるときには第一買主の登記の欠缺を主張する正当な利益を有さないとされていること、不動産二重売買の悪意の第二買主について、悪意というだけでは不法行為責任を負わないと理解され、その旨の判例もあること²、

² 最二小判昭和30年5月31日民集9巻6号774頁（本田純一・不動産取引判例百選＜第3版＞〔別ジュ192〕160頁（2008年））の判例要旨は、「乙が甲から不動産を買受けて登記を経ないうち、丙が甲から同不動産を買受けて登記をし、これを更に丁に売渡して登記を経たため、乙がその所有権取得を丁に対抗することができなくなった場合において、丙が甲乙間の売買の事実を知って買受けたものであつても、それだけでは、丙は乙に対し不法行為責任を負うものではない。」というものである。また、我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、1964年）80頁。

また、今後のフランスでの議論の展開は日本法の立場からも注目されることが指摘された。研究会後の食事時でもこの判決についての議論が続いたが、クロック教授に依ると、フランス民法学界の多くの研究者は判例変更について好意的であるとのことである。

【吉井／ペリネ＝マルケ報告】〔文責・山城〕

吉井／ペリネ＝マルケ報告は、財の法における一般法と特別法の関係を問うものであり、吉井報告においては区分所有法の位置づけが一つの焦点とされた。以下では、ペリネ＝マルケ教授に対して日本側からなされた質問およびそれに対する応答の概要を重点的に紹介する。

1 まず、小柳教授より、区分所有者が区分所有建物を第三者に賃貸した場合において、賃借人が管理規約に違反する行為を行ったときの取扱いにつき、次のような質問がなされた。フランスの判例は、債権者代位権を行使することで、管理組合が転貸人を直接相手方として訴えを提起することを認めているとされるが³、このような方法は、実務上も多く用いられているのか。また、それが機能しているとしても、債権者代位権という迂路を経るのではなく、占有者に対する請求を直接に認める旨の規定を立法によって設けるほうが優れているとは考えられないか⁴。

この質問に対して、ペリネ＝マルケ教授は、フランス法の現況を次のように説明することをもって応接された。すなわち、管理規約を遵守することは、賃貸借契約上の債務の一内容となると解されるから、賃借人が管理規約に違反した場合には、そのこと自体が賃貸借契約の解除原因たるフォ

³ Foy: J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, *Les biens*, LGDJ, 2010, n° 576, p. 640.

⁴ この第二の質問をするにあたり、小柳教授は、日本法における次のような経緯に付言された。すなわち、現行建物区分所有法6条3項は、同条1項を準用することにより、区分所有者以外の専有部分の占有者もまた、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とする。しかし、この準用規定は1983年改正法によって創設されたものであり、同改正以前には、債権者代位権の転用という解釈論的対応の可能性が指摘されていた（この点につき、稲本洋之助＝鎌野邦樹『コンメンタールマンション区分所有法』（日本評論社、第2版、2004年）53頁以下を参照）。

ートとなることは疑いない。また、その他の場合であっても、使用権原の法的性質いかんにかかわらず、近隣妨害を理由とする訴権を行使することは可能である。実際、判例は、賃借人が、区分所有者である隣人——さらには管理組合——を相手に訴えを提起し得ることをかねてから認めている。

2 片山教授は、一般法と特別法の関係という報告の主題に即して、用益権（usufruit）の一般法をどのような内容のものとして捉えるべきかという質問を提起された。すなわち、ペリネ＝マルケ報告は、財産の「本質（substance）」を保存するという点に用益権の一般法の特徴を見出していたが、このような構想からは、有価証券や営業財産に設定される用益権——そこにおいては、財産の「価値」を保存することこそが問題となる——は、一般法に属するものとして位置づけられ得るのか。この点については、①かかる用益権を「特別法」としての準用益権に属せしめるという方向、②古典的な一般法の内容には変容が生じているとみて、財産の価値を保存することこそが一般法の特徴をなすのだとする方向の二つが考えられそうであるが、そのいずれが志向されるのか。

この質問に対しては、フランス側から複数の応答が示された。ペリネ＝マルケ教授が、「財産の本質」とは「物の同一性」をいうわけではなく、包括体（universalité）に設定された用益権については、古典的な用益権（たとえば、不動産に設定された用益権）とは別異の考察が必要であるとされたのを承けて、議論はまず、包括体の法的取扱いの特質としての物の代替性、物上代位性に及んだ。それに続いて、クロック教授より、この問題を考察するにあたっては、①財産の価値を保存するためになされる管理行為そのものの当否を問う次元と、②外的事由によって価値が変形した場合にその回復を問題とする次元とを区別すべきであるとの指摘がなされた。後者は、用益権に限られた問題ではなく、担保については一般的に問題となり得ることであるが、これについては、合意によって担保価値維持義務を設定する等の解決がなされ得るという特性があることが特に強調された。

3 山城は、ペリネ＝マルケ教授が、「財産の法（物権法）」改正準備草案の起草に対し、検討委員会の委員長として関与されたことを念頭に置いて

て⁵、一種の特別法というべき区分所有関連規定を民法典に編入しようとしたことの意義・目的につき、教授の所見を問うてみた。質問の内容は、次のようである。上記準備草案571条以下は、区分所有に関する4か条の規定を民法典に置くことを提案している。しかし、その内容は単なる参照にとどまっており、実質的な内容を欠いているようにみえる。それにもかかわらず、このような特別法的规定をあえて民法典のなかに位置づけようとする意義・目的は何であったのか。

以上に対し、ペリネ＝マルケ教授は次のように述べた。現行法上、区分所有については50条あまりを擁する特別法が制定されているが（1965年7月10日の法律第65-557号）、1938年に削除された民法旧664条が区分所有に関する規定であったこと等からもわかるとおり、それ自体は民法典の対象となし得る法領域である。したがって、これに関する規定を民法典に取り込むことには十分な理由があるが、既存の条文をすべて民法典に編入することは現実的でない。そこで、区分所有に関する規定を民法典に置くことを断念するか、あるいはこれに言及する規定を置くかが考えられたが、区分所有の重要性にかんがみて、後者の立場を採ることとした。

4 以上のほか、日本側からは、吉田教授が、ペリネ＝マルケ報告にて言及された営業財産を目的とする先買権の意義・目的を詳述するよう求める趣旨の質問を提起された⁶。これに対しては、ペリネ＝マルケ教授より、いわゆるロワイエ法（1973年12月27日の法律第73-1193号）、ラファラン法（1996年7月5日の法律第96-693号：ロワイエ法の改正を内容とする）の流れを汲む小規模商業の保護に関する法制度の近況が、商業施設委員会

⁵ この間の事情については、フランス物権法研究会「フランス物権法改正の動向」民商141巻1号（2009年）134頁以下を参照。

⁶ 質問の概要は、次のようなものであった。1958年12月31日のデクレによって優先市街化区域（ZUP）に付与された先買権は、所有者が地価上昇による転売益を得るために不動産を売却しようとする場合に、これを購入当初の価格で買い戻すことを内容とし、それによって投機的な土地取引に対処することを目的とする（地価上昇が生じていることとの関係で、当初価格は時価に比して低廉になる。この先買権が付されていることにより、所有者は、そのような低廉な価額での売却に応じなければならないこととなる）。営業財産に付与された先買権については、このような用途は想定し得ないように思われるが、それはどのように機能するのか。

許可をめぐる争訟等に焦点を当てつつ説明された。そこには、EU に対するフランスの立法者の抵抗を垣間見ることでもでき、興味深い問題が含まれているようである。また、ドイツ法がフランス法に対して与えた影響を一般的なかたちで問う趣旨の質問もなされた。

他方、フランス側からは、吉井教授に対し、暴力団が所有する専有部分の強制的な譲渡に関するわが国の議論につき、フランス法における近隣妨害の規律との関係を念頭に置きつつ質問がなされた。なお、本セッションの司会を務められたパンクタン教授からは、財の法における一般法と特別法のあり方に関する若干の総括的コメントがなされた。その主旨は、用益権に関する片山教授からの質疑によって敷衍されている。

【片山／デュピショ報告】〔文責・原／高〕

以下では、片山／デュピショ報告に続いて行われた質疑応答について、その概要を紹介する。

1 まず、高が、administration と gestion の概念区分に関する質問を行った。その内容は次の通りである。フランスにおいては財産の管理を指称するにあたり、administration と gestion という語がそれぞれ用いられている。administration の語は、保存・管理・処分という古典的三分体系を前提とした管理行為（acte d'administration）を想起させる。他方、ケベック法においては、三分体系から脱した行為類型を設定しつつ、包括的に管理を総称して administration という語を用いる。現在、フランスにおいて、これら administration と gestion という語はいかに使い分けられているのか。

これに対して、デュピショ教授は、次のように回答した。まず、フランス民法典812条を例にすれば、同条の立法精神においては、administrer と gérer は異なるものとして想定されている。単純化するならば、一般的に gestion は administration と処分（disposition）の中間に位置づけられるものである。例えば、1995年10月17日の破棄院判決を見ると、管理の委任（mandat de gestion）は処分権（droit de disposer）を含んでいるものとされる。この判例においては、受任者による処分行為が有効とされた。このように、gestion は administration よりもやや広範なものとなる。

ただし、gestion は法的概念ではない。法律行為の遂行に限定された委任

は、非常に古典的な法性決定のもと生き永らえている。改正がなされた委任に関する法律や、この領域を人為的に解決しようとする信託といった、その職務の大部分において事実行為を日々遂行する者が介在する諸々の制度を、委任の枠内で論じることは十分なものではない。もし事実行為を含む管理（gestions）が、管理信託（fiducie-gestion）を用いずに行われるなら、管理信託は一体何のために存在するのか。フランス法において、管理信託はあまりに重厚で形式主義的である。ここに真の問題点がある。

2 続けて、高より、次の質問があった。財産の管理においては、通常、他人による介入が想定されるが、フランスにおいて、このような介入を根拠づける権限（pouvoir）の概念は、一般的な主観的権利との関係において、どの程度の独自性を認められているか。例えば、ガイヤールによる「他人を一方的に拘束する法律行為の発出によって、少なくとも部分的には自らの利益とは区別された利益を表明することをその保持者に可能にする特権」⁷という定義が最も明瞭で徹底したものと思われるが、このような定義はフランスにおいてどのように受け止められているのか。また、権利および権限それぞれに対する規制原理として、権利の濫用（abus de droit）と権限の歪曲〔＝濫用〕⁸（détournement de pouvoir）が存するが、これらはどのように区別されているか。

これに対して、デュピショ教授は次のように回答した。権利の濫用（abus de droit）は包括的な理論であり、権利の目的（finalité）に反した利用、または法的に保護された利益に反した利用を指す。歪曲（détournement）という語は、委任などを問題とする際に、より適合的であるように思われる。委任を生ぜしめる主要な事実、委任者の利益となるべく権限を授与することである。受任者はこの点について、特に義務を負う。

なお、ガイヤールによる定義はフランスにおいて、非常に大きな影響力を有する。しばしば、各種契約に関する著述において引用されるし、とりわけ代理に関する著述での引用が多い。

⁷ Emmanuel Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, Préf. G. Cornu, p. 232.

⁸ détournement は abus と区別なく「濫用」と訳されることが一般的である。本稿では、それぞれを区別して論じる文脈において混乱を来さないために、「歪曲」と「濫用」と訳し分けることとする。

以上の回答に対して、ペリネ＝マルケ教授が次のように発言した⁹。権利の濫用（abus de droit）と権限の歪曲（détournement de pouvoir）は両立不可能である。権利を濫用するということは、その定義上、ある者が権利（droit）を有しているということとなる。そして、その目的を超えて権利を行使することを指す。歪曲する（détourner）ということは、ある者が自己に属しない権利を行使するということである。ここに違いがある。

3 続いて、原より、1998年のバイレ判決¹⁰について質疑が行われた。バイレ判決においては、有価証券のポートフォリオを「包括体（universalité）」と認定することによって、用益権者に個別の有価証券を処分する権限を認めた。この判決の結論については、多くの学者によって評価されているものの、例えば、エネス教授による評釈¹¹などでは、「包括体（universalité）」に依拠することに対して否定的である。用益権者に認められた処分権を「包括体（universalité）」に依拠して肯定することについて、どのように評価するか。

これに対して、デュピシヨ教授は、次のように回答した。すなわち、バイレ判決の結論それ自体については、フランス法学者によって受け入れられている。しかし、バイレ判決が結論を支える根拠として用いた「包括体（universalité）」については、その内容が曖昧であるために、議論の対象となっている。判決の「包括体（universalité）」という言葉に理論的な含意はないと見るべきである。用益権者と虚有権者の関係は、常に最良の関係にあるとは言えない。むしろ、用益権者と虚有権者は犬猿の仲であることが多い。したがって、用益権者は、用益権の対象である証券を取引しようという場合に、喜んでそれを拒絶するような虚有権者から、わざわざ合意を

取り付けるようなことはしない。そこで、バイレ判決によって、破毀院は、有価証券を一回的な利用によって消費されるもの（準用益権）とすることと、これを完全に否定した1993年判決¹²との間でバランスを図ったのである。すなわち、処分権なしで株式を用益することはありうるが、ペリネ＝マルケ草案〔草案601条2項は、準用益権に関する596条を準用している〕が採用したように、有価証券に対する用益権を原則として準用益権と考えることも可能ということである。そこで、バイレ判決は、有価証券のポートフォリオを事実上の包括体（universalité）であることにによって、用益権の実質を保存しなければならないという要請と処分権を認めるという要請を調和させたのである。これによれば、用益権者は、その集合（ensemble）を用益する権限を維持しており、ポートフォリオの中で鞘取引を行う権利を有することとなる。ただし、準用益権との違いはそれでもなお存在している。つまり、ゼナティが指摘するように¹³、相続人＝虚有権者は、用益権者に対して、再投資を正当化するよう説明を求める権利を有するが、これは準用益権にはない権利である。

【平野／デュピシヨ報告】〔文責・山城〕

平野／デュピシヨ報告においては、財の法における意思の役割が考察された。これに対する質問は様々な観点から提出されたが、以下では、日本側から提出された質問を中心に、両教授による報告に続いてなされた討論の概要を紹介することにした¹⁴。

⁹ このテーマに関し、フランス側内部で議論が生じたが、進行の都合上、この議論は中断を余儀なくされた。なお、同日の昼食会の場において、メキ教授が、権限（pouvoir）に関し言及した内容が興味深いので、ここに紹介したい。メキ教授によれば、社会には夫婦から巨大企業に至るまでの大小様々な共同体が存し、それぞれの共同体に応じた権限の存在が認められ、権限はそれぞれの共同体の利益を代表するものとされる。

¹⁰ Cass. civ. 1^{re}, 12 nov. 1998, Bull. civ. I, n° 315.

¹¹ D. 1999. 167, note Laurent Aynès.

¹² Cass. com., 12 juillet. 1993, Bull. civ. IV n° 292 であると思われる。この判決においては、複数の有価証券に対する用益権について、それらを有価証券のポートフォリオ（集合）に対する用益権と認定せずに、個々の有価証券に対する用益権とした上で、準用益権の規定を適用することを否定した。

¹³ 例えば、Frédéric ZENATI, RTD Civ. 1999.422 参照のこと。

¹⁴ 以下に掲げるほか、平野教授に対しては、複数のフランス側参加者から、日本法の実態（譲渡担保の利用状況および法的取扱い等）に関する質問が寄せられた。また、平野／デュピシヨ両教授の報告をめぐっては、司会を務められたメキ教授による詳細なコメントが付されたほか、フランス側参加者相互間でも多くの議論がなされた。これについては、適宜、その概要を注記することとした。

1 まず、山城が、デュビシヨ報告の論旨が敷衍されることを期待して、財の法（droit des biens）と担保の法（droit des sûretés）における「公序」の異同について次のような質問を行った。すなわち、これら二つの法は、民法典上の位置づけこそ異にすれ¹⁵、学理的には、一括して「物権」（主たる物権／従たる物権：droits réels principaux / accessoires）として構成されている。そうであれば、意思の作用も両者において共通するとは解し得ないのか。

これに対して、デュビシヨ教授は、これら二つの法が法的安全の観点から公序を形成するという共通性を有することを認めたうえで、担保の法（従たる物権）の特徴として、債権者平等に対する例外を承認することができるかどうかの問題になることを強調された（民法典2284条および2285条を参照）。デュビシヨ教授は、この相違を捉えて、担保の法においては、一般債権者の利益を害しないために物権の自由な創設が禁じられるのに対し、財産の法（主たる物権）においては、このような要請は存しないから、物権法定主義（*numerus clausus*）は必要でないとされた¹⁶。

この応接に対しては、金山教授より、当事者の合意によって新たな物的負担（非典型的な用益物権）を創設することを認めるならば、当該負担が付された物が第三者に譲渡された場合には、第三者に対してもこの物的負担を主張することができることになるはずだから、やはり第三者の利益が害されることにならないか——そうであるとすれば、主たる物権にも物権法定主義の要請が及ぶべきではないか——との指摘がなされた。これに対して、デュビシヨ教授は、公示がなされなければ第三者に物権を対抗し得ないことを当然の前提としたうえで、既存のカテゴリーに収まらない物権の登記が受理され得るかという「実務上の」問題を提起し、非典型的な物権についても、既存の物権類型に関する登記手続を流用する可能性はある

¹⁵ それぞれ、第二編（財産および所有の様々な変容：517条以下）および第四編（担保：2284条以下）に規定されている。

¹⁶ 以上の趣旨自体は、既にデュビシヨ教授のテーゼにおいても詳論されている（Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Edition Panthéon-Assas, 2005, préf. M. Grimaldi, n°s 775 et 776, pp. 582-588）。

——ただし、その可否については議論があり得る——と応接された¹⁷。この指摘に対し、金山教授は、日本においては登記事項も厳密に法定されているから、フランスにおけるとは状況異なる旨を補足された。物権法定主義との関係では、以上の事情のほかにも、用益物権の内容の自由度に日仏間で大きな差異があることに留意を要しよう¹⁸。

2 吉田教授は、主たる物権／従たる物権の区別からさらに進んで、「有名物権／無名物権（droit réel nommé / innommé）」の区別が問題になり得るのではないかと展望を示したうえで、典型性を与えることによって「モデルを提示する」ことの含意は、物権の場合と契約の場合（有名契約／無名契約）とは異なり得るのかという論点を提示された¹⁹。これに対し、

¹⁷ この応接を承けて、ペリネ＝マルケ教授からは、そのような扱いが認められていると解し得る例として、それ自体としては虚無である「空間（volume）」に対する所有権もまた登記可能とされていることが指摘された。なお、この問題については、ユーク・ペリネ＝マルケ（平野裕之訳）「フランスにおける所有権をめぐる大きな潮流」民商141巻4・5号（2010年）433頁以下の叙述をも参照。

¹⁸ この関係では、当該不動産を住居以外の用途に使用することを禁止する条項（*clause d'habitation bourgeoise*）や、当該不動産における競業を禁止する条項の性格をどのように捉えるか——それは地役的なものか、人役的なものか、そもそも土地の便益になるということをどのように捉えるべきか——という点について、デュビシヨ教授、クロック教授およびペリネ＝マルケ教授の間で議論の応酬があった。デュビシヨ教授がこれらの条項の人役的性格を指摘したのに対し、クロック教授らは、これらの条項が付されていることによって土地の価値自体が上昇するのだから、その点で地役的な性質を有するとみることができるとの所見を示された。

¹⁹ この質問は、メキ教授が質疑の冒頭において行ったコメントを承けてなされたものである。メキ教授は、財の法および担保の法——つまり、物権法全体——を通じて、個人の意思の限界を定めるとともに物権の本質を保護する役割を果たすのは、第一次的には公序＝強行規定であるとしつつも、補充規定（任意規定）が有するモデル提示機能の重要性を看過することはできないと説かれた（その際、近時の興味深い研究として C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, préf. G. Viney に言及された）。すなわち、補充規定は、強行性こそ有しないものの、立法者による方向づけを示すという意味は有しており、このモデルからの逸脱に対して立法者および裁判官が規制を加えることを通じて当事者の意思を限界づける。このような見方から立って、メキ教授は、それ自体としては強行性を有しないとされるフランス法に

デュピシヨ教授は、この問題に関する「記念碑的業績」としてフランソワ・テレ教授のテーズ²⁰に言及しつつ、次のように論じた。デュピシヨ教授によれば、テレ論文の趣意は、「無名」的なものが承認される要件を論じようとしたところにあり、テレ教授は、これを「真に独自性が存すること（véritable originalité）」に求め、かかる場合には有名契約における強行規定の適用が回避されるとした。以上の前提から、デュピシヨ教授は、このような理解が当てはまることには契約と物権とにおいて差異はないのではないかとされた。この応接に対しては、メキ教授から、補充規定が有するモデル提示機能という問題の所在（注19を参照）を再確認する趣旨の補足説明がなされた。

3 最後に、片山教授は、権利意思説・権利利益説という対立軸を引合いに出しながら、権利の根拠づけを意思の作用に求める着想をどのように評価するか、また、所有者が有する——使用・収益・処分を内容とする——「権限」をどのように位置づけるべきかを問われた。この点について、デュピシヨ教授は、確答を留保しながらも、報告において想定していた意思は、権利を意欲の作用として捉えるヴィントシャイトの定義よりも限定されたものであり、当事者の合意によって権利の内容を調整・再構成する自由を意味すると断ったうえで、このような観点からすれば、使用・収益・処分を欲するというのも、結局、契約自由と同義に帰するのではないかとの見方を示された。

【金山／バンクタン報告】〔文責・小柳〕

2つの点が問題になった。

1 一つは、バンクタン報告が周波数スペクトル〔spectre hertzien〔フランス語〕、frequency spectrum〔英語〕〕について、無体物でありかつ占有

における物権法定主義も、モデル提示機能を発揮することによって物権法における個人の意思の作用を限定する役割を果たしていると解し得るのではないかと、とのコメントを行った。

²⁰ Fr. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, préf. R. Le Balle.

の対象となつた点である。これは、性質上周波数帯により管理可能であり、フランスではすでに1970年代から、自由ラジオとして利用され、近年ではモバイル通信のために使われているし、衝突防止レーダーのためにも使用されている。一定の帯域幅と強度の周波数を利用することが、占有の概念に適合するというのがバンクタン教授の報告内容である。これに対して、デュピシヨ教授が、自分は物理学者ではないと断りつつ、空気もまた有体物であり得るのであるから、周波数スペクトルもまた有体物と考える余地はないのかとの質問をした。これに対して、バンクタン教授は、個人的な見解を言えば、周波数スペクトルを有体物として理解することも可能であると回答した。物理的に触ることができないということが、すなわち、有体物ではないということには必ずしもならない。その上で、著作権などは、その具体化である本などは接触可能であるが、その本体である著者権は人間の創造物であり、それ故、無体物であるとしつつ、周波数スペクトルは管理可能な点があり、著作権とは異なるところがあると指摘した。

これに依て、吉田教授が、無体物と有体物との区別の基準をいかに求めるかが重要な問題であるとの指摘を行った。接触可能なものをもって有体物とすれば、周波数スペクトルは無体物であるとなるが、しかし、人間の頭の中にだけあるものを無体物と見ると、周波数スペクトルは、自然界にあるものであり、有体物ということになるのではないかというのである。そして、これは日本法の問題でもあると指摘した。その上で、バンクタン教授は、フランス法でも、incorporel と immatériel との区別は困難であり、自分は両者を区別しがたいところがあるが日本ではどうかとの質問をした。金山教授は、日本民法では、両者はほとんど同じものであるとしつつ、昨年の日仏研究集会で指摘したように、日本民法では無体物については言及が少ないと論じた。片山教授は、これに関連して、日本の有体物の基準は、接触可能かというものと、管理可能か（possibilité d'administrer）の2つのものがあると論じた。

ペリネ＝マルケ教授は、物理学的には全ての物質は元素から成り立っているであろうが、そうした点が重要なのではないと論じた上で、たとえば、空間（volume）は、有体物であると指摘した。その空間は、移動する空気により満たされているが、しかし、空間そのものは独自に占有の対象になる有体物である。土地所有権の上に、建築行為をするというのもその

意味に理解されるべきである。

メキ教授は、周波数スペクトルについて占有の意味を問題にした。すなわち、誰でもそれを利用することができるのではないかというのである。これに対して、パンクタン教授は、権限のない者の利用は *perturbation*〔妨害行為〕として考えられ、法的なサンクションがありうる旨を指摘した。ちょうど、空間の一部分の占有が成立する場合、他の者がこの空間を利用する事自体は可能であるが、しかし、その場合には法的制裁があるのと同じであり、一定の範囲と強さの周波数スペクトルの利用は保護されると論じた。国際的にも衛星テレビ放送などでこの周波数スペクトルの割り当てが行われているというのである。

金山教授は、以上の議論を継承して、こうした周波数スペクトルや空間（*volume*）の占有では、その排他性（*caractère exclusif*）が伝統的な有体物の占有と異なっていることが問題ではないかと論じた。不動産であれば、同時に二人が同一の利用を行うことが困難であるのに対して、周波数スペクトルではそうしたことが不可能ではないということである。

2 その後、ペリネ＝マルケ教授が賃借人の占有の問題について論じた。すなわち、賃借人の社会的状況又はその重要性は、日仏両国で異ならず、それ故、法的構成の違いはあっても、両国は同じような帰結を有しているという印象を述べた後、フランスでは賃借人に占有訴権が認められなかったが、それは歴史的な理由が存在したこと、所有者である賃貸人が、妨害排除などのために役割を果たしたことも忘れてはならないことを論じた。

これに対して、金山教授は、フランス法では、所有者だけが占有者と考えられるのに対して、日本法では、所有者＝賃貸人も賃借人も共に占有者と考えており、そこにドイツ法の影響があると指摘した。

関連して、クロック教授が日本民法の条文について質問をした。日本では賃借人に占有があるということになっていると聞いたが、日本民法188条が「占有者が占有物について行使する権利は、適法に有するものと推定する。」と規定している。そもそも、賃借人の権利は債権であり、その権利は賃貸人に対するものであって賃借物には権利を有していないのであるから、この条文とうまく適合しないのではないかというのが質問の内容である。これに対し、金山教授は、日本の賃借権はたしかに債権ではあるが、しかし、物権にも類似した面もあるとの指摘を行った。

金山教授は、更に、フランス法では外観法理（*théorie d'apparence*）で、所有権の取得を認めている場合があるのであるから、これを賃借権にも同様に認めたほうが一貫性があるのではないかと指摘した。また、賃借権の取得時効に関連して、日本法では、賃借人が占有しているのは不動産であるが、時効取得するのは賃借権であることになるから、占有の対象と取得の対象とが異なる結果になっているとコメントした。これに対して、クロック教授は、そうすると、占有の2要素（体素、心素）のうち体素（*corpus*）は賃借物であるのに対して、心素（*animus*）は賃借人として振る舞うことになり、この両者が一致しないことになる旨を指摘した。金山教授はこれに応えて、賃借権取得時効の要件である賃料支払がその心素に対応することになるのであろうと論じた²¹。

その上で、フランス側参加者から、賃借人は債権であることと、取得時効の成立について違和感が指摘された。その上、小柳は、日本民法は、175条が物権の種類を限定しており、また、賃借権を債権編に規定している以上、賃借権は債権であると理解されており、これには不便があるため種々の立法・判例による修正があることを指摘し、また、ボワソナードの旧民法草案は、賃借権の物権的構成を採用しており、それ故、賃借人に占有訴権を認め、また賃借権抵当も可能であるなど独自性があつたことも論じた。その上で、小柳は、ペリネ＝マルケ草案によると賃借人に占有訴権を認めなくなることになり、それは物権を有さない賃借人には不利にならないかとの質問をしたが、ペリネ＝マルケ教授は、明白に不法な妨害に対する救済であるレフェレ（*référé*）で十分であるとの回答をした。

²¹ 「土地賃借権の時効取得については、土地の継続的な用益という外形的事実が存在し、かつ、それが賃借の意思に基づくことが客観的に表現されているときは、民法一六三条に従い土地賃借権の時効取得が可能であると解するのが相当である。」（昭和43年10月8日民集22巻10号2145頁）との最高裁判決がある。賃借の意思も「客観的に表現されている」ことが必要であり、内心的なものではなく、「原因たる事実によって外形の客観的に定められる」。具体的に時効取得を認めた例としては、成立当時無効であった賃借権について取得時効を認めた例（最判昭和45年12月15日民集24巻13号2051頁）、管理人と自称する無権原者から賃借した者がその賃料を支払っていた場合等がある（最判昭和52年9月29日判時866号127頁）。