

Title	不動産所有権：その発展と分割
Sub Title	La propriété immobilière, son évolution et ses divisions
Author	Lecocq, Pascale(Yoshii, Keiko) 吉井, 啓子
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2011
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.18 (2011. 1) ,p.195- 226
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	講義
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20110131-0195

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

不動産所有権

—その発展と分割—

パスカル・ルコック
吉井啓子／訳

はじめに

第1章 フランス民法典における不動産所有権とその一般的な発展

第2章 不動産所有権の特徴的な発展：不動産の分割に関する現代の試み
訳者あとがき

はじめに

1. 大陸法財団、日本、不動産所有権の発展と分割、これらが本日、慶應義塾大学における大陸法財団寄付講座において我々を結びつけるものです。これら三つの要素を並べて論じることは、大変興味深いものです。

はじめに、二つのことに注目したいと思います。第一に、使用する用語について共通の認識を持つため、世界に存在する法制度をどのように分けるかということは特に分類の基準が様々であることから繊細かつ議論のある問題ですが¹⁾、〔この講演では〕図式的にそして伝統的にコモンローシステムに対置される大陸

1) R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Précis. Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2002, spécialement n° 16 ; R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, Paris, Litec, 2008, spécialement n^{os} 139 à 157.

法を、少しステレオタイプですが、「大部分の場合において文書の形をとる法律を制度の中心に置く」²⁾ メカニズムにより特徴づけられるものと定義しようと思います。第二に、この講演のテーマは、地表・地下・地上を含む不動産所有権、物に対する所有権ですから、この講演では有体物という枠組みの中で検討を加えたいと思います。したがって、基本的には、所有権の目的となりうる物、財産 (biens) となりうる物とは何かという問題については検討の対象としません³⁾。この問題については、すでに、ペリネーマルケ教授が、皆さんに話されたところです。

大陸法財団、日本、そして不動産所有権の分割という興味深い組合せです。それでは見ていきましょう。

2. 順番に見ていきますが、まずは、大陸法財団と不動産所有権についてです。大陸法の法制度というのは、基本的にはその基礎をローマ法に有しています（ローマ法自体、初期段階では私法が中心でした）。ローマ法において、個人の所有権は、おそらく少なくとも1804年〔フランス民法典〕におけるよりも⁴⁾、より個人主義的な観点から、重要な位置を占めていました。ローマ法では、社会的な現実、集団内部における財産の分配という現実をとらえることの方がより問題でした⁵⁾。古ローマ法において、ローマ市民法上の所有権 (*dominium*) は、人そして家産に対して家父 (*paterfamilias*) が有する絶対的な権利の形の一つでした。

2) J.-M. BAÏSSUS, *Fondation pour le droit continental*, Lettre d'information n° 14 / Avril 2009.

3) ベルギー法における「財産」概念に関する近時の判例については、A. SALVE, « La distinction des biens et la propriété immobilière. Chronique de jurisprudence 2001-2008 », in *Chronique de jurisprudence en droit des biens, sous la direction de Pascale LECOQ*, Commission Université-Palais, volume 104, Liège, Anthemis, 2008, pp. 7 à 42を、フランス法における「財産」概念については、F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, 2^{ème} éd., Paris, P.U.F., 1997, spécialement n^{os} 1, 2, 89 et s.を参照のこと。

4) 所有権の社会的機能は徐々に登場し、やがてドイツなどの国々では憲法で認められることになった（ドイツ憲法14条、イタリア憲法42条）。所有権の社会的機能については、C. JAUFFRET-SPINOSI, « La propriété en droit comparé », septembre 2009 (http://www.facebook.com/note.php?note_id=134814487258 で入手可能) を参照のこと。

この時代には、不動産所有権である*dominium*は、ローマ市、さらには、ローマの前進基地たる植民地や、いくつかの自治都市（ローマの同盟都市）にある土地しか対象としていませんでした。外国の土地は、征服によっても、ローマの不動産の資格を得ることはないため、*dominium*の目的とはなり得なかったのです。所有権は、古典期より前の時代と古典期においてはいくつかの種類に分かれていましたが、古典期の後の時代、そしてユスティニアヌス時代において、新たに一つの統一的なものとなり、法務官法上の所有権（*propriété prétorienne*）と属州の土地の所有権に影響を受けて*dominium*の複雑な発展の結果として登場しました。不動産所有権は、その後の発展を経て、公益のための負担と制限に従う権利になりましたが、多くの大陸法で採用された私法制度の基礎の一つであり続けています。我々の興味を引くのはこの点です。

3. 次に、日本と大陸法財団についてです。先ほど定義したような大陸法の国々は、一般的に、今述べたローマ法の影響が大きい法制度を有しており、法典化という技術も広まっています。明治維新の際、日本は、自らの法制度を迅速に近代化し運用し始めるために、一連の法典を作りました。日本法は大きく西洋化されたのです。アメリカ法が第二次世界大戦後に日本の公法に広く影響を与えたとしても、反対に、私法については、1896年に公布され1898年に施行された民法典により、少なくとも条文においては、フランス法・ドイツ法を通じてローマ法の影響を受けており、これが日本私法を大陸法に位置づけることを可能にしています⁶⁾。

5) このような立場については、M. VILLEY, « Notes sur le concept de propriété », in *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Paris, Dalloz, 1976, pp. 187 et s., spécialement p. 198を参照のこと。

6) この点については、J.-Fr. GERKENS, *Droit privé comparé*, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2007, spécialement, pp. 237 à 241 ; R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Précis. Les grands systèmes de droit contemporains, op. cit.*, n^{os} 25, 460 et 461; M. FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers*, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1998, pp. 9 et 10を参照のこと。

4. 最後に、日本法と不動産所有権の分割についてです。その展開につき日本の法律家が検討する余地のある財産の法（物権法、droit des biens）に関する問題があるとすれば、それは、現在の時点において不動産所有権の分離（dissociations）の可能性はあるかという困難な問題です。たしかに、比較法の専門家の書いたものを読むと、日本法は、部分的にですが〔公法はアメリカ法の影響が強いのですが〕大陸法のグループに属しており、より広く言えば西洋法に影響を受けています。しかし、日本の歴史は、より独特な色合いを〔日本法に〕をもたらしています。たしかに昔に比べれば今日では少なくなっているものの、和解（conciliation）や調停（médiation）が当然一定の地位を占めているでしょう。これから見るように、ベルギーやフランスの制度においては、一方で、不動産所有権を分割する可能性は、成文法によってほとんど規律されていないか、現代的な要請に全く適合していないかどちらかです。他方で、不動産所有権の分割が問題となるような状況で生じる紛争は、ほとんどが裁判外で解決されています。全く平凡な理由によるのですが、当事者は交渉の方を好むからです。法的な不安定さは時として大変大きく、また不動産の大工事（montages）について問題となる金銭は大変高額なので、これらについては、「良い」訴訟よりも「悪い」和解の方がよいということになるのです⁷⁾。

5. この後は、1804年民法典で採用された不動産所有権の基礎と内容と重要性について、簡単にふれたいと思います。1804年以来、数多くの国がフランス民法典をモデルとしてきました⁸⁾。まずは、その〔不動産所有権の〕一般的な発展について見ます（第1章、第1講演）。その後、現代における不動産所有権に関する問題、特に所有権の分割について、大陸法のいくつかの国の〔分割〕方

7) 地上権と永小作権に関するベルギー法のこの曖昧な状況に関しては、P. LECOCQ, *Superficie et emphytéose : aspects civils*, Titre III, Livre 34, Guide juridique de l'entreprise, Traité théorique et pratique, Waterloo, Kluwer, 2007, spécialement n° 010を参照のこと。

8) 1804年フランス民法典の影響については、M. GRIMALDI, « L'exportation du Code civil », (<http://www.revue-pouvoirs.fr/L-exportation-du-Code-civil.html> で入手可能) を参照のこと。

法を、特にベルギーのものを中心に上げます（第2章、第2講演）。

第1章 フランス民法典における不動産所有権とその一般的な発展

第1節 フランス民法典における不動産所有権

A. 基礎と特徴

6. フランス革命が、封建的な権利を廃止しようとしたことは明らかです。そして、人間の間の自由と平等の現れかつ保障として、たった一つの所有権を作り上げました。思い起こしてみますと、所有権の起源、それが自然権かどうかということについては議論が続いていましたが、1789年8月26日のフランス人権宣言は、2条において、人間の有する自然権であり時効によって消滅することのない権利は、自由、所有権、安全と圧政への抵抗であるとしました。そして、17条で「所有権は、神聖かつ不可侵の権利であり、何人も、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もとでなければ、それを奪われない。」と付け加えたのです。

1804年民法典について見れば、同法典は所有権を完全にその中心に据えています。（全部で2281条のうちの）500条を少し超えるぐらいしかない「人」に関する第1編に続く第2編は「財産及び所有権の様々な変容」と題されています。また、「所有権を取得する様々な方法」と題された第3編は、他の2つの編よりも膨大です。民法典544条は、その神聖さに言及することなく、自由で統一化された個人の所有権について規定しています。「所有権とは、法律又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。」ローマ法に基づいて、〔実は〕それを超えるところもあるのですが、所有権は絶対的で排他的で永久の権利であると分析されています⁹⁾。しかし、すぐその後に、その限界が規定されています。所有権を有していれば何でもでき

9) フランス民法典における所有権とローマ法における所有権が同一か否かに関するこの重要な問題については、F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, 2^{ème} éd., Paris, P.U.F., 1997, spécialement n° 112を参照のこと。

るのですが、それは法律や命令が禁じていないことに限られます。民法典545条では、人権宣言に含まれていた考えが再び採用されています。「公の目的のためかつ正当で事前の補償がなければ、何人も所有権を譲渡することを強制されない」のです。

この所有権の概念は、1838年のオランダ民法典¹⁰⁾、1865年のイタリア民法典¹¹⁾、1866年のローワー・カナダ民法典¹²⁾、さらには1942年に採択されたイタリア民法典のように、——たとえ、そこでは、所有権は個人的なものであり、もはや個人主義的なものではなかったとしても¹³⁾——、多くのヨーロッパの民法典で採用されています。この定式化は、苦もなく国境を飛び越え、1898年の日本民法典206条にまで至ります。同条は以下のように規定しています。「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。」

7. 1830年に独立したベルギーは、フランス民法典を自らの民法典として採用したため、それは〔以上のような定式化は〕、ベルギー法でも同じです。さらに、ベルギー法では、1949年になりようやく廃止された民法典545条に加えて、1831年2月7日憲法も同様に、獲得された私的所有権を保護しています。現在

10) 当時のオランダ民法典625条は、「所有権とは、基本法に適合した十分な補償により第三者の権利及び公益のための取用に損害をもたらしなさいという留保のもとで、公権力により発せられかつ憲法が認める範囲での法律又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。」と規定していた。

11) 当時のイタリア民法典436条は「所有権とは、法律又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。」と規定し、さらに438条で「公の目的のためかつ正当で事前の補償がなければ、何人も所有権を譲渡することを強制されない。公益のための取用に関する規則は、特別法により決定される。」としていた。

12) ローワー・カナダ民法典406・407条。これらは、1804年フランス民法典544・545条の文言と同じである。

13) イタリア民法典832条は、「所有権とは、法制度の限度内で、それにより確立された義務を尊重して、最も絶対的な方法で物を収益し処分する権利である。」と規定する。1942年民法典834条は、1865年民法典438条と同じである。

のベルギー憲法は、16条で以下のように規定しています。「何人も、公共の利益のため、法律によって規定された場合と方法でなければ、かつ正当で事前の補償がなければ、所有権を奪われることはない。」

この制度は、完全な支配権という意味での、個人の私的な所有権に基礎を置いていることが確認できます。そこには、公法上の法人のものも含まれていますが、いずれにせよ、特別の制度に従う公産 (domaine public) に対して、私産 (domaine privé) に属する財産が問題です。これは、大陸法では自明のことですが、決して一般的なことではありません。それは、イギリスの場合のような不動産所有権に関する別の概念が証明しています。そこでは、たとえ土地についての完全な権利が個人のものであったとしても、理論的にそして原則的に、土地について個人の排他的な所有権は存在していません。また、旧東側諸国は、共産主義国家であった頃、社会主義的所有権の概念を有していました¹⁴⁾、ベトナムではなおそうです。そこでは、土地は人民のものであり、国家の管理の下に置かれています¹⁵⁾。フランス民法典の制度は、独占的な個人の私的所有権を明言しています。しかし、民法典は、補償がなされれば、公益のために所有権が剥奪されることを認め、そして所有権に対する法律による様々な制限を認めています。これは、所有権に、より社会的な機能を与えることを可能にしています¹⁶⁾。

14) 社会主義的所有権概念については、R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Précis. Les grands systèmes de droit contemporains, op. cit.*, n^{os} 171 à 182を参照のこと。

15) N. AUDIER, « Rapport vietnamien, Le droit foncier », in *La propriété, Travaux de l'Association Capitant*, t. LIII, Paris, Société de législation comparée, 2003, pp. 187 à 199, spécialement p. 187.

16) 似たような発展は、ローマの様々な時期においても見出し得る。取得された所有権の保護原則に関して、古典期ローマ法は「公益のための収用 (expropriation pour cause d'utilité publique)」という概念を知らず、所有者は例外的な状況でその土地を売却しなければならなかったが、損害賠償と引換えでの (通常は公共事業のための) 公益のための収用または没収は、古典期後期の間には手続化された。古典期後期に、法律または法令に由来する所有権の限界に関して、例えば都市計画についての詳細な立法がなされ建築制限は増加し多様化した。

B. 不動産所有権の重要性と範囲

8. 所有権が民法典の基礎となり統一的に理解されているとしても、特別扱いを受けていると考えられているのは特に不動産所有権です。民法典は、不動産だけが——これは性質による不動産 (*immeuble par nature*) (土地、建物と植栽物) ですが——、富の源、したがって政治的な力の源であるという考え方をかなりの程度で維持しています。民法典は、不動産について、この価値判断に応じて、様々な制度を認めています。民法典は、516条において、法律の擬制によるいくつかの財産——このカテゴリーについては、元々は性質による不動産に留保された有利な制度の恩恵を受けさせるためのものですが——を含めて、財産は全て不動産または動産であると規定しています。

9. 1804年民法典の起草者は、同様に、土地所有権の境界とその範囲に関する数多くの規定を置いています。起草者は、境界 (*bornage*) や圍障 (*clôture*) に関する規定を置き、近隣関係上の一連の義務を規定しました。起草者は、ローマ法に由来する原則を再び用いることにしました¹⁷⁾。それが、「土地所有権は地上と地下の所有権を含む。」(民法典552条)です。これを、起草者は、(我々に関係するものとしては、人が作った不動産の) 付合のメカニズムで補完しています。土地に合体し一体化したものは、その土地の所有者のものです。起草者は、土地上の全ての建築物または植栽物は、地表の所有者によって、その費用で作られ、その者に帰属するものと推定するという規定を置きました(民法典553条)。その考え方は実際的なものです。土地の所有者は、反対の証明がない限り、全てのものの所有者なのです。

17) 古典期のローマ法では「……ある土地の所有権は、原則として、土地の上部空間の自由な処分権、地下の所有権したがってそこに含まれている鉱物の所有権を含む。」とされたが、古典期後期になると「……土地の所有権は、もはや必然的には地下の所有権を含まない。4世紀末から、私有地の地下にある鉱物を採掘する権利は、行政官庁により、採掘された鉱物の10分の1を国家に、さらに10分の1を地表の所有者に支払うことにより、第三者に譲渡され得るものとなった。」(R. VIGNERON, H. BORN et S. RIEPPI, *Didacticiel de Droit romain*, Syllabus, <http://vinitor.egss.ulg.ac.be> で入手可能)

このようなアプローチは、多少の違いはありますが、数々のヨーロッパの民法典において見られるものです。例えば、スペイン民法典350条は、「土地の所有者は、地上そして地下のものの所有者 (maître) であり、地役権を尊重し、鉱山と水に関する法律、警察法規に従って、そこで工事、植栽、掘削をなすことができる。」と規定しています。1994年のケベック新民法典951条は、「土地所有権は、地上の所有権と地下の所有権を含む。」と規定しています。同様に、1942年のイタリア民法典840条は、「土地所有権は、それが含む全てのものと共に、地下にも及ぶ。所有者は、隣人に損害を引き起こさない全ての掘削または建築を行うことができる。この規定は、鉱山・洞窟および泥炭坑 (mines, grottes et tourbières) に関する法律の対象となっているものには適用されない。同様に、骨董品と美術品に関する法律、水に関する法律、水利建築物 (constructions hydrauliques) に関する法律、その他の特別法に基づく制限は影響を受けない。」と規定し、その次の条文では「土地の所有者は、それを妨げる利益がなければ、地下又は上部空間でなされている第三者の活動に異議を申し立てることができない。」と規定しています。所有権に認められた社会的な性格に加えて、歴史、芸術そして遺跡に満ちあふれているというイタリアの少し特別な状況もあるでしょう。これが世界的な遺産を守るための例外的な規定を正当化するのです。さらに、特別な規定をあげましょう。イタリア民法典938条が規定する例外的ないわゆる逆付合 (accession dite inversée) の場合です。「工作物の建築において、隣接する土地の一部を善意で占有する場合、その土地の所有者が、建築が始まった日から3ヶ月以内に異議を申し立てない限り、裁判所は、状況を考慮して、建築者に工作物と占有された土地の所有権を付与することができる。建築者は、土地所有者に、占有した面積の2倍の価額と損害賠償を支払う義務を負う。」¹⁸⁾

最後に、[1804年の] 民法典553条の最後の一文について、特に強調しておき

18) A. FUSARO, « Rapport italien. La propriété des sols dans la vie privée », in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées vietnamiennes, Tome LIII, Paris, *Société de législation comparée*, 2003, pp. 133 à 151, spécialement p. 135, note (8).

ましょう。この条文は、権利の正確な性質について規定することなく、不動産所有権の分割の可能性を留保しています。なぜなら、先ほど述べた推定は「……第三者が、他人の建物の地下又は建物の他の全ての部分について、時効により取得したこと又は時効によって取得できることを妨げない。」と規定しているからです。〔後で〕フランスにおいて、実務がこの可能性をどのように利用しているかを見ましょう。

10. 1830年からのベルギーの状況は以下の通りです。たしかに、〔1804年〕民法典は552条と553条も含め適用されるのですが、所有権の分割を認める553条の最後の一文は、他の規定の陰に少し隠れています。

実のところ、ベルギーの財産の法（物権法、*droit des biens*）は、フランス民法典とは別に、19世紀初めにネーデルラント連邦王国（*Provinces-Unies*）に併合されたことのいくつかの痕跡を残しています¹⁹⁾。オランダは1810年からフランス民法典によっていたのですが²⁰⁾、1824年に、ベルギーの州が従っていたオランダの立法者は、古法において存在しており、特にフリースラント州（*province de Frise*）では数多く用いられていた地表権（*droit de superficie*）と長期不動産賃借権（永小作権、*droit d'emphytéose*）を再び採用することを決めました。オランダでは、1824年1月10日に2つの法律ができました。一つは地表権、もう一つは長期不動産賃借権に関する法律ですが、ベルギー人は、1830

19) このような歴史については、A. WIJFFELS, « Les contrats dans le Code civil de 1830. Contribution à l'histoire de la réception du *Code civil des Français* en Belgique sous le régime du Royaume des Pays-Bas Unis », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, sous la direction scientifique de P. WERY, la charte, Bruxelles, 2004, pp. 21 à 59を参照のこと。ベルギーは、1815年のウィーン議定書によって現在のオランダと共にネーデルラント連合王国として再編された。

20) オランダ民法典は1831年2月1日から施行されることが望まれていたが、結局それは1838年となった。ベルギーの地方で勃発した革命により、草案は、延期され、修正され、ベルギーの裁判権が規定されていた条文が全て取り除かれることとなった（A. HEROGUEL, « Traductions françaises de texte de droit civil néerlandais », in *La Traduction juridique – Histoire, théorie(s) et pratique*, ASTTI, Berne & ETI, Genève, 2000）。

年の革命そしてベルギー建国に際して、これらを導入したのです。

この講演では、地表権の方に注目したいと思います。1824年1月10日法1条では、次のように地表権を定義しています。「地表権とは、他人が所有する土地に、建物、工作物又は植栽物を所有するための物権である。」地表権は、土地所有者の側からの付合の放棄と見なされています。その結果、地表権は、他人の土地と一体化した工作物、建物、植栽物、すなわち〔添付の一種としての〕組入れによる不動産 (immeubles par incorporation) の所有権を地表権者にもたらず権利であり、土地に建築したり植物を植えたりすることを可能にする物権であると分析されます。故に、地下を含む土地所有者の所有権 (propriété du tréfoncier) はそのままです(地下を含む土地の所有者のままです)。そうすると、〔同一土地における〕所有権の重なり合い (superposition) という状態が生じます。しかし、地表権は他人の土地上の物権と考えられています。オランダの立法者、そしてベルギー人は、地表権は必然的に一時的なものであると考えました。4条により地表権の存続期間は50年を超えることができず、8条により存続期間の制限には違背することはできないのです。存続期間が経過すれば、ある一人の者に、完全に単一の所有権が、付合のメカニズムにより、帰属することになるのです。地下を含む土地の所有者は、地表権の目的である土地に置かれた全ての物の所有者になるのです (1824年1月10日法6・7条)。

第2節 不動産所有権法の一般的な発展

A. 所有権の概念と内容に関する発展

11. 所有権の定義に関して、大陸法の国々では、おそらく所有権の排他性にふれている点を除けば、最近のものでも伝統的な公式を変えていないことを確認する必要があります。すでにご存じでしょうが、フランス民法典第2編の全面的な改正準備草案は、その534条で次のように規定しているのです。「所有権は、物及び権利を使用、収益、処分する排他的かつ永久的な権利である。所有権は、それを規制する法律の範囲内において、権利者に絶対的な権利を与える。」同様に、1992年のオランダ新民法典第5編1条は、「一 所有権は、人が物に

ついて有する最も広い権利である。二 所有者は、全ての者を排除する自由、物を使用する自由を有している。但し、この使用は、他人の権利に反するものであってはならず、法律又は書かれていない原則（*règles non écrites*）による制限を遵守しなければならない。」と規定しています。

12. [所有権の] 定義が同じままでも、より優先すると考えられる利益を保護するために、法律や規則により課せられる制限の数は増大し続けています。より優先する利益というのは、公有性（*domanialité publique* [行政財産を構成する資産に適用される非譲渡性・非差押性・時効不適用性などの原則の総体]）、都市計画、環境などです。私法と公法の間伝統的な対立は、一部はもう過去のものです。動きは二つの方向に向かっています。例えば、ベルギー法において、破毀院は、2007年5月18日判決において、公産（*domaine public*）の処分不可能性の原則を危うくしたように思えます²¹⁾。この原則は公有性に関する古典的な原則の一つですが、破毀院は、詳しい説明なしに当然に地表権は公有地上には行使できないとした判決を破毀しました。ベルギー破毀院は、公権力の明示または黙示の決定に従い、[財産が] 人を区別せず全ての者の使用に充てられる場合、財産は公物（*dépendance du domaine public* [公産を構成する財産]）となると付け加えて、自らの考えを明らかにしています。破毀院は、財産が公物となり、そして全ての者の使用に充てられる場合、何人も、[その上に] 使用の障害となりうる権利、公権力のいつでも規則を制定することができるという権利に損害を与えるような私的な権利を取得できない、ということを付け加えています。しかし、破毀院は、一定の用途に障害をもたらさない範囲では、地表権という私的な権利を、公産上にも設定できるとしています。

13. 所有権の内容を制限しうるのは、行政法、より広くは公法に由来する公益の要請ではありません。実のところ、不動産については、個人の所有権

21) Cass., 18 mai 2007, *Revue du notariat belge*, 2007, p. 631, note D. LAGASSE, "Remise en cause par la Cour de cassation de l'indisponibilité du domaine public?".

が個人の所有権を制限しています。なぜならば、他人を害するために所有権を行使することはできず（第一原則）、所有権の行使により他人に過度の妨害を与えることもできないからです（第二原則）。

ベルギー法において、これら二つの原則は、判例上のものでありそれにとどまっています²²⁾。第一原則は権利濫用の法理により認められたものです。ベルギー法において、これは害する意図によるもののみに限られていません。権利の濫用は、慎重で注意深い人でも、通常の行使の限度を明らかに超えて権利を行使すれば生じ得ます²³⁾。それは様々な問題に適用され、契約外の問題についてはベルギー民法1382条、契約上のものについては1134条に基づいています。

不動産所有権に特徴的であるのは、第二原則の方です。この原則の方に注目して見てみましょう。それは、ベルギー法では、1960年に出されたほぼ同じ内容の2つの破毀院判決に基づく近隣妨害（troubles de voisinage）の理論です。それらによれば、「……過失によらない行為（fait non fautif）によって、近隣の通常の不便を超える妨害を近隣の所有者に与えることで不動産所有権間の均衡（équilibre）を破った不動産の所有者は、破られた均衡を回復するために、この者〔妨害を与えた近隣の不動産の所有者〕に、正当で適当な補償（compensation）をしなければならない。』²⁴⁾ この理論は、基本的に、民法544条によっています。たしかに、所有権は禁じられていること以外は何でもできる絶対的な権利ですが、各所有者は自らの財産の享有につき平等な権利を有しているのですから、

22) 他の国では必ずしもそうではない〔判例ではなく条文中、権利濫用禁止と近隣妨害に関する規定が置かれている〕。ケベック民法典7条は、一般的に、一方では所有権の悪意を持った使用（権利濫用）の禁止を、他方では所有権の不適當な使用（近隣妨害）の禁止を認め、「いかなる権利も、他人を害するため、または信義誠実（bonne foi）の要求に反するような過剰かつ非合理的方法で行使されてはならない。」と規定する（近隣妨害については976条）。フランスでは、改正準備草案535条が、同様に、誰もその権利を他人を害するために行使してはならないという権利濫用の禁止を、629条が、通常の不便の範囲を超えた近隣妨害を与えてはならないことを規定している。

23) Cass., 10 septembre 1971 (<http://jure.juridat.just.fgov.be>で入手可能である)。

24) Cass., 6 avril 1960, *Pasicrisie*, I, p. 915 et conclusions de M. l'avocat général P. MAHAUX. これは、<http://jure.juridat.just.fgov.be>で入手可能である。

所有権間には均衡が存在しなければなりませんし、またそれが維持されなければならないのです。近隣妨害の理論の適用範囲は、潜在的には各自の所有権を制限しながら、広がり続けています。〔この理論は〕不動産を享有する権利を有している者全てに向けられており、自らの積極的な所為により、自らの行動 (comportement) または何らかの不作为 (ommission) により隣人に過大な妨害を与えた者に向けられているのです²⁵⁾。定義は広いものでしたので、破毀院は、妨害は問題となっている者〔妨害者〕に責を帰すことができるものでなければならない、すなわち当該状況において、原因がこの者の所為、行動、不作为に由来するものでなければならないとして、定義を明確なものにしようと試みました。この意味では、被害が、その者が享有または管理している不動産から生じていることを示したのでは不十分なのです²⁶⁾。

14. 先ほど述べた制限の方向での発展と平行して、それと均衡を保つかのようにより、20世紀を通じて、所有権は基本的人権となりました。所有権は、1950年11月14日のヨーロッパ人権条約では、もともと保護の対象になっていませんでした。これは、財産の国有化の計画を有している国々と、個人の私的所有権の保護を保障する法を有していた国々の間に一致が見られなかったからです。しかし、1952年の第一議定書は、基本的人権の中に、所有権の保護を付け加えました。保障された唯一の権利は、すでに有している財産を享有する権利です。所有権を得るための権利 (droit d'accéder à la propriété) についてはいかなる保障もありません。

議定書1条は次のように規定しています。「一 全ての自然又は法人は、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

25) Cass., 7 décembre 1992, *Journal des tribunaux*, 1993, p. 473, obs. D. VAN GERVEN. これは、<http://jure.juridat.just.fgov.be> でも入手可能である。

26) Cass., 3 avril 2009 et 25 juin 2009 (これも<http://jure.juridat.just.fgov.be> で入手可能), annotés par P. LECOCQ et S. BOUFFELTTE, *Revue générale de droit civil belge*, 2009 à paraître.

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。

二 但し、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。」

はじめは、国家に私的財産を取用すること、課税すること、国内法で財産に関する事項を規定することを認めるために作られたこの条文の解釈は、大きな発展を遂げました²⁷⁾。ヨーロッパ人権裁判所は、そこから、今日3つの規範を導き出しています。第一規範である1項1文は、第二規範または第三規範には明らかに当たらないような全ての侵害をやめさせることを可能にしています。第一規範は、法律的には完全なものであるはずの所有権が目的としている財産の（法律上のまたは事実上の）永続的な不安定さにより、所有権を不安定にするような措置を非難することを可能にします（不動産の価値を下落させるようなあまりにも長い期間の取用については、1982年9月23日のSporrong Lönnroth/Suède判決を参照のこと）。第一規範は、同様に、判決の不履行により生じた所有権に対する侵害を非難することも可能にします（原告から眺望と日照を奪った不動産の建築許可を取り消したコンセイユデタの決定の履行を拒否したケースである2000年7月20日のAntonetto/Italie判決を参照のこと）。

CEDH第一議定書1条1項2文の第二規範は、損害賠償の権利を与えるような所有権の剥奪を規律しています。これに対して、CEDH第一議定書1条2項に含まれている第三規範は、特に没収（confiscations）と財産の使用に関するその他の法的制限を対象としています。これについては損害賠償の義務はあ

27) 詳細については、G. ALBERTON, « Le droit de propriété dans la jurisprudence communautaire », in *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000, pp. 339 à 398 ; R. ERGEC et A. SCHAUS, « La convention européenne des droits de l'homme. Examen de jurisprudence 1990-1994 », *Revue Critique de jurisprudence belge*, 1995, pp. 341 à 419 ; F. SUDRE, « Le "droit au respect de ses biens" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », in *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, 2005, pp. 1 à 18を参照のこと。

りません。

15. 人権としての所有権が承認されたことは賞賛することができるとしても、制度全体を視野からはずさないようにしなければなりません。近時、ヨーロッパ人権裁判所は、PYE対英国事件において、財産の法（物権法、*droit des biens*）の根幹を揺るがせました。2005年11月15日の第一PYE判決は、第二規範に基づいて、賠償なしでの自由な剥奪であるとして、英国の取得時効に関する制度を非難しました。事案は次のようなものです。PYE社は、時効により23ヘクタールの農業用土地の所有権を失ったとして、人権裁判所に訴えました。どんな事情があったのでしょうか。PYE社は、問題となっている土地について、グラハム（Graham）夫妻と放牧契約（*convention de pâturage*）を締結しました。この合意は、1983年12月31日に期限が来ましたが、更新はされませんでした。しかし、グラハム夫妻はこの土地を使用し続け、所有者〔PYE社〕がその土地を明け渡せとか地代を支払えと言うこともなく、15年間占有は続きました。15年の後、グラハム夫妻は、英国法の取得時効制度により、当該土地の所有権を得たと主張しました。「真の」所有者たるPYE社は、英国の裁判所では敗訴しました。

そこで、会社は、ヨーロッパ人権裁判所に、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国内法の規定は、CEDH第一議定書1条に照らして、所有者の権利に過大な損害を与えるものではないかと問うたのです。2005年11月に、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〔の主張〕を認めました。

被告である国（英国）の訴えにより、事件は〔人権裁判所の〕大法廷（*Grande Chambre*）に移されました。幸運にも、大法廷は、反対の判断を下しました。裁判所は、ごまかしとも言える方法で、第二規範ではなく第三規範によることにし、取得時効はある人からその財産を奪うものではなく、財産の使用を規律するものであると考えたのです。これは公益により正当化されうる制度ですし、当時英国法で規定されていた12年の期間についても同じです。人権裁判所は、

国内法の立法者は経済社会政策を行う上で大きな裁量を有しており、その判断が明らかに合理的な基礎を欠いている場合を除いて、人権裁判所は国内法の立法者が公益の要請をとらえた方法を尊重しなければならないとしています。人権裁判所は、本件では、時効期間についてもこの期間経過後の所有権の消滅についても正当化する公益が存在したのであり、所有者にとっては時効を中断するための方法は十分であったのであるから所有者には懈怠があったのであると結論を述べています。

もっとも、大法廷では10対7の評決でしたので、時効は、ぎりぎりのところで救われたのです。このような制度〔取得時効制度〕を問題とすることは、ヨーロッパ評議会の国々の財産に明らかな問題をもたらします。これらの問題は、特にベルギーのように、不動産物権の生存者間での移転証書・宣言証書の不動産公示が所有権原とはならず第三者への対抗要件でしかない国では（ベルギー民法典に挿入された1851年12月16日の抵当権法1条を参照のこと）、大変大きなものになります。そこで、取得時効は、法律行為による所有権の取得を時間の力により強固なものにすることを可能にするという基本的な役割を果たしているのです。

B. 不動産に関する財産概念の発展

16. 第一議定書1条の意味における「財産 (bien)」概念は、ヨーロッパ評議会参加国の国内法における形式的な性質からは独立した自律的な範囲を有しています。財産とは、1条により保護される実質的な利益 (intérêt substantiel) であり、それは有体物を含んでいますが、同様に、資産を構成する他の権利や利益、すなわち、顧客や酒類小売店の営業許可、薬局の開業許可など全ての財産的な価値を含みます。人権裁判所は、潜在的でまだ不明確な債権であっても、少なくともそれが具体化するという正当な期待 (espérance légitime) を利害関係人が有していれば、財産という資格で保護されるとしました。

〔報告された〕他の先生方は、財産概念の発展を示し、今日における全ての無体物の所有権を紹介しようとされました。この講演では、不動産について下さ

れたCEDHの判決の数が示している不動産の重要性を確認することにしましょう。人権裁判所が、1991年のPine Valley c/Irlande事件において、最初に正当な期待という概念を示したのは、まさに不動産についてでした。積極的都市計画（urbanisme positif）の許可に基づき、ある会社が土地を購入しました。人権裁判所は、この許可が後になって取り消されたことは、財産を尊重されるという権利の侵害に当たると評価しました。ここでは、正当な期待は、原告が、合理的に正当化される方法で、堅固な法的根拠を有する法律行為に根拠を置いていたという状況から生じます。したがって、保護されるのは、所有権を超えた不動産に関する「財産」であることが確認できます。有体物上の所有権の存在が証明されない場合には、この財産概念の自律性によることが多いのです。同様に、2004年6月29日のDogan c/Turquie判決では、第一議定書1条から生じる財産概念は、自律的に解釈されなければならない、財産は所有権の公的な権原（titre）を必要とはしないとされています。これは、原告が追い出された住居から得られる経済的利益や所得に関するものでした。2004年11月30日のOneryildiz c/Turquie事件において、人権裁判所は、住居、この事件ではあばら屋（taudit）だったのですが（これは、原告によりイスタンブール郊外のスラム街のゴミ捨て場の近くに建築されたもので、メタンガスの爆発によりがれきに埋もれてしまい、その結果原告の近親者9人が死亡しました）、そのあばら屋に原告が近親者と暮らしていたという事実は、実質的な経済的な利益を示すもので、これは1条の意味における財産となることを認めました。

「土地は、所有権に関する全ての大議論の歴史的な戦場である……。今日でもなお、所有権に関する大議論の大部分は、不動産と土地についてである」（ペリネ-マルケ）とされています²⁸⁾。さらに、量的に見ても、西洋社会において、不動産は個人の財産の基礎であり、議論の余地のない富の源です。ベルギーで最も利用されている貸付けは、一般的に返済期間が20年間ほどの居住不動産に

28) H. PERINET-MARQUET, « Rapport français. La propriété des sols », in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées vietnamiennes, Tome LIII, Paris, *Société de législation comparée*, 2003, pp. 119 à 132, spécialement p. 119.

融資するための抵当貸付けとなっています。

第2章 不動産所有権の特徴的な発展：不動産の分割に関する現代の 試み

はじめに

17. ベルギーでは、フランスといった他のヨーロッパの国々と同様に、多くの者が〔土地の〕様々な部分から利益を得ることを可能にするため、不動産所有権（地表、地上、地下、地上または地下の空間）を物理的に分割することが問題となっています。反対に、一定の不動産については、所有権自体を、理論上、数学的で抽象的な〔割合で示される〕いくつもの持分に分けることにより、共有のものとされています。同一の不動産または不動産の集合（groupe）内部で、このようにして異なる所有者に帰属する区画（lots）が作り出されます。それぞれの区画は、専有部分と共有部分の持分を含みます。すでに皆さんは、パリネーマルケ教授から、フランス法では、この無体不動産（immeuble incorporel）すなわち区画を、どのように性質による不動産（immeuble par nature）と見なしているか説明されたと思います。

18. 〔これら二つの問題について〕出発時点ではどのような状況だったのでしょうか。

ある一つの不動産がいくつものアパートマンに分割されることについては、所有権の排他性の要請に反することになるため、1804年民法典は、フランスでもベルギーでも適用されていた664条で辛うじて次のような規定を置きました。「ある一つの家のそれぞれの階が異なる所有者に帰属する場合に、所有権の権原（titres）で修理、再築の方法について何も取り決められていないならば、それら〔修理、再築〕は以下のようになされなければならない。大きな壁と屋根については、全ての所有者の負担により〔行われ〕、各所有者は自らが有する階の価値に応じた負担を負う。各階の所有者は、自らが歩く床を作る。

1階〔日本式では2階〕の所有者は、自らの階へつながる階段を作る。2階〔日本式では3階〕の所有者は、1階〔日本式では2階〕から自らの階へつながる階段を作り、以下も同様とする。〕しかし、このような例は、グルノーブルやランスといった一定の都市を除いて、実務においてよく見られるものではありませんでした。〔実際に多くの例が見られるようになるには〕二つの世界大戦の終わりを待たなければなりません。世界大戦の結果必要となった再築により、アパートマン、そして新しい規制が増えることになりました（フランスでは、アパートマンに分割された不動産の区分所有権に関する1938年6月28日法、そしてより干渉的であり数多くの改正がなされた1965年7月10日法。ベルギーでは、1924年に導入された不動産または建築された不動産の集合についての強制的区分所有権（copropriété forcée）を規律する577bis条9・10・11段と1994年6月30日法。1994年法は民法典577-3条から577-14条になりましたが、これらは現在新しい改正の対象となっています）。

不動産の「物理的な（matérielles）」分離に関しては、すでに〔第1講演で〕見たように、ベルギーは、1830年から、オランダの1824年1月10日法に定義されている長期不動産賃借権（永小作権、droit d'emphytéose）や地表権（droit de superficie）を有していました。オランダの州、特にフリースラント州は、これらの制度をすでに有していました。私人間で長期不動産賃借権や地表権を設定する契約が存在しており、立法を必要としていたのです。しかし、1世紀以上の間、これらは農場や建築物の建築といった単なる土地の有効利用に対象が限られていました。フランスでも、1804年民法典は長期不動産賃借権については規定していなかったため、立法者は、判例に後押しされて、長期不動産賃借権に関する1902年6月25日法を制定しました。しかし、この権利は基本的には農地に関するものと理解され、1902年法は農業法典に挿入され451-1条から451-13条になっています。

19. 20世紀後半、これらの物権は、2つの国〔ベルギー、フランス〕において、明らかに意義を回復しました。ベルギーにおいて、実務は、新たな商業セン

ターや駐車場などの大規模な不動産計画のために、地表権・長期不動産賃借権によることが多くなりました²⁹⁾。フランスでは、同様に、農地のものというのではなく都市のものという視点で、新しい種類の長期不動産賃借権が作られました³⁰⁾。それが、1964年12月16日法による建築用賃貸借 (bail à construction) で、これは不動産物権です。これに関する規定は、現在は建築住居法典 (L. 251条以下、R. 251条以下) に置かれています。これは、ベルギーの地表権に比すべきものです。

20. 今日、実務上の要請は大きくなり続けています。建築者と土地所有者が同一人物という時代ではなくなりました。分離 (dissociation) ・分割 (division) の差し迫った必要性は、増加し続ける人口、建築技術の発展に支えられた現代社会における加速する都市化に対して、空間が限られていることからもちろん生じますし、同一土地についての官民の協同事業を含む様々な不動産政策からも生じています。この現象のよい例は、1988年のフランスにおける行政長期不動産賃貸借 (bail emphytéotique administratif) の創設です。これは、不動産の所有者である地方公共団体が第三者に自らが所有する公有地を賃貸し、この第三者は公有地上に工作物を作り、公のサービス、司法や警察や健康保健衛生に関する公施設といった要求に応じた公益性のある事業を実現するため、作った工作物を土地の所有者である地方公共団体に貸すことを可能にするものです (地方公共団体一般法典L. 1311-2条)。

例えば、ベルギーでは、地表権や長期不動産賃借権といった技術を用いて、ルーヴァン・ラ・ヌーヴ大学や、リエージュの中心にある大聖堂駐車場〔地下駐車場〕や、ブリュッセルの国内空港が作られました。空港については、国が

29) この点については、R. CARTON de TOURNAI et A. CHARLIER « Renaissance de l'emphytéose et de la superficie », in *Renaissance du phénomène contractuel*, CDVA, Liège, 1971, p. 148を参照のこと。

30) 伝統的には、長期賃借権は農地についてのみ認められてきた。1902年法は、居住・工業・商業など他の目的でのこの権利の使用を認めなかった (F. TERRE et Ph. SIMLER, *Précis, Droit civil, Les biens*, 7^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2006, spécialement n° 931)。

空港会社に地表権を付与しています。

以下では、この不動産所有権の発展に関する近時の例を見ていくことにしましょう。一方では、不動産または不動産の集合の区分所有権につき、〔現在の〕ベルギー法と、近い将来行われるだろう改正を検討し（第1節）、他方では、ベルギー法と比較しながら、フランスの物権法改正準備草案における土地所有権の分離について見ていきたいと思います（第2節）。

第1節 不動産または不動産の集合の区分所有権に関するベルギーの法改正

21. 強制的区分所有権は、1つまたはそれ以上の区分所有仕様の不動産について、2個またはそれ以上の不動産所有権が、2人またはそれ以上の別々の所有者に帰属する場合を対象としています。民法典577-2条9段は、この点に関して「異なる所有者に帰属する二つまたはそれ以上の別の土地建物（不動産、héritages）の共用に充てられた不動産（biens immobiliers）は、共有物分割（partage）の対象とはならない。共有不動産の持分は、それとは切り離すことができない土地建物と共にするのでなければ、譲渡、物権の設定、差押えをすることができない……。」と規定しています。ここで、典型的な例と考えられるのが、アパルトマンに分けられた区分所有権であり、より一般的には1994年6月30日法以来、強行規定である民法典577-3条から577-14条で定められている不動産または建築された不動産（建物、immeubles bâtis）の集合の強制的区分所有権です。1994年改正は、適用上の問題と議論を引き起こしたので、立法者は再び仕事を始めました。2009年7月16日、下院（Chambres des représentants）は、「区分所有権の機能を現代化し、その管理の透明性を高めるために」民法典を改正する案を採択しました³¹⁾。

31) この法案は、直ちに、2009年9月29日に召集された上院に送られた（Doc. n° 4-1409/1, Sénat de Belgique, session 2008-2009, www.senate.beで入手可能）。

22. 不動産または建築された不動産の集合の強制的区分所有権は、以下のよ
うな状況に対応します。それは、不動産または不動産の集合の所有権が、建築
された専有部分と不動産共用部分 (éléments immobiliers communs) の持分で構
成されている区画によって複数の人に分割されている場合です。1994年法によ
る変更点をまとめるとすれば、少なくとも1つの区画が譲渡された時点から、
そして、定款 (statuts)、すなわち設立証書 (acte de base) と区分所有規則
(règlement de copropriété) が抵当権保存所〔登記所〕に登記された時点から (こ
れはベルギー法における通常の不動産登記の方法です)、区分所有者団体〔日本の
管理組合にあたる〕は法人となるとしたことだと躊躇なく言えるでしょう。こ
の法人は、不動産の区分所有者では決してありませんし、その資産は動産、通
常は定期的または非定期的な出費に用いられる活動資金と積立金しか含んでい
ません。それは、全ての区分所有者で構成される総会により意思決定をし、日々
の管理を行い、専門家または専門家ではない管理者 (syndic) がその行為を代
表し、また裁判所において代表します。管理者の職務は、現在は、任意的に管
理評議会 (conseil de gérance) によってコントロールされていますが、近い将
来には、20区画以上の区分所有の場合には、義務的に区分所有評議会 (conseil
de copropriété) と呼ばれる組織によってコントロールされることとなります。

23. この報告の目的は、強制的区分所有権制度を全て説明することではなく、
改正案における、区分所有不動産の法的性質の絶えることのない変化、常に
よりよく不動産を分割する必要性を例示する2つの要素を取り上げることです。

第一の例は、〔577-3条以下に現れる〕「建築された専有部分 (partie privative
bâtie)」概念です。これは、1994年6月30日法ができた当初から、すでに存在
する専有部分だけではなく建築中のものも含ませるために、明確化される必要
がありました。実際のところ、ベルギーの立法者は、この法律が建築し終わっ
た不動産にだけ適用されることは望まなかったのです。「建築する (bâtir)」と
は、通常の意味では、集められた材料を用いて土地の上に何かを建てるとい
うことですし、建築する、建てる、築く、作り上げる (construire, ériger, édifier,

élever) の同義語です。「建築された (bâti)」という言葉は、終了という概念を含みません³²⁾。そこから、建築途中の建物も建築された建物の制度に従うことになるのです。このような明確化の他に、区画地のうち、専有部分は全く建築されておらず、また将来も建築されることが決していないようなもの（住宅公園 (parc résidentiel[住宅展示場ではない。区画に分けられた別荘地を指すと思われる]) など) をめぐって議論が起きました。幾人かの論者は、「建築された」という性質の要求に応じた柔軟で含みのある適用がよいとしましたが、他の論者は、建築された専有部分しか問題とはなりえないのであり、住宅公園の場合には、民法577-2条9・10段に規定された強制的区分所有権に関する一般法のみを適用し、民法典577-3条以下は適用しないことを示唆しました。現在進行中の改正は、上で紹介した議論に終止符を打つもので、純粹にそして単純に、577-3条の「建築された」という語を取り除こうとしています。「区分所有不動産を建てるためのものであり、住宅公園の一部を構成する建築がなされていない区画 (lots non bâtis) についても区分所有制度に従わせる必要がある。実際のところ、現在、それらは区分所有法により規律されておらず、管理が放置されている」というのがその理由です。故に適用範囲は広がります。

第二の例はこうです。現在、フランス法と異なり、ベルギー破毀院は、不動産の集合につき1つの区分所有者団体しか認めないと法律を解釈しています。2004年6月3日判決で、破毀院は、区分所有者団体に法人格を認める民法典577-5条1段1項と、団体は訴訟において行為する資格があると規定する民法典577-9条1段は、建築された不動産の集合の区分所有者団体にしか適用されず、集合のうちの1つの不動産の区分所有者団体には適用されないとしています³³⁾。これは次のような理由によります。「立法者は、区分所有者の団体に法人格を認めることにより、法律面において、区分所有者間の関係を簡素化しよ

32) C. MOSTIN, « Le champ d'application et la force obligatoire de la loi du 30 juin 1994 », in *Copropriété – La loi du 30 juin 1994 modifiant et complétant les dispositions du Code civil relative à la copropriété*, Ed. U.C.L. Faculté de droit, 1994, pp. 28 à 30.

33) 同判決は、ベルギー破毀院のサイト (<http://jure.juridat.just.fgov.be>) で入手可能である。

うとただけではなく、区分所有者達と第三者の関係を簡素化しようとした。建築された不動産の集合の区分所有者に対して訴訟を起こした第三者が、当該訴訟が、集合のうちの決められた一つの不動産の利益に関するものか、この集合のいくつかの不動産の利益に関するものか、それとも集合のみの利益に関するものかをまず検討しなければならないとすれば、この目的に反する。立法者により追求された目的は、建築された不動産の集合に属するある一つの不動産の区分所有者達が、この不動産の集合の区分所有者団体とは区別された団体を構成でき、訴訟において行為できる別の法人格を取得するということではない。」

改正〔案〕は、これとは明らかに正反対のものです。不動産または不動産の集合内部において、より限定化がなされること、より細かな分割を望んでいます。まず、改正案は、定款において、いくつかの不動産または全ての者の使用に充てられたものではない不動産の一部について、部分共有（下位共有、*sous-indivision*）を創設できることを規定しています。幾人かの区分所有者につき、数学的な割合の持分に分けられた、真の特別な共有部分を創設する可能性があります。民法典577-3条新4項は、「設立行為により、2人又はそれ以上の者の使用にのみ充てられた、専有部分ではない不動産又は不動産の一部について、部分共有の創設を規定することができる。そのような部分共有は、577-2条9・10段の規定により規律される。」と規定しています。さらに、577-4/1条という条文が挿入されます。同条は、「577-3条4項によって設立行為で部分共有の創設を規定する場合、定款で、その部分共有について、関係する区分所有者の二次的団体（*association secondaire*）の創設を規定することができ、その活動に関する規則を定めることができる。この二次的団体は、区分所有者の主団体（*association principale*）同様法人格を与えられる。577-3条以下は1項で規定された部分共有にも適用されるが、主団体は、関係する二次的団体のものを超える利益に影響を与える決定については、なお独占的な権限を有する。」と規定しています。「……を超える利益に影響を与える決定」という表現には解釈が欠かせませんし、この点に関しては、定款でいくつか指示をするか、考察の手

がかりを置くかすることが望まれます。さらに細かく分割するという意思を示すことはできません。

第2節 フランスの物権法改正と不動産所有権の分離

24. 土地の分離に関するフランス法の発展をよりはっきりとさせるためにも、まず、手短にベルギー法の状況をお示ししましょう。ベルギーは、民法典553条とオランダの立法者から得た地表権に関する法律とを常に有しています。この法律では、1つの条文だけが強行規定です。それは、地表権、すなわち他人の土地上に建築し植栽しその建築物の所有者となる権利は、いかなる場合にも50年を超えることはできないとする4条です。水平的な所有権の分割は、一時的なものでしかありません。民法典533条と地表権に関する1824年1月10日法について、我々の見解では、それぞれの条文に適した適用範囲を与えなければなりませんし、民法典553条には少なくとも地表についてしか意義を与えてはなりません。

大部分のベルギーの学説は、歴史や地表という概念・用語に忠実に、地表とは原則として地上のみを指し地下は含まないと考えています。これは地表（surface）への付合の放棄を意味します（*superficies solo cedit* [地上物は土地に従う] という格言への違背を可能にします）。地下については、その結果、地表権に関する法律は適用されませんので、我々は、フランスにおけるのと同様に、民法典553条の最後の一文の例を広く解しています。破毀院は、特に1969年11月28日の判決において、駐車場に用いられる敷地について「……土地所有権はその地上地下を含むという民法典552条の規定は、ある者が自らの所有でない不動産の地下の物の所有者たり得ることを想定していない」としました³⁴⁾。

地上に関しては、他人が所有する建物に張り出した部分や越境建築（empiètement）を認めず、民法典553条の規定を、全ての場合に最小限に狭く解している者もいます。我々もその考え方に賛成しているのですが、条文の存在理由

34) *Pas.*, 1970, I, 294 ; voy. aussi, *Cass.*, 2 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, 589.

(ratio legis)、つまり近隣であるということ、近隣の所有権間の錯綜した状況を尊重しつつ、この条文に最大の適用範囲を与えようと説く者もいます。永久的な所有権か地表権かという問題ですが、重要なのは、獲得された所有権の量ではなく近隣関係の特殊性の方なのです。また別の者は、それ自体は賞賛すべきなのですが、空間所有権を体系化するために、民法553条をさらに広く適用しようとしています³⁵⁾。要するに、法的な不安定さが支配しているため、ベルギーの法律家は、不動産に関するこれらのより柔軟で創造的な新しい概念を基礎づける、より深いところでの法律の改正を望んでいるのです。

25. フランスでは、すでに述べたように、状況は異なっていましたし、〔問題が生じた〕順番もベルギーとは全く異なっていました。法律は、地表権について全く規定していませんし、判例は、長期不動産賃借権と建築用賃貸借〔に基づく権利〕を地表についていかなる権利も与えることのない物権であると考えたのです³⁶⁾。

しかしながら、実務は、長らく前から、いや建築用賃貸借を創設した1964年より前から、〔ベルギーと〕同じように、地表権というものを発展させていたのです。しかし、問題は、「地表権 (droit de superficie)」という同じ用語を、根本的に異なる2つのものについて用いていたことでした。一方で、長期不動産賃借権や建築用賃貸借〔に基づく権利〕のように、建築物の一時的な所有権をもたらす他人の土地上に建築をすることができる物権があり、他方で、空間に所有権を設定する「真の」地表権がありました。この後者の構成は、フランスにおける分析では、民法典553条の最後の一文によるもので、不動産の一部について不動産所有権を設定します。これは不動産所有権の永久的な分離を引き

35) N. VERHEYDEN-JEANMART et P.-P. RENSON, « La propriété et les enjeux urbanistiques du troisième millénaire. La propriété des volumes », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen, Etudes réunies et présentées par A. WIFFELS*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 333 à 358, spécialement pp. 351, 356 et 357.

36) H. PERINET-MARQUET, « Actualités de la dissociation des droits sur le sol en droit privé », *Revue de droit immobilier*, 2009, pp. 16 et s., spécialement p. 17.

起こすことができるという利点を示しています。空間分割と呼ばれる不動産の空間の技術が発展したのは、この基礎に常によっています。そこでは、所有権は、土地についてではなく、面積と高低に関する測量数値を用いて決められた空間について行使されます。そこでは、異なる所有権の重なり合いが見られるのです。各空間は、不動産区分所有権の目的となり得るのです。

26. さらに、一時的な用益権、新しい特別の用益を目的とした物権（droit réel de jouissance spéciale）の創設は、新たな不動産事業を実現するのに役立つでしょう³⁷⁾。これについてはペリネ＝マルケ教授がすでに話されたのですが、改正準備草案は、地表（superficie）という言葉を用いることなく、そして専門家、特に公証人の実務を変更することなく、議論を明確なものにし、前記2つの完全に異なる概念を認めようとしています³⁸⁾。改正準備草案は、地下所有権（propriété tréfoncière）に対して地表所有権（propriété superficière）と名付けたもの（そこには空間の分割を含みます）と、長期間の賃貸借から生じる所有権の支分権（démembrements）を区別しています。準備草案527条は次のように規定しています。「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及び植物並びにそこに合体される他の全ての物は、不動産である。」改正準備草案562条は、（561条で規定された）土地の所有権は法律または合意による制限の範囲内で地上と地表の所有権を含むとする原則にニュアンスをもたらします。同条は、「一 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、上下に分割することができる。上部の所有

37) 改正準備草案608条以下に規定されたこの権利は、（緑地や運動場などを作るため）建築用賃貸借の目的地の隣接地につき特別な使用収益権を留保することを可能にし、建築用賃貸借を補完するものとなるだろう。この点については、H. PERINET-MARQUET, « Actualités de la dissociation des droits sur le sol en droit privé », pp. 16 et s., spécialement p. 22を参照のこと。

38) H. PERINET-MARQUET, « Actualités de la dissociation des droits sur le sol en droit privé », pp. 16 et s., spécialement p. 21.

権を地表所有権といい、地下の所有権を地下所有権という。二 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。三 第五三四条以下の規定は、前二項の分割所有権に適用する。」と規定しています。他方で、607条は、「一 長期不動産賃借権又は建物建築目的賃貸借の契約によって、土地についての物権を設定することができる。二 前項の権利は、譲渡し、また抵当権を設定することができ、契約期間内において、権利者にその実施が認められている建築、植栽物及び設置されたところについての所有権を認める。三 本条第一項の物権は、これを認めるそれぞれの法律によって規律される。」と規定しています。

27. 比較のためですが、ケベックにおいて、1866年のローワー・カナダ民法典は、所有権の支分権である長期不動産賃借権を創設する規定（567条から582条）を置いていたことを指摘しましょう。その期間は、9年以上99年以下とされてきました（現在、長期不動産賃借権を規定するのは、民法典1195条から1211条ですが、最低10年最高100年となっています）。所有権の支分権としてではなく、所有権の一つの態様（modalité）として地表権が現れたのは、1994年民法典においてでした³⁹⁾。ケベック民法典1011条は、「地表の所有権は、他人、すなわち地下を含む土地所有者（tréfoncier）に属する土地上の建築物、工作物又は植栽物の所有権である。」と規定しています⁴⁰⁾。しかし、1110条は、「地表所有権は、不動産を目的とする所有権の目的物（objet）の分割、付合の権利の譲渡、付合の利益の放棄により生じる。」と付け加えています。この所有権は、1113条によれば、永久的なものでも、期限付きのものでもあり得ます。この所有権は、地下を含む土地所有者（tréfoncier）と呼ばれる他人の土地の限定された部分の所有者となりうる可能性、または地表権者に属する土地の上下に作られたもしくは作ら

39) ローワー・カナダ民法典415条は、間接的に地表権を認めるフランス民法典553条と同じ文言である。

40) 1994年ケベック民法典1009条は、「所有権の基本的な態様は、区分所有権（copropriété）と地表所有権（propriété superficière）である。」と規定する。

れようとする建築物、工作物または植栽物の全体またはその一部の所有者となりうる可能性と理解されています。しかし、いずれの場合も、学説によれば、地下を含む土地所有者は、地表権者が所有する（建築物、工作物、植栽物という意味での）不動産が含まれる（地上または地下の）空間の一部を〔地表権者に〕譲渡するのです。それは所有権の重なり合いです⁴¹⁾。長期不動産賃借権は、新民法典において、1195条から1211条において、所有権の支分権として規定されています。しかし、それは付合の権利に対する抗弁となり、したがって、長期不動産賃借権者は、自らが作った建築物または植栽物の地表所有者となるのです。カナダ法では、ベルギー法やフランス法とは異なり、長期不動産賃借権は無償行為によっても有償行為によっても設定できることを付け加えておきます。用益物権としての性質は、設定行為が有償か無償かで変わりません^{42) 43)}。

さらに、これも比較のため、イタリア法の状況を見ておきましょう。1865年法典は長期不動産賃借権に関するいくつかの規定（1556条から1567条）を置いています。これは、第2編において用益権や地役権といった所有権の変容（modifications）の中に置かれているのではなく、第3編において賃貸借契約のすぐ前に置かれていました。これは、無期限または期限付きで、〔賃借権者が〕改良の負担を負い金銭で決定された年払いの地代を支払うということで、土地

41) D-Cl. LAMONTAGNE, « Distinctions des biens, domaine, possession et droit de propriété », in *La réforme du Code civil, Personnes, succession, biens*, Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, pp. 467 et s., spécialement n^{os} 73 à 76 ; Fr. FRENETTE, « De la propriété superficière, de l'usufruit, de l'usage et de l'emphytéose », in *La réforme du Code civil, Personnes, succession, biens*, Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, pp. 671 et s., spécialement n^{os} 1 à 19.

42) Fr. FRENETTE, « De la propriété superficière, de l'usufruit, de l'usage et de l'emphytéose », *op. cit.*, 80 à 101.

43) 設定契約とそこから生じる物権のこのような混同については、P. LECOCQ, « Superficie, Emphytéose et constructions », in *Droit des biens/Zakenrecht*, Brugge, la charte/die keure, 2005, pp. 285 à 334, spécialement n^o 11を参照のこと。

を譲渡する契約でした。この契約は、長期不動産賃借権に、目的土地を買うことのできる権利も含む潜在的で大きな可能性を与えていました。これは、1942年民法典で変わりました。地表権は、所有権に関する第3編3・4章で、長期不動産賃借権の後で、地表権として登場しており、これら2つの権利は、期限付きまたは永久的な、他人に属する土地についての制限された用益物権となっています。地表権については、952条から956条に規定が置かれています。これは、土地の所有者が他の者——この者は建築物の所有者となるのですが（*ius aedificandi*）——に与えた、土地上に建築物を作りそして維持することのできる権利、または、土地の所有者のままであるところの建築物が建てられた土地の所有者から譲渡された建築物の所有権です（*proprieta separata*）。地表権は、ベルギー法とは異なり、地上も地下も対象とし、期限付きのものでも永久的なものでもあり得ます。結果として、そこから生じる建築物の所有権は、同様に期限付きまたは永久的なものとなります（期限付きの場合は、期限が来れば、建物所有権は土地の所有者に戻ります）⁴⁴⁾。イタリアの地表権は、956条が「植栽物の所有権は、土地所有権とは別に設定したり譲渡したりできない。」と規定するように、建築物しか対象とせず、植栽物は対象としていません。

*

永遠に続く議論の対象である不動産所有権は、法的な冒険のための広い荒野となっています。これは熟考するのに適した肥沃な土地であり、常に進化し続けている領域であり、そして、創造性の尽きることのない源であります。人間が、自らの野望で、不動産、土地、大地（*l'immeuble, le sol, la terre*）を破壊しつくしてしまわないことを願います。

44) 20年間に満たない長期賃貸借は認められていない。

【訳者あとがき】

本翻訳は、パスカル・ルコック（Pascale LECOCQ）リェージュ大学教授/ブリュッセル自由大学講師（ベルギー）が、2009年11月14日と11月16日に慶應義塾大学において行った講演のために用意された原稿（フランス語題名“La propriété immobilière, son évolution et ses divisions”）の翻訳である。同講演は、2009年度大陸法財団寄付講座において、第3テーマ「不動産所有権」のもと、行われたものである。第1章の内容が11月14日に、第2章の内容が11月16日に話された。ルコック教授は、実際の講演では、時間の関係で多くの部分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、注も含めて用意された原稿に忠実に翻訳をした。〔 〕内の記述は訳者が付したものである。

なお、フランスの物権法改正準備草案の翻訳については、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134頁（2009年）を参照した。また、本翻訳で言及されているペリネーマルケ教授の大陸法財団寄付講座での講演については、すでに平野裕之教授による翻訳が公表されている。ユーク・ペリネーマルケ（〈訳〉平野裕之）「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1頁（2009年）、同「アンリ・カピタン協会による物権法改正提案」民商141巻4・5号25頁（2009年）。