慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	区分所有権における客体の独立性
Sub Title	Zur Selbständigkeit der Räume eines Gebäudes als Gegenstand des Eigentums
Author	新田, 敏(Nitta, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1973
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.46, No.7 ,p.25- 51
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19730715-0025

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.

区分所有権における客体の独立性

新田　敏

一　はじめに
二　判例に表われた独立性の基準
三　ドイツ民法制定前の判例における独立性
四　建物区分所有法一条におけるいわゆる「機能上の独立性」と「構造上の独立性」
　1　機能上の独立性
　2　構造上の独立性
五　総　括

一　はじめに

民法上所有権の客体であり得るためには、特定された独立の物であることを要し、一個の物の部分には独立の所有権は成立し得ないと考えられている。このような認識はローマ法の共有に関するケルスウスの学説(1)以来不変の原則として理解され、わが民法上も同様の原則が認められるべきことは、ほとんどの民法教科書において共通に指摘されているところであ

る。[2] そしてそのように原則化される根拠としては、今日一般に「物の一部の上に所有権を認める社会的必要性ないし実益がないこと、また物の一部に一つの物権を認めるときは、その公示の困難ないし混乱を生じさせる」と主張されている。[3] この原則の有する意味は、ほとんど定着したといつて良い右のような理解にもかかわらず、有体物の支配を内容とする所有権の効力の確保という側面から、一度根本的に検討されるべきものと思われる。

物権とりわけ所有権の現象形態は支配であつて、外界のある特定された独立の物の上にのみそれらは権利として成立し得るのである。ところでこの独立性については、動産の場合には自然的観察が決定的であるのに対して、不動産の場合には、自然的観察の客体ではなく一つの法技術的概念として認識される。[4] そして不動産が、土地と建物とで程度の差はあれ、法技術的概念であることから、本来物理的にはほとんどの場合連続している土地が、法律上一個の物として独立性を認められるのは、人為的に区分されて登記簿上一筆の土地として登記された区画ということになる。[5] 同様に建物としての独立性も、形式的には登記簿上一個とされているかいなかによつて決定されることになる。[6] もつとも建物は物理的区分性のある人工物であるから、土地におけるように全く人為的に独立性を決定し得るわけではないが、[7] 自然的観察が決定的なものではないという意味では、土地と同様といえよう。このように不動産たる土地・建物の一物性は、形式的には登記簿上の一筆・一個によつて決定されるということは、一般に異論のないところである。

しかしながらそれにもかかわらず土地・建物の双方について実質的な独立性を認めることによつて、登記簿上一物とされる物の一部に独立の所有権が成立し、それを物権変動の客体とすることが承認されている。[8] ここにおいて登記簿上一物とされるいわば形式的独立性とは別個に、不動産の実質的独立性の要件を考究する必要が生ずることになる。[9] もつとも土地・建物双方共実質的独立性を有することによつて登記可能となる筈であるから、通常は形式的独立性と実質的独立性は一致していると思われる。しかしながら経済的価値ある特定の独立物の上には、常に独立の所有権の成立が認められ得る以上、登記

に公信力が認められていないわが法制の下では、[10] とりわけ不動産の実質的独立性の要件を明確にしておかなければならないといえよう。

本稿では現実の紛争としても表われることの多い建物区分所有権の客体となり得るための実質的独立性について、いわゆる「構造上の独立性」の意味とその限界を中心にして、考察を試みたいと思う。

(1) Digesta, 13.6.5.15.「所有権または占有は全部にわたつて二人に属することはない。各自が物の一部分の所有者であるのではなく、物全部の所有権を不分割のままに部分的に所有しているのである。」船田享二・ローマ法第二巻五三八—九頁、原田慶吉・ローマ法一二一—二頁参照。

(2) 岡松参太郎・註釈民法理由（中巻）二一七頁。富井政章・民法原論第一巻二八八頁および第二巻二一—二頁。横田秀雄・改訂増補物権法二八一頁等今日に到るまで多数。

(3) 舟橋諄一・物権法一一頁。末弘厳太郎・物権法(上)二七—八頁。我妻栄・物権法一一—二頁等。一つの物の上には一つの所有権しか成立し得ずまた物の一部の上には所有権は成立し得ないという原則は、わが民法理論上「一物一権主義」というドグマとして構成され——その代表的なものとして、川島武宜・所有権法の理論一七七頁以下——あたかも、超成文法的効果を有するもののごとく位置付けられて来た。このことは歴史的には共有の説明としてなされたものを不当といえるまで重視し一般化したという意味において、またその実質的根拠の探究を疎かにしてこの原則の現実の妥当領域を確定する努力を怠つて来たという意味において、民法学者は反省しなければなるまい。民法一七六条一七七条をめぐるいわゆる「二重譲渡の理論」の諸学説の不毛性あるいは民法二四二条の解釈の混乱等の重要な原因の一つはここにあるといえよう。

(4) Franz Wieacker, Bodenrecht, S. 97. Johannes Spyridakis, Zur Problematik der Sachbestandteile, S. 6.

(5) 舟橋・前掲一二頁。我妻・前掲一二頁。

(6) 幾代通・不動産登記法（新版）三三一—三頁参照。

(7) 同旨幾代・前掲三二頁。

(8) この先駆的判例は大審院連合部大正一三年一〇月七日判決民集三巻四七六頁である。この判決に対する筆者の評価については拙稿『立木および未分離の果実の独立性と「明認方法」の目的』法学研究四五巻九号四五—六頁参照。

(9) この不動産物権の客体の形式的独立性と実質的独立性の問題については、筆者は昭和四七年一〇月七日第三六回日本私法学会において研究報告〔不動産物権の客体—その独立性の実質的側面と形式的側面—〕している。近い将来機関雑誌「私法」に掲載されるものと思われる。他に拙稿・前掲法研四五巻九号二六頁以下参照。

(10) もつとも仮に公信力が認められる法制の下でも客体の独立性についても公信力が及ぶとされるかは問題であろう。ドイツ住居所有権法によれば区分

所有権の設定登記に際し、その区画の独立性についての建設庁の証明書を添付すべきものとされている、同法七条参照。

二　判例に表われた独立性の基準

区分所有権の客体たり得るための独立性については、今日「建物の区分所有等に関する法律」一条において、区分所有権の目的たり得る建物の部分の要件として、一応の規定が置かれている。この条文の解釈ないしはその実質的独立性の基準としての意味については第四章で検討することとして、本章ではこの法律制定以前から今日に至る判例が、どのような基準によつて建物の部分の独立性を判断して来たかを考察したいと思う。

「建物の区分所有等に関する法律」制定以前においても、民法旧二〇八条は建物の一部に所有権の成立することを認めていたので、如何なる要件が充されたときにその建物の部分を独立の不動産と認め得るかが争われている。大審院において最初に区分所有の成否が判断されたのは大正五年一一月二九日判決である。[1] そしてそれ以後今日まで、下級審の判断まで含めて参照し得たものの内、区分所有の成立を認めた判例は一六例、区分所有の成立を否定した判例は二八例数えられる。

勿論それらの事件の事実関係は区々であつて、その共通因子を抽出し、それから帰納的原則を導き出すという作業は著しく困難であるだけでなく、仮に発見された原則があつたにしてもそれを一般性を有するものとして他の事件に機械的に適用することに問題がないではない。そこでここでは、独立性の判定基準としてそれらの判決により積極的又は消極的基準として、判断の対象とされた事項を取り挙げてみよう。

イ　経済上の効用の独立性　先に挙げた大審院大正五年判決以来区分所有が成立し得るためには「独立ノ建物ト同一ナル経済上ノ効用ヲ全フスルコトヲ得ル」部分であるべきであるとする基準は、相当長期に亙つて判例上最も重要な基準として挙げられている。[2] その後この基準は若干変化を見せ「取引上一個独立の権利の客体として認められるに適する性状を具備」[3]す

るか否かという「経済上ノ効用」の内取引の対象としての面が強調される傾向が見られ、それに続いて「原家屋とは異つた独立の経済的使用目的のために同店舗を新たに作り上げた」[4]というように「経済上ノ効用」の内利用の対象としての面が強調される傾向が見られたといえる。さらに最近においては最高裁を中心として両者を併合して、「取引または利用の対象として観察した建物の状況もまた勘案し」[5]とか、「従前の建物と一体となつて利用され、取引されるべき状態にあるならば」[6]、「取引及び利用の目的となり」[7]というように、「取引上」の独立性と「利用上」の独立性のいずれかないしは双方というように、表現の上では基準が変化して来ているということができる。

しかしこのことからこの点についての判例の基準が実質的に変化して来たといい得るかどうかは疑問といわなければならない。なぜならば「利用上」の独立性と「取引上」の独立性は現実の建物ないしその部分について厳密に区別することは困難であり、また前述大審院大正五年判決が示した「独立ノ建物ト同一ナル経済上ノ効用ヲ全フスル」という基準の中に両者は包含されてしまうと考えられるからである。

従つてあえて「利用上」の独立性と「取引上」の独立性とを基準として区別するとすれば、建物として「取引上」の独立性を有するためには、論理的に「利用上」の独立性が先行するというに過ぎないといえよう。判例の示して来た基準をこの程度の意味で整理すれば、その建物の部分が「利用上」の独立性を有すべきであるということになろう。

ロ　事実上の区分　建物の一部が区分所有権の客体たり得るためには、その部分が「事実上区分」されていなければならないことは、区分所有の成立を認めた先駆的判決[8]である大審院昭和四年判決において既に指摘されているところである。この判決の事案においては二分された家屋には境界壁が造られており、これが「事実上の区分」の要件を充していると判断されている。そして区分所有の客体たることを否定した判決の中には建物の他の部分との「境目には障子が立てられていただけ」[9]のものに「事実上の区分」を否定したものがある。判例はこの「事実上の区分」がどの程度のものでなければならない

かを一般的な形で示してはいないが、区分所有の客体であり得るためには、周壁による確定的遮閉性を要求していると見てよく、[10] 建物内部の境界の大部分になんらの障壁がない場合[11]に独立性を否定する一方、壁およびベニヤ板の境壁によつて遮閉され他の部分との交通を全く不能としている部分[12]については区分所有権の成立を肯定している。この基準は区分所有法制定以後においても変化はないといつて良く、外部との出入に他人の部屋の中にある梯子段を使用する他ない建物の部分[13]、障子戸で仕切られた箇所がある二つの建物部分[14]および本屋との間に何等の仕切も存在しない改造された店舗部分[15]について、それぞれ独立性を否定している。さらには従来区分所有が成立していた建物に関して、境界をなしていた土壁の一部が除去されたことを理由として、その建物全体につき従前の区分所有者二人による共有が成立するものとしている[16]。なお一応特殊な事例に属するといえようが、マーケットとして作られた接続された二つの建物間において、境界壁等による仕切りが存在せず両建物内での往来が通路によつて自由にできる構造となつているものについて、建物内部ではその境界にある溝および柱によつて外部においては段落のある屋根によつて、外形的区分が可能であり、また境界線上に柱を加えることによつて、容易に物理的に区分することも可能であるとして、両建物の独立性を認めていることは注目される[17]。

ハ　独立の出入口の存在　区分所有建物の独立性に関してしばしばその建物部分について外部への往来のための独立の出入口の有無が問題とされている。建物区分所有法施行以前のものとしては、この点に触れたものは一件である。それによれば財産税として物納された二階家の階下部分を国が譲渡した事案について「二階に通ずる階段も屋内に存するだけであるから、二階は階下と切り離して独立して住居に使用することができないようにみえるけれども、裏口から入つた所の土間を上ればすぐ二階に通ずる階段があることは証拠によつて明白であるばかりでなく、現に十数年にわたり二階と階下にそれぞれ独立して居住生活してきた事実」[18]をもとに区分所有の成立を認めている。

建物区分所有法施行後においては、六例が独立の出入口が存在しないことを唯一ないしは主要な理由として区分所有権成

立のための独立性を欠くものと判断されている。例えば昭和四四年最高裁判決は、賃借人が賃貸人の承諾を得て屋上に部屋を構築した事案について、この部屋には階下の六畳間の中にある梯子段を使用するほか方法がないのであるから、既存建物に増築されその構造の一部を成すもので「それ自体では取引上の独立性を有せず、建物の区分所有権の対象たる部分にはあたらない」[19]としている。他に増築されたはなれが本屋部分を通過しなければならない場合[20]および事務所に接続する住居部分につき事務所を通過しなければならない場合[21]にそれぞれ独立性を否定している。また増築部分の床面積が従前の建物の約三倍である事案について、増築部分の独立性を否定し、その理由の一つとして、その部分には出入口としては裏通りに面する勝手口があるにすぎない[22]ことを挙げたものがある。

二　構造上の共通部分　建物の部分が他の部分と構造上共通部分を有するときに、独立性の有無の判断に何らかの影響を及ぼすであろうか。下級審判決の中には区分された部分の独立性を否定するに当つて、「両者は柱廊下を共通にし」[23]とか「後者は前記接続部分における前者の土台、基礎、柱等をすべて共用して建築され」[24]あるいは「もし何等かの理由によつて既存部分を収去し去つた場合に前記の通り既存建物の一部の柱を利用してある等の関係上果して増築部分だけで独立して建物としての効用を果し得るか否か」[25]というような判断が見られる。

それにもかかわらず、これらの判例に見られる判断を基礎として、構造上の共通部分の存否が、判例上独立性の判断に決定的な影響を及ぼすと評価されるべきではない。むしろほとんど影響を及ぼさないと見るべきである。何故ならば既に挙げた「経済上の効用の独立性」「事実上の区分」「独立の出入口の存在」の三要件が充足されている場合には、「構造上の共通部分の存在」は全く問題とされていないからである。例えば最高裁昭和三八年判決は、一階店舗が増改築された事案において、「一部に原家屋の二階が重つており、既存の二本の通し柱および天井の梁を利用している事実があつても」その店舗は区分所有権の対象であることを認め[26]、また昭和四四年最高裁判決も「一部柱および板壁を共通にし屋根続きで外見上恰かも

一体の建物の観を呈している事実があつても」独立の所有権の目的となるという判断を左右するものではない[27]としている。

ホ　当事者の意思　ここで当事者というのは、第一に所有者の意思に基づいて一個の建物を分割しあるいは増改築した場合におけるこの所有者、第二に賃借人が所有者たる賃貸人の承諾を得て増改築した場合におけるこの賃貸人ないし所有者である。このような事情のもとで建物の区分が問題とされた場合、この当事者の意思は独立性の判断に何らかの影響を及ぼすであろうか。

第一の場合に属するものとして店舗の拡張についてその部分の独立性を否定するに当り「当事者の意思においても、全く独立の存在を有しないことを認めるに十分である[28]」および一個と登記されながら二個の区分建物とした事案で「一個と登記されているけれども右登記は控訴人の意思によつたものではなく」二個と判断することを妨げない[29]としている二つの判例がある。しかしこのように一部の判例が当事者の意思を判断に加えていることから、それを判断基準の一つと見ることができるか疑問である。何故ならば前者に関しては客観的に一個であつてそれと当事者の意思が一致しているのである。従つて客観的に一個であるものについては如何に当事者に複数とする意思があつても複数の区分建物とは認められていない[30]。これに対して後者は、客観的に二個であるものについて、一個と登記されているのは所有者の意思に基づくものではないとしているのであつて、仮に一個とする意思が真実存在したならば、一個と判断されるのかは不明であつて、このような場合に当事者の意思がどのような意味を持ち得るのかは、判例上未だ判断の対象とされていない。

第二の賃借人による増改築についての賃貸人たる所有者の同意は、その増改築部分が客観的独立性—独立した経済上の効用、事実上の区分および独立の出入口の存在—を有しない限り、大審院大正五年判決以来今日に到るまで、それにより区分所有権が成立しないだけではなく、民法二四二条本文の効果によりその部分に使用された動産上に所有権が留保されることもないとしている点で終始一貫している[31]。これに対して最高裁昭和三八年判決は、承諾を得て増改築を行ないその部分が客

観的に独立性を有している場合に、区分所有権の成立を認めている。[32] この場合独立性の有無の判断において賃貸人の承諾が決定的な意味を持つているのかどうかは充分明らかではない。しかしながら下級審の判決に承諾の範囲を越えていると思われる増改築がなされたにもかかわらず、賃借人の区分所有権の取得を認めた事例[33]が存在する。

ヘ　登記との関係　最後に区分所有建物の独立性について登記はどのような意味を与えられているであろうか。問題は二つに分かれるように思われる。第一は当事者の主観においては独立の部分と考えられ区分所有の登記がなされる場合、第二は前記の独立性の諸要件を充し、従つて客観的には複数の区分所有部分が一個の登記の下におかれている場合である。わが国の伝統的民法理論によれば、登記は実体と一致する範囲でのみ有効と考えられているから、独立性は実質的独立性の要件によつてのみ判断されるべきであつて、登記はその判断に全く影響を及ぼさないといえそうである。登記を前項で見たように所有者の意思と見るとしても判例は独立性の判断に際して意思を重視しているとは考え難い。

それ故に判例は少くとも第一の場合については、客観的に独立性を有しない限り、たとい独立の登記がなされていてもそれは無効であるという態度を一貫させている。例えば大審院昭和一〇年判決では増改築部分について「一棟ノ建物ナルカ如クニ装ヒ別ニ保存登記ヲ経由シタル事実ハ原審ノ判示スル所ニ係リ斯ル登記ノ無効ナルヤ勿論ナレバ」[34]とし、また「かような登記の有効要件を具備しない登記を以つて所有者が区分所有権を設定したものとは言えない」[35]としており、同旨の判決は多数存在している。[36]

これに対して第二の場合、すなわち客観的には複数の区分所有部分が合せて一個として登記されている場合については、第一の場合と同様に客観的基準のみに従うのか、登記に判断基準としての意味を与えるのか明らかではない。最高裁昭和三九年判決は根抵当権および代物弁済の目的とされていた建物に増築された事案について、「従前の建物との一体性の有無を判断するには、建物の物理的構造の点のみならず、従前の建物と右築造部分のそれぞれの種類・構造・面積、造作、周辺の

建物との接着の程度、四辺の状況等の客観的事情ならびに現在建物が一個の建物として登録・登記されるにいたつた所有者側の事情を総合し、もつて右築造部分が従前の建物から独立して取引または利用されうるか否かの点をも勘案すべきものである」[37]として、原審がもつぱら従前の建物と築造部分との接合状態のみから、両部分の一体性を肯認した判決を差戻している。また他の判決は「従前の建物と一体となつて一個の建物を構成するものとして登録、登記されてはいるけれども、控訴人の意思によつたものではなく、被控訴人が権利保全のため控訴人に代位してなした」[38]ものであるとして、増築部分は別個独立の建物と判断している。これらの判旨から判例は客観的に複数の区分所有部分と見られる限り、登記が一個とされているときにも、常に必ず複数と判断しなければならないとしているわけではなく、事情によつてはなおそれを一個と判断する余地を全く残していないわけではないと見られるのではなかろうか。

右に概観したように、当事者の意思と登記の二つについて若干の疑問を残しているけれども、区分所有権の客体たり得る建物の部分の独立性を判断する判例の基準は、〔一〕経済上の効用の独立性、〔二〕周壁の確定的遮閉性、〔三〕独立の出入口の存在の三要素にまとめることができよう。

区分所有の成立についてこのように判例がかなり厳格な態度を保持していると見られるために、学者の側からの批判も少なくない。例えば「専用部分の構造上・利用上の独立性だけをただいたずらに厳格に解釈適用してみても、区分所有権の物権としての物支配の明確性を貫徹することはできない」[39]とか「構造上利用上の独立性に従来の物権理論からして、多少問題が存するとしても利用状況さえ判然としていれば、区分所有を認めてもよいのではなかろうか」[40]と主張され、また「独立性のない附属部分でも後日手を加えることにより独立性をもたせることは不可能でなく、将来これを賃借人の所有建物とする旨の合意は有効とみるべきである」[41]との見解も見られる。さらには「店舗として利用するときは区画さえ明確かつ動かし難いものであれば、土地と同じようにフロアーを区分して専有部分となしうるものと考えられる」[42]とまで主張されるに到つて

いる。

われわれは今日の判例によつて保持されている区分所有建物の独立性の基準が、「建物の区分所有等に関する法律」一条の解釈としてもなお正当なものとして維持されるべきかどうか、また右の諸学者により攻撃されている物権理論とはいつたい何か、さらにその根拠はどこにあるのかを考察しなければならない。その考察の一つの手掛りとして次章では、ドイツ民法制定の以前において、建物の区分所有を承認していた各ラント上級裁判所は、如何なる要素を独立性の基準としたかを管見することにしたい。

(1) 大審大正五年一一月二九日民三判決民録二二輯二三三三頁。下級審を含めれば大正二年一二月二二日東京地判評論二巻民法七三八頁がある。
(2) この基準をそのまま掲げるものとして、大審昭和四年二月一五日民二判民集八巻一二八頁、大審昭和六年四月一五日民三判新聞三二六五号一二頁、大正一五年三月一六日徳山区判新聞二五五九号一〇頁、戦後のものとして昭和二五年二月一四日大分地判下級民集一巻二〇九頁、昭和二八年八月一九日福岡高判高裁民集六巻九号五一九頁等。
(3) 昭和三四年九月三日東京高決定下級民集一〇巻九号一八六七頁。
(4) 最高裁昭和三八年一〇月二九日三小判決民集一七巻九号一二三八頁。他に利用を独立性の基準とするもの昭和四四年一二月二五日名古屋高判高裁民集二二巻六号八九五頁、昭和四四年四月一九日岡山地倉敷支判シュリスト四四三号三頁、昭和四六年四月二七日岡山地判判例時報六四二号六三頁。
(5) 最高裁昭和三九年一月三〇日一小判決民集一八巻一号一九九頁。
(6) 最高裁昭和四三年六月一三日一小判決民集二二巻六号一一八五頁。
(7) 昭和三九年五月一一日東京高判東高民報一五巻五号一〇〇頁。同旨昭和三九年一一月三〇日仙台高判高裁民集一七巻七号五七三頁。
(8) 前掲大審昭和四年二月一五日民二判民集八巻一二九頁。
(9) 昭和三一年一二月一九日東京高判判例時報一〇七号一〇頁。同旨昭和三一年四月一一日東京地判下級民集四号九五五頁。
(10) 反対、大正五年五月一九日東京地決定「此場合ニ於テ各部分ノ間ニ障壁ノ如キ截然自他ヲ区劃スヘキ設備ノ存在スルコトハ必スシモ各部分ヲシテ独立ノ建物タラシムル要件ニアラス」評論五巻民法七四四頁。
(11) 前掲昭和三四年九月三日東京高決定下級民集一〇巻九号一八六七頁、昭和二八年八月一九日福岡高判高裁民集六巻九号五二〇頁。
(12) 昭和三六年二月一六日神戸地判下級民集一二巻二号三〇〇—二頁。
(13) 最高裁昭和四四年七月二五日三小判決民集二三巻八号一六二八頁。

(14) 昭和三九年三月一二日東京高判下級民集一五巻三号五二九頁。
(15) 昭和三八年一二月一七日東京地判法曹新聞一九二号一八頁。
(16) 昭和四四年一二月二五日名古屋高判高裁民集二二巻六号八九六頁。
(17) 昭和四二年八月二一日大阪地判判例タイムズ二二六号二三〇頁。
(18) 昭和三四年六月一一日東京高判下級民集一〇巻六号一二〇三頁。
(19) 前掲最高裁昭和四四年七月二五日三小判決民集二三巻八号一六二八頁。同様の趣旨で区分所有権の成立を否定したものとして、昭和四一年四月二七日大阪地判判例タイムズ一九一号一二四頁、昭和四五年五月二日東京地判ジュリスト四八五号三頁。
(20) 昭和四四年四月一九日岡山地倉敷支判ジュリスト四四三号三頁。
(21) 昭和四四年五月二六日神戸地判判例時報五九一号八六―七頁。
(22) 昭和四六年四月二七日岡山地判判例時報六四二号六三頁。結果的には前掲昭和三四年東京高判と矛盾するように思われる。前者は賃借権の確認を求める事案であり、本件は増築部分が既に設定されている根抵当権の目的物となるかどうかが争われた事案である。事案の性質の差異が客体の独立性の判断に微妙に影響を与えているといえようか。
(23) 昭和二八年八月一九日福岡高判高裁民集六巻九号五一九頁。
(24) 昭和三九年三月一二日東京高判下級民集一五巻三号五二九頁。
(25) 昭和三九年一一月三〇日仙台高判高裁民集一七巻七号五七四―五頁。
(26) 前掲最高裁昭和三八年一〇月二九日三小判決民集一七巻九号一二三八頁。
(27) 最高裁昭和四四年五月三〇日二小判決判例時報五六一号四四頁。同旨昭和三九年五月一一日東京高判東高民報一五巻五号一〇〇頁、昭和四一年三月一〇日東京高判判例タイムズ一九一号一六三頁。
(28) 昭和三八年一二月一七日東京地判法曹新聞一九二号一八頁。
(29) 昭和四一年三月一〇日東京高判判例タイムズ一九一号一六四―五頁。
(30) 昭和四三年二月二九日新潟地判判例時報五二六号七六頁。昭和四五年五月二日東京地判ジュリスト四八五号三頁。
(31) 前掲大審大正五年一一月二九日民三判決民録二二輯一三三七頁他多数。
(32) 最高裁昭和三八年一〇月二九日三小判決民集一七巻九号一二三八頁。
(33) 昭和四六年四月二七日名古屋地判判例タイムズ二六四号二二九頁。
(34) 大審昭和一〇年七月二四日民三判新聞三八八一号一〇頁。
(35) 昭和二八年八月一九日福岡高判高裁民集六巻九号五二一頁。

(36) 最近の代表的なものを挙げると最高裁昭和四四年七月二五日三小判決民集二三巻八号一六二八頁、昭和四四年一二月二五日名古屋高判高裁民集二二巻六号八九六頁。昭和四四年五月二六日神戸地判判例時報五九一号八七頁。
(37) 最高裁昭和三九年一月三〇日一小判決民集一八巻一号一九九頁。
(38) 昭和四一年三月一〇日東京高判判例タイムズ一九一号一六四―五頁。
(39) 玉田弘毅・「区分所有権」法学セミナー一六五号二四頁。
(40) 水本浩＝丸山英気・民商六二巻六号一〇三〇頁。
(41) 川井健・民商六〇巻二号二二七頁。
(42) 石田喜久夫・住宅関係法Ⅱ一五一頁。

三　ドイツ民法制定前の判例における独立性

わが国と法体系を同じくするドイツにおいては、ローマ法の継受により「地上物は土地に従う」という厳格なローマ法および普通法の原則の下にあつたにもかかわらず、中世以来広い範囲に亙つて建物の区分所有が慣習法上認められていたといわれている。[1] そして一九世紀の半ばドイツ民法草案起草の時期においても、一般的には物の部分の上に独立の権利の成立を否定する法制の下にあつて、ドイツのかなり多くのラントにおいて建物の区分所有権（Stockwerkseigentum）が判例上保護されていた。そこで以下においては一八五五年からドイツ民法制定までの各ラント上級裁判所の判例をもとにして、この区分所有権を如何なる内容として、如何なる部分の上に成立するものとして捉えられていたかを明らかにしていきたい。

判例集[2]で見られる最初の事件は一八五五年三月二〇日リューベックOAGの判決[3]である。事案は二階と地下室がAに属する一階の一部にあるBの肉売場をめぐるものである。判決は土地がAとBに属することを認めた上で「われわれは所有権について完全にローマ法における dominium と同じ意味と範囲で考えなければならないかは問題であるけれども、確実にいい得るのは、Bの権利は決してAの物の上に成立するものではなく、Aの所有権には全く依存しない法的支配がBに帰属して

いる。フランクフルトに一般的に存在する法律関係によれば、肉売場は確定的に建物全体に包括されてしまうものではなく、複数の肉売場はそれぞれ独立した権利の客体たる不動産として取扱われ、登記簿に登記され、その譲渡および担保権の設定も他から独立して行われている。」そして「ドイツ法の観念に従えば、ローマ法とは異なり一つの建物の各階（Stockwerke）あるいは各住居（Wohnungen）が異なる所有者によって所有されることは無条件に可能と見られている」としている。

次は一八六七年二月二三日のミュンヘンOAGの判決[4]である。これはA所有の建物の地下室についてBの取得時効を認めて次のようにいっている「その地下室はそれ自体で一つの固有の全体を成し且つその全体として把握され得る状態にある。もしこのような分離が可能であれば、ローマ法原理に従ってもこの部分に独立の占有が取得され得る。本件について地下室の使用は、Aの干渉なしに、Bによって独立してなされていた。」

第三は、一八六九年一月二二日および一月二七日のシュットガルトObertribunalの判決[5]である。シュットガルトObertribunalは一八六四年六月四日判決[6]で一度は区分所有権を否定しているが、この判決では連合部判決によって先の見解を改め区分所有権を肯定している。事案は建物が数人の所有者により階層および居室に分けて所有されていたが、それは建物の共有であるか、それともそれぞれがその部分に区分所有権を有するのかが争われたものである。長文の判決理由から関係部分を摘出すると「この建物の排他的に区分された各独立の区画は、その建物の中の排他的所有物であり、共用の部分は共有と見るべきである。このように構成された建物の部分は、その物理的境界設定において、完全且つ徹底したものと言うことはできないけれども、取引においてそれ自体独立した物として取扱われる。そして各人は排他的に帰属するその建物の部分に独立の所有権を取得し、その所有権は他の部分の所有者の意思によっても取り上げ得ないものであり、この部分について正確に登記が行われている。」

第四は、一八七〇年三月九日のシュットガルトObertribunalの判決[7]である。事案はABで住んでいた住宅についてA

の方が改築のためその境界の壁を打ち抜こうとしたためBが異議を申し立てたものである。判決は「一八二四年の分割に際し、Bの前の占有者とAの間で特定の階層および区画が排他的に分割され、それぞれの区分所有者はその配分された居室に独立の所有権を取得している。打ち抜かれようとしている壁はAに排他的に割り当てられた部分にある。しかし壁はABに区分されている建物全体の構造を支えているものであるから共有である」としてBの異議を認めている。

以上は区分所有が認められた判決の中から取り出したものであるが、区分所有の否定された判決の中でも次の二つの判旨は注目すべきものである。

その一つは、一八七七年四月一九日ベルリン Obertribunal の判決[8]である。これはある建物について共有者により競売による分割が訴求された事案である。被告はこれに対して反訴を提起して次のように主張している。それによれば「自分は既に記憶にない時から、それぞれの区分に道路から入れるという点において、当該の部分を完全に区分された区画として排他的な所有権の形で保持し使用してきた。原告は相応の部分につき被告の所有権を承認すべきである」としている。これに対して判決は、普通法の原則に立つて、建物はそれが建つている土地と不可分の関係を有するから、土地との関係を除外して、その区画を所有権の客体と認めることはできないとしている。

その二は、一八九〇年一月二四日のシュツットガルトOLG[9]の判決である。これは共有の建物について原告が競売による分割を訴求したのに対し、階上に住む被告が従来の使用方法に従う建物の分割を請求した事案である。判決はその結果生ずる区分所有を否定して「建物の分割といつても廊下、階段、中庭などは共有となり、また周囲の壁、屋根および共通の中壁の保持義務は共同でなければならないから、このような関係は断えまない紛争の源となるであろうし、また厩および納屋は中壁によつて全く分割されていないことが確認されている。この所有権は、他方の者およびその家族との関係で、保護され得ないものとなつている。このような事情の下ではこの部分の売却性は乏しくなるであろう」としている。

右に紹介した判例は、ドイツ民法制定以前における各ラントの上級裁判所による一九の区分所有関係判例の中で、本論に関係する主要なものである。これらの判決で取り上げている問題点の内、その部分が取引の対象となり得るか、境界壁が存在するか、独立の出入口を備えているかという点は、わが国の判例によつても意識されているところである。しかしながら右に取り上げた判例が、区分所有を認めるにせよ否定するにせよ、その判断の中心においているものが排他的支配であることは特に注目しなければならない。勿論区分所有権も物権たる所有権である以上、いわばその権利の抽象的属性として常に一般化して、排他的という言葉が使用されるという傾向を否定することはできないかも知れない。しかし右の判例によつて意識されているのは、所有権の有すべき当然の排他性というところに留まるものではなく、より具体的実質的な観点からその内容を把握しているないしは把握しようとしていると見ることができるのではあるまいか。それに反して前章で取り上げたわが国の判例においてはこの点を明瞭に意識しているとはいえないように思われる。

(1) Otto Gierke, Deutsches Privatrecht, Band II. SS. 40—42.「地上物は土地に従う」という原則が、ドイツにおいて民法制定以前どのような範囲でまたどのような内容で存在していたかについては、拙稿「ドイツにおける不動産附合法の生成」法学研究四一巻一二号一七頁以下参照。

(2) Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in dem deutschen Staaten, によれば。なおOAGはOberappelationsgericht, OLGはOberstes Landesgericht を示す。

(3) Seuffert, Band 9, SS. 347—349.

(4) Seuffert, Band 21, S. 171.

(5) Seuffert, Band 24, SS. 361—368.

(6) Seuffert, Band 18, SS. 381—382.

(7) Seuffert, Band 24, SS. 449—450.

(8) Seuffert, Band 34, SS. 12—14.

(9) Seuffert, Band 47, SS. 157—158.

四　建物区分所有法一条における いわゆる「機能上の独立性」と「構造上の独立性」

建物の区分所有等に関する法律一条は、区分所有権の客体たり得る要件として「構造上区分された建物の部分」であることと、「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」建物の部分であるべきことを規定している。一般に前者は「構造上の独立性」、後者は「利用上ないし機能上の独立性」と呼ばれている。第二章で考察したように、判例が区分所有建物の独立性の基準として認めて来た周壁の確定的遮閉性は「構造上の独立性」に、経済上の効用の独立性は「機能上の独立性」に対応するものと見られ、実質的には同一のものと見ることができよう。(1)

このように区分所有法一条は、区分所有権の客体たり得る実質的独立性の要件として、「構造上の独立性」と「機能上の独立性」とをいわば同時並列的に挙げている。しかしながらこの二つは必ずしも全く独立した要件と見るべきではない。何故ならばある一定の機能をはたし得るためには、ある一定の構造を必要とし、ある一定の構造を有するものは、それによつて一定の機能をはたし得るという意味において、両者が相互に制約し合う面を有することは否定し得ないからである。その点を認識した上で、条文が二つの独立した要件として規定していることを前提として、それぞれの要件が所有権の客体たる要件を規定するについて、どのような意味と限界を有するかを以下に検討して見たい。

1　機能上の独立性　まず機能上の独立性の問題であるが、これは第一次的には権利の客体はまずもつて経済的価値を有していなければならないという要件と結びつくことになる。(2) なぜならばそれが社会的に独立してある機能をはたし得ることによつてのみ経済的価値を有するといえるからである。それと同時にこの機能上の独立性は建物の部分が合成物として存在していることに由来する面をもつていると見なければならない。すなわち多数の物の結合を、合成物としてそれを一個と見

るべきか、それとも単なる集合物と見るべきかは、ある社会的機能に向けられた目的構成物と見られるかどうかによることになる。[3] しかし右に述べたその物は経済的価値を有すべきであるということと、合成物として一物とされるためにはその機能的目的への集中が単一性を決定するという点では、特に区分所有に固有の問題が見られるわけではなく、権利の客体たる合成物一般の問題である。[4] しかも機能という極めて流動的判断基準が、法的判断として現実にどこまで実効性を持ち得るか疑問がないではない。このことは第二章で指摘したように、判例が当初はその建物の部分が「独立ノ建物ト同一ナル経済上ノ効用ヲ全フスルコトヲ得ル」部分としながら、その後「取引上一個独立の権利の客体として認められるに適する性状を具備する」部分、さらには「利用の対象としての経済的効用」として把握し、多少はその基準を明確にしようと努力しながらも、結局「取引または利用の対象として観察した建物」とその基準をあいまいにせざるを得なくなつたことからも明らかである。しかもこのような抽象的基準としての問題だけではなく、この基準の具体的適用に当つて一方では住居の場合に台所および便所がないということを主たる理由の一つとしてその部分の独立性を否定する判決[5]があり、他方では台所、便所の存在しない部分であつてもその独立性を認める判決[6]が存在する原因の一つとなつているのである。その意味においては建物区分所有法一条が従来の判例に比べてかなり具体的な機能を例示の形で規定していることは評価されて良いと思われる。

このようにこの「機能上の独立性」という基準のあいまいさからして、洋式の建物と和式の建物とを同一に論じ得ない面はあるが今日のところではその部分が予定された目的との関連で独立して全くその機能をはたし得ない場合には、「構造上の独立性」の有無を検討するまでもなく、区分所有権の客体たる適性を否定されるという点で、「機能上の独立性」は基準としての意味を持つことになると考えるべきであろう。

これとの関連で問題として残るのは、機能上の独立性の要件は、判断の時点で充足されていなければならないか、それとも将来充足し得る可能性で足りるかということである。困難な問題ではあるが、その客体をめぐる売買、担保権設定、強制

執行等の法律関係形成の可能性を考えれば、権利関係の一般的確定性と確定の迅速性を尊重することが必要な場面ではなかろうかと考える。少なくとも将来充足し得る客観的可能性が確実に存在しない以上その部分に独立性を認めることはできないであろう。[7]

なお判例は、区分所有建物の独立性の要件として、既に第二章で見たようにその部分が外部への独立の出入口を有することを要求している。この要件は構造上の独立性の問題と考えるべきではなく、民法二一〇条から二一三条までに規定されている袋地の防止と同じ意味[8]において機能上の独立性に吸収される問題であろう。

2　構造上の独立性　このようにして建物の一部が所有権の客体たり得る独立性を有するかどうかについて、より重要な問題は構造上の独立性の有無ということになる。既に第二章で指摘したように、判例は当該部分がある程度永続的な障壁によつて区分されることを要求しているもののようである。[9] この点ではドイツ住居所有権法上も「住居又はその他の区画がそれ自体遮閉されていること」（同法三条二項・八条二項）を要求し、学者も「建築上他人の住居および区画から、たとえば天井・壁によつて、完全に遮閉されていること」[10]、「全面が建築物によつて外部に向つて遮閉された空間」[11]あるいは「多かれ少なかれ確固として遮閉された容器」[12]でなければならないとしている。また民法改正により特殊な共有という構成をとるスイス法上も「それ自体において遮閉されていること」（スイス民法七一二b条）を要求し、学者も「客体となり得るのは全側面が壁およびその種のものによつて遮閉された建物の部分のみである」[13]としていることから基本的には同様の要件の上に立つていると見てよいであろう。そしてこの構造上の独立性の要求は、区分所有関係に密着した考慮としては、専有部分と共用部分とが明瞭に区分されていることは、区分所有から生じやすい紛争を回避するために本質的要求であると主張され、[14]また取引法的側面からは、その物の特定性のための要求と理解されることになる。[15]

しかしながら構造上の独立性の確保がそれらの目的の実現に有用であることは確かであるとしても、それが決定的根拠で

あるとは考えられない。何故ならば単なる専有部分と共用部分の識別の問題[16]であれば、その中心はその建物に限定された共同体内の認識に関するものであるから、必ずしもそれ程厳格な独立性を必要としないといえるであろうし、取引行為に関連しての特定性の問題であれば、登記簿の記載に委ねていた問題であるともいい得るからである。

われわれは区分所有法一条が構造上の独立性を有する部分であることを要求するのは、支配権たる所有権の効力の及ぶ客体的範囲ないし限界が客観的に明白でなければならないという要求と見るべきである。すなわち所有権の客体についての一物性の要求は、一面ではその客体から直接利益を享受し得る客観的範囲の明確性の要請であり、他面においてはその権利に対する他人による侵害の成否を確定するための範囲の明確性の要請なのである。それ故にこの二つの面での不明瞭性を残す限り、それを独立の所有権の客体と認めることはできないといわなければならない。既に第三章で見たように「地上物は土地に従う」という厳格な普通法の下にあつて、実際の必要から生じて来た区分所有を、ドイツの各ラント上級裁判所判例が慣習法上適法であるとして承認するに当り、最も重視したのが排他的支配の成立であり、より具体的な問題としては他人によるその部分への干渉がないということであつた[17]事実は、区分所有権の客体たる要件を考察するについて、極めて示唆に富むものといわなければならない。

近時は所有権を観念的なものとして取引の観点から考察される傾向[18]が強く、客体の一物性が経済的取引上の一物性に安易に置き換えられて来た[19]ように思われる。登記簿によつて公示可能な目的物についても、もし登記簿の基準のみによつて独立性の有無を決定しようとするならば、所有権の内容である使用収益という直接支配性の面が全く見落される結果となるであろう。

このような意味において、如何なる物が法律上独立の物とされ得るかという問題を考えるに際しては、とりわけ不動産という概念が法技術的概念であることを考慮するならば、それが独立の経済的価値を有するという一般的要件を充すことと、

主として妨害排除および妨害予防の請求権の行使を可能とするためには、その客体的範囲がどの程度に明瞭でなければならないかという観点から決定されなければならないといえるのではなかろうか。それはその上に成立する所有権の内容である使用・収益および事実上の処分という権能を行使するための不可欠の前提とならなければならない。そしてこの妨害排除および妨害予防請求という面での法律効果は、登記簿による公示などとは全く無関係に認められるべきものであつて、所有権の実質的権利内容の問題である。[20] ちなみに物権変動について形式主義を採るドイツにおいてすら、区分所有建物の設定登記以前に、居住可能となつている区画に移住している〝未成〟区分所有者に対して、近時不当な侵害や妨害に対する保護を与えるべしという議論が活発に展開されている。[21] このようにして区分所有権が成立するために不可欠の要件とされるその部分の構造上の独立性は、そこに独立した支配権が成立するための決定的基準といわなければならない。

右に述べて来たように、区分所有権の客体たり得るための構造上の独立性の要求は、物権法の理論に基づく論理的な考察としては、一面ではその客体から直接利益を享受し得る客観的範囲の明確性の要請であり、他面においてはその権利に対する他人による侵害の成否を確定するための範囲の明確性の要請として把握されなければならないということになる。従つてこの点の分析を不明瞭にしたままで、しかも積極的な根拠も充分に示されずに、判決の結果だけを批判することは、単に当事者の利益衡量だけでは解決されない広範な法律関係に連らなる可能性を持つ問題であるだけに、より慎重でなければならないと思われる。

構造上の独立性において要求される明確性が右のような法理論的根拠と、そしてそれで足りるという限界を有するとすれば、実際上、どの程度の構造でなければならずまたどの程度の構造であれば足りるといえるのか。既になされているような区画さえ明確かつ動かし難いものであればフロアーを区分して専有部分となし得るという提案[22]は仮に店舗に限定するとしても疑問とせざるを得ない。何故ならば区分所有の客体は立体的区画であつて土地の支配とは明らかにその性質を異にしてい

るからである。[23] しかしながら全面が壁のようなもので完全に遮閉されている必要があるとは思われない。[24] 区分所有権の支配が及ぶ範囲ないし限界が客観的に明確である限り板仕切あるいは格子のようなものであつても差支えないといえよう。[25] 判例が日本家屋について襖障子による遮閉の場合に独立性を否定するのは、通常これらの遮閉用具は同一住居内の内部的遮閉用具と認識されていることによると考えるべきであろう。またこの部分は必ずしも閉鎖可能である必要もないのではないかと考える。[26] 例えば一般には扉なりシャッターで閉鎖されるような設備が附けられる壁面の開口部に、扉又はシャッター等が附設されていないということで、他の要件が充されているにもかかわらず、その部分の独立性を否定する理由はないのではないかと思われる。そのような場合でも区分建物としてその支配の範囲が客観的に明確であるといえるからである。

(1) また判例がそれに加えているもう一つの要件すなわち独立の出入口の存在を含めて、この三つの要件は第二章で見たところから区分所有法制定の前後を通じて変つていないといえよう。

(2) 例えば Spyridakis は、ドイツ民法九〇条の解釈として、「取引の観点から価値のない客体は、物ではないし、全く権利の客体ではあり得ない、このことは経済的有価値性のみが物概念のメルクマールにまで高められるであろう」としている。a. a. O., SS. 6—7.

(3) Hermann Siebenhaar は「取引上の観念が、実際的な目的的観点からある物が一個の物と看做されるべきか、多数の物と看做されるべきかを決定するのであつて、大小多数の歯車から成る腕時計が単一物と看做されるのは、それを腕時計というある全体目的の達成のために複数の物から組立てられている目的構成物（Zweckgebilde）と見られるからであるとしている」"Die Zeitbauten nach § 95 I Saz I BGB" AcP 160 Band, SS. 157—158. 筆者はこれは一個の社会的機能を持つ（あるいは予定された）構成物であつて、その機能をはたし得ることが構成物の集中する目的と捉えている。

(4) Spyridakis, a. a. O., S. 42. によれば、建物とは土地と結合された多かれ少なかれ確固として遮閉された容器であつて、人間の滞留あるいは人間の経済的勤務のため特定されたものをいう。

(5) 昭和三九年三月一二日東京高判下級民集一五巻三号五二九頁。

(6) 昭和三四年六月一一日東京高判下級民集一〇巻一二〇三頁。

(7) 反対、川井健・民商六〇巻二号二二七頁以下。同旨水本浩＝丸山英気・民商六二巻六号一〇二六頁。川井教授は「付属部分を賃借人の所有とする合意の内容が明確なときはそれによるべきだ」とされる。その根拠として教授は付属部分が附合するとしたのでは当事者間の利害・公平を無視することになつて妥当でないとされている。筆者は附合するとすることが当然に当事者間の利害・公平を無視することになるとは考えない。最少限民二四八条によつて損失の塡補は受けられる。さらには民法二四二条の効果は客体の一体化を計る点では強行法であるが、その一体化した物を関与者のいずれに帰属さ

せるかは任意法であるとする点に近時の学説上異論を見ないところである。川井教授の見解に従えば、理論上一物一権主義に反するということはともかくとして―第一章註(3)参照―実際上賃借人はその部分を譲渡することおよびその上に担保権を設定することが可能となり、賃借人の債権者はその部分に強制執行し得ることになる。またこの場合当事者間だけの問題ではないので対抗要件をどう考えられるのか。さらには賃貸人は賃借人にその部分の分離復旧を請求し得ることになるのではないか―賃貸人はその部分に債務はないしなされた合意はその部分の権利の帰属だけのはず―、他方賃借人が収去することも自由となるのではないか。とすれば民法二四二条の制度目的と効果をどう理解されるのか。

(8) このことから直ちに他人の部屋を共用部分とする力法、通行権をみとめる方法、相隣法を利用する仕方が考えられることになる（水本＝丸山・民商六二巻六号一〇三〇―一頁）かどうかは、建物が人為的築造物であることから疑問が残る。

(9) 板壁なら独立を認められ（前掲最高裁昭和四四年五月三〇日判決）、障子戸によつて仕切られたものは不可（前掲昭和三九年三月一二日東京高判決）とされている。

(10) Weitnauer-Wirths, Wohnungseigentumsgesetz, 3. Auflage S. 49.

(11) Johanes Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 4., überarbeitete Auflage S. 14.

(12) Spyridakis, a. a. O., S. 42.

(13) H. P. Friedrich, Das Stockwerkeigentum, SS. 53—54.

(14) Friedrich, a. a. O., SS. 40—41.

(15) Spyridakis, a. a. O., SS. 43—45. SS. 159—160 参照。なお Weitnauer, a. a. O., S. 49 は両者を挙げている。

(16) 前掲一八九〇年一月二四日シュツットガルトＯＬＧ判決も区分所有権否定の理由としてこの点に触れている。

(17) このことを明示するものとして、前掲一八六七年ミュンヘンＯＡＧ判決、同一八七七年ベルリン Obertribunal 判決、同一八九〇年シュツットガルト・ＯＬＧ判決がある。

(18) この点は衆知のごとくとりわけ川島武宜教授・所有権法の理論一〇二頁以下の強調されるところである。

(19) 例えば我妻教授・物権法一三頁は「独立の建物であるかどうかは専ら社会の取引観念によつて定むべきである」とされ、舟橋教授・物権法一二頁も「建物の個数を定めるのも、やはり、結局は社会通念ないし取引観念によることになる」とされる。

(20) 近時はこのような場合は民法一七七条が登記を要求する対抗関係には立たないと説かれる。於保不二雄・物権法(上)一三〇―一頁、舟橋・前掲一五九頁等。

(21) Hans Diester, Die Rechtsprechung zum Wohnungseigentumsgesetz, SS. 14—16. なお本書によれば一九六三年一一月一五日ＢＧＨは、二階に居住する未登記（従つて将来）の区分所有者の階下にあるピアコーナーのジュークボックスから発する騒音の停止をさせるための訴を、直接加害者に向けられないためその住居販売者に対してそのピアコーナーの営業を阻止すべしという判決をしている。形式主義に固執するためにこのような被害者の要求

を迂路を通して実現しなければならなくなつていることは非常に興味のあるところである。本来形式主義にせよ意思主義＝対抗要件主義をとるにせよ、登記の問題は物権そのものの効果の問題というよりは物権流通の法技術の問題である。その意味ではわが民法上不法行為者等に対する関係でかなり早い時期に物権の効果を登記から切断したことは評価されて良い。

(22) 石田・前掲一五一頁。

(23) ドイツ住居所有権法の解釈として、単なる不動産の平面は否定されている。Bärmann, a. a. O., S. 14.

(24) Weitnauer, a. a. O., S. 49.

(25) スイス民法の解釈としてもこの境界付けは屋根裏部屋や地下室と同様でよく、板仕切・柵（Gitter）で充分であるとしている。Friedrich, a. a. O., SS. 53—54.

(26) 反対、Friedrich, a. a. O., S. 54 は閉鎖可能であることを要求する。昭和四十二年九月二十五日付民事甲第二四五四号民事局長回答では、店舗と店舗、店舗と通路の間がシャッターで仕切られている場合に区分所有の目的となるとしている。

五　総　括

建物の区分所有等に関する法律はその第一条において、区分所有権の客体たり得る要件として、いわゆる「機能上の独立性」と「構造上の独立性」とを規定し、民法旧二〇八条以来判例上示されて来ている客体たり得る基準は、第二章で見たように「経済上の効用の独立性」、「周壁による確定的遮閉性」および「独立の出入口の存在」ということになる。そしてこの判例の基準である「経済上の効用の独立性」および「独立の出入口の存在」は、区分所有法の要求する「機能上の独立性」に、また「周壁の確定的遮閉性」は「構造上の独立性」にほぼ対応するものと見ることができる。

そして建物区分所有法が区分所有権の客体たり得る要件として「機能上の独立性」を要求する理論上の根拠は、権利の客体たるべき一般的要件としての経済的有価値性および人為的合成物たる建造物としての機能的目的集中性—それが単なる集合物ではなく一物たる合成物としている—の要求である点にあり、「構造上の独立性」を要求する理論上の根拠は、支配権たる区分所有権の効力が及ぶ客体的範囲の客観的明確性の要求、すなわち一面では利益を享受し得る客体の範囲の客観的明確

性の要求、そして他面ではその権利への他人による侵害の成否を確定するための客体的範囲の客観的明確性の要求にあるといわなければならない。

ところで右に述べたような区分所有権の客体たり得る要件を充している場合には、それは常に必ず独立の客体として取り扱われなければならないかどうかを、残された問題として検討しておかなければならない。すなわち同一の所有者に属する一棟の建物の中に、独立の客体たり得る複数の区画が存在する場合に、それを全体として一個として取扱うことは全く許されないのかという問題である。

この点については、「区分所有の可能な建物であつても、所有者の意思表示（具体的には登記といえようか）によつて区分所有の客体として確定するのであつて、それまでは一棟の建物は一個の物として扱われる」[1]とする見解がある。そしてその根拠は、一棟の建物は一個の物として扱われるのが物権法上の原則であるということと、債権者がその建物を一個の所有権の目的物として差し押えたような場合に、建物所有者が、その建物を区分して所有する意思を有していたことを理由として、差し押えの不当を主張することを排除しようとする配慮にあるもののようである。[2]

この根拠の内第一の一棟の建物は一個の物として扱われるのが物権法上の原則であるとする点は、本論で述べたように、権利の客体としての不動産は、動産のような自然的観察の客体ではなく、一つの法技術的概念であることを看過し、さらに所有権の客体たり得るための実質的独立性の要件の分析を欠いた理由のないものである。第二の差し押えの際の不当性を回避しようとする観点は実際上の必要からも一応考慮しなければならないといえよう。しかしこの問題とて決して実際の現象面で生じ得る不当性を回避するという点からのみ取扱われるべきではなく、不動産の客体の独立性と所有者の意思の関係として考究されるべきである。

ところで区分所有法一条は意思を全く問題とせず、過去の判例も第二章で見たようにこの点について明瞭ではない。自然

的観察が先行する動産においては、客体の独立性の有無に、その所有者の意思を係らせる意味はないといえよう。一つの可分物を二つに分割し二個の物とした場合に、それが二個になるについて所有者の意思が働いていることの否定し得ない場合であつたとしても、その意思によつて法律的に二物となつたとする必要はない。他方において、建物は土地と同様な意味において全く人為的に独立性を決定し得るわけではないことも、実質的独立性の要件として本論において述べた通りである。従つて建物の部分の独立性を判断するに当つては、第一次的にはその部分の客観的独立性を基準にすべきであつて、第二次的に、複数の独立の区分が同一所有者に帰属し、その所有者が全体を一個とする意思を有する限りでは、法律的に一個として取扱うという方法で、意思を係らしめれば良いのではないかと考える。本来客体の一物性は、種々の法律関係において決定的な意味を持つものであるから、[3] 一般的認識の困難な意思から切断することが、法的安定性の確保のために必要といわなければならない。しかしながら右のような方法でかつその限りで意思を係らしめることは、不動産が法技術的概念であることから不可能ではないと思われる。そしてその一般的認識の方法としてはそれが一個の建物として登記されていることが必要とされなければならない。[4] 附言すればこれは権利変動の対抗要件としての機能を与えられた登記の問題ではなく、客体の実質的独立性に係わる所有者の意思の公示が登記を通じてなされていると理解すべきである。その意味では立木法適用外の立木が地盤からの独立性を獲得するために必要な所有者の独立性を附与する意思とそれを公示する「明認方法」[5] との関係と類似性を有する。

この問題はまた法技術的概念としての不動産物権の客体の実質的独立性と形式的独立性の問題とも関連する。この点については既に他の機会に論じているのでそれに譲ることにし、客体の実質的独立性は主としてその上に成立する支配権の効力に関する問題であり、客体の形式的独立性は主として支配権の成立可能な客体をめぐる物権変動に関する問題として捉えられ、従つて登記による公示という形式的独立性が有する中心的意味は、その物権変動を可能とするための目的物の特定性に

あるということを指摘するにとどめておきたい。

(1) 川島一郎・「建物の区分所有等に関する法律の解説」法曹時報一四巻六号八五〇頁。

(2) 川島一郎・前掲法曹時報一四巻六号八五〇―一頁。

(3) 第四章註7参照。

(4) 川島一郎・注釈民法(7)三六一―二頁で要するとされる登記とは意味が異なる。川島氏が一般に区分所有権の成立に登記を要するとされる根拠を知り得ない。第二章で考察したように判例も区分所有権の成立に登記を要するとはしていない。また氏は登記の上で区分されていなくとも譲渡がなされると区分所有権が成立するとされる点も理解し得ない。氏は区分所有を成立させようとする所有者の意思が表明されることになるからとされるが、区分所有の成立に所有者の意思を必要とするとされる根拠はどこにあるのであろうか。

(5) この点については拙稿・前掲法学研究四五巻九号二七頁以下参照。

〔完〕