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

Title	「活用(exploitation)」概念と「権能」論 : PFIにおける公共施設等運営権を契機として
Sub Title	Théorie générale de l'exploitation et le droit des biens
Author	片山, 直也(Katayama, Naoya)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2015
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.88, No.1 (2015. 1) ,p.29- 56
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	池田真朗教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20150128-0029

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.

「活用（exploitation）」概念と「権能」論

――ＰＦＩにおける公共施設等運営権を契機として――

片山直也

一　はじめに
二　フランス法における「活用（exploitation）」概念
㈠　「活用（exploitation）」概念の諸相
㈡　「活用（exploitation）」概念とその法的保障
三　「活用（exploitation）」概念と物権（制限物権・他物権）
㈠　フランスにおける用益権（usufruit）
㈡　わが国の特別法上の「みなし物権」
四　むすびに代えて――「権能の束」としての所有権と他物権

一　はじめに

筆者は、二〇一四年一〇月に開催された日本私法学会シンポジウム「財の多様化と民法学の課題」において、財の集合的把握という限定された視角からではあったが、わが国の物権法において、「活用（exploitation）」概念[1]を導入することの有用性、それを保障する枠組みとして「権能」概念を再整理することの必要性を説いた[2]。

本稿では、まずは、より広い視角から、フランス法において「活用（exploitation）」概念がどのような局面で用いられているかを分析し、併せて、「活用（exploitation）」概念を物権法（財の法）に取り込むべきとの有力学説[3]を紹介する。

次いで、わが国に目を転じて、近時のＰＦＩ法改正により創設された「公共施設等運営権[4]」を取り上げて、それを契機に、一般法である民法においても物権法の再構成を検討すべきとの提言をなしたいと考えている。

さらに、別稿を草して、「財産管理」論の視角から、「権限」概念と「権能」概念の峻別をなし、物権法を見直して、自益型管理の受け皿として、「活用（exploitation）」を目的とした制限物権・他物権を設けることが有益であるとの提言をなす予定である。

二　フランス法における「活用（exploitation）」概念

フランス法において、「活用（exploitation）」概念は、全く新しい概念というわけではなく、古くはローマ法において、賃料貸借（baux à loyer）と活用貸借（baux d'exploitation）の区別が存したとの指摘があり[5]、既に一八〇四年のフランス民法典が、「用途による不動産化（immobilisation par destination）」に関する規定（第五二四条第一

項）において、同概念を用いている。その後、民法典外ではあるが、営業財産（fonds de commerce）などの事業（財産）や知的所有権（propriété intellectuelle）につき、「活用（exploitation）」概念（経営、実施・利用の意）が広く用いられてきた。[6]

(一) 「活用（exploitation）」概念の諸相

(1) 事業財産と「活用（exploitation）」概念

(ア) 用途による不動産と「活用（exploitation）」概念

まずは、フランス民法典（一八〇四年）における「用途による不動産化（immobilisation par destination）」を挙げることができる。すなわち、フランス民法典は、「土地の所有者がその土地の用役（service）または活用（exploitation）[7]のためにそこに設置した動物または物は、用途による不動産である」（第五二四条第一項）とし、具体的には、耕作用の動物、農業用具、圧搾機、ボイラー、蒸溜器、貯蔵桶および樽などが、「用途による不動産」となるとする（同条二項）。これらの規定は、主として、農地（不動産）への事業用固定資産の付加という形で農業社会に対応しようとしたものである。その後、判例は、造園業に必要な培養土のストック、製造機械、ブラスリーの樽などに拡張し、一九世紀後半以降の産業社会にも対応している。[8]

「用途による不動産化」は、「従物の原則（principe de l'accessoire）」の発展型であり、法的擬制（fiction juridique）によって、動産から不動産への性質の転換まで踏み込んだものである。[9]法的テクニックは、次に取り上げる「営業財産」とは異なるが、いずれも「事業の基盤となる有形・無形の固定資産の一体的把握」（いわば「収益装置としての財の集合的把握」）というニーズに応えるものである。[10]

(イ) 営業財産（fonds de commerce）と「活用（exploitation）」概念

営業財産（fonds de commerce）は、一八世紀においては、単に、商人の有する商品の集合体を意味するに過ぎなかったが、一九世紀中葉以降、営業財産の譲渡および担保化が広く行われるようになり、それに伴い営業財産概念に商人の「経営（exploitation）」の諸要素である顧客（clientèle）、賃借権（droit au bail）、商聘（enseigne）、商標（marques）、商品（marchandises）などが包摂されるようになる。やがて、一九世紀後半には、顧客、賃借権などの無体的要素を中心とした、交換価値を有する一つの集合体としての営業財産概念が形成され、それに対応した法整備が進められた。具体的には、一八九八年三月一日法は、営業財産質入れの第三者対抗要件として、商事裁判所書記課備え付けの登記簿（registre）への登記（inscription）を要求し、一九〇九年三月一七日法は、質権の成立要件の明確化（同法第八条、一〇条）、質権客体の明確化（第九条）、登記手続きの整備（第一一条、第一二条）等の措置を定めた（二〇〇〇年新商法L第一四二－一条～L第一四二－五条）[11]。営業財産の歴史上の評価（顧客の保護が自由な競争参入を阻害するとの批判など）は別として、営業財産の特徴は、非均質な構成要素によって構成される一つの無体財であり、収益装置としての固定資産（有体・無体）の集合的把握というニーズに対応したものであったと評価できる。

営業財産は、「顧客（clientèle）」[12]（商人から商品供給やサービス提供を受ける人の集合）が存在し、かつ「経営（exploitation）」が商行為としての性質を有していることが前提とされる[13]。経営には営業財産の所有者自身が行う「個人経営」（exploitation personnelle）の場合と、他人の「管理（gérance）」に委ねる場合とがある[14]。後者については、後述するように様々な形態が想定されるが、商法典は、そのうちもっとも頻繁に行われる管理賃貸借（location-gérance）に関する規定を置いている（商法典L第一四四－一条以下）。

なお、二〇世紀末には、事業財産（fonds）が拡大し、判例によって、「自由業財産（fonds libéral）」が承認さ

れるようになる。専門家と顧客（クライアント）との関係（特に弁護士、医者等の自由業）は intuitu personae であるので、判例は長らく、自由業の顧客（clientèles）は取引外としてきたが、次第に禁止を緩和し、承継者に顧客を紹介する約束、場所と設備を譲渡する約束、競業を避止する約束を有効とした[15]。その他、事業財産（fonds）としては、手工業財産（fonds artisanal）、農業財産（fonds agricole）などがある[16]。それでは次に、農業財産の前提となる「農業経営（exploitation agricole）」概念を取り上げる。

(ウ) 「農業経営（exploitation agricole）」概念

農漁業法典（Code rural et de la pêche maritime）は、立法編の第三章を「農業経営（exploitation agricole）」に充てている（同法典L.第三一一－一条～三七三－六条）。

植物または動物の生物学的循環の所有（maîtrise）および経営（exploitation）に関連し、かつ、その循環の展開に不可欠の一つないし複数の段階を構成するすべての活動、および、農業経営者（exploitant agricole）によってなされる、生産活動の延長、または経営を補助する活動は、農業活動（activités agricoles）とみなされる（同法典L.第三一一－一条第一項）。

農業経営代表（chef d'exploitation agricole）が登記された農業財産登録簿（registre des actifs agricoles）を調製しなければならない（同法典L.第三一一－二条第一項）。経営者は、農業活動に際して活用される事業財産（「農業財産（fonds agricole）」と呼ばれる）を組成し（同法典L.第三一一－三条第一項）、それに農業財産質権（nantissement du fonds agricole）を設定することができる（同条第二項）。質権は、家畜（cheptel mort et vif）、在庫（stocks）、事業財産の活用に供される譲渡可能な契約および無体的権利、ならびに招聘（enseigne）、経営称号（nom d'exploitation）、通称（dénomination）、顧客（clientèle）、特許（brevets）およびその他の関連する知的所有権に及ぶ（同条第三項）[17]。

（2） 知的所有権と「活用（exploitation）」概念

知的所有権に関しても、広く「活用（exploitation）」概念が用いられている。たとえば、著作権については、知的所有権法典（Code de la propriété intellectuelle）の第一部「文学的および美術的所有権」、第一章「著作権」の第二節「著作者の権利」において、著作者が「排他的利用権（droit exclusif d'exploiter）」を享受するとの規定（同法典L.第一二二一－一条第一項）を置き、第三節を「権利の利用（Exploitation des droits）」に充てている（同法典L.第一三二一－一条以下）。また、特許権については、第二部「産業的所有権」、第六章「発明および技術的知見の保護」、第一節「発明特許権」、第三款「特許権に結びつけられた権利」の第一項を「排他的実施権（droit exclusif d'exploitation）」に充てている（同法典L.第六一一－一条、L.第六一三－一条以下）。

知的財産権の法的性質をめぐっては、法典が「知的所有権（propriété intellectuelle）」との呼称を用いているにもかかわらず、有体物所有権と同様の「所有権」と構成することに批判があり、論争が繰り返されてきたところであるが[18]、近時の学説は、知的財産権は、物権・債権のいずれにも属さない第三の独自のカテゴリ（sui generis）を構成するとし、様々な知的財産権から抽出される共通の性質として、「活用の独占（monopole d'exploitation）」という側面があることを指摘するものが有力である[19]。

かかる視角を明確に打ち出したのは、ルビエ（Roubier）である。ルビエによれば、所有権や債権が、既に取得された権利として、法的静態（statique juridique）に分類されるのに対して、知的財産権は、活用（exploitation）によってはじめて価値（valeur）が生み出される容仮的なものとして、法的動態（dynamique juridique）に位置づけられる。活用に結びつけられた価値は、最終的には、顧客（clientèle）から生み出される[20]。知的財産権の共通的性格を「顧客権（droits de clientèle）」と呼ぶべきか否かは別として、ルビエの見解の中心に「活用（exploitation）」があることは明らかである[21]。

また、近時は、知的所有権の目的（finalité）として、「保護すること（protéger）」、「活用すること（exploiter）」および「革新すること（innover）」の三点を挙げて、「活用すること（exploiter）」については、その手段は契約であるとして、「活用契約の一般理論（théorie générale des contrats d'exploitation）」の定立を提言するものも存する。[22]

（3）小括

フランスにおける「活用（exploitation）」概念の展開は、「無体財産（biens incorporels）」論のそれと軌を一にしている。一九三〇年代、ヴォワラン（Voirin）およびルビエの論文において確立された無体財産権の二大領域は、営業財産（fonds de commerce）および知的財産権（droits intellectuels）であり、前者すなわち包括財産（fonds）の本質を顧客（clientèle）ととらえるならば、「顧客への権利（droit à la clientèle）」と「知的財産権」と言い換えることもできる。[23] その分析視角はその後、フランスにおける「財の法（droit des biens）」の一つの支柱として、今日まで承継されているといっても過言ではない。[24]

わが国の法律学においては、接点を持つことすらなかったこの二つの領域が、フランス法において同一の俎上に載せられて論じられてきたことの意義を再考すべきであろう。それは、まずは、物＝有体物法制という閉鎖的な体系を採用したわが国の物権法と対比するならば、フランス法が、「物」を有体物に限定せずに、「動産」を開かれたカテゴリとして、新たな財である「無体財」を取り込み、「財の法」を構築してきたということにあるが、[25] 次いで、それではなぜ、「包括財産」と「知的財産」が、その開かれたカテゴリに、二大領域として取り込まれることになったのか、その点を解明する必要があろう。そもそも、構成要素たる個別の財が存在する「包括財産」や、形がなく五感で感得できない「知的財産」を、敢えて「財」として取り込む意味はどこにあるのか。そ

れがまさしく「活用（exploitation）」概念なのである。法主体が、「活用」行為すなわち法主体の積極的な行為によって、収益等の利益享受を得る、その枠（単位）が「包括財産」や「知的財産」だということができる。[26] このメカニズムは、実は、有体物にも内在するが、有体物は「活用」の対象でなくても、ただ「持っている」ということに存在意義があり、その静的な状態を含めて、法的保障を「所有権」概念が一手に担っている。これに対して、無体財は、主体の積極的な行為である「活用」を前提として、はじめて法的に「財」を観念する意味が出てくるのであって、人の活用行為から独立して「財」が存在すると観念する必要はない。[27] 逆に、我々の経済社会や取引社会が、法主体の「活用（exploitation）」によって成り立っていると考えられるならば、有体物か無体物かという物（媒体）の区別自体にあまり重要な意味はなく、価値や効用を引き出す「活用」行為や利益享受の枠（単位）について「財」を観念する方がむしろ適合的だということになろう。[28]

㈡ 「活用（exploitation）」概念とその法的保障

それでは、財の「活用（exploitation）」の法的な保障はどのような法形式によって実現されるか。財の名義人（所有者その他の権利者）が、自ら「活用」をなす場合、その法的な保障は、所有権等の支配権の権能（古典的には、使用、収益および処分（l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*）の三分類）およびその行使（保存・管理・処分行為）によって実現される。これに対して、問題となるのは、他人の物を「活用」する場合である。名義人（所有者）との契約（活用契約）による場合が多いであろうが、「活用」を目的とした物権（制限物権・他物権）を創設することにもメリットが想定される。

（1） 「活用（exploitation）」概念と契約

(ア) 知的所有権における活用契約（contrats d'exploitation）

知的所有権は、その名義人に対して「排他的活用権（droit exclusif d'exploitation）」を付与するが（著作権について知的所有権法典L.一二三－一条、特許について同法典L.六一一－一条参照）、その「活用」は、通常、「契約」によって実現される。実務では、大別すると「譲渡契約（la cession）」、「ライセンス契約（la concession de licence）」、「集合的活用または管理（l'exploitation ou la gestion collective）」または「組合契約（contrat de société）」などに分類することができる、様々な種類の「活用契約（contrats d'exploitation）」が選択肢として与えられている。[29]

(イ) 財産管理契約

キュイフ（Cuif）は、財の管理（gestion des biens）という視角から、財産管理は、今日、財産の単なる消極的な使用収益（simple usage passif）に止まらず、多様な内容を持つとの理解を前提に、管理契約として、「活用管理契約（contrat de gestion d'exploitation）」と「運用管理契約（contrat de gestion valorisation）」の二つのカテゴリを提示する。具体的には、前者としては、会社のマネジメント、ホテル等の事業、船舶の管理、公共サービス（水道供給、交通サービスなど）の管理契約が想定されている。管理者は、企業（entreprise）すなわち経営のための物的かつ人的資源の総体を引き受ける。後者としては、有価証券や金融手段の運用、知的所有権（特に著作権）の独占利用・実施、金銭、退職年金基金の投資が挙げられる。[30]

キュイフによれば、管理契約は、「被管理者（gérré）と呼ばれる者が、その一つまたは複数の財を、管理者（gestionnaire）と呼ばれる他の者の処分に委ね、被管理者の計算において、あらゆる法律上のまたは事実上の行為をなす権限（pouvoir）を管理者に付与することによって、財の価値増殖（valorisation）の目的において管理行為を行うことを管理者に義務づける契約」と定義される。[31] 管理義務を負わせる点で債権契約が想定されている。

実務において、管理契約は多くの領域をカバーする。たとえばフランスにおける営業財産の活用（経営）

(l'exploitation du fonds de commerce) の管理については、管理者の自律の程度に応じて、雇用契約に基づく雇用管理者（gérant salarié）、委任契約に基づく支店受託管理者（gérant mandataire de succursale）、管理賃貸借契約に基づく賃借管理者（locataire-gérant）に区分される。賃借管理者は、自由管理者（gérant libre）とも呼ばれ、自身の名義かつ計算で、自身のリスクにおいて営業をなし、所有者に使用料（redevance）を支払う[32]。

わが国では、財産管理に関する契約は、委任ないし準委任契約として法的性質決定されてきたが、フランスでは、典型契約としては、雇用、委任または賃貸借を基本とした管理契約の類型が想定されている。

(2) 「活用（exploitation）」概念と財の法（droit des biens）

フランスでは、伝統的に、一方では、所有権の権能（des attributs ou des prérogatives）は、使用、収益および処分（l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*）であるとされ[33]、他方では、その権能の行使として保存行為、管理行為および処分行為（l'acte conservatoire, l'acte d'administration et l'acte de disposition）の三つの行為の類型を区別する。この中で、「管理行為」は、財の日常的な管理（la gestion courante）に必要な行為であり、元本として価値（la valeur en capital）を損なうことなく収益を得る行為と定義され、「処分行為」すなわち物の本質や存在を損なう物理的行為や物の譲渡・移転を構成する法律行為と区別されてきた[34]。この区別を前提とした「管理行為」概念は、ボワソナード[35]を経由して、現行民法[36]にも継受されている[37]。

原則として、行為の概念は所有権者の権能の概念に対応したもので、使用・収益は管理行為に、処分は処分行為に対応しているが、この行為の重大性による区別は、古くから批判がなされ、管理行為と処分行為の区別は困難であるといわれてきた[38]。

それでは、「活用（exploitation）」概念が広く承認されてきた今日、所有権の「権能」論やそれに対応した「行

為」論はどうあるべきか。この点はフランスにおいても必ずしも明確に意識されているわけではないが、たとえば、カルボニエ（Carbonnier）は、集合体（masse）としての有価証券（valeurs mobilières）について、個々の財産の維持ではなく、集合体の金銭的価値の確保が重要であるので、管理行為とは、資産の価値を実現する行為および通常の活用行為（acte de mise en valeur et d'exploitation normal du patrimoine）を指すとして、「通常の活用（exploitation normal）」という指標を提示している。[39] ここでは、それが反映している共有（不分割）規定の改正と、「権能」の従前の三分類の見直しを主張する有力説を紹介する。

(ア) 不分割（indivision）規定と「活用（exploitation）」概念

フランス民法典は、原始規定以来、相続財産につき、いつでも分割請求ができることを原則としてきたが（民法典（旧）第八一五条第一項）、一九三八年六月一七日デクレ＝ロワにより、「農業経営（exploitation agricole）」を構成する不動産について、不分割の強制的な維持（maintien forcée de l'indivision）が志向されることとなった。その後、一九四三年一月一五日法により、不分割の維持が命じられる「農業経営（exploitation agricole）」につき、「少なくとも一人ないし二人の国内永住者によって農家の生計が確保され、かつ、その農家によって実施され得る、耕作地およびそれを構成する動産や不動産の構成要素からなる経済的一体性（unité économique）が保持された経営」との新たな定義が与えられた。それを受けて、一九七六年一二月三一日法は、第八一五－一条に、「経済的一体性を保持し、かつ相続人またはその配偶者により実施が保障されていた農業経営」は不分割が維持されるとの規定を置いた。[40] ちなみに、二〇〇六年六月二三日法による現行規定では、不分割の維持は、合意に委ねられている（民法典第八一五－一条）。

なお、一九七六年一二月三一日法は、不分割財（biens indivis：共有財産）に関する不分割者（indivisaires：共有者）の行為につき、管理および処分行為（les actes d'administration et de disposition）は全員の同意が必要である

が、そのうちの一人または数人に管理一般委任（mandat général d'administration）をなすことができるとしつつ、不分割財の「通常の活用（exploitation normale）」に属さないすべての行為ならびに賃貸借の締結および更新については、特別委任（mandat spécial）が必要であるとの規定を設けている（民法典（旧）第八一五-三条第一項）。ちなみに、二〇〇六年六月二三日法による現行規定は、一方では、第八一五-三条第一項において、不分割者（共有者）は、三分の二の多数で、不分割財の管理行為（actes d'administration）をなすこと（第一号）、一人もしくは複数の不分割者または第三者に一般管理委任を付与すること（第二号）、不分割財の債務または負担を支払うために不分割動産を売却すること（第三号）、農業、商業、製造業または手工業用の不動産を対象とする以外の賃貸借を締結または更新すること（第四号）をなすことができるとし、他方では、同条第二項において、不分割財の「通常の活用（exploitation normale）」の範囲に属さないすべての行為および第三号に規定された以外の処分行為（acte de disposition）をなすには、全員の同意が必要であると規定している。

また、不分割者（共有者）間で不分割の合意がなされた場合（民法典第一八七三-二条第一項）、管理者（gérant）は、不分割財産（indivision）を管理し（administrer）、そのために夫婦共通財産につき一方の配偶者に与えられると同様の権限（pouvoirs）を行使するが、不分割財の「通常の活用（exploitation normale）」に必要な範囲であるか、または、保存が困難な物もしくは損耗しやすい物でなければ、有体動産を処分することはできないとの規定を置いている（同第一八七三-六条第二項）。

一九七六年改革により導入され、二〇〇六年法によって承継された「通常の活用（exploitation normale）」概念は、古典的な「管理行為（acte d'administration）」概念を、経済的な意味で再定立したもの（reformulation économique）であり、一般委任では管理行為（acte d'administration）しかなし得ず、処分行為（acte de disposition）をなすには特別委任が必要であるとの原則（民法典第一九八八条）があるので、他人の財産の管理

（gestion des biens d'autrui）においては、この新しい基準が妥当であるとの分析がなされている。[41]

（イ）「利益享受（jouissance）」の二分論

ル・フュール（Le Fur）は、財の法（droit des biens）の基本概念、すなわち所有権の権能の三分類（*usus, fructus, abusus*）やその権能の行使としての行為の三分類（保存、管理および処分行為）によっては、「活用（exploitation）」につき、「活用権者（exploitant）」の権能を十分に説明できないと批判し、[42] 財の法（物権法）における「活用行為」の再定位を主張する。[43] それによると、フランス民法典第五四四条が規定する「利益享受権（droit de jouissance）」は、所有権の権能のうち使用（usus）および収益（fructus）を包含した概念とされてきたが、この「利益享受権」については、「消極的利益享受権（droit de jouissance passive）」と「積極的利益享受権（droit de jouissance active）」の二つのレベルを区別するべきであるとの提言をなしている。すなわち「消極的利益享受権」は、名義人に特別な行為なくしてひとりでに果実を得ることを可能とするのに対して、「積極的利益享受権」は、労働やノウハウを用いた資本（capital）の活用（exploitation）から生じる産出物（produits）として、物から富（richesses）を創出することを可能とするという。[44]

その上で、今日の経済活動として行われている「他人の物の活用（l'exploitation de la chose d'autrui）」に関しては、管理行為と処分行為の区別や物権と債権の区別など従前の財の法（物権法）の古典的な区分では不十分で、「活用（exploitation）」概念に対応した規定を設けることが必要であると主張する。[45]

ちなみに、ケベック民法典は、他人の財産の管理について、「単純管理（simple administration）」と「完全管理（la pleine administration）」を区別して規定している点が注目されるが、[46]「完全管理」は、「exploitation（活用）」や「valorisation（運用）」を想定した管理であり、ル・フュールのいう「積極的利益享受」に対応していると分析できる。[47]

三　「活用（exploitation）」概念と物権（制限物権・他物権）

財からの効用の享受（利益享受）の法的保障は、専ら契約（債権契約）によれば足り、物権（所有権の権能）としての保障を論じる必要はないとの考え方は可能ではある。しかし、物権として構成することのメリットとして、①排他的利益享受の保障、②公示の単一化、③担保権設定の容易化、④物上請求権の容認などが挙げられる。[48]

用益物権構成により、「活用（exploitation）」権能を保障する例として、フランスの用益権がある。

わが国では、旧民法から現行民法に至る過程で、用益権は採用されなかったが、「活用（exploitation）」権能を「みなし物権」として保障する特別法上の漁業権や公共施設等運営権がある。

㈠　フランスにおける用益権（usufruit）

フランスにおける用益権は、所有権の支分権の一つであるが、近時、用益権の領域は、無体物（営業財産、有価証券、知的所有権、債権、金銭）に拡大し、特に親族間で、財の移転と移転した財の合理的な管理の維持を同時に実現することを可能とする管理の手段として広く用いられている。[49] 特に、近時の破毀院判例[50]は、有価証券ポートフォリオに用益権を設定し、用益権者にポートフォリオの構成要素である個々の有価証券を処分する権能を認めることにより、運用資産の「動的管理（gestion dynamique）」を可能としていると分析されている。[51]

㈡　わが国の特別法上の「みなし物権」

（1）　ＰＦＩにおける公共施設等運営権の概要

「民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律」（ＰＦＩ法）の平成二三年改正法（改正Ｐ

ＦＩ法）は、「公共施設等運営権」制度（いわゆる「コンセッション方式」）を導入した。周知のように、ＰＦＩ（Private Finance Initiative）は、公共事業や公共施設の建設、維持管理、運営等を民間企業に委ねて、その資金や経営ノウハウを活用するという手法を指すが、従前のスキームにおいては、公共施設の管理者である公的主体が、民間事業者に対価を支払う「サービス購入型」が多く、建設した施設の所有権もサービス提供期間中は民間事業者が所有することが前提とされていた。これに対して改正ＰＦＩ法によって導入された「コンセッション方式」とは、利用料金の徴収を行う公共施設等について、施設の所有権を公的主体に残したまま、公共施設等の経営を民間事業者（ＳＰＣ）が独立採算で行うスキームであり、同方式の導入が期待される対象事業としては、上下水道、空港等が想定されている。[52]

そして、このコンセッション方式の法的な基礎となるのが、「公共施設等運営権」制度である。[53] 公共施設等運営事業とは、民間事業者が、「他人」である公共施設等の管理者等（国や地方公共団体など）が「所有権」を有する公共施設等について、「運営等」（運営及び維持管理並びにこれらに関する企画）[54] を行い、利用料金を自らの収入として収受するもの（ＰＦＩ法第二条第六項）を指し、公共施設等運営事業を実施する権利を、「公共施設等運営権」（同法第二条第七項）と呼ぶ。

重要な点は、「公共施設等運営権」が、同法第二四条により「みなし物権」と性質決定され、原則として不動産に関する規定が準用されるという点である。[55] 一般に、契約によって権利が発生するとなると、当該権利を物権とみなすことが法的に困難となるので、運営権の設定という設権行為（講学上の特許）に基づき施設を運営する権利が付与されると解されている。[56] 公共施設等運営権に関する事項（運営等の内容、存続期間等）は、条例によって定められる「実施方針」の中で明記される（同法第一七条、第一九条）。

みなし物権と構成することの意義は、①運営権を抵当権の目的を可能とすることにより（ＰＦＩ法第二五条）[57]、

金融機関からの資金調達の円滑化を図ること、②運営権の譲渡を可能とし、[58] 併せて登録制度による対抗要件の具備（ＰＦＩ法第二七条）を通じて、運営権の安定的な譲渡システムを構築することにより、公共サービスの安定的な維持を可能にすることに存すると解されている。[59]

（2） 公共施設等運営権の意義

公共施設等運営権の意義は、第一には、同権利が「活用（exploitation）」を内容とするという点と、第二には、同権利に「みなし物権」としての性質が付与されている点の二点に存する。

「みなし物権」としての性質であるが、物権法定主義との関係で、新たな物権の創設のためには法律による定めが必要となるが（民法第一七五条）、行政法規（業法）による例としては、採石権（採石法）を物権とする他、漁業権（漁業法）、鉱業権（鉱業法）、ダム使用権（特定多目的ダム法）が先例として存する。

「公共施設等運営権」は、公的主体が有する公共施設の所有権に基づき、公共施設を処分する権能はないものの、公共施設を利用する（運営する）権利および果実（利用料金）を収受する権能を包含するものであり、「用益物権」に類似する性格を有しているとの分析がなされているが、[60] 本稿の考察からすると、まさしく「積極的な利益享受（jouissance active）」を意味する「活用（exploitation）」を内容とする物権を正面から認めた画期的な例と位置づけることができよう。

先例としての漁業権（漁業法）、鉱業権（鉱業法）、ダム使用権（特定多目的ダム法）も同様の性質を有する。たとえば、漁業権は、「漁業」という事業（水産動植物の採捕又は養殖の事業）を営む権利であり、漁業者の運用によって公共の用に供する水面である漁場を総合的に利用する権利である（漁業法第一条、第二条第一項、第六条）。漁業権は、物権とみなされ、土地に関する規定を準用され（同法第二三条）、抵当権の設定も可能となる（同法第

二四条[61]）。まさしく、公共施設等運営権と同様に、「活用（exploitation）」を目的とした用益物権の性質を有する物権の設定を認めるものとして整理することが可能である。

今後は、「公共施設等運営権」の導入を契機として、フランスにおける用益権と対比しつつ、わが国においても、一般法である民法の中で、物権法の再構成を検討することが課題となるであろう。

四　むすびに代えて――「権能の束」としての所有権と他物権

財およびその活用の多様化は、財のもたらす「効用」の分配という視角から、「所有権」論自体の見直しを促している。

そもそも「所有権」概念自体が歴史的な産物である。中世ローマ法学（バルトロス）は、所有を三つの権能（*usus, fructus, abusus*）によって定義するようになり、dominium を権能の意味で用いて、分益小作人等の土地保有者の権利を dominium utile（いわゆる下級所有権）と呼んだ。dominium は、いわば「権能の束」としての所有権であり、そこから封建社会の土地制度を基礎付ける「分割所有権」（propriété divisée, démembrement）や「同時併存的所有権」（propriétés simultanées, saisine）などの重層的所有権概念が導かれた。これらは、法思想的には、近代的所有権論によって一掃されることになるが、逆に、現代社会における財の多様化に対応することが可能な法技術的契機を内包しており、用益権や信託など財産管理の局面を中心に、財のもたらす「効用」の分配という視点から、再評価の兆しがある[62]。

財およびその活用の多様化は、所有権につき「権能の束」としての側面を再認識させると同時に、効用の分配という視角から、「権能」の再整理・再類型化を促している。

第一には、現代取引社会のニーズとして、「活用（exploitation）」や「運用（valorisation）」など、法主体が資産に労働やノウハウなどを加えて積極的に行う価値増殖行為を法的に保障するための新たな「権能」論の構築が求められている。フランスにおいて、「利益享受（jouissance）」につき、「消極的利益享受（jouissance passive）」と「積極的利益享受（jouissance active）」を区別し、後者によって、「exploitation（活用）」概念を物権法の中に導入すべきと主張するル・フュールの有力学説はその試みの一つとして位置づけることが可能である。以上の点から、まずは、古典的な「権能」三分論（使用・収益・処分）の再構成が検討されるべきである。

第二には、媒体としての有体物所有権の存在を必ずしも前提としない知的財産権、構成要素たる個物の所有権を超えて用益権や担保権が観念される財の集合的把握、私的な所有権が観念されない公共用水面（公共の用に供する水面）について設定される漁業権などを想定すると、「活用」や「運用」の法的保障のためには、経済的一体性のある「財」について、それに応じた「権能」の束としての「物権」を認めることが有益であり[63]、それは既存の所有権を前提とする「制限物権」に限らず、所有権の枠を超えた「他物権」として構成されるべきであろう[64]。

前稿においても指摘したとおり[65]、法（秩序）の目的は、「各人に各人のモノを与えよ」との命題によって示され、長らく、富の分配は、「物権法」において、「物」の分配（先占・加工を中心とする原始取得と交換による承継取得）を秩序化することによりなされてきたが、財およびその活用の多様化が進行した現代取引社会においては、多様な「財」によってもたらされる「効用」の分配を秩序化することが求められている。そこに、財産法における「権能」論の今日的な意義が存するのではないだろうか。

（1）フランス私法において、資産や財産をめぐって、「exploitation」なる概念が広く用いられている（片山直也「財産—bien および patrimoine」北村一郎編『フランス民法典の２００年』（有斐閣・二〇〇六年）一八四頁参照）。き

わめて多義的な用語であるが、たとえば、営業財産（fonds de commerce）の「exploitation」というとき、商人が営業財産を用いて事業を営むことを指すので、「経営」や「活用」という訳語が当てはまるであろう。また、知的所有権（propriété intellectuelle）について「exploitation」というときは、著作権の「利用」や特許権の「実施」を指す。さらに、金融資産における「運用」、本稿で取り上げるわが国の公共施設等運営権における「運営」も、フランス法の「exploitation」概念に包摂されると思われる。訳語の統一は困難を極めるが、本稿では、もっとも包括的な訳語として「活用」をあて、原語を付して「活用（exploitation）」と表記しつつ、適宜、「経営」、「利用・実施」などの訳語を使い分けることとしたい。

（2）日本私法学会シンポジウムの資料として、片山直也「財の集合的把握と財の法」ＮＢＬ一〇三〇号（二〇一四年）四六頁以下参照。同資料は、吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務・二〇一四年）一二三頁以下に再録されている。

（3）Le Fur (A.-V.), L'acte d'exploitation de la chose d'autrui, *RTD civ.*, 2004, pp. 429 et s.

（4）「民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律」（いわゆるＰＦＩ（Private Finance Initiative）法）の平成二三年改正法（改正ＰＦＩ法）によって導入された「公共施設等運営権」制度（いわゆる「コンセッション方式」）を指す。

（5）Le Fur, *op.cit.*, p. 429, note (2).

（6）*Id.*, *op.cit.*, pp. 429-430.

（7）農業という事業のための事業用固定資産の付加という点からは、ここでの exploitation には「経営」という意味が強く含意されていると推察される（法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典―物権・債権関係』（法曹会・一九八二年）二頁は「経営」と訳出している）が、財の区別に関する規定であり、「その土地の（de ce fonds）」との形容句との関係から、本稿では「活用」と訳出しておいた。

（8）Cass. 3e civ., 5 mai 1981, n° 79-15966, Bull. civ. III, n° 89 ; Cass. civ., 24 janv. 1912, DP 1913, 1, p. 337 ; *etc.*

（9）Dross (W.), *Droit civil, Les choses*, 2012, LGDJ, n°s 414 et s., pp. 763 et s.

（10）片山・前掲「財の集合的把握と財の法」四八頁参照。

(11) 福井守『営業財産の法的研究』（成文堂・一九七三年）、古田龍夫『企業の法律概念の研究』（法律文化社・一九八七年）ほか。

(12) *Cf. ex.* Sorbier (M.), *La clientèle commerciale : cession, location et partage*, 2003, L'Hermattan.

(13) *Cf. ex.* Lemeunier (F.), *Fonds de commerce, Achat et vente, Exploitation et gérance*, 16e éd., 2004, Delmas, n° 108, p. 13, n° 136, p. 27 ; Delpech (X.), *Fonds de commerce, Achat, Vente, Exploitation, Gérance, Évaluation, EIRL*, 18e éd., 2011/2012, Delmas, nos 02.11 et s., pp. 20 et s., nos 11.11 et s., pp. 58 et s. ; *etc.*

(14) *Cf. ex.* Lemeunier, *op.cit.*, nos 1201 et s, pp. 149 et s. ; Delpech, *op.cit.*, nos 101.11 et s., pp. 340 et s. ; *etc.*

(15) Civ. 1re, 7 juin 1995, n° 93-18222 ; D. 1995, 560 ; Civ. 1re, 3 juillet 1996, n° 94-18371 ; D. 1997, 531.

(16) *Cf. ex.* Zenati-Castaing (Fr.) et Revet (Th.), *Les biens*, 3e éd., 2008, PUF, nos 54 et s., pp. 100 et s. ; Rezek (St.), *Achat et vente de fonds de commerce*, 5e éd., 2012, LexisNexis, nos 38 et s., pp. 23 et s. ; 105e Congrès des Notaires de France, *Propriété incorporelles de l'entreprise*, 2009 ; *etc.*

(17) 「農業経営（exploitation agricole）」および「農業財産（fonds agricole）」については、以下が詳しい。*cf. ex.* Clerget (E.) et Gasselin (C.), Le fonds agricole, Le temps de la clarification, in 105e Congrès des Notaires de France, *op.cit.*, pp. 333 et s. ; *etc.*

(18) *Cf. ex.* Dross, *op.cit.*, nos 462 et s., 848 et s. ; Berlioz (P.), *Droit des biens*, 2014, Ellipses, nos 410 et s., pp. 433 et s. ; Pollaud-Dulian (Fr.), *Droit de la propriété industrielle*, 1999, Montchrestien, nos 13 et s., pp. 6 et s. ; Tafforeau (P.), *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd., 2007, Gualino éditeur, nos 32 et s., pp. 43 et s. ; *etc.*

(19) *Cf. ex.* Pollaud-Dulian, *op.cit.*, n° 25, pp. 11-12 ; Dross, *op.cit.*, nos 467, 467-1 et 467-2, pp. 852-854 ; Malaurie (Ph.) et Aynès (L.), *Droit civil, Les biens*, 5e éd., 2013, Defrénois, n° 209, pp. 66-67 ; *etc.*

(20) Roubier (P.), Droits intellectuels ou droits de clientèle, *RTD civ.*, 1935, pp. 292-295. わが国の最高裁判決は、いわゆる「パブリシティー権」について、「顧客吸引力」という概念を用いて、「（肖像等の）顧客吸引力を排他的に利用する権利」と定義するが（最判平成二四年二月二日民集六六巻二号八九頁など参照）、同概念の法的意義についても同一の側面から論じることが可能であろう。

(21) *Cf. ex.* Roubier, *op.cit.*, pp. 295-298 ; Pollaud-Dulian, *op.cit.*, n°s 19-20, p. 9.

(22) Marino (L.), *Droit de la propriété intellectuelle*, 2013, PUF, p. 49, n° 35, pp. 80-82.

(23) Voirin (P.), La composition des fortunes modernes au point de vue juridique, *Rev. gén. droit*, 1930, pp. 103 et s. ; Roubier, *op.cit.*, pp. 251 et s.

(24) *Cf. ex.* Ripert (G.) et Boulanger (J.), *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, t. II : *Obligations (Contrat-Responsabilité), Droits réels (Biens-Propriété)*, 1957, n°s 2871 et s., p. 997 ; Zenati-Castaing (Fr.) et Revet (Th.), *op.cit.*, n°s 53 et s., pp. 99 et s. ; Tafforeau, *op.cit.*, n°s 19-20, n°s 14 et 18, pp. 28 et 30 ; Catala (P.), La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne (1966), n° 19, p. 25 ; *do*, L'évolution contemporaine du droit des biens, Exposé de synthèse (1991), n° 21, p. 74, in *Famille et patrimoine*, 2000, PUF ; 片山・前掲「財産— bien および patrimoine」一八九頁など参照。

(25) 片山・前掲「財産— bien および patrimoine」一七八頁以下参照。

(26) この点に関して、「生産財に対する権利の発生の構造」という視角から、土地所有権と無体財産権を対比する加藤雅信『「所有権」の誕生』（三省堂・二〇〇一年）に注目すべきである。同書は、「生産財にかんしては、所有権の機能は、物の使用権能の私的独占に加えて、その生産財に対する資本投下を保護し、資本投下にインセンティブを与えることによって、資本投下者個人を保護するとともに、社会全体の生産力の増強をはかることにあった」（一六八頁）とし、「無体財産権は一般には生産財としての性格が強いので、生産財としての土地所有権の発生と同じ社会的な構造をもっている」（一七五頁）と分析している。

(27) 知的財産法の分野では、知的財産法（権）の特徴として、「知的創作物の利用といっても、人の利用行為とは独立して、利用行為の客体となる知的創作物ないし知的財産というものが存在するわけではなく、知的財産権はあくまで人の利用行為を規制する特権でしかない…」という点が指摘されている（田村善之『知的財産法（第五版）』（有斐閣・二〇一〇年）八頁など参照）。

(28) 集合的把握に関連して、片山・前掲「財の集合的把握と財の法」五六頁参照。

(29) *Cf. ex.* Marino, *op.cit.*, p. 80 ; n°s 36 et s., pp. 83 et s. ; Binctin (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, 3e éd., 2014,

LGDJ, n°s 942 et s., pp. 571 et s. ; *etc.*

(30) Cuif (P.-Fr.) , *Le contrat de gestion*, 2004, Economica, pp. 9-11.

(31) Cuif, *op.cit.*, n° 750, p. 516.

(32) *Cf. ex.* Lemeunier, *op.cit.*, n° 1201 p. 151 ; Delpech, *op.cit.*, n°s 101.15 et s., pp. 341-342 ; *etc.*

(33) なおフランス民法典五四四条は、「所有権は、…物を享受し処分する権利である（La propriété est le droit de jouir et disposer des choses...）」と規定し、「使用（*usus*）」と「収益（*fructus*）」を併せて、jouissance として、disposition (abusus) と対置する二分法を用いている。本稿では、使用・収益を含めた jouissance 概念を「利益享受」と訳出しておく（同訳語につき、森田宏樹「財の無体化と財の法」ＮＢＬ一〇三〇号（二〇一四年）四一－四二頁参照）。

(34) Le Fur, *op.cit.*, p. 430, note (7).

(35) Boissonade (G.), *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, t. III, 1888, n° 750, p. 903.

【旧民法財産取得編第二三二条二項】

総理代理ハ為ス可キ行為ノ限定ナキ代理ニシテ委任者ノ資産ノ管理ノ行為（les actes d'administration du patrimoine）ノミヲ包含ス

(36) 【甲号議案第一〇五条】（現行民法第一〇三条の草案）

代理ノ範囲ニ付キ別段ノ定メナキトキハ代理人ハ管理行為ノミヲ為ス権限ヲ有ス

財産ノ保存、改良又ハ利用ノ為メニスル行為ニシテ権利ヲ喪失セシムルニ至ラサルモノハ之ヲ管理行為トス

但果実又ハ損敗シ易キ者（ママ）ヲ有価ニ処分スルハ此限ニ在ラス

(37) 片山直也『詐害行為の基礎理論』（慶應義塾大学出版会・二〇一一年）一五〇頁以下、二〇二頁以下参照。

(38) Verdot (R.), De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes «d'administration» et des actes de «disposition», *RTD civ.*, 1968, n°s 1 et s., pp. 449 et s. 管理行為としての賃貸借と処分行為としての賃貸借の区別につき、片山・前掲『詐害行為の基礎理論』一一六頁以下参照。

(39) Carbonnier (J.), *Droit civil*, Tome 1, coll. « Quadrige Manuels », 2004, PUF, n° 297, p. 554 ; n° 294, p. 551.

(40) *Le Code civil français, Évolution des textes depuis 1804*, 2000, Sirey, p. 261.

(41) *Cf. ex.* Zenati-Castaing et Revet, *op.cit.*, n° 386, p. 565.

(42) Le Fur, *op.cit.*, p. 430.

(43) *Id.*, pp. 440-441.

(44) *Id.*, pp. 429, 440. ブランリュエ（G. Blanluet）は、租税法の観点から、所有者以外の者が財から価値を引き出す態様として、「消極的利益享受（jouissance passive）」と「積極的活用（exploitation active）」を分けて分析する（*cf.* Blanluet (G.), *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, 1999, LGDJ, n°s 170 et s., pp. 125 et s.）。

(45) Le Fur, *op. cit.*, p. 437.

(46) ケベック民法典　第七章　他人の財産の管理（De l'administration du bien d'autrui）

【第一三〇一条】

単純管理（simple administration）をなす義務を負う者は、財産の保存に必要なすべての行為（tous les actes nécessaires à la conservation du bien）、又は財産が通常の用途を維持するために有益なすべての行為（ceux qui sont utiles pour maintenir l'usage auquel le bien est normalement destiné）をしなければならない。

【第一三〇六条】

完全管理（la pleine administration）をなす義務を負う者は、財産を保存し且つ収益を挙げ（conserver et faire fructifier le bien）、資産を増大させ（croître le patrimoine）、又は受益者の利益若しくは信託の目的の追求がそれを要求するときには、その充当目的（affectation）を実現しなければならない。

(47) カンタン・キュマンは、他人の財産管理が、財産権の行使（l'exercice de droits patrimoniaux）ではなく、権限の行使（l'exercice de pouvoirs）であるりとから、財産（物権）編に規定を置くりとには批判的である（Cumyn (C.), De l'administration du bien d'autrui, *3.C.P. du N.*, 1988, p. 313, cité par Lauzon (G.), L'administration du bien d'autrui dans le contexte du nouveau Code civil du Québec, 24 *R.G.D.* 107-133, 1993, p. 110）。

(48) また、フランスにおいては、知的所有権について、それが、①負担（charge）を伴う点、②客体からある特定

の効用（une utilité particulière）のみを引き出す点、②永久的ではなく消滅が予定されている点、③負担が原則として承継される点などから、そのモデルは、所有権ではなく、「物権（droit réel）」にあるとして、知的所有権の一般法（droit commun）を、財の法（droit des biens）の中に見出すことを主張する有力説が存する（Caron (Ch.), Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle. *JCP* 2004, I, 162, pp. 1623 et s. ; *v. aussi*, Berlioz, *op.cit.*, n°s 415 et s., pp. 440 et s.）。

(49) Malaurie et Aynès, *op.cit.*, n° 802, pp. 261-262 ; n° 814, pp. 269-270.

(50) 破毀院の判例（バイレ判決）は、有価証券ポートフォリオを「事実上の包括体」と性質決定し、その用益権者が、補塡することを条件に構成要素を処分できることを帰結した（l'arrêt Baylet, Civ 1re, 12 nov. 1998, Bull. civ. I, n° 315. 同判決につき、松川正毅他編『判例にみるフランス民法の軌跡』（法律文化社・二〇一二年）七五頁以下【原恵美】参照）。

(51) 原恵美「用益権の現代的意義」吉田＝片山編・前掲『財の多様化と民法学』六〇〇頁参照。「動的管理（gestion dynamique）」につき、*cf.* Dross, *op.cit.*, n° 425, p. 785.

ちなみに、ペリネ＝マルケ物権法改正草案は、用益権による「動的管理」を可能とするために、以下のような規定の提案をなしている（*Proposition de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, sous la dir. d'Hugues Périnet-Marquet, 2009, Litec, pp. 129, 132 et 133）。

【第五八四条】

果実は、用益権者に帰属するが、産出物（produits）は所有者に帰属する。

しかしながら、用益以前に開始され、かつ、同様の方法によって行われる活用（exploitation）から生じた産出物については、その半分が用益権者に帰属する。

【第五九六条】

用益権者は、用益権の終了時に、同量かつ同質の物、あるいは、返還の日における価値を所有者に返還する（restituer）ことを負担し、自由に消費物（choses consomptibles）を処分する（disposer）ことができる。

【第五九七条】

設定行為において、あらゆる非消費動産（tout bien meuble non consomptible）を処分することを用益権者に許与することができる。そこにおいて、返還の条件を定める。その定めがない場合、用益権者は、同量かつ同質の物、又は返還すべき日の価値を返還しなければならない。

【第六〇二条】

用益権が集合物（ensemble）を構成する財産を対象とするときは、用益権者は、他の約定がない限り、その各構成部分（chacun de ces éléments）を処分すること（disposer）ができる。ただし、その集合物の用途（destination）に従って補塡（remplacer）をしなければならない。

権利が消滅するおそれがある場合、用益権者は、集合物の用途の変更を裁判所に請求することができる。

(52) 福田隆之他・日本政策投資銀行ＰＦＩチーム編著『改正ＰＦＩ法解説』（東洋経済新聞社・二〇一一年）二頁、八－九頁、三八－三九頁など参照。

(53) 「公共施設等運営権」制度のねらいは、①民間事業者の自由度を高め、民間事業者にとって魅力ある事業を組成すること、②金融機関からの資金調達を円滑にすることの二点にあるとされる（倉野泰行＝宮沢正知「改正ＰＦＩ法の概要(3)」金法一九二七号（二〇一一年）一二五頁など参照）。

(54) 広くＰＦＩ事業として想定されている「公共施設等の建設、製造、改修、維持管理若しくは運営又はこれらに関する企画」（ＰＦＩ法第二条第二項）のうち、「建設、製造、改修」は運営権の対象とならない。後述のように、運営権は物権とみなされ、不動産の規定が準用されるので、物権の対象としての特定性が必要となるからである（内藤滋＝宮﨑圭生＝幸田浩明編著・杉本幸孝監修『ＰＦＩの法務と実務（第二版）』（金融財政事情研究会・二〇一四年）二六一－二六二頁など参照）。

(55) 【ＰＦＩ法第二四条】（性質）

公共施設等運営権は、物権とみなし、この法律に別段の定めがある場合を除き、不動産に関する規定を準用する。

(56) 倉野泰行＝宮沢正知「改正ＰＦＩ法の概要(4)」金法一九二八号（二〇一一年）九六頁、内藤他・前掲『ＰＦＩの法務と実務（第二版）』二六二頁など参照。他法令で設権行為により物権が設定される例として、漁業権（漁業法）、

鉱業権（鉱業法）、ダム使用権（特定多目的ダム法）がある。

(57) 倉野泰行＝宮沢正知「改正ＰＦＩ法の概要⑸」金法一九三〇号（二〇一一年）八二頁、内藤他・前掲『ＰＦＩの法務と実務（第二版）』二七五頁など参照。

(58) 運営権が行政処分である点に鑑みるならば、仮に人的要素に着目して行政処分が行われたならば、処分を受けた地位の承継を認めることはないし、行政処分を受けて行われる行為が専ら私的な経済活動である場合には、その経営が行き詰まったときに活動を中止することは公的な観点からは特に問題は生じないところ、改正ＰＦＩ法は、運営権を「みなし物権」として法律構成することにより、運営権の譲渡を可能とした（倉野＝宮沢・前掲「改正ＰＦＩ法の概要⑸」八一頁、内藤他・前掲『ＰＦＩの法務と実務（第二版）』二七九頁など参照）。

(59) 倉野＝宮沢・前掲「改正ＰＦＩ法の概要⑸」八一頁など参照。

【ＰＦＩ法第二五条】（権利の目的）

公共施設等運営権は、法人の合併その他の一般承継、譲渡、滞納処分、強制執行、仮差押え及び仮処分並びに抵当権の目的となるほか、権利の目的となることができない。

(60) 倉野＝宮沢・前掲「改正ＰＦＩ法の概要⑸」八一頁など参照。

(61) 漁業法の関連規定は以下のとおりである。

【第一条】（この法律の目的）

この法律は、漁業生産に関する基本的制度を定め、漁業者及び漁業従事者を主体とする漁業調整機構の運用によって水面を総合的に利用し、もつて漁業生産力を発展させ、あわせて漁業の民主化を図ることを目的とする。

【第二条】（定義）

① この法律において「漁業」とは、水産動植物の採捕又は養殖の事業をいう。

② この法律において「漁業者」とは、漁業を営む者をいい、「漁業従事者」とは、漁業者のために水産動植物の採捕又は養殖に従事する者をいう。

【第六条】（漁業権の定義）

① この法律において「漁業権」とは、定置漁業権、区画漁業権及び共同漁業権をいう。

② 「定置漁業権」とは、定置漁業を営む権利をいい、「区画漁業権」とは、区画漁業を営む権利をいい、「共同漁業権」とは、共同漁業を営む権利をいう。

【第二三条】（漁業権の性質）

① 漁業権は、物権とみなし、土地に関する規定を準用する。

【第二四条】（抵当権の設定）

① 定置漁業権又は区画漁業権について抵当権を設定した場合において、その漁場に定着した工作物は、民法第三百七十条（抵当権の効力の及ぶ範囲）の規定の準用に関しては、漁業権に付加してこれと一体を成す物とみなす。定置漁業権又は区画漁業権が先取特権の目的である場合も、同様とする。

(62) ミカエル・クシファラス＝薮本将典訳「現代所有権理論に見る道具的・ドグマ的アプローチとモデル化」慶應法学一二号（二〇〇九年）三二三頁以下など。従前から、いわゆる「新たな所有権」概念（la notion de propriété nouvelle）として、「活用所有権（propriété de l'exploitation）」概念（Savatier (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3e serie, Approfondissement d'un droit renouvelé, 1959, Dalloz, n° 449, p. 122, nos 541 et s., pp. 216 et s. ; Ripert (G.), *Les forces créatrices du droit*, 1955, LGDJ, nos 84 et s., pp. 210 et s. ; Théry (R.), De l'utilisation à la propriété des choses, *Études Ripert*, 1950, t. II, 1950, LGDJ, pp. 17 et s. ; Ourliac (P.), Propriété et exploitation : l'évolution récente du droit rural. *Mélanges Marty*, 1978, Université des Sciences Sociales de Toulouse, pp. 881 et s.）などが主張されてきた。近時の「《経済的》所有権（propriété «économique»）」論については、後注(64)参照。

(63) 新たな物権の創設と物権法定主義との関係につき、平野裕之「財の法における個人の意思」吉田＝片山・前掲『財の多様化と民法学』一八〇頁以下など参照。

(64) 逆説的ではあるが、その点においても、近時、フランスにおいて議論が活発化している《経済的》所有権（propriété «économique»）論は示唆に富む（*cf. ex.* Rochfeld (J.), *Les grandes notions du droit privé*, 2e éd., 2013, PUF, pp. 316-320. *V. aussi*, Blanluet, *op.cit.*, nos 303 et s., pp. 197 et s.）。

(65) 片山・前掲「財の集合的把握と財の法」五七頁参照。

【追記】本年度をもって、池田真朗先生が、慶應義塾を退職される。池田先生には、筆者が、一九八一年、池田研究会第二期生として入ゼミを許されて以来、今日に至るまで三〇余年の長きに亘って、懇切丁寧なご指導を賜ってきた。長年の学恩に報いるには、甚だ不十分な論稿ではあるが、感謝の気持ちを込めて、また先生の益々のご活躍を祈念して、本稿を池田真朗先生に捧げたい。