

報告を15分以内とするため本文の「1 私法上の近代的所有権の成立と土地・建物の別個不動産性」から始め、適宜圧縮・要約してお話します。

「(1) 地租改正と土地所有権」で述べているのは、日本における近代的な意味での私法上の所有権制度は、廃藩置県による地方領主の公法的な支配権の消滅及び地租改正による土地税制の変革を基礎に1880年前後に生まれた、ということです。

続いて「(2) 独立した不動産としての建物」を要約します。1868年以前には、土地とその地上の建物は一体として取引されていたところ、地租改正が土地のみを対象としたため、建物取引のための制度の整備が遅れました。この歴史的偶然によって土地と建物を別々に取り扱う法制ができあがったのです。

次の「2 旧民法と現行民法」も要約します。日本で最初の民法である「旧民法」が制定されたのは1890年で、取引の基盤整備が完了し、法曹人材の要請が進んだ頃でした。旧民法は、当時の日本社会の実状に適合しないという批判により、施行が延期されました。現行民法は、旧民法を修正する形で制定されました。

「3 現行民法立法時の用益物権制度の特徴」の「(1) 旧民法からの主要な修正点」に進みます。現行民法への移行に際しては、大きな修正が多数行われています。本報告のテーマに関連するものに絞って10点を指摘します。

①の「パンデクテン体系への転換」は、フランス民法型の旧民法の体系から、当時の最新の立法であるドイツ法系の構成に代わったことです。これによって物権と債権の対置が鮮明化し、②の「有体物への物権の限定」が伴いました。私法上の所有権が成立しない海面、天然鉱物、無体物については民法上の用益物権は認められず、漁業法・鉱業法・各種知的財産権法などの特別法によります。③の建物の独立性についてはすでに述べたとおりで、旧民法では曖昧だった点が明らかになりました。

④の物権法定主義の目的は、所有権の不測の負担となりうる慣習上の多様な物権的権利を否定して、資本主義経済取引に適合する規律を作ることになりました。制限物権については、その種類を限定し、権利の帰属と内容を公示させようとした。その公示は、④のとおり、迅速かつ安定的に紛争を処理するため、登記への一元化が目指されました。旧民法は、契約による物権変動についてのみ登記を必要とし、対抗要件を欠く物権変動も悪意者には対抗できるとしていました。これに対して、現行民法は、⑤のとおり画一的な紛争処理による安定を志向し、第三者の善意・悪意を問題にしないことを意識的に選択しました。

⑥の「賃借権の債権化」は、賃借権を物権と規定した旧民法の立場を転換したものです。もっとも、不動産の賃借権については、登記により対抗力を例外的に付与する民法605条が設けられました。⑦の「地役権の単純化」と⑧の「用益物権の限定」は、主として、長期の用益権は所有権の過度な制約となり、物の改良や有効利用を妨げる弊害があるという理由でした。

これに対して、社会の進展に伴い需要増が予想される地上権は存置されました。その最長期の制限が設けられなかったのは、長期の利用を安定させて投下資本の回収を保障することが意図されたからです。

地租改正では、土地の重層的支配に繋がる永久の耕作権を解消する方向が採られました。現行民法の永小作権は、旧民法の永借権を引き継いでいますが、小作人の強すぎる権利を制限すべきだとの地主層の意向を反映して、永小作権の規定が適用される場合が、多様な小作権のごく一部に限定されました。さらに、その存続期間の上限を50年と決めました。これが⑨の「永小作権の限定」です。物権としての永小作権は、基本的に消滅させるか賃借権に転換させる方向が目指されたのでした。

現行民法は旧民法になかった入会権を新たに決めました。入会権とは、一定の集落の住民の団体が、山林原野等の土地において、団体の規律や習慣に従って雑草等を採取するなどの使用・収益を行う利用権です。その土地の所有権の帰属によって「共有の性質を有する入会権」と「共有の性質を有しない入会権」の2種に分けられています。いずれも管理・処分権能は入会団体に属し、入会権者は団体構成員としての資格で団体の定めた使用・収益ができるにすぎません。

立法時に全国調査が行なわれた結果、多様すぎて統一的な規律を設けることはできなかったもので、基本的にすべて慣習によるものとされました。これが「⑩ 慣習による入会権」の意味です。民法施行前の慣習上の権利に対する一般的に冷淡な態度は貫徹されていません。このような共同利用権が当時の農業社会には不可欠であると認識され、物権的保護を否定することはできなかったからです。すなわち、入会権は、山林原野の効率的利用促進や取引社会への対応と、零細農業や農村共同体秩序の温存との妥協の産物だったのです。

## (2) 現行民法の立法者の構想と挫折

以上に述べたことを立法者の構想という形で再度整理すると次のようになります。

### (a) 所有権中心の土地利用

現行民法は、資本主義経済取引の法的環境を整えることを最重要の目的としました。その方法として、所有権を制約する用益物権を必要最低限度のものに限定し、土地の利用は所有権を中心としました。他人の土地の使用収益は、長期の場合には安定した物権的利用権、短期の場合には内容を柔軟に決められる債権である賃借権と機能分担をさせたうえで、不動産賃借権には対抗力のみを拡張する、というのが立法者の基本構想でした。しかし、地主や家主が所有権の負担となる地上権や永小作権の設定を嫌ったため、土地の利用には、ほとんどの場合に賃借権が使われることとなり、立法者の機能分担の構想は実現しませんでした。

実際に最近の統計を見ましても、用益物権の利用は全体に非常に少ないので、その意味では、所有権中心の土地利用という構想は実現しています。地上権が使われるのは、定期借地権の一部、法定地上権、区分地上権で、一般の地上権の設定は稀です。永小作権は、第2次世界大戦後の農地改革で小作農が自作農化し、あるいは最長存続期間の50年が経過したため、ほとんど消滅しました。他人の所有する農地の利用権は、賃借権によるものがほとんど

全部で、農地法により規律されています。入会権は、農業構造・住構造の変化に伴って入会団体が解体・再編されると共に、共同利用の必要性も少なくなり、消滅しつつある。また、慣習によって規律されることによる権利内容の不明確さゆえに、林野の流動化や担保化の妨げとなると考えられました。そこで、1966年の「入会林野等に係る権利関係の近代化の助長に関する法律」は、入会権者の合意により、入会権を個人の所有権や地上権・賃借権などの利用権に再編することができるものとし、同法によって入会権の解体が促進されました。

#### (b) 物権法定主義

厳格な物権法定主義は、判例上、維持されておらず土地とは別に温水を含む水を一定量独占的に使用する権利が慣習による物権的権利として肯定されています。これらの権利については、登記ではなく慣習による明認方法が公示方法とされています。

#### (c) 不動産賃借権の対抗力

登記制度は、フランス流の単独申請ではなく、ドイツ流の共同申請によることになりました。しかし、賃借権は債権であって原則として第三者に対する効力はないと理解されたため、賃借人には特約がなければ登記請求権はないと解されました。社会的・経済的には弱者であることが多い賃借人が賃貸人に対して特約を求めることはまったく期待できませんでした。そのため、登記されていない賃借権の存在を知って買い受けた者も、前主の賃貸借契約には拘束されず、賃借人に明渡請求が可能でした。1900年前後には、都市への労働人口の集中とインフレーションによって不動産賃料が値上がりが続けていました。賃借人が賃料の値上げ要求に応じない場合には、賃貸人である所有者が土地や建物の所有権を一時的に移転し、新所有者から賃料値上げに応じなければ出ていけという形で値上げを強要しました。土地の賃貸借の場合には、賃借人の所有する建物は新所有者の収去請求に応じて取り壊さざるをえなくなります。あたかも地震が建物を壊すように建物を存続できなくする土地の売買を「地震売買」と呼びました。立法時に危惧されていた事態が多発したのです。そのため、1909年の建物保護ニ関スル法律は、借地上に登記した自己所有の建物があれば、地上権や賃借権は対抗力を備えるものとししました。建物賃貸借についても、1921年の借家法は建物の引渡しによって賃借権に対抗力を認めました。これらの規律は1991年の借地借家法10条・31条に引き継がれています。

#### (d) 登記による画一的な問題処理

明認方法や引渡しによる対抗力の拡張は、不動産取引における登記の役割を後退させ、安全な取引には現地検分が必要となります。我妻栄は、1939年の論文で、不動産の一切の法律関係を登記へ集約せしめることによって画一的に処理する登記制度の理想が遠のいたと、こうした法現象を否定的に描きました。しかし、不動産に関する情報を登記に一元的に集約することはもともと無理であり、登記のみによる公示の原則は成り立たないと私は考えます。引渡し等への対抗力の付与は、公示の原則の動揺というより、むしろ現実の占有という登記以外の公示方法への公示の原則の拡大として積極的に捉えられるべきです。

また、登記が対抗要件である物権取引においても、登記だけが決め手にはなっていません。判例によれば、登記を要する物権変動も第三者も限定的に理解されています。さらに、1960年前後から、判例では背信的悪意者排除法理が定着しており、第三者の悪意と行為態様によっては登記がなくても物権変動を対抗できることとなっています。第三者の善意・悪意を問わない現行民法の立法者の構想は大きく変更されているのです。

さらに、通行地役権は黙示の合意によって設定され、登記がされていないことが多いようです。1998年の最高裁判決は、承役地の譲渡の時に承役地が地役権者によって使用されていることが客観的に明らかであり、譲受人がそのことを認識していたか、または認識することが可能であったときは、地役権者は登記なくして承役地譲受人に通行地役権を対抗できるとしました。これによると、善意無過失の者のみが設定登記のされていない地役権を否定できることとなります。もっともこの判決が物権取引一般に影響するのか、地役権に限定されるのかについては、評価が分かれています。

以上で報告を終わります。ご静聴をありがとうございました。