

はじめに

このシンポジウムに参加している東アジア4地域では、西洋法の伝統とは異なり、建物を土地とは別の不動産として扱っている。また、用益物権として、建物その他の建築物を所有するための土地の利用権、農耕牧畜等のための土地の利用権及びある土地の便益のために別の土地を利用する権利(地役権)が、用益物権として認められていることも共通している。

本報告では、不動産利用権全体について、約120年前の現行民法の制定時の構想を紹介する。日本では、今、債権法部分を中心とする民法改正案が国会に提案されているが、この報告の対象としている所有権や用益物権の部分は、1896年の制定以来、内容上の大きな改正はほとんど行われていないからである(2004年法律第147号による現代用語化は、この部分の内容の変更を伴わなかった)。

最後に、そのような立法時の構想が現在どうなっているのかを簡略に触れる。詳細は、各論で詳しい報告が用意されているのでそちらに委ねる。

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

(1) 地租改正と土地所有権

日本における近代的な意味での私法上の所有権制度の確立時期については見解が分かれるが、1871年の廃藩置県と1873-1880年の地租改正が1つの画期であることはたしかである。廃藩置県によって領主の公法的な支配権の意味での所有権が消滅した。次いで、税収の強化と安定を図るため、課税対象となる土地についての所有者を確定した地租改正によって、重層的な土地の支配関係が整理された。地租改正と、「土地永代売買ノ許可」(1872年太政官布告第50号)及び「地所書入質入規則」(1873年太政官布告第18号)による土地の流通を促進する担保制度により、資本主義経済取引に適合する所有権制度が誕生した。

(2) 独立した不動産としての建物

徳川幕府の時代(1868年以前)には、都市の新開地など町人の土地やその上の建物については譲渡が可能であり、土地と建物は一体として取引されていた。一方、農民・武士・寺社が支配する土地は、原則として譲渡ができなかった。武士の支配地が多かった東京(当時の江戸)では、土地を貸して建物を建てることが多く、その場合の地上の建物の所有権は借地人が有していた。土地と別個に取引される場合の建物は動産と解されていた。

地租改正が土地のみを対象としたため、建物取引の整備が遅れ、土地と建物を一体として取引することができなくなって紛争が多発した。そこで、建物を別個の不動産として土地同様の扱いを行う「諸建物書入質入規則並ニ売買譲渡規則」(1875年太政官布告第148号)が制定された。この扱いが、土地と建物を別に公示する登記制度(1886年法律第1号。旧登記法と呼ばれる。現行民法の制定に伴って1899年法律第24号の不動産登記法に代えられた。2004年法律第123号で大改正された)に引き継がれ、土地と建物を別々の不動産と

する扱いをもたらした。こうして、土地所有権が地表物の所有権を吸収するというヨーロッパ法の原則は採用されなかったのである。

2 旧民法と現行民法

徳川幕府が西欧諸国と結んだ不平等条約の理由となっていたのは、基本的な法律制度の不備であった。そこで政府は、不平等条約の改正を目指して、基本的な法律の整備を急いだ。日本で最初の民法（1890年法律第28号及び第98号。「旧民法」と呼ばれている）が制定されたのは、取引の基盤整備が完了した頃であった。旧民法は、ボワソナード（Gustave Émile Boissonade de Fontarabie、1825年～1910年）の草案を元にしており、フランス法を基本とした体系を採っていた。しかし、旧民法に対しては、当時の日本社会の実状に適合しないという批判を中心に、いわゆる法典論争が起き、帝国議会の決議（1892年法律第8号）によって施行が延期された。

このような経緯から、現行民法は、旧民法を修正するという形で成立し、旧民法は、結局、施行されないまま廃棄された（1896年法律第89号・1898年法律第9号。共に1898年施行）。

3 現行民法立法時の用益物権制度の特徴

(1) 旧民法からの主要な修正点

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る。本報告のテーマに関連するものに絞って、次の10点を挙げることができる。

- ①パンデクテン体系への転換
- ②有体物への物権の限定
- ③建物の独立した不動産性
- ④厳格な物権法定主義
- ⑤登記による画一的な紛争処理
- ⑥賃借権の債権化と一定の配慮
- ⑦地役権の単純化
- ⑧用益物権の限定
- ⑨永小作権の限定
- ⑩慣習による入会権

以下では順次説明する。

①は、フランス民法型の旧民法の体系（財産編、財産取得編、人事編、証拠編、債権担保編の5編に分かれ、各編毎に条番号が振られた）から、当時の最新の立法であるドイツ法系（ザクセン民法）の5編構成（総則・物権・債権・親族・相続）のパンデクテン体系へと代えた。これによって物権と債権の対置が鮮明化し、無体物をも物としていた旧民法（財産編6条）とは異なって、②のとおり物権の目的物を有体物に限定することとした（民法85条）。

用益物権は所有権の内容の一部を独立させた制限物権と構成されるため、私法上の所有権が成立しない海面や天然鉱物、あるいは無体物については民法上の用益物権は認められない。しかし、公法的な規制と第三者に対する保護の必要から、④の物権法定主義との関係で、漁業法・鉱業法・各種知的財産権法などの特別法が別途制定された。

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った。④の物権法定主義（民法 175 条）は「物権ハ本法其他ノ法律ニ定ムルモノノ外之ヲ創設スルコトヲ得ス」とした。法律に規定されていない新しい物権を契約で創設したり、（法律が当事者による決定を容認している民法 256 条 1 項ただし書きのような場合を除いて）法律の定めと異なる物権の権利内容を定めることを禁じるものである。物権法定主義の目的は、「慣習上物権ト認メタル権利ニシテ民法施行前ニ発生シタルモノト雖モ其施行ノ後ハ民法其他ノ法律ニ定ムルモノニ非サレハ物権タル効力ヲ有セス」と定めた民法施行法 35 条と相まって、所有権の不測の負担となりうる慣習上の土地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り上げることにあった。市場取引の予測可能性を保障するため、とりわけ制限物権を限定し、そのような権利の帰属と内容を公示させようとしたのである。

物権の公示として、激増する取引を迅速かつ安定的に紛争を処理するため、登記への一元化が進められた。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た（ただし通謀の場合以外、悪意は自白がないと認定されなかった。旧民法財産編 350 条）。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た（民法 177 条・178 条）。

⑥の賃借権の債権化とは、第三者に対する対抗力や担保設定を認めるため動産・不動産を問わず賃借権を物権と規定した旧民法の立場を転換し、次のような理由から、賃借権を債権とするものである。(a) 賃借権は使用収益権だけではなく種々の権利義務が発生するので契約上の債権である。(b) 賃貸借は信頼関係に基づく契約関係であり、貸主の承諾がなければ自由に譲渡・転貸することはできないというのが日本の慣習である（これは賃借権の無断譲渡・転貸を解除事由とする民法 612 条に結び付いた）、(c) 使用権能があることを強調すれば使用借権も物権となってしまうが、使用借権を保護する必要はさらに低く、かといって有償なら物権、無償なら債権という区別は成り立たない。

もっとも、不動産賃借権、とりわけ建物等の工作物を所有するための土地の賃借権には、諸外国の立法例を参照して、「不動産ノ賃貸借ハ之ヲ登記シタルトキハ爾後其不動産ニ付キ物権ヲ取得シタル者ニ対シテモ其効力ヲ生ス」（民法 605 条）との特別規定が設けられた。

⑦地役権は、目的に従って他人の土地を自己の土地の便益に供する権利（民法 280 条）として単純化された。すなわち、旧民法にあった法定地役権は所有権の章の相隣関係の規定に吸収され、特定の人のための土地の物権的負担という人役権を原則として否定した。これは⑧の用益物権の限定と理由において共通する部分が多い。すなわち、現行民法は、旧民法の

多様な用益物権（用益権、使用权、住居権、賃借権、永借権、地上権、地役権）を、土地に対する4種の使用収益権（地上権、永小作権、地役権、入会権）に限定した。その時の理由はこうである。

所有権までは与えず収入だけを一代限りで与えるという点で用益権と似た慣習も地方によっては存在するが、いずれも物権の性質はない。西洋では必要から生じた物権としての用益権が残っているにすぎず、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（共有に対する消極的評価とも共通する観点である）ということから使われなくなっている。日本で用益権をあえて物権として認める必要はない、と。

これに対して、社会が進展して都市を中心に地上権が増えてくるなど実際の必要があるので地上権は建物又は竹木を所有するために他人の土地を使用する物権（民法265条）として存置することになった。永小作権と同様に、所有権を長期に制約する地上権を設けるべきではないという発想から、50年の期間制限を設ける（更新は認める）という案が提案された。しかし、50年以上存続する建物や鉄道の敷地の利用権を失わせるべきではないとの反対が出て、最長期間の制限は定められなかった。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とも思われる（ドイツ法の地上権 *Erbbaurecht* と異なって、建物以外の工作物や竹木に拡張されたことも同趣旨であろう）。

⑨地租改正の基本政策の下では、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た。現行民法の永小作権（民法270条）は、旧民法の永借権を引き継いだが、小作人の強すぎる権利を制限するべきだとの地主層の意向を反映して相当に限定された。すなわち、農地の耕作は賃借権に基づくのが一般的な慣習だとして、永小作権の規定が適用される場合を、多様な小作権のごく一部に限定した。さらに、その存続期間の上限を、従来の慣習に基づく永小作権をも含めて50年と定めた（民法278条、民法施行法47条）。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、期間を限定した過渡的暫定的なものと位置づけられた。

⑩現行民法は旧民法になかった入会権を新たに定めた。入会権とは、一定の集落の住民（入会団体）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・雑木・石材等を採取するなどの使用・収益を行う利用権であり、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」（民法263条）と「共有の性質を有しない入会権」（民法294条）とに分けられている。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ない。

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ず、基本的にすべて慣習によるものとされた。ここでは民法施行前の慣習に対する一般的に冷淡な態度は貫徹されていない。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ある。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であった。

(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る。

(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（地上権や永小作権）、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だった。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を嫌ったため、土地の利用には、ほとんどの場合賃借権が使われることとなり、機能分担の構想は実現しなかった。

用益物権の利用は全体に非常に少ない（<http://www.estat.go.jp/SG1/estat/List.do?lid=000001134470> の表 14-00-4 に最近 10 年間の登記件数の表がある。用益物権全部と賃借権の登記件数を合わせても、売買による移転の登記の件数の 1/20 程度である）。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る。

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、それ以外の設定は少ない。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（所有権による利用）、あるいは民法制定時の永小作権について最長存続期間の 50 年が経過したため（民法 278 条・民施 47 条）、ほとんど消滅した。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（1952 年法律第 229 号。2009 年の改正で有効利用の促進の方向に転換した）により規律されている。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た。そこで、「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」（1966 年法律第 126 号）は、入会権者の合意により、入会権を個人の（共有を含む）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、鉱泉採酌権、流水使用权、温泉専用権（湯口権、泉源権、源泉権など多様な呼び名がある）など土地とは別に水（温水を含む）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る。これらの権利については、土地から独立した立木や天然果実の所有権取引と同様、登記ではなく慣習による明認方法が公示方法とされる。

(c) 不動産賃借権の対抗力

登記制度が契約証書の写しを綴じるフランス流の人的編成主義・単独申請主義のものではなく、権利自体を公示するドイツ流の物的編成主義・共同申請主義になったことが十分認識されていなかった。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た。社会的・経済的には弱者であることが多い賃借人が貸借人に対して登記請求権の特約を求めることはまったく期待できなかった。そのため、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あった（物権の債権に対する優先効）。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いていたため、いったん期間を定めずに低額で貸した地主や家主は、賃料値上げを希望した。そして賃借人が値上げに応じない場合には、土地や建物の所有権を一時的に移転し（仮装の場合もあった）、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、法律関係が悪用された。土地の賃貸借の場合には、賃借人の所有する建物は新地主の収去請求に応じて取り壊さざるをえなくなるため、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」と呼んだ。立法時の議論でも危惧されていた事態が多発したのである。そのため、建物保護ニ関スル法律（1909年法律第40号）が、借地上に登録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た。建物賃貸借についても、借家法（1921年法律第50号）は建物の引渡しによって賃借権に対抗力を認めた。これらの規律は借地借家法（1991年法律第90号）10条・31条に引き継がれている。農地の賃借権も引渡しで対抗力を備える（農地法16条）。

(d) 登記による画一的な問題処理

上述の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である。我妻栄は、不動産関係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嘆いて、こうした法現象を否定的に描いた。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。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ある。

また、登記が対抗要件となる物権取引においても、登記だけが決め手にはなっていない。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る。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、第三者の悪意や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る。第三者の主観的態様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。

さらに、通行地役権など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。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、地役権者は承役地譲受人に対抗できるとした（善意有過失者排除）。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、評価が分かれている。