

人役権制度の比較法的・立法論的考察

～物の文化的利益の確保の観点から～

A Comparative and Legislative Analysis of Easement in Gross
～ From the view of the Preservation of Cultural Interests in Assets ～

大沼友紀恵

成蹊大学一般研究報告 第46巻第6分冊

平成24年10月

BULLETIN OF SEIKEI UNIVERSITY, Vol.46 No.6

October, 2012

人役権制度の比較法的・立法論的考察¹

～物の文化的利益の確保の観点から～

A Comparative and Legislative Analysis of Easement in Gross
～ From the view of the Preservation of Cultural Interests in Assets ～

大沼友紀恵
Yukie OHNUMA

目次

I 序	2
II 人役権の歴史的沿革および諸外国の人役権	8
III 日本法における人役権の必要性・許容性の検討	15
IV 動産を対象とする人役権	22
V 結章	25

I 序

1 問題の所在

(1) 文化財の二面性

文化財には、有体物としての利益と文化的価値という無形の利益が並存しており、有体物としての利益は所有者に、文化的価値は社会に帰属している。このため、所有者の利益と社会の利益が衝突する場合があります。文化財に存する文化的価値を守り、社会全体の利益を確保するためには、文化財の所有権を制限する必要がある。文化財の所有者は、一般に、その所有物を大切に保護すると思われがちであるが、必ずしもそうではないからである。例えば、ビュッフェが装飾した冷蔵庫は、所有者によってバラバラのパネルに分解され、オークションにかけられたし、ディエゴ・リベラの描いた壁画は、所有者のロックフェラーによって破壊された。他にも、文化財が所有者によって破壊された例は、枚挙にいとまがない²。

1 本論文は、博士学位論文「物の文化的利益の確保のための所有権の制限に関する比較法的・立法論的研究—人役権の再評価の試み—」の第5章に、第1章の一部を加筆し、よりわかりやすく修正したものである。

2 大沼友紀恵「物の文化的利益の確保のための一般財産法上の所有権の制限の比較法的研究(1)(2・完)」一橋法学9巻3号296頁以下(2010)、10巻1号115頁以下(2011)。

今日、文化的利益の確保という機能を有する所有権の制限—文化財のみを対象とした法制度であると否とを問わない—は、様々な法分野に散在している。そして、組織だった文化的利益の確保は、これらの法的メカニズムと行政手続を巧みに利用することでのみ可能なことは疑いの余地がない。

文化財に関する法は、複数のグループからなる。

1つ目は、文化財保護法、歴史的建造物保護法などの、文化についての特別法である。2つ目は、文化財のみを対象とするわけではない財産についての一般法である。文化財は、他のより一般的なカテゴリにも登場する。文化財は、動産または不動産、有形または無形だからである。後者のカテゴリにおいては、一般法である財産法および知的財産法が特に重要性が高い³。

一般財産法による所有権の制限としては、公益信託、役権、権利濫用法理による制限がある。

役権による所有権の制限とは、文化財の所有地の開発を禁止する権利を地役権者に移転することなどによって生じるもので、制限的人役権の性質を有する。

以下では、フランス法、アメリカ法、日本法を対象としてそれぞれの特徴を概観する。

(2) 知的財産法による所有権の制限⁴

文化財が、著作物である場合、著作者人格権による所有権の制限を受けることになる。

著作者人格権による所有権の制限は、法により一方的に課される制限であり、当事者の約定および指定・登録などの行政手続きは不要である。このため、いかなる物が著作者人格権による制限を受けるのかどうか、ただちには明らかでなく、この点において、予測可能性の低い所有権の制限である。

所有権の制限には、帰属の制限⁵と内容の制限があり、内容の制限には、権利の行使を抑止する制限、積極的義務を負う制限、他人の行為を受忍する制限がある。

著作者人格権による所有権の制限は、所有権の内容の制限である。具体的には、改変や破壊の禁止という権利の行使を抑止する制限が中心であるが、所有者が積極的義務を負う場合もある⁶。なお、著作物の所有者に、他人の行為を受忍すべき義務についての定めをおく国もある⁷。

著作者人格権による所有権の制限の存続期間には、法律上または事実上の限界がある

3 CORNU (M.), *Le Droit Culturel des Biens*, 1996, p.17.

4 フランスの著作者人格権の文化財保護機能については、さしあたり、大沼友紀恵「著作者人格権による所有権の制限とその文化財保護機能～フランス法を素材として～」一橋法学11巻1号179頁以下(2012)参照。

5 所有者の所有権を剥奪する制限。

6 たとえば、視覚芸術家保護法106A条は重過失による破壊も禁止している。言いかえれば、所有者が一定の管理義務を負うということである。

7 フィンランド、オーストリア、ロシア、ノルウェー、ポーランド、スイス、スペイン、ドイツ、スロヴェニアでは、著作者にオリジナルへの接近を認める「アクセス権」が認められている（戸波美代「著作者人格権に関する一考察—法制比較の試み（その二）」筑波法政26号65頁(1999)）。アクセス権は、その対象となる文化財自体を保護するものではないが、著作者に作品へのアクセスを認めることで、その後の創作活動への糧となるものであり、文化的利益の確保のための所有権の制限といえる。

ため、⁸ 古い文化財の保護には適さない。

なお、アメリカでは、「クオリティーの認められる」など、作品の社会的評価が著作者人格権の保護のための要件とされる場合があり、この限りにおいては新しい作品の保護にも適さない⁹。

著作者人格権による所有権の制限は、法が権利の内容を定めているため、全体的にはあまり柔軟性のない法制度といえるが、日本とフランスに関しては、一定の柔軟性が認められる。日本では、一般的権利制限規定（著作権法20条2項）の適用が近年まで制限的であったものの、不文の適用除外が多数認められてきた。フランスは、一般的権利制限規定はないが、裁判例によって権利の適用除外が認められてきた¹⁰。

このため、著作物の所有者は、仮に自己の所有物が著作者人格権による制限を受けることを認識していたとしても、ある行為が著作者人格権侵害を構成するかどうかは、司法判断によらなければ明らかにならないということになる。以上のような点からも、著作者人格権による所有権の制限は、予測可能性が低いといえる。

（3）文化財保護法¹¹

アメリカの連邦法（国家歴史保全法）は、所有権を制限するものではないので、ここでは、フランス法、日本法、アメリカの州法および地方自治体の条例における所有権の制限について検討する。

文化財保護法による所有権の制限は、法による一方的な制限である。もっとも、日本においては、指定・登録に際し、所有者の事実上の同意が要件とされており、その限りにおいて、約定による所有権の制限に近い制限といえる。

文化財保護法による保護の対象とするには、登録・指定などの行政手続または立法手続¹²が必要である。このため、保護の対象となる文化財が明らかであり、所有者の予測可能性は高い¹³。その反面、保護に値する文化的価値のある物件でも、指定・登録がなされない限り保護することができないというデメリットもある¹⁴。制限の態様は、フ

8 アメリカでは、視覚芸術家保護法が著作権者の生存中、カリフォルニア州美術保護法は著作者の死後50年間という制限があるのに対し、日本およびフランスは制限がない。しかし、後者の場合でも、権利の行使期間には実質的な限界がある。まず、日本では、著作者人格権の相続も、第三者による権利行使も認められていないことに加え、遺族としての権利を行使できる親族の範囲も限られている。フランスでは、著作者人格権の相続が認められており、その相続人の範囲にも限定がない。しかし、著作者に必ずしも相続人が存在するとは限らない。また、相続人が存在するとしても著作者本人との関係が遠くなるほど、権利についての関心は薄くなるのが通常なので、著作者の死後、時間が経過するほど相続人による権利の行使は期待できなくなる。さらに、第三者による権利の行使も原則として認められない。

9 著作物の社会的評価が確立されるまでには、一定の時間を要する。

10 フランスの裁判例では、とりわけ所有権と著作者人格権の衝突という点が意識されている。

11 文化財保護法による所有権の制限の詳細については、さしあたり、大沼友紀恵「物の文化的利益の確保のための所有権の制限の比較法的研究～文化財保護法による制限について」成蹊大学一般研究報告45巻1頁(2011)以下参照。

12 アメリカでは、委員会による指定等ではなく、条例で対象となる文化財を定める方式をとる自治体もある。

13 ちなみに、フランスでは指定動産の譲渡に際して、譲渡人に指定の存在を買主に通知する義務を負わせている（Code du Patrimoine § 622-16）。

14 国家の人的資源は有限であるため、保護すべき文化財の中には、指定・登録がなされないまま放置されているものも数多く存在すると考えられる。

ランスでは所有権の帰属の制限も含まれ、日本、アメリカでは所有権の内容のみが制限される¹⁵。所有権の内容の制限は、日本、アメリカではおおむね権利の行使を抑止する制限が中心であり、フランスでは権利の行使の抑止、積極的義務、他人の行為を受忍する義務のいずれの制限も幅広く使われている¹⁶。

文化財保護法による所有権の制限は、法による所有権の制限であり、全体的には、あまり柔軟性の高い制度ではない¹⁷。

保護の対象となりうる文化財については、「近代まで」「製作後50年を経過しているもの」など、一定の時的限界が設けられている場合があり、古い文化財の保護に適した制度といえる。

(4) 一般財産法¹⁸

一般財産法による所有権の制限の各制度に共通の特徴は、柔軟性があるという点である。

他の点については、公益信託、制限的人役権、権利濫用法理の順で個別に考察する。

公益信託については、フランスでは認められないため、アメリカ、日本の公益信託を、役権に関しては、フランス、日本では制限的人役権が認められないため、アメリカの保全地役権を、権利濫用法理については、アメリカでは概念がないため、日本とフランスの権利濫用法理を、それぞれ対象とする。

まず、公益信託は、アメリカでは、当事者の合意によって成立するが、日本では、当事者の合意に加えて監督官庁の許可が必要である。

所有権を信託財産とする場合、所有権の制限には、所有権の帰属の制限および内容の制限が含まれる。受託者は、所有者であるが、一定の場合には所有権を失うこととなるからである。信託設定後は、受託者が目的財産の所有者となり、その所有権は信託目的によって制限されるが、信託設定までは、委託者が所有者であった点に着目すると、委託者の所有権を制限する制度とみることもできる（信託の二面性）。日本もアメリカも、この点は共通する。

アメリカで認められている保全地役権を信託財産とする場合、所有権の内容のみが制限される。この場合、制限されるのは委託者の所有権である。

公益信託による所有権の制限の内容は、約定により定まる。権利の行使を抑止する義務、積極的義務が中心となろうが、他人の行為を受忍すべき制限もあり得る。

信託設定時に、信託の目的や受託者がなしうる行為について詳細に定めた場合には所有権の制限についての予測可能性は高くなり、抽象的・一般的に定めた場合には予測可能性は低くなる。信託の対象とし得る文化財は、製作年代の制限はないが、税制上の優

15 大沼・前掲注(11)18-19頁。

16 大沼・前掲注(11)18-20頁。

17 大沼・前掲注(11)69頁。

18 一般財産法による所有権の制限の詳細については、さしあたり、大沼・前掲注(2)参照。

遇措置との関連で限界がある¹⁹。存続期間については、アメリカ、日本のいずれも、永久とする公益信託の設定も可能であるし、期間の定めのある公益信託の設定も可能である²⁰。

次に、制限的人役権は、公益信託を構成するとされるアメリカの保全地役権をモデルとしているため、所有権の帰属が制限されないという点を除き、公益信託とはほぼ同様の特徴がある。

最後に、権利濫用法理は、法による一方的な制限であり、当事者の合意や行政手続は不要である。存続期間の定めもなく、新しい文化財にも古い文化財にも適用可能である。一般条項で、柔軟性が高い反面、要件・効果が明確ではなく、所有者にとっての予測可能性は最も低い。もっとも、このようなデメリットは、要件、効果の明確なルールの限定性を補完するという一般条項の機能²¹からくるものである。

(5) 検討

著作者人格権による所有権の制限および文化財保護法による所有権の制限は、いずれも、法による一方的な制限であるという点で共通する。ただし、文化財保護法による所有権の制限は、日本法のように、登録・指定に際して、事実上所有者の同意を必要とする場合には、約定による所有権の制限に性質が近づく。他方、フランスでは、法律上、所有者の同意を指定の要件としているが、所有者の同意が得られない場合にも、コンセユ・デタのデクレにより指定をなすことが可能である。このため、所有者の同意を得て指定がなされた場合には、約定に基づく所有権の制限に近く、デクレによる場合には純然たる法による一方的な制限ということになる。

一般財産法上の所有権の制限のうち、権利濫用法理は、法による一方的な制限であり、行政手続、立法手続きが不要である。この限りにおいて、著作者人格権と共通する。その他の一般財産法上の所有権の制限は、約定による所有権の制限である。

所有権の制限の態様は、まず、①所有権の帰属に関する制限と、②所有権の内容に関する制限に分類することができる。著作者人格権による制限は、②の制限である。文化財保護法による制限は、①②を含む。一般財産法上の制限のうち、役権による制限は、②の制限である。公益信託については、①（ただし、所有権が目的財産となる場合）②を含む。権利濫用法理による制限は②の制限である。

各国の制度の相互関係を横断的に比較すると、法による一方的な所有権の制限が発達している国では、約定による所有権の制限が十分に活用されておらず（日本、フランス）、他方、法による一方的な所有権の制限が少ない国は、約定による所有権の制限が活用さ

19 税制上の優遇措置を受けるためには、ナショナル・レジスターに登録されていることなどが必要で、ナショナル・レジスターへの登録には、製作年代について一定の要件がある。

20 大沼・前掲注(2)「物の文化的利益の確保のための一般財産法上の所有権の制限の比較法的研究(2・完)」177頁。

21 山本敬三『民法講義I 総則』525頁(有斐閣、第2版、2009)。

れている（アメリカ）といえる²²。したがって、法による一方的な所有権の制限と、約定による所有権の制限は相互に補充しあう関係にあるとみることができる。

しかし、これらの所有権の制限は、それぞれ長所が異なる。

まず、法による一方的な制限は、非協力的な所有者の所有権の制限が容易であるという長所がある。他方、約定による所有権の制限は、柔軟性があり、ナショナル・トラスト活動などの民間の保全活動を促進して、国家の目の行き届かない文化財を効率的に保護することを可能とする。すなわち、法による一方的な所有権の制限、約定による所有権の制限のいずれによっても保護することができる文化財があるとともに、もっぱら法による一方的な所有権の制限による保護に適した文化財、約定による所有権の制限に適した文化財がある。よって、文化的利益の確保という観点からは、法による一方的な所有権の制限のみならず、約定による所有権の制限も活用していく方向性が望ましい。

2 本論文の目的

前述のように、わが国では、法による一方的な所有権の制限は活用されているが、約定による所有権の制限はあまり活用されていない。後者のうち、公益信託はすでに法制度がある。しかしながら、文化財の保護・活用を目的とする公益信託はいずれも助成型であり、文化財の所有権が公益信託の対象となるものは設定されていない。今後、活用の可能性を検討すべきであるが、信託の設定により委託者は所有権を失うことになるため、所有者が自ら文化財を利用することを望む場合には設定に抵抗があるものと思われる。

これに対し、人役権を設定する場合、所有権が移転するわけではなく、当事者が合意した内容の権利のみが人役権者に移転することとなる。このため所有者の抵抗も少なく、従前の所有者がその文化財を利用できる状態を保ったまま、その保全を行うことが可能である。

また、金銭面についても、人役権による方が、所有者にメリットがある。公益信託の場合、自己の財産を拠出して対価は得られないが、人役権の場合は、有償での譲渡も可能である。所有者が現状のままでの居住を望んでいる場合、開発権という自己にとっては不要な権利を財産的利益に替えることができ、設定のインセンティブがあるといえる。また、人役権者一多くは、保全活動を行う非営利団体であると思われる一になろうとする者にとっても、所有権を取得するよりも安いコストで権利を取得でき、公益信託の引き受けのような資格制限がないというメリットもある。

このように、人役権には、所有者および保全活動を行う者の双方にとって、公益信託

22 このような現象は、社会的需要に対して、国家がいかなる応え方をするか、という姿勢と関連する。一般的に、日本やフランスでは税をとって国が活動し、これと対照的に、アメリカでは民間の自発的な組織がよく活動するとされている（田中實「公益法人・公益信託研究入門（22）アメリカの公益法人と公益信託（三）ファウンデーション」公益法人7巻2号21頁（1987））。特にフランスにおいて顕著であるが、文化的利益の確保のために、文化財の保存に必要な工事を命じたり、費用を一部負担するなど、国家が積極的に介入している。

にはないメリットがある。

そこで、以下では、文化財の保全のために設定し得る人役権制度の立法の可能性について検討する。

3 本論文の構成

本論文では、まず、Ⅱで、人役権制度の歴史的沿革および諸外国の人役権制度を概観したうえで、Ⅲでわが国における人役権制度の立法の必要性、許容性を検討し、Ⅳでは動産を対象とする人役権制度について論じ、Ⅴで、本論文で明らかになった事項を総括するとともに残された課題を提示する。

II 人役権の歴史的沿革および諸外国の人役権

1 序

ここで、まず、概念についての整理をしておく。役権とは、一般に、他人の所有物を、他人の行為を介しないで利用する権利をさし、そのうち、土地の便益のために設定されるものを地役権、人の便益のために設定されるものを人役権（広義）²³とよぶ。人役権のうち、物の包括的利用のみを認める「用益権（ususfructus）」との対比で、物の制限的な利用のみを認める「使用权（usus）²⁴」「居住権（habitatio）²⁵」等を制限的人役権と呼ぶ場合（Ⅰ）、通常は地役権を構成しうる内容が特定人のために認められる場合を制限的人役権と呼ぶ場合（Ⅱ）²⁶、（Ⅰ）と（Ⅱ）とを合わせて制限的人役権と呼ぶ場合がある。また、論者によってはいずれか特定の制限的人役権を想定しながら、単に「人役権」と表現する場合もある。

すでにみたように、アメリカでは実質的には人役権である保全地役権が認められており、広く活用されているが、これは通常、地役権の内容となすべきことが、特定人のために認められる場合であり、制限人役権（Ⅱ）である。そして、この種の人役権は、文化的利益の確保のために有用である。

そこで、本章では、まず、制限人役権（Ⅱ）の立法の許容性について検討する。制限的人役権（Ⅱ）は、その性質上、不動産を対象とする。

大陸法における役権概念は、ローマ法継受後のゲルマン法に起源を有する²⁷。そして、地役権と人役権の中間に位置する「制限的人役権（Ⅱ）」も、ローマ法に由来するものとされ、ドイツ民法においても認められている。

そこで、日本における制限的人役権制度の立法可能性を検討する前提として、2で制限的人役権概念の史的基礎である変則的地役権の沿革を、3でドイツ民法上の規定を概観する²⁸。ドイツでは、制限的人役権が必ずしも文化財保護の目的で使われているわけではないが、日本と同じ大陸法系に属する国で制限的人役権が許容されていることは、わが国における人役権の立法の許容性を探る上で重要な示唆を与えると思われるからである。

そのうえで、3で、わが国の役権の規定の沿革に大きな影響を与えたフランス民法における制限的人役権の立法の可能性を探る。

23 広義の人役権には地上権、永小作権も含まれる（梅謙次郎『民法要義巻之二』264頁（有斐閣、明治44年版復刻、1984））。

24 使用权者およびその家族の需要に必要な限度で使用权・収益権が制限される。

25 居住権者の居住に必要な範囲に権限が制限される。

26 ドイツ民法1090条1項に規定される制限的人役権は制限的人役権（Ⅱ）である。

27 中尾英俊『新版注釈民法（7）物権（2）』（川島武宜、川井健編）（有斐閣、2007）940頁。

28 以下の論述は、おおむね、芹澤悟「制限的人役権」概念の史的基礎」亜細亜法學27巻1号27巻1号203頁以下（1992）によった。

2 制限的人役権の沿革

地役権は、古典法においては単にservitudeと表現され、その起源に関しては学説に一致がないものの、内容的には今日の地役権と変わらないものとして認識されていた。他方、人役権の一種である用益権は「物の実質を保存して他人の物を使用収益する権利」であるとされ、その起源は、法定相続権を有しながら相続から排除された者に対する扶養目的の制度に求められている。このように、地役権と用益権は本来別個の制度であったが、古典期の法学者は両制度の類似性に着目して共通の準則を形成するようになり、すでに古典期後期の法学者マルキアヌスは、人役権をservitus personarum（人役権）と指称している。古典期以降の東ローマの法学教師はさらにこの傾向を推し進め、ユスティニアヌス帝法において、用益権が人役権として地役権と対置されるに至ったのである。そして、以下のローマ法の学説によれば、ユスティニアヌス帝法もしくはユスティニアヌス帝法以前の東ローマ法学教師が、「厳密な意味での要役地」を欠く場合に「地役権」とも「人役権」ともつかない変則的な役権、すなわち、不規則人役権（本論文における制限的人役権Ⅱ）を認めたと解しうる。

まず、D.（ディゲスタ）8, 3, 37（paulus, 3 respons）²⁹に関して、パウルスが地役権にも人役権にもあたらない単なる債権関係を認めたとすぎないとする見解と、法文末尾の「使用権者としての」の部分ユスティニアヌス帝による「修正」とみて、ユスティニアヌス帝が古典法においては債権関係にすぎなかった池の利用権に物権的効力を与えたと解する見解がある。後者の見解によれば、本法文は、ユスティニアヌス帝法において不規則役権（本論文における制限的人役権Ⅱ）が認められたことの根拠となる。

また、D. 34, 1, 14, 3（Ulpianus, 2 fideicomm.）³⁰については内容理解が容易ではなく、学説も一致をみない。しかしながら、ユスティニアヌス帝もしくは東ローマの法学校教師が「修正」によって不規則地役権（本論文における制限的人役権Ⅱ）を承認したと解する点では一致している。ユスティニアヌス帝もしくは東ローマの法学校教師が地役権、人役権いずれの概念によっても処理しきれない問題、すなわち「厳密な意味での要役地

29 D.（ディゲスタ）8, 3, 37（paulus, 3 respons）

ルキウス・ティティウスは、彼の兄弟であるガイウス・セイウスにあいさつを送る。私は地狭部に私の父が作った池へと流れる水の支流を、地狭部にあるあなたの家あるいはあなたが望むいかなる所に対しても与える。私は、この書簡にもついで水の使用権がガイウス・セイウスの相続人にも認められるかを問題にする。パウルスは、人的〔権利である〕水の使用権は、使用権者としてのセイウスの相続人には移転されるべきではないと解答した（前注207頁）。

30 D. 34, 1, 14, 3（Ulpianus, 2 fideicomm.）

ある者が信託遺贈によって自己の被解放者のために扶養料と水とをのこした。私は信託遺贈について意見を求められた。この事件がおきたのは水が売買の対象となるアフリカあるいはエジプトのような土地であるとされるので、それゆえ遺贈を行った者が水ためを持っている場合であろうと、あるいはそうではなくて、ある人がその水を購入するであろうだけの額が信託遺贈に含まれているような場合であろうと、信託遺贈による利益が存在すると述べた。地役権が隣地の占有者ではない者に遺贈された場合のように信託遺贈は無効である、とみられるべきではない。

なぜなら、汲水権は家畜を水辺に導く権と同様に人的役権であって、隣人でない者に対しては有効に遺贈されないからである。馬で遠出をする〔権利〕やあなたの〔土地で〕ぶどうの房をつみとる〔権利〕やその他の豆類を脱穀するために脱穀場を利用する〔権利〕も同様の性質を有する。なぜなら、この水は個人に残されたからである（前注209頁）。

を欠く地役権」の問題を自覚してその解決に努めていたことは注目に値する。

ローマ法では、他人の所有物を利用する物権は、役権のみであったため、役権は極めて重要な作用を営んだ。しかし、その後、その他の特殊の物権が発達するにしたがって、役権の作用は比較的少なくなった。そして、ローマ法の継受と共に物権の種類を限定する主義が採用されることになって、封建制度の複雑な土地に関する権利を物権とするために、役権は再び重要な地位を与えられようとした。しかし、結局、近代法の理想である所有権の自由と土地の開放の主張は、役権に対しても排他的な態度をとった。したがって、近代諸国の民法には、地役権と人役権とが承継されているものの、その内容は、比較的制限されている³¹。

3 ドイツにおける制限的人役権

ドイツでは、制限的人役権に関する規定が民法に置かれている。地役権・用益権の中間類型としての制限的人役権は、ドイツ普通法の理論³²を踏襲したものとされ、その成立史に影響を与えた者の一人として、ローマ古典法におけるいわゆる不規則役権の存在を肯定するツァハリエ³³の名が挙げられている。

ドイツ民法は、地役権、用益権、制限的人役権の3種を役権として規定し、制限的人役権について1090条から1093条に規定を置いている。

ドイツ民法1090条1項は、通常は地役権の内容を構成する権利を特定人に対して設定することを認めており、地役権に関する規定、用益権に関する規定を準用している（同1091条2項）。地役権と同様に、承役地の所有者に積極的義務を課することができるが、相続や譲渡はできない（同1092条）。

制限的人役権は、「厳密な意味での要役地を欠く地役権」が問題となりうるケース、具体的には送電線を他人の土地の上に通す場合や、自治体が住民のために他人の土地を道路や公園として使用する場合に認定されている。

制限的人役権は、特定人に属する権利であるという点では用益権（包括的人役権）と同様であるが、他人の土地を必要な限度で利用する点で、包括的な利用を前提とする用益権とは異なるものであり、地役権と用益権の中間型として理解することができる。

近代民法において、役権が制限的にのみ認められたなかであって、ドイツで制限的人役権（Ⅱ）が認められたのは、フランスと異なり、封建制が緩やかに崩壊しており、民

31 我妻栄『物権法（民法講義Ⅱ）』278-279頁（岩波書店、1952）。

32 ドイツ固有法及びドイツ普通法における役権については、三瀧信三「制限的人役権ニ就テ」法協35巻12号3頁以下（1917）参照。

33 ツァハリエは、不規則人役権に関する法文を整理して以下のようにまとめている。すなわち、地役権の内容を構成しうる権限が特定人に認められる場合、(a)それが単なる債権なのかそれとも物権なのか、(b)物権であるとして、それは地役権なのかそれとも人役権なのか、(c)人役権であるとして、それは用益権なのかそれとも使用権なのか問題になるが、これらはいずれも個々の状況による。(b)に関しては、権利者が要役地を欠く場合に人役権となることは明らかであるが、要役地が存在する場合は、いずれも可能であり、設定者の意思によっては人役権となる。(c)に関しては、収益を伴わない単なる使用の場合に使用権となることは確かであるが、それ以外の場合は状況次第である。芹澤悟「「制限的人役権」概念の史的基礎」亜細亜法學27巻1号27巻1号（1992）210頁。

法制定の時期がフランスよりも遅かったという社会背景が少なからず影響を与えているものと推察される。

4 フランスにおける人役権

(1) 現在の役権制度の沿革

フランスでは、人役権として用益権、使用権、居住権の3種のみが認められており、通常は地役権を構成し得る内容が特定人のために認められる制限的人役権(Ⅱ)の設定は認められていない。

このような、フランスにおける役権制度の沿革を前提として、アンシャン・レジーム下における人役権の過酷性について、狩猟権を素材としてみることにする。

1669年の王令では、王宮狩猟場について、狩猟権によって、次のように所有権が制限されていた。

まず、王室御料林から半リユー(約2キロメートル)以内の家屋の建築は禁止された。そして、夏至の日以前に牧草地の刈り入れをすることは禁止され、刈り入れの済んだ畑をイバラで囲う義務があった。畑には、山鶉など鳥の巣のために、およそ9平方ピエ(1ピエ=32.5センチメートル)の広さにウマゴヤシを繁茂させたままにする義務があった。動物が逃げるのを防止するため、家の壁に穴を開けることは禁止された。

これらの規制により、動物が保護される一方、狩猟ができたのは国王のみであったため、動物が繁殖して収穫物が被害に遭った³⁴。

狩猟権は人役権の一例にすぎないが、アンシャン・レジーム下の人役権はこのように過酷を極め、承役地の保有者の利益を著しく害するものであると同時に、当時の社会制度の支柱をなすものであった。領主によって役権が課せられた土地の保有者は、その土地に課せられる負担—労務の提供である場合もあるし、生産した農作物の提供である場合もある—を人的に自ら履行する義務としなければならなかった。そして、このような関係は、社会的身分を反映した従属関係とみなされていた³⁵。

その後、政治革命であると同時に、経済革命でもあったフランス革命で急激に社会が変動した。アンシャン・レジームに対する反感が暴力的に解放されたために、封建的支配の道具の1つとして利用された役権は極力排除しようとする反動が大きかったことは想像に難くない。フランス民法典において、人役権がごく限定されたものしか認められなかったのは、封建的支配の復活をおそれたことが大きな要因である。1804年の民法典編纂者は、このような、いわゆる封建制の支柱ともなった人役権の廃止を真っ向から取り上げざるを得なかったのである³⁶。

34 フィリップ・サニャック(フランス近代法研究会訳)「フランス革命における民事立法(20)」大東法学41号224頁(2003)。

35 武林悦子「学位論文 フランス民法におけるSERVITUDES(役権)の研究(1)」愛知学院大学論叢、法学研究45巻4号95-96頁(2004)。

36 前注96頁。

（２）現代法下の法制度とアンシャン・レジーム下の法制度の類似性

1) フランスにおける制限的人役権の立法可能性を探るためには、上記のような懸念が今日でも妥当するのかを検討する必要がある。アンシャン・レジーム下の所有権の制限と類似する法制度が現在のフランスに存在するのであれば、上記の懸念が今日では妥当しないことの根拠となり得る。

そこで、アンシャン・レジームにおける所有権の制限であった分割所有の制度と、現在のフランスで、文化的利益の確保のために規定されている所有権の制限を比較し、両者の類似性について検討する。

アンシャン・レジームにおける分割所有には広義の分割所有と狭義の分割所有がある。広義の分割所有には、①土地の利用者に利用権のみ与えるもの、②物権を留保した上で利用者に所有権を移転するもの、③上級所有権を留保して下級所有権を与える狭義の分割所有が含まれる。狭義の分割所有³⁷は、固有の分割所有とも言われる。

ここでは、固有の分割所有のうちの、フィーフ（封）をとりあげる。その理由は、次の通りである。まず、固有の分割所有を選択する理由は、数ある分割所有の中で、それが最大限に当時の人々の所有権に関する法意識に適合していたし³⁸、封建廃止法により廃止された制度だからである。固有の分割所有の中で、フィーフを選択するのは、foi et homageを要し、固有の分割所有の中で、最も封建的な色彩の濃い制度と考えられるからである。

文化財法典では、不動産のみならず、動産に対する所有権の制限もなされているが、土地についての所有権の制限であるフィーフと比較の対象とするには、不動産に対する所有権の制限の方が適切である。また、登録不動産よりも指定不動産に対してより厳格な所有権の制限がなされているので、指定不動産に対する所有権の制限をとりあげる。

2) フィーフ（封）における下級所有権の内容

フィーフにおける下級所有権の保有者には、土地を使用、収益、処分（譲渡、担保設定、再下封）することが認められていたが、以下のような制限があった。

まず、①上級所有権者に対して忠誠と臣従の誓い（foi et homage）をなす義務³⁹（積極的義務）を負い、②①の義務に違反した場合、上級所有者は、（十分に注意を払う使用をする必要はあるが）当該土地に対して所有者としてのすべての権利を行使でき、③所有権の移転については、譲受人に移転税ないし売買税の支払い義務が生じ、④自由地としての譲渡の禁止され、⑤移転を受けた者が、新しく臣下になった者である場合、その財産状況を上級所有権者に報告する義務があった。⑤の義務に違反した場合、上級所有権者は、不動産を留置（収益権を伴わない）することができた。

なお、封建契約という言葉は、合意に基づく所有権の制限であるかのような誤解を与

37 封建廃止法により、狭義の分割所有のみが廃止された。

38 屋繁男「<論説>フランス分割所有権の諸相」神戸学院法学10巻4号76頁(1980)。

39 分割所有権理論が定着する以前は、軍事や法廷の義務もあったが、私戦の廃止、常備軍の設置、職業裁判官の登用によってすたれていった。

えるが、実質的には法による一方的な制限である。なぜなら、完全な所有権が臣従の誓いによって制限されるわけではなく、上級所有権による制限を受ける下級所有権を取得するか、しないかの選択肢しかないからである。

3) 文化財法典における指定不動産の所有権の制限

文化財法典においては、指定不動産について、以下のような所有権の制限がなされている。

まず、①国から催促された場合に工事義務（621-12条）を負い、②①の義務を実行しない場合には国家が強制的に工事を実行（他人の行為を受忍する義務）または強制収用することができ、③指定不動産を譲渡する場合には通知義務が発生し、④この負担は譲渡しても付随し、⑤緊急性のある工事に所有者が同意しない場合には行政当局が一時的に占有することができる。

4) 比較

この2つの制度による所有権の制限の内容を比較すると、次のとおりである。

図表2 フィーフと、文化財法典における所有権の制限の内容の比較

下級所有権（フィーフ）	指定不動産の所有権（文化財法典）
① 忠誠と臣従の誓い (foi et hommage) をなす義務（積極的義務）	① 国から催促された場合の工事義務（621-12条）（積極的義務）
② ①の義務に違反した場合、上級所有者は、（十分に注意を払う使用をする必要はあるが）当該土地に対して所有者としてのすべての権利を行使できる	② ①の義務を実行しない場合には国家が強制的に工事を実行（他人の行為を受忍する義務）または強制収用できる
③ 所有権の移転については移転税ないし売買税の支払い義務（積極的義務）	③ 譲渡の場合の譲受人の通知義務（621-24条）（積極的義務）
④ 自由地としての譲渡はできない	④ 負担は譲渡後も付随する（621-23条）
⑤-1 移転を受けた者が、新しく臣下になった者である場合、その財産状況を報告する義務	⑤ 緊急性のある工事に所有者が同意しない場合には行政当局が一時的に占有できる
⑤-2 ①の義務に違反した場合、上級所有者は、土地を留置できる（収益権を伴わない）	

下級所有権①と指定不動産所有権①は、義務の内容は大きく異なるものの、所有者に積極的義務を課すという点で共通する。そして、義務に違反した場合の効果（下級所有権②、指定不動産所有権②）は、上級所有権者または国が所有者としてふるまう、とい

う他人の行為を受忍する義務を負うという点も類似する。下級所有権③と指定不動産③は、不動産の処分の際して、譲受人に一定の作為義務が生じるという点で共通する。下級所有権④と指定不動産④は、所有者が変わっても所有権の制限（負担）は付随する、すなわち、負担が物権的であるという点で共通する。下級所有権⑤と指定不動産所有権⑤は、一定の行為が義務付けられているかどうか、という点は異なっているものの⁴⁰、一定の行為をしない場合に、留置または占有するという他人の行為を受忍する義務が生じるという点が類似する。また、法による一方的な所有権の制限という点も共通する。

以上をまとめると、アンシャン・レジームにおけるフィーフによる所有権の制限と文化財法典による指定不動産の所有権の制限は類似する⁴¹。それぞれの規定の存在意義について検討すると、アンシャン・レジームにおける制度が、土地を通じた、人による人の支配を実現し、国王を頂点とした封建制度を形作るためのものであった。これに対し、文化財法典は、文化財を通して国家が人を支配しようとするものではなく、社会のために文化的利益を確保しようとするものである。そして、文化財法典による所有権制限に対して、封建的であるという批判はなされていない。

（3）制限的人役権の許容性

このことから、法制度という器に何を盛るかが重要であって、法制度の外形が類似するからといって、同様の弊害が出るとは限らないことがわかる。

したがって、人役権についても、居住権、使用权、用益権以外のものを認めたとしても、それが直ちに封建的支配の復活に結びつくことは考えにくい。また、民法典制定から200年以上が経過し、極めて急激かつ暴力的にアンシャン・レジームが破壊された直後の社会と、現在の社会とでは、社会情勢が大きく変化していることも考慮すべきである。現に、今日において、アンシャン・レジームにおけるような封建的土地所有制度が復活することは考えられず、フランス民法686条の意義は失われつつあるとされる⁴²。

以上のことから、フランスにおいて既に法定されている3種以外の制限的人役権の設定を可能とする立法も、許容されるといえよう。

40 指定不動産の所有者は、工事に同意する義務を負うわけではない。

41 フランスのみならず、日本の文化財保護法にもフィーフにおける所有権の制限と類似の所有権制限が存在する。フィーフにおける封建的買戻し（上級所有権者が、下級所有権の第三取得者にその売買代金と正当な費用を返還し、下級所有権を上級所有権に併合する制度）と、文化財保護法による、重要文化財の売買の場合の国の先買権である。売買の相手からの取得か、売ろうとする者からの取得かという点は異なるが、売買の予定がある場合または売買がなされた場合に、所有権を制限する主体（上級所有権の保有者、国）が、制限された所有権（下級所有権、指定不動産の所有権）を取得することができるという点は共通する。

42 吉井啓子「地役権概念の再検討—フランス法からの考察—」同志社法学60巻7号（2009）306頁。

Ⅲ 日本法における人役権の必要性・許容性の検討

1 現在の役権制度の沿革

フランスにおいて、制限的人役権の立法の許容性が認められるとしても、日本の現行民法では、ボワソナード民法典においては認められていた3種の人役権も認められないことから、さらなる考察を要する。

日本では、ボワソナード民法において、用益権、使用権、居住権の三種の人役権が認められていたが、現行民法の制定過程で削除された。地役権は、法定地役と約定による地役の2種類があった⁴³。このうち、前者は、現行法において「所有権の限界」の節のところに、いわゆる相隣関係として規定され、後者が「第六章 地役権」として規定された。

現行民法において、3種の人役権の規定が削除されたのは、①西洋でも弊害があり、②日本ではそのような慣習がなく、③さほど重要な権利でもないというのがその理由であった⁴⁴。人役権の中でも用益権をめぐっては、特に詳細な議論が交わされており、その中では、用益権に反対する立場から、梅謙次郎委員によって、④所有権に様々な物権が付いていると、「利益ノ少ナイ」ところから「利益ノ多イ」所に移して利用させようという取引の安全を害する、との主張がなされた。土地の所有権を得ようとする者にとって、負担のない所有権の方が望ましく、人役権のようなものがあると取引の促進を害することとなるというのである。

2 人役権規定の削除理由の検討

以下では、これらの理由について検討する。

①については、かつて弊害のあった制度だからといって、今日、必ずしも弊害が生じるものではないということが、Ⅱ 4 (2) でのフィーフと文化財法典による指定不動産の所有権の制限の比較検討によりわかった。

②については、当時、後家分・隠居分といった人役権類似の制度があったことが指摘されており、今日では疑問視されている。具体的には、民法制定当時、隠居者または寡婦に終生ある土地の収益を与える慣習⁴⁵や、あるいは株小作という、小作人に農地を耕作させるにあたり家畜や農機具を貸し与えるという慣習があったという。つまり、②については理由がない。

そして、このような慣習があったにもかかわらず、人役権が認められなかったのは、立法者が、隠居分のようにある者に毎年土地の収益を与えるべきときは債権契約による

43 旧民法財産編214条。

44 梅謙次郎『民法要義巻之二』（有斐閣、明治44年版復刻、1984）264頁。

45 隠居後の生活は、地域やその家の経済状態、隠居理由などにより異なるが、隠居に際して「隠居面」と称する田畑が隠居に付けられ、そこから隠居夫婦は収入を得て生活し、隠居の死亡後はその田畑は本家に戻されるのが慣わしとなっていたところが多いとの指摘がなされている（川鍋定男「<論説>江戸時代の隠居と隠居分家」商経論叢32巻1号270頁(1996)）。フランス大慣習法において、地代や年貢を受け取る権利が人に対する役権として挙げられており（武林・前掲注(35)19頁）、隠居分も役権類似の制度と解することができる。

べきであり、仮に債権契約で受益者の権利を確保するのに不十分なときは、収益を生ずべき土地に質権あるいは抵当権を設定すべきだ、と考えたものと思われる⁴⁶。このような見解について、その是非はともかく、収益の継続的給付を目的としない人役権を否定する理由とはなり得ない。そして、制限的人役権（Ⅱ）は、収益の継続的給付を目的とするものではないから、このような理由は妥当しない。

また、株小作については、かかる小作人の権利を物権として認める必要がない、と考えたものと推測される。したがって、必要性のある人役権を否定する根拠にはならない。

③については、人役権を認める必要がないという主張であるため、以下の4において検討する。

④については、登記など公示手段を整備することで、取引の相手方に不測の損害を与えることを回避することができる。また、文化的利益の確保のための制限的人役権の設定は、文化財に現状のまま居住しようとしている所有者が、当該文化財につき保存行為を超えて現状変更をする権利を人役権者に移転するという局面においては、まさに、利益の少ないところから利益の多いところに権利を移転するという機能を有する。現状のまま居住することを望む所有者にとって、保存行為を超えて現状変更する権利は、必要性のない権利である（利益が少ない）。そして、その権利を人役権者に移転すると、物権的に文化財の保護を図ることができ、文化的利益の確保という公益の実現に役立つ（利益が多い）。

したがって、④の主張については、少なくとも文化的利益確保のための制限的人役権の設定については妥当しない。

3 フランスとの比較

日本とフランスにおいて法による一方的な所有権の制限が活用されていることは、すでにみたとおりである。しかし、日本における法による所有権の制限は、フランスほど強度なものではない。例えば、日本の文化財保護法では、所有権の帰属についての制限は設けられていない。また、譲渡の際の手続き違反の効果も異なる。フランスでは公有の指定文化財について無許可の譲渡は無効となる（文化財法典622-17条）のに対し、日本では、法定の手続きを無視した重要文化財の譲渡も、私法上は有効とされる。

約定に基づく所有権の制限は、法による一方的な制限が活用されている場合でも必要性があることはすでに述べたとおりである。しかしながら、両者には一定の補充的な関係もあるため⁴⁷、法による一方的な制限が少ない場合には、約定による所有権の制限の必要性はより高くなる。

このような観点からすると、日本においては、フランスよりも文化財保護のための約

46 前注265頁。

47 すなわち、文化財には法による一方的な所有権の制限による保護に適したもの、約定による所有権の制限に適したもの、いずれによっても保護することができるものがある。

定による人役権の必要性が高いといえる。

4 人役権の再評価の動き

ここで、わが国における人役権再評価の動きについてみていく。

(1) 従来の学説における人役権の評価

現行民法の制定過程において、人役権の規定はすべて削除されたという経緯にもかかわらず、従前から立法論として、人役権採用は十分考慮に値するとの指摘がなされてきた⁴⁸。その理由としては、資本主義社会の進展によって、限られた物資の中に多数人の利用を確保するという社会政策的見地から、物資の共同利用関係の要請が高まったこと⁴⁹、企業財産の所有者と利用者の分離の増加に伴い、他の企業財産の使用収益権が物権的に保護される必要性が高まっていること⁵⁰などが指摘されている。

(2) 民法改正案

近年、民法改正に向けた検討が行われているなか、民法改正研究会の試案（改正案212条⁵¹）において、制限的人役権（Ⅱ）を許容する条文案も提示されている。

この提案理由として、役権（servitude）のうち、要役地に附従する性格をもつ役権（地役権）のみを認める現行の規律に合理性が認められないこと⁵²（許容性）、限界集落における森林の管理や町並みの統一をはかった地域開発などの環境保全のために有用であること⁵³（必要性）があげられている。個別法律が例外として許容した場合にのみ認められるという提案がなされている点については、いわゆる人役権の法的需要がどこにあるかが明確でないためとの説明がなされている。

(3) 自然的環境、都市環境の保全における人役権の再評価

近年、環境保全の分野においても、人役権の有用性が指摘されている。たとえば、自然的環境や地域環境の保全に、実質的には人役権であるアメリカの保全地役権が有用であるとの指摘がなされている⁵⁴。これらの見解は、端的に、制限的人役権（Ⅱ）の必要性を認めるものである。

48 末川博「物権法」350頁（日本評論社、1956）、川島武宜『民法Ⅰ総論・物権』244頁（有斐閣、1960）。

49 吾妻光俊『物権法、担保物権法』72頁（弘文堂、五版、1955）。

50 我妻・前掲注(31)279頁。

51 改正案 212条

法律の規定に従い、他人の土地を自己の便益に供する権利の設定を受けた者の権利行使については、（新）第二百一条（地役権の付従性）を除くほか、この章の規定を準用する。

52 山野目章夫「新しい土地利用権体系の構想—用益物権・賃貸借・特別法の再編成をめざして（特集 日本民法典財産法編の改正）」ジュリ1362号62頁（2008）。

53 民法改正研究会（代表・加藤雅信）編『法律時報増刊 民法改正 国民・法曹・学会有志案 ●仮案の提示』159頁（日本評論社、2009）、加藤雅信「日本民法典財産法改正試案—「日本民法改正試案・仮案（平成21年1月1日案）」の提示」判タ1281号32頁（2009）。

54 田口太郎、後藤春彦、佐藤宏亮「7549 ニューヨーク州Westchester Land Trustによる環境管理手法に関する研究：コミュニティ・ランド・トラストによる地域環境管理に関する研究 その1（地域環境のマネジメント、都市計画）」学術講演梗概集、F-1、都市計画、建築経済・住宅問題2007、1163-1164頁（2007）、新澤秀則「保全地役権について」神戸商科大学研究年報32号25頁（2002）。

(4) 小括

以上のように、わが国では従前から、立法論として人役権の必要性が指摘されており、今日においては人役権を許容する民法の立法提案もなされている。また、環境法の分野でも制限的人役権の有用性が指摘されている。したがって、人役権の必要性が認められないとの理由③は、今日の社会においては妥当しないといえよう。

5 現行法における人役権または人役権類似の制度

(1) 地上権（民法256条）、永小作権（同270条）、入会権（同263条、294条）、不動産賃借権（同601条、605条、借地借家法10条、同31条）

現行民法には「人役権」と名づけられた制度はないが、他人の財産⁵⁵を利用する物権である地上権、永小作権、入会権⁵⁶が認められている。まず、地上権、永小作権は広義の人役権に含まれる⁵⁷。民法制定過程で、共有の性質を有しない入会権について、「地役権ノ性質ヲ有スルト書イテ」はいけないかという質問に対して、梅委員は、「入会権は対人地役（下線筆者）⁵⁸である。ところが、本案では対人地役は認めていない。」と答えており⁵⁹、人役権に含まれるとの考え方を示している。

このように、地上権、永小作権、入会権はいずれも人役権としての性質を有するが、入会権については、地上権・永小作権といくつかの相違点がある。

まず、入会権は土地の全面的な利用権ではなく、制限的人役権（I）にも含まれるという点で、地上権・永小作権と異なる。さらに、入会権は、基本的には藩政時代の村持の権利を保護し、そのままのかたちで民法上の権利として認めたもので、慣習により成立する⁶⁰。所有権の一部が設定行為（約定）により移転するというものではない点および慣習が第一次的な法源であるという点において、地上権、永小作権と異なる。入会権は、個人主義に立脚した近代所有権制度とはなじまないが、保護の必要性のある封建時代の制度⁶¹を温存するための妥協の産物⁶²として民法が定めたものであって、解体の途を用意された存在である。したがって、完全な所有権の一部を約定により移転することで新たに設定することは予定されていない。

共有の性質を有しない入会権とは自己の所有に属さない土地を積極的に使用収益するばかりでなく、集落の保全のための土地を管理し保全する権利である、と規定すること

55 入会権については、共有財産に対する権利も明示的に認められている。

56 梅・前掲注(23)264頁では、人役権が認められないことを本則とする、との記載の後に入会権への言及がなされており、入会権を人役権とみていたことがわかる。

57 前注264頁においても、地上権、永小作権が広義の人役権であるとされる。

58 他人の土地を自己の便益に供する権利。

59 中尾・前掲注(27)499頁。

60 前注499頁。

61 民法制定当時、国民の8割以上が少なくとも農山漁村民であったから、生活資材としての薪材や草肥、農業用生活用水を採取、使用する権能を権利として保障する必要があった。旧民法が施行されなかった理由は主として親族相統編にあったと言われているが、入会権の規定がなかったことも問題とされた（前注495-496頁）。

62 稲本洋之助『民法Ⅱ（物権）』394頁（青林学院新社、1983）。

ができる。入会地の管理保全には災害や誤討伐防止、材木育成、水管理等に労務提供の負担を伴う。また、それらの管理保全機能が侵害されないこともこの入会権の内容をなすものである。

以上の3つの権利はいずれも物権である。これに対し、不動産賃借権は債権であるが、一定の対抗要件を備えることで物権と同様の効力を持つに至った場合には広義の人役権類似の権利といえる。

(2) 土地収用法上の土地使用权（土地収用法101条）

土地収用法にもとづき、起業者は他人の土地を使用することができる。この権利は、起業者が、要役地の便益とは無関係に他人の土地を使用する権利であるから、一種の人役権である。土地使用のような土地私有権に対する公共目的での制限は、通常、公用地役権とよばれるが、公用地役権は、通常の地役権の他に人役権を含み、かつその設定が強制力によって担保されている点に特色がある。公用地役権は一般に不作為が義務付けられる。

ほかに、都市計画法の土地使用（同法69条以下）、土地地区画整理法の建築行為の制限（同法76条）も広義の人役権とみることができる⁶³。

(3) 農用林の利用権（農地法26条以下）

耕作の事業を行う者が、自家用の薪炭原木、燃料としての落枝、飼肥料としての草や落葉の採取、あるいは家畜の放牧のために他人の土地を使用する権利である。この利用権は、農業委員会の承認を受けて利用権設定につき協議を行い、協議が調えばそれによって利用権が設定される。しかし、協議できないときまたは協議が調わないときでも、農業委員会の裁定により利用権設定の道が開かれている。この利用権は、自由な解約が制限され法定更新が認められる。登記はできないが、引渡しによる対抗力が認められる⁶⁴。

(4) 猟区

猟区とは、狩猟鳥獣（鳥獣の保護及び狩猟の適正化に関する法律2条）の捕獲調整のため自由な狩猟行為を禁止し、一定の制限のもとに狩猟を行わせる地域をいう（同法68条）。猟区を設定しようとする者（市町村が多い）は、設定しようとする土地に登記した権利を有する者の同意を得たうえで都道府県知事の認可を受けなければならない（同法68・69条）。その存続期間は10年以内とされる（同法68条3項）。猟区においては設定者の承諾を得た者だけが鳥獣を捕獲することができる（同法74条）。したがって猟区とされた土地は猟区設定者の承諾を得た者（通常は狩猟家）のために便宜を供する、すなわち、所有権が制限されることになる⁶⁵。

63 前注942頁。

64 前注941-942頁。

65 前注943頁。

（５）電線路敷設のための地役権

電気事業者が他人の土地に電線路を敷設するため、自己の所有する発電所または変電所用地のために設定する地役権である⁶⁶。電線路敷設のための地役権は、発電所等の施設のある土地の便益に供する権利と構成されているが、むしろ、電気事業者が電線路を敷設するために制限的に他人の土地を使用する権利、すなわち人役権と解する方が自然である。

（６）検討

猟区は、所有者の同意を要し、電線路敷設のための地役権は所有者との約定により設定されるという点、いずれも実質的に土地の便益のために認められるわけではないという点で、約定による制限的人役権類似の権利であるといえる。このように性質上類似の制度が認められることは、制限的人役権を許容する根拠となろう。

土地収用法は、所有者の意思と関わりなく、法により一方的に所有権の制限を課すもので、この点において封建時代の人役権と類似する。法定の役権は、約定による役権の設定よりも所有権の自由を侵害するものである。しかし、公共の利益となる事業の実現という必要性によって、認められている。農用林の利用権も、当事者の協議によるのが原則であるが、協議が調わない場合には農業委員会の裁定による設定の道が開かれており、実質的には行政権による一方的な所有権の制限である。このような一方的な制限が認められることは、文化的利益の確保という公共の利益の実現のために、より所有権の自由の侵害の程度が低い当事者の約定に基づく所有権の制限も十分に許容されることの根拠となり得る

地上権、永小作権は、目的となる土地の全面的な使用权を権利者に認めるものである。これに対し、制限的人役権は、保全に必要な限りの権利のみが権利者に移転し、所有者はその限りで制約は受けるものの、かかる制約に反しない限りで目的物を使用することができる。すなわち、全面的な使用权と比して所有権の制約は少ない。全面的な役権の設定が認められることは、制限的な役権の設定を許容する根拠となろう。

入会地は、一般に水源涵養、保水、土砂崩壊防止、防風等の保安的な機能をもつことが多いが、その機能こそが入会地が入会集落（の人々）の便益に供されているといえることができる。入会地のこのような保全機能を維持するためには入会権者による管理が必要である。そのためには災害や誤討伐防止、材木育成、水管理等に労務提供の負担が必要である。

入会権者が保全のために義務も負担するという点は、アメリカの保全地役権法⁶⁷と共通する。このような入会権の内容は、権利者に積極的義務を課す役権を許容することの根拠となろう。

66 前注934頁。

67 保全地役権統一法は、地役権者に積極的義務を課すことを認めている。

6 小括

ここまでみてきたことをまとめると、①現行民法の制定過程で旧民法の人役権の規定が削除された理由は、今日ではいずれも正当性を欠いており、②人役権を許容する立法提案や、環境保全の視点からその有用性を指摘する研究などから、人役権の必要性が認められ、③現行法において存在する人役権と類似する制度との比較においても文化的利益の確保のための制限的人役権制度の許容性があることがわかった。

なお、4であげた制度のほとんどは、人役権類似の所有権の制限を無制限に認めているわけではない。たとえば、土地収用法では、土地収用の要件として、「公共の利益となる事業の用に供するため土地を必要とする場合」と定めている。

以上の事情を総合考慮すると、文化財保護のための人役権を、アメリカの保全地役権のように、人役権者となり得る保持適格者の資格を限定するなど、一定の範囲で認める立法は十分に許容されると考えられる。

とはいえ、日本法上、認められている人役権類似の制度として一般的にあげられる上記の制度はいずれも不動産を対象とするものであるし、アメリカの保全地役権制度も不動産を対象としている。このため、動産を対象とする制限的人役権については、さらなる考察を要する。そこで、以下では、動産を対象とする制限的人役権（Ⅰ）の立法論としての必要性、許容性を論じる。

IV 動産を対象とする人役権

1 動産を人役権の対象とすることの必要性

すでにみたように、わが国では、文化的利益の確保のために約定に基づく所有権の制限があまり活用されていないため、これを活用する必要性がある。所有者による破壊・改変の危機に瀕している文化財は、不動産に限定されないから、所有権の制限の必要性は、不動産のみならず、動産にも認められる。

この点、アメリカでは文化的利益の確保のための約定の役権として、保全地役権があるが、動産を対象とした制度はない。しかし、このことから、わが国における動産を対象とする役権の必要性が否定されるものではない。このことは、文化的価値の中で、特に歴史的価値を重視するアメリカの姿勢と関連する。すなわち、歴史的イベントと関わりのある文化財は動産よりも不動産が多い。アメリカで保護すべきとされる文化財に不動産が多いことは、ナショナル・レジスターに登録された物件が、圧倒的に不動産で占められているからも明らかである⁶⁸。保護すべき動産の文化財が少ないために、そのための法制度の必要性がさほど高くないのである。

これに対して、日本には動産の文化財が多数ある。たとえば、文化財保護法や文化財保護条例によって保護の対象とされる指定・登録文化財が、不動産よりも動産が圧倒的に多い⁶⁹。このため、アメリカで動産の文化財を対象とした約定役権の制度がないからといって、日本でも必要性がないということにはならない。

2 動産を人役権の対象とすることの許容性

まず、歴史的に、動産を対象とする役権が認められていたかについてみていくと、ローマ法の古典期においては、不動産に対する物的役権とは区別されていたものの、对人的役権（用益権、使用権）が存在しており⁷⁰、学説編纂の編纂者は、用益権を一種の役権と捉えていた⁷¹。そして、用益権は動産を目的とすることも可能であった。

次に、現行法についてみると、フランス民法典で認められている用益権(578条以下)は、動産への設定も可能(581条)である。用益権の実体は人役権である。同法典において、現代フランス法の源流の1つであるローマ法で用益権に付与された*servitus personum*に相当する*servitudes personnelles*(对人的役権⁷²)の用語を使わないのは、アンシャン・レジーム下の人的役権性の陰影を払拭しようとする編纂者の配慮であると考えられている⁷³。

また、現行フランス法における著作権人格権による所有権の制限および文化財法典によって認められている所有権の制限は、それぞれ法定の役権としての性質を有しており、

68 詳細については、大沼・前掲注(11)31頁参照。

69 詳細については、大沼・前掲注(11)51頁参照。

70 武林・前掲注(35)114頁。

71 前注114-115頁。

72 要役地と承役地の間の地役関係の表現である「対物的役権」と対比的に用いられる語。

73 武林・前掲注(35)96-97頁。

動産をも対象とするものである。日本の著作権人格権による所有権の制限や、文化財保護法による所有権の制限についても同様である。

役権は、一定の人または土地のために他人の所有物を使用する権利⁷⁴と一般的に定義されるが、所有物には当然動産も含まれる。また、役権の法的構造からは、次のように考えることができる。すなわち、役権が所有権の一部の移転または留保だとすると、不動産のみならず、動産についても所有者がその一部を移転することは論理的に可能ならずである。

一般に、不動産について、動産よりも多くの所有権の制約が認められるのは、不動産が有限であり、人々の生活・事業にとり不可欠の重要性をもつためである⁷⁵。その保存が社会の利益となるような文化的価値のある動産も有限であり、重要性があるといえる。そうであるならば、文化財である動産について、動産一般には認められていない所有権の制限をかけることも許容されるといえよう⁷⁶。

学説においては、動産を人役権の対象とし得るかについてはほとんど議論がなされていない状況である。しかし、人役権の立法論としての必要性を認める見解の中には、以下のように述べるものがある。

「他人の企業財産の使用収益権が物権的に保護される必要も少なくないと思われる。法律は、不動産の使用収益権としての賃借権だけについて、その物権化を企てている。然し、この態度は不十分なものであろう。このとき「人役権」という制度は、おそらくは、利用される価値があるものではなかろうか⁷⁷。」

企業財産には動産も含まれる。そして、企業財産の使用収益権の物権的保護のために人役権を利用することの有用性が指摘されている。このような指摘は、立法論としては、動産について人役権の対象とすることが可能であることが前提となっているとみることができる。

人役権の立法の必要性について、以下のように述べる学説もある。

「資本主義社会の進展は、限られた物資の中に、多数人の利用を確保するという社会政策的見地から、…物資の共同利用関係を要請するに至り、従って、地役権・人役権の観念は、再び、この種の共同利用ないし利用調節の要請に答えるものとして、立法論上その価値を再吟味する必要があることは、学説の略々一致した見解である⁷⁸。」

74 野村好弘・小賀野晶一『新版注釈民法(7)物権(2)』〔川島武宜、川井健編〕940頁(有斐閣、2007)。

75 山野目章夫『物権法』127頁(日本評論社、第4版、2009)。

76 重要な動産について、通常、不動産についてのみ認められる物権の設定を認めるものとしては、建設機械、農業用動産を対象とする動産抵当制度がある。

77 我妻・前掲注(31)279頁。

78 吾妻・前掲注(49)72頁。

「物資」という用語を通常の意味に解すれば動産も含まれる。

文化的利益の確保のために、文化財を保存することは、特定人が具体的使用をする共同利用とはいえないけれども、広い意味で、社会と所有者との共同利用関係とみることができる。

なお、動産について役権の設定を認める場合、取引の安全のために公示制度を整備することが必要となる。動産は無数に存在するが、文化的価値のある動産については数に限りがあある。全ての動産について登記制度を作ることは困難であろうが、制限的人役権者となりうる者の資格を限定し、それらの者が文化的価値を認めて人役権を設定した物件についてのみ登記を行うという制度であれば十分に実現可能であろう。

今日では、限定された動産についての登記制度⁷⁹も存在する。建設機械抵当および農業用動産抵当制度は、動産が権利設定の目的となった場合に登記を行う制度である。

不動産に比して、取引の迅速性が要求される動産取引において、毎回公示の有無を調査することは実際的ではないとの批判も考えられる。しかし、文化財である動産の中には、不動産よりも高価なものもあり、一定の文化的価値のある動産について言えば、日用品などに比してさほど取引の迅速の要請は高くはないのが通常といえる。

以上を総合考慮すると、文化的価値のある動産につき人役権の設定を可能とする立法は、十分許容されると考えられる。

79 動産譲渡登記制度は、法人が譲渡人となった動産について登記が可能である。

V 結章

1 本論文で明らかになった事項

本論文では、わが国における、約定による所有権の制限である人役権制度の立法の可能性について検討した。その結果、①現行民法の制定過程で旧民法の人役権の規定が削除された理由は、今日ではいずれも正当性を欠いており、②人役権を許容する立法提案や、環境保全の視点からその有用性を指摘する研究などから、人役権の必要性が認められ、③現行法において存在する人役権と類似する制度との比較においても文化的利益の確保のための制限的人役権制度の許容性があることがわかった。

人役権者となり得る保持適格者の資格を限定し、対象も文化財に限定することなどにより、一定の範囲で認める立法は十分に許容されると考えられる。

とはいえ、日本法上、認められている人役権類似の制度として一般的にあげられる上記の制度はいずれも不動産を対象とするものであるため、動産についてはさらなる検討を行った。

まず、日本では、動産である文化財が多く、動産についても人役権の設定を認める必要がある。

①歴史的に、動産を対象とする役権（用益権）が認められており、②フランスでは、現行法においてもこのような役権が認められており、③役権の性質は、所有権の一部の移転であるところ、所有権の一部の移転は動産についても論理的に可能なはずであり、④文化財である動産は、有限で重要であるという点で不動産と共通し、⑤公示制度の整備により取引の安全を確保することも可能で、⑥学説の中にも動産を人役権の対象とすることを許容する見解がある。

これらをふまえると、動産を人役権の対象とすることも許容される。

2 約定人役権が文化財保護に及ぼす効果

約定人役権の設定を認めることにより、以下のような効果を期待することができる。

① 自由に所有権制限が設定できることによる効果

文化財保護法は、指定・登録を受けた文化財のみを保護の対象とする。したがって、文化的価値があっても、指定・登録がなされていない文化財は保護されないことは前述の通りである。そして、同潤会アパート事件からもわかるように、文化的価値があっても指定・登録されていない文化財が実際に存在する。国家の人的資源は有限であり、価値ある文化財のすべてを把握することが困難なためである。

約定人役権によれば、このような文化財の保護も可能となる。

② 権利の一部移転が可能となることによる効果

約定人役権を導入することにより、トラスト活動等、民間の活動を促進し、国の目が届かない部分を補完するという効果が期待できる。すなわち、現在のトラスト活動等は、

当該地域での観察会・学習会なども含めた広範な活動を行っている⁸⁰ものの、当該不動産に関する法律上の権利の取得に関しては、所有権を取得すること⁸¹が中心である。制限的人役権を導入することにより、所有権の取得と比してより少ないコストで文化財を保全することが可能である。その結果、浮いた資金を他の文化財の保全に充てることができる。そして、人役権の目的となる文化財の価値を認める機関等が人役権を設定することにより、設定後の継続的な監督も期待できる。

③ 期間限定の所有権の制限の設定が可能となることによる効果

文化財保護法によって指定・登録を受けると、所有権の制限はそれが取消されるまで存続する。このため、所有者本人が、文化財の保護に理解があっても、次世代に負担を残すことを懸念して、有形文化財等への登録等を躊躇するケースがある。約天人役権による所有権の制限は、文化財保護法による指定・登録と異なり、存続期間を当事者が定めることができる。このことにより、かえって文化財の保護を促進する効果が期待できる。設定者の意思によって自由にその期間を定めることができる人役権を認めれば、上記のような所有者にとっても利用のしやすい制度となるからである。

④ 著作者人格権による所有権の制限と文化財保護法による所有権の制限の隙間を埋める効果

著作者人格権による所有権の制限は、著作物以外には適用されない。文化財保護法による所有権の制限は、比較的新しい文化財には適用されない。約天人役権の設定を認めれば、著作物でもなく、建造物についての50年ルール要件を充たさないために登録の対象とはならないような、文化的価値のある物件を保護することも可能である。

3 残された課題

文化的利益の確保のための人役権を認める場合、人役権者となりうる資格、対象となる目的物の範囲などについて検討する必要がある。また、当事者が一定の時候について合意しなかった場合についてのデフォルト・ルールの具体的内容についても検討する必要がある。これらの内容について検討するに際しては、アメリカの保全地役権統一法、各州法、保全地役権設定の実務が参考になろう。

以上

80 鎌野邦樹「土地利用と公益信託(3)まちづくり・自然環境保全と公益信託—市民によるまちづくり・自然環境保全を中心として」信託195号(1998) 33頁。

81 わが国のナショナル・トラストのさがけとも言われる鎌倉御谷の保存運動では、財団法人鎌倉風致保存会が、鶴岡八幡宮の裏山にある御谷の開発を防ぐために開発予定地の一部を買い取った。前注・31頁。

PRINTED BY
SEIKO-SHA CO. LTD.
1-5-15, NISHITUTUJIGAOKA, CHOUFUSHI, TOKYO

Seikei University
3-3-1, Kichijoji-Kitamachi, Musashino-shi,
Tokyo, 180-8633 Japan