

地役権概念の再検討

— フランス法からの考察 —

吉 井 啓 子

- 一、はじめに
- 二、フランス地役権法の概要
- 三、地役権と物的債務概念
- 四、地役権の成立
- 五、地役権の対抗
- 六、終わりに

一、はじめに

我が国の相隣関係上の諸権利（隣地使用権・囲繞地通行権等）は、旧民法では、法定地役権として、約定地役権と共

に地役権の章に規定されていた(財産編二二五条以下、二六六条以下)。現行民法は、このうち法定地役権を、第三章「所有権」第一節「所有権の限界」に移動させ、二〇九条から二三八条において、土地所有権に内在的に課される制限(ないしは土地所有権の拡張)として規定するに至った。相隣関係上の諸権利は、隣地間の利用関係を調整するためのものであるが、制限物権という土地所有権に対する外部的な制限として規定されている地役権も同様の目的を実現するために資するものと物権法教科書では説明されている。^①そこで共通性として認識されているのは、両者とも近接する土地間の利用関係を調整するものであるということである。相隣関係と地役権の共通点として学説があげているのは次の三点である。^②

① いずれも、権利者と義務者が共同で土地を使用する法律関係である。負担を受ける土地の所有者は制約を受けながら、自身の土地利用を完全に排斥されるものではない。② 相隣関係に基づく義務は土地所有者の意思とは無関係に他人に課せられる。地役権に基づく義務も、対抗力ある地役権であれば承役地の特定承継人に対抗できるため、土地所有者の意思とは無関係に課せられる。③ いずれも、権利主体となりうるのは、原則として一定の土地の所有者である。しかし、相隣関係と地役権には次のような相違点がある。① 相隣関係上の諸権利は法定の要件を満たせば成立するが、地役権は当事者の設定行為により成立する(黙示の設定の場合あり)。さらに、地役権については時効取得も考えられる。

② 相隣関係上の諸権利は一定の定まった目的についてのみ認められるが、地役権については目的となる便益の種類に制限がない。③ 相隣関係は隣地間でしか成立しないが、地役権については隣地間での設定に限られず遠隔地間の設定も可能であり、要役地と承役地の相隣性・近隣性は要件ではない。

フランスにおいても、我が国同様に、地役権は相隣関係(voisinage)の基礎を形成していると物権法教科書では説明がなされている。^③相隣関係に関する規定としては、境界標・囲障設置について規定する仏民六四六・六四七・六六三条があるほか、障壁の互有(mitoyenneté)の推定について規定する仏民六五三条^④、植栽の制限について規定する仏民

六七一・六七二条、境界線付近での建築制限について規定する仏民六七四条、観望施設の制限に関する仏民六七五条以下、囲繞地通行権 (*droit de passage*) に関する仏民六八二条以下がある。最後の囲繞地通行権は法定地役権として規定されている。相隣関係調整の基礎となっているのは、基本的には、地役権 (*servitude*)、特に法定地役権 (*servitude légale*)⁽⁵⁾ である。先述したように、我が国では、相隣関係上の諸権利は、元々は法定地役権として約定地役権と同様の規律に服せしめられていた。しかし、現在では、それらの共通性が承認されつつも、相違点が強調され別個の制度として意識されている。しかし、ある土地についての通行権が問題となるような場面では、相隣関係上の囲繞地通行権と通行地役権が連続的に把握され、一方の成立が認められないとしても他方の成立が認められることが多い⁽⁶⁾。両者は、相隣関係調整のために所有権自体に課せられる制約と制限物権という所有権に課される外部的制約という異なる性格を持つものであるが、両者の近接性・同質性は、両者を地役権として同じ性質を有するものと理解していた時代と大きく異なるものではない⁽⁷⁾。本稿は、相隣関係上の諸権利と類した性格を持ち、実際の場面でも同様の機能を営むとされる地役権の意義について、地役権概念をめぐり豊富な判例・議論の蓄積を有するフランス法を対象に再検討を試みるものである。フランス民法典は、第二編「財産および所有権の様々な変容 (*des biens et des différentes modifications de la propriété*)」第四章「地役権または不動産役務 (*des servitudes ou services fonciers*)」において、地役権について規定している。仏民六三七条によれば、地役権とは「ある不動産につき、他の所有者に帰属する不動産 (*heritage*) の使用および便益のために課せられる負担である⁽⁸⁾。」と定義され、ある不動産につき他の不動産の便益のため設定される物権的役権である。地役権は、不動産の便益を目的として設定しうる権利であり、個人的な便益のために設定することはできない。これは、地役権を「設定行為で定めた目的に従い、他人の土地を自己の土地の便益に供する権利」であると規定する日民二八〇条と同様の規定である。しかし、フランス民法典においては、土地の便益のために設定される地役権

の他に、人の便益のために設定される物権的役権（人役権、*servitude personnelle*）⁹として、仏民五七八条から六三六条で、用益権（*usufruit*）、用益的使用権（*droit d'usage*）、居住権（*droit d'habitation*）の三種の権利が規定されている。我が国においても、旧民法では、フランス民法同様、三種の人役権が規定されていたが、人役権は西洋でも弊害がありさほど重要な権利でもないとの理由で、明治民法起草の際に全てが削除されてしまった¹⁰。梅謙次郎は、「人的地役ハ西洋ニ於テハ古来ノ慣習ニ因リ一朝之ヲ廢シ難シト雖モ其經濟上ノ弊害アルコトハ學者ノ大抵争ハサル所ナリ；是等ノ慣習アラサルカ故ニ物權トシテ之ヲ認ムルノ必要ナシ」と、我が国において人役権を認める必要はないと述べている¹¹。

人役権の代表として用益権を取り上げ、これを地役権と比較すると、共通点としては、共に物権であるという点、共に「所有権の支分権（*démembrement de la propriété*）」と把握されているという点¹²があげられる。フランスでは、地役権をはじめとする用益物権を所有権の支分権ととらえ、所有権の一部の機能が用益物権者に分離譲渡されるものとし、これを用益物権の共通の性質ととらえることが一般的である。用益権と地役権の相違点としては、人の便益のために設定されるのか不動産の便益のために設定されるのかという基本的な点のほか、用益権は動産・不動産いずれにも設定可能であるのに対して、地役権は不動産についてのみ設定可能となっている点¹³があげられる。また、フランスの物権法教科書では、用益権については権利の一時性（*caractère temporaire*）が法的性質として指摘されるのに対して、地役権は恒久性（*caractère perpétuel*）を有するものとの説明がなされている¹³。恒久性という地役権の性質は、日本では指摘されないものである。しかし、日本民法典においても、地役権の存続期間については、他の用益物権と異なり、条文中で上限が定められておらず、永久に存続する地役権も設定しうる¹⁴。先般公表された山野目教授の新土地利用権体系構想では、現行民法を維持し永久の地役権を容認するという方向性が示されている¹⁵。山野目教授は、地役権の空間的効力内容が土地の利用収益を全面的に所有者から奪うものでない点、相隣関係が時間的制約のない法律関係である点等か

ら、このような地役権の設定を正面から容認すべきであるとされる。ここでも、相隣関係と地役権との近接性・同質性が意識されている。山野目教授は、さらに、その必要性をなお探る必要性があるとしながらも、個別の法律により特定の者の便益のために設定される「人役権」を導入することを提案される¹⁶。その背景には、現代における様々な土地利用のあり方・ニーズを、土地の便益のためにのみ設定できるとする従来の地役権概念では十分にとらえきれることができないとの考察がある。フランスでは、「人役権」は承認されているものの、その利用のされ方は限定的なものにとどまっているし、¹⁷「人役権」という語も、現在では用いられることは少なくなっている。同構想中で山野目教授が「人役権」とされているのは、地役権という枠組みに収まりきれない土地利用形態としての物的債務、土地に付随する物的な義務である。物的債務 (obligation réelle) 概念は、フランスにおいて、地役権を語るときに避けて通れない概念となっている。そこで、本稿では、フランス地役権法の概要を紹介した後 (二)、物的債務概念について、現在における議論の到達点を確認し、そのような概念の有用性にも検討を加えたい¹⁸。その後、地役権成立をめぐる判例を概観する¹⁹。地役権成立を認めるか否かについて、フランス破毀院においては、かなり厳格な判断がなされている。このような地役権成立の困難性は何を意味しているのか。また、地役権とされなかつた権利・負担等は、どのようなものとして把握され理解されているのかを検討する。最後には、地役権の対抗問題をめぐる議論にも検討の範囲を広げたい²⁰。

二、フランス地役権法の概要

フランス地役権制度については、既に先行するいくつかの紹介・研究があるため、詳細はそれらにゆだねることとし、¹⁸ここでは本稿での検討に必要な範囲で、フランス地役権制度を概観する。前述のように、フランス民法典は、第二編「財

産および所有権の様々な変容」第四章「地役権または不動産役務」において、地役権について規定している。同章では、地役権を「土地の状態から発生する地役権 (des servitudes qui dérivent de la situation des lieux)」(第一節、六四〇条から六四八条)¹⁹⁾、「法律による地役権 (des servitudes établies par la loi)」(第二節、六四九条から六八五一条、法定地役権)、「人の所為による地役権 (des servitudes établies par le fait de l'homme)」(第三節、六八六条から七一〇条、約定地役権)の三種に分け、七四ヶ条の規定を置いている。フランス民法典がこのようにかなり詳細で多くの地役権に関する規定を置いたのは、一八〇四年民法典が、当時の農村社会を規律の中心と考え不動産法を重要視したためであると思われるが、一八〇四年の民法典制定以来、地役権に関する規定はほとんど改正を経ていない。このため、地役権法においては、古い規定を新しい経済社会の現実に対応させるため、判例の持つ意味が大きく、裁判例もきわめて多い²⁰⁾。しかし、裁判数とは反対に、農村社会の衰退と共に、民法上の地役権の持つ意味は低下の傾向を見せているという。これに対して重要性を増しているのは、公権力が、「行政地役権 (servitudes administratives)」という形で、私的所有権に課す制限である。行政地役権は、仏民六五〇条に、「公用のための地役権 (servitude sur l'utilité publique)」として規定されているが、あくまでも一般的な利益のために設定されるものであり、特定の土地の便益のために設定されるものではない点、さらには要役地も必要としない点で、通常の地役権とは性格が大きく異なる²¹⁾。具体的には、各種の特別法により、様々な目的のために数多くの行政地役権が認められている²²⁾。

地役権が設定できる不動産は、性質による不動産 (immeuble par nature)、すなわち土地・建物に限られる。この意味では地役権という表現よりも、不動産役権という表現を用いた方がよいかもしれないが、フランスでは土地・建物を別個の不動産とは考えず、両者の所有者が同じであれば建物所有権は土地所有権に吸収されると考えるため、以下でも通常通り地役権と呼ぶ。地役権は、用途による不動産 (immeuble par destination) には設定できない²³⁾。性質による不

動産である樹木につき地役権が設定できるか争われた古い判例があるが、樹木についての地役権の設定は否定されている。²⁴⁾ 共有地についても地役権の設定が可能であり、地役権の取得・消滅は、共有者全員について一体的に認められるとする地役権の不可分性 (indivisibilité) に関する規定が置かれている (仏民七〇〇条・七〇九条・七一〇条)。

七四ヶ条の規定のうち、我が国の地役権に相当するのは、第三節で規定されている「人の所為による地役権」、すなわち土地所有者の設定行為 (合意や遺言)、長期の占有 (時効取得)、家父の用法指定 (destination du père de famille) による地役権である。²⁵⁾ この「人の所為による地役権」(約定地役権) が検討の中心となる。人の所為による地役権は、通常、要役地 (fonds dominant) 所有者と承役地 (fonds servant) 所有者の間の地役権設定行為により成立する。黙示の設定行為もあり得る。この場合、地役権の内容は、公序規定に反しない限り、当事者の意思により自由に決定される (仏民六八六条)。使用や便益の内容について特に制限はない点は日本法と同様であり、設定行為で定めれば様々な目的のために設定しうる。ただし、土地について客観的に便益をもたらすものでなければならぬとされている。²⁶⁾ 便益の内容に応じて、ある土地への進入が困難な場合に承役地の一部を通行することを可能にする通行地役権 (servitude de passage)、袋地については法定地役権として成立する)、眺望を確保するために承役地を利用する眺望地役権 (servitude de prospect)、要役地に水を引くために承役地を利用する用水地役権 (servitude de prise d'eau) 等、様々な態様の地役権が設定可能である。²⁷⁾

地役権の分類としては、我が国と同様に、継続・不継続地役権 (servitude continue・servitude discontinue)、仏民六八八条二・三項)、表現・非表現地役権 (servitude apparente・servitude non apparente)、仏民六八九条二・三項)、積極的・消極的地役権 (servitude positive・servitude négative) の区別が知られているが、それぞれが意味するところは日本法とは若干異なる。²⁸⁾ 地役権は、「継続」かつ「表現」のものに限って、時効取得が可能である点は同じである (仏

民六九〇条・六九一条)。地役権の時効取得に限り、特別に、「継続」(土地の利用が継続的に続いていること)の要件が課されているのは、断続的な使用であれば土地所有者が好意で黙認している場合が多く、そのような場合に時効取得を認めるのは土地所有者にとって酷であることによる。また、「表現」(土地の利用が外形上認識可能ということ)という要件が課されているのは、土地が他人に利用されていることがわからないと、土地所有者が時効を中断することが困難であるということによる。このような説明は日本と同じであるが、通行地役権は継続性を欠くとして時効取得が否定されている。我が国の判例は、通行地役権の時効取得に関して、「継続」要件を満たすには、通路の開設が必要であり、その開設は要役地所有者によつてなされなければならないとするが、フランスでは「継続」要件は、人の行為を要せず²⁹⁾に地役権の行使が継続できることと理解されており、眺望地役権や建築制限地役権等には継続性があるが、通行地役権にはそもそも継続性がないとされているのである。判例は、三〇年間ある土地の上を通行していた事例につき、通行地役権の時効取得を認めず、代わりに所有権の時効取得を認めている³⁰⁾。

承役地所有者は、地役権者の利用を妨げることができないだけでなく、承役地の利用部分を変更する自由を有しない(仏民七〇一条一・二項)。ただし、承役地所有者の利益となり、地役権者の損失とならないことを要件として、利用部分の変更が例外的に許容されることがある(同条三項)。もちろん、地役権者は、設定行為(または時効取得の基礎となった占有の態様もしくは「家父による用法指定」)で定められた目的に従い、承役地を利用することができるが、独占的排他的に承役地を占有したり管理したりする権限はない。地役権者は、承役地の負担を増大させるような変更を、承役地にも要役地にも加えることができない(仏民七〇二条)。地役権は、要役地所有者と承役地所有者間に物的な関係を作り出すものであるが、この関係は両地の承継人にも及ぶ。

地役権の侵害に対しては、他の全ての物権同様、物権的請求権が発生し現物での制裁³¹⁾がなされる。現物制裁によると

いうことは、たとえば、承役地所有者が建築高度制限地役権 (servitude non altius tollendi) が設定されているにもかかわらず制限を超えた建築をなした場合には、損害賠償によるのではなく建物自体の撤去によることになる。また、建築禁止地役権等その遵守が要役地の隣地所有者を利する地役権であっても、要役地所有者のみが承役地所有者に地役権の実現を求めることができる。したがって、一般的に、地役権の行使が妨げられている場合に、要役地所有者以外の第三者が侵害者に対して不法行為責任を追及する余地はない。地役権は、要役地所有者が放棄することで消滅しうるといふ点からもこのように解される。当然ながら、隣地に他の土地のための地役権が設定されていると考えてある土地を購入した者が、地役権を侵害されているとして承役地所有者に対して損害賠償を求めることは考えられない。⁽²²⁾

三、地役権と物的債務概念

地役権が設定されると、承役地所有者は所有権の行使に際して様々な制限負担を受けることになる。しかし、フランスにおける伝統的な地役権概念では、《servitus in faciendo non potest》(地役権は人に作為義務を課すことはできない) という法格言により、要役地所有者と承役地所有者間に債権債務関係は存在しえず、承役地所有者が要役地所有者に対して何らかの積極的義務(作為義務)を負うという⁽²³⁾ことは考えられないとされる。仏民六三七条によれば、地役権は二つの土地の間に関係を作り出すのであり、土地所有者間に債権債務関係を作り出すものではない。

地役権は、承役地所有者にかかる負担 (charge) であると説明されることもあるが、伝統的な地役権概念を支持する立場からは、承役地所有者が地役権の負担に耐えなければならないのは、所有権の支分権たる地役権が設定されることで自らの所有権の機能の一部が制限(あるいは要役地所有者に分割譲渡)されるためであり、要役地所有者に対する関

係で義務を負うからではないという。他方、プラニオルさらにはジノサールの物権概念を支持する立場からは、承役地所有者が地役権の負担に耐えなければならぬのは、「普遍的不作為義務 (obligation passive universelle)」を負っているためであることになる。物権は、物権者以外の全ての者に、物権者の権利行使を妨げてはならないという不作為義務を課すのであり、これは地役権の場合も同様である。ジノサールらは、地役権などの用益物権について、消極的な不作為義務および積極的義務 (賠償や目的物の維持管理) を土地所有者に課す相対的な関係、すなわち「物的義務 (obligation réelle, obligation propter rem)」を生み出す相対的な権利であると理解する。「物的義務」とは、ある物の所有者にその物の所有者としてかかる義務であると定義されるが、フランスでは、⁽³⁵⁾ 抵当不動産の第三取得者の地位を説明する際に用いられる等、地役権を論ずる以外でも広く用いられることのある概念である。

以上見てきたように、伝統的地役権概念によれば、要役地所有者・承役地所有者は互いに第三者の立場に置かれる。地役権の行使に必要な施設の建造および維持については、特約がない限り、地役権者が費用を負担する (仏民六九七・六九八条)。しかし、他方で、フランス民法典中には、承役地所有者に積極的義務を課す仏民六九八・六九九条が存在する (日民二八六・二八七条と同趣旨の規定である)。両条によれば、設定契約やその後の契約により、承役地所有者が自己の費用で地役権行使のために工作物設置義務または工作物の修繕義務を負う場合があり、そのような承役地所有者に特別の作為義務を負わせる特約も有効であるとされる。たとえば、通行地役権の負担を受ける承役地の所有者が通路の維持管理の義務を負うと約するような場合である。承役地所有者は、承役地の一部の所有権を放棄することで、この義務を免れることができる。⁽³⁶⁾ 判例は、仏民六九八条・六九九条による積極的義務は地役権に付随しているため、地役権者は承役地の特定承継人に対してもその履行を請求しうるとする。⁽³⁷⁾ 承役地所有者が負うこの義務は、万人に対する絶対的な対抗力 (対抗可能性) を有する債権の興味深い例とも言われる。⁽³⁸⁾ しかし、ここで承役地所有者が負う積極的義務

の性質は、条文からは明らかではなく、この義務が人的なものか物的なものかをめぐり、フランスの学説に大きな議論が起こった。

フランスの学説の一部は、物的債務概念によることで、右の場合に承役地所有者が負う積極的義務を説明しようとした。物的債務概念は、一九世紀終わりに、ミシヨンがそのテーズ中で明らかにしたものであるが、ミシヨンの努力は、専ら、従来の地役権概念では説明できない先述の規定の説明に向けられており、物的債務概念はあくまでもこれらの規定の説明に必要な限りで持ち出されている。その後の学説においては、仏民六八六条の規定と矛盾する民法典中のいくつかの規定を説明するためだけに物的債務概念を持ち出すことには否定的な論者がいる一方で、ジュグラールのようにこの概念の独自性を強調する論者が現れる。前者のような立場によれば、承役地所有者が積極的義務を負担すると設定行為で約した場合に、承役地の特定承継人は土地と共に地役権の負担さらにこの積極的義務を承継する。この義務が物的債務であり、地役権に付随する義務 (obligation accessoire) である。物的債務を付随的債務とすることに對しては、主たる債務 (obligation principale) は存在していないのではないかとの批判がなされることもあるが、地役権という物権に付随するものとして付随的債務という語が用いられている。他方、ジュグラールのように、物的債務概念の独自性を強調する論者は、地役権を含んだ広い概念として物的債務をとらえる。このような立場では、物的債務は物権 (地役権) の付随物ではなく、これが主たる債務となる。

物的債務自体の性質については、債権的性質を有するものと考える論者、物権的な性質を有するものと考える論者、両者が合わさった中間的なものであると考える論者がいる。⁽⁴⁴⁾ 最近では、物的債務を債権的な性質を有するものと論じるものが多いようであるが、このような立場からは、承役地所有者が積極的義務を負担すると設定行為で約した場合、承役地の特定承継人はこの債務を承継することになる。これは、承役地の特定承継人が承役地の既存の状態をそのまま引

き受けそれを尊重しなければならぬからである。⁴⁵⁾ 地役権は物権であり、権利主体（要役地所有者）と権利客体（承役地）の直接的な関係を前提とし、承役地所有者さらにはその特定承継人は、この主体—客体関係には無縁である。このような権利の構造から、承役地とともに地役権（の負担）、それに付随する物的義務が、当然に特定承継人に移転することを説明することができる。このように見えてくると、承役地の特定承継人による地役権の尊重—すなわち物の取得者による物権の尊重—のメカニズムは、物権の外部的関係、第三者への対抗力（対抗可能性）の問題である。物的債務たる積極的義務は、地役権に付随して移転するが、そうすると、承役地の特定承継人は、物的債務の負担を受ける債務者となる。承役地の特定承継人は、この積極的義務について第三者ではなく当事者の立場に立つことになり、債務者として物的債務に拘束されることになる。このようなメカニズムは、契約の相対性への例外として説明されうるといふ。⁴⁶⁾ 物的債務は、人的債務ではあるが、以上の点から、例外的な人的債務と説明される。仏民六九条により、承役地所有者は承役地を放棄することでその積極的義務を免れるが、これも通常の人的債務の性質に対する例外と説明される。

以上のような説明は、地役権に付随する義務として、物的債務をとらえた場合の説明であるが、学説においては、地役権をも説明しうる広い概念として物的債務概念をとらえるものがある。たとえば、アベルカーヌは、その論文中で、「法律は合意により物的債務を創設することを認めた。それを法律は地役権と呼んでいる」と述べていた。⁴⁷⁾ このような物的債務概念自体の有用性については、現在でも議論が途絶えることはないが、物的債務概念自体は、地役権の存在から生じる状態を説明するのに必要でも十分でもない概念と言えるのではないだろうか。要役地所有者から見れば、地役権は物的債務概念を用いることなく説明可能であるし、承役地所有者から見ても、地役権は所有権の支分権ないしは土地に課された負担として把握することで十分であろう（承役地所有者は、地役権の行使を受動的に受けるだけで、いかなる債務も負担しない）。現に我が国においては、このような概念を用いることなく、日民二八六・二八七条のような状況、

承役地所有者が積極的義務を負う場面を説明できているのである。さらに、近時のスカベル論文では、物的債務は地役権とは別個の概念であり、両者を区別することの必要性が説かれている⁽¹⁹⁾。スカベルによれば、地役権などの制限物権に付随する義務としての本来の物的債務（論文中では完全物的債務 obligation réelle parfaite と呼ばれる）とは別に、六八六条が禁じる（承役地所有者の）「作為義務を伴う地役権（servitude in faciando）」を回避する手段として物的債務概念が用いられ、本来の物的債務概念をゆがめているという。判例は、仏民六九八条に忠実に、承役地所有者の積極的義務を、地役権とともにしか認めない⁽²⁰⁾。また、土地の賃借人は、自らが賃貸している土地について、要役地としても承役地としても地役権を設定することはできない⁽²¹⁾。農地の賃借人につき法定地役権としての通行権を認めなかった判例もある⁽²²⁾。債権的な性質を持つ物的債務であれば、土地所有者でなくとも設定・負担が可能なはずである。しかし、判例は、以下で見られるように、地役権の成立については大変厳格な態度を示しており、地役権とは別に、土地に付随する物的な義務の承認には消極的である。

四、地役権の成立

(1) 土地の便益に供する権利

仏民六八六条は、人の所為による地役権について、仏民六三七条に続き再度、「…用役は人に課されてはならないし、人のために課されてもならず、ある土地にある土地のためだけに課される」と、地役権は、公序に反しない範囲で、土地につき土地の便益のためにしか設定できないことを明らかにしている。ラルメによれば、仏民六八六条・六三七条において最も重要な点は、地役権は不動産の便益しか目的とし得ず、不動産所有者について不動産所有者としてしか課さ

れないという点である。⁽⁵³⁾「土地の便益のため」という要件は、地役権に基づく対人的権利を制限し、恒久的で人的な不動産役務を禁止する趣旨から出たものである。⁽⁵⁴⁾これらの規定は、封建制度下のように土地所有者が土地便益と無関係に他者を支配することを阻止するという歴史的意義を有していたと言えよう。⁽⁵⁵⁾しかし、この地役権の自由な設定に対する制限は、今日においては、行き過ぎたものであると考える論者が多い。⁽⁵⁶⁾民法典制定から二〇〇年以上を経た今日において、アンシャンレジーム期におけるような封建的不動産土地所有制度が復活することは考えられず、仏民六八六条の意義は失われつつあるとされる。しかし、判例は、このような学説の流れに好意的なものとは言えず、土地の便益以外のために課された負担を地役権と解してはいない。以下では、地役権の成立が問題となった判例のうち、「土地の便益のため」という要件に関する判例をいくつか紹介検討する。

1. 破毀院民事部一九三六年六月三〇日判決⁽⁵⁷⁾

本判決では、「ブルジョワ条項（住宅専用条項、*clause d'habitation bourgeoise*）」と呼ばれる条項により地役権の設定を認めることができるかが問題となった。⁽⁵⁸⁾ブルジョワ条項は、不動産の画地の際の条件明細書（*cahier des charges*）に挿入されることが多く、「ヴィラ（*villas*）」などといった名称のついた区画地について雰囲気こそぐわらない建物の建築を一般的に禁じたり、区分所有建物内で一定の自由業や工場等を営むことを禁じたりするものである。本判決の事例では、土地の売主たるパリ市と買主Xの間で交わされた売買契約書にも、さらにはXとXから区画地の転売を受けた転得者らの間で交わされた売買契約書中にも、「売却地を《*habitation bourgeoise*》以外の使用に用いてはならない」との条項が挿入されていた。破毀院は、このような一般的な表現を用いた条項は、契約当事者だけを個人的に義務づけるものではなく、隣り合った土地それぞれに負担を課すと同時にそれぞれの土地の便益を高めることを目的としており、地役権を設定したものと解することができるとした。そのように解すると、各土地に課せられた建築制限地役権は土地そ

のものと共に移転することになる。ここで注意しておきたいのは、本判決は、ブルジョワ条項全てではなく、それらの規定の仕方によっては、地役権の設定と解する余地があるとしている点である。地役権が設定されたというためには、ある土地の便益のために他の土地に負担が課せられたという点が必要であり、このように解することができない条項の場合は、契約者に単なる人的な債務を課すだけのものにすぎない。⁽⁴⁾

地役権は土地の便益のために設定されなければならず、ある者の便益のみを目的とする場合には設定することはできないという点はよいとしても、はたしてブルジョワ条項により、地役権の成立を認めるのか、それとも人的な債務のみの成立を認めるのかは、容易な問題ではないと考えられる。「土地の便益のため」という要件が認められるかについては、明確な基準があるわけではなく、結局、問題となる条項の規定の仕方にかかっていると思われる。⁽⁵⁾ 前章で見たように、地役権は承役地所有者にあくまでも地役権の負担に耐えるという消極的義務を課すだけであるというフランスの伝統的地役権概念からすれば、たとえば、「ある土地につき取得者は一定のスタイルの建物を建てなければならない」といった内容の取得者に積極的義務を課す条項によっては、地役権の設定は認められないことになる。地役権が設定されたとされるには、消極的義務を課す形で条項を作成しなければならない。たとえば、「このような材料でこのようなスタイルの建物を建てることは禁止する」というようである。学説の多くは、このような条項作成のスタイルにより、地役権の成立の可否が左右されることは、好ましいものではないと考えている。

2. 破毀院第三民事部一九七六年六月二二日判決⁽⁶⁾

本判決は、ある者につき狩猟権が付与された場合に、地役権が設定されたと見ることができかねるか問題となった事例である。破毀院は、「…それ〔狩猟権〕が認められた土地はいかなる便益も得ることができないし、この権利がもたらしうる利益または便益は、土地の所有権者の人格にのみ関係し、土地自体には関係しない」と述べ、狩猟権は土地その

ものの便益を高めるために設定されるものではなく、ある土地の所有権者の便益のために設定されるものでしかないとして、地役権の成立を否定した。我が国の教科書では、禁止されている人役権の例として、このような狩猟権設定の例があげられることがある。フランスでは、狩猟権さらには漁業権の設定に関しては、いまでも多くの裁判例があり、議論となることが多い。⁽⁶³⁾ アンシャンレジーム下、一六六九年のオールドダンスにおいて狩猟権の付与は貴族に対してのみ認められるようになったが、それ以前に領主が地域住民に付与した狩猟権につき地役権の性質を有するとした古い判例がある(特定の住民のためではなく、ある地域の住民全てに狩猟権を付与するとしたことが、地役権の承認につながったようである)。⁽⁶⁴⁾ その後、変遷を経て、破毀院は、本判決において、狩猟権について地役権としての性質を否定するに至った。⁽⁶⁵⁾ このような破毀院の立場に対しては、ある土地が狩猟または釣りにしか適さない土地であれば、狩猟・漁業はこれらの土地の通常の使用方法であり、土地の便益を高めるものとして、地役権の成立を認める余地があるとの批判がある。⁽⁶⁶⁾ いずれにせよ、破毀院は、ここでも、地役権の成立につき「土地の便益のため」という要件を厳格に解していると言えよう。⁽⁶⁷⁾

3. 破毀院第三民事部二〇〇一年七月四日判決⁽⁶⁸⁾

本判決では、競業禁止義務条項 (clause de non-concurrence) により、地役権の成立を認めることができるか、それとも単に債権的な性質を有する義務の成立を認めることができるだけなのか争われた。営業財産 (fonds de commerce) の譲渡に際し、競業禁止義務条項を挿入することにより、一方の職業活動と競合するような活動を、一定期間、一定地域で行わないことを約することがよく行われる。このような条項も、債務者に通常の営業を認める範囲においては、営業の自由を強く制限するものではなく適法であるとされる。

本判決の事例は、以下の通りである。X夫妻が所有する甲土地が、Y不動産民事会社 (Société civile immobilière,

(50)に売却された。売買契約書には、「甲地上でどのような形態の営業を行ってもよいが、手作り方式でのパン・菓子の製造販売は禁止する」旨の条項が挿入されていた。Y社は、甲地上に、商業用建物（スーパーマーケット）を建造した後、甲地とともに建物をZ不動産民事会社に売却したが、その際の売買契約書にも再び同様の競業禁止義務条項が挿入されていた。Z会社は、甲地を含む営業財産を、A有限会社に賃貸したところ、A社は禁止されている手作り方式でのパン・菓子の製造販売を甲地上で始めた。これが競業禁止義務条項に違反しているとして、X夫妻は、YZ両社ならびにA社に対し損害賠償を求めて提訴した。控訴院判決では、競業禁止義務条項は、「ある土地の便益のために他の土地につき人の所為による地役権を設定するもの」であるとされたが、本件では、要役地が特定されておらず、その結果、本件競業禁止義務条項は地役権設定契約としては無効であるとの判断が下された。しかし、破毀院は、ある者のために土地の利用を制限するという条項から生じるのは契約当事者のみを拘束する人的な債務にすぎないとして、控訴院判決を仏民六八六条・一一三四条に基づき破毀した。

競業禁止義務条項の恩恵を受けるのは、営業財産の譲受人ないし譲渡人であり、不動産ではない。この点から、判例は、長らく、競業禁止義務条項は義務者に人的債務を課すものでしかないとし、さらにそれが永久に競業を禁ずる内容であれば無効であるとしてきた⁽⁶⁹⁾。たしかに、その後の判例には、ある不動産の便益のためにある不動産について約された永久に競業を禁ずる内容の条項は無効ではないとしたものも存在した⁽⁷⁰⁾。しかし、本判決は、競業禁止義務条項により地役権の成立を認めることができなことを再確認したのである。ただし、従前の判例で問題となったのは、いずれも一定目的のために（たとえば倉庫として）改良された不動産ばかりであり、競業禁止地役権が土地の便益のために設定されたものと解することが可能な事例ばかりであった。このことから、本判決の射程範囲を狭くとらえ、目的物につき特別な改良がなされていない場合については、競業禁止義務条項から生じるのは人的債務にすぎないことを明らかにし

た判決と考える学説もある⁽⁷⁾。判例は、同条項により、地役権が設定されたと見られる場合もあるし、人的債務（スカペルのいう物的債務）が生じたにすぎないと見られる場合もあると考えているようである。

ここで問題となるのは、このような競業避止義務条項の対第三者對抗可能性の問題である。本判決のA社のような者からは競業避止義務条項の存在は認識しがたく、このような条項により地役権（非表現地役権）の成立を認めることには、第三者に予想外の結果をもたらした大きな問題があるとの指摘がある⁽⁸⁾。競業避止義務条項から生じるのが人的債務にすぎないのであれば公示する必要はないが、目的物の譲渡のたびに条項の存在を明らかにする必要がある。競業避止義務条項から生じるのが地役権の場合は不動産公示を要し、公示することで万人に對抗することが可能となる。このように、対第三者に対する関係では両者には大きな差異があり、競業避止義務条項により生じる権利をどのような性質のものと解するかは大変重大な結果をもたらす。

もつとも最後に四で検討するように、地役権の對抗問題については通常の對抗問題とは異なる取扱いがされており、実は、ここで、競業避止義務条項から生じる権利の性質をどちらと考えるかはそれほど重要でないように思われる。地役権は公示しなければならぬが、たとえ公示したとしても、承役地の売却に際しては、公示に加えてさらに売買契約書中で地役権の存在を明らかにしなければ、売主の追奪担保責任が問われる。また、たとえ未公示の地役権であっても、その存在が売買契約書中で明らかにされていれば、承役地所有者は悪意の第三者とされ、未公示地役権をもって對抗できるのである。スカペル論文は、ある権利が地役権なのか債権的な性質を有するにすぎない物的債務（スカペル論文は、物的債務を純粹に債権的なものととらえる）なのかの区別は、技術的なものにすぎず、客観的な考慮、特に経済的な考慮に左右されると説く⁽⁹⁾。不動産に課せられたある負担がどのような性質を有するのか決定する場合の解釈の基準は、不動産にかかる負担の客観的経済的有用性の探求によることが望ましいとするのである。

(2) 地役権者特定の必要性

土地の便益のために設定された権利であっても、破毀院は、受益者が特定されていない場合には、地役権の成立を否定している⁽⁷⁴⁾。ここでは、近時、この点をめぐって問題となったいくつかの破毀院判例を見ておこう。

1. 破毀院第三民事部一九九二年三月二五日判決⁽⁷⁵⁾

本判決では、ある湖沼地帯に存する土地について、「一番草権 (droit de seconde herbe)」という家畜の放牧権が問題となった。Xらが、一六五二年三月二五日に土地所有者との間で結ばれた合意に基づき、サン・ネルヴァン (Saint-Nervin) 地域の住民として、問題となっている土地につき「一番草権」を有するとして、土地所有者Yらに対し、家畜の放牧を認めるよう求めたものである。本判決において、破毀院は、この権利は地役権ではないが、特別な性質を有する不動産物権であるとした。特定の土地に負担を課すこのような不動産物権が認められるとしても、問題となっている土地の周辺地住民のために認められる権利にすぎず、権利者はある特定の不動産の所有者ではなく特定されていない。破毀院が、地役権の成立を否定したのは、この点を問題としたためである。ただし、破毀院は、本判決では、民法典にも農事法典にも規定されていない不動産物権である「一番草権」の存在を肯定しており、さらにこの権利は（当然ながら）不動産公示の対象とはならないことを明らかにしている。

2. 破毀院第三民事部一九九六年三月六日判決⁽⁷⁶⁾

本判決では、パリ市中心部での通行権 (droit de passage) の存在が争われた。一八六三年五月一八日付けの売買契約書により、パリ市が売り渡したサン・ミシエル広場六番地について、当該土地の所有者は、隣接する通りに出るために人々が通路を通行することを恒久的に認め、朝六時から午前〇時まで通路を開放する旨が約された。その後、サン・ミシエル広場六番地の建物の共同所有者組合が、パリ市との合意により、通路の開放時間を修正したのに対し、近接地

でホテルを経営するX社らが、一八六三年の合意で定められた通路の開放時間を守るよう、共同所有者組合を訴えたのが本事例である。本判決において、破毀院は、問題となつてゐる通行権は特定の要役地に便益をもたらすものではなく、パリ市民、全ての通行者に便益をもたらすものであつて、このような通行権は地役権としての性質を有さないとした。他方、このような通行権は、土地にかかる永久の負担と考えなければならず、民法典に列挙されていないが不動産物権と考えざるを得ないと判断を下した。ここでも、権利者が不特定であるという点から、地役権の成立は否定されているが、地役権とは異なる不動産物権の成立を認め、地役権同様、恒久性を有すると解したのであつた。

3. 破毀院第三民事部一九九九年二月一五日判決⁽⁷⁾

本判決の事例は、パリ市のラスバイユ大通りに面した土地を取得したA社が、隣接不動産所有者との間で、それぞれの建物内の中庭について一定の高さ以上の建物を建築しない旨を約した。さらに、一九〇六年八月三一日に、パリ市との間で、三人の所有者は、これらの不動産について恒久的に中庭を管理維持し、中庭には建物を建てない旨の合意を交わした。その後、A社が購入した土地上に建てた建物は区分所有建物となつたが、区分所有権者が本来は中庭であるはずの部分にも建物が建築されていることを発見し、この建築物の撤去と新しい区分所有関係の確定を求めたといふのである。

破毀院は、「共同中庭地役権 (servitude de cour commune)」とも言うべき地役権の成立は認めなかつたが、パリ市との間で不動産所有者が交わした合意により生じた中庭についての建築禁止義務は、本件区分所有不動産に課せられたものであり、区分所有権者団体が負わなければならない恒久的な物的負担であると考えた。上記合意により生じる権利は、特定の土地の便益を高めるものではないが、恒久的な性質を持つと解したのである。

以上、地役権者が特定困難な場合は、破毀院は厳格に地役権の成立を否定している。しかし、地役権の代わりに、民

法典等には規定されていない恒久的な不動産物権ないし物的負担の存在を肯定している。この点は、物権法定主義との関係で問題となる。破毀院が承認したいずれの権利も、公示義務が定められていないため公示なくして第三者に対抗できるものと解されているが、このような権利・負担こそ、物権者が自らの物を放棄しない限りはついて回るところの物的債務と構成することが可能なものではないかとも思われる。

(3) 要役地と承役地の別々の所有者への帰属

仏民六三七条・七〇五条によれば、地役権の成立には、二つの土地が別個の所有者に属していることを要する。要役地・承役地が同一人に帰属する場合、地役権を設定することはできない。《*hœmini res sua servit*（自らの物の上に地役権を有することは誰もできない）》という法格言はこのこと表している。⁽²⁸⁾ ある土地の所有者が、自らの土地上で、地役権の行使に当たるとなるような行為（たとえば、自らが所有する土地に水を引くために、自らが所有する他の土地に水路を設ける行為）を行うことがあるが、地役権の成立は認められない。ただし、これらの土地が後に分割され別人に帰属することになった場合には、「家父の用法指定による地役権」が設定されることがある。

判例は、これらの条文を盾に、区分所有建物 (*immeuble en copropriété*) について、専有部分間あるいは専有部分・共益部分間での地役権の設定を長い間認めてこなかった。破毀院第三民事部一九九二年六月三〇日判決では、「地役権については、承役地と要役地が別々の所有者に属する独立した所有権の対象となっていないなければならない。区分所有建物の場合は、そうではない」と述べ、また、破毀院第三民事部一九八九年一月一日判決では、「区分所有建物の共同所有状態 (*indivision*) と専有部分のために共益部分に地役権を設定することの間には矛盾がある」と述べ、それぞれ専有部分間あるいは専有部分・共益部分間での地役権の成立を否定した。区分所有建物の各専有部分の所有権について

は既に共益部分についての使用権が含まれており、また専有部分について地役権の設定を認めることは、専有部分に共益部分としての性格を与えるものであるとして、このような判例の立場に共感を示す学説もあつたが、学説の大部分は実務に与える影響が大きいこの従来の判例に批判的であつた⁸¹⁾。特に、判例の考え方は、区分所有について規定する一九六五年七月一〇日法二条二項が「専用部分は各共同所有者の排他的所有権の対象である」と規定していることと矛盾するのではないかとの批判がなされていた。そして、要役不動産たる専有部分の所有者が、地役権に基づき共益部分を使用するとしても、当該共益部分が地役権者の専有部分に変化するわけではないし、専有部分に地役権が設定されたとしても、その部分が共益部分に変化するわけではないとの批判がなされていた。

学説からの高まる批判を受けて、近時になって、破毀院第三民事部二〇〇四年六月三〇日判決は、区分所有建物の専有部分間での地役権設定について、それまでの否定的態度を改め判例変更を行つた⁸²⁾。同判決では、「区分所有建物の共同所有状態は、二つの専有部分間における地役権設定と両立し得ないわけではない。これらの専有部分は別々の所有者に帰属しているからである」と述べ、さらに「区分所有者は専有部分について排他的所有権を有し、共益部分については共有権を有している」のであるから、専有部分間での地役権設定には何ら問題はないとする。同判決の事例は、公正証書で、区分所有建物に付属する駐車場の一区画(甲)を有するXが、別の区分所有者Yが所有する駐車場の一区画(乙)について、Yとの間で、甲の所有者ならびに甲の承継人について甲に至る通行を認める通行権(droit de passage、地役権の性質を有するとされた)を設定したというものであつた。破毀院は、区分所有権の目的たる専有部分間の地役権設定を認めなかつた控訴院判決を一部破毀し、通行権を約した甲の当初の所有者だけではなく、甲を買受けた承継人も同権利を行使できるとした。

先述のように、判例変更は、従前の判例に対する数多くの批判に応えるものであると考えられる。ルヴェ教授によれ

ば、本判決以前の破毀院の立場は、区分所有の対象となつてゐる個々の専有部分ではなく、区分所有建物一棟または一群の不動産が一体として、地役権の対象たる一個の《Heritage》を構成するという考え方によつていたことから説明できるといふ。一九六五年法による「各共同所有者の排他的所有権」(二条二項)の対象となる専有部分の創設と、「全ての共同所有者、または共同所有者のうちの幾人かの共同所有の目的」(四条)である共益部分の創設が、《Heritage》の統一性と矛盾するとは考えられておらず、専有部分についての排他的な所有権と共用部分についての共同所有権が一個の不動産上に成立していると考えられた。その結果、複数の排他的な所有権が、同一の不動産上に存在するという矛盾した説明を生み出すことになつた。他方で地役権の対象は一個の不動産であるという考えから、区分所有建物について地役権設定は不可能であると考えられてきたのである。

五、地役権の対抗

(1) 地役権の公示

フランス民法典で規定されている地役権のうち「人の所為による地役権」については、他の全ての不動産物権同様、不動産物権の生前行為による移転・設定として、フランスの現行不動産公示制度の基本法たる一九五五年一月四日の不動産公示の改革に関するデクレ (Décret de 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière、以下一九五五年デクレと呼ぶ) 二八条一款 a 号により不動産公示の対象となつてゐる。⁽⁸⁴⁾ 地役権設定契約は、売買契約、交換契約、会社への出資行為、贈与、用益権設定行為と同様の公示義務に服する。通常、地役権の公示は、要役地所有者によりなされる。公示されるのは地役権設定証書(公示のため公証人が作成した公正証書であることを要する)であり、証書には、設定

契約の当事者、目的不動産等が明示されている必要がある。また、公示期間は、証書作成日より原則として三ヶ月である。このような公示の効果については、一九五五年デクレ三〇条一項一号が、地役権は公示しなければ第三者に対抗することができる旨を規定している。⁸⁵⁾ひとたび地役権が公示されれば、地役権は、第三者すなわち承役地の特定承継人に対抗可能となる。また、要役地所有者が特定承継人であっても、地役権の存在を証明するために地役権設定契約を援用することができる。⁸⁶⁾

なお、「人の所為による地役権」のうち「家父の用法指定による地役権」さらには「法定地役権」については、公示義務がない。これらの権利は地役権という用益物権として規定されているものの、我が国における相邻関係上の諸権利同様、公示の対象とはされていない。これらは、公示を要せず当然第三者に対抗できるものと考えられる。もつとも、一九五五年デクレ三七条一項の文言では、地代等の法定地役権の行使に關する合意は、使用者の情報のために公示することができるとされており、できるだけ第三者に不測の損害をもたらさないような対応がとられている。この公示は「純粹にインフォメーションとしての公示 (publicité purement informative)」と呼ばれ、義務的な性格は有しないし、公示をしないことにより何らかの制裁を受けるといふこともない。もつとも、公証人等の実務家については、顧客に対し法定地役権の行使に關する合意を証書の中で明らかにするよう促し、また右記の「純粹にインフォメーションとしての公示」も積極的に利用すべきであるとされる。⁸⁷⁾法定地役権に關する公示は、任意的なものではあるが、法定地役権行使の条件を明確にし、将来の紛争の危険を回避するために有用な手段と考えられているのである。すなわち、法定地役権の負担を受けているかを明らかにすることで、承役地の承継人さらにこの者の将来の承継人により、仏民一六三八条により売主の追奪担保責任が問題とされるのを防ぐという利点を有しているとされる。⁸⁸⁾

(2) 地役権の対抗問題における第三者の悪意

以下では、未公示の「人の所為による地役権」についての対抗が問題となった破毀院第三民事部一九八七年二月四日判決を取り上げて、地役権の対抗問題の特殊性について検討したい。⁽⁸⁸⁾ 本判決の事例は、A（承役地所有者）とB（要役地所有者）との間で、建築制限地役権設定契約が締結されたが、一九五五年デクレ二八条一款a号の規定にもかかわらず、この契約は公示されなかった。その後、AとBは、地役権を設定したことを告げずに、それぞれの土地の一部を譲渡した。承役地所有者Aから土地を取得したY夫婦は、隣地（BからX夫婦に譲渡されていた）に面した壁を高くする工事をしようとした。X夫婦は、前主Bを地役権者とする地役権設定契約を主張して工事停止を請求した。控訴院は、Y夫婦の権利はX夫婦とは別の前主に由来するものであり、Y夫婦は一九五五年デクレ三〇条一項一号の第三者ではないとした。Y夫婦は、控訴院判決は一九五五年デクレ二八条一款a号と三〇条一項一号に違反するとして破毀上告をしたが、破毀院は、地役権設定契約はたとえ公示されていなくても承役地譲受人であるY夫婦に対抗できるとして控訴院判決を破毀した。

本件において、Y夫婦はAから承役地を、X夫婦はBから要役地を取得しているが、破毀院は、両者の権利は共通の前主に由来するものではなく、一九五五年デクレ三〇条一項一号が規律する同一の者を起点とする対抗関係には立たないとして、Y夫婦の訴えを認めなかった。しかし、このような解決には議論の余地のあるところである。本件は、同一不動産について二重譲渡がなされ、それが二人の譲受人によってそれぞれ転売されたケースと全く同じ状況である。⁽⁸⁹⁾ 一般に、このような転得者間の紛争は、同一前主から不動産を取得した関係にはないので、転得証書の公示の前後によって優劣を決定することはできないとされる。⁽⁹¹⁾ 転得者間の優劣を決するには、転得者それぞれの前主（彼らの権限は同

一の前主に由来)の権利の公示の先後による⁽⁹²⁾。前主が自らの権利を対抗できない場合には、無権利の法理(《nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet》(何人も自己の有する以上の権利を他人に譲渡することはできない))《原則》)により、転得者は有効に権利を取得できない。

本判決では、同一不動産(承役地)上に競合するX夫婦(地役権者たるBの承継人)の権利とY夫婦(承役地所有者たるAの承継人)の権利間の優劣、すなわち地役権と所有権の優劣が問題となっているが、先述のように、人の所為による地役権については、当然公示をしなければ第三者に対抗することができないのであるから、自らの売買について先に公示を備えたY夫婦は、自らの所有権をもって当然地役権に対抗できる。本件は、承役地譲受人と、公示をしなかった当初の地役権者ではなくその承継人との間の紛争であった点で特色があるが、このような特色は紛争の解決に大きな違いをもたらさないと説く者もいる⁽⁹³⁾。Y夫婦に対してBの地役権が対抗できない結果、X夫婦も承継した地役権をY夫婦に対抗することができない。このような意味で、X夫婦とY夫婦の間の紛争も、不動産公示の先後関係で解決されるということができ、一九五五年三〇条一項一号が問題とされてもおかしくない事例であった⁽⁹⁴⁾。

しかし、評釈において指摘されているのは、本判決で問題とすべきは、実は、AとY夫婦の売買証書には消極的地役権(建築制限地役権)の存在に関する典型条項(*clause de style*)が挿入されていたという点ではないかということである⁽⁹⁵⁾。Y夫婦は、売買証書中で、譲り受けた土地に付随する地役権の存在を尊重するよう義務づけられていたと考えられる。一九五五年デクレ三〇条一項一号が適用できたとしても、悪意の第三者排除説を採用するフランスの判例によれば、Y夫婦が土地取得時に地役権の存在を認識している悪意の第三者であるならば、不動産公示を援用できないことになる。本判決の事例でも、その可能性が強かったのではないか。地役権設定証書が公示されていない場合には、承役地の承継人に未公示地役権をもって対抗できないが、承役地の取得証書の中で地役権設定の事実が明らかにされており、

承役地の承継人がこれを受け入れていたときは、悪意者として扱われ、未公示地役権はこの者に対抗できるとした古い判例が存在するのである。⁽⁹⁶⁾

本判決の事例において、Y夫妻が実際に未公示地役権の存在につき悪意であったかどうかは不明である。売買証書に明白な形で地役権の存在が記載されていない限り、Y夫婦が悪意の第三者であると言いつけることはできないであろう。売買証書に、売主に対する追奪担保責任追及を排除するという目的で、不動産につき設定されているかもしれない消極的地役権の存在につき一般的な表現を用いて記載された典型条項が挿入されていたとしても、そのような典型条項は要役地譲受人と承役地所有者との関係では意味のないものである。反対に、具体的な地役権の存在が、承役地の売買証書中に明記されていれば、たとえ地役権が公示されていなくとも、悪意の第三者として地役権の対抗を受けることになる。⁽⁹⁷⁾

地役権の対抗問題とえば、通行地役権の承役地が譲渡された場合において、譲渡の時に、承役地が要役地所有者によつて継続的に通路として使用されていることが、その位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたかまたは認識可能であったときは、譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らなかったとしても、特段の事情がない限り、地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらないとした我が国の最高裁判平成一〇年二月一三日判決が想起される。⁽⁹⁸⁾ 同判決については、一七七条の「第三者」から背信的悪意者のみを排除してきたそれまでの判例と矛盾しないかが問題とされたが、同判決は、譲受人が排除されるのは「いわゆる背信的悪意者であることを理由とするものではない」と述べており、第三者の主観的要件（背信的悪意者排除論）の枠外で問題を解決している。このような解決については、承役地所有者の権利を完全に排斥するものではない地役権の特質からすれば、所有権の二重譲渡とは異なつた第三者の主観的要件の判断もあり得るとの評釈

が多く見られた。⁽⁹⁹⁾ はたしてこのような地役権の特質として把握されているものが、地役権の對抗問題の解決に際して多大な影響を与えるものか。この点、フランスにおける未公示地役権の對抗問題に関する判例を見ていくと、約定地役権については通常の不動産二重譲渡紛争と同様に、悪意者を第三者から排除している。ただし、悪意者を排除するとしても、そこでの悪意は承役地の取得証書の中で地役権についての言及があつた場合を念頭に置いており、土地利用の客観的状况を認識していれば「第三者」から排除するという構成はとられていない。本節で検討した事例は、非表現の地役権であつたため、単純に我が国と比較することは難しいが、地役権の對抗問題においては、公示の有無よりも、承役地の取得証書中に同地にかかる地役権の存在が示されていたか否かが重要な鍵を握ると考えられる。

ところで、破毀院第三民事部二〇〇五年一月一四日判決⁽¹⁰⁰⁾では、現行の不動産公示法である一九五五年デクレではなく、旧不動産公示法である一八五五年三月三日法二・三条が問題となつた。控訴院は、地役権の存在について何ら記載されていなかった一九九七年九月一日付け売買証書によりYが購入した土地について、Xらの通行地役権と引水地役権の存在を認めた。これらの地役権は一九〇八年五月三日の贈与分割行為により設定されたのであるが、一九〇八年当時の不動産公示法においては、地役権設定行為につき公示義務は課されていなかった。地役権が公示されなければ第三者に對抗できないとされたのは一九五五年デクレ以降のことであるから、未登記地役権をもつて承役地の譲受人にも対抗できるといふのが、破毀院の結論であつた。フランス法において、地役権の對抗問題の中心は、実は、地役権の恒久性という性質と、不動産公示制度の調和をどのように図るかという点にある。裁判例を見ると、一八五五年法による一般的な不動産公示制度制定前から存在する地役権（ないしは、それに類すると考えられる権利）が問題とされていることが多く、⁽¹⁰¹⁾ このような公示に服することのない地役権をもつて第三者に對抗できるかが専ら議論されているのである。

六、終わりに

何度が指摘したように、フランスにおいて、地役権は恒久性を有するものと説明されている。フランス法では、恒久性という性質は、地役権の土地への附従性 (caractère accessoire) という性質から、必然的に導き出される法的性質であるととらえられている。すなわち、地役権には附従性があり、要役地と切り離して地役権のみを譲渡したり、差押えたり、地役権のみに抵当権を設定したりすることはできない。地役権は、不動産と運命を共にするのであり、不動産が存続する限り地役権も存続する。ただし、この恒久性という性質は地役権にとって本質的なものではないとされ、合意により地役権の存続期間を定めることも可能であるとされている。また、恒久性と言っても、所有権とは異なり、地役権は三〇年間の不使用により時効消滅することが認められている (仏民七〇六条)。このような地役権の恒久性については、「所有権の支分権」であるとの点を強調すれば、所有権の完全な権能を制限するものである支分権の永続は望ましくないとして問題視されることがある。

以上の点は、用益権等の人役権が、常に一時的なものであるとされていることと対照的である。しかし、地役権を、「土地自体に付着した性質 (qualité de fonds)」であるととらえれば、恒久性の説明は比較的容易なものとなろう。これに対し、用益権は終身権 (droit viager) であるとされ、権利者が死亡すれば消滅し、相続人に承継されることもない⁽¹⁰⁾。用益権等が設定されている間、所有権者は虚有権者 (nu-propiétaire) となり、用益権等の存続期間中は、虚有権者が本来有するはずの目的物についての用役・使用・居住等の諸権利が全て第三者のために用いられる。我が国同様フランスでも、地役権の設定により、承役地所有者の所有権は制約を受けるが、その権利の行使が完全に排斥されるものではなく、承役地所有者の享有を全く禁止してしまう地役権は設定できないとするのが判例である⁽¹¹⁾。恒久的な地役権を認め

ても、用益権のように所有権者の権利を完全に排除するものではないため、問題はさほど大きくないと考えられる。フランスにおいても、地役権は、所有権の権能の一部を地役権者に移転するという意味で、所有権の支分権すなわち所有権者の権能が一部譲渡（制限）される制限物権として理解されているが、本稿で見えてきたように、その性格は用益権等の他の所有権の支分権とはかなり異質なものではないかと思われる。どちらかと言えば、我が国における相隣関係上の諸権利のように、土地そのものに内在的に課せられている負担あるいは「土地自体に付着した性質」もしくは「土地の状態（*état de fonds*）」⁽¹⁶⁾でも表現する方がよいものではないか。特に、相隣関係上の諸権利を法定地役権と構成するフランス法においては、このような表現の方がより適切ではないかと思われる。フランス法では、法定地役権・約定地役権を区別せず、地役権の性質を、両者共通のものとして説明するため、地役権の定義からすると、法定地役権も土地自体の便益のために他の土地に課せられた負担であると解することになる。圍繞地通行権（*droit de passage*）など相隣関係上の権利についても、通常は法定地役権であると説明されているが、こちらについては私的な必要性や公の便益のために認められる一種の部分的収用（*expropriation partielle*）であるととする論者もあり、その性質をめぐってはいまなお議論がある。⁽¹⁶⁾

先述の我が国の最高裁の平成一〇年二月一三日判決については、通常の不動産二重譲渡事例との解決の違いが、承役地所有者の権利を完全に排斥するものではない地役権の特質から説明されることがあるが、このような通常の制限物権（所有権の支分権）の概念とはかなり異なる地役権の特殊性という観点から説明が可能ではないだろうか。この点については今後の検討によることとし、今回はひとまずここで筆を置くこととしたい。

(1) たとえば、近江幸治『民法講義Ⅱ 物権法（第三版）』（成文堂、二〇〇六年）二八三頁、山野日章夫『物権法（第三版）』（日本評論社、

二〇〇五年）一六六頁。

- (2) 山野目章夫「物的義務の現代的再生」東北五三卷六号二二二頁（一九九〇年）の分析による。
- (3) たごえは³⁴ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, 3^e ed., 2007, *Défensifs*, no 1100.
- (4) 互有とは、隣接する土地を隔てている障壁等の財物を二相隣者が共同所有している状態であり、今日では共有（copropriété）と同じ性質を有するとされている。
- (5) Ph. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, nos 1010 et s. フランス法における相隣関係について紹介する論稿として、武林悦子「フランス法における相隣関係」愛知学院大学大学院法研究会論集第一七巻第一・二号一頁（二〇〇二年）がある。
- (6) 我が国の通行権をめぐる議論・裁判例については、岡本詔治「隣地通行権の理論と裁判」(信山社、一九九二年)、安藤一郎『私道の法律問題』(第五版)〔三省堂、二〇〇五年〕を参照のこと。
- (7) 山野目・前出『物権法』(第三版)一六六頁。
- (8) フランス民法典の条文では、《heritage》という語が用いられているが、これは今日では《immeuble》(不動産)という語と同義と解されている。フランス民法典の条文訳については、神戸大学外国法研究会編『仏蘭西民法(Ⅱ)物権法・財産取得法(Ⅰ)』(有斐閣、一九八八年復刻版、法務大臣官房長官司法法制調査部『フランス民法―物権・債権関係―』(法曹会、一九八二年)を参考とした。
- (9) 人役権概念については、芹澤悟『制限的人役権』概念の史的基礎―亜細亜法学二七巻一号二〇三頁（一九九二年）を参照のこと。
- (10) 池田真朗「フランス的法典の伝統と日本民法典」法時七一巻四号四二頁（一九九八年）。
- (11) 梅謙次郎『民法要義 卷之二物権編』(復刻版)〔信山社、一九九二年〕三三二頁。
- (12) 高島平蔵「近代的用益物権の構成について」早稲田法学四〇巻二二七頁（一九六五年）。
用益物権を所有権の支分権として把握するとしても、負担を受ける土地の所有者は所有者のままである。そこから、所有権の本質を、各種の権能を全て備えているという点からではなく、権能の完全性を取り戻すことのできる地位であるという点から説明するものとして、P. Crocq, *Propriété et garantie*, 1995, LGDJ, no 96, がある。
- (13) たごえは³⁴ Ph. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, no 1124. 恒久性は地役権の本質であると述べる古い判例があるが（Civ., 5 mai 1919, DP231.230）³⁵ Ph. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, no 1124, note 46は³⁶、本質であるとまで言うのは誇張すぎであるとす。
- (14) 地役権の存続期間は、登記事項ともなっていない（中村誠「地役権の登記」鎌田薫ほか編『新不動産登記講座四・各論Ⅰ』(日本評論社、

二〇〇〇年)二九〇頁)。

(15) 山野目章夫「新しい土地利用権体系の構想」ジュリ一三六二号六一頁(二〇〇八年)。

(16) 山野目・前出「新しい土地利用権体系の構想」六一頁、山野目章夫・加藤雅信・加藤新太郎(鼎談)「民法の新潮流と民事実務——不動産法を語る」判タ一二三六号四五頁(二〇〇七年)。

(17) Ph. Malaurie et L. Aynès, op. cit., nos 801 et s. 用益権は、次のような三つの場合に、多く利用されている。①高齢者が自らの所有する不動産を売却する際に、自らを権利者とする用益権を設定し、売却代金を終身の定期金として受け取る。これは、高齢者が、用益権を、現状の生活環境を維持しつつ自らの財産を収入にする手段として用いるものである。②家族・親族間で、贈与者を用益権者とする用益権を設定し、贈与を行う。③と同様に、高齢者が、生活環境を維持しつつ、生前に自らが有する不動産を贈与することが可能となる。④仏民七五七条(二〇〇一年二月三日法)により、生存配偶者につき認められる用益権がある。この場合、夫婦間に子供がいるか否かなどに応じ、遺産全部またはその四分の一につき、生存配偶者には用益権が認められる。

なお、用益権に関しては、用益権者・虚有権者(目的財産の所有権者)ともに、目的財産を良い状態で維持管理することについてのモチベーションに欠けるため、目的財産(特に不動産)の荒廃を招くという点が問題点として指摘されることがある。しかし、通常は、用益権者・虚有権者間には、家族関係・愛情関係が存在するため、問題はさほど表面化しない。用益権の設定が、各種の賃貸借に適用される規定・特別法の適用を回避するために用いられることがあるという点の方が、より問題とされているようである。

(18) フランス法における地役権については、川島武宜編『注釈民法(七)物権(二)(有斐閣、一九八三年)四七三頁(稲本洋之助)のほか、近時では、武林悦子「地役権の沿革」愛知学院大学大学院法研究会論集一三卷一二号七五頁(一九九八年)、同「地役権の時効取得」愛知学院大学大学院法研究会論集一五卷一二号三三頁(二〇〇〇年)、同「フランスにおける地役権の法的性質」愛知学院大学大学院法研究会論一六卷一二号一〇一頁(二〇〇一年)で詳細な紹介がなされている。

(19) たとえば、高地の水を引くために低地に課せられる地役権がこれにあたる。本稿では、「土地の状態から発生する地役権」について詳細に検討することはない。

(20) Ph. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n° 1102. 地役権に関する豊富な裁判例を紹介する文献として、C. Foix, Droit des servitudes, 2008, Ellipses Marketing があつ。

(21) 稲本洋之助他編『ヨーロッパの土地法制』(東京大学出版会、一九八三年)二五頁(鎌田薫)。J.B. Aubry et H. Perinet-Marquet, Droit de

Urbanisme et de la construction, 6^e éd., 2001, Monichresien, n° 391.

- (22) たとえば、市街地に関する地役権 (servitude d'urbanisme)、都市計画法典 R. 1261 一条の付表に列挙されている、軍事地役権 (servitude militaire)、防衛法典 L. 511-1-1、511-4-3 条、防衛施設建設のために認められる)、航空地役権 (servitude aéronautique)、航空法典 R. 1241-1-1、R. 1245-2 条) である。
- (23) 仏民五三四条一項は、「土地所有者が、その土地の便益または利用のために土地上に置いた動物および物体は、用途による不動産 (immeuble par destination) である。」と規定する。たとえば、農場の経営に必要な器具・施設、養蜂に必要な蜜蜂の巣箱、養殖場の魚等がこれにあたる。
- (24) Req. 6 avril 1841, S.1841.1414.
- (25) 仏民六九二条から六九四条に規定されている「家父の用法指定による地役権」は、同一の所有者に属する土地の間に所有者により要役地・承役地の事実的關係が設定された後、それぞれの土地が譲渡または分割により異なる所有者に帰属した場合に成立する。日民二二三条に似た規定だが、地役権の発生の根拠は、譲渡または分割の当事者間の黙示の合意 (元の所有者の意思ではない) に求められるとされるため、「人の所為による地役権」に分類されている。この地役権につき最も問題になる点は、仏民六九二条は「継続かつ表現」の地役権に限り成立を認めるのに対し、仏民六九四条は「表現」のみを要求している点である。判例は、両土地を異なる所有者に帰属せしめた行為の証書がある場合には「表現」の要件のみを要求し、そのような証書が提出されないときは「継続かつ表現」の要件を要求する (Req. 7 avril 1863, D.63.1.413; Civ. 6 nov 1906, S. 1907. 1. 284 等)。
- 家父の用法指定による地役権が、なぜ我が国で採用されなかったかについては、岡本詔治「未登記通行地役権の対抗力について」現代通行権裁判の一断面」日法六五卷四号一九四頁注 (7) (二〇〇〇年)、岡本・前出「隣地通行権の理論と裁判」八六頁を参照のこと。
- (26) 小澤英明「景観地役権」判タ一〇一〇一三三頁注 (10) (二〇〇〇年) では、「客観的」な便益のためでなければ地役権を設定することができないとする舟橋説等につき詳細な検討がなされている。また、ドイツ地役権法における「便益」に関する理解については、秋山靖浩「ドイツにおける都市計画と併存する地役権——都市空間の制御における地役権の意義を探るために——」早稲田法学八一巻一号七頁・三一頁 (二〇〇五年) で検討がなされている。
- (27) なお、フランスにおいても、地代 (地権の対価) は地役権の成立に必須の要件とされていない。
- (28) Ph. Malaurie et L. Aynès, op. cit., nos 130 et s.
- (29) 最判昭和三〇年二月二六日民集九卷一四号二〇九七頁、最判昭和三年二月一四日民集一二巻二号二六八頁。判例が地役権の時効取得

を容易に認めないのは、隣人に好意で認めた通行が地役権という強力な権利にまで高められることへの危惧があるため、と考えられる。通路開設行為がなければ、承役地所有者が時効中断をすることが困難であるし、通路が開設されていたとしても要役地所有者以外の者が開設していた場合、要役地所有者が他人が開設した通路を「断続的に」利用しているにすぎないとされる。学説では、通路の維持管理は要役地所有者がしなければならないが通路は誰が開設したものでもよいとして、より簡単に通行地役権の時効取得を認める説が有力であるが、判例は近時においても右の考え方を再確認している（最判平成六年二月二十六日判時一五二二号三七頁）。

- (30) Req., 7 fév. 1883, D. 84. 1. 128 — Civ., 22 oct. 1924, Gaz. Pal. 1924, 2, 695 — Civ. 3e, 4 fév. 1998, JCP, éd. N. 1998, 1044, n° 27.
 - (31) Civ. 3e, 4 oct. 1989, Bull. civ. III, n° 183. — Civ. 3e, 19 juil. 1995, Bull. civ. III, n° 207.
 - (32) R. Wintgen, Etude critique de la notion d'opposabilité : Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand, 2004, LGDJ, n° 385.
 - (33) Ph. Delmas Saint-Hilaire, Le tiers à l'acte juridique, 2000, LGDJ, p. 258 et s.
 - (34) M. Plantoi, Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des facultés de droit, avec G. Ripert, 1925, t. 1, 1925, nos 2159 et s. — S. Ginossar, Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits des patrimoniaux, LGDJ, 1960, 「フランニオルとジノサールの見解については、佐賀徹哉「物権と債権の区別に関する一考察（一）・（二）」法学論叢九八巻五号二七頁・九九巻二号三六頁（一九七六年）、片山直也「財産——bien および patrimoine」北村一郎編『フランス民法典の二〇〇年』有斐閣、二〇〇六年）一八五頁以下を参照のこと。
 - (35) G. Cornu, Droit civil : Introduction, Les personnes, Les biens, 13e éd., 2008, Montchrestien, n° 21
 - (36) 地役権は、本文のように承役地所有者が自ら承役地を放棄する場合の他、物権一般の消滅原因——承役地の滅失・混同（仏民七〇五条・存続期間の満了等——により消滅するほか、地役権者による放棄（renonciation）によっても消滅する。なお、放棄には、対抗要件としての登記を必要とする。
- また、承役地の占有者が承役地を時効取得した場合にも、地役権は消滅する。ただし、フランスの多数説は、善意かつ正当権原による一〇年または二〇年の取得時効（仏民二二六五条）によっては、承役地上の地役権は消滅しないと解している。消滅時効の期間が三〇年とされていることとのバランスによるものである。
- さらに、地役権は、「三〇年の権利の「不行使（non-usage）」により、消滅時効により消滅する（仏民七〇六条）。起算点は、日本法と同様、不継続地役権については最後の行使の時、継続地役権についてはその行使を妨げる事実が生じた時である（仏民七〇七条）。また、時効消滅するのは、地役権者が行使しなかった部分についてのみである（仏民七〇八条）。

- (37) Civ., 22 nov. 1892, D. 1894, I. 4 (採水地役権の事例において、承役地の特定承継人に水門のゲート弁の維持義務が課せられるとされた事例)。
 他同出の判例も参照。 Civ., 9 janv. 1901, S. 1901, I. 169 参考。
- (38) Ph. Malaurie et L. Aynès, op. cit., nos 370 et 1111.
- (39) L. Michon, Les obligations propres rem dans le code civil, Th. Nancy, 1891.
- (40) G. Ripert, De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, Th. Aix, 1902. 最近では Ph. Delmas Saint-Hilaire, op. cit., p. 255 et s. の立場を採る。
- (41) M. de Juglart, Obligation réelle et servitudes en droit privé français, Th. Bordeaux, 1937. 最近では J. Hansenne, De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale, Mélanges A. Weill, Daloz, 1983 の立場を採る。
- (42) J. Derruppié, La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, Th. Toulouse, 1952. 最近では J. Scapel, La notion d'obligation réelle, 2002, PU Aix-Marseille, p. 307 et s. — Ph. Delmas Saint-Hilaire, op. cit., p. 258 et s. の立場を採る。
- (43) H. Aberkane, Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels, Essai d'une théorie générale de l'obligation propre rem en droit positif français, LGDJ, 1957.
- (44) M. de Juglart, thèse préc. — G. Cornu, op. cit., n° 21.
- (45) Ph. Delmas Saint-Hilaire, op. cit., p. 258 et s. 以下、トドロ論文 (J. Duclos, L'opposabilité : Essai d'une théorie générale, 1989, LGDJ, nos 131 et 132) を引用しながら、その点を説明する。
- (46) Ph. Delmas Saint-Hilaire, op. cit., p. 258 et s.
- (47) H. Aberkane, préc., n° 93, p. 117. アベルカーヌと同様に、物的債務概念を用いて地役権概念を説明しようとするものの、D. Ferru, La notion de servitude, 1973, LGDJ, p. 202 の立場を採る。
- (48) たゞ、J. Scapel, thèse préc.
- (49) J. Scapel, op. cit., nos 297 et s.
- (50) たゞし、物の所有者にかかる積極的債務として、物的債務の存在を認める判例もある (Civ., 1re, 14 avril 1956, Bull. civ. I, n° 161 ; Mompelner, 16 janv. 1967, Gaz. Pal. 1967, I. 233)。

- (1) Bernard Le Court, Les relations entre voisins : Servitudes, Mitoyenneté, Nuisances, Règlement des conflits, 10^e éd., 2006, Delmas/Dalloz-Sirey, n° 215.
- (2) Civ. 3^e, 2 déc. 1992, Gaz. Pal. 7 juill. 1993, som.p. 159, 1^{er} point 4⁵, 「土地賃借権を要役地として、地役権の設定を認める我が国の登記実務との違いがある(中村・前出「地役権の登記」三〇〇頁以下)」。
- (3) C. Larroumet, Les Biens : Droits réels principaux, 5^e éd., 2006, Economica, n° 812.
- (4) Ph. Malaurie et L.Aynès, op. cit., nos 1107 et s.
- (5) 高島・前出「近代的用益物権の構成について」二二五頁。地役権における「土地の便宜」要件の歴史的な形成過程については、Ph. Delmas Saint-Hilaire, op. cit., p. 255 et s. — J.-L. Halperin, Histoire du droit des biens, 2008, Economica, p. 50 et s., p. 199 et s. — F.Zenati-Castang et Th.Revel, Les biens, 3^e éd., 2008, PUF, n° 310^{bis}を参照(シラ)。
- (6) 例々々々 Ph. Malaurie et L.Aynès, op. cit., n° 1108.
- (7) Civ., 30 juin 1936, DP. 38. I. 65, note A.Besson ; S. 37. I. 161, note H. Valléon ; RTDciv. 36. 883, obs. H. Solus.
- (8) 《clause de construction bourgeoise》(「clause d'occupation bourgeoise」)と呼ばれる(シラ)を参照。武林・前出「フランスにおける地役権の法的性質」一四・一五頁を参照(シラ)。
- (9) Ph. Malaurie et L.Aynès, op. cit., nos 1117 et s.
- (10) 地役権の成立を否定した判決(シラ) Civ., 29 mars 1933, DH. 33. 282, S. 33. I. 206 ; Gaz. Pal. 1933. I. 42 ; RTDciv. 1933. 904, obs. H. Solusが肯定した判決(シラ)は Civ., 12 juin 1934, DH. 34. 410 — T.civ. Seine, 25 juill. 1951, Gaz. Pal. 1951. 2. 189^{bis}を参照。
- (11) Ph. Malaurie et L.Aynès, op. cit., n° 1121.
- (12) Civ. 3^e, 22 juin 1976, Bull. civ. III, n° 280 ; Defrénois 77, art. 31. 297, note E. Frank.
- (13) 狩猟権・漁業権に関する豊富な裁判例を紹介する(シラ) J.-Cl.Civ. II, Art. 686 à 689, par H.-J. Lucas, actualisé par Y. Tremorin en 2007, nos 38 et s. — E. Alauze, Les servitudes dans le droit de classe, Gaz. Pal. 1981. I., doc.p. 203^{bis}を参照。
- (14) Req., 4 janv. 1860, DP. 1860. I. 14 ; S. 1860. I. 743.
- (15) Civ. 3^e, 19 fév. 1980, Bull. civ. III, n° 44 ; D. 1980. ir. p. 272 ; RTDciv. 1980. 247, obs. J.-L. Bergel に基づいて、地域住民に対する狩猟権の付与の事例で地役権としての性質が認められなかった。

- (66) Ph. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n° 1113.
- (67) 同様の判決として、特定の建物の暖房のために特定の土地で薪を拾う権利は地役権であるとすることがある (Civ. 3e, 18 juill. 1979, Bull. civ. III, n° 161)。これに対して、ある特定の者がある特定の土地で薪を拾う権利は地役権ではなく。
- (68) Civ. 3e, 4 juill. 2001, Bull. civ. III, n° 94 ; D. 2002, 433, note R. Lhéalaber ; 2513, obs. N. Rebouill-Maupin ; JCP, éd. G, 2002, I, 126, n° 17, obs. H. Périnet-Marquet, RTD Civ. 2002, 125, obs. Th. Revet. 本判決について J. Scapel, op. cit., p. 310 et s. (参照シテ)。
- (69) Civ. 3e, 18 mars 1987, Bull. civ. III, n° 59 ; D. 88, som. 177, obs. Y. Serra, 3e esp. 武林・前出「フランスにおける地役権の法的性質」一一二・一三三頁も参照シテ。
- (70) Com., 15 juill. 1987, Bull. civ. IV, n° 184 ; D. 88, 360, note Chr. Atlas et Chr. Mouly ; D. 88, som. 177, obs. Y. Serra, 4e esp. ; RTD imm. 1988, 81, obs. J.-L. Bergel.
- (71) Ph. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n° 1115.
なお、競業禁止義務に関する判例と並んで、隣接する二つの土地を開発する者について相互に競業することを禁じる条項は、同条項が譲渡証書に挿入されておりこれを譲受人が受け入れない限り、譲受人に対抗することができないとした判例がある (Com., 1re avril 1997, Bull. civ. IV, n° 89)。
- (72) J. Fr. Astruc, La clause de non-concurrence accessoire au contrat de cession d'un bien immobilier, D. 2002, 908.
- (73) J. Scapel, op. cit., n° 300.
- (74) 本文中で紹介した事例の他にも、受益者が特定されていないという同様の理由で、スキースリフト (télésiège) の建設を目的としてある土地につき設定された権利について、地役権ではないとの判断を下した判例があったが、その後の特別法により、スキースタジアムやスキースリフト設置のための地役権が認められるようになった (一九八五年一月九日の法律八五・三〇号五三・五四条。同条は、観光法典 L. 三四二・二〇条・L. 三四二・二六条に挿入されてゐる)。
- (75) Civ. 3e, 25 mars 1992, Bull. civ. III, n° 106 ; JCP, IV, 1581, 172 ; D. 92, 19, ir. 137, 142 ; Gaz. Pal. 1992, No 276-277, panorama. 238 ; Gaz. Pal. 6 mars 1993, som. 9 ; RTD imm. 1996, 536, obs. J.-L. Bergel.
- (76) Civ. 3e, 6 mars 1996, JursiData n° 1996-000884.
- (77) Civ. 3e, 15 dec. 1999, JursiData n° 1999-004456.

- (74) ただし、この原則を、破毀院は、行政地役権には適用しない。(Civ. 1re, 9 juin 1959, Bull. civ. I, n° 291)。行政地役権は、地役権という名がこめてあるものの、本文中で述べたように、通常の地役権とはかなり異なった性質を持つものだからである。
- (75) Civ. 3e, 30 juin 1992, Bull. civ. III, n° 231; D.93, 166, note Cl. Givendon; RTD Civ. 1993, 618, obs. F.Zénati et al. 同旨の判決として Civ. 3e, 31 janv. 1969, Bull. civ. III, n° 108。Civ. 3e, 6 mars 1991, Bull. civ. III, n° 75; R., p. 305; D.91, 355, note H. Souleau, som. 131, obs. Cl. Givendon; JCP, éd. N, 1991, 2, 205, n° 15, note B. Stemmer; RTD imm. 1991, 187, obs. J.-L. Bergel; RTD Civ. 1991, 565, obs. F. Zénati — Civ. 3e, 21 mars 2001, D. 2002, 1525, obs. J. R. Bouyeyre.
- (80) Civ. 3e, 11 janv. 1989, Bull. civ. III, n° 11; RTD Civ. 1990, 310.
- (81) Ph. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n° 717等。
- (82) 従来判例を批判するものとして F.Zénati, obs. préc. — J.-L. Aubert, note, JCP, éd. N, 1994, 285等。
- (83) Civ. 3e, 30 juin 2004, Bull. civ. III, n° 140; R., p. 272; D.2005, 1134, note Cl. Givendon et P. Capoulant; JCP, éd. G, 2004, I, 171, n° 15, obs. H. Périer-Marquet; RTD imm. 2004, 440, obs. J.-L. Bergel; RTD Civ. 2004, 753, obs. Th. Ravelet.
- (84) 地役権の公示をめぐる問題については M. DAGOT, Servitudes et publicité foncière, JCP, éd. N, 1991, I, 76を参照のこと。
- (85) 一九五五年テクレ三〇条一項は、不動産公示なくして對抗することができない第三者の範囲について、日本法に比して極めて明確な規定をおいている。同条によれば、不動産公示なくして對抗することができない第三者とは、①同じ前主からの特定承継人、②同一不動産上に競合する権利を有する者、③同様の対抗不能の制裁を受ける公示の義務がある証書または判決により権利を取得した者、④公示を先に備えた者のことである。(Ph. Malaurie et L. Aynès, Les sûretés, La publicité foncière, 3e éd., 2007, Défrenois, nos 648 et s.)。これは、フランスにおいて、不動産公示原則(対抗要件主義)が意思主義に対する例外とらえられていることから、その例外となる範囲を明確に画する必要があるととらえられているからである。拙稿『対抗』理論における第三者の主観的態様の意義——近時のフランス破毀院判決からの考察』國學院三八巻二七七八頁(二〇〇〇年)も参照のこと。
- (86) Civ. 3e, 10 oct. 1990, Bull. civ. III, n° 125; D. 91, som. 90, obs. A. Robert; RTD Civ. 1992, 599. 同判決によれば、「ある土地の所有者は、自らの土地が便益を受ける地役権の存在または内容を証明するために、たとえ自らが設定行為の当事者でなくても、承役地についての地役権設定証書を援用することができ得る。」
- (87) C.Foix, op. cit., n° 049.

- (88) 仏民一六三八条「売却された不動産が非表現地役権の負担を受けているにもかかわらず、そのことが示されておらず、そのような地役権が設定されていれば買主は購入しなかったであろうと推定できる場合、買主は、損害賠償で満足しない場合には契約を解除することができ²⁹⁾」
- (89) Civ. 3e, 1 fév. 1987, Bull. civ. III, n° 20, p. 12 ; M.-N. Jobard-Bachellet, *Servitude et grandeur de la publicité foncière en droit civil français*, D.1988, chr.247. 本判決については、拙稿・前出「[対抗]理論における第三者の主観的態様の意義」七九頁以下でも検討している。
- (90) 破毀院第三民事部一九八七年五月一三日判決 (Civ.3e, 13 mai 1987, Bull.civ. III, n° 103, p.61.) では、同一不動産について競合する権利を取得した二人の承継者(または転得者)間の紛争という同じ問題を扱っているながら、取引安全を重視し、公示を尊重するという異なったアプローチを見せている。
- (91) G. Marty, P. Raynaud et Ph.Jestaz, *Les sûretés, la publicité foncière*, 2e éd., Sirey, 1987, n° 733.
- (92) Note A. Fournier sur Civ. 3e, 11 juin 1992, D. 93, 528.
- (93) M.-N. Jobard-Bachellet, *chr.préc.*, p.249.
- (94) M.-N. Jobard-Bachellet, *chr.préc.*, p.249.
- (95) M.-N. Jobard-Bachellet, *chr.préc.*, p.249.
- (96) Civ., 17 juill. 1918, DP, 18.1.71.
- (97) したがって、売買契約書等を作成する公証人が重要な役割を演じることになる。公証人の責任については、C. Foix, *op. cit.*, n° 048, さらに建築人の責任にも言及したものと、H. Péniac-Marguet, *obs. sur Civ.3e*, 15 déc. 2004, *Defrénois* 2006 n° 1, p.58.
- (98) 最判平成一〇年二月二三日民集五二卷一号六五頁。
- (99) 近時では、石田剛「背信的悪意者排除論の二断面(一)——取得時効に関する最判平成一八年一月一七日判決を契機として——」立教七三号九一頁(二〇〇七年)において、地役権の特殊性から、平成一〇年判決の「背信的悪意者排除論」を用いない判断枠組みが肯定されている。
- (100) Civ. 3e, 14 déc. 2005, Bull.civ. III, n° 249 ; JCP, éd. N, 20 Janvier 2006, *Actualité*, p. 125.
- (101) Bernard Le Court, *op. cit.*, n° 237 et s.17 は、ごくつかの地方に封建時代から残る地役権の例が紹介されている。
- (102) ただし、設定時に相続可能な用益権を設定することは可能であるとされる。用益権の存続期間は、平均二〇年程度であるという (Ph. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, nos 804 et 805.)。また、用益権は、法人のためにも設定できるが、その場合は、仏民六一九条により、存続期間

は三〇年が上限とされる。

- (103) このような地役権の性質は、近時の破毀院判決の評釈においても、ペリネ・マルケ教授らにより強調されている。Civ. 3e, 24 mai 2000, Bull. civ. III, n° 113 ; D. 2001. I. 151, note R.Lichaber — Civ. 3e, 27 juin 2001, Bull. civ. III, n° 87 ; JCP, éd. G, 2002. I. 126, n° 18, obs. H. Périnet-Marquet.

- (104) Civ. 3e, 24 mai 2000, Bull. civ. III, préc. — Civ. 3e, 27 juin 2001, Bull. civ. III, n° 87 ; JCP, éd. G, 2002. I. 126, n° 18, obs. H. Périnet-Marquet. 右記の Civ. 3e, 24 mai 2000 によれば、「地役権は、他人の所有権を侵害する権利を付与するものではない」し、「承役地所有者による所有地の享受を全て禁ずるような地役権を設定することはできない。」

- (105) 最判平成二年一月二〇日民集四四卷八号一〇三七頁。土地の分割・一部譲渡により袋地ができた場合、残余地にしか圍繞地通行権は認められない(日民二二三条)。土地の分割・一部譲渡により生じた袋地と残余地がそれぞれ譲渡された場合、袋地取得者は、残余地譲受人に対して無償の圍繞地通行権を主張できるか否かが争われた事例において、判例は、相關関係上の権利は「袋地に付着した物権的権利」ないし「残余地に課せられた物権的負担」であるとして、残余地への無償通行を認める。学説中には、二二三条は对人的関係を定めたものであるとして、判例に異論を唱えるものがある。

- (106) Ph. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n° 1054.

〔追記〕校正段階で、フランスの物権法改正検討グループによる物権法改正準備草案(Avant-projet de réforme du droit des biens)に接した。地役権については、家父の用法指定による地役権に関する規定の明確化、継続・不継続と表現・非表現という区別の撤廃などが提案されているが、大部分は現行の規定を維持するものとなっている。同準備草案については、アンリ・カピタン協会のホームページよりダウンロードできる。