

都市環境保全における「公法と私法」序論

—連担建築物設計制度を出発点として—

宮澤俊昭

はじめに

現在、民法の教科書では、民法の実質的意義を「私法の一般法」とし、その前提として、公法は国家と国民の関係や国家の機関の組織などを定める法、私法は国民相互の関係を定める法として説明することが多い¹⁾。しかし、これと同時に、公法と私法は厳格に区別されるわけではないことにも触れられている²⁾。このように、公法と私法を厳格に区別することは当然のこととはされておらず、逆に公法と私法を厳格に区別することの有用性については多くの疑問が投げかけられている。この点につき、民法学の側からは以下のような問題整理がなされている³⁾。

この整理によれば、まず公法と私法の区別の実益について、従来は以下の二点が挙げられてきたとされる⁴⁾。第一が行政事件訴訟法の特例の適用される公法上の法律関係を明らかにするためであり、第二が具体的な法律関係に適用される法規や法原則を決定するためというものである。しかし、上記第一の点については、一切の訴訟が通常裁判所で扱われ、行政事件訴訟法の当事者訴訟の特例も民事訴訟から著しくかけ離れるものではないこと、上記第二の点については、まず公法関係か私法関係を決めて適用法律を考えるのではなく、当該の社会関係の実態や問題となっているいくつかの規定の趣旨を考え合わせて適用する規定を判断すべきであることをそれぞれ述べたうえで、公法と私法を区別する実益はないとしている⁵⁾。

さらに、公法と私法の理論的差異について、法律全体を厳密に公法と私法に二分することはできないため、近代法において公法といわれることに異論のなかった法律と私法とされることに異論のなかった法律とを対比して、公法的、私法的と呼び得る特色を列挙し得るにとどまる、として以下の三点がその特色

的差異として挙げられている⁷⁾。第一が、規律する本来的な対象の違い、すなわち私法は個人と個人との関係を規律するものとして、公法は行政権の主体または行政機関の組織、その相互関係およびそれらと個人との関係を規律するものとしてそれぞれ歴史的に出発したことである。第二が、私法では個人が平等なものとして規律され、公法では行政権の主体が一方的にその意思によって個人に臨む、いわば私人に優越する場合が認められている、という社会関係の規律の仕方の違いである。第三は、私法は社会関係の形成をできるだけ個人の自主自立に委ねるが、公法では積極的に法の目指す目的を実現するように国・公共団体が介入し、その際に形成されるべき社会関係の内容も自由に委ねられる領域が狭い、という社会関係の規律の仕方の違いである⁷⁾。このほか、上記第二、第三の特色的差異から、公法には社会関係形成のための積極的規制が、私法には紛争発生後の個別的・消極的処理が、それぞれの役割として分担されるとする⁸⁾。

そして、上述の三点の理論的差異が公法と私法との間にあることを前提として、かつて私法によって規律されていた領域への公法の進出（私法の公法化）と、かつて公法だけが規律するとされた関係に私法も適用されることになった（公法の私法化）ことが指摘されているのである⁹⁾。

以上のような問題整理を受けて、「公法と私法」の問題は、両者を対照し、すべてを対立的に考え、それぞれが自足的な法体系であるとする理解はすでに姿を消し、公法と私法の差異を前提として、両者の関連を論じ、規定の不備な公法関係に私法を適用すべきかという問題として論じられているとされている¹⁰⁾。その際に念頭に置かれる具体的問題としては、行政処分には民法177条が適用されるか否か、地方公共団体の長がなした職務権限外の行為について相手方は民法44条、同110条などを援用して地方公共団体の責任を問い得るか否か、などが挙げられている¹¹⁾。

しかし、複雑さを増す現代社会の中では、私人と私人の関係における行政法令の重要性が増しているという事実は否定しがたいものであろう。そのうえ、社会における経済的力関係、またはそれを反映した法形成における力関係の差を強調しつつ、契約正義等のより普遍的な価値を求めて国家の介入を肯定的に捉える発想や、個人の自由またはその前提条件を確保、支援するために国家の積極的介入を求めるという発想が、現代法理論の中で大きな位置を占めている

とされる⁹³。このような状況のもとでは、公法と私法の一般的な関係において、「公法関係に私法を適用すべきか」という従来から設定されている問題を超えて、さらに広い問題意識を持つことが求められているといえよう。

さらに、環境法領域⁹⁴、消費者法領域⁹⁵、都市法領域⁹⁶などといった、既存の法領域から独立した複合法領域の構築が提唱されている現在、一般的な「公法と私法」の関係について設定され得る問題意識にとどまらず、それぞれの法領域内で個別に新たな「公法と私法」の関係の構築が求められているのではなからうか。例えば、環境法領域の確立の必要性を説く見解によれば、対象領域としても、法原則としても、既存の民法、行政法、国際法などの法領域から独立した固有の領域としての環境法領域を確立させる必要があるとされている⁹⁷。そして、その環境法領域の構築に当たっては、それぞれが別個に独立して法領域を形成している民法と行政法という、環境法領域において重要な役割を果たしている二つの法を、いかにして関連付け、融合させていくかが、新たな課題として浮上してくるといえるのではないか⁹⁸。

以上のような課題を念頭において、土地の有効利用に資する建築規制手法として1998年の建築基準法改正に伴って新設された連担建築物設計制度（以下「本制度」）を検討することを通じて、一般的な公法と私法の関係においていかなる点を意識する必要があるのかについて、極めて限局的にはあるが、考察していきたい。

なお、既存建物からの未利用容積率移転を実質的に可能としている本制度に関して、本制度の創設は歪んだ都市空間の創出・固定化につながるという批判⁹⁹や居住問題の見地からその有効性に疑問を呈する見解¹⁰⁰などが既に存在する。しかし本稿ではこれらと視点を変えて、本制度の内容につき民法的な考慮がなされているのか、及び本制度による未利用容積率の移転につき民法上ではどのような権利の性格を持つのか、という二つの視点から検討を加えたい。本制度に関わる問題は多岐にわたり、上記の視点からそれぞれに検討されるべき問題も、さらには両者の視点を総合して検討されるべき問題（例えば、公示の問題、取引の安全の問題、実効性確保の問題等）も存在する。それらのなかから、それぞれの視点の特徴的に表す問題として、前者の視点について同意を必要とされる関係権利者の範囲の問題を、後者の視点について移転される未利用容積率利用権の法的性格を、それぞれ海外の類似の制度と比較しつつ検討する。

以上のような作業の中から、一般的な公法と私法の関係について、新たに持つべき問題意識を指摘したうえで、さらに個別の法領域、とりわけ環境法領域における公法と私法の新たな関係をいかに模索していくかについて、何らかの示唆を得たい。

第一章 連担建築物設計制度²⁰⁾

一. 連担建築物設計制度の創設の背景

現行制度においては、用途地域制を中心とする土地の利用計画の基本的枠組みのもとで、個々の建築物を単位として、許容される建築限界を敷地毎に規定する建築規制の適用を基本としている（一建築物一敷地の原則）。

しかし、我が国の市街地において街区の形成が不十分であることや、狭小な敷地が多いこと等から、敷地毎に建築できる範囲を規制する現行の方式のみでは合理的土地利用による調和ある町並みの形成が困難となっている。そこで街区レベルを視野に入れつつ、規制の適用単位を拡大するとともに、建築物が相互に関係を持ちながら一体となって市街地空間を形成することが望まれる。1997年の建築審議会答申において、以上のような認識に基づいて、既存建築物を含めて相互の関係を調整して設計される複数の建築物について、地方公共団体がその配置、形態等を評価したうえで全体を一体的なものとなし規制を適用する手法を導入する必要性が提言された²¹⁾。

これを受け、隣接する建築物の有無に関わらず一建築物一敷地を単位として適用される一般的基準に代えて、形成される建築環境の水準の観点から具体的な建築計画を個別的に判断する規制方式として本制度が創設された。

従来の容積率移転を実現し得る制度では既存建物からの容積率移転の実現は困難であったが²²⁾、本制度によって既存建物からの容積率移転の実現が容易になった。そこで本制度は、主として既成市街地において効果が大きいものと見られている。

二. 連担建築物設計制度の内容

本制度では、複数敷地により構成される一団の土地の区域内において、既存の建築物の存在を前提とした合理的な設計により、建築物を建築する場合において、各建築物の位置および構造が安全上、防火上および衛生上支障がないと

特定行政庁が認めるものについて、複数建築物が同一敷地内にあるものとみなされて建築規制が適用される（新建築基準法（以下「建基」）86条2項）。例えば、容積率、建ぺい率などについては、一団の土地の区域全体の面積を分母とし、複数建築物の延べ面積や建築面積の合計をそれぞれ分子として容積率、建ぺい率を計算することになる。

三. 手続等の整備

本制度の認定の申請に際して、対象となる区域内の土地について所有権または借地権を有する者（以下「関係権利者」）の同意が必要とされる（建基86条3項）。

また、認定後新たに区域内の土地を取得しようとする者が不測の損害を被ることがないように、認定の際には、対象となる土地の区域（公告対象区域）などが公告され、この公告が認定の効力発生要件となる（建基86条7項）とともに、区域内の建築物について一定の建築内容を表示した図書が、市役所などで一般の縦覧に供される（建基86条6項）。

四. 連担建築物設計制度と私法上の取引

本制度は、一建築物一敷地の原則に対して、より合理的な設計を可能とするため導入されるものであり、容積率の移転を制度化したものではないが、運用の結果として容積率を移転したのと同等の結果が生ずる。この移転についての対策として、法律制度の周知徹底のほかに、行政の審査の過程においてトラブルの発生を防ぐように指示を出すとされている⁹⁸。また、取引の安全性を確保するために、公告、縦覧の手続のほかに、宅地建物取引業法の重要事項説明の一つとしてこの制度が位置づけられた⁹⁹。

しかし、不動産登記制度との関係では、本制度に関する事項を不動産登記簿に直接載せることはできないとされる。その理由としては、まず不動産登記制度は民法177条の規定を前提として物件の権利関係を公示し取引の安全を守るという制度であるのに対し、本制度は純粹に建築基準法の行政的な規制に関する事項であり制度の目的が違うということ、および不動産登記制度は一筆毎の土地を対象にしてそれに関する権利関係を公示しているのに対し、本制度では複数の建物があり、その敷地を一団の土地として特殊な行政上の規制をかける

システムになっており、制度の対象となっている土地の捉え方が異なっているということが挙げられている⁹⁸。

第二章 同意を必要とされる関係権利者

一. 問題の所在

第一章三. で述べたように、本制度の認定の申請にあたって、関係権利者として同意が必要とされているのは、対象となる区域内の土地について所有権または借地権を有する者のみである。しかし、容積率の移転とは、特に容積率の移転をする側の土地において容積率の減少という大きな価値の変動を生じさせるものである。この容積率の減少について何らかの影響を受ける者の同意が必要とされるべきではないか。

二. ニューヨーク市の「敷地併合制度」における関係権利者の範囲

1961年、ニューヨーク市ゾーニング条例における「敷地」の定義規定の拡張が行われた。この拡張部分が「敷地併合制度 (zoning lot merger)」と呼ばれている部分である。この制度は1977年に更に改正されている⁹⁹。

「敷地併合制度」では、異なった所有者のもとにある土地を一つの敷地にまとめてしまうという方法によって、実質的にある土地から隣接する土地へのF.A.R. (Floor Area Ratio)¹⁰⁰ の移転が実現される。つまり一つの敷地内部で両者一体としての法定のF.A.R.を配分するということである¹⁰¹。この制度では、F.A.R.を移転する側の土地に既に建築物が存在している場合でも利用が可能であり、我が国の連担建築物設計制度とほぼ同じ内容であるといえよう¹⁰²。

敷地併合制度を利用して開発しようとする者は、当該敷地に関するすべての関係権利者 (Party in Interest) の敷地併合の宣言に対する同意を得たうえで、その宣言に基づいて作成される制限宣言書を市の登記事務所の譲渡部又は郡役所に登記する。そして、権限保険会社が発行するその宣言及び登記についての証明書を建築計画に添えて、建築局に提出しなければならない。その証明書を伴った計画が関連する法規に違反していなければ、建築局は建築許可または占用証明を発行することになる¹⁰³。

同意を受けることが必要とされる関係権利者について、ニューヨーク市のゾーニング条例では以下の4つの類型を規定している¹⁰⁴。

(W) 当該敷地上の土地の所有者。

(X) 当該敷地併合の宣言に優先しかつその一団の土地の一定部分の占有を結果として獲得させうる、当該敷地の全部または一部に関する裁判上強制可能な登記されている利益の保有者。

(Y) 当該敷地併合の宣言によって不利な影響を受ける (be adversely affected)、当該敷地の全部または一部に関する裁判上強制可能な登記されている利益の保有者。

(Z) 当該敷地併合の宣言に優先しかつ当該敷地併合の宣言によって不利な影響を受けかつ当該宣言によって併合される一団の土地のある部分の現況調査によって明らかにされうる当該敷地の全部または一部に関する登記されていない利益の保有者。

(Z) の目的は、単に通常のコモンローの原則のもとで当該敷地併合の宣言に優先する利益のみを含めることにある。その敷地併合の宣言に対して拒否権を持つべきなのは、その宣言に優先する利益の保持者のみであるので、これは、完全に合理的であるとされる⁹⁹。(Y) は、登記された利益に関することである以外、ほぼ (Z) と同じことがいえる。(X) は、明らかに抵当権 (mortgages) とその他の先取特権 (other liens) を範疇に入れることを意図しているが、文言上は登記された賃借権にも同様に適用されることになる⁹⁹。

三. 連担建築物設計制度における関係権利者の範囲

本制度において、所有権および借地権を有する者の同意が手続上必要とされた理由として、対象区域内の各建築物が同一敷地内にあるものとして取り扱われるため、その対象区域内の建築物の建替えの際に通常建築確認のほか特定行政庁の認定を要することになる、という手続の附加が挙げられている⁹⁹。しかし、容積率が土地の価値を決定する重要な要素であることからすれば、このような公法的な手続のみを考慮して同意が必要とされる関係権利者の範囲を画することには問題があり、私法的な権利関係も考慮に入れて、関係権利者の範囲は決定されるべきである。

すなわち、容積率が土地の価値を決定する重要な要素であることから、関係権利者の範囲につき、公法上の手続が附加されるか否かという現行法のような観点のみではなく、当該容積率の移転による土地の価値の減少によって影響を

受けるか否かという観点からも検討を加えるべきである。そこで、同意を得ることが必要とされる関係権利者として、第一に容積率を移転する側の土地を「建築」という形で利用する形態の権利を持つ者、第二に「建築」という形の利用はできないが容積率を移転する側の土地の価値を把握している権利、すなわち担保権を持つ者、という二つの類型が含まれていなければならない。

第一の類型については、現行法においてすでに所有権者および借地権者の同意が必要とされており問題はないといえよう。第二の類型に関しては、担保物権として抵当権、不動産質権および不動産先取特権、その他として、譲渡担保、仮登記担保、買戻し特約および再売買の予約を挙げることができる。これらの権利については容積率の減少によってその内容に大きな影響を受けるので、同意が必要とされる関係権利者として扱うべきである⁹⁹。

四. 小括

以上の検討から、建基86条3項に定められた手続では、同意を得ることが必要とされる関係権利者の範囲が狭すぎるといえよう。このことは、私法上の権利関係に対する配慮が足りなかったことを示している。2000年5月19日に公布された建築基準法改正において、特例容積率適用区域を定め、その区域内においては隣接しない土地に対しても容積率を移転し得る制度が新設され、(建基52条の2及び3の追加)、その申請時には、政令で定める利害関係を有する者の同意が必要となる(建基52条の2第2項)と規定されている。政令において担保権者も含むようにするとともに、建基86条3項に「担保権者」の文言を追加する形での速やかな建築基準法の改正が求められるといえよう。

第三章 移転される未利用容積率利用権の法的性格

一. 問題の所在

連担建築物設計制度の創設以前にも、特定街区制度、一団地総合的設計制度等を利用して容積率が移転することがあり、それを私法上どのような性格の権利として捉えるかという点について議論となっていた。そこで、本章では、従来の議論を踏まえて移転される未利用容積率の利用権(以下、「容積率利用権」)の法的性格について検討する⁹⁹。

二. 公法的制限としての容積率

土地所有権その他土地の私権の実定法的制限は、私法的制限と公法的制限に分けうる。私法的制限では、土地所有権等の内容・効力・行使などが、私法的領域においていかなる法的構成による制限を受けるかが問題となる。一方、公法的制限は、土地所有権等が公益目的に供せられるための徴収及び土地の利用や処分の制限を内容とするものであり、憲法29条により保障された財産権としての私権が、行政法上いかなる程度にまで、いかなる内容において制限されるかが問題となる⁸⁹。

建築基準法とは、そのような公法的制限として「建築物の敷地、構造、設備および用途に関する最低の基準」を定めるものであり（建基1条）、そのうち、密度の規制を行う方法として採用されているのが容積率による制限である。そして、公法的制限である容積率に関する規定に違反することができない。すなわち同規定は強行規定であると解されており、規定によって認められた容積率の範囲を超える容積率移転の合意は無効になる⁹⁰。

三. 開発権としての容積率利用権

まず、容積率利用権を率直に示す法的構成として、余剰容積率を独立した財産権として捉え、これを取引の対象とするという考え方が挙げられる⁹¹。アメリカにおいては、土地所有権は「諸権利の束 (bundle of rights)」として捉えられている⁹²。そして、ある土地について現在なされている土地利用が、その土地の最高限ではない場合（開発可能性が残されている場合）に、この潜在的な利用権を「開発権 (development rights)」として捉え、「権利の束」から分離させ、独立した財産権の対象とするという発想がある。そのうえで、このような開発権を、その本来所属する土地から切り離し、別の土地へ移転させ、その土地（開発権の譲受地）において、当該土地に適用される開発制限を緩和させるという形で、容積率の移転による権利の実現を認めている。しかし物権法定主義を取る日本民法において、容積率利用権を開発権として捉えることは、債権的権利としてはともかく、物権としては出来ない。また、所有権のあるものの全面的な支配権と捉え、その機能の一部を他人に与える場合には用益物権または担保物権などの制限物権を設定するという我が国の物権法秩序にこの「開発権」という構成はそぐわない。立法論として容積率を物権たる開発権として

捉えることは問題であろう。

四. 物権的構成の試み

容積率利用権を開発権的構成で捉えるとするならば、上述の通り債権的権利として把握することになる。しかし、容積率利用権を債権的権利として捉える場合には、存続期間、譲渡性、対抗力等の面で権利の効力が弱く、取引の安全を害する恐れがあることが指摘されている⁹³。また、特に本制度においては、容積率が移転されていることが外見から判断できない場合も多くなることが予想されるため⁹⁴、本制度によって移転される容積率利用権を登記簿に載せて公示する必要性は大きいといえよう⁹⁵。これらの点を踏まえて、容積率利用権は私法的に物権として把握する方向で検討することが必要である⁹⁶。では、物権法定主義をとる我が国の民法において、いかなる法的構成によって容積率利用権を把握すべきであろうか。従来、検討の対象とされてきた法定物権は、区分地上権と地役権である。

a. 区分地上権

過去の容積率移転の事例においては、送り地に区分地上権が設定される場合があった⁹⁷。しかし、区分地上権を設定する場合には、その区分地上権の目的たる「地下又ハ空間」の「上下ノ範囲」を定めなければならない。所有権の及ぶ立体的な、地上の上下（一筆の土地の横の広がりを基準とする上下）の土地のうち、当該区分地上権の目的となる、階層的に区分された部分が「地下又ハ空間」の「上下ノ範囲」であり、平行の二つの水平面で囲まれた部分のような「上下ノ範囲」でなければならない⁹⁸。しかし、容積率利用権が対象としているのは「容積率」、すなわち「建築可能な床面積（平方メートル）」である。加えて区分地上権は、本来その設定された空間の利用を目的としたものであること、区分地上権の対象となる空間には建物の建築不作為義務が受け地の所有者、借地権者に課せられているに過ぎないにもかかわらず、排他的な使用権である区分地上権を設定することは過大な権利設定となること等も考え合わせると、容積率利用権を区分地上権と把握することには問題があろう。

b. 地役権

地役権は、一定の目的に従って他人の土地（承役地）を自己の土地（要役地）の便益に供する権利である。地役権の設定により要役地はその利用価値を増し、また、それと対応して承役地の利用は制限される。承役地における利用の制限とは、地役権者の積極的な行為の認容あるいは一定の利用をしない不作為義務の負担である。そこで、送り地に移転の対象となった容積率を利用した建築を禁止する不作為義務を負担させ、受け地における移転の対象となった容積率の利用を便益と捉えることにより、容積率利用権を地役権と把握することが考えられる。承役地の独占の利用権が地役権者に与えられるわけではなく、地役権と両立する限度において地役権設定者は承役地を利用しうることから、自他の二つの土地の利用を調節する機能を有する点に地役権の特徴があるとされる⁶⁹。この特徴は容積率移転の事例と適合的であり⁷⁰、現行法の枠内においては、容積率利用権を地役権として構成することが最も無理のない解釈であろう。ただし、以下に述べるような問題もある。

五. 地役権的構成の問題点

a. 複数敷地に対する容積率移転

まず、容積率移転における地役権設定に際して「当該時点の建築基準法に定める容積率の最高限度より〇〇〇を控除した容積率を超える建物を承役地に建築しない」旨の合意がなされることになる⁷¹。このような合意のもとでは、一筆の送り地から複数の受け地に容積率の移転が行われた場合にいかなる取扱いがなされるのが問題となる。例えば甲地（容積率の最高限度500%）から乙地および丙地にそれぞれ容積率100%ずつが移転された場合には、乙地および丙地のいずれにおいても「容積率の最高限度より100%を控除した容積率を超える建物を承役地に建築しない」旨の合意をなして甲地を承役地とする地役権を設定しても、乙地および丙地それぞれを承役地とする地役権者のいずれからも甲地上の建築について400%の容積率までしか民事的に差止請求できない⁷²。またいずれの地役権も「200%の控除」とすると、いずれかの容積率移転契約が終了あるいは解除された後でも甲地上では容積率300%の建物しか建築できないことになってしまう。さらに、どちらかを先順位地役権として設定することも考えられるが、いずれを先順位とするかが明確な場合においても、先順位

とされた容積率移転契約が終了あるいは解除された場合を念頭においたうえで、丙地への容積率移転を地役権として設定することは困難である⁶⁹。また、同時に容積率が移転された場合に、その地役権の内容に差異が出てくるので⁶⁹、いずれを先順位とするかが問題となる。

b. 第三者による移転容積率利用事例

また、受け地の所有者または借地権者以外の第三者が移転された容積率を利用する場合（以下「第三者による移転容積率利用事例」）も問題が生じる。例えば、移転容積率を利用して受け地上に建築された建物部分に第三者が区分所有権を保有する場合、第三者（Z）が受け地上に借地権の設定を受け、受け地所有者（X）が自らの所有地を要役地、送り地を承役地とする地役権の設定を受けることになる（送り地所有者をYとする）⁶⁹。

この事例の構造は、不動産の転貸借と原賃貸借契約の解消との関係についての議論の構造と類似している⁶⁹。すなわち、借地人（甲）が土地所有者（乙）から賃借した土地を更に第三者（丙）に転賃貸するという場合における議論である。この場合、従来の判例に従えば、甲乙間の賃貸借契約が合意解除された場合には、その合意解除の効力は特段の事情がない限り丙に対抗し得ないが⁶⁹、甲の債務不履行による乙の当該賃貸借契約の法定解除は丙に対抗し得るとされており、さらに甲の丙に対する催告は必要ないとされている⁶⁹。判例がこうした見解をとる理由として、（イ）原賃貸借と転貸借とは別個独立に存在し、民法613条1項も賃貸人を特に保護するための規定であって、賃貸人に転借人に対する義務を課すものではないこと、（ロ）賃貸人には賃貸借を消滅させるべき正当な事由があるのに、法律的な根拠のない権利行使を制約するのは、賃貸人の地位や利益をおろそかにすることになること、（ハ）転借人は、その地位が賃貸借の帰趨により影響を受けることを知って転貸借契約を締結しているから、右のように解しても転借人に特別の不利益をもたらすことはないこと、等の点があると考えられている⁶⁹。

ここで、上述の転貸借と借地契約の解消における判例理論の理由付けを、第三者による移転容積率利用事例に照らしてみると、X-Y間の容積率移転契約にはZは何ら関わっておらず、当該容積率移転契約とZの区分所有権の取得は別個のものであり（イ）、Xの債務不履行によりYには容積率移転契約を解除す

る正当な事由があり、法律的に根拠のない義務を課すことによりその権利行使を制約すべきではなく（ロ）、本制度による容積率移転が宅地建物取引業法の重要事項説明の対象に加えられており⁸⁹、通常注意していれば知らずに購入することはないと考えられる（ハ）ことから、第三者による移転容積率利用事例においても上述の判例理論にそって取り扱われるものと考えられる。

そうであるならば、ZはX-Y間の地役権がXとYの合意によって消滅させられた場合には、その合意解除に対して対抗し得るものの、Xの債務不履行を理由とするYの法定解除の場合には、その解除に対抗することはできない。そのうえ、Yは解除による賃貸借の終了をZに対抗するためにあらかじめZに催告をする必要がないことになり、Zの地位は著しく不安定になってしまう。

さらに、X-Y間で容積率移転契約が合意解約された場合、あるいは借地上の建物賃借人と借地契約の法定解除の関係における多数説が述べるように、Yが容積率移転契約の法定解除をZに対抗するためにはZに対する催告等を必要とするとの見解をとった場合の、Yによる容積率移転契約の法定解除の際にも、爾後の法律関係に大きな問題がのこる。

不動産の転貸借と原賃貸借契約の解消との関係についての議論において、原賃貸借の解消後の法律関係については、(α)少なくとも丙との関係では、その転借権を存立せしめるのに必要な範囲で原賃貸借も存続しているものとして扱うか、(β)原賃貸借は完全に消滅して、以後は甲丙間の直接的な関係に移行すると見るかの二つの考えが成り立ち得るとされる⁹⁰。(α)の立場を取る見解も数多く存在しているが、この考え方を取ると法律関係がどうしても複雑になるだけでなく、当事者の欲しない擬制的な賃貸借関係を強制的に存続せしめるという無理が生じることが指摘されており、(β)の構成をとる見解が有力であるとされている⁹¹。

ひるがえって、第三者による移転容積率利用事例を見ると、上述(α)の考え方に対する、法律関係の複雑化、当事者の欲しない契約関係の強制的な存続という指摘は、この事例にも同様のことがいえよう⁹²。しかし、第三者による移転容積率利用事例においては上述(β)の考え方についても問題が存在する。ZがX所有地上に持つ借地権が、登記されている場合には、Zを地役権者とする地役権の登記もできるが、登記されていない場合、借地借家法上の対抗要件を備えていたとしても、Zを地役権者とする地役権は登記され得ないので⁹³、X-

Z間の直接的な関係に移行することはできないのである。

以上の問題は、地役権が土地と土地との間の、すなわち土地所有権と土地所有権との関係における調整規律であることから生じる問題である。建物を建築するという場合には土地所有者だけが建築という行為の主体となるわけではない。しかし、土地所有者ではないZが移転容積率を利用して建物を建築する場合には、未登記の土地賃借権者は地役権者とはなり得ないため、地役権者となり得る土地所有者が、容積率移転には関わっていないにもかかわらず、この第三者による移転容積率利用事例に登場することになる。つまり、移転された容積率を実際に利用しているZが地役権設定に何らかかかわることができず、容積率を移転した当事者Xとの関係が間接的になってしまうのである。そのために、上述のようにZの地位は不安定になる。実際に移転された容積率を利用している者の権利と捉えることによって、Zの地位を安定させることが望まれるといえよう。

六. 立法的解決——人役権的構成

地役権的構成には、以上で検討したような問題に加え、容積率利用権を地役権として構成することは、さらに本質的な疑問も存在する。すなわち、本制度を利用した場合、公法的には受け地と送り地の余剰容積率を合算した容積率がいずれの土地においても利用可能な状態になることになる。であるならば、私法的には送り地に対する制限のみが存在する、と構成する方が適切であろう。言い換えれば、送り地を私法的に制限することによって受け地の利用価値が増大すると構成するよりも、送り地および受け地の双方で可能となった容積率の利用を、送り地においては私法的に制限するという構成が、この容積率移転の事例に相応しいのではないか。

そこで、受け地の利用価値の増加と直接関わりなく、実際に移転された容積率を利用する主体（受け地の所有者あるいは借地権者）のために送り地に負担を負わせるという人的利益として構成する、すなわち我が国の民法上物権としては存在しない人役権として容積率利用権を構成することが考えられる⁶⁹。このように考えることによって、実際に余剰容積率を利用する主体を当事者とすることができる。また、人役権的に構成された容積率利用権は準共有することができ、複数敷地に対する容積率移転の事例にも対応できる⁶⁹。

本稿においては、紙幅の関係上、一般的な人役権についての詳細な検討はできないので、一般的な人役権については現在の議論の状況に触れるにとどめ、それを前提に容積率利用権の人役権的構成の問題点を検討したい。

容積率利用権の人役権的構成を検討するに当たり、まず、一般的な人役権を概観するために、地役権と本質的には同じであるが要役地ではなく特定人の便益のために設定されるドイツにおける制限的人役権 (beschränkte persönliche Dienstbarkeiten) を、つづいてアメリカにおける対人的地役権 (easement in gross) を外国の立法例として挙げ、その後で日本における議論に簡単に触れる。そのうえで、容積率利用権を人役権的に構成する際の問題点を指摘したい。

a. ドイツにおける制限的人役権

ドイツにおいて、地役権 (Grunddienstbarkeiten)、用益権 (Nießbrauch) および制限的人役権が役権として定められている⁶⁸。制限的人役権は、地役権のように要役地に便益をもたらすものではなく、私法的に保護する価値のある利益を特定人に付与するものである。すなわち、制限的人役権の権利者は要役地の所有者ではなく、指定された特定人となる。しかし、この点を除けばその本質は地役権と同じであり、地役権を構成し得る権能は制限的人役権の内容を構成し得る (BGB1090条)。また、用益権も指定された特定人が権利者となるが、制限的人役権は土地を個々の関係において利用する権利であるのに対して、用益権は権利の対象となる物または権利を全体的に利用する権利である点が異なる。

この制限的人役権が用いられる場面としては、農家の生前相続において隠居後の財産留保契約 (Leibgedings-vertägen) を結んだ上での家屋引渡の際の被相続人の権利、騒音などの隣地等に及ぼす侵害 (Immission) の許容に対する権利、競争禁止の許容に対する権利等のほかに、公益を目的とする制限的人役権として、道路もしくは公園として利用される土地、または電線もしくは水道管などが敷設される土地に対して公法上の団体等が公衆のために取得した権利、建築物の形態に対する一定の規定の遵守を確保するための権利、文化遺産の保全 (Denkmalschutz) のための権利等があげられる⁶⁹。

この制限的地役権の本質が、権利者の個人的な需要 (persönliche Bedürfnis) におかれていることから、制限的地役権は譲渡され得ない (BGB1092条)⁷⁰。

この1092条は、用益権 (Nießbrauch) における同様の規定 (BGB1059条) を真似て作られている⁹⁸。この1059条において、用益権は譲渡不能と規定されている。ここでもまた用益権者と所有権者との信頼関係が用益権の基礎となっているためとされるが、用益権の譲渡性を認めるように構成することもたびたび求められていた⁹⁹。また、相続についても同様である (BGB1092条2項, 1061条)。

なお、法人についてはBGB1059条aないしdが追加されており、法人財産が包括的に移転する場合 (法人の合併など) には、用益権は承継人に移転され得る¹⁰⁰。

b. アメリカにおける対人的地役権

アメリカにおける地役権 (easement) とは、他人の土地を地役権にしたがって制限的に利用する権限を、地役権者 (easement holder) に付与する恒久的な利益 (permanent interest) であるとされる¹⁰¹。

地役権には、権利者が承役地 (servient tenement) で積極的 (affirmative) に行為をすることを目的とするものと、逆に承役地の所有者に一定の不作為義務を課す (negative) ことを目的とするものがある¹⁰²。また、要役地 (dominant tenement) と承役地との双方が存するもの (easement appurtenant, 属地的地役権) のほかに、要役地のないもの (easement in gross, 対人的地役権) も認められている。属地的地役権は第三者に譲渡され得るが、対人的地役権は権利者に対して個人的 (personal) であるとみなされて原則的には譲渡できない。ただし、その対人的地役権が性質として商業的 (commercial in character) である場合には譲渡され得る¹⁰³。

さらに、権利者に対して個人的であるとされた対人的地役権であっても、譲渡可能となる場合がある。それが環境保全地役権 (conservation easement)¹⁰⁴ である。

例えば歴史的建造物等の歴史的価値を持つものの保護を図る際に、行政的な規制だけでは限界があり、また該当する建物あるいは土地を行政主体が購入して保護を図るといっては莫大な費用がかかる。そこで、歴史的価値の保護のための土地の利用制限に関する私的な合意 (private agreement) を該当する建物等の所有者と結ぶことが考えられる。土地の所有者は補償、税的な優遇、または他の約因にかえてその土地の歴史的側面を維持することに合意するであろう

し、その建造物が現代的な目的に利用可能でありつづけるならば、土地の利用制限による価値の減少は最小限に押さえられるであろう⁹⁸。

このような私的な合意は地役権のようなコモンローにおける概念を通じて達成され得る。しかし、このような目的を達成し得る地役権は、経済的な利益をもたらさない不作為を課す対人的地役権 (a negative easement in gross without profit) である。伝統的にはこのような地役権は譲渡不能であり、また設定できる場合が限られている⁹⁹。そこで、考え出されたのが環境保全地役権である。

ニューヨーク州における環境保全地役権¹⁰⁰は、商業的な性質を持たない対人的地役権であっても譲渡可能とされ、譲受人はその環境保全地役権にしたがって、その承役地である不動産の最終的な購入者に対して強制しうる。また特に定めをおかないかぎり無期限 (perpetual duration) である。さらに、伝統的に認識されている範疇に入っていないくとも不作為義務を課すことが認められた。ただし、環境保全地役権を保持し得るのは、一定の非営利団体と公共団体に限られている¹⁰¹。

c. 日本における議論

旧民法財産編44条以下では、用益権、使用権および住居権が人的地役として規定されていた。用益権とは「所有權ノ他人ニ屬スルモノニ付キ其用法ニ從ヒ其元質本体ヲ變スルコト無ク有期ニテ使用及ヒ收益ヲ爲スノ權利」である (旧民法財産編44条)。使用権は、使用者およびその家族の需要の程度に限る用益権であり、住居権とは建物の使用権である (旧民法財産編110条)¹⁰²。しかし、現行民法の起草時に、欧州の学者がこの用益権には経済上の弊害が多いと唱えていること、我が国ではこのような権利は慣習にないので新たに設ける必要はなく、これと類似のものが必要ならば債権関係で十分であること等を理由として、これらの権利は削除された¹⁰³。

しかし、民法制定からすでに百年以上が経過しており、その間に社会構造は大きく変化している。この変化は、民法制定当時にはない問題、例えば環境問題や消費者問題などを生み出しており、民法もそれらに対応することが求められているといえよう。また、公法的な制度の社会生活における役割が大きくなっている現代社会においては、このような公法的な制度に対する受け皿として、何らかの概念を民法側で用意すればより実りの大きなものとなる¹⁰⁴。

このような視点も踏まえて人役権について概観すると、ドイツにおける公益を目的とした制限的人役権およびアメリカにおける環境保全地役権に見られるような都市環境の保全、生前相続における被相続人の生活の確保または送電線地役権など、人役権が活用され得る場面は現代社会の中に存在するいえよう⁸³。そうであるならば、人役権をもう一度立法課題として再評価し、人役権の立法化に向けて議論を深めていくことが必要ではないか。

現在、人役権に関しては肯定的な意見と否定的な意見が存在しているが⁸⁴、活発に議論がなされている状況にはない⁸⁵。前述の通り、本稿においては詳細な検討に立ち入れないので、一般的な人役権の検討については今後の課題として指摘するにとどめざるを得ないが、以下では容積率利用権を人役権として捉える場合の問題点を指摘しておきたい。

d. 容積率利用権の人役権的構成

容積率利用権の人役権的構成の問題点として、アメリカにおいてもドイツにおいても原則として、人役権は相続も譲渡もされ得ない権利とされている点が挙げられる。日本でも、人役権を相続も譲渡もされ得ない権利として立法する場合には、受け地の所有権または借地権の譲受人または相続人は、新たに送り地に人役権を設定することとならざらう得ない。

しかし前述の通り、アメリカにおいては対人的地役権が性質として商業的である場合には譲渡され得るし、そうでない場合にも環境保全地役権のような相続性、譲渡性が認められる対人的地役権が存在している。また、ドイツにおいて担保目的の用益権に譲渡性を認めようとする議論が存在したことや、BGB 1059条aないしdの条文の追加は注目すべきである。さらに、権利一般の譲渡性を承認しようとするバイエルン州法およびフランス民法は、用益権の譲渡性を認めている⁸⁶。

以上のことから、一般的な人役権を検討する際には、原則として人役権を譲渡不能とするとしても、環境保全を目的とする人役権など、いくつかの個別類型についてはその譲渡性を認めるという方向で検討する必要がある。そして、その譲渡性を認める一類型として、建物建設を目的とした容積率移転のための人役権を位置づけることが、公法的な制度である本制度がもたらす容積率移転を私法的に適切に把握するために求められていることではなからうか。

七. 小括

本章で検討してきたように、容積率移転に際して、地役権を利用することによって私法的な権利関係を把握することが、現状ではもっとも妥当な解決といえるが、容積率利用権の地役権的構成にはいくつかの問題点がある。そこで容積率利用権を人役権的に構成することを検討すべきである。しかし現在、民法の中で一般的ルールとしての人役権が存在しないことから、民法として、このような容積率利用権を取り入れるためには、一般的ルールとしての人役権について研究することが必要となる。従来の議論の中では、送電線地役権、生前相続等の場面において人役権の必要性が主張されていたが、それに加えて、公法側の制度の受け皿としての人役権という視点からも、その研究の必要性は裏打ちされるのではなかろうか。

おわりに

第二章、第三章で検討した通り、本制度は解決されるべき問題点を残したままに創設されたといえる。1999年2月26日に提出された経済戦略会議答申では各種容積率移転制度の要件緩和、利用促進等を進めることが提言されているが⁹⁹、それにはこれらの問題点の解決が必須であると考える。というのも、これらの問題点は、本制度の利用によって私法上の権利関係を不安定としてしまうからである。

これらの問題点が生み出された背景として、第二章で検討した私法上の権利関係を公法上の制度にどのように反映させるかという点、および第三章で検討した公法上の制度を私法的にどのような権利関係として捉えるかという点についての考慮が希薄であったことが挙げられる。このことから、公法と私法の一般的な関係においていかなる問題意識を持つべきかという課題については、「公法関係に私法を適用すべきか」という従来から設定されている問題にとどまらず、公法と私法が互いにかなる影響を及ぼしあっているのか、およびその影響を具体的にどのように個別の法体系に位置づけていくか、という点について意識を向けることが重要となる。

さらに、既存の法領域を超えて固有の環境法領域を確立することを念頭に置くならば、民法、行政法といった独立した法体系を持つ法領域それぞれにおいて、上述したような「互いを自らの体系の中でどこに位置づけるか」という、

いわば受動的な問題意識を超えて、それぞれが環境法領域の目的たる環境の保全に向けてどのように積極的な役割を果たし得るか、という点を意識すべきであろう⁸⁸。

環境法においては、環境侵害の未然防止という観点から、行政法規がその中心的な役割をはたしている⁸⁹。逆に民法は被害の事後的救済にその役割をとどめている。では、民法が環境法領域において環境保全に向けて積極的な役割を果たし得るとすれば、それはいかなる役割なのであろうか。ここまで検討してきた内容を踏まえて以下の二点を指摘したい。

まず第三章六、で検討した人役権であるが、その内容如何によっては、ドイツにおける公益を目的とした制限の人役権や、アメリカにおける環境保全地役権にみられるように、歴史的遺産の保護等、都市環境保全に一定の効果を発揮することが期待され得る。例えば、一定の都市環境保全を図る目的で環境保護団体等が人役権を設定するといった場合である。

次に、私人たる容積率利用権者が、自らの権利行使を通じて、移転された容積率を利用した建築を私法的に禁止できることを指摘し得る。これは、本来であれば是正命令（建基9条1項）又は代執行（建基9条12項）などの特定行政庁の処分を通じてのみ是正することができる公法的制限（容積率制限）違反を、都市環境保全といった公益ではなく、自己の利益の保全を目的とした私権の行使を通じて是正される一場面と見ることができよう。

上記二点において、共通して根底に流れているのは「私人による環境法の目的の実現」という概念、すなわち公益を実現するために私法を積極的に活用していこう、という発想である⁹⁰。前者は、都市環境の保全を目的として、私人が自発的にその実現に向けて役割を果たす場合であり⁹¹、後者は、自己の利益を保全するために為される私人の行為を通じて都市環境の保全という公益が実現される場面であるといえよう⁹²。

環境基本法が制定され、個別の環境法が環境基本法のもとで一つの体系に統括されるようになった現在の状況では、環境保全上の支障を防止し、良好な環境の確保をはかるといふ環境法の目的達成のために、上述したような形で私人の役割を考えていくことを通じて、民法にも事後救済という枠組みを超えた一定の積極的な役割を環境法の中で担わせていくことが必要であろう。その意味で、自己の利益を目的とした私権を通じた公法的制限の実現へ向けての理論的

検討, および私人が積極的に公益の実現を図っていくための制度の拡充は, 今後検討を要する課題といえよう。

(注)

- (1) 川井健・鎌田薫編『民法総則』3頁〔川井健〕(1994年, 青林書院)。このほか, 北川善太郎『民法総則(民法講要Ⅰ)』22頁(1993年, 有斐閣), 遠藤浩他編『有斐閣双書 民法(1) 総則』1頁〔遠藤浩〕(1999年, 第四版増補版, 有斐閣)など。
- (2) 川井他編・前掲注(1)1頁, 北川・前掲注(1)24頁, 遠藤他編・前掲注(1)2頁。
- (3) 公法と私法の区別に関する議論は, 主として行政法学において行われてきた。なぜなら, 行政法学においては, 一般的な成文法典がないことなどから, その対象としての行政法の範囲を確定し, その内部を民法のそれと並ぶ法概念, 法原則によって埋めることが目指されてきたからである。そして, 全く形式論理的かつ便宜的に, 行政法は行政に特有な国内公法であると限定的に定義されて議論が進められてきた。このような状況の下で, 行政法学においては, 行政法に関する法現象を行政法に属するものとそうでないものとを理論的に区別することに重大な関心が抱かれ, その中心に公法と私法の区別という問題が置かれてきたのである(塩野宏「行政法の対象と範囲」ジュリ増刊『行政法の争点(新版)』4頁以下(1990年, 有斐閣), 室井力「公法と私法の区別」ジュリ増刊『行政法の争点(新版)』22頁以下(1990年), 藤田宙靖『第三版行政法Ⅰ(総論)[改訂版]』25頁以下(1995年, 青林書院)参照)。しかし, 行政法学においても公法と私法の区別について, それを説明概念として用いる以上の有用性があるのかについては疑問が呈されている(上記の文献のほか, 塩野宏『行政法Ⅰ 第二版』24頁以下(1994年, 有斐閣)など)。一方行政法学での議論に比して, 民法学においてこの問題を取り上げた文献は数少ない(星野英一「民法とは何か(1)」法教1号19頁, 「同(2)」2号17頁, 「同(3)」3号20頁(1980年), 山田卓生「公法と私法」星野英一(編)『民法講座 第一巻 民法総則』1頁以下(1984年, 有斐閣))。以下の一般的な公法と私法の関係についての記述はこの二つの論文による。
- (4) 星野・前掲注(3)17頁。
- (5) 星野・前掲注(3)17頁, 18頁。
- (6) 星野・前掲注(3)20頁。
- (7) 以上の三点につき, 星野・前掲注(3)20頁, 21頁。
- (8) 星野・前掲注(3)21頁。

- (9) 星野・前掲注(3) 23頁, 24頁。
- (10) 山田・前掲注(3) 35頁。
- (11) 山田・前掲注(3) 24頁以下参照。
- (12) 吉田克己『現代市民社会と民法学』82頁以下(1999年, 日本評論社)。
- (13) 淡路剛久「環境法及び環境法学のフロンティア」環境経済・政策学会編『環境経済・政策研究のフロンティア』118頁以下(1996年, 東洋経済新報社)参照。
- (14) 大村敦志「消費者裁判例の研究手法」瀬川信久編『私法学の再構築』190頁以下(1999年, 北海道大学図書刊行会)およびそこに引用されている文献参照。
- (15) 原田純孝「都市の発展と法の発展」岩村正彦他編『岩波講座・現代の法9・都市と法』3頁以下(1997年, 岩波書店)およびそこに引用されている文献参照。
- (16) 淡路剛久「公害環境訴訟の課題」淡路剛久他編『公害環境法理論の新たな展開』58頁(1997年, 日本評論社)。ただ、環境法領域をどう設定するか、既存の学問分野(特に民法学, 民事訴訟学, 行政法学, 国際法学)との関連及び独自性をどう捉えるか等ついて未だに一致しておらず、民法学的環境法, 訴訟学的環境法, 行政法学的環境法等の区別が存在するとされる(畠山武道「学会回顧-環境法」法律時報70巻13号85頁(1998年))。
- (17) この点につき、従来から環境法の分野においても「公法上は適法であるとされている法的地位に基づく状態は、私法上いかに評価されることになるのか」という形で「公法と私法」の問題と呼べる論点が存在していた(この論点に関する近時の論文として、鈴木美弥子「ドイツ環境法における公法と私法の交錯」早法72巻3号173頁以下(1997年))。しかし、固有の環境法領域の確立に向けて、ひいては環境保全上の支障を防止し良好な環境の確保をはかるという環境法の目的を達成するためにも、このような論点にとどまらない「公法と私法」の関係を模索していくことが有益かつ必要であろう。
- (18) 消費者法領域においては、大村敦志「取引と公序(上)(下)」ジュリ1023号82頁, 1025号66頁(1993年, 有斐閣)に端を発した取引関係における取締法規の私法的効果に関する議論はその一例といえる。また都市法の分野でも都市・土地法制において公法分野と私法分野の分離・切断が問題とされている。原田・前掲注(15) 31頁。
- (19) 原田純孝「都市・住宅問題と規制緩和」法時70巻2号8頁(1998年)。
- (20) 内田勝一「都市における居住問題」岩村正彦他編『岩波講座・現代の法9・都市と法』169, 170頁(1997年, 岩波書店)。

- ②1 本章につき建設省住宅局建築指導課・市街地建築課（監）・建築行政研究会（編）『改正建築基準法のポイント』50頁以下（1998年、ぎょうせい）参照。
- ②2 1997年3月24日建築審議会答申。
- ②3 唯一特定街区制度で既存建物からの容積率移転が可能であったが、都市計画法上の制度であり個別の建築計画において容易に利用し得ない。特定街区制度、一団地総合的設計制度及びその他の容積率移転制度について、大浜啓吉「空中権における公法上の問題」法時64巻3号32頁以下（1992年）、荒秀編『新建築基準法50講』203頁以下〔木瀬晴也〕、同231頁以下〔木下一也〕（1994年、有斐閣）、建設省空中権調査研究会編著『空中権』207頁以下（1985年、ぎょうせい）参照。一団地総合的設計制度と本制度の違いにつき建築行政研究会・前掲注（21）59、60頁。
- ②4 第1類第13号第142回国会衆議院建設委員会議録第12号21頁。なお、一団地の総合設計制度および連担建築物設計制度の運用方針として建設省住宅局通達（平成11・4・28建設省住指発第201号、建設省住街発第48号）が出されている。
- ②5 宅地建物取引業法35条2号1項、宅地建物取引業法施行令3条1項2号。
- ②6 前掲注（24）・会議録第12号27頁。
- ②7 改正後はNew York City Zoning Resolution art. 1, ch. 2, (以下「Zoning Res.」) § 12-10(a)(1977).なお敷地併合制度については、建設省空中権調査研究会・前掲注（23）131頁以下、渡辺卓美「アメリカの空中権と開発権の移転」法時64巻3号40頁（1992年）、Norman Marcus, Air Rights in New York City: TDR, Zoning Lot Merger and the Well-Considered Plan, 50 Brooklyn L. Rev.867(1984), Margaret Giordano, Over-stuffing the Envelop:The Problems with Creative Transfer of Development Rights, 16 Fordham Urb. L. J. 43(1988)参照。
- ②8 容積率とはほぼ同じ概念である。建設省空中権調査研究会・前掲注（23）105頁。
- ②9 渡辺・前掲注（27）41頁。
- ③0 相違点としては、敷地併合制度においては特別な許可が必要とされないが、本制度においては行政庁の認可が必要となる点である。
- ③1 Zoning Res. § 12-10(d).建設省空中権調査研究会・前掲注（23）131頁以下。
- ③2 Zoning Res. § 12-10(d)(iv).
- ③3 See B. Harrison Frankel, Three-dimensional Real Property Law: The Truth About "Air Rights", 12 Real Estate LJ, 330, 344(1984).
- ③4 以上につきSee Frankel, supra note 33, at 344-46.

- (35) 建築行政研究会・前掲注(21) 55, 56頁。
- (36) さらに、条文上何ら触れられていないが、同意を求められる関係権利者となるためには、対抗要件の具備を必要とすべきである。
- (37) なお、建築可能な床面積の移転であるので「容積」移転ではなく「容積率」移転とするのが妥当である。野村好弘, 小賀野昌一「移転される未利用容積の権利の性格」法時64巻3号25頁(1992年)。
- (38) 水本浩『土地問題と所有権(改訂版)』119頁(1980年, 有斐閣)。
- (39) 野村, 小賀野・前掲注(37) 21頁。
- (40) 財政経済協会編『都市再開発における共同化問題と信託および空間開発権に関する研究』179頁以下(1987年, 総合研究開発機構) 参照。
- (41) 以下につき, 寺尾美子「アメリカ土地利用計画法の発展と財産権の保障(五・完)」法協101巻3号2頁以下(1984年), 建設省空中権調査研究会・注(23) 3頁, 7頁参照。
- (42) 野村, 小賀野・前掲注(37) 25頁。
- (43) その根拠は、従来大規模プロジェクトによって行われてきた容積率移転が、本制度によって個別の建築計画, 共同ビル事業計画の中で日常的な事業として行われる可能性が高いことである。福本泰ほか「余剰容積率の移転をめぐる現状と課題」不動産鑑定35巻7号7頁〔福本発言〕(1998年)。
- (44) 容積率利用権の登記簿上の公示をを求めるものとして, 福本ほか・前掲注(43) 14頁〔牧野発言他〕(1998年), 荒秀ほか「[[改正] 建築基準法と訴訟問題」建築知識503号119頁〔荒発言〕(1998年)。
- (45) なお, 本制度利用の場合には, 公告対象地域上の建物がすべて滅失した場合に対抗問題が生ずることになる。容積率を移転する側の土地(以下「送り地」)又は容積率の移転を受ける側の土地(以下「受け地」)のいずれかの土地のみで建替え等がなされる場合には, 建基86条の2に基づいて, 当該建替えについて特定行政庁の認定が必要となるので, 送り地において, 移転した容積率を利用して建築することは, 実質的に公法的制限によって不可能とされている。しかし, 公告対象地域上の建物がすべて滅失した場合にも, 公告対象区域を同一敷地とみなすことに変わりはないので, 受け地の所有者が, 増加した容積率について対抗できなければ, 送り地上で当該容積率を利用した建築を私法的に禁止することができないことになる。また建基86条の2によれば安全上, 防火上および衛生上支障がなければ特定行政庁の認定がなされることになっており, 私法上の権利関係は直接認定に関わる事務と関係しない。前掲注(24)・

建設省通達参照。

- 46) 丸山英気『現代不動産法論』154頁（1989年，清文社）。
- 47) 以上，区分地上権の「上下の範囲」につき，香川保一「区分地上権の条文解説」高田壽史監修『空中権の解説と文献資料集成』410頁，411頁（1984年，開発問題研究所）。
- 48) 舟橋諄一『法律学全集18 物権法』424頁（1960年，有斐閣）。
- 49) ただし土地所有者以外の第三者が当事者となる場合は問題がある。本章五. b. 参照。
- 50) 連担建築物設計制度研究会編『連担建築物設計制度活用ハンドブック』129頁（1999年，日本建築センター）。単に「容積率〇〇〇%を超える建物を建築しない」との合意では，法定容積率が変更された場合の取扱に問題が生ずる。
- 51) 民事的に差止できないことが問題となる場合については前掲注（45）参照。
- 52) 先順位地役権として設定された容積率利用権が解消された時点で後順位地役権として設定された容積率利用権の内容が変更してしまうためである。先順位に設定された容積率利用権及び後順位に設定された容積率利用権がいずれも100%の容積率をその対象としていたとき，後順位地役権は「200%の控除」がその内容となるが，先順位の地役権が解消された場合には，後順位の容積率利用権はその内容が「100%の控除」に変わるのである。
- 53) 前掲注（52）参照。
- 54) 連担建築物設計制度研究会・前掲注（50）107頁。
- 55) 第三者による移転容積率利用事例は，借地上の建物賃借人と借地契約の解消についての議論に状況がより類似しているように見えるが，XからYに移転した容積率そのものを区分所有者たるZは利用していることから，ここでは土地の転賃借と原賃賃借契約の解消についての議論を参照するのが適当であろう。
- 56) 最判昭和38・2・21（民集17・1・219）。
- 57) 最判昭和37・3・29（民集16・3・662），なお最判平成6・7・18（判時1540・38）。ただし，学説は，合意解除の事例については判例を支持するものの，法定解除の事例については，賃借人は原賃賃借の解除に際して転借人にも催告・通知等をして，転借人に代わってその債務を履行する機会を転借人に与えるべきである，とする見解が多数説的地位を占めている。原田純孝「判批」リマークス13巻51頁，52頁（1996年）。
- 58) 原田・前掲注（57）51頁。
- 59) 第一章. 四参照。

- 60) 原田純孝「賃貸借の譲渡・転貸」星野英一（編）『民法講座5』376頁以下（1985年，有斐閣），広中俊雄編『注釈借地借家法—新版注釈民法（15）別冊』958頁以下〔原田純孝〕（1993年，有斐閣）。
- 61) 原田「賃貸借」・前掲注（60）367頁以下。
- 62) また，Zが民法474条に基づいて第三者弁済をした後の法律関係についても同様のことがいえる。
- 63) 幾代通著・徳本伸一補訂「不動産登記法（第四版）」292頁注（2）（1994年，有斐閣）。
- 64) 丸山・前掲注（46）157頁。
- 65) 本章四．a．の例で言えば，乙地および丙地で余剰容積率を利用する主体がそれぞれ甲地上に「容積率の最高限度より200%の控除をした容積率を超える建物を建築しない」旨の容積率利用権を準共有することになる。乙地に対する容積率移転契約の終了時に容積率利用権は分割され丙地に対する100%分の容積率利用権が残ることになる（なお容積率利用権の分割は容積率移転契約の解消時に限るとすべきであろう）。地役権では，土地と土地の関係であり，別個の土地を要役地とする二つの地役権を同一の地役権として取り扱うことはできない。
- 66) 以下ドイツにおける制限的人役権につき，山田晟『ドイツ法概論Ⅱ』230頁以下（1987年，有斐閣），川島武宜編『注釈民法（7）物権（2）』476頁以下〔平井宜雄〕（1968年，有斐閣），J.von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gezezbuch,1994（zit: Staudinger），Rn 2 zu Vorbem § § 1090-1093，Rn 1ff. zu § 1090，Rn 1ff. zu § 1091，Rn 1ff. zu § 1092. 参照。
- 67) Walter Odersky, Die beschrängte persönlich Dienstbarkeit als Mittel zur Sicherung öffentlicher Zwecke, FS 125 Jahre Bayer Notariat(1987), S 213f,214., Staudinger, a.a.O., Rn 5 zu Vorbemerkung zu § 1090-§ 1093, Rn 1,Rn 15 zu § 1090.
- 68) ただし，承役地の所有者が明白に同意したならば，役権者は第三者に対してその利用について役権を委ねること（Überlassung）ができる（Staudinger, a.a.O., Rn 2 zu § 1091.）。
- 69) Staudinger, a.a.O., Rn 1 zu § 1092.
- 70) とりわけ担保目的で設定された用益権（Sicherungnießbrauch）について譲渡可能とすべきであるとの議論が起こっていた（Staudinger, a.a.O., Rn 1 zu § 1059.）。しかし，この担保目的で設定された用益権はほとんど用いられなくなっている（Staudinger, a. a. O., Rn 63 zu § 1030.）。

- (71) これらの条文の追加によって、用益権の譲渡性に対する経済的な需要 (wirtschaftliches Bedürfnis) は充足しているとの意見もあるが、実際に、用益権は生前相続における被相続人の扶養分のための用益権 (Versorgungsnießbrauch) または節税対策にしか利用されておらず、これらの条文は実務的な需要 (praktischen Bedürfnis) を満たせないような制限的な要件のもとでしか用益権の譲渡性を認めていないとの意見もある (Mansfred Wolf, Sachenrecht 13.A., 1996, Rn744)。なお、これらの条文は制限的地役権にも準用されている (BGB1092条2項)。
- (72) See John C. Partigan, *New York's Conservation Easement Statute: The Property Interest and Its Real Property and Federal Income Tax Consequence*, 49 Albany L. Rev. 430,435(1985).
- (73) 不作為義務を課す地役権は、採光 (light), 通風 (air) など四つの範疇についてのみ認められている。See supra note 72, at 438.
- (74) 対人的地役権によって正当化される利用が、個人的満足というよりも、むしろ経済的満足を第一にもたらすときには、その対人的地役権は性質として商業的であり、譲渡可能と推定される。See supra note 72, at 437.
- (75) ニューヨーク州における環境保全地役権についてはN.Y. Environmental Conservation Law § 49-0303(McKinney 1984)。他の州における立法および統一環境保全地役権法 (The Uniform Conservation Easement Act) については、See Ellen Edge Katz, *Conserving the Nation's Heritage Using the Uniform conservation Easement Act*, 43 Washington and Lee L. Rev. 369,382-(1986)。
- (76) See supra note 75, at 375-.
- (77) 産業革命前のイングランドには土地の登記制度がなく、第三者が保持している地役権を確認することが困難であったために、コモンローのもとでの地役権は伝統的に制限されていた。それが登記制度の整った今日においても残っている。See supra note 75, at 377.
- (78) ニューヨーク州における環境保全地役権に関する立法は、いくつかの例外を除き、実質的には統一環境保全地役権法と適合しているとされる。See supra note 72, at 442.
- (79) See N.Y. Environmental Conservation Law § 49-0305(McKinney 1984); See also supra note 72, at 437-438.
- (80) 用益権は譲渡可能であったが、使用権及び住居権は譲渡不能とされていた。
- (81) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書12 法典調査会民法総会

議事速記録』46頁以下（1988年，商事法務研究会）。反対意見として，将来このような物権の利用増加の可能性等があった。川島編・前掲注（66）470頁〔中尾英俊〕参照。

- 82) 第二章，四で紹介した特例容積率適用区域の立法提案が示すように，行政法上の制度はさらに発展している。そのなかで，民法においてもその進展にあわせて制度的拡充を図っていくことが必要となろう。
- 83) 送電線地役権の人役権の構成について，中尾英俊「送電線地役権の現状と問題点」西南18巻3号（1986年）。また，行政機関の許認可を必要とはしているが，特別法による人役権の権利も存在する。川島編・前掲注（66）480頁以下〔中尾英俊〕参照。
- 84) 近時の肯定的見解として鎌田薫「財産権移転型契約」別冊NBL51号190頁（1998年）。近時の否定的見解として山野目章夫「物的義務の現代的再生」法学53巻6号228頁以下（1990年）。
- 85) 従来の議論においては「人役権」の語が多義的，曖昧に用いられていたために議論の発展が阻害されてきたと考えられる。その曖昧さについては，山野目・前掲注（84）235頁参照。なお山野目論文においては，人役権の観念が意味ある役割を果たさないことの論拠としてその曖昧さが挙げられているが，これらは克服可能である。立法化の際に検討を要する点と捉えるべきである。
- 86) 於保不二雄著・高木多喜男補遺『現代外國法典叢書（3）獨逸民法（Ⅲ）物權法』233頁（1965年，復刊版，有斐閣）。
- 87) 1999年2月26日経済戦略会議答申「日本経済再生への戦略」第三章1.（2）③3）。
- 88) 「はじめに」において触れた「公法上は適法であるとされている法的地位に基づく状態は，私法上いかに評価されることになるのか」という論点は，ここでいう受動的な関係にとどまっていたといえよう。
- 89) 阿部泰隆，淡路剛久編『環境法〔第2版〕』47，48頁（1998年，有斐閣）。
- 90) この発想は，「法の実現における私人の役割」という概念に基づくものである。田中英夫・竹内昭夫著『法の実現における私人の役割』（1987年，東京大学出版会）参照。
- 91) このような，私人が自発的に環境の保全を行う手法として，従来から行われてきたナショナルトラスト運動などが挙げられよう。
- 92) いわゆる位置指定道路の通行と妨害排除請求権が問題とされた最判平成9・12・18（民集51・10・4241）について吉田克己教授が『「通行の自由権」は，…個別的私的利

益に着目したものである。…。しかし、個別的な『通行の自由権』の実現によって、より一般的な公衆の通行の利益もまた確保される。このようにして個別的な『通行の自由権』の追求を通じて『私人による法の実現』が図られるのである。」とするのと同様の発想に立つといえよう。吉田克己「判批」民商120巻6号179頁（1999年）。

（2000年8月23日脱稿）