

早稲田大学博士論文概要書

不動産賃借権性質論

早稲田大学大学院法学研究科

梶谷康久

はじめに

本論文は、不動産賃借権の性質論について多角的に分析しようと試みたものである。不動産賃借権は、民法 605 条と登記請求権の否定、借地借家法による保護、物権化論など様々な現象を見せてきた。その都度、それらについての検証は行われるものの、これらを総合し、その性質を分析しようとするものは決して多くない。そこで、日本法における展開、ドイツ法における展開と、オーストリア・スイスの法制度とをそれぞれ分析することにより、比較法的・多角的分析を行おうとしたものである。

問題意識としては、次のような問題を念頭に置いている。すなわち、不動産賃借権は、民法典において債権として構成されている。したがって、本来であれば債権としての性質しか持ち得ない。しかし、不動産賃借権においては民法 605 条による対抗力の取得、借地借家法により、本来の債権者であれば認められない保護をも享受している。このような状況にあって、不動産賃借権を債権と性質決定できるのであろうか、これが第一段階の問題提起である。

そして、このような問題提起に則った場合、「もはや債権ではない」ということになれば、民法典は権利の性質を「物権」と「債権」とに分けて規定している以上、不動産賃借権はどちらにも属さない権利ということになる。しかしながら、民法典も権利体系は物権と債権とする物権債権峻別論を前提に構成されている。そうなれば、本来であれば不動産賃借権も物権か債権かに組み込まれなければならないはずである。そして、そこでは物権はこのような性質であり、債権はこのような性質であるという議論が展開されるが、不動産賃借権は各種の保護によりそれに当てはまらない、という堂々巡りの状況が生じる。したがって、不動産賃借権の問題は、少なからず物権債権峻別論にも影響を与えるのであるから、いわゆる「不動産賃借権の物権化」問題から、物権・債権の峻別について検討する必要があるのではないかと、これが第二段階の問題である。

さらに、第三段階の問題として、不動産賃借権の物権化と物権債権峻別論とが問題となる具体的な例として、「不動産賃借権の登記請求権の否定」があるのではないかと考えている。すなわち、判例・学説上、不動産賃借権に基づく登記請求権は、「債権であるから」ということを理由に否定されている。しかし、他方では不動産賃借権は物権化の様相を呈している。もちろん、不動産賃借権の物権化は、不動産賃借権が物権であることを意味するものではない。したがって、物権の公示を前提とする登記制度において、物権には当然認められる登記請求権が、不動産賃借権にも認められるべきだと短絡的に述べることはできない。しかしながら、「登記請求権」は物権に特有のものであり、登記請求権とは何かという点に焦点を当てて研究することで、物権債権峻別論ないし不動産賃借権の物権化の検討において新たな視座を得ることができないのではないかと考えている。そこで、不動産賃借権にも登記請求権を認めるべきであるという前提のもとで、この点について検証することを最終の目的としている。

以上の三段階の問題意識を、第 1 章は日本法の歴史的展開と不動産賃借権の物権化の二

つに焦点を当てて、考察する。第2章は、ドイツ法の歴史的展開と不動産賃借権の物権化の二つに焦点を当てる。これらの分析は、不動産の賃借権の本質を見る上では、これまでの歴史的展開を無視することはできず、ドイツ法については日本法の母法の一つと言えるため、そこで行われた議論を参照することで、日本法の不動産賃借権を歴史的に分析する上でより過去に遡った議論が可能であると思われるからである。そして、第3章はオーストリアの不動産賃借借法制についてまず概観する。オーストリアは不動産賃借権の登記制度を備えているため、日本法との親和性があることを示したいからである。そして、オーストリアはその法制をベースとして、ある論者から物権債権峻別論を否定する議論が展開されている。そこで、その議論を概観して、日本法への示唆を得る。そして、最後に第4章は不動産賃借権の性質論と物権債権峻別論が具体的に問題となる不動産賃借権にもとづく登記請求権に焦点を当て、スイス法と日本法との比較を試みる。スイス法には不動産賃借権の仮登記が認められているので、この議論を参照することで、相対的に登記請求権を分析することが可能になるとと思われるからである。

第1章 日本における不動産賃借権の歴史的展開

本章では、日本における賃借の歴史的展開を眺めることで、現在の賃借借制度を相対的に把握することを目的としている。不動産はその国の慣習が比重を占めるものであるから、このような作業が必要なのではないかと考えたものである。

大化の改新の時代までは、土地は氏族・村落の総有であり個人所有権を考えることはできなかった。しかし、総有の主体の中に農民は含まれていないため、利用関係が存在していたのではないかとされており、その利用の方法は「直接に土地を支配する物権的なもの」であったと分析されている。この時代には、人口に比して土地が多かったため、農民としては土地を自己のものとして考えていたという趣旨ではないかと考えられる。

平安時代までは、いわゆる口分田を与えるという方法がとられた。土地は公有とされており、大化の改新における改革により土地により収益を上げることが警戒された。ここで行われたのは1年を限度とした貸借であり、農民同士で行われるのではなく、上流階級との間で行われていた。第三者対抗力についても、人口比で考えれば紛争は少なかったと考えられるが、「売買は賃借借を破らない」とされていたようである。

室町時代までとなると、荘園が登場することになり、貴族階級による土地の召し上げと、私地私民制の確立が見られる。そのため、農民は下級所有権を有することとなった。その利用権としては、「請作」というものが見られ、荘官と繰り返し請作の約定がなされる2つ入られて、農民は「永作手」（今の永小作人に当たると考えられる）とされて、領主の同意なく第三者に土地を譲渡することも認められた。しかし、武士の台頭により荘園は駆逐されることとなり、農民は自動的に土地所有権を取得することとなった。もっとも、形式的にはその土地は武士の所有となり、上級・下級所有権としてより確立するようになる。

江戸時代となると、武士による治安の維持により、これまでの「土地を有する者が権力者」という考えは後退する。そして、「土地永代売買の禁止」により、土地の資本的価値が失われた。そして、農民としては土地を利用してそこから収穫を得ることに重きを置くのであり、資本的な所有を求めることはなかった。そのため、相対的に土地の利用権に比重が置かれるようになり、現代に照らせば「土地利用権の物権化」が生じるようになる。

土地の利用権としてまず挙げられるのは、永小作である。永小作は、地主の許可を得ることなく自由に譲渡することが可能であり、期間も「永代」であった。地主が交代した場合にも、当然永小作を主張することができ、消滅は小作料の延滞の場合のみであった。土地の資本的価値が制限されていたがゆえに、永小作の存在意義が認められるのである。

それ以外にも、普通小作も存在した。こちらは、自由な譲渡は認められず、地主が交代した場合には、普通小作を主張することも認められなかった。期間の満了により関係は終了するものの、地主が更新しない旨を主張しなければ当然に更新された。地主から解約することもできたが、その場合には遅くとも2、3ヶ月前の告知が必要であり、また、損害賠償も必要とされた。

また、江戸時代には借家関係が生じる。「店借」である。これは、建物とその敷地を一括して貸す形態が通常であった。店借は、地主と店借人との間で行われるものの、対等な契約関係ではなく、店借人が立ち退きに応じない場合には刑事罰が課されるなど、現代の借家契約とは異なるものであった。店賃は、月末払いが標準的であり、公権的な規制がなされることもあった。また、礼金の慣例も存在したが、凶作により店賃の支払いが困難になっていたことに伴い、礼金にも公権的規制が行われることがあった。また、敷金の慣行も認められる。

次に、譲渡・転貸についてであるが、前者についてはあまり行われていなかったようである。また、転貸についてはその概念自体があまり存在していなかったと考えられる。そして、店借の期間は基本的には期限の定めのないものであり、家主はいつでも店借人に明け渡しを求めることができた。対抗力については資料がないが、家主は絶大な権力を有していたことから、おそらくは対抗力は認められなかったのではないかと考えられる。

店借の終了としては、店賃の滞納がまず挙げられる。天災や病気を理由とすることも認められず、奉行所へ訴えることで終了させることができた。滞納以外では、現在でいうところの正当事由が求められた。とはいえ、家主と店借人は親子のような関係であり、店借人が不当な扱いを受けることは今ほどは考えられなかったようである。その意味では、店借を「権利」として保護する必要がそれほど強くはなかったことは、注意されるべきである。

民法典の編纂期になると、土地制度の変化により（土地永代売買禁止の解禁）土地に資本としての価値が生じるようになる。そして、物の利用権については旧民法において「用益権」、「使用権」、「住居権」、「賃借権」、「永借権」、「地上権」が設定された。ポアソナードは、これらの利用権を所有権の「支分権」と考え、安定した利用権の存立を目指したのであった。しかし、法典論争を介して、債権としての「賃借権」と、物権としての「永小作権」、「地上権」、「地役権」を法定することになった。そして、この際に起草者は、建物の建設にあつ

ては、投下資本の回収の観点から、物権が用いられるであろうと予想していた。

しかし、この予想に反し、権利性の強い物権ではなく債権たる賃借権が圧倒的に用いられることになった。これにより、土地を借りている者に対して地代の増額を求めるにあたり、地震売買が行われるようになっていった。このような現象に相前後して、建物保護法が成立することとなる。すなわち、この時代になって賃借人を弱者と捉え、「弱者保護」が必要と考えられるようになったのである。

戦時下となると、建物保護法により封じられた地震売買の手段に代わり、期間の短期化が行われるようになった。そこで、借地法が制定されることになる。そこでは、借賃増減請求権の規定が設けられることで、両当事者のバランスが取られることとなった。次いで、突如として借家法も制定されることとなった。この借家法が注目を浴びるのは制定からしばらく経ってからのことであり、不景気となってからも家賃だけが下がらないという問題が生じたにもかかわらず、借家法が家賃の統制をするものではなかったため、役立たずであると考えられるようになったことであった。戦争が始まると、地代家賃統制令が出される。このため、家主は借家法で規制されていなかった解約権を巧みに利用することで、利益を上げたのである。そこで、借家法の改正が必要とされ、正当事由制度が導入されることとなった。そして、正当事由制度は借地法にも引き継がれることとなる。

戦後には、応急的な立法が目につく。住宅緊急措置令、地代家賃統制令、罹災都市借地借家臨時処理法などがその例である。その後には、借地権・借家権を物権化しようとする動きが高まった。しかしながら、このような考えが容れられることはなかった。そして、現在の借地借家法に連なり、定期借地・借家制度の創設にあっては、借地権・借家権の弱化をもたらすものとして位置付けられることとなった。

以上のように、借地・借家は土地の資本的価値の創出と、人口によりその位置付けが大きく左右されること、また、社会の事変によってもその態様が異なることが見出される。また、身分関係と密接になることもあり、義務的側面がその際には強調されるものの、権利性が確立することで、賃借人と賃貸人との関係が変質していくことも見て取れる。その位置づけからして、賃借権は債権であるとせざるを得ないものの、時代に合わせた保護が模索される必要がある。ここで問題とすべきなのは、賃借人・賃貸人の「対等性」と「利用権の権利性」の保護をどのように図るかということなのである。

また、賃借権の物権化の議論については、賃借権の物権化を代表する判例として、最判昭和 28 年判決を挙げることができる。罹災都市借地借家臨時処理法下のものであるが、「これらの規定により土地の賃借権をもつてその土地につき権利を取得した第三者に対抗できる場合にはその借地権はいわゆる物権的効力を有する」としたものである。これにより、賃借人が対抗力を有する場面があることが示された。他方で、大審院の判決では、「我民法上賃借権は所謂債権に属し支配の事実債権の効力として生れ居るに止まり之を以て他の物権同様支配権其ものか賃借権の性質なりと言ふに至ては全く我民法の物権債権の区別を根底より破壊するもの」として、物権と債権との性質にフォーカスしたものが存する（大判大

正 10 年)。ここで問題となるのは、物権化とはどのような基準で起こるのかということである。すなわち、ここで問題となっている「対抗力」一つを取ってみても、それ一つだけを取り上げて物権化したというべきではないと指摘されている。基準としては、①対抗力の付与、②存続期間の長期化、③妨害排除請求権の承認、④譲渡性、⑤費用償還請求権が与えられているかが基準となると言われている。また、カナーリスが指摘するように、物権化はあくまで物権「化」であって、債権が物権になるわけではない。この点にも、注意が必要とされよう。その中でも、物権化論との兼ね合いでは、③が注目されたことは周知のとおりである。これには、「不可侵性説」や「支配権説」などが説かれ、債権に基づく妨害排除請求も可能であるという論理を導き出す契機となった。また、ドイツでは「継続的契約関係論」がギールケより提唱され、継続的契約にあっては物に対する支配を必要とするから、それを実現するための「物権的請求権」が当然認められるとするものである。では、賃借権に物権的請求権が認められるのかについてであるが、これについてはいくつかの説が挙げられている。①準占有訴権説、②対抗力根拠説、③非排他性・占有根拠説、④賃借権の物権化説、である。これらの根拠から、賃借権には物権的請求権が認められる。また、新法では妨害排除請求権が認められたから、法定説というのも確立しうるかもしれない。とはいえ、ここでの議論ではもはや「物権であるから物権的請求権が認められる」という前提が崩壊しているのであって、物権的請求権一つを取っても、物権であるから、債権であるからという議論はすでに忘却の彼方にあると言える。ここで問題とされるべきは、このような状況下で物権債権峻別論が存在していると言えるのかどうかという点である。

第 2 章 ドイツにおける使用賃貸借 *Miete* の歴史的展開

本章では、第 1 章との比較のためにドイツの使用賃貸借の歴史を追った。まず、16 世紀においては「売買は賃貸借を破る」と考えられていた。すなわち、使用賃貸人の損害賠償の支払いにより、使用賃借人は目的物を手放さなければならないとされていたのである。また、この当時には占有による保護も考えられなかった。この当時には、ローマ法における占有概念が支配していた。使用賃借人は単なる所持者とされ、占有者とされなかったことから、占有訴権を認められることもなかったのである。他方で、ドイツの土着の法制度を見てみると、元々は人的な関係とされていた貸借関係について、自由永貸借という形式が登場した。そして、ゲヴェーレを獲得できれば保護を受けるとされた。そして、この形態が下級所有権を発生させる。そして、使用賃貸借の制度は短期間の利用が想定される際に用いられていた。それが、近世の初めごろの人口の大幅な移動により、使用賃貸借の形態が広く需要を得ることになる。そして、そのころにはローマ法をベースとした地方特別法が多く生み出され、その結果「売買は賃貸借を破る」の原則も広く浸透するようになった。これは、学説においても妥当していた。すなわち、使用賃借人はその目的物の物権を後から取得した者に対して、対抗できないと考えられたのである。学説の中には、この結論に反対し様々な方法に

よって使用賃借人の地位を高めようとするものも存したのであるが、その影響力は限定的であった。

17世紀に入ると、パンデクテンの現代的慣用が生じる。16世紀には、使用賃貸人が損害賠償さえすれば契約を終結させることができたが、この時代に入るとそのような恣意的な契約の終了は認められないと考えられるようになった。もっとも、解約告知は認められ、裁判によって使用賃借人を実質的に追放するという方法は残されていた。この点に問題があるとはいえ、16世紀に比べると使用賃借人の地位は相当向上したと評価できる。しかしながら、賃借目的物が第三者に譲渡された場合には、16世紀と同様の結論が支持されていた。さらに、使用賃借人はいつでも目的物が売却されることを甘受しなければならないのであるから、損害賠償請求権も生じないと考える説まで登場した。他方では、地方特別法において「売買は賃貸借を破らない」とするものが見られたことから、この結論を支持しようとする者も存在した。特に傾聴に値するものとして、*Zoll*の見解がある。彼によれば、使用賃貸人は任意の契約終結が不可能であることから、使用賃借人という負担のある権利を有している。そして、取得者はそれ取得するのであるから、使用賃借人を追い出すことはできないと考えたのであった。しかし、この説は強い批判にあい、取得者は所有権を取得するのであって、对人的権利を有するにすぎない使用賃借人は追放されるのだと攻撃されたのであった。

18世紀に入ると、自然法学説の影響が色濃くなり、ローマ法からの脱却が考えられるようになった。例えば、*Pufendorf*は契約によって物権も制限を受けるという考えを提唱した。そして、これを受けて *Titus* は使用賃貸人の処分の自由は使用賃借人の利用の範囲で制限を受けているため、取得者は使用賃貸借の期限が到来するまでは、使用賃借人の目的物の利用を甘受しなければならないと結論づけた。ここで意識されているのは契約理論であるものの、結果的には使用賃借権があたかも物的な権利であるかのように考えられたのである。これに対して、*Kant* は物権は債権に優越するものと考え、この結論を否定した。ただし、使用賃借権が登記された場合には、この限りではないとした。この意味では、使用賃借人を保護する必要があることは、どの立場からでも意識されていたことが窺われよう。

18世紀中葉となると、立法活動が生じる。1756年のマキシミリアン法典は、使用賃借人を任意に追い出すことはできず、裁判の手続きに依らなければならないとしつつも、目的物の譲渡の場合には、取得者に使用賃貸借関係が移転することはないとされた。19世紀に入ると、産業革命による社会構造の変化が起き、日本でいうところの団地の形態が見られるようになる。このような中で、使用賃貸借は当事者によって終了させることができると考えられるようになった。特に、解約告知による一方的意思表示による終結が認められた。そして、目的物が譲渡された場合には、使用賃借人は債権を主張することは取得者にはできないため、取得者は自己の所有権に基づいて、使用賃借人に明渡しを求めることができるとされたのであった。しかしながら、プロイセン一般ラント法は自然法の影響を大いに受けつつ、使用賃借権を物権と構成した。契約の成立は要式契約とされ、定められた期間の到来か、期限

の定めがない場合には解約告知によって契約が終了するとされた。もっとも、今でいうところの正当事由がなければならない。具体的には、解除条件の成就か、契約条項の違反の場合が挙げられ、それ以外にも法定の終了事由が挙げられていた。そして、使用賃借人は正当な占有者と考えられたため、占有権的な保護を享受することができた。このことから、物権である以上当然ではあるが、「売買は賃貸借を破らない」とされたのである。

BGBの編纂期には、BGBが実際の社会と乖離した規定を多く持っていたことに批判が提起され、*Gierke*の主張は有名となった。その中で、使用賃貸借についても純粋な債権的構成が第一草案で見られたのであるが、「売買は賃貸借を破らない」とすべきであると批判されたのであった。ただし、プロイセン法のように物権とすべきであるという反対論が展開されたわけではなく、あくまで売買は賃貸借を破らないとすればよいとされたことは、注目に値する。この意味では、BGBは結果妥当性だけを視野に入れたものと評価することができ、なぜ「売買は賃貸借を破る」と長らくされてきたのかという、体系的な位置づけは放棄されたのである。

そして、戦時下に突入すると、使用賃貸借については社会法思想が流入するようになる。まず、1917年には第一使用賃借人保護令が出された。これにより、同意官署による賃料値上げへの介入が可能となった。次いで、1918年の第二使用賃借人保護令は、同意官署による賃料の値下げを可能とし、翌年の第三使用賃借人保護令は近傍同種の比較賃料による賃料決定を可能とした。その後も、使用賃貸借を規制する各種の法規が立法され、法定賃料よりも高額の賃料が取れなくなったり、解約告知には裁判所の決定が必要とされたりと、規制が強化されるに至った。

戦後になると、しばらくは戦時下の命令がそのまま維持されていたが、住宅経済の促進のために1960年代に緩和に踏み出すようになる（いわゆる、*Lücke*プラン）。そして、その代わりに社会政策的な使用賃貸借法の導入が試みられることとなった。すなわち、社会条項を導入しようとしたのである。解約告知の制限、近傍同種の比較賃料による賃料の設定がそれに当たる。

また、賃借権の物権化については、当初は物権説も提唱されたが（*Löning*）、これが批判されその批判説が主流となる（*Weiß*）。その最たる理由は、BGB旧571条（現566条）は債権的義務を法定したにすぎず、排他性を与えられたわけでもなければ、使用賃借権をもつことが直接に物を利用できることにつながるわけではなく、あくまでも使用賃借人による行為があって初めて物の使用が認められるのであるという点である。確かに説得的であるし、法典での位置付けとも整合的であることから、*Weiß*の学説が現在も主流となっている。

以上のように、基本的には債権的性格とされた使用賃貸借であるが、社会の要求に従ってその形を変えてきたことが窺える。特にドイツにあっては、住居の賃料が上げられてしまうと、都市部に住む使用賃借人が居を構えることができなくなり、ひいては国力の低下をもたらすという思考のもとで、賃料統制が行われ、解約告知にも制限がなされたのである。この

ように考えると、元を正せば債権であるとはいえ、それが変質されてきたことが窺える。これはすなわち、不動産賃借権の特殊性を示すものであるといえよう。しかしながら、本質的な内容を理解できたとはいえ、それゆえに現行法がどのような性質なのかということをも明確に断定することは難しいだろう。社会立法としての賃借権を眺めるのか、それとも人的関係を強調するのか、はたまた債権編に置かれていることを重視するのかという、視点の変化によって結論が変わりうるからである。

第3章 オーストリアにおける使用賃貸借法制と、物権債権峻別論否定論

本章では、ドイツ法よりも先に成立したオーストリア法を外観することで、賃貸借の性質論を展開しようとしたものである。また、調査中に物権債権峻別論とは異なる権利体系を模索するものが見出されたため、その紹介も兼ねている。

オーストリア法では、賃借目的物が譲渡された場合には、引渡しが一つのキーとなっている。すなわち、使用賃貸人から使用賃借人に目的物が引き渡される前に譲渡された場合には、譲受人は使用賃貸借契約を引き受ける必要がない。ここでは、「売買は賃貸借を破る」ということになる。そして、引渡しがあった場合には譲受人は使用賃貸借契約を引き受けるとされている（AGBG 1120条）。また、使用賃借権は登記することが認められており（AGBG 1095条、GBG 9条）、登記をした場合には使用賃借人の解約告知権が認められなくなる。ただし、これは特別の規定であって、使用賃借権は物権ではないとされている。そして、AGBGでは不足している保護について、MRGが2条においてさらなる保護をしており、使用賃借人が引渡しを受けている場合には、登記がなくとも譲受人は使用賃貸借契約を引き受けなければならないとしている。

その中で、不動産賃借権が物権なのか債権なのか、日本と同じように議論されるようになった。オーストリアでも、使用賃借人が明渡請求権がないため、物権ではないとする説が大半を占めていた。他方で、物権説が提唱されたのは、いくつかのポイントがある。①引渡しを受けると、使用賃借人は自らの意思で目的物が利用できること、②目的物の譲受人にも解約告知権が認められるのは、第三者も元の使用賃貸借契約に縛られているからであること、③賃借権にはもともと物権性があること、である。しかしながら、これらの考えは主流ではなく、債権と性質決定するのが多数である。

そこで、次にそもそも物権債権峻別論が妥当なのかという議論について眺めてみたい。これは、*Bernd Schilcher*が提唱したものである。まず、権利には「強い権利」と「弱い権利」があるとする。ここで重要なのは、権利の「割当て」と、対立する権利との二つの要素である。そして、ここでは「合目的性」と「効率性」の観点も組み入れられる。その上で、権利の強度を検討することになり、問題となる権利、社会的明確性、個人の認識可能性によって決定される。一般には権利が強くなればなるほど、その内容は明確になる。では、使用賃借権についてはどうか。使用賃借権は、物の利用と享受が割り当てられており、それが債務法によって行われている。そして、占有によって物の利用が明確化さ

れている。このように、割当ての強度と特定性、債権の強度、明確性、市場性、合目的性・効率性によって、その権利が強い権利なのか、弱い権利なのかを分析しようとするのである。これにより、権利を類型化して性質を導き出すというこれまでの方法ではない権利体系を構築できると考えられるのである。

そして、最終的には物権債権峻別論を放棄すべきと考えている。2011年に債権に基づく利用権と差止めとの関係について、建物の所有権によって差止めを認めるというものであった。これについては、これまでの OGH の判決で使用賃借権に基づく差止めが認められていたことがあり、もはや体系を崩壊させているという指摘が *Holzner* によって提唱された。しかし、*Schilcher* は使用賃貸人が不在の場合には、使用賃借人が自らの権利によって、差止めが認められなければならないという状況を指摘した上で、体系崩壊というよりもそれこそが必要とされる結論であると指摘している。ここで重要なのが、「権利に割り当てられているもの」である。すなわち、使用賃借権は占有により強化されるのであり、占有による公示によって強い権利と認められる。つまり、強い権利かどうかポイントとされるのであって、物権と債権という枠組みはもはや不要であると指摘した。

しかしながら、このような考え方は非常に利益衡量的であり、恣意的な面が否めないというデメリットを有すると考える。対立する権利（利益）を衡量することで、妥当な結論を導き出すという結論は傾聴に値するものの、だからといって物権債権峻別論を放棄させるほどに確立したものであると言えるのかどうか問題とされるであろう。

第4章 スイスにおける不動産賃借権の仮登記と登記請求権

本章では、日本における不動産賃借権の登記請求権の否定に重きをおき、スイス法との比較を試みた。スイスでは、事業用賃貸借について、目的物が第三者に移転した場合に、賃借権も移転するという条文があるものの（OR 263 条）、一般には契約移転の法理に従うものとされている。そして、移転の際には第三者の同意が必要とされる。

そこで、使用賃借人を保護するために、仮登記による保護が規定されている（OR 261 条）。これにより、売買によっても使用賃借権が破られることはなくなる。すなわち、所有者が交代すると、使用賃借権も移転するのである。また、新所有者には広範な解約告知権が認められており、自己使用の必要性が要件として挙げられている。また、登記されると使用賃借権は物的権利 *Realobligation* となり、使用賃借権が共に移転する。しかしながら、仮登記が認められるのは「当事者が仮登記に合意していた場合」のみである。

これについては、「一種の物権と一致するか、もしくは、少なくとも物権に近似した効力」であるとされている。他方では、そうではないという説も有力であり、実際には仮登記が難しいことから公示を欠いていることや、元の使用賃貸人と新たな所有者との間では、全く同じ契約内容になるわけではないということなどが指摘されている。しかし、いずれにしても現在の賃貸借法により「売買は賃貸借を破らない」とされ、これは引渡しを受ければ良いとされた。これにより、もはや仮登記の意義は失われており、日本法の枠組

みと同じような状態になっていると言えるのである。

日本では、賃借権に基づく登記請求権は判例により否定されている（大判大正10年）。これは学説でも確認されている。かつては、登記請求権が認められるという趣旨も見受けられたのであるが、判例の登場によりそのような考え方は淘汰された。例えば、鳩山は特約がなければ登記請求権はないとしており、それは地上権などのように対外的効力を有していないからだとしている。すなわち、登記請求権が権利の対外的効力と結び付けられて、登記請求権が否定されていると言える。しかしながら、これは対外的効力が認められるからこそ登記ができることを意味するが、その理論的根拠に乏しい。物権は公示がなければ対外的効力を発揮しないというのが対抗要件主義のもとでの結論であり、公示があるからこそ対外的効力を有するとも言える。すなわち、対外的効力が公示可能性を生むわけではないのではないかと考えられる。これからの時代は、所有者不明土地などの問題とともに、登記に正確性がより求められる。その中では、賃借権が登記されていないというのは、不測の損害を生じさせることになるのではないかとと思われる。したがって、登記請求権についてより分析を行い、最終的には賃借権も登記されるべきなのではないかと考えるのである。

おわりに

以上のことをまとめた上での結論として、賃借権は社会的要請によってその内容が変質させられてきたものであり、それは少数説ではあるものの物権債権峻別論にも再考を促すものであるといえる。また、物権債権峻別論から脱却することで、物権に固有とされていた登記請求権についても、不動産賃借権に固有のものとしてその必要性を承認することが可能になるのではないかということ結論づけた。

もちろん、本稿は不動産賃借権の性質にフォーカスを当ててはいるものの、これまでの結論を凌駕するほどの研究にはなっていない。今後は、スイスやオーストリアの使用賃借権の歴史的展開を比較する必要もあるであろうし、なぜ登記請求権が認められないかという理論的裏付けを与える研究も必要である。しかしながら、本稿は不動産賃借権を多方面から眺めようと試みたものであり、このような多角的な視点を提供するものは決して多くはなかったことから、一定の意義はあるのではないかと考えている。特に、不動産賃借権がどのような性質なのかを明確にしなければ、権利体系を崩壊させてしまうということは、オーストリアの *Holzner* が指摘しているところである。権利体系の崩壊は、法典としての形をも否定することにつながるものであって、放置して良いものではないだろう。これからも多くの議論を眺める必要があり、本論文の不足を恥じつつも、一定の示唆を与えたと信じるものである。