

早稲田大学審査学位論文（博士）

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

不動産賃借権性質論

梶谷康久

<目次>

はじめに	1
第1章 日本における不動産賃借権の歴史的展開	3
第1節 はじめに	3
第2節 前史	4
第1款 大化の改新までの時代	4
第2款 大化の改新から平安時代末期まで	6
第3款 鎌倉時代から室町時代	9
第4款 江戸時代（安土桃山時代）	14
第3節 民法典の編纂過程	30
第4節 民法典制定後から戦時体制突入前まで	37
第5節 戦時下の借地・借家法制	40
第1款 借地法・借家法の制定	40
第2款 借家問題の発生——借家法の問題点の露呈	44
第3款 「住宅はあっても家賃が高い」——第一次世界大戦後からの時代	45
第6節 戦後の借地・借家法制	49
第7節 現行借地借家法	53
第8節 賃借権の物権化論の展開	58
第1款 はじめに	58
第2款 議論の前提——「対抗力」「妨害排除力」「物権化の基準」	59
第3款 賃借権の物権化を代表する判例	60
第4款 大審院判例の検討	62
第5款 債権の性質と物権から生じる請求権の関係	64
第6款 賃借権の物権化の捉え方——賃借権に妨害排除力は認められるのか	67
第9節 まとめ	69
第2章 ドイツにおける使用賃貸借 <i>Miete</i> の歴史的展開	74
第1節 はじめに	74
第2節 16世紀の使用賃貸借法制	75
第3節 17世紀の使用賃貸借法制	82

第4節	18世紀の使用賃貸借法制——法典編纂と使用賃貸借法	87
第5節	BGBの編纂過程と使用賃貸借	97
第6節	戦時下の使用賃貸借法制	102
第7節	戦後の使用賃貸借改正史	105
第8節	ドイツにおける使用賃借権の物権化論の概観	107
第1款	<i>Löning</i> の物権論	107
第2款	<i>Weiß</i> の批判	109
第3款	まとめ	111
第4款	日本とドイツの物権化論の考察	112
第9節	まとめ	113
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	117
第1節	はじめに	117
第2節	オーストリアにおける賃貸人の交代をめぐる問題と不動産賃借権の物権化	122
第3節	オーストリアにおける物権債権峻別論への疑問	126
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	136
第1節	はじめに	136
第2節	スイスにおける不動産賃借権の登記	136
第3節	日本における不動産賃借権の登記（民法605条）	158
第4節	まとめにかえて	166
第5節	おわりに	168
おわりに		168
第1節	日本とドイツとの不動産（使用）賃借権の歴史的展開（第1章・第2章）	168
第2節	オーストリアにおける物権債権峻別論否定論（第3章）	172
第3節	スイスにおける不動産賃借権の仮登記と登記請求権（第4章）	173
第4節	新たな権利分類論と不動産賃借権の登記請求権	173
第5節	結語	174
第6節	今後の課題	175
参考文献一覧		177

はじめに

不動産賃借権の物権化は、過去の議論として認識されている。現在では、不動産の賃借人は借地借家法で保護されているのであり、もはや強化の段階は過ぎ去ったのであるから当然である。むしろ、定期借地・借家制度の創設は「弱化」をももたらしている。いずれにせよ、借地借家法は社会の要求に応じて変化しており、それにより社会も満足しているのであれば、それ自体は問題となるものではない。

しかし、目を転じてみれば、不動産賃借権とはどのような権利になっているのかということに興味を覚えずにはいられないのではないか。民法 605 条の存在、登記請求権の否定、借地借家法による対抗力の付与、物権債権峻別論との関係など、不動産賃借権は他の権利とは異なる様相を呈しているのである。

そこで、本論文では次のような問題に焦点を当て、叙述を試みる。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、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る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。

以上のように、大きく三段階の問題設定を行った上で、それを順次検証するのが本論文である。では、本論文の構成を示しつつ、その研究の動機について付記していく。まず、第1章では日本の不動産賃借権の発展史を眺める。不動産賃借権を検証するのであれば、歴史的な把握はそれほどの価値がないと考えることもできよう。しかし、不動産賃借権の根幹を理解するためには、歴史的展開を把握することが必要ではないかと考えた。特に、日本における不動産賃借の歴史的展開を遡って研究しようとするものは決して多くなく、あくまで必要な限りで触れられているものが大半である。そこでは、歴史的展開からの性質論は展開されないのであり、本論文の目的を持っているものではない。本論文では、歴史的展開による根幹の把握を目指すのであり、その限りでは本論文にも意義が見出せるのではないかと考える。

そして、第2章ではドイツの使用賃貸借 *Miete* の歴史的展開を概観する。日本の不動産賃借権の解釈にあたっては、ドイツ法の影響を無視することができない。したがって、ドイツ法における使用賃貸借の性質の根幹を眺めなければ、日本の不動産賃借権の分析もできないと考える。すなわち、日本法の分析にドイツ法が使われているのであるから、日本の不動産賃借権にもドイツ法の根幹と連続する部分があると思われるのである。したがって、ドイツ法の歴史的な分析による研究が必要とされるのである。

そして、第3章ではオーストリアの不動産賃借権の制度と、それを踏まえた物権債権峻別論との関連を見ていく。オーストリア法は、ドイツ法よりも前に制定されているのであり、ドイツ法を作る際にも参照されている。そうであるならば、ドイツ法の前史としてオーストリア法を眺める必要がある。しかしながら、同じヨーロッパということもあり、歴史的な展開はドイツ法の部分で十分に展開できていると考える。そこで、オーストリア法については、歴史的な展開ではなく、法制度とその解釈論を展開することにした。また、オーストリア法については日本でも決して十分な研究が行われていないことから、紹介をする意義はあるように考えている。オーストリア法がドイツ法の前提とされることが許されるのであれば、ドイツ法の影響を受けた日本法に対しても示唆するものがあるであろう。また、オーストリアで物権債権峻別論を再考しようとする論文が公表された。上述のように、本論文では物権債権峻別論を検証することは主たるものとはしていないが、不動産賃借権の性質を検証することは、延いては物権債権峻別論へも関連するであろう。そこで、本論文で不動産賃借権の性質を把握するという意味で、その論文の紹介も取り上げることにした。日本やドイツよりも長い歴史を有するオーストリア一般民法典において、物権・債権を再考しようとすることは、ドイツ法・日本法において無視することはできない。したがって、その分析を通じて、日本法への示唆を得ようとしている。さらに、オーストリア法はドイツ法と異なり、不動産賃借権の登記を認めている。この意味では、ドイツ法よりも日本法の体系に近いと言

える。その意味でも、オーストリアにおける使用賃借権について分析することが必要とされよう。

さらに、第4章ではスイスの不動産賃借権の仮登記制度について、登記請求権の観点から眺めたい。スイス法は、ドイツ法をも範として成立したものであり、近代における私法の集大成であると評価されている。オーストリア法では、その時代背景から法典上で物権と債権とが完全に峻別されているとは言えないのであり、ドイツ法にもその片鱗は見られるが、それらの議論を参照したスイス法では、より整序された法体系を見ることができる。そこで、オーストリア法、ドイツ法の終着点としてスイス法を据え、その法体系の中で不動産賃借権がどのように分析されているかを研究することもまた、日本法への示唆を得ることになるだろう。満洲国民法を制定する際にも、スイス法が参照されていることから、スイス法の重要性を窺い知ることができる。ここでは、スイス法を参照した満洲国民法についても、多少触れることとした。直接に日本法となったわけではないものの、日本法の問題点を克服しようとしたのが満洲国民法なのであり、そこでの議論も示唆に富むと思われるからである。なお、スイス法においては、使用賃借権の仮登記が認められている。すなわち、日本法とまったく同じというわけではない。しかし、ドイツ法とも異なって登記制度自体は備えていることが注目される。したがって、広い意味では賃借権の登記を可能とするわけであり、日本法との比較の素地はあるように思われる。そして、スイス法にあっては特に登記請求権との関係を眺めることとしたのは、日本法では不動産賃借人には登記請求権がないことから、民法605条が実質的に死文化していることについて、分析が必要であると思われるからである。すなわち、スイス法における登記請求権に関する議論と比較することで、より相対的に登記請求権について分析することができるように思われるのである。特に、登記請求権は物権にのみ認められることについて、批判的に検証したいと考える。

そして、全体の結論を提示したい。ここでは、各章の検討を再度行った上で、不動産賃借権の性質を根本的に問いたいと考える。本論文のように、不動産賃借権について多角的に分析し、比較法の対象を3カ国とする論文はこれまでに見られない。不動産賃借権はその国の文化・制度の影響を強く受けるのであり、1カ国との比較だけでは対象として不足すると考える。そして最後に、本論文には多くの反省点が見出されるのであるが、それについては今後の課題として示すこととする。

第1章 日本における不動産賃借権の歴史的展開¹

第1節 はじめに

先述のように、本論文ではまず賃貸借法の歴史的な理解を試みる。賃貸借に関する歴史をまとめた著書は少なからず存在するものの、歴史を中心的に扱っている著作については古いものが多く、また新しいものであっても、その歴史的な分析はメインとして扱われて

¹ 本論文では、末尾の参考文献に掲げた角括弧の表記により、参考文献を示す。

いないものが多い²。現行の賃貸借を扱ううえで、歴史的な考察が必要なのかという意見が聞かれるが、私は歴史的な沿革を捉えることも重要であると考え。現行民法は、当時の欧米諸国に対抗するための近代化への足掛かりとして制定されたものであり、いわば「法律が先行した」状態にあった。しかし、本来的にはまず市民生活があり、その生活により人々が何らかの問題に衝突する。そのような問題が頻発するに際し、その解決方法を予め提示しておくことによって、紛争の簡易な解決と防止に資するためのルールを人々は制定しようとし、それが「法律」になっていくものであると考えられる。それは、法律の発生と発展を意味する。そのような発展形態を追っていくことは、賃貸借というものが本来的にどのような方向に進むべきなのかを検討する上で極めて重要であるように思われる。また、先述のように歴史的な検討を試みる論文は古いものが多い。しかし、筆者は歴史的考察の重要性に鑑み、それら貴重な論文を改める必要があるとも考えている。以上のような見地から、賃貸借（法）がどのように発展してきたのかをまずは概観してみたいと思う。

今回は武藤運十郎³の時代区分に沿って賃貸借法史を眺めてみたいと思う。この章では氏の著作に負うところが多いのも理由であるが、氏が考える時代区分が賃貸借法史を眺めるにつきとても明確であることが最大の理由である。

なお、概観するにあたりその対象についてここに明記しておく必要があると思う。本論文は土地・建物の賃貸借法制について様々な角度から検討することを目標とすることは先述したとおりであるが、歴史的な考察をするにあたっては、江戸時代以降は建物貸借関係も記述するが、それ以前の時代においては記述をしない。なぜ江戸時代からの記述しかないかは、「建物」の性質を考えることで説明がつく。すなわち、江戸時代より前の時代は、建物はあくまで自らの土地に建てて住むものであって、建物そのものを借りる必要はなかったからである⁴。しかし、江戸時代多くの人間が江戸・大坂に集中することにより、彼らへ建物を貸すといういわゆる「資本的価値」が見出され、貸家が行われるようになっていった。このような理由から、江戸時代にならないと建物利用権に関する歴史的資料は見いだせないのである。もちろん、細かく検討するとまったく建物利用関係が存在しなかったということではないようだが⁵、ここにおいては、建物利用関係に関しては江戸時代からの考察にしたいと思う。

第2節 前史

第1款 大化の改新までの時代

ア. 土地所有の性質

² 例えば、[星野・淵源] 参照。

³ [武藤] による。

⁴ [武藤] 310 頁。

⁵ [武藤] 310 頁。

この時代、土地は氏族団体または村落団体の総有であった⁶。この時代の人々は、土地が誰の物であるのかという点を重視することはなく、とにかく「只土地を氏族又は村落の団体によって共同に耕作する」⁷ことができればそれで良いと考え、そのような対象であるという認識しかしていなかったようである。すなわち、土地の目的を収穫のためのものとして見て、その収穫のために共同して用いる物としか考えていなかったのである。したがって、この時代の土地所有は、「我が上代人（筆者注――この時代の人々）の土地支配の観念は頗る実際的であって、土地の所有は即ちその土地の収穫を取得する権利を意味し、土壤そのものの動産的所有を意味しなかった」⁸と評価されている。

イ. 土地の賃貸借

そのような時代の土地の賃貸借はどうなっていたのか。この時代に土地を総有していたのは「氏族」や「村落」であって、いわゆる農民階級の人々はその構成員にはなっていない。また、彼らは土地を収穫の目的にのみ使っていたので構成員になることを欲することはなかったと考えられる。そのように考えると、それでは農民はどのように土地を利用する権限を得ていたのかという問題が生じる。すなわち、ここに賃貸借関係が存在すると考えられるのである⁹。

しかし、あまりにも古い時代のことであり、この賃貸借の内容、条件、形式等を示すものは何もない。ただし、武藤氏は借主の利用の方法は、「律令時代に於ける賃租（筆者注――後掲）と同じく、直接に土地を支配する物権的なものであったことだけは、これを推論するに難くない」と考えられている¹⁰。なぜ、このように考えられているのか明確な資料的裏付けはないのであるが、この時代はもともと人口も多くなく、土地の多くは余っていたのであるから、土地紛争そのものが起きることは考えにくいことであり、そうであるならば、借主は借りている土地を自分の思うように使うことが可能であったろうと考えられる。そのような状況から推論されたのではないかと思う。この時代について、「氏族制度そのものの組織にしても、部民の状態にしても、直截明白なる記述は困難と言うより

⁶ これには様々な説が存在する。詳しくは、[武藤] 21 頁以下参照。ただし、[石井・概説] 45 頁には「農民等は針さす程の土地も有せぬ状態である」とされているから、農民が自己の所有権に服する土地を持っていなかったことは確かなようである。ただし、石井はあくまで土地は豪族の私有であるということを前提としていることは付記しておかなければならない。しかし、いずれにせよ、本論には影響を及ぼさないと考えられる。

⁷ [武藤] 27 頁。

⁸ [瀧川・法制史] 185 頁。

⁹ 反論として、[石井・概説] 46 頁では、農民が豪族の奴隷として耕作をさせていた時期には土地の貸与が問題とされなかったが、土地の兼併がほぼすべての土地になされると、豪族の土地が広すぎ、奴隷だけでは管理（耕作）できなかつたので、そこで貸与することもあったとする。しかし、収益重視という観点から賃貸借という概念は存在しなかったとされる。

¹⁰ [武藤] 29 頁。

は、寧ろ不可能であり、疑問はいくらでも湧いて来る。定木に嵌めたように整然としたものであるかの如く書いてあるものがあるならば、それは寧ろ間違いであって、実は正確明瞭に判らぬのが本当である」¹¹と評価されていることから、この時代を明確に把握することは不可能であろう。

ウ. まとめ

ここまでこの時代の土地制度を眺めてみると、農民階級にとって土地は「利用の対象」であり、「所有の対象」ないし「財産権の対象」にはなっていない。彼らは土地そのものの財産価値には目を向けることはなく、そこから得られる「収穫物」のみに関心があったように思われる。次の時代において、大化の改新が行われるようになるのも、この収穫物に対して豪族が一方的に私利私欲を貪るようになったために、そのような圧政を革新する必要からであった。そう考えると、土地が氏族・村落の総有であって、確かに農民階級はそこから土地を「借り受ける」形にはなっていたものの、現代で言うところの「賃借権」に認められているような様々な性質や権能（転借の自由や、賃貸人の交代への対抗）が問題になることはなく、あくまでも自らが生きていくための「農産物」を手に入れることができるかどうかの一点にのみ注目が集まっていたと言ってよいであろう。そう考えると、この時代の「賃借権」は「収穫を十分になしうる権利」ないし「収穫を邪魔されない権利」ということができ、そして、それが保障されれば十分なものであったといえよう。

つまり、日本の賃借権の萌芽は「土地の利用、すなわち、収穫を邪魔されない権利」（ただし、現代で言われるところの「権利」とはその性質を異にすることには注意しなければならない）として発生したと言っても良いのではないかと思う。そして、その権利が保障されなくなってきたこの時代の末期において、農民は不平を持つようになり、それが大化の改新を引き起こしたと言えるのではなかろうか。

第2款 大化の改新から平安時代末期まで

ア. 口分田

大化の改新が、中臣（藤原）鎌足と中大兄皇子によって行われたことにより、周知のとおり、日本の土地は先の時代の氏族や村落のものからすべて国のものとされることとなった。これは、豪族による圧政や貧富の甚だしい格差を排除して、強力な中央集権国家を樹立しようとするためのものであった。このような思想から、大化の改新を武藤は「これは素晴らしい改革である」¹²と評価している。市民の負担を見た上で行われた大化の改新は、その土地の所有をすべて国家に帰属させた¹³ことが果たして本当に英断であったのかはさておいても、やはり市民のためになるように工夫されていたという点では、武藤の評

¹¹ [本庄] 39頁以下。

¹² [武藤] 37頁。

¹³ [瀧川・研究] 55頁参照。

価は全くそのとおりであると思われる。前節に述べたような豪族の農民への「賃借権（すなわち、収穫に関する権利）」の蹂躪から農民を解放し、それを絶対的に保障したというわけである。ここで、武藤は「しかして大化の革新による土地国有主義は、一面に於て土地所有権の否認であると同時に、他面に於て土地利用権の絶対性の国家による公認である」¹⁴とされている。ここにいう土地利用権が、前節で述べたいわゆる「賃借権」にあたるものである。この利用権を国家が絶対的に保障するため、すなわち農民の収穫の期待の保護をなすために「大化の改新」がなされたのであった。

そして、国家に帰属した土地は、配給されることになった。すなわち、土地を口分田として市民に渡すことにしたわけである。これが、歴史の授業で我々が習う「班田収受法」である。以下、本法を概観する¹⁵。

1. 6歳に達した時点で口分田が与えられる。これに、男女で異なるところはない。
2. 奴隸等制限された身分でなければ、口分田は男子2段、女子1段120歩である。
ただし、一定の行政区分の中で、人口が多く、全員に決められた大きさの口分田が与えられないときには、その大きさは前後したようである。
3. 口分田はできるだけ居宅に近いところの者が給付される。
4. 口分田は原則的に水田が供せられる。
5. 口分田の班給（市民に口分田を与えること）、収公（口分田を与えられた者が死亡した場合に、国に戻されること）は6年ごとに行う（これを、班年と言う）
6. 口分田は基本的に終身利用が可能である。
7. 口分田は絶対に売買してはならない。1年を限って貸すことはできる。これは官司を経て行う必要があった。

以上のように、口分田は現代の我々が持ちうる「土地所有権」とは性質を異にするものである。「国から土地を借りている」というほうが、我々の感覚からは分かりやすいのではなかろうか。ゆえに、7に示したように、借りているものは売買をすることができない（その土地の所有権を持っているわけではないため）という現代の法原則と同じような態度が取られているわけである¹⁶。ただし、注意しなければならないことは、やはりその性質を現代の賃貸借法理と同様に解するわけにはいかないということである。現代の賃貸借法理はあくまで私人間に適用されるものであるし、また、その関係を適切に保つためのものである。このような歴史的背景を無視してはいけないうであろう。そこで、次に、7で示した「1年を限った賃貸」について概観してみることにしたい。

¹⁴ [武藤] 60頁。

¹⁵ [武藤] 40頁以下、[瀧川・法制史] 119頁以下、[瀧川・研究] 122頁以下。

¹⁶ [瀧川・法制史] 56頁は、田地を自由に公民が処分できないことをもって、口分田は公民の所有権の対象ではなかったとされる。

イ. 賃租¹⁷

繰り返し述べているように、大化の改新は豪族の農民への圧政を排除し、農民に適切な「収獲権」を保障するためのものであった¹⁸。そのために、政府（国）は土地を私益追求のために用いられることを警戒した¹⁹。なぜなら、そのような追求を認めていくと、結局は多くの土地保持者が改新前の豪族と同じように農民を蹂躪する可能性があったからである。

そのような建前では、私的な利益をもたらすことになる土地の貸借も究極的には認められないことになるはずであるが、この時代においては1年を限度としての貸借が認められていた。これを、「賃租」と呼ぶ。ただし、呼び名は「しかして当時この賃租を売買と称した。蓋し、この時代の人賃租を以て一定年間の使用収益権の譲渡であり、作得権の売買なりと考へたからである」²⁰とあるように、これを「売買」と当時は呼んでいたようである。

ただし、賃租が行われたのは農民同士間よりも、高位高官・寺院・神社と農民との間であったようである。この契約は、建前上は対等の関係にあった（大化の改新が農民の解放的性格を有していたことからそう考えられよう）が、身分的・社会的関係に高低のある者同士でなされるが多かったことから、実質的には借主（すなわち、農民）にとって過酷なものであったことは想像に難くない²¹。

A. 賃租の成立形式

このような賃租は先述のようにこの時代における政府の政策から見れば例外的なものであったために、成立の形式についても厳格に定められていたようである。すなわち、まず証書を作成し、そして、官の許可を得ることを要した。また、申請を受けた官吏はそのかかる賃租を公簿に記載し、それにより賃租は公示力または公信力を得たようである²²。

B. 賃租の存続期間

そして、存続期間に関しては1年であり、これは特に初期の時代においては非常に厳格に守られていたようである。これに違反した場合には民事上無効となり、かつ、刑事責任をも負わされたようである²³。このようにしないと、貴族階級が長期にわたり土地に農民

¹⁷ 賃租の費用を中心とした文献として、[菊地] 51頁以下がある。

¹⁸ [瀧川・法制史] 55頁には、「……その耕作地に対してもつてゐた権利は、所有権ではなくして、寧ろ用益権であつた」と記されている。

¹⁹ [武藤] 61頁参照。

²⁰ [武藤] 61頁。

²¹ [武藤] 64頁。

²² [武藤] 67頁。

²³ [武藤] 77頁、ただし、民刑の区分が明瞭ではなく、今般の概念に当てはめてのことである。

を縛り付け、結局、以前の農民圧政時代に戻ることになってしまうため、このような厳格な期間制限を与えたのだらうと考えられる。

C. 賃租の第三者対抗力

次に、第三者対抗力についてはどうであろうか。前款では、現在に比べ日本の人口が決して多いものではなかったことから、土地紛争そのものが少なかったのではないかと述べたが、この時代においても、それは決して例外ではない。ゆえに、第三者対抗力についてはやはり問題になることが少なかったのではなかろうかと思う。それはさておいても、武藤はこの点につき、「借主の土地に対する支配が物権的であつたこと、期限が比較的短かつたこと、賃租借契約の存在が公簿上明かであつたこと、田税が借主の負担であつたこと及び制度の趣旨が土地所有権よりも、土地利用権を絶対的に高く規定していた関係等より推論して、売買は賃租借契約を破らなかつたと思ふ」²⁴とされる。

D. 賃租のまとめ

ここまで、現代の賃貸借と似た傾向を持つ賃租について概観した。この時代においては、そもそも土地所有権が今の時代とは性質が異なることは前述のとおりである。(国から配給を受けた)土地の所有者(もちろん、今でいう所有者とは違う)は、その土地の財産的価値にではなく、その利用価値に重きを置いたわけであり、それはこの土地を借りていた人間にもあてはまる。すなわち、当時の借主は、「土地」ではなく、その「利用価値」を賃借していたとって差し支えないであろう。これにつき、武藤がこの権利を「物権的であつた」²⁵とされるのはこの利用価値に注目したからであると思われる。しかし、「物権的」という言葉は、その権利がある程度長い期間保障されているからこそ使えるものではないか。この利用権は、結局のところ1年の期間制限に服した上で、その利用が保護された(貸主はたったの1年を待つのみで新しい借主を探せる)わけであり、それは結果的に物権的権利類似の性質を帯びたに過ぎず、その本質を「物権的」と捉えるのは行き過ぎたものである。また、少なくとも人的関係があるはずであるが、この時代にその関係が考慮に値しないほどに希薄であつたのかについても、疑義の存するところである。

ゆえに、この時代における賃租契約は、この短い期間制限と、そして中央政府の強大な力によって保護されたものであつたと言える。民法における賃貸借が決して長期のものではないということは、源流を辿ればここに行きつくのではないだろうか。賃貸人と賃借人がそれぞれ保護されうる限界点を探ると、決して長い期間を保障しないことに至るのではないか。それが、現代社会に妥当しなかつたことは今の法制度が示すところではあるが、このような原点が見えてくることは、決して歴史的探求が無駄なものではないことを示すと思われる。

²⁴ [武藤] 81頁。

²⁵ [武藤] 81頁。

第3款 鎌倉時代から室町時代

班田収授法にはじまった、公地公民政策も、幅広い例外が許容されるにおよびその意義は薄れていった。いわゆる貴族階級においては、賃租の期間を実質的には長期化するに及び、また農民はその土地に縛られることになったわけである。貴族階級は農民が保有する土地を巧みに召し上げていくことにより、その土地の支配領域を拡大していった。ここに「荘園」なる強力な経済組織が現出することになるのである。

1. 荘園法

荘園法とは公地公民制に対する、私地私民制を前提とした慣例法である²⁶。この時代において、前節で述べた公地公民制を前提とする律令はその姿を消したわけではない。国家ないし政府の規定した律令が簡単に消滅するわけがないからである。しかし、実質を見れば、私地私民制の強い要請から、いわゆる「荘園法」と呼ばれる慣例法（おそらくここにいわれる慣例法とは、ある特定領域²⁷のみを対象としたものであろう）が成立するのである。これにより、公地公民体制が縮減を免れなかったことは想像に難くないところである。ここに土地は国有主義から私有主義へと変質していったのである。

2. 荘園とその所有権

土地が荘園をして私有化されるにともない、その土地に対する所有に関する権利が生じる。しかし、この権利は今でいうところの「土地を自由に使用、収益、処分しうる権利」ではなく、もっと「強大な権力」であった。すなわち、「領土高権としての領主権と、土地所有権としての地主権との分化が行はれていなかったのである」²⁸。荘園が確立されるに及び、その権力は強大となり、最終的には荘園内には国の支配が及ばないこととされた。ゆえに、国からの税の取り立てが荘園内の個々の土地に及ぶことや、荘園内の事件を国家により統制することはなくなったのである。それはすなわち、荘園領主においては「領主権（荘園内の自治を行いうる権利）」が与えられたことを意味し、かつ現在の所有権類似の権利をも取得することになったのである。このような強大な所有権は、その荘園内において特殊の権利を発生させた。それが、ドイツ中世に登場した上級所有権と下級所有権（利用所有権）である。すなわち、領主はその管理処分権のみを有し、百姓は使用収益権を有することになったのである。これは、現代法制において百姓に対して他物権（永小作権など）が設定されたとみることもできるが、この理解では、本来的には領主がすべ

²⁶ [武藤] 95頁、[笠松] 14頁以下によれば、中世は「慣習法の支配する時代である」とされ、慣習法が浸透する過程をつぶさに検討されている。ここでは省略するので参照されたい。ただし、少なくとも慣習法であってもこの時代を検討するうえでは無視できないことはお分かりいただけるものと思う。

²⁷ ただし、荘園はこの時代前土地の8割に及んでいたとされる。

²⁸ [武藤] 130頁。

での権限（管理処分権と使用収益権）を持っており、それが百姓衆に譲られるという思考になろう。しかし、この時代の本質としては、領主は初めから使用収益権は持っていなかったと考えられる²⁹。そう理解するならば、このような形態は領主の上級所有権と農民の下級所有権によって説明がつく、そして、そのようにしか説明しえないと考えられる³⁰。

3. 土地の賃貸借

農民は、荘園制度の拡大にともない、その土地に下級所有権を得ることになった。しかし、この土地はすでに領主により管理されており、また領主は処分権をも有したから、その土地の帰趨をほぼ手中に収めた状態にあった。このような状況下において、百姓がなんら拘束を受けずに当該土地を利用できたはずがない。すなわち、ここに土地の賃貸借が生じることになるのである。

前節での「賃租」は、その性質は形式的には対等に結ばれるものであった。なぜなら、百姓に対しても「国」という後ろ盾があったためである（公地公民制の意義であるとも言える）。しかし、荘園内においては、既述したように国の力は及ばない。ゆえに、この契約は非対等なものとなった。これを「請作」や「恩給」と呼んだ³¹。この借主の権利は、すでに権利的性質を失い、ただの義務となっていたと考えてよい。ここでは、この「請作」と「恩給」について概観しておきたい。

A. 請作

ア. 請作の成立形式

まず、「請作」は、「領主が百姓に対し或る土地を宛行（充行）ひ、百姓がこれを申請けることによつて成立する」³²。宛行は宛行状により、申請けは請文によりなされた³³。

イ. 請作の存続期間と消滅事由

存続期間については、前節の賃租の関係で最初は短くされたと考えられるが、百姓と同一荘官との間で繰り返し契約がなされるうちに、その百姓は「永作手」とされた。この請作においては、百姓が「永作手」になった場合には、領主の同意なく譲渡することができた³⁴。おそらく、領主は収入さえ確保できればよいから、その人的信頼関係の維持をも要求しなかったためだと思われる。この理由によって、転貸・相続も可能であったと考えて

²⁹ 荘園はもともと百姓が国から得たはずの土地を様々な方法によって荘園領主に引き渡すものであるから、百姓はこのときに土地の利用権を譲渡するとは考えなかったであろう。形式的には荘園領主の管理下におかれるが、土地の利用は自由になしえたはずだからである。

³⁰ [武藤] 130頁・131頁参照、[瀧川・法制史] 56頁以下、[中田・石井] 312頁以下参照。

³¹ [武藤] 135頁参照。

³² [武藤] 143頁。

³³ [中田] 176頁、[竹内] 414頁、[武藤] 144頁参照。

³⁴ [武藤] 149頁参照。

よい。消滅については、期間の満了、賃料の未進はもとより、非行、不忠、狼藉等でも消滅した³⁵。この当時は、領主は領主権を持っていたから、このような行為に対する公法的制裁の意味を込めた措置が可能だったのだろうと思われる。また、以上の理由がない場合、領主が絶大な力を持っていたときには当然に（不当に）召し上げることも可能であったろうが、実際は上述のような理由なく土地を召し上げられることはそう多くはなかったようである³⁶。

B. 恩給

次に「恩給」とは、「封建社会に於いて、主君が臣下に対し、恩恵的意思を以て、所領を給与すること」³⁷とされる。恩給はこのとおり封建社会の発生にともなって生じたものである。すなわち、豪族や寺社が荘園として保持していた土地を、武士が奪還するようになり、その武士が戦で貢献をすると、土地を与えられ、もしくは所領を安堵されることによって、一定の土地を得ることができたのである（いわゆる「御恩」と「奉公」）。

この「恩給」という観念はその意味することが多く、時代の変遷にともなって、百姓に対し土地を貸与することも、その中身は土地を（貸すとはいえ）百姓に与えることになるということから、「恩給」と呼ばれるようになった（これは、封建時代における主従関係が武士同士だけではなく、この世の様々な関係（夫婦関係、親子関係等）においても浸透したことからも説明できる³⁸）。しかし、これは名称の変更に過ぎず、実質は「請作」と変わらなかったようである。恩給は、形式としては、領主又は幕府より百姓へ補任状が渡され、これに百姓が「請分」を渡すことにより成立した³⁹。

C. 請作、恩給と下級所有権

しかし以上のような「請作」や「恩給」の性質をもって、この借主が「下級所有権」を持ったと評価することはできないであろう。借主が自由に使用収益をなしえていないからである。そこで、これをなぜ「下級所有権」と呼んだのかといえば、それは、当初は権利というよりもむしろ義務であったといえる「賃借権」が、その後の過程において、「亜所有権化」するに及んだからである。荘園の領主は、だんだんとその荘園に居住するのをやめ、京や宗族の所在地に居を構えるようになり、実質的な支配を「荘官」に任せるようになっていった。これにより、領主が本来持っていた強大な所有権が荘官へ移譲されることになったが、その過程で、荘官はその土地の「管理処分権」のみを得ることになったので

³⁵ [武藤] 154 頁参照。

³⁶ [武藤] 155 頁参照。

³⁷ [武藤] 168 頁。

³⁸ [武藤] 169 頁参照。

³⁹ [武藤] 174 頁参照。

ある⁴⁰。その反射的效果として、百姓は自らの持つ「賃借権」を徐々に強化し、ついには「垂所有権化」することに成功するのである⁴¹。このような流れから、百姓においては使用収益権が絶対に保障された「下級所有権」を持つとされたのである。

4. 荘園制度の崩壊と農民

この強大な荘園という組織も、時代の経過とともに徐々に弱体化することとなり、室町時代の末期には崩壊する。これは、荘園に対し、鎌倉幕府将軍源頼朝が地頭を置くことを決めたからであった。これにより、次第に荘園の力が衰えていったのである。この期に及んでは、既述の通り、領主の荘園への支配はほぼ皆無といってもよかったのであり、その状態と相まって、荘園制度は崩壊し、その荘園は武士の知行の目的にされたのであった。しかし、武士は大土地所有者（荘園領主）を駆逐することに専念し、その所有権の公法的側面⁴²にのみ注目し、その土地の利用について考えが及ぶことはなかった。武士としては、単に必要な量の収入を手に入れることができればそれでよいと考えたのである。したがって、荘園が武士の手に渡るや否や、その土地を借りていた百姓はその土地を完全に利用できる「土地所有権」を取得するにいたったのである。ここに百姓は物権的権利を手に入れることになったのである。

5. この時代の「賃貸借」（まとめ）

この時代は「荘園」という制度が生じた。これにより、土地は国が農民に「貸すもの」から、荘園領主が「貸すもの」へと変じていった。すなわち、この関係においては土地の利用権（すなわち、賃貸借による利用権限の付与）は、領主と農民との間の形式上は「対等」な、純粋な私法的取引になったといえよう。しかし、領主は自らの荘園に居住しなくなり、その管理を「荘官」に委任するようになった。これは、すなわち、荘官が荘園を管理する権限を得たことになり、賃貸借の関係は、領主・荘官・百姓という複雑な関係を呈することになったのである（領主も完全に管理権を放棄したわけではないと考えられ、ゆえに、土地関係は複雑の一途を辿ることになる）。その後、武士の介入により荘園制度は崩壊するが、その直前期というのは、このような複雑な契約関係が存在していたことから、百姓の権利はどうなったのかという問題が生じる。前述のように、この時代においては土地そのものの価値ではなく、その収穫高に重きが置かれていた。そのような事情から、どのように複雑な契約関係が生じようとも、百姓衆からすれば、その収穫を保持することが最重要課題であり、また、荘官や領主からしても、その土地からの収穫から自らの

⁴⁰ 荘官は領主より「管理」を任されるのであり、強大な所有権すべてを譲渡したわけではないからである。

⁴¹ ただし、百姓が望んで強力な権利を欲したとは思われない。当時の事実を今の法制に組み込むとこのように言いうるということである。

⁴² 土地からの税を取得することができることである。

取り分を得ることができるようになることが最重要の関心事であった。先ほど見た「請作」関係においても、基本的には百姓の今でいうところの債務不履行によって収穫高が減ることが解約事由になっていたことはこのことを裏付けるものであろう。

このような事情から、農民が安心して最大限の収穫をあげることが肝要であったことは言うまでもなく、領主や荘官にしてもそれを保護することが自らの利益につながることは承知の上であったと考えられる。そう考えるとすれば、農民の土地利用権はかなりの保護が図られていたと考えられよう。また、収穫第一主義の面からいえば譲渡や転貸も自由であり、それも保護されていたことは前述のとおりである。

こう捉えるならば、この時代の賃貸借はなかば所有権に近いものであるといえよう⁴³。先述のように、武士が介入をするようになってから農民の土地利用権は「下級所有権」として構成しうるほどに強大になるということも、その直前期においては土地の利用権が相当程度に強化されたものであったことを裏付けるものとして考えてよいのではなかろうか（突然に強大な権利に格上げされるとは考えにくいため）。

ゆえに、この時代において土地の賃貸借関係というものは、ほぼ「絶対的な」権利として保障されていたと結論づけても差し支えないのではなかろうか。また、前款においては、存続期間が形式的には短かったことを理由に、その物権性を否定することとしたが、この時代においては、土地利用権としては「永作手」が生じたように、長期になったのであるから、ここにおいてこの時代の賃貸借関係、すなわち賃借権は物権であったと構成して間違いはないのではなかろうか⁴⁴。

この時代の考察はこの程度にしておきたい。この時代においては、ここに述べた以外にも複雑多岐な契約が存在した⁴⁵。そちらについては、本論文では割愛する。

第4款 江戸時代（安土桃山時代）

武士により荘園が崩壊すると、その荘園は形式的には武士の所有となった。しかし、武士はその収穫のみに重きを置いていたため、実質的な所有は百姓に委ねられることになった。そのような関係がさらに単純化・収斂されることにより、土地の所有権はその土地を現に所有し使用する者に帰することになった⁴⁶。

そのような土地関係の単純化はそのまま江戸時代においても続くことになった。周知のとおり、江戸時代は武士が国家機関とも言える地位にあり（治安を維持していたからである）、ゆえに、それ以外の身分の者は武士に支配される関係にあった。今までの時代で

⁴³ [石井・概説] 325頁では、この時代の賃貸借は「殆ど知る所がない」とされている。これは、賃貸借権の性質からも考えられうるのではなかろうか。

⁴⁴ アプローチの仕方に多少の違いがあるものの、[武藤] 229頁も結論は同じくしている。そちらも参照されたい。

⁴⁵ [武藤] 157頁以下参照。

⁴⁶ [竹安] 81頁以下参照。

は、支配者は土地を持つ者、ないし、土地への影響力の大きい者であったという点において、この時代は身分制上大いに異なる点が存していたのである。つまり、今までは土地を持つ者が権力者であって、土地の拡大を図るのが常態化していたわけである（それには、最終的には収穫からの取り分を多くしようとする意図もある）が、江戸時代になると土地を持っていようがまいが、とにかく被支配階級とされたわけである。そうすると、江戸時代においては土地所有権というものがさほど重視されないことになるのである。また、江戸時代においては「土地永代売買の禁止」がなされていたから（脱法的に行われることはあった）、その資本的価値がなかった。幕府にとってもやはり土地を重視するのはそこからの収穫であり、幕府にとって貴重なのはその収穫をなす「農民」であり、幕府と農民の間に立ち、農民から収穫を搾取する地主は幕府からは疎まれていた。ゆえに、幕府は地主に対しては重税を課したのである⁴⁷。このように、当時土地の所有権は、ただ重税の課される「お荷物」に過ぎず、当時の農民からすればやはりそれを利用できればそれで良かったのであり、現代のように重要な資本的価値のあるものとはされていなかったのである。そして、所有権の弱体化は、「……その半面に於て、土地利用権の強化を来す。土地利用権の強化は即ち土地利用権の物権化である」⁴⁸とされるように、利用権の強化を導いたのである。以下、この江戸時代の賃貸借について概説してみようと思う。

A. 小作関係⁴⁹

「小作とは地主（貸主）が小作人（借主）に対し一定の土地を、耕作を主として利用せしめ、小作人が地主に対しその土地利用の対価として小作料を支払う土地の利用関係である」⁵⁰。一つに小作といっても様々な形態があった。それを以下に概説する。

ア. 永小作⁵¹

永小作とは、「小作人が一定の土地の上に永期の耕作権を確保し、その権利の強大なること、或る場合には地主の権利と伯仲し、又は却て地主の権利を凌駕するだけの権能を有する土地の貸借利用関係」⁵²である。

永小作の成立には何らの形式も定められていなかった。「（借主が）……小作料の納入を怠らず、且つ地主に対して相当の敬意を失はない限り」⁵³存続した。

このように比較的強い権利である永小作権は、地主の許可を得ることなく、自由に譲渡

⁴⁷ [武藤] 254 頁参照。

⁴⁸ [武藤] 256 頁。

⁴⁹ [石井・概説] 516 頁以下参照、[中田・石井] 349 頁以下参照。

⁵⁰ [武藤] 257 頁。

⁵¹ [石井] 517 頁以下参照、[中田・石井] 350 頁以下参照。

⁵² [武藤] 270 頁。

⁵³ [武藤] 272 頁。

することができた。また、期間についても名前の示すごとく「永代」である。これは、やはり土地がその利用的価値（収穫高）に重きを置かれていたことから説明のつくものであろう。また、転貸も自由であった。永小作は小作料が低廉であったため、これを転貸することにより、転永小作料から永小作料を差し引いた分を取得するという方法で収入を得ていた永小作人もいたようである⁵⁴。担保、相続に関しても、その「永代性」から当然になすことができた。また、地主が交代しても、永小作人は当然に権利を主張することができた。消滅については、「小作料延滞以外に消滅することはな」⁵⁵かったようである。「永代」利用を保障するものであるから、これも当然であるといえよう。しかし、公示方法は、成立に何ら形式が定められなかったために、整備されていなかった。一部地域においては、庄屋、戸長、区長等が御水帳（御見円帳）といういわゆる小作人台帳とも言えるものが備えられ、そこに記載されている小作人名、永小作権の得喪変更を記すことにより、公示したところもあるようだが、大概是旧慣により対抗するしかなかったようである⁵⁶。

永小作権は、公示方法に不備があったものの、その本質は現行の「永小作権」とほぼ変わらないものである。このような地主に不利な契約が、今の時代ではなされていないように（永小作権は実務上機能していないといえよう）、やはりなされていなかったのかというところではない。さきほどから述べているように、当時の土地の価値はその資本的なものよりも、収穫に見出されていた。ゆえに、地主としてはあくまで収穫ができればよく、また江戸時代においては土地の売買が禁止されていたから、なおさら収穫に対する期待が大きく、また、収穫に期待するしかなかった。また、幕府は地主よりも直接収穫をあげる農民を優遇していたから、次に述べる普通小作にあっても、20年が経つと永小作になるとしていた⁵⁷。このように、当時においてはこの「永小作」という制度は今よりも当たり前のものであって、永小作権の設定にさほどの不満は上がらなかったのである。そう考えれば、この永小作権は、今のものよりも汎用性が高かったとはいえ、その法的性質は今のもと同様であり、これはまさしく「物権」であると言い得る。

イ. 普通小作⁵⁸

これは、永小作に比べると今の賃貸借に近いものである。永小作の特徴である、期間が永代であること、権利の自由な譲渡、転貸、担保、相続、地主の交代による対抗は原則として認められない⁵⁹。ただし、やはり「小作権」であることに変わりはなく、成立につい

⁵⁴ [武藤] 288 頁、[農林省] 141 頁参照。

⁵⁵ [武藤] 289 頁。

⁵⁶ [武藤] 288 頁、[小野] 参照。

⁵⁷ [武藤] 282 頁、また普通小作の部分も参照。

⁵⁸ [石井・概説] 517 頁参照、[中田・石井] 349 頁以下参照。

⁵⁹ [武藤] 290 頁参照。

て特別な形式はなかったようである⁶⁰。

普通小作は、期限の定めがあるから、期間の満了により一応終了する。ただし、地主は貸与する意思のない旨を通知しなければならず、これがない場合は当然に更新された⁶¹。また、小作人が小作料を未納した場合も契約は解除された。この際には、土地の返還に加え、小作料未払い小作人を「不良小作人」として公表したようである⁶²。また、地主側からの解約も可能であった。ただし、地主が一方的に解約することは困難であった。解約にあっては2、3カ月前からもしくは前年度中に告知をすることが必要で、その場合は小作権消滅にあたっての損害を補償しなければならなかったようである⁶³。

普通小作は、その中身は現在の賃貸借に近いように思われる。ただし、現在の借地借家法と同様、その解約には所定の手続きを踏む必要があった。このように厳格な保障がなされていた背景は、先述のこの時代の特徴によって説明ができる。ともあれ、これは債権的なものとして私は構成して良いと思う。土地の利用を目的とするという点では物権であるという考察もなされているが⁶⁴、地主の交代において小作権を対抗できなかったこと⁶⁵等を踏まえれば、その権利的側面はまさしく債権であると言わねばならないだろう。

ウ. 小作制度のまとめ

ここまで、江戸時代の土地貸借制度（小作）について眺めてきた。ここで言えることは、小作関係については、永小作という物権的性質のものと、普通小作という債権的なものが併存していたということである。この後に述べるように、江戸時代においては建物所有を目的とする土地の貸借もなされていたから、今の賃貸借法制において重要なのはやはり後者になるであろう。しかし、歴史の流れからいっても、水田（または畑）の貸借が土地の貸借の源流に位置付けられていることはいままでの検討から理解しうるところである。ゆえに、本稿はここまで、現代の制度との関係ではむしろ農地法に近い田畑の土地利用関係を眺めることになったわけである。

しかし、これが無駄な考察であるとはやはり思われぬ。田畑と違い宅地は原則としてかねてより売買も自由であった⁶⁶。ゆえに、ここに貸借関係が入り込む余地はなかったのである。しかし、両者は「土地」ということに関して言えばまったく共通のものであり、その利用権的側面からいえばさほど大きな差はないであろう。本稿において、土地貸借の関係を歴史的に考察しようとしていることから考えても、その利用関係として確立されて

⁶⁰ [武藤] 290 頁以下参照。

⁶¹ [武藤] 297 頁参照。

⁶² [武藤] 299 頁参照。

⁶³ [武藤] 300 頁以下参照。

⁶⁴ [武藤] 290 頁参照。

⁶⁵ [武藤] 296 頁、ただし、新地主は積極的に小作人に対して小作権を認めていたようである。

⁶⁶ [大場] 24 頁参照。また、[武藤] 44 頁参照。

いた小作関係を見ることも決して不要なものとは言えないのではないだろうか。

さて、ここまでの歴史的考察として土地利用関係を眺めてみると、まさしく土地の貸借関係で重視されていたものはその「利用権的価値」であり、「利用に関して邪魔をすることは許されない」というのが一貫した態度であったといえよう。これは無視しえない事実であると言えるのではないだろうか。すなわち、土地の利用権は絶対的に保障がされていたのであり、それを侵す何らの行為も許されなかったということである。それが必ずしも物権的であるとは言えないということはいままで述べたところであるが、それはさておいても、不動産の利用権たる「賃貸借」を考える上で、このような歴史的な事実があったことを看過することはできないであろう。

次に、いわゆる「借地（宅地としての土地の貸借）・借家」関係について概観することにした。

B. 借地・借家関係

1. 借家関係

これまでは、主に田畑を中心とした賃貸借関係を概観してきた。これは、本来であれば本論文で中心的に扱うべきである宅地・建物の賃貸借が今までの時代では扱いうるほどに浸透していなかったことが原因である。そして、我々が通常「賃貸借」と聞いたときに思い浮かべる、宅地・建物の賃貸借の発生は江戸時代を端緒として考えて差支えないであろう⁶⁷。また、先述のとおり、本時代においては土地持ちが決して後の時代におけるような「豊かであること」を示すものではなかった。そのような時代において、産業発展の中心地たる江戸ないし大坂に人口が流入するようになると、その人たちは家を「借りる」という行為をなすようになった。ここでは、江戸時代において中心事であった「借家関係」を先に概観し、そのあと補足的に借地関係を眺めてみることにしたいと考える。

ア. 店借契約

江戸時代において借家を意味する言葉は「店借」であった。現代の日本民法においては土地と建物は別個の建物であるため、どちらか一方のみを借りることが可能である（たとえば、土地だけを借りそこに自らの居住の用のための建物を建てたり、土地上の建物のみを賃貸したりすることができる）が、これは西洋諸国の法制度とは異なる。すなわち、このような考え方（すなわち、土地と建物を別個の不動産と見ること）は世界的に標準的なものではないということである。そして、江戸時代においても建物は敷地とセットで取引されることが多かった。そして、この「店借契約」においても、基本的には建物と土地が一挙に賃貸の目的になるのが原則であった。しかし、現代日本では土地と建物とが別個の取り扱いを受けるというのは、決して現行民法が制定されたときに突如として現れ

⁶⁷ [武藤] 310頁参照。

た日本人的思考ではない。江戸時代においても、土地と建物を別個に扱うことが可能とされることもあったのである（家屋だけの譲渡、家屋だけの質入れは可能であったようである）⁶⁸。とはいえ、ここで扱う借家としての店借契約は多くの場合土地の貸借を内包していることには留意されたい。

店借契約は鈴木⁶⁹の統計によれば、「……文政年間には、江戸各地域では、ほぼ平均して、総屋数の七〇パーセント前後が店借によって占められていた……」⁶⁹とされているから、店借契約は江戸時代において極めて重要な地位にあったといえよう。

イ. 店借の種類

さて、店借契約においてはさらに二つの区分が存在した。すなわち、「表店借」と「裏店借」である。前者は主に商人に対する建物の貸借であり、「商売に適した建物」の貸借である。後者は商売には適さない、いわば今の普通の建物の貸借を指す⁷⁰。

a. 表店借

まず、表店借について概観しておきたい。江戸時代における課役は土地を持つ者に課されたことは先述のとおり（すなわち、土地の所有者が不利に扱われたということ）であり、これは裏を返すと「店借については課役はない」ということを意味する。すなわち、たとえどんなに繁盛している商店であっても、店借さえしていれば様々な課役の負担がなくなり、利益を文字どおり独占することを可能としたのである⁷¹。

b. 裏店借

次に、裏店借についてである。我々の想像するところであると思うが、江戸時代における裏店借とはまさしく「長屋」のことであった⁷²。「裏店借の典型的なものは、いわゆる九尺二間の棟割長屋のそれである。……それぞれの住居は、原則として二畳間と入口および台所があるにすぎず、それが一棟のうちに背中あわせに二列に十軒ずつ（一棟では二十軒）近くも並んでおり、各棟は、わずか三尺幅（中央にドブがある）の露路を挟んで、隣の棟と向きあっており、便所・井戸・ハキダメ等は、長屋共用のものが露路の奥に作られている」⁷³。この長屋を賃借できたのは一応の定職を持つものの腕が足りない者や、行商人、貧乏浪人であった。この他に最下層民はいわゆる木賃宿に近い居住形態であったり、

⁶⁸ [鈴木・研究Ⅰ] 59頁、および当該脚注参照。

⁶⁹ [鈴木・研究Ⅰ] 7頁、また8頁以下の仔細な統計表参照。

⁷⁰ [鈴木・研究Ⅰ] 17頁参照。

⁷¹ これに関しては、[鈴木・研究Ⅰ] 21頁を参照。

⁷² [鈴木・研究Ⅰ] 18頁参照。

⁷³ [鈴木・研究Ⅰ] 19頁。

また大商人、腕のある工民は二間以上の良い長屋に住んでいたりしたようである⁷⁴。

ウ. 店借契約の性質⁷⁵

このような店借契約は地主と店借人との間でなされた⁷⁶。しかし、この契約関係は現代における契約とはその趣を異にする部分が多かった。まず、地主と店借人はその身分において対等なものではなかった。また、江戸時代においては長屋の多くは地主が自ら管理することはなく、「家守」といういわば管理人が付されていた⁷⁷。そこで、店借人が何らかの理由により「お上」に接触しなければならない場合、この家守を介してしか接触することができなかった。このように、店借人の身分は決して高いものではなかったのである。また、店賃債務は契約関係から生じる債務ではなく、一種の「貢租」的なものとして考えられ、徳川時代における金銭債務支払請求訴訟が相对済令により却下されていても、店賃訴訟は受理されることがあった。また、家屋明渡（店立）請求に応じない店借人は、刑事罰として入牢を申しつけられた。このように、店借契約は単に現代の賃貸借関係における債権債務関係を生ぜしめるだけのものではなかったことが窺われる⁷⁸。また、店借契約の保証関係についても特殊の関係が存在した。保証のことを当時の言葉で「家請」と言った。「家請人は、当該の店借関係によって貸主に損害を惹起せしめないという独立の義務を自ら負担したのみでなく、店子（筆者注——店借人のこと）の一身について公法的な責任をも負い、店子の所業のゆえに請人（筆者注——家請人のこと）が刑罰を科せられる場合すらあった。店借に際して家請人を置くことは、法の命ずる所であって、家請人なしに店を貸した家守は、罰せられた」⁷⁹。このように、当時の店借契約は、現代の私的自治が貫徹された純粹私法的な契約ではなく、あくまで身分的、支配的な契約であり、法令に違背した者は公法的な処罰を受けなくてはならなかったということは、意識されなければならない。このような身分的な制限は日常生活にも存在した。とりわけ裏店借契約においては長屋の共用部分（井戸や便所など）は日常生活に極めて関わり合いの強いものであったから、それを管理するために長屋の住人は長屋連という一種の生活共同体に加入することが強制され、お互いの生活を相互に助け合わざるをえなかった。そして、この長屋連を管理するのが先ほど少し触れた家守であり、したがって、店借契約を結び長屋連に属することは家守の支配下に自らを置くことを意味したのであった⁸⁰。

⁷⁴ 詳しくは、[鈴木・研究Ⅰ] 19頁参照。

⁷⁵ [中田・石井] 361頁参照。

⁷⁶ [鈴木・研究Ⅰ] 38頁参照。

⁷⁷ 家守について詳しくは[鈴木・研究Ⅰ] 32頁以下参照。

⁷⁸ [鈴木・研究Ⅰ] 38頁以下参照。

⁷⁹ [鈴木・研究Ⅰ] 40頁。

⁸⁰ [鈴木・研究Ⅰ] 41頁、[武藤] 377頁以下参照。

エ. 店借契約の公法的規制

また、店借契約を結ぶ際には様々な規制がなされていた。以下にこれについて概観してみたい⁸¹。

a. 本人の身元調査

家主は店借人が不埒者ではないかどうかを吟味しなければならなかった。これを怠ると家主はもちろんのこと、場合によっては町の名主や五人組まで処罰された。

b. 家請人の設定と家請人の身元調査

c. 店借人が同居人を置く際の規制

α. 浪人を置くこと

江戸町触には、浪人を置く際にはその身元を仔細に調査した上、前宿主、宿主、家主、および五人組全員で奉行所に参り、書面を以って届けなくてはならなかった。大阪町触においては、浪人を置くことは全く許可されていなかった。若し隠れて浪人を置いた場合には、宿主と五人組は100日間、年寄は50日間の入牢、家請人は取り調べの上死罪もしくは入牢とされた。

β. キリスト教徒を置くことは厳禁であった

γ. 出居衆⁸²を置くことも原則的には禁止であった

d. 往事の店借契約の性質に対する姿勢

このように、店借契約は、その表面的部分は現代でいうところの借家関係に類似したものであるが、その性質は契約というよりも、身分的拘束を可能とするものであったといえることができる。このような不平等な契約において、現代法に言うところの借家権の対抗はおおよそ問題とはなりえなかったとされる⁸³。それは、賃貸人からすればいつでも店借人を追い出すことが可能であるのは当然であったし、対抗力や譲渡転貸の自由が保障されたとしても、地主の圧力によって結局のところそれは無に帰することになるからである。また、店借人はその意識としては、店借はあくまで旅館宿泊に類似したものと考えていたということからも説明がなされるところである⁸⁴。

オ. 店賃（借賃）とその統制

また、当時の店賃についても眺めてみる必要があるだろう⁸⁵。店賃については何か標準が定められるということはなく、現代と同様立地条件等で変動したようである。定め方は、一畳につきいくら、というものであったようである。支払いに関しては、毎月末に支

⁸¹ [武藤] 312頁以下参照。

⁸² 近世、武家奉公・商用などの出稼ぎのため、町方で部屋借りをして暮らした人（『デジタル大辞泉』（小学館）より）。

⁸³ [鈴木・研究Ⅰ] 48頁参照。

⁸⁴ [鈴木・研究Ⅰ] 48頁参照。

⁸⁵ [武藤] 407頁以下参照。

払うのが標準であり、場合によっては二季払い⁸⁶や日払いも存在していたようである。基本的には店借人は家守に家賃を支払い、家守はそれを家主に支払ったようである。ただし、家主に店借人が直接支払うことも無くはなかった。

次に、店借に関する統制令について概観していきたい⁸⁷。

まず、松平定信が老中となった折、儉約令によって儉約が励行された。その際、家賃について大阪町奉行所が家賃の値下げを発令したが、その前提となるものとして、家賃額の届け出の町触が出された。そして、それを踏まえて家賃値下げの町触が出された⁸⁸。その後、水野忠邦による「天保の改革」の際に地代家賃値下げ命令がなされ、これは非常に厳格になされたようである。値下げは寛政年間の調査をもとに、その2割以上とされたが、これはあくまで標準値であり、大阪町触には、「一般に右二割以上引下の直段を曲尺いたし候訳には無之、其上にも一分の働次第猶又三割にても四割にても引下」げろということが書かれており、家賃の統制が強く行われたことを窺い知ることができる。

また、値下げの命令だけではなく、値上げの禁止もなされた。江戸時代においては、度々の火災により家が焼失したから、それに付け込んで新居を従前よりも高い家賃で貸し与えることが横行したので、それを防ごうとする御触れがたびたび出された。値上げをしようとしたことは、店借人全員が債務の本旨にしたがった履行をしたわけではなかったことで、満足のいく家賃を得ることができなかったことも原因の一つであったことは想像しうるところである。そこで、値上げを禁止するのみではなく、地代家賃の滞納を少なくしようとした。ただし、ここに出された御触れはあくまで訓示的意味合いが強かったことは言うまでもない。

地代家賃を下げたのは、当時の日本が不景気（すなわち凶作）となったことが原因でもあった。2割の値下げを断行したものの、やはり町民は凶作により家賃を払うことが困難となった。そこで、「困窮之者江地代店賃可致用捨也」という地代家賃の支払い猶予の町触が出されることになった。しかし、これは期間が当分の間とされ、またどの程度猶予されたかについては資料がなく、どうなったのかは窺い知ることができない。

江戸時代においては、店借をした際、家守や付近の店借人に対し「礼金」を支払い、相当の振る舞いをしなくてはならなかった。これが不景気と相まって、店借事情を悪化させたことは言うまでもない。したがって、それを禁ずる御触れが出された。

カ. 店借権の譲渡・転貸

a. 店借権の譲渡

江戸時代において店借権を譲渡することはほとんどなかったと考察されている⁸⁹。権利

⁸⁶ 二季払いとは、お盆と暮れに支払いを行うことである。『デジタル大辞泉』（小学館）「二季」の頁を参照。

⁸⁷ [武藤] 334 頁以下参照。

⁸⁸ [武藤] 337 頁によれば、この町触はそれほどの実行力は無かったようである。

⁸⁹ [武藤] 427 頁参照。

として、たとえば、営業権などは株とともに売買されたようであるが、このような場合でもその売買は家屋敷と一括でなされることが多かったようである。稀に行われる店借権のみの譲渡には、家主の承諾を要したようである⁹⁰。

b. 店借権の転貸

先ほど述べた公法的な規制において、出居衆という同居人について、それが原則的には禁止であった旨を述べた。しかし、江戸においては、店借人が家主に了解を得て、さらに出居衆が直接家主に家請人手形を差し入れることによって出居衆という形態が認められた。そして、その手形差入れの際には家主の承諾を必要としたであろうから、転貸については以上のような形式を踏まえなくてはならなかったと結論付けることもできる。しかし、武藤の指摘にあるとおり、「しかしながら、所謂出居衆が果して家屋の一部に対して転貸と目さるべき、独立の占有を有していたか否かは不明」⁹¹であり、独立の占有を持たなければそれは現代でいうところの「転貸関係」が生じたと言えないであろうから、この時代においては江戸では転貸という概念そのものがあまり存在しなかったのではないかと考えて良いのではないだろうか⁹²。

大阪では、緊急措置や浪人への取締に関する御触れの中に、「貸座敷」・「借座敷」・「座敷貸」・「座敷借」という文言が表れており、これは当時の大阪に転貸（と類似の）関係が存在したことを窺わせる。しかし、これに家主の承諾が必要であったかは資料が存しない。武藤は、「取締のやかましい且つ家主の勢力の圧倒的に強かった当時のことだから、恐らく承諾を必要としたものと思われる」⁹³とされる。

キ. 敷金、店借の期間、対抗力、修繕義務

a. 敷金

敷金は江戸時代においては「敷銀」とも呼ばれ⁹⁴、店借人は敷金を差し入れるのが慣例であった。性質については今の敷金と似たものと考えられる⁹⁵。

b. 店借の期間

店借には、基本的に期間の定めはなかった⁹⁶。すなわち、家主はいつでも店借人を追い

⁹⁰ [武藤] 428 頁参照。

⁹¹ [武藤] 429 頁。

⁹² [武藤] 428 頁、また [石井・概説] 539 頁は「店借人……は借地借家を転貸することはできない」とされる。ただし、その根拠は述べられていない。

⁹³ [武藤] 430 頁。

⁹⁴ ただし、[武藤] 431 頁によれば、敷銀という語は蔵米落札の保証金や嫁入りの持参金等をも指したようである。

⁹⁵ [武藤] 432 頁、[風早] 341 頁以下参照。

⁹⁶ [武藤] 433 頁参照。

出すことが可能だったのである。これは、店借契約が対等な地位に立つ店借人と家主のものではなく、身分関係的なものであったことから当然の帰結であるだろう。ただし、店舗の貸借は相当長期間なされたようである⁹⁷。

c. 対抗力

資料がないため、断定はできないが、当時の身分関係から推察することが許されるとすれば、家主の交代によって店借権を主張することはできなかつたのではないかと考えられる⁹⁸。

d. 修繕義務

大阪町触によると、「右之通家主難洪仕候様に相成候ては、自然と差懸り候家普請等の節も、差滞可申哉」⁹⁹とあるように、家屋の修繕は家主の負担であった¹⁰⁰。道路、排水等の修繕は地主、地借、店借の共同負担であったようである¹⁰¹。

キ. 店借権の消滅

a. 期間満了

基本的には期限を定めずになされた店借の契約であるが、期間を定めてはならないということではなかつた。期間を定めた場合はその期間の満了により店借関係は終了する。期間が定められている場合、期間中は解約をすることはできず、また期間満了後は明渡を請求することができた¹⁰²。

b. 店賃の滞納

店賃を滞納してしまった場合、店借人は即刻追い出されることとなっていた。すなわち、滞納は明渡事由であった。滞納は天災や病気などの理由を考慮されることはなかつた。解除の方法は、町奉行所へ訴えることであつたが、当時実体法と手続法が峻別されているわけもなく、町奉行所への手続きが実体法上の解除方法ないし催告期間であるのか、解除後の事実上の明渡方法であるのか、訴え提起の要件であつたかはわからない¹⁰³。武藤は、「私は諸般の資料から考慮して、当時は口頭又は文書による通知のみによって、直ちに契約終了の効果を生じた [と考える]」¹⁰⁴とされる。

⁹⁷ [武藤] 434 頁。

⁹⁸ [武藤] 434 頁も同旨。

⁹⁹ [幸田] 763 頁。

¹⁰⁰ [武藤] 435 頁参照。

¹⁰¹ [武藤] 435 頁参照。

¹⁰² [武藤] 437 頁参照、[風早] 341 頁以下参照。

¹⁰³ [武藤] 439 頁以下参照。

¹⁰⁴ [武藤] 441 頁。

c. 解約

上記の理由によらない解約については、当然に正当理由（いまでいうところの正当事由とは意味が若干異なる）が必要であった。理由としては、「先づ家主の家入用（筆者注一 一自己使用のこと）が最も多く、これに次ぐものは借家人の不埒、借家人に故障有之、無拠訳有之等」¹⁰⁵となっている。家入用は曖昧な言葉であり、なぜ入用なのか理由が示されなかったので、実質的にはこれは無理由の解約に匹敵しよう。不埒というのは主に店借人の賃料不払いであり、家請人が弁済することにより許される場合もあった。故障というのは、店借人自身に肉体的・精神的故障があるという意味ではなく、あくまで「さしさわり」があることである。すなわち、いままで挙げてきた様々な理由すべてを含むものである。しかし、それでは他の解約事由との関係で重畳してしまうが、これは一般に用いられたものではなかったようである¹⁰⁶。無拠訳とは現代法の「正当事由」にあたるもので、裁判官の自由な裁量により決められるものである。すなわち、裁判の際には裁判官が上記の解約事由を含め、解約が無拠訳に当たるかどうかを判断し、またそれに当てはまらなければならなかったのである。解約は、口頭又は書面による通知で直ちに終了したと考えられる。ただし、慣習には3カ月の猶予期間を要したものが¹⁰⁷、これは現代賃貸借法と対比するうえで面白い¹⁰⁸。

ク. 店借権の性質論¹⁰⁹

以上、店借契約に関し概観をしてみたところであるが、小作契約の変遷に比べると、その権利はあまり強く保護されてはいなかった。これについて、武藤が原因を究明している¹¹⁰ので、まずはそれを端的にまとめた上、私見を展開したい。

① 大家主がいなかったこと、管理が行き届いたこと

小作権が垂所有権化したのは、大地主が直接の管理をしなかったことから小作人が実質的に管理を任されることとなって、それが所有権類似の権利を生み出したからであった。しかし、店借関係においては、そのようなたくさんの家を所有した家主はおらず、また家請人という制度の存在により少ない家に対して遍く管理が行き届いたので、店借人の権利が強力になる契機がなかったのである。

② 永久性が不要、場所的制約がなかったこと、生命維持的側面がなかったこと

店借権は、現行の借家権と同じように、決して永久性を保護してもらう必要はない（今

¹⁰⁵ [武藤] 441 頁。

¹⁰⁶ [武藤] 445 頁参照。

¹⁰⁷ [風早] 341 頁以下参照。

¹⁰⁸ [武藤] 441 頁以下参照。

¹⁰⁹ 現代の賃借権と店借権の差異について、[鈴木・研究 I] 38 頁以下を参照。

¹¹⁰ [武藤] 474 頁以下参照。

でもどうしてもその場に住むとなれば、マンションの購入などを検討するであろう)。その土地に一生住むことを決すれば、そこに家を建てればよい(そういう点で、所有権は永久性を要求される)のである。すなわち、店借権はいずれ消滅し、他の場所に移動することが暗黙裡に了解されているのである。また、小作契約においては、そこで小作をなすことにより自らの生命を維持する必要があるわけであるが、店借契約はあくまで雨風をしのご場所を得ることを目的とする(先述のとおり、町民の店借契約の意識は「木賃宿」に近いものであった)ものであり、どこに住もうが生命の危機は生ぜず、それはすなわち、店借権が小作権よりも保護が薄くても良かった理由となるのである。

しかし、現代では借地借家法の制定がなされてからも借家権の保護が強く叫ばれたのににもかかわらず、なぜ江戸時代においてはそのようなことがなかったのだろうか。

①封建制度の重圧

江戸時代においては、支配階級は武士とそれを統制した幕府であり、家主も店借人もあくまで被支配階級であった。荘園時代においては、地主は支配階級であったから、小作人は自由を勝ち取ろうとすることもあったのであるが(一揆など)、江戸時代はあくまで身分的には同等であったから、結局のところ反発が起きることはなく(同じ身分として、互いを傷つけることはあまり考えられないであろう)、結果このような関係でも安定したのである。

②封建思想の浸潤

江戸時代においては、町民の間にも「封建関係」すなわち「御恩と奉公」の関係が存した。ゆえに、家主と店借人との間にも主従の関係が自ずと生じ、ある種の一体感を生み、それが両者の間に安定性を与えた。

③幕令の統制

幕府はその時勢から、家賃に対し一定の介入をした。それが、店借人にとってある程度の優位性を与えたから、それも安定した理由であるとする。

さて、最後に私見を付記しておく。江戸時代においては、店借権は強く保障されてはいなかった。それは、江戸時代の町民は店借を今の借家権のような強く保障されるものとは考えていなかったことや、その時代の特殊な社会関係がそのような弱い権利を生じさせたのであらうと思われる。このような江戸時代の風潮を現代の法制度にあてはめて、「借家権をもっと保障するべきである」と断ずることは誤りであることは言うまでもない¹¹¹が、しかし、決して権利が強く保障されていなかったのにもかかわらず、それが大きな不満要素ともならないままに長期間(少なくとも江戸時代において継続していた制度であるから、200年以上続いたことになる)この制度が維持されたことは決して無視しえないことであるように思う。しかし、武藤はこれを「進歩性」があった¹¹²と評しているが、それは

¹¹¹ [武藤] 479 頁以下参照。

¹¹² [武藤] 480 頁参照。

社会構造が今と違うのであり、弱いながらも決して相手を不当には扱わなかった（家主と店借人の間に主従関係があるということは、すなわち、通常時は家主の庇護の下に置かれていたとも考察しうる）ことから、実質上店借権が保障されていたからであって、これが決して「進歩的」であると判断できるとは考えられない。

とりわけ、人的関係が希薄になっていると言われる現代の日本社会において、このように相手とのかかわり合いの中で知らないうちにも自らの権利が保護されてきたという、いわば古い日本の伝統的な社会構造というものは、確かにすばらしいことであって、日本にとって不要なものであるとは言い得ないが、それでは現実にそのような社会構造に戻し得るのかということを冷静に眺めてみれば、それはほぼ不可能であると言えるだろう。個人主義が（今は揺り戻しの多少のぶれは存するものの）貫徹され、協力し合うことについてかつてよりも励行されなくなった現代であるからこそ、自らの居住を保障してもらうという「借家権」の強化が叫ばれたという背景も決して無視してはならないことである。

これ以上の推論は、現代の借家法制を考察する際に展開したいと思うので、ここでは書き記さないが、とにかく、江戸時代においては店借権が以上のように考えられ、また保持されていたこと、そして、それは参考にするべき点はあるが、それが現代社会に当然に妥当しうるものではないのだということをここに主張し、さしあたりこの時代における店借権（借家権）の検討については終わりにしたいと思う。

2. 借地関係

ア. 地借契約¹¹³

江戸時代において、宅地の貸借はどの程度行われていたか。統計としては、江戸の地域のものでは、江戸全域の約 10 パーセントが借地であったということが示されている¹¹⁴。しかし、借主は市民（農民）よりも商人階層に多く、すなわち店舗所有目的の貸借であったようである。ただし、この貸借は江戸に多く、大坂には少なかった¹¹⁵。

土地の貸借を、土地を借りることに注目して「地借」といった¹¹⁶。この時代の地借を武藤は「この時代に於る借地関係は甚だ少く、法律的経済的制度としては多く見るべきものがない」¹¹⁷とされるが、これに対し鈴木は「少なくとも、問題にならないほど少数ではなかった」¹¹⁸とされ、その根拠として統計的な分析がなされている。しかし、私は 10 パーセントという数字はやはり少ない部類に入るのではないかと思われる。しかし、それがま

¹¹³ [中田・石井] 361 頁以下参照。

¹¹⁴ [鈴木・研究 I] 52 頁以下参照。

¹¹⁵ その理由としては [鈴木・研究 I] 54 頁以下参照。

¹¹⁶ [鈴木・研究 I] 52 頁参照。

¹¹⁷ [武藤] 311 頁、[石井・概説] 539 頁も「前二者（筆者注——店借と地借）は略々同様に扱われた」とされる。

¹¹⁸ [鈴木・研究 I] 53 頁。

まったく存在しなかったというのでなければ、やはり検討をする必要がないということにはならないだろう。そこで、以下地借について少々概観してみたい。

イ. 地借契約の性質

先ほど小作関係で眺めていたように、土地所有そのものに資本的な価値が見出されない時代であったため、その土地を借りようとする者も決して多くは無かったことは前述のとおりである。すなわち、江戸時代においては店借契約（すなわち、借家契約）が中心を占め、地借契約は決してメインではなかったということである。したがって、地借契約は店借契約に準じて考えてほぼ差し支えない。

a. 地借権

さて、そのような地借契約において、地借人がどの程度の権利を有していたか。あくまで地借契約が店借契約に準じて考えられるとすれば、やはり地借人もさほど強い権利を有していなかったと考えられるだろう。鈴木は、地借権がさほど強くなかったという滝川と武藤の指摘を踏まえつつ、「たしかに、地借人が家を建てている場合にも、その家が小屋程度のものであり、容易に撤去しうるものである場合には、地借人といえども、店借人が享受する以上の地位を保つ必要はなく、今日、造作なしの貸家でも造作附の貸家でも、ほぼ同様に扱われるように、地借（建物なしの土地だけの貸借）と店借（建物つき土地の貸借）とは、私法的にも、ほぼ同様に扱われうる。そして、実際上も、徳川時代初期には、借地の上に建てられる家屋といえば、ほぼ小屋同然のものにかぎられていた、といてよい」が、「少なくとも徳川時代後期には、……恒久性の強い多額の費用を要する建物が借地上に建てられる例も少なくなっていた [.] ……このような地借においてもなお、無年季で地借人は地主の要求に応じていつでも地明けをせねばならぬ、という風な契約がなされ、かつ、当事者および社会一般がそのような意識していたかは、疑わしい」¹¹⁹とされる。これらを踏まえれば、基本的には地借権は永続的に保障をされるものではなかったのではあるが、そこに建てる建物の用途、種類に応じて柔軟な契約がなされたと思えるのが良いと考えられる。さきほど指摘したように、地借はほとんどが商人と地主との間でなされるものであったから、商人として不利にならないような契約が結ばれたと考えて差し支えないものと思われる。裏を返せば、商人というある意味特殊な身分の人間¹²⁰がなす契約であったからこそ、柔軟な契約が可能であったとも考察しえよう。

b. 地借した土地上の建物の貸借

一定の土地を借り受け、その上に建物を建てて、その建物を貸借してその賃料と、自ら

¹¹⁹ [鈴木・研究 I] 63 頁。

¹²⁰ もちろん江戸時代の士農工商制度から見れば、一番低い身分の者であるが、下位の商人が多くの富を獲得していたことは有名なところである。

が借りている土地の賃料との差異を取得して儲けようと考えることがありうる。これは、借地権ないし借家権の財産的価値に注目した用益であり、資本主義社会においては当然に認められてしかりである。このような形態は江戸時代において存したのであろうか。江戸時代においては先述のとおり土地所有というものは決して憧れの的ではなかったのであるが、しかし、土地を持っているということは「本町人」たる地位を得、各種の公役に関する権利・義務を取得するといういわば特典を得ることができた¹²¹。これは、すなわち地借人・店借人はともに正式な（これは語弊を生む表現かもしれない。正当に公役につけないという意味である）町人ではなかったのである。そう考えると、地借人はあくまで本町人たる地主の監督下に置かれていたということであって、そのような身分の者がさらに家主たる地位をもって家を貸すことは考えにくかったと指摘されている¹²²。地借人であろうが、店借人であろうがその権利に基本的な差異がないということからも、原則的にそのような形態が認められていなかったという考察は一定程度の説得力を持つように感じられる。

c. 「強い」地借——床店

しかし、このような地借とは対照的に、強力に保障された地借も存在していた。それを、「床店」と称した。これは、「拝領地上地跡・火除地ないし焼失地跡等にその設立営業が許可されるもの」¹²³であった。いわば、空間的に空いている場所で許可を得て商売をすることだと考えて良い。そのような性質から、この土地の所有者は幕府とされ¹²⁴、「床持は、この土地の借地人であると同時にその上の建物の所有者であって、床持とは、つまり敷地とは別の動産としての床店の所有者の意味」¹²⁵であるが、この「床持」とは区別された「床借主」という言葉が存在した。これは文字どおり床店の建物を借りている人であって、すなわち、ここからいわば借地人（床持）が家主として建物を貸借することが分かるのである。これが先ほどまでの一般的な地借の例外的なケースに当たることは説明を要しないところであろう。

この形態は、荘園末期の時代における形態と似通ったところがあるように思われる。すなわち、床店の形式的な所有者は幕府であるけれども、その実効支配は結局のところ借主であるところの床持がなしているために、一種の「借地権」であるにもかかわらず、その本質は所有権と何ら劣るところはないということである¹²⁶。そのように考えられるとすれば、この時代において「強い」地借も存していなかったわけではないことが窺われるので

¹²¹ [鈴木・研究 I] 5 頁以下参照。

¹²² [鈴木・研究 I] 63 頁以下参照。

¹²³ [鈴木・研究 I] 67 頁。

¹²⁴ [鈴木・研究 I] 67 頁参照。

¹²⁵ [鈴木・研究 I] 67 頁。

¹²⁶ 詳しい床持の分析は [鈴木・研究 I] 68 頁以下参照。

ある。しかし、裏を返せば、一般の地借はやはり「弱いもの」であったことを意味するとも取りうるのではなからうか。床店はあくまで例外的なものであったことを忘れてはならない。例外的なものが「強いもの」であったのであれば、原則的に一般のものは「弱いもの」であったと考えるのが自然であろう。

ウ. 地借権の性質

何度も述べているように、地借は決して店借と大差のあるものではなかった。ゆえに、地借についてはここで一つのまとめをしておくことが最良であると思われる。

地借は原則的な建前としては強い権利ではなく、あくまで地主が追い出そうとすればそれに従わなければならない、仮に地主が交代することがあれば新地主に対抗することもできなかつたと考えられる。しかし、借りた土地の上に建てる建物の性質が向上するに伴い、それに合わせて比較的長期の地借契約がなされることもあった。また、基本的には地借した土地の上に建てた建物を貸すことはできなかつたのであるが、床店をはじめとする¹²⁷例外的なケースも存在しなかつたわけではなく、一つに「地借」というものを眺めてみても、その実態は千差万別であつて、統一的な解釈を施すことは困難であると言わざるを得ない¹²⁸。

しかし、私はここに一步を進めこの地借の多様性に注目することが肝要ではなからうかと思う。このような様々な形態の派出は、それだけ地借の本質が時代の変遷とともに変容していったものであると解してよいと思う。そして、その根幹にあるものは、店借契約で考察したように、「人的関係の密接さ」から生じたものではなからうかと思う。もちろん幕府からの統制もあり、不自由であつた面を無視することはできないけれども、やはり、地借の期間が建物によって比較的長期になされたということは、当事者間において相手を不当に「下に見ない」といういわば「思いやり」から生じたものだと言って差し支えないのではなからうかと思う。

これ以外についても、店借契約と同様となるであろうから省略するが、やはりこの時代の土地・建物の賃貸借を眺めてみると、債権たる賃貸借の真の意味が垣間見えると思われる。なるほどこの時代は物権、債権の違いは認識されていない。しかし、賃貸借が現に債権とされていることは、やはりそれが人と人との間で事情を汲み取りつつなされるものであつたからだということが、昔という時代を概観するにつき現出するのではないのかと思わざるを得ない。このようなアプローチで（すなわち、日本の歴史的背景をベースに物権債権を考えるということ）このような考察をすることは、民法が外国法を下地として作られたということを半ば無視する形になるのかもしれないが、今後の考察の方法として決して無視しえないものなのではないかと考える。

¹²⁷ 床店以外で建物を貸すことが認められていたことにつき、[鈴木・研究 I] 66 頁以下参照。

¹²⁸ [鈴木・研究 I] 71 頁も同旨。

3. この時代からの示唆

この款では主に安土桃山時代以降を扱うはずであったが、基本的に江戸時代と安土桃山時代とは大差がなかったようであるから、江戸時代のみを扱うに終始した。江戸時代の法制（という言葉が適切であるかはさておき）については、武藤や鈴木が仔細に扱っており、本稿では簡略に述べるにとどめた。しかし、この時代は、非常に見るべきものが多く、法の真髄を見極める作業において決して見逃してはならない時代である。

この時代の店借契約、地借契約のまとめについては、繰り返しになるのでここには述べない。以上で、この時代の概観を終え、次の時代に入りたいと思う。

第3節 民法典の編纂過程

明治時代においては、まさしく「明治維新」と呼ばれる、国家組織の大変革が行われた。政府は欧米列強に太刀打ちするべく、「富国強兵」「王政復古」の名の下に強力な中央集権国家を樹立し、また、江戸時代への反抗という意味を込めた様々な政策を打ち出した。ここでは、土地制度を中心としてその変化を辿りたい。

1. 土地制度の変化——土地永代売買禁止の解禁

明治元年12月18日太政官布告第1096号において、「拝領地並社寺地等除地之外村々之地面ハ素ヨリ都テ百姓持之地タルベシ然ル上ハ身分違ノ面々ニテ買取候節ハ必名代差出シ村内之諸役無支相勤可申事右同断町分之地面ハ向後都テ町人名前ノ券状タルヘシ然ル上ハ身分ノ違ノ面々ニテ買取候節ハ必名代差出シ町内ノ諸役無支相勤サセ可申事」、また、明治5年2月15日太政官布告第50号において、「地所永代売買ノ儀従来禁制ノ処爾今四民共売買致シ所持致候儀差許候事」とされ、土地私有制を認めることと、永代売買の禁止の解除がなされた¹²⁹。このような土地制度の改革を行ったのは、国家が租税を金で納めさせ、安定した税収を図る必要があったためである。

しかし、この改革は「確固たる革新理論を有せず、漫然と勤王討幕を呼号する、頭脳の空疎な武士乃至浪人によつて、非計画的に指導せられた」¹³⁰とされる。実際、土地所有者を決定する際に、神田孝平は、『沽券』による農地売買を構想し、沽券流通によって定まってくる土地価格を基礎に金納租税を徴収することを提示した¹³¹のであり、この方法が政府に採用されることになったのであるが、「実際に地券の発行がなされてみると、自由競争の理論をもって検地に置き換えることが不可能であることが露呈し」¹³²てしまったのである。このような土地制度の混乱は、農民の小作関係（とりわけ永小作）に多大な影響を及ぼすこととなった。すなわち、江戸時代におけるの永小作は、利用権の側面が重視さ

¹²⁹ [武藤] 486 頁参照。

¹³⁰ [武藤] 488 頁参照。

¹³¹ [川口] 98 頁。新版が発行されているが、本論文では旧版に従う。

¹³² [大場] 30 頁。

れた制度を引き継いだものであり、それが結局は下級所有権とも称すべき権利に発展していたのであるが、そのような関係にあって、地主と永小作人のどちらに地券が交付されるべきかを判断するかは極めて難しい問題だったのである¹³³。しかし、政府は納税義務者を早く決定したいという事情から、単に永小作人を借主、地主を所有権者としてしまったのである¹³⁴。

2. 永小作制度の変更

土地制度の変化に伴い混乱を来たした永小作制度は、内務省により次のように扱うこととされた¹³⁵。まず、永小作は地主が土地を開墾する際に、その土地の利用を認めるいわゆる開墾永小作と、普通小作が20年の経過により永小作に昇華したものの二つに分けられる（認定永小作）とし、前者は地券を発行する際にどちらが持ち主であるかを協議するものとし（地主が持ち主であるとするならば永小作権を地主が買取ることとなり、永小作人であるとするならば永小作人が土地を買取るとされた）、決まらない場合は地主のものであるとされた。どちらにせよ、この関係では、永小作関係は消滅することになる。また、後者は普通小作の取り扱いにするとし、以後20年を経とうが永小作にはならないとされた。

このような、ある種横暴ともいえる方法は、基本的には農民がそれを受け入れることにより¹³⁶浸透したのであるが、訴えを提起する場合も存在したようである¹³⁷。

3. 民法典編纂作業

このように土地制度は「近代化」の前に混乱を見せたのであるが、それにもかかわらず政府は土地以外の諸分野についても維新を断行した。ここに、この断行の如何を問うことは、本論の目的とはそれるので触れずに、ここでは「民法」を中心に、法が「維新」されていく過程を追っていきたい。

ア. 民法典編纂作業の経過

a. 御国民法

1869年に参議副島種臣の提唱でフランス諸法典の翻訳がなされ、1870年には太政官制度局に民法会議が設置され、先の翻訳を審議しつつ法典が作成されていった。この法典は、「御国民法」として1871年に草案として結実するに至り、これは当時の裁判官の判決のよりどころともなり、もちろん不完全なものではあったが、一定程度の意義を持つこと

¹³³ [川口] 101 頁参照。

¹³⁴ [武藤] 489 頁参照。

¹³⁵ [武藤] 489 頁以下参照、[川口] 122 頁以下参照。

¹³⁶ 武藤は、これは農民が江戸幕府の横暴に農民が慣れていたのであるとする、[武藤] 491 頁参照。

¹³⁷ [武藤] 492 頁参照。

となった¹³⁸。

b. 皇国民法仮規則

一方で司法省においても民法編纂事業が展開されていた。その一つは1872年にフランス民法を半分程度に圧縮したもので「皇国民法仮規則」と呼ばれた。数が半分となったのは、とりわけ家族法が日本の社会実態と合わないために削除されたからであり、財産法はほとんどフランス民法典の直訳であったようである¹³⁹。

c. 旧民法

1880年に大木喬任を総裁として民法編纂局が開局され、ボアソナードを中心として民法典の編纂が行われた。ボアソナードは驚異的な速さで財産編を編纂し、1882年に「再読民法草案」を上程することとなる。この民法案は、この後、委員会などで多くの審議を経た後に、1890年4月21日に公布され、1893年1月1日施行とされた。しかし、これは日本風土と合わないとされて再編成されていくこととなる¹⁴⁰。

①旧民法¹⁴¹と賃貸借

まず、この旧民法の中で賃貸借がどのように扱われていたのかを概観しておきたい。旧民法下では、物の利用権として、「用益権¹⁴²」、「使用権及び住居権¹⁴³」、「賃借権¹⁴⁴」、「永借権¹⁴⁵」、「地上権¹⁴⁶」という六つの形態を用意していた。ここに特徴的なことは主に二つ

¹³⁸ [川口] 84頁参照。

¹³⁹ [川口] 86頁参照。

¹⁴⁰ [川口] 245頁以下参照。

¹⁴¹ 旧民法の展開として、[坂口] 86頁以下、[渡辺・上] 83頁以下参照。

¹⁴² 旧民法第44条 用益権トハ所有権ノ他人ニ属スル物ニ付キ其用方ニ従ヒ其元質本体ヲ変スルコト無ク有期ニテ使用及ヒ収益ヲ為スノ権利ヲ謂フ

¹⁴³ 旧民法第110条 ①使用権ハ使用者及ヒ其家族ノ需要ノ程度ニ限ルノ用益権ナリ ②住居権ハ建物ノ使用権ナリ ③使用権及ヒ住居権ハ用益権ト同一ノ方法ニ因リテ成立シ及ヒ同一ノ原因ニ因リテ消滅ス

¹⁴⁴ 旧民法第115条 動産及ヒ不動産ノ賃貸借ハ賃借人ヨリ賃貸人ニ金銭其他ノ有価物ヲ定期ニ払フ約ニテ賃借人ニ或ル時間賃貸物ノ使用及ヒ収益ヲ為ス権利ヲ与フ但後ノ第二款及ヒ第三款ニ定メタル如ク合意ニ因リ又ハ法律ノ効力ニ因リテ当事者ノ負担スル相互ノ義務ヲ妨ケス

¹⁴⁵ 旧民法第155条 ①永借権トハ期間三十ヶ年ヲ超ユル不動産ノ賃貸借ヲ謂フ ②永貸借ハ五十ヶ年ヲ超ユルコトヲ得ス此期間ヲ超ユル貸借ハ之ヲ五十ヶ年ニ短縮ス ③永貸借ハ常ニ之ヲ更新スルコトヲ得然レトモ其更新ノ時ヨリ五十ヶ年ヲ超ユルコトヲ得ス ④当事者カ永貸借契約ナルコトヲ明示シ其期間ヲ定メサルトキハ其貸借ハ四十ヶ年ニシテ終了ス ⑤本法実施以前ニ期間ヲ定メテ為シタル不動産ノ賃貸借ハ五十ヶ年ヲ超ユルモノト雖モ其全期間有効ナリ ⑥本法実施以前ニ期間ヲ定メシテ為シタル荒蕪地又ハ未耕地ノ賃貸借及ヒ永小作ト称スル賃貸借ノ終了ノ時期及ヒ条件ハ日後特別法ヲ以テ之ヲ規定ス

¹⁴⁶ 旧民法第171条 地上権トハ他人ノ所有ニ属スル土地ノ上ニ於テ建物又ハ竹木ヲ完全ノ所有権ヲ以テ有スル権利ヲ謂フ

である。まず「物を借りる」ということについて、現代の民法のように物権と債権に峻別することなく、あまねく一つの形態として規定されていたということである¹⁴⁷。そして、もう一つとして、今よりもより多くの貸借関係が規定され、その用途に応じた柔軟な選択を可能としていたということである。物権と債権という権利の強弱に拘泥していないため、この民法が施行されていれば、今のような貸借権をめぐる一連の問題は生じなかったのかもしれない。このように、物権と債権を明確に区別していなかったことは、むしろ今までの日本の法意識と合致するところであったといえよう¹⁴⁸。

この六つの貸借の種類の中で、先に問題となった小作関係を取り扱う規定は「賃借権」と「永借権」であった¹⁴⁹。これは単純に、賃借期間が30年を超えると永借権であった。永借権は先に否定されていた認定永小作を指すものであり、旧民法は小作権を擁護するものであったと評価されている¹⁵⁰。

そして、最も重要なことは、先にあげたように、このような六つの類型はすべて今で言うところの物権として扱われていたということである。「ボアソナードは、所有権を使用・収益・処分権能が結合されたものとみなし、賃借権は、そのうちの使用権能と収益権能を掌握する『支分権』だと考えた。これによって、賃借人に経営の安定性を与えることが目的で、第三者対抗力は、フランス民法やイタリア民法のように賃借期間を問題とせず、一律に認められることとなった。また、物権だから、当然、物上請求権も認められた。さらに、旧民法は、賃借権は、『人ヲ信シテ』する使用貸借と違い、『利益ヲ得ル目的カラ』する物的契約だとする考えから、賃借権の譲渡・転貸・抵当の自由を認めていた」¹⁵¹。

このように、賃借権の財産的価値を前面に押し出したこの規定は、今の我々から見るととても進歩的なものの見方がなされていたと評価できるであろう。しかし、地券発行の際の自由競争の原理が上手く機能しなかったように、あまりに一気に物事を近代化しようとすると、必ず揺り戻しがあるということは、歴史から度々見受けられるところである。このような、賃借権の財産的価値の全面的な容認が実を結ばなかったことは、我々がすでに認識しているところである。

②法典論争

このほかにも様々な点において（とりわけ家族法の分野において）、当時の日本人には許容しえない問題点が旧民法には存在したために、その施行の是非をめぐって様々な論争が繰り広げられたことは周知の事実である。ここでは、法典論争のゆくえを概観しておく

¹⁴⁷ [武藤] 495頁以下、[鈴木・研究I] 83頁以下参照。

¹⁴⁸ [武藤] 496頁参照。

¹⁴⁹ [川口] 256頁参照。

¹⁵⁰ [川口] 257頁参照。

¹⁵¹ [川口] 257頁。

たい。

法典論争で有名な言葉としては、『法学新報』に1891年8月に穂積八束が発表した、「民法出テ忠孝亡フ」というものであろう。これは、この忠孝という言葉が表しているように、中心的な主張は家族制度に関するものであり、キリスト教の下で成立した制度（すなわち、男女が対等な自由契約に基づいて家が生成されるというもの）は日本の国風（すなわち、忠孝）にはなじまないとするものであった。これは、短い論考であるが、それがむしろ印象に残り、当時の旧民法反対派としての第一人者ともされたようである¹⁵²。

このような批判を中心として、この論争は結局一つの論点では説明しきれないほどに多岐にわたった。そして、この論争は結局「延期派」の勝利に終わった。断行派は、今の我々が当然のようになっている、「慣習的道德規範」と「権利義務関係」とを峻別することを徹底し、すなわち、法と道徳は別次元のものとして捉えていたのに対し、延期派は、その権利義務関係が社会を規律してしまうことが慣習的道德規範を破壊することにつながるとして、その峻別をなさなかった。このような二派の後者が取られたことは、すなわち法規範の中に道徳をも見出すという形を取ることを意味する（今においては、この思想は限界的な事例ないし一般規定においてしか見出し得ない）。ゆえに、現行民法は、「法と道徳を相いれない別個の内容をもった規範としたうえで、両者の接合を考えるという独自の方向を選択」¹⁵³することになったのである。

③法典調査会

延期派の勝利は、旧民法を再検討するという事態をもたらした。ここにおいて、有名な延期派の穂積陳重、富井政章、断行派の梅謙次郎を起草委員とする法典調査会の設置を見るのである。

d. 現行民法の成立

①現行民法の体系と抽象性

法典調査会により、民法の形式はフランス式のインスティトゥーティオーネンシステムではなく、ドイツ式のパンデクテンシステムとすることが採用され、「総則」「物権」「債権」「親族」「相続」という分類で編纂がなされた。先に申し上げておけば、ここにおいて物権と債権が生じたことによって、賃貸借をめぐる債権の効力がのちになって問題となってくることとなったのである。しかし、パンデクテンシステムはドイツらしい論理的な体系であり、旧民法では1762条あった条文数を1146条に減少させることになった。これは、ある意味では評価される場所であるが、ある意味では法の抽象化をももたらした¹⁵⁴ことは、言うまでもないであろう。

¹⁵² [川口] 263頁参照。

¹⁵³ [川口] 267頁。

¹⁵⁴ [川口] 290頁参照。

②賃借権の性質の変更

現行民法においては、土地の利用権として地上権、永小作権および地役権を物権として認め、また債権として賃借権を認めるにいたった。法典審査会において、賃借権についてどのように議論されたかは以下のとおりである¹⁵⁵。すなわち、フランス、ドイツ、イタリア、ベルギーいずれの民法ないし民法草案においても賃借権は債権とされていること、ボアソナードはフランス民法典における第三者対抗力の規定から賃借権を物権としたが、物権でなくても対抗力を規定することは可能であること、賃貸人には修繕義務が存するから、賃借人が賃貸人の補助なく経営を自立的に行うことは不可能なのだから、ゆえに物権ではないこと、日本における賃貸借契約は人的信頼関係を基底としているのだから、譲渡・転貸の自由を認めることはできないこと、賃貸借の期間は30年を超えることはできないとしないと、認定永小作を認めることになってしまうことを主たる理由として、現在の賃貸借法を作るにいたったのである。

③賃借権と永小作権の峻別

現行民法では、永小作権の存続期間は20年以上50年以下、賃貸借の期間は20年以下である。これは、二つの制度の存続期間をはっきりと峻別することによって、賃貸借が永小作に転化してしまうことを防止すること、すなわち、江戸時代における認定永小作を否定することを意味したとされる¹⁵⁶。また、これにより賃貸借と永小作がそれぞれ債権と物権に明確に分けられているのだということを体系的に示唆することをも可能とした。

また、土地の解約について現行民法では不定期の賃貸借は1年の予告期間をもって解約することができる（民法617条）。江戸時代の節で説明したように、我が国の小作は例え普通小作を設定していたとしても、それが永小作に転化しやすくなった。これは、江戸時代の小作権の意識は基本的に永小作に置かれていたことを意味する。すなわち、地主を尊重し、小作料を支払い続ければ、基本的に小作権は永代保障されたというわけである。ゆえに、それは下級所有権ともいえ、江戸時代においては「重疊的な」所有権が存在していたのである¹⁵⁷。しかし、一物一権主義を建前とする所有制度にとって、この状態は許されるものではない。ゆえに、賃借権という、所有権に劣る債権を創設し、かつ、不定期の賃貸借を優遇しないことによって、所有権制度の建前を貫徹させようとしたと考えられる。

④現行民法の施行と裁判所の判断——地上権か賃借権か

一方で借地権をどのように考えるかについても問題があった。すなわち、従来（とりわ

¹⁵⁵ [川口] 298頁以下参照。

¹⁵⁶ [川口] 299頁参照。

¹⁵⁷ [川口] 300頁参照。

け江戸時代)の借地慣行を地上権と見るのか、土地賃借権と見るかという問題であった。これについて民法起草者は、「私モ能クハ知りマセヌカ東京辺リテ宅地ヲ借リテ家ヲ建テル或ハ家ヲ建テタ後テ其地面ヲ借リルト云フ場合ハ大抵地上権ノ如ク物権ノ如ク見テ土地ノ上ニ使用権ヲ持ツテ居ル様ニ私ハ心得テ居リマヌ」¹⁵⁸と発言しているところからも、当然に物権である「地上権」が主たるものとして使われると考えていたようである¹⁵⁹¹⁶⁰。

しかし、実際は、実務が予想とは反する動きを見せたことは公知のとおりであり、この流れにおいて完全に被害者となったのは言うまでもなく「借地人」であった。そんな彼らが何の反論もしなかったわけではない。当然に彼らから不満が上がることとなり、結局「地上権ニ関スル法律」が制定され（これは衆議院、貴族院において何ら障害なく可決された）、従前の借地を地上権とみなすこととされたのであった。

4. この時代のまとめ

この時代についてはこの程度の考察にとどめたいと考える。この時代は民法典の編纂がなされたということから、非常に大切な時期であることは確かであるが、永小作が実際にはさほど浸透しなかったこと、ないし、賃借権がこれから強化されていくことを鑑みると、本論文においてこれ以上の考察をすることは不要であると考えたためである。

明治時代においては、維新という新しい時代を迎えたことから、大きな変革がなされることとなった。この時代において基本的に賃貸借に関しては小作が前提として議論されていることは、それだけ小作関係というのが国民の生活にとって重要なものであり、統一法典を作るという目標の下にあっては、それを秩序的に規律することが何よりも効果的であ

¹⁵⁸ [学術・速記] 第拾巻第三二回一八一丁、なお傍点は筆者が付したものである。

¹⁵⁹ 東京地判明治33年1月31日判例集未搭載「地上権は他人の土地に於て工作物又は竹林を所有する為め其土地を使用する権利なれば地上権者か土地所有者に対し地代を払ふことは其要素にあらず之に反し土地の賃借権は使用収益の対価として賃金を払ふことを其要素と為す者なり凡そ或事実か存在し其事實は二箇の法律関係に於て存在し得可く一の法律関係に於ては要素となり他の法律関係に於ては然らざる場合には之を要素と為す法律関係の存在する者と推定するを至当とす故に工作物等を建造し以て他人の土地を使用する者か地主に対し或る報酬を払ふ場合に於ては其報酬の名称の地代たり將た賃金たるを問はず反証あらざる限は其者の有する権利は賃借権なりと認めざる可からず」

¹⁶⁰ ただし、大判明治32年1月22日民録1巻31頁「地上権モ亦タ土地ノ所有者ニ定期ノ地代ヲ払フコトアリ……定期ノ地代ヲ払フノミヲ以テ一概ニ賃貸借ナリト云フヲ得サルモノトシテ地上権ト賃借権トハ其目的ノ異ナルニ從テ其権利関係モ亦タ種々ノ点ニ於テ彼此異ナルモノアリ中ニ就テ地上権ハ他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スルカ為メニ恰カモ所有者ノ如ク其土地ヲ使用スルノ権利ヲ有ス且ツ地主ノ承諾ナクシテ自由ニ其権利ノ讓渡ヲ為シ得ヘク之ニ反シ賃貸借ハ賃借人カ賃借人ノ意ニ反シ其借地ヲ恰カモ所有者ノ如ク使用スルノ権利ヲ有スルコトナク且ツ貸主ノ承諾ナクシテ自由ニ其権利ノ讓渡ヲモ為シ得ヘカラサルコトハ慣行ニシテ現行法ニ於テモ亦タ認ムル所ノ法理ナリ」として、事実認定から地上権を認めた事件も存在する。

ったと考えられたからであろう。

現在の法状況から考えれば、小作関係を中心に検討することになったことは、小作というものそれ自体が現在にはさほど多く存在していないことを踏まえれば、短絡に過ぎたと評価せざるをえないのであるが、それは上述のような事情が存した以上致し方のないところであろう。この時代は、少し述べたように、旧民法施行延期派が「忠孝」を重んじたことから法典論争が巻き起こった。ゆえに、今の時代において賃貸借を検討すれば、あまりにも貸主にとって有利に働き過ぎるきらいがあることは即座に判明するところであるわけだが、この「忠孝」ないし「徳義」というものが慣習として法の根底にあると考えられたから、仮に小作が賃貸借関係として短期の保護しか受けない（とりわけ、江戸時代の慣習から小作関係は不定期で契約がなされることが多いと考えられる）にしても、貸主は徳義上の義務としてせめて1年の、すなわち作物が収穫できる期間のみは当然に権利を保障しなければならないと考えて期間は定めたものの、この徳義が簡単に打ち捨てられるようなことは起きえないはずだとして、貸主に有利になりすぎると思える法制度が完成したのであった¹⁶¹。筆者は、ここにおいても、賃貸借の人的関係を無視することはできないだろうと考える。すなわち、徳義上貸主が借主に対して不当に退去を命ずることはありえないという江戸時代的慣習が起草委員たちにも、ひいては国民全体に「前提として」存在したのではないかと考えられるのである。そして、短期の保障しかしないというのも、貸主が不当な扱いをすることはないという前提から考えれば納得がいく。貸主が相手を思いやって融通の利く契約履行をすれば、むしろ法律でああしろ、こうしろと指示することはあまりにも私人の関係に不当に介入する規定と見えるに違いないのである。ゆえに、法律では最低限の保障を与え、後は当事者間の契約に任せようという考えが生じたのではないかと思われる。そういう点で考えれば、どんなに近代化政策を推し進めようとも、民衆の心意気はそんなに急激に変わることはなく、それが法律にもにじみ出る形になったのではないか。

第4節 民法典制定後から戦時体制突入前まで

この時代を検討する場合には、厳密に戦時体制に突入した部分を眺めることが難しくなる。もちろん、下記のとおり日露戦争の突入期には資本主義の隆盛と相まって、地震売買など問題点が発生するようになる。しかし、ここでは、記述の便宜から、第一次世界大戦を戦時体制突入と位置づけることとした。したがって、建物保護法の制定までをこの節に含めることとする。

a. 民法起草者の予測違いと江戸時代慣行の継承

これまでの時代、なぜ賃借権が債権という弱いものとされていたのにも関わらずさほ

¹⁶¹ [川口] 300頁以下参照。

ど問題が起こらなかったのか。それは、前節までで扱ったように、社会制度（封建制度）と慣行が借地人を保護するほうに傾いていたからであった。

一方、民法起草者の間では、建物は、多額の資本を投下して建てるものであるという実質に注目し、土地の用益権を設定する際には、当然に物権である「地上権」が用いられると考えられていた。そうしなければ、多額の資金を使い、かつ、耐用年数も長くなっていた建物を有効に利用しえないのであるから、そのように考えることも無理はなかった。

しかし、この見込みは大いに外れることになる。「所有権者が利用権として強力な物権たる地上権、永小作権等の設定を好まないのは当然」¹⁶²であって、宅地用益権としては圧倒的に賃借権が採用されることになったのである。この状況下に立法者は、賃借権が採用されようとも、賃借権は登記することが可能であり、登記をするのであればさほどの不都合はないと考えたのであるが、しかし、この予測にも実務は従うことはなかった。

それでも、日本は「忠孝」を重んじる国であって¹⁶³、江戸時代の慣行にしたがう形がしばらくは取られたから、借地人が突然不利益を被るようなことはなかった¹⁶⁴。

b. 資本主義の隆盛と地震売買

日本の資本主義は日露戦争後隆盛を極める。資本主義システムの定着は、土地の投機を招くこととなり、それにともなって、地価が急激に上昇した。この地価高騰を認めるにつけ、政府は「増税」を決定する。この地価の高騰と増税が結局地代に反映されることとなり、地主は地代の増額をし始めた。しかし、借主はそれに反発したために、地主は地代増額請求の訴えを起こした。これは、現代の地代増額請求においても理由になりえないとは言えない事情であり、実際、当時もこの訴えでは圧倒的に地主が勝訴することが多かったのではあるが、地主はこのような訴訟をいちいち提起することが面倒になっていた。

一方で、借主は基本的には借地権を登記することはできないのであるから、それを奇貨として、地主は訴訟を起こすという方法から、自身は自由に土地を譲渡することができるので、譲渡されると賃借目的物の明渡しを求められてしまうということをちらつかせながら、地代を恣に上げようとする事態が生じたのであった。

c. 建物保護法の成立¹⁶⁵

このような「地震売買」の横行がそのまま放置されることがあるわけもなく、建物所有者は借地権の保護を要求することとなり、衆議院に「工作物保護ニ関スル法律案」が提出されることになる。これは、「借地上の工作物については、それが賃貸借契約によるもの（すなわち債権）であろうが、地上権設定契約によるもの（すなわち物権）であろうが、

¹⁶² [武藤] 499 頁。

¹⁶³ これが民法の立法段階で訴えられ、法に取りこまれることになる点は前節参照。

¹⁶⁴ [川口] 334 頁。

¹⁶⁵ [川口] 334 頁、[渡辺・上] 167 頁以下参照。

悪意の第三者に対しては対抗することができる」とするものであり、これは、「民法原則を離れて、土地占有を基礎とする慣行に依存しようとした」¹⁶⁶とされる。また、「工作物保護ニ関スル法律案」はたったの1条であったため、これでは不十分であるとしてこれを4ヶ条の「建物保護ニ関スル法律案」とされた。

しかし、貴族院は、その議員の中に地主が多く含まれていたこともあり¹⁶⁷、この法律を修正することとした。すなわち、衆議院においてはまず賃借権を建物の登記により保護する「対抗力」を基軸とし、また期間の規定として「建物が存続していることを条件」に20年の期間を得られることとしたのであるが、この後者の考えは地主にとっては不利なものであり、「契約自由」を尊重しようとする富井の意見を中心に猛烈な反対があり、削除されることになったのである¹⁶⁸¹⁶⁹。しかし、前者の対抗力の付与に関しては特に反対はおきなかった。それは、まず対抗力そのものは、江戸時代のころより実質的には認められていたからという理由があげられる。江戸時代はまさしく貸主と借主との間に「道徳上」の制限が厳然と存在していたのであり、これは今の法制に照らせばまさしく「対抗力」があったとみなされるからである。また、仮に対抗力が認められていなかったとしても、旧地主が新地主に土地を譲渡して借主を追い出すようなことが行われれば、これは当然に契約上の違反があることは当然であり、旧地主が借主に損害賠償をしなければならなかったことは自明であった。地主側としては、それをなしてでも地代を上げるほうが利益になるという理由はもちろん存在しただろうが、どんな事情があろうともこれは「違法である」と考えられる以上、貴族院においてもその違法の典型例である地震売買を奨励するようになってしまう行動、すなわち対抗力の付与を認めないとする議論をすることはできなかったと考えられるのである¹⁷⁰。

このように、大型戦争に突入する（もちろん日露戦争も大型戦争ではあるが、この時期は資本主義の隆盛期と捉えるほうが適切である）機運が高まりつつある中、資本主義の本格化等により、土地の価値が自ずと上昇することとなった。これにより、賃借人が賃料を値上げするために解約をちらつかされるという事態が生じることとなってしまった。これを放置することは、治安や国力の悪化を伴いかねない。したがって、国家としてもこの状態を野放しにはできなかった。そこで制定される建物保護法は、地主との関係で本来予想された立法とはならなかったものの、建物を保護するという要請（すなわち、簡単には賃借人が追放されないようにする要請）に応えることはできたのである。この時代には、弱

¹⁶⁶ [川口] 334 頁。

¹⁶⁷ [鈴木・研究 I] 103 頁参照。

¹⁶⁸ [川口] 335 頁参照。

¹⁶⁹ ただし、貴族院における中心的な議題は今まで行われてきた「徳義」に関するものであって、地震売買をするのは一部の悪徳地主だけであって、大多数は徳義にしたがって忠実に地主という立場を行使するから、地主借主間に干渉するような規定は不要であるとされたのである。しかし、このような議論そのものが「机上の空論」になってしまったことは周知のとおりであろう。[川口] 335 頁参照。

¹⁷⁰ [鈴木・研究 I] 101 頁以下参照。

者保護という社会法的思考がなされていたといえよう。そして、次の時代には、戦争という特殊状況をも踏まえた立法が求められるようになるのである。

第5節 戦時下の借地・借家法制

第1款 借地法・借家法の制定

①借地法の制定

a. 建物保護法の限界と、借地法制定の問題点

建物保護法の制定により、地震売買から借地人は保護されることになった。しかし、翻ってなぜ地震売買なるものが生じたのかということを考え直してみると、それはまさしく地主が地代を上げるためであった。地主は地代を容易に上げる方法として地震売買なる方法を編み出したのであって、地震売買ができなくなったからといって、地主が地代値上げを諦めるわけではない。すなわち、建物保護法は、本来の目的であるはずの地代の著しい値上げから借地人を守るということを根本的に解決できたわけではなく、あくまで地代値上げの一手段である地震売買を封じたに過ぎなかったのである。

地震売買という方途を閉ざされた地主は、次なる手段として借地期間の短期化を図った。これにより、すぐに更新がなされることになり、この時に「値上げに応じないのならば更新をしない」という立場を表明することにより、地代を値上げするチャンスを獲得したのであった¹⁷¹。これに建物保護法からの解決を見ることはできなかったのである。

しかし、貴族院において建物保護法が審議される際に問題となった「契約自由の原則」という民法の大原則から考えても、この「借地を短期間なすこと」を制限することは問題も生じる。今の我々から見れば、対等な地位で締結するからこそ契約自由の原則が存在しうると考えることは自明であるが、当時は契約自由の原則は民法の柱とも言えるものであったから、契約期間について干渉をすることには躊躇する意見も多く聞かれたわけである。また、貴族院はその大半を地主が占めていたから、契約期間の長期化を認めると、それは自分にとっても不利になることが分かっていた。そのような私的な理由からも、このような法律を制定することはそう簡単には進まなかったのである¹⁷²。

b. 第一次借地法案（大正7年）

しかし、大正7年に議会で「第一次借地法案」が提出されるに至る。この法案においては¹⁷³、

- i. 地上権と賃借権を区別なく「借地権」とすること
- ii. 借地権の消滅による建物の取り壊しの可能性を排除すること
- iii. 借地上の建物が譲渡されたが、地主が賃借権の譲渡・転貸を許可しないときは、建

¹⁷¹ [鈴木・研究I] 108頁以下参照。

¹⁷² [鈴木・研究I] 109頁参照。

¹⁷³ [鈴木・研究I] 113頁参照、[川口] 373頁、[渡辺・上] 215頁以下参照。

物譲受人が地主に建物買取請求権を行使しようとしたこと

iv. 民法 604 条の最長期間の制限を撤廃すること（目的としては「期間の定めのない借地契約をなくし、建物の種類・構造を定めたときは、当該建物の朽廃まで借地権が存続する」としたうえで、期間と建物の種類・構造の両方を定めたときは借地権は約定期間に関わりなく建物朽廃まで存続するとするところにある」¹⁷⁴とされる）が特色としてあげられる。これは、現代の見地から見ればさほどの反論が上がらないと思われるが、あまりに先進的に過ぎ、当時は受け入れられることはなかった。そのために、この法案は貴族院により否決されることになってしまった。

c. 大正 10 年借地法の成立とその内容

そこで、貴族院への対策も込め、政府は「第二次借地法案」を議会に提出し、これが可決されることとなった。これがいわゆる「大正 10 年借地法」である。その内容は以下のとおりである¹⁷⁵。

i. 存続期間：存続期間が約定されている場合、堅固建物は 30 年以上、非堅固建物は 20 年以上となっていれば、その約定存続期間がそのまま適用される。存続期間が約定されていない場合は、法定存続期間として、存続期間は、堅固建物は 60 年、非堅固建物は 30 年とされる。これについては、建物保護を重視する立場からの反対があったが、これは建物買取請求権（後述）により妥協点が見出された。

ii. 更新拒絶と建物買取請求権：借地権が消滅する際、借主は更新を請求することができ、地主がそれを拒絶する場合には、借主は建物買取請求権を行使することができるとした。更新が拒絶され、建物買取請求権が行使されても、それは建物が地主の物になるに過ぎず、建物所有者である地主が建物の取り壊しをすすれば、それは阻止できないので、そのような点では建物保護を重視する立場の意見は無視されることになるが、地主は建物を無理に買わされることになるので、それを取り壊そうと考える人は少ないはずであるし、面倒であれば更新することになるであろうから、「間接的に」更新の強制と建物存続の保護が図られることになったのである。

iii. 無断でなされた賃借権の譲渡・転貸と建物買取請求権：借地権の財産的価値を重視するのであれば、それを譲渡したり転貸したりする自由は保障されてしかるべきである。しかし、賃借権の性質を「人を信頼して締結し、徳義上保障されるもの」と考える旧民法施行延期派の主張に則るとすれば、契約の相手が変更されるこのような制度は認められるべきではない。この制度が地主の猛烈な反対で認められなかったのは書くにも及ばないところである。しかし、それでは地主にあまりにも有利であったから、妥協策として、地主が譲渡・転貸を許可しない場合には、建物譲受人が建物買取請求権を地主に行使することができるとしたのである。

¹⁷⁴ [川口] 373 頁。

¹⁷⁵ [鈴木] 114 頁以下、[渡辺・上] 247 頁以下参照。

iv. 地代増減額請求権：これは、地主に借地権を長期間保障することを認めさせるための譲歩であったといえる。名称のとおり、もちろん借主が地主に対して減額請求をすることも可能であるが、日本の経済成長にともなう土地の価値の上昇が地代に跳ね返るといった問題が存在する時代においては、専ら地主の借主に対する増額請求が問題となっていた。先述したように、地主が正規の手続きにより地代を増額する場合に裁判所はその増額請求を認めることが多かったのであり、この条文はそのような判例を明文化したものにすぎない。しかし、この地代増額請求権を明文上保障することにより、存続期間を地主が短期にする必要はなくなったのであり、これは存続期間の長期化をもたらすことになった。それは、見方を変えれば、借主の権利が強化されたことになり、これをもって借主と地主は同等の立場に立ったと評価し得るのである。

大正10年借地法は大正7年第一次借地法案でなされた、建物が朽廃しない限り借地権が存続するという部分を、建物の種類にしたがって期間を法定するにとどめた。これは見方を変えれば、建物が朽廃していなくても、期間が経過すれば借地権は消滅することを意味する。しかし、これにより、地主の恣に期間が制限されるという余地は存しなくなり、「契約内容に関わらず、建物の客観的構造から期間を法定して当事者の意思を介入させない」という点で、契約への国家的介入の方針をより明確化させた¹⁷⁶ことになった。

②借家法の制定

a. 制定の背景

借家法の成立は借地法のそれとは趣を異にしていた。その背景として考察を許されれば、時代の変遷にともなって、土地所有権が明確化されていく過程で、土地を利用する権利が少なからず重要視されていった借地権とは対照的に、借家法は江戸時代における家主と借家人の主従的關係が若干の変質はあったといえども継続していたために、借家人においては別段自らの権利を擁護してほしいという強い要請が起こることもなく、家主からすれば借家人を無鉄砲に追い出すことは「道義上」許されないという認識があったために、両者が衝突をすることもなかったという事情から、それほど制定が重要視されることもなかったのではないかと考えられる¹⁷⁷。

そのような事情において、政府は大正10年借地法の草案の発表の際に突如として借家法を発表した。当時の世間において特に問題視されていなかった借家法は、部分的には修正を受けたものの、大した抵抗もなく成立する運びとなった¹⁷⁸。

¹⁷⁶ [川口] 374頁。

¹⁷⁷ [川口] 375頁は「第一次大戦後、諸外国で採用されるようになった借家人保護立法の影響から、作成されたと思われる」とされている。もちろん正しいと考えるが、それだけで一蹴してしまうのは若干短絡に過ぎると思われるかもしれない。また、[鈴木・研究I] 128頁以下においても、外国の影響が示唆されている。

¹⁷⁸ [鈴木・研究I] 125頁、[渡辺・上] 291頁以下参照。

b. 借家法の内容¹⁷⁹

i. 対抗力：借地法においては対抗力が建物保護法によりすでに与えられていたため、これにより当時問題となっていた地震売買は封じられていたものの、借家権についてはいまだにそのような処理が行われていなかったので地震売買が生じる恐れはあった。そこで、借家権についても対抗力が与えられることとなった。当初、この規定は「建物賃借権は登記がなくても対抗力を得」という強力なものであったが、これでは公示の原則との関係で問題があったため、現行借地借家法 31 条と同様に引渡しを要件とした。

ii. 解約申入期間の延長：民法 617 条においては期間の定めのない建物賃借における解約申入期間は 3 カ月とされている。しかも、この 3 カ月は当事者の約定によって短縮することも可能と解されていた。このように、借家権というものは、存続保障という面では保護が極めて薄弱であったのである。借家法は単に借家人の地位が民法におけるものよりも 3 カ月長く保障されたにすぎないのであり、あまりこの点については借家人に有利なものではなかったと評価できる。

iii. 造作買取請求権：これは営業用借家権においてはある程度の意味があった。営業用の場合は借りた家屋の中に商売のための様々な造作を設置することが多かったからである。しかし、商売において最も価値のある「造作」というと、それは現在ではグッドウィルとも言われるのれん等であったが、このような無形造作は立法者意思では造作買取請求の対象とはならないとされていたので、営業用借家においても、さほどの価値は見出されなかったともいえる制度であった。また、当時の居住用借家においては、代表的な造作としては畳・建具が考えられていたが、それらは借りる際に与えられるのが普通であったから、造作買取請求権はあまり意味をなしえなかったようである。

c. 大正 10 年借家法の評価

もともと世間の反発があつて制定されたものではなかった借家法は、その存在意義を見出すことは難しかった。当時の借家は借賃ばかりが高くて、入居率が少なかったということからも¹⁸⁰、借家法がさして注目を浴びなかったことは言うまでもない。鈴木教授は借家法の評価として、対抗力は建物保護法により借地権にそれが与えられたことを後から踏襲したに過ぎず、また、存続保障がない以上は意味がなく、存続保障は解約申入期間の延長でお茶を濁したに過ぎず、造作買取請求権制度も大した機能は期待できなかったから、家主の受ける実質的不利益はほとんどいうに足りなかったとされている¹⁸¹。

しかし、個人的には、当時の借家法についてあまり辛辣に評価する必要はないのではないかと考えている。日本はその法意識として一度法律を成立させれば、できるだけそれを

¹⁷⁹ [鈴木・研究 I] 125 頁以下、[渡辺・上] 314 頁以下参照。

¹⁸⁰ [川口] 375 頁参照。

¹⁸¹ [鈴木・研究 I] 128 頁参照。

変更することなく運営することを良しとする向きがあり、私もそれについて批判をするつもりはないばかりか、むしろそれは尊重されるべき考えであろうと思われるが、しかしこれにはおのずと限界があることもまた承知されるであろうと思う¹⁸²。当時の立法の雰囲気は、私が先述したところや、外国の動向などが複雑に絡まった上でのものであり、それを思えば、大正10年借家法の内容が実質的に何の役に立っていなかったとしても、致し方のないところなのではないかと思われる。また、役に立たなかったことは今の我々の立場から考えて言えるところなのであり、我々は現在の状況を知っているからこそその評価ができるのであるから、当時の立法をことさらに批判することはあまり感心しうることではないのではないかと思う。確かに、結局借家法は改正されることとなり、それはあまり効率的ではなく、また法律をいたずらに改正することが批判の対象となることも理解はできるところであるが、借家権について法定しようとした第一歩であったとして肯定的に評価してよい。

第2款 借家問題の発生——借家法の問題点の露呈

議論を先取りしておけば、今後の借地法と借家法は交互に当時の問題を解決していくことになっていく。大正10年においては借地法が大きな（大きいかどうか議論はあるにせよ、それは置いておいて）一歩を進めたものの、借家法は付焼刃的なものに終始したのは前節のとおりである。しかし、借家法の問題点が時代の流れとともに浮き彫りになってくるのである。そして、それが補正されると、今度は借地法に問題点が生じ、それが補正されると、今度は借家法に問題点が生じ……、とこれが繰り返されることとなる。冷静に考察すれば、借家法の問題が生じたときに借地法の問題点も考えれば、このような交互の改正などは起きなかったのではないかと思われなくもないが、それは私が先ほど借家法のくだけで論じたように、その時代の雰囲気というものがあるから、一概に責めることもできないであろう（しかし、あまり「繰り返す」のはどうかと思えなくもない）。

いずれにせよ、本節では借家法の付焼刃的な処置がもたらした借家問題について概観しておきたい

a. 空家率の増大と借家人組合の発生

先ほど触れたように、当時借家という形態そのものは多くはなかった。それは、この時代日本の景気が芳しくなかった一方で、借賃だけは下がることがなく、借家人が自己の収入に見合った家を探すことが叶わなかったからである。

このような状況下において、家賃について何ら規定を持たなかった借家法はまさしく「役立たず」であった。そのような状態にあっても、借家法に対する立法者の注目の度合いは低かったから、借家人が立法による手当てを期待することはなく、借家人たちは「借

¹⁸² たとえば、会社法の制定や一般社団・財団法人法などはその典型例であろう。

家人組合」を作り、自らの利益が害されないよう運動を展開した。この運動が、その他の運動（農民運動・労働運動）と相まって、社会運動の一端をなすに至った。彼らは、不況と見合わない家賃を下げるよう運動を展開していき、借家人組合の数は徐々に増加することとなった¹⁸³。

b. 借地借家調停法の成立

借地借家に関する調停制度は、高木益太郎の明治43年の借地法草案にすでに存在していたが、これは大正10年の借地法・借家法の立法の際には審議が見送られていた。しかし、大正11年には日本で初めての調停法である「借地借家調停法」が成立した。

この調停法は、疑うべくもなく、借家人組合の発生に伴う一連の争議を解決しようとしたものであり、調停法成立直後にはあまり使われなかったものの、段々と浸透するに至った。調停の成立率は毎年70パーセント以上であったようである¹⁸⁴。

第3款 「住宅はあっても家賃が高い」¹⁸⁵——第一次世界大戦後からの時代

1930年代日中戦争を背景に、日本は軍国主義が一層強くなっていった。「欲しがりません、勝つまでは」などのスローガンが代表するように、国を挙げて戦争に参加していくことになる。法制史的にも、社会立法として借地法・借家法を弱者保護立法として考える学説は——借地法や借家法の成立当初はその学説は隆盛を極めたのであるが——この時代ではそのような主張は影を潜め、借地権・借家権は「社会の繁栄のための不動産所有権の制限である」という考えが主流となっていった¹⁸⁶。そのような時代では、資源はそのほとんど召し上げられることとなり、住宅建設が滞ることとなった。一方で、軍需産業への労力投入から、都市部への人口流入は激しくなり、「この結果、借家は、家賃が高いだけでなく、そもそもみつけること自体が難しいという状況が生まれた」¹⁸⁷のであった。

ア. 地代家賃統制令

国家全体で戦争を遂行していくという気風の中で、武器をはじめとする戦争のための物品は国民全体が一丸となって作り出すようになっていった。そのための労働者は当然に国家にとって重要な「資材」であり、工場の周辺——武器供給の効率性を考えれば、工場が交通その他の利便が整っている都市部に集中することは当然である——に労働者が住めるようにすることが、効率のよい武器製造を果たすことになった。そのような状況下では、先述のような「住宅難」は決して望まれるべきことではない。そこで、政府はこの住宅難

¹⁸³ [鈴木・研究 I] 133 頁以下参照。

¹⁸⁴ [鈴木・研究 I] 134 頁以下参照。

¹⁸⁵ [川口] 396 頁。

¹⁸⁶ [鈴木・居住] 15 頁以下、[鈴木・研究 I] 136 頁、[渡辺・中] 415 頁以下参照。

¹⁸⁷ [川口] 397 頁。

を解消する方途を模索した。その方法としては、貸家人に「貸家組合」を設立させ、その組合に住宅建設のための各種の補助——資材や資金——を与えることとした（1941年貸家組合法）。その他にも様々な方策を講じることで、国は住宅難解消に邁進したのである。

このように新しい家を建てさせ、その賃貸契約に際して国家の統制を介入させるという手段は、しかしながらやはり限界があった。戦争という過酷な状況の中で住宅建築が、家を借りることを希望している者の数に匹敵するわけがないからである。新しいことに希望を見出せない以上、やはり既存の借家関係に介入せざるを得なくなった。そこで、政府は地代家賃統制令を制定することとした¹⁸⁸。

この統制令の内容は、1938年8月4日を基準日として、同日までに地代・家賃が定められている場合には、そこで定められた借賃が最高額となり、同年同月5日以降統制令施行前までに新しく契約がなされた場合には、その最初の地代・家賃が最高額となる。また、それ以外は統制令施行後最初の地代・家賃が最高額とされた¹⁸⁹。

これを見ると分かるように、この統制令は決して借主を絶対的に保護しようとするものではない。なぜなら、最高額があくまで当事者の約定によって定められるからである。弱い立場にある借主を絶対的に保障しようとするのであれば、額が法定されなくては意味がない。当然同令により額が減らされる場合も存在はした。しかし、それは当事者で定められた借賃が周辺事情などから考慮して著しく不相当に高い場合のみであった。そう考えれば、これは借主にとって有利な命令ではないことになる¹⁹⁰。当時においても建物を建てる場合には多額の金銭を必要としたし、また、貸主からすれば生活の糧である賃料が不相当に減額されることとなればそれだけでも死活問題となる。そのような状況にあって、政府としても最低限の制限を付すことしかできなかつたのであろうと推察される¹⁹¹¹⁹²。

¹⁸⁸ [川口] 397頁によれば、この地代家賃統制令は、軍需産業の育成を促進するために労賃コストを削減することを目した「賃金統制令」の制定により、労働者の生活費を削減しなくてはならなくなり「価格等統制令」を制定したが、その際に住居費も抑制するために制定されたのだと記されている。

¹⁸⁹ [川口] 397頁以下、[渡辺・中] 430頁以下参照。

¹⁹⁰ [川口] 398頁参照。

¹⁹¹ [川口] 398頁は、同令はあくまで貸主の「暴利」を制限するためのものでしかなかったとされる。

¹⁹² しかし、これには[鈴木・研究I] 138頁以下で仔細に批判が繰り返されている。これによれば、家賃の統制は戦時下における資金の特異な流れにおいて発生する負担を家主に負担させようとしたものであるとする。すなわち、これが暴利を制限するだけのものであると考えると、一般の家主は従前と同じ家賃を得、ないし適正範囲内の値上げは許容されるべきであるところ、それが同令により制限されたということは、まさしくその負担が家主に転嫁されたに他ならないとされるのである。そう考えると、これはすでに「暴利」以外の「適正な」行為をも制限していると言い得るのであり、裏を返せば、それは家主の負担で借主の居住を保護したものと言い得るとされる。しかし、一方で価格を借主の生活水準に完全に合わせるができなかつたのも事実であり、それは国家が公営の住宅を建てる能力がなかつたために、ある程度民間の力を頼るしかなかったためとされる。つまり、鈴木教授のほうが地代家賃統制令についての実質的意義を大きく買っていると考えられる。しかし、こちらの説を取るにせよ、借主が絶対的に保護され

イ. 昭和 16 年借家法改正

建物賃貸借について、不当に利益を得ようとしていた家主にとって、地代家賃統制令は大きな弊害となった。しかし、先に見たように、借家法は付け焼刃的な法律に過ぎなかったから、その「穴」をつくようにして、家主は利益を得ようとした。

その「穴」とは、「借家法が、解約・更新拒絶をほとんど貸家人の自由意思に委ねていた」¹⁹³ことであった。そこで家主は解約権、更新拒絶権を巧みに利用したのである。これは、当時の住宅供給数の減少から建物の価格が騰貴していく状態に家主が目をつけ、借主を追い出して建物を売却するという方法であった。

「このような状況の中で、借家法の改正が痛感され、昭和 16 年（1941 年）に借家法が改正される。改正の内容としては¹⁹⁴、

①期間の定めのない賃貸借の解約申入れのためには、自己使用などの正当事由を必要としたこと

②期間の定めのある賃貸借は、期間満了後の賃借人の使用継続と家主が遅滞なく異議を申し立てないことによる法定更新のみしか認められていなかったが、さらに、当事者が期間満了 6 カ月ないし 1 年以内に相手方に更新拒絶の通知または条件を変更しないならば更新しないという通知をしない場合にも法定更新を認めることとし、しかもこの更新拒絶についても家主の正当事由を必要とするとしたこと

③期間の定めのない賃貸借とみなされる約定期間を 6 カ月未満から、1 年未満としたこと」であった。

この改正法において注目されるべきことは、現在でも問題とされる（ただし、実務上はだいぶ安定を見せてはいるが）「正当事由」制度であった。本来建物賃貸借の目的となっている建物の所有権は家主にあるのであるから、その家の処遇をどのようにするか（使用・収益・処分の自由）は当然に家主にある。そこから敷衍すれば、建物を貸すことを取りやめるについても、それは建物が家主の物である以上は当然に認められ、それになんらかの制限を課すことは許されないはずである。明治時代より前にこれがさほど問題とならなかったのは当事者同士の意識の問題、さらには国家体制の問題にあったことは先述したとおりであるが、この時代ではすでにそのような関係ではなく、家を貸すことに一種の商売性を見出し、その対象としての借家人として見る向きが強くなっていたのである¹⁹⁵。そのような状況下では、立場上強くはない借家人が貸家の所有権者の権力の前に虐げ

たわけではないことは確かであり、ただその結論へのアプローチの仕方に差異があると考えられるので、私はさしあたり本文に記すような考え方を取っても良いのではないかと考える。

¹⁹³ [川口] 398 頁参照。

¹⁹⁴ [鈴木・研究 I] 145 頁以下、[渡辺・中] 457 頁以下参照。

¹⁹⁵ これは私論であるが、このような関係が全てではなかったことは当然であろうと思われる。現在の法律が前提とする状況（所有権の絶対性と借家権）が生じるようになると、我々はどうしてもそちらに集中

られてしまうであろうことは想像に難くない。そこで、貸主の権利を制限することにより借主と対等な関係を築こうという思考が働く。そこにこの「正当事由」という考え方が生じるのである。

ウ. 正当事由制度の立法過程

しかし、正当事由制度の導入は、突き詰めれば所有権を制限することにつながるはずである。建物の所有権者である貸主にとっては自らの権利が制限されることになるわけであるから、この「正当事由」なるものがどの程度許容されるのかは関心事である。

このような思考は所有権の絶対性を民法の性質として頭の片隅においている者や、所有権を持つ者にとってはとても重要なことと考えるであろうが、立法当時の状況では、この制度はあくまで「別の借家人に貸して統制額を超える家賃をうるため、ないしは、空屋にしてこれを高価に売却するための解約申入ないし更新拒絶を封じようとするだけのもの」¹⁹⁶であったため、このような思考をすることはなかったのであった¹⁹⁷。このような議論の中で「正当事由」とされたのは¹⁹⁸、「①賃借人に賃料の不払ある場合、②賃借人が賃貸人の同意をえずに建物の現状をいちじるしく変更した場合、③賃借人が賃貸人の同意をえず賃借権を譲渡し、または他人に転貸した場合、④賃借人が賃貸借の条件に違反した場合、⑤賃借人が破産した場合、⑥賃貸人が建物を自己の家族又は親族に使用させることを必要とする場合、⑦賃貸人が家族を事実上分家させることを必要とする場合」¹⁹⁹であった。この制度は、①から⑤は賃借人が賃貸人の信頼を裏切ったことになる（今でいうところの、信頼関係破壊の法理にあてはまる事例と言えるであろう）から、いわば当然に解約が申し入れられることになるのであるが、問題は⑥、⑦の自己使用の必要性の問題であった。

エ. 正当事由制度における自己使用の必要性

この「自己使用の必要性」は戦前・戦時中の大審院においては忠実に守られ、借家人にどのような事情があろうとも、とにかく貸家人が家を使う必要に迫られていると判断される場合には、当然に解約申入れを有効としていた²⁰⁰。

しかし、これは使い方によってはやはり家主の解約権が広範に認められることになるの

し、そのような状況を当然視するようになってしまうが、このような状態がまったく当然であると考えてしまうことは、それはそれで弊害をもたらすであろうから注意しなくてはならないと思われる。

¹⁹⁶ [鈴木・研究 I] 150 頁。

¹⁹⁷ もちろんこのように考えた議員もいて、とりわけ貴族院では議論となったのであるが、そのように考えていなかった立法者の前にはこれは杞憂に過ぎなかったようである。しかし、鈴木が指摘するように（[鈴木・研究 I] 150 頁参照）、このような考え方は、今後の判例の動向を踏まえれば、先見の明があったと言えるのであろう。

¹⁹⁸ [鈴木・研究 I] 150 頁、[渡辺・中] 469 頁以下参照。

¹⁹⁹ [鈴木・研究 I] 150 頁。

²⁰⁰ [鈴木・研究 I] 153 頁、[渡辺・中] 469 頁以下参照。

であるから、しだいに問題を生じるようになっていった。すなわち、戦争末期の住宅事情の悪化が深刻になるにつれ、これではやはり借家人に不利になるような事態を招き、とりわけ下級裁判所においては「借家人の事情をも斟酌すべきなのではないか」という姿勢が取られはじめたのであるが、大審院においては採用されることはなかったのである。

オ. 昭和 16 年借地法改正²⁰¹

この改正では、以前は契約期間が満了する際は、借地権は原則として消滅し、ただ、借地人が契約の更新を請求して地主が拒絶をせず、かつ、借地権消滅後も借家人が使用を継続して、これに貸主が異議を述べなかったときにのみ借地権は存続するとされていたのを、この更新拒絶や異議を述べるにつき正当事由を必要とするとするのみであった。

この改正はあくまで借家法の付随的なものであったということを払拭することはできないと思われる。借地をするということは、借家をするということよりも資金が必要になるのであるから、戦時下の住宅事情の当事者は借地よりも借家をしている人間のほうが多かったのであり、そう考えると借地法ないし借地権について借家法ほどに大きな問題点が生じることはなかったと考えられる。そのような状況下では、借地法の改正は借家法でなされたこととある程度の連関を持たせるためになされた付随的なものにならざるを得なかったのであろうと考えられる。

また、借地権の正当事由は借家権のそれに比してなかなか認められにくいものであった²⁰²。判例の見解に従えば、正当事由はまさしく「自己使用の必要性」を指すわけであるが、家に関してよりも土地に関しての方が、「自己使用」を「必要」とすることは少ないことは自明であったからである。そう考えると、確かに借地法の改正は、立法理由からもある程度必要であるとはされたものの、やはりこれはあくまで借家法との整合性を保つためのものであったのではないかと思われるのである。

判例においても、借地権に関する正当事由が扱われることは戦後しばらくしないと出てこないところであった²⁰³ことから、借地法における正当事由制度は戦中においてはさほどの問題点や有効性を見出すことはできないと思われる。

第 6 節 戦後の借地・借家法制

戦時中、日本は物資不足をはじめとする、経済全体の落ち込みを迎え、借地法、特に借家法分野では非常な混乱が生じることとなった。このような状態は、戦争が終結すると同時に解消するわけもなく、戦後もその混乱は継続することとなった。その混乱を収めるため、第二次大戦後には様々な応急的立法がなされた。その後昭和 30 年代に入ると借地

²⁰¹ [鈴木・研究 I] 155 頁以下、[渡辺・中] 457 頁以下参照。

²⁰² [鈴木・研究 I] 159 頁以下、[渡辺・中] 457 頁以下参照。

²⁰³ [鈴木・研究 I] 160 頁参照。

法・借家法の立法準備が始まる。この立法過程は今の借地・借家法制を考えるうえで無視しえない点を含むので、多少仔細に眺めていきたいと考える。

ア. 応急的立法²⁰⁴

①住宅緊急措置令：空き住宅や余裕住宅を、住宅を必要としている者に貸し付けることを強制するもの

②地代家賃統制令：昭和 21 年に、戦中の地代家賃統制令を引き継いだもの

③罹災都市借地借家臨時処理法

このうち、現在施行されているものは③のみである。③は現在でも通用しているのだからもはや応急的な立法とは言えない。②は昭和 61 年まで効力を持っていたが、現在では失効している。

イ. 借地法・借家法の立法準備作業

戦後の借地・借家の問題は、応急的な立法においてその都度補填されるのであるが、借地法・借家法という正規の立法がなされることはなかった。このような状況下においては、借地・借家に関する法規範は判例・学説の積み重ねがなされるに過ぎず、裏を返せば判例・学説では統一的な解釈がなされつつあったのであるが、立法作業がなされるのは昭和 30 年代に入ってからであった。ここでは、鈴木の区分に従い、立法準備作業を前期と後期にわけて分析していく²⁰⁵。

a. 前期

昭和 30 年代に入ると、現行の借地法・借家法が現実の紛争解決に役立っていないこと、土地建物の使用形態の高度化に対応できていないこと、また、借地権に金融の便宜を増進する必要性、罹災都市借地借家臨時処理法の再検討の必要性などから改正の準備作業が行われるにいたる。ここでの中心的な課題は、当時資本的な価値が見出されるようになった借地権についてであり、借家法がさほど重視されることはなかった。この改正案の内容をまず検討してみようと思う。

まず、借地法の改正案としては²⁰⁶、

①他人の所有地上に工作物を設置する場合には当然に借地権を必要とし、そのために借地権を物権とする。ゆえに、借地権には地上権の規定が準用されるとすること

②部分借地権（土地の上下の一部の借地権）の創設

③借地権の譲渡の原則自由化

④正当事由を例示し、消滅請求は裁判所になされることとすること

²⁰⁴ [鈴木・研究 I] 161 頁、[渡辺・中] 515 頁以下。

²⁰⁵ [鈴木・研究 I] 163 頁以下参照。

²⁰⁶ [鈴木・研究 I] 163 頁以下参照。

⑤建物買取請求権制度を廃止し、借地上の造作はすべて土地所有者に帰属するとし、所有者はその対価を支払うとすること

⑥借地権消滅請求の理由となる借地権者の義務違反行為を例示し、また、消滅請求は裁判所になすこととすること

⑦未登記の借地権であっても、悪意の第三者には原則として対抗できるとすること

⑧自己借地権、転借地権を認めること

そして、借家法の改正案としては、

①賃貸人の解約申入れの際の正当事由を例示し、また、賃貸人の解除事由となる賃借人の義務違反行為を例示し、解約申入れ、解除は裁判所に請求するものとする

②造作買取請求権は廃止すること

③賃借人が死亡した場合には、内縁を含む同居の親族が賃借権を承継できるようにすること

それ以外のものとして、

①罹災都市借地借家臨時処理法を本法に吸収すること

②借地権の消滅請求・建物賃貸借の解除または解約の請求は民事訴訟事件とし、それ以外を審判事件とすること

が盛り込まれた。

b. 後期

このような制度は、とりわけ借地権を物権として譲渡性を与えるという点で非常に先進的であるが、ほんの少し前（とはいっても 100 年近く前ではあるが）まで地主の徳義上の問題やら、主従関係やらを当然視していた日本にとってはあまりに急進的に過ぎたことは想像に難くない。また、このような制度では賃貸人にとっては不利になることは自明であり、賃貸人層の反対は決して少なくはなかった。そこで、これらの改正案に必要な点だけを手直しすることとし、法制審議会で「借地法等の一部を改正する法律案」として決定がなされた。この中では、以下のようなことが決定された²⁰⁷。

①借地条件中の建物に関するものが不相当になるとき、または、定められた借地条件で使用すると土地の通常の効用を妨げることになるときは、裁判所が当事者の申立てによって必要な変更や処分をなすことができることとする

②借地権の譲渡を、賃貸人が正当の事由なく許可しないときは、裁判所は借地権者の申立てにより賃貸人に代わり許可を与えることができることとする

③地代増減額請求は、裁判所の新地代額決定までは従来の家賃を支払い、確定後に清算するとしたこと

④土地の上下の一部に地上権を設定できるとすること

²⁰⁷ [鈴木・研究 I] 164 頁以下。

⑤建物賃貸借の家賃増減額請求を借地と同じとしたこと（③に同じ）

⑥建物賃借人が相続人なしに死亡した場合は、内縁を含む同居の親族が建物賃借権を承継できるとすること

ここでは、いわゆる借地権を物権とすることは採用されなかった。これは、当時の土地システムにできるだけ法律を合わせるための妥協案であったのではないかと考えられる。このように借地権が強化される過程では、我々研究者の立場からすればそれはまさしく借地権が「物権となる」過程だとみたくなる²⁰⁸のであるが、それをあくまで賃貸人の切り札と言える賃借権の債権性を肯定することで、その他の法制度を何とかして成立させようとしたのではないかと思われる。そう考えると、賃借権の本質はやはり物権なのではないかという結論に至りそうであるが、これ以外にも本法には「腑に落ちない」点があり、それを鈴木²⁰⁹の叙述にしたがって論じておきたい。

まず、借地権の対抗要件として、民法 605 条により賃借権を登記するか、現行借地借家法 10 条（旧建物保護法）により土地上の建物を登記する必要があるとされている。しかし、これは「イ. 建物所有を目的とする土地賃貸借についても、賃貸人に賃借権設定登記への協力義務を認めることとするか、ロ. 賃借人が土地の引渡をうけることにより宅地賃借権が対抗要件を具備するものとするか（筆者注——これは現行の借家権の対抗要件と同じになる）、ハ. 賃借人が土地上に建物（登記がなくてもよい）を有することにより宅地賃借権が対抗力を具備するものとするか、ニ. 現行建物保護法同様、対抗力の具備には借地人が登記ある建物を有することを要するものとするが、『登記ある建物』とは、その建物につき『表示の登記』（不動産登記法 91 条以下）があれば足りるものとするか、あるいは、ホ. 対抗要件については現行法どおりとするが、対抗要件がなくても『悪意の第三者』には対抗しうるものとする」²¹⁰などの各種方法があるとされる。このように解しても、とくに賃貸人に不利となる（もちろん不利となる部分があるのであるが、それは自らの契約によって拘束されるに過ぎず、それを「不利になった」ということは許されないであろう）わけではないし、それ以上に、賃借人に土地を安心して利用させることは「債務の本旨」であることは当然であるし、それこそが「信頼関係」の構築にも絶対の条件になるのであるから、このように対抗要件について賃借人に譲歩することは本来的には必要であると考えられるのである²¹¹。

²⁰⁸ そのような見地に立つ論文は、とりわけ過去においては多かった。[武藤] や、[安田]、[村] などすべて賃貸借の強化を物権化とする方向で論が進んでいる。このような傾向は、賃貸借という枠を飛び越え、債権の性質論、物権債権峻別論の展開により、徐々に減少し、現在では賃借権を声高に物権であるとする論文はないのであるが、これを状況だけを端的に見るとすれば、やはり物権化したと考えるのはある意味簡潔で分かりやすいと言えよう。

²⁰⁹ [鈴木・研究 I] 202 頁以下参照。

²¹⁰ [鈴木・研究 I] 203 頁以下。

²¹¹ しかし、一方でこれには「自由競争の原理」から否定することも可能であろう。経済的には、より多

このように、後期の借地法・借家法改正は理論上の体系的な問題はさておいても、それ以外の実務上の問題点を修正していくことにより、社会の変化に対応することを可能としたのであった。この後期の借地・借家法改正案がそのまま可決され、以後20年間ほどは特に問題もなく借地・借家法制は推移していくのである。

第7節 現行借地借家法

1. 借地・借家事情の変化

昭和41年の借地法・借家法の改正により、学問上の問題点、とりわけ体系上の問題で議論が巻き起こることにはなるものの、社会的な問題はひとまず解決が図られた。しかし、資本主義というシステムが採用され、それが着実に定着していく時代の中で賃貸人はもとより賃借人においても土地や建物に対する態度は変化を遂げていった。建物も多種多様となり、丈夫な建物が大半を占めるようになり、土地・建物の所有関係にも変化を生じるようになった（例えばマイホームを持つことが夢から現実のものになった）。一方で、公営住宅、公団・公社の賃貸住宅の供給の増加や、民間賃貸業の発展も見られるようになり、とりわけ借家法の領域で問題となっていた賃貸住宅の供給不足を利用した家主の横暴もそれほど目立たなくなっていくのである。また、借地関係では、新規の借地の供給が少なくなり、高額な借地権価格が生じ、地代は安くなり、また新たな慣行²¹²も生じるようになってきていた。

このような、借地・借家をめぐる情勢が変化することにもない、借地法・借家法の改正の必要性が話題に上がるようになってきた。そこで、1985年に改正問題の審議が開始される運びとなったのである。

2. 借地法等改正要綱

そこで試案が出され、その試案が公表されると各界から様々な意見が発出した。そこで、それらを踏まえ、法制審議会総会では「借地法等改正要綱」を決定し、1991年に法務大臣に答申した。その内容は以下のとおりである²¹³。

①当初の存続期間は、堅固・非堅固にかかわらず、一律30年とする。更新後の存続期

くの額を提示した者に賃借させ、元賃借人には相当の対価を支払えば良いとするほうが、むしろ良いと見られなくもない。そう考えれば、いたずらに元賃借人を保護する必要があるのか、ということも考慮に入れる必要がある。また、建物の賃借人と違い、土地を賃借する者は一定程度の財力を持っている場合が多いのであるから、そのようなある程度強い立場にある者同士の「対抗問題」は、経済的理由が介入する余地が大きくなるようにも考えられよう。そのような見地からは、今の法理のほうが、土地賃借人を絶対的に保護しようとするよりも良いという結論を導き出すことも可能である。

ただし、このような賃貸人の振る舞いにおいてはやはり賃貸人が契約上の義務違反をしていることは明白であり、そのような状況は認められてはならないと個人的には思われるところである。

²¹² 更新料などの承諾料の授受など、[澤野] 14頁参照。

²¹³ [澤野] 15頁以下。

間は、一律 10 年とする。

②使用継続による法定更新は、建物が存する場合に限るものとする。

③建物が朽廃したことにより借地権が当然に消滅することとする制度は、廃止する。

④借地権の存続期間満了前の建物再築は、土地所有者の承諾がある場合に限り、存続期間が伸長する。更新後において土地所有者の承諾なく再築した場合は、借地契約を解除することができる。

⑤立退料の提供の申出も、正当事由の一要素として考慮することができる（借地、借家双方）

⑥更新のない借地権として、長期借地権、建物譲渡特約付借地権及び事業目的の借地権を新設する。

⑦自己借地権の設定を認める。

⑧借地上建物が滅失した場合の対抗力付与の方法を新設する。

⑨更新のない建物質貸借として、賃貸人の不在期間及び取壊し予定の建物の賃貸借の制度を新設する。

⑩造作買取請求権の規定を任意規定とする。

⑪民事調停法を改正し、地代・家賃増減請求の訴を提起する場合には、まず、調停を申し立てなければならないものとする。

3. 借地借家法の成立

この借地法等改正要綱を受け、政府は平成 3 年（1991 年）に「借地借家法案」と「民事調停法の一部を改正する法律案」を国会に提出した。衆議院においては改正案を、

①更新後の借地権の存続期間は一律 10 年とされていたが、第 1 回目の更新に限り 20 年とする

②借家における建物の利用行為について「建物の使用又は収益」としていたのを、「建物の使用」と修正する

③賃料改定の調停手続における調停事項について、これによる旨の当事者の合意が必要であるが、当該合意は「当該調停事件に係る調停の申立て後にされたものに限る」との限定を付す、

とそれぞれ修正し、平成 3 年 10 月 4 日に公布、明くる年 8 月 1 日から施行された²¹⁴。

4. 借地法・借家法の一本化と問題点

この平成 3 年の借地法・借家法改正で最も目を引くものの一つは、「借地法と借家法が一元化された」ということであろう。借地と借家はその対象が違うだけで、果たそうとする目的（すなわち、居住を確保しようとする）は同じであると考えれば、借地法と借

²¹⁴ [澤野] 16 頁参照。

家法とが一本化されるということは、なるほど首肯することもできよう。

しかし、このような考え方は、今でこそ一本化されてしまったのであるから当然視することもできようが、一本化される以前においては議論の存するところであった。これは、「借地権」・「借家権」の意義を考える上で大切なことであるように思われるので、ここにその議論の一端を記しておこうと思う²¹⁵。

借地権と借家権という二つの権利において、最も注目されるべきは借主の形態である。借家人の場合、彼らは自らの家屋を所有することなく家を借りて住んでいる場合がほとんどである。そのような人々は、決して財産的に裕福であろうはずはなく、自らの居住をなんとか確保しようとするその数少ない手段の一つとして借家をしていると考えられる。一方、借地人の場合はそうではないであろう。借地人は、少なくとも土地を借りることによりその土地の上に建物を建てることを可能とする人々である。彼らは建物を建てる資力はすでに備えているのであるが、土地を自由に持つことができない（とりわけ都市部は土地がそんなに余ってはいない）ために、土地を借りてそこに建物を建てようとするわけである。すなわち、彼らはそれなりの資産を持ち合わせているという人が多いのである。ある物を借りるという点においては同一である二者は、それぞれの経済状況という点では大きな隔たりがあるのである。

そのような二者は当然にその立場にも差異を生じるであろう。借地人は、土地こそ借りているものの、ある程度の経済力を持ち合わせているから、そういう点では貸主と対峙する必要が生じたとしてもそれほど引け目を感じる必要はない。しかし、借家人は経済力をそれほど持ち合わせていないことが多いのであるから、やはり貸主との関係においても対等な立場には立てないのである。そう考えると、両者は同一の保障をしていけば良いということには必然ならないこととなる。

そのように、保護の対象（経済的弱者か、そうではないか）も、保護の態様（強く保護する必要があるか、ある程度の保護で足りるのか）も異なる二つの形態を一つにまとめてしまうということは、経済的弱者がある程度の保護しか受けられないか、ないしは経済的に強い者が必要以上の保護を受けることになってしまう可能性を生み出してしまいかねないのである。また、法の不備で新たな解釈によってしか解決をしえない事件が生じた場合に、両者が一つになってしまっていると、借家法の領域に借地法的な物の考え方が導入されてしまう可能性もあり、適切ではないと考えられたのである。

しかし、二つの法律を統合することが不利益しかないのかと言えばそうではない。「土地・建物の賃貸借に関する特別法を一本化したことは、不動産利用権に関する特別法の整理統合という合目的な観点から首肯できるし、また、これを利用する国民にとっても便利である」²¹⁶という評価もあり、これを否定することもできない。

ここに私論を付すとすれば、その足掛かりとして、一体化というのは結果的に決して不

²¹⁵ 詳しくは、[鈴木・研究 I] 166 頁以下、[澤野] 16 頁以下参照。

²¹⁶ [澤野] 17 頁。

都合を生じることにはなかったのではないかということから考察をすることが可能であると思われる。ここに「結果的」と書くことができるのは、まさしく筆者は新法が制定されてからの時代を眺めることができたからに外ならない。すなわち、借地法と借家法が一本化された後に、とりわけ借家人が極端に不利になるような事例を見受けえないのである。これは、両法の一本化が失敗ではなかったことを証明していると思う。また、やはり一つになっていることにより借地と借家の法制が明快に理解しえるという点からも、一本化は間違いではなかったのではないかと思われる。そして、私はこの一本化が成功した理由を、この借地借家法の規定の仕方からも見受けられると思う。借地借家法は民法のように各編に共通する事項を前に出した「総則」ではなく、あくまで「趣旨」と「定義」規定のみを総則として置き、他は借地と借家の編でそれぞれ規定している。このようにすれば、いくらか一つの法律であったにしても、これまで積み重ねられてきた借地と借家の法規をいたずらに混淆することは生じえない。それは一方で、「一つにする理由がない」とも見えるかもしれないが、外形的にはそれほど大きな差異のない借地と借家をばらばらにしておくよりも、中身は独立しているとはいえあくまで法律としては一つにしておくことによって、体裁が見事になると考えることができるのではないだろうか。私は、国民の便宜、そして体裁、なおかつ一元化の巧みな技術を総合的に考慮することにより、やはり一本化することは決して間違いではなかったと考えるところである。

5. 借地借家法における新設規定²¹⁷

ア. 新法の不遡及

新しい借地借家法が適用されるのは、本法施行後に契約された借地・借家関係のみである。これは、本法の施行により借地人、借家人の権利が侵害されることがないようにという配慮からである。これは裏を返せば、本法では借地人、借家人の保護が薄くなった部分を含むということであり、これについては一考の余地もあるであろう。

イ. 定期借地権規定の新設

定期借地権に含まれるものとしては、「定期借地権」（借地借家 22 条）、「事業用借地権」（借地借家 23 条）、「建物譲渡特約付き借地権」（借地借家 24 条）がある。これらの借地権は期間の到来とともに当然に消滅し、更新されることがない（もちろん当事者の新たな借地権の設定について制限をするものでもない）。具体的に中身を見ておくと、定期借地権は、「普通借地権の場合には認められる三つのことがら、つまり、契約の更新、建物の再築による存続期間の延長、建物買取請求権を排除する旨を定めることが『できる』としている」²¹⁸。これが認められるのは、借地契約が 50 年以上である必要があるが、このように比較的長期間にわたる借地権が認められる代わりに、三つの事項についての借地人

²¹⁷ [澤野] 17 頁以下参照。

²¹⁸ [稲本・澤野] 162 頁。新版が出版されているが、本論文では第 3 版を用いる。

の権利を排除しようとしているのである。事業用借地権は、「専ら事業の用に供するため」に建物を所有する際に土地を借り受ける契約であり、その借地人はあくまで商売をなす者であるから定期借地権の前提とされる者よりも経済的に強いため、定期借地権よりも短い、契約の期間を30年以上50年未満の借地契約とするものにつき定期借地権と同様の契約をなすことを可能とするものである。また、別の形式として法23条2項により、存続期間を10年以上30年未満とする場合には、普通借地権に認められる、定期借地権について排除しようする借地人の権利が当然に否定されるというものもある²¹⁹。建物譲渡特約付き借地権は、契約した期間が経過すれば建物の所有権が当然に借地人に帰属し、その反射的效果として借家人の借地権が消滅する²²⁰とするものである。これらは、存続期間の満了により当然に消滅してしまう以上、借地人にとっては「有利な契約類型ではない」。これが濫用されることがあれば、借地人の地位は不当に害されることとなろう。そこで、これらの契約を結ぶ際には特別な形式（公正証書「等」の書面による契約）を要するとされている。このような、定期借地権制度を導入することは、使い方によっては借地権設定者の横暴を許すことになるから反対される向きもあった。しかし、現状ではそこまで問題となっていないし、いままでの借地権はあまりに強力に過ぎ、借地契約そのものを躊躇させていたことも事実であったから、借地供給の増加をもたらしたという点でも必要な規定であったとも言えるであろう²²¹。

個人的にはこのような借地類型はもっと強力な要件を設けるべきなのではないかと思う。日本の契約が基本的に意思主義であるとはいえ、現在では契約書を交わすのが当然となっている。いままでの普通借地権の契約の際でも契約書は当然に交わされた。この定期借地権制度は書面の交付を前提としているが、これは借地人が制度趣旨を十分に理解していることを担保するためのものであると思われる。しかし、現実には不誠実な貸主もいるわけであり、彼らの巧みな話術によって誤って定期借地権などが結ばれてしまう可能性が排除できない。そのような事態を防ぐためにも、借地借家法によるさらなる要件の付加は必要なことと思わざるを得ない。しかし、このような制度が定着しつつある今、この制度そのものを批判することは妥当ではないであろう。土地の貸し渋りの防止のためにも、この制度は必要である。借地権を強力にし過ぎた揺り戻しとしての規定であると考えても、この制度を廃止するというのは実務上利益をもたらすことはないと思われる。この制度の維持のためにも、借地人の保護をもう少し考慮したほうがよいのではないかと思うのであるが、存在そのものは肯定するべきであろうと考えるところである。

²¹⁹ [稲本・澤野] 168頁以下参照。

²²⁰ この法的構成は、「借地上建物の所有権が借地権設定者に移転することにより借地期間満了時に法定更新の要件を欠く（借地権者所有の建物が存しない）ことになるか、または、建物所有権とともに借地権も借地権設定者に移転し混同により借地権が消滅する」とされる。[稲本・澤野] 180頁参照。

²²¹ [澤野] 17頁参照。

ウ．期限付き建物賃貸借規定の新設²²²

一時使用目的の賃貸借は、「居住の用」という性質が普通の借家権よりも弱いために、借家法の適用を受けなかったため、何らかの事由のために一時的に建物を借り受ける際には一時賃貸借が利用されていたのだが、これは借主が契約の満了の際に一時賃貸借ではないと主張するということが少なくなかった。そこで、新法は合理的理由がある際の一時使用目的の建物賃貸借の規定を新設するにいたった。それは、「賃貸人の不在期間の建物賃貸借」(旧 38 条)と「取壊し予定の建物の賃貸借」(39 条)である。前者は後の借地借家法の改正²²³により「契約の更新のない定期建物賃貸借」(38 条)となった。

第 8 節 賃借権の物権化論の展開

第 1 款 はじめに

本節では、日本における賃借権の物権化論を簡単に示す。「賃借権の物権化」という用語は一般的な体系書においても用いられている²²⁴。この用語そのものが正しいかどうかの検討は後の機会に譲るとするが、賃借権が強化される過程を、物権と債権という対照的な権利体系をもつ我が国の民法体系を踏まえて眺めると、これは端的には「賃借権」が「物権化」する過程であるとみなしうるかもしれない。この章では、いままで概観してきた賃借権の発展史を踏まえ、いわゆる「賃借権の物権化」というものの問題点を探っていきたいと考える。

まず、物権と債権というものの概念をここで考えておきたい。しかし、一口に「概念」と言っても、それはいまだに明快な解答を得ている問題ではないということをご承知のとおりであろう。ここでは、その具体的な争点を逐一検討することは避け一般的な「了解事項」のみを掲げたい。

物権と債権は対立する概念である。なぜなら物権はものに対する直接の支配権であって、債権は債務者に給付行為を請求する権利であると構成されるからである。そして、前者は、直接の支配権を保障するものとしての、排他性・優先的効力・物権的請求権などの効力が導かれている。「したがって、ある権利が物権であるとされれば、以上の物権的効力のすべてが当然に認められる。しかし、債権など物権以外の権利、法益にこれらの法的保護が認められることはありえない」²²⁵。このように、物権と債権はその性質をはっきり

²²² [澤野] 17 頁参照。

²²³ 借地借家法成立後すぐに議員立法として「良質な賃貸住宅等の供給の促進に関する特別措置法案」が国会を通過した。これは定期借家権を一般化しようとしたものであり、旧 38 条は一定の要件の場合（転勤、療養、親族の介護その他やむを得ない事情により、一定の期間に限り建物を賃貸した場合）にのみ適用されるものであったが、これは要件なく、当事者の合意により設定できるものとした。[澤野] 18 頁参照。

²²⁴ たとえば、[近江・講義 V] 209 頁以下、[内田・II] 170 頁以下、[藤岡] 119 頁以下（本論文では、第 3 版補訂を参照した）などに用いられている。

²²⁵ [赤松・物権] 1 頁、また当該部分を参照。

と峻別されているのであって、原則を貫くとすれば、ある物権が債権となること、またはその逆は起きえないということになる。そして、法律を学ぶ・研究する・利用する者は、この物権と債権の性質を、はっきりと意識することなしに、理解し、峻別しているのである。その思考がそのまま維持されるとすれば、やはり「賃借権が物権化する」などというのはまったく有り得ない話なのである。また、これとは逆に、仮に「賃借権」は「物権化」したのだと主張するとすれば、賃借権たる債権の対極である物権たる「所有権」が「債権化」しうるということになる。しかし、所有権は個人財産性の極致を示すものであり、これが債権のような「弱い」権利になっていけば、これは個人の財産が不当に侵害されるという結果をもたらしかねない。このように、「究極的に」物事を捉え、検証するとすれば、やはり「賃借権の物権化」というのは考えられない事態なのである。

本節での手法としては、判例と、それを受けた学説の展開を追うこととした。また、物権化の基準をどのように定置するかについても、確認をしておく必要がある。そのため、第2款においては物権化の基準についてを概観することとし、第3款以降で判例と学説を追うこととする。

第2款 議論の前提——「対抗力」・「妨害排除力」・「物権化の基準」

以上のように、賃借権をめぐる多様な判例、判決が蓄積している。もちろん大審院判例をそのまま現在の賃借権法制の前提に当てはめて良いわけではないのであるが、最高裁の前身としての評価であるという点を重視すれば、一概に排斥されるべきものでもないことは前述のとおりである。

さて、検討の対象として以下における三つの判決をそのまま議論の棚に上げることができのだろうか。まずこの点についてしっかりと把握しておかなくてはならない。すなわち、これらの判例の「射程」をどのように捉えるか、これが重要なのである。

まず、賃借権について対抗力が認められることは、民法や借地借家法などから窺い知ることができる。そして、対抗力を備えた賃借人は、当然に第三者に賃借権を主張することが可能であって、それにより賃借人は自らの権利を守ることができる。しかし、ここでこの対抗力をもって「妨害排除力」をも認めたことになるのかということに注意しなくてはならない。対抗することができるということは、それにより第三者の侵害を適法に排除することを可能とするのであり、これはまさしく「妨害」を「排除」する「力」があると捉えることができなくもない。しかし、権利の本質を見極めようとするとき、我々は「対抗力」と「妨害排除力」を同じものと見ようとはしない。ここで対抗することができるのは、新たに生じた（適法、違法を問わない）権利者に対して自らの権利を主張できるということであり、妨害排除力はすでに侵害されてしまった自らの権利を回復させることを意味するからである。すなわち、『対抗力』（対抗要件の具備）は物権化のメルクマールに

すぎないので、それを妨害排除請求の認否の分水嶺とすることは妥当ではない²²⁶のである。しかし、次にあげる最高裁の判例では、「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」するとしていることから、判例は対抗力をもって妨害排除力をも認めていると考えられる²²⁷。しかし、学説では、この二つの要素は相容れないと考えるのが主流であり、このように判断することについては異論の存するところである。学説についてはこの後検討していくことになるので、ここでは、とりあえず次の三つの判例を一連の賃借権の考え方と捉えておきたいと考える。

さて、ここでもう一つ共通理解を得るために、「物権化」とは何かについても記述しておきたい。この物権化の基準について七戸教授は、「一般には、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（担保設定可能性を含む）の四つが挙げられるのが通常であるが、⑤賃借人の投下資本回収の保護としての費用償還請求権（借地・借家の場合には建物・造作買取請求権ということになる）を挙げる見解も存する」²²⁸とされる。このように、学説上債権が物権化する基準は一応確立しているのであり、学説上債権がいわゆる物権化をするということがありうるということを知っていることを裏付けるものとも言えよう。

しかし、この物権「化」という用語についても慎重に考えるべきであるとする考え方もある。「カナーリスが『債権の物権化』と呼ぶのは、その基本構造が債権である権利に、いくつかの個々の物権的性質が付与されている場合である。……当該の権利が物権的性質のすべてを備えているならば、それはもはや『債権の物権化』ではない。この権利は、真正な物権にほかならない。したがって、カナーリスによれば、『債権の物権化』とは、決して、債権が完全なる物権に転嫁することを意味しているのではない」²²⁹。日本においても、債権の物権化を考える際に、これはまさしく物権であるという視点で権利を眺めているということはないように思われる。もちろん、過去には賃借権の本質が物権であるとして論を進める著書も散見したのであるが、現在の前提は、ここで指摘されていることそのものではないかと思われる。ドイツの論文と違い、日本においては前提とされていることを詳細に検討することがあまり見られないために、いつの間にか議論の対象が微妙にずれてしまっているということもあると思われるが、本論ではそのような食い違いを防止するために、引用したとおりのことを、特段の注意がなければ、それを前提としてこれ以降の論述をしたいと考える。

²²⁶ [近江・債権] 321頁。

²²⁷ [近江・債権] 319頁参照。

²²⁸ [七戸] 5頁以下。

²²⁹ [赤松・物権] 172頁以下。

第3款 賃借権の物権化を代表する判例²³⁰

i. 事実

訴外 A は甲地を X の親である B に賃貸していた。当該賃貸借契約は昭和 13 年 6 月で満了するとされていた。しかし、B が死亡したため、本件賃貸借契約は、B を家督相続した X に引き継がれた。昭和 13 年 6 月に賃貸借契約は満了したものの、X は本件借地上に乙建物を所有していたために、昭和 13 年 10 月 1 日に、昭和 13 年 7 月 1 日から向こう 20 年、賃料月額 23 円 13 銭で新たに賃貸借契約を A と交わした。一方、甲土地は昭和 15 年 5 月 17 日に A の養子である C に譲渡された。昭和 20 年 3 月 9 日甲土地の乙建物が震災により焼失し、その後本件土地は Y が丙建物を築造して占有している。そこで、X が Y に対して借地権に基づき建物収去土地明渡しを請求したのが本事件である。

ii. 各裁判所の判断

これについて、第 1 審²³¹は、「……X は甲借地上家屋を所有していたが乙家屋は昭和 20 年 3 月震災に罹り焼失したことが認められる。……右事実からすれば甲土地の上にあつた X 所有の建物が焼失しても X の借地権は当然に消滅するものではなく罹災都市借地借家臨時処理法の規定によつて昭和 21 年 7 月 1 日から 5 箇年以内に甲借地について権利を取得したのに対し右借地権を以て対抗できるわけであるところで Y が甲土地に主文掲記の建物〔丙〕を建築所有して甲土地を占有していることは本件当事者間に争がないのであるが Y が甲土地を占有している理由として Y は土地所有者 C から昭和 22 年 6 月賃借したと云うのであり、右事実は……各証言により認められるけれどもすでに説示したところにより Y は X の借地権を以て対抗される立場にあるわけだから Y において X の右借地権を無視できる特段の事実の主張立証のない本件では Y は X の借地権に基く建物収去土地明渡の請求を拒否することはできない」として、X の請求を認めた。これに対して Y が「X は昭和 20 年 3 月頃当時甲土地の所有者であり賃貸人であつた C の代理人 D との間に於て甲土地の賃貸借契約を合意の上解除したから賃借権に基く X の本訴請求は理由がない」として控訴した。

原審²³²は、「……Y 主張の合意解除の事実は、これを認めるに足る確証がないから同主張を採用しない」とし、その余は 1 審に準じる判決を下した。これに対して Y が「元来甲土地に対しては Y も X も同様な債権たる賃借権を有するに過ぎず X が別に優位の権利を有するのではない」として上告し、最高裁において賃借権の性質いかんが判断されることとなったのである。

最高裁²³³は、これについて、「民法 605 条は不動産の賃貸借は之を登記したときは爾後

²³⁰ 最判昭和 28 年 12 月 18 日民集 7 卷 12 号 1515 頁。

²³¹ 東京地判昭和 26 年 10 月 29 日判例集未搭載。

²³² 東京高判昭和 27 年 8 月 25 日判例集未搭載。

²³³ 昭和 28 年 12 月 18 日民集 7 卷 12 号 1515 頁。

その不動産につき物権を取得した者に対してもその効力を生ずる旨を規定し、建物保護に関する法律では建物の所有を目的とする土地の賃借権により土地の賃借人がその土地の上に登記した建物を有するときは土地の賃貸借の登記がなくても賃借権をもつて第三者に対抗できる旨を規定しており、更に罹災都市借地借家臨時処理法 10 条によると罹災建物が滅失した当時から引き続きその建物の敷地又はその換地に借地権を有する者はその借地権の登記及びその土地にある建物の登記がなくてもその借地権をもつて昭和 21 年 7 月 1 日から 5 箇年以内にその土地について権利を取得した第三者に対抗できる旨規定しているのであつて、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し、その土地につき物権を取得した第三者に対抗できるのみならずその土地につき賃借権を取得した者にも対抗できるのである。従つて第三者に対抗できる賃借権を有する者は爾後その土地につき賃借権を取得しこれにより地上に建物を建てて土地を使用する第三者に対し直接にその建物の除去、土地の明渡を請求することができる」と、賃借権の性質について対抗力の見地から一般論を述べた。そして、「ところで、……X が甲土地上に所有していた家屋は昭和 20 年 3 月戦災に罹り焼失したが X の借地権は当然に消滅するものでなく罹災都市借地借家臨時処理法の規定によつて昭和 21 年 7 月 1 日から五箇年以内に甲借地について権利を取得した者に対し右借地権を対抗できるわけであるところ、Y は甲土地に主文掲記の建物〔丙〕を建築所有して甲土地を占有したというのであるがその理由は Y は土地所有者の C から昭和 22 年 6 月に賃借したというのであるから Y は X の借地権をもつて対抗される立場にあり Y は X の借地権に基く本訴請求を拒否できないというのであるから、原判決は前段説示したところと同一趣旨に出でたものであつて正当である」として、X の請求を認めた。

iii. 本件のポイント

本件は 1 審、2 審においては単に「罹災都市借地借家臨時処理法の適用のある借地の借地権の対抗力」を判断したにすぎなかったが、これが最高裁に上告され判断が仰がれた際に、最高裁が賃借権の性質を、対抗力をメインに検討したところに注目が集まった。すなわち、最高裁の判決の一般論部分の後半において、賃借権が登記されればそれはいわゆる物権的効力を有する、とした部分である。賃借権が登記されたらそれにより「物権となる」とはしていないものの、その権利は物権的効力をもつとしている²³⁴ことは、賃借権の物権化を考える上で非常に意義があるであろう。本来債権であるはずの賃借権に物権的効力を認めるのであれば、それは本質的には「物権」なのではないかという議論が成り立ち

²³⁴ これについては、「いわゆる」物権的効力としていることも見逃してはならないと考える。この「いわゆる」が言外に意味するところを、賃借権を検討していく上で、その性質が「いわゆる」物権的効力に近いという意味で捉えることも、世間一般が物権的効力とするところを賃借権にも認められるという意味で捉えることも可能ではないかと思うからである。しかし、裁判所がこの用語を深い意味で利用したのかどうかは判断しかねるところであるから、これについてはこの程度の言及に留めたいと思う。

うるからである。しかし、裁判所は基本的に事件の解決を優先するから、賃借権の性質についてははっきりと見解を示そうとしたとは考えにくく²³⁵、裁判所の方針をここから導くことはできないであろう。

第4款 大審院判例の検討

このような賃借権の性質論を示したものは、先の判決が最初ではない。これを遡ると大審院においても賃借権に関する判断がなされていた。大審院の判断はその時代の考え方を示す資料としては有力であるから、検討の対象に含めたいと考える。

大審院²³⁶では、以下のような判断が示されている²³⁷。「……（原審では）本件被上告人の有する賃借権を以て物に対する支配権なりとし其支配力を以て直接に其妨害を排除し得ることを説示したるも我民法上賃借権は所謂債権に属し支配の事實は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にして原審の説明は到底我民法の解釈として許容するを得ず……民法第六百五条（に）……規定したる所以のものは我民法の原則として登記は物権の得喪変更に関して之を認むるものなるも例外として不動産の賃借権を登記したるときは物権同様の対世権を有することを認めたるに過ぎず原審説明の如く縦令債権なりとするも直接に第三者に対し妨害排除の請求権ありと論するか如きは不動産の賃借権に対し物権以上（物権にても登記を要す）の効力を認むるものにして民法の法規を変更せんとするものなり若し夫れ対人権を有するに過ぎざる不動産の賃借権か第三者に対し直接に妨害排除を請求し得るか如く論するに至ては全く物権債権の分界を粉更せんとするものなり）……賃借権か成法上債権に属することは所論の如し然れとも元来権利は物権たると債権たるとを問はず对人的関係なることを以て本質とす止た物権は其特長として直接に物を支配すてう観念を建前とし債権は特定人に対し特定の行為不行為を要求することを特長となす観念を建前とするの差あるのみなり故に物権を有するものか物の上に支配力を行ふ場合第三者か之を侵害するときは之に対し排除権を行使し又追及権を行使する如きは特に法律の規定を待て行ふにあらずして法律上前述の観念に基くものたるに過ぎず左れば之と反対し債権の中に在ても物に関する債権例之賃借権の如きは賃借権行使可能の状態に置く義務則ち物の引渡義務を主要部分と為すも一度物の引渡を為し使用収益の状態置かんか賃借権者は茲に其目的の範囲内に於て物に対し直接支配力を取得するに至る可し既に賃借人か物に対する直接支配力を有する上は賃借人は固より賃貸人以外の第三者と雖も其支配力に妨害を与ふへからさることは敢て多弁を要せざる所なり左れば若し第三者か其

²³⁵ 一方で、この事件を解決するだけならば1審・2審のような判断をすればよく、最高裁が対抗力に注目しているとはいえその性質という一般論を判示したことは、最高裁の方針を示すものに他ならないと考えているものも存在する。

²³⁶ 大判大正10年2月17日大審院民録27輯321頁。

²³⁷ なお旧漢字、カタカナ表記を改めた。

支配を侵害せんか之か妨害を排除すへき法律上の力を有せされは賃借権者は空虚の権利を擁するに過ぎざるに至らん……今土地の賃借権と地上権とに付き考ふるに甲は賃借権なりと主張し乙は地上権なりと主張すと雖も此類似性を有するは皆賃借権に対する貸貸人の特定義務たる物の引渡を了したる後に於て齊しく起る問題に属す即ち知る物に関する賃借権に付き貸貸人の特定義務たる物の引渡完了後に於ては物権と債権の区別甚だ困難なることを今若し如此事実関係を人により賃借権と解するときは第三者の侵害に対し防禦することを得ず又他の人により地上権と解するときは之を防ぎ得るとすれときは法律生活に付き朝三暮四国民は其適従する所を知らざるに至るへし……又不動産に対すると將た動産に対するとにより何等徑庭を存し得へきや加之債権を第三者か侵害す可からず之を侵害するときは不法行為成立することは御院判例の存する所なり左れば既往の侵害行為に対しては法は之を保護するも現在及将来の侵害の排除を求むへからずと解するは著しく偏跛したる解釈にして毫も不法の存することなし……何人と雖も他人か適法に享有する状態を侵害すへからざる義務を負担することは夫か物権に基くと債権に由来すると何等軒輊なかるへし蓋し如此消極的義務は人間か共同生活上当然負担すへき共存条件なればなり左れば此義務に違反し他人の権利関係を侵害したる場合に於て事後に於ける損害賠償請求権は之を認むるも現在及将来に於ける救済を求むることを得すとせば其不合理極まりなかるへし豈如此不具の解釈を採るの要あらんや原判決は此点に於て最も国民生活の実情に適したる理想的解釈を採りたるものなり……

仍て按するに賃借権は縦令之を支配権なりと論する学説あるにせよ我民法に依れば一種の債権なること同法の規定上明白にして今更多言の要なし而して故意又は過失に因り他人の権利を侵害したる物は不法行為の責あること本院判例……にも示す所なれば故意又は過失に因り他人の賃借権を侵害したる物あるときは被害者たる賃借人は其不法行為者に対し損害の賠償を要求することを得へし……賃借人は其占有に係る賃借物を他人の為め不法に占有せられたる場合に於ても占有権に基く訴に依り其物の返還を請求するは格別賃借権若くは損害賠償請求権に依り之か引渡を請求することを得へきにあらざるなり」としている。

この判決では、国民生活の実情に適した解釈をも示しているという点で、当時の賃借権の捉え方を克明に示していると言い得ると思う。しかし、賃借権の性質はあくまで債権であるから、それに基づいて物権的請求権たる妨害排除請求権を行使することは認めていない。そもそも、この判決における前後関係がどうなのかを的確に把握することが難しい（なぜ、国民生活の実情に適した理想的解釈を延々と述べているのに、その解釈をばつさりと切り捨てているのか、その理由が釈然としないように思われるのは私だけであろうか）。それでも評価し得る点があるとなれば、物権と債権の関係を体系上はつきりと峻別してそこから結論を導いているというところであろう。このような学説にも踏み込んだはつきりとした判決は現在ではあまり見かけないところでもあるので、これを検討すること

は非常に明快であって、その点では素晴らしい判決であるとも言い得ると思う。

また、大審院の判例についてはもう一つ紹介をしておきたい²³⁸。「漁業賃借権は民法の賃借権と同一に取扱ふべく民法の賃借権は債権なり……（故に）其結果賃借人は法律に特別規定（民法第 605 条等）ある場合竝に第三者か故意又は過失に因りて之を侵害したる場合の外第三者に対して其権利を主張することを得ず……果して然らば不法行為の救済方法は……唯金銭的賠償の請求を許すのみ……然れども権利者か自己の爲めに権利を行使するに際し之を妨くるものあるときは其妨害を排除することを得るは権利の性質上固より当然にして其権利か物権なるとによりて其適用を異にすべき理由なし」として、漁業権の賃借人による侵害者の妨害排除を認めている。

第 5 款 債権の性質と物権から生じる請求権の関係

賃借権に基づいて、物権的権利とされる妨害排除請求が認められるのかどうかは、先ほどの大審院判例が示すように、当初はこれを否定的に解していた。それは、物権と債権を峻別するパンデクテンシステムを採る我が民法では、債権について妨害排除を認めることは矛盾するからであった²³⁹。

これを受けて、賃借権はもとより、債権の性質について様々な学説が登場することとなる。最も有名なのは、「不可侵性説」であろう²⁴⁰。この説は権利の性質を「排他性」と「不可侵性」に分け、前者は物権に特有のもの（すなわち、物権的請求権は排他性から生じる）と考える。そして、後者は物権・債権を問わず権利に当然に伴う通有的なもの（すなわち、ここから不法行為の責任が導かれる）と考えるとした。そして、この説が登場してからは、大審院判例として挙げた二つ目のもののように、債権に基づく妨害排除請求を認めるようになった。しかし、この説はこの後修正され、前者は「同一物上に相妨げるべき内容の権利を成立させない効力」、後者は「事実上の妨害を排除する効力」と改められた。この説は、いくら債権であろうとも、その権利には「不可侵性」ないし「事実上の妨害を排除する効力」があるとされるところに特徴がある。債権債務関係を考えるとき、少なくとも当事者の間には密接な関係があつて、債権であってもそれが行使し得る環境があるということは、契約を結ぶにあつての前提条件となっているであろう（しかし、これはあまりにも当然であつて、暗黙的であることも事実である）。それをどのように説明するかを考えたときに、この不可侵性説はそれを的確に示すものとなっていると思う。

しかし、この不可侵性説は、物権と債権を峻別することを重視する立場、とりわけ学説上においては認められないとする見解もあつた。また、債権に基づく妨害排除に要件を付け加えることによって、いわば「例外的に」認めようとするものも存在した。このように様々な説が混淆する中で、結局は、「物権的請求権と不法行為における原状回復請求権等

²³⁸ 大判大正 10 年 10 月 15 日民録 27 輯 1788 頁、同じく旧漢字、カタカナ表記を改めている。

²³⁹ [田山・賃借権] 483 頁参照。

²⁴⁰ [末弘・第三者] 5 頁参照。

との間の差異を一切抹消して妨害排除の可否は英法におけるインジャンクションと同様に、権利の種類、目的物、侵害の態様、被害者の被る損害、妨害排除により加害者に要求される犠牲等を総合的に比較考量して決定すべき²⁴¹と考えられるようになっていった。これは、債権の性質から妨害排除を可能とする理由を導くことをいわば諦め、事案の類型ごとに柔軟に考慮していくということを意味する。

また、これとは別のものとして、「支配権説」²⁴²というものもある。これは、「物の交換を目的とする売買契約と物の使用を目的とする貸借契約とを対比しつつ、賃借権を支配的機能を有する債権として、その利用の側面を『支配権』としての使用収益権として把握する」というものである。この利用の側面を支配権として捉えることによって、それが侵害された際には当然にその妨害を排除することが可能となるとするものであり、債権の枠組みではなくて、そこから使用収益権、すなわち所有権類似の権利を見出すことによって、妨害排除請求権を導きだそうとしたのである。しかし、この見解は、物の支配に注目することによって権利を導きだしているという点で批判がなされている。すなわち、物権と債権の違いというのは、このように物の支配の態様によって区別されているわけではなく、もともと追及権としての物権的請求権が存在しているのかどうかで判断されるのであるから、支配権説のいう単に事実からのみ案出された「支配権」というものを、法律上の意味における「支配」という概念と「安直に同一視し、ないしはすりかえて」いるにすぎないから、これをもって、債権に物権的請求権を認めるということを導くことはできないとされるのである²⁴³。この説は、確かに権利への「事実上の支配」に着目をしたという点で新たな示唆を与えるものではあったものの、批判がなされているように、これは単に事実上の態様を分析したに過ぎず、それだけではやはり物権と債権が厳密に峻別されている体系の中で債権に物権的権利を許容するという理由にはならないのではないだろうかと考えられる。しかし、事実を素直に見れば、このように解することはあながち間違いではない。けれども、これが「事実論」であって、決して「理論」ではないという意見に対し、反論の術は無いのではないだろうかと思われる。

さらに、ギールケが提唱した「継続的契約関係論」というものがある。これは、債務の履行によって当事者の契約関係が終了するのかどうかを基準とし、契約関係が終了するものを「一時的契約関係」と呼び、終了しないものを「継続的契約関係」と称する。そして、前者は、例えば金銭消費貸借契約が挙げられるが、これは債務の履行によって契約関係は消滅することから、これがドイツ民法（それを参考とした日本法にもあてはまる）における本来的な債権であるとし、一方で後者は、例えば賃貸借契約が挙げられるが、これは単に債務を履行する（すなわち、賃貸借であれば目的物を貸し与えること）のみでは関係が消滅しないから、こちらは現実的には、物に対する支配を実現せんとする機能を営む

²⁴¹ [田山・賃借権] 484頁以下。

²⁴² [石田文] 参照。

²⁴³ [好美・賃借権] 181頁参照。

こととなり、その状態は物権法の前提とするものであるのだと考える。すなわち、継続的契約関係によって、物に対する占有・使用・用益の権利が与えられると考えるのである。そして、物権と継続的契約関係の差異を眺めてみると、それは「第三者対抗力」のみに存すると考えられるのであるが、物支配を現実に実現するための権利としていわゆる「物権的請求権」が認められることは当然なのであるから、結局のところ両者の差異は無きに等しいと考察されるのである²⁴⁴。この考え方は、賃借権の性質と構造を考察する場合に、継続的契約関係という形態を見出したという点で非常に明快なのであるが、「債権の中には様々な内容と形態を有するものが存在するが、権利行使の実態において目的物の支配を伴うのは利用権である。しかしその支配の要素が利用権の内容（すなわち物に対する直接的支配）にまで高められていない以上（物権としての地上権との相違点）、法解釈論としては、賃借権に基づく妨害排除請求を認めることはできない」²⁴⁵という反論について再反論をすることはできないのではないかと思われる。すなわち、賃貸借はあくまでも債権の分野に籍を置いているのであり、いくら実態を把握しようとも（支配権説）、契約関係の性質から把握しようとも（継続的契約関係論）、その対極にある物権との対比を議論に持ち込むとしたら、やはりその最たる差異点である債権と物権との利用権の内容が際立つことは避けられないのであり、債権から何とかして物権的請求権を導きだそうとすることは、終局的には債権と物権の境界を破壊することになってしまうのであるから、どうしても無理が生じてしまうと考えざるを得ないのである。

第6款 賃借権の物権化の捉え方——賃借権に妨害排除力は認められるのか

さて、先述のように賃借権を債権として捉えると、その対極にある物権をどうしても意識せざるを得ず、そして意識をしてしまうと、債権から物権的請求権を導き出す手段を案出することは、現状では無理が伴うと言わざるを得ない。

そこで、債権の本質論を少し離れ、「賃借権」に「妨害排除力を認めること」は可能なのかという、最初に提示した判例の射程に戻り、そして限定して考察を進めてみたい²⁴⁶。

これに関する学説は四つある。一つ目は準占有訴権説（妨害排除請求否定説）と呼ばれるもので、物権・債権の峻別論理を基礎に置き、妨害排除請求権は物権に固有のものであり、債権である賃借権にはこれは認められないとする。したがって、賃借権による請求を「準占有訴権」によって基礎づけることとする。すなわち、民法205条の準占有に賃借権も含まれるとして、物の利用保護を民法は「占有ないし準占有に基づく訴権」で図っており、賃借権に基づく妨害排除は、まさに「準占有」に基づく訴権の問題であると解するのである²⁴⁷。これは物権・債権の峻別に意識を置いているという点では現在の民法体系に非

²⁴⁴ [赤松・物権] 53頁以下参照。

²⁴⁵ [田山・賃借権] 487頁。

²⁴⁶ 学説を網羅的に検討しているものとして、[近江・債権] 318頁以下参照。

²⁴⁷ [川島武] 17頁以下参照。

常に親和的であり、説得力を持つように思われるが、205条は、物を支配する権利は準占有に含まれないのが通説の考え方であり、このように考えること自体が異説となってしまうため、通説的地位は獲得していない。

二つ目は判例の採用する対抗力根拠説と呼ばれるものである。これは、賃借権に基づく妨害排除を原則として否定するが、賃借権が特別法により対抗力を与えられる場合にはその賃借権はいわゆる物権的効力を有し、その土地につき物権・賃借権を取得した第三者に対抗できるから、その土地の賃借権を取得して建物を建てて土地を使用する第三者に対し直接にその排除を請求できるとするものである²⁴⁸。また、対抗力を備えていない賃借権であっても、債権者代位権は行使し得るし、賃借人が占有している場合には占有訴権を行使することもできるとする²⁴⁹。

三つ目は非排他性・占有根拠説である。これは、判例の立場に原則的に賛成するものの、①排他性を具備した場合のみならず、②目的物の占有を取得した場合にも、妨害排除請求権を認めるべきだとし、③未占有の場合には債権者代位権によると考えるものである。しかし、これは対抗力を「排他性」と読み替えている点に批判があり、対抗力と排他性は別物、すなわち、排他性は物権に固有のものであって、それ自体に登記・未登記を問うことはないのであるから、賃借権を登記した場合に排他性を得るのだと考えるのは誤謬だとするのである。

四つ目は、賃借権の物権化を根拠とする説である。これは、論者によりニュアンスが異なっている。

①好美説²⁵⁰は、「賃借権が『対抗力』を有するということは、理念型債権（自由競争の場にさらされるべき債権）から脱皮し、絶対に保護されるべき物権へと生成する権利であると把握できるから、このような対抗力のある賃借権なら、地上権と同様、不法侵害に対して直接の妨害排除請求が認められるとし、また、『対抗力』のない賃借権も、例外的に、不法占拠者に対してはそれを認めてよいとする」ものである。

②水本説²⁵¹は、「『物権化した賃借権』——そのメルクマールは対抗要件の具備——は物権と債権の中間的権利であり、そこには物権性も入っている。そこで、その『物権性』すなわち排他性から妨害排除請求権が抽出される。結局、対抗要件を具備した賃借権にのみ妨害排除請求権を認め、対抗要件不備の賃借権は、債権者代位権によるべきとする。なお、占有を要件として占有訴権も認める」としている。

③田山説²⁵²は、「特別法等により、対抗力、譲渡性、転貸可能性、存続保障などの点で、権利の内容が極めて物権的利用権に近いものになっている場合には、妨害排除請求権

²⁴⁸ 詳しくは前掲の最高裁昭和28年判例を参照。

²⁴⁹ なお、[赤松・第三者] 45頁参照。

²⁵⁰ [好美・賃借権] 184頁以下参照。

²⁵¹ [水本・民法] 21頁以下参照。

²⁵² [田山・賃借権] 489頁。

の点でも物権に準じて扱ってよいと考えている。ただし、右のような不動産賃借であっても、民法上は物権ではなく債権なのであるから、その権利が特別法による保護を受けるには、それらによって要求されている対抗要件（権利強化＝物権化のための資格要件）を具備していなければならない。換言するならば、対抗要件から妨害排除請求権が導き出されるわけでは決してなく、対抗要件を具備することにより、物権に準じた法的評価が可能なほどに賃借権が強化されるが故に、そのように強化された賃借権自体の効力として妨害排除請求権が認められるものと解すべきではないか」としている。

④近江説²⁵³は、「賃借権は物権的保護を要するからこそ妨害排除力をもつのであるから、対抗要件に係わりなくそれを認めるべきである。ただし、二重賃貸借に関しては、どちらが一応の権限を持つのであるから、対抗要件により優劣を決すべきである。また、債権者代位権の転用も、妨害排除とは要件を異にするからその存在意義を認めるべきである。また、占有があれば占有訴権も認めるべきである」とする。

このように多彩な分析がなされる中で、その優劣を決することは極めて困難であると言わざるを得ないであろう。特に、対抗力の付与をもっていわゆる物権的効力を持つとするか（対抗力根拠説）、賃借権は物権化したのであるとするのかという大きな違いをまず考慮に入れ、後者を採るのであれば、その物権化の過程をつぶさに検討していく必要があるわけである。先述したように、「物権化」という用語は債権が物権に転化することではないのであるが、四つ目の賃借権の物権化根拠説に含まれる好美の見解は、賃借権をまさしく「地上権と同様」のものと明言されているから、これは賃借権を物権であると考えてよいことを示唆しているものと思われる。また、近江の見解も、物権的保護の必要性を理由に物権類似のものと考えていると思われる。ただし、物権であると言いきっているかは判断のつかないところである。

第9節 まとめ

1. 賃借権とは何か

ここまで歴史を眺めてきたのは、賃借権の淵源を眺め、それが発展していく過程を検証することによって、賃借権とは何なのかを歴史的に把握しようとしたためであった。

江戸時代までは、賃借権とはまさしく「利用を保障されるもの」であった。荘園の末期では賃借権が下級所有権たる性質を帯びたとも言えるのであるが、それはあくまで荘園地主が「利用については利用者に一存した」からであり、その根底はやはり利用権の保障にあったと言えよう。この関係はすなわち貸主と借主の間に絶対的な主従関係があったことを示し、貸主は自らの管理下に入った借主に絶対的な利用権を保障したということを意味する。これは日本の中で長らく存続していた「身分関係」を明白に投影したものであり、これが賃借権、広く言ってしまえば日本人の性質そのものであったと言える。

²⁵³ [近江・債権] 321頁以下。

しかし、国際化や経済の発展はだんだんと「主従関係」という考え方を駆逐するようになっていった。その中で、賃借権というものを「権利」として認識し、これを「対抗していく」必要を痛感していくのである。このような考え方にシフトしていくのであれば、賃借権というものに絶対的な力を必要とし、そのための制度設計が必要になってくるのである。

このような関係を端的に説明するにはどうしたら良いのか。筆者はこれを「賃借権」の眺め方で説明しようと考える。すなわち、江戸時代までは「賃借権」は権利ではなく貸主の義務という側面が強く、現代にいたっては「賃借権」は借主が自らを守るための「権利」という側面で捉えられるようになったのではないかということである。

2. 「義務」と「権利」——社会システムの中で

今でも「義務」と「権利」は表裏一体であり、一つの権利を対極的に眺めているに過ぎない。物を売れば、売主は代金支払いの請求をする「権利」を得、買主は代金を支払わなければならないという「義務」を負う。しかし、賃借権を歴史的に把握しようとした時の「義務」と「権利」は少し趣を異にする。

1. で述べたように、「賃借」の制度は、江戸時代までは「義務」で、現代では「権利」である。江戸時代までの社会システムは、支配階級と被支配階級の存在があったのであり、支配階級は被支配階級を自由に扱うことができるわけであるが、被支配階級の面倒を見る必要があった。つまり、これは支配階級が親で、被支配階級は子供（ただし、無償の愛のような関係は当然にない）であると言えよう。このような関係では、社会システムを眺める上では専ら支配階級に注目せざるを得ない。なぜなら、被支配階級は支配階級の影に隠れているからである。このような関係が「賃借」の関係にも浸透している。すなわち、支配階級たる貸主は、被支配階級たる借主の面倒を見なくてはならない。そうすると、一旦自らの支配に服するようになった借主については、自分に対して裏切り行為をしない以上はしっかりと借主を保護しなくてはならないという思考が働く。ゆえに、賃借人が強い権利を有さずとも、いわば賃貸人の「義務」として、賃借人が保護されるという図式が完成するのである。この状態は、いわば「賃貸上の義務」と言えよう。

一方で、我々が「賃借権」というものを思考するときには、賃貸人と賃借人の社会的地位の強弱を考慮に入れ、「賃借人の武器としての賃借の権利」をどのように保護するかということに目が向けられる。その結果、賃借人は賃貸人に比べて社会的に弱者であるから、その武器である「権利」を強化していかなくてはならないのだ、という結論に行きつく。これはまさしく賃借の制度を「債権債務関係」と捉えるものであり、「対等な契約当事者」を前提としたときの、賃借人の「法的な弱さ」を賃貸人から保護する必要としての「賃借という権利」である。

すなわち、歴史的に見たときの賃借の制度は、その見かたが時代によって異なるのである。そして、なぜ見かたが異なってしまうのかは、その社会システムの変化が理由とな

る。支配階級、被支配階級といういわば当然の、そして絶対的な強弱の発生は、誰にもいかんともしがたいものであって、そのような中では「権利性」を検討する必要がない（どうしても、被支配階級が多くなり、その中では地位の争いが起きないし、支配階級に対して争うという場合には、その勝敗は初めから決しているのである）。しかし、現代では、社会的な強弱は日々変遷し、お互いが法的には「対等」であるから、勝つためのよりどころとしての自らの「権利」というものが重要性を帯びてくるのである。

このように見かたが違う歴史的な賃借権に関する流れを、「もともと賃借権は物権的な要素を持っており、債権とされてからもだんだんと強化されるにしたがって「物権性」を帯びてきた」と考察するのは安易に過ぎるであろう。江戸時代までの賃借関係はあくまで、「義務」が主体だったのであり、そこに「物権的な権利」という概念を持ち出すこと自体が行き過ぎている。無理に現代の法理にあてはめて考えれば、それは前述のように「利用を保護してもらうもの」であって、これはまさしく「債権」である。この関係を、権利の側面から見て「強力だった」から、「物権（的）」であるとするのは、お門違いであると言うしかなかろう。そして、あくまで「債権」であっても、貸主の「徳義上の義務」が強く意識されていた結果、絶対的に保障されていたというのが、江戸時代までの賃借関係の図式であると思う。

そして、現代においてはこの「権利性」が強く意識されるようになったのであり、これが旧民法としては「物権」と考えられ、現行民法では「債権」とされたのである。この今の「賃借権」が「物権」であるか、「債権」であるかをさらに詳細に検証するのは後の機会に譲ることとなるが、初めは債権とされ、それが「強化されていく」という過程だけを単純に眺めるとすれば、これが「物権」に転化する理由は全く存在しないのであり、やはり賃借権は「債権である」と考えられるのではなかろうかと思う。

3. 賃借権の理想論と現代の社会システムでの賃借権

ここまでの賃借権の流れを見ると、賃借の制度には日本的な思考が非常に鮮明に窺えるように思う。日本では、「暗黙の了解」的な考え方が一種の美德とされ、それは現代においても——通用しているかはともかく——理解されるであろう。昔の賃借関係では、「貸した人間に対して利用を保障」することが、現代のように賃借人からの権利追及がないにもかかわらず、当然のようになされていた。これは債権債務関係というものの本質（債務の本旨に従うこと）を考えれば、現在でも当然なのであるが、法律はそれを理想論として考え、自らの権利が侵害された場合の様々な措置を講じることによって債権債務関係を維持しようとしている。しかし、一昔前まではこれが当然のこととして行われていたのであるから、これは注目されるべきことであろう。

しかしながら、これを現在の状況に通用させることは難しいということは先述したとおりである。これが守られていたのは、昔の競争性に乏しい社会システムがあったからであって、現在のような個人主義、競争社会においてこのような考え方が通用するとは考えら

れない。つまり、賃借権を債権であることを理由に、保護もいなければ、貸主は当然に義務を忠実に守るのが当然だと言うだけでは賃借の真つ当な運営を期することは不可能なのである。また、このようなシステムを前提として賃借権について様々な議論が生じてきたことから、昔の「暗黙の了解」の存在を提示して、それを守らせればよいという結論は誤りであることを証明しているように思われる。

4. 物権債権峻別論と賃借権

i. 議論の展開の整理

この賃借権の議論というのは、物権・債権という枠組みで捉えるのか、それとも賃借権という独自のものとして別枠で捉えるのかということが段々と錯綜してしまっている分野ではなかろうかと思う。そこで、時代の流れに従って、議論を再検討してみたいと思う。

まず、当初の議論は、賃借権があくまで債権であることから、本来的には物権にしか認められないはずの権利を債権に適用しても良いのか、すなわち物権と債権は峻別されているのに、両者を混淆させるようなことがあって良いのかということが議論の対象とされていた。ここでは、賃借権は「物権」であるのか「債権」であるのかということのみに注目が集まっていたと言ってよいであろう。

そこで、賃借権物権説について眺めてみると、この説では賃借権が（歴史的に）強化されてきたのだという事実注目し、強化されていく中核というものは、賃借人が賃借物を使用するというを保障していくということであると考え、使用するというはすなわち物権的であるということから、「賃借人の目的物を使用する権利としての物的権利を觀念して賃借権となし、賃借権は物的権利なるが故に物権なり」と考えたのであった²⁵⁴。これは、先の支配権説に親和的であると考えられる。

しかし、これではなぜ賃借権が債権中に置かれているのかを整合的に説明することができない。そこで、当然に賃借権債権説というものも発生する。これは、遠くローマ法にまで遡ることにより、ローマ法においては賃借人に対する法律上の保護が薄弱であったことから、今日でいうところの債権（*ius in personam*²⁵⁵）に分類され、それがそのまま継承されるに及んで、今日でも債権に組み込まれるのであって、よって、賃借権が法律上の保護を受けるには、系譜的に限界が存することを理由とする²⁵⁶のである。これは、物権と債権を比較する議論においては有効であろうが、現在では賃借権が強化されていることは明白なのであって、この強化の度合いが債権説に言うところの「限界」の内側に収まるのかどうかは私の判断できるところではない（この資料そのものが決して新しくないことも看過

²⁵⁴ [安田] 265 頁、[岡本] 1 頁参照。

²⁵⁵ 正確には対人訴権であり、債権とは呼べないとも言えるが、現行の物権債権峻別論の枠組みとパラレルに考えた場合の意味である。

²⁵⁶ [安田] 25 頁以下参照。

してはならないと思われる)。しかし、この債権説が、体系的な配置からも通説となつて、それでは、賃借権が物権的効力を持つことが説明できなくなるために、不可侵性説以下、権利の本質を捉えようとする説が浮上したのであった。とりわけ不可侵性説は、一定程度以上の賛同は得たようであるが、しかし、これでは結局のところ物権と債権の境界がいたずらに混淆されてしまうために、批判も存するところとなった。

そこで、不動産の賃貸借の分野に限っては、特別法が充実してきたことも起因すると思われるが、不動産賃貸借そのものの性質論を考えるようになってきたのである。

すなわち、ここまでの経過から一定の結論を出そうとするのであれば、賃借権が物権であるから物権的請求権が認められる、もしくは、債権であるからそれは認められないという、物権・債権の峻別を前提とした議論をいわば諦め、権利の捉え方からアプローチをしたが、これについても明快な解答を得られないままに、一人進化を続ける賃借権それそのものの性質がいかなるものであるかということのみに的を絞って、特別法以下の規定から読み解いていくと、これは「結果的に」物権的効力を持つにいたったのだという、いわば結果論の思考にシフトしていったのだと評価し得る。このように、巧みに議論を展開していくことにより（場合によっては避けて通ることにより）、何とか賃借権の性質論に漕ぎ着くことができたというのが現状なのである。

ii. 物権債権峻別の妥当性

このように見ていくと、賃借権が債権とされるがゆえに、議論が極めて広汎に渡ってしまったのではないかと考えることができる。物権と債権を峻別しているとはいえ、結果的に「物権的効力」を得てしまった債権たる賃借権の存在は、物権・債権峻別論という論理そのものを過去の遺産へと変貌させる要素と言えるのではなからうか。しかし、それでは、物権・債権の峻別は不要であると結論づけることは果たして妥当なのであろうか。

（他人に対して）第一に可能な関係は、物に対すると同様に我々の恣意の領域に引き入れ、かくて我々の支配に服させることである。この支配が絶対的なものであるとするならば、それにより他人には自由（Freiheit）と人格（Persönlichkeit）の概念は消滅させられよう。我々は人格者（Person）を支配せず物を支配する。我々の権利が人間（Mensch）の上への所有権であるならば、それは実際ローマの奴隷関係の如きものである。……我々が他の人格者（Person）を支配するについて、彼の自由を破壊することなく存する特別の法律関係を考えようとするならば、それは……所有権とは異った、他の人格者を全体としてではなく、その人の個別的行為に関するものでなければならない。その行為は、そのとき、行為者の自由から生じて我々の意思に従わされるものと観念される。他の人格者の個別的行為への支配のかかる

関係を、我々は債権（Obligation）と名付ける²⁵⁷

物権と債権を峻別しないとすれば、物に対する支配も、人に対する請求権も同じものとして扱わざるを得ない。しかし、物に対する支配が弱くなると、それを濫用して時の権力者に恣に処分されてしまう可能性を伴う。また、人に対する請求権が強くなると、その人個人の人格や自由を否定する結果を伴う。このように、二つの権利を一つの法律体系で実現するとすれば、それを明白に分離することは当然に必要となってくるのである。

物権は、封建的・身分的夾雑物を捨象した「物を直接支配する権利」（対物権）とされ、債権は、土地支配との結合から解放された自由な法主体者間の自由意思を基礎とする権利義務関係として「債権者〔が〕債務者に対し……給付を請求する権利」（対人権）にすぎず、「権利者を債務の目的たるものと直接には関係させず」「債務者による給付が物の獲得のための通過点となる」とされる。ここに自由競争・債権者平等の原則・債権の物権への故なき干渉の排除等も可能となる。わが国で「排他性」は物権にのみあり債権には存しないといわれるのも、この事に照応しよう²⁵⁸

そして、分離をすると、両者の関係如何を考えざるを得なくなる。そして、最初に立ち返ると、物権は強く、債権は人に対してのみ請求をし得るのみの弱い権利であるということとなる。結果、物権に排他性を与えることにより、物に対する様々な関係の最上位の権利を創出することに成功したのである。このように、物権と債権は、その創出の歴史を眺めれば、一つにすることは危険を伴うものであるということが分かるのである。このように、発展史を眺めてみると、今後も物権と債権の峻別を維持することはむしろ必要なことであると考えて良いのではないかと思われる。

5. 結語

賃借権の性質は、それはやはり債権であるが、だからといって本来的な債権に認められる諸権利のみを認めれば良いというわけでもないのである。このような考察では、歴史的に賃借権をながめ、その本質を見極めたからどうだったのかと思われてしまうかもしれない。しかしそうではなく、賃借関係というものが、債権という関係を前提にしたときに、どのように対等に形成されていくのかを見ることができたのではないかと私は考えている。すなわち、江戸時代まで貸貸人が義務を前提として貸貸をしていたということは、その義務によって結果的に賃借人の地位が上昇して対等な関係を築いていたということであり、現代ではただ外部的に賃借権を強化していくことで、対等な関係が築かれているということである。

つまり、賃借関係を円満にするためには、すべからく「対等性」が必要とされるのだということである。これは、対等でなければ利用することが脅かされる可能性が出てくるの

²⁵⁷ [Savigny] S. 338f. 邦訳として [好美・賃借権] 226 頁以下。

²⁵⁸ [好美・賃借権] 227 頁。

であるから当然であろう。そして、この「対等性」をどのように保障していくかは、社会システムの中で転々縷々としていくということである。

この「対等性」というものは当然に債権債務関係の中で生じるものであり、物権には生じえない（物権では自らの権利は常に絶対だからである）。そう考えれば、賃借関係の中には究極的には「物権」的なものの考え方が入り込む余地はないということとなり、考えるべきはどのように「対等性」「利用権」を保障していくかに終始するという事ではないかと思われる。

第2章 ドイツにおける使用賃貸借 *Miete* の歴史的展開

第1節 はじめに

日本の賃貸借法史と足並みを揃えることを考えると、ドイツの使用賃貸借法史についても今のドイツの存在する位置を主眼に置いて、できる限り遡る必要がある。しかし、日本のように島国として範囲が区切られ、ほぼ単一国家として（もちろん、実際には日本の中で分国法がそれぞれ存していたから、分かれていたにはいるが、大差のあるものではなかった）考察しうるのとは違い、単にドイツという国を設定したとしても戦争などにより一貫した考察を行うことが難しいのがヨーロッパ各国である。また、ある程度まで遡ることは可能であるとしても、そこにはローマ法の壁、そしてゲルマン法の壁があり、これらを正確に把握することは、困難な面を含む²⁵⁹。

したがって、今回はドイツとして確実に認識が可能となり、かつ参照しうる文献が存することを限界点とした。すなわち、16世紀以降のドイツ²⁶⁰の使用賃貸借法史を眺めることとした。今回の時代設定により、ドイツにおけるローマ法（人文主義）と自然法の流入を見ることができ、ドイツの使用賃貸借法がどのように変遷したかを様々に眺めることが可能となった。

ドイツの使用賃貸借の発展は、周辺諸国の様々な要因を受けて行われている。したがって、日本における賃貸借法史のように単に日本の中の状況を眺めて終えるようなことは不可能である。ドイツに影響を与える様々な要因を踏まえつつ、その結果としてのドイツ法を眺めていくことが肝要である。それゆえ、この章のドイツ法発展の記述も、様々な影響を踏まえた記述となっている。

本章を記述するに当たっては、脚注に示しているが、*Klaus*, *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses in seiner historischen Entwicklung bis zu den Naturrechtskodifikationen*, 1972、*Friederike*, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, 2005、*Martin*, *Mieterschutz in der Bundesrepublik Deutschland*、*Staudinger/Emmerich*, *BGB*, 2010 を主に参照した。日本法

²⁵⁹ 実際に、日本法においては参照しうる歴史的展開が窺われる文献が存するが、ドイツにおいては残念ながらそのような通覧的な文献は見つけることができず、以上の経緯を踏まえると、それを行うことは不可能に近いだろう。

²⁶⁰ 正確には、この頃のドイツは神聖ローマ帝国であるが、本稿では便宜上すべて「ドイツ」と表記することとする。

の検討においてもそうであったが、これらの文献は二次文献の域を出ない。残念ながら、時期を遡れば遡るほどラテン語の資料が多く、これらの文献による解説によらざるをえなかった。一方で、本稿の目的とする使用貸借の発展史を見る場合には、これらの文献によっても十分にその目的は達成されるように思われる。そして、これらの文献が一次文献をもとにしていることが明らかな部分については、脚注においてその文献が指し示す文献をも指摘することとした。それについては、単なる私が付した脚注ではないことが分かるよう、文献中に参照されている脚注であることを示している。

それでは、16世紀の使用貸借法制から、順に発展史を紐解いていきたい。

第2節 16世紀の使用貸借法制

16世紀には、フランス法学がヨーロッパにおいて指導的役割を担っていた。これは人道主義と呼ばれた。この傾向はドイツにおける普通法の発展に対しても影響があったとされている²⁶¹。ここでは、まず人文主義における使用貸借の取扱いについて簡単に見ておきたい。

「使用賃借人には〔賃借目的物の〕使用の容認についての請求権が帰属しており、使用賃借人による不履行の場合においては、利益だけを請求しえたことは、フランスの法学者によってもまったく従前のおりの意義において表現されていた」²⁶²。このように、基本的には使用貸借においては「売買は貸借を破る」という原則が妥当していたこととなる。この原則そのものを否定しようと考えたのが *Antonius Faber* であった。彼は使用賃借人が金銭的利益を与えれば、それで義務から解放されるということに反対し、使用賃借人には物の使用についての保障を求める請求権があるとしたのである²⁶³。しかし、この理論が実務へどの程度の影響を及ぼしたのかについては確認されえないようである²⁶⁴。

以上のように使用賃借人は基本的に金銭的給付さえ受ければ、すなわち損害賠償さえ受ければ、賃借目的物を手放さなければならないというのが基本であった。それゆえ、当時考えられたのが「どのようにすれば、使用賃借人は賃借目的物を手放さずにいられるか」ということであった。そこで大きな役割を果たしたのが、「占有」の捉え方であった。すなわち、使用賃借人は占有者 *Besitzer* なのか、単なる所持者 *Detentor* にすぎないのかという問題であった²⁶⁵。人文主義者は、使用賃借人には所持 *Detention* のみが認められるとするローマ法

²⁶¹ Vgl. [*Genius*] S.90.

²⁶² [*Genius*] S.90、なお大かっこ内のものは、筆者により添加したものである。

²⁶³ Vgl. [*Genius*] S.91、および該当論文中の脚注5記載の *Antonius Faber, De erroribus pragmaticorum* の引用箇所を参照。

²⁶⁴ Vgl. [*Genius*] S.91.

²⁶⁵ Vgl. [*Genius*] S.91.

の規定に固執していたようである²⁶⁶。それゆえ、使用賃借人には占有に関する特示命令²⁶⁷も欠いていたのである。カノン法における占有保護の訴について使用賃借人に権利が存したかについても、これは占有者 *possessor* にのみ認められたため、使用賃借人には権利が存しなかったとされる²⁶⁸。また、使用賃貸人が使用賃借人の所持を剥奪することも可能であった²⁶⁹。つまり、上述の原則どおり、使用賃借人は賃借に基づく訴権による損害賠償請求権を行使しうるにすぎなかったのである²⁷⁰。しかし、慣習法的には、明渡しに対しては一定の期間（猶予期間）が設けられていたようである²⁷¹。中世において賃借目的物からの追放に対して有効な保護を（一部にはあるが）与えていた長期の賃貸借については、人文主義者は否定的な態度を取っていた²⁷²。

次に問題となるのが、（本稿との関係においても重要であるが）、賃借目的物が売却された際の使用賃借人の帰趨についてである。上述の原則から、基本的には使用賃借人への保護は薄いものであると考えている人文主義において、この問題についても自ずと結論は明らかどころではないかと思われる。すなわち、一般的に買主は使用賃借人の所持を剥奪することが可能であったと考えられたのである。そして、使用賃借人は使用賃貸人に対してのみ、損害賠償請求についての訴訟を提起することができるとされたのである²⁷³。しかし、使用賃借人の保護について、人文主義の法学者は「追放に対する使用賃借人の担保権的保障」を見いだしたことは、指摘されなければならない²⁷⁴。しかし、それは使用賃借人が特別な担保を賃借している家に保持している場合のみであった²⁷⁵。そして、一般的な担保のみの場合には、損害賠償請求権のみが保障されるとされていた²⁷⁶。ただし、これについても学説上批判が存

²⁶⁶ Vgl. [*Genius*] S.91、および該当論文中の脚注 6 記載の *Donellus Hugo, Commentariorum de iure civili libri 13, Francofurti 1595* からの引用箇所を参照。

²⁶⁷ 特示命令について扱う論稿として、[籐塚・占有] 127 頁以下参照。本論考は占有に関して扱うものではないため、占有そのものの性質については、基本的には言及しない。

²⁶⁸ Vgl. [*Genius*] S.92、および該当論文中の脚注 15 記載の、*Antonius Faber, a.a.O. (Fn. 263)* からの引用箇所を参照。

²⁶⁹ 問題とされたのは、使用賃借人が自身の権勢によって *propria auctoritate* 剥奪できるのか、国家権力によらなければ剥奪できないのかということであった。この問題については、[*Genius*] S.93 ff. 参照。

²⁷⁰ Vgl. [*Genius*] S.92.

²⁷¹ Vgl. [*Genius*] S.93.

²⁷² Vgl. [*Genius*] S.94.

²⁷³ Vgl. [*Genius*] S.95、および該当論文中の脚注 30、31 記載の、*Cuiacius Jacobus, Opera omnia in decem tomos distributa, Neapoli 1722* および *Baro Eguinarius, Institutionum seu Elementorum Iustiniani ... Libri IV ... Bipartito commentario ... (Opera omnia, tom. 2), Lutetiae Parisiorum 1562* からの引用箇所を参照。

²⁷⁴ Vgl. [*Genius*] S.98.

²⁷⁵ Vgl. [*Genius*] S.98.

²⁷⁶ Vgl. [*Genius*] S.98、および該当論文中の脚注 47 記載の、*Alciatus Andreas, Responsa, Basileae 1582* からの引用箇所を参照。

し、どこまでいっても対人権にすぎない賃借権が、担保の設定によって対物権に格上げされるわけではなく、所有権移転を妨げないと批判されたのであった²⁷⁷。

「まとめるとしかし、この研究はフランスの人文主義の法学者はここに持ち出されたドグマ的な問題に対して歓迎すべき改革をもたらさなかったことがほぼ示される。反対に、長期の賃貸借のドグマ的に疑わしい形態も広く排除された場合には、このことはさらに存続保護の観点のもとで有用となる。さらに、ドグマ的で当然な同様に維持されうる使用賃借人の担保的保護がプロパガンダ的な思考に対する一致した人文主義者の不信のおかげで維持されたことが、小さな希望だったのである」²⁷⁸。このように、フランスに端を発した人文主義は、基本的にはローマ法の原則を採用し、使用賃借人への保護をそれほど厚くしようとするものではなかった。しかし、特定の場合には使用賃借人を保護する方法が考えられたのである。

このようなヨーロッパを席卷した人文主義的な法学は、当然にドイツへも影響を及ぼした。まずは、その関係を明らかとするために、土着のドイツの使用賃貸借法について簡単に紹介し、その後人文主義との関係での賃貸借の発展を概観しておきたい。

ドイツにおいては、中世の初期にはローマ法と同じ性質の（使用）賃貸借法制が存しなかった²⁷⁹。12世紀までは賃借人の人的な関係のもとでのみ、他人の土地もしくは家屋の利用が容認されたのである²⁸⁰。中世の隆盛期においては、自由永貸借という形態が発生した。これは、毎年の賃料の支払いに対して土地の貸与をなすものであり、賃借人の相続人にも引き継がれるものであった²⁸¹。この永貸借の形式は、12世紀においては一般的に広く行われた貸借方式であったようである²⁸²。そして、注目しなければならないのは以下の指摘であろう。つまり、「ドイツ法の立場によれば、とりわけ貸主と借主の間には分割されたゲヴェーレ²⁸³が指摘されなければならない、また貸主による所有権の処分は永貸借には触れないことが指摘されなければならない」²⁸⁴という記述である。ドイツ法の考えでは、ローマ法に由来す

²⁷⁷ Vgl. [Genius] S.99、および該当論文中の脚注 53 記載の、*Antonius Faber*, a.a.O. (Fn. 263) からの引用箇所を参照。

²⁷⁸ Vgl. [Genius] S.100 f.

²⁷⁹ Vgl. [Genius] S.101, [Arnold]参照。

²⁸⁰ Vgl. [Genius] S.102, [Arnold] および該当論文中脚注 6 記載の、*v. Schwind*, *Erbleihen*, 3; Hübner 360 参照。

²⁸¹ Vgl. [Genius] S.102, [Arnold] S.36 ff. なお、その発生原因に関しても同箇所を参照。

²⁸² Vgl. [Genius] S.102、および該当論文中脚注 16 記載の、[Arnold] からの引用箇所を参照。また、該当文献の同箇所において、12世紀において永貸借が妥当していた一つの理由として、当時の移住者がその土地に建物を建てるためには他者の土地の上に建てる方法のみによらざるを得なかったこと、そして相続可能・処分可能、また物的な権限を持ちうることから関心を持たれていたことが指摘されている。

²⁸³ ゲヴェーレに関しては、[石川] 1頁参照。本論文は占有そのものを研究対象とはしていないので、詳しい占有概念を開陳することは避けるが、本論文において指摘されているドイツ私法学の通説を参照されたい。なお、該当論文においては、ドイツ私法学の通説が批判的に検討されていることを付記しておく。

²⁸⁴ [Genius] S.103.

る（そして、我々が思考するところの）占有とは相容れない性質を持つとしていたため、いわゆるゲヴェーレを獲得することができれば、「占有権」ともいうべき本権的保護を受けることも可能だったのである。そして、資本主義の発展による賃料の下落などを理由として、賃料支払義務を伴う下級所有権 *Untereigentum*、そして終局的には賃料の一括払いによる借主の自由な所有権の発生を見るのである²⁸⁵。このように、永貸借という法領域においては、永借人の地位は、現代の概念に当てはめれば強化されているとみることができる。特に、中世においては、使用賃貸借よりも永貸借が主に用いられていたために、永貸借の発展が見られたわけである。それでは、使用賃貸借 *Miete* の制度に的を絞るとどうなるのであろうか。

「……*Miete* は、ドイツ中世の諸都市における、新興商人階級のための、住居の一時的使用あるいは試験的使用を媒介する法規範として、発展してきたものである……」²⁸⁶。「使用賃貸借は、14世紀の終わりまで永貸借と並んだものであり、例外的に諸侯会議 *Hoftagen*、見本市 *Messen* やこれらに類似する短期間の住居の必要の充足のための理由が存する場合にのみ重要であった」²⁸⁷。以上のように、使用賃貸借そのものが単独で必要性が認識されたのは中世の終わりから近世初頭、もしくは近世に入ってしばらくの後ということになるのである²⁸⁸。これは、この時代になると経済が大いに発展し、人口移動が増えたことが要因とされる²⁸⁹。このように、使用賃貸借は取引の増加により次第に出現した法形態ということができるのである。そして、15、16世紀の変わり目にはローマ法の発展にしたがった地方特別法が多数を占めていた²⁹⁰。このように、使用賃貸借が重視され始めた時代背景と、各地方のローマ法の継受により、いわゆる「売買は賃貸借を破る」という原則も併せて浸透することとなるのである。

それでは、次に16世紀のドイツの学説についても概観しておこう。先にも触れたように、この時代にはフランスの人文主義が花開いた時期であり、ドイツにもその影響が少なからずあった。それはすなわち、中世のローマ法の完全な継受が行われようとしたことを意味する。そして、実際にも地方特別法ではローマ法の原則にしたがった、すなわち「売買は賃貸借を破る」という原則を採る向きがあったのである。ただし、この人文主義的な法学は段々とその力を失っていった。イタリア的な *more italico* 法学者²⁹¹は、実務志向に流れていたか

²⁸⁵ Vgl. [*Genius*] S.103.

²⁸⁶ [籐塚・物権] 138頁、および該当論文中脚注26記載の、*Hubner*, Grundzuge des deutschen Privatrecht, 3 Aufl. 1919, S. 485 ff. 参照。

²⁸⁷ [*Genius*] S.103, [*Arnold*] S.19 f.

²⁸⁸ しかし、使用賃貸借がいつ始まったのかについては異論も存する。[*Paul*]においては、12世紀、13世紀には使用賃貸借の一部を形成していたとする。本論文、および[*Genius*] S.103 参照。なお、*Genius* の論文においては、S.103 f.において *Paul* の論文を要約する形で紹介し、使用賃貸借の萌芽について論じている。

²⁸⁹ [*Genius*] S.103, [*Arnold*] S.193.

²⁹⁰ Vgl. [*Genius*] S.112、また往時の各都市の使用賃貸借の制定状況について、S.112 f.を参照。

²⁹¹ イタリアで法学を学んだことにより、イタリアの法学の考え方を基底に分析を行う法学者のことである。

らであった。また、この時代にはザクセン法を無視することはできない。ザクセン法は、当初は土着の法を示し、経済的に配慮をしていた結果、闖入してきたローマ法に対して自身の立場を保持することができたのであった²⁹²。いずれにせよ、まず問題とされるべきなのは、使用賃借人はたとえ使用賃貸人が給付をしようとしなかった場合や、自らの過失によって目的物を引き渡すことが不能となった場合であっても、不履行の場合において金銭における利益調整に向けられた、使用収益 *uti frui* に基づく対人訴権だけが与えられるのか、ということである²⁹³。そして、使用賃借人は占有（権）を持つのか、単なる所持 *Detention* の権限を持つに過ぎないのかという問題も当然に生じた。しかし、基本的に 16 世紀の法学者は、新たな理論を発達させることはなかったとされている²⁹⁴。すなわち、使用賃借人は基本的に弱い立場にあり、単なる所持人に過ぎないと考えられたのである²⁹⁵。したがって、使用賃借人は占有を保持していないために、暴力による占有侵奪に関する特示命令についても原則的には否定したのである²⁹⁶。これについては、確かに反対する法学者もいた。彼らは様々な方法で反論を試み、一定の影響を与えることはあったものの、基本的には後の学説に影響を見いだすことはできなかつたようである²⁹⁷。

次に、使用賃貸人は使用賃借人を追放させることができたのかという点について検討をしておく必要がある。先にも示したように、基本的に使用賃借人の立場は弱いものとされていた。それゆえ、この問題についても、基本的に使用賃貸人は自由に使用賃借人を追い出すことができると考えられたようである²⁹⁸。ただし、これには制限があるというのが大方の見解であった。すなわち、追い出すためには契約が終結しているか、使用賃借人により解除された場合に可能と考えられたのである²⁹⁹。このように、使用賃借人に不利な状況にあったとはいえ、使用賃貸人による本当の意味での「任意の追放」は許されなかつたのである。「このローマ法とはもはや一致しない結論の根拠を採求する場合には、契約への信頼に対する使用賃貸人の義務は彼の物的な地位よりもより高く判断されるという推測が示されるのである」³⁰⁰。そして、このことは逆に見れば使用賃借人の地位が、制限は存するものの向上しているともできることとなる。また、中世において使用賃借人の保護に対して少なからず役立っていた長期の賃貸借の意義は、ますます減じられていた³⁰¹。確かに、長期の賃

²⁹² Vgl. [*Genius*] S.115, [*Wieacker*] S.151.

²⁹³ Vgl. [*Genius*] S.116.

²⁹⁴ Vgl. [*Genius*] S.116.

²⁹⁵ Vgl. [*Genius*] S.116, および該当論文脚注 141 引用の各注釈を参照。

²⁹⁶ Vgl. [*Genius*] S.117, および該当論文脚注 143 引用の各注釈を参照。

²⁹⁷ 反対意見については、[*Genius*] S.117 f.を参照。

²⁹⁸ Vgl. [*Genius*] S.119, また、その際には使用賃借人は損害賠償請求権を行使しうるに過ぎなかつた。

²⁹⁹ Vgl. [*Genius*] S.120.

³⁰⁰ [*Genius*] S.120.

³⁰¹ Vgl. [*Genius*] S.122.

賃借が継受されていると証明した法学者も、16世紀の前半には存したが³⁰²、長期間の賃借はローマのその他の法（永小作権 *emphyteusis*）もしくはレーン法においてもたらされたものであるという見方が大勢であった³⁰³。

次に、承継人との関係における使用賃借人の地位を16世紀のドイツの学説はどのように考えていたのかを見ておきたい。註解者 *Berlich* は、ザクセンの実務家であったが、次のように述べている。すなわち、譲渡契約によって使用賃借の終結は法律上当然に *ipso iure* 受け入れられている³⁰⁴と説明したのである。ただし、この考え方が本当に16世紀に主張されたのかどうか疑義を挟む学者もいる³⁰⁵。しかし、通説としては買主等、使用賃借物を取得した者は、使用賃借人の所持を剥奪できると考えられたのである³⁰⁶。すなわち、基本的に16世紀においては、使用賃借人は物権を取得する承継人（例えば買主）に対し対抗することはできないと考えられたことになる。そして、承継人がどのように権利を実現したのかという点については、使用賃借人と同じ程度の権利主張をなすうにすぎなかったと考えられている³⁰⁷。すなわち、承継人は使用賃借人に対して本権上の請求権と占有に基づく請求権によって占有と所有権の取得を目指したのである³⁰⁸。「したがって、いずれにせよ使用賃借人の債権的な権限に対する承継人の物的権利の優越は、承継人が使用賃借人の所持を排除するために、その根拠を形作るのである」³⁰⁹。

確かに、当時の原則や法状況を踏まえると、基本的に使用賃借人の地位は低かったため、上記のような結論を採らざるを得なかったかもしれない。しかしながら、あくまでも「契約」という枠組みにおいて、当事者同士が規律されていた当時の状況に照らして、使用賃借人がまったく無力であったかどうかということについてはやはり多少言及する必要があるだろう。ここで考えられたのが、「真の第三者のためにする契約」である。この合意の目的とは、取得者が合意に反して使用賃借人を排除し、使用賃借人が使用賃借人に損害賠償を請求する場合に、使用賃借人に取得者に対する求償を可能ならしめることである³¹⁰。したがって、

³⁰² 長期の賃借が存することを主張した者として *Zasius, Sichard* と *Oldendorp* を挙げるものとして、[*Genius*] S.122 参照。本論文は長期の賃借については継受していない立場を取っているため、本論文において各論者の仔細な検討をすることについては省略する。

³⁰³ Vgl. [*Genius*] S.122、同箇所によれば、当時の大半の法学者はこのように検討するか、もしくは長期の賃借そのものを無視していたようである。

³⁰⁴ Vgl. [*Genius*] S.123、および該当論文中脚注 177 参照。

³⁰⁵ Vgl. [*Genius*] S.123, [*Fischer · Gutachten*] S. 382、なお、*Genius* はこのような考え方がローマの法源を誤解して生じたのか、ドイツ法においてすでに有名であった「売買は使用賃借の前に出てくる *Kauf geht vor Miete*」という法律上の見出し語により影響を受けたゆえであるのかについて判然としないとする。

³⁰⁶ Vgl. [*Genius*] S.124、また該当論文脚注 184 の各引用文献を参照。

³⁰⁷ Vgl. [*Genius*] S.125.

³⁰⁸ Vgl. [*Fischer · Gutachten*] S.383.

³⁰⁹ [*Genius*] S.125.

³¹⁰ Vgl. [*Genius*] S.126.

これはすなわち使用賃貸人と使用賃借人との間でのみ作用するはずの使用賃貸借契約を、その契約において第三者となる取得者（例えば、使用賃借物の買主）へも作用させることを目的とした契約（合意）なのである。したがって、これは現在用いられている「第三者のための契約」とは趣が異なる³¹¹。むしろ、使用賃借人にとって有事の場合に、取得者を巻き込むことができるという意味で使用賃借人に対しても保護が与えられると見ることができるにすぎない。「間接的な使用賃借人保護」の制度という位置づけを与えるのが精一杯であろう。そして、詳しくは検討されていないが、この合意は使用賃貸人が自らを保護するためにする性格のものと位置づけるほうが、使用賃借人に対する保護措置であると考えたよりも、より素直な見方なのではなかろうか。つまり、譲渡する際に、「あなたが賃借目的物から使用賃借人を追放した場合には、あなたに対して求償することができるようにしておく」のであるから、これは自身の権益を最大限保護しようとしていることに他ならないであろう。そのような意味でも、この方法が使用賃借人の保護に資するものでは必ずしもないことが自ずと理解されると考える。実際にも、この方法はドイツの16世紀の学説において重要な地位を占めるものではないという指摘がなされているのである³¹²。

もう一つの手段として、取得者の排除行為に対する使用賃借人の「その他の抗弁」の提出という方法も考えられた。これは、16世紀のフランス法学やイタリアにおいて編み出されたものである³¹³。この方法は、例えば取得者が賃料を受領することにより、使用賃貸借契約を継続するというものである³¹⁴。したがって、使用賃借人がまったく保護手段を欠いていたと考えることは拙速である。また、「使用賃借人の担保権的保護」を考えた者もいた³¹⁵。すなわち、使用賃借人が使用賃貸人、もしくは取得者による損害賠償請求権の実現まで、留置権を主張することにより、暫定的に賃借目的物を保持することが許されるとしたのである。

以上、16世紀の法状況について、概括的に検討を試みた。この時代は、ドイツの法学が諸外国から、特にフランスからの影響を多分に受けていた。フランスに端を発する人文主義は、結果的にドイツへも影響を及ぼし、ローマ法学の受容をもたらしたのである。このローマ法学の受容により、使用賃借人の地位は一般に弱められた。しかし、実際の使用賃借人の立場を踏まえ、様々な方法が編み出された。「第三者のためにする契約」という手法、「担保権的保護」という手法など、ローマ法という絶大な、学問的にも成熟した法を受け入れつつも、その実際の効果を回避するための試みが、少なからぬ学者・実務家により試みられたのであった。これは、単純に使用賃借人の地位は強いと捉えてのものではない。あくまで使用賃借人の地位が脆弱であることを認めつつ、その他の法制度を踏まえながら実質的な保護

³¹¹ そのように指摘するものとして、[Genius] S.126、および該当論文中脚注194の *Sichard* の引用を参照。

³¹² Vgl. [Genius] S.126.

³¹³ Vgl. [Genius] S.126.

³¹⁴ Vgl. [Genius] S.126、および該当論文中脚注194の *Sicherd* からの引用を参照。

³¹⁵ Vgl. [Genius] S.126.

を与えようと試みていたのである。これは、現代の我々が（使用）賃貸借の制度を分析する上で行ってきたことにもつながる思考であろう。ただし、本論考の目的に照らす際には、使用賃貸借の実質がどのようなものであるかということ冷静に見極める必要がある。この時代、土着の法からローマ法への移行が徐々に見られる中で、使用賃貸借はローマ法における賃貸借の性質を帯びると考えられるようになった（ないしは、そのような性質の賃貸借をローマ法の受容により容認せざるをえなかった）。すなわち、実質的な性質はあくまで「債権」（ローマ法の枠組みで考えるのであれば、対人訴権）と見ざるをえないはずである。しかしながら、それでは不十分な保護を与えられるにすぎない使用賃借人の地位を、様々な手段で保護したのであり、これは根底にある債権の性質に様々な保護制度を上乗せしているにすぎない。もしくは、様々な保護制度の衣を着せているにすぎないのである。実際にも、「売買は賃貸借を破る」と考えられていたのであるから、その中核の性質は弱いものであったのである。これからの発展を概観する際にも、この状況を忘れてはならないように思われる。以上で16世紀の検討を終え、次の時代に移りたいと思う。

第3節 17世紀の使用賃貸借法制

16世紀に行われたローマ法の継受は、成熟していたローマ法の魅力を取り入れつつも、問題点をも包摂せざるをえなかった。上述のように、当時の一定数の学者は、適切とは考えられなかった使用賃借人の地位を何とか向上させようと努力していた。実際には、継受した法を長らく適用させている中で、ドイツの「普通法」が進展していくこととなった³¹⁶。これは、「パンデクテンの現代的慣用 *usus modernus*」と呼ばれる。ここでは、パンデクテンの現代的慣用と、使用賃貸借の法制度について、その流れを把握しておきたい。

使用賃借人と使用賃貸人との関係において、使用賃借人の請求権の内容は原則的に単なる使用を認めてもらうものとして定められていた³¹⁷。しかしながら、使用賃借人に有利となるような発展がこの点に見られる。16世紀には、使用賃貸人は金銭による補償さえなせば、使用賃貸借契約を任意に終結させることが認められていたが、この時代にはそのような恣意的な契約の終結は認められなかった。つまり、主張することが許される不能原因が生じた場合にのみ金銭による賠償に代えることが認められるようになったのである。状況としては、現行のBGB³¹⁸の法状況に類似していると考えられる³¹⁹。しかし、他方で使用賃借人が賃借目的物を占有しているのか、それとも単に所持をしているにすぎないのかという問い

³¹⁶ Vgl. [Wieacker] S.214.

³¹⁷ Vgl. [Genius] S.141、および参考文献中脚注6の各文献を合わせて参照。

³¹⁸ BGB 535条：(1) 使用賃貸借契約により使用賃貸人は、使用賃貸借期間中使用賃借物を使用賃借人に供与する義務を負う。使用賃借人は使用賃借物を使用賃借人に契約に合致した状態で譲渡しなければならない、使用賃貸借の期間中この状態を保持しなければならない。使用賃貸人は使用賃借物にかかる負担をしなければならない。(2) 使用賃借人は使用賃貸人に合意された賃料を支払う義務を負う。

³¹⁹ Vgl. [Genius] S.141.

については、最も保守的な傾向を示すにいたっていたようである³²⁰。すなわち、使用賃借人は単なる所持者にすぎないという16世紀において考えられた概念と同じ道を辿ったのである。しかし、これはその中核とするところの使用賃借権の性質を外面的に見ているにすぎない。確かに、概念上は16世紀と同様の運命を辿るが、その内実を検討すると使用賃借人の保護が図られてきているのである³²¹。その一つの表れとして、冒頭に指摘した使用賃借人の自由な契約終結の制限が存するのである。すなわち、パンデクテンの現代的慣用において培われたところのドイツ普通法においては、使用賃借人が使用賃借契約を顧慮せずして賃借目的物の返還を求めることは許されないという思考が、学説においてたびたび主張されていたのである³²²。ローマ法における原則に抗う見解も存したこととなる。したがって、「もはや使用賃借人の任意追放権は肯定されえないのである。むしろ全員一致のものとして、使用賃借人の義務は、使用賃借契約は本契約の終結まで維持され、履行されなければならないというものであった」³²³。ただし、期限の定めのある使用賃借契約の早期の解除 *Auflösung*、および期限の定めのない使用賃借契約の解除については、解約告知 *Kündigung* がなされることとされ、これにより使用賃借契約の終結、使用賃借人の（実質的）追放が認められたのである³²⁴。また、使用賃借人は勝手に使用賃借人を追放することは否定された。上述の手段による場合にも、実際の追放においては裁判権力に頼らねばならないとされたのである³²⁵。そして、この裁判所による関与を受けることのできる決定を得るた

³²⁰ Vgl. [*Genius*] S.142.

³²¹ Vgl. [*Genius*] S.142、および参照文献中脚注10の各文献を参照。ここで指摘しなければならないことは、この使用賃借人が16世紀における所持と同様の保護しか与えられなかったという見解に対して二つの異論が存したことが本文に示されているということである。その見解の一つは、所持は保護能力をもった占有に準じたもの *quasi-possessio* と考える見解である (*Justus Henning Böhm* の見解)。もうひとつの見解は、所持と占有が全く異なるものであるということ自体を批判し、最終的に正当性の考量に基づいて、占有に対する何らかの法的根拠に基づく所持というものを観念するというものである (*Leyser* の見解)。それぞれの見解について、本文脚注11、12を参照。しかしながら、これらの見解はまさしく少数意見であり、基本的には使用賃借人は、単なる事実状態を示すに過ぎないところの、使用賃借物の所持をしているに過ぎないという見解が採用されていたのである。また、[*Genius*] S.142 ff.は、やはり使用賃借人が16世紀におけるのと同様の所持をしていたにすぎないという見解に反対している。その根拠としては、使用賃借人の不在の際には、使用賃借人自らが特示命令によって使用をしえたことを挙げている。そして、少数意見の根底には、16世紀とは異なった所持ないし占有の形態を見ていたということが存すると指摘する。また、時代が進むにつれ、所持人の占有回収の訴えが認められるとする見解が増大していたことも指摘されている。この傾向を無視することはできないと考えられるが、この点についてどちらかの立場を支持することは、少なくとも今の状態では時期尚早であろう。事実を直視するのであれば、少なくとも使用賃借人の地位は16世紀よりも向上していたと考えることが許されると思われる。

³²² Vgl. [*Genius*] S.144、権力による使用賃借人の追放は、処罰されたという指摘も同箇所においてなされている。

³²³ [*Genius*] S.144.

³²⁴ Vgl. [*Genius*] S.144 f.、および本文脚注28引用の文献を参照。

³²⁵ Vgl. [*Genius*] S.145.

めには、使用貸借人が立証責任を負うとされた。使用貸借人の留置権については、法律上の根拠に基づきうる場合にのみ、使用貸借人の主張が認められた。これは一見使用貸借人の地位が上昇した証左に思われるが、これは原則論に過ぎなかった。なぜなら、使用貸借契約は法律上の根拠としては把握されなかったからであり、使用貸借契約は費用賠償請求権 *Aufwendungsersatzanspruch* のみを生じさせると考えられたからであった。したがって、使用貸借人が使用貸借契約に基づいて留置権を主張することは出来なかったのである³²⁶。しかしながら、総じて考えれば、使用貸借人との関係においては、使用貸借人の地位は相当に向上したと考えて差し支えない。確かに、ローマ法の影響を受けている部分が存するとはいえ、全体として使用貸借人がどのように保護されるのかということについて、進歩的な議論が展開されていたことは間違いがないのである。したがって、パンデクテンの現代的慣用により、対使用貸借人との関係では使用貸借人の地位は高められたのである。

次に賃借物の譲渡の場合の使用貸借人の状況を確認したい。16世紀と同様、譲渡の効果については不明瞭と考えられていた。しかし、一般的にはドイツ法の下でも知られていた「売買は賃借借を破る」という標語のもとで、学説の大半は譲渡契約の締結によって使用貸借契約は消滅するということを維持していた³²⁷。別の見解として、*Fischer* は使用貸借契約が法律上当然に消滅することは使用貸借人に、ローマ法とは異なり特別な解除権を認めることとなると考えた³²⁸。このように契約の「性質」という観点では不明瞭ゆえ議論が錯綜しているが、使用貸借人の所持の「効果」としては、使用貸借人は取得者によって賃借目的物から追放されるとすべての法学者が考えていたようである³²⁹。したがって、使用貸借人は損害賠償請求権を行使しうるに過ぎなかった。また、この損害賠償請求権をも制限しようという流れが存した。その理由の一つとしては、例えば使用貸借人は常に使用賃借物を売却されるという事態を考慮に入れなければならないのであるから、これはすなわち使用賃借人がそもそも損害賠償請求権を否認しているということを意味するのであるということが挙げられている³³⁰。損害賠償請求権を制限するという、そしてその根拠づけについて疑

³²⁶ Vgl. [*Genius*] S.146、またこの点につき本文献中脚注 35 の各文献を参照。

³²⁷ Vgl. [*Genius*] S.148.

³²⁸ Vgl. [*Fischer* · Gutachten] S.382 f., [*Genius*] S.148、ただし、*Genius* はこの見解には反対している。

³²⁹ Vgl. [*Genius*] S.149、および本文献中脚注 52 の各論文を参照。

³³⁰ Vgl. [*Genius*] S.150、ただしこの見解は批判にあっている（この点につき、本文献中脚注 58 の *Mollerus* の註釈を参照）。*Genius* もこの批判に賛同している。個人的な見解を述べるのが許されるとするならば、以下のように考える。すなわち、確かに使用賃借人は、売買は賃借借を破ることを認識しうるし、それゆえ使用賃借物が処分される可能性も考慮に入れざるを得ないであろう。そして、このことを強調すれば、使用賃借人は常に処分を覚悟しているのであるから、実際に処分行為がなされれば素直に立ち退くのが当然であるとも考えうる。しかしながら、そもそも使用賃借人が処分を覚悟しなければならないのか、という点について何ら考究されずに使用賃借人の受忍を導くのはあまりにも議論をないがしろにしていると言わざるをえないであろう。少なくとも、使用賃借人が義務を履行しているのであれば、追放行為を受忍することは不適切なのではなかろうか。

義がないではないが、いずれにせよ使用賃借人の地位は決して高いものではなかったということの意味しよう。取得者の物的な地位は、使用賃借人の人的な地位よりも優先したのである³³¹。したがって、使用賃借人は引渡し *traditio* を妨げることによってのみ、「売買は賃貸借を破る」の原則を無効に帰さしめることができることとなる。しかし、それすらも仮装引渡し *taraditio ficta*³³²によって実体的な目的物の引渡しを要さなくなったため、実際にはその手段すら取ることはできなかつた³³³。そして、仮装引渡しを受けた買主は、占有回収の特示命令により、裁判権力によって占有ならびに所有権を回復することができたのである。このように考えると、使用賃借人と賃借物の譲受人との間では、使用賃借人の立場は譲受人の恣となることとなる。しかし、この買主の占有回収の訴えを否定しようとした学者もいた。彼は、どのように譲受人は使用賃借人を追放する権利を実現することができるのかを仔細に検討しようとした。前述のように、使用賃借人は恣に契約を終結することは禁じられており、追放するためにはいずれにせよ裁判所の関与を求める必要があつた。そして、取得者についても使用賃借人と同様に占有回収の特示命令、もしくは占有回収の訴えによって権利を実現することができると思はれた³³⁴。また、取得者は所有権に基づく返還請求権 *rei vindicatio* を行使すると考える者もいた³³⁵。このように、手段は様々に考えられたが、終局的には取得者は使用賃借人を追放することができると思はれたのである。したがって、使用賃借人は取得者との関係では法的地位の向上は見られなかつたと評しうる。

しかし、これはローマ法の影響を多分に受けたドイツ普通法における原則の一側面を確認したにすぎない。この時代には、普通法だけではなく、地方特有の法が定められていた。これら地方特別法を具に検討することはできないが、地方特別法の内のいくつかは、ドイツの中世の土着の法に由来して、「売買は賃貸借を破らず」の原則を採用しているものもあつたようである³³⁶。「……ドイツ法の影響は、少なくともある点においてローマ法規の硬直した結論の緩和に寄与したことを主張することが許されるのである」³³⁷。つまり、普通法における、特に使用賃借人の使用賃借人に対する地位の向上などの潮流は、この地方特別法において引き続き採用されていたドイツ法特有の「売買は賃貸借を破らない」という考慮の影響によるものともいえることとなる³³⁸。そして、ある側面では使用賃借人に有利となるように

³³¹ Vgl. [*Genius*] S.150、および本文献中脚注 60 の各文献を参照。

³³² 現行法でいえば、占有改定にあたる。

³³³ Vgl. [*Genius*] S.151、および本文献中脚注 62 の *Biermann* の註釈を参照。

³³⁴ Vgl. [*Genius*] S.152、および本文献中に参照されている *Christian Friedrich Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar, 1816, Andreas Wege, De locatione et conductione tractatus, Lipsiae et Islebiae, 1696*, を合わせて参照。

³³⁵ Vgl. [*Genius*] S.153、および本文献中脚注 73 を参照。

³³⁶ Vgl. [*Genius*] S.154.

³³⁷ [*Genius*] S.154.

³³⁸ ローマ法に範を取るドイツ普通法において、例えば明渡期間が採用されていることは、ローマ法の修正であると考えられている。ローマ法と全く軌を一にするのであれば、使用賃借人は取得者の求めに応じ

なっていたことから、学説においても使用賃借人を保護する方法がないのかが検討されたのである³³⁹。それらの方法が、少なくとも一定の効果を保持しうるにすぎなかったため、「売買は賃貸借を破る」という原則そのものを否定しようとする者もいた³⁴⁰。Zollは、使用賃借人は取得者によって追放されないと主張した³⁴¹。彼は、取得者が物的権利を持ち、対人的な権利しか持たない使用賃借人は取得者の権利により追放されてしまうことは認めた。しかし、この部分について彼は、取得者が物権を取得していることを前提としたものであるから、そもそも物権を取得しているのかという点で反論を試みたのである³⁴²。すなわち、使用賃借人は原則的に使用賃貸借契約を終結させることはできないのであって、これは目的物が使用賃借人の権利によって制限されていることを示していると考えたのである³⁴³。そして、使用賃借人の訴訟による追放に対しては、契約不履行の抗弁と詐欺の抗弁 *exceptio doli* により対抗できるとした³⁴⁴。目的物が譲渡された場合には、使用賃借人は先に示した原則によって使用賃借人の制限された権利だけが譲受人に譲渡される。したがって、譲受人（買主）は、使用賃借人の意思に反して所有権を取得することはできないこととなる。この

て即座に賃借目的物を取得者に明渡す必要があった（これが、「硬直したローマ法」の原則である）。しかし、普通法に従うと、明渡しを求められたとしても、例えば使用賃借人が新たな居を見つけることができるまでの相当な期間を裁判所が認めなければならないとされていた。このような傾向は、各上級裁判所の判決にも見出されるようである。したがって、普通法においてさえローマ法の原則がそのまま継受されたのではなく、その時代の実態に即した修正が施されていたのである。この指摘については、[*Genius*] S.154 参照。また、上級裁判所の判決について、同脚注 80 を参照。

³³⁹ 実際に検討された方法は 16 世紀におけるのとさほど大差はない。確かに保護が与えられる方法もあったが（例えば、担保的保護）、それも一定の状況下において保護されるにすぎないものであった。それゆえ、手段については、16 世紀の使用賃貸借法制の箇所を参照願うと同時に、保護可能性の検討として、[*Genius*] S.154 ff. を参照。

³⁴⁰ Vgl. [*Genius*] S.158、*Hermann Zoll*, *Dissertatio juridica ad l. Emptorem 9 C. de loc. et cond. commune ejusdem legis interpretationem et hinc enatum illud vulgare: Kauff gehet vor Miethe: refellens*、これに反論するものとして、[*Genius*] S. 159 に紹介されている *Otto Philipp Zaunschliffer*, *Vindiciae secundum communis opinionis veritatem: seu dissertation juridical ad l. Emptorem 9. C. de locato et conducto. Communem ejusdem et parallelorum legume interpretationem ac praxin, et hinc enatum vulgare „Kauff Kauff gehet vor Miethe“ ab objectionibus quibusdam defendere stagens*, 1689、その再反論として *Zoll*, *Defensio novae sententiae „Kauff hebt Miethe nicht auff“: adversus vindicias clarissimi cujusdam Jcti*, 1690、それに対する再々反論として、*Zaunschliffer*, *Vindiciae vindiciarum, pro veritate in jure naturali et civili radicata triti illius Kauff geht vor Miethe ad l. 9. C. de locat. et cond ...*, 1691、この議論の締めくくりとしての論文として、*Zoll*, *„Kauff hebt Miethe nicht auf“ sive Commentatio ad l. Emptorem 9 C. de loc. et cond. Qua communis sententia et hinc enata vulgaris paroemia : Kauff gehet vor Miethe : refellitur ...*, 1704 参照。なお、本論文においては、*Genius* の論稿を参照しつつ、議論の展開を追っている。

³⁴¹ Vgl. [*Genius*] S.159、本参照文献中脚注 107 も参照。

³⁴² Vgl. [*Genius*] S.159、本参照文献中脚注 108、109 も参照。

³⁴³ Vgl. [*Genius*] S.160、本参照文献中脚注 111 も参照。

³⁴⁴ Vgl. [*Genius*] S.160、本参照文献中脚注 114 も参照。

ようにして、使用賃借人は譲受人の占有の把握に抗うことができると考えたのである³⁴⁵。

しかし、この議論は現行法とは相いれないと考えたのが *Zaunschliffer* であった。すなわち、譲受人は物的権利を持つので、特に買主は所有権を獲得しうるし、使用賃借人の所持は空の占有 *vacua possessio* を排除しえないために、仮装引渡しによって物的権利を取得すると考えるのである³⁴⁶。使用賃借人は人的な請求権と所持を持つに過ぎないため、譲受人は当然に使用賃借人を追放しうるのである。そして、使用賃借人の抗弁についても明確に否定している。使用賃借契約は正当な原因として把握されえず、抗弁を形作らないと批判したのである³⁴⁷。したがって、使用賃借人は損害賠償請求権を行使しうるにすぎないとしたのである³⁴⁸。

この論争を示すことを最後に、17世紀の法状況の概観を終えたい。この時代は、パンデクテンの現代的慣用により、ローマ法を単に継受するのではなく、ローマ法に内在する不都合——これは、ドイツの慣習と合わないがゆえに生じるものである——を適宜修正しようと試みられた時代であった。それは、使用賃貸人と使用賃借人との関係における使用賃借人の地位の向上につながった。賃借目的物の譲渡の際の、譲受人との関係においてはそれほど成果は見られなかったものの、使用賃借人の地位が使用賃貸人との関係で向上されている実態を鑑み、譲受人との関係においても地位を向上させようとする様々な試みがなされていたことは、忘れられてはならない重要な点であると考えられる。このように、この時代はドイツにおいて慣習的になされていた、ないしは法として高められていた制度を考慮に入れようとしていたのである。この傾向は大変に興味深いものであると思われる。体系的に成熟していた法、すなわちローマ法を採用することにより、整序された法を備えようと試み、そしてその不都合な点については修正するという方法は、あたかも日本における民法典の制定に似ているといえよう。いずれにせよ、この時にすでにローマ法的な使用賃借が純粋なローマ法の性質を帯びたものから、ドイツ法的なローマ法におけるものよりも多少なりとも強化されたものへと修正され始めていたのである。したがって、ある権利が常に純粋に今の枠組みでいうところの物権・債権に分類されるのではなく、権利はその時代の風潮に合わせて修正されることも十二分に考えられるのである。

³⁴⁵ Vgl. [*Genius*] S.160、本参照文献中脚注 116 も参照。

³⁴⁶ Vgl. [*Genius*] S.161、本参照文献中脚注 130、131 も参照。

³⁴⁷ Vgl. [*Genius*] S.162、本参照文献中脚注 134 も参照。

³⁴⁸ なお、本論文脚注 340 に示したように、両者はこれ以降も論争を繰り広げている。確かにこれらの議論を検討していくことは示唆に富むものであるが、本論文は両者の論争に何らかの決着をつける性質のものではなく、また現況において仔細に検討を重ねることは難しい。ここで示したように、*Zoll* の見解は「売買は賃借を破る」という原則による不都合を回避するための最も根本的な試みを行ったという点で興味深いが、やはり当時の法状況に照らしてこの原則そのものを否定することは難しいと考えられ、その意味では *Zaunschliffer* の見解がより説得力を持つものであると考えられる。本稿において積極的な論証はしえないが、当時の法状況を示しているという点で、ここでは *Zaunschliffer* を支持したいと考える。

第4節 18世紀の使用貸借法制——法典編纂と使用貸借法

この時代は、厳密に18世紀と区切ることが難しい。次節より世紀による区分ではなく、時代背景との関係による区分に変えているが、この節をどのように位置づけるかが大変難しいものであったため、前節までの流れと次節からの流れの中間的な位置づけとして、さしあたり18世紀の法制という形を取ることにした。

まず指摘されなければならないことは、自然法学説であろう。この時期はヨーロッパに自然法学説の考えが浸透し、それゆえに法学の復興をももたらしたのである³⁴⁹。歴史的な自然法は倫理神学の精神的復権の社会哲学が支配的な人文科学に躍進するだけではなくて、直接に適用される法命題として理解されたのであった³⁵⁰。自然法学説においては正当にも法学における現代的思考の始まりが見出された。「専門的な法学は、これに対して本質的に法源と学説の権威によって定められた解釈と註解の方法を保持していたために、その時代の世界像との結びつきを失っていた」³⁵¹。それゆえ、法的思考の中にも、自然法の考え方が流入することとなったのであった。そして、そこではローマ法の権威からの解放が前提とされていた。

自然法の思考を実践した一人として挙げられる *Barbeyrac* は、自然法にしたがえば使用貸借物が使用貸借人によって譲渡されると、使用貸借人に損失が生じないかということのみを基準として、使用貸借契約が解消されると考えた³⁵²。この考え方は当時進歩的と考えられたようだが、結果的にローマ法の原則をほぼ踏襲している。使用貸借人が使用貸借人に対して損害賠償請求権を持つにすぎないからである³⁵³。先述のようにローマ法からの解放が大前提となる自然法思想の中で、この考え方は「使用貸借人に損害が生じないようにするべきである」ということとローマ法の単なる使用貸借人の損害賠償請求権との間に差異があるとしたものであると思われる。しかし、指摘されているようにこの考え方はローマ法から脱却できていない。いわば損害賠償の算定の方法に使用貸借人の状況が組み込まれているにすぎず、根本的に変化をもたらしたとはいえないのである。ただし、自然法思想を実践しようとした一つの模範として位置づけなければならない。

この自然法思想は別段使用貸借にだけ影響を及ぼしたのではない。むしろこの思想は私法体系そのものに影響を及ぼしたと言いうる³⁵⁴。すなわち、自然法思想の枠組みで「契約理論」を検討の俎上に載せたのである。そこで自然法思想における契約理論についても触れながら、自然法と使用貸借法を検討したいと思う。

³⁴⁹ [Wieacker] S.249 ff.

³⁵⁰ Vgl. [Genius] S.169.

³⁵¹ [Genius] S.169, なお、vgl. [Wieacker] S. 251.

³⁵² Vgl. [Genius] S.171、また本文中脚注22引用の、*Jean Barbeyrac*, s. Pufendorf, *De off. Hom. et civ.* を参照。

³⁵³ Vgl. [Genius] S.171 f.

³⁵⁴ Vgl. [Genius] S.168 ff.

*Pufendorf*は、彼の著作の中で契約により生じた債務（義務）によって自由が制限されることを指摘した³⁵⁵。ここで彼は使用賃貸借についても重要な思想的帰結を導いている。すなわち、契約の当事者にすでに認められた権利はもう一度第三者に譲渡することはできない、なぜなら譲渡人は権利をもはや持っていないからである、というものである³⁵⁶。この考え方はローマ法に比すると相当急進的な方向転換を要請することとなる。しかしながら、これだけでは検討として不十分さも否めない。例えば、使用賃貸人はあくまで所有者であるという立場に立てば、その所有権の自由によって使用賃貸人は所有物を処分することが許されるはずである。一方で、賃借物の「使用」権能が契約によって譲渡されていると考えれば、処分によりその権能が移転されないということを自然法思想から導くとするならば、結果的に使用賃貸人は契約によって処分が認められないということになるはずである。このように、考え方によりどのようにでも考えられてしまうということで、その点について考究する者もいた。

すなわち、*Titus*は使用賃借物の処分についての問題を自然法における契約理論の枠組みで検討したのである³⁵⁷。彼は、取得者は少なくとも使用賃貸借契約の終期まで契約を維持しなければならないと指摘する。なぜなら、自然法の思想にしたがえば、使用賃貸人の処分の自由は使用賃借人が契約により生じた権利を達成するための範囲に制限されているからとするのである³⁵⁸。このように、基本的に彼はローマ法思想を否定している。しかしながら、彼は経済的側面からローマ法を肯定する部分もあった。すなわち、賃借目的物の処分が大変な利益を生む機会を迎えた場合に、処分を制限することは不当であると考えたのである³⁵⁹。結果的に、彼は自然法と普通法を混淆させることにより、独特の自由の制限を導いた³⁶⁰。いづれにせよ、使用賃借人の保護を図ろうとしたのである。

このように自然法思想に則った法学者は、使用賃借権が物的な構想を持ち、使用賃借物の処分の場合に使用賃借人に有利となるような帰結を導こうと考えたのであった³⁶¹³⁶²。しかし、そうではないと考えた学者が *Kant*であった。彼は「売買は賃貸借を破る」の原則は自

³⁵⁵ Vgl. [*Genius*] S.172、また本文献中脚注 28 引用の、*Samuel Pufendorf*, *Elementa Jrisprudentiae universalis* を参照。

³⁵⁶ Vgl. [*Genius*] S.173、また本文献中脚注 30 引用の、*Pufendorf*, a.a.O. (Fn. 355) 参照。

³⁵⁷ Vgl. [*Genius*] S.173、本文献に引用されている *Titus*, „*Observationes in Compendium Juris Lauterbachianum*“ も参照。

³⁵⁸ Vgl. [*Genius*] S.174 f.

³⁵⁹ Vgl. [*Genius*] S.174.

³⁶⁰ 詳しくは [*Genius*] S.174 参照。また、本文献脚注 38 ないし 40 の *Titus*, a.a.O. (Fn. 357) の引用箇所も参照。

³⁶¹ このような思考を前面に押し出した学者として、*Wolff*が挙げられる。彼の論証については、[*Genius*] S.176 ff.に詳しい。自然法思想における使用賃借人保護の思考についてはすでに示されていると考えるので、*Wolff*の論証については今回は立ち入らない。

³⁶² Vgl. [*Genius*] S.183.

然法と一致することを証明しようとした。そして結果的に彼は使用賃借権を対人権であると立場表明している³⁶³。そして、物権は対人権を凌駕するので、使用賃借権は所有権に敗れる、すなわち「売買は賃貸借を破る」と考えたのである。しかし、彼は「黙示の条件」というものを考えた。つまり、期間中賃借物は処分されないという「黙示の条件」とともに、使用賃借人と使用賃貸人との間で契約がなされたことを証明しようとしたのである。その証明方法としては、使用賃借人が登記簿への登記によって物権を創設する可能性によって、黙示の条件を証明しようとしたのである³⁶⁴。登記がなされることによって、当事者に合意があったことを推定するのである。つまり、登記ができることは使用賃貸借の物的な性格を示すこととなるが、登記がなされないとすればそれはあくまで対人権に留まると考えることにより、自然法においても売買は賃貸借を破ると考えたのである。

このように、自然法と使用賃貸借をどのように考えるのかについては、片や物権的性質を持つと考えられ、片や債権の原則に服すると考えたのである。この問題について、*Klaus*³⁶⁵は否定的立場を取っている。彼はその思考の根底に、「普通法」の存在を意識していたようである。そして、おそらく *Kant* にあっても同様の思考があったのではないと思われる。確かに当時自然法思想に基づいて、使用賃貸借についても然るべき変更が要されることが各所で指摘された。しかし、この時代に普通法がその効力を完全に失したとは言えないのであって、それゆえ、「法」にしたがうべきだと考えるのであれば、普通法の原則を曲げて、自然法思想を前面に採用することには抵抗を覚えるであろう。ただし、当時の自然法思想の威力は大変なものであり、その影響をまったく受けずに法を思考することが難しかったというのも事実である。そこで、*Kant* は両者の融合を企図したのであると考えられる。「最終的に自然法における使用賃貸借構想を認識し、自説にそれを引き込んだ法学者は、願わしくも存在したが、実務において普通法に対して効力を揺るがすことを敢行したわけではなかったのである」³⁶⁶。この問題は簡単に解決することができるものではないだろう。当時の状況、主張をつぶさに検討しなければ、この関係を詳らかにすることはできない。本稿は、当時の状況を概括的に示すことを第一の目的とし、それゆえここでどちらの意見に与するかを明示する必要はない。当時の思想に自然法の考え方が存在し、そしてそれに則ると使用賃借人に負担がかからないように配慮しなければならないということを導くこととなることが示されれば十分である。

以上のように、この時期にはまずもって自然法の思想が使用賃貸借関係にも流れ込むこととなった。このことが実際の使用賃貸借関係にそれほどの影響を及ぼさなかったとしても、使用賃借人への配慮が試みられようとしたことは心に留めなければならない。少なくとも

³⁶³ Vgl. [*Genius*] S.183 f., [*Buchda*].

³⁶⁴ Vgl. [*Genius*] S.184, なお脚注 114 引用の、*Immanuel Kant*, *Der Natur des Vertrages nach, d.i. an sich*, を参照。

³⁶⁵ [*Genius*] S. 188 f.

³⁶⁶ [*Genius*] S.189.

も自然法の考え方が一定の影響を持ったということは、その思想が突飛なものではなく、少なからず当時の何かに訴えるものがあつたということの証左であろうと思われる。実際に不利な地位に立たされている使用賃借人の立場を、契約理論から——しかしながら、「理論」というよりも「倫理」に近いとも言えようが——導こうとしたことは興味深いところである。さしあたりこのような思想が存したことを指摘しておき、次の段階を見ておきたい。

18世紀の中葉となると「立法」ということが考えられるようになった³⁶⁷。包括的な新たな秩序として、法的同一性と法的安定性を担保する「立法」という考えが生じたのである。そして、この立法作業においては、「自然法」が少なからず影響を及ぼしていると考えられている³⁶⁸。したがって、上述の状況を踏まえつつ、立法の意味を簡単に探っておきたい。

大きな法典としてまずもって挙げられるのが、1756年のマキシミリアン法典である。ただし、この法典は自然法の思想ではなくて、ある問題について立法権限をもった解決によって統一してほしいという願望が根底に存したために、成立したようである³⁶⁹。この法典における、使用賃借人の賃借物の使用を容認してもらうことについての請求権は、パンデクテンの現代的慣用の際の支配的な学説に従っており、使用賃借人は不能の場合にのみ現物給付についての義務から解放され、金銭による損害賠償請求権に移行することが許されたのである³⁷⁰。使用賃借関係の終結については、バイエルンの慣習に従った。すなわち、期限の定めのある使用賃借契約は期間の経過によって終結する。期限の定めのない契約の場合には、慣習的に認められていた期間を手がかりとして、最終的には合意によって解約告知をすることができる定められた。ここでは、ローマ法における任意で、いつでもなすことができることとされた使用賃借関係の一方的な解消が法律上是正されているのである³⁷¹。そして、使用賃借人は専断的に使用賃借人を追い出すことはできず、裁判によらなければ追い出すことはできないとされたのである³⁷²。ただし、賃借目的物が譲渡された場合には、取得者は使用賃借契約を継承する必要はないとされた。つまり、ここでは売買は賃借を破るという原則が採用されているのである。上述のように、この法典は自然法の思想を容れたものではない。したがって、基本的には使用賃借人に有利な法典となっている。特に使用賃借物の譲渡の際には、物権行為が優先するとされている点は、当時の普通法の影響がどれほどのものかということをお話するに十分であろう。そして、大規模な最初の法典であるマキシミリアン法典では、上述のような使用賃借法制を定めたのであつた。

19世紀になると著しい大変動が生じるとともに、国家的な組織が大きな意味を持つよう

³⁶⁷ Vgl. [*Genius*] S.189.

³⁶⁸ Vgl. [*Genius*] S.189 f.

³⁶⁹ Vgl. [*Genius*] S.190.

³⁷⁰ Vgl. [*Genius*] S.190、および本文献中脚注4参照。

³⁷¹ Vgl. [*Genius*] S.191.

³⁷² Vgl. [*Genius*] S.191.

になる³⁷³。「産業革命」は、社会状況を大きく変えることとなり、合わせて労働者といういわゆる「弱者」が登場する。第二次産業の従事者の増加は、都市へ大量に人々が殺到する事態を生じさせた。そして、大衆の貧困化と荒廃をもたらすこととなる。加えて都市の生活はそれだけの費用を支出しなければ成立しないものであった。19世紀前半は、使用賃借人も生活状況、生活習慣の変化を味わうこととなった。他方で農民は旧慣習から脱することはなく³⁷⁴、地方と都市において状況は異なった様相を呈していた。また、自由主義の台頭は住宅市場へもその影響を与えることとなった。人口の爆発的増大と相まって、これらは使用賃借人に問題を投げかけることとなる³⁷⁵。都市において使用賃借人はほとんどが労働者であって、彼らは自身の生活を保持することさえ難儀であった。彼らは生活の維持のために労働力を提供したが、人口の都市への大量流入は、労働についての自由市場において、労働力に対する対価を引き下げる原因となってしまった³⁷⁶。これにより、使用賃借人は家賃を払えなくなり、その状況は団地アパート Mietkasserne を発生させた。また、家賃は常に増加の一途をたどったため、同一の家賃で借り受けることのできる住居は常に劣悪になり続けた³⁷⁷。また、戦争により、敵や味方が寄留することや、戦後に兵士が帰還するなどしたため、住宅事情を変える一要因となった。営業については、営業の自由が認められるとともに、子供や女性労働者の保護規定を導入する試みがなされ、ビスマルクの「介入国家と福祉国家」の提案等により労働環境の整備がなされた。それゆえ、徐々に労働環境は向上するが、これは19世紀の終わりのことであった³⁷⁸。

19世紀の労働者の住居は一間もしくは二間に貯蔵室と共同トイレというのが一般的なものであった³⁷⁹。ここに大家族が住まうこととなったのである。上述のとおり賃料は常に上昇していたが、使用賃借人が更なる負担を負わなければならないこともあった。ベルリンにおいては賃貸借に税金が課されていたのである³⁸⁰。このように、社会的な変革によりもたらされた都市への人口流入は家についての問題を顕在化させ、そしてその問題は社会問題へと高められることとなった。そして、家族用の住居として広めの部屋や台所が備わった家屋の建設も進められた。しかし、その数は決して多くはなく、全体の環境を変えるには及ばないものであった³⁸¹。

このような状況において、19世紀の使用賃貸借はどのようなものであったのであろうか。ローマ法、普通法、そして自然法と様々な潮流が存し、特に自然法の流れが意識されていた

³⁷³ Vgl. [Quaisser] S.11.

³⁷⁴ Vgl. [Quaisser] S.21.

³⁷⁵ Vgl. [Quaisser] S.22.

³⁷⁶ Vgl. [Quaisser] S.22.

³⁷⁷ Vgl. [Quaisser] S.22 f.

³⁷⁸ Vgl. [Quaisser] S.25.

³⁷⁹ Vgl. [Quaisser] S.25.

³⁸⁰ Vgl. [Quaisser] S.27.

³⁸¹ Vgl. [Quaisser] S.29.

時代であったことは前述のとおりである。ただし、自然法は元来人間に与えられているものという位置づけである以上、その不明瞭性も否定し得ない。一方で、その当否としてはともかくとしても、存在そのものは明白であったドイツ普通法を無視することは難しかった。そこで、19世紀の普通法下の使用賃貸借の概要を示したいと考える。

19世紀においても使用賃貸借は基本的に当事者の合意された期間存続されるとされた。その合意には黙示の合意も含まれ、状況により（例えば一定の状況のために貸していることが明白な場合のような）客観的に把握される場合には明示ではなくとも合意が存すると考えられた³⁸²。合意された期間が経過した場合には、黙示で契約が延長されえた。ただし、どの程度延長されるのかということについてはしばしば議論されていた。通説は期間の定めのない使用賃貸借として延長されるとしていた³⁸³。別の見解では、当初の使用賃貸借契約において定められた期間が、延長後の使用賃貸借契約の期間とされるというものであった。それが当事者の推定的意思であると考えられたのである。

契約の終了については、当事者の行為によって契約を終結させることができるとされていた³⁸⁴。期間が定められていない場合や、期間の経過の前においては、解約告知により契約を終結させることができたのである³⁸⁵。使用賃貸人は、①使用賃借人が二年間賃料を遅滞している場合、②使用賃借人が目的物を用途にしたがって利用していない場合、③目的物が使用に耐えないほどの緊急の修理を要する場合、には契約を終結させることができるとされた³⁸⁶。使用賃借人は、①使用賃貸人が目的物の引渡しを著しく遅滞している場合、②目的物の使用が瑕疵により、もしくは使用賃貸人・第三者の行為により妨げられ、または著しく制限されている場合、③家屋の倒壊等により、使用賃借人が目的物の使用をこれ以上望まない場合、には契約を終結させることができるとされた³⁸⁷。解約告知には特に様式は存しなかった。解約告知の意思表示は一方的意思表示であり、受領を要するものではないとされた³⁸⁸。

次に存続保護についてはどのように考えられていたのであろうか。もちろん、使用賃借権が債権であるという建前に違いはない。それゆえ第三者に使用賃借権を主張することはできない。そして、所有権者は所有物を独断で処分することができるし、それはたとえその物が賃貸されていようと異なるところはない。したがって、原則的に目的物の買主は使用賃貸借を引き受ける必要はなく、自身の所有権に基づいて、使用賃借人を当然に追い出すことが

³⁸² Vgl. [Quaisser] S.62.

³⁸³ Vgl. [Quaisser] S.63, [Brückner] S.59, (なお本文献は Max-Plank-Institut für europäische Rechtsgeschichte のページ、URL: <http://dlib-pr.mpijpr.mpg.de/index.htm> (2020年1月12日時点で閲覧可能)にて取得することができる。)

³⁸⁴ Vgl. [Quaisser] S.69.

³⁸⁵ なお、契約一般に妥当する契約の終了原因も当然に使用賃貸借契約に妥当した。この点については、vgl. [Quaisser] S.69 f.

³⁸⁶ Vgl. [Quaisser] S.71.

³⁸⁷ Vgl. [Quaisser] S.72.

³⁸⁸ Vgl. [Quaisser] S.72.

できるのである³⁸⁹。

このように、19世紀において使用賃借権について普通法の分野でそれほどの変化が存したわけではない。もともと普通法という枠組みが存するのであるから、解釈に争いがあったとしても、それほど大きな変化が生じるとは考えにくいところであろう。ここでは、やはり普通法がこの時代にも存していたことを示せばさしあたり十分と考える。19世紀において考察しておくべきもう一つの法として、プロイセン一般ラント法が挙げられる。こちらの法典を無視して、次の時期に移行することは許されない。したがって、次に、プロイセン一般ラント法についても示しておきたいと思う。

プロイセン一般ラント法は、これまでのローマ法（普通法）、自然法、その土地の法を統一したいと考えた、フリードリヒ2世の命令によって作られた法の一つである。「〔この法律の――筆者注〕目的は、法律の単純化（簡潔にし、みなに分かりやすいものとする）と統一化（単一化）であった」³⁹⁰。この法典は2万条を越える量とともに法典化されたものであり、その中で使用賃借権については異なる方向を打ち出したものだったのである³⁹¹。それはすなわち、上述のように、自然法の流れを大いに引き継いでいると考えられる。「したがって、自然法の法典化としてのプロイセン法典は、理論的な自然法学説において発展した使用賃借権の構想を普通法とドイツ法の要素の尊重の下での法的実現性に原則として転化したのである」³⁹²。すなわち、自然法の様々な理論の結実の一端が、この法典に表れているといえるのである。

このような流れにおいて、プロイセン一般ラント法では、使用賃借権は動産についてのものも不動産についてのものも物権であるとした³⁹³。この使用賃借権を発生させるための方法は3種類と考えられた。すなわち、意思表示（合意）、法律、時効である。使用賃借契約においては、当該契約の合意が必要であり、期間と賃料額についても調整をする必要がある³⁹⁴。そして、これらの契約は書面による契約でなければならなかった³⁹⁵。使用賃借契約の終了は、定められた期間が経過した場合であり、期限の定めのない使用賃借の場合には、当事者が解約告知をした場合である。ただし、契約の終了には相応の理由が必要である。一つは契約条項にある事由が発生したか、ないしは契約条項に違反する場合である³⁹⁶。もう一

³⁸⁹ Vgl. [Quaiser] S.91 f.

³⁹⁰ [Quaiser] S.113.

³⁹¹ Vgl. [Quaiser] S.115.

³⁹² [Quaiser] S.115.

³⁹³ Teil I, Titel 21, § 358: 自由意思に基づく売却によって、使用賃借人もしくは用益賃借人の権利義務へは何らの変化ももたらさない。

³⁹⁴ Vgl. [Quaiser] S.134.

³⁹⁵ ALR I 21 § 267, vgl. [Quaiser] S.136.

³⁹⁶ Vgl. [Quaiser] S.139 f. この部分において、その一例が挙げられているので、紹介したい。「当事者の間で使用賃借契約上定められた終了可能性の一例は、例えば実務においてしばしば受け入れられる使用賃借契約における取消し条項であり、これによれば使用賃借人は使用賃借契約を、使用賃借人が賃料

つは法定事由を充足した場合である。すなわち、①強制競売に付された場合、②賃借目的物が自由意思により処分された場合（ただし、目的物が使用賃借人に存する場合には、この限りでない）、③賃借目的物に対して包括的な建設の処置を要する場合³⁹⁷、④使用賃借人が死亡した場合³⁹⁸、⑤使用賃借人の人格に自由意思によらない変更が生じた場合、⑥賃借目的物の変更の場合³⁹⁹、の6つの場合に、法定の要件を充足したこととなる。これらの要件が充足し、契約終結を望む場合には、解約告知を意思表示しなければならない⁴⁰⁰。そして、解約告知期間⁴⁰¹を遵守する必要がある。

使用賃借人は物を利用する権利を有する。賃貸借上の占有によって、使用賃借人には物権的な権限が発生する。したがって、使用賃借人は目的物を「利用可能な状態で」使用賃借人に引渡さなければならない⁴⁰²。プロイセン一般ラント法第1編21章272条ないし277条は、自然的な瑕疵が存する場合を定めている。これは、契約により合意された性質をもとに検討されるようである⁴⁰³。たとえば、使用賃借人が使用賃借物を適切な時期に引渡されない場合や、契約期間中一時的に剥奪されるような場合には、使用賃借人は契約を解除することができる⁴⁰⁴。また、場合によっては使用賃借人に瑕疵修補権が与えられる。目的物が何らかの障害により使用できない場合の賃料減額権については、軽微な瑕疵については原則的に認められないが、使用賃貸借契約において少なくとも1ヶ月使用することができなくなっ

を合意された支払期日に支払わない場合には、解約告知期間を待つことなく終結させることができることとなる。」

³⁹⁷ これについては、[Quaiser] S.140、および本文献中の脚注559を参照。その意味としては、本文に指摘するとおりであるが、用語法に疑問が存するとされる。ここでは、文献に指摘されている説明に従うこととした。

³⁹⁸ Vgl. [Quaiser] S.140、なお同箇所の指摘によると、プロイセン法においては使用賃借権の人的な性質に着目し、使用賃借人が死亡した場合には、使用賃借人もしくは使用賃借人の相続人が解約告知をなすことができることとしたようである。

³⁹⁹ [Quaiser] S.141: 「使用賃借物に対する変更に関しては、使用賃借物の完全な損壊と狭義の意味における変更との間で区別されなければならない。すなわち、使用賃借物が完全に損壊した場合には、使用賃貸借関係は終了する。この規制は法律に基づき生じるのではなく、むしろ一般的な学説から明らかとされている。これに対して、使用賃借物の変更の際の解約告知権は法律上定められている。使用賃借物の変更の際には、使用賃借人に解約告知権を、賃借目的物の有用性に著しく影響を及ぼす変更の場合も、使用賃借人が賃借物の使用を妨げられるその他の状況においても（例えば戦時における敵の隊による住居の長期的な占拠の場合）、認める。」

⁴⁰⁰ Vgl. [Quaiser] S.141.

⁴⁰¹ [Quaiser] S.141によれば、解約告知期間は第一に当事者の取り決めた期間があてはまる。取り決めがない場合には、地方特別法や規則によることとなり、これらにも規定がない場合に初めて、補充的にプロイセン一般ラント法が適用されるとされた。

⁴⁰² Vgl. [Quaiser] S.142.

⁴⁰³ Vgl. [Quaiser] S.142 f.

⁴⁰⁴ Vgl. [Quaiser] S.143.

たような場合にのみ、減額の権利があるとされた⁴⁰⁵。

次に、この物権的権限について考えてみると、プロイセン一般ラント法は次のように規定している。「権限者が使用しうる、もしくは利用しうる物に有効な占有を持つ限りにおいて、彼の権限は物権の性質を持つ」⁴⁰⁶。ここで問題となるのは、「有効な占有」とはどのようなものなのか、ということである⁴⁰⁷。これについて、手がかりとなるのがプロイセン一般ラント法第1編第7章第6条である⁴⁰⁸。本条は、「ある物、あるいはある権利を確かに他者の所有物として、しかしこれについて自ら処分する意図において、その保持を引き受けた者は、不完全な占有者である」と定めている。使用賃借人がこの規定にしたがって占有を保持すれば、これは正当な占有であるため、物権的権限を保持することができることとなる。したがって、物権的権限とは、占有者としての占有権的保護ということになる⁴⁰⁹。そして、この占有（権）に基づき、妨害等を排除することができるのである。一般的に物権については、所有権取得と土地、鉱山、独自の権利の物的負担に関する法律の12条において、物権の登記の問題が定められた⁴¹⁰。そこでは土地に対する物権は、登記によってのみ第三者に対して効力を及ぼすとされた。しかし、使用賃借における物権は登記を要しないものとされたのであった⁴¹¹。

他方で、使用賃借人はまずもって賃料の請求権を持っているとされた。賃料不払いの場合には、使用賃借人が目的物を保持しているか、もしくは少なくとも自由に処分できることを示さなければならない⁴¹²。使用賃借人が当該住居にもはや居住を望まず、使用賃借人に拒否の意を表明した場合には、使用賃借人は当該住居を他に賃借することができ、そして、賃料の差額を請求することができた⁴¹³。

このように、プロイセン一般ラント法においては随所に使用賃借人に有利な規定を持っていた。すでに何度か触れているように、使用賃借権を物権と考えたことは、その最たるものである。このことは、プロイセン法がローマ法やドイツ普通法と一線を画したものであるということの表れである⁴¹⁴。そして、物権であるとするれば当然と言えば当然であるが、プロイセン法においては「売買は使用賃借を破らない」の原則が採用されたのである。したがって、賃借目的物が処分された場合であっても、買主は使用賃借人の売買目的物の使用を許容しなければならず、それどころか売主（使用賃借人）の権利義務一切を包括的に引き受け

⁴⁰⁵ ALRI 21 § 299 ff., vgl. [Quaisser] S.144.

⁴⁰⁶ ALRI 21 § 2.

⁴⁰⁷ Vgl. [Quaisser] S.146.

⁴⁰⁸ Vgl. [Quaisser] S.146.

⁴⁰⁹ Vgl. [Quaisser] S.146.

⁴¹⁰ Vgl. [Quaisser] S.148.

⁴¹¹ Vgl. [Quaisser] S.148.

⁴¹² Vgl. [Quaisser] S.149.

⁴¹³ Vgl. [Quaisser] S.149.

⁴¹⁴ Vgl. [Quaisser] S.151.

なければならないこととなる⁴¹⁵。そして、使用賃借人は新たな使用賃貸人(買主)に対して、自らの権利を主張することができる。権利行使が実を結ばない場合には、旧使用賃貸人に主張されることも許された⁴¹⁶。

以上がプロイセン一般ラント法における使用賃貸借の取扱いである。もちろん、細かな点についてはさらに論究される必要があろうが、本論文の目的は概括的な歴史的経緯の把握にあるため、これ以上の言及は必要ないと考える。プロイセン法において採用された使用賃貸借権の物権としての取扱いは、ローマ法由来の使用賃貸借権の「弱さ」を克服するものであった。使用賃貸借権が債権である以上、ローマ法由来の「売買は使用賃貸借を破る」の原則が妥当することはいうまでもない。ローマ法における物権と債権(厳密には対物訴権と対人訴権)の峻別は、物権たる所有権の移転行為が、債権関係に優先することを示した。しかしながら、このことによって(以前も指摘されていたところではあるが)使用賃借人が不利な立場に置かれることとなった。19世紀には時代の変遷もあり、社会的弱者が意識されるようになった。そして、使用賃借人が社会的弱者と目される労働者と一致したために、社会問題として使用賃借人の地位が意識されざるをえなくなったのである。そして、プロイセン一般ラント法が出した結論は、使用賃貸借権を物権とすることであった。使用賃貸借権については、登記をする必要がないとされたことも、社会的弱者である使用賃借人に配慮したものであると考える。このように、使用賃貸借権を物権と考える方向性は、日本の旧民法とも相通じるところがある。ボワソナードが、日本の生活状況を第一に考えて賃借権を物権としたかどうかは簡単に首肯できるところではないが、そうではないとしても使用賃貸借権を物権とすることで、妥当な結論を図ろうと考えたことを踏まえれば、旧民法とプロイセン一般ラント法が同方向を向いていたと考えて良いだろう。

そして、法体系の根本にある物権債権峻別論の枠組みを踏まえると、使用賃貸借権が純粋な債権の枠組みを超えていることから、もはや物権と構成せざるをえないと考えることは、純粋な物権債権峻別論の維持の観点からは、歓迎される場所である。債権では保護されない部分を補うためには、それを物権と扱うということは、個人的には理解しうる。しかし、議論を先取りしてしまうと、BGBでは使用賃貸借権を物権として扱う手法は採用されなかった。そして、現在のBGBは使用賃貸借権を債権としながらも、「売買は使用賃貸借を破らない」という原則を採用することによって、使用賃貸借権の保護を図っているのである。すなわち、プロイセン一般ラント法では、物権である以上「売買は使用賃貸借を破らない」ということについて矛盾が生じないと考えられるけれども、だからといって債権が同原則を採用できないということまでは結論づけることはできないのである。債権が強化されてはならない、ということは、物権債権の峻別という観点からは理解できないことではない。しかし、債権

⁴¹⁵ [Quaisser] S.151によれば、売主がこのような地位に置かれるのは売買契約によるのではなく、所有権が譲渡されることが理由であるとする。

⁴¹⁶ Vgl. [Quaisser] S.152.

が実際に強化されているという現実を踏まえたとき、(例えば、プロイセン一般ラント法を示すことによって、)それは誤りであると断じることがおそらくできないことであろう。純粹な物権債権峻別論から考えれば、プロイセン一般ラント法は大変理論付けが容易な法ということになる。しかし、現実を踏まえてそれはよろしくない結論であることはいうまでもないところである。歴史的展開の一断面として、本法を位置づけることは大変意味があると考えるが、これをもって本論文を終えることは不可能である。したがって、実際に現在妥当している BGB と特別法の見解をも概観することにより、使用賃借権の本質を考える必要があるであろう。次節以降では、以上の点を踏まえ、現在までの法発展を示したいと考える。

第5節 BGBの編纂過程と使用賃借

1881年に BGBの準備委員会(いわゆる第一委員会)が草案の作成を委託された。この委員会は、

「ドイツで行われている私法」を「合目的性・内面的眞実性および首尾一貫性」に照して審査すべきものとされており、これは、学問的実証主義の特徴である論理的体系的正当性信仰について言われるところと、そっくりであった⁴¹⁷。

とされるように、一貫した法典を作り出すとともに、実際の私法を意識することが求められていた。この委員会で編み出される BGBの第一草案は、*Windscheid*の影響を無視することができない。そして、1887年に公表された⁴¹⁸。草案が公表されると、様々な意見が噴出した。用語の不明瞭性、条文参照の繁多さ、実際に行われている法から疎遠していることなどが指摘されたのである⁴¹⁹。*Gierke*は、有機的国民的協同体を意識し、草案が生きたドイツ私法を無視していること、個人主義の不当さを指摘した⁴²⁰。これらの批判は、主に社会法の観点を BGBに取り込むことを可能とした。使用賃借法においては、いわゆる社会法的保護のための規定が取り入れられることとなったのである⁴²¹。

これらの批判を承け、ライヒ司法当局は1890年には第二委員会を設置した。1895年には第二草案が連邦参議院に提出された。第二委員会は、第一草案の批判点を考慮して検討を行ったために、それほど批判を受けることはなかったようである⁴²²。「だが、この改良された草案中にも、われわれの感覚からみると、かつて第一草案について批難をうけた欠点の

⁴¹⁷ [Wieacker・鈴木] 566頁、[Wieacker] S.468。

⁴¹⁸ [Wieacker・鈴木] 566頁以下、[Wieacker] S.469参照。

⁴¹⁹ [Wieacker・鈴木] 567頁、[Wieacker] S.470参照。

⁴²⁰ Vgl. [Gierke], [Wieacker・鈴木] 568頁、[Wieacker] S.470参照。*Gierke*は愛国者であり、戦争等にも積極的に参加していた。したがって、ドイツの本来の姿に大変な関心を寄せていたようである。「実際の姿を BGB草案が見ていない」というように見えたのは、彼の意識によることも多いであろう。なお、石田文次郎『オットー・ギールケ』(三省堂、1935年)は、ギールケの一生を著したものであり、*Gierke*の姿を生き生きと見ることができる。

⁴²¹ [Wieacker・鈴木] 568頁、[Wieacker] S.470参照。

⁴²² [Wieacker・鈴木] 569頁、[Wieacker] S.471参照。

多くが、なお見られた。すなわち、あまりにも抽象的かつドグマ的な用語・概観を困難にする〔他条文〕引用技術およびパンデクテン法の優越が、それであった⁴²³。体系的に優れていたパンデクテンシステムは、今もなお採用されているところである。しかし、その難解さは常につきまとう。第一草案に対して向けられた批判も、体系そのものを変じさせるまでには至らなかったことは、重要なところであろう。物権債権の明確な峻別も、物権と債権の場面を明確にする点で、複雑さが存することは否めない（特に、日本のように有因主義を採用している場合には、無因主義の複雑さはさらに顕著となる）。

この第二草案は、1896年に帝国議会に提出された。そして、個別事例については修正を受けるが、第二草案を大きく変じさせることはなかった。しかし、ここではラント法への留保が存することとなった。これは、「法統一の戦死者名簿」などと呼ばれ、すべての法伝承を包括できなかつたことが窺われるのである⁴²⁴。

このBGBは、「……自己のプランを、（たとえばALRとはちがって）当時のドイツ社会の生活諸秩序に則してではなくて、主として、権利の種々の概念的現象諸形式（債権・物権・人事権 Personenrecht）に則して、定めている」⁴²⁵のである。そして、実証主義が無欠缺性と裁判官の法律への拘束を求めたことから⁴²⁶、体系的だけでなく、必要な規定を盛り込んだ法典となったのである。

BGBの大まかな流れは以上である。次に使用賃貸借についての流れをやや仔細に眺めたい。上述のとおり、BGBの第一草案は様々な理由で批判されるが、使用賃貸借においても批判がなされた。ローマ法における純粋な使用賃借権を第一草案が採用していることについて、批判がなされ、「売買は賃貸借を破らない」という原則が採用されるべきだと主張されたのである⁴²⁷。ここで求められた物権の要素とは、絶対性と継続に関することであった。そして、占有や登記など、効果を発生させるための条件としての公示についても争われたのであった⁴²⁸。したがって、彼らは決して「物権とすること」を主張したのではなく、使用賃借権が強化されるべきことを主張したにすぎなかつた。このため、「……物権的使用賃借権を主張した者の立場は当初から有利ではなかつた」⁴²⁹。しかし、使用賃借権にローマ法伝来の「弱い」使用賃借権ではない原則を取り入れるべきであると指摘する契機であったことは間違いない。第一草案の起草者は、ローマ法の体系をできるだけ崩さないよう努めた⁴³⁰。それゆえ、使用賃借権も原則としてローマ法に従うべきと考えられたのである。しかしながら、そのことが「生きた私法」とは相容れない部分となり、*Gierke*らが批判することとなった

⁴²³ [Wieacker・鈴木] 569頁、[Wieacker] S.471.

⁴²⁴ [Wieacker・鈴木] 570頁、[Wieacker] S.471 f.参照。

⁴²⁵ [Wieacker・鈴木] 574頁、[Wieacker] S.474.

⁴²⁶ [Wieacker・鈴木] 575頁、[Wieacker] S.475 参照。

⁴²⁷ Vgl. [Löning] S.147.

⁴²⁸ Vgl. [Löning] S.147 f.

⁴²⁹ Vgl. [Löning] S.148.

⁴³⁰ Vgl. [Füller] S.86 f.

のである。

そして、第二草案には「売買は賃貸借を破らない」という原則が採用された。第二草案の議事録である Protokolle には、その経緯が記されている。少々長いが、以下に引用をしたい⁴³¹。

〔第一〕草案に採用されている原則「売買は賃貸借を破る」は、少なくとも一つの土地もしくは土地の一部が使用賃貸借契約の対象をなし、使用賃借している空間が所有権の交換の際に使用賃借人にすでに譲渡されている場合には、廃止されることが同意される。その際には以下のことが吟味されなければならない。

〔第一〕草案の立場に対して、国民の法意識は、「売買は賃貸借を破らない」という原則が妥当する範囲において、最大限高められている。問題の法的、経済的な影響は、ここではむろんしばしば誇張されている。使用賃貸借の主たる目的、特に資力の乏しい者の使用賃貸借は、通常長期では締結されない。すでにこの根拠に基づいて、資力の乏しい者の階層の住宅危機の増大についての社会的意義について、「売買は賃貸借を破る」の原則による国民の居住の危険の問題について真面目には論議され得なかった。長期の使用賃貸借関係の際には、存続はたいてい取得者の利害でもある。使用賃借人はさらに、使用賃借人を追放する場合に彼に対して主張することができる損害賠償請求権に関して、取得者による使用賃貸借関係の存続を甘受しなければならず、この使用賃借人の間接的な強制は、使用賃借人を期限の到来前の追放から保護するために、原則的に十分なものである。

第二草案でこのように説明されているわけであるが、第一草案においても単純にローマ法に倣うとしていただけではない。売買との関係で使用賃貸借をどのように考えるかは、第一草案においても吟味されている。第一草案理由書 Motive では、ローマ法、普通法、フランス法、などを検討している⁴³²。そして、次のように売買は賃貸借を破るの原則の妥当性を述べている。

本草案は、「売買は賃貸借を破る」の原則に決するものであるが、不動産の使用賃貸借の際には使用賃借人が取得者によって彼に向けられた要求に従ってのみ、そしてこの要求による明渡しに対する継続的で詳細に示された期間の後でのみ義務づけられるという修正によって、その時まで取得者は使用賃借人による物の契約に従った使用、ならびに使用賃借人に対して使用賃借人に義務づけられる行為の受容を認めなければならないこととなる。これと並んで、草案は使用賃借権もしくは用益賃借権の登記簿への登記は、新取得者に対する更なる範囲における効果を得させるために、認めていない⁴³³。

つまり、第一草案においても決して使用賃借人に全く不利な途を歩んだわけではないので

⁴³¹ [Protokolle] S. 137 f.

⁴³² [Motive] S.380 ff.

⁴³³ [Motive] S.383.

ある。追放されるとしても、それは一定の期間の後のことであるから、そのような点では使用賃借人に対しても一定の配慮をしていると言っているのである。さらに、売買が賃貸借を破らないとした場合の問題点を指摘している。

他方で、反対の原則である「売買は賃貸借を破らない」の承認に対しても、困難な考慮が主張される。とりわけ、プロイセン法とフランス法におけるこの原則を経験した原則の性質は、登記簿法(828条,837条)の原則とともに、合意されえない。それは、使用賃借人が全ての権利によって土地に対する物権を登記することなく獲得し、登記簿が情報を与えない使用賃借権を取得者が承認することによるものである。通用しているプロイセン法をこの関係で手本とすることは、以下のような理由からも憂慮すべきものである。すなわち、本草案の物権法が認めている原則が、物に対する権利を占有の取得によって物的なものとなるという関係が存することによって特有のものとなるからである。登記簿法の原則から導かれる思考は、新たなその他の立法全体の優先に従って物の新たな取得者に対する使用賃借権の有効性が登記簿への登記に関係する場合には、むしろ消滅する⁴³⁴。

確かにプロイセン法においては、前述の通り使用賃借人が目的物の占有を取得するのみで、物権を取得するとしていた。しかし、指摘されるように、物権法の原則から考えて、公示を伴わないことをどのように判断するかは難しい。確かに占有していることを確認すれば、権利関係を確認することは可能である。しかしながら、所有権に対する重大な制限をもたらすこととなる使用賃借権が、登記を要せずして物権であるとするのは、問題点が存することも確かである。

以上のような第一草案の思考に対峙する形で、第二草案は使用賃借権に「売買は使用賃貸借を破らない」という原則を採用したのである。ここで指摘されなければならないことは、第二草案が取った手法である。第一草案では、売買は使用賃貸借を破るとしつつも、取得者が即時に物を何ら負担のない形で取得することは否定した。すなわち、明渡しに一定の猶予期間がおかれるとするのである。その理由は、売買が使用賃貸借を破らないとすると、使用賃借権が物権であると考え近づくことになるが、使用賃借人にも一定の配慮を要するであろうという思考があったからであると思われる。すなわち、第一草案の枠組みは、使用賃借権がローマ法由来の債権であると位置づけ、そこからその性質として売買には敗れてしまうとするというものであった。しかし、第二草案においては、国民の法意識をも尊重し、「売買は使用賃貸借を破らない」こととした。そして、そこではすでにこの原則が物権との関連によるものであることについては何ら言及をしていないのである。法意識から、使用賃借権は売買に破れないものの、使用賃貸借関係が債権関係であることについては第一草案を引き継いでいるのである。第一草案がローマ法によりかかったものであったことは

⁴³⁴ [Motive] S.384.

確かであるが、「売買が賃貸借を破らない」とした場合の使用貸借権の性質との関係で同原則を採用しなかったと言うことは、ある意味では首尾一貫した態度であろう。第二草案は、「売買は使用貸借を破らず」の原則がよって立つ性質についての議論は放棄し、とにかく使用貸借は売買に破られてはならないということを強調するという、いわば「いいところ取り」の草案であったとも言うるのである。

このことは、使用貸借権の性質を考える一つの手がかりを与えるかもしれない。第一草案の議論に乗るのであれば、使用貸借が売買に破れない今の法制は、使用貸借を物権として構成しており、根本的には使用貸借権を組み込む位置が間違っているということが指摘できる。そこまでは言わないにせよ、少なくとも使用貸借権が「売買は使用貸借を破らず」という原則を直接に採用できることには疑義が挟まれざるをえないのである。しかし、これにはいくつかの反論が提起できよう。まずは、「法律上使用貸借権が債務法に組み入れられている」という確固たる事実である。理論的説明がなされない以上、その立法に不備があったと言うことを、——少なくとも学者は——主張しなければならないが、それはともかくとして、立法が使用貸借関係を債権と考えているということは、それは立法の前提として、「当事者の権利義務関係が生じる」関係であったことが意識されていたに他ならないのである、ということは当然反論としてあげられるところである。また、当事者双方に権利義務関係があることは、債務関係を形成していることの証左である。実際にも、使用貸借権物権説に対して、常にこの問題が提起されている。すなわち、純粋な債権としての、すなわち売買に破られる使用貸借権と、売買に打ち勝つことのできる、(場合によっては登記を可能とする)使用貸借権との間に、債権である使用貸借権にもかかわらず売買には打ち勝つことのできるものが位置づけられているのである。このように考えれば、使用貸借権が物権に「よる」こととなるから、使用貸借権の物権「化」という議論は理解されるところであろう。しかし、少なくとも「物権」ではないということは、この立法過程から存分に理解されるであろう。

この問題は次章とも関わるため、これ以上の言及は避けたい。しかし、BGBの編纂過程で、第一草案と第二草案が異なる方向性を打ち出したことにより、使用貸借権の性質がむしろ明確となったことは興味深い。もちろん、日本においても旧民法が賃借権を物権としていたから、現行民法とは異なる方向性であったことは確かである。しかし、これは賃借権が物権か債権かという方向であり、この枠組みでは賃借権が物権か債権かを思考するに留まってしまう。BGBでは、少なくとも債権の枠組みで検討されており、その意味では債権であることは明白である。もちろん、プロイセン法などの存在を無視してはならないが、現行のBGBの検討枠組みにおいては債権とされたということは、意味のあることであろうと思われる。次節以降は、その後の使用貸借法の発展を簡単に分析してみたい。このBGBの立法過程で本論の目的は果たされていると考えられなくはないが、「今」の使用貸借の性質を考えようとする観点からは、使用貸借法の発展をもう少し見ておかなければならないのである。

第6節 戦時下の使用賃貸借法制

BGBの成立は、ドイツに統一的法典をもたらすこととはなつたものの、国民がすぐに諸手を挙げて歓迎するものでもなかつた。BGBが前提としたのは、保守的生活像に則つたものであり、社会法的要請を一部にしか組み入れることができない古典的自由主義の思想を根底に持ち、経済的な自由主義に最大限配慮したものであつた⁴³⁵。したがつて、農民階級や労働者階級から見放されるとともに、福祉国家思想にも遅れをとつてしまつたのである⁴³⁶。

そこで、20世紀の使用賃貸借法の発展を見ると、そこには「社会法思想」の影響力を垣間見ることができるのである⁴³⁷。したがつて、使用賃貸借法への介入は、その時代において経済的弱者に必要な措置を取ることであり、一時的なものにすぎなかつた⁴³⁸。その一つの契機は、「第一次世界大戦」であつた。戦争により、兵士が必要となるとともに、武器を作る人員も必要となるため、人口は都市に集中せざるを得なくなる。国家としても、戦争を勝ち抜くためには国民が不満を持つことなく生活を送ることができるよう配慮する必要があつた。戦争は国民の協力なくして遂行することができないのである。そして、住宅の確保も必要なことであつた。それゆゑ、賃貸関係にも国家が介入する必要が出てくるのである。すでに1914年には戦争による賃料の上昇について、同意官署 *Einigungsamt*⁴³⁹が設置された。1917年の第一使用賃借人保護令 *Erste Mieterschutzverordnung 1917* は、合意官署が使用賃貸借関係の解消や賃料の値上げについて介入できるという原則を創設した⁴⁴⁰。そして、1918年の第二使用賃借人保護令 *Zweite Mieterschutzverordnung 1918* は、地方公共団体が特別の住宅不足のために届出義務を計画することや、合意官署が賃料を減額することができるということを定めた⁴⁴¹。1919年の第三使用賃借人保護令 *Dritte Mieterschutzverordnung 1919* は、第二使用賃借人保護令における規定を、営業空間に対しても適用することを定めるとともに、近傍同種の賃料と比較して自身の賃料を決することができることも定められた⁴⁴²。

一時的緊急権として構想された命令は、第一次世界大戦後も廃止されることはなかつた。1922年にはライヒ使用賃貸料法が制定された。1923年には使用賃借人保護法と住宅欠乏法が定められた⁴⁴³。ライヒ使用賃貸料法は、当事者が使用賃貸料を自由に定めることを認めつつも、使用賃借人が法定賃料を援用した場合には、使用賃借人は法定賃料以上の額を請求す

⁴³⁵ [Wieacker・鈴木] 580頁以下、[Wieacker] S.480 ff.参照。

⁴³⁶ [Wieacker・鈴木] 584頁、[Wieacker] S.482 f.参照。

⁴³⁷ Vgl. [Häublein] S.4.

⁴³⁸ Vgl. [Häublein] S.4.

⁴³⁹ これは地方公共団体が設置するものであつた。Vgl. [Häublein] S.4.

⁴⁴⁰ Vgl. [Häublein] S.4 f., [Staudinger/Emmerich] Vorbem zu § 535 Rn. 3.

⁴⁴¹ Vgl. [Häublein] S.5, [Staudinger/Emmerich] Vorbem zu § 535 Rn. 3.

⁴⁴² Vgl. [Häublein] S.5.

⁴⁴³ Vgl. [Häublein] S.5, [Staudinger/Emmerich] Vorbem zu § 535 Rn. 4.

ることは認められないとするものであった⁴⁴⁴。この法律は、自由な賃料設定が使用賃借人や大勢の国民の負担となっていることに対する措置であったことはいうまでもない⁴⁴⁵。使用賃借人保護法は、使用賃貸借契約の解約告知には裁判上の決定が必要とされるということを決めるものである⁴⁴⁶。この訴訟を提起する場合には、使用賃借人は終了原因が存する必要があった。これは、現行 BGB の 573 条⁴⁴⁷の先駆け的な規定である⁴⁴⁸。住宅欠乏法は、空き家を届け出る義務と、官署の要請により住宅を探している者との間に使用賃貸借契約を締結することを求められるということを決めたものである⁴⁴⁹。「私的自治は、BGB において、……社会的な使用賃貸借とともに成長した世代のために想像しえないと思われる方法で抑制されたのである」⁴⁵⁰。

以上のように、第一次世界大戦とその戦後の時代においては、戦争中の人員確保の観点から使用賃貸借関係が国家統制を受けることとなっていた。しかし、戦後経済が落ち着き始めるヴァイマル共和国時代の後半においては、戦後の緊急令的性格を維持しえないのであるから、住宅強制経済は緩められることとなる⁴⁵¹。特に、営業用の空間に対する統制は徐々に弱められた⁴⁵²。「強化された建築工事が、戦争とインフレーションによって窮地に追い込まれた住宅市場の確かな緊急緩和をもたらした後で、……法律が廃止された。すなわち、1931 年 12 月 8 日の（第四）緊急令により住宅欠乏法が無条件に 1933 年 4 月 1 日に……廃止されたのである」⁴⁵³。

その後、ナチス政権が始まると、ライヒ法務省は 1934 年にドイツ統一使用賃貸借契約を公示した。これは第二次世界大戦の終わりまで広く浸透していた⁴⁵⁴。1930 年代後半におい

⁴⁴⁴ Vgl. [Staudinger/Emmerich] Vorbem zu § 535 S.5, 山田晟『ドイツ法律用語辞典〔改訂増補版〕』（大学書林、1993 年）のライヒ使用賃貸料法の箇所をも参照。

⁴⁴⁵ Vgl. [Häublein] S.5.

⁴⁴⁶ Vgl. [Häublein] S.6, 山田前掲注 444、使用賃借人保護法の箇所も参照。

⁴⁴⁷ BGB § 573: [使用賃借人の通常の解約告知]: ①使用賃借人は、使用賃貸借契約の終了に対して正当な利益を持つ場合にのみ、解約告知をなすことができる。賃料の増額を目的とする解約告知は、排除される。②使用賃貸借関係の終結に対する使用賃借人の正当な利益は、特に次の各号の場合に存する。

- (1) 使用賃借人が契約上の義務を有責的に著しく侵害している場合
- (2) 使用賃借人が空間を住居として、自身、家族構成員もしくは家計をともにする者のために必要とする場合
- (3) 使用賃借人が使用賃貸借関係の存続により土地の適切な経済的利用を妨げられ、それにより著しい不利益を被る場合

[以下略]

⁴⁴⁸ Vgl. [Häublein] S.6.

⁴⁴⁹ Vgl. [Häublein] S.6, 山田前掲注 444、住宅欠乏法の箇所も参照。

⁴⁵⁰ [Häublein] S.6.

⁴⁵¹ Vgl. [Häublein] S.6.

⁴⁵² Vgl. [Häublein] S.6.

⁴⁵³ [Häublein] S.6.

⁴⁵⁴ Vgl. [Häublein] S.7.

ては、強力な軍事力と、大都市における軍事力と結びついた労働力が必要とされた。したがって、住宅経済の制限の緩和が1936年から次第に退歩し、第二次世界大戦中の制限はむしろ強められたのであった。1942年には新たな使用賃借人保護法が公布され、解約告知の保護がさらに拡大した⁴⁵⁵。1936年の価格凍結法が、第二次世界大戦中にも全体的な賃料統制として作用した⁴⁵⁶。緊急令も様々発布された。1942年に住居統制令、1943年には航空戦に巻き込まれた国民への住居の支給に関する命令が発布されたのである⁴⁵⁷。戦争による崩壊と亡命者の受入れによって、住宅の緊急状態はすさまじい様相を呈したのであった⁴⁵⁸。

以上がBGBの編纂後、戦争という非常事態を迎えたドイツの使用賃借法の変遷である。ここで必要とされたことは、人材確保であり、そのための弱者保護であった。戦争中は武器製造が大変重要であるが、その工場が大都市周辺にあることが多く、労働者が大都市に流れ込む状態は19世紀と変わりがなかった。労働者の環境は改善しつつあったとはいえ、社会的弱者であることに変わりはない。しかし、人材確保をすすめる必要があった国家としては、彼らに安定的な居住環境を整えてあげることが急務であった。延いてはこのことが国力を高めることともつながったからである。そこで、緊急令や使用賃借人保護法により、賃料統制・契約強制等を行うこととしたのである。これはもともとは非常事態に対応するための臨時立法であったが、一部には戦争の終結にも拘わらず存続したものもあった。戦争が終了したからといって、社会状況が簡単に変わるわけではない。実際に労働者の労働環境の問題は存続したのであって、使用賃借人の地位を社会法的観点から向上させる必要は常に存したのである。きっかけが戦争であったとしても、必要な措置が廃止されなかったのは、そのような思想も背景にあるのである。戦時下特有の措置は廃止され、必要な措置は存続したのである。ナチスが政権を掌握し、第二次世界大戦に入ると、また制限が行われることとなるが、その措置は戦後取捨選択がなされることとなる。次節においては、戦後から現在までの使用賃借法について俯瞰しておきたい。

第7節 戦後の使用賃借改正史

戦後、1946年には連合軍下に設置された管理委員会がいわゆる「住居法」を公布した。本法は、住居の把握と分配を可能とするものであった⁴⁵⁹。しかし、1950年代になると、第二次世界大戦中の強制措置が、第一次世界大戦後に強制措置が緩和されたように、撤廃されていくことにより、住宅建設への資本投入がなされるようになった⁴⁶⁰。しかし、使用賃借法

⁴⁵⁵ Vgl. [Staudinger/Emmerich] Vorbem zu § 535 Rn.5.

⁴⁵⁶ Vgl. [Staudinger/Emmerich] Vorbem zu § 535 Rn.5、価格統制については、専門家も予知できないほどに錯綜していたようである。

⁴⁵⁷ Vgl. [Staudinger/Emmerich] Vorbem zu § 535 Rn.5.

⁴⁵⁸ Vgl. [Häublein] S.7.

⁴⁵⁹ Vgl. [Staudinger/Emmerich] Vorbem zu § 535 Rn.6、山田前掲注 444、住居法の箇所を参照。

⁴⁶⁰ Vgl. [Häublein] S.7.

は社会法的な側面に即応する必要が出てきた。確かに BGB においても多少の社会法的配慮が存したことは確かであるが⁴⁶¹、その数は圧倒的に少なく、それは使用賃貸借法においても例外ではなかった。したがって、戦後の基本法との関係における所有権の私的利用と公共の福祉に適った利用に関連し、使用賃貸借法が方向付けられたのである⁴⁶²。

住宅建設が進んでいたが、戦時中の統制が古い建築物に対しては未だに作用していた。使用賃借人保護法、価格凍結法は依然として効力を維持していた。新たな建設物と古い建設物との間で分裂していた事態を、市場経済へ一任することに努めたのが、1960 年からであった⁴⁶³。連邦政府は、この住宅強制経済の緩和を、社会的な使用賃貸借法の導入との関係で正当化させようとした（これは、いわゆる Lücke プランと呼ばれる）⁴⁶⁴。そして、1960 年に住居強制経済の撤廃、および社会的な使用賃貸借法と住居法に関する法律が制定された⁴⁶⁵。これは、第二連邦使用賃貸料法のことであり、合意された使用賃貸料が本法で定められた使用賃貸料を上回っていれば、使用賃借人は使用賃貸料を法定使用賃貸料まで縮減することを請求することができ、逆に下回っていれば使用賃貸人が法定使用賃貸料を援用し増額を請求できるとするものである⁴⁶⁶。そして、社会的な使用賃貸借の導入のために BGB の規定を変更する法律⁴⁶⁷もこの Lücke プランによる立法の一つであった⁴⁶⁸。価格統制に関しては、ミュンヘンとハンブルクについては 1974 年、ベルリンにあっては 1987 年まで行われていた⁴⁶⁹。ただし、1974 年の住居拘束法における「社会的住居」の統制は存している⁴⁷⁰。また、使用賃借人保護法などは、一部が BGB に引き継がれることとなった。社会条項（新 BGB 574 条以下、旧 BGB 556 条 a）の導入がそれである。

確かに、統制を撤廃することが目指されてきたわけであるが、それは住宅建築が進むなどして、使用賃借人を取り巻く環境が向上する兆しが見えたためであった。したがって、上述のように大都市（ベルリンなど）においては需要と供給の関係から、使用賃貸料が爆発的に上昇するような場所においては、やはり使用賃借人の保護は必要とされたのである

⁴⁶¹ [Wieacker・鈴木] 581 頁以下、[Wieacker] S.480 ff. 参照。

⁴⁶² Vgl. [Häublein] S.8.

⁴⁶³ Vgl. [Staudinger/Emmerich] Vorbem zu § 535 Rn.7.

⁴⁶⁴ Vgl. [Staudinger/Emmerich] Vorbem zu § 535 Rn.8.

⁴⁶⁵ Vgl. [Staudinger/Emmerich] Vorbem zu § 535 Rn.8, [Häublein] S.8.

⁴⁶⁶ 山田前掲注 444、連邦使用賃貸料法の箇所を参照。

⁴⁶⁷ 使用賃貸借と負担への補助金の供与に関する第一法律、本法は使用賃借人保護法を 1965 年をもって廃止することをも定めている。Vgl. [Staudinger/Emmerich] Vorbem zu § 535 Rn.8, [Häublein] S.8.

⁴⁶⁸ しかし、人口の密集の状況が様々であったため、ベルリンにおいては使用賃借人保護法は 1975 年まで効力を保持していた。

⁴⁶⁹ Vgl. [Staudinger/Emmerich] Vorbem zu § 535 Rn.8.

⁴⁷⁰ Vgl. [Staudinger/Emmerich] Vorbem zu § 535 Rn.9.

471。そこで、一時的に人口集中地域に適用される法律が構想されたが、具体的な適用地域が定められなかったことや、キリスト教民主同盟の反対などにより、地域が限定されない二つの法律が定められる結果となった⁴⁷²。1974年には第二住居空間解約告知法が定められ、これはBGBにも引き継がれた。また使用賃貸料を近傍同種の賃貸料と比較して適切な額とすることのできる法律も定められ、こちらもBGBに引き継がれることとなった(BGB 557条以下)。

しかし、これらの規制により住宅建設が再び停滞することとなる。そこで立法者は使用賃借人の保護の緩和を決めた⁴⁷³。1982年の賃貸住居の供給の増加のための法律は、住宅建設を促進するための法律として挙げられる。しかし、程なくして使用賃貸人の賃料値上げが制限されることとなる。1990年に定められた使用賃借人の法的地位の向上のための法律は、今日の使用賃借人の先買権を定めた577条や、解約告知からの保護を定めた577条aなどに引き継がれている⁴⁷⁴。

このように様々な改正や、使用賃貸借法制を規制する法律が制定されたため、使用賃貸借法が実際にどのようなものなのか判然としないものとなっていた。そこで、連邦議会はかねてより連邦政府に一目瞭然に理解できる法律にするよう求めていた⁴⁷⁵。1992年に連邦政府は専門家委員会を設置し、使用賃貸借法の審査を要請した。1994年の答申は、使用賃貸借権を緩和的に変ずるものであったために、特に使用賃借人組合から激しい反論にあってしまった⁴⁷⁶。そこで連邦政府が、作業グループを設置した。そのグループの答申は、使用賃貸借法の新編成と簡明さを実現するものであった。これに従うように、2000年には使用賃貸借法改正法の草案が出され、2001年に発効した⁴⁷⁷。2010年にも必要な改正がなされるが、現行の使用賃貸借法はほぼ2000年(2001年)の改正によったものである。

以上が、戦後の使用賃貸借法の変遷である。戦争という非常事態が終結するに伴い、使用賃貸借においても規制緩和・規制の撤廃が積極的に行われたことが窺われる。一方で、人口が密集している大都市などでは需要と供給の関係で、使用賃借人を保護する立法が必要とされたのである。したがって、賃料規制などの使用賃借人保護と賃貸住宅の供給確保のバランスを常に取ることが要請されてきたと言えよう。そして、現在においても社会住宅や公的助成住宅には賃料規制が存在し、社会条項としてBGBに使用賃借人の保護規定が随所に置かれているのである。戦後の使用賃貸借法制は、このように社会法思想との関

⁴⁷¹ Vgl. [Staudinger/Emmerich] Vorbem zu § 535 Rn.11, [Häublein] S.9.

⁴⁷² 第一住居空間解約告知保護法、使用賃借権改良法。前者は使用賃貸人が通常の解約告知について、契約の終結に対して正当な利益を持っている場合にしか行うことができないということを定めるものである。Vgl. [Häublein] S.9. 後者は州政府が一定の法秩序を制定できるとするものである。

⁴⁷³ Vgl. [Staudinger/Emmerich] Vorbem zu § 535 Rn.13, [Häublein] S.9.

⁴⁷⁴ Vgl. [Häublein] S.9.

⁴⁷⁵ Vgl. [Staudinger/Emmerich] Vorbem zu § 535 Rn.16.

⁴⁷⁶ Vgl. [Staudinger/Emmerich] Vorbem zu § 535 Rn.16.

⁴⁷⁷ Vgl. [Staudinger/Emmerich] Vorbem zu § 535 Rn.16. [Häublein] S.9 f.

係に必要な保護がなされたのであり、これは日本においても変わるところはない。さらに、使用賃貸借法制が複雑となったために、使用賃貸借法を新たに編成しなおしたことは、法律を誰しもが理解できるようにすることを目的としたものであり、これは社会的な法律は簡明である必要があることを示すものであるといえよう。この点は、日本法における借地借家法が民法と完全に独立していることとの関係で、参照されるべきところかもしれない。いずれにせよ、使用賃貸借法制はやや使用賃借人に有利となるように制定されているという点で、日本の借地・借家法制と軌を一にするものである。次節において、本章のまとめを行うとともに、この一連の流れをどのように捉えるのかについて指摘したいと考える。

第8節 ドイツにおける使用賃借権の物権化論の概観

相前後するが、ここでドイツにおける物権化論の主要なものを提示したい。なお、日本の賃借権の物権化には、ドイツの議論が影響している。したがって、本節では、重複しない限りでの使用賃借権の物権化論を示すに留めたい。

ドイツで使用賃借権を物権として考察したのは、*Löning* である。まずは、彼の論証を簡単に追っておきたい。

第1款 *Löning* の物権論

ある法制度が債務法であるのか、それとも物権法であるのかということは、その法制度が実現する利益により分配しうる⁴⁷⁸。売買や請負契約などは、「変更利益」を実現するものであり、経済状況の移行を目的としている。つまり、財産が移転することにより、それが利益となるということが目的とされているのである。これと対置するのは「保持利益」である。これは、妨害されず、いつでも限界づけられることなく享受しうることを目的としている⁴⁷⁹。そして、この保持利益を実現する権利が、物的な権利であるとするのである⁴⁸⁰。この保持利益のメルクマールは、継続性と絶対性である。継続性とは、その保持を内部に住まわせているものである⁴⁸¹。つまり、法律制度自体が根底にある利益を継続的に充足する可能性を与えている場合のことを指すのである。使用賃貸借契約は、使用賃借人に義務として利用の供与を示している。しかし、法律は利益状況を正しく解決していない。使用賃借人が目的物を占有している場合に、もはや給付は必要ない。使用賃貸借関係はつまり継続性に適うものなのである⁴⁸²。

また、変更利益は、義務者が法律関係の終結をもたらす権能を定めるものでもある。例え

⁴⁷⁸ Vgl. [*Löning*] S.18.

⁴⁷⁹ Vgl. [*Löning*] S.10.

⁴⁸⁰ Vgl. [*Löning*] S.11.

⁴⁸¹ Vgl. [*Löning*] S.26.

⁴⁸² Vgl. [*Löning*] S.26.

ば、任意の一方的な法律関係の消滅の方法について解約告知が採用されている。これは、法律関係の消滅をきたすために、ある権利についての継続性を破るものであるとも考えられる。しかし、そのような法律関係の終結方法の存在は、継続性を侵害しない⁴⁸³。なぜなら、このような終結方法は、債務関係に制限されているからである⁴⁸⁴。保持利益との関係における継続性や保持利益が実現する法律関係の認識として特徴付けられることは、同時に物権的メルクマールの性質を与えるものである。

そして、もう一つのメルクマールが絶対性である。絶対権を持つものは、特別な関係から引き離され、いわば全員に対して効力を持つこととなる⁴⁸⁵。したがって、すべての闖入者は周辺に留まることとなる。絶対性とは、権利の保持者のその他のすべての法主体との関係が同等である限りでの権利である⁴⁸⁶。つまり、保持利益は、関係者の経済状況の維持に向けられるものであり、第三者の妨害によって侵害されることで顕在化する。したがって、このように第三者の侵害が存するような相対的な状況によって、絶対的な効果というものが実際には形作られるのである⁴⁸⁷。このような利益状況に基づいて、物権のメルクマールというのは理解されることとなるのである⁴⁸⁸。

物的権利、保持利益は、直接に財産を把握するものである。そして、完全な服従を伴わせる権利が所有権である。物の利用に向けられた利益の場合には、単なる保持者が完全な使用を可能とする。物を占有している者は、物についてのすべての実現可能性を持っていることとなる。常に関係する目的物の直接の把握に向けられた利益は、物的な内容を汲み尽くされているのである。

ある者が契約によって、毎日8時から12時まで守衛室にいることが義務付けられていた場合には、単に守衛室にいるだけで契約の履行となる。雇い主の利益は確かに定められた時間中ある者が守衛室にいることであり、したがって決められた時間状態を維持していればよい。しかし、雇主はこの利益を義務者自身の行為によって獲得しうるにすぎない。国家的な法に基づけば、誰もが法律の制限内で自由に相手を使って行為することができる。法律は、その制限として相手の自由を侵害しないことを義務付けているのである。

ある者が奴隷として上述の雇用が義務付けられている場合には、実際の状況は上述の例と同じとなる。雇用主の利益は、ある者が定められた時間中定められた場所にいることである。したがって、この利益は *Löning* の主張する保持利益である。しかしこれが成功するためには、奴隷の服従関係において、労働力提供の義務は不要である。彼の労働力は雇い主に帰属しているからである。

⁴⁸³ Vgl. [*Löning*] S.31.

⁴⁸⁴ Vgl. [*Löning*] S.37.

⁴⁸⁵ Vgl. [*Löning*] S.48.

⁴⁸⁶ 後述のように、例えば奴隷が登場する場合には、法的状況が異なるのである。

⁴⁸⁷ Vgl. [*Löning*] S.54.

⁴⁸⁸ Vgl. [*Löning*] S.48.

つまり、雇用契約においても、被用者の態様によっては保持利益を達成する場合が存する。*Löning* は、債権か物権かということを経済状態が変化することに向けられた利益か、それとも経済状態を保持することに向けられているかによって決めているのである。

それでは、使用賃借権はどのように考察されているであろうか。まず、使用賃借権の絶対性については BGB 571 条以下（現 566 条以下）に基づくとする。そして、その他の使用賃借権の効力を定める規定についても、その絶対性が認められるとする⁴⁸⁹。しかし、*Löning* は、*Cosack* が説いたように妨害排除訴訟によって把握されるとした⁴⁹⁰、いわゆる拡張解釈による絶対性の獲得には反対している⁴⁹¹。この絶対性により、新しい取得者が使用賃借人の賃借目的物（取得者から見れば売買目的物）の使用を拒む場合には、使用賃借人には賃借目的物の引渡しについての訴訟を提起することも認められている。使用賃借人に実際に与えられなければならない返還請求訴訟をしようする権能は、使用賃借権の絶対的効力から導かれている。これにより、使用賃借人は取得者によるあらゆる侵害から保護されるのである。このような結果は、債務法的理論を選択する場合には、この望ましい簡明さに賛同することは難しいであろうと指摘するのである⁴⁹²。

以上のように、*Löning* は、使用賃借権が絶対性を持ち、そして保持利益を実現するものであることを立証し、使用賃借権が物権であるということを主張した⁴⁹³。このような見解は、確かに説得力を持つものと考えられるが、使用賃借権が必ずしも保持利益の実現にのみ仕えるものではないことや、法律上絶対性を達成しているにすぎない使用賃借権が、本当に物権と呼べるのかなどといった問題が解決されたとはいえない点が問題点として指摘されるところである。

第2款 *Weiß* の批判

この *Löning* の見解に異を唱えた者として *Weiß* が挙げられる。彼は、著書“*Ist die Grundstücksmiete ein dingliches Recht?, Versuch einer Kritik der Lehre Löning's in "Die Grundstücksmiete als dingliches Recht, 1930"*”⁴⁹⁴において、批判的な考察を行っている。

まず、足がかりとして使用賃借が土地に対する負担であるとする場合には、BGB 873 条以下により登記簿への登記、ならびに合意がなければならぬはずであることを指摘す

⁴⁸⁹ Vgl. [*Löning*] S.149、例えば不法行為についての 823 条などを念頭に置いている。

⁴⁹⁰ Vgl. [*Cosack-Mitteis*] § 105 I.

⁴⁹¹ Vgl. [*Löning*] S.150、それは、妨害排除訴訟の提起が認められる権利について BGB は明白にしているにもかかわらず、拡張解釈によってこれが認められてしまうとすると、法的安定性を害することになってしまうことが理由であるとする。

⁴⁹² Vgl. [*Löning*] S.260.

⁴⁹³ この *Löning* の論文は大著であり、本稿で紹介した以外にも様々な検討を行っている。とりわけ、使用賃借権との兼ね合いで把握されるべき条文について逐一検討を重ねている部分も参照されるべきである。しかしながら、本論文では概要を示すに留めたい。

⁴⁹⁴ 本文献は、ドイツ・ハンブルクのマックスプランク外国私法国際私法研究所に所在するものである。

る⁴⁹⁵。しかし、使用賃貸借契約は 535 条により使用賃貸借契約を結ぶことによるのみで成立する。したがって、使用賃借権は物権とは考えられない。BGB 879 条は、先に登記した物権が優先することを規律するものであるが、使用賃借権は登記し得ないため、このような順位関係を示すこともできない⁴⁹⁶。ここからも、使用賃借権が物権とは考えられないということを示しうるのである。

物権を誰に対しても主張できる排他的権利であると考えられる場合には、使用賃貸借は、実定法が排他的効果を与えている場合にのみ物権となりうる⁴⁹⁷。使用賃借権を物権と考える者は、BGB 571 条（現 566 条）を挙げ、使用賃借人が取得者等第三者の取得から保護されることを指摘する。使用賃貸人は確かに使用賃借人に使用賃借物を使わせることを認めなければならない（これは、使用賃貸借契約の本質である）。しかし、この義務はあくまで使用賃貸借契約に基づく、債権的な義務にすぎない。したがって、使用賃借権を保持していることが、直接に物の使用を可能とするというわけではない（反対に、所有権などの物権は、権利の保持が物の利用を直接に正当化する）。使用賃借権の保持は、使用賃貸人に物の利用を認めさせる権能を認めるにすぎないのである。使用賃借人の物の利用は、使用賃貸人の「介入」があってはじめて可能となるのである。そして、取得者たる第三者はこの使用賃貸借関係とは無関係であるから、本来的に第三者はこの使用賃借権を顧慮する必要はなく、使用賃借人を本権（所有権）に基づいて追い出すことも可能である。しかし、BGB 571 条（現 566 条）により、使用賃貸借関係が第三者に引き継がれるために、使用賃借権を保持する使用賃借人が、賃借目的物を今度は第三者の「介入」によって使用することが認められるのである。すなわち、ここでは使用賃借人が使用賃借権により直接に物を把握するのではなく、新旧使用賃貸人の「介入」による間接的な物の把握が認められているにすぎないのである。したがって、使用賃借権が物権でないと考えられることは、BGB 571 条と矛盾するものではなく、むしろ債権であることが示されているのである⁴⁹⁸。

Weiß は、以上のように論証し、使用賃借権が物権でないことを論証しようとした。そして、現在の学説も *Weiß* の見解と軌を一にするものが多い⁴⁹⁹。たとえば、*Schön* は使用賃借権が登記できないことや、他の物権関係との順位関係が明確化されていないことを理由に、物権説を否定する⁵⁰⁰。また、地役権との関係で、使用賃貸人は賃借目的物を維持補修する義務があるが、地役権であればそのような義務は生じないことを指摘する⁵⁰¹。そして、「したがって、『使用賃借権の物権化』という議論の文学的常套句は、給付と反対給付

⁴⁹⁵ Vgl. [*Weiß*] S.21.

⁴⁹⁶ Vgl. [*Crome*] S. 49 ff.

⁴⁹⁷ Vgl. [*Weiß*] S.22.

⁴⁹⁸ Vgl. [*Weiß*] S.24 f., [*Crome*] S.28 ff.

⁴⁹⁹ Vgl. [*Schön*] S.329.

⁵⁰⁰ Vgl. [*Schön*] S.329.

⁵⁰¹ Vgl. [*Schön*] S.331.

の拘束の可能性の問題を物的権利関係の枠組みで制限しうる。したがって、使用賃貸借と物的利用権のこの競合問題は、一般的な反対給付義務と用益権の地役権の特徴付けとの間の関係の問題設定に基づいて解決される⁵⁰²と結論づけているのである。Canarisは、使用賃借権の物権化の一つの表れとして、使用賃借権における「売買は賃貸借を破らず」の原則を示している⁵⁰³。ここでは、公示の原則については相手が占有、少なくとも使用していることによって達成されていることを指摘し、登記可能性がないことを克服しようとしている⁵⁰⁴。Füllerは、使用賃借権と占有との関係を強調し、使用賃借権が物の把握を認めていることを重視している⁵⁰⁵。Füllerは、「物権化」ということについて、物権化していないと考える場合には債権による権利であることを強調し、物権化していると考えられる場合には、BGB 566条による承継保護を強調することを指摘している。そして、承継保護を与えること自体は立法者の恣意によるが、承継保護を与えられるとすれば、そこで使用賃借権の性質は不分明のものになってしまうと考えている⁵⁰⁶。結局、使用賃借権の物権化についても、どのように境界づけるのかということによって変わるものであると指摘しているのである⁵⁰⁷。

第3款 まとめ

以上、ドイツの学説について概要を示した。前述のように、本稿においては学説の骨子を示すことが肝要である。日本の賃借権は、対抗力を容易に獲得するための強化過程があるものの、ドイツにおいてはBGBにおいて使用賃借権の保護規定が置かれたため、それにより使用賃借権が物権なのではないかという議論を呼びやすくなったといえる⁵⁰⁸。

Löningが使用賃借権をある側面から物権であると考えてのに対し、現在の通説的見解は登記ができないことや、債務法的な使用賃貸人の義務履行が使用賃借人の利用を実現していることなどを指摘し、債権説を主張している。ここで注意されるべきは、批判されていることというのが「使用賃借権は物権である」という点である。使用賃借権が物権であるかという枠組みでは、そうではないということが主張されやすい。実際にも契約により双方

⁵⁰² Vgl. [Schön] S.332.

⁵⁰³ Vgl. [Canaris] S. 393 ff.

⁵⁰⁴ Vgl. [Canaris] S.393 f.

⁵⁰⁵ Vgl. [Füller] S.87 f.

⁵⁰⁶ Vgl. [Füller] S.88.

⁵⁰⁷ Vgl. [Füller] S.90、管見の限りでは、本文献は使用賃借権が絶対権に近づくことを指摘するものの、実際にどうであるかということを確認にはしていないように思われる。もちろん、本文献は使用賃借権の物権化を論じるものではないため、この点を批判することは適切ではない。

⁵⁰⁸ 日本における賃借権は、登記可能性を認めている点では、ドイツよりも保護が厚かったといえるだろう。しかし、その実際の意義が乏しくなってしまった。実際に民法典に規定されているように当初より登記法が行われていれば、ドイツにおける議論よりも賃借権の物権化が強く主張された可能性もあるかもしれない。

に義務が生じるため、これが債権であると見ることが自然である。しかし、物権化を「物権に接近している」という枠組みで捉える場合には、*Canaris* や *Füller* が指摘するように、債権を純粋な債権の枠組みに押し込むことは難しく、物権と債権との境にある不分明なものであるということがいえる。つまり、原初に行われていた使用賃借権の物権性の論証は、*Weiß* や *Crome* が反論をすることでなりを潜めたわけであるが、物権に接近しているという枠組みで現在は論証が試みられているということができよう。使用賃借権を純粋な債権に押し込めることができない、ということは日本にも共通するところである。

このように、ドイツの使用賃借権の分析においても、物権と債権との峻別を前提に、基本的に債権と考えることが認識されており、しかしその位置づけを試みる際には純粋な債権とは言い得ないのではないかということが指摘されているのである。前款に指摘したように、物権債権の峻別についてはその意義が強調されなければならない。前款に摘示した妥当性は、ドイツにおいて主張されたものであるから、これはドイツにおいても同様に理解されるであろう。その枠組みが重要視されなければならないという前提に立った場合には、ある権利をどちらに置くべきかは常に意識されなければならない。しかし、使用賃借権は強化されており、少なくとも純粋な相対的権利とはいえない。ただし、相対的権利を強化してはならないということは決してない——少なくとも、現在の立法がそれを行っている以上、そしてそれが実効性を得ている以上、それ自体は批判し得ない——のであって、その現象をあるいは「物権化」あるいは「使用賃借権が不分明となった」と位置づけ検討することが必要であるのである。実際にも、そのような検討がなされていることは、上述のとおりである。

したがって、ドイツの現在の学説が首肯されるべきものであらうと考える。物権説を主張するのであれば、債権が強化されてはならないこと、そして現在の使用賃借権が債権とされていること（そのように法典に示されていること）を間違ったものであるということを実証的に示さなければならない。しかし、そのような試みが、使用賃借権が保護されている中でどれほど必要なことなのか、という問題があらう。もちろん物権であると示すことも、使用賃借人が保護されるという点では意味があるが、これは最終的には立法的判断によるものであり⁵⁰⁹、使用賃借権の今の枠組みを分析することのほうが資するところが多いのではなからうか。

第4款 日本とドイツの物権化論の考察

日本とドイツの（使用）賃借権の物権化論から導かれることはすでに各所でまとめたため、本款では両者の接合を踏まえつつ考察したい。

日本においては、すでに賃借権がどちらに組み込まれるべきなのということについての議論は、放棄されているということが指摘しうる。したがって、ある問題が生じた場合

⁵⁰⁹ Vgl. [*Füller*] S.88.

に、賃借権によってどのような主張ができるのかということ、実際の問題点から敷衍して検討されることとなった。このような検討は、賃借権がどのような権利であるかということ、「賃借権」からというよりも、「ある問題に対応した賃借権の強化」から行っているという。つまり、賃借権が強化された後に、その賃借権から効果を導き出しているものであり、純粋に債権であるからという議論はすでにされ得ないこととなる。このようなことが、特別法の範疇で行われているために、民法典に引きつけた議論が難しくなっている。必要であるから特別法が補填しているということを強調するのであれば、賃借権そのものは弱いものであるということが強調され、特別法も組み込んで検討するというのであれば、それは強いものであるということが強調される。このように、「特別法」の位置づけでもその如何が変わりうるものであり、ことさらに賃借権の性質を論じることがそれほど効を奏しないと考えられているのではないだろうか。

ドイツにおいても、BGB 制定の際にすでに行われた使用賃借権の強化をもとに、その効果が検討されている。BGB という根本的な法典が使用賃借権の強化を法定したために、本来的な使用賃借権についてが議論の対象とされたのである。少なくとも BGB に入っているということは、BGB が考える債権の枠組みの中で、補填が行われているということとなる。これは、使用賃借権たる債権に内在する強化内容なのであり、これを包摂した使用賃借権の性質を考えることが可能となる。したがって、使用賃借権が物権であるということも、あるいは説得性を持ちうるのである。しかし、実際にはそのような主張は否定されている。BGB において債権とされており、物権に必要な内容を伴っていないことがその要因である。ただし、ドイツにおいても *Canaris* の債権の物権化論に見られるように、債権が物権に接近していることが意識されているのである。このように考えると、ドイツの議論において物権債権峻別論が意識された上で、その第三の類型ともいえる、「物権に近づいた債権」というものが観念されざるを得ないことが認められていると考えられる。

一方で、日本においても、「物権に近づいた債権」ということが（黙示であるとしても）意識されていることは、指摘しうるであろう。賃借権が実際に「物権化」しているからこそ、妨害排除等の必要な措置が認められ、しかしそこには例えば法令による要件が充足されていることも求めているのである。これは、まさしく賃借権の物権への接近が、立法手当てによって可能となることを認めているのである。したがって、物権債権峻別論に則り、その中間的な形態が自ずと認められることを示していると考えられるのである。

第9節 まとめ

本章では、ドイツにおける使用賃貸借について、その変遷を追ってきた。日本においては、島国である関係上賃貸借についても独自の発展を遂げてきたと言っても過言ではないが、ドイツにおいてはヨーロッパ諸国の影響を受けずして法制度が発展することはあり得なかった。

1. 16世紀の使用貸借

16世紀においてはフランスに端を発する人文主義の影響を強く受けた。そして、法律制度としてはローマ法によるものが多かった。そのため、使用賃借人の地位は極めて弱いものとされた。使用貸借をそもそも一時的なものと考えていたローマ法において使用貸借が極めて脆弱な権利と定められたことは、対人訴権を生じさせるにすぎない使用貸借関係にあっては当然のことである。しかし、この時代には使用貸借が単純な動産のみを対象とした、脆弱でもそこまでの問題を生じさせない物との関係においてのみの制度ではなく、不動産など重要な物との関係においても締結されていた。そこで、一定の場合には使用賃借人が保護されるべきなのではないかと考える者も少なからず存したのであった。したがって、様々な方法で使用賃借人を保護しようと努めたのである。実務においても、使用賃借権が債権であるとされたことが、少なからず影響を及ぼすこととなった。そして、その上で使用賃借人を保護する様々な方法が考えられたのであるが、その影響力は決して強くはなく、「売買は使用貸借を破る」の原則が妥当とされざるをえなかったのである。この時代に使用貸借を強化しようと考えた学者・実務家は、その時代の実際の使用貸借がどのようなものであったのかということも踏まえながら、使用賃借人の地位を向上させようと努めたのである。そして、その保護の方法はローマ法の法制を利用して妥当な結論を導くというものであり、この手法は法を解釈するというものであり、この時代にも定められた法の枠組みでできるだけ解釈をなすべきであるということが了解されていたことが窺われる。しかし、ローマ法の枠組みで、使用賃借人の地位を向上させることは難しいことであったことが分かるのである。

2. 17世紀の使用貸借

17世紀に入ると、ローマ法の影響を多分に受け、普通法が生じることとなる。普通法は、ドイツ法で行われていたことにも意識が向けられていたため、「パンデクテンの現代的慣用」により、ローマ法を土台に据えながらも、必要な修正がなされていた。売買が賃借を破ることそのものが変えられることはなかったものの、使用賃借人が簡単には追い出されないようにするなどの手当ては行われた。そして、*Zoll*は使用貸借が売買には破られないと考えるなど、使用賃借人の地位の向上に努める者もいたのである。このような向上の背景には、ドイツの土着の法の思考があったとすることができる。ドイツには、「売買は使用貸借を破らない」という考え方が存し、地方特別法にはそちらの原則を採用するものもあった。普通法においてはローマ法由来の「売買は使用貸借を破る」の原則が採られていたため、原則そのものを変更することは認められないとするものが大半ではあった。これは16世紀における使用賃借人の地位の向上の試みにも表れているように、やはり存在する法を逸脱しない範囲での解釈が望まれていた結果であろうと思われる。しかし、ドイツに存した使用賃借権はローマのそれよりも強いものであったことは確かであり、その影響を受け、使用賃借人の地位が自ずと向上することとなったことは意識

されなければならない。それが、簡単には使用賃借人が追い出されないこと、すなわち、使用賃借人を追い出すには裁判所の決定を要すること、を導いたのである。しかし、使用賃借権が今よりも弱いものであったことも忘れてはならない。

3. 18世紀の使用賃貸借

18世紀にはヨーロッパを席卷していた自然法思想がドイツにも流れ込んだ。自然法思想は、私法体系に影響を及ぼしたとされる。そして、契約の成立が当事者の自由を必要な範囲で制限するという考え方ももたらした。これにより、使用賃貸借契約においても、所有者である使用賃貸人が、所有権の行使の自由があるにもかかわらず、契約によりそれが制限されるということが考え出されたのであった。これは、所有権を制限することとなるから、自然と使用賃借権も物的な性質を持って、それゆえ所有権が制限されるのであるということも導くことにもなった。しかしこのことは、使用賃貸借関係を債権と考えるべきと考える者の反対を受けることとなった。ここにも、解釈が現存の法にしたがってなされるべきであるという思考が存するのである。そして、*Kant*は自然法による使用賃借権の強化と、当時通用していた「普通法」における使用賃借権が債権であるという思想を融和させることを試みたのであった。この融和の形は、おそらく現行の日本民法の考え方に近いといえる。実際には、最初の大法典であるマクシミリアン法典は普通法の考えをほとんど脱しなかったものの、プロイセン一般ラント法は使用賃借権を占有と結びつけて物権であると法定した。これは、ドイツで実際に行われていた法に最も忠実であったといえることができるであろう。プロイセン一般ラント法は、その条文数からも抽象的な法体系というわけではない。実際の法の集成的位置づけがされるものである。それゆえ、使用賃借権を強化する必要が感じられたのではないと思われる。したがって、プロイセン一般ラント法はローマ法系の学者にとっては認められない法体系であったことは間違いがない。使用賃貸借が物権とされること自体が、ローマ法と相反する方向のものであるからである。

4. BGBの編纂

したがって、BGBの編纂の際にはプロイセン一般ラント法の方向性は採られなかった。BGBの編纂にはローマ法学者の影響が強大であり、パンデクテン体系を採るとともに、使用賃貸借についてもローマ法の枠組みにおける法制定が目指されたためであった。そして、「売買は使用賃貸借を破るかどうか」についても、ローマ法に忠実に「破る」の原則が採られたのであった。実際に第一草案理由書には、「売買が賃貸借を破らない」原則についての問題点が指摘されていた。プロイセン一般ラント法で行われた登記を要せずして使用賃借権が物権とされることを批判したのである。そして、債権ではあるものの使用賃借人に必要な措置を講じることは可能であり、それにより十分な保護が与えられるとした。それゆえ、物権とされなくても問題はなく、債権に組み込まれることとなったのである。しかし、この第一草案には多くの批判がなされ、使用賃貸借について「売買は使用賃

貸借を破らない」の原則が採用されることこそ、ドイツ法の精神であるべきとされたのである。ここで、議論の焦点が「売買は賃貸借を破る」の原則に移行してしまい、使用賃借権を物権とするか債権とするかについての議論はそれほど強く要請されることがなかった。したがって、第二草案は「売買は賃貸借を破らない」原則を採用することを表明したにすぎず、物権とするという結論には至らなかったのである。つまり、BGBの第一草案でおこなわれた使用賃借借を債務法へ組み込むという大枠組に関しては維持されることとなったのであった。

5. BGBの運用過程

そして、BGBの施行後は、社会法思想と戦争という非常事態により、弱者たる使用賃借人の保護のための法制度の確立に力が注がれた。社会的弱者である使用賃借人にとって最も重要であり、かつ弱点であった「使用賃貸料」について、そして賃料値上げを目的とした使用賃貸借の解約の問題に対して、立法的な手当てがなされるようになるのである。これら使用賃貸借関係への国家的介入は、私的自治や市場経済に対する介入となるため、本来的には一時的な手当てでなければならなかった。戦時中は、国民が大都市に居を構える必要から需要が増大したため、使用賃貸人が賃料を恣に上げようとした。しかし、これは延いては国力の低下をもたらしかねなかったため、国家的に使用賃貸料の統制を行ったのであった。この使用賃貸料の介入は、戦後の経済においても必要となった。都市への人口集中状態がそれほど解消されなかったため、都市における使用賃借人の地位は（需要者という意味で）低いものであったからである。それゆえ、必要な介入は戦後も継続することとなったのである。

ここまでの検討を踏まえると、ドイツにおいてもやはり「対人的関係」として使用賃貸借関係を把握すると考えざるをえないことが窺われる。もちろん、不動産賃借権について「強化」の過程を見ることは可能であるが、これは根幹には「債権関係」が置かれていることを基本としての分析であると言える。もっとも、「強化の必要性」は日本と同様に意識されており、そのための議論も存したのであるから、この点は不動産賃借権の現状の性質を考える上では意識されるべきものとも思われる。この点については、最後にもう一度検討することとし、次章ではオーストリア法から物権債権峻別論の否定論を見ることで、異なる視座を得たい。

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

第1節 はじめに

(1) 物権債権峻別論をめぐる議論状況

赤松秀岳『物権債権峻別論とその周辺』は、物権債権峻別論についてドイツの議論を取り上げて検討したものとして著名である。その後も、物権債権峻別論を問題意識に置く研究を

散見することはできる⁵¹⁰。しかし、物権債権峻別論のまとまった成果を著すものは、赤松の研究と言えよう。赤松の問題意識は次のものである。すなわち、物権と債権が分けられた体系下では、物権にのみ排他性、優先的効力、物権的請求権などが認められる⁵¹¹。したがって、日本で大きな問題となった不動産賃借権に基づく妨害排除については、実務上の必要性は別として、理論上は認めることはできない⁵¹²、ということである。そこで、日本における物権債権峻別論を検討するために、物権債権峻別論の由来となったドイツ法学の議論を参照した。これにより、「……〔物権債権峻別論の〕由来、その考え方としての構造と問題点、そして、その克服の可能性……場合によっては、『峻別論』や債権の『物権化』に関する学説の基盤となっている考え方」⁵¹³を明らかにしようとした。そして、次のような示唆をしている。「今日、わが国においては、物権と債権の区別にかかわる問題、たとえば、賃借権の物権化は、以前ほど好んで論じられるテーマではないようである。しかし、複雑な現代社会が絶えず古典的な物権と債権の区別に再検討を迫る問題を提起していることは、想像に難くない。この点において、かつて物権と債権を極めて厳格に峻別したドイツ法学のその後の対応は、われわれにとっても参考となるであろう。」⁵¹⁴

また、以上のような指摘は於保不二雄の研究にも現れている。すなわち、物権債権峻別論

⁵¹⁰ 例えば、生熊長幸「仮登記について——物権・債権という概念との関係において」法学 36 卷 3 号 (1972 年) 1 頁以下、佐賀徹哉「物権と債権の区別に関する一考察 (1) —— (3・完) —— フランス法を中心に——」法学論叢 98 卷 5 号 (1976 年) 27 頁以下、同 99 卷 2 号 (1976 年) 36 頁以下、同 99 卷 4 号 (1976 年) 62 頁以下、好美清光「賃借権に基づく妨害排除請求について——物権と債権の交錯」法経研究 1 卷 3 号 (1990 年) 22 頁以下、平田陽一「物権と債権の性質——法的概念構成のための覚書」白鷗法学 8 卷 (1997 年) 95 頁以下、中山秀登「ドニストリャンスキーによる物権論と債権論」法學新報 111 卷 7/8 号 (2005 年) 81 頁以下、水津太郎「ヨハン・アーペルの法理論——物権債権峻別論の起源」法学研究 82 卷 1 号 (2009 年) 385 頁以下、森田宏樹「物権と債権の区別」新世代法政策学 17 号 (2012 年) 45 頁以下など。また、大場浩之『不動産公示制度論』(成文堂、2010 年) も問題意識の根底には物権債権峻別論があるように思われる。

⁵¹¹ [赤松] 1 頁参照 (初出は、「ドイツにおける物権・債権峻別論の展開」徳島文理大学研究紀要 33 号 1 頁以下)。

⁵¹² [赤松] 2 頁参照。なお、ドイツ法における絶対権相対権峻別論については、[於保] 91 頁以下 (初出は、法学論叢 70 卷 2 号 3 頁以下) に記載がある。もっとも、「……一方においては、近代法における財産権の原理的・論理的対立概念としての絶対権・相対権の区別は否定しえないとともに、他方にあつては、債権の譲渡性・財貨性、したがって債権の財産権性の高度化からすれば、債権の不可侵性を承認せざるをえなくなる。このことは一見して矛盾している。しかし、債権の相対性を強調するあまり、債権の不可侵性を否定しきすることは正当ではない」と指摘し、ドイツでも債権保護規定があること、しかし、それだけで絶対権・相対権の区別が否定されたり、反対に債権の不可侵性が無制限に認められたりするわけでもないという。後に説明する本稿の問題意識の先取りとなるが、結局のところ区別を否定しないが、かといってその区別によっては把握しきれない事象があるということを指摘したとしても、それは何ら区別の必要性を説明したことにはならない。

⁵¹³ [赤松] はしがき 1 頁参照。

⁵¹⁴ [赤松] 197 頁。

は岐路に立たされており、物権と債権とに二分することが難しい法現象が生じている。これは、ドイツにおいても同様であった。そこで、ドイツでは絶対権と相対権を区別しながらも、絶対権・相対権の性質には完全には合致しない法現象をどのように説明するかが検討された。その成果は、赤松研究にて紹介されている。そして、物権債権峻別論では捉えきれない種々の権利を説明することについて、日本でも検討しなければならないのではないか、ということが示されているのである。

その後10年ほどを経て、日本私法学会のシンポジウムで「財産法理論の展開」というテーマで物権債権峻別論が扱われた。そこで、加藤雅信は「社会の現実としては、どのような場合にどのような強さの『権利』が必要かという程度は連続的に連なっているところを、民法典は物権、債権という二つのカテゴリーに分類したことになる」⁵¹⁵と指摘しつつ、赤松の著書を引用し、物権と債権との「中間形態」⁵¹⁶が存在しうることを示した。そして、「このように中間的な形態も存在しているが、最初に検討した物権や債権の種々の属性に着眼しながら、物権と債権の生成を考え、現行法の下での種々の中間的な存在や、歴史的に中間的な存在であった『対物権、物への権利』(jus ad rem 現行民法では特定物債権として観念される)等を考察していくことが、現行法の物権、債権の峻別の法構造を考えるうえで重要であろう」⁵¹⁷という。このことから、赤松・加藤に共通する思考として、物権と債権との中間形態を認めつつ、物権債権峻別論は維持するということが読み取れる。しかし、赤松の当初の問題意識は、物権と債権との峻別により、前者にのみ認められるべき性質は、後者には認められないはずであるのに、債権に物権的な効力を付与できるのか、ということであった⁵¹⁸。このように考えると、少なくとも民法上の権利は物権と債権とに二分されなければ、議論が成立しない。中間形態が認められるならば、債権に物権的効力を付与するという思考をとらずに、物権的効力を有する債権あるいは債権的効力を有するにすぎない物権は、中間形態と捉えればよいからである。そして、中間形態を認めるとしても、債権が物権的効力を有するということは、矛盾している。ある権利が物権であるからこそ、「物権」的効力が認められるということが、文理からして素直な読み方だからである。この物権的効力が債権にも認められるのであれば、それはその債権に認められる効力なのであって、これを「物権」的効力であると呼ぶのは、債権が「物権」的なのかという奇妙な感を覚える。それならば、素直にすべての権利について、個々に効力を検討すればよく、ことさらに「物権的効力」、「債権的効力」と呼ぶ必要はない。

⁵¹⁵ [加藤雅] 72頁。傍点は筆者による。

⁵¹⁶ 「中間形態」とは、赤松研究では不動産賃借権の物権化や生活妨害の差止請求、請求権競合論、債権担保、対抗要件を備えない物権変動、物権の権利濫用（[赤松] 325頁・326頁参照）などが、加藤論文によれば不動産賃借権の物権化、仮登記された債権、背信的悪意者の物権、一般先取特権付きの債権（[加藤雅] 72頁参照）などが挙げられている。

⁵¹⁷ [加藤雅] 73頁。

⁵¹⁸ [赤松] 2頁参照。

では、なぜ物権債権峻別論が必要とされるのだろうか。しかし、物権債権峻別論は所与のものとしており、必要かどうかを検討する論文は管見の限りではほとんど見られず、管見の限りでは先のシンポジウムでの瀬川信久の報告にて、物権債権峻別論の意義が検討されており、そこでは我妻栄、川島武宜の議論が参照されている。川島は取引の自由と安全、我妻は競争と自由の枠組みで、物権と債権を捉えていることが指摘されている⁵¹⁹。そして、物権と債権とが具体的な場面でどのように捉えられるかを検討しようとし、「特定利益取得型」、「金銭価値取得型」、「預託型」のそれぞれの契約と「契約によらない債権」の場面を設定して検証をしている⁵²⁰。そして、これらの検討から「……これまでの二分論が見落としてきたものを明らかにし、採用していた視角を自覚することは、物権・債権二分論を今日の社会に適應させる作業の第1歩であるように思われる」⁵²¹と締めくくっている。瀬川報告は、一律に物権債権を峻別することはできず、その背後にある事実関係から物権的効力を与えるべきかを検討すれば良いことが示されている。その類型として、四つの場面が設定されている。この報告は、物権債権峻別論という抽象的理論を、類型論を介して現代社会に妥当させようとする試みであったと評価できる。

以上の物権と債権をめぐる議論を踏まえると、次のような結論を見出すことができる。すなわち、物権と債権との二項対立については維持するということである。そして、物権と債権とを両極に置いた際に、「中間形態」をどのように扱うか、もう少し正確に述べれば、中間形態の出現は当然に認めつつも、物権と債権とで権利を区別するとすれば、その中間形態についてはどのような性質であるというべきなのか、この位置づけを明確化する必要が問われたわけである。

(2) 解釈をめぐる問題

物権と債権の区別については、「中間形態」を認めることによって、現実との妥当性を見出すことができるとすれば、これといった問題点は生じない。物権と債権とに権利は二分することが物権債権峻別論であるとすれば、確かに中間形態の出現は物権債権峻別論にとって致命的となる。しかし、瀬川も、「……どのような分類でも流動的な中間物の存在は避けられないから、この懐疑論は物権・債権の区分にとって致命的ではない」⁵²²と指摘するように、現在の物権債権峻別論は特に中間形態を排除するものではないと考えることが、共通理解となっていると言える。したがって、一方では特に問題はないわけである。

しかしながら、他方で言えることは、パンデクテン体系が物権と債権とに二分して法典を編纂させるのは、法典の編纂の際には物権と債権とが権利の種類であると考えられたから

⁵¹⁹ [瀬川・物権] 111 頁参照。

⁵²⁰ [瀬川・物権] 112 頁以下参照。

⁵²¹ [瀬川・物権] 115 頁。傍点は筆者による。

⁵²² [瀬川・物権] 107 頁。

である。そうすると、やはり権利は物権か債権かに分けられるという思考は否定されない。そして、不動産賃借権の物権化に代表されるいわゆる「中間形態」を、どのように位置づけるかという問題提起は必要なはずである。

そこで、物権と債権とを二分することによるメリットが何なのかということが問われよう。物権債権峻別論は純理論的なものである。そして物権と債権とを分ける最たるものは、教科書や体系書である。物権法の教科書も債権法（債権総論）の教科書も、冒頭はおおよそ物権・債権の性質について説明する。そして、物権・債権という抽象的な権利の共通項それぞれを理解してから各論的な説明を受ける、これがパンデクテン体系の法典がベースになっている以上、当然の流れである。すなわち、物権債権峻別論により物権あるいは債権というものを演繹的に理解するということが、法学を学ぶ際に自然と行われる。

しかし、これでは中間形態が説明できない。それにもかかわらず、実際に不動産賃借権の物権化は必要とされた。それは、不動産賃借権に物権的効力が実際に必要とされたからにほかならない。すなわち、民法を解釈するにあたっては、物権債権峻別論はあるかもしれないが、それとは異なる次元での「解釈」が求められている。

この民法の解釈をめぐるでも、すでに多くの論争が交わされたことは周知のとおりである。法解釈方法論の整理についてはすでに優れた論考があるため⁵²³、そちらを参考に概略を述べるに留めたい。これまでの法解釈方法論を非常に大雑把にまとめれば、純粋法学（ドイツ法学）を批判し、社会科学的な基準の定立をもとめるものの、それでは捉えられない実際の利益を衡量（考量）⁵²⁴する必要があるという問題提起がなされ、しかし利益衡量には明確な基準がないため、「議論」のアプローチが出現する、というものであった。その中で、利益を比較衡量するという考え方は、法律においても取られる手法であり⁵²⁵、いわゆる利益衡量論が判断枠組みに入ってきていると言える。

しかしながら、これらの法解釈方法論は、「日々行っている法解釈作業のあり方や意味が問われたとき、その問いに答えようとする、本来の意味で哲学的な作業」⁵²⁶であり、これまでに行われてきた実際の法的紛争の処理に対して何らかの基準を与えようとしてきたものではあったが、その議論の性格上抽象的な基準を打ち立てるに終始せざるを得ず、具体的にどのように判断をすれば良いのかということには解答が与えられていない。もっとも、この法解釈方法論争は概念法学を否定し、生の事実をどのように扱うかについて検討をしよう

⁵²³ [瀬川・民法] 1頁以下は、これまでの法解釈方法論を整理し、末広徹太郎にはじまる法解釈の議論の観点の違いを意識して、比較をするものである（問題意識として、[瀬川・民法] 2頁を参照）。

⁵²⁴ 周知のように、加藤一郎は「利益衡量」、星野英一は「利益考量」の語をあてたわけだが、[水本・利益] 88頁の脚注（8）の記述（初出は、民商62巻6号3頁以下）によれば、学界では意識した使い分けがなされていないことから「衡量」で統一するとされており、本論文でもそれに従う。

⁵²⁵ 例えば、消費者契約法10条の利益を一方的に害するかという判断（最判平成23年7月15日判例集未搭載など）や、信義則の判断（最判平成14年3月28日民集56巻3号662頁など）においては、その一切の事情を衡量することが行われている。

⁵²⁶ [瀬川・物権] 97頁。

とするものであり、法学が社会科学である以上は、必要な議論がなされていると言える。

(3) 本章の問題意識

一方では本章で取り上げる物権債権峻別論という法理論が存在し、他方では実際の紛争を解決する視点としての法解釈の方法が議論されている。この両者は決して相反するものではない。もっとも、法解釈方法論の出発点は末弘による判例研究の必要性と、実際の紛争処理に向けた法理論の提唱であり⁵²⁷、物権債権峻別論を最上位においてそこから紛争の状況を見ずに理論的な結論のみをもって解決を図れば、両者は衝突しているといえる。地震売買の発生により、杓子定規に不動産賃借権が売買に劣後すると考えるとすれば、これは法解釈の方法としては不適切である。しかし、実際には不動産賃借権は保護されるべきであるとして、判例も法も発展してきた。その過程で、物権化した不動産賃借権の問題が生じ、これを物権債権峻別論の中で位置づけようとする、「中間形態」であると説明せざるをえなかったのである。

この現象はすなわち、不動産賃借権の物権化が法解釈（紛争解決）において必要とされる中で、物権と債権とに権利を二分することへの限界が示されたということである。瀬川の指摘のように、物権債権峻別論であっても中間形態は包摂される。しかし、これは中間形態が現れたがゆえに物権と債権とに区別をすることが難しくなった現在の状況を説明するものであり、物権債権峻別論を現代に適用させるための解釈であるといえる。このように考えると、中間形態が次々と出現することが予想される中で⁵²⁸、物権と債権とに区別するという体系を維持する必要があるのかという疑問を想起させる。

すなわち、ある紛争が生じた場合に、その権利に物権的効力を与えるのか、債権的効力を与えるのかという判断をする場合には、権利が物権なのか債権なのかを判断するのではなく、物権的効力が与えられるのか、債権的効力が与えられるのかを判断し、翻ってこれが物権か債権かあるいは中間形態かを考えているのである。物権債権という抽象的な権利から演繹するよりも、問題となる権利を後から帰納的に物権債権という枠に入れようとしているにすぎないのではないかということである。このように考えると、ある事件の解決あるいは権利の性質を検討するにあたっては、それを検討するための「価値判断」があるはずである。すなわち、物権的効力を与えられるべきだと考えるにしても、なぜ与えられる「べき」

⁵²⁷ [末弘・法律] 2頁参照。

⁵²⁸ 例えば、無体財産権につき [高林] 91頁は、「知的所有権とも呼ばれるように、特許権は物権に類似する権利であり、**対象となる発明を独占的排他的に使用・収益・処分する権利**である」（ゴシック体は原文、傍点は筆者による）と説明し、[竹田] 326頁は、「というのは、この理論構成は、物権の効力の理論をそのまま特許権に応用したものである……」（傍点は筆者による）としている。ただし、竹田は特許権は物権とは本質的に違いがあることを指摘する。これは、特許権の専用権説と排他権説の検討のために言及されているにすぎないが、本稿の問題意識と関連する面もあり、興味深い。

なのかという基準があるはずである。そして、このように考えるのであれば、ことさらに物権債権峻別論を強調することなく、各個に適切な解決だけを求めればよいのではないか、したがって価値判断の基準さえ定めておけば、それでよいのではないかということを検討する。

(4) 検討の方法

本章は、「価値判断」の基準を示すことで、物権債権という演繹的な権利の効力の導き方を否定しようとするものであり、このような問題意識を示したオーストリアの論考を取り上げることで、示唆を得たいと考えている。

まず、検討の対象については、本章では「不動産賃借権の物権化」を題材としたい。債権の物権化をめぐる法律状況は多く認められるが、不動産賃借権については各国で実際に保護されており、議論状況には相通じるものがあるからである。

次に、検討の方法としては、オーストリアの賃貸借制度の一部を概観し、オーストリアの法制度について理解を促す。そして、物権と債権との枠組みに疑問を呈するオーストリアの論文を紹介し、日本とオーストリアの法制度の違いに注意をしながら、その論文が日本の議論においてどの程度参考となるか、ということについて検討し、本稿の問題意識である物権債権峻別論の今後の取り扱いと、法解釈の方法についての考えを述べたい。

なお、本稿の最たる目的は、オーストリアの論文にて示唆された物権債権峻別という理論の是非を問うことである。オーストリアと日本とでは賃貸借契約の一つを取っても、考え方の異なる部分が多い。しかしながら、オーストリアの賃貸借制度が日本よりも優れており、採用すべきであるということを示したいわけではないから、両国の制度の違いを意識すれば、物権債権峻別論に対する示唆を得ることは十分に可能であると考えている。したがって、検討の対象をオーストリアの賃貸借と、物権債権峻別論に対する示唆に置くことは、検討の対象としては問題がないと考える。

第2節 オーストリアにおける賃貸人の交代をめぐる問題と不動産賃借権の物権化

ここでは、オーストリアの不動産賃借権⁵²⁹について紹介したい。本来は、オーストリアの具体的な法制度を紹介すべきであるが、この点は上原の論考⁵³⁰である程度の把握ができることから、本稿では賃貸人の交代をめぐる問題点だけを取り上げて、紹介することとする。

⁵²⁹ 本論文における「賃貸借契約」は、主に使用賃貸借契約 Mietvertrag を意味する。もっとも、後述のように ABGB は、賃貸借契約を Bestandvertrag として一律に規定しており、使用賃貸借契約と用益賃貸借契約 Pachtvertrag は、法典上は分けられていない。しかし、ドイツの用益賃貸借契約と用益賃貸借契約の区別はオーストリア法でも認識されている。そこで、以下では使用賃貸借契約は単に賃貸借契約と呼ぶこととし、用益賃貸借が問題となる場合にはその語により示す。また、Bestandvertrag が問題となる場合には、その語を摘示することで区別することにする。

⁵³⁰ 日本において、オーストリア法を取り扱う論考は極めて少ない。その中でも、[上原] は、不動産の賃貸借を紹介するものであるが、本稿と関連する「賃借権の物権化」が問題となる場面は扱われていない。

る。その次に、不動産賃借権の物権化についての議論を概観したい。

(1) 賃貸人の交代をめぐる問題点⁵³¹

賃借目的物が譲渡され、所有者が交代した場合に、旧所有者と賃借人との間で結ばれた賃貸借契約はどうなるか⁵³²。この点は、民法（ABGB）⁵³³1120条、1121条および賃借権法⁵³⁴MRG2条が規定している。

まず、目的物が未だ賃借人に実際に引き渡されていない間に、譲受人に譲渡された場合には、目的物の譲受人はこの賃貸借契約を引き受ける必要はない。すなわち、売買が賃貸借を破ることになる⁵³⁵。これは、相対的効力を有するにすぎない単なる債権契約が、第三者を拘束することはないことを理由とする。確かに、後述の価値判断の枠組みでは譲受人が賃貸借契約を引き受けなければならないという結論もありうるのであるが、ここでは目的物を譲り受けた新所有者と賃借人との間での利益が物権と債権であること以外は変わりがないことを前提としているため、売買が賃貸借を破ることになると説明されていると考えられる。この場合には、賃借人は旧所有者（賃貸人）への損害賠償請求権が認められるにすぎない。

次に、賃借人が現実の引渡しを受けていた場合には、譲受人が契約を引き受ける旨が1120条（1121条）に規定されている。ここでは、譲受人の現実の占有が保護されていると考えられ、売買は賃貸借を破らないことになる。ただし、1120条1文は、譲受人は旧賃貸人と賃借人との間で取り決められた契約期間にかかわらず、法定の期間、または、それよりも短い契約上の期間内に解約告知をすることができると規定しており、賃借人が契約期間前に契約を解約されてしまう可能性があった。これについては、賃借権法によって保護されている。また、それ以外の付随的な取り決めについては、譲受人は拘束される⁵³⁶。

不動産賃借権は、1095条、登記法9条により登記をすることが認められている。賃借権の登記がされている場合には、譲受人には解約告知権が認められない。1095条は、登記により不動産賃借権は物権とみなされると規定しているが、賃借権は登記されても「(絶対的な)『物権』にはならない」⁵³⁷と解釈されている。物権ではないと解釈されているのではあるが、少なくとも不動産の譲受人は不動産賃借権の存在を認めなければならない⁵³⁸。

⁵³¹ これについて、[Rabl/Riedler]を主に利用する。

⁵³² オーストリアでは、本件について動産、不動産を問わないことにも注意を要する。

⁵³³ 本章では、条文を参照する場合に、条文番号だけを示している場合には、オーストリア一般民法典の規定を意味する。ただし、文脈上「民法」という用語を摘示することがあるが、これはABGB（一般民法典）を意味する。

⁵³⁴ 上原は、本法を借家法と訳されるが、本稿では原語のまま「賃借権法」と訳す。

⁵³⁵ Vgl. [Rabl/Riedler] Rn. 8/78.

⁵³⁶ Vgl. [Rabl/Riedler] Rn. 8/78.

⁵³⁷ Vgl. [Rabl/Riedler] Rn. 8/78.

⁵³⁸ 3Ob191/98d wobl 1999/116, 236.

オーストリア一般民法典は、不動産賃借権については登記によって保護される道を開いているが、特別法にあたる賃借権法 MRG は、その 2 条において、目的物である不動産が賃借人に引き渡された場合には、登記がなくとも、目的物の譲受人は賃貸借契約に拘束されると規定する。ただし、この賃貸借契約の中に通常とは異なる付随的な取り決めがあった場合には、譲受人がそのことを知っているか、知らなければならなかったときにのみ、その取り決めに拘束される⁵³⁹。

以上が、賃借権が第三者に譲渡された場合に、既存の賃貸借契約がどのように扱われるかについてである。登記をすることができること、しかし、登記をせずとも賃借権法による保護を受けているという点は、ドイツ法よりもより日本法に近い形態になっていることが分かる。

(2) 不動産賃借権の物権化

次に、オーストリアにおける「売買は賃貸借を破るか」の問題について、賃借権物権説と債権説の対立と、その後の議論展開を概観しておきたい。

オーストリア法は、普通法の影響から、当初は「売買は賃貸借を破る」ものとされた。確かに、この原則は慣習法により幾分か和らげられたが⁵⁴⁰、草案段階でもこの原則が維持されることとなった。しかし、これでは賃借人が守られないため、1095 条は不動産賃借権が登記されることで、「物権とみなされる」という制度を置いた。このことから、不動産賃借権は「物権」なのか「債権」なのかが争われることとなった。

条文の規定から、これを物権と解する者もいたが⁵⁴¹、賃借人には明渡請求権が認められないため、物権ではないという主張が大半を占めた⁵⁴²。そして、この債権説が主流となった⁵⁴³。

では、物権説はなにゆえに賃借権を物権と考えるのだろうか。その着眼点の第 1 は、「賃借人がひとたび目的物の引渡しを受けると、賃貸人や第三者の意思にかかわらず、直接に自らの権利で賃貸借契約期間中の目的物の利用が認められること」⁵⁴⁵である。実際問題として、オーストリアにおいても不動産賃借権が登記されることはそう多くない。そこ

⁵³⁹ Vgl. [Rabl/Riedler] Rn. 8/81.

⁵⁴⁰ [Geller] S. 370.

⁵⁴¹ Vgl. [Zeiller] S. 404.

⁵⁴² Vgl. z. B. [Nippe] S. 241 ff; [Winiwarter] S. 296 f.

⁵⁴³ Vgl. [Schwind] S. 951.

⁵⁴⁴ これは、ABGB の制定当時には物権と債権との明確な分化がされていなかったために、1095 条のような文言が取られたとされている。物権は、登記法の 9 条により登記できるものとされるが、それに付随して賃借権も登記できることが確認されている。これは、おそらく、賃借権が物権でないからこそ、賃借権を別個に規定しなければならず、登記法制定時には物権と債権との峻別思想があったことを窺わせるのだと思われる。この点、[Schwind] S. 945 を参照。

⁵⁴⁵ [Schwind] S. 947.

で賃借人が保護されるためには、占有訴権によるしかなかった。したがって、「引渡し」が常に重要な要素であった。この点は、賃借権法の2条にその精神が現れており、本条は日本の借地借家法31条1項と趣旨を同じくするものである。

第2に注目するのは、賃貸された目的物の譲受人にも解約告知権があることである⁵⁴⁶。もしも、賃借権が債権であるとすれば、この権利関係は元の賃貸人と賃借人との関係に終始する。したがって、第三者（特に譲受人）はこの関係に対して何らの権利も持ちえない。しかし、賃借人が現に目的物を占有しているがゆえに、譲受人が譲り受けた目的物を完全な状態で利用できるようにする要請を叶えるためには、譲受人に解約告知を制限的に認めざるをえないと考えるのである。

三つ目に着目するのは、賃借権にはもともと物権性があり、オーストリア一般民法典が登記を認めたから物権になったというわけではないということである⁵⁴⁷。先買権や買戻権は、オーストリアでも単なる債権と考えられるが、登記することで絶対性を有する。しかし、先買権や買戻権は、将来行使されるかもしれない「潜在的な権利」にすぎないのであるが、不動産賃借権は契約により「すでに存在する権利」が登記される。この登記は、賃借権を保全するためのものであり、登記がなくても物の把握は実現されている。ゆえに、賃借権は登記の有無にかかわらず物権であり、引渡しを受けた動産の賃借権についても、同様に物権であるとする。

以上のように、これらの議論はドイツ法にも、況んや日本においても妥当する。そして、一応は「債権である」として賃借権の性質を決定することも、同様である。しかし、オーストリアでは、賃借権の性質がどのようなものかを議論するよりも、賃借人の保護の方法を主に考えるようになった。そこで、賃借権は単なる債権ではなく、「相対的絶対権」であるという考えが主流となっている⁵⁴⁸。そして、その権利はおよそ「占有」を重視して展開している。これは、日本においても借家権に見られる考え方であり、ドイツ法でも売買によっても不動産賃借権を対抗するために「引渡し」が要件とされている⁵⁴⁹ことに通じよう。この目的は「公示性」にあり、第三者は賃借権の存在を賃借人の目的物の占有により推認できるため、物権を有する者に対して債権者にすぎない賃借人が保護されるのである。

以上が、オーストリアにおける賃借権の第三者との関係と、物権化をめぐる議論状況である。オーストリアでも、特に不動産賃借権を保護するために登記可能性を与え、また占有によって登記の代替方法を認めることで、賃借権の保護が図られている。このようなオーストリアの不動産賃借権への考え方を踏まえた上で、次に物権債権峻別論が妥当するかどうかについての論考を詳細に検討してみたい。

⁵⁴⁶ [Geller] S. 347 ff.

⁵⁴⁷ [Geller] S. 349 ff.

⁵⁴⁸ OGH 3Ob462/24 SZ 11/50, [Apathy] S. 62 ff.

⁵⁴⁹ [藤井] 293頁参照。

第3節 オーストリアにおける物権債権峻別論への疑問

上述のように、オーストリアの賃貸借は、大局的にみればドイツ法に連なるところもあり、また、日本法へ通じるところもある。したがって、議論の展開も一致をみると言える⁵⁵⁰。このような系譜の中で、本稿は、第1節で述べたように、物権債権峻別論ではなく、その背後の「価値判断」を検証しようとするものである。この点につき、オーストリアでは、*Bernd Schilcher*⁵⁵¹による一連の研究が存する。ここではまず、*Schilcher*の問題意識とその結論を追うことで、価値判断を把握するための一助を得たい。

(1) 「強い権利」と「弱い権利」⁵⁵²

*Schilcher*の論考では、まずは権利そのものとは何かを検討している。これは、サヴィニーの法力説（意思説）から、イエーリングの利益説への系譜と、そこから派生する様々な議論である。この点については、紙幅の関係上割愛したい。この点は物権・債権のさらに上位概念を考えるべき内容であり、本稿の問題意識からは距離があるからである。

その後、*Schilcher*は、様々な判例を挙げて、「権利」について検証しようとする⁵⁵³。

まず、道路交通法（StVO）93条の問題に触れている。同法93条は、土地所有者に対して歩道の清掃や雪・氷の除去を義務づけている。土地の所有者は、本条に違反した場合に

⁵⁵⁰ ドイツ法においては、拙稿「ドイツにおける使用賃貸借の発展（1）（2・完）——物権債権峻別論の検討のために——」早大大学院法研論集149号101頁以下、同150号107頁以下と参考文献を、日本法の議論については、枚挙にいとまがないが、例えば、高島平蔵「賃借権の妨害排除」綜合法学22号（1960年）、渡辺洋三『民法と特別法I土地・建物の法律制度（上）（中）』（東京大学出版会、1960年、1962年）、篠塚昭次「物権的賃借権について」早稲田法学36巻1・2号（1961年）125頁、中井美雄「不動産賃借権にもとづく妨害排除——財産権体系と権利保護制度についての一つの視点——」立命館法学59号（1965年）29頁、同62号（1965年）55頁、鈴木禄弥『借地法上・下巻』（青林書院新社、1971年、1980年）、原田純孝『近代土地賃借法の研究』（東京大学出版会、1980年）、佐賀徹哉「賃借権の物権化に関する一試論——物権・債権交錯の一断面——」林良平先生還暦記念論文集『現代私法学の展望と課題（上）』（成文堂、1981年）101頁、田山輝明「賃借権にもとづく妨害排除」森泉章教授還暦記念論集『現代判例民法学の課題』（法学書院、1988年）475頁、七戸克彦「新『借地借家法』の基本視点——『賃借権の物権化』論との関係で——」自由と正義43巻5号（1992年）5頁、近江幸治「債権に基づく妨害排除請求」半田正夫教授還暦記念論文集『民法と著作権法の諸問題』（法学書院、1993年）312頁、磯村保「賃借権の対抗力と権利濫用法理」石田喜久夫先生古稀記念『民法学の課題と展望』（成文堂、2000年）213頁などを参照。

⁵⁵¹ *Bernd Schilcher*は1940年生まれの法学者であるが、教育制度について邁進した政治家でもあり、後者において特に著名な人物であった。1975年に教授資格論文を提出し、1978年にはグラーツ大学主任教授として招聘された。論文としては、*Theorie der sozialen Schadensverteilung* (1977)や *Prinzipien und Regeln als Elemente einer Theorie des gebundenen Ermessens*, in: Hg. von *Schilcher, Koller, Funk*, *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts* など、大局的観点からの論考を出されている。

⁵⁵² 以下は、[*Schilcher*・Starke] S. 343 ff. による。

⁵⁵³ Vgl. [*Schilcher*・Starke] S. 364.

は、罰金刑か自由刑に処せられる（同法 99 条）。しかし、歩行者は、この法律からただちに所有者に対して「歩道清掃権」を有するわけではない。歩行者は、告発権を有しているにすぎない。ただし、歩行者がこの義務違反を原因として怪我を負ってしまった場合には、民法（ABGB）1311 条の保護法規違反を理由として、損害賠償請求をすることは認められている⁵⁵⁴。

ここでは、2つの重大な考慮が働いていると *Schilcher* は説明している。すなわち、1つは権利に関する重大な規準となる「特定の割当て」の観点であり、もう1つが対立する権利 *Gegenrecht*⁵⁵⁵ による権利の区別である。すなわち、歩行者には歩道を清掃させる権利についての割当てはなされていない。ここでは、土地所有者の行為自由が保障されている。しかし、歩行者が日々、氷の除去がなされない道を歩くと、危険の程度が増大する。そして、危険の増大に比例して、歩行者に具体的な権利が生成されていくことになると指摘される。この過程はまさに、相対的に弱い権利が強化される過程であるという。そして、未だ歩行者の権利が弱い状態であるときには、告発権というフィルターで所有者の行動の自由を制限することが合目的であるという⁵⁵⁶。

つまり、私人に危険が生じていない以上は、私人の権利は警察官の行為によって副次的に実現されるべきであり、このように考えることがもっとも合目的かつ、効率的だと考えられる。このように、ある者に権利を割り当てるときには、「合目的性」と「効率性」についても評価要素として意識されなければならないという⁵⁵⁷。

次に、権利は「強度」が思考されなければならない。この強度は、問題となる権利、社会的な明確性、個人の認識可能性によって判断される。一般に、権利が強くなればなるほど、その内容はますます明確になると考えられる。ここで考えられるべき権利は、不完全な物権である。不動産の売買契約において、買主が既に引渡しを受けているものの、登記は取得していないとする。ここで第二買主が現れた場合、すでにその不動産に買主が居住しているにもかかわらず、それを見逃して、「登記上の記録だけで」売買契約を締結したことになる。すなわち、第二買主は住居に居住はしているが、登記をしていない第一買主の「占有により強化された債権」に気づけなかったことについて帰責性があると言える⁵⁵⁸。このような第二買主には保護価値がないと考えられ、損害賠償義務を負う。そして、

⁵⁵⁴ OGH SZ 58/154; ZVR 1990/107.

⁵⁵⁵ *Gegenrecht* については、[*Spielbühler*] S. 196 を参照。*Gegenrecht* の意義は、[*Wilburg*] S. 48 も参照。

⁵⁵⁶ Vgl. [*Schilcher*・*Starke*] S. 365.

⁵⁵⁷ Vgl. [*Schilcher*・*Starke*] S. 366.

⁵⁵⁸ 第一譲受人に「占有により強化された債権」を認めることについては、[*Schilcher/Holzner*] S. 512 に提案があり、学説・判例によって広く認められている。Vgl. auch [*Pletzer*]. なお、このように考えると、日本法に比して占有に対する保護が相当厚いように見える。例えば、占有による自力救済が一定の場合に認められる（19 条）。また、ローマ法におけるプブリキアーナ訴権に対応した規定が置かれている（372

オーストリアでは損害賠償に原状回復が認められるため、第一買主の抹消登記請求が認められることになる⁵⁵⁹。

このように、形式的には物権が問題とはならない場面であっても、債務法上の合意のみで、社会的な明確性、個人の認識可能性を媒介して強い権利が作り出されることがあることが示されている⁵⁶⁰。そして、契約によって物に対する権利を作り出し、第三者に認識できる形で行使されているときには、372条によって保護されるのである。それは、例えば賃借人の否認権 *Exszindierungsrecht*⁵⁶¹や、不当利得返還請求権、損害賠償請求権の行使が認められていることから窺える⁵⁶²。しかし、これによって判例が物権と債権の分離を軟化させるということにはならない。これは、ここまで述べられてきた価値の観点で説明することが可能であるという⁵⁶³。賃借人には、物の利用と享受という内容が債務法上の契約によって割り当てられている。そして、この割当ては占有によって明確化されている。そうであるならば、賃借人の損害賠償を認めることが、合目的であって効率的でもあるのである⁵⁶⁴。なぜならば、仮に賃借人の権利が第三者に侵害されていたとしても、賃貸人がいなければ権利が守られないというのでは、合目的ではないからである。

また、リースにおいても以上のような思考がある。リース物件が第三者の帰責性ある行為によって利用できなくなったとしても、リース業者は通常はリース料を受け取ることができ、リース業者が侵害者に損害賠償を請求する動機は見いだせない。したがって、最終的に OGH はユーザーへの独立した権利を認めることになった⁵⁶⁵。そもそも、リースのユーザーは、所有権留保付きの買主の地位に近似しており、占有によって地位は明確化されており、このように認めることが合目的であり、効率的でもあるのである。

さらに事細やかに議論が重ねられているのであるが、その点は割愛し、上記の点を総合して、権利を個別に分類する基準として、次の五つが提示されている⁵⁶⁶。

1. 具体的な人に対する権利の割当ての強度と、この割当ての特定性の程度
2. 任意債権、または、法定債権の主張の強度（完全に有効で無条件の債権、または、

条)。ここでは、より権原の強い占有が保護される。これは、賃借人にも適用される。判断基準として、無権限の前主から取得したことや、無償・有償による取得などがある(373条)。これによれば、目的物の返還や損害賠償、不当利得返還請求が認められる。Vgl. [*Iro*] Rn. 2/54, Rn. 2/68 bis 2/71. このように、占有について日本よりも保護を与えていると考えられる。このような占有に対する考え方の違いがあることを、意識されたい。

⁵⁵⁹ OGH JBl 1977, 257; JBl 1981, 535.

⁵⁶⁰ 以上について、Vgl. [*Schilcher*・Starke] S. 369 bis S. 370.

⁵⁶¹ OGH SZ 7/198; SZ 27/278.

⁵⁶² OGH JBl 1990, 447; JBl 1990, 453.

⁵⁶³ Vgl. [*Schilcher*・Starke] S. 372.

⁵⁶⁴ Vgl. [*Schilcher*・Starke] S. 372.

⁵⁶⁵ OGH RdW 1998, 606 においては、ユーザーの差止請求権を認めている。さらに、*Koziol*, *Haftpflichtrecht I*, 3. Auflage (1997) 442 f. は、ユーザーの権利主張を認めるべきとする。

⁵⁶⁶ Vgl. [*Schilcher*・Starke] S. 387.

条件付き、もしくは、取消可能にすぎない債権)

3. 社会典型的、または、個人の明確性の規模 (明確性)

4. 権利の市場性、または、市場における事情の程度

5. 合目的性の考慮と経済的効率性

そして、この基準による分析をすることで、これまでのような権利の「類型化」を回避することができるという。権利を類型化し、そこから演繹的に効果を導き出すことは、例えば、賃借人が目的物を占有しているにもかかわらず、占有による請求権を否定するという結論を導き出す。「類型化」というのは、物権と債権、絶対権と相対権、関係規範 *Beziehungsnormen* と帰属規範などの区別をすることである。しかし、このような類型化を出発点にするのではなく、その都度の強い権利と弱い権利によって区別し、上記の五つの考慮要素と、これに対立する権利によって優劣を決めることで、納得のいく結論を導くことができる。このように理解すると、賃借権の「物権性」がこれまでの法則や「帰属」に関して矛盾するということではなく、価値的考察の結果がいわゆる「物権性」をもたらしているに過ぎないと考えられるのである。他者の賃借権が認識されているのなら、あるいは、認識しなければならなかった者は、他者の賃借権を尊重しなければならない。それは、他者が物権を持っている場合でも同様であって、それは「価値的考察」によるのである⁵⁶⁷。

以上が、*Schilcher* の 1 つ目の論文の骨子である。ここから判断できることは、これまでの類型論によって演繹的に効果を導き出し、それにより事案を解決するという方法の転換が模索されているということである。もっとも、本論文だけで物権債権峻別論からの別離を読みとくことは難しく、あくまで価値判断の基準を提示しているに過ぎないと考えべきである。そこで、*Schilcher* のもう 1 つの論文を概観して、物権債権峻別論の別離について検証したい。

(2) 物権債権峻別論からの別離⁵⁶⁸

この論文では、2011 年に出された OGH⁵⁶⁹ の判決を皮切りに、民法の体系を考えようと試みている。あるサッカー場の隣に木造納屋があったのだが、この納屋の屋根にサッカーボールが当たり、屋根が壊され、雨により建物の木材が腐敗したため、損害賠償を求めたという事案であった。当然に、損害賠償 (約 5200 ユーロ) は認められたのだが、問題は差止請求権であった。この納屋は、一時使用目的で他人の土地の上に建てられた建物 *Superädifikat* であり (これは債権的な利用権である)、土地の所有者が返還を求めれば、いつでもこの納屋の所有者は返還に応じなければならない立場であった。本件で、下級審は差止請求を棄却していた。それは、納屋が一時使用目的のものであり、その利用者に積

⁵⁶⁷ Vgl. [*Schilcher* · *Starke*] S. 388.

⁵⁶⁸ [*Schilcher* · *Abschied*].

⁵⁶⁹ OGH 9Ob29/11x.

極的な資格はないと考えたからであった。しかし、OGHは、上物、すなわち納屋の「所有権」に着目して、差止請求を認めたのであった。一時使用目的の利用関係だけでは積極的資格を与えることはできないが、納屋自体の所有権に着目し、ゆえに相隣関係法を適用して、差止めを求めることができると考えたのである⁵⁷⁰。

この判決に異を唱えたのが、物権法の大家である *Holzner* であった。すなわち、364条は、土地の所有者に差止めを認めると明白に書かれているのに、なぜ一時使用目的で土地の利用権原を有する者が、本条を行使できると読み替えることができるのか。このような体系を崩壊させるような解釈を、司法が行おうとしているのである、ということを指摘している⁵⁷¹。もちろん、本条は所有者以外にも、利用権者や用益権者にも適用されることは知られている。住居所有権者や、引渡しを受けた住居所有権を得ようとする者、建設権者も差止めが認められている。しかし、これらは「物権」に対して認められるもので、体系を崩壊させるようなものではない。体系を崩壊させるのは、物権ではない利用権について364条を類推する場合ということになる。

したがって、本件の判決は体系を崩壊させるものであるわけだが、これは今回に始まったことではない。1989年にすでにOGHは体系崩壊を導こうとしていた。それは、賃借人が364条2項によって、賃借権侵害への差止めを認めた判決を出したからであった⁵⁷²。さらに、一連の判決として、漁業権の用益賃借人⁵⁷³、たばこ屋の店主⁵⁷⁴、動産のリースを受けた者⁵⁷⁵、狩猟権の用益賃借人⁵⁷⁶が挙げられる。

しかし、このような *Holzner* の主張は、もはや影響力を認めることはできない。立法者ですら、債権的な利用権者を物権者と同一視して、差止めの訴えを認めるようになったからである⁵⁷⁷。このような裁判所の見解は、そもそも70年前からみられるのである。当時は、不法占拠者に対する賃借人の保護が問題となっていた。しかし、賃貸人の多くが第二次世界大戦によって帰還できず、賃借人は直接の請求権を持たない以上、賃借人を侵害する者に対して何らの対策もできない状況であった。そこで、OGHは民法372条を類推適

⁵⁷⁰ ここでは、ABGB364条2項が適用されるかが問題とされた。同条は近傍の通常の用法を超えた、騒音や臭気などについて、相隣者に土地の所有者が差止めを請求できることが定められている。オーストリアでも、建物の所有権は土地の所有権に吸収されるから、規定方法としては妥当である。しかし、本件の場合には、土地の所有者ではない（土地の所有者は自治体であった）ため、直接に適用することは考えられないとも言えるのである。

⁵⁷¹ [*Holzner*] 136.

⁵⁷² OGH 7Ob654/89.

⁵⁷³ OGH 1Ob19/90.

⁵⁷⁴ OGH 8Ob253/92.

⁵⁷⁵ OGH 1Ob416/97a.

⁵⁷⁶ OGH 1Ob159/00i.

⁵⁷⁷ Vgl. [*Schilcher* · Abschied] S. 313.

用することによって、賃借人に訴訟の当事者適格 *Klagerecht* を与えたのであった⁵⁷⁸。そして、372条⁵⁷⁹に基づく返還請求権を認めたのであった。ここで問題とすべきだったのは、なぜ賃借人に372条が類推できるのか、ということとともに、372条に基づく返還請求権は認められるのに、単なる債権者にすぎないために、364条2項の差止請求権は認められないというこの対立であった。しかし、この点は当時検証されなかったのである⁵⁸⁰。そして、現在では土地・建物が投機の対象となっており、不在賃貸人の問題は未だに存するのである。ここに存在するのは、「緊急の、実際の必要性」なのである。

このような自体から、判例・学説は「準」物権⁵⁸¹と表現したり、「強い物権的要素を伴う権利」⁵⁸²と表現したりして、この現象を説明しようとしている。これは、「物に対する関係」を理由づけとしなければならないが、これが実際には何なのかということは意識されず、「自明のもの *self-evident*」とされている⁵⁸³。

次に、そもそも「物的 *dinglich*」というのは、何を指すのだろうか。*Schilcher* はここで、物権をめぐる歴史的な展開を紹介するが、ここでは、結論としてどのように把握されたかだけを示そう。それは、*Ehrenzweig* により示された考え方である。「法律上の関係は人と人との間にのみ存し、人と物との間にはなく、したがって、物権は人的な権利であり、財産を享受する中で権利者が妨げられないという万人に対する消極的な請求権であると反論されるときには、これは同様に真実でもあるが、どうでも良いものでもあり、その理由は、この認識は我々を妨げることはできないが、同様に物に対するそれぞれの特別の関係のように、物権と示されるものを各人は尊重しなければならない。我々は、色が目の感覚であり、誰もそこに感じない場合には、青色は存しないだろうことをとてもよく知っているにもかかわらず、我々は対象を青と称するのである。」⁵⁸⁴

つまり、「物権」というものは実際には存在しないわけであるが、何らかの「物的なもの」というのを我々は認識している。それを主観的に「物権」が存在していると考えているに過ぎないのである⁵⁸⁵。また、*Ehrenzweig* が物権に見たのは、あくまで物権も「人と

⁵⁷⁸ OGH SZ 21/45.

⁵⁷⁹ 372条は、所有権の推定について、その権原の強弱によって決定することを定める。権原を有せず、あるいは、より弱い権原を有するに過ぎない占有者に対して、より強い権原を有する者は、所有者の地位を維持するとされている。

⁵⁸⁰ Vgl. [*Schilcher* · Abschied] S. 314.

⁵⁸¹ OGH immolex 2009/47.

⁵⁸² [*Bydlinski*] S. 84.

⁵⁸³ Vgl. [*Schilcher* · Abschied] S. 315.

⁵⁸⁴ [*Ehrenzweig*] S. 129. この考え方は多分に比喩的であり、どのように解釈をするかの問題に帰着しよう。「青」というものは、そこになければ存在し得ない。しかし、我々は「青」を対象として認識している。これは、物権でも同様であって、眼前に「物権」というものが存在しなかったとしても、主観的に物権というものを認識して称しているということを、比喩的に示しているということであろう。

⁵⁸⁵ Vgl. [*Schilcher* · Abschied] S. 317.

人」との間に存するに過ぎないということであり、しかし、万人が尊重しなければならないものとも見ており、ここには「物権の二重性」が見て取れることであった。万人に対する、物に対する人の特別な関係ではあるものの、債権的とも言える人に対する妨害阻止の権利でもあるということになり、これは奇異な構成である⁵⁸⁶。このような、物的権利と絶対権とを同視するような考え方は、かつては別物とされたはずであるが、現在では支配性と絶対性を結びつけて物権を説明することが一般となっている⁵⁸⁷。そして *Picker*⁵⁸⁸は、結局は物権的請求権も物権者と侵害者との間の作為請求権、不作為請求権に過ぎないと考える。物権には、「実現請求権 *Verwirklichungsanspruch*」があるというが、実現したからこそ物権なのであって、また売買契約の買主も給付請求権によって権利を実現している。ネガトリア請求権は、物権以外にも、人格権や無体財産権、氏名権にも認められており、BGBの起草者も「所有権保護の規定の類推適用は……広範に認められる」と述べており、「物権的請求権概念……それ自体が見当外れ」であり、これはオーストリア法でも同様であるとしている⁵⁸⁹。

このように、一方では「物的な」処分権限の保有者と物との間の関係と、他方では侵害された場合の双方向の債権的なものが組み合わされていると考えるのが整合的である。そして、このような関係を所有権に限定するのであるが、それは誤謬である。すなわち、実際には「尊重されなければならない」権利が、尊重されるべきだからである。それは、所有権だけではなく、人格権、商標権や著作権などにも当てはまる。これらが侵害されるならば、差止請求権、損害賠償請求権や不当利得返還請求権が当然に認められるべきである。このように考えれば、債権も同様に保護されるべきであり、したがって、賃借人も損害賠償請求権と不当利得返還請求権を主張することができ⁵⁹⁰、加えて、差止めの請求も認められるのである⁵⁹¹。

このような考え方の基礎には、不当利得返還請求権の基礎として *Wilburg* が提案した権利の「割当内容」の理論がある。そして、この割当の理論は、不当利得法以外でも妥当する。権利に関しては、*Savigny*の「法力」と *Jhering*の「利益」との2つの理解があり、オーストリアでは、これが混合して理解されており、「人的利益」が権利内容として個人に割り当てられており、これが権利の法力によって極力効率的に貫徹されるのだ、と考えられている⁵⁹²。しかし、これが権利のすべてとは考えられず、貫徹するためにはそこに権原の強さと効力が検討されなければならないとする。権原は、法律上、契約上、あるいは裁

⁵⁸⁶ Vgl. [*Schilcher* · Abschied] S. 317.

⁵⁸⁷ Vgl. [*Schilcher* · Abschied] S. 318.

⁵⁸⁸ [*Picker*] 269 ff.

⁵⁸⁹ Vgl. [*Picker*] S. 275, S. 276, S. 281, S. 314.

⁵⁹⁰ OGH JBl 1990, 447, JBl 1990, 453.

⁵⁹¹ [*Apathy*]; OGH SZ 50/10; JBl 1985, 492.

⁵⁹² Vgl. [*Schilcher* · Abschied] S. 326.

判官による権原があるとされる。このような考え方は、民法の 372 条、373 条から見て取ることができる。登記がなくとも、「占有により強化された債権」を侵害すれば、登記の抹消請求を認めなければならないのであり、ここには基礎にある「権原」の強さが見て取れるのである⁵⁹³。そして、「強い」権原が、「明白な公示」を伴うことで、強い権利を作り出すのである。このように考えると、冒頭の本造納屋の事件でも、その権原自体がそれほど強くない一時使用目的のものであったとしても、長年（1953 年から利用されていた）利用されており、その利用が目に見えたわけであるから、利用者の権利は「強い権利」だったのであり、OGH の判決も妥当であると言えるのである⁵⁹⁴。

以上のことから、*Schilcher* は次のようにまとめている。まず、「物権」という形がオーストリアでは不要である。権利を分ける基準は、そもそも見いだせず、したがって、物権債権の二項対立も不要である。そして、絶対的権利（＝物権）と相対的権利（＝債務法上の権利）の区別は時代に適合的ではない。次に、権利を考慮する要素として、第 3 節

（1）の論文の基準を敷衍している。すなわち、権利の割当ての強度について、法律上、契約上、裁判上の割当てが判断基準となり、EU 法、憲法、一般法、裁判による一時的な割当ての順で強度が決定される。そして、実際に妨害されている事例において、合目的で効率的な方法⁵⁹⁵が何かを合わせて検討されなければならないとする。

（3）考察

以上、*Schilcher* の問題意識とその分析を、二つの論文から追ってみた。本稿との関連で、最も目を見張るのは「物権債権峻別論」を否定した第二論文である。対立する権利には、常に「強い権利」と「弱い権利」とがあり、その強弱によって権利の優劣が決定するという、価値評価がなされるのである。

では、これを日本の法状況で適用するとどうなるだろうか。日本法でも、現在は民法 605 条、借地借家法 10 条、11 条により、不動産賃借権には対抗力が認められている。すなわち、不動産賃借権は民法、特別法により「強い保護」がはかられ、それだけ強い権利が不動産の賃借人には与えられている。一方で、賃借目的物を購入した第三者は、目的物を調査すれば、そこに賃借権が設定されていることは容易に想定できる。したがって、ここでより強い権利を有するのは賃借人であると考えられる。そうとすれば、賃借人が賃借権を行使することが優先されるべきということになる。もっとも、「これは民法、借地借

⁵⁹³ Vgl. [*Schilcher* · Abschied] S. 328.

⁵⁹⁴ Vgl. [*Schilcher* · Abschied] S. 328.

⁵⁹⁵ 筆者にてこれについて敷衍すると、これは、賃借人が賃借権を妨害されていたという先に紹介した事例において、もはや帰還する見込みのない賃貸人しか、不法占拠者に対抗できないとすれば、あまりに不合理かつ非効率であるということであろう。このような事例が多かった第二次大戦後の時期には、賃借人が権利行使をするほうがよほど合理的かつ効率的（経済的）と言える。不法占拠者に占拠を認めるという結果は、認められるべきではないからである。

家法に規定されているからこそ、そのような効果が認められているにすぎない」という反論がありうる。

そこで、日本の賃借権による妨害排除を認めたかつての判例⁵⁹⁶を検討しよう。まず、昭和30年代は戦災による混乱が生じていた。そして、それに乗じて不法な第三者が賃借目的物の上に建物を建てていた。この第三者には、当然正当な権原（割当て）は存しない。あるのは、一応の占有状態の保護だけである。一方で、罹災都市借地借家臨時処理法は、期限付きでの借地権の対抗を認めており、これにより第三者は借地権の存在を認識すべき（善意であっても、法の趣旨からして、公示があったものと同様に解されるであろう）であった。このように考えると、賃借人には明らかに「強い権利」が付与されていると考えられるため、混乱期の状況をも踏まえると、賃借人に妨害排除請求権をも認めることが妥当である。

そして、二重賃貸の場合でも、いわゆる「対抗力ある賃借権」については、妨害排除請求権が認められている⁵⁹⁷。これについても、対抗力という権原が、爾後に設定された借地権に比し、罹災都市借地借家臨時処理法10条によって「強く」保護されていることが出発点となる。もちろん、こちらも戦災により建物が焼失しているという状況をも勘案し、ここで「強い権利」を持つ者は第一賃借人であると言っているのである。

このように考えると、日本法においても「権利の強弱」という考え方が取られており、権利というのは常にこれを基準に判断をすればよいということになる。そうなれば、もはや物権債権峻別論などの二分論に拘束されることなく、適切な判断が行えると言えるだろう。

もっとも、このような考え方は、「利益衡量論」にすぎないのではないかという誹りを免れない。利益衡量論は、加藤一郎⁵⁹⁸、星野英一⁵⁹⁹に代表され、一つの判断基準として認められうるものである。そこでは、「また、ある解釈にさいし『なにになにの原則』を根拠として、そこから演繹する論法には、よほど注意しなければならないことも、くりかえしておきたい。一方で、そのような論法をできるだけ避けてより具体的な価値判断を端的に行なうよう努め、他方で、そのような論法のなされている場合をみたときには、眉につばして見る必要がある。」⁶⁰⁰という指摘がなされている。確かに、ここでは「価値判断」の重視と、演繹に対する懐疑が見られる。その意味では、*Schilcher*の考え方に通じるものを見て取ることはできるだろう。

⁵⁹⁶ 最三小判昭和30年4月5日民集9巻4号431頁。ただし、今般の債権法改正により、対抗力ある不動産賃借権には妨害排除ができる旨が規定される（605条の4）。したがって、新債権法の下では法律の効果ともいいうることになるが、かつてはこのような規定がなかったのであるから、本稿で述べる価値観が否定されることにはならない。

⁵⁹⁷ 最二小判昭和28年12月18日民集7巻12号1515頁。

⁵⁹⁸ [加藤一] など。

⁵⁹⁹ [星野・背景] 187頁など。

⁶⁰⁰ [星野・序説] 31頁、32頁。

しかし、今回紹介した「権利の強弱論」も「利益衡量論」も、理論的な問題点を抱えていることは容易に想像できる。「何人も否定することのできないような価値を捉えるよう努め〔る〕……」⁶⁰¹ことが利益衡量論ではなされている。しかし、このように指摘してみたところで、全体の「価値観」を体現することなど、不可能に近いとも言うるのである。

この点でも、もちろん利益衡量論でも一定の見解を示しているわけであるが、それを「権利の強弱」として扱い、その基準をも示した *Schilcher* の考え方には、賛同を示したい。この点を踏まえ、最後にまとめをしておこう。

4 おわりに

(1) 片面的権利論から両面的権利行使論へ

本稿では、*Schilcher* の「権利強弱論」を、賃借権の物権化に主に焦点を当て、検討した。結局のところ、*Schilcher* が述べたかったことは、「権利主張調整論」であったのではないかと推察される。

すなわち、これまでの権利体系は、上位にある概念（物権債権峻別論、財貨帰属論など、権利の種類により分かとうと考える概念）から演繹的に結論を導き出すものであった。これは、ある状況下においてある者がどのような「権利」を有するかが未確定の時代にあっては、有効な議論であったろう。主張の「根拠」として、「権利」を考えなければ、訴訟の無駄な乱発が防げないことから、必要な作業であったはずである。しかし、「権利」というのが一定の理解を得て、確定的となったと叫ぶ現代にあっては、もはや「権利」が何かということは、それほど問題とはならない。紛争の当事者は、常に何らかの「権原」を提示するからである。不法占拠者であっても「占有（権）」を主張できるのであるし、生活妨害があったとしても、その妨害者が「所有権」を有していれば、その所有権の行使を主張できる。しかし、その対極には、現に侵害を受けている者がいる。*Schilcher* は、これを権利と対立する権利 *Gegenrecht* とで捉え、どちらにより強い権利があるかを判断する。すなわち、かつてのように片面的に権利を主張し、その権利の内容を確定することが現在行われているわけではなく、両面的に当事者の権利を捉えつつ、それをどのように調整するかに重きが置かれているのである。そして、その調整のためには、強い権利を守るために妨害排除や不法行為による損害賠償を認めるべきであり、それが認められるのは、物権だから債権だからということではなくて、「より強い権利」を有するからである。所有権ゆえに絶対的に保護されるわけでもなく、賃借権ゆえに相対的にしか保護されないというわけでもないのである。

ここで問題となるのは、ある権利行使について、それが認められるのかどうか、権利行使をする背景には何があるのか、ということが問われる。すなわち、それは常に権利を相

⁶⁰¹ [星野・補論] 57頁。

対的に捉えることになるのであり、実際に行われようとしている権利の行使がどのような意味を有するのかを分析的に捉え、相互の關係に位置づけていく作業が求められているのである。このように捉えると、もはや類型論では意味がないということになり、事案ごとに異なる判断をすることが求められる。すなわち、物権、債権、無体財産権、人格権などの枠組みの「克服」が求められているのである。

以上、物権債権峻別論の枠組みを克服すべきとする論考を参照した。もちろん、オーストリアと日本との法制度が完全に一致するわけではないから、短絡的にここでの議論をそのまま日本法に当てはめることはできない。しかしながら、新たな枠組みの模索は日本法においても行われるべきなのではないかという示唆を得ることは許されよう。では、次の章では物権・債権の性質と不動産賃借権を検討するための具体例として、スイスの不動産賃借権の仮登記の議論から、不動産賃借権にもとづく登記請求権について検討したい。

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

第1節 はじめに

日本民法 605 条は、賃借権を登記することにより爾後の物権取得者に対抗できると規定している。債権法改正では、二重賃貸借においても対抗関係として処理されている現状を踏まえ、文言に「その他の第三者」を追加した⁶⁰²。さらに、対抗要件を備えた賃借権について、その目的物が譲渡された場合の帰趨⁶⁰³、対抗力のある賃借権に基づく妨害排除請求⁶⁰⁴なども関連論点として規定される。もっとも、605 条の基本的な枠組みを変えるものではない。すなわち、本件において問題とする「不動産賃借権の登記請求権」については、従前の考え方が維持されると考えられる。すなわち、賃借人は賃貸人と登記をする旨の特約をしなければ、賃借権に基づく登記請求権を主張することができない。

一方で、スイス債権法 (OR) ⁶⁰⁵は賃借権を仮登記できると規定している。もっとも、この規定には限界があったため、1990 年の改正によって、引渡しを受ければ——日本法の考え方をいれば——対抗要件を具備するという規定が置かれた。現在も仮登記ができる旨の規定は残されているため、賃借権保護の枠組みは日本法と近似している。そこで、債権にもかかわらず登記を可能とする日本法・スイス法の価値判断を追うことで、一定の示唆が得られるのではないかと考えた⁶⁰⁶。

⁶⁰² [潮見] 265 頁、[山野目] 216 頁参照。

⁶⁰³ [潮見] 266 頁以下、[山野目] 216 頁以下参照。

⁶⁰⁴ [潮見] 269 頁、[山野目] 215 頁以下参照。

⁶⁰⁵ 本章では、Obligationenrecht を債権法と訳す。[半田]、[Oser・Schönenberger・佐藤] などのように債務法と訳す向きもあるが、日本法で対応する法令名は債権法であるから、本章では債権法と訳している。

⁶⁰⁶ なお、賃借権の登記請求権について、日本の状況を述べるものとして、[畑中] 578 頁も参照。賃借権

第2節 スイスにおける不動産賃借権の登記

スイスの賃貸借法制⁶⁰⁷を紹介する論文は少ない⁶⁰⁸。そこで、賃貸借法制についてさしあたり概観しておく。

1. スイスの住居賃貸借の現状

スイスでは、2011年現在で住居の59パーセントが賃貸されている⁶⁰⁹。特に若い世帯の家庭において新たに子どもが増えた場合や、住居の取り壊しや建て替えのために引っ越しを余儀なくされた場合に、適切な——すなわち、経済的に適切な水準の家賃の——住居を探すことが困難となっており、その意味で賃貸住居が足りない状況になっている⁶¹⁰。日本では、持ち家率が6割強とされているから⁶¹¹、賃貸住居に居住する割合は4割弱である。すなわち、スイスのほうが日本に比べ、より住居の賃貸借の重要性は高いのであり、その保護を検討する必要性も高い。そこで、スイスの賃借権の保護についても概観したい。

2. スイス賃貸借法の歴史

スイスでは、1881年に制定された古い賃貸借法を1990年に改正した。また、憲法109条⁶¹²の新たな制定も行われた。これにより、賃貸人の濫用的な振る舞いが防止され、賃料に対する異議や、解約告知からの保護が拡大した。具体的には、憲法109条の使命は、濫用的な賃料を防止する規定を定め、濫用的な解約告知を取り消しうる規定を整備し、賃貸

の登記請求権に関して、その変遷を詳らかにするものである。本論文も、日本法の検討にあたっては、この論稿によるところが大きい。

⁶⁰⁷ スイスの賃貸借は、ドイツと同様に使用賃貸借 *Miete* と用益賃貸借 *Pacht* に分けられる。本稿は、このうちの使用賃貸借を主たる検討対象としている。ゆえに、本稿において使用賃貸借を「賃貸借」（その権利である使用賃借権は「賃借権」と表記する。また、使用賃貸人・使用賃借人もそれぞれ賃貸人・賃借人と訳す。用益賃貸借（用益賃借権）について指摘する際には、そのまま「用益賃貸借」の語により表記する。

⁶⁰⁸ [川島一] が広くスイスの賃貸借法制を紹介している。もっとも、古い論文ゆえ改正法に言及するものではない。

⁶⁰⁹ Vgl. [Strub] S. 14.

⁶¹⁰ Vgl. [Strub] S. 15.

⁶¹¹ [総務省] 22頁（2016年2月29日）を参照。

⁶¹² BV Art. 109（賃貸不動産 *Mietwesen*）

①連邦は、賃貸不動産における濫用に対する規定、すなわち濫用的な賃料に対する規定ならびに濫用的解約告知を取り消すことに関する規定および賃貸借関係の期限の定めのある更新に関する規定を公布する。

②連邦は、住居の賃貸借契約について全般を拘束する宣明 *Allgemeinverbindlicherklärung* に関する規定を公布することができる。正当な少数の利益および地域差に適する顧慮をし、かつ、法の下での平等

Rechtsgleichheit を害しない場合にのみ、全般を拘束する宣明が認められる。

借関係について有期の延長に関する規定を置くことなどにある⁶¹³。調停所 Schlichtungsbehörde も整備され、こちらの利用も認められている⁶¹⁴。調停所の役割は、「無償の」協議場を提供することと、住居用賃貸借、事業用賃貸借（用益賃貸借の場合を含む）の場合の第一審として機能することである。調停所は、賃借人と貸借人それぞれの利益団体の代表者と独立の議長からなる⁶¹⁵。調停所において、当事者が意見を述べ、補充的に調停所からも質問がなされる。そして、最終的には和解をすることが目標となる⁶¹⁶。このように、賃借権の保護強化をはかり、また、紛争の早期解決手段を提供している。

3. 賃貸借法制

ア. 概観

賃貸借法においては、「対価の発生」が典型的なものである⁶¹⁷。これは、253 条から明らかとなる。賃貸借は「利用のための移転 *Gebrauchsüberlassung*」を目的とすることから、売買契約とは区別される⁶¹⁸。また、用益賃貸借は果実または収益の利用（利得）についての移転を目的とするものであり、純粹に物の利用に特化した賃貸借とは性質が異なる⁶¹⁹。さらに、賃借人が賃料を支払わなければならないことから、使用貸借 *Gebrauchsleihe* とも異なる。使用貸借は無償性を内容としているからである⁶²⁰。賃貸借は、定められた期間の経過後にその目的物を返還することを内容とする。したがって、消費貸借とも区別される。消費貸借は、定められた期間内で金銭その他代替可能な物の処分が認められるからである⁶²¹。賃貸借契約においては、動産、不動産ともに目的物とすることができる⁶²²。濫用的な賃料からの保護を定める規定および解約告知からの保護についての規定は、住居または事業用賃貸借にのみ適用可能である⁶²³。また、貸借人は通常は目的物の所有者である⁶²⁴。しかし、制限物権の設定を受けている者や、転貸借関係もありうる。

イ. 賃貸借契約の締結

⁶¹³ Vgl. [*Schmid/Stöckli/Krauskopf*] Nr. 871.

⁶¹⁴ Vgl. [*Strub*] S. 15 f.

⁶¹⁵ Vgl. [*Strub*] S. 16.

⁶¹⁶ Vgl. [*Strub*] S. 17.

⁶¹⁷ Vgl. [*Schmid/Stöckli/Krauskopf*] Nr. 881.

⁶¹⁸ Vgl. [*Schmid/Stöckli/Krauskopf*] Nr. 883.

⁶¹⁹ Vgl. [*Schmid/Stöckli/Krauskopf*] Nr. 885. なお、275 条を参照。

⁶²⁰ Vgl. [*Schmid/Stöckli/Krauskopf*] Nr. 886. なお、305 条を参照。

⁶²¹ Vgl. [*Schmid/Stöckli/Krauskopf*] Nr. 887. なお、312 条を参照。

⁶²² Vgl. [*Schmid/Stöckli/Krauskopf*] Nr. 893.

⁶²³ Vgl. [*Schmid/Stöckli/Krauskopf*] Nr. 894. もっとも、高級住宅や大規模な住宅については例外がある。

⁶²⁴ Vgl. [*Schmid/Stöckli/Krauskopf*] Nr. 896.

スイスの賃貸借契約も、日本と同様に諾成契約である⁶²⁵。契約当事者は単独でも、複数人でも認められる（共同賃貸、共同賃借）⁶²⁶。賃貸借の一方当事者が複数人で構成される場合には内部関係が問題となり、また契約の相手方に対する外部関係も問題となる⁶²⁷。

内部関係については、その関係に対して適用される法律によって処理される。共同相続人の関係、夫婦関係、組合関係などが考えられ、それぞれの法規を参照することになる⁶²⁸。

外部関係については、連帯責任となるのかどうか、そして内部関係に変動が生じた場合に、外部関係にも影響を及ぼすかが問題となる。これはそれぞれの事例において解決が異なる⁶²⁹。

契約の締結に際して、原則的には成立に関する要式行為は定められていない⁶³⁰。しかし、通常は契約書が交わされる。賃貸人は定型の契約書を用いることが多い⁶³¹。また、とりわけ契約の終了の際には、多くの要式が定められている。例えば、賃貸借契約期間中に目的物に瑕疵がある場合に、賃借人によって賃料が供託される前に猶予期間を定める場合には、書面によることが求められている⁶³²。

賃貸借契約の内容は、原則としては当事者の合意によって定められる。もっとも、強行法規に反することはできない（19条）。

ウ．賃貸人の義務

256条1項は、賃貸人の義務を規定する。この賃貸人の主たる債務は、契約終了時まで引き続き履行しなければならない（継続的債務）⁶³³。

賃貸人の義務は一部が任意法規とされるが、それ以外は「片面的強行法規 *relativ zwingend*」である⁶³⁴。片面的強行法規とされるのは、住居用または事業用賃貸借契約の場合の使用賃貸人の主たる義務である⁶³⁵。それ以外の賃貸借契約の場合には当事者が個別に義務について合意することができるが、普通取引約款 *vorformulierte Allgemeine Geschäftsbedingungen* に反する取り決めはできない⁶³⁶。例えば、自動車の賃貸借の場合の免責約款については、そ

⁶²⁵ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 897. なお、1条を参照。

⁶²⁶ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 900.

⁶²⁷ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 902.

⁶²⁸ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 903.

⁶²⁹ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 904.

⁶³⁰ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 906.

⁶³¹ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] S. 31.

⁶³² Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 909. なお、259g条参照。これ以外の事例については、[Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 910 ff. を参照。

⁶³³ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 925.

⁶³⁴ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 926.

⁶³⁵ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 927. なお、256条2項b号も参照。

⁶³⁶ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 928. なお、256条2項a号も参照。

れを当事者が取り決めた場合に、普通取引約款による規制がされていなければ、有効となる⁶³⁷。もっとも、免責約款を当事者が定めたとしても、賃貸人が故意に瑕疵の存在を秘匿していた場合には責任を負わなければならない⁶³⁸。

賃貸人が義務を履行しないか、瑕疵ある履行をした場合には、個別に定められた一定の権利が賃借人に生じる⁶³⁹。

また、賃貸人には様々な付随義務が生じる。まず、情報開示義務が生じる⁶⁴⁰。また、目的物に対して生じる負担や公課を負担する義務も存する⁶⁴¹。賃借人が担保（敷金）を提供している場合には、適切にその担保を取り扱う必要もある⁶⁴²。さらに、法定の拒否事由がない場合には、転貸借関係に同意する義務を有する⁶⁴³。

エ. 不履行または瑕疵ある履行の場合の効果

スイス債権法では、賃貸人の遅滞責任や瑕疵担保責任を区別せずに、すべて不履行の事例として一括して規定されている。ただし、不履行の原因が引渡しの前から存在していたのか、それとも引渡後に生じたのか、という場面で区別されている⁶⁴⁴。

①目的物の引渡しの際の瑕疵ある履行（258条）

目的物の引渡しの時点ですでに瑕疵があり、主たる債務が履行されていない場合である。このときには、本質的な契約違反があると言える。次の二つの場合がこれに当てはまる⁶⁴⁵。

a. 賃借人が定められた期日に目的物を引き渡しておらず、履行遅滞に陥っている場合（102条2項）。これには、二重賃貸借も含まれる⁶⁴⁶。

b. 目的物が引き渡されたが、用法に従った利用ができないか、著しく利用が減じられる瑕疵が存在する場合。これには、賃借人の生命を脅かす重大な瑕疵や、目的物の利用、少なくとも主たる部分の利用が一定期間完全にできなくなる場合も含まれる⁶⁴⁷。

⁶³⁷ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 928.

⁶³⁸ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 929. なお、199条も参照。

⁶³⁹ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 930. なお、258条も参照

⁶⁴⁰ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 932. なお、256a条も参照。

⁶⁴¹ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 933. なお、256b条も参照。

⁶⁴² Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 934. なお、257e条も参照。

⁶⁴³ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 935. なお、262条も参照。

⁶⁴⁴ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 936.

⁶⁴⁵ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 937. なお以下の事例は、Nr. 938、Nr. 939を参照している。

⁶⁴⁶ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 938a.

⁶⁴⁷ Urteil des Bger. vom 22. März 2006, Nr. 4C. 384/2005, [E. 2.1] 「賃借目的物に契約上保証された性質、または、契約上の利用目的から判明する性質を欠いている場合には、瑕疵ある状態である。したがって、瑕疵が存在するかどうかは、契約で合意されたことと賃借目的物の実際の状態を比較して見極められなければならない ([Higi] S. 271 f.; vgl. auch Urteil 4C.527/1996 E. 3a vom 29. Mai 1997, in SJ 1997, S.

瑕疵がある場合には、258条の効果が生じる。すなわち、賃借人は二つの手段を取ることができる。

i. 107条から109条の措置を取ること。

ii. 瑕疵ある目的物を受領した上で、本来の履行を求めること。

i. の場合には、259a条から259i条の請求権を行使することしかできなくなる。

瑕疵が軽微であり、目的物を利用することはできる場合には、賃借人は契約を解除することはできない。もっとも、259a条から259i条の請求をすることはできる⁶⁴⁸。

②目的物引渡後の瑕疵（259条以下）

259条以下には、目的物が引き渡された後の瑕疵について規定されている。また、この瑕疵によって契約に基づき定められた用法が達成できない場合も含まれる⁶⁴⁹（259a条1項）⁶⁵⁰。

なお、この要件には、目的物が騒音や公害に見舞われている場合も含まれる⁶⁵¹。その発生源が賃貸人なのか、第三者なのかは問わない。

目的物引渡後の瑕疵について賃貸人に責任を追及するためには、次の要件を満たさなければならない⁶⁵²。

a. 賃借人自らが責任を負うべき瑕疵でないこと（259a条1項）。

b. 賃借人自らが費用を負担しなければならない、いわゆる「小さな維持 kleiner Unterhalt」に当たらないこと（259条、259a条）。

c. 瑕疵担保についての請求権を賃借人が放棄していないこと。

瑕疵担保責任を追及する場合に、賃貸人に帰責事由は不要である。もっとも、個別の請求権には帰責事由がかかってくる（例えば、259e条参照）⁶⁵³。

③瑕疵担保に関する賃貸人の責任の内容

i. まず生じる責任は、瑕疵の除去である。賃借人は、相当の期限内に瑕疵を除去しよう、賃貸人に求めることができる（259a条1項a号、259b条）。賃貸人が期限内に瑕疵を除去しない場合には、特別の解約告知（259b条a号）、賃貸人の費用で瑕疵を除去すること

661). 賃貸人が、不動産を256条1項の趣旨としての義務に反して予定された利用〔方法〕を達しうる状態で引き渡さない場合、あるいは、その状態を維持しない場合には、目的物の使用を開始したAntritt後には、賃貸人に特に瑕疵の除去を求め、また、賃料を相応に減額することを請求することができる。」

⁶⁴⁸ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 944.

⁶⁴⁹ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 948. 瑕疵がある場合の主たる例として挙げられている。

⁶⁵⁰ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 947.

⁶⁵¹ BGer. vom 23. April 2003, Nr. 4C. 39/2003, [E.4] 「……賃借目的物そのものに基づく瑕疵だけでなく、環境や第三者の態様に基づく瑕疵も、賃借目的物の瑕疵となりうる……。」

⁶⁵² Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 951 ff.

⁶⁵³ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 955 f.

の請求（同条 b 号）をすることができる。除去については、除去費用が過大となる場合には、請求できない⁶⁵⁴。

ii. 次に、賃料の減額を求めることもできる。定められた用法で利用することが侵害されていたり、完全な利用ができなかったりする場合には、瑕疵を認識した時点から瑕疵を除去するまで、賃借人は賃料の減額を求めることができる（259a 条 1 項 b 号、259d 条）⁶⁵⁵。この意思表示は形成権と考えられている⁶⁵⁶。

iii. また、損害賠償請求も可能である。賃貸人に帰責事由がある場合には、損害賠償を求めることができる（259a 条 1 項 c 号、259e 条）。瑕疵と損害が認められると、賃貸人の帰責性が推定される（259e 条、97 条 1 項）⁶⁵⁷。

iv. さらに、第三者が賃借人の権利と相容れない、目的物に関する請求権を行使する場合には、賃借人の訴えに応じて法的紛争を引き受ける義務を負う（259a 条 1 項 d 号、259f 条）⁶⁵⁸。

v. 不動産の賃借人は、瑕疵の除去を求めている場合には、賃料を供託することができる⁶⁵⁹。これにより、履行遅滞の責めを負う危険を回避することができる⁶⁶⁰。

オ. 賃借人の義務

賃借人の主たる義務は、賃料支払義務である（253 条、257 条）⁶⁶¹。賃料は定められた期日に支払われなければならない⁶⁶²。支払いを遅滞した場合には、賃貸人の取ることのできる措置が定められている（257d 条）。また、当事者は担保（敷金）の合意が可能である（257e 条）⁶⁶³。さらに、賃借人は目的物を注意して利用する義務があり、また、不動産賃貸借の場合には同じ住居の住人や近隣住民に対する配慮義務がある（257f 条 1 項、2 項）⁶⁶⁴。これらの義務に違反する場合には、賃借人は損害賠償義務が生じたり（97 条）、特別の解約告知が

⁶⁵⁴ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 964 f.

⁶⁵⁵ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 966.

⁶⁵⁶ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 967.

⁶⁵⁷ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 969.

⁶⁵⁸ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 971.

⁶⁵⁹ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 972.

⁶⁶⁰ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 973.

⁶⁶¹ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 979; [Strub] S. 86 ff.

⁶⁶² Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 982.

⁶⁶³ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 985. 敷金は、最大で家賃の 3 ヶ月分である。敷金は、賃借人がその住居から引っ越す際の賃貸人による損害賠償請求を担保するためのものである。賃貸人は、支払いの滞った賃料について、敷金で充当する義務を負わない。支払遅滞の賃料を敷金で充当する場合には、賃借人に書面による同意を求めるか、確定した支払命令・判決に基づかなければ、行うことができない。これについては、[Strub] S. 87 を参照。

⁶⁶⁴ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 986.

されたりする (257f 条 3 項、4 項) ⁶⁶⁵。

①賃借人の賃料支払いの遅滞：257d 条は、目的物を受領した後⁶⁶⁶の賃借人の責任を定めている。この場合に、賃借人が支払いを遅滞した場合には、賃貸人は様々な権利を有する⁶⁶⁷。

賃貸人は、書面によって追完履行のための期限を設定しなければならない。具体的な期限については、257d 条を参照されたい。また、賃借人に配偶者や登録されたパートナーがいる場合には、追完履行のための期限の設定や解約告知の通知については、その配偶者や登録されたパートナーにも別に通知しなければならない (266n 条) ⁶⁶⁸。

②257d 条によれば、賃借人が追完履行の期限内に賃料を支払わないときに、賃貸人は即座に解約告知 (特別の解約告知) ができるとされる。目的物が、住居用・事業用の場合には、30 日以上の間をおいてから、解約告知できる。住居用賃貸借・事業用賃貸借については、書面において行う必要がある。この書面は、官庁により定められた要式である必要がある (266l 条を参照)。家族で住居に住んでいる場合には、266n 条による手続きを必要とする⁶⁶⁹。

③解約告知がされると、賃借人は目的物を返還しなければならない (267 条 1 項)。賃借人が返還義務を果たさない場合には、裁判所による立ち退きを求められる⁶⁷⁰。

④賃料の支払いについて遅滞した賃借人は、損害賠償義務を負う⁶⁷¹。

⑤用法遵守義務：賃借人は、用法 (住居における規則 Hausordnung) を守らなければならない⁶⁷²。

カ. 賃貸借契約の終了

⁶⁶⁵ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 986.

⁶⁶⁶ 「賃借人が目的物を受領した後」というのが、257d 条が規定する要件である。しかし、この点について判例は異なる表現をしている。「257d 条を適用するためには、賃貸人が賃借人に目的物を利用できるようにさせてさえいれば、それでよい」(BGE 127 III 548, E.3、ゴシックは原文による。また、傍点は筆者による。なお、判決文はイタリア語のため、公式にドイツ語へ翻訳された判旨部分を引用した)。すなわち、この見解では賃貸人の引渡しがあればよく、賃借人が受領していることまでは要求しない。Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 996 und Anm. 109 in S. 161.

⁶⁶⁷ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 996.

⁶⁶⁸ 「住居用賃貸借契約または事業用賃貸借契約の解約告知は、書面で行われなければならない (266l 条 1 項)、また、賃貸人の側で 266l 条 2 項にしたがった形式で行われなければならない。

賃貸人が家族用の住居を解約告知する場合には、解約告知は賃借人と賃借人の配偶者に個別に送付されなければならない (266n 条)。個別の送付が行われていない場合、または、形式の定めには則していない場合には、解約告知は無効である (266o 条)。」BGE 118 II 42 [43 f.]

⁶⁶⁹ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1001.

⁶⁷⁰ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1004.

⁶⁷¹ 損害賠償範囲については争われており、判例によれば積極的利益の賠償が認められる。この点については、[Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1005 f. を参照。

⁶⁷² Vgl. [Strub] S. 32.

255 条によれば、賃貸借契約は期限まで継続する契約であり、継続的契約である。したがって、賃貸人の目的物を使用させる義務、賃借人の賃料支払義務は、賃貸借関係が解消されるまで継続して履行されなければならない⁶⁷³。

賃貸借契約が継続的債務であることから、賃借人が期限の経過前に目的物を返還しても、賃料支払義務を免れるものではない（264 条 1 項）。すなわち、賃料の支払いは利用の対価ではなく、利用できる状態に対する対価である⁶⁷⁴。また、264 条 2 項によれば、契約または法律により終了する時点までの賃料の支払義務が生じる。もっとも、264 条において賃貸人が控除しなければならない事項がある。これらの義務から免れるには、新たな賃借人を示さなければならない。この場合の賃借人は、従前の条件で賃貸借契約を引き受けられる者でなければならない⁶⁷⁵。

賃貸借契約の終了事由には、i. 通常の終了事由と ii. 特別の終了事由が存する。以下に、概観する。

i. 通常の終了事由

賃貸借契約に期限が付されている場合には、その期限の到来によって解約告知をすることなく、期限の経過によって終了する（266 条 1 項、255 条 2 項参照）⁶⁷⁶。また、黙示に賃貸借契約の継続が行われるときには、期限の定めのない賃貸借契約とみなされる（266 条 2 項）⁶⁷⁷。

期限が付されていない場合には、当事者が異なる合意をしていなければ、法定期間と法定期日を遵守して解約告知をすることができる（266a 条 1 項参照）。なお、スイスでは「賃貸借契約は、通常は期限を定めることなく締結される」⁶⁷⁸ようである。解約告知は、賃貸人または賃借人が賃貸借契約を解消することを表示することによって行われる一方的意思表示（形成権）であり、将来効しかない。通常の解約告知については、正当事由 *ein wichtiger Grund* は不要である⁶⁷⁹。

解約告知期日とは、賃貸借契約が有効に解消される時点の意味する⁶⁸⁰。OR の規定は、近傍の慣習である期日をもって解約告知ができるという内容が見られる（266 b 条から 266d 条を参照）⁶⁸¹。解約告知期間とは、解約告知を有効に行うために、解約告知の意思表示の到

⁶⁷³ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1007.

⁶⁷⁴ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1008.

⁶⁷⁵ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1008 ff.

⁶⁷⁶ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1013.

⁶⁷⁷ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1014.

⁶⁷⁸ [Strub] S. 32.

⁶⁷⁹ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1017.

⁶⁸⁰ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1019.

⁶⁸¹ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1019.

達と解約告知期日の間に存しなければならない期間のことである⁶⁸²。当事者が解約告知期日または解約告知期間を守っていない場合には、解約告知は次の期日に有効となる（266a 条 2 項）⁶⁸³。

住居用賃貸借または事業用賃貸借の解約告知については、特別の要式性が存在する。賃貸人または賃借人は、この書面によって解約告知をしなければならない（266l 条 1 項）。特に、賃貸人は州によって認められた申請用紙を用いなければならない（266l 条 2 項）。

賃借人の解約告知は、解約告知期間開始前までに賃貸人に表示されている必要がある。解約告知期間は通常は契約で定められるが、定められていない場合には、アパート等の住居または家屋の場合には最低 3 か月、家具付きの部屋の場合には 2 週間、事業用賃貸借の場合には 6 か月とされている。

賃貸人が通常の解約告知をしようとする場合には、書面によって何らかの留保をすることは認められない。賃借人から解約告知の理由の開示が求められた場合には、それに応じる義務を負う。賃貸人は、この開示した理由に拘束される。賃貸人も、法定の解約告知期間、解約告知期日（住居は最低 3 か月、家具付きの部屋の場合には 2 週間）を遵守しなければならない。形式を守っていない解約告知は無効か、次の解約告知期日にならなければ有効とされない。また、賃借目的物の一部のみを解約告知することも無効である。共同賃借人の一部のみで解約告知した場合も同様に無効である。「この二つの場合について、法律は賃貸人に『すべてかなしか Alles oder nichts』を強制し、あるいは、賃借人との裁判外での協議を強制している」⁶⁸⁴。

ii. 特別の終了事由

特別の解約告知とは、特別の理由が存在する場合に、定められた契約期間や法定の解約告知期間または解約告知期日に従う必要がない解約告知である⁶⁸⁵。特別の事由とは、契約の履行が耐えられない事由のことである（266g 条 1 項）。「重大な事由は、当該状況が——契約締結時に認識されず、予見することができず——客観的に判断した場合に通常（契約関係の）解消可能性〔が生じる〕まで履行することが当然に耐えがたい場合にのみ、存在する。さらに、この状況が解約告知をする当事者によるものであってはならない」⁶⁸⁶。

特別の解約告知によって、一方の当事者は法定の期間をもって任意の時点で賃貸借契約を解約することができる（266g 条 1 項）。賃借人が破産した場合には、賃貸人は即時の解約告知ができる（266h 条）。賃借目的物に重大な瑕疵がある場合にも、解約告知を即時に行うことができる。ただし、賃貸人がその瑕疵を相当の期間が経過しても除去しないか、除去し

⁶⁸² Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1021.

⁶⁸³ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1022.

⁶⁸⁴ [Strub] S. 192.

⁶⁸⁵ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1035.

⁶⁸⁶ [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1036. [傍点は、原文のイタリック体を示す。]

えない場合に限る。瑕疵は隠れたものであり、賃借人が許容できないものである必要がある。重大な瑕疵が賃貸人の責めによるものでないことを証明できなければ、解約告知によって生じた費用についても損害賠償をしなければならない⁶⁸⁷。

賃貸借契約が終了すると、賃借人は目的物の返還義務を負う。反対に、債権者は債権法上の返還請求権を有する（267条1項）⁶⁸⁸。賃借人は、返還に際しては、契約に従った利用によって生じる状態での返還が求められる（267条1項）。賃借人は通常損耗について賠償する必要はない。通常損耗は利用に内在するものと考えられており、賃貸人は賃料によって通常損耗分の補填を受けているとされる⁶⁸⁹。通常損耗を越える価値の減少については、賃借人は賠償義務を負う。

目的物が返還される時に、賃貸人は目的物の状態を調査し、賃借人が作出した瑕疵について即座に通知しなければならない。この義務を果たさない場合には、請求権を失う（267a条1項・2項）。通常行われる調査では発見できない瑕疵については、発見後遅滞なく通知をすれば、この瑕疵についての請求権を行使することができる（267a条2項・3項）⁶⁹⁰。また、賃借人が賃貸借契約の終了時に、損害を補填することを目的としない補償をする旨を取り決めても、無効となる（267条2項）⁶⁹¹。

キ. 不動産の場合の返還義務

不動産の場合にも、当然に賃借人は返還義務を負う。しかし、何らかの理由によって賃借人が退去しない場合がありうる。賃借人が、正当な理由がないのに退去しない場合には、返還義務の遅滞による損害賠償義務を負う（103条）。しかしながら、これでは実際に賃貸人が目的物の占有を獲得できるわけではない。一方で、賃貸人は当然ながら自力救済は禁じられている。したがって、裁判所において退去命令をもらい、強制執行手続きによって救済をはかることになる⁶⁹²。

ク. 賃借人の保護

賃借人の保護については、賃貸借関係全般に適用される規定は散在している。以下に、羅列する⁶⁹³。

⁶⁸⁷ Vgl. [Strub] S. 148.

⁶⁸⁸ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1050. なお、賃貸人が所有者であれば、物権的請求権による返還請求も可能である。これについては、民法（ZGB）641条を参照。

⁶⁸⁹ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1051.

⁶⁹⁰ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1052.

⁶⁹¹ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1053.

⁶⁹² Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1056 ff., ZPO Art. 343 Abs. 1、なお、ZPO Art. 236 Abs. 3, Art. 337 Abs. 1も参照。

⁶⁹³ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1068 ff. ここでは、Nr. 1069以下の箇条書きについて、そのまま引用する。

- ①賃借人に対する賃貸人の情報開示義務（256a条、257b条2項）
- ②普通取引約款についての免責条項の無効（256条2項a号）
- ③賃借人の履行遅滞における解約告知の通知 *Kündigungsandrohung* に対する追完履行期間の設定の書面性（257d条）
- ④通則としての瑕疵担保責任（258条以下）
- ⑤賃借目的物に対する自身の出捐に対する賃借人の補償請求権（260a条3項）
- ⑥「売買は賃貸借を破る」の原則の（むろん制限的ではあるが）打破（261条）
- ⑦原則的な転貸借の可能性、確かに賃貸人の同意を要するが、一定の事由が存する場合にのみ拒否することが認められる（262条1項・2項）
- ⑧264条に応じた賃借目的物の期限経過前の返還についての権利
- ⑨計算禁止 *Verrechnungsverbot* の無効（265条）
- ⑩賃借人の死亡における相続人の解約告知権（266i条）
- ⑪動産についての特別の解約告知可能性（266k条）
- ⑫生じうる損害の填補とは異なる目的で合意された、賃借目的物の返還の際の給付に関する合意の無効（267条2項）
- ⑬賃借目的物の返還に際する瑕疵に対する賃貸人の検査義務および通知義務（267a条）
目的物が住居用または、事業用の場合には特別の保護規定が置かれている。
- ⑭明らかな連結取引 *Koppelungsgeschäft* の無効（254条）
- ⑮目的物を用法にかなう状態で引渡し、その状態に維持する賃貸人の義務についての免責条項の無効（256条2項b号）
- ⑯賃借人の賃料支払遅滞の場合の最低期間（257d条1項・2項）
- ⑰敷金の管理（257e条）
- ⑱解約告知の際の要式性（266l条）
- ⑲仮登記可能性（261b条1項、ZGB959条）
- ⑳刑法上の保護（StGB 325条）
- ㉑濫用的な賃料の約定の取消し：269条は、不相応に高い賃料は濫用的なものであると規定している。一方で、269a条は、例外として濫用とはならない場面を列挙している。また、両条は強行規定とされている⁶⁹⁴。「濫用」の判断基準は、判例⁶⁹⁵によれば絶対的基準と相対的基準が存する⁶⁹⁶。
取り消されると、まず、賃貸借継続中の賃料に係る（270a条）。また、賃貸人の賃料の引き上げや契約の一方的な変更にも影響する（270b条）⁶⁹⁷。取消しについては、取消し

⁶⁹⁴ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1095 f.

⁶⁹⁵ BGE 120 II 302 [304] 「しかしながら、許容される賃料は市場または費用に合致するだけでなく、絶対的にまたは相対的にも究明されなければならない。」

⁶⁹⁶ これについては、[Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1098 f. を参照。

⁶⁹⁷ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1101 ff.

の通知を受けてから 30 日以内に、調停所で取消しを求める必要がある (270b 条)。すでに発生している賃料についても、賃料の計算根拠に変動があったり、目的物からより高い収益を得られたりする場合には、270a 条にしたがって減額を求めることができる⁶⁹⁸。

賃貸人は、30 日以内に態度決定することが求められる。請求を拒否したり、一部にだけ応じたりする場合には、賃貸人は調停所に 30 日以内に請求をすることができる (270a 条 2 項)。

また、約定賃料 *Anfangsmietzins* の取消しは、*pacta sunt servanda* (合意は守られねばならない) であるから、一定の場合にのみ認められる。まず、急迫に乗じて、あるいは市場の変化によって強制的に契約させられたとされる場合である (270 条 1 項 a 号)。次に、賃貸人が以前の賃貸借契約の内容よりも高い賃料を設定した場合である (270 条 1 項 b 号)。これらの場合には、目的物の受領後 30 日以内に調停所に取消しを求める必要がある (270 条 1 項)⁶⁹⁹。

⑨解約告知の取消し：271 条により、賃借人も賃貸人も調停所で解約告知の取消しをすることができる。このためには、信義則違反が求められている。この取消権は、賃借人のための片面的強行規定である (273c 条)⁷⁰⁰。

解約告知は、相手方の請求によらなければならないが (271 条 2 項)、解約告知の有効要件ではないとされる。すなわち、請求ではなくとも、それを徴表する行為があれば請求と考えられる⁷⁰¹。

賃貸人側の濫用的取消事由については、271a 条によって例示されている。もっとも、これは例示であるから、信義に悖る事項であれば濫用的な取消しとされる⁷⁰²。例えば、賃貸人

⁶⁹⁸ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1108.

⁶⁹⁹ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1111 ff.

⁷⁰⁰ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1123.

⁷⁰¹ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1125.

⁷⁰² BGE 135 III 112[119] 「住居用賃貸借または事業用賃貸借の場合には、信義誠実の原則に反するときには、解約告知を取り消すことができる (271 条 1 項)。一般的に、解約告知が客観的な、重大な、そして保護の価値のある利益がないにもかかわらずなされた場合には、信義に悖るものとみなされる (Urteile 4C.61/2005 vom 27. Mai 2005 E. 4.1, in: SJ 2006 I S.35; 4C.267/2002 vom 18. November 2002 E. 2.2, in: SJ 2003 I S. 263; vgl. auch BGE 120 II 105 E. 3a S. 108)。すなわち、示された根拠が明らかに単なる口実らしいものにすぎない場合には、解約告知は信義誠実に反するものである (Urteil 4C.116/2005 vom 20. Juni 2005 E. 2, in: SJ 2005 I S. 586)。連邦裁判所の判決によれば、解約告知が禁じられた、または、保護の価値のない理由によって行われたことは、解約告知を受領した者が立証しなければならない。しかしながら、解約告知を求める者は誠実に真実の究明に寄与しなければならない。解約告知の理由を述べ、解約告知の理由を判断するために必要なあらゆる証拠資料を提出しなければならない (BGE 120 II 105 E. 3c S. 111; Urteil 4C.61/2005 vom 27. Mai 2008 E. 4.3.1, in: SJ 2006 I S. 36)」。

と賃借人との利益の間に重大な不均衡があれば、解約告知は権利濫用とみなされる⁷⁰³。ただし、賃貸人が、これまでの賃借人が支払ってきた賃料よりも多くの賃料を支払える賃借人と新たな賃貸借契約を締結する行為は、信義誠実の原則に反するものではない⁷⁰⁴。

また、271a 条 3 項は取消しが認められない事由をあげている。なお、b 号の支払遅滞については、裁判所は一定の場合には解約告知の取消しを認めている。すなわち、賃借人が請求された額の支払いの義務があるという確証を得る前に、賃借人に対して、期限の到来した賃料または付随費用の不払いを理由に解約告知を迫った所有者は、信義誠実に反しているとされている⁷⁰⁵。

⑩賃貸借関係の延長：賃貸借関係の延長が認められるための要件は、賃貸借関係が終了することにより賃借人または賃借人の家族に不相当な不利益を与えることである（272 条 1 項）。延長により、賃借人に新たな住居を探すために必要な時間が与えられる⁷⁰⁶。もっとも、何をもち「不利益」と言えるかについては、特に定められていない。「一般的な実務によれば、この〔不利益 Härte の〕概念は、その状況によってなお残された期間で代替物もしくは代替案を模索することを賃借人が妨げられ、もしくは、それが困難であり、または、明らかに失敗するという限りで、賃借人にとって不利に作用するという、具体的な個々の事例のあらゆる状況を意味する」⁷⁰⁷。裁判所は、賃貸人・賃借人の様々な利益を比較衡量して決定している（272 条 2 項も参照）⁷⁰⁸。また、延長が認められない事由が 272a 条に列挙されており、ここには日本でいうところの立退料も定められている（272a 条 1 項 d 号）。

延長の期間については、272b 条が最大期間の定めをしている。なお、裁判所は延長の期間については明確な期限を決定しなければならず、不確定期限を定めることはできない⁷⁰⁹。

ケ. その他の問題

①賃借目的物を修繕 *Erneuerung*、変更した場合

賃貸人が目的物について、瑕疵の除去や損害を軽減するために必要な作業をする場合には、賃借人はその作業を受忍する義務を負う（257h 条 1 項）。この場合には、賃借人は賃料の減額や損害賠償を求めることができる（260 条 2 項）。作業が認められるための要件については、260 条 1 項に定められている。

また、賃借人が目的物の修繕、変更をする場合には、賃貸人の書面による許可を要する

⁷⁰³ BGE 138 III 59 [62] 「一般的に、解約告知が客観的な、重大な、そして保護の価値のある利益がなく、そして純粋なシカーネ〔権利濫用〕により行われ、または、重大な不均衡が存する当事者間の利益に関連する場合には、解約告知は信義に悖るものとみなされる。」

⁷⁰⁴ Vgl. BGE 120 II 105 [Regeste] und [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1127.

⁷⁰⁵ Vgl. BGE 120 II 31 [Regeste].

⁷⁰⁶ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1131.

⁷⁰⁷ [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1132.

⁷⁰⁸ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1132.

⁷⁰⁹ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1137; BGE 135 III 121 [Regeste].

(260a 条 1 項)。賃貸人が許可した場合には、原状回復、造作の価値相当分の償還請求権などが生じる (260a 条 2 項、3 項を参照)。

② 転貸借関係

転貸借は、原賃貸人の同意を得てすることができる (262 条 1 項)。同意を拒絶できる場合については、262 条 2 項が定めている。

転借人は、賃貸人に直接責任を負うわけではなく、転貸人との間で契約が存するにすぎない。ただし、賃貸人が許可した用法以外の使い方を転借人はできず、このことについて転貸人が責任を負う (262 条 3 項、履行補助者の責任について 101 条)。賃貸人が転借人に直接、請求することもできる (262 条 3 項 2 文)。

転貸借関係は、原賃貸借関係とは完全には分離できないことから、転貸人が賃貸人から認められた権利よりも多くの権利を転借人に与えることができない。原賃貸借関係が終了すれば、転借人は原賃貸人に目的物を返還しなければならない⁷¹⁰。

③ 第三者への賃借権の譲渡

事業用賃貸借の場合には賃借権の移転についての規定があるが (263 条)、それ以外の賃貸借については通常の契約移転の法理に従う。移転には第三者の同意が必要である。ここに、263 条 2 項の規定はかからないから、目的物を契約期間前に返還できるに過ぎない (264 条)⁷¹¹。

概観すると、スイス賃貸借法は上述のとおりである。それでは、以下では特に「売買は賃貸借を破るか」ということと関わりのある規定を見ていきたい。

2. 仮登記による不動産賃借権の保護

261 条は、不動産賃借権の仮登記について定めている。これらの規定の趣旨や、詳細について Basler Kommentar⁷¹²の記述を元にしながら、考察していきたい。まず、261 条が定められることにより、いわゆる「売買は賃貸借を破る」の原則の例外が定められている。すなわち、賃貸借の目的物に物権を有するに至った者に対して、賃貸人の地位が引き継がれる。この規定は「社会法的な性格」(Art. 261 Rn. 1) を有する強行規定である。

本条が適用されるための要件は、賃貸目的物の所有者が交代することである。したがって、贈与や交換なども含まれ、強制執行などによる交代もまた含まれる。もっとも、相続のような包括承継には適用されない (Art. 261 Rn. 2)。また、本条は賃貸借が実際に開始されてはじめて作用する。すなわち、具体的には、目的物が移転してはじめて適用される (Art. 261 Rn. 2)。

⁷¹⁰ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1188a.

⁷¹¹ Vgl. [Schmid/Stöckli/Krauskopf] Nr. 1193.

⁷¹² [Weber] Art. 261—Art.261b. 以下、本コンメンタールより参照した部分・引用した部分については、本文中に括弧書きで対応条文と欄外番号を示す。

本条により、「所有者の交代の時点で」、賃貸借関係が移転する (Art. 261 Rn. 3)。これは法定の移転であり、あらゆる権利・義務が新所有者へ移転することになる⁷¹³。もっとも、契約の移転は賃貸借契約だけにかかわるもので、「例えば、賃借人によって設置された家具を賃借人から買い取るという賃貸人の義務など」は、契約当事者間のその他の法律関係であるから、契約の移転とは無関係である (Art. 261 Rn. 4)。

改正前の債権法には、旧賃貸人が取得者と連帯して責任を負う旨の規定があったが、削除されている。261 条 3 項の場合にのみ、賃貸人は損害賠償責任を負うことになる (Art. 261 Rn. 5)⁷¹⁴。

2 項は、新所有者に広範な法定解約告知権を認めるものである⁷¹⁵。居住用賃貸借と事業用賃貸借の場合には、自己使用が要件となっている。解約告知を有効とするには、所有者の実際の交代が必要とされている (Art. 261 Rn. 6)。自己使用という重要な要件は、賃貸人自身あるいは賃貸人に近い者が目的物を「直接の、真摯なかつ実際の理由」 (Art. 261 Rn. 7) によって必要としていることである。経済上の理由でも構わないが、上記の要件が時間的にも、実際上も sachlich 理由が存在しなければならない。なお、新所有者が複数おり、共有する場合には、共有者のうちの一人に重要な必要性が認められれば良いとされている (Art. 261 Rn. 7)。

261 条による法定の契約の移転によって、賃貸借の目的物が譲渡されたことを理由とする解約告知が、賃借人の請求によって取り消されることになる⁷¹⁶。したがって、契約を解約するためには、「合理的 vernünftig であり、正当であり、誠実で loyal ある契約当事者の観点に基づいて、保護の価値があると見うる」 (Art. 261 Rn. 11) 理由がなければならない。

元の賃貸人に対して更新を決定した場合には、新所有者に対しても効力が及ぶ。更新手続きが賃貸人の交代の最中に行われたときには、賃貸人の側で取得者の利益と賃借人の不利益 Härte を衡量しなければならない。取得の時点で更新手続きが完了している場合には、原則として取得者は従わざるをえないが、261 条 2 項による特別の解約告知が認められるときには、行使することができる (Art. 261 Rn. 13)。

居住や事業を目的とする長期の賃貸借の場合の問題点として、賃料を引き上げられるかということや、特別の解約告知が挙げられる。これについて、269d 条 2 項 c 号や 271a 条 1 項 b 項などにより、賃貸人が収益を調整する方法での解約告知が禁じられている。そこで、新所有者は、法定の次の解約告知期日の時点で、無条件に賃料を引き上げる方法を有している。これは、269d 条による (Art. 261 Rn. 19)。

また、261 条の規定は、261a 条により、賃貸人が制限物権を設定したときにも適用され

⁷¹³ Vgl. auch [Fellmann] S. 541.

⁷¹⁴ Vgl. auch [Fellmann] S.542.

⁷¹⁵ Vgl. auch [Fellmann] S.541.

⁷¹⁶ 賃借人を解約告知から保護するための規定として、271 条を参照。賃借人は譲渡による賃貸借関係の解約告知をされた場合には、271 条を理由に取消しを求めることができる。Vgl. auch [Fellmann] S. 545.

る (Art. 261a Rn. 1)。賃借目的物の一部分に制限物権が設定された場合には、元の賃貸人と制限物権の設定を受けた者が共同賃貸人関係になるとされている。また、制限物権を有する賃貸人がその物権を失った場合にも、本条が類推適用されると考えられている (Art. 261a Rn. 2)。さらに、賃貸人が目的物を譲渡したが、賃貸人の地位を留保したとき (例として、賃貸人が用益権を留保する場合が挙げられている、Art. 261a Rn. 3) にも、本条が適用される。

次に、賃借権の仮登記についての説明である。賃借権が仮登記されると、賃借人の契約上の権利が物的債権 Realobligation⁷¹⁷になる (Art. 261b Rn. 1)。「したがって、賃貸借契約は当然に、そして無制限に目的物の所有権に追従する」(Art. 261b Rn. 1、傍点は原文のゴシックによる)。

仮登記には、書面による法律原因の証明が必要である⁷¹⁸。口頭で合意した場合には、決定によって登記されうる⁷¹⁹。仮登記の効力が認められる期間が定められなければならないため、最低契約期間の定めのある期限の定めのない賃貸借契約のときには、この期間の間のみ仮登記が認められる⁷²⁰。転貸借の場合には、所有者の同意がある場合にのみ仮登記をする

⁷¹⁷ [Schmid/Hürlimann-Kaup] S. 6 によると、債権が物的な要素を有することを、Realobligation

(obligation dite réelle, obligation propter rem) と呼ぶ。その中心的な内容は債権債務関係であるが (債務者が給付をする)、その給付は債務者の物的な権限によって定められる、と説明する。最も問題となるのは、不動産工事抵当権 Bauhandwerkerpfandrecht の設定の際の仮登記である。これについては、本稿とは関わりが薄いため、割愛する。

⁷¹⁸ GBV 77 条 (仮登記：通則)

①仮登記のための法律原因の証明は、仮登記される権利の行使の条件、その期間に制限がある場合にはその制限を内容としなければならない。

②前項の規定は、強制執行機関の申請に関する処分制限の仮登記の場合には適用しない。

③官庁による命令に基づく (ZGB 960 条 1 項 1 号、961 条 1 号) 仮登記の法律原因の証明は、仮の強制執行可能な決定 vollstreckbaren vorläufigen Entscheid においてなされる。

⁷¹⁹ ZGB 665 条 (登記請求権)

①取得原因により、取得者は所有者に対して個別の登記請求権を有し、所有者が拒否した場合には、所有権に関する裁判所の決定 Zusprechung を求める権利を有する。

②無主物先占、相続、土地収用、強制執行または裁判所の判決による場合には、取得者は登記を自ら行うことができる。

③法律により財産共同制が生じ、または、解消することによる土地所有権の変更は、夫婦の一方の申請により登記簿に登録される。

⁷²⁰ これに関しては、BGE 81 I 75 の判例がある。その判決の要約 (Regeste) によれば、「黙示の再継続期間の定めのある用益賃貸借契約または賃貸借契約は、登記簿には最初に合意された期日までの期間のみを仮登記することができる。この期日を超えた仮登記がなされたままの場合には、このための新たな申請を要する」とある。この点は、冒頭の記述 (第 2 節 3 カ i を参照) により、期間の定めが置かれないことが常態であるのであれば、仮登記をすることができないことになる。賃借権の仮登記制度の限界が、ここに垣間見える。

ことができる (Art. 261b Rn. 2)。

本稿との関係で、261 条に関連する部分について概括的に総覧した。賃借目的物が譲渡された場合には、賃貸借関係が新たな新所有者に移転するという構成はドイツ民法と同様の考え方である⁷²¹。ドイツ民法では「Kauf」の表現を取りながらも売買には限らないと説明されるが⁷²²、スイス債権法では「Veräußerung」（譲渡）という表現に変えられていることは、スイス債権法が近代の最も優れた法であるとされる一つの証左であろう⁷²³。そして、スイス債権法は一步を進めて賃貸借関係を仮登記できるという規定を置くに至った。では、そもそもこの仮登記ができる規定は、実務においてどのように運用されているのだろうか。

3. 仮登記の実務上の運用

通常、所有者（賃貸人）は賃借人に、賃貸借契約の仮登記に関する代理人として授權をする⁷²⁴。賃貸人が仮登記に同意したが、書面による証明書の作成を拒否したり、登記所への申請に協力することを拒否したりしたときには、賃借人はスイス民法 665 条による登記をすることになる。裁判所による仮登記命令を賃借人が望まないときには、賃貸借関係を継続する利益をもちや有していないことになるから、遅滞の規定（102 条以下）によって賃貸借契約から離脱することができる⁷²⁵。契約上の合意があれば、仮登記請求権を違約罰によってさらに強化する可能性も存在する⁷²⁶。

以上の記述より、日本法への示唆として重要なのは、賃貸借を仮登記するには、「当事者が仮登記について合意している」場合にのみ、仮登記が認められることである。これは、すでに 261 b 条を見ても分かることである。当事者が仮登記を取り決めていたのにもかかわらず、賃貸人が協力しないならば当然に契約違反ということになる。これは、日本の賃借権の登記でも同じである。

しかしながら、興味の引くところは、261 条以下の「売買は賃貸借を破る」の原則の社会立法的⁷²⁷修正である。以下では、この規定について詳しく詳細に検討してみたい。

⁷²¹ 近年、藤井俊二により、ドイツの借家法 Mietrecht に関して、優れた概説書が出された。「売買は賃貸借を破らない」とするドイツ民法 566 条の規定の解説について、[藤井] 291 頁以下を参照。また、566 条に関する歴史的な考察をするものとして、例えば [大窪・賃貸]、[大窪・BGB]、拙稿「ドイツにおける使用賃貸借の発展（1・2 完）」早稲田大学大学院法研論集 149 巻（2014 年）101 頁以下、150 巻（2014 年）107 頁以下を参照。

⁷²² [藤井] 291 頁参照。

⁷²³ [北川・法学] 126 頁を参照。トルコで法典を編纂する際に、スイス法が評価されたことが書かれている。

⁷²⁴ Vgl. [Zucker/Eichenberger] S. 836.

⁷²⁵ Vgl. [Zucker/Eichenberger] S. 843.

⁷²⁶ Vgl. [Zucker/Eichenberger] S. 843.

⁷²⁷ Vgl. [Weber] Art. 261 Rn. 1.

4. 社会立法と理論的位置づけ

スイスにおいても、本来であれば物権は債権に優先する⁷²⁸。そこで、立法者は居住用賃貸借や事業用賃貸借における賃借権の特殊性⁷²⁹に鑑みて、「売買は賃貸借を破らない」原則を採用して、この問題を緩和しようとした。もっとも、表面上はドイツ法と近似するものの、内容においては異なる点がある⁷³⁰。

- ①スイス法では動産についても不動産についても 261 条の適用を受ける⁷³¹。しかし、ドイツ法では家屋や土地にしか適用されない。
- ②スイス法では、特別の解約告知を取得者に認めるが、ドイツ法にはそのような規定はない。
- ③スイス法では、ドイツ法が要件とする所有権移転前に賃借人が目的物の占有を得ていることを要件としていない⁷³²。
- ④スイス法では、新たな所有者が賃貸借契約で認められた期間よりも前に解約告知をしたときに限って、旧賃貸人が責任を負うが、ドイツ法では取得者が賃貸借契約に基づく義務を果たさない場合には、旧賃貸人は責任を負う。
- ⑤スイス法の規定は通説によれば強行法規であるが、ドイツ法では当事者が 566 条をどこまで排除できるかは争われている。

適用範囲についてはスイス法の方が広いが、賃貸人の責任の範囲で考えるとドイツ法の方が加重されているといえる。すなわち、スイス法の方が取得者の解約告知の行使を認めるからである⁷³³。

次に、賃貸借の体系上の位置づけについての見解を見てみたい。賃貸借は、債権法の 261 条により処分制限⁷³⁴という効果が与えられることにより、債権が物権に優先することになる。「この解決は、債権が物権として異なる次元に置かれることになるため、体系に反している」⁷³⁵。物権を有する者が債務を負っているときには、261 条が示すように債権が貫徹することもあるとする以上は、物権と債権との違いを 261 条が減じていると言える⁷³⁶。

コンメンタールにも賃借権が物的債権 *Realobligation* であると指摘がされていた (Art.

⁷²⁸ Vgl. [Weber] Art. 261 Rn. 1, [Hürlimann-Kaup] Nr. 75.

⁷²⁹ 原則にしたがって、賃借人が賃貸人に損害賠償を求めることができるにすぎないとすれば、借りていた住居で展開した関係や、安寧な状態は戻せないため、不十分であるとする。Vgl. [Hürlimann-Kaup] Nr. 483.

⁷³⁰ 以下の記述は、[Hürlimann-Kaup] Nr. 506 から Nr. 512 による。

⁷³¹ Vgl. auch [Fellmann] S. 541.

⁷³² もっとも、コンメンタールでは賃貸借契約の開始を要件としている ([Weber] Art. 261 Rn. 2)。

⁷³³ この点について、[Hürlimann-Kaup] Nr. 513 は、「ドイツの立法者は『売買は賃貸借を破らず』の原則について、スイス法よりもその緩和を少なくしている。とりわけ、ドイツの立法者は取得者の特別の解約告知を認めていない」として、より強い賃借人の保護をドイツ法が図っているとする。

⁷³⁴ 処分制限とは、賃借人が賃貸借契約に基づいて目的物を利用する限りで、所有者の処分権限が制限され、賃貸借関係が取得者に移転することをいう。Vgl. [Hürlimann-Kaup] Nr. 730.

⁷³⁵ [Hürlimann-Kaup] Nr. 732.

⁷³⁶ Vgl. [Hürlimann-Kaup] Nr. 732.

261b Rn. 1)。Realobligation については、BGE 105 Ia 23 [25] において言及されている。

「Realobligation は、ある物と結びつくことによって確かに物権となるわけではないが（筆者注——ここで *MEIER-HAYOZ*, Sachenrecht/ Systematischer Teil, N. 154 を参照している）、一種の物権と一致するか、もしくは、すくなくとも物権に近似した効力を有するものである（筆者注——ここで *LIVER*, Einleitung, N. 148 を参照している）」。すなわち、Realobligationen は、「確かに債権法に規定されているが、物権法によって物的債権的な性質が生じる」⁷³⁷ものである。日本やドイツにおいて、このことはとりわけ仮登記との関係で問題とされている⁷³⁸。スイス民法においても、仮登記の規定が置かれている⁷³⁹。この規定により、対人権たる債権にもかかわらず対世的な効力が与えられることになる。これをスイスでは Realobligationen と呼んでいるのである。明文規定があり、また、コンメンタールでも賃借権が Realobligationen であるとされているが、学説では賃借権は Realobligationen ではないという主張もなされている⁷⁴⁰。まず、賃貸人が物権を有していない場合には、261 条が適用されないことを理由としてあげる。賃貸人が例えば転貸人に過ぎない場合には、261 条は適用されないのである⁷⁴¹。また、261 条が適用されるためには賃借人が引渡しを受けている必要がある⁷⁴²。引渡しがなされる前には、賃借人は損害賠償ができるだけである。

次に、Realobligationen は物権的な原則が妥当するから、賃貸借においてその原則がどのように妥当しているか。まず、賃貸借契約の場合には、賃借人が有する権利を取得者に主張でき、また、賃貸人も 261 条 3 項に定められた限りで責任を負う。すなわち、担保物権の原則の一つである付従性 Akzessorietät が認められる⁷⁴³。

物権は公示されなければならない。Realobligationen は必ずしも完全な対世効を有するものではないが、今後所有者になりうる可能性のある者との関係でやはり公示される必要がある。賃貸借の場合には、この公示方法を欠いている。明認方法とも言える賃借人の占有により、一応の公示がなされるとはいえるものの、「土地について定められる登記法上の公示はまさに存在していない」⁷⁴⁴。また、Realobligationen と制限物権の関係は、通常であれば

⁷³⁷ [Hürlimann-Kaup] Nr. 33.

⁷³⁸ [大場] 449 頁以下参照。

⁷³⁹ ZGB Art. 959 (仮登記)

①債権 persönliche Rechte は、先買権、買戻権 Rückkauf、売買に関する権利 Kaufsrecht、用益賃貸借または賃貸借など、法律によって仮登記について明示されている場合には、登記簿に仮登記をすることができる。

②債権は、仮登記によって爾後に取得されたあらゆる権利に対して効力を有する。

⁷⁴⁰ [Pietruszak/Zachariae] S. 44 f.

⁷⁴¹ Vgl. [Pietruszak/Zachariae] S. 43 f.

⁷⁴² この見解は、[Hürlimann-Kaup]の記述と対峙する。ドイツ法の解釈が妥当と考える見解は引渡しを要件とすると考えるようである。Basler Kommentar における [Weber] Art. 261 Rn. 2 の記述も引渡しを求めており、条文に忠実にしたがうかどうかは議論があるものと思われる。

⁷⁴³ Vgl. [Pietruszak/Zachariae] S. 44.

⁷⁴⁴ [Pietruszak/Zachariae] S. 44.

先に登記をした者の権利が保護されるはずである。しかし、261a 条により、所有者の交代と同視できるような制限物権を賃貸人が設定した場合には（例えば、用益権）、その制限物権を有する者との間に賃貸借関係が移転するから⁷⁴⁵、賃貸借関係が制限物権に優先するわけではなく、併存することになる⁷⁴⁶。

そして、賃貸人（譲渡人）と譲受人との間で全く同一の義務を有するわけではない点も問題である。譲受人が目的不動産について自己使用の必要性があれば、賃借人に対して解約告知をすることができる（261a 条 2 項 a 号）。この点で、賃貸借関係は制限を受けているのである⁷⁴⁷。

「以上をまとめると、Realobligation の法形態が理論上の理由に基づいて賃貸借契約には適合しないことが明確に把握される *festhalten*。賃貸借契約は債権法 261 条 1 項の枠組みにおいて、少なくとも法定の次の解約告知期日までの間は主観的物権的 *subjektiv-dinglich* 結合が行われることによって、制限的に物権化している。したがって、賃借権は Realobligation とは制限的にのみ同視しうるものである」⁷⁴⁸。

ここで指摘されるべきは、やはり賃借権が債権であるということであろう。まず、スイス法においては賃借権の本登記ができるわけではない。本登記ができるとすると、それは物権法秩序に乗りうるかもしれないが、そうではない旨が指摘されている⁷⁴⁹。とはいえ、要件を満たすことで対世効を持つともいえる。側面の捉え方によって、これを Realobligation と呼ぶかは議論が分かれているところではある。コンメンタールでも Realobligation 化しているとするのであれば、*Hürlimann-Kaup* が指摘するような制限的な Realobligation 化という考えは正しくないのではないか。すなわち、*Hürlimann-Kaup* の検討はまさしく「物権かどうか」を問題としているのである。しかし、Realobligation 化は債権が本来の債権の枠を越えて保護される現象を指すのではないか。そうすると、賃借権が強化されることは違いないのだから、これは Realobligation 化しているといつてよいのではないか。しかし、いずれにしても賃借権が元の債権の枠組みを超えて強化されることがあり、これが社会的にも要請されていると考えていいだろう。

⁷⁴⁵ Vgl. [Weber] Art. 261a Rn. 1.

⁷⁴⁶ Vgl. [Pietruszak/Zachariae] S. 44.

⁷⁴⁷ Vgl. [Pietruszak/Zachariae] S. 44. また、コンメンタールの記述では、契約の移転範囲は賃貸借の本質的部分だけである。すなわち、旧賃貸人と賃借人との間でなされたその他の事項は移転しない。この点も、賃貸借関係の制限の一つと言えるだろう。

⁷⁴⁸ Vgl. [Pietruszak/Zachariae] S. 44 f. もっとも、仮登記がなされた場合には、Realobligationen であるとする。仮登記により、取得者は元の賃貸人と同様の義務を負うことになるからである。

⁷⁴⁹ 前掲注 744 摘示の、「土地について定められる登記法上の公示はまさに存在していない」というのは、このことを示している。仮登記しかできず、また新法では占有によって対抗力を認めるのだとすれば、これは物権秩序における公示をしているとはいえないだろう。

5. 261 条の史的変遷⁷⁵⁰

Realobligationen であるのかどうかは、261 条の史的な変遷も考慮に入れて検討する必要がある。もともと、261 条の前身である旧 259 条では、「売買は賃貸借を破る」とされていた⁷⁵¹。用益賃貸借は売買に破られないとされていたのとは対照的である。第 1 項によれば、取得者が賃貸借契約を承継したときにのみ、取得者は拘束されるとされていた⁷⁵²。もっとも、不動産の賃貸借の場合には、契約が解除されない限りで、法定の期日までは賃借人が利用できるものとしていた。取得者は、解約告知をしないときには、法律によって賃貸借関係に入る *eintreten* ものとみなされた⁷⁵³。このときにも、元の賃貸人は、賃借人から免責されない限りは、連帯して責任を負った⁷⁵⁴。取得者が賃貸借契約を引き継ぐときには、賃借人は旧 259 条 1 項により、賃貸借関係の継続を取得者に求めることができる。これは、債権譲渡と債務引受によって行われると考えられていた⁷⁵⁵。元の賃貸人は引き続き連帯して、契約の履行についての責任を負う。旧 260 条により仮登記をした場合には、賃借人は各新所有者に対して賃貸借契約にしたがった土地の利用をすることが認められる。仮登記によって、所有者は賃貸人の地位に入ることになり、賃貸借関係は将来に向かって土地の取得者と賃借人の間でのみ存続する⁷⁵⁶。

このように、かつての賃貸借法が原則として「売買は賃貸借を破る」としており、不動産の賃貸借に関して特別な手当てをしているにすぎなかった。すなわち、賃貸借関係が仮登記されたとすれば、仮登記によって認められる効力が与えられるという、比較的理路整然とした解釈が可能であった。しかしながら、1990 年の賃貸借法の改正により、現行の条文（「譲渡は賃貸借を破らない」）が導入され、ここでは取得者が賃貸借関係を引き継ぐことが原則とされた。そうすると、そもそも仮登記をする前から賃借人は——日本の図式で言えば——自らの賃借権を第三者（取得者）に対抗できることになった。Realobligationen の理論は、

⁷⁵⁰ Vgl. auch [Fellmann] S. 541 f.

⁷⁵¹ Vgl. auch [Fellmann] S. 540.

⁷⁵² Vgl. auch [Fellmann] S. 540.

⁷⁵³ この点は、ドイツ民法の 566 条の考え方に近い。しかし、解約告知が可能である点では、賃借人の保護は薄いと言わざるをえない。

⁷⁵⁴ 以上の記述は、[Hürlimann-Kaup] Rn. 78 f. による。

⁷⁵⁵ Vgl. [Fellmann] S. 540; BGE 60 II 341 [347] 「これは、取得者へのかつての賃貸人の権利の移転に関して適用される債権譲渡の原則（167 条）……により、賃借人に譲渡について何ら知らされていない場合に、賃借人が賃料を有効にかつての賃貸人に支払いうることからすでに明らかである。そして同様に、賃貸人の義務に関して土地の取得者が賃貸借契約に入る場合に妥当する債務引受法の規定によって……、被告のところへの原告の請求についての要件は、被告が賃貸借契約に入っているというその表明である」。本判決が、賃貸借関係の債権譲渡と債務引受を前提としていることから、賃貸借関係による権利・義務が引き継がれるのも同原則によるからだと推察される。

⁷⁵⁶ 以上の記述は、[Pfäffli]による。資料の収集に困難を極める中、当論文を採録する本雑誌の購入を打診したところ、同氏より無償で本論文を頂戴することができた。心より御礼を申し上げる。Herzlichen Dank für Freundlichkeit von Prof. Dr. Roland Pfäffli, mir diesen Aufsatz zu schenken.

とりわけ債権の仮登記で問題となる議論であり、これまでの、「賃貸借は債権ゆえに物権の移転によって効力を維持できないけれども、仮登記によって物的な効力が与えられる」という図式の中で検討されてきたといえよう。しかし、「賃貸借関係は物権の移転に付随するが、仮登記もできる」という図式では、賃貸借はすでに特別扱いをされているのであって、「賃貸借関係は仮登記されることがむしろめずらしく、実務上は事業用賃貸借の場合にのみ登記簿に仮登記される……」⁷⁵⁷ ようになっているのである。したがって、もし仮登記がされた場合に、そもそも仮登記の効力によって賃貸借関係が移転するのかが問題とされた。結果的には、賃貸人が交代するのは仮登記によるものではなく、「賃借権の物的債権的な性質は、まさに物権から生じるのではない。仮登記された賃貸借との関係での『Realobligation』という概念の使用は、したがって誤謬である」⁷⁵⁸ と考えられるようになったのである。

以上のように、もはや仮登記の意義は薄れていると言える。しかしながら、なぜ仮登記に関する規定が1990年の改正に置いても残されるに至ったのか。それは、仮登記をすれば取得者の特別の解約告知を防ぐことができるからである⁷⁵⁹。また、仮登記とともに違約金を合意しておけば、住居の強制執行の際にも保護されることになる。このように、仮登記の意義はあると言える。しかし、前者については賃貸人と賃借人との間で契約をする際に、目的物を譲渡した場合の違約金の取り決めをしておけばよく、また、後者についてもあらゆる場面で強制執行の際に保護されるというわけでもない⁷⁶⁰。そこで、仮登記の制度は261条ですでに目的が尽くされている以上は、廃止すべきであるという意見が出されている⁷⁶¹。

6. 小括

ここまで、スイスの賃貸借法について、目的物が譲渡されてしまった場合にどのような対処がなされるのかを簡単に眺めた。1990年の改正により、スイス法においても「譲渡は賃貸借を破らず」の原則が採用された。これにより、原則としてはドイツ法における賃貸借法制と同じ状況になった。しかし、スイス法においては不動産と動産の区別をしておらず、あらゆる賃貸借契約に対して同原則が及ぶ。例外や特別の解約告知の容認によって、結論的に妥当な範囲での賃借人の保護を図っているという点で、ドイツ法が賃貸借契約のうちの借家権に限っているが、その中では最大限の賃借人保護を図っているのとは対照的である。

しかしながら、従前から認められてきた仮登記の可能性については、改正法においても残されることになった。そもそも、目的物が譲渡された場合には取得者に賃貸借関係が引き継がれるという規定があるのであるから、改めて仮登記をする必要は乏しいだろう。仮登記の

⁷⁵⁷ [Hürlimann-Kaup] Rn. 821.

⁷⁵⁸ [Hürlimann-Kaup] Rn. 35.

⁷⁵⁹ Vgl. [Hürlimann-Kaup] Rn. 771; [Fellmann] S. 547.

⁷⁶⁰ Vgl. [Hürlimann-Kaup] Rn. 1013.

⁷⁶¹ Vgl. [Hürlimann-Kaup] Rn. 1013.

意義が全くないとはいえないものの、それらは個別に解決が可能であり、わざわざ仮登記という手段に頼らずとも、賃借人が保護されるような手立ては考えられる。スイスにおいても、現在ではほとんど仮登記が用いられていないのであり、「仮登記ができる」という状況は空洞化しているのである。

このような状況は、日本法でも同様と言えよう。それでは、次に日本の不動産賃借権の登記に関するこれまでの変遷を眺め、対比してみたい。

第3節 日本における不動産賃借権の登記（民法 605 条）

1. 賃借権の登記

賃借権の登記は、賃料が必要的記載事項とされている（不動産登記法 81 条 1 号）。また、任意的記載事項として、存続期間または賃料の支払時期の定め（2 号）、賃借権の譲渡または転貸を許す旨の定め（3 号）、敷金（4 号）などがある。また、仮登記をすることも可能である⁷⁶²。

しかし、登記法上にも認められている不動産賃借権の登記をする際には、大きな問題があることはすでに周知のとおりである。すなわち、賃貸人が任意に登記に協力してくれない事態が生じた場合に、賃借人に登記請求権が認められるのかということである。

2. 大判大正 10 年 7 月 11 日民録 27 輯 1378 頁

【事実】訴外 A と被上告人 Y は、大正 7 年 4 月 17 日に土地賃貸借契約を締結した。そして、大正 9 年 2 月 12 日に今市区裁判所の仮登記処分命令によって賃借権の仮登記が行われた。上告人 X⁷⁶³は、賃貸人が明示または黙示に賃借権の登記を認めた場合でなければ物権のように当然に登記請求権が生じるものではなく、X は契約書において登記をすることを認めていないにもかかわらず、裁判所が仮登記の原因の主張や疎明がないのに仮処分を命じたのは当時の不動産登記法 32 条の要件を満たしていないため無効であるから、仮登記も無効であると主張した。原審は、1 審が仮登記は本登記をするに必要な条件が整わないときにも可能なものであるから、仮処分命令が当然に無効に帰するものではなく、よって仮登記も当然に無効となるものではないと判断したことについて、相当であると判断した。

⁷⁶² 大判昭和 12 年 10 月 27 日新聞 4100 号 18 頁「本件抵当付債務ニ於ケル債務者カ弁済期ニ其ノ弁済ヲ為ササルトキハ債権者ハ本件抵当物件ニ付賃借権ヲ取得スヘキ約旨ニシテ右賃借権設定請求権保全ノ仮登記ヲ為シ債務者ハ弁済期ヲ経過スルモ其ノ弁済ヲ為ササリシモノナルヲ以テ債権者タル被上告人ハ弁済期以後既ニ賃借権ヲ取得シ居ルモノニ外ナラス從テ右仮登記ハ其賃借権ニ付競落ニ因ル抵当不動産ノ所有権取得者ニ対シテモ亦対抗力ナシト謂フヲ得サルモノナルヲ以テ……之ト同趣旨ニ基キ被上告人ノ請求ヲ容認シタル原判（刑事）旨ハ正当ニシテ論旨理由ナシ」。

⁷⁶³ 判決理由からは、A・X・Y の関係をまったくうかがい知ることができない。[中川] 149 頁の記載によれば、A は C に土地を売ったものと推測されるという。もっとも、本批評においても当事者関係が分からないことが示されている。

【上告代理人の主張】この事件を判断するには、「(一) 事実上何カ登記能力アル権利ナルカ (二) 登記能力アル権利ハ如何ナル条件ヲ具備スルコトニヨリテ登記ヲ請求シ得ルカ」を審理する必要がある。

登記をする場合の実体法上の登記原因は二つに分けられる。「(一) 権利ノ性質上当然登記原因タルニ適スルモノ (二) 権利ノ性質上当然登記原因タルニ適セサルモノ」である。前者は、まずは物権が挙げられる。物権は対世的権利であるから本来は登記不要であるが、取引の安全の観点から登記が必要とされているのであるから、登記原因に当然になるとする。後者は、特別の規定によって登記が認められている場合であり、不動産の賃借権や買戻権がこれに当たる。「此ノ場合ニ於テハ登記セラル可キ実体法上ノ権利即チ賃借権ノ如キハ之レ自身債権ニシテ他人ノ不動産ヲ使用シ収益スルコトヲ請求シ之ヲ容認セシムルノ権利ニシテ権利自体トシテ貸貸人ト賃借人トノ間ニ限り効力ヲ有シ当然第三者タルモノ即チ其不動産ノ新所有者ニ対シテ其効力ヲ主張シ得ルモノニアラス從テ貸貸人賃借人ニ於テモ如此権利ヲ設定スルモノ勿論之ヲ以テ当然第三者ニ対シテ効力ヲ有セシムルノ意思アリテ然セルモノニアラスサレハ如此賃借権ヲ以テ第三者ニ効力アラシメントセハ元ヨリ一定ノ公示方法ニヨリテ第三者ニ其存在セル所以ヲ知悉セシムルニアラサレハ第三者ハ不測ノ損害ヲ蒙ルコトアルヲ免ル可カラス故ニ吾民法ニ於テハ賃借権ニ付テモ此権利ヲ設定セル当事者ニ於テ第三者ニ対シテモ賃借権ノ効力ヲ有セシメンコトヲ特約スルニ於テハ其権利カ債権タルニ拘ハラス其特約ヲ有効トシテカカル権利ノ存在ヲ登記セシメ以テ以上ノ賃借人保護ノ目的ヲ達セシメタルナリ從テ賃借人ハ其賃借権ヲ登記セントセハ勿論賃借契約ヲナス外ニ其登記ヲ為スコトノ権利ヲ特別ノ契約ニヨリテ之ヲ取得セサル可カラス」。上告代理人はスイス法において登記をするには当事者の特約が必要であることを明文で示しているが、日本の民法にはそのような明文はない。しかし、もし賃貸借契約によって登記請求権が認められるとするならば、そもそも建物保護法を制定する必要がない。わざわざ建物保護法を定めている趣旨を斟酌すれば、土地の賃借人には登記請求権がないことは明白である、とも主張している。

物権や登記の承諾のある賃借権については、貸貸人に対して登記に協力するよう求めることができる。また、賃借権に登記の承諾があることを疎明して仮登記の仮処分を受けることができる。賃借権の登記も共同申請が必要であるから、登記義務者が協力を拒むならば裁判所から協力をする旨の判決を得ることができる。また、登記申請に関する形式的条件が認められなければならない。この形式的条件が具備されないときには、仮登記をすることができる。もっとも、仮処分を求める場合には、登記権利者が登記原因を明らかにしなければならない。この疎明があってはじめて、裁判所は仮処分の命令を発することができる。このような疎明がない仮処分命令は本来無効である。そして、そのような無効な仮処分による仮登記もまた無効である。原審はこの点について誤った判断をしたものであり、登記原因たる賃借権の貸貸人による承諾がないにもかかわらず行われた仮登記の仮処分命令も、それに基づく仮登記も無効である。

【大審院の判断】「仍テ按スルニ不動産ノ賃貸借ニ付キテ登記ヲ為スコトハ民法第六百五条ノ認許スル所ナレトモ賃借人ハ登記ニ関スル特約ヲ為サスシテ唯賃貸借契約ノミニ依リ当然登記請求権ヲ有スルヤ否ヤニ至リテハ直接ニ之ヲ規定シタル法文ナシ然レトモ不動産ノ賃貸借ト雖モ其性質ニ於テハ当事者間ニ債権関係ヲ発生スルニ止マリ唯其登記ヲ為シタル場合ニ於テ爾後其不動産ニ付キ物権ヲ取得シタルモノニ対シテモ契約上ノ効力ヲ生スルニ過キサレハ賃貸借ノ登記ナルモノハ法律カ契約本来ノ効力ニ付キ一種ノ變態的拡張ヲ認ムルノ要件ナリト謂フヘク其要件ヲ履踐スルト否トハ賃貸借本来ノ効力範囲ニ属セスシテ当事者カ任意ニ処分シ得ヘキ事項ナレハ賃借人ハ賃貸借ノ登記ヲ為スコトノ特約存セサル場合ニ於テハ特別ノ規定ナキ限り賃借人ニ対シテ賃貸借ノ本登記請求権ハ勿論其仮登記ヲ為ス權利ヲモ有セサルモノト解スルヲ相当トス」。本件において、原審は特約がないにもかかわらず仮登記をすることができるから、仮登記は有効であると判示したのは失当であるが、賃借人と賃借人との間には賃貸借の登記をする約束があったことを第1審が認定しているから、本件仮登記は有効である。また、「……仮登記仮処分命令ノ申請手續ニ於テ仮登記原因ヲ疎明セサリシコトハ未タ以テ其仮登記ヲ抹消スル事由ト為スヲ得ス故ニ本論旨ハ結局理由ナシ」として、仮登記原因を疎明しないことの一事を以て、仮登記抹消の理由とはならないとも判示した。

この判決は極めて有名である。この判決は、その後大きな反論が出されることもなく通説・判例となっていった⁷⁶⁴。星野英一は、「ところで、賃借人に登記請求権を拒む理論は、物権と債権を峻別する立場に由来するようである。しかし、仮にこれを認めるとしても、そこからこの結論が論理必然的に導き出されるものではない。賃借権も、登記によって第三者に対抗でき（民法605条）、この点で物権と同じことになったのだから、賃借人に登記請求権があると解することも、完全に可能で、理論的に何の障害もない。現に、登記をもって賃借権の対抗要件と定める立法のもとでも、このような区別が常になされているわけではないのである。ことは、結局は政策判断に属する。起草者の意図が右のような区別にはなかったと解することも、大いに考慮に値する。政策的には、これを認めるのが妥当であり、登記請求権なしとする解釈は、賃貸人の横暴と、賃借人の不当な圧迫をもたらすもので、あまりにもおかしいというべきである。従って、賃借人には登記請求権があり、これに基づき、仮処分による仮登記（不登33条）もなしうると解したい」⁷⁶⁵としている。もっとも、後述のように賃借人に登記請求権がないことは排他性の観点で一応の説明が可能である。政策的

⁷⁶⁴ [幾代・広中] 参照。もっとも、建物保護法の制定が本判決を受けてのものであるという説明は事実と異なる。建物保護法が制定されたのは明治期である。上告代理人の主張にも、建物保護法の制定趣旨は、賃借権には登記請求権がないからだ、という言明がある。建物保護法がなければこのような指摘はできないのであって、本判決は建物保護法がすでに存していたからこそ、出されたものとも言えるだろう。これについて、[畑中] 578頁も参照。なお、通説・判例化したことについては、[星野・借借] 381頁も参照。

⁷⁶⁵ [星野・借借] 381頁。

にこれを認めるべきかもしれないが、理論的な帰結としては一貫しているといえるのではないだろうか。

とはいえ、賃借権の登記請求権がどのように検討されてきたのかについては一瞥する必要がある。以下では、学説の状況について、上記の大審院判決の前後の展開を眺めておきたい。

3. 学説の状況⁷⁶⁶

本判決に対する批評として、中川善之助のものがある。「賃借権が当然登記能力⁷⁶⁷を有する権利でない事に就ては勿論異論はない。併し此判決が示して居る所は寧ろ其点ではなくて、既に実体上完全に登記能力を具備した権利の仮登記仮処分命令が其登記原因の疎明なくして為された場合の効力に関する事である。而して大審院は之を有効とした」⁷⁶⁸と評価している。本評論では、賃借権に登記能力がないということに対して異論がないとしつつも、それを裏付ける文献が提示されていない。これは、星野が指摘するように、この判決の結論が当時の学界の当然の考え方だったとも窺われる。中川の評釈の主眼は賃借権の登記請求権の問題ではなく、仮登記原因の疎明がなくとも、仮登記処分命令が有効であることに置かれている。こちらの点は、本稿とは若干の距離のある問題のため、これ以上は立ち入らない。

それでは、賃借権の登記請求権については、どのような考え方がなされていたのだろうか。例えば、立石謙輔「不動産賃貸借ノ登記強要」明治学報 121 号 36 頁以下⁷⁶⁹は、賃借人が登記を賃貸人に強制できるかという問いに答えたものである。まず、一般的な議論として次のような紹介をする。すなわち、物権は 177 条によって対抗要件主義が採られているから、「物権ニ関スル法律行為ノ結果ハ当然ニ登記ヲ伴フモノ」⁷⁷⁰だから、特約がなくとも登記を強要できる。賃貸借関係は 177 条が適用されるものではないから、賃貸人との特約がなければ登記を求めることはできないのである、ということである。しかし、立石はこの考え方に同調しない。すなわち、「然レトモ解答者（筆者注——立石学士のこと）ノ考フル所ニ因レハ賃借人ハ賃貸人ニ対シ其登記ヲ強要シ得ルモノト信ス」⁷⁷¹。なぜならば、物権でなければ登記ができないというのは、根拠がないからである。605 条から 616 条までの規定は、賃貸借契約の当然の効果を定めたものである。確かに、605 条は登記ができるとは書いていない。しかし、「其文意ハ『不動産ノ賃貸借ハ登記法ノ定ムル所ニ従ヒ其登記ヲ為スコトヲ得

⁷⁶⁶ 学説の状況については、[畑中] 586 頁以下に詳しい。本論文では、確認の意味で諸文献をいくつか紹介する。

⁷⁶⁷ 入手した資料では、「登」の文字が消失している。前後関係から、「登記能力」で間違いないと思われる。

⁷⁶⁸ [中川] 150 頁。なお、旧漢字は新漢字に改めた。傍点は筆者による。

⁷⁶⁹ なお、旧漢字は新漢字に改めた。以下の引用においても同様である。

⁷⁷⁰ [立石] 36 頁。

⁷⁷¹ [立石] 37 頁。

之ヲ登記シタルトキハ云々』⁷⁷²である。したがって、賃貸借契約を締結すれば当事者は特約がなくとも登記に関する権利・義務を負うのである。これは、不動産登記法が賃貸借の登記を物権と同一に扱っており、特に登記する旨の契約の存在を要件としていないことから明白である、と説明するのである⁷⁷³。

清瀬一郎の『債権各論前編』（巖松堂書店、第3版、1919年）では、まず、民法605条は、「其沿革ヨリ見ルモ之賃借権ニ物権的効力ヲ与へタル規定ニ外ナラス」⁷⁷⁴と説明している。すなわち、この規定によって、「……不動産ノ新取得者ヲ賃貸人トシテ従前ノ賃貸借ト同一ノ内容ノ賃貸借ノ存続ヲ主張シ得ルト云フ意味ニ外ナラス」⁷⁷⁵。そして、これに続けて注として、賃借権の登記請求権について言及している。

不動産ニ付キ賃貸借ヲ為シタル者ハ其賃貸借ノ効カトシテ当然登記ヲ求め得ルノ権利アリヤ。曰ク此登記ノ義務ハ不動産賃貸借契約ノ当然ノ効果ニアラス。之ヲ求め得ルニハ其賃貸借ニ付キスル登記ヲ為スヘキ旨ノ特別ナル意思表示アルコトヲ要ス然レトモ既ニ民法カ登記ヲ前提トシテ不動産賃貸借ノ規定ヲ有ス以上ハ不動産ニ付キ賃貸借ヲ契約スル当事者ハ暗黙ニ之ニ登記ヲ為スノ合意ヲ為シタルモノト推定セラルルコトヲ得ヘシ（……）。⁷⁷⁶

この説明によれば、不動産賃借権の登記には、特別の意思表示が必要だと考えていることになる。もっとも、この特別の意思表示を不動産賃貸借に読みこむところに特色がある。この見解を取るならば、不動産賃貸借契約を結ぶ際に当事者が「登記しない旨」を約束しなければ、登記請求権が生じるということになる。

これらの考え方に対し、合意がなければ登記はできないと主張する見解も登場する。水口吉蔵「不動産賃貸借ノ登記請求権ニ付キ」法律評論3巻（1915年）295頁以下では、民法605条は登記の効力は規定するが、登記を行いうる基礎としての規律は設けておらず、それは合意があった場合にのみ賃借人の登記請求を認める趣旨だという⁷⁷⁷。賃貸借における賃貸人の義務は、目的物を使用収益させることであり、賃借人に物的権利を取得させるもので

⁷⁷² [立石] 37頁。

⁷⁷³ なお、同旨として法律評論1巻（民法）569頁以下がある。これは、後掲の[法曹会決議]に対して反対を投ずるものである。

⁷⁷⁴ [清瀬] 159頁。傍点は原文による。なお、旧漢字を新漢字に改めた。

⁷⁷⁵ [清瀬] 160頁。傍点は原文による。

⁷⁷⁶ [清瀬] 160頁。傍点は原文による。なお、旧漢字を新漢字に改めた。このような結論は、[法曹会決議]を参照。曰く、登記義務は賃貸借契約自体から生じるものではなく、別個の意思表示が必要であるが、「既ニ民法カ登記ヲ前提トシテ特別ノ効力ヲ付与スル以上ハ当事者カ別段ノ意思表示ヲ為ササルニ於テハ常ニ登記ヲ為スノ意思ヲ暗黙ニ表示シタルモノト認ムルヲ正当トスヘシ」（同1255頁、旧漢字を新漢字に改めた）という。

⁷⁷⁷ [水口] 296頁・297頁参照。

はない。古より売買は賃貸借を破ると考えられていたのだから、登記によって物権的性質（筆者注——物権取得者に対抗できること）を備えるのは例外である。物権は、物権契約によって物権を完全とするために当然に登記義務を負う。しかし、債権である賃貸借は使用収益させる義務があるに過ぎず、賃借権を物権化させる義務はない。これを認めれば、「賃貸借契約ハ物権ノ設定移転ノ契約ト選フ所ナキニ至リ賃借人ノ意思ヲ以テ債権ヲ物ノ第三取得者ニ対抗スルコトヲ得ルニ至リ賃借人ノ予期セサル効果ヲ発生スルニ至ル何トナレハ賃借権ハ登記ニ依リ物上負担ト同一ノ効果ヲ不動産上ニ発生セシムルヲ以テ之カ為メニ時ニ其不動産ノ売却価格ニ於テ減少ヲ免ルヘキニアラサレハナリ」⁷⁷⁸。このような効果を賃貸人は期待していない。したがって、賃貸人が登記意思を有するときのみ、登記を認めるべきであるとする。賃借人保護の為に登記請求権を認めるという主張は、物権債権の区別を没却するから認められない。スイス法においても、登記請求権の発生は合意によるとされているから（筆者注——旧 260 条）、このような規定を置かない日本の民法がスイス法よりも賃借人を保護しようと考えているとは考えられず、法の欠缺であると主張する⁷⁷⁹。

この主張は、これまでの賃貸借契約に登記の合意を暗黙に読み込む手法に疑義を差し挟もうとしたものと思われる。確かに、登記によって賃貸人はその後の土地の収益権、処分権を制限されることもあるだろう。そして、賃貸人はそれを望んでいるわけがないから、賃貸借契約の締結によって暗黙の登記の合意があると見ることはできないと考えるのは理解しうる。しかし、そもそも賃貸借契約を締結するとそれだけで所有者は収益権を行使しているのであり、賃貸借契約の締結で利益を受ける以上は、不利益も存するだろう事は覚悟できるはずである。この見解は、あまりにも賃貸人保護を謳いすぎているように思われる。そして、賃借人がこれによって困ることに対しては水口博士も理解を示してはいるが⁷⁸⁰、その原因は法の欠缺だからやむを得ない。物権債権が峻別されているのだから、やむを得ない、このように論断する。物権債権の枠組みによって登記請求権を捉えるという考え方が、この頃から意識されるようになったことは注意されるべきだろう。

鳩山秀夫『日本債権法各論下巻』（岩波書店、増訂版、1924 年）は、賃借権は賃借人が目的物を使用収益させるよう求める権利であり、これをもって賃借権を債権としているが、賃借権の内容はこれにつきるものではないという。すなわち、「賃借人ハ物ノ使用収益ヲ為シ得ベキ法律上ノ地位ニ在リ。……賃貸人ガ目的物ヲ引渡シ其他使用収益ヲ為サシムルニ適當ナル地位ヲ成立セシメタルトキハ使用貸借ニ於ケルト同ジク之ヲ生ズルコト明ナリ。而シテ此法律上ノ地位ハ使用貸借ニ付テ既ニ述ベタルガ如ク、他人ノ物ヲ使用収益シ得ベキ一種ノ権利ナリト云ハザルベカラズ」⁷⁸¹。使用収益させる請求権が賃借権の内容のすべてで

⁷⁷⁸ [水口] 298 頁・299 頁。なお、旧漢字を新漢字に改めた。

⁷⁷⁹ [水口] 299 頁・300 頁参照。

⁷⁸⁰ [水口] 299 頁参照。

⁷⁸¹ [鳩山・各論] 462 頁。傍点は筆者による。

はなく、賃借人が他人の物を使用する権利も含めて賃借権であるという。ただし、このことのゆえに賃借権を物権と解するのは正当でないとする⁷⁸²。使用収益権は、賃借権の従たる権能に過ぎない。また、賃借権を物権とするか債権とするかは、「成法ニ根拠シテ之ヲ決定スルコトヲ要ス」⁷⁸³のものであり、日本民法はこれを債権としているのである。そして、登記請求権については、「而シテ登記義務ノ有無ニ付テ法典ニハ何等ノ規定ナキモ賃借権ハ地上権、永小作権ノ如ク当然対外的効力ヲ有スルモノニアラザルガ故ニ、特約ナクバ賃借人ハ登記義務ヲ負ハザルモノト解スルヲ正当トス」⁷⁸⁴としている。対外的効力があるときには、これを公示して第三者に不測の損害をもたらさないようにするのが公示（登記）制度の根幹であることは間違いない⁷⁸⁵。とはいえ、対外的効力がなければ登記ができない、という理由は必ずしも説得的ではないのではないか。「私見によれば、自己名義の登記を取得すること、あるいはそれを保有することは、不動産についての物支配の現実形態の一面であること、あたかも占有におけると同様である、と理解される。ゆえに、いわゆる登記請求権なるものは、その社会的意義において、あたかも、物の引渡請求権と対応・平行するものとして、これを把握することができるし、またそうすることにより自然で無理の少ない法律構成に到達し得るのではないか、と思われる」⁷⁸⁶。この文脈は売買における登記請求権を念頭に置いているから、必ずしも賃借権のそれにただちに持ち込むことはできない。しかし、「不動産についての物支配の現実形態」としては、賃借権に基づくものを排除する理由はない。現今では、賃借権を登記することが一般化していないから、その点は現実感覚とは異なる。しかし、仮に賃借権の登記が一般化していたとすれば、賃借権に基づく請求権の中に登記請求権を認めることは、「社会的意義において、あたかも、物の使用収益請求権と対応・平行」したのではないか。

次に、末弘巖太郎『債権各論』（有斐閣、第4版、1919年）においては、「然レドモ賃借人ハ不動産物権設定者ノ如ク法律上当然ニ登記義務ヲ負担スルモノニアラズシテ之ガ発生ヲ目的トスル特約アルニ因リテ初メテ発生ス。蓋シ賃借借ハ単純ナル債権契約ニシテ其効果ハ単ニ当事者間ニノミ止マルヲ通例トスルガ故ニ当事者別段ノ意思ヲ表示セルニアラズンバ登記ニ依リテ排他的効果ヲ発生セシムルノ意思アルモノト解スルヲ得ザレバナリ」⁷⁸⁷と説明している。確かに、賃貸借契約を締結する際に「排他的効果を発生させる意思」があるかといえ、疑問である。しかし、このことは所有権の移転においても同様ではないか。一般的には、不動産を売買する際に登記をするのは、それによって所有権を取得するためだ

⁷⁸² 賃借権物権説については、[安田]、[岡村]、[篠塚・物権]、[岡川]、戦前の学説・裁判例を整理したものとして、[木村]を参照。

⁷⁸³ [鳩山・各論] 462頁。

⁷⁸⁴ [鳩山・各論] 466頁。なお、旧漢字を新漢字に改めた。

⁷⁸⁵ 例えば、[近江・講義II] 138頁参照。

⁷⁸⁶ [幾代] 1頁以下。

⁷⁸⁷ [末弘・各論] 536頁。なお、旧漢字を新漢字に改めた。

と考えられていると思われる⁷⁸⁸。賃借権を登記しなければならないという法制度になっていたとしたら、おそらくはその登記をするのは「賃借権を取得するため」であろう。とはいえ、これは穿った見方とも言える。結果的に「自分のものである」なり、「自分が借りているのである」なりと主張するのは、他の人の干渉を排除するためであろう。そうすると、物権であれば物の「使用」（もっとも、すべての物権に当てはまるわけではないが）が問題となるために排他的効果を発生させたいが、債権であればそうではなく、賃貸人に使用を認めさせればよいとも言える。

また、鳩山秀夫が主に建物保護法の制定の可否を論じた「時観 借地権保護問題」法学協会雑誌 27 卷 4 号（1909 年）51 頁以下においては、建物保護法によっても民法の根幹である物権債権峻別論を破壊することはないとしつつ、「権利ノ上ニ眠レル者ハ之ヲ救済スルノ必要ナカルベシ、醒覚シテ尚権利ヲ保存スルノ道ナシトイハゞ罪ヲ法律ニ帰セザルヲ得ザルナリ、建物ノ登記ハ借地人一方ノ意思表示ニヨリテ之ヲ為スコトヲ得ルガ故ニ此点ニ於テ現行法ノ不便ヲ正スルニ足ルベシ、或ハ借地人一方ノ意思表示ニヨリ権利其モノト登記ヲナスコトヲ得バ頗ル便法タルベシト雖モ契約ノ登記ヲ其当事者ノ一方ノミノ申請ニヨラシムルハ到底行ハレ難キ論ナリ」⁷⁸⁹と述べる。そして、土地の地上権や賃借権が所有者と借地人の間に成立しているのならば、「殊ニ土地所有者ハ登記義務ヲ有スルモノナルガ故ニ、借地人ノ権利ヲ保存スルハ土地所有者ガ有スル当然ノ義務ナリト謂ハザルベカラズ」⁷⁹⁰として、借地借家法によって借地人の新たな権利保護手段を提供しても、土地所有者は何らの不利益を受けるものではないと主張している。ここでは、土地所有者は登記義務を有するのだと書かれている。登記義務があるのだから、借地人は権利を保存するのは当然であるという主張は、先に見た『日本債権法各論下巻』とは異なるものである。もっとも、『日本債権法各論下巻』が後に出版されたものであるから、同氏の考えは賃借権には登記請求権はないというもの変わったのだらうと言える。

4. 小括

ここまでの流れを小括してみると、結局は賃借権に基づく賃借人の登記請求権なるものは、時代とともに否定されるに至ったということになる。605 条、物権・債権の対外的効力をどのように捉えるかによって変わるわけだが、債権に排他性がない⁷⁹¹ということから、登記請求権も導かれまいと考えるようになっていったと考えられる⁷⁹²。このことは、「排他性」

⁷⁸⁸ [末川] 62 頁以下、紹介するものとして、[大村] 33 頁以下。

⁷⁸⁹ [鳩山・時観] 57 頁。なお、旧漢字を新漢字に改めた。

⁷⁹⁰ [鳩山・時観] 57 頁。なお、旧漢字を新漢字に改めた。

⁷⁹¹ [末弘・債権] 参照。[末弘・第三者] は債権の不可侵性は認めるが、排他性を認めることに対しては否定している。

⁷⁹² これにつき、[畑中] 596 頁以下は、次のように賃借権の登記請求権の経緯から二つの理解が導かれるとする。すなわち、一つには、「登記請求権否定論は、少なくとも地震売買・建物保護法制定当時におい

とは何かを考える上で重要な示唆を与えるものだと思われる。自身の権利に排他性がある場合には、第三者が同一の権利を有することになると困る。したがって、公示をしておくことで第三者の不測の事態を回避する。これは理に適った方法である。もし権利に排他性がないならば、同一の権利は成立しうる。債務者はA債務、B債務（両者は同一の債務とする）どちらかの債務（例えば、A債務）を実行すれば、どちらかの債務（B債務）は実行できない結果、債務不履行になり損害賠償をすることになる。これも、債権の性質として理解できる。

排他性を出発点として考えてみる。物権はもともと排他性を有する。賃借権は債権だから、もともとは排他性がない。物権の公示は、排他性の不測の競合を防ぎ、仮に競合すれば登記によって解決する（対抗要件主義）。すなわち、登記の究極の目的は、物権の持つ排他性によって他者を排除する能力を完璧ならしめること（対抗できるようにすること）にある。物権はもともと排他性があるのであり、物権取得者は対世的な請求が認められる。しかし、その取得者と相反する主張をしようとする者が現れれば、それは登記による解決をするというのが、日本民法の考え方である。したがって、登記のない物権は物権として不完全であるから、登記請求権も当然あることになる。

確かに、本来の賃借権に排他性はない。排他性を持たせるためには、不動産賃貸借に限って、605条による保護がある⁷⁹³。登記をすれば、爾後の物権取得者に対抗できる。つまり、新たな所有者に賃借権を維持するよう請求できる。これをもって、排他性があることになる。登記がないから、排他性はなく、新所有者に対抗できないという原則（売買は賃貸借を破るの原則）は、「登記をすること」の一事を以て克服されるということには異論がない。しかし、物権対物権のときには、自身の権利を守るのに登記が必要だったわけだが、物権対債権では物権が優先する。つまり、この土俵では対抗要件は問題とならない。では、賃借人が自身の権利を持つにはどうするか。これは登記をするしかない。すなわち、賃借人は自身の権利を保護するには、605条による登記をするしかないのである。

以上をまとめれば、結局は端的に、物権には登記能力があるが、債権には登記能力がないのだ、ということになる。そのメルクマールは「排他性」ということになる。もともと債権には排他性がなく、賃借権は登記によって排他性が特別に獲得されるということである。物権は、もともと排他性が内包されているから、登記が必要とされるのは、その排他性を第三者に主張するためである。すなわち、ここには物権債権峻別論がやはり働いているのであろう。典型的な物権と典型的な債権を対置するとき、物権において登記を要求するのは自らの権利主張を確実にするためである。債権は、もともと第三者に対して主張しうるものではない

ては、未だ確立した法理にはなっていなかった」（597頁）ことである。そして、二つ目としては、明治40年頃から登記請求権の肯定論が生じるのは、「地震売買や建物保護法の制定を受け、それ以前の登記請求権否定論を克服するためだった」（597頁）ことである。もっとも、論者は、第二点についての可能性は低いと考えている。

⁷⁹³ ここでは、さしあたり特別法の規定は除外したい。民法の原則論で整理をしたいからである。

いのため、登記は必要とされない。したがって、登記請求権は観念できない。しかし、賃借権が物を使用できる権利でもあるとするならば、その権利が侵害されることはありうる。そこで、605条が登記を「すれば」、排他性を認めようとしたのである。必ずしも立法者が登記請求権を否定していたとは読めない⁷⁹⁴。しかしながら、典型的な債権の性質が議論を通じて深められた結果として、登記請求権なるものは認められないと考えられるようになったのである。このことは、物権債権峻別論が明確化されたと評価できるだろう。

第4節 まとめにかえて

以上を踏まえると、賃借権に登記請求権が認められないこととなる。スイス債権法で眺めたように、これはスイス債権法では「当事者の合意」によって生じるとなっているから、スイス債権法でも議論の根底にある思考は同様であろう。そこで、スイス債権法から示唆されることはどのようなこととなるだろうか。

日本法では法文上不明確である登記請求権は、スイス法においては明文を持って「合意がなければ認められない」とされている。日本法自体は変化していないが、戦時中に制定された満州国民法では、特別法の規定も斟酌して、登記請求権を明文化していた⁷⁹⁵。これをどのように位置づけるかは明確にはしえないが、登記請求権が賃借人には認められないことを前提として、立法によって補填したと考えられよう。もともと賃借権には登記請求権があり、それを確認したとも考えられるが、これについて断定しうる資料は見いだせなかった。日本法の議論を前提とすれば、前者が妥当であろう。

このように、日本法を土台とした満州国民法や、日本法制定後に定められたスイス法では、登記請求権が問題となることを意識して、規定を置いたのだと思われる。そして、満州国民法も現在のスイス債権法も、対抗要件としての引渡し（満州国民法では借地上の建物の登録〔登記〕も合わせて）を規定しているのであり、この規定によってほとんどの対抗問題は解決されるであろう。それはスイスの賃借権の仮登記の意義の希薄化、日本における605条の不活用が物語っている。そうなれば、もはや賃借権の登記（仮登記）については廃止してもよいとも言える⁷⁹⁶。しかしながら、これは満州国民法でもスイス債権法でもとられず、登記可能性は、その理由は検証不足で断定できないが、残されているのである。とすれば、登

⁷⁹⁴ この点につき、[畑中] 584頁参照。ここでは、肯定されていたと評価することが難しいと指摘されている。しかし、否定すると言い切ってもいいことも、読み取られるべきだろう。[畑中] 586頁も参照。

⁷⁹⁵ 満州国民法第589条 ①不動産ノ賃借人ハ賃借人ニ対シ其ノ賃貸借ノ登録ヲ為スニ付協力スベキコトヲ請求スルコトヲ得 ②不動産ノ賃貸借ハ之ヲ登録シタルトキハ爾後其ノ不動産ニ付物権ヲ取得シタル者ニ対シテモ其ノ効力ヲ生ズ

もともと、590条、591条により、現在の借地借家法と同様の要件で、対抗力を認めている。しかし、賃借権の登記請求権の問題を考慮して、満州国民法の制定時には解決を図ったのでありと考えられる。[柚木] 170頁以下、[長谷] 159頁以下、[司法省] 51頁以下参照。

⁷⁹⁶ Vgl. [Hürlimann-Kaup] Rn. 1013.

記請求権を義務化・法定化するか（満州国民法）、合意によるか（スイス法）はともかくとして、発生の根拠を明文化することは必要だったのではないか。

債権法改正で、賃借権との関係で大きなものとして、対抗力のある賃借権に基づく妨害排除請求⁷⁹⁷を明文化することになったことが挙げられる。これは、これまでの判例法理を明文化するものであり、「見通しの良い民法」とするのであれば適切な措置である。しかし、そのコンセプトの中で賃借権の登記可能性の規定が残されたわけであるから、かつて問題とされた登記請求権の発生根拠も明文化すべきであったといえよう。むしろ登記可能性についての規定を残したにもかかわらず、その問題点であった登記請求権について全く補填しないというのは、妨害排除請求権を明文化したことと対比して、アンバランスではないだろうか。すでに空洞化（死文化）しているので規定しないということであれば、それは満州国民法やスイス債権法でも同様だったのであり、それにもかかわらず明確な規定を置いたことを想起しなければならない。規定が残される以上は、——すでにこの点は議論が尽くされていると言える状況なのであるから——言及が必要だったと言えるだろう。もっとも、規定を廃することも考えられるわけであり、いずれにしても議論がもう少しなされるべきだったのではないかと思われる。

第5節 おわりに

本稿の検討課題であった民法 605 条をめぐる議論について、まとめとして債権法改正に触れた。しかしなぜ 605 条そのものはあまり触れられなかったかについては議論が見いだせない以上は、一応は改正や廃止について考えられるべきと主張はできるものの、あまり効果的な主張とは言えない。

ここまでの議論を踏まえると、やはり債権とは何か、物権とは何かということについて更なる検討をする必要があると思われる。登記請求権の発生根拠についてすでに多くの議論があるのであり、その点は政策的な面も存するであろうから、筆者の問題意識には含まれない。物権債権峻別論は、類型論による個別的な検討にとってかわられた⁷⁹⁸と思わずにはいられない今日で、やはりこの賃借権の登記請求権では物権債権峻別論の一端が見出されるのではないかということを描した。

おわりに

第1節 日本とドイツとの不動産（使用）賃借権の歴史的展開（第1章・第2章）

日本・ドイツの（使用）賃借権の歴史的展開を中心に、賃借権がどのようなものであるのかを検討した。各章に、それぞれのまとめはされているため、詳しくはそちらを参照願

⁷⁹⁷ [潮見] 269 頁、[山野目] 215 頁以下参照。

⁷⁹⁸ [北川・民法]、[伊藤]などを参照。これらの著書の問題意識にある法学の方法論を中心として、更なる考究をしなければならない。

いたい。ここでは、それらを踏まえながら、賃貸借の性質と、物権債権峻別論の妥当性を簡単に述べたい。

ドイツ法における使用賃貸借法制の展開を、日本の賃貸借法制と比較するとどうであろうか。ドイツの使用賃貸借は、常にローマ法と土着の慣習とのせめぎ合いの中でその性質を決してきたといえる。あるいはローマ法をそのまま継受し（16世紀の賃貸借法制）、あるいは慣習に大いに配慮して（プロイセン一般ラント法）きたのである。慣習的には使用賃貸借を物権と考えられるというところから、プロイセン一般ラント法が使用賃貸借を物権としたことは大変重要な意義があろう。少なくとも、プロイセン一般ラント法が成立する直近の時代には、使用賃貸借を物権と考えるような風習が存していたと考えられるからである。日本においても、旧民法が賃借権を物権とすることとしていたが、これはボワソナード的思考が存分に織り込まれたものであり、日本における当時の法制が物権であると断じた上での分類であったかは疑問が残ること、そして実際には賃借権が物権とされた上での運用がなされなかったことから、単純にドイツの法制と比較することはできない。プロイセン法が短くない期間妥当し続けたことは、少なくとも使用賃貸借が物権であるということにそれほどの問題が存しないことを示している。したがって、ドイツにおける使用賃貸借が物権であるという可能性も否定しえないのである。一方で日本では、上述のように、その人的関係が大いに意識されていた。それゆえ物権債権の枠組みでは債権に組み込まれるのが妥当であり、そこに問題が生じないのは人と人とのつながりが強調される風土であったからであった。ドイツにおいては、ローマ法との関係が意識されていたために、早くから権利意識も形成されることとなったと考えられる。そこで、プロイセン法の立法者は、その権利が物権であるということを意識したのであろうと考える。そのような意味では、ドイツにおける使用賃貸借と、日本における賃借権の歴史が同じ流れにあったものとは考えられないといえよう。

しかし、ドイツにおいて考えられることは慣習を何とかローマ法の解釈に載せようと試みられたことであった。ここでは、慣習よりもローマ法体系のほうが尊重され、必要な限りで手当てが行われたということが出来る。したがって、慣習がどのようなものであったかは別として、とにかく使用賃貸借をローマ法の俎上に載せた上で、債権であると考えようと試みられていた。そして、BGBにおいても、（そこでのローマ法学者の絶大な影響を度外視すれば）この枠組みが崩されることはなかったのである。そして、第二草案で「売買は使用賃貸借を破らず」の原則が採用されたものの、これも使用賃貸借の分類を変えるべきであるという議論にまでは至らなかった。このように考えると、ドイツ法学においては一貫して、「ローマ法の優れた体系を維持しつつ、実際上の問題点を補填する」という考え方が採られていたと考えられる。これは、長らく物権債権のような意識はせずに、（その妥当性はともかくとして）お互いを尊重する文化の上で成立していた日本の賃借権には何ら考えられなかったことである。少なくとも法制史としてこれまでの展開を追ってきた本稿においては、このドイツ法学の思考を無視することは妥当ではないと考える。し

たがって、ここでいえることは、ドイツの使用賃借権はそもそもが純粋な債権とは考えられないものであったということである。BGBにおいても、本来の使用賃借権ではない強化された使用賃借権が考慮され、実際に導入された（「売買は使用賃借を破らない」原則を採用する使用賃借権が採用されたということである）。つまり、使用賃借権の中核はまさしく債権ではあるものの、BGB 制定段階ではすでに強化の衣を纏った使用賃借権となっていたのである。そして、戦争などの非常事態、その後の使用賃貸人と使用賃借人との都市部での不平等な立場を是正するさらなる「強化の衣」を纏うこととなったのである。日本においては、現行民法典においては純粋な債権関係と考えられたものの、一応強化することも可能である賃借権が用意された（605条により不動産賃貸借関係においては、登記をすれば対抗力を得ることができる賃借権が採用されたということである）。日本民法の制定においては諸外国の法制が大いに検討されているため、純粋に日本の慣習に則った分類であるかは疑義が挟まれる可能性があるものの、諸外国と同様に債権とすることを採用することが認められたということは、立法者の意思の根底に賃貸借関係は人的関係によるものであるということが意識されたということであろう。それゆえ、現行民法典においては純粋な債権が前提とされ、それが社会の変遷とともに不都合を生み出したために、別の方法による対抗力の付与を認めることとし、ここではじめて賃借権に「強化の衣」がかけられることとなったのである。このような意味では、段階に違いがあるとはいえ、ドイツと日本に（使用）賃貸借法制の発展にさほどの差は存しないことが分かる。

したがって、現在の（使用）賃借権は、両国ともに「強化の衣」をまとった債権であると考えられる。しかし、今後この衣がはがされる日が来ることはまずないと考えられる。それは、両国とも民法典の施行から100年余りが経過するのにも拘わらず、（使用）賃借権を社会法的観点から強化する試みは続いているからである。ただし、日本における定期借地・借家権の制定や、ドイツにおける規制撤廃は、衣をはがそうとする一つの試みであると考えられる。しかしながら、これについても、日本においてもドイツにおいても民法典の中に（使用）賃借権を強化しうる可能性をすでに置いている。それは、不動産賃借権の登記可能性であり、「売買は使用賃借を破らない」原則に表れている（可能性の問題であり、実際にそれが通用しているかどうかはここでは問題とはならない）。したがって、本当に（使用）賃借権が強化の衣を脱ぐのは、少なくとも（使用）賃貸借法が大変革を迎えるときであり、つまりこれらの可能性を排除するときに他ならない。それは、民法典そのものの転換である可能性が高い。したがって、（使用）賃借権が単なる債権となる可能性はほぼ皆無といえよう。そのような状況を踏まえれば、（使用）賃借権を単なる債権と考えることは、あまりに形式にすぎるものと言えるのではなからうか。確かに、権利を物権と債権の二つに線引きするだけであれば、（使用）賃借権を物権の側に組み込むことは妥当ではない。したがって、債権と考えることが適切である。しかし、実際の権利の分類は、この（使用）賃借権の分類にも表れているように、ベン図のような区分であると思われる。そして、（使用）賃借権は、このベン図の二つの円の交わる部分にあ

るのではないか。はじめは債権の円に組み込まれていたが、その不都合さから段々と交わる部分に移行していったと考えられる。この部分は、債権の面と物権的な面を併せ持つ部分である。このように、(使用)賃貸借法制の流れを踏まえると、債権であっても「強化の衣」によって限りなく物権に近づくように見えることが把握されるのである。そして、本稿による検証は、そのことを証明することができたのではないかと自負している。しかし、このベン図の円の交わる部分よりもさらに反対側の円に入り込むことは、その権利の本質が変更されなければ不可能である。したがって、これまでの流れからも分かるように、今後も必要な衣を着せるか、ないしは脱がせるかということしか、今の法制では不可能なのである。

この歴史的検証により、権利の単純な二分論ではない可能性を示すことができたように思われる。このことは、物権債権峻別論という枠組みを維持する必要と、その新たな形を示すことにつながると思われる。物権債権の枠組みは、その大枠として必要であり、両要素が混じり合うような部分が生じていることが窺われるのである。したがって、これからの民法典の方向性として、改めて物権債権峻別論が必要となってくるのであるということが、示されるのではないかと思われるのである。

(使用)賃借権が、従来の物権債権峻別論の関係で、新たな位置に組み込まれることを強調すると、そもそも物権債権峻別論が不要であり、各権利を必要に応じて変革させることが簡明な方法なのではないかという反論が生じうる。日本の借地借家法の改正の際、星野教授は参議院法務委員会公聴会において、「余り物権であるからこうだ、債権であるからこうなるというふうなことにいたしませんで、個々の問題について妥当な解決をした方がいいだろうというのが私たちの基本的な考え方かと思います」⁷⁹⁹という発言をされている。このことは、物権債権がどのようなものであるかというよりも、実際に必要な権利強化が重要であるということを示しているといえる。

しかし、実際に物権債権峻別論が必要であることは、すでに指摘したところである。単なる学術的意図によるだけではなく、人間の尊厳を維持するために資するものであるということを考えれば、物権債権峻別論を維持する必要は当然にあることとなる。もちろん、物権債権の枠組みを捨て、人間の尊厳は維持しながら立法をすることは可能であろう。しかしながら、現在の民法典が物権と債権の峻別をつうじて構成されているということは、その峻別の恩恵によって人間の尊厳が守られていることとなるのであり、物権債権の峻別をやめるとすれば、いずれにしても新たな立法が必要とされることとなる。確かに、現実に債権の強化⁸⁰⁰が見られ、人間の尊厳が法レベルではなく実際のレベルで相当意識されている現在にあっては、物権債権峻別の意義を意識することは難しい。しかし、過去に遡り、その経緯を検証しながら権利を眺めると、物権債権峻別論によって議論がやや

⁷⁹⁹ 第121回国会参議院法務委員会公聴会会議録第1号19頁以下(星野英一公述人(法制審議会民法部会財産法小委員会委員長))。

⁸⁰⁰ 債権の強化については、[我妻]においても証明されているところである。

こしくなるとともに、それが維持されていたからこそ、現状が保たれているということが明白となる。そのように考えると、物権債権が維持され、そしてその中で（使用）賃借権を位置づけることの重要性が、自ずと明らかになるであろう。

賃借権の検討により、物権債権の意味をも改めて問うことが本稿によってできたと考える。したがって、この検討は賃貸借法制だけではなく、その他の法制にも少なからぬ影響を与え得ると思われる。これからの法発展において、出発点としての物権債権峻別論がますます意識される必要があることが示されたため、その他の法制度を考える上でも出発点が見失われてはならないこととなるのは当然だからである。そして、債権が物権に近接する可能性を示したことは、これからの様々な状況変化に今の体系が対応しうることを示したことに他ならない。もちろんどの権利も短絡的に今の法制度から変じられることを認めるものではない。賃借権のように、相当程度の必要性がなければならない。すなわち、そこには歴史的・現実的裏付けが必須である。しかしながら、それらが証明された場合に、現在の民法典がそれを元の体系を盾に、変更をまったく認めないということにはならないのである。必要な変更が認められるということが、賃借権の発展史の理解をつうじて証明されるのであり、その点についても本稿が証明し得たのではないかと考える。

しかしながら、まだまだ未熟な点も多い。日本においては、さらに詳細な歴史的展開を理解する必要がある。今回のような概括的なものではなく、あるいは時代を限定して詳細な検討を行わなければならないであろう。ドイツにおいては、本稿に取り上げなかったローマ法やゲルマン法に対する検討が必要である。そのことは、使用賃借権の発展をさらに鮮明に示すために欠いてはならない作業である。また、（使用）賃借権の物権化の、権利の性質からの検討も、本稿では対象とはならないとはいえ、最終的にはつぶさに行わなければならないことは言うまでもない。そして、物権債権峻別論そのものの意義も、ローマ法などの関係から、歴史的に把握するとともに、時代によってどのように変容するかを検討することが必要である。

このように、本稿は現在の法制に示唆を与える部分もあるが、それ以上にこれからの課題を鮮明にさせたにすぎないものであるとも言ううる。今回得た課題を、一つずつ解決することが、これからの民法学の発展に少しでも寄与するものとなると思う。検討を十分に行えなかったことは遺憾である。

第2節 オーストリアにおける物権債権峻別論否定論（第3章）

不動産賃借権だけを見て、物権債権峻別論を否定しているのではなく、様々な法制度を検証した上で、異なる権利の峻別論を提唱したことは、傾聴に値するものであった。しかし、これが現在のオーストリアの主流の考え方となっているわけではないことを認識しなければならないだろう。また、日本においては明確に「物権編」、「債権編」が民法典に置かれていることから、少なくとも法典上は（形式的かもしれないが）物権債権を峻別して規定する態度を見ることができる。もちろん、第3章に述べたように、不動産賃借権を単純な債権に

押し込むことには否定的であるというのが筆者の理解である。しかしながら、これを物権とするという主張をすることは、法典との対峙を意味してしまう。そうではなく、さしあたって目指すべきは不動産賃借権が「債権」（債権編に置かれているという意味ではない）としての性質以上のものを有していることをどのように説明するか、それが重要ではないだろうか。

その意味では、権利をどのように分類するかについて、新たな視点を与えることがもっとも説得的なのではないか。第3章では、権利の「中間形態」の存在を示す論考を紹介し、上記まとめでもその可能性を積極的に評価した。しかし、その意味するところは、「物権と債権との枠組みは残置した上での権利分類論」である。その土台の上では、中間形態を認めることが、もっとも現状に合う説明であると考えたのである。

しかし、その方式自体は否定せずに、物権債権の性質とは離れた別個の権利分類論があり、そちらのほうがより説得的なのだとすれば、法体系の理解の上では簡明であろう。実際に、第3章で紹介した基準は、それがすべてに本当に適合するかという問題はあるものの、示唆的であることは否定し得ないだろう。

そうであるとすれば、「両面的権利論」は今後も注目して良いのではないかと考える。そして、繰り返しとなるが、これによって法体系そのもの（すなわち、物権編、債権編という編別）の変更を企図するものではない。法典をどのように構成するかということと、権利の性質論をどのように分析するかということは、それぞれ峻別してよいと思われる。ある権利がどのような性質なのか、すなわち「債権編であるから債権的性質『のみ』を有する」という考え方による性質の分析ではなく、その権利自体からその性質を析出しようとするところこそが、現代の法学に求められているのではないかと考える。

第3節 スイスにおける不動産賃借権の仮登記と登記請求権（第4章）

スイス法の分析を通じて、むしろ不動産賃借権には登記請求権が認められないことがより明確となってしまった。その根底にあるのは、「登記は本来、物権に対して必要なものである」という思考であろう。債権である不動産賃借権は、「特別に」登記できるのであって、登記請求権のような物権固有の請求権を見出すことはできないということである。

この点、スイス法に対しても批判を展開しようとしたのが筆者の意図である。物権は対世的権利であるから、公示されなければならない、ゆえに登記請求権が認められるというのである。ここには、第三者を保護するという考え方が色濃く出ている。しかし、裏を返せば登記を有する者は、安心して物権を行使できるという効果をもあることを忘れるべきではないだろう。特に、一般人には登記を有することを、自己の物権の行使を確固たるものとするためのものだと考えているのではないか。

そのような点を強調するならば、同じように不動産についての権利を行使しようとする不動産賃借人にも、この要請は妥当させて差し支えないだろう。もちろん、不動産賃借権の場合には、特別法の存在を度外視すれば、登記なき限りその後の物権には勝てないのであり

(売買は賃貸借を破る)、第三者を保護する要請を考える必要がない。この違いは忘れられてはならないだろうが、社会の要請としては(借地借家法の存在を考えれば)安定した不動産賃借権があることは否定し得ない。少なくとも、不動産賃借権の登記を今一度検討すべきであるということは、本論で述べたとおりである。

もっとも、この点を不動産賃借権の性質論との関連で眺めるならば、物権債権峻別論の枠組みで述べると債権であるということを示すことになろう。しかしながら、本論文では、もはや物権債権峻別論に則った不動産賃借権の性質決定を模索しているわけではない。先の新たな権利論との関係で、不動産賃借権の登記請求権について、最後に節を変えて述べることにしたい。

第4節 新たな権利分類論と不動産賃借権の登記請求権

少なくとも不動産賃借権を新たな権利分類論に当てはめれば、「強い権利」になることは、疑いを挟むことができない。そうすると、その強い権利をどのように保護するかということになろう。現在は、代替的な公示を借地借家法に則って行なっているのであるが、この公示が不十分であることは本文で述べたとおりである。そうすると、強い権利であるにもかかわらず、公示が不十分であるという奇妙な現象が生じる。これはあたかも、物権が公示が不十分にもかかわらずその効力を発揮していることとなる。ここからは、矛盾があることを承知で提案するものであるが、強い権利は完全な公示が求められるべきである。したがって、不動産賃借権にも登記請求権を認め、民法605条の登記による公示が行われることが望ましい。そうすると、もはや借地借家法による対抗力の付与は役目を終えることになる。これが、筆者が望む展開である。

しかし、これには簡単に反論ができよう。すなわち、不動産賃借権が強い権利であるのは、借地借家法があるからである。借地借家法による対抗力の付与が廃止されれば、それだけ弱い権利となるのだから、登記請求権は不要であるという思考が成り立つのである。しかし、これは借地借家法による対抗力の付与が社会的に要請されていたことを無視するものである。そして、借地借家法は民法605条を補完するものであることを忘れている。つまり、民法605条に登記請求権が認められれば、社会的要請が満たされるのであるから、借地借家法による対抗力の付与は不要となるという流れを忘れてはならない。借地借家法による対抗力の付与の廃止と、民法605条による登記請求権に裏打ちされた登記による対抗力の付与は、連続したものであって、その間に間隙があってはならないのである。間隙を設ければ、それは社会の要請と不一致となって、それこそ概念法学との誹りを免れないであろう。

このように、強い権利というカテゴリーから、それに見合った法制度を構築することが可能となり、より実際に即した制度を考えることができると思われる。物権と債権との場合には、そのカテゴリーの広さから、どうしても例外ができやすい。しかし、強い権利・弱い権利の峻別は、二者択一ではなく連続的に捉えられるものである。したがって、その権利に応じた制度が提供できると思われるのである。

第5節 結語

以上、本論文についてのまとめを各章に分けて検証した。ここから、はじめにで提示した3段階の問題提起について、考察を加えることで、本論文をまとめたい。

まず、第一段階の問いとして、不動産賃借権は債権と性質決定できるか。これについては、歴史的分析を通じると債権と区分されることになる。それは、現在は土地が資本的価値を有する紛争の対象となること、有限であることに起因する。すなわち、不動産を有することができるのは一部のみであり、その者から借り受ける者という関係を意識せざるを得ない以上は、不動産賃借権の設定は人的な関係と考えられるのである。また、法典上の位置付けが債権であることも、証左といえよう。しかしながら、対抗力を有し、妨害排除請求権も認められるという点が、対人的にのみ請求が可能とする債権の本来の性質とは異なるものであることは留意を要する。この点から、かつては不動産賃借権の性質論が検討されたのであり、債権説が多いとは言っても、特異性があることは指摘できよう。

次に、第二段階の問いとして、不動産賃借権が物権債権峻別論に影響を与えるのではないかという点である。この点は、一方では不動産賃借権が債権であることが本論文で確認されたのだから、なんらの影響を与えないとも言う。しかし、他方では不動産賃借権の特異性を認めるのならば、純粋な意味での物権債権峻別論に対して、影響を与えるのではないかとも言う。本論文は後者を取るものである。そして、そのように考えるとすると、物権債権峻別論では抱えきれない現象があるのだということが、不動産賃借権の物権化現象から見て取れることになる。そこで、オーストリアで考えられた、物権債権峻別論不要論が目をつくる。もっとも、検証したようにこれは利益衡量論、あるいは類型論に過ぎないともいえ、この議論に乗って権利を分類することは有益ではないと考える。しかし、不要論が存在すること、そして、これからも新たな権利論を模索することが求められているのではないか。また、権利の分類は無意味であるという議論も成り立つであろう。このように、物権債権峻別論には限界があるということが示されたと考える。

そして、最後に物権債権峻別論の再考論を踏まえつつ、具体的な問題として不動産賃借権の登記請求権の問題を検証した。不動産賃借権による登記請求権は否定されているわけだが、その理由づけは物権債権峻別論にも関連する。すなわち、対外的効力を有するのは物権だけであって、ゆえに登記請求権も物権にのみ認められるというものである。しかし、これがはたして絶対の議論であるのかということを示したのが、本論文であった。かつては、不動産賃借権に基づく登記請求権を認める論者もいたのであって、判例によって確定的に否定されたにすぎない。この問題点を排除するには、物権の性質、債権の性質という枠組みをはずして、その権利にとって適切な保護を与えるという考え方にシフトするべきである。不動産賃借権に登記請求権を認めれば、あえて特別法による保護を与える必要もなくなるのであり、より公示性の高い登記によって賃借権の存在を把握でき、取引に資するところも大きいのである。したがって、登記請求権を認め、その際には「債権なのに登記請求権を認め

る」という考え方ではなく、「不動産賃借権には登記請求権が必要である」という考え方へのシフトが必要であると言えるであろう。

このように、本論文では三つの問題提起にしたがった検証を行ってきた。本論文により、以上のような一定の示唆を得ることができたと考えている。

第6節 今後の課題

最後に、今後の課題について述べておきたい。今回、多角的な視点で私論を展開したが、やはり説得力の点に難があることは否めない。とりわけ、各国の法制度の検討は非常に不十分であり、資料の収集に偏りがあったとも言うるのではないだろうか。もちろん、現実的な制約ゆえのものではあるが、あくまでこの点は筆者の責任である。今後は、特にスイスとオーストリアについてより資料を収集し、広く検討することが求められよう。

また、今後の課題としては歴史的研究を挙げなければならない。今回は、オーストリア・スイスの制度についてはヨーロッパ圏であるということでドイツに代表させることで、歴史的な研究には手を出さず、現代の制度での比較を行った。しかしながら、両国の制度を歴史的に眺める作業もまた、示唆を与えるであろう。したがって、今後は両国の歴史的な賃借権の展開について、研究をしなければならない。

最後に、本論文が非常に独りよがりなものではないかということに危惧している。本論文に関しては、様々な方面の資料が存するのであるが、筆者の力量ゆえに十分に検証することができなかった。これには、大きな問題があることは重々承知している。しかしながら、現在の到達点を広く提示することで、批判を受けつつさらに研究を進めることも必要と思い、本論文を執筆することにした。今後も、様々な資料の収集と、それと向き合う姿勢を通じて、より体系化した不動産賃借権の分析を行なっていきたいと考える。

参考文献一覧（角括弧は、本論文中での引用表記である。）

和文献

- ・ *Franz Wieacker* 著・鈴木禄弥訳『近世史法史：特にドイツにおける発展を顧慮して』（創文社、1961年）〔*Wieacker*・鈴木〕
- ・ *Hugo Oser, Wilhelm Schönnenberger* 共編（佐藤荘一郎訳）『スイス債務法』（司法省調査部、1939年）〔*Oser*・*Schönnenberger*・佐藤〕
- ・ ベッターマン著・篠塚昭次訳『独自法域としての住居法』（早稲田大学比較法研究所、1958年）
- ・ 赤松秀岳『物権・債権峻別論とその周辺——二十世紀ドイツにおける展開を中心に——』（成文堂、1989年）〔赤松・物権〕
- ・ 赤松秀岳「第三者の債権侵害と妨害排除」中田裕康・潮見佳男・道垣内弘人編『民法判例百選II〔第6版〕』（有斐閣）44頁〔赤松・第三者〕
- ・ 生熊長幸「仮登記について——物権・債権という概念との関係において」法学36巻3号1頁以下
- ・ 幾代通『登記請求権——実体法と手続法の交錯をめぐって——〔オンデマンド版〕』（有斐閣、2004年）〔幾代〕
- ・ 幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法（15）』186頁〔幾代通〕（有斐閣、1989年）〔幾代・広中〕
- ・ 石井良助『民法典の編纂』（創文社、1979年）
- ・ 石井良助『日本法制史概説』（創文社、1983年）〔石井・概説〕
- ・ 石川武「人についてのゲヴェーレ・小考」北海道大学法学論集37巻4号1頁〔石川〕
- ・ 石田喜久夫「物権行為について」林良平先生献呈論文集現代における物権法と債権法の交錯』（有斐閣、1998年）
- ・ 石田文次郎『契約の基礎理論』（有斐閣、1940年）〔石田文〕
- ・ 石部雅亮『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会、1999年）
- ・ 磯村保「賃借権の対抗力と権利濫用法理」『民法学の課題と展望 石田喜久夫先生古稀記念』（成文堂、2000年）213頁
- ・ 稲本洋之助・小柳春一郎・周藤利一『日本の土地法 歴史と現状〔第2版〕』（成文堂、2009年）
- ・ 稲本洋之助・澤野順彦編集『コンメンタール 借地借家法〔第3版〕』（平文社、2010年）〔稲本・澤野〕
- ・ 伊藤剛『ラーレンツの類型論』（信山社出版、2002年）〔伊藤〕
- ・ 上原由起夫「オーストリアの新借家法について（一）（未完）」比較法政研究9巻35頁以下〔上原〕
- ・ 内田貴『民法II〔第2版〕』（東京大学出版会、2009年）〔内田・II〕

- ・ 近江幸治「債権に基づく妨害排除請求」森泉章『民法と著作権法の諸問題——半田正夫教授還暦記念論集』（法学書院、1993年）[近江・債権]
- ・ 近江幸治『民法講義Ⅱ 物権法〔第3版〕』（成文堂、2006年）[近江・講義Ⅱ]
- ・ 近江幸治『民法講義Ⅴ 契約法〔第3版〕』（成文堂、2008年）[近江・講義Ⅴ]
- ・ 大窪誠「BGBにおける『売買は賃貸借を破らず』の原則の採用——BGB第571条(1896年)の起草過程を中心として」東北学院法学64巻35頁以下 [大窪・BGB]
- ・ 大窪誠「賃貸不動産の譲渡と賃貸借の帰趨——BGB起草前のドイツにおける法制度を中心として」総合政策5巻2号155頁以下 [大窪・賃貸]
- ・ 大場浩之『不動産公示制度論』（成文堂、2010年）（初出は、大場浩之「ドイツにおける仮登記（Vormerkung）についての考察（1-6・完）——不動産物権変動論との関係を中心に——」早稲田法学81巻4号249頁、82巻1号55頁、82巻2号71頁、82巻4号1頁、83巻1号73頁、83巻2号1頁）[大場]
- ・ 大場浩之『物権変動の法的構造』（成文堂、2019年）
- ・ 大村敦志『新基本民法2 物権編 財産の帰属と変動の法』（有斐閣、2015年）[大村]
- ・ 岡本玄治「賃借権物権説と賃貸借の当然承継」『法学志林』22巻1頁 [岡本]
- ・ 岡川健二「George A. Löning, Die Grundstücksmiete als dingliches Recht, 1930」法政研究2巻2号1頁以下 [岡川]
- ・ 奥田春樹『日本の近代的土地所有』（弘文堂、2001年）
- ・ 小野武夫『農民経済史研究』（巖松堂書店、1924年）[小野]
- ・ 於保不二雄「物権的請求権の本質」『民法著作集（1）財産法』（新青出版、2000年）91頁以下（初出：法学論叢70巻2号3頁以下）「於保」
- ・ 笠松宏至『日本中世法史論』（東京大学出版会、1979年）[笠松]
- ・ 風早八十二解題『全国民事慣例類集』（日本評論社、1944年）[風早]
- ・ 加藤一郎『法解釈における論理と利益衡量』（有斐閣、1974年）[加藤一]
- ・ 加藤雅信「物権・債権峻別論の基本構造」ジュリスト1229号65頁以下 [加藤雅]
- ・ 川口由彦『新法学ライブラリ=29 日本近代法制史』（新生社、1998年）[川口]
- ・ 川島一郎「スイスおよび西ドイツの借家法」法曹時報11巻8号1頁以下 [川島一]
- ・ 川島武宜『所有権法の理論』（岩波書店、1987年）[川島武]
- ・ 菊地康明『日本古代土地所有の研究』（東京大学出版会、1996年）[菊地]
- ・ 北川善太郎『日本法学の歴史と理論』（日本評論社、1968年）[北川・法学]
- ・ 北川善太郎『民法の理論と体系』（一粒社、1987年）[北川・民法]
- ・ 木村和成「戦前の『賃借権に基づく妨害排除』裁判例の再検討」立命館法学285巻214頁以下 [木村]
- ・ 清瀬一郎『債権各論前編〔第3版〕』（巖松堂書店、1919年）[清瀬]
- ・ 幸田成友『日本経済史研究』（大岡山書店、1928年）[幸田]
- ・ 小柳春一郎『近代不動産賃貸借法の研究——賃借権・物権・ボワソナード——』（信山

社、2001年)

- ・ 坂本慶一『民法編纂と明治維新』(悠々社、2004年)
- ・ 佐賀徹哉「物権と債権の区別に関する一考察(1) — (3・完) — フランス法を中心に —」法学論叢 98 卷 5 号 27 頁以下、99 卷 2 号 36 頁以下、99 卷 4 号 62 頁以下
- ・ 佐賀徹哉「賃借権の物権化に関する一試論 — 物権・債権交錯の一断面 —」林良平先生還暦記念論文集『現代私法学の課題と展望(上)』(有斐閣、1981年) 101 頁
- ・ 坂口洋一「旧民法における財産法の特徴」専修大学大学院紀要、経済と法、創刊号(1969年) [坂口]
- ・ 笹倉秀夫『法哲学講義〔初版〕』(東京大学出版会、2002年)
- ・ 澤野順彦『実務解説 借地借家法』(青林書院、2008年) [澤野]
- ・ 塩崎勤・澤野順彦編『借地借家訴訟法』(裁判実務大系第23巻)
- ・ 潮見佳男『民法(債権関係)改正法案の概要』(金融財政事情研究会、2015年) [潮見]
- ・ 七戸克彦「新『借地借家法』の基本視点 — 『賃借権の物権化』論との関係で —」自由と正義 43 卷 5 号 5 頁 [七戸]
- ・ 篠塚昭次『借地借家法の基本問題』(日本評論新社、1962年)
- ・ 篠塚昭次「物権的賃借権について」早稲田法学 36 卷 1 号 125 頁 [篠塚・物権]
- ・ 篠塚昭次「占有論序説」早稲田法学 32 卷 3・4 号 407 頁以下 [篠塚・占有]
- ・ 司法省調査部『満洲帝国民法典』司法資料 233 号 51 頁以下 [司法省]
- ・ 水津太郎「ヨハン・アーペルの法理論 — 物権債権峻別論の起源」法学研究 82 卷 1 号 385 頁
- ・ 鈴木禄弥『借地法』上巻(青林書院新社、1971年)
- ・ 鈴木禄弥『借地法』下巻(青林書院新社、1980年)
- ・ 鈴木禄弥『居住権論 借家法序説』(有斐閣、1981年) [鈴木・居住]
- ・ 鈴木禄弥『借地・借家法の研究 I』(創文社、1984年) [鈴木・研究 I]
- ・ 鈴木禄弥『借地・借家法の研究 II』(創文社、1984年)
- ・ 末川弘『物権法』(日本評論社、1956年) [末川]
- ・ 末弘巖太郎「第三者ノ債権侵害ハ不法行為トナルカ」法曹記事 24 卷 3 号 5 頁 [末弘・第三者]
- ・ 末弘巖太郎「債権ノ排他性ニ付テ(二・完)」法学志林 17 卷 12 号 15 頁以下 [末弘・債権]
- ・ 末弘巖太郎『債権各論〔第4版〕』(有斐閣、1919年) [末弘・各論]
- ・ 末弘巖太郎「法律解釋に於ける理論と政策」『民法雑考』(日本評論社、1932年) 1 頁以下(初出:『春木先生還暦祝賀論文集』(有斐閣、1931年)) [末弘・法律]
- ・ 瀬川信久「民法の解釈」星野英一編代『民法講座別巻 1』(有斐閣、1990年) 1 頁以下 [瀬川・民法]
- ・ 瀬川信久「物権・債権二分論の意義と射程」ジュリスト 1229 号 104 頁以下 [瀬川・物

権]

- ・ 総務省統計局「日本の住宅・土地——平成 25 年住宅・土地統計調査の解説——」(2016 年 2 月 29 日) [総務省]
- ・ 高島平蔵「賃借権の妨害排除」綜合法学 22 号
- ・ 高林龍『標準特許法〔第 3 版〕』(有斐閣、2008 年) [高林]
- ・ 瀧川政次郎『日本法制史』(有斐閣、1928 年) [瀧川・法制史]
- ・ 瀧川政次郎『日本法制史研究』(名著普及会、1982 年) [瀧川・研究]
- ・ 竹内理三『寺領荘園の研究』(敵傍書房、1942 年) [竹内]
- ・ 竹安繁治『近世封建性の土地構造』(御茶の水書房、1966 年) [竹安]
- ・ 立石謙輔「不動産賃貸借ノ登記強要」明治学報 121 号 36 頁 [立石]
- ・ 田中英司『ドイツ借地・借家法の比較研究——存続保障・保護をめぐる——』(成文堂、2001 年)
- ・ 田山輝明「西ドイツ農地整備法制の研究(一)から(一〇・完)」早稲田法学 58 卷 4 号 59 頁、60 卷 1 号 1 頁、60 卷 2 号 1 頁、60 卷 3 号 1 頁、60 卷 4 号 1 頁、61 卷 2 号 19 頁、61 卷 3・4 号 33 頁、62 卷 2 号 1 頁、62 卷 3 号 1 頁、63 卷 1 号 77 頁
- ・ 田山輝明編・監訳『西ドイツ新用益賃貸借法制』(早稲田大学比較法研究所、1986 年)
- ・ 田山輝明「賃借権にもとづく妨害排除」半田正夫編集代表『現代判例民法学の課題——森泉章教授還暦記念論集——』(法学書院、1988 年) [田山・賃借権]
- ・ 田山輝明『ドイツの土地住宅法制』(成文堂、1991 年)
- ・ 田山輝明監訳『ドイツ法史』翻訳叢書 30 (成文堂、1999 年)
- ・ 田山輝明『契約法 債権各論上巻 民法要義 5』(成文堂、2006 年)
- ・ 中井美雄「不動産賃借権にもとづく妨害排除——財産権体系と権利保護制度についての一つの視点——」立命館法学 59 号 29 頁、62 号 55 頁
- ・ 中川善之助「判批」法学協会雑誌 40 卷 3 号 149 頁 [中川]
- ・ 中田薫講述・石井良助校訂『日本法制史講義』(創文社、1983 年) [中田・石井]
- ・ 中田薫『法制史論集 2 卷』(岩波書店、1938 年) [中田]
- ・ 中山秀登「ドニストリャンスキーによる物権論と債権論」法學新報 111 卷 7・8 号 81 頁以下
- ・ 日本学術振興会版『法典調査会議事速記録』[学術・速記]
- ・ 農林省農務局編纂『本邦小作慣行』(大日本農会、1926 年) [農林省]
- ・ 長谷鎮広『満州帝国主要法令解説』(清水書店、1940 年) [長谷]
- ・ 畑中久彌「賃借権に基づく登記請求権の否定は地震売買の原因だったか」立命館法学 363=364 号 1865 頁以下 [畑中]
- ・ 鳩山秀夫『日本債権法各論下巻〔増訂版〕』(岩波書店、1924 年) [鳩山・各論]
- ・ 鳩山秀夫「時観 借地権保護問題」法学協会雑誌 27 卷 4 号 57 頁 [鳩山・時観]
- ・ 原田純孝『近代土地賃借法の研究』(東京大学出版会、1980 年)

- ・ 半田吉信「スイス債務法総則編の改正（1・2完）」駿河台法学 28 卷 1 号 1 頁以下、28 卷 2 号 1 頁以下 [半田]
- ・ 平田陽一「物権と債権の性質——法的概念構成のための覚書」白鷗法学 8 卷 95 頁以下
- ・ 藤井俊二『ドイツ借家法概説』（信山社、2015 年）[藤井]
- ・ 藤岡康宏・磯村保・浦川道太郎・松本恒雄『有斐閣 S シリーズ 民法Ⅳ 債権各論〔第 3 版補訂〕』（有斐閣、2009 年）[藤岡]
- ・ 星野英一『借地・借家法（法律学全集（26）』（有斐閣、1969 年）[星野・借借]
- ・ 星野英一「民法解釈論序説」『民法論集第 1 卷』（有斐閣、1970 年）[星野・序説]
- ・ 星野英一「民法解釈論序説・補論」『民法論集第 1 卷』（有斐閣、1970 年）[星野・補論]
- ・ 星野英一「不動産賃貸借法の淵源——原題「不動産賃貸借法の歴史と理論」——」、『民法論集 第 3 卷』（有斐閣、1972 年）[星野・淵源]
- ・ 星野英一「民法の解釈のしかたとその背景」『民法論集 8』（有斐閣、1996 年）[星野・背景]
- ・ 星野通『明治民法編纂史研究』（ダイヤモンド社、1943 年）
- ・ 法曹界決議、法曹記事 22 卷 12 号 1254 頁以下 [法曹会]
- ・ 本庄栄次郎『日本社会史』（改造社、1924 年）[本庄]
- ・ 松尾弘・山野目章夫『不動産賃貸借の課題と展望』（商事法務、2012 年）
- ・ 水口吉蔵「不動産賃貸借ノ登記請求権ニ付キ」法律評論 3 卷 296 頁以下
- ・ 水本浩『民法セミナー 4 債権総論』（一粒社、1976 年）[水本・民法]
- ・ 水本浩『借地借家法の現代的課題』（一粒社、1971 年）
- ・ 水本浩「借地・借家法の現状と課題」『現代借地借家法講座第 3 卷借地借家法の現代的諸問題』（日本評論社、1986 年）3 頁
- ・ 水本浩「民法学における利益衡量論の成立とその成果——書評 星野・借地借家法に代えて」『現代民法学の方法と体系』（創文社、1996 年）（初出：民商法雑誌 62 卷 6 号 3 頁以下、63 卷 2 号 3 頁以下、63 卷 4 号 3 頁以下、64 卷 2 号 3 頁以下）[水本・利益]
- ・ 武藤運十郎『日本不動産利用権史論』（家庭法律社、1947 年）[武藤]
- ・ 村教三『不動産賃貸借法史論』（有斐閣、1937 年）[村]
- ・ 森田宏樹「物権と債権の区別」新世代法政策学研究 17 号 45 頁以下
- ・ 安田幹太『賃借権の本質』（八幡大学社会文化研究所、1973 年）[安田]
- ・ 山野目章夫『新しい債権法を読みとく』（商事法務、2017 年）[山野目]
- ・ 柚木馨『満州民法読本』（満洲有斐閣、1942 年）[柚木]
- ・ 好美清光「賃借権に基づく妨害排除請求権」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅲ』181 頁 [好美・賃借権]
- ・ 好美清光「賃借権に基づく妨害排除請求について——物権と債権の交錯」法経研究 1 卷 3 号 22 頁以下
- ・ 我妻栄『近代法における債権の優越的地位』（有斐閣、1953 年）[我妻]

- ・ 和田小次郎『近代自然法学の発展』（有斐閣、1951年）
- ・ 渡辺洋三『民法と特別法 I 土地・建物の法律制度（上）』（東京大学出版会、1960年）
[渡辺・上]、同『（中）』（東京大学出版会、1962年）[渡辺・中]
- ・ 日本の土地百年研究会・（財）日本不動産研究所・（株）都市環境研究所編『日本の土地百年』（大成出版社、2003年）
- ・ 第一二一回国会参議院法務委員会公聴会会議録第一号 19頁

洋文献

- ・ *Achilles, Spahn, Gebhard*, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1898 [Protokolle]
- ・ *Apathy*, Die publizianische Klage. Das relative dingliche Recht des rechtmäßigen Besitzers, 1981 [*Apathy*]
- ・ *Armin Zucker/ Christian Eichenberger*, Die Vormerkung des Mietverhältnisses im Grundbuch, AJP 2010, S. 836 ff. [*Zucker/ Eichenberger*]
- ・ *B. Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2 Aufl., 1899
- ・ *Bernd Schilcher*, Ein Abschied, der schon längst fällig war— Nekrolog auf den Dualismus von dinglichen und obligatorischen Rechten in Österreich, in: Fenyves FS, 2013, S. 311 ff. [*Schilcher*・Abschied]
- ・ *Bernd Schilcher*, Starke und Schwache Rechte. Überlegungen zu einer Theorie der subjektiven Rechte: in: Hg. von *Koziol, Helmut/Rummel, Petter*, FS Franz Bydlinski, 2002, S. 343 ff. [*Schilcher*・Starke]
- ・ *Bettina Hürlimann-Kaup*, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, 2008 [*Hürlimann-Kaup*]
- ・ *Birgit Weitemeyer*, Der Eintritt des Erwerbers in das Mietverhältnis nach § 566 BGB – ein Rechtsinstitut auf dem Weg zum Sukzessionsschutz, in *Theorie und Praxis des Miet- und Wohnungseigentumsrechts*, 2006
- ・ *Carl Crome*, Die juristische Natur der Miethe nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 1897 [*Crome*]
- ・ *Cosack-Mitteis*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 7. / 8. Aufl. Bd. II, 1924 [*Cosack-Mitteis*]
- ・ *Claus-Wilhelm Canaris*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in FS Flume I (1978) S.371 [*Canaris*]
- ・ *Eduard Picker*, Der „dingliche“ Anspruch, in: FS F. Bydlinski, 2002, S. 269 ff. [*Picker*]
- ・ *Ehrenzweig*, I/1 Allgemeiner Teil, 2 Aufl., 1951 [*Ehrenzweig*]

- *Ernst Freih. v. Schwind*, Kauf bricht Miete: in FS zur Jahrhundertfeier des ABGB II, 1911 [*Schwind*]
- *F. Bydlinski*, Der negatorische Schutz des Mieters gegen Dritte und das Rechtssystem, in: FS Wesener, 1992 [*Bydlinski*]
- *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967 [*Wieacker*]
- *Friederike Quaisser*, Mietrecht im 19. Jahrhundert, 2005 [*Quaisser*]
- *George A. Löning*, Die Grundstücksmiete als dingliches recht, 1930 [*Löning*]
- *Gerhard Buchda*, Das Privatrecht Immanuel Kants: ein Beitrag zur Geschichte und zum System des Naturrechts, 1929 [*Buchda*]
- *Gerhard Dulckeit*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951
- *Gerhard Otte*, Die dingliches Rechtsstellung des Mieters Nach ALR und BGB, in Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag,
- *Gert Iro*, Bürgerliches Recht IV. Sachenrecht, 6 Aufl., 2016 [*Iro*]
- *Hans Hattenhauer*, Bricht Miete Kauf?, in Gedächtnisschrift für JÜRGEN SONNENSCHNEIN 22. Januar 1938 bis 6. Dezember 2000, 2003, S. 153
- *Hans Hattenhauer* und *Grünther Bernert*, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 2. Aufl,
- *Hans Schulte-Nölke*, Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1995
- *Hans Wieling*, Die Grundstücksmiete als dingliches Recht, in Gedächtnisschrift für JÜRGEN SONNENSCHNEIN 22. Januar 1938 bis 6. Dezember 2000, S. 201
- *Heribert Weiß*, Ist die Grundstücksmiete ein dingliches Recht?, 1932 [*Weiß*]
- *Hermann Brückner*, Die Wohnungsmiethe nach gemeinem Recht, 1877 [*Brückner*]
- *Higi*, Zürcher Kommentar, 1995 [*Higi*]
- *Holzner*, „Immissionsabwehransprüche“ für Superädifikatseigentümer mit nur prekaristischem Grundnutzungsverhältnis?, JBl 2012 [*Holzner*]
- *Horst Heinrich Jakobs* und *Werner Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse II § § 433 bis 651, 1980
- *Jens Thomas Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006 [*Füller*]
- *Jörg Schmid/ Bettina Hürlimann-Kaup*, Sachenrecht, 4 Aufl., 2012 [*Schmid/ Hürlimann-Kaup*]
- *Jörg Schmid/Hubert Stöckli/Frédéric Krauskopf*, OR BT/ Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 2016 [*Schmid/ Stöckli/ Krauskopf*]
- *Karl Spielbüchler*, Der dritte im Schuldverhältnis, 1973 [*Spielbüchler*]
- *Klaus Genius*, Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses in seiner historischen

- Entwicklung bis zu den Naturrechtskodifikationen, 1792 [*Genius*]
- *Konrad Cosack*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1913
 - *Konrad Cosack* und *Heinrich Mitteis*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., 1924
 - *Leo Geller*, Die Miethe, in: Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 1878 [*Geller*]
 - *Martin Häublein*, Mieterschutz in der Bundesrepublik Deutschland [*Häublein*]
 - *Nippel*, Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches VII, 1834 [*Nippel*]
 - *Otto Fischer*, Gutachten über die Frage: Soll der Grundsatz: „Kauf bricht Miethe“ oder der entgegengesetzte Grundsatz des deutschen und preußischen Rechts im bürgerlichen Gesetzbuche aufgenommen werden? und mit welchen Modificationen in dem einen oder anderen Falle?, in Verhandlungen des Neunzehnten Deutschen Juristentages, 1888 [*Fischer* • Gutachten]
 - *Otto Fischer*, Soll Kauf Pacht und Miethe brechen?, 1888
 - *Otto von Gierke*, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1888 — 89 [*Gierke*]
 - *Patrick Strub*, Mietrecht, 8. aktualisierte Aufl., 2014 [*Strub*]
 - *Paul Schulin*, Zur Geschichte der mittelalterlichen Miete, in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung), 41 Band, 1920
 - *Pletzer*, Doppelveräußerung und Forderungseingriff, 2000 [*Pletzer*]
 - *Rabl/Riedler*, Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Aufl., 2017 [*Rabl/Riedler*]
 - *Roger Weber*, Basler Kommentar Obligationenrecht I/ Art. 1– 529 OR, 4. Aufl, 2015 [*Weber*]
 - *Roland Pfäffli*, Zur Vormerkung von Mietverträgen und Vorkaufsrechten (mit Berücksichtigung des neuen Mietrechtes), Der Bernische Notar 51(2), S. 44 ff. [*Pfäffli*]
 - *Rudolf Gmür* und *Andreas Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 12. Aufl., 2008
 - *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, I, 1840 S.338f. [*Savigny*]
 - *Schilcher/Holzner*, Der schadenersatzrechtliche Schutz der Traditionserwerbers bei Doppelveräußerungen von Liegenschaften, JBl 1974 [*Schilcher/Holzner*]
 - *Schulin Paul*, Zur Geschichte der mittelalterlichen Miete in west- und süddeutschen Städten, 1920 [*Paul*]
 - *Staudinger/Emmerich*, BGB, 2010 [*Staudinger/Emmerich*]
 - *Tercier*, Les contrats spéciaux, 3. Aufl., 2003
 - *Thomas Pietruszak/ Jörg Zachariae*, Der Schutz des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen in der Zwangsverwertung, 2000 [*Pietruszak/Zachariae*]
 - *Volker Emmerich*, Vorbem zu § 535, in Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen

Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2011

- *Walter Fellmann*, Der Übergabe des Mietverhältnisses nach Art. 261 OR —ein gesetzlicher Parteienwechsel mit Lücken und Tücken, AJP 5/94, S. 541 ff. [*Fellmann*]
- *Walter Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, 1934 [*Wilburg*]
- *Werner Schubert*, Vom preußischen Mietrecht zum Mietrecht des BGB – Normengeschichte und frühe Rechtsprechung des Reichsgerichts--, in Gedächtnisschrift für JÜRGEN SONNENSCHNEIDER 22. Januar 1938 bis 6. Dezember 2000, 2003, S. 11
- *Wilhelm C. F. Arnold*, Zur Geschichte des Eigentums in den deutschen Städten, 1861 [*Arnold*]
- *Winiwarter*, Das österreichische bürgerliche Recht, 2. Aufl., 1844 [*Winiwarter*]
- *Wolfgang Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992 [*Schön*]
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, 1896 [Motive]
- *Zeiller*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch III/2, 1813 [*Zeiller*]