

再び地代家賃増減請求権について

—— 権利変更請求権説の立場 ——

杉 浦 智 紹

一、はしがき

二、従来の学説の立場とその主張

(一) 形成権説の立場

(二) 形成判決請求権説の立場

三、権利変更請求権説の立場

四、むすび

一、はしがき

社会生活の基本的基盤をなす住居をめぐる法律問題は、社会経済の変動と相まって、急速な形で複雑な事象を呈しているのが現状である。その内の一つ、賃料増減請求をめぐる争いは、益々増加の一途をたどるであろう事は容易に理解しうるところである。ところで現在の賃料増減請求制度には、解釈上・立法上かなりの問題を内包している。先

(二) の論文において指摘した如く、当事者の合意によって決定さるべき賃料額を、当事者一方の意思表示によって変更せしめるといふ、事情変更の原則を背景に裁判の効力を考慮の外におく、私法上の形成権をその理論的中核とする通説的立場は、迅速な契約内容改訂の実をあげることの出来る点で、請求権説に優っていたのであるが、^(三) 形成権理論の過剰な投与から生ずる弊害は、増減の効果に客観的相当額の範囲という価値判断をしいるため、その主観的立場の差異が、やがて債務不履行による解除という結果を招来させるという点にあった。その様な結果を回避することができ、しかも合理的な解決理論として、権利変更請求権による立場を表明したのである。^(四)

この点について、篠塚助教より新説として紹介戴いたのであるが、この考へ方は、既に思師中村宗雄教授によって開拓せられ、それを理論的に発展・統一化したものである。本稿の目的とするところは前記篠塚論文に示された問題点に対する解答を意図すると共に、今一度この問題をやや詳細に論じたいと思ひ、判例の傾向等を十分にふまえることの必要なことから、若干重複するところがないわけではないが、権利変更請求権という立場から、市民法と社会法との間隙に横たわるこの問題の正しい解決の理論を、再検討するための一つの礎石にしたいとの二つの意図をもつて論ずることにある。

註(一) 拙稿「権利変更請求権をめぐる二三の問題」早法会誌十三卷一〇九頁以下

(二) この点については前掲一一六、一一七頁参照

(三) 前掲一一七頁

(四) 篠塚・判例評論七一号十八頁以下(判例時報三七七号一一五〇頁以下)

二、従来の学説の立場と主張

(一) 主として形成権説の立場

現在の通説判例は、賃料増減請求権の性質をば形成権と解し、増減額請求権者の一方的意思表示によって当然に増減額の効果を生じ、相手方の承諾或いはこれに代る裁判はこれを要しないとして^(二)いるのである。そこで増減額の効果は増減額の意味表示が相手方に到達した時(民九七条一項)に生ずるのであるが、問題は相手方が増減額を全く否定するか或いは異議を述べる等、相当額について争いを生じた場合に顕在化してくる。かかる場合、終局的には裁判所が相当額を確定することになるが、その確定は客観的に定まっている相当額を確認するにすぎない^(三)のである。ところがこの客観的相当額を算定するについては、請求当時の経済状況および賃貸借関係の諸般の具体的事情があげられる。即ち地価の高低、水利の便、改良工事、権利金授受の有無、比隣地家賃、修繕費、諸税金、火災保険料、附近道路の良否、田辺の騒音、賃貸借関係の継続期間、建物の経過年数と耐用年数、地家賃の協定事情、協定後に改定した場合には当時の経済状態、現地家賃の協定期等が斟酌される^(四)ことになるのである。このようにして客観的相当額の判断は、具体的な事実と価値体系の総合を経た後でなければ確定されえないものであり、従って当事者の主観的差異を生ずる可能性が強いのである。そのため賃借人が増額請求を不当として争う場合か極めて多く、問題は、催告の当否、弁済提供、供託の有効無効、解除の有効無効といった争いに発展してしまう。このような場合、賃借人としては自己が相当とする賃料を提供、供託するのが通常である。そこに、後日裁判によって確定された相当額をめぐって

の論議が生じて来ることになる。^(五) 賃借人が主張額を供託した場合、裁判所の認定した相当額が供託額と一致すれば供託がその要件を具備する限り、賃借人は債務を履行したことになるし、^(六) 勿論、供託額が相当額より多い場合には、賃借人は不当利得の返還請求権をもち、債務不履行にはならないし問題は生じてこない。問題は相当額が供託額よりも多いときである。この場合には、賃借人は不足分だけ履行遅滞したことになり、原則として金銭債務は全額を提供しなければ債務の本旨(民四九三条)にそうものとはいえない。そこで、賃借人は債務不履行を理由に賃貸借契約を解除し立返を求めるという結果を招来する。この事は形成権理論をとることの結果避くべからざる帰結である。そこで学説は、信義則をその理論の基礎として、提供額に僅少の不足が存する場合、例外的にそれを有効とすることが通説によつて認められている。下級裁判例も従前額の提供・供託は有効であると述べ、^(七) そのいづれもが客観的相当額の判断を賃借人に強いることの不当を述べ、賃借人の一方的行為によつて惹起される質料不確定の状態から生ずる一種の危険を、賃借人に負担せしむべしとの要請が組みとれる。しかし之等の信義則による理論すけも、信義則の原理についての具体的判断は本来劃一的なものではなく、個々の事案における諸事情の客観的判断でなければならぬものである。^(八) その具体的な判断は、裁判を通じて個別具体化されるのであり、その理論的基準としては極めて曖昧なものにならざるを得ないのである。^(九)^(一〇)

解除の問題に関して、賃借人の相当質料額の提供、供託があれば格別、しからざる限り不履行の事実をとらえて賃借人が契約を解除し、明渡訴訟を提起することが極めて多い。しかし賃借人保護という要請が賃貸借法に働きはじめ以来、質料増減請求に起因する賃借人の遅滞の責任を如何なる理論によつて回避せしめうるかに努力が払らわれて

(一一) いる。そして学者は履行遅滞を理由とする契約解除および判決確定の時から遡っての賃貸人による解約申入の効力を否定することに苦心しているのである。賃貸借契約にも民法五四一条の総則的法定解除の規定が適用されるとするのが通説判例^(一一)であり、また不履行の部分^(一二)が僅少であれば信義則上解除権は発生しないと考えている^(一三)。しかしながら、たとへ不足額が僅少であったにせよ不足額提供、供託の期間は長期間に亘るのが常であるし、他面僅少不足額とはいえない事情の方がかなり多いのであり、一部提供供託が原則通り無効であることから、長期間賃料全額について不履行という重大なる事態が発生する。そこで形成権説の理論は、まず履行遅滞に基づく法定解除権の発生要件である遅滞の要件について、まず賃料増減請求のあった場合、客観的相当額の判断は困難であるにせよ、金銭債務である賃料の支払義務の履行が社会観念上不能であるとは到底考へられない。また賃料増減請求のあった場合、信義則上賃貸人に賃料証明の先行義務があり、一応履行期が定められていても、先行義務不履行により賃借人の賃料支払義務の履行が不能になれば、履行期は後退する^(一四)の考へもあるが、^(一五)はたして賃貸人にそのような義務があるのか、更にはその不履行により賃料支払義務の履行が不能になるのかの点で、疑問なしとしえない。次に、金銭債務については不可抗力をもつて抗弁となし得ないとする特則(民法一九条二段)が、解除の責任についても適用されるとするのが通説判例の立場^(一六)である。しかし信義則上、解除の前提である金銭債務の履行遅滞にはその責に帰すべき事由を要するとの見解^(一七)が生じ、これについては増額請求後、故意過失なく履行遅滞の苦境に陥った賃借人を解除の責任から救済する方法として、賃借人の主観的事情を重視する考へ方^(一八)を生じているが、しかしこの考へ方も信義則に関する一判断という事になる。また賃貸借契約に民法五四一条の適用を肯定しながら、賃借人保護の要請の働く借地借家関係には、その関係を

維持できない程度の履行遅滞をもって解除権の発生要件とすべきであるとの考へ方^(二九)や信頼関係を破壊しない限り解除権は認められないとの見解^(三〇)が存する。更には、賃貸人の増減請求額が客観的相当額を著しく超えているに拘らず、その支払を催告した場合には、過大催告の理論により催告が無効、従って履行遅滞はあるが解除権は発生しないとする考へ方も存する^(三一)。現象的には支払催告は客観的相当額を超える催告であるが、その程度は催告を無効ならしめる程著しくないという場合が多い。その他、賃料増減請求を契機とする明渡訴訟においても、信義則論^(三二)や権利乱用の理論^(三三)によって解除権の行使を抑止しようとする試みがある。しかしこれ等の理論にせよ判決がでてみなければ分らぬことであつて、一般条項の保護をうけることなく解除されてしまう事例は少なからず存する。

形成権説をとる後藤教授は、賃料増額請求と提供すべき賃料額について、次の様に理論を構成してはどうかと主張される^(三四)。すなわち、賃貸人が賃料の増額請求をする場合には相当額を計算の上で請求することは稀れで、一般的に過大であることが多い事、それは鑑定人の評価の差異および宅地ブームの下過大にしておくことが有利との心理が働くことに起因することを説かれた後^(三五)、従来^(三六)の通説による限りかかるかけひきは賃貸人のみに存し、賃借人には存しない。その事をよくあらわしているのが大阪高判^(三七)で、同判決は催告をうけた賃借人は自己の責任において相当賃料額を算定して提供すべきことを説いた後、「ただ単に従前の賃料額を供託したのでは、その増加額が僅少である場合又は賃料減額の場合を除き増額請求権の否認を表明し、債権者に挑戦するの態度を示すものと解されても致し方なく、増額請求が正当である事情の存する場合には右は到底債務の本旨に従つたものといふことはできない。尤も賃借人において何等増額原因がなく、従前賃料以外に支払義務がないことを確信する場合には、その賃料額のみを提供供託する

ことは随意であるが、右確信が後日の裁判により誤りであったことが明かとなったときは右の信念に基く行為といえども法の保護を受け得ないものであって、この意味において一種の危険を賭するものであるが、市民生活関係においては各人が各自理性と計算に基き行動すべき反面、右自主行為の結果と責任を甘受すべきものであることは市民生活関係を通ずる原理であつて一と判旨している。そこで「賃借人の自主行為の結果と責任あるいは危険を追及すること甚だ急であるが賃借人のそれについては、全く顧慮することがない。賃借人がかけひきによって過大な増額請求をした場合、後日裁判によって適正賃料がそれよりも低く定められても、それはむしろ初めからの計算ずみの事であり何等失うところがない。これに反して賃借人がかけひきとして従来の賃料額を固執してそれを提供した場合には……住みなれた家や土地を明渡さねばならぬという危険を賭する」。そこでこの賃借人と賃借人のかけひきの不均衡を是正させるため「賃借人はたとえ従来の賃料額を固執してこれを提供しても、債務不履行の責をおうものでなく、ただ賃借人の請求額が相当であることが明らかであつて、これを争うことが信義則に反するというような例外的な場合にのみ、債務不履行の責を免れないという解釈を提唱したい。つまり従来の通説が従前の賃料額を提供した場合には原則として債務不履行の責を免れないものとし、例外的に信義則による賃借人を救つたのとは、原則例外が逆になる」という解釈論である。しかしながら、この考へ方についてはまず第一にかかる賃貸借契約が本来合意を基盤としているのに対し、かけひきの自由という言葉によつて表現せられる如く、本来訴訟の段階において問題とされる個別具体的な事項をその解釈理論に組み入れて答えられようとする点である。この考え方は、たしかに賃借人保護には大いに役立つのであるが、実は裁判において判断される具体的個別的な信義則適用の段階における基準にかなりえないの

ではないか、従ってこれを以って唯一の解釈の基準とはなしえないのではあるまいか。即ち民法理論は抽象的一般的問題を、その学問的対象とするのであって、個別決定的に判断される訴訟理論とは区別されねばならないと共に、私法理論が取扱う問題も、それ以上には及ばないのではないだろうか。次にこのように考える基盤は、実は賃借人の履行遅滞による解除明渡という結果の回避を实体法理のみでかたつけようとする点にある。解釈論として高く評価されるべきであると考えるのであるが、しかしながら従来の民法理論のみをもってこれを受け入れるには、前述の如く些さか無理があるように思われる。なぜに形成権説にのみ固執しなければならぬのであろうか、ということである。要するに、この問題の解決には私法理論のみならず訴訟法理の導入が必要なのであり、既にこの点について認識を深めている学者もかなり存するのである。^(二八)

以上を要約すれば、賃借人の増減請求について賃借人が、賃借人の主張額にかかわらず相当額を提供し供託することが必要である。しかしこの相当額が実は問題であって、終局的には判決によって確定されることになるが賃借人としては判決の確定をまつて提供したのでは遅滞の責を負はざるを得ず、ついには解除明渡という結果を招来する。この帰結は形成権理論をとることの避けえないところであり、この帰結を緩和する理論の構成に力を注ぎ、信義則或いは権利乱用という一般条項による救済理論が建てられたのである。しかし、既に指摘した如く、之等一般条項による判断は、本来画一的なものでなく、個別の事件における諸事情の客観的な判断を経なければならず、裁判所の具体的な判断によって、その運命が左右されるので、その基準としては可成り曖昧なものになると思われる。では一体どのように考えれば妥当なのか、それは権利変更請求権をもって賃料増減請求権の法的性質と把握することによって可能

になると思われる。(二九)

註(一) この点、かつては請求権説の立場をとるものとして、大判・明治四〇年七月九日民録十三輯四八七頁、また借地借家法制定後も、借地事件につき東京地判・大正一五年二月十五日新聞二六五四号一〇頁、同昭和五年九月十一日新報二三二二二四頁、同昭和六年六月二十九日新報二六三三二六頁、大判・昭和六年十二月十日裁判例(五)民二七四頁、借家事件につき、東京区裁判・昭和五年五月十三日評論十九卷民法九八三頁が存在していたが、借地の事件につき、大判・昭和七年一月一日民集十一卷一号七頁(なぜ形成権説にふみきったかについては拙稿前掲一一七頁参照)をはじめとして、借家事件では昭和七年四月二六日裁判例(六)民一一一頁をかわざりに多数の判例が存在する。戦後のものに最高判・昭和三年九月三日民集十一卷九号一四六七頁、昭和三年九月十八日民集十二卷十三号二〇四〇頁、昭和三六年二月二十四日民集十五卷二二二号三〇四頁等いずれも形成権説に立脚している。

(二) 名古屋地判・昭和二八年一月二二日下級民集四卷十号一五二六頁、福岡高判・昭和三〇年三月二八日下級民集六卷三号五八七頁―借家事件。

(三) 大判・昭和七年一月十三日民集十一卷七頁以来―借地、大判・昭和七年四月二六日裁判例(六)民一一一頁以来―借家、多数存在。

(四) 水本浩「地代・家賃」(契約法大系III貸借・消費貸借一二四頁)

租当額の算定について―土池一、鈴木録也教授、判例評論七二号三頁以下(判例時報三八〇号二九頁以下)のすゝれた考案がなされており、欠くべからざる資料である。

(五) 我妻債権各論(中の一)五〇八―九頁参照。なお借地借家改正案三九条一項における如く、判決の形成力に基くとするの再び地代家賃増減請求権について

も一案であるが、すべてを判決によらしめることは合意を基盤とする契約の理念に反するものと思われる。この点後述。

(六) 東京地判・昭和三十三年一〇月三日下級民集九卷十号一九七七頁。

(七) 我妻前掲書五〇六頁、広瀬・借地借家法一三七頁以下、薄根・実務講座IV借家篇一五六頁、後藤・同借地篇三五四頁、林・民商法三七卷三三六頁(判批)、谷田貝・民商法四五卷三三三頁(判批)

(八) 東京地判・昭和三十一年七月二五日(下級民集七卷七号二〇二二頁)、福岡高判・昭和三十六年四月二七日(下級民集一二卷四号九一七頁)、名古屋地判・昭和三十六年十一月十日(判例時報二八五号二三三頁)。古い判例として従前額に同調するものに昭和十年五月十七日新聞三八四六号九頁がある。学説として従前額説をとるものに、長谷部・綜合判例叢書民法(2)二二二頁、古山・判例借地借家法一三九頁、水本・篠塚「賃料増減請求権と供託」ジュリスト二二九号四三頁などがある。

(九) 末川・判例民法研究二二九頁。

(一〇) 四宮・判例民法昭和十七年度一〇四頁、その他賃料増減請求につき、賃借人によってなされた供託を、条件付きの、しかも責任免除のためのものと構成する試みが行われている前掲水本・篠塚ジュリスト二二九号四一頁以下。

(一一) 水本・前掲「地代・家賃」一二六頁註(1)参照。

(一二) 我妻・前掲書四七一頁、抽木・債権各論二五一頁、末川・契約総論二〇一頁。

(一三) 山中・「履行遅滞による解除」綜合判例研究叢書民法(10)六頁参照。

(一四) 水本・篠塚前掲ジュリスト二二九号四四頁。

(一五) 我妻・債権各論上巻九二頁参照。

(一六) 林・民商法三七卷三三七頁、最高裁判昭和三十三年九月三日民集十一卷九号一四六七頁。

(一七) 稲本・判批法協七八卷五号五七一頁。

- (一八) 東京高判・昭和二年十一月十二日、更には昭和二八年十一月二四日下級民集四卷十一号一七四四頁。
- (一九) 我妻・有泉債権法二八二頁。
- (二〇) 林・民法雑誌三七卷三三七二頁。
- (二一) 大判・昭和五年五月二十二日評論一九卷民法四〇二頁、大判・昭和七年三月十七日民集十一卷五号四三四頁、最判・昭和二年四月三〇日民集八卷四号八六七頁。下級審では、福岡高判・昭和三六年四月二七日下級民集十二卷四号九一七頁。
- なお我妻・各論上巻一五九頁、山中・前掲叢書七一頁参照。
- (二二) 東京地判・昭和二年一月十八日下級民集三卷一号四五頁、福岡高判・昭和三〇年三月二八日下級民集六卷三号五八七頁、大阪地判・昭和二年十一月十一日(判例タイムス二七号七三頁)
- (二三) 東京地判・昭和三四年一月十六日判例時報一八〇号四九頁。
- (二四) 後藤・判例評論七三号一四頁以下(判例時報三八三号四四頁以下)
- (二五) 後藤・前掲十五頁(同四四頁以下)
- (二六) 大阪高判・昭和三八年七月十八日(判時三五五号五四頁)
- (二七) 後藤・前掲十六頁(同四六頁)
- (二八) 中村(宗)民訴原理・再構成等、四宮・判民昭和十七年度評釈一〇一頁。河本・日本法学八卷十号五三頁以下、篠塚・判例評論七一号一八頁以下(判時三八八号一五〇頁以下) 拙稿・前掲論文。
- (二九) かかる立場に立つならば、争となつて裁判所により相当額の判決が確定するまでは、旧来額を提供供託することによつて履行遅滞・解除という結果を避けることが出来る事につき、拙稿前掲一二二頁参照。

(二) 形成判決請求権説(国家に対する形成要求権説)の立場

学説判例は賃料増減請求権を形成権と解し相手方に相当額に増減する旨の一方的意思表示をすれば、これと同時に賃料は将来に向つて当然相当額に増減せられるとの効力を生ずる。ただ増減請求権の有無ならびにその相当額をめぐつて主観的に対立する場合が多いので、この点について確定を求めるため確認訴訟を起す必要がある。換言すれば、賃料請求権は裁判上行使を要しない形成権であり、値上げ値下げの訴訟は確認訴訟であるとの見解をとつている。既に先稿でみた如く、当事者の一方的意思表示によつて直ちに賃料増減の効力を生ずるとするのは、どうも合意を基盤とする契約関係の理念からもかけはなれているし、条文上も例えば借地法十二条に「増減ヲ請求スルコトヲ得」という規定形式からみても無理のように思われるし、更に賃料の増減が問題になる場合には、借地借家関係の決裂という事態との関聯を考へても無理な解決であつたことは繰返し論じた処である。そこでこの問題を訴訟法学的に解決しようとする試みがなされた。即ち右の規定の「増減ヲ請求スル」というのを、裁判所に対して増減を請求するという様(三)にみることはできないかという主張である。この考への基礎になつているのは、法定地上権の地代確定請求(民三八八条但書)や共有物分割請求(民二五八条)の場合には「裁判所ニ請求スル」と規定されているから問題はないが、賃料増減の請求の場合でも、当事者の協定が調わない場合に裁判所が代つて増減という法律効果を形成する点では前二者と本質的には異なる所がないから同じ性質の訴とみている。ところで、法定地上権の地代確定訴訟について既に判例はこれを形成訴訟とみる立場をとつている(昭和十六年五月十五日大民集二〇巻五九六頁)また学者もこれに賛同して(四)いる。訴訟法学の一般理論として、形成の訴訟物についてはその権利の性格をめぐつて紛争が存在している。一般には

形成訴訟の訴訟物は裁判上行使を要する形成権であるとする説^(五)と国家に対して形成判決を要求する請求権であるとする説との対立が存する。事実、従来の通説である形成権説は、この訴訟物たる形成権と私法上の形成権とを比較した場合、後者では裁判外で行使しただけでその形成の効果が発生するのに対し、前者ではこれを裁判上主張しなければならぬという制約が存し、更には私法上の形成権では権利者が意思表示によってこれを行使したとき直ちにその法効果が発生するとされるのに対し、形成訴訟ではその形成の効果は判決が確定したときに、しかも判決のもつ形成力によって生ずるとされている点で、効果の発生時点ならびに発生原因についてもその間にギャップが存する。そのひづめを解消するものとして形成要求権説が出現したのであり、右の形成訴訟における形成の効果と、むしろ裁判官による形成権行使の効果とを比べ、私人にはただこの形成権の発動を求める請求権が帰属するだけであると説いて、その見解が対立している。^(七)このような欠点をもつ形成権説に対して、通説がこれを支持してきた所以は、権利形成が国家によってではなく、私人によって行われることを表象するものであり、この事は、私人による権利形成の強調、ひいては自由主義思想にもつらなる点で広く受け入れられてきたのである。しかし、反面私人による権利形成の觀念の妥当しない例えば訴訟訴訟、執行法上の異議の訴等の領域では訴訟物に形成権を用いることができず、国家に対する形成要求権説がクローズアップすることとなる。しかしながら形成訴訟の訴訟物については後述するところにゆずるとして本論に立戻るならば、要するに範囲の定まって居らぬ地代家賃支払義務という法律関係について、その範囲・額を定めるのであるから、この点で形成的効力を有し、従ってこの訴は形成の訴とみななければならないといへる。この様に裁判所が当事者の請求により地代を定めるのは形成判決によるが、当事者のもつ私法上の形成権の存在を確定し

て形成権の内容を実現するという私法法規の実現を図るもの、即ち争いある権利関係を確定して保護するものでなく当事者の協議によって自由に形成さるべきところを代って形成するといふ後見的ないし監督的作用をなすものであるから、その本質は非訟事件であるとする見解がある^(八)。しかしながら、訴訟事件と非訟事件との区別は結局のところ当事者の対立の有無によって決せられるものと考へるから、当事者対立の形式をとる形成の訴はその性質上非訟事件に似ていてもなお本来の民事訴訟といわなければならないのである(後述)。そこで賃料増減の請求についても規定形式を異にするが本質的に類似するので、賃料の増減の訴訟は確認の訴訟ではなく形成訴訟とする見解である。この見解に従うならば値上額と従前額との差額の支払時期は何時到来するか、従って、賃借人は何時から履行遅滞の責を負うのかの問題については、通説判例のとる私法上の形成権説による弊害はこれを完全に回避しうる。即ち値上げに関する裁判所の判決が確定するまでは、値上額もまた値上時期も形成されないのであるから、借地人は従来賃料額の支払時期の到来により値上額について直ちに遅滞に陥るといふ事はないことになる。この点で賃借人保護という立前に十二分にとることができ、しかしこの見解については次の様な批判が生じて来る。まず第一に、これらの請求は当事者が自治的に解決しうる内容をもち合意を基盤とする契約関係につき、法律も第一次的に当事者の自治的解決を予想して規定しているのであり、これが判決による権利関係の変動をすべからず裁判の設権的な効力に帰せしめ、当事者は国家に対して形成要求権をもつのだと解することはいさかゆきすぎの様に思はれること、第二には、必要以上の国家権力の私的自治への介入は差しひかえるべきであるという点である。更にはまた、現実の問題として、額の決定が裁判によって始めて確定するのだということになれば、そこに露呈される裁判の終結に至るまでの時間の経過

から生ずる不均衡（この場合には、正しく請求権説が当面した問題、それ故にこそ形成権説がとられたともいわれる）を生むこととなる点である。

以上ながながと論じてきた従来の考へ方の欠点をカバーすべき理論として、賃料増減請求権の法的性質を権利変更請求権の理論をもつて、合理的且つ一般妥当性を有する解決が計られるであろうとの意図の下に論じたのが先稿「権利変更請求権をめぐる二、三の問題」^(九)であった。

註(一) 我妻・判例民法法昭和七年二事件、薄根・借地借家法一八四頁以下、葉師寺・借地借家法論一三一頁、一八〇頁、判例、大判・昭和七年一月十三日民集十一卷七頁。

(二) 拙稿、前掲一一四頁以下及び本稿二(一)参照。

(三) 河本・日本法学八卷十号五四頁以下(判批)

(四) 山木戸・民商一四卷五号九四・九五頁、同旨小田・法学新報(判批)

(五) Helwig, System Bd. I. S. 275. Anspruch und Klagrecht S. 467.

(六) Stein-Jonas, Kommentar Bd. I. Vol. § I III (S. 13)

(七) この点の批判及び理論の展開の詳細については中村前掲書二三〇頁以下。

(八) 前掲山木戸・河本・判例批評参照。シュタイン学説の影響である。

(九) 拙稿前掲一〇九頁参照。

三、権利変更請求権の立場とその主張

判例評論七一号（判例時報三七七号一四九頁以下）の判例評釈において、篠塚助教授より御紹介戴き厚く感謝すると共に、その際提起せられた質問点を考慮しつつ権利変更請求権説の立場をやや詳細に検討してゆきたいと思う。

まず、権利変更請求権とは、既存の権利関係の変更を請求するものであって、私人の自由によつて具体的形成効果を発生せしめる点で、私法上の形成権の如く当事者一方の意思表示によつて効力を生ずるとは異なる。また相手方との間の合意が必要な条件をなし、それがなければその権利内容が特定しない。従つて実現することの出来ない点で一般の請求権と異なるのである。更にその合意が成立しなければ、訴を提起して判決による権利関係の変更を求める外はないのである。賃料増額請求についていうならば、賃貸人は第一次的には賃借人に対して賃料の増額について合意を求めるのであり、従つて形成権ではない。しかし相当額について見解に相違を生じ、賃借人がこれに同意しなければ訴を提起し、裁判所はその請求に理由があると認めるときは、被告（賃借人）に代つてその判決をもつて増額（権利関係を変更）することになる。かくの如く判決によつて増額されるのであるから、それは創設（形成）訴訟であると同時に、この判決は単に権利関係変更請求権が原告にあることの裁可に止まらず、その請求の具体的内容を決定するところに裁判の法創定力が働くのである。

そこで第一の点、即ち権利変更請求権の規範作用についてである。この請求権をもつて裁判外には権利変更請求権

であり、裁判上には「国家に対する形成要求権」と解するならば御指摘の如く規範としての一元性は担保されないわけである。裁判上・裁判外において権利の性格並びに相手方が異なるというのは、正しく実体からかけはなれたものである。ところで此の問題を解決するために創設（形成）訴訟の訴訟上の請求について若干ふれる事とする。創設請求は給付・確認請求と異り、「実体法は一定の権利関係の形成を予定して、その成立に必要な法律要件を規定するに止まり法律要件の充足による具体的法効果の発生が勿ら判決に依存せしめられている。」この事から裁判所に対する判決要求が不可欠の内容として加わり、それが実体法上の権利であるかまたその名宛人は裁判所か被告かが問題となる。^(二)創設請求は実体法と訴訟法との双方の領域に跨ってそれ自身を具体化せしめるいわば中間的存在なのであるから訴訟法上の権利とも、実体法上の権利とも、その性格を一義的に規定し難いのである。創設請求では、事件が訴訟として、裁判所に係属して初めて裁判所が創設請求の名宛人として現われるのである。^(三)二元観の下では、裁判所は判決の申立としての「訴」の名宛人であるが、その訴の内容をなす「訴訟上の請求」は実体法的性格のものであるから、名宛人は本来被告であるのが原則である。しかし創設の訴は、裁判所に対して「権利関係の形成」を求めるのであって、裁判所はその訴の内容をなす「創設請求」の名宛人にもなる。即ち訴訟の段階で裁判所がその名宛人として現れ、それにより創設請求に訴訟的性格が加わるのである。しかし請求の内容である権利関係の形成は、実体法によって規定され、訴訟法はそれに対する判決を規律するにすぎないのであり、裁判所はその実体法の規定の枠内で具体的法効果の成立を裁判する。そこに裁判の法創定力が働くのである。^(四)ところで、創設の請求は判決による具体的法効果の成立、即ち権利関係の形成を求めるのであって、この請求は法律の規定によってはじめてなしうるのである。創

設の訴によつて紛争の解決を求める事件は多種多様で、その求める「権利関係の形成」について判決の法創定力に依存する程度に差異がある。^(五)その差異は創設請求の実体法上の異なることと相関的である。しかして創設訴訟においては中村(宗)教授によつて分析された如く、原告の意図する「権利関係の形成」が裁判の形式でなされ、裁判所がそれに関与するがその関与の形式と特色とにおいて三つの型式が見出され、^(六)それは創設請求の性格と構造とを決定するものであり、創設請求の法規範的構造を定型化して、(一)形成要求権(訴権的性格)、(二)権利変更請求権(請求権的性格)(三)裁判上行使を要する形成権(形成権的性格)と分けることができる。第一に形成要求権についてである。この種の事件についての「権利関係の形成」は勿ら裁判の法創定力に依存するのであって、原告の権利行使によるものではなく、裁判所を名宛人とする実体的公権である。法律はこの種のを訴訟の形式で規定し、実体法の段階で権利といても唯名的存在にすぎず、訴訟の段階ではじめて権利として具体的に成立する。そこでこの訴については、法律の規定形式から、また事件の内容からみて、原告には実体法上当事者間における既存の権利関係を変更する権利がなく、実体法の定める一定の要件を備えて、判決による「権利関係の形成」を求めなければならない。従つて訴訟の段階においては、訴権(実体的訴権)として形相し、裁判所に対する「形成要求」をもつてその内容とする。裁判所は、事件につき実体法上の要件の充足を認定した場合、裁判によりその求める形成効果を生じせしめる。この裁判は、単に原告の形成要求がなければ、判決による「権利関係の形成」は行われないが、それは全面的に裁判の法創定力に依存し、原告の形成要求に基く直接の効果でない点に特色がある。^(七)

これとやや対蹠的なものが裁判上行使を要する形成権^(八)である。これは原告が一定要件の具備によって、既存の権利関係の形成権をもち、訴訟はその乱用を防止するために、国家がその行使に関与する方法に止るものであり当事者の一方に、既存の権利関係の変更権を与える理由があるが、一般の形成権とは異りその権利実行自体に国家の関与することが相当と認める場合である。しかし、この場合には同じく判決によって権利関係が形成されるのであるが、この場合の判決は、原告に既存の権利関係を変更せしめる形成権の存することの裁可であり、この裁可有権的効力をもつところに裁判の法創定力が働くのである。国家権力にて行われる強制執行が債権実行の方法となるのと同じ関係で、この場合の判決が原告の形成権の行使方法ということになる。

第三類型である権利関係変更請求権について、その請求は、相手方との合意により、その求める権利関係変更の内容が特定されるのであって、訴訟となった場合、判決がその合意に代わるものとして権利関係を変更するのである。^(九)しかして判決により既存の権利関係が変更されるのであるから、それは創設訴訟であると同時に、この判決は、単に権利関係変更請求権が原告に存することの「裁可」に止まらず、その請求の具体的内容を決定する。そこに裁判の法創定力が働くのである。あらためて権利変更請求権^(一〇)についてみる。権利変更請求権とは、要するに究極には判決によってその内容の特定される特種の請求権である。

要するに、創設訴訟の「訴訟の目的」となる三種の権利とその主張の相手方については、まずこのうち「裁判上の行使を要する形成権」は私法上の性格をもつものであること、その主張（権利行使）の相手方が被告であることは勿論である。しかし私法上の形成権でありながら、なぜ裁判上の行使を必要とするかの点については、学説は答えてい

ないのである。また、「国家に対する形成要求権」については、裁判所を相手方とする公権であるということ、それが被告を相手方とする訴訟において主張されても、なお被告はその権利主張の相手方とはならないのかという点である。シュタインは、創設の訴は本質的に非訟事件であるとしてこの問題を切りぬけて^(二)いるが、実はこの点について議論があり、また後述するところである。元来、創設（形成）の訴によって解決せられる事件は原告・被告間の実体的権利関係であり、契約自由の原則の認められる限り、当事者間の契約によって解決しうるものである。しかし当事者間においては解決しえないが故に、訴訟によって自己の権利を実現しようとする法的主張が、創設の訴における原告の創設請求なのである。従って、この創設請求は当然被告を相手方とする権利形成の主張でなければならないのである。その権利形成の主張は、法律要件の充足により、判決によって具現されることになる。従って被告に対する権利形成の主張には、訴訟の段階において更に裁判所に対する権利形成の要求が附随し、原告の「創設請求」の内容となるのである。再びいう、権利変更請求権は、最後には訴訟の段階において、その権利内容の確定される特種な権利であり、本質上請求権であって形成権ではないので、裁判外に行使しても形成権説の構想するが如き既存の権利関係の変更は存しないのである。その変更には相手方の合意を必要とする。それ故に「請求」という。しかし相手方がこれに応じなければ、その権利を実現するために訴を提起しなければならない。裁判所はその請求に理由があると認めれば、その請求の如く既存の権利関係を変更する旨の判決をする。しかしてこの判決は、既存の権利関係を変更するのではあるが、それは国家的立場から変更するのでもなく、また原告のもつ形成権の行使による既存の権利関係の変更を宣言するものでもない。この訴訟の場合には、原告は被告に対して既存の権利関係の変更を請求し、裁判所はそ

の請求の理由ある部分について判決をもって既存の権利関係を変更し、被告の承諾に代えらるゝとみることが妥当と思われる。しかしこの場合の判決は、被告の承諾に代わる点で給付判決と共通する点であるが、しかし被告に承諾を命ずるのではなく、判決の設権の効力によって、既存の権利関係を変更させるのであるから、それは創設判決である。しかしこの場合の訴訟の目的は、前述の如く既存の権利関係の変更請求権であつて、請求権ではあるが、従来私法上認められている「給付請求権」ではなく、訴訟法との関係において成立する別個の「変更請求権」なのである。しかしして此等の権利については、訴訟とならないで相手方との間の合意によつても権利関係が確定し満足されるのであるが、合意がなければ終局的には判決によつて、はじめてその権利内容が具体的に確定される。そこでは裁判所は、単に訴（形式的訴権）の名宛人であるばかりでなく、その訴の内容をなす「創設請求」（実体的訴権）の名宛人ともなる。それは、この権利変更請求権の名宛人が、実体法の段階においてはもとよりその権利関係の相手方であるが、訴訟の段階においては、裁判所に対するその請求内容の確定要求が加わり、裁判所がその要求の名宛人として登場するからである。これが創設請求の特色でもあり、裁判所がその名宛人になることによつて、実体法上の権利変更請求に訴訟的性格が加わるのである。しかしその請求の内容は実体法によつて規定され、裁判所はその実体法の規定の枠内で、具体的法効果の成立を裁判することができるのである。そこに裁判の法創定力が働くことになる。これはとりもなおさず階層理論によつて組みたてうる理論であり、かかる権利をば訴訟との関係で成立する権利と考えれば規範についての矛盾は生じないものと考えるのである。

なお、地代・家賃増減請求訴訟をもつて、給付訴訟もしくは確認訴訟とする説がある。訴の種類によつて訴訟類型

を分ける立場をとるならば、それにも一理がある。しかしいずれにせよ、地代・家賃の増減判決は、従来の金額を変更するのであって、判決内容と不可分の関係において、既存の権利関係の変更（権利形成）を伴うのであるから、創設判決である。これは、中村博士のいう結果的創設判決に属し、^(二三)それをめぐる法理は前述したところとかわつてゐるのではない。

第二の点である。結論から先に述べると、私は前論文において決して賃料増額の基準を行政権に属すると主張したつもりはないのであって、地代増減請求は先に述べたように、終局的には判決によって、その額が決定されることになる場合である。しかしあくまでも第一次的には当事者間の合意にまつことが契約の理念からいつて当然の事であり、かかる合意の行われない場合には裁判所の判断にまかせるという事である。この点については既述した学説の中に、賃料増額請求は形式的形成訴訟であるとの見解があつた。^(二四)そしてこの学説では実体法上の形成権を訴訟物としてその実体的実現を計るという場合ではなく、国民の法律関係に国家が干渉し、指導監督し、国民の法律関係を調整する作用を行う場合であるから、性質上非訟事件に属するという主張である。そして当事者の請求によって裁判所がその額を定めるについては、値上げ値下げ等の諸般の事情を斟酌して自由な裁量によって適当に定めうるとの考へ方である。そしてこの様な考へ方の基盤は、私法的法律関係が元来公法的な関係を捨象して純然たる私益をめぐる法律関係として自らを措定したところに生れたが、私法法律関係の内には純然たる私的自治に放置しえない分野が存在するということにある。そこでは、何等かの形で国家の後見的な介入が必要とされるのであり、古くから存した非訟事件なるものは、勿らこうした分野を直接の対象として、私法生活の中に国家が裁判所を通じて後見的に介入する一つ

的方式なのである。しかして私法の次元に属せしめられる生活現象の中に国家が介入するという現象は、法律生活の複雑化と共に増大してゆく傾向にある。^(一五)

形式的形成の訴は、形成の基準となる法規従ってまた形成要件を欠き法律的主張としての請求がないために、裁判所は原告主張の内容や範囲に拘束されずに、何等かの解決を与えなければならぬと共に^(一六)

い) 法律的判断をするものでないから司法作用でなく行政処分を判決の形式で行うものであるといわれる。^(一六) この様にして実は形成訴訟の一部のものと非訟事件とはきわめて類似した性格をもっている。創設訴訟においては判決により新たな権利関係が形成され、創設判決のもつ法創定力により、新たな権利関係の形成をもたらす点において行政処分

行為と共通しているので、創設訴訟をもって本質的に非訟事件に属するとする見解がある。^(一七) 元来民事訴訟は私権実行の方法なのであって、創設判決による「権利関係の形成」は原告の権利主張(創設請求)から生ずる直接の法効果で

ないから、本来的の民事訴訟には属しないというのがその見解である。ワッハは訴訟と非訟との区別は、その内在的目的に求め訴訟は具体的私法秩序の確証を目的とする国家権力の作用であり、非訟はその形成を目的とする作用である。換言すれば訴訟は法律関係を維持し回復するものであり、非訟はこれを発展させ変更するものである。^(一八) これに対

し、ヘルウィックは民事訴訟は民事上の争訟について権利保護を獲得することを目的として権利主張がなされる事件、略言すれば権利追行であり、これに対して非訟は国家の活動するその他の一切の民事事件であるとしている。^(一九) その他

非訟事件と訴訟事件との区別をどこに求めるべきかは種々議論されているが、現在はその理論的区別をたてることを断念するのが通説のようである。^(二〇) 我国では兼子教授がこの点について、この区別を国家作用の性質にこれを求め、訴

訟の裁判は法規に抽象的に予定されたところを適用して紛争を解決するのに対して、非訟事件では国家が単的に私人間の生活関係に介入するために命令処分するのであって、前者が司法であるのに対し、後者は民事行政であるとされる。^(二一) だがしかしこの見解をとつても、司法、行政の区別があいまいにならざるをえず、とどのつまり現在では両制度の制度目的の差異による「当事者の対立」の有無という手続上の形式的差異に、その区別を見出さざるを得なくなっている。即ち民事訴訟は制度上権利主張とその否認、従つて「当事者の対立」を前提とするが、非訟事件手続においては当事者の対立を前提とせず、裁判所が当事者間の権利の確定に介入し、または裁判の設権的効力により、当事者間に権利を確定せしめることを主目的とする点にあるといえる。^(二二)

ところで賃料増減請求権について述べると、裁判所が地代額を定めるのは、実質的には行政作用であるから当事者には拘束されずに、裁判所は「諸般ノ事情ヲ斟酌シテ」自由な裁量により適当に地代額を定めることを認める（大正十一年六月二八日）との考へ方も存し、これは実質的な意味での行政作用と考へられる。しかし私にはその様には考へられない。即ち、賃料の相当額については全く裁判所の裁量できめられるのではなく、それは原告の提示した地代額が相当であることの主張・立証責任即ち土地又は建物に対する公租公課の増減、土地又は建物の価額の騰落、比隣地代家賃との比較等により増減事由の具体的事情を基準とする経済的変動の存在をば、増減請求者において主張し、立証しなければならぬのであって、それを尽さなければ、その請求は請求棄却にならざるを得ないのである。判例はこの点について増減額の存在が公知なる場合には、民訴二五七条により裁判所は当事者の立証をまつまでもなく増減請求権の存在を認定しようとしている（東控判・昭和七年十月五日新報三三四号一五頁）が原則論は依然まえにある。し

かして此等の場合、当事者の立証責任等は純粹に非訟事件であらば問題にならないのであって、にわかには賛成できない。本来的にはあくまで当事者の合意にまつのであり、その合意がない場合に訴訟によってその権利行使をするのであり、原告の主張に請求理由ありと裁判所が認定すれば、当事者の提示した範囲内において、その請求の如く賃料額を変更する旨の判決をするのであり、この裁判所の判決はその請求の理由のある部分について、地代額を変更し被告の承諾にかえるとみるのである。被告に承諾を命ずるのではなく、判決の設権的効力によっている点で創設判決である。即ち、この権利は単なる私法に於ける実体法上の請求ではなく、実体法を広く解して、その中に訴訟との関聯のある請求権をも包含するという意味に於いて、実体法上の請求権なのである。即ち権利変更請求権は、私法における観念では認め難い訴訟法との関聯において認められる権利だからである。しかして実体法上の請求とということができるのである。また、裁判所が民事紛争事件について当事者対立主義とか不告不理・弁論主義、公開主義等の原理によって規整される当事者主義形式によって、対立する主張の当否を法律を適用して判断する構造こそ、職権主義や秘密主義に従う官権的形式により具体的妥当を期して、弾力ある法規の下で裁量的に処理する手続と区別される民事訴訟の特色があるのであり、賃料増減請求はまさにかかる類型のもと解すべきものと思うのである。

註(一) 篠塚・前掲判例評論十九頁。

(二) 中村(宗)・訴と請求並に既判力補説四一頁。

(三) この点について、沿革的並に詳細な理論を展開されたのは、中村(宗)教授である。特にその綜合二元觀の立場において従来訴訟法か実体法かの一面にのみ理窟が固執されていたのを階層理論によって矛盾なく理論的整序がなされている。以下

再び地代家賃増減請求権について

再び地代家賃増減請求権について

一七八

の論述も中村教授に負うている。

- (四) 中村(宗)・民事訴訟原理一冊二三二頁。
- (五) 中村(宗)・訴と請求並に既判力一一一頁以下参照。
- (六) 中村(宗)・原理一冊二三三四頁。
- (七) 中村(宗)・前掲訴と請求並に既判力一一一頁以下、原理二三五—六頁。
- (八) 中村(宗)・前掲訴と請求一二三頁以下、原理二三九頁。
- (九) 中村(宗)・前掲訴と請求一二四頁以下、拙稿・前掲一一三頁以下。
- (一〇) 拙稿・前掲一一四頁。
- (一一) Stein-Jonas, Kommentar Bd I Vor I. III.
- (一二) この点の詳細については、中村(宗)・「訴訟」の階層構造(永田博士記念論集・法学に関する諸問題)二三九頁以下。
- (一三) 中村(宗)・原理一冊二四三頁。
- (一四) 河本・日本法学八巻十号五四頁以下。
- (一五) 三ヶ月・民事訴訟法(法学全集)四三頁。
- (一六) 兼子・民事訴訟法体系一四六頁。
- (一七) Stein, Wach, 等の主張があり、我國では形式的形成訴訟と呼ばれるものがこれに属する。Vgl. Stein Jonas, Kommentar Bd I Vor I. III (S. 13)
- (一八) Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozessrecht S. 47 f. besond S. 53.
- (一九) Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrecht Teil I. S. 37 f und 55.

(二〇〇) 三ヶ月・前掲書四六頁。

(二一一) 兼子・前掲書四〇頁。

(二一二) 中村・原理一冊五二頁。

四、む す び

以上、賃料増減請求権について、前稿における補強工作の一環として、やや詳細に権利変更請求権の立場を、その基礎理論に立脚して述べたわけである。長い伝統の下に、社会規範の学として積重ねられてきた民法理論の解釈論の緻密さに、結論的にはしかしあきたらぬものを感じさせながらも、たえまなき合理的解釈への思考が行われている事実を色々と考へさせられた。しかしこれらの何かあきたらぬものを感じさせたのは、実は、訴訟との結びつきが欠けていたことではなかったのかという事である。

篠塚助教授は、「賃料の相当額に対する基準がすべて腰だめでしかありえない」といわれる。確かにその通りであるが、これは立法の問題である。私の立場としても、賃料増減について、具体的基準を成文化されることが望ましいのである。そうなれば、その基準に従って、当事者間の自治的解決、すなわち講学上の「自己裁判」(Selbstgericht)により賃料の増減が決定され、訴訟にまで発展する確率が低下することと想われる。しかし賃料の増減には、いろいろのファクターが絡み合うのであるから、成文によって具体的基準を設けることは、極めて困難な仕事である。また、どの程度基準化すべきについても問題があるのであって、これは本稿の範囲外のことと属し、将来の研究をまつ外は

再び地代家賃増減請求権について

ない。ただここでいえることは、判定の基準を定めた場合、本件を「法律上の争訟」（裁判所法三条）以前のかたちにて解決させるため、非訟事件手続によらしめるのも一方法である。この場合には、基準を詳密に規定し、裁判所の裁量の範囲を極めて限定せしめる必要がある。そうでないと、実質的には「法律上の争訟」が、密行主義（非訟法一三条）をとる非訟事件手続によることとなり、憲法違反の問題を生ずるからである（憲法八二条）。

篠塚助教授へは、適確な解答になりえたか、なにか割り切れぬものがある様な感じを持ちながらも、基本的な思考は提示できたのではないかと思います。あわせて今後の御指導を乞います。