

＜論説＞

日本における不動産賃借権の歴史的展開

——物権債権峻別論検討の素地として

梶谷 康久

＜目次＞

- 第1章 はじめに
- 第2章 前史
- 第3章 民法典の編纂過程から戦前まで
- 第4章 戦後の不動産賃借権
- 第5章 賃借権の物権化論の展開
- 第6章 おわりに

第1章 はじめに

本稿は、不動産賃借権の物権化を検討することで、物権債権峻別論の現代的意義を探ろうとするものである。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おり、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、本稿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、日本法における不動産賃借権の物権化について歴史的な展開を確認し、現在の到達点を整理することで、不動産賃借権を債権とすることの意義、および、不動産賃借権の存在が物権債権峻別論にどのような影響を与えるのか、という点である。

以上について検討を試みるのが、本稿である。では、本稿の構成を示す。まず、第 1 章では日本の不動産賃借権の前史を眺める。そして、第 2 章において民法典編纂から、戦前までの過程、第 3 章で戦後から現在までの状況を概観する。第 4 章では、賃借権の物権化論がどのような展開を見せたかを整理し、さいごにまとめを行う。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。また、そこでは、歴史的展開からの性質論は展開されないものであり、本稿の目的を持っているものではない。本稿では、歴史的展開による根幹の把握を目指すのであり、その限りでは本稿にも意義が見出せるのではないかと考える。

第2章 前史¹

第1節 はじめに

先述のように、本稿ではまず貸借法の歴史的な理解を試みる。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いないものが多い²。現行の貸借を扱ううえで、歴史的な考察が必要なのかという意見が聞かれるが、筆者は歴史的な沿革を捉えることも重要であると考ええる。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、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、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らう。本稿は土地・建物の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。

第2節 江戸時代まで

第1款 大化の改新までの時代

ア. 土地所有の性質

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实际的であって、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⁸所有を意味しなかった」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。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いよいであろう。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、収獲に関する権利）」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、すなわち農民の収獲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物が給付される。
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年ごとにを行う（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。

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「収穫権」を保障するためのものであった。¹⁸そのため、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、この時代の人々は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。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」を賃借していたとい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とす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ったと言える。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っ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。

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²⁸のである。』。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ての権限（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²⁹考えられる。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³⁰考えられる。

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

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らうと思われる。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つたろうが、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は、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ある。⁴⁰その反射的効果として、百姓は自らの持つ「賃借権」を徐々に強化し、ついには「⁴¹亜所有権化」することに成功するのである。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、鎌倉幕府將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、既述のとおり、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取り分を得ることができるようになることが重要な関心事であった。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、本稿では割愛する。

第4款 江戸時代

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いまいが、とにかく被支配階級とされたわけである。そうになると、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る。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述べる。

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賃借利用関係」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るようである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」とほぼ変わりのないものである。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そうではない。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⁵⁷いた。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のと同様であ

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。解約にあつては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つ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構成して良いだろう。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、地主の交代において小作権を対抗できなかったこと等⁶⁴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⁶⁵。

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ない。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に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、本来であれば本稿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がないであろう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。

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借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借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……」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、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⁷⁴りしたようである。

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⁷⁷」といういわば管理人が付されていた。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対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⁷⁸ことが窺われる。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扶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。

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

a. 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うるところである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。店賃⁸⁵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⁸⁷について概観していきたい。

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⁸⁸が出された。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もので、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

α. 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。⁹⁰

β. 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⁹⁷なされたようである。

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⁹⁸なかつたのではないかと考えられる。

d. 修繕義務

大阪町触によると、「右之通家主難渋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つた¹⁰⁰。道路、排水等の修繕は地主、地借、店借の共同負担であつたようである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¹⁰²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った。解除の方法は、町奉行所へ訴えることであったが、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ったかはわからない。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。

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——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、無埒諷有之等」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無埒諷とは現代法の

「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あり、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）。その土地に一生涯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ぐ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であろうか。

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が、¹¹¹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のである。しかし、武藤はこれを「進歩性」が¹¹²あったと評しているが、それは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、それでは現実にも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（今は揺り戻し的に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）の検討を終える。

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。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、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。しかし、それがまったく存在しなかったというのであれば、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、ほぼ同様に取り扱われうる。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は、ほぼ小屋同然のものにかぎられていた、といってよい」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に意識していたかは、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見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。¹²⁰

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、店借人であら
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、「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」¹²⁴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。¹²⁵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賃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することは説明を要しないところであろう。

この形態は、莊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。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ったと考えられる。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ったのであるが、床店をはじめとする例外的なケースも存在しなかったわけではなく、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って、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、本稿ではここに一步を進めこの地借の多様性に注目すること

が肝要ではなかろうかと思う。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。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ろうか。もちろん幕府からの統制もあり、不自由であっ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ろうか。

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っ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の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。

3. この時代からの示唆

ここ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。

- 1 本稿では、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。
- 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。
- 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）できなかったため、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。
- 11 〔本庄〕39頁以下。
- 12 〔武藤〕37頁。
- 13 〔瀧川・研究〕55頁参照。
- 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。
- 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みた権利は、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。
- 24 [武藤] 81 頁。
- 25 [武藤] 81 頁。
- 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。
- 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。
- 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。
- 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。
- 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。
- 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。
- 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。
- 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。
- 67 [武藤] 310 頁参照。
- 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。
- 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。
- 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。
- 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。
- 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。
- 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。
- 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。
- 111 〔武藤〕 479 頁以下参照。
- 112 〔武藤〕 480 頁参照。
- 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。
- 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。
- 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。
- 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。

第3章 民法典の編纂過程から戦前まで

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、「地所永代売買ノ儀從來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、江戸時代においての永小作は、利用権の側面が重視さ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。¹³⁶¹³⁷

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、ポアソナードを中心として民法典の編纂が行われた。ポアソナードは驚異的な速さで財産編を編纂し、1882年に「再閱民法草案」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¹⁴⁰とされて再編成されていくこととなる。

①旧民法と賃貸借¹⁴¹

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¹⁴³及び住居権」¹⁴⁴、「賃借権」¹⁴⁵、「永借権」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。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、今のような賃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¹⁴⁷。

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」¹⁴⁹であった。これは単純に、賃借期間が30年を超えるとかが永借権であった。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・処分の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¹⁵¹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」。

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、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る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きたい。

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、法と道德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ところであるが、ある意味では法の抽象化をももたらしたことは、言うまでもないであろう。¹⁵⁴

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

制定時の民法では、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とされている（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いようになっていた。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り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ス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^{159,160}。

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、本稿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¹⁶¹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。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と考えれば、むしろ法律であしろ、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。

5. 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かにもかかわらずさほど問題が起こらなかったのか。それは、前章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。

他方、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¹⁶²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」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、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。¹⁶³
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。

他方で、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（すなわち賃権）

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、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が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。^{168,169}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「道德上」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、これが当然に契約上の違反になり、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言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つた¹⁷⁰と考えられるのである。

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。

6. 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¹⁷²のである。

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。¹⁷³この法案においては、

- 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、建物譲受人が地主に建物買取請求権を行使しうるとしたこと

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、現代から見ればさほどの反論が上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ものになるに過ぎず、建物所有者である地主が建物の取り壊しをするとすれば、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。

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う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¹⁷⁶させた」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るとすれば、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、両者が衝突することもし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

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貸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っ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¹⁸⁰て、入居率が少なかったということからも、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¹⁸¹なかったとされている。

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ところであろう。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。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があらうが）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款のとおりである。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と思われるかもしれないが、それは先ほど借家法のくだりで論じたように、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、¹⁸³借家人組合の数は徐々に増加することとなった。

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く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ったのであろうと推察される。^{191,192}

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、建物賃貸借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

種の営利性を見出し、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している者や、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、「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」¹⁹⁸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²⁰⁰としていた。

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、借地権消滅後も借地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。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らうと考えられる。

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²⁰³と出てこないところであったことから、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。

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、本稿では旧版に従う。

132 [大場] 30 頁。

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。

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貸與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借物ノ使用及ヒ収益ヲ為ス權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權利ヲ謂フ

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。

152 [川口] 263頁参照。

153 [川口] 267頁。

154 [川口] 290頁参照。

155 [川口] 298頁以下参照。

156 [川口] 299頁参照。

157 [川口] 300頁参照。

158 [学術・速記] 第拾卷第三二回一八一丁, 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が存在し其事實は

二箇の法律關係に於て存在し得可く一の法律關係に於ては要素となり他の法律關係に於ては然らざる場合には之を要素と爲す法律關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權利は賃借權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卷31頁「地上權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借權ナリト云フヲ得サルモノトス而シテ地上權ト賃借權トハ其目的ノ異ナルニ從テ其權利關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權ハ他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スルカ爲メニ恰カモ所有者ノ如ク其土地ヲ使用スルノ權利ヲ有ス且ツ地主ノ承諾ナクシテ自由ニ其權利ノ讓渡ヲ爲シ得ヘク之ニ反シ賃借ハ賃借人カ賃貸人ノ意ニ反シ其借地ヲ恰カモ所有者ノ如ク使用スルノ權利ヲ有スルコトナク且ツ貸主ノ承諾ナクシテ自由ニ其權利ノ讓渡ヲモ爲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、事實認定から地上權を認めた事件も存在する。

161 〔川口〕300頁以下参照。

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。

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。

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。
- 174 [川口] 373 頁。
- 175 [鈴木] 114 頁以下, [渡辺・上] 247 頁以下参照。
- 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なくもない。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。
- 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。
- 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。
- 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。
- 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ことができなかったのも事実であり、それは国家が公営の住宅を建てる能力がなかったために、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。

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。

第4章 戦後の不動産賃借権

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、特に借家法の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

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²⁰⁵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。

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

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こと

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²⁰⁷」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。

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

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

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

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（登記がなくともよい）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』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

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。

ウ．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たのである。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ともない、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更新のない建物賃貸借として、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っただけで、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、借地人の場合に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都合を生じることではなかったのではないかということから考察することが可能である。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得ないのである。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。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。そして、筆者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、いくら一つの法律であつたにしても、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。筆者は、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』²¹⁸としている」。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う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、その反射的効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で過ぎ、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。

エ. 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により「契約の更新のな
い定期建物賃貸借」(38 条)となった。

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。

207 [鈴木・研究Ⅰ] 164 頁以下。

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]などは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、いたずらに元賃貸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。
- 214 〔澤野〕16頁参照。
- 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。
- 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，本稿では第3版を用いる。
- 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。
- 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。

第5章 賃借権の物権化論の展開

第1款 はじめに

本章では，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。この用語法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。

本章での手法としては、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、賃借権をめぐるのは多様な判例、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るのかどうか。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

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」²²⁷とされていることから、判例は対抗力をもつて妨害排除力をも認めていると考えられる。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」とは何かについて記述しておきたい。この物権化の基準について七戸は、「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ものであり、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認めているという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。

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 日甲土地上の乙建物が戦災により焼失し、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 審は、²³¹「……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 月戦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 箇年内に甲借地について権利を取得

したも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。

原審は、²³²「……Y 主張の合意解除の事実、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に判断されることとなったのである。

最高裁は、²³³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収去、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²³⁴としていることは、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。

大審院では、²³⁶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対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觀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觀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觀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權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賃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賃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區別甚た困難なることを今若し如此事実關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從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將來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さ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

消極的義務は人間が共同生活上当然負担すべ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爲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、その解釈をぱつさ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すれば、物権と債権の関係を体系上ははっ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っ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す……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為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りとによりて其適用を異にすへき理由なし」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。最も有名なものは、²⁴⁰「不可侵性説」であろう。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、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。

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った。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。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。

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。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だ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になってしまうため、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、それ自体に登録・未登録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好美説は、²⁵⁰「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水本説は、²⁵¹「『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田山説は、²⁵²「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近江説は、²⁵³「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、どちらも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。

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（本稿では、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。

226 [近江・債権] 321 頁。

227 [近江・債権] 319 頁参照。本稿執筆時はこのような議論が存したが，改正民法は対抗力ある不動産賃借権の妨害排除力を認めている（605 条の 4）。

228 [七戸] 5 頁以下。

229 [赤松・物権] 172 頁以下。

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。

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。

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。

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。

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。

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。

248 詳しくは前掲の最高裁昭和28年判例を参照。なお、現行の605条の4の配置からして、本説の説得力がより増したと評価できる。

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。

253 [近江・債権] 321頁以下。

第6章 おわりに

1. 賃借権とは何か

本稿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いえよう。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。

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する。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）であると言い得よう。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まっているのである）。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らう。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。

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。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——理解されるところであろう。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、保護もいらないければ、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っ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き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。

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²⁵⁴に注目し、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ことを保障していくということであると考え、使用するということ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観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。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のである。²⁵⁶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って、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」を得てしまった賃借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。

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。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、江戸時代まで賃貸人が義務を前提として賃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こととなる。

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平行に考えた場合の意味である。

256 [安田] 25 頁以下参照。

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。

＜参考文献一覧＞

- ・ 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〕
- ・ 石井良助『日本法制史概説』（創文社，1983年）〔石井・概説〕
- ・ 石田文次郎『契約の基礎理論』（有斐閣，1940年）〔石田〕
- ・ 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〕
- ・ 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Ⅴ 契約法〔第3版〕』（成文堂，2008年）〔近江・講義Ⅴ〕
- ・ 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 卷 4 号 249 頁，82 卷 1 号 55 頁，82 卷 2 号 71 頁，82 卷 4 号 1 頁，83 卷 1 号 73 頁，83 卷 2 号 1 頁）〔大場〕
- ・ 岡本玄治「賃借権物権説と賃貸借の当然承継」『法学志林』22 卷 1 頁〔岡本〕
- ・ 小野武夫『農民経済史研究』（巖松堂書店，1924年）〔小野〕
- ・ 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〕
- ・ 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]

- ・ 川島武宜『所有権法の理論』(岩波書店, 1987年) [川島]
- ・ 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]
- ・ 幸田成友『日本経済史研究』(大岡山書店, 1928年) [幸田]
- ・ 澤野順彦『実務解説 借地借家法』(青林書院, 2008年) [澤野]
- ・ 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5頁 [七戸]
- ・ 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]
- ・ 末弘厳太郎「第三者ノ債権侵害ハ不法行為トナルカ」法曹記事24巻3号5頁 [末弘・第三者]
- ・ 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』(畝傍書房, 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]
- ・ 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]
- ・ 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巻』(岩波書店, 1938年) [中田]
- ・ 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]

- ・ 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「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巻』（有斐閣，1972年）[星野・淵源]
- ・ 本庄栄次郎『日本社会史』（改造社，1924年）[本庄]
- ・ 水本浩『民法セミナー4 債権総論』（一粒社，1976年）[水本・民法]
- ・ 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]
- ・ 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]
- ・ 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]
- ・ 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]
- ・ Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, I, 1840 S.338f. [Savigny]