

ゲオルゲ・ア・レーニング「物権としての借地権」 (一九三〇年)

岡川, 健二

<https://doi.org/10.15017/14527>

出版情報 : 法政研究. 2 (2), pp.191-222, 1932-03. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :



George A. Löning, Die Grundstücksmiete als dingliches Recht, 1930.

岡 川 健 二

(1)

題して「物權としての借地權」と言ふ。賃借權は債權であるを教へられて來た私達には極めて異様に響く言葉である。併しこの異様に見えるものを主張せねばならぬ所に現代法律文化の發達が窺はれるのかも知れない。顧るに、我が民法々典がローマ法に淵源する獨逸民法第一草案を繼受した結果ローマ法的色彩を濃厚に持ち、從つて賃借權も單純な債權として構成せられた事は敢て怪しむに足りないのである。さり乍ら我が民法施行以來既に三十七年の歲月が流れ、その間我國文化の發達眼醒しく我が民法々典との間に調和せざるものあるを意識せざるを得なくなつた。この不調和を調和する爲め、賃貸借に關して、司法部は具體的妥當性を重んじて判例賃貸借法

を創造しつゝあり、立法院は明治四十二年建物保護法、大正十年借地法借家法、大正十三年借地借家臨時處理法、而して近く小作法を制定せんとしてゐる。又夙に學界に於ては或はゲルマンの森林生活から生れた法律への回顧がなされ、或は現實の社會から生きた法律を見出さんとする研究がなされつゝある。既に賃貸借はローマ法の一時的債權關係理論により構成さる可きでなくゲルマン法の繼續的債權關係理論に依る可きことが明かにせられ、⁽¹⁾かくして問題は賃借權の物權性に動向した。この點はローマ法とゲルマン法との際立つた搏擊戰場であり又他の方面からも幾多の研究の参加を見たのであるが、實現せらるゝ利益なる觀點に據つて個々の法律制度を評價する利益法學の立場からの参加は未だ試みられなかつた。然るに最近この立場からの主張が本書に依りてなさるゝことゝなつたのである。本書は獨逸イエナ大學にある經濟法研究所の第九號の報告書であり、著者はイエナ大學の私講師である。

- (1) Otto von Gierke, "Dauernde Schuldverhältnisse" (Jherings' Jahrb. f. d. Dog. d. b. R. S. 355 ff.)。平野義太郎氏「民法に於るローマ思想とゲルマン思想」三二頁以下。

- (2) この點に關する外國並に我國の文獻に就いては我妻教授「數金の附從性」法學志林三〇卷九號二五頁註(五)參照。

著者は先づ自己の方法論的立場が概念的方法にあるに非ずして利益探究方法 (Interesensforschungsmethode)

にある旨を明かにし、この立場より賃貸借關係を分析しそれに如何なる利益が内在せるやを究明してゐる。⁽³⁾即ち

「民法典の債權法と物權法との限界は本質的には次の點に求めらる可きである。債權法の内部に於ける法律制度は唯變更利益 (Veränderungsinteresse) のみを、物權法の内部に存する法律制度は唯保持利益 (Erhaltungsin-

teresse) のみを實現するのである。而して茲に所謂變更利益とは現存經濟狀態の變更に向けられた利益を謂ひ、

反之保持利益とは經濟狀態の侵害せられざる保持を目的とする利益を謂ふ」(七頁)。例へば變更利益を實現す

る法律制度は賣買交換請負雇傭等であり、保持利益を實現する法律制度は所有權地上權氏名權等である(十頁)。

而して「保持利益はそれが直接に實質財を把持してゐる時に於てのみ物的利益 (dingliche Interesse) と稱し得

られる」(十一頁)。さて賃貸借は「多くの異なる利益を共に實現せん結合してゐる」(八頁)のであつて、

「賃貸借の一部には抑壓された保持利益、而も物的利益が隠されてゐるのである」(十一頁)。従つて大多數の立

法例へば獨逸民法第五三五條が、賃貸借は單に變更利益のみを實現するかの如く構成したのは「調和し得ざる物

を融合せんとの冒險を敢てしてゐる」(十三頁)との非難を生じる。かくて彼に従へば賃貸借の性質を究明する

に就て第一の重要條件は、賃貸借關係に内在せる變更利益を實現する附隨的諸要素と保持利益を實現する本質的

諸要素を明瞭に分析し、後者を抽出して吟味することである。かくして始めて學說上の曖昧を生ぜしめる諸要因を排除し、以て賃貸借の本質的性質を明瞭ならしめ得ることになるのである。而して變更利益を實現する附隨的要素として次の三者が指摘せられてゐる。先づ第一に賃貸借規定に共に規定されてゐる賃貸借前契約 (Mietvertrag) の賃貸借繼續關係 (Mietdauerverhältnis) が區別せられ、前者は附隨的要素であり決して賃貸借に本質的なものに非ずとされてゐる。蓋し前者は後者を設定する爲の過程に過ぎずしてそれには純粹なる變更利益が内在して居り、夫は賃借物の引渡と共に消滅し去るものであるからである(十二頁)。次に賃借物引渡後の賃貸借繼續關係の中でも、現在の大多數の立法例が認めてゐる如く賃借人に修繕等の保存義務があり、従つて賃借人に保存請求權があるなれば、それも矢張り附隨的要素と考へらる可きである。蓋しそれは現存せざるものを誘致せんことを欲するものであり、従つて變更利益を實現するに過ぎないから(一四頁)。最後に數へらるゝのが賃料支拂義務である。蓋し「大陸法に於て支配的規律である賃料支拂義務と使用權との結合(即ち兩者が双務契約として構成されること)は利益狀態に反する。何者、賃料支拂義務には對價の授受に依る經濟狀態の變更を目的とする利益が横はつて居り(反之使用權には保持利益が内在してゐる)。……………利益の同種と言ふことが利益の双務契約に結び附く前提要件たる可く、例令それが非常に密接なる經濟的關係に立つてゐるにしても經濟

狀態の保持並に變更は別箇の法律構成を要求する」(十七頁)から。従つて賃料支拂義務は附隨的要素として考へらる可きである。かくして著者は從來一括して賃貸借關係を觀念せられたものより、賃貸借前契約及び賃借人の保存請求權並に賃料支拂義務の三要因を排除し、殘存した云は、本質的賃貸借關係である使用權に物權性特質が存するやを考察するのである。然らば著者の言ふ物權性特質(Dinglichkeitsmerkmale)即ち物的利益の實定法に表現された形態とは何か。此れ著者が賃借權の物權性の決定的要因となす所のものである。彼は此は保持利益の共通的表现形態としての「繼續」(Dauer)並に「絕對性」(Absolutheit)な、物的利益の共通的表现形態としての「物の直接支配」(Die unmittelbare Sachbeherrschung)並に「使用權利者の保存義務」(Die Instandhaltungspflicht des Gebrauchsberechtigten)の四特質に存するをなし、その各特質に付き理論的歴史法的比較法的な詳細なる吟味をなしてゐる。⁽⁴⁾

(3) ルート教授は本書を次の如く紹介批評されてゐる。「著者はこの問題に全く新しい方面即ち利益法學の立場から接觸せんと試みてゐる。余はこの種の法律學に對して殊に方法論の點に於て極めて大きな疑を持つて居るが、それにも係らず私はレーニン氏のなした様な企て、即ち個々の法律制度を實現せらるゝ利益なる立場より評價する企ては好結果を約するものと言ひ得る。事實著者は此の方法に依つてその中に化体せられた集團的利益の分析に依り物的利益を根本的に解説し、且つ賃貸借關係の純粹なる性質を抉出することにより此問題から全く新たにして興味ある方面を捕捉することに成功した。尙私には争ひ得る如く見える

ものが多くあり、且つ著者の貸貸借法の改正に對する結論には反對であるとは言へ、全体としては深化した興味ある科學的研究である」(Professor Dr. Ruth, Deutsche Juristen-Zeitung, 1931, Heft 23, S. 152b)。

(4) かくして著者は近世に於る歐洲各國の立法例を蒐集しそれを四表現形態に分析し、夫々の發展形態を展示し且つ之等四表現形態の内部的聯絡を探究してゐる。即ち、理論的考察を第一章に、「一九〇〇年に至る迄の獨逸の貸貸借法」と「歐洲諸外國の貸貸借法の概觀」を第二章に、「獨逸民法典の貸貸借法」を第三章に、而して最後に「一九一七年以後に於る貸貸借法の變化」を第四章に收めてゐるのである。併し著者が第二章以下に於てなした歴史的研究なるものは貸貸借制度が社會の歴史的發展殊に土地制度の發達に制約されつゝ發展し來りたる過程を明かにしてゐるのではない。「かゝる研究は法律の研究の範圍外である。貸貸借なる實定法上の制度がその衝動力に對して如何なる態度を取りしやがこの際重要である」(一八七頁)となし、第一章に展開せしめられたる物權性特質理論の實定法的具體化の態様を示してゐるに過ぎない。従つて私は物權性特質の四表現形態理論に重点を置き、必要なる限度でその實定法的具體化の姿を織込みつゝ紹介の筆を進めたいと思ふ。

(三)

「繼續」——保持利益の共通的表现形態の一

「保持利益は實定法に於ては繼續なる特質を本質とする規範内容に置き換へられる」(一九頁)。然らば繼續の意義如何？ オットー・フォン・ギーアケは彼の「繼續的債務關係」なる範疇を樹立するに際して「給付が一定時

點に實現さるゝ、や或は或期間を通じて實現さるゝ、や」に依りて繼續的なものと一時的なものとの區別した。⁽⁵⁾

而して雇傭契約賃貸借契約は前者の典型的なるものとなした。之に對して著者は反對説を唱へてゐる。即ち現存狀態の變更が目的とせられ且達成せられる一環の給付を企圖する雇傭契約は、請負契約委任契約と同様繼續的法律關係と稱し得ない。何者「保持利益を内在せしめたる法律關係のみが繼續的法律關係と稱せらる可きであり、從つてこの要求に相應する法律制度の區分を可能ならしめるが如き、即ち保持利益を化體する法律制度にのみ見出さる可き繼續なる特質が求めらる可きである」(二一頁から。かくて著者はこの意味に於る繼續性とは「根柢に横はれる保持利益の連續的(不斷の)充足の可能性」(二二頁)と解す可きものと主張してゐる。然らば賃貸借關係はかゝる意味の繼續性を有するや否や? 通説が漠然と「使用の許與」(Gewährung des Mietgebrauch 獨逸民法第五三五條參照)を繼續給付なりとなすは誤れりとなし、著者は上述の利益探及方法に基く賃貸借關係の分析の結論に繼續性の概念を適用して次の結論を導き出してゐる。即ち所謂「使用の許與」の中で賃貸借設定經過に屬する賃借物引渡の給付、及び賃貸人の保存義務の履行たる給付、並に賃料支拂義務の履行たる給付は變更利益を實現するものである。從つて例令夫が反覆的給付を對象とするものであつても、夫に向けられた利益は各個の給付と共に消滅するものであり夫等は決して繼續性を持つものではない。繼續性を持つものは保持利益を實

現する賃借人の使用權關係のみである(二四頁——二七頁)ミ。續いて著者はこの使用權關係に内在せる繼續性がきの程度迄規範内容に表現されてゐるかの問題、即ち著者の所謂「繼續方向」(Richtung auf Dauer)の研究に進んでゐる。⁽⁶⁾

(5) Clerke, a. a. O. S. 357.

(6) 茲で繼續方向に關する經濟的利益關係、並に繼續方向と後述賃借人の保存義務との相互關係に付き一言しよう。近世の所有權は一切の封建的な土地束縛の絆を斷ち切つて、自由なる所有權絕對なる所有權へと進化した。従つて長期間の繼續性を有する賃借權の爲に所有權が束縛せらるゝことを欲せず、何時にても自由に讓渡し或は賃貸し得ることが認められた。蓋し立法者は最も欲望の激しい者、即ち最も大なる價格を支拂ふ者に財貨を利用せしむることが國富を増進せしめる所以だと考へたからである。従つて賃貸借は短期の夫のみが許容せらるゝことゝなつた。而して右の短期の賃貸借關係にローマ法の元物主義の法則が加はるゝと次の結果を生ぜしめる。即ち賃貸借關係が終了するや否や賃借物たる土地家屋に加へられた諸種の改良に依る價值の増加分は、土地或は家屋なる實體の不可分の偶生部分として賃貸人即ち所有權者に歸して了ふ。従つて彼は新に締結する賃貸借契約に於て土地家屋に合體せしめられた價值増加分を騰貴した賃料の形式で收取する。然るに賃借人は改良費を支出してもその價格の増加が現存する場合に限り償還せらるゝのみであり、又價值増加が改良費用以上に生じた時に於ても改良費のみ償還せらるゝに止る(日本民法第六〇八條參照)。そこで賃借人は效果不明の改良並にその短期の賃貸借期間内に完全に回流し來ることを期待し得ない改良は一切避け、一旦加へたる改良は出来る丈早く且つ多く回收せんと勉める。かくて賃借人は賃貸借消滅後の事情を顧ることな

く、土地家屋に出来る丈の濫用を加へ夫をして全く荒廢に歸せしめても意をしない。この事は賃貸人賃借人双方の不利益を來し、又延いては合理的なる農業經濟住宅經濟の最大なる障礙となる。かくて最近の賃貸借立法は賃借權に物權性を認むることに依り上述の障礙を除去せんを勉めるに到つた。即ち、一方賃借人に賃借物の一切の保存義務を課し、他方夫に正比例して賃借權に繼續傾向を、延いて絶對性並に轉引渡權限を、許容せんとしつゝあるのであるがこの点の詳細は後述に譲る。

然らばかゝる經濟的要因を含む繼續傾向は如何にせば強調せられ得るや？ 著者に依ればその方法は賃貸借契約が期限の定めあるものなりや否やに依りて異なる。即ち前者に對する方法は積極的な期間の延長と消極的な告知權の廢止の二であり、後者に對する方法は消極的な告知權の廢止である（一五七頁、二四九頁）。著者はこの兩者に共通なる告知權の廢止に就いて詳細な説明を加へてゐる。即ち告知權は賃貸借關係を一方的行爲に依りて解消せしめ得るものであるが、賃貸借の前段階である設定經過に關して發生する告知權（例へば獨逸民法第五四二條）は、事、變更利益に關するが故に繼續性を害するものではない（四一頁）。又保持利益を實現する賃借物の占有移轉後の使用權に關する告知權にても、賃借人の夫は使用權の放棄宣言を意味するものなるが故に是又繼續性を害しない（一八九頁）。更に使用權に關する賃貸人の告知權にても、法律制度の必然的構成要素となつて居ないもの、即ち任意規定に基く告知權も繼續性を害しない（三一頁、一八八頁）。かくて繼續性を害する告知權は保持利益の實現に資する使用權の解消を招徠せしめる強行規定に基く告知權であることになる。かゝる告

知權は實定法上種々の要件の下に認められてゐるのであるが、殊に固有なる使用權・賃料義務保存義務等ミが合して一の双務法律關係ミして構成されてゐる結果、必然的に強行的告知權が認許せらるゝことゝなる。この利益狀態に反する法律構成は保持利益を抑壓することゝなる。されば最近の賃貸借立法はかゝる告知權を廢止し、以て使用權を時間的障礙より解放せんミ圖つた(四二頁)。以下著者の精密なる研究の結果を要約しよう。

人類の社會生活が未だ幼稚である時代に於ては、賃貸借關係は單なる事實關係たるに止り法律關係として認められなかつた。其れが漸くローマ法に到つて一段と進化し法律關係として認められ始めた。併し物權的諸特質が認めらるゝには到らず單なる債權關係として認められるに止つた。従つて繼續方向も全く顧らるゝことなく賃貸人は約定期間前に於てさへ賃借人を放逐し得るので、賃借人は唯損害賠償を求め得るに過ぎなかつた(七六頁)。このローマ法の精神が流れて獨逸民法第一草案に迄生長して行つたのであるから、賃借權に就いても草案は純粹なる債權としての賃借權を高揚した。かくてゲルマン民族固有の傳統を固守せんとするゲルマニステンの激しき論難をあびざるを得なかつた。就中「若しも草案がローマ的な理論を固守し、以て債權の純粹概念の凡ゆる物權法的な濁りを忌避するなれば、夫は吾人の法律生活を壓迫するものである」そのギアケの批評を受くることゝなつた。⁽⁷⁾爲に草案は修正せられ、物權法的な濁りが獨逸民法典に採用せらるゝことゝなつたのである。併しその批判たるや賃借權の物權的構成の全面的觀點よりなされなかつたから、それは主として Kauf bricht nicht Miete の原則の輸入に止り繼續方向の如きは顧られなかつた。従つて獨逸民法典に於て時間的限界性は、一方に於て賃貸借の定義内容となり(獨逸民法第五三五條參照)、他方に於て賃借權と

賃料義務との双務關係への結合その他に基く幾多の分枝した告知體系に依り確保せらるゝことゝなつた（一四七頁—一四八頁）。亦、獨逸と同じくローマ法の影響の下に民法典を編纂した大陸諸國は、繼續方向に關しても概ね同一歩調を採り甚しく繼續性を害してゐる。勿論その時間的限界点を或は十二年（ロシア民法典第一六九二條但し第一六九三條は土地賃貸借に就いて三六年の例外を認む—一二三頁）、或は七年（佛蘭西民法—二〇頁）となし、又その限界規定の效力も或は取締規定、或は效力規定、或は期間經過後自由なる告知權を認むる方法で擔保する等、無數のヴァリエーションを伴つてはゐるが繼續性を害する点に於ては同一である（一四四頁—一四五頁）。

(7) Otto von Gierke, *Der Entw. eines bürgerl. Gesetzbuchs u. das deutsche Recht*, S. 190 ff.

以上の大陸法系に對立するものとして注目すべきは英法である。即ち不動産賃借權 (Lease) は時間的限界性を持つ点に於て無制限所有權 (estate in fee simple) を區別せられるのであるが、契約期間は任意の長期に定め得るので (Law of Property Act, 1925, sect. 205.) 例へば八〇年九九年にも及ぶのは屢々である（九七頁）。此点に於て英法の不動産賃借權は物權性特質を多分に所有せるものと言ひ得る。

歐洲大戰中は勿論大戰後に於て、住宅が缺乏し賃貸借の繼續方向を強調するの必要が感ぜられた。爲に繼續性が漸次戰爭時並に戰爭後の立法に認めらるゝに到つた。勿論その強度と速度とは同一段階同一テンポにあるのではなく、各國の國情に依りて種々の差を生じたけれ共、互に共通した傾向として彼が示す二者のものを白描すれば

(a) 告知權の廢止 (Abbau des Kündigungsrechts)

最近の賃貸借立法は之に向つて一路邁進したのでなく、複雑な社會關係に支配せられて遅々とした歩みを續けたのである。即ち

(イ) 賃貸人の告知權の最初の制限は一九一七年の賃借人保護令 (Mieterschutz-Verordnung von 26. 7. 1917) 第一條第一號に現はれたので「告知サレタ賃借人ハ調停所ニ訴ヘ得ル調停所ハ賃貸人ノ告知ノ有效性ヲ判決スル」旨が規定せられた。斯くて賃貸人の不當なる告知は調停所の事後審査に依り遡及して無効ならしめらるゝことゝなつた(一九一頁)。

(ロ) 次に一九一八年の第二賃借人保護令 (zweite M. Sch. V. vom 23. 9. 1918) 第六條第一號は規定して曰く「住宅ノ賃貸人ガ賃貸借關係ヲ法律上有效ニ告知セン爲ニハ賃貸借調停所ノ事前同意ヲ要ス」と。かくて今や告知制度そのもの、本質に變更が加へられ、告知なる處分は官廳の行爲と私法的法律行爲の二要素より成立し(一九二頁)、賃貸人は賃貸借關係を一方的に解消せしめる權利を失ふに至つた(一九八頁)。併し本文に見らるゝ如く本條に依る保護は住宅のみに限られたのであつたが、一九一九年の改正法 (Novelle vom 22. 6. 1919) は店舗並に工場にも及ぶことゝ改正し、終に一九二三年の賃借人保護法 (Mieterschutzgesetz vom 1. 7. 1923) に到りてかゝる制限は撤廢せられ、原則として總べての賃貸借に及ぶことが認めらるゝに到つた(一九七頁—一九八頁)。

(ハ) 更に一九二三年の賃借人保護法第一項後段は「廢棄 (Aufhebung) ハ賃貸人ノ請求ニヨリ裁判所ノ判決ニヨリテノミナシウル」と定む。かくて賃貸借關係を廢棄し賃借場所の明渡を命じ得る權限は全く國家に歸屬せしめらるゝことゝなつた(一九八頁)。然も此の段階に於て著しき事は告知原因そのものを制限し始めた点である。繼續方向の決定的標準を要式的廢棄行爲のみに限定するのは單に形式的手續法的方面のみを眺めたもので狹すぎる。更に進んで告知原因そのものを法定並に制限し以て實質的實体法的方面をも考慮して始めて完全標準たり得るのである(二四四頁—二四五頁)。即ち賃貸人の自由裁量に依る告知或は止むを得ざる事由に基く告知等を廢して、賃借權の繼續方向を阻害せざる且つ最も正確に記述された告知要件を強行法的に確

定して始めて、茲に繼續傾向が決定的に強められるのである（二四六頁—二四七頁）。此の意味に於て著者は、本法第二條乃至第四條に列擧された告知原因に就き詳細なる吟味をなしてゐるのであるが、繼續方向を認めたもの二三を例示せば次の如し。獨逸民法第五二三條に依りて賃借人が賃貸人の權利を著しく侵害したる場合に認められた告知、即ち人的評價關係に基く告知が廢止されて、それに代りて賃借人が賃借場所を著しく危殆ならしめることに基いて發生する告知、即ち住宅保存と言ふ公共的評價に基く告知が認められた（§2 M. Sch. G.; 二〇二頁—二〇五頁）。又賃貸人の破産に際し認められた破産管財人の拒絕權は廢止せられた（§17 K. O.; §29 M. Sch. G.; 二一〇頁—二一二頁）。更に賃借人の死亡に際しての賃貸人の告知權は制限を受けた（§569 BGB.; §19 M. Sch. G.; 二二三頁—二二五頁）。尙、填太利に於ても §111a A. BGB. が §19 M. G. により同様な制限を受けた（二二三頁—二二六頁）。又賃料不拂に基く告知はその發生要件たる遲滞金額が高められる事により制限さるゝことゝなつた（§253 BGB.; §3 M. Sch. G.; 二〇五頁）。又賃貸人の自己需要に基く告知を認めるに際しても、公共經濟の立場より評價せられてその存否が決せられ、且又この際賃借人が建築勞働を加へたる時は特にその事情を顧慮す可きものと定めてある（§24 Abs. 1 M. Sch. G.; 二二二頁）。かくして賃貸借關係の債權法的特質たる相互信賴性が揚棄せられ、夫に反比例して物權性特質たる繼續性が認められるに到つた。殊に最後の点は賃借人の保存行為と賃借權の繼續性との因果關係を認めるもので、上述住宅經濟に對する最大障礙を除去し遙かに理想的住宅經濟の彼方を指示せるものと云ひ得る（二〇三頁—二〇四頁）。

（二）最後に一九二八年二月の賃借人保護法改正法律は、廢棄の訴の簡易手續である所謂要式告知を認めた。併しこの手續も區裁判所出張所の實質的審査權と賃借人の異議權とを認めるが故に、民法典並に第一賃借人保護令の一方的解除權を復活せしめ以て繼續傾向を弱めたものではない（二四〇頁—二四二頁）。

(b) 延期方法 (Verlängerungsmethode)

以上の告知權の廢止は期限の定めの有無を問はず繼續方向の強化を來すものなるが、期限の定めある賃貸借關係に就いては尙續極的に契約期間の延長がなされねばならない。獨逸に於ては賃貸借契約は期限の定なき型が支配的なるが故に、第一賃借人保護令はこの点に就いて直接考慮を拂ふことはなかつた。唯賃貸借調停所の告知破棄ありし時に、間接的に期間の延長が結果せらるゝに止つた。併し第二賃借人保護令に到りて「告知ニ依ラズシテ消滅シタ賃貸借關係ハ一ケ年間延長シウル」ことが認められ (§2 Ziff. 1. b.)、更に賃貸人が豫め調停所の同意を得て經過せしめたに非る限り、告知されずに契約期間を經過した賃貸借關係は期限の定なきものと看做す權限が地方中央官廳に與へられた (§6 Abs. 1. Ziff. 2)。賃借人保護法は右の例外性を原則化し「期限ノ定メアル賃貸借ヲ約シタル場合ニテモ夫ハ賃貸借期間經過後尙繼續ス」を定めた (§1 Abs. 2. Satz 1.) の繼續の意義に關して通説判例は、第二賃借人保護令第六條と同様期限の定なきものとなるこの意義に解してある (二五二頁—二五三頁)。一九二六年の改正法律第一條は當事者に何時にても文書の形式で、他の當事者に對し法定賃貸借と看做すと宣言し得る權限を與へた。かくて獨逸法は總べての賃貸借を期限の定めなきものと看做し得る事に定め、且つ此に反する特約を無効と定めた。尙この際賃貸借關係は少くとも繼續方向に就いて、特殊なる當事者協定より解放せられ常態的典型を探るに到つた事は注目し價する (二五五頁)。一九二六年四月一日の佛法典並に、奧太利の賃貸借法 (Mietrecht) 第廿三條は獨逸法と同様、期限の定ある賃貸借なる特殊形態を排除し總べての賃貸借は期限の定なきものであると看做した。

斯くして最近の立法は、一方に於て總べての賃貸借を期限の定めなきものと看做し以て告知に依るに非れば賃

貸借關係の消滅を來し得ざるこゝ、なし、他方に於て賃貸人の一方的解消權たる告知權を消滅せしめ告知は訴訟手續に依りてのみ行使し得るこゝ、なし、且つ亦告知原因の制限並に確定に相俟つて、繼續方向を強調するに到つた。かくて傳來のローマニステンのドクマを以てしては永久に解き得ざる「賃貸借契約は消滅するが賃借人の使用權は存續する」この謎が實在せしめらるゝこゝ、なつた。著者は夫を解いて言ふ「賃貸借關係に内在せる保持利益の強調なり」こゝ。

(四)

「絶對性」——保持利益の共通的表现形態の二

かくて絶對性を究明した著者は他の尙一つの保持利益の共通的表现形態であり、而して又同時に賃貸借に於て最も激しい論争の對象たる、所謂「賣買は賃貸借を破らず」(Kauf bricht nicht Miete) の原則の展開せらる可き中軸點をなす、權利の絶對性の問題に轉向する。著者の見解に依れば、權利の絶對性の本質的概念は權利が總ての人に均等に (gleichmässig gegen Alle) 作用する點に求めらる可く(四九頁)、絶對權の主體は一の圓の中心點に比喩せられ得る(五〇頁)。反之それが如何なる點であらうこゝ、異なる主體に異なる效力を及ぼす權利は總べて相對的である(五三頁)。而して圍障せられたる法律圈内に侵入する總べての主體を防禦する能力を、絶

對權に與へる力の源泉は保持利益の中に求めらる可きである。即ち絶對權はその絶對性を化體された保持利益に負ふのである。蓋し保持利益は全く防禦的であり、尖端に方向を缺き當該經濟狀態の守護のみを目的とするが故に、其れがきの方面より來たものであらうに妨害により傷けられ得るものであるからである(五二頁)。併し實定法上絶對的效力がされ丈強く完成さる、やは、保持利益の保護の必要が立法者に依りて與へらる、認識如何に依るのであるから實際上は種々の例外を生ずる。例へば物權法に於ても表見的權利者Aが善意の第三者Bに所有者Cの物を讓渡せば、所有者Cの所有權はBに對抗出來得ざることとなり(§58a, §932, §934, BGB.)茲に所有權の絶對性は破れる(五四頁)。又親族法に於ても父の子供引渡請求權の訴は原則として各人に均等に向けられ得るが、その絶對性は妻の濫用抗辨に依りて破れる(§1354 Abs. 2 BGB. 一五六頁)。故に實定法上の概念としては「殆んぎ總べての主體に均等に、或は總べての主體に殆んぎ均等に及ぶ效力」を指稱す可きであるに主張し、絶對性の本質的概念の外に實定法的概念を認めてゐる。かくして著者は義務者が豫め一定せるや否やに區別の要點を求める見解、並に絶對訴權を唯一の區分點となす學說を排撃してゐる。更に又あらゆる權利は總ての人に及ぶが故に權利は總べて絶對であるに主張し效力の均等性なる要件を沒落せしめる見解は、特殊なる效力並に權利の集團の標準としての絶對性を否認するもの故實益なしに論難してゐる(五七頁—五八頁)。

しかく賃借權が絶對性を有しその權利内容を常に如何なる第三者にも對抗し得るにせば、對抗せらる可き第三者の利益は害せらるゝ場合を生ずる。かくて賃借權の絶對性は公示制度を要請し、公示を伴ひて始めて絶對性が實定法上に表現せしめらるゝこととなる。即ち絶對性が現實に發現する爲には公示化なる外部的衝動力を必要とするのである（一六七頁）。而してこの公示方法は必ずしも登記たるを要しないので、或は占有取得にて足るゝなす立法例あり（獨逸民法典第五七一條）、或は証書の存在にて充分なりとみなすものあり（此れローマ諸國の借地權の共通的根本思想にて佛法にては公正証書に依る契約締結、伊法にては確定日附ある公私証書にて足る。――

一〇九頁、一一〇頁。又英法に於ても三年を越ゆる賃貸借は deed の形式、即ち捺印署名証書にて設定せらるゝことを條件にして物權的效力を與へられるのである。この形式を缺けば賃借權は所有權の善意取得者に對抗し得られない。勿論賃借人が賃借物の占有を取得して居れば、この形式不備は治癒されて取得者は惡意と看做されるが。Law of Property Act, 1925, sect. 52. 73.——九八頁）、或は亦地方官廳に對する通知或はその承諾を要する場合もあるのである（§31 M. Sch. G.）。次いで著者は從來往々にして誤解せられた、賃借權の絶對性ミ公示制度ミの關係を説いて曰く「公示行爲は、それを絶對的效力の展開の前提要件なりとみなす民法典の體系に對しても、その作用が過重評價せられてはならない。次に述べるが如き對照が許されるにせば、それは唯現存の潜在的エネルギー

を喚起するのみであり、そのエルネギーはその根柢に横はれる利益に還元せられ、それは正しく保持利益を實現する法律制度に内在するものである。故に(公示方法として占有取得を要求する立法例に於ても)賃借人の占有取得の中に、絶對的な力の自由化の固有の原因が認めらる可きでなく、その外部的衝動が認めらる可きである」(一六八頁)ミ。かくて著者は賃借權の物權的效力ミ稱せらるゝものは實は賃借人の占有權の效力に過ぎぬミなす學說に一矢を報いてゐる。更に物權性特質としての絶對性が法規の强行性を、從つて又契約不自由の原則を招徠する動因の一である點を看過してはならぬミ著者は主張する。⁽⁸⁾

(8) この點に就いて著者は次の如く言ふに止る「概して文献に於ては任意性は債權法規範の、强行性は物權法規範の特質であることが屢々強調せられた。規定の强行性ミその物權性特質としての性質との關係はより詳細なる研究を要する」(一八九頁)ミ。單に暗示に止るが極めて示唆に富むそれミ言はねはならない。惟ふに法の强行性を招徠する原因には種々あり。例へば我が借地法第十一條、借家法第六條の如く、賃借人がその賃借物供給に關する有力なる經濟的勢力に依り法の任意性を通して自己の利益の爲の特別約款を設けんとするに對して、法律が社會政策的立場より規定に强行性を持たしめ是を禁壓する場合がある。かゝる場合の外に權利の絶對性が法規の强行性を要請する場合がある。そも一の契約關係の效力が單に契約當事者のみならず廣く第三者をも拘束する場合に關して、法律は次の二手段を用ひて善意の第三者保護即ち取引の安全を圖らんと企てる。即ち一は登記或は占有引渡、或は通知若しくは承諾等の所謂公示方法に依る法律關係の公示であり、二は法規の强行化に因り特別約款を排除し、

以て契約内容を定型化することである。この兩者が相俟つて第三者の保護が全うせられるのである。此の点は絶対權を内發せしめる總べての法律關係に就いて、實定法上濃淡の差はあれ、恒に見られ得る現象である。物權、親族權、有價証券上の權利等、總べて皆然り。賃借權が絶対性を持つに到るや當然この點が考慮されねばならないので、若し之を顧みない時は賃貸物の新取得者の利益を害する場合を生ずる。此れ殊に賃貸人が賃貸物を賣却し或は競賣さるゝに際して賃借人と共謀し、賃貸人側に極めて不利なる契約を締結し、それを賃貸物の新譲受人或は競落人に對抗せんと企てる場合に考慮さる可き點である。

然らばかゝる賃借權の絶対性は實定法上如何に表現され又その表現は如何に發展し來りたるや？ 著者の精密なる研究の結果を點描すれば、

(a) 物權の新取得者に對する效力

從來屢々引用された如くローマ法に於ては「賣買は賃貸借を破る」の原則が貫徹せられて居た。反之ゲルマン法に於ては各邦法並に都市法に見らるゝ如く、「賣買は賃貸借を破らず」の原則が固有的に存在して居た(八三頁—八八頁)。而して夫はプロイセン普通邦法に到りて體系的に完成せられ、占有取得或は登記せられたる賃借權は第三者に對する排他力を有し、賃貸借は自由賣買(競賣の場合も然らず)に依り破られざるゝことが明瞭に規定せられた。各國現行民法典は他の點に於ては未だローマ法に従つてゐるが、同法に従へば甚しい弊害を生ずるこの絶対性に就いてはゲルマン法に従つてゐる。例へば、英、白佛、葡、露國の如き皆然りである(二〇〇頁—一二三頁)。殊に獨逸民法典は其草案時代に、この點に就いても餘りにローマニスイテイツシュであるを論難せられた爲に、絶対性を認める幾多の規定が挿入せられた。即ち民法第五七一條に依り賃貸地の新譲受人は占有を取得せる賃借人に對して賃貸人に代位す可き旨が定められた。本條は第一〇五六條に依り利益權者が土地を彼の權利の存續期間を超えて賃貸した場合に準

用せられ、賃借人は用益權消滅後は土地所有者に對抗し得ることゝなつた。又更に此の第一〇五六條は第一四二三條、第一六六三條、第二二三五條に依り、夫が妻の持參財産に屬する土地を彼の財産法上の用益期間を超えて、又父が彼の父たるの用益期間を超えて、又先位相續人が彼の先位相續期間を超えて、土地を賃貸した場合に準用せられてゐる（一七〇頁）。而して右の中で先位相續人に依りて設定された賃借權が後位相續人に及ぶのは「これは新人格者の參加に非ずして古き人格者の繼續である」（一七二頁）から、絶對性を認めたものと言へないがそれ以外の場合は總べて絶對性を認めたものと言ひ得る（一七三頁）。又引渡を受けた賃借權の使用を害する負擔が土地に關して後程に設定された場合に關して、民法第五七七條はその脅威する危險に應じて防禦に必要な絶對的效力を認めてゐる。即ち全然契約上の使用が奪はれる場合は第五七一條が準用せられ賃借人は負擔權利者に對抗し得ることになり、單に契約上の使用が侵害せらるゝに止る場合は賃借人に負擔權行使の停止請求權を與へてゐる（一七八頁以下）。之等に關して著者は一々詳細なる、而も著者獨自の利益法學の立場から一五八頁以下三〇頁に亘り鋭い理論的説明を加へてゐる。例へば第五七一條に就いて賃借權は債權なりとの立場に倚りて説せる双務債權關係移轉説、狀態債權説等を排して、著者は占有引渡なる公示方法に依り賃貸借に内在する保持利益が潜在狀態より喚起せられて茲に賃借權は絶對性を表現するに到るのである。従つて第五七一條の場合に讓受人が賃貸人に代位するのは、古き賃貸借關係を承繼するのでなくて賃借人と讓受人との間に以前の夫と同一範圍の賃貸借關係が新しく發生するのであると説明してゐる（一五八頁—一七〇頁）。右の獨逸民法典に於て賃借權の絶對性を認めた規定中、中樞的地位を占める第五七一條に對して賃借人保護法第一條第三項は更に次の三點でその絶對性を強めた。即ち第一に第五七一條の任意性を奪つて強行法化し、以て土地所有者の經濟的勢力に依り本條の保護が特約で排除さるゝことなからしめた（二五八頁）。第二に第五七一條が自由讓渡に際してのみ適用せらるゝに過ぎざるを擴張して、強制競賣の場合にも適用せらるゝことゝな

した。かくて所有者と讓受人とが共謀して強制競賣の方法で所有權の移轉を圖り、以て賃借地の明渡を強制する脱法手段（地震競賣）が防止せられた（二六〇頁）。第三は第五七一條第二項後段の賃貸人の告知權が廢止せられた點である。

かくて獨逸賃借人保護法に到り賃借權の絕對性は完全に認められ、賃借人の地位は賃貸人の交替に依り災されず恒に安定せしめらるゝこととなつた。著者はヘーデマンに従つてローマ法より獨逸賃借人保護法に到る立法の變遷を次の言葉で明快に表現してゐる。即ち *Früher Entschädigung statt Insitzrecht, jetzt Insitzrecht statt Entschädigung!*（二六二頁）云々。

（b）一般第三者に對する效力（絕對訴權）

賃借權の保持に對して第三者が侵害を加ふるに三つの態様がある。即ち一は賃借人のなせる保持に對して妨害を加ふることであり、二はそれを侵奪することであり、三は最初より賃借人に保持を得しめず「第三者がその物の保持をなせる場合である。この三種の侵害に對して賃借人を保護しその保持を全うせしめるに二つの手段がある。一は賃借人をして現實にその保持を得しめることであり、二は現實的保持に代る經濟的利益即ち損害賠償を得しめることである（二六五頁）。而して單なる賠償金を以てしては、賃借人の生活に取つて第一義的な居住利益を満足せしめ得ない。従つて上述の侵害に對しては先づ第一に前者、而も「正當なる賃借人に出来る丈早く、且簡易に賃借場所の占有を取得せしめる手段」（二六八頁）を必要とする。

ローマ法に於ては賃借人は第三者の妨害に對して何等自己固有の防禦權を認められず、又侵奪された占有の返還をも求め得なかつ

た。即ち彼は獨立なる占有者としての保護も受けなかつたのである(七七頁)。さう乍ら、歴史の進展と共に先づ侵奪に對する占有訴權保護が認められ、次いで損害賠償にのみ終つてゐた妨害に對する夫も認めらるゝに到つた。殊にこの發展はゲルマン法に於て著しいので一二二九年と一二四二年との間の *Decretum Gratiani* によつて *exceptio spoli* が認められ、之が後に獨逸普通法の侵奪の訴(*Spohenklage*)を發展し(七七頁)、更に一八六三年のザクセン民法典に到り一段と進化した。即ち賃借人に對しては侵奪に對してのみ占有訴權が認めらるゝに過ぎなかつたが、その他の第三者の侵害に對しては總べての占有訴權保護が認められた(八二頁)。又英法に於ては妨害に對しては損害賠償を求め得るのみに止るが、侵奪に對しては損害賠償請求の外占有回收の訴をなし得ることが認められた(九九頁、二六五頁)。その他近世各國の民法典は總べての占有訴權を認めるを原則とするに到つてゐる。「確かに賃借人に占有保護を與へることは絕對性の徴候の最初の顯現を意味する。併しこの改新は賃借人のみでなく、自己の利益の爲に占有する凡ての人に認められたのである。それ故に占有保護は賃借借が次第に物權化しつゝあることに對する證據たるの價値を失ふ」(七九頁)。従つて占有の有無に係らずして賃借權そのものを理由とする本權の訴が認められて始めて、賃借權の絕對性が實定法に表現せられたと言ひ得るさ著者は説明する(二五二頁)。かゝる本權の訴は獨逸民法第五四一條により始めて認められた。即ち占有訴權に依る侵奪回收は侵奪後直ちになす時のみ行ひ得るのであるが、本條に於ては後程にてもなし得ることが認められた(二五〇頁―二五二頁)。更に賃借人保護法第三條に依れば、第一項に定められた公示方法たる地方官廳への届出或はその承諾を得たる賃借人は契約の締結なくして占有せる第三者に對しては勿論、賃借人にも届出又は承諾なく、或は後日附の届出又は承諾を得たるに過ぎざる者に對しても亦賃借地の引渡を求め得る。かくて最初より一度も占有を取得せざりし賃借人も公示方法さへ滿せば、本權たる賃借權を理由として第三者に對して賃借物の引渡を求め得ることゝなつた(二六六頁―二七四頁)。獨逸民法典

はかゝる本權の訴を認むるに到つてはゐないが判例は之を認めてゐる（二七四頁—二七九頁）。

次に賃借人の爲めの第二次的保護方法としての損害賠償請求權の問題、即ち第三者の賃借權侵害は不法行爲となるや否やの點が考察されねばならない。著者は之に對してその賃借權に關する獨目の理論構成より次の如き解決を與へてゐる。即ち「獨逸民法第八二三條（日本民法第七〇九條）に該當するものは人格權、所有權の外に人のその他の權利を保護してゐる。その他の權利が第八二三條の保護を受ける爲には絶對的效力を持たねばならない」（一五三頁）。而して「單なる債權者權はかゝる權利には屬しない。債權關係は外部より第三者に依りて侵害せられ得ないし、又少くも請求權の局外者よりの侵害の可能性を概念上認めやうとするもその侵害は不法行爲とはならない。それ故に使用供與並に賃料なる給付を伴へる債權關係としての單なる賃貸借契約は、この不法行爲保護を受けない。尙又個々の請求權、例へば賃借人の占有引渡請求權の如きも同様である」（一五四頁）。併し「賃借人が既に物を所持せる時、即ち……賃借人の占有取得に依りて狹義の賃貸借關係が設定された時には事情は異なる。判例は占有せる賃借人は民法第八二三條に依り保護せらるゝこと、即ち賃貸借契約外に立てる第三者に依り侵害せられ得るし、又かゝる侵害ありたる場合には第八二三條に規定された效力が第三者に及ぶが如き權利が存することを認めてゐる」（一五四頁）。而して著者は獨逸通説に反し判例に賛して、占有自体が第八二三條第一項のその他の權利に數へられることを認めてゐるのである（一五四頁）、占有を伴へる賃借權の場合に於て、第八二三條の被保護對象は占有自体であるのか、或は賃借權自体なのかの從來屢々論ぜられた理論構成の問題に對して著者は次の如く主張してゐる。即ち「第八二三條第一項の保護の對象は賃貸借占有（即ち賃貸借關係に基いた占有）に非ずして、占有取得に依つて始めて完全化された賃借權である。占有はこの際も亦單に公示作用をなすのみである。……賃貸借契約に基いて取得された占有が云はゞ卜層建築をなし、それに依り賃借權が今や第八二三條第一項の保護圈内に……」

突入するのである」(一五七頁)云。

(b)に關する立法の變遷に就いても(a)の場合と同様に「Früher Entschädigung statt Inseitzrecht statt Entschädigung」云ひ得るのを見る。

(五)

「物の直接的支配」——物的利益の共通的表現形態の一

賃貸借關係に内在せる保持利益に起因する物權性特質は上述の二共通的表現形態に具體化するのであるが、保持利益は更に直接に一の財物を中核として保持せらるゝものと、然らざるものとに分析せられ得る。而して前者は保持利益の下位概念としての物的利益と稱せられ、賃貸借の夫は此れに屬する。著者に依れば、この物的利益の實定法上に於る共通的表現形態には二ありて、一は物の直接的支配であり二は使用權利者の保存義務である。⁽⁹⁾

(9) 著者の説明に依ればこの物的利益は財物の保持即ち支配の範圍の差に依り種々の範疇に區別せられる。即ち最も完全な、法規の許容する權利者意思への從屬を媒介するものが所有權であり(六〇頁)、個々の關係の使用のみを媒介するものが役權である。又完全な使用を媒介するものが使用賃貸借、使用貸借であり、完全な使用並に收益或は收益のみを媒介するものが用益賃貸借、用益權である(一二頁)。尙賃貸借は客体の差に依り動產賃貸借と不動產賃貸借とに、又目的の差に依り消費目的の夫例へは住宅賃貸借と營利目的の夫例へは營業所、工場、鑛山、營業主体等の賃貸借とに區別せらる。異なる生活關係を生ぜしめる是等を

劃一的なる賃貸借法の對象とする時は、具體的妥當性を缺くことある可きは極めて明瞭と言はねばならない。各國現行法が必ずしもかゝる考慮を拂はざるは遺憾である（一〇二頁）。

使用賃借人に認められた物の支配の範圍は物の使用である。而して物の使用は事實行爲と法律行爲に分たれ得るのであるが、契約に従へる物の事實的使用が直接に許容せられてゐることは疑ひがない（六三頁）。問題となるは法律行爲の使用が許さる、や否や、並に許さる、場合に直接的なりや間接的なりやの點である。この問題の「先決問題は一般的に如何なる法律行爲が財物の法的狀態に對する直接的作用として顯はる、やの點である。……

……單なる義務行爲はかゝる財物の法律狀態の變更を目的と爲し得るのではあるが、しかも直接には夫を惹起せしめることにはない」（六四頁）。この際問題となるは第三者に對し賃借物を（轉貸借契約或は賃借權の讓渡契約に基きて）引渡すことである。この引渡行爲自體——それはその者に直接的な作用の可能を創造するものではないけれ共——に一種の自己使用が存するのである。而してこの占有引渡自體は事實行爲であつて決して獨立せる法律行爲ではないが、他の法律行爲的要件例へば轉貸契約或は賃借權讓渡契約を補充し一の法律關係の設定過程を完成する場合には、賃借物の法律的運命に直接的作用を及す行爲となる（六四頁—六五頁）。かゝる使用を物に關してなす權限即ち轉引渡權限（Weiterüberlassungsbefugnis）は完全な使用を目的とする物的利益の實現に

屬して居り、從つてこの權限の有無は物的利益の表現形態たる物の直接的支配の有無を決定する契機となる。⁽¹⁰⁾

(10) 轉引渡權限は絶對性と對蹠的地位に立つ。即ち前者は賃借人の地位の交替に際し、後者は賃貸人の地位の交替に際しての賃借權の效力に關する問題である。惟ふに賃貸借關係が純粹なる對人的給付關係即ち債權法的相互信賴關係であることは兩者共に否定せらる可く、反之債權法的相互信賴關係たるの性質が揚棄せられ以て一の物權關係となり、かゝる賃借權の附着せる所有權は單なる地代名義たるに止ること、なれば兩者共に肯定せらる可きものである。轉つて經濟社會を顧るに、我國に於ては土地の所有者こそ土地の上に建てられたる家屋の所有者とは異り、兩者間に賃貸借關係の存するを常とする。而して現代に於ては土地家屋の賣買は極めて自由であり殊に近時投機的目的物なると共に益々頻繁に行はるゝに到つてゐる。且又抵當權、質權の實行に因る競賣或は強制競賣に依り、所有者の意思に反しても移轉せられることも屢々である。さてこれ等の自由賣買、強制競賣は原則として賃貸借契約當事者の地位の交替を生ぜしめる。今若し賃貸借關係は債權法的相互信賴關係なりとの命題を貫けば、家屋所有者は土地所有者に對抗し得る賃借權を持つものとは稱し難い。於茲、家屋所有者は土地所有者の要求する承諾金を提供して轉賃借若しくは賃借權讓渡の承諾を得るか(日民六二二條參照)、或は權利金の提供並に不利なる契約々款を承認して新しく賃貸借契約の締結をなし、以て家屋の保持を全うするか、將又家屋を破壊收去して土地を明渡すかの二者一途を選ばざる可らざるザレンマに陷る。かゝる事態は正義を満足せしめ衡平を計る可き法律がその使命を果したものと云ひ得るや? 此れ賃借權は債權なりこのローマ法の原則を無批判的に繼受した我が現行民法典の示す一大欠缺と言はざるを得ない。勿論土地所有者即ち賃貸人の利益は苟も現代正義の要求する限り絶對に擁護するを要する。從つて例へば地代請求權に就いては無條件に抵當權、質權に

優先する先取特權を與へ、以て不當なる賃借人に依り損害を蒙らしめらるゝこと無からしめねはならない（日民、第三二三條以下、借地法第一三條參照）。併し家屋所有者並にその家屋の擔保權者たる金融業者の保護の爲め、延いて國民經濟全体を保護する爲め家屋を破壊することは之を避ける可きではあるまいか。茲に賃借權の絕對性、賃借人の轉引渡權限の認めらる可き經濟的理由が存するを見る。既に我國に於ても民法典の此の缺陷を除去する爲に二、三の特別法が制定せられ、賃借權の物權性を認めつゝあるのである。即ち明治四二年の建物保護法は「建物所有ヲ目的トスル賃借權」に土地賃貸借の登記なくも家屋の登記さへあれば第三者に對抗し得る效力即ち絕對的效力を與へ、又大正十年の借地法第十條は賃借權に轉引渡權限の萌芽たる建物の時價買取請求權を認めた。反之、我が民法が土地所有權者の賃料請求權の先取特權を認むるに完全ならざるは遺憾である。

さて著者の研究に従つて歐洲諸國の實定法に一瞥を投げてみよう。

獨逸民法典に於ては賃借人の物の支配は重要な關係に於ては全く直接的ではない。即ち賃借人は唯賃借人の許諾を得た時のみ、物の使用を第三者に引渡す權限がある（§ 49 BGB.）。故に賃借人の意思が介在し、その限りに於て賃借人の物支配は間接的なるものに壓し下けられる。何者、賃借人が賃借人の許諾を得て第三者に引渡した時に於ては彼はこの行爲を直接に彼に屬する支配權限に依りてなすのではないから（一四八頁、一四九頁）。併し第二賃借人保護令第四條に依れば、賃借人が已むを得ざる事由より拒絕せしに非る限り調停所が賃借人に代りて許諾を與へ得ることゝなつた。併し未だ間接性の原則は留保せられた。又賃借人保護法第二九條は民法典への復歸傾向を示し、調停所の代理許諾（Ersatzerlaubnis）は住宅賃貸借のみに限りて與へられるので一般賃貸借には與へられざる（二七九頁—二八二頁）、更に一九二六年の改正法は尙一段と制限して自己經濟が行はれざる場

所の轉賃に適用なきこととした(二八七頁)。その他の諸國は大別して三となし得る。即ち一は一切の轉引渡の禁止を原則とし唯例外的にのみ許さるゝ國で例へば Norway, Lettland, Serbe の如く(二八八頁—二九〇頁)、二は原則として許されるが賃貸人の許諾なき場合は告知原因となる國で例へば Sweden, Polen, Tschecoslowakei であり(二九〇頁)、三は一切の轉引渡が直接的に認められ告知原因ともならざる國で例へば Austria (二九〇頁—二九四頁) England (二〇二頁) である。但し英國の規定は任意規定たるに止る故に特約にて禁止し或は賃貸人の許諾に掛らしめられ得るのである。

(六)

「使用權利者の保存義務」——物的利益の共通的表现形態の二

かくて著者は賃借權の物權性特質の最後の表現形態であり、同時に上述三表現形態に對して深き因果關係を有する、賃借物の保存義務者如何の問題の究明に入る。さて物の使用或は利用と、物の保存或は又負擔とは密接な經濟的關係に立ち、物の存在に對する顧慮は經濟的にはその使用或は利用の反面である。従つて物の使用の外收益をも媒介する物權に於ては、物が權利者に直接に従屬せる範圍の大小に應じて、その物の存在に對する全顧慮即ち保存並に負擔が彼に課せらるゝを大原則とする。例へば獨逸、端西の用益權、露西亞の耕作權 (Baurecht) 伊太利の果實收益權 (Fruchtniessung) の權利者は、一方に於て「物ヲ經營上ノ現狀ニ於テ保存スルコト」即ち通常

の改作並に火災に對する通常の先慮（例へば保險に付する如し）をなす可く、他方に於て元本債務の利息並に公課を負擔するを要する（七一頁）。反之獨逸の物權的住居權、端西の住居權の如く物の完全な利用を媒介せず、使用のみを媒介するに止る物權に於ては事情を異にし、權利者は物の保存義務は負ふが公課その他の負擔を負ふ義務はない。何者、單なる使用權は經濟的に見て物の負擔に對する等價物を提供しないから（七二頁）。以上の原則を物權としての賃借權に適用せば、用益賃借權者は物の保存の外負擔をも負ふ可く、反之使用賃借權者は保存義務は負ふ可きだが負擔は負ふ可きではないと言ふことになる（七三頁）⁽¹¹⁾。

(11) 既述の如く著者は物權性特質の諸表現形態の交互作用の究明をも試みんとしてゐるのであるが、殊にこの權利者の保存義務なる表現形態と他の夫との交互關係に就いて次の諸點を明かにしてゐる。即ち第一に使用賃借關係がその内在せる利益狀態に適應して構成せられ、賃借物の保存義務が賃借人に課せらるゝこと、なれば、賃借物は、直接に、且つ各人に對し均等に、且又繼續して賃借人に從屬すること、なる（七四頁）。尙著者は茲にローマ法の元物主義的思潮が漸次ゲルマン法の生産主義的思潮に克服せられ、勞務結合の創權的効力の理念（Die Idee der rechtsschöpfenden Kräfte der Arbeitsverbindung）の發現を認め得ることとしてゐる（一二三頁、一二二頁）。次に物の通常の保存が賃借人の義務に屬して居ること事實が、賃借の双務契約としての構成の特殊原因をなしてゐる。然るに賃借人が保存義務を負ひ賃借人は之を負はず、從つて賃料の中に賃借物の保存費を含まないし、亦賃借人の「使用供與」なる給付からその本質的部分たる保存行為が脱落することになれば、賃料は最早や「使

用許與」に對する反對給付たるの性質を失ふこととなる。かくて賃貸借關係に取りて双務契約關係なる衣服は最早や適合しなくなり、從來賃貸借なる集合名詞で呼稱せられた法律形象が個々の法律制度に分解せられ、夫等の構成並に總括は二、三の債務を伴へる完全物權の姿を採るに到る(七四頁、二九七頁、二九八頁)と。

賃貸借の物權性特質の中でかゝる重要な契機を含む賃借物の保存義務に就いて歐洲諸國の立法例は如何なる態度を採つたか？ 著者の研究の一斑を紹介すれば、

大陸法では原則として物權性特質の發露が缺けて居る。即ち例へば獨逸民法第五三六條、第五四六條、第五八一條に依れば、使用賃借人は賃借物の負擔は勿論保存の義務もない。收益賃借人亦然り(一四九頁)。但し例外として伊太利民法第一六〇四條、瑞西債務法第二三三條は使用賃借人に物の總べての通常保存義務を課し、露西亞民法第一六一條は使用賃借人に彼の計算で賃借物の通常の修繕をなす可き義務を負はしめてゐる。之等例外諸國では獨逸民法より以上に他の物權性諸特質が完成されてゐる(七四頁、七五頁、一二三頁)。反之英國法では他の物權性諸特質が殆んど完全に認められてゐる故に、それに適應して保存義務も夫が通常修繕たるを非常修繕たるを、將又夫が必要的なるものたるを單に價値を増加せしめるものたるを問はず總べて賃借人に屬するを原則とする(一〇二頁—一〇三頁)。最近の賃貸借法の示す所に依れば、賃貸物の保存義務を賃貸人にか或は又賃借人に認める立法以外に、賃貸人から賃借人へ移動する經過として種々の中間段階が認められる。之は中世の或る都市法の賃貸借に於て、保存義務の賃借人から賃貸人への移動が種々の中間段階を経てなされたものと全く同一である。かゝる中間段階には次の階梯が認め得られる。即ち先づ詳細に規定された保存費を確定或は確定し得る賃料部分の形で辨濟せねばならぬ場合、次にこの賃料部分が物の保存の爲

にのみ使用す可き拘束を受ける場合、更に進みては賃貸人の保存義務はこの賃料部分に制限せられ、それを超ゆる修繕費は賃借人自身に依つて支出されねばならぬ場合、尙一段進むと最後の階梯である賃借人が全範圍の保存義務を直接に負擔す可き場合に到達する（二九七頁）。然らば大陸法に於ける最近立法は保存義務をこの階梯迄移動せしめたか。獨逸に於る賃借人の保存義務なる標語は完全には認められなかつたが、帝國賃貸借法（Reichsmietengesetz von 24. 3. 1922—Neufassung von 20. 2. 1928）は第三期に迄移動せめてある。即ち同法に於ては基本賃料（二條）の外に修繕割増金（三條）が定められ、賃貸人の保存義務はこの修繕割増金に限定せられるが（三〇二頁—三〇九頁）、賃貸人は必ず之を適當に支出するを要し（六條一項）、若し之を怠れば地方廳が適當なる處分をなし得ること定められてある（六條二項）。而して通説判例に依りて賃料債權の目的に依る拘束性が肯定せられ、賃料債權の自由處分は禁止されてある（三〇三頁—三〇八頁）。壤太利に於ても遙かに的確な同一方向の發展を把握し得る。この發展の經過を示す關係條文は普通民法典第一〇九七條、及び賃借人保護令第二條、並に賃貸借法第六條乃至第八條、第四二條、及び改正法第六條第四項、第四二條第二項である（三二〇頁—三二四頁）。

（七）

惟ふに賃貸借關係なるものは物の使用收益なる利益を實現する一の歴史的社會形象が法律關係の上に表現されたものである。従つてその表現様式は歴史上種々に變轉するものであり、賃貸借なる社會形象が社會的にその重要性を増すに連れて初期の恩惠的事實關係から法律關係に進化し、而して夫が今や單純なる債權關係としての相より更に轉向して物權關係としての表現を採るに到つた。此の進化過程の理論的解説は種々の困難を伴ふのであ

るが、著者はその利益探究なる方法に基き、賃貸借關係に内在する種々の利益關係を分析し、以て其の中核たる保持利益の下位概念としての物的利益を抽出し來り、夫を更に上述四表現形態に分析し夫々の發展並に夫等の相互關係に嚴密なる吟味を加へたのである。かゝる利益探究に基く全體性的考察は、現象的には何等因果關係なき如く見ゆるが爲に從來唯斷片的なる規定の單純なる總和としてのみ觀察された賃貸借をして、相互に不可分離の關係に立てる、而も單純化した見通しの付く一の法律的有機體に迄作り上げた。而もその法律的有機體たるや最近の立法に依り一の物權關係として構成されつゝあるものなることを如實に展開し、且つ正確に論證してゐる。尙著者は歐洲各國の賃貸借に關する立法例を極めて綿密に蒐集しそれを整理して適當に配列せるが故に、本書は理論的に興味ある研究たるに止らず、吾國の將來の賃貸借立法に貴重なる資料を提供するものと言ひ得るであらう。何は兎もあれかゝる貴重なる文献を我國に紹介することに喜びを感じるに共に、著者の眞意を把束し得ざりしやを憂ひつゝ茲に擱筆する。