

# 住居をめぐる所有権と不動産利用権との法的関係の一断面（二）

—ドイツの裁判例を素材として判断枠組みの再構成を模索する—

田 中 英 司

## 目次（序説のみ）

### I 序説

- 一 本稿の問題意識と課題
- 二 本稿の具体的な素材に関する確認
- 三 憲法上の法規範・法命題との関係
- 四 問題となる法領域の転換

## I 序説

### 一 本稿の問題意識と課題

本稿は、わが国の居住を目的とする借家権に対応するドイツの住居使用賃借権を対象とし、その存続保護に関して、筆者がこれまで行ってきた比較研究に続くものであるが、本稿をはじめるにあたって、まず確認しておきたいことがある。それは、本稿の問題意識とも密接に関係するが、土地・住居をめぐる賃貸借などの不動産の利用関係、すなわち、借地・借家の法的関係を対象とする借地・借家法学が、わが国の民法学全体のなかで、全般的にみて、どのような位置を占めているのであろうか、という点である。

この点に関しては、かつて、一九八〇年代、すなわち、わが国における借地・借家の法的関係を再検討し、借地・借家法学を再構成することが問題とされ始めた時期に、内田勝一教授が、それ以前、つまり、第二次世界大戦後から一九八〇年代までの状況につき、論述されていたことがらが想起される。その論述は、次のとおりである。

「戦後のある時期まで、借地借家法学は戦後の民法学のなかで、理論的進展の著しい、最も優れた領域を形成してきた。近代的土地所有権（賃借権）論、借地借家法の性格論争、居住権論、信託関係理論などはその光彩な成果の一部である。戦後のきびしい住宅難と借地借家法学の理論的進展のなかで、正当事由、信託関係理論などの判例理論が形成され、さらに立法によ

る改革もなされるにいたった。

しかし、一方では、判例理論が確立し、実社会の借地借家関係に大きな影響を及ぼし、社会規範ないし慣行として定着し、他方では住宅難が相対的に緩和し借地借家紛争が社会的意義を乏しくしていくなかで、戦後民法学全体をリードする立場にあった借地借家法学はその花形としての地位を次第に失うようになっていった<sup>(1)</sup>。

民法学全体のなかでみると、このような「借地借家法学の理論的進展」は、一九九一年に成立した「借地借家法」をめぐる法改正論議の時期、さらに、「定期建物賃貸借」が創設された時期を経て、現在、再び、滞りつつあり、借地・借家法学に対して、高い理論的な関心が払われることは、最近ではまた、あまりなくなりつつあるのではなからうか。このような認識は、おそらく一般的なものであろう、と考えられる。

このことを裏づけるものとして、たとえば、先頃、ジュリスト誌上にて、不動産法学の新たな役割、理論的な枠組みの再検討を志向して、「不動産法セミナー」と題する新たな連載が開始されたが、そこにおいても、不動産をめぐる現状について、次のような一般的な認識が示されていることを指摘することができよう。すなわち、「・・・供給の逼迫という事情が薄らぐ傾向にある事情を反映してか、不動産の利用をめぐる権利調整への関心も、かつてほど厚みを感じさせない。他方、これらに呼応したわけでもなからうが、学界においては、不動産法を論ずることに輝きを感じる世代はどこかにしりぞいてしまったかに見える<sup>(2)</sup>」、という認識である。

また、このことは、新進気鋭の民法の研究者の研究動向を反映しているものと思われるところの、日本私法学会における研究報告を洗ってみても、ただちに確認することができる。ここ一〇年間ほどの研究報告において、土地・住居をめぐる賃貸借

などの不動産の利用関係を正面から取り扱った報告は見当たらないようである。

さらに、このような認識一般は、どうもわが国に限られた特殊性であるとも片づけられないようである。たとえば、ドイツにおいても、同じような一般的な認識が存在するようである。筆者の知りうるひとつの例を挙げておくと、ケルン大学のイェンス・ペーター・マインケ教授は、「・・・裁判所、および、平均的な弁護士実務において、住居使用賃貸借法の問題は、伝統的に、好ましくなく、法学的に実りが少ないと思われ、消極的な態度で、それらの問題と取り組まれる・・・大学の専門教育においても、使用賃貸借法は、前々から、おろそかにされていたし、おろそかにされている。実務的には大きな意義があるにもかかわらず、講義においては、売買法、さらにまた、労働法と比較しても、使用賃貸借法は、依然として、全く従属的な役割を演じているのである」<sup>(3)</sup>、という一般的な認識を示している。

さて、右に述べたような一般的な認識をもたらしている要因は、相当に複合的なものであろう。しかし、それらの複合的な要因を析出・考察することは、それ自体、重要な課題ではあるものの、本稿の課題とはならない。ただし、それらの要因に関連することとして、「住居をめぐる所有権と不動産利用権との法的関係の一断面」を表すものと考えられるところの、借家権の存続保護という法領域に関して、現時点において、つまり、日本法における判例・学説の理論にいままだ本格的な検討・考察を加えていない段階で、筆者の憶測を述べるのが許されるとするならば、特に、次の点が留意されるべきではなからうかと考えられる。

すなわち、一方において、借家権の存続保護に関する判断枠組み（総合判断方式・利益比較原則）が判例法理として確立され、この判断枠組みにつき、財産上の給付の申出の取り扱いの点を除くと、あまり大きな変化ないし展開がみられず、他方<sup>(4)</sup>

において、さりとて、既存の判断枠組みが十分に有効なものとして機能しているかといえは、必ずしもそうとはいえない面があるものの、判断枠組みの再検討、さらには、再構成をどのような形で試みるができるのか不明な状態にあるのではなからうか、ということである。この点が、本稿における筆者の根本的な問題意識となっている。

ところで、本稿は、ドイツにおける住居使用賃借権の存続保護に関して、筆者がこれまで行ってきた比較研究と、<sup>(5)</sup>どのような形で接続するのだろうか。

ドイツにおける住居使用賃借権に関して、筆者は、これまで、その存続保護に焦点をあて、現行法における存続保護の基本的な仕組みを把握すること、および、その基本的な仕組みを構成している法規範が形成された立法の展開過程を考察することに取り組んできた。本稿は、それらの作業に続くものとして、住居使用賃借権の存続保護に関するドイツの裁判例に考察の対象を広げようとする試みの最初のものであるが、ドイツの裁判例を考察するという課題にあたっての筆者の問題意識は、次のようである。

住居使用賃借権の存続保護に関する基本的な仕組みは、一九六〇年以降における立法の展開過程の歴史的な所産としての混同的な形態をとっているが、大まかにいうと、ドイツ民法典（以下、BGB）における三つの規定を柱として、原則としての「二重の存続保護」と、その例外としての「定期賃借契約」という二つの法制度によって構成されている。

このような住居使用賃借権の存続保護に関する基本的な仕組みを包んでいる、より大きな法的枠組みは、ドイツでは、「社会的な賃貸借・住居法」と呼ばれている。この法的枠組みは、ワイマル共和国の初期から妥当していた「賃借人保護法」が廃止されると同時に、一九六〇年以降導入されたものであったが、この「社会的な賃貸借・住居法」という枠組みについては、

特に、次の二つの点に留意しなければならなかった。

ひとつは、「社会的な賃貸借・住居法」とは、BGBという一般私法の法典にもとづく賃貸借法が、かつての「賃借人保護法」に含まれていた社会法的内容をともなう一連の規定を引き継いだうえで、それが社会的・現代的に形成・修正されたものであると性格づけられていた、という点である。ここには、個別的な法領域につき、それを一般私法の法典である民法典から切り離すのではなく、民法典の領域において、「市民的な自由と社会的な正義の調整ないし統合」を試みるという方向への大転換が示されていたのである。

いまひとつは、「社会的な賃貸借・住居法」においては、以前の「賃借人保護」という理念に代わり、賃貸借契約の当事者間における「協力関係」という理念が重要な役割を果たすことになった、という点である。賃貸借契約の当事者間には強者と弱者の関係、あるいは、支配と従属の関係が存在するという考え方から、賃借人と賃借人は、賃貸借契約によってパートナーとして結びつけられ、共に法的生活を営むという考え方へと大転換がもたらされたのである。

筆者は、この二つの点を、住居使用賃借権の存続保護に関する実際の裁判例の考察を通して検証してみたい、と考える。すなわち、民法典の領域において、社会的な観点をないがしろにすることなしに、「市民的な自由と社会的な正義の調整ないし統合」が、現実には、どのような形態で達成されているのか(あるいは、達成されていないのか)、また、「協力関係」という理念が、実際、どのような形で機能しているのか(あるいは、機能していないのか)、という点の検討を試みたいのである。

さらに、この「市民的な自由と社会的な正義の調整ないし統合」の形態を検討するに際しては、特に、いかなる視角・観点が重視されるべきであろうか、ということも問題になろう。この点に関しては、次のように考えられる。

住居使用賃借権の存続保護をめぐる一九六〇年以降における立法の展開過程を、立法過程における審議も含めて考察してみると、ドイツ法における存続保護の基本的な仕組みには、具体的な法規範の形成をめぐるドイツの二大政党、すなわち、キリスト教民主・社会同盟と社会民主党の対抗関係が反映していることが明らかとなった。そして、この対立は、根本的には、賃貸住居の性質の理解と密接に関連し、住居の所有権において、「法的・経済的な保障」という側面と、「社会的な義務・社会的な拘束」という側面のどちらをより重要視するか、という点にかかわっていたのである。

キリスト教民主・社会同盟は、住居は、商品ではなく、社会的な特別の意義を有する財であるが、それとともに、まさに経済的な財でもある、と理解し、そこから、「住居の所有権の法的・経済的な保障」にも重点が置かれるべきである、という考え方を取っている。これに対して、社会民主党によると、住居は、人間的に生きる生活の中心点であり、全く特別な法益である、と理解され、したがって、「住居の所有権における社会的な義務・社会的な拘束」が強調されることになるのである。この点にかんがみると、住居使用賃借権の存続保護に関する裁判例を考察する作業を進める際には、敷地の構成部分としての住居をめぐる、「所有権と住居使用賃借権との法的関係」という視角・観点が、より重要なものとなる、と考えられる。住居使用賃借権と対峙するところの、住居の「所有権」自体に、より焦点があてられることが必要になるのである。

以上、本稿の問題意識と課題について述べてきたが、次に、本稿において考察の対象とされる具体的な素材に関して、確認しておくことにする。

## 二 本稿の具体的な素材に関する確認

ドイツの使用貸借法においては、二〇〇一年法改正によって、使用貸借法の「簡易化」と「内容的な現代化」を柱として、かなり大掛かりな新たな展開が成し遂げられている。ただし、筆者が考察したところによると、住居使用貸借権の存続保護の基本的な仕組みは、その実質において、依然として維持されている、と考えられる。ここでは、はじめに、本稿の考察にとって必要な限りで、現行法における住居使用貸借権の存続保護に関する基本的な仕組みについて、その概要のみを確認しておくことにする。

まず第一に、初めから期間の定めのない住居使用貸借契約、および、期間の定めがありながら、「定期貸借契約」の要件(BGB五七五条一項一文)が満たされない結果、期間の定めなく締結されたものとみなされる住居使用貸借契約(同条一項二文)には、原則としての「二重の存続保護」が適用される。

「二重の存続保護」とは、住居使用貸借関係の終了をめぐる判断・評価が二段階でなされることを意味する。すなわち、住居使用貸借関係が賃貸人の通常の解約告知によって終了するためには、第一に、BGB五七三条における賃貸人の「正当な利益」が肯定され、第二に、BGB五七四条における賃借人にとっての「苛酷さ」が否定されなければならない、ということである。「二重の存続保護」において中核的な役割を担っているのはBGB五七三条であり、BGB五七四条は、今日、補充的な機能のみを有している。

他方、原則である「二重の存続保護」に対する例外にあたるものが、BGB五七五条において規定されている「定期貸借

契約」である。「定期貸借契約」とは、「二重の存続保護」の適用を受けないところの、期間の定めのある住居使用貸借契約であり、合意された期間の満了とともに終了するものである。ただし、「定期貸借契約」の締結が認められるための要件、ないし、「定期貸借契約」についての規定は、依然として厳格である、といえる。

さて、住居使用貸借権の存続保護に関する基本的な仕組みの概要は以上のようであるが、本稿の考察において具体的な素材とされる裁判例は、このうち、原則としての「二重の存続保護」の第一段階に関するもの、すなわち、「二重の存続保護」の中核を形成しているところの、BGB五七三条に関する裁判例である。このBGB五七三条は、二〇〇一年法改正にもとづいて、基本的に、BGB旧五六四b条の規定を引き継いだものであるが、次に、このBGB五七三条の規定に関して、その構造を簡単に条文で確認しつつ、本稿の考察の具体的な素材をさらに限定しておきたい。

使用貸借関係一般において、通常の解約告知は、継続的な債務関係としての使用貸借契約から解放される可能性を、両当事者に与えるものである。しかも、このような解約告知の可能性に関して、一定の理由が基準とされなければならないことはない。

しかし、この一般的な原則は、住居に関する使用貸借関係の解約告知に関しては、修正される。住居使用貸借契約の貸人の解約告知は、貸人が住居使用貸借関係の終了についての「正当な利益」を有することに依存させられるのである。すなわち、「賃貸人は、その使用貸借関係の終了につき、正当な利益を有するときにのみ、解約告知することができる」(BGB五七三条一項一文)、という条文が、そのことを意味している。原則として、「賃貸人の正当な利益に関する理由は、解約告知の通告書において述べられなければならない」(同条三項一文)。BGB五七三条は、貸借人の不利益となるように合意に

よって排除することはできない(同条四項)。なお、賃借人は、これとは反対に、理由なしに、通常の解約告知をすることができる。

賃貸人の「正当な利益」という概念は、いうまでもなく、不確定・不特定な概念である。この点にかんがみて、BGB五七三条二項は、これまでどおり、個別的な解約告知理由を、例示的に列挙するという方法を取っている。具体的には、住居使用賃貸借関係の終了についての賃貸人の「正当な利益」は、五七三条二項によると、「特に」、次の場合に存在する、とされている。すなわち、「賃借人が、責めに帰すべき事由により、その契約上の諸々の義務に少なからず違反した場合」(一号)、「賃借人が、自己、その家族構成員、または、その世帯構成員のために、それらの空間を住居として必要とする場合」(二号)、「および、」賃借人が、その使用賃貸借関係の継続によって、その土地の相当な経済的利用を妨げられ、それによって、著しい不利益を被る場合」(三号)である。これらの例示された場合は、わずかな文言上の変更をともなって、内容的には、BGB旧五六四b条二項一号ないし三号に相応している。本稿は、これらのうち、BGB五七三条二項二号に関する裁判例、いわゆる賃貸人の「自己必要」(Eigenbedarf)を理由とする住居使用賃貸借関係の解約告知に関する裁判例に考察の対象を限定するものである。

以上のように、BGB五七三条二項二号によると、住居使用賃貸借関係の終了についての賃貸人の「正当な利益」は賃貸人に自己使用の必要性がある場合にも認められることになるが、ドイツ法における自己使用の必要性の判断に関しては、日本法における「正当事由」の有無の判断との関係で、あらかじめ留意しておかなければならないことがあった。<sup>(10)</sup>

それは、ドイツ法においては、自己使用の必要性の判断に関して、もっぱら、賃貸人の利益のみが基準とされ、賃借人の個

別的・具体的な利益との比較衡量は行われない構造となっている点である。ここでは、賃借人の利益は、個別の場合における、両当事者のその時々利益状況を顧慮することなしに、一般的・抽象的に保護されているのである。賃借人の利益と対立するところの、賃借人の具体的な諸々の利益は、住居使用賃貸関係の終了をめぐる判断・評価が「二重の存続保護」の第二段階、すなわち、BGB五七四条における賃借人にとっての「苛酷さ」に関する審理・審査の段階に及ぶとき、はじめて法的な効果を展開する、とされている。個々の事案における正義の実現が、五七四条の枠組みにおける比較衡量に留保されているのである。ただし、五七三条の解釈においても、生活の中心点としての住居を保持することについての賃借人の一般的・抽象的な利益が、賃貸人の利益と比較衡量されることは排除されない。したがって、賃貸人の利益は、住居を維持することについての賃借人の一般的・抽象的な利益を凌駕しなければならないのである。

### 三 憲法上の法規範・法命題との関係

右に述べたように、本稿は、賃貸人の「自己必要」を理由とする住居使用賃貸関係の解約告知に関する裁判例を考察の具体的な素材とするものであるが、続いて、「ドイツの裁判例を素材として判断枠組みの再構成を模索する」という本稿の副題が意味するところに関して、もう少し詳しく論じておくことにしたい。

すでに一において論述したように、住居使用賃借権の存続保護に関する実際の裁判例を素材として、民法典の領域における「市民的な自由と社会的な正義の調整ないし統合」の具体的な形態を検討し、また、「協力関係」という理念の実際の機能を考

察するという、本稿の課題に取り組むに際しては、住居使用賃借権と対峙するところの、住居の「所有権」自体により焦点があてられ、住居をめぐる「所有権と住居使用賃借権との法的関係」という視角・観点がより重視される必要がある、と考えられる。そして、このような視角・観点の設定が、「ドイツの裁判例を素材として判断枠組みの再構成を模索する」ということにつながるようになるのである。

この点は、当然のことながら、賃貸人の「自己必要」を理由とする住居使用賃借関係の解約告知に関する裁判例が、どのような判断枠組みをもって実際の事案を取り扱っているのか、ということに深くかかわってくることになる。ここでは、裁判例の具体的な考察に入る前に、あらかじめ留意しておかなければならないと考えられる二つの点についてのみ、述べておくことにする。これらの二つの点は、いずれも、判断枠組みの基礎に関することがらであり、相互に関連していることらである。まずひとつは、やや唐突な感があるといえるかもしれないが、住居使用賃借権の存続保護に関する裁判例においては、憲法上の法規範・法命題との関係が問題となることに留意しなければならない、という点である。そして、この点は、ドイツの連邦憲法裁判所が、その相当数の裁判例をもって、住居使用賃借法の問題と取り組み、不可避的に、私法に対して大きな影響を及ぼしている、という事実にかかわっている。これらの点に関しては、まえもって少し説明を加えておく必要がある。

周知のように、一九五一年に創設された連邦憲法裁判所は、ドイツにおける連邦裁判所のひとつであり、憲法問題について<sup>(11)</sup>の判断を下す権限が排他的に与えられているところの連邦裁判所である。すなわち、「連邦憲法裁判所の地位は、司法権の一部をなす『裁判所』であるが、それは『憲法機関』であって、憲法裁判権の行使をはじめとして、他の裁判所とは異なる特別の地位にある<sup>(12)</sup>」。また、連邦憲法裁判所の *Entscheidung*、すなわち、「決定」<sup>(13)</sup>は、連邦憲法裁判所法によると、すべての国家

機関を拘束し、さらに、一定の場合、法律としての効力を有するものとされ、そのような決定は、当該事案の当事者を拘束するにとどまらず、一般的な効力が認められている点に、その特徴がある。<sup>(14)</sup>

連邦憲法裁判所の機能ないし権限は、きわめて広範かつ強力である、と評価されている。というのは、連邦憲法裁判所は、違憲審査権を集中的に行使するほか、連邦最高機関の争訟や連邦とラントとの争訟の裁判権、政党の違憲性を確定する権限、連邦大統領を罷免する権限などを有しているからである。<sup>(16)</sup>

連邦憲法裁判所による違憲審査は、具体的な事案を前提とする具体的規範統制（基本法一〇〇条一項）、具体的な事案を前提としない抽象的規範統制（九三条一項二号）、および、公権力の行使によって基本権を侵害された人が提起する憲法訴願ないし憲法異議（九三条一項四 a 号）の審査などの形式をとって行われる。<sup>(17)</sup>

これらのうち、とりわけ重要な位置を占めている審査形式は、憲法訴願ないし憲法異議（Verfassungsbeschwerde）にもとづくものである。というのは、憲法訴願は、個人が公権力による基本権侵害からの救済を求めて連邦憲法裁判所に訴えることのできる唯一の手段であるとともに、連邦憲法裁判所によると、量的にも、憲法裁判全体の中で、公権力による基本権侵害の存否を争う憲法訴願の割合は九六%を占めている、<sup>(18)</sup>といわれているからである。

さらに、ここで留意しなければならないことは次の点である。<sup>(19)</sup>それは、基本法九三条一項四 a 号の意味における「公権力」には、当然のこととして、立法機関、執行機関とともに、司法機関である裁判所、本稿との関係では、民事裁判所もふくまれていることが承認されているという点である。したがって、すべての最終審の民事判決に対して、すなわち、あらゆる裁判上の手段をとり尽くした後で（基本法九四条二項参照）、<sup>(20)</sup>連邦憲法裁判所への憲法訴願の提起が原則として可能であることになる。

カナリス教授は、ドイツにおいて、「基本権と私法の関係」が集中的に議論されてきた実際上の主たる理由のひとつを、この「民事判決に対する憲法訴訟の可能性」というドイツ法の特殊性に求めている。<sup>(21)</sup>

次に、住居使用賃貸借法という法領域は私法の一部であり、住居使用賃貸借権の存続保護に関する法規範はBGBという一般私法に属しているのであるから、私法と憲法上の法規範・法命題との関係について、本稿の考察対象にかかわると考えられるところの、基本的なことがらだけでも押さえておく必要がある。

基本法、より正確にはドイツ連邦共和国基本法は、その第一章に「基本権」という章を設け、一条から一九条までの規定をおいているほか、基本権の章以外にも、基本権同様の権利と称される権利に関する規定を有している。<sup>(22)</sup> 基本権（および基本権同様の権利）は、基本法という実定憲法の諸規定に根拠づけられ、すべての公権力（立法、執行権および裁判）を拘束する最高法規としての効力を与えられ（基本法一条三項）、連邦憲法裁判所の保護を受けることになる。<sup>(23)</sup> 本稿の考察で問題となるところの、憲法上の法規範・法命題とは、このような基本権に関する法規範・法命題にほかならない。

さて、ドイツにおいて、私法に対する基本権の影響、基本権と私法の関係は、一体どのように理解されているのであろうか。この点に関しては、さしあたり、さきのカナリス教授および松本和彦教授の論稿等を参照しつつ、整理しておくことにしたい。<sup>(24)</sup>

第一に、私人は基本権の主体であって、基本権の名宛人はあくまで公権力である、ということが前提とされている。基本権は、直接的には国家に対してのみ向けられ、他の私法上の権利主体を名宛人とはしない、と理解されている。私人は、自己の基本権によって公権力を義務づける側にあるのである。

そうすると、第二に、基本権によつて審査される対象は、国家の行為である、ということになる。ここで、国家の行為として考えられるのは、特に、制定法、および、裁判所の判決である。これに対して、私法上の権利主体の行為としての法律行為や不法行為は、これらの行為を行う私人が基本権の名宛人ではないのであるから、それ自体としては、基本権による審査の対象ではない。

第三に、第一と第二の点を踏まえて、基本権は、次のような二重の性格ないし機能を有する、と理解されている。ひとつは、主観的防御権としての基本権であり、いまひとつは、客観的原則規範としての基本権である。

基本権は、第一次的には、公権力の侵害に対する主観的な防御権として機能する。私人の基本権に対して国家の侵害がなされた場合、私人は自己の基本権を引き合いに出して防御できるのである。ここでは、基本権が、私人と国家の二面関係に作用することになる。防御権としての基本権を保障するために構築された法的判断枠組みにおいては、基本権の保護領域に介入する国家の行為は、形式・実質の両面から正当化されなければならないものとされ、正当化できなければ許されない基本権侵害として排除されるのである。

いまひとつの基本権の性格は、基本権が全法秩序の客観的な指導原理、すなわち、客観的原則規範として機能するという点にある。この点は、民事裁判所が民法の一般条項を解釈・適用する際に基本権の意義を十分に考慮しなかったことが問題視されたところの、連邦憲法裁判所の一九五八年の判決（リユート判決）によつて明確にされた、といわれている。「基本権は、主観的防御権であるだけでなく、客観的原則規範としてすべての法領域に影響を及ぼし、立法・行政・司法に『指針と刺激』を与えるという。このような形成的作用は一般に照射効と呼ばれる。基本権の照射効によつて、立法者は基本権適合的な法律

形成を、行政は基本権適合的な法律執行を、司法は基本権適合的な法律の解釈・適用を義務づけられる<sup>(25)</sup>のである。

したがって、私法に属する法律も、原則として、公法に属する法律と同じように、直接、基本権によって審査されなければならぬのであり、また、民事裁判所による私法規範の解釈・適用が基本権の侵害をもたらすこともありうることになる。いわゆる憲法適合的な解釈が問題となるのである。<sup>(26)</sup>

また、このような客観的原則規範としての機能が獲得(再発見)されたことによって、従来、私人と国家の関係に作用すると理解されてきた基本権が、間接的か直接的かという点では議論があるものの、私法上の権利主体相互間の関係にも効力を及ぼすことが認められることになったのである。

ただし、基本権の名宛人はあくまで公権力であるから、たとえば、契約によって、事実上劣位にある私人がみずから基本権を制限しているが、その私人の自己決定は実際上優位にある相手方による他者決定に転化しているような場合、通説によると、次のような理論化がなされる。すなわち、通説は、私人間の関係に国家を加えて、一方で、国家が優位にある私人の基本権を制限し、他方で、国家が劣位にある私人の基本権を保護するという三面関係として構成する。優位にある私人の基本権を制限する場面では防御権が問題とされるのに対して、劣位にある私人の基本権を保護する場面で問題となるのが、国家の基本権保護義務<sup>(28)</sup>である、とされる。この基本権保護義務は国家に課せられるものであり、国家は、私法関係においても、原則として、私人を他の私人から保護する義務を負う、と理解されているのである。なお、基本権保護義務においては、十分な保護を与えていないという国家の不作为が問題となるから、可能な保護措置は複数想定でき、その判断枠組みの形成はなお暗中模索の状況にある、といわれている。

以上の説明を踏まえると、住居使用賃貸借法、住居使用賃貸借権の存続保護、さらに絞つて、賃貸人の「自己必要」を理由とする住居使用賃貸借関係の解約告知に関する裁判例を具体的に考察する作業を行う際、それらの裁判例において、憲法上の法規範・法命題がどのような形で関係してくるのか、という点もおのずと理解されるものと考えられる。住居使用賃貸借法に属する法規範の解釈・適用においても、憲法上の法規範・法命題に反する解釈・適用がなされてはならないのである。それらの裁判例においても、基本権の侵害の有無が審査されることがありうるのである。さらに、住居使用賃貸借法の法規範それ自体が、基本権にてらして審査される可能性もあることになる。しかも、連邦憲法裁判所は、わが国ではほとんど紹介されていないようであるが、これまで、かなり精力的に住居使用賃貸借法の領域の事案と取り組んでいる。さきに一で触れたマインケ教授によると、連邦憲法裁判所が住居使用賃貸借法の領域にきわめて多くの注意を注いでいる結果、住居使用賃貸借法が憲法上の法規範・法命題の網に覆われているという状況がもたらされていること、また、このような展開に対しては、当然のことながら、疑念や危惧が感じられるとともに、このような状況が、あらゆる人に、住居使用賃貸借法においては、法学の中心的な問題が問われていることも明らかにしていることが指摘されているのである。<sup>(29)</sup>

ところで、賃貸人の「自己必要」を理由とする住居使用賃貸借関係の解約告知に関する裁判例において、具体的に関係してくる憲法上の基本権とは一体何であろうか。この点は、あらかじめ留意しておかなければならないと考えられる、いまひとつの点にかかわることがらである。

#### 四 問題となる法領域の転換

いまひとつのあらかじめ留意すべき点とは次のことである。すなわち、住居使用賃借権の存続保護、とりわけ、賃貸人の「自己必要」を理由とする住居使用賃借関係の解約告知に関する裁判例においては、民法の財産法という大きな枠のなかでみると、問題となる法領域の転換が認められる、という点である。そして、この点は、それらの裁判例において具体的に關係してくる憲法上の基本権が何かということに依存している。

連邦憲法裁判所は、住居使用賃借契約の当事者間の諸々の利益の対立に関する規整を憲法上評価するための基準として、通常、基本法一四条を強調する<sup>(30)</sup>。そして、賃貸人の「自己必要」を理由とする住居使用賃借関係の解約告知に関する裁判例においては、特に、この基本法一四条が考慮されなければならない、とされている<sup>(31)</sup>。確かに、ときには、基本法一条、二条、三条、五条、六条、および、二〇条、ならびに、一〇一条、一〇三条の観点のもとでの異議がさらに援用されることもあるが、しかし、ここでは、まず第一に、手続法上の問題が問われ、実体法上の問題は後景に退いている<sup>(32)</sup>、といわれている。

それで、基本法一四条は、「所有権および相続権は、保障される。その内容および制限は、法律によって定められる。」(一項)、「所有権は、義務づけられる。所有権の行使は、同時に、公共の福祉に役立つべきである。」(二項)、という法規範である。この基本法一四条の意味における「所有権」の概念・内容は、民法上の「所有権」のそれとは基本的に異なる点が認められるものの、基本法一四条一項一文による「所有権」の保障の圏内に、民法上の「所有権」、すなわち、物についての所有権が含まれることについては疑念の余地がない<sup>(33)</sup>、といえよう。

連邦憲法裁判所は、この基本法一四条における基本権（所有権の保障）にもとづき、本稿の具体的な考察対象であるBGB五七三条二項二号（ないし旧五六四b条二項二号）に関する裁判例において、民事裁判所によってなされたところの、当該法規範の解釈・適用、さらに、当該法規範それ自体を審査することになるわけである。すなわち、基本法一四条の法規範に即して、ごく基本的にいうと、敷地の構成部分としての住居についての、賃貸人の所有権の保障を、連邦憲法裁判所の見地からみて、あまりに強く侵害することは、基本法一四条一文に違反することになり、逆に、連邦憲法裁判所の見地からみて、賃人が受け入れなければならないところの、所有権に対する介入は、基本法一四条二項にもとづく所有権の社会的義務性・社会的な拘束に立ち戻ることによって正当化されるのである。<sup>(34)</sup> 自己の住居を再び掌握しようとする所有権者である賃貸人の利益と、当該住居についての占有を存続させようとする賃借人の利益が対立するなかで、BGB五七三条（ないし旧五六四b条）は基本法一四条一項二文の意味における所有権を制限する法規であるが、この法規範の解釈・適用に際しては、私的な所有権が基本法上正当と認められていることと、社会的に正当に所有権を行使するという要請が、同等に考慮され、均衡の取れた関係へともたらされなければならない。<sup>(36)</sup> とされているのである。

住居使用賃貸借契約において、賃貸人の解約告知から賃借人が法的に保護されるということは、契約自由の原則にもとづいて賃貸人に帰属しうる権利が制限されることを意味する。したがって、住居使用賃貸借権の存続保護に関する裁判例は、契約自由（特に、内容上の形成の自由）<sup>(37)</sup> という基本権にもとづいて取り扱われることも可能であったかもしれない。しかし、連邦憲法裁判所によって持ち出されたところの、憲法上の評価のための基準は、基本法一四条であったのである。

そうすると、ここで問題となる法領域は、民法の財産法という枠のなかでみると、本質的に、主として、物権法の領域で

ある<sup>(38)</sup>、ということになる。このように、問題となる法領域が、債権（債務）法の領域から、物権法の領域へと転換されていること、この点にも、まえもって留意しておかなければならない、と考えられる。

以上、裁判例の具体的な考察に入る前に、あらかじめ留意しておかなければならないと考えられる二つの点について述べてきたが、これらの二つの点は、「ドイツの裁判例を素材として判断枠組みの再構成を模索する」という本稿の試みにかかわることになるのである。

- (1) 内田勝一「借地・借家の法律関係―金銭給付による中間的解決をめぐって」ジュリ八二八号（一九八五年）一一二頁。
- (2) 鎌田薫、安永正昭、寺田逸郎「不動産法セミナー（第一回）連載開始に当たって」ジュリ一二八九号（二〇〇五年）一二三頁。
- (3) Jens Peter Meincke, "Mietrecht und Verfassungsrecht", *Entwicklungen in der Wohnungspolitik*, 1994, S.134.
- (4) たとえば、さきに引用した内田教授の論述参照。
- (5) 拙著『ドイツ借地・借家法の比較研究―存続保障・保護をめぐる―』（成文堂、二〇〇一年）一四三頁以下、および、拙稿「ドイツ使用貸借法の新たな展開と住居使用貸借権の存続保護」京園二〇〇三年二号（二〇〇三年）五〇頁以下参照。以下、基本的に、特に参照頁を示さなく引用する。
- (6) 拙稿・前掲注（5）五〇頁以下。
- (7) たとえば、Blank/Börstinghaus/Hubert Blank, *Miete*, 2. Aufl., 2004, §573 Rn.1.
- (8) BGB旧五六四b条に関しては、たとえば、拙著・前掲注（5）一四六頁以下。
- (9) Staudinger/Christian Rolfs, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen zum Bürgerlichen Gesetzbuch Brand 3 Schuldrecht Besonderer Teil I*, 4. Aufl., 2004, §573 Rn.1, 32, 33, 34, 66; Blank/Börstinghaus/Blank (Fn.7), §573 Rn. 1, 31; Harald Kinne, "Wohnraumbekündigung wegen Vertragsverletzung des Mieters und wegen Eigenbedarfs des Vermieters - Voraussetzungen und Folgen", *Zeitschrift für Miet- und Raumrecht*, 2001, S.324.
- (10) Staudinger/Rolfs (Fn.9), §573 Rn.48; MünchKommBGB/Haublein (Fn.9), §573 Rn. 2, 10, 33; Blank/Börstinghaus/Blank (Fn.7), §573 Rn. 31, 76. 拙著・前掲注（5）一四七頁、一四三頁も参照。
- (11) たとえば、村上淳一「ドイツ法」田中英夫ほか著『外国法の調べ方』（東京大学出版会、一九八六年）二〇一頁以下、田沢五郎「ドイツ政治経済法制辞典」（郁文堂、一九九〇年）六六頁、初宿正典「ドイツ連邦共和国」樋口陽一ほか編『解説 世界憲法集』（改訂版、三省堂、一九九三年）一六四頁。
- (12) 戸波江二「ドイツ連邦憲法裁判所の現状とその後」ジュリ一〇三七号（一九九四年）五三頁。
- (13) ここていうところの「決定」とは、わが国の訴訟法における狭義の「決定」だけではなく、「判決」や「処分」等をも含む概念であるとする、初宿・前掲注（11）一八九頁の理解に従う。

- (14) たとえば、初宿・前掲注(11) 一六四頁、一八九頁、村上・前掲注(11) 二〇二頁。
- (15) たとえば、初宿・前掲注(11) 一六四頁、戸波・前掲注(12) 五四頁、田沢・前掲注(11) 六六頁。
- (16) たとえば、戸波・前掲注(12) 五四頁、田沢・前掲注(11) 六六頁。
- (17) たとえば、村上・前掲注(11) 二〇一頁以下、戸波・前掲注(12) 五四頁、田沢・前掲注(11) 四頁、三三八頁。
- (18) たとえば、松本和彦「ドイツ基本権論の現状と課題」ジュリ一二四四号(二〇〇三年) 一八九頁、ユッタ・リンバッハ(青柳幸一訳)「ドイツ連邦憲法裁判所の五〇年」ジュリ一二二二号(二〇〇一年) 五七頁。
- (19) たとえば、クラウス・ヴィルヘルム カナーリス(山本敬三訳)「ドイツ私法に対する基本権の影響」法学論叢一四二巻四号(一九九八年) 三頁以下、リンバッハ・前掲注(18) 五七頁。
- (20) たとえば、初宿・前掲注(11) 一八九頁、田沢・前掲注(11) 三三八頁。
- (21) カナーリス・前掲注(19) 四頁。このような特殊性は、同時に、連邦憲法裁判所が部分的にさらなる上告審の役割を果たすことになるという「超上告審」の問題を生ぜしめていることも指摘されている(カナーリス・前掲注(19) 三頁以下)。なお、判決に対する憲法訴訟手続における「超上告審」問題については、たとえば、畑尻剛「批判にさらされるドイツの連邦憲法裁判所(上)(下)」ジュリ一一〇六号(一九九七年) 七四頁以下、一一〇七号(一九九七年) 七九頁以下参照。
- (22) たとえば、松本・前掲注(18) 一八九頁以下。
- (23) たとえば、松本・前掲注(18) 一九〇頁。
- (24) カナーリス・前掲注(19) 二頁以下、松本・前掲注(18) 一九〇頁以下。なお、リンバッハ・前掲注(18) 五七頁以下も参照。
- (25) 松本・前掲注(18) 一九三頁。
- (26) たとえば、広渡清吾「コメント 憲法と民法―その関係の多元主義的理理解」法時七六巻二号(二〇〇四年) 八八頁。
- (27) たとえば、カナーリス・前掲注(19) 一三頁によると、基本権は原則として私法への変換を必要とし、この変換はまず第一に私法の一般条項を通して行われ、それを具体化する際に基本権が最高の基準として援用されなければならないとするところの、「間接的第三者効」説が、今日、ドイツでは全く支配的な見解である、といわれている。
- (28) この理論にもとづく第三者効論を参考にして、私人間効力論を新たに開拓していこうとする立場として位置づけられる(戸波江二「国の基本権保護義務と自己決定のはざままで―私人間効力論の新たな展開」法時六八巻六号(一九九六年) 一二六頁) のが、わが国の私法学者のなかで

は、周知のように、山本敬三教授の立場である。代表的な業績としては、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（一）（二）  
完—私法関係における憲法原理の衝突—」法学論叢二二三卷四号（一九九三年）一頁以下、一三三卷五号（一九九三年）一頁以下参照。

(29) Meincke (Fn.3), S.133ff.

(30) Meincke (Fn.3), S.138.

(31) Staudinger/Rolls (Fn.9), §573 Rn.45.

(32) Meincke (Fn.3), S.138 (Fn.19).

(33) この点については、たとえば、拙稿「ドイツにおける民法上の所有権の概念・内容と、所有権と不動産利用権との法的関係—現在の学説の概観的な確認とヨホウ物権法部分草案の検討—」西南三七卷四号（二〇〇五年）四七頁以下参照。

(34) Meincke (Fn.3), S.138.

(35) Meincke (Fn.3), S.139.

(36) MünchKommBGB/Häublein (Fn.9), §573 Rn.5.

(37) たとえば、カナーリス・前掲注（19）七頁、一九頁以下参照。

(38) Meincke (Fn.3), S.138ff.