

住居の転貸借に関する一考察

—ドイツ法を素材として—

田 中 英 司

目 次

- I はじめに
- II ドイツにおける住居転貸借法の基本的な仕組み
- III 原則に関する立法趣旨の一考察
- IV 原則に関する裁判例の検討
- V 結びと今後の課題

I はじめに

筆者は、現在、本誌において、別稿として、「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—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—」と題する論説を分割連載する作業を進めている⁽¹⁾。具体的には、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、「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住居使用賃借権の存続保護という法領域に関して、ドイツ民法典（以下、BGB）五七三条二項二号に関する裁判例、すなわち、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の判断枠組みを明らかにし、それをもって日本法の判断枠組みの再構成の方向性についてひとつの示唆を得ようとする作業に取り組んでいる。

これに対して、本稿で端的に一考察するところの法領域、すなわち、住居の転貸借をめぐる法領域もまた、「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」を表すものと理解されうる。というのは、この法領域においては、住居の所有権者である賃貸人が、賃借住居の全体ないし一部の使用を第三者に委譲するという転貸権限を賃借人に認めるか否かにつき、原則として自由であるかどうか、原則として自由であるとしてもその例外は認められないのかどうか、という問題が基本となるからである。

ところで、日本法の状況に目を転じると、周知のように、まず、民法六一二条は、賃借人に賃貸人の承諾を得ない賃借物の

転貸を禁じ（一項）、そのうえで、賃借人が無断転貸をしたときは賃借人に契約の解除権を認めている（二項）。この民法六一二条は、民法典制定後、今日まで、特別法による直接の改正・修正を受けることもなく、基本的に、その効力を維持している⁽²⁾といえる。したがって、不動産の賃貸借については、判例によって、無断転貸を理由とする賃借人の無催告の解除権を制限する法理が形成されるに至った。すなわち、最高裁は、戦後はかなり早い時期に、無断転貸（ないし賃借権の無断譲渡）が賃借人に対する「背信的行為と認めるに足りない特段の事情」がある場合に限って、例外的に、賃借人の解除権は発生しない⁽³⁾、または、賃借人は解除権を行使しえない⁽⁴⁾、とする法理を確定したのである⁽⁵⁾。

それでは、住居の転貸借をめぐる法領域において、ドイツ法の状況はどのようなものであろうか。われわれは、この法領域において日本法への示唆を得るために、いかなることを考察すべきであらうか。そして、それらの考察から、具体的に、日本法へのどのような示唆が得られるのであろうか。

本稿は、右のような問題意識にもとづいて、ドイツにおける住居転貸借法に関して考察しようとする筆者の試みの第一歩にすぎないものであるが、具体的には次のような考察を行うものである。すなわち、はじめに、ドイツにおける住居転貸借法の基本的な仕組みを把握したい（Ⅱ）。次に、基本的な仕組みの原則に関する立法趣旨を確認するために、その立法趣旨の一考察を行う（Ⅲ）。最後に、基本的な仕組みの原則に関する裁判例のいくつかを検討することによって、基本的な仕組みの原則が裁判例においてどのように理解されているかを確認したいと考える（Ⅳ）。

Ⅱ ドイツにおける住居転貸借法の基本的な仕組み

それでは、ドイツにおける住居転貸借法の基本的な仕組みを把握することから本稿の考察をはじめることにする。ここでは、さしあたり、主たる注釈書およびその他の文献⁽⁶⁾を参照しつつ作業を行うことにしたい。

一 まずはじめに問われるべきことは次の点である。すなわち、ドイツ法において、住居の所有権者である賃貸人は、賃借住居の全体ないし一部の使用を第三者に委譲するという転貸権限を賃借人に認めるか否かにつき、原則として自由であるかどうか、という点である。⁽⁷⁾

この点は、BGB五四〇条一項から明らかとなる。

BGB五四〇条は使用賃貸借関係一般に適用される規定であるが、同条一項一文によると、「賃借人は、賃貸人の許可なしに、賃借物の使用を第三者に委譲し、特に賃借物をさらに賃貸する権限はない。」と規定されている。すなわち、賃借人は、原則として、賃貸人の許可なしに、賃借物の全体ないし一部の使用を第三者に委譲し、特に賃借物をさらに賃貸する権限はないのである。⁽⁸⁾ここでの「使用の委譲」という概念は、今日、包括的な意味において理解されているが、第三者への賃借物の使用の委譲についての最も重要かつ典型的な場合が、賃借物のさらなる賃貸借、すなわち、転貸借⁽⁹⁾である。⁽¹⁰⁾

このように、BGB五四〇条一文は、第三者への賃借物の使用の委譲、特に転貸借が賃借人に認められるか否かという

点を賃貸人の許可に依存させている。⁽¹¹⁾そして、賃貸人が賃借物を第三者の使用に委譲することを賃借人に許可するかどうかという点は、裁判例によると、原則として、賃貸人の自由である、⁽¹²⁾とされている。

そうすると、BGB五〇条一項一文は、当事者の異なる合意がない限り、賃借人の賃貸借契約にしたがった賃借物の使用は、原則として、第三者への賃借物の使用の委譲を含まないことを明確にしていることになる。⁽¹³⁾したがって、それにもかかわらず、賃貸人の許可なしに第三者への賃借物の使用の委譲が行われた場合（無断転貸の場合）、そのことは当該賃貸借契約の違反を意味するのである。⁽¹⁴⁾

逆に、賃貸人が賃借人に許可を与えた場合には、賃借人の賃貸借契約にしたがった賃借物の使用の権利・枠組み・可能性が拡張され、⁽¹⁵⁾賃借人の転貸行為から違法性が取り除かれることになる。⁽¹⁶⁾賃貸人の許可の意思表示は、結果として、賃借人による第三者への賃借物の使用の委譲が、合法的であり、したがって、賃借人の契約違反を意味しないこと、および、第三者が、彼の占有において、所有権にもとづく原賃貸人の返還請求に対しても、BGB九八六条一項にもとづいて保護されることをともなうのである。⁽¹⁷⁾

当該賃貸借契約における当事者は、転貸借の一般的な許可に至るまで、転貸借に関する賃借人の権利を任意に拡張することができる。⁽¹⁸⁾そして、当該賃貸借契約においてあらかじめ与えられた賃貸人の許可は、BGB五六六条にもとづいて、当該不動産の取得者をも拘束する、⁽¹⁹⁾と解されている。

しかしながら、右のような当事者の合意がない場合、かつ、二で述べるところのBGB五五三条一項一文の要件にあてはまらない場合、賃借人は、原則として、転貸借のために必要な許可の付与に対する請求権を有しないのである。⁽²⁰⁾賃借人は、その

代わりに、B G B 五四〇条二文によって、賃貸人がB G B 五四〇条一文の許可を拒絶した場合、当該賃貸借契約終了前に、法定期間をともなつて当該賃貸借関係を特別に解約告知する権利を有するのみである。⁽²¹⁾ただし、賃借人は、当該第三者に重大な事由が存在する場合には、この解約告知権を行使できない（B G B 五四〇条二文）、と規定されている。賃借人に与えられたこの解約告知権は、実務上、しばしば行使されるといわれているが、あくまで、間接的に賃貸人にB G B 五四〇条一文の許可を付与させうるにすぎないものと理解される。⁽²³⁾

以上、ドイツにおける住居転貸借法の基本的な仕組みの原則にあたる規定であるB G B 五四〇条一項についてみてきたが、このB G B 五四〇条一項は、二〇〇一年法改正にもとづいて、実質的な変更なしに、B G B 旧五四九条一項を引き継いだものである。⁽²⁵⁾

二 ドイツ法においては、一でみたように、住居の所有権者である賃貸人は、賃借住居の全体ないし一部の使用を第三者に委譲するという転貸権限を賃借人に認めるか否かにつき、原則として自由であるということになるが、次に問題となることは、その例外は認められないのかどうか、という点である。

この点は、住居に関する使用賃貸借関係に適用される規定であるB G B 五五三条から明らかとなる。

B G B 五五三条は、二〇〇一年法改正にもとづいて、実質的な変更なしに、B G B 旧五四九条二項を引き継いだものであるが、原則的な規定であるB G B 五四〇条一項に対して、住居の使用賃貸借に関する特別な規定と位置づけられるものである。⁽²⁶⁾

結論的に述べると、住居の使用賃貸借の場合に限られるが、以下でみるように、B G B 五五三条一項の要件のもとではじめ

て、賃借人による第三者への賃借物の使用の委譲を許容すべき賃貸人の直接の義務が考慮されるのである。⁽²⁷⁾ すなわち、住居の賃借人は、B G B五五三条一項の要件のもとで、賃貸人に対して、第三者への賃借物の使用の委譲のための許可を請求することができるのである。

まず、B G B五五三条一項一文によると、「賃借人のために、賃貸借契約の締結後、住居の一部を第三者の使用に委譲する正当な利益が生じた場合、賃借人は、賃貸人に対して、そのための許可を請求することができる。」と規定されている。すなわち、住居の使用賃貸借において、①当該賃貸借契約の締結後に、②当該住居の一部を第三者の使用に委譲することについて、③賃借人に「正当な利益」が生じた場合、賃借人は、賃貸人の許可の付与に対する請求権を有するのである。

①、②、③の要件について、簡単に触れておこう。

① 賃借人は、当該住居の一部を第三者の使用に委譲する正当な利益を、当該賃貸借契約の締結後にはじめて取得したのでなければならぬ。⁽²⁸⁾ これに対して、すでに当該賃貸借契約締結時に存在したところの住居賃借人の利益は考慮されない。⁽²⁹⁾

② 賃借人の正当な（事後的な）利益は、さらに、当該住居の一部に関係するときのみ、第三者への使用の委譲の許可に對する請求権を基礎づける。⁽³⁰⁾ 当該住居全体の使用を第三者に委譲することは、もはやB G B五五三条の適用範囲に含まれず、もっぱらB G B五〇条一項の問題となるのである。⁽³¹⁾ なお、ここでも、使用の委譲の最も重要な適用事例は転賃借である。⁽³²⁾

③ 当該住居の一部を第三者の使用に委譲することについて、いかなる場合に賃借人の「正当な利益」が認められるのかという点は、まさに、今後、裁判例を詳細に考察する必要がある問題である。現時点においては、次の二つの点に留意すべきであろう。すなわち、第一に、賃借人の「正当な利益」という概念は、B G Bにおいて定義されていないが、賃借人の利益が原則

的に優先するという考え方にもとづいて、今日、裁判例において、広く解釈されている、⁽³³⁾といわれている。賃借人の「正当な利益」は、差し迫った利益とは理解されず、また、法的な利益が問題である必要はなく、賃借人の個人的あるいは経済的な諸関係の変化に依拠することができる⁽³⁴⁾、とされている。第二に、この点は別稿において作業を進めているところの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」(BGB五七三条一項一文) という概念の解釈におけると同じであるが、連邦通常裁判所は、ここでの賃借人の「正当な利益」という概念の解釈についても、「正当な利益」の評価のための基準について、妥当している法・社会秩序、特に、民法の解釈に影響を及ぼすところの基本権の価値秩序を考慮することが命じられている⁽³⁵⁾、と述べているのである。

次に、BGB五五三条一項二文は、同条一項一文にもとづく賃借人の許可の付与に対する賃借人の請求権が考慮されない場合として、「その第三者に重大な事由が存在する場合、その住居に過度に人員が配置される場合、または、その他の理由からその委譲が賃借人に要求されることができない場合」を挙げている。住居の賃借人は、BGB五五三条一項二文にあたる場合には、第三者への使用の委譲のための許可を拒絶することができる⁽³⁶⁾のである。

いかなる場合がBGB五五三条一項二文に規定されたところの除外理由にあたるのかという点も、今後の裁判例の検討に委ねられるべき問題であるが、一般に、個々の事案において、当事者の諸々の利益の包括的な比較衡量にもとづいて決定される⁽³⁷⁾、といわれている。

続いて、BGB五五三条二項は、「その委譲が、賃料の相当な増額の場合にのみ賃借人に要求されることができるときは、賃借人は、その許可を、賃借人がその増額に同意の意思表示をすることにかからしめることができる。」と規定する。

最後に、B G B 五五三条二項は、「賃借人に不利な合意は、その効力を生じない。」と規定し、B G B 五五三条が強行規定であることを明らかにしている。⁽³⁸⁾ 問題となる合意は、たとえば、賃借人の「正当な利益」の存在にもかかわらず転貸借を禁じるという合意、賃借人は許可を自由に撤回できるといふ合意などである。⁽³⁹⁾ これに対して、賃借人の法的地位が法律上の枠組みを超えて改善されるところの合意は認められる。⁽⁴⁰⁾

以上、ドイツにおける住居転貸借法の基本的な仕組みの例外にあたる規定と位置づけられるB G B 五五三条についてみてきたが、このB G B 五五三条に至るまでの立法の展開過程、すなわち、一九二三年の「賃借人保護法」を経て、一九六四年の「賃貸借法の規定の改正に関する第二次法律」にもとづいて、旧五四九条二項がB G B に挿入され、その後、二〇〇一年法改正にもとづいて、それがB G B 五五三条として継受された過程⁽⁴¹⁾を考察することも今後の課題となろう。

三 一でみたところのB G B 五四〇条一項の規定、および、二でみたところのB G B 五五三条の規定を踏まえると、住居の転貸借をめぐる賃借人と賃借人の権利・義務は基本的に次のようになるであろう。⁽⁴²⁾

賃借人が、当該住居全体ないし一部の第三者への転貸を賃借人に許容することを拒絶した場合、賃借人は、第一に、B G B 五四〇条一項二文によって、当該第三者に重大な事由が存在しない限り、法定期間をともなつて当該賃貸借関係を特別に解約告知することができる。しかし、賃借人は、第二に、B G B 五五三条一項一文の要件にあたる場合、賃借人に対して、当該住居の一部の転貸借のための許可の付与を請求することができる。これに対して、賃借人は、B G B 五五三条一項二文にあたる場合、当該住居の一部の転貸借のための許可を拒絶することができる。

賃借人が右の二つの法的手段のいずれかを取ることなく当該住居の全体ないし一部を無断転貸した場合、そのことは当該賃貸借契約の違反を意味するのであるから、賃借人は、賃借人に対して、第一に、B G B 五四一条によって不作為を請求すること、第二に、B G B 五四三条二項一文二号またはB G B 五七三条二項一号によって解約告知すること、第三に、B G B 二八〇条によって損害賠償を請求することができる。これに対して、賃借人は、B G B 五五三条一項一文の要件のもとで、当該住居の一部の転貸借のための賃借人の許可に対する請求権を有した、と抗弁することができる。なお、賃借人が当該転貸借のための許可を不当に拒絶した場合には、賃借人の契約違反が存在し、賃借人は損害賠償を請求することができる（B G B 二八〇条）。

Ⅲ 原則に関する立法趣旨の一考察

次に、Ⅱでみたところのドイツにおける住居転貸借法の基本的な仕組みの原則に関する立法趣旨を確認しておきたい。ただし、ここでは、原則に関する立法趣旨の詳細な包括的考察を行うのではなく、B G B の第二委員会の議事録を主たる素材として、原則に関する立法趣旨の一考察を試みることにする。

一 すでに触れたように、ドイツにおける住居転貸借法の基本的な仕組みの原則にあたる規定であるB G B 五四〇条一項は、

二〇〇一年法改正前のBGB旧五四九条一項を實質的な変更なしに引き継いだものである。したがって、原則に関する立法趣旨は、BGB旧五四九条一項の成立に至るまでの立法の過程の考察の中から明らかとなる。本稿ではBGBの第二委員会の議事録を主たる素材として原則に関する立法趣旨の一考察を試みるが、その理由は、BGBの草案の審議の過程において、第三者への貸借物の転貸借をめぐって、草案の基本的な内容が次のように変遷した点にある。

賃借人による第三者への貸借物の転貸借という問題は、BGBの草案の審議の過程において、相当に議論の行われた領域であった⁽⁴³⁾、といわれている。

BGBの第一草案(五一六条一項)によると、異なる合意がない限り、契約に従った貸借物の使用を特に転貸借によって第三者に委譲する権利が賃借人に帰属する⁽⁴⁴⁾、とされていた。すなわち、契約に従った貸借物の使用の第三者への委譲は、賃借人の同意を考慮することなしに許容されていたのであり⁽⁴⁵⁾、第三者への貸借物の転貸借の権限において賃借人は原則として制限されていなかったのである⁽⁴⁶⁾。そして、このような法規整は、普通法、当時のたいいていの隣接諸国の法秩序、たとえばフランス法、ならびに、さまざまな法案とも一致していたようである⁽⁴⁷⁾。

草案の基本的な内容をめぐる急激な変化は、帝国司法庁準備委員会の審議にもとづいて生じた⁽⁴⁸⁾。ここでは、賃借人と賃借人の諸々の利益を正当に評価するために、一七九四年のプロイセン一般ラント法の規定に対応した法規整をBGBに受け入れることが議決されたのである⁽⁵⁰⁾。

プロイセン一般ラント法の規定は、次のような内容のものであった⁽⁵¹⁾。すなわち、物の賃借人は、自己に認められたところの物の使用を賃借人の同意なしに他人に委譲する権限はなかった(一二二・三〇九条)。また、転借人が、用法に従っていない

営み、または、その建物もしくはその住居に有害な営みを行う場合、賃貸人は、転貸借のための同意を拒絶する権限があり（I二一・三二一条）、賃貸人が同意の拒絶のためのそのような理由を証明することができなかつた場合には、賃借人は、その使用賃貸借を解約告知することができる（I二一・三二二条）、とされていた。

続いて、第二委員会の審議において、多数派は、帝国司法庁準備委員会と同じように、プロイセン一般ラント法の規定を模倣して作られた法規整、すなわち、第一草案とは逆の法規整を取ることにした。⁽⁵²⁾ それで、第二草案の四九三条一項は、「賃借人は、賃貸人の許可なしに、賃借物の使用を第三者に委譲し、特に賃借物をさらに賃貸（転貸借）する権限はない」、⁽⁵³⁾ という文言となったのである。そして、法律となったところのBGB旧五四九条一項の文言が示すように、最終的に、第二委員会の多数派の見解が認められたことになる。⁽⁵⁴⁾

二 それでは、以下、BGBの第二委員会の議事録を主たる素材として、原則に関する立法趣旨の一考察を試みることにするが、第二委員会における少数派と多数派の見解の検討に入る前に、次の二つの点においては、双方の見解に一致が認められた⁽⁵⁵⁾ことに留意しなければならない。

すなわち、第一に、賃借人は賃借物の使用を第三者に委譲する権限を有するかどうかという問題は、任意規定を置くことによって決定されなければならない、という点であった。そのような任意規定なしには法的不安定性が生じるであろう、という理由にもとづいていた。

第二に、置かれなければならない任意規定の内容に関しては見解が相当分かれたが、この任意規定は本質的に不動産の使用

賃貸借についてのみ重要であるという認識についても一致が認められた。

三 次に、右でみた二つの一致点を踏まえて、第二委員会における少数派の見解をみてみることにする。

第二委員会における少数派は、次にみるように論を展開して、第一草案における法規整を支持した。その論拠は、およそ四つの点に整理することができるであろう。

第一に、第一草案における法規整は、普通法、当時のたいていの隣接諸国の法秩序、さらには、少数派の理解によるとプロイセン一般ラント法とも一致しているのであり、このような法の一致は偶然のものではない、という点であった。次の論述がそれである。

「ドイツにおいて妥当している普通法によると、賃借人は、賃貸人の同意を求めることなしに、賃借空間を転貸することが許されていた。同様の法的状況は、ザクセン、オーストリア、フランス、イタリア、および、スイスにおいて妥当していた。プロイセン一般ラント法の原則によっても、賃借人は、賃貸人が転貸借に同意を与えることを期待する権限があった。この前提においてのみ、プロイセン一般ラント法I二一・三二二条によって、根拠のない同意の拒絶の場合に賃借人に認められたところの特別な解約告知権が説明されたのである。中部ヨーロッパの圧倒的な部分におけるこのような法の一致は、偶然のものではなく、むしろ内的に正当化されていたのである⁽⁵⁶⁾」。

第二に、賃借人による第三者への賃借物の転貸借の許容性を賃貸人の同意に結びつけることは、大部分の場合、取引の考え方、および、契約締結者の推測上の意思と矛盾する、という点であった。当事者は、大部分の場合、明確な合意が欠けていて

も、転貸借が許容されていることについて了承している、という。すなわち、次の論述である。

「転貸借の許容性を賃貸人の同意に結びつけることは、大部分の場合、取引の考え方、および、契約締結者の推測上の意思と矛盾する。確かに、賃貸人が自己の物の使用を許容することになるところの人は、賃貸人にとってどうでもよいわけではないが、しかし、その人は、その契約にとって、当該法的関係が他人への使用の委譲によってその内容にしたがって変えられるほど本質的では決していない。所有権者は、用益権者に、同様の、おそらく比較的大きな利害を有するであろう。それにもかかわらず・・・他人による用益権の行使は適法である。賃貸人もまた、賃借人にとって、しばしば、大きな意義を持つであろう。それにもかかわらず、賃借人は、なされた決議によると、賃貸人の交替を承認しなければならないのである。転貸借の制限は、せいぜい、特に高価な住居の場合、取引の考え方、および、当事者の推測上の意思に対応するであろう。というのは、この場合、賃貸人は、当該建物の居住者についてのある程度の排他性を考慮して、通常、転貸借が行われなことを期待してしかるべきであるからである。しかしながら、圧倒的な大部分の場合、当事者は、明確な合意が欠けていても、転貸借が許容されていることについて了承している⁽⁵⁷⁾」。

第三に、賃貸人は転貸借を禁じることに実質的な利益を持たないし、転借人による賃借物の使用が当該賃貸借契約の枠内に維持される場合、賃貸人はその転貸借を甘受しなければならない、という点であった。この点の論述は次のようである。

「賃貸人は、たとえば彼がそれについて知らされなかったとしても、通常、転貸借を禁じることに利益を持たない。新たな賃借人が加わることによって賃借物の契約に反する使用がもたらされる場合、賃貸人には・・・転借人に対しても有効な特別な解約告知権が帰属する。しかし、転借人が加わることで契約にしたがった枠内に維持されるところの使用の変化のみを結果

としてもなう場合、賃貸人はこのことを甘受しなければならぬ。というのは、賃貸人は、同様の使用の変化が転貸人によっても行われることを妨げることはできないからである⁽⁵⁸⁾。

第四に、その他の観点から、賃借空間の共同使用を特に血族に無償で委譲することを賃貸人の同意がなくても賃借人に許容することが取引の考え方に対応すること、また、転貸借の許容性に関する特別な合意を欠く場合、何が当事者の推測上の意思、および、取引の考え方に対応するのかという問題は、賃貸人に対して通常経済的により弱い当事者として現れるところの賃借人に有利となるように決定されることが正義の命令であること、等が論じられたのである⁽⁵⁹⁾。

四 これに対して、第二委員会における多数派は、第一草案とは逆の法規整、すなわち、賃借人による第三者への賃借物の転貸借の許容性を賃貸人の同意に結びつける立場を取った。多数派によると、ここでは、「転貸借の一般的な禁止を立案することが問題ではなく、むしろ、転貸借の許容性が賃貸人の同意に結びつけられなければならないかどうかという点のみが問題であった⁽⁶¹⁾」のであり、多数派は、「この問題は肯定されなければならない⁽⁶²⁾」、という考えであったのである。

それでは、多数派は、いかなる論拠にもとづいていたのであろうか。これからみるように、多数派は、少数派の論述に自らの見解を対置させつつ、およそ四つの論拠にもとづいて論を展開したのである。

第一に、賃貸人の同意を考慮することなしに転貸借を許容するという第一草案における法規整は、確かに、当時の支配的な法状況とは一致していたが、しかし、国民の法意識とは一致していなかった、という点であった。すなわち、次の論述である。「本草案（第一草案）は、疑念をもちながら、賃貸人の同意を欠く転貸借を許容した。本草案は、この点において、妥当し

ている普通法、および、他の多数の中部ヨーロッパの法制度に従った。しかしながら、支配的な法状況は、この問題において、本委員会（第二委員会）の決定にとつて、決定的ではありえない。・・・本草案の原則は、普通法において維持され、そこから、他の立法に受け継がれたが、しかしながら、国民の法意識とは一致していなかった。多数の使用貸借契約に含まれたところの転貸借の禁止が証拠と考えられなければならない」⁽⁶³⁾。

第二に、普通法上転貸借が許容されていたことは、他の法規範との関係で、あまり大きな意義はなかった、という点であった。次の論述がそれである。

「さらに、普通法に関して、転貸借の許容はそれほど広範囲にわたる意義を有しなかった。というのは、普通法においては、貸借人は、『売買は貸借借を破る』という原則の結果、当該不動産を彼の妻あるいは彼のその他の構成員のひとりに売買することによって、厄介な転借人から解放される状況にあつたからである」⁽⁶⁴⁾。

第三に、多数派は、契約締結者の推測上の意思、および、取引の考え方という少数派と同じ基準を持ち出しながらも、使用貸借関係は契約締結者の相互の信頼にもとづいてるのであり、使用貸借契約においては、賃料額の合意の点も含めて、賃借人の個人的な性質、賃借人の職業、賃借人の生活の仕方に決定的な重きが置かれるのであるから、貸借人には通常彼の意思に反して転借人が無理に押しつけられてはならないことを強調したのである。この点が、原則に関する立法趣旨の最も重要な点である、と考えられる。この点の論述は次のようである。

「・・・置かれなければならない任意規定の内容に関しては、当事者の推測上の意思、および、取引の考え方が決定的でなければならない。この基準を基礎として用いるとき、平均的な場合においては、当該賃借人という人に決定的な重きが置か

れ、したがって、賃貸人には通常彼の意思に反して転借人が無理に押しつけられてはならないという結論に行き着く。賃貸人は、その使用賃貸借契約を締結する前に、当該賃借人という人を吟味するのを常としている。賃貸人の決定によって、場合によつては、合意された賃料の額にとつても、賃借人の個人的な性質、賃借人の職業、賃借人の生活の仕方が決定的であることはまれではない。この点において、すでにプロイセン一般ラント法の資料において強調されたように、使用賃貸借関係は、契約締結者の相互の信頼に基づいているのである⁽⁶⁵⁾。

「たとえ転借人による賃貸された目的物の契約に反する使用が危惧されえない場合でも、賃貸人は、使用の委譲が行われな
いことにつき、しばしば大きな利害を有する。というのは、契約にしたがった枠内においても、使用の仕方は、本質的に、使
用者の人格に依存するからである」⁽⁶⁶⁾。

第四に、多数派は、少数派が用益権の譲渡および賃貸人の交替が許容されていることを理由のひとつとして転賃貸借の制限の
ための必要性を否定したことにつき、このような結論は誤っている、と論じた。次の論述がそれである。

「少数派は、ある意味では、このこと（第三の点）をも正当と認めたが、しかし、それにもかかわらず、転賃貸借の制限のた
めの必要性を否定した。というのは、用益権および賃貸人の権利の譲渡も、個人的な諸々の利益に同様の意義が当然与えられ
るにもかかわらず、許容されているからである。しかしながら、この結論は誤っていると思われる。用益権との類似性は正し
くない。というのは、用益権においては、使用賃貸借の場合とは本質的に異なる法的・経済的な諸関係が問題であるからであ
る。賃貸人は、特に、このことが大きな都市においてしばしばそうであるように、賃貸人が賃借人と異なる建物に居住してい
る場合、通常、賃借人にとってあまり重要ではない」⁽⁶⁷⁾。

以上、多数派の論拠を確認してきたが、多数派は、賃借人による第三者への賃借物の転貸借の許容性を賃貸人の同意に結びつける立場を取るとともに、他方において、「当該空間を他人に委譲することが許されているという賃借人の要求が全く正当であり、賃貸人の同意の拒絶がシカーネと思われる場合が考えられる。そのような場合、賃借人には、特別な解約告知権が認められなければならない」、⁽⁶⁸⁾ という考えも述べていた。そして、この考えは、第二章案の四九三条二項において、「賃貸人が、その第三者に重大な事由が存在することなしに、その許可を拒絶した場合、賃借人は、法定期間を遵守して、その使用賃貸借関係を解約告知することができる」、⁽⁶⁹⁾ という文言となったのである。

五 最後に、BGBの第二委員会の議事録と同じように、ドイツにおける住居転貸借法の基本的な仕組みの原則に関する立法趣旨を確認することができる素材として、帝国司法庁覚書⁽⁷⁰⁾をみておくことにする。

ここでは、二、三、および、四で確認してきたことをとりまとめような形で、次のように論述されている。

「賃借物を賃貸人の許可なしに転貸するという賃借人の権限については、まず第一に、当事者の合意が決定する。しかし、その問題の重要性からして、合意を欠く場合補充的に介入するところの法律上の規定なしで済まされることはできない。妥当している法については、普通法、および、たいいていの比較的新しい立法（フランス民法、ザクセン民法）が問題の権限を規定として正当と認めたのに対して、プロイセン一般ラント法I二一・三〇九条ないし三一二条は逆の立場に立っていた。本草案（第三章案）は、プロイセンの法に従う。

大部分の場合、当該賃借人という人物、賃借人の職業、賃借人の生活の仕方等々は、その使用賃貸借契約の締結および諸条

件にとって、決定的な意義があった。使用賃貸借関係は、当事者の相互の個人的な信頼に基づいている。その物の使用方法は、その使用権の契約にしたがった枠内においても、問題となつてゐる人物にに応じて異なりうる。その結果、賃貸人は、他人への使用の委譲を彼の意思に反して許容しなければならないことはないことにつき、著しい利益を有するのである。⁽⁷¹⁾

IV 原則に関する裁判例の検討

最後に、Ⅱでみたところのドイツにおける住居転貸借法の基本的な仕組みの原則に関する三つの裁判例（いずれも上級地方裁判所の決定）を検討することによつて、基本的な仕組みの原則が裁判例においてどのように理解されているかを確認したいと考へる。

一 ハム上級地方裁判所一九八二年八月一七日決定⁽⁷²⁾

1 事案の概要と経緯

本決定は、地方裁判所から提出されたところの次の法的問題に対して、ハム上級地方裁判所によつて下された決定である。すなわち、「1 住居の一部の使用が転貸借の方法で第三者に委譲されるのではなく、賃借人の家族構成員ではない第三者

が、その住居の独立してない共同使用のために、賃借人によって、継続してその世帯に受け入れられる場合、BGB五四九条二項が、準用して、または、解釈の方法で、直接的に適用されうるか。

2 1の問題が肯定されなければならない場合

賃借人が、彼の人生形成の枠組みにおいて、個人的・経済的な理由から、第三者とともに、継続して基礎づけられた住居共同体を築きたい場合、賃借人は、すでに、BGB五四九条二項にもとづいて、第三者の受入れのための正当な利益を有しているか⁽⁷³⁾、という法的問題であった。

本決定は、結論として、右の二つの法的問題のいずれをも肯定したが、本稿の課題との関係では、1の法的問題に関する決定のみを考察すれば十分である。1の法的問題においては、「賃借人が・・・第三者に当該住居全体についての共同使用を認め、したがって、住居共同体を築きたい場合⁽⁷⁴⁾」におけるBGB旧五四九条二項の適用可能性が問題とされたのである。

2 決定理由

ハム上級地方裁判所は、第三者が当該住居全体を賃借人と共同で使用する場合にもBGB旧五四九条二項の適用可能性が肯定されると解釈する前提として、独立してない共同使用のために当該住居全体が第三者に委譲される場合、そのような委譲もBGB旧五四九条の適用範囲に含まれるという見解を取った。そして、この見解の正当性は、BGB旧五四九条一項の立法趣旨、すなわち、原則に関する立法趣旨からも導き出されたのである。上級地方裁判所の関係する論述を決定理由から順に拾い出すと次のようである。

「提出された1の問題は、BGB五四九条二項の法律上の規整から出発する。BGB五四九条一項が、賃借人は、賃借物の

使用を第三者に委譲したい場合、賃貸人の許可を必要とするかどうかという問題を一般的に取り扱うのに対して、BGB五〇九条二項は、住居の賃借人が、その住居の一部（のみ）を第三者に委譲したいという場合について特別に規定している。⁽⁷⁵⁾

「当部は、（ある程度の）期間で基礎づけられたところの、第三者への共同使用のあらゆる委譲がBGB五〇九条に含まれる、という見解を主張する」⁽⁷⁶⁾。

「BGB五〇九条一項の規定の基礎には、賃貸人の利益に有利な立法者の価値決定がある。BGB五〇九条一項の成立史は、歴史上の立法者のそのような趣旨の規整の意図を認識させる。BGB五〇九条一項の規定は、まず第一に、他の契約当事者が賃貸人に無理やりに押しつけられることから賃貸人を保護するためにBGBに受け入れられた」⁽⁷⁷⁾。

「（第二委員会における）多数派は、少なくとも、独立していない共同使用のための委譲の問題と根本的に取り組まなかったことは明らかである。・・・決定的なこととして、使用賃貸借関係は相互の特別な信頼のうえに築かれた継続的な債務関係であり、そこにおいて、賃貸人は当該賃借人に決定的な重きを置いたことが考慮に入れられたのである。転貸借の権利が明確に排除されているところの多数の使用賃貸借契約が、すでに、このことを証明した。転借人が賃貸人の同意なしに賃貸人に無理に押しつけられるならば、賃貸人の契約自由は、許容できないやり方で、制限されるであろう。使用する人の変更によって、その使用の仕方は変化する。というのは、その使用の仕方は、まさしく、使用する人にも依存するからである。特別な苛酷さを回避するため、賃借人には、解約告知権だけが認められたのである。

この疑問の余地なく賃貸人を保護している傾向において、この保護領域は、独立していない使用のための委譲をも含むことが受け入れられなければならない。というのは、賃貸人の保護の必要性は、そのことを総じて正当と認めようと思う限り、両

方の場合において、同じだからである。賃貸人にとって、第三者が、その住居の限定された空間をひとりで使用するか、または、その住居全体を賃借人と共同で使用するかという点は、相違を意味することはない。賃貸人には、概して、その住居が使用されることのみが重要である⁽⁷⁸⁾。

「この見解は、現在 BGB の基礎にあるところの BGB の意義と目的にも対応する⁽⁷⁹⁾」。

「賃貸人は、賃貸人の意思を伴わずに、賃貸人によって選ばれた契約当事者と異なる者がその住居を使用することに対して、包括的に保護されることになる……」⁽⁸⁰⁾。

二 バイエルン上級地方裁判所一九八三年一月二九日決定⁽⁸¹⁾

1 事案の概要と経緯

本決定は、地方裁判所から提出されたところの、ある法的问题に対して、バイエルン上級地方裁判所によって下された決定であるが、賃借人の兄弟は BGB 旧五四九条一項一文の意味における第三者と考えられなければならないかどうか、という点を明らかにした決定である。

被告は、三つの部屋から構成されていた本件住居の賃借人であった。一九八〇年八月二〇日付の本件使用賃貸借契約には、特に、家族構成員への転賃借または使用の委譲も賃貸人による別個の同意を必要とするという合意が含まれていた。

原告は、一九八二年四月二二日付の書面をもって、本件使用賃貸借関係を一九八二年五月三一日に向けて解約告知したが、

その理由づけとして、被告の兄弟が本件契約に違反して本件住居に入居した、と主張した。

被告が本件住居を明け渡さなかったので、原告は、その明渡しを求めて、区裁判所に訴えを提起した。これに対して、被告は、特に、彼の兄弟は、単に訪問によって本件住居に滞在したのであり、したがって、本件契約に違反して本件住居に入居したのではない、と主張した。

区裁判所は、原告の明渡しへの訴えを棄却した。被告の兄弟が、単に訪問によって本件住居に滞在したのか、または、本件住居に同居したのかという点は重要ではなく、賃借人には、その兄弟を「きわめて近い構成員」として賃借住居に受け入れることが許容されているのであるから、即時解約告知のための理由は存在しない、という理由であった。

これに対して、原告は、地方裁判所に控訴したが、第一審に引き続いて、賃借人である被告が催告にもかかわらず無権限で本件住居を彼の兄弟に委譲した、と主張した。そこで、地方裁判所は、バイエルン上級地方裁判所に、次の法的問題を提出したのである。

すなわち、「賃借人が・・・彼の兄弟を近い関係の家族構成員として当該住居に受け入れた場合、そのことは、BGB五五三条にもとづく契約に違反する賃借物の使用、または、BGB五五八四b条二項一号にもとづく解約告知理由を意味するの⁽⁸²⁾か」、という法的問題であった。裁判例および注釈においては、配偶者および子供は受け入れられることが一般に認められているのに対して、賃借人が兄弟等のその他の構成員を受け入れる権限があるかどうかという点は明らかにされていない、というのであった。

2 決定理由

バイエルン上級地方裁判所は、はじめに、すでに一でみたところのハム上級地方裁判所一九八二年八月一七日決定に従うことを明らかにしたうえで、「ある程度の期間で基礎づけられたところの、賃借物の独立してない単なる共同使用のための委譲もまた、B G B五四九条にあてはまる。このことから、賃借人は、原則として、賃貸人の許可をもってのみ、継続して当該住居に第三者を受け入れることが許容されている、ということが結果として出てくる」⁽⁸³⁾、と述べた。そして、そのことを踏まえると、地方裁判所から提出されたところの法的問題は、結局、「B G B五四九条一項一文の意味における第三者が誰であるのかという点に依存する」⁽⁸⁴⁾、と位置づけられたのである。

そのうえで、バイエルン上級地方裁判所は、B G B旧五四九条一項一文の意味における第三者の範囲については、特に、この規定の意味と目的、すなわち、原則に関する立法趣旨にしたがって判断されなければならない、と論じたのである。もっとも、賃借人が当該賃借住居に受け入れることができる第三者の範囲については、当該使用賃貸借契約の内容と目的が重要となる。しかし、当該使用賃貸借契約において、当該賃借住居についての共同使用が賃借人の兄弟に認められていることについての根拠が見出されない場合には、賃借人の兄弟は、B G B旧五四九条一項一文の意味における第三者であり、したがって、賃借人は、原則として、賃貸人の許可なしに、彼の兄弟を継続的に当該賃借住居に受け入れる権限はない、と判断されたのである。この点について、上級地方裁判所の関係する論述をたどると次のようである。

「B G B五四九条一項一文の意味における第三者が誰であるのかという点は、特に、この規定の意味と目的にしたがって判断されなければならない。B G B五四九条一項は、まず第一に、他の契約当事者が賃貸人に無理やりに押しつけられることか

ら賃貸人を保護するためにBGBに受け入れられた。賃借人には共同使用を特に血族に無償で委譲することが許容されなければならぬという見解は、立法手続きにおいて認められなかった。立法者は、その際、決定的なこととして、使用賃貸借関係は相互の信頼のうえに築かれた債務関係であり、そこにおいて、賃貸人は当該賃借人に決定的な重きを置いたことを考慮に入れたのである⁽⁸⁵⁾。

「賃借人は誰をその賃貸住居に受け入れることが許容されているのかという問題に関しては、その使用賃貸借契約の内容及び目的、および、場合によっては、その解釈が重要となる。それに従って、その住居への受入れが正当化されている、したがって、契約に従っていると思われるならば、BGB五四九条一項一文の適用の余地はないのである」⁽⁸⁶⁾。

「住居に関する使用賃貸借契約から、本件のように、反対の合意が読み取られることができない場合には、その使用賃貸借契約は、取引の観念(BGB一五七条)に対応して、賃借人は彼の兄弟を受け入れる権限はないというように解釈されなければならない。兄弟姉妹は、賃貸人がその受入れを何の問題もなく考慮に入れなければならないところの人々には属さない。兄弟姉妹を受け入れることが、取引の観念にしたがって、このことが賃借人の配偶者や子供との関連において通常そうであるように、賃借人の当然の権利に属することは確認されることができない。その使用賃貸借契約において、その住居についての共同使用が賃借人の兄弟または姉妹に認められていることについての根拠が見出されない場合、これらの兄弟姉妹は、BGB五四九条一項一文の意味における第三者と考えられなければならない。したがって、賃借人は、原則として、賃貸人の許可なしに、彼の兄弟を継続的にその住居に受け入れる権限はないのである」⁽⁸⁷⁾。

三 バイエルン上級地方裁判所一九九五年四月二六日決定⁽⁸⁸⁾

1 事案の概要と経緯

本決定もまた、地方裁判所から提出されたところの、ある法的問題に対して、バイエルン上級地方裁判所によって下された決定であるが、BGB旧五六四b条一項および二項一号にもとづく賃貸人の通常の解約告知とBGB旧五四九条二項にもとづく第三者への使用の委譲の許可に対する賃借人の請求権との関係を明らかにした決定である。

被告は、一九九〇年八月に、父親の権利の承継人として、本件住居に関する原告との使用賃貸借関係に入った。一九六一年八月一〇日付の本件使用賃貸借契約には、賃借人は、賃貸人の同意をもつてのみ、第三者に本件賃貸借空間の使用を委譲し、特に、本件賃貸借空間を転貸することが許容されている、と定められていた。被告は、一九九二年一月に逮捕され、後に、三年半の自由刑を申し渡された。

一九九二年七月一三日に、地域の日刊新聞において、本件住居が賃貸可能であると広告が出され、原告がそのことを知った後に、被告の訴訟代理人は、一九九二年七月二三日、被告が周知の理由から現在使用することができないところの本件住居にひとりの転借人を受け入れたい旨の手紙を原告に書き、一九九二年八月一日からその転貸借を許容するように依頼した。ただし、その転借人の詳細な資料はその転貸借が許容された後に遅滞なく送付されるであろう、ということであった。原告は、一九九二年八月四日に、転貸借は許可されない、と返答した。これに対して、被告の訴訟代理人は、一九九二年八月一三日に、

被告がその転貸借についての正当な利益を有していると応答し、一九九二年八月一九日までに最終的な態度決定をするように依頼したが、原告は、それについて何も述べなかった。被告は、一九九二年二月一〇日の契約をもって、訴訟代理人の代理で、三つと半分の部屋から構成されていた本件住居のうちの二つと半分の部屋を、一九九三年一月一日から一九九三年六月三〇日までの期間、アメリカの学者に賃貸したのである。

原告は、一九九二年二月一四日の書面をもって、本件使用賃貸借関係を、複数の理由を申し立てて即時に、補助的に解約告知期間にしたがって解約告知した後、特に、一九九三年一月一日からの許可されなかった転貸借を理由に、本件住居の明渡しを求めて、区裁判所に訴えを提起した。

区裁判所は、原告の明渡しへの訴えを棄却した。被告は、囚人として、期限前に釈放される場合のために、比較的手頃な住居に頼らざるを得ず、したがって、賃貸人の許可の付与に対する請求権を有し、この理由から、許可されなかった転貸借にもとづく契約上の義務違反を理由とする通常の解約告知もまた正当化されない、という理由であった。

これに対して、原告は、地方裁判所に控訴したが、引き続き明渡しを請求した。そこで、地方裁判所は、バイエルン上級地方裁判所に、次の法的问题を提出したのである。

すなわち、「賃借人が、第三者に使用を委譲する前に賃貸人の許可を取得しなかったが、しかし、BGB五四九条二項にもとづいて、賃貸人による許可の付与に対する請求権を有する場合もまた、使用賃貸借関係は、BGB五六四b条一項および二項にもとづいて、第三者への許可されなかった使用の委譲を理由として、有効に解約告知されうるのか⁽⁸⁹⁾」、という法的问题であった。言い換えると、ここでは、「使用の委譲のための許可の付与に対する賃借人の請求権は、すでに、無権限の使用の委

譲に依拠したところの賃貸人の通常の解約告知の妨げとなるかどうか⁽⁹⁰⁾、という点が問われたのである。

2 決定理由

バイエルン上級地方裁判所は、はじめに、住居の賃借人が第三者に賃借物の使用を委譲する前に賃貸人の許可を取得することを怠った場合、使用賃貸借契約上の義務違反が存在することを前提として述べた。

そのうえで、バイエルン上級地方裁判所は、結論として、「使用の委譲のための許可の付与に対するBGB五四九条二項にものとづく賃借人の請求権は、許可なしに使用を委譲することのなかに存在するところの義務違反が、その使用賃貸借関係の終了についてのBGB五四九条一項、二項一号の意味における賃貸人の正当な利益を基礎づけることをはじめから排除することはない⁽⁹¹⁾」、と論じ、さらに、「賃貸人の許可の付与に対する請求権の存在は、個々の事案の審理の枠組みにおいて評価されなければならない⁽⁹²⁾」、と述べたのである。そして、このような結論は、次に引用するように、BGB旧五四九条一項の立法趣旨、すなわち、原則に関する立法趣旨から根拠づけられたのである。

「賃貸人の許可を取得することなしに、その賃借空間の使用を第三者に委譲した場合、住居の賃借人が行ったところの契約上の義務違反は、その賃借人がBGB五四九条二項にもとづいてその許可の付与に対する請求権を有することによって一掃されることはない。当部は、BGB五四九条にもとづく即時解約告知に関して下されたところの一九九〇年一月二六日の決定において、その許可の付与に対する請求権は、その許可自体の代わりをすることはなく、賃借人にその住居の一部の使用を第三者に委譲する権限を与えるわけではないことを述べた。このことは、相互の信頼のうえに築かれ、そこにおいて、賃貸人は当該賃借人に決定的な重きを置いたところの債務関係としての使用賃貸借関係の性質から、・・・他の契約当事者が賃貸人

に無理やりに押しつけられることから賃貸人を保護するところのBGB五四九条一項の目的から結果として出てくるのである。この点は固く保持される。いずれにせよ、BGB五四九条二項において契約当事者の対立する諸々の利益の調整のために立法者によってなされたところの手続きについての規整を意識的に無視することにおいては、契約違反が重要である⁽⁹³⁾。

V 結びと今後の課題

以上、本稿では、ドイツにおける住居転貸借法に関して、はじめに、その基本的な仕組みを把握したうえで、基本的な仕組みの原則に関する立法趣旨の一考察を試み、さらに、基本的な仕組みの原則が裁判例においてどのように理解されているかを確認してきた。

本稿の考察によると、ドイツ法においては、BGB五四〇条一項にもとづいて、住居の所有者である賃貸人は、賃借住居の全体ないし一部の使用を第三者に委譲するという転貸権限を賃借人に認めるか否かにつき、原則として自由である。これがドイツにおける住居転貸借法の基本的な仕組みの原則であるが、このような原則は、次のような立法趣旨にもとづいていたのである。すなわち、使用貸貸借関係は契約締結者の相互の信頼にもとづいており、使用貸貸借契約においては、賃料額の合意の点も含めて、賃借人の個人的な性質、賃借人の職業、賃借人の生活の仕方に決定的な重きが置かれるのであるから、賃貸人には通常彼の意思に反して転借人が無理に押しつけられてはならないこと、さらに、賃借物の使用方法は本質的に使用

者の人格に依存するのであるから、たとえ転借人による賃借物の契約に反する使用が危懼されえない場合でも、賃借人は賃借物の使用の委譲が行われないことにつき著しい利益を有することである。そして、このような基本的な仕組みの原則は、それに関する立法趣旨も含めて、裁判例において、現在も、基本的に維持されている、といえよう。まさに、バイエルン上級地方裁判所一九九五年四月二六日決定において述べられていたように、この点は固く保持されているのである。

今後は、本稿の考察を踏まえて、ドイツにおける住居転貸借法の基本的な仕組みの例外にあたる規定、すなわち、BGB五五三条に関する裁判例を詳細に考察していくことが課題となろう。特に、無断転貸を理由とする賃借人の無催告の解除権を例外的に制限する法理が形成されている日本法とは異なり、住居の賃借人は、BGB五五三条一項一文の要件のもとで、賃借人に対して、第三者への賃借物の使用の委譲のための許可を請求することができるのと同時に、住居の賃借人は、同条同項二文にあたる場合には、第三者への使用の委譲のための許可を拒絶することができるとするドイツ法に関する裁判例研究は、日本法への示唆という観点から、きわめて有益であると考えられる。さらに、BGB五五三条に至るまでの立法の展開過程を考察することもまた、裁判例の理解を深めるという意味でも、今後の課題となるのである。

付記 本稿は、二〇〇八年九月一日から二〇〇九年九月一六日までの期間で行った在外研究(a)の研究成果の一部である。

- (1) (一) ないし(四)の順に、西南三八卷三・四合併号(二〇〇六年)三五頁以下、四〇卷二号(二〇〇七年)一頁以下、四〇卷三・四合併号(二〇〇八年)一七頁以下、四一卷一・二合併号(二〇〇八年)八一頁以下。
- (2) 原田純孝「民法六二二条(貸借権の無断譲渡、無断転貸)」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅲ』(有斐閣、一九九八年)三九七頁。
- (3) 最判昭和二八年九月二五日日民集七卷九号九七九頁。
- (4) 最判昭和三〇年九月二二日日民集九卷一〇号一二九四頁、最判昭和三二年五月八日日民集一〇卷五号四七五頁。
- (5) 民法六二二条の立法の経緯、および、判例、学説の展開の詳細については、原田・前掲注(2)三九八頁以下、同「貸借権の譲渡・転貸」星野英一編『民法講座 第五卷 契約』(有斐閣、一九八五年)二九九頁以下を参照。
- (6) Staudinger/Volker Emmerich, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse* §§ 535-562d, 2006, § 540, § 553; MünchKommBGB/Hans-Jürgen Biebert, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3*, 5. Aufl., 2008, § 540, § 553; Jürgen Sommerschein, "Untervermietung und sonstige Gebrauchsüberlassung an Dritte", *Partner im Gespräch*, 23, 1986, S. 167ff等を参照した。また、わが国の既存の研究としては、基本的な仕組みの原則に関して、五十嵐清・山之内一夫「不動産貸借権の譲渡・転貸の自由性について―その比較法的考察―(一)」北法八卷一・二合併号(一九五七年)二頁以下、鈴木祿弥「ドイツ法」有泉亨編『借地借家法の研究―比較法的考察―』(東京大学出版会、一九五八年)六九頁以下を参照した。なお、太田昌志「貸借権の譲渡・転貸に関する一考察―旧BGB五九条の制定と貸借権の譲渡・転貸における貸借人の承諾の法的構成―」新報一二三卷一・二号(二〇〇六年)四八四頁以下もある。
- (7) なお、日本法でいうところの貸借権の譲渡、すなわち、従来の貸借人が、その地位を譲受人に移転し、自らは貸借関係から離脱する法的関係は、ドイツ法では、貸借人の交替として論じられている。五十嵐・山之内・前掲注(6)四頁。本稿では、この問題は取り扱わない。
- (8) Staudinger/Emmerich(Fn.6), § 540 Rn.8, § 553 Rn.1.
- (9) なお、転貸借契約は、BGB五三五条以下の意味における通常の貸借契約であり、転貸借契約の効力は、貸借人の許可には依存しない。Staudinger/Emmerich(Fn.6), § 540 Rn.25, 貸借人の許可は、それが転貸借契約の当事者によって当該契約の成立のための条件とされた場合にのみ、転貸借契約の有効性のための前提となる。Sommerstein(Fn.6), S.173.
- (10) Staudinger/Emmerich(Fn.6), § 540 Rn.2,3,24; MünchKommBGB/Bieber(Fn.6), § 540 Rn.3.
- (11) Staudinger/Emmerich(Fn.6), § 540 Rn.1; MünchKommBGB/Bieber(Fn.6), § 553 Rn.1.

- (12) Sonnenschein(Fn.6),S.177.
- (13) Staudinger/Emmerich (Fn.6), § 540 Rn.9; MünchKommBGB/Bieber(Fn.6), § 540 Rn.1.3.
- (14) Staudinger/Emmerich (Fn.6), § 540 Rn.9,31.
- (15) BGH NJW 1987,1692,S.1693;BayOblGZ 1995,162,S.165.
- (16) Staudinger/Emmerich(Fn.6), § 540 Rn.9.
- (17) Sonnenschein(Fn.6),S.173.
- (18) Staudinger/Emmerich (Fn.6), § 540 Rn.10. しかし、賃借人自らに許容されたものと異なる目的での転貸借は、一般的な許可によっても裏づけられなく、²⁾ 解決されべき³⁾。 Staudinger/Emmerich(Fn.6), § 540 Rn.10.
- (19) Staudinger/Emmerich(Fn.6), § 540 Rn.10.
- (20) Staudinger/Emmerich(Fn.6), § 540 Rn.8.
- (21) Staudinger/Emmerich (Fn.6), § 540 Rn.8; MünchKommBGB/Bieber(Fn.6), § 540 Rn.1, § 553 Rn.1.
- (22) Staudinger/Emmerich (Fn.6), § 540 Rn.1.
- (23) MünchKommBGB/Bieber(Fn.6), § 540 Rn.1.
- (24) なお、BGB五〇条二項は「賃借人がその使用を第三者に委譲した場合、賃借人は、賃借人がその委譲のための許可を与えたときにも、その使用の際の第三者の責めに帰する故意、過失について責任を負わなければならない。」と規定し、賃借人が賃借物の使用を委譲したところの第三者は、いかなる場合にも、賃借人の履行補助者として取り扱われなければならないことを付け加えている。 Staudinger/Emmerich(Fn.6), § 540 Rn.1.
- (25) Staudinger/Emmerich (Fn.6), § 540 Rn.1.
- (26) MünchKommBGB/Bieber(Fn.6), § 540 Rn.2, § 553 Rn.3; Staudinger/Emmerich (Fn.6), § 540 Rn.1, § 553 Rn.1.
- (27) MünchKommBGB/Bieber(Fn.6), § 540 Rn.1.
- (28) Staudinger/Emmerich (Fn.6), § 553 Rn.4.5; MünchKommBGB/Bieber (Fn.6), § 553 Rn.7.
- (29) Staudinger/Emmerich (Fn.6), § 553 Rn.5.
- (30) Staudinger/Emmerich (Fn.6), § 553 Rn.3.6. なお、②の要件をめぐっては、個々の事案において困難な解釈問題が生じているようである。この

- 邦文に「こぼれ」 Staudinger/Emmerich(Fn.6), § 553 Rn.6; MünchKommBGB/Bieber(Fn.6), § 553 Rn.6を参照。
 (31) Staudinger/Emmerich(Fn.6), § 553 Rn.3,6; Somnenschein(Fn.6), S.178.
 (32) Staudinger/Emmerich(Fn.6), § 553 Rn.3.
 (33) Staudinger/Emmerich(Fn.6), § 553 Rn.2,4; Somnenschein(Fn.6), S.178.
 (34) Staudinger/Emmerich(Fn.6), § 553 Rn.4; MünchKommBGB/Bieber(Fn.6), § 553 Rn.7; Somnenschein(Fn.6), S.178.
 (35) BGHZ 92,213, S.219. 「邦文に「こぼれ」 拙稿・前掲注(一)四〇卷「邦文に「こぼれ」 四三頁注(3)を参照」を参照。邦文を参照。
 (36) Staudinger/Emmerich(Fn.6), § 553 Rn.12,13.
 (37) Staudinger/Emmerich(Fn.6), § 553 Rn.11,13; Somnenschein(Fn.6), S.180.
 (38) Staudinger/Emmerich(Fn.6), § 553 Rn.1.
 (39) Staudinger/Emmerich(Fn.6), § 553 Rn.18.
 (40) Staudinger/Emmerich(Fn.6), § 553 Rn.18.
 (41) Staudinger/Emmerich(Fn.6), § 553 Rn.2; MünchKommBGB/Bieber(Fn.6), § 553 Rn.2; Somnenschein(Fn.6), S.170.
 (42) Staudinger/Emmerich(Fn.6), § 540 Rn.1,8,9,31, § 553 Rn.10; MünchKommBGB/Bieber(Fn.6), § 540 Rn.1,21, § 553 Rn.1,5,12.
 (43) Somnenschein(Fn.6), S.169.
 (44) Somnenschein(Fn.6), S.169; Werner Schubert, "Von preussischen Mietrecht zum Mietrecht des BGB", *Gedächtnisschrift für Jürgen Somnenschein*, 2003, S.29.
 (45) Somnenschein(Fn.6), S.169.
 (46) Volker Emmerich, "Der Wechsel des Mieters im laufenden Mietverhältnis", *Partner im Gespräch*, 70, 2005, S.96f.
 (47) Schubert(Fn.44), S.29; Somnenschein(Fn.6), S.169; Emmerich(Fn.46), S.96.
 (48) 帝国司法庁準備委員会も含め、ドイツ民法典編纂の過程については、たとえば、児玉寛・大中有信「ドイツ民法典編纂資料一覧」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』(九州大学出版会、一九九九年) v頁以下、石部雅亮「ドイツ民法典編纂史概説」同書三頁以下を参照。
 (49) Somnenschein(Fn.6), S.169.

- (50) Sonnenschein(Fn.6),S.169; Schubert(Fn.44),S.29.
- (51) Schubert(Fn.44),S.28; Sonnenschein(Fn.6),S.169.
- (52) Sonnenschein(Fn.6),S.169; Emmerich(Fn.46),S.97; MünchKommBGB/Walter Schilling,*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3,4*,Aufl.,2004,S.540 Fn.2; Schubert(Fn.44),S29.
- (53) Berno Mugdan, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich II. Band Recht der Schulverhältnisse*, 1899,S.L. X XI.
- (54) Sonnenschein(Fn.6),S.170.
- (55) Mugdan(Fn.53),S.844.
- (56) Mugdan(Fn.53),S.844f.
- (57) Mugdan(Fn.53),S.845.
- (58) Mugdan(Fn.53),S.845.
- (59) Mugdan(Fn.53),S.845.
- (60) この賃貸人の「同意」という概念は、第二委員会編集会議決議暫定集成にもとづく草案の文言においてはじめて、賃貸人の「許可」という概念を取り替えられたところである。この点については、Sonnenschein(Fn.6),S.172を参照。
- (61) Mugdan(Fn.53),S.846.
- (62) Mugdan(Fn.53),S.846.
- (63) Mugdan(Fn.53),S.845.
- (64) Mugdan(Fn.53),S.845f.
- (65) Mugdan(Fn.53),S.846.
- (66) Mugdan(Fn.53),S.846.
- (67) Mugdan(Fn.53),S.846.
- (68) Mugdan(Fn.53),S.846.
- (69) Mugdan(Fn.53),S.L. X XII f.

- (70) これについては、たゞきは、児玉・大中・前掲注(48) xi頁参照。
- (71) Murgdan(Fn.53),S.1250.
- (72) OLG Hamm OLGZ 1982,481.
- (73) OLG Hamm OLGZ(Fn.72),S.481.
- (74) OLG Hamm OLGZ(Fn.72),S.482.
- (75) OLG Hamm OLGZ(Fn.72),S.481f.
- (76) OLG Hamm OLGZ(Fn.72),S.483.
- (77) OLG Hamm OLGZ(Fn.72),S.485.
- (78) OLG Hamm OLGZ(Fn.72),S.486.
- (79) OLG Hamm OLGZ(Fn.72),S.486.
- (80) OLG Hamm OLGZ(Fn.72),S.487.
- (81) BayOblGZ 1983,285.
- (82) BayOblGZ(Fn.81),S.286.
- (83) BayOblGZ(Fn.81),S.287.
- (84) BayOblGZ(Fn.81),S.288.
- (85) BayOblGZ(Fn.81),S.288.
- (86) BayOblGZ(Fn.81),S.288.
- (87) BayOblGZ(Fn.81),S.289.
- (88) BayOblGZ(Fn.15).
- (89) BayOblGZ(Fn.15),S.163.
- (90) BayOblGZ(Fn.15),S.164.
- (91) BayOblGZ(Fn.15),S.166.
- (92) BayOblGZ(Fn.15),S.167.

住居の転賃借に関する一考察 —ドイツ法を素材として—

(33) BayObLGZ(Fh.15),S.166.