



Title	住宅賃貸借法の日韓比較 : 居住福祉法学的考察
Author(s)	吉田, 邦彦; Yoshida, Kunihiko
Description	講演
Citation	北大法学論集, 60(6), 199-229
Issue Date	2010-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/42995
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR60-6_005.pdf



講
演

住宅賃貸借法の日韓比較

——居住福祉法学的考察⁽¹⁾——

吉
田
邦
彦

一. 序 —— 光州（全南大学）訪問の目的から

(一) (二つの目的) 日韓の住宅賃貸借法比較の機会が与えられ、大変光栄であるが、私が韓国全羅道光州市の全南大学

に参つた理由について、まず説明したい。すなわち、それは二つあり、その第一は、補償問題との関係である。韓国学生の前で話す機会は、二度目であるが、前回のテーマは、「日韓補償問題と民法」⁽²⁾だった。私の大学がある北海道は、今でこそ観光地で、雪祭りとか知床の世界遺産とかを皆さんイメージされるかも知れないが、戦時中は、数多くの韓国・朝鮮人が、過酷な労働のために駆り出され、その「強制連行・労働」については、従来数多くの訴訟も提起され、そうした問題に代表される戦後責任といわれる国際的補償問題につき、この一〇年余り私は取り組んできたが、近時は、その国内的問題として、今年八月には、済州島の四・三事件につき調査し、今回初めて、(本日この講義の直前に)光州事件(一九八〇年五月一八日に始まる事件)の追跡調査として、望月洞^(ソウツケト)の墓地にもお参りしてきたという次第である。

そして第二は、日韓民法の比較法で、最も著名な鄭鐘休教授の大学に一度参りたかったということで、先生には、六年間にわたる京都大学での留学の成果を十二分に発揮された(日本の民法研究者にとつても)必読の文献のほかに、先生と実際ゆつくり議論させていただけと、着実な歴史的研究を残しておられ、⁽³⁾また敬虔なクリスチャンとしての原理的研究の深みとか、改めて多大な刺激を受けている。「灯台元暗し」という諺が日本にはあるが、韓国の皆さんは、日韓架橋のバイオニア的民法研究者としての先生の偉さをご存知だろうか(しかも、時代の先を読み、また「反骨の精神」をお持ちの先生は、もし光州事件に居合せたならば、どうなっていただろうかと思うと、先生を京都で生かしたことは、神の采配として、韓国民法学を救ったとも私は考える次第である)。そのような先生に拙い講義の通訳をお願いできる幸せをかみしめつつ、以下日韓の住宅賃貸借の問題状況を、——「居住福祉法学的観点から」というフィルターを通してつづ——概略してみたいと思う。

(二) (日本民法学の「学説継受」問題と韓国民法) ところで、ここには民法の初学者も多いということで、日本の民法学の経緯の特殊性およびそれとの関係での前述の鄭教授の「韓国民法の比較法的研究」の概略を述べておきたい。す

なわち、約一〇〇年前に制定・施行された日本民法典は、それがフランス・イギリスに留学した、梅謙次郎、富井政章、穂積陳重の三名の手になったことからわかるように、主にイギリス法（判例法）およびフランス法の影響のもとに出来上がった。しかし二〇世紀になった頃（一九〇〇年頃）には既に、「日本法の母法は、ドイツ法である」という神話ができあがることになり、民法をやるのならば、ドイツ法を学べということ、こぞつてドイツ留学に出かけ、「ドイツ法にあらざれば、法にあらざ」という雰囲気醸成されて、ここに鄭教授の恩師の北川善太郎先生が分析された、ドイツ法学の継受（いわゆる「学説継受」）という日本民法学史上興味深い事態が生じ、本来の日本民法の条文に不自然な形で、ドイツ学説が、接合されるといふ無理のある民法解釈が、各所で生ずることになった。そしてこのような構造的問題は、我妻民法学まで基本的に維持された。

しかし戦後、とくに一九六〇年頃から、私の恩師の星野英一先生を中心として、こうした状況の修正が各場面で行われることになり、今では、外国法としては、フランス法、英米法との比較法的考察がそれ以前よりも濃厚になっているわけだが（なお、民法法解釈方法論との関係では、川島武宜博士などの存在もあり、アメリカのリアリズム法学の影響も少なくなかった）、これとの関係で韓国民法はどうなるのか。鄭教授の基本的なモチーフは、我妻法学まで温存された「学説継受」問題は、今の日本民法学以上に韓国民法典に現れることになったとされるわけであり（この概略の実証的に緻密な分析は、同書（注4）参照）、このような研究は、日本の民法研究者にとっても興味深く、我々にとっても必見とされる所以である。従つて、韓国では、本日列席されている成升鉉教授（近時債務不履行法によるドイツ法制史的な優れた研究を発表されている）などのように、日本よりはるかにドイツ民法研究の蓄積が豊かであることも、こうした日韓の相違を如実に反映していると思われる。

(1) 本稿は、韓国・光州市の全南大学法科大学校において、二〇〇九年一月一日午後三時から行われた同名タイトルの講義に基づくものである。授業時間を提供してこのような貴重な機会を与えてくださった、鄭鍾休教授及び成升鉉教授、とくに通訳の労を取ってくださった鄭教授には、深甚の謝意を表したい。なお、本論文での引用は、本講義に際しての全南大学側の要望として、私自身の見方を示すようにということもあり、また限られた時間内でのスピーチを補充するものとして、私・吉田のものを中心とした注になっていることを最初にお断りしておきたい。(本稿の韓国語訳(鄭鍾休教授訳)は、全南大学校法学研究所発行の法学論叢二九卷二号(二〇〇九年一月刊)四七一頁以下に収められている。)

(2) この講義を再現して公表したものが、吉田邦彦「日韓補償問題と民法(不法行為法・時効法)(二)」「(三・完)」書齋の窓五七五号～五七七号(二〇〇八)である。

(3) このささやかな成果としては、吉田邦彦・多文化時代と所有・居住福祉・補償問題(有斐閣、二〇〇六)六章以下参照。

(4) 鄭鍾休・韓国民法典の比較法的考察(創文社、一九八九)。

(5) 例えば、鄭鍾休・歴史の中の民法(教育科学社、一九九四)、同編・改訂版慣習調査報告書(韓国法制研究院、二〇〇〇)。

(6) 詳しくは、北川善太郎・日本法学の歴史と理論——民法学を中心として(日本評論社、一九六八)参照。

(7) 日本民法学の動向については、さしあたり、星野英一「民法学史(二)」「(四・完)」法学教室八～二二号(一九八二)

〔同・民法講義総論(有斐閣、一九八三)に所収〕参照。

(8) この点は、吉田邦彦・民法解釈と揺れ動く所有論(有斐閣、二〇〇〇)一章など参照。

二. 「居住福祉法学の観点」⁽⁹⁾の問題意識

(一) (第一の問題意識・視野の拡充——「賃貸借問題の部分性」まずここでは、「居住福祉法学」の観点から、日韓の居住法学(特に住宅賃貸借)の法比較を行うのであるが、あまり聞きなれない「居住福祉法学」の問題意識は何かに

ついで、説明しておこう。その第一は、近時の民法学の傾向とも関係するが、どうも民法研究者は、社会の現実の要請に疎くなり、民法学と現場の問題が乖離・遊離しているのではないかということである。

これまで、民法学者が、居住法・住宅法として、従来イメージするのは、ここでテーマとする「住宅賃貸借法」だけであった。その現実的必要性・重要性は否定しない（しかも後述するように、日本の場合には、同法の状況には、根本的な問題をはらんでいる）。しかし、衣食住と言われるように、生活の三本柱の一翼を担う居住問題は、それだけではなく、民法学者はそれ以外の現代の重要な居住法問題をも取り込んだ民法学にすべきだと、ここでは主張したいのである（われわれの恩師の時代に（例えば、鈴木祿弥博士や星野博士の頃）、借地借家の問題が、今よりも前面に出て、民法（契約法）の講義のかなりを占めたということは、終戦直後焼け野原となり、今よりも住宅事情に困難があり、借家問題という形で当時の社会要請に对应していたのであるから、そのアクチュアリティは否定されるべきではない）。換言すれば、賃貸借法は、確かに今なお重要であるけれども、その居住（福祉）法上の問題においては、「部分的地位」しか占めないことを認識しておくべきであるということである。

(二)（賃貸借以外の重要な居住法問題の数々）それでは、居住福祉法学の具体的な問題群としてどのようなものがあるかという点、第一に、「マンション（韓国では、アパート）管理問題」をまず挙げられ、一昔前に比べると、確かに持ち家が増えており（日本では、約六割を占める）、とくに、建物区分所有法（マンション法）などの持つ意味は、飛躍的に上昇している。特に韓国においては、マンション（アパート）王国であり、それを巡る議論の必要性は、高まるばかりであり、そういうことで、全南大学に参る前の全北大学における韓日土地法学会での報告では、マンション紛争に関する報告をさせていただいた¹⁰。すなわち、マンション管理に関しては、子供やピアノの騒音、ペット問題、ベランダ（バルコニー）の使い方、駐車場問題などいろいろ裁判例は出ているが、目下もっとも深刻なのは、老朽化マン

ションの建替え問題で（さらに、一九九五年の神戸大震災との関連では、被災マンションについても建替えについても多くの議論がある）、深刻な居住問題を日本では生起させている。近時業界圧力により建替え要件が緩和されたこともあり、「終の棲家」と信じてマンション居住を続けた高齢者が、十分な補償もなく、路頭に迷い健康も害するという事態が生じているのである（そしてこの点では、日韓では——マンション（アパート）居住者への「開発利益の均霑」という点で——大きな相違があり、韓国では、建替え（再建築）に関して、日本のような悲劇は生まれていない（紛争も深刻ではない）ということにも留意しておきたい⁽¹¹⁾）（またそれは、日本の賃貸借の場合の立退き料システム（これは賃借人への開発利益の均霑の表れと見うる）と比較しても、土地所有者ないし開発業者に開発利益が集中する仕組みになっており、バランスが取れていない）。

第二に、「ホームレス問題（野宿者問題）」は、世界不況のあおりを受ける昨今では、大きな社会的課題である。一九九〇年代半ばあたりから、雇用市場の性格が大きく変化して、（派遣労働者のような）非正規雇用が増え、近時の不況の影響から多くの者が「雇止め」ということになり⁽¹²⁾、それとともに居住場所も失うという、ワーキングプア、ハウジングプアの問題とともに、ホームレス問題は切実になってきている（そうした問題の皺寄せを最も受けているのは、日系ブラジル人などの外国人労働者であり、事態は深刻化しており、こうした「社会的排除（social exclusion）問題は、ホームレスの人々への処遇の仕方と通ずるものがあり、二一世紀が多文化時代・グローバル化時代であることに鑑みて、現状への再考が求められるのではないか）。ホームレスの問題につき、民法問題として語ることはまだ皆無に近い状況だが（アメリカ法学などでは、公法・私法を問わず議論の蓄積があり、彼我の違いを痛感する領域である）、空間に関する所有権の捉え方に関わる民法（所有法）問題であることを認識すべきである（W・ブラックストーン流の「排他的・専属的・私的所有権」で、空間が覆われるならば、ホームレスの居場所はないことになる⁽¹⁴⁾）。また本問題は日本の低所得

者向けの公共賃貸政策の乏しさ（後述する）の裏返しでもあり、居住福祉法学の一環をなすわけである（公共賃貸につき状況が異なる韓国のホームレス問題はどうかであろうか）。

また第三に、「災害復興（およびそれに関わる居住補償）」の問題も、地震列島といわれる日本では、重要な居住所有権の課題であるが、これまでの居住法学がほとんど論じなかったことも、おかしなことである。（そして地球温暖化の影響を受けて、また乱伐など国土荒廃などもあり）水害など自然災害はアジア各国で増加の一途を辿っているから、広域的な居住福祉課題であろうが、この点でも日本法の状況は、大きな問題を孕んでいる（そしてこれらは「不可抗力」問題と性質決定されるためか、従来の民法学研究は及んでおらず、社会の要請に応えていないとは思われない）。端的にその問題とは、被災住宅の損害について、公共的支援をしないところであり（一九九五年一月の神戸震災（阪神・淡路大震災）では直ちに五〇〇〇人も被災者が死亡する住宅災害とも言うべきもので、その後生じた火災も相俟って多くの者が路頭に焼け出されることとなった。しかしそれにもかかわらず本来の破壊家屋の修繕・再建に公金は使うべきではないという行政先例の可笑しさは、この時ほど目立ったことはないが、先例は基本的に動かなかった。その後こうした状況に憤慨した被災者の市民運動を母体に、平成一〇（一九九八）年に「被災者生活再建支援法」が制定され（しかしそれは市民原案とは、かけ離れるものであった）、同一九（二〇〇七）年改正で要件は緩和されても、なおその適用による公金拠出は制限的なものである）、公金拠出の論拠は、住宅所有権をどう観念するかということに関わる——日本では、それは純粹に私的なものと観念され、公的補助は、私財の蓄積に繋がるからまずいという理屈である——から、「狭隘な所有権理解」ということで、実は民法問題（所有権問題）と前記行政先例とは、密接不可分の関係にあることを忘れるべきではない。そして、こうした処理は、市場社会のメッカ的存在であるアメリカ合衆国での被害対応（例えば、二〇〇五年八月のルイジアナ州を襲ったハリケーン・カトリーナの被害被害に対する公金拠出の寛大さ）と比較

してみても、皮肉な事態であり、日本では、先進諸国の中で最も自己責任的処理がなされているわけである（被災者への対応は、《避難所、仮設住宅、復興住宅》という形で進むが、上記の不合理は、二年間の時限付きで建てられる仮設住宅の建設・解体に一戸当たり、五〇〇万円ほど費やされる（結局それは後に残らない）こと、上記住宅の提供の仕方如何では、居住コミュニティが確保されずに被災者は分断状況となり（神戸震災の場合は、まさにそうだった）、「孤独死」が今も跡を絶たないことなども併せて考えると、問題状況はさらに倍加されよう¹⁵⁾。

さらに、第四の問題群として、近時深刻な「中山間地の居住福祉」ないし「地方都市空洞化の再生」の問題を考えてみよう。その前提理解として、「住宅法」とは言わず、「居住福祉法」ということの含意として、住宅確保の重要性は言うを俟たないとして、「居住」は、①「住宅」のハードだけに等置・還元できるものではなく、さらに、②「生業」（職業に就いていること）、③「近隣コミュニティ」の存在、④「医療・福祉施設」（さらには、介護ヘルパーなどへのアクセス）、⑤「消費や外食店舗の状況」（百貨店ないし昔ながらの店舗の継続）、⑥「交通手段の確保」（特に高齢者は、自動車の運転が覚束なくなるので、公共交通機関が重要である）、⑦「教育環境」などを総合的に見て、トータルにその存立を考える必要があるということである。

そしてこれとの関係で、わが国で深刻なのは、小泉政権時の地方自治の構造改革としての「平成の）大合併」（その実質は、基礎自治体の数を減らすことによる公務員のリストラに他ならない）により、多くの基礎自治体が消滅させられ、マンモスのような自治体が各地で生じ、周縁部の村落の過疎化が進行し、居住福祉上深刻な影響が出て、地域間格差は拡大した¹⁶⁾。また、経済法（取引法）の分野で、公正取引委員会は、規制緩和策を遂行し、それが大型店舗（全国チェーン）の「群雄割拠」を許し、それが従来の小規模店舗を崩壊させ、日本の地方都市の「中心市街地」は、どこでも「シャッター通り」と化し、この点でも深刻な事態となっている。数年前から私は、しばしば韓国を訪れるようになり、この国

の諸都市では、小規模店舗が活況を呈しているのを目撃して、ある意味タイムスリップしたかの如き状況に、日韓の相違を痛感しつつ、羨望の眼差しを持ったものであったが、今回訪ねた全州・光州の二都市の中心市街地を歩いてみて、急速に事態は変わりつつあり、小規模店舗には、閑古鳥が鳴き、「シャッター通り」化していることにショックを受けている（全北大学の知人によれば、食堂（レストラン）は別として、小規模店舗は壊滅状況だとのことであった。その意味は、上記項目に照らし、(i) そうした店主は、「生業」(2) を失い、(ii) 町なか居住者は、自動車が使えない高齢者が増えて（日本ではこうした傾向が顕著である）、郊外の大形スーパーに行けない(6)の点」となると、近くに消費・買い物をする場所もない(5)の点」ということになるわけである。(iii) また過疎高齢化が進むと、学校なども存立できなくなり、元氣ある子育て世代は、そこには生活できないという悪循環も止まらなくなる(7)の点。(iv) さらに、そうした車中心の街づくりは、欧米でも(環境面からも)批判が集まっているところであり、「コンパクト・シティー化」の方向に時代の趨勢はあるということにも留意が必要であろう。というわけで、この問題群における規制緩和の構造改革が居住福祉にもたらす甚大な帰結を早期に察知して、韓国社会においては、日本の轍を踏まずに、早めに「規制強化策」を草の根で作る機運が生じて来ることを願ってやまない。

なお、ここに論じたことは、居住福祉法学という民法とは別分野の話のように受け取られる向きもあるかもしれないが、そんなことはない。これは、「取引的不法行為」ないし「営業侵害の不法行為」の領域であり、まさしく私が民法研究を開始した分野であり、その際には、「競争秩序」ないし「不正競争」と言っても、そう簡単に一方向的に捉えることはできず、既存の静的取引秩序及び動的取引秩序の兼ね合いによる微妙な衡量によることも既に分析したとおりであり、⁽¹⁸⁾それを居住福祉法学の見地から若干の肉付けをしたものとして受け取られたい。

最後に第五として、韓国との関係で逸することができないのは、「居住差別」という問題群である。既に述べた外国

人労働者の居住環境も一種の居住差別であるが、戦時中の強制連行などでできあがった日コミュニティに対する強制立ち退きの事例など（その代表的なものが、京都ウトロのそれである）がその典型であり、深刻な居住福祉侵害事例であつて、これまで国連から警告を受けてきたこともあつたが、民法領域ではあまり知られていなかったのも不思議なことである。⁽¹⁹⁾ 法的には、「不法占拠」ということであるが、裁判例では、戦後数十年居住継続してきて、「取得時効」の有無が問題とされた（しかし、「時効と登記」に関する判例法理などあり、なかなかそれは認められない）。考えてみると、こうした事例は、好きで無権限占有をしているわけではなく、「都市非正規占有者 (urban informality; urban squatters)」の問題として、典型的な故意的「不法占拠」とは区別して捉えることが必要であり、また「第三世界」ではこうした占有者への対処は、経済政策として重要とされてきて、所有権限の積極的再配分政策（例えば、ペルーのように六三〇万人もの非正規占有者に所有権限を取得させていることが注目される。これはいわば、取得時効の弾力的運用のようなものである）⁽²⁰⁾ が大きな居住福祉法問題であることにも、注意しておこう。

(三)（第二の問題意識・居住問題に関する市場への公的介入・支援の必要性）以上に、居住福祉法の問題群を随時列挙してみたが、慧眼な皆さんは、ここに共通する私の居住問題へのアプローチの基本的姿勢を感じ取られたかもしれない。それはすなわち、居住問題の公共性に留意して、居住弱者への法的支援に関心を払う視角である。換言すれば、これは、住宅・居住問題を市場メカニズム（商品交換の世界）に委ねることへの懐疑ということであり、私の所有法の問題意識（特に人格的所有理論の立場）の居住法学版である。戦後所有理論として、数十年來君臨してきた川島理論は、「商品交換法」としての所有論であり、市場主義的な所有論として、言い換えることができるが、現代社会においては、さまざまなる軋みが出ていて、居住領域では、何故かそれが最も純粹に貫かれているふしがあり（それゆえに、住宅は、生活保障の基盤であるにもかかわらず、わが国では、それは「私的な問題」「個人の甲斐性の問題」とする発想があま

りに強い)、その「商品化」問題も最も深刻に現れているというのが、私の問題意識なのである。⁽²¹⁾この点は、例えば、医療の扱いと比較してみるとよくわかり、日本では、医療供給の公共性にはある種のコンセンサスがあり、(そのさまざまな行き詰まりはともかく)これまで何とか国民皆保険の「包括的医療保険」が運用されているのは、市場主義的なアメリカの医療保障とはモデル的に対照的なのであるが、居住問題になると、途端に状況は逆転して、アメリカ以上に市場主義的に「商品化」させられていることに我々は気付かされるのである。

この点で、近時は、私法と公法との協働とか民法と憲法との相互関係という議論も盛んであるが、まさに居住福祉法学の分野こそ、こうしたアプローチが有用であることを意味している。ところが、こうしたわけかこうしたアプローチは、総論レベルに止まったり、景観権とか通行権とか部分的な領域についてののみ議論されたりするだけで、居住という肝心かなめの領域にメスが及ばず、市場主義的・私法的アプローチが何故か純化されていることの問題性を指摘しておきたいのである。

(9) これについては、吉田邦彦「居住法学問題の俯瞰図(一)」「(三・完)——住宅所有権・賃借権規制を巡るディレンマと公共的保護という観点からの再編」民事研修五四九～五五一号(二〇〇三)、同「アメリカの居住事情と法介入のあり方(一)」「(三・完)——居住隔離とレント・コントロール、居住適格保証、コミュニティ再生運動」民商法雑誌一二九巻一～三号(二〇〇三)(それぞれ、同・多文化時代と所有・居住福祉・補償問題(有斐閣、二〇〇六)一章、二章に所収)、同・居住福祉法学の構想(居住福祉ブックレット)(東信堂、二〇〇六)。また、早川和男・居住福祉(岩波新書)(岩波書店、一九九七)、早川和男・岡本祥浩・居住福祉の論理(東大出版会、一九九三)とくに序論、さらに、早川和男・吉田邦彦・岡本祥浩編・居住福祉の構築(信山社、二〇〇六)、同編・ホームレス・強制立ち退きと居住福祉(信山社、二〇〇七)、早川和男・吉田邦彦・野口定久編・中山間地の居住福祉(信山社、二〇〇八)も参照。

(10) 吉田邦彦「日本の共同所有法の諸問題——マンション紛争・入会紛争を中心として」(二〇〇九・一一・七)(第一九回韓日土地法学会報告〔於、全北大学〕)。その韓国語訳は、同学会学会誌に掲載される予定である。

(11) この点について、詳しくは、吉田邦彦「マンション(アパート)建替え問題の日韓比較——都市再開発との関連で」(鈴木道博)民法学への挑戦と新たな構築(創文社、二〇〇八)二六三頁以下、とくに二八五頁以下参照。

因みに、マンション管理に関する日本の根拠法律は、昭和三七(一九六二)年制定の建物区分所有法である。建替えに関する規定である同法六二条は、同五八(一九八三)年改正で挿入され(五分の四の特別多数決による)、さらに平成一四(二〇〇二)年改正では、第一に、同条の建替えをせずに修繕で済ませる場合に「過分の費用」がかかるという点の司法的チェックが排除され、第二に、団地の一括建替え制度が新設され(七〇条)、ここでは、団地全体の五分の四の特別多数決とともに要求される各棟の特別多数決は、三分の二に引き下げられた。(この点で、韓国は、一九八四年制定の集合建物の所有・管理法四七条が規定するが、同条の再建築に関する紛争および判例は、あまりないようで、本文に記した開発利益の均霑は、二〇〇二年制定の都市整備法などでなされていることが重要であろう。)

(12) これについて、例えば、湯浅誠・反貧困——「すべり台社会」からの脱出(岩波新書)(岩波書店、二〇〇八)二二頁では、一九九七年から二〇〇七年までに非正規雇用者は、五七四万人増加し、他方で、正規労働者は、四一九万人減少したことを指摘する。また、日本の低廉住宅の多くは、従来雇用契約とリンクした社宅という形で提供されたために、本文のようなハウジングブリア問題が深刻となるわけである。

(13) 例えば、豊田市保見が丘団地における「狭隘居住」の現場事情を描くものとして、鎌田慧「豊田市保見団地の日系ブラジル人①」④「週刊金曜日七四〇号、七四三号、七四六号、七四八号(二〇〇九)参照。目下日本社会には、三〇万人もの日系ブラジル人が居住しているが、二〇〇九年四月から始まった「帰国支援事業」(再入国しないという条件付きで、三〇万円を限度に帰国費用の支援をするということである。なお、同年五月に、この条件に対する批判を受けて、再入国制限は、三年間という時限付きの運用となった)により、二〇〇九年一〇月現在で既に一万三〇〇〇人の日系ブラジル人が帰国したとされ、しかし帰国しても、ブラジル社会に馴染めず、再就職も難しいことが報告されている。また日本の日系ブラジル人の子弟のための学校は、約一〇〇校あったが、既に二六校が廃校を余儀なくされ、存続しているところも経営が厳しいことについては、朝日新聞(夕刊)(大阪版)二〇〇九年一月四日一一面参照。

- (14) 象徴的な事例として、ホームレス人口が集積する大阪・釜崎の逸話として、そこでの公園は、フェンスで張り巡らされて、子どもたちは町内会長から鍵を借りて、フェンスの一部のドアを開けて遊ぶという状況である(そうしないと、ホームレスの青テント生活者が公園の中に入り込むのを防止するというのがその理由の由である)。因みに、ホームレスを巡る空間規制に関する日本法(平成一四(二〇〇二)年のホームレス自立支援特別措置法)では、都市公園など公共施設とホームレスの起居の場所を相互排斥的にとらえる立場からの規定がある(二一条(適正化条項))。
- (15) 詳しくは、吉田邦彦「居住福祉法学から見た『弱者包有的災害復興』のあり方(上)(下)——補償問題を中心に」法律時報八一巻九号、一〇号(二〇〇九)「同・都市居住・災害復興・戦争補償と批判的『法の支配』(有斐閣、近刊)所収」参照。
- (16) その批判的考察としては、吉田邦彦・前掲居住福祉ブックレット(注9)四三頁以下参照。
- (17) この点については、吉田邦彦「中心市街地再生と居住福祉法学の課題——青森・アトランタ調査の事例から」協同の発見二〇〇号(二〇〇九)「同・前掲書(注15)所収」参照。
- (18) この点は、とくに、吉田邦彦・債権侵害論再考(有斐閣、一九九二)五六六頁以下、同・民法解釈と揺れ動く所有論(有斐閣、二〇〇〇)(前掲書(注8))一〇章参照。
- (19) これについては、吉田邦彦「在日外国人問題と時効法学・戦後補償(五)」ジュリスト二二一九号(二〇〇二)「同・前掲書(注3)四七二頁以下」、また、斎藤正樹「京都ウトロ居住者の抱える問題——強制立退きと『居住の権利』」早川吉田岡本編・前掲書(ホームレス・強制立退きと居住福祉)(注9)一四三頁以下参照。因みに、ジュリスト論文発表まで、京都ウトロ事件に関する判決の公表すら一件もない有様であったことも驚くべきことである。
- (20) 吉田邦彦「グローバル化時代における『都市非正規性・非公式性』(urban informality)の居住福祉法学的考察——龍教授の漢正街研究を発展させて」(二〇〇九年一月一八日)(中国・武漢大学における報告)は、このような見方を、武漢市漢正街地区の再開発に対する現状保護に応用したものである。なお、都市における非正規性地区の諸事例については、see, e.g. EDISO FERNANDES & ANN VARLEY EDS., ILLEGAL CITIES: LAW AND URBAN CHANGE IN DEVELOPING COUNTRIES (Zed Books, 1998); AMANVA ROY & NEZAR ALSAYYAD EDS., URBAN INFORMALITY: TRANSACTIONAL PERSPECTIVES FROM THE MIDDLE EAST, LATIN AMERICA, AND SOUTH ASIA (Lexington Books, 2004).

(21) これについて詳しくは、吉田邦彦・民法解釈と揺れ動く所有論(有斐閣、二〇〇〇)(前掲書(注8)第七章参照。またこうした人格的所有理論の「非商品化」の方向性で、居住福祉分野を扱っていることは、同・多文化時代と所有・居住福祉・補償問題(有斐閣、二〇〇六)(前掲書(注3)の「はしがき」を参照。

三三 日本(居住)賃貸借の特色と課題

三一 従来の賃借人保護の状況とバックラッシュ

(一) 以上の叙述から、従来住宅法として前面化していた賃貸借法が、居住法学の「部分的地位」を占めるにすぎないことが知られたと思うが、賃貸借法においても、居住者保護のあり方は、一面的・部分的・断片的であることを最初に要約的に述べておこう(なお、賃貸借法においても保護が一面的である理由としては、「低所得者保護の為の賃貸借法」が、包括的・理論的に分析されていないことを物語るように思われて、ひいては、これは一般的に「居住福祉法学の思想」すなわち、「居住の公的保護」を一般的に考えろという問題意識がないことと関係しているように思われる)。

すなわち、従来のわが賃貸借における居住者保護の議論は、①対抗力(借地借家法一〇条、三一条)及び②継続性の保護(とくに更新拒絶及び解約申し入れにおける「正当事由」要件によるそれ(同法六条、二八条)。また、債務不履行解除や無断転貸(賃借権譲渡)などによる解除(民法五四一条、六二二条)における「信賴關係破壊理論」(ないし「背信行為理論」)による絞り込みの判例)に集中しており、これらは、特別法(建物保護ニ関スル法律(明治四二(一九

○九)年法律四〇号)、借地法(大正一〇(一九二二)年法律四九号)、借家法(大正一〇(一九二二)年法律五〇号)。以上は、平成三(一九九二)年に借地借家法(同年法律九〇号)にまとめられる)によって、賃借人保護のために大きく塗り替えられたと言える(そして、それにより、そうした特別法の適用の有無という点で、質貸借か使用貸借かで、——単に、有償・無償の違いに止まらず——その法的効果は、大きく異なるわけである)。

(二)(質借権の対抗力) 以下に分説すると、まず①の「質貸借の対抗力」に関しては、民法六〇五条の質借権の登記の規定は空文化したために、実質的に認められないのと同じになり、それを補うために、特別法で、借地ならば、建物の登記で、また、借家ならば、建物の引き渡しで足りることとされた(借地借家法一〇条、三一条。もとは、建物保護法一条、借家法一条)。

(三)(質借権の継続性保護 また②の「継続性保護」の法制としては、第一に、「存続期間」を、借地の場合、伸張して法定する(三〇年(借地借家三条)。旧法では、やや複雑であり、堅固建物と非堅固建物とを区別していたが、ここでは省略する)。また借家の場合には、一年未満の期間は従来定めることができないうものとされ(借地借家法一九条一項) (その場合には、期間の定めがないことになり、六カ月以前に行うこととされる「解約申し入れ」(同法二七条)によることとなる)、最長は、二〇年とされた(民法六〇四条) (しかしこういう制限は、後述の定期借家権の場合には、及ばないこととされた)。

また第二に、「解約申し入れ」(期間満了の際の)「更新拒絶」には、「正当事由」が必要とされる(借地借家法六条、二八条。もとは、昭和一六(一九四二)年改正により定められた、借地四条一項、六条二項、八条、借家一条ノ二に由来する²²⁾)。しかも、従来は、この「正当事由」がかなり厳格に解釈されて、当時の字句通りに「賃借人の自己使用の必要性」だけでは足りず、賃借人と賃借人との必要性の考量によることとされ、中々それありとは認められないこととさ

れ、これを前提に、立退料システムが事実上形成されてくる（判例法理。これはその後、借地借家法の明文として定められた）。

さらに第三に、債務不履行による解除（民法五四一条）、無断転貸による解除（民法六一二条）について、判例法理により制限的解釈が施された（信頼関係破壊理論（背信行為論））。また、土地の賃借権の譲渡の場合の承諾に代わる裁判所の許可を申請することができるようになった（昭和四一（一九六六）年の借地法改正（借地九条ノ二））。現在の借地借家一九条）。

なおこれとの関連で、その他、建物買取請求権（借地法四条二項。現在の借地借家一三条）、造作買取請求権（借家五条。現在の借地借家三三条では任意規定化された）では、賃借人の投下資本の回収が目指されており、賃借権保護（継続性保護）の関連制度ということができよう。

（四）（九〇年代以降の市場主義的バックラッシュ——定期賃借権）もつとも、こうした継続性保護に関しては、一九九〇年代以降に、市場主義的バックラッシュが起きたことを逸することはできないだろう。すなわち、上記の継続性保護の議論の展開は、住宅政策の不進捗の下での暫定的代替機能も持ったし、当時の第一線の民法学者（鈴木、星野、広中の各博士など）の大きな関心事となったが、住宅供給が、相対的に増大し、しかも、近年の規制緩和・市場主義の波に押されて、こうした「正当事由」要件（および建物買取請求権）を回避する借地借家類型も認められるにいたっているのである。

まず、過般の借地借家法の統一（平成三（一九九二）年）の際に、「定期借地権」が認められ（借地借家法、二二条以下）、さらに、平成一一（一九九九）年に多くの民法学者の反対にも拘らず、議員立法により、「定期借家権」が認められるにいたっている（借地借家三八条。良質な賃貸住宅の供給に関する特別措置法による）。なお、その後の同一九（二〇

〇七)年の改正で、「定期借地権」の規定が整備され、(一)「一般定期借地権」は、五〇年以上(二二条)、(二)「事業用定期借地権」(郊外型レストラン、フランチャイズ店、量販店など)は、一〇年以上五〇年未満とされた(かつては、一〇年以上二〇年未満とされた(旧二四条)が、建物の減価償却期間との関係で短すぎるとの要望があり、それに対応し、また三〇年以上の場合かつては、普通借地権によるほかはなかったが、事業用に限り定期借地権の領域を拡大することとなった)(二三条)。

特に、定期借家権の方は、事態は深刻であり、その立法的当否の議論は多数ある。²³⁾当時の同借家権推進の経済学者の議論は、正当事由制度を廢して、メニューを増やし、借家供給を潤沢にすることにより家賃は下降し、借家人の為に資するなどとされたのだが、借家人市場は、層をなしており、女性、高齢者、低所得者、人種的マイノリティなどで一律に論ずることはできなくなり、近時の非正規労働者ないしワーキングプアの急増との関係では、上記改正の問題性は、赤裸々になってきたといえるであろう。

このような立法がなされたしまった背景を述べるならば、立法過程が、従来の「法制審議会」一本主義が崩れて、圧力団体(主として業界サイドの圧力)の影響を受けやすくなったという変化も関係している。いわば、この面でアメリカ化しているのであり、しかもわが国の場合には、右寄りのロビイストのみ目立っており、経済学者(事業者サイドの論者ばかりで、低所得者の居住権を強化させるべく論陣をはる経済学者が皆無に近いのは、わが国の居住経済学の層の薄さを示しており、アメリカとも異なるところである。さらに、より根本的なこととして(経済学者は必ずしも正面に出さないが)、このような法変更は、開発利益を賃貸人(所有者)に、独占させるといふ政策的(政治的)立場(いわゆる所有権の絶対性)をとることを意味するが、どうして、貧富の格差が広がる今日において、その再分配を否定する保守的(右寄りの)立場が、時代錯誤的に説かれるのか、充分な議論もないままに立法されてしまっている(この点は、

鈴木論文が的確に指摘する⁽²⁴⁾。アメリカでは、まさしくこの点で、学界で数多くの政策論争がなされており、むしろ、開発利益を借家人側に分配する議論のほうが、有力なのである。

三―二 日本の賃貸借法の問題点——それ以外の場面の市場主義的処理

(一) 継続性保護の主軸の「正当事由」要件回避の市場主義へのバックラッシュについては、上述したので繰り返さないが、わが国の賃貸借法の問題状況は、賃貸借市場への公的介入、低所得者保護のための市場規制という政策的スタンスについて、包括的に理論的検討がなされておらず、——そのために「継続性保障」が理論的に公的介入になつていくことにつき、どれだけ意識されたのか分らないが、そのような理論的立場は一貫されず、断片的保障にとどまり、——それ以外は、広く住宅市場メカニズムに賃貸借も投げいれられていることであるとまとめることができる。その限りで、諸外国（例えばアメリカ法）と比べて、議論は少なく、賃借人保護も弱いということである。もう少し具体的に説明すると、例えば、①対価性チェックは、あまりなされないし（それどころか、敷引き、権利金、更新料など様々な名目の金員授受も基本的に野放しである）、②居住の適格性に関する保証法理のようなものもない（また瑕疵担保の規定（民法五七〇条及びその有償契約への準用）によつても、あまり欠陥住宅へのチェックがなされたという風でもない）という具合である。

(二)（対価性チェックの欠如）すなわち、第一に、賃料（借賃）のコントロールは、弱い。増減額請求権のシステム（借地借家二一条、三二条〔借地二二条、借家七条〕）があるくらいである。しかしこれは、「事情変更の原則」の反映であり、継続的契約の特性に基づく、契約の柔軟な内容改訂の一環で捉えうる（なお、本条を使ってサブリース業者が、バ

ブル崩壊後、賃料減額請求する訴訟が相次ぎ、大きな問題となったことは、次述する。

ところがかつては、地代家賃統制令があった（昭和一四（一九三九）勅令七〇四号、同一五（一九四〇）年勅令六七八号、同一（一九四六）年勅令四四三三号。昭和二七（一九五二）年に法律化された）。しかしこれは、戦中・戦後の物価統制政策の一環であり、昭和二五（一九五〇）年以降は、新築建物について、適用除外が広く認められ、同六一（一九八六）年末に失効した。

従つてこの面では、比較的自由度が高く、敷金以外にも、権利金・保証金・更新料などの金員の授受が見られる（地域・建物などにより異なる）。対価面では、（アメリカ以上に）市場主義的性格が強く、その（賃借人〔消費者〕保護的）規制に関する議論が弱いのは、奇妙ですらある。これは、住宅に関する私財（甲斐性の現れ）としての見方の表れかとも思われる。これに対して、アメリカでは、レント・コントロールに関する多くの議論が蓄積されているのである（最近、市場化の波に押され気味ではあるが）。

なおこれとの関連で注目されるのは、①近時の裁判例で、消費者契約法を根拠として、更新料を無効とするものが現れている（京都地判平成二一年七月二三日判例集未登載、大阪高判平成二一年八月二七日判例集未登載〔消費者契約法一〇条違反とする〕）、ことである（反対、京都地判平成二〇年一月三〇日判時二〇一五号九四頁〔更新料一〇万。賃料月四万五〇〇〇円の事例で、賃料の補充として、ただちに相当性を欠くとは言えないとする〕）。これなどは、消費者契約法一〇条を俟たずとも、民法九〇条によつても、チェックできたものであろう。また、②神戸大震災との関係で、敷引き特約（関西地方などでは、契約終了時に、敷金〔賃料の数倍、一〇倍にもなることがあるとのこと〕の二〜三割を控除する旨の取り決め）について、近時の判例は、大震災による建物滅失などで賃貸借が終了する場合には、適用されないとする（最判平成一〇年九月三日民集五二巻六号一四六七頁。下級審では分かれていた）であり、少数の適用肯定

例として、神戸地判平成七年八月八日判時一五四二号九四頁（賃貸借成立の謝礼、定額賃料の代償、更新料、建物修繕費用、空室損料などの性質があり、合理性があるとする）。しかし同判例は、震災以外には、それをそのまま追認している点では、なお批判的吟味が足りないように思う。

(三) (附——賃料保証特約の問題 (サブリース問題) ——保証金問題の延長線上で) 一九八〇年代のバブル期に、開発業者が、介在して建物建築させて、その後転貸人（賃借人）となって、その際に、所有者の建築資金支払いに対応する形で、かなり高額の賃料を定め、賃料減額しない旨の「賃料保証特約」が結ばれた。しかし、その後、一九九〇年代半ばにバブルが崩壊して、借地借家法²⁵三二条の減額請求を求める事例が、近時相次いでいる（認容例として、最判平成一五年一〇月二一日民集五七巻九号一二一三頁など）。近時議論も多いので、ある種の対価コントロールの問題として、併せてここで扱ってみよう。

ただ、まずここで留意しなければならないのは、居住者（転借人）との関係ではなく、開発業者（サブリース業者）から所有者に対する減額請求ということで、通常の賃借人保護とは、事情が異なるということである。すなわち、①この場合は、家主は、（場合によっては地上げにも類似する形で）建物を建てさせられた所有者であるのに対して、転貸人はデベロッパーであり、業として行う商事賃借人であり、力関係としては、後者のほうが強力で、開発のイニシアティブもとっている（いわば、前者は、建設協力者である）ということである。②こうした場合に、業者の予測に反してバブルが崩壊したことの開発利益の減少の不利を、相対的に取引弱者の賃貸人に（特約に反して）どれだけ転嫁できるかということであり、③しかも、居住者たる転借人には、近隣の相場の低下に応じた賃料減額の要請があるのに、もとの賃貸借の賃料が据え置かれると、高額賃料が転借料に、転嫁されかねないというディレンマがある。

従って、判例のように、典型契約論は決め手となるかどうか疑問があり、賃貸借契約といったところで、本件契約の

特殊性は否定できないし、減額請求の可否に関する結論を導く際にも、賃貸借（借家）契約と認定することが論理必然のものではない。判例は、そう法性決定すれば、借地借家法三二条は適用されて、それは、強行規定で、当然に減額は認められるとする如くだが、別の解釈論（片面的強行規定論）を展開できる。

また判例は、「業界（開発業者・デベロッパ）の業界のこと（吉田）救済に乗り出した」と捉える見方がある（内田・法協一二二巻一二号評釈）。それ自体は、記述的には、その通りかもしれないが、規範的にそうしてよいかどうかは、さらに検討すべきであろう。（i）権力分析として、介在したサブリース業者の立場は、強力であり、（ii）所有者（賃貸人）は、業者からの賃料（保証金）を前提として、バブル当時の建設資金の支払いをしているという事情もある。それなのに、自らの「特約」を反故にして減額請求を認めてよいかという問題である。——この限りで、むしろ私的自治の原則の方が妥当しやすい領域である。しかし、（iii）それが、転借人の賃料にどう影響するかということも検討しなければならぬであろう。もつとも、中間業者が、据え置かれた賃料を転借人に転嫁しようとするならば、もはや転借人は、廉価な賃貸マンションに移ればよいともいえる（ないし同人は、三二条の権限行使ができると考えればよいともいえる）⁽²⁶⁾。

（四）（居住適格保証の欠落）土地・建物（特に後者）の居住適格保証に関する法理についても、比較的議論は少ない（修繕義務（民法六〇六条）、瑕疵担保（民法五五九条による民法五七〇条の準用）の規定はあるが）。近年、賃貸マンションについて、この点で、賃料減額が問題になったものがある（東京地判平成六年八月二二日判時一五二二号八六頁（かなり高額の賃料（月二二万七〇〇〇円）で、共益費一万八〇〇円）のマンションで、工事の騒音、カビの発生が問題になったもの。バブル崩壊とも関係する。借家七条三項を根拠とする減額を認めているが、性格上は、瑕疵担保（民法五七〇条の準用）の問題である）。

これに対して、アメリカでは、一九七〇年代にこれに関する判例法理 (warranty of habitability) が発展し、その広範な実現を巡り多くの議論がある(「生ける法」との乖離があるから)。ともかく、判例法では、その保証違反の家屋の賃借人は、賃料不払いで抵抗することができるし、それを理由とする報復的な解約請求もできないとされている。さらに、各州でそれを上回る「建物修繕管理、安全面、電気・上下水道・空調・冷暖房・ごみ処理、避難施設、居住人員の制限など」につき行政法規としての住宅法典があり、検査官による状況調査、改善命令などの措置が出されるシステムになっている。わが国のこのような側面での賃借人保護は、今後検討されてよい。

三―三 わが賃貸借における近時の新たな動き及び今後の課題

(一) (賃貸借における居住差別問題の前面化) 居住を巡る差別(不当な契約条件)およびそれに対する規制も、今後の課題となろう(母子家庭、子持ち家庭、また単身高齢者への提供制限、職業的差別(コピーライター、デザイナーなどカタカナ職種は敬遠されるとされる)、在日外国人問題(在日韓国・朝鮮人の入居拒否につき損害賠償を認めた、大阪地判平成五年六月一八日判時一四六八号一二二頁(賃貸マンションにつき、借主が外国人(在日)であることによる入居拒否。契約準備段階における信義則上の損害賠償肯定(二六万余円))。また、大阪地判平成一九年二月一八日判時二〇〇〇号七九頁(在日であることによる賃貸拒否事例で、前訴(家主への不法行為訴訟)で一〇〇万円支払いの和解が成立し、本件は、人種差別禁止条例を大阪府が定めないことに関する国賠訴訟。憲法一四条、人種差別撤廃条約から具体的立法義務は導かれまいとする)が注目されている)。これは、不法行為法の問題であるが、賃貸借に関わる法理の展開として、挙げておく次第である。

(二) (低廉な賃貸借の問題) 公営住宅は、低廉家賃での賃貸という意味で、対価コントロールがなされていると見うるが(昭和二六(一九五二)年公営住宅法一条参照)、わが国の公営住宅の位置づけは、民間の借家建設が軌道に乗るまでの「つなぎ」として、例外的なものであり、公共賃貸の割合も低く(全住宅比は、七パーセント弱)、近年は、規制緩和の波で削減傾向にあるが(二〇〇三年で、四%ほどに減っている)、昨今のホームレスの激増を見てもわかるように、こうした住宅政策は、時代の要請と逆向きであることがわかるであろう(そもそも、こうした事態は、わが国の住宅の私的所有物としての観念、それゆえのその公的支えという発想(居住福祉法学的発想)の弱さということにも関係していることは前述したとおりである)。こうした状況は、高い賃貸借に慣れっことになるという賃貸借居住福祉の貧しさにも繋がるのであり、これは教育を受ける権利などとも関わり、居住福祉の基本的な人権性に思いを致すべきである(例えば、東大の本郷通り界隈では、家賃が一〇万円以上もする賃貸マンションが林立し、地方出身の大学生にとつては、居住費の高騰ゆえに、実質的に教育を受ける権利、学問をする権利にも、支障をきたすということになりかねない)。

また、わが国では、住宅が、低廉な住居提供という点で、大きな意味を持ってきたが、こうした雇用牽連的な賃貸借についても、近時は、非正規雇用の雇止めとの関連で深刻な問題を生んでいることも既に述べたとおりである。従って、こうした住宅などとの関係での「正当事由」要件の運用の仕方も問題とされてよいだろう。

すなわち、この点で、従来の判例は、適用を否定するのが、一般的であった(例えば、(一) 住宅につき、宅料は、維持費の一部であり、住宅使用の対価ではなく、従業員たる身分とリンクする特殊の契約関係で賃貸借関係ではないとし(最判昭和二九年一月二六日民集八卷一〇四七頁、同三〇(一九五五)年五月二三日民集九卷六号七一頁)、また(二) 公営住宅につき、最判昭和六二年二月一三日判時二二三八号七六頁は、公営住宅法による明渡請求には、借家法一条ノ二の「正当事由」は不要とする)。しかし理論的に、住宅や公営住宅につき、借地借家法の適用(とくに同

法二八条の「正当事由」の適用が排除されるとは、当然には、言えないはずである。また低廉な住宅提供としての社宅の法律関係は、重要であるが、学説は、この点十分な居住者保護の解釈論を展開しているようにも思われない。すなわち、借家法の適用を肯定する見解（広中、島田、月岡の各教授など。これに対して、我妻・中（二）五一頁は、社員たる身分と結合し、その存続はその身分関係の終了とともに終了するとして、借家法の適用を認めない）であっても、借家法一条ノ二（現借地借家二八条）の正当事由判断につき、²⁷社宅の特殊性は考慮されざるを得ず、借家法により保護される独立の居住利益は認められないとするのである。しかし、近時の非正規雇用の増大及び派遣労働者の雇止め、それに伴う住居喪失の多発（ハウジングプア）という事態に鑑みるならば、——確かに、社宅を一般借家と同視することとはできないが、——使用者に社宅スペースの余裕がある場合などは、「正当事由」を安易に認めないなどの解釈論は、ありうるのではないか。

(三)（地震の賃貸借への影響）⁽²⁸⁾ところで、一九九五年の阪神・淡路大震災を機縁として、借地借家の関連では、こうした事態に対して、罹災都市借地借家臨時処理法（罹処法）（昭和二年法律一三三号）（本来は、太平洋戦争中の空襲や建物疎開による滅失に備えたもの）を準用する平成七（一九九五）年二月六日公布（即日施行）政令一六号が出された法二五条の二参照）。罹処法は、本来は、終戦直後に戦災を念頭に作られたものであるが（一条参照）、「政令で定める火災、震災、風水害などで滅失した建物」に準用されるから（二五条の二参照）、地球温暖化の昨今、神戸震災後も、カトリック・ハリケーンに襲われたニューオーリンズ（二〇〇五年）、サイクロンにやられたミャンマーのヤンゴン（二〇〇八年）などのような事態が出てくれば、風水害でも今後とも問題になりうるだろう。もちろん中国四川省の大地震のような例のわが国での再発も否定できないのである。

そして同法律の中には、締約強制という興味深い規定があり（二一条）、その理論的意味を述べておく。この規定は、

無権限（「不法占拠」）となってしまう借家人に、一定の所有法上の権限再分配を行うものとして、取得時効制度などと同様に、注目されよう。既述のように、「第三世界」の開発途上国における都市部では、都市不法占拠者ないしホームレス（urban squatters）の処遇は、深刻な問題となり、それらの人々への所有の再分配を行っているという形で、比較所有理論上は、広がりのある課題なのであり、本規定も災害との関連で、例外的にその問題の一環をなすということである。

その他、震災に関わるその他の住宅問題が多々あることは既に述べた通りで、賃貸借の問題は、その一部分をなすに過ぎない。例えば、①仮設・復興住宅の建設のあり方（辺鄙などところでの高層復興住宅での高齢者の孤独死など相次いでいる）、②震災後の再開発のあり方（元の商店街は、新設ビル群では再生されていない。例えば、神戸市長田地区）、③被災マンションの多くの不必要な再建築（建替派、修繕派の区分所有者の対立は、不正確な情報操作で、多くの場合、前者（建替派）が多数となって、取壊された。区分所有法六二条の平成一四（二〇〇二）年改正でも、建て替えし易いように進められており、少数者の居住権は脆弱化している）、④住宅の個人補償の否定（その反面で、震災復興費は公共事業に費やされた）などある（民法学者が書く論文のテーマはなぜか賃貸借に限られているが、問題の広範さを再度強調しておきたい）。

(22) 従って、日本の高度経済成長を支えたセイフティネットである、終身雇用、メインバンクシステムなどの「日本式経済システム」の源流を「四〇年体制」ということがあるが、医療保障の領域では、第一次国民皆保険を挙げることができる。住居賃貸借の領域では、この「正当事出」制度を挙げることができるだろう。

(23) 例えば、内田貴「管見『定期借家権構想』」NB1606号（一九九六）（同・契約の時代（岩波書店、二〇〇三）に所

収)、「座談会」定期借家権をめぐる」ジュリスト一一二四号(一九九七)、阿部泰隆ほか編・定期借家権(信山社、一九九八)など参照。

(24) 鈴木緑弥「定期借家権という立法論登場の背景」阿部泰隆他編・前掲書(注23)三二一―三二四頁、また、同「いわゆる『定期借家権』について(上)(下)」NBL五八六号、五八七号(一九九六)も参照。また開発利益(経済的レント)の帰属という観点からの分析として、吉田邦彦・多文化時代と所有・居住福祉・補償問題(有斐閣、二〇〇六)(前掲書(注3)九三―九五頁参照)。

(25) 澤野順彦「サブリースと賃料増減請求」NBL五五四号(一九九四)、道垣内弘人「不動産の一括賃貸と借賃の減額請求」NBL五八〇号(一九九五)、加藤雅信「不動産の事業受託(サブリース)と借賃減額請求権(上)(下)」NBL五六八、五六九号(一九九五)、内田勝一「サブリース契約における賃料保証・賃料自動改定特約の効力」ジュリスト一一五〇号(一九九九)、鈴木緑弥「いわゆるサブリース契約の法的性質と賃料減額請求の可否」ジュリスト一一五一号(一九九九)、野村豊弘「サブリース契約」新借地借家法講座三卷(日本評論社、一九九九)、下森定「いわゆるサブリース契約における賃料減額請求の可否」法律のひろば一九九九年九月号(さらに、同「サブリース訴訟最高裁判決の先例的意義と今後の理論的展望(上)(下)」金商一一九一号、一一九二号(二〇〇四)、金山直樹「サブリース契約の法的性質(一)―(四・完)」民事研修五〇八号、五一〇―五一二号(一九九九)(賃料保証は、担保ないしリスクヘッジとする(五一〇号二二―二三頁)、升永英俊・サブリース訴訟(千倉書房、二〇〇二))。

また、最高裁判決後のもので、清水俊彦「転貸目的の事業用建物賃貸借と借地借家法三二条(上)(下)」NBL七七五号、七七七号(二〇〇三)―二〇〇四)、澤野順彦「近江幸治Ⅱ植松丘ほか(シンポ)サブリース(転貸事業)契約―最高裁判決(平成一五年一〇月二二日)を機縁として」日本土地法学会編・転機に立つアジアの土地法(有斐閣、二〇〇五)一六九頁以下(私見については、二一九―二二〇頁(吉田邦彦発言)(なお、この発言は、当日話したことの三分の一ほどが、手違いで抜けているので、本稿でそれを補っておきたい)参照)、内田貴「事情変更と契約の拘束力」二二世紀の日韓民法学(信山社、二〇〇五)などがある。

(26) なおこの点で、内田・前掲(注25)論文一八頁、二三頁では、減額請求の規定(借地借家法二二条、三二条)を、長期的・継続的契約における「柔軟性」原理の反映としてみるべきで、弱者保護的なスタンスから脱却すべきと説く如くだが、

マクニールの関係契約理論においては、「柔軟性」原理とともに、権力分析に敏感になるようにと説いており（吉田邦彦「Jan Macneil, *Economic Analysis of Contractual Relations*」アメリカ法「一九八九—」八〇—八七頁、同・契約法・医事法の関係的展開（有斐閣、二〇〇三）九八頁以下。See also, Robert Gordon, *Macneil, Macneil, and the Discovery of Soli-darity and Power in Contract Law*, 1985 *WisL Rev.* 565, at 570—）「そこからは、弱者保護的解釈が志向されるのであり、原典に戻るべきであろう。

(27) 広中俊雄「社宅・寮の使用関係をめぐる判例」法律のひろば一九卷二号（一九六六）一八頁以下（賃貸借説）、島田信義・給与住宅・福利・共済（労働実務大系二〇）（総合労働研究所、一九七二）一一三頁（労働契約説）、月岡利男「社宅・公務員宿舎」現代借地借家法講座二巻借家法（日本評論社、一九八六）三三二九頁など参照。

(28) (特集) 災害と法・民商法雑誌一一二巻四〇五合併号（一九九五）、阪神・淡路大震災——法と対策・ジュリスト一〇七〇号（一九九五）など参照。

四. 韓国（住居）賃貸借の特色と課題——結びにかえて

四一 日韓の相違

(一) (第一) 借地問題の不存在 それでは、以上の日本法の叙述との比較で、韓国の住宅賃貸借法（韓国民法（一九五八年）六一八条以下（賃貸借）、三〇三条以下（傳賃権）、また、住宅賃貸借保護法（一九八一年）（及びその後の改正法）さらに、商街建物賃貸借法（二〇〇一年））は、どうなのであるか、ということ最後に述べて終わりとする。

まず断らなければならないのは、借地は、土地と家屋を別個の不動産とするわが国ならではの不動産の利用形態であ

り、——法制面では、日韓類似するもの——両国の状況は、この点でかなり異なるであろう。民法起草者の一人の梅博士は、確かに不動産法制（日本の近代土地所有法制）を韓国に輸出しようとして（なお同博士は、伊藤博文の参謀であり、韓国で客死するものも、いわゆる「土地調査事業」の前提となる不動産調査が契機となつていたのであり、博士に対する韓国研究者の見え方も異なる²⁹）、確かに法律上は、土地と家屋を別個の不動産とする扱いは、伝搬した。しかし韓国民の法意識としては、住宅中心に不動産を捉えるという見方は、強固であり、従つて土地・家屋を別個に捉える見方を前提とする借地契約は同国では、観念し難いのであり、等し並みに説くことには慎重でなければなるまい（例外は、抵当権が部分的に設定された場合の「法定地上権」の場合くらいであろう（韓国民法三六六条は、日本民法三八八条に対応するものであり、これに関する判例は存在している）。むしろ賃貸借を借家のみと捉える、韓国法の立場こそが比較法的には、大勢であることに留意すべきであろう。

（二）（第二…對抗力及び存続保護の点）第二に、「對抗力」「存続保護」など、従来民法の中で説かれていた賃貸借法の中身自体は大差ないということであろうか。しかし他方で、近時の日本法のような定期賃貸志向の現象は、それほど見られない。

なお、微妙な違いはあり、「對抗力」の点では、韓国民法上は、賃貸借の登記が求められており（民法六二二条二項）、日本法と同様の問題を解消するために、一九八一年法で、「住宅の引渡と住民登録」（二〇〇一年法では、「建物引渡しと事業者登録」）が對抗要件とされていて、やや違いがある。しかし、「住民登録」などを要求するのは、筋違いという批判³⁰があり、もつともであろう。

また、「存続保護」の点では、住宅賃貸借の場合には、最低二年間となつている（一九八一年法の八九年改正）（四条）点は、日本より保護が厚いが、他方で、「正当事由制度」はない。他方で、商街建物賃貸借においては、最低一年とさ

れ（二〇〇一年法九条）、さらに、五年の限りで、更新拒絶の制限の正当事由制度を設けた（同法一〇条）ところは、やや日本法に類似する。

（三）（第三…対価コントロールの点）「傳賃権」という韓国独特の制度は、対価コントロールの点で大きく分析対象になる可能性がある。これは、低所得者には、不利に作用して、韓国独特の賃貸借事情を従来招来したであろうし（例えば、賃貸の小規模化）、「月賃」賃貸の増加という現象は、そうした背景のもとで理解されるのであろう。

そして、「対価コントロール」の点では、まず第一に、保証金・家賃の不当引上げを抑制する制度を取っており（約定家賃の五％（二〇分の一）を超えないようにすると規定する）（一九八一年法の一九八三年改正）（七条）、第二に、非持家の低所得者賃借人の保護として、少額保証金保護（優先弁済請求権の保護）（一九八一年法の一九八三年改正、一九八九年改正）（八条）（二〇〇一年法では、五条二項、一四条）の制度がある（後者は、傳賃権の優先弁済権に関する一九八四年の民法改正（韓国民法三〇三条）に遡る）。その実効性も議論されているが、日本では、そもそもそういう立法、つまり低所得の賃借人保護という思想あるいは、対価をコントロールするという規制立法すらないという点で、この彼我の相違には、注目される。

しかし、諸外国のようなレント・コントロールとか家賃補助（アメリカでは、セクション八プログラムとして、定着しており、供給サイドの補助との比較での議論も盛んである）については、実践例を欠いており、また、地代・家賃改訂のルール作り、その迅速化という問題もあるという点では、日本と同様ではないか。

（四）（第四…借家権の承継問題）借家権の承継の問題は、単に団体的側面のみならず、この問題の居住権保護の居住福祉法学的考慮が必要であろう（高論文²¹）では、これを「社会法」的考慮として、星野説を支持する分析をするが、類似しているであろう。韓国では、高教授の尽力もあり、立法的に同居人の居住権が図られている（住宅賃貸借保護

これに対して、わが国は、未だ解決されていない状態である。すなわち周知のように、昭和四一（一九六六）年改正で、借家七条ノ二〔現借地借家三六条〕が新設されて、内縁の妻ないし事実上の養子への承継が認められたが、相続人がいないことが要件であり、判例は、相続人がいる場合に、そうした同居人の相続人の賃借権の援用を認める（最判四二年二月二二日民集二二卷一号一五五頁）が、限界がある。

（五）（第五・公共賃貸の多さ）居住福祉法学の観点から見て、賃貸借における日韓の決定的違いは、低廉の公共賃貸を増加させているということであり（一九八〇年代末から「永久賃貸住宅」（家賃は、市場賃料の二割以下）（二五万户建設計画））、この住宅政策は、韓国住宅政策の進歩性を示しており、極めて注目されよう。⁽³²⁾

（六）その他、ここでの問題ではないが、マンション領域で、建替えを巡る事情は、日韓で大きく異なることは前述した。これも居住福祉の点からは、注目すべきだが、もはや繰り返さない。

四―二 まとめ

以上のように、賃貸借法において、日韓は、類似している面があるものの、かなり大きなところで違いがあり、居住福祉法学の観点からは、韓国法の方が、一步も二歩も先に出ているのではないか。もつとも、賃貸借法は、両国ともに、政策的課題は山積しており（例えば、居住差別の問題、公共賃貸以外の対価コントロールなどは、両国の事情は、かなり類似するところがあるのではないか）、今後とも、両国法は、問題状況を明らかにする上で、参照価値が高いことを忘れるべきではないであろう。

因みに、わが賃貸借法は、近時の民法改正（債権法改正）の動き（とくに、二〇〇六年一〇月に設立され、二〇〇九年三月に検討審議を終了した、「民法（債権法）改正検討委員会」のそれ）ではあまり触れられず、上記の立法的課題は、あまり盛り込まれていない。それは今般の改正論議は、「政策的課題が大きい分野には、基本的に立ち入らない」というスタンスで臨まれているからである。しかしそうしたスタンスは、戦略的には理解できるものの、社会的要請への対応状況という観点からは、かなり問題があり、近時の改正論議の偏頗性を示しているようにも思われる。

(29) この点は、鄭鐘休「梅謙次郎と韓国近代立法事業」法律時報七〇巻七号（一九九八）参照。

(30) 例えば、高翔龍・現代韓国法入門（信山社、一九九八）一八三―一八四頁、同・韓国法（信山社、二〇〇七）二五四頁。

(31) 高翔龍「借家権の承継（四・定）」法協一〇一卷八号（一九八四）一二七五頁以下参照。またこの点は、吉田邦彦ほか「高民法学の紹介及び質疑討論」北大法学論集五八巻五号（二〇〇八）二四〇七―二四〇八頁（吉田邦彦発言）も参照。

(32) この点は、吉田邦彦「東アジア居住福祉法学の新たな胎動」同・多文化時代と所有・居住福祉・補償問題（有斐閣、二〇〇六）（前掲書）（注3）二二三頁以下参照。

(33) この点については、吉田邦彦「近時の『民法改正』論議における方法的・理論的問題点」ジュリスト一三六八号（二〇〇八）一〇九頁参照。