

琉球大学学術リポジトリ

借家の修繕・改良・造作の権利義務

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-10-30 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 新垣, 進, Arakaki, Susumu メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/2274

借家の修繕・改良・造作の権利義務

新
垣
進

借家の修繕・改良・造作の権利義務（新垣 進）

185

目次

- 一、造作概念の進化論的考察の必要性
- 二、造作と統一的に把握されるべき分野
 - (一)、統一的把握の必要性
 - (二)、必要費投下による建物の構成部分
 - (三)、有益費投下による建物の改良部分
- 四、建物利用上のその他の附屬物
- 三、借家の修繕・造作附加と家主の意思
 - (一)、借家法五条の同意権の性質
 - (二)、借家の修繕の権利義務
 - (三)、修繕か家賃減額かの選択
 - (四)、借家人が修繕を担当する特約
- 四、借家人の投下資本回収手段

(一)、不当利得償還請求の可否

(二)、借家人の投下資本回収の現実的手段

参考文献目録

一、造作概念の進化論的考察の必要性

借家法五条の造作買取請求権の規定は、民法六〇八条の費用償還請求権から漏れるものを救うために設けられたものであるから、両者の統一論が出るのも当然のことだろう。しかし、その統一論的解釈論を展開するためには、解明されるべき二・三の問題点があると思う。もしその統一論が、両者の識別基準の不明確性からくる問題の回避のみにそのメリットを求めているとすれば、その論理の積極的進展を期待することができないし、不明確な造作概念に依存するだけでは、「電化時代」の新たな課題に対応できないだろう。

法律用語として「造作」が初めて登場した明治一〇年の内務省布達でも、「造作トハ庇、天井、敷居、鴨居、縁板、床ノ間、押入等ヲ云フ」とあり、古い国語辞典でも、それと同様に建物内部の仕上げや造り付けたものを意味し、畳・建具等はむしろ除外されていた。⁽¹⁾それが大正一〇年の借家法では、畳・建具が造作の代表とされ、造り付けることによって建物の構成部分となっている旧来の慣用上の造作は民法六〇八条により費用償還の途が既に用意されていたことから、借家法五条の附加物たる造作から除外されるようである。⁽²⁾ところが判例によって造作と認められたものには、「雨戸・ネダ・板間・便所に往来するための廊下・階段・階段上の屋根」⁽⁴⁾「かまど・煙突」⁽⁵⁾等——家主がそれ等を借家人から買い取った後に建物を新借家人賃貸する場合は、それ等を建物の構

成部分と言うべき種類であるから、造作として新借家人へ転売できないもの——のように慣用に従って造作として扱われるものもあり、造作概念を一層混乱させているものがある。

「造作」の中にも電気・水道施設のように、今日の生活水準から言えば、建物使用上不可欠のものとして、有益費よりむしろ必要費に対応させるべきものもあるが、殆んどの学説は有益費との統一論しか考えてない。⁽⁶⁾そこで通常の造作と必要費的造作とを分離して考察すれば、「家主の同意拒否は権利濫用だ」とか「包括的同意の擬制」等の論理の目標が解明されることだろう。

文明の進歩や国民生活の水準の向上は、住宅構造や造作家具の形態に変化をもたらす。特にユニットシステムの建物の配電・配水・配湯施設や建物にセットされた台所・風呂施設等について、「それは元来家具類である」とか、「これは造作であつて建物の構成部分でない」等と、古典的論議を続けることが法律家の使命ではなからう。又、店舗用のインテリアデザインにも理解を持たなくてはならないだろう。

従来 of 学説では、無断で造作を附加した借家人に対し、家主は造作の即時収去請求や契約解除までできるかについて、論及してなかつたようであるから、家主の同意権の性質の検討も不充分である。借家の修繕や改良と家主の意思との関係さえも、未だ整理されていないように思われる。

必要費的造作から有益費的のままで、造作の種類は千差万別であり、如何なる種類の店舗にも役立つ営業用造作も殆んどないのに、学説は造作が建物に客観的便益を与えることをその買取請求を認めるための条件の一つにしているのである。仮に建物の新利用者の個人的便益まで考慮するとしたとき、感情的な対立から家主が意地悪く借家人の造作を欲しない新借家人をんだなら、借家人の造作買取請求権が家主の胸三寸によって消滅するし、逆に、新借家人にとっての便益を全く無視したのでは家主の方がたまらない。そこで配慮されるべき利害関

係としては、家主が借家人の造作を買取った後にそれを新借家人へ転売できるか、或いはそれを自己使用又は収去売却して採算が合うかということであり、新借家人にとつての便益もその造作価格にも関連があり、その造作の価格が安いなら欲しいということもある。一般的に時価と言えば、欲しがっている者が買いに集る市場での価額のことであるが、造作買取の時価は、建物に附加されたまゝでの価格というのだから——附加工事を加算することは当然であるが——その建物の賃借利用階層に限定した市場価格でしかなく、家を借りに来る者が「その程度の価格で造作が引継げるなら、その建物を賃借しよう」とか、何か商売を始めた者が「それだけの投資でやれるなら、その営業にしてもよい」と考える程度となろう。時価についてこれだけ配慮すれば、「こんな高価な造作は転売できないから迷惑だ」として便益性を否定されることもないし、借家人の方も便益性の弱い造作についてはそんな値段なら収去した方がよいという結果になっても仕方がない。全く一般的便益性のない造作なら、借家人にその収去義務を負わせるか、或いはその現実的履行の強制として収去の代替執行の費用分だけマインナスに計算され、ばよいから、「家主が営業をするわけではない」とか、「新借家人がその造作を必要としな⁽⁷⁾いかも知れない」等といった、造作代を値切るための家主の口実が出るのを封じ、借家人の損失において家主が転売利益の増加をはかることを抑えることになる。

私が造作を必要費的なものと有益費的なものに分化することも、有益費の現存利益の査定にも建物改良部分としての客観的有益性を考慮すること等と合せて、それ等の法理がその現代的課題に対処するための基礎的問題の整理を狙ったものである。

念のために断っておくと、私は本稿を解釈論として展開したつもりであるが、もしこれに解釈論の限界を越えた部分があるなら、それを立法論として読んでもらって差し支えない。

本章の進化論的といった比喩的表現を用いたのも、他に適当な言葉が見い出せなかったからであり、もしそれが造作概念の法文上の突然変異、分化や結合等を表わす用語として、科学性を喪失させる程の比喩であれば、お許し願いたい。

- (1) 水本信夫 「借家法学説実例総攬」二五三頁参照
- (2) 「造作」とは本来造り付けるという意味の動詞であり、借家法五条のように「造作附加」によって動詞になるものは、名詞としての「造作」の実態に差異が認められる。
- (3) 建物が既にガラス戸等で戸締りができていたなら別だが、もしその雨戸が雨風を防ぐに必要なものであるなら、その取り外しの難易にかゝらず、それは建物に不可欠の構成部分であると言えよう。
- (4) 東京控訴院昭和一〇年六月一四日判決より引用
- (5) 名古屋控訴院昭和十三年一月一七日判決より引用
- (6) 本稿二章の注(1)後段の篠塚説参照
- (7) 大正一〇年二月二日衆議院委員会同年三月二〇日貴族院委員会における山内政府各員が、借家法五条の造作から無形造作を除外する理由の答弁から引用した言葉だが、それを客観的便宜にあてはめると、営業用なら有形造作も同様に除外されそうである。最高裁昭和二九年三月二一日判決は、有形無形の営業用の造作代を含む権利金の返還について、「既に十数年も本件建物を使用した以上は……」とそれを否定しているが、それが既に元を取ったから返還の必要なしということなら、何故に営業用についてだけ元を取ったと考えるのか、元を取っても所有権者としての収去権は失わないのに、なぜ買取請求権だけ失うのか、収去不能な無形造作をなぜ見捨てるのか疑問であるが、おそらくそれは右

の山内答弁の考え方を底流にしていると思う。

二、造作と統一的に把握されるべき分野

(一)、統一的把握の必要性

造作にも電気・水道・ガスの配管のように、コンクリート壁の中に埋められたりして、収去が困難なこともあるが、建物の必須の構成部分にも、屋根瓦・戸締用の雨戸や玄関の扉のように——その収去によって建物たる存在を失うかどうかは別として——取り外しが容易にできるものもある。

判例(前章の注(4)(5))が買取請求権を認める造作の中で、家主が新借家人へ転売することにより一挙に資本の回収ができるのは、借家人が家主に気兼ねなく消耗品的使用をするために、建物所有権から分離して借家人が自己所有することが適当なものについてである。しかし、造作代という名称を使わず、建築協力金・権利金・敷金・修繕費を含む必要費や有益費を借家人に負担させれば、何等の所有権も借家人に帰属させずに、貸家への投資の一部を借家人に肩代りさせることもできる。供給不足の住宅事情から、借家人が家賃に加えて建物構成部分まで負担させられざるを得ないということであり、地代家賃統制令にでも抵触しない限り、契約自由の原則の範疇に属する問題である。それとは逆に、家主の方で建物に造作や家具まで附加したにしても、どうせ家主はその分だけ家賃に加算して回収するだけのことであるから、建物の構成部分と造作家具を含めた中で、どこまでが家主が設備投資すべき部分だとか、造作と家具は借家人の方で所有権を買受けるべきだ等と、判別することはできない。借家人が家主の貸家投資の一部を肩代りさせられたことへの利益配当については——家賃がそれ以上値上げ

すべきであつたかどうか分らないが——とにかく家賃がそれだけで済んだという擬制利益と相殺されたということ、借家人を慰めるしかない。

借家利用目的のために借家人が建物に投じた改良費は、それが技術的に収去可能な有形状態にあるとき、借家権の権限内で借家人が建物を改良とその原状回復をすることについて、家主は借家人に善管注意義務を問う以外に、その改良部分の買取権や改良費償還権も持たないから、改良費が既に建物所有権に吸収されたと主張することもできない（民法二四二条但書）。そうなる収去可能な改良部分は収去権がある点で造作と異ならないことになる。又、造作附加としてなら家主の同意拒否に妨げられたとき、借家人はそれを改良費投下という形態へ工夫することによって、同一目的を達成することも少くないだろう。

薪が入手できなくなった都市で、煙突付のかまどをガスレンジと換気扇付フードに改良したとか、薪燃料の風呂を瞬間湯沸器附加か又は最新型の風呂セットに改造することもあろう、判例・通説が造作とか家具と呼ぶものが改良の素材としてセメントやタイル張りで建物に固定され、日曜大工では収去ができず、中古品の取り外しや取り付けを請負う職人も見つからないことがある。もしその収去ができたにしても、移転先の建物がユニットシステムで既に造作等が完備しているとか、移転先の建物にサイズが合わないこと等で、それが無用の長物になることもある。

造作にも畳・建具のように家具的なものから、配電・配水施設のような改良費的なものであり、さらに建物・造作や家具の総体に結合した高価な無形造作たるインテリアまで出現すると、造作とか家具といった名称による分類をして、前者は買取請求権、後者は収去義務だと差別することは、現代的な課題に背を向けることになると思われる。

(二)、必要費投下による建物の構成部分

特に家賃を安くする代りに、電気・水道・ガス等の施設なしに建物を使用する契約とか、文明を排除した生活をする建物として賃貸借したものでない限り、借家利用上不可欠の施設をすることは当然予定されたものであり、家主がそれを否定することが、使用収益を借主に許与する貸主の債務の不履行になるから、それが造作附加の形態をとる場合でも、必要費的なものについて家主の同意権を存在させる余地はない。

水洗式のトイレは学説によってやっと造作として認められつゝある段階であろうが、或る地域に下水道が完備し、便所汲取業が居なくなつたとき、家主が便所の水洗化に同意しないことは借家権の否定に等しいし、無断で附加した造作だということでも水洗トイレの収去義務を負わせると、便器や配管等の収去が技術的に可能であるにせよ、その取り外し工事費だけで新品取り付け費用より高くつくだろう。誰が借家を使用するにしても、トイレの水洗化が不可避免的なものであり、その費用も建物に一体不可分のものとして吸収されるから、立替えた借家人には即時の償還請求権が認められるだろう。

必要費的改良部分の耐用年数が建物の寿命よりはるかに短かく、建物が明渡される頃までには消耗し使用不能に近いようになるものは、主として借家人の利用のためのものであり、建物所有権の支配下に服する面は弱いから、家主が任意に即時償還に応じない限り、その改良部分が健在で家主に引渡されるときしかその償還請求がでないと考えるのが常識であろう。建物の改良部分に独立の所有権が認められるものであるなら、その費用を借家人が負担している間は、建物という集合物に借家人が権限によって附合させた構成物として、それに借家人の所有権を留保させてよいであろう。必要費という名称は同一であっても、償還請求権の発生を全て画一的に扱う必要はないと考える。そうすれば、ガスレンジや瞬間湯沸器は建物明渡時にその費用償還すべきものであり、従

来建物使用上の費用として借家人が負担すると考えられたもの例えば白蟻予防費用（自動車ならオーバーホール費やグリスオイル注入費）の現存増価額が認められるときも、建物使用終了により借家人には回収できなくなる家主の残存利益分だけの償還を認めることができる。

北海道等の寒冷地の冬に欠かせない暖房装置は、従来から必要費的なものであったと言えよう。現在の国民生活水準から見れば、夏の暑さには扇風機で間に合うと考えるだろうから、ルームクーラーは未だ一般的には有益費的造作でしかない。ところが、屋根や窓から侵入する大陽熱に対し、大気汚染や騒音公害のため通風を確保することもできず、扇風機も役立たない地域の建物では、クーラーやエアークリーナーが生命と健康を保持するために不可欠であり、もし家主がそれに同意を与えないなら、借り手が皆逃げてしまいうから、やはりそれは必要費的造作と言えよう。

特に喫茶店のような店舗などでは、冷房完備でなければ客が寄りつかないから、そこで借家人が設置した冷房も必要費的造作である。家主から或る種の営業のための建物利用を許された借家人は、その営業に必要な造作について、一つ一つ家主の同意を得なくともよいと言えよう（包括的同意と言うより契約内容として当然に）

建物の修繕として、造作や電化製品を取り付ける方が効率的なこともある。例えば、瞬間湯沸付のタイル張りの浴槽に水漏れが始まり、その補修も困難なために、ガス中毒の危険も少ない新型のポリバスセットに取り替えるとか、フード付煙突の排煙機能を強化するため、それに換気扇をセットすること等がそれにあたる。

必要費的造作の附加に家主の同意が不要だという点では必要費投下と同様だが、それが造作である限り、借家人にはそれを収去する権利があり、建物の明渡時に使用不能となっているものは、借家人の方で収去義務を負うものと考ええる。

必要費的造作の種類に属するものではあるが、その品質・性能或いは形態等が高級過ぎるときは、その種類として本来備わるべき必要最小限度の性能や品質に見合う価格を必要費とし、その余の対応分を有益費的価額として考えればよからう。

造作購入価格や工事費が普通の相場より割高であるとか、修繕費の支出額が建物の寿命に比較し贅沢過ぎるとき、家主はその満額を造作代として受け入れることができないだろう。それ等は後述の借家修繕費の求償関係において触れるが、こゝで一言つけ加えておくと、借家人が家主に無断で附加した造作が、建物の寿命に比べ高価過ぎるなら、それも建物朽蝕時に附加されたまゝの造作としての価値は失うものとして計算される。

(三)、有益費投下による建物改良部分

建物使用上不可欠とまでは言えないが、有った方が便利である造作をこれまで有益費的造作と呼んできた。有益費的なのが造作の典型と考え、こゝではそれを有益費に対応させながら検討する。

必要費造作の代表として前述した電気・水道・ガス施設も、かつてはそれが有益費的存在でしかない時代もあった。例えば蛍光灯は既に裸電球の地位を奪っているが、それも新発売の頃はやはり有益費的のしか呼べなかつただろう。クーラーもテレビなみに普及すれば、それが住宅用のものであっても必要費的造作として通用するだろう。生活水準の向上や生活様式の変化が、有益費的造作を必要費的なものに移行させる要因となる。

費用償還や造作買取について家主との利害調整がなされ、借家人の建物についての善管注意義務とその責任を伴う限り、賃借家屋の改良と造作の附加は、借家権の権限内に属するものと考ええる。しかるに、判例・通説とも借家法五条の形式的解釈を甘受して、唯、買取請求権放棄を条件とした造作附加の同意を無効とするだけで、その解釈が造作附加の便益を享受する途を閉ざしてしまうことの方が借家人には苦痛であるという現実を顧まない。

「買取なんかどうでもよいから、むしろ造作を使用した」と願う借家人にとって、それは弱者保護の名をかたる弱者泣かせの解釈でしかない。

造作買取の時価が建物のその後の利用の極端にならないよう配慮するならば、個人的趣嗜の造作の価額は、附加したときの費用より割安となる。借家人が造作が趣嗜品と評価されることによる損失を免かれないと考えるならば、趣嗜が個人の主観によって異なるにせよ、その造作に客観的価値を相当に評価するかどうかについての利害關係人は家主だけであるから、借家人が家主に事前に造作の選択について協議の努力をすればよいだろうし、その話し合いに協力しない家主にはその造作の趣嗜性を主張する資格がないことが、借家人の建物利用に協力すべき家主地位から見ても当然であろう。その協議で客観的便益のない造作に収去を条件とした家主の同意も認められようが、無条件の同意ある造作を第三者たる裁判所が客観的便益なしとして買取請求権を否定することは、趣嗜行為のように思える。私は家主の同意を造作や有益費の便益や有益性の客観性を担保するためのもの⁽⁸⁾と考える。なぜなら、本人の意に反した事務管理でさえ現存利益の償還請求権を認めている（民法七〇二条三項）から、家主自身が設定した借家権に基づいて投下される造作費の回収は、各々についての家主の同意がなくとも、より一層認められるべきであり、まして家主の同意を得た造作や普遍的便益のある必要費的造作については、借家人の投資の回収率を高くすべきと思うからである。

言うまでもないことだが、借家人は建物の改良行為として、契約又は建物の性質によって定まった用法に違反することはできないし（民法六一六条により五九四条一項を準用）、そのことは借家人の建物への投資の限界として造作附加にも通用する。

このように考察してみると、造作と改良費の取扱以上の相違点として、有益費償還に期限の猶予があること位

しか残らないが、それも本稿の最後の節でも述べるように、造作なら家主は新借家人へ転売して一挙に造作代を回収できるけれども、有益費は家賃値上分等で序々にしか回収できないことが多いからである。しかし、造作代も家主自身が建物を利用するときなどのように負担となることもあるから、立法論としては、造作代金の期限の猶予の途があつてもよいと考える。いずれにせよこの問題からも両者の本質的差異を見出すことはできない。

四、建物利用上のその他の附属物

畳・建具が「建物に附加された造作」にあたるなら、家具等にもそれよりはるかに収去困難な状態で建物に取付けられているものがあるし、収去後のつぶしがきかないものもある。「畳」という言葉に古来の用語として建物内の敷物の総称という意味もある。畳のサイズは殆んど一定しているし、貸家に敷く畳にそう高級品はないだろうが、カーペットやジュータンは部屋に合せてサイズも品質も様々であり、特にコンクリート床に敷いたものゝ有益性や実用性は畳に劣らない。窓や部屋に合わせたカーテン・ブラインドやアコーデオンカーテンも、大抵どの和室にも合う建具類より個性があり、その目隠しや採光調整という機能においても建具に劣らぬ便益がある。畳・建具或いは造作概念をどこまで拡張解釈するかという問題であるが、借家法五条の解釈として、元来そうであつたし今後も一層不明瞭になる造作概念に固執するよりも、家主の建物利用権の桎梏とならない程度に借家人の投下資本回収を保障する方が合理的であると考えるから、それ等の敷物や「吊り建具」も造作として扱つてよいと思う。

建物に附加されたものでなくとも、道路と宅地間の溝や川に設置された橋や暗渠も建物使用上不可欠なものであるし、塀・門柱・扉・門灯等も、必要最小限の機能を確保する価格分を必要費的に扱つてよからう。そこで囲障に民法二二五条や二二七条を類推するにしても、ブロック塀等が台風や火災への対策としてのメリットのある

ことも忘れてはならない。そこでもし仮にそれ等のものの収去義務を借家人に負わせるとすると、それ等の資材の多くを再使用できるように収去する費用さえ、新資材の購入より高価になるし、その基礎工事まで考えると、その収去は家主にとって何んの利益もないのに、収去する借家人の損失は甚大である。法解釈上収去されるべきものを置き去りにした借家人には、その置き去りにした現物の収去権は認められても、それを家主が不当利得したとして借家人がその価額を金銭で請求することはできないだろうから、それ等も造作並に扱うしかないと思う。

電波障害があるため設置された大型のテレビアンテナや共同アンテナの利用権も、移転先に収去することは不相当或いは不能であるし、今日のテレビ普及率とその建物の入居者階層の生活水準から考えると、少くとも有益費的造作としての扱いを受けるべきだろう。電話架設の申込に電々公社が即座に応じられる体制を全国的に確立すれば、電話加入権を移転先に流用する必要もないし、移転工費にその対価まで払って電話を買う者もいなくなるから、後の建物利用者に譲れば移転工費分の利益が出るから、それを造作として扱う必要性と合理性があるだろう。

近年特に営業用建物のインテリアが重視され、そのデザイナーの報酬もその材料代や工費に比べても相当な金額である。インテリア (Interior) とは室内装飾のことであるが、窓・壁・天井や床等の建物の内部構造と窓ガラスや飾り電灯による採光や照明さらに壁や天井に貼った布・カーテン・ジュタン・建具や家具等の形状や色彩の組合せによる美観の総和である。そのインテリアの魅力が顧客を引き寄せ、そのゴーシアスなムードに相応した対価が回収できる現実を考えると、従来無形造作の買取請求権を認めようとしなかった裁判所も考えを改めざるを得ないのではなからうか。

インテリアは店舗等においては必要費的存在であるが、住宅用建物においても無価値になるものでもない。住

宅のインテリアはその目的の違いから店舗用のそれと傾向が異なるが、居住者の職業柄来客の多い場合は多少営業用に近くなる。住宅用インテリアの家族的精神的潤いや情操に与える価値は認めざるを得ないだろう。しかし、今日の国民生活の水準から言って、住宅のインテリアは未だ必需品的存在ではないし、個人的趣嗜の面も大きいから、その素材たる照明器具等の実用的最小限の価値を必要費的なものとして扱い、純粋にインテリアの価値は有益費的造作として、それ程欲しくない者にも負担にならない程度にその時価を決めたらよからう。

- (1) 最高裁判昭和三三年一〇月一四日判決が「本件家屋の如き規模の日本式家屋に適當でなく、一般的日本人の生活にとつては必要な程度を超えるもの」として客観的便益を否定された腰掛式便所を、一九六九年発行の星野教授「借地・借家法」六三〇頁では、「今日では、造作にあたると言つてよい」と時代による客観的便益の変化を指摘しておられる。一九七一年発行の篠塚教授「不動産法の常識」下巻三二四頁では、「日本式の便所を洋式トイレに改造するばあいにも、たとえば、東京オリンピックの会場周辺地域になるため、法令によって改良が義務づけられたようなときには、その改造費は、有益費ではなく、もつとつよいみでの必要費になる。必要費のばあいには、借家契約の終了を待たずに、その費用を支出したさいに、すぐ家主に向つて支払いをもとめることができる（民法六〇八条一項三一八ページ）。」と述べておられる。
- (2) その程度の建物を賃借する階層の人なら、当然にクーラを要求と言えるような場合でもいゝ。
- (3) 家主の同意権の性質等について詳しくは後に述べる。
- (4) 建具の方は縮めることが技術的に困難であろうが、日本の建物に取り付けたサイズは極く僅かの種類しかなく、例えば障子と襖も一般的には、高さが六尺、巾が三尺か或いは二尺二寸五分の二種類位しかない。

三、借家修繕・造作附加と家主の意思

(一)、借家法五条の同意権の性質

「附加された造作の場合なら、収去して原状回復もできるが、改良費は建物の構成部分となつて収去ができない」という通説の考え方を前提にすれば、家主に無断で附加された造作については、その収去義務を履行させることにより、家主には何等の負担も損失も残らないから、その家主に無断であることを問題にする必要はない、ところが有益費については、その価格の増加が現存する場合という要件の外に何んらの制限なく、家主に費用償還義務を負わせることになるから、家主の同意を問題にする必要性があるとすれば、むしろ家主の負担において借家人が家主の建物に手を加える改良費の方であろう。従つて、借家人が附加や収去工事に善管注意義務の負う限り、借家人が造作を家主に無断で建物に附加することは、造作の即時撤去や契約解除の制裁を借家人に加える程の背信行為ではない。⁽¹⁾すなわち、借家法五条の同意欠如の法効果は、造作買取請求権の制限を限度とすべきであろうということである。

私が必要費的造作と称するものについては、判例・学説でも既に「同意拒否は権利の濫用」だとか「包括的同意の存在を擬制する」といった形で、造作買取請求をするためにも家主の同意を要件としない法理が確立した。そこで必要費的と言つても、それがなければ生命にかかわるといふ程ではないし、それと有益費との違いは程度の差であつて、必要費的なら無条件で買取請求権を与えるのに、有益費的造作には逆に収去義務を負わせる程の質的差違がない。純粹の家具のように収去することによつて借家人が何等の損失も被らない造作は除外するにしても、経済上も事実上も収去が困難であり、借家人が置き去りにせざるを得ない造作については、民法七〇二条三項と民法六〇八条との権衡の点からも、家主の同意の有無を問わず買取請求権を認めるべきである。

(二)、借家の修繕の権利義務

こちらでは借家の修繕を中心とした必要費の支出とその求償関係について考える。

建物に修繕を要する程度の利用の障時が生じた場合、借家人は自己の利用権を保全するために、家主へその修繕を求めることができる(民六〇六条)。修繕の必要な破損の原因が借家人の帰責事由による場合について、学説に争いがあるが、家主の修繕義務を借家人の使用収益に適する建物の状態を提供する義務と考えると、借家人による建物の破損の場合は、家主が建物を使用に適する状態で提供しているのに、むしろ借家人の方が不完全な受領しかできないようにしたのであり、そこで過失ある借家人に家賃減額請求権もない(民法六一一条一項の反対解釈)ことは勿論のことだが、借家人の保管義務として、破損状態の悪化の防止のために補修をする義務と、善管義務違反の効果としての損害賠償義務があり、そこには家主のすべき修繕義務はないと思う。

借家利用に差し支えない損傷の場合でも、建物の保管義務の一環として、借家人は建物保存のために修繕の必要な箇所があることを家主に通知する義務がある(民六一五条)し、借家人は自から手帳にできる程度の応急修理をする義務がある。又、家主の修繕があるまでの間の建物利用の確保と借家人自身の財産を守るために、必要最小限の修理を借家人の権限としてすることができよう。

借家についての本来の修繕義務が家主にあることは疑いない。借家人から修繕の要求を受けた家主が、多忙のため速やかにその義務を履行できないときは、借家人の建物利用上の損失防止に協力すべき家主として、多忙である旨を借家人に通知し、家主の修繕に代替する方法等について借家人と協議すべきである。その話し合いで工事の方法、材料や施工者等を決めて実施すればよい。もし家主がそれ等の努力を怠ることにより、借家人の損害を拡大させた場合には、当初の破損に家主の帰責事由が認められなくても、その損失の拡大した部分について家

主に債務不履行の責任を負わせることができる。

家主が修繕のために適切な処置をしないことに業を煮やした借家人が、自から勝手に修繕するときは、それが応急修理の程度を超えたものであっても、借家人の借家権保全のために許される（民法四二三条も根拠の一つ）し、そこで家主は借家人が修繕費を余分にかけ過ぎたとして、その償還額の軽減を主張することは——民法六九八条の緊急事務管理に、借家人自身の借家権の自力救済的側面を加味して考えれば——許されないであろう。

借家人が借家修繕につき緊急な必要もないのに、家主の意向を聞く努力を省いて着工した場合は——事務管理費償還請求権と有益費償還請求権の考え方によって——余分な無益費の出損分を借家人の負担とすべきである。すなわち、その名称の分類上は必要費に属する修繕費であつても、その出費の実質により必要費（的造作）、有益費・無益費と分解し、各々を合理的に処理すべきものと考える。⁽²⁾

（三）、修繕か家賃減額かの選択

家主の修繕義務（民法六〇六条一項）と家賃減額（民法六一一条）とを関連させて考えると、家主がその所有する貸家に日常の修繕義務を尽しながらも、その修繕費を建物の寿命と同規模の新築費に比例して計算した結果、修繕費投資の効率が悪くなった場合は、家主が借家人に率仕するため採算抜きの修繕をすべき理由はないから、家主は修繕不履行による建物利用価値下落の危険負担として、借家人の家賃減額請求や契約解除を甘受すれば充分であろう。

判例・通説は、家主の修繕義務不履行の間の借家人の家賃支払拒絶権を、修繕を催促するための延期的抗弁権と考えているようであるが、借家人の修繕要求は「建物が契約上予定された利用価値の全部又は一部を喪失している」旨の通知の意味も包含するものであり、修繕に要する相当期間の家賃を軽微な利用障碍の分まで減額する

ことは契約上予定されていないにせよ、家主が修繕に必要な努力を怠る場合は、その家主の不作為を消極的ながら修繕に代えた家賃減額の選択と解しうるから、民法六一一条の趣旨に従って家賃の減額をすべきものと考える。

家主が「採算が合わない」として修繕をしない場合、借家人は訴訟で家主の修繕義務の存在確認とその履行を求めすることもできるが、現実には借家人の方が修繕をしておいて、家屋明渡の際にその費用償還を求めることが多いだろう。数年内に朽廃する建物に数年がかりの訴訟で家主の修繕を強制を試みることは、勝訴の保障もなく、事実上も無益である。そこで借家人としては、家賃減額請求か契約解除によりその不利益から免かれることもできるが、修繕費を借家人自身で負担しても従前通りの利用権を保存したいとき、家主の意思如何にかかわらず借家人が借家権の延命をはかることができるだろうか、その敷地に高層ビル新築を予定している家主の意向から、家主の解除権取得の正当事由となる建物朽廃と修繕不能の到来する利益を、期待権として保護すべきかという問題となる。投資効率の悪い修繕費を借家人が肩代りすることによって修繕不能と建物朽廃等の解約事由が消滅するのであるから、家主も借家人負担によるその家賃徴収権の延命で満足するしかないのではなからうか。借家人に彼自身とその家族の生命財産を守るための建物補強工事を認めるなら同じ結果となる。

四 借家人が修繕を担当する特約

借家人が修繕をするという特約は、単に家主の修繕義務を免除する趣旨か、それとも積極的にその義務を借家人に負わせる意味なのかが問題になるが、借家についての危険負担は沿革的にもその所有者である家主に属すべきものとされていたし、借家人はその使用目的に合致しない程度に悪化した建物の賃借を継続させられる理由はない(民法六一―二項の趣旨)から、特別に家賃が安くなっているとかいふこともあつて借家人が修繕義務を負担する特約が明確にされている場合でない限り、借家人が従来通りの家賃で不平も言わず使用を継続すること

(民法六一一条との対比) に対し、家主が借家人に修繕を強要すべき筋合ではない。

特約が借家人に修繕義務を負かせる趣旨と解しうる場合でも、「通常予想できないような天災による大破損の」「大修繕」を除外する努力が判例・学説よってなされてきているが、その除外例となる認定基準は必ずしも明瞭でない。間もなく朽廃するはずの建物を借家人の過重な修繕費負担によって保存し、家主の家賃徴収権の延命をはかることは、借家人の弱い立場につけ込む暴利だし、家主の修繕義務にさえ採算上の限界があるなら、借家人の修繕も借家利用の存続期間との対比においてそれを考慮する必要があるから、借家人が建物をどこまで修繕してそれと運命を共にするかは決定は、借家人の選択に委ねられるべきものと考ええる。朽廃寸前の建物なら小修繕をすることさえ馬鹿らしいし、借家人も引越が煩雑だからその建物で我慢しているのであり、家主が借家人の修繕義務不履行を理由に解約したにせよ、修繕義務を免除しても新たにそれを賃借する者は見つからないだろう。しかも、借家人が修繕費の負担を恐れて逃げ出すことを封ずるための解約の禁止の特約を用意しない限り、その義務は事実上尻抜けであり、解約して転出した借家人を追っかけて修繕義務を強制することを認める説もないであろう。又、借家人の解約の禁止も労働者の退職禁止と類似の問題があるから、結果借家人の随意であることになり、借家人の修繕義務は自然債務である。元来借家人の建物利用のために特約され、家主はその反射的利益を受けるに過ぎなかった借家人の修繕義務を、借家人の利益を否定してまで、家主の不当な利益を前面に出すような転換が無理なのである。

(1) 私はそれを債務不履行とは思わないどころか、むしろ正当な権利行使だと考える。

(2) 保護過剰はその制度を不安定なものにする危険性がある。

- (3) 注釈民法一五卷一八二頁で渡辺教授は「家屋の耐用年数は、ふだんの修理いかんによってかなり異なるから、家主がそれを怠り、ために朽廢の時期の時期が早く来たような場合には、家主の修繕義務を認めるべきであろう」と言っておられる。そのことは、家主は自から設定した借家権のために、自損行為的修繕懈怠も許されないということであろう。
- (4) 高層ビルに建て直すことに比較すれば新築したばかりの二階建も非効率的であるが、それを解約の正当事由とする説はあるまい。
- (5) 恩田弁護士「借家法論」一〇四頁に「…修繕費用力新造費用ニ対スル比例等ヲ考査シ…とあるのと同旨。水本信夫前掲書一一一頁より引用
- (6) 大審院大正一〇年九月二六日判決等
- (7) 今日の放任主義的な政府の住宅政策と住宅難のもとでは、貸家業における投資が木造なら二年か三年で元がとれる位だから、数十年に一度の貸家の新築費を借家人に負担させたにしても、最大限の修繕費と言える新築費を借家人に負わせることさえも裁判所が暴利行為と判断するかは疑問である。

四、借家人の投下資本回収手段

(一) 不当利得償還請求の可否

借家法五条の造作買取請求権も、判例・通説がその要件としている家主の同意の獲得も困難であるから、その実際の役割に過大な期待をかけることができない。そこで借家人に造作の収去権しか与えてない民法の次元で考えると、収去すれば確かに家主の不当な利得を防止できるが、借家人が投下資本を回収できるかどうか問題である。

収去により使用不能となる造作、移転先で使い途がなく捨て売りするもの、取り外し工事費だけで新品取付費⁽¹⁾

より高くつくもの、中古品の工事を請負う職人が見つからないもの、これ等の造作は、「安くでもいいから買つてくれるように」と、借家人は家主に頭を下げてその買い取りを依頼するしかない。

そこで家主が多額の転売利益をせしめることになっても、借家人に造作収去権しかない条件のもとでの自由な契約であるから、家主の利得に法的な不当性は認められないだろう。

借家人が無形造作の取得或いは形成のために、多額の権利金やインテリアデザイナー料を支出し、顧客を増やし経営を軌道に乗せるための多大な犠牲や努力を払っているが、判例は無形造作が借家法五条の例示する畳・建具のような附加された造作に該当しないと、後の建物利用者がその無形造作を享受するから分らない等の理由により、その買取請求権を認めないようである。⁽²⁾確かに営業用の造作は——有形・無形を問わず——営業の種類が変ることによって無駄になるものが多い。しかし、借家人が顧客関係等の収去に多額の宣伝費を支出しても、又、商号を移転しても、建物や場所と一体となった無形造作の収去はできない。それに比べ家主には、その営業用造作を役立てる新借家人を見つけるに必要な告知期間（民法六一八条一項二号）もあるし、その転売利益を大きくするために、その造作代を値切る口実を色々考えているだけである。借家人の経営リスクにおいて、家主は高額の営業利益の配当が家賃として保障されてきた関係にあったのだから、その営業が場所的に不向で誰もそれを引継がない場合なら客観的便益もないならそれを収去させてよいが、軌道に乗り充分やれる営業を撤去させ、家主が建物を住宅用に転用するとか、他の営業をする新借家人に賃貸するというなら、それが口実であっても或いは事実であっても営業用造作を無駄にする損失は、その事態を敢て作り出す家主の方で補償すべきである。家主がその過重な負担にならない範囲で、借家人の投下資本回収に協力することは、信頼を基調とする借家関係の要請でもあり民法六〇八条の費用償還の延長線上の措置でしかないから、それを社会的なものとも言えないだろう。

収去不能な無形造作や放棄した方が収去より有益であるため借家人が置き去りにした造作について、収去権しかない借家人が現物収去到代えて代価による不当利得償還を家主に求めることはできないと考える。実質的には家主に法律上の原因のない利得の存在を確證できても、法形式上不当利得が成立するとは限らないのである。

有形造作と一体にして無形造作を評価する説も、無形造作には独立に扱われるべき独自性が全く認められないのか、それ自体の買い取りを否定することと有形造作の価額に加算することに矛盾はないか、有形造作価額への加算法から漏れる無形造作はないのか等、未だ検討すべき部分が残っているように思われる。法解釈学的論法としては、民法八五条の「物」の概念を有体物から管理可能（支配可能）性にとらえ直した方法を造作にも応用することを考えた方が良いのではなからうか。

(二) 借家人の投下資本回収の現実的手段

費用償還請求権に比べ、得難い家主の同意を要件とする造作買取請求権は非現実的だと言えよう。本稿は借家法五条を現実的機能あるものとするを主目的とするが、ここではその議論をこれ以上する積りはない。法理論として存在する借家人の投下資本回収の権利も、現実の権利実現の過程とのかかわりにおいて、多少の軌道修正も考えられるであろう。そこに生れる現実的手段も、基本的には本来の法理上の権利の応用に過ぎないだろうが、ここでは、それ等のかかわり合いを考えることにする。

借家人の投下資本回収の事件が訴訟になることは少いだろうし、あつたにしても建物明渡訴訟に便乗した反訴位で、その多くが鑑定結果等に従って和解に終るものと思われる。しかし、示談で解決される多くの事例も法理論や法的解決例を参考にして妥協点を見出すのであるから、その意味では法理論も指導的役割を果たしていると言える。

借家人が必要費を立替えたとき、法的には直ちにその償還請求権を取得するはずだが、借家人が家主と協議せずして勝手に出費したという理由等で、家主が任意に償還に応じないこともあろうかと思われるが、借家人が独断で大金を立替えることも少いから、殆んど訴訟にならないのだろう。修繕に関する通知を長期にわたり何度も怠ると、借家人が修繕義務を負う特約と解されてしまうから、その権利関係を当事者間で確認する意味でも事前協議をすることが望ましいし、借家人はそれをその後の家賃の全部又は一部づつ相殺して行く方が得策だと考える。家主に執行の容易な資産がなく、造作代金の取り立てが困難な場合も、借家人にとって借家人にとって借家の使用継続が有益であるなら、その金額が家賃に見合う期間建物を使用し家賃相当額を充当する解決法も考えられ、⁽⁴⁾既に借家人の移転先が確保され、その建物の保管が借家人にとってむしろ負担であるときは、如何に多数説でも、留置権確保だけのための借家人の建物保管まで不当利得とは言いがたないだろうから、借家人は無い袖の振れない家主と相談の上、借家人が直接新借家人へ造作を売却することにすればよからう。この新借家人への造作直売方式には条文上の根拠がないが、家主にとっても建物や造作を留置されて家賃収入が断たれるよりは有利だし、造作を家主の手を経て転売されるよりも、双方にとって有利な価格となるから、話も早くまとまるだろう。(造作直売成立までの家主の家賃収入を借家人が補償する協議も可)

家主の転売による出費の回収に親しまない費用償還金については、実際に家主は権利金や家賃値上げによって回収をはかるだろうし、その回収に時間がかかるときも、有益費の期限の猶予を受けて家主の負担を軽減できるから、本質的には造作の場合と変わらない。

借家人の投下資本の回収は、家主からの権利金返還や新借家人への造作付借家権譲渡によっても回収できるが、前者については借地権を中心としたものではあるが、「疏大法学」一一号で詳述したし、後者は造作直売方

式として前述したものと同様であるからここでは省略する。

家主の側の事情で借家人が立退かされる場合は、授受される移転料に造作代金或いは造作収去費用等の損失が含まれることもあるが、借家人に意思の欠缺でもない限り、干渉の余地のない自由な契約であるから、その金額が妥当かどうかは——それが当事者の権利意識や義理人情に委ねられているから——法理論的論評に親しまないものである。

- (1) 例えば、クーラーを収去したが、移転先がセントラルヒーティング完備であるとき。
- (2) 本稿一章の注(1)であげた判例
- (3) 大阪地裁昭和三八年八月二四日判決
- (4) 建物の留置を認めない説では、家主と話し合いの上でということになるが。
- (5) 留置権行使の反射的利益を「不当」利得と言えるか問題ではあるが、使用利益を伴わない単なる保管には家賃が発生すべき借家人の利得がないことを前提として。

参考文献目録

渡辺洋三 注釈民法一五卷 民法六〇六条から六〇八条借家法五条
 篠塚昭次 注釈民法一五卷 民法六〇九条から六一一条
 後藤 清 総合判例研究叢書一一卷 「借家法五条の造作買取請求権」
 望月礼二郎 総合判例研究叢書二七卷 「賃貸人の修繕義務」
 望月礼二郎 契約法大系三卷 「不動産賃貸人の修繕義務」

- 大塚勝美 契約法大系三卷 「借家人の造作買取請求権と費用償還請求権」
- 鈴木祿弥 借家の法律相談 「造作買取請求」
- 水本 浩 借家の法律相談 「費用償還請求」
- 石田喜久夫 借家の法律相談 「修繕義務と用法・管理義務違反」
- 山田卓生、阿部 浩 借家の法律相談 移転料(立退料)
- 平田春二 不動産法大系三巻借地・借家 「造作買取請求権」
- 石川 明 不動産法大系三巻「借地・借家・敷金・権利金・更新料・立退料等の性質」
- 水本信夫 借家法学説実例総攬
- 星野英一 借地・借家法
- 篠塚昭次 不動産法の常識下巻
- 薄根正男 借地・借家(借家編)
- 薄根正男 借地法・借家法コンメンタール
- 戒能通孝 新法律学全集 借家法
- 広瀬武文 借地借家法の諸問題
- 後藤 清 借地法・借家法の主要問題