

借地制度の基礎理論・法解釈論・政策論の再検討(1)

大 野 武

1. 本稿の目的

土地賃貸借は、農業資本家による経営＝土地利用にとって、資本主義的利潤と矛盾しない地代の支払いと引き換えに土地負担を回避し、農業経営投資を拡大することを可能とする法形式であるから、所有権との関係において確実な法的保護を与えられるならば、この方式は資本主義的土地利用にとって最良のものであるといわれている⁽¹⁾。そして、この論理は、建物所有を目的とする土地賃貸借においても、借地人が地代の支払いと引き換えに土地負担を回避しつつ、土地に資本を投下して建物を所有することを可能とするものであることから、基本的に当てはまるはずである。しかし、この借地制度⁽²⁾は、確かに資本主義的土地利用がなされる場合もあるものの、その一方で、必ずしも資本主義的とはいえない土地利用がなされる場合も多い。そのため、果たして後者のような土地利用にとっても借地制度が最良のものであるといえることができるかどうかについては、さらに検討すべき点があると思われる。そこでまず、この点について検討する前段階として、今日において借地制度が実際にどのように活用されているのかについて確認しておきたい。

現行の借地制度は、大別すると、普通借地権と定期借地権の2種類の権利形態があるが、このうち普通借地権については、1991年(平成3年)制定の借地借家法(以下「法」という。)において定期借地権が創設されたことにより、新規に設定されることはほぼなくなっており、実質的に旧借地法上の旧借地権が

存続するのみであるといつてよい⁽³⁾。次に、定期借地権については、まず、一般定期借地権（法 22 条）は、分譲用の戸建て住宅やマンションとして活用されているもののその絶対数はごくわずかであるし、また定期借地権付住宅総数の約 2 割強が投資用の賃貸マンションやアパートである⁽⁴⁾。また、建物譲渡特約付借地権（法 24 条）は、いわゆるスケルトン定借（つくば方式）という事業方式により分譲マンションとしての活用が僅かながらなされているものの⁽⁵⁾、これ以外の活用事例はほとんど見受けられない。これに対し、事業用定期借地権（法 23 条）は、幅広い用途で積極的に活用され、その利用も多数に及んでいることが指摘されている⁽⁶⁾。このように、新法が制定された 1991 年以降の借地権の実際の活用状況を踏まえるならば、普通借地権だけでなく、定期借地権においても、事業用定期借地権など一部の借地権では積極的な活用事例は見られるものの、不動産市場全体からすると大きな役割を果たすものとはなっていないといわざるを得ない状況にある。

それでは、定期借地権の導入にもかかわらず、一部の活用事例を除き、借地制度が依然として機能不全に陥っている原因はどこにあるのであろうか。その原因を考察するにあたっては、まず、実際に有効に機能する借地権とそれ以外の借地権とがあるということの意味を確認しておく必要がある。すなわち、このことは、借地制度の機能不全の原因がすべての借地権に共通して備わる借地権の物権的効力（最低存続期間の保障、第三者対抗力、妨害排除請求権、譲渡・転貸の自由性など）のレベルにおいてではなく、別のレベルにおいて存することを意味していよう。そして、その原因がどのレベルに存するかについては、次のように、借地人による借地権の利用目的が資本主義的であるか否かによるという点にあると考えられる。

そもそも借地人が借地権を利用するとき、その目的を大別すれば、借地人が収益獲得を専らの目的とする場合（資本主義的土地利用）と自己使用を主たる目的とする場合（非資本主義的土地利用）とがあると考えられる。前者の場合、借

地上建物において借地人自らが事業を行ったり、借地上建物を第三者に賃貸したりすることにより、収益の最大化を図ることが専らの目的となる。このとき、借地人にとって借地権は純然たる財産権であるので、借地人の目的は財産権的利益の実現であるということができる。このような目的は、事前に合理的に計算することができ、借地権の存続期間内に達成することもできるので、そのような借地人にとって借地契約の更新は、さらなる収益獲得にとって有益ではあるが、必ずしも必須のものであるとはいえない。したがって、収益獲得を専らの目的とする借地人が事業用定期借地権や投資用の賃貸マンション等のために一般定期借地権を利用することは、財産権的利益を実現する上で1つの有効な選択であるということができる。

これに対して、後者の場合、借地上建物において借地人自らが居住したり、事業を行ったりすることにより、生活の安定を図ることが主たる目的となる⁽⁷⁾。このとき、借地人にとって借地権は自己の生存を支える基盤としての財産権であるので、借地人の目的は第一義的には生存権的利益の実現であるということができる。このような目的は、事前に計算すること自体困難であり、また借地権の存続期間内において完結するようなものではないので、たとえ借地権設定時に存続期間のあることを借地人が了解していたとしても、そのような借地人にとって、自己の生存の基盤をなお維持するために借地契約の更新を求めることはいわば自然な反応であるといえる。したがって、自己使用を主たる目的とする借地人と地主との関係においては、借地権の存続期間満了時に、借地人の生存権的利益と土地の返還を求める地主の財産権的利益との対立が不可避免的に生ずることになるので、両当事者の利益を調整するための法制度が必要とされることになるはずである。

しかしながら、現在の借地権の存続期間満了時の法制度は、借地人の利益か、地主の利益かのいずれか一方に偏っており、両当事者の利益の調整が合理的に図られる制度とはなっておらず、このことが借地制度の機能不全をもたらす原

因となっていると考えられる。すなわち、まず、普通借地権については、その存続期間が満了するとき、借地人の更新請求は正当事由制度によりほとんど認められ、借地人の居住や事業の安定は確保されるものの、その反面、地主は土地を取り戻すことが著しく困難な状況になっている。このように、普通借地権においては、借地人の生存権的利益と財産権的利益とが保護されることになる結果、このことが地主の財産権的利益を大きく減少させることになるという、借地人の利益に偏った不合理な制度となっている。次に一般定期借地権については、その存続期間が満了するとき、建物取壊し更地返還が原則とされたので、地主はこれにより土地を取り戻すことが可能となるものの、その反面、借地人は存続期間が満了すると直ちに生存権的利益を喪失するだけでなく、存続期間の経過による資産価値の減少や建物の荒廃・スラム化など財産権的利益の低下も生じることも懸念されている⁽⁸⁾。このように、一般定期借地権においては、地主の財産権的利益が保護されることになる結果、このことが借地人の生存権的利益や財産権的利益の喪失ないし低下という将来的・潜在的な不安感を抱かせることになるという、地主の利益に偏った不合理な制度となっている。

以上のことから、借地制度の機能不全の原因は、自己使用を主たる目的とする借地権の存続期間満了時の問題にあると考えることができる。ここでの問題は、借地人の第一義的な目的が生存権的利益の実現に関わっているため、存続期間満了時に地主の財産権的利益との対立が不可避免的に生ずる構造となっており、いわば資本主義的土地利用の論理を貫徹させることができないがゆえの問題であるといえることができる。このように、性質的に相容れない利益の対立を解消することは容易ではないとしても、現在の法制度ではいずれかの当事者に不利益がもたらされる結果となっており、問題解決にとって有効な法制度となっていないことは明らかである。したがって、借地制度の機能不全の問題を少しでも改善するためには、普通借地権および一般定期借地権の存続期間満了時の法的処理の仕組みを両当事者にとってより公平であると同時に、法制度と

しても合理的であるものへと設計し直すことが必要であると考える。

それでは、借地権の存続期間満了時に借地人と地主の利益の調整が合理的に図られる法制度がこれまでなぜ形成されてこなかったのでしょうか。借地制度に関しては、多数の重要な学説や裁判例が蓄積されてきたにもかかわらず、結果的に借地制度が必ずしも有効に機能していない現状を踏まえるならば、既存の学術的なアプローチにおいて見落とされてきた視点があるのではないかとと思われる。そこで、本稿では、既存の学説や裁判例を再確認することによって、借地権の存続期間満了時に当事者のいずれか一方に利益が偏るような現行の法制度がどのようにして形成されていったのかを検討することとする。具体的には、まず、借地人の利益保護が重視された時期の議論として、不動産賃借権物権化論と正当事由に関する判例理論について検討を行う。次いで、借地権強化の反作用が問題視され、地主の利益保護が重視された時期の議論として、不動産賃借権の垂所有権化と定期借地権導入時の政策論について検討を行う。これらの基礎的作業を通じて、これらの議論がその当時どのような意義を有していたのか、あるいは逆に、今日的視点から見るときどのような限界があったのかを明らかにすることで、現在の法制度上の課題を克服する方向性を見出すことを目的とする。

2. 不動産賃借権物権化論の再検討

（１） 不動産賃借権物権化論の意義と限界

建物所有を目的とした土地の用益権が、民法制定以降、地上権（物権）ではなく、賃借権（債権）に基づいて設定されるという慣行が一般化したことから、借地人の権利は当初は極めて弱いものであった。しかし、借地人の賃借権は、1909年（明治42年）の建物保護法、1921年（大正10年）の借地法および1941

年（昭和16年）の改正借地法によって漸次物権的に強化されていき、借地人の地位は大きく改善されることとなった。そして、このような賃借権の物権的強化のプロセスにおいて、その理論的基礎を提供したものが不動産賃借権物権化論であった。

一般的に（論者により若干の差異はあるが）、建物所有を目的とした土地賃借権の「物権化」の法的メルクマールとして、①最低存続期間の保障、②第三者対抗力、③妨害排除請求権、④譲渡・転貸の自由、⑤改良費償還請求権（建物買取請求権）、⑥正当事由による継続性の保障があげられる。しかし、それぞれの内容ごとにさらに分類すれば、①②③は賃借権の安定性を確保するものとして、また、④⑤は賃借人の投下資本の回収を保障するものとして、賃借人の財産権的保護に関わるいわば市民法的保障であるといえるのに対して、⑥は経済的弱者たる賃借人の社会権的保護に関わるいわば社会法的保障であるといえ、両者を区別して理解することができる。このような理解は、日本の借地関係の実態とそれに対応した借地法の構造を析出した不動産賃借権物権化論において共有された認識でもあった。

同理論の認識については次のように要約することができる。すなわち、日本の土地用益資本は、いわゆる資本家の資本ではなく、都市小市民層の自給的・小商品生産のものでしかなく、自己の生活・生存の維持をはかることが主目的であった。このため、日本の土地用益資本の資本的利益は、経済的弱者たる借地人の生活・生存の維持という具体的生活利益と不可分に結びついていた。そして、このような借地人は、経済的社会的には地主に対し従属的な地位におかれていたことから、資本価値の実現という近代市民法の原則は、土地用益資本独自の経済的力によってはこれを実現できないという矛盾をはらんでおり、結局その実現には国家権力の介入が必要とされた。国家権力の介入に際しては、土地用益資本の資本価値の実現を保障すると同時に、都市小市民層の具体的生活・生存の利益をも保障するという課題の解決も迫られた結果、日本の借地法

は、市民法的財産権の確立と社会法的生存権の擁護という性格を併せ持つようになったとの認識がなされている⁽⁹⁾。

しかしながら、不動産賃借権物権化論が追及しようとしたものは、日本の借地法の特質そのものの考察ではなく、むしろその特質を分析するために、資本の価値法則が正常に貫徹した形態における近代的借地法の一般法則を析出することであった⁽¹⁰⁾。そのため、考察の対象は専ら賃借人の市民法的財産権の確立という側面に向けられており、日本の借地法の社会法的生存権の擁護という側面については、そのこと自体認識されてはいるものの、十分な考察はほとんどなされていないといってよい。また、同理論のうちとりわけ水本理論が、資本の価値法則が貫徹した歴史的事例として、産業資本主義段階におけるイギリスの農地の所有利用関係にその典型例を求めたことを受けて、その後に精密な批判的な論争が繰り広げられることとなったが、その批判も主として歴史的方法論に関する諸点に集中したことから、ここでも借地法の社会法的生存権の是非について議論が深められることはなかった。結局、借地権の継続性に関する論点は、この段階において学術的な議論がなされることはほとんどなかったのであり、その理論的展開は、正当事由をめぐる裁判例の集積にほとんどすべて委ねられていたといってよい。

以下、このことを明らかにするために、不動産賃借権物権化論とその批判に関する要点を確認することとする⁽¹¹⁾。

（２） 不動産賃借権物権化論の要点

（a） 不動産賃借権物権化論の系譜

建物所有を目的とする土地賃貸借あるいは農地賃貸借においては、借地人によって土地に資本が投下されることになることから、必然的に、地主の土地所有権の自由と借地人の資本所有権の自由とが対立することになる。このとき、土地所有権の自由が貫徹されるならば、資本所有権の自由が制約されることと

なり、そのように資本の運動を制約するような土地所有権が果たして近代的といえるのかが問われることになる。このような問いに対し、不動産賃借権物権化論は、土地所有権の自由を制限すること、すなわち土地に投下された資本所有権を保障するために土地賃借権を物権化することが土地所有権の近代性を確立させることになるとする。

このように、不動産賃借権物権化論は、土地所有権の近代性とは何かという問いをめぐる議論（近代的土地所有権論）に対する解答として展開されたものであったといえることができる。そのため、その内容を把握するためには、近代的土地所有権論の論争史の出発点である川島武宣『所有権法の理論』に遡って確認しておく必要があるであろう。

川島理論によれば、近代的所有権とは、交換価値支配権としての商品所有権から出発し、その商品所有権から資本所有権が導き出されるものであるとされている⁽¹²⁾。すなわち、「資本制社会の富はすべて商品として現われ、且つ資本制社会の全構造は、究極においては、商品としての富に内在する社会的諸関係を基礎・起点とする。したがって、近代的所有権の特殊＝歴史的な性質・内容は、近代的所有権の経済的社会的実質の端緒的型態たる商品そのもののうちに含まれている」（傍点原文）とする⁽¹³⁾。その上で、「資本の運動は終局的には商品交換によって常に媒介されている。すなわち商品交換こそは、資本の運動の抽象的基礎的モメントである。」「したがって、資本の法的構造は、『契約を媒介として運動するところの私的所有権』として把握され得る」（傍点原文）とする⁽¹⁴⁾。このように、川島理論によれば、商品所有権は、資本所有権の端緒的基礎的範疇として措定されているのである⁽¹⁵⁾。

しかし、川島理論においては、動産と不動産の利用価値による区別は、交換価値支配権としての所有権の商品性の基礎の上においては二次的意義しか持ち得ないとして⁽¹⁶⁾、土地所有権も基本的に動産所有権と同様の商品所有権の一形態に位置づけられた結果、土地所有権と資本所有権（土地賃借権）の矛盾＝対

抗関係という重要な側面が分析の中心的枠組みから欠落されることとなった⁽¹⁷⁾。もっとも、この側面に関する考察として唯一、賃借権の第三者対抗力についての考察がある。すなわち、『売買は賃貸借を破る』或いは『破らない』という法理がそれ自身として近代적인かいなかを問うことは、問題として無意味である。『破る』という法理は、近代的な所有権と債権との分離の一般原則（特に賃貸借に関連しては、封建的な人的な小作関係からの所有権の自由）を意味しているし、『破らない』という原則は、近代的な所有権と債権との分離の原則一般を破ることなく、その基礎の上において賃借権（実際においては、不動産の賃借権）を『限定された他物権』の列の中に加えることを、意味しているにすぎないからである。そうして、賃借権の対抗力が承認されるかいなかを決するのは、結局においては、他人の不動産の利用の上に資本が基礎をおいているかいなか、或いはその強さ、にかかっている」（傍点原文）とする⁽¹⁸⁾。そして、土地所有権の自由が他物権の存在によって制限されるとき、「そのかわりに、所有権はその使用の対価をうけとる元本に転化する。このことによって、物理的・素材的には所有権の権能は削減される。しかし、資本制社会においてはその対価（地代・家賃）の収入は資本に還元 capitalize され、所有権は一定の資金的価値を得るのであり、したがって経済的・価値的には所有権の内容は削減されない。そうして、（中略）他物権（賃借権を含めて）による所有権自由の限定は、近代的所有権の自由の否定ではなくして、その１つの現象型態、発展型態であると認め得られるのである」とする⁽¹⁹⁾。

このように、川島理論は、他物権（賃借権を含めて）によって土地所有権の自由が制限されるとき、土地所有権は地代収取権に縮減されるが、その自由の制限は、近代的所有権の否定ではなく、その現象型態、発展型態であるとする。しかし、川島理論においては、近代的所有権としての枠組みは体系的に示されておらず⁽²⁰⁾、論述も不徹底であり不透明であるといえる⁽²¹⁾。しかし、川島理論のこのような理解はその後の不動産賃借権物権化論によって敷衍され、

賃借権の債権的形態（売買は賃貸借を破る）が土地所有権の前近代性の1つのメルクマールとされたのであり、その後の民法学において、賃借権の物権化＝近代的土地所有権というシェーマが展開されてくることになったのである⁽²²⁾。

こうして、不動産賃借権物権化論において、次のような基本認識が共有されることとなる。すなわち、民法典における土地所有権は、商品所有権としての私的性質・自由が保障されている点においては「近代的」であるが、資本に基礎をおく土地賃借権が土地所有権に従属しその自由が保障されていない点においては「寄生地主的＝半封建的」⁽²³⁾あるいは「跛行的（前近代性・半封建性）」⁽²⁴⁾であると認識され、その上で、「資本主義的私有財産制度の一環を構成する土地用益権が、（中略）土地所有権を支配してゆく過程」、すなわち「賃借権の物権化といわれる現象は、日本社会の近代化の基礎をなす近代的土地所有権の確立過程を意味するもの」であるとして⁽²⁵⁾、土地賃借権の物権化＝近代的土地所有権の確立という図式が示された。そして、このような基本認識を共有する不動産賃借権物権化論が、水本＝渡辺理論として展開されたのである。

（b） 渡辺理論の要点

まず、渡辺理論における不動産賃借権物権化論についてその要点を確認する。

渡辺理論では、近代的土地所有権の完成に土地賃借権の物権化が果たす意義を論ずるにあたり、まず、建物所有権と土地所有権の法的保障の意味の相違に着目する。すなわち、「建物のように、人間が資本や労働を投下して作りだした物は、その物自体として人間にとって有用な物であり、（中略）したがってまた価値ある物であり、それゆえに、かかる労働生産物にたいする人間の排他的支配は、法律によって保障されるに値する利益でありうる。資本主義社会では、所有は資本によって措定されるから、資本と労働を投下して人間が作りだした建物の所有は、労働を提供した者の所有にではなく、資本を提供した者の所有に帰属するのが原則である。したがって資本主義社会における建物所

有権は、その建物をつくるために資本を投下した者の利益を法律的に保障するものでなければならない」⁽²⁶⁾。これに対して、「土地それ自体は、（中略）人間の行為と関係なく自然に存在するものであり、その物自体としては人間にとって無用、無価値なものである。土地それ自体が有用なのではなく、土地のうえに生育する作物や立木や、土地のうえに建てられる建物等々が、人間にとって直接に有用であり価値あるものである。資本投下もおこなわず自然物たる土地を支配しているということは、資本主義社会においては、本来何ら保護するに値する利益ではありえない。（中略）資本主義法にとって大切なことは、資本投下者の経済的利益を守ることである。資本投下者の利益と対立し、いわば何もしないで、ただ自然物たる土地をたまたま支配しているだけで、利益を受ける人がいるということは、資本主義経済にとってよいことである。この意味で、土地所有権は、資本投下のひきかえなしにえられる法律上の保障であり、資本主義的私有財産制度の体系の中に本来その正当な地位を占めるものではない。だから、（中略）土地所有権が独立の財産権として法的価値を認められるということは、それ自体封建的なことなのであり、資本主義経済したがって資本所有者は、かかる土地所有の克服のうえに成立する。土地所有が資本制社会において価値をもつように現象するのは、資本所有が所有一般としてあらわれることの反射であり、土地所有権が独立の財産権として法的保障を受けるのは、これまた資本の私的所有権が私的所有権一般として法的構成されることの反射にすぎない」（傍点原文）⁽²⁷⁾。それゆえ、「土地所有権が、資本所有権に従属せず、独立の財産権として法的保障を受けている度合いが高ければ高いほど、それは、資本主義法の発展の未成熟を示すものである」とする⁽²⁸⁾。このように、資本主義のもとにおける建物所有権と土地所有権の法的保障の相違を踏まえるならば、土地所有権と建物所有権を支える土地用益権との対抗関係においては、「土地所有権が土地用益権に従属しなければならない」ということになり、「ここに、近代的土地所有権の特色がある」とされる⁽²⁹⁾。

このような近代的土地所有権の特色については、川島理論における近代的所有権概念に接合して把握される。すなわち、「商品所有権としての自由な土地所有権の確立は、近代的土地所有権の基礎・起点であって、その完成ではない。土地用益権との対抗が問題になる側面においては、土地所有権はみずからを用益権すなわち資本所有権に従属的地位に置くことによって、その近代性を完成させるのである。したがって、法律学の立場から、土地所有権制度の近代化過程を問題にするなら、それは、交換価値支配権としての自由が絶対的土地所有権の法的確認をもって始まり、土地用益権の土地所有権にたいする優位の原則の法的確認をもって完了する一連の過程である」。「かくて、完成された型態においてみると、近代的土地所有権は、それが商品所有権であるかぎり、一般的にはその絶対性・自由性を貫徹するとともに、他方土地用益権との対抗の側面においては、むしろ土地用益権＝資本所有権の絶対性・自由のまえにみちをゆずって、みずからの絶対性・自由を制限する」とする⁽³⁰⁾。そして、土地用益権の土地所有権に対する優位は、土地用益権を物権的に構成することが合目的であり、「この意味では。物権的借地権（用益権）こそが、近代的用益権の完成された形態としては典型的なのである。そうだとすると、土地の賃借権において、そのいわゆる『物権化』過程と呼ばれるものは、とりもなおさず土地制度の近代化過程、すなわち近代的用益権の自己実現の過程である」とする⁽³¹⁾。

（c） 水本理論の要点

次に、水本理論における不動産賃借権物権化論についてその要点を確認する。

水本理論では、近代的土地所有が典型的に具象化した歴史的事例として、産業資本主義段階までのイギリスの農地賃貸借法を取り上げ、その所有利用関係の中に近代的土地所有の一般法則が見出されるとして、まず、近代的な土地の所有利用関係を次のように定義する。すなわち、「近代市民社会においては、土地所有権は、契約を媒介として、賃貸借に化現することにより、商品の再生

産過程に即応する態勢をとることを余儀なくさせられる。地主—資本家—賃労働者という三分割制（tripartite division）は、近代市民社会の典型的階級関係であるが、ここでは、土地は資本によって借地され、資本は賃労働を使用することにより剰余価値を生み出し、剰余価値の一部が借地の対価（地代）として支払われることにより、商品再生産の運動が行われる。」つまり、「資本の運動法則が貫徹している近代社会においては、地主によって担われる土地所有権が資本家によって担われる借地権を圧迫することなく、商品生産過程の円滑な運行に順応するように両者の実定法的関係が定められている、ということが必要である」（傍点原文）とする⁽³²⁾。

そして、そのような土地の所有利用関係を資本の運動によって成立させ、一般法において賃借権の物権化を完成させることによって近代的土地所有権を現出させた典型を19世紀中葉前後のイギリスの農地賃貸借関係に求めることができる。すなわち、「イギリスでは、独立自営農民としてのヨーマンリーおよびひきつづいてその分解の中から生まれ出た借地農業者層が土地貸借の担い手となり、産業資本確立の主体的役割を果たしていったので、不動産賃借権の対抗力はほとんど理論的抵抗にあうことなく、早くも15世紀末葉にはその完結を見たのであった。」さらに、「産業資本主義の全面的展開とともに、競争地代に支えられつつ借地人層の中から大リースホルダー（large leaseholders）たる資本家的借地農業者層が生み出され、階級分解が貫徹されて現代に及ぶイギリス農業の三分割制が完成してゆくのであるが、この間に、賃借権は期間の安定を確保したり、譲渡・転貸自由の原則を取得したり、改良費償還請求権を細目的に認められたりして内容を充実してゆく。」「かくて、いわゆる一般法の整備段階で、大陸法のいわゆる賃借権の物権化はほぼ完成をみるのであって、下から近代化の典型的形態が展開され」たとする⁽³³⁾。そして、この時期に、「資本が農業を完全に把えて、地代が利潤の一部として支払われる状態＝資本制地代が現出したものとされる。近代的土地所有を資本主義的土地所有一価値所有

の一局面」とみるならば、歴史的・現実的には、19世紀中葉前後に現出した英国農村の土地所有が最も典型的である。したがって、法社会学的考察において、近代的土地所有の規範形態として近代的土地所有権を現実の法制度として措定するならば、19世紀中葉の英国不動産法に求むるのが最も適当である」とする⁽³⁴⁾。

このようにして、イギリス法の土地所有利用関係＝近代的・典型的形態、大陸法の土地所有利用関係＝前近代的・奇型的形態という対比が導き出されることになる。すなわち、「土地所有権が強大で農業経営を圧迫する限り、それは近代的所有権とはいえない。土地所有が使用価値としてでなく価値として（自己所有の場合でもそれが賃貸される場合は価値としてなされる必然性を包蔵する）所持されなければならないから、土地所有は当然に利用者の資本利潤の一部たるべき性質を有するわけであり、そのことは、法的には所有権が賃借権に制限されて現れなければならないことを意味する。したがって、ローマ法の所有権絶対の法律構成、そしてそれが反映されるわれわれのイデオロギーは、近代法としては、さかだちしたものというべきである。近代大陸法は、寄生地主的段階の反映なのであり、本来の近代的土地所有権の実質的効果は地代收取権へ行きつき、かつ、それだけに留まるべきものとなる。現在、市民社会の経済的諸条件の論理はそのことを要求しているにもかかわらず、大陸法系の諸国でなお、借地権の強化がもたついているのは、やはり封建遺制の残存およびイデオロギーとしての法の論理法則が抵抗しているからにほかならない。そして、この抵抗の残存は、資本主義発達の古典的形態を示した先進英国に対する大陸諸国のずれを、いいかえれば近代化の不完全さを端的に物語るものである」（傍点原文）⁽³⁵⁾。さらに、「大陸においては資本が農業をとらえることが不完全、あるいは皆無であったがゆえに、大陸法の不動産賃貸借法は債権契約法の一分野としてその貧弱な内容に固定するにいたったのであって、法形式はともかく、実質的内容に即していえば大陸法の賃貸借法こそ近代不動産法の奇型的形態と考えねばな

らない」⁽³⁶⁾とする。

（d） 水本＝渡辺理論の問題点

以上、渡辺理論と水本理論の要点についてそれぞれ確認してきたが、両理論の意義は、資本の価値法則が正常に貫徹した形態（近代化の正常形態）における近代的借地法の一般法則を析出することにより、日本の借地法が目指すべき実践的な理論枠組みを提示したことにあるといえることができる。しかしながら、その一方で、両理論には主に次の２点において問題点があったといえる。

第１の問題点は、近代的借地法の一般法則を析出することが専らの課題とされた結果、現実の日本の借地法の分析が著しく不十分な状態に留まってしまった点である。水本理論では、近代市民法的不動産賃貸借法の範型を地主—借地農業資本家—労働者という三分制度の関係における土地所有と借地農業資本の間の法として措定し、これを宅地の借地関係にも無媒介に当てはめ、「地主—借地貸家営業資本（家）—借家人のシェーマが成立する」とし、地主と借地貸家営業資本（家）の間に成立する法関係が「最も典型的に近代的な権利・義務関係を内包する」とする。その結果、自己住宅用借地人（小市民的資産家層）の存在は「近代化の進行とともに漸次分化・分解の中に解体されてゆくもの」とされる⁽³⁷⁾。このような理解から、都市の中間層（主に中間下層と労働者上層）が日本の借地人層となっている借地形態は「近代的借地形態と異質なもの」であり、そのような零細借地人に対する借地法上の正当事由制度は「社会政策的保護立法」であり、「借地権の変質を示すもの」とされる⁽³⁸⁾。そして、日本の借地法の性格は、賃借権の物権化つまり市民法化（近代化）と賃借権の社会権化つまり社会（法）化の二重構造（複合構造）をなしていることを確認した上で、「借地人の場合は建物財産を媒介としての居住利益の保護からくるものであるから、借地法においては借家法におけるほど社会法的保護の比重が決定的とはいえない。なぜなら、借地権の存続保護は居住利益であるのみならず財産利益

そのものの要求でもあるからであり、『正当事由』制度によらなくても、長期の法定存続期間—理想的には朽廃に至るまでを限度とする法定存続期間—の制度化により借地権の存続保護は果たされていくからである。』したがって、『『正当事由』は財産権化と異質なものとして撤廃されてよい』との結論がなされている⁽³⁹⁾。このように、水本理論では、日本における自己居住用借地人の存在を認識しながらも、近代的借地形態をあるべき形態とするあまり、そのような借地人の社会法的保護の必要性を十分に考慮しない態度となっている。

これに対して、渡辺理論では、水本理論とは異なり、借地人の生存権的土地利用権の補償が第一義的に考えられるべきであり、そのための法体系が確立されなければならないとする。すなわち、借地関係における土地所有権に対する土地利用権の優位というブルジョア市民法の原則は、同時に人権保障機能をも果たしている。例えば、「借地権者が直接生産者たる農民の場合には、土地利用権の保障が、その生存を保障するから、土地利用権がすなわち人権としての土地財産権を構成する。借地権者が資本主義的農業経営者である場合には、土地利用権は、土地に対する資本投下を法律的に保障するブルジョア的財産権であって、人権としての財産権を構成しない」⁽⁴⁰⁾。換言すれば、土地利用権には、生存権的土地利用権と非生存権的土地利用権とに分けられるのであり、「生存権的土地利用権は、人間の生存を支えている財産権であり、人権としての財産権であるから、その侵害や制限には、慎重な配慮を要する。これに対して、土地所有権および非生存権的土地利用権は人権としての財産権ではなく、資本主義社会における私有財産制度に編入されているかぎりにおいて政策的に保障されている財産権であり、したがってまた政策的にその自由を制限されうる性質のものである」⁽⁴¹⁾。生存権的土地利用権とは、農業経営の基礎を支えている農民の土地利用権、居住生活の基礎となっている都市住民の土地利用権、零細・中小の営業の基礎を支えている自営業者の土地利用権等を指すものであるから、「土地利用権の中では、生存権的土地利用権の保障を第一義的に考えるべ

きであり、」「生存権的土地利用権保障の法体系として確立されなければならないのである」とする⁽⁴²⁾。このように、渡辺理論では、水本理論と異なり、借地人の社会法的保護の必要性にも配慮を示してはいるものの、その具体的な保護のあり方やそのための法体系についてまで考察が及ぶことはなく、その主張は一般的・抽象的なレベルに留まっている。

結局、水本＝渡辺理論においては、近代的借地法の一般法則を析出することこそが中心的課題であったのであり、日本の借地法の社会法的生存権の擁護という現実問題の認識はそのための手段でしかなかったといえよう。そのため、借地人の社会法的生存権をどのように配慮し、そのための法体系をどのように確立するかという課題についてはほとんど手付かずのまま残されることになったのである。この残された課題は、借地法上の正当事由に関する裁判例を通じてその保護が図られていったのであるが、そのことが不動産賃借権の亜所有権化という問題、さらにはその対応策としての定期借地権の導入をめぐる政策論へとつながっていくことになるため、それぞれ節を改めて詳細に検討していくこととする。

次に、第２の問題点は、とりわけ水本理論が、産業資本主義段階におけるイギリス農業の三分割制の成立＝土地所有権の土地利用権への従属（土地賃借権の物権化の完成）＝近代的土地所有権の成立という理論図式からイギリスの土地所有権を近代化の「典型」としたこと（イギリス典型論）に対して向けられてきたものであり、これまで多くの批判的な論争がなされてきたものである。イギリス典型論とは、「資本主義の発達において先進的であり、全面的であったイギリスでは法の近代的進化もまた同様であろうという想定に立って、イギリス法の諸領域における歴史的変容のうち資本主義的再生産構造の成立に論理的に符合する一定の事象をとりだしてそれを法の近代的進化の典型とし、他国における進化をはかる標識とするものである」が、「これは、①『典型国』のそれと異なる他国の法現象をしばしば前近代的、未成熟、跛行的……であると規

定し、総じて法の近代的進化において後進的ないし不徹底であると判断させるおそれがあるばかりか、②『典型国』イギリスについては、法の歴史の実証に論理的措定をおきかえ、その歴史的發展の特殊性を捨象してしまう危険を伴う」ものであるとされている⁽⁴³⁾。

このような産業資本主義段階のイギリスの土地所有権を近代化の「典型」とする水本理論に対しては、イギリス典型論批判として、主としてその歴史的分析方法の観点から精緻な議論がなされることとなった。ただし、ここでの批判は、水本理論における不動産賃借権物権化論の側面に対して向けられたものではなく、専ら近代的土地所有権論の側面に対して向けられたものであったり、また、不動産賃借権物権化論の側面に対して向けられたものであっても、資本家としての市民法的借地人のための物権化論の範囲内に留まるものであったりするため、本稿の課題との関連では大きな意義をもつものではないため、ここではごく簡潔にその要点を確認するに留める。

（3） 近代的土地所有権論批判の要点

イギリス典型論批判は、一定特定論（特定の法制度ないし法体系一般がいつ近代化（資本主義化）されたかを一定のメルクマールを選択して決定しようとする考え方）の排除を出発点とする⁽⁴⁴⁾。具体的には、イギリス農業の三分割制が成立した産業資本主義段階という特定の画期のみを取り上げて、その段階で具体的に展開した法現象をメルクマールに近代的土地所有権が成立したとみなす方法論を問題視する。この批判は、西欧資本主義法の歴史的分析は次のような方法論によってなされるべきであることを前提としている。すなわち、法の歴史は、「諸段階において経済的社会構造が法規範体系のあり方を規定する」という「規定関係」と、「経済的社会構造と法規範体系の間の規定関係にさまざまな・それ自体としては非経済的・非法的な媒介物が入る」という「媒介関係」とによって展開することから、経済的社会構造の連続的發展がその上に築かれる法

規範体系との並行的な連続的發展を当然には保障しないので、歴史の各段階への移行過程が重視されなければならないとする⁽⁴⁵⁾。そして、そのための歴史的事実的作業として、産業資本主義から独占資本主義への展開という段階の前後の2つの時期、つまり原始的蓄積の最終的過程である市民革命期から産業革命期までの時期と独占資本主義の最終的過程である国家独占資本主義段階における国家法の分析が重視されてよいとする⁽⁴⁶⁾。

このような分析視角と同様の方法論をもって、イギリス典型論における前述したような2つの課題、すなわち、典型国以外の他国の法現象を法の近代化の進化において後進的・不徹底と判断させるおそれがあるという課題と、典型国イギリスの歴史的發展の特殊性を捨象させてしまう危険があるという課題とについて具体的な批判を行ったのが、戒能通厚論文と原田純孝論文である。

まず、戒能論文では、イギリス典型論は、イギリスの現実の土地所有形態を抽象化し、それに即応しない歴史的事実を二次的・副次的要因としてその分析の視角から放てきしてしまう危険がある。例えば、三分割制の確立期の土地所有の形態は貴族的大土地所有を基調とする近代的大土地所有であるところ、土地に合体された借地農の投下資本が土地の不可分の偶有性として土地所有者に帰属する否かという問題（テナント・ライト補償問題）、土地所有者に地代徴収のため最優先差押権を保障する自救的動産差押法の問題、土地所有の拡散防止を目的とした継承財産設定の問題など貴族的大土地所有に関わる問題は、この時期の賃借権による所有権絶対性の制限といった一般的形態においては解決されていないという事実を看過しているとする⁽⁴⁷⁾（これらの問題が法改正によって解決されたのは19世紀末の国家独占資本主義段階においてであり、これにより特殊イギリス的な貴族的大土地所有が崩壊し、その特殊性も失われたのであり、この段階に至って、イギリスの土地所有権は近代の土地所有の典型—土地所有の純経済的形態—に近いものとなったと解されている⁽⁴⁸⁾）。そこで、イギリスにおける近代の土地所有権の解明のためには、市民革命を起点とする資本の本格的かつ原始的蓄積過程、すな

わち土地所有の少数土地所有者への集中と直接生産者の自己経営の排除、これによって大土地所有に大借地経営が照応する特殊＝イギリス的な農業における資本主義化の諸過程の土地所有権のレベルにおける反映を歴史＝具体的に分析しなければならないとする⁽⁴⁹⁾。

このような歴史的分析方法論から、戒能論文において、イギリスの近代的土地所有権についての総体的＝構造的な分析が詳細に行われていくことになるのであるが、その反面において、その分析内容はますますプロセス論的・事実記述的とならざるを得ず、水本理論が目指したような実践性・規範的性格からますます乖離していく結果となっているといえる⁽⁵⁰⁾。また、ここで展開された批判は、水本理論における不動産賃借権物権化論の側面に対して向けられたものではなく、専ら近代的土地所有権論の側面に対して向けられたものであるもので、その意味において、戒能批判は水本理論が目指した主題から大きく逸れたものであったともいえる⁽⁵¹⁾。

次に、原田論文でも、イギリス典型論を批判して、物権化論（とりわけ水本理論）の問題点は、「イギリスの、いわば『産業資本主義段階における資本の法』（『三分割制』確立期の農地賃貸借法）を近代市民法（『近代的土地所有権』）の『典型』として直接的に提示したこと」にあるとする。その上でさらに次の2つの問題が含まれるとする。1つは、その「歴史的形態」に属さない法的契機は当然に「原理論的」構成の枠外に残されること、とりわけ借地農の改良費償還請求権があまりにも容易に「物権的構成」の要素から除外されることになったことであり、もう1つは、イギリスのリースのもつ「物権的」構成を無媒介に大陸法の用益権に類比させたため、近代大陸法を「近代法としてはさかだちしたもの」「寄生地主制段階の反映」と規定し、例えばフランス民法典のような近代大陸法の分析＝自由な土地所有権と債権的賃借権との照応関係の意義の理解のために十分な有効性を持ちえなかったことであるとする⁽⁵²⁾。そこで、「近代的」土地所有権を法的に把握するためには、資本生産様式がなお形成途上にある市

民革命後・産業革命前の過渡期に国家制定法として成立するその法＝「近代的」土地所有権法が、経済過程との関係で有した強力な媒介作用を重視しつつ、近代的な法形式を付与された土地所有権法が担った意義と機能を具体・歴史的に解明する必要があるとする⁽⁵³⁾。

このような歴史的分析方法論から、原田論文では、フランス民法典における賃借権の「外的構造」の側面（譲渡・転賃の原則的自由と対抗力）の強化は少なくとも法律的に一定程度実現された反面、賃借権の「内的構造」の側面（改良＝投下資本の自由とその回収の保障）では、土地所有権への従属性の強化として極めて顕著に現象することになったことが詳細に論じられ、近代的な法形式を付与された農地賃借権の債権的構成が、一見「地主的」な外観にかかわらず、当時の歴史的発展段階に即応した特殊・近代的意義を持っていたことが明らかにされる⁽⁵⁴⁾。このように、原田論文は、フランス民法典における自由な土地所有権に対する農地賃借権の債権的構成の特殊・近代的意義を明示することにより、イギリス典型論の課題を克服するものであるが、この特殊フランスの発展過程を「近代化」と呼ぶか、それとも「物権化」と呼ぶかはいわば程度の問題であり、その意味においては、原田論文は、水本理論の問題点を是正し補足するものとして水本理論の延長線上に位置づけられるものであるといえよう。

注

- （１） 稲本洋之助「土地所有権と土地利用権」渡辺洋三＝稲本洋之助編『現代土地法の研究（上）―土地法の理論と現状―』（岩波書店・1982年）98-99頁。
- （２） 本稿において借地制度とは、特に区別をしない場合、建物所有を目的とした土地賃貸借を指すものとする。
- （３） 旧借地権は、契約の更新に関して旧借地法の規定によるものとされたため（法附則6条）、新法施行後もなお存続するものとされた。
- （４） これまでの全国の定期借地権付住宅の供給戸数の累計（平成5年から平成21年）は、合計で73,808戸であるが（分譲住宅が36,297戸、分譲マンションが20,711戸、賃貸マンション・アパートが16,800戸）、これを同じ期間の新設住宅着工戸数と比較す

ると、定期借地権付住宅の割合はわずか0.35%にすぎない（定期借地権付住宅戸数は73,731戸、新設住宅着工戸数は21,215,895戸）（国土交通省『平成21年度定期借地権付住宅の供給実態調査』および同『建築着工統計調査報告』による）。

- （５） 詳細については、スケルトン定借普及センターのホームページ参照。
- （６） 周藤利一「定期借地権制度の課題」松尾弘・山野日章夫編『不動産賃貸借の課題と展望』（商事法務・2012年）81-83頁、勝木雅治「借地の本命に躍り出た事業用定期借地権―借地期間延長の意味、ならびに差額地代学説の現出―」不動産鑑定45巻10号（553号）33頁、36頁。
- （７） もっとも、この類型に一応は分類できるとしても、借地人が建物を第三者に売却したり、賃貸したりして収益を獲得することもあるし、またそのような借地人の態様も多様であることから、一樣に取り扱うには難しい面がある。しかし、程度の差はあれ、そのこと自体は結果的ないし副次的に生じるものでしかないとみることのできるのもので、収益獲得を専らの目的とする場合（資本主義的土地利用）と区別することは可能であると考えらる。
- （８） 一般定期借地権においては、建物取壊し更地返還が原則とされているので、借地上建物と借地権の資産価値は存続期間の経過とともに当然に減少していくことになる。このため、借地人が借地上建物を第三者に売却しようとしたとしても、金融機関は特別の事情がない限り同建物と借地権に担保価値を認めないので、第三者は金融機関から融資を受けることができず、借地人は同建物を売却することも事実上困難となる。また、存続期間の満了時が近づくと、借地人は借地上建物を維持管理するインセンティブを失う可能性が高く、同建物の荒廃・スラム化が生ずることが懸念されている（拙稿「分譲住宅・分譲マンションの定期借地権の再検討―存続期間満了時の契約調整の可能性―」マンション学（日本マンション学会誌45号）126-127頁）。
- （９） 渡辺洋三『土地・建物の法律制度（上）』（東京大学出版会・1960年）119-127頁、水本浩『借地借家法の基礎理論』（一粒社・1966年）246-255頁。この他にも、賃借権の物権化現象の市民法的構造と社会法的構造とを区別し、後者については、需要が供給を持続的・恒常的に上回るという一般的基礎の上に、小市民の劣弱な経済力に媒介されて、もっぱら小市民だけの借地の必要が否定されるという事態が登場するため、その劣弱の経済力とは無媒介に賃借権の継続が確保される必要が生じてくるとする見解がある（川村泰啓「物権化の、市民法的構造と社会法的構造」民商法雑誌36巻3号338-342頁、同「用益物権」法学セミナー19号16頁）。
- （10） 水本・前掲書（注9）5頁、237頁。
- （11） 不動産賃借権物権化論とその批判について考察したものとして次の文献を参照した。東海林邦彦「いわゆる『土地所有権近代化論争』の批判的検討」北大法学

論集 36 卷 3 号 343-390 頁，上谷均「所有権論の動向と課題—土地問題と所有権論の係わりを中心に—」修道法学 8 卷 2 号 43-61 頁，池田恒男「戦後近代的土地所有権論の到達点と問題点（一）（二）—その原点に立ち帰って—」大阪市立大学法学雑誌 35 卷 3・4 号 1-69 頁，36 卷 2 号 1-33 頁，森田修「戦後民法学における『近代』—『近代的土地所有権』論史斜断—」東京大学社会科学研究所 48 卷 5 号 97-133 頁，張洋介「土地問題と土地所有権論の変容—都市における土地所有権概念の検討に向けて—」法と政治 55 卷 3 号 117-215 頁。

- (12) 渡辺洋三「財産制度—その理論史的検討」『マルクス主義法学講座第 5 卷／ブルジョア法の基礎理論』（日本評論社・1980 年）101 頁。
- (13) 川島武宣『新版所有権法の理論』（岩波書店・1987 年）26 頁。
- (14) 川島・前掲書（注 13）287 頁。
- (15) ただし，交換価値支配権としての商品所有権に関する分析が論理的にきわめて明快であるのに比べて，資本所有権に関する分析はかなり晦渋をきわめており，不十分であることが指摘されている（渡辺・前掲論文（注 12）101 頁）。
- (16) 川島・前掲書（注 13）160 頁。
- (17) 東海林・前掲論文（注 11）378 頁。
- (18) 川島・前掲書（注 13）51-52 頁。
- (19) 川島・前掲書（注 13）53-54 頁。
- (20) 池田・前掲論文（注 11）35 卷 3・4 号 13 頁。
- (21) 東海林・前掲論文（注 11）379 頁。
- (22) 渡辺・前掲論文（注 12）111 頁。
- (23) 渡辺・前掲書（注 9）83 頁。
- (24) 水本・前掲書（注 9）254 頁。
- (25) 渡辺・前掲書（注 9）119 頁。
- (26) 渡辺・前掲書（注 9）3 頁。
- (27) 渡辺・前掲書（注 9）4 頁。
- (28) 渡辺・前掲書（注 9）5 頁。
- (29) 渡辺・前掲書（注 9）5 頁。
- (30) 渡辺・前掲書（注 9）5-6 頁。
- (31) 渡辺・前掲書（注 9）11-12 頁。
- (32) 水本・前掲書（注 9）8-9 頁。
- (33) 水本・前掲書（注 9）13 頁。
- (34) 水本・前掲書（注 9）105-106 頁。
- (35) 水本・前掲書（注 9）106 頁。
- (36) 水本・前掲書（注 9）107-108 頁。

- (37) 水本・前掲書（注9）237-241頁。水本理論では、イギリス農地質賃借法の発展過程から抽象された三分割制という理論図式が普遍的理論として一般化された結果、その理論図式が無媒介に日本の宅地質賃借関係にも直結させられ、「宅地利用権と農地利用権との構造的差異が不明確にされた」との問題点が指摘されている（東海林・前掲論文（注11）383頁）。
- (38) 水本・前掲書（注9）246-252頁。
- (39) 水本・前掲書（注9）254-257頁。もっとも、この結論はその後の著作において大きく修正がなされている。同『借地借家法の現代的課題』（一粒社・1971年）では、「物権化とは市民法の枠内において債権を物権に置き換えることに限定すべきであって、居住権の生存権理念に基づく社会権化または社会規範化を物権化と識別すべきであろう。」「そして、物権化をはみ出た社会権化（中略）とでもいえる現象は物権化とは別な法論理によって支えられたものであるから、両者の本質を明確に認識し、区別した上で、立法なり解釈なりを整理してゆくべきではないか」（43頁）として正当事由制度の撤廃までは明言しなくなっている。そして、同『土地問題と所有権〔改訂版〕』（有斐閣・1980年）になると、「零細借地人（中略）にとっては、社会法的・生存権的立場から、その土地利用権は保護される必要がある」（283頁）ので、「社会法的・生存権的利益の判断基準ないし判断わく組みを確立し、それにより法的処理をしていかなければ妥当な結論が得られない」（287頁）として正当事由制度の意義を認めるかのような表現に至っている。ただし、その具体的な判断基準ないし判断枠組みについては同書では示されていない。
- (40) 渡辺洋三「現代土地法総論」『現代土地法の研究（上）』（岩波書店・1982年）10頁。
- (41) 渡辺洋三『土地と財産権』（岩波書店・1977年）99頁。
- (42) 渡辺・前掲書（注41）101頁。
- (43) 稲本・前掲論文（注1）79頁。
- (44) 稲本・前掲論文（注1）79頁、81頁注（5）。
- (45) 稲本洋之助「資本主義法の歴史的分析に関する覚書—現代における外国法研究の問題点」法律時報38巻12号17頁。
- (46) 稲本・前掲論文（注45）20-21頁。
- (47) 戒能通厚「イギリス所有権法の総体的把握—水本理論を手がかりに—」社会科学の方法5巻9号12頁。
- (48) 椎名重明『近代的土地所有—その歴史と理論—』（東京大学出版会・1973年）335-336頁、同「近代的土地所有論」社会科学の方法6巻6号6頁。
- (49) 戒能通厚『イギリス土地所有権法の研究』（岩波書店・1980年）29-31頁、同「イギリス土地法の方法論的一考察—『近代的土地所有権』をめぐって」法律時報46巻5号88-89頁、同「近代的土地所有権をめぐって—イギリス土地法研究のため

のノートー」季刊現代法7号56頁。

(50) 池田・前掲論文（注11）36巻2号7頁。

(51) 水本浩「所有権理論の進展—戒能通厚氏の批判に答えて—」社会科学の方法6巻2号1頁。

(52) 原田純孝「『近代的土地所有権』論の再構成をめぐって（上）」社会科学の方法13巻11号13-14頁。

(53) 原田・前掲論文（注52）15-16頁。

(54) 原田純孝『近代土地賃貸借法の研究—フランス農地賃貸借法の構造と史的展開—』（東京大学出版会・1980年）35-38頁，477-485頁，同「『近代的土地所有権』論の再構成をめぐって（下）」社会科学の方法14巻2号12-16頁。