

# 借地制度の存続保障と私権調整—序論的考察

大野 武

## 1. 問題の所在

### (1) 資本主義社会における借地制度の意義

- ・建物所有を目的とする土地賃貸借は、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、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える。

→借地制度は、資本主義的土地利用にとっては最良のものであったとしても、現実には必ずしも資本主義的とはいえない土地利用もあり、そのような土地利用にとっても最良なものといえるかは疑問がある。

### (2) 現行の借地制度

#### (a) 普通借地権と定期借地権

- ・普通借地権の存続期間は30年であるが、存続期間満了に伴う借地人からの更新請求に対し、地主がこれを拒絶するには「正当事由」が必要とされる。正当事由の判断基準が実際には借地人に有利に機能するものであるため、地主が正当事由を具備することは通常困難であることから、借地人の更新請求は認められ、借地権は半永久的に存続するといわれている（借地権の亜所有権化）。
- ・そこで、1991年（平成3年）制定の借地借家法（以下「法」という。）において、存続期間の満了をもって借地契約は終了し、必ず地主に土地が返還されるものとされる「定期借地権」が創設され、地主の借地供給意欲を刺激することで借地供給の拡大が図られた。

#### (b) 普通借地権の供給実績

- ・定期借地権の導入により、普通借地権はその後ほとんど供給されないものと思われたが、実際には神社仏閣の所有地については継続的に借地が行われている（神社仏閣では、単に土地の売却が困難であるという事情から、その代替手段として借地が行われている）。

#### (c) 定期借地権の供給実績

- ①一般定期借地権（法22条）→ 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。

- ②建物譲渡特約付借地権（法24条）→ 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、これ以外の活用事例はほとんど見受けられない。
- ③事業用定期借地権（法23条）→ 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。

(d) 借地供給の全体の傾向

- ・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。

(3) 資本主義的土地利用と非資本主義的土地利用の相違

(a) 資本主義的土地利用

- ・借地人が収益獲得を専らの目的とする場合、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。
  - この目的は、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。
  - この種の借地人が事業用定期借地権や投資用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。

(b) 非資本主義的土地利用

- ・借地人が自己使用を主たる目的とする場合、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。
  - 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えることができる。
  - この目的は、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。
  - この種の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なる。

(4) 現行の借地権の存続期間満了時の法制度の問題点

- ①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る。  
→借地人の生存権的利益と財産権的利益とが保護される反面、地主の財産権的利益は大きく減少させられ、借地人の利益に偏った不合理な制度となっている。
- ②一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る。  
→地主の財産権的利益が保護されることになる反面、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り、地主の利益に偏った不合理な制度となっている。

(5) 借地制度の機能不全の原因

- ・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。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。
- ・しかし、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。  
→この問題を改善するためには、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。  
→それでは、なぜそのような法制度がこれまでに形成されてこなかったのか。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。

2. 不動産賃借権物権化論の再検討

(1) 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

- |   |                       |                |   |                  |
|---|-----------------------|----------------|---|------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>①最低存続期間の保障</li> <li>②第三者対抗力</li> <li>③妨害排除請求権</li> </ul> | }                     | 賃借権の安定性の確保     | } | 財産権的保護に関わる市民法的保障 |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>④譲渡・転貸の自由</li> <li>⑤改良費償還請求権（建物買取請求権）</li> </ul>         | }                     | 投下資本の<br>回収の保障 | } | 社会権的保護に関わる社会法的保障 |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>⑥正当事由による継続性の保障</li> </ul>                                | —————社会権的保護に関わる社会法的保障 |                |   |                  |

(2) 不動産賃借権物権化論の認識論と基礎理論のズレ

(a) 日本の借地法に対する基本認識

- ・日本の土地用益資本は、いわゆる資本家的資本ではなく、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。  
→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。
- 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。

(b) 不動産賃借権物権化論が追及した近代性

- ・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。  
→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、日本の借地法の世界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。
- その後展開された不動産賃借権物権化批判も主として近代性をめぐる歴史的方法論に関する諸点に集中したことから、ここでも借地法の世界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。

(3) 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問題意識

- ・借地人によって土地に資本が投下されると、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。
- ・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（近代的土地所有権論との接続）。

(b) 近代的土地所有権論の出発点としての川島武宣（『所有権法の理論』）

- ・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（商品所有権＝資本所有権の端緒的基礎的範疇）。
  - 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、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している。
  - ただし、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、土地所有権は地代取収権に縮減されるが、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。
- ⇒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」（渡辺洋三）あるいは「跛行的（前近代性・半封建性）」（水本浩）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土地所有権を支配してゆく過程（賃借権の物権化現象）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された（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の成立）。

(c) 渡辺洋三の不動産賃借権物権化論

- ・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的に保障するものでなければならない。これに対して、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。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。土地所有権が独立の財産権として法的価値をみと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。したがって、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。
- ・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（川島理論の近代的所有権との接合）。

(d) 水本浩の不動産賃借権物権化論

- ・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。

- ・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借関係に求めることができる。

→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・奇型の形態という対比を導き出せるとする。

(4) 水本＝渡辺理論の問題点

- (a) 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

- ・水本理論では、近代市民法的不動産賃借法の範型を地主—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。そして、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。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する。
- ・渡辺理論では、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。しかし、借地人の社会法的保護の具体的な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。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。

- (b) 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」とした点

- ・イギリス典型論は、①典型国と異なる他国の法現象をしばしば前近代的と規定し、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り、②典型国イギリスについてもその歴史的発展の特殊性を捨象してしまう危険を伴うとして、その歴史的分析方法において問題があると批判された（稲本洋之助）。
- ・ただし、この批判は、①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にすぎず（戒能通厚）、また、②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にすぎなかった（原田純孝）。

⇒結局、不動産物権化論批判においても、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。この問題については、基礎理論のレベルにおいてではなく、判例理論のレベルにおいて展開されることとなった。

### 3. 正当事由制度と判例理論

#### (1) 正当事由の判断要素（借地借家法6条）

- ①当事者双方が土地の使用を必要とする事情 ← 必要性の比較衡量（最大判昭37・6・6）
- ②借地に関する従前の経過
- ③土地の利用状況
- ④財産上の給付の申出

#### (2) 借地に関する正当事由判断（肯定判例49件、否定判例47件）の特徴

##### (a) 肯定判例の特徴

- ①全般的に、地主に自己使用の必要性が高く（自己使用目的の再開発、生活資金取得目的の再開発を含む）、借地人に自己使用の必要性がないか低い場合、地主の正当事由が肯定されている（この場合でも、立退料や代替地取得の容易さが考慮されている判例もある）。
- ②当事者双方の自己使用の必要性が同程度の場合、借地に関する従前の経過や立退料を考慮して、地主の正当事由が肯定されている判例がある（東京地判昭46・4・28、東京地八王子支判昭54・3・28、東京地判昭55・4・22、東京地判昭56・11・27、大阪高判昭58・9・30、東京地判昭59・12・21、名古屋高判昭59・12・26、横浜地判昭63・4・21、東京地判昭63・6・9、東京地判平7・9・26、東京高判平11・12・2、東京地判平24・12・25）。
- ③地主の更新拒絶の理由が営利目的の再開発であっても、借地人に自己使用の必要性がないか低いことに加え、地域性と高度利用の必要性、立退料を考慮して、地主の正当事由が肯定されている判例がある（東京高判昭51・2・26、東京地判昭53・8・29、福岡高判昭54・12・20、東京地判昭56・4・28、東京地判昭61・1・28、東京高判昭61・4・28、東京地判昭62・3・23、東京地判平6・8・25、東京地判平10・8・21、東京地判平24・12・12、東京地判平25・3・14）。

##### (b) 否定判例の特徴

- ①全般的に、地主に自己使用の必要性が低く、借地人に自己使用の必要が高い場合、地主の正当事由が否定されている。  
→借地人の事情に加えて借家人の事情をも考慮して、地主の正当事由を否定した不適切な

判例もある（広島高判岡山支判昭50・9・19）。

②当事者双方の自己使用の必要性が同程度の場合、地主の正当事由が否定されている判例がある（東京高判昭31・9・19、東京地判昭42・7・13、東京地判昭53・3・27、東京地判昭54・6・9、東京高判昭55・5・1、東京高判昭55・12・2、東京地判平1・9・14、東京高判平1・10・30、東京地判平25・5・21）。

→立退料の金額が少ないとして地主の正当事由が否定された判例があるが（東京地判平2・4・25）、その他の否定判例は、肯定判例との間の明確な線引きが困難である。

③地主の更新拒絶の理由が営利目的の再開発の場合で、借地人に自己使用の必要性が高い場合、たとえ地域性と高度利用の必要性が高くても、地主の正当事由が否定される判例がある（東京地判昭36・7・3、大阪高判昭40・4・27、東京地判昭61・12・26、大阪地判平5・9・13）。

→当事者間の公平性は確保されても、社会的・公益的観点から見て望ましいか疑問がある。

### (3) 判例理論の特徴と問題点

①一般的に当事者双方の土地の必要性を考慮して、当事者間の公平性が図られている。

②当事者の双方の必要性が同程度の場合、肯定判例と否定判例の明確な線引きが困難な事例がある。

③地域性と高度利用の必要性が高いにもかかわらず、当事者間の公平性が優先される結果、社会的・公益的観点が無視されている。

## 4. 定期借地権をめぐる政策論

### (1) 不動産賃借権の亜所有権化

・借地期間満了の際、借地人には更新請求権が認められる一方、地主がそれに異議を述べるには正当事由がなければならぬとされた。地主が正当事由を具備するか否かの判断にあたっては、まず借地人と地主との土地の必要性の比較が行われるが、通常は土地を持たない借地人の方に必要性が高いと判断されるため、その基準は借地人の方に極めて有利に作用する。このため、土地はいったん貸し出すと、地主は事実上土地を取り戻すことは極めて困難となった。このように、正当事由制度の存在により、借地権は半永久的に土地を使用・収益することができるようになり、実質的に土地所有権にも等しい権利へと転化した（不動産賃借権の亜所有権化）（鈴木祿弥）。

・1960年代半ばから、地主に正当事由が不十分な場合に、提供された「立退料」を考慮して正当事由が認められるという裁判例が確立した（現行の借地借家法6条の正当事由の判断要素は、1991年の借地借家法制定時に、それまでの判例法理を条文化したものである）。

・正当事由制度の反射的效果として「借地権価格」が発生し、地主は土地の返還を求める場合には借地権価格に相当する立退料の支払いを強いられることになった。

・このように、地主は、土地をいったん貸し出してしまうと非常に立場が弱くなってしまうの



で、交渉力を有している契約締結段階で、借地人に対して土地価格の7～9割という高額の「権利金」を支払うよう要求していった。

- ・その結果、土地所有権の購入コストを節約できるという借地制度の本来の意義は失われてしまい、借地供給の停滞の大きな要因となっていった。

## (2) 供用義務論（稲本洋之助）

- ・都市における土地所有者は、集团的公共的な計画に従って自己の土地を都市的利用に供する基本的義務を負っている。この義務は、原則的には都市計画に適合した建物を自己の発意と計算において建造し、それを自己又は第三者の利用に供することによって果たされる。
- ・共用義務は、土地所有者が自己の発意および計算において建物を建造せず、したがって建物の利用に直接に関与しない場合には、一定の利用目的ないし事業計画を有する第三者にそれを委ねることによっても果たされる（間接供用）。土地所有者はその土地を提供して建物を建造させ、建物所有者は「直接共用」の場合の土地所有者と同様に建物を自ら利用し、または第三者に賃貸して収益を得ることを目的とする。
- ・この借地契約関係は、合理的な経営経済計算（投下資本の回収ないし償却）を保障するものでなければならないとともに、それが保障される限りそれ以外の追加的な利益とくに土地独占に直接・間接に依頼する「借地権そのものの対価」ないし「権原価値」から自由であるべきである。そのためには、「借地は無限に更新されるもの」という現行借地法上の既成概念から離れ、経営経済計算を可能ならしめる一定の期間存続が保障されれば足りる。

## (3) 定期借地権の立法化の帰結

- ・1991年の借地借家法において定期借地権が導入されたことにより、確かに「借地権そのものの対価」ないし「権原価値」から自由となったし、合理的な経営経済計算が可能な借地権（事業用定期借地権など）については供給も拡大した。
- ・しかし、その他の居住目的の定期借地権については、必ずしも合理的な経営経済計算が可能とはいえず、むしろ存続期間満了時の問題が意識され、供給が拡大することはなかった。

## 5. 問題解決の方向性—公平性と公共性の実現

### (1) イギリス法における存続保障制度

- ・イギリスでは、賃借人に不動産の買取請求権と契約延長権を付与することにより、存続期間満了時に、①賃借人による自由土地保有権の取得、②賃借人の不動産賃借権の延長、③賃貸人による不動産の占有回復という選択肢の中から契約調整が図られることにより、問題の解決につながるものと考えられた。
- ・また、①ないし③の選択肢については、社会政策的判断から保護すべき利益の序列化が図られており、そのルールに従っていずれかが選択されるようになっている。そしていずれの場合が選択されても金銭的な調整が図られるものとされている。

(2) 立法による契約調整的介入

①原則

→賃借人が賃貸人に自由土地保有権あるいは延長賃借権の価格を支払うことにより自由土地保有権あるいは延長賃借権を取得する。

②賃貸人の自己（家族）使用の必要性（＝賃借人の居住利益と賃貸人の居住利益とが衝突した場合）

→賃貸人が賃借人に補償金を支払うことにより不動産の占有回復が認められる。

③賃貸人の再開発利益実現の必要性（＝賃借人の居住利益と賃貸人の財産権的利益とが衝突した場合）

→賃貸人が賃借人に延長賃借権の価値相当分の補償金を支払うことにより不動産の占有回復が認められる。

→賃借人が賃貸人に自由土地保有権の価格を支払うことにより自由土地保有権を取得する。

(3) まとめに代えて

- ・日本の借地制度は、普通借地権は借地人の利益に、定期借地権は地主の利益に偏った非合理的な制度になっており、このことが借地制度の機能不全の要因となっていると考えられる。
- ・これに対し、イギリスにおけるような立法による契約調整的介入は、日本の借地制度の課題を解決するための方向性として有用な考え方であると考えられる。