

## 土地建物をめぐる利用と所有の関係

——借地借家法の「正当事由」条項と定期借地権の問題性を中心にして

田 中 嗣 久

はじめに

### 一、問題の所在

#### 二、借地借家法六条・二八条の「正当事由」の問題性

1. 歴史的経緯からみて
  2. 「正当事由」による現状と問題性
  3. 「正当事由」の存在は借地借家人の真の利益に貢献するか
  4. 高額立退料に対する大いなる疑問
  5. 借地借家人の責務
  6. 経済効果の面から——特に借家について
- ### 三、定期借地権の創設と問題性
1. 定期借地権とその現況

2. 定期借地権における問題点  
四、定期借家権構想とその批判論について

1. 定期借家権創設への期待
2. 「澤野論文」に関して
3. 「鈴木論文」に関して

五、結語

1. 問題の要約
2. 解決の方向性  
    (一) 第一の方向性について  
    (二) 第二の方向性について
3. 付記

はじめに

私は、先に、最近の「定期借地権」の法制定に関連し、さらに「定期借家権」の創設をも検討すべきだという考えを本学の法学論集第三七号に登載させていただいた。

そして、この問題は、究極的には不動産の所有と利用との相関関係の根本問題、実務的には借地借家法六条と二八条の「正当事由」適用の将来的問題にも深く関わる重要かつ困難な問題であると思う。そこで、未熟ではあるが、今回これらの問題についての考察を試みた。

今後の研究を積み重ねていく上の一里塚の意味でも、一応のまとめをしたつもりである。

### 一、問題の所在

土地建物は、人間の生存に必要な不可欠である衣食住のうちの「住」を構成するが、有効平地面積が狭隘で、多くの人口が都市部に集中しているわが国においては、すべての人が自己の所有権に基づいて土地建物を使用するなどとはとうてい期待できず、賃貸借契約に基づく使用形態（借地、借家）に依存せざるを得ない。「住」が不可欠で、しかも借地借家にも頼らなければならない以上、借地借家人の権利は保護される必要がある、ここに土地、建物をめぐる所有と利用の関係が重要な問題となる。

明治二九年に制定された民法は、封建制度を払拭し近代資本主義国家を建設するため、その基本理念としてローマ法以来の所有権絶対の原則を取り入れたが、同原則は契約自由の原則と結合し、つまり資本家はその所有する企業財

説 産と雇用契約による労働者を使用することにより、資本主義は未曾有の發展を遂げた。ところが、所有権絶対の原則

論

は客観的には物そのものを支配する原則であるが、資本家は、企業財産という物の所有を通じて自由な雇用契約により労働者という人を支配し、同様に地主も、土地建物の所有を通じて自由な賃貸借契約により借地借家人を支配することになる。ここにおいて、所有者の非所有者に対する支配圧迫は放任し得ないほど重大な社会問題を惹起するにいたった。そこで、さまざまな社会政策立法の誕生をみることになるが、借地借家人に関しては、借地借家人保護の見地から、大正一〇年に借地法と借家法が制定され、その後いく度かの改正を経て現在の借地借家法に引き継がれている。しかし、借地法、借家法ならびにそれを受け継いだ現在の借地借家法は、一般的な所有権絶対の原則それ自体の抑制ではなく契約自由の原則への極端な抑制という方向性を打ち出したところに問題点が存在するように思われる。

すなわち、借地借家法によれば、借地権の存続期間（最低で三〇年）が満了して、借地権者が契約の更新を請求した場合、その地上に建物が存在すると、借地権設定者が遅滞なく異議を述べない限り、その借地契約は従来の契約と同一条件で更新されたものとみなされる（借地借家法五条）。しかも借地権設定者がこの異議を述べるには、同法六条に規定する「正当事由」が必要であり、それには借地権設定者と借地権者とがそれぞれその土地の使用を必要とする事情のほか、借地に関する従前の経過および土地の利用状況ならびに借地権設定者が土地の明渡の条件としてまたは土地の明渡と引換えに借地権者に対して財産上の給付をする旨の申出等のあらゆる点を考慮して、「正当事由」があると認められる場合でなければならぬとされる。このことは借家権についても同様であり、存続期間が満了しても「正当事由」があると認められる場合でなければ契約更新をしない旨の通知または解約の申入れをすることができない（二六条、二八条）。これは、旧借地法四条一項あるいは旧借家法一条ノ一の趣旨をそれぞれそのまま受け継い

だものであるが、判例は、この「正当事由」を容易に認めようとはせず（たとえば、最判昭和三十七年六月六日判決は、貸主が自ら使用する必要がある場合は、文理解釈に従えば、そのこと自体が正当事由に該当するようにも考えられるが、立法の傾向ならびに依然として宅地不足で借地権者を保護しなければならぬ現下の実状にかんがみるときは、この法条の真の意義は、土地所有者が自ら使用することを必要とする場合においても、借地権者側の必要性をも考量の上、土地所有者の更新拒絶の適否を決定するにあると解するのが相当であるとする。）、現実問題として地主側が契約の更新を拒絶することは非常に困難であることは周知のとおりである。

これは、実質上、契約自由の原則に対する極端な制限であり、所有権者（地主、家主）側の返還請求権を拒否することで利用権者（借地人、借家人）保護の目的を達成しようとする「地主側の犠牲による住宅政策立法」であるが、その結果、所有権者側に防衛手段を講じさせ、いわゆる「貸渋り現象」を生じさせるにいたった。一般的な所有権絶対の原則それ自体を規制するのであればすべての所有権に網がかけられるが、契約自由の原則の規制では所有権者が契約関係に入らなくなってしまうだけとなる。貸主（所有権者）の返還請求をシャットアウトして借主（利用権者）を保護するという近視眼的方法では新規物件の供給を停止させ、結果的に「社会政策立法」ではありえなくなってしまう。

本稿では、契約自由の原則を制限し「地主側の犠牲法」と化している現在の借地借家法の問題点を指摘し、まず同法を「地主側の合理的譲歩に基づく社会政策立法」へととらえ直すことで契約自由の原則を相当程度復活させ、借地借家法のもつ現代的意義を明確化するとともに、他の法制度（特に税法）との連携を図ることにより所有権絶対の原則そのものを規制する方向性を探り、土地建物をめぐる「所有権」と「利用権」の合理的関係とは何かの問題を考察

説する契機とするつもりである。

論

二、借地借家法六条・二八条の「正当事由」の問題性

1. 歴史的経緯からみて

借地借家法五条と六条あるいは二六条と二八条により、借地権や借家権は、いくら当事者がその契約で存続期間を定めたとしても、借地借家権設定者側に「正当事由」がないとその契約は更新されてしまう。つまり、契約で厳格に取り決めた存続期間も、「正当事由」という一語のもとに無意味な文言と化してしまうことになり、契約自由の原則に対する大きな制限になっている。にもかかわらず、その前身である借地法四条や借家法一条ノ二をも併せて、半世紀以上にわたりこの条文が存続し続けているのであるが、そもそも歴史的にみた場合、どの段階にいかなる経緯での「正当事由」は誕生したのか、そこに問題点は存在しないのかを考察してみる。

(一) 民法典と借地借家

わが国において、近代的私法が確立されたのは明治時代にさかのぼる。すなわち、明治政府は、地租改正により地券を交付し、農民の一部に土地に対する土地所有権を取得させ明治二九年民法を制定したが、民法は当時の先進諸国の例と異なり、土地と建物を別個の所有権としたため、土地に関する所有と利用の対立が生じる原因となった。

民法は、二六五条以下で、他人の土地において工作物または竹木を所有するためその土地を使用できる地上権を認める。しかし、存続期間についての最低限の定めあるいは更新についての文言がなく、当事者が存続期間を定めなかったとき裁判所が当事者の請求により二〇年以上五〇年以下の範囲で定める旨の規定をおくのみである(二六八条一項)。

地上権は物権であり、その面では借主の権利が強化されるともいえるが、反面、土地所有者側に忌避され、債権である六〇一条以下の賃借権が土地（建物）所有者に好んで選択されるところとなった。

賃貸借は、当事者の一方が相手方にある物の使用および収益をさせ、相手方がその賃料を払うことを内容とする有償双務契約である（六〇一条）。しかし、解約申入の期間として土地一年、建物三月が定められているが（六一七条）、地上権同様最低限の定めがなく、逆に最長が二〇年と定められている（六〇四条）だけであるため、一年あるいは二年の期間を定めることも可能となる一方、堅固な建物所有を目的としても二〇年を超えることができない。もっとも地上権と異なり、更新に関する規定が存在し（六〇三条、六〇四条）、賃貸借の期間満了後賃借人が賃借物の使用収益を継続する場合において賃借人がこれを知りながら異議を述べなかつたときは、前賃貸借と同一の条件で更に賃貸借をしたものと推定される（六一九条一項）が、「推定される」にすぎないので反証を挙げて覆すことも可能であるし、賃借人に更新の権利が認められているわけではない。

このように、民法典における「借地」「借家」は借主の立場が非常に弱い。そのため、はじめに述べたごとく地主が土地建物の所有を通じて借地借家人を支配する原因となり、大正一〇年に社会政策立法として、借地法と借家法が制定されることになる。

（二）大正一〇年制定当時の借地法と借家法

まず、借地法の内容の主なものとはつぎのとおりである。

第一に、存続期間の最低限が定められ、堅固建物で三〇年、非堅固建物で二〇年とした。これは、最低限を定めず、逆に最高限を定めていた民法の賃貸借からみればまさに画期的な規定といえよう。

第二に、更新されない場合に建物買取請求権が認められた。存続期間の満了で借地権は消滅するが、借地人に建物買取請求権が認められた結果、建物の取壊し回避、借地人の投下資本回収が可能となった。

第三に、借地権の譲渡・転貸の自由は認められなかったが、譲渡・転貸を地主が承諾しない場合、建物譲受人に地主に対する建物買取請求権が認められ、同じく建物の取壊し回避、借地人の投下資本回収が可能になった。

第四に、地代・借賃について、地主側の値上げ請求と借地人側の値下げ請求が認められた。

次に、借家法の内容の主なものとはつぎのとおりである。

第一に、六月未満の期間を定めた賃貸借は期間の定めのないものとし、賃貸人の解約申入は六月前に要すること为民法の三月に比較して延長され、少なくとも六月の猶予期間を設けた。

第二に、賃貸借終了の場合に造作買取請求権が認められた。

第三に、借賃について、家主側の値上げ請求と借家人側の値下げ請求が認められた。

このように、さまざまな特徴を持つ借地法と借家法であったが、一番重大な意義を有したのは、借地法における二〇年あるいは三〇年の最低存続期間の創設であろう。これは、利用権に対し、所有権を抑制するために契約自由の原則に加えられた攻撃であるが、この段階における攻撃の程度でとどめられていたならば、「所有」と「利用」をめぐる関係は、相当程度の合理性を保ち得たのではないかと思われる。

### (三) 昭和一六年改正法と「正当事由」

このように、土地建物をめぐる社会政策立法として、大正一〇年に借地法と借家法が制定され借地借家人の保護が図られることになったが、この段階ではまだ「正当事由」条項は存在せず、期限がくれば借りた物は返すという当然



の原則が貫かれていた。ところが、その後日中戦争が勃発し、戦場におもむく兵士の銃後への不安があつてはとの配慮から、昭和一六年に借地法と借家法の改正が行われ、「正当事由」が追加規定されることになった。つまり、歴史的にみて、昭和一六年の改正により初めて「正当事由」が登場した。これにより、契約満了のときに、建物が存在すれば、地主には正当事由がない限り、契約の更新は拒めないことになり、返却期間のきた物に対し所有者がその返却を期待できないという貸借契約の常識では考えられない結果が生じるようになった。もっとも、昭和一六年の借家法改正で一条ノ二が追加された際、政府委員は、「正当なる事由に該当するものと致しましては、先ず第一が自ら使用することを必要とする場合でありまして」と説明しているが、この説明によれば、家主が真に家屋を必要としている場合には、借家人の事情を考慮することなく解約できたことになる。つまり、法改正当初は、一般国民はもとより政府側にもその後におけるほど厳格な解釈は考えていなかったようである。

昭和一六年の改正は、戦時中という異常事態において、兵力動員目的で行われたものであるが、さらに問題であつたのは、戦争が終了した後の平和な世の中になって、本来改正されるべき「正当事由」が生き残り、そして、戦後の裁判官たちによってより磨きがかけられたということである。それは、戦後における住宅不足、さらには弱者側に立つ戦後裁判の風潮からして、少なくとも形式的には弱者の立場にある借地借家人保護の結論を導いたことに無理からぬ点もあるが、救われたいのはそういった事情あるいは風潮の犠牲になったともいうべき弱小地主たちである。このあと述べるように、近年では多くの地主側は「正当事由」の恐ろしさを十分認識し（それとて完全ではなく、近年においても「正当事由」の存在を知らずに、遊休不動産を存在させることは経済的損失が大であるとの考慮から軽に賃貸する例もあると考えられる）、さまざまな防御等を講じている（その結果が権利金等の高額化あるいは「貸

説 涉り現象) が、法改正当初は、「正当事由」に関する裁判例もなく、問題意識のないまま改正前と同様の考えで貸した弱小地主たちは、それら防御方法もとらず、安い賃貸料で半永久的に土地家屋を奪われたにも等しいものといえる。まさに、単なる社会政策立法が、「地主の犠牲による社会政策立法」へと変貌を遂げたのである。

歴史的にみるならば、「正当事由」は、時代の進展にともない法理論上必然的に誕生した制度ではなく、戦争というほんの一時期の事情により誕生し、その後のさまざまな諸事情が加わって、半世紀以上ものあいだその制度に振り回されてきたといっても過言ではない。

## 2. 「正当事由」による現状と問題性

判例は、周知のとおりこの「正当事由」を非常に厳格に解し、結果としては貸したら返ってこないままでいわれるような事態になり、そのため土地建物の供給が阻害され、バブル崩壊にいたるまでの地価高騰の一因にもなり、仮に貸すとしても、自衛手段として売買価格とあまりかわらないほど高額の権利金あるいは保証金が授受されるようになった。これは、土地に関しては、建物の所有を前提とする限り、実質的には、賃貸借契約≡売買契約といってもよいほどの事態であり、通常の形態での賃貸借契約は認めないことを意味する。この点、住田論文<sup>3</sup>は、これまで形成されてきた借地関係を含む土地に関する社会的実態を前提とする以上、現代社会において、普通借地権は、すでに法制度としての競争力かなりの部分で失われており、その需要は限られ、普通借地権が新規に設定される場合とは、自己およびその子孫が使用の必要性の生じる可能性がほとんどなく、長期にわたり地代収受権だけを確保できればよいとする場合や地上建物の耐用年数が相当長期にわたる場合、さらには、借地人との特別に親密な関係から利用に供する場

合等できわめて限定される旨指摘される。また、借家に関しても、回転率の高い単身用賃貸住宅が主流となり、返還を容易に期待し得ないファミリー向けの一般賃貸住宅は避けられるようになった。次の①から④の結果からもわかるように、借家については小規模なものが圧倒的に多いのである。

①住宅需要実態調査（一九八八年）による首都圏（東京都、神奈川県、千葉県、埼玉県）での民間住宅ストック（総住宅ストックから公的賃貸住宅を除く。）の室数別借家比率は、一室で九七・四％、二室で八八・九％三室で五九・三％、四室で一五・九％、五室で三・九％、六室で一・九％、七室で〇・八％である。

②住宅統計調査（一九八八年）による民間借家ストック（総住宅ストックから公的賃貸住宅を除く。）の規模は、三〇平方メートル以下が三七・七％、五〇平方メートル以下が七六・六％、床面積は持家全体の平均床面積が一三七・五平方メートルであるのに対し民間借家では四三・一平方メートルである。

③民間賃貸住宅推進研究会の調査によれば、現在入居中の貸家の専有面積は、三〇平方メートル以下が一六・二％、三二平方メートルから五〇平方メートルが四七・二％、五一平方メートルから七〇平方メートルが二六・七％、七一平方メートル以上が一〇％であり、また、中野区の民間賃貸住宅の経営者（家主）に対するアンケート調査（一九九〇年）による新築民間住宅の間取りは、ワンルームが過半数を占め、それ以外も大部分が2K、2DKといった狭小住宅である。

④国勢調査（一九九〇年）による民間住宅ストック（総住宅から公的賃貸住宅を除く。）の借家率の全国平均は、一戸建てで八・五％、長屋建てで六七・八％、共同住宅で七九・三％である。

結局、これは日中戦争時下の銃後の借地人・借家人保護に端を発し、返還拒否という形での借主保護の態度をエス

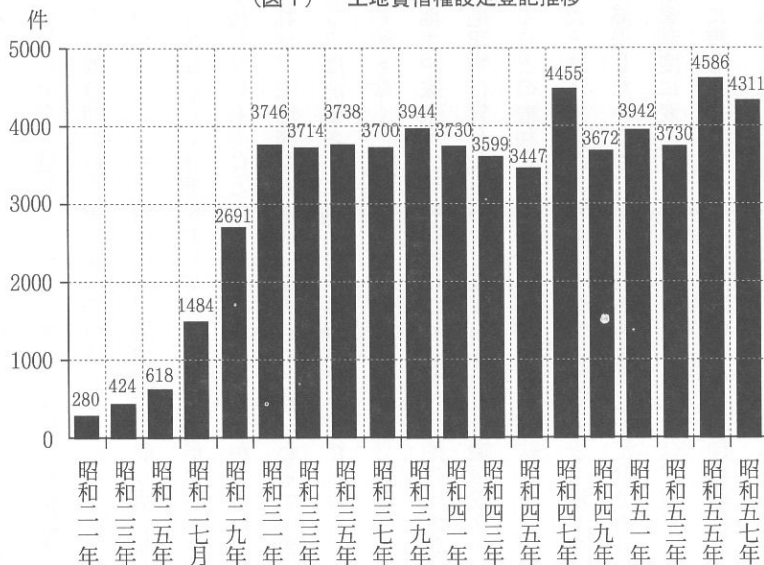
カレートさせた結末であるが、そのような借主保護の形態は、物件供給停止（貸渡り現象）、保証金の高額化等の弊害を生じさせた。「貸渡り現象」ならびに権利金や保証金の高額化（さらには立退料という弊害）を改善する手立として、平成四年に借地借家法が改正され定期借地権が設定されたが、従前の借地契約あるいは借家契約についてはなんら手が施されていない。確かに、定期借地権の創設、あるいは世間一般の借地借家に対する考え方の変化に伴い、「正当事由」をめぐる裁判所の態度に変化の生じる可能性は考えられるが、半世紀以上にわたって「正当事由」文言が存在しているという事実が重みがある。

歴史的経緯における問題性は、いま述べたとおりであるが、その不条理ともいえる過程で誕生した「正当事由」の考え方がその後ますます定着発展してきた。これは、突き詰めるところ、土地・建物といった不動産は、衣食住の一环をなす住の保護の見地から、土地や建物の利用者の権利を所有者に優先させようという考え方にはかならず、それは、土地については第二の農地解放ともいべき性質を帯びたものである。ただ、米軍占領下での、専制体制の下で行われた農地解放は、正式な所有権移転の形をとったため、その結果の是非は別として、形式的権利関係は問題の生じない形態であったが、借地権の場合はそうはいかなかった。あくまでも、賃貸借の形式を貫き、「正当事由」で調整を図ろうとしたからである。しかし、そのような中途半端は、地主側に自衛手段を講じさせることになり、その結果が、貸渡り現象であり、地価高騰、バブル経済の遠因となった。

（図1）は昭和二年から昭和五七年までの間における土地賃借権設定登記の推移（登記統計年報）・「民事、訴訟、人権統計年報」（法務省）による。）を、（図2）は、昭和三八年から平成五年までの間における敷地の所有関係（敷地が所有地であるか借地であるかの関係）を、表示したものである（Aは所有地、Bは借地を表す。平成八年版

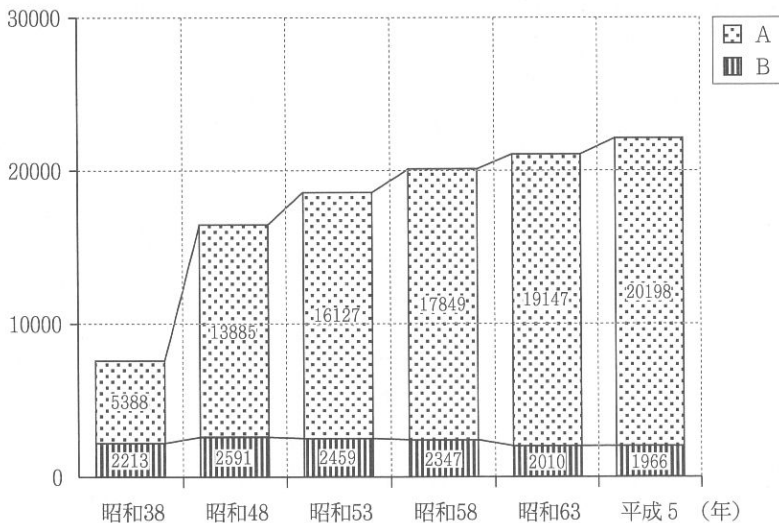
土地建物をめぐる利用と所有の関係

(図1) 土地賃借権設定登記推移



(図2)

戸数(千)



土地白書による)。これらによれば、昭和二〇年代倍増の勢いで順調に増加してきた土地賃借権の設定登記数は昭和三〇年以降全く低迷している。また、昭和三八年以降、所有地の方は、四倍近く増加しているにもかかわらず、借地の方は数量的にわずかではあるが減少している。割合的にみるならば、借地割合は、昭和三八年当時三割近くを占めていた(さらにさかのぼれば、借地法成立前の明治期には、持家借地率は七割前後であったとされ、契約自由の支配する規制のない状態においては、土地の賃借は、地主にとって今よりもはるかに気軽なビジネスであり、それは土地を持たないものにとっても手軽に土地利用ができたことを意味する。)が平成五年には一割以下に落ち込んでいる。これは、宅地需要の大幅な高まりにもかかわらず、新規借地物件はほとんど出ない、さらには、既存の借地関係も可能ならば消滅させようという傾向が示されたものといえよう。

判例もなく、「正当事由」の問題意識を有しなかった昭和二〇年から昭和三〇年にかけて借地権や借家権を設定した地主や家主は、その犠牲になり、半永久的に土地建物の所有権を奪われるにも等しい状態になったが、その結果、土地建物は貸したら返ってこないという常識が成立し、貸すということは、売却に等しい覚悟が迫られ、地価に肉薄するほどの権利金や保証金の高額化等へと結びつく。逆に一時期の借地借家人は恩恵を被ったが、一〇〇年単位で考えたとき、新規借地借家人も含めて考えると、決して借地借家人側の利益になっていない。借地借家契約を利用価値の減退したいびつな形の賃貸借契約にただけであり、もっと貸主や借主の両方にとってより気軽に利用しうる借地借家制度に変えなければならない。それには、地主に契約に対する信頼性を回復させる必要がある、契約内容を空文に等しくしてしまう「正当事由」の存在は真剣に検討されなければならないのである。「正当事由」の存在は、建物取壊しによる経済的損失を防ぐとの指摘もあるが、築後二〇年で約半分の、三〇年で三分の二以上の建物が取壊等

になる日本建築の現状を考えると、この指摘は的を得ていない。

借地人の居住権保護の観点については、耐久年度の経過した老朽家屋にのみ居住することへの許容は、決して眞の借地人保護には結びつかない。結局、借地人は改造という名目での新築行為をもくろみ、それが地主との対立を引き起こし、あげくは、耐久年数を大きく超えた老朽家屋を楯に立退料を要求し得るという現状はどこか不合理な話である。

### 3. 「正当事由」の存在は借地借家人の眞の利益に貢献するか

「正当事由」の規定の存在に固執する論者は、「正当事由」を削除することは、経済的強者である地主の利益になるだけで、経済的弱者である借地借家人の利益が損なわれることを危ぐする。しかし、ここで考えられる借地借家人というのは、現在のそれであり、新規の借地借家人希望者ではない（理論的には、現在の借地借家人の数よりも、将来をも考慮した新規借地借家人希望者の数が圧倒的に勝る）。なぜなら、新規借地借家人を保護するには、多種多様な新規賃貸物件が存在しなければならないが、「正当事由」の規定の存在によりそれが阻害される。つまり、「正当事由」の存在は、借地借家人の利益保護ではなく、地主（特に、この「正当事由」が問題視される前に借地権借家人を設定した地主）と未来の新規借地借家人の犠牲の下に成り立つ従来からの借地借家人の利益保護だけを意味する。しかも、その利益は本当に保護に値するのかといえば、すべてがそうではない。地価上昇にほとんどの地代は比例してなく、契約当初の、現在の地価からすれば非常識ともいえる値段を基準に緩やかに上昇している程度である。「正当事由」はこのような借地借家人だけを保護する制度と化しているのであり、広い意味における借地借家人保護

説からには障害となつてゐる。しかも、地主⇨経済的強者、借地借家人⇨経済的弱者という觀念自体が、そもそも現代において絶対的なものではない。地主主という言葉の持つイメージは歴史的觀點に立てば圧倒的經濟力を連想させるものであるが、近年の特に都市部において、二〇坪、三〇坪単位の遊休土地建物を所有している一サラリーマンあるいは年金生活者は決して経済的強者ではない。借地人が事業者である場合などなおさらである。現代において、地主⇨経済的強者、借地借家人⇨経済的弱者と物事を一律断定的に結論づけてしまふのはむしろ硬直化した思考である。

また、「正当事由」を廃止すると、契約の更新が拒否されることにより、賃貸料の値上げ期間の短期化につながるの意見もある。しかし、土地建物も一個のレンタル商品として、より気楽に賃貸市場に出せるとするならば、そこには市場原理が働く。そうすれば、自由市場には多種多様な商品が客のニーズに合わせて取り揃うのが原則であり、土地建物としてその例外ではなくなる。土地建物の絶対量が極端に少ないとすれば例外も生じようが、特に地点を限定しない限り、大都市周辺でさえ空き地は数多く存在し、法が過度の介入をせず契約の自由に任せるならば、そこには自然の調整力が働くはずである。土地建物所有者としても、レンタル物件としての土地建物は魅力があり、他の物件との競争にさらされる。期間を短くし返却の点に重きを置かならば値段を安くしなければならず、一方値段を上げるためには期間を長くする等の付加価値を要する。そうすること、市場にはさまざまな物件が登場し、借手は各自のニーズにあった物件を選び出せる。完全に法の介入を排除することは不可能にしても、それは最小限にとどめるべきものであり、むしろ問題を税法の關係等で調整することが望ましい。<sup>(4)</sup>

さらに、「正当事由」を廃止すると、あらゆる手段（暴力、脅迫等も含め）を行使し土地建物ブローカーが借地借



家人の追い出しを図ろうとすることからくるパブルの再燃を懸念する意見もみられる。しかし、契約自由の原則に基づくことにより生じるそのような問題は、なにも不動産に限られた話ではなく、不法な手段行使それ自体を取り締まる方策を見いだすべきである。

「正当事由」の廃止は、結果として一時的に土地建物ブローカー等の利益につながる点は否定し得ないが、長期的視野に立つ場合、土地建物をめぐる貸主側と借主側の権利関係の正常化にとってむしろ不可欠な決断といえよう。

#### 4. 高額立退料に対する大いなる疑問

借地借家権に関しては、現在、高額な立退料の支払が当然のものとしてとらえられている。借地借家法が制定される以前から、正当事由があるとは認められない場合であっても、明渡を求める側が移転料や立退料などの金員を支払う意思を明確にし、かつその金員と引き換えに明渡を求める申立をしたときには、正当事由を具備したものとて金員の支払いと引換えに明渡を認めるという判例理論が確立され、借地借家法は、正当事由の判断要素として土地の明渡の条件として、または土地の明渡と引換えに借地権者に対して財産上の給付をする旨の申し出をした場合におけるその申し出を明文化した。すなわち、判例理論で確立されていた、それ相応の立退料を支払うならば返還を認めるという考え方が、立法的にも確立されたのである。しかし、法律的にみて内容が明確化しているわけではない立退料というものを賃貸物件返還の条件のごとく認めることには問題がある。額、さらには支払うか否かについてもそれは当事者の問題であり、力関係ですべてが決定されてしまう。特に問題なのは、昭和二〇年代からの賃貸人の場合であり、それらは高齢で弱い立場のケースが多く、しかも権利金等一切もらわず、安価な賃貸料に甘んじてきたにもかかわら

説  
ず、これまで受け取った総賃料に匹敵する立退料の催促をされるケースも生じてきている。訴訟を提起するには相当の資金的、時間的覚悟が必要であり、力関係で弱い立場にある賃貸人は泣き寝入りせざるを得ない（結局、何十年間もの間、土地を使用貸借してきたのと同様のことになる）。厳格な基準等を立法的に解決しないまま当事者の力関係だけに任せる中途半端な形での立退料は容易に肯定されるべきではない。数年先のことも読みにくい現代社会で、何十年も先の立退料の額を予想するのは無理な話のようにも思われる。

本来は、一定期間物を貸すということは、一定期間その物の利用利益を借主に与えることであり、それ以上の利益を与えるものではない。ところが、立退料という観念は、借主に対し、一定期間の利用の利益以外の別の金銭的利益の享受を意味する。ここでいう、金銭的利益の内容としては、次の①から⑦などが主張されているが、これは、賃貸借契約一般における通常感覚からすれば、土地建物をめぐる賃貸借についてのみ生じる特殊な実態である。

- ①借地権価格である場合
- ②建物買取請求権行使による建物および場所的利益の買取価格である場合
- ③営業権の対価ないしは営業補償である場合
- ④移転実費である場合
- ⑤訴訟によらず早期に解決できる対価である場合
- ⑥精神的損害に対する慰謝料である場合
- ⑦再開発利益の配分である場合

まず、借地権価格（①）は、新不動産鑑定評価基準（平成二年一〇月二六日土地鑑定委員会答申）によると借地法

に基づき土地を使用収益することにより借地人に帰属する経済的利益（一時金の授受に基づくものを含む。）を貨幣額で表示したもので、借地人に帰属する経済的利益とは、土地を使用収益することによる広範な利益を基礎とするものであり、（a）土地を長期間占有し独占的に使用収益し得る借地人の安定的利益、（b）適正賃料と実際支払賃料との乖離およびその乖離の持続する期間を基礎にして成り立つ経済的利益の現在価値のうち慣行的に取引の対象となっている部分を中心とするとしている<sup>7）</sup>。しかし、借地人に対し、地主の所有権を実質上奪うに等しい形で土地を長期間占有させ、独占的に使用収益し得る安定的利益を与えることについて十分に合理化しうる理論的根拠は存在するののか。同様に賃貸借契約というのは、定められた期間その土地を借りるといふ両当事者の合意であるから、その期間が経過すれば返却するのが当然なのに、契約で定めた期間の経過した賃借人に対して賃貸の目的物が土地建物である場合だけ、場所的利益（③）、営業補償（③）、移転実費（④）、慰謝料（⑥）などを貸主に負担させることを十分に合理化しうる理論的根拠は何か。さらに、訴訟によらず早期に解決できる対価という点（⑤）については、「正当事由」条項が訴訟を作り出しているとは考えられないか。

一定期間物を借りるといふことは、その期間その物を利用できる利益を享受することであり、一定期間が経過すればその利益は享受し得なくなるが、立退料を要求できるということは、一定期間が経過したにもかかわらず、借主側にそれ以上の何らかの利益を認めることを意味し、そこで、貸主側は、土地建物を貸すに当たっては少なくとも立退料に相当する部分を権利金あるいは保証金という形で受領しようとする。ところが、四半世紀以上も先の立退料は予想すつかない面もあり、それは、新規借地借家人に対する負担増となつてはね返ってくる。一方で、旧来からの地主については、ほとんどそれに見合う権利金等を受領していないにもかかわらず形式的には、立退料はすでに支払つ

た権利金等の返却を意味しないため、一律借地借家人側からの要求により、高額な立退料の支払いを余儀なくされる。確かに、借地からの退却を余儀なくされる借地人に保護の必要なケースもあが、それを立退料という形で、地主と一個人に負担させる考え方は大いに問題を含む。これは、住宅政策の根幹に関わる問題であり、終戦直後の混乱した時代にあつては、やむを得ない面もあつたが、戦後半世紀以上経過し、経済発展を遂げた現在、地主という個人にいわば社会保障の肩代わりをさせるようなことをいつまでもしておくべきではない<sup>8)</sup>。つまり、借地借家人救済の問題は、現在たまたま賃貸人の地位にある地主だけの犠牲により行われるのではなく、すべての土地建物所有者に平等の負担を強いることによって解決されるべきものと思われる。

もっとも、再開発の利益の配分問題(⑦)については、それを土地建物所有者ひとりに独占させることには大いに疑問がある<sup>9)</sup>。しかし、この問題は、国民の税金を大量に導入して行われる公共工事による地価上昇利益を周辺の土地所有者だけに独占させることへの疑問であり、そこから土地建物賃借人に対する立退料の合理性が直接導き出されるわけではない。確かに、借地借家人の存在や貢献によつても地価上昇は生じ得るが、それを一般化し、すべてについて地価上昇分と立退料とを直接関連させ、地価上昇分を立退料という形で借地借家人に帰属させることはできないし、また異常な地価上昇からバブルの崩壊、そして地価下落という、誰もがなす術をなくした変動を経験してみると、地価の上昇や下落は時代の流れに伴う面を否定し得ず、再開発の利益を借地借家人にも配分せよとの理論は短絡的なものと思われる。土地所有者への独占的配分が不合理なものも明白ではあるが、それは、土地は水や空気と同様万民共用の財産であり、一個人に排他的支配を許すことは不公平だとの考えに帰因する。

しかし、土地の私的所有を前提としつつ国民の不公平感を解消すること不可能ではない。それは、土地所有者に対

する課税を強化することである。土地税制を、より緻密かつ厳格に分析した上で、その利益を国家が思い切って吸収することが公平の観念にかなうものと思われる。

### 5. 借地借家人の責務

銀行から借金をすれば履行遅滞にならぬよう弁済期における債務の完済に努力するし、レンタカーを借りれば次の借り手の迷惑にならぬよう期間内の返却に努力をする。土地建物も基本的には同じはずである。土地建物の利用に必要な存続期間が定められたなら、借主はその期間内での返却が可能になるよう、たとえば存続期間内に代替資産購入の資金を貯蓄するとか、他物件を物色するとか、更新を目指して貸主と現実的な交渉するなど、真剣かつ計画的な努力を傾ける必要がある。

借地の場合、借地人は最低で三〇年間もの長期にわたり他人の土地使用が許される以上、借りたその日から三〇年先の契約終了に向けての準備を進めることは十分に可能である。ところが、現状は「正当事由」条項によって保護されているため、賃料だけを支払いただ漫然と期間を経過させるケースが多いように思われる。これは、銀行から借金をしておきながら定期の利息だけを支払い元本返済の努力はしないというのに等しい。借家に関しても、短期間の賃貸借は別にして、長期の存続期間が定められている場合は同様のことがいえよう。

地主側に譲歩を求める以上、借地借家人側にもそれ相応の努力を求めべきである。借地借家法の「正当事由」条項は、この借地借家人側の義務の履行を棚上げにし、地主側に犠牲を強いる原因になっていると考えられる。

## 6. 経済効果の面から一特に借家について

論

わが国においては、これまで住宅取得能力の向上という観点から、国や地方公共団体の低利融資や補助金等の住宅政策がとられてきた。しかし、これらはいわば住宅需要者に金を与える政策であって、直接的に住宅供給を増加させるものではない。こういった国民の税金の無駄な投資を是正するためには、ファミリー向け借家の大量供給に期待するほかないが、現状ではそれはなかなか困難なように思われる。

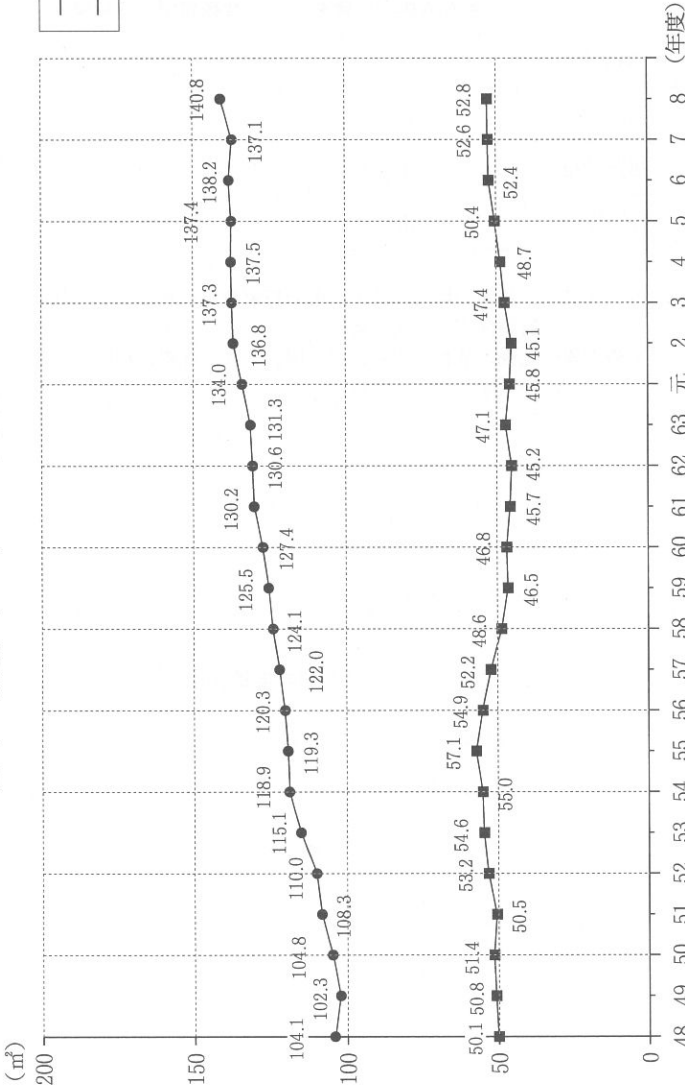
(図3)は昭和四八年から平成八年までの二四年間における持家と貸家の平均的床面積の推移を表したものであるが、持家についてはこの二〇年間に順調に伸び続けている(昭和四八年を一〇〇とすると平成八年は二三五)のに対し貸家については五〇平方メートル前後を横ばいに推移しているため、平成八年で持家は貸家の二・六六倍となっている。また、(表1)は、現在入居中の貸家の大きさと今後希望する貸家の大きさに関する平成四年一月から平成五年一月にかけての政府の調査(単位%)であるが、この調査結果からわかるように、現状では貸家に住む六〇%以上の人が五〇平方メートル以下の専有面積であるが、逆に六〇%以上の人が五〇平方メートル以上の専有面積を希望している。

以上の(図3)と(表1)から、ファミリー向け借家の需要が大きいかかわらず、ここ二〇年間ファミリー向け借家の供給は増えず、ファミリー向け借家の大幅な不足の実態が裏付けられる。

(表2)は先進主要各国とわが国との住宅水準を比較したものである。これによると、一戸あたりの床面積では、持家についてはイギリス、西ドイツ(一九八七年当時)、フランスよりも上であり決して先進主要各国に引けを取らないが、こと借家に関しては大きく水をあけられている。持家ではがんばっているのに借家で足を引っ張る結果、全

四

(図3) 新規着工住宅1戸当たり平均床面積の推移



(資料) 「住宅着工統計」(建設省)と「土地白書」(国土庁)をもとに作成

(表 1)

現在入居中の貸家の大きさと今後希望する貸家の大きさに関する平成 4 年 11 月から平成 5 年 1 月にかけての政府の調査 (単位%)

	現在入居中の貸家	今後希望する貸家
30㎡以下	16.2	9.4
31～50㎡	47.2	27.8
51～70㎡	26.7	33.9
71㎡以上	10	29

- (1) 原データ…「貸家市場の現状と今後の貸家政策の在り方」(民間賃貸住宅推進研究会)
- (2) 調査対象…札幌、仙台、東京、名古屋、大阪、高松、福岡、熊本  
の貸家入居者1,200名

(表 3)

全国ベース、創設後10年間の年間平均値

建築戸数増	25万戸
投資額増	3兆7600億円
最終需要増	5兆6200億円

(なお、最終需要増の5兆6200億円は、1996年のGDP見通469兆円の1.1%に該当する。)



土地建物をめぐる利用と所有の関係

(表 2)

住宅水準の国際比較

項目 国名	1戸当たり床面積 (ストック・㎡)			1人当たり 床面積(ストック・㎡)
	合 計	持 家	借 家	
アメリカ (*は中央値)	*156.8 ('89)	*164.1 ('89)	*118.2 ('89)	61.3 ('89)
イギリス	94.5 ('88)	109 ('88)	94 ('88)	36.6 ('88) (イングランド)
西ドイツ	86.1 ('87)	113 ('87)	69 ('87)	37.2 ('87)
フランス	85.4 ('90)	96.1 ('84)	67.9 ('84)	39.6 ('90)
イタリア	—	—	—	—
スウェーデン	—	—	—	—
日 本	89.3 ('88)	116.8 ('88)	44.3 ('88)	27.9 ('88)

(資料) 外国—「Annual Bulletin of Housing and Building Statistics for Europe」(国連)  
「American Housing Survey」(米)等  
日本—「住宅統計調査」「国民経済計算年報」「建築着工統計」「人工推計月報」

説 体的に水準が低くなる。これはファミリー向け借家に対する地主側の拒否姿勢の結果であり、その原因は、借地借家法の「正当事由」に存在するとも考えられる。

論 もしも、借地借家法を改正して「正当事由」条項の再検討をするならば、これまでのような非効率・無限定の税金投入方法によらず、住宅建設への投資を増加させ、住宅需要者の利益になることは確実である。ちなみに、試算によればその経済効果は、(表3)のように考えられる。<sup>10)</sup>

### 三、定期借地権の創設と問題性

#### 1. 定期借地権とその現況

「正当事由」をめぐる問題が明確化するにつれて法改正の気運が高まり、平成四年の借地借家法改正で新たに登場したのが、一般定期借地権(二二条)、建物譲渡特約付借地権(二三条)、事業用借地権(二四条)の三種類の定期借地権であり、その特徴は、つぎのようである。

#### (一) 一般定期借地権(二二条)

- ① 存続期間五〇年以上
  - ② 契約の更新がなく建物の築造による存続期間の延長がない
  - ③ 契約終了時に一三条の規定による建物買取請求がない
  - ④ これらの特約は公正証書等の書面によること
- (二) 建物譲渡特約付借地権(二三条)

① 存続期間三〇年以上

② 借地権を消滅させるため借地上の建物を借地権設定者に相当の対価で譲渡する

(三) 事業用借地権 (二四条)

① 存続期間一〇年以上二〇年以下

② 三条、八条、一三条、一八条が適用されない

③ 専ら事業用建物であること

④ 契約は公正証書によること

しかし、定期借地権創設後五年経過した平成九年の建設白書(建設省)によれば、定期借地権は全国でも年間一、二〇〇戸にすぎない。定期借地権が破竹の勢いで普及しつつあるかのような住宅会社等の宣伝も見受けられるが、年間一、二〇〇戸ということは、単純計算して五〇年間経過しても六万戸、一戸平均四人家族として二四万人、つまり定期借地権利用者は半世紀後も全人口の〇・二%に満たない計算になる。次の表は、土地白書(国土庁)による将来の定期借地権制度活用に対する土地所有者の意向を示したものであるが、定期借地権を積極的に活用したいという回答はわずか五%強にすぎない。つまり、自分で使う計画があり貸す気はないという一八・四%と無回答の二七・六%以外の残り四八・九%に関しては、その程度に差こそあるものの、定期借地権に対する不安を表明したものとすることも可能である。

A. 積極的に活用したい

五・一%

B. 土地の有効な活用方法の選択肢の一つとしても良い

二五・一%

C. 土地を貸すのはやはり不安である

一七・七%

D. どちらともいえない

六・一%

E. 自分で使う計画があり貸す気はない

一八・四%

F. 無回答

二七・六%

定期借地権に対する積極性が乏しいのは、定期借地権には次に述べるようないくつかの問題点が存在することによるものと思われる。

## 2. 定期借地権における問題点

(一) 所有権を五〇年以上も制約することへの疑問

定期借地権における問題点の第一は、その存続期間の長さであろう。二四条事業用借地権は、一〇年から二〇年と短期に規定されているが、これは事業用、たとえば、県国道沿いのコンビニストア、レンタルビデオ店、ファミリーレストラン、ホームセンター等に限定され、通常の住宅用地には適用されない。通常の定期借地権では、その存続期間は五〇年以上と定められている(二二条)。これは、分別のある大人が貸した場合、その人の一生はほぼ返却を期待し得ないことを意味する。最低で五〇年間返してもらえない契約というのは、ほとんど所有権を譲渡するのにも等しい契約ともいえる(半世紀以上にわたり所有権が制限され続けるということは、一つの物権を作り出しているに等しい<sup>(1)</sup>)。孫子の代までの見地に立てば返却されるものといえるが、それは相続を前提にしての話である。確かに、定期借地権ではなくても、普通の借地権を当事者間の契約で五〇年以上とすれば同様にその間は所有権を制限されるが、

法制度として五〇年以上しか設定が許されていないのと、自由意思で長期にわたり所有権に制限を加えるのでは根幹の意味合いが全く異なる。

(二) 五〇年以上も存続させる必要性への疑問

建物の耐用年数という観点からすると、一般住宅については、二〇年で約半分が、三〇年で三分の二以上が取り壊しなどとなっている。五〇年以上存続する可能性もないとはいえないが、ヨーロッパの石造等の建築と異なり、日本建築で五〇年を想定するのは、物理的見地からすると現在の常識的感覚とはずれが存在する。結局のところ五〇年という期間は、三〇〜四〇代の借主が終生その土地で暮らすことの可能な期間として算出されたものと思われるが、実際には定年退職者の利用もかなりあるし、また、借地物件に一生住むというのではなく、子供の独立、退職等、人生のいくつかの節目に、転居する可能性も大きい。定期借地権制度が定着してきた場合、同じ人間が同じ場所に五〇年以上居住する確率の方が低くなる可能性もある。転居することはマイナス要因とは限らず、より自分に合った環境を求め、また気分転換等さまざまな理由からのプラス要因も多い。二〇〜三〇年も経過すれば、定期借地権付建物の中古物件も流通市場に出てくるとの指摘もあり、法律で五〇年もの長期を強制する必要性はないものと思われる。

(三) 五〇年後の返却の確実性

定期借地権は、借地借家法六条で「正当事由」条項を残したまま新制度として規定された。しかし、極端なまでに借地人を保護してきた「正当事由」条項は依然として存在し、借地人は強く保護されるべきであるとの考え方を温存したままの制度下において、期限が到来した時点で情け容赦なく借地の返還を迫ることが本当に認められるのか疑問である。もちろん、返還を認めなければ定期借地権を創設した意味がなくなるが、借地人が返還を拒否するのにそれ

相当の事情があり、それに比べ地主側にはその必要性が乏しいにもかかわらず契約に定められた時期に返還を求めるといった事例において、契約の文言を尊重し地主を保護する裁判例をわれわれは経験していないため、将来の返還の確実性を信用できないでいる人も多かるう。それは、半世紀にわたりいくら契約書に更新できない旨定めていたにもかかわらず、「正当事由」の一条項により更新を余儀なくされてきた厳然たる事実が存在するからである。借地権の終了を告げるのに、賃借人にとって非常に気の毒なケースにおいても、五〇年後の裁判官は、毅然たる態度を貫く必要がある。しかも相当長期間にわたりそのような判例の蓄積が要求されよう。

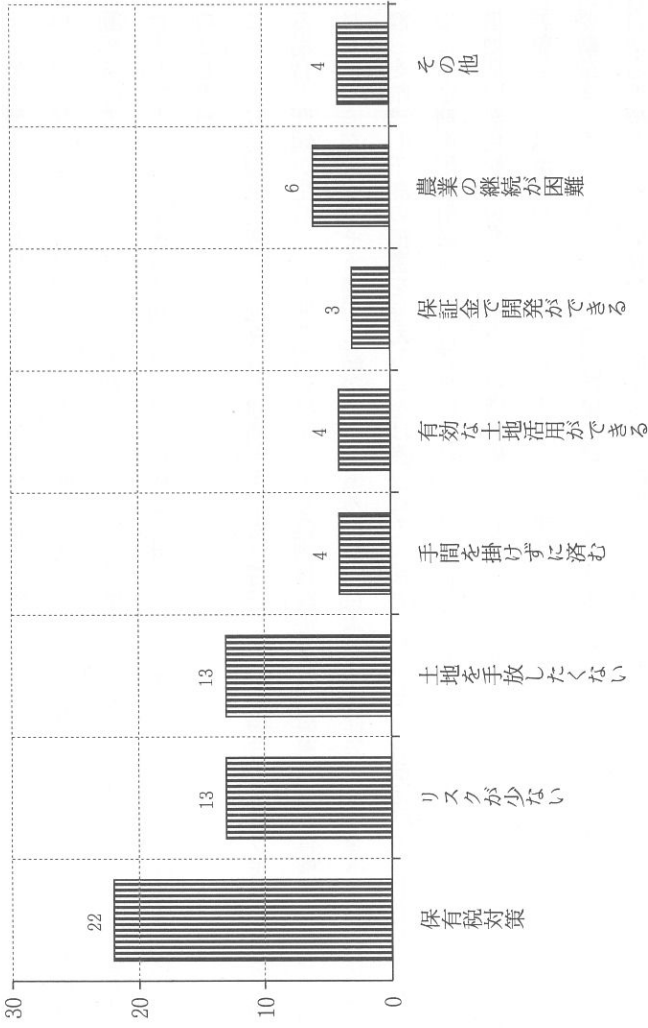
なお、これまでと同じ「普通借地権」が存在するのに、わざわざ定期借地権を地主も借地人も選択した以上、選択から除外された普通借地権の考え方が裁判で適用されることはないとの意見もあるが、<sup>13)</sup>「普通借地権」が存在するということは逆に言えばこれまでと同じ考え方がそのまま残存していることを意味し、定期借地権についてもその考え方が影響を及ぼしてることが懸念される。

また、定期借地権は五〇年後の返還が法的に確実であるとの前提のもとに、従来五割以上していた権利金をわずかに一割から三割程度の権利金ないしは保証金で取得できるとの実務が定着し、また返還の確実性はただ単に借地借家法の条文のみに根拠があるわけではなく、借地権の価額にもしっかりと反映し、その意味で普通借地権と同じ五割以上の権利権を授受した定期借地権者が返還の利益だけを得ようとする場合は別として、一から三割程度の権利金しか得ていない定期借地権者に対し、普通借地権と同様に明渡しができないとすることは、かえって公平を欠くことになるから、裁判においても、こうした経済実態が存在する以上、あえて権利の濫用として返還を否定することは考えられないとの意見もある。<sup>14)</sup> 定期借地権では、権利金や保証金の額が従来借地権の五分の一から五分の三にすぎず、そ

れだけしか権利金や保証金を出していない者に従来と同じ権利が認められることなどあり得ないという考え方である。しかし、このような考え方があつても五〇年先の借地人に対する感情的擁護論への不安を完全に払拭することはできず、全く無影響とはいえないが、権利金の多少がさほど影響を及ぼすとは考えにくい。なぜなら、ほとんど支払っていないというならまだしも、逆に二〇％～六〇％も支払っているとも考えられ、また従来の権利金の額というのは今後変動するであろうし、この二〇％～六〇％という割合も確定したものではない。たとえ、この数字が五〇年後まで続いたとしても、五〇年後の裁判において、権利の濫用として返還を否定することは考えられないと今日言い切れないものとも思われる。

さらに、このような定期借地権の借地権者が建物を第三者に賃貸している場合、つまり定期借地権の建物に借家人が住んでいる場合も問題が生じる。存続期間の満了により建物は収去され、借家人は占有権限を失つて直ちに建物から退去しなければならないが、そう簡単に話が進むであろうか。日本の法律社会の実態をみるかぎり、建物の賃借人に突然の明渡しを請求し不測の損害を与えることは許されるべきではないという意見が強く主張されることが予想される。すでに、定期借地権消滅時の利害調整については、「一般定期借地権および事業用借地権については、規定がないが、借地期間が比較的短期である事業用借地権はともかく、借地期間が五〇年以上という一般定期借地権について、利害調整もしくは清算が全く必要ないとするのは問題である」との意見もみられるし、平成四年の「借地法・借家法改正要綱試案」第一部第二の二「借地関係の終了に伴う利害調整」の別案の2では、「借地契約の終了に当たり土地所有者が借地権者に対し清算金を支払うことを相当とする事由がある場合には、借地権者は土地所有者に対し、清算金の支払を請求することができる」とし、「清算金の支払を相当とする事由や清算金の額は、土地所有者が

(図4)





借地権を消滅させることによって得る利益、借地権の設定またはその更新の際にその契約に関し借地権者から土地所有者に交付された財産的給付および正当事由に基づく明渡しの場合に支払われる立退料のほか、借地に関する従前の経過および借地権消滅の事情をも考慮して定めるべきもの」<sup>15)</sup>していた。

(四) 定期借地権を設定した地主の意識から

定期借地権制度を活用または活用することが確実な土地所有者に対する面接調査で、定期借地権制度による土地活用の動機に関して、(図4)のような調査結果が報告されている(平成八年度土地白書)。

この調査結果による保有税対策というのは、固定資産税等の土地保有に関する負担への対策であり、リスクが少ないというのは、賃貸住宅に比べ事業資金等の負担が少なくリスクが少ないという意味である。

この理由でみる限り、定期借地権の特色、つまり必ず返ってくるとされる点は強くは意識されていない。したがって定期借地権制度は、必ず契約どおりに返ってくるなら貸しても良いと思っている地主を、現実にはいまだ借地権の市場に引きずり出していないといえる。

四、定期借家権構想とその批判論について

1. 定期借家権創設への期待

借地借家法では新しく定期借地権制度が設けられたが、この制度は借地に関するものであり、借家については期限付建物賃貸借が認められたものの非常に要件が限定され(三八条、三九条、四〇条<sup>16)</sup>)、借家に関する一般的な「定期借家権」制度は見送られた。しかし、「正当事由」が存在しなくても一定期間の経過により所有者の下に借家が確実

説にもどってくる制度、いわゆる「定期借家権」の導入を主張する意見が少なくない<sup>17)</sup>。

論

平成七年一月七日、政府の行政改革委員会規制緩和小委員会（座長、椎名竹雄日本アイ・ビー・エム会長）は二分野五三項目の規制緩和策を提言する報告書をまとめたが、この中では、「借地借家法は、土地、建物に関する所有権と利用権の調整の在り方を背景とした貸し手と借り手の権利関係を調整する法律であるが、現行法の契約更新拒絶の際の正当事由の要求は、借地、借家の供給に影響を与える要因の一つになっている。借家に関しては、利用権を保護するために契約更新拒絶の際に正当事由が要求され、個別事情の異なる借家においては、貸し手と借り手の権利関係が調整されているが、他方、家主にとっては正当事由の判断が事前に確定しないため家主が新規の借家、特に比較的規模の大きい借家を供給する場合の制約要因になっていると考える。なお、住宅弱者保護の問題については、借地借家法の正当事由により家主と借地権者の間で調整し、最終的に裁判所の判断によるという方法だけでなく、真の弱者に対する必要な施策は、公的な主体が住宅に関する施策全般の中でもこれを行うべきであると考え。したがって、定期借地権の定着動向等を踏まえ、また、社会の多様化という事態を考慮しながら、定期借家権も含め、良好な借地・借家の供給促進を図るための方策の検討を促進すべきである。」とし、定期借家権構想の見地から、借地借家法見直しの必要性が述べられている。一方で、定期借家権構想についてはいくつかの反対論文が出されているが、その中で最近、弁護士澤野順彦氏の論文<sup>18)</sup>ならびに鈴木祿弥教授の論文<sup>19)</sup>がさまざまな角度から反対理由を挙げておられる。現在各方面で主張されている定期借家権構想自体は、借地における定期借地権と同様、本来の借家権とは別枠の特別に指定された借家権についてだけ契約に定めた期間での返還を確実にしようというものであり、「正当事由」条項の全面的見直しを主張する本稿とは必ずしもその立場を同じくするものではないが、その基本的なところを流れる存

続期間についての契約文言尊重の考え方には同一性が存在する。そこで、定期借家権構想に批判的立場で述べられて  
いる「澤野論文」と「鈴木論文」の矛盾点を指摘することは、最終的に本稿における私見の考え方をより確実にし、  
さらに「地主主の合理的譲歩に基づく社会政策立法」の具体的内容を形成するに当たり大いに参考になるものと考え  
られる（なお、2と3については、私が大阪経済法科大学法学論集第37号の「定期借家権創設の必要性」で述べたと  
ころを基にして、加筆、訂正した部分を含む。）。

## 2. 「澤野論文」に関して

（イ）「澤野論文」は、「定期借家権概念の不明確さに関連して」と題された中で、一定期間を限った借家権につい  
ては、借地借家法三八条、三九条において、一定の事情がある場合の期限付の賃貸借が新設されていて、これと異な  
る定期借家権なる概念を導入することは疑問とされる。すなわち、「三八条は、転勤等のため一定の期間自己の生活  
の根拠として使用することが困難であり、かつ、その期間経過後はその本拠として使用することが明らかな場合は一  
定の期間を限り、また三九条は、法令または契約により一定期間経過した後建物を取り壊すべきことが明らかな場  
合には、一定期間経過後、建物を取り壊すこととなるときに賃貸借が終了する契約を有効としているが、通常の建物  
賃貸借において、右の場合以外で特に期間を限定して借家契約を締結しなければならないケースはほとんど考えられ  
ず、あるとしても、それらは一時使用の賃貸借（四〇条）として処理すれば足りる」とされる。しかし、三八条と三  
九条があれば定期借家権なる概念を導入することが疑問とされる点、またそれ以外は四〇条で処理すれば足りるとき  
れる点は、三八条から三九条の期限付建物はその要件が大きく限定されたものであること、また、現行借地借家法制

説 定の際、一般的な定期借家権の創設は見送られ三八条から四〇条の創設にとどめられたが、それにもかかわらず、一般的な定期借家権創設の要望が実務界ならびに経済学者を中心に出版されていること等を考えるならば、この問題を三八条から四〇条の三条の存在を理由に解決しようとするには無理が感じられる。

## 論

(ロ)「借家契約について、存続を保護する正当事由を基調とする法定更新制度は、一面では借家契約の自由を制限するものであるが、他方、借家人はいったん借家契約関係に入ったものとして、合理的理由のないかぎり、家主側の一方的な理由により契約を解消させることのできないことは、近代的借家法の基本理念であり、欧米諸国でも認められている」とした上で、「存続期間の特約がこの合理的理由に当たるか否かは、それぞれの国における住宅事情、住宅政策、家賃規制等により異なると考えるべきであり、わが国の住宅事情および住宅政策（借家関係が多数にのぼること、公共住宅、福祉住宅が貧困であること、家賃が高額であること、持家取得が困難であること等）、借家法の沿革、借家を必要とする目的、階層、借家供給の目的、動機等を考慮すると、多くの場合借家の存続期間は例文と解さざるを得ない」とされる点については、たとえ基本理念であっても改善の余地が否定されるわけではない。さらに、わが国の住宅事情および住宅政策、借家法の沿革等からして、多くの場合借家の存続期間を例文と解さざるを得ないとされるが、住宅の貧困、家賃の高額に関しては、「貸渋り現象」に原因があるものと考えられるから、「正当事由」条項を改正することで質の高い住宅が大量かつ安価に借家市場に供給され、しかも、今後の少子化現象、地価下落の動向をふまえ、持家取得の困難さが緩和されていけば自ずと解決される問題である。借家を必要とする目的、階層、借家供給の目的、動機等の問題についても、根本的には借家住宅の質と量と価格の問題に還元できるから、同様の理由で現状よりは良好な状況に改善され得るはずである。また、現在のところ借家の存続期間は印刷上の決まり文句と

して記載されている場合が多く、確かに例文と解さざるを得ない文言も存在する。しかし、それは「正当事由」条項により存続期間の文言がほとんど意味をなさないことに帰因するものではないか。「正当事由」条項を再考察するならば真摯に存続期間が検討され、例文と決めつけることはできないケースが増加するものと思われる。

(ハ)「契約自由の原則は、当事者が一般的に自由な契約を締結することができる」と社会的に容認された分野や契約自由を相当とする事項について認められるべきである」とした上で、「借家関係については、新たに借家契約をするか否かは契約自由の原則が認められるが、契約終了に関しては家主側の自由は一部制限される」とされる点についてであるが、借家契約の終了については、当事者が一般的に自由な契約を締結することができる」と社会的に容認された分野または契約自由を相当とする事項ではない、という点について十分納得のいく理論的な説明がなされていない。もちろん、契約自由の原則も決して無制限ではなく、自ずとそこには制限が存在するが、しかし実質的に更新を拒む現状の借家関係は論者のいう「一部制限」の範囲を逸脱しているものと思われる。

(ニ)「定期借家権は、家賃改定の自由と不可分に主張される傾向があるが、借家権が期間の満了により終了すべきことと家賃の改定との間には何らかの因果関係はない」とした上で、「家賃の改定は借家契約の継続を前提とするものであり、これを契約の終了と関係づけることは何らかの意図あるものと解せざるを得ず、それは、借家の存続期間に単に家賃値上げの便法に過ぎず、家賃値上げに応じたものに対しては家主の気分次第で契約の更新をすることがあり得ることになり、このようなことは規制緩和の口実の下に許されるべきではない」とされる点であるが、これは、賃借料は当事者の自由に任せるならば貸主の有利に値上げできることを前提にした意見である。しかし、「正当事由」条項の見直しは賃貸不動産物件の供給増加を目的とするものであるから、市場原理が働くことで貸主の不利にも、つ

説  
まり価格の崩壊につながることも十分考えられる。論者のように一方的な借主不利の結果を招くものと断定することは早計であらう。

## 論

(ホ)「建物の耐用年数が相当期間存するのに、一年、二年と短期に設定し、期間満了により借家人の意志に反しても契約を終了させることに賃料値上げを強要すること以外の合理的根拠は存在せず、建物立替時の確保を理由とする定期借家権主張論者の意見はそれ自体が矛盾している」とされる点については、借家期間を一年あるいは二年と考えるから問題が生じるのであって、より長期の期間を考えるならば、賃料値上げを強要すること以外の合理的根拠は存在しないとはいえない。「定期借家権なる概念は、契約自由の原則、規制緩和の美名の下に借家契約の更新権を奪うとともに家賃の一方的な値上げを合法化しようとするものだ」といわれるが、善良弱小家主の更新拒否権の保護も併せて考える必要があるし、「世界的な借家法秩序(世界各国が借家人保護を必要と認めているすう勢)において、他に何らの住宅政策等補完手段の確立なしに、直ちにこれを容認することはできない」とされるが、これも借家権の期間を一年、二年という短期間を予定した場合の問題であり、その期間をそれ相当の長期に定めるならば解決し得ない問題ではなく、さらに、「正当事由」条項の見直しこそが住宅供給政策ともいえる。また、一部の立退を拒否する借家人のために耐久年数を大幅に経過した老朽家屋の建替え計画が進展せず新しい賃貸建物に入居する借家人の権利を奪っている現状もふまえ、建物建替時の確保は重要課題であると思われる。

(ヘ)「定期借家権を主張する論者が、居住用、営業用、その他建物の用途、賃貸借の目的等に何ら考慮することなく無制限に契約自由の原則を主張することは、結果的には貸主側の横暴を許すことになり、一部の大手賃貸事業者に負担するものといわれても仕方がない。多くの善良な中小規模家主は決して定期借家権を望んでいない」とされる

点であるが、少なくとも定期借家権構想は居住用、営業用、その他建物の用途、賃貸借の目的等に何ら顧慮することなく無制限に契約自由の原則を主張するものではなく、これらのことについては、定期借家権を創設する段階で検討されるべき問題であり、現段階で定期借家権を主張する論者がこれらのことを考慮していないとしても、定期借家権が現実化してくれば当然煮詰まってくる問題と思われる。また、多くの善良な中小規模家主が決して定期借家権を望んでいないというのも根拠が示されず、そのような家主は定期借家権ではなく契約の更新を継続すればよいのである。

(ト)「ファミリー向けの借家は、もともと家賃が高いから、その需要がきわめて限られること等の理由により供給が少ないのであり、法定更新制度の存在がその理由ではないとし、家賃が高くなる理由は、一戸建の住宅であれば、計算上、家賃がきわめて高額となるので、マンションを借家とするとした場合、4LDKで床面積はほぼ九〇から一〇〇平方メートル、都心から約一時間程度の郊外で新築の売買価格は六、五〇〇万円前後、これを賃貸するとした場合の積算賃料(貸手側の採算限度)はおおむね月額四〇万円前後程度となるからだ」とされる点については、そもそも、現状のマンションの新築価格を基準にしてファミリー向けの借家の賃貸料を積算することが問題となる。借家の場合、現在営業的なものが多いがそれは定期借家権が存在しないため個人所有の空家や空地が借家市場に供給されないからである。一定期間経過後に確実な取戻しを希望する一般的個人建物所有者にとって、現行制度のもとではその術がない。確実に取り戻す手段を有しない個人所有者にとって選べる唯一の方法は貸さないということであろう。したがって、借家が大量に供給されるならば建物新築価格とは関係なく賃料は減少していくから、定期借家権制度のない現状において、新築マンションの値段を基準に賃料を積算することは無意味である。

(チ)「借家は国民の社会経済生活の基盤であるとともに、産業の根幹をなす勤労者の拠り所でもあり、借家の安

説 定なくしては、国家、国民の安泰は期待することができないが、特に、公的借家制度の貧困なわが国においては、民間借家に頼らざるを得ない」として借家権の強化を理由とされる点であるが、これは、本来国家によってなされるべき政策を建物所有者一個人の犠牲のもとにすり替えようとするものであり、理由として何か釈然としない。これまでも述べてきているように、定期借家権構想はこれにより現在借家市場に供給されていない空地空家を借家市場に引きずり出そうというものであるから、借家の供給増が見込め、かえって質の高い借家の安定が図られるものと考える。

### 3. 「鈴木論文」に関して

(イ)「鈴木論文」は、定期借家権論の問題点と題された中で、福井秀夫氏<sup>20</sup>が、「借地借家の存続期間の設定は貸手と借手の自由な合意に委ねるべきである。この場合、貸手の横暴により短期間の契約しか締結されなくなる懸念がありうる。しかし、住宅・土地政策を上で述べたように実現することとセットであれば、長期的には、代替家屋、代替地が豊富に、しかも安価で存在するようになり、貸手の競争が確保されることから、一方的な契約は成立しなくなる。……仮に、そのような契約により、居住・営業の地を追われる弱者が生じるようなことがあったとしても、それに対して公的に責任を持つべきことになる。その点の担保が存在するならば、私的な合意に公的に介入する必要性は薄れる」と説かれていることに対し、「旧借家人が追い立てを受けてから見えざる手が十分に働いて貸家の供給と貸家の需要とが調和するにいたるまで、ないしは、十分な公営住宅が建設されそれが居住に供されうるにいたるまでには、相当な時日の経過が必要であるこのタイムラグは生きている旧借家人には致命的であり、やや拡張すれば、その間に、旧借家人は野たれ死にしなければならぬかもしれないのであって、このことが実用民事学にとっては耐え得ないこと



なのである。」とされる。しかし、現在存在している借家契約が貸手の横暴により短期間に變化しうるものではなく、また、新たに締結する場合も短期間になるとは限らない（定期借家権の存続期間をどの程度に定めるかは問題となるところであるが、この点は後述する）。また、これまでも繰り返して述べてきたように、定期借家権の創設は現在借家市場に供給されていない空地空家を借家市場に引きずり出して借家の供給増を図るものであり、さらに、少子化現象、地価下落等の動向をも考え合わせると、論者のいうごとく直ちにホームレスが生じるわけではない。定期借家権によって旧借家人は「野たれ死に」するかのような考え方は曲解であると考えられる。

(ロ)「正当事由のない限り法定更新が生じるという現行借家法は、わが国においてすでに半世紀を超える伝統を有し、その正確な内容についてはともかく、いったん所有家屋を貸家として提供した以上、容易なことでは明渡しを得られないことになるといふ事態は、一般国民なканずく家屋所有者層にはかなりの程度熟知されているといつてもよい……ある程度以上の良識ある人々によって承認されている」とされる点については、たとえ、国民全体が正当事由のない限り法定更新が生じるという現行借家法制度を認識していたとしても、問題点の指摘される制度は是正されるべきであり、定期借家権の必要性とは直接関係がない。しかも、いったん所有家屋として提供した以上容易なことでは明渡しを得られないことを家屋所有者がかなりの程度熟知しているからこそ「貸渡り現象」が生じて新規供給が阻害されているのであり、この理由は定期借家権構想提唱論の理由になるものである。

## 五、結語

## 1. 問題の要約

これまでも述べたとおり、人口の割に有効に利用できる土地面積が少なく、しかもそのほとんどが都市部への居住を希望するわが国では、地価が相対的に高くなることはやむを得ないことであり、衣食住の住に関しては、借地借家に依存せざるを得ない。借地借家は、一般庶民がグレードの高い住宅を安価に手にいれる有効な手段であり、借地借家の供給の増加は必要不可欠となる。土地建物が他の商品と本質的に異なる点はその特定性である。阪神大震災の仮設住宅にあっても場所による人気差が生じたことからわかるように、よりよい「住」生活のためには、いつも供給が需要を上回るようにする必要があるが、借地借家の供給を増加させるためには、土地建物の所有者に対し土地建物を賃貸商品として市場に供出させる気を起こさせねばならず、そのためには期間の明確性が要求される。半永久的に返却を期待し得ない賃貸市場に物件供給希望者が集まらないのは自明の理である。確実に返還してもらえない時期が確定してこそ正常な賃貸借契約であり、正常な賃貸借契約が存在してこそ土地建物所有者のより多くの賃貸市場への参入を期待しうる。賃貸借契約進展には貸主と借主が存在し、それが絶えず新旧交代してゆかねばならない。ところが、現行の借地借家法にそれを期待することは困難である。

旧借地法・借家法は、「正当事由」の追加により社会政策立法から「地主の犠牲による社会政策立法」へと変貌を遂げたが、その後の借地法・借家法ならびにそれを受け継ぐ現在の借地借家法は、実質上、社会政策立法としての機能を果たし得ず、単なる「地主の犠牲法」になっているといっても過言ではない。より質の高い「住」をより安

価に国民が確保するには、物件としての「住」の供給増が絶対必要不可欠であるが、その基本法ともいえる借地借家法が単なる「地主の犠牲法」になっていてはおぼつかないものといえる。

現在の借地借家法が「地主の犠牲法」になっているということは、結果的には借地借家人の利益をも害していることを意味する。旧来からの地主は、高額の立退料に悩まされ、契約を終了させることができない一方、新たに土地建物や建物を借りたと思っても、それは高額の権利金を用意できるものに限定され、低額の権利金と月額賃料だけで土地や建物を使用することは困難となる。旧来からの地主、旧来からの借地借家人、新規地主、新規借地借家人を考えた場合、旧来からの地主には予想外の負担を、旧来からの借地借家人には予想外の利益を与え、その結果、新規地主は自己防衛を図るため、それは新規借地借家人への負担となって返ってきた。

これらは、借地法・借家法から受け継いだ「正当事由」の存在に起因するが、新設された定期借地権が少なくとも借地に関するこの問題を解決し得たかといえ、そうではない。なぜなら、定期借地権が旧来からの地主の救済を行わず、新規借地人の保護のみを図ったものだからである（新規借地人保護という面も、既述のように不完全である）。この、直接には関係なさそうに思われる旧来からの地主保護を放棄したという点は定期借地権にとって半世紀先の返却に対する信頼性を構築させないという意味において、実は致命的欠陥なのである。半世紀前に、返却を信じて土地を貸したものの保護なくして、半世紀後の返却を信頼させることは困難といえ、定期借地権に対する問題は、その期間の長さ等の直接的要件もさることながら、新借地借家法が旧来からの地主保護を図らなかつたことに存在する。そこで、この問題を解決する方策として、私は、「契約自由の原則への極端な抑圧」を「契約自由の原則への合理的な制限」に変更すること、また所有権絶対の原則それ自体への締め付けを強化すること、の二つの方向性が必要で

説あり、この二つの方向性により土地建物をめぐる「所有」と「利用」の理想的な関係構築への軌道修正が図られるのではないかと考える。

## 論

## 2. 解決の方向性

## (一) 第一の方向性について

第一の方向性は、「社会政策立法」から「地主の犠牲による社会政策立法」へ、さらに単なる「地主犠牲法」へと変貌した借地借家法を、地主の合理的納得の得られる社会政策立法へ変更することである。社会政策立法である以上、地主側の譲歩を完全に排除するわけにはいかないが、その譲歩は通常一般地主の納得が得られる合理性の範囲内であることを要する。つまり、「地主の合理的譲歩に基づく社会政策立法」への変更である（「犠牲」と「合理的譲歩」ではその意味合いが全く異なる）。そして、「犠牲」と「合理的譲歩」とを区別する基準こそが、本稿で述べてきたところの返還時期の明確性である。返還時期の不明な賃貸借契約は貸主の犠牲のもとに成り立つ契約であるが、返還時期の明確性が確保されれば契約に基づく合理的譲歩といえる。地主にとっては返却時期の予定が立てられ、その大前提に基づいた上で借地借家人保護の見地から最低期間として存続期間を考慮することが要求される。そこで、この見地から借地と借家について検討を加えてみることにする。

まず、借地に関しては、存続期間が最低で三〇年間保証されている（三九条、九条）。平均的世代期間、地主の忍耐の許容限度、現在の建物の寿命さらに建物買取請求権（一三条）の存在等を総合的に考えれば、三〇年間という期間は最低期間として妥当なものであろう。しかし、これまで述べてきたところからも明らかなように、六条の「正当事

由」条項は大いに問題であり、削除するべきであると考ええる。契約当初の当事者の意思、つまり契約文言を尊重するというすべての契約に共通の原則に借地契約をいったんもどすことは、借地取引活性化にとって必要不可欠な決断なのである。「正当事由」に関して、これまでのような厳格な解釈をするのではなく緩やかな解釈をすれば同様の結果が得られるとの考え方も成り立ちうるが、半世紀以上にもわたって存在し続けてきた「正当事由」条項の産物である「貸渡り現象」問題を根本的に解決するためには、六条の削除というようなセンセーショナルな手段がぜひとも必要なものと思われる。

次に借家であるが、借家は借地と同じく不動産の賃貸借とはいえ、存続期間が三〇年以上と定められている借地とは異なり、法律上最短期間の定めがなく、現状の社会的要求においても、長期契約だけではなく短期契約の需要も多い。したがって、建物保護の要請が強く働く借地のように一律に三〇年以上と規定できない以上、「正当事由」が借家人保護に果たす役割を否定し得ず借地と借家は別異の考察を要する。

第二次世界大戦前の日本の社会では家は借りるものという風潮が強かった。ところが、現在では、土地建物は庶民における最高の資産の一つとしてその所有権の確保を生涯の目標とする。したがって、家を借りるにしても終生借りるというのではなく、マイホームを手に入れるまでの間の一時的な仮の宿と考えて借りるケースが多い。平成九年版土地白書によれば、国民のライフステージは、ほぼ一五年感覚で、世帯形成期、世帯成長期、世帯分離・再編期、世帯収縮期（表4）参照）に分類され、各ライフステージごとに平均居住人員は大きく異なり（表5）参照）、その結果、ライフステージごとに住宅形態の移動が存在する。

この土地白書によれば、借家に関しては、一ライフステージ最低一五年間程度はその存続期間が保証される必要が

(表4) ライフステージの概念(世帯主の年齢と属性)

ライフステージ	世帯主年齢	属 性
世帯形成期	34歳以下	若年単身、子供のいない夫婦、 子供が幼少の夫婦、が中心
世帯成長期	35歳以上49歳以下	夫婦及びその子供、が中心
世帯分離・再編期	50歳以上64歳以下	子供独立後の夫婦、2世代同居等
世帯収縮期	65歳以上	高齢者単身、高齢者夫婦、子供夫婦との同居等

(表5) 東京圏のライフステージの平均居住人員

ライフステージ	平均居住人員 (京浜葉大都市圏)
世帯形成期	1.96人
世帯成長期	3.47人
世帯分離・再編期	3.12人
世帯収縮期	2.20人

あるが、逆に、「正当事由」条項見直しによる借家供給増、少子化現象と地価下落による土地取得の容易化、借家人の一五年間における真剣かつ計画的な努力への期待等を考慮するならば、一五年程度に限定することも決して不合理な結論とはいえない。ただし、借家の場合は、借家人の所得水準、あるいは構成形態（単身者かファミリーか）、あるいは使用目的により、存続期間に幅が存在するため、一律に一五年以上と定めることは不可能であり存続期間が短期の借家契約にあっては「正当事由」条項で借家人を保護することもやむを得ない。そこで、二八条の条文は、短期の借家契約に限定して適用されるものと考え、場合分けをし、存続期間が一五年未満であるときは現状のままとするべきであろう。

(二) 第二の方向性について

第二の方向性は、所有権絶対の原則それ自体の見直しである。はじめに指摘したように、これまで述べてきた問題の原点は所有権絶対の原則への修正にある。ところが、借地借家に関しては契約自由の原則への極端な抑圧により目的を成し遂げようとした点に問題の原因が存在した。当然いま述べたように契約自由の原則に合理的制限を加えることが、借地借家人保護を目的とした所有権弱体化への援護となることは確実であるが、所有権に対する直接的見直し、具体的には遊休土地建物を借地借家市場へ直接引きずり込む方向性をも探る努力を放棄してはならない。

土地は、水や空気と同様、自然的に存在する人間の生存に絶対不可欠な有限財物であり、他の財物とは本質的に異なる高度の公共的性格を有し、私有化に適さない面がかなり在する。社会主義思想下においては当然のこと、資本主義思想下においても土地の国有化を提唱するさまざまな理論が存在するが、やはり土地は人間の生存に絶対不可欠であるからこそ、それに私的所有を認めることが歴史的かつ現実的視野からして社会的労働意欲の源泉となっていると

論

そこで、土地の私的所有を肯定しつつ、土地建物に対する所有権絶対の原則の制限を強化する方策を探らねばならない。現在考えられる最良の方法は、法規の新たな創設あるいは改正をも含め、遊休土地建物ならびに一定規模以上の土地に対する思い切った増税をすること、たとえば、特別土地保有税の強化である（課税対象基準の引き上げ、税率の大幅増等）。土地建物所有者に対し遊休土地建物を法律で強制的に徴収するのではなく、自発的に借地借家市場に供出するか、あるいは手放した方が得策と思考される税法系にする。その際、借地借家市場に供出されない分に関しては、可能な限り借地借家に転用されるべく、また脱法行為を防止するため、さまざまな法制度の整備が必要となるであろう。

3. 付記

以上、借地借家の現状に触れるたびに以前から疑問に感じていた不動産をめぐる「所有権」と「利用権」のかかわりの問題について借地借家法における「正当事由」条項の問題性を通しての一応の考察を試みた。しかし、この問題は貸主と借主の利益が現代社会において複雑に絡み合った大きな問題であり、一朝一夕にその結論を導きうるものではなく、各種制度の試行錯誤が必要となる。本稿における私見も今後の法制度や社会の実際の動向を見極めつつ、なお一層の研鑽を深め、できるだけ私なりの考え方を完成されたものに近づけるよう努力する所存である。



- (1) 鈴木祿弥「居住権論」四七頁は、旧借家法についてであるが賃貸借契約を媒介として相互に関係する家主と借家人について、後者の居住を保障するために（国家がその費用を負担するのではなくて）前者の家屋所有権を制限するという方法でこなわれるという意味で「家主の犠牲による住宅社会立法」とする。
- (2) 前掲鈴木一二五頁
- (3) NBL六〇一号「定期借地権の現状と今後の展望（一）」
- (4) 野口悠紀雄「一層の自由化が必要」ジュリスト九三九号一五二頁
- (5) 最判昭和三八年三月一日（最高裁判所民事判例集一七卷二九〇頁）
- (6) ジュリスト一〇〇六号七四頁
- (7) 旧不動産鑑定評価基準（昭和四四年九月二九日住宅宅地審議会答申）は、借地権価格とは、借地権の付着している宅地について、借地人に帰属する経済的利益（一時金の授受に基づくものを含む。）が発生している場合において、慣行的に取引の対象となつている当該経済的利益の全部または一部をいうとし、借地人に帰属する経済的利益とは、当該宅地に経済的価値に即応した適正な賃料と各支払時期に支払われる賃料（実際支払賃料という。）との乖離およびその乖離の持続する期間を基礎にして成り立つ経済的利益の現在の価値をいうとしていた。なお、「正当事由」条項の存在は、昭和四一年の借地法改正における借地上建物の処分に伴う借地権譲渡に関し、賃貸人の承諾にかわる裁判所による許可が認められたことと相まって、借地権が単なる利用権の範囲を超えてそれ自体取引の客体としての性格を強く帯びようになつた。取引の客体としての性格を帯びる以上、そこには価格が発生する。これが「借地権価格」であるが、そうなると、借地権の担保化たとえば、借地上に建築する建物の建築資金を融通する手段として、借地権価格の発生により財産的価値が確立された借地権を担保とすることが注目されはじめた。借地権の担保化に関しては、借地借家法の制定作業においても問題にされたが、結局立法化は見送られている。借地権の担保化は、土地の利用権たる借地権が、投機の対象となることを容認するものであり、バブルの再現につながる危険性を否定し得ない。との指摘もある（ジュリスト一〇八七号村田博史「借地権の担保」一四九頁）
- (8) 前掲鈴木一二九頁は、「借家法一条ノ二の「正当事由」の問題は、いろいろな点で、扶養の問題と類似したところがある。一般的に扶養の制度が、本来は国家で負担すべき貧窮者の生活保障を彼と一定の親族関係にある特定人に押しつける点で、借家法が本来は国家が負担すべき住宅困窮者の住居の保障をかれと賃貸借関係に立っている特定に家主に押しつけてい

る点と、まず根本的類似点があり、」とされる。

(9) この点、ワイマール憲法一五五条三項は、土地所有者には開発利益を取得する権利はないとし、イギリスの土地委員会法二八条(一九六七年)は、開発利益は開発課徴金という形で国が取得すべきものとしている。

(10) ただし、(表3)は、あとで述べる定期借家権創設による経済効果の試算である。日本経済新聞一九九六年六月一七日

(11) この点、稲本教授(明海大学)は、期間五〇年以上の地上権を設定し、その対価として全期間分の現在価値に相当する額を、設定時に一括して土地所有者に支払う形態の「定期所有権」というものを提唱しておられる(「自由と正義」一九九六年五月号三六頁)。

(12) 住田裕子「定期借地権の現状と今後の展望(2)」NBL六〇三頁

(13) 宮地忠継「土地と定借」住宅新報一九九六年九月二七日号

(14) 江口正夫「ニュービジネス定期借地権」住宅新報一九九六年一〇月四日号

(15) 前掲ジュリスト一〇〇六号七二頁

(16) 借地借家法は、その三八条から四八条で、期限付建物賃貸借と題して、例外的に定期借家権を認めるが、それは一般的なものではなく、三八条は転勤・療養・親族の介護その他のやむを得ない事情のある場合に、三九条は一定期間経過した後建物を取り壊す場合に、四〇条は一時使用の場合にそれぞれ限られ、その内容は非常に限定されたものである。

(17) 金本良嗣「新借地借家法の経済的分析」ジュリスト一〇〇六号二八頁、八田達夫「ニューヨークの家賃規制と日本の借家法」住宅土地経済一九九四年秋季号二頁、岩田喜久男「借地借家契約の自由化と福祉住宅政策の確立」ハウジングレポート一三巻四号一頁

(18) NBL五八五号一一頁

(19) NBL五八六号六頁、五八七号二五頁

(20) 福井武雄「借地借家の法と経済分析(上)(下)」ジュリスト一〇三九号七七頁、一〇四〇号八七頁