

借地の期間満了と借地上建物賃借人の地位

——定期借地権の検討——

目次

- 一 問題の所在と検討の立脚点
 - 二 定期借地権制度の検討
- おわりに

木
崎
安
和

一 問題の所在と検討の立脚点

(一) 問題の所在

現行の借地法によれば、建物が存在する状態で借地権の存続期間が満了する場合、借地人が更新請求するか土地使用を継続することによって借地契約は更新されるが、土地所有者が正当事由を備えた「更新拒絶」をなすこと（以下「異議」を述べることも含む）によって、この更新は阻止され借地関係は終了することになる。そこで、土地所有者Aからその土地を賃借したBが借地上に所有する建物をCに賃貸しているという《借地上建物賃貸借ケース》において、A・B間の借地契約が期間満了・更新拒絶によって終了する場合、その借地上建物の賃借人であるCの利用利益の保護という問題が生じる。⁽¹⁾すなわち、わが国では土地と建物とが別個独立の不動産とされており、一方では、借地上建物賃借人Cは、土地所有者B土地賃貸人Aと直接の契約関係には立たず、Aとの関係では、借地人Bの土地利用権原を援用して建物利用による土地使用を認められるという関係にあると考えられる。したがって何らかの原因で借地契約が終了すれば、建物買取請求権が行使されて借家関係がAとCとの間に承継されない限り、借家人Cは建物退去を余儀無くされそうである。⁽³⁾しかし、他方、借家人Cは、借家関係に入るに際し、その建物が借地上に建設されたものであるかどうかということには頓着せず、借地関係の存在を全く知らないことが通常であり、借家人にとって自ら関知しない事情（たとえば借地人の債務不履行による借地契約の解除や借地契約の期間満了による終了など）によって、それまでは地主にも有効に主張しえた建物利用の利益を奪われることは不当であるように思われる。本稿は、借地契約が終了

する場合における借地上建物賃借人の利用権存続保護の問題を、借地契約が期間満了によって終了する場合、それも現在借地・借家法改正論議の中で注目されている「定期借地権」が期間満了によって消滅する場合に限って、検討しようとするものである。⁽⁴⁾

ところで、現在、法制審議会民法部会財産法小委員会において借地・借家法の「改正」に関する審議が進行中である。⁽⁵⁾すなわち、昭和六〇年（一九八五年）六月四日に同小委員会が借地・借家法の見直しに着手することを決めたのち、同年一月には法務省民事局参事官室から「借地・借家法改正に関する問題点」（以下「問題点」と略記）とその「説明」が公表され、これに対して寄せられた関係各界（七〇を超える団体）の意見が翌年（一九八六年）六月に同参事官室によって「意見集」にまとめられた（各界意見については法務省担当者の分析が公表されている）。⁽⁶⁾その後、これらの意見を参考に、同小委員会における本格的審議が開始され、伝え聞くところではすでに昨年（一九八七年）の夏頃には全ての問題点について第一回目の議論を終えるというように、審議は予想以上に順調に進んでおり、「来年（昭和六三年）後半には、改正試案（右小委員会の審議を踏まえて法務省民事局参事官室で作成するもの）を公表して、これについて再び関係各界の意見を聞くことにしたいというのが、現在の予定である」という。⁽⁷⁾

こうして、今回の借地・借家法改正の審議は、今や、「改正試案」の作成・公表の段階に入っている。しかし、「問題点」公表後今日までの審議内容について、外部の者には正確なところはわからない。我々としては、法務大臣官房審議官稲葉威雄氏によって、個人的見解であるとのことわりが付されつつも「改正作業の事務当局としての認識をある程度公開し、これに対する反応を期待」して執筆された「借地・借家法改正の方向」と題する論文（以下「稲葉論文」と略記）から、同小委員会における審議内容を推測するほかない。そして、この「稲葉論文」において本稿の課題から特に注目されるのは、定期借地権の創設に関する記述である。⁽⁸⁾

すでに「問題点」において、「存続期間を一定の期間（……例えば五〇年・六〇年）以上とする借地契約においては、借地権は、正当事由の存否にかかわらず、その期間満了により消滅する旨を定めることができるものとする（定期借地権）との考え方ががあるが、どうか」との提案がなされ、これをめぐって多くの議論がなされてきた。⁽¹⁰⁾そこでは、

①借地期間の満了時に更新されない場合には借地上建物のスラム化が進行する恐れがあること、②定期借地権が通常の借地権⁽¹¹⁾ないしは既存の借地関係を駆逐してしまうのではないかという危惧⁽¹²⁾、などとともに、③期間満了時に建物をどのように処理し、借家人の利用権保護をどのようににかるか、という問題が指摘されてきた。⁽¹³⁾しかるに、先述の「稲葉論文」は「問題点」と「説明」で示された問題提起よりも一歩も二歩も踏み出している。すなわち、「定期借地権制度の創設は、借地関係の終了について、契約自由の幅を広げるものである」と述べつつ、「社会的なニーズに対応する定期借地権の種類として、a借地期間が五〇年程度以上の長期のもの（長期型）、b借地期間が二〇年程度以上で期間満了時に借地上の借地人所有の建物を地主に売り渡す旨の期限付売買の合意があるもの（建物所有権移転型）、c借地人が法人で、借地期間が一〇年以上のもの（法人型）、d借地人およびその配偶者の死亡を借地期間の終期とするもの（終身型）の四つを一応考えることができる」と⁽¹⁴⁾している。そしてa長期型では、「長期の利用によって建物の社会的寿命も尽きているのが通常であり、当初から収去が予定される以上……」⁽¹⁵⁾と述べられていることからわかるように、建物収去・更地返還が予定されている。かくして、この長期型の定期借地権が期間満了により消滅する場合に、借家人の利用権存続をはかる必要がないのかどうか、大きな問題となろう。

bの建物所有権移転を伴う定期借地権については、「期間満了時には必ず（借地人の買取請求をまたずに）建物の所有権は地主に移転し、その借家人はもちろん、借地人が建物居住者である場合も、原則として建物の利用関係を継続させることにして、その保護をはかるもの」⁽¹⁶⁾であるという（借地人が居住しているときは法定借家権の成立を認めることが

考えられている。しかし、この場合、借家契約を承継した新家主たる地主が借家人に更新拒絶または解約申入を行うにつき必要とされる正当事由の判断にあたっては、定期借地権が期間満了で終了したという事情、ないしは「定期借地権終了によって成立した法定借家権であること」や承継された借家関係であるという事情が「当然考慮される」という。このことは、従来よりはいわば「薄められた形で」借家関係の承継を認めることを意味しているが、そうであれば、ここに借地上建物賃借人の利用利益の保護はこの程度でよいのかという問題が生じることになる。

さらにcの法人が借地人である定期借地権は、「事業採算についての法人の合理的判断」⁽¹⁹⁾ないし法人が「合理的な意思決定のための機構を備えているべきもの」⁽²⁰⁾であることを信頼して、一〇年程度の定期借地権を、借地人が法人である場合一般にまで拡大したものである。しかし、この場合にも長期型と同じく、「事業者たる借地人の投下資金の回収についての合理的考慮の結果として、建物を収去し土地を更地にして返還することを約するのであれば、これを肯定しても借地人の保護に欠けることはない」と⁽²¹⁾として、建物収去・更地返還が認められている（定期借地権についても原則として、借地権者に建物買取請求権を認める）⁽²¹⁾としつつ、更地返還を認める場合の処理としては、借地期間満了時に建物買取請求権を有しないとの特約を有効と認める、というやり方が考えられている。⁽²²⁾したがって、ここでも借地契約が期間満了により終了する場合の建物保護や借家人の利用利益保護の必要性が問題となる。「なお、dの終身型については、「更地返還を認めるべきか、建物の所有権移転を原則とすべきかは、議論がありうる」と述べるに止まっている。」

他方、普通借地権については、「稲葉論文」によると、現行借地法と同様、期間満了（期間は三〇年とされる）の際に更新を阻止するには、建物が存続する限り、地主側に正当事由の具備が要求される（ただし更新後の借地期間は一〇年とされ、原則として一〇年ごとに更新が繰り返される）。⁽²⁴⁾そして、正当事由が具備され借地関係が終了する場合には借地人

に建物買取請求権が認められ、地主は「地上建物を時価で買い取るべき義務を負うのが原則である」とされ、「その建物に借家関係があればそれを引きつぐことになる」⁽²⁵⁾。したがって、普通借地にあっては、現行法の下でも生じる問題、すなわち借地上建物が借家人が存在する場合にそのことが借地期間の満了時点での正当事由判断にどのように影響するか（借地人側の事情として借家人の事情も斟酌されるかどうか）⁽²⁶⁾、また、借地関係が終了する際に借地人が建物買取請求権を行使しなかった場合には借地上建物賃借人の利用権存続という保護は必要なのか、といった問題が生じることとなる（後者の問題は定期借地で建物買取請求権が認められる場合にも生じる。そして「稲葉論文」では、建物買取請求権が行使されなかった場合、借家人は地主に対する関係では建物退去を余儀無くされると考えられている⁽²⁷⁾）。

ところが、さらに「稲葉論文」は、「六 借家法改正の方向 2 更新拒絶・解約と正当事由」の項において、「家主の建物の敷地使用権原の喪失は、原則として家屋賃貸借契約の解約ないし更新拒絶の正当事由となるものと解すべきである」と主張する⁽²⁸⁾。すなわち、借地契約が合意解除される場合のような「例外」は認めるものの、「しかし、借地権が借地期間経過によって終了した場合（地主の正当事由による更新拒絶の成立、定期借地権の期間満了）には、地上建物の賃貸借の終了の正当事由とすることによい（借家契約について、それでもなお更新や解約申入れの拒否の余地があると考えられない）」⁽²⁸⁾という。しかしこれでは、建物買取請求権の行使によって借家関係が地主に承継され借家人の利用権は保護されるという期待などは、全く否定されてしまう。この主張によると、たとえば普通借地の場合、借地人Bに建物買取請求権が認められるとしても、その行使前に、Bが地主Aの更新拒絶をあえて争うことなく（あるいはAとBが馴れ合い訴訟をして）、借地権の期間満了による終了を正当事由として借家人Cに対し解約申入・更新拒絶をし立退を請求するということが認められてしまうこととなる。そしてさらには、BがCに解約申入をしない場合に、地主AがBを代位して解約申入↓立退請求をすること⁽²⁹⁾によって借家関係の負担のない土地の返還を実現することができ

るといふことにもなる。また定期借地の場合にも、原則としてBに建物買取請求権が認められるにもかかわらず、右と同様に、B（またはA）は、その行使前に借地期間の満了を主張してCに立退を請求できることとなる。これでは、従来、建物買取請求権の行使によってCの借家権の存続保護がはかられてきたことは、全く骨抜きにされてしまふ。⁽³⁰⁾しかも、この「正当事由」の「明確化」については、既存の借家関係への遡及適用が何ら否定されておらず、むしろ「問題点」では遡及適用が肯定されているのである。

以上述べてきたように、本稿で論じようとする問題、すなわち借地契約が期間満了によって終了する場合に借地上建物賃借人の借家権はどのような存続保護を受けるべきかという問題は、従来からの普通借地において解決がせまられている問題であるとともに、現在進行中の改正事業における定期借地権創設の是非を論ずる上でも決定的に重要な論点の一つとなっている。もし、今後の都市的土地利用にあつては、「旧来型借地」（借地人が所有者から土地を借りて建物を建て、自ら利用する借地⁽³¹⁾）ではなく、むしろ「借地上建物（『業務用建物』）の貸家経営を目的とした借地」（賃貸業務型借地）の増大が、新規の借地供給なり既存の借地・借家関係を解消して行かう再開発において意図され（ないし見込まれ）ているとするならば、そしてその場合の土地利用権として定期借地権が考えられるとするならば、⁽³²⁾この問題を今、借家人の立場を考慮しつつ⁽³³⁾検討しておくことは、特に必要なことと思われる。本稿では、とりあえず「稱業論文」が提起する定期借地権制度を取り上げ、借地期間満了時の借地上建物賃借人の地位如何という問題に即してそれを検討しようと思う。

(一) 検討の立脚点

ところで、次章において、借地上建物賃借人の利用利益保護の観点から定期借地権制度を検討するが、それにあ

って踏まえるべき点として、非常に簡単ながら以前に試みた現行法のもとでの判例・学説の整理作業(34)の中から、つぎの二点を確認しておきたい。

まず第一は、借地上建物賃貸借ケースにおいてA B間の借地契約が期間満了で終了する場合に借家人Cの利用存続の保護がどのようにはかられるか、という問題に関する従来の判例・学説の傾向(35)である。すなわち、今日多くみられる議論は、判例を含め、借地契約の更新拒絶につき正当事由があるかどうかを判断するに際しBだけでなくCの事情も斟酌すべきかというものであり、判例は、原則として、借家人Cの事情を考慮しないとの立場をとっている。しかし、昭和五八年の最高裁判決(36)は「借地人側の事情として借地上にある建物賃貸借人の事情をも斟酌することの許されることがあるのは、借地契約が当初から建物賃貸借人の存在を容認したものであるとか又は実質上建物賃貸借人を借地人と同一視することができるなどの特段の事情の存する場合であり、そのような事情の存しない場合には、借地人側の事情として建物賃貸借人の事情を斟酌することは許されない」と判示し、借家人の事情を考慮しうる「特段の事情」の存在する場合を認めている。また、学説では、判例と同じく借家人の事情は斟酌されるべきではないとし、借地契約の終了の成否と借家契約の終了の成否とを切り離し別々に言わば二段階的に判断する学説（借家人事情非考慮説Ⅱ二段階説）と、借地契約の更新拒絶に正当事由があるか否かを判断するには借家人の事情も考慮すべしとし、いわば借地関係と借家関係を同時一段階的に取り扱う学説（事情考慮説Ⅱ一段階説）とが対立する。しかし両説ともに借家人Cの事情を考慮する機会を認めようとする点では一致している。すなわち、事情非考慮説では建物買取請求権行使後の（AとCとの間に承継された借家関係における）AのCに対する解約申入の正当事由判断において、事情考慮説では借地契約更新拒絶の正当事由判断において、それぞれ借家人の事情を考慮することが想定されているのである。したがって、今後増大すると見込まれている「賃貸業務型借地」（そこでは当初から建物賃貸借人の存在が「容認」されている）を念

頭におくならば、判例・学説ともに、決して「現行の法制度下においても、正当事由具備による借地関係の終了の場合、……借地上の借家関係は、いずれも不意打ち的に終了する」ことを認めているわけではない。現行法の下において、借家法の保護に値する借家人については、その関知しない事由に基づく借地関係の終了によって借家関係も無条件に終了させるのは不当であるとの価値判断が、(判例では土地所有者の「容認」という意思を媒介としてではあるが)次第に承認されつつあったという傾向を、⁽³⁸⁾まず確認しておきたい。

第二は、借家契約の解約申入・更新拒絶の正当事由と借地権の期間満了による消滅という事情との関係である。学説の一部には「借地権の消滅は、十分に「借家契約の」解約の申入または更新拒絶の正当な事由たりうる」⁽⁴⁰⁾との理解もあるが、しかし従来の裁判例においては、借地契約の更新拒絶に正当事由が認められて借地権が消滅し、その際に建物買取請求権が行使され借家関係がA・C間に引き継がれた場合、AのCに対する解約申入に正当事由があるか否かの判断に際し、A・B間の借地権の消滅という事情を特に挙げて「正当事由あり」との判断を下したものは見当たらない。たとえば、土地所有者Aが期間満了・更新拒絶の正当事由を主張して借地人Bに対する建物取去・土地明渡と借家人C(株式会社)に対する建物退去・土地明渡を請求し、Bが仮定抗弁として建物買取請求権を行使しCも建物所有権を取得したAに対し借家権を対抗しうる旨抗弁したところ、AがCに対し建物賃貸借契約の解約申入をしその正当事由を主張したという事案において、東京地裁は、まず借地契約更新拒絶の正当事由につきBの「本件土地利用の必要性は、自ら使用するためのものではなくして、本件建物賃貸による賃料収入を得るための必要という限度で存するに過ぎないものといわざるを得ない」こと等を指摘しつつ相当額の金銭的補償(立退料と建物買取代金の合計)の申出により正当事由ありとし、さらにAのCに対する借家契約解約申入の正当事由についても相当額の金銭的補償の申出により正当事由ありとしたが、借家契約解約申入の正当事由判断において借地契約終了の事実を挙げていない。⁽⁴¹⁾また、

別の裁判例で、AがBに対する土地明渡請求を認容されたとしてもBの建物買取請求権行使の結果Aは本件建物の所有者として建物賃貸人の地位を承継することになり、借家人C（本件建物の住人たち）がAのした建物賃貸借契約の解約申入の正当事由を争っているのでこの正当事由が肯認されるのであればAは本件建物の明渡を果たせず、ひいては本件土地を本件建物の所有以外の目的で自ら使用することができないこととなるが、（Cはここを本拠として生活しその賃借部分を離れることは生存に対する脅威を意味し）この解約申入の正当事由をたやすく肯認すべきではないとするのが相当であり、結局Aが本件土地を自ら使用することが可能になる見込みは極めて希薄であるといわなければならぬ、と述べたものも存在していた。⁽⁴²⁾ こうして、従来は、建物買取請求権が行使され借家人関係がA・C間に引き継がれた場合、AのCに対する解約申入に正当事由があるか否かの判断に際し借地権の消滅という事情は考慮されてこなかったし、このことは、判例においても多くの学説においても当然視されていたと思われる。そして、こうした状況は、従来、借家人関係における正当事由判断において、家主の借地権喪失が原則として正当事由となるとは考えられてこなかったことを意味しているであらう。⁽⁴³⁾

ところで、判例・学説の整理から確認しうる以上の二点に加えて、さらに第三に、「稲葉論文」が述べている次の視点を確認しておきたい。すなわち、同論文は「基本的な視点として、借地の場合には、地主と借地人を合わせたものが、所有者がみずから土地を使用する場合の土地所有者に該当することを忘れてはならない」と述べているが、この視点を借地上建物に借家人が存在する場合にも貫徹するということである。言い換えると、借家人が土地所有者自身の所有する建物を賃借している場合に受ける法的取扱いと、その建物を借地人が所有する場合に受ける法的処理との間で、合理的に判断して特に異なった取扱いを必要とすると考えられる事情のないかぎり、原則として、両ケースにおいて借家人は同様な法的取扱いを受けるべきであるとの視点である。以上の諸点を踏まえて、以下定期借地権の

検討を行ないたいと思う。

(1) この問題については、さしあたり拙稿「借地契約の消滅と借地上建物賃借人の地位(三・完)」熊本法学五十号九七頁以下参照。

(2) 「土地と建物とが別個独立の不動産である」ということは、一般には、建物が「それを設置した者が地盤所有者自身、土地所有者以外の土地利用権原のある者、無権原者のいずれであるか、また、その建物の登記が有るか否かにかかわらず、土地から独立の物としてその固有の所有者に属し、土地とは独立の処分を服し、土地の処分は原則として建物に及ばない」(鈴木祿弥・篠塚昭次／編・民法新教科書3不動産法三三二頁)ということであると解されている。すなわち、たとえば土地と建物が同一人に属していても所有権は別個であり、その一方のみを他人に譲渡することができ土地を譲渡しても建物の所有権は移転しないというように、「土地と建物とは当然には同一の法的運命に服するものではない」(米倉明・民法講義総則(一)二八九頁)、「特約のない限り、一方についてだけの権利変動がなされるということである」(星野英一・民法概論一六一〇頁)、「土地と建物とは常に別個のものとして取引され」(我妻栄・新訂担保物権法三四九頁)、「法的処分ことに抵当権の設定が、土地と建物と常に別々になされることであ」(瀨川信久・不動産附合法の研究(一〇頁)、また建物が「土地の一部ないし構成部分となったり、所有権につき土地との間に附合を生じたりすること(二四二条参照)、は絶対にありえないのであり、このことは、建物をその敷地たる土地の上に建設する正当の権原を伴う場合であると否とを問わない(土地利用権原がなければ、建物取去を求められることはあるが、これはいまのこととは別の問題である)」(幾代通・民法総則一六三頁)とされ、「建物は、土地の定着物として独立の不動産となるから(八六条一項)、土地と附合することはない」(舟橋諄一・物権法三六六頁)、「土地建物分離の原則が採用された直接の結果として、建物はその敷地に附合せず、したがって他人の土地に建物を所有することが論理的に許容されることとなった」(船木洋之助「借地法制顧末概要」土地住宅問題一六三号三四頁)と、一般に解されている。そして、「借地」の概念もこうした法制を前提にしている、とされる。すなわち、「わが国では、建物は「独立ノ不動産」として取扱われる結果、たとえ地上権の設定を受けなくても、単なる債権的権原、主として土地賃借権にもとづいて、他人の土地上に建物を所有することが可能である、とされ」(鈴木祿弥・借地法上巻一五頁)。

「土地と建物が別個の不動産であり、両者の間に附合の法則が働かないところにおいて初めて、借地が一の原則的土地利用制度として成立することが法律上可能となる」（稲本洋之助・借地制度の再検討一四七頁）とされているのである。「何故わが国において土地と建物を別個独立の不動産とする法的構成が採られるに至ったのか」という問題については、三好登「土地・建物間の法的構成について」早稲田大学大学院法研論集十九号二七九頁以下、および同論文に引用されている文献のほか、最近のものとして稲本洋之助「借地法制度概要」土地住宅問題一六三号三二頁以下、清水誠「わが国における登記制度の歩み」不動産登記制度の歴史と展望九九頁以下（特に一二五頁、一五三頁、一七一頁以下）、瀬川信久・不動産附合法の研究（一〇頁以下、米倉明・民法講義総則（一）二九〇頁以下、松本恒雄「抵当権と利用権との調整についての一考察」（一）民商八〇巻三号三三〇頁以下参照。また、建物は土地に附合しないと解するのが、今日の支配的見解であるが、瀬川信久・不動産附合法の研究三二八頁は、「附合当事者間に契約関係のない場合」、移築困難な建物は「土地（場合によっては敷地利用権）に附合する」と主張する。そして、東京高判昭和六一年一月二四日判例時報一二二四号一九頁は、他人の土地に無権原で建物が建築されたケースにおいて、「建物と工作物とは、原則として、その建設過程は全く同一であり……建築途中の未完成建物は未だ建物ではなく工作物に外ならないから、土地の一部として土地所有者の所有に属するものといわなければならない。そして、やがて建築中の未完成の建物が完成すると、名称は工作物から建物に変わるが、権利関係には何等の変動も起こることはない」と判示し、無権原で建築された建物の土地への附合を肯定した。この判決については、吉田克己「判批」判例タイムズ六四九号七四頁が、「未完成建物の土地への附合という論理を媒介にして建物の土地への附合を導く判旨の論理がすっきりしたものであることは否定しえず、基本的にそれを支持すべきように思われる」と述べ、賛意を表している。しかし、その後の名古屋地判昭和六二年五月二八日判例時報一二五三三九二頁は、上記の東京高判を批判し「[]にわかに賛同できない」としている。なお、田中克志「法定地上権制度の改廃問題と土地・建物の一体化（一）」法経研究（静岡大学）三五巻一号九九頁以下も参照。

(3) さしあたり、拙稿「前掲論文（一）」熊本法学四七号九九頁参照。

(4) 現行法の下で借地契約が期間満了・更新拒絶によって終了した場合については、拙稿「前掲論文（三・完）」熊本法学五十号九七頁以下参照。それ以外の、合意解除による消滅や法定解除による消滅の場合についても、さしあたり拙稿「同（一）」熊本法学四七号八一頁以下、「同（二）」熊本法学四八号七七頁以下、「同（三・完）」熊本法学五十号九一頁以下参照。

- (5) 今回の借地・借家法改正事業の背景には、「借地による宅地供給拡大のための改正論」や「都市再開発促進のための改正論」などがあり、法改正の目的が利用権の強化ではなく逆に借地・借家法の規制の緩和にあること、法改正要求の主体として新たに民間不動産資本・民間デベロッパーが登場してきており、今回の改正要求の主導力が不動産資本にあること、その要求も、同じく宅地供給の増大を唱えながら当初の《都市緑辺部における新規借地による開発用地の獲得》から《都市中心部における既存の借地・借家の解消による再開発用地の獲得》へと重点を変えてきたこと、などについては、さしあたり、稲本洋之助「借地借家法改正問題の争点」法と民主主義二二〇号二頁以下、吉田克己「住宅政策からみた借地・借家法改正」法と民主主義二二〇号二頁以下、内田勝一「借地・借家法改正問題の経緯と論点」法学セミナー三七五号二五頁以下、原田純孝「不動産利用における所有権と利用権」ジュリスト八七五号五三頁以下、稲本洋之助「借地制度の再検討」(第一部二五六頁以下)や、池田恒男「借地・借家法「改正」問題の動向と都市・住宅政策」法学雑誌三三巻四号など参照。他にジュリスト八五一号の「特集」や法律時報五八巻五号の「特集」も参照。
- (6) 「問題点」とその「説明」、並びに「問題点」に対する各界意見の「分析」は、法務省民事局参事官室編・借地・借家法改正の問題点(別冊NBL№一七)に収録されている。
- (7) 稲葉政雄「借地・借家法改正の方向(1)」NBL三八八号八頁。ここでは、法制審議会の最終的な答申およびこれに基づく法案の国会提出につき、「最低試案公表後、二年の期間は必要なのではないかと思われる」と述べられている。
- (8) この論文はNBL三八八号・四〇二号に、一五回にわたり連載された。
- (9) 「稲葉論文」NBL三九〇号二六頁は、定期借地権を「一定の存続期間が経過したときは、正当事由の存否を問わず、借地関係が終了する借地権である」と規定している。
- (10) 「問題点」とその「説明」が公表された後の借地・借家法改正問題に関する議論については、さしあたり、ジュリスト八五一号、法律時報五八巻五号、土地住宅問題一四二二号、法と民主主義二二〇号、の「特集」や、日本不動産鑑定協会監修・借地・借家の現状と法改正への提起など参照。
- (11) 定期借地権以外の、通常の借地権(建物が存続するかぎり借地期間が満了しても地主に正当事由が具備されなければ更新される借地権)を、一般に使用されている用語に従い、以下「普通借地権」と呼ぶ。これについて「稲葉論文」は、「借地権の消滅を正当事由にかからしめない制度(定期借地権)は、限定的なかたちで別の制度として導入をはかるものとし、一

般的には現行の制度（借地権の消滅には原則として正当事由を必要とする制度）をそのまま維持すべきである」という（NBL三九三号三四頁）。

(12) これについて、「稲葉論文」が「定期借地権が普通借地権を駆逐することを危惧する意見がある。しかし、これは、……もはや普通借地権の法制度としての競争力が失われていることを無視したものである」という（NBL三九〇号二八頁）のに対し、吉田光碩「地域限定借地法の可能性について」法律時報六〇巻二九〇頁は、「しかし、定期借地権が既存の借地権を駆逐することを懸念するという考え方は、全く新規の借地が定期借地権しかでてこないことを危惧するのでなく、既存の借地権が、定期借地権に切り替わってしまうことを危惧しているのである」と述べつつ批判している。

(13) すでに「問題点」が、第一の一の五注(3)で、借地権者に建物買取請求権を付与することの可否を、同注(4)で、借地上建物を目的とする賃借権の存続との調整を問題としていた。そして「説明」は、同注(4)について、「この定期借地権が将来においてのみ設定されるものであること、その長期性が確保されていること及び定期借地権の公示がされること等にかんがみ、このような借地権の上に存する建物の賃貸借は、この借地権の終了に伴い終了するものと割り切れることも、一つの考え方であろう。このような場合においては、現行の借家法一条ノ二の下においても正当事由が肯定されるとの考え方もありうるかも知れないが、そのように解することが困難であるとすれば、この場合に正当事由ありと認められるように同条に改正を加えるべきか否かが一つの問題となろう。また、この定期借地権の上に存立する建物を目的とする賃貸借契約においては、借地権の期間満了によって借家関係を終了させる旨の合意を借家法上規定するようなことも、一つの考え方としてありえよう」と述べていた。これに対しては、「借地権が消滅したからといって、建物を除去して土地を明渡さなければならぬ」とすることは事実上不可能であるし、そのような立法をすべきではあるまい」との意見（澤野順彦「土地有効利用と借地契約」法律時報五八巻二二〇頁）や、「借地契約の存続期間制度を見直す場合には、その前提として建物利用権者の利用権を保護するなんらかの手立てを考へる必要がある」との意見（本田純一「建物利用権者の保護」法律時報五八巻五号八五頁）、「期間満了による土地の返還が土地利用の具体的目的すなわち土地上の建物の利用終了をもたらすことがあっては本来の目的を損うことになるので決して許されるべきではない」との意見（稲本洋之助「借地借家法改正問題の争点」法と民主主義二二〇号七頁）が多く述べられてきた（他に同趣旨を述べるものとして、吉田克己「借地・借家法改正の前提問題——保護法益と適用対象」法律時報五八巻五号四八頁、田山輝明「借地権の存続保障」①——存続期間」法律時報五八巻五号五五頁、

- 不動産鑑定協会監修・借地・借家の現状と法改正への提起一五九頁以下など。なお、これについての各界意見については、法務省民事局参事官室編・借地・借家法改正の問題点(別冊NBLNo.一七)七五頁以下参照。ここでは、借家権存続の方向で対処すべきとする意見は極めて少ないとされ、「借地権の消滅に伴い借家権も当然に消滅すべきとする意見が、相当数寄せられている」と述べられている。注(28)も参照。
- (14) 「稲葉論文」NBL三九〇号二九頁。しかも、当事者の合意でさらに借地関係を継続する場合は、「最初の借地期間と通算して、定期借地権と認められるものであれば、改めて定期借地権を設定することが許容されると解するのが妥当であろう」という(二九〇三〇頁)。したがって、たとえば法人型の場合、一〇年経過後一年ごとに延長しても定期借地権と認められ、継続後は一年ごとに終了させることが可能となろう。
- (15) 「稲葉論文」NBL三九一号三〇頁。
- (16) 「稲葉論文」NBL三九〇号三二頁。「契約期間満了時に借地上の借地人所有の建物を地主に売り渡す旨の期限付売買の合意があるときには」期間二〇年程度を最低限とした定期借地権を有効とし、その合意がない場合には普通借地権と扱われる。また、借地人自身が居住する場合には、法定借家権が成立するとされる(「稲葉論文」NBL三九一号二九〇三〇頁)。
- (17) 「稲葉論文」NBL三九一号三〇頁。
- (18) 本田純一「土地信託と定期借地権制度」土地住宅問題一六三号四三頁。この論文は、土地信託の場合では「信託期間満了によって承継される借家権であることは、正当事由の判断に「あ」たって当然に考慮されるべきものとは考えられていない」と指摘しつつ(四三頁)、この建物所有権移転型の定期借地上の建物を賃借することは、借家人にとっても「不安を伴うこととなるので土地信託上の建物を好んで選択するということになってしまふ」と批判する(四四頁)。
- (19) 「稲葉論文」NBL三九〇号三三頁。
- (20) 「稲葉論文」NBL三九〇号三四頁。
- (21) 「稲葉論文」NBL三九一号三〇頁。注(27)も参照。
- (22) 「稲葉論文」NBL三九一号三〇頁。
- (23) 「稲葉論文」NBL三九二号三二頁、三九三号三四頁。
- (24) 「稲葉論文」NBL三九二号三二頁。

(25) 「稲葉論文」NBL三九二号二九頁。

(26) この問題については、拙稿「前掲論文」(三・完)熊本法學五十号一〇二頁以下参照。なお「稲葉論文」NBL三九三号三九頁は、「地上建物を借地人がどのように利用しているか、たとえば自己使用をしているか、他人に賃貸しているかなど、この利用の状況いかんが直接に影響するか、あるいは当事者の必要性を介して影響するかはともかく、いずれにしても正当事由の判断に影響することにならう」という。これは、他人に借地上建物を賃貸している場合は借地契約の更新拒絶の正当事由が認められやすくなる、ということの意味しているのであろうか。

(27) 「稲葉論文」NBL三九一号三一頁は、「借地権者が買取請求権はあるのにこれを行使しなかったときは、建物は取去して土地を返還しなければならない。その場合には、借地人(借家人の誤植であろう)は、家主たる借地権者に対し、借家契約についての債務不履行を問うことはできるが、地主に対する関係では建物の取去を受忍しなければならない(借家契約は履行不能となる)」という。おそらく、こうした見解の基礎には、借家人は借地権者の権原を援用してのみ敷地の占有使用を主張しうるが、期間満了による借地権の消滅を地主は借家人に対抗しうるるので、地主は土地所有権に基づき建物退去・土地明渡を請求しうる、という伝統的な理解が存在しているように思われる。そうであれば、建物買取請求権排除特約付の定期借地権が期間満了で消滅した場合も、借地権者がその権原を失い且つ買取請求権を行使しないことではならぬ異ならないのであるから、地主は土地所有権に基づき借家人に土地明渡を請求しうるというのが論理的に一貫するように思われる。しかし、「稲葉論文」では必ずしもそうなっていない。(これもひとつの割り切り方ではあるが疑問がある)。むしろ借地権者と借家人との契約関係に目を向け借家契約を適法に終了させるといふ方向を追求し(借地期間の満了)正当事由と考へ正当事由の備わった解約申入や更新拒絶を通じて、またその地主による代位行使を通じて、あるいは地主が「相当の補償」をすることを通じて、など、借家権の消滅を根拠に地主の借家人に対する土地明渡請求を肯定しようとする論理を持ち込んでおり、理論的には相当わかりにくくなっている(たとえば、善意の借家人による長期の借家契約は定期借地の地主に対抗しうる)としながら、地主は借家人に「相当の補償」をして土地明渡を請求しうるという。しかし、地主に「対抗」できる借家権がどうして一定の金銭給付によって消滅させられるのか、その理論的な説明はない)。その原因は、一方で、借地上建物賃借人の保護に配慮していることを示す必要があるにもかかわらず、他方で、それと矛盾する立場、すなわち期間満了時には更新されず更地で返還されることを認める定期借地を導入するという立場を堅持しているからであろう。その立

場自体が問われるべきである。

(28) 「稲葉論文」NBL四〇〇号三三頁。「問題点」に対する各界意見の中にも、「定期借地権の期間満了が借家関係における解約の正当事由となることを明記する」(裁判所)、「かかる借地権(定期借地権)を認める以上借地上の借家権も同時に終了するものと割り切るべく、その方策として、定期借地権の消滅が借家関係終了の正当事由となること、及び借地権の期間満了により借家関係を終了させる旨の合意が有効であることを借家法上規定すべきとする」(日弁連)、などの意見が存在していた(法務省民事局参事官室編・借地・借家法改正の問題点七六頁)。しかし、これらはいずれも、定期借地権を認めそれが期間満了により消滅する場合にかぎっての意見であって、「稲葉論文」のように「家主の建物の敷地使用権原の喪失」一般を借家関係終了の正当事由とするものではない。なお、稲本洋之助・借地制度の再検討三四頁は「借地関係の終了を借家契約終了の正当事由として一般化することについて疑問がある」という。従来の学説の中には、「稲葉論文」と同様に、「借地上の建物の賃貸借においては、借地権の存在はその基盤をなすものであるから、借地権の消滅は十分に解約の中入または更新拒絶の正当な事由たりうる」とする見解(後藤清「建物賃借人の敷地使用権」私法學論集上(民商三九卷一・二・三合併号)五三頁)も存在した。しかし、現行の借地・借家法の仕組みや従来の正当事由判断のあり方(利益比較の原則)からすると、借地契約が期間満了によって終了し借地権者が地主に対し土地明渡義務を負う場合、①借地権者Ⅱ家主には建物についても敷地についても全く利用利益はなく、比較考量されるべき家主・借家人双方の諸事情のうち最も重要な要素である建物(や敷地)使用の必要性が家主側に全く認められないこのような場合に、それでも家主側に正当事由ありとすることはできないと思われる。また②地主の借地権者に対する建物収去・土地明渡請求に対しては、借地人は土地明渡義務を履行するために借家人の建物退去を実現する必要はなく、建物買取請求権を行使して地主に建物所有権を取得させ、建物引渡と移転登記をなせばそれで十分である(地主は建物引渡・土地明渡を請求しうるだけとなる。鈴木禄弥・借地法下巻一三二二頁以下、特に一三三〇頁以下参照)。借地人Ⅱ家主が借家人を建物から退去させなかつたことは地主に対する債務不履行とはならず、むしろ逆に、借地人は、借家人に対して債務不履行とならないためには建物買取請求権を行使せざるをえない立場に置かれているというべきである。したがって、現行借地・借家法の構造を前提とするかぎり、「稲葉論文」のように「家主の建物の敷地使用権原の喪失」一般が借家関係終了の正当事由となると解する根拠は存在しない。期間満了による借地関係の終了を借家契約終了の正当事由とするためには、建物買取請求権排除特約付の定期借地権にかぎってその期間満了による

消滅が借家関係終了の正当事由となる旨を、あらたに借家法で規定する必要がある(その意味で、「稲葉論文」の主張は、正当事由判断の「基準の明確化」ではない)。しかし、そのような「改正」は、今後の都市的土地利用を考えるならば、不当な結果をもたらすことになるであろう。なお、正当事由の総合的判断において斟酌される賃借人側と借家人側の諸事情はすべて「相対的」な意味しかもたないはずであるが、「稲葉論文」がいう「家主の建物の敷地使用権原の喪失」という事情は、借家人の事情がどうあれ「原則として」正当事由とされるのであって、その意味で「絶対的」な正当事由であり、他の事情とは性質を異にしていることにも注意すべきである。

(29) 「稲葉論文」NBL三九一号三二頁は、「買取請求権排除特約付の定期借地上の建物の借家契約については、借地期間の満了は、原則として正当事由になると解すべき」であると述べた後、続けて、「借地人(家主)が行方不明であるなど不誠実な債務者であるときは、地主が代わって借家人に対して解約申入れ・更新拒絶等の権利を行使することができよう」という。普通借地においても、多分、地主の正当事由を備えた更新拒絶によって借地権が消滅する場合、このような地主による代位行使を認めるものと思われる(もっとも、この場合には、従来の伝統的立場からすると、地主は借家人に対し借地権の消滅を對抗でき土地所有権に基づく建物退去・土地明渡を請求しようと考えられるので、地主による代位行使を認める意味はない)。しかし、地主が借地権の消滅を借家人に対抗しえないとされる場合を認め「爾後の三者間の不愉快な関係」がその後も存続していくケースを想定すると、それを終了させる手段として地主に借地人の借家人に対する解約権・更新拒絶権の代位行使を認めることは、意味があるかもしれない。しかしこれらの場合は、本来的には、建物を地主に帰属させ借家関係を地主と借家人との間に承継させることによって問題を処理すべきであると考ええる)。なお、このような、地主による借地人・家主の借家人に対する解約権、更新拒絶権の代位行使を、現行法の下において一般に認める学説として、後藤清「建物賃借人の敷地使用権」私法学論集上(民商三九卷一・二・三合併号)五三頁以下がある。しかし、この論文はむしろ、地主にこうした代位行使を信義則上義務づけて、借家人に対し、建物賃貸借の期間満了または解約申入期間の満了にいたるまでの利用権の存続を確保しようとするものであり、上記の伝統的立場で認められる地主の土地所有権に基づく土地明渡請求に枠をはめようとするものと考えられる(「借地権消滅を理由に地主が支障なき土地の明渡を欲するならば、彼は借地上の建物の賃借人が借家法の保護を失わないだけの手を尽くすべきであって、その手段としては、借地権者の解約権もしくは更新拒絶権を代位行使することができる」(五四頁)という)。それにもかかわらず、「借地権の消滅は、十分に解約の申入また

は更新拒絶の正当な事由たりうる」(五三頁)とするため、結局は借家人の保護にはなりえていないと思われる。

- (30) 「稲葉論文」は、一方で「借家関係〔借地関係の誤植であろう〕の終了時に買取請求や期限付売買契約によって借地上の建物の所有権が地主に移転するときは、借家人の保護については何ら問題はない。借家契約は、新所有者に承継される」とし、「実際には、地主〔借地人の誤植であろう〕が借家人から責任追及されるおそれがあるのに、あえて建物買取請求権を行使しないことは、ほとんど考えられない」という(NBL三九一―三九二頁)。しかし、本文でも述べたように、「稲葉論文」では定期借地であれ普通借地であれ、借地権が期間満了により消滅した場合には「地上建物の賃貸借の終了の正当事由とすることにより」とされるから、借地人Ⅱ家主は、まず借家人に対し解約申入をして適法に借家関係を解消させてから建物買取請求権を行使することも可能になってくる。この場合、解約申入が適法に認められる以上、建物買取請求権を行使しなくとも「借家人から責任追及されるおそれ」は考えられない。この点で、「稲葉論文」は借家人保護を配慮しているのかのようにみえながら建物買取請求権行使による借家人保護を骨抜きにしており、矛盾していると言わざるをえない。その原因は、借地関係の終了が借家契約終了の正当事由になると考えるところにある。

- (31) 本田純一「建物利用者の保護」法律時報五八巻五号八四頁、本田純一「土地信託と定期借地権制度」土地住宅問題一六三―一六四頁。

- (32) 今後の都市的土地利用では、「土地はあれども、建築資金や建物賃貸経営のノウハウを持たない者は、職能集団としてのデベロッパーに土地を貸し、そこにマンション等を作ってもらうたうえで分譲あるいは賃貸するという方式が活用されることになる」と、特に強調するのは、注(31)の本田論文である。もっとも、日本不動産鑑定協会の「問題点」についての意見では、「定期借地権は、営業用(賃貸用)建物建築のため、また市街地再開発の場合だけでなく、地方における戸建住宅のための敷地利用権としても活用されるべきであり、またその需要も少なくないことが窺われる」という(日本不動産鑑定協会監修・借地・借家の現状と法改正への提起四九五頁)。

- (33) 今後の都市的空間利用において、「借地とは違って、借家関係は、今後とも大いに利用されるべきものであり」(「稲葉論文」NBL四〇〇号二六頁)、「借家こそ建築空間の具体的な利用をその対価と引換えに保障する根幹的な制度として位置づけられてしかるべきものであり」って、「建物空間の利用である借家を優先し、土地所有はそれを支える基盤として借家契約の中に入り込むとする思想のほうが無理がない」(稲本洋之助「借地借家法改正問題の争点」法と民主主義二二〇号五頁)。

とすれば、このような位置づけを与えられるべき借家関係が借家人の関知しない借地関係の終了によってくつがえされるのは、不当ということになる。吉田克己「住宅政策からみた借地・借家法改正」法と民主主義二二〇号二三頁は、「民間デベロッパーが、『弱い借地権』によって土地所有者の土地供給意欲を刺激し、提供を受けた土地の開発から生じる利潤を取得しようとして」おり、「利潤の獲得後、民間デベロッパーはその土地にもはや関心を持たず、「借地権の存在保護緩和のしわよせは、あげて最終的なニューゼーⅡ現実の居住者に転嫁される」と指摘する。定期借地権制度の導入が、この「しわよせ」として、借家人から賃借建物の利用存続保護を剥奪するという事態をもたらす危険性は大きいと思われる。「貸しても帰ってくる」定期借地権は、本来的には新規借地の供給促進の手段として構想されたものであるが、しかし、もしこの「定期借地権」が、あと一〇年なり二〇年なり先の将来において、民間デベロッパーが都市部での土地の高度利用Ⅱ再開発を促進するにあたって障害となってきたし今後も障害になるであろう「借家関係」を解消させる手段として機能するとすれば、これこそ重大な問題ではなからうか（これは、法による「地上げ」の容認である）。まことに、定期借地権制度導入の問題は「借家権」存続保護の問題なのである。「再開発事業者によれば、昨今では『借地人よりも借家人のほうがけじめを知らない』と言ひ、従来の権利関係の処理という点では、借地法よりも借家法の改正の方が先だ、と言ひ」とのことである（稲本洋之助・借地制度の再検討六頁）。今回の借地・借家法改正事業の背景に存在する議論の最大のもは「都市再開発促進論」（吉田「同右」二二頁）であり、そこでは『都市中心部における既存借地・借家の解消による再開発用地の獲得』（稲本「借地借家法改正問題の争点」法と民主主義二二〇号六頁）が要求され、「借地法とともに、あるいはそれ以上に借家法の改正を要求する議論となる」（稲本・借地制度の再検討五頁）と指摘されてきたことが、想起されるべきである。

(34) 拙稿「前掲論文（三・完）」熊本法学五十号九七頁以下。

(35) 以下の記述につき同右二〇二頁以下参照。

(36) 最判昭和五八年一月二〇日民集三七卷一〇一頁。事案は、A所有の土地を賃借したB、同土地上に二階建の店舗兼住宅を建てその一部を自分で使用し他の部分をCに賃貸していたところ、借地契約の期間が満了したのでAが自己使用の必要があるとして更新拒絶をしBに対し建物取去・土地明渡を、Cに対し建物退去を請求したというものであり、第一審判決も第二審判決もCの事情を斟酌して更新拒絶の正当事由を否定した。これに対し最高裁判所は本文のように判示して原判決を破棄し原審に差し戻した。

- (37) 「問題点」に対する不動産協会の意見。土地住宅問題一四二号六一頁。
- (38) 拙稿「前掲論文(三・完)」熊本法学五十号一二二頁も参照。
- (39) 同右一〇七頁参照。
- (40) 後藤清「前掲論文」五三頁。石外克喜「判批」判例時報一〇二七号一七一頁(判例評論二七七号二五頁)も、「借地契約の更新拒絶の正当事由が肯認されると、そのことが解約申入の正当事由の中に組み込まれるとされているので(後藤「前掲論文」五三頁)、そうだとすれば、そもそも、借家契約の解約申入の正当事由の有無を判断する時点で借家人の利益は考慮される余地がないといわなければならない」という。
- (41) 東京地判昭和四九年九月三〇日下民集二五卷九一一二号七八一頁。拙稿「前掲論文(三・完)」熊本法学五十号一〇六頁以下。
- (42) 東京高判昭和五一年一〇月二八日判例時報八四一号三七頁。これは最判昭和五六年六月一六日裁判集民一三三三号四七頁によって破棄差戻されている。しかし、ここでは、借地権の消滅が地主に承継された借家契約の解約申入の正当事由となるとは全く考えられないことを確認しておきたい。拙稿「前掲論文(三・完)」熊本法学五十号一〇三頁参照。
- (43) 事実、借家法一条ノ二にいう「正当事由」に関する詳細な総合的判例研究である本田純一・借家法と正当事由においても、「家主の建物の敷地使用権原の喪失」という事情は取り上げられていない。注(28)参照。
- (44) 「稲葉論文」NBL三九九号四七頁。

二 定期借地権制度の検討

すでに紹介したように、「稲葉論文」では定期借地権として、a 長期型(借地期間が五〇年程度以上の長期のもの)、b 建物所有権移転型(借地期間が二〇年程度以上で期間満了時に借地上の借地人所有の建物を地主に売り渡す旨の期限付売買の合

説
意があるもの)、c 法人型(借地人が法人で借地期間が一〇年以上のもの)、d 終身型(借地人およびその配偶者の死亡を借地期間の終期とするもの)の四類型が一応考えられている。⁽¹⁾そして、これらの各類型は互いに重なり合うとされ、また、借地関係が継続される場合、最初の借地期間と通算して定期借地権と認められるものであれば、継続年数がわずかで、定期借地権として認められる。⁽¹⁾しかし、種々の社会的ニーズに対応して考えられているはずのこれらの定期借地権制度には、多くの不明確な点が残されており、その結果、その《濫用》の危険性が大きいように思われる。

今後の都市的土地利用にあつては、戸建ての自己居住用建物を所有する目的の「旧来型借地」よりも、むしろ賃貸用中高層ビルの建設を予定する「デベロッパー介入型」⁽³⁾借地Ⅱ「借地上建物(業務用建物)の貸家経営を目的とした借地」(賃貸業務型借地)の増大が新規借地の供給なり都市再開発において意図され、ないし見込まれていると思われるので、以下では、「賃貸業務型借地」を念頭において、a、b、cの種類の定期借地を取り上げる。まず、それらを建物所有権移転型(b)と建物所有権非移転型(a、c)に分けて検討し、ついで、それらの制度の《濫用》を、定期借地権による借家法規制の回避、定期借地権類型の《途中変更》の問題点、そして既存の借家関係に対する影響という三点から検討する。

(一) 建物所有権移転型定期借地権⁽⁴⁾

この類型は、借地期間は二〇年程度と比較的短いが、「期間満了時には必ず(借地人の買取請求をまたずに)建物の所有権は地主に移転し、その借家人はもちろん、借地人が建物居住者である場合も、原則として建物の利用関係を継続させることにして、その保護をはかる」⁽⁵⁾というものである。すなわち、期間満了時に建物所有権が有償(時価)で地主に移転し、⁽⁶⁾それに伴い、事業目的の借家であれ居住目的の借家であれ、「借家契約は、新たに建物所有者となる地

主に承継され、借家人は必ず保護される」とされる。また、その建物に借地人本人（借地の適法転借人を含む）が居住しているときは、「これについて賃貸借契約が成立したものとみなす旨を規定し、法定借家権の成立を認める」とされる。しかし、こうして地主⇨新家主に承継された借家関係や法定借家関係にあっては、その解約申入の正当事由判断に際して、定期借地上の建物利用であったこと（ないし定期借地権の終了）自体が正当事由の一つのファクターと考えられており、かかる借家関係の解消が、同じく建物所有権が移転する場合でありながら賃貸建物を譲り受けた第三者に借家権を対抗しうる場合や通常の借地関係において建物買取請求権の行使によって新家主となった地主が借家関係を承継する場合に比べて、容易に実現できるよう配慮されている。⁽⁹⁾しかし、法定借家権が成立する場合はともかく、従前の借家関係が地主に承継される場合にもかかる配慮をすることにより、現行借地・借家法の下で従来の裁判例がとってきた処理（従来は、建物買取請求権が行使され借家関係が地主に承継された場合の正当事由判断において、借地権消滅の事実が考慮されていない）を変更し、また、たとえば貸家とその敷地を買い取って新家主になった者と借家人との借家関係の処理（あるいは土地所有者の所有建物の借家関係の処理）と、この建物所有権移転型の定期借地が終了し土地所有者が所有するにいたった建物の借家関係の処理とを差別して取り扱う合理的理由は、はたして存在するのだろうか。言い換えると、定期借地上の建物の借家人であるということだけで、他の借家人に比べて借家法の保護を薄くしてもよいという合理的理由があるのだろうか。むしろ、今後の都市的土地利用において（もしこの類型の定期借地権制度が創設されたとして）この型の定期借地権を利用する地主は、もともと、ビル建設⇨貸家経営を目的とするデベロッパーに土地を貸しそこからの収益を期待しているにすぎず、「貸したらもはや戻ってこないことは覚悟の上」の⁽¹⁰⁾ことと考えるべきである。それにもかかわらず、もし借地の供給を増やすことにつながると期待して借地上建物賃借人の地位を弱めるとすれば、そのことは期間満了が近づくとつれその建物の利用が減少し、借地人にとっては資本の回収が

阻害され、地主にとっては収益性が低下するという結果が生じかねないように思われる。⁽¹¹⁾ こうして、結局のところ、建物利用の存続保護について、土地所有者自らが所有する建物の借家人と、建物所有権移転型の定期借地上の建物の借家人とを、異なつて取り扱わなければならない合理的理由は存在しないといわなければならない。

(二) 建物所有権移転型以外の定期借地権

(1) 借地期間が五〇年程度以上の長期の定期借地権（長期型）

これについては、「事業用地、居住用地を問わない一般的な制度としてよい」とされ、「現に住宅・都市整備公団が高層賃貸用住宅建設のために存続期間七〇年という長期の定期借地権を利用している例」もあつて、この長期型定期借地権の利用可能性があるとされる。⁽¹²⁾ しかしこの類型では、「長期の利用によつて建物の社会的寿命も尽きているのが通常であり、当初から収去が予定され」⁽¹³⁾、この更地返還を認めるため、「借地期間満了時に建物買取請求権を有しないとの特約（現行借地法四条二項の適用を排除する特約）」が有効と認められる。⁽¹³⁾ しかも、「借家人にそのこと〔定期借地上の一定の時期に収去すべき建物の賃貸借であること〕が告知されていなかった場合でも〔つまり善意の借地上建物賃借人に対して〕、原則として正当事由になると解されるから、期間の定めのない借家契約の場合には、六月前に解約申入れをすることによつて（借家法三条）、契約を終了させることができよう」⁽¹⁴⁾とされる。すなわち、何らかの金銭的給付はあり得るとしても、「買取請求権排除特約付の定期借地上の建物の借家関係については、借地期間の満了は、原則として正当事由になると解すべき」とされるのである。⁽¹⁵⁾ しかし、建物が五〇年程度で寿命が尽きると断定することはできない。借家関係が五〇年の長きにわたるものもあり、最近の裁判例の中にも、建築後五〇年以上を経過した建物（木造）の借家関係につき、家主と借家人との間の使用の必要性を比較して解約申入の正当事由がないと判示し

たものがある。⁽¹⁶⁾ 建物の「老朽化」による「取壊し・新築、大修繕の必要性」を正当事由の大きなファクターと考へて明渡請求を認める場合が多いかもしれないが、たとえ建物が「朽廃」に近い場合であっても、やはり双方の諸事情を比較考量すべきであつて、⁽¹⁷⁾ 五〇年程度の経過のみをもって（つまり借地期間の満了のみをもって）当然に借家関係を終了させるべきであるとする合理的理由はない。結局は、五〇年経過後に「貸した土地が更地で戻ってくる」という地主の期待と、長期型の定期借地上の建物であり期間満了時には収去される予定であることを知らずに賃借した善意の借家人の居住など建物利用の必要性との間で、両者をどのように調整すべきかという問題である（「稲葉論文」は一定の金銭補償によって常に前者を優先させるべきことを主張するものである）。しかし、そのような問題であるとすれば、むしろ、地主の当該土地の新たな利用の必要性と借家人の当該建物の使用の必要性など両者の諸事情を比較考量する機会を制度的に設けておくことが合理的なのであつて、その一つの方策として、借地契約の期間満了によって建物を地主に帰属させ借家関係を地主と借家人との間に承継させた上で、解約申入・更新拒絶についての正当事由判断を行うことが考えられるのである。⁽¹⁸⁾（そしてその正当事由判断に際しては、従来の裁判例通り、借地期間の満了という事情は考慮すべきではない）。また、公団住宅の場合には、定期借地終了時に借家人たる居住者に従来と同程度の住居を提供することによつてトラブルを回避することは、あるいは可能かもしれないが、⁽¹⁹⁾ これを民間借家一般において期待することはできないのではないだろうか。

他方、「定期借地上の一定の時期に収去すべき建物の賃貸借」であることを告知されて契約を締結した借家人に對しては、「当然その時期が借家期間の終期となり、その時に終了すべきものである」⁽²⁰⁾とされる。しかし、まさにそういう処理をするが故に、ただでさえ五〇年程度経過して古くなるなかで、借地契約の終了が近づくにつれ保守・修繕がなおざりにされ、また集合賃貸住宅の場合に期間満了が近づくにつれ居住者・利用者の減少と空室の増大という事

説 態が予想され、いわゆる「スラム化」のおそれがあるといわざるをえない。まことに、「借家権存続の保障のない定期借地権は、スラム化を促進しよう」⁽²¹⁾。

結局、以上のような問題を回避するには、この長期型の場合であっても、借地関係の終了時には、借家人の善意・悪意を問わず建物の所有権を地主に帰属させ、借家関係を地主に承継させた上で、地主と借家人との間に借家法による規制（正当事由判断における当事者双方の諸事情の比較考量）を及ぼすべきではなからうか。

(2) 法人が借地人である定期借地権（法人型）

借地上建物賃借人の利用利益を保護するという観点から考えて、以上述べた二類型に比べてはるかに大きな問題点をほらみ《濫用》の危険性が高いのは、この「法人型」、すなわち借地人が法人であるが故に定期借地権として認められ且つその借地期間が一〇年以上のもの、である。この類型は、もともとは、(22) 外食産業用や量販店・遊技施設用などの一部の事業用建物について、より短期間の借地権に対し社会的ニーズがあるとして、構想されたものようである。こうした一部の事業用建物のためにこの法人型が利用される限りでは、当事者の契約自由にかましても、あるいは、あまり大きな問題は生じないかもしれない。しかし、「稲葉論文」では、そうした利用目的の建物についてだけでなく、一般の各種店舗や工場などを建設する目的で、さらには地上建物が第三者の居住用に利用される場合にも、この類型の定期借地権の設定が想定されている。(23) すなわち、法人が借地人であって借地目的を事業用とする場合であれば、法人借地人が賃貸集合住宅の貸家経営を行う場合も含め、借地期間を一〇年まで短くした定期借地権を認めようというのである。しかもこの類型では、長期型と同じく「借地期間満了時に建物買取請求権を有しない」との特約を有効と認めること⁽²⁴⁾が予定されている。ここでも長期型と同じく、何らかの金銭的給付はあり得るとしても、「買取請求権排除特約付の定期借地上の建物の借家関係については、借地期間の満了は、原則として正当事由になると解す

べき⁽²⁵⁾とされ、また、「定期借地権に基づく建物であること、ひいてはその消滅による建物収去時期を知らず、長期の借家期間で入居した借家人（善意の借家人⁽²⁶⁾）」に対しても、地主は相当の補償をして建物収去を求めることができ、たとえ「善意の借家人による長期の借家契約を地主が建物所有権を取得することによって承継した場合にも、……地主は、改めて相当の補償をしたうえ、借家契約を解除することができ⁽²⁷⁾」るとされるのである。しかし、こうした処理は、今後の都市的土地利用において重要性を有すると思われる「賃貸業務型借地」（賃貸用の高層ビルないし集合住宅の建設を予定する借地）においてこの法人型の定期借地権が用いられる場合には、借地上建物賃借人にとっていったい何を意味するであろうか。「定期借地上の一定の時期に収去すべき建物の賃貸借⁽²⁸⁾」である旨が借家人に告知されている場合には「当然その時期が借家期間の終期となり、その時に終了すべきもの⁽²⁸⁾」とされており、いわば、かなり短期の（一〇年以内の）《定期借家権》を設定したことに同じになる⁽²⁹⁾。また、たとえ借家人にそのことが告知されていない場合でも（借家人が善意であっても）借地期間の満了が原則として借家契約の解約申入等の正当事由になるということは、借家人にとっては、借家期間を一〇年以内とし且つある一定時点で終了すべき借家権（いわば△一〇年内定時終了借家権⁽³⁰⁾）の設定を事実上意味するであろう。しかもこの《定時終了借家権》たるや、善意の借家人自らが契約で取得した借家権でありながら、全く自らが関知しないところで定められた借地期間満了という時点で、自らの期待に反し一方的に消滅させられてしまうという、全く不当な代物なのである。さらに長期の借家契約を締結した善意の借家人にとっては、自らが契約で定めた借家権の存続期間さえも、借地期間の満了という自らの全く関知しない事情によって否定されるという事態が生ずることになる。借地人がデベロッパー（法人）であって借地契約を締結するそもその初めから賃貸用の建物を建築することが予定されており、したがって地主が借家人の存在を初めから「容認」している「賃貸業務型借地」においては、すでに述べたように、従来の普通借地であれば、判例の立場からでさ

説え、現行の借地法四条一項の正当事由判断に際し「借地人側の事情として借地上にある建物賃借人の事情をも斟酌することの許されることがある」「特段の事情の存する場合」として、借家人は一定の「配慮」を受けると思われるの(30)に対し、右にみてきたような法人型定期借地権が用いられる場合には、この借家人に対する「配慮」は全く否定されてしまう。「定期借地権」という一事は、いいかえると、地主の「土地を貸しても一定の時期に必ず更地で帰ってくる」との期待に対する「配慮」は、はたして以上のような借家人にとって不当な事態を正当化しうるものなのであるうか。

(三) 定期借地権制度の《濫用》

(1) 定期借地権による借家法規制(借家権存続保護)の回避

右に述べたような、法人型定期借地権制度が特に「賃貸業務型借地」に用いられることによって生ずる不当な結果は、しかし「稲葉論文」では、「法人の合理的判断」によって生じ得ないであろうと考えられているようである。すなわち、「法人型定期借地権を認める歯止めは、借地権取得およびその利用のための投下資本を回収することができるといふ合理的な条件の定期借地権でなければ、その設定を求めないであろうという事業採算についての法人の合理的判断である。土地のもつ収益力を引き出すための方策はさまざまのものがあつて、これを限定することはきわめて困難である。この収益が大きければ、投下資本の回収は短期間で可能となる。このバランスについての合理的判断を前提にすれば、劣悪な条件での定期借地は需要が生じないはずである」という(31)。あるいは、法人型定期借地上建物の借家人は借地契約の終了時には必ず退去しなければならないため、その建物の貸借需要は大きくなく、そうであれば、地主にそれなりの地代を支払いつつ賃貸業務用建物を建築して貸家経営をしても、それは採算があわず、結局は、

「賃貸業務型借地」にはこの類型の定期借地権制度は利用されないであろう、との見通しがあるのかもしれない。⁽³²⁾しかし、こうした「歯止め」は、次のような《濫用》を防ぎえない。すなわち、土地所有者たるA会社がその系列下にある会社Bのために法人型定期借地権を設定するという場合や地主Aが自ら（あるいは親族）を代表者とする会社Bを設立しBに土地を定期賃貸する場合であり、さらに極端に言えば、建物の存在する土地を所有する法人Aがその土地に自己借地権として法人型定期借地権を設定し、⁽³³⁾地上建物をCに賃貸するという場合である。要するに、地主と借地人（＝家主）を實質上同一視することができる場合であり、このような場合には、期間延長の可能性を強調して借家人を募ることもできるし、借地期間を投下資本が回収できるまでいかようにも延長することができる。すなわち、ここでは地主と借地人との間に利害の対立がなく（人格が實質的に同一である）、地主A借地人Bは、当初の借地期間にとらわれることなく、採算が合うまでその借地関係を定期借地として継続することができる、たとえば、一〇年経過後はAとB間で一年毎の延長をすることも可能である。⁽³⁴⁾こうして、實質上は、土地所有者自らが所有地上の建物につき貸家経営を行う場合と何ら異ならず、本来ならば借家法による建物賃借権の存続保護が与えられてしかるべきであるにもかかわらず、しかし法人型定期借地権を利用することによって、借家人は大きく影響を受け、借家法による利権の存続保護が奪われることとなる。まず、借家人に、定期借地上の建物であり建物買取請求権排除の特約が存在していること、すなわち「定期借地上の一定の時期に収去すべき建物の賃貸借」であることが告知される場合は、A借地人Bは、借地期間が一〇年以上経過しさえすれば、「いつでも」期間満了を原因として借地関係を終了させることによつて借家人に建物明渡を求めることができるようになる（この場合、「一時使用のための賃貸借」ないし「特別の賃貸借」⁽³⁵⁾）⁽³⁵⁾。このことは、本来は借家法による借家権の存続保護が認められてしかるべき借家関係であっても、法人型定期

説 借地権を設定することによって、実質上は、多分に地主の恣意に依存し存続保護のない《定期借家権》を一般的に認めることを意味しよう。

論 他方、借家人に、定期借地上の建物であり建物買取請求権排除の特約が存在していることが告知されなかった場合でも、地主自らによる貸家経営にあっては借家法により借家権の存続保護がはかられるのに対し、建物買取請求権排除特約付きの法人型定期借地権を利用すれば、善意の借家人にある程度の補償的財産給付をしなければならぬとしても、借地期間の満了は「原則として正当事由になる」とされ、地主は善意の借家人に建物の明渡を請求しうることとなる。たとえば、「期間の定めのない借家契約の場合には、六月前に解約申入れをすることによって（借家法三条）、契約を終了させることができよう」といわれ、また「善意の借家人による長期の借家契約」の場合には、地主は建物所有権を取得することによって借家関係を承継することも可能だが、「借家人に補償をしたらうと建物収去をあくまで求める」こともできるとされる。³⁵ こうしたことは、全く地主に家主の恣意によって、借家人の期待に反し「いつでも」消滅させることのできる借家権を認めることを意味しよう。

なお、同様のことは、建物所有権移転型の定期借地権を利用する場合にも指摘することができる。この類型では、借地期間経過後は建物が地主に帰属し借家関係が承継されるとはいえ、そこでは解約申入につき「うすめられた正当事由」³⁶しか要求されないため、地主が自ら貸家経営を行う場合よりも、借家人の立退請求がより容易になる。実質上は地主による貸家経営であっても形式の上で別人格の借地人、家主に建物所有権移転型の定期借地権を設定することによって（あるいは自己借地権として設定することによって）、借家関係において認められるべき借家権の存続保護を緩和することができることとなる。

こうして、以上のことは要するに、定期借地権制度を利用することによって、借家法において認められている借家

権存続保護の規制を回避することができるということを意味しよう。もし、このような《濫用》が許されるとすれば、今後二一世紀にむけて一〇年なり二〇年なり先の都市部における再開発を予想する土地所有者や不動産業者・デベロッパーにとつては、定期借地権制度（特に法人型）はまことに都合のよい制度ではなからうか。⁽³⁸⁾ また、このような《濫用》は許されないとしても現実にはそれを防止することができないとすれば、定期借地権の創設は後々の大きな紛争の種をまくこととならう。結局、このような《濫用》を防ぐには、最低限、期間満了による借地権消滅に際しては常に建物を地主に帰属させ借家関係を承継させると共に、地主と借家人との間に承継された借家関係において正当事由を判断するに際しては、定期借地権の期間満了による消滅という事情は特別な意味を有しない、としなければならぬであらう。

(2) 定期借地権類型の《途中変更》と借家人

「稲葉論文」によれば、「定期借地権であっても、借地期間満了の時に、当事者が合意をすれば、さらに借地関係を継続することができる」とされ、⁽³⁹⁾ この場合、「たとえば、建物所有権移転型の定期借地権の期間をそのまま五年だけ延長することもできるし、期間延長の結果長期型の定期借地権の要件を満たすことになれば、期限付売買契約をやめてもよい」とされる。⁽⁴⁰⁾ この《変更》が善意の借家人に対しどのような影響を及ぼすが問題とされなければならない。この例は、定期借地権が存続した全期間を通して見れば、期間延長によって定期借地権の類型が《途中変更》された場合であるとみることができよう。「稲葉論文」は、定期借地権の「各類型は、排他的なものではなく、互いに重なり合う」とし、⁽⁴¹⁾ 「それぞれの要件を満たせば、他の要件なしでも、定期借地権とすることができるというだけのものにすぎない」というだけで、定期借地権の各類型の《途中変更》を否定していない。ということは、各定期借地権の要件さえ満たせば、当事者の自由な合意で定期借地権の類型を期間の途中でも変更しうると考えられているのである

説
う。したがって、たとえば当初は建物所有権移転型（期間二〇年以上）であった定期借地権を、期間の途中で（法人に譲渡するなり借地人が法人になることにより）法人型に変更する（当初からの期間が一〇年以上となるようにする）ことも認められるように思われる。おそらく当事者の自由意思で合意するのであればさしつかえない、と考えられているのであろうが、しかしこうした類型の《途中変更》は、第三者とくに借家人に対しどのような影響を与えるものであろうか。当然、従来からの借家人にはその《途中変更》を対抗しえないとされるであらう。⁽⁴⁾借家人の全く関知しない事情

によって借家人の正当な期待を害することは不だからであり、たとえば、建物所有権移転型を前提として借家人関係に入った借家人に対しては法人型への変更は対抗できず、法人型定期借地権の期間満了を理由に借家人関係を終了させることはできないし、また、地主は当初期間が経過した段階で建物を買取り借家人関係を引き継ぐ、としなければならぬ。「稲葉論文」は、「家主の建物の敷地使用権原の喪失は、原則として家屋賃貸借契約の解約ないし更新拒絶の正当事由となる」とするが、例外として「借地契約の合意解除は、地上建物の賃借人に対抗することができない」としていることから類推すると、借家人が関知しない定期借地権の《途中変更》も借家人に対抗しえないとし、右に述べたような処理をするものと思われる。

他方、《途中変更》後に借家人関係に入ってきた借家人には、「稲葉論文」によれば、その善意・悪意を問わず《途中変更》を対抗できるとされよう。その借家人がたとえ定期借地上建物の賃貸借であることを知らずとも、すでに述べたように、その借地期間が満了すればその事情は借家人契約について「原則として正当事由になる」とされ（一定の補償的財産給付は要求されようが）、借家人関係も終了することとなる。

しかし、翻ってこれら兩者を比較してみると、この《途中変更》前の借家人と変更後の善意借家人との取扱いを、これほど異にしなければならぬ合理的理由は存在するのであろうか。どちらの場合でも《途中変更》自体は借家人

にとつて関知しない事柄であつて、どちらも「善意」である。両者が同じ賃貸集合住宅の居住者である場合を想定すると、変更後の定期借地権が期間満了により消滅した時点で、ある居住者はそれにもかかわらず借家権の存続が確保されるのに対し、ある居住者はその時点で退去しなければならないという事態が生ずることになる。これでは、借家人の立場からは不公平で不合理であるということになる。借家人の利用利益を保護する立場から、変更前の借家人の期待を害することなく両者を同様に取り扱おうとすれば、結局、変更後の定期借地権が期間満了した時点で建物を地主に帰属させ借家関係を承継させることを認めなければならぬのではなからうか。それとも「稲葉論文」は、こうした定期借地権の類型が《途中変更》される場合でも、地主は一定の金銭補償と引き換えに変更前の借家人に対抗しうると考えているのであろうか。

(3) 定期借地権制度の創設と既存の借家人

ところで、定期借地権制度の創設は、それが提案された当初から、「既存の借地権に対しては、何らの影響を及ぼすものではない」ことは、その「性質上当然のことである」とされてきたし、「稲葉論文」も、「定期借地権の創設は、既存の借地権にはまったく影響しない（既得権の侵害の問題は、起こらない）」⁽⁴³⁾という。それでは、既存の借家権に対してはどうであらうか。すなわち、従来から地主Aが所有する建物を賃借してきた既存の借家人C（法改正による定期借地権創設前の、ないしは定期借地権設定前の借家人）は、借家法によつて従来から与えられてきた借家権の存続保護について、たとえばその建物が法人Bに譲渡されその際に法人型定期借地権（建物買取請求権排除特約付）が設定された場合、どのような影響を受けるかという問題である。また、従来の普通借地上の建物を賃借してきた既存借家人の借家権存続保護は、その普通借地権がたとえば法人型定期借地権に切り替えられた場合、それによつてどのような影響を受けるかという問題である。当然、何らの影響も受けまいとしないければならない。思うに、このようなケースはいず

説
れも、ほとんどの場合、地主Aと新家主Bが通謀しつつ従来の借家人の追い出しをねらったものであると考えられ、かかる定期借地権設定は、制度の《濫用》ないし《悪用》であつて公序良俗違反として無効とすることも可能であろう。しかし、たとえば前者の場合（貸家経営をしてきた地主がその建物を法人に譲渡し法人型定期借地権を設定するような場合）に建物譲渡までも否定する必要はなく借家人の利用権の存続さえ確保できればよいと考えるならば、定期借地権の期間満了による消滅を理由とする地主の借家人に対する明渡請求は権利濫用ないし信義則違反として許されず、定期借地権の消滅を借家人に対抗できないと解することになる。しかしこの場合には、定期借地権消滅後の地主、借家人、家主、借家人の三者間の法律関係は複雑なものとなる。こうした「不愉快な」関係がいつまで継続するか、借家関係が終了するまでとしてもそれはいつなのか、といった問題なども残される。ともあれ、このような一般法理によつて処理するだけでは、解決困難な問題が残されるとともに、現実にはたとえ地主による所有建物の法人への譲渡と法人型定期借地権の設定という行為を防ぎえず、その結果地主に定期借地権の期間満了によつて借家関係も終了したとの口実を許すことになりかねず、紛争予防という観点からは不十分である。むしろ、借家関係は常に建物所有者との間に引き継がれるとし、定期借地権の設定がなされそれが期間満了によつて消滅する場合であつても、既存の借家関係は建物が帰属する地主と借家人との間に常に承継されるとしたほうが、定期借地権の設定による

既存の借家人の追い出しという《濫用》をはるかに効果的に防止できるように思われる。また、建物所有権移転型定期借地権が設定される場合は、借地契約の期間満了によつて借家関係が地主と借家人の間に引き継がれ借家人保護がはかられるとされており、この定期借地権の設定が公序良俗に反するとまで判断されないかもしれない。しかし、建物所有権移転型定期借地権が期間満了により消滅し借家関係が地主に承継された場合に、定期借地上の借家であり承継された借家関係であるという事情はその正当事由判断に際して当然考慮されると考えられている。このことは、既

存の借家人にとっては、自分の全く関知しない事情である定期借地権の設定によって従来享受してきた借家権の存続保護が弱められることを意味しており、不当である。ここでも、定期借地権制度の《濫用》を防止し既存の借家権の存続保護に影響を与えないようにするには、定期借地権の消滅によって借家関係を地主に承継させるとともに、同時に、定期借地上の借家であったという事情は承継された借家関係における正当事由のファクターとはなりえないとすることが、もっとも効果的な方策であるように思われる。

しかるに、「稲葉論文」は、右のような論点に何もふれるところがない。定期借地権制度が創設されたとしても既存の借家権には何の影響も及ばないことは当然のことで論ずるまでもない、と考えられているのかもしれない。しかし、それにもかかわらず、「買取請求権排除特約付の定期借地上の建物の借家契約については、借地期間の満了は、原則として正当事由になる」とし、また「建物（居住）賃貸借についての解約申入れや更新拒絶の正当事由については、……その認定（判断）基準たる事由を明確にすることが適當である」としつつ、「建物の状況如何は、借家関係の終了の成否に影響する事由である。たとえば、家主の建物の敷地使用権原の喪失は、原則として家屋賃貸借契約の解約ないし更新拒絶の正当事由となるものと解すべきである」と主張している。⁽⁴⁵⁾しかも、昭和六〇年の「問題点」では「正当事由の内容」の「改正」（正当事由の緩和）を既存の借家関係に遡及適用することが肯定されていた。このようなことを考えあわせるとき、ここに、定期借地権の期間満了による消滅は借家契約の解約申入れないし更新拒絶の正当事由となるとの処理を既存の借家関係についても適用しようという意図があるのではないか、との危惧を感じずにはおられない。既存の借家関係が存在する建物の敷地について、借家人とはかわりのないところで定期借地権が設定されることを認め、しかもその期間満了による消滅が地上建物の借家契約の終了の正当事由になることを認めるならば、たとえばその場合に（定期借地権設定後の善意の借家人と同様に）一定の補償的金銭給付がなされるとしても、

このことは、結局、定期借地権制度の創設が地主なり家主なりの一方的な恣意に基づく既存の借家関係の解消をもたらす、ということに帰着する。たとえば、地主Aが既存の借家関係が存在する建物を法人Bに譲渡し、その際法人型定期借地権を設定したとすれば、一〇年後の定期借地権の期間満了は原則としてBの既存借家人Cに対する解約申入の正当事由となり（またAもBを代位して解約申入をなすことができ）、かくしてB（またはA）はCに対し建物からの立退を請求しうることとなる。このことは、まさに今日社会問題化している「地上げ」と同様の「借家人追い出し」が一〇年後に「合法的に」行われることを、法が正面から認めることを意味しよう。これが全く不当であることは論をまたないが、そうであるとすれば、たとえ定期借地権制度を導入するとしても、このような不当な結果を生じさせないためには、結局のところ、定期借地権の期間満了による消滅の際には常に建物は地主に帰属するとして既存の借家関係を地主に引き継がせ、かつその借家関係においては定期借地上の建物の借家関係であったという事情は正当事由とならない、という方策が最低限とられるべきであると考ええる。

(1) 「稲葉論文」NB L三九〇号二九頁以下。また、のちに述べるように、定期借地権の各類型の要件さえ満たせば、類型の

A途中変更Vも認められるようである。

(2) 「稲葉論文」が定期借地権に対するにニーズの存在を指摘するのに対し、吉田光碩「地域限定借地法の可能性について」法律時報六〇巻二九〇頁以下は、「いわれるようなニーズがそれほどあるとは思えない」という。

(3) 本田純一「土地信託と定期借地権制度」土地住宅問題一六三号四五頁。本田純一「建物利用者の保護」法律時報五八巻五号八四頁以下も参照。

(4) この類型を検討するにあたっては、現にこれを先取りするものと考えられる「土地信託」との比較検討が有用であるが、それは前注の本田「土地信託と定期借地権制度」土地住宅問題一六三号三九頁以下にゆずる。なお、現行法の下で試みられている借地方式でこの類型に対応する「新借地方式」については、さしあたり稲本洋之助監修・土地有効利用と活用事例集

- 二五〇頁以下および二九五頁以下、昭和六三年版国土利用白書一一九頁参照。筒井光昭・東京大転換二三六頁以下も参照。
- (5) 「稲葉論文」NBL三九〇号三二頁。
- (6) 「稲葉論文」NBL三九一号二八頁。
- (7) 「稲葉論文」NBL三九一号二九頁。
- (8) 「稲葉論文」NBL三九一号三〇頁。
- (9) 「稲葉論文」NBL三九一号三〇頁。本田純一「土地信託と定期借地権制度」土地住宅問題一六三号四三頁参照。
- (10) 本田「同右」四五頁。
- (11) 本田「同右」四二頁以下は、この類型の定期借地権を土地信託との対比で検討し、「借家人にとっても、(2)型の定期借地上の建物を賃借することは不安を伴うこととなるので土地信託の建物を好んで選択するということとなってしまふ」(四四頁)と言ひ、また結論的に「存続保障のない借地制度が出来ても、それに賃借人の貸家経営の保障という観点が盛り込まれていない限り、それは、都市的土地利用の方式としては有効に機能しないであろう」(四五頁)と指摘する。
- (12) 「稲葉論文」NBL三九〇号三〇頁。この公団による「特別借地制度」については、さしあたり稲本洋之助監修・土地有効利用と活用事例集二二九頁以下、山本雅之「借地権設定方式の機能と実務」法律時報五八巻二号二四頁以下、昭和六〇年版国土利用白書九七頁(その後毎年度、国土利用白書でふれられている。昭和六三年版国土利用白書では一二〇頁)参照。なお、吉田克己「借地・借家法改正の前提問題——保護法益と適用対象」法律時報五八巻五号四八頁は、この公団による「特別借地制度」にも関連して、「建物所有権が土地所有者(通常は私人)に移転することに伴う問題」として「家賃や建物の維持・管理に関する賃貸条件が悪化するおそれ」を指摘する。注(19)も参照。
- (13) 「稲葉論文」NBL二九一号三〇頁。
- (14) 「稲葉論文」NBL三九一号三一頁。
- (15) 「稲葉論文」NBL三九一号三一頁。しかし、すでに前章で述べたように、「稲葉論文」NBL四〇〇号三二頁は、このような排除特約がなくても「家主の建物の敷地使用権原の喪失」一般を、「原則として」借家契約終了の正当事由となるとしており、論旨に齟齬をきたしている。前章の注(28)および注(30)参照。
- (16) 東京高判昭和六〇年一月二日判例タイムズ六〇三号六二頁。

- (17) 本田純一・借家法と正当事由九二頁は、「建物が朽廃に迫つてゐるとき」は「新築または大修繕の必要性と立証されていれば、……直ちに正当事由が認められるべきである」というが、「単に朽廃に近いという場合には、借家人側の事情や付随的事情が考慮されなくてはならない」という。執行秀幸「借家権の存続期間」現代借地借家法講座2借家法二五頁も同旨。建築後五〇年以上経過した老朽建物の借家関係において、取壊し・新築を理由とする解約申入の正当事由の有無が問題となり、双方の事情等を比較衡量し立退料の提供を補強条件として正当事由を認めた最近の裁判例として、大阪地判昭和五九年七月二〇日判例タイムズ五三七七号一六九頁（建築後少なくとも五〇年以上経過した四戸一棟の木造平屋建の長屋の一部の賃貸借につき、双方の事情等を比較衡量すると正当事由は認められないが立退料一五〇万円の提供を補強条件として正当事由ありとした）、東京地判昭和六一年五月二八日判例タイムズ六三三三号一五三頁（東京新橋駅前建築後六〇年程度経過した鉄筋コンクリート造りのビルの一階を賃借して中華料理店を営んでいる賃借人の事情につき、「他の場所で直ちに従前どおりの売上げを得るということは極めて困難であり、場合によっては営業規模の縮小や廃業による従業員失業という事態に陥ることも考えられないわけではない」が、それは「主として経済問題である」として、三億四千万円の立退料を支払い引き換えに建物明渡を認めた）がある。なお、「稲葉論文」NBL四〇一号二六頁では、「建替え・大修繕の予定等がある場合」にも、正当事由による存続保障のない「特別の事由による△定期借家権▽」を認めようとしている。
- (18) どのような手段によって建物を地主に帰属させるかは、別途検討されねばならないが、その長期性を考慮して無償の当然帰属を認めることも検討されてよい。
- (19) 公団の「特別借地制度」では、賃貸借期間は七〇年とされているが、建物の建設後二〇年経過後は、土地所有者の希望があれば公団が建物を時価で譲渡し借地契約を合意解消することが認められている。この点に関し、稲本洋之助監修・土地有効利用と活用事例集二二六頁は「建物所有者の変更（公団住宅が民営借家になる）にあたっては、居住者の希望により他の公団住宅への転居をあっ旋することにした」が、こうした斡旋措置は、「ほう大な賃貸用空家ストックがあればこそ採用できる方策である」と述べている。
- (20) 「稲葉論文」NBL三九一号三一頁。
- (21) 稲本洋之助・借地制度の再検討五三頁注(3)。
- (22) 「稲葉論文」NBL三九〇号三二頁参照。たとえば外食産業の場合、現行法の下でも次のような方策で、形式的には借地

関係を避けながら実質的には一〇年ほどの短期の借地を可能にしている、という。すなわち、外食資本が農家などの地主に對し建設協力金などの融資をしてその所有地の一部に一定の仕様の食堂を建てさせ（所有名義は地主）、その建物について期間一〇年程度の借家契約を結ぶとともに、その土地の残り（四分の三ほど）を駐車場として賃借する（民法上の賃貸借）という方式である。地主にとってもかなり高額の賃料収入があり、七年間程で建築費などの元がとれるという（同時に節税対策にもなるという）。さしあたり昭和六〇年版国土利用白書九六頁以下参照。

(23) 「稲葉論文」 NBL三九〇号三三頁、三三三頁、三九一号三三頁、三九九号四二頁参照。

(24) 「稲葉論文」 NBL三九一号三〇頁。

(25) 「稲葉論文」 NBL三九一号三二頁。

(26) 「稲葉論文」 NBL三九一号三一頁。

(27) 「稲葉論文」 NBL三九一号三二頁。

(28) 「稲葉論文」 NBL三九一号三一頁。

(29) 「稲葉論文」 NBL四〇一号二四頁以下が「特別の事由による定期借家関係」について論じており、「建物を収去すべき時期が客観的に明白である場合（近い将来に敷地についての定期借地権の終了……が予定されている場合）」に、正当事由による存続保護のない△定期借家権▽が認められるという（二六頁）。そして、これが設定される手続的保障として「公正証書または公証人の認証のある契約書でなければならぬものとする」とされることがよい」とされる（二六頁）。しかし、他方で、建物買取請求権排除特約付の定期借地権が告知されている場合は、「当然に更新拒絶に正当事由がある」と考えることも可能であるとされており（三九一号三一頁）、△定期借家権▽の成立要件である右の「手続的保障」が回避されるおそれもある。はたして右の「手続的保障」によって濫用が防げるか疑問であり「特別の事由による定期借家関係」については別途検討を要するが、定期借地権を利用しさえすれば、（極端にいえば自己借地権として定期借地権を設定することも否定されていないので、地主による貸家経営の場合でも）建物の借家関係を広汎に△定期借家▽化することが可能となる。このことは、借家法による正当事由判断を通じての借家権存続保護を骨抜きにすることに帰着するであろう。後述の（三）(1)参照。

(30) 最判昭和五八年一月二〇日民集三七卷一頁。

(31) 「稲葉論文」 NBL三九〇号三三頁。

(32) しかし、はたして「貸貸業務型借地」に法人型定期借地権が利用されないと言えるかは疑問である。テナントさえつけば投下資本の回収は数年で可能であると思われるが、まさにそうであるがゆえに、状況しだいでは（たとえばオフィス需給の逼迫）法人型定期借地上の建物であることが秘されて、あるいは借地期間の延長の可能性を強調して借家人を募るといふ事態が発生し、後々の大きな紛争の種になりかねないとの危惧を禁じえないのである。なお、昭和六二年版国土利用白書一二頁が、定期借地権類似の方式を基に堅固建物としての賃貸マンションの建設運営の採算性を試算しており、一三頁の図によると期間一〇年で五％強の内部収益率が期待できるようである。また、当初は自己使用目的の建物を所有するために法人型定期借地権を利用したとしても、たとえば建物の余剰部分について借家関係の発生を防止できない以上、借家権の存続保障を欠く定期借地権を認めることは、将来、紛争を増大させることにならう。

(33) 自己借地権については「稲葉論文」NBL三九七号二六頁以下参照。ここでは、自己借地権の成立要件について、地上建物の存在、借地権の登記、設定行為についての公正証書などが述べられているが、普通借地権に限るとの記述はない。

(34) 「稲葉論文」NBL三九〇号二九～三〇頁。前章の注(14)参照。

(35) 「稲葉論文」NBL三九一～三九二頁。

(36) 「稲葉論文」NBL三九一～三九二頁。

(37) 本田純一「土地信託と定期借地権制度」土地住宅問題一六三号四三頁参照。

(38) 今日の都市部における再開発において、借家関係の解消が重大関心事になっていることにつき、前章の注(33)参照。昭和六三年版国土利用白書七五頁は、東京で規模の大きなビルほど空室率が低く規模の小さいビルでは空室率が高くなっていることを指摘している（筒井光昭・東京大転換八〇頁以下も参照）。これは、OA化や分散部門の統合への指向などから大規模オフィスビルに対するニーズが増大し、また外資系企業（特に外国金融機関）で大規模なインテリジェント・ビルに対する要請が強いこと等によると言われている（通産省東京通産局編・東京再開発への提言八五頁以下、一三九頁以下、内藤邦男／水島川和夫・国際金融都市・東京の未来一二二頁以下、佐藤美紀雄・「地価」その常識・非常識一九七頁以下参照）。こうして、「今後の床需要は、まとまったスペースを持った大規模なインテリジェント・ビルへと需要が集中し、これ以外の中小のビルや立地条件の悪いビルでは、床が余ってしまうことも十分予想され」（内藤／水島川・同右一二五頁）、「既存の膨大なビルが二一世紀にはOA不適格ビル群と化する可能性が強い」（通産省東京通産局編・同右一四七頁）ということが、

今後二二世紀に向けて東京再開発を予想・構想する側から指摘されている（通産省東京通産局編・同右七六頁以下も参照）。また、今後のオフィス需要については、たとえば三井不動産では一九八五年から二〇〇〇年にかけて都心三区で一五五五ヘクタールと予測している（通産省東京通産局編・同右八四頁、一三七頁以下）。これに対し国土庁サイドは、国際化に伴う東京区部のオフィス需要を一五年後で九三ヘクタールの増加と予測している（内藤／水島川・同右一〇九頁）。筒井・同右八〇頁以下、日経リアルエステート・東京一九八七年九月号七〇頁以下、大岡友和・東京「新地区」の読み方一六八頁以下、鈴木郁雄・つくられた土地狂乱九五頁なども参照。もっとも長谷川徳之輔「東京の土地市場の動向と問題点」法律のひろば四〇巻七号一二頁は、「事務所床需給が具体的にどの位あるのかという実態は、なんら実証的計量的に証明されているわけではない」という。さらに、今日法人の土地所有が増大しており（昭和六三年版国土利用白書四六頁以下、三〇〇）三〇一頁の表七参照）、特に東京では、民有地面積が減少する中で法人所有地が増加（東京都企画審議室・土地関係資料集（一九八七年度）三三頁）、「ここ数年の法人宅地面積の大幅増」も指摘されており（同右三六頁）、都心三区の法人所有地割合は五五%以上である（同右三〇頁。三二頁によると、千代田区、中央区、江東区で六〇%を超えている。鈴木郁雄・同右三〇頁、三一頁も参照）。こうして、とりわけ都心部を中心として、法人の宅地所有面積が、ここ数年著しく増大しているように思われる。他方、日本経済新聞社編・東京プロブレム一九頁以下は、インテリジェントビルへの建替えに対し、「借地借家法に代表される借手優位のマーケット慣行」が、デベロッパースайдからみて阻害的役割をはたしていることの一端を述べている。二二世紀に向けてのオフィス需要の傾向に対応して再開発を構想するデベロッパ―や土地所有者にとっては、定期借地権の導入によって借家関係の解消が容易になるとすれば、これはまさに望むところであろう。

(39) 「稲葉論文」NBL三九〇号二九頁。

(40) 「稲葉論文」NBL三九〇号三〇頁。

(41) 「稲葉論文」NBL三九〇号二九頁。

(42) 最判昭和三八年二月二日民集一七卷一号二一九頁は、借地契約の合意解除は地上建物の賃借人に対抗できないと判示したが、これを前提にすれば、定期借地権のA途中変更Vも同様に考えることになろう。

(43) 「問題点」の「説明」（法務省民事局参事官室編・借地・借家法改正の問題点（別冊NBLNo.一七）一九頁）。

(44) 「稲葉論文」NBL三九〇号二八頁。しかし、実際の問題としては、既存の借地関係を駆逐するであろうし、それに伴う

紛争を激化するように思われる。前章の注(12)参照。

(45) 稲本洋之助「借地借家法改正問題の争点」法と民主主義二二〇号六頁が「借地・借家法改正を論じるときに、従前の法制度によって保障されていた利用上の利益を一方的に剝奪したり、金銭補償との引換えによって解消を余儀なくさせたりしようとする動きには最大の注意を要する」というように、当然、従来の利用権保護を弱める「改正」は既存の借地・借家関係には適及適用されるべきではない。にもかかわらず、「問題点」は正当事由の緩和(正当事由の明確化、土地の有効利用の必要性(借地)・建替えの必要性(借家)等の明示)の適及適用を肯定した。従来、今回の法改正事業の重要な争点の一つとして、既存借家関係に対する影響が議論されてきたのは、この点であったが、本文で述べるような定期借地権の既存借家関係に対する影響にも、注意すべきであろう。

(46) 「稲葉論文」NBL四〇〇号三一頁。

(47) 「稲葉論文」NBL四〇〇号三二頁。前章の注(28)参照。

おわりに

定期借地権制度の創設については、借地上建物のスラム化が進行しないか、既存の借地権を駆逐しないか(旧来の借地関係の解消をめぐる紛争が多発しないか)、定期借地権終了の際の紛争(建物収去や借家人の処遇、期間延長などをめぐる紛争)を増大させないか、抵当権との関係で問題が生じないか、等々の問題があり、本稿で論じたところだけで結論がでるわけではない。しかし、借地上建物賃借人の利用保護の点からみて、定期借地権の持つ問題点の克服、《濫用》の防止のためには、最低限、定期借地権の期間満了による消滅の際には建物を地主に帰属させ借家関係を地主と借家人との間に承継させるとともに、その承継された借家関係についての正当事由判断に際しては借地上建物の賃貸

借であったことは考慮しない、との原則を確立するしかないと思われる。この原則の確立が実現しない限り、定期借地権の創設は、いたずらに紛争を激化させ、借地上建物賃借人の利用利益の保護を弱めることにしかならないであろう。そしてその結果は、法による「地上げ」の容認と都市空洞化の助長ということになるう。

ところで、このような主張に対しては、それでは地主の「貸しても更地で返ってくる」という期待を否定することになり結局は新規借地の供給を促進することにはならない、との批判が予想される。しかし、まず①今日導入が意図されている定期借地権制度には様々な不合理性や問題点、《濫用》による弊害などが指摘されており、それらを克服しないまま定期借地権を導入することにとりだけのメリットがあるか、疑問である。すでに、現行法のもとで開発されている手法が存在している中で、弊害の予想される定期借地権をあえて創設する必要があるのだろうか。⁽¹⁾また、

②今日の都市空間においては、「貸しても更地で返ってくる」という期待をもつことは、許されるべきではない。本来的にいって、土地は利用されてこそ人間社会にとって価値を持つものであり、土地所有は当該地域住民が形成する土地利用秩序による拘束を、都市空間についていえば、都市住民が形成する都市空間秩序にそった建物による拘束を甘受すべきである、と考える。⁽²⁾そして、新規の宅地供給の促進は別途検討されるべきであり(公的土地利用計画・都市計画による実効性ある規制ないし「公的規制」が不可欠である)、⁽³⁾それを民事基本法としての性格を有する借地・借家法の改正に期待すべきではない。

結局、本稿で主張したことは、これまで多くの人が指摘してきた定期借地権の問題点の一つである借地期間満了時の借家人保護の問題を克服するには、建物を地主に帰属させ借家関係を地主と借家人との間に承継させるしかないという、しごく当然のことにすぎないが、あとには、どのような手段で建物を地主に帰属させるか、その場合の地主と借家人との利害調整をどうするか等々の問題が残されている。また、普通借地についても、はじめに述べたように、

説
普通借地権が期間満了で消滅する場合に借地上建物の借家人の利用存続の利益はいかに保護されるべきか、という問題がある。⁽³⁾ こうした問題については別稿で論じたい。

(1) このような疑問を述べるものとして、吉田光碩「地味限定借地法の可能性について」法律時報六〇巻二号九一頁参照。

(2) 拙稿「前掲論文(三・完)」熊本法学五十号一—三三頁。なお、稲本洋之助・借地制度の再検討は、「都市における土地需要はつきつめればすべて建物需要であるから土地所有者は建物を建築して提供すべきであるところ、その負担を省き、かつ、それを借地人に転嫁したという立場に立」ち(四四頁)、「建物負担を相手方に課した以上その建物の存続を保障しなければならぬのは当然であつて、土地所有者が経済的にも法律的にも貸借人に対して優位に立たないのはむしろそのような土地利用方式からの自然の帰結である」(二二五頁)という。

(3) 吉田克己「住宅政策からみた借地・借家法改正」法と民主主義二二〇号二五頁参照。

(4) 建物所有権移転型以外の定期借地で建物買取請求権排除特約が存在しない場合についても、借地人が建物買取請求権を行使しないときは、「稲葉論文」によれば、借家人は「地主に対する関係では建物の取去を受忍しなければならぬ」とされている。この問題については、しかし、普通借地において借地人が建物買取請求権を行使しない場合と共通の問題なので、普通借地権に即して、別稿で論じたい。