

我が国の借地借家法制の齟齬と対策及び最近の課題（マンション建替え）

都市研究センター主任研究員

福田充孝

我が国の借地借家法制は、当初の明治民法による借地人・借家人保護が不十分であり、その結果、その後の社会経済情勢の変化（特に戦中・戦後の混乱期、高度成長期）に対応するため、その保護を図ることになった。

以下に述べるように、我が国民事法制上の賃貸借制度の解釈が民法起草者の考えから乖離したことに端を発する様々な弊害を取り除くために様々な立法的解決が図られてきており、それは借地人・借家人の居住の安定に大きな成果を発揮してきた。しかし近年の少子・高齢社会、低成長時代の到来により余剰住宅が増加した結果、かつては合理的であった借地借家法の規制が現在の社会経済情勢からみると必ずしも適切ではない場面があるということが従来から問題となっている。

本稿では、国会における議論から立法事実¹⁾や立法者意思を探りつつ借地借家法制の経緯をまとめ、その性格の変遷とともに生じている問題点を指摘し、今後の課題について若干の検討を行いたい。

1 我が国借地借家法制の歴史

1-1 ボアソナードの旧民法

我が国における近代的な借地借家法制の嚆矢はボアソナードが起草した旧民法²⁾に始まる。

旧民法は借地借家制度の根幹となる賃借

権について非常に特異な定めをしていた。すなわち、賃借権を物権に位置付けたのである。その目的は、「賃借権を物権として安定させ、それによって賃借人の経済基盤の一つである居住等の使用権を確保させ、商業、農業、工業を促進（岸上晴志(1997)「ボアソナード時代」水本浩・平井一雄編『日本民法学史・通史』p. 74、信山社）」させることであった。

しかしながら、その当時諸外国においても賃借権を物権と定めている国はほぼ皆無であり³⁾、この規定については反対する者が多かった⁴⁾。

ボアソナードはそのような批判に対し、

- ① 第三者による賃借権妨害、
 - ② 賃貸人の債権者による差押、
 - ③ 賃貸人が賃貸物を他人に譲渡又は二重に賃貸借を設定した場合、
- は、賃借権が物権でないと賃借人を保護できないとして反論した⁵⁾。

このボアソナードの懸念は杞憂に終わらなかった。その後旧民法に代わって定められた明治民法が賃貸借を債権として位置づけたため、我が国経済の発展に伴い特に③の土地所有者が賃貸した土地を第三者に売却し借地人が立ち退きを強要される事例（地震売買）が急増し大きな社会問題になったため、立法的解決が必要になった⁶⁾のは以下に示すとおりである。

1-2 明治民法

旧民法は1893(明治26)年から施行の予定であったが、その後法典論争⁷⁾が起こり、その施行は延期され、結局施行されることなく廃止されることになった。

次に定められたのが、いわゆる明治民法(明治29年法律第89号)であり、その後大改正を何度も受けているが、現行の民法である。

明治民法は、ローマ法以来の伝統に戻り賃貸借を物権ではなく債権と定めた。しかし、起草者は、ボアソナードが指摘したような問題が生じないように土地・建物に関する賃貸借制度を構築しようと努めていた。それにも関わらず、その後の判例・学説の賃貸借に関する解釈は起草者意思から乖離することにより賃借人の保護を大きく損ない、問題を大きくしたのである。

1-2-1 起草者の考え「借地には賃貸借ではなく地上権が利用される」

まず、民法の起草者⁸⁾は、借地については債権である賃貸借ではなく、物権である地上権が利用されると考えていた。起草者の一人である梅謙次郎博士は「私ノ考ヘデハ實際地上権ト見ル方ガ其方ガ原則ト思ヒマス(法務大臣官房司法法制調査部監修(1984)『法典調査会 民法議事速記録二第二十七回―第五十五回』pp.164-165、社団法人商事法務研究会)」と述べている。また、梅博士はその著書の中で「本条(引用者注:民法265条のこと)ニ於テハ地上権ヲ以テ他人ノ土地ノ上ニ工作物又ハ竹木ヲ所有スル為メ其土地ヲ使用スル権利トセシナリ是レ即チ我邦ニ於テ従来行ハルル所ノ宅地又ハ林地ノ借地権ナリ(梅謙次郎(1898)『民法

要義 卷之二 物権編 訂正増補第九版』p.206、和仏法律学校・明法堂)」とも指摘している。この指摘のように物権である地上権が利用されていれば借地人(地上権者)には登記請求権があり、その地上権は登記され借地人(地上権者)は強力に保護されることになったと考えられる。

なお、借地には通常地上権が利用されていたと考えられていた⁹⁾ことは、地上権ニ関スル法律(明治33年法律第72号)¹⁰⁾第1条で「本法施行前他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル為其ノ土地ヲ使用スル者ハ地上権者ト推定ス」とされていることをみても明らかである¹¹⁾。

しかし民法施行後は、貸主である土地所有者は借主の権利が強力である地上権ではなく賃貸借を選択したため¹²⁾、賃借人である借地人の保護に欠けることになった¹³⁾。その結果、我が国の経済発展と日露戦争後の好景気により大都市へ人口が集中することに伴い生じた地価高騰が原因で多発した地震売買により多くの借地人が追い出されることになるのである¹⁴⁾。

これに対処するため、「建物保護ニ関スル法律(明治42年法律第40号)(以下、「建物保護法」という。))が制定され、土地の賃借人(又は地上権者)が借地上に登記された建物を有しているときは賃借権(又は地上権)の登記がなくても賃借権(又は地上権)を第三者に対抗することができるという規定(同法1条1項)が定められたのである。

しかし、旧民法が施行された場合や明治民法であっても起草者の想定通りに地上権が活用されていれば、このような混乱は全く生じなかったのである。

1-2-2 起草者の考え「賃借権は登記される」

次に、起草者（特に梅博士）は、たとえ借地・借家に賃貸借が利用されるとしても、賃借権が登記され賃借人（借地人・借家人）は保護されると考えていた。法典調査会において、梅博士は「追々登記杯が行ハレテ来マス¹⁵⁾地上権モ賃貸借モ登記スルコトニナル（速記録二、前掲書、pp. 164-165）」と主張していた¹⁶⁾。

穂積陳重博士は、旧民法についての講義が元となっている『民法原理』第三編第五章（C）で賃借権をとり上げ、『賃借権ヲ民法ニ於テ物件ト為シタルハ賃借人ノ権利ヲ鞏固ニスル目的ニ出テタルモノナリ』と述べ、ボアソナードの賃借権物権化の目的が第三者対抗力の付与による賃借人の保護にあることを認めた上で『我カ立法者カ賃借権ヲ契約ニ依リテ生ズル権利トセバ固ヨリ此権利ハ人権（債権のこと……小柳註）ナリ。……乍然若シ賃借権ヲ契約ノ結果ト見做シ、其ノ賃借人カ賃借物ヲ使用及ヒ収益スル権利ナリトセハ其ノ物権タルハ論ヲ待タス』と論ずるのである。このように陳重は賃借権を物権として構成することに『徹頭徹尾』『同意』するのであるが、その効果としては以上見たように賃借権に対抗力を与えるということを考えていた（小柳春一郎（1981）「穂積陳重と舊民法—「民法原理」講義を中心に—」法制史研究 1981 卷 31 号、pp. 129-130）」ことを鑑みると、穂積博士は賃借人の賃借権登記請求権に肯定的であったと考えられる。

一方で、富井政章博士の考えは法典調査会の議論からは明らかではない。富井博士は貴族院の勅撰議員でもあり、建物保護法

制定時の貴族院建物保護ニ関スル法律案特別委員会でも積極的に発言しているが、その際建物保護法 1 条について「其建物ノ登記ガシテアレバ地上権又ハ賃借権ノ登記ガ無クトモ借地権ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトガ出来ル規定デアリマス、是ハ登記ガ無クトモ地上権又ハ賃借権ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ルト云フノデアリマスカラ、民法及登記法ノ原則ニ対スル一大例外トナツテ実ハ面白クナイコトデアリマスケレドモ、地震売買ノ弊ヲ矯メルニハ、ドウモ此外ニ方法ハ無イノデアリマセウ、私ハ色トニ考ヘタノデアリマスガ、ドウモ之ニ優ツタ名案ヲ発見シナイノデアリマスニ依ツテ、是ハ已ムヲ得ザルニ出デタ方法デアラウカト思フノデアリマス（第 25 回帝国議会（貴）建物保護ニ関スル法律案特別委員会議事速記録第 1 号、明治 42 年 3 月 9 日）」と述べているが、なぜ賃借人に賃借権登記請求権を認めるという最も簡便かつ民法の原則の例外を作るおそれのない解決策が浮かばなかったのか¹⁷⁾不思議であると言わざるを得ない。しかしこのことから、富井博士は賃借人に登記請求権がないと考えていたということが推測される。

なお、建物の賃貸借についても登記ができる起草者が考えていたのは、明治民法草案 608 条（明治民法 605 条に該当）但書¹⁸⁾で「敷金」という用語が用いられていることから明らかである¹⁹⁾²⁰⁾。

一方で、法典調査会の議論においては、賃借権の登記についてほとんど議論されることはなく²¹⁾、帝国議会においても一切議論されなかった（第 9 回帝国議会（衆）民法中修正案委員会速記録（第 10 号）、明治 29 年

3月12日)。また、法典調査会における不動産登記法の議論でも、賃借権の登記については全く論じられなかった²²⁾。これを見ると、法典調査会や帝国議会においては、賃借権の登記が行われることについて特に疑問は持たれず、賃借権の登記が行われることが前提で議論されていた(第25回帝国議会における高木益太郎議員の発(1-2-3 参照)もそれを裏付ける)と解することも不可能ではないと考えられる。

しかし、法典調査会が参考にしていたドイツ民法典第一草案(1888(明治21)年)の「理由書(Motive II, SS. 384, 386)は『登記を所有者の同意にかからしめれば、経済的に優位にある所有者は通例として同意を与えないであろう。登記に所有者の同意が必要でないとしても登記し抹消する煩雑さと費用の故に一般的に登記を利用することは行なわれないであろう』、『賃借権の登記を許し登記したときは第三取得者もその対抗を受けるとした法域でも経験上その種の登記は稀にしか行なわれていない』と述べて(来栖三郎(1974)『契約法』pp. 339-340、有斐閣)」いたのであり、ドイツで懸念されていたことが日本においても生じるであろうことを起草者は当然予測すべきであった²³⁾。「本条によつて不動産賃借権が対抗力を取得しうる途を開いた立法者の構想は、客観的には(少なくとも結果論的には)甘かつたというべく、民法典施行後今日までにおいて、不動産賃借権で登記される例はごくまれである(幾代通編(1967)『注釈民法(15)債権(6)』p. 157〔幾代通〕)」と評価されており、ここでも民法起草者の考えは覆されたのである。

そして、登記請求権否定説にお墨付きを与え最終的に起草者の考えを否定したのは大審院であった。大審院が判決を下すまでは、賃借権の登記請求権について肯定説、否定説が相拮抗していた²⁴⁾。当時、地震売買という深刻な社会問題が生じたため1909(明治42)年に建物保護法が制定され、多くの場合借地人は建物を登記(保存登記や表示の登記(最判昭和50年2月13日民集29巻2号83頁))することにより保護されることになっていた。ところが、建物保護法制定後12年経っても「……建物ノ登記モ無イ場合ガ沢山アリマス、殊ニ東京市若クハ東京市ニ接続スル町村ニ就キマシテハ、区役所限り若クハ村役場限りデ名前ノ書換ヲ致シマシテ、登記ヲシナイト云フ習慣ガ存在致シテ居リマス(第44回帝国議会(衆)借地法案外一件(借地法案借家法案)委員会議録(筆記速記)第1回、大正10年1月31日〔横山勝太郎議員〕)」という事例も存在しており、賃借人に登記請求権を認める必要性は決して小さくはなかった。しかし、大審院は、賃借権の登記をする旨の特約がない場合には、賃借人は賃貸人に対して賃借権の登記を請求する権利はない(大判大正10年7月11日民録27巻1378頁)と判示したのである²⁵⁾。さらに、当時の民法学界も「この判決が出たとき、学説は、ドイツ流の物権・債権峻別理論の影響からか、反対しなかった(内田貴(2007)『民法Ⅱ〔第2版〕債権各論』p. 215、東京大学出版会)」²⁶⁾。その結果、民法605条はほとんど空文と化したのである²⁷⁾(同旨:岡孝(2014)「明治民法起草過程における外国法の影響」p. 31、国際哲学研究 = Journal of International

Philosophy 別冊 4、p. 32 参照、東洋大学国際哲学研究センター)。

賃借人の登記請求権が認められず、その結果立ち退きを強いられた場合、「賃借人は旧所有者に対して債務不履行による損害の賠償を請求しうるが(たとえば大判 1935〔昭 10〕・4・13 民集 556 頁以下参照)、しかし、これだけではもちろん賃借人の保護に充分でない(広中俊雄(1994)『債権各論講義〔第六版〕』p. 158)」と批判されるのは当然であった。大審院の解釈により賃貸人による債務不履行にお墨付きを与えられ、その結果契約社会の根本である契約の遵守を軽んじる風習を招いたおそれがある²⁸⁾。

賃借権者の登記請求権を否定する通説・判例の考えが民法 605 条「の効用をおおいに減殺し、建物保護法、借家法等の特別法の制定を促した(注釈民法(15)、前掲書、p. 160〔幾代通])」とされており²⁹⁾、大審院が起草者の意思を正確に汲んでいれば、このような趣旨の立法の必要性はなかったのである。

立法者が定めた法には存在する必要性が認められるはずであり、立法事実が変化していないにもかかわらず法を修正(空文化)するのは必ずしも適切であるとは言い難い³⁰⁾。判例の考えが確立して 100 年を超えた現在でもなお賃借人の登記請求権を認める学説が主張されるのには十分な理由があると言えよう³¹⁾。

1-2-3 起草者意思とその公知性

もちろん、法解釈において立法者意思が常に優先するわけではないことは当然である。しかし一般に立法者意思からあまりにかけ離れた解釈をすることは、社会経済情勢の変化により立法当時の立法事実が失わ

れたような場合を除き、適切であるとは言い難い。特に明治民法のような近代立法の嚆矢となるような法律については、立法して間もなく未だ立法事実に変化がないときには、立法者意思³²⁾に加え法案をまとめ上げた起草者の意思をよく汲んだうえで解釈すべきである。

しかし、ここで一つ問題がある。すなわち、起草者の意思を明確に示した法典調査会の議事録が公表されていなかったということである。例えば、帝国議会において「旧民法の改正の理由を一々示すべきである」と複数の議員が要求したのに対し、穂積陳重政府委員は「速記録ノ方ハ本箱ニ一杯モアリマスカラ、中々ソレヲ一々出シタラ大変ナモノデスカラ、トテモソレハ(第 9 回帝国議会衆議院民法中修正案委員会速記録第 1 号、明治 29 年 2 月 28 日)」と提出を拒否している。また、1937 (昭和 12) 年に日本学術振興会が法典調査会の議事録原本からタイプ謄写した「法典調査会 民法議事速記録 第一巻」の序文で「……其の速記録は、民法の解釈上重要な資料たることは勿論、我文化史上閑却すべからざる重大記録である。此の速記録は原本が一部僅に司法省に存するのみであつて、若し火災等の危険を考へるならば、真に慄然たらざるを得ないのであるが、今、此の印刷が完了して、適當の場所に夫々それを保管することが出来るやうになつたのは、誠に結構な次第である」と述べられているが³³⁾、このようにこの複写(「学振版」と呼ばれる。)が作成されるまで、「法典調査会の議事速記録が一般の研究者には長い間簡単には参照できなかった(岡孝(1997)「法典論争から明治民法

成立・注釈時代」水本浩・平井一雄編『日本民法学史・通史』p. 88、信山社)のである。

そのため、「日本の場合、旧民法の制定作業はほとんど秘密裡になされたし、明治民法・商法の制定でも、司法省等による慣行調査、意見聴取、法典調査会への商工会関係者の参加等、ある程度の改善はなされたものの、その議事録はながい間秘密にされていた。日本の学説は民法制定の基礎資料への接近を行うことが出来なかったのである(大河純夫(1996)「私法の解釈方法をめぐって」立命館法学 1996年5号)」と批判されている。このことから、民法学者だけでなく、裁判官もまた議事録へのアクセスは困難であったと考えられる。

このように起草者意思が公知の事実とはなっていなかったが、その一方で起草者の梅博士は「民法要義」という一連の教科書を執筆している。その著書の中で梅博士は地上権と賃借権の違いを縷々述べた後「地上権ハ物権ナルカ故ニ当然之ヲ第三者ニ対抗スルコトヲ得ヘシ唯之ヲ対抗センニハ登記ヲ為スコトヲ要スルノミ之ニ反シテ賃借権ハ債権ナルカ故ニ原則トシテ之ヲ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス唯之ヲ登記スルトキハ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ルモノトセリ(605)但此点ハ寧ろ理論上ノ差異ニ止マリ實際上ハ略同一ノ効力アルモノトス³⁴⁾(梅(1898)、前掲書、p. 206)」と説明している。賃借権者に登記請求権がないのであれば、直前の地上権と賃借権の差異を述べた記述に並べて、「登記請求権の有無」という観点から見て地上権と賃借権の違いがあるという指摘がなされていたはずであり³⁵⁾(同旨：来栖、前掲書、p. 339)、これをみれば

起草者である梅博士が賃借権者に登記請求権があると考えていたということを容易に理解することができたはずである。

さらに、建物保護法を制定した帝国議会の質疑において、提案者の一人である高木益太郎議員が「本来此地震売買ノ弊害ハ民法ノ起草者ガ予想シナイコトデ、東京ニ弊害ガ起ッタ、否ナ、東京ノミナラズ全国ニ沢山弊害ガ起ッタノデアリマスカラ、民法ノ起草者ノ精神ト撞着スルコトニナルノハ自然免カレナイノデアリマス(第25回帝国議会(衆)工作物保護ニ関スル法律案委員会議録(速記)第四号、明治42年2月17日、傍点は引用者)」と発言しているところを見ると起草者の考えは少しは知られていたのではないかと推測される³⁶⁾。

すでに地震売買を原因として建物保護法が制定されるなど、賃貸人が賃借人の登記請求に協力せず大きな社会的問題を発生させていたことは明白であった。裁判所がいくつかの可能性のある条文の解釈からその一つを選択する際に、立法者意思から多少なりとも乖離した(しかし、文理上可能な)解釈を選択することは当然あり得る話であるが、さらに問題を助長するような判決を下し、民法605条の規定を死文化させた大審院の判断は妥当ではなかったと言うべきであろう(注30)参照)。

2 民法に定める賃貸借の問題点とそのための立法の必要性

このように民法起草者の期待を次々と裏切るような形で賃貸借に関する規定が解釈されたため、土地・建物の賃借人の法的地位は極めて弱いものとなり、その結果様々な

問題が生じた。特に以下の点について大きな問題が生じたので、それらに対して採られた対策について述べるとともに、旧民法及び起草者の考えていた民法解釈では、この問題はどのように解されたかについて論じることとする。

① 賃借人としての地位を第三者に対抗できないこと

ここまで述べてきたように、旧民法以降、我が国の借地人・借家人の地位は弱められる一方であった。そして最後の頼りであった賃借権登記も、最終的に大審院が賃借人には賃貸人に対する登記請求権がないと判示したことにより、借地人・借家人の法的地位はきわめて脆弱なものとなったのである。

その結果、賃借人の権利を守るため、借地については上述したように建物保護法が制定され借地上の建物の登記(同法1条1項)、借家については遅れて1921(大正10)年借家法により賃貸借の対象である建物の引渡(借家法1条1項)を対抗要件とすることが定められたのである。

なお、旧民法はもちろん、明治民法であっても起草者意思を採用していれば、何ら問題は生じなかったことは言うまでもないことである。

② 賃借権の存続保障がないこと

明治民法では、賃貸借契約の存続期間が終われば土地、建物の返却が必要であり、継続して借りられる保障はいっさいなかった。また、民法は契約存続期間の上限を定めているだけで下限は定めていなかったため、賃借人は極めて短期の契約(借地で3~5年など)を強いられ、継続して土地又は建物を借りたいにもかかわらず賃貸人が賃料を大

幅に引き上げる要求をしてきた場合、賃借人はそれを甘受するほかはなかった。

1921(大正10)年に制定された借地法は、借地人の更新請求権制度及び借地人の土地使用継続による契約更新制度を設けてはいたが、賃貸人(地主)の更新拒絶(異議)の自由を認めていた。また、借家法は賃貸人(家主)の解約申入れ、更新拒絶になんら制限を加えなかったため、借地人・借家人の保護は不十分なままであった。

その後の住宅事情の深刻化、戦時体制の強化により、1941(昭和16)年に借地法・借家法が改正され、「正当事由制度(正当ノ事由がなければ借地・借家関係を終了させることはできないという制度(借地法4条1項、6条2項、借家法1条ノ2))」が設けられたが、当初の「正当事由」はかなり広がった。

しかし、戦中・戦後の激しい住宅難時代になると、裁判所は更新拒絶の正当事由の認定に大きな制限をかけ、さらに解約についても信頼関係破壊の法理を認め大幅に制限をかけることにより、借地人・借家人を不当な契約解除から守った。

なお、旧民法は147条1項で期間の定めある賃貸借満了後も賃借人が収益し賃貸人がそれを知りつつ異議を述べないときは新しい賃貸借が成立するが、新しい賃貸借は賃貸人の解約申入によって終了する(同条3項、すなわち期間の定めのない賃貸借になる)と定めていた。「賃貸借物権論はその主張において賃貸借存続期間の延長を提唱するものでは必ずしもなかった(小柳春一郎(1984)「舊民法ボアソナード草案における賃貸借規定について」山梨大学教育学部研

究報告。第一分冊。人文社会科学系(35)、p. 133)」のである。また、明治民法にはもともと賃借権の存続保障規定はなかったため、戦中、戦後の深刻な住宅難には対応できなかった。賃借権の存続保障に関しては、旧民法、明治民法いずれも借地法・借家法と同様何らかの対策が必要になったと考えられる。

③ 賃借権の譲渡ができないこと

賃借権は債権であるから自由に譲渡することはできないことも問題であった。ただし、借地契約と借家契約ではその必要性に大きな違いがある。

まず、借地については、借地人自らが住宅建設という投資を行っていることが重要である。つまり、借地人が投資した資金の回収を可能にすることが必要になるため、その譲渡を認める必要がある（市民法的保護）。

一方、借家人は特段の投資をすることなく、基本的には家主が提供する住宅を賃借するだけである³⁷⁾。彼らの保護に関しては市民法的視点よりも社会的弱者を救済するという社会法的視点から定められるものが多い。この観点からは 賃貸人・賃借人の公平を図るための賃借権譲渡を借家人に認める必要性は必ずしも大きくはない³⁸⁾³⁹⁾⁴⁰⁾。

それゆえ、借地法は第三者が賃借権の目的である土地に存する建物等を取得した場合において賃貸人が賃借権の譲渡を承諾しないときは、当該第三者は賃貸人に対し時価をもってその建物等を買取るべきことを請求できる（建物買取請求権、借地法10条）として、間接的に地主の承諾を強制しようとした。しかしながら、建物買取請求権の時価は建物だけの価格であり、借地権の価格は含まない。そのため、借地権価格⁴¹⁾

というものが発生し、「借地権の価格が土地の価格の7割ないし8割といわれるような時代（不動産判例研究会編(1966)『解説借地・借家改正法』p. 60、新日本法規出版）」においては賃借人に著しく不利になり、結局「借地権者は地主にかなりの額（場合によっては不当に高額）の承諾料あるいは名義書替料を支払って承諾を得ることを余儀なくされる（同）」ということが生じたため、さらなる対策が必要となったのである（最高裁はすでに「信頼関係破壊の法理⁴²⁾」により賃借人の保護を図っていたが、民法612条という明文の規定があるためその保護には限界があったとされた）。

そこで、1966（昭和41）年の借地法・借家法改正において、賃貸人が賃借権の譲渡を承諾しないときは、借地人は裁判所にその許可を申し立て、裁判所の許可を得ることにより当該賃借権を譲渡することができることとした（借地法9条の2）が、借家法については賃借人死亡による借家権の承継に関する規定が追加された（借家法7条の2）だけであった。

なお、旧民法のように賃借権を物権と定めていれば自由に譲渡することができたのでこのような問題は生じなかったが、明治民法は賃借権を債権としていた以上この問題からは逃れられなかった。

3 民法制定後の借地借家法制の変遷とその性格の変化

ここでは、改めて民法制定後の借地借家法制の変遷について、特にその改正により借地借家法制がどのような性格を強めたかについて述べることにする。

梅博士は「……一体私ノ考ヘデハ斯ウ云フコトハ便利ガ第一デアル。当事者ガ或ル必要カラ人権ニシテ置キタイト云フトキハ人権ニシ、物権ニシテ置キタイト云フトキハ物権ニスル。権利ヲ多ク与ヘ様ト云フトキハ多ク与ヘル。少ナク与ヘルトキハ少ナク与ヘル。然ウ云フコトハ時々又人々ニ依テ需要ガ違ウカラ成ルベク法律デ构子定規デ極メヌガ宜イト云フノガ私ノ根本ノ考ヘデアリマス（速記録二、前掲書、p. 169）」と説明していたが、土地・建物に関する賃貸人と賃借人の力関係があまりにも一方的であり、現実には賃借人に権利を多く与えるということはほとんどなかった。

その結果、社会経済情勢の変化に応じて新しく法律を定め、契約内容に一定の修正を強制的に行うことが必要になったのである。

上述したように、旧民法の様に賃借権を物権に位置づけるか、明治民法であっても起草者（特に梅謙次郎博士）が考えていたように賃借権者に登記請求権を与えていれば、明治民法制定後、間もない時期から対策を講じる必要はなかったのである。そして、その後の動きは賃借権の権利を強化し、賃借権の物権化を図るという旧民法への先祖返りを示すのである。

3-1 地上権ニ関スル法律（明治 33 年法律第 72 号）

この法律は、明らかに立法の不備により必要となったものである。すなわち、

- ① 民法が施行される前に借地に出された土地を借りて堅固な建物を建てたり、数年後でないとい収穫できない竹木を植えた

者は一年限りで小作を納める田地を借りているという意味ではなく、民法でいう地上権を設定する意思があったのは明白である⁴³⁾。それにもかかわらず、これを賃借権であるとして借地人を敗訴させる判決が続出した。

- ② 民法及び民法施行法（明治 31 年法律第 31 号）が明治 31 年 7 月 16 日に施行され、一年以内に地上権を登記するようにと定めてあったが、プロシア不動産登記法、ドイツ土地登記法草案を参考にした「不動産登記法（明治 32 年法律第 24 号）」の施行は翌明治 32 年 6 月 16 日であり、民法施行法 37 条で一年の猶予期間を与えていたにもかかわらず、実際は 1 ヶ月しか猶予期間がなく、地上権の登記が出来ず迷惑している者がいる⁴⁴⁾。

という理由で制定されたものであり、1900（明治 33）年の第 14 回帝国議会で成立した（注 11）参照）。

地上権ニ関スル法律（明治三十三年法律第七十二号）

第一条 本法施行前他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル為其ノ土地ヲ使用スル者ハ地上権者ト推定ス

第二条 第一条ノ地上権者ハ本法施行ノ日より一箇年内ニ登記ヲ為スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス

前項ノ規定ハ本法施行前ニ善意ニテ取得シタル第三者ノ権利ヲ害スルコトナシ

この法律は、特に上記②の理由により必要となったことは帝国議会の議論から明らかである。その原因は不動産登記法の制定

が遅れたためであり、これは立法の不備であると言わざるを得ない。不動産登記法の制定が民法制定より遅れることが明白であったのだから、少なくとも民法施行法 37 条は「民法又ハ不動産登記法ノ規定ニ依リ登記スヘキ権利ハ従来登記ナクシテ第三者ニ対抗スルコトヲ得ヘカリシモノト雖モ~~民法~~不動産登記法施行ノ日ヨリ一年内ニ之ヲ登記スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」という規定にすべきであった⁴⁵⁾。

また一方で、この法律の 1 条から、借地に関しては地上権が原則であると当時の人（そして民法起草者⁴⁶⁾）が考えていたことが分かるということは重要である。

3-2 建物保護法(明治 42 年法律第 40 号)⁴⁷⁾ による対抗要件の緩和

建物保護法は、いわゆる地震売買に対応するため、議員立法で「工作物保護ニ関スル法律案」として第 25 回帝国議会で提出されたものである。当初の案は 1 条だけの法案で、それは以下のようなものであった。

工作物保護ニ関スル法律案

地上権又ハ土地賃借権ニ因リ工作物ヲ有スル者ハ登記ナシト雖其ノ事実ヲ知リタル第三者ニ対抗スルトヲ得

提出者の高木益太郎議員⁴⁸⁾は、「是ハ世ニ所謂地震売買ト云フモノヲバ如何ニセバ防禦ヲ為スコトガ出来ルカ」という問題意識から提案している。つまり「地面ヲ見ナイデ買フ人ハナイノデアリマスカラ、此買ッテ来ル人ハ此地面ノ上ニ借地権ガアルカナイ

カト云フコトハ現物ヲ見レバ直グ分ル、占有シテ居る事実ト云フモノハ登記以上ノ働ヲシテ居ルノデアル(第 25 回帝国議会衆議院議事速記録第五号、明治 42 年 2 月 6 日)」という現在にも通ずる合理的な発想のもと提案されたものである。

しかし、政府委員の平沼騏一郎司法省民刑局長（当時）から、

① 工作物という概念は広すぎる。地震売買の被害を受けるのは建物だけと考えてよい。地震売買から保護するのは建物に限定すべきである。

② 現地に行けば建物が存在しているから見ればわかるではないかと言うことだが、郡部などでは土地の区割りが曖昧になっているところもある。建物登記は建物所有者一人でできるのだからそれを必要条件とすればよい。

③ 「善意悪意ヲ斯ウ云フ場合ニ区別スルト云フ趣意ハ、現行ノ民法ニ於テハ先ヅ採ラヌ方ノコトニナッテ居ルヤウニ考ヘル」。建物の登記を条件とすれば、もはや善意悪意は区別する必要はない。

との反論があった（第 25 回帝国議会(衆)工作物保護ニ関スル法律案委員会議録(速記)第 2 回、明治 42 年 2 月 12 日)。

その後、衆議院の委員会で 1 条の修正と 2 条から 4 条及び附則が追加され、法案名も変更された。

建物保護ニ関スル法律案

第一条 建物ノ所有ヲ目的トスル地上権又ハ土地ノ賃借権ニ因リ地上権者又ハ土地ノ賃借人カ其ノ土地ノ上ニ登記シタル建物ヲ有スルトキハ地上権又ハ土地ノ賃貸

借ハ其ノ登記ナキモ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得

建物カ地上権又ハ土地ノ賃貸借ノ期間満了前ニ滅失又ハ朽廢シタルトキハ地上権者又ハ土地ノ賃借人ハ其ノ後ノ期間ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス

第二条 建物ノ所有ヲ目的トスル地上権ノ存続期間ハ二十年ヲ下ルコトヲ得ス若シヨリ短キ期間ヲ定メタルトキハ其ノ期間ハ之ヲ二十年ニ伸長ス

建物ノ所有ヲ目的トスル土地ノ賃貸借カ其ノ期間ノ満了ニ因リ終了スル場合ニ於テハ賃借人ハ建物ノ存続スル場合ニ限り其ノ期間ヲ更新スルコトヲ得更新シタル期間ノ満了ニ因リ賃貸借ノ終了スル場合亦同シ

前項ノ期間ハ通シテ二十年ヲ超ユルコトヲ得ス若シ契約ノ当時定マリタル建物ノ構造又ハ用方ニ因リ之ヨリ短キ期間ヲ相当トスル場合ハ其ノ期間ニ依ル

第三条 当事者カ建物ノ所有ヲ目的トスル土地ノ賃貸借ノ期間ヲ定メサリシトキハ其ノ賃貸借ハ建物ノ朽廢スヘキトキニ終了ス但シ民法第六百四条ノ適用ヲ妨ケス前項ノ場合ニ於テ賃借人ハ民法第六百七十七条第一項ノ規定ニ依リ解約ノ申入ヲ為スコトヲ得

第四条 民法第 566 条第 1 項第 3 項及第 571 条ノ規定ハ第 1 条第 1 項ノ場合ニ之ヲ準用ス買主カ契約ノ当時知ラサリシ地上権又ハ賃借権ノ効力ノ存スル場合亦同シ

附則

本法ハ本法施行前ノ設定行為又ハ契約ニ因ル地上権又ハ土地ノ賃借権ニモ之ヲ適用ス

これは 1) 契約期間中に土地を第三者に売り払い借地人に立ち退き又は賃料の引き上げを迫るいわゆる地震売買に加え、2) 借地契約の存続期間が終了したときに借地人が同様の要求をされるケースについても借地人を守ろうとするものである⁴⁹⁾（「期限ノ短イ為ニ借地人ノ害ヲ受ケマスルコトヲ防グ

(第 25 回帝国議会(貴)建物保護ニ関スル法律案特別委員会議事速記録第 1 号、明治 42 年 3 月 9 日〔平沼騏一郎政府委員〕。さらに、その前提として存続期間の延長も規定していたが、2 条 3 項をみてもわかるように賃借権については 20 年の枠内で、かつ、建物が存続する期間に限られていた)。

この経緯については不明であるが、2 月 18 日衆議院は「第一読会ノ続会ヲ開キ委員長鶴飼総明君ハ『委員会ハ原案ヲ修正シタリ』トノ報告ヲ為シ議長ハ本案ノ第二読会ヲ開クニ異議ナキモノト認メ引続キ第二読会ヲ開キ第三読会ヲ省略シ異議ナク委員会ノ修正案ヲ採用シ本案ハ茲ニ確定シタリ(即日貴族院ニ提出……)」とある(『衆議院議事摘要』第 25 回、出版者衆議院事務局、明治 23-44、国立国会図書館デジタルコレクション、<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/784155/90>)。

同時に法律案の名称が修正されて「建物保護ニ関スル法律案」として貴族院に送付された。その後貴族院で修正された案(第 2 条、第 3 条及び附則は削除され、第 4 条は第 2 条となり所用の修正を行った)が衆議院に回付され、衆議院ではやむを得ずこの修正に同意し成立した。

この法案の 2 条及び 3 条は、借地契約の更新を規定した重要な規定であったが、地主階級の反対により貴族院で削除されてしまった。しかし、その必要性はその後ますます高まっていき、借地法(及び借家法)の制定に至るのである。ただし、借地契約の更新について借地人の保護が完成するのは昭和 16 年改正により定められた「正当事由」の

導入とその後の判例の進展を待つ必要があった。

3-3 借地法・借家法の制定

上述したように、民法は契約存続期間の上限を定めているだけで下限は定めていなかったため、特に借地人は極めて短期の契約（借地で3～5年など⁵⁰⁾）を強いられ、借地人が継続して土地を借りたいときに賃貸人が賃料を大幅に引き上げる要求をしてくるなど紛争が尽きなかった。その原因として契約書の定めが曖昧であることが挙げられた。

そのため、借地人・借家人の法律関係を明確にするために、まず借地について特別法の制定が求める声が高まった。政府も第40回帝国議会（1917(大正6)年～1918(大正7)年）、第41回帝国議会（1918(大正7)年～1919(大正8)年）に借地法案を提出したが、いずれも貴族院先議で成立しなかった⁵¹⁾。

第一次世界大戦（1914(大正3)年～1918(大正7)年）により我が国は好況に沸いたが、その裏で住宅不足が顕著となり、戦後景気の後退もあって、各種の社会運動が発生した。借地借家人同盟や、借家人組合なども生まれて借地・借家に関する規制の強化を要望する声が高まった⁵²⁾。

そうした背景を受けて1921(大正10)年、第44回帝国議会において借地法及び借家法⁵³⁾が制定された⁵⁴⁾（水本浩・遠藤浩編（1984）「基本法コンメンタール 住宅関係法」p.16 参照〔水本浩〕、日本評論社）。

このとき制定された借地法、借家法は、やはり民法の規定の不十分なところを補う趣旨の規定が多かった。

借地法では、

- ① 存続期間の法定（2条）
- ② 法定更新（6条）
- ③ 建物買取請求権（10条）
- ④ 地代増減額請求権（12条）

が定められた。

一方、借家法では、

- ⑤ 対抗要件の簡易化（1条）
- ⑥ 法定更新（2条）
- ⑦ 解約申入期間の延長（3か月から6か月）（3条）
- ⑧ 造作買取請求権（5条）
- ⑨ 借賃増減額請求権（7条）

が定められた。

特に借地法については、①の存続期間の法定が重要である。これまで短期の借地契約を賃貸人である土地所有者が賃借人に強いることにより、明治時代の建物保護法制定以前から多くの問題が生じていた。しかも、その上限は20年に制限されていた（民法604条1項）。借地法は、存続期間の定めがない堅固な建物については60年、非堅固な建物については30年を存続期間とし（借地法2条1項）、存続期間を契約で定める場合は、堅固な建物については30年以上、非堅固な建物については20年以上とした（同条2項）⁵⁵⁾。

さらに、借地人の更新請求権制度及び借地人の土地使用継続による契約更新制度を設けてはいたが、地主の更新拒絶（異議）の自由を認めていた。また、借家法は家主の解約申入れ、更新拒絶に制限を加えなかったため、借地人・借家人の保護は不十分なままであった。

「こうして、大正10年の『借地法』と『借

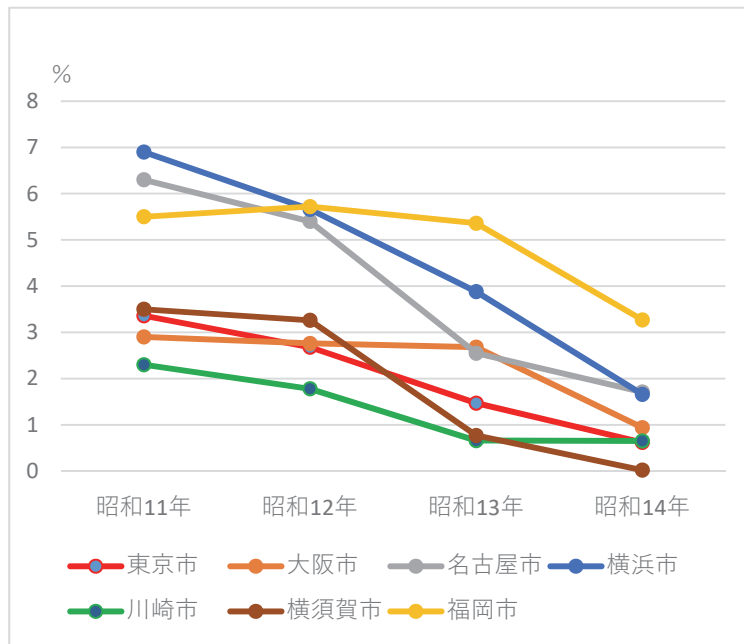
家法』は社会運動などを背景にするところはあったものの、規定の性格は民法における市民法的規定の不十分さを補う性質のもの、いわゆる近代法化(市民法化)というべきものであったといえる(水本浩・遠藤浩編、前掲書、p.9〔水本浩〕)」と評されることになる。1921(大正10)年段階の借地法、借家法はあくまで市民法の修正に過ぎなかったのである。しかし、「社会問題としての借家問題が要求したものの一つである『借家法』の制定には、『借地法』の制定を要望すると同じ立場からの反対、つまり建物所有者層からの反対があった。しかし、借家問題における……『市民法』的要請は、借地権の保護への『市民法』的要請と同様に扱われることを要求する理由を有している。そして、この要求に応ずることは、社会問題としての借家問題における労働者・小市民の生活の保障への『社会法』的要請にある程度こたえるという意味を、同時にもっていた(広中(1994)、前掲書、p.184)」。大正10年の借地法・借家法は未だ市民法の範疇にあるとはいえ、少なくとも借家法については後の社会法的立法への足がかりになったということは可能であろう。また、借地人層が借家法の制定に反対したということは、借地法と借家法の性格に大きな違いがあるということを示している(それゆえ、借地借家法として一本化したことは問題である)。

なお、大正10年の国会審議において、作間耕逸議員が「両法案ノ中、借家法案ハ今回

新タニ政府カラ御提出ニナリマシタ、社会的施設立法ノーツデアリマス(第44回帝国議会(衆)借地法案外一件委員会議録(速記)第3回、大正10年2月3日)」と指摘しているし、また、昭和16年の改正時の国会でも、子爵秋月種英議員が、大正10年に制定された借地法・借家法は「一種ノ社会立法デアッタノデゴザイマス(第76回帝国議会貴族院議事速記録第13号、昭和16年2月15日)」と発言していることから分かるように、国会議員の間では、衆議院議員、貴族院議員を問わず、「借地法・借家法は社会立法である」という共通認識があったと考えられる(特に、貴族院議員がそのような認識を有していたことは重要である)。

3-4 戦時体制の強化による借地借家法の改正と戦後の判例の流れ(社会法への傾斜)

1931(昭和6)年から始まった満州事変は1937(昭和12)年の日中戦争の勃発につながり、翌1938(昭和13)年には国家総動員令が公布された。このような戦時体制の強化の中、第二次世界大戦の始まった1939(昭和14)年に地代家賃統制令(昭和14年勅令第704号)が制定(第一次地代家賃統制令)され、ほとんどすべての地代家賃が統制されることになった⁵⁶⁾。その立法趣旨は、地代家賃の統制により、一般物価の高騰を防止し、国民生活の安定を図るというものであった⁵⁷⁾。



図表1 大都市における空室率の推移（昭和11年～14年）
 （渡辺洋三(1962)「土地・建物の法律制度（中）」東京大学出版会、p. 417の表から筆者作成）

しかし、図表1を見ればわかるように、特に日中戦争以降における大都市の借家市場は非常に逼迫していた。

住宅難の原因は二つあり、

- ① 日中戦争勃発以来軍需産業が急激に膨張した結果、これらの産業の関係する地方に人口集中が起こり住宅需要が激増したこと、
 - ② 住宅用資材の入手困難、価格の騰貴が生じたため、民間借家建設が手控えられたこと、
- であり、特に京浜地方、阪神地方、北九州地方において住宅難が深刻になった⁵⁸⁾（第76回帝国議会（貴）借地法中改正法律案特別委員会議事速記録第2号、昭和16年2月3日〔熊谷憲一政府委員（厚生省社会局長（当時））〕）。

このように「住宅難がきびしいものになってくると家主は統制令をくぐって家賃の

値上げを借家人に強要し、応じない借家人に対しては解約申入をして借家の明渡を求め、これを不当な値上げや権利金を要求する手段にした。さらには、家屋を高価に売却するために解約申入をして明渡を求めるといふ家主が出てきて、借家人を苦境におとし入れる事例も少なからず生ずるに至った（水本浩・遠藤浩編、前掲書、p. 164〔木村保男〕）。明渡の請求が自由であると家賃の引き上げを防ぐことが出来ず地代家賃統制令が無意味となる⁵⁹⁾ため、それを防ぐには借地法・借家法の改正が必要であった。

第76回帝国議会において柳川平助司法大臣は「斯様ナ傾向ハ事変以来一層其ノ度ヲ加へ、大キナ社会問題トナツテ居リマシテ、到底傍觀スルヲ得ナイノデアリマス、…住宅問題ハ国民特ニ都市生活者ノ重要ナル問題デアリマスノデ、之ヲ放置スルヲ許サナイノデアリマス（第76回帝国議会衆議

院議事速記録第 15 号、昭和 16 年 2 月 19 日)」と改正の趣旨を説明している。その結果、借地法中改正法律（昭和 16 年法律第 55 号）、借家法中改正法律（昭和 16 年法律第 56 号）が成立し、借地法及び借家法は改正された。このときの改正で「中小地主・家主の負担において戦時経済の混乱を回避する方策⁶⁰⁾（広中(1994)、前掲書、p. 186)」として契約更新の際の正当事由制度（借地法 4 条 1 項、6 条 2 項、借家法 1 条ノ 2）が定められた。この正当事由制度は地代家賃統制令といわば車の両輪であった。

とはいえ、当初の「正当事由」はかなり広範に認められており、貴族院での説明（第 76 回帝国議会(貴)借地法中改正法律案特別委員会議事速記録第 5 号における坂野千里政府委員(司法省民事局長(当時))の答弁)では、

正当事由に該当するものとして

- ① 自ら使用することを必要とする場合、
 - ② 賃料不払のある場合、
 - ③ 土地の賃貸借において、賃貸人の同意を得ず、土地の原状を甚だしく変更した場合、
 - ④ 賃借人が賃貸人の同意を得ず、建物の原状を甚だしく変更した場合、
 - ⑤ 賃貸人の同意なく、土地又は建物の賃貸権を転貸、又は譲渡した場合、
 - ⑥ 賃借人が破産宣告を受けた場合、
- が挙げられ、さらに「大体ニ於テ正当ナルト云フ事由に当リマス場合⁶¹⁾」として、
- ⑦ 土地又は建物を自己の家族、又は親族に使用させる必要がある場合、
 - ⑧ 家族が増加して家を分けなければならない必要のある場合、

⑨ 建物の保存上移転、改築を必要とするような場合、

⑩ その他借地借家の条件に違反した場合、
このように、戦時中の統制経済とはいえ、借地・借家契約の解約について正当事由が認められる範囲は広がった⁶²⁾。それでも、借地、借家契約の解約につき一定の制限を加えたことは、「『借地法』および『借家法』は社会立法化の要素を加えるに至り、二重構造的性格を具えるようになったのである（水本浩・遠藤浩編、前掲書、p. 9〔水本浩〕）」。

これに対し、貴族院では正当事由制度の導入により借地・借家を供給させる者が減少することを憂慮し、借地法中改正法律案特別委員会の採決に当たり、希望決議を行った。その内容は「政府ハ両法律案施行ニ当リ善良ナル土地及家屋所有者ヲシテ不安ノ念ヲ抱カシメサルヤウ注意アラシムコトヲ望ム（第 76 回帝国議会(貴)借地法中改正法律案特別委員会議事速記録第 7 号、昭和 16 年 2 月 13 日)」というものであったが、戦中・戦後の深刻な住宅難の前に、賃貸人への配慮希望は何の効果もなかったのである⁶³⁾。

さらに、戦中・戦後の住宅が絶対的に窮乏していた時代には、「賃貸借契約を解除されるということは、直ちに路頭に迷うことを意味した（大村敦志(2020)『広がる民法 5 学説解説編 公論の空間を発見する』p. 224、有斐閣）」ため、判例は更新拒絶の正当事由の認定を厳しくし⁶⁴⁾、さらにたとえ借家人に家賃不払い等があっても契約を解除するには当事者間の信頼関係を破壊する程度の債務不履行がないと解除できないという「信頼関係破壊の法理」を採用するようになった⁶⁵⁾。これによって、借地人・借家人が

不当に契約を解除され路頭に迷うことはほとんどなくなり、戦後の住宅難時代における借地人・借家人の安定した居住の確保に大きな貢献をした。このような判例の変更は立法事実の変化（空襲により都市は焼け野原となり、かつてないほどの深刻な住宅難が生じ借家人保護の必要性が従来なかったくらい高まったこと）を的確に反映したものであり、その当時の判断として適切であったと評価することができる。しかし、その反面、土地を貸したら二度と戻ってこないという意識を土地所有者に抱かせ、戦後の借地供給を減少させるという弊害も生んだと指摘する声も多い⁶⁶⁾。

3-5 戦後の借地借家法改正の試みと昭和41年の改正

1956（昭和31）年、経済白書が「もはや戦後ではない」と高らかに宣言したが、一方で住宅難は続いていた（上述したように借地人・借家人保護に判例は大きな役割を果たしたが、やはり立法的解決が必要であった）。その頃から法務省を中心に借地法・借家法の改正作業が進められた。しかし、地主層・家主層の反対も強く改正の動きは遅々として進まず、結局1966（昭和41）年になって「借地借家に関する紛争の防止及び土地の合理的利用の促進を図るため、事情変更による借地条件の変更等の裁判の制度を新設し、地代家賃の増減請求等を整備する（第51回国会衆議院会議録第49号、昭和41年5月12日）」ことを目的に改正が行われた（「借地法等の一部を改正する法律（昭和41年法律第93号）」）が、昭和30年代の意欲的な改正作業（借地権の物権化や借

地人の登記請求権を検討していた）を考慮すると小規模であったと言わざるを得ない。

このときの借地法の改正は、

- ① 建物に関する借地条件の変更
- ② 土地賃借権の譲渡又は転貸の特則
- ③ 地代増減額請求の特則

だけで、存続期間（堅固、非堅固を問わず一律30年）及び更新制度についての改正は見送られた（三好、前掲論文、p. 29 参照）。

しかし、借地非訟事件手続が取り入れられ、貸主である土地所有者が借地権の譲渡・転貸を承諾しない場合に承諾に代わる裁判所の許可を得ることにより、借地権者は借地権を譲渡・転貸することができるようになった（借地法9条の2・1項）。この結果、賃借権である「借地権の財産化は進み、財産権化を通して借地権は強化されるにいたった（水本浩・遠藤浩編、前掲書、p. 10〔水本浩〕）」。もはや、「借地権を物権にしてしまった方が簡単であり、借地関係に適している（同）」と言われるくらい借地権の物権化は進んだといえる（しかし、借地権への抵当権設定は認められていない点で完全な物権化には至っていない）。

それに対し、借家法の改正はより小規模であり、借賃増減額請求権（借地法の③と同様の規定）において、家主から借賃の増額請求（形成権）をされた後、従来は相当額に不足する少額の支払いしかしていなかった場合に契約解除されるおそれがあったのを、相当額確定後に清算すれば足りることになり契約解除の抑制がなされたこと（借家法7条）、賃借人死亡により借家権が承継されること（同法7条の2）程度であった。

しかし、この改正により借家法の性格は、

②の改正もされた借地法に比べより社会法的視点が強まったといえる。借地法の改正は借地の財産化を進めたが、借家法の改正はそのような要素はなく、結果的に両法の性格の乖離を強めた改正であったと評することが出来る。

3-6 借地借家法（平成3年法律第90号）の制定とその後の改正（市民法への揺り戻し）

戦後の極端な住宅難時代も過去のものとなり、1968（昭和43）年には住宅ストック数が世帯数を超えるようになった。そのため、住宅の圧倒的不足という立法事実を背景に成り立っていた借地法・借家法の存在基盤が揺らいできた⁶⁷⁾（住宅ストック数の増加はその後世帯数の増加以上に伸び続け、現在では空き家、空きマンション問題が喫緊の課題となっている）。

また、社会経済の発展とともにライフスタイルが多様化し、借地法・借家法の画一的な規制について疑問が呈されるようになった。

さらに、昭和50年代後半から始まった地価高騰により持ち家の入手が困難となり、硬直した借地法・借家法が都市政策、土地政策に悪影響を与えているのではないかと問題視されるようになった。

法務省の考えでは、借地法・借家法は「民法と同視し得る民事基本法で（第121回国会（衆）法務委員会議録第2号、平成3年8月30日〔清水湛政府委員（法務省民事局長（当時））〕〕」あり、あくまで「個人と個人、私人間の権利関係を調整するための規定（同）」であったから、このような視点で法改正をすることはありえなかった。しかし、

地価高騰に伴い、借地権価格、更新料、立退料等が高額化し、賃貸人にとっても賃借人にとっても借地契約は使い勝手の悪いものとなり、新規の借地契約が減少したのは事実であった⁶⁸⁾（その反面、既存の借地権者、特に戦前の借地権価格がなかった時代の借地権者は既得権者となった）。土地所有者に「定期借地権の利用意思の有無」を聞いたところ50数パーセントが「貸したい」と答えたことや転勤中自宅を賃貸に出したいが戻ってきたとき返してもらえないと困る⁶⁹⁾ので空き家にしておくといったようなケースも多かった（第121回国会（衆）法務委員会議録第4号、平成3年9月10日〔清水湛政府委員〕〕ため、主として「賃貸借の多様化」により借地、借家の使い勝手を向上させるという観点から改正が行われた。その結果、新設されたのが「定期借地権」及び「期限付建物賃貸借」である。

なお、「借地権の生成発展史を、私的土地所有権の絶対性が土地利用権の優位によって修正される過程として認識する立場においては、借地法と借家法の領域を同質的なものと理解することはできない。借家法による借家権の保護は、社会政策的性格を基本とするものであるのに対して、借地権の保護の場合には、社会政策的意味がないわけではないが、むしろ土地における所有権と利用権の存在形態の問題である（渡辺・水本・鈴木〔禄〕）（田山輝明（1989）『現代土地住宅法の基本問題』pp.40-41、成文堂）」という立場からは、借地法と借家法を一本化したことには疑問が残らざるを得ないと言えよう。法務省が従来から国会で答弁しているように、この法律が「私人間の権利関係

調整のための法律」であるならば一本化に問題はなかったのであろうが、借地法と借家法の性格を異なるもの（前者は市民法的性格、後者は社会法的性格）と捉えるならば、この一本化は目的の異なる法律を無理に一つにし、その性格を曖昧にってしまったという批判を受けることになる⁷⁰⁾。

3-7 定期借家制度の導入

借地借家法においては、当初から期限付建物賃貸借（同法旧 38 条）が位置づけられていたが、要件が厳しすぎて必ずしも使いやすいものではなかった。そのため、より一般的な定期借家制度の導入が図られ、第 146 回国会で借地借家法の改正が行われた。

この改正で注目すべきは、借地借家法の改正を「良質な賃貸住宅等の供給の促進に関する特別措置法（平成 11 年法律第 153 号）」により行い、定期借家制度（定期建物賃貸借、借地借家法 38 条～40 条）を導入したことである⁷¹⁾。

「良質な賃貸住宅等の供給の促進に関する特別措置法」は「良質な賃貸住宅等……の供給を促進するため、国及び地方公共団体が必要な措置を講ずるよう努めることとともに、定期建物賃貸借制度を設け、もって国民生活の安定と福祉の増進に寄与することを目的（同法 1 条）」とし、同法 2 条から 4 条は良質な賃貸住宅等の供給の促進、住宅困窮者のための良質な公共賃貸住宅の供給の促進のために必要な措置を講ずるよう努めるとともに、賃貸住宅等に関する情報の提供、相談等の体制の整備に努めるといふ賃貸住宅政策の基本的な内容が定められていた（同法 5 条で借地借家法を改正し

定期建物賃貸借を追加）。

このように、今後の借地借家法制のあり方を検討するに当たっては、単に貸主と借主の権利関係の調整だけを考えるのではなく、住宅政策、土地政策、都市政策にも密接な関係があることを考慮し、幅広い視点から行う必要がある（例えば、後述するマンション建替え問題）。

3-8 まとめ

以上見てきたように、我が国の借地借家法制は、起草者の見込み違いにより当初からその不備が目立ち、さらに社会経済情勢の大きな変化により、次々と法制度の修正が必要になった。

最初の蹉跌は、旧民法が賃借権を物権に位置づけていたことに猛反対が出た結果、明治民法において賃借権は債権と位置づけられたことである。これは当時の一般的な考え方に沿ったものであったが、その結果ボアソナードの懸念が現実のものとなり、賃借権を債権としたことにより問題が次から次へと生じ、それらに対し立法的解決が図られることになった。改正の方向は「賃借権の物権化」に向かっており、結果論ではあるが、はじめからボアソナードの意見を採用していればほとんどの問題は生じなかったのである（ただし、契約更新問題は残された）。

次の蹉跌は明治民法制定時の起草者の考え、借地・借家に賃貸借が利用されるとしても、賃借権が登記されるので賃借人は保護されるという考えが否定されたことである。すなわち賃借権者、特に借地権者の登記請求権を大審院は認めなかった。その結果、民

法 605 条は死文化し、借地人の法的地位はきわめて脆弱なものとなり、いわゆる地震売買から借地人を保護するため建物保護法の制定が必要になった。この法律により、借地権の第三者対抗力は容易に得られるようになったが、これは「いわゆる『賃借権の物権化』のスタートポイントになる立法であった（水本浩・遠藤浩編、前掲書、p. 3 [水本浩]）」のである。

さらに、旧民法、明治民法で定められていなかった契約更新問題がある。民法において賃貸借の存続期間の上限は 20 年と定められていた（民法 604 条 1 項）が下限は定められていなかったため、借地契約ですら建物の存続期間を全く無視した 3～5 年の短期の契約が横行し、賃借人を苦しめていた⁷²⁾。しかし、賃貸借契約の更新については賃借人を保護する規定はなかった（旧民法ですら、更新は可能であったがその後は期間の定めのない賃貸借になり、貸主は一定期間後はいつでも解約請求が可能であった、2②参照）。

そこで満を持して 1921（大正 10）年に制定されたのが借地法・借家法である。建物保護法制定の翌年以降、衆議院議員が何度も法案を発議していたが、そのたびに貴族院により廃案に追い込まれていた（最初は衆議院で廃案、注 51）参照）が、第一次世界大戦中、大戦後の住宅難を前に、借地法だけでなく借家法も制定されたのである。

しかし、それでも貸主は賃貸借契約の解約の申入れや更新を拒絶することができた。そのため、1937（昭和 12）年の日中戦争開始後は戦時体制の強化とともに、深刻な住宅難への対応と賃料統制を徹底する必要が

生じ、1941（昭和 16）年に借地法・借家法を改正し、更新拒絶又は解約申入れによる借地人・借家人追い出しを防止する正当事由制度を導入した。

ただ、その正当事由も当初は認められる範囲が広く、「貸主の自己使用」も正当事由に含まれていた。しかし、特に戦後の深刻な住宅難時代における借地人・借家人の居住の安定を保護するため、裁判所は貸主側の土地利用の必要性だけでなく借主側の土地利用の必要性も考慮し、その両者を比較し正当事由を判断することとした。その結果、終戦直後の判決では正当事由が認められることはほとんどなくなり、一度借地に出した土地は二度と戻って来ないという認識が広がった。その後、立退料を支払うことで正当事由の補完が認められるようになる⁷³⁾が、正当事由の判断は極めて個別的なものであり、「借家をめぐり家主と借家人の事情は事件ごとに千差万別でありますから、それぞれの事件の細かい事情を丁寧に調べて、そして家主と借家人のどちらにこの建物がより必要であるかということを経験官は非常に苦労して判断する（第 146 回国会（参）国土・環境委員会会議録第 4 号、平成 11 年 12 月 7 日 [甲斐道太郎教授]）」ため「判決が出るまでわからないというふうな面が確かにあ（同）」り（これは借地契約でも同様）、貸主である土地所有者（特に都市部）は防衛策として、借地契約を忌避するか、契約をする場合には高額な権利金を要求するようになるのである（その結果、戦後は都市部での新規の居住用借地供給が減少したと言われる⁷⁴⁾）。

その後、高度経済成長が終了し、昭和 50

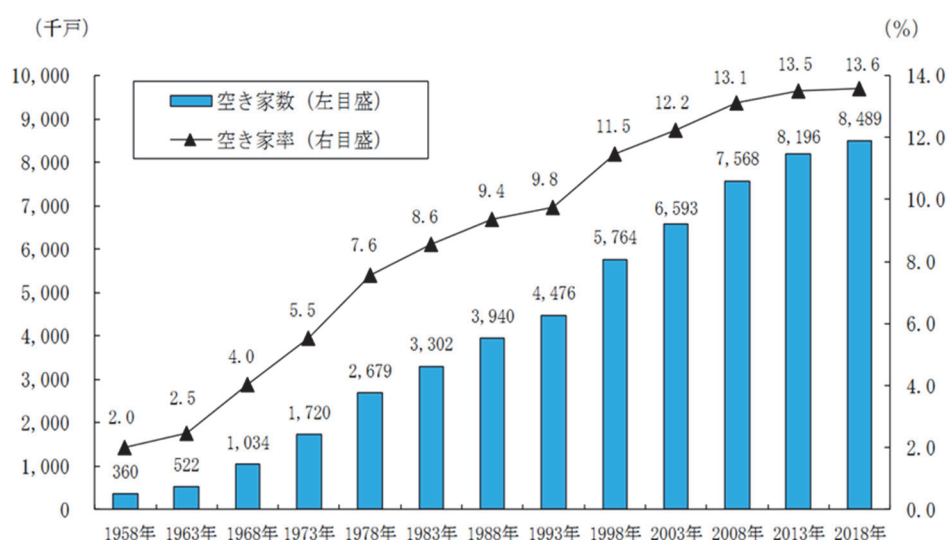
年代後半から始まった地価高騰を経て、我が国は低成長社会、少子・高齢社会に突入した。その過程で、借地法・借家法にも揺り戻しが生じ、1991（平成3）年の借地借家法の制定により定期借地制度、期限付建物賃貸借制度が導入された。また、1998（平成10）年には、使い勝手が悪く利用の少なかった期限付き借家制度を改正し、より一般的な定期建物賃貸借制度に改められたが、この時の改正の手法には注意が必要である。

また、2002（平成14）年制定の「マンションの建替え等の円滑化に関する法律（平成14年法律第78号）（以下、「マンション建替え法」という。）」に定められた建替え勧告制度（同法102条1項）では、市町村長から建替え勧告を受けたマンションの借家人に対して、賃借人居住安定計画を作成し認定された賃貸人が賃貸借契約の更新拒絶や解約申入をする場合には借地借家法の正当事由を適用しないこととされた。

このように、かつて借地法・借家法が果たしていた「全ての借地人・借家人」を対象とする正当事由による保護の適用から除外される借地や借家の範囲が広がりつつあるのが現状である。

実際、従来から営業用借家を居住用借家と同等に扱う必要はないのではないかとこの意見は民法学者からも出されており⁷⁵⁾、今後その規制のあり方についての検討が必要である。

かつては住宅不足が国民の住生活の向上の障害になっており、借地人・借家人の居住の安定を保護する必要性が高かったが、現在では逆に住宅が余り、空き家問題の解決が大きな課題となっている。このような状況の下、借家の供給を増加させるため、借地借家法の規制を緩和し空き家を賃借しやすいように制度を整えることが必要になると考えられる。



図表2 空き家数及び空き家率の推移—全国（1958年～2018年）

出典：総務省統計局「平成30年住宅・土地統計調査 住宅及び世帯に関する基本集計 結果の概要」
https://www.stat.go.jp/data/jyutaku/2018/pdf/kihon_gaiyou.pdf

4 今後の借地借家法の方向性について

借地借家法の制定（定期借地制度の導入）とその後の改正（定期借家制度の拡大）により、定期借地、定期借家が新設されたこと、正当事由制度の前提となる立法事実も変化していること、規制緩和が必要であるという社会的・政治的要請などにより、明治から戦後の高度成長期に至るまで借地人・借家人の保護という方向を進んでいた我が国の借地借家法制の方向性に変化が生じ、社会立法的な性格が変容したことは否めない。

かつては法的立場の弱い、いわば社会的弱者である借地人・借家人を保護するために借地借家法制は必要不可欠であった（1921（大正10）年の借地法、借家法制定時の帝国議会の議論を見ても、その当時から社会法と認識されていたことが分かる。3-3参照）。借地借家法制定時の国会における政府委員の答弁でも「御指摘のように、大正10年の借地・借家法の制定あるいは昭和16年の正当事由追加による借地・借家法の改正、これらの一連の改正は、借地人、借家人の権利を保護してその長期の安定を図る、こういう根本思想に基づいてされているものでございまして、そういう根本思想自体は、私どもはもうこれは絶対変えることはできないし、維持すべきである、こういうふうに考えているわけございまして、今回の改正法案におきましてもこの基本的な思想は変わっているものではございません（第121回国会（衆）法務委員会第2号〔清水湛政府委員（法務省民事局長（当時））、平成3年8月30日、傍点は引用者〕）」と述べ

ている⁷⁶⁾。

潮見佳男教授も、借地人・借家人の権利を著しく強化した賃借権の物権化のために採用された制度（対抗力、存続期間、譲渡性の保障）は、「部分的に契約自由を排除して国家が契約内容に積極的に介入することにより、賃貸人に対して弱い立場にある土地・建物賃借人の居住利益・生活利益を保護するという借地・借家特別立法の性格（居住権保護のための福祉国家的視点に出た立法としての性格）が色濃く反映され（潮見佳男（2017）『基本講義 債権各論〈1〉契約法・事務管理・不当利得』p.170、新世社）」としている。

借地借家法が弱者保護のための法律であることを今後とも維持しようとするのであれば、「借地人・借家人であること」のみを理由に保護することをやめ、

- ① 借地借家法で保護をする必要のない契約類型の拡大と利便性の向上（定期借地制度、定期建物賃貸借制度等）⁷⁷⁾、
- ② 正当事由制度の適用除外を拡大する等、更新拒絶、解約申入れの簡易化する制度の導入を図るべきである⁷⁸⁾。

以下では、具体的な喫緊の課題としてマンションを建て替える場合の更新拒絶、解約申入れの簡易化について検討を行う。

5 マンション建替えを促進させるために必要な改正（賃借権の消滅）

5-1 法制審議会における建物の区分所有等に関する法律（昭和37年法律第69号。以下、「区分所有法」という。）改正の検討

現在法務省の法制審議会区分所有法制部会(部会長:佐久間毅同志社大学大学院司法研究科教授)のもとで区分所有法の改正が鋭意検討中である⁷⁹⁾(第1回会議は2022(令和4)年10月28日開催)が、そこでもマンションの建替えの円滑化は特に重要な論点となっている⁸⁰⁾。法務省が設置した区分所有法制研究会から2022(令和4)年9月30日に公表された「区分所有法制に関する研究報告書」においては、建替え決議要件の緩和(5分の4からの引き下げ)等と並び「建替え決議等がされた場合の賃借権等の消滅」が検討項目に挙げられている。

5-2 区分所有法改正の必要性

まず、法制審議会区分所有法制部会で「建替え決議要件の緩和」について、どのような議論が行われているかについてみることにする。

5-2-1 法制審の検討状況(建替え決議要件の引き下げ)

現在区分所有法の改正について検討を行っている法制審区分所有法制部会第2回会議(2022(令和4)年11月25日開催)において、建替え決議の多数決の割合の緩和が議論されており、その中でマンション建替え法102条2項1号から3号までの規定に該当する場合を多数決割合の緩和要件とする【B-2案】が提案されているところである。同会議部会資料2「区分所有建物の再生の円滑化に係る方策(1)(以下、「部会資料2」という。)」において「【B-2案】では、マンションの危険性に関する明確な基準であるマンション建替え円滑化法第102条第2項第1号から第3号までに定める特定要除却認

定基準を、民事法である区分所有法において、より多数決割合の低い建替え決議をするための客観的要件として援用することについて提案している」と記されている⁸¹⁾。

5-2-2 建替え決議要件の引き下げの要件(特定要除却認定の必要性)

区分所有法制研究会が公表した「区分所有法制に関する研究報告書」pp.70-71では、より詳細に記述している。

イ 本文イでは、マンションの危険性に関する明確な基準であるマンション建替え円滑化法第102条第2項第1号から第3号までに定める特定要除却認定基準を、民事法である区分所有法において、より多数決割合の低い建替え決議をするための客観的要件として援用することについて提案している。

このようにすることによって、㊦建築士等の専門家の知見をもって、危険性要件の該当性についての客観的判断が可能になるとともに、㊧商業ビルなどマンションではない区分所有建物を含めて、危険性のある区分所有建物一般についての建替え要件の緩和が可能になると考えられる。

もともと、マンション建替え円滑化法における特定要除却認定基準がそのまま区分所有建物一般においても援用可能であるかについては、技術的な観点を含めて慎重に検討する必要がある。また、これに関連して、どのような法形式でこの基準を定め

るかについても、法制的な観点を踏まえて検討する必要がある。

本文イのような危険性基準を区分所有法における建替え決議の要件として導入する場合には、これまでの区分所有法とマンション建替え円滑化法との役割分担を大きく変更することになるため、関係省庁が連携して引き続き検討していく必要があるものと考えられる。

ウ 危険性要件の該当性の判断主体については、今後更に検討していく必要があるが、現行法制を前提とすれば、差し当たり次のようなものとすることが考えられる。

すなわち、区分所有法においては、危険性要件の該当性を含む建替え決議の成否・有効性については基本的に区分所有者間の意思決定に委ね、争いが生じた場合には最終的に訴訟で解決することとすることが考えられる。このようにしたとしても、特定要除却認定基準は基本的に建築士等の民間の専門家において判断することが可能であることから、区分所有者としても、適宜こうした専門家の知見を活用して危険性要件の該当性を判断することができる。

エ 危険性要件を設けることに対しては、当事者間で客観的危険性の有無について判断することは困難なことが多く、意見の対立や紛争が生ずるおそれ大きいとの指摘が考えられる。

なお、区分所有法における建替え決議要件は維持することになったと

しても、マンション建替え円滑化法の要除却認定を受けたマンションについては、建替え決議の多数決割合の緩和を別途検討すべきとの指摘も考えられる（傍点：引用者）。

これによると、マンション建替え法 102 条 2 項 1 号から 3 号に該当するかどうかの判断を「建築士等の民間の専門家」に委ねることが想定されている。しかし、これは以下のような理由により、適切ではない。

① 区分所有法制研究会のスキーム【B-2】では建替え決議要件の引き下げについては可能であるが、それだけでは建替えに当たり容積率割り増し等のボーナスを得られず、その結果建替え事業の採算性が悪く、区分所有法 62 条の建替え決議の賛成を得るのが困難になる。

② マンション建替えに当たり容積率割り増し等のボーナスを得ようとしたら、改めてマンション建替え法 102 条 1 項の要除却認定の申請を建築基準法（昭和 25 年法律第 201 号）第 2 条第 35 号に規定する特定行政庁（以下、「特定行政庁」という。）に対して行う必要があるが、その判断基準が建替え決議要件の引き下げのために民間の建築士に依頼したのと全く同じである。これは屋上屋を重ねることになり、時間的にも金銭的にも無駄であると言わざるを得ない。また、民間の建築士が要件に該当すると判断したにもかかわらず、特定行政庁が該当しないと判断した場合、紛争が生じることは必至である。

③ そもそも論として、区分所有者間の利害調整のための法律である区分所有法に、

公法規制の基準を導入するのは不適切である。

よって、建替え決議要件の引き下げを行うためには、マンション建替え法 102 条 1 項の規定に従い、マンションの管理者等の申請により、特定行政庁が当該マンションについて同条 2 項 1 号から 3 号のいずれかに該当することを認め、特定要除却の認定をすることが必要である。

すなわち、特定要除却認定を受けたマンションについて建替え決議要件の引き下げを行うのだから、区分所有法ではなく、マンション建替え法に 4 分の 3 または 3 分の 2 に引き下げられた建替え決議要件の規定を設けるべきである。具体的には、特定要除却認定マンションには現在容積率割り増し、マンション敷地売却制度及び団地における敷地分割事業のボーナスがあるが、これらに建替え決議要件の引き下げを追加することになる。

そもそも区分所有者間の利害関係の調整を行うことを目的とする区分所有法は私法であり、公法であるマンション建替え法と同じ手順を定めるのは法の趣旨に合わない。それゆえ、「区分所有法制研究報告書」においては、特定行政庁ではなく民間の建築士に判断を委ねる方式を提言したと考えられるが、前述したようにそれは不適切であり、やはり判断の主体には公的主体、すなわち特定行政庁がなるべきである⁸²⁾。

よって、建替え決議要件の引き下げについて、特定要除却認定と同様の基準を用いるのは適切であるが、その判断は特定行政庁が行うべきであり、法律上の位置づけとしては、マンション建替え法 102 条 2 項 1

号から 3 号に該当する場合の特例とすることとし、その規定は区分所有法ではなく、マンション建替え法に定めることとする⁸³⁾。

5-3 要除却認定マンションの建替え手続きと賃借権への対応

ここでは、要除却認定マンションの建替え手続きと建替えにおける賃借権への対応についてみることにする。

① 総会の決議

要除却認定の申請に係る決議は、当該認定により除却が決まるものではないことから、区分所有法上の管理行為（区分所有法 18 条 1 項）に相当する。このため、当該認定の申請には、総会の普通決議（区分所有者及び議決権の各過半数）が必要となる（同 p. 74 参照）。

② 要除却認定の申請と認可

マンション管理者等が要除却認定の申請を行い（マンション建替え法 102 条 1 項）、特定行政庁が当該マンションを同条 2 項各号のいずれかに該当すると判断した場合は、当該マンションについて要除却認定を行う（同項 1 号から 3 号に該当する場合を「特定要除却認定」という（同法 106 条））。

なお、要除却認定を受けたマンションの区分所有者には、当該マンションについての除却の努力義務が課せられ（同法 103 条）、都道府県知事等は除却が行われていないと認めるときは、当該マンションの区分所有者に必要な指示をし、正当な理由がなくその指示に従わなかったときはその旨を公表することができる（同法 104 条）とされている。

③ 特定要除却認定後のフロー

特定要除却認定マンションは、マンション敷地売却事業（同法 106 条以下）の対象となる。また、特定要除却認定を受けたマンションが複数棟からなる団地である場合には敷地分割事業（同法 164 条）の対象となり、敷地分割後は二つの選択肢がある。第一は、敷地分割をした後、当該分割された敷地についてマンション敷地売却制度を活用して売却すること、第二は、敷地分割後売却を行わず、通常のマンション建替え事業によりマンションの再建を行うことである。

1) マンション敷地売却制度の活用

マンション敷地売却制度を活用する場合は、分配金取得計画が策定され（同法 141 条 1 項）、借家権の補償額が定められ、計画で定められた権利消滅期日において当該借家権は消滅する⁸⁴⁾（同法 149 条 1 項）。

「組合が作成する分配金取得計画に基づき強制的に借家権を消滅させることから、これに伴う借家人に対する補償金は組合が支払うこととしており（国土交通省（2022 改訂）「マンション敷地売却ガイドライン」p. 72）、また「賃貸人である区分所有者とその他の区分所有者との間でその負担を調整する必要がある場合には、賃貸人である区分所有者からの賦課金の徴収（事業に要する経費に充てるための組合員に対する金銭の賦課徴収（法 135 条 1 項））等により調整する（同）」とされている。いずれにせよ、マンション敷地売却制度を活用する場合借家権は消滅するので、区分所有の対象となっている部分の賃貸借関係に関しては問題は生じない。

なお、地方公共団体は、借家権者等住宅の確保に特に配慮を要する者の居住の安定の

ため、地域の実情を踏まえつつ、公営住宅等の活用や高齢者等を対象とした家賃債務保証の活用その他の多様な支援に努めることとされている（「マンションの建替え等の円滑化に関する基本的な方針（平成 26 年 12 月 10 日国土交通省告示第 1137 号）参照」。

2) マンション建替え事業

マンション建替え事業に当たっては、まずマンションの建替え決議が必要であるが、これについては区分所有法 62 条で定められており、住民の集会において、区分所有者及び議決権の各 5 分の 4 以上の多数で建替え決議をすることができるとされている。

その後のフローは再びマンション建替え法の規定により、

ア) マンション建替組合設立の申請（マンション建替え法 9 条）

イ) マンション建替組合設立の認可（同法 12 条）

ウ) マンション建替組合から反対区分所有者への売渡請求（同法 15 条）

エ) 権利変換計画の策定（同法 57 条）

オ) 権利変換計画の認可（同法 65 条）

カ) マンション建替組合がマンションの権利を取得（同法 71 条）

キ) 施行マンションの除却

ク) 施行再建マンションの建設

となる。

ここで注意すべきは、施行マンションの賃借人はエ) の権利変換計画の策定（同法 57 条 1 項）まで法律上はマンション建替えに関与できないということである。マンション建替え法では、マンション建替えに伴う施行マンションの区分所有権、借家権等の権利関係を変換（施行再建マンション

への移行) するための権利変換計画について定められており、この計画について都道府県知事等の認可を受けるに当たっては、施行マンションに借家権(建物の賃借権及び配偶者居住権を指す。同法2条1項21号)を有する者が存在する場合は、当該借家権者の同意を得ることが必要とされている(同法57条2項)。

1) 賃借人が施行再建マンションへの入居を希望する場合

賃借人は建替組合に申し出ることにより再建されたマンションに入居することができる(同法60条4項)。

ア) 賃貸人が権利変換を受ける場合

権利変換計画により賃貸人が与えられる部分に賃借権が与えられる(同項本文)。

家賃その他の借家条件についてマンション建築工事完了の公告日までに協議を行い(同法83条1項)がまとまらない場合は施行者に対して家賃の額の裁定を求めることができる(同条2項)。

イ) 賃貸人が金銭補償を受ける場合

施行者に帰属することとなる施行再建マンションの部分に賃借権が与えられる(同法60条4項但書)

2) 入居を希望しない場合

借家権は施行再建マンションの権利変換の期日に消滅し、借家人に対し補償金が支払われる(同法56条3項、75条1項)。その結果、借家人はマンションから立ち退くことになる。

3) 賃貸人が賃貸借契約を解約したい場合

一般の建物賃貸借契約と同様であり、正当事由が必要となる。

みいようである。なぜなら、

a) 引っ越しが二度必要(仮住まいへの引っ越し及び施行再建マンションへの引っ越し)であり、負担が大きい。施行マンションによほどの利便性、立地条件(特に借家で営業をしているとき)等がない限り、当該賃貸借契約を解約し別の賃貸住宅に引っ越すと考えられる。

b) 施行再建マンションの家賃は増額(新築マンションとしての家賃相当額)される。

c) 施行再建マンションにおいて賃貸人である区分所有者に割り振られる部分の面積が従前の部分より狭くなり、賃借人の家族構成、生活状況等に合わなくなるおそれがある。

からであり、賃借人が施行再建マンションの部分に対する賃借権の付与を望むことはないと考えられる。

実際には3)の選択肢に入り、賃貸人が賃貸借契約の解約申入れを行っても賃借人が納得せず、法外な立退料を要求され、マンション建替え事業が遅延する例がしばしば見られ、このような場合、マンション建替え事業の進捗が大幅に遅れることになる。

また、賃貸人が事業に反対するため、賃借人を取り込んで反対する例や、権利変換計画策定後に賃借人と称する者が現れ、その賃借権を反対者である賃貸人が認めることにより、借家人不同意で権利変換計画が成立していない(同法58条7号、8号)と主張するような例もあり(法制審議会区分所有法制部会第四回会議参考資料8「マンション建替えにおける賃借権に関する事例(国土交通省作成)」、今後のマンション政策の

あり方に関する検討会（第3回）（一社）再開発コーディネーター協会資料「マンション建替え等の円滑化について」

(<https://www.mlit.go.jp/jutakukentiku/house/content/001580314.pdf> 参照)、賃借権の存在がマンション建替えの大きな障害となっていることは否定できない。

5-4 建替え決議がされた場合の賃借権消滅の必要性

平成30年度マンション総合調査（国土交通省）によれば、

賃貸住戸のあるマンションの割合

築10年未満 65.7%

築40年以上 86.0%

であり、完成年次が古いマンションほど賃貸住戸のある割合が高い。

マンションの平均賃貸率

築10年未満 9.3%

築40年以上 17.7%

であり、高経年になるほど賃貸化が進む傾向にある（法制審議会区分所有法制部会第4回会議（令和5年1月16日開催）部会資料4「区分所有建物の再生の円滑化に係る方策（2）（以下、「部会資料4」という。）」pp.1-2参照）。

よって、建替えの必要性が高いマンションほど借家人が多い傾向にあるとすることができる。そのため、「建替え決議等がされた場合の賃借権等の消滅」は非常に重要な検討項目である。

しかし、現行の区分所有法の元では、マンションの「建替え決議は専有部分の賃貸借には何らの影響も及ぼさないため、賃借人が合意解除に応じるか、更新拒絶・解約申入

れの正当事由が認められない限り、賃貸借契約を終了させることができず、専有部分から賃借人を排除することができない結果、建替えを実施することができないことになる（「区分所有法制に関する研究報告書」p.78）」とされている。

この場合の問題点は、

① 正当事由の存否は、建替え決議が成立していても、ケースバイケースで判断されるため、賃貸借関係の終了は必ずしも保証されない。

② 賃貸期間の定めがあり、その終期が相当先に設定されている場合は合意による以外に賃貸借契約を終了させる方法はない（解約権が留保されている場合を除く）。ということであり、借家権がマンションの建替えの阻害要因となる原因となっている。

実際、不動産協会が会員企業にアンケートした結果によると、マンション建替えの阻害要因の二番目⁸⁵⁾が借家人の立ち退き問題（退去（明け渡し請求等）に応じない、過大な立ち退き料が発生、借家人の交渉等に時間を要し事業が遅延）である（「マンション建替え促進方策に関する研究報告書（2011（平成23）年7月）p.28参照）。

また、マンション建替え事業を促進させる方策として最も求められているのは「借地借家法上の正当事由として建替え決議を位置付けること」であった。「マンション建替え事業の現場においては、借家人への対処に苦慮しており、改善が望まれていることがうかがえる（同p.31）」のである。

法制審議会区分所有法制部会第1回会議（2022（令和4）年10月28日開催）における部会資料1「区分所有法制の見直しに当た

「建替え決議がされた場合の賃借権等の消滅」として、

現行法では、建替え決議がされた場合であっても、専有部分に設定された賃借権や配偶者居住権等には影響がない。そのため、賃借人等が合意解除に応ずるか、賃貸借契約の更新拒絶・解約申入れの正当事由が認められない限り、賃貸借関係等を終了させることができず、専有部分から賃借人等を排除することができないため、建替え工事の円滑な実施を阻害しているとの指摘がある。そこで、建替え決議がされた場合に、一定の手続の下で賃借権等を消滅させる仕組みに関する規律を整備することが考えられるが、賃借人等の居住等の利益に留意する必要がある。

とされているところである。

建替え事業の事業性の低さ、区分所有者の負担の大きさ等により建替えの前提である5分の4の決議要件が満たせないのであればともかく、それらの大きな課題をクリアし建替え決議まで成立しているにもかかわらず、少数の借家人が立ち退かないためにマンション建替えが遅延、困難になっていることは、大多数の区分所有者の財産権を侵害しているほか、老朽化した危険なマンションが存続することにより周辺の環境や安全性に重大な支障を生じさせるおそれがある。

部会資料4においては、以下の二つを理由に「建替え決議がされた場合に専有部分の賃借権を消滅させる方策について検討す

る必要がある」としている。

1) 現行区分所有法においては、区分所有権を有している者でさえも、建替え決議に賛成せず、建替えに参加しないのであれば、その区分所有権を強制的に売却させられる（区分所有法第63条）のだから、一定の場合に専有部分の賃借人の賃借権を消滅させることは、区分所有者の取扱いとの権衡上許容される（部会資料4、p.2参照）こと、
2) 通常の建物賃貸借は貸借人と賃借人との間の利害調整だけでよいが、区分所有建物は構造上区分された専有部分の集合体であるため、賃貸人及び賃借人だけでなく、他の専有部分の区分所有者との利害調整も問題となる。建替え決議は、区分所有者の相当多数による団体的な意思決定により、専有部分の取壊しを伴う建物の更新を行うためのものであり、建替え決議がされた場合には、区分所有者全体の利益のために、特定の専有部分の賃借権を消滅させる必要がある（同）こと。

これにさらに理由を加えると、

3) 仮に、賃借人の反対により当該マンションの建替えができなくなり、その後外壁等が剥離し、落下することにより（マンション建替え法102条2項3号）、通行人等第三者に損害を与えた場合、外壁等の剥離でマンションの一部の専有部分の占有者である賃借人が賠償責任を負うことはほとんど考えられず、区分所有者全体が賠償責任を負うことになる（民法717条1項）。このように、マンションの老朽化の結果生じた瑕疵により生じた損害になんら責任を負わない賃借人がマンション建替えに反対し、建替えを阻止することができる法制度

は公平に反する、
ということも挙げることができる。

5-5 建替え決議がされた場合に専有部分 の賃借権を消滅させる方策に関する提言

5-5-1 法制審議会区分所有法制部会にお ける検討

部会資料4においては、「建替え決議がされた場合の賃借権等の消滅」として、「建替え決議がされた場合の賃借権の取扱い」について、以下の3案を示している。

【A案】 建替え決議において、建物の取壊しの工事の着手時期の目安及び専有部分の賃貸借の終了時期を定めなければならないものとし、その終了時期が到来した時に専有部分の賃貸借は終了するものとするが、建替え決議から賃貸借の終了時期までの期間は【6か月】を下ってはならないものとする。

【B案】 建替え決議があったときは、専有部分の賃貸人である区分所有者は、専有部分の賃借人に対し、賃借権消滅請求をすることができ、その請求がされた時から一定期間が経過した時点で賃借権が消滅するものとする。賃借権消滅請求を受けた賃借人は、賃貸人である区分所有者に対し、賃借権の消滅による補償金の支払請求権を取得するものとする。

【C案】 建替え決議があった場合において、専有部分の賃貸人が賃借人に対し賃貸借の更新の拒絶の通知又は賃貸借の解約の申入れをするときは、正当

事由等に関する借地借家法の規律（同法第26条第2項、第27条第2項、第28条）は、適用しないものとする。

5-5-2 賃借権消滅のスキーム

これらの案をみれば分かるように、建替え決議があった場合はすべての賃貸借が終了することを前提としたスキームになっている。

しかしこれは、前述したマンション建替え法におけるスキームと矛盾することになる。つまり、マンション建替え法においては、権利変換計画において施行マンションについて賃借権を有する者で、当該賃借権に対応して、施行再建マンションについて賃借権を与えられることとなる者の氏名等を定める必要がある（マンション建替え法58条1項7号、8号及び11号）とされているが、部会資料4のいずれの案を選んでも全ての賃借権が消滅する⁸⁶⁾のだから、権利変換計画で賃借権に関連する項目を定める必要がなくなる。部会資料4においても「なお、民事基本法である区分所有法において賃借権を消滅させる仕組みを設けるとすると、当該仕組みとマンション建替円滑化法における借家権関係規定との整理が必要となる可能性がある」と指摘されているところである。

よって、この矛盾を解決する必要があるが、これまでの議論をもとに考えると、やはりマンション建替えにおいて施行マンションに存する賃借権は大きな障害となっており、また、マンション建替え法の権利変換計画で、既存賃借権の施行再建マンションへの移行が定められているが、その利用が少

ないことを鑑みると、少なくとも特定要除却認定されたマンションについては、部会資料4にあるように、全ての賃借権を消滅させることが適切であると考えられる。なぜなら、特定要除却認定マンションはマンションの住民だけでなく、周辺の住民等にも被害を及ぼす(外部不経済)可能性があり、その被害を未然に防ぐマンションの建替えは公共性・公益性が認められる⁸⁷⁾ため、通常のマンションの建替えより優先して推進する必要がある、そのためには当該マンションの権利関係をできるだけシンプルにしておく必要があるからである。

三案のうちのいずれを選択するかについては、B案及びC案については、賃貸人である区分所有者の自発的な行動があって初めて賃借権が消滅する仕組みが採られているが、これでは建替えに反対である賃貸人に建替え反対の武器を与えるようなものであり、不適当である。ゆえに、A案を選択すべきである。

よって、特定要除却認定マンションについて建替え決議において、建物の取壊しの工事の着手時期の目安及び専有部分の賃貸借の終了時期を定めた場合、その終了時期が到来した時に専有部分の全ての賃貸借は終了する。建替え決議から賃貸借の終了時期までの期間は6か月を下ってはならないものとする。

「なお、前記のような理由で賃貸借契約の終了時期を定めることを正当化するのであれば、建替え決議において取壊し工事の着手時期も示す必要があると考えられるが、その時期を明確に示すことは実際上困難と考えられることから、その時期の目安(例え

ば「令和〇年〇月頃」程度のものが想定される。)を示すこととしている(部会資料4)」が、その着手時期を超えても、賃貸借契約は継続せず終了することとすべきである⁸⁸⁾(部会資料4にも同様の見解が紹介されている)。建物取り壊し工事の着手時期が延びるのはよくあることであり、そのたびに賃貸借契約が継続するのでは不要な紛争を招くことになり、このような制度を作った意味がなくなるおそれがあるからである。

A案に対しては「専有部分の賃借人の利益保護の水準を現行法から大きく引き下げることになるため、慎重に検討すべきとの指摘がある」とあるが、前述したように現行法上は区分所有者よりも賃借人の方が手厚く保護されており、その是正を図る必要がある(この点については、特定要除却認定マンションではない一般のマンションの建替えに当たっても当てはまる議論であり、その改正も望まれる)。

そもそも、区分所有権は単なる所有権とは異なり、その行使には制限がある。たとえば、区分所有法70条の団地内建物一括建替え決議規定が憲法29条に違反するとして争われた千里桃山台事件(最判平成21年4月23日判時2045号116頁)において、最高裁は、区分所有法62条1項について、「区分所有権の行使(区分所有権の行使に伴う共有持分や敷地利用権の行使を含む。以下同じ。)は、必然的に他の区分所有者の区分所有権の行使に影響を与えるものであるから、区分所有権の行使については、他の区分所有権の行使との調整が不可欠であり、区分所有者の集会の決議等による他の区分所有者の意思を反映した行使の制限は、区分

所有権自体に内在するものであって、これらは、区分所有権の性質というべきものである。」としている。その制限された区分所有権から派生した賃借権が他の区分所有者の意思を反映した賃借権の行使の制限を受けるのは当然のことである。

また、本判決は「区分所有建物について、老朽化等によって建替えの必要が生じたような場合に、大多数の区分所有者が建替えの意思を有していても一部の区分所有者が反対すれば建替えができないということになると、良好かつ安全な住環境の確保や敷地の有効活用の支障となるばかりか、一部の区分所有者の区分所有権の行使によって、大多数の区分所有者の区分所有権の合理的な行使が妨げられることになる」としている。この判旨によれば一部の賃借人の反対によって建替えができなくなるのもまた「大多数の区分所有者の区分所有権の合理的な行使が妨げられることになる」と解することができる。今回の仕組みは特定要除却認定マンションのような建替えに公共性・公益性のある場合にのみ限って、賃借人の権利をより制限するというものであり、積極的規制（政策的制約）として必要性・合理性が認められると考える。

なお、「マンションの建替え等の円滑化に関する基本的な方針」に基づき、マンションの建替えが行われる場合における従前のマンションに居住していた賃借権者の居住の安定を確保するために、

マンション建替事業の施行者等が代替住宅の確保に際して、そのあっせん、情報提供等により借家権者及び転出区分所有者の居住の安定に努めなければならないこと

地方公共団体が、

- ① 地域の実情を踏まえつつ、公営住宅等の公共賃貸住宅への優先入居その他の多様な支援、
- ② 都市再生住宅制度の活用等により従前居住者用賃貸住宅の供給の促進及び家賃対策の実施、
- ③ 移転料等の支払いに対して優良建築物等整備事業の活用等により必要な支援、等に努めることとされているところである。

なお、かつてマンション建替え法に存在した建替え勧告制度は、市町村長が危険有害なマンションの建替えを勧告する（同法旧 102 条 1 項）という仕組みを採っていたため、市町村の当該マンション賃借人等に対する責任が非常に重く、全く利用されなかった（【参考】「旧マンション建替え法の建替え勧告制度及び現行マンション建替え法の要除却認定マンション制度における賃借人対策」参照）。これは、市町村長が主体的に危険有害と判断したマンションについて建替えを勧告するとされており、その代わりに、市町村がしっかりフォローを行う、すなわち施行再建マンションへの入居ができなかった区分所有者や賃借人への公営住宅等の住居提供が義務づけられていた。

しかし、現在の要除却認定マンションの制度は、あくまでマンションの区分所有者の発意に基づき市町村長が要除却認定を行うという仕組みになっているため、公共の関与が薄くなっている。よって、建替え勧告制度に比べ公共の責任が軽くなっており、地方公共団体は賃借人等の居住の安定の確保を図るため必要な措置を講ずるよう努めなければならないという努力義務にとどま

っている（同法 115 条）。

今回検討している制度は要除却認定マンション制度の拡充にすぎないので、賃借人対策については新たな仕組みを設けず、既存の賃借人対策を踏襲することとする。これにより、賃貸人と賃借人が早期に契約解除の合意をする機運が生まれると考えられる。本来、賃貸人と賃借人の契約は他の区分所有者にはなんら関係がないのだから、当事者間で解決するのが最も適切な対処方法なのである⁸⁹⁾。

¹⁾ 立法事実とは、「適用されるべき法律を成立させ、かつその存続を支える事実（佐藤幸治(2011)『日本国憲法』pp. 665-666、成文堂）」のことである。存続にも必要である点に留意すべきである。

²⁾ 旧民法は、帝国議会がなかったため（第一回帝国議会が開会されたのは 1890（明治 2）年 11 月 29 日）、元老院において審議・可決されている。1890（明治 23）年 4 月 21 日に法律第 28 号として民法財産編・財産取得編（第 12 章まで）・債権担保編・証拠編が、同年 10 月 7 日に法律第 98 号として民法財産取得編（13 章以下）・人事編がそれぞれ公布され、施行は 1893（明治 26）年 1 月 1 日とされていた（中村吉三郎(1966)「民法」財産法の形成と外国法 その二—民法典編纂事情を中心として—比較法学 2 巻 2 号、p. 43 参照）。

³⁾ 賃借権を物権とみるのは元々ゲルマン法の系譜である。近世の国家では 1794 年プロイセン民法典のみ賃貸借を物権編に規定していた（当時のプロイセンでは復古的機運が高まり「ローマ法を捨ててゲルマン固有

なお、本稿のうち意見に係る部分は筆者個人の見解であり、筆者の所属する組織としての見解を示したものではない。

引用した web の最終確認日は、全て 2023（令和 5）年 1 月 24 日である。

法へ」という流れがあったためと考えられる）が、1896 年ドイツ民法典は賃貸借を債権編に規定した（水本浩(1986)「借地・借家法の現状と課題」水本浩・田尾桃二編『現代借地借家法講座 3 借地借家法の現代的諸問題』p. 16、日本評論社）。

⁴⁾ 明治民法制定後も、「賃借権物権論（例えば、私法 14 号〔昭和 30〔1955〕年〕2 頁以下参照）」を主張した「岡村玄治判事（後に大審院判事）」は「東京地判大正 8〔1919〕年 12 月 13 日法律評論 9 巻 753 頁では、『賃借権ハ物権ニシテ一種ノ他物権ナレハ何人ト雖モ之ヲ尊重スヘキ不可侵性ヲ有スルモノトス』と述べている。なお、大正 10〔1921〕年に岡村判事が東京控訴院から函館控訴院に転じた際、この判決ゆえに左遷されたのだという噂がたったという（木村和成(2009)「大審院の迷走—昭和初期の民事部判決にみるそのいくつかの軌跡—」p. 269 注 38 で引用する岡村「歩んできた道を回顧して」法学志林 56 巻 1 号〔昭和 33〔1958〕年〕156 頁参照、立命館法学 2009 年(5・6)(327・328)」というように賃借権物権論は、当時の法律界か

ら忌避されていた。

5) 「……賃借人ノ権利ニ物権ノ性質ヲ附スルモ更ニ不可ナル所ナシ而シテ他ノ一方ヨリ之ヲ考フルニ若シ物権ナラストセンカ唯賃貸人ニ対シテ行フコトヲ得ヘキノミ是ヲ以テ外人ノ来テ妨碍ヲ加フモノアルモ直接ニ賃借人自ラ之ヲ排斥スルノ訴権ナク唯賃貸人ニ対シテ之カ請求ヲ為シ得ルニ過キス賃貸人ノ債権者カ賃貸物ノ差押ヲ為スモ賃借人之ヲ甘受セサル可ラス加之ナラス賃貸人自ラ之ヲ他人ニ譲渡シ又或ハ第二ノ賃貸借契約ヲ為シタル場合ノ如キ賃借人ハ何ニ依テ自己ノ権利ヲ全フスヘキヤ若シ斯ノ如クニシテ何等ノ保護ヲ与フルナク賃借人ノ地位ヲシテ危険ノモノタラシメハ社会ニ於テ最モ普通ニ且ツ最モ必要ナル賃貸借契約ハ大ニ障害セラレ為メニ一般経済上ノ害ヲ為ス豈鮮少ナランヤ而シテ之カ救済ノ策ハ唯物権タル性質ヲ附スルニ在リ然ラハ則チ新民法ノ精神ハ実ニ公益ノ為ニ此必要ナル保護ヲ与フルニ在リ(ボアソナード訓定・富井政章校閲(1890)『日本民法義解』、出版社不明、pp. 392-393、国立国会図書館デジタルコレクション)」。

<https://dl.ndl.go.jp/pid/1081833/1/293>

6) その結果、「明治民法施行後の実務や法規制の動向を考えるにつけ、ボアソナードの先見性が生かされなかったのは大変残念といわざるをえない(岡(2014)、前掲論文、p. 31)」と批判されている。また、「明治民法は、明治政府の形成した、地主的土地所有を中核とする土地制度を法的に確立し、これによって実質的に、近代化に対するマイナスの機能をはたすことになったのである(高島平蔵(1966)「日本の近代化におよぼ

した外国法の影響—土地所有および利用関係を中心として—」比較法学第2巻第2号、p. 70)」という批判もされている。

7) 法典論争については、①穂積八束博士の「民法出デテ忠孝亡ブ」が有名であるが、実際はそれだけにとどまるものではなく、②開拓使官有物払下事件に端を發した明治14年の政変(参議大隈重信が失脚)以降国家体制の模範をドイツに求めるようになり種々の法典整備作業をフランス法からドイツ法主流に転換したこと、③法律学校ごとに教える外国法が異なり学閥を生んでいたこと、④さらに「明治19年6月、条約改正会議において、英・独側より、条約批准後二年以内に泰西の法律に従った裁判所構成法、刑法、治罪法、民法、商法、海商法、手形法、訴訟法、破産法の編纂・実施が要求されてい(岸上晴志、前掲論文、p. 69注(10))」たように民法制定が不平等条約改正問題解決の前提条件になっていたことなど複合的な理由により生じたものであると考えられる。なお、1894(明治27)年の日英通商航海条約において「帝国政府ハ日本帝国ト大不列顛国トノ間ニ現存スル条約ノ消滅ニ帰スルトキニ当リテ帝国政府カ已ニ發布セシ各法典ノ実施セラレ居ルコトノ利便ナルヲ認メタルヲ以テ目下未タ実施中ニ之ナキ法典ノ実施セラルトニ至ルマテハ本日調印セシ通商航海条約第21条第1項ニ規定スルトコロノ通知ヲ為サルコトヲ約ス」と議定書に明記されており、民法制定は明治政府にとって喫緊の課題であった(「第21条 本条約ハ調印ノ日ヨリ少クモ五箇年ノ後迄ハ実施セラレサルモノトス而シテ日本帝国政府ニ於テ本条約ヲ実施セント欲スル旨ヲ大不列顛国

政府ニ通知シタル後一個年ヲ経ルニ非サレハ実施セラレサルモノトス」。

8) 明治民法草案の賃貸借部分の担当者は梅博士であると推定されている（福島正夫編（1989）『穂積陳重立法関係文書の研究』附属資料その一〔資料①〕法典調査会穂積陳重博士関係文書目録〔附表Ⅱ〕民法草案起草分担保表、信山社）。

9) 「地上権に関しては、民法施行法 44 条 2 項において、地上権者が民法施行前から建物または竹木を所有するときは、地上権はその建物の朽廃または竹木の伐採期にいたるまで存続するとなっている。これによると、当時から借地とくに建物所有を目的とする借地について、その存続期間は借地上建物が朽廃するまでという考えがすでにあったことになる三好登（1985）「借地権の存続期間」水本浩・田尾桃二編『現代借地借家法講座 1 借地法』pp. 21-22、日本評論社」。

10) 第二条 第一条ノ地上権者ハ本法施行ノ日ヨリ一箇年内ニ登記ヲ為スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス
前項ノ規定ハ本法施行前ニ善意ニテ取得シタル第三者ノ権利ヲ害スルコトナシ

11) 地上権ニ関スル法律案提出の理由の説明に際して、「民法ノ施行ノ前ニハ、地上権ト称スルガ如キムヅカシイ法律上ノ術語ハ一般ノ国民ノ間ニハ行レテハ居リマセヌ、或ハ借地ノ証トカ、或ハ賃貸トカ云フ如キ辞シカ書イテ居リマセヌケレドモ、人ノ地面ヲ借リテ、是ニ堅全ナ家屋ヲ建テ、土蔵を建テ、数年ノ後デナケレバ収穫ヲ見ルコトノ出来ナイ竹木ヲ植エタモノハ、実質ニ於テハ一年限ノ小作ヲ納メル田地ヲ借リテ居

ルト云フ意思デハナクテ、地上権ヲ設定スル意思デアッタノハ、明白デアル……（第 14 回帝国議会衆議院議事速記録第 30 号、明治 33 年 2 月 19 日〔望月長夫議員〕）」と発言されている。

12) 前注の引用に続いて「民法ノ施行ノ後ニ至リマシテ、賃貸借ト云フヤウナ素人臭イ文字ヲ従来総テ使ッテ来タモノデアリマスカラ、法曹社会ニ甚シキ疑ヲ生ジテ、實際ノ判決モ区々ニナッテ、是ガタメニ他年自分ガ安全ヲ期シテ家ヲ建テタリ、土蔵ヲ持ッタリ、竹木ヲ作ッタリシタ者ハ、非常ニ迷惑ヲ感ジテ居ルノデアリマス（同）」と発言されている。

13) 借地法案（衆議院で可決されたが貴族院で廃案となった）の提案説明で、戸水寛人議員は「旧幕時代ニ於テハ借地証書ニ短カナ期限ヲ書イテアツテモ、又期限ヲ設ケテナクテモ、地主人濫リニ地借人ニ向ッテ土地ノ明渡ヲ請求スルト云フコトハナカッタノデアリマシテ、地主ハ地借人ヲ可愛ガツテアッタノデアル（第 27 回帝国議会衆議院議事速記録第 22 号、明治 44 年 3 月 15 日）」と述べており、当時の人々にこのような経験の記憶が強くあったことが民法起草者が借地人保護を楽観視した一因であった可能性もある。特に、穂積陳重博士は、「日本に於ける賃借関係の現状は利益を中心とする単なる物的な関係ではなく、『人事』的、『社会』的、更には『徳義』的なものであり、立法にあたってはこのような現状を破壊しないように配慮しなければならない（小柳（1981）、前掲論文、p. 132）」と主張していたことに注意すべきである。また、ボアソナードは経済学にも造詣が深く、パリ大学でも

教鞭を取っていたが、「彼は自由主義経済の信奉者であり、ペシミストのマルサスに対比されるところの、人間の善性を信じるオプチミストの立場にあった。したがって、アダム・スミスからくる資本主義経済学の流れをくみ、公正・自由な競争で正義と効用の調和がはかれるというのが、彼の基本的考え方であった(岸上、前掲論文、pp. 61-62)」ということであるが、そのボアソナードが賃借権物権論を採用したのは、賃借権の効力が弱ければ公正・自由な競争はできないと考えたからであろうか。

¹⁴⁾ 建物保護法制定時の帝国議会の議論では、伯爵廣澤金次郎委員長から「東京市が一番斯ウ云フ地震売買ガ多イト承知シテ居リマス(第25回帝国議会(貴)建物保護ニ関スル法律案特別委員会議事速記録第1号、明治42年3月9日)」と発言があり、坪田十郎委員からも「地震売買ノ弊ト云フモノハ、近頃極ク東京ニ沢山出来テ居ルト云フコトデアル、吾々が住ンデ居リマス神戸市ノ如キニナリマス、事実地震売買ト称スルモノガ余リナイ(第25回帝国議会(衆)工作物保護ニ関スル法律案委員会議録(速記)第二回、明治42年2月12日)」と指摘されており、主として大都市において問題となっていた。

¹⁵⁾ 不動産登記法は民法と並行して法典調査会で検討されており、民法施行(1898(明治31)年6月21日勅令第123号により同年7月16日施行)に一年遅れて制定されることになる(不動産登記法(明治32年法律第24号))。1899(明治32)年2月24日公布、同年6月16日施行(同年4月8日勅令第134号)。これにより、登記法(明治19年

法律第1号)は廃止された。

¹⁶⁾ 梅博士の答弁の全体を載せると、「今度此民法ガ出マスト一方ニハ地上権ト云フモノガアリー方ニハ賃借権ト云フモノガアル。夫レヲドチラヲ当事者ガ選ンデモ宜イ。地上権ノ方ハ借地人ノ権利ガ確カマル。又地主ノ方モ手数ガ省ケルカラ余リ勞ヲシタクナイト云フ地主ノ方カラ言ヘバ無論此方ガ宜イニ違ヒナイ。又場合ニ依テハ建物ト言ツテモ長ク置ケル様ナ丈夫ナ家デナイトカ中ニハ竹木ノ様ナモノデ長ク置カナイト云フトキハ夫レハ賃貸借ノ方ガ勝手デ宜イ。其辺ハ詰リ契約ノ解釈デ出来ルト思ヒマスガ私ノ考ヘデハ實際地上権ト見ル方ガ其方ガ原則ト思ヒマス。追々登記杯ガ行ハレテ来マスト地上権モ賃貸借モ登記スルコトニナル。賃貸借ハ人権ニスルト云フコトガ預決問題デ極マツテ居リマスガ第三者ニ対抗スルニハ登記スルコトニナルト思フ。然ウスレバ登記ニテ地上権賃借権ト云フノガ分ルデ自ラ適用ガ分ツテ来様ト思フ(速記録二、前掲書、pp. 164-165)」。残念なことであるが、梅博士の予想は本文にあるようにどちらも外れるのである。なお、この「人権」という用語は基本的人権の「人権」と間違いやすいため、「債権」に改められた。「……ドウモ此人権ト云フ字ハ能ク考ヘテ見マスト穩カデアリマセヌト思ヒマス人権消滅トカ人権ヲ譲渡ストカ人権ヲ放棄スルトカドウモ斯ノ如キ場合ニ使ウ訳ニハ往キマセヌ是迄ノ例モアリマシテドウモ此編ハ人権ト云フヨリハ矢張り前ニドナタカノ御説ノ如ク債権ト云フ字ヲ使ヒマス方ガ便利デモアリマスシ且ツ当ツテ居ルト思ヒマス(同 p. 967 [穂積陳重]、社団法人商事法務研究会)」。

17) 債権だからという理由で登記請求権がないということにはならないという学説も多い。後注 25)、31) 参照。

18) この但書(「但し敷金又は借賃の前払を以て之に対抗することを得ず」)は法典調査会において最終的に削除された(法務大臣官房司法法制調査部監修(1984)『法典調査会 民法議事速記録四 第八十五回—第百拾回』pp. 348-357、社団法人商事法務研究会)。

19) 「敷金ハ大阪辺リニ大層アル敷金ヲスル人ノ考ヘハ家賃ノ担保ニ出シテアルニ違ヒナイケレドモ敷金ノ性質カラ言ヘバ其敷金ヲ出ストキニ矢張り其家ヲ以テ担保ト心中ニ見テ居ルノデアリマスカラソレデ大キナ家ナラバ此家ナラ大丈夫ダト云ツテ安心シテ出スガ安イ家ナラバ敷金ヲ出サヌト云フコトガ一般ノ慣習ノヤウデアリマス(速記録四、前掲書注 18)、p. 356)」。

20) 民法起草者が参考にした内務省調査の「土地建物賃貸借ノ敷金ニ関スル慣例取調書」が法政大学の「梅謙次郎文書」に保管されているが、それによると、取調書の第二問は「敷金ハ家屋貸借ノ場合ニ限ルモノナルヤ耕作地建築地等ノ貸借ニモ敷金ヲ入ルノ慣例アリヤ」であった。それに対する北海道庁の答えは「敷金ヲ入ルハ不動産中多クハ家屋貸借ノ場合ナリト雖トモ耕作地、建築地等ニ敷金ヲ入ルノ慣例ナキニアラス」というものであり、当時は借家だけでなく借地、永小作地にも敷金を入れる慣例があったようである。

https://www.hosei.ac.jp/hosei/daigakugaiyo/daigaku_shi/museum/2011/110608/?auth=9abbb458a78210eb174f4bdd385bcf54

21) 賃貸借の登記について議論されたのは、以下のようなやりとりであった。

横田国臣君「私ハ少シ質問シタイガ此賃貸借ト云フモノヲ人権トシタ。人権デアラナラバ第三者ニ対抗シテ往ク物権ト同ジ様ニ変ラヌヤウニ思ハレル。……」

梅謙次郎君「只今此賃貸借ヲ登記スル場合ハ第三者ニ対抗ガ出来ルト言ヒマシタニ付テソレデハ物権ト人権ト大シタ違ヒハナイデハナイカト云フ御論ニ詰リ帰着スルヤウニ思ヒマスガソレハ違ヒマセウト思ヒマス。第三者ニ対抗スル即チ實際ノコトヲ言ヘバ不動産ヲ譲受ケタ人ニ対シテ矢張り借賃ヲ出セバ其土地ニ住マウテ居ルコトガ出来ル其土地ヲ耕作シテ居ルコトガ出来ル権利ヲ与ヘルト云フコトデアル。物権ト云フコトニナリマス中々夫レダケノコトデナクシテ総テ物権ニ関スル規定ガ当嵌マリマスノデアリマスカラ私ガ説明ヲセヌデモノ位違ウト云フコトハ御分リニナルト思ヒマスカラ別段説明ヲ致シマセヌ。……故ニ物権トセンデ人権トシテサウシテ第三者ニ対抗スルコトガ出来ヌトシタノハ敢テ無理屈デハナイ。成程人権ト云フコトガアツテハ第三者ニ対抗ガ出来ヌコトデアリマスガ立法者ノ万能力デサウ云フコトハ差支ナイト思フ(速記録四、前掲書注 18)、pp. 350-351)」。

22) 法務大臣官房司法法制調査部監修(1986)『法典調査会 不動産登記法案議事筆記』pp. 11-12 参照、社団法人商事法務研究会。

23) ただし、起草者の一人である穂積陳重博士が、賃貸借は利益を中心とする単なる物的な関係ではなく、「徳義」的なものであると考えていたことについて、注 13) 参照。

24) 畑中久彌(2015)「賃借権に基づく登記請求権の否定は地震売買の原因だったか」立命館法学 2015年5・6号に出てくる文献を参照。特に、大審院長を会長とする司法関係者の権威ある団体である法曹会が「登記ハ賃貸借ノ要素ナラサルモ特別ノ意思表示ナキ限りハ登記スヘキモノトス」、「民法カ登記ヲ前提トシテ特別ノ効カヲ付与スル以上ハ当事者カ別段ノ意思表示ヲ為ササルニ於テハ常ニ登記ヲ為スノ意思ヲ暗黙ニ表示シタルモノト認ムルヲ正当トスヘシ」と決議(法曹会決議大正元年9月28日法記22巻12号46頁)していたこと(同pp.590-591参照)は、1909(明治42)年の建物保護法制定後も賃借権登記の紛争があり、「裁判実務において、この問題が不明確な状態にあった(同p.591)」ことを示している。

25) 内田貴教授は「……賃借人には登記請求権がないという結論は必然的なものではない。そもそも605条の起草者は、賃借人に登記請求権ありと考えていたと推測され、債権だからというのは、登記請求権を否定する決定的な理由とはならない(内田、前掲書、p.215)」と批判を加えている。

26) 「明治40年頃から大正10年頃までの期間は、ドイツ民法理論が広範囲にわたってわが国に導入され、わが国の民法解釈学に大きな影響を与えた時期である(辻伸行(1997)「石坂音四郎の民法学とドイツ民法理論の導入ードイツ民法理論導入全盛期の民法学の一断面ー」水本浩・平井一雄編『日本民法学史・通史』p.105、信山社)」った。

27) 賃貸人が賃借権の登記をなすべきとした特約がある場合であっても、「その特約をするに当って、賃貸人が賃借権設定につき

相当多額の対価を要求するのは(最判昭和43年11月28日民集22巻12号2833頁における松田二郎裁判官反対意見)」当然であるという状態であり、結果的には大審院の判例が賃借人の負担を増す原因となっていた。民法395条の短期賃貸借の場合に限って賃貸借の登記が利用されることがしばしばあったが、これは抵当権の実行を妨害する目的でなされることが多く問題となっていた(鈴木禄弥(2007)『物権法講義 五訂版』p.258-259、創文社)。その結果、この条文は2003(平成15)年の民法改正において廃止された。

28) 同様のことは、土地の二重譲渡についてもいうことができる。従来「自由競争の原理」を唱え、悪意の第三者であっても登記を先にした方を勝たせるという学説が有力であった。しかし近年では、自由競争が認められるのは売買契約が成立する前までで、すでに売買契約がなされた土地を、たまたま移転登記がされていないからといって横取りするような行為(売主は横領罪に問われる可能性がある。大判昭和9年7月19日刑集13巻1043頁は、二重売買は横領罪を構成するとした。また、福岡高判昭和47年11月22日刑月4巻11号1803頁は、第二買主について、拒絶されたにもかかわらず執拗に働きかけて二重売買をさせたケースで横領罪の共犯を認めた)は認めるべきでないという学説が増えている。悪意の第三者の行為により、すでに成立している売買契約の効力を失わせることを正当化するのは契約社会の根幹を揺るがすことになるからである。つまり、自由競争の原理があっても「契約を破る自由」はないのである(鎌田薫

(2007)『民法ノート 物権法① [第3版]』pp. 90-92 参照、日本評論社)。

²⁹⁾ ただし、立法理由としては触れられていない(畑中、前掲論文、p. 583 注 18))。大審院の判例が大正 10 年であり、建物保護法の制定が明治 42 年であるから、これは当然のことであろう。

³⁰⁾ 山下慎一教授によると「法文には唯一の意味しか存在しないとみるのは現実的ではなく、『法文にはいくつかの可能な意味が含まれており』、『解釈はそのうちの 1 つを選択し確定することである』との法解釈観(山下慎一(2021)「法解釈における立法者意思の位置づけ—裁判所と学説の協働に向けた基盤整備の試み—」福岡大学法学論叢 6 巻 3 号、p. 966)」は、裁判所や研究者に現在広く受け入れられているとされている。そして、「裁判所が『法文』の『いくつかの可能な意味』のうちから『選択』し『確定』した解釈が、立法府・民主主義過程において意図された文理と乖離する場面は、上記の解釈観をとる以上、避けがたく生じうるものであり、その場合には、民主主義過程が企図した法の効果が発揮されないこととな(同 p. 976)」る。その結果、「裁判所の選択した解釈と、条文の文理(と評価者が考えるもの)との距離が大きい場合には、裁判所が法を修正・創造した、さらには『捏造』したと評されることもある。これは、民主主義過程を経て構成される立法府への不当な介入であるとか、権力分立の枠内で裁判所に与えられた権限の逸脱である、といった批判にもつながる(同 pp. 976-977)」。

³¹⁾ 旧借地法時代から、同様の指摘をするものとして、来栖、前掲書、p. 339、星野英一

(1969)『借地・借家法』p. 383、有斐閣、鈴木禄弥(1980)『借地法(下巻)[改訂版]』p. 961、青林書院新社。来栖教授は「賃借権の登記はみとめられるが、賃借権者に登記請求権はないと解さなければならないという根拠は充分明らかでない」という根拠は充分明らかでない。不動産賃借権は債権だからということは十分な理由にならないであろう。何となれば、本来、物権にみとめられるべき登記を不動産賃借権に及ぼしているのであるから、不動産賃借権にも物権と同様に登記請求権があるのだとしても一向おかしくはないからである。民法典起草者は物権たる地上権永小作権と債権たる賃借権の差異として登記請求権の有無を考えてはいなかったのか」とされる。前述したように、梅博士の『民法要義』を見ても、地上権と賃借権の違いとして登記請求権の有無を挙げていない。なお、物権化した賃借権につき登記請求権を認めるものとして、広中(1994)、前掲書、p. 162。現行の借地借家法 10 条 2 項の問題点を指摘したうえで、借地人に借地権登記請求権を与えよとするものとして、生熊長幸(1992)「借地権の対抗力」ジュリスト No. 1006、p. 71。その他、民法制定から借地法制定までの期間における賃借人に登記請求権を認める学説については畑中・前掲論文を参照。また、『借地法等の一部を改正する法律案要綱』(昭 39)では、不動産賃借人に登記請求権を認めることが別案として一ひかえめにではあるが一提案されていた(注釈民法(15)、前掲書、p. 160〔幾代通])」だが、採用されることはなかった(要綱第 4 の 5 参照)。

³²⁾ 立法者意思とは、「議会による立法の場

合は、法案に賛成した議員の意思ということになるが、議事録等を参考にしてもそれを正確に知ることは難しい。そのためもあり、実際には議員よりもむしろ起草者の意思を指していることが多い（高橋和之他編『法律学小辞典[第5版]』p.1328、有斐閣）。

³³⁾ 1937（昭和12）年に原本から8部複写して、それを司法省、旧四帝大（東大、京大、東北大、九州大）、一橋大、早大及び慶大に分散して保管した。原本は1945（昭和20）年戦災により焼失したので、複写しておいたのは僥倖であったと言うほかない。なお、1983（昭和58）年から法務大臣官房司法法制調査部監修のもとで商事法務研究会が復刻を行っており、これは「商事法務版」と呼ばれている。これらについては、佐野智也（2012）「新たな研究基盤としての国立国会図書館デジタル化資料（法典調査会民法議事速記録等）」名古屋大学法政論集247号を参照。

³⁴⁾ 後の版で、最後の「同一の効力がある」という部分が改説され「……實際上ハ略同一ノ効力アルモノトシテノ如クナレトモ然ラズ地上権ハ物権ナルカ故ニ第177条ノ通則ニ依リ其讓渡ヲ登記スルニ非サレハ以テ一切ノ第三者ニ対抗スルコト能力ハス而シテ土地所有者ハ地上権ノ讓渡行為ヨリ觀レハ其第三者タルコト固ヨリナルカ故ニ……其讓渡ヲ以テ之ニ対抗スルニハ同シク登記ヲ要スルコト毫モ疑ヲ容レス然ルニ賃借権ハ債権ナルカ故ニ其讓渡ヲ以テ「不動産ニ付キ物権ヲ取得シタル者」ニ対抗スルニハ第605条ノ特別規定ニ依リ登記ヲ要ストモ其ノ債務者タル賃貸人ニ対抗スルニハ登記

ヲ要セスシテ却テ債権ノ讓渡ニ関スル第467条ノ規定ニ依リ通知ヲ為シ又ハ承諾ヲ得ルコトヲ要スルナリ……（梅謙次郎（1911, 1984 復刻）『民法要義 卷之二 物権編 訂正増補第参拾壹版』p. 227、有斐閣）」となっているが、登記請求権については記述がないのは同様である。

³⁵⁾ 登記をしさえすれば地上権も賃借権も同様の第三者対抗力を有することになるが、賃借人が賃貸人に登記を請求する権利があるか否かにより全く異なる結論が得られるのだから、もし違いがあるのなら教科書としてその点は当然記述すべきである。それが記述されていないということは、地上権、賃借権、それぞれの登記請求権に違いはないと梅博士が解していたと考えるのが妥当である。

³⁶⁾ 高木益太郎議員は法律新聞社社長であったので、起草者の考えについて知る機会が他の議員よりはあった可能性があると考えられる。

³⁷⁾ ただし、賃借人が賃借建物の改良のために資本を投下することもあり、これについては民法608条2項の有益費償還請求権の規定があった。しかし、この資本投下により設置された造作が独立のものと認められるときは有益費償還請求権の対象とならず、賃借人は当該造作を収去する権利しか持たなかった。よって現実的には、民法のこの規定は賃借人に収去を強制する機能しか持たえなかった。その結果、家主は当該造作を安値で買い取り、新しい借家人に高く売りつけることにより不当な利得を得る結果を生じた。そこで借家法は建物の賃借人に造作買取請求権を与えた（同法5条）。その趣旨

は「借家両当事者の資本的利害の調整が主要な目的であり（注釈民法(15)、前掲書、p. 513〔渡辺洋三〕）、これは両当事者の公平を重んじる市民法的な規制（「市民法の延長・発展（同 p. 520）」）である（これに対し、渡辺教授は借地法 4 条 2 項の買取請求権は「市民法の修正である（同 p. 521）」とする）。ただし、これは借地借家法（平成 3 年法律第 90 号）33 条の規定（造作買取請求権）により任意規定とされた。その理由は、「造作が限られ、経済的価値も相対的に下がり、建物の賃貸人は、買い取りたくないために造作の付加の同意を渋るようにな（稲本洋之助・澤野順彦編(2003)『コンメンタール 借地借家法〔第 2 版〕』p. 270〔上原由起夫・宮崎淳〕、日本評論社）」ったという弊害が生じたためである。そこで借地借家法は「これを任意規定にして、特約をすれば、建物の賃貸人は買い取らなくてもよいということにしたのである（同）」。

³⁸⁾ 「……譲渡・転貸の問題を考える場合にも借地と借家では大きな相違点があることに留意すべきである。すなわち、借地の場合には、借地人は自己の資本を投下して借地上に建物を建築、所有し、その使用を通して土地を利用するのに対して、借家の場合には、借家人は通常は家主が建てた建物を利用だけである。借地と借家のこのような相違は、借地権の譲渡・借地の転貸と借家権の譲渡・借家の転貸についても影響を与えるのではないか（浦川道太郎・藤井俊二(1986)「借家権の譲渡と借家の転貸」水本浩・田尾桃二編『現代借地借家講座 2 借家法』p. 428、三省堂）」。

³⁹⁾ もともと、「戦後、賃借権の無断譲渡又

は転貸を理由とする解除権の制限で先ず切実な問題となったのは、借地の場合よりもむしろ借家の転貸、殊に間貸で、借家人が家主に無断で間貸をしたとき、無断転貸として家主は 612 条により借家契約を解除しうるかであった（来栖、前掲書、p. 354）」とあり、「判例は一部転貸を理由に契約全部の解除が出来る（同）」としていたため社会的な問題であったが、終戦直後の混乱時期の特殊な事例であり、今日では賃借人が返還した借家を賃貸人が改めて貸せばよいだけのことであり、積極的に認める必要がある例はそれほど多くないであろう。

⁴⁰⁾ ただし、賃借人死亡の場合の同居の妻や養子の保護は必要であり、1966（昭和 41）年借家法改正で実現された。

⁴¹⁾ 借地権価格という観念は、日露戦争後東京で生まれ、関東大震災後確立したが、「借地権といった法律上の力が、そのまま金銭取引の対象になるなどといった考え方は、東京方面以外の一般地方民間人の頭の中では、恐らく終戦後の二十七、八年頃までとんでもない危険思想だぐらいに思われていたらしい（花島得二・雉本俊平編(1962)『借地権』p. 196、港出版社。）」

⁴²⁾ 最判昭和 28 年 9 月 25 日民集 980 卷 1 頁は「賃借人が賃貸人の承諾なく第三者をして賃借物の使用収益を為さしめた場合においても、賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信的行為と認めるに足らない特段の事情がある場合においては、同条（引用者注：612 条 2 項）の解除権は発生しないものと解するを相当とする」と判示した。信頼関係破壊の法理は「一見すると、重大な契約違反の場合にのみ解除権を認めるという最近の

議論と通じるところがあるように見えるが、数ヶ月の賃料不払は決して軽微な不履行とは言えない。それでも、解除権を制限する点に、この法理の特徴がある。今日、この法理が当時のままの形で妥当するかどうかは疑問がないわけではない。しかし、少なくとも当時、この考え方は称賛とともに受け入れられていた。そして、以後も長年にわたって、信頼関係破壊法理は不動産賃貸借法を象徴する法理として教えられ続けてきた。これは、占領期民主主義法学の成果であると言えないわけでもない（大村、前掲書、pp. 224-225）。

⁴³⁾ 民法施行法 44 条 1 項では「民法施行前ニ設定シタル地上権ニシテ存続期間ノ定ナキモノニ付キ当事者カ民法第 268 条第 2 項ノ請求ヲ為シタルトキハ裁判所ハ設定ノ時ヨリ 20 年以上民法施行ノ日ヨリ 50 年以下ノ範囲内ニ於テ其存続期間ヲ定ム」、2 項では「地上権者カ民法施行前ヨリ有シタル建物又ハ竹木アルトキハ地上権ハ其建物ノ朽廃又ハ其竹木ノ伐採期ニ至ルマテ存続ス」と規定されていた。

⁴⁴⁾ すでにフランス法に倣った登記法（明治 19 年法律第 1 号）が制定されていたが、登記事項である権利変動は、所有権移転、質入、書入（抵当権の設定）と、裁判所の命令によってなされる差押え、仮差押え、仮処分、収益差押えなどに限定されており、用益物権は対象外であった（拙著（2018）「我が国の不動産登記制度の沿革について—所有者不明土地問題資料—」 pp. 81-82 参照、国土交通政策研究所報第 67 号、<https://www.mlit.go.jp/pri/kikanshi/pdf/2017/67-6.pdf>）

⁴⁵⁾ より正確を期すならば「民法施行の日又は不動産登記法施行の日のいずれか遅い日から起算して一年以内に」とするべきであろう。

⁴⁶⁾ 政府委員として説明を求められた梅博士は、「此法案ノ第一条ニ記載シアルコトニ付イテハ、別ニ反対の理由モアリマセヌ（第 14 回帝国議会衆議院議事速記録第 30 号、明治 33 年 2 月 19 日）」と答弁している。民法制定当時の梅博士の主張を鑑みれば当然の説明である。

⁴⁷⁾ 鈴木禄弥教授は、この法律は民法立法者の誤算を補正するための法律であり、根本的に民法の原則（契約自由の原則）を修正するものではなかったと評している（鈴木禄弥（1980）『借地法 上巻〔改訂版〕』、p. 19、青林書院新社）が、実際は重大な民法の原則の変更であったと言うべきである（同旨、広中俊雄（1987）『物権法〔第二版増補〕』、p. 85、青林書院）。すなわち、はじめに「登記による公示」という不動産物権に関する民法の大原則に変更を加えたのが、建物保護法だったのである。この流れは、その後 1921（大正 10）年の「借家法（建物の引渡が賃貸借の対抗要件）」、1938（昭和 13）年の「農地調整法（農地の引渡が小作権の対抗要件）」に引き継がれる。建物保護法は、まだしも登記による公示という一線を守っていたが、その後の二つの立法は「引渡」という単なる事実行為を対抗要件として認め、登記をいっさい排除してしまった。このことは不動産登記の効力を弱め、信頼性を損ねるといふ弊害をもたらすことになる。

⁴⁸⁾ 高木益太郎は、弁護士、法律新聞社社長であり、後の借地法制定でも独自に法案を

提出するなど大きな役割を果たした。

49) 当初は地震売買から借地人を保護するという目的で第1条が定められていたが、衆議院が附託した委員会における議論で借地人が希望すれば期間の延長が出来るという規定(2条、3条)が追加された。委員会に於ける議論の詳細は不明である(平沼騏一郎政府委員も「委員会の議論の速記が出ていない」と発言している)が、貴族院での平沼騏一郎政府委員の説明からは「ソレカラ次イデ起リマシタ問題ハ、ドウモソレダケデアリマスルト、極メテ短イ期間、例ヘバ一年トカ二年トカ云フ期間デ、立派ナ土蔵造リ等ヲ建テマシテモ、其期間ノ満了ニ依リマシテ直チニ其家屋ヲ取壊シテ立退カナケレバナラヌト云フコトニナルト云フト、大変ニ借地人ガ困ル、此点モ何カ救済ノ途ヲ与ヘナケレバナラヌ、斯ウ云フ理由デ案ガ最初出マシタ(第25回帝国議会(貴)建物保護ニ関スル法律案特別委員会議事速記録第1号、明治42年3月9日)」、「第一ハ借地期間中ニ突然ニ第三者ニ売却シマシテ、其第三者ガ借地人ニ対抗権ノ無キヲ奇貨ト致シマシテ明渡シヲ請求シテ、即チ明渡シ請求ノ名ヲ以テ過当ノ借地料ヲ請求スルカ、或ハ過当ノ地代ヲ請求スルノガ、第一ノ地震売買ノ手段」、「モウツハ借地期間ガ終了シマシタトキ、借地人ノ予期ニ反シマシテ、今申シタ通り矢張り過当ノ地代ヲ請求スルカ、或ハ過当ノ借地料ヲ請求スルカ」、これが(平沼騏一郎政府委員が述べた)第二の地震売買の手段であると伯爵廣澤金次郎議員が説明している(第25回帝国議会貴族院議事速記録第17号、明治42年3月19日)。ここでは本文で述べた2)のケースにつ

いても地震売買であると説明されているが、通常用いられている「地震売買」には含まれないと考えるのが妥当であろう。2条及び3条の規定に関しては、貴族院における審議で民法起草者でもあった富井政章議員から「第二条ヲ置カレタ趣意ハ誠ニ尤モデアルト思フノデアリマス、ドウカシテ地震売買ノ弊害バカリデナク、ソレニ最モ関連シテ居ル所ノ第二ノ弊害ヲモ除クコトニナリタイト思フノデアリマス、多数ノ善良ナル土地所有者ニ迷惑ヲ及ボサナイ限リハ適當ノ方法ヲ設ケテ此弊害ヲモ矯メルト云フコトハ甚ダ望マシイコトデアルト思ヒマス、唯斯クノ如キ従来ノ慣習ニモ反シ甚シキ契約ノ自由ヲ拘束スルヤウナ規定ヲ設ケズトモ何カ他ニ適當ナ方法ハ無イモノデアラウカ、其点ニ於テ政府委員ハ是マデ御研究ニナツタコトガアルヤ否ヤ、衆議院ノ委員会ニ於テ何カ其点ニ就イテ議論ノ有ツタコトハ無イカ、私ハ此法律案ニ対シテ此点ニ甚ダ疑ヲ懷イテ居ルノデアリマス」という疑問や伯爵廣澤金次郎議員からも「借地人ナル当事者ノ一方ノ意思ヲ以テ契約ノ条件ヲ変更スルコトヲ許スト申シマスル随分思切ツタ規定デアアルノデアリマス、併ナガラ委員会ニ於キマシテハ、此二条及三条ノ事ハ、此貸借ニ付キマシテハ、地主及借地人トノ関係ニ付キマシテハ、此外ニモ又余ホド審議熟慮スベキ点ガ沢山アリマスルカラ、今日斯ノ如キ二条三条ノ如キモノヲ茲ニ制定スル必要ハ無イ(第25回帝国議会貴族院議事速記録第17号、明治42年3月19日)」という反対意見が出て、最終的に2条、3条及び附則が削除された法案が可決され衆議院に回付、衆議院では、大岡育造議員が「其修

正シタル箇条ヲ見マスルト所謂地震売買ノ極クヒドイコトハ喰止メ得ラレマスルガ、借地人ノ権利ヲ全ウスルハ不十分ト考ヘラレルノデアリマス、併シ最早日数モナイ今日デアリマスカラ、是ハ貴族院ノ修正ニ同意ヲ表シタイト思ヒマス（第25回帝国議会衆議院議事速記録第23号、明治42年3月21日）」と意見を述べ、成立した。

⁵⁰⁾ 「家屋ノ建築ヲ目的トスルニ拘ハラズ、僅ニ3年乃至5年ノ期間ヲ定メテ、其真ノ趣意ニ適ハザルモノガ多々アルノデアリマス、故ニ其契約ニ拘泥シマスレバ、家屋ヲ建造スルノ目的ニハ合致致サナイノデアリマス」と大木遠吉司法大臣は説明している（第44回帝国議会衆議院議事速記録第7号、大正10年1月28日）。

⁵¹⁾ 第40回帝国議会において貴族院は借地法案特別委員会を設置し2回開催したが審議未了で廃案、第41回帝国議会においても借地法案特別委員会を設置し11回開催したが反対多数で否決された。特に後者の法案には、借地人が木造家屋を建てる契約をしながらそれに反して堅固な建物を建てた場合、地主が遅滞なく異議を述べないときはその契約期間は堅固な建物が朽廃するまで存続するという、成立した大正10年の借地法にはない規定があり、この規定が貴族院で大いに議論され、否決される原因となっていた（これらの法案についての詳細は、三好、前掲論文、pp. 24-26）。なお、建物保護法が制定された翌年の1910（明治43）年第26回帝国議会において衆議院に「借地ニ関スル法律案」が議員（高木益太郎議員他）から提出され借地ニ関スル法律案委員会が4回開催されたが否決。さらに1911（明治

44）年第27回帝国議会において再び衆議院に「借地ニ関スル法律案」が別の議員（鳩山和夫議員他）から提出され（高木益太郎議員他も「東京市ニ関スル借地法案」を提出）、「東京、東京市区改正条例中改正法律案外二件委員会が2回開催された後可決、貴族院に回付されたが会期満了のため審査終了に至らなかった（永代借地権ニ関スル法律案委員会が設置されたが開催されず）。

⁵²⁾ 「1917年に法律取調委員会の手で『借地法』の草案が作られはじめた時には、借地権の存続期間の保障を骨子とする特別法の実現はもはや時間の問題になっていたといっ

てよい（広中（1994）、前掲書、p. 183、有斐閣）。

⁵³⁾ 借家法はこのとき初めて政府から提案された。「同じく都市の問題でも借家問題は新しい問題として登場した。それは、部分的にはたしかに営業用建物の賃借権を賃借人の財産ないし資本の構成部分として保護すべきであるという「市民法」的要請を生み出す問題でもありえたが、しかし圧倒的には、資本制生産の飛躍的發展に伴う大量の人口の都市集中が生み出したところの、労働者・小市民にとっての借家払底・家賃暴騰＝住宅難、家屋明渡訴訟をふくむ借家争議の増加、借家人組合運動という形をとった社会問題として立ち現われたのである（広中（1994）、前掲書、pp. 183-184）。

⁵⁴⁾ なお、このときの借地法の適用範囲は、借地紛争の多い東京、京都、大阪、横浜、神戸の各市等に限定されていた（白石満彦「借地権課税八〇年のあゆみ」p. 223、<https://www.nta.go.jp/about/organization/ntc/kenkyu/ronsou/06/53/ronsou.pdf>）。

全国に適用が拡大されるのは1941(昭和16)年の改正以降である。

⁵⁵⁾ この存続期間については、立法者も明確に答えることは出来ず、「然ラバ如何ナル期間ニ於テスルカト云フコトニ、之ヲ60年ナリ30年ナリニ致シマシタノハ、是モ矢張り相当ノ目分量デアリマス(第44回帝国議会(貴)借地法案外一件特別委員会議事速記録第4号、大正10年3月23日〔山内確三郎政府委員(司法省民事局長(当時))〕)」と答弁している。

⁵⁶⁾ なお、地代家賃統制令は、許可、認可等民間活動に係る規制の整理及び合理化に関する法律(昭和60年法律第102号)25条により設けられた地代家賃統制令24条の2により、1986年(昭和61年)12月31日限りで効力を失った。

⁵⁷⁾ しかし、「地代家賃を統制した結果権利金授受が多く行なわれるようになり、そして全面的に禁止されることになるのである。そしてその禁止が解除される昭和25年以降、土地需要と相俟って、権利金の授受が一般的に慣行化し、その額も高額になって行く(白石、前掲論文、pp.244-245)」という弊害を生むのである(なお、第一次地代家賃統制令、第二次地代家賃統制令(昭和15年勅令第678号)でも権利金は禁止されておらず、全面的に禁止されるのは1946(昭和21)年に第三次地代家賃統制令(昭和21年勅令第443号)が1948(昭和23)年に改正されて以降の約2年間である(同pp.246-247参照))。

⁵⁸⁾ 最も住宅難がひどいのは1939(昭和14)年の横須賀市で、空室率はわずか0.2%であった。また、東京も0.6%と借家市場は非常

に逼迫していた。熊谷憲一政府委員(厚生省社会局長(当時))は、空室率が4~5%であれば住宅の需給バランスがとれると発言している(第76回帝国議会(貴)借地法中改正法律案特別委員会議事速記録第2号、昭和16年2月3日)が、もっとも余裕のある福岡市ですら1939(昭和14)年の空室率は3.27%であった。

⁵⁹⁾ 地代家賃統制令だけでは地代家賃の「闇取引」や宅地・建物の売却等々による貸主の自衛手段をおさえることができず(政府は警察を使って統制の貫徹をはかったが成功しなかったと議会で告白している)、住宅事情は漸次きびしいものとなっていった(広中(1994)、前掲書、p.185)。

⁶⁰⁾ 政府も住宅対策委員会を設置(1940(昭和15)年)し、①住宅営団法の制定(5年間に30万戸の住宅供給(日中戦争前の住宅建設は年間30万戸であった))、②貸家組合法の制定(警察の管内毎に貸家投資家に組合を作り、資金や建築資材の世話をし貸家供給を増やす)、③住宅組合法の活用(自家建築のために組合を作り、そこに低利融資を行う)により住宅供給を促進し、住宅難を解消しようとした(第76回帝国議会(貴)借地法中改正法律案特別委員会議事速記録第2号、昭和16年2月3日〔熊谷憲一政府委員(厚生省社会局長(当時))〕)。

⁶¹⁾ 衆議院における説明では、「借地、借家条件ノ違反一是ハ輕微ノ違反ハ、直チニ正当ノ事由ニナルトハ考ヘラレマセヌシガ、違反ノ場合ニ正当ノ事由ニナルコトガ多クアルダラウト思ヒマス(第76回帝国議会(衆)借地法中改正法律案外一件委員会議録(速記)第4回、昭和16年2月24日〔坂野

千里政府委員(司法省民事局長(当時))の答弁 p. 26」と、⑩のみを正当事由に当たらない場合があり得る要件としていたが、貴族院における説明は変更されている(貴族院における説明の方が妥当であろう)。

⁶²⁾ しかし、長岡隆一郎議員の「隣組、町会から頻りに言われて賃貸人の承諾なく防空壕を造ったような場合は正当事由になるのか」という質問に対し、政府委員(坂野千里司法省民事局長(当時))は「正当ナル事由ニ入ラヌ場合ガ多イデセウネ」と答えており、正当事由を制限する可能性は制定時から認められていたのである(第76回帝国議会(貴)借地法中改正法律案特別委員会議事速記録第5号、昭和16年2月10日)。

⁶³⁾ 甲斐教授も「敗戦後の早々のころ、昭和20年代から25年代ぐらいまでにかけてはほとんど正当の事由が認められる判決は出なかった(第146回国会(参)国土・環境委員会会議録第4号、平成11年12月7日)」と説明している。

⁶⁴⁾ すでに戦時中、大審院が判例変更を行って正当事由の解釈は「賃貸人及賃借人双方ノ利害得失ヲ比較考察スル外尚進ンテ公益上社会上其ノ他各般ノ事情ヲ斟酌シテ決スヘキモノ(大判昭和19年9月18日法律タイムス7号66頁)」であるとした。

⁶⁵⁾ 最判昭和28年9月25日民集7巻9号979頁がリーディングケースとされている。

⁶⁶⁾ 借地法制定後の1935(大正10)年末から翌年にかけて司法省が各地方裁判所を通して行った借地借家法施行の影響に関する調査家結果によると、同法が施行された都市(東京、横浜、京都、大阪、神戸)とも借地契約が減少傾向にあり、地代については

騰貴傾向が見られたという。さらに、東京地方においては「権利金を徴するもの少からず生ずるに至った」ということであり(白石、前掲論文、p. 240参照)、これは、大正10年の借地法制定後、借地権価格が東京で確立していく過程を示している。なお、東京では借地法制定以前から借地権の兆しが見られることについては、借地法・借家法制定時の帝国議会において、山内政府委員(司法省民事局長(当時))が「此ノ権利金ト云フノハ結局其地上権、賃借権ヲ持ツニ付テノ利益金タロウト思フ(第44回帝国議会(貴)借地法案外一件委員会議事速記録第5号、大正10年3月24日)」と述べていること、1927(昭和2)年の法律新聞にも、弁護士で後に司法大臣になった鈴木喜三郎氏が「…借地法実施後の土地所有者は此点(引用者注：借地権の価値が高額になっていること)に着眼すること甚敷周到となりまして、借地権なる強大な権利を設定するに際しましては、賃貸借上から生じます賃料のみを受領したのでは満足しませんで、必ずや相当の権利金を受領する傾向を生じて来たのであります。借地法施行前に於ても権利金を受授する例はありましたらうが、それは極く僅少で(白石、前掲論文、p. 241)」あると述べていることから明らかである。

⁶⁷⁾ 例えば、借地権者から借地権の更新請求があれば賃貸人である土地所有者の意思に関わりなく更新を認めることは財産権の侵害に当たるとはならないかと土地所有者が訴えた裁判において、最高裁は「他人の土地を宅地として使用する必要のある者が圧倒的に多く、しかも宅地の不足が甚しい現状において、借地権者を保護するため……の借

地法4条1項の規定により、土地所有者の権能に制限を加えることは、公共の福祉の観点から是認される(最大判昭和37年6月6日民集16巻7号1265頁)」としたが、当時ですら、「この判例の理論を肯定しても、更新請求—更新拒絶制限の利益を享受する借地人には、この判例の想定するような借地上建物を生活の本拠とする小市民的借地人のみでなく、資本家的借地人ないし借地上建物を賃貸して家賃を収取する家主=借地人も含まれている……。それゆえ、かかる借地人の資本の維持ないし家賃収取権の保障のために貸地人の土地所有権を制限することが、憲法の財産権の保障に反しないかの問題は、なお残っている(注釈民法(15)、前掲書、pp.300-301〔鈴木禄弥])」と批判されていた。この判旨が前提としている事実は、現在ではすでに現実にそぐわないものとなっていることは明らかである。現在の借地借家法は適用範囲が広すぎて憲法29条に違反している可能性がある。これを是正するためには、借地借家法で保護する借地人・借家人の範囲を限定する方向での改正を行うのも一案であると考えられる。なお、借地借家法制定前の1985(昭和60)年11月に法務省民事局参事官室がとりまとめた「借地・借家法改正に関する問題点」及び同参事官室が1989(平成元)年3月に作成した「借地法・借家法改正要綱試案」には、「非居住用建物の賃貸借における正当事由制度の適用除外」が含まれていたが最終的には実現に至らなかった。しかし、このような規定は将来的に必要となると考えられる。

⁶⁸⁾ 第121回国会(衆)法務委員会議録第3号、平成3年9月6日における清水湛政府委員

(法務省民事局長(当時))の答弁によると「借地の供給の減少の背景には住宅金融制度あるいは国の基本的な土地政策、その他もろもろの要因があるかと思いますが、一つの原因として指摘されておりますところは、借地法の規制が非常に硬直化して」いることであり、「それが一因であることは否定しがたい」としている。

⁶⁹⁾ 筆者の知人(弁護士)は、借地借家法制定前にアメリカに留学する際自宅を賃貸したが、2年後戻ってきたときに借家人に居座られないよう自分の荷物を大量に押し込んだ部屋を一つつくって渡米中も自宅の占有を主張し続けたそうである(幸い約束通り返してもらえたらしい)。

⁷⁰⁾ 例えば、サブリース問題において、前者の立場であれば、サブリースを賃貸借と捉え、借家人であるサブリース会社を保護することに特段の違和感を持たないであろうが、後者のように借家法は社会的立法であるという立場からは実質的に弱者である貸主(土地所有者)ではなく社会的強者であるサブリース会社を有利にする解釈は認めづらく、サブリースの賃料保証に借地借家法32条を適用することに躊躇せざるを得ない。

⁷¹⁾ 法務省民事局では、平成7年6月に借地借家等に関する研究会を設置し、定期借家権の問題を中心に検討をしていた。平成9年6月に、中間的な検討状況を「借家制度等に関する論点」として公表し意見照会を行い、同年12月に意見照会の結果を公表した。さらに、平成10年2月に法務大臣の諮問機関であります法制審議会民法部会に借地借家法小委員会を設置し、定期借家権の問題を主題とする検討を開始していたが、

定期借家権の導入を内容とする借地借家法の一部改正法案が議員提案により国会に提出される動きが具体化したことを受け、法務省における検討作業は休止したとのことである（第146回国会(参)国土・環境委員会会議録第4号、平成11年12月7日〔小池信行政府参考人(法務省大臣官房審議官(当時))発言参照〕)。

⁷²⁾ 平沼騏一郎政府委員（司法省民刑局長(当時)）は、「……賃借権ノ20年ト申シマスルノハ、民法ニ拠ッテ定メラレテ居リマス最高ノ限度デアリマスルノデ、仮令石造デゴザイマシテモ、煉瓦造其他堅牢ノ家屋デゴザイマシテモ、此賃借権ニヨリマシテ建設ヲ致シマシタ場合ニハ20年ヲ越エルコトハ出来ナイノデアリマス、ソレデゴザイマスルカラ、若シ100年モ200年モ続キマスヤウナ堅牢ナ建物ヲ建テマスニハ、地上権ニヨリマシテ建設イタス外ハ無イコトニナラウト思ヒマス（第25回帝国議院貴族院議事速記録第8号、明治42年2月22日）」と答弁しているが、土地所有者が地上権を設定することは稀であったのは言うまでもない。だからこそ、衆議院から貴族院へ回付された建物保護法案には契約更新を認める条文が加えられていたのである（法案の2条3項により不完全ではあったが）。このときは貴族院により削除されたが、その後政府が借地法・借家法を制定し、賃貸借契約の契約更新に関する規定を設けざるを得なくなるのは必然であった。

⁷³⁾ 「正当の事由につきましては、そういうわけで、敗戦後の早々のころ、昭和20年代から25年代ぐらいまでにかけてはほとんど正当の事由が認められる判決は出な

かつたわけです。……こういう推移をしてきたわけでありませうけれども、大体昭和30年くらいを過渡期といたしまして、いわゆる絶対的な住宅難が解決されるに従って正当の事由を認める判決がふえてまいります。特に、……立ち退き料というものが判例上認められるようになりました。……最初の最高裁判所の判決は、……昭和38年の判決

（引用者注：最判昭和38年3月1日民集17巻2号290頁）だとされております。下級裁判所の判決にはそれよりも早い時期から立ち退き料というものを認める判決が出ておりますけれども、これが認められるようになりました。立ち退き料だけではなくて、もう一つ代替家屋、借家人に今の家を出てもらうかわりに別な家を提供するからそこに住んでくれという代替家屋の提供の例も随分出てまいりました。家主の方からこういう立ち退き料や代替家屋の申し出をしますと正当の事由が認められやすくなる、認められやすくなるといえますか、むしろそれがなければ、正当の事由が足りないところを立ち退き料によって補完する、補強する。補強的ファクターとしてこの立ち退き料というものが判例上大きな機能を果たすようになりまして、そのころから家主の正当の事由を認める判例がふえてまいります（第146回国会(参)国土・環境委員会会議録第4号、平成11年12月7日〔甲斐道太郎教授、傍点は引用者〕）と正当事由が認められる要件が判例・学説によって整備されていったが、土地所有者にとっては終戦直後の正当事由を認めない判例の印象が強すぎたのではないかと思料される。

⁷⁴⁾ 瀬川教授は、地価が上昇したため地代利

回りが低下し、その結果特に地価が上昇した都心部における借地供給が減少したとする（瀬川信久(1995)「都市の成長と借地」、法社会学 = The sociology of law 47号、p. 170)が、どちらも借地供給減少の原因になりうると考えられる。

⁷⁵⁾ 原田純孝教授は、「営業用借家と住宅用借家の場合は、欧米諸国では法制度が、これはもう本当に欧米諸国一般ですが、法制度が異なるのが通常です。ドイツもイギリスもフランスもアメリカも住宅と営業用とは区別して制度をとってきております(第146回国会(参)国土・環境委員会会議録第4号、平成11年12月7日)」、甲斐道太郎教授も「貸しビルその他、相当大企業も借家人であるケースもあるわけですから借家人全体が弱者であるということは言えません(同)」と国会で説明している。もっとも、原田教授は同時に「立ち退き料がより頻繁に発生し、かつ高額の立ち退き料の支払いが家主の側から提供されるのは、多くは、それも圧倒的に多くはとっていいと思いますが、営業用借家の場合です。そして、諸外国の例の中でも、例えばフランス、イギリスなどでは営業用借家については当事者はかなりの契約自由を持ちます。そして、期間満了時に家主は明け渡しを請求することができます。しかし、明け渡しを請求するときには、営業財産を含めた、場合によっては賃借権の価値も含めた営業財産の立ち退き補償を払うということが法律上の義務になっているわけです(同)」とも述べているが、これらについては、最初から立退料を支払うことが法律上明確に示されているのだから、法律と契約の自由の範囲内で貸主と借主が納得で

きる賃貸借契約を結ぶことになると考えられる。なお、注67)にあるように「借地法・借家法改正要綱試案」では、「非居住用建物の賃貸借における正当事由制度の適用除外」が検討されていた。

⁷⁶⁾ ただし、帝国議会以来司法省、法務省の答弁では、借地法・借家法を借地人・借家人の保護をするための法律であると答えるよりもどちらかという貸主、借主の権利関係の調整を図るための法律であることを前面に出していることの方が多く印象を受ける。しかし、帝国議会議員から現在の国會議員に至るまで、借地借家法は社会法であることを前提に議論を行っている。

⁷⁷⁾ 営業用借家(特に大企業向け)、専有面積が極端に大きい居住用借家の借地借家法適用除外などが考えられる。特に、前者はサブリース問題の解決に資すると考えられる。

⁷⁸⁾ なお、借地については一概に弱者保護だけを目的とする法律ではなく、従来の市民法的要素がある(借地人による投下資本の回収)ため、ここでは論じない。しかし例えば事業用借地権(借地借家法24条)については、借地人が大企業である場合適用から除外し、両当事者間でより自由で経済的合理性のある契約を締結できるようにすべきであろう。

⁷⁹⁾ 2022(令和4)年9月12日法制審において諮問第124号が発令された。

⁸⁰⁾ 筆者は昨年マンション建替問題について小稿を公表した。拙著(2022)「老朽化したマンションの建替えについての考察」

Urban Study Vol.73、

https://www.minto.or.jp/print/urbanstudy/pdf/u73_01.pdf。

⁸¹⁾ 部会資料2で示された【B-2】案以外の案は、下記の通りである。

【A案】は、多数決の割合を、区分所有者及び議決権の各4分の3又は3分の2以上に単純に引き下げる。

【B-1案】一定の年数を経過した場合には、多数決の割合を区分所有者及び議決権の各4分の3又は3分の2以上に引き下げる。

【B-3案】区分所有建物が政令で指定された災害により大規模一部滅失をした場合には、多数決の割合を3分の2以上に引き下げる。

【C案】 【A案】及び【B案】とは別に、区分所有者全員の合意により、多数決の割合を4分の3又は3分の2以上に減ずることができるものとする。

⁸²⁾ 拙著(2022)、前掲注80)、p. 12以下参照。

⁸³⁾ 本文のようにしないと、特定要除却認定についてはマンション建替え法、建替え決議については区分所有法、それ以降の建替え事業については再びマンション建替え法と法制度上非常に複雑な状況が生じることになる。

⁸⁴⁾ あくまで事業法上の手続及び枠組みの中で借家権が消滅するものとなるため、私人間の契約関係である借地借家法 28 条に基づく他の賃貸アパートなどの建物賃貸借契約の更新拒絶等に係る正当事由とはなんら関係がない(国土交通省(2022改訂)「マンション敷地売却ガイドライン」p. 71 参照)。

⁸⁵⁾ マンション建替えの阻害要因の一番目は事業性が低いため建替え決議要件を満たせないことであったが、事業性の低さはマンション建替えの入り口の問題である。マンション建替えにとって真に障害となるのは、事業性があり、建替え決議要件を満たし

ているにもかかわらず建替え事業を阻害する要因の方である。

⁸⁶⁾ ただし、賃貸人が建替えに反対しているときはB案、C案では賃借権は消滅しない可能性はあるが、このようなことのないように、A案を採用し、賃貸人や賃借人の意思にかかわらず建替え決議で賃貸借の終了時期を定められるようにすべきである。また賃貸人は区分所有法63条5項に基づき売渡し請求をされることになる。

⁸⁷⁾ 「公益性については、耐震診断をした結果、耐震性が足りない危ないマンション、これは、住んでおられる方だけではなくて周りにも危ないということでございますので、この公益と引きかえにボーナスを出すという仕組み(第186回国会(衆)国土交通委員会議録第17号(平成26年5月21日)井上俊之政府参考人(国土交通省住宅局長(当時)))」であると要除却認定マンションの容積率割り増しの公益性は説明されている。

⁸⁸⁾ 部会資料4には、さらに「建替え決議後に締結された賃貸借については、定められた終了時期の到来によって終了するものとし、終了時期よりも後に締結された賃貸借については無効とするものとする規律を設けることも考えられる」とあるが、紛争予防の観点から、これも当然であろう。

⁸⁹⁾ なお、拙著(2022)、前掲注80)、p. 13では「マンション管理者等の申請だけに限らず、特定行政庁の自主的な判断に基づき、当該マンションが同法102条2項1号から3号の要件のいずれかに該当すると認定できる場合はその旨を当該マンションの管理者等に通知できることとし」た。しかし、この制度は特定行政庁が建替えを勧告するもの

ではなく、単に当該マンションが建替え要件の引き下げに該当することを通知するだけの制度であり、建替えを行うか否かは区分所有者の判断に委ねられている（同法旧110条に定められていた改善命令のような強制力のある規定はない）。よって、特定行政庁は廃止された「建替え勧告制度（同法旧102条1項）」で求められていた代替建築物の提供又はあつせん（同法旧103条）を法的な義務として行う必要はなく、法律上は本文で述べた要除却認定マンション制度と

同程度の賃借人対策で十分であるとする。あまりに厳格に法律で規定すると、建替え勧告制度のように全く活用されない制度になってしまうおそれがある（【参考】旧マンション建替え法の建替え勧告制度及び現行マンション建替え法の要除却認定マンション制度における賃借人対策を参照）。ただし、地方公共団体は「マンションの建替え等の円滑化に関する基本的な方針」に則り、より積極的に借家人等の居住の安定を図ることが望まれる。

【参考】旧マンション建替え法の建替え勧告制度及び現行マンション建替え法の要除却認定マンション制度における賃借人対策

都市研究センター

福田充孝

マンション建替え法には、マンションの建替えを促進するために制定当初から建替え勧告制度（旧 102 条 1 項）が定められていたが、現在では廃止されその代わりに（特定）要除却認定マンション制度が定められている。ここではその変遷の理由と制度の概要及びマンション建替えに当たり賃借権（借家権）者への対応が重要であり、立法上いかに工夫してきたかについて述べることにする。

1 旧マンション建替え法における建替え勧告制度における賃借人への対応

では、賃借人保護のためにマンション建替え法はどのような規定を置いていたかについてみることにする。

1-1 建替え勧告制度の概要と賃借人対応

最初に説明するのは、2002（平成 14）年制定当初のマンション建替え法で定められていた建替え勧告制度（2014（平成 26）年の改正で削除されている）で、この制度は、市町村長が危険・有害であると判断したマンションについて建替え勧告を行うというものである（旧 102 条 1 項）。

また、建替え勧告制度においては、当該勧告を受けたマンションに居住する賃借人に対して、賃貸人（当該マンションの区分所有

者）が賃貸借契約の更新拒絶や解約申入れをする場合に借地借家法の「正当事由」を適用しないという規定があった（旧 124 条）ため、賃貸借契約の解除が容易になっていた。その代替措置として、地方公共団体に賃借人等が代替住宅に入居出来るようにする責任を負わせていた。

建替え勧告制度の概要は、以下のようのものである。

- ① 一定の基準に該当する保安上危険又は衛生上有害なマンションが対象。
- ② 市町村長がマンション管理組合に対して建替えの勧告を行うことができる（同法旧 102 条 1 項）。

市町村長が建替え勧告を行った場合、

- ③ 勧告マンションの賃借人は、市町村長に対し、当該勧告マンションに代わるべき建築物又はその部分（代替建築物）の提供又はあつせんを要請することができる（同法旧 103 条 1 項）、

- ④ 勧告マンションの賃貸人は、賃借人の利用に供すべき代替建築物を提供し、又はあつせんすることが困難であるときは、市町村長に対し、当該代替建築物の提供又はあつせんを要請することができる（同法旧 103 条 2 項）、

- ⑤ 賃貸人は賃借人に意見を求めて、当該住戸賃借人の居住の安定の確保及び

当該勧告マンションの建替えに関する計画（賃借人居住安定計画）を作成し、市町村長の認定を申請することができる（同法旧 104 条 1 項）、

- ⑥ 勧告マンション建替実施者は、建替えに伴い転出区分所有者となる者がいるときは、当該転出区分所有者の居住の安定の確保及び当該勧告マンションの建替えに関する計画（転出区分所有者居住安定計画）を作成し、市町村長の認定を申請することができる（同法旧 112 条 1 項）、
- ⑦ 市町村長の認定（旧 104 条 1 項）を受けた者（認定賃貸人〔同法旧 107 条 1 項〕）が認定賃貸人¹⁾に対し認定賃貸住戸²⁾について賃貸借の更新拒絶の通知や解約の申入れをする場合は、正当事由の規定（借地借家法 26 条 2 項、同法 28 条）は適用されない³⁾（マンション管理法旧 124 条 1 項、2 項）、
- ⑧ 市町村長は、認定賃貸人等が勧告マンションの建替えを行っていないと認めるときは、当該認定賃貸人等に対し、相当の期限を定めて、その改善に必要な措置を講ずべきことを命ずることができる。ただし、勧告マンションの建替えを行うべき旨の命令は、当該勧告マンションから認定賃貸人がすべて移転した場合に限り、することができる（同法旧 110 条）。

このように勧告マンションの区分所有者等に建替えを強制することができる非常に強力な制度であった。

しかし、この建替え勧告制度は利用されることがなく、2014（平成 26）年のマンシ

ョン建替え法改正の際に廃止された。

建替え勧告制度が利用されなかった理由は、

- 1) 市町村の負担が大きい、
- 2) 保安上危険又は衛生上有害の基準が複雑、
- 3) 2002（平成 14 年）のマンション建替え法制定以降一度も利用されていないし、市町村にも利用する意向がない（第 186 回国会（衆）国土交通委員会議録第 17 号、2014（平成 26）年 5 月 21 日における高木毅国土交通副大臣発言参照）、

ことである。要するに市町村の負担が大きすぎて、積極的に利用できる制度ではなかったのである（賃貸人や勧告マンション建替実施者の負担も同様に大きかった）。

1-2 建替え勧告制度における賃借人への対応

建替え勧告制度は、「市町村が建てかえを促す制度であるために、区分所有者及び借家人という権利者に対して、代替住居の入居保証の責任を市町村が負う（同発言）」というものであり、市町村が自主的に勧告を出すという点に重きを置き、市町村に過大な負担を課していた。即ち、賃借人等の居住安定の確保等に関する措置として、市町村には以下のような措置が義務づけられていた。

- ① 認定賃貸人等の申出による公営住宅等への入居（同法旧 117 条、旧 118 条）、
- ② 認定賃貸人等の申出による特定公共賃貸住宅への入居（同法旧 117 条、旧 119 条）、
- ③ 認定賃貸人等の申出による高齢者向け

公共賃貸住宅への入居（同法旧 117 条、旧 120 条）、

- ④ 認定賃借人等の申出による市町村借上住宅への入居(同法旧 117 条、旧 121 条)、
- ⑤ ①～④で入居した住宅の家賃が従前借家の家賃より高い場合は家賃減額（同法旧 117 条～旧 121 条）、
- ⑥ 認定賃貸人が認定賃借人に支払う移転料の全額又は一部の補助（同法旧 123 条）、本来私人である区分所有者間の利害関係の調整を行うための定めである区分所有法の建替え決議を強制する建替え勧告制度は、このように市町村の経済的負担が極めて大きくなるおそれのある制度であった。

しかし当時は、借地借家法で強かに保護されている借家人等の居住に関する権利を失わせるためには、これだけの代替措置が必要であると考えられていたのである。

1-3 建替えを勧告する条件

ここで注目すべきは、建替えを勧告する条件である。

- ① 構造又は設備が著しく不良であるため居住の用に供することが著しく不適当なものとして国土交通省令で定める基準に該当する住戸が相当数ある、
- ② 保安上危険又は衛生上有害な状況にあること、

この二つの要件が認められるマンションに対してのみ市町村長は建替えを勧告することができた（同法旧 102 条 1 項）。

この二つの要件は、マンションの居住者のみに関係する要件であると考えられる。

②の保安上危険というのは周辺住民や通行人にとっても危険であることを含んでいる

可能性があるが、実際には当時はほとんど考慮されていなかったと考えてよい。

このことは、実際に定められた基準を見ると明らかである。「保安上危険又は衛生上有害な状況にあるマンションの基準」は「住宅地区改良法 4 条 1 項に規定する改良地区の指定基準が、不良住宅 50 戸以上かつ 8 割以上をその要件としていること、区分所有法に基づく建替え決議が 8 割以上の賛成を要件としていることとの整合性を考慮して、その判定基準を、①マンションにおける居住不相当住戸の戸数が 50 戸以上であること、②マンション内の住戸の数に対する居住不相当住戸の戸数の割合が 8 割以上であること、と定めた（長谷川洋(2003)「マンション建替え円滑化法に基づく建替え勧告制度に係る省令基準案の作成」

<http://www.nilim.go.jp/lab/bcg/siryou/2003annual/annual14-05.pdf>）」とされている。

また、「居住不相当住戸は、①構造の安全性の程度、②構造等の劣化又は破損の程度、③防火上又は避難上の構造の程度、から評価することとした。①については、『耐震性能』を評価し、②については、『床版・屋根版・基礎・柱・梁又は耐力壁等の鉄筋腐食、たわみや変形等』『仕上げ材料の損傷・剥落』『屋根・外壁・床版等からの雨水のしみだしや漏水』等を評価することとした。③については、『外壁・屋根の構造』『開口部・各戸の界壁・小屋裏隔壁等の防火性能』『廊下・階段等の避難設備』等について評価することとした。各評価項目に評点を設け、その合計点数が 100 点を超える住戸を居住不相当住戸とした（同）」のであり、これらの基準は

基本的に区分所有者にのみ関連する項目のみから成り立っていた（周辺への影響については全く考慮されていないことに注意が必要である）。

2 要除却認定マンション及びマンション敷地売却制度の創設等

2-1 要除却認定マンション

2011(平成23)年の東日本大震災により、マンションの耐震性向上がより強く求められるようになった。そこで、マンション建替え法を改正し、利用実績のない建替え勧告制度を廃止する代わりに、要除却認定マンションのマンション敷地売却制度⁴⁾を導入した(2014(平成26)年)。

これは、耐震診断が行われたマンションの管理者等の申請により、耐震性不足を理由に特定行政庁から特定要除却認定を受け(同法102条1項、2項)、この特定要除却マンションについては、

- ① マンションの建替えの際に容積率の緩和特例の適用対象となる(同法105条1項)、
 - ② 当該マンションの区分所有者等の5分の4以上の同意により、当該マンション及びその敷地を売却することができる(マンション敷地売却制度(同法108条))、
- というものである。

特に、容積率の特例制度は「公益性については、耐震診断をした結果、耐震性が足りない危ないマンション、これは、住んでおられる方だけではなくて周りにも危ないということでございますので、この公益と引きかえにボーナスを出すという仕組み(第186

回国会(衆)国土交通委員会議録第17号、平成26年5月21日〔井上俊之政府参考人(国土交通省住宅局長(当時))〕」であるとされており、建替え勧告制度とは異なり、周辺の安全確保という公益性・公共性のためのボーナスであることが明示的に示されている点に注意する必要がある。

2-2 特定要除却認定マンション

2020(令和2)年に制定された「マンションの管理の適正化の推進に関する法律及びマンションの建替え等の円滑化に関する法律の一部を改正する法律(令和2年法律第62号)」により、旧102条2項が改正され、従来から存在する要件である

- ① 当該申請に係るマンションが地震に対する安全性に係る建築基準法又はこれに基づく命令若しくは条例の規定に準ずるものとして国土交通大臣が定める基準に適合していないと認められるとき(マンション建替え法102条2項1号)、
に加え、新たに
- ② 当該申請に係るマンションが火災に対する安全性に係る建築基準法又はこれに基づく命令若しくは条例の規定に準ずるものとして国土交通大臣が定める基準に適合していないと認められるとき(同項2号)、
- ③ 当該申請に係るマンションが外壁、外装材その他これらに類する建物の部分…が剥離し、落下することにより周辺に危害を生ずるおそれがあるものとして国土交通大臣が定める基準に該当すると認められるとき(同項3号)、
- ④ 当該申請に係るマンションが給水、排

水その他の配管設備（その改修に関する工事を行うことが著しく困難なものとして国土交通省令で定めるものに限る。）の損傷、腐食その他の劣化により著しく衛生上有害となるおそれがあるものとして国土交通大臣が定める基準に該当すると認められるとき（同項4号）、

- ⑤ 当該申請に係るマンションが高齢者、障害者等の移動等の円滑化の促進に関する法律（平成18年法律第91号）第14条第5項に規定する建築物移動等円滑化基準に準ずるものとして国土交通大臣が定める基準に適合していないと認められるとき（同項5号）、
- が追加された（2021（令和3）年12月20日施行）。

特定要除却認定マンション制度は、マンション管理者等の申請により、特定行政庁（建築基準法（昭和25年法律第201号）2条35号）が、当該マンションが地震に対する安全性に係る建築基準法等に適合していないと認めるときはその旨の認定をする（マンション建替え法102条2項、1号から3号までの認定を受けたマンションを「特定要除却認定マンション（同法106条）」というもので（同法102条2項4号または5号により認定を受けたマンションは従来どおり「要除却認定マンション」という。）、特定要除却認定マンションを建て替える場合は

- ① 容積率の緩和特例（同法105条）、
- ② マンション敷地売却事業（同法108条～）
- に加え、新たに
- ③ 団地における敷地分割事業（同法115条の4～）

の適用対象とされることになった。

特定要除却認定マンションと要除却認定マンションの違いは、その認定理由に基づく（図表1参照）。マンション建替え法102条2項1号から3号までは、耐震性の不足（同項1号）、火災に対する安全性の不足（同項2号）、外壁等の剥落により周辺に危害を生ずるおそれ（同項3号）というように、マンション内部にとどまらず周辺の安全性に支障を与えるような要因である。それに対し、4号及び5号は、給排水管の腐食等により著しく衛生上有害となるおそれ（同項4号）やバリアフリー基準への不適合（同項5号）というように区分所有者間で話し合いさえすれば解決する問題であり外部不経済は発生しない。このような違いにより、前者については建替えの必要性がより大きく、当該マンションの建替えが遅れた結果地震や火災により被害が生じた場合マンション住民にとどまらず周辺一帯にまで悪影響を及ぼすため、このようなマンションの建替えは公共・公益性が極めて高い。それゆえ、マンション建替え法も特定要除却認定マンションには、現行の要除却認定マンションの「容積率割増し（同法105条）」に加え、マンション敷地売却事業（同法108条～）及び団地における敷地分割事業（同法115条の4～）という特例を与えて建替えを促進しようとしているのである。

ここで注目すべきは、3号の「マンションが外壁、外装材その他これらに類する建物の部分……が剥離し、落下することにより周辺に危害を生ずるおそれがあるものとして国土交通大臣が定める基準に該当すると認められるとき（傍点は引用者）」であり、

ここで初めて法文上明確にマンション建替え促進の根拠に、「周辺に危害を生ずるおそれ」、すなわち外部不経済の観点に加えられたことである。また、同項1号及び2号の要件についても明文では定められていないが、区分所有者の安全だけでなく、周辺の住、通行人や建物にも危害を生ずるおそれがあるという観点からの規定であると解すべきである。

このように、同法2項1号から3号のいずれかに該当するマンション（特定要除却認定マンション）は、当該マンションに居住する住民等だけでなく、周辺の住民等の生命・身体等に危害を及ぼすおそれがあり、当該マンションの建替えを行うことは公共・公益に資すると考えられ、その検討を早急に行う必要性が大きいと考えられるため、上記三つの優遇措置が与えられているのである。

除却の必要性に係る認定 <small>【法102条】</small>		容積率緩和の特例 <small>【法105条】</small>	マンション敷地売却事業 <small>【法108条～】</small>	団地における敷地分割事業 <small>【法115条の4～】</small>
特定要除却認定	耐震性の不足 <small>【法102条2項1号】</small>	○	○	○
	火災に対する安全性の不足 <small>【法102条2項2号】</small>	○	○	○
	外壁等の剥落により周辺に危害を生ずるおそれ <small>【法102条2項3号】</small>	○	○	○
給排水管の腐食等により著しく衛生上有害となるおそれ <small>【法102条2項4号】</small>		○	—	—
バリアフリー基準への不適合 <small>【法102条2項5号】</small>		○	—	—

※ 赤字が拡充・新設

図表1 要除却認定の種類と適用される制度の関係

出典：国土交通省「マンション建替円滑化法の改正概要」

<https://www.mlit.go.jp/jutakukentiku/house/content/001404906.pdf>

2-3 マンション敷地売却制度における賃借人への対応

特定要除却認定マンションについてマンション敷地売却制度が活用される場合、分配金取得計画（同法142条1項）において借家人が有する賃借権とその価額について定めなければならない（同項4号）。その価額の算定に当たっては、マンション敷地売却

組合の認可（同法120条1項）の公告（同法123条1項）の日における近傍同種の建築物に関する賃借権の取引価格その他の当該価額の算定の基礎となる事項を考慮して定められる（同法143条2項）こととされており、また物件の移転料、物件が移転困難な場合等の物件の正常な取引価格、営業廃止の補償、営業休止の補償、仮営業の補償、

営業規模縮小の補償、借家人に対する補償等、明渡しにより通常受ける損失について補償（同条3項、令67条2項）についても借家人に支払われることになる。当該借家権は、分配金取得計画に定められた権利消滅期日において消滅する⁵⁾（同法149条1項）こととされている点に注意すべきである。

また、「マンションの建替え等の円滑化に関する基本的な方針（平成26年12月10日国土交通省告示第1137号）」において、「地方公共団体は、高齢の区分所有者や借家権者など住宅の確保に特に配慮を要する者の居住の安定のため、地域の実情を踏まえつつ、公営住宅等の公共賃貸住宅の活用、都市再生住宅制度の活用、住宅確保要配慮者に対する賃貸住宅の供給の促進に関する法律（平成19年法律第112号）第51条第1項に規定する住宅確保要配慮者居住支援協議会の活用、高齢者等を対象とした家賃債務保証の活用その他の多様な支援に努めることとする」とされている。

2-4 団地における敷地分割事業における 賃借人への対応

1) 認定賃借人居住安定計画（同法106条1項）に係る計画賃借人（同法108条）。
2) 認定賃借人居住安定計画に定められた計画賃貸住戸（同法118条2項）。
3) （賃貸借契約の更新拒絶等）
第124条 認定賃貸人が認定賃借人に対し認定賃貸住戸について賃貸借の更新の拒絶の通知（条件を変更しなければ更新をしない旨の通知を除く。）をする場合においては、借地借家法（平成3年法律第90号）第26条第2項及び第28条の規定は、

なお、③の団地における敷地分割事業が行われたとき、分割後の敷地において、従来のマンション建替え事業が行われる場合とマンション敷地売却事業が行われる場合の二つの選択肢がある。前者については、借家権の消滅につき特段の規定はなく、そして、後者については、分配金取得計画が策定され、借家権の補償額が定められ、計画で定められた権利消滅期日において当該借家権は消滅する（同法149条1項）ことになる。

なお、本稿のうち意見に係る部分は筆者個人の見解であり、筆者の所属する組織としての見解を示したものではない。

引用したwebの最終確認日は、全て2023（令和5）年1月23日である。

適用しない。

2) 認定賃貸人が認定賃借人に対し認定賃貸住戸について賃貸借の解約の申入れをする場合においては、借地借家法第27条第2項及び第28条の規定は、適用しない。

⁴⁾ 2014（平成26）年にマンション建替え法が改正されマンション敷地売却制度が導入（同法116条）されたが、そのとき本制度の対象となるのは耐震性に問題がある「要除却認定マンション」であった（同法102条1項）。さらに、2020（令和2）年に

も改正が行われ、このとき「特定要除却認定マンション」が導入され、耐震性に問題のあるマンション（同法102条2項1号）、火災に対する安全性に問題のあるマンション（同項2号）、外壁等の剥離による危険性のあるマンション（同項3号）が対象となり、従来の「要除却認定マンシヨ

ン」は、漏水等による衛生上の問題があるマンション（同項4号）、バリアフリー上問題のあるマンション（同項5号）を対象とするように改められた。

⁵⁾ 借家権者については、買受計画（同法109条1項）に定められる代替建築物提供等計画（同条2項4号）の対象となる。