

# 不動産流通経営協会研究助成金による研究成果報告書

不動産流通経営協会から 2015 年度の研究助成金の交付を受け、定期借地権マンションの法的諸問題を研究した結果、以下のような成果を上げることができました。ここにご報告申し上げますとともに、感謝の意を表します。

## 定期借地権マンションをめぐる法的諸問題

主査：藤井俊二（創価大学法科大学院教授）

共同研究者：大野武（明治学院大学法学部教授）

齊藤広子（横浜市立大学国際総合科学部教授）

### 第一編 定期借地権マンションの法律論に関する総論的考察

#### I はじめに

わが国の借地制度は、比較法的に見て特異なものであることは、周知の通りである。すなわち、不動産法制において土地と建物を別個独立の不動産としていることが特異なのである（民法 370 条）。

欧米諸国の不動産法制では土地と建物を一体化する法制度をとっている。例えば、ドイツでは、建物は土地の本質的構成部分であると規定されている（ドイツ民法 94 条）。すなわち、建物は土地に付合するから、土地所有権が建物にも及ぶことになる（フランスにおいても、土地・建物は一体とする不動産観念は自明のものであるとされる<sup>(1)</sup>。したがって、建物を建てるために他人の所有する土地を利用するためには、物権である地上権（Erbbaurecht）を設定し、建物をこの地上権に付合させることによって土地から建物を分離させなければならない（ドイツ地上権法 Erbbaurechtgesetz 12 条 1 項）<sup>(2)</sup>。債権的な土地利用権である賃借権による借地は考えられないのである。そして、地上権の存続期間が満了して、地上権が消滅したときは、わが国の借地権者に当たる地上権者は建物を収去する権利を有せず（ドイツ地上権法 34 条<sup>(3)</sup>）、建物は自動的に土地の本質的構成部分となって、土地所有者の所有権が及ぶものとなるのである（ドイツ地上権法 12 条 3 項）。すなわち、わが国のように借地権消滅後において借地上の建物をどのように処理するかという問題は生じないのである。

---

(1) 稲本洋之助『借地制度の再検討』（日本評論社、1986 年）147 頁注(5)及び 243 頁以下参照

(2) Baur/ Stürmer, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, S.385.

(3) Baur/ Stürmer, a.a.O. S.388.

これに対して、わが国では、土地と建物を別個独立の不動産としたために建物所有を目的として他人の所有する土地を利用するために債権である賃借権を用いることができることとなっている。そのために、借地権の譲渡・転貸について解決困難な問題が生じることになる。とりわけ、借地権が賃借権である場合には、その譲渡・転貸には貸借人の承諾を要し、承諾がない場合には、賃貸借契約が解除され、敷地利用権のない区分所有建物の専有部分が生じるおそれがあるからである<sup>(4)</sup>。

さらに、土地と建物を別個独立の不動産としているために、土地所有者の所有権は建物に及ばないから、借地権の終了時には、それが地上権であっても、賃借権であっても、借地権者は土地の利用権限なしに土地を占有していることになり、つまり土地を不法占拠していることになるのであるから、建物を収去して明渡しをしなければならないことになる。戸建ての建物所有の目的で借地をしている場合には、借地権者にとっては負担になるであろうが、建物収去はそれほど大きな問題とはならない。しかし、集合住宅であるマンションの場合は、事情が異なる。大規模住宅であるためにその収去自体が大工事になる。また、賃借人の原状回復義務は、どの範囲までか（ちなみに、債権法改正案ではその 621 条に賃借人の原状回復義務が明記されることとなっている）、具体的には建物の基礎杭まで抜いてしまわなければならないかが、問題となる。

さらに、借地上のマンションには多数の借地権者が居住しているわけであるから、その地代・賃料債権債務関係をどのように処理するかも極めて大きな問題である。すなわち、地代・賃料債務は、借地権者である区分所有者が個別に負担する分割債務であるのか、または、区分所有者に不可分の帰属する不可分債務かという問題である。

## II 定期借地権契約の締結

ここでは、借地借家法(以下、「法」と表記する)22 条に定める「定期借地権」の設定契約の締結について述べる。

まず、定期借地権契約を締結するのは誰かである。

すなわち、当初の定期借地権設定契約は、借地権設定者は誰と締結しているかである。多くの場合は、マンション分譲業者と借地権設定者との間で当初の契約は締結されるであろうし、それが望ましい。なぜならば、個別のマンション購入者とマンション分譲のたびに定期借地権設定契約を締結するすると、各定期借地権の終了時期が異なることになり、定期借地関係の終了の際における原状回復に困難な問題が生じるからである。したがって、当初の定期借地権設定契約は、借地権設定者とマンション分譲業者との間で締結し、マンション分譲業者がその定期借地権を個別のマンション購入者に譲渡してゆく方式をとるか、分譲業者からマンション購入者が転借ないし賃貸を受けることになるべきである。

さて、定期借地権の存続期間は、50 年以上でなければならない(法 22 条前段)。定期借地権設定契約では、契約の更新がないこと、存続期間の延長がないこと並びに建物買取請求権を行使しないことを特約することができる。

これらの特約は、公正証書による等書面で行わなければならないが(法 22 条後段)、それ以

---

(4) 1984 年の区分所有法改正によって、専有部分と敷地利用権の分離処分が禁止された(区分所有法 22 条)が、その立法の意図と異なる法現象が発生することになる。

外の特約は必ずしも書面であることを要しない。しかし、長期にわたる契約であるから、一般には書面を用いて契約するであろう。

ところが、定期借地権存続中に借地権設定者や借地権者について相続が発生した場合に、その契約書が紛失する場合もありうる。このような事態に備えて、定期借地権を登記することが勧められる。すなわち、不動産登記法では、定期借地権である旨の特約を記載事項としているからである（地上権について不動産登記法 78 条 3 号、賃借権については同法 81 条 8 号において定められている）。

なお、借地借家法 10 条において借地権の登記がなくても、借地上の建物の登記がされていれば、借地権に対抗要件が備わったものとし、底地の譲渡があったときは、その譲受人に借地権者は対抗することができ、譲受人は借地権設定者たる地位を承継することになるが、建物登記には、土地の権利関係は反映されていない。したがって、借地権設定者もしくは底地の譲受人が定期借地権であることを対抗するためには、民法 605 条に基づく定期借地権の登記が必要となる。また、マンション敷地の利用権の範囲を確定した場合にも、その範囲に関する紛争を予防するためにも、定期借地権の登記をすべきであろう<sup>(5)</sup>。

### Ⅲ 地代・賃料関係について

定期借地の対価は、その権利が地上権の場合には地代であり、賃借権の場合には賃料となる。したがって、本稿では、両者を含めて地代等と記すことにする。

この地代等の債務は、個別の借地権者に分割して負担する可分債務と考えるべきか、全借地権者に不可分的に負担する不可分債務と解すべきかが、従来から議論されている。

この理解の相違は、借地権者の一人が地代等の滞納をして定期借地契約を借地権設定者が解除する場合にも現れる。

#### 1. 不可分債務説

この見解は、マンションの区分所有者は、借地権を準共有している、解している。すなわち、1 個の建物の存置のために設定される借地権は単一・不可分なものであり、区分所有者間には外形上一体の建物の存置を目的とする一種の組合的結合がある、とされる<sup>(6)</sup>。したがって、借地権はこの結合に合有的に帰属し、地代等の債務も一種の合有的債務となる<sup>(7)</sup>。この地代等は、形態上 1 個の建物存置のために土地利用という統一的給付の対価という性質を有するから、元来不可分のものであるから、区分所有者の 1 人が負担する地代部分を延滞した場合には、借地権設定者は、他の区分所有者に対しても、その延滞額を請求することができる（民法 428 条）。そして、延滞の程度が信頼関係を破壊する程度に達したときは、借地権設定者は区分所有者全員に催告したうえで、借地契約を解除することができる、とされる。

#### 2. 可分債務説

---

(5) 山野目章夫『不動産登記法』（商事法務、2009 年）403 頁は、定期借地権の普及に伴って地上権の登記が普及することを予想している。

(6) 鈴木禄弥『借地法(上)』（青林書院新社、1971 年）165 頁以下、同『物権法の研究』（創文社、1976 年）475 頁

(7) 鈴木・前掲(6)物権法の研究 477 頁

地代等の債務を可分債務と解するのが、多数説である<sup>(8)</sup>。その論拠は、論者によって分かっている。

①説 専有部分と借地権の対応関係について、区分所有の対象である各室は1階のほかは、土地に立脚していないから、その借地権は「空間利用権」であって、地盤利用権とは異なるものであって、専有部分は当然に借地権を物理的に内包している。つまり、借地権は専有部分と一体をなしているから、複数の区分所有者が準共有しているのではなく、専有部分の所有者に個別的に帰属している、として借地に関する債務も区分所有者が個別に分割して負担するという<sup>(9)</sup>。

②説 借地権と専有部分との関係については、区分地上権もしくは空間賃借権と構成して専有部分の位置する空間に成立する<sup>(10)</sup>とする点では①説と同じであるが、借地権は準共有されると構成する。この点は、不可分債務説と異なる。しかし、区分所有者の一人が狙い撃ちされて他の区分所有者の分まで地代等を支払わなければならないというのは苛酷であり、借地契約全体を解除するとまで発展するのははなはだ不都合であるとして、可分債務とされる<sup>(11)</sup>。

③説 区分所有権は個々の専有部分に成立するものであるから、利用もその限度にとどまり、他の専有部分まで利用権能を持っているわけではない。民法249条の定める全部利用権能は保有していないのであり、区分所有権の分有性からすれば、その単独利用・単独利益性から、単独所有である専有部分に対応する持分割合の債務負担する(可分債務)と解するほうが権利の実態に合致するとするのである<sup>(12)</sup>。

下級審には、地上権の地代について可分債務とする判決もある(東京地判平7・6・7判時1560号102頁)。

可分債務と解すると、地代等を延滞した個別の区分所有者に対し借地契約の解除を借地権設定者はすることになる。その場合には、解除の結果として専有部分の収去を請求することができるかが、問題となる。区分所有法は、敷地利用権を有しない区分所有者に対しては、借地権設定者は、その区分所有権を時価で売り渡すべきことを請求することができる旨を規定している(区分所有法10条)。しかし、この請求権を行使するかは、借地権設定者の自由に委ねられている。もっとも、売渡請求権を行使せずに専有部分の収去を請求するのは権利濫用になると解されるが<sup>(13)</sup>、しかし解除によって敷地利用権は消滅してい

---

(8) (財)土地総合研究所 定期借地権活用住宅研究会編『定借マンション・ガイドブック』(ぎょうせい、1997年) 67頁

(9) 篠塚昭次「建物の区分所有」(『新民法演習2』(有斐閣、1967年)) 151頁以下、丸山英気『区分所有建物の法律問題』(三省堂、1980年) 134頁以下。丸山説は、区分所有者間に密接な関係がないことも理由とされる(137頁)。

(10) 玉田弘毅『建物区分所有法の現代的課題』(商事法務研究会、1981年) 121頁以下

(11) 玉田・前掲(10)書126頁、玉田説は、かつては不可分債務説であったが、本書において改説された(128頁)。

(12) 新田敏「敷地利用権の法的性質」(『これからのマンションと法』(日本評論社2008年)) 226頁

(13) 川島一郎＝濱崎恭生＝吉田徹『新版注釈民法(7)』(有斐閣、2007年) 645頁

るのであるから、そのままでは敷地利用権のない専有部分が生じることになる。土地と建物を別個独立の不動産とした立法上の欠陥が顕在化するのである。

### 3. ドイツの住居地上権 *Wohnungserbbaurecht* の地代 *Erbbauzins*

ドイツの住居地上権は、地上権 *Erbbaurecht* に基づいて建築された建物の中に存する住居 *Wohnung* に対する特別所有権 *Sondereigentum* と地上権の準共有持分が結合したものである。通常、地上権が負担する地代負担 *Erbbauzinsreallast* は、ドイツ地上権法 11 条 1 項によって準用されるドイツ民法 1132 条 1 項〔条文訳：同一債権のために複数の土地に抵当権が設定されている（総括抵当権 *Gesamthypotek*）ときは、各土地は総債権のために責任を負う。債権者は、各土地より自由に債権の全部または一部の弁済を求めることができる。〕を準用して、住居地上権全体について連帯地代負担 *Gesamterbbauzinsreallast* になる、と解されている<sup>(14)</sup>。また、債権的にも、住居地上権者は連帯債務としての責任を負うとされる（ドイツ民法 1108 条 2 項）。

## IV 定期借地権の譲渡

### 1. 借地権譲渡の法的構成

マンションは戸建て住宅に比して、流通性があると評価してよいだろう。さて、定期借地権付マンションの専有部分を譲渡する場合には、区分所有法 22 条による専有部分と敷地利用権の分離処分禁止の原則から、区分所有者は、専有部分の所有権と敷地利用権たる借地権、すなわち地上権もしくは賃借権も同時に譲受人に移転しなければならない。専有部分のみを譲渡する契約または敷地利用権だけを譲渡することを明確にしている契約は、無効と解される<sup>(15)</sup>。

それでは、専有部分を譲渡する契約はしたが、その契約では借地権については何も触れていなかった場合には、どうなるか。判例は、地上権について「地上権ハ工作物ノ所有権ト共ニ新所有者ニ移転シタルモノト推定スヘキ」と判示し（大判明 37・12・13 民録 10 輯 1600 頁）、また賃借権について「賃借地上にある建物の売買契約が締結された場合においては、特別の事情のないかぎり、その売主は買主に対し建物の所有権とともにその敷地の賃借権をも譲渡したものと解すべきである」、としている（最判昭 47・3・9 民集 26 巻 2 号 213 頁）。

これを学説は、借地権を建物所有権に従たる権利として民法 87 条 2 項を類推して、主たる権利である建物所有権の移転に従たる権利である借地権も伴って移転すると解している。マンションにおける専有部分の譲渡においてもこの法理が適用されるべきものと解される<sup>(16)</sup>。これも、土地と建物を別個独立の不動産とするわが法の特徴を表すものである。

土地と建物を一体とするドイツ法においては、上に述べたように、原則として、建物は土地の本質的構成部分であって（ドイツ民法 94 条 1 項）、土地から建物を分離するには地上権を設定して、建物を物権である地上権に付合させて土地から分離させるのである（地上権

---

(14) W. Schneider/ Bärmann, *Wohnungseigentumsgesetz Kommentar*, 13. Aufl. 2015, S.1254.

(15) 川島＝濱崎＝吉田・前掲(13)書 674 頁、稲本洋之助＝鎌野邦樹『コンメンタールマンション区分所有法〔第 3 版〕』（日本評論社、2015 年）133 頁等通説である。

(16) 稲本＝鎌野・前掲(15)書 134 頁

法 12 条 1 項)。そして、建物のみを処分することは法的に不可能であり、地上権が処分された場合に、その処分に建物も包摂されていることになる<sup>(17)</sup>。すなわち、わが民法 242 条の表現に従うと、建物は土地に従として付合した物になり、主従の関係が逆転していることになる。

## 2. 借地権譲渡に関する借地権設定者の承諾

上に述べたようにマンションの専有部分を譲渡するときは、敷地利用権も同時に処分されなければならない。すなわち、敷地利用権たる地上権又は土地賃借権の譲渡もしなければならないのである。

### (a) 地上権の場合

この場合に、敷地利用権が地上権であれば、地上権者はその譲渡を自由にできることについては異論がない。これは、区分所有者が地上権を準共有するか、単独で保有するかにかかわらず、適用される原則であり、たとえ借地権設定者と区分所有者との間で地上権禁止特約をしても、その特約は当事者間の債権的効力を有するだけで、第三者には対抗できないと解される<sup>(18)</sup>。すなわち、譲渡禁止特約があっても、地上権の譲渡人と譲受人との間では地上権譲渡の物権的効力は発生し、地上権は譲受人に有効に移転するのである。譲渡人は借地権設定者に対して債務不履行責任を負うことになるだけである。

また、多くの場合、区分所有購入者は住宅ローンを利用してマンションを取得するであろうが、その際に抵当権の設定がなされるであろう。専有部分については区分所有者が所有しているのであるから、それを抵当権の目的とするについては問題がない。さらに、地上権も抵当権目的とすることができ(民法 369 条 2 項)、抵当権が実行されても買受人への地上権の移転に関して問題が生じない。

このように定期借地権付マンションについては、地上権で借地権を設定することが望ましい。

### (b) 賃借権の場合

敷地利用権が賃借権である場合には、賃借権の譲渡について賃貸人たる借地権設定者の承諾を得なければ、譲渡をすることができない、と定められている(民法 612 条 1 項)。

この承諾を賃借権譲渡の有効要件と解し、承諾を得ない場合には、この譲渡を無効とする説もある<sup>(19)</sup>。

しかし、この承諾は対抗要件であって、承諾を得ない賃借権の譲渡も当事者間では有効に効力を生じるが、賃貸人には対抗できないと解するのが、判例(大判明 43・12・9 民録 16 輯 918 頁、大判昭 2・4・25 民集 6 卷 182 頁)であり、近時の学説もこれに賛成しており<sup>(20)</sup>、妥当であろう。譲渡人が承諾がないから譲渡は無効であるとして目的物を取り戻すことができるのはいかにもおかしいからである。

---

(17) Ingenstau/ Hustedt, Erbbaurechtsgesetz Kommentar, 10. Aufl. 2014, S.329ff.

(18) 我妻榮＝有泉亨『新訂物権法』(岩波書店、1983 年) 369 頁

(19) 末川博『契約法下(各論)』(岩波書店、1975 年)123 頁

(20) 我妻榮『債権各論中巻一』(岩波書店、1957 年) 455 頁、星野英一『借地・借家法』(有斐閣、1969 年)287 頁、広中俊雄『新版注釈民法(15)』(有斐閣、1989 年) 273 頁、山本敬三『民法講義IV-1 契約』(有斐閣、2005 年)510 頁等

ただし、無断譲渡によって賃貸人に対する信頼関係が破壊されていると認められる場合には、なお、賃貸人たる借地権設定者は賃貸借を解除することができる(最判昭28・9・25民集7巻9号979頁)。信頼関係破壊の法理は一般条項であるから、当事者にとっては破壊しているか否かは予見しがたいところである。したがって、譲受人に契約通りの権利を取得させるために、譲渡人は借地権設定者から承諾を得る義務があるとされる<sup>(21)</sup>。下級審判決は、借地権付マンションにおいて区分所有法63条による売渡請求権が行使された場合には、売渡請求の相手方である区分所有者にも承諾を得る義務がある、としている(東京地判平16・7・13金法1737号42頁)。

理論的には、区分所有そのものに人的色彩が薄いこと、及び借地権が区分所有権に内包されているため、借地権譲渡が事前に一般的な承諾が与えられているものと見なし、区分所有権と供に譲渡するときは自由に譲渡することができ、承諾を得ることを不要と解する説がある<sup>(22)</sup>。民法612条の立法の一つは、民法制定当時の慣習と不動産利用方法の変更が賃貸人に不利益となることであった<sup>(23)</sup>。その点からすると、マンションの場合には専有部分と借地権の譲渡があつて、区分所有者が交代しても、土地の利用の仕方に影響を与えないのであるから、理論的には、この見解が妥当と考える。

しかし、実務上は、承諾を要するとされるであろう。承諾を得られれば問題はないが、承諾を得られない場合には、裁判所に借地権設定者の承諾に代わる許可の裁判を申し立てることができる(借地借家法19条1項)。ただし、この申立ては、「建物を第三者に譲渡しようとする場合」でなければならないから、建物の譲渡前にしなければならないから、さらに申立てをすることができるのは譲渡人である。

したがって、区分所有法63条4項の売渡請求権が行使された場合、売渡請求権は形成権であるから、行使時に借地権も建替え賛成をした区分所有者もしくは買受指定者に移転しているから、借地借家法19条による許可の裁判の申立てはすることができない。この場合は、売渡請求権の行使も譲渡人の意思にかかわらず賃借権が移転するから、競売・公売による買受人の地位に譲受人の地位は類似するとして、借地借家法20条(本条については、下に解説する)を類推して、専有部分及び借地権を取得した者が許可の裁判を申し立てることができるとする下級審判決がある(東京地判平17・7・19判時1918号22頁)。

住宅ローンを利用してマンションを購入した場合には、専有部分は区分所有者の所有物であるから抵当権の目的とすることができるが、賃借権は抵当権の目的とはならない(民法369条2項)。しかし、抵当建物の敷地の賃借権は、原則として建物の抵当権の効力が及ぶ目的物に包含されている、と解されている(最判昭40・5・4民集19巻4号82頁)。したがって、専有部分に対する抵当権が実行され、競売されたときは、敷地利用権たる賃借権も買受人に移転するから、やはり賃貸人の承諾を要することになる。競売の買受人が代金を納付した時に不動産を取得するから(民事執行法79条)、建物の譲受人すなわち買受人が許可の申立てすることになるのである。

---

(21)山本・前掲(20)書511頁

(22)篠塚・前掲(9)論文153～154頁以下

(23)梅謙次郎『民法要義卷之三 復刻版』(有斐閣、1912年)653頁～654頁、内田貴『民法Ⅱ〔第2版〕』(東京大学出版会、2007年)207頁～208頁

## V 定期借地権の終了時の原状回復

### 1. 地上権の場合

わが国では、建物は土地に付合しないから、定期借地権が終了したときは、その後は、借地権者は土地を原状に復して返還しなければならない。

この原状回復義務の法的根拠は、次のようになる。

地上権については民法 269 条 1 項が根拠となる。この規定の体裁上は、地上権者の原状回復権及び工作物等の収去権を定めているが、一般には、原状回復義務があると解されている<sup>(24)</sup>。したがって、定期借地権たる地上権の存続期間が満了した場合には、建物買取請求権（借地借家法 13 条）を排除する特約がある限り、地上権者たる借地権者は建物を収去して、土地を原状に復させる義務を負うことになる。

これに対して、ドイツにおける住居地上権の場合にも、存続期間満了によって地上権は消滅する（地上権法 27 条 1 項）。住居地上権者の権利能力を有する共同体も同様に消滅し、従前地上権者の所有に属していた建物は、地上権の消滅によって土地所有者の所有に帰すことになる（地上権法 12 条 3 項）。この場合には、土地所有者は、地上権消滅時の建物の価値に基づく償金を地上権者に支払わなければならない（地上権法 27 条 1 項）<sup>(25)</sup>。この償金の額は地上権の存続期間満了時における通常の価額、すなわち取引価額で計算された額である<sup>(26)</sup>。

借地借家法 24 条が定める「建物譲渡特約付借地権」は、欧米の借地制度に近づける制度と位置付けることができる。

### 2. 賃借権の場合

賃貸借においても、民法 616 条によって使用貸借に関する民法 598 条が準用され、その規定の体裁上は賃借人に原状を回復して付属物を収去する権利があるとのみ規定している。しかし、判例は建物所有のために土地を賃借している場合には、賃借人に「賃借地返還ノ義務アリテ此義務ハ土地ノ引渡ノ外ニ尚土地ニ附属セシメタル工作物ヲ取払イ土地ヲ契約当時ノ原状ニ復スルノ義務ヲ包含」するとして、建物を収去して原状を回復する義務を認めている（大判明 44・3・3 民録 17 輯 79 頁）。この判例は、学説においても支持されている<sup>(27)</sup>。

したがって、定期借地権が賃借権である場合も、建物買取請求権排除特約がなされている限りは、借地権者は借地上建物を収去して土地を明け渡す義務があることになる。

## VI 残された課題

本稿で述べた法的課題は、まだ一部のみであり、残された課題は多い。

---

(24) 我妻＝有泉・前掲（18）書 370 頁、鈴木禄弥『新版注釈民法（7）』（有斐閣、2007 年）888 頁等

(25) Ingenstau/ Hustedt, a.a.O.S.381.

(26) Ingenstau/ Hustedt, a.a.O.S.384.

(27) 我妻・前掲（20）書 467 頁、石外克喜『新版注釈民法（15）』（有斐閣、1989 年）302 頁、内田・前掲（23）書 203 頁等



## 第二編 法律論の各論的考察

定期借地権の終了をめぐる法的問題—イギリス不動産賃貸借法の存続保障制度を踏まえて—

### I 問題の所在

1991（平成3）年に借地借家法（以下「法」という。）が制定され、定期借地権制度が導入されてから20年余りが経過したにより、定期借地権の供給実績もある程度明らかになってきた。端的に言えば、事業用借地権については、幅広い用途で積極的に活用され、その利用も多数に及んでいるのに対して<sup>1</sup>、存続期間50年以上の定期借地権（法22条）については、分譲用の戸建て住宅やマンションとして活用されてはいるものの、その利用はごくわずかな数に限られているという状況である<sup>2</sup>。その理由として実際にはさまざまな要因が指摘できるが、より本質的な理由としては、定期借地権は存続期間の満了をもって終了することが予定されているが、借地期間が50年以上と長期であり、そのため定期借地権終了時の法的関係が現実的に予測しにくい点にあると考えられる。

法22条の定期借地権は、存続期間を50年以上として借地権を設定する場合において、法9条および16条の借地権者等に不利な特約を無効とする規定にかかわらず、①契約の更新に関する規定（法4条、5条および6条）、②建物再築による存続期間の延長に関する規定（法7条）、③建物買取請求権に関する規定（法13条）の適用がない旨の特約を公正証書による等書面によってすることができるとされており、これらの特約により、約定の存続期間が経過すると、建物は取り壊されて、借地は更地にして土地所有者に返還されることになることとされている。このような制度については、「普通借地権の存続期間に比べて相当長期で、かつ、社会的・経済的にみた建物の存立期間としても不十分でない存続期間を定めた借地権については、予め契約の更新をしないこととする旨の特約を認めても、借地関係の安定の見地からみて不合理ではない」と説明されている<sup>3</sup>。

---

<sup>1</sup> 周藤利一「定期借地権制度の課題」松尾弘・山野目章夫編『不動産賃貸借の課題と展望』（商事法務・2012年）81-83頁、勝木雅治「借地の本命に躍り出た事業用定期借地権—借地期間延長の意味、ならびに差額地代学説の現出—」不動産鑑定45巻10号（553号）33頁、36頁。

<sup>2</sup> これまでの全国の定期借地権付住宅の供給戸数の累計（平成5年から平成21年）は、合計で73,808戸であるが（分譲住宅が36,297戸、分譲マンションが20,711戸、賃貸マンション・アパートが16,800戸）、これを同じ期間の新設住宅着工戸数と比較すると、定期借地権付住宅の割合はわずか0.35%にすぎない（定期借地権付住宅戸数は73,731戸、新設住宅着工戸数は21,215,895戸）（国土交通省『平成21年度定期借地権付住宅の供給実態調査』および同『建築着工統計調査報告』による）。

<sup>3</sup> 寺田逸郎「定期借地権および期限付借家の制度」法律のひろば45巻3号17頁。

しかしながら、定期借地権の存続期間が満了すると、借地権者の建物所有権が消滅するに伴い、借地権者の居住利益も否定されることになるので、居住利益との対立・調整の問題が不可避免的に提起されることになることが指摘されている<sup>4</sup>（以下「居住利益との調整問題」という）。すなわち、借地権者がその住宅での生活を希望している場合において、新たな土地の有効利用を図ろうとする借地権設定者が50年以上前の特約の効果を貫徹しようとする、相当に荒っぽい強制執行を行わざるを得ず、その場合、裁判所は、信義則や権利濫用の禁止等の一般条項の適用によって具体的妥当性を図らざるを得ない場合もあり得ること、あるいは、結局は合意更新を余儀なくされる結果、更新拒絶に正当事由が要求されるのと限りなく近いものになってしまう展開もあり得ることが指摘されている<sup>5</sup>。また、とりわけマンションの場合には、多数の借地権者のほか、多数の借家権者もいることが考えられるが、これらの居住者全員を立ち退かせ、建物収去土地明渡を行うことは事実上不可能であること、あるいは、期間満了以前に新たな立法により、借地権設定者の返還請求は制限されるであろうことは、わが国の借地法の変遷や諸外国の立法例をみても、相当の蓋然性をもって予測できることが指摘されている<sup>6</sup>。

さらに、このような問題に関連して、定期借地権の存続期間の満了が近づくに従って、建物の維持管理や修繕も最小限度に抑制され、いわゆる建物のスラム化が進行するおそれがあることが指摘されている<sup>7</sup>（以下「建物のスラム化問題」という）。一般的に建物は次第に老朽化するが、やがて数年ないし数十年後に取り壊さなければならない建物に借地権者があえて費用をかけて維持管理や修繕を行うことは通常期待することはできないはずである<sup>8</sup>。また、とりわけマンションの場合には、多くの区分所有者が維持管理や修繕への意欲を失い、管理費や修繕積立金の滞納が相次ぐことも予想されるので、管理組合の活動が機能しなくなり、スラム化は戸建て住宅以上に進行するおそれがあると懸念される。

以上の問題点は、現時点ではあくまで将来的な予想にすぎず、将来必ず顕在化するとは限らないものである。しかし、定期借地権の仕組みが建物取壊し・更地返還を原則的形態としており、このことが借地権者の居住利益と対立するものである以上、これらの問題は定期借地権にとって本質的な問題であると考えられる。そこで、本稿では、定期借地権満了時に生じるであろうと考えられる上記の問題点について、どのような解決がなされるべきであるかについて考察することを目的とする。

考察にあたっては、まずこれまで主張されてきた既存の学説を確認することとする。既存の学説は、後述するように、当事者間の合意による解決を図るものか、借地権の一時的な延長を図るものかに分類することができるが、ここでは合意形成に向けた当事者間の交渉力の

---

<sup>4</sup> 松井宏興「定期借地権制度の批判的検討」乾昭三編著『土地法の理論的展開』（法律文化社・1990年）411頁、吉田克己「定期借地権」ジュリ1006号52頁。なお、居住利益については、長期の期間の経過によって償却されたり消滅したりすることはありえず、逆に長期の期間の経過によってますます強いものとなると指摘されている（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」法時58巻5号47頁、松井・前掲412頁も同旨）。

<sup>5</sup> 永田真三郎「定期借地権創設の問題点」法時61巻7号32-33頁。

<sup>6</sup> 澤野順彦「定期借地権制度の課題」ジュリ939号81-82頁。

<sup>7</sup> 田山輝明「借地権の存続保障①—存続期間」法時58巻5号54頁。

<sup>8</sup> 澤野・前掲注(6)84頁。

問題や戸建て住宅とマンションの相違はあまり意識されていないように思われる。

さらに、問題解決のための合意が当事者間で成立しなかった場合にどのように終局的な解決が図られるべきかについても必ずしも十分な検討がなされてこなかったように思われる。もし当事者間で合意が成立しなかった場合、立法的介入によって強制的に借地権者の居住利益と建物の存続を図ることも1つの手段として考えられるが、果たしてそのような立法的介入は妥当であるのか、仮にそのような立法的介入が行われるとしても、どのような考え方に基づいて行われることになるのであろうか。そこで、次に、立法的介入による問題解決の是非について検討する。検討にあたっては、イギリス法との比較によって得られる知見を参照することとする。イギリス法を参照する理由としては、わが国の定期借地制度と類似する建物建築のための土地賃貸借(building lease)が多くの都市で広く普及していたが、定期の存続期間の終了時に賃貸人と賃借人との間で紛争が生じ、存続期間満了時の問題点が具体化したこと、その問題解決のために様々な立法的措置がとられてきたこと、その立法的措置がヨーロッパ人権裁判所において正当性が争われたこと、最近において立法的措置の内容が個人財産権保護から建物保護へと重点が変化してきたことなど、わが国の問題を検討する上でも有益な議論の題材が提供されているからである。ただし、イギリス法の議論はイギリス特有の社会的諸条件を前提とするものであるため、わが国において立法的介入が正当化される否かの検討に際してはきわめて慎重に行う必要がある。

なお、定期借地権は地上権または土地賃借権で設定されるものであるが、本稿では、特に言及がない限り、土地賃借権で設定されたものを念頭に考察する。

## II 戸建て住宅のみを想定した建物存続のための既存の学説

定期借地権の存続期間が満了すると、借地権者は建物取壊し・更地返還が義務づけられ、居住利益も否定されることになることから、「居住利益との調整問題」が不可避となること、そしてそのことの帰結として「建物のスラム化問題」が生ずることが学説上問題視されてきた。そのため、借地権者の居住利益を保護するために建物の存続保護を図る方法を探究することが、これまでの多くの学説に共通するテーマであったといえることができる。

また、これまでの学説は、戸建て住宅を念頭に置いており、マンションの存続保護を念頭においた議論はほとんどなされていなかったといえることができる。マンションの場合の土地賃貸借関係は、土地所有者と複数の借地権者(区分所有者)との関係になることから、その権利関係はさらに複雑になる。そのため、マンションの存続保護を図る方法については、改めて別の節において検討することとする。

以下では、基本的には戸建て住宅を念頭に、当事者の合意により居住利益を保護しようとする見解と、当事者の合意によらずに居住利益を保護しようとする見解とに分けて、既存の学説について各論的に概観することとする。

### (1) 当事者の合意により居住利益を保護する見解

#### (a) 建物買取請求権排除特約のない定期借地権設定契約を肯定する見解

法22条は、定期借地権として認められるためには、①契約の更新に関する規定(法4条、5条および6条)、②建物再築による存続期間の延長に関する規定(法7条)、③建物買取請求権に関する規定(法13条)の適用がない旨の特約をすることが必要であるとしている。しか

し、この3つの特約のうち③の特約をしなくても定期借地権設定契約が有効に認められると解することができるならば、存続期間の満了時に、借地権者は、借地権設定者に対し、時価で建物を買い取るべきことを請求することができることになるので、建物の存続が図られると同時に借地権者の投下資本の回収も図られることになるため、学説も建物買取請求権排除特約のない定期借地権設定契約を有効と解すべきとするものが多い。具体的には、借地権設定者が合意している限り、それを妨げるべき理由がなく、また法22条の規定も厳格にはなっていないので、この見解を許容すべきとするもの<sup>9</sup>、建物買取請求権が排除されていることにより、期間終了時が近づくと建物の修繕等もなされず、客観的に見て町並みの維持という点で問題が生じる心配があることを考慮すると、建物買取請求権を排除する特約を欠く契約も認めてよいとするもの<sup>10</sup>、借地上の建物が存するかぎり建物買取請求権は借地上の建物所有権に内在している固有の潜在的権利であると解することができるので、法22条による排除特約がなされてもそれは請求権の行使に「制限」が加えられたにすぎず、請求権行使が権利濫用にあらず、信義則に反していないときには、たとえ当事者の合意がなくても、借地権者は請求権を行使することができるとするもの<sup>11</sup>などがある。

これに対して、立法担当者は、定期借地権として認められるためには3つの特約をあわせてしなければならないとしており<sup>12</sup>、また登記実務においても、3つの特約をあわせてしなければ、特約のない普通借地権の契約をしたことになるとして、特約の内容の一部を欠いた定期借地権の登記の申請は、受理することができないとしている<sup>13</sup>。このように、この見解については、学説の多くは肯定的であるものの、実務的には異論のあるところとされている。

#### (b) 民法上の特約による借地権設定者の建物譲渡請求権を肯定する見解

建物の存続を図るための方法として、借地権設定時に建物買取請求権排除特約をあえて締結しない取扱いをすることについては異論も提起されているが、それでは、借地権設定時に3つの特約をあわせて締結して定期借地権を有効に成立させた後に、借地権設定者が期間満了に際し、建物収去請求をするのではなく、建物を自己に譲渡するように請求することはできるであろうか。この点について、定期借地権が地上権によるものである場合には、借地権設定者は時価相当額を提供して建物を買い取ることができる<sup>14</sup>とされている(民法269条1項ただし書)。そして、定期借地権が土地賃借権によるものである場合についても、明文の規定はないものの、立法担当者も「貸主が建物の売渡しを請求することができるというように民

<sup>9</sup> 山野目章夫『定期借地権—定期借地制度の創設と展開』(一粒社・1997年)39頁、稲本洋之助・澤野順彦編『コンメンタール借地借家法〔第3版〕』(日本評論社・2010年)156-157頁〔山野目章夫〕。吉田・前掲注(4)ジュリ1006号53頁も同旨。

<sup>10</sup> 森泉章・田山輝明・近江幸治共編著『詳解新借地借家法』(大成出版社・1993年)89-90頁〔田山輝明〕。水本浩ほか編『基本法コンメンタール借地借家法〔第2版補訂版〕』(日本評論社・2009年)74頁〔藤井俊二〕も同旨。

<sup>11</sup> 大西泰博『土地法の基礎的研究—土地利用と借地権・土地所有権』(敬文堂・2010年)97-99頁。

<sup>12</sup> 寺田・前掲注(3)18頁。

<sup>13</sup> 小野瀬厚・渡辺秀喜「借地借家法の施行に伴う不動産登記事務の取扱いについて(基本通達)の解説」民事月報47巻7号30頁。

法上の特約をすることは差し支えない」と説明していることから<sup>14</sup>、民法上の特約により借地権設定者が借地権者に建物譲渡請求をすることは可能であり、これにより建物の存続を図ることも可能であると解されている。

学説では、借地権者を建物取去の負担から逃れしめ、建物を借地権設定者が引き続き利用することは一般的な合理性が認められること、また建物賃借人がいる場合でも、建物の譲渡が認められれば、その者の継続利益が法35条に依存することなく可能であることを理由に、少なくとも無償譲渡の請求権を借地権設定者に与える旨の当事者間の合意がある場合には、その合意を有効であると解してよいとするものがある<sup>15</sup>。このような無償譲渡特約を有効とする見解に対して、借地権者の投下資本の回収を保障する視点から有償であるのが望ましいとする見解<sup>16</sup>や、無償だからと行って経済的不公平を放置するわけにはいかないので、建物とは離れた別の形での経済的利害調整があつてしかるべきであるとの見解<sup>17</sup>がある。

なお、2006（平成18）年以降のものに限られるが、定期借地権設定契約において無償譲渡特約のあるものが67.5%となっているということであり、このような取扱いが実際に広く活用されている結果となっている<sup>18</sup>。

#### (c) 期間延長の合意および再契約を肯定する見解

建物が堅固で、耐用年数が約定期間を超える場合に、期間の途中で、当事者双方ともに期間の延長を希望することもあり得る。このような場合に、期間延長の合意（契約の更改）によって存続期間を延長することができるかについて、契約内容の一部を途中で変更する合意に合理性があり、借地権設定者に不利とならない場合には有効として差し支えないと解されている<sup>19</sup>。

また、期間満了後あるいは期間満了前に、当事者間で借地権再設定の合意が整うこともあり得る。このような場合に、定期借地権設定契約を再契約することをできるかについては、それが可能であることは問題ないし、むしろ望ましいと解されている<sup>20</sup>。

そして、これらの期間延長の合意や再契約を明確な要件の下で予約する特約も許されると解されている<sup>21</sup>。

#### (2) 当事者の合意によらずに居住利益を保護する見解

##### (a) 民法619条の適用による契約の更新を肯定する見解

---

<sup>14</sup> 寺田・前掲注(3)18頁。

<sup>15</sup> 山野目・前掲注(9)38頁、稲本＝澤野・前掲注(9)156頁〔山野目〕。東川始比古「定期借地権の現状と課題」内田勝一ほか編『現代の都市と土地私法』（有斐閣・2001年）276頁も同旨。

<sup>16</sup> 本浩ほか編『基本法コンメンタール借地借家法〔第2版補訂版〕』（日本評論社・2009年）74頁〔藤井俊二〕。

<sup>17</sup> 大西・前掲注(11)101頁。

<sup>18</sup> 周藤・前掲注(1)80頁。

<sup>19</sup> 水本ほか・前掲注(16)72頁〔藤井〕。山岸洋「定期借地権の当事者関係」稲葉威雄ほか編『新・借地借家法講座第2巻』（日本評論社・1999年）105頁も同旨。

<sup>20</sup> 吉田・前掲注(4)ジュリ1006号61頁、大西・前掲注(9)101頁。

<sup>21</sup> 山野目・前掲注(9)40頁、稲本＝澤野・前掲注(9)157頁〔山野目〕。

定期借地権の存続期間満了後は、借地権設定者は建物収去・土地明渡しを請求するのが原則であるが、期間満了後に借地権設定者が直ちに土地の返還を請求せずに放置する場合もないとはいえない。このように、期間満了後でも借地権者が土地の使用または収益を継続する場合において、借地権設定者がこれを知りながら異議を述べないとき、民法619条の適用により、従前の賃貸借と同一の条件で更に賃貸借をしたものと推定されるか否かが問題となる。

この点について、学説は、民法619条の適用を肯定しても、借地権設定者は、証拠を挙げて推定を覆すことができ、また存続期間満了の際に異議を述べることによって、更新を阻止することができるので、借地権設定者に重大な不利益をもたらさないこと、存続期間満了後しばらく土地の返還を請求しないでいた借地権設定者が、卒然と態度を変え、短期日のうちの建物の収去を求める場合に、借地権者が、これに応じなければならず、かつ、それまでの土地の使用が不法占拠として扱われることになるのは妥当でないことなどを理由に、民法619条の適用が認められるとする。ただし、新たに成立する賃貸借は、原則として、期間の定めのない賃貸借であり、民法617条1項1号に基づき、賃貸人が解約申入れをなしたときより1年を経るまでの間、有効・適法に存続すると解すべきであるとする<sup>22</sup>。もっとも、実務上は民法619条の規定を適用しないことを予め約定で明記する取扱いが多いといわれている<sup>23</sup>。

#### (b) 期間満了後の建物取壊しが権利濫用に該当し得るとする見解

期間満了後に存在する建物を取り壊すことは、とりわけ借地上の建物に賃借人が多数居住している場合には、法35条の規定にかかわらず複雑な事態になる可能性がある。このような場合に、借地権設定者が建物の取壊しを請求することは、権利濫用に当たるともあり得ないことではないとして、権利濫用法理による建物維持および居住者保護を考える必要があるとする見解がある<sup>24</sup>。

#### (c) 事情変更を根拠に存続期間の延長を認めるべきとする見解

定期借地権は50年以上の存続期間があるため、契約締結から存続期間満了までに諸事情が大きく変動することがあり得る。例えば、借地権設定者が契約終了後に当該不動産を使用する必要性が乏しい場合などにおいて、定期借地権の契約の効力—存続期間満了による借地関係の終了—をそのまま認めると、借地権者が居住の基盤を完全に失ってしまうなど、生活空間を主体的に形成する借地権者の自由が著しく侵害されることもあり得る。そのような場合に、借地権設定者に対する過剰な負担とならない範囲で、借地権者が上記自由への予期せぬ侵害を回避あるいは最小限に留めるための猶予期間として、定期借地権の存続期間の延長を

<sup>22</sup> 山野目・前掲注(9)34頁、稲本=澤野・前掲注(9)154頁〔山野目〕。吉田・前掲注(4)ジュリ1006号61頁も同旨。

<sup>23</sup> 山岸・前掲注(19)104-105頁。なお、水本浩・澤野順彦編『定期借地権活用の手引き』（住宅新報社・1992年）所収の「一般定期借地権設定契約約款（案）」によれば、「本件借地権については、法第4条ないし第8条、第13条及び第18条並びに民法第619条の適用はないものとする」とされている。

<sup>24</sup> 大西・前掲注(11)101頁。

認めるべきであるとする見解がある<sup>25</sup>。

### (3) 小括

以上、既存の学説を概観してきたが、まず、(1)(a)ないし(c)の各学説は、基本的に当事者の合意に基づくものであり、定期借地権の趣旨に反しないので、いずれも契約自由の原則により許容されるものである（ただし、(a)については異論がある）。これらの各学説は、借地および借地上建物で営まれてきた居住・事業等の存続に一定の範囲で配慮するという共通の意義を見出すことができ、このような存続への配慮は、契約の継続性を前提としつつ、借地および借地上建物を起点として自分の生活空間を主体的に形成する借地権者の自由を、契約当事者間の合意によって確保しようとするものであるという意味において、これを「合意による存続保障」と呼ぶことができるとする<sup>26</sup>。

確かに、当事者間の合意が成立する場合には私的自治の原則にかなうものであるかもしれない。しかし、仮に当事者で無償譲渡の合意が成立し、存続した建物に旧借地権者が今後借家権者として居住を継続することができるようになったとしても、これまでの借地権者としての地位から借家権者としての地位へと変更されることになるので、借家権者が支払う賃料は、これまでの土地の価値相当分から、土地と建物の価値相当分へと増額されることになるはずである。さらに、ここで行われる合意に向けた交渉は、期間満了をもって建物取壊し・更地返還がなされることを前提とした条件下で行われるものである。例えば、再契約交渉の場面では、「貸地人側には無条件の更新拒否権というエースカードが与えられているから、再契約一時金（事実上の更新料）等を含む再契約条件について対等当事者間の交渉が実現されることは困難であろう」と考えられる<sup>27</sup>。したがって、「合意による存続保障」が実現したとしても、その内容が必ずしも妥当なものになるとは限らないことに留意しておく必要がある。

次に、(2)(a)ないし(c)の各学説は、当事者の合意がない場合でも、借地権者の居住利益と建物の存続を図ろうとするものであるが、いずれも一時的な保護を与えるに留まるものであるだろう。さらに、権利濫用や事情変更を根拠とする場合、それらが一般条項ないしは基本原則であるがゆえに、その適用要件を抽出することの難しさがあるだろう。

以上の検討から、当事者の合意が成立する場合には、借地権者の居住利益と建物の存続が保護されることになるので、「居住利益との調整問題」や「建物のスラム化問題」は回避されることになる。しかし、当事者の合意の場面では、合意に向けた交渉力に格差があるという問題がある。さらに、より問題となるのは当事者の合意が成立しない場合であり、既存の学説において借地権者の一時的保護は検討されてはいるものの、根本的な解決にはつながらないといえる。

<sup>25</sup> 秋山靖浩「存続保障の今日的意義」NBL982号56頁（松尾弘・山野目章夫編『不動産賃貸借の課題と展望』（商事法務・2012年）所収）。

<sup>26</sup> 秋山・前掲注(25)55-56頁。

<sup>27</sup> 田山・前掲注(7)54頁。

### Ⅲ マンションを想定した建物存続の方法

#### (1) 定期借地権付きマンションの権利関係

定期借地権付きマンションは、まず、土地所有者と分譲業者との間で定期借地権設定契約が締結され、その借地上に分譲業者によってマンションが開発され、その後、個々の購入者に分譲されることになる。このとき、分譲業者と個々の購入者との間で締結される契約は、専有部分の区分所有権と共用部分の共有持分権の売買契約と、敷地上の定期借地権の譲渡契約あるいは転借地権設定契約である。これにより、個々の購入者は、専有部分に対する区分所有権、共用部分に対する共有持分権および敷地に対する準共有持分権を取得することになる。

分譲業者から個々の区分所有者に定期借地権の準共有持分権が譲渡された場合、以後は土地所有者と個々の区分所有者との間で直接の借地関係が成立することになる。この場合、理論的には、借地権者たる区分所有者が土地所有者に個別に賃料を支払うこととなる。あるいは、分譲業者と個々の区分所有者との間で転借地権設定契約が締結された場合、土地所有者と分譲業者との借地関係は継続し、分譲業者と個々の区分所有者との間で転借地関係が成立することになる。この場合、借地権者たる分譲業者が土地所有者に賃料を支払い、転借地権者たる個々の区分所有者が分譲業者に転賃料を支払うこととなる。

いずれの場合であれ、定期借地権の存続期間が満了すると、区分所有者は建物取壊し・更地返還が義務づけられ、居住利益も否定されることになることから、戸建て住宅の場合と同様に、「居住利益との調整問題」が不可避となること、そしてそのことの帰結として「建物のスラム化問題」が生ずることになる。ここでは、借地権者の居住利益を保護するために建物の存続保護を図ろうとした場合に問題となるマンション特有の問題について検討することとする。

#### (2) 区分所有者の居住利益を保護する方法

##### (a) 定期借地権の再設定契約

定期借地権付きマンションの場合、複数の区分所有者が借地権を準共有しており、区分所有者全員が建物取壊し・更地返還義務を負っている状態にある。したがって、土地所有者が定期借地権の再設定契約をするかどうかは、土地所有者の私的自治に委ねられるので、現行法上これを強制することはできなし、また、再設定契約後の存続期間は新たに50年以上となるので、土地所有者の不利益が大きいので、その実現には高いハードルがある。結局、定期借地権の再設定契約を行うには、土地所有者の合意が必要となるので、その実現は実際上ほとんど不可能であるといえる<sup>28</sup>。

##### (b) 定期借地権の存続期間の延長契約

これは、既存の定期借地権の存続期間を延長する借地条件の変更契約（例えば、50年の存続期間を70年に変更する旨の契約）を締結するというものである、この契約では、(a)の場合と異なり、存続期間を柔軟に設定できる分、土地所有者との合意は得やすくなるので、実

---

<sup>28</sup> 稲本洋之助編著・山岸洋・山野目章夫著『定期借地住宅の契約実務―事業者・土地所有者・エンドユーザーのための契約書解説』（ダイヤモンド社・1995年）192-193頁。

現のハードルは幾分低くなる。しかし、それでもなおこの契約を締結するかどうかは、基本的に土地所有者の私的自治に委ねられている。

(c) 建物の任意売却による借家関係の設定

これは、存続期間満了時に土地所有者が建物の全部を有償または無償で譲り受ける契約を締結すると同時に、従前の区分所有者との間で借家契約を締結することによって、従前の区分所有者の居住継続を図るというものである。定期借地権付きマンションの中には、定期借地権設定契約当初に存続期間満了時に建物を土地所有者に無償譲渡する旨の特約を設けているケースがあるが、この契約はこれを事後的に行おうとするものである。

建物の譲渡が無償で行われるのであれば、それだけ土地所有者との合意は得やすくなるものの、この契約を締結するかどうかは、ここでも土地所有者の私的自治に委ねられているし、また、区分所有者側においても全員の合意が必要となる。

(d) 土地の任意売却による借地関係の解消

これは、土地所有者がその所有地を区分所有者全員に譲渡する契約を締結し、借地関係を解消することによって、区分所有者の居住継続を図るというものである。区分所有者全員が土地所有権を取得すれば、定期借地権は混同により消滅するので（民法530条）、敷地利用権は定期借地権から土地所有権に転換されることになり、いわば一般の土地所有権のマンションとなる。しかし、この契約を締結するかどうかは、ここでも土地所有者の私的自治に委ねられているし、また、区分所有者側においても全員の合意が必要となる。

(e) 土地の任意売却後の定期借地権の再設定契約（あるいは存続期間の延長契約）

仮に土地所有者がその所有地を区分所有者全員に譲渡する意思を有していたとしても、区分所有者側において全員の合意が得られるとは限らない。このような場合、区分所有者の一部（あるいはそれらの者によって設立された法人）がその土地所有権を取得し（この場合、定期借地権は混同の例外により消滅しない）、賃貸人の地位を取得することで、それらの者（あるいは法人）と区分所有者との間で定期借地権の再設定契約（あるいは存続期間の延長契約）を締結することが可能となる。

例えば、A・B・C・Dの4名からなる区分所有建物において、Dのみが土地所有権の取得を希望しない場合、A・B・Cの3名（あるいはこれらの者によって設立された法人X）がその土地所有権を取得し、賃貸人の地位を取得したとする、このとき、A・B・Cの3名（あるいはX）は土地賃貸人、区分所有者であるA・B・C・Dは土地賃借人となり、基本的に両者に利害の対立は存在しないので、定期借地権の再設定契約を締結することも、また定期借地権の存続期間の延長契約を締結することも特に障害はないことになる。この事例においては、土地賃貸人A・B・C（あるいはX）と土地賃借人Dとの間で契約の締結に至らないことも予想されるが、その場合には、Dは定期借地権の存続期間の満了によって敷地利用権を失うことになる。このとき、A・B・C（あるいはX）は、Dに対して、区分所有権売渡請求権（区分所有法10条）を行使することができるので、最終的にDは区分所有関係から排除され、A・B・C間の借地関係と区分所有関係が成立することになる。これにより、建物の存続が保護され、A・B・Cの居住利益は保護されることになる。

### (3) 小括

以上、借地権者の居住利益を保護するための建物の存続保護の方法について検討してきたが、いずれの契約を締結するにも、まず土地所有者の合意が必要とされるという点で共通する。現行法の下においては、土地所有者の私的自治が最大限に尊重されることが前提となっているため、「居住利益との調整問題」や「建物のスラム化問題」を根本的に解決することは依然として困難であり、またその困難の度合いは戸建住宅よりもマンションのより高いといえよう。

このように、現行法の下での問題解決に相当な限界が認められることを踏まえる以上、立法的介入によって強制的に借地権者の居住利益と建物の存続を図ることが妥当であるか、そして、仮にそのような立法的介入が行われるときどのような考え方に基づいて行われることになるかについても検討しておくこととしたい。そこで、次に、立法的介入によって問題の解決を行ってきたイギリス法について参照することにより、問題解決の方向性を検討することとしたい、

## IV 立法的介入の是非—イギリス法の検討

定期借地権終了時に生じることが予想される「居住利益との調整問題」や「建物のスラム化問題」を解決するためには、立法的介入によって強制的に借地権者の居住利益や建物の存続を保護することが1つの有効な手段となり得る。もっとも、このような立法的介入は、土地所有者の私的自治が最大限に尊重される現行法の下では基本的には認めることができないといえる。しかし、それでもなお、定期借地権終了時には相応の蓋然性をもって問題が発生することが予想される以上、外国法の知見を参照することは決して無駄ではないであろう。そこで、ここでは、イギリスの事例について概観することで、なぜイギリスにおいて立法的介入が正当化されたのか、また正当化される上でどのような条件が必要とされたのかを検討する<sup>29</sup>。そして、そのこととの比較において、わが国において立法的介入を行うことはきわめて慎重であるべきことを確認する。

### (1) 建物建築のための土地賃貸借の取引形態と問題点

#### (a) 取引形態の典型例

イギリスでは、多くの都市で建物建築のための土地賃貸借(building lease)が歴史的に行われてきた。このような土地賃貸借は、主として都市に広大な領地を所有する大土地所有者と開発業者との間で締結され、その存続期間は99年と定められることが多かった。開発業者は、土地所有者に対して設定料(fine)と年地代(annual ground rent)を支払うことの対価として、長期の土地賃借権を取得して、その土地上に建物を開発し、その建物を分譲販売することで売却益を得ることを目的とした。ただし、開発業者が借地上に建物を建てると、「土地に附加された物は、すべて、土地に属する」(quicquid plantatur solo, solo cedit)という法準則が

<sup>29</sup> 以下の本文ではイギリス法の概要についてのみ記述するが、その詳細については、拙稿「イギリス定期借地制度の基本問題と現代的展開 (一) (二・完) 民商法雑誌 120 巻 4・5 号 220-255 頁、6 号 82-115 頁参照。

適用されるので、開発業者が借地上に建てた建物は土地所有者の所有となり、開発業者は土地建物の賃借人という法的地位に立つことになる。しかし、建物は開発業者の資本によって開発されたものであるため、年地代に建物の価値は含まれず、開発業者が土地所有者に支払う年地代は土地の価値に限定された。このとき、開発業者が有する賃借権は、存続期間が長期でかつ低賃料の不動産賃借権ということになるので、1個の財産権として所有権に準ずる価値をもつことになる。このような賃借権は、長期不動産賃借権(long leasehold)と呼ばれ、開発業者はこれを所有権価格相当の権利金(premium)で第三者に譲渡したので、最終的に土地所有者と購入者との間で土地建物の賃貸借関係が成立することとなる。

このような取引形態は戸建て建物やテラス式建物の開発に際して用いられたが、集合建物(block of flats)<sup>30</sup>の開発に際しては、次のような取引形態がとられた。まず、開発業者が開発用地の自由土地保有権(freehold)<sup>31</sup>を取得して、その土地に集合建物を開発する。集合建物が完成すると、建物は土地に附合するので、開発業者は不動産全体の自由土地保有権を取得することになる。開発業者は、その後不動産の共用部分(common parts)の自由土地保有権は留保して、複数に区画された専有部分(unit)については長期不動産賃借権を設定することにより複数の第三者に譲渡したので、最終的に開発業者と複数の購入者との間で専有部分の賃貸借関係が成立することとなる。このとき、開発業者は共用部分について自由土地保有権を有すると同時に専有部分について賃借人としての地位を有するので、不動産全体の管理義務は開発業者が負うことになる（これに対して、専有部分の賃借人である購入者は、賃貸借契約上の約定に従って賃料支払いその他の義務を負うことになる）。なお、開発業者が有する共用部分の自由土地保有権と専有部分に対する賃借人としての地位は、専有部分の賃借人によって設立されたフラット管理会社(flat management company)に任意に譲渡されることがある。これにより、フラット管理会社が不動産全体の管理義務を引き受けることになるので、専有部分の賃借人は、フラット管理会社を通じて自らで管理を行うことができるようになる。

以上のように、戸建て建物やテラス式建物の長期不動産賃借権の場合、年地代が土地の価値に限定され建物の価値は含んでおらず、かつ建物は賃借人によって資本が投下されていることから、法的には土地建物全体の賃借権ということにはなるが、実質的には土地賃借権と建物所有権とからなるとみることができる。また、集合建物の長期不動産賃借権の場合も、存続期間が長期でかつ低賃料の不動産賃借権であるという意味で、戸建て建物やテラス式建物のそれと共通の性質を有している。したがって、イギリスの長期不動産賃借権は厳密な意味ではわが国の借地制度とは異なるが、その実質的な性質に着目すれば、わが国の定期借地権と平行に扱うことができるだろう。

---

<sup>30</sup> イギリスでは、わが国のマンションのことをフラット(flat)と呼ぶので、以下の本文でもフラットという用語を用いることとする。

<sup>31</sup> イギリスでは、土地を保有するための権利として、自由土地保有権(freehold)、不動産賃借権(leasehold)および共同保有権(commonhold)がある。これらの権利は、それぞれわが国の土地所有権、土地賃借権（借地権）および区分所有権に相当する。もっとも、両者は異なる法概念であるので、厳密にみればそれぞれ異なる性質を多く有するが、ここでは立ち入らないことにする。

## (b) 長期不動産賃借権の問題点

長期不動産賃借権には存続期間の定めがあるので、その期間が満了すると、賃借人は不動産賃借権を喪失することになる。ただし、建物は土地に附合しているため、わが国のように建物取壊し・更地返還をする必要はなく、自動的に賃貸人が不動産についての不動産賃借権の負担のない自由土地保有権を回復することになり、建物は存続することになる。このことは、わが国のように社会資本としての建物を失うことにはならないが、財産的価値の喪失や公共的利益の損失といった問題を惹き起こすものとして、議論されるようになっていった。

まず、長期不動産賃借権の存続期間が満了すると、賃借人が自らの出捐によって不動産を取得し、その不動産に改良投資をしてきたにもかかわらず、賃貸人から何ら経済的に補償されることなしに賃貸人に不動産を没収(*forfeiture*)され、賃借人は財産権を喪失することになる。このことは、具体的に次のような問題を惹き起こすことになった。すなわち、賃借人が契約の更新を希望する場合、更新には賃貸人の同意が必要とされ、仮に更新が認められたとしても、更新後の賃料は土地と建物は賃貸人の所有物であるという前提に立つので、土地の価値に限られていた地代(*ground rent*)から、土地と建物の価値とを合わせた賃料＝搾出賃料(*rack rent*)へと変化することになった。さらに、賃貸人は更新請求に同意しないこともできるので、更新の再交渉に際し有利な交渉力を有している。そのため、更新の条件として、賃借人からかなりの額の更新料または賃料増額を得ることができたのであった。

次に、長期不動産賃借権の存続期間の満了時が近づくと、建物の荒廃が著しくなり、衛生上・道徳上の見地から極端に有害な状況に陥るといった公共的利益の損失に関わる問題が惹き起こされた。もちろん、このような建物のスラム化の程度は、賃貸人の管理能力、建築の質、ブローカーの介入の度合いなどの要因によって大きく左右されたが、一般的には期間満了時には何らの修繕、改良、増築もなされないまま、建物は荒廃していく傾向にあった。さらに、事業用建物でも、期間満了とともに営業も廃業せざるを得なくなり、多くの従業員を解雇せざるを得なくなり、地域の発展と雇用の促進が阻害されるという問題も生じた。

## (2) 問題解決のための立法的介入

### (a) 賃借人への法定賃借権の付与

このような問題点は、19世紀末から20世紀初頭にかけてすでに顕在化し、その解決のために多くの議論が提起されたが、結果的に有効な解決策が立法化されるまでには長い年月を要し、問題の解決が図られたのは第二次大戦後のことであった。

まず、1954年不動産賃貸借法(*Landlord and Tenant Act 1954*)は、存続期間が満了した賃借人の居住権を保障するために法定賃借権(*statutory tenancy*)を規定した。その資格要件としては、①存続期間が21年以上の長期不動産賃借権であること、②年間賃料が課税評価額の3分の2未満の低賃料であること、③自己の住居として居住する独立の住居であることが必要とされた。①と②の要件はその適用対象を長期不動産賃借権に限定する趣旨であり、③の要件はその適用対象を居住用に限定する趣旨である。

これにより、賃借人は期間満了後も法定賃借権に基づいて居住を継続することができるようになった。ただし、1954年法は、期間満了時において、土地と建物は賃貸人のもとにいったん復帰したという前提に立って、改めて賃借人に借家権が付与されるというものであり、その結果、賃借人の投下資本は保護されず、また借家権の賃料が土地と建物の価値を合わせ

た賃料に増額されたので、賃借人にとって未だ著しく不公平であると意識された。

(b) 賃借人への不動産賃借権解放権等の付与

1954年法では問題点は解決されなかったもので、1967年不動産賃借権改革法(Leasehold Reform Act 1967)が制定され、一定の資格要件を満たした賃借人に、住宅その他の不動産の不動産賃借権解放権(right of leasehold enfranchisement)または延長賃借権(extended lease)が付与されることが規定された。不動産賃借権解放権とは、賃借人が、賃貸人との合意を要することなく、住宅その他の不動産に対する自由土地保有権を賃貸人から買い取ることができるという権利であり、その買取価格は土地の価格相当分であるとされた(なお、買取価格は後に土地建物の価格相当分に改められた)。また、延長賃借権とは、賃借人が、賃貸人との合意を要することなく、期間満了後50年間の新賃借権を設定することができるという権利であり、その地代は土地の価値に限られるとされた、これにより、長期不動産賃借権の賃借人は、賃貸人との合意を要することなく、不動産に対する自由土地保有権または長期不動産賃借権を取得することができることとされたので、賃借人の財産権が完全に保護されることとなったのである。

ただし、これらの権利が賃借人に付与されるためには、①賃借人が保有する建物が「住宅」であること(戸建て住宅やテラス式住宅は含まれるが、フラットは含まれない)、②住宅その他の不動産の課税評価額が低額であること、③存続期間が21年以上の長期不動産賃借権であること、④年間賃料が低賃料であること、⑤原則として5年以上自己の住居として占有していたことという資格要件が必要とされた。そのため、特に住宅価格が上昇しつつあったロンドンなどの大都市部では、これらの権利を行使することはほとんど不可能に近い状態であったが、その後の立法で資格要件は徐々に緩和され、現在では、21年を超える長期不動産賃借権を有する住宅の賃借人であれば誰でも、2年間の占有のみを条件として、不動産賃借権解放権あるいは延長賃借権を行使できるようになっている。

(c) 不動産賃借権解放権の正当性

不動産賃借権解放権は、賃借人が賃貸人との合意を要することなく行使できる権利であることから、この権利が欧州人権条約の第一議定書が保障した財産権の不可侵性に関する規定を侵害するものであるかが争われることとなった。すなわち、第一議定書第1条本文第2文において「何人も、公益のために、かつ、法律及び国際法の一般原則で定める条件に従う場合を除くほか、その財産を奪われない」と規定されているところ、不動産賃借権解放権は、「公益」を目的としない「私益」を目的とした財産権の移転に関するものであるので、同規定に違反するとしてヨーロッパ人権裁判所に提訴された。

この論点について、同裁判所は、1986年2月21日、ジェームス他対連合王国事件(James and others v. United Kingdom)判決<sup>32</sup>において、「財産権の収用が、地域社会の社会正義を高めるために計画された政策の実施に関わるものであるならば、公益に沿うものであると十分にいい得るものである。それゆえ、その政策が私人間の契約関係や財産関係に関する法制度

---

<sup>32</sup> Case of James and others, European Court of Human Rights, Judgment of 21 February 1986, Series A, No.98.

の公平性を目的とするものであるならば、その政策を実現させる立法が、たとえ私人間の財産権の強制的移転に関するものであっても、公益に沿うものであるといえる」と述べ、さらに、「公益性の判断にあたっては、国家当局に一定の裁量権が与えられており、その判断が明らかに合理的な根拠に欠ける場合でない限り、その判断は尊重されるものである。裁判所としては、その判断が第1議定書第1条の規定に違反しないかを審査し得るのみである。」「しかるに、1967年不動産賃借権改革法やその後の立法は、賃借人に不公平な現行法を改革することで、あるいは賃借人に事実上の住宅の所有権を付与することで、社会的不正義を除去することを目的としているので、それ自体明らかに不合理なものであるとはいえない」とする。

同判決は、イギリスの国内法についての公益性の判断について慎重な姿勢をみせつつも、国家が社会的不正義を除去することを目的として立法したのであれば、私人間の財産権の強制的移転を内容とする不動産賃借権解放権も明らかに不合理ではないとして第1議定書第1条の規定に違反しないとしている。そうすると、不動産賃借権解放権が正当化されるためには、「社会的不正義」とは具体的にどのようなものかが問題となるが、これは先に検討したような「賃借人の財産権の喪失問題」と「公共的利益の損失問題」のことであるといえることができる。したがって、わが国でも定期借地権の存続期間満了時にはイギリスと類似の問題が生じることが予想され、共通の問題状況を見出すことができるので、仮にわが国で不動産賃借権解放権に類する権利を立法化したとしても、直ちに否定されることにはならないといえよう。

#### (d) 不動産賃借権解放権のフラットへの適用拡大

1967年法で規定された不動産賃借権解放権および延長賃借権は、多数のフラットからなる集合住宅では権利関係が複雑になるので、フラットには適用されないとされていた。しかし、フラットにおいても、1980年代半ば頃より「資産価値の減少問題」と「管理義務の不履行問題」が顕在化してきた。前者の問題は、不動産賃借権の残存期間が減少するにつれて、フラットの資産価値も急速に減少していくという問題である。残存期間が40年程度になると資産価値の減少が始まり、金融機関により担保価値を評価してもらえなくなるので、買主が住宅ローンを組んでフラットを購入することができなくなるという問題が発生した。他方、後者の問題は、フラットでは賃貸人が管理義務を負うが、とりわけ賃貸人がフラット居住者でないときは、賃貸人による管理義務が必ずしも十分に履行されないという問題である。

これらの問題は、専有部分の賃借人が共用部分を所有していないこと、そして賃貸人にフラットの管理義務を履行させる有効な法的手段がなかったことに起因していたため、各専有部分の賃借人が団体を設立し、その団体が賃貸人によって留保されている共用部分の自由土地保有権と専有部分に対する賃貸人たる地位を買い取ることができれば解決することができると考えられた。すなわち、この団体が賃貸人となれば、不動産賃借権の存続期間が満了しても、賃貸人自身が賃借人によって設立された団体であるので、賃借人による更新請求は常に可能となり、資産価値の減少問題は解消されることになると考えられ、また建物の管理についても賃借人自らが構成員である団体を通じて自主的に行うことが可能となるので、管理義務の不履行問題も解消されることになると考えられた。

そこで、1993年不動産賃借権改革・住宅・都市開発法(Leasehold Reform, Housing and Ur

ban Development Act 1993)が制定され、一定の資格要件を満たした賃借人に、団体的解放権(right to collective enfranchisement)と新規不動産賃借権の個別的取得権(individual right to acquire new lease)が付与されると規定された。団体的解放権とは、一定の資格要件を満たした賃借人が名義上の買受人（一般的には賃借人によって設立されたフラット管理会社）を任命し、この買受人が賃借人を代表して解放権を行使し、賃貸人から共用部分の自由土地保有権と専有部分の賃貸人たる地位を強制的に買い取るというものである。他方、新規不動産賃借権の個別的取得権とは、一定の資格条件を満たした賃借人が、90年の賃借権を市場価格で購入し、それを既存の未償却の存続期間に組み入れて、これを新規の賃借権として新たに設定するというものである。これらの権利のうち、とりわけ前者の権利は、賃貸人を実質的に賃借人と同一化させ、賃貸借関係に対立的関係から共同的关系へと質的に転換させるものであり、このことを通じて「資産価値の減少問題」と「管理義務の不履行問題」の解決が図られたのである。

なお、1993年法の団体的解放権は、賃借人の団体が賃貸人から共用部分の自由土地保有権と賃貸人たる地位を市場価格で買い取る必要があったことから、賃借人にとって少なくない負担であった。そこで、2002年共同保有権・不動産賃借権改革法(Commonhold and Leasehold Reform Act 2002)において、賃借人によって設立された管理権引受会社(right to manage company)が賃貸人の過失を要件とすることなく、かつ賃貸人への補償をすることなく、賃貸人の管理権のみを強制的に取得することができるものとされた。

### (3) 賃貸人の優越的権利

#### (a) 戸建て住宅やテラス式住宅のケース

不動産賃借権解放権により賃借人の存続保障が図られる一方で、賃貸人に不動産の占有回復を必要とする合理的な事由が存するときには、賃貸人の事由が考慮されるものとされている。

まず、賃借人が不動産賃借権解放権または延長賃借権の適用要件を満たしている場合でも、賃貸人は不動産の全部又は一部が自己または家族の唯一または主たる住居として占有が必要であることを理由に不動産の占有回復を裁判所に申し立てることができることとされている

(1967年法18条1項)。そして、賃貸人に占有回復命令が認められた場合、賃貸人は賃借人に住宅その他の不動産の損失に対する補償金(延長賃借権により50年の存続期間が存するという前提での不動産賃借権価格相当額)を支払われなければならないとされている(同条4項・5項、1967年法附則2パラグラフ5)。また、占有回復命令が認められた賃借権に転借権が存在する場合、その転借権は賃借権とともに自動的に終了するが(1967年法附則2パラグラフ3(1))、1977年家賃法に基づく現に居住する転借人に限り法定賃借人として占有を継続することができることとされている(1977年法2条1項(a))。

次に、賃借人に延長賃借権が付与された場合でも、賃貸人は再開発の目的で住宅その他の不動産の全部または重要部分の取壊しまたは再建築を理由に不動産の占有回復を裁判所に申し立てることができる(その場合、賃貸人は具体的な再開発計画の存することを証明しなければならない)とされている(1967年法17条1項)。そして、賃貸人に占有回復命令が認められた場合、賃貸人は賃借人に住宅その他の建物の損失に対する補償金を支払われなければならないとされている(同条2項・3項、1967年法附則2パラグラフ5)。また、占有回復命

令が認められた賃借権に転借権が存在する場合の処理は先の場合と同様である。なお、このような賃貸人の再開権に基づく延長賃借権排除のための占有回復の申立てに対しては、賃借人が自由土地保有権の取得を申し出た場合には、賃貸人のその申立は認められないとされている（1967年法17条6項(b)）。

#### (b) フラットのケース

1993年法は、長期不動産賃借権の存続期間の満了時に、賃借人からの団体的解放権ないし新規不動産賃借権の個別的取得権の主張にかかわらず、賃貸人が不動産の再開を意図しかつ裁判所の命令があるときは、賃貸人は、不動産賃借権を終了させ、不動産を取り戻した上で建物の再開をすることができることを定めている。すなわち、1993年法第23条第1項は、「当該不動産の復帰権者が、第21条(2)(c)に規定された要件に従い同条の反対通知を送付したとき、適法な賃貸人の申立てに基づき、裁判所は、命令によって、不動産の全部又は大部分を再開する賃貸人の意図を理由に、団体的解放権は当該不動産に関して行使することができないと判示することができる」と規定している。ただし、裁判所がそのような命令を行うための条件として、同条第2項は、「(a)当該不動産に含まれる複数のフラットが保有しているすべての長期不動産賃借権の少なくとも3分の2が基準日から起算して5年以内に終了することになること、(b)当該賃貸借が終了した場合、再開の目的のため、申立人が当該不動産の全部又は大部分を(i)取壊し又は再建築すること、あるいは(ii)実質的な再建築作業を実施することを意図していること、及び(c)申立人が当該賃借権の設定されたフラットの占有回復が得られなければ合理的に再開を行うことができないこと」という条件が満たされない限り、裁判所は第1項に基づく命令をすることができない」と規定している。

また、1993年法第61条第1項は、「フラットの賃借権（「新規不動産賃借権」）が第56条に基づき付与されたが、賃貸人によってなされた申立てに基づき、裁判所が(a)再開の目的のため、賃貸人がフラットの含まれている不動産の全部又は大部分を(i)取壊し又は再建築すること、あるいは(ii)実質的な再建築作業を実施することを意図していること、及び(b)賃貸人がフラットの占有回復が得られなければ合理的に再開を行うことができないこと」という条件を承認する場合、裁判所は、命令によって、賃貸人は賃借人に対しフラットの占有回復を得る権限を有し、賃借人はフラットの損失に対し賃貸人により補償金が支払われる権限を有するということを判示することができる」と規定している。

#### (4) イギリス法における存続保障の意義

以上の検討を踏まえると、不動産賃借権解放権または延長賃借権を賃借人に付与するという存続保障のあり方は、長期不動産賃借権の存続期間満了時の法的問題点、すなわち賃借人の財産権の喪失問題、賃借人の資産価値の減少問題、公共的利益の損失問題といった「社会的不正義」を除去する手段として基本的に合理的なものと評価される一方で、その制度が賃貸人と賃借人の双方にとってより公平な制度となるように追及されてきたものであるといえる（以下、1967年法の枠組みを中心に考察する）。

この点については、まず、賃借人による不動産賃借権解放権または延長賃借権の行使に対して、賃貸人に優越的権利が認められる場合があることから明らかなように、イギリスの存続保障制度が賃借人の居住利益を保護することのみを目的としたものでないことを確認

しておく必要がある。すなわち、存続期間満了時の法的処理は、賃貸人の優越的権利の存在により、①賃借人による自由土地保有権の取得、②賃借人の不動産賃借権の延長、③賃貸人による不動産の占有回復という選択肢の中から選ばれることとなり、しかも、その選択肢は社会政策的な価値判断から保護されるべき利益の序列化がなされ、そのルールに従っていずれかが選択されるようになっている。さらに、このような配分的選択に際しては、いずれの場合においても金銭的な調整が図られるものとされており、また、この金銭的な調整のあり方についてもより公平な基準が追及されてきたところである。

このような存続保障のあり方については、存続期間満了時の契約当事者間の契約調整を立法的介入によって図ったものであると評価することができよう。もともと存続期間満了時の問題は、不動産が賃貸人に当然に復帰する法制度の下での契約当事者間の交渉力の不均衡に起因するものであるとも考えられており、この問題を解決するために、賃借人に不動産賃借権解放権または延長賃借権が付与されたのである。これにより、賃借人は圧倒的に有利な交渉力が付与されることとなる反面、賃貸人の交渉力はそれだけ大きな制約が加えられることになった。そこで、このような両者のバランスを調整するために、賃貸人に優越的権利が付与され、購入価格のより公平な算定基準が導入されたものとみることができる。この意味において、イギリス法の存続保障制度は、社会政策判断において望ましいとされる契約調整を立法によって強制したものと評価することができる。

以上のような立法による契約調整的介入の仕組みを図式的に整理すると、次のようにまとめることができる。

- ①賃借人が不動産賃借権解放権または延長賃借権の適用要件を満たす場合、賃借人は賃貸人から自由土地保有権あるいは延長賃借権を取得することができ、その場合、賃借人は賃貸人に対し自由土地保有権あるいは延長賃借権の価格を支払うことになる。
- ②賃貸人の自己（家族）使用の必要性がある場合（すなわち、賃借人の居住利益と賃貸人の居住利益とが衝突する場合）、賃貸人による不動産の占有回復が認められ、その場合、賃貸人は賃借人に対し延長賃借権の価値相当分の補償金を支払うことになる。
- ③賃貸人の再開発利益実現の必要性がある場合（すなわち、賃借人の居住利益と賃貸人の財産権的利益とが衝突する場合）、賃貸人による不動産の占有回復が認められ、その場合、賃貸人は賃借人に対し延長賃借権の価値相当分の補償金を支払うことになる。ただし、このときに、賃借人が自由土地保有権を購入することを申し出た場合、賃借人は賃貸人から自由土地補償権を取得することができ、その場合、賃借人は賃貸人に対し自由土地保有権の価格を支払うことになる。

## V むすびに代えて—日本の借地制度に対する示唆

### (1) 借地権終了時の契約調整的処理の必要性

以上の検討から、イギリス法は、長期不動産賃貸借の賃借人に自由土地保有権の強制的購入権や不動産賃借権の延長権を付与することで賃借人の居住利益を保護してきたが、その一方で、賃貸人の財産権的利益にも配慮して、保護すべき利益の序列化を行い、最終的に金銭的な調整を行うという仕組みがとられていたことが明らかになった。もっとも、このようなイギリス法の仕組みを日本の借地制度にそのままの形で適用することは、それぞれの制度が基本的に異なるものである以上当然にはできないが、不動産賃借権の存続期間満了時の当事

者間の対立を契約調整的に処理していこうとする方向性は日本でも参考になるものと思われる。また、そもそも借地契約は、長期の継続的契約の1つであることから、存続期間満了時の処理として契約調整という発想こそが本来のあり方でないかと思われる。

それでは、どのような契約調整のあり方が望ましいであろうか。この点はより慎重な議論が求められるところであるが、現時点で望ましいと考える試論を提示することで、本稿のまとめとすることとしたい。

## (2) 旧借地法上の旧借地権および借地借家法上の普通借地権

現行の正当事由制度の下では、借地権設定者を犠牲にして借地権者の存続保障のみが図られる解釈基準となっているため、これをより借地権設定者の財産的価値をも考慮したより公平な解釈基準へと改めることが必要でないかと思われる。そこで、現時点での試論として、正当事由の解釈基準を契約調整という観点から図式的に整理すると、次のようにまとめることができる。

- ①借地権設定者に土地利用の必要がない場合、借地権設定者に正当事由は認められず、借地権者の更新請求が認められる（借地権者に土地買取請求権を認めるか否かについては、少なくとも現時点では妥当でない<sup>33)</sup>）。
- ②借地権設定者に自己使用の必要がある場合、借地権設定者に更新拒絶の正当事由が認められ、借地権者は、建物買取請求権による投下資本の回収が認められる（現行の規定と同様）。
- ③借地権設定者に再開発の必要がある場合、具体的な再開発計画の証明を条件に、借地権設定者に更新拒絶の正当事由が認められるが、その場合、借地権設定者は、借地権者に更新が認められることを前提とした借地権価格および建物価格の補償を行う必要がある（更新拒絶が認められることに対する金銭的調整）。

## (3) 借地借家法上の一般定期借地権

定期借地権は、契約の更新に関する規定の適用のない存続期間の満了をもって終了する借地権であるので、最初から財産権としての価値が低く、期間の経過とともにその価値はさらに低下していく性質のものである。また、定期借地権は、存続期間満了により建物を取り壊

---

<sup>33)</sup> 借地権者に土地買取請求権を認めることに消極的な理由として、まず、そもそもこれまで比較法的に検討してきたイギリスの不動産賃借権解放権自体が論争のある権利であったことがあげられる。不動産賃借権解放権については、19世紀末から社会主義的な立場から長年にわたって主張され、福祉国家時代の労働党によって立法化されたものであり、イギリス特有の社会状況および政治状況のもとで発展してきたものである。また、その是非をめぐっては、本文でも述べたとおり、その合理性や公平性をめぐって判例や立法において議論されてきたものである。このように、イギリスでも論争のある不動産賃借権解放権に類する権利を日本に導入することが妥当かどうかは、日本の事情に即して慎重に論ずる必要がある。日本では、土地買取請求権が社会的にもまた政治的にもその必要性が主張されてきたこともないことを考慮すると、将来的に社会的・政治的なコンセンサスが得られるのであれば別であるが、少なくとも現時点では慎重に考えざるを得ない。

して更地で土地を返還することが予定された権利であるので、イギリスと同様ないしそれ以上に、建物の荒廃・スラム化が進行することが懸念される。このように、居住用の一般定期借地権については、財産権としての価値の低下、住宅の荒廃・スラム化の問題が懸念されること、また、ほとんど供給実績もないことから、社会的合理性に乏しい権利であることが今後明らかになっていくものと思われる。したがって、今後、居住用の一般定期借地権は廃止し、先に述べた新たな普通借地権へと再統合することが望ましいと考える。

〈文責： 大野 武〉

### 第三編 定期借地権マンション契約の実態に関する研究 定期借地権マンションの分譲時の借地に関する契約内容

#### I 研究の背景と目的、方法

1992年の借地借家法改正により創設された定期借地権制度により地主は遊休不動産の活用と定期的な収入の確保、住宅購入者側は低廉な費用での住宅取得がより可能となった。マンションの場合は定期借地権制度を利用することで、終焉を予見することが可能となり、通常に分譲マンションのような建替えに合意形成の必要性がないことがメリットとしてあげられる。

しかし一方で供給する上での困難点も指摘されている。一つに期間満了後、地主は確実に土地を明け渡してもらえるかの不安がある。二つ目に住宅購入者は期間満了時に保証金や敷金が返却されるのか。他にも建物解体費用の発生、地代改定による地代の上昇への不安、借地期間が短くなった場合の流通性の低下、また建物の管理意欲の低下によるマンションのスラム化、それによる外部不経済の発生など、多くの不安定要素がある。

定期借地権マンションを安定した居住の場とし、借地期間中の市場性を維持し、かつ良好な管理が行われるための方策を考えることが必要である。そこで、本稿では研究の皮切りとして、首都圏<sup>注1</sup>の定期借地権マンションの分譲時の契約内容を明らかにすることを目的とする。

研究の方法は、1992年～2014年度までに供給された全国の定期借地権マンションのリスト<sup>注2</sup>を作成し、建物概要（分譲年、立地、総戸数、階数、借地契約内容（借地権の種類、借地期間、地権者、権利設定の伴う一時金[保証金、権利金]、期間満了時の取り扱い[解体費用の準備、原状回復、建物譲渡特約など]）を明らかにする。

#### II 定期借地権マンションの建物概要

定期借地権マンションは1993年から供給が始まり、全国で約20,841戸<sup>注3</sup>マンションが分譲されている。定期借地権マンションは1995年～1999年をピークに、首都圏全域で供給が開始され、その後東京、埼玉、神奈川を中心に供給が行われている。2000年代に入り、首都圏、特に東京都では戸数が多いマンションが建設されるようになり、供給当初の小規模なマンションから大規模なマンションへの適用が見られる。

首都圏では139件、11,970戸が供給され、約6割が首都圏に立地する。首都圏の中でも東京都が最も多く、東京都77件（23区内63件、23区外14件、）神奈川県37件、埼玉県16件、千葉県7件、茨城県2件である。総戸数は4戸から843戸、平均87戸で、50戸以下が約6割である。これは所有権型マンションも含めたマンション平均戸数101.1戸<sup>注4</sup>と比較すると、小規模なマンションが多い。

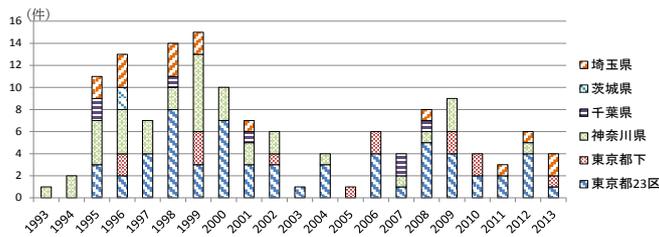


図-1 定期借地権マンションの供給件数

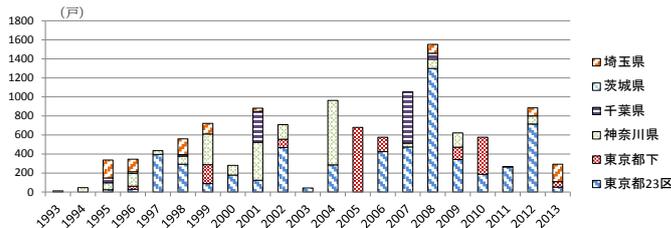


図-2 定期借地権マンションの供給戸数



図-3 定期借地権マンションの1件当たりの総戸数

### Ⅲ 定期借地権マンションの借地契約内容

#### ①借地権の種類

定期借地権には物権である地上権、債権である賃借権がある。地上権が設定されているものが45.3%、賃借権が設定されているものは38.8%、不明なものは15.8%である。供給当初は賃借権が多いものの、1997年頃から近年にかけては地上権で設定される傾向にある。なお、賃借権で設定されている場合、売買の際に地主の承諾が原則必要となることから、所有権型マンションよりも、売買に伴う手続きが増え、流通性の課題がある。

また、50年以上の借地期間を設定する「一般定期借地権」と、借地期間の設定の制限がない「建物譲渡特約付借地権」があるが、約9割が前者である。

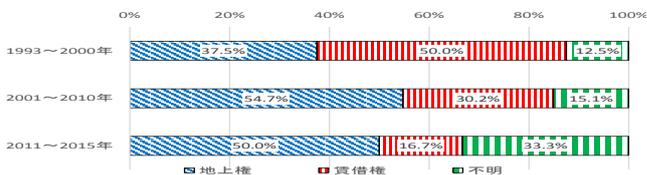


図-4 定期借地権マンションの権利形態

#### ②借地設定期間

最も短い場合が50年、長い場合は81年である。平均55.4年で、一般定期借地権の最短設定期間である50年が最も多い。借地期間の設定は新しいマンションほど、長期になるものが多い。また、地主との関係からみると、地主が公的機関などの場合(4件)は60~65年未満が2件、72年が1件あり、借地期間が長い傾向にある。

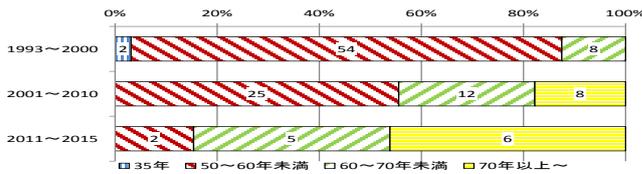


図-5 供給年別定期借地権マンションの借地設定期間

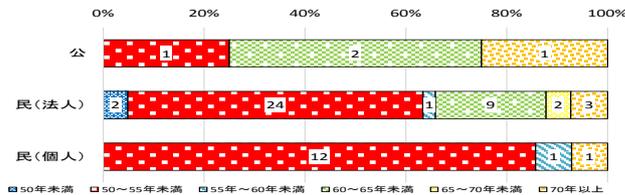


図-6 地主タイプ別定期借地権マンションの借地設定期間

### ③権利設定のための対価の支払い方法

借地権の設定にあたり、保証金<sup>注4</sup>や権利金、前払賃料を支払うことになる。保証金は借地人の賃料不払いや期間満了時の担保として徴収するもので期間満了時に返還される。権利金は定期借地権設定の対価であり、借地人には返還されない。保証金を支払う場合に、保全措置の問題や新借地人（中古住宅購入者）に承継されるかの明確な取り決めがあるかどうかの課題がある。首都圏の定期借地権マンションの全139件中、保証金を徴収している場合は41件、権利金の場合には24件、両方（保証金と権利金）ある場合は45件、両方ない場合は0件、前払賃料の場合には7件である。その他として「保証金と前払賃料」が2件、「権利金と保証金と前払賃料」が2件、不明が18件である。金額は、保証金の場合には4.2~4,300万円、権利金の場合には20~7,896万円、権利金が分譲価格に含まれている場合は10~9,934万円、両方ある場合は合計77.3~1985.6万円である。

表-1 分譲時における一時金の種類

権利金	保証金 (数)	前払賃料	どちらもな い	権利金と保証金 (数金)	その他	不明
24	41	7	0	45	4	18

### ④期間満了時の取決め

借地期間満了時に更地として返還するための建物を取壊すための原状回復費用として月々集める積立金と分譲時に一括で集める一時金がある。これらは解体積立金や解体積立基金、解体準備金や解体準備基金の名称で徴収が行われている。139件中、47件で徴収されている。その内解体積立金あるいは解体準備金のみ集めている場合は38件、解体積立基金あるいは解体準備基金で集めている場合は1件である。その他8件の内、「解体積立金と解体積立基金」が3件、「解体積立金と解体準備基金」が2件、「解体準備金と解体準備基金」が2件、「修繕維持準備基金と解体準備基金」が1件である。

表-2 期間満了時における解体費の種類

解体積立金	解体積立基金	解体準備金	解体準備基金	その他
23	0	15	1	8

期間満了時の取決めとして、一般定期借地権で設定されている場合でも「建物無償譲渡」「原状回復義務なし」「地主希望・居住可の場合は取壊必要なし」などの当事者同士での特約が見られるのは、一般定期借地権 123 件中、12 件である。

#### IV 結論

首都圏の定期借地権マンションを取り上げ、分譲時の借地に関する契約内容を明らかにした。契約内容はマンションにより大きく異なっており、借地期間満了時に建物解体金がない場合、原状回復に関する詳細な取決めがない場合もある。ゆえに、分譲時には借地に関する契約内容を明確にすること、さらには中古流通時には一般的なマンションとは異なる情報開示が必要となり、その体制を整備することが必要である。

注)1首都圏:東京、神奈川、千葉、茨城とする。

注)2以下の文献をもとにリストを作成1)国土交通省「定期借地権付住宅の供給実態調査」平成22年度、2)不動産経済研究所「定借マンション市場動向」1999年度版、2004年度版、2008年度版、3)(財)日本住宅総合センター「定期借地権事例調査」、4)定期借地権推進協議会定期借地権マンション研究会「定期借地権マンション研究報告書」平成20年度、5)編:定期借地権推進協議会 著:大木祐悟「定期借地権活用のすすめ 契約書の作り方・税金対策から事業プランニングまで」株式会社プログレス 2012年12月、6)(財)都市農地活用支援センター、定期借地権推進協議会「平成24年度 定期借地権付住宅の供給実態調査 報告書」、7)監:建設省住宅局民間住宅課 編:(財)土地総合研究所、定期借地権推進協議会「定借マンション・ガイドブック」株式会社ぎょうせい 1997年9月、8)黒沢泰「定期借地権付きマンションの普及とこれを巡る実務上の諸問題」定期借地権普及促進協議会会報1996年5月、9)スケルトン定借普及センター: <http://www.skeleton.gr.jp/> 2015年4月2日、10)Yahoo Japan不動産: <http://realestate.yahoo.co.jp/> 2015年4月2日、11)三井のリハウス: <http://www.rehouse.co.jp/> 2015年4月2日、12)三菱地所レジデンス: <http://www.mec-r.com/> 2015年4月2日、13)藤和ハウス: <http://www.towa-house.co.jp/> 2015年4月2日、14)長谷工コーポレーション: <http://www.haseko.co.jp/hc/index.html> 2015年4月2日、15)東急リバブル: <http://www.livable.co.jp/> 2015年4月2日

注)3(財)日本住宅総合センター:「定期借地権事例調査1993~2014年度前期」による。

注)4マンション総合調査 平成25年度による。

注)5保証金には敷金も含む。

〈文責: 齊藤広子〉