

借地・借家法の改正論点

大坪稔

目次

- はじめに
- 一 借地・借家契約の成立
- 二 借地・借家契約の期間
- 三 借地・借家契約の更新
- 四 借地・借家契約の終了
- 五 借地・借家法改正の主な論点の考察
- (1) 序説
- (2) 定期借地権と終了後の法律関係
- (3) 期限付建物賃貸借の成立・有効要件
- (4) 特に、新法における借地権の対抗力
むすび

はじめに

(1) 新法の趣旨 周知のように「借地借家法」案（以下新法という）は、平成三年第一二二回国会において、一部修正

された後、九月三〇日成立し、一〇月四日（法九〇号）に公布された。この新法は平成四年八月施行されるが、その後は建物保護法（明治四二年法四〇号）、借地法（大正一〇年法四九号）、借家法（大正一〇年法五〇号）が廃止され（新法附則二条参照）、新法条項のなかに修正・統合されている。すなわち、建物保護法・借地法・借家法等が施行され、かなり長期間に亘って、弱者としての賃借人の保護をモットーとする機能を果たしてきたが、昭和一六年、賃主が契約更新を拒むには、「正当事由」の存在が必要である旨の改正がなされた程度で、新法成立の時点まで基本的な改正がなされていない。^{〔一〕}しかし、わが国の借地・借家をめぐる社会・経済等の環境は、戦前はともかく、戦後の一時期を除いて重大な変化をみることになった。そこで、近時、特に借地・借家に対する需要の多様化^{〔二〕}に応ずるために、それに対応可能な法制度の整備・充実を図る必要性が指摘されるようになった。そのために、借地関係には、従来の借地・借家契約の外に、「定期借地権」（新法二二条、同二三条、同二四条）、借家関係には「期限付建物賃貸借制度」（新法三八条、同三九条）などを新設し、賃借人において、いずれを選択して賃貸借関係に入るかは自由とすることにした。そして、実質的に改正されない従来の借地・借家関係を含めて、現在に至るまで集積されてきた判例を整理活用しながら条文化するなどし、さらに全面的に、ひらがな現代語文に改め、国民が利用し易い借地・借家関係の創設を目的としているといえる。

このように、新法は現代的機能性を保有する内容となっているが、注意すべきは、新法施行前（平成四年七月まで）に締結された借地・借家契約には、旧借地法（大正一〇年法第四九号）、借家法（大正一〇年法五〇号）が適用され（附則四条以下参照）、新法はそれぞれが施行日（平成四年八月）以後に締結された借地・借家契約に適用されるということである。なお主な改正点を、平成三年九月三〇日付新聞（朝日）より引用（内容一部筆者責任で変更している）すると左記別表１の図のようになる。

(別表1) 新借地借家法の主な改正点

新 制 度	現 行 法	借 地 期 間	定 期 借 地 権	解 約 の 正 当 事 由	期 限 付 の 借 家	調 停
最初の契約は一律30年。一回目の更新に限り20年、二回目以降は10年。それ以上の契約も可能。	建物が鉄筋コンクリートなら30年（無契約は60年）、更新は30年こと。木造なら20年（無契約は30年）、更新は20年こと。	建物所有者に規定なし。土地所有者に解約の正当事由がない限り更新	①存続期間50年②事業用建物のために存続期間10年以上20年以下③30年後に建物を土地所有者に譲る特約付きの3種類。借地権は更新されない	土地または建物の所有者自ら土地、建物が必要とするなどの正当事由がなくはない	規定なし。貸主に正当理由がない限り更新	地代、家賃の増額で、貸主と借主の意見が合わない場合、原則的に裁判になる
①存続期間50年②事業用建物のために存続期間10年以上20年以下③30年後に建物を土地所有者に譲る特約付きの3種類。借地権は更新されない	貸主、借主に土地、または建物を使う必要が本当にあるのかによる。これまでの経過、土地の利用状況、建物の現況、貸主が払う立ち退き料の額、も考慮する				転勤、療養、親族の介護など、やむを得ない事情があつて持ち家を空ける場合、一定期間だけ住居として貸した場合に特別の適用を受ける	必ず調停をする。調停に入ってから貸主、借主が調停結果に従うと合意した場合は、調停委員会で値上げ額を定める

説明(1) 新借地借家法は、平成四年八月一日政令第二五号により施行された。

説明(2) 新借地借家法は、本法施行前に締結されている借地・借家契約には適用されない。

(2) 賃借権の対抗力 「売買は賃貸借を破らず」という法諺は、賃借権の物権化を意味し、建物保護法第一条、および借家法第一条の定めるところである。これらの物権的効力をもつ規定が、この新法施行をもって、以降の賃貸借では廃止されることになるが、新法第一〇条および同第三二条をもつて、現行法と同趣旨の効力を付与されているので、その物権的効力に大きな相違点はない。ただ、この物権的効力に関する規定は、借地法、借家法に定める「正当事由」との関りで、賃借権設定者による契約の解除が大幅に制限されていたので、それに対応するだけの機能を果たしていた。しかし、新法は前述したように、普通賃貸借の外に、「定期借地権」や「期限付建物賃貸借」制度を認めているので、それらに対する賃

借権の物権的効力は、原則として、その期間に限定されるとする点が注目される。詳しくは後に検討する。

以上のように、新法は借地・借家需要の多様化に因應するために制定されたという立法理由をみると、一般概念としての新法上の借地・借家法制度を具体的に把握し、それを祖上にして検討する必要があると考えられるので、まず、それを考察し、後に、特に「定期借地権」、「期限付建物賃貸借」の問題点の検討、そして、借地権の対抗力の問題点について論及することにする。

注①

昭和三〇年代に、借地・借家法の大改正が意図される時はあった。それは、民法財産編の改正に関する答申案を審議する過程のなかにおいて、借地・借家法の改正問題を検討するというものであつて、昭和三十一年七月借地・借家法改正準備会（我妻栄委員長）が設置され、昭和三十四年二月「借地・借家法改正要綱法案」が発表された。さらに同年七月には「借地・借家法改正要綱案」が公表されることになり、日本私法学会（昭和三十一年一〇月三日学術大会）でもシンポジウムの課題としても採り上げられ、議論の対象となった。しかし、この要綱案を基とする借地・借家法の改正は日の目をみることはなかったが、新法と対比検討するに価する重要な論点を提起していると思われる。この要綱の基本的考え方とは、ア、借地人・借家人の借地・借家関係を安定化させることを目標としながら、借地・借家権設定者との利害調整をはかりつつ、借地権を物権に統一し（要綱第一項）、それに譲渡性を付与することで、財産的利用価値を高める。また、イ、借地権には、特別の規定がないかぎり地上権に関する規定と同様に考え（要綱第二項）、抵当権の目的として担保の客体とすることができる。そして、ウ、部分借地権（地上または、地下の特定部分のみの使用のため）や、自己借地権の設定を認め、土地所有者が、自己所有地に、自己のための借地権を設定し抵当権との関係を調整する（要綱案第二四）、というように、借地・借家権を「社会権」として確立しようとするものであった。

(2) 立法において、需要の「多様化」を求めることは、その前提となる借地・借家法が強行法規として借地・借家人の保護機能を果していることで、法の運用（借地・借家人に不利な条項は無効）が必然とされていたものを、柔軟に運用すること、すなわち必然的に任意法規化の方向で緩和することである。そこでは特約事由が保障されるのであつて、以下検討する定期借地権、及び期限附建物賃貸借制度がそれであり、賃貸人側の需要に合せた制度を創設している。

一 借地・借家契約の成立

(1) 序説 借地・借家契約の申込をうけても、それを承認するか否かは、借地・借家権設定者の自由である。したがって借地・借家契約の成立は、まず、借地・借家をしたいと希う者からの申込が必要であり、それをうけて、借地・借家権設定者が、その契約内容に関する賃貸条件を提示し、あるいは、借地・借家人が賃借条件等を提示し、それを相互に検討した結果、その契約の成否が決まるという手順を踏むのが一般である。特に、今後は新法上の「定期借地権」や「期限は建物賃貸借」の締結が認められているので、その場合は、借地・借家権設定者は、その旨を示し、また、更新のない旨などを、書面（多くは公正証書になろう）に記載することが要求されている。³⁾このことは、借地・借家契約締結にあたり、借地・借家権設定において、明確にその旨を明示すべきことが求められていることである。

(2) 借地・借家権の多様性 借地・借家に関する国民の需要の多様化をもたらしめている社会・経済環境の変化に対応するために、従来のように、堅固な建物、非堅固な建物を賃貸するケース毎に、賃借期間を区別することをせず、また、借地・借家関係における賃借人の保護を、片面的強行法規性を帶有させることで、借地・借家人のために、賃借人に不利な条項を無効とするのは、ア、普通借地・借家契約のみとし（新法一六条、同三〇条）、イ、定期借地権、ウ、期限付建物賃貸借関係は、当事者の契約を優先する政策をとり、国民のニーズに応えようとするものである。

ア、普通借地・借家権は一般に呼稱されている土地・建物の賃借権である。新法の適用される土地・建物の賃借権は、新法が施行されるに至った日以降に設定される賃借権についてであり、原則として、旧借地法、旧借家法の解釈をめぐって議論された判例が整理・条文化されている。しかし、もっとも基本的な改正点は、借地期間を一率、三〇年としてこと（新法三条）、及び更新期間を初年度は二〇年、以降一〇年としたことなどである（新法四条）。この期間の更新は保障されており、賃貸人に「正当事由」がない限り、その期間は更新される（新法五条）。なお、普通借地・借家関係の対抗要

件は、借地の場合はその土地上に借地権者が登記した建物を所有することであり（新法一〇条一項）、借家は、借家権設定者から、目的建物の引渡しをうけることである（新法三一条一項）。

イ、定期借地権とは、一定の要件の下で設定された期間の更新のない土地賃借権のことをいう。この制度が創設されたのは、旧借地法のもとでは、原則として、借地権設定者側に、「正当事由」がない限り、借地の明渡しを求めることは困難であるため、土地所有者が容易に貸地に供しなかったり、また、高額の権利金の授受も行われたりしている。そのために、短かい期間で、権利金も供せずして借地したい需要もあるため、それらの要望に応えるために、一定要件の下で、更新のない期限で、必ず貸地の返還がなされる制度を設ける必要があったとするものである。この定期借地権には(1)、一般定期借地権、(2)建物譲渡特約付借地権、(3)事業用借地権がある。

(1)、一般定期借地権は、期間五〇年以上と定めた借地権である。この借地権は、当事者の特約をもって、借地契約の更新（新法五条）、終了時における建物買取請求権を否定する（新法一四条）。したがって、借地権設定者は更地で土地の返還をうけることを内容とした権利である（新法二二条）。しかし、賃貸借期間を延長する合意など否定する必要はないので、借地権設定者において、さらに借地期間一〇年の延長について合意すれば、その合意に拘束力を認めてもよい。この場合は、条件なども、それに及ぶと解すべきである。なお、第三者との関係において、借地権の登記をしようとすれば、定期賃借権である旨の登記ができる（不登記一三二条）。

(2)、建物譲渡特約付借地権は、期間三〇年以上をもって、借地人が借地権設定者にたいして、特約をもって定めた期間満了によって賃貸借は終了する、とする借地権のことをいう（新法三三条）。この特約に基づき、建物が借地権設定者に譲渡されると、借地権は消滅することになる。しかし、借地権設定者において、それを買取る資金不足などで、該建物を買取らなかつたとしたら、借地権は消滅しない。この場合は、借地権設定者に土地が更地で返還されることにはならず、借地権者、あるいは建物の賃借人が、借地権消滅時に、建物の使用を継続しているときは、それらの者の請求によって、

以降期間の定めない賃貸借として成立することになる。すなわち、借地権設定者は、期間満了時に、自己所有地上に借地人が建築した建物を買取ることができるので、建物代金を借地人に支払えば借地権は混同によって消滅するが、建物を買取らなかったとすれば、借地上に存する建物は借地人の所有するところであり、借地人が他に売却すれば、該建物に居住する借地権設定者、または賃借人は該建物を明渡さなければならぬ、そこで、その不都合を回避するために、借地権設定者、または賃借人の請求によって、該建物に期限の定めなき賃借権が成立することになるとするものである。

(iii) 事業用借地権とは、ある事業を経営するため、事務所、店舗、工場等を建設することを目的として、期間一〇年以上二〇年以内で借地した場合、その期間満了をもって借地契約が終了するものをいう（新法二四条）。事業用であっても、賃貸マンションや、社宅などを建設するためには利用できない。これらの建物を所有するためには、(i)の定期借地権を活用すべきである。

ウ、期限付建物賃貸借とは、特約をもって定めた期間をもって、建物の賃貸借が終了するものをいう。具体的には、(i)、賃貸人が転勤、療養、親族の介護、その他やむを得ない事情によって、現在居住している建物を他人に貸家に出し、荒廃するのを防止しようと考へても、旧借家法の下では所有建物を使用したいとするその時点で、建物の明渡しをうける保証がない。そのために貸家に出すことをちゅうちよすることになる。そこで、当事者で約定した期間が満了すると、建物の明渡しをうけることが保証される賃貸借制度を創設した（新法三八条）。これを契約の更新のない「期限付建物賃貸借」という。この特約は、賃貸人のやむを得ない事情などを記載した書面によることが要求されているほか、この旨の登記も可能である。(ii)、法令（たとえば、公用収用の対象となっている土地上の建物）、または契約（たとえば、定期借地権）によって、一定期間経過後には取り壊されなければならない建物について、取り壊し時に合せて、借家契約を終了させる旨の特約を付して、賃貸借契約を締結することができる。これを取り壊し予定の建物賃貸借という（新法三九条）。この特約も書面の作成が求められ、その旨の登記が可能である（不登記一三二条）。

注(3)

定期借地権のうち、事業用借地権の設定は、公正証書の作成が有効要件であると解されるが(新法二四条二項)、長期の定期借地権は、書面が作成される必要があるが、その種類は問わない。しかし、特約の性格などと考えると、弁護士等の介添があらうし、通常は、公正証書が作成されるであらう。

(4) 本文の通り、借地期間の満了をもって、更地にして土地の返還をうけることができよいが、実際問題として五〇年先に、法文のように、借地権設定者がスムーズに返還をうけることは難しいとの指摘がある(法時一九八九年六一巻七号三二頁)。

二 借地・借家契約の期間

(1) 序説 特に、借地権の存続保障に関する規定は、借地法上、もつとも重要な条文であり、過去二度に恒る改正においても、手をつけられていない。新法はこのもつとも重要な借地期間に大幅な修正を加えている。つまり、以下説明する定期借地権の創設は、その期間が賃貸人の意思に左右されることになった。また、借家契約においても、賃貸人の事情を重視する「期限付賃貸借」制度を創設など、従来の借地・借家関係の態様が大きく変った。すなわち、新法の定める借地・借家の存続期間は、ア、普通借地・借家権、イ、定期借地権、ウ、期限付建物賃貸借、のそれぞれについて、それらが目的とする賃貸借の趣旨に合致するように、その存続期間についても大幅な修正を加えた。以下概略を説明する。

(2) 普通借地・借家契約の存続期間 借地の存続期間は、堅固な建物を賃貸する場合と、非堅固な建物とを区別していた旧借地法の存続期間(旧借地法二条)と異なり、非堅固な建物を賃貸する場合も、堅固な建物を賃貸する場合と同様に、一率三〇年間とする(新法三条) もちろん、それ以上の期間を定めることは自由であるから、たとえば、五〇年としてもよい。借家の存続期間は、最低一年以上であればよく、従来と変更はない(新法二九条)。

(3) 定期借地権の存続期間 「更新がなくてもよいから」とか、あるいは、「短期間でもよいから、高い権利金を提供

しないで借地したい」とする需要に応ずるために、一定要件の下で、更新がなく、当事者で定めた借地期間が終了すれば、必ず土地の返還が保証される借地権であり、ア、一般定期借地権、イ、建物譲渡特約付借地権、ウ、事業用借地権がある。それらのいずれの借地権かは、当事者で選択される借地権であるが、それぞれに、法定の借地期間が存在する。以下、各種定期借地権の存続期間を説明する。

ア、一般定期借地権の存続期間は、借地の目的を問わず、五〇年以上である。借地権設定者が五〇年をもって返還を求めるとすれば、契約更新のない旨の公正証書などの書面をもって特約することが必要であり、その旨の登記もできる（不登法一三二条）。イ、建物譲渡特約付借地権の存続期間は、三〇年以上である。ただし、借地権設定者が、借地上の建物を買収し取らなかつた場合は、借地人が約定した存続期間経過後は、期間の定めのない借地権として存続する。ウ、事業用借地権の設定は、事業目的に使用される建物の所有に限られ、その存続期間は一〇年以上二〇年以下である（新法二四条）。

(4) 期限付建物賃貸借の存続期間は、当事者の特約で定めた期間とする（新法二九条、三八条）。

三 借地・借家契約の更新

(1) 序説 新法も、普通借地・借家契約については、その更新を前提とする。したがって、更新は借地・借家人からの請求をまつことになるが（新法五条参照。借家の場合は賃貸人からの更新拒絶。新法二六条）、借地の更新は、新法は五条が「…建物のある場合に限り…」と定めているので、借地上に建物の存在していることが前提である。その要件を充した更新請求があれば、借地権設定者・借地人双方の、建物使用の必要性等の諸事情を考慮する外、特約料提供の有無を斟酌して、借地権設定者からの更新拒絶を認めるか否かを決することになる。この「正当事由」は旧借地法で形成された判例法理の適用をうけるものとみてよい。なお、借地期間が旧借地法での法定存続期間である場合は（旧法二条一項）、

借地上の建物が朽廃すると、借地権は当然に消滅するとしていたが、この点は、新法五条で解決されるので、旧借地法二条但書、および、同五条一項後段に使用されている「建物ノ朽廃」⁵⁾の法文は、新法において使用しないことにした。借家契約に関する更新は、新法二六条、同二七条、同二八条の規定をもって判断されることになるが、ここにおいても、明渡要件としての「正当事由」の判断は、旧借家法で形成されている判例法現の適用をみることができる。

問題は借地権の更新の効果である。すなわち、旧借地権のもとでは、借地更新請求について、借地人に正当事由が認められ、更新が肯定された場合は、旧法二条に定める期間、更新によって従来の賃貸借が継続していくことになり、賃貸人の土地返還を求める権利の実現は容易でなかった。したがって、新法はこの点を改正し、当初二〇年次回以降一〇年毎に、その有無を判断していくことになった。

(2) 建物滅失と借地権との関係 これについては、土地賃貸借契約の更新の前に建物が滅失した場合と、その後に建物が滅失した場合とで、以下のような法律関係となる。

ア、借地権の存続期間が満了する前に、建物が滅失した場合において、残存期間を超えて存続すべき建物を再築する場合は、借地権設定者の承諾がない限り、借地期間の延長は認められない。この承諾は、期間延長の要件であり、建物再築の要件ではない、という点に注意しなければならない。したがって、借地人から借地権設定者に再築の通知をした後、二ヶ月以内に借地権設定者から異議の申出がない場合は、再築を承諾したものと看做される(新法七条)。借地期間の延長は(更新ではない)、承諾があった日、または建物が築造された日のいずれかの早い日から二〇年間である。イ、借地契約の更新後に建物が滅失した場合において、存続期間を超える建物を再築しようとする場合は、借地権設定者の承諾が必要であり、それなくして借地人が再築する場合は、借地権設定者は賃貸借を解除することができる。なお、借地人の営業活動に必要であり、再築がやむを得ない場合であるにもかかわらず、借地権設定者が承諾しない場合は、裁判所は非訟事件手続により、借地権設定者の承諾に代わる許可を与えることができる(新法一八条)。ウ、以上のア・イにおいて、借地権設

定者が建物の再築を承諾しないときは、アの場合に、例えば二五年目に建物が滅失したとすれば、借地人は借地契約を解除できると解したい。何故ならば、残存期間（五年間）の地代支払いを継続させられる拘束から解放することが妥当であるからである。イの場合は、借地人が新法一八条の手続をとらないとすれば、新法八条一項により、借地契約の解除をし、残存期間の地代支払いを免れることができる。

(3) 更新拒絶の効果 更新されない賃貸借は、存続期間の満了によって終了することになるが、借地人は借地権設定者に対し、建物買取請求権を行使することができる（新法一三条）この権利の要件、及び効果などは、旧借地法四条二項をめぐり形成された判例法現の適用をみることとなる。なお、借地権設定者の更新拒絶の要件は、旧借地法四条と趣旨を同じくしているといえることができる。

(4) 定期借地権の更新 ア、一般定期借地権、イ、建物譲渡特約付借地権、ウ、事業用借地権などは、共に特約をもって契約更新を否定してよいので、これらの借地契約の更新はないものと考えてよい。

(5) 期限付建物賃貸借の更新 ア、療養、看護などのため、賃貸人が不在する期間における賃貸借（新法三九条）などは、共に特約をもって更新を否定してよいので、(4)と同様に、建物賃貸借の更新はないものと考えてよい。ウ、一般建物賃貸借においては、前述したように、当事者の諸事情を考慮して、更新拒絶を認めるか否かを定める（新法二八条）。もちろん、現在まで集積された判例法理として確立している「更新拒絶」の否定事由が適用されることになるのは、いうまでもない。

注(5) 旧借地法によると、法定借地期間の継続中に、借地上の建物が朽廃したときは、借地関係は当然に終了するとされていた（旧法二条、四条Ⅲ項、五条、六条一項）。この朽廃とは、建物が地震、風水害、火事等の事情による滅失とは異なる概念である。

判例によると、建物がいつなんどき崩壊するか判らないくらい危険な状態にある場合には朽廃といえるが（最判昭和三二年一月三日民集一一・二〇一八頁）、建物が柱、桁、尾根の小尾組の一部に多少の腐蝕箇所があっても、これらの部分の構造に基づ

く自らの力によって尾根を支えて、独立に地上に存在していれば、いまだ建物の朽廃とはいえないとする（最判昭和三年一月一七日民集一二・三二二四頁）ように、難しい問題である。新法はこの用語を廃止し、建物の滅失の用語に統一した。

(6) この場合に、借地権設定者の更新拒絶の要件としての「正当事由」の有無は、当初は二〇年以降は一〇年毎に判断される。換言すれば、次回からは、一〇年毎に「正当事由」を要件として、借地関係の終了を求める機会が与えられるということである。

四 借地・借家契約の終了

(1) 序説 以上、説明してきたように、新法は、ア、普通の借地・借家契約の外に、画期的改正点となったイ、定期借地制度、ウ、期限付建物賃貸借制度を創設した。イ・ウについては、当事者双方で一定の期間をもって、借地・借家契約の終了することを定めることができるので、その約定日をもって借地・借家関係は終了する。問題は、約定期間終了後も、依然として借地・借家人が目的土地・建物の使用を継続することについて、賃貸人が黙認する場合である。詳しく研究する必要があるので、次にこれを検討する。ア、については、従来の借地・借家関係の終了原因と、ほぼ、同様に考えてよい。この点拙稿「賃貸借契約解除」鹿兒島大学・法学論集一九卷一・二合併号、及び、本城・大坪編「債権法各論」嵯峨野書院一三二頁以下を研究すること。

(2) 普通借地・借家契約の終了原因 新法では、普通借地・借家契約は、その更新が原則であるため（新法六条、二八条）、更新された期間存続することになるが、当事者が更新拒絶の要件を充足したときは、借地・借家契約は終了する（この点も前述参考文献参照）。新法は、この更新拒絶の要件について、従来の借地・借家法上の「正当事由」をめぐる判例を整理統合して、その拒絶事由を明らかにした。具体的には、「…借地権設定者及び借地権者が土地の使用を必要とする事情…」や、「…建物の賃貸人及び賃借人が建物の使用を必要とする事情…」を主として判断し、その他を従たる事情と

みて（…したがって、移転料の提供も従としての判断材料である）、⁽⁷⁾借地・借家契約の存続か、終了するかを決するものである。

(3) 定期借地契約の終了原因 借地期間が明示され、原則として更新のない借地契約であるから、借地期間の満了によって終了する。ただ、建物譲渡特約付借地権（新法二三条）は、借地権設定者が地上建物を買収しなかったときは、借地関係は期間の定めのない賃貸借として存続する。

(4) 期限付建物賃貸借の終了原因 ア、特約で定めた事項を優先させるのが、期限付建物賃貸借（新法三八条、三九条）であるから、当事者で定めた賃貸借期間の満了をもって終了する。しかし、借家人保護の特則、たとえば、定期借地上の建物を、借地権者の言動により、普通の借地上の建物だと誤信して借りた借家人が、借地存続期間満了時の一年まえまで知らなかったときは、⁽⁸⁾一年の範囲で明渡し猶予期間が付与される（新法三五条）。問題は、普通の借家契約及び期限付建物賃貸借であっても、当事者間で、造作買取請求権を放棄した場合は、借家人は、たとえ家主の承諾を得て、建物に造作を加えたとしても、その買取請求権は否定されるということである（新法三三条・三九条）。この特約の効力は新法以前の借家契約に遡及させることができる（附則一三条）。したがって、借家人が家主に対し造作買取請求権を行使できるのは、特約でそれを放棄していない場合に限られる。なお、建物の転借人がある場合は、家主と転借人の特約をもって、造作買取請求権を放棄すれば、その請求権は否定される。しかし、転借人に対しては、新法施行前の契約に、その特約の効力を遡及させることはできない（附則一三条）

注(7) 拙稿「移転料の性質」有斐閣・民法の争点二二二〇頁。

(8) 借地権者が借家人に対し、本件土地は定期借地権である旨を明示し、借地期間満了をもって、借家契約も終了する旨を定めて、賃貸借を締結するケースは稀ではないか。そうだとすれば、借家人に該土地の登記簿閲覧義務を認めない限り、借家人が定期借地権の対象土地であることを知ることは少ないであろう。このように考えると、原則として一年の範囲で借家の明渡期限は猶予

されると解すべきである。なお、借家人のため、借地権も存続すべき必要性を指摘する見解もあるが（山野目章夫・法時一九九二年六四卷六号三一頁）、借家人を敷地の不法占拠者とすべきではないのだから、借地権をその時点で延長する必要性はない、と解する。

五 借地・借家法改正の主な論点の考察

(1) 序説 以上、新法における賃貸借の成立より終了に至るまでの一般的説明をしてきたが、特に新法で、もっとも重要な問題となる点は、定期借地権、期限付建物賃貸借制度の創設であり、前者は借地期間経過後に建物が存在する場合の問題、後者はその成立・有効要件の問題であるといえよう。そして、それらの創設に伴ない、特に借地権の対抗力に重大な変化が生じたことであろう。そこで、これらの問題点を具体的に論ずる必要があると考える。以下(2)、定期借地権と、その終了後の法律関係、(3)、期限付建物賃貸借の成立・有効要件、(4)、特に、新法における借地権の対抗力をとり上げ、検討したいと思う。

(2) 定期借地権と終了後の法律関係 新法二二条の借地権は、例えば、借地期間五〇年限りとする契約によっても有効に成立し、借地人はその期間、自己の建物に関し誰からも妨害されることなく、自由に使用・収益・処分機能が保障される。しかし、その期間満了をもって借地契約は終了するのであるから、原則（例外新法三五条）として、借地人は建物を収去し、土地を明渡さなければならない。しかし、問題は借地人の建物が現存し、その建物賃借人が生活している場合である。すなわち、建物の賃借人が存する場合、借地期間満了をもって、その者が借地人と共に不法占拠者として取扱われることになるか否かは、建物の賃借人にとっては重大な利害の絡む問題であるからである。そこで、ア、借地期間満了の時点で建物が存する場合、イ、終了時に、借地権設定者から借地人に対し、建物収去、土地明渡しを求められている建

物に居住する借家人は、借地人と共に不法占拠者として取扱われるか、を考察し、ウ、借地期間満了前に、建物が滅失した場合、いかなる解釈が妥当かを検討したい。

ア、借地期間が満了しても、土地賃貸人が明渡し請求をしない場合は、以降、原則として期間の定めのない賃貸借となり、民法六・七条一項一号に基づき、賃貸人が解約申入した時より、一年を経るまで、有効且つ適法に借地契約は継続することになると解される。したがって、土地賃貸人が契約終了後三年経過した時点で土地の明渡しを求めるときは、プラス一年の借地期間が存続することになる。こう解することが正当だと思われるので、三年経過後三ヶ月以内に期限をきり、土地明渡しを求めたとしても、それは認められず、民法の一般原則に戻り、一年間の猶予が付与されたものとしてよい。このことは、借地期間満了時、賃貸人は借地人に対し建物取去、土地明渡しを求めることができるのに、その権利を行使しないことは、賃貸人が満了以降も従来の借地関係を継続することの意思をもってしていると推測することができるし、他方、借地人からすれば、賃貸人の突然の土地明渡し要求に応じなければならぬとすれば、借地人の生活環境に重大な影響を与えることになるからである。

イ、例えば、法二二条の定期借地権上の賃貸マンションに居住する借家人は、土地賃貸借期間の満了によって、借地人と共に、土地の不法占拠者となるか。借地人は借地権設定者から、定期借地権の期間満了をもって建物取去・土地明渡し⁽⁹⁾の請求をうければ、それに応じなければならない。この点について異論は無からう。問題はこの場合に、借家人は賃貸マンションの所有者である旧借地権者との間で締結されている借家契約をもって借地権者に対抗できるか、ということである。周知のように、借地契約の合意解除をもって、建物賃借人に対抗できないとする見解は、最高裁判例において確立した法理である。したがって、この法理を適用し、建物賃借人を保護する考え方をとることも、一つの見解であろう。しかし、新法三五条の解釈にどう活用するかは、慎重な検討を要する問題点であると思われる。そうだとすると、定期借地権ではない普通借地権の場合に限定し、右最高裁判理を適用し解決することは可能であるが、定期借地権が期間満了をもつ

て消滅した場合の建物の賃借人の保護は、右最高裁判理と異なった理論を構築することが妥当である。そこで考えるに、新法二二条の借地権の設定は、借地権設定者と借地権者との間で作成される文書（公正証書）が必要であるから、借地人が賃貸マンションを経営する場合は、借地人に対し、その書面（公正証書）を示すことを義務づけられない限り、借家人は新法二二条の借地上に建てられた賃貸マンションである旨を知らされることはないであらうし、一般的にその旨を知ることもないといえよう。そうだとすると、法文に「建物の賃借人が借地権の存続期間が満了することをその一年前までに知らなかった場合に限り、…」(新法三五条)とする規定をうけて、原則として、建物の賃借人が借地権について、新法二二条の定期借地権の場合であって、期間満了をもって、借家契約も終了することを認めながら、賃貸マンションの居住者は、裁判によって一年間の期限が許与されることになる、と解したらどうか。

ウ、問題は存続期間満了前に、建物が滅失した場合である。普通借地権の場合は、新法八条、一八条をもって解決しているが、新法二二条の定期借地権においては、この問題についての対応規定がない。試案第三・一・三は、この点を考慮して、一定要件（残存期間が存続期間の二分一に満たないとき）の下で借地人が借地関係を終了させることができるとしていたが、法文の欠落からか、試案第三・一・三のような明文規定が設けられていない。したがって、解釈をもって補うことになるが、新法二二条の定期借地権設定に当り、当事者間でこの部分についての特約を定め、借地権存続期中の建物滅失を理由とする借地人の一方的意思表示によって借地関係を終了させることができる権能を留保しておけばよいが、そのような特約を有しなかった場合は、借地期間満了まで借地契約は存続すると解し、借地人は収益がなくても、地代支払い義務が継続していくと解することは不合理である。そうだとすると、借地人が賃貸マンションを建築し、収益をあげていた場合に、それが滅失したとすれば、民法六〇九条、同六一〇条に基づき、借地人は契約解除権を行使できると解される。これに対し、自己所有建物のように、収益をあげない建物所有のための借地人の場合は、借地人による建物の再築を実施するに価しない程度の期間しか残存期間がない場合（例えば、六〇年の定期借地権であって、五〇年目に焼失し、あ

と残存期間は一〇年しかないという場合)、借地人は事情変更を理由に解約の申入れをすることができると解したい。そうだとすると、民法六一八条の準用する同六一七条一項一号に基づき、一年をもって借地権は終了すると解してよい。

エ、冒頭で述べたように、新法は借地・借家需要の多様化に応ずるための法制度の整備・充実にあって、その要求に応える一つが新法二二条の定期借地権である。すなわち、旧借地法は、単一の借地制度を用意し、且つ、強行法規をもって法に定める借地条件に反する内容を無効とし、借地法に定める内容に変更させるとしていたが、新法は、特に同二二条以下に定める定期借地権は、三種の選択肢をおくなど多様化し、借地人に選択の自由を保障し、且つ、当事者で定めた契約内容が当事者を拘束する任意法規化へと、一歩進めた規定となっている。このことは、借地権設定者がいかなる契約内容を締結するかは、その者が定める賃貸借条項を任意条項とするものである。その意味では、借地権設定者が優位の立場に立ってからの借地契約を成立させることが可能である。他方、借地権者が新法二二条の定期借地権を設定する場合は、借地権設定者が提示する契約内容を検討した上で、その借地の活用を考えるべきであろう。そして、借地契約終了の時点にあっても、借地上に未だ収益可能な建物が存する場合もあるのだから、この場合も含めて、一般法規とされる民法六七条の原則に戻る解釈をもって決すべきであると考えらる。

(3) 期限付建物賃貸借の成立・有効要件 前述したように、賃貸人・借家人間で約定した期間満了をもって、建物賃貸借が終了する法律関係にあり、期間の更新のない賃貸借である。これも、土地の定期借地権と同様に、建物賃貸借の多様化の社会的要請に応えた制度である。旧借家法においては、新法三八条、同三九条のような借家契約にあっては、旧借家法六条に基づき、旧借家法の適用をうけ、賃貸人・借家人双方に明渡しを求める「正当事由」の有無をもって、借家契約の解除を認めるか否かを決するものであった。しかし、新法三八条・同三九条を創設し、裁判所による「正当事由」の有無についての判断をうけなくても、期間満了によって、当然に借家契約は終了することになる。したがって、特に、ア、新法三八条、イ、同三九条の成立要件、及び有効要件について検討することが必要である。この場合に参考になるの

が、ドイツ民法五六四C条一項、及び二項である。以下、この点を具体的検討しながら、ウ、建物の一時的賃貸借（新法四〇条）と期限付建物賃貸借の関係を論じたい。

ア、法文によると、(i)、賃貸人が「転勤、療養、親族の介護、その他のやむを得ない事情により」、その建物を一定期間に限って賃貸すること、(ii)、その「一定期間経過後は」賃貸人が、その建物を生活の本拠として使用することが明らかであること、(iii)、「一定の期間を確定」して建物の賃貸借の期間とすること、(iv)、以上の内容の契約締結がやむをえない事情を記載した文書によって特約をすること、等の要件を充した建物の賃貸借であれば、新法三〇条は適用されず、有効に更新のない借家契約が成立する。この方法による借家契約は、不動産業界において実務上行われていた方式であり、これに法的裏付をしたものと指摘されている。すなわち、従来は紳士協定にすぎなかった期限付借家契約に、法的裏付を付与した意義は大きい（筆者も福岡市郊外に住宅を保有しているが、本学勤務を終えて福岡市郊外の住宅を必要とするときは、その住宅の賃貸借は終了する旨を明示して借家契約を締結している）。

法文によると、「…自己の生活の本拠…」として使用することを重要な要件としているが、その要件は、現在生活の本拠としている建物を、一定期間経過後は、借家契約は終了し、再度「自己の生活の本拠」として使用する場合は、当然に、右の要件を充すことに疑問はないが、現在は「自己の生活の本拠」として使用していなくても、転勤や、海外から帰国し、その建物を「自己の生活の本拠」として使用する場合であれば、共に、その要件を充すことになる。借家契約締結前に、建物を「自己の生活の本拠」として使用することが要件となっていないからである。しかし、投資のため購入した建物の賃貸借には、本条は適用されない。なお、法文が「転勤、…その他やむを得ない事情」とする点は、該当事由を例示しているものとみてよく、また、親族の介護の場合の親族の範囲についても、判例の集積がまたれることとなろう。

イ、次に新法三九条を検討する。法文によると、(i)、都市計画法による都市計画や、都市再開発事業等の対象物件のように、法令により、また、新法二二条に定める定期借地や、新法二四条に定める事業用借地、あるいは、借地契約をめぐ

る紛争に基づき、借地明渡し期日を約定した場合など、一定期間経過後において、その建物の取壊しが明らかであること、
 (ii)、「建物を取り壊すこととなる時に、賃貸借が終了する旨を定める」こと、
 (iii)、「建物を取り壊すべき事由を記載した書面により特約すること」、などが必要である。

新法三九条は、同三八条と異なつて、該建物を生活の本拠にすることを成立要件としていないので、いかなる用途をもつ建物についても利用できるし、期間の確定や、更新排除の特約も自由に約定することができる。したがつて、取り壊し予定の建物の賃貸借は、法令、または、契約によつて建物を取り壊すことが明らかであればよいとするものであるから、建物について取り壊すという事実が確実に生ずることが明示されていればよい。この約定日までに、建物の取り壊しがなされないときは、借家人は、取り壊しが現実になされる時まで、期間の延長を請求できることになる。

ウ、新法が期限付建物賃貸借制度を創設したにもかかわらず、新法四〇条は、一時使用目的の建物の賃貸借を廃止していないので、両者の関係を明確にする必要がある。周知のように、一時使用のために建物の賃貸借をしたことが明らかない場合は、新法の規定が全面的に排除される。この一時使用のためとは、建物賃貸借期間をたんに一年未満の定めにしていくとか、契約時に一時使用である旨の条項を挿入しているというだけでは足りず、借家人に短期の賃貸借を締結しなければならぬ客観的事実（例えば、避暑・避寒のため、そのシーズンのみ借りるとか、選挙期間中のみ借りるといふような事情）がなければ、一時使用の賃貸借ということではできない。

このように、借家人側の事情が前提となつて、一時的に賃貸借がなされるのであるから、借家人の保障を前提とする借家法は、全面的にその適用を否定するものだと考えてよい。これに対し、期限付建物賃貸借は、賃貸人側の事情によつて期限を付し、その存続期間内のみ賃貸することを認めたものだということができる。そうだとすると、賃貸人側において、新法三八条・同三九条に例示されているような事情がないにもかかわらず、期限付建物賃貸借を締結した場合は、たとえ文書が作成されたとしても、その契約は無効となつて、普通の借家契約が締結されたことになり、普通借家契約に関する

保護条項が適用されることになる。この場合は、新法三一条から同三六条が適用されるものとみてよい。ただ、例外的に一時使用の賃貸借が認められる場合もあるにすぎないと解される。

(4) 特に、新法における借地権の対抗力 新法によって創設された定期借地権（新法二二条・二三条・二四条）は、その借地関係の更新がなく、また、賃貸借の終了による建物買取請求権も特約によって否定されるところから（新法二二条）、借地権の対抗力、及び時間的範囲が限定的になって、それが脆弱化するものと理解される重要な問題を孕んでいることを指摘したい。以下、この点を説明する。

ア、期間五〇年と定めた定期借地権は、約定された期間の満了によって終了する。したがって借地権の対抗力も、その時点まで存するのであるから、その後、賃貸人が該土地を第三者に譲渡すれば、借地人は新所有者に対抗する手段・方法をもたない。ただ、賃貸借終了時に、当事者の合意をもって、その借地期間を若干延長するのを否定する理由はないので、例えば、五年間延長すれば、当事者の借地関係は五年間延長されたことになる。問題は、借地権の第三者に対する対抗力も、五年間自動的に延長され、その効力を保持することになるか、ということであるが、建物の存することを条件に、それを肯定してよいと解する。なお、借地契約が五〇年で終了した後の建物買取請求権は、特約により否定される（新法二二条、同一三条）。そうだとすると、建物買取請求権の行使により、それが解決するまで借地権の対抗力が保有されている旧借地法の借地関係と異なることになる。

イ、期間三〇年をもって、借地人が借地権設定者に対してした建物譲渡特約付借地契約は、特約をもって定めた三〇年の満了によって終了する。この場合に、契約内容が、借地権設定者において地上建物を買取することを条件としていたところ、これを買取らなかった場合は、その者に更地で土地は返還されないで、借地人、あるいは建物の賃借人が建物の使用を継続している場合は、それらの者の請求によって期間の定めのない賃貸借として継続することになる（新法二三条）。この趣旨は、期間満了時までに借地権設定者が建物を買取っていた借地権も消滅し、したがって、その対抗力を認める必

要はないが、借地権設定者が買取っていないかつたとしたら、借地権も消滅させるわけにはいかないとするものである。そこで、建物が借地上に存する以上、借地権の対抗力も借地権者の利益のため消滅しないとするものである。

ウ、ある事業を営営するため、事務所、店舗、工場等の建設を目的として、一〇年以上二〇年以内で借地した場合（新法二四条）、その期間満了をもって借地権が消滅する事業用借地権であるが、特約により期間の更新は否定される。したがって、当事者で定めた期間内のみ、その対抗力が付与されているにすぎない。

エ、普通借地権の対抗力 新法における借地契約の期間は、堅固・非堅固と区別していた旧借地法と異なつて、三〇年以上とすれば有効であるから（新法三条、九条）、仮に借地権設定者に該土地の明渡しを求める正当事由があれば、その期間満了をもって賃貸借は終了することになる。しかし、それがないとすれば、当初の更新は二〇年、それ以降の更新は一〇年毎となる（新法四條）。したがって、借地権も、その範囲で対抗力を保有する。

問題は、借地期間満了前における建物の滅失を原因として、再築後の借地権の存続は、借地権設定者の同意いかんにかかつており、たとえ建物が存在しているとしても、借地権の対抗力が否定される場合もあり、肯定される場合もあるということである。⁽¹⁰⁾ すなわち、(i)、借地権の存続期間が満了する前に建物が滅失した場合に、借地人が残存期間を越えて存続すべき建物を再築する場合は、借地権設定者の承諾がない限り、借地期間の延長は認められない。したがって、あと五年しか残っていないかつたとしたら、その五年を残して借地権は消滅するとみてよいので、借地権者が再築したとしても、何ら対抗力は付与されず、土地を明渡さなければならぬ。しかし、借地上の建物が滅失したとしても、二〇年間の残存借地期間があれば、その期間の範囲内で利用し得る建物の再築は可能であるから、借地権は、その期間内の対抗力は保有するものと解される。⁽¹¹⁾ 借地契約の更新後に建物が滅失した場合に、借地人が存続期間を超える建物を再築しようとする場合も、借地権設定者の承諾を必要とする。承諾なくして再築した場合は、借地権設定者によって借地契約を解除されることもある。解除されると借地権の対抗力も消滅する。しかし、やむをえない事情があるにもかかわらず、借地権設定者

が承諾しないときは、裁判所が借地権設定者に代つて再築の許可を与えることができる。この場合は、裁判所によって許可時に付された期間、借地権は対抗力を有することになる（新法一八条）。(ii)、借地上の建物の滅失と借地権の対抗力との関係について、新法は次のように定める。すなわち、前述(i)及び(ii)の場合に、借地権者が保有する建物が滅失したときは、借地権者がその建物特定するために必要な事項（その滅失日、再築予定など）を、土地上的見易い場所に掲示したときは、借地権の対抗力は失われずとする（新法二〇条二項）。ただし、その対抗力を保有する期間は、二年間であり、その期間内に借地権者が建物を建築し、且つ、それを登記した場合に限られる。問題は、罹災都市借地借家臨時処理法一〇条との関係である。すなわち、同法一〇条の保護要件のなかに、罹災前に登記した建物を所有することが必要であるかという点が争われた事案で、最高裁は登記した建物であることを不要とする判示をしているからである（最判昭和三一・一・三一民集一一・一五〇頁）。しかし、新法は滅失建物に登記を具備しておくことを必要と定めているため、登記のない建物の滅失は、当然に借地権の対抗力を否定される。

注(9) この裁判法理は、賃貸借の合意解除をもって賃借人に対抗できないとするものであって、その事案は、借家人が居宅兼家具工場として使用している建物は、借地権設定者と借地人間で締結された借地関係の紛争の対象となっているものである。調停で借地契約が合意解除解除となったことで、この借家人を相手に建物から退去し、土地の明渡しを求めたものである。これに対し「借地権設定者と借家人との間には直接に契約上の法律関係がないにせよ、建物所有を目的とする土地の賃貸借においては、土地賃借人が、その借地上に建物を建築所有して自らこれに居住することはかりでなく、反対の特約がない限りは、他に賃貸し、建物賃借人をしてその敷地を占有使用せしめることをも当然に予想し、かつ認容しているものとみるべきであるから、建物賃借人は、当該建物の使用に必要な範囲において、その敷地の使用収益をなす権利を有するとともに、この権利を土地賃借人に対し主張し得るものというべく、右権利は土地賃借人がその有する借地権を抛棄することによって勝手に消滅せしめ得ないものと解するを相当と解する」と判示し、「……このことは民法三九八条、五三八条の法理からも推論することができるし、信義誠実の原則に照らしても当然のことだからである（大判昭和九年三月七日民集一三卷二七八頁、最判昭和三七年二月一日民集五八卷四四頁「各参照」という。

(10) 昭和四一年法改正前は、建物保護法一条二項に「建物カ地上権又ハ土地ノ賃貸期間満了前ニ滅失又ハ朽廃シタルトキハ地上権又ハ土地ノ賃借人ハ其ノ後の期間ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」と規定していたため、借地上の建物が滅失、または朽廃した後で、土地所有者から該土地を買受けた新所有者は、賃借人に土地の明渡しを求めることができる点に異論はなかった。しかし、新土地所有者が前主から買受けた当時は、借地人が登記した建物を所有しており、後にその建物が滅失または朽廃したときは、判例と異なり、学説の一般的見解は新土地所有者は、前主の有していた借地関係上の地位をそのまま承継することになるから、借地権の対抗力は失われない、とするものであった。これに対し、判例は借地権は消滅すると判示するもの（東京地判昭和三十一年一月二〇日下民集七卷一号五〇頁）、消滅しないとするもの（東京地判昭和三十八年六月一八日判時三四号二〇頁）など、統一した見解はなかった。そこで昭和四一年の法改正で、建物保護法一条二項の削除によって、学説の一般的見解をもつて沢することになったという経過がある。この点の議論は、今次の改正によって、本文の(一)・(二)で説明)のように、明確になった。

むすび

以上のように、筆者は、まず新法の概説をし、今回の改正でもっとも重要な論点を、定期借地権とその終了後の法律関係、期限付建物賃貸借の成立・有効要件の諸問題、及び借地権の対抗力等に絞り、論を進めてきた（他にも議論すべき問題点が多いが、紙数の関係で省略した）。しかしながら、問題点の議論を進めれば進める程、新法の精神は、昭和三〇年代の、大改正が目指していた方向とは逆に、借地・借家法の任意法規化へと、大きく転回したことを知る。このことは、借地・借家法改正の精神が、関東地区の地価高騰による土地の高度利用の思想を支える支柱となつていゝと思われる。そうだとすれば、わが国土全体の借地・借家を視点に据えて考える場合には、関東（東京）一極主義への奉仕をやめて、地方における借地・借家事情の実態を調査し、関東地区の実態を踏えて、それを射程の範囲内に入れたバランスのとれた改正（例えば関東地区にまず一次的に適用し、その状況をみて全国的に適用範囲を拡大する）をすべきである。