Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2025-07-15

存続保障・保護をめぐる借地借家法の比較研究 : ドイツ法の仕組みと立法の展開過程

田中, 英司

(Degree)
博士（法学）
(Date of Degree)
2000-03-07
(Date of Publication)
2008-08-21
(Resource Type)
doctoral thesis
(Report Number)
乙2394
(JaLCDOI)
https://doi.org/10.11501/3173150
(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/D2002394

※ 当コンテンツは神戸大学の学術成果です。無断複製・不正使用等を禁じます。著作権法で認められている範囲内で、適切にご利用ください。

存続保障・保護をめぐる借地・借家法の比較研究

－ドイツ法の仕組みと立法の展開過程－

田中　英司

存続保障・保護をめぐる借地・借家法の比較研究
―ドイツ法の仕組みと立法の展開過程―

田　中　英　司

目次

序章
1　借地・借家の法的関係をめぐる客観的な情勢
2　立法・判例および借地・借家法学の対応
―借地・借家法学の再構成と比較研究の必要性―
3　考察の具体的な対象と視角

第1章　「借地借家法」における借地権・借家権の存続保障・保護
序節
第1節　「借地借家法」における借地権の存続保障・保護
1　普通借地権について
(1)　普通借地権の当初の存続期間の法定について
(2)　法定更新の仕組みと法定更新拒絶の要件としての正当事由について
(3)　建物滅失の場合における再築と普通借地権の存続について
(4)　小括
2　「定期借地権」について
第2節　「借地借家法」における借家権の存続保護
1　通常の借家権について

2　「期限付借家」について
第３節　第１章の結びにかえて

第２章　ドイツにおける地上権の存続保障・保護
序節
1　地上権に関する比較研究にあたっての留意点
2　地上権の実際的な意義
第１節　「地上権令」における地上権の存続保障・保護
1　「地上権令」における地上権の規整の概括的な特徴
―「地上権令」の柔軟性―
2　「地上権令」における地上権の存続保障に関して
3　「地上権令」における地上権の存続保護に関して
4　その他の法的問題に関して
(1)　地上権をめぐる投下未償却資本の回収に関して
(2)　地上権の譲渡性に関して
5　第１節の結びにかえて
第２節　地上権に関する立法の展開過程
1　ＢＧＢの立法過程の段階
(1)　ＢＧＢによる地上権の創設の賛否をめぐって
(2)　ＢＧＢにおける地上権の規整と契約自由の原則の余地
2　地上権に関するＢＧＢの規定が妥当していた段階
(1)　地上権に対する基本的な評価の変化
(2)　ＢＧＢのもとでの地上権の実際の適用状況
(3)　ＢＧＢのもとでの地上権の普及に対する障害
3　「地上権令」の立法過程の段階

(1)　地上権をめぐる論議
(2)　「地上権令」の成立とその目的・主たる改正点
(3)　「地上権令」における地上権の規整と契約自由の原則
4　第２節の結びにかえて

第３章　ドイツのおける住居使用賃借権の存続保護
序節
第１節　住居使用賃借権の存続保護の基本的な仕組み
1　ＢＧＢ５６４ｂ条における賃貸人の「正当な利益」
2　ＢＧＢ５５６ａ条における賃借人にとっての「苛酷さ」
3　ＢＧＢ５６４ｃ条２項にもとづく「定期賃貸借契約」
4　ＢＧＢ５６８条が適用される場合
5　小括
第２節　住居使用賃借権の存続保護をめぐる 1960 年以降における立法の展開過程
1　前史
2　決定的な転換と存続保護をめぐる闘争の開始
3　存続保護をめぐる闘争
(1)　第一段階
(2)　第二段階
(3)　第三段階　―（暫定的な）終結―
4　厳格な要件にもとづく例外の創設
5　限定的な法改正
(1)　序説
(2)　1990 年 5 月 17 日の法律による法改正

(3)　1990年7月20日の法律による法改正
(4)　1993年4月22日の法律による法改正
(5)　1993年7月21日の法律による法改正
6　小括
第3節　第2節の結びにかえて

終章　総括と今後の課題
1　「地上権令」と「借地借家法」における法規範構造ないし法規範の相違点に関して
2　住居使用賃借権と借家権の存続保護における基本的な仕組みの類似点に関して
3　居住を目的とする土地の利用関係における保護法益に関して
4　基本的な理念・観点、「市民法」における諸原則・「市民法」の体系との関係、土地・賃貸住居の性質の理解に関して
5　従来の理論に代わる理論体系の再構築に関して

序章

現代の民法学におけるひとつの課題として、わが国における借地・借家の法的関係を再検討し、借地・借家法学を再構成することが問題とされ始めたのは 1980 年代からであるが、この課題の重要性についての認識は、近時、一層高められる状況にある。

このような課題が提起されたこと、および、この課題の重要性がますます認識される状況にあることは、次のような事実に依拠している。すなわち、借地・借家の法的関係をめぐる客観的な情勢が、以前の状況とは著しく異なり、その変化のなかで、立法および判例の新たな動きがみられるにもかかわらず、それに対応すべき借地・借家法学は、その理論的な立ち後れを認めざるをえない状況にある、ということである。

本稿の考察の前提として、この点につき、いま少し詳しく確認しておく必要があろう。

1　借地・借家の法的関係をめぐる客観的な情勢

はじめに、わが国における借地・借家の法的関係をめぐる客観的な情勢について、第二次世界大戦直後の時代までさかのぼり、大きく四つの時期に区分したうえで、概観しておくこととする[1]。

第一の時期は、第二次世界大戦直後から戦後経済復興の完了する 1950 年代末までの時代である。

この時期は、敗戦直後における絶対的な住宅難が存在し、かつ、戦後復興のための産業基盤整備を優先する経済政策の帰結として新規住宅供給が停滞した時代である。住居をめぐる困窮状態は極度に深刻化し、既

存の借地・借家の法的関係をめぐる民事紛争も激化した。住宅難の問題は、本来、公共的な住宅供給の拡大政策によって解決されるべきものである。しかし、わが国においては、問題解決の責任は行政から司法へと転嫁され、裁判所が、既存の借地・借家の明渡し請求を制限するという形に矮小化されたのである。他方、新規の借地権の設定は、戦後も 1950 年代までは増加していたようである。

第二の時期は、1960 年代である。

この時期に入ると、国民所得倍増計画による経済成長にともない、急速に都市化が進行し始める一方で、ようやく戦後の絶対的住宅難が緩和されてきた。全国的には、住宅戸数が世帯数を超えるようになり、住宅市場が復活・成立し、住居の質的向上に視点が移りはじめる。他方、1960 年代後半以降、大都市圏においては、新規の借地権の設定が、極端に少なくなる。また、この時期以降、市街地の地価の上昇が顕著になりはじめ、1960-61 年には、戦後地価高騰の第一の山が現れ、その後、1972-74 年には第二の山、さらに、1986-91 年には第三の山、という具合に、地価の上昇趨勢が続くこととなる[2]。

第三の時期は、1970 年代であるが、この時期以降、借地・借家関係の変容は、著しく顕著なものとなる。

特に留意すべき変化は、借地権・借地の法的関係をめぐるものである。すなわち、大都市地域において新規に設定される借地権の減少、および、借地関係の多様化という変化とともに、現代における借地権をめぐる特徴的な現象として、借地権の「第二所有権化」・「準所有権化」と呼ばれる新たな現象が惹起され、進行したことである[3]。この現象は、本来、財産法上の権利として、一定の財産的価値を有するにすぎないはずの借地権が、土地の独占権原それ自体としての財産的価値をもつように

なったこと、具体的には、借地権価格の存在が社会的に公知の事実となり、借地権の設定・譲渡・解消の際に、借地権の対価として、高額の権利金が授受される慣行が一般化したことを意味する。

このような借地権の「第二所有権化」現象は、複合的な要因によって発生したと考えられるが[4]、この現象のもとでは、非土地所有の建物需要者としても、土地所有者としても、新規の借地権の利用・設定に踏み切れない状況が生じたのである。というのは、一方において、借地権者という法的地位を取得するためには、土地所有権を取得するのとあまり変わらない独占権原の対価を支払わなければならないことになるのであるから、当初まとまった出費をしなくとも定期的に地代を支払いさえすればよかった借地制度の意義が減殺せしめられ、借地権利用に対する意欲が減少していかざるをえなくなったし、他方において、自己の所有地の資産的価値を維持しようとする土地所有者もまた、借地権設定に対する意欲を後退せしめられたからである。

他方、借家の法的関係をめぐる変貌としては、住宅難の一層の緩和、持家政策の進展にともなう定着型借家人層の減少と、流動性が高い若年借家人層の増大等が指摘されうる。また、住宅の商品化が進み、住宅供給産業も発展することとなる。

第四の時期は、1980年代以降である。

この時期に入ってからの最たる特徴は、借地・借家の法規整が、経済界・政界において、一定の政策的提言の対象とされはじめたことである。すなわち、借地・借家の法規整は、もっぱら、国家の一定の政策と直接に関連する側面から捉えられ、政策的な課題を推進するために、これまでの一貫した借地権・借家権の強化・安定化の方向を見直すべきである、という主張が盛んに行われるようになる。

具体的には、先進資本主義諸国における規制緩和政策[5]と、民間活力による都市再開発政策が進展するなかで、借地・借家による宅地・住宅の供給を促進し、都市再開発の推進に障害となる借地権・借家権の法的保護を緩和する方向において、借地・借家の法規整を見直すべきことが強く提唱されることとなったのである。

2　立法・判例および借地・借家法学の対応
―借地・借家法学の再構成と比較研究の必要性―

それでは、以上のような借地・借家の法的関係をめぐる客観的な情勢のなかで、立法・判例および借地・借家法学は、いかなる対応を示したのであろうか。次に、この点を簡単に整理しておくこととする。

第一の時期から第二の時期にかけて、戦後の厳しい住宅難を背景とし、既存の借地・借家の明け渡しをめぐる民事紛争が激化するなかで、重要な判例法理が確立された。すなわち、1941（昭 16）年の「借地法」・「借家法」改正によって導入された正当事由条項の解釈につき、正当事由の有無は、賃貸借の目的である土地・建物の使用の必要性を中心として両当事者の諸般の事情を総合的・相対的に比較して判断しなければならない、という法理である[6]。そして、この判例法理にもとづいて、借地権・借家権のかなり強固な存続保護を認める裁判例が展開していくこととなる。

他方、裁判例の展開と歩調を合わせる形で、この時期、借地・借家法学は、著しい理論的な進展を示すに至ったのである。

その代表的な成果として、民法学界において広く共有された理論が、賃借権の物権化＝近代的土地所有権論[7]である。この理論は、19 世紀

のイギリスにおける農地賃貸借の法構造を歴史的基礎としながら、土地所有権と土地賃借権の法的関係の近代的あり方をめぐって形成された理論であり、賃借権の物権化の法的メルクマールとしては、一般に、①第三者対抗力の具備、②存続期間の長期性の保障、③譲渡・転貸の自由の承認、ならびに、④建物買取・造作買取請求権の承認等[8]、が挙げられていた。

この賃借権の物権化＝近代的土地所有権論は、わが国における借地権・借家権の強化につき、きわめて大きな役割をはたすことになるが[9]、いまひとつ、この時期における借地・借家法学の一般的な傾向として指摘されることは、借地・借家法が、現代社会における弱者保護の観点から研究されたことである。借地人・借家人は、地主・家主に対して、社会的・経済的に従属的地位にあると捉えられ、借地・借家法の社会法的理念、借地権・借家権の生存権的側面が強調されたのである。

以上のような判例および借地・借家法学の動向のなかで、「借地法」・「借家法」の改正作業が、1950年代の後半から始められ、1966（昭41）年の法改正へと至ることになる。この改正作業では、当初、建物所有を目的とする土地賃借権と地上権を一元化し、かつ、物権化することが構想され、作業の過程においては、借地・借家法学の側から、賃借権の物権化論を基軸とする多様な論議が提起された。しかし、賛否の対立が激しく、紆余曲折を経て実現された改正は、非訟事件手続きの導入を中心とする限定的なものにとどめられたのである。

ところで、第二の時期においては、戦後の絶対的住宅難の緩和を背景とし、正当事由をめぐる訴訟において、裁判所における紛争解決のあり方に、これまでとは異なる傾向も認められるようになった。そして、この傾向は、借地・借家関係の変容が著しく顕著なものとなる第三の時期

以降も進行することとなる。立退料の提供という財産的な給付によって当事者の利害関係の調整を試みる、いわゆる中間的解決[10]がそれであり、ここに至り、正当事由をめぐる裁判例に変化が認められるようになったのである。

他方、借地・借家法学の領域においても、第三の時期に入ると、大きな動きが生じることとなる。これまで通説的地位を占めていた、賃借権の物権化＝近代的土地所有権論に対して、理論的批判を加え、同理論の発展を試みる作業が精力的に進められるようになったのである[11]。

具体的には、同理論の歴史的基礎にかかわる問題と、不動産賃借権のいわゆる物権的構成の意義にかかわる問題という二つの側面から、批判的な考察が行われた[12]。こうしたなかで、賃借権の物権化＝近代的土地所有権論に動揺が生じたことは事実であり、同理論の主唱者もまた、借地・借家関係の変貌という客観的な情勢の変化を理由として、理論の修正・転換の必要性を説くに至ったのである[13]。

しかしながら、現時点においても、借地・借家法学において、賃借権の物権化＝近代的土地所有権論に代わる基礎理論は、必ずしも形成されていない、といわれており、理論的な立ち後れは否定しがたい状況にある。また、同様に、判例上の変化の本質にかかわる検討も、十分にはなされていない、と指摘されている。

以上のような学界の状況のもとで、1980年頃から、再び、「借地法」・「借家法」の改正の問題が取り上げられるようになり、1985年からは、法制審議会を中心とする法改正作業が進められた結果、1991（平3）年9月30日、新たに、「借地借家法」が成立し、1992年8月1日から施行されることとなったのである。

「借地借家法」の具体的な内容については、第1章において、借地権

・借家権の存続保障・保護の観点から考察することとするが、今回の改正論議は、これまでの一貫した借地権・借家権の強化・安定化の方向とは正反対の志向性をもっていた。すなわち、借地権・借家権の法的保護を緩和し、当事者の契約の自由を拡大することをめざすものであった。借地・借家の法規整は、ここに至り、まさに新たな段階を迎えたのである。

しかし、経済界・政界からの政策的な提言が相次ぎ、さらに、経済学者からも自由化論が主張されるなかで、「借地借家法」の制定に至る過程において、借地・借家法学の側から、積極的な理論的論議が提起されることはなかった[14]。また、借地・借家法は、私権の調整を目的とする法であるとともに、一定の政策的な機能もになう法である、との理解は進んだが、両側面をどのように統合すべきか、ということに関しては、理論的な検討が十分に深められることはなかった。

このような借地・借家法学の状況は、主として、賃借権の物権化論に代わる理論体系の構築が必ずしもなされていないことに起因している。そして、この状態は、現在、「定期借家権」を新たに導入するための法案化の動きが急速に進められているなかでも、本質的には、改善されていないのである。

以上、第二次世界大戦後、わが国における借地・借家の法的関係をめぐる客観的な情勢がどのように変化し、そのなかで、立法・判例および借地・借家法学がいかなる対応を示してきたのか、ということを概観してきたが、以上の概観から明らかなように、現代の借地・借家法学の最たる課題は、わが国における借地・借家の法的関係を再検討し、借地・借家法学を再構成すること、すなわち、借地・借家法の理論体系の再構築である。

そこで、次に問題となるのは、借地・借家法の理論体系を再構築するためには、いかなる学問的作業が必要とされるのか、ということである。

このような学問的作業は、いうまでもなく、きわめて多岐にわたることとなろう。借地・借家関係の実態を把握する研究、現行法の解釈論的な研究、さらには、法政策的・立法論的な研究も不可欠である。しかし、まず第一に必要とされる作業は、わが国における借地・借家の法的関係の基礎となっている法規範の特質、その構造を再認識し、理論的に検討・考察することではなかろうか。そして、そのような作業を進める際に必要不可欠かつ有効な方法となるのが、ひとつには、欧米諸国における土地・建物の利用関係の基礎となっている法規範を比較研究することであろう。本稿は、借地・借家法学の再構成という課題のために、ドイツ法を比較の対象として、考察を行うものである。

3　考察の具体的な対象と視角

それでは、ドイツにおける土地・建物の利用関係の基礎となっている法規範を比較研究するにあたり、本稿においては、いかなることを具体的な考察対象とし、どのような視角・観点を重視して考察を進めるのか。最後に、この点を述べておくこととする。

第一に、本稿は、わが国における借地・借家の法的関係をめぐる最も重要な法的問題、すなわち、借地権・借家権の存続保障・保護の問題を考察の基軸とし、日本法との対比において、ドイツにおける土地・建物の利用権に関して、不動産利用権の存続保障・保護の観点から考察するものである。

なお、これまで、「存続保障」と「存続保護」という概念は、明確に

区別されることなく使用されてきたように思われるが、筆者は、両概念を、次のように区別して用いる。すなわち、不動産利用権の一定の存続期間の法定、および、一定の存続期間内における不動産利用権の存続についての問題を「存続保障」と呼び、不動産利用権設定契約の更新ないし継続についての問題を「存続保護」と呼ぶこととする。

第二に、本稿においては、まず、不動産利用権の存続保障・保護に関する現行法の仕組みを把握する。すなわち、わが国の「借地借家法」が、借地権・借家権の存続保障・保護につき、従来の仕組みにいかなる変更を加え、どのような仕組みをとっているのか、ということを押さえ、それと対比する形で、ドイツ法が、わが国の借地権に対応するドイツの地上権、および、わが国の居住を目的とする借家権に対応するドイツの住居使用賃借権の存続保障・保護に関して、いかなる仕組みを有しているのか、ということを分析する。

第三に、本稿においては、ドイツ法の仕組みを把握したうえで、その仕組みを構成している法規範が形成された、立法の展開過程を考察する。すなわち、ドイツにおける地上権に関しては、ドイツ民法典（以下、ＢＧＢ）の立法過程の段階から「地上権令」の立法過程の段階までを、また、ドイツにおける住居使用賃借権に関しては、1960 年以降における立法の展開過程を分析する。

ドイツにおける立法の展開過程の考察にあたり、本稿において重視する視角・観点は、次の三つの点である。

第一に、「法発展の主たる要因は・・・・社会そのものの中に存する」[15]、とのエールリッヒの著名な言葉を引用するまでもなく、立法が展開する背景となった客観的な情勢、すなわち、土地・住居をめぐる社会的・経済的、ならびに、政治的な情勢に留意して分析することが必要

である。また、借地・借家法は一定の政策的な機能もになう法である、との認識が進んでいることにかんがみて、法の政策的な側面にも注意を払いつつ立法の展開過程を考察することとする。

第二に、本稿においては、不動産利用権が、立法によって、強化され、または、強化・安定化の形態が緩和される過程を考察するわけであるが、その過程において、どのような観点が重視されたのか、基礎となっていた基本的な理念はいかなるものであったのか、ということを析出することが必要である。さらに、土地・建物の利用関係の当事者について、どのような状況が想定されていたのか、また、そもそも、土地、および、賃貸住居の性質は、本質的に、どのように理解されていたのか、という点にも留意することとする。

この第二の視角・観点は、わが国において、従来、借地人・借家人の地主・家主に対する社会的・経済的従属性、借地・借家法の社会法的理念、借地権・借家権の生存権的側面が強調されたことと関連するものである。

第三に、ドイツにおける土地・建物の利用関係の基礎となっている法規範と、「市民法」における諸原則、および、「市民法」の体系との関係に留意して立法の展開過程を考察することが必要である。

この第三の視角・観点は、今日、わが国における借地・借家の法的関係は、所有権の自由、および、契約自由の原則という「市民法」における諸原則について、その制限が認められるひとつの典型的な領域であり、借地・借家の法的関係を規整する立法は、「市民法」の賃貸借規定に関する特別法として登場・変遷したことと関連するものである。

本稿の考察は、以上のような三つの視角・観点を重視して行うものであるが、考察を進めるなかで、わが国における借地・借家の法的関係を

再検討し、借地・借家法学を再構成するための理論的な何らかの示唆も得られるに違いない、と考えられるのである。

なお、本稿の考察は、居住を目的とする土地・建物の利用関係を主たる対象とするが、土地の利用関係と建物の利用関係における保護法益の比重の差異にもとづき、土地の利用権と建物の利用権は、明確に区別して取り扱わなければならない。というのは、いうまでもないことであるが、居住を目的とする場合、利用権者の立場からすると、土地の利用関係においては、居住利益を維持するという保護法益とともに、投下資本の維持・回収も重要な保護法益であるのに対して、建物の利用関係においては、居住利益の維持が主たる保護法益であるからである。

---

(1) 以下の1および2における叙述は、主として、内田勝一『現代借地借家法学の課題』(成文堂、1997) 2頁以下、瀬川信久『日本の借地』(有斐閣、1995) 1頁以下、146頁以下、237頁以下による。

(2) 都留重人『地価を考える』(岩波書店、1990) 33頁以下。

(3) 借地権の「第二所有権化」現象については、拙稿「ドイツ地上権制度比較研究序説(一)一借地権の『第二所有権化』現象の観点によるドイツ地上権令の法規範構造に関する一考察一」六甲台論集 35巻 3号(1988)203頁以下、および、そこで引用した文献を参照。

(4) 拙稿・前掲注(3)206頁以下において、吉田克己氏と原田純孝氏の分析に依拠した理論仮説にしたがって説明したように、借地権の「第二所有権化」現象を決定づけ、完成させた法的要因は、借地権設定契約の更新が容易で、借地権の存続が強固に保護されたことである、と考えら

れる。

(5)「定期借家権」を新たに導入しようとする近時の急速な法案化の動きと規制緩和政策との関係については、法時 70 巻 2 号(1998)6 頁以下における「特集　都市・住宅問題と規制緩和」等を参照。

(6) 借家の法的関係については、最判昭 25・2・14 民集 4 巻 2 号 29 頁、最判昭 25・6・16 民集 4 巻 6 号 227 頁等。借地の法的関係については、最判昭 37・6・6 民集 16 巻 7 号 1265 頁(1267 頁)。

(7) その代表的な業績は、水本浩『借地借家法の基礎理論』(一粒社、1966) である。

(8) たとえば、水本浩『借地借家法の現代的課題』(一粒社、1971) 42-43 頁参照。

(9) ただし、賃借権の物権化概念を最も厳格に用いられる水本氏においては、更新拒絶・解約の制限による賃借権の存続保護は、物権化の固有の要素とは捉えられていないこと (水本・前掲書注(8)43 頁) には留意しなければならないことについて、吉田克己「フランスにおける商事賃貸借法制の形成と展開 (一)」社会科学研究 29 巻 6 号(1978)16 頁参照。

(10) その画期となった判決は、最判昭 38・3・1 民集 17 巻 2 号 290 頁、および、最判昭 46・11・25 民集 25 巻 8 号 1343 頁である。なお、正当事由をめぐる裁判例の変化に関して、厳密には、借家の場合と借地の場合において、また、居住用の場合と事業用の場合において、差異が認められることについて、たとえば、内田・前掲書注(1)314 頁以下参照。

(11) その代表的な業績は、原田純孝『近代土地賃貸借法の研究ーフランス農地賃貸借法の構造と史的展開ー』(東京大学出版会、1980)、戒能道厚『イギリス土地所有権法研究』(岩波書店、1980) である。

(12) 原田・前掲書注(11)10頁以下参照。

(13) 水本浩『転換期の借地・借家法』(日本評論社、1988) 25頁以下。

(14) その理由について、内田・前掲書注(1)10頁以下参照。

(15) Eugen Ehrlich,*Grundlegung der Soziologie des Rechts*,1913,Vorrede.

第１章　「借地借家法」における借地権・借家権の存続保障・保護

序節

不動産利用権の存続保障・保護をめぐるドイツ法の仕組みとドイツにおける立法の展開過程の考察に入る前に、本章では、日本法に関する前提的な作業を行う。すなわち、わが国における借地・借家の法的関係の基礎となっている現行法である「借地借家法」の内容につき、借地権・借家権の存続保障・保護の観点から検討を加え、日本法の特質、その構造を把握することとする。

序章においても述べたように、わが国における借地・借家の法的関係を規整する立法は、民法における賃貸借規定に関する特別法として登場・変遷したが、一貫して、借地権・借家権の強化・安定化、いいかえると、所有権の自由、および、契約自由の原則の制限という歴史を辿ってきた。そして、本稿において考察の基軸とする不動産利用権の存続保障・保護の問題は、まさに、そのような歴史の中心をなす問題である、といえる。「借地借家法」施行前における既存の借地・借家の法的関係については、居住を目的とする場合、保護法益の比重の差異は認識されていたにもかかわらず、立法、および、判例・学説により、借地権・借家権のいずれについても、かなり強固な存続保障・保護が認められ、特に、借地権は事実上半永久的に存続する、と考えられていたのである[1]。

これに対して、今回の改正論議は、これまでとは正反対の志向性をもち、すでに与えられている法的保護を緩和し、当事者の契約の自由を拡大する方向において、開始されたものである。わが国における借地・借家の法規整は、ここにおいて、新たな段階を迎えたわけであるが、「借

地借家法」は、借地権・借家権の存続保障・保護につき、従来の仕組みにいかなる変更を加え、どのような仕組みをとっているのであろうか。本章では、立法者ないし立案担当者の説明に十分留意しつつ、この点を検討・考察することとする。

第１節　「借地借家法」における借地権の存続保障・保護

はじめに、今回の法改正の中心となった借地の法規範から検討を始めることとする。「借地借家法」は、借地権の存続保障・保護につき、どのような仕組みをとっているのであろうか。この点につき、以下では、通常の借地権、すなわち、普通借地権と、新たな種類の借地権として創設された「定期借地権」とに分けて考察する。そして、普通借地権については、さらに、次の三つの点につき、順次検討を加えることにより、全体の仕組みを把握したい、と考える。すなわち、第一に、普通借地権の当初の存続期間の法定について、第二に、法定更新の仕組みと法定更新拒絶の要件としての正当事由について、第三に、建物滅失の場合における再築と普通借地権の存続について、である。

１　普通借地権について

(1)　普通借地権の当初の存続期間の法定について

「借地法」にもとづいて設定され、継続している既存借地権の存続保障は、まず第一に、借地権の当初の存続期間について、契約自由の原則を制限し、契約に期間の定めがない場合の存続期間、および、契約で定めうる約定最短存続期間を法定することにある。

この基本的な仕組みは、「借地借家法」においても、疑問なしに維持されたが[2]、「借地借家法」は、次の四つの点において、「借地法」とは異なっている。

すなわち、第一に、堅固な建物の所有を目的とする借地権の存続期間と、その他の建物の所有を目的とするそれとの差異を廃止し、第二に、期間の定めがない場合の法定存続期間と約定最短存続期間とを一致させた。そのうえで、第三に、普通借地権の当初の存続期間については、一律に、30年の存続期間が法定されたのである。また、「借地借家法」においては、第四に、法定存続期間中の建物朽廃による借地権消滅の制度も廃止されている（以上、「借地借家法」3条）。

さて、以上の改正がなされた理由は立案担当者により説明されているが、ここでは、本稿の観点から重要と考えられる理由を拾いながら、立案担当者が、30年という普通借地権の当初の存続期間をどのような性質の期間として捉えていたのか、ということを探ることとする。

まず注目すべき説明として、立案担当者は、正当事由制度が存在しなかった段階では、法定存続期間の長さが借地権の安定性の確保に決定的な意味を持ち、建物の寿命が尽きるまで借地権を存続させるであろうという当事者の意思を推測して期間を定める意味があったが、正当事由制度が導入された後には、期間の長さを建物の寿命と結びつけて考える必然性はうすれた[3]、つまり、法定存続期間によって建物の社会的・経済的な耐用年数を完全にカバーすることを考慮する必要はない[4]、という。

この説明は、約定最短存続期間とは異なり、かつ、それよりも相対的に長い期間として、法定存続期間を定める、これまでの取扱いを見直した理由のひとつであったが、ここには、立案担当者が、普通借地権の当初の存続期間の満了後には正当事由条項の適用を受ける法定更新が予定

されていることを大前提として、当初の存続期間について考えていたことが示されている[5]。したがって、ここで留意しなければならないことは、立案担当者が、当初の存続期間を、その期間の満了後には、借地権者の土地利用の必要性のいかんを問わず、借地権を消滅させても問題のない期間としては捉えていなかったことである[6]。

このように、立案担当者は、法定更新が予定されていることを大前提として当初の存続期間について考えていたが、30年という当初の存続期間の具体的な長さについては、次のように説明されている。すなわち、建物の社会的・経済的な耐用年数は建物の種類・構造にかかわらず短いものでは30年程度であることも考慮し[7]、建物所有を目的とする土地の利用関係に必要な「一応の安定性を保障する」存続期間としては30年が相当である[8]、とのことである。要するに、正当事由制度の存在を大前提とすると、普通借地権の当初の存続期間は、建物の社会的・経済的な耐用年数を完全にカバーする必要はなく、借地権の安定性の観点からは必ずしも十分でなくとも、借地権の一応の安定性を保障・確保すればよく、その具体的な期間としては30年ぐらいが相当である、と考えられたのである。

(2) 法定更新の仕組みと法定更新拒絶の要件としての正当事由について

(a) 法定更新の仕組みについて

次に、法定更新の仕組みと法定更新拒絶の要件としての正当事由について検討するが、まず、法定更新の仕組みについて、その改正点を確認することから始めたい。

既存借地権については、借地権の当初の存続期間が満了しても、建物が存する場合には、借地権者の更新請求または土地の使用継続により、

原則として契約は更新され、借地権設定者は正当事由がある場合でなければ更新を拒絶できない。さらに、契約が更新される場合には、更新後の存続期間が法定されている。これが、「借地法」における法定更新の基本的な仕組みである。

この基本的な仕組みは、「借地借家法」においても維持されたが[9]、「借地借家法」は、次の二つの点につき、改正を加えている。

第一に、細かい点であるが、「借地借家法」においては、建物の朽廃による借地権の消滅の制度が廃止されたことにともない、土地の使用継続による法定更新が生じるのは、建物が存在する場合に限られることとされている（「借地借家法」5条2項）[10]。

第二に、重要な改正点であるが、法定更新後の普通借地権の存続期間（期間の定めがない場合の法定存続期間と約定最短存続期間）が短縮されている。すなわち、「借地法」では、建物の堅固・非堅固の区分により30年または20年とされていたが、「借地借家法」においては、建物の構造のいかんを問わず、第一回目の更新に限り20年、それ以降においては10年とされている（「借地借家法」4条）。なお、合意更新における普通借地権の存続期間も、法定更新後の存続期間と同一である。

この第二の改正点につき、以下、少し詳しく検討することとする。

既に述べたように、立案担当者は、普通借地権の当初の存続期間の満了後には正当事由を更新拒絶の要件とする法定更新が予定されていることを大前提としていたが、この大前提に立ち、法定更新後の法的取扱いをどのような形のものとするのかという問題は、今回の改正作業において、重要な意味を有していた。

というのは、立案担当者は、「借地法」における法定更新後の法的取扱いによると、30年または20年ごとに正当事由の有無を判断することと

なり、それでは、社会・経済情勢の激しい変化にともなう当事者の事情の変更にかんがみると、正当事由判断の機会が十分ではなく、当事者間の権利関係の調整が、硬直化し、合理的・公平に機能していない[11]、と認識していたからである。立案担当者は、このような認識にもとづいて、法定更新の仕組みにつき、既存の基本的な仕組みを維持しながら、それを合理的・公平に機能させるために、当初の存続期間が満了し借地権者の建物所有を目的とする土地利用が一応保障・確保された後には、当事者双方の様々な事情の変化に応じて正当事由の有無を判断し、借地関係の解消の有無を決める機会が的確に設けられるべきである[12]、と考え、法定更新後の普通借地権の存続期間を短縮しようとしたのである。

そして、国会に提出された法案においては、法定更新後の普通借地権の存続期間は一律に10年とする、とされていた。この点につき、立案担当者は、次のように説明している[13]。すなわち、ひとつの考え方としては、法定更新後は普通借地権は期間の定めがないものとして存続し、借地権設定者は正当事由を具備した時点で随時借地関係を解消することができるという考え方も検討されたが、この考え方によると、法定更新後の借地権者の法的地位がいかにも不安定となる。そこで、正当事由の有無を判断する機会を借地権設定者により多く保障するという要請と、借地権者の権利の安定性に配慮するという要請の均衡点として、法定更新後の普通借地権の存続期間を10年とした、ということである。要するに、10年ごとに正当事由の有無を判断するというあたりが、両当事者の利益の合理的なバランスを図りうる、と考えられたのである。なお、この10年という存続期間は、借地関係の安定性を損なわない最低限の期間である[14]、と説明されている。

これに対して、国会審議の場では、法定更新後の普通借地権の存続期

間が10年であることにつき不安が残るという意見が強く出された[15]。立案担当者は、正当事由の有無を判断する機会が、従来30年または20年単位となっていたものを、これからは当初の存続期間の満了後は10年刻みとするにすぎず、正当事由が具備しない限り、10年、さらに10年と、結果的には半永久的に借地権が存続することがありうることも従来と変わらないから、借地権者の権利の安定性は損なわれない[16]、と説明した。しかし、最終的には、衆議院法務委員会において、「常に10年ごとに更新における正当事由の有無について判断するものとすることは、借地人の負担が過大となり、ひいては居住権の安定性を損なうおそれがあります」[17]、という理由で修正が加えられ、最初の更新に限り、法定更新後の普通借地権の存続期間が20年に改められたのである。これは、最初の更新については、借地権者の利益に特別の配慮をしたものと理解することができよう[18]。

以上のように、「借地借家法」における、法定更新後の普通借地権の存続期間の短縮は、正当事由の有無を判断するスパンが短縮され、借地関係の解消の有無を決める機会が従来よりも多く設けられたことを意味する。そして、このことは、当初の存続期間と、それが満了し更新がなされた後の存続期間とは、質的に明確に区別される期間であるという考えにもとづいていたのである[19]。ただし、正当事由の有無を判断し、借地関係の解消の有無を決める機会が従来より増えたとしても、借地権設定者が更新を拒絶するためには正当事由の具備が必要なことは、これまでどおりであることには十分留意しなければならない。

(b) 法定更新拒絶の要件としての正当事由について

そこで、次に、法定更新拒絶の要件としての正当事由それ自体につき、

何らかの変化が生じたのかどうかが問題となるのである。

この点につき、確かに、「借地借家法」における正当事由条項の文言は、「借地法」におけるそれとは異なっている。すなわち、「借地法」4条1項但書では、「土地所有者カ自ラ土地ヲ使用スルコトヲ必要トスル場合其ノ他正当ノ事由アル場合」、となっていたが、「借地借家法」6条においては、「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のほか、借地に関する従前の経過及び土地の利用状況並びに借地権設定者が土地の明渡しの条件として又は土地の明渡しと引換えに借地権者に対して財産上の給付をする旨の申出をした場合におけるその申出を考慮して、正当の事由があると認められる場合」、とされている。

しかし、立案担当者によると、この新たな正当事由条項の文言は、「借地法」のもとにおける現在の判例理論をそのまま法文化したものである[20]、と説明されている。

立案担当者の具体的な説明を整理すると次のようである。

第一に、「借地借家法」6条は、今日の裁判実務において確立されている総合判断方式、すなわち、正当事由の有無の判断にあたり、当事者双方が土地の使用を必要とする事情、その他諸般の事情を考慮し、総合的に判断するという手法を正面から認める考え方に依拠している[21]。

第二に、条文にあげられている要素は、判例等で正当事由の判断にあたり考慮されるべきものとされた代表的・主要な要素であり、新たな要素は加えられていない[22]。

第三に、現在の裁判実務に従って、両当事者が土地の使用を必要とする事情を主たる・基本的な判断要素とし、その他の要素より重い位置づけをしている[23]。

第四に、「借地借家法」のもとにおいても、財産上の給付の申出は、

あくまでも補完的な要素であり、他の要素の有無を無視して、これがあることのみを理由として正当事由を認めることはできない[24]、ということである。

以上の立案担当者の説明は、そのとおりに理解して問題はないと思われるが、そうすると、立案担当者が強調したように、正当事由の有無の判断の実質は、これまでと何ら変更はない[25]、ということになろう。

(3) 建物滅失の場合における再築と普通借地権の存続について

普通借地権についての最後の検討点として、普通借地権の存続期間中に建物が滅失した場合における再築と普通借地権の存続について考察する。

この点につき、「借地法」においては、当初の存続期間中であると、更新後の存続期間中であるとを問わず、次のような法的仕組みがとられている[26]。

第一に、建物が滅失（判例により、借地権者による任意の取壊しも含まれる）しても借地権は消滅せず、借地権者の建物再築は自由に認められる。第二に、残存期間を超えて存続すべき建物の再築に対する借地権設定者の遅滞なき異議の有無により、借地権の存続期間が延長されるかどうかが決められる。すなわち、借地権設定者が遅滞なき異議を怠ると、原則として、建物の堅固・非堅固の区分により30年または20年間、借地権の存続期間が延長される。これに対して、借地権設定者が遅滞なく異議を述べると、借地権の存続期間は延長されない。第三に、遅滞なき異議にもかかわらず借地権者が建物を再築した場合にも、借地権は本来の存続期間により存続し、その期間が満了すると、正当事由判断の問題となる。

これに対して、「借地借家法」においては、大きな変化が生じているが、まず第一に留意すべきことは、「借地借家法」においては、当初の存続期間中であるか、更新後の存続期間中であるかにより、明確に異なる法的仕組みがとられていることである[27]。したがって、以下、当初の存続期間中に建物が滅失した場合と、更新後の存続期間中に建物が滅失した場合とに分けて、検討することにしたい。

(a) 当初の存続期間中に建物が滅失した場合

当初の存続期間中に建物が滅失（「借地借家法」においては、判例に従い、借地権者による任意の取壊しも含まれることが、「借地借家法」7条1項において、法文上明らかにされている[28]）した場合においては、立案担当者が述べるように、いくつかの変更点を除いて、基本的には、「借地法」における法的仕組みが維持されている[29]、といえよう。

いくつかの変更点のうち、最も重要な点は、普通借地権の存続期間が延長される要件が変わったことである。すなわち、残存期間を超えて存続すべき建物の再築に際して存続期間が延長される要件として、「借地法」では、借地権設定者が遅滞なき異議を怠ることとされているのに対して、「借地借家法」においては、再築につき借地権設定者の「承諾」があることと変えられている（「借地借家法」7条1項）。そのうえで、「借地借家法」は、承諾を得るための手続きに関することであるが、借地権者が再築をする旨を通知したのに、借地権設定者がその通知を受けた後2か月以内に異議を述べなかった場合には、借地権設定者の承諾を擬制する規定を置いている（「借地借家法」7条2項）。

存続期間延長の要件が借地権設定者の承諾あるいは承諾擬制に変えられた主要な理由は、立案担当者の説明によると、借地権設定者が知らな

い間に再築により期間の延長が生ずることはないことを法文上明かにし、遅滞なき異議の有無をめぐる紛争を回避して法的関係を明確にするためのようである[30]。というのは、「借地法」のもとでは、法文上、借地権設定者の知・不知を問うことなく、単なる時間の経過によって借地権設定者の異議申立権が失われるとも解釈されうるからである[31]。これに対して、「借地借家法」においては、条文の文言により、借地権者が積極的に再築の通知をしない限り、借地権設定者が異議を述べる機会は失われないこととされているのである[32]。

また、「借地借家法」においては、延長される期間につき、建物の堅固・非堅固による差異が廃止され、一律に、原則として20年とされている（「借地借家法」7条1項）。

この20年という延長期間は、立案担当者によると、新たに建物が再築された後の存続期間であることを考慮して、当初の存続期間と更新後の存続期間の中間にあたるものとした[33]、ということである。

さて、以上の変更点等を除くと、「借地法」における基本的な法的仕組みが維持されている。

すなわち、まず、「借地借家法」7条1項によると、借地権者による再築がなされたとき、再築につき借地権設定者の承諾があれば、普通借地権の存続期間が延長されるとのことであるから、ここにおける承諾は、あくまで期間延長の要件であり、再築の要件ではない[34]。したがって、「借地借家法」においても、当初の存続期間中に建物が滅失した場合には、借地権者の再築が自由に認められていることとなる[35]。

さらに、借地権設定者の承諾あるいは承諾擬制がないにもかかわらず借地権者が建物を再築した場合にも、普通借地権は本来の存続期間により存続し、その期間が満了すると、正当事由の有無が判断される[36]、と

のことである。したがって、「借地借家法」においても、当初の存続期間中に建物が滅失し、再築される場合、少なくとも、当初の存続期間内における普通借地権の存続は保障されているのである。

以上のように、当初の存続期間中に建物が滅失した場合、「借地法」における基本的な法的仕組みが維持されていることは、立案担当者によると、当初の存続期間が、建物所有を目的とする土地の利用関係に必要な安定性を一応保障できる期間として設定されていることを考慮した[37]、とのことである。

(b) 更新後の存続期間中に建物が滅失した場合

これに対して、更新後の存続期間中に建物が滅失した場合については、新たな法的仕組みが設けられている。

立案担当者の説明に従うと、この新たな法的仕組みの概要は、次のようである。

まず、立案担当者は、「借地法」における法的仕組みにつき、次のように認識している[38]。すなわち、「借地法」においては、契約の更新後に建物が滅失した場合にも、借地権者が建物を再築することは自由であり、借地権設定者が再築に対して遅滞なく異議を述べると、存続期間は延長されず、建物が再築されてから時間が経過した残存期間の満了時に、正当事由条項による当事者の権利調整が行われることになるが、この仕組みは、的確なタイミングでの権利調整とはいいがたい場合が少なくない。また、借地権者としても、再築にあたり、残存期間の満了時に更新がないかもしれないというリスクを負っていることとなる。

したがって、立案担当者は、当事者の権利関係を調整するタイミングとしては、建物が滅失した時点が適切であり、その時点において、以後

の借地関係を存続させるのが相当であるかどうかを決めることができるようにする必要がある[39]、という。

そこで、「借地借家法」においては、更新後の存続期間中に建物が滅失した場合、第一に、借地権者が残存期間を超えて存続すべき建物を再築するにつき、借地権設定者の承諾を得ることを必要とするものとして、まず、当事者の合意に従うこととしている[40]。すなわち、第一次的には、当事者の協議による権利調整に委ねられているのである。借地権設定者が再築を承諾した場合には、「借地借家法」7条1項が共通に適用され、普通借地権は、原則として20年延長されることとなる[41]。

第二に、「そのような合意が成立しない場合には、借地権者の申立により、裁判所が、非訟事件手続をもって、諸般の事情を考慮し、『再築を認め、借地権の存続期間を延長するか、その時点で再築を認めず、事実上、借地関係を終了するか』を判定して、再築を相当と認める場合には、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ものとしている」[42]（「借地借家法」18条）。すなわち、当事者の協議による権利調整が功を奏しない場合、借地権者は、第二次的に、裁判所による権利調整にアクセスすることができるのである。裁判所が再築の許可をした場合には、普通借地権の延長期間は原則20年であるが、裁判所はこれと異なる期間を定めることもできる[43]（「借地借家法」18条1項）。

そのうえで、借地権者が、借地権設定者の承諾あるいは裁判所の代諾許可を得ずに再築をした場合には、借地権設定者は、地上権の消滅請求または賃貸借の解約申入れをすることができる[44]（「借地借家法」8条2項）、とされている。この解約申入れ等には正当事由を必要とせず[45]、解約申入れ等があった場合には、普通借地権は、その後3か月の経過により消滅する（「借地借家法」8条3項）。借地権設定者が解約申入れ等を

しなかった場合には、普通借地権は、本来の存続期間を変えず、残存期間の間存続することとなる[46]。

また、他方において、借地権者は、再築をせずに、地上権の放棄または賃貸借の解約申入れをすることもできる[47]（「借地借家法」8条1項）、とされている。この場合にも、解約申入れ等があると、普通借地権は、その後3か月の経過により消滅することとなる（「借地借家法」8条3項）。

なお、以上の法的仕組みは、当初の存続期間中に建物が滅失し、「借地借家法」7条1項の規定により期間の延長がなされたしても、当初の存続期間が満了すべき時点より後に、再度の滅失があった場合にも適用される。すなわち、「借地借家法」においては、当初の存続期間が満了すべき時点を基準とし、再度の滅失がこの時点より前であれば、当初の存続期間中の建物の滅失の場合と同等に扱うが、これより後に再度の滅失があったときには、更新後の存続期間中に建物が滅失した場合と同じ取扱いに服する[48]（「借地借家法」7条2項但書）、とされているのである。

この措置は、再築についての承諾によって当初の存続期間の区切りが取り除かれたのではないことを意味し[49]、実際には、延長期間中の再築の繰り返しによって普通借地権の存続が長期化する可能性を排除する[50]、という機能を営むこととなろう。

さて、以上が新たな法的仕組みの概要であるが、この法的仕組みは、前に述べたように、当初の存続期間中の建物の滅失の場合とはかなり異なり、したがって、「借地法」における法的仕組みは大きな変更を受けている。そして、この改正点には、「借地借家法」においては、当初の存続期間と、それが満了し更新がなされた後の存続期間とは質的に明確に区別される期間であると考えられていることが、法定更新後の存続期間の改正におけるよりも、一層明確に示されている[51]、といえよう。

立案担当者によると、更新後の存続期間は、当初の存続期間とは異なり、借地関係の一応の安定性が確保された後の期間であり、いわば権利の調整期間である[52]、とのことである。したがって、法定更新後の存続期間の改正におけると同様に、当初の存続期間が満了し更新がなされた後には、当事者双方の事情をくんで、事前かつ柔軟に、権利関係を調整し、借地関係の解消の有無を決める機会を的確に設ける必要がある[53]、とする。このような考え方にもとづき、更新後の存続期間中に建物が滅失した場合には、建物を再築しようとする借地権者と、借地関係を解消しようとする借地権設定者との関係を調整しやすくして、建物の再築、その他以後の法的関係を、建物滅失の時点において決めようとしたのが、この新たな法的仕組みである[54]、とのことである。

そこで、続いて、この新たな法的仕組みにつき、いくつかの留意すべき点を指摘しておきたい。

第一に、この法的仕組みにおいては、更新後の存続期間中に建物が滅失・再築される場合、当初の存続期間中とは異なり、更新後の存続期間内における普通借地権の存続は保障されてはいないことに留意しなければならない[55]。というのは、借地権設定者の承諾あるいは裁判所の代諾許可を得ずに建物が再築されると、借地権設定者の解約申入れ等により、普通借地権が消滅することがありうるからである。

第二に留意すべき点は、「借地借家法」8条2項の立法趣旨である。

「借地借家法」においては、更新後の存続期間中に建物が滅失し、借地権者が借地権設定者の承諾あるいは裁判所の代諾許可を得ずに再築した場合には、借地権設定者は解約申入れ等をすることができる、とされているが、条文の順序に従うと、まず、8条2項において、借地権者が借地権設定者の承諾を得ずに再築したときには借地権設定者は解約申入れ

等をすることができるとされ、続いて、18条1項において、借地権設定者の承諾に代わる裁判所の許可についての規定が置かれている。そして、立案担当者は、8条2項において、再築につき借地権設定者の承諾を得る必要があるとしているのは、究極的には、借地権設定者の承諾が得られず当事者だけでは調整がつかない場合には、裁判所により権利の調整を行うことを意図したものであることを強調している[56]。そうすると、当事者による権利調整が功を奏しない場合には、借地権者は、さらに裁判所による権利調整にアクセスすべきであり[57]、それゆえに、その方法を取らずに直ちに再築をした借地権者に対しては、借地権設定者は解約申入れ等の手段を取りうるということが、「借地借家法」8条2項の立法趣旨である、と理解すべきことになろう[58]。

最後に、存続保障の観点から、さらに留意すべきことは、再築についての裁判所による代諾許可の付与が例外的であるか否かである。この点は、基本的には、「借地借家法」18条が、今後、どのように解釈・運用されていくのかということに依存している。

「借地借家法」18条は、再築についての裁判所による代諾許可について規定している。すなわち、まず、1項1文において、再築につき「やむを得ない事情」があるにもかかわらず、借地権設定者が再築を承諾しないこと、という再築許可の主たる要件が挙げられている。次に、2項において、再築につき「やむを得ない事情」の存否を判断するにあたって考慮の対象となる事情が列挙されている。さらに、1項2文においては、再築許可について、当事者間の利益の衡平を図るため必要なときには、延長期間として20年と異なる期間を定め、他の借地条件を変更し、財産上の給付を命じ、その他相当の処分をすることができる、と規定されている。

確かに、再築につき「やむを得ない事情」があることという要件はかなり厳格なイメージを与えるし[59]、立案担当者は、この要件を課しているのは、「契約の更新後においては、借地権者が建物の再築を認められるのが、どちらかといえば例外的であることを示しているといえるであろう」[60]、とも説明している。

しかし、他方において、立案担当者は、借地権設定者の承諾拒否に正当な理由がないときには、借地権者は裁判所に代諾許可を付与してもらうことができるとも説明し[61]、また、借地権者による再築をただ困難ならしめるのではなく、むしろ、できるかぎりよいタイミングで権利関係を裁判所により調整してもらうことを示しているのが裁判所による代諾許可の手続きであることも強調している[62]。

さらに、より重要なことは、次の二つの点である。

すなわち、第一に、「やむを得ない事情」の存否を判断するにあたって考慮の対象となる事情として列挙されているものは包括的であり、その他の事情としては、借地権設定者の承諾拒否に正当な理由があるかどうかも含まれるものと思われ[63]、したがって、かなり総合的な判断がなされると考えられる。

第二に、再築許可に付随して、当事者間の利益の衡平を図るため必要なときには、様々な処分をすることができるとされていることは、裁判所に再築許可を付与しやすくする方向で作用し[64]、立案担当者が強調する、柔軟な権利調整を可能にすると考えられる。

以上の点にかんがみると、筆者としては、現時点では、裁判所による再築許可が例外的な救済措置にすぎないとは必ずしもいえない、とする見解[65]に従いたい。

(4)　小括

以上、普通借地権の存続保障・保護の仕組みについて、大きく三つの点から考察してきたが、ここで、概括的に小括しておくこととする。

まず、普通借地権の存続保障・保護の仕組みにつき、「借地法」における仕組みとの対比において、主要な特徴点を指摘しておくと、次の二つの点となる。

第一に、従来の基本的な仕組みが、かなりの点において、維持されている。すなわち、まず、普通借地権の当初の存続期間につき、契約に期間の定めがない場合の存続期間、および、契約で定めうる約定最短存続期間が法定されている。次に、当初の存続期間が満了しても、建物が存する場合には、借地権者の更新請求または土地の使用継続により、原則として契約は更新され、借地権設定者は正当事由がある場合でなければ更新を拒絶できない。契約が更新される場合には、更新後の存続期間が法定されている。さらに、当初の存続期間中に建物が滅失し、再築される場合、少なくとも、当初の存続期間内における普通借地権の存続は保障されている。

第二に、当初の存続期間と、それが満了し更新がなされた後の存続期間とは、質的に明確に区別される期間であるという考え一前者は借地権の一応の安定性を保障すれば相当な期間、後者は権利の調整期間と捉えられている一にもとづき、当初の存続期間が満了し更新がなされた後には、権利関係を調整し、借地関係の解消の有無を決める機会が的確に設けられている。

次に、この第二の特徴点は、具体的には、次の二つの改正点の中に示されている。

第一の改正点は、法定更新後の普通借地権の存続期間の短縮、すなわ

ち、正当事由の有無を判断するスパンの短縮である。ただし、正当事由の有無を判断し、借地関係の解消の有無を決める機会が従来より増えたとしても、借地権設定者が更新を拒絶するには正当事由の具備が必要なことはこれまでどおりであり、しかも、正当事由条項の新たな文言は、現在の判例理論をそのまま法文化したものと理解されるのであるから、正当事由の判断の実質は、従来と何ら変更はないこととなる。

第二の改正点は、更新後の存続期間中に建物が滅失した場合につき、新たな法的仕組みが設けられたことである。この法的仕組みは、更新後の存続期間中に建物が滅失した場合、滅失の時点が権利調整の適切なタイミングであり、その時点において、再築を認め、存続期間の延長を行うか、それとも、再築を認めず、事実上借地関係の終了をもたらすか、ということを決められるようにする必要があるという考えを基礎としている。そして、この法的仕組みにおいては、更新後の存続期間中に建物が滅失・再築される場合、当初の存続期間中とは異なり、更新後の存続期間内における普通借地権の存続は保障されていないが、再築についての裁判所による代諾許可の付与が例外的であるか否かについては、現時点では、必ずしも例外的であるとはいえない、と考えられる。

最後に、普通借地権の存続保障・保護の仕組みについて、結論的にまとめておくこととする。

まず一方で、当初の存続期間においては、普通借地権の存続は確実に保障され、かつ、当初の存続期間が満了すると、従来どおり、存続保護の仕組みが働く。ただし、当初の存続期間は、借地権の一応の安定性を保障すれば相当な期間である、と捉えられている。

他方、当初の存続期間が満了し更新がなされた後には、正当事由の有無、再築の認否を判断し、借地関係の解消の有無を決める機会が的確に

設けられている。しかし、現時点で判断すると、解消の有無を決める機会が、ただちに借地関係解消の実現に直結するわけではないのであるから、更新後の存続期間においては、普通借地権が半永久的に存続する可能性を極力排除する仕組みとなっているにすぎない、といえる。

2　「定期借地権」について

以上の普通借地権に対して、「借地借家法」においては、新たな種類の借地権として、三つの類型の「定期借地権」が創設されているが、ここでは、この「定期借地権」について考察する。

まず第一に留意しなければならないことは、「定期借地権」は、「借地借家法」の体系において、普通借地権の存続保護の仕組みに対する重大な例外をなすことである。というのは、後に述べるように、いずれの類型の「定期借地権」も、借地関係の終了にあたり、法定更新規定の適用を受けないからである。この点において、「定期借地権」は、借地法制の歴史上、きわめて重要な意味を持つものといえよう。

さて、このような「定期借地権」につき、はじめに、この法制度が導入された背景からみておきたい。

立案担当者は、今回の法改正は、社会・経済情勢の大きな変化にともない、借地に対する需要・土地利用の形態が多様化しているにもかかわらず、借地法制にはこれに対応する変革がなく、その画一的な規整から、借地制度の運用が硬直化し、利用しやすいものとなっていないという問題意識を出発点としているとしたうえで、借地に対する需要・土地利用の形態の多様化を端的に示すものが、「定期借地権」の創設を求める声である[66]、という。したがって、「定期借地権」の導入は、今回の法改

正のねらいを集約的に表すものである[67]、ということもできよう。

借地法制の画一的な規整による借地制度の運用の硬直化については、具体的には次のように説明されている[68]。すなわち、「借地法」においては、一時使用のための借地権を除き、存続期間が満了しても、建物が存する限り、正当事由がなければ更新拒絶が認められないという画一的な法定更新の仕組みが存在する。しかし、この仕組みのもとでは、借地権は半永久的に続くという認識が広がり、土地所有者としては、借地を供給することを躊躇したり、借地とする場合には高い権利金の支払を要求することにつながっている。他方、借地権者としても、必ずしも半永久的な利用権ばかりを望んでいるわけではなく、更新をせずに一定の期間だけでよいから安い資金で土地を利用したいということも多々ある。そうすると、契約期間の満了により借地権が確定的に消滅するという合意の効力をいかなる場合にも否定するのは、社会的要請に不当に道を閉ざし不合理である、とのことである。

以上のような背景のもとで「定期借地権」は導入されたのであるが、立案担当者は、「定期借地権」導入にあたり、次のような意向を有していたことには留意しなければならない。

すなわち、第一に、立案担当者は、「定期借地権」が、借地権制度の枠内において認められるものとして、なお一定の相当な制約を受けることを避けられないものとすること、つまり、一定の厳格な要件のもとで認められることが必要である[69]、との意向を有していた。

第二に、立案担当者は、「定期借地権」を体系的にはあくまで例外として位置づけ、「定期借地権」が法定更新規定の適用がある普通借地権を駆逐することがないように配慮しなければならないとしながらも、実際の利用形態としては、普通借地権と並ぶ選択的な存在として認知し、

今後の借地の実務は「定期借地権」ぬきには考えられないこととなる[70]、との意向を有していたのである。

さて、「借地借家法」においては、三つの類型の「定期借地権」が認められているが、次に、各々の類型の「定期借地権」につき、立案担当者の説明にもとづき、本稿の観点から留意すべきいくつかの点を取り上げてみたい。

まず、「借地借家法」22条の一般定期借地権についてである。

「借地借家法」22条は、存続期間を50年以上とする借地権について、契約の更新、建物の再築による存続期間の延長等を排除する特約をすることを認めている。

存続期間を50年以上とすることという要件については、普通借地権の存続期間と比べて相当長期であること、および、経済的・社会的にみた建物の存立期間としても不十分ではないこと、すなわち、多くの建物は50年程度で経済的・社会的耐用年数が尽き、あるいは、償却されることを考慮し、存続期間を50年以上とすれば、更新等がなくても借地関係の安定性からみて普通借地権との均衡を失しない[71]、と考えられたのである。

また、一般定期借地権においては、その存続期間中に建物が滅失した場合、建物の再築による存続期間の延長がないことは特約により明かであるが、建物が滅失した場合のその他の法的関係、たとえば、借地権者は解約権を有するかどうかについては何らの規定も置かれておらず、当事者の合意に委ねられる[72]、とのことである。なお、この点は、「借地借家法」24条の事業用借地権においても同様とされている[73]。

次に、「借地借家法」23条の建物譲渡特約付借地権についてである。

「借地借家法」23条1項は、借地権設定に際して、設定後30年以上を経

過した日に、借地上の建物を借地権設定者に相当の対価で譲渡するという特約をすることができるものとしている。借地権は、建物の所有権の借地権設定者への移転とともに終了し、このような形で、法定更新規定の適用を受けない借地権が認められるのである[74]。なお、借地権消滅後における建物利用者の利用権は、23条2項により、強行的に保障されている[75]。

建物譲渡特約付借地権において借地権が消滅する最短期間は30年とされているが、これは、普通借地権の最短存続期間以前に借地権が消滅することを認めることは制度全体の整合性を欠く、という理由にもとづいている[76]。

また、存続期間中の建物の滅失の場合には、他の類型の「定期借地権」にはない問題として、再築建物も譲渡の対象となることをあらかじめ特約条項に含めておくことが必要となる[77]、とされている。

最後に、「借地借家法」24条の事業用借地権についてである。

「借地借家法」24条1項は、専ら事業の用に供する建物の所有を目的とし、しかも、居住の用に供するものを除き、かつ、存続期間を10年以上20年以下とする借地権については、契約の更新、建物の再築による存続期間の延長等に関する規定が適用されないことを認めている。

さきの二つの「定期借地権」においては、借地上建物の用途について特に限定はないのに対して、「借地借家法」24条においてのみ、事業用建物という形で利用目的が特定されている[78]。

この事業用借地権は、特に、量販店、飲食店等の現代型サービス産業が利用するものと期待されているが、これらの企業においては、その店舗の展開、陳腐化の速さから、建物の経済的耐用年数はきわめて短くなっていると考えられ、長期間の借地期間の保障や更新の権利よりも、借

地権設定の経費というべき権利金がかからないことに、より利点が見いだされるであろう[79]、とのことである。

存続期間を10年以上20年以下と限定したことについては、事業用建物の中には経済的な耐用年数が10年程度のものまであること、借地権の安定性を最低限確保しうる期間としては10年が必要であること、および、事業用建物についての特別のニーズは10年から20年に集中していることを考慮した[80]、と説明されている。

なお、事業用借地権の設定を目的とする契約は公正証書によってしなければならないとされているが（「借地借家法」24条2項）、その主たる趣旨は、脱法行為を防ぐことにある[81]、とのことである。というのは、事業用借地権は、形式的には借地権設定者にかなり有利であり、これが他の借地権と競合する場面では、借地権設定者が、事実は異なるのに事業目的として借地権の設定を求める者に応じがちになることが予想されるからである[82]。

第２節　「借地借家法」における借家権の存続保護

次に、「借地借家法」は、借家権の存続保護につき、どのような仕組みをとっているのかという点の検討に進むこととするが、ここでも、通常の借家権と、新たな法制度として創設された「期限付借家」とに分けて考察する。

１　通常の借家権について

通常の借家権については、まず、「借地借家法」においても、従来の

存続保護の仕組みが完全に維持されている。すなわち、期間の定めのある建物賃貸借契約においても、期間の定めのないそれにおいても、更新拒絶の通知または解約申入れには正当事由が必要であり、それがない限り、契約は更新・継続されることとなるのである。さらに、更新拒絶の通知または解約申入れに正当事由がある場合にも、賃借人が建物の使用を継続しているときには、賃貸人が遅滞なく異議を述べない限り、契約は更新・継続されることとなる[83]。なお、細かい点であるが、法定更新後には、建物賃貸借契約は期間の定めのないものとなるという従来の判例の立場に従うことが、法文上明らかにされている[84]（以上、「借地借家法」26、27、28条）。

さらに、更新拒絶の通知または解約申入れに必要とされる正当事由それ自体についても、普通借地権についてと同じことがいえる。すなわち、確かに、正当事由条項の文言は、「借家法」とは異なっているが、正当事由の判断の実質は、これまでと何ら変更はない[85]、と考えられる。

2　「期限付借家」について

次に、「期限付借家」についてである。

「借地借家法」においては、「借家法」にはない新たな法制度であるが、通常の借家権についての存続保護の仕組みに対する重大な例外として、建物賃貸借契約の終了に正当事由を必要としない、二つの類型の「期限付借家」が認められている。

すなわち、第一に、転勤、療養、親族の介護その他のやむを得ない事情[86]により賃貸人が不在である一定の期間を確定した建物賃貸借契約においては、その一定の期間の満了時に、第二に、法令または契約により

一定の期間が経過した後に取り壊しが予定されている建物についての賃貸借契約においては、建物を取り壊すこととなる時に、建物賃貸借契約は正当事由を必要とせずに終了することが認められているのである（「借地借家法」38、39条）。

この「期限付借家」は、「定期借地権」と同じように、借家に対する需要・借家の利用形態の多様化に対応するものとして、新たに創設されたものである[87]。ただし、この法制度は、立案担当者が述べるように、限定的・特別な事情があるときにのみ認められるものである[88]から、実際の利用は、通常の借家契約と比較すると、かなり例外的な場合に限られる[89]、と考えられよう。

第３節　第１章の結びにかえて

以上、立法者ないし立案担当者の説明に十分留意しつつ、借地権の存続保障・保護、および、借家権の存続保護につき、「借地借家法」は、どのような仕組みをとっているのかということについて考察してきたが、その要点のみを整理しておくと、次のようである。

まず、普通借地権の存続保障・保護の仕組みについては、既にまとめておいたとおりである（第１節１(4)）。すなわち、当初の存続期間においては、普通借地権の存続は確実に保障され、かつ、当初の存続期間が満了すると、従来どおり、存続保護の仕組みが働く。これに対して、更新後の存続期間においては、借地関係の解消の有無を決める機会が的確に設けられ、普通借地権が半永久的に存続する可能性を極力排除する仕組みとなっている。

次に、通常の借家権については、「借地借家法」においても、従来の

存続保護の仕組みが完全に維持されている。

さらに、「借地借家法」においては、普通借地権・通常の借家権についての存続保護の仕組みに対する重大な例外として、新たに、「定期借地権」・「期限付借家」が創設されている。「期限付借家」の実際の利用は、かなり例外的な場合に限られると考えられるが、「定期借地権」は、立案担当者により、普通借地権と並ぶ選択的な利用形態となることが期待されている。

さて、以上で本章の目的はほぼ達成されたと考えられるが、最後に、普通借地権と、存続期間を50年以上とする一般定期借地権との競合について考察し、第1章の結びにかえておくこととする。

普通借地権においては、既に考察したように、存続保障とともに、通常の借家権と同じように、存続保護が認められ、存続保障と存続保護が並存している。その結果、普通借地権の存続は、居住開始後の当事者の様々な事情に応じて、個別的に幅のあるものとなる。すなわち、普通借地権は、一方では、当初の存続期間の満了により終了することもありうる。しかも、この場合、当初の存続期間は、存続保護の仕組みが働くことを前提としているために、借地関係に必要な一応の安定性を保障する期間でしかない。しかし、他方において、普通借地権は、依然として、半永久的に存続する可能性も残されている。

これに対して、一般定期借地権の50年以上という存続期間は、立案担当者によると、建物の通常の減価償却期間をカバーするものである、とされている。したがって、この「定期借地権」が居住を目的として利用される場合には、存続保護は認められていないが、投下資本の維持・回収という法益が保護される範囲内において、居住利益も保護されることとなる。

居住を目的とする借地権者は、このような普通借地権と一般定期借地権が競合する場合、どちらを選択するのであろうか。居住目的の借地は、投下資本の維持・回収の論理にはなじまないと考え、普通借地権が半永久的に存続する可能性は極力排除されているとはいえ、やはり存続保護の仕組みが働く普通借地権を選択するのであろうか。それとも、投下資本が維持・回収される範囲内において居住利益も保護されればよいと考え、一般定期借地権を選択するのであろうか。居住目的の借地における保護法益をどのように理解するのかという観点からみて、今後、借地権者の契約行動が、大いに注目されるところである。

---

(1) 「借地借家法」の立案担当者もまた、このことを前提としていた。たとえば、寺田逸郎「定期借地権および期限付借家の制度」ひろば45巻3号(1992)17頁。

(2) 寺田逸郎「新借地借家法の解説(2)」ＮＢＬ489号(1992)39頁。

(3) 寺田・前掲注(2)40頁。

(4) 第121回国会衆議院法務委員会議録第3号(1991)38頁【寺田説明員発言】。

(5) 前掲注(4)45頁【清水政府委員発言】、寺田・前掲注(2)42頁。

(6) 前掲注(4)43-44頁【清水政府委員発言】。

(7) 寺田・前掲注(2)40頁。

(8) 寺田・前掲注(2)40頁、第120回国会衆議院法務委員会議録第11号(1991)6頁【清水政府委員発言】。

(9) 寺田逸郎「新しい『借地借家法』の成立」ジュリ992号(1991)27頁。

(10) この改正は、借地権者の更新請求の場合には建物の存在が必要とされていることとの均衡を考慮した、と説明されている。寺田逸郎「新借地借家法の解説(3)」ＮＢＬ492号(1992)24-25頁。

(11) 前掲注(4)26頁、前掲注(8)15-16頁【清水政府委員発言】。

(12) 寺田・前掲注(9)27頁、同・前掲注(2)39頁。

(13) 前掲注(8)16頁【清水政府委員発言】、寺田・前掲注(2)41頁。

(14) 寺田・前掲注(2)41頁。

(15) たとえば、前掲注(8)6頁【星野委員発言】。

(16) 前掲注(4)6、26頁、前掲注(8)6、16頁【清水政府委員発言】、寺田・前掲注(2)41頁。

(17) 第121回国会衆議院法務委員会議録第4号(1991)24頁【冬柴委員発言】。

(18) 原田純孝「借地権の存続期間」ジュリ1006号(1992)38頁。

(19) 寺田・前掲注(2)39頁、同・前掲注(9)27頁参照。

(20) 第121回国会衆議院法務委員会議録第2号(1991)2、5、35頁【清水政府委員発言】、27頁【永井政府委員発言】、前掲注(4)3、6頁【清水政府委員発言】。

(21) 寺田・前掲注(10)26頁。

(22) 寺田・前掲注(10)26-27頁、前掲注(20)27頁【清水政府委員発言】。

(23) 寺田・前掲注(10)27頁、前掲注(8)7頁【清水政府委員発言】。

(24) 寺田・前掲注(10)29頁、前掲注(4)17頁【清水政府委員発言】。

(25) 寺田・前掲注(10)25、30頁、前掲注(4)26頁【清水政府委員発言】。

(26) 寺田・前掲注(2)43、45頁、片山直也「借地権の存続保障―特に、更新後の借地権をめぐる新制度の問題点―」自正43巻5号(1992)63頁。

(27) 寺田・前掲注(2)39、43、45頁。

(28) 寺田・前掲注(2)43頁。なお、立案担当者は、建物の滅失としては、実際には、借地権者がこれから建て替えをしようとして建物を取り壊すことの方が圧倒的な割合を占める、と認識している。寺田・前掲注(2)48頁。

(29) 寺田・前掲注(2)39、43頁。

(30) 寺田・前掲注(2)44頁、前掲注(8)8頁【清水政府委員発言】、前掲注(4)39頁【寺田説明員発言】。

(31) ただし、「借地法」7条の「遅滞ナク」という文言についても、通説は、借地権設定者が、建物の滅失および再築の事実を過失なく知らなかった場合には、知った時または知りうべき時から遅滞なく異議を述べればよい、と解釈している。たとえば、星野英一『借地・借家法』(有斐閣、1969) 100頁。

(32) 稲本洋之助ほか「新借地借家法の施行に関する法律上・実務上の諸問題」日本不動産学会誌8巻1号(1992)6頁【内田勝一報告】、池田恒男「普通借地権の期間」法民265号(1992)8頁。

(33) 寺田・前掲注(2)44頁。

(34) 寺田・前掲注(9)26頁、原田・前掲注(18)40頁。

(35) 原田・前掲注(18)40頁、藤井俊二「借地権の存続期間」法時64巻6号(1992)17頁。

(36) 前掲注(8)8頁【清水政府委員発言】。

(37) 寺田・前掲注(2)43頁。

(38) 寺田・前掲注(2)45頁。

(39) 前掲注(4)29頁【寺田説明員発言】、寺田・前掲注(2)45頁。

(40) 寺田・前掲注(2)45頁。

(41) 寺田・前掲注(2)39、45、46頁、同・前掲注(9)26頁。

(42) 寺田・前掲注(2)45頁。

(43) 寺田・前掲注(2)45頁。

(44) 寺田・前掲注(2)45、46頁。

(45) 寺田・前掲注(2)46頁。

(46) 寺田・前掲注(2)45頁。

(47) 寺田・前掲注(2)45頁。借地権者に解約権が保障された趣旨は、再築を断念せざるをえない借地権者を地代等の支払義務から解放させるためである、とのことである。同・前掲注(2)47頁。

(48) 寺田・前掲注(2)47頁。

(49) 稲本洋之助「新借地借家法における借地権の観念」法時64巻6号(1992)10頁。

(50) 原田・前掲注(18)44頁注(24)。

(51) 原田・前掲注(18)41頁。

(52) 寺田・前掲注(2)45、47頁。

(53) 寺田・前掲注(2)39、45頁、同・前掲注(9)27頁。

(54) 寺田・前掲注(2)43、45頁。

(55) 稲本・前掲注(49)10頁。

(56) 寺田・前掲注(2)46頁。

(57) 寺田・前掲注(2)46頁。

(58) 同旨、原田・前掲注(18)42頁。なお、借地権者が裁判所による権利調整にアクセスせず直ちに無断再築を行ない、借地権設定者が解約申入れをした場合、信頼関係破壊の理論の適用が問題となるが、それについては、原田・前掲注(18)42頁、片山・前掲注(26)66頁参照。

(59) 片山・前掲注(26)65、66頁。

(60) 寺田・前掲注(2)46頁。

(61) 前掲注(8)8頁【清水政府委員発言】。

(62) 寺田・前掲注(2)39頁、同・前掲注(9)26頁。

(63) 原田・前掲注(18)43頁。

(64) 原田・前掲注(18)43頁。

(65) 原田・前掲注(18)43頁。これに対して、裁判所による再築許可が例外的な救済措置にすぎないとする見解としては、稲本・前掲注(49)10頁、藤井・前掲注(35)19頁がある。

(66) 寺田・前掲注(1)16頁、同・前掲注(9)29頁。

(67) 稲本・前掲注(49)11頁。

(68) 寺田・前掲注(1)17頁、前掲注(8)8頁【清水政府委員発言】。

(69) 寺田・前掲注(1)17頁、前掲注(17)6頁【清水政府委員発言】。

(70) 寺田・前掲注(1)16、17、23頁。

(71) 寺田・前掲注(1)17、18頁。

(72) 寺田・前掲注(1)19頁。

(73) 寺田・前掲注(1)23頁。

(74) 寺田・前掲注(1)20、21頁。

(75) 寺田・前掲注(1)21頁。

(76) 寺田・前掲注(1)20頁。

(77) 寺田・前掲注(1)21-22頁。

(78) 吉田克己「定期借地権」ジュリ1006号(1992)55頁。

(79) 寺田・前掲注(1)17、22頁。

(80) 寺田・前掲注(1)23頁。

(81) 寺田・前掲注(1)23頁。

(82) 寺田・前掲注(1)23頁。

(83) たとえば、広中俊雄編『注釈借地借家法　新版注釈民法(15)別冊』(有斐閣、1993) 929、934頁【広中俊雄、佐藤岩夫】。

(84) 寺田・前掲注(9)33頁注(7)。

(85) 寺田・前掲注(9)27頁、前掲注(20)11頁【清水政府委員発言】。

(86) やむを得ない事情とは、立案担当者によると、本人の意思を超えた特別の事情であり、これにあたるかどうかは、客観的に定まるべきものである、と説明されている。寺田・前掲注(1)24頁、前掲注(4)10頁【清水政府委員発言】。

(87) 寺田・前掲注(1)16頁、前掲注(4)7頁、前掲注(8)10頁【左藤国務大臣発言】。なお、この「期限付借家」は、立案担当者によると、持家を持っている勤労者の団体等からの強い要請で実現した、と説明されている。前掲注(8)15頁【清水政府委員発言】。

(88) このような制約を取り除こうとするのが、近時の「定期借家権」導入構想である、といえる。

(89) 寺田・前掲注(1)16頁、前掲注(4)10頁【清水政府委員発言】。

第２章　ドイツにおける地上権の存続保障・保護

序節

第１章においては、立法者ないし立案担当者の説明に十分留意しつつ、わが国の借地権につき、その存続保障・保護に関する現行法の仕組みを考察した。そこでの検討を踏まえたうえで、本章においては、第一に、ドイツ法が、わが国の借地権に対応するドイツの地上権の存続保障・保護に関して、いかなる仕組みを有しているのか、ということを分析し、第二に、ドイツ法における仕組みを構成している法規範が形成された、立法の展開過程を考察する。このような比較研究を行うことは、わが国における借地の法的関係の基礎となっている法規範の特質、その構造を再認識し、理論的に検討・考察することに資することとなる。

１　地上権に関する比較研究にあたっての留意点

地上権に関する比較研究を具体的に進める前に、留意しなければならない点がひとつある。

かつて、建物所有を目的とする他人の土地の利用権に関する比較研究は、わが国における借地権の重要性にもかかわらず、建物の賃貸借、および、農地賃貸借の領域と比べて、必ずしも豊かな比較研究の蓄積があるとはいえない状況にあった[1]。

このような状況をもたらした原因は、周知のように、不動産法の構造に関する、わが国と欧米諸国の根本的相違に由来する。土地と建物が独立別個の不動産であり、両者の間に附合の法則が働かないわが国におい

てはじめて、建物所有を目的とする土地賃貸借が、ひとつの法制度として成立することが法的に可能となるのに対して、土地と建物は一体となって一個の不動産として法的に構成されている欧米諸国においては、建物所有を目的とする土地賃貸借は法的に全く無意義であり、そのような法制度は原則的に成立しない仕組みとなっている。すなわち、建物所有を目的とする土地賃貸借は、欧米諸国には原則として存在しない、わが国独自の法制度であることとなる[2]。

しかし、土地所有者と、非土地所有の建物需要者とを結合する土地利用権ないし法制度を検討することを比較借地法の課題と考える立場[3]に立つならば、比較研究は十分に可能である。欧米諸国においても、土地・建物一体原則の例外として、他人の土地上に建物を所有（保有）すること、すなわち、土地と建物との分離＝別個の法主体への帰属を可能とする土地利用権が存在するからである。本稿で比較の対象とするドイツの Erbbaurecht、すなわち、地上権[4]もまた、そのような土地利用権のひとつの例である。

ドイツにおいては、わが国とは異なり、民法上、建物は土地の本質的構成部分とされ、土地と建物は一体となって一個の不動産として法的に構成されている（ＢＧＢ 94 条 1 項）。この原則に対する例外が地上権である。すなわち、建物は、地上権の存続期間の間、地上権の本質的構成部分とされ（「地上権令」12 条 1 項）、それによって、建物は、土地から分離され、別個の法主体に帰属することが可能となるのである。

なお、地上権は、土地の表面上または表面下において工作物を保有することを目的とする譲渡可能かつ相続可能な権利であり（「地上権令」1 条 1 項）、他人の敷地を利用するための物的な権利として構成されている[5]。

2　地上権の実際的な意義

具体的な考察に入る前に、いまひとつ触れておくべきことがある。それは、ドイツにおける地上権の実際的な意義が、他の欧米諸国における建物所有を目的とする土地利用権と比較して、少なからざるものがある、と考えられることである。このことは、ドイツにおける地上権を比較研究の対象として取り上げる積極的な理由のひとつともなろう。

欧米諸国においては、土地・建物一体原則が破られる借地関係は、法的に例外的存在であるのみならず、現実の社会関係においても例外的存在にとどまるという指摘がなされるが[6]、ドイツにおける地上権の実際的な意義は、第二次世界大戦後、とりわけ 1950 年代以降、著しく拡大された[7]、といわれている。

第一に、設定された地上権の件数が決定的に増大した[8]、といわれている。たとえば、1970 年に実施された登記簿の現状調査によると、地上権は、バイエルンにおいて、39,278 件、ヘッセンでは、19,556 件存在していた[9]、ということである。

第二に、地上権は、「地上権令」施行後、主として、都市等の地方自治体、教会[10]によって設定されていたが、特に最近では、私的な土地所有者によっても、ますます設定されるようになっている[11]、といわれている。

第三に、地上権は、都市の住宅地におけるひとつの法形態であり[12]、戦後、住居建設において、その本質的な役割を担ってきたが[13]、もはや資力の乏しい住民の居住地域に対してのみ設定されているのではないし[14]、住居建設以外にも、営業用、および、工業用建物の建設[15]、さ

らに、社会的な施設ースポーツ施設、幼稚園等ーのためにも、地上権がますます利用されている[16]、という。

第四に、地方自治体は、都市計画・土地・住居・社会政策上の影響とコントロールの可能性を強調して、地上権を必要としている[17]、といわれており、1970年代の土地法改革をめぐる解決モデルとして、地上権の活用が議論の対象とされ[18]、また、1980年代に入ってからの「新たな住居の困窮」に対する解決策としても、地上権が再び注目されたようである[19]。

要するに、わが国における借地権は、法的には例外的存在ではないにもかかわらず、実際には、その利用・設定が滞っているのに対して、ドイツにおける地上権は、法的に例外的存在であるにもかかわらず、その実際的な意義はかなり大きい、と考えられるのである。

第1節　「地上権令」における地上権の存続保障・保護

1　「地上権令」における地上権の規整の概括的な特徴
ー「地上権令」の柔軟性ー

それでは、地上権の存続保障・保護に関するドイツ法の仕組みにつき、具体的な考察に入ることとする。

地上権は、1919年1月15日の「地上権令」(Verordnung über das Erbbaurecht)[20]を法源とするが、まず第一に留意しなければならないことは、「地上権令」における地上権の規整の概括的な特徴についてである。

この概括的な特徴とは、「地上権令」が、地上権の内容に関して、契

約自由の原則の余地をかなり残しており、当事者の合意を相当に重視した柔軟な仕組みをとっていることである。そして、このことは、強行法的構造をなしているわが国の「借地借家法」における仕組みとは、概して、きわめて対照的である、といえよう。

「地上権令」においては、地上権の物権としての性質にもかかわらず、物権の範囲内においては当然ではなく、多くの観点において債権類似の性質を地上権に付与する、自由な法的関係形成の余地＝契約自由の原則の余地が残されている[21]。「地上権令」は、地上権の内容に関して、当事者の自由な合意を重視したかなり広範な法的関係形成の余地を認めているのである[22]。その結果、地上権は、他のすべての制限物権よりも柔軟な（fungibel）法制度である、と捉えられ、きわめて種々の社会的・経済的関係に対応することができる、とされている[23]。

ここで、地上権の内容に関する、当事者の自由な合意にもとづく法的関係の形成には、二つのレベルのものがある。

第一に、当事者の合意を登記することによって、合意が、地上権の全存続期間にわたり、その時々のあらゆる土地所有者と地上権者に対して、法的拘束力を持続するという物権的効力[24]をともなって、地上権の内容を規整することである。

「地上権令」1条は、地上権の成立のために不可欠である法律上の諸要件＝地上権の法定内容、および、地上権の法律上の概念定義を規定している[25]。その目的とするところは、土地所有者と地上権者の明確な法的関係、および、地上権の明確な物的地位を基礎づけることにある[26]。しかし、この地上権の法定内容は、かなり多様でありうる当事者の関係を完全に規整するには不十分である[27]。そこで、「地上権令」は、当事者が、合意を登記することによる物権的効力をともなって、「地上権令」1

条の法定内容のほかに、さらに、地上権の内容を規整する広範な余地を認めているのである[28]。これが、いわゆる地上権の約定内容である。

留意しておく必要があることは、この地上権の約定内容の範囲に含まれる合意は、当事者間でなされるすべての合意ではなく、完全に一定の事柄を対象とする合意に限られていることである[29]。すなわち、「地上権令」は、2条ないし8条、および、27条1項2文と32条1項2文において、約定内容に関する規定を置いているが[30]、そこで規定されている合意にのみ、合意の登記による物権的効力が付与されうるのである。

ただし、当事者が、地上権の約定内容の範囲に含まれる合意につき、実際にそれらの合意を行うか否かは、全く当事者の任意に委ねられているし、さらに、当事者は、登記を放棄することによって、それらの合意のすべてに、または、いくつかに、債権法上の効力のみ、すなわち、地上権設定契約の当事者間における効力のみを付与する可能性も有していること[31]にも注意しなければならない。

なお、約定内容に関する規定のうち、2条6号（存続期間満了後における、地上権者に対する地上権設定契約更新の優先権の付与に関する合意）が、地上権の存続保護の問題に関係する。また、地上権の存続保障・保護以外の法的問題であるが、5条1項（地上権譲渡の場合における、土地所有者の同意の必要性に関する合意）が、地上権の譲渡性の問題に関係し、27条1項2文（存続期間満了による地上権の消滅の場合における、工作物に関する補償の金額、その支払方法、ならびに、補償の排除に関する合意）、および、32条1項2文（土地所有者による復帰請求権行使の場合における、地上権に関する相当の補償の金額、その支払方法、ならびに、補償の排除に関する合意）が、地上権をめぐる投下未償却資本の回収の問題に関係する。

ところで、次項において考察するように、当事者は、地上権の一定の存続期間に関しても合意することが可能である一地上権の存続保障の問題に関係する一が、地上権の一定の終期の合意は登記されなければならない[32]、とされているのであるから、この合意もまた、物権的効力を有することとなる。

さて、このような第一のレベルにおける地上権の内容の規整に加えて、第二に、当事者は、第一のレベルの範囲に属さない合意にもとづき、債権法上の効力のみをともなって、当事者の権利・義務を確定し、物権的な法的関係を補充することも可能である[33]。ただし、この場合、強行法的な物権法上の規定と抵触してはならない[34]。

以上みてきたように、「地上権令」における地上権の規整は、概括的にみて、契約自由の原則の余地をかなり残しており、地上権は、その内容に関して、当事者の合意を相当に重視した柔軟性を有する法制度である、とみなされる[35]。ただし、契約自由の原則の余地がどの程度残されているのか、という点に関しては、個々の法的問題において決して一様ではなく、相違が認められることには留意しなければならない。以下においては、地上権の存続保障・保護の問題を中心として、この点につき、少し詳しく検討を加えてみることとする。

2　「地上権令」における地上権の存続保障に関して

「地上権令」における地上権の存続保障に関して、まず第一に留意しなければならないことは、「地上権令」においては、「借地借家法」とは全く異なり、地上権の一定の存続期間を保障する規定は存在しないことである。すなわち、「地上権令」においては、契約に期間の定めがな

い場合における地上権の存続期間、および、契約で定めうる地上権の約定最短存続期間が法定されることはなかったのである。

また、反対に、地上権の約定最長存続期間についての規定もみあたらず、要するに、「地上権令」は、地上権の存続期間に関する規定をいっさい置いていないこととなる[36]。

したがって、ここで問題となることは、第一に、完全に無期限の地上権の設定、第二に、きわめて短期間の地上権の設定が認められるのかどうか、ということである。

「地上権令」の建前からすると、完全に無期限の地上権、いわゆる永久地上権を設定することも、一応、認められることとなる[37]。

しかし、土地所有者は、一定の期間の経過後に、土地が再び自己の自由な使用・収益のために返還される見込みがあることを是非とも必要とする、と考えられるのであるから、永久地上権においては、個々の事案の状況にかんがみて、土地所有権がその内容の永続的な空洞化のために仮象の権利とみなされえないかどうか、または、地上権の設定が公序良俗に反するのではないか、という点が吟味されなければならない[38]、とされている。

また、実際には、確固たる終期をもって期限づけられた地上権のみが存在する[39]、といわれている。土地所有者は、地上権の設定にともない、所有者としての権利を完全かつ最終的に放棄することを決心するわけではないのであるから、いかなる時点において、地上権によって排除された権限が再び自己に帰属するかを契約によって確定するのである[40]。

地上権設定の際に解除条件が合意されることは、「地上権令」1条4項1文により、無効であるのに対して、一定の終期の合意については、

いかなる疑念もなく、一定の存続期間が契約によって合意されることは、認められているし（「地上権令」27条参照）、通例のことである[41]。

ただし、契約によって合意される存続期間は、確定していなければならない[42]、とされている。すなわち、地上権の存続期間は、確実に決定しうる終期を認識せしめるものでなければならず、地上権の終了時点は、土地登記簿自体、または、登記承諾書から明らかでなければならないのである[43]。したがって、不確定な終期が合意されることは認められないこととなる[44]。

たとえば、地上権の終了を一定の事件の発生に結びつける合意も、原則として、排除されてはいないが、地上権が地上権者の死亡とともに消滅するという合意は認められない[45]。というのは、地上権者が死亡することは確実であるが、その時期は不確定であるからである[46]。連邦通常裁判所（*BGHZ* 52,271）とツェレの高等裁判所（*Der Deutsche Rechtspfleger* 1964,213）によると、法的安定性、譲渡性、および、担保力を保障する「地上権令」1条4項1文の規定（地上権は、解除条件によって制限することをえず）は、不確定な終期の合意に関して、類推適用しうる[47]、とされている。同様に、「地上権令」1条4項1文の類推により、地上権設定者の終身にわたるものとして地上権を設定することも認められないこととなる[48]。

さて、以上の点以外においては、契約自由の原則が、地上権の存続期間に関して適用される[49]。したがって、存続期間の長さの点については、完全に契約自由の原則に委ねられているのであり、きわめて短期間の地上権が設定されることも可能である[50]。

しかしながら、実際には、いわゆる生ける法にもとづいて、工作物・建物の建築の採算性、および、地上権の担保力の維持を考慮し、比較的

長期の存続期間、しばしば 99 年、たいてい 75 年以上の存続期間が、契約によって合意されるのが通例である[51]、といわれている。

というのは、一方において、40 年ないし 50 年の存続期間は、建物の減価償却に関する経済法則を正当に評価しないこととなり、他方において、抵当権にもとづき貸し付けられた金銭は、40 年ないし 50 年では清算されえないので、金融機関は、抵当権の償却期間（および、地上権の取引価値）を顧慮して、より長期の地上権を要求するからである[52]、とされている。

前述したドイツ都市会議の調査（注 17）によっても、全事例の 85 %の地上権が、65 年ないし 99 年の存続期間で設定され、このうちの 75 %の地上権は、75 年ないし 99 年の存続期間を有するものであり、より短期間、たとえば、30 年ないし 60 年の地上権は、全く例外的に認められるだけである[53]、とのことである。

以上のように、「地上権令」の規定にもとづいて、地上権の一定の存続期間が保障されることはなく[54]、存続期間の長さの点については、完全に契約自由の原則が適用されているのであるが、実際上、いわゆる生ける法にもとづいて、比較的長期の存続期間（通常、75 年以上）が、契約によって合意されているのである。

ただし、以上の例外として、「地上権令」ではなく、公的な資金、または、保証の引受によって住居の建設を促進することに関する法律においては、地上権の存続期間が法定されている。すなわち、「第一次住居建設法」23 条や「第二次住居建設法」33 条は、99 年、あるいは、75 年の約定最短存続期間を法定している[55]。この約定最短存続期間は、建物の通常の減価償却期間を地上権者に保障するものである[56]、と捉えられている。

こうしてみると、地上権の存続期間は、もっぱら、投下資本の維持・回収、および、地上権の担保力の維持という経済的な観点にもとづいて、契約によって合意、または、例外的に法定されているのであり、居住利益を維持するという観点は、必ずしも表面には現れていないようである。この点には十分留意する必要があろう。ただし、地上権の存続期間につき、居住用の建物の場合には 99 年、営業用の建物の場合には 50 年とする文献[57]もみられるところからすると、居住利益維持の観点も、無意識的・副次的には考慮されているものと推測される。

ところで、「地上権令」における地上権の存続保障に関しては、さらに、いくつか触れておくべき点がある。

第一に、地上権の存続期間中に、土地所有者が、復帰請求権と呼ばれる権利を行使する場合があるうる。

復帰請求権とは、「地上権令」2 条 4 号にもとづいて合意された要件ー復帰の原因ーが生じたときに、土地所有者が、その時々の地上権者に対して、自己、または、自己が指定した第三者への地上権の譲渡を請求することを内容とする、土地所有者の物権的な譲渡請求権である[58]。したがって、地上権の存続期間内においても、土地所有者は、復帰請求権を行使して、地上権を取り戻すことができる場合があることとなる。

しかし、土地所有者による復帰請求権行使の場合には、地上権は、「地上権令」32 条による補償と引き換えに、土地所有者、または、土地所有者が指定した第三者に譲渡され、地上権（および、地上権上の担保権）は、変更することなく存続するのである[59]。したがって、地上権の存続期間は、復帰請求権が行使された場合にも、その効力を持続することとなる。

第二に、地上権の存続期間中に建物が滅失した場合は、どのようにな

るのであろうか。

この点につき、一方において、「地上権令」は、地上権は、建物の滅失によって消滅しない（「地上権令」13条）、と規定している。したがって、地上権者の再築権も認められている[60]。しかし、他方において、建物の再築が地上権の存続期間に影響を与えることはないようである。

なお、第三に、「地上権令」においては、地上権者が、土地所有者の同意をえて、地上権を放棄することも認められている（「地上権令」26条）。

3　「地上権令」における地上権の存続保護に関して

「地上権令」における地上権の存続保護、すなわち、地上権の存続期間満了後における地上権設定契約の更新に関しても、完全に契約自由の原則に委ねられている、といえる。

というのは、「地上権令」における更新の仕組みに関しては、まず、そもそも、地上権設定契約が更新される可能性が生じるためには、地上権者の更新の優先権が、約定内容に関する「地上権令」2条6号にもとづいて、契約によって有効に合意されていなければならない[61]からである。そして、更新の優先権が合意されている場合、地上権の存続期間の満了、すなわち、地上権の消滅後に、土地所有者が、その土地につき、新たな地上権の設定に関して第三者と契約を締結したときは、地上権者は、ただちに、更新の優先権を行使することができる[62]（「地上権令」31条1項1文）。このことにより、地上権者は、その第三者に代わって再び土地所有者との契約当事者となり、新たな地上権設定契約が、その第三者と合意された内容で成立することとなるのである[63]（「地上権令」31

条3項、BGB 505条2項)。

地上権者に認められた、このような更新の優先権の意義は、今日、建物を維持するという地上権者の経済的な利益を、地上権の存続期間満了後においても保護・促進することである[64]、と捉えられており、ここでも、居住利益を維持するという観点は、必ずしも表面には現れていないのである。

さて、ここでさらに留意すべきことがある。それは、更新の優先権が契約によって有効に合意されているにもかかわらず、土地所有者は、「地上権令」31条1項2文、および、31条2項の規定にもとづき、地上権者による更新の優先権の行使を容易に回避しうることである[65]。

すなわち、まず、「地上権令」31条1項2文によると、第三者のために新たに設定された地上権が、従来と異なる経済的な目的に用いられるように定められた場合には、更新の優先権の行使は排除されるのである[66]。たとえば、終了した地上権設定契約が居住用建物の建築を目的としていたのに対して、新たな契約は工場施設の建設に向けられているような場合である[67]。さらに、「地上権令」31条2項によると、更新の優先権は、地上権の存続期間の満了後3年の除斥期間が経過したときには、行使しえないのである[68]。

したがって、土地所有者は、自己の意向に従い、従来と異なる経済的な目的で地上権を新たに設定しさえすれば、あるいは、3年の除斥期間の経過を待ちさえすれば、更新の優先権の行使を容易に回避しうることとなり、契約の更新が実現されるか否かは、まさに、土地所有者の手中に帰する[69]、といえよう。

ところで、以上のような「地上権令」における更新の仕組みをみる限り、そこでは、地上権設定契約が、容易に、すなわち、地上権者の意向

にもとづいて更新されるわけではなく、更新の優先権の実際的な価値はあまり大きくない[70]、とみなされる。したがって、更新の優先権に関する「地上権令」の規定に対しては、法政策的に、批判的な見解が多いようである[71]。

さて、ここでの考察をまとめておくと、次のようである。

すなわち、「地上権令」においては、地上権の存続期間満了後における地上権設定契約の更新に関しても、完全に契約自由の原則に委ねられており、さらに、更新の優先権が契約によって有効に合意されている場合にも、それにもかかわらず、土地所有者は、地上権者による更新の優先権の行使を容易に回避しうるのである。したがって、ドイツの地上権に関しては、地上権設定契約の更新が容易で、土地所有者が現実に更新を強制されるようなことは全くなく、土地所有者の更新拒絶権は完全に確保されているとみなされるから、存続保護は認められない、といえるのである。

なお、「地上権令」においては、存続保護とは全く逆の発想にもとづき、土地所有者のイニシアティブによる地上権の存続期間の延長が認められる場合がある。

「地上権令」は、次項で詳しくみるように、地上権が存続期間の満了によって消滅した場合、一方において、地上権者に、建物に関する補償請求権を付与しているが（「地上権令」27条1項1文）、他方において、土地所有者に、補償義務を回避する可能性も認めている。

すなわち、土地所有者は、地上権者に対して、地上権の存続期間満了前に、建物の予測可能な存続期間の範囲内において、地上権の存続期間の延長を申し出ることにより、補償金支払義務を免れうるのである[72]（「地上権令」27条3項1文前段）。土地所有者は、最終的に自己の補

償義務を回避するために、繰り返し、地上権の存続期間の延長を申し出ることもできる[73]（「地上権令」27条3項2文）。ただし、建物の予測可能な存続期間を超えてはならない[74]。そして、地上権者が、地上権の存続期間延長の申し出を拒絶した場合には、地上権は存続期間の満了と同時に消滅し、それとともに、地上権者は、建物に関する補償請求権を喪失する[75]、と規定されている（「地上権令」27条3項1文後段）。

このような土地所有者のイニシアティブによる地上権の存続期間の延長は、しばしば行われる[76]、ともいわれている。しかし、この法制度は、地上権者に対して延長の権利を与えたものではなく、建物に関する補償金を調達できない土地所有者の経済的な困難を救済するための措置である[77]。したがって、地上権者は、建物に関する補償に代えて、地上権の存続期間の延長を請求することはできない[78]、とされていることに留意しなければならない。

4　その他の法的問題に関して

以上、ドイツ法が、地上権の存続保障・保護に関して、いかなる仕組みを有しているのか、ということにつき、契約自由の原則の余地に留意しつつ、検討を進めてきた。

ところで、地上権の存続保障・保護以外の法的問題に関しても、契約自由の原則の余地は認められているのであろうか、どの程度認められているのであろうか。興味がわくところである。そこで、ここでは、地上権をめぐる投下未償却資本の回収の問題、および、地上権の譲渡性の問題に関して、本稿の主たる考察対象からややはずれるが、簡単に検討しておくこととする。

(1) 地上権をめぐる投下未償却資本の回収に関して

(a) 地上権が存続期間の満了によって消滅した場合

地上権をめぐる投下未償却資本の回収は、二つの局面で問題となるが、そのひとつが、地上権が存続期間の満了によって消滅した場合である。

地上権は、存続期間の満了と同時に、特別の意思表示を必要とすることなく消滅する[79]。そして、それとともに、地上権の存続期間中は地上権の本質的構成部分とみなされていた建物[80]（「地上権令」12条1項）は、その敷地の構成部分となる[81]（「地上権令」12条3項）。したがって、ここでは、建物の喪失が法律（「地上権令」35条参照）によって生じ、法律は、それに代え、代償の方法により、「地上権令」27条および28条にもとづく法律上の補償請求権を地上権者に付与し、経済的な補償を可能ならしめているのである[82]。

補償義務者となるのは、地上権消滅時における土地所有者であり、土地所有者は、「地上権令」27条1項1文にもとづき、人的に責任を負うが、さらに、「地上権令」28条にもとづき、補償債権は、地上権が設定されていた土地によっても担保されることとなる[83]。

さて、建物に関する具体的な補償の金額はどうなるのであろうか。この点に関して、「地上権令」は、「地上権令」27条2項を除き、いかなる規定も置いていない[84]。そこで、補償金額は、同条同項の規定を根拠として、地上権の存続期間満了時における建物の通常価格＝取引価格にもとづいて算定されることとなるが[85]、この点に関して、「地上権令」は、以下述べるように、土地所有者に建物の通常価格の補償を一律に義務づけることなく、ある程度の契約自由の原則の余地を認めているのである。

「地上権令」27条1項2文によると、建物に関する補償の金額、その支払方法、ならびに、補償の排除に関して、地上権の約定内容として、契約によって合意することができると規定されており、この合意がなされたならば、これが補償金額に関する基準となる[86]。

ただし、補償金額に関する合意に対しては、「地上権令」27条2項によって、一定の制限が加えられている[87]。

すなわち、「地上権令」27条2項1文によると、地上権が、資力の乏しい者の居住地域の住宅需要を充足するために設定された場合には、補償金額は、少なくとも、建物が地上権の存続期間満了時に有した通常価格の3分の2の額に達しなければならないのであり、より僅少の補償金額、あるいは、補償の排除を合意することは認められないのである[88]。そして、「地上権令」27条2項2文によって、土地所有者は、これと相違する合意を援用することはできず、そのような合意は、地上権者、および、「地上権令」29条における物的債権者に対して、絶対的に無効とされている[89]。

しかし、この場合にも、「地上権令」は、土地所有者に、建物の通常価格の補償を一律に義務づけてはいない。しかも、地上権が資力の乏しい者の居住地域の住宅需要を充足するために設定された場合以外においては、当事者間の合意に対して、何らの制限も加えられてはいないのである。したがって、建物に関する補償の金額は、必ずしも、建物の通常価格である必要はなく、補償が完全に排除されることもありうるのである[90]。

なお、補償金額に関する合意が存在しない場合には、土地所有者は、地上権者に、地上権の存続期間満了時における建物の通常価格を補償しなければならない[91]、とされている。

(b)　土地所有者が復帰請求権を行使した場合

地上権をめぐる投下未償却資本の回収が問題となるいまひとつの局面は、土地所有者が復帰請求権を行使した場合である。

前述（第1節2）したように、「地上権令」2条4号にもとづいて合意された要件が生じ、土地所有者が復帰請求権を行使した場合、地上権者は、地上権を、土地所有者、または、土地所有者が指定した第三者に譲渡しなければならない。「地上権令」は、この場合においても、32条にもとづく補償請求権を地上権者に付与し、地上権の喪失に対する経済的な補償を可能ならしめているのである[92]。この補償請求権は、「地上権令」27条の補償請求権に、文言上および構造上、類似している[93]。

さて、地上権に関する具体的な補償の金額は、地上権が譲渡された時点における地上権の通常価格＝取引価格にもとづいて算定されることとなるが[94]（「地上権令」32条2項3文参照）、この点に関して、「地上権令」は、以下述べるように、(a) におけると同様、土地所有者に地上権の通常価格の補償を一律に義務づけることなく、ある程度の契約自由の原則の余地を認めているのである。

「地上権令」32条1項2文によると、地上権に関する相当の補償の金額、その支払方法、ならびに、補償の排除に関して、地上権の約定内容として、契約によって合意することができる[95]、と規定されている。

ただし、補償金額に関する合意に対しては、「地上権令」32条2項によって、27条2項におけると同様、一定の制限が加えられている[96]。

すなわち、地上権が、資力の乏しい者の居住地域の住宅需要を充足するために設定された場合には、補償金額は、少なくとも、地上権譲渡時における地上権の通常価格の3分の2の額に達しなければならないので

あり、これと相違する合意は絶対的に無効とされている[97]。

しかし、この場合にも、「地上権令」は、土地所有者に、地上権の通常価格の補償を一律に義務づけてはいない。しかも、地上権が資力の乏しい者の居住地域の住宅需要を充足するために設定された場合以外においては、当事者間の合意に対して、何らの制限も加えられてはいないのである。したがって、地上権に関する補償の金額は、必ずしも、地上権の通常価格である必要はなく、補償が完全に排除されることもありうるのである[98]。

なお、補償金額に関する合意が存在しない場合には、土地所有者は、地上権者に、地上権譲渡時における地上権の通常価格を補償しなければならない、と考えられる。

(2) 地上権の譲渡性に関して

地上権の譲渡性は、地上権の成立のために不可欠である法律上の要件＝地上権の法定内容に属する（「地上権令」1条1項）。したがって、譲渡不可能な地上権を設定すること、あるいは、地上権の譲渡性を物権的な効力をともなう合意によって排除することは認められない（ＢＧＢ 137条1文）。ただし、地上権者は、土地所有者に対して、債権法上、地上権を譲渡しない義務を負うことはできる（ＢＧＢ 137条2文）。しかし、地上権者がこの義務に違反して地上権を譲渡した場合にも、この譲渡は法的には有効であり（ＢＧＢ 137条1文）、場合によって、旧地上権者が損害賠償義務を負うことがありうるのである[99]。

このように、「地上権令」は、地上権の譲渡性を原則としている。しかし、「地上権令」は、他方において、以下述べるように、土地所有者の正当な利害を考慮し、かつ、地上権者のためにも相当な配慮をしつつ、

土地所有者が、契約自由の原則にもとづいて、例外的な場合においてのみ、地上権の譲渡性に対して制限を加えうることも認めているのである。

「地上権令」5条1項によると、地上権者は地上権を譲渡する場合には土地所有者の同意を必要とすることに関して、地上権の約定内容として、契約によって合意することができる[100]、と規定されている。そして、この合意がなされた場合において、土地所有者が必要な同意を付与しないときは、地上権者による地上権の処分、および、その処分の基礎となっている契約は、その効力を生じないのである[101]（「地上権令」6条1項）。

「地上権令」がこのような規定を置いた理由としては、①土地所有者は、自己の土地に設定された地上権が誰に帰属するのか、ということに関して、重要な利害を有していること（というのは、法的関係継続中における契約義務の実際の履行は、本質的に、地上権者の人格次第であるからである）、②土地所有者が定めた地上権設定の目的、特に、社会的な目的を確保すべきこと、ならびに、③地上権が投機の対象として利用される可能性を排除すべきこと、が挙げられている[102]。要するに、「地上権令」は、土地所有者の正当な利害を考慮し、地上権の原則としての譲渡性に対して、制限を加えうることを認めているのである[103]。

しかし、「地上権令」は、地上権の譲渡に関する同意につき、土地所有者に無制限な裁量を与えているのではなく、土地所有者による純粋に恣意的な権利の行使を排除する規定を置き、同時に、地上権者のためにも相当な配慮をしているのである[104]。

すなわち、まず、「地上権令」7条1項1文の要件が存在するならば、地上権者は、土地所有者に対して、法律上の同意請求権を有する[105]。その要件とは、地上権の譲渡によって、地上権を設定した目的が本質的

に侵害されないこと、または、危険にさらされないこと、および、地上権の取得者の人格が、地上権の内容から生じる義務の秩序ある履行を保証することである[106]。所得者の人格は、地上権の内容にとって重要である限りにおいて、倫理的・精神的および資力的な観点において吟味されなければならないが、土地所有者の主観的な価値判断にもとづいてなされてはならないのである[107]。さらに、地上権者の同意請求権が存在するにもかかわらず土地所有者が同意を拒絶した場合には、地上権者の申立てにもとづき、その土地の所在地の区裁判所によって、同意の補充が行われるのである[108]（「地上権令」7条3項1文）。なお、「地上権令」7条1項1文の要件以外にも、当事者が、土地所有者の同意の義務、および、裁判所による同意の補充の可能性が生じる一定の要件を合意することも認められている[109]（「地上権令」7条1項2文）。

したがって、結局、土地所有者が地上権の譲渡性に対して制限を加えることができるのは、かなり例外的な場合に限られるのであり、「地上権令」5条1項にもとづく、地上権の譲渡に関する土地所有者の同意の必要性に関する合意によって、地上権の原則としての譲渡性に疑いをさしはさむことはできないこととなる[110]。

5　第1節の結びにかえて

以上、地上権の存続保障・保護の問題を中心として、「地上権令」における法的仕組みにつき、契約自由の原則の余地に留意しつつ考察してきた。

「地上権令」における法的仕組みにつき、まず第一に留意しなければならないことは、「地上権令」における地上権の規整が、強行法的構造

をなしているわが国の「借地借家法」における仕組みとは、概して、きわめて対照的なことである。

すなわち、「地上権令」は、地上権の内容に関して、概括的にみて、契約自由の原則の余地をかなり残しており、当事者の合意を相当に重視した柔軟な仕組みをとっているのである。

次に、「地上権令」における地上権の規整の概括的な特徴を踏まえたうえで、地上権の存続保障・保護の問題を中心として、個々の法的問題に関して検討を加えたが、その要点は以下のようである。

第一に、地上権の存続保障に関しては、「地上権令」の規定にもとづいて、地上権の一定の存続期間が保障されることはなく、存続期間の長さの点については、完全に契約自由の原則が適用されているのであるが、実際上、いわゆる生ける法にもとづいて、比較的長期の存続期間（通常、75年以上）が、契約によって合意されているのである。

第二に、地上権の存続保護、すなわち、地上権の存続期間満了後における地上権設定契約の更新に関しても、完全に契約自由の原則に委ねられており、さらに、更新の優先権が契約によって有効に合意されている場合にも、それにもかかわらず、土地所有者は、地上権者による更新の優先権の行使を容易に回避しうるのである。したがって、ドイツの地上権に関しては、存続保護は認められない、といえる。

第三に、その他の法的問題につき、本稿においては、地上権をめぐる投下未償却資本の回収の問題、および、地上権の譲渡性の問題に関して考察した。

地上権をめぐる投下未償却資本の回収に関しては、地上権が存続期間の満了によって消滅した場合においても、土地所有者が復帰請求権を行使した場合においても、「地上権令」は、建物、または、地上権に関す

る補償請求権を地上権者に付与しているが、具体的な補償の金額に関して、土地所有者に、建物、または、地上権の通常価格の補償を一律に義務づけることなく、ある程度の契約自由の原則の余地を認めているのである。

また、地上権の譲渡性に関しては、「地上権令」は、地上権の譲渡性を原則としているが、他方において、土地所有者の正当な利害を考慮し、かつ、地上権者のためにも相当な配慮をしつつ、土地所有者が、契約自由の原則にもとづいて、例外的な場合においてのみ、地上権の譲渡性に対して制限を加えうることも認めているのである。

さて、最後に、以上の考察によって得られた論点ないし示唆を二つ指摘して、第１節の結びにかえておくこととする。

第１節の考察によって、ドイツの「地上権令」とわが国の「借地借家法」の法規範構造ないし法規範に関して、概括的および個別的な相違点が、かなり明確な形で示されたのではないか、と考えられる。

そこで、第一に、ドイツの「地上権令」が、地上権の内容に関して、概括的にみて、契約自由の原則の余地をかなり残しており、個別的にも、特に、地上権の一定の存続期間の保障、および、地上権設定契約の更新につき、完全に契約自由の原則に委ねている理由、さらには、地上権の存続期間につき、実際には、生ける法にもとづき、比較的長期の存続期間が契約によって合意されている理由が論点となる。

筆者は、この理由を、二つの角度から考察することにより、解き明かしてみたい、と考えている。

そのひとつが、次節で行う、地上権に関する立法の展開過程をＢＧＢの立法過程の段階までさかのぼって実証的に考察することである。

いまひとつは、大変困難な作業ではあるが、地上権制度をめぐる法的

・社会的・経済的および政治的諸条件、ならびに、地上権制度の背後に存在する土地や都市に関する基本理念ないし哲学などを基礎理論的に考察することである[111]。

ここでは、地上権制度をめぐる法的諸条件に関して、仮説的に、若干の指摘をしておきたい。

概括的な相違点に関することであるが、かつて、渡辺洋三氏は、わが国における土地制度の近代化が、国家による契約自由の原則への介入＝強行法規化をつうじてのみ実現されるという形をとらざるをえなかった理由を、土地用益資本の担い手が土地所有の担い手に対して社会的・経済的に従属的地位に立たざるをえなかった点に求められた[112]。

渡辺氏の説は、確かに、わが国の「借地法」が強行法的構造をとったことに関して、その有力な理由のひとつを明らかにしている、と考えられる。しかし、契約自由の原則の余地がどの程度認められているのか、という問題につき、当事者間の社会的・経済的力の不均衡にのみ関連づけて考えることは、必ずしも十分とはいえないのではなかろうか。いま少し多角的な考察が必要とされる、と考えられる。

たとえば、地上権の一定の存続期間の保障に関しては、不動産の法的構成が、建物の建築行為に与える意味が重要となるのではないか、と考えられる。この点につき、敷衍すると、次のようである。

土地と建物が独立別個の不動産であり、両者の間に附合の法則が働かないわが国の法的構成のもとでは、建物の建築行為自体は、なんら土地の改良を意味しない[113]、と考えられる。これに対して、原則として、土地と建物は一体となって一個の不動産とされ、例外的に、地上権の存続期間の間は、建物は地上権の本質的構成部分とみなされるが、存続期間の満了と同時に、建物はその敷地の構成部分となる、とされているド

イツの法的構成のもとでは、建物の建築行為は、敷地の改良を意味する、と考えられる。そして、このことを前提とすると、地上権の存続期間に関して、土地所有者の意思が、建物の建築の採算性を全く顧慮しないような短期の存続期間を地上権者に押しつけて、地上権者の建築意欲を減退させる方向に働くことはありえないのではなかろうか。

以上のことは、地上権の一定の存続期間の保障につき、完全に契約自由の原則に委ねられていること、および、実際には、生ける法にもとづき、比較的長期の存続期間が契約によって合意されていることのひとつの理由となる、と考えられる。

また、地上権設定契約の更新に関しては、土地所有権と、土地利用権としての地上権との法的構成が重要となるのではなかろうか。

地上権設定契約の更新につき、完全に契約自由の原則に委ねられていることは、地上権が、基本的には、有期限の制限物権で、やがて消滅するものであり、それによって、土地所有権は、再び円満かつ完全な状態・内容を回復する、と法的に構成されていることを意味し、このことは、特別法としての「地上権令」のもとでも変わらないこととなる。しかし、歴史的にひるがえって考えてみると、近代大陸法における近代的（土地）所有権の形成・確立は、封建制に由来する永久的な「分割所有権」システムの揚棄を通じてなされたことからすると、このことはむしろ当然のことである[114]、とも考えられるのである。

第1節の考察によって得られたいまひとつの論点は、ドイツの地上権に関しては、地上権が居住用の建物を建築する目的で設定される場合においても、*地上権者の居住利益を維持するという観点は必ずしも表面には*現れず、投下資本の維持・回収という経済的な観点が前面に出ていることを、どう評価するのか、ということである。

この論点は、居住を目的とする土地の利用関係における保護法益をどう理解すべきか、すなわち、居住を目的とする場合には、投下資本の償却の論理を貫徹させてしかるべき業務目的の場合とは異なり、建物が利用可能な状態で存在する限り、償却の論理にはなじまない[115]、と考えるべきか、それとも、投下資本が維持・回収される範囲内において居住利益も保護されればよい、と考えるべきか、という論点となる。

---

(1) 稲本洋之助『借地制度の再検討』(日本評論社、1986) 144-145 頁。

(2) 稲本・前掲書注(1)144 頁以下、稲本洋之助・望月礼二郎・広渡清吾・内田勝一編『借地・借家制度の比較研究　欧米と日本』(東京大学出版会、1987) はじめに。

(3) 稲本・前掲書注(1)145 頁、稲本ほか編・前掲書注(2)はじめに。

(4) Erbbaurecht とは、語義的には、世襲 (Erb) 建築権 (Baurecht) を意味する。大西泰博「近代ドイツにおける地上権制度の考察」早稲田社会科学研究 17 号 (1977)163 頁。しかし、わが国の地上権に類似することから、通常、地上権と訳されるので、以下、これに従う。

(5) Jürgen Ingenstau,*Kommentar zum Erbbaurecht*,6.Aufl.,1987,S.15.

(6) たとえば、吉田克己「借地・借家法改正の前提問題一保護法益と適用対象」法時 58 巻 5 号(1986)45 頁。

(7) Helmut Freiherr von Oefele,*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd.4,1981,S.910 ; Ingenstau(Fn.5),Einleitung XXX. ; Rudolf Huber, "Zur Beleihung von Erbbaurechten" , *Neue Juristische Wochenschrift*,1952,S.687.

(8) Oefele (Fn.7) ,S.910 ; Ingenstau (Fn.5) ,Einleitung XXX.

(9) Oefele (Fn.7) ,S.910.

(10) 教会あるいは修道院は、教会法上の規定等のために、その所有地を稀にしか譲渡できないので、しばしば、地上権を活用するようである。Ingenstau (Fn.5) ,Einleitung XXIX.

(11) Oefele (Fn.7) ,S.910 ; Ingenstau (Fn.5) ,S.74.地上権が、「地上権令」施行後、主に、地方自治体、教会によって設定されていた理由、および、私的な土地所有者が地上権設定者として現れるに至った理由については、広渡清吾「西ドイツの借地・借家制度」稲本ほか編・前掲書注(2) 100 頁参照。

(12) Fritz Baur,*Lehrbuch des Sachenrechts*,14,Aufl.,1987,S.281.

(13) Ingenstau (Fn.5) ,Einleitung XXIX, XXX ; Oefele (Fn.7) ,S.910 ; Hugo Glaser, *Das Erbbaurecht in der Praxis*,2.Aufl.,1975,S.21.

(14) Oefele (Fn.7) ,S.910.

(15) Oefele (Fn.7) ,S.910 ; Ingenstau (Fn.5) ,Einleitung XXX ; Baur (Fn.12) ,S.282.

(16) Oefele (Fn.7) ,S.910 ; Ingenstau (Fn.5) ,Einleitung XXX.

(17) Peter Finger, " Erbbaurecht — Ein vergessenes Rechtsinstitut ? Ergebnis einer Umfrage " , *Blätter für Grundstücks, — Bau — und Wohnungsrecht*,1983,S.224 ; Glaser(Fn.13),S.21 ; Ingenstau (Fn.5) ,Einleitung XXIX ; Wolfgang Ring, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*,Drittes Buch Sachenrecht §§ 958-984;ErbbVO,12,Aufl.,1979,S.5.なお、1975 年から 76 年にかけて、ドイツ都市会議が各都市の公有地についての地上権に関する調査を行ったが（回答したのは全体で 112 の都市であった）、それによると、地上権設定の目的に関しては、「住居建設の活性化に役立てるため」が 33 都市、「営業上の利用のため」が 40 都市、「特別の社会的目的または公共の需要・公的利用の目的のため」が 25 都市、とされている。

Finger (Fn.17) ,S.223.

(18) たとえば、Gustav Bohnsack, "Das Erbbaurecht, ein Lösungsmodell zur Reform des Bodenrechts ? (Untersucht am Beispiel der Stadt "Utopia Terrae") ", *Blätter für Grundstücks, — Bau — und Wohnungsrecht* ,1971,S.161ff.

(19) たとえば、Finger (Fn.17) ,S.221ff.

(20) RGBl.,1919,S.72,ber.S.122.

(21) Ingenstau (Fn.5) ,Einleitung XXVⅢ ; Oefele (Fn.7) ,S.910.

(22) Ingenstau (Fn.5) ,Einleitung XXVⅢ ; Oefele (Fn.7) ,S.909. Ingenstau (Fn.5) ,Einleitung XXVⅢは、この点を、地上権の長所として捉えている。また、村田博史「ドイツ地上権の譲渡性とその制限」同志社法学 25 巻 3 号 (1974) 4 頁も、この点に注目している。

(23) Oefele (Fn.7) ,S.909.

(24) Oefele (Fn.7) ,S.934 ; Ingenstau (Fn.5) ,S.55,56,58 ; Karl Heinz Schwab, *Sachenrecht*,21.Aufl.,1987,S.324.

(25) Ingenstau (Fn.5) ,S.14,55 ; Oefele (Fn.7) ,S.912.

(26) Oefele (Fn.7) ,S.912.

(27) Schwab (Fn.24) ,S.324.

(28) Oefele (Fn.7) ,S.912 ; Ingenstau (Fn.5) ,S.14,55.

(29) Hans-Georg Knothe,*Das Erbbaurecht Eine rechtsdogmatische und rechtspolitische Untersuchung*,1987,S.143.

(30) Ingenstau (Fn.5) ,S.14,55 ; Oefele (Fn.7) ,S.912.

(31) Ingenstau (Fn.5) ,S.57.

(32) Ingenstau (Fn.5) ,S.50,52.

(33) Ingenstau (Fn.5) ,S.15,55,56 ; Oefele (Fn.7) ,S.933.

(34) Oefele (Fn.7) ,S.933.

(35) もっとも、「地上権令」の柔軟性を認めながらも、地上権の約定内容に関する規定が、内容上、硬直した性質を有しているので、より変更の可能性があるように形成されるべきであり、それによって、当事者に、さらに活動の自由が与えられるであろう、とする見解もみられる。Ingenstau (Fn.5) ,Einleitung XXVIII ; Ring (Fn.17) ,S.10.

(36) Oefele (Fn.7) ,S.929 ; Ingenstau (Fn.5) ,S.50 ; Ring (Fn.17) ,S.7.

(37) Oefele (Fn.7) ,S.929 ; Ingenstau (Fn.5) ,S.50.

(38) Oefele (Fn.7) ,S.929.

(39) Ingenstau (Fn.5) ,S.50.

(40) Günter Promberger, " Vertragsklauseln über die Daur des Erbbaurechts und ihre Auslegung — Zugleich Anmerkung zu BGH Rpfleger 1973,355 und LG Würzburg Rpfleger 1975,249 — " , *Der Deutsche Rechtspfleger*,1975,S.234.

(41) Ingenstau (Fn.5) ,S.50 ; Oefele (Fn.7) ,S.929.

(42) Oefele (Fn.7) ,S.929.通常、定められた時点から計算された期間の満了により地上権の有効期間が終了するという方式が採られている。Promberger (Fn.40) ,S.234.

(43) Ingenstau (Fn.5) ,S.50,52 ; Oefele (Fn.7) ,S.929.

(44) Oefele (Fn.7) ,S.929.

(45) Ingenstau (Fn.5) ,S.50,51 ; Oefele (Fn.7) ,S.929,930.

(46) Oefele (Fn.7) ,S.930.なお、それとともに、そのような合意は、地上権の相続性の原則にも抵触する。Ingenstau (Fn.5) ,S.51.

(47) Oefele (Fn.7) ,S.930.

(48) Oefele (Fn.7) ,S.930.

(49) Oefele (Fn.7) ,S.930.

(50) Oefele (Fn.7) ,S.930 ; Ingenstau (Fn.5) ,S.51.

(51) Oefele (Fn.7) ,S.930 ; Ingenstau (Fn.5) ,Einleitung XXVII,S.51 ; Hermann Koepp, *Grundbuch und Grundstückesverkehr*,1973,S.95. なお、契約によって合意される地上権の通常の存続期間は、Baur (Fn.12) ,S.281 によると、66 年、70 年、99 年、Schwab (Fn.24) ,S.330 によると、二世代または三世代に及ぶ、Glaser (Fn.13) ,S.24 によると、50 年ないし 99 年、とされている。

(52) Koepp (Fn.51) ,S.95.

(53) Finger (Fn.17) ,S.223.

(54) Ingenstau (Fn.5) ,S.52 によると、地上権の一定の存続期間が法定されることが、主張されている。ただし、当事者には、一定の要件のもとで、それと相違する合意をなす権利も認められるべきである、という。

(55) Ingenstau (Fn.5) ,S.51 ; Oefele (Fn.7) ,S.930 ; Promberger (Fn.40) ,S.234.

(56) Promberger (Fn.40) ,S.235.

(57) Bohnsack (Fn.18) ,S.162.

(58) Oefele (Fn.7) ,S.938 ; Ingenstau (Fn.5) ,S.69,70.

(59) Oefele (Fn.7) ,S.938 ; Ingenstau (Fn.5) ,S.69,70,71.

(60) Helmut Freiherr von Oefele,*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd.4,2,Aufl.,1986,S.1118.

(61) Oefele (Fn.7) ,S.1009 ; Ingenstau (Fn.5) ,S.79,299.

(62) Oefele (Fn.7) ,S.1009 ; Ingenstau (Fn.5) ,S.79,299.

(63) Oefele (Fn.7) ,S.1009 ; Ingenstau (Fn.5) ,S.299.

(64) Oefele (Fn.7) ,S.940.

(65) Ingenstau (Fn.5) ,S.299 ; Oefele (Fn.7) ,S.940.

(66) Ingenstau (Fn.5) ,S.79,300 ; Oefele (Fn.7) ,S.1009.

(67) Ingenstau (Fn.5) ,S.300.

(68) Ingenstau (Fn.5) ,S.79,300 ; Oefele (Fn.7) ,S.1009.

(69) Ingenstau (Fn.5) ,S.79 ; Oefele (Fn.7) ,S.1009.

(70) Ingenstau (Fn.5) ,S.79,299 ; Oefele (Fn.7) ,S.940.

(71) Oefele (Fn.7) ,S.910 ; Ring (Fn.17) ,S.11 ; Ingenstau (Fn.5) ,S.79.

(72) Oefele (Fn.7) ,S.1006.

(73) Oefele (Fn.7) ,S.1006 ; Ingenstau (Fn.5) ,S.287.

(74) Ingenstau (Fn.5) ,S.287.

(75) Ingenstau (Fn.5) ,S.288 ; Oefele (Fn.7) ,S.1006.

(76) Ingenstau (Fn.5) ,Einleitung XXVII f. なお、地上権の存続期間の延長に関して、土地所有者に認められた以上のような権利は、「地上権令」27条1項2文にもとづき、合意によって排除することも可能である、といわれている。Oefele (Fn.7) ,S.1006 ; Ingenstau (Fn.5) ,S.289.

(77) Ingenstau (Fn.5) ,S.287 ; Oefele (Fn.7) ,S.1006.

(78) Ingenstau (Fn.5) ,S.287 ; Oefele (Fn.7) ,S.1006.

(79) Ingenstau (Fn.5) ,S.52,282 ; Oefele (Fn.7) ,S.1004.

(80) 前述（序節1）したように、地上権に関しては、建物は土地の本質的構成部分とされ、土地と建物は一体となって一個の不動産として法的に構成されるという、BGBにおける原則は破られている。しかし、「地上権令」の立法者は、建物の所有権を独立させることを選んだのではなく、建物を地上権の本質的構成部分とみなしたのであり、この結果、地上権者が建物の保有者となるのである。Oefele (Fn.7) ,S.912f. ; Ingenstau (Fn.5) ,S.18f.

(81) Ingenstau (Fn.5) ,S.282 ; Oefele (Fn.7) ,S.1004.

(82) Oefele (Fn.7) ,S.1004f.

(83) Oefele (Fn.7) ,S.1005 ; Ingenstau (Fn.5) ,S.283.

(84) Ingenstau (Fn.5) ,S.284.

(85) Ingenstau (Fn.5) ,S.284 ; Oefele (Fn.7) ,S.1005.

(86) Oefele (Fn.7) ,S.1005 ; Ingenstau (Fn.5) ,S.284.

(87) Oefele (Fn.7) ,S.1005.

(88) Ingenstau (Fn.5) ,S.285 ; Oefele (Fn.7) ,S.1004.

(89) Ingenstau (Fn.5) ,S.285 ; Oefele (Fn.7) ,S.1006.

(90) Baur (Fn.12) ,S.281 ; Oefele (Fn.7) ,S.1005. ただし、補償が完全に排除された場合には、地上権の取引価格および担保価値の重大な低下を招くことが考慮されなければならない、といわれている。Koepp (Fn.51) ,S.95.

(91) Baur (Fn.12) ,S.283.

(92) Ingenstau (Fn.5) ,S.70,305 ; Oefele (Fn.7) ,S.1011.

(93) Oefele (Fn.7) ,S.1011.

(94) Ingenstau (Fn.5) ,S.70,305 ; Oefele (Fn.7) ,S.1011.

(95) Ingenstau (Fn.5) ,S.306 ; Oefele (Fn.7) ,S.1011.

(96) Oefele (Fn.7) ,S.1011 ; Ingenstau (Fn.5) ,S.306.

(97) Ingenstau (Fn.5) ,S.75,306.

(98) ただし、補償の排除が合意されることは、めったにない、といわれている。Schwab (Fn.24) ,S.329.

(99) Ingenstau (Fn.5) ,S.29,30,94 ; Oefele (Fn.7) ,S.928.

(100) Ingenstau (Fn.5) ,S.93.

(101) Oefele (Fn.7) ,S.947 ; Ingenstau (Fn.5) ,S.102,103. なお、土地所有者の同意

が事後追完された場合には、この同意は法律行為の着手の時点に遡及し、法律行為はなお有効となりうる。Oefele（Fn.7）,S.947,948；Ingenstau（Fn.5）,S.102,103.

（102） Oefele（Fn.7）,S.944；Ingenstau（Fn.5）,S.30,92.

（103） Ingenstau（Fn.5）,S.110.

（104） Ingenstau（Fn.5）,S.95,110.

（105） Ingenstau（Fn.5）,S.110.

（106） Ingenstau（Fn.5）,S.112f.

（107） Oefele（Fn.7）,S.951；Ingenstau（Fn.5）,S.113.

（108） Oefele（Fn.7）,S.953；Ingenstau（Fn.5）,S.110.

（109） Ingenstau（Fn.5）,S.115f.

（110） Oefele（Fn.7）,S.945.

（111） 地上権制度に関して、若干の基礎理論的考察を行ったものとして、拙稿「ドイツにおける地上権制度に関する基礎理論的一考察　―クノーテの所説に依拠して―」経営と経済 74 巻 4 号（1995）161 頁以下がある。

（112） 渡辺洋三『土地・建物の法律制度（上）』（東京大学出版会、1960） 120 頁以下。

（113） 稲本・前掲書注（1）229 頁。

（114） 原田純孝「『賃借権の物権化』の現代的意義について」不動産研究 20 巻 4 号（1978）45 頁。

（115） 稲本ほか編・前掲書注（2）226 頁【稲本】。

第２節　地上権に関する立法の展開過程

第１節においては、中心的には、ドイツにおける地上権の存続保障・保護に関して、「地上権令」がいかなる法的仕組みを有しているのか、ということを検討したが、ドイツ法の仕組みを把握したうえで、本節においては、その仕組みを構成している法規範が形成された、地上権に関する立法の展開過程を考察する。

その際、本稿においては、ＢＧＢの立法過程の段階までさかのぼり、第一に、ＢＧＢの立法過程の段階、第二に、地上権に関するＢＧＢの規定が妥当していた段階、第三に、「地上権令」の立法過程の段階、という三つの歴史的な段階に区分して、考察を進めることとしたい。

具体的な分析にあたっては、序章の３で述べた三つの視角・観点、特に、第三のもの、すなわち、ドイツ法の法規範構造ないし法規範と、契約自由の原則などの「市民法」における諸原則、および、「市民法」の体系との関係に留意して立法の展開過程を考察する、という視角・観点を重視して検討を行うこととする。

１　ＢＧＢの立法過程の段階

法制度としての地上権の起源は、歴史的には、大変古い。

すなわち、一方で、ローマ法においては、superficies[1]という他人の土地上に建物を所有しうる物権的な建築権が存在していた。また、他方において、中世ドイツ法においても、すでにローマ法継受以前に、地上権の前身とみなされうる法形態、すなわち、都市の土地貸与（städtische Bodenleihe または Bauleihe）が、類似の法制度として

発展したのである[2]。

この都市の土地貸与は、18世紀まで、ドイツの多くの都市の建設にあたって重要な役割を果たしたようである。しかし、このような（たいてい、世襲かつ永久の）貸与関係は、19世紀において、個人主義的な所有権概念により、広範囲にわたって排除されるに至った。すなわち、従来、無償で、かつ、自由に使用されていた建築地は、私的所有地や都市の所有地へと移行し、それによって、都市の土地貸与は、全く後景に退いたのである[3]。

ＢＧＢの立法準備作業は、まさに、このような状況のもとで、開始された。

(1)　ＢＧＢによる地上権の創設の賛否をめぐって

地上権は、一方において、ローマ法上のsuperficies、他方において、中世ドイツ法上の都市の土地貸与を継承する権利[4]として、ＢＧＢによって創設された。しかし、ＢＧＢの立法過程においては、ＢＧＢによる地上権の創設の賛否をめぐって、かなり鋭い見解の対立が認められたようである。すなわち、ＢＧＢによる地上権の創設に対しては、疑念がなかったわけでは決してなく[5]、相当強い異論も存在していたのである。

それでは、ＢＧＢによる地上権の創設に反対した見解、および、賛成した見解は、それぞれ、いかなる論拠にもとづいていたのであろうか。この点を確認しておくことは、ＢＧＢの立法過程の段階において、地上権ないし地上権の先行形態であった権利に対して、いかなる認識・評価がなされていたのかを知ることとなる。

(a)　ＢＧＢによる地上権の創設に反対した見解の論拠

はじめに、ＢＧＢによる地上権の創設に反対した見解の論拠であるが、その主たるものは、大きく、次の三点に整理することができる、と考えられる。

第一の論拠は、地上権が、ドグマ的・法政策的な観点からすると、（土地）所有権との関係において、非常に問題がある、ということである。すなわち、地上権（譲渡可能かつ相続可能な物権的な土地利用権）は、土地所有権を継続的に拘束することとなり、無制限な物支配を基準とする理念として、19世紀に現れた所有権の観念に反し、地上権を認めることの中には、所有権が単なる空虚な権利に変貌するという危険性を見て取れる[6]、ということである。

この点は、物権法についての『Redaktor-Vorlage』において、ＢＧＢによる地上権の創設に反対した見解の根拠としてまとめられている、次の論述から読み取ることができる。

すなわち、「ドイツにおけるより以前の法発展においては、土地をめぐるきわめてさまざまな権利が認められたことによって、土地所有権の継続的な拘束が、ほとんど無制限に個人の意向に委ねられていた。これに対して、学問の発展、および、国民経済学の実際的な成果によって啓示を与えられた近代の立法は、文化的に有害な法制度、および、高く評価すべき必要に相応しない法制度を排除することによって、物権の体系を、可能な限り、簡素化するという傾向に従っている。ＢＧＢの草案もまた、このような考え方に立たなければならない。

過去からわれわれに伝承された法制度は、それらの法制度をかつて生ぜしめた必要が、今日もなお存在し、立法による考慮に値するのかどうか、入念に吟味されなければならない。・・・・物についての制限的な権利を設定することによって、物に関する所有者の処分は、継続的に麻

痺させられる。したがって、そのような法制度を認めることは、それによって、実際の継続的な必要が満たされる場合にのみ、正当化される。・・・・土地の占有を通じて示される継続的な必要が存在することなしに、他人の土地の利用についての、時間的に制限されていない、相続可能かつ譲渡可能な権利が、ある人に認められる場合には、事情が異なる。

・・・・地上権と所有権との間には、所有権が空虚な名称になることを妨げうる限界は存在しない。・・・・地上権の内容が所有権の完全な内容まで拡張されることが当事者に許容される・・・・」[7]、という論述である。

第二の論拠は、地上権が、政治的・イデオロギー的な観点からすると、歴史的な趨勢に反して、土地秩序の新たな「再封建化」をもたらすのではないかと懸念される、ということである。

このことは、周知のように、中世のグルントヘルシャフトにおける分割所有権が、19世紀の初め以来、土地の耕作者の下級所有権を完全な所有権へと変質させることによって、廃棄されていったことと関係する。すなわち、ライヒに統一的なＢＧＢの中に地上権を創設することは、土地についての利用権限と所有権との分割を撤廃することに向けての歴史的な趨勢に矛盾し、いわば新たな種類の封建的な土地秩序が、相応した経済的、社会的、および、政治的な帰結をともなって生じうるのではないかという不安を抱かせる[8]、ということである。

この点も、『Redaktor-Vorlage』において、ＢＧＢによる地上権の創設に反対した見解の根拠としてまとめられている、次の論述から、必ずしも十分ではないが、窺い知ることができよう。

すなわち、「農村の所有地を永小作によって利用することに、国民経済的な理由から、かなりの程度、抵抗感がある時代において、敷地とし

ての都市の土地の利用が、国民経済的に同様に不都合で、そのうえ、これまでまれにのみとられた、相続可能かつ譲渡可能なBodenmiete（地上権を指すと考えられる）という方法へと指し示されてはならない」[9]、という論述である。

第三の論拠は、ＢＧＢによって地上権を創設することが、実際的な必要性の観点からすると、きわめて疑問視される、ということである。

このことは、ＢＧＢによる地上権の創設に反対した見解が、次のような認識を示していたことから、確認しうる。すなわち、地上権の先行形態であった権利は、中世においては、多くの都市で妥当していたが、ローマ法の継受以後、顕著な適用範囲を与えられなかった、また、多くの諸邦等の立法が、ＢＧＢによる地上権の創設につき、実際的な必要性が欠けていることを根拠づけていた、さらには、ドイツの裁判所の判決集において、地上権の先行形態であった権利は、散発的なわずかなケースにおいてのみ見いだされたにすぎない、という認識である[10]。

以上のような三つの論拠に依拠していた反対論者の考えからすると、要するに、「地上権は、元来、特に促進されなければならないわけではない制度」[11]であったのである。

(b)　第一草案における起草委員等の見解の論拠

これに対して、ＢＧＢによる地上権の創設に賛成した見解は、いかなる論拠にもとづいていたのであろうか。ここでは、ＢＧＢによる地上権の創設を支持する決定をなした、第一草案における物権法の起草委員（ヨホフ）、および、その補助者の見解を中心として、考察することとする。

ただし、起草委員等の見解の論拠に入る前に、起草委員等は、ＢＧＢ

による地上権の創設に反対した見解の論拠に対して、いかなる立場にあったのか、という点を確認しておかなければならない。

まず、第一の論拠、すなわち、ドグマ的・法政策的な観点からの地上権の問題性に関してであるが、起草委員等も、同様に、そのような問題性を認識していたようである。

というのは、地上権は、「それが設定された物の所有権を、長い間には、広範な範囲において弱め、いやそれどころか、汲み尽くす」[12]、すなわち、所有権を空洞化する危険性がある、という認識が示されていたからである。また、地上権の設定により、ひとつの統一的な取引対象としての土地所有権から、物についての利用権限を切り離すことによって、いわば、二つの取引対象がつくられ、地上権設定契約に従って、土地所有者と地上権者の間で、権限の分配がなされることになるが、このような制度は、「不自然な制度」（künstliches Institut）である[13]、と表現されていたことの中にも、起草委員は、地上権の設定による所有権と利用権の分割、それにともなう権限の分配を、ドグマ的・法政策的な観点から、同様に、否定的に評価していた[14]、ということを窺い知ることができよう。

次に、第二の論拠、すなわち、政治的・イデオロギー的な観点からの地上権に対する懸念に関してであるが、起草委員もまた、同様の懸念を感じていたようである。

この点は、次の論述から、読み取ることができよう。

すなわち、「内容的に無制限な[15]、相続可能かつ譲渡可能な土地についての利用権は、・・・・常に、新たに、農業に関する問題を突きつけるであろう。すなわち、このような利用権をドイツのきたるべき民法上の制度にしようとした場合、農業に関する立法にとって、新たな課題と

困難をもたらす、ということである。草案は、やっとの思いで獲得した、完全な所有権にもとづく農業上の関係についての規整を、むしろ、強化しようと努めなければならない」[16]、という論述である。

ここには、起草委員もまた、特に、農業上の関係に対する政治的・イデオロギー的な観点からの地上権に対する懸念、すなわち、地上権が、いわば、新たな種類の封建的な土地秩序をもたらすのではないかという懸念を感じていたことが現れている、といえよう。

最後に、第三の論拠、すなわち、実際的な必要性の観点からの地上権の創設に対する疑問に関してであるが、起草委員等も、ＢＧＢによる地上権の創設につき、総じて、広範な実際の必要性はあまりない、という認識を抱いていたようである。

この点については、二つの類型の地上権、すなわち、他人の土地の上に建物を保有するための地上権と、他人の土地の内部に地下の工作物を保有するための地上権とに分けて、確認しておく必要がある。

まず、他人の土地の上に建物を保有するための地上権についてであるが、起草委員等は、この類型における地上権ないし地上権の先行形態であった権利が、従来、散発的にのみ設定されていたのみならず、今後、ＢＧＢのもとでもまた、例外的な利用のみがなされるであろう[17]、という認識を示していた。したがって、この類型における地上権の創設については、実際の必要性はあまりない、ということになろう。

これに対して、他人の土地の内部に地下の工作物を保有するための地上権については、異なる認識が示されていた。すなわち、起草委員は、この類型における地上権の創設を認めることは、「ドイツにおいて、まさに不可欠である、と思われる」[18]、という考えを示していたのである。というのは、この類型における地上権の先行形態であったKellerrechtと

呼ばれた権利が、従来、ドイツの多くの地域、特に、山岳地帯において、それが国民の経済的な慣習と一致することを受け入れなければならないほど多数存在していた[19]からであった。

このKellerrechtと呼ばれた権利は、水平に区分された建物の区画である地下室（Hauskeller）に関するものではなく、地表を所有者自身が利用したところの、建物が建てられていない土地、たいてい岩の多い土地の内部において、通常、岩石を掘って造られ、山腹から出入りのできる地下室（Felsenkeller）を保有する権利であり、そのような地下室は、特に、地方自治体が所有する大規模な土地（地方自治体所有の森林、放牧場）の岩の多い傾斜面に見いだされた[20]、ということである。

以上のように、起草委員は、第二の類型における地上権の創設については、それが適用されうる範囲自体は限定的であるが、実際の必要性は高い、と認識していたのである。しかし、第一の類型における地上権の創設については、それが適用されうる範囲自体はかなり広いと考えられるが、実際の必要性はあまりない、ということであった。したがって、起草委員等は、ＢＧＢによる地上権の創設につき、総じて、広範な実際の必要性はあまりない、という認識を抱いていた、といえよう。要するに、起草委員等もまた、地上権という法制度は、実際上、あまり重要な法制度ではない[21]、という認識を有していたのである。

ところで、起草委員等のこのような認識は、もちろん、ひとり起草委員等の偏った認識であったわけではない、と考えられる。

というのは、中世において、ドイツの多くの都市の建設にあたって重要な役割を果たしていた都市の土地貸与が、中世の終わりに、かつての被委譲者が土地所有者となるという形で広範に排除され、全く後景に退いた後、地上権の先行形態であった権利は、以前の時代の単なる残滓を

形成していた[22]からである。実際、19世紀において、地上権の先行形態であった権利は、肉やパンの売店[23]、比較的小さな居住用の建物、単に何らかの付属空間として使用された物置、ならびに、さきに言及した地下室に限定されて適用されていたようである[24]。したがって、19世紀においては、地上権の先行形態であった権利には、取り立てて言うほどの国民経済的、または、社会的な意義は、ほとんどなかった[25]、と考えられるのである[26]。

以上、起草委員等は、ＢＧＢによる地上権の創設に反対した見解の論拠に対して、いかなる立場にあったのか、という点を検討してきた。まとめてみると、起草委員等もまた、ドグマ的・法政策的な観点からの地上権の問題性を認識し、政治的・イデオロギー的な観点からの地上権に対する懸念を感じ、ならびに、ＢＧＢによる地上権の創設につき、総じて、広範な実際の必要性はあまりない、という認識を抱いていたのであるから、ＢＧＢによる地上権の創設に反対した見解の論拠に対して、基本的に同じ立場にあった、ということができる。したがって、起草委員等は、原則として、反対論者と同一の諸前提から広範に出発し、そこから、異なる結論を引き出した[27]、ということになる。この点には、十分留意しておく必要があろう。

それでは、起草委員等は、ＢＧＢによる地上権の創設につき、一体、いかなる論拠にもとづいて根拠づけたのであろうか。

起草委員等の見解の論拠は、主として二つある、と考えられる。

一方において、起草委員等は、確かに、ドグマ的・法政策的な観点からの地上権の問題性を認識し、政治的・イデオロギー的な観点からの地上権に対する懸念を感じていたが、しかし、実際に地上権が設定されることは、従前どおり、今後もまた、例外的な場合に限られると予想され

ることにもとづくと、そのような問題性ないし懸念は、重大な程度に至ることはなく、心配するには及ばない[28]、ということを論拠としていたのである[29]。起草委員等は、ここでは、反対論者の第三の論拠をいわば逆手に取って、ＢＧＢによる地上権の創設につき、肯定的な結論を導いたのである。

他方において、起草委員等は、ＢＧＢによる地上権の創設につき、確かに、総じて、広範な実際の必要性はあまりない、という認識を抱いていたが、しかし、同時に、限定された範囲においては、実際の必要性が認められる場合がある、ということを論拠としていたのである[30]。

限定された範囲において実際の必要性が認められる場合としては、すでに述べた、他人の土地の内部に地下の工作物を保有するために地上権を設定する場合がそうであったが、起草委員等は、それに加えて、他人の土地の上に建物を保有するための地上権についても、そのような場合が確かに存在する、というのである。

起草委員等によって、他人の土地の上に建物を保有するための地上権につき、実際の必要性が認められる場合として考えられていたのは、次の二つの場合である。

第一に、「その敷地が、公的な団体が所有するもの、もしくは、家族世襲財産[31]である場合、または、その他の理由[32]から、土地の所有権が維持されることに価値が置かれる場合」[33]である。つまり、土地所有者が、建物のための所在地として自己の土地を提供する際に、地上権を設定すると、土地が、譲渡されることなく、自己の財産にとどまることに利益を見いだす場合である。

第二に、他人の土地の上に建物を保有するために、その土地を利用するという事業が、確固たる経済的な基礎にもとづいて行われる場合[34]、

とのことである。この場合には、そのような事業を行う者は、権利の継続性については所有権に匹敵するとされる[35]、譲渡可能かつ相続可能な土地利用権である地上権を必要とする、ということであろう。

以上のような場合においては、ＢＧＢによる地上権の創設につき、限定された範囲ではあるが、実際の必要性が確かに認められ、このような考えが、結局、起草委員等に、決定的な影響を与えた[36]、と考えられる。すなわち、これらの場合を考慮すると、地上権という法制度を創設しないで済ますことはできない、と考えられたのである[37]。

なお、起草委員等は、ＢＧＢによる地上権の創設につき、副次的に、次のような論拠も付け加えていた。

すなわち、第一に、当時の現行法が、法学的な構成に関しては相違があるものの、ローマ法上のsuperficiesに相応する権利の設定を認めていたこと[38]、第二に、土地に継続的な負担を加えることに対する近代の立法の反感は、地上権の先行形態であった権利には及ばなかったこと[39]、である。

以上、起草委員等の見解の論拠につき、少し詳しく検討してきたが、結論としては、個別的には、積極的な論拠もみられたものの、基本的には、起草委員等は、ＢＧＢによる地上権の創設につき、あまり積極的な論拠にはもとづいていなかった、ということができる[40]。

(2)　ＢＧＢにおける地上権の規整と契約自由の原則の余地

さて、(1)における考察により、ＢＧＢの立法過程の段階において、地上権ないし地上権の先行形態であった権利に対して、いかなる認識・評価がなされていたのか、という点につき、おおむね理解することができた、と考えられる。

そこで、次に、そのことを前提として、ＢＧＢにおいては、地上権はどのように規整されていたのか、特に、契約自由の原則の余地はどの程度認められていたのか、ＢＧＢにおける地上権の規整はいかなる理由にもとづいていたのか、という点を考察してみることとする。

(a)　ＢＧＢにおける地上権の規整の概括的な特徴

はじめに、ＢＧＢにおける地上権の規整の概括的な特徴として、以下の三つの点を指摘することができる、と考えられる。

(1)において考察したように、ＢＧＢの立法過程の段階においては、ＢＧＢによる地上権の創設をめぐって、反対論者の相当強い異論が存在していたし、起草委員等も、基本的に、あまり積極的な論拠にはもとづいていなかった。地上権ないし地上権の先行形態であった権利に対する評価は、この段階においては、総じて、低かったといえよう。

そして、地上権に対するこのような低い評価は、ＢＧＢにおける地上権の規整に、著しい影響を及ぼした[41]、と考えられる。直接的には、ＢＧＢにおける地上権の規整が、きわめて簡潔・不十分なこと[42]がそれであり、この点が、第一の概括的な特徴である、といえよう。

ＢＧＢは、単に六か条（1012条ないし1017条）のみをもって、地上権を規整したのであり、このことは、まさに、地上権は、ＢＧＢの体系において、例外的に認められた権利である[43]ことを顕著に示している、と考えられるのである。

しかし、この不十分さを理由としてＢＧＢの起草者たちを非難することは、ＢＧＢの立法過程の段階における状況をほとんど考慮していないことになる、といえよう。というのは、地上権が、ドグマ的・法政策的に憂慮すべき権利であり、ならびに、実際の重要性が乏しいことについ

ての確信は、ＢＧＢの起草者たちの特別な偏狭さにもとづいていたのではなく、むしろ、19世紀の間、ドイツの内外において、一般に支配的な考えであったし、ＢＧＢと比較しうる法典編纂事業は、地上権に相応した権利を、より不当に軽んじていたからである。たとえば、フランス民法典、および、たいていのその子法には、地上権のような法制度は、全く知られていなかったし、ザクセン民法典、および、最初の文言におけるスイス民法典は、このような権利を、唯一の規定をもって規整していた[44]、とのことである。

第二に、すでに注(15)において触れたように、ＢＧＢにおいては、地上権の権利としての本来的な内容は、決して広範な形で認められたのではなく、建物、または、地下の工作物を保有するための土地についての利用権である、という形で限定されたことである[45]。

「これに対して、今後は、建物の一区画、たとえば、階層、地上若しくは地下の個々の小部屋、若しくは、若干の小部屋、または、井戸、坑、壁等々のような個別的な施設、または、栽培地に限定される地上権は、認められないこととなった」[46]、のである。

第三に、ＢＧＢにおける地上権の規整の概括的な特徴として、さらに、もうひとつの点を指摘することができる。

それは、ＢＧＢにおいては、地上権の内容に関して、建物、または、地下の工作物を保有するための、譲渡可能かつ相続可能な権利である、という形で規定された以外の点においては、契約自由の原則の余地が広範に認められたことである。

この点については、項目を改めて、考察することとする。

(b)　ＢＧＢにおける契約自由の原則の余地

ここでは、起草委員等の論述を整理しながら、考察を進めたい。

まず、全般的なことに関しては、次のような論述がみられた。

ＢＧＢにおいては、地上権の内容に関して、「当事者が場合によってはありうる法定内容の制限についてのみ合意しなければならないというほどに、法定されてはいない」[47]。したがって、ＢＧＢにおいては、地上権の内容は、「それぞれの個別的な場合において、権利の設定の際に行われる確定にもとづいて、定められる」[48]こととなり、権利の内容に関して、契約自由の原則の余地が広範に認められたのである。

その結果、「地上権の約定内容は、きわめて細目にわたりうる」[49]こととなり、「地上権の設定は、それによって取引対象が新たにつくられ、しかも、それは、その内容にかんがみても、設定者たちの任意によって定められる取引対象であるという特質を有する」[50]、と評価されたのである。

しかし、ＢＧＢが、地上権の内容に関して、契約自由の原則に広範に委ねたことについて、起草委員等の論述から、その積極的な理由を見いだすことはできないようである。この点には、十分留意しなければならないであろう。

次に、この点も全般的なことに関してであるが、ＢＧＢにおいては、地上権の内容に関して、当事者の契約上の意思表示を補充する任意規定もまた、置かれなかった[51]。

起草委員等によると、その主たる理由は、次のように述べられていた。

すなわち、「地上権の内容を法定することは、その確定によって、圧倒的な大多数の場合における当事者の意図が適切に表現され、したがって、法取引において、権利の内容に関して、一致が認められることを前提とする。（しかし）そのような一致は見られない。この点についての

理由は、地上権の内容に関して、地上権者の権限の平均的な基準を確定することを妨げている、非常に緩やかに設定された法律上の枠組みが存在することにある。とりわけ、地上権は、場合によっては、物権的な賃借権の代わりとして利用される、時間的に限定された権利としても、あるいは、時間的に限定されていない権利としても設定されうること、さらに、地上権者には、ときには、建物を建てるための敷地の利用のみが委ねられるが、ときには、すでに建てられた建物の利用が委ねられることが考慮される」[52]、とのことである。

ここでは、ＢＧＢが、地上権の内容に関して、契約自由の原則に広範に委ねた結果、権利の内容に関して、法取引において、一致した取扱いがなされず、権利の内容を確定することができないことが、理由とされていた。しかも、契約自由の原則の余地が広範に認められたこと自体については、ここでも、その積極的な理由は見いだされず、むしろ、いささか否定的な評価が窺われるようである。

最後に、個別的には、ＢＧＢにおいては、地上権の存続保障、および、地上権の存続保護、ならびに、地上権をめぐる投下未償却資本の回収に関して、全く規定が設けられることなく、完全に契約自由の原則に委ねられた。

このうち、起草委員等によって明示的に論じられていたのは、筆者の知りうる限り、地上権の存続期間に関してのみであり、地上権設定契約の更新、ならびに、投下未償却資本の回収に関しては、ＢＧＢの立法過程の段階においては、特に問題とされることもなかったようである。

そこで、ここでは、地上権の存続期間に関して、起草委員等の論述を整理しておくこととする。

ＢＧＢにおいては、地上権の一定の存続期間を保障する規定、すなわ

ち、契約に期間の定めがない場合における地上権の存続期間、および、契約で定めうる地上権の約定最短存続期間の規定は、存在しなかった。また、反対に、地上権の約定最長存続期間の規定も、置かれなかったのである。

地上権の約定最長存続期間の規定が置かれなかった理由は、起草委員等によると、次のようである。

第一に、地上権の先行形態であった権利は、「散発的にのみ見いだされ、通常、比較的わずかな土地にのみ設定されている。したがって、地上権は、その存続期間を限定しないことの経済的な影響に関して、農地に物権を設定することと比較することはできない」[53]、ということである。つまり、地上権の先行形態であった権利が実際に設定されることは、例外的な場合に限られたのであるから、土地所有権に対する継続的な拘束を阻止するために、地上権の約定最長存続期間の規定を設ける必要はない、ということである。

第二に、ＢＧＢの立法過程の段階における現行法によると、地上権の先行形態であった権利は、「永久に、または、時間的な限定をもって、設定されうる」[54]、とされていたが、「ドイツにおいては、限定された期間において、地代と引き換えに、建物を建築する目的で土地を委譲することは、全く、一般には行われていなかった」[56]、ということである。

第三に、約定最長存続期間の規定が設けられるとすると、地上権は、経済的に、イングランドのリースと同等となり、それに対しては、重大な懸念が生じる[56]、ということが理由とされた。この点は、イングランドにおいては、そこで一般に行われていた99年のリースに関して、大土地所有者による地代の不当利得、および、建築投機家による賃料の不当利得という、二重の不当利得が生じ、都市や地方の住民が搾取されると

いう、きわめて悲惨な経験がなされた[57]、という認識にもとづいていたのである。

他方、地上権の約定最短存続期間の規定が設けられなかった理由は、ＢＧＢの第一草案の『理由書』によると、次のようである。ただし、いずれの理由も、地上権に対する相対的に低い評価が反映したものである、と考えられる。

すなわち、第一に、「短期の存続期間の地上権は、草案が知らない物権的な賃借権の代わりとして、用いることができる」[58]、ということが理由とされた。

また、第二に、解除条件、または、終期を付加した地上権を設定することは排除されえないのであるから、約定最短存続期間の規定を置くことは、（あまり意味がないこととなり）、断念されるであろう[59]、ということであった[60]。

---

(1) superficiesとは、建物を意味するラテン語であるが、法制度としてのそれは、建築用地の賃貸借を起源としながら、他人の土地上に建物を所有しうる物権的権利を取得する法制度へとローマ法上発展せしめられた、といわれている。広渡清吾「西ドイツの借地・借家制度」稲本洋之助・望月礼二郎・広渡清吾・内田勝一編『借地・借家制度の比較研究　欧米と日本』（東京大学出版会、1987）98頁以下。

(2) Jürgen Ingenstau,*Kommentar zum Erbbaurecht*,6.Aufl.,1987,Einleitung XXV ; Helmut Freiherr von Oefele,*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*,Bd.4, 1981,S.909 ; Wolfgang Ring,*J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*,Drittes Buch Sachenrecht

§§ 958-984 ; ErbbVO,12,Aufl.,1979,S.3 ; Hermann Koepp,*Grundbuch und Grundstückesverkehr*,1973,S.93.

(3) Oefele(Fn.2),S.909 ; Ingenstau(Fn.2),Einleitung XXV ; Ring(Fn.2),S.3.

(4) Ingenstau(Fn.2),Einleitung XXVI.

(5) Reinhold Johow, *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. .....Buch. Sachenrecht. Begründung. Vorlage des Redaktors*, Zwiter Band, 1880, S. 1072. なお、周知のように、ヨホフは、ＢＧＢの第一草案において、物権法の起草を担当した委員であった。大木雅夫『比較法講義』（東京大学出版会、1992）219頁。

(6) Hans-Georg Knothe, *Das Erbbaurecht Eine rechtsdogmatische und rechtspolitische Untersuchung*, 1987, S. 62f., 64.

(7) Johow(Fn. 5), S. 1085f., 1087.

(8) Knothe(Fn. 6), S. 63, 64.

(9) Johow(Fn. 5), S. 1088.

(10) Johow(Fn. 5), S. 1086f.; vgl. Knothe(Fn. 6), S. 65.

(11) Benno Mugdan, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Ⅲ. Band:Sachenrecht, 1899, Protokolle, S. 3845.

(12) Mugdan(Fn. 11), Motive, S. 466.

(13) Johow(Fn. 5), S. 1086.

(14) Knothe(Fn. 6), S. 65.

(15) この点については、第一草案は、最終的には、地上権の内容を、建物、または、地下の工作物を保有するための土地についての利用権である、という形で限定することになるが（Johow(Fn. 5), S. 1090）、このような内容

的な制限に関しては、特に、農業上の関係に対する政治的・イデオロギー的な観点からの地上権に対する懸念が、強く影響していた、と考えられる。

(16) Johow(Fn.5),S.1069f.

(17) Johow(Fn.5),S.1090;Mugdan(Fn.11),Motive,S.467.

(18) Johow(Fn.5),S.1090.

(19) Johow(Fn.5),S.1090.

(20) Johow(Fn.5),S.1090;Knothe(Fn.6),S.61.

(21) Mugdan(Fn.11),Motive,S.468.

(22) Knothe(Fn.6),S.62.

(23) ＢＧＢによる地上権の創設に反対した論者によると、これらの売店は、公共の広場や教会の周囲を狭め、かつ、外観を損ねている、と非難されていた。Johow(Fn.5),S.1088.

(24) Knothe(Fn.6),S.61f.,76.

(25) Knothe(Fn.6),S.62.クノーテによると、地上権の先行形態であった権利が法学文献において存続していたことは、実際の必要性よりも、ローマ起源に対する畏敬の念にもとづいていた（Knothe(Fn.6),S.62）、とのことである。なお、地上権の先行形態であった権利が、当時、実際上、あまり重要な法制度ではなかったという認識は、たとえば、
Rudolf von Jhering,*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*,
Zwölfte Auflage,1921,S.280;H.Erman,“Erbbaurecht und
Kleinwohnungswesen”,*Jahrbuch der Bodenreform*,Vierter Band,
1908,S.291 においても見受けられる。

(26) ただし、他方において、ドイツのある地域においては、地上権の先行形態であった権利が、特記すべき数で設定されていた、という認識も示さ

れていた。たとえば、Michaelis, “Das Erbbaurecht und seine Zukunft”, *Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung*, 19. Jahrgang, 1919, S. 1f.

(27) Knothe (Fn. 6), S. 65.

(28) Johow (Fn. 5), S. 1090; Mugdan (Fn. 11), Motive, S. 467.

(29) Vgl. Knothe (Fn. 6), S. 65.

(30) Vgl. Knothe (Fn. 6), S. 65.

(31) 法律行為によって永久に処分を制限され、通常一定の相続順位により一定の者が相続すべき旨を定められた財産のこと。後に、ワイマール期において、廃止された。山田晟『ドイツ法律用語辞典』改訂増補版（大学書林、1993）224頁。

(32) 起草委員によると、大土地所有者は、労働者階級が、自己の所有地の上に居住し、同時に、自己に全く依存していないプロレタリアートに堕落することを回避することに利益を有する（Johow (Fn. 5), S. 1090）、とのことである。

(33) Johow (Fn. 5), S. 1090.

(34) Mugdan (Fn. 11), Motive, S. 466.

(35) Mugdan (Fn. 11), Motive, S. 466.

(36) Vgl. Knothe (Fn. 6), S. 65.

(37) Knothe (Fn. 6), S. 66.

(38) Mugdan (Fn. 11), Motive, S. 466.

(39) Mugdan (Fn. 11), Motive, S. 466.

(40) Hermann Wittmaack, *Das Erbbaurecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1906, S. 15においては、「『理由書』の詳しい説明は、ほと

んど、地上権を認めることについての言い訳のように聞こえる」、と述べられていた。

(41) Knothe(Fn.6),S.64.

(42) Knothe(Fn.6),S.66.

(43) Mugdan(Fn.11),Motive,S.466.

(44) Knothe(Fn.6),S.66.

(45) Johow(Fn.5),S.1090.

(46) Johow(Fn.5),S.1090.

(47) Mugdan(Fn.11),Motive,S.471.

(48) Johow(Fn.5),S.1099.

(49) Mugdan(Fn.11),Motive,S.472.

(50) Johow(Fn.5),S.1098.

(51) Mugdan(Fn.11),Motive,S.473;Johow(Fn.5),S.1098.

(52) Mugdan(Fn.11),Motive,S.473.

(53) Mugdan(Fn.11),Motive,S.467.

(54) Johow(Fn.5),S.1095.

(55) Johow(Fn.5),S.1095f.

(56) Johow(Fn.5),S.1095f.

(57) Johow(Fn.5),S.1096.

(58) Mugdan(Fn.11),Motive,S.467.

(59) Mugdan(Fn.11),Motive,S.467.

(60) なお、起草委員・ヨホフは、約定最短存続期間の規定に関して、『理由書』とは異なる見解であったようである。すなわち、ヨホフは、一方において、普通法上の実務において一定の約定最短存続期間が維持されてい

たことは証明できないし、ドイツ、ならびに、ベルギー、オランダの法典においても、約定最短存続期間の規定は置かれていなかった、という認識を示していたが、他方において、賃借権の約定最長存続期間が規定されることを前提として、その約定最長存続期間を超える期間を地上権の約定最短存続期間として規定することが得策と思われる、という趣旨のことを述べていた。Johow(Fn.5),S.1095,1097.

2　地上権に関するＢＧＢの規定が妥当していた段階

１においては、ＢＧＢの立法過程の段階に関して考察したが、引き続いて、ここでは、地上権に関するＢＧＢの規定が妥当していた段階に関して考察を進めることとする。

(1)　地上権に対する基本的な評価の変化

(a)　ＢＧＢにおける地上権の可能性に関する期待

１で考察したように、ＢＧＢの立法過程の段階においては、ＢＧＢによる地上権の創設につき、反対論者の相当強い異論が存在していたし、起草委員等も、基本的に、あまり積極的な評価にもとづいてはいなかった。地上権ないし地上権の先行形態であった権利に対する評価は、この段階においては、総じて、低い次元にとどまったのである。

しかしながら、地上権に対する基本的な評価は、ＢＧＢの施行（1900年1月1日）後すぐに、著しく変化した[1]。すなわち、1900年前においては、地上権が、まさにＢＧＢの立法過程の段階において始まった工業化の展開がもたらした近代社会のきわめて切迫した諸問題の解決につき、ひとつの役割を果たすことができるという考えは、どこにも現れなかったのに対して、ＢＧＢの施行後、突然に、地上権は、当時の時代の重大な社会的・経済的諸問題の解決に貢献しうる可能性を有している、という強い期待が生じたのである[2]。

当時、ある学者は、このことを、次のように比喩的に叙述していた。すなわち、「・・・・確かに、統一的なドイツ法の父たちの誰もが、今日多くの人々が地上権に付与している役割を、以前に、予感してはいなかった。しかし、突然に、地上権、すなわち、つましいシンデレラは、

この時、輝かしい装いで、困難な社会的窮地からの指導者・救い手として、控えていた。あたかもおとぎ話しにおける妖精の女王のように、地上権に、驚くべき影響を与える力が付与されたのである」[3]、という叙述である。

さて、それでは、地上権に対する基本的な評価は、何故、このような積極的な評価へと変化したのであろうか。また、このような変化の背景には、いかなる社会的・経済的状況が存在していたのであろうか。まず、これらの点から、確認しておく必要があろう。

ＢＧＢは熱望されていたドイツの法統一を民法の領域において達成した新たな法典であるが、地上権に対する基本的な評価が変化した理由として、確かに、ひとつには、このＢＧＢによって地上権が創設されたこと[4]、を挙げることができよう。しかし、より重要な理由は、当時の社会的・経済的状況を背景とするものであった。

周知のように、ドイツは、先発工業諸国に比べ、工業化のスタートは遅れたものの、19世紀半ばから20世紀初めにかけて、石炭・鉄鋼等の重工業、ついで電気・化学工業の目覚ましい発展を通して、世界第二の大工業国に成長した。また、世紀転換期には、農林業部門と鉱工業部門の就業人口比において、後者が優位に立つに至り、いわば工業社会への転換を遂げた。しかしながら、こうした高度工業化は、一方では、帝国主義的対外膨張への衝動を生みだすとともに、他方では、大都市や膨大な労働者階級を登場させ、幾多の国内矛盾を激化させたのである[5]。

様々な国内矛盾のうち、著しく成長した都市においては、当時、「社会的な病」[6]と呼ばれた現象が生じていた。この現象は、具体的には、土地価格の爆発的な上昇、不健全な土地投機、ならびに、住居をめぐる破滅的な困窮状態等を意味していた[7]。そして、これらの多様な問題が

生じたことにより、原則として制限を受けない私的な土地所有権の強大な法的地位、および、市場メカニズムの妨げられない効力に依拠する経済自由主義という考え方に対して、深刻な懐疑の念が引き起こされることとなったのである[8]。

以上のような社会的・経済的状況を背景とする一般的な意識の変化に基礎づけられ、土地・住居政策の観点から新たに脚光を浴びることとなったのが、ＢＧＢにおける地上権であり、かくして、地上権に対する基本的な評価は、積極的な評価へと変化したのである。

(b)　ドイツ土地改革論者

ところで、ＢＧＢの立法過程の段階における評価とはコペルニクス的に転回した、地上権に対する積極的な評価は、当時、一定の思想を共有し、著しい活動を展開していた人々の影響によるところが大きかった。これらの人々が、ドイツ土地改革論者であり、彼らの活動は、土地改革運動と呼ばれていた。

この点につき、ＢＧＢの第一草案の改訂を委ねられた第二次委員会の非常任委員であり、有力な法学者であった[9]ルドルフ・ゾームは、「われわれの経済生活全体が健全に発展するための地上権の崇高な意義は、土地改革運動によって初めて、明らかにされた。ＢＧＢが立法過程にあった間には、いまだ誰も、そのことを認識していなかったし、私は、地上権の社会政策的な価値は、ＢＧＢがすでに成立してから後になって初めて、土地改革運動との接触を通して、私にも明らかとなったことをはっきりと認めたい」[10]、と述べていた。

それでは、この土地改革運動を展開した土地改革論者とは、一体どのような内容の思想を共有していた人々であったのであろうか。ここでは、

1898年以来、ドイツ土地改革論者連盟を主宰していたアドルフ・ダマシュケの基本的な著作である[11]『土地改革』を中心として、その思想を押さえておくこととする。

土地改革論者の思想は、まず根本的に、土地と、人間の労働による生産物である資本とは明確に異なる、という認識を前提とするものであった。すなわち、土地は、資本とは対照的に、人間の労働によって新たに作り出すことも、破壊することもできず、すべての人々に神または自然界から等しく与えられているものであり、あらゆる生活・生産活動に必要不可欠な前提条件である[12]、と理解されていた。

そして、土地の特質を資本とは対照的に捉えることによって、土地が資本と同等に取り扱われることは正当ではない[13]、という土地改革論者の基本的な立場が基礎づけられたのである。

具体的には、土地改革論者は、動産の所有者と同じように、土地の所有者にも、もっぱら自己の利益にもとづき、原則として、任意に土地を使用・収益・処分しうる権限が認められることを強く批判した[14]。

さらに、土地改革論者によると、土地についても私的な所有権が認められることが、都市において当時生じていた様々な病理現象の原因である[15]、とみなされた。

たとえば、当時、工業の発展にともなう人口の集中によって著しく成長した都市においては、土地の価値が法外に上昇したことに相応して、地代の超過（Zuwachsrente）[16]現象が生じていたが、土地改革論者は、この現象に対して、深刻な危惧の念をいだいていた。というのは、このような地代の超過額は、土地所有者によって、資本および労働が投入された結果としての所産ではなく、人口の集中による都市の成長にともなって、すべての人々が共同作業を行った結果としての所産であり、それ

は公共のために維持されなければならない社会的な財産であるからであった[17]。そして、土地所有者がこのような不労所得を取得することが阻止され、公共体が超過した地代を何らかの形で徴収することができるならば、公共体は、都市におけるあらゆる病理現象に終止符を打つことができる[18]、と主張されたのである。

なお、土地改革論者は、他方において、人間の労働による生産物である資本については、自己の行為の成果であるという理由から、私的な所有権を肯定し、所有者による資本の自由な利用を認めていた[19]。したがって、彼らの思想は、マルクス主義とは異なり、社会的な正義と個人的な自由の調和を志向する立場であった[20]、ということには留意しなければならない。

(c) 地上権の可能性に関する期待の具体的な内容

さて、以上のような内容の思想を共有していた土地改革論者は、彼らの土地・住居政策を達成するための有効な手段として、ＢＧＢによって創設された地上権に注目したのである[21]。また、土地改革論者の活動の影響は著名な法学者にも及び、先に触れたゾームのほか、エアマンやオルトマン等が、地上権に対して、基本的に、積極的な評価を明らかにしていた[22]。さらに、政界においても、たとえば、当時内務省行政長官であったポザドフスキーが、1907年4月19日のライヒ議会において、土地・住居政策の観点から、地上権の活用の積極的な効果を説いていたのである[23]。

それでは、土地改革論者を中心とする地上権の積極的な支持者は、地上権の可能性に関して、具体的に、どのような内容の期待をいだいていたのであろうか。

地上権の積極的な支持者による期待は、これから述べるように、多岐の内容にわたっていたが、いずれの期待も、地上権の基本的な法的特色に依拠するものであった、といえる。この法的特色とは、地上権が、「地上物は土地に帰属する」（Superficies solo cedit）という原則を排除し、土地と建物を異なる権利主体に帰属させること[24]である。ここでは、この点に留意しながら、四つの項目に分けて、彼らの期待の具体的な内容を整理しておくこととする。

（ｉ）「地上物は土地に帰属する」という原則によると、いうまでもなく、土地所有者は、自ら資本および労働を投入したのではないにもかかわらず、建物の建築によって生じた価値を手中に収めることとなる。これに対して、地上権が設定された場合には、建物の建築主である地上権者が、その価値を保持することができる。したがって、第一に、地上権は、土地所有者が建物の建築によって生じた価値を労せずして取得することを阻止することができる[25]、と考えられたのである。

（ii）第二に、地上権は、自己に帰属する建物を建築する意欲はあるが、そのために必要な資金が十分にない人々にとって、資金面の障害を取り除き、彼らの建築活動を実現することができる[26]、と考えられたのである。この考えは、次の二つの理由にもとづいていた。

まず、地上権は、「地上物は土地に帰属する」という原則を排除し、土地と建物を異なる権利主体に帰属させるのであるから、地上権者は、敷地を取得することなしに、自己に帰属する建物を建築することができる。したがって、地上権にもとづいて自己に帰属する建物を建築する場合、敷地を取得するための資金は不必要となる[27]。このことが、ひとつの理由であり、より本質的な理由といえよう。

この敷地の取得資金が不必要なことは、人口が過度に集中した当時の

都市では、土地の価値が途方もなく上昇したことに相応して、当然のことながら、敷地を取得するためには膨大な資金が必要であったのであるから、一世帯用住宅の取得を希望する人々にとってのみならず、この頃創設された多くの公益的な住居建設組合にとっても、地上権の大きな利点と考えられたに違いない[28]。

もっとも、地上権者は、敷地を取得することに代え、建物の所在地として敷地を利用することに対する対価として、地上権設定者である土地所有者に地代を支払わなければならない。したがって、敷地を取得したうえで自己に帰属する建物を建築する場合と比較して、地上権の地代の額が問われることとなる。

しかし、地上権の積極的な支持者によると、地上権の地代の額は、敷地を取得するための資金の利回りよりも、低く見積もられた、とのことである。というのは、地上権にもとづく敷地の利用は、時間的に、地上権の存続期間の間に限定されたのであるから、時間的な制限を受けない所有権に依拠する敷地の利用よりも、利率の点で、価値は低い、と考えられたからであった。具体的には、地上権の地代の額は、通常、土地価格の2ないし3パーセント、かつ、不変であり、敷地の取得資金の利率との差は、土地価格の1パーセントに達した[29]、といわれている。

他方、いまひとつの理由は、次のようである。

すなわち、地上権によって自己に帰属する建物を建築する場合、地上権に抵当権を設定しうることによって、建物の建築それ自体のために必要な資金もまた、容易に調達可能である、と考えられたことである。しかも、単に地上権への抵当権の設定が法的に認められることにとどまらず、地上権にもとづく建物の建築の場合、建築資金の融資者は、より積極的に融資を行うことができる、と期待されたようである。というのは、

地上権にもとづいて建築された建物は、土地所有者ではなく、地上権者に帰属するのであるから、地上権者に対する建築資金の融資者の抵当権の効力のみが及ぶ目的物となるからであった[30]。

(iii) 第三に、地上権は、土地価格の展開に対しても、よりよい影響を及ぼしうる、すなわち、土地価格の高騰を押さえることもできる、と考えられた[31]、と推定される。というのは、次のような理由からである。

当時、ドイツにおいては、イングランドにおけるとは対照的に、土地に抵当権を設定し、過度の担保貸付が行われていたようであるが、地上権の積極的な支持者によると、この事実が、都市における土地価格を人工的に高騰させた決定的な原因である[32]、とみなされていた。しかし、地上権が設定される場合、敷地を取得する必要はないのであるから、敷地に抵当権を設定して敷地の取得資金の貸付を受ける必要もない。したがって、彼らの見解にもとづくと、地上権は、土地価格の高騰を抑制することもできることとなるのである。

(iv) ところで、地上権の積極的な支持者によると、地上権は、地上権者、および、地上権者の債権者にとってのみならず、地上権設定者としての土地所有者にとっても、利益がある、と考えられていた。というのは、土地所有者が、自己に帰属する建物を建築する意欲を有する人々に土地を譲渡するのではなく、土地と建物を異なる権利主体に帰属させる地上権を設定する場合、土地所有者は、土地所有権を自己に維持したままの状態で、地上権の存続期間の間は地代を取得し、地上権の終了後には、地上権者に委譲したときと比べて通常価値が上昇した土地を、改めて自由に使用・収益・処分しうる権限を有することとなるからである[33]。

このような土地所有者にとっての地上権の利点の観点からも、地上権

の可能性に関して、いくつかの積極的な効果が期待されていた。そこで、第四に、この点を整理しておくこととする。

地上権の積極的な支持者によると、土地所有者にとっての地上権の利点の観点からは、特に、土地所有者が地方自治体や国家であり、さらに、地方自治体や国家が膨大な規模の土地を所有する場合について、地上権が積極的な効果をもたらしうる、と考えられていた。具体的には、次の四つの点である。

① 地方自治体等が所有する土地に地上権が設定される場合、土地を譲渡する場合とは異なり、土地所有権は設定者である地方自治体等にとどまる。そうすると、地方自治体等が自ら発展することによって生じた土地の価値の上昇もまた、地方自治体等に帰属することとなる。したがって、地上権は、地方自治体等が、本来個人（特に、投機家）に帰属すべきではない土地の価値の上昇を、公的な利益のために用いることを可能とする[34]、と考えられたのである。

② 地方自治体等は、地上権の設定者として、委譲した土地をどのように利用すべきかにつき、契約の形成を通して規整することもできる。たとえば、地方自治体等は、その所有地上にいかなる建物が建築されてしかるべきかを決定する可能性をも有している。したがって、地上権は、地方自治体等が、公共の福祉の観点から、都市計画の展開を統制することを可能とする[35]、と考えられたのである。

③ 地方自治体等は、その所有する土地に地上権の設定を行い、継続して土地所有者にとどまる場合、都市における土地投機に有効かつ継続的に対抗することができる[36]、と考えられた。

④ 地方自治体等にとって、当時、その人的および財政的な負担の点にかんがみて、大規模な賃貸住居の建設、ならびに、その賃貸に直接携わ

ることは、あまり得策ではなかった。しかし、地方自治体等は、公益的な住居建設組合に対して、そのような目的で地上権を設定することができる。したがって、地上権は、このような点からも、地方自治体等にとって有益である[37]、と考えられたのである。

(2)　ＢＧＢのもとでの地上権の実際の適用状況

以上、地上権に対する基本的な評価が、ＢＧＢの施行後、当時の社会的・経済的状況を背景とし、主としてドイツ土地改革論者の活動の影響を受けて、積極的な評価へと変化し、地上権の可能性に関して、さまざまな内容の積極的な効果が期待されるに至ったことを考察してきた。

それでは、このような基本的に高い評価を受けるようになった地上権は、実際に、ＢＧＢの規定が妥当するもとで、どの程度、また、どのような目的で、ならびに、どのような当事者によって、設定されていたのであろうか。ここでは、ＢＧＢのもとでの地上権の実際の適用状況について、簡単に検討しておくこととする。

まず、地上権に関するＢＧＢの規定が妥当していた段階、すなわち、ＢＧＢが施行された1900年から、後に「地上権令」が施行される1919年までの期間において、実際に地上権が設定された程度は、客観的に判断すると、かなり高い、少なくとも、決して僅少ではない[38]、ということができる。

具体的な数字としては、シュテッティーン市当局によると、ドイツの16の大都市および中都市は、1900年から1911年までの間に、それらの都市が所有する土地のうち、全部で61万2625平方メートルの土地に地上権を設定していたのである[39]。また、ダマシュケによると、国家は、1909年1月1日までに、55万6408平方メートルの所有地を、地上権の設定のた

めに委譲した[40]、とのことである。

次に、当時締結されていた地上権設定契約の多くから窺い知ることができるように、地上権は、この時代、かつての地上権の先行形態であった権利におけるとは異なり[41]、主として、居住用の建物を建築する目的で設定されるようになっていたのである[42]。このことは、地方自治体等が、都市における住居をめぐる破滅的な状況を緩和するために、地上権を活用することにより、積極的に関与しようとしていたこと[43]を示していた、といえよう。

最後に確認すべき点は、当時、地上権設定契約は、どのような当事者によって締結されていたのか、ということである。

地上権設定者としては、その大部分が、地方自治体、国家、プロイセン等の公法上の法人であり[44]、筆者が入手した資料から判断する限り、私的な土地所有者が地上権設定者として現れることは、ほとんどなかった[45]ようである。

公法上の法人のなかでは、比較的大きな都市が、重要な地上権設定者であったが、特に、フランクフルト・アム・マインは、地上権の設定を大規模に展開していた[46]。すなわち、シュテッティーン市当局によると、フランクフルトは、1900年以後、全部で、約160件の地上権設定契約を、約15万平方メートルの所有地について、締結していたのであり、さらに300件の地上権設定契約の申し込みがあった[47]、ということである。その他の都市としては、ライプツィヒ、ドルトムント、マンハイム等が挙げられる[48]。

他方、地上権者としては、自然人も散見されるが、優位な数を占めていたのは、公益的な住居建設組合であった[49]、といえる。公益的な住居建設組合の具体的な名称は、たとえば、フランクフルトやライプツィヒ

の公益的な建設組合、ドレスデンの貯蓄・建設協会、ベルリンの公務員住居協会等であった[50]。

ただし、例外もあり、フランクフルトにおいては、シュテッティーン市当局によると、全部で約160件の地上権設定契約のうち、112件が公務員・教員と、約30件が私人と締結されていたのに対して、公益的な住居建設組合との契約は13件にすぎなかった[51]、とのことである。

なお、地上権にもとづいて建築された建物が、学校、病院、博物館、体育館等の公的な建物であることもあった[52]、とされているので、地上権者が公法上の法人である契約も存在したようである。

以上のように、ＢＧＢのもとでの地上権の実際の適用状況は、確かに、十分に注目に値する、と考えられる。

しかし、それにもかかわらず、地上権が実際に普及した程度は、多少無批判的でもあった[53]地上権の積極的な支持者の期待には及ばなかったし、自己に帰属する建物を建築する意欲を有する人々が、敷地の所有権を取得するのではなく、地上権を選択することは、やはり、それほど多くはなかった[54]、といえよう。

(3)　ＢＧＢのもとでの地上権の普及に対する障害

それでは、地上権が、ＢＧＢのもとで、より普及することの妨げとなった障害とは、いかなることであったのであろうか。最後に、この点について、考察しておくこととする。

ＢＧＢが規定する地上権により強い市民権が与えられることに対する障害は、ひとつには、人々の確固たる一般的な観念に関係した[55]、と考えられる。

ＢＧＢの立法過程の段階に関して考察した１の(1)の(b)で述べたよう

に、地上権の先行形態であった権利は、19世紀において、以前の時代の単なる残滓を形成していたにすぎず、取り立てて言うほどの経済的・社会的な意義をほとんど有していなかった。したがって、自己に帰属する建物を建築しようとする場合、敷地の所有権をも取得することが、地上権を選択することよりも、十分に価値があるという観念は、ドイツにおいて、以前から、人々の一般的な意識のなかに確固として根づいていた[56]、と考えられるのである。

しかし、より重要な障害は、ＢＧＢが規定する地上権をめぐる法的な諸問題であった、といえる。

これらの法的な諸問題は、以下述べるように、大きく、三つの問題に分けることができる。

(a)　地上権の内容が不明確なこと

地上権が設定される場合、元来単一の法主体に統合されていた敷地の所有権に関する諸々の権限は、土地所有者と地上権者に分配されることとなる。しかし、いかなる権限が地上権者に帰属するのかということは、地上権の本来的な内容である敷地の利用権限を除いて、必ずしも明確とはいえない[57]。

それでは、ＢＧＢにおいては、地上権の内容の明確性を確保するような規定が設けられていたのであろうか。

この点については、すでに１の(2)において考察したように、ＢＧＢにおける地上権の規整は、単に六か条の規定のみをもって、きわめて簡潔・不十分になされていた。地上権の内容に関しても、地上権は、建物、または、地下の工作物を保有するための、譲渡可能かつ相続可能な権利である、と規定された以外の点においては、契約自由の原則の余地が広

範に認められていたのである。さらに、ＢＧＢにおいては、地上権の内容に関して、当事者の契約上の意思表示を補充する任意規定もまた、置かれていなかった。

したがって、地上権の内容、すなわち、地上権者の権利と義務の範囲に関して、一般的に不明確であるという法的状況が払拭されることはなく、さらに、地上権者の法的地位が縮減される危険性も大きかったのである[58]。

(b)　地上権の存続が保障されていないこと

この点についても、すでに１の(2)の(b)において考察したように、ＢＧＢにおいては、地上権の一定の存続期間を保障する規定、および、地上権設定契約の更新に関する規定は存在せず、地上権の存続に関する問題は、完全に契約自由の原則に委ねられていた。

しかし、地上権の一定の存続期間の保障に関しては、当時締結されていた地上権設定契約によると[59]、きわめて短期間の地上権が設定されることはほとんどなく[60]、比較的長期の存続期間ー60年ないし90年ーが、合意されていたのである。

それにもかかわらず、地上権の存続が、合意された一定の期間の間、完全に保障されていたわけでは決してなかった。というのは、当時、地上権の設定に際して、解除条件を合意することが頻繁に行われていたからである。

２の(2)において述べたように、この時代の地上権設定者の大部分は地方自治体等の公法上の法人であった。しかし、公法上の法人もまた、かなり多くの地上権設定契約において、地上権設定者としての優位な地位にもとづき、一定の条件が成就した場合には、地上権は存続期間満了前

にも消滅するという合意を行うことを通して、あらゆる不測の事態に対して、最大限の自衛策を講じようとしていたのである。

一定の条件とは、たとえば、地上権者が、認可された建築計画等と異なる建物を建築した場合、合意された建築のための期間を遵守しなかった場合、火災等による建物の滅失後一定の期間内に建物を再築しなかった場合、その他、当該契約において合意された諸々の義務に違反した場合、さらには、公法上の法人が当該敷地を利用することが公的な利益の観点から必要となった場合等であった[61]。

したがって、比較的長期の存続期間が合意されていたとしても、あわせて解除条件も合意されていた結果、事情によっては、地上権者による軽微な契約違反や故意・過失をともなわない契約違反にもとづいて、さらには、地上権者が全く支配しえない事情にもとづいてさえ、存続期間満了前に地上権が消滅する可能性が存在したのである[62]。

(c) 地上権に抵当権が設定され担保貸付がなされることが困難なこと

２の(1)の(c)の(ⅱ)において述べたように、地上権にもとづいて自己に帰属する建物を建築する場合、地上権者は、地上権に抵当権を設定しうることによって、建物の建築それ自体のために必要な資金を調達することが可能となる。しかし、実際には、地上権に抵当権が設定され担保貸付がなされることは、当時、きわめて困難な状況にあった。そして、この法的な問題が、ＢＧＢのもとでの地上権の普及に対して、さらに重要な障害となっていたのである[63]。

それでは、地上権に関する担保貸付がきわめて困難であった理由は、いかなる点にあったのであろうか。

重要な理由は、これまで述べたように、地上権の内容が不明確なこと、

および、地上権の存続が保障されていないことであった。特に、解除条件が合意されていた地上権に関しては、存続期間満了前に地上権が消滅する可能性が存在し、かつ、それに対して抵当権者は通常何らの影響力も及ぼすことはできなかったのであるから、当然のことながら、担保貸付は極度に困難であったのである[64]。

その他、次のような理由も考えられる[65]。すなわち、地上権には通常一定の存続期間が定められていたのであるから、担保としての地上権の価値は、地上権の存続期間が進捗するのにともなって、継続的に低下していくこと、また、地上権にもとづいて建築された建物の価値も、当然、年々低下せざるを得ないこと、さらには、地上権が実際に普及していた程度はそれほど高くなかったのであるから、そもそも、地上権の価値を評価すること自体が困難であったことである。

以上のような理由から、実際に、地上権者が、地上権に抵当権を設定して建築資金の融資を受けることは、非常に難しかったのである[66]。その結果、ときには、地上権設定者としての公法上の法人が、自ら、建築資金の大部分を融資することさえも行われていたほどであった[67]。

---

(1) Hans-Georg Knothe, *Das Erbbaurecht Eine rechtsdogmatische und rechtspolitische Untersuchung*, 1987, S. 67.

(2) Knothe (Fn. 1), S. 62, 67.

(3) Ph. Stein, "Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Erbbaurechts", *Schriften der Zentralstelle für Arbeiter-Wohlfahrtseinrichtungen*, Nr. 22, 1903, S. 131.

(4) Knothe(Fn. 1), S. 66, 67.

(5) 木谷勤/望田幸男編著『ドイツ近代史ー18世紀から現代までー』（ミネルヴァ書房、1992）2、65頁。

(6) Franz Oppenheimer, *Die Siedlungsgenossenschaft Versuch einer positiven Überwindung des Kommunismus durch Lösung des Genossenschaftsproblems und der Agrarfrage*, 3. Aufl., 1922, S. 557, 558.

(7) Knothe(Fn. 1), S. 68; Adolf Damaschke, *Die Bodenreform Grundsätzliches und Geschichtliches zur Erkenntnis und Überwindung der sozialen Not*, 20. Aufl., 1923, S. 134〔Posadowsky〕; *Jahrbuch der Bodenreform*, 3. Bd., 1907, S. 113, 114〔Posadowsky〕.

(8) Knothe(Fn. 1), S. 67.

(9) 大木雅夫『比較法講義』（東京大学出版会、1992）219頁。

(10) Damaschke(Fn. 7), S. 135.

(11) Knothe(Fn. 1), S. 68(Fn. 34).

(12) Damaschke(Fn. 7), S. 55, 60. なお、土地改革論者の用語法においては、「土地」という概念は、自然界のあらゆる物質、作用、利益、すなわち、水、空気、空気を通して伝えられる太陽の作用である光や暖かさをも含む、とされていた。Damaschke(Fn. 7), S. 55.

(13) Damaschke(Fn. 7), S. 48ff., 56.

(14) Damaschke(Fn. 7), S. 54ff.; Oppenheimer(Fn. 6), S. 557ff.; Knothe(Fn. 1), S. 67.

(15) Oppenheimer(Fn. 6), S. 557f.

(16) Franz Oppenheimer, *Großgrundeigentum und soziale Frage*

Versuch einer neuen Grundlegung der Gesellschaftswissenschaft, 2. Aufl., 1922, S. 104f., 126f.

(17) Damaschke (Fn. 7), S. 59f. ; Oppenheimer (Fn. 16), S. 104f., 126ff.

(18) Damaschke (Fn. 7), S. 60.

(19) Damaschke (Fn. 7), S. 51f., 60 ; Oppenheimer (Fn. 6), S. 557f.

(20) Damaschke (Fn. 7), S. 48ff., 54, 60.

(21) たとえば、Damaschke (Fn. 7), S. 131ff. を参照。

(22) Heinrich Erman, *Erbbaurecht und Kleinwohnungsbau* , 1907 ; ders., "Erbbaurecht und Kleinwohnungswesen", *Jahrbuch der Bodenreform* , 4. Bd., 1908, S. 248ff. ; Paul Oertmann, "Zur Würdigung des Erbbaurechts", *Annalen des Deutschen Reichs* , 1904, S. 561ff.

(23) Posadowsky (Fn. 7), S. 112ff.

(24) Knothe (Fn. 1), S. 69 ; Damaschke (Fn. 7), S. 132.

(25) Knothe (Fn. 1), S. 69.

(26) Daniel Pesl, *Das Erbbaurecht Geschichtlich und wirtschaftlich dargestellt* , 1910, S. 125ff. ; Oertmann (Fn. 22), S. 568ff.

(27) Pesl (Fn. 26), S. 80, 126 ; Stübben, "Für das Erbbaurecht", *BANK-ARCHIV*, 16 (1916/17), S. 117, 118 ; Posadowsky (Fn. 7), S. 113f. ; Michaelis, "Das Erbbaurecht und seine Zukunft", *Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung*, 19. Jahrgang, 1919, S. 3.

(28) Knothe (Fn. 1), S. 71.

(29) Oertmann(Fn. 22), S. 570 ; Stübben(Fn. 27), S. 117f. ; Pesl(Fn. 26), S. 126 ; Michaelis(Fn. 27), S. 3.

(30) Knothe(Fn. 1), S. 71f.

(31) Knothe(Fn. 1), S. 73.

(32) Damaschke(Fn. 7), S. 146f. ; A. Pohlman-Hohenaspe, "Zur Praxis des Erbbaurechts", *Jahrbuch der Bodenreform* , 4. Bd., 1908, S. 304f.

(33) Erman(Fn. 22), "Erbbaurecht und Kleinwohnungswesen", S. 275 ; Hermann Wittmaack, *Das Erbbaurecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs* , 1906, S. 3 ; Damaschke(Fn. 7), S. 132 ; Pesl(Fn. 26), S. 63f. ; Oertmann (Fn. 22), S. 575 ; Stübben(Fn. 27), S. 118.

(34) Erman(Fn. 22), "Erbbaurecht und Kleinwohnungswesen", S. 275 ; Wittmaack(Fn. 33), S. 3 ; Pesl(Fn. 26), S. 63f. ; Oertmann(Fn. 22), S. 575 ; Stübben(Fn. 27), S. 118 ; Michaelis(Fn. 27), S. 3 ; ders., "Die gesetzliche Neuregelung des Erbbaurechts", *Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern* , 1919, S. 167.

(35) Pesl(Fn. 26), S. 64 ; Michaelis(Fn. 34), S. 167 ; Knothe(Fn. 1), S. 75.

(36) Posadowsky(Fn. 7), S. 112f. ; Damaschke(Fn. 7), S. 134 〔Posadowsky〕 ; Michaelis(Fn. 34), S. 167.

(37) Wittmaack(Fn. 33), S. 3 ; Knothe(Fn. 1), S. 75.

(38) Sigismund Samoje, *Erbbaurecht Kommentar zu der Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919.*, 1919, S. 134 (Amtliche Begründung zu der Erbbaurechtsverordnung) ; Michaelis(Fn. 27), S. 2 ; Knothe(Fn. 1), S. 76.

(39) *Jahrbuch der Bodenreform* , 8. Bd., 1912, S. 216ff. (Die

Anwendung des Erbbaurechts im Deutschen Reiche) .

(40) Damaschke(Fn. 7), S. 134.

(41) 1の(1)の(b)参照。

(42) (Fn. 39), S. 216ff. ; Wittmaack(Fn. 33), S. 235ff. ; Samoje(Fn. 38), S. 133.

(43) Michaelis(Fn. 27), S. 2.

(44) (Fn. 39), S. 216ff. ; Wittmaack(Fn. 33), S. 235ff.

(45) Knothe(Fn. 1), S, 76.

(46) (Fn. 39), S. 216ff. ; Damaschke(Fn. 7), S. 133 ; Michaelis(Fn. 27), S. 3.

(47) (Fn. 39), S. 220. なお、ダマシュケによると、フランクフルトは、1915年3月31日において、全部で、209件の地上権設定契約を、16万9221平方メートルの所有地について、締結していたのであり、さらに少なくとも250件の地上権設定契約の申し込みがあった、とされている。Damaschke (Fn. 7), S. 133.

(48) (Fn. 39), S. 216ff.

(49) (Fn. 39), S. 216ff.

(50) *Schriften der Zentralstelle für Arbeiter-Wohlfahrtseinrichtungen,* Nr. 22, 1903, S. 201 ; Wittmaack(Fn. 33), S. 236 ff.

(51) (Fn. 39), S. 220. なお、ダマシュケによると、フランクフルトにおいては、全部で209件の地上権設定契約のうち、139件が公務員・教員と、50件が私人と、20件が公益的な住居建設組合と締結されていた、とされている。Damaschke(Fn. 7), S. 133.

(52) Pesl, "Zur besseren Regelung des Erbbaurechtes", *Annalen des Deutschen Reichs* , 1915, S. 257f.

(53) Michaelis (Fn. 27), S. 2.

(54) Knothe (Fn. 1), S. 78.

(55) Knothe (Fn. 1), S. 78.

(56) Knothe (Fn. 1), S. 78.

(57) Knothe (Fn. 1), S. 78f.

(58) Knothe (Fn. 1), S. 79, 80.

(59) (Fn. 39), S. 216ff.

(60) 地上権者が自然人あるいは会社である契約において、30年の存続期間が合意されていた契約が、前掲注（39）の文献においては、最も短期間の契約であった。

(61) Wittmaack (Fn. 33), S. 241, 243, 246f. ; (Fn. 50), S. 201 ; *Jahrbuch der Bodenreform* , 4. Bd., 1908, S. 23, 28.

(62) Knothe (Fn. 1), S. 80f.

(63) Posadowsky (Fn. 7), S. 114 ; André, "Die rechtliche Seite des Erbbaurechts", *Schriften der Zentralstelle für Arbeiter-Wohlfahrtseinrichtungen,* Nr. 22, 1903, S. 124.

(64) Knothe (Fn. 1), S. 81.

(65) André (Fn. 63), S. 124 ; Posadowsky (Fn. 7), S. 114 ; Knothe (Fn. 1), S. 81.

(66) André (Fn. 63), S. 124 ; Pütter, "Die bisherigen praktischen Erfahrungen mit dem Erbbaurecht", *Schriften der Zentralstelle für Arbeiter-Wohlfahrtseinrichtungen,* Nr. 22, 1903, S. 145f.

(67) Michaelis(Fn.27),S.3 ; (Fn.39),S.216ff.

3　「地上権令」の立法過程の段階

最後に、ドイツにおける地上権に関する立法の展開過程を実証的に検討するという本節の考察の締めくくりとなるが、最も重要と考えられる「地上権令」の立法過程の段階に関して考察する。

(1)　地上権をめぐる論議

(a)　地上権に対する懐疑的ないし否定的な評価

はじめに、1、および、2において考察したことを振り返ってみたい。

ＢＧＢの立法過程の段階においては、地上権に対する評価は、総じて、かなり低いものであり、相当強い懐疑的ないし否定的な評価も存在していた。ところが、ＢＧＢの施行後すぐに、地上権に対する基本的な評価は、当時の社会的・経済的状況を背景とし、主としてドイツ土地改革論者の活動の影響を受けて、積極的な評価へと変化し、地上権の可能性に関して、さまざまな内容の肯定的な効果が期待されるに至った。しかし、地上権に関するＢＧＢの規定が妥当するもとで、確かに、地上権が実際に適用されていった状況は、十分に注目に値するものではあったが、同時に、地上権がより普及することの妨げとなった障害、特に、法的な諸問題もまた明らかとなってきた。

このような状況において、再び、地上権をめぐる論議が活発となり、地上権に対する懐疑的ないし否定的な評価が、表面化してくることとなるのである。

地上権に関するＢＧＢの規定を前提として行われた、この時期の論議において、地上権に対する懐疑的ないし否定的な評価は、さまざまな立場の論者からなされるに至った。

第一に、最も強い程度をもっていたのは、経済自由主義という考え方を堅持しようとする立場の論者からの評価であった。

この立場は、土地と、人間の労働による生産物である資本とは明確に異なるという認識を前提としていたドイツ土地改革論者の立場[1]とは対照的に、土地をめぐる経済の領域においても、個人の経済的な活動はいっさい妨げられてはならない[2]、とする立場であった。他方、人間ないし人間の運命の相違のゆえに、経済的な活動の自由と分かちがたく結びつけられた不平等は、甘受されなければならないものである、とされたのである。

そして、この立場に依拠する論者からすると、地上権は、経済的な財のひとつである土地を、市場の法則から引き離し、どことなく統制的な秩序に従わせる手段である[3]、と考えられたのであり、イデオロギー的な観点からみると、地上権は、社会主義的、さらには、共産主義的な傾向を助長するものである[4]、と批判されたのである。

第二に、第一の立場の論者とは全く逆の立場、すなわち、公法上の法人による土地・住居政策を積極的に支持する立場の論者からも、地上権に対する懐疑的ないし否定的な評価がなされた。

具体的には、この立場に依拠する論者からすると、地上権は、むしろ、社会的な性質を欠いているがゆえに、土地・住居問題の解決にとって、唯一の手段でも、有用な手段でもない[5]、と批判された。すなわち、私的所有権と契約自由の原則にもとづく現在の法・経済体系のもとで、ＢＧＢの地上権は、完全に私法的な性質を有しているがゆえに、社会的な観点において、積極的に評価するに値しない[6]、と考えられたのである。したがって、この立場の論者は、解決を迫られている社会的な諸問題については、地上権によってではなく、たとえば、公的に組織され

た新たな機構によって対処すべきである[7]、と主張したのである。

第三に、法学者のなかで、基本的には、地上権を積極的に支持していた論者も、同時に、地上権に対する失望の気持ちを表明せざるをえない状況であった。

たとえば、オルトマンは、自分自身も含めた地上権の支持者は、過度に期待を募らせていたこと、また、地上権は、社会的な万能薬でも、住居問題の解決につきもっぱら推奨に値する措置でもないことが、すでに決定的に確認された[8]、とも述べていたのである。

(b) 地上権の可能性に関する具体的な疑問点

以上のように、この時期の地上権をめぐる論議においては、地上権に対して、反対論者のみならず、基本的な支持者もまた、懐疑的ないし否定的な評価を下すに至ったわけであるが、より具体的には、地上権のどのような可能性に関して、いかなる疑問がいだかれたのであろうか。次に、この点を考察しておくこととする。

第一の疑問は、地上権が、自己に帰属する建物を建築する意欲はあるが、そのために必要な資金が十分にない人々にとって、資金面の障害を取り除き、彼らの建築活動を実現することができるという可能性に関してであった。この可能性は、地上権が設定されて自己に帰属する建物が建築される場合、敷地を取得するための資金は不必要なこと、さらに、地代の額は敷地の取得資金の利回りよりも低く見積もられたことに、主として、依拠していた。

しかし、この利点を強調することに対して、次のような理由から、疑問が提示されたのである。

まず、敷地を取得したうえで自己に帰属する建物が建築される場合に

も、当初の段階で、敷地の購入価格の全額が支払われる必要はなく、通常は、10分の1、さらに、それ以下の金額のみが初回の金額として支払われ、残りの金額については、敷地に抵当権が設定され、貸し付けられた資金の弁済がなされる、という形がとられる。

これに対して、地上権が設定される場合には、確かに、敷地を取得する資金は不必要である。しかし、そのことは、土地所有権の取得、および、所有権の有する諸々の利点を断念することを意味し、結局、地上権の利点は、実際には、地代の額と、敷地の取得資金の利率との差異にある、といえる。そして、この利率の差は、慎重かつ専門的な算定によると、土地価格の0、5パーセントにしかならない、とのことである。

したがって、地上権によって資金面の障害が軽減されるとしても、その程度はほんのわずかであり、そのことによって、資金の乏しい人々の建築活動が実現されると主張することは決してできない[9]、という理由であった。

第二に、地上権が、土地価格、さらには、住居の賃料価格の高騰を抑制することができるという可能性に関しても、強い疑念が表明された。

というのは、一方において、土地の価格は、主として、その土地に建築された建物の収益価値によって定められる、と考えられたからである。したがって、たとえば、地方自治体が膨大な規模の土地を所有する場合に、建物を建築する目的で地上権を設定し、かつ、地上権者に対して、建築された建物の賃料価格を命ずる場合にはじめて、土地価格の形成に対する影響力が獲得されるのであり、そうでない限り、地上権自体は、土地価格を低く維持する能力を有しない[10]、と論じられた。

また、他方において、賃料の価格は、需要と供給の関係において定められる、と考えられたからである。地上権者は、自己が建築した建物を

より安く賃貸することにいささかの利益もなく、賃料価格の上昇につき、土地所有者と同様の利益を有し、また、一定価格の賃料が地上権者に義務づけられることはあまりないのである。したがって、地上権は、賃料価格を形成する要因に対しても、一般に、影響を及ぼすことはない[11]、と主張された。

第三の疑問は、地上権が、都市における土地投機に有効かつ継続的に対抗することができるという可能性に関してであった。この可能性は、地上権設定者である土地所有者にとっての地上権の利点の観点から、土地所有者が、土地所有権を自己のもとに維持したままの状態で、建築意欲を有する人々に対して地上権を設定することによって、主に、土地に建物が建築されず、土地が遊休化するという社会的に有害な現象が阻止されることを意味していた。

しかし、この可能性も、疑わしい根拠にもとづいている、と主張する論者もあった。というのは、地上権が設定された場合にも、地上権者が、敷地に建物を建築することなく、投機的な行動をとる場合もあり、地上権が、土地をめぐる投機がもたらす社会的に有害な現象を完全に克服することはない[12]、と考えられたからである。

第四に、地上権が、建物の建築様式や建物の維持に関して、一般的に、良好な影響を及しうるという可能性に関しても、疑問をいだく論者の方が多かった。

すなわち、地上権者が、一般に、優良な建物、つまり、衛生的かつ美的な様式を備えた建物を建築する傾向はないし、また、建物を良好な状態に維持するために相当な支出をなす傾向もない、と論じられた。特に、地上権の存続期間が満了に近づけば近づくほど、建物を良好な状態に維持するために相当な犠牲を払うことは、ますます少なくなり、建物は、

放置され、次第に荒廃する、と危惧された。というのは、地上権者は、相当な支出をなすことに何らの利益もなく、かつ、そのことを強制されることもありえない[13]、と考えられたからである。

(c) 地上権をめぐる論議の収束

さて、地上権をめぐって行われた以上の論議は、かなり徹底的なものであったと考えられるが、この論議は、いかなる方向に収束していったのであろうか。

まず、一方において、経済自由主義という考え方を堅持しようとする立場の論者からの批判は何ら重要視する必要はなく、また、地上権が土地・住居政策上の成果を全くもたらさなかったともいえない、と考えられた。というのは、地上権の実際の適用が、これまで、経済的に有害な結果を招いたという根拠は存在しなかったし、地上権の成果をあまりに過少に評価することは、客観的に正しいとはいえないからである[14]。

しかし、他方において、地上権の積極的な支持者もまた、いささか無批判的な期待をいだいていたことは、否定できない状況であった。

むしろ、ＢＧＢにおける地上権の規整が、法的にきわめて不十分であり、地上権がより普及することの妨げとなっている法的な諸問題が存在する、という認識については、地上権の支持者と反対者との間に、見解の相違はなかった[15]、といえよう。

したがって、問題は、ＢＧＢにおいてすでに認められている地上権をそのまま不完全な法的状態のもとに放置するのか、それとも、地上権に対して何らかの意義・発展の可能性を認め、地上権に関する法的な基礎を補充・改正するのか、という点にのみあった[16]、と考えられる。そして、この点につき、多数を占めたのは、地上権に関するＢＧＢの規定

が補充・改正されるべきであるとする見解であったのである[17]。

(2) 「地上権令」の成立とその目的・主たる改正点

(a) 「地上権令」の成立

地上権に関するＢＧＢの規定の補充・改正につき、「地上権令」の成立に向けての立法作業が具体的なものとなる前に、注目すべき重要な動きが、いくつか認められた。

第一に、オーストリアにおいて、1912年4月26日の「建築権（Baurecht）に関する法律」[18]が公布されたことであった。このオーストリアの「建築権法」は、ＢＧＢの規定と比較して、規定の数の点から、より包括的であった（私法上の規定だけでも12条）のみならず、権利の存続保障の観点からも、留意すべき規定を置いていた。

すなわち、①契約で定めうる約定最短存続期間は30年、約定最長存続期間は80年である、との規定（3条1文）、②解除条件の合意は認められない、との規定（4条1文）、③地代の支払の遅滞を理由とする建築権の消滅の合意は、地代が、少なくとも連続して2年間遅滞している場合に関してのみ認められる、との規定（4条2文）である。

オーストリアの「建築権法」は、これらの点において、契約自由の原則を制限したわけであるが、約定最短存続期間については、建築コスト、および、抵当権の償却可能性が考慮され、約定最長存続期間については、権利が永久化し、封建的な土地秩序へと復帰するという恐れを緩和しようとする配慮が働いたようである[19]。

第二に、同じく1912年に開催された第31回ドイツ法曹大会において、地上権に関する担保貸付をめぐり、現行のＢＧＢの規定は、十分ではなく、特別法によって補充される必要がある、という考えが多数を占めた

ことであった[20]。

同大会では、ステューベンとプリブラムの鑑定意見[21]にもとづいて、報告および議論が行われたが、特に、ペッヒマン（バイエルン商業銀行取締役）の報告[22]は、次の第三点との関連において注目すべきものであった。

第三に、留意すべき二つの私的草案、すなわち、ペッヒマンとミヒャエリス（ライヒ最高裁判所顧問官）の草案が公表されたことであった。ここでは、地上権の存続保障・保護に関する規定につき、両草案を簡単にみておくこととする。

ペッヒマンの草案[23]は、第31回ドイツ法曹大会の終了後すぐ、1913年に公表されたものであった。同大会における報告とは若干の相違点もみられたが、留意すべきは次の諸点である。

すなわち、同草案においては、①地上権の内容に関して、地上権設定契約の当事者間でなされるすべての合意が、登記にもとづいて、土地所有権、および、地上権の承継者に対して効力を生じる可能性が与えられていたこと、②契約で定めうる地上権の約定最長存続期間は、99年に制限され、また、地代の支払の遅滞を理由とする地上権の消滅の合意は、地代が、少なくとも連続して2年間遅滞している場合に関してのみ認められていたこと、③契約期間の満了後、地上権を新たに設定する場合につき、地上権者の優先権に関する合意が認められていたこと、等である。

他方、1919年に公表されたミヒャエリスの草案[24]においては、契約で定めうる地上権の約定最長存続期間は、同じく、99年に制限されていた。しかし、同草案では、地上権設定契約の更新に関する合意は、認められていなかったのである[25]。

さて、以上のような動きをより進捗させる形で、「地上権令」の成立

へと至る立法作業が本格化することになるが、この立法作業は、第一次世界大戦の勃発（1914年）、戦局が絶望的な状態に陥るなかで進行した1918年の11月革命による帝政の崩壊、暫定的なライヒ政府の成立、という歴史的に重大な時期において、進められることとなったのである。

まず、内務省は、いまだ第一次世界大戦の開始前に、最終的には未公刊にとどめられたが、「地上権についての法改正に関する基本的な特質」という表題の文書を作成した[26]。

続いて、立法作業は、第一次世界大戦中に加速されることとなり、1918年5月3日、経済省による草案、すなわち、「地上権に関するライヒの法律の草案」[27]が、ライヒ公報に公表されたのである。

この草案に対しては、かなり活発な反響があったが、それは、基本的には、賛同的な傾向を示していた[28]、といえよう。

その後、11月革命の勃発、帝政の崩壊という情勢のなかで成立した暫定的なライヒ政府は、いまだ憲法制定に関する権能を有する国民議会が招集される前に、1918年の草案に本質的ではない修正を加えただけで、同草案を法律としての効力を有する命令として、1919年1月22日に公布・施行させるに至った（「地上権令」35条1文参照）[29]。これが、1919年1月15日の「地上権令」[30]であったのである。

(b)　「地上権令」の目的・主たる改正点

それでは、引き続いて、「地上権令」の具体的な内容について、考察を進めることとする。

まず、「地上権令」の『理由書』[31]、および、1918年の「地上権に関するライヒの法律の草案」の「解説」[32]から、「地上権令」が、いかなる目的をもって制定されたのか、という点を読み取ってみると、次のよ

うである。

すなわち、ここにおいても、ＢＧＢにおける地上権の規整は法的に不十分であり、地上権がより普及することの妨げとなっている法的な障害が存在する、という認識が、前提とされていた。

他方、これまで、地上権が土地・住居政策上の成果を何らもたらさなかったという事実はなく、逆に、地上権は、法的な障害があるにもかかわらず、注目に値する程度、設定されていた、といわれている。しかも、地上権は、少なからぬ意義、および、発展の可能性を有していながら、現行法における不十分な規定がネックとなっている、と考えられていた。

ところで、地上権が実際に利用されるべき必要性は、第一次世界大戦後、高くなる、と予想されていた。というのは、大戦後には、土地・住居をめぐるきわめて切迫した困窮状態、端的にいうと、住居の著しい不足状態が生じる、と考えられたからであろう。

したがって、そのような状況にかんがみると、土地・住居政策的な観点から、妨げとなっている法的な障害を除去し、地上権の実際の利用可能性を高めることが必要とされることとなり、「地上権令」は、そのような目的をもって制定されたのである[33]。そして、このことは、暫定的なライヒ政府が、「地上権令」と同時に、1919 年 1 月 15 日の「住居についてのきわめて緊急的な困窮状態の除去に関する命令」[34]を制定したことからも、窺い知ることができる[35]、といえよう。

以上、「地上権令」が土地・住居政策的な目的をもって制定されたことを確認したが、次に、「地上権令」の主たる改正点について、概括的に整理しておくこととする。

はじめに、形式的な観点からは、次の二点に要約されうる。

第一に、「地上権令」における規整は、ＢＧＢにおける規整よりも、

はるかに詳細であり、規定の総数において、39条に及んだことである。

第二に、「地上権令」は、地上権に関する新たな規定を可能な限り統一的かつ整然と構成するという考えにもとづき、「地上権令」施行前に設定された地上権を適用対象から除いて(「地上権令」38条)、BGB 1012条ないし1017条を廃止し(「地上権令」35条2文)、本質的な修正を加えることなく、これらの規定を承継しつつ[36]、地上権を独自に規整する、特別法という形式をとったことである[37]。

他方、実質的な観点における改正点は、「地上権令」が、いかなる点に重点を置いて制定されたのか、ということに密接に関連していた。

「地上権令」の制定者によると、「地上権令」においては、地上権の市場性(市場における地上権の価値)が高められること、および、地上権に関する担保貸付が容易にされることに、主たる重点が置かれた[38]、とのことである。このこととの関連において理解される必要があるのが、次の三つの改正点である。

第一に、地上権の内容、すなわち、地上権者の権利と義務の範囲に関して、その明確性を確保するための新たな仕組みが設けられたことである。それは、すでに考察したように[39]、「地上権令」1条における地上権の法定内容のほかに、当事者の一定の範囲の合意(地上権の約定内容に関する合意)を登記することにより、物権的効力をともなって、地上権の内容を明確化するという仕組みであった。具体的には、「地上権令」2条ないし8条、および、27条1項2文と32条1項2文が、これに関する規定である。

第二に、地上権の存続が、合意された一定の期間の間、保障されたことである。というのは、この点もすでに考察したように[40]、当時、比較的長期の存続期間が合意されていたにもかかわらず、あわせて解除条

件も頻繁に合意されていた結果、存続期間満了前に地上権が消滅する可能性が存在したが、そのような可能性は、「地上権令」1条4項によって、排除されたからである。

第三に、地上権に関する担保貸付は、当時、きわめて困難な状況にあったが[41]、そのような状況が本質的に改善されたことである。このことは、右の第一、および、第二の改正点とともに、特に、「地上権令」18条以下の一連の規定による。

そのほか、「地上権令」の制定者は、「公共の利益にかんがみて、建築された居住用の建物が、秩序を保って良好な状態に維持されること」[42]を重視した。したがって、「地上権令」においては、建物を良好な状態に維持し、建物の荒廃を防ぐための規定が設けられた。このことが、第四の改正点である。

具体的には、「地上権令」の制定者によると、存続期間満了による地上権の消滅の場合における、建物に関する補償請求権の規定[43]、土地所有者による復帰請求権行使の場合における、地上権に関する補償請求権の規定[44]、および、存続期間満了後における地上権者の更新の優先権に関する規定[45]が、それにあたる[46]、と位置づけられていたのである。

以上のように、「地上権令」の制定者は、地上権の市場性、すなわち、市場における地上権の価値が高められ、地上権に関する担保貸付が容易にされるならば、地上権の実際の利用可能性が高められることとなり、それによって、土地・住居政策的な目的も達せられる、と考えたのである。さらに、「地上権令」の制定者は、建築された建物が良好な状態に維持されることも重要である、と考えていた。実質的な観点における「地上権令」の改正点は、そのような制定者の考え方にそって、理解されな

ければならないのである。

(3)　「地上権令」における地上権の規整と契約自由の原則の余地

ところで、地上権は、「地上権令」において、より具体的に、どのように規整されたのか、という点については、すでに考察したところであり、「地上権令」が、地上権の内容に関して、概括的にみて、契約自由の原則の余地をかなり残しており、個別的にも、特に、地上権の一定の存続期間の保障、および、地上権設定契約の更新につき、完全に契約自由の原則に委ねていることが明らかとされていた[47]。ここでは、最後に、「地上権令」の『理由書』を対象として、この点との関連において留意すべきことを整理・考察しておくこととする。

(a)　「地上権令」における地上権の規整の概括的な特徴に関して

「地上権令」は、ＢＧＢとは異なり、当事者の合意を登記することによる物権的効力をともなって、地上権の内容を明確化するという新たな法的仕組みを設けた。しかし、この仕組みが利用されるか否かは、全く当事者の任意に委ねられていた。また、この仕組みは、当事者間でなされるすべての合意にあてはまるのではなく、完全に一定の事柄を対象とする合意に限られて適用されることとなったのであり[48]、当事者は、この範囲に属さない合意にもとづき、債権法上の効力のみをともなって、当事者の権利・義務関係を補充することも可能であったのである。

このように、「地上権令」は、地上権の内容に関して、概括的にみて、契約自由の原則の余地をかなり残しており、当事者の合意を相当に重視した柔軟な仕組みをとっている、といえる。さきに確認したように、「地上権令」は、土地・住居政策的な目的をもって制定された特別法である

が、それにもかかわらず、地上権は、純粋に私法上の制度にとどまったのである[49]。

さて、問題は、「地上権令」が、以上のような概括的な特徴をもって地上権を規整したことに、いかなる積極的な理由があったのか、という点である。

すでに考察したように、「地上権令」の制定にあたって主に重視されたことは、市場における地上権の価値が高められること、および、地上権に関する担保貸付が容易にされることであった。「地上権令」が、当事者の一定の範囲の合意を登記することにより、当事者の特定の権利・義務に物権的効力を付与するという仕組みを設けたことは、このことと緊密に関連していたのである。

というのは、この仕組みが設けられた理由は、『理由書』によると、次のようであったからである。すなわち、地上権者と地上権設定者との関係は、売買の場合とは対照的に、長期間、通常、二・三世代の間継続するため、地上権関係においては、当事者の交替、特に、地上権者の交替が考慮されなければならない[50]、という理由である。

しかし、このような仕組みを超えて、地上権の内容を強行法的に規整し、地上権者の法的地位を特別に強化することは、地上権の設定についての経済的な刺激が失われることを意味し、地上権の価値が普遍的に認められるためには、不必要かつ危険である[51]、と考えられたのであろう。すなわち、契約自由の原則を過大に制限することは、市場における地上権の価値が高められることと矛盾する、ということである。

そして、このことは、「地上権令」の制定者により、「地上権令」は、地上権者、土地所有者、および、抵当権者という三者の利益の対立において、中立的な調整を行わなければならない[52]、と述べられていたこ

とからも、裏付けられる、と考えられるのである。

(b) 地上権の一定の存続期間の保障に関して

「地上権令」においては、合意された存続期間満了前に地上権が消滅する可能性は排除されたが、ＢＧＢにおけると同様に、地上権の一定の存続期間を保障する規定は置かれなかった。

契約で定めうる地上権の約定最短存続期間の規定が置かれなかった理由は、『理由書』によると、次のようである[53]。

すなわち、短期間の地上権は、地上権に関する担保貸付の観点からみると、信用の基礎として劣悪であり、実際に設定されることはほとんどない、と考えられる。したがって、約定最短存続期間の規定を置くことは不必要である。さらに、他人の土地の上に建物を建築しようとする地上権者は、通常、自己の権利の存続期間について、建築コストの減価償却、および、抵当権の償却にとって十分であることをあらかじめ考慮に入れて合意している、という理由である。

また、契約で定めうる地上権の約定最長存続期間の規定が設けられなかった理由について、『理由書』は、次のように述べていた[54]。

すなわち、一方において、地上権は、居住用の建物を建築するためのみならず、博物館・美術館、教会、記念碑等を建設する目的でも設定されるが、その場合、存続期間が80年ないし100年に制限されるとすると、それはあまりにも短い期間である。また、土地所有権が、100年以上の存続期間をともなう地上権が認められることによって、その意義を失うという懸念は、ＢＧＢのもとでも永久の期間に及ぶ地上権が認められていたことから、あまり根拠がない、と考えられる。

他方において、今日、土地所有者が永久の期間に及ぶ地上権を設定す

ることは、おそらくありえない、と考えられる。というのは、土地所有者は、予見しうる期間内において、改めて土地を自由に使用・収益・処分しうるために取り戻す見通しがある場合にのみ、地上権を設定するであろうからである。また、実際にも、無期限の地上権設定契約は、存在していなかった、という理由である。

なお、「地上権令」の立法過程において、地上権者、および、地上権設定者の具体的な意思が、どのように想定されていたのか、という点にも、留意しておく必要がある。

(c) 地上権設定契約の更新に関して

「地上権令」は、ＢＧＢとは異なり、地上権設定契約の更新に関して、諸々の規定を置いていた。

すなわち、存続期間満了後における地上権者の更新の優先権が、約定内容に関する「地上権令」2条6号にもとづいて合意されることにより、地上権設定契約の更新の可能性が生じることになったが、留意すべきことは、この更新の優先権の合意が、いかなる観点から認められたのか、という点である。

この点につき、『理由書』の解説は、次のようであった。

すなわち、地上権者の利益のみならず、公共の利益にもかんがみて、更新の優先権の合意により、建築された建物が、持続的に秩序を保って良好な状態に維持されることへと促される[55]、という観点であった。ここでは、地上権者の居住利益を維持するという観点は、少なくとも、表面的には現れていなかったのである。

なお、すでに考察したように、土地所有者は、更新の優先権が有効に合意されているにもかかわらず、「地上権令」31条1項2文、および、31

条２項の規定により、更新の優先権の行使を容易に回避しうることとなったが、これらの規定が設けられた理由に関して、『理由書』における論述は見られなかった。

（1）２の（1）の（b）。

（2）以下の叙述は、この立場の代表的な論者である、Friedrich Bendixen, "Gegen das Erbbaurecht" ,*BANK-ARCHIV*,15（1915/16）,S.453ff.による。

（3）Hans-Georg Knothe,*Das Erbbaurecht Eine rechtsdogmatische und rechtspolitische Untersuchung*, 1987,S.83.

（4）地上権が共産主義的な傾向を助長する、との批判までが存在したことについては、Paul Oertmann, "Erbbaurecht und hypothekarische Belastung" ,*Archiv für Bürgerliches Recht*,20（1902）,S.184.

（5）Ph.Stein, "Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Erbbaurechts" ,*Schriften der Zentralstelle für Arbeiter-Wohlfahrtseinrichtungen* ,Nr.22,1903,S.131ff.

（6）Knothe（Fn.3）,S.83.

（7）Stein（Fn.5）,S.141ff.

（8）Paul Oertmann, "Zur Würdigung des Erbbaurechts" ,*Annalen des Deutschen Reichs*, 1904,S.569.

（9）Stein（Fn.5）,S.135,138 ; Heinrich Erman, *Erbbaurecht und Kleinwohnungsbau*, 1907,S.30f.

（10）Daniel Pesl,*Das Erbbaurecht Geschichtlich und wirtschaftlich dargestellt*,1910,S.121ff.

（11）Bendixen（Fn.2）,S.455 ; Stein（Fn.5）,S.137,138 ; Pesl（Fn.10）,S.117ff.

（12）Stein（Fn.5）,S.137,138.

(13) André, "Die rechtliche Seite des Erbbaurechts", *Schriften der Zentralstelle für Arbeiter-Wohlfahrtseinrichtungen* ,Nr.22,1903,S.126 ; Stein (Fn.5) ,S.137,138 ; Oertmann (Fn.8) ,S.573 ; Hermann Wittmaack,*Das Erbbaurecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs*,1906,S.231 ; Bendixen (Fn.2) ,S.455 ; Ernst Schuster, " Das englische Erbbaurecht in seiner juristischen und wirtschaftlichen Bedeutung" ,*Juristische Wochenschrift*,1913,S.628. なお、この第四の疑問点については、イングランドにおけるビルディングリースについての経験も参考にされていた。

(14) Oertmann (Fn.4) ,S.184 ; Sigismund Samoje,*Erbbaurecht Kommentar zu der Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919.*,1919,S.133f. (Amtliche Begründung zu der Erbbaurechtsverordnung) ; 2 の (2)。

(15) Stübben, " Für das Erbbaurecht" , *BANK-ARCHIV*,16 (1916/17) ,S.119.

(16) Samoje (Fn.14) ,S.134.

(17) Erman (Fn.9) ,S.42f. ; Stübben (Fn.15) ,S.119 ; André, " Der gegenwärtige Stand der Lehre vom Erbbaurecht" ,*Juristisches Literaturblatt*,19 (1907) ,S.1ff. ; Wittmaack (Fn.13) ,S.234 (ただし、改正の効果については懐疑的であった) ; *Jahrbuch der Bodenreform*,3.Bd.,1907,S.112ff. 【Graf v. Posadowsky-Wehner】; Heinrich von Wagner, " Praktische Bedenken und Einwände gegen die heutige Form des Erbbaurechts" , *Jahrbuch der Bodenreform*,4.Bd.,1908,S.302 ; Schefold, " Wohnungspolitik und Erbbaurecht" ,*Deutsche Juristen-Zeitung*,1908,S.174.

(18) *Jahrbuch der Bodenreform*,8.Bd.,1912,S.125ff.

(19) Franz Klein, " Das österreichische Erbbaurecht" ,*Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung*,1 (1912) ,S.645f. なお、建築権に関する担保力の改善については、ders., " Die Belehnung von Erbbaurechten" ,*Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung*, 63 (1912) ,S.354ff.

(20) *Verhandlungen des Einunddreißigsten Deutschen Juristentages* (Wien 1912) ,3.Bd.,1913,S.131.

(21) *Verhandlungen des Einunddreißigsten Deutschen Juristentages*,2.Bd.,1912,S.98ff.,174ff.

(22) (Fn.20) ,S.34ff.

(23) Pesl, "Zur besseren Regelung des Erbbaurechtes" ,*Annalen des Deutschen Reichs*, 1915,S.225ff.

(24) Michaelis, "Das Erbbaurecht und seine Zukunft" ,*Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit,Notariat und Zwangsversteigerung*,19 (1919) ,S.21ff.

(25) その他、同草案については、大西泰博「近代ドイツにおける地上権制度の考察」早稲田社会科学研究 17 号 (1977) 180 頁以下参照。

(26) Knothe (Fn.3) ,S.87.

(27) *Jahrbuch der Bodenreform*,14.Bd.,1918,S.207ff.

(28) Walter Lux, "Erbbaurechtsgesetz und Wohnungsreform" ,*Juristische Wochenschrift*, 1919,S.360.

(29) Lux (Fn.28) ,S.360 ; Samoje (Fn.14) ,S.127f. ; Knothe (Fn.3) ,S.87.

(30) RGBl.,1919,S.72,ber.S.122. なお、「地上権令」の憲法上の効力に疑いの余地がないことについては、Samoje (Fn.14) ,S.128.

(31) Samoje (Fn.14) ,S.133ff.

(32) (Fn.27) ,S.216ff.

(33) Vgl.Kretzschmar, "Der Entwurf zu einem Reichsgesetze über das Erbbaurecht" , *Sächsisches Archiv für Rechtspflege*,13 (1918) ,S.153 ; Rosenberg, "Der Entwurf eines Reichsgesetzes über das Erbbaurecht" ,*Deutsche Juristen-Zeitung*,23 (1918) ,S.477f. ; Wild, "Der Entwurf eines Reichsgesetzes über das Erbbaurecht" ,*Recht und Wirtschaft*,7 (1918) , S.129 ; Knothe (Fn.3) ,S.88ff.

(34) RGBl.,1919,S.69.

(35) Lux (Fn.28) ,S.360.

(36) ただし、ＢＧＢ 1015条は例外である。Knothe (Fn.3) ,S.88.

(37) Samoje (Fn.14) ,S.134.

(38) Samoje (Fn.14) ,S.134.

(39) 第２章の第１節の１。

(40) ２の(3)の(b)。

(41) ２の(3)の(c)。

(42) Samoje (Fn.14) ,S.134.

(43) 第２章の第１節の４の(1)の(a)。

(44) 第２章の第１節の４の(1)の(b)。

(45) 第２章の第１節の３。

(46) Samoje (Fn.14) ,S.134.

(47) 第２章の第１節。「地上権令」における地上権の規整についての以下の叙述は、これによる。

(48) Knothe (Fn.3) ,S.143.

(49) Knothe (Fn.3) ,S.90.

(50) Samoje (Fn.14) ,S.136f.

(51) Knothe (Fn.3) ,S.90,91.

(52) Samoje (Fn.14) ,S.134.

(53) Samoje (Fn.14) ,S.135f.

(54) Samoje (Fn.14) ,S.135.

(55) Samoje (Fn.14) ,S.138,147.

4　第２節の結びにかえて

以上、本節においては、ドイツにおける地上権の存続保障・保護の問題を考察の基軸として、ドイツ法の仕組みを構成している法規範が形成された、地上権に関する立法の展開過程を、ＢＧＢの立法過程の段階までさかのぼり、三つの歴史的な段階に区分し、一定の視角・観点を重視しつつ、実証的に考察してきた。

このような実証的な考察を行う最終的な目的は、すでに述べたように[1]、ドイツの「地上権令」とわが国の「借地借家法」の法規範構造ないし法規範に関して、概括的および個別的な相違点が認められる理由、さらには、地上権の存続期間につき、実際には、生ける法にもとづき、比較的長期の存続期間が合意されている理由を解き明かすことを中心的な課題としつつ、わが国における借地権の存続保障・保護の仕組みを再検討し、借地法学を再構成するための理論的な何らかの示唆を得ることにあった。

そこで、ここでは、本節の考察によって得られたことがらをいくつか指摘して、第２節の結びにかえておくこととする。

(a)　「地上権令」と「借地借家法」の概括的な相違点に関して

「地上権令」は、概括的にみて、強行法的構造をなしている「借地借家法」における仕組みとはきわめて対照的に、地上権の内容に関して、契約自由の原則の余地をかなり残している、といえるが、このような当事者の合意を相当に重視した柔軟な仕組みがとられたことは、ＢＧＢにおける規整についても、程度の相違こそあれ、基本的には、同様であった。

しかし、留意しなければならないことは、次の点である。

すなわち、ＢＧＢにおける地上権の規整の概括的な特徴として、地上権の内容に関して、契約自由の原則の余地が広範に認められたことは、ＢＧＢの立法過程の段階において、反対論者のみならず、起草委員等もまた、地上権ないし地上権の先行形態であった権利を、総じて、かなり低く評価していたことにもとづいていたのではなかろうか、と考えられることである。

つまり、地上権に対する相対的に低い評価が、ＢＧＢにおける地上権の規整を、きわめて簡潔・不十分なものにとどまらせ、地上権の内容に関しても、契約自由の原則の余地が広範に認められることとなった、と考えられるのである。

そして、このことは、ＢＧＢの第一草案の起草委員等の論述から、契約自由の原則の余地が広範に認められたこと自体につき、その積極的な理由を見いだすことができないことからも裏付けられる、といえよう。

これに対して、「地上権令」における地上権の規整の概括的な特徴として、地上権の内容に関して、契約自由の原則の余地がかなり残されたことには、ＢＧＢにおける地上権の規整とは異なり、積極的な理由があった、と考えられる。

この点を敷衍すると、以下のようである。

ＢＧＢが、地上権の内容の明確性を確保するための規定を十分に設けることなく、地上権の内容に関して、契約自由の原則の余地を広範に認めたことは、ＢＧＢが規定する地上権により強い市民権が与えられることに対する、ひとつの法的な障害となっていた。

したがって、このような法的な障害を取り除き、地上権の実際の利用可能性を高めるために、「地上権令」は、地上権の内容、すなわち、地

上権者の権利と義務の範囲に関して、その明確性を確保するための新たな法的仕組みを設けたのである。

そして、「地上権令」によって設けられた、この新たな法的仕組みは、「地上権令」が、その制定にあたり、いかなる観点を重視して制定されたのか、ということに密接に関連していた。

「地上権令」は、土地・住居をめぐるきわめて切迫した困窮状態を緩和するという土地・住居政策的な観点から、地上権の実際の利用可能性を高めるという目的をもって制定された特別法である。しかし、その制定にあたり主として重視されたことは、わが国の借地権の強化・安定化の歴史におけるとはかなり異なり、市場における地上権の価値が高められること、および、地上権に関する担保貸付が容易にされることであった。そして、これらの観点にもとづき、「地上権令」においては、地上権者、土地所有者、および、抵当権者という三者の利益を中立的に調整するという基本線に従って、地上権の強化・安定化がはかられたのである。

「地上権令」が、当事者の一定の範囲の合意を登記することにより、当事者の特定の権利・義務に物権的効力を付与するという、新たな法的仕組みを設けたことは、地上権関係が継続的な法的関係であることにかんがみて、市場における地上権の価値を高め、地上権に関する担保貸付を容易にするためであったのである。

しかし、この法的仕組みを超えて、概括的に、契約自由の原則を過大に制限することは、直接的に明言されてはいないものの、地上権の価値が普遍的に認められることと、本質的に矛盾する、と考えられたのであろう。したがって、「地上権令」においては、地上権の内容が強行法的に規整され、地上権者の法的地位が特別に強化されることはなかったの

である。

なお、本節の考察によって確認されたように、地上権の内容に関して、契約自由の原則の余地が相当程度認められたことは、次のような積極的な効果をもたらすこともできる、と期待されていた。

すなわち、２の(1)の(c)の(iv)の②で述べたように、土地所有者が地方自治体や国家である場合、地方自治体等は、委譲した土地をどのように利用すべきかにつき、契約の形成を通して規整することができ、それによって、公共の福祉の観点から、都市計画の展開を統制することが可能である、と考えられたのである。より一般的に言うと、土地所有者は、契約自由の原則にもとづいて、自己の土地が、建物の敷地として、どのように利用されるべきかについて、合理的な影響力を行使することができる、ということである。

(b)　地上権の一定の存続期間の保障に関して

ＢＧＢにおいても、「地上権令」におけると同様に、地上権の一定の存続期間を保障する規定は存在せず、地上権の存続に関する問題は、完全に契約自由の原則に委ねられていた。しかし、地上権に関するＢＧＢの規定が妥当していた段階においても、実際には、きわめて短期間の地上権が設定されることはほとんどなく、比較的長期の存続期間（60年ないし90年）が合意されていたのである。

ＢＧＢにおいて、地上権の約定最短存続期間の規定が設けられなかった理由には、ＢＧＢの立法過程の段階における地上権に対する相対的に低い評価が反映した、と考えられる。

それでは、地上権に関するＢＧＢの規定が妥当していた段階において、地上権の存続期間につき、実際には、比較的長期の存続期間が合意され

ていたことを可能とした理由は、いかなる点にあったのであろうか。本節の2における考察から、いくつかのことを指摘することができよう。

まず、地上権に関するＢＧＢの規定が妥当していた段階において、地上権が、どのような当事者によって設定されていたのか、ということが関係する。

当時の地上権設定者の大部分は、公法上の法人であり、他方、地上権者として優位な数を占めていたのは、公益的な住居建設組合であった。したがって、一般的に、地上権設定者としての公法上の法人の意思が、建物の建築の採算性を全く考慮しないような短期の存続期間を地上権者に押しつける方向に働くことは考えられないし、また、地上権者としての公益的な住居建設組合が、そのような地上権設定者の不合理な意思を受忍することも考えられないのである。

次に、地上権が、当時、いかなる社会的・経済的状況を背景として、どのような目的で設定されていたのか、ということが関係する。

当時、工業の発展にともなう人口の集中によって著しく成長した都市においては、土地・住居をめぐる破滅的な状況が生じていた。このような状況に対して、公法上の法人は、居住用の建物を建築する目的で設定した地上権を活用することによって、積極的に関与しようとしていた。さらに、公法上の法人は、地上権者に対して、自ら、建築資金の大部分を融資することさえも行っていたのである。したがって、このような事実を前提とすると、地上権設定者としての公法上の法人の意思が、地上権者の建築意欲を減退させるような短期の存続期間を地上権者に押しつける方向に働くことは考えられないのである。

最後に、当時、地上権に対する積極的な評価に大きな影響を与えていたドイツ土地改革論者の思想も関係するであろう。

彼らの思想は、土地が資本と同等に取り扱われること、すなわち、土地の所有者にも、もっぱら自己の利益にもとづき、原則として、任意に土地を使用・収益・処分しうる権限が認められることを強く批判し、社会的な正義と個人的な自由の調和を志向する立場であった。このような思想が広く支持されていたこともまた、一般的に、地上権設定者としての土地所有者の恣意的な意思を抑制することに寄与した、と考えられるのである。

地上権に関するＢＧＢの規定が妥当していた段階、すなわち、地上権が実際に設定されはじめた初期の段階において、以上指摘したようなことがらが存在していたことは、「地上権令」における地上権の規整に対して、さらに、「地上権令」のもとでの地上権の実際の設定に対しても、かなり大きな影響を及ぼしたのではなかろうか、と考えられる。

「地上権令」の立法過程の段階においても、地上権設定者の意思が、短期の存続期間を地上権者に押しつける方向に働き、地上権者が、建物の建築コストの減価償却、および、抵当権の償却という観点を全く考慮しないような地上権設定者の不合理な意思を受忍せざるをえなくなる、という状況は、全く想定されることはなかった。そして、解除条件の合意により存続期間満了前に地上権が消滅する可能性は排除されたが、地上権者は、通常、建築コストの減価償却、および、抵当権の償却にとって十分であることをあらかじめ考慮に入れて、地上権の存続期間につき、合意しているのであるから、短期間の地上権が実際に設定されることはほとんどない、と考えられ、地上権の約定最短存続期間の規定が置かれる必要はない、と判断されたのである。

さらに、「地上権令」施行後、特に最近では、私的な土地所有者が地上権設定者として現れている[2]。したがって、地上権者も地上権設定

者も、ともに自然人というケースも存在する、と考えられるにもかかわらず、実際上、依然として、比較的長期の地上権の存続期間が契約によって合意されている、という状況が続いているのである。

(c) 地上権設定契約の更新に関して

ＢＧＢの立法過程の段階においては、地上権設定契約の更新に関して、特に問題とされることもなかった。ＢＧＢは、地上権の存続保護に関して、全く規定を設けることなく、完全に契約自由の原則に委ねたのである。

ＢＧＢが地上権設定契約の更新に関しても完全に契約自由の原則に委ねていたことは、地上権に関するＢＧＢの規定が妥当していた段階において、多様な議論を展開していた地上権の積極的な支持者からも、肯定的に評価されることとなった、と考えられる。

この点を敷衍すると、次のようである。

地上権の積極的な支持者によると、地上権は、地上権者、および、地上権者の債権者にとってのみならず、地上権設定者としての土地所有者にとっても、利益があることが強調されていた。そして、地上権設定者としての土地所有者の利点は、地上権の存続期間の満了後に、地上権者に委譲したときと比べて通常価値が上昇した自己の土地を、改めて自由に使用・収益・処分しうる権限を有することとなる点である、と考えられていた。そうすると、地上権の積極的な支持者の見解にもとづくと、地上権の存続期間が満了した場合、地上権者に委譲されていた土地は、原則として、土地所有者のもとに返還されることが、是非とも必要とされることとなる。したがって、ＢＧＢが地上権設定契約の更新に関しても完全に契約自由の原則に委ねていたことは、地上権の積極的な支持者

からも、肯定的に評価されることとなった、と考えられるのである。

このように、地上権の存続期間が満了した場合、地上権者に委譲されていた土地は、原則として、地上権設定者のもとに返還されるべきである、すなわち、地上権は、基本的に、有期限の制限物権である、という考え方は、「地上権令」の立法過程の段階においても、妥当し続けることとなる。

「地上権令」の成立に向けての立法作業が具体的なものとなる前に公表された、ペッヒマンとミヒャエリスの私的草案において、地上権の約定最長存続期間の規定が置かれ、かつ、地上権設定契約の更新に関して完全に契約自由の原則に委ねられたり、あるいは、地上権設定契約の更新に関する合意が認められていなかったこと、「地上権令」においては地上権の約定最長存続期間の規定は設けられなかったが、その理由に関して、土地所有者は、予見しうる期間内において、改めて土地を自由に使用・収益・処分しうるために取り戻す見通しがある場合にのみ地上権を設定する、と想定されていたことが、そのことを示している、と考えられる。

さらに、地上権設定契約の更新の可能性を生ぜしめる、地上権者の更新の優先権の合意が、地上権者の居住利益を維持するという観点からではなく、公共の利益にかんがみて、建築された建物を良好な状態に維持し、建物の荒廃を防ぐ、という全く異なる観点から認められたことの根底にも、地上権の存続期間が満了した場合、地上権者に委譲されていた土地は、原則として、地上権設定者のもとに返還されるべきである、という考え方が存在するのではなかろうか、と考えられるのである。

(1) 第２章の第１節の５。

(2) 第２章の序節の２。

第３章　ドイツにおける住居使用賃借権の存続保護

序節

前章では、借地法学の領域において、わが国の借地権に対応するドイツの地上権の存続保障・保護に関して考察したが、本章は、借家法学の領域において、わが国の居住を目的とする借家権に対応するドイツの住居使用賃借権[1]を対象とし、その「存続保護」(Bestandsschutz)に焦点をあてるものである。

具体的には、前章におけると同様に、第一に、ドイツ法が、住居使用賃借権の存続保護に関して、いかなる仕組みを有しているのか、ということを分析する。ここにおいては、住居使用賃借権の存続保護に関する現行の規定のうち、特に、中心的な柱となっている三つの規定を取り上げ、それらの規定をめぐる判例・学説の解釈[2]をも概観しつつ、住居使用賃借権の存続保護の基本的な仕組みを把握する。

第二に、住居使用賃借権の存続保護に関するドイツ法の仕組みを把握したうえで、存続保護の基本的な仕組みを構成している中心的な三つの規定が設けられた、1960年以降における立法の展開過程を考察する。

このような比較研究を行うことは、第１章において検討した、わが国の借家権の存続保護に関する現行法の仕組みの特質、その構造を再認識し、理論的に検討・考察することに資することとなろう。

なお、住居使用賃借権は、わが国の居住を目的とする借家権に対応する債権であるが、ドイツ連邦共和国に存在する住居の60パーセント弱が、住居使用賃貸借の形態で賃貸されている[3]、といわれており、その実際的な意義が大きいことは言うまでもない。

第１節　住居使用賃借権の存続保護の基本的な仕組み

住居使用賃貸借に関する現行法は、メーディクスが、法学者にとってさえわかりにくい継ぎはぎ細工（Flickwerk）[4]、と批判したように、不必要に複雑かつ過度に詳細な多くの規定、および、一般条項によって成り立っている[5]。ここでは、可能な限り簡潔に、住居使用賃借権の存続保護の基本的な仕組みを把握することにする。

具体的な考察に入る前に、まず第一に留意しなければならないことは、住居使用賃借権の法源である。住居使用賃借権の法源は、特別法ではなく、ＢＧＢである。したがって、住居使用賃借権の存続保護に関する法規範も、ＢＧＢに属しているのである。

ドイツにおいては、第２節で詳しく考察するように、住居使用賃借権の存続保護をめぐり、まさに目まぐるしいほどの立法の展開の歴史があるが、1960年以降、住居使用賃借権の存続保護に関する法規範は、ＢＧＢに挿入され、それが現実に正当な調整を果たしているかどうかはともかく、ＢＧＢの領域において、市民的な自由と社会的な正義の調整が図られているのである。

住居使用賃借権の存続保護の基本的な仕組みは、この1960年以降における立法の展開過程の歴史的な所産として、まさに、混合的な形態をとっている、といえるが、以下において取り上げる、ＢＧＢの三つの規定を中心として構成されている。

１　ＢＧＢ５６４ｂ条における賃貸人の「正当な利益」

まず第一に、住居使用賃借権の存続保護の仕組みにおいて、今日、その中核的な規定と評価されている[6]、ＢＧＢ５６４ｂ条が取り上げられなければならない。

使用賃貸借関係一般に適用されるＢＧＢ５６４条２項によると、各当事者は、期間の定めのない使用賃貸借関係を、法定告知期間に関するＢＧＢ５６５条の規定にしたがい、解約告知することができる[7]。したがって、期間の定めのない使用賃貸借関係は、通常の告知、あるいは、法定告知期間をともなう特別の告知[8]によって、終了しうることとなるのである[9]。

しかしながら、住居に関する使用賃貸借関係については、さらに、ＢＧＢ５６４ｂ条が適用されるのである[10]。

すなわち、賃貸人は、賃貸借関係の終了につき、「正当な利益」を有する場合にのみ、住居使用賃貸借関係の解約を告知することができる[11]（ＢＧＢ564b条１項）。賃貸人の「正当な利益」の判断にあたっては、原則として、解約告知の書面に記載されている理由のみが考慮される[12]（同条３項）。そして、これらの要件と相違する賃借人に不利な合意は、その効力を生じないのである[13]（同条６項）。

それでは、賃貸人の「正当な利益」は、いかなる場合に認められるのであろうか。

この点につき、立法者は、賃貸人の「正当な利益」という法概念の不確定さにかんがみて、特に重要な四つの場合を例示している[14]（同条２項）。

第一に、ＢＧＢ５６４ｂ条２項２号は、賃貸人の「正当な利益」が認められる場合として、賃貸人が、自己、その世帯構成員ないし家族構成員のために、その空間（Raum）を住居として必要とする場合を規定して

いる。

ここで、特に留意しなければならないことは、賃貸人側の自己使用の必要性の判断に際しては、もっぱら賃貸人側の事情だけが基準となり、賃借人の個別・具体的な利益との比較衡量は行われないことである[15]。

このことは、一見するのとは逆に、賃貸人ではなく、賃借人を優遇する結果となり[16]、ＢＧＢ５６４ｂ条における最も重大な欠陥[17]が露呈することになる、といわれている。すなわち、賃貸人側の事情のみが考慮され、その自己使用の必要性が否定されるならば、たとえ賃借人がその住居をもはや必要としないとしても、あるいは、賃借人が賃貸人と比較してその住居をより必要としないとしても、告知は効力を生じないのである[18]。たとえば、賃借人が代替住居を容易に調達しうることが全く考慮されないことはもとより、賃借人が簡単に自己の所有する住居に引っ越すことが可能なこと、さらには、賃借人がその住居をセカンドハウスとしてのみ利用していることも全く問題とはなりえない[19]。賃借人の利益は、個別的な場合における、両当事者のその時々の利益状況を顧慮することなしに、抽象的・一般的に保護されているのである[20]。

そのうえ、判例によると、この賃貸人側の自己使用の必要性は、切迫し、かつ、重要な意義を有しなければならないとされ、きわめて厳格に解釈されているようである[21]。自己の家に居住するという賃貸人の利益は、賃貸人が適当な住居を有している限り、一般に、顧慮されないこととなるのである[22]。

第二に、ＢＧＢ５６４ｂ条２項３号は、賃貸人の「正当な利益」として、賃貸人が、賃貸借関係の継続によって、その不動産の相当な経済的利用を妨げられ、それによって、著しい不利益を被る場合を挙げている[23]。

主たる適用事例は、賃貸建物が明け渡された後、売却される場合、あるいは、不経済的になった建物が取り壊されなければならない場合である[24]。

ここにおいても、かなり厳格な解釈がなされているようであり、一方において、賃貸借関係が継続することによって予期されうる不利益は、著しいものでなければならないし、計画されている新たな利用の成果は、かなり高い意義を有しなければならない、とされ、他方において、いわゆる投機的利得は顧慮されない、とされている[25]。

第三に、ＢＧＢ５６４ｂ条２項１号は、賃借人が、責めに帰すべき事由により、その契約上の義務に少なからず違反した場合に、賃貸人の「正当な利益」が認められる、と規定している。

この規定に関して、判例・学説は、契約に反する使用、支払い遅滞、および、それ以外の責めに帰すべき契約義務違反について即時解約告知権[26]を付与している、ＢＧＢ５５３条、５５４条、および、５５４ａ条との区別を持ち込んでいる[27]が、必ずしも、合理的かつ明確な区別の基準を提示しえてはいない[28]、と批判されている。

最後に、賃貸人の「正当な利益」が認められる第四の例示として、ＢＧＢ５６４ｂ条２項４号が規定する場合がある。

この規定は、後にやや詳しくみるように（本章第２節５）、はじめに、1990年5月17日に公布された「計画・建設法における住居建設の容易化ならびに賃貸借法の規定の改正に関する法律」(Gesetz zur Erleichterung des Wohnungsbaus im Planungs-und Baurecht sowie zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften ,BGBl.,1990,I S.926)によって、新たに挿入された規定である。そして、この段階における条文は、賃貸人が、建物の付属非居住空間（たとえば、屋根裏部屋や地下室[29]）

を、許容しうる方法で、賃貸目的の住居に改修しようとし、告知を、その空間に限定し、かつ、1995年6月1日前に賃借人に通知した場合には、賃貸人の「正当な利益」が認められる、とのものであった。

その後、ＢＧＢ５６４ｂ条２項４号は、1993年7月21日に公布された「賃貸借法の規定の改正に関する第四次法律」（Viertes Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften ,BGBl.,1993, I S.1257）によって改正され、次の二つの場合において、賃貸借関係の終了についての賃貸人の「正当な利益」が認められることとなったのである。

すなわち、第一に、賃貸人が、付属非居住空間または不動産の一部を、賃貸目的の住居を造り出すために使用しようとし、告知を、その空間または不動産の一部に限定し、かつ、1995年6月1日前に賃借人に通知した場合（ＢＧＢ５６４ｂ条２項４号１文a））であり、第二に、賃貸人が、付属非居住空間または不動産の一部を、新たに造られる住居・現存する住居に、付属空間・不動産の一部を供与するために使用しようとし、告知を、その空間または不動産の一部に限定し、かつ、1995年6月1日前に賃借人に通知した場合（ＢＧＢ５６４ｂ条２項４号１文b））である。

さらに、現在の条文においては、1996年2月21日の法律（BGBl.,1996, I S.222）により、告知を1995年6月1日前に賃借人に通知する、という時間的な制限は取り払われ、ＢＧＢ５６４ｂ条２項４号による措置は、時限措置ではなくなっている。

なお、立法者の意思によると、ＢＧＢ５６４ｂ条２項における「正当な利益」の列挙は、例示的であり、限定的列挙ではない[30]、とされていた。したがって、賃貸人は、以上の四つの場合以外の告知事由を主張することも可能である。しかし、これ以外の事由は、例示された場合に匹敵する重要性を有しなければならない[31]、と解釈されている。

2　ＢＧＢ５５６ａ条における賃借人にとっての「苛酷さ」

さて、ＢＧＢ５６４ｂ条における賃貸人の「正当な利益」が肯定されるのは、わずかな場合に限られ、通常の告知、および、法定告知期間をともなう特別の告知の可能性は、同条により、きわめて強く制限され、例外的にのみ認められている[32]、といわれている。

それに加えて、賃貸人が例外的にＢＧＢ５６４ｂ条の障害を乗り越えた[33]としても、それでただちに賃貸借関係が終了する、というわけではない。というのは、ここにおいて初めて、ＢＧＢ５５６ａ条にもとづき、賃貸人と賃借人の利益の比較衡量が行われる[34]ことになるからである。

ＢＧＢ５５６ａ条１項１文によると、賃借人は、契約に従った賃貸借関係の終了が、賃借人またはその家族にとって、賃貸人の「正当な利益」を斟酌しても正当化することができない「苛酷さ」を意味することになるときには、住居使用賃貸借関係[35]の告知に異議を述べ、賃貸人に賃貸借関係の継続を請求することができるのである[36]。そして、ＢＧＢ５５６ａ条は、同条７項によって、これと相違する合意は効力を生じない、すなわち、強行規定、とされている[37]。

要するに、賃貸人の「正当な利益」が存在するならば、確かに、告知は、ＢＧＢ５６４ｂ条によって効力を生じるのであるが、賃貸借関係の終了が、賃借人側にとって、賃貸人の「正当な利益」を斟酌しても正当化することができない「苛酷さ」を意味するときには、ＢＧＢ５５６ａ条にもとづき、その賃貸借関係は、結局、継続されうるのであり[38]、このようにして、住居使用賃貸借関係の終了をめぐり、評価が二度行われることとなるのである[39]。

これが、ＢＧＢ５６４ｂ条と５５６ａ条による「二重の告知保護」[40]ないし「二重の存続保護」、と呼ばれうるものであり、現行法による住居使用賃借権の存続保護における基本的な特徴となっている。

ところで、ＢＧＢ５５６ａ条は、実質的な観点において、個別的に行われなければならない、賃貸人と賃借人の利益の比較衡量を要求し[41]、対立する利益の正当な調整を可能とするものである[42]、とも評価され、「社会的条項」と呼ばれることが示しているように、元来、「社会的な賃貸借・住居法」[43]の「神経中枢」、すなわち、中核であった[44]。

しかし、ＢＧＢ５６４ｂ条が導入され、それが優先的に適用されるように切り替えられて以来、ＢＧＢ５５６ａ条は、今日では、単に補充的な機能のみを有し、その実際的な意義は著しく衰退した[45]、といわれている。このことは、たとえば、連邦政府が、1979年3月2日に、「第二次住居使用賃貸借告知保護法」の影響について連邦議会で行った報告[46]によると、2706件の明渡訴訟において、ＢＧＢ５５６ａ条が適用され、賃借人にとっての「苛酷さ」が認められたのは、全部でわずかに14件であった[47]ことからも窺い知ることができる。

ただし、ＢＧＢ５５６ａ条が果すべき役割については、論者によってニュアンスの相違はあるものの、積極的な評価がなされている[48]、といえよう。

なお、ＢＧＢ５５６ａ条における賃借人にとっての「苛酷さ」は、賃借人が相当な代替住居を適当な条件で調達できない場合（同条1項2文）、賃借人が高齢あるいは病気である場合等に認められている[49]。

３　ＢＧＢ５６４ｃ条２項にもとづく「定期賃貸借契約」

ここまで、期間の定めのない住居使用賃借権について考察してきたが、期間の定めのある住居使用賃借権の場合は、どのようになるのであろうか。

使用賃貸借関係一般に適用されるＢＧＢ５６４条１項によると、使用賃貸借関係は、約定された期間の満了とともに終了する[50]、と規定されている。

しかしながら、住居に関する期間の定めのある使用賃貸借関係については、さらに、ＢＧＢ５６４ｃ条１項、および、ＢＧＢ５５６ｂ条１項が適用されるのである。

ＢＧＢ５６４ｃ条１項１文によると、期間の定めのある住居使用賃貸借関係において、賃借人は、賃貸人が賃貸借関係の終了につき「正当な利益」を有しないときには、遅くとも賃貸借関係終了の二か月前に、賃貸人に対する書面による意思表示により、期間の定めなく賃貸借関係の継続を請求することができる[51]。この場合、ＢＧＢ５６４ｂ条が準用される（ＢＧＢ５６４ｃ条１項２文）のであり、住居に関する期間の定めのある使用賃貸借関係は、期間の定めのない場合と、実体法上、同等に取り扱われることとなる[52]。

初めから期間の定めのない住居使用賃貸借関係との相違点は、合意された期間の間は通常の告知が排除されていること、および、賃借人は終了の二か月前までに期間の定めなく継続を請求しなければならないことである[53]。

さらに、賃貸人の「正当な利益」が肯定されたときにも、賃借人は、ＢＧＢ５５６ａ条の準用を規定しているＢＧＢ５５６ｂ条１項により、ＢＧＢ５５６ａ条の適用が可能とされるのと同じ要件のもとで、すなわち、比較衡量にもとづき、賃貸借関係の終了が賃借人側にとっての「苛

酷さ」を意味するときには、期間の定めのある住居使用賃貸借関係の継続を請求しうるのである[54]。

以上のように、期間の定めのある住居使用賃借権もまた、「二重の存続保護」を受けるのが原則である。

しかし、この原則に対しては、例外が認められている[55]。すなわち、ＢＧＢ５６４ｃ条２項がその例外にあたる場合を規定しており、同条同項は、五年を超えない期間で、「二重の存続保護」を受けない「定期賃貸借契約」を認めているのである。

ＢＧＢ５６４ｃ条２項は、はじめに、1982年12月20日に公布された「賃貸住居の供給の増大に関する法律」（Gesetz zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen ,BGBl.,1982, I S.1912）によって、新たに設けられた規定であるが[56]、この段階においては、まず、重畳的かつ厳格な[57]、次の四つの要件が満たされる場合、賃借人は、同条１項、または、ＢＧＢ５５６ｂ条にもとづく賃貸借関係の継続を請求することはできない、と規定されていた。

その四つの要件とは、①賃貸借関係が五年を超えない期間で約定されている場合、②賃貸人が、（賃貸借期間の満了後に）(a)自己、その世帯構成員ないし家族構成員のために、その空間を住居として使用しようとする場合、または、(b)許容しうる方法で、その空間を除去しようし、もしくは、それらの措置が賃貸借関係の継続によって著しく困難とされるほど本質的に、その空間を変更、もしくは、修復しようとする場合、③賃貸人が、契約締結の際に、書面によって、賃借人に、この意図を通知した場合、および、④賃貸人が、賃貸借期間の満了の三か月前に、書面によって、賃借人に、この使用の意図がなお存在することを通知した場合である。

以上の厳格な要件に加えて、さらに、ＢＧＢ５６４ｃ条２項２文は、「定期賃貸借契約」の濫用的拡張を防ぐために[58]、賃貸人によって意図された空間の使用が、賃貸人の故意・過失なく遅滞する場合には、賃借人は、相応した期間だけ、賃貸借関係の延長を請求でき、その際、この延長によって、賃貸借関係の存続期間が五年を超える場合には、賃借人は、同条１項にもとづいて、期間の定めなく、賃貸借関係の継続を請求することができる、と規定していた。この際、意図された使用の遅滞が何にもとづいているのかは問題にならない[59]、とされ、したがって、賃貸人は、使用の意図の実現を確信をもって期待しうるときにのみ、存続保護を受けない「定期賃貸借契約」を締結できる[60]こととなっていたのである。

その後、ＢＧＢ５６４ｃ条２項は、さきに触れた「賃貸借法の規定の改正に関する第四次法律」によって、以下の三つの点につき、改正され[61]、現在に至っている。

第一に、さきの四つの要件の②についての改正である。

②の要件によると、「定期賃貸借契約」締結の可能性は、二つの場合に限られていた。これに対して、新たなＢＧＢ５６４ｃ条２項においては、これら二つの場合における「定期賃貸借契約」締結の可能性は依然として維持されつつ、新たな場合が、さらにひとつ加えられたのである。すなわち、「定期賃貸借契約」は、新たに、賃貸人が、賃貸借期間の満了後に、雇傭関係の存在を顧慮して賃貸されている空間を、職務の遂行の義務を負っている他の者に、賃貸しようとする場合（ＢＧＢ５６４ｃ条２項１文２号ｃ））においても、締結されうることとなったのである。

第二に、さきの四つの要件の④についての改正である。

④の要件によると、賃貸人は、すでに契約締結の際に通知した使用の

意図がなお存在することを、賃貸借期間の満了の三か月前に、改めて、書面によって、賃借人に通知することが必要であり、通知がなされなかった場合、または、通知が遅れた場合には、再び、「二重の存続保護」がなされることとなっていた。これに対して、新たなＢＧＢ５６４ｃ条２項は、使用の意図の存続に関する通知を賃借人になすという賃貸人の義務を維持しつつ、賃貸人が、賃借人に、賃貸借期間の満了の三か月前に、書面によって、自己の使用の意図がなお存在することを通知しなかった場合には、賃借人は、相応した期間だけ、賃貸借関係の延長を請求することができる（ＢＧＢ５６４ｃ条２項２文）、という文言に改正され、厳格な要件がいささか緩和されたのである。

第三に、ＢＧＢ５６４ｃ条２項２文についての改正である。

この点の改正においても、「定期賃貸借契約」についての厳格な規定が、いささか緩和された。すなわち、新たなＢＧＢ５６４ｃ条２項２文においては、賃貸人によって意図された空間の使用が、賃貸人の故意・過失なく遅滞する場合には、賃借人は、相応した期間だけ、賃貸借関係の延長を請求することができる、とのみ規定され、この延長によって、賃貸借関係の存続期間が五年を超える場合には、賃借人は、同条１項にもとづいて、期間の定めなく、賃貸借関係の継続を請求することができる、という文言は削除されたのである。

４　ＢＧＢ５６８条が適用される場合

最後に、住居使用賃借権の存続保護に関する中心的な規定ではないが、ＢＧＢ５６８条が適用される場合について、一言しておくこととする。

ＢＧＢ５６８条は、ＢＧＢの施行以来、変化なく存続している規定で

あるが[62]、住居使用賃借権の存続保護にかかわる規定である。

この規定は、元来、期間の定めのある賃貸借関係の黙示の延長を定めている[63]。すなわち、賃貸借期間の満了後、賃借人が目的物を継続して使用するときには、その賃貸借関係は、期間の定めなく延長されるものとみなす。ただし、賃貸人または賃借人が二週間以内に相手方に対して反対の意思を表示した場合は、この限りではない、と規定されている。

ところが、ＢＧＢ５６８条は、期間の定めのある賃貸借関係ーしたがって、ＢＧＢ５６４ｃ条２項にもとづく「定期賃貸借契約」も含まれるーが異議を受けることなく継続される場合に適用されるのみならず、判例・通説によると、通常の告知においても妥当し、告知期間の満了後にも賃貸人の異議が必要であるとされているし、さらには、即時解約告知においても、ＢＧＢ５６８条の適用が肯定されている[64]。したがって、賃貸人が異議を怠ったならば、ＢＧＢ５６４ｂ条によってのみ告知しうる、期間の定めのない契約が締結されるという結果をともなうのである[65]。

5　小括

以上の考察を小括すると、住居使用賃借権の存続保護の基本的な仕組みの概要は、次のようである。

まず第一に、期間の定めのない住居使用賃借権においても、期間の定めのある住居使用賃借権においても、ＢＧＢ５６４ｂ条（または、ＢＧＢ５６４ｃ条１項）、および、ＢＧＢ５５６ａ条（または、ＢＧＢ５５６ｂ条１項）による「二重の存続保護」がなされるのが原則である。「二重の存続保護」とは、住居使用賃貸借関係が終了するためには、第

一に、ＢＧＢ５６４ｂ条における賃貸人の「正当な利益」が肯定され、第二に、ＢＧＢ５５６ａ条における賃借人にとっての「苛酷さ」が否定されなければならない、ということである。

「二重の存続保護」において、中核的な役割を担っているのはＢＧＢ５６４ｂ条であり、ＢＧＢ５５６ａ条は、今日、補充的な機能のみを有している。

これに対して、原則である「二重の存続保護」に対する例外として、ＢＧＢ５６４ｃ条２項は、五年を超えない期間で、「二重の存続保護」を受けない「定期賃貸借契約」を認めている。ただし、「定期賃貸借契約」の要件、ないし、「定期賃貸借契約」についての規定は、いささか緩和されたとはいえ、依然として、厳格かつ重畳的である。

さて、住居使用賃借権の存続保護の基本的な仕組みを構成している中心的な三つの規定の構造には、かなり長く、かつ、必ずしも一貫してはいない成立史が反映している[66]。次節においては、これらの三つの規定が設けられた、1960年以降における立法の展開過程を考察することとする。

---

(1) 念のため、住居使用賃借権という法律用語について確認しておきたい。日本民法典601条は、「或物ノ使用及ヒ収益ヲ為サシムルコト」、と規定しているのに対して、ＢＧＢは、収益をともなう賃貸借をPacht＝用益賃貸借、使用のみを委ねる賃貸借をMiete＝使用賃貸借と呼び、両者を区別している。さらに、ＢＧＢの使用賃貸借の規定は、使用賃貸借関係一

般に適用される規定、不動産(Grundstück)に関する規定、住居以外の建物空間に関する規定、および、住居(Wohnraum)に関する規定に分類されうる。本稿で考察対象とする住居使用賃借権は、主として、この最後のカテゴリーに属する規定によって規整されるものである。

(2) ただし、本稿では、判例・学説の詳しい検討は行わない。それについては、他日を期したい。

(3) いささか古いものであるが、*Tatsachen über Deutschland Die Bundesrepublik Deutschland*,6. Aufl., 1987, S. 275.

(4) Dieter Medicus, *Schuldrecht II Besonderer Teil*, 3. Aufl., 1987, S. 120.

(5) Heinrich Honsell, "Privatautonomie und Wohnungsmiete", *AcP*, Bd. 186, 1986, S. 119, 150.

(6) Rudi Voelskow, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 3, 2. Aufl., 1988, §564b RdNr. 5; Wolfgang Köhler, *Handbuch der Wohnraummiete*, 3. Aufl., 1988, S. 335.

(7) Volker Emmerich/Jürgen Sonnenschein, *Miete Handkommentar*, 4. Aufl., 1988, § 564 RdNr. 1.

(8) 解約告知の種類、および、その差異に関しては、vgl. z. B. Medicus (Fn. 4), S. 98f.

(9) Emmerich/Sonnenschein(Fn. 7), §564 RdNr. 5.

(10) Wolfgang Schmidt-Futterer/Hubert Blank, *Wohnraumschutzgesetze Kündigung, Mieterhöhung, Mietwucher, Zweckentfremdung Kommentar*, 6. Aufl., 1988, §564b RdNr. B572.

(11) Schmidt-Futterer/Blank(Fn. 10), §564b RdNr. B583. ただし、その

例外として、BGB564b条4項および7項を参照。

(12) Honsell(Fn.5),S.151.

(13) Schmidt-Futterer/Blank(Fn.10),§564b RdNr.B725.

(14) Schmidt-Futterer/Blank(Fn.10),§564b RdNr.B588;Honsell (Fn.5),S.133f.

(15) Honsell(Fn.5),S.134f.;Medicus(Fn.4),S.114.

(16) Honsell(Fn.5),S.134.

(17) Medicus(Fn.4),S.114.

(18) Honsell(Fn.5),S.134,185.

(19) Honsell(Fn.5),S.134,136.

(20) Walter Löwe,"Wichtige Neuregelungen im Zweiten Wohnraumkündigungsschutzgesetz",*NJW*,1975,S.12.

(21) Vgl.Honsell(Fn.5),S.136ff.判例に賛同する学説としては、たとえば、Udo Wolter,*Mietrechtlicher Bestandsschutz Historische Entwicklung seit 1800 und geltendes Wohnraum-Kündigungs-schutzrecht*,1984,S.259.

(22) Honsell(Fn.5),S.135f.

(23) 相当な経済的利用に該当しない場合としては、特に、BGB564b条2項3号2文および3文が規定する場合に注意。

(24) Medicus(Fn.4),S.115.

(25) Honsell(Fn.5),S.143.

(26) なお、賃貸人の即時解約告知については、BGB564b条は適用されない。Schmidt-Futterer/Blank(Fn.10),§564b RdNr.B576.

(27) Vgl.z.B.Medicus(Fn.4),S.114;Emmerich/Sonnenschein(Fn.7),

§564b RdNr.17-27;Schmidt-Futterer/Blank(Fn.10),§564b RdNr.B589-607.

(28) Wolter(Fn.21),S.253 ; Honsell(Fn.5),S.141f.なお、ホンゼルは、結論として、BGB564b条2項1号の規定は不必要である、と論じている。

(29) Bernhard Gramlich, "Gesetzesänderungen im Mietrecht", *NJW*, 1990,S.2611.

(30) 後述第2節の3の(2)。

(31) Schmidt-Futterer/Blank(Fn.10),§564b RdNr.B665;Wolter (Fn.21),S.263;Emmerich/Sonnenschein(Fn.7),§564b RdNr.66.

(32) Köhler(Fn.6),S.335,415;Medicus(Fn.4),S.113f.;Löwe(Fn.20),S.12.

(33) Honsell(Fn.5),S.145.

(34) Honsell(Fn.5),S.134,145,185;Wolter(Fn.21),S.302.

(35) ただし、適用除外を規定するBGB556a条8項に注意。

(36) ただし、BGB556a条4項によると、賃借人は、みずから告知したとき、および、賃貸人が即時解約告知をなす権限があるときには、賃貸借関係の継続を請求することはできない。なお、支配的な説は、賃貸人による法的告知期間をともなう特別の告知についても、BGB556a条の適用を肯定している。Emmerich/Sonnenschein(Fn.7),§556a RdNr.7.

(37) Emmerich/Sonnenschein(Fn.7),§556a RdNr.58.

(38) Honsell(Fn.5),S.134.

(39) Wolter(Fn.21),S.302.

(40) Wolter(Fn.21),S.302;Honsell(Fn.5),S.135,145.なお、Löwe (Fn.20),S.12 においては、「複線的な賃借人保護」、と呼ばれている。

(41) Schmidt-Futterer/Blank(Fn.10),§§556a-556c RdNr.B307.

(42) Honsell(Fn.5),S.145.

(43) 後述本章第２節２。

(44) Honsell(Fn.5),S.145f.;Schmidt-Futterer/Blank(Fn.10),§§556a-556c RdNr.B295;Voelskow(Fn.6),§§556a-556c RdNr.3.

(45) Honsell(Fn.5),S.146;Köhler(Fn.6),S.415;Voelskow(Fn.6),§§556a-556c RdNr.4.

(46) 後述本章第２節４。

(47) *Verhandlungen des Deutschen Bundestages*,8.Wahlperiode Drucksachen Bd. 250,1979,Drucksache 8/2610（以下、Drucksache 8/2610、というように表記する）,S.22,28 Tabelle 17.

(48) Honsell(Fn.5),S.133,145,186;Wolter(Fn.21),S.303f.;Schmidt-Futterer/Blank(Fn.10),§§556a-556c RdNr.B296.

(49) Drucksache(Fn.47),S.28 Tabelle 17.

(50) Emmerich/Sonnenschein(Fn.7),§564 RdNr.1.

(51) Emmerich/Sonnenschein(Fn.7),§564c RdNr.1;Schmidt-Futterer/Blank(Fn.10),§564c RdNr.B765.

(52) Schmidt-Futterer/Blank(Fn.10),§564c RdNr.B765;Emmerich/Sonnenschein(Fn.7),§564c RdNr.9.

(53) Honsell(Fn.5),S.147f.

(54) Schmidt-Futterer/Blank(Fn.10),§§556a-556c RdNr.B361,§564c RdNr.B772.

(55) Wolter(Fn.21),S.329;Emmerich/Sonnenschein(Fn.7),§564c RdNr.17.

(56) 詳しくは、後述本章第２節４。

(57) Honsell(Fn.5),S.148;Wolter(Fn.21),S.329;
Schmidt-Futterer/Blank(Fn.10),§564c RdNr.B795.

(58) 後述本章第２節４。

(59) Honsell(Fn.5),S.149.

(60) Honsell(Fn.5),S.149.

(61) 詳しくは、後述本章第２節５。

(62) Schmidt-Futterer/Blank(Fn.10),§568 RdNr.B939.

(63) Honsell(Fn.5),S.154.

(64) Honsell(Fn.5),S.154;Schmidt-Futterer/Blank(Fn.10),§568
RdNr.B942,B946;Emmerich/Sonnenschein(Fn.7),§568 RdNr.2. ただし、明渡しの判決が存在するときには、BGB568条は適用されない。Honsell
(Fn.5),S.154;Schmidt-Futterer/Blank(Fn.10),§568 RdNr.B945;
Emmerich/Sonnenschein(Fn.7),§568 RdNr.2.

(65) Honsell(Fn.5),S.154.

(66) Vgl.Wolter(Fn.21),S.13.

第２節　住居使用賃借権の存続保護をめぐる１９６０年以降における立法の展開過程

１　前史

1960年以降における立法の展開過程を分析する前に、ここではまず、その前史について、概観しておきたい。

パンデクテン法学の伝統に根ざしていたＢＧＢは、19世紀の自由主義的な契約自由の原則にもとづいていて、社会的な考慮に対しては、いかなる余地も残していなかった、といえよう。おおよそ1850年以降始まった工業化にともなう農村離脱と都市化の流れの中で、今日の観念では考えられないほど破滅的な住宅難が生じ、それが広範な政治的議論をかきたてていたにもかかわらず、解約告知に関する賃借人の保護（あるいは賃料）の問題は、およそ議論されることはなかったのである[(1)]。

自由主義的に形成された賃貸借法が変容し始める嚆矢となったのは、第一次世界大戦の勃発後、戦時経済の諸条件のもとにおいて、1916年以降、賃貸住居建設が著しく衰退し、住宅難が増大した結果、「第一次賃借人保護令」（1917年7月26日）、および、「第二次賃借人保護令」（1918年9月23日）により、いわゆる賃貸借緊急法が導入されたことであった[(2)]。この賃貸借緊急法は、すでに、賃借人保護の基本的な三つの要素、すなわち、解約告知に関する賃借人の保護、賃料増額に関する賃借人の保護、および、狭義の住居統制経済を包含していた[(3)]。これら三つの基本的な要素は、ワイマール共和国の初期において、初めて完結的な形を取り、存続保護に関しては、「賃借人保護法」（1923年6月1日）が公布されたのである[(4)]。

ところが、そのうち、国家の全面的なコントロールが疑問視され始めた結果、1925年以後、賃貸借緊急法は弛緩し、30年代の初めには、社会的な観点からＢＧＢに手が加えられることを条件として、賃貸借緊急法を廃止することまでが予定されたのである[5]。

しかし、結局のところ、そのような事態とはならず、それどころか、賃借人保護は再びあらゆる方向へと拡充・強化された[6]。存続保護に関しては、1937年の「告知保護令」により、ナチズムの思想ともはや一致しえなかった自由な告知可能性が完全に排除され[7]、最終的には、1942年12月15日に、新たな「賃借人保護法」が公布されたのである[8]。

以上のように、前史においては、住居使用賃借権の存続保護に関する法領域は、民法典から切り離され、特別法として展開していったのである。

2　決定的な転換と存続保護をめぐる闘争の開始

それでは、1960年以降における立法の展開過程[9]の分析に入ることとする。

以下においても、前章の第２節におけると同様に、序章の３で述べた三つの視角・観点を重視して、立法の展開過程を考察するが、考察にあたっての具体的な素材とも関連して、あらかじめ、指摘しておかなければならない点がある。

それは、1960年以降、住居使用賃借権の存続保護をめぐる立法の展開過程において、ドイツにおける二大政党、すなわち、キリスト教民主・社会同盟[10]と、社会民主党の対抗関係が立法に反映していることである。この点に着目すると、立法レベルにおける二大政党間の一致点、および、

相違点を具体的に析出することが必要とされる[11]。したがって、法案の提案理由はもとより、わが国の既存の研究では必ずしも十分ではなかった立法過程における議論も丹念に追うこととする。

また、考察の順序としては、筆者の整理にもとづき、決定的な転換と存続保護をめぐる闘争の開始、三段階にわかれる存続保護をめぐる闘争、厳格な要件にもとづく例外の創設、および、限定的な法改正という歴史的な段階に区分して、考察を進めることとする。

第三帝国は1945年5月8日に完全に崩壊したが、第二次世界大戦にともなう都市における住居の破壊は、半数ないし三分の二に及び、加えて、およそ１千万人の「故郷を追われた人々」・難民が流入した結果、住居の不足は、500万戸ないし600万戸に達した[12]。このような全般的・破滅的な住居の困窮にかんがみて、まず第一に、全面的な住居の統制管理が継続あるいは強化される[13]とともに、住居の建設が、1949年5月23日に成立したドイツ連邦共和国における最も緊急かつ重要な課題のひとつとされたのである[14]。

さて、1949年8月の第一回連邦議会選挙に勝利したキリスト教民主・社会同盟は、それに引き続き、1953年9月の第二回連邦議会選挙において飛躍的な上昇を記録し、以後60年代中葉まで揺らぐことがなかったヘゲモニーを確立した[15]。

このキリスト教民主・社会同盟に主導された連邦政府は、連邦首相アデナウアーの強力なイニシアティブのもと、連邦住居建設省の創設を経て、1950年に施行された「第一次住居建設法」にもとづき、国家・地方公共団体の責任において住居の建設を促進することとなった[16]。そして、50年代においては、総住居建設戸数が520万戸[17]、年間住居建設戸数が

1953年以降50万戸ないし60万戸に達し[18]、住居建設投資総額が同時期の工業部門における固定資産投資総額に匹敵する[19]という、歴史的に比類のない、まさに「奇跡的な」成果が現出したのである[20]。なお、50年代の住居建設においては、公的な資金の援助を受けて行われる「社会的な住居建設」が重要な役割を果していた[21]。

こうして、高い水準の住居建設ペースの持続により、住居の不足が軽減されていくなかで、キリスト教民主・社会同盟に主導された連邦政府は、1959年11月12日、住居法の歴史における決定的な転換点を意味する[22]、「住居統制経済の廃止および社会的な賃貸借法に関する法律」の草案[23]を連邦議会に提出したのである。

ところで、戦後ドイツ経済の発展過程を一貫する経済政策の基本原則であると同時に、この政策によって実現された経済秩序そのものをも意味する「社会的市場経済」[24]は、50年代の「奇跡的な経済復興」の時期を経て、50年代末以降、経済の「成熟段階」のもとで、その変容の局面を迎える[25]。それとともに、住居をめぐる経済情勢および住居政策についても、その潮流が大きく転換していくのであるが、その法的な象徴となったのが、この法律であった[26]。

住居建設を促進するために住居統制経済を弛緩させることは、すでに、1950年の「第一次住居建設法」により開始されていた。「住居統制経済の廃止および社会的な賃貸借法に関する法律」の草案においては、住居調査および公的なインタビュー調査にもとづき、1959年春における住居不足はおよそ150万戸と推定され、住居の不足は1962年ないし1963年までに除去されるであろう、と想定されていた。そのような想定にもとづき、同法案は、住居の欠乏がもはや存在せず、およそ均衡した住居の供給が達成されるときには、解約告知に関する賃借人の保護をその一要素とし

ながら、40年以上継続している住居統制経済を廃止し、住居制度を「社会的市場経済」へと移行させ、それによって、賃貸人と賃借人のイニシアティブを再び蘇生させることを意図するものであった[27]。これが、決定的な転換を意味する第一の点である。

住居統制経済廃止の必然性につき、提案理由においては、不動産所有権が長期間例外かつ特別な法のもとに置かれることは、基本法における所有権の保障、平等原則に反すること、既存の所有権の法的・経済的な存続が保障されなければ住居建設に対する興味を喚起できないこと、ならびに、住居統制経済の社会的な不当性等を挙げ、私的所有権、および、契約自由の原則に対する住居統制経済の制限は、住居の困窮が政治的かつ社会的に他の選択の余地を認めない期間に限って正当化され、住居の供給がおよそ均衡するときには停止されなければならない[28]、と論じられている。

存続保護により焦点を絞ると、現行の「賃借人保護法」においては、賃貸人の解約告知権は排除され、判決により、かつ、厳格に制限された一定の要件のもとでのみ、賃借人の意思に反する賃貸借関係の解消が可能であると認識し、そのことが、居住者の当然の交替を妨げ、さらに、所有権を著しく空洞化している[29]、と述べられている。

次に、住居統制経済の廃止は、それと同時かつ分かちがたく、経済における「社会的市場経済」とパラレルなものとして、「社会的な賃貸借・住居法」を導入することと結び付けられた[30]ことが重要である。

法案が連邦議会に提出された時点においては、「社会的な賃貸借法」という名称であったが、この法は、賃借人のみならず、所有権者の利益も考慮し、連邦共和国におけるすべての人および家族の住居に対する権利を保障するものであるという理由から、「社会的な賃貸借・住居法」

という名称に替えられたのである[31]。

「社会的な賃貸借・住居法」とは、「賃借人保護法」に含まれていた、社会的な法治国家においては一般的な住居法の構成部分でなければならない社会法的な内容をともなう一連の規定を、今や社会的・現代的に形成・修正されなければならないＢＧＢの賃貸借法（および、民事訴訟法）が引き継ぐものであり、時代遅れで硬直し、かつ、役に立たない形態の法に替わるべき柔軟な体系の法である[32]、と説明されている。

そして、この法は、一方において、確かに、剥奪しえない継続的な権利を賃借人に保障することはないが、住居は商品ではなく、特別な種類の財産であること、住居の所有権における社会的な義務を考慮し、賃借人およびその家族が、保護を受けることなく、賃貸人の恣意、いわれのない困窮・苦境に陥ることがないように、社会的な法治国家の諸原則が要求するように賃借人を保護し、他方において、社会的に正当化しうる範囲において、法的・経済的に自己の所有権を自由に行使することを賃貸人に認めるものである[33]、といわれている。

ところで、「賃借人保護法」が廃止され、ＢＧＢの賃貸借法が、「賃借人保護法」に含まれていた社会法的な規定を引き継ぎ、社会的に形成・修正されるということのなかには、決定的な転換を意味する第二の点が現れている。すなわち、個別的な法領域につき、それを一般私法、つまり民法典から切り離すのではなく、民法典の領域において、市民的な自由と社会的な正義の調整ないし統合を試みることへと大転換がなされたのである。

この大転換にもとづき、1960年6月23日に公布された「住居統制経済の廃止および社会的な賃貸借・住居法に関する法律」（「廃止法」）によって、５５６ａ条がＢＧＢに挿入されたのである。

ただし、現行法とは異なり、当時のＢＧＢ５５６ａ条１項によると、賃借人は、告知が、賃借人またはその家族の生活関係に対して、「個々の場合の特別な事情のために」、賃貸人の利益を「完全に」斟酌しても正当化することができない苛酷な介入となるときには、無効という効果をもって告知に異議を述べることができる[34]、と規定されていた。

立法者は、この規定が、以前の賃借人保護を超える賃借人のための保護規定であり、それによって、住居の供給が均衡した後、賃借人の正当な利益は社会的な法治国家の命令に相応するように保障される[35]、と説明していた。しかし、それとともに、この規定が、告知を行う賃貸人の権利を制限するものではなく、再び、自由な告知の権利を賃貸人に付与するものであることもまた、認めていたのである[36]。

さて、この法案に対する立法過程における議論を概観しておくと、野党・社会民主党は、まず、基本的な点においては、キリスト教民主・社会同盟の考えに賛同している。すなわち、住居統制経済の廃止[37]、および、「社会的な賃貸借・住居法」をＢＧＢに組み込むことに関してである[38]。

しかし、「社会的な賃貸借・住居法」の内容に関しては、当然のことながら、批判がなされている。

たとえば、ヤーンは、ＢＧＢのなかに、それと完全に異質な社会法の概念を挿入するならば、きわめて入念かつ慎重な態度を取るべきことを要求し、キリスト教民主・社会同盟がＢＧＢ５５６ａ条と告知期間の延長に関するＢＧＢ５６５条のみを提示していることの不十分さを批判している[39]。さらに、彼は、全く不明確な一般条項が５５６ａ条に持ち込まれることにより、裁判官はこの条項を適切に取り扱えず、賃借人は不可欠な保護をこの規定にもとづいて享受することはできない[40]、と論じ

ている。また、ハウフェは、住居の所有権における社会的な義務を強調し、存続保護は社会・法治国家思想の構成部分となったのであり、それを維持しなければならない[41]、と論じている。

以上で「廃止法」についての考察を終えるが、連邦住居建設大臣リュッケは、すでに「廃止法」に関する審議において、「社会的な賃貸借・住居法」の形成に関する審議は法務委員会において継続されることを公表していた[42]。そして、それにもとづき、「賃貸借法の規定の改正に関する第一次法律」(1963年7月29日)、および、「賃貸借法の規定の改正に関する第二次法律」(1964年7月14日)が、制定・公布されたのである。

この「賃貸借法の規定の改正に関する第二次法律」の立法過程において、第三の決定的な転換点が明らかにされた。それは、以前の「賃借人保護」という理念に代わり、「社会的な賃貸借・住居法」においては、賃貸借契約の当事者間における「協力関係」(Partnerschaft)という理念が重要な役割を果すことである[43]。賃貸人と賃借人は、敵対者として相対峙するのではなく、賃貸借契約により、パートナーとして結びつけられている[44]、ということである。

連邦住居・都市建設・国土計画大臣リュッケは、「(「社会的な賃貸借・住居法」の)立法目的は、互いに配慮するという意味において、賃貸人と賃借人の真の協力関係を達成することである」[45]、と述べている。

さて、連邦政府の側には、「賃貸借法の規定の改正に関する第二次法律」をもって、「社会的な賃貸借・住居法」の導入に関して、最後の仕上げがなされたという考えが支配していた[46]。しかし、存続保護の領域については全く事情が異なり、この領域においては、この後、ほぼ10年間続く闘争が開始されたのである[47]。

(1) Heinrich Honsell, "Privatautonomie und Wohnungsmiete", *AcP*, Bd. 186, 1986, S. 119f.; Volker Emmerich/Jürgen Sonnenschein, *Mietrecht, Kommentar zu den mietrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches und zum Zweiten Wohnraumkündigungsschutzgesetz*, 2. Aufl., 1981, Vorbem zu §§535, 536 RdNr. 1. この当時、実際には、きわめて些細な契約違反においてさえ認められる、多数の追加的な告知理由をもりこんだ賃貸借契約が締結されていた、といわれている。Emmerich/Sonnenschein(Fn. 1), Vorbem zu §§535, 536 RdNr. 3.

(2) Honsell(Fn. 1), S. 121; Emmerich/Sonnenschein(Fn. 1), Vorbem zu §§535, 536 RdNr. 4.

(3) Honsell(Fn. 1), S. 121; Emmerich/Sonnenschein(Fn. 1), Vorbem zu §§535, 536 RdNr. 5.

(4) Emmerich/Sonnenshein(Fn. 1), Vorbem zu §§535, 536 RdNr. 5f.; Honsell(Fn. 1), S. 121.

(5) Emmerich/Sonnenschein(Fn. 1), Vorbem zu §§535, 536 RdNr. 7; Honsell(Fn. 1), S. 121.

(6) Honsell(Fn. 1), S. 121; Emmerich/Sonnenschein(Fn. 1), Vorbem zu §§535, 536 RdNr. 8.

(7) Honsell(Fn. 1), S. 121f. この「告知保護令」による存続保護は、「二重の告知保護」の形態を取り、かつ、恒久法とされたことに留意しなければならない。Honsell(Fn. 1), S. 121f.

(8) Emmerich/Sonnenschein(Fn. 1), Vorbem zu §§535, 536 RdNr. 8.

(9) 立法の展開過程における主要な法律に関して、わが国の既存の研究

の中では、特に、佐藤岩夫「住居利用関係法研究序説ー住居利用関係法の展開におけるドイツ型とイギリス型・第一部（二）」法学50巻2号(1986)75頁以下が、賃料の問題も含めて、詳しい説明を行っている。

(10) 正確にいうならば、キリスト教民主同盟と、その姉妹政党であるキリスト教社会同盟との会派共同体である。

(11) なお、ドイツにおいては、大連立政権時代を除いて、二大政党の一方が自由民主党と連立政権を組むという統治形態が長らく続いていたが、本稿では、自由民主党の立場・見解については考察の対象としない。

(12) Drucksache 3/1234, S. 46f. ;Heinz Lampert, *Sozialpolitik*, 1980, S. 157, 353;Harald Winkel, *Die Wirtschaft im geteilten Deutschland 1945-1970*, 1974, S. 160.

(13) Drucksache(Fn. 12), S. 47;Lampert(Fn. 12), S. 353;Honsell(Fn. 1), S. 122;Emmerich/Sonnenschein(Fn. 1), Vorbem zu §§535, 536 RdNr. 8f.

(14) Lampert(Fn. 12), S. 162;Winkel(Fn. 12), S. 160;出水宏一『戦後ドイツ経済史』(東洋経済新報社、1978)144、145頁;佐藤誠「社会的市場経済と住宅政策」経済学研究41巻5号(1976)28頁 。

(15) 山口定「戦後ドイツ政治の展開」中木康夫・河合秀和・山口定『現代西ヨーロッパ政治史』(有斐閣、1990)267ー269頁。

(16) 山口・前掲注(15)273、288ー289頁;佐藤・前掲注(14)28頁;Winkel(Fn. 12), S. 160f.

(17) Lampert(Fn. 12), S. 346 Tabelle 33.

(18) Kurt H. Biedenkopf/Meinhard Miegel, *Wohnungsbau am Wendepunkt, Wohnungspolitik in der sozialen Marktwirtschaft*, 1979, S. 131 Tabelle 8;Winkel(Fn. 12), S. 161.

(19) 出水・前掲注(14)146頁。

(20) Lampert(Fn. 12), S. 352;佐藤誠「西ドイツの住宅・土地・都市政策」五井一雄・丸尾直美編『都市と住宅　経済学の提言』(三嶺書房、1984)195頁。

(21) Bidenkopf/Miegel(Fn. 18), S. 31ff., 131 Tabelle 8;佐藤・前掲注(14)27—29頁。

(22) Udo Wolter, *Mietrechtlicher Bestandsschutz, Historische Entwicklung seit 1800 und geltendes Wohnraum-Kündigungs-schutzrecht*, 1984, S. 190.

(23) Drucksache(Fn. 12).

(24) 出水・前掲注(14)251頁。「社会的市場経済」という概念については、さしあたり、「法治国家秩序のもとに保証された経済的自由と、社会的安定および社会正義に対する社会国家的要請とを総合した経済政策的概念である」(出水・前掲注(14)252頁)、という叙述に従う。「社会的市場経済」の体系的な説明については、出水・前掲注(14)251頁以下参照。なお、佐藤・前掲注(14)25—26頁も参照。

(25) 出水・前掲注(14)159—160頁。

(26) 佐藤・前掲注(14)31—33頁。

(27) Drucksache(Fn. 12), S. 46-49; *Verhandlungen des Deutschen Bundestages*, 3. Wahlperiode Stenographische Berichte Band 44(以下、Sten. Ber. Bd. 44、というように表記する), 1959, S. 4888 (Bundesminister Lücke).

(28) Drucksache(Fn. 12), S. 47f.

(29) Drucksache(Fn. 12), S. 46, 54.

(30) Sten. Ber. (Fn. 27), S. 4883; Sten. Ber. Bd. 46, S. 6768 (いずれも Bundesminister Lücke).

(31) Sten. Ber. (Fn. 27), S. 4881, 4883, 4888 (Bundesminister Lücke).

(32) Drucksache (Fn. 12), S. 54; Sten. Ber. (Fn. 27), S. 4885; Sten. Ber. (Fn. 30), S. 6765 (いずれも Bundesminister Lücke).

(33) Drucksache (Fn. 12), S. 54; Sten. Ber. (Fn. 27), S. 4884, 4888; Sten. Ber. (Fn. 30), S. 6765 (いずれも Bundesminister Lücke).

(34) Drucksache (Fn. 12), S. 54, 74.

(35) Drucksache (Fn. 12), S. 54, 74.

(36) Drucksache (Fn. 12), S. 74; Sten. Ber. (Fn. 27), S. 4885 (Bundesminister Lücke).

(37) Sten. Ber. (Fn. 27), S. 4894 (Hauffe); Sten. Ber. (Fn. 27), S. 4909 (Brecht).

(38) Sten. Ber. (Fn. 30), S. 6747f. (Jahn); Sten. Ber. (Fn. 30), S. 6771 (Brecht).

(39) Sten. Ber. (Fn. 30), S. 6747f., 6750 (Jahn).

(40) Sten. Ber. (Fn. 30), S. 6749 (Jahn).

(41) Sten. Ber. (Fn. 27), S. 4894f., 4898 (Hauffe).

(42) Sten. Ber. (Fn. 30), S. 6752 (Bundesminister Lücke).

(43) Wolter (Fn. 22), S. 229f.

(44) *Zu* Drucksache 4/2195, S. 1f.

(45) Sten. Ber. Bd. 55, S. 6216 (Bundesminister Lücke).

(46) Sten. Ber. (Fn. 45), S. 6216 (Bundesminster Lücke).

(47) Wolter (Fn. 22), S. 196.

3　存続保護をめぐる闘争

(1)　第一段階

存続保護をめぐる闘争は、その第一段階において、ＢＧＢ５５６ａ条に関して行われた。

ＢＧＢ５５６ａ条は、当時、立法者の意思に反して、判例・学説においては、例外的な規定として取り扱われていた[48]。

代表的な学説として、ロケットは、「この規定（ＢＧＢ５５６ａ条）は、社会的な賃貸借法において、立法者がこの法律を制定する際に考えたような中心的な地位を占めていない。その理由は、社会的な条項の適用範囲がすでに法律の文言にしたがって例外的な場合に限定されていること、および、例外的な場合においてのみ適用されうる法規が社会的な規定の中核でありうるとは考えられないことにある。・・・・社会的な条項は、確かに、社会的な苛酷さを軽減するための、ある可能性を賃借人に提供するが、賃借人に社会的な保護を与えることは決してない」[49]、と論じている。また、すでに「賃貸借法の規定の改正に関する第二次法律」の立法過程において、社会民主党のヤーンも、ＢＧＢ５５６ａ条が例外規定とみなされていることを指摘していた[50]。

このような状況において、存続保護をめぐる闘争は、まず第一に、社会民主党によって推進される。

社会民主党は、すでにワイマールの時代において、「賃借人保護法」の制定に決定的に関与し、同法をＢＧＢに取り入れることに賛同していたが、戦後の時代においても、賃貸人の解約告知は、その根拠を必要とし、社会的に正当化されなければならない、という考え方に固執する[51]。

すでに 1963 年 10 月 23 日、社会民主党は、「ＢＧＢ５５６ａ条の改正

に関する法律」の草案[52]を連邦議会に提出した。その内容は、後述(3の(2))する「第一次住居使用賃貸借告知保護法」のそれと、ほぼ同様のものであった[53]ことが注目される。

すなわち、同法案は、「賃貸人は、賃貸借関係の終了につき、正当な利益を有する場合にのみ、住居使用賃貸借関係の解約を告知することができる。解約告知は、書面により、理由を記載して表示しなければならない」[54]、賃貸人の「正当な利益」は、特に、賃借人側の責めに帰すべき契約義務違反、賃貸人側の自己使用の必要性、および、不動産の相当な経済的利用の妨害により、賃貸人が著しい不利益を被る場合に存在する[55]、という文言のＢＧＢ５５６ａ条を提案するものであった。

その後、1966年5月3日、社会民主党は、さらに、「賃貸借法の領域における社会的な緊急事態を除去するための法律」の草案[56]を連邦議会に提出し、「賃貸人は、住居(使用賃貸借)関係の告知を、書面により、かつ、理由を記載してのみ表示することができる。告知は、それが社会的に正当化されず、かつ、賃借人が告知の到達後四週間の期間以内に書面により異議を述べたときには、法的な効力を生じない」[57]、という新たな文言のＢＧＢ５５６ａ条を提案したのである。

しかし、いずれの法案も、当時、支持を得られなかったのである。

他方において、ＢＧＢ５５６ａ条の改正は、同時に、連邦参議院によっても推進された。

シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州、および、ハンブルク州がイニシアティブを取って提案した後、連邦参議院は、1966年11月11日、「賃貸借法の規定の改正に関する第三次法律」の草案[58]を可決した[59]。

この法案は、ＢＧＢ５５６ａ条による賃貸借関係の継続は例外的であり、同規定にもとづいて、なお緊張している住居市場の状況に対処する

ことは不可能であると認識したうえで、一方において、理由を掲げる必要のない告知の可能性を維持しながら、他方において、代替住居の調達にともなう苛酷さをも回避するために、ＢＧＢ５５６ａ条を改正し、その例外規定としての性質を緩和しようとするものである[60]。

具体的には、「個々の場合の特別な事情のために」という文言を削除し、また、「賃貸人の利益を完全に斟酌して」という文言を、それが最初から賃貸人の利益に賃借人の利益よりも大きなウェイトが付与されなければならないかのような不当な印象が生じうるという理由により、「賃貸人の利益を斟酌して」という文言と取り替えることを提案している[61]。

ところで、この頃、ドイツにおける政党制の発展は、二大政党間の勢力の不均衡が解消されていく転換の時期を迎えていた[62]。キリスト教民主・社会同盟のヘゲモニーは、1963 年秋のアデナウアーの退陣とともに急速に崩壊して行き、それに続くエアハルト政権も、戦後最初の経済危機のなか、財政赤字対策をめぐる自由民主党との対立が直接のきっかけとなり、1966 年 11 月に終了した[63]。その後、自由民主党との連立交渉に失敗したキリスト教民主・社会同盟は、結局、連立の相手を社会民主党に求め、1966 年 12 月 1 日、キリスト教民主・社会同盟と社会民主党の歴史的な大連立政権が誕生したのである[64]。

この大連立政権のもと、二大政党が議席の９０％を占めた連邦議会[65]において、「賃貸借法の規定の改正に関する第三次法律」の草案が審議されることとなったのである。

まず、連邦住居・都市建設大臣で、社会民主党のラウリッツェンは、社会的条項の新たな文言は、この条項が極端に苛酷な場合のための例外規定を意味するのではないことを表しているのであり、それは、一方に

おいて、賃貸借関係の終了についての賃貸人の利益が法秩序および社会秩序と一致するときにはそれを是認し、他方において、不当な苛酷さに対しては賃借人に保護を与えるという形で、両当事者の利益の正当な比較衡量を保障する[66]、と説明している。

また、ラウリッツェンは、「現時点における社会的条項は、すでに、賃借人と賃貸人の真の協力関係のために土台づくりをするという意図によって担われていた。しかし、この意図は完全には達成されていなかった」[67]、これに対して、「この法律は、・・・・賃貸人と賃借人間の法的平和および協力関係に貢献するであろう。われわれすべては、それを目ざして努力したい」[68]、と述べている。ここには、社会民主党も、賃貸借契約の当事者間における「協力関係」という理念を認めていることが示されている[69]。

しかし、二大政党間の立場の相違も、かなり明確な形で表れていた。

キリスト教民主・社会同盟のハウザーは、まず、社会的条項を、旧「賃借人保護法」の告知制限と、ＢＧＢにおける自由な告知可能性との中間に位置するものと捉え、それを高く評価している[70]。そして、社会的条項が適用されるべき場合は、全く異常な状況においてのみでは決してなく、住居の交替・代替住居の調達にともなって、まさしく、通常の範囲を超える煩わしさが生じるときである[71]、と説いている。

ただし、形成権のひとつである告知は、理由を必要とすることなしに、常に自由に行使できるのであり[72]、告知に対する賃借人の異議が今後通例となることを欲しない[73]、とも述べている。

その根底には、「賃貸借関係は、・・・・純粋に債権法上の関係である。しかし、社会的条項を適用することは、単に債権的な法的地位のある種の『物権化』を必然的にともなう。・・・・さらにこれ以上の保護

を付与するときには、そのための前提は、・・・・かなり確固たる形をとらなければならない」[74]、という考えがあったのである。

これに対して、社会民主党のライシュルは、ＢＧＢ５５６ａ条の新たな文言により、賃貸人と賃借人の利益を等しく比較衡量しなければならないことが明らかになったという理由で、まず、これに賛同している[75]。

しかし、住居使用賃貸借関係は、住居という全く特別な法益(Rechtsgut)にかかわる、全く特別な種類の債権契約であり、住居という家族の生活の基礎が理由なしに取り上げられることはできず、その限りで、住居の所有権は、その他の所有権とは異なる方法で、かつ、住居の欠乏が存すると否とにかかわらず、常に、社会的に拘束されなければならない[76]、という基本的な考えを述べている。

さて、「賃貸借法の規定の改正に関する第三次法律」の草案は、連邦議会において大多数をもって可決され、1967年12月21日に公布された。新たなＢＧＢ５５６ａ条１項１文は現行法どおりである[77]。「賃貸人の利益を斟酌して」という文言は、最終的には、現行法どおりに、「賃貸人の正当な利益を斟酌して」という文言に替えられている。

ここにおいて、ＢＧＢ５５６ａ条はもはや例外規定ではなく、賃借人と賃貸人の利益は同等のウェイトで比較衡量されることが認められたのである[78]。しかしながら、賃貸人の自由な解約告知権は、依然として維持されたままであった。

---

(48) Wolter (Fn.22) ,S.197.

(49) Hermann Roquette,*Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Systematischer*

Kommentar,1966,S.381.

(50) Sten.Ber.(Fn.45),S.6220(Jahn).

(51) Wolter(Fn.22),S.198f.

(52) Drucksache 4/1554.

(53) Wolter(Fn.22),S.199.

(54) Drucksache(Fn.52),S.1.

(55) Drucksache(Fn.52),S.1.

(56) Drucksache 5/564.

(57) Drucksache(Fn.56),S.1.

(58) Drucksache 5/1743.

(59) Wolter(Fn.22),S.199.

(60) Drucksache(Fn.58),S.3.

(61) Drucksache(Fn.58),S.3.

(62) 加藤秀次郎『戦後ドイツの政党制 東西ドイツ政党の政治社会学的分析』(学陽書房、1986)209 ― 210 頁。

(63) 山口・前掲注(15)293 ― 294 頁;加藤・前掲注(62)51 頁;出水・前掲注(14)161 頁。

(64) 加藤・前掲注(62)20、51、107 頁。

(65) 山口・前掲注(15)295 頁。

(66) Sten.Ber.Bd.64,S.5813,5814(Bundesminister Lauritzen).

(67) Sten.Ber.(Fn.66),S.5813f.(Bundesminister Lauritzen).

(68) Sten.Ber.(Fn.66),S.5814(Bundesminister Lauritzen).

(69) Wolter(Fn.22),S.230. なお、社会民主党のライシュルの発言にも、そのことが示されている。Sten.Ber.(Fn.66),S.5819(Reischl).

(70) Sten.Ber.(Fn.66),S.5814;Sten.Ber.Bd.65,S.7104(いずれも Hauser).

(71) Sten.Ber.(Fn.66),S.5814f.,5816(Hauser).

(72) Sten.Ber.(Fn.66),S.5816(Hauser).

(73) Sten.Ber.(Fn.66),S.5817(Hauser).

(74) Sten.Ber.(Fn.66),S.5816(Hauser).

(75) Sten.Ber.(Fn.70),S.7105f.(Reischl).

(76) Sten.Ber.(Fn.66),S.5820(Reischl).

(77) Vgl.BGBl.,1967,I S.1248. なお、代替住居の調達にともなう「苛酷さ」を考慮することを明文で規定することは、第一段階においては、結局、実現しなかった。

(78) Wolter(Fn.22),S.200;Hermann Roquette,*Neues soziales Mietrecht Kommentar zum 3.Mietrechts ä nderungsgesetz*, 1969,S.31f.

(2)　第二段階

1966 年に成立した大連立政権は、結果的には、社会民主党主導政権の時代に道を開くことになった[79]。すなわち、1969 年の連邦議会選挙で得票をさらに伸ばした社会民主党は、自由民主党との連立交渉を成功させ、1969 年 10 月 21 日、社会民主党と自由民主党の連立政権が誕生し、キリスト教民主・社会同盟は野党の地位を余儀なくされ、以後 13 年間にわたって、社会民主党主導政権が維持されることになるのである[80]。社会民主党の党勢拡大[81]による、キリスト教民主・社会同盟との構造的不均衡の解消は、すでに 1961 年から徐々に始まっていたが、大連立政権時代を通じて、その解消が成し遂げられ、二大政党の勢力が均衡・競合する段階に入ったのである[82]。

経済情勢に目を転じてみると、70 年代の「社会的市場経済」は、経済成長率の鈍化、および、それと反比例する物価上昇に示されるスタグフレーション的様相を呈し、当初の活力を失いつつあった[83]。そして、その状況は、住居をめぐる経済情勢をも危機の淵に立たせることになる。

まず、1969 年から土地の高騰が生じ、それに続いて、住居建設コストも急上昇した。さらに、70 年代に入ってから、「不動産への逃避」もしくは「キャピタルゲイン志向の投機」の性格を有していた異常なまでの建築ブームが起こり、営利企業を中心とする投機的な分譲住宅の建設が始まったのである[84]。

こうしたなかで、連邦政府は、1970 年 12 月 4 日、存続保護をはじめとして多岐にわたる内容を含んでいた、「賃貸借法の改善および賃料増額の制限についての措置に関する法律」の草案[85]を連邦議会に提出した。

連邦政府＝立法者は、まず、住居市場の現状について、広範な領域、

特に、人口集中地域において、なお著しく過剰な需要が存在し、そのうえに、土地価格、建設コスト、および、賃料の高騰が加わることによって、耐え難い苦境が生じ、そのことが、市場における賃借人と賃貸人の完全な不平等へと至っている[86]、と認識している。

そのような認識にもとづき、連邦政府は、住居市場の現状を最終的に解決するために必要不可欠な措置をすでに講じ始めているが、住居の困窮の除去は長期的にのみ実現可能であるとして、それが達成され、均衡した住居市場が回復されるまでは、市場の現状によって生じる弊害から賃借人を保護するために、その地位を強化することが必要である[87]、と論じている。そのために、同法案は、存続保護の強化を意図しているのである[88]。

具体的な提案のひとつは、ＢＧＢ５５６ａ条１項の補充であり、適当な条件の代替住居を調達できないことは、常に、賃借人にとっての「苛酷さ」を意味するという内容の条文を挿入することが提案されている[89]。

第二の提案が、住居の特別な需要をともなう地域における、強化された告知保護の導入である[90]。これに関して、立法者は次のように説明している[91]。

現行の「社会的な賃貸借・住居法」における賃貸人の告知権は、原則として、自由かつ無制限である。賃借人にとっての存続保護は、ＢＧＢ５５６ａ条によってのみ認められているが、そこにおいては、いかなる理由が賃貸借関係の終了についての賃貸人の「正当な利益」に該当するかは、まず第一には問題とならない。しかし、そのような存続保護は、賃貸住居の著しい不足をともなう地域においては不十分である。というのは、そのような地域においては、賃借人は、賃貸人と同等の当事者ではないからである。したがって、住居の特別な需要をともなう地域にお

いては、賃貸人が、賃貸借関係の終了につき、「正当な利益」を有する場合にのみ、告知は可能であるとすることによって、賃貸人の告知権を制限することが必要である。

立法者は、この規定が、一方的に、賃貸人に「正当な利益」という負担を負わせ、賃借人を優遇するものではなく、契約当事者間の正当な利益の調整を図っていることを強調している[92]。一方において、契約に誠実な賃借人は、恣意的かつ動機のない告知に対して保護されなければならないし、他方において、十分な理由があるときには賃貸借関係から離脱できるという賃貸人の利益も考慮される必要があり、それゆえに、賃貸人の告知は、「正当な利益」の存在と結び付けられたのである[93]。立法者は、この規定により、賃貸人と賃借人の対立する利益を、可能な限り、協力関係的に歩み寄らせることが達成される[94]、と論じている。

なお、賃貸人の「正当な利益」に該当する場合として列挙されている事由は、本質的には、すでに 1963 年に社会民主党によって提案された、「ＢＧＢ５５６ａ条の改正に関する法律」の草案に相応したものであったが[95]、立法者は、列挙されている事由が、例示的であることを明言していた[96]。

この法案に対して、法務委員会は、強化された告知保護の導入が住居の特別な需要をともなう地域に限定されていることに反対し、その適用領域の地域的な制限を取り払い、連邦の全領域について、賃貸人の自由かつ無制限な告知権が排除されるべきである[97]、と提案している。ただし、法務委員会は、この新たな存続保護を恒久法として導入するのではなく、1974 年 12 月 31 日までの限時法とすることを提案したのである[98]。

さて、野党であるキリスト教民主・社会同盟は、この新たな存続保護

の導入に対して、当然のことながら、かなり激しく抵抗している。

第一に、根本的な点につき、次のような批判がなされている。

すでに述べたように、二大政党間の勢力の構造的不均衡の解消は 1961 年から徐々に始まったが、その過程において、社会民主党の経済政策も、キリスト教民主・社会同盟の「社会的市場経済」政策の立場とほとんど差異のないものとなった[99]、といわれている。しかし、キリスト教民主・社会同盟は、住居をめぐる経済情勢においても、「社会的市場経済」の諸原則が妥当すべきことを強く主張し、新たな存続保護は、「社会的市場経済」のルールを失効させる法的基礎を作り出し、1960 年以来統制管理から解放された住居を再び統制経済に取り込み、そのうえ、公的資金補助を受けることなく建設された住居も含むことによって、以前のそれを超えようとしている[100]、と批判した。

第二に、「社会的な賃貸借・住居法」の理念に関しても、賃借人と賃貸人間の「協力関係」が強調され、この法案は、すでに克服された階級思想の導入であり、新たな存続保護により、「協力関係」が法的不安定性によって破壊される[101]、と批判されている。

第三に、新たな存続保護は、継続的な賃借権ないし居住権となること[102]、また、賃借人が「苛酷さ」を援用できないときにさえ、賃貸人は、「正当な利益」の存在を証明しなければならないという絶対的な告知保護となること[103]も指摘されている。

第四に、この存続保護は、建設意欲と私的なイニシアティブの活力を大幅に奪い、その結果、賃貸住居建設は破局的な衰退へと至る[104]、とも主張されている。

キリスト教民主・社会同盟は、要するに、「賃貸人が不当に不利に扱われることなく、賃借人が苛酷さから保護される法律を欲する」[105]、と

いう立場であったのである。

また、キリスト教民主・社会同盟が多数を占めていた連邦参議院[106]は、憲法上および住居政策上の考慮から、新たな存続保護の地域的な限定を主張し、両院協議会の招集を要求した[107]。

これに対して、連邦議会の多数派は、法案の二分割を行い、存続保護に関しては、新たに、「住居に関する使用賃貸借関係についての告知保護に関する法律」(「第一次住居使用賃貸借告知保護法」) と名づけられたうえで、連邦議会において、法務委員会によって提案された文言において可決され、1971 年 11 月 25 日に公布されたのである[108]。その規定は、期限の点を除き、現行のＢＧＢ５６４ｂ条に相応するものであった[109]。

---

(79) 山口・前掲注(15)295 頁。

(80) 加藤・前掲注(62)91 ― 92、108 頁;山口・前掲注(15)300 頁。

(81) その要因については、山口・前掲注(15)292 ― 293 頁。

(82) 加藤・前掲注(62)46、108、210 頁。

(83) 佐藤・前掲注(14)33、34 頁。

(84) 佐藤・前掲注(14)34 頁。

(85) Drucksache 6/1549.

(86) Drucksache (Fn.85) ,S.6;Sten.Ber.Bd.74,S.4932f. (Bundesminster Jahn). なお、社会民主党のメアマンは、裕福な者だけが入居可能な住居のみが供給され、年金生活者等の限界的需要者は、公的資金補助を受けることなく建設された新築住居には手が届かないことについても指摘している。

Sten.Ber. (Fn.86) ,S.4940f. (Meermann) .

(87) Drucksache (Fn.85) ,S.6;Sten.Ber. (Fn.86) ,S.4932f. (Bundesminister Jahn) .

(88) Sten.Ber. (Fn.86) ,S.4933 (Bundesminister Jahn) .

(89) Drucksache (Fn.85) ,S.2;Sten.Ber. (Fn.86) ,S.4933 (Bundesminister Jahn) .

(90) Drucksache (Fn.85) ,S.6;Sten.Ber. (Fn.86) ,S.4933 (Bundesminister Jahn) .

(91) Drucksache (Fn.85) ,S.7;Sten.Ber. (Fn.86) ,S.4933 (Bundesminister Jahn) .

(92) Sten.Ber. (Fn.86) ,S.4933 (Bundesminister Jahn) ;Sten.Ber. (Fn.86) ,S.4948 (Bundesminister Lauritzen) .

(93) Sten.Ber. (Fn.86) ,S.4933 (Bundesminister Jahn) ;Sten.Ber. (Fn.86) ,S.4948 (Bundesminister Lauritzen) .

(94) Sten.Ber. (Fn.86) ,S.4949 (Bundesminister Lauritzen) .

(95) Wolter (Fn.22) ,S.201;vgl.Drucksache (Fn.85) ,S.2.

(96) Sten.Ber. (Fn.86) ,S.4933 (Bundesminister Jahn) .

(97) Drucksache 6/2421,S.3.

(98) Drucksache (Fn.97) ,S.3,22.

(99) 出水・前掲注(14) 162 頁。

(100) Sten,Ber. (Fn.86) ,S.4935,4937f. (Erpenbeck) .

(101) Sten.Ber. (Fn.86) ,S.4934f.;Sten.Ber.Bd.76,S.7785 (いずれも Erpenbeck) .

(102) Sten.Ber. (Fn.101) ,S.7784 (Erpenbeck) ;Sten.Ber. (Fn.101) ,S.7788 (B ö hme) .

(103) Sten.Ber. (Fn.86) ,S.4951 (Hauser) .

(104) Sten.Ber. (Fn.86) ,S.4936 (Erpenbeck) ;Sten.Ber. (Fn.86) ,S.4951

(Hauser).

(105) Sten.Ber. (Fn.101),S.7785 (Erpenbeck).

(106) Wolter (Fn.22),S.202.

(107) 370.Sitzung des Bundesrats am 23.Juli 1971,Sten.Ber.S.241ff.

(108) Wolter (Fn.22),S.202f.

(109) Vgl.BGBl.,1971,I S.1839f.

(3)　第三段階　―（暫定的な）終結―

1969年に続く1972年11月の連邦議会選挙において、社会民主党は、現在に至るまでの最高の得票率を獲得し、ドイツ連邦共和国の歴史上初めて第一党となり、国民の社会民主党への支持は頂点に到達した[110]。

他方において、住居をめぐる経済情勢は、異常なまでの投機的建築ブームを経て、1973年中期以降、破局的な局面を迎えることになる[111]。

「社会的市場経済」全体の活力喪失下において、1970年から始まった、物価上昇と建築ブームの悪循環はさらに過熱し、1973年には、投機的な分譲住宅の建設戸数が、70年の２倍にまで跳ね上がった[112]。これに対して、73年5月、連邦政府は、租税・金融の両面における強力な引き締め政策による市場介入を行い、さしもの建築ブームを終焉させた[113]。しかし、投機熱が急激に冷却された後には、分譲集合住宅を主とする巨大な売れ残り「在庫」が残され、これが建設業・不動産業の経営を圧迫し、73年中期以降、未曾有の倒産ブームへと至り、さらに、73年度中には、住居数が世帯数を上回ることによって、住居の飽和現象が加わり、住居をめぐる経済情勢は構造的危機に陥ることになるのである[114]。

こうしたなかで、社会民主党に主導された連邦政府は、1974年4月19日、「住居に関する使用賃貸借関係についての告知保護に関する第二次法律」の草案[115]を連邦議会に提出したのである。

この法案は、「第一次住居使用賃貸借告知保護法」が肯定的な効果―賃貸借明渡訴訟の減少（および賃料の安定）―を生ぜしめていることを理由として、1974年12月31日の満了とともに効力を失うとされていた同法の規定を恒久法とし、しかも、告知保護に関する規定を、ＢＧＢにおける「社会的な賃貸借・住居法」の構成部分として定着させることを意図するものであった[116]。立法者は、同法案によって、「社会的な賃貸借

・住居法」の最後の仕上げをなそうとしたのである[117]。

さらに注目すべき点は、存続保護の根拠が、「住居に関する使用賃貸借関係についての告知保護に関する第二次法律」の草案においては、第二段階におけるそれと異なり、変化していることである。

すなわち、強化された存続保護は、第二段階では、住居市場における窮境にかんがみて正当化されていたのに対して、この法案においては、ドイツ連邦共和国の国民のおよそ三分の二が、住居使用賃貸借の形態で居住していることを前提として、人間的に生きる生活の中心点としての住居の卓越した意義、ならびに、住居の交替にともなう経済的・身体的・精神的不利益をもって根拠づけられ、住居市場の状況が均衡していると否とにかかわらず、それは必要である[118]、と論じられている。

連邦法務大臣フォーゲルは、この点につき、住居使用賃貸借関係の存続保護は、社会的な命令であり、それは、確かに、住居市場における欠乏状態のもとでは強化されるべきであるが、均衡した住居市場においても、さらには、住居の供給過剰のもとでさえ、考慮されないことはない、と説いているようである[119]。

また、彼は、特に、基本法にもとづく所有権の社会的拘束を強調しながら[120]、賃貸借に関する立法の最高の目的は、「賃貸人と賃借人間の社会的な平和（「協力関係」と同等の概念と思われる）を継続的に保障すること、法に誠実な契約当事者を恣意から保護すること、理性的な利益調整、および、適切な経済性を維持することである」[121]、と述べている。

その他、社会民主党は、「第一次住居使用賃貸借告知保護法」は、賃貸借契約の当事者間における「協力関係」にとって適切な基礎であることが実証されたこと[122]、また、「住居に関する使用賃貸借関係についての告知保護に関する第二次法律」の草案をもって、民事法における社会

国家原則を実現するための新たな歩みがなされる[123]とともに、社会的条項と告知期間に関する規定のみを賃借人に認めようとするキリスト教民主・社会同盟の政策に告別すること[124]、等を主張している。

これに対して、野党・キリスト教民主・社会同盟は、次のように批判している。

まず、ハウザーは、両当事者にとって均衡し、適切である規定の必要性を強調し、存続保護に関する規定が実際に適合し、当事者間の「協力関係」を考慮しているかどうか、また、告知事由があまりにも狭く限定され、それが賃貸借法の硬直化へと至っているのではないかという点が再考されなければならない[125]、と主張し、なかんずく、存続保護に関する規定がＢＧＢに挿入されることに異議を唱えている[126]。彼は、ＢＧＢにおける体系的な秩序を重視し、存続保護に関する規定が賃借人にのみ有利となるように定められるときには、ＢＧＢから分離した住居法が展開し、それは、一般的な賃貸借法の範囲から逸脱するのである[127]、と論じている。

同様に、オルガスは、告知保護に関する規定が恒久法となることには賛成しているが、それがＢＧＢに挿入されることには反対している[128]。

さらに、ニーゲルは、住居数が世帯数を上回っているという住居市場の現状について指摘したうえで、動機のない、恣意的な告知は、社会的条項によって排除されるのであり、「住居に関する使用賃貸借関係についての告知保護に関する第二次法律」の草案は、「二重の告知保護」を創出するものである[129]、と批判している。

しかし、この法案は、連邦議会において、一票の反対を除き、可決されたのである[130]。そして、両院協議会の招集が効果なく終わった後、連邦参議院が拒否権を放棄したので、「住居に関する使用賃貸借関係につ

いての告知保護に関する第二次法律」（「第二次住居使用賃貸借告知保護法」）は、1974年12月18日に公布された[131]。

この法律により、「第一次住居使用賃貸借告知保護法」における存続保護に関する規定は、本質的な変更なしに、かつ、恒久法として、ＢＧＢ５６４ｂ条に引き継がれた[132]。そして、ここにおいて、存続保護をめぐる闘争は、ようやく、その（暫定的な）終結を見出したのである[133]。

---

(110) 山口・前掲注(15)293、302頁。

(111) 佐藤・前掲注(14)23頁。

(112) 佐藤・前掲注(14)34頁。

(113) 佐藤・前掲注(14)36頁。

(114) 佐藤・前掲注(14)36―37頁;Winkel(Fn. 12),S. 164.

(115) Drucksache 7/2011.

(116) Drucksache(Fn. 115),S. 7.

(117) Sten. Ber. Bd. 88,S. 6916(Bundesminister Vogel).

(118) Drucksache(Fn. 115),S. 7;Sten. Ber. (Fn. 117)S. 6916;
Sten. Ber. Bd. 89,S. 8309(いずれも Bundesminister Vogel).

(119) Honsell(Fn. 1),S. 124.

(120) Sten. Ber. (Fn. 117),S. 6916;Sten. Ber. (Fn. 118),S. 8309
(いずれも Bundesminister Vogel).

(121) Sten. Ber. (Fn. 118),S. 8309(Bundesminister Vogel).

(122) Sten. Ber. (Fn. 117),S. 6917(Gnädinger).

(123) Sten. Ber. (Fn. 117), S. 6917 (Gnädinger); Sten. Ber (Fn. 118), S. 8314 (Dürr).

(124) Sten. Ber. (Fn. 117), S. 6917 (Gnädinger); Sten. Ber (Fn. 118), S. 8320 (Polkehn).

(125) Sten. Ber. (Fn. 117), S. 6917, 6919 (Hauser).

(126) Sten. Ber. (Fn. 118), S, 8311 (Hauser).

(127) Sten. Ber. (Fn. 118), S. 8312 (Hauser).

(128) Sten. Ber. (Fn. 118), S. 8317f. (Orgaß).

(129) Sten. Ber. (Fn. 118), S. 8324f. (Niegel).

(130) Sten. Ber. (Fn. 118), S. 8325.

(131) Wolter (Fn. 22), S. 204.

(132) Drucksache (Fn. 115), S. 8.

(133) Wolter (Fn. 22), S. 196.

4　厳格な要件にもとづく例外の創設

「第二次住居使用賃貸借告知保護法」は、ほとんど満場一致で連邦議会において可決されたが、その際、連邦議会は、連邦政府に対して、同法の施行から四年の経過後に、同法の影響について報告することを要求していた[(134)]。

これに対して、連邦政府は、1979 年 3 月 2 日、さまざまな調査・統計を駆使し、きわめて詳細な報告を行った[(135)]。

このうち、存続保護に関しては、「賃貸人と賃借人の相対立する利益を調整する『告知保護』の規整領域は、共同体の法意識によって原則として受け入れられ、適切であることが証明された」[(136)]、として、肯定的に評価されている。

また、「第二次住居使用賃貸借告知保護法」が、賃貸住居建設への投資意欲に及ぼす影響については、さらに情報を収集する必要があるとしながらも、賃貸人に対するアンケートによると、一部の賃貸人は、告知保護、および、賃料増額についての現行規定により、投資意欲が減少させられていると主観的に感じ、新たな投資を、賃貸借法上の枠組の改善に依存させていることが示されている[(137)]、と報告されている。

ところで、住居市場の状況に目を転じると、この頃、前述（３の(3)）した住居をめぐる経済情勢の構造的危機のもとで、大都市における「新たな住居の困窮」と呼ばれる現象が、クローズアップされてくることになる。すでに克服されたと考えられていた「住居の困窮」は、80 年代に入って、再び問題とされ始めたのである[(138)]。

この現象は、新たな賃貸住居建設の衰退、および、廉価な賃料で賃借しうる旧築住居の払底に規定されたものであり、特に、限界的借家需要

者のための住居の欠乏の増大、ならびに、建て替えのために空き家となっている住居の実力による不法占拠の発生を特徴としていた[139]。ただし、この「新たな住居の困窮」は、純粋な住居の需要のみならず、法律による賃料の鎮静により可能とされ、または、容易にされた「住居の消費」（Wohnungskonsum）の増大によって生じている需要に規定された面もあることが指摘されている[140]ので、増幅された感もあるようである。

さて、このような住居市場の現状にかんがみて、「第二次住居使用賃貸借告知保護法」をめぐる法政策的な論議が生じ、それは、先の連邦政府による報告にもかかわらず、とどまることなく活発化し、1980 年に開始された第九次選出期間において、具体的な改正の提案へと至ることになるのである[141]。

社会民主党主導政権は、1980 年 10 月の連邦議会選挙を、キリスト教民主・社会同盟が、その右派的体質のために国民の反発を受け続けてきたシュトラウス（Franz Josef Strauβ）を首相候補に立てたことに救われて、乗り切ることになる[142]。この選挙の後、社会民主党と自由民主党の連立与党は、賃借人の法的地位の若干の強化をともないつつ、賃料増額手続における一連の緩和措置を取り決めた[143]。この取り決めは、その後、1981 年 9 月 7 日に連邦政府により提出された、「1981 年賃貸借法改正法」の草案[144]に引き継がれたのである。

この法案は、賃貸借法の改正によって、公的資金補助を受けることのない賃貸住居建設の枠組を改善しようとするものであるが、それとともに、住居の近代化が行われるとき、賃貸住居が住居所有権に変更され、譲渡されるとき、および、担保の合意がなされたときにおける、賃借人の法的地位の強化を意図するものであった[145]。同法案においては、これまでの存続保護の仕組みは維持されていた。

他方において、キリスト教民主・社会同盟は、1981年5月22日、「賃貸住居の供給の増大に関する法律」の草案[146]を連邦議会に提出した。この法案には、すでに、存続保護を受けない「定期賃貸借契約」の導入が盛り込まれていたのである[147]。

さて、連邦議会は、1982年5月27日、「1981年賃貸借法改正法」案を可決した[148]。キリスト教民主・社会同盟の法案は排斥されたかと思われたが、連邦参議院によって招集された両院協議会は、1982年8月31日、キリスト教民主・社会同盟の法案にもとづく改正を提案した[149]。これに対して、連邦議会は、1982年9月8日、社会民主党と自由民主党の議決をもって、この提案を否決した[150]。

ところが、ここで、13年間続いてきた社会民主党と自由民主党の連立政権が崩壊し、政権交代が行われることになるのである。

社会民主党内における左右両派の構造的対立、左派の台頭による同党内部の勢力関係の変質を背景として生じていた連立与党内の対立は、1982年9月、その頂点に達し、9月17日、財政再建の方策をめぐる対立を直接的契機として、自由民主党の四閣僚が辞任し、ついに、社会民主党と自由民主党の連立政権は崩壊に至ったのである[151]。キリスト教民主・社会同盟は、自由民主党と連立して新政権を樹立すべく、建設的不信任案を上程し、10月1日、これが可決され、ここに、政権交代が成立したのである[152]。

したがって、1982年10月8日に連邦参議院により申し立てられた異議は、連邦議会によってもはや却下されず、結局、「1981年賃貸借法改正法」案は無に帰したのである[153]。

さて、キリスト教民主・社会同盟に主導された新たな連立政権は、1982年11月5日、以前の同党の法案と同じ名称である、「賃貸住居の供給の

増大に関する法律」の草案[154]を連邦議会に提出した。

まず、住居市場の現状に関して、立法者は、次のように認識している。

「住居市場は、近年、特に、比較的大きな都市、および、その周辺地域において、バランスを失っている」[155]。一方において、建築主、および、賃貸人は市場から撤退し（賃貸住居建設の衰退、賃貸意欲の後退）、他方において、賃貸住居に対する需要は増大している[156]。そして、この「新たな住居の欠乏」のもとで、とりわけ、限界的借家需要者は困難に直面している[157]、という認識である。

そのうえで、立法者は、「現行賃貸借法は、住居市場における憂慮を抱かせる展開のひとつの原因である」[158]、すなわち、既存の法的な枠組みにより、私的なイニシアティブが阻害されていることが、ひとつの原因である[159]、という立場を表明している。

以上のことを前提として、「賃貸住居の供給の増大に関する法律」の草案は、住居使用賃貸借法の領域において必要な措置を取ることにより、「賃貸住居市場を蘇生させること」[160]を意図するものである、という。

それでは、いかなる措置が必要である、とされたのであろうか。この点につき、立法者は、住居使用賃貸借法のあるべき形態から説き起こし、次のように論じている[161]。

賃貸借法は、一方において賃借人、他方において賃貸人の保護に値する利益、すなわち、賃借人にとっての賃貸借関係の社会的な意義と、賃貸人にとっての住居の経済性を正当に調整しなければならない。しかるに、近年 10 年間の法発展は、賃借人の法的地位についてのみ不均衡な改善を行い、賃貸人の正当な利益をなおざりにしたのであり、このことが、住居市場における供給の衰退へと至ったのである。したがって、住居使用賃貸借法の領域においては、市場経済上の観点をより強く考慮す

ることが必要であり、この法案においては、賃貸借法の規定が、所有権の経済的な利用と矛盾しないことに対する賃貸人の信頼を再び回復させる措置が意図されている、と論じられている。

ただし、立法者は、同時に、賃借人にとっての賃貸借関係の社会的な意義にも考慮していることには留意すべきである。「社会的な賃貸借・住居法」の中核である告知保護は、完全に維持され、今後も、契約に誠実な賃借人は住居の喪失を危惧するには及ばないことが強調されているのである[162]。

以上のような立法者の立場の根底には、住居は、人間の生活の中心点として社会的な特別の意義を有する財であるとともに、まさに経済的な財でもある、という考え方が存していたのである[163]。

さて、必要なもろもろの措置のうち、存続保護に関しては、新たに、ＢＧＢ５６４ｃ条２項が設けられ、そこにおいて、存続保護を受けない「定期賃貸借契約」の導入が意図されていた。

この「定期賃貸借契約」は、近いうちに、自己使用、または、著しい建築措置の実施を意図しているために、一時的な期間においてのみ自己の住居を賃貸しようと欲する者が、現行法のもとにおける、「賃貸借関係の終了についての賃貸人の正当な利益」を証明しなければならないという負担、および、賃貸借関係の継続というリスクにかんがみて、むしろ自己の住居を空き家としておくことを選択している、という不都合な状況を改善しようとするものである[164]。立法者は、「定期賃貸借契約」により、従来空き家とされていた住居が再び住居市場に登場し、賃貸住居の供給が、きわめて容易かつ迅速に増大されうることを期待しているのである[165]。

「定期賃貸借契約」について留意すべきことは、次の二点である。

まず第一に、既に述べたように、立法者は、「社会的な賃貸借・住居法」による存続保護は完全に維持されることを強調していたのであるから、存続保護を受けない「定期賃貸借契約」は、あくまで、原則に対する例外ということになり、「賃貸人の側に具体的・特別な事情が存在するときに」[166]認められることである。

第二に、立法者は、「定期賃貸借契約」の要件は厳格であり、それが存続保護を回避する目的で濫用されることはない[167]、と断言していることである。

この点に関して、立法者は、特に、ＢＧＢ５６４ｃ条２項２文において、「定期賃貸借契約」の濫用的拡張を防ぎ、新たな環境への定着という賃借人の利益を保護するために、賃貸人の使用の意図の実現が遅滞し、それが五年の期間を超えたならば、再び、完全な存続保護が賃借人に与えられる[168]、という厳格な規定を置いたのである。

以上のことから、存続保護を受けない「定期賃貸借契約」の導入は、厳格な要件にもとづく例外の創設であり、存続保護の実質は完全に維持されていた、ということができよう[169]。

ところで、「賃貸住居の供給の増大に関する法律」の草案に対して、野党である社会民主党は、次のように批判していた。

第一に、この法案の志向性に関して、当然のことながら、かなり強い調子の批判がなされている。

すなわち、同法案は、市場経済上の原則ないし契約自由の原則、または、賃借人と賃貸人の利益の正当な調整をスローガンとして、賃借人の権利を制限し、賃貸人の法的地位を改善するものである[170]、と批判されている。

第二に、住居という財の性質に関して、賃貸住居は、経済的な財では

なく、人間らしい生活を営むために不可欠な前提であり、特に保護されなければならない私的な生活領域である[171]、と論じられている。

第三に、「定期賃貸借契約」に関しては、賃借人が、明渡に対して保護されることなく、住居を引き払わなければならないことが批判され、また、「定期賃貸借契約」の濫用が可能であり、存続保護の制限または回避となる[172]、と主張されている。

しかし、この法案の立法手続は、きわめて迅速に実施された。連邦議会は、1982 年 12 月 10 日に法案を可決し、その後、連邦参議院が、12 月 17 日、これに賛同したので、「賃貸住居の供給の増大に関する法律」は、1982 年 12 月 20 日に公布され、1983 年 1 月 1 日に施行されたのである[173]。

---

(134) Drucksache 8/2610,S.4.

(135) Drucksache(Fn.134),S.1-79.

(136) Drucksache(Fn.134),S.8.

(137) Drucksache(Fn.134),S.14.

(138) Wolfram Engels, "Das Schlagwort von der Wohnungsnot", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*,7.3.1981,S.13.

(139) Hellmut Wollmann, "Neue Wohnungsnot in der Gro β st ä dten -Zur Reform eines ü berholten F ö rderungssystems-",*Wohnungswirtschaft und Mietrecht*,Heft 5,1982,S.115 ; "Wohnungslage in Gro β st ä dten immer schwieriger", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*,21.4.1981,S.13;Engels(Fn.138), S.13; "Zust ä nde wie in den fr ü hen f ü nfziger Jahren",

Der Spigel,Nr.3,1981,S.38ff;ペテル・アレンス（霜島甲一訳）「西独における『社会的』借家法とそれが現実にもたしたもの」志林 80 巻 1 号 (1982) 43 ― 44 頁。

(140) Engels (Fn.138) ,S.13; "Der Mangel aus dem Wohlstand", *Wirtschaftswoche*,Nr.17,1981,S.16;Eike von Hippel, *Der Schutz des Schw ä cheren*,1982,S.22.

(141) Wolter (Fn.22) ,S.208f.

(142) 山口・前掲注 (15) 309 頁;加藤・前掲注 (62) 66 ― 67、117、125 頁。

(143) Wolter (Fn.22) ,S.209.

(144) Drucksache 9/791.

(145) Drucksache (Fn.144) ,S.1.

(146) Drucksache 9/469.

(147) Drucksache (Fn.146) ,S.6f.

(148) Sten.Ber.Bd.121,S.6153-6190.

(149) Drucksache 9/1941;Wolter (Fn.22) ,S.212f.

(150) Sten.Ber.Bd.122,S.6723-6728.

(151) 加藤・前掲注 (62) 125 ― 127 頁。

(152) 加藤・前掲注 (62) 68、126 頁。

(153) Wolter (Fn.22) ,S.213.

(154) Drucksache 9/2079.

(155) Drucksache (Fn.154) ,S.7.

(156) Sten.Ber.Bd.123,S.8531 (Bundesminister Engelhard).

(157) Drucksache (Fn.154) ,S.7.

(158) Drucksache (Fn.154) ,S.1;vgl.Sten.Ber. (Fn.156) ,S.8531

(Bundesminister Engelhard).

(159) Drucksache (Fn.154),S.7.

(160) Sten.Ber. (Fn.156),S.8531 (Bundesminister Engelhard).

(161) Drucksache (Fn.154),S.7;Sten.Ber. (Fn.156),S.8531,8533 (Bundesminister Engelhard).

(162) Drucksache (Fn.154),S.7;Sten.Ber. (Fn.156),S.8531,8533 (Bundesminister Engelhard).

(163) Drucksache (Fn.154),S.7. なお、立法者ではないが、vgl.Sten.Ber. (Fn.150),S.7717 (Kansy).

(164) Drucksache (Fn.154),S.7.

(165) Sten.Ber. (Fn.156),S.8532 (Bundesminister Engelhard).

(166) Drucksache (Fn.154),S.7.

(167) Sten.Ber. (Fn.156),S.8532 (Bundesminister Engelhard).

(168) Drucksache (Fn.154),S.8.

(169) Vgl.Wolter (Fn.22),S.216.

(170) Sten.Ber. (Fn.150),S.7713 (Conradi);Sten.Ber. (Fn.156), S.8523 (Gn ä dinger);Sten.Ber. (Fn.156),S.8534 (Waltemathe).

(171) Sten.Ber. (Fn.156),S.8523 (Gn ä dinger).

(172) Sten.Ber. (Fn.150),S.7714 (Conradi);Sten.Ber. (Fn.156), S.8523 (Gn ä dinger);Sten.Ber. (Fn.156),S.8535 (Waltemathe);Sten.Ber. (Fn.156),S.8544 (Sch ö fberger).

(173) Wolter (Fn.22),S.213.

5　限定的な法改正

(1) 序説

以上、住居使用賃借権の存続保護の基本的な仕組みを構成している中心的な三つの規定、すなわち、BGB564b条、556a条、および、564c条2項が設けられた、1960年から1982年までの立法の展開過程を考察した。

この段階において、ドイツにおける住居使用賃借権の存続保護の基本的な仕組みは完成された、といえるが、その後、1990年5月17日と7月20日に公布された二つの法律、および、1993年4月22日と7月21日に公布された二つの法律により、住居使用賃借権の存続保護に関して、限定的な法改正が行われた。そこで、ここにおいては、これらの法改正につき、それぞれ、背景と目的、および、内容の概要、ならびに、基本的な性格を、法案の提案理由を素材として明らかにしてみることとする。

(2)　1990年5月17日の法律による法改正

(a)　背景と目的

まず、はじめに、1990年5月17日に公布され、1990年6月1日に施行された、「計画・建設法における住居建設の容易化ならびに賃貸借法の規定の改正に関する法律」(Gesetz zur Erleichterung des Wohnungsbau im Planungs- und Baurecht sowie zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften)[174]による法改正から概観していくことにする。

この法律の草案[175]は、キリスト教民主・社会同盟と自由民主党の議員、および、会派によって提出されたものであるが、法案提出の背景には、次のような状況がある[176]、とされている。すなわち、現在の住居

市場においては、住居の需要が激しく増大し、供給がそれに歩調を合わせることができないという状況である。

住居の需要が増大した原因としては、経済の卓越した発展により、数年前から国民の実質所得が再び上昇した結果、国民がより一層住居を求めることが可能となったこと、出生率の高い年代が世帯を構えるのと重なったこと、および、単身世帯数の増加、ならびに、連邦の領域に予期しないほど著しい数の移住者・強制移住者が流れ込んだこと、が指摘されている。最後の点は、周知のように、1989年のいわゆる「東欧革命」に起因して移住者の数が急速に増加したこと[177]を指す、と考えられる。

さて、以上のような住居市場における窮境にかんがみて、この法律は、住居の需要の増大を克服することを目的とし、計画・建設法、および、賃貸借法に関する立法措置を意図するものである[178]。

このうち、賃貸借法の改正の目的は、現存する建物をよりよく利用しうることが達成されること、とされている。立法者は、現行の賃貸借法の規定が、現存する建物の利用の強化を妨げているとみなし、それを改正することによって、ストックされている住居が利用の状態へと供給されうる[179]、と論じているのである。

(b) 内容

1990年5月17日の法律による法改正の内容は、大きく、以下の三つのレベルに分けることができる。

(i) 賃貸人の「正当な利益」が認められる場合についての新たな例示

BGB564b条1項により、賃貸人は、賃貸借関係の終了につき、

「正当な利益」を有する場合にのみ、住居使用賃貸借関係の解約を告知することができ、同条２項は、賃貸人の「正当な利益」が認められる場合を例示的に規定している。

1990年５月17日の法律による法改正前においては、例示されている場合は三つであったが、同法律により、ＢＧＢ５６４ｂ条２項に４号が挿入され、新たな例示が、さらにひとつ加えられたのである。

この新たに例示された場合とは、賃貸人が、建物の付属非居住空間（nicht zum Wohnen bestimmte Nebenr ä ume）を、許容しうる方法で、賃貸目的の住居に改修しようとし、告知を、その空間に限定し、かつ、1995年６月１日前に賃借人に通知した場合である（ＢＧＢ５６４ｂ条２項４号１文）。この場合にも、賃貸人の「正当な利益」が認められることになったのである。

これまでの現行法によると、付属非居住空間は、すでにあわせて賃借人に委譲されているため、それを住居に改修しようとして告知の対象とすることは、原則としてできなかった。そこで、そのような賃貸借法上の障害を取り除くため、ＢＧＢ５６４ｂ条２項に新たに４号が挿入され、同規定は、付属非居住空間を告知の対象としうることを保障することになったのである[180]。

付属非居住空間の例としては、たとえば、屋階、すなわち、屋根裏部屋、地下室、洗濯部屋、乾燥室、または、物を保管したり、自転車をしまうため等に利用される空間などが挙げられている[181]。

時間的な点では、この付属非居住空間に関して可能とされる告知は、期限づけられていて、この法律の施行後、かつ、1995年６月１日前に賃借人に到達していなければならなかった[182]。

さて、付属非居住空間に関する告知が、ＢＧＢ５６４ｂ条２項４号１

文の場合にあたるときには、賃貸借関係の終了についての賃貸人の「正当な利益」が認められるのであるが、この告知は、ＢＧＢ５６４ｂ条２項に列挙されている他の場合におけると同様に、さらに、ＢＧＢ５５６ａ条の適用を受けるのである[183]。すなわち、賃借人は、契約に従った賃貸借関係の終了が、賃借人またはその家族にとって、賃貸人の「正当な利益」を斟酌しても正当化することができない「苛酷さ」を意味することになるときには、住居使用賃貸借関係の告知に異議を述べ、賃貸人に賃貸借関係の継続を請求することができるのである（ＢＧＢ５５６ａ条１項１文）。賃借人と賃貸人の利益の比較衡量に際しては、賃借人が、告知された付属非居住空間を必要とするかどうか、また、どの程度必要であるか、が重要となる[184]。

ところで、付属非居住空間に関して告知がなされる場合、賃借人は、賃料の相当な減額[185]を請求することができる（ＢＧＢ５６４ｂ条２項４号２文。現行法では３文）。減額の相当性は、まず第一に、告知された付属非居住空間の利用価値にもとづいて見積もられることになる[186]。ただし、賃貸人が、賃料の減額を、告知に際して、または、その後に、自ら申し出ること、さらには、その減額が相当であることが告知の要件ではない[187]。

なお、改修作業の開始が遅滞するときには、賃借人は、それに相応する期間だけ賃貸借関係の延長を請求することができる（ＢＧＢ５６４ｂ条２項４号３文。現行法では４文）。このことは、「定期賃貸借契約」に関するＢＧＢ５６４ｃ条２項２文におけると同様である。したがって、改修作業の開始が具体的に間近であるときにはじめて、付属非居住空間に関する告知が認められることになるのである[188]。

（ii） 賃貸人の「正当な利益」を必要としない告知が妥当する場合の拡張

すでに、1990年5月17日の法律による法改正前のＢＧＢ５６４ｂ条4項により、賃貸人は、自ら居住する、たかだか二つの住居をともなう（mit nicht mehr als zwei Wohnungen）居住用建物における住居使用賃貸借関係において、賃貸借関係の終了についての「正当な利益」をもって告知を基礎づける必要なしに、三か月だけ延長された告知期間をともなって、告知することができた[189]。この、賃貸人の「正当な利益」を必要としない告知は、1990年5月17日の法律によって改正されたＢＧＢ５６４ｂ条4項1文により、ひとつ、または、二つの住居をともなう居住用建物が改修され、三つの住居をともなう居住用建物が造られた場合にもあてはまることとなり[190]、このような告知が妥当する場合が拡張されたのである。

この、いわば簡易化された告知は、三つの住居をともなう居住用建物における住居使用賃貸借関係に関しては、それらの住居の少なくともひとつが、1990年5月31日後で、かつ、1995年6月1日前に完成され、さらに、完成後の使用賃貸借契約の締結の際に、賃貸人が賃借人に告知の可能性を指示した場合にのみ認められる（ＢＧＢ５６４ｂ条4項1文[191]。なお、現在の条文においては、1996年2月21日の法律（BGBl.,1996, I S.222）により、1990年5月31日後で、かつ、1999年6月1日前に完成され、というように改正されている）。

ところで、新たなＢＧＢ５６４ｂ条4項1文においても、「居住用建物」という概念は変更されずに残されているので、営業用建物における住居は考慮されないことになる[192]。また、賃貸人は、三つの住居をともなう居住用建物に改修される前に、すでにその建物に居住していたの

でなければならない[193]。

以上のようなＢＧＢ５６４ｂ条４項１文の改正は、立法者によると、現存するひとつ、または、二つの住居をともなう居住用建物の改修を賃借人保護規定によって妨げないことを目的とする[194]、とされているが、確かに、この改正により、改修作業が刺激される[195]、とも考えられる。

なお、この簡易化された告知は、賃貸借関係の終了についての賃貸人の「正当な利益」は必要としないが、ＢＧＢ５５６ａ条の適用を受けることはいうまでもない[196]。

（iii）　「二重の存続保護」の適用が除外される場合の拡張

ＢＧＢ５６４ｃ条２項は、原則である「二重の存続保護」に対する例外として、「定期賃貸借契約」を認めているが、それとともに、いわば二次的な例外として、すでに、1990 年 5 月 17 日の法律による法改正前のＢＧＢ５６４ｂ条７項、および、５５６ａ条 8 項により、「二重の存続保護」の適用が除外される場合が規定されていた。この「二重の存続保護」の適用が除外される場合は、1990 年 5 月 17 日の法律によって、さらに二つだけ拡張されたのである。

（イ）　ＢＧＢ５６４ｂ条７項４号の場合

はじめに、休暇用家屋地域（Ferienhausgebiet）のなかの休暇用家屋ないし休暇用住宅における住居使用賃貸借関係（ＢＧＢ５６４ｂ条７項４号の場合）が、「二重の存続保護」の適用から除外されることになった。

休暇用家屋ないし休暇用住宅の所有権者が、自己の住居を一時的に賃貸しようとする場合、1990 年 5 月 17 日の法律による法改正前の賃貸借法の規定によると、所有権者は、契約により確定された一定の賃貸借期

間の終了に際して、または、賃貸借関係の告知により、当該住居を再び自己の意のままにしうることをあてにすることはできなかった。そこで、1990年5月17日の法律によって、休暇用家屋ないし休暇用住宅が、「二重の存続保護」の適用から除外され、それを一時的に住居を求める者に賃貸するための賃貸借法上の基礎が作り出されることになったのである[197]

少し詳しくみていくと、まず、新たに挿入されたＢＧＢ５６４ｂ条7項4号は、休暇用家屋地域のなかの休暇用家屋ないし休暇用住宅における住居使用賃貸借関係について、同条の規定が妥当しないことを定めているが、同条の適用が除外されるためには、同条7項4号に規定されている次の要件が満たされなければならない。

第一に、対象となるのは、休暇用家屋地域のなかの休暇用家屋ないし休暇用住宅[198]における住居であり、休暇用家屋地域において、例外的に、ファーストハウスやセカンドハウスとして建てられた住宅は対象とならない[199]。

第二に、時間的な点では、休暇用家屋ないし休暇用住宅における住居が、1995年6月1日前に、賃借人に委譲されたことが必要である。

第三に、賃貸人が、契約締結の際、賃借人に、その住居の目的が定められていること、および、ＢＧＢ５６４ｂ条1項ないし6項の例外であることを指示した場合、とされている。

以上の要件が満たされたならば、休暇用家屋ないし休暇用住宅における住居使用賃貸借関係は、期間の定めのない場合にも、期間の定めのある場合にも、ＢＧＢ５６４ｂ条の適用を受けないのである[200]。

また、改正されたＢＧＢ５５６ａ条8項は、休暇用家屋ないし休暇用住宅における住居使用賃貸借関係について、同条の規定が妥当しないこ

とを定めている。したがって、賃借人は、その住居使用賃貸借関係の終了が、賃借人またはその家族にとって、「苛酷さ」を意味することになるときにも、その継続を請求することはできないことになる[201]。このことは、期間の定めのない場合にも、期間の定めのある場合にも、同様にあてはまるのである[202]。

（ロ） ＢＧＢ５６４ｂ条７項５号の場合

次に、公法上の法人が転貸するために賃借した住居に関する使用賃貸借関係（ＢＧＢ５６４ｂ条７項５号の場合）も、「二重の存続保護」の適用から除外されることになった。

現在の判例によると、公法上の法人が転貸する目的で住居を賃借し、第三者に転貸した場合、住居の所有権者と法人との使用賃貸借関係は「二重の存続保護」の適用を受けないのに対して、法人と最終の賃借人（転借人）との使用賃貸借関係には「二重の存続保護」が妥当する[203]、とされている。したがって、公法上の法人もまた、所有権者が住居の返還を欲する時点において、転借人がそれを明け渡すことを保障することはできず、その結果、所有権者は、しばしば、住居を自己のもとに引き留めることになる[204]。そこで、立法者は、1990年5月17日の法律により、公法上の法人に中間賃貸するという方法で、空き家となっている住居を住居市場に供給するために[205]、法人と転借人との使用賃貸借関係についても、「二重の存続保護」の適用を除外することにしたのである[206]。

(イ)におけると同様に、少し詳しくみていくことにする。

まず、新たに挿入されたＢＧＢ５６４ｂ条７項５号は、公法上の法人が転貸するために賃借した住居に関する使用賃貸借関係について、同条の適用が除外されることを規定しているが、同条７項５号に規定されて

いる次の要件に留意しなければならない。

第一に、公法上の法人が、法律によって指定された任務の範囲において、転貸するために賃借した住居に関する使用賃貸借関係が対象であるが、そもそも、転貸人である「公法上の法人」にあたるものは何か、ということが問題となる。

この点につき、立法者は、特に、市町村や市町村連合、地方郡（Landkreis）、その他の地域法人（Gebietsk ö rperschaft）、ならびに、教会や教会の組織体のような地域的な管轄のない団体を挙げている。さらに、公法上の協会、たとえば、大学の学生相互扶助会（Studentenwerk）も該当する、とされている。しかし、地域法人の経済企業、たとえば、市町村の住宅企業は除外される[207]。

第二に、転借人の範囲は、緊急的な居住の必要をともなう人々、または、専門教育を受けている人々に限定される。

第三に、時間的な点では、公法上の法人が、1995年6月1日前に、その住居を転借人に委譲したとき、とされていた（現在の条文においては、1996年2月21日の法律（BGBl.,1996,I S.222）により、時間的な制限は取り払われている）。

第四に、公法上の法人が、契約締結の際、転借人に、その住居の目的が定められていること、および、ＢＧＢ５６４ｂ条１項ないし６項の例外であることを指示した場合であることが必要である。

また、改正されたＢＧＢ５５６ａ条８項は、公法上の法人が転貸するために賃借した住居に関する使用賃貸借関係について、同条の規定が妥当しないことを定めているのである。

なお、以上のことは、当該住居に関する使用賃貸借関係が、期間の定めのない場合にも、期間の定めのある場合にも、同様に妥当する[208]。

(c) 基本的な性格

以上のように、1990年5月17日の法律による法改正は、賃貸人の「正当な利益」が認められる場合についての新たな例示を加え、賃貸人の「正当な利益」を必要としない告知が妥当する場合を拡張し、さらに、「二重の存続保護」の適用が除外される場合も拡張した。

しかし、概観してきたことから理解しうるように、いずれの改正点においても、要件は厳格であり、適用範囲はきわめて狭く限定されている[209]。立法者自身も、「現存する建物の利用の強化を妨げている賃貸借法の規定につき、厳格に限定された改正が行われる」[210]、と述べ、このことを認めている。したがって、住居使用賃借権の存続保護を若干弛緩させたことは事実であるが、存続保護の基本的な仕組みには何らの変化も認められない。

このように、1990年5月17日の法律は、存続保護の基本的な仕組みを維持しながら、厳格な要件にもとづき、きわめて限定された改正を行うものであり、また、現行賃貸借法の規定が現存する建物の利用の強化を妨げているという認識の点でも、まさしく、1982年12月20日の「賃貸住居の供給の増大に関する法律」の系譜に属するものといえる。そして、このことは、この法律の草案が、1982年12月20日の法律と同様に、キリスト教民主・社会同盟を中心として提出されたことからしても、容易に理解しうるのである。

---

(174) BGBl.,1990,I S.926.

(175) BT-Drucksache 11/5972,S.1ff.

(176) Drucksache (Fn.175),S.1,9.

(177) たとえば、坪郷實『統一ドイツのゆくえ』(岩波書店、1991) 18頁以下。

(178) Drucksache (Fn.175),S.1,9.

(179) なお、計画・建設法に関する立法措置の目的は、居住用建物の用地を迅速かつ十分に指定し、住居建設の認可を容易にすること、とされている。

(180) Drucksache (Fn.175),S.11f.;Bernhard Gramlich, "Gesetzes ä nderungen im Mietrecht",*NJW*,1990,S.2611;Egon Johann, "Zur angemessenen Herabsetzung der Miete bei der Teilk ü ndigung gem.§ 564b Ⅱ Nr.4 BGB",*NJW*,1991,S.1100.

(181) Drucksache (Fn.175),S.17.

(182) Gramlich (Fn.180),S.2612.

(183) Drucksache (Fn.175),S.17.

(184) Drucksache (Fn.175),S.17.

(185) これについては、vgl.z.B.Johann (Fn.180),S.1100f.

(186) Drucksache (Fn.175),S,17;Gramlich (Fn.180),S.2612.

(187) Drucksache (Fn.175),S.17;Gramlich (Fn.180),S.2612.

(188) Gramlich (Fn.180),S.2612.

(189) Drucksache (Fn.175),S.12;Gramlich (Fn.180),S.2612.

(190) Drucksache (Fn.175),S.12,17.

(191) Drucksache (Fn.175),S.17;Gramlich (Fn.180),S.2612.

(192) Drucksache (Fn.175),S.17.

(193) Drucksache (Fn.175),S.17.

（194） Drucksache（Fn.175）,S.17.

（195） Gramlich（Fn.180）,S.2612.

（196） このことは、ＢＧＢ５５６ａ条８項の反対解釈による。vgl.Gramlich（Fn.180）,S.2612.

（197） Drucksache（Fn.175）,S.11.

（198） 休暇用家屋地域、休暇用家屋・休暇用住宅の定義は、建物利用令と建設法典の規定に従っている。Drucksache（Fn.175）,S.18.

（199） Drucksache（Fn.175）,S.18.

（200） Vgl.Drucksache（Fn.175）,S.18.

（201） Drucksache（Fn.175）,S.16.

（202） Drucksache（Fn.175）,S.16.

（203） Drucksache（Fn.175）,S.11;Gramlich（Fn.180）,S.2612.

（204） Drucksache（Fn.175）,S.11.

（205） Drucksache（Fn.175）,S.18.

（206） Drucksache（Fn.175）,S.11.

（207） Drucksache（Fn.175）,S.18.

（208） Vgl.Drucksache（Fn.175）,S.16.

（209） Gramlich（Fn.180）,S.2611;Johann（Fn.180）,S.1100.

（210） Drucksache（Fn.175）,S.9.

(3)　1990年7月20日の法律による法改正

(a)　背景と目的

次に、1990年5月17日の法律と時間的に緊密につながって、1990年7月20日に公布され、1990年8月1日に施行された、「賃貸された住居についての住居所有権の設定に際して賃借人の法的地位を改善することに関する法律」（Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Mieters bei Begründung von Wohnungseigentum an vermieteten Wohnungen）[211]による法改正について概観する。

ここでも、はじめに、法改正の背景と目的からみていくことにしたい。

この法律の草案[212]は、社会民主党が多数を占める連邦参議院によって提出されたものであるが、法案提出の背景には、次のような状況がある[213]、とされている。

法案の名称からも推察しうるように、近時、人口が集中している都市の魅力的な居住地域においては、大規模な範囲にわたり、使用賃貸借契約が締結され、住居が賃借人に委譲された後、その賃貸された住居につき住居所有権が設定され、さらに、その住居所有権が譲渡されるに至っている。そして、この場合、住居所有権の取得者は、しばしば、自己の居住の必要を満たすために、その住居所有権を取得したのであるから、当該使用賃貸借関係を、自己必要を理由として告知するのである。

このような状況が生じている原因としては、一方において、住居所有権の取得に対する渇望があること、他方において、都市の居住地域において新築住居の供給が乏しいこと、が挙げられている。

このような場合につき、確かに、これまでも、ＢＧＢ５６４ｂ条2項2号2文によると、取得者は、その住居所有権が自己に譲渡されてから3年が経過する前には、自己必要を理由として、当該使用賃貸借関係を告知

することはできない、とされていた。しかし、この規定によって与えられている保護は、賃貸された住居が住居所有権に変更される現象が増加したことに条件づけられて、賃借人が、賃貸住居の供給があまりに乏しいために、相当な代替住居を求めることが非常に困難な地域に居住しているときには、不十分なものとなっている、といわれている。というのは、取得者の自己必要を理由として、その住居を明け渡さなければならない多数の賃借人は、3年という法律上の保護期間の範囲内でも、相当な代替住居を求めうる状況にはないからである。

そこで、この法律は、以上のような状況に対処することを目的とし、取得者の自己必要を理由とする告知に関する3年の停止期間を、相当な期間延長し、賃借人にとっての存続保護をより強化しようとするものである[214]。

それに加えて、告知停止期間の相当な延長は、住居所有権への投機的な変更を阻止ことも目的とする。というのは、自己利用の可能性が制限される結果として、住居所有権に変更された住居の取得に関心を抱く人々の範囲が縮小されるからである[215]、とされている。

(b) 内容

それでは、1990年7月20日の法律による法改正の内容を、少し詳しくみていくことにするが、法改正の内容は、以下の二つの点にわたっている。

(ｉ) 告知停止期間の相当な延長

すでに述べたように、1990年7月20日の法律による法改正前においても、ＢＧＢ５６４ｂ条2項2号2文によると、賃貸された住居につき、賃借人への委譲後に、住居所有権が設定され、その住居所有権が譲渡された場合、

取得者は、自己への譲渡後3年が経過する前には、自己必要を理由とする「正当な利益」を援用することはできない、とされていた。

これに加えて、1990年7月20日の法律により、新たに、ＢＧＢ５６４ｂ条2項2号3文が挿入されたのである。この規定によると、3年の告知停止期間は、相当な条件の賃貸住居を住民に十分に供給することが、ある地域、または、ある地域の一部において、特に危機的であるときには、5年に延長されることになったのである。すなわち、告知停止期間が延長されるという形で、住居使用賃借権の存続保護が、若干強化されたわけである。

なお、この、5年という延長された告知停止期間は、当初の連邦参議院の法案においては7年とされていた[(216)]が、法務委員会において、7年という期間は所有権者の権限に対するあまりに強い介入を意味するという理由で5年に修正され、最終的に、そのようになったものである[(217)]。

この延長された告知停止期間の適用は、相当な条件の賃貸住居を住民に十分に供給することが特に危機的であるという要件を満たす地域に限定される[(218)]が、そのような地域は、ラント政府の法令により、最大限5年の期間で定められる（ＢＧＢ５６４ｂ条2項2号4文）。

（ⅱ） 告知停止期間が妥当する場合の拡張

ＢＧＢ５６４ｂ条2項3号1文によると、賃貸人の「正当な利益」として、賃貸人が、賃貸借関係の継続によって、その不動産の相当な経済的利用を妨げられ、それによって、著しい不利益を被る場合が挙げられている。そして、賃貸された住居につき、賃借人への委譲後に、住居所有権が設定され、その住居所有権が譲渡された場合、取得者は、1990年7月20日の法律による法改正前には、ＢＧＢ５６４ｂ条2項3号1文における「正当な

利益」を援用することができる[219]、とされていた。

これに対して、1990年7月20日の法律により、新たに、ＢＧＢ５６４ｂ条2項3号4文が挿入され、この場合、住居所有権に変更された住居の賃借人は、譲渡の意図を理由とする取得者の告知に対して、自己必要を理由とする告知に対するのと同様の保護を与えられることになった[220]。すなわち、取得者は、ラント政府がＢＧＢ５６４ｂ条2項2号4文にもとづいて定めた地域においては、自己への譲渡後5年が経過する前には、賃貸借されている空間を再譲渡することを援用することはできない、とされたのである。ここでは、5年の告知停止期間が妥当する場合が拡張されるという形で、住居使用賃借権の存続保護が、若干強化されたことになる。

(c)　基本的な性格

以上のように、1990年7月20日の法律による法改正は、告知停止期間の相当な延長、および、告知停止期間が妥当する場合の拡張を内容とするものである。

しかし、概観してきたことから理解しうるように、新たに挿入された規定は、いずれも、適用範囲がきわめて狭く限定されている[221]。すなわち、それらの規定の適用範囲は、賃貸された住居につき、賃借人への委譲後に、住居所有権が設定され、その住居所有権が譲渡された場合における取得者の告知に限定され、かつ、相当な条件の賃貸住居を住民に十分に供給することが特に危機的であるという要件を満たす地域に限られている。したがって、住居使用賃借権の存続保護は、限定的に、若干強化されたが、もとより、存続保護の基本的な仕組みにかかわる法改正ではない、といえる。この点は、1990年5月17日の法律による法改正と同様である。

しかし、1990年7月20日の法律は、その草案が社会民主党が多数を占める連邦参議院によって提出されたことからも理解しうるように、ＢＧＢ５６４ｂ条を維持し、限定的ではあれ、発展させようとする性格のものであり、1990年5月17日の法律とは正反対の志向をもっていたことには留意しなければならない。

---

(211) BGBl.,1990,I S.1456.

(212) BT-Drucksache 11/6374,S.1ff.

(213) Drucksache(Fn.212),S.1,5.

(214) Drucksache(Fn.212),S.1,5. なお、この法律は、告知停止期間の延長のみならず、告知停止期間が妥当する場合の拡張も意図するものであるが、その点については、(b)で述べる。

(215) Drucksache(Fn.212),S.5.

(216) Drucksache(Fn.212),S.1.

(217) BT-Drucksache 11/7258,S.1.

(218) Vgl.Drucksache(Fn.212),S.6.

(219) Drucksache(Fn.212),S.7.

(220) Drucksache(Fn.212),S.7.

(221) Gramlich(Fn.180),S.2611.

(4)　1993年4月22日の法律による法改正

続いて、1993年4月22日と7月21日に公布された二つの法律による法改正について、それぞれ概観するが、これら二つの法律は、いずれも、草案はキリスト教民主・社会同盟に主導された連邦政府によって提出され、最終的には、拮抗する政治的な力関係も影響して、両院協議会への付託を経て、成立している。

(a)　背景と目的

はじめに、1993年4月22日に公布され、1993年5月1日に施行された、「投資の容易化および宅地の指定と供給に関する法律」(Gesetz zur Erleichterung von Investitionen und der Ausweisung und Bereitstellung von Wohnbauland) [222] による法改正を取り上げるが、この法律による法改正はきわめて多岐にわたっており、このうち、住居使用賃借権の存続保護に関する法改正は、この法律の14条に規定されている、「住居の供給が危機的である地域における社会的条項に関する法律」(Gesetz über eine Sozialklausel in Gebieten mit gefährdeter Wohnungsversorgung) [223] によるものである。

この、「住居の供給が危機的である地域における社会的条項に関する法律」による法改正の背景には、次のような状況がある [224]、とされている。

すなわち、根本的には、ドイツ連邦共和国においては、これまでのラントにおいても、新たなラントにおいても、住居の需要が著しく増大しているのに対して、住居の切迫した窮乏状態が支配している、という状況である。具体的には、連邦のこれまでの領域についてだけでも、100万戸をはるかに超える住居が欠乏している、とのことである。

このような住居の窮乏状態をもたらす要因となっている状況としては、まず第一に、住居の建設を強化するための前提となる宅地の供給が著しく欠乏していることがあるが、「住居の供給が危機的である地域における社会的条項に関する法律」に直接関係する状況としては、賃貸された住居について住居所有権を設定しようとする現象が劇的に増加し[225]、賃貸住居がますます大規模な程度で市場から姿を消していることが挙げられている。たとえば、ミュンヘンにおいては、住居所有権への変更の申請が、1992年7月においてだけでも、9000件を超えた、とのことである。

この、賃貸された住居が住居所有権に変更される現象に関しては、すでに、前回の1990年の法改正、より正確には、1990年7月20日の「賃貸された住居についての住居所有権の設定に際して賃借人の法的地位を改善することに関する法律」による法改正によって、ある程度の立法上の措置がなされていた。

しかし、1990年7月20日の法律による法改正は、このテーマと取り組んだあらゆる実務家の一致した見解によると、住居所有権への変更を緩和させる効果を発揮することはできなかった、とのことである。

そこで、「住居の供給が危機的である地域における社会的条項に関する法律」による法改正は、以上のような状況に対処することを目的とするものである。

(b) 内容

それでは、「住居の供給が危機的である地域における社会的条項に関する法律」による法改正の具体的な内容についてみていくことにする。

この法律は、その成立に至るまでにかなりの紆余曲折があり、最終的には、難航した論争の後に、両院協議会によって提示された妥協提案

[226]にもとづいて成立したものであり、しかも、両院協議会は、全く新たな形の法律としてとりまとめたものであるが[227]、一箇条のみから構成され、文言は次のとおりである。

「ラント政府は、相当な条件の賃貸住居を住民に十分に供給することが、ある地域、または、ある地域の一部において、特に危機的である場合には、それらの地域を、法令によって定める権限を与えられる。賃貸された住居につき、賃借人への委譲後に、住居所有権が設定され、その住居所有権が譲渡された場合には、そのようにして定められた地域においては、BGBの規定とは異なり、次のことが妥当する：

1 譲渡後10年が経過するまでは、BGB564b条2項2号および3号の意味における賃貸人の正当な利益は考慮されない。

2 10年後にも、契約に従った賃貸借関係の終了が、賃借人または賃借人のもとで生活しているその家族構成員にとって、正当化することができない苛酷さを意味することになる場合には、BGB564b条2項2号および3号の意味における賃貸人の正当な利益は考慮されない。ただし、賃貸人が、賃借人に、相当な代替住居を適当な条件で斡旋する場合には、この限りではない」。

この法律は、ラント政府が法令によって指定した地域において、住居所有権の譲渡後に、取得者が行う自己必要を理由とする告知、および、相当な経済的利用を理由とする告知につき、賃貸人の「正当な利益」が考慮されないという形で、まず1号において、賃借人に10年間の保護期間を与え、次に2号において、10年後においても、正当化することができない「苛酷さ」が存在する場合には、引き続き、賃借人に保護を与えようとするものである。

この法律に関して留意すべき点はいくつかある。

まず、1号においては、2号におけるとは異なって、賃借人にとっての正当化することができない「苛酷さ」は必要ではない。したがって、あらゆる賃借人の利益は、10年間の間は、個々の場合における利益衡量なしに、賃貸人の利益に優先させられることになる[228]。

次に、賃借人が、いかにして、この法律によって認められた権利を行使しうるのかという点につき、明文の規定はなく、裁判所の実務に委ねられているが、2号の場合には、賃借人は、正当化することができない「苛酷さ」が存在することを、賃貸人に、適時に通知することが必要である、と考えられる。というのは、そうでなければ、賃貸人は、相当な代替住居を斡旋することによって、自己の告知を貫徹する可能性を、もはや有しないことになるからである[229]。

続いて、さきの1990年7月20日の法律との関係であるが、ラント政府が、両方の法律にもとづいて、同一の地域を、重複して指定した場合には、「住居の供給が危機的である地域における社会的条項に関する法律」は、住居所有権の譲渡後最初の5年間は、1990年7月20日の法律による5年間の告知停止期間が妥当し、意味がないことになろう[230]。

最後に、この法律においては、ＢＧＢ５５６ａ条の社会的条項とは異なって、一定の使用賃貸借関係が、適用範囲から除外されることはない（同条8項参照）。したがって、一時使用のための住居、家具付きの同居人用住居、および、休暇用住居、ならびに、公法上の法人が転貸するために賃借した住居に関する使用賃貸借関係においても、そのような住居につき、実際に、住居所有権が設定された限りは、賃借人は、この法律の規定を援用することができるのである[231]。

なお、この法律は、ＢＧＢの規定に組み込まれることはなく、あくまでも特別私法の地位にとどまるという形式をとっている。

(222)　BGBl.,1993, I S.466.

(223)　BGBl.(Fn.222),S.487.

(224)　BT-Drucksache 12/4047,S.1; Börstinghaus/Gelsenkirchen /Meyer, "Aktuelle Mietrechtsänderungen durch das Gesetz über eine Sozialklausel in Gebieten mit gefährdeter Wohnungsversorgung", *NJW*, 1993,S.1353f.

(225)　このような現象のきっかけについては、vgl.Börstinghaus(Fn.224),S.1353.

(226)　BT-Drucksache 12/4614.

(227)　Börstinghaus(Fn.224),S.1354,1355.なお、このことから、Börstinghaus(Fn.224),S.1355は、この法律の解釈者にとって、立法者の意思を確かめることはできない、という。

(228)　Börstinghaus(Fn.224),S.1357.なお、Börstinghaus(Fn.224),S.1357は、このような考え方が、「基本法」14条の所有権の保護を正当に評価するのかどうかは疑わしい、という。

(229)　Börstinghaus(Fn.224),S.1355.

(230)　Börstinghaus(Fn.224),S.1356.

(231)　Börstinghaus(Fn.224),S.1356.

(5)　1993年7月21日の法律による法改正

(a)　背景と目的

次に、1993年7月21日に公布され、1993年9月1日に施行された、「賃貸借法の規定の改正に関する第四次法律」（Viertes Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften）[232]による法改正について概観する。

ここでも、まず、法改正の背景からみていくことにするが、この法律による法改正の背景には、次のような状況がある[233]、とされている。

すなわち、ここでも、根本的には、住居の需要が著しく増大しているのに対して、現在の住居市場においては、住居の供給が需要に適応することができない、という状況である。

住居の需要の著しい増大をもたらす要因となっている状況としては、次のような状況が挙げられている。

すなわち、第一に、良好な経済成長、雇傭の拡大、ならびに、税制改革による負担の軽減等の結果として、広範囲に及ぶ国民の実質所得が著しく上昇したこと、第二に、たとえば、出生率の高い年代の者が世帯を構えたり、離婚数が増加したことによって、世帯数が著しく増大したこと、さらに、第三には、1988年の初め以来、およそ300万人に及ぶ予想外に多い数の移住者が、連邦のこれまでのラントの領域に流れ込んだことである。

このような要因によってもたらされた住居の需要の著しい増大に対して、確かに、連邦、ラント、および、市町村は、1989年の初め以降、住居市場の状況を緩和するための努力を強化し、その成果は、全く現れないことはなかった[234]。しかしながら、連邦政府によると、住居の供給が需要に適応し、住居市場の状況が緩和されるまでには、なお、2、3年は

かかるであろう、とのことである。

以上のような住居市場における状況にかんがみて、「賃貸借法の規定の改正に関する第四次法律」は、主として、次の二つのことを目的とするものである。

すなわち、一方において、賃貸借法の改正によって、住居の供給を拡大することであり、他方において、本稿の対象からは外れるが、住居の需要の著しい増大の結果として生じている賃料の激しい上昇に対して、制限を加えることである[(235)]。

(b)　内容

それでは、「賃貸借法の規定の改正に関する第四次法律」による法改正の具体的な内容についてみていくことにするが、法改正の内容は、以下の三つの点に分けることができる。

（ｉ）　ＢＧＢ５６４ｂ条2項4号についての改正

第一に、ＢＧＢ５６４ｂ条2項4号についての改正がなされているが、この点については、前回の1990年の法改正、より正確には、1990年5月17日の「計画・建設法における住居建設の容易化ならびに賃貸借法の規定の改正に関する法律」による法改正が関係することになる。

すでに考察したように、1990年5月17日の法律によって、ＢＧＢ５６４ｂ条2項に4号が挿入され、賃貸借関係の終了についての賃貸人の「正当な利益」が認められる場合につき、新たな例示が、さらにひとつ加えられた。それは、賃貸人が、建物の付属非居住空間（屋根裏部屋、地下室等）を、許容しうる方法で、賃貸目的の住居に改修しようとし、告知を、その空間に限定し、かつ、1995年6月1日前に賃借人に通知した場合であ

った。

しかし、この新たに例示された場合にあたるときは、実際には、あまりにも限定されていることが明らかとなった[236]。特に、建物に階層を増築することによって新たな住居を造り出すことが、たとえ公法上の規定にもとづいて問題なく可能であったとしても、妨げられていたのである[237]。

そこで、「賃貸借法の規定の改正に関する第四次法律」は、ＢＧＢ５６４ｂ条2項4号における例示を拡張し、付属非居住空間が住居に改修される場合以外においても、賃貸借関係の終了についての賃貸人の「正当な利益」を認めることにしたのである。

具体的には、新たなＢＧＢ５６４ｂ条2項4号によると、次の二つの場合において、賃貸借関係の終了についての賃貸人の「正当な利益」が認められることになっている。

第一に、「賃貸人が、付属非居住空間または不動産の一部を、賃貸目的の住居を造り出すために使用しようとし、告知を、その空間または不動産の一部に限定し、かつ、1995年6月1日前に賃借人に通知した」場合（ＢＧＢ５６４ｂ条2項4号1文a)）である。

連邦政府によると、この規定には、付属非居住空間が住居に改修される場合のみならず、文言において特に定められてはいないが、階層の増築、および、それ以外の増築によって、新たな住居が造り出される場合が含まれている[238]、とのことである。階層の増築以外の増築の場合には、建物が建てられていない不動産の一部、または、付属的な建物のみが建てられている不動産の一部（たとえば、前庭、敷地の空き地、ガレージ）もまた必要とされ、それゆえに、同時に賃貸されている、居住を目的とはしていない不動産の一部についても、それ以外の賃貸借関係を維

持しながら、賃貸人の部分的な告知（Teilkündigung）が認められることになったのである[239]。

第二に、「賃貸人が、付属非居住空間または不動産の一部を、新たに造られる住居・現存する住居に、付属空間・不動産の一部を供与するために使用しようとし、告知を、その空間または不動産の一部に限定し、かつ、1995年6月1日前に賃借人に通知した」場合（ＢＧＢ５６４ｂ条2項4号1文b)）である。

この第二の場合は、従来からすでに存在していたものではなく、たとえば、賃貸人が、階層の増築、それ以外の増築、もしくは、付属非居住空間の改修によって新たな住居を造り、新たな住居の賃借人に、現存するが別途賃貸されている地下室もしくは原動機付き車両の駐車場を使用させようとする場合、または、ひとつの住居を二、三の小さな住居に分割することによって、余分な付属非居住空間が必要とされる場合等が、それに該当すると考えられている[240]。

連邦政府は、このような形で、ＢＧＢ５６４ｂ条2項4号における例示を拡張することにより、住居の供給を拡大し、建物の欠缺を補うことを意図したのである[241]。

なお、現在の条文においては、1996年2月21日の法律（BGBl.,1996,I S.222）により、告知を1995年6月1日前に賃借人に通知する、という時間的な制限は取り払われ、ＢＧＢ５６４ｂ条2項4号による措置は、時限措置ではなくなっている。

また、新たなＢＧＢ５６４ｂ条2項4号2文においては、賃貸人の部分的な告知の行使について、新たな告知期間が定められている。

従来、賃貸人の部分的な告知の行使については、ＢＧＢ５６５条2項の一般的な告知期間が妥当し、それによると、10年を超える賃貸借関係に

おいては、1年の告知期間が遵守されなければならないのであるから、賃借人は、付属非居住空間の改修を1年間遅らせることができた[242]。しかし、これは適切ではないということで、今や、賃貸人の部分的な告知の行使については、統一的に、3か月の告知期間が定められることになったのである[243]。すなわち、新たなＢＧＢ５６４ｂ条2項4号2文においては、「この告知は、遅くとも暦月の第三仕事日において、翌々月の満了に向けて、行うことができる」、と規定されている。

連邦政府によると、この新たな3か月の告知期間は、告知される付属非居住空間や不動産の一部が、住居、または、居住を目的としている不動産の一部ではないことにかんがみると、適切と思われる[244]、とのことである。

その他の点に関しては、新たなＢＧＢ５６４ｂ条2項4号は、これまでの規定に対して、変更された点はない[245]。

すなわち、賃料の相当な減額を請求できる賃借人の権利（3文）、および、建築作業の開始が遅滞する場合に、それに相応する期間だけ賃貸借関係の延長を請求できる賃借人の権利（4文）は、依然として、残されている[246]。

なお、付属非居住空間や不動産の一部についての告知が、個々の場合において、賃借人にとっての「苛酷さ」を意味する限りでは、賃借人は、依然として、ＢＧＢ５５６ａ条の社会的条項を援用することができる[247]。

（ⅱ）　ＢＧＢ５６４ｃ条2項についての改正

第二に、ＢＧＢ５６４ｃ条2項についての改正が行われている。

すでに考察したように、ＢＧＢ５６４ｃ条2項は、住居使用賃借権の存

続保護の基本的な仕組みにおける原則である、「二重の存続保護」に対する例外として、五年を超えない期間で、「二重の存続保護」を受けない「定期賃貸借契約」を認めている。そして、これまでの同条同項によると、「定期賃貸借契約」を締結する可能性は、次の二つの場合に限られていた。すなわち、賃貸人が、賃貸借期間の満了後に、①自己、その世帯構成員ないし家族構成員のために、その空間を住居として使用しようとする場合、②許容しうる方法で、その空間を除去しようとし、もしくは、それらの措置が賃貸借関係の継続によって著しく困難とされるほど本質的に、その空間を変更、もしくは、修復しようとする場合であった。

これに対して、「賃貸借法の規定の改正に関する第四次法律」は、これら二つの場合における「定期賃貸借契約」締結の可能性を、依然として維持しながら、「定期賃貸借契約」が締結されうる新たな場合を、さらにひとつ加えたのである。

この新たに加えられた場合とは、社宅における賃貸借関係に関するものであるが、連邦政府によると、その背景には、次のような状況がある[(248)]、とされている。

すなわち、企業による社宅の建設が、最近では、ますます減少している、という状況である。

社宅の建設が衰退している原因としては、国家による促進措置が制限されたこととならんで、1970年代における賃貸借法の改正、および、判例の傾向も影響している、と指摘されている。つまり、それらは、賃貸人である企業が、社宅の賃借人との雇傭関係が終了したときに、賃貸されている社宅を、他の被雇傭者のために、任意に処理できるように保つことを困難にしていたのである。社宅の建設に積極的に関与した企業、

および、その他の経済界に主張によると、他の被雇傭者のために社宅を任意に処理できることが、企業が、より一層、社宅の建設に取り組むための根本的な前提条件である、とのことである。

そこで、「賃貸借法の規定の改正に関する第四次法律」は、賃貸人が、社宅における賃貸借関係の終了をよりよく予測できるように、社宅に関しても、五年間の範囲内において、「定期賃貸借契約」を締結することができることにしたのである[249]。すなわち、「定期賃貸借契約」は、新たに、「賃貸人が、賃貸借期間の満了後に、雇傭関係の存在を顧慮して賃貸されている空間を、職務の遂行の義務を負っている他の者に、賃貸しようとする場合」（ＢＧＢ５６４ｃ条2項1文2号c)）においても、締結されうることとなったのである。

連邦政府は、このような法的措置を取ることによって、企業による社宅の建設を再び促進し、住居の供給を拡大することを意図したのである[250]。

この社宅についての「定期賃貸借契約」は、とりわけ、次の二つの場合において利用される[251]、と考えられる。

すなわち、一方において、雇傭契約の期間と賃貸借契約の期間を、時間的に適合させることによって、その職務が最初から期限づけられている被雇傭者を居住させる場合であり、他方において、期間の定めのない雇傭関係においても、被雇傭者が、限られた期間の間のみ社宅を使用し、それから、他の住居に移り住むことについて、最初から同意している場合である。

また、この社宅についての「定期賃貸借契約」については、次の二つの点に留意すべきである。

第一に、社宅の概念についてである[252]。

社宅とは、条文の文言によると、「雇傭関係の存在を顧慮して賃貸されている空間」となっており、この文言は、ＢＧＢ５６５ｂ条における文言と同じ意味である。社宅の概念にとっては、その空間が、雇傭者自身によって賃貸されているのか、または、第三者によって賃貸されているのか、また、賃貸されている空間についての所有権も問題ではなく、単に、その空間と雇傭関係との特別な結び付きが存在しなければならないのである。

第二に、賃貸人による将来の使用の意図の通知についてである[(253)]。

従来すでに、賃貸人が、将来の使用の意図を、契約締結の際に、書面によって、賃借人に通知することが必要であったが、この賃貸人の通知義務は、新たなＢＧＢ５６４ｃ条2項においても、変更されることなく、存続している（同条同項1文3号）。

問題となるのは、この通知について、将来、当該住居を使用する権限を有する者が、すでに契約締結の時点において、賃貸人の被雇傭者でなければならず、このことが賃借人に通知されなければならないかどうかである。ブランクによると、そのような解釈は、企業における典型的な状況、および、この法律の目的にかんがみて、正当ではなく、賃貸人が、当該住居を、賃貸借期間の満了後に、契約締結の際には確定していなくとも、他の被雇傭者に賃貸したいことを表明すれば十分である、とのことである。

ところで、「賃貸借法の規定の改正に関する第四次法律」においては、ＢＧＢ５６４ｃ条2項について、これ以外にも、二つの点で、改正がなされていることに留意すべきである。

第一に、賃貸人による契約の終了の際の通知についての改正である[(254)]。

これまでのＢＧＢ５６４ｃ条2項1文4号によると、法律上の要件にもとづき、「定期賃貸借契約」が締結されていた場合においても、賃貸人が、すでに契約締結の際に通知した使用の意図がなお存在することを、賃貸借期間の満了の三か月前に、改めて、書面によって、賃借人に通知することが必要であり、通知がなされなかった場合、または、通知が遅れた場合には、再び、「二重の存続保護」がなされることとなっていた。

連邦政府によると、この規定は、これまで、「定期賃貸借契約」の締結を著しく妨げていた、とのことである。

そこで、「賃貸借法の規定の改正に関する第四次法律」は、使用の意図の存続に関する通知を賃借人になすという賃貸人の義務を維持しつつ、「賃貸人が、賃借人に、賃貸借期間の満了の三か月前に、書面によって、自己の使用の意図がなお存在することを通知しなかった場合には、賃借人は、相応した期間だけ、賃貸借関係の延長を請求することができる」（ＢＧＢ５６４ｃ条2項2文）、という文言に改正したのである。

したがって、賃貸人の第二の通知が、三か月の期間の開始後に、しかし、契約の終了前に発せられた場合には、賃借人は、通知が遅延した期間だけ、賃貸借関係が延長されることを請求することができるのである。連邦政府によると、賃貸人が第二の通知に関して遅れた場合には、賃借人の利益は、このような形によっても、十分に守られる、と論じられている。

なお、賃貸人は、この第二の通知を、任意に先に延ばすことはできない。というのは、賃貸人が、この通知を賃借人になさずに、賃貸借関係の契約上の終了の期日が経過した場合には、ＢＧＢ５６８条が妥当し、当事者のいずれもが、二週間の期間以内に、他方の当事者に対して、反対の意思を表示しなかった限り、その賃貸借関係は、期間の定めなく延

長されるからである。

第二に、賃貸人によって意図された使用の遅滞についての改正である[255]。

これまでのＢＧＢ５６４ｃ条2項2文によると、賃貸人によって意図された空間の使用が、賃貸人の故意・過失なく遅滞する場合には、賃借人は、相応した期間だけ、賃貸借関係の延長を請求することができた。この賃借人の延長の請求権は、新たな同条同項同文においても、変更されることなく、存続している。

しかし、これまでのＢＧＢ５６４ｃ条2項2文によると、この延長によって、賃貸借関係の存続期間が、「定期賃貸借契約」の最大限の有効期間である五年を超える場合には、賃借人は、同条1項にもとづいて、期間の定めなく、賃貸借関係の継続を請求することができる、と規定されていた。

連邦政府によると、この文言は、これまで、「定期賃貸借契約」の締結にとってのまた別の障害となり、特に、四年ないし五年の期間の「定期賃貸借契約」の締結を妨げていた、といわれている。

そこで、この文言は、新たなＢＧＢ５６４ｃ条2項2文においては、削除されたのである。このことは、賃貸人によって意図された使用の遅滞に故意・過失がない場合には、五年という最大限の有効期間を超えることができることを意味する。ただし、ブランクが論じるように、任意に長く超過することは、賃貸人がそれに対して責任を負わなければならない計画の瑕疵があると考えられることにより、認められない、といえよう。

（ⅲ）　ＢＧＢ５６５ｃ条1文1号についての改正

第三に、ＢＧＢ５６５ｃ条1文1号についての改正がなされているが、この改正は、社宅における期間の定めのない賃貸借関係の告知についての告知期間に関するものである。

社宅における期間の定めのない賃貸借関係において、雇傭関係が終了した場合、これまでのＢＧＢ５６５ｃ条1文1号によると、「その住居が、10年未満の間委譲され、かつ、職務の遂行の義務を負っている他の者のために緊急に必要とされる場合には」、賃貸人は、「遅くとも暦月の第三仕事日において、翌月の満了に向けて」、告知することができた。ここでは、賃貸人による告知について、二か月という画一的な短い告知期間が定められていたのである[256]。

しかし、連邦政府によると、これまでの告知の要件、すなわち、企業における「緊急な」必要の存在という要件は、社宅の建設に積極的に関与している経済界からは、同様に、他の被雇傭者へスムーズに賃貸することに対する障害であるとみなされ、それゆえに、今後の社宅における賃貸借関係においては、企業に「単なる」必要がある場合においても、告知期間を短縮することが必要である[257]、と論じられている。

もっとも、これまでのように、告知期間を二か月に短縮することは、告知の要件を緩和したことにかんがみると、適切ではないということで、ＢＧＢ５６５条2項にもとづいて、五年の期間までの賃貸借関係において妥当する一般的な告知期間、すなわち、三か月の告知期間と一致させられたのである[258]。

したがって、新たなＢＧＢ５６５ｃ条1文1号a)においては、「10年未満の間委譲されている住居において、その住居が、職務の遂行の義務を負っている他の者のために必要とされる場合には」、賃貸人は、「遅くとも暦月の第三仕事日において、翌々月の満了に向けて」、告知するこ

とができる、とされている。すなわち、10年未満の社宅における賃貸借関係においては、賃貸人は、三か月の告知期間をともなって、企業に差し迫った必要がある場合のみならず、単なる必要がある場合においても、告知することができることとなったのである[259]。

この新たな規定は、結局、5年ないし10年未満の社宅における賃貸借関係にとって、企業に単なる必要がある場合に関して、これまで適用されなければならなかったＢＧＢ５６５条2項の一般的な告知期間、すなわち、六か月ないし九か月の告知期間を、三か月に短縮したことになる[260]。

連邦政府は、(ⅱ)において考察したＢＧＢ５６４ｃ条2項についての改正と同様に、このような法的措置を取ることによっても、企業による社宅の建設を再び促進し、住居の供給を拡大することができる[261]、と期待したのである。

時間的な点では、この改正は、「賃貸借法の規定の改正に関する第四次法律」の施行以後に締結された賃貸借契約においてのみ妥当し、その前（1993年9月1日前）に締結された賃貸借契約においては、これまでの規定どおりに、企業に緊急な必要がある場合に、二か月の告知期間が妥当するのである（ＢＧＢ５６５ｃ条1文1号b)）[262]。

なお、企業における必要性とは異なる理由にもとづく告知、ならびに、10年以上の賃貸借関係における告知については、ＢＧＢ５６５条2項の一般的な告知期間が、変更されることなく、妥当することになる[263]。

(c)　基本的な性格

ここでは、1993年4月22日の法律、および、1993年7月21日の法律による法改正につき、その基本的な性格をまとめておくこととする。

概括的に言うと、今回の1993年の法改正もまた、前回の1990年の法改

正と同様に、住居をめぐる厳しい社会・経済情勢に対処するための限定的な法改正であり、住居使用賃借権の存続保護の基本的な仕組みは変化していない、といえる。

ただし、個別的には、(5)の(b)の(ii)において考察したＢＧＢ５６４ｃ条2項についての改正のうち、賃貸人による契約の終了の際の通知、および、賃貸人によって意図された使用の遅滞についての改正は、すべての種類の「定期賃貸借契約」に関係し、かつ、「定期賃貸借契約」の厳格な要件をいささか緩和するものであり、留意すべきであろう。

また、1993年4月22日の法律による法改正は、賃貸された住居につき、賃借人への委譲後に、住居所有権が設定され、その住居所有権が譲渡された場合における取得者の告知に関して、確かに、賃借人にとっての存続保護をより強化しようとするものであることは事実である。しかし、賃貸された住居が住居所有権に変更される現象に対して、社会民主党は、この頃、より抜本的に、「住居所有権法」の改正によって、そのような変更を困難にしようと意図していたのであり[264]、成立した法律は、このような考え方との妥協であったことに留意しなければならない。

最後に、今回の1993年の法改正により、前回の1990年の法改正と同様に、住居使用賃貸借に関する現行法は、一層、複雑かつ詳細となったが、1993年の二つの法律に対する評価、および、連邦政府によって意図された効果が実際に生じるかどうかについては、否定的な見解が多いようである[265]。

(232) BGBl., 1993, I S. 1257.

(233) BT-Drucksache 12/3254, S. 1, 7.

(234) 完成された住居数についてみると、1988年には20万8621戸であったが、1989年には23万8617戸に、1990年には25万6738戸に上昇した、とのことである。Drucksache (Fn. 233), S. 7.

(235) Drucksache (Fn. 233), S. 1, 2.

(236) Drucksache (Fn. 233), S. 9.

(237) Drucksache (Fn. 233), S. 17.

(238) Drucksache (Fn. 233), S. 9, 17. なお、このような解釈に際しては、「第二次住居建設法」17条2項が参照されたようである。
Drucksache (Fn. 233), S. 17.

(239) Drucksache (Fn. 233), S. 9, 17.

(240) Hubert Blank, "Das Vierte Mietrechtsänderungsgesetz Teil 2:Die Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Heimgesetzes", *Wohnungswirtschaft und Mietrecht*, Heft 10, 1993, S. 575.

(241) Drucksache (Fn. 233), S. 2, 9, 17.

(242) Drucksache (Fn. 233), S. 18; Blank (Fn. 240), S. 575.

(243) Drucksache (Fn. 233), S. 18.

(244) Drucksache (Fn. 233), S. 18.

(245) Drucksache (Fn. 233), S. 18.

(246) Blank (Fn. 240), S. 575.

(247) Drucksache (Fn. 233), S. 18; Blank (Fn. 240), S. 575.

(248) Drucksache (Fn. 233), S. 9, 18.

(249) Drucksache(Fn. 233), S. 9.

(250) Drucksache(Fn. 233), S. 2, 9.

(251) Blank(Fn. 240), S. 576; Drucksache(Fn. 233), S. 18.

(252) Drucksache(Fn. 233), S. 18; Blank(Fn. 240), S. 576.

(253) Blank(Fn. 240), S. 576.

(254) Drucksache(Fn. 233), S. 18f. ; Blank(Fn. 240), S. 576f.

(255) Drucksache(Fn. 233), S. 19; Blank(Fn. 240), S. 577.

(256) Drucksache(Fn. 233), S. 19; Blank(Fn. 240), S. 577.

(257) Drucksache(Fn. 233), S. 19.

(258) Drucksache(Fn. 233), S. 19.

(259) Drucksache(Fn. 233), S. 9.

(260) Drucksache(Fn. 233), S. 19; Wolf-Rüdiger Bub, "Das 4. Mietrechtsänderungsgesetz", *NJW*, 1993, S. 2902. それとともに、この規定は、体系的になじまない二か月の告知期間を排除し、法的な簡略化にも寄与することになる、とのことである。Drucksache(Fn. 233), S. 19.

(261) Drucksache(Fn. 233), S. 2, 9.

(262) Drucksache(Fn. 233), S. 19.

(263) Drucksache(Fn. 233), S. 19; Blank(Fn. 240), S. 577.

(264) Vgl. BT-Drucksache 12/1856; BT-Drucksache 12/2505.

(265) Börstinghaus(Fn. 224), S. 1357; Blank(Fn. 240), S. 581; Bub(Fn. 260), S. 2897.

6　小括

以上、住居使用賃借権の存続保護の基本的な仕組みを構成している中心的な三つの規定、すなわち、ＢＧＢ５６４ｂ条、５５６ａ条、および、５６４ｃ条２項が設けられた、1960年から1982年までの立法の展開過程、ならびに、その後行われた、住居使用賃借権の存続保護に関する限定的な法改正について考察してきたが、ここでは、そのアウトラインを押えておくこととする。

はじめに、「住居統制経済の廃止および社会的な賃貸借・住居法に関する法律」(1960年)は、二つの点で、決定的な転換をもたらした。

第一に、住居統制経済が廃止され、住居制度は、「社会的市場経済」へと移行させられた。

第二に、住居統制経済の廃止とともに、「社会的な賃貸借・住居法」が導入されたが、この「社会的な賃貸借・住居法」は、ＢＧＢの賃貸借法が、「賃借人保護法」に含まれていた社会法的な内容をともなう一連の規定を引き継ぎ、社会的・現代的に形成・修正されるものであり、ここにおいて、個別的な法領域を一般私法である民法典から切り離すのではなく、民法典の領域において、市民的な自由と社会的な正義の調整ないし統合を試みることへと大転換がなされたのである。

続いて、「賃貸借法の規定の改正に関する第二次法律」(1964年)の立法過程において、第三の決定的な転換点、すなわち、「社会的な賃貸借・住居法」においては、賃貸借契約の当事者間における「協力関係」という理念が重要な役割を果すことが明らかにされた。

以上の三つの点における決定的な転換により、「社会的な賃貸借・住居法」による住居使用賃借権の存続保護についての基本的な枠組みが形

成された、といえる。

さて、決定的な転換に続く段階においては、この基本的な枠組みの内部を構成する具体的な法規範が形成されることになるが、まず、三つの段階にわかれる存続保護をめぐる闘争が行われた。

第一段階においては、「賃貸借法の規定の改正に関する第三次法律」(1967 年)により、従来のＢＧＢ５５６ａ条の文言が改正され、賃借人と賃貸人の利益は同等のウェイトで比較衡量されることが認められた。しかしながら、賃貸人の自由な解約告知権は、依然として維持されたままであった。

第二段階においては、「住居に関する使用賃貸借関係についての告知保護に関する法律」(1971 年)により、賃貸人の解約告知が、賃貸借関係の終了についての賃貸人の「正当な利益」の存在と結びつけられ、自由かつ無制限な賃貸人の解約告知権が排除されたのである。ただし、この新たな存続保護に関する規定は、限時法とされていた。

第三段階においては、「住居に関する使用賃貸借関係についての告知保護に関する第二次法律」(1974 年)により、「第一次住居使用賃貸借告知保護法」における存続保護に関する規定が、本質的な変更なしに、かつ、恒久法として、ＢＧＢ５６４ｂ条に引き継がれたのである。

ここにおいて、「社会的な賃貸借・住居法」による住居使用賃借権の存続保護の原則である、「二重の存続保護」が形成されたのである。

また、続いて、「賃貸住居の供給の増大に関する法律」(1982 年)により、ＢＧＢ５６４ｃ条２項が設けられ、厳格かつ重畳的な要件にもとづく例外として、存続保護を受けない「定期賃貸借契約」が導入されたのである。

この段階において、ドイツにおける住居使用賃借権の存続保護の基本

的な仕組みは完成された、といえる。

その後、1990年に公布された二つの法律、および、1993年に公布された二つの法律により、住居使用賃借権の存続保護に関して、限定的な法改正が行われたが、住居使用賃借権の存続保護の基本的な仕組みは変化していないのである。

第3節　第2節の結びにかえて

以上、第2節においては、住居使用賃借権の存続保護をめぐる1960年以降における立法の展開過程を考察してきたが、考察を進めるなかで、わが国における借家の法的関係を再検討し、借家法学を再構成するための理論的な示唆も、いくつか得られたように思われる。そこで、ここでは、第2節の考察から得られた留意すべき点を三つ指摘して、その結びにかえておくこととする。

第一に、賃貸借契約の当事者間における「協力関係」という理念に関してである。

二大政党は、「社会的な賃貸借・住居法」による住居使用賃借権の存続保護についての基本的な枠組みに関しては一致しているのであり、そのひとつの点がこの理念の是認である。

この理念は、確かに、「社会的な賃貸借・住居法」の法規範を具体的に解釈するに際しては、あまり大きな意義はないかもしれないし、さらには、個々の解釈者の評価が流れ込む危険性も孕んでいるものといえよう[1]。しかし、それ以前の「賃借人保護」という理念に代わって登場した、この「協力関係」という理念は、持てる者と持たざる者、または、

強者と弱者が対峙し、賃貸借契約の当事者間には支配・従属の関係が存在するという考え方を超えるものであり、注目すべき理念である。

この理念は、賃借人と賃貸人が、共に法的な当事者として存在し、共に法的生活を営む、という理念ではなかろうか。ただし、この理念を成り立たせ、有効に機能させるためには、法的な基礎が不可欠である。そして、その点に関しては、二大政党間に相違が認められたのである。

第二に、その基本的な枠組みの内部を構成する具体的な法規範に関してである。

二大政党は、具体的な法規範の形成をめぐり、対立した。すなわち、キリスト教民主・社会同盟は、ＢＧＢ５５６ａ条と、告知期間に関する規定であるＢＧＢ５６５条で十分である、と考えたのに対して、社会民主党は、それに加えて、ＢＧＢ５６４ｂ条が必要である、と考えたのである。

留意すべきことは、この対立が、根本的には、賃貸住居の性質をどのように理解するのか、という点にかかっていたことである。

キリスト教民主・社会同盟は、住居は商品ではなく、社会的な特別の意義を有する財であることを認めているが、それとともに、住居はまさに経済的な財でもある、と理解している。したがって、賃借人は、不当な「苛酷さ」に対しては保護されなければならないが、それとともに、住居の所有権は法的・経済的に保障され、賃貸人は、自由な解約告知権を有しなければならない、と考えるのである。

これに対して、社会民主党は、住居は、人間的に生きる生活の中心点であり、全く特別な法益である、と理解している。したがって、住居の所有権における社会的な義務・社会的な拘束が強調され、賃貸人の解約告知は根拠を必要とし、社会的に正当化されなければならず、賃貸人は、

賃貸借関係の終了につき、「正当な利益」を有する場合にのみ、賃貸借関係から離脱できる、という考え方が導かれるのである。

なお、以上のことから理解しうるように、ドイツにおいては、基本的な理念、および、賃貸住居の性質の理解、といった基本的な点がしっかり押えられていることにも留意しなければならない。

第三に、「社会的な賃貸借・住居法」による住居使用賃借権の存続保護に関する規定が、一般的な私法である民法典に属することに関してである。二大政党は、この基本的な枠組みに関しても一致している。

「社会法」というキーワードをもって、個別的な法領域を一般私法から切り離すことに関しては、労働法が主要な典型例をなしている[2]。労働法理論の特徴のひとつは、資本家に従属せざるをえない社会的弱者たる労働者の法として労働法を捉え、それを、自己の計算に基づく契約を通して自らの生活を自力で保障しうる市民を想定した「市民法」の対極に位置づける点にある[3]。しかしながら、労働法とは対照的に、「社会的な賃貸借・住居法」による住居使用賃借権の存続保護に関しては、今日、そのような方法は取られていない。すなわち、存続保護に関する規定は、1960 年以降、民法典に挿入され、それが現実に正当な調整を果しているかどうかはともかく、民法典の領域において、市民的な自由と社会的な正義の調整ないし統合を図っているのである。

確かに、私的自治とは、自己の法的関係の形成における市民の自己決定であり、コーイングの定義に従って、「私法とは、互いに独立し、みずからの決断にもとづいて行為する法仲間の法である」[4]、と理解するならば、今日の形態における住居使用賃貸借関係を私的な法的関係である、と理解するのは困難である[5]かもしれない。しかし、民法典の領域において、社会的な観点をないがしろにすることなしに、市民的な自

由と社会的な正義の調整ないし統合が見いだされうる[6]ことを、ドイツにおける住居使用賃借権の存続保護をめぐる立法の展開過程は、現実にわれわれに示していることに留意すべきである。このような動向は、特別私法の発展から離反し、私法の統一に寄与することにもなろうし[7]、「市民法」の未来像を探るうえでも、きわめて興味深い、といえよう。

---

(1) Vgl.Udo Wolter,*Mietrechtlicher Bestandsschutz Historische Entwicklung seit 1800 und geltendes Wohnraum-Kündigungsschutzrecht*,1984,S.233.

(2) Heinrich Honsell," Privatautonomie und Wohnungsmiete " *AcP*,Bd.186,1986,S.118.

(3) 西谷敏『ドイツ労働法思想史論』(日本評論社、1987) 5頁。

(4) Helmut Coing,*Zur Geschichte des Privatrechtsystems*, 1962,S.54.

(5) Honsell (Fn.2) ,S.117.

(6) Vgl.Honsell (Fn.2) ,S.118.

(7) Vgl.Honsell (Fn.2) ,S.119.

終章　総括と今後の課題

以上、本稿においては、借地・借家法の理論体系を再構築するために、不動産利用権の存続保障・保護の問題を考察の基軸とし、ドイツ法を比較研究の対象として、考察を行ってきた。

考察の具体的な対象としては、はじめに、わが国の「借地借家法」における借地権・借家権の存続保障・保護の仕組みを把握し、それと対比する形で、ドイツ法の仕組みを分析した。そのうえで、ドイツ法の仕組みを構成している法規範が形成された、立法の展開過程を、一定の視角・観点を重視しつつ実証的に考察してきた。

本稿の考察は、もとより、借地・借家法学の再構成のために必要とされる、ひとつの学問的作業にすぎず、今後の研究の積み重ねが必要とされる。しかし、本稿の考察を通して、わが国における借地・借家の法的関係の基礎となっている法規範の特質、その構造を再認識することができ、同時に、借地・借家法の理論体系を再構築するための貴重な示唆も、いくつか得られた、と考えられる。また、今後の課題も、おのずから明らかとされたように思われる。

最後に、ここでは、今後の課題にも触れながら、本稿の考察を総括しておくこととする。

1　「地上権令」と「借地借家法」における法規範構造ないし法規範の相違点に関して

第一に、ドイツの「地上権令」とわが国の「借地借家法」における法規範構造ないし法規範の相違点に関して、総括しておくこととする。

「地上権令」は、地上権の内容に関して、概括的にみて、契約自由の原則の余地をかなり残しており、当事者の合意を相当に重視した柔軟な仕組みをとっている。このことは、「借地借家法」における仕組みが、強行法的構造をなしていることと、概して、きわめて対照的である。

また、存続保障、および、存続保護に関しても、対照的な相違が認められる。

地上権の存続保障に関しては、地上権の一定の存続期間が、「地上権令」の規定にもとづいて保障されることはなく、存続期間の長さの点については、完全に契約自由の原則が適用されている。しかし、実際には、いわゆる生ける法にもとづいて、比較的長期の存続期間が、契約によって合意されている。

地上権の存続期間満了後における地上権設定契約の更新に関しても、完全に契約自由の原則に委ねられている。さらに、契約によって更新の優先権が有効に合意されている場合にも、土地所有者は、地上権者による更新の優先権の行使を容易に回避しうる。したがって、ドイツの地上権に関しては、存続保護は認められないのである。

これに対して、わが国の普通借地権の存続保障・保護の仕組みは、かなり複雑である。

まず、普通借地権の当初の存続期間につき、契約に期間の定めがない場合の存続期間、および、契約で定めうる約定最短存続期間が法定されている。次に、当初の存続期間が満了しても、建物が存する場合には、原則として契約は更新され、借地権設定者は正当事由がある場合でなければ更新を拒絶できない。さらに、当初の存続期間中に建物が滅失し、再築される場合、少なくとも、当初の存続期間内における普通借地権の存続は保障されている。このように、当初の存続期間においては、普通

借地権の存続は確実に保障され、かつ、当初の存続期間が満了すると、存続保護の仕組みが働くのである。ただし、当初の存続期間は、借地権の一応の安定性を保障すれば相当な期間である、と捉えられていることには留意しなければならない。

他方、更新後の存続期間は、権利の調整期間である、と捉えられている。当初の存続期間が満了し更新がなされた後には、正当事由の有無、再築の認否を判断し、借地関係の解消の有無を決める機会が的確に設けられ、普通借地権が半永久的に存続する可能性を極力排除する仕組みとなっている。

また、「借地借家法」においては、普通借地権の存続保護の仕組みに対する重大な例外として、新たに、三つの類型の「定期借地権」が創設されている。

以上のように、「地上権令」と「借地借家法」における法規範構造ないし法規範に関しては、かなり明確な形で、概括的および個別的な相違点が認められるが、このような相違をもたらした理由に関して、地上権に関する立法の展開過程の考察から、いくつかのことを指摘することができる。

はじめに、「地上権令」と「借地借家法」の概括的な相違点に関しては、「地上権令」の立法の基礎となっていた基本的な理念が、わが国の借地権の強化・安定化の歴史において主として重視された観点とはかなり異なっていたことに留意しなければならない。

「地上権令」が、地上権の内容に関して、概括的にみて、契約自由の原則の余地をかなり残していることは、基本的に、ＢＧＢにおける地上権の規整と同様であった。しかし、「地上権令」における地上権の規整と、ＢＧＢにおける地上権の規整との間には、同一視することができな

い質的な相違があった、と考えられる。

すなわち、ＢＧＢの立法過程の段階における地上権に対する相対的に低い評価が、ＢＧＢにおける地上権の規整を不完全なものにとどまらせ、契約自由の原則の余地が広範に認められることとなったのに対して、「地上権令」が契約自由の原則の余地をかなり残していることには、積極的な理由があった、と考えられるのである。

「地上権令」の立法の基礎となっていた基本的な理念・観点は、第一に、市場における地上権の価値が高められること、第二に、地上権に関する担保貸付が容易にされることであった。「地上権令」の立法者は、地上権により強い市民権が与えられるならば、地上権の実際の利用可能性が高められ、土地・住居をめぐるきわめて切迫した困窮状態も緩和される、と考えたのである。

そして、市場における地上権の価値を高めるという基本的な理念にかんがみると、当然、地上権者の利益のみならず、土地所有者の利益にも配慮し、両当事者、ならびに、抵当権者という三者の利益を中立的に調整しつつ、地上権の強化・安定化をはかることが必要である、と考えられたのである。

したがって、「地上権令」においては、地上権者の権利と義務の範囲に関して、その明確性を確保するための新たな法的仕組みが設けられたが、この法的仕組みを超えて、地上権の内容が強行法的に規整され、地上権者の法的地位が特別に強化されることはなかったのである。というのは、契約自由の原則を過大に制限することは、地上権の価値が普遍的に認められることと、本質的に矛盾する、と考えられたからであろう。

次に、地上権の一定の存続期間の保障に関しては、地上権が実際に設定されはじめた初期の段階において存在していたことがらが、かなり大

きな影響を及ぼしたのではなかろうか、と考えられる。

「地上権令」のみならず、ＢＧＢもまた、地上権の一定の存続期間の保障に関して、完全に契約自由の原則に委ねていた。しかし、地上権に関するＢＧＢの規定が妥当していた段階においても、実際には、比較的長期の存続期間が合意されていた。

このことを可能とした理由として、地上権に関する立法の展開過程の考察から、いくつか指摘することができる。

すなわち、①地上権に関するＢＧＢの規定が妥当していた段階においては、地上権設定者の大部分は公法上の法人であり、他方、地上権者として優位な数を占めていたのは公益的な住居建設組合であったこと、②地上権設定者としての公法上の法人は、当時、土地・住居をめぐって生じていた破滅的な状況に対して、居住用の建物を建築する目的で設定した地上権を活用することによって、積極的に関与しようとしていたこと、③土地を原則として任意に使用・収益・処分しうる権限が土地所有者に認められることを強く批判するドイツ土地改革論者の思想が、当時、広く支持されていたことである。

地上権が実際に設定されはじめた初期の段階において、以上のことがらが存在していたことは、「地上権令」の立法過程の段階においても、地上権者が、建物の建築コストの減価償却、および、抵当権の償却という観点を全く考慮しないような地上権設定者の不合理な意思を受忍せざるをえなくなる、という状況が全く想定されず、地上権の約定最短存続期間の規定が置かれる必要はない、と判断されたこと、さらに、「地上権令」のもとでも、実際には、比較的長期の存続期間が契約によって合意されていることに対して、かなり大きな影響を及ぼしたのではなかろうか、と考えられる。

ただし、「地上権令」施行後、特に最近では、地上権者も地上権設定者も、ともに自然人というケースも存在する、と考えられるにもかかわらず、実際上、依然として、比較的長期の存続期間が契約によって合意されている、という状況が続いていることにかんがみると、より重要な理由があるのではなかろうか、とも考えられる。

この点につき、詳しい考察は今後の課題とせざるをえないが、特に、不動産の法的構成が、建物の建築行為に与える意味、すなわち、原則として、土地と建物は一体となって一個の不動産とされ、例外的に、地上権の存続期間の間は、建物は地上権の本質的構成部分とみなされるが、存続期間の満了と同時に、建物はその敷地の構成部分となる、とされているドイツの法的構成のもとでは、建物の建築行為は、敷地の改良を意味する、と考えられることが重要となるのではなかろうか。

ドイツの法的構成に対して、わが国の法的構成、すなわち、土地と建物が独立別個の不動産であり、両者の間に附合の法則が働かない法的構成のもとでは、建物の建築行為は、なんら土地の改良を意味しない、と考えられる。そして、そのことを前提とすると、わが国においては、土地所有者の意思が、建物の建築の採算性を全く顧慮しないような短期の存続期間を土地利用権者に押しつける方向に働くことを、どうしても考慮せざるをえなくなるのである。

また、地上権設定契約の更新に関しては、地上権の存続期間が満了した場合、地上権者に委譲されていた土地は、原則として、地上権設定者のもとに返還されるべきである、という考え方が、地上権設定者としての土地所有者にとっての地上権の利点にかんがみると、ドイツにおいては、肯定的に評価されうる普遍的な考え方ではなかろうか、と考えられることが重要な意味をもつ。

「地上権令」と同様、ＢＧＢもまた、地上権設定契約の更新に関して、完全に契約自由の原則に委ねていたが、このことは、地上権の存続期間が満了した場合、地上権者に委譲されていた土地は、原則として、地上権設定者のもとに返還されるべきである、すなわち、地上権は、基本的に、有期限の制限物権である、ということを意味する。

この考え方が、ドイツにおいては、肯定的に評価されうる普遍的な考え方ではなかろうか、と考えられる根拠は、次の点にある。

すなわち、①地上権に関するＢＧＢの規定が妥当していた段階において、多様な議論を展開していた地上権の積極的な支持者によると、地上権は、地上権設定者としての土地所有者にとっても、利益があることが強調されており、その利点とは、土地所有者が、地上権の存続期間の満了後に、地上権者に委譲したときと比べて通常価値が上昇した自己の土地を、改めて自由に使用・収益・処分しうる権限を有することとなる点である、と考えられていたこと、②「地上権令」においては地上権の約定最長存続期間の規定は設けられなかったが、その理由に関して、土地所有者は、予見しうる期間内において、改めて土地を自由に使用・収益・処分しうるために取り戻す見通しがある場合にのみ地上権を設定する、と想定されていたこと、③地上権設定契約の更新の可能性を生ぜしめる、地上権者の更新の優先権の合意が、地上権者の居住利益を維持するという観点とは全く異なる観点、すなわち、公共の利益にかんがみて、建築された建物を良好な状態に維持し、建物の荒廃を防ぐ、という観点から認められたことである。

さらに、地上権が、基本的に、有期限の制限物権であり、やがて消滅するものであることは、それによって、土地所有権は、再び円満かつ完全な状態・内容を回復する、と法的に構成されていることを意味する。

しかし、このことは、封建制に由来する永久的な「分割所有権」システムの揚棄を通じて、近代大陸法における近代的（土地）所有権が形成・確立された歴史にかんがみると、むしろ当然のことである、とも考えられるのである。ただし、この土地所有権と土地利用権としての地上権との法的構成についての詳しい考察は、今後の課題とせざるをえない。

2　住居使用賃借権と借家権の存続保護における基本的な仕組みの類似点に関して

第二に、ドイツの住居使用賃借権とわが国の借家権の存続保護における基本的な仕組みには、類似性が認められるが、その類似点に関して、総括しておく。

住居使用賃借権の存続保護の基本的な仕組みは、原則としての「二重の存続保護」と、その例外としての「定期賃貸借契約」によって構成されている。

「二重の存続保護」とは、期間の定めのない住居使用賃借権においても、期間の定めのある住居使用賃借権においても、住居使用賃貸借関係が終了するためには、第一に、賃貸人の「正当な利益」が肯定され、第二に、賃借人にとっての「苛酷さ」が否定されなければならない、ということである。

これに対して、原則である「二重の存続保護」に対する例外として、五年を超えない期間で、「二重の存続保護」を受けない「定期賃貸借契約」が認められている。

ドイツ法における以上の仕組みは、本稿の考察によって明らかとなったように、まさに歴史的な所産としての混合的な形態である、といえる。

わが国の借家権の存続保護の基本的な仕組みも、以上のドイツ法の仕組みと類似している、といえよう。

すなわち、通常の借家権については、期間の定めの有無にかかわらず、更新拒絶の通知または解約申入れには正当事由が必要であり、それがない限り、契約は更新・継続されることとなる。また、「借地借家法」においては、新たな法制度として、通常の借家権についての存続保護の仕組みに対する重大な例外として、建物賃貸借契約の終了に正当事由を必要としない、二つの類型の「期限付借家」が認められている。

このように、ドイツの住居使用賃借権とわが国の借家権の存続保護における基本的な仕組みには、類似性が認められるが、留意しなければならない点が二つある。

ひとつは、今後の課題となるが、ドイツ法における「二重の存続保護」と、わが国における正当事由判断との構造的な差異を、具体的に分析する必要がある、という点である。

ドイツ法においても、「二重の存続保護」という形態を取る、かなり強固な存続保護がなされるのが原則である。「二重の存続保護」において、中核的な役割を担っているのは、ＢＧＢ５６４ｂによる、賃貸借関係の終了についての賃貸人の「正当な利益」の判断である。賃貸人の「正当な利益」は、賃貸人側に自己使用の必要性がある場合にも認められるが、留意しなければならないことは、賃貸人側の自己使用の必要性の判断に際しては、もっぱら賃貸人側の事情だけが基準となり、賃借人の個別・具体的な利益との比較衡量は行われない構造となっている点である。ここでは、賃借人の利益は、個別的な場合における、両当事者のその時々の利益状況を顧慮することなしに、抽象的・一般的に保護されているのである。そして、賃貸人の「正当な利益」が肯定された後には

じめて、さらに、ＢＧＢ５５６ａ条にもとづき、賃貸人と賃借人の利益の比較衡量が行われる仕組みとなっている。この点は、日本法における正当事由の有無が、賃貸借の目的である建物の使用の必要性を中心として両当事者の諸般の事情を総合的・相対的に比較して判断しなければならない、と解釈されていることとは異なっている。

このようなドイツ法と日本法の仕組みにおける構造的な差異については、今後、具体的な裁判例を素材として考察する必要がある。ドイツ法における「二重の存続保護」が、現実に、市民的な自由と社会的な正義の正当な調整ないし統合となっているのかどうか、また、正当な調整ないし統合は、いかなる形態で達成されるのであろうか。きわめて興味深いテーマである、といえよう。

いまひとつは、ドイツ法の仕組みにおける例外としての「定期賃貸借契約」の要件、ないし、「定期賃貸借契約」についての規定が、いささか緩和されたとはいえ、依然として、厳格かつ重畳的なことである。この点は、「借地借家法」における「期限付借家」も、限定的・特別な事情があるときにのみ例外的に認められるものであるから、状況は類似するともいえるが、現在急速な動きがみられる「定期借家権」構想とは一線を画することには留意しなければならない。

３　居住を目的とする土地の利用関係における保護法益に関して

第三に、居住を目的とする土地の利用関係における保護法益をどう理解すべきか、ということに関して、総括しておく。

ドイツの地上権に関しては、地上権が居住用の建物を建築する目的で設定される場合が主として念頭に置かれていたが、それにもかかわらず、

地上権者の居住利益を維持するという観点は必ずしも表面には現れず、投下資本の維持・回収という経済的な観点が前面に出ている。

本稿の考察からは、このことは、いろいろな点に示されていた。

すなわち、①地上権の存続期間は、もっぱら、投下資本の維持・回収、および、地上権の担保力の維持という経済的な観点にもとづいて、契約によって合意、または、例外的に法定されていること、②地上権の存続期間満了後における地上権設定契約の更新に関しても、完全に契約自由の原則に委ねられ、さらに、更新の優先権が契約によって有効に合意されている場合にも、それにもかかわらず、土地所有者は、地上権者による更新の優先権の行使を容易に回避しうる仕組みとなっていること、③地上権者の更新の優先権の合意は、「地上権令」の制定時において、地上権者の居住利益を維持するという観点からではなく、公共の利益にかんがみて、建築された建物を良好な状態に維持し、建物の荒廃を防ぐ、という観点から認められたこと、④地上権者に認められた更新の優先権の意義は、今日、建物を維持するという地上権者の経済的な利益を、地上権の存続期間満了後においても保護・促進することである、と捉えられていることである。

このように、ドイツの地上権に関しては、地上権者の居住利益を維持するために、地上権の存続を保障・保護しようとする観点は、全く窺われなかったのである。

もっとも、以上の点は、地上権にもとづいて建築された建物の最終的な居住者が、地上権者であるのか、それとも、大部分は借家人であるのか、ということにも多少関係すると考えられ、今後、地上権の実際の利用形態を把握する必要もあろう。

ドイツの地上権とは対照的に、わが国の普通借地権に関しては、借地

権者の居住利益を維持するという観点も重視され、存続保障とともに、通常の借家権と同じように、存続保護が認められ、存続保障と存続保護が併存している。

ただし、「借地借家法」においては、普通借地権についての存続保護の仕組みに対する重大な例外として、新たに、「定期借地権」が創設されており、特に、存続期間を50年以上とする一般定期借地権は、存続保障の点に限ると、ドイツの地上権と類似する、といえる。というのは、この50年という存続期間は、立案担当者によると、建物の通常の減価償却期間をカバーするものである、とされ、したがって、一般定期借地権が居住を目的として利用される場合には、存続保護は認められていないが、投下資本の維持・回収という法益が保護される範囲内において、居住利益も保護されることとなるからである。

以上のように、居住を目的とする土地の利用関係における保護法益をどう理解すべきか、ということに関しては、二つの考え方がありうることが明らかとなった。すなわち、居住を目的とする場合には、投下資本の維持・回収の論理を貫徹させてしかるべき業務目的の場合とは異なり、建物が利用可能な状態で存在する限り、投下資本の償却の論理にはなじまない、という考え方と、投下資本が維持・回収される範囲内において居住利益も保護されればよい、という考え方である。

両者の考え方のいずれを選択すべきか、という問題は、価値判断の次元に属する、といえるが、わが国においては、二つの考え方が併存しているのに対して、ドイツにおいては、後者の考え方のみが存在しているのである。

4　基本的な理念・観点、「市民法」における諸原則・「市民法」の体

系との関係、土地・賃貸住居の性質の理解に関して

第四に、ドイツにおける立法の展開過程において基礎となっていた基本的な理念・観点、および、基本的な理念・観点と密接に関連することとして、ドイツにおける土地・建物の利用関係の基礎となっている法規範と、「市民法」における諸原則・「市民法」の体系との関係、ならびに、土地・賃貸住居の性質の理解に関して、総括しておく。

ドイツにおける地上権に関しても、その法源が、ＢＧＢから「地上権令」へと展開することによって、地上権の強化・安定化がはかられたが、「地上権令」の立法過程において基礎となっていた基本的な理念・観点は、わが国の借地権の強化・安定化の歴史におけるとはかなり異なるものであった。

すなわち、「地上権令」の制定にあたり重視された基本的な理念・観点は、市場における地上権の価値が高められること、および、地上権に関する担保貸付が容易にされることであった。つまり、地上権者のみならず、土地所有者、抵当権者の立場からも、地上権の価値が認められることが重要である、と考えられたのであり、したがって、三者の利益を中立的に調整しつつ、地上権の強化・安定化がはかられたのである。

その結果、「地上権令」は、確かに、特別法という法形式をとるが、しかし、わが国における借地の法的関係を規整する立法が、「市民法」の賃貸借規定に関する特別法として登場・変遷したこととは異なる性質を有する特別法となったのである。具体的には、「地上権令」が、地上権の内容に関して、概括的にみて、契約自由の原則の余地をかなり残しており、個別的にも、特に、地上権の一定の存続期間の保障、および、地上権設定契約の更新につき、完全に契約自由の原則に委ねていること

がそうである。「地上権令」は、地上権が、ＢＧＢの体系において、例外的かつ不完全な存在にすぎなかったことを改め、地上権に関する法的な基礎を補充・改正したが、その補充・改正は、あくまでも、「市民法」の体系の枠内で行われたのである。

なお、地上権に関するＢＧＢの規定が妥当していた段階において、地上権の存続期間につき、実際には、比較的長期の存続期間が合意されていたことを可能とした理由のひとつとして、ドイツ土地改革論者の思想が広く支持されていたことを指摘していた。彼らの思想は、根本的に、土地の特質を人間の労働による生産物である資本とは対照的に捉え、社会的な正義と個人的な自由の調和を志向する立場であった。そこでは、土地は、すべての人々に神または自然界から等しく与えられ、あらゆる生活・生産活動に必要不可欠な前提条件である、と理解されていたが、このような土地の性質の理解は、「地上権令」の立法過程においても、さらに、それに続く時代においても、継承されているように思われる。

また、ドイツにおける住居使用賃借権に関しては、住居統制経済のもとで妥当していた「賃借人保護法」が廃止され、「社会的な賃貸借・住居法」が導入されるにあたって、基本的な理念についても、また、「市民法」の体系との関係についても、決定的な転換がもたらされ、その状況は現在に至るまで続いている。

すなわち、「社会的な賃貸借・住居法」においては、それ以前の「賃借人保護」という理念に代わって、賃貸借契約の当事者間における「協力関係」という理念が重要な役割を果たすこととなった。賃貸借契約の当事者間には支配・従属の関係が存在する、という考え方から、賃貸人と賃借人は、賃貸借契約により、パートナーとして結びつけられ、共に法的生活を営む、という考え方へと大転換がもたらされたのである。

そして、この「協力関係」という基本的な理念のもとで、ＢＧＢの賃貸借法が、「賃借人保護法」に含まれていた社会法的な内容をともなう一連の規定を引き継ぎ、社会的・現代的に形成・修正されることとなり、ここにおいて、個別的な法領域を一般私法である民法典から切り離すのではなく、民法典の領域において、市民的な自由と社会的な正義の調整ないし統合を試みることへと大転換がなされたのである。

確かに、今日の形態における住居使用賃借権の存続保護の基本的な仕組み、すなわち、「二重の存続保護」がなされるのが原則であり、かつ、その例外としての「定期賃貸借契約」の要件が厳格かつ重畳的である、という仕組みにおいては、所有権の自由、および、契約自由の原則という「市民法」における諸原則について、その制限が認められ、住居使用賃貸借関係を私的な法的関係である、と理解するのは困難であるかもしれない。

しかし、ドイツにおける住居使用賃借権の存続保護をめぐる立法の展開過程は、「市民法」の諸原則につき制限が認められることが、「市民法」の体系との異質性に直結するのではなく、「市民法」の発展の形態として捉えることもできることを、実証的にわれわれに示している、と考えられるのである。

ところで、住居使用賃借権の存続保護の基本的な仕組みは、具体的な法規範の形成をめぐる二大政党間の対立が反映した混合的な形態をとっているが、この対立は、根本的には、賃貸住居の性質の理解にかかっていた。

すなわち、住居は、商品ではなく、社会的な特別の意義を有する財であるが、それとともに、まさに経済的な財でもある、という理解からは、住居の所有権の法的・経済的な保障にも重点が置かれることとなり、こ

れに対して、住居は、人間的に生きる生活の中心点であり、全く特別な法益である、という理解からは、住居の所有権における社会的な義務・社会的な拘束が強調されることとなるのである。

5　従来の理論に代わる理論体系の再構築に関して

以上の総括からも十分に理解されうると考えられるが、最後に、従来の理論に代わる理論体系の再構築に関して、本稿の考察から得られた示唆を簡潔にまとめておくこととする。

ひとことでまとめるとすると、借地法の理論体系の再構築に関しても、借家法の理論体系の再構築に関しても、わが国の従来の理論は、不動産の利用権者と不動産の所有権者間の社会的・経済的力の不均衡、両当事者間に存在する支配・従属関係、ということがらのみを中心として、その理論体系を組み立てていた、と考えられるが、そのことは、必ずしも、十分ではないし、適切でもない、ということである。

いま少し詳しく整理しておくと、借地法の理論体系の再構築に関しては、

①借地権を設定する土地所有者の利益にも配慮しつつ、借地権の強化・安定化をはかり、借地権の価値が普遍的に認められることを重視する、という考え方もありうること、

②借地権の一定の存続期間の保障に関しては、わが国においては、不動産の法的構成が建物の建築行為に与える意味が、ドイツとは決定的に異なることを考慮せざるをえない、と考えられること、

③借地権設定契約の更新に関しては、借地権の存続期間が満了した場合、借地権者に委譲されていた土地は、原則として、借地権設定者としての

土地所有者のもとに返還されるべきである、という考え方が、借地権を設定する土地所有者の利益にかんがみても、土地所有権と土地利用権としての借地権（たとえ借地権が制限物権ではなく土地賃借権であれ）との法的構成のあり方からみても、肯定的に評価されうる普遍的な考え方ではなかろうか、と考えられること、

④居住を目的とする土地の利用関係における保護法益をどう理解すべきか、ということに関しては、投下資本の維持・回収がはかられるならば、その範囲内において、居住利益も保護されればよい、という考え方もありうること、などを指摘することができる。

また、借家法の理論体系の再構築に関しては、

①賃貸借契約の当事者間には支配・従属の関係が存在する、という考え方を超える基本的な理念もありうること、

②借家人の家主に対する社会的・経済的従属性を前提としない場合にも、それにもかかわらず、建物の利用権につき、かなり強固な存続保護がなされることを原則とし、かつ、その例外としての法制度を認める仕組みがとられうること、

③「市民法」の諸原則につき制限が認められることが、「市民法」の体系との異質性に直結するのではなく、「市民法」の発展の形態として捉えることもできること、

④賃貸住居の性質をどう理解するかによって、住居の所有権の法的・経済的保障にも重点が置かれるべきか、それとも、住居の所有権における社会的な義務・社会的な拘束が強調されるべきか、という立場の相違が決まることとなる、と考えられること、などを指摘することができる。