

《論 説》

昭和41年借地法・借家法改正の再検討

——戦後社会の変貌への対応——

小 柳 春 一 郎

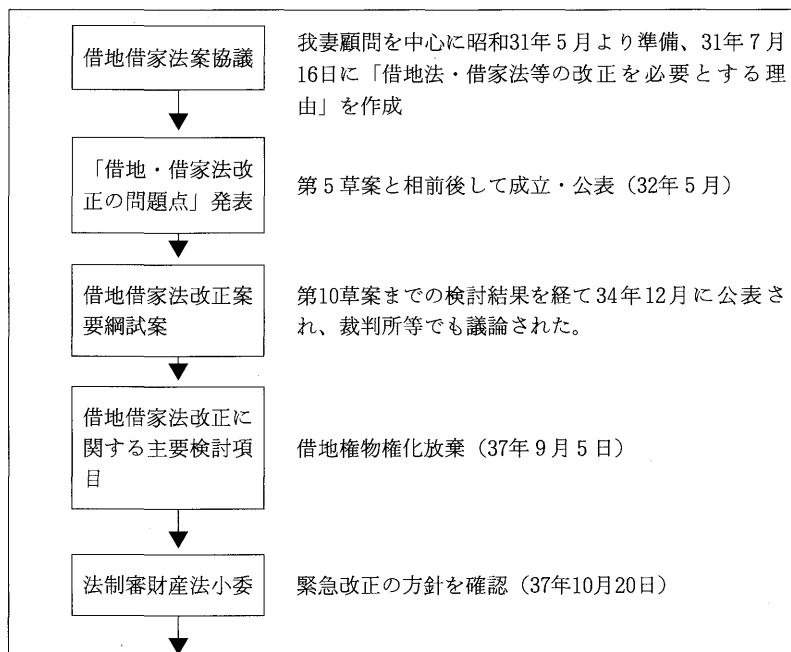
はじめに

昭和16（1941）年借地法・借家法改正により正当事由制度が導入され、借地権・借家権保護がなされたが、昭和30年代にいたると戦後社会の変貌に対応して借地法・借家法は、新たな課題に直面した。それは、借地法を近代都市建設に対応させること（借地権抵当による建物建設資金の融通、都市不燃化に対応した非堅固建物の堅固建物への建替え）、借家法を戦後社会の多様性に対応させること（企業による社宅建設の隆盛、内縁配偶者保護の必要性の増大、老朽家屋の建替えをめぐる正当事由紛争の増加、賃料紛争の増加）、借地借家紛争につき迅速妥当な処理をなしうる制度を設けること（不動産価格高騰の影響を受け借地借家紛争は当時の地裁事件の2割程度）であった。

こうした課題への対応が昭和41年の借地法・借家法改正での検討項目であった。この改正は、戦後の民事法改正において大きな位置を占めている。とりわけ、その野心的な方針（借地権物権化）が途中で挫折したことで有名である。ところで、改正作業において目的とされたものが具体的には何であったかについては、従来は資料に基づいての検討ができなかった。しかし、最近は、①東大法学部近代日本法政資料センターの我妻文書の整備、②情報公開制度の進展により、当時の立法作業について資料に基づいた検討が可能になった。本稿は、こうした資料整理を前提に当時の立法作業を再構成する。個々のこまかな制度の変遷を検討する前提として流れを描き出そうとするのが、平井教授の退職記念号に掲載する本稿の目的である。そして、当時の構想では、借地権物権化のみならず借地借家事件への裁判所の関与拡大とりわけ非訟手続導入が中心

的なものであったことを指摘する。

法務省が借地法・借家法改正の具体的検討に入ったのは、昭和31（1956）年であった。我妻栄法務省特別顧問はじめ法制審議会民法部会の一部委員及び幹事が作業を進めた。昭和32（1957）年5月には「借地借家法改正の問題点」を公表し、各界の意見を求めた。その後、昭和34年末に「借地借家法改正要綱試案」（以下「要綱試案」という。）を公表した（要綱試案には、罹災法改正のための規定も存在した。）。しかし、要綱試案は、相当の反対があったため、棚上げされることになり、新たに、昭和37（1962）年からは、緊急の改正に必要な部分にしぼって改正作業が進められた。その結果、昭和39（1964）年1月28日の法制審議会第7回民法部会で「借地法等の一部を改正する法律案要綱」が成立し、これを元に借地法等の昭和41（1966）年改正が実現した（罹災法改正はなされずに終わった。）。



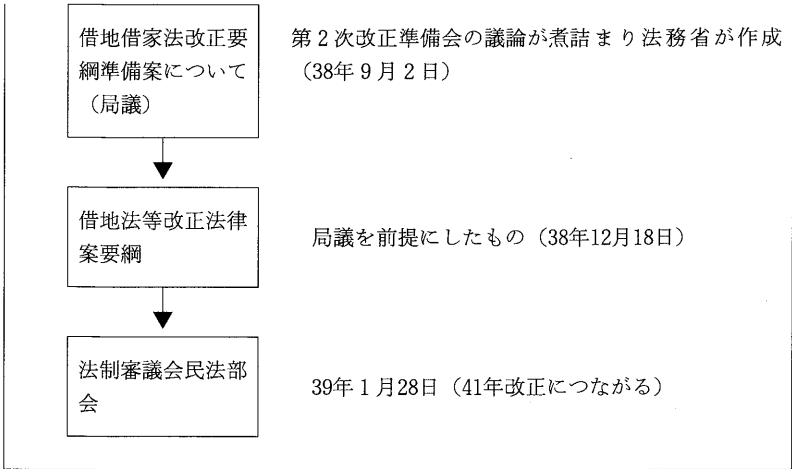


図1 昭和30年代借地法等改正作業の経過

以上の展開のうち本稿では、とくに重要と考えられる借地借家法改正の当初の構想がいかになされたか（1借地借家法改正の基本構想）と作業の結果公表された要綱草案の内容とそれに対する反応はどうであったかを検討する（2要綱草案）。昭和39年の法制審以後の法改正に直結する部分については、今後の検討課題とする。

なお、これに関連して、当時の資料とりわけ、要綱草案に至る諸草案、諸関連文書及び昭和31（1956）年9月11日以降法務省内に設けられた「借地借家法案協議会」について、年表の形で示すと次のようになる。

表1 1借地借家法案協議会と各種草案・関連文書

日付	協議会	検討の対象	借地借家法案	手続法案
31.5.2			借地法案	
31.6.19			借家法案	
31.7.14			借地法案(第2案) 借家法案(第2案)	
31.7.16			借地法・借家法等の改正を必要とする理由	

31.7.21			借家法案(試案)	
31.7.23			借地法案(試案)	
31.7.24			借地法案及び借家法案に関する問題点	
31.7.30			借地法案の要点 借家法案の要点	借地借家事件等審判法要 綱案(試案)
31.8.14			借地借家法案第1 草案	
31.9.3				借地借家事件等審判法要 綱案(第2案)
31.9.6				借地借家事件等審判法要 綱案(第3案)
31.9.11	第1回	第1草案(22条まで)		
31.9.14	第2回	第1草案(35条まで)		
31.9.18	第3回	第1草案(31条以下)		
31.10.3			借地借家法改正の 主要問題点	
31.10.9	第4回	第1草案修正		
31.10.12	第5回	借地借家法施行法案(試 案) ¹⁾		
31.10.16	第6回	借地借家法施行法案要綱 (試案)		
31.10.23	第7回	借地借家法案要綱(試案)		
31.11.17			同第2草案	
31.11.30	第8回	第2草案(18条の2まで)		
31.12.7	第9回	第2草案(22条まで)		
31.12.11	第10回	第2草案(35条まで)		
31.12.12	第11回	第2草案修正案		

1) 我妻栄関係文書【5】借地・借家3借地借家関係資料、同改正関係資料5借地借家経過規定。

32.1.25			同第3草案	
32.1.31	第12回	第3草案		
32.2.2			簡易裁判所の手続の簡易化に関する構想 ²⁾	
32.2.4	第13回	第3草案		
32.2.20	第14回	第3草案・借地借家施行法案		
32.2.27	第15回	第3草案		
32.3.5	第16回	第3草案		
32.3.13	第17回	簡易裁判所の手続の簡易化に関する構想		
32.3.26			同第4草案	
32.3.27	第18回	第4草案		
32.4.15	第19回	第4草案(借家・罹災関連)		
32.4.17	第20回	訴訟事項と非訟事項の振分け		
32.4.23	第21回	非訟事項とすべき事項の特定		
32.5.15	第22回	法案作成・公表の見通し		
32.5.20			同第5草案	
32.5.21			借地借家法改正の問題点	
32.5.22	第23回	「問題点」及び第5草案		
32.5.30			「問題点」送付	
33.2.4	第24回	第5草案修正案		
33.2.5			借地借家事件等仲裁手続法要綱案(覚書)	
33.2.6	第25回	借地借家仲裁手続法要綱案(覚書)		
33.2.20				借地借家事件特別手続要綱案

2) 我妻栄関係文書【5】借地・借家3借地借家関係資料、同改正関係資料6借地借家・審判。

33. 2. 22	第26回	欧米借地借家制度視察報告		
33. 2. 25	第27回	視察者からの問題点提示		
33. 2. 27	第28回	第5草案及び第5草案修正案		
33. 3. 5			最大決（罹災法紛争手続合憲）	
33. 3. 6	第29回	第5草案第2修正案（2条の2まで）		
33. 3. 8	第30回	第5草案第2修正案（1条、3条）		
33. 3. 13	第31回	33. 3. 11案（借地権の存続期間）		
33. 3. 14	第32回	33. 3. 11案（借地権の存続期間）		
33. 3. 19	第33回	第5草案第3修正案		
33. 3. 20	第34回	第5草案第4修正案		
33. 3. 27	第35回	第5草案第4修正案（3条等）		
33. 4. 1	第36回	第5草案第4修正案（3条等）		
33. 4. 5	第37回	借地借家事件特別手続要綱案		
33. 4. 24			同第6草案	
33. 5. 2			同第5草案修正	
33. 7. 15			同第7草案	
33. 7. 29				借地借家事件審判法要綱案
34. 3. 12			同第8草案	
34. 4. 20	第38回	第8草案（13条まで）		
34. 4. 28	第39回	第8草案（14条から31条まで）		
34. 5. 4	第40回	第8草案（35条から43条まで）		

34.5.11	第41回	第8草案再検討(1条から4条まで)		
34.5.18	第42回	第8草案再検討(4条から15条まで)		
34.5.25	第43回	第8草案再検討(23条まで)		
34.6.1	第44回	第8草案再検討(24条から37条まで)		
34.6.9	第45回	第8草案再検討(罹災建物賃借人関係)		
34.6.16	第46回	借地借家事件審判法要綱案(第25から第41まで)		
34.6.23	第47回	借地借家事件審判法要綱案(第42から第55まで)		
34.6.27	第48回	借地借家事件審判法要綱案(罹災関連)		
34.7.2	第49回	第8草案修正		
34.7.3	第50回	借地権の対抗要件		
34.7.16	第51回	第8草案修正(対抗要件等)		
34.7.17	第52回	第8草案修正(地代不払等)		
34.7.18	第53回	第8草案修正(一時借地、罹災関連)		
34.7.20	第54回	借地借家法施行法要綱案、第8草案修正		
34.7.21	第55回	借地借家事件処理手続		
34.7.23				借地借家事件手続法要綱案
34.7.30			同第9草案予備案	
34.8.7	第56回	第9草案		
34.8.8	第57回	第9草案、借地借家事件手続法要綱案		
34.8.17			同第9草案	

34. 8. 25			同第10草案予備案
34. 9. 1			同第10草案
34. 9. 7			借地借家事件処理手続要綱(案)
34. 9. 25			第四章借地借家事件の処理
34.12.22			改正要綱試案 ³⁾

3) 以上の諸資料の所在を示せば、(i)借地法、借家法、借地借家法という実体法関係の諸草案は、①法務省民事局参事官室『借地借家法案起草資料(一)——実体法関係立案経過』(ガリ版刷り、昭和34年7月1日、東京大学法学部図書館所蔵『借地・借家法案起草資料』請求番号F9675-8063-S59、他に我妻文書、法務省民事局参事官室も所蔵)が、借地借家法案(第8草案)までの諸法案を掲載している(同資料は、第8草案を検討した借地借家法案協議会第51回会議で配布された。)。②我妻栄関係文書は、我妻栄関係文書【5】借地・借家4借地借家法草案が第10草案までの諸草案を収録している。さらに、我妻栄関係文書【5】借地・借家3(借地借家関係資料、同改正関係資料)ー2「借地借家法案立案資料(一)(参考資料)1955.12~1956.7」、3-3「借地借家法案立案資料1956.7.16~1957.6.28」、3-4「借地借家法軽井沢原案」は、「借地法・借家法等の改正を必要とする理由」、「借地法案及び借家法案に関する問題点」、「借地法案の要点」、「借家法案の要点」、「借地借家法改正の主要問題点」などの関連文書を収録している。③法務省民事局参事官室所蔵資料としては、「借地借家法案に関する綴(昭和31年5月~34年3月)」及び「借地借家法案綴(昭和33年4月~34年9月)」が借地法案から第10草案までの諸資料(第9草案予備案、第10草案予備案も含む。)を所蔵する(文書名は、「法務省行政文書ファイル管理システム」に従った。)

(ii)手続法関係の諸草案は、①法務省民事局参事官室『借地借家法案起草資料(二)——手続法関係立案経過』(ガリ版刷り、昭和34年7月1日、東京大学法学部図書館所蔵『借地・借家法案起草資料』請求番号F9675-8063-S59、他に我妻文書、法務省民事局参事官室も所蔵)が借地借家事件審判法要綱案(昭和33年7月29日)までの多くの法案を掲載している。②我妻栄関係文書【5】借地・借家3借地借家関係資料、同改正関係資料ー7「借地借家審判手続」は、借地借家事件手続法要綱案(昭和34年7月23日)、借地借家事件処理手続要綱(案)(昭和34年9月7日)、第四章借地借家事件の処理(昭和34年9月25日)を収録している。

(iii)借地借家法案協議会については、法務省民事局参事官室所蔵資料として、「借地・借家法案協議会議事経過(昭和31年9月~昭和34年8月)」が第57回までの協議会記録を収録している。

1 借地借家法改正の基本構想

ここでは、まず最初に昭和31年当初における借地借家法改正の基本構想について実体法と手続法に関する部分にわけて検討する。

(1) 実体法関係の基本構想

ア 「借地法・借家法等の改正を必要とする理由」

最初の綱領的文書として注目すべき「借地法・借家法等の改正を必要とする理由」(我妻文書所収)は、次のとおりである。

「 (昭和三一・七・一六参二印)

◎借地法・借家法等の改正を必要とする理由

- 一、現行法中に、土地・建物の利用に関する実情に適合しない部分を生じているため、その改善をはかる必要があること。(資料一)
- 二、借地・借家に関する紛争の円滑・迅速な解決をはかるため、手続の改善をはかる必要があること。(資料二)
- 三、高層建築の区分所有関係が増加する現状に鑑み、その法律関係を規制する必要があること。(資料三⁴⁾)
- 四、罹災都市借地借家臨時処理法の恒久法化に伴い、その内容を整備するとともに、これと他の借地関係立法との調整をはかる必要があること。(資料四)
- 五、建築基準法による防火地域及び耐火建築促進法による防火建築帯の増加に伴い、その地区内にある借地権の調整に関する法制を整備する必要があること。(資料五)

以上の文章に資料が添付されている。もっとも、その資料の内容は、資料1は昭和28年住宅統計調査から作成された所有関係住宅表等、資料2は司法統計年報昭和28、29年版から作成された「土地建物を目的とする訴訟事件数調」

4) この部分は後に切り離されて建物の区分所有等に関する法律(昭和37年)に結実した。マンションのための区分所有法もまた都市不燃化が重要なねらいであったことはいうまでもない。

等、資料3は昭和31年度住宅金融公庫事業計画等、資料4の罹災法関連は罹災法条文及び適用法律・政令条文であり、実質的なものとは言いがたい。例外的に、資料5には次の文書が添付されている。

「住発第九六四号

昭和三十年十二月三日

建設省住宅局長

法務省民事局長殿

防火地区内借地権処理法の改正について（依頼）

建築基準法（昭和二十五年法律第二百一号）第六十条によつて指定された防火地域内において、同法第六十一条に定める建物以外の建物の所有を目的とする借地権を有する者が、その土地に建物を築造しようとする場合、借地条件の変更に関して当事者間に協議が調わないとき、現在のところ、その調整を図る特別の措置がとられていないのであるが、別添資料（一）のごとく同法により指定された防火地域は、全国的に数十都市に及び、更に耐火建築促進法（昭和二十七年法律第百六十号）によつて指定された防火建築帯も別添資料（二）のごとく、多数にのぼっており、これらの地域において耐火建築物を建築しようとするにあたって前記借地権に関する紛争が起っている。

右の実情にかんがみ、この際前記借地権の処理にあたって、防火地区内借地権処理法（昭和二年法律第四十号）の一部を改正し、従来旧市街地建築物法（大正八年法律第三十七号）によつて指定されていた甲種防火地区内における借地権の処理と同様の処理を行うことが適当と考えられるので、これに伴う必要な措置をとられたく、貴殿に適当な御配慮を煩わしたい。」

戦後において都市大火が頻発したことおよびその対策としての都市不燃化が重要な政策課題であったことを知りうる。

そもそも、『昭和災害史年表事典2 昭和21年～昭和35年』（日外アソシエーツ、平成4（1992）年）から、借地借家法改正作業が開始された昭和31（1956）年の火災記事を検索すると、罹災戸数100戸以上の火災に限っても、3月20日秋田県能代市（1482戸、罹災戸数は記事に従った。）、4月17日秋田県常葉町（532戸）、4月23日福井県芦原町（501戸）、5月3日北海道小樽市（202

戸)、5月7日北海道上川郡下川町(250戸)、5月11日青森県南津軽郡平賀町(140戸)、8月19日秋田県大館市(1321戸)、9月10日富山県魚津市(1755戸)を見出すことができる。このうち、罹災法適用を受けたのは、能代、芦原、大館、魚津である。ところが、近年に至ると事情は変化する。『昭和災害史年表事典5 昭和56年～昭和63年』(日外アソシエーツ、平成7(1995)年)から、昭和56(1981)年～昭和63(1988)年の8年間の火災記事から10戸以上の火災を探すと、昭和56(1981)年2月19日の京都市中京区(15戸)、昭和57(1982)年12月19日の台東区小松川(12戸)、昭和59(1984)年4月11日の葛飾区亀有(10戸)、昭和62(1987)年11月21日の鹿児島県徳之島(17戸)を見出しうるのみである。都市火災の頻度、規模において顕著な相違を認めることができる⁵⁾。

昭和30年代と現在とでは、都市火災の意義は相当に変化している。日本火災学会編『火災と建築』(共立出版社、平成14(2002)年)の「都市大火」の項目において、地震大火と区別された都市大火の発生数は、昭和20年代(1946-1955年)で23件、昭和30年代(1956-1965年)で12件、昭和40年代(1966-1975年)で3件、昭和50年代(1976-1986)年で2件、昭和60年から平成8年(1986-1996年)で0件となっている(53頁)。同書は、昭和20、30年代に都市大火が頻発した理由として、セメント、鉄などの資材不足のなかでバラック建築による復興がなされた反面、消防力が十分でなかったことを指摘している(54頁)。現在では、防災都市計画、建築物の耐火化及び消防能力の向上により都市大火は克服されつつある⁶⁾。以上のように要綱試案作成時では、都市不燃化が重要な政策課題であったことに注目することも必要である。都市不燃化の実現のために、借地上建物の堅固建物への建替えが要請され、借地条件変更が

5) なお、マーケット火災は残っている。昭和56年5月30日東京都台東区上野アメ横56店、同年11月12日神戸市中央区マーケット12店、昭和57(1982)年2月6日中央区築地卸売市場96店、昭和63年2月23日築地卸売市場84店、同年5月4日築地卸売市場70店である。もっとも、このマーケット内店舗は、構造上の独立性を欠いているため借家人たりうるかは問題である。

6) 地震大火については、別の考慮が必要であることは、同『火災と建築』自身が指摘している。

必要になり、またその前提として、建設資金の導入のためにも借地権担保が必要になった。借家についても建物建替えのための更新拒絶・解約申入れが必要になったと考えられる。

先に述べた借地借家法改正理由についての我妻博士の対応は、一については借地権物権化、二については借地紛争への裁判所の関与増大（非訟手続中心）、三については建物区分所有法創設、四については裁判所の関与増大による罹災法改正、五については借地条件変更制度の創設であった。これらがどのような反響を呼んだかを検討する必要がある。

Ⅰ 「借地法案の要点」及び「借家法案の要点」

(ア) 「借地法案の要点」

「借地法案の要点」(我妻文書所収)の内容は、次のとおりである。

「(昭和三一・七・三〇民参二印)

借地法案の要点

- 一 工作物所有を目的とする地上権及び土地の賃借権を統合し、「借地権」なる物権を創設すること（一⁷⁾、二条）
- 二 借地権の対抗要件を登記に限定すること（附則三項⁸⁾、一三条の二）
- 三 (1)借地権の存続期間を最短三十年、約定がないときには五十年とし、工作物の朽廃による借地権の消滅は、認めないものとする（三条⁹⁾）
- (2)借地権は、存続期間満了後、使用の継続により当然法定更新されるも

7) (借地法案(試案)第1条(定義)「借地権は、建物その他の工作物を所有するため他人の土地を使用する物権とする。

2 建物その他の工作物の所有を目的とする土地の賃貸借は、借地権の設定とみなす。ただし、建物以外の工作物のみの所有を目的とする賃貸借及び臨時設備その他一時使用のためにしたことが明かな賃貸借は、この限りではない。」

8) 附則3項「建物保護=関スル法律(明治42年法律第40号)を廃止する。」

9) 3条「借地権の存続期間は、30年を下ることができない。これより短い期間をもって借地権を設定したときは、その期間は、30年に伸長する。

2 設定行為をもって借地権の存続期間を定めなかったときは、その期間は、50年とする。」

のとすること(四条¹⁰⁾)

(3)土地所有者は、法定更新後は、一定の条件の下に、対価を支払って借地権を消滅させることができるものとする(五条¹¹⁾、六条¹²⁾、八条、一一条)

四 借地権者が二年以上借地を使用しない場合には、土地所有者は、対価を支払って借地権を消滅させることができるものとする(七条、八条)

五 借地の一部について、転借地権の設定を認めること(一八条)

六 自己借地権の設定を認め、建物又はその敷地の処分の合理化を図ること(一九条、二〇条)

七 (1)罹災建物の賃借人には、災害の規模を問わず、一定の要件の下に、その敷地の先借権を認めること(二一条以下¹³⁾)

10) 4条「借地権者が借地権の存続期間の満了後土地の使用を継続する場合には、従前における同一の条件で、更に借地権を設定したものとみなす。ただし、その条件が不相当な場合には、土地所有者は、更新があった時から6月以内に、裁判所に対し、条件変更の申立をすることができる。」

11) 5条「土地所有者は、前条の規定により借地権の更新があった後は、裁判所に対し、借地権消滅の申立をすることができる。」

2 前項の場合において、借地権の目的たる土地の上に転借地権がある場合には、その転借地権についても、消滅の申立をしなければならない。

3 裁判所は、土地所有者の状況その他一切の事情を考慮して、借地権者又は転借地権者にその土地を継続して使用させることを相当と認めるときは、前二項の申立を却下することができる。」

12) 7条「裁判所は、前条第1項又は第2項の申立を認容すべきときは、その裁判において借地権又は転借地権の価格その他の事情を考慮して、土地所有者が借地権者又は転借地権者に支払うべき対価及び支払時期を定めなければならない。」

13) 21条「建物が火災、震災、風水害その他の災害により滅失した場合において、その建物の敷地又は換地に既登記の借地権が存しないときは、建物の滅失した当時におけるその賃借人(借家法の適用のない賃貸借の賃借人を除く。)は、裁判所に対し、借地権設定の申立をすることができる。ただし、他の法令により、その土地が建物を築造するについて許可を必要とするものである場合にその許可がないときは、その申立をすることができない。」

2 前項の申立をした者は、借地権の設定があるまでにその土地につき利害関係を生

(2)右の場合、土地所有者は先借権者に対し、土地買取の申出又は自ら建物を築造してこれを賃貸する旨の申出をすることができるものとする。こと
八 借地関係の事項は、原則として、裁判所が審判事件として取り扱うものとする。こと（五条、七条、一二条、一四條、二一条、二三條等）」

以上のように、借地法案は、賃借権物権化を採用した。よく知られるように、これが後に述べる要綱試案の最大の特徴になる。なぜ物権化が採用されたかが問題になるが、これについて直接説明する資料を見いだすことができなかった。もっとも、昭和32年5月に法務省参事官室が発表した「借地・借家法改正の問題点」では次のように物権化の必要性を指摘している。

「1 現在の借地権は、物権たる地上権と債権たる賃借権との二本建とされているが、建物保護法及び借地法によりすでに一元化の傾向にあるので、この際これを一種の権利に統合することが、法律関係の簡易化のために望ましいのではないか。

2 借地権たる賃借権については、現在でも或る程度物権的な取扱がなされているが、その譲渡、転貸又は抵当権の設定の自由は認められていない。にもかかわらず、実情としては、借地権の取得、移転に当って、財産権的に取

ずる者に優先して、その土地に借地権の設定を受けることができる。

3 第一項の申立は、建物の滅失した日から二月を経過したときはすることができない。

22条「裁判所は、左の場合には、前条第一項の申立を却下しなければならない。

一 土地所有者が自ら土地を使用することを必要とする場合その他正当な事由がある場合

二 土地所有者が申立人に対しその土地に相当な建物を築造して賃貸すべき旨の申出をした場合において、申立人がこれを承諾しないとき

三 申立人が前号の申出を承諾した後六月以内に土地所有者が建物を築造してその引渡をしたとき

四 土地所有者が申立人に対しその土地を買い取るべき旨の申出をしたとき

2 前項第三号の期間は、土地所有者の請求により、裁判所において伸長することができる。

3 第一項第二号及び第四号の申出に対する承諾は、その申出のあったときは三週間以内にしなければならない。」

り扱われている場合が少なくなく、また地上建物の処分(譲渡、抵当権設定等)に当ってその財産的価値を維持するには、借地権の譲渡性を認めるのが不可欠の要求であるので、この際むしろこれを認めるのが適当ではないか。

.....

3 右の1、2に述べたところが妥当であるとすれば、借地権は、これを一律に物権とするのが適当ではないか。¹⁴⁾

また、借地借家法改正準備会において当初から我妻顧問と一体となって法案準備を進めていた香川保一(法務省参事官)は、後年振り返って次のように述べ、借地権の譲渡性と借地権担保が重要であったことを指摘している。

「借地・借家法改正要綱試案というものがつくられ、.....その全面改正案の骨子になっておりましたのは、借地権の物権化ということでありました。.....物権化する一つのねらいは、結局、借地権の自由譲渡性を認める、現行の地上権とおなじように賃貸人の承諾を得なくても譲渡又は転貸ができることにしようという点であったと思うのであります。その背後には、土地の利用権とその上の建物との結合を強くするといえますか、法律上一体として取り扱えるようにしようという考え方が、強く作用していたと思うのでありまして、さらにその考え方が発展して、大きな価値を有する借地権をすべて独自に担保、抵当権の目的とすることができるようにしようというのが、第二の大きな理由であったと思うのであります。¹⁵⁾

こうして、譲渡、転貸、抵当の問題が借地権物権化構想の出発点であったことが明らかになる。

ここで興味深いことは、改正理由の第5点であった借地条件変更の規定について言及していないことである。この点は、後の草案(第6草案以降)で付加されることになる。しかし、規定がないことが借地条件変更ができないことを意味したかは疑問である。むしろ、当初は、借地条件を制限できないものとし

14) 最高裁判所事務総局編『借地借家の関係法規に関する民事裁判官会同要録』(法曹会、昭和36年)263頁。

15) 香川保一『改正借地借家法』(金融財政事情研究会、昭和41年)2頁。

ていたと考えられる。その理由は、条件変更を認める第6草案自体が、建築物構造を制限できるという特約の有効性を認めてその上でその特約がある場合でも裁判所が条件変更許可を与えることができるとしていることである。それ故、第6草案前の草案においては、そもそも建物構造を制限する特約自体が有効ではなかったものと想像される。この場合、底地所有者は地代収取権にとどまっていたと考えられる。

また、借地権の更新について、「裁判所は、土地所有者の状況その他一切の事情を考慮して、借地権者又は転借地権者にその土地を継続して使用させることを相当と認めるときは、前二項の申立を却下することができる。」として、正当事由の文言を採用せず、裁判所の判断に委ねていることも特徴的である。また、借地権の更新が認められないときには、借地権価格を考慮した補償が与えられる点も重要である。

(イ) 「借家法案の要点」

これに関連して、「借家法案の要点」(昭和31年7月30日、我妻文書所収)は、次のように述べている。なお、借家契約の更新については、正当事由制度を採用している。借地法案では、正当事由の文言が存在しなかったのと違いを見せている。

「一 建物の賃貸借の対抗要件を建物の引渡に限定すること(一条、一三条一項)

二 建物の賃貸借は、期間満了の後、使用収益の継続により当然法定更新されるものとする(二条¹⁶⁾。

2 建物所有者は、期間の定がない場合又は法定更新後において、正当な理由があるときは、賃貸借を解除させることができるものとする。ただし、裁判所は、事情により解除を認めず、又は建物明渡費用の補償を命ずる

16) 2条「賃借人が賃貸借の期間満了後建物の使用又は収益を継続する場合には、従前における同一の条件で、更に賃貸借をしたものとみなす。ただし、その条件が不相当な場合には、賃借人は、更新があった時から二月以内に、裁判所に対し、条件の変更を請求することができる。」

ことができるものとする(三條¹⁷⁾、五條)。

三 雇傭等に基づく賃貸借は、その関係の消滅により終了するものとする(四條¹⁸⁾、五條)。

四 居住用建物の賃借人が死亡した場合には、特定の同居者においてその地位を承継するものとする(一一條)。

五 建物の一部の賃貸借で性質上独立の建物の賃貸借と同視し得ないものには、本法の適用を除外し、かつ、建物の賃借人は賃貸人の承諾を得ずにこれをなし得るものとする(一二條二項、一三條一項)。

六 借家関係の事項は、原則として、裁判所が審判事件として扱うものとする(三條、六條、一〇條等¹⁹⁾)」

(2) 手続法関係の基本構想

ア 借地借家事件等審判法要綱案(試案)

先の「借家法案の要点」等には、「六 借家関係の事項は、原則として、裁判

17) 3条「賃貸人は、賃貸借の期間の定がない場合及び前条の規定により賃貸借の更新があった後において自ら建物を使用することを必要とする場合その他正当の事由がある場合には、裁判所に対し、賃貸借解除の申立をすることができる。第十三条の規定の適用がある場合を除き、賃借人の死亡により賃貸借の相続があった場合についても、同様とする。

2 裁判所は、前項の事由がある場合にも、当事者による建物使用の必要の程度その他当事者(賃借人が適法に建物を転貸している場合には、その転借人を含む。)の一切の利害を比較して相当と認めるときは、同項の申立を却下することができる。

3 裁判所は、第一項の申立を認容する裁判において、当事者の利害を衡量して必要があると認めるときは、賃貸人に対し、賃借人(前項の転借人を含む。)が建物の明渡をするに要する費用の全部又は一部の補償を命ずることができる。」

18) 4条「事業主が、雇傭その他の関係に基き、その事業に従事する者のために建物を賃貸借した場合において、その関係が消滅するときは、賃貸借は終了する。」

19) 10条 建物の借賃が土地若しくは建物に対する租税その他の負担の増減、土地若しくは建物の価格の高低により、又は比隣建物の借賃に比較して不相当となったときは、契約の条件にかかわらず、当事者は、裁判所に対し、借賃増減の申立をすることができる。ただし一定の期間借賃を増加しない旨の特約があるときは、その定に従う。

所が審判事件として扱うものとする(三条、六条、一〇条等)」との項目があったが、これに関連して、借地借家事件等審判法要綱案(試案)が成立し、紛争処理について規定した。その内容は、次のとおりである(参照条文は、借地法案(試案)及び借家法案(試案)に対応している。)

(ア) 借地借家裁判所

第一「専らこの法律に定める事項を取り扱う裁判所として借地借家裁判所(仮称、以下「裁判所」と略称する。)を設けるものとする」

この借地借家裁判所では、審判及び仲裁は裁判官が参与員を立ち合わせ、又はその意見を聴いて行うものとし、調停は原則として裁判官及び調停委員をもって組織する調停委員会が行う。審判、調停及び仲裁に関しては、その性質に反しない限り、非訟事件手続法を準用する。

(イ) 審判事項

審判事項としては、借地法における借地権の消滅、建物買取、地代の増減のほか、罹災建物賃借人による借地権の設定申立があり、さらに、借家関係としては、次のものがあった。

第二「審判

裁判所は、左の事項について審判を行うものとする。

- 一 借地法関係 ……
- 二 借家法関係
 - 1 借家法第二条ただし書の規定による賃貸借の条件の変更
 - 2 借家法第三条第一項の規定による賃貸借の解除
 - 3 借家法第六条第一項及び同法第八条第三項の規定による造作の買取
 - 4 借家法第十条の規定による借賃の増減
- 三、建物の区分所有に関する法律関係

(未定)」

以上のように、借家法関係については、賃貸借条件の変更、賃貸借解除(正当事由紛争)、造作買取、借賃の増減等が審判の対象であった(第二)。

審判により借地関係の設定、変更又は消滅があった場合において登記すべき事項があるときは、その登記は、申立により、裁判所の囑託によって行う(第

二の十一)。裁判所は、借地関係、借家関係等について調停を行う。審判事件について調停が成立しない場合には、調停の申立があったときに審判の申立があったものとする(第三の二)。

裁判所は、借地関係、借家関係等について、仲裁を行う(第四)。仲裁は、当事者双方の申立があったとき又は当事者間に仲裁に付する旨の合意があったときに行う。仲裁判断は、裁判所が理由を付した決定をもって行う。

(ウ) 審判事項からの除外

借地借家事件等審判法要綱案(試案)の構想は、調停委員、参与委員を備えた借地借家裁判所を設け、これが審判、調停、仲裁にあたるというものであった。そこでの手続は、基本的に職権手続を予定していた。借地権の消滅請求、借家の解除等のみならず、罹災建物賃借人の借地権設定等に関する裁判は、この専門裁判所の管轄となった。この時の要綱案(試案)によれば、借地借家裁判所について、訴訟はその管轄とされていない。借家契約の解除などに関する紛争解決は、これまで通常の民事訴訟によりなされてきたけれども、この借地借家裁判所による審判、調停、仲裁手続での解決が期待されていたことになる。もっとも、借地人の賃料不払については、通常裁判所の手続によることが期待されていたと考えられる。その理由は、(i)借地人の義務違反に対する解除権の条文が裁判所に申し立てると規定していないこと²⁰⁾、(ii)審判法要綱案でも義務違反解除について権限としていないことである。借家における賃料不払などの債務不履行解除についても通常の民事訴訟としての処理を予定していたと考えられる。

もっとも、その後は、一時的ではあれ、非訟制度の対象を拡大し、債務不履行による解除まで裁判所の非訟手続によるという立場も採用された。これが外部に発表されたのは、昭和32(1957)年5月に「借地・借家法改正の問題点」(以下「問題点」という。)と題する資料である。これは、法務省民事局参事

20) 9条「借地権者が著しく目的に反した土地の使用をしたときは、土地所有者は、借地権の消滅を請求することができる。

2 借地権者がひきつづき一年以上地代の支払を怠ったときも、前項と同様とする。」

官室により発表されたものであり、借地借家法案の国会提出を昭和33（1958）年末と予想した結果、32年6月頃に予定していた法案公表を昭和33年春頃に延期し、その代わりに、第4草案を元にして、一部の学者に「極秘の扱い」で送付して意見を求めることが定められた。しかし、昭和32年5月22日の第23回協議会において、「前回の結論を改め」、法務省側幹事が作成した「借地借家法改正の問題点」（昭和32年5月21日²¹⁾）を法律雑誌に公表し、更に、裁判所側の意見を求めることにした。

この中で、紛争解決手続については、次のように論じている。

「第四、裁判手続

1 借地権の存続期間満了の際における消滅の請求、建物賃貸借の解約の請求、借地権者又は賃借人の義務違反による借地権の消滅又は建物賃貸借の解除の請求、地代又は家賃の増減の請求、罹災建物の賃借人の借地権設定又は譲渡の請求、その他借地借家関係につき、右の第一から第三までに述べた如く裁判所を関与させるものとする場合には、法律関係の変動は、当事者による私法上の行為によらず、すべて裁判所によって行われるわけであり、しかも裁判所が判断をするに当つては必ずしも明確な基準があるわけではなく、裁判所の後見的立場からする自由裁量の余地が広いので、その手続の性質は、いわゆる裁判上の形成手続であり、従ってまた、手続に職権主義を加味し、調停手続とも緊密な連絡を図る必要があるのではないか。

2 また、右の手続中には、たとえば借地権の存続期間の満了の際における借地権の消滅請求の場合のように、その請求を認容するか否かをまず第一に判断し、その判断を示した上で、地上物件の帰属関係（その対価の決定を含む）及び金銭による補償について更に手続を進め、これに対する判断を下すものとするような、段階的な手続によるのが適当と考えられるものがありはしないか。

3 更に、借地借家事件の特殊性から、特に手続の迅速化が望まれ、またそ

21) 法務省民事局参事官室所蔵資料「借地借家法案に関する綴（昭和31年5月～34年3月）」が日付つきの「考え方」原案を収録している。

の事件の複雑性からして、手続を円滑に追行するためには、現在の訴訟手続の厳格性を緩和する必要もあるように思われるがどうか。

4 以上のような事情から、借地借家事件の処理については、特殊な手続を定める(たとえば、民事訴訟法の大幅な例外を認め、又は訴訟によらない特殊な処理手続を新設する。)のが適當ではないか。」

以上のように、「問題点」は、借地借家事件についての裁判所の関与が「後見的立場」からの「形成手続」とすべきであると論じている。この考え方は、借地借家事件について訴訟手続によらない独自の手続を作るという構想を正当化しようとするものである。また、裁判所の関与に関連して、(債務不履行解除の例を含めて)非常に広く裁判所の職権主義的関与の必要性を示唆しているところに特徴がある。

イ 新たな紛争解決制度——争訟的非訟

(ア) 争訟的非訟論

我妻特別顧問は、借地借家法改正論の盛んな時代に民商39巻1・2号(昭和34(1959)年)に発表した「離婚と裁判手続」論文において、ドイツの争訟的非訟について言及した後、借地借家の問題を取り上げ、次のように論じた。

「近時、正当な事由があれば解約しようというやうないわゆる一般的条項を定める規定が次第に多くなりつつある。さような場合には、正当な事由の有無を判断するには、多くの錯雑した関係を相関的に検討しなければならない。のみならず、さらに、解約を認めるために条件をつけ、その条件の将来における実現を保障しないと十分でない場合が多い。そしてそのような場面に直面すると、従来の口頭弁論主義を基調とする審理手続がいかに不十分に感じられる。さらに進んでは、社会的な力の隔絶した当事者間の財産関係について、国家が積極的に関与する事例も増しつつある。そこでは、非訟的手続が当然予定されるであろうが、そのような事例に直面すると、却って、従来の非訟の手続だけでは十分かという疑問を生ずる」²²⁾。

以上のように、我妻特別顧問は、借地借家紛争について①裁判所の関与を拡

22) 我妻栄『民法研究V I I-2 親族・相続』(有斐閣、180頁)。

大すべきであるという立場であり、その際、②非訟事件として裁判所の職権的な関与が増大すべきであると共に非訟手続自体の改善が必要であると考えていたことになる。

この時期の借地借家手続規定のあり方については、この我妻特別顧問の考え方の影響が考えられ、次の議論も存在した(第20回借地・借家法案協議会議事経過法務省民事局参事官室所蔵資料)。

「訴訟手続を前提にして、どこまで実質的な審判手続にあゆみよれるかを考えるとともに、審判手続の立場からも、訴訟手続の要素をとり入れることを考えて、双方を比較してみたらどうか、ドイツで最近問題になっている争訟的非訟というものを考えてみたらどうか。」

「一審、二審を一貫して訴訟の要素をとり入れた争訟的非訟手続を一度書き下ろして見ることにしたい」

(イ) 非訟制度への疑問

しかし、協議会の際においても次のような議論があった(民訴学者、情報公開法による制限のため発言者名不明)。

「裁判関係事項のうち、どの事項を訴訟事項とし、どの事項を非訟事項とすべきかについて、今問題になっているようであるが、結局は実体法規の立て方の問題である。実体法上の要件を満たすことによって与えられた私権の存否が争われる場合には、これは、訴訟事項として口頭弁論により裁判をしなければならぬ。これが、憲法32条の趣旨である。これに反し、実体法上は権利が存しない場合に、裁判所が申立によって権利を創設するのは、たとえ訴訟の形式をとっても本質的に非訟事件であり、これこそ非訟事件手続により処理すべきものである。……結局は実体法の規定の仕方によって訴訟に持って行くこともできるし、非訟にもっていくこともできるのであって……立法政策の問題である。しかし、手続法的立場から言えば、非訟事件の裁判に対する不服申立は抗告しかないわけであって、手続がどうしても粗末になりがちであるから、できることなら訴訟事項として処理できるように実体法を組み立てることが望ましいと言える。大阪大学の小野木教授の論文……によれば戦後ドイツでは非訟の分野がますます広がりつつあるとのことである

が、それはナチスの考え方である。……一切切非訟事件によって処理するという考え方は、国民が生活するための基準となるべきよりどころを失われ、法秩序を不安定にすることになり、ファッション的な考え方に通ずる。」

「義務違反によるものは勿論、正当事由による消滅請求も、実質的には当事者間に利益の対立があるものと考えられ、民法に規定する他の契約の解除、解約等と根本的に区別するほどのものがあるとは考えられないから、両者ともに実体上の権利として構成するのを相当とし、従って訴訟事項とすべきである。……しかし、地上物件の対価（建物買取請求権にかかわること……小柳）や地代家賃の増減額請求の場合には、必ずしも当事者間に、金額を指定して申し立てさせる必要がないという関係もあり、これらの重要でない派生的な事項を非訟事項とすることは、あるいはやむをえないかも知れない。」

従来と異なった紛争解決手段への期待が相当に存在しつつも、なお、伝統的な訴訟事項重視の考えが相当に根強かったことも指摘できる。非訟制度を導入するにしてもどの程度、そして従来の手続とどのように異なるものとすべきかは議論があったところであった。一般に、協議会では、①裁判所の関与拡大自体にはそれほど異論がないが、②その場合に契約解除や正当事由紛争等についてはやはり伝統的な訴訟手続によるべきであるという意見も有力であった。

2 要綱試案

ここでは、昭和34年に成立した要綱試案の内容について、最初に実体法関連規定を検討した後、手続法関連規定について検討する。なお、罹災法はとりわけその手続的側面が問題になったため手続法規定に続けて論ずる。

(1) 要綱試案——実体法関連規定

要綱試案は、昭和34（1959）年12月初旬頃に公表された。要綱試案については、その特徴を概観する必要がある。借地権規定、借家権規定の順序で検討する。

ア 借地権規定の概要

要綱試案の特徴は、第1に借地権と称する物権の創設であった。民法におい

ては、他人の土地の利用権として、地上権、賃借権及び使用貸借が存在し、借地法は、建物所有を目的とする地上権又は土地の賃借権を借地権としていた。これに対して、要綱試案は、次のように規定した。

「第1 借地権と称する物権を創設し、借地権者は、建物その他の工作物を所有するため、他人の土地を使用する権利を有するものとする。

2 借地権には、別段の定がない限り、地上権に関する規定を準用すること。

3 工作物の所有を目的として他人に土地を使用させる契約をしたときは、借地権を設定したものとみなすこと。」

これに伴い、民法を改正して、工作物所有目的の地上権を廃止する。この結果、民法の地上権規定は、竹木所有目的に限定されることになる（借地借家法施行法案要綱第1）。

第2に、借地権の譲渡・転貸・抵当権設定などへの配慮である。民法においては、地上権は譲渡・転貸が自由（抵当権設定も可能（民法369条2項））であるのに対して、賃借権はその譲渡・転貸について賃貸人の承諾が必要であるとしているが（民法612条）、新たに設けられた借地権の譲渡性について次のように定めた。

「第4 当事者は、その合意をもって、借地権の譲渡又は転借地権の設定に土地所有者の承諾を要する旨を定めることができるものとする。

2 土地所有者が正当な事由がないのにもかかわらず前項の承諾をしないときは、借地権者は、裁判所に対し、その承諾に代わる許可を請求することができるものとする。」

借地権について譲渡制限も認めている。これは、第六草案以降のことである。新たに設けられる借地権は、抵当権の目的となる（要綱試案第1第2項）。

なお、これに関連して、従来からの借地権の処理が問題になる。これについては、既存借地権は、新法施行と同時に新たに設けられた借地権になるが、賃借権である借地権は譲渡等の制限付借地権とみなされる（譲渡又は転貸を許されていた既存借地権は、新法下でもそのままとする。）。

第3に、借地権の存続への配慮である。新たに設けられる借地権の存続期間について建物の構造にかかわらず、次のように定めた。

「第5 借地権の存続期間は、三十年とすること。ただし、当事者の合意をもって、これより長い期間を定めることを妨げないものとする。」

借地権の存続期間が満了した場合には、借地権は期間の定めのないものとして存続する(要綱試案第6)。

「第6 借地権は、その存続期間が満了したときは、期間の定めのないものとして存続するものとする。」

存続期間満了後、土地所有者は、正当事由がある場合(借地権者の土地不使用、土地所有者の工作物築造計画が土地高度利用になる、土地所有者に切実な必要がある、土地所有者が代替土地を提供する)に限り、裁判所に借地権の消滅請求をなしうる(要綱試案第7)。なお、この借地権の消滅請求に際して、初期の構想にあったような借地権消滅に対する補償という制度は存在しない。

「第7 借地権の存続期間の満了後左の各号に掲げる事由その他これに準ずる正当な事由²³⁾があるときは、土地所有者は、裁判所に対し、借地権の消滅の請求をすることができるものとする。」

一 請求の際、借地権者又は転借地権者が正当な事由がないのかかわらず当該土地を使用していないとき

二 土地所有者が当該土地に工作物を築造する計画を有し、これを実施することが当該土地をより高度に利用することになるとき

三 土地所有者が当該土地を使用すべき切実な必要があるとき

四 土地所有者が借地権者又は転借地権者に対し相当な条件で直ちに使用し得る相当な代替土地を提供するとき

2 前項の請求は、転借地権者がある場合には、借地権者及び転借地権者を共同の相手方としてするものとする。

3 土地所有者は、第1項第四号により代替土地を提供した場合には、裁判確定後借地権者に対し、二週間以上の一定の期間を定め、その提供を受諾するかどうかを確答すべき旨を催告することができるものとし、借地権者がその期限内に確答しないときは、その提供を拒絶したものとみなすこと。」

23) 正当事由制度が設けられたのは、第六草案以降である。考え方への批判に接して第六草案では種々の手直しがなされた。

期間満了後は、期間の定めのない借地権になるのであって、借地法（大正10年）や借地借家法（平成3年）の規定する借地制度のように、一定の存続期間が定められるわけではない。いわば借家法（大正10年）や借地借家法（平成3年）の規定する借家制度と同じものになる。それ故、借地権の消滅請求も後者と同様にいつでもなし得ることになる。この点では、従来の借地法では、借地権設定者からの更新拒絶が「遅滞ナク」なさねばならなかったのと大いに異なる。「遅滞なく」は、明確な数量を示したものではなく、「正当な又は合理的な理由による遅滞は許容される」とされているが²⁴⁾、しかし、やはり一定の日時が過ぎた後の更新拒絶は、遅滞したものと考えられるのに対して²⁵⁾、要綱試案は、こうした日時による限定を廃止したものと考えられる。

24) 「遅滞なく」、「直ちに」及び「速やかに」等の言葉について、意義が問題となった裁判例として、大阪高判昭和37年12月10日高刑15巻8号649頁、判時327号46頁、判タ141号59頁がある。これは、銃砲刀剣取締法17条が登録銃剣等を譲り受けた者等が速やかに文化庁長官に届け出ることを定め、この届出を怠った者に対して懲役又は罰金を科することを規定していることに対して、すみやかにというのは曖昧であって憲法31条に反するかが争われ、一審が憲法違反と判断した事案である。大阪高判は、「「すみやかに」という文言は本法第十七条第一項においてのみ用いられているものではなく、広く各法令において慣用されている法令用語であって、そこには立法上の技術に基づく定着した一定の約束と慣例が認められるのである。即ち「すみやかに」は、「直ちに」「遅滞なく」という用語とともに時間的即時性を表わすものとして用いられるが、これらは区別して用いられており、その即時性は、最も強いものが「直ちに」であり、ついで「すみやかに」、さらに「遅滞なく」の順に弱まっており、「遅滞なく」は正当な又は合理的な理由による遅滞は許容されるものと解されている。」とした上で、「従って原判決が本法第十七条第一項は、同条項における「すみやかに」という用語が「何日以内」というような数量的の観念とは異り主観性の強いもので、客観性が稀薄であり不明確であるから、同条違反に対する本法第三十三条の罰則は罪刑法定主義ひいては憲法第三十一条に違反して全面的に無効であり、その適用は拒否せらるべきであるとしているのは、法律解釈における方法を誤ったものといわねばならない。」と判示した。かくして、「遅滞なく」では、①「直ちに」、「速やか」よりは時間が経過しても良い、②正当又は合理的な理由による時間の経過は許容されるということが分かる。

25) 実際には、借地権更新はしばしばあるものではなく、しかも借地権設定が相当に以

第4に、借地権の対抗要件に関する修正である。従来の借地権の対抗要件は、地上権若しくは土地賃借権の登記又は借地上建物の登記であったが、物権たる借地権への一本化に伴い建物保護法を廃止し、借地権の対抗要件も借地権の登記に一本化する(借地借家法施行法案要綱第2、なお、経過措置として建物保護法による対抗要件は5年間存続する(借地借家法施行法案要綱第4、第5、第8))。未登記の借地権がある場合、第三者がその土地を借地権者を害することを知って取得したときには、借地権者はその借地権を対抗することができるとの保護規定(競売時は例外)も設ける(要綱試案第21)。

「第21 未登記の借地権者が現に工作物所有の目的で使用している土地を借地権者を害することを知って第三者が取得した場合には、借地権者は、その借地権をもって、当該第三者に対抗できるものとする。ただし、第三者が公の競売により土地を取得した場合には、この限りでないものとする」
2 前項の規定は、同項の土地に借地権者を害することを知って第三者が借地権の設定を受けた場合に準用すること」

第5に、借地人の義務違反による借地権消滅に関する制度の整備である。借地権を消滅させる方法は、意思表示によらず訴訟の方法により裁判所により消滅させることにし、更に、その要件も比較的重要な義務違反(目的に反した土地の使用をした、約定違反の工作物を築造した、しばしば地代支払を怠った、

前であり、かつ、借地権の期間について簡単に判定できない場合が多いため、問題になる。判例では、最長として1年半後の異議を遅滞なきものとしたものがある(最判昭和39年10月16日民集18巻8号1705頁「賃貸借契約の締結が遠い過去に属し、賃貸人賃借人の双方共にとって契約締結の時期があいまいになり、賃貸人に対し期間満了の際直ちにそのことを知って異議を述べるのが容易に期待できず、賃借人もまたその時期にはこれを予期していないような特段の事情がある場合においては、賃貸人が漸く期間満了の時期が到来したと推測して直ちに述べた異議が、訴訟における審理の結果判明した契約成立の時期から起算すると、賃貸借の期間満了後若干の日時を経過した後述べられたことになるとしても、この異議をもって借地法六条にいう遅滞なく述べられた異議に当ると解すべき余地がある。』)。この場合には、賃貸借契約締結から40年以上経過しており、関係人も死亡し、書類も存在していなかったなどの事情が存在した。前注の①、②の要件のいずれも充足している例である。

過去3月以上地代支払を怠り、土地所有者が1月以上の期間を定めて催告したのになお支払いをしない等)がある場合に限定する(要綱試案第15)。

「第15 土地所有者は、左に各号に掲げる事由があるときは、裁判所に対し、借地権の消滅の請求をすることができるものとする。

- 一 借地権者又は転借地権者が目的に反する土地の使用をしたとき
- 二 借地権者又は転借地権者が第3第1項の約定に反する工作物を築造したとき
- 三 借地権者が第4第1項の約定に反して第三者に当該土地を使用させたとき
- 四 借地権者がしばしば地代の支払いを怠ったとき
- 五 ……」

第6は、借地条件変更規定の創設である。事情の変更により借地条件が不相当になったときには、借地権者は裁判所に借地条件変更を請求できる(第3)。

「第3 当事者は、その合意をもって、借地権者の築造し得る工作物の種類及び構造を定めることができるものとする。

2 前項の約定が事情の変更により不相当になったときは、借地権者は、裁判所に対し、その変更の請求をすることができるものとする。

3 裁判所は、前項の請求を認容する場合において、当事者間の衡平を図るため必要があると認めるときは、その裁判において他の借地条件をも変更することができるものとする。」

第7は、地代増減額について(これまでの借地法規定とは異なり)形成権とせず、裁判所の関与により変更すべきものとした(第17)。

「第17 地代が土地に対する公課の増減又は土地の価格の変動により不相当になったとき、その他地代の決定の基礎になった事情に変更を生じたときは、当事者は、裁判所に対し、地代の増減の請求をすることができるものとする。

2 裁判所は、前項の請求を認容する場合において、必要があると認めるときは、その請求の日以後の適当な時にさかのぼって地代増減の効力を生じさせることができるものとする。」

イ 借家権規定の概要

第1に、借家権については物権とせず、賃借権のままとした。この結果、全体として借家権規定の変化は、借地関係規定に比べれば小幅なものになっている。

第2に、建物の賃貸借の対抗要件について、建物の引渡しに一本化し、民法605条の規定は、建物の賃貸借には適用しないこととした(要綱試案第29)。

第3に、建物賃貸借存続への配慮である。建物賃貸借は、期間の満了後も賃借人が建物を使用しているときには、期間の定めのないものとして存続する(要綱試案第31)。賃貸人からの建物賃貸借の解約は、意思表示によらず裁判所に解約請求をする(要綱試案第32)。しかも、それは、正当事由がある場合(賃借人の建物不使用、賃貸人の建物築造計画が土地高度利用になる、賃貸人に切実な必要がある、賃貸人が代替建物を提供する)に限られる。この場合には、借家権消滅に対する補償という規定は存在しない。

「第32 賃貸借の期間の定がない場合(当事者が賃貸借の期間を定めたが、賃貸人がその期間内に解約をする権利を留保した場合を含む。)において、左の各号に掲げる事由その他正当な事由があるときは、賃貸人は、裁判所に対し、賃貸借の解約の請求をすることができるものとする。」

- 一 請求の際、賃借人又は転借人が正当な事由がないのかかわらず当該建物を使用していないとき
- 二 賃貸人が当該建物を取り壊して別個の建物を築造し、又はその敷地を建物の所有以外の目的に使用する計画を有する場合において、これを実施することが相当であると認められるとき
- 三 賃貸人が当該建物を使用すべき切実な必要があるとき
- 四 賃貸人が賃借人又は転借人に対し相当な条件で直ちに使用し得る相当な代替建物を提供するとき

2 前項の請求は、賃借人が賃貸人の承諾を得て建物を転貸している場合には、賃借人及び転借人を共同の相手方としてするものとする。」

第4に、建物賃借人による義務違反の際の制度整備である。解除は、賃借人に比較的重要な義務違反がある場合(具体的内容は、借地権の場合とほぼ同様

である。)に限定され、しかも裁判に解除の請求をすることを要する(要綱試案第35)。こうした場合以外の賃借人の意に反した賃貸借の解除又は解約申入れは、破産の場合を除いて、許されない(第31)。

「第35 賃貸人は、左に各号に掲げる事由があるときは、裁判所に対し、賃貸借の解除の請求をすることができるものとする。

- 一 賃借人又は転借人が目的に反する建物の使用をしたとき
 - 二 賃借人又は転借人又はその同居人が著しく公共の危険又は近隣の迷惑となる行為をしたとき
 - 三 賃借人が民法612条第1項の規定に反して第三者に建物の使用又は収益をさせたとき
 - 四 借地権者がしばしば借賃の支払いを怠ったとき
 - 五 賃借人が過去三月分以上の借賃の支払を怠り、賃貸人において賃借人及び転借人に対し、一月以上の期間を定めて支払の催告をしたのにもかかわらず、なおその支払をしないとき
 - 六 その他賃借人又は転借人において重大な義務違反があるとき
- ……」

「第31 賃貸人は、この章の定によるほか、賃借人の意思に反して賃貸借を解除し、又は解約の申入をすることができないものとする。ただし、民法第621条の規定の適用を妨げないものとする。」

第5に、営業の譲渡に伴う建物賃貸借の譲渡転貸について、賃貸人が正当な理由がないのに承諾を与えないときには、裁判所が許可を与えることができるという制度の創設である(要綱試案第41)。

第6に、居住用建物の賃借人が死亡した場合において、近親の同居者が承継するという制度の創設である(要綱試案第42)。

第7に、造作買取請求権の廃止である。

(2) 要綱試案——手続法関連規定

ア 紛争処理手続の概要

(ア) 紛争処理規定の特色

要綱試案は、第4章として、「借地借家事件の処理」に関する一連の規定を設けた。その特徴は、第1に、裁判所の関与の拡大である。要綱試案は、借地借家事件について地方裁判所の専属管轄とした上で(要綱試案第53)、先に見たように、たとえば、借地権の消滅請求について、「土地所有者は、裁判所に対し、借地権の消滅の請求をすることができる」として、裁判所の借地借家紛争処理についての関与を相当に拡大した。

第2に、訴訟手続と審判手続との区別であり、次のように定めた。

「第54 借地借家事件中、借地権の消滅又は建物の賃貸借の解除若しくは解約の請求に係るものについては、民事訴訟法の規定によって訴訟を行い、その他の事件については、第二節の規定によって審判を行うものとする。」

訴訟事件と審判事件との区分は、手続の簡易化・能率化と権利保護という相対立した要請への対応による。借地権の消滅、建物賃貸借の解約・解除等については、実体法的に比較的具体的な要件が定められており、裁判所の役割の中心はその要件に該当する事実の存否の認定であり、この意味で通常の民事訴訟と本質において変化がない。それゆえ、通常の民事訴訟手続によるべきことになる。これに対して、工作物に関する特約変更、借地権の譲渡・転貸に関する許可、借地権消滅後の地上物件の評価等に関しては、実体法上の要件の存否以上に当該事案の具体的妥当な解決が重要であり、裁判所には判定者というより後見人としての役割が求められる。かくして、審判手続により実質本位の審議をなすべきこととした。もっとも、この区別は、借地借家事件をすべて訴訟事件とすべきであるという考え方とすべて審判事件とすべきであるとする考え方の妥協の産物という側面もある。

第3に、新たに借地借家審判を設けて、その手続において非訟事件手続法を準用した(要綱試案第56)。

「特別の定がある場合を除いて、審判に関しては、その性質に反しない限り、非訟事件手続法第一編の規定を準用すること。」

これにより、裁判所及び当事者が実質的な審議に集中することが期待される。この結果、審理方法としては、審問が行われ、口頭弁論の形式をとらず、審理手続は、非公開である(非訟事件手続法13条)。裁判所は職権に基づき事実

の探知及び証拠調べをなしうるし(同11条)、裁判は決定を以てなされ、これに対する不服申立ては抗告手続による(同17、20条)。

もっとも、非訟事件手続は、対立当事者間の紛争解決に適さないところもあるため、借地借家事件に適用するために修正が必要な点がある。この結果、手続において当事者が準備する書面について、民事訴訟法の準備書面の規定を準用して相手方に送達させる(要綱試案第58「当事者が裁判所に提出する書面については、民事訴訟法の準備書面に関する規定を準用すること」)、相手方の防御の利益を保護するため、審問について、あらかじめ指定された審問期日においてのみなすことができる(要綱試案第59)、最終の審問期日を指定する(要綱試案第60)、裁判所が職権探知した事実を参酌するときには予め当事者の意見を聞く(要綱試案第61「裁判所が職権を以て探知した事実を参酌しようとするときは、予め当事者の意見を聞かなければならないものとする。こと。」、審判に理由を付す(要綱試案第63「審判は、理由を付した決定をもってしなければならないものとする。こと。」)等を定めた。この結果、新たに設けられることになる借地借家審判は、従来の非訟事件の一種と考えるよりも、むしろ訴訟と非訟の間の第三の手続という側面を持つようになった²⁶⁾。なお、審判事件は、借地権・建物賃貸借に関する訴訟事件の口頭弁論に併合して行うことができる。証拠調べも同様とする(要綱試案第62)。

第4に、不服申立てについて次のように定めた。

「第64 審判に対しては、即時抗告をすることができるものとする。

2 即時抗告は、審判に影響を及ぼすことの明らかな法令の違背があることを理由とするときに限りすることができるものとする。」

要綱試案は、事実誤認を理由とした即時抗告をなしえないものとして、事案の迅速な解決を図った(訴訟事件については、このような制限はない。)。これに関連して、地方裁判所において職権探知及び職権証拠調べの権限の適正な行使が必要と考えられるが、調査官等の補助機関の創設が予定された。

26) この第三の手続という理解は、我妻特別顧問が注目していた争訟的非訟という制度を前提としているものと考えられる。

(イ) 裁判所の関与拡大

このような裁判所の関与拡大について支持する意見も裁判所から出された。たとえば、次のような議論がある(昭和34年12月民事裁判官会同)。

「裁判外で形成権の行使を許す現行法のものでは、両当事者の力関係、すなわち、地主のほうから内容証明をつきつけることにより、解約の正当な事由がなくてもそこに力の関係が働いて借地人のほうが屈服するというようなことによって紛争が解決することが相当にあるとおもうのでありますが、改正試案のようにしますと、法律関係の形成について裁判所が関与することになって、借地人の地位が安定する……。」(高知地裁、裁判官会同85頁)

「一般問題としまして、形成権を裁判外で行使することによってその効果を発生させるということは、行使の方法としては非常に簡易迅速であります。その代わりに、それによつて生ずる法律効果は非常に不明確であり、不安定であります。一方形成権を裁判上行うということになりますと、手続は非常にやっかいであります。それによつて生ずる法律効果が明確になって、したがって法律関係が非常に安定するということになるわけです。借地権がなくなるかどうか、つまり、居住権あるいは営業権を失うかどうかという重大な法律効果を生ずる場合には、やはり、裁判外で形成権を行使させるということはどうも適当ではないのではないかと考えております。」

(同82頁、東京高裁)

しかし、むしろ、このような裁判所の関与拡大には批判的な意見が相当多かった。

「改正試案によりますと、裁判所の負担が著しく増加することが予想されるのでありまして、現在における裁判所の機構からみて問題があると思われるのであります。従来は借地借家関係を解消するについては、地主から借地人に対し、または家主から借家人に対し、内容証明郵便をもってその旨の意思表示をし、当事者双方の交渉が行われ更に簡裁に調停の申立がされるわけです。実際にも訴の提起前において調停で解決される事件が相当の数に上っておりますのでありまして、……。改正試案によりますと、このように訴の提起前に調停で解決できる事件でも最初から訴を提起することになりますの

で、いきおい訴訟事件は増加する……。改正試案のねらいも借地借家事件の迅速処理ということにあると考えられますのに、かえって訴訟が遅延するという逆な結果を将来する……。」(同75頁和歌山地裁)

「形成訴訟の形をとれば、その判決が確定すれば借地権が消滅したことに確定するので、法律関係が画一的に定められる利点がある。また、形成訴訟にすれば、形成要件の存否は口頭弁論終結時を基礎とするので、正当事由の存否についても口頭弁論終結当時において判断することになり、従来、建物賃貸借の解約の請求があった場合に、借家法第1条の2の「正当の事由」の存続すべき時期についていろいろ問題があってわれわれ実務家が苦勞してきた……形成訴訟にするとそういう欠点がなくなるということが事務局からいわれているようであります。しかし、訴訟外で形成権を行使する場合には、口頭でやる場合もたまにあります、内容証明郵便でやるのが普通であって、その点では、法律関係は一層画一的に定められているということになるのではないかと考えます。問題は、正当事由の存在の時期であります、大体判例もかたまってきております。最高裁判所の判例によりますと、……、当初は正当の事由がそなわってなくても、解約の申入は訴訟中始終されているものと認められるから、その訴訟の終結するまでに正当の事由があることが判明すれば、解約の効果を認めてよいという判例もあります²⁷⁾ので、こ

27) なお、この解約についての判例とは、次の点であろうと考えられる。正当事由について裁判所が解約申入れ・更新拒絶の時点で判断できればいいが、裁判が長期化するとの時点基準に判断すべきかが問題になる。具体的には、①解約申入時に正当事由が具備していたが、裁判になり審理が長期化したうちにその正当事由とすべき事由がなくなってしまった(例・賃貸人の子供が住む予定であったが、裁判が長期化しているうちにその子供が死んでしまった。)、②解約申入時に正当事由はなかったが、裁判になり審理が長期化したうちにその正当事由が具備された(例・賃貸人の子供が住むところ別にあったが、裁判が長期化している間に、子供が住んでいた別の家から追い出され、係争家屋に住む必要が生まれた)。①については、最判昭和28年4月9日民集7巻4号295頁が「原判決は、本件解約の申入を結局本訴状送達の日である昭和二年三月三〇日行われたものと認定したことは所論のとおりである。そして借家法一条の二によれば、建物の賃貸人は正当の事由ある場合でなければ解約の申入を為すことができないものであること勿論であるが、その正当の事由あることは解約申入の有効

要件に外ならないものであるから一旦有効になされた解約の申入が爾後の事情の変動によりその正当性を喪失し無効に帰すべきいわれはない。しかるに、原判決は、前記解約申入当時の上告人の生活状態のほか、解約申入の効力発生後である昭和二三年一月二五日頃又は昭和二四年六月以降における事情、就中第一審判決後の昭和二五年一月頃以降において上告人に存した事情を以て本件解約申入の正当性を否定しているのである。されば、本論旨は、その理由があって、原判決は破棄を免れない。」としている。②については、素直な解釈は、解約申入時に正当事由が必要であるということになる。というのも、正当事由があるから解約申入をするというのが本来の姿だからである。しかし、考えてみれば、解約申入は「何時でも」可能であるから、当初の申入時に正当事由が存在しなくても、その後裁判の時点で具備されたということでも問題はない。であるから、審理終結時基準説にも相当の根拠があるということになる。実際、最判昭和29年3月9日民集8巻3号657頁は、解約申入れ後の事情の変更により正当事由があることになった場合と建物明渡請求の許否(積極)について「正当事由に基づく賃貸借の終了を原因とする建物明渡の請求訴訟において、たとえ賃貸人の解約申入当時正当事由がなくても、賃貸人がその後引き続き明渡を請求するうち事情が変わったため正当事由があることになり、かつそのときから口頭弁論終結当時まで六月を経過したときは、裁判所は右請求を認容すべきである。」としている。その後の判例でもこの理論は維持されている(最判昭和42年10月24日判時501号66頁(解約申入より4ヶ月後に「被上告人の妻の姉岡村政子が実家からアパートに転居」し、賃貸人の建物必要度が高まった事例)も「正当事由に基づく賃貸借の終了を原因とする建物明渡の請求訴訟において、たとえ賃貸人の解約申入当時正当事由がなくとも、賃貸人がその後引き続き明渡を請求するうち事情が変わったため正当事由があることになり、かつ、その時から口頭弁論終結当時まで六月を経過したときは、裁判所は右請求を認容すべきことは、当裁判所の判例とするところである(最高裁判所昭和二七年(オ)第一二七〇号……)。」としている。)。もっとも、この点は、借地には当てはまらない。というのは、借地法は異議については「遅滞なく」述べられることを要求し、また、更新後は期間が定められるからである。かくして、最判平成6年10月25日民集48巻7号1303頁は、「土地所有者が借地法六条二項所定の異議を述べた場合これに同法四条一項にいう正当の事由が有るか否かは、右異議が遅滞なく述べられたことは当然の前提として、その異議が申し出られた時を基準として判断すべきであるが、右正当の事由を補完する立退料等金員の提供ないしその増額の申出は、土地所有者が意図的にその申出の時期を遅らせるなど信義に反するような事情がない限り、事実審の口頭弁論終結時までにされたものについては、原則としてこれを考慮することができるものと解するのが相当である。」と判示している。立退料については、それが正当事由の補完事由であることを重視して別個に扱っている。このため、要綱試案は、借家については、従来と扱いが変わらないが借地については、扱いが変わることになる。

の点もさして問題にすることがないと考えます。その逆に、形成訴訟の形をとった場合の欠点としては、事件が非常に増大する点であります。」(同79頁大阪地裁)

イ 罹災借家人の保護

(ア) 現行規定——罹災法

罹災借家人の保護は、罹災都市借地借家臨時処理法の扱うところであった。そもそも昭和30年代前半までは大規模都市火災が頻発し、その結果ほぼ毎年1件程度の適用事例があったことも重要である。罹災法は、次の特徴を有する²⁸⁾。

①罹災借地人の保護——(i)罹災借地権について対抗力(旧建物保護法に由来する建物登記による借地権対抗力が建物滅失により失われることへの対策=対抗要件なき対抗力)を与え、(ii)罹災借地権の残存期間が10年未満のときには10年に延長した。

②罹災建物借主の保護——(i)優先借家権(再築建物を優先して借受ける権利)のみならず、(ii)優先借地権(罹災建物借主(借家人及び使用貸借による借主)が建物所有目的で土地賃借申出、3週間以内の拒絶がなければ相当な借地条件で期間10年の土地賃借権が設定される、地主の拒絶には正当事由が必要²⁹⁾)、(iii)借地権優先譲受権(罹災建物借主が建物所有目的で土地賃借権譲受

28) 詳しくは、拙著『震災と借地借家——都市災害における賃借人の地位』(成文堂、平成15年)。

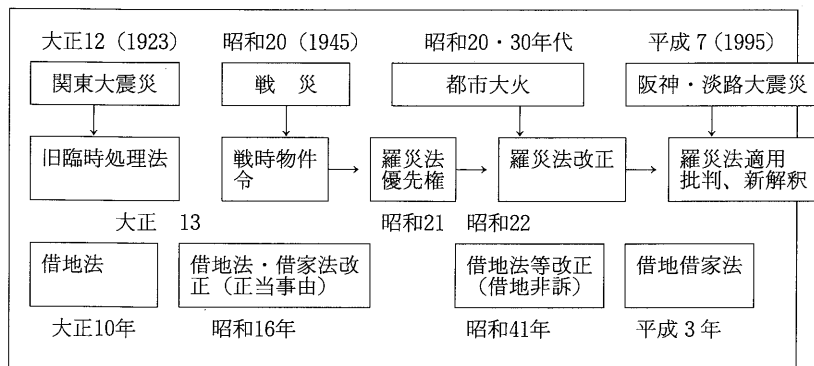
29) 2条「罹災建物が滅失した当時におけるその建物の借主は、その建物の敷地又はその換地に借地権の存しない場合には、その土地の所有者に対し、この法律施行の日から二箇年以内に建物所有の目的で賃借の申出をすることによって、他の者に優先して、相当な借地条件で、その土地を賃借することができる。但し、その土地を、権原により現に建物所有の目的で使用する者があるとき、又は他の法令により、その土地に建物を築造するについて許可を必要とする場合に、その許可がないときは、その申出をすることができない。

2 土地所有者は、前項の申出を受けた日から三週間以内に、拒絶の意思を表示しないときは、その期間満了の時、その申出を承諾したものとみなす。

3 土地所有者は、建物所有の目的で自ら使用することを必要とする場合その他正当な事由があるのでなければ、第一項の申出を拒絶することができない。」

出、3週間内の拒絶がなければ相当な対価で借地権譲受、(現)借地人が拒絶するには正当事由が必要³⁰⁾)を与えた。

③紛争処理手続——罹災法紛争(賃借権設定の有無、賃借権の条件)については非訟手続(非公開・職権主義)による紛争処理を予定した³¹⁾。



5条「第二条の規定により設定された賃借権の存続期間は、借地借家法(平成三年法律第九十号)第三条の規定にかかわらず、十年とする。ただし、建物が、この期間満了前に朽廃したときは、賃借権は、これによって消滅する。」

30) 3条「前条第一項の借主は、罹災建物の敷地又はその換地に借地権の存する場合には、その借地権者(借地権者が更に借地権を設定した場合には、その借地権の設定を受けた者)に対し、同項の期間内にその者の有する借地権の譲渡の申出をすることによって、他の者に優先して、相当な対価で、その借地権の譲渡を受けることができる。この場合には、前条第一項但書及び第二項乃至第四項の規定を準用する。」

31) 15条「第二条(第九条及び第三十二条第一項において準用する場合を含む。)若しくは前条の規定による賃借権の設定又は第三条(第九条及び第三十二条第一項において準用する場合を含む。)の規定による借地権の譲渡に関する法律関係について、当事者間に、争があり、又は協議が調はないときは、申立により、裁判所は、鑑定委員会の意見を聴き、従前の賃貸借の条件、土地又は建物の状況その他一切の事情を斟酌して、これを定めることができる。」

18条「第六条第一項但書(第九条において準用する場合を含む。)又は第十五条乃至前条の規定による裁判は、借地又は借家の所在地を管轄する地方裁判所が、非訟事件手続法により、これをする。」

25条「第十五条乃至第十七条の規定による裁判は、裁判上の和解と同一の効力を有する。」

(イ) 要綱試案の規定

要綱試案の特徴は、次のとおりである。①一軒焼けへの適用³²⁾、②優先借地

32) 「借地借家法改正の問題点」(昭和32年5月21日)の中で、我妻特別顧問は、罹災法について、「この法律は、文字どおり臨時法ですから、これを廃止して整理をしていきなさい」と述べ、その際の中心の問題点は、罹災建物賃借人の保護であると論じた。そして、土地所有者が建物を所有して賃貸していた場合を念頭に置いて、罹災建物賃借人から見れば、家主が同じような家を建てて他人に貸そうとするときに自分に貸してくれという先借権、また、土地所有者が他人に土地を売却する場合には自分が買いたいという先買権までは「最小限度の借家人保護として認めてよい」と論じた。その上で、次のように述べた。

「今一步進で、前の家主に対して家屋を建てて貸して下さいとか、家屋を建てて貸せないなら、私が建てるから借地権を私のほうに下さいとか、土地を譲って下さいとか、そういう家主なり地主なりのやろうとしないことまで積極的にやらせるところまで切り込んでいくことが妥当か。そこが問題だと思います。むろん、いずれの場合にも、正当な事由があれば断れるということにするのですが……」。

我妻特別顧問は、関東大震災後のバラック問題が罹災法の出発点であったとして、次のように指摘している。

「いわゆる焼跡バラック問題を生じた。そこで最も利害関係の強い、復興意欲の盛んな借家人にとにかく家を建ててそこで復興していくことを認め、それによって震災の復興をはかっていこうというのがそもそもの出発点なのですね。ところが、いまはそうした事情はなくなっているから、同じような立法をする場合には、借家人の居住権とか借家人の立場を保護するという説明をしていかなきゃならないことになるだろうと思うのです。そうすると、その点の説明は前よりも多少困難になりそうです。」

我妻特別顧問は、都市災害後の借地借家問題について、「とにかく家を建ててそこで復興していく」という目的の立法と「借家人の立場を保護する」という目的の立法とがありうることを指摘している。災害後の社会の安定を重視する公益的視角と災害前の権利の復興を重視する私的視角とで態度が異なってくるというのである。以上の発言を見る限り、我妻特別顧問は必ずしも優先借地について積極的でなかったと考えられる。

これに対して、優先借地について比較的積極的な見解もある。加藤一郎教授は、家主が火災保険に加入していることを理由に次のように述べる。

「火災保険金は家主のふところどころがり込むわけですから、……前と同じような家を建てて貸してくれといっても、そう不都合なことはない、……、それですまず第一に家を建てて貸してくれ、それがいやなら借地権をよこせ、そういう順序

規定の存置、③賃借人のみが権利の主体（使用貸借による借主は保護されず）、④営業を継続するなど特別の必要があるときに優先借地申立は限定、⑤裁判所への申立て、⑥所有者の土地使用必要などの正当事由、土地売渡申出、相当建物築造賃貸申出、代替土地建物提供申出の場合には優先借地は成立しない、⑦優先借地申立は2箇月間、⑧優先借地の優先性、⑨仮処分規定の存在、⑩罹災借地権保護規定の不存在などである。

（借地権設定等の請求）

第44 借建物が火災、震災、風水害その他の災害により滅失した場合には、建物の滅失当時における賃借人（建物が賃貸人の承諾を得て転貸されていたときは、転借人とする。以下「賃借人」という。）は、その土地において営業を継続する必要がある場合その他自ら建物を使用することを必要とする特別の事由がある場合に限り、裁判所に対し、その敷地につき借地権の設定若しくは譲渡又は転借地権の設定の請求をすることができるものとする。ただし、その建物が賃借人の責に帰すべき事由により滅失した場合は、この限りでないものとする。

2 前項の請求は、建物の滅失した日から二月を経過したときは、することができないものとする。

3 第一項の請求は、建物滅失後その敷地の所有者又は借地権者が交替した

になると思うのです。ただ、実際問題とすると、家を建てて貸せというほうが大きな要求のようで、借地権をよこせというほうが簡単なような気もしないではない。」

実際に草案作成の段階では、「相当の建物を築造して賃貸すべき旨の申立をする」という方式を中心にしたことがある。その借地借家法第1草案は、次のように規定した。第三十七条 建物が火災、震災、風水害その他の災害により滅失したときは、その滅失当時における賃借人は、土地所有者、若しその建物の敷地に既登記の借地権があるときは借地権者を相手として、裁判所に対し、その土地に相当の建物を築造して賃貸すべき旨の申立をすることができる。」しかし、これは問題があることを指摘したのである。

ここで注目されるのは、罹災建物賃借人保護規定の対象としては、火災が念頭に置かれていることである。先に加藤教授の発言も、火災保険金の取得に言及していた。

場合には、請求の際における土地所有者又は借地権者を相手方としてするものとする。

(請求の不認容)

第45 裁判所は、左の場合には、第四十四第一項の請求を認容することができないものとする。

- 一 土地所有者又は借地権者が自ら土地を使用することを必要とするとき、その他借地権の設定若しくは譲渡又は転借地権の設定を拒絶する正当な事由があるとき
 - 二 土地所有者又は借地権者が賃借人に対し、相当な期間内にその土地に相当な建物を築造して賃貸すべき旨の申出をしたとき
 - 三 土地所有者が賃借人に対し、その土地を売り渡すべき旨の申出をしたとき
 - 四 土地所有者又は借地権者が賃借人に対し、相当な条件で直ちに使用し得る相当な土地又は建物を提供するとき
- 2 前項第二号の申出は、築造すべき建物の種類、構造、面積その他の概要及び若しその一部を賃貸すべきときはその部分並びに当該建物を築造して賃借人に引き渡すべき時期を示してしなければならないものとする。
- 3 第七第三項³³⁾は、第一項第二号若しくは第三号の申出又は同項第四号による土地又は建物の提供があった場合に準用すること。

(ウ) 罹災規定の問題点——訴訟と非訟

法務省側の補足説明は、次のようなものであった。当初の案では、そもそも借地借家事件一般について、借地借家事件等審判法という特別の手続を設けることにあった。そして、審判手続、調停手続、仲裁手続の三種類の手続を用意し、第44の借地権設定請求、第7の期間満了後の借地権消滅請求、第3の工作物に関する特約に関する請求については、審判手続を予定し、借地関係・借家関係その他の法律関係については調停及び仲裁手続を当事者の申立ての趣旨に従い行うことにした。しかし、このような包括的な手続法案は結局断念され、

33) 2週間以上の一定の期間を定め、土地所有者が催告し、賃借人が確答しないときは拒絶とみなすこと。

要綱試案のような訴訟手続と審判手続との2本立てを採用するようになった。この場合、第44は、審判手続によることになった。その理由は、現行の罹災法が既に非訟事件手続法によっているために、審判事項によるべきであるというのが法務省はじめ立法関係者に多かったことによる。審判事項の場合、非訟事件手続法を準用することになり、この非訟事件手続法が対立当事者間の紛争を予定していない点が問題とされるようになった。この結果、要綱試案の審判手続については、対立当事者の観念を盛り込んだ一連の特別規定(前述)が設けられることになった³⁴⁾。

この第44の借地権設定請求は、一般の借地権の消滅請求よりも困難なものであり、その結果、管轄も地方裁判所にゆだねられることになった。実際には、訴訟手続は、借地権の消滅請求等重要な事項に限定されており、こうした観点からは、第44の借地権設定請求も「性質上当然に訴訟事件として扱われるべき事項ではないか」という考え方もある。そうした考え方を採用するときには、審判事項は比較的簡易なものしか残らないのであり、簡易裁判所で管轄することも可能になる。

こうした法務省側の説明について、裁判所の見解の多くは、次に紹介するように、第44の優先借地権設定請求の裁判は、訴訟手続によるべきであるとするものであった。

「罹災建物の借主の借地権設定または譲渡の請求は、借地権の消滅請求あるいは建物賃貸借の解除または解約の請求と同じように、借地権自体の存否に関する事項でありますから、訴訟手続によつて処理するのがもっとも適切であると考えたわけであります。」(東京地裁)

「要綱試案の第四十四第一項の請求は、さきほど東京地方から申されましたとおり、訴訟事項にすべきものでありまして、ことがらの性質上訴訟手続によつて処理するのが相当ではないかと考えます。……要綱試案の第四十四第一項の請求が罹災後のあとしまつとか復興の方法としてされる関係上迅速性

34) 要綱試案作成途中で議論のあった争訟的非訟のことを念頭に置いていると推測される。

が要求されるため、この請求を非訟手続によって処理するというにしたいものと思われませんが、……非常にむずかしいつっ込んだ調査を要する要綱試案の第四十四第一項の請求については相当長期の審理期間を要するのではないかと思います。……第四十四第一項の請求は、本来の姿である訴訟手続によって処理するのが相当であって、それによって当事者に十分な攻撃防御を尽させるほうが納得のいく処理を期待することができる」（前橋地裁）

「第四十四第一項の請求のような非常にむずかしい問題を当事者対立の形で審判するということになりますと、訴訟手続と比較してそう早く審理することができるとは考えられない」（大阪地裁）

実際のところ、法務省側も、要綱試案の審判手続の分類、とりわけ第44第1項の罹災建物賃借人の借地権設定請求を審判事項としたことには反対であった。法務省側の説明によれば、そもそも、借地借家事件に審判手続を導入すべきであるという立法者（我妻特別顧問ら改正準備委員会）の見解は、家事審判が1年以内にほとんどの事件が既済になっているということから、「審判によれば事件が非常に迅速にしかも適正に処理されると考えていた」ことに由来する。そこで、準備委員会としては、借地借家審判事件をもっぱら扱う借地借家裁判所を創設することを計画した。しかし、法務省側としては、家事審判事件であっても遺産分割、扶養料請求、財産分与などでは非常に時間がかかること、罹災法の非訟事件手続においても時間がかかっていることを指摘し、「立法者の安易な見通しに反対した」。更に、借地権消滅や借家の解除請求のように従来裁判手続により処理していた事件をなぜ審判手続としなければならないか、審判手続の場合にはその効力（既判力）があるか、憲法32条及び82条と抵触しないかなどの問題も論じられた。このため、従来訴訟手続によって処理していた事件は、やはり訴訟手続によることにした。罹災法の優先借地権の成否については、従来非訟事件手続法による手続があったため、審判手続によることになった。しかし、これは、次のような理由から適当とは考えられない。

「権利の変更消滅等重要な権利関係の変動については要綱試案においても訴訟によって処理する原則をとっておりますので、この考え方に従えば、要綱試案第四十四の第一項の請求は権利の発生に関する事項でありますので、当

然訴訟手続によって処理すべきものと思います。……実質的にも最終的な国民の権利救済の機関である裁判所の裁判手続としては、やはり訴訟手続が一番適しているというのが歴史的に実証された事柄であろうかと思われますので、私どもとしましては訴訟事項とするよう主張してきたのであります。この第四十四の裁判によって発生する権利は、一時的な権利でなく通常の借地権で、その存続期間も三〇年となりますので、訴訟手続が国民の権利救済の手続としてもつともすぐれているものであるなら、訴訟手続によって処理すべきものであろうと思います。」

さらに、要綱試案第64は、審判事件について事実審を一審限りとしていた。法務省は、この点にも反対であったようであり、次のように述べている。

「このように訴訟と審判とで不服申立理由を区分したのは、要するに審判については職権探知もするし、また職権証拠調もする、そして、このようにして徹底的に一審で事実調をすれば、更に抗告審で事実につき争わせる必要がないというのであります。これに対しては、抗告理由をこのような法令違背だけに制限している例はわが国には他にはありませんので、借地借家事件にだけこのように制限してもいいものかどうか。職権探知職権証拠調といえども何等の手足をもたない現在の裁判所としましては、事実調を一回限りとしてよい程、事実を徹底的に調べることはできないと思いますので、このように抗告理由を制限することは大変問題であろうと思います。」

罹災建物賃借人の優先借地請求については、審判事件とされているため、困難は一層大きいと考えられた（認定された事実が正当事由に該当するかどうかは法律問題であり、抗告理由になる。）。

おわりに——要綱試案以後の展開

ア 要綱試案の失敗

借地借家法改正要綱案の構想は、法改正に直結しなかった。その理由については、我妻特別顧問が「率直に申しますと、準備会が進みすぎたのではないかと思います。」と述べている（法務省民事局参事官室『法制審議会民法部会財産

法小委員会第24回会議事速記録』(昭和37(1962)年10月8日)における我妻発言)。柚木馨委員は、「準備会で作られた案に対しては、いろいろ批判があったことと思いますが、特に関西方面で反対の声が多かった。それは、将来に向って借地権を物権化するという点についてというよりは、むしろ経過的な措置として従来ある借地権を物権化することについてであったと思います。」と指摘した。

我妻栄関係文書には、大阪商工会議所による批判(昭和35(1960)年3月10日)が残されている(我妻栄関係文書5借地借家3.借地借家関係資料・同改正資料-10借地借家発表要綱・借地権物権化の方向1959.10~1960.7所収)。それは、①現在の借地関係の大部分が人的信頼関係によるものであるのに、要綱試案は極めて限られた地区に存在する権利金慣行を根拠として借地権の一元化・物権化を企図し、全国の慣行・実情に反する、②現在物権たる地上権はほとんど借地のために利用されていないことを考えると、もし借地権が物権化されれば新規の借地供給が困難になり、地価高騰に拍車をかけ、不動産の円滑な利用を阻害する、③借地権の物権化は、観念的なものであり、結果的には急激な宅地改革をもたらすことになる論じた。

また、法制審議会財産法小委員会の平賀委員は、法務省内部において、要綱試案のような根本的大改正をすることが時期に適しているかどうか、「こういう大改正が国会において円滑に受け入れられるかどうか、特に借地権の物権化に対する地主関係者その他からくる反対も考えられるので、これらの点は、もう少し慎重に政策的立場から検討してみる必要がある」という意見が支配的であったと述べている。

イ 「借地借家法改正に関する主要検討項目例」

緊急改正という方向性を明確にした昭和37年10月8日の法制審議会財産法小委員会での議論の出発点は、次の「借地借家法改正に関する主要検討項目例」であった。

「
借地借家法改正に関する主要検討項目例
第一 借地法関係

(昭和三七・九・五民参印)

- 一 非堅固の建物の所有を目的とする借地権の、堅固の建物を目的とする借地権への転換の制度を認めること。
- 二 借地権者の行う増改築、再築等の許否に関し、明確な規定を設けること。
- 三 更新拒絶の正当事由を明確化すること。
- 四 借地権の譲渡を合理化すること。
- 五 法定地上権の制度を再検討すること。
- 六 建物の区分所有を目的とする土地使用権について、必要な規定を設けること。
- 七 地下又は空中のみの使用権に関する規定を設けること。

第二 借家関係

- 一 解約申入又は更新拒絶の正当事由を明確化すること。
- 二 ニューサンスに関する規定を設けるべきかどうかを検討すること。
- 三 借家権の相続に関する特則を設けること。
- 四 社宅の使用関係に関する規定を設けること。

第三 罹災都市借地借家臨時処理法関係

全般的に再検討すること。」

以上のような議論を前提として限定的な借地借家法改正が導かれることになった。

ここで本稿で論じたことを改めてまとめると次のとおりである。既に述べたように、我妻榮法務省特別顧問を中心した検討委員会が1959(昭和34)年末に発表した借地借家法改正要綱試案は、大胆なものであった。それは、①借地権については「借地権と称する物権を創設し、借地権者は、建物その他の工作物を所有するため、他人の土地を使用する権利を有するものとする」とを特色とした。この借地権は譲渡・転貸、抵当権の設定も可能であった。また、②借家権については賃借権としての位置づけを維持しつつ、正当事由制度について「賃貸人が当該建物を取り壊して別個の建物を築造し、又はその敷地を建物の所有以外の目的に使用する計画を有する場合において、これを実施することが

相当であると認められるとき」には正当事由を具備するものとした。更に、③紛争解決について、非訟事件として裁判所の職権的関与拡大を図った。

もっとも、この構想は、実現しなかった。①借地権物権化について地主団体の反対があり、②紛争解決制度や借地権借家権消滅請求についての裁判所の関与増大について裁判所から事務処理に耐えないとの批判があったためであった。昭和41年借地法等改正作業における要綱試案の挫折について、借地権物権化が中心的な役割を果たしたことは疑いない。しかし、同時に裁判所の非訟手続による関与拡大という構想もまた批判の対象であった。既に述べたように、要綱試案における訴訟事件と審判事件との区分は、手続の簡易化・能率化と権利保護という相対立した要請への対応によった。借地権の消滅、建物賃貸借の解約・解除等については、実体法的に比較的具体的な要件が定められているため、裁判所の役割の中心はその要件に該当する事実の存否の認定であるとして、この意味で通常の民事訴訟と本質において変化がないことから、通常の民事訴訟手続によるべきものとした。これに対して、工作物に関する特約変更、借地権の譲渡・転貸に関する許可、借地権消滅後の地上物件の評価等に関しては、実体法上の要件の存否以上に当該事案の具体的な妥当な解決が重要であり、裁判所には判定者というより後見人としての役割が求められるとして、審判手続により実質本位の審議をなすべきこととした。この点は、裁判所の役割拡大になるが、同時に裁判所は重い責任を負うことになる。裁判所の主流は、この点についてもなお懐疑的であったと考えられる。

もっとも、その後の展開を見れば、①土地賃借権譲渡等での裁判所の許可の制度が設けられ、②その場合で借地非訟制度が設けられている。この点に関する限り当初の構想が形をかえて実現されている。こうした点を含め、その後のあり方についての詳細な検討は今後の課題としたい³⁵⁾。

追記 平井教授は、優れた民法解釈学の研究を進められた(その成果として、『民法拾

35) 本研究を進めるに際して、平成16年度科学研究費基盤研究(課題番号16530059)「昭和30年代借地・借家法改正についての実証的研究——戦後社会の変貌への対応」を得た。

遺』(信山社、2000年)に収束されたご研究)だけでなく、基礎法学的な問題についてもご関心が深く、編著として『日本民法学史 通史』・『日本民法学史 各論』(信山社、1997年)に結実したご研究もまた進められてきた。筆者にとって導きの星である教授の学恩にこの場を借りて感謝申し上げるとともに、教授のますますのご壮健を祈念するものである。