

定期借家制度の見直しについて

上 原 由起夫

1 はじめに

平成11年12月9日に国会において可決・成立し、同月15日に公布された「良質な賃貸住宅等の供給の促進に関する特別措置法」は、良質な賃貸住宅等の供給の促進のために必要な措置を講ずるよう努める義務を国および地方公共団体に課すとともに、借地借家法の一部を改正していわゆる定期借家制度⁽¹⁾を導入した（定期借家制度については平成12年3月1日施行）。

良質な賃貸住宅等の供給の促進に関する特別措置法附則4条は、「国は、この法律の施行後4年を目途として、居住の用に供する建物の賃貸借の在り方について見直しを行うとともに、この法律の施行の状況について検討を加え、その結果に基づいて必要な措置を講ずるものとする」と規定している。いよいよ平成16年には定期借家制度の見直しがなされる予定である。立法の経緯から推察されるように、定期借家制度の推進派からは、手枷足枷となっている部分を撤廃し、より自由な契約にしたいであろうし、反対派からすれば、この制度を廃止したいであろうから、どちらの陣営からもこの見直しの時をチャンスと考えていると思われる⁽²⁾。

本稿は、この制度のどこを見直せばよいかについて検討を加えるものである⁽³⁾。

2 検討

1 説明義務について

借地借家法38条2項は、定期借家契約を締結しようとするときは、建物の賃貸人が、あらかじめ、建物の賃借人に対し、契約が更新されず、期間の満了により賃貸借が終了する旨を記載した書面を交付して、口頭で説明しなければならないとしている。国会審議の過程で衆議院において修正追加されたのである。書面を交付しても説明義務を怠れば、契約の更新がないこととする旨の定めは無効であるから（同条3項）、従来の普通借家契約（正当事由借家契約）とされ、法定更新（同法26条）、正当事由（同法28条）等の規定が適用されることになる。

立法に際しては、契約の締結に先立って賃借人となろうとする者が当該契約が定期借家契約であることを十分理解したうえで契約を締結するか否かを判断できるように書面の交付と説明を要求するものである以上、事前交付書面と契約書面とは作成・使用される時期も趣旨も異なるので別個のものとなると考えられていた。木村保男弁護士は、①賃借人にとって定期借家契約となるか普通借家契約となるかの選択はきわめて重要であり、意思決定のための情報提供の機会が多いほうが望ましいこと、②条文の文言上、「同項（38条1項）の規定による建物の賃貸借は契約の更新がなく、期間の満了により当該建物の賃貸借は終了することについて」とあり、契約の更新がないという定期借家制度の一般的説明および当該建物の賃貸借が定期借家であって期間の満了とともに終了すべきことをそれぞれ説明するよう求めていると解釈できることに照らし、やはり、当該建物賃貸借についての契約書を交付するだけでは不十分であり、これとは別個に説明文書としての書面を作成してあらかじめ交付する必要があるという⁽⁴⁾。

これに対して、説明文書としての書面は不要であり、賃貸借契約書で足りるという見解がある。澤野順彦弁護士は、「当該賃貸借は借地借家法38

条1項の規定による定期借家契約であって、契約の更新がなく、期間の満了により当該賃貸借は終了する」旨記載した賃貸借契約書を作成し、これを賃借人に交付して説明すれば足りるのであり、賃貸借契約書と別個の書面を作成し、賃借人に交付する必要は法的には存しないという⁽⁵⁾。

玉田弘毅教授も、説明書面を作成交付しての説明義務は「屋上屋を重ねる結果となっているのではないか」と指摘する⁽⁶⁾。

仲介業者（宅地建物取引業者）が仲介（媒介）として説明しても、この説明義務を履行したことにはならず、賃貸人から代理権を授与された上で、代理人として賃借人に説明しなければならない。契約当事者双方の媒介を行いながら、賃貸人の代理人として説明を行うのは、双方代理禁止の観点から疑問が残るとか、無効だとされる⁽⁷⁾⁽⁸⁾。

澤野弁護士は、定期借家である旨の書面の交付および説明は、宅地建物取引主任者の重要事項説明の際にこれと相前後して、賃貸人によって行われるべきことになるという。賃貸人が宅地建物取引主任者に説明の代行（澤野説では代理ではないことに注意）を依頼する場合には、宅地建物取引主任者は、重要事項の説明とは別に借地借家法38条2項の説明として、賃貸人に代わって説明する旨明らかにしたうえで説明すべきであるという⁽⁹⁾。

澤野弁護士はせっかく賃貸借契約書と別個の書面は不要といいながら（別個の書面を排斥しているわけではない）、宅地建物取引主任者が二重に説明することを認めているが、それは無駄ではないであろうか。

三好弘悦氏は、宅地建物取引業者の宅地建物取引業法35条にもとづく「重要事項説明」と賃貸人の借地借家法38条2項にもとづく「事前説明」が「別個」のものであるとしても（平成12年2月22日付建設省経動発第21号）、即「別紙」でなければならないわけではないし、両者の説明の内容は、全く同一だから、「結局重複する二度手間」になるという⁽¹⁰⁾。

宅地建物取引主任者が重要事項説明をしているならば（宅地建物取引業法35条）、重ねてこのような説明義務を負わせる必要はないと考える。二重に説明する無駄を省くという点からは、重要事項説明に一本化すべきで

あろう。もっとも、重要事項説明が単なる儀式になっているのでは意味がないので、宅地建物取引主任者は自覚をもってもらいたいところである。これを契機に、重要事項説明をきちんとしてもらいたいものである（普通借家契約の場合には、正当事由制度や短期賃貸借の保護規定についても、きちんと説明すべきであろう）。

宅地建物取引業者が関与する場合は、宅地建物取引主任者の重要事項説明で足りるとし、業者が関与しない場合には、賃借人が契約書を読めばよいのであって（そのために書面の作成を要求したのである）、賃貸人の口頭の説明義務を課すべきではないと考える。定期借地権にもない規定を置くべきではなかったのである。説明しなければ、借地借家法38条3項で契約の更新がないこととする旨の定めは無効となり、一部無効として普通借家契約になってしまうというのは、定期借家契約を容易に締結させないという意図が明白に見られ、過度の規制であって公平でない立法である。皮肉にも「借家人がせっかく新制度による契約を望んだのにと考えても、救われ⁽¹¹⁾ない」のである。同条2項、3項は削除しなければならないと考える（本来、附則4条は、居住用定期借家の見直しであるが、事業用定期借家にも説明義務は不要である）。

2 中途解約権について

借地借家法38条5項は、居住用の定期建物賃貸借で床面積（建物の一部分を賃貸借の目的とする場合にあつては、当該一部分の床面積）が200平方メートル未満の場合は、転勤、療養、親族の介護その他のやむを得ない事情により、建物の賃借人が建物を自己の生活の本拠として使用することが困難となったときは、建物の賃借人は、建物の賃貸借の解約の申入れをすることができ、解約の申入れの日から1月を経過すれば賃貸借は終了すると規定している。

定期借家契約のように期間の定めがある賃貸借は、当事者が中途解約をすることができる旨の特約をしないかぎり、期間満了前に一方的に解約を

することはできない（民法618条参照）。しかし、契約後の事情変更により、建物に居住し続けることができなくなっても、期間満了まで賃料を支払い続けるのは賃借人に過酷である場合があるから、この規定が設けられた。

しかし、定期借家制度というものは、当事者が一定の存続期間を定めたらその定めに従うということが基本であり、中途解約を前提にするものではない。そこで、長期に借りるから賃料が割り引かれるという場合もあり、その場合に賃借人は途中で解約しないということが重要となる。中途で不要になれば、賃借権の譲渡・転貸によるのが原則であろう（もちろん賃貸人の承諾を要するが（民法612条参照））。居住用で床面積（建物の一部分を賃貸借の目的とする場合にあつては、当該一部分の床面積）が200平方メートル未満ならば、やむを得ない事情があれば、解約申入れの日から1月を経過すれば賃貸借が終了してしまうという中途解約を容認することは、⁽¹²⁾制度趣旨からすれば望ましくないことになる。

国土交通省住宅局作成の定期賃貸住宅標準契約書10条1項は、「乙＝借主は、甲＝貸主に対して少なくとも1月前に解約の申入れを行うことにより、本契約を解約することができる」とし、同条2項は、「前項の規定にかかわらず、乙は、解約申入れの日から1月分の賃料（本契約の解約後の賃料相当額を含む。）を甲に支払うことにより、解約申入れの日から起算して1月を経過する日までの間、随時に本契約を解約することができる」と規定している。しかし、借地借家法38条5項は、居住用の定期借家で床面積（建物の一部分を賃貸借の目的とする場合にあつては、当該一部分の床面積）が200平方メートル未満の場合は、転勤、療養、親族の介護その他のやむを得ない事情により、建物の賃借人が建物を自己の生活の本拠として使用することが困難となったときと限定しているのであるから、そのような要件を省略してしまつて、賃借人からの解約を法律以上に認めやすくしている契約は問題があろう。同条6項は、「前2項の規定に反する特約で建物の賃借人に不利なものは、無効とする」と規定して、片面的強行規定であるから、賃借人に有利な特約は有効である。だから、定期賃貸住

宅標準契約書10条の特約は可能であるが、最初から官庁がそうした特約に誘導するのはいかなるものかということである。それにより、同条5項前段の規定は、骨抜きになる⁽¹³⁾。

中途解約権の留保は民法618条で可能なのであるから、定期借家制度は、中途解約禁止を原則として、借地借家法38条5項は削除すべきである。

3 定期借家への切替えについて

良質な賃貸住宅等の供給の促進に関する特別措置法の附則3条は、「第5条の規定の施行前にされた居住の用に供する建物の賃貸借（旧法第38条第1項の規定による賃貸借を除く。）の当事者が、その賃貸借を合意により終了させ、引き続き新たに同一の建物を目的とする賃貸借をする場合には、当分の間、第5条の規定による改正後の借地借家法第38条の規定は、適用しない」と規定して、平成12年3月1日より前から成立している居住用の普通借家契約の定期借家契約への切替えを禁止している。「居住の用に供する建物」であるが、店舗併用住宅も含まれる。

切替えの禁止とは、現在の居住用の普通借家契約を当事者が合意解約して、引き続いて、同一当事者間で同一建物の定期借家契約を締結することの禁止である。たとえ当事者が合意解約しても、普通借家契約が存続することになる。

法務省では、「定期借家への切替えを自由に認めると、定期借家の内容を十分に理解しないまま切替えに応じてしまった賃借人が不利益を受けるおそれがあることに配慮したものと考えられます」と説明しているが、だからといって一律に切替えの禁止というのは、定期借家に切り替えたい賃借人の利益を侵害することになる。長く借りる必要のなくなった賃借人はむしろ賃料（家賃）を軽減してもらいたいからである。

本当に必要な期間だけ確実に賃料据置きで借りることができ、更新料も払わなくてすむというような賃借人にとって利益となる契約も、現状では締結できないのである。

附則3条も、「当分の間」としているのだから、見直しの機会にこの切替え禁止規定は削除すべきである。

澤野弁護士は、「当分の間」という定め方は、国民の生活に関する重要な権利関係についての規定としては妥当性を欠くとするが、解釈上の一応の目途を改正法施行後4年と考えている。そして、「見直しの結果、『当分の間』の語句が削除されることも考えられる」というが、誤った認識である⁽¹⁵⁾。削除されるべきは、『当分の間』の語句ではなく、附則3条の規定そのものである。

4 再契約か、合意更新か

借地借家法38条1項は、「契約の更新がないこととする旨を定めることができる」と規定しているが、合意更新をみとめるべきだという意見がある。

阿部泰隆教授は、「任意の契約による更新が許されないと解するのは、不当である。その理由であるが、もともと、定期借家権の制度は、法定自動更新を定める28条によって失われた家主の建物取戻しの権利を回復するため、その適用を排除する趣旨である。他方、実際上も、これまでの期限付き建物賃貸借とは異って、期限がきても、両当事者の合意で再契約されることが多いと期待されている。このことは、定期借家権が提唱された立法経過からしても明らかである。したがって、両当事者の合意による契約更新を禁止する理由は最初からなかったのである。さらに、そもそも、任意の契約による更新を禁止するとすれば、それは両当事者の利益を損なうのみならず、契約の自由をおよそ合理的な理由なしで完全に剥奪するものであるから、明らかに違憲である。法律がそんなことを定めたとは解釈できるはずはない」と主張するが、正しい理解ではない⁽¹⁶⁾。

借地借家法28条は、期間の定めのある建物賃貸借の期間満了の際にする更新拒絶および建物賃貸借の解約申入れについて、正当事由を必要とするという規定であり、この規定が全面的に排除されているのではない。同法

27条1項は、「建物の賃貸人が賃貸借の解約の申入れをした場合においては、建物の賃貸借は、解約の申入れの日から6月を経過することによって終了する」と規定するが、この規定は解約権留保特約を締結すれば（民法618条参照）、定期借家にも適用されるので、賃貸人に正当事由がないと賃貸人から解約の申入れはできないようになっている。⁽¹⁷⁾このように正当事由の規定をすべて排除するのではないということで、木目細かく対応しているのであって、「更新がない賃貸借」という点が重要なのである。

「期限がきても、両当事者の合意で再契約されることが多いと期待されている」といっても、だから合意更新を認めるのではなく、契約を終了させることが重要なのである。合意更新を続けるくらいならば、最初から長期の存続期間を定めておけばよいのである。任意の契約による更新の禁止は違憲であるというが、合意更新で更新料を払わなければならないことになる賃借人の利益は損なわれているのであり、必ずしも合意更新が両当事者の利益になっているわけでもないのである。

小澤英明弁護士も、阿部教授と同様、合意更新を認める立場であり、「定期借家法をドラフトした人は、これまでの建物賃貸借において予測可能性が欠けるのは、正当事由を定めた借地借家法28条ではなく、法定更新を定めた26条にあると勘違いしているように思う。それが更新しないことを定めた契約にのみ契約の自由を認めるという誤った出発点から立法を行う結果を招いたと思う。期間の定めのある借家について、更新に関して当事者間の自由な合意が認められない法律にしたということは、明らかに立法のミスである。なぜならこれを否定する何らの実質的根拠がないからである。更新と再契約の使い分けを国民に求めることは不合理極まりないことである」と述べるが、⁽¹⁸⁾正当でない。勘違いしているのは、小澤弁護士である。なぜ法定更新を定めた26条が予測可能性に欠けるのか。更新しないのであるから、更新拒絶ということはありません、予測可能性が欠ける更新拒絶の要件の規定（28条参照）も自動的に排除されるのである。

「更新しないことを定めた契約にのみ契約の自由を認める」というのも

不可解な表現である。借地借家法の制約の中のことであり、定期借家だから100%契約の自由が認められるということにはなっていないのである。更新と再契約は違うのであり、きちんと使い分けを求めることが合理的である。

そこで、小澤弁護士の指摘する問題点について検討する。⁽¹⁹⁾

① 抵当権との優劣

更新と違って再契約だと、建物賃貸借契約締結後に抵当権が設定された場合に、再契約については抵当権設定後の賃借権になるから、抵当権が実行されると、賃借人は買受人に対抗できず、敷金も買受人に請求できないというものである。

しかし、存続期間が3年以下ならば、一応短期賃貸借の保護の規定（民法395条）が適用される。もっともこれは中途半端な保護であり、この制度については、現在、削除案も含めて改正作業が進行している。⁽²⁰⁾

新築建物では、ローンの関係で最初の賃貸借契約締結前にすでに抵当権が設定されているのが通常であり、抵当権が設定されていない建物の方が例外的である。先に抵当権が設定されていない建物を引き合いに出して、更新の方が有利だといってみても実用性に乏しい議論である。

② 保証人の問題

賃借人の債務の保証人の責任は更新後の賃貸借にも及ぶとするのが多数説であり、⁽²¹⁾判例は、合意更新についても、「期間の定めのある建物の賃貸借において、賃借人のために保証人が賃貸人との間で保証契約を締結した場合には、反対の趣旨をうかがわせるような特段の事情のない限り、保証人が更新後の賃貸借から生ずる賃借人の債務についても保証の責めを負う趣旨で合意がされたものと解するのが相当であり、保証人は、賃貸人において保証債務の履行を請求することが信義則に反すると認められる場合を除き、更新後の賃貸借から生ずる賃借人の債務についても保証の責めを免れないものというべきである」と述べる。⁽²²⁾しかし、更新については、多数説・判例に従ったとしても、再契約については、保証人の責任は及ばない

と解する⁽²³⁾。

5 再契約の予約の効力について

小澤弁護士は、合意更新の代替手段として、再契約について賃借権の予約の仮登記を主張している。そして再契約の予約が認められるならば、自動再契約条項が認められるとするが、木村弁護士は、「定期建物賃貸借の成立要件を充たしていないから、当然に再契約がなされることにはならない。むしろ、右のような定めがある場合は、実質的に更新を認めたものとして普通建物賃貸借が成立していると解釈するべきであろう⁽²⁴⁾」とする。澤野弁護士は、「賃貸人に再契約の意思があることは、更新しない旨の意思を放棄したものと構成することが可能である。このような誤解と紛争が生じないよう、定期借家は、少なくとも契約締結の段階では、再契約の可能性を示すべきではあるまい⁽²⁵⁾」とする。

他方、小澤弁護士は、自動再契約条項により小刻みに定期借家を繰り返してどこが悪いのかと反論している⁽²⁶⁾。

そこで再契約の予約について検討する。定期借地権については、再契約の予約を認める山野目章夫教授の学説がある⁽²⁷⁾。事業用借地権の存続期間は最長20年であるが、20年では短いという場合や地主の方でも引き続き借りてほしいという場合に、存続期間満了時に再び借地権を設定することになる。最初の設定時に20年より長く借りたい場合に「更新するものとする」というのは上限20年と定める法律の趣旨にそぐわない。そこで、「法律的に問題がないのは、あらためて存続期間が10余年の事業用借地権を再設定する旨の予約をしておくことである。ただし、その際に注意をしなければならぬこととして、予約をした旨の仮登記をしておくことが望ましい」というものである。この学説を、小澤弁護士は、定期借家制度に適用しようとする⁽²⁸⁾。しかし、事業用借地権は、最長20年ということが法定されているので、それ以上の存続期間の事業用借地権を当事者で創設する苦肉の策といえるものである。これに対して、定期借家制度の場

合は、存続期間の上限はないのであるから、この理論を援用するのは筋違いである。契約終了が何時か、賃借人は予測できず、賃貸人の恣意に委ねることになるからである。結局、再契約をするかしないかの自由が賃貸人にあるので、賃貸人は、賃借人に対して生殺与奪の権を握っていることになる。そうした再契約拒否権の濫用について配慮した「再契約前提型」については、「7（2）注（35）」で後述する。

国土交通省住宅局の作成した「定期賃貸住宅標準契約書」14条1項は、再契約について、「甲＝貸主は、再契約の意向があるときは、第2条第3項に規定する〔終了〕通知の書面に、その旨を付記するものとする」と規定しているので、予め再契約の予約をすることを念頭に置いてはいないということが分かる。2条2項ただし書は、「甲＝貸主及び乙＝借主は、協議の上、本契約の期間の満了の日の翌日を始期とする新たな賃貸借契約（以下「再契約」という。）をすることができる」としているが、この協議は、1年前から6月前の間になされるのが自然であろう。

6 不確定期限について

立法論では、借地借家法39条の廃止を提案したが⁽²⁹⁾、原則として不確定期限の定期借家は認めるべきではないからである。借地借家法の特例として位置づけるべきであろう。

筆者も立法作業に関与した「高齢者の居住の安定確保に関する法律」（平成13年4月6日公布）は、賃借人が死亡した時（不確定期限）に終了する旨を定めることができる「終身建物賃貸借」（終身建物賃貸借等に関する規定については、平成13年8月5日施行）を創設した⁽³⁰⁾。

同法は、第5章を「終身建物賃貸借」として、56条で「自ら居住するため住宅を必要とする高齢者（60歳以上の者であって、賃借人となる者以外に同居する者がいないもの又は同居する者が配偶者若しくは60歳以上の親族（配偶者を除く。以下この章において同じ。）であるものに限る。以下、この章において同じ。）又は当該高齢者と同居するその配偶者を賃借人とし、

当該賃借人の終身にわたって住宅を賃貸する事業を行おうとする者（以下「終身賃貸事業者」という。）は、当該事業について都道府県知事（公団又は都道府県が終身賃貸事業者である場合にあっては、国土交通大臣。以下この章において同じ。）の認可を受けた場合においては、公正証書による等書面によって契約をするときに限り、借地借家法第30条の規定にかかわらず、当該事業に係る建物の賃貸借（1戸の賃貸住宅の賃借人が2人以上であるときは、それぞれの賃借人に係る建物の賃貸借）について、賃借人が死亡した時に終了する旨を定めることができる」として、借地借家法の特例（相続されない等）を規定している。

7 正当事由制度の見直しについて

（1）普通借家権の見直し

定期借家制度の見直しの機会にぜひ、普通借家権の見直しもすべきことを提唱しておきたい。それは、正当事由制度（借地借家法28条）の見直しである。

普通借家権といっても、まず既存借家権の存在を区別して認識すべきである。既存借家権というのは、正確に言えば、定期借家制度が施行された平成12年3月1日の前日、すなわち2月29日までに締結された建物賃貸借契約から発生した借家権（建物賃借権）である。そして、そのように限定した既存借家権も、正当事由借家（正当事由による存続保護のある借家）＝普通借家と、期限付建物賃貸借に分けられるのだが、事業用建物の賃貸借に限って定期借家制度に切り替えることが認められたので（良質な賃貸住宅等の供給の促進に関する特別措置法附則3条の反対解釈）、居住用の既存借家権には、定期借家制度は法律上、影響を及ぼさないということであった。事業用建物については、オフィスビルでは定期借家への切替えも増加しつつあり、その意味では影響があるということになろう。それでは、定期借家制度が施行された平成12年3月1日以降の契約についてはどうか。契約当事者は、正当事由借家＝普通借家＝普通建物賃貸借、定

期借家（法律の正式名称は定期建物賃貸借〔借地借家法38条〕）、取壊し予定の建物の賃貸借〔借地借家法39条〕、一時使用目的の建物の賃貸借〔借地借家法40条〕から選択することになる。通常は、普通借家＝正当事由借家か、定期借家かの選択となるが、普通借家がいぜんとして主流のようである。なお、事業用建物については定期借家契約は順調に伸びている。ここでは、普通借家の正当事由制度の見直しについて検討していくことにしたい。

（2）正当事由の評価

内田勝一教授は、すでに昭和58年5月の日本土地法学会シンポジウムにおいて、正当事由制度の再検討が進められなければならないという指摘を⁽³²⁾していた。

昭和60年から始まった借地・借家法の改正作業は、平成3年の借地借家法の制定で一応の決着がついたかのようであったが、そこでの積み残しが、その後の定期借家権立法をめぐる論争になったわけであり、福井秀夫教授の貢献が重要である。⁽³⁴⁾

紆余曲折を経て、ついに定期借家制度が制定されたが、契約自由の原則へ回帰したともいえるこの立法は、借地借家法学にとって大きな転機であることはいうまでもない。当事者の工夫しだいでいろいろなバリエーションが可能となるのであるから、規制緩和政策にとっても適切な事例となっている。⁽³⁵⁾

しかし、定期借家制度ができたにもかかわらず、依然として普通借家＝正当事由借家が主流という現実がある。⁽³⁶⁾借地権でいうと、既存借地権と普通借地権が普通借家権に対応し、定期借地権が定期借家権に対応すると考えるならば、普通借家権が借家権価格を生じることになりかねない。法的正義の観点から、正当事由制度をこのままに放置しておくことはできないのであり、正当事由の見直しが不可欠となってくる。⁽³⁷⁾要するに借地借家法28条の改正である。

ところが、正当事由制度を絶対視する法律家がまだ存在することが問題

である。その代表として、澤野順彦弁護士は、正当事由制度を次のように評価する。「今日まで半世紀以上にわたり、わが国の借地借家関係の基調となっていた制度であり、国民にとって借地借家関係についての精神的基盤として確立されている」。そして、「借地・借家関係終了時における信義則の法理を具体化したものであって、契約終了時における正当事由の存在⁽³⁸⁾は、借地・借家契約に関しては本質的なものと考えらるべきである」とする。まさに正当事由制度の亡霊に金縛りにあっているといえよう。かつては正当であった見解であるが、現在の視点からみれば、時代遅れの主張である。しかも、「従来においても、契約終了時の借家の明渡しをめぐって正当事由が直接問題となるケースは稀であった」という矛盾した記述をしている⁽³⁹⁾。

佐藤岩夫助教授は、「裁判所は、正当事由の運用のなかで、家主の企図する土地利用の社会的適切性を審査する機能や立退料を通じて開発利益を借家人に再配分する機能などを引き受けている。本来であればこのような機能は、都市の土地利用に対する厳格な都市計画規制、計画決定過程への利害関係者の参加、開発によって生じる利益の公共還元の制度などによって担保されるのであるが、日本ではそのような土地利用規制の整備が十分でないという状況のもとで、正当事由がこのような機能を一定程度代替してきたのである。そして1991年の借地借家法の制定過程では、そのような裁判実務を支持する立場から、『建物の大規模修繕、建替え等』の明文化の主張は退けられ、現行借地借家法28条のような利害調整的性格の強い規⁽⁴⁰⁾準が構成されたのであった」と分析している。

しかし、裁判所が自覚的にそうした機能を代替してきたとは考えられない。「建物の大規模修繕、建替え等」の明文化（昭和60年11月に公表された法務省民事局参事官室「借地・借家法改正に関する問題点」に出されていた）こそなされるべきであったのであり、その意味で現行借地借家法28条の立法は結果的に失敗であった。

正当事由の問題点をさらに明らかにするために、佐藤助教授の論文「社会的関係形成と借家法」を検討する。佐藤論文は、都市社会学に依拠して、

「人々が、友人・知人関係といったインフォーマルなネットワーク、町内会・自治会、それに関連した子供会・老人会等の伝統的なコミュニティ組織、学校におけるPTA活動、環境・福祉・消費・『まちづくり』といった一定のテーマや目的をもったアソシエーションなネットワークなど多様な社会関係を形成していること」、都市アメニティ研究から、「さまざまな集団活動への参加や社会的ネットワークの豊かさが重要な意味をもつこと」、社会運動論から、「人々が、日常の生活レベルからマクロな政治レベルにいたるまで、さまざまな場面で活発に集合的な活動（社会運動）を行っていることがいずれも「都市生活における社会的関係形成の重要性を明らかにする」として、そういう関係形成的な社会像・人間像が、「借家法の正当事由制度の機能をあらためて考え直す契機を与えている」と指摘する。そして、正当事由制度の機能を次のように把握する。「人々は、それぞれの住居を中心に、職業・教育・趣味・社会参加・コミュニティ活動などさまざまな社会関係・人間関係を形成している。正当事由制度は、借家関係の終了について正当な理由（正当事由）が存在する場合には借家関係の終了を認めるという仕方で建物所有権の実現を保障する一方、そのような正当な理由が存在しない場合には借家関係の継続を保障することによって、借家（住居）を中心として借家人およびその家族が形成している社会⁽⁴¹⁾関係の継続・発展を保障する法制度である」と。

しかし、私見では、佐藤助教授のように都市社会学に依拠することが、この問題を解決する有効な方法論になるとは思えないのである。人々が、都市において生活する以上、上記のような社会関係・人間関係を形成しているのが通常である。正当事由制度を、賃借人（借家人）およびその家族が形成している社会関係の継続・発展を保障する法制度ととらえるならば、賃借人（家主）には容易に正当事由は認められなくなる。まさに所有権の保障が忘れられている。弱められた所有権の復権を図らなければならない。賃借人（借家人）およびその家族が形成している社会関係の継続・発展を保障したければ、長期の存続期間の定期借家契約を締結すればよい。ある

いは、定期借地権付き住宅ないし、土地所有権付き住宅を購入するというように、長期の保障にはそれだけのコストをかけなければいけないのであって、正当事由制度によるただ乗りは許されない。正当事由制度の礼賛者は、賃貸人（家主）を犠牲にしている点に問題がある。経済学者の山崎福寿教授は、住宅弱者保護は公共住宅の整備等の公共政策に委ねるべきなのにその「不備を補うのに、一定の個人の犠牲、すなわち家主や地主の犠牲を強いるという観念が、多くの弁護士や法律家が共有している正義感だとすれば、それはきわめて想像力の低いものといわざるを得ない」と指摘している⁽⁴²⁾。

内田貴教授は、「正当事由の適用にきわめて大きな不確実性をもたらし、かつ、明渡に多額の金銭給付を伴う事態をもたらしたのは、高度経済成長と、それに伴う『借家権価格』の成立であったということである。しかし、『借家権価格』なるものは、現実には比喩的表現の域を出ない。実際、借家権のマーケットなど存在しないのであり、実態は、解約が厳しく制限されているという、事前的な権原分配がもたらした交渉上のごね得の色彩の強いものであった」という重要な指摘をしながら、「借家契約に代表される継続的契約には、継続性に関して共通の法理が存在し、その表現として、正当事由には存在理由がある」と主張し、「実質的にいえば、耐用年数の経過した建物の建替えなど、契約解消の必要性が合理的に理由づけられ、更新の拒絶や解約申入れに先立って、説明と説得が十分なされていれば、一定の金銭的補償により正当事由を肯定する、という実務が形成されることが望ましい」とする⁽⁴⁵⁾。

しかし、常に金銭的補償を要するというのは問題である。耐用年数の経過した建物の建替えなど、老朽化した建物は早急に建て替えのために立ち退かせる必要がある。その場合、立退料は不要である。無補償で正当事由が認められてよいのである。

小澤弁護士も、従来の普通借家＝正当事由借家を放置してよいということにはならないとして、正当事由制度の見直し（法改正）を主張する。

「従来の正当事由借家については、期間も賃料も当事者の合意が支配しないために、時に大きな不都合をもたらしてきた。極端な住宅難の戦後とは比べものにならないほど賃貸建物の供給が潤沢になっている現在、正当事由をより客観的に整理する作業が可能であり、また、不可欠であるように思われる。特に住宅については、代替建物が容易に供給されるのであるから、貸主の自己使用や貸主の建物売却を正当事由とすることも考えてよい。ただし、住宅困窮者に対する住宅政策を手当てする必要がある。また、いかなる種類の建物であろうと、一定程度に老朽化が進んでいる場合は、修繕や建替えを正当事由とすべきである。阪神大震災においても、老朽木造建物の被害の大きかったことは顕著であり、生命尊重の立場からも老朽建物の適時の更新を妨げてはならない。しかし、これらの判断を、裁判所に任せるのは本来筋違いであり、立法でしかるべく対処されるべきである」というのである⁽⁴⁶⁾。

（3）正当事由制度の改正の提案

すでに検討してきたように、現在の正当事由制度に問題があることは明らかであるから、次の課題としては、正当事由制度の見直しがぜひとも必要ということである。

現場の裁判官からもそうした問題提起がなされている。西口元判事は、「借地借家法が列举する判断要素は、その内容が必ずしも明らかではないし、主たる判断要素（使用の必要性）と従たる判断要素（従前の経過等）との軽重は明らかとなったものの、多様な要素が含まれている従たる判断要素の差異は、必ずしも明らかではない。関係者が正当事由について予測しやすいように、今後は、事業用と居住用、営利目的と居住目的、更新拒絶と解約申入れ、といった具合に事例を類型化し、判断要素の明確化に努力しなければならないであろう」と述べるが、類型化・明確化を判決に任せるわけにはいかないから、やはり、立法の手当てが必要である⁽⁴⁷⁾。

現行の正当事由制度が賃貸人（家主）にとってあまりにも不利であるというアンバランス（定期借家制度の創設がこれに拍車を掛けてしまったの

は否定できない)は早急に是正しなければならず、つぎの見直し時には、併せて正当事由制度(借地借家法28条)の改正にぜひとも着手しなければならない。

3 おわりに

以上、定期借家制度のどこを見直すべきかについて、さらに既存借家権である普通借家権および定期借家制度が施行された平成12年3月1日以降の普通借家権の正当事由制度についても見直すべきことを提案してきた。

最後に、定期借家制度は、更新のない借家権であることが基本であり、合意更新など絶対に認めてはならないのであり、まして再契約の予約ないし自動再契約条項など言語道断であることを再度強調しておきたい。

注

- (1) 「定期借家権」は、立法されたころから「定期借家制度」といわれるようになったが、借地借家法では、「定期建物賃貸借」という。本稿では、正当事由制度により建物の賃借人が保護される従来通りの借家契約(正当事由借家〔契約〕=普通建物賃貸借〔契約〕)を普通借家〔契約〕、いわゆる定期借家権=定期建物賃貸借〔契約〕を定期借家〔契約〕として論じる。
- (2) もっとも反対派の急先鋒である澤野順彦弁護士は、日本弁護士連合会平成13年度夏期研修(札幌市・北海道厚生年金会館・8月24日)において、「反対しておいて定期借家をするというのは何か気が引けたのですが、私も早速、定期借家を2件経験しましたのでご紹介します」と言って、自分が手がけた「短期明渡し保証型」と「長期賃料保証型」の定期借家契約について解説しており、定期借家制度がいかに有効かを告白している(澤野順彦「借地・借家関係の今日的諸問題」日本弁護士連合会編『日弁連研修叢書 現代法律実務の諸問題(平成13年版)』75頁以下(第一法規出版、平14))。
- (3) 筆者はすでに、国土館法學誌上で、定期借家権に関する立法論と解釈論を発表してきた。上原由起夫「定期借家権の立法論的検討」国土館法學29号(平9)、同「定期借家権の解釈論的検討」国土館法學33号(平13)。さらに、同「定期借家権導入論の背景とその動向」税理40巻15号13頁以下(平9)、同「定期借家権反対論批判」阿部泰隆・野村好弘・福井秀夫編『定期借家

- 権』222頁以下(信山社、平10)参照。なお、住宅新報平成9年10月10日号〔2530号〕7面でも、「正当事由制度はその存在意義を失った」という立場から、定期借家権賛成論を主張している。
- (4) 木村保男『基本法コンメンタール/新借地借家法』(別冊法学セミナー167号)107頁〔水本浩・遠藤浩編〕(日本評論社、第2版、平12)。
 - (5) 澤野順彦「定期借家権」塩崎勤・中野哲弘編『新・裁判実務大系6借地借家訴訟法』258頁(青林書院、平12)。
 - (6) 玉田弘毅「定期借家制度導入の意義」日本不動産学会誌16巻1号51頁(平14)。
 - (7) 木村・前掲注(4)108頁。
 - (8) 澤野・前掲注(5)260頁は、代理とすると、双方代理の禁止の趣旨に反し無効となるから、「事実上の代行の意であり、代理ではない」という。
 - (9) 澤野・前掲注(5)260頁。
 - (10) 三好弘悦「宅建業者の説明義務等取扱い上の留意点」ジュリ1178号23頁(平12)。
 - (11) 清水誠『『定期借家制度』に関する立法への所感』法時72巻5号94頁(平12)。
 - (12) 上原由起夫「定期借家権の立法論的検討」国土館法學29号14頁(平9)では、借地借家法39条として、賃借人による期間中途解約の規定を置くことを提案していたが、定期借家制度の本質に鑑みると、解約権留保特約(民法618条)に委ねるべきで、法定する必要はないと考え、改説する。
 - (13) 清水誠教授は、この定期賃貸住宅標準契約書10条を、「さすがに住宅問題を所管する官庁としては、重要な勘所を心得ていて、適切な条項を織り込んでいると評価してよい」、「近来における建設省のヒットといえよう」とし(清水・前掲注(11))、生熊長幸教授は、「これはまさに従来通常の建物賃貸借における取扱いであり、ここには借地借家法38条5項1文の規定が借家人にとってかなり酷であることが反映されているといえよう」とする(生熊長幸『執行妨害と短期賃貸借』539頁(有斐閣、平12))。しかし、私は、「法38条5項の立法の稚拙さを認め、修正したつもりであろうが、三権分立に反する越権行為である」(上原由起夫「定期建物賃貸借の解釈上の問題点」Evaluation4号40頁(清文社、平14))と批判した。
 - (14) 借地借家法制研究会編『一問一答新しい借地借家法』197頁(商事法務研究会、新訂版、平12)。
 - (15) 澤野・前掲注(5)266頁。
 - (16) 阿部泰隆『定期借家のかしい貸し方・借り方』11頁(信山社、平12)。同「定期借家制度の解釈上の論点と改正案」西原道雄先生古稀記念『現代民

事法学の理論（上）』126頁以下（信山社、平13）も同旨。

- (17) 上原・前掲注（13）40頁。
- (18) 小澤英明・（株）オフィスビル総合研究所『定期借家法ガイドンス』237頁（住宅新報社、平12）。
- (19) 小澤・前掲注（18）231頁以下。
- (20) 法制審議会において担保・執行法制の見直しに向けての議論が進められている（中間要綱試案参照）。
- (21) 星野英一『借地・借家法』70頁（有斐閣、昭44）。
- (22) 最高裁平成9年11月13日第1小法廷判決判時1633号81頁。
- (23) 更新される普通借家契約においても、〔連帯〕保証人の立場がもっと考えられてもよいのではないか。借家人保護の陰で忘れられている問題である。
- (24) 小澤・前掲注（18）223頁以下。小澤弁護士によると、自動再契約条項とは、「本契約は、期間を2年とするも、期間満了6か月前までに、当事者の一方から相手方に対して特段の意思表示がない限り、本契約は新たに2年間の賃貸借契約が従前と同様の条件で締結されたものとみなし、以後も同様とする」という定めのことである。そして、「これは、更新のない期間の定めのある契約であるから、定期借家契約と言えるだろう。ただ、再契約も定期借家契約かと言うと、借地借家法新38条2項、3項との関係で疑義も出されることだろう。つまり、自動再契約条項の場合には、契約後に貸主も借主も何も行動しなければ再契約に入るのであるが、再契約についての同条2項の書面の交付ができないのではないかという疑問があるからである。つまり、上記文言であれば、期間満了6か月前までに貸主も借主も何もしなければ、再契約に入ることを義務づけられ、再契約に入る前は『建物の賃貸借をしようとするときは』というような何の契約もない状態ではないからである。しかし、その再契約についても定期借家契約である旨を、当初の契約を行う前に、当初の契約が定期借家である旨とあわせて文書に記載して説明しておけば、借地借家法新38条2項の説明として十分であると解することができると思う。再契約だけでなく再々契約以後についてもすべて同様である。このように自動再契約条項による将来のすべての契約についてあわせて当初説明しておけば、再契約以後すべてにつき定期借家契約となしうると解する」とのことである。

せっかく、定期借家制度が立法化されても、こういう三百代言的発想が出てくれば、良い制度もぶち壊しである。これでは、賃貸人に一方的に有利であり、賃借人はいつまで借りられるかの予測がつかないことになる。制度に悪乗りしたこうした考え方が出てくるならば、やはり契約自由の原則にはまかせられないということになってしまうのである。

- (25) 木村・前掲注（4）113頁。
- (26) 澤野・前掲注（5）267頁以下。
- (27) 小澤・前掲注（18）59頁。
- (28) 山野目章夫『定期借地権論—定期借地制度の創設と展開—』233頁（一粒社、平9）。
- (29) 小澤英明「不動産賃貸借法の立法論と解釈論について—定期借家の再契約の予約をトピックとして—」日本不動産学会誌16巻1号78頁以下（平14）。
- (30) 上原・前掲注（12）13頁（平9）では、借地借家法39条（取壊し予定の建物の賃貸借）の規定の廃止を提案した。阿部泰隆・野村好弘・福井秀夫編『定期借家権』413頁（信山社、平10）は、法案概要として、「期限付き賃貸借（借地借家法38・39条）は廃止する」とし、その理由として、「現行の期限付き賃貸借は、要件が厳しく限定されているため、その利用可能性は必ずしも大きくなかったが、本法案による定期借家権制度の導入により、現行の期限付き賃貸借制度の内容は、すべて定期借家権に包含されることとなることから、これを廃止しても実際上の支障は生じない」としていた。
借地借家法39条が生き残ったのは、同条1項により、「建物を取り壊すこととなる時に賃貸借が終了する旨」の特約を賃貸借契約をする際にしなければならないが、この特約で定められる期限が「不確定期限」という解釈があるからである（広中俊雄・佐藤岩夫『注釈借地借家法—新版注釈民法（15）別冊』986頁以下〔広中俊雄編〕（有斐閣、平5））。
- 「高齢者の居住の安定確保に関する法律」は、「終身建物賃貸借」という不確定期限の建物賃貸借を採用したが、借地借家法の特例としている。
- (31) 筆者は、平成12年に、建設省住宅局の「高齢者の生涯借家居住に関する委員会」の委員として、立法作業に関与した。さらに、引き続き、「終身建物賃貸借検討委員会」の委員として、「終身建物賃貸借標準契約書」の作成に携わった。終身建物賃貸借制度について、くわしくは、本田純一「高齢社会と終身借家制度の導入」日本不動産学会誌16巻1号87頁以下（平14）参照。
- (32) 内田勝一「正当事由制度の再検討」日本土地法学会編『ナショナル・トラスト、転機に立つ借地・借家』〈土地問題双書20〉141頁（有斐閣、昭59）〔内田勝一『現代借地借家法学の課題』（成文堂、平9）所収、322頁〕。
- (33) 借家の場合の判断要素は、（a）建物の賃貸人及び賃借人が建物の使用を必要とする事情、（b）建物の賃貸借に関する従前の経過、（c）建物の利用状況及び建物の現況、（d）建物の賃貸人が建物の明渡しの条件として又は建物の明渡しと引換えに建物の賃借人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である（借地借家法28条）。
- (34) 福井秀夫『都市再生の法と経済学』209頁以下（信山社、平13）。

(35) 秋山英樹ほか『定期借家権実践ガイドブック』42頁以下（清文社、平成12）に様々な実務応用プランが掲載されている。しかし、そのすべてが定期借家権として有効だというわけではないことに注意が必要である。再契約予約完結権を借家人に与える再契約拒絶事由特約型（58頁）などは疑義がある。

末永照雄「実務の現場から見た定期借家制度」ジュリ1178号34頁（平12）に某社の再契約前提型の運用合意書が掲載されている。そこでは、「定期借家権といえども再契約を前提とした場合には、安易に入居者に契約期間満了を理由に明け渡しを要求できるものではありません」として、賃借人に予測できない場合には、賃貸人から「何らかの補償がされるべきでしょう」というのであって、正当事由制度を定期借家制度の採用によって断ち切った上で、「正当事由よりは格段に緩やかではあるが、自らに課すべき一定の道義が必要」ということで再契約を拒否できる場合を良識的に限定することにより、普通借家に接近して行くというものであるが、良識・道義に委ねることの問題性があり（もっともこの運用合意書はサブリースで借り上げている管理会社の作成なるがゆえに必ずしも賃貸人の利益を考慮していない内容となっている）、結局、借地借家法28条を潜脱することに意味があることが分かる。こういうことが考えられることこそ、正当事由制度の閉塞状況の立証となる。

(36) 依然として正当事由借家契約の締結が一般的であるという現状の説明はいくつか考えられるが、やはり、仲介業者が定期借家契約の締結に消極的であることがあげられよう。定期借家契約の締結が面倒であることがその原因の一つであろうが、定期借家制度が立法化された以上、建物の賃貸人（家主）である顧客に対して、選択肢として定期借家制度の存在を説明する義務が宅地建物取引主任者の専門家責任として生ずるのではないか。説明責任が生じるならば、それを怠ることにより、損害賠償責任を負わされるケースも出てくるであろう。

しかし、別の観点からすると、市場は正当事由借家の方が有利であると考えているのかもしれない。存続保護を売り物にして家賃を高く設定できるからである。

(37) 正当事由制度のために老朽家屋の建て直しができず、阪神・淡路大震災では多くの人命が失われたのは記憶に新しい。正当事由制度が殺人の制度となったのである。

(38) 澤野順彦『Q & A 定期借家の実務と理論』183頁以下（住宅新報社、平12）。

(39) 澤野・前掲注（38）189頁。賃借人は、賃貸人が更新を拒絶するには正当事由が必要だということを理解していない（末永・前掲注（35）35頁）。

(40) 佐藤岩夫『現代国家と一般条項—借家法の比較歴史社会学的研究—』309

頁以下（創文社、平11）。

(41) 佐藤岩夫「社会的関係形成と借家法」法時70巻2号28頁（平10）。

(42) 山崎福寿『土地と住宅市場の経済分析』80頁（東京大学出版会、平11）。

(43) 内田貴『契約の時代』224頁（岩波書店、平12）。

(44) 内田・前掲注（43）234頁。

(45) 内田・前掲注（43）235頁。

(46) 小澤・前掲注（18）246頁以下。

(47) 西口元「借地借家の正当事由」判タ1020号15頁（平12）。

(48) 「正当事由の有無は裁判官の世界観に影響されるとさえいわれている」（本田純一『借家法と正当事由』叢書民法総合判例研究10巻はしがき（一粒社、昭59））のでは予測可能性どころではないのであり、由々しき問題である（上原由起夫「定期借家権批判の民事法学的検討」判タ959号70頁（平10））。