

近代的土地所有権論に打ち克つ 21世紀の土地所有権論を求めて

上原由起夫 氏 国士舘大学法学部教授 / 弁護士

民法の分野で近年、定期借家制度の創設、短期賃貸借保護の撤廃など画期的な立法が行われている。法学者の立場からそれらの作業に参加された国士舘大学法学部教授・上原由起夫氏に、専門家の知見を立法に活かしていくことの有効性についてうかがった。

人類の叡智

はじめに法学者として研究にあたる時の心構えについてうかがいたいと思います。

上原 現在の問題にあたる実務家との違いとして、法学者は過去、現在、未来を大きく見据えるという点があります。ときには100年単位の視点が必要です。現在の事象は全く単独に存在するわけではなく、それを解明するには歴史認識が必要ですが、法学者としては、それを単なる訓古学、歴史学にしてはいけません。過去に引きずられず、あくまで将来を見据えることが重要です。

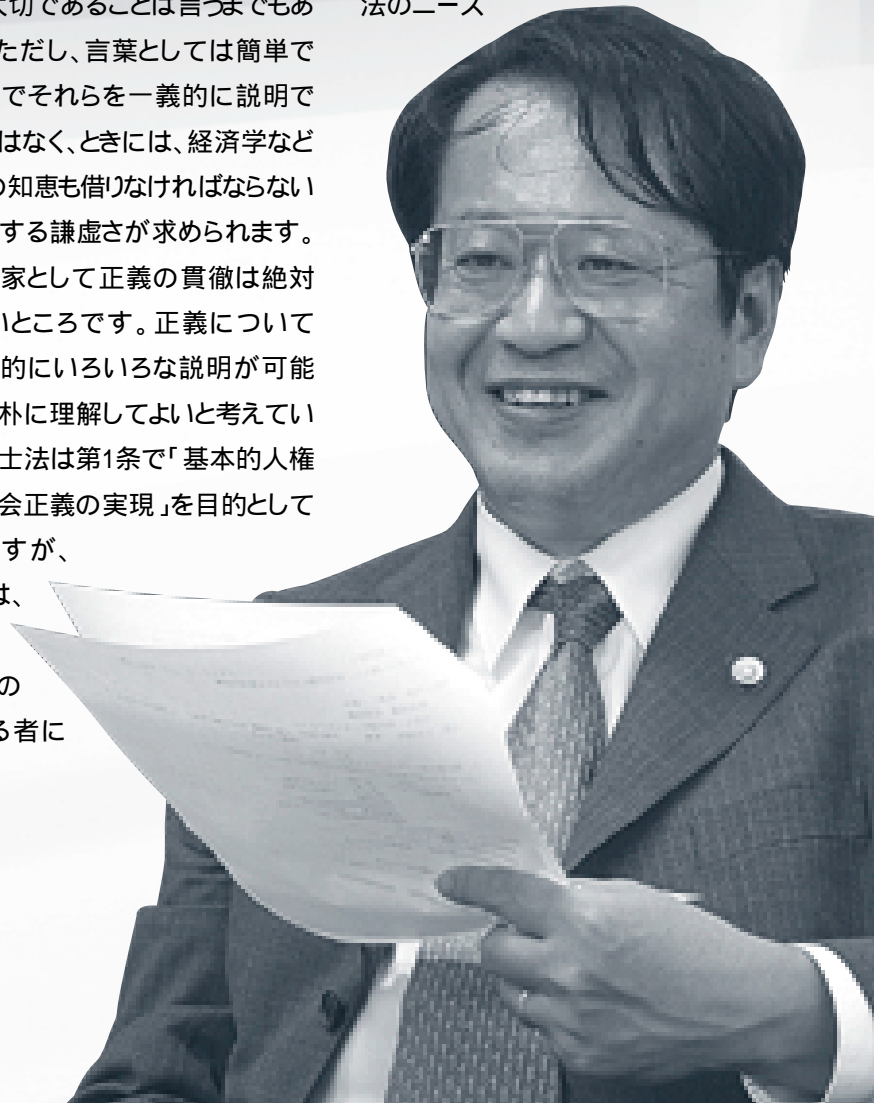
法律のうち私が研究対象とする民法の役割ですが、論語に「修身齐家治国平天下」とあります。自らの身を修め、家を盛んにし、そして国を治めれば、天下は治まり、平定につながるということです。民法学は、その出発点である個人や家族を扱うものです。その最小の単位が集まり、地域社会をつくり、それが国家となり、さらに世界へ、人類の幸福へとつ

ながっていく。功利主義法学のJ・ベンサムが「最大多数の最大幸福」と言いましたが、個々の人が生まれてきてよかったと思える社会を求め、その実現の一助となるべく努力を惜しまない。それが民法学者のあるべき姿勢のひとつでしょう。それを追及していくとき、公平、公正という観点が大切であることは言うまでもありません。ただし、言葉としては簡単ですが、法学でそれらを一義的に説明できるものではなく、ときには、経済学など他の学問の知恵も借りなければならないことを認識する謙虚さが求められます。一方、法律家として正義の貫徹は絶対に譲れないところです。正義については、法哲学的にいろいろな説明が可能ですが、素朴に理解してよいと考えています。弁護士法は第1条で「基本的人権の擁護、社会正義の実現」を目的として謳っていますが、その精神は、立場こそ違い、学問の世界にいる者に

とっても貴重です。

民法を取り巻く状況についてはいかががお考えですか。

上原 経済企画庁による消費者契約法のように、本来、民法でカバーしていたことについて、官庁が特別法をどんどんつくる。それはそれで時代の流れから立法のニーズ



があったということですが、次々に法律ができ、制度が複雑になり、専門家さえ追っていくのが大変です。特別法が増えるとともに基本のところ忘れられるという傾向に注意しなければなりません。

普遍性を持つ民法典をおろそかにしてはならないと。

上原 「ローマ人は三たび世界を征服した。軍事、キリスト教、法律によって」と言われますが、ローマ法の流れをくむ民法典の思想はまさしく人類の叡智です。「パクタ・スント・セルヴァンダ」(契約は守らなければならない)など、そこには法律の原理原則がいくつも含まれ、それを知ることが思考訓練にも役立ちます。経済学的思考があるように、やはり法的思考というものがあるわけです。

社会的な公平性からいっても、一般の人に対する法律教育は欠かせません。国民として最低限の知識が必要です。法律を知っている人が、知らない人と契約を交わすのは赤子の手をひねるようなもので、危険極まりない。「法の不知はこれを許さず」という言葉があります。法律を知らなかったといって犯した罪が許されるものではなく、当然、法律を知っているものとして扱われる。そのルールは、教えた上で初めて成り立つわけで、契約などの基本的なルールについて義務教育で教えなければ、社会的な不公平が生じます。今、学校教育で、消費者問題や(クーリングオフなど)を取り上げる動きが出ていますが、表面的なことだけでなく、なぜ契約が大切かというところから教えるべきです。

倫理を教育するときも、法律という裏打ちがあれば、効果も違うと思われれます。

上原 今日、単に道徳を説くだけでは無

力でしょう。子どもにしても、法律を教えられた方が理解しやすく、納得しやすいはずです。そのときも民法は大切です。民法は市民社会における市民の関係を規律する、横の関係に関する法律です。人間は対等で平等だから、お互いに歩み寄り、合意をする。それが気持ちのよい社会をつくっていく上で大切なことを教えられますから。

抵当証券のリスク

上原先生がこれまで取り組まれてきた研究テーマについてうかがいたいと思います。

上原 大学院生のころ、金融資本の仕組みを解明したいという動機から、担保法に興味を持ちました。当時、近代的土地所有権論が流行っており、所有権より利用権の方が強いという考え方をとられる方々がいて、土地所有権について借地権からアプローチする立場がありましたが、私としては担保、抵当制度の領域から土地所有権にアプローチしたいと考えました。やがて抵当権の流通の問題を研究するようになります。

日本でも金融恐慌後の昭和6年に抵当証券法ができましたが、全く使われないうちに戦争を迎え、戦後の一時期、詐欺的な商法に利用されることがありましたが、昭和40年代にまともな会社が始めると、利率がよいこともあってブームになります。そのころ、私は「債権分割不要論」という論文を書きましたが、その理論を抵当証券会社が採用してくれまして、普及に一役買ったと自負しています。ただし、私はその論文でリスクについても言及していました。抵当権が付いていても、不動産価格が下落し、担保になっている土地や建物が競売できない事態に

なれば、債権を回収できないと指摘したのですが、当時は右肩上がりの真っ最中ですから、「そんなことはあり得ない。抵当をとっておけば、ノーリスクだ」と一笑に付されました。やがて抵当証券は、バブルが崩壊すると大変な運命を迎えることになるわけです。失われた10年だ、資産デフレだと言われていますが、さかのぼってみれば、そのとき、こうすればよかったという反省がある。今、バブル経済の責任について、頼かむりしてはいけないということなのでしょう。そういう意味でも歴史認識が大事です。

担保について研究されてきたお立場から、日本が経験したバブル経済の生成と崩壊をどのようにご覧になっていますか。

上原 地価が高騰したころ、宮沢内閣で、年収の5倍で家が買えるようにする、という理想が掲げられましたが、それも妙な話で、一種の価格統制です。結局、大蔵省が中途半端なところで総量規制をかけ、金融機関が融資を引き上げ、暴落する。地価高騰がけしからん、というとき、私からすれば、なぜ担保のことに考えが及ばなかったのか、そういう思いにかられます。市場に任せれば、上がるものは自然に下がります。それを無理やり下げ、不良債権を人為的に作り出してしまった。抵当証券にしても、そもそも昭和の金融恐慌のときにつくられたものですから、不良債権ができたときこそ、おもしろい使い方ができたのですが、かえりすがえす残念です。

「正当ノ事由」が付けられた理由

上原先生は、借地借家法改正、定期借家権などについて、立法作業に



寄与されています。その経緯についてうかがいたいと思います。

上原 いったん他人の土地を借りて建物を建てたら、もらったも同然で、半永久的に使える。そんなことが許されてきたのがわが国の借地の制度です。「借りたものは返す」というのは子どもでも分かる道理ですが、「不動産賃借権の物権化」やら「不動産利用権の保護」といった理論をたたき込まれた専門家ほど違和感がなくなっていたのかもしれませんが。平成3年に成立した借地借家法¹では、契約期間で確定的に借地関係が終了する定期借地権制度が創設され、普通借地権については貸主が立退料を支払うと申し出たとき、それも考慮するなど、正当事由²の判断についての要素が見直され、明確化が図られました。

借地借家法の前身である借地法と借家法の正当事由には、戦時の極端な住宅難という特殊な状況が背景にあったようですが、時代が変化しても、それが存続したことに問題があるということでしょうか。

上原 昭和16年の借家法改正は要するに戦時立法です。出征している間に家族が追い出されて路頭に迷ってはならないということで、借家期間が満了したとき、家主が更新を拒絶するには「正当ノ事由」がなければならないとした。さらに問題を複雑にしたのは、そのとき、姉妹法である借地法にも正当事由を付けたことです。借家に付けるなら、ついでに借地にも付けようと。司法官僚の体系的整合性への欲求、つまりは、単なる気まぐれに過ぎなかったかもしれない。にもかかわらず、制度は持続し、そこから問題が生じてくる。借家の正当事由のために入居時に賃借人の選別が必要以上に行われ、高齢者などが敬遠される。

回転の早い単身者をねらったワンルームマンションが増え、賃貸住宅が狭小化するなどもろもろの問題が生じ、今度はそれを是正しようと、定期借家権の制度が出てくるに至るわけです。

平成3年の立法時には見送られ、その後、平成11年の借地借家法改正で創設された定期借家権については、どのような活動をされたのでしょうか。

上原 推進にあたっているのは、定期借家権推進協議会³ですが、創設に携わった定期借家研究会では、エコノミストが多かったため、借地借家法の条文を直すとき、どこをどう変えなければならないか、アドバイスをしました。また私にとっては、エコノミスト的な思考を磨くよい契機になりました。定期借家制度は従来の民法の世界から考えれば、革命とも評価できる画期的な出来事でした。立法の方向はよい流れに変わりつつあり、その後、私は短期賃貸借に関する研究会で座長を務めました。それが今回の法改正につながりました。

占有屋対策として短期賃貸借保護の制度が撤廃されました。

上原 たとえ抵当権設定登記後に成立した賃借権であっても、抵当権者・買受人(競落人)に対抗することができるというものでしたが、ようやく民法第395条の短期賃貸借保護の制度が廃止されることになりました。まさに、ようやくです。短期賃貸借保護の制度が問題だということとは、すでに明治時代、起草に携わった人たちが議論するときから指摘されていました。よからぬ人たちの集金装置になるのではないかと、そう懸念されつつ、できてしまった制度が、以降、延々と問題とされながら放っておかれた。なぜ今日まで変えられなかったか、それこそが大問題です。いったんできた法律を変える

のに多大な労力を要する。その事実は、政治学上の格好の素材でしょう。

保護制度の是非について専門家の間にも議論があったわけですね。

上原 改正しようとする、「借手の保護」と声高に主張する人たちが登場する。民法第395条によって保護されている社会的弱者がどこかにいるはずだと。しかし民法第395条は、残りの期間がどれだけあるかによりますから、場合によっては、全く保護されない人も出てきますが、「借手の保護」に能弁な人たちも、そこに関しては口をつぐんできた。今回の改正で、明渡し猶予期間を認めることになりましたが、それによって短期賃貸借に限らず、長期賃貸借についても保護されることになります。

21世紀の土地所有権論

法改正に際して学会の反応はどのようなものでしたか。

上原 法律関係の学会はこれまで社会に対して積極的にインパクトを与えてきたとは言えません。せいぜい立法批判くらいでしたが、今回、短期賃貸借に関する研究会に対して、都市住宅学会と日本不動産学会、資産評価政策学会の3つの学会がバックについて応援してくれました。学会が立法の推進に積極的な意思を示したということでも画期的です。

専門家が政府のシンクタンクの機能を発揮する有効性についてうかがいたいと思います。

上原 かつての法制審議会は借地借家法の検討にしても数年がかりでした。そのようなペースでは、課題によっては社会の要請に応えられません。官僚は能力があり、真面目に努力されているこ

1 借地借家法：土地の賃借権の存続期間・効力、建物の賃貸借の契約の更新・効力等に関して定める法律。「建物保護二関スル法律」、「借地法」、「借家法」を廃止して新しい法律として平成3年制定。

2 正当事由：社会適念上、借地や賃借家屋の明渡しを認めることが妥当と言える理由のこと。具体的に何が正当事由となるかは裁判所の裁量に委ねられており、借地借家法では、判例を踏まえ、貸主・借主が土地・建物の使用を必要とする事情のほか、賃貸借に関する従前の経過、土地・建物の利用状況(建物の現状)そして貸主が土地・建物の明渡しと引換えに借主に対して財産上の給付をする旨

の申出(立退料の提供)を考慮して判断するものと規定している。

3 定期借家推進協議会：平成10年5月13日、住宅・不動産業界18団体が発起人となって組織された団体。現在業界団体22団体、個別の企業・個人127名が加盟(平成15年6月17日現在)。主な事業は、定期借家権に係る実務的、学術的な研究、作業部会として定期借家制度の改正及び借地借家法上の諸問題について検討する「運用研究部会」、定期借家制度を活用した新規業務実例について協議を行う「新規業務研究部会」を設置。

とは認めますが、彼らはその場になって初めて取り組むわけです。世の中には、長期間その問題にコツコツと取り組んできている学者が大勢いるのですから、その有効活用を考えるべきでしょう。

法制審議会は、マンションの区分所有法について、阪神・淡路大震災の折、その限界を露呈しました。完全に潰れて更地になった場合の手当てを考えていかなかったため、慌てて特別立法を出しています。そうなったのも昭和58年改正の際、法律家だけでつくったためです。住宅立法などは建設省(当時)が担当して、建築家など専門家の力を借りてつくればよかったと思うのですが、法務省が抱え込んでしまう。そのときの反省から、法制審議会は定期借家権の議論のときは経済学者を入れていますが、途中から開店休業状態になり、結局、議員立法になりました。今では法制審議会もだいぶ柔軟になり、マンションの建て替えに関する区分所有法改正⁴でもかなりスムーズに動いています。手をこまねいていたら、議員立法で通される時代になったと危機意識を持っているようですね。

従来の立法作業は経済学のように異なる畑の知見を取り入れ、練り込む作業が不足していたと。

上原 私は現在、土地基本法について短文を書いています。平成元年、バブル期の地価上昇を契機に制定された法律で、土地についての基本理念を定めるものですが、改めて読み直せば、驚くべき内容です。全く経済学的な知見が入っていない。土地についての公共の福祉の優先などの原則からなる、いわば社会主義的立法です。このことは、まだまだ追及されていませんが、私は土地基本法こそ、バブル崩壊のひとつの要因ではなかったかという仮説を立てています。



今後、どのような研究に力を入れられるお考えでしょうか。

上原 長らく土地所有権論、不動産金融担保などの問題を見てきた者として、21世紀の土地所有権論の理論の必要性を感じます。借地借家の正当事由制度もさらに見直さなければなりません。定期借地の期間の制限も然り。一般定期借地権は存続期間50年以上、事業用なら10年以上20年以下。なぜそういう期間が定められているのか。いたずらに規制しているだけではないのか。要するに問題の根源は、近代的土地所有権論の思想的ルーツがマルクスだということです。土地基本法にしてもそうです。それでは行き詰まります。この領域では、新しい経済学に立脚した議論が必要であり、法学者もその素養を持たなければ、政策論を展開するのは難しくなるでしょう。その意味において、今年7月に第1回大会が開催された法と経済学会⁵に期待しています。

また経済学の援用とともに、新たな所有権法思想の確立が必要です。法学者としては、歴史認識とともに法思想を大事

にしなければなりません。それがなければ、議論が場あたりのものになります。しかし、従来の立脚点には問題があった。民法の大家の多くはマルクス思想に偏り、その基底に『資本論』が存在していました。それに打ち克つ新たな思想的基盤構築の必要性を強く感じています。

国士館大学法学部教授 / 弁護士

上原 由起夫(うえはら ゆきお)

1947年東京都生まれ。早稲田大学法学部卒業。同大学大学院法学研究科で高嶋平蔵教授の指導の下に民法専攻。博士後期課程在学中に税務大学校東京研修所、武蔵野女子大学の講師を兼任し、日本私法学会第46回大会で研究報告(テーマ「オーストリア抵当制度の展開 - 所有者抵当及び抵当権の流通を中心として」私法45号201頁以下)。1985年4月国士館大学法学部専任講師。1987年早稲田大学法学部非常勤講師。1988年4月国士館大学法学部助教授。1989年・1990年筑波大学社会学系非常勤講師。1993年4月国士館大学法学部教授。1995年4月同大学大学院法学研究科教授。1996年～2001年成城大学法学部非常勤講師。1997年～2000年日本学術会議第17期第2部社会学研究連絡委員会委員。1998年10月資産評価政策学会理事に就任。2000年4月日本土地環境学会理事に就任。同年9月弁護士登録(第一東京弁護士会)。なお、国士館大学大学院博士後期課程増設のための文部省の教員資格審査において「博士課程の研究指導及び講義担当適格者」と判定された(1998年9月11日)。

読者の皆様のご意見・ご感想をお寄せください。

h-bunka@lec-jp.com

4 区分所有法改正：正式名「建物の区分所有等に関する法律」。区分所有建物の所有形態、専有部分と敷地の法律関係及び管理の原則を規定したもの。平成14年12月4日に改正成立。平成15年6月1日施行。改正の骨子は、大規模修繕工事は、総会の過半数決議にする、管理規約は区分所有者間の利害の衡平を図るよう定める義務、管理組合法人化に必要な区分所有者数は30人から2人へ、理事長に共用部分等の損害賠償等請求・受領の権限付与、管理規約・総会決議・議事録に電磁方式も認める、復旧・建替え制度の大規模直し。

5 法と経済学会：「法と経済学」に関する理論およびその応用についての研究発表、知識の交換、会員相互および内外の関連学会との連携共同を行うことで、「法と経済学」の進歩・普及を図り、学術な発展に寄与することを目的としている学会(法と経済学会ホームページ <http://www.jlea.jp/>)。