



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	正当事由と「土地の有効利用」：公と私を中心として
Author(s)	宗, 建明
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 5, 33-65
Issue Date	1998-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/22293
Type	departmental bulletin paper
File Information	5_P33-65.pdf



正当事由と「土地の有効利用」

— 公と私の関係を中心として —

宗 建 明

目 次

はじめに	35
第1章 「土地の有効利用」に関する判例	36
第1節 正当事由を肯定した判例	36
第1款 「土地の有効利用」の位置づけ	36
第2款 「土地の有効利用」の主な内容	39
I. 地域の特徴	39
II. 当該土地の利用状況	40
第3款 必要性の拡大	41
第4款 まとめ	41
第2節 正当事由を否定した判例	42
第1款 「土地の有効利用」の位置づけ	42
第2款 「土地の有効利用」の性格とその内容	46
第3款 再開発における私的必要性と公的必要性	47
第4款 まとめ	47
第3節 肯定判例・否定判例における傾向の異同	48
第2章 「土地の有効利用」についての諸学説	48
第1節 土地の有効利用の位置づけ	49
第1款 賛成説の主張	49
第2款 反対説の主張	50
第2節 土地の有効利用と公私問題	51
第1款 賛成説の主張	51
第2款 反対説の主張	51
第3節 近時の学説の動向	54
第1款 「土地の有効利用＝正当事由の拡大」論	54
第2款 「土地の有効利用」問題の再提起	55
第3款 競争関係の純化における法的調整	55
第3章 「土地の有効利用」に関する議論の到達点	56

第1節 裁判例の到達点	56
第2節 学説の議論の到達点	57
第4章 「土地の有効利用」と公私関係の再構成	57
第1節 私法たる借地・借家法への公的介入	58
第2節 「公」と「私」の関係について近代的な観点	58
第3節 現代社会における公と私の関係の再構成	59
第1款 「公」の概念の変化	60
第2款 公共性（公益性）における公私関係の再構成	60
おわりに	62

はじめに

「土地の有効利用」は、近時の日本の土地関係法において重要な機能を果たすようになっている観念である。

まず、公法の領域を見ると、「土地の有効利用」という概念が実定法上直接に規定されているわけではないが、大都市地域における住宅及び住宅地の供給の促進に関する特別措置法第3条2項、土地基本法第3条、国土利用計画法第10条及び都市計画法第2条等で、「適正な土地利用」の語が用いられている。もっとも、これらの公法的な規定においては、土地の有効利用の意義は、適正・合理的な利用の意味に止まっており⁽¹⁾、何をもって土地の利用を適正とするかは明らかではない。1996年11月21日の「土地政策審議会答申」では、「土地の有効利用」とは「一定の地域的な広がりの中で、適正かつ合理的な土地利用計画に則して、安全性・快適性・利便性等が確保された質の高い都市環境・地域環境の形成を目指すものである」と要約されており⁽²⁾、「民主的な手続により定められ、かつ、個人の利益に対する公平な配慮のなされた内容を有する計画に従った利用」が適正な利用・有効利用であると強調されている⁽³⁾。

一方、私法たる借地・借家法に関する判例においても、土地の有効利用・高度利用を理由とする解約申入れ等について、立退料の提供を条件として正当事由を認める傾向が顕著になっていた⁽⁴⁾。また、1980年代半ばから始まった借地借家法改正作業の過程においても、「土地の有効利用」を正当事由判断の一要素として扱うべきか否かが議論された。その背景には、大都市都心部の再開発促進に関する政策的評価の対立があった。1991年の法改正においては、結局、「土地の有効利用」が正当事由の判断要素とされることはなかった。学説の大勢に批判されたことがその理由であろう。

批判論の主な論拠は、次のようである。すなわち、借地・借家権は私権であり、正当事由制度は、借地・借家法における私的関係を調整するために設けられた。「土地の有効利用」は、私的関係を調

整する要素ではなく、公法的・公益的な概念である。私的関係と公法上の関係は峻別されるべきである。土地の有効利用を考慮すべきこととすると、私権および私的利益が公法的観点から犠牲になってしまうおそれがある、というのである⁽⁵⁾。

他方、「土地の有効利用」の問題が提起された背景には、国家・社会発展の要請があったと見ることができる。すなわち、産業構造の変化、国際金融資本の進出、OA機器等の普及により、都心におけるビル需要が増大したが、とりわけ昭和50年代以降は、地価高騰を背景に都市部ビル用地が少なくなり、業務用床の需要増に応ずるためには、既存の低層建物を取り壊して高層のビルに建て替えるなどして、再開発により有効利用、高度利用を図らなければならなくなった。このような建て替え・再開発は、都市部においては、都市の再生・土地の有効利用という公益の見地からも推進されるべきものである⁽⁶⁾。

このようにして土地の有効利用という国家・社会的な要請と、借地人・借家人の私的利益の保護とをどのように調整すべきかという問題が提起される。この問題は、現代における不動産をめぐる法のあり方を考える場合の根本的な問題と思われる。

この困難な問題に直面して、これまでの学説の大勢は、公法私法峻別論の立場を選択し、土地の有効利用という公的要請を私法たる借地・借家法に取り入れることを排除する傾向にあった。これは、借地・借家人の利益を擁護するという観点からは大きな意義を持つものであった。しかし、今日に至る社会・経済の発展においては、公と私の関係は、19世紀のような対立関係とは大きな違いがあり、両者の関係については、再構成が要請されていると思われる。それでは、具体的に両者の関係についてどのような構成がなされるべきか。本稿においては、借地・借家法を素材として、そこでの正当事由判断と土地の有効利用との関係について考察することを通して、この問題に接近するための糸口をつかみたいと思う。より具体的には、これまでの判例の立場と学説の流れを検討し

て、私法たる借地・借家法における「土地の有効利用」がどのような意義を有しているか、正当事由の判断に際して、どのような位置づけがなされているかを検討する。その上で、判例と学説を分析して、反対説と賛成説の公と私の関係に関する議論・認識の到達点を解明し、これらの議論の分岐点およびその理由を指摘するつもりである。このような作業に基づいて、最後に、現代社会における公と私の関係の新たな発展とそのあり方、市民社会における公的利益と私的利益の中間・融合的な部分を中心とした社会秩序再構成のあり方、さらに土地の有効利用と正当事由制度の矛盾の根本的な原因および解決方法に関する示唆を得たい。

なお、以下の分析に関して、ここで予め二つの留意点を述べておきたい。

第一に、土地の有効利用と正当事由との関係を考察するとき、借地に関する判例と借家に関する判例との二つの領域があるが、本稿においては、借地に関するものを中心的な検討の素材とする。借家関係においては、借家人には建物改築権が一般的には認められないので、借家人による土地の有効利用は問題にならないのに対して、借地関係においては、借地人による土地の有効利用、つまり土地の有効利用に関する主体の競合も問題になるため、分析対象としてより適切と考えられるからである。しかし、必要に応じて、借家に関する若干の判例を取り上げることは当然である。

第二に、土地の有効利用を理由として正当事由を認める判例においては、立退料の提供を補完要素とするものが多い。しかし、この問題に立ち入ることは、公と私との関係を中心とする本稿の主題から外れるおそれがある。そのため、以下においては、立退料に関する問題は、検討の対象から除外する。

第1章 「土地の有効利用」に関する判例

「土地の有効利用」を理由に正当事由を肯定すべきか。本章においては、この問題に関する判例分析を通じて、肯定判例、否定判例における判断の

それぞれの枠組みとその理由づけおよびそれらの特徴を解明していこう。

第1節 正当事由を肯定した判例

賃貸人による「土地の有効利用」の主張を肯定する判例として、以下の五つを取り上げる。

- ①東京地判昭和61年1月28日判例時報1208号95頁
- ②東京高判昭和61年4月28日金融・商事判例748号31頁
- ③東京地判昭和62年3月23日判例タイムズ652号157頁
- ④大阪地判昭和63年10月31日判例時報1308号134頁
- ⑤東京地判平成元年12月27日判例時報1353号87頁

以下では、正当事由を判断する際における「土地の有効利用」の位置づけ、「土地の有効利用」の主な内容、賃貸人と賃借人の必要性の拡大等の視角から上の五つの裁判例を分析して、それぞれの特徴を指摘する。

第1款 「土地の有効利用」の位置づけ

正当事由判断の一次的な基準は、当事者双方の「使用の必要性」の比較である⁷⁾。その他、従前の経過とか土地の有効利用とかは二次的な判断基準である。しかし、上の五つの判例においては、土地の有効利用の位置づけは、従来の判例の立場と比べてかなり違う方向に向かっていると思われる。

裁判例①において、賃貸人の有効利用の必要性は、有効利用の計画である。つまり、賃貸人は、「本件土地賃貸借の期間満了にあたり、本件土地とこれに隣接する賃貸人所有のアパート敷地の両地を敷地として、当地上に住宅団体の民賃制度を利用して五階マンションを建築する事」を計画していた。これに対して、賃借人の必要性については、80歳を超える賃借人が「永年住み慣れた本件建物で生涯を全うする事を強く希望しているがやがては右程度の営業を継続する事も困難となる事は必至である」と認定されている。本件においては、

単に賃貸人の自己使用の必要性から正当事由を認めるのは、困難である。そこで、本件判決は、賃貸人側の、本件土地についてより「高度な利用を図りたいとの事情は、その地域性からしても社会経済上の利益に合するものというべき」であるが、賃借人は「現状を維持することにそう大きな利益があるといい難い状況にあるものと言わざるをえず」、したがって、本件土地賃貸借の更新拒絶には正当の理由があるものと認めるべきであると判断した。結局のところ、正当事由を認める理由は、本件土地の高度利用の必要性に帰着する。

裁判例②の事案は、裁判例①と比べて、やや複雑である。本件土地の有効利用の必要性については争いが無いが、双方とも有効利用の計画をし、どちらの方がより高いかの判断が問題になった事例である。

まず、賃貸人の有効利用の必要性は、次のようである。(a)賃貸人の所有地の地価は年々上昇し、これに伴って公租公課の負担も増大してきたため、1969、70年頃から賃貸人所有地の効率的な利用を図り、賃貸人の生活を安定させようと各種の計画を始めた。(b)本件土地は、中高層ビルを建築して経済的・効率的な利用をはかり、賃貸人の収入及び生活の安定を図るべきものである。(c)賃貸人の本件土地の有効利用の計画は、「社会経済的見地からも望ましいものである」。

次に、賃借人側の有効利用の主張とその経緯は、以下のようである。(a)賃借人も本件土地の有効利用を図った。(b)賃借人は、1981年4月に「本件土地周辺は中高層ビルが多い繁華街であり、本件土地の両側隣地にもビル建築が行われているので本件土地の利用効率を高め周囲の状況に適合した合理的な利用を図るため、本件土地上に鉄骨鉄筋コンクリート造8階建の居宅兼店舗兼事務所を建築したい」として、東京地方裁判所に借地条件変更の申立てを行った。しかし、その計画の進行は見られなかった。

以上のように賃貸人と賃借人双方とも有効利用を主張していることについて、判決は、賃借人の計画が進まなかったこと、賃貸人の有効利用計画

はより現実的であること、また、賃貸人の本件土地の有効利用の計画は「社会経済的見地からも望ましいものである」ことから、賃貸人の「本件土地を使用する事を必要としている事は明らかである」ため、賃貸人が主張する立退料9000万円は本件賃貸借の更新拒絶の正当事由を優に補完するものと認めるのが相当であると判断した。双方とも有効利用を主張するとき、双方の計画の現実性、また社会経済的見地からの判断が重要な要素とされているわけである。

裁判例③は、裁判例①や裁判例②とは、また違うタイプである。賃貸人の有効利用の必要性と賃借人の有効利用の必要性とに、それほど差がないため、正当事由を認める際に、賃貸人の必要性の度合が、賃借人の必要性と比較してはるかに高度なものではなければ認められないという従来の裁判例⁽⁶⁾の傾向を維持しながら、本件土地の地域性を理由に賃貸人の有効利用の主張を肯定している。それぞれの必要性は次の通りである。

まず、賃貸人の必要性について。(1)「本社ビル」を所有するために、賃貸人が本件土地を必要不可欠とする具体的事情を認めるべき的確な証拠はない。(2)賃貸人の業務の性格、従業員等に照らして考えれば、本件土地の隣地だけを敷地とする建物によっても、その必要性を満たすことができるはずである。そうであれば、賃貸人が賃借人に対して、「本件土地の明渡しを求める意図は、本件土地および本件隣地を一体として、その有効利用を図りたいというに尽きるのものと推認せざるをえない」。したがって、賃貸人が「本件土地を自ら使用する必要性がないとまでは言えないが、高度の必要性があるものとも認めがたい」。

次に、賃借人の必要性について。(1)本件賃借人は本件店舗を失うことによる営業上の打撃が主張されるように深刻なものであるとは、到底認めがたい。(2)賃借人において、本件店舗に代わる物件をほかに求めることもさして困難ではないものと推認できる。

以上から、賃貸人、賃借人間の利益比較については、結論としては、賃貸人が本件土地を必要と

する度合はそれほど高いものではないから、その程度は、賃借人が本件店舗を必要とする事情と「径庭はない」といわざるをえないと判断された。しかし、本判決は、結論としては、「本件賃貸借の経緯及び期間、本件土地ないし本件店舗の必要性に関する原被告双方の事情、本件土地の地域環境及び土地価格、並びに本件建物の現状、その他叙上認定説にかかる事実関係の全てを斟酌して考えれば、本件賃貸人の正当事由は少なくとも、相当額の立退料の提供により補完し得る限度に於いて、その具備を肯認することができる」と判断した。つまり、本件は、賃借人の必要性（家業・生計）が賃貸人の必要性を上回るのに、土地の地域性から、土地の有効利用を肯定した上、立退料の提供で、正当事由が認められた事例と位置づけることができる。

裁判例④は、裁判例③と同じタイプである。つまり、賃貸人の使用の必要性という事情は、賃借人のそれを上回るとまでは認められないものの、両者の間にはおよそ賃貸人の「明渡し請求を不当とする程に確たる差はないというべきである」と判断されたケースである。

具体的には、賃貸人側の必要性の事情について、次のような判断がある。(1)本件土地を含む第一の土地全体を一体として、駐車場ビルを建築してその有効利用を図りたいということは、「企業の判断としても十分に合理性を有するというべき」である。(2)営業拡張の必要性については、「当該企業が自らの企業目的を踏まえ活用すべき資産の現状、自らの置かれた経済状況等種々の要因を考慮して行う企業としての合理的な判断に委ねられるべきである」。

他方、賃借人の必要性は、(1)30年有余にわたり本件建物に居住し、薬局の営業によって、生計を立てていること、(2)上の営業によって、地域社会との結びつきも認められることから十分に肯定できる。しかし、(3)賃借人は本件建物から立退いた場合に、全く生活本拠を失うわけではない。また、(4)本件土地周辺の状況に照らすと、十分な資金的な裏づけがありさえすれば、本件土地の近隣に店

舗を確保し、同所で営業を継続する余地は十分あるものと認められる。

以上の賃貸人側と賃借人側の事情を比較考慮すると、双方の必要性の間には、それほど差がないと判断された。ところで、賃貸人の本件駐車場ビルの建築計画は実現可能であるが、それにより本件土地の「周辺の発展、再開発に寄与し市街地における土地利用の効率を高めることにもなると考えると、その社会的な必要性も十分に認められる」。そのような点から、賃借人に対する「一時的な営業中断のための補償、新規に店舗を賃借するための保証金等立退きのための諸費用を填補するに足りる相当額の立退料の提供」により、賃貸人の本件明渡しについての正当事由は補完され具備されるものというべきであると判断された。

裁判例⑤は、本件土地の地域性の特徴と本件土地の賃借人の利用状況を重視した上で、本件土地の有効利用が社会経済上の利益に合致することと判断された事例である。

賃借人の使用の必要性は次のようである。(1)本件土地周辺は、高級品店に囲まれ、営業面や客層の点で日本の中心であり、高級品位と耐久力を基本とした賃借人のデザイン力の基盤であることから、本件土地は賃借人にとって存立の基盤である。(2)賃借人の皮革製造業の経営は、本件土地を含む京橋界限と密接に結びついて成り立っている。(3)歴史的に育まれた本件土地を含む周辺において、賃借人の「経営形態」は「職人生産の伝統に根ざして生産した製品を積極的に販売する消費者と直接結びついた独自のもの」である。これらの事情から、「本件土地において60年の長きにわたって家業皮革製造販売業を営んできたもの」であり、京橋界限は賃借人にとって「精神的には存立基盤そのものといっても過言ではなく」、「本件建物を収去して本件土地を原告に明け渡すこと」は、賃借人の「生活の糧を失う」ことになると判断された。また、本件土地に見合う土地を賃借人の自己資金で購入することができるかは疑問であり、明渡し即家業の廃絶となることが認められる。

このような賃借人の必要性の高さにもかかわらず

ず、本判決は、結論としては、正当事由を認めた。その理由は、賃貸人の「本件土地のより高度な利用を図りたいとの事情は、その地域性からしても社会経済上の利益に合致するものというべき」ことである。ここでは、正当事由の判断は、もっぱら賃貸人と賃借人の必要性の枠外から、つまり地域性から社会経済上の利益に合致するという観点から論じられていることになる。

以上のように、土地の有効利用を理由として正当事由を肯定する判例の枠組みを見ると、正当事由を判断する際の「土地の有効利用」の位置づけが変わってきた、というべきである。そもそも借地法4条1項但書という正当事由の存否は、「賃貸人および賃借人双方の使用の必要とする事情を比較考慮して、いずれの使用がより必要であるとするのが相当かを決することによって判断すべきである」⁽⁹⁾とされてきた。ここでは、双方の必要性の比較が一次的な要件なのであって、「土地の有効利用」は、あくまでも二次的な要件である。しかし、上の肯定判例においては、本来、補完的な要素あるいは二次的な要件に止まるべき「土地の有効利用」が、常に一次的な要件となっているのである(裁判例①③④⑤)。たしかに、具体的な扱いは裁判例によりやや異なる。しかし、結論としては、賃貸人・賃借人の必要性が考慮されたか否かにも関わらず、土地の有効利用(従来は、二次的な要素である)に基づいて正当事由が肯定されている傾向が強かったわけである。

第2款 「土地の有効利用」の主な内容

以上のような分析から、正当事由を判断する時、従来の双方の必要性の比較という一次的な要件よりも土地の有効利用の必要性という二次的な判断要素が重視されていたことが分かった。それでは、肯定判例において、「土地の有効利用」というのは、より具体的には何を意味するのであろうか。判決を分析すると、結論的には、当該土地(敷地)の地域性と今現在の賃借人が十分利用していないという二つの要素が重視されている。以下では、地域性と利用状況を分けて検討しよう。

I. 地域の特徴

賃貸人が土地の有効利用を主張する時に共通して指摘される理由は、地域の発展に合致していることである。

裁判例①における地域の特徴は、次のようである。(1)本件土地は都市計画上容積率500%の防火地域に位置している。(2)近時、本件土地の周辺の利用の高度化が進んでいる(中高層マンション等陸続と建てられている)。

裁判例②においては、賃借人の計画が進まなかった、賃貸人の有効利用計画はより現実的であるという理由から賃貸人の正当事由を肯定したが、地域性の特徴は、特に考慮されなかった。

裁判例③における地域の特徴を列挙すると、(1)本件土地が「国鉄亀戸駅の北方至近距離(徒歩一分の飲食店等の多い商業地)に位置し」ていること、(2)「公法上の規制として、建蔽率80パーセント、容積率400パーセント、第三種高度地区防火地域の指定がある」こと、(3)「中層店舗ビルの適地である」こと等である。以上のような本件土地の地域環境等が考慮されて、賃貸人の本件土地の有効利用が認められた。

裁判例④において社会的な必要性とされた地域性の特徴は、以下の通りである。(1)本件土地はJR大阪駅の至近距離にあり、商業地域(建蔽率100パーセント、容積率1000パーセント)、高度地区、駐車場整備地区である。(2)付近一帯は近年再開発が着々と進められ、各種交通機関、ホテル、百貨店等が集中して高度に都市化されつつあるところである。(3)本件駐車場ビルの建築計画の実現により本件土地の「周辺の発展、再開発に寄与し市街地における土地利用の効率を高めることもなる」と、その社会的な必要性も十分に認められる」。以上のため、本件土地の有効利用を理由として正当事由が肯定された。

裁判例⑤におけるの地域性の特徴は、次のようである。(1)本件土地を含む東京都中央区京橋二丁目三番、四番街区近隣一帯は、都心の一等地商業地域を形成し、幹線街路の背後に位置する中層事務所ビルの連たんする街区である。(2)本件土地も

商業地域・防火地域、建蔽率 80 パーセント（防火建築にあっては 100 パーセント）、容積率 800 パーセントの指定を受けている地域内にあり、高層事務所地として熟成されていくものと考えられる。

(3)本件土地の有効利用が社会経済上の利益に合致することもある。その理由は、①近年金融自由化、企業の本社集中などの傾向と増加する都心のビル需要から、地価は高値安定傾向にある。②現在部分的にはまだ木造建物等も見受けられるが、画地の統合と相まって中長期的には、より純化された事務所ビルの集中する街区が形成され、今後とも土地の有効利用が進むものと予測される。これらの地域性の特徴が土地の有効利用を肯定する時、重要なポイントに位置していると思われる。

以上のように、土地の地域性を考慮して正当事由を肯定する傾向が明瞭に見出される。「地域性」概念は、必ずしも明確なものではないが、判決の判断には、少なくとも次のような二つの内容が含まれていると考えられる。

- (1) 第一は、公法上の規制としての地域指定である。具体的には、以下のように例示できる。①「都市計画容積率 500%の防火地域に位置している」（裁判例①）。②「公法上の規制として、建蔽率 80 パーセント、容積率 400 パーセント、第三種高度地区防火地域の指定がある」（裁判例③）。③商業地域（建蔽率 100 パーセント、容積率 1000 パーセント）である（裁判例④）。④防火地域、建蔽率 80 パーセント（防火建築にあっては 100 パーセント）、容積率 800 パーセントの指定を受けている地域内にある（裁判例⑤）。
- (2) 第二は、高度利用が地域発展に適合していると思われることである。この意味での地域性は、次のようである。①「国鉄亀戸の北方至近距離」（裁判例③）、JR 大阪駅の至近距離（裁判例⑤）にある商業地域である。②「中層店舗ビルの適地である」（裁判例③）。③付近一帯は近年再開発が着々と進められ、各種交通機関、ホテル、百貨店等が集中して高度に都市化されつつあるところである。また、本件土地の周辺の発展、再開発に寄与することは、「社会的な必要性」と

位置されている（裁判例④）。一口で言えば、当該土地が所在している地域の特徴から、より効率的な利用を図るべきであるとされるわけである。

II. 当該土地の利用状況

賃借人が土地の有効利用を主張する時、賃借人が当該土地を十分に利用していないことも一つの理由としてあげられたが、判決においても、賃借人の土地利用状況を土地の有効利用の必要性の一理由として重視するものがある。

裁判例①においては、(1)本件建物の内部は「旅館として使用に耐えないという程ではないにしても全体として相当に疲弊した状態にあることは否めない」。木造二階建の中古建物は、本件地域内に「中高層ビル街と化しつつある周辺との調和を損うものとなっていること」が認定されている。(2)本件旅館の「利用客も少なく」、「女性従業員一人を使用して細細と営業を続けている」が、経営が「全体として相当に疲弊した状態」とであると判断された。

裁判例③においては、本件建物は賃借人の店舗としても手狭となるなど、すでに十分な効用を発揮し得ない状態に立ち至っている。また、賃借人においても、本件建物を取り壊してビルに建て替えたいと希望していることが認められる。

裁判例④においては、本件土地の取引価格及び公租公課が高額にのぼるのに比して、賃借人の負担する家賃は著しく低廉であり、もし木造二階建の現状のままでは家賃の値上げにも限界があり、仮に収益率の良い建物に建替えるにしても本件土地のみを敷地とするのでは不十分であるとされた。

裁判例⑤においては、本件店舗部分は、昭和 21 年頃に建築され、木造ルーフィング葺平屋建て、本件飲食店部分は昭和 26 年頃建築された木造瓦葺二階建てであり、「築後 40 年以上或いは 40 年近くを経過し、経年相応の老朽化が進んでおり、敷地との適応環境との適合を欠くに至っている」と判断された。

以上のように、判例においては、賃借人による

当該土地についての利用が十分ではないときは、当該土地の地域性等の要素を併せて、賃貸人の正当事由が肯定されているわけである。

第3款 必要性の拡大

第1款における検討が示すように、肯定判例においては、土地の有効利用が当事者双方の利用の必要性の比較より重視されている。しかし、土地の有効利用の具体的位置づけについては、肯定判例が必ずしも一致しているとはいえない。そこには、少なくとも二つのレベルの位置づけが見出される。一つは、土地の有効利用を賃貸人・賃借人の必要性以外の要件として位置づけるものである。ここでは、土地の有効利用は、まさに一次的な要件として位置づけられることになる。もう一つは、単に賃貸人と賃借人の利用の必要性を比較する中で、有効利用の必要性が援用されるというものである。ここでは、土地の有効利用は、第一次的な要件つまり双方の必要性の中に含まれるわけである。このような場合において、土地の有効利用は、むしろ一次的な要件つまり双方の使用の必要性の拡張であると思われる(裁判例②)。

1941年に正当事由という制度が導入された当初においては、賃貸人側の必要性のみが考慮され、自己使用の必要性があればそれだけで正当事由が具備するものと考えられていた。その後の判例は、賃借人の必要性も考慮するようになった(利益比較原則の採用)。学説も、判例のこのような展開に賛成している。利益比較の考え方のもとでは、正当事由判断の基礎となる必要性は、双方とも自己使用の有無により判断されるのが原則である。しかし、右の検討から分かるように、近時の裁判例においては、その必要性の範囲がかなり拡大されていることが明らかである。特に賃貸人の自己使用の必要性に代って、営業上の使用の必要性が重視されるようになってきている。さらに、賃貸人本人以外の必要性も加えられている。つまり社会的な必要性も賃貸人の必要性に組み入れられているのである。近時の裁判例において考慮される賃貸人の必要性は、従来の自己使用の必要性の他、少なくとも以下の類型に分類できる。

類型Ⅰ：自己使用の必要性＋営業上の必要性
(私的再開発)

類型Ⅱ：自己使用の必要性＋土地の有効利用
(社会的必要性・社会的再開発)

類型Ⅲ：営業上の必要性(私的再開発)＋社会的
必要性(社会的再開発)

本稿で検討した裁判例は、類型Ⅱ、Ⅲに属する(裁判例②③④⑤)。

土地の有効利用を賃貸人と賃借人の双方の必要性の中で議論するか、またその必要性外で議論するか、判例においては一致していない。ともあれ特に意味があることは、双方の自己使用という従来の必要性のほか土地の有効利用や社会的必要性も加えたことである。土地の有効利用について第1款で検討したように、社会的必要性の概念は明確ではない。その内容を整理して示すと、次のようである。①本件土地の有効利用の計画は、社会経済的見地からも望ましいものである(裁判例②)。②地域環境、土地価格等にもかんがみると、本件建物の敷地としての現状をさらに長期間維持させることは、賃貸人にとってやや酷に失するきらいがある(裁判例③)。③本件土地の周辺の開発、再開発に寄与し市街地における土地利用の効率を高めることもなると考えられる(裁判例④)。④土地の有効利用が社会経済上の利益に合致することもある(裁判例⑤)。以上のような内容から、社会的必要性は、土地の有効利用より広い概念といえる。つまり土地の有効利用も社会的必要性の中の一要素であると見られる。さらに、この社会的必要性に属する土地の有効利用は、主に当該地域の発展に寄与することであるが、地域性の概念の二つ目の内容に属すると思われる。

第4款 まとめ

以上の三つの視角からの分析をまとめると、次のような結論になる。

- (1) 「土地の有効利用」概念に関する判例の扱いには、次のような特色がある。まず、土地の有効利用の必要性は、土地の賃貸人と賃借人の自己使用・営業上の必要性から逸脱して、社会的・地域再開発の必要性がより強調される傾向にあ

る。次に、社会的・経済的必要性は、裁判例において、二つの側面の内容を与えられている。第一は、地域の発展への寄与・地域発展との関連であり、第二は、当該地域の公法的な規制をあわせて考慮することである。判決においてもっとも注視される場所は、前者つまり社会的・経済的・地域発展の寄与であるが、これと公法的な規制とは違うレベルのものと理解すべきであろう。それを区別した上で、判決における土地の有効利用概念全体は、次の三つの段階の内容を含んでいると捉えるべきである。すなわち、段階①私的再開発の必要性（営業上の必要性）、段階②公益性の寄与（社会的・地域的の発展の寄与）、段階③公法上規制をあわせることの必要性（従来のいわゆる「公的要素」）である。土地の有効利用を正当事由の肯定の一要素としてのみ位置づけ、単に一次的な要件との関係、またはほかの補完要件との関係だけを議論するのは、どうしても明確な結論が出てこない。土地の有効利用という要素を正当事由判断の中に適切に位置づけるためには、以上のような類型化をすることによって、判例上のこの問題の扱いを明確にしなければならない。

- (2) 私的再開発すなわち個人・企業自体の営業上の再開発は、私益再開発とも呼ぶことができる。これと、単なる私人の利益に還元されない再開発との区別は、裁判例においても意識されている。これに対して、公法上の規制の考慮と公益的な再開発の必要性との区別は、裁判例において明確に区別されていない。そのため、公が重視されている伝統において、土地再開発の公益性が軽視されるおそれがあった。今日においては、市民社会の成熟とともに、公益性(公共性)の問題(社会的必要性)を検討する必要が指摘されている。そのような中で、市民的公共性と国家的公共性とを区別するという発想も提示されている⁽¹⁰⁾。この発想は、現代社会における公と私の関係の再構成を目指す検討にとって示唆的である。この問題については、第4章において検討することにしよう。

第2節 正当事由を否定した判例

次に、賃貸人が「土地の有効利用」を主張しながら、正当事由を否定された裁判例を取り上げて分析しよう。以下の六つがある。

- ⑥東京地判昭和61年12月26日判例時報1252号73頁
- ⑦東京地判昭和62年6月16日判例時報1269号101頁
- ⑧東京地判昭和62年10月29日判例タイムズ668号168頁
- ⑨東京地判平成元年9月14日判例タイムズ731号171頁
- ⑩東京地判平成2年4月25日判例時報1367号62頁
- ⑪大阪地判平成5年9月13日判例時報1505号116頁

注目されるのは、肯定判例と違って、これらの否定判例においては、基本的に双方の必要性の比較考慮という従来の判例の立場が維持されていることである。以下では、土地の有効利用の位置づけ、土地の有効利用の性格および内容、再開発における私的必要性と公的必要性の関係等三つの視角から、右の判例を分析・検討しよう。

第1款 「土地の有効利用」の位置づけ

否定判例においては、賃貸人と賃借人の必要性の比較考慮が一次的な判断要件とされており、土地の有効利用の必要性は、あくまで二次的な要件として扱われる。

裁判例⑥は、500万円の立退料の申出を考慮しても正当事由が充足されるとは考えられないと判断した。その理由は、賃貸人の本件土地の必要性は、賃借人のそれより下回ることである。

賃貸人の必要性については、次のように判断された。(1)本件土地が商業地域に位置するものであることは認められるが、賃貸人の所有するほかの土地が、すべて商業地域以外の地域に存在すると認めるに足る証拠はない。(2)賃貸人は、本件土地以外「近隣に数百坪の土地を所有し、自宅の敷地外4ヶ所の駐車場として使用している」。(3)賃貸人の家族は、「生活が困窮状態」にはない。これに

対して、賃借人の必要性としては次の点があげられる。(1)賃借人は、本件建物に50年以上にわたって居住し、ほかに居住すべき家屋を所有していない。(2)年齢80歳に達せんとする高齢者で、子供たちの援助によって生活を維持している状態にあることである。

したがって、本件土地の有効利用に関する諸要素は、双方の必要性の比較と比べて、二次的な要件とされ、賃貸人による土地の有効利用を理由とした正当事由の主張が認められなかった。本判決の考え方は、東京高判昭53・12・8(判例時報919号66頁)と同じものと思われる。後者の判決は、賃貸人が駅前の一等地である当該土地を効率的に利用する意図を有しているけれども、借地人としては右土地に居住する必要性が高いこと等を挙げて立退料の提供があっても正当事由は認められない、としている。

裁判例⑦においては、正当事由を判断する時の双方の必要性の比較という枠組みが一次的な要件として維持され、賃貸人側は「自らの使用ではない」のに対して、賃借人側には「本件建物を引き続き使用する必要のあった」ことが認められるため、賃貸人の必要性が賃借人のそれをはるかに下回ると判断された。

賃貸人と賃借人の具体的な必要性は、次の通りである。まず、不動産の売買、賃貸等を業とする賃貸人の本件土地の有効利用の理由としては、「都心における土地の高度利用が現時の社会、公共的要請であることにかんがみ、本件ビル敷地を含む周辺一区画の土地に近代的ビルを建築する計画」のもとに、計画地域内の土地・建物について明渡しを受けてきており、本件ビルも賃借人を除きすでに明渡しは完了しているという事情がある。これに対して、賃借人は、昭和52年以来本件建物において中華料理店を経営し、昭和60年頃では、十数名の従業員を雇用して一日平均30万円前後の売り上げを得ていたものであって、本件建物を引き続き使用する必要のあったことが認められるとされた。

以上のような必要性の事情を総合的に考慮した

上、賃貸人の明渡し請求を求める理由ないし必要性について次のように判断された。(1)賃貸人は「本件建物を自ら使用する」わけではない。(2)「本件ビルが老朽化したために建て替える」わけでもない。(3)賃貸人が明渡しを求める理由は、もっぱら都心部における宅地の有効利用という見地からの再開発である。(4)賃貸人の「建設計画自体もいつ頃ビルの建設に着工することができるのか不確定な状況にあると言わざるをえない」。したがって、賃貸人の「本件賃貸借の解約申入れの正当事由には到底なり得ないものと解するのが相当である」。賃貸人が賃借人に対し代替店舗(移転先)を紹介し、かつ相当額の立退料の支払を提示したとしても、これによって本件賃貸借の解約申入れの正当事由が補強され、正当事由が具備されるに至るものと認めることはできないと言わなければならないという結論を下した。

裁判例⑧は、賃貸人と賃借人との必要性(一次的な要件)を強調しつつ、賃借人の「本件建物で営業を行うことにより一家の生活を支え、さらに本件建物を母と姉の居住用に利用している」という必要性は、賃貸人の「本件建物の敷地部分を効率的に利用することにより其の営業上の利益を獲得しよう」という必要性より大きいことが明らかである、と判断した。

具体的には、飲食店、損害保険会社の代理店の各経営及び不動産管理を業とする本件賃貸人の本件建物及びその敷地部分の必要性は、本件建物敷地周辺の賃貸人所有地を併せて開発し、本件敷地を含む土地の効率的な運用を図り、又営業に資するということである。これに対して、賃借人の本件建物の必要性は、次の通りである。(1)賃借人は「本件建物の周辺に居住する固定客を相手に営業を行っているものであり、場所的にも上原仲通商店街に位置し恵まれており、本件建物から他へ営業場所を変更することは今までの顧客を失い売り上げに大きな影響を及ぼすおそれがあるし、その移転費用及び新たな建物を借り受けるための金員及び内装費等多額の出費を余裕なくされる」。(2)賃借人にとって本件建物は、賃借人の一家の生活を

支える営業の場、さらに母や姉の居住の場である。「本件建物敷地を含む周辺土地は有効かつ効率的な利用が図られることが望ましい」にもかかわらず、以上の必要性の比較に基づいて、賃貸人の本件賃貸契約の解約申入れに正当事由があるとは認められないものとされた。500万円の明渡料の提供に基づく、正当事由の補完も否定された。

本判決は裁判例⑦および東京地判昭54・12・14(判例時報967号88頁)判例と類似した事案について同様の判断をしたものであり、右判決の流れに沿うものである。東京地判昭54・12・14判例において、賃貸人が解約申入れをした理由は、近代的ビルを新築して効率的に土地を利用する必要があったからである。これに対して、賃借人は30年以上の歯科病院を開業して必要性がより大きく、本件建物は堅固な建物で、新築の必要性も認められない。賃貸人による立退料の提供があっても、正当事由が補完されないと判断された。

裁判例⑨は、土地の有効利用に基づく再開発が賃貸人はもとより地域社会の発展のために望ましいとしても、それが「他人の利益を衝突する場合」には、再開発の内容については「関係者の利害の調整の観点」から検討されるべきであるという立場に立っている。その利害の調整の基準は、必要性の比較である。

賃貸人の必要性について、次のように判断された。(1)賃貸人は、現有地の西側隣接地及び北側隣接地を一体利用して大商業ビルを建設する予定である。西側隣接地の他の賃借人とは明け渡し和解が成立し、本件土地の明渡があれば直ちに右計画の実行が可能である。しかし、本件土地がなければ、賃貸人の商業ビルの建築計画が不可能になると言うようなものではなくビルの形が多少いびつになるだけである。(2)現有地を利用したほうが公道に広く面するようになり、エントランスが広く、使い勝手のよい立派なビルの建築が可能である。いずれにせよ、(3)賃借人の本件土地を明け渡しがなくとも、「この地域の再開発に寄与し得る大規模な商業ビルを建築すること自体は可能なのである」。

他方、賃借人の必要性としては、次の事情が指摘される。(1)賃借人は、少なくとも昭和58年頃かから、「本件土地にビル建築することを意図して賃貸借関係を継続させてき」ている。(2)本件土地を明け渡してしまえば、他に代替地が見あたらないため、ビルを建築して公認会計士事務所として使用することは不可能になるのである。

結論は、「本件賃貸借契約の更新拒絶に正当事由があると認めることは出来ないと言わざるを得ない」。このように「関係者の利害の調整」の観点は、正当事由を判断するとき一次的な要件の従来の地位を維持して、私人間・法人間の私的利害の調整をより限定して、他の要素を組み入れることについて慎重に対応する傾向と結びついているわけである。

裁判例⑩も、賃貸人と賃借人が共に有効利用を主張しているケースである。判決は、判例⑨の場合と同様の判断枠組みを採用し、賃貸人と賃借人の具体的な必要性を考慮して、正当事由を否定した。本件事案においては、双方共に有効利用の計画を主張したわけであるが、従前の経過を考慮して、賃借人の有効利用が近い時期には確実に実現することが認められ、賃借人の利用計画の将来性とその現実性が強調されている点に、本件判決の特徴がある。また、本件土地を渡したら、賃借人に大きな不利益を与えるおそれがあるとも述べられている。多少具体的に見ていこう。

まず、賃貸人の必要性について、以下のように判断された。(1)本件土地を渡部(賃借人)土地と一体として利用することが望ましくないとはいえないが、一体化ビルを建築する場合、個別ビル二棟の場合と比べても専用使用可能面積の点では特段有利になるわけではない、その構造上も一つのビルとしての効用がある程度減殺されるものになるのであるから、それぞれの利用方法による成果を総合的に見る場合には、賃貸人の所有する土地全体の使用として、渡部土地が本件土地と一体として使用されることが非常に望ましいとまで言うのは困難である。(2)本件土地周辺の土地利用状況を見ても、両土地に個別ビルを建てて利用する方

法がふさわしくないとまではいえないのである。
 (3)賃貸人が自ら本件土地を使用する具体的な必要性は存在しない。

次に、賃借人の必要性については、次のような事情が指摘された。(1)賃借人が本件土地上の建物に居住し続ける必要があるとは認めることが出来ないが、本件土地を、賃借人は極めて長期間賃借しているのであり、現在も本件土地使用による収益を基本として生計を立てている。(2)賃借人が現にその適当な代替場所を有しているとはいえないので、本件土地を引き続き使用する必要がある。(3)賃借人の従前の本件土地使用状況に照らすと、その営業は本件土地でなければ継続しがたいものとは到底認められないのであるが、賃借人が新しい形での本件土地使用を希望し続けて、その実現も可能である。賃借人の有効利用計画は、「従前の使用方法との継続性が相当稀薄であり、いわば、本件土地賃借権を資本として最大限利用するところに其の大きな意味があるといえることができる」。(4)賃借人としては、本件土地を明け渡すことになると極めて大きな不利益を被ることになる。正当事由の存否の判断においては、「この事は重視されるべき事項である」と判断された。

以上のような賃貸人と賃借人のそれぞれの利用方法を総合的に考慮して、賃貸人が自ら本件土地を使用する具体的な必要は存在しないと判断されて、正当事由が認められなかったわけである。

裁判例⑩においては、当事者の双方の必要性を比較の一次的な要件とするという従来の立場を維持しながら、その必要性の内容についてより細分化され、土地の有効利用の内容が拡大された。

まず、双方の必要性について。賃貸人の使用の必要性は、①本件土地の付近はオフィス街として発展しており、土地の最有効利用としては大規模高層店舗併用事務所（賃貸人の有効利用の計画）が望ましい。②「本件各土地は、付近の状況から映画館としてではなくオフィスビルを基調とした高層ビルが適当である」との賃貸人の主張も理由を欠くことではない。③また、鑑定人は標準的使用としては大規模高層店舗併用事務所ビルと鑑定

している。一方、賃借人の必要性としては、「事業継続を望み、継続に現実的裏づけがある限り、賃借人に使用の必要性がある」。

次に、右のような双方必要性の本質は、次のように指摘された。賃貸人の土地の有効利用の主張の本質は、「自身で本件各土地に収益性の高い建物を建築して高額の収入を得たいということに尽きる」。これに対して、賃借人の事業は単に営利的な活動というだけではなく、社会的に有意義な活動でもある。具体的には(1)「資本による事業は営利を目的とするが、社会的に有意義な活動を営むことによって利益を得るのである」。(2)「事業は多様な物的関係が統合した有機的な存在として活動しており、多数の従業員に雇用の機会を与えているばかりでなく」、賃借人のように「映画関係の事業を営む場合はもちろん、他の事業にあっても、多種多様の知的蓄積をも含んだ文化的意義及び社会的意義も有するのである」。

以上のような双方の必要性及びその本質を考慮して、本件土地の地域性から、最大限有効に利用していないにもかかわらず、双方の必要性の比較を中心に、次のような判断を下した。「賃貸人側が単に経済的により多額の収益を上げたいというだけでは、賃貸人の更新拒絶につき正当事由はないと言わざるをえないし、賃貸人において、多額の場合によっては借地権価格以上の立退料の提供があったとしても、正当事由が存在することにはならない」のである。

以上の検討に示されているように、否定判例は、基本的に双方の必要性比較という一次的な要件を維持している。ところで、整理すると、賃貸人の土地の有効利用の主張を否定する理由は、次のような三点に集約される。第一は、単純な自己使用の必要性の比較からの判断である(裁判例⑥, ⑦, ⑧)。第二は、賃貸人の有効利用の計画に具体性がない、あるいは確定できないという観点である(裁判例⑦, ⑩)。第三に、賃貸人の土地の有効利用の必要性の本質は、単に高額の収益を得たいという営利的な活動であることに対して、賃借人の利用は、社会的に有意義な活動であると判断されたこ

とである(裁判例⑩)。ここで、賃借人の必要性の性格を判断する際に、必要性の内容が拡大されている。

第2款「土地の有効利用」の性格とその内容

否定判例において、土地の有効利用という主張は、どのような性格で、どのような内容を持っているのであろうか。

まず、賃貸人の土地の有効利用という主張の性格について、以下のような評価がある。①賃貸人の有効利用の目的は、「単に経済的資本的利用」にすぎず(裁判例⑥, ⑩), ②賃貸人の本件土地に関する再開発は、「国または公共団体等による具体的な市街地整備計画等に基づく公共事業」ではない(裁判例⑦), ③賃貸人の異議は、賃借人の当該土地の有効利用計画を阻止しようという目的に過ぎない(裁判例⑩)等である。

次に、地域性と利用状況から有効利用の必要性があっても、また、地域性と利用状況から双方の必要性の比較はそれほどの差がなくても、双方の必要性比較を優先する一連の裁判例がある。

裁判例⑥においては、係争土地は青梅街道に面した商業地域内に位置しており、本件土地を有効利用すれば、賃貸人としては、相当の収入源になり得る。また、本件土地の上の建物は築後60年以上経過しており、台風によって屋根がふきとばされ、ふきかえてはいるが、相当程度老朽化している等という賃借人の利用の不十分性にかかわることがらも認定されている。それらにもかかわらず、双方の本件土地の自己使用の必要性の比較が一次的な要件である理由で、賃貸人の正当事由の主張が認められなかった。

裁判例⑦においても、係争土地の周辺は、「多数の学校施設が存在し、また千代田区役所、住宅・都市整備公団等の公共施設も多く存在する地域である」が、営団及び都営の各地下鉄の駅に近く神田・お茶の水業務地区の外延部に当たる地区である。しかし、商業集積・業種集積度が弱く、建物の高層化に立ち遅れが見受けられると判断された。それにもかかわらず、賃貸人は、本件建物を「自ら使用する」わけではなく、公共事業でもなく、

建設計画も不確定的な状況等であるので、正当事由が認められなかった。

裁判例⑧においては、係争建物敷地を含む周辺土地は、有効かつ効率的な利用が図られることが望ましい地域で、また小田急線代々木上原駅周辺において三階建て以上の近代的な建物がかなり多い地域である。他方、本件建物の属する上原仲通商店街においてはまだ二階建ての建物が大部分を占め、三階建て以上の建物が少ない状況にあると判断された。さらに、本件建物は、昭和5年より前に建てられた木造の建物であり、屋根から雨漏りがしたり外壁が痛むなどかなり老朽化していることも明らかである。しかし、賃借人は「其の都度本件建物を補修しており、現在支障なく居住の用に供している」ことが認められ、本件建物が「居住の用に供することができないほど朽廃し、改築の必要性が極めて高いとまでいうことはできない」のため、賃借人の必要性は、より高いと判断された。

裁判例⑨においては、賃貸人と賃借人とがいずれも有効利用を主張しているため、地域性は特に議論されなかった。単に双方の必要性の程度の比較から、賃借人の方が賃貸人のそれをより高いと認定した上、賃貸人の正当事由が認められなかった。

裁判例⑩においても、賃貸人と賃借人はともに有効利用を主張しているが、正当事由を判断する時、地域性の重要性は、それほど高くはなかった。当事者双方の必要性の優劣と賃貸人の異議の本質から、賃貸人の正当事由を否定した。

裁判例⑪は、裁判例⑨と同じケースである。つまり、賃貸人と賃借人が共に営業上の利用を主張し、賃貸人の賃借人が本件土地を最大限有効に利用していないという主張も認めているが、双方の必要性の比較を一次的な要件として、賃貸人の必要性は、賃借人のそれをより低いと判断されて、正当事由の主張を否定した。但し、ここで有効利用の必要性は単に営業上の必要性に止まっていない、賃借人の必要性の文化・社会的意義が強調された。

以上のように、否定判例は、地域性と利用状況等についての賃貸人・借借人の主張を肯定したか否定したかにかかわらず、従来の双方の必要性の比較考慮を正当事由の判断の一次的な要件として維持しているわけである。

第3款 再開発における私的必要性と公的必要性

否定判例においては、正当事由を判断する際に、基本的には双方の必要性の比較が基準とされている。賃貸人の土地の有効利用という主張は、私的・営利的な再開発を意味するものにすぎない。ここでは、私的再開発と公的考慮との関係について、二つの扱い方が見出される。

第一は、私的再開発と公的考慮とを峻別する立場である。この立場によれば、賃貸人の再開発が地域社会の発展から有効利用・高度利用と認められても「他人の利益を衝突する場合」、関係者利害調整の基準は、必要性の比較である（裁判例⑨）。その理由は、必要性の比較は、私的範囲に属していることである。地域社会の発展に寄与することは、私的利益以外の「公的」範囲に属するから、正当事由判断から排除される。

第二に、賃貸人の再開発が単なる私的再開発ではなく、公益性をも有する事業である場合には、公益性の理由で正当事由を認めるとの示唆も現れている（裁判例⑥、⑦）。

また、賃貸人と借借人の必要性の比較をする際に、賃貸人の有効利用は単に営業上の必要性・営利的な有効利用（ α ）であるのに対して、借借人の土地の有効利用は、営利的な有効利用（ α ）だけではなく、文化的・社会的意義（ β ）を有することも考慮されなければならない（裁判例⑩）。ここで、賃貸人側は（ α_1 ）だけであるが、借借人側は（ $\alpha_2 + \beta_2$ ）である。賃貸人と借借人の必要性を比較することは、次の図式のようなになる。

$$(\alpha_1 < \alpha_2 + \beta_2)$$

ここでの文化的・社会的意義は、まさに私的利益以外の要素つまり公的要素である。このように、否定判例は、私的再開発と公的考慮との関係を処理する際に、公私を峻別する立場だけに立っているわけではない。公共性を考慮する場合もあるの

である。

それでは、否定判例において、公的考慮・公的要素という概念は、どのような意味を有しているのか。判例自体は、公という概念を、地域社会・経済の発展と公共事業と文化的意義等様々な形で使っている。分析すると、否定判例において、「公的」の概念も二つのレベルの意味を有している。その一は、国家公共団体にに基づく公共事業である。この場合の「公」は、国家の利益を意味している。その二は、地域の社会・経済・文化発展に寄与するものである。社会・経済発展に寄与することは、肯定判例と特に区別されていないが、文化的意義としては「多種多様の知的蓄積」をも含んでいる（裁判例⑩）。ここでの社会的・文化的に寄与することに関する議論がまさに公益性・公共性の問題であろう。従来の賃貸人の有効利用という公益的な必要性に対して、借借人の使用継続の公益性も強調されている。このような「公」は、まさに、市民側に繋留される公益性・公共性であろう。しかし、否定判例においても、肯定判例と同じように、右のような公共性を細分化していない。

第4款 まとめ

正当事由を判断する際に、否定判例の基本的な立場は、従来の利益比較つまり双方の必要性の比較である。それ以外の要素は、すべて二次的な要件として扱われた。これとの関連で、私益と公との関係については、従来と同じ峻別の立場に立っている。つまり、賃貸人と借借人との私的利害を調整する時、私益以外の要素は、介入できない。しかし、双方の必要性の比較という一次的な要件を維持しながら、裁判例において、その必要性の概念は、従来より拡大され、単純な自己使用の必要性と営業上の必要性のほか、社会的・文化的に有意義な活動も加えている。これとの関連で、もし公的事業また公共性であれば、公的介入ができるという示唆も見られる。また、借借人の必要性の中で、社会的・文化的要素の理由で、借借人側の有効利用は認められる。ここでは、条件付きで公的介入できるという考えも、見出される。しかし、「公的」概念は、いまだ明確に分類されてい

ない。

第3節 肯定判例・否定判例における傾向の異同

以上の分析が示すように、肯定判例と否定判例の相違点は明確であるが、共通点も見出される。

第一に、土地の有効利用の位置づけについて。従来の判例の立場によれば、正当事由の存否は、賃貸人および賃借人双方の必要性の比較考慮によって判断された。この枠組みは、肯定判例において、変わってくる。肯定判例の強い傾向は、土地の有効利用（二次的な要素）に基づいて正当事由を肯定することである。これに対して、否定判例は、基本的に双方の必要性の比較という利益比較の立場に立っている。

第二に、土地の有効利用の扱い方について。肯定判例において、二つの扱い方がある。一つは、土地の有効利用を賃貸人・賃借人の必要性という要件と別にし、一次的な要件として扱うことである。その二は、当事者の必要性の中に取り込んでいく方向である。否定判例においては、土地の有効利用は、基本的に双方の必要性の比較以外の要素かつ二次的・補完的な要素として扱われた。しかし、地域の社会的・文化的寄与等要素も加えることによって、賃借人の必要性が拡大される傾向も見られる（裁判例①）。

第三に、再開発の私的利益と公的考慮との関係について、肯定判例の基本的な傾向は、私的利害関係を調整する際に、公的要素を考慮すべきである、というものである。その理由は、公的考慮は社会経済的な要請であるとするに止まっている。しかし、公と私を峻別すべきか否かを明確にしている。また、公的介入を認めても、その理由について全く論じていない。公的介入・公的考慮の必要性は、単なる地域社会・経済の発展に寄与また公法上の規制の考慮とされるだけで、その理由は不十分である。これに対して、否定判例の基本的な傾向は、公と私を峻別して、地域社会の発展から、賃貸人の有効利用・高度利用が認められても、関係者利害調整の基準は、必要性の比較（利益比較）であるため、それ以外の公的要素・公的

必要性の考慮を否定する、というものである。総合的に考えると、肯定判例・否定判例の考え方は、結論こそ対蹠的に異なれ、同様に近代的な考え方である。つまり双方とも、公と私の関係の再構成から公的介入ができるか否かを考えようとする議論ではない。

最後に、公的介入しうるか否かにかかわらず、双方とも「公的」必要性の概念について明確に分類していない。すなわち、公益的・公共的な必要性の重要な意義について認識されないままに、公共性と公法上の規制とが混同されている。肯定判例は、地域社会・経済の発展に寄与するもの、つまり市民側にかかわる「公共性」を中心に公法上の規制もあわせて考慮されていると思われる。否定判例の基本的な傾向は、公的介入を認めないことである。しかし、双方ともいわゆる「公的介入」の「公」の二つレベルの内容を区別していない。判例分析から分かったのは、いわゆる「公」には、国家側にかかわるもの（公法上の規制・公共事業）と市民側にかかわるもの（地域社会・経済・文化の発展に寄与）との二つのレベルのものがあることである。つまり、公共性概念自体もまた、市民的公共性と国家的公共性とに分けられる。

第2章 「土地の有効利用」についての諸学説

判例は、「土地の有効利用」を強調して、巨額の立退料提供を補完要素として正当事由を認める傾向を強めているが、学説は、この傾向に対して批判的な態度をとっている。それでは、「土地の有効利用」は、正当事由を判断する際にどのような位置づけにあるべきか。また、この問題に接近するに際して、学説は、「公」と「私」の現代社会における再構成などについてどのような問題意識を持っているか。これらの問いを念頭に置きながら、以下、諸学説を検討したい。

検討の素材は、本稿において取り上げた判例についての研究・評釈と研究論文である。肯定判例についての評釈としては、裁判例③の野口評釈⁽¹¹⁾と裁判例④の石尾評釈⁽¹²⁾、また東京地判昭和59・7・10⁽¹³⁾についての本田評釈⁽¹⁴⁾等がある。否定判

例についての研究は、裁判例⑦を中心に展開されている。ここでは、裁判例⑦の村田⁽¹⁵⁾、澤野⁽¹⁶⁾、松津⁽¹⁷⁾の評釈、また東京地判平成1・6・91⁽¹⁸⁾判決についての小川評釈⁽¹⁹⁾を取り上げる。研究論文は、大西泰博論文⁽²⁰⁾と水本浩論文⁽²¹⁾を取り上げる。判例研究・評釈の基本的な態度は、肯定か否定かに分けることができるが、これらの態度は、必ずしもそれぞれに肯定判例と否定判例の同じ主張とは言えない。また、研究論文のそれぞれの立場は、賛成説と反対説⁽²²⁾と分けられても、議論は広範囲に展開されている。したがって、本章において、以下は、土地の有効利用の位置づけ・再開発における私益と公的考慮との関係また公益性の実現する方法等三つの要点を中心として、賛成説・反対説の主張とその理由を検討して行きたい。最後に最新の研究論文に即し、「土地の有効利用」についての近時の研究動向を検討したい。

第1節 土地の有効利用の位置づけ

第1款 賛成説の主張

賛成説は、基本的に肯定判例の態度を支持している。「所有者による土地の高度利用が正当事由になることを認める点で画期的である」と評価している⁽²³⁾。土地の有効利用の位置づけについて賛成説の具体的な主張は、次のようにまとめることができる。

①借地権、借家権の恒久化の緩和

野口評釈は、現行正当事由制度の欠点(狭き門)を指摘しながら、正当事由の緩和に賛成している。貸主と借主の必要性の度合等を「比較考慮」して判断するというのが従来の判例の見解であり、「貸主側の必要性がよほど高度のものでない限り、正当事由が認められる公算は極めて少ない」。そのような状況の結果は、「貸主側の更新拒絶はほとんど認められず、一度土地を貸してしまったら、いつ返してもらえるとあてもなく、その反面、借主の借地権は契約期間を超越した半永久的な権利として把握されている」⁽²⁴⁾。これに対して、土地の有効利用という要請の考慮は、まさに「借地権、借家権の恒久化を緩和する効用を果たしてい

る」⁽²⁵⁾ということである。

②利益比較原則との一致

石尾評釈は、正当事由制度における必要性の概念の沿革の二つのステップを指摘しながら、土地の有効利用の考慮について、従来の利益比較の原則を堅持しているという理由で賛成している。必要性概念の沿革において、一つのステップは、1941年の法改正で借地・借家ともに賃貸人の更新拒絶・解約申入れには賃貸人の自己使用の必要性⁽²⁶⁾が要求されたことである。二つ目のステップは、判例において、賃貸人と賃借人の双方の必要性の考慮がなされるようになったことである。判例は住宅難を考慮し、正当事由を当事者双方の利害関係その他諸般の事情を考慮し、社会通念に照らし妥当と認めるべき事由であるとした⁽²⁷⁾。いわゆる利益比較の原則である⁽²⁸⁾。裁判例④においては、利益比較の原則が維持されながら、従来の必要性比較がより拡大されている。土地の有効利用の考慮は、必要性の拡大を意味する。したがって、必要性の比較の原則とは違っていないという理解である。しかし、「必要性の拡大」のような「巧妙」な扱い方について、石尾評釈は疑問を持っている⁽²⁹⁾。

③土地の有効利用の考慮は、立法と判例においても見出される。

大西論文は、正当事由を判断する際に、土地の有効利用が考慮されるべきであると主張している。その際に、立法と判例においてもこの考慮が見出されるという。まず、「土地の合理的利用」のかなり強い要請に応じて、宅地政策と土地の立法の二つの活路があった⁽³⁰⁾。宅地の政策と土地立法の共通な背景・要因は「『土地の合理的利用』=『高層化』による『収益性の拡大』」⁽³¹⁾である。このような傾向は、実際借地法改正にも影響を与えた。1966年の借地法改正において、「土地の高度利用」を正当事由に具体的に列挙するのは実現しなかった⁽³²⁾にもかかわらず、改正借地法8条ノ2の「事情変更による借地上権の変更及び増改築の許可」に関する規定が作られて、都市政策的観点がかなり強く入り込んできたのである⁽³³⁾。次に、「土地の

合理的利用」の思想は、正当事由に関する「判例理論にも静かに浸透している」⁽³⁴⁾のである。特に昭和50年代に正当事由の一部緩和が図られ、土地所有者層による土地利用の効率化が促進されていることが明らかである。

第2款 反対説の主張

反対説は、基本的に従来の利益比較の原則つまり双方の必要性の比較を強調している。土地の有効利用に関する主張は二つに分けられる。その一は、正当事由をはじめ土地の有効利用も含めて、新たな借地形態に適用はないという主張である。その二は、正当事由の判断に際して、従来の利益比較の原則を堅持すべきとする主張である。

①借地形態の展開における正当事由制度の低下

本田評釈は、東京地判昭和59・7・10判例（肯定判例）を取り上げて、『借地・借家法改正の問題点』に示された「土地の有効利用」を正当事由の一要素を加える議論について懐疑的な態度をとっている。そして、判決の真意から、土地の有効利用が正当事由との間には、必然的な関係が存在していない⁽³⁵⁾。さらに、借地形態の変化を分析した上、正当事由制度が借地権における現代的な意味が弱まる。この制度についての改正議論も借地形態展開の方向と合致していないと指摘した。

それでは、借地形態について、どのような変化があるか。本田評釈は、旧来型の借地形態とこれからの「都市的土地利用の方式」とを区別して、前者における考え方は、後者の状況に必ずしも適当ではないと指摘した⁽³⁶⁾。したがって、借地の存続はそれほど厳格に守られる必要はない。借地の存続補償とかかわる正当事由制度の役割も相対的に低下している。これらとともに「現在の地主と借地権者の関係は強者対弱者という一元的・固定的なものとして捉えるべきものではなく、多元的・流動的なものに変容しつつある」⁽³⁷⁾。正当事由の存否は、「多種多様な利益状態に応じた柔軟判断を要求されるのである」ため、「問題点」の借地の正当事由を法律上明確にすべきという観点に賛成しないが、それとの関連で具体化の内容をなす土地の高度有効利用という概念自体が必ずしも客観

性のあるものでない⁽³⁸⁾と主張している。

②利益比較原則の堅持

澤野評釈と松津評釈は、判決の利益比較原則の堅持という判例の立場に賛成している。澤野評釈は、裁判例⑦の基本的な考え方は、従来の判例の利益比較原則と同じ方向であると指摘した。すなわち、建て替えや高度利用の必要性を主たる理由とする明渡し請求に対する従来の判例の流れを的確に汲んだもので、賃貸人側の事由と賃借人側の必要性とを比較勘案した結果、本事案ではまだ正当事由を充足するには至っていないとされたものである。他方、松津評釈は、「周辺の地域性など高度利用等の相当性判断」を客観的事情として、賃貸人・賃借人の利用の必要性を主観的事情として区別している⁽³⁹⁾。その上、学説・判例に定着された考え方は、「賃貸人の事情のみならず賃借人の事情をも考慮し、その比較衡量によって決する」こと、つまり主観的な必要性を中心として正当事由の有無を判断することであると指摘した。裁判例⑦の判決は、敷地の有効利用、再開発の客観的必要性の認定にまで踏み込むことなく、賃貸人の必要性の内容と計画の不確定さ、公共事業によらないこと等から、賃借人の使用の必要性との関係において、正当事由が認められなかった。

小川評釈は、当該判決の「正当事由の判断に際して都市再開発による土地の高度利用が問題とな」って、正当事由を否定したことについて、賃貸人の主張する再開発計画が具体性に乏しいものであるなら格別、その計画が事前に開示されない点を問題にしているのは疑問がある。むしろ、賃借人側の利益（主に営業利益）が賃貸人側のそれに勝っていた点、しかも、それに対して十分な補償をする努力を賃貸人が欠いている点が問題とされている⁽⁴⁰⁾。つまり、従来の正当事由における双方の使用の必要性の比較から、賃貸人の主張を否定する見解である。評釈は、このような見解に賛成している

水本論文は、借地・借家法改正における土地の有効利用問題を提起する背景を分析したうえ、借地・借家法の立法ならびにこれまでの改正におけ

る「地主・家主と借地人・借家人の対立利益の調整」を目的とした方向と異なって、土地の有効利用の主張は、「市街地再開発の必要性という外部的なモメントが入ってきた点で特殊な性格を帯びるに」⁽⁴¹⁾ 至ったことを示しており、「土地所有者による当該土地の有効利用の必要性及び相当性」を正当事由に加える傾向にあることを指摘した。その上で、水本論文は、「外部的に公益的な市街地再開発の必要性という事情は、いわば双方の個人的事情を超える次元の社会的な事情というべきである。正当事由の判断の基準は利益比較の原則である、土地の有効利用という次元的な社会事情の考慮ではない」と指摘して、利益比較の原則を堅持している。

第2節 土地の有効利用と公私問題

この問題に関して、賛成説は、土地の有効利用の考慮が社会的要請と合致しているため、私益を犠牲することにならないとみる。反対説は、土地の有効利用は公的考慮であるが、私益を調整する借地・借家法の考えとは、反対の方向であるため、絶対に賛成できないとする。このような議論は、公と私との関係についての理解と関連していると思われる。具体的にどのような理解がなされているのか、賛成説と反対説のそれぞれの主張を分析しよう。

第1款 賛成説の主張

賛成説は、地域の社会・経済的発展の寄与から要請される土地の有効利用は、正当事由判断に際して考慮されるべきと主張している。その主な理由は、1985年に法務省が公表した『問題点』⁽⁴²⁾に指摘されている。すなわち、①正当事由の存否は、「単に当該土地の利用の必要性が土地所有者と借地権者のどちらにおいて強いのか、という事情だけではなく」、その時代時代の経済社会事情や当該地域における土地利用の一般的状況等を踏まえた土地利用の在り方をすべて考慮に入れて判断されるべきものである。②土地の有効利用は、公益的な性格を有している。ここでの公益性概念は、公共性概念と同じ意味であろう。

それでは、賛成説にとって、公共性・公益性の考慮は、私的利益とどのような関係にあるのか。

①「借地法はたしかに原則としては「私法」であり、土地所有者層と借地人層の利害を調整する役割を持った法であることは疑いのないことである」⁽⁴³⁾が、「土地の合理的な利用」は、借地法の私法的な位置を原則として変更させない、「借地人保護という借地法の基本原則を崩壊させない」と主張している。②「土地の合理的利用」＝「高層化」が近代都市のあるべき姿である。借地の土地利用の在り方は、都市全体における土地利用の在り方に拘束されるものであり、借地だからといって例外ではありえない。③私法としての借地は、「都市における土地利用の在り方と今や密接不可分の関係になりつつあるので、土地利用を定める法律群との総体的検討のもとでの理論的深化が必要である」⁽⁴⁴⁾。しかし、この問題について慎重な再考の余地もまだある⁽⁴⁵⁾。

第2款 反対説の主張

反対説の主張と観点は様々である⁽⁴⁶⁾。ここでは、公と私の関係を中心として、次のようにまとめておきたい。

①再開発における公と私

村田評釈は、まず、「都市再開発の公益性が『正当事由』の判断においてどのように考慮されるべきかは微妙な問題である。それは再開発計画の内容の必然性や実現可能性と関連する」⁽⁴⁷⁾と指摘した。次に、「都市再開発」概念は「多義的で必ずしも共通の認識において使われているとは思えない」⁽⁴⁸⁾と指摘しながら、都市再開発について都市再開発事業（「公」）と民間の再開発事業（「私」）を区別した。「民間の再開発事業」は、民間のデベロッパーによる再開発事業である。「市街地再開発事業」は、国・公共団体による「公共事業」である⁽⁴⁹⁾。前者の目的は営業つまり私的な事業であるが、後者は公的な事業である。両者は、峻別されるべきである⁽⁵⁰⁾。

澤野評釈においては、「公」は、土地の有効利用に関する国家的または社会的な強い要請である。これに対して、「私」は、私権としての借地借家権

である。「公益的見地」から見ると、都市中心部において再開発・都市の再生が推進されるべきである。再開発により土地の有効利用、高度利用を図るべきである⁽⁵¹⁾。他方、既存の建物及び其の敷地には、借地・借家権その他の私権が付着しており、かかる私権を犠牲にしてまでも土地の有効利用が促進されなければならないほどの公益性は認められない。

水本論文は、まず市街地再開発を、地方自治体が施行するものとデベロッパーが施行するものと二つに分けている。次に、デベロッパーによる再開発にも、私的利益に関する必要性和公益上の必要性和二つの場合がある。私的利益に関する必要性の場合には、「市街地再開発という事由のみで、解約申し入れないし更新拒絶の正当事由が具備されることになるまい」。問題になるのは、デベロッパーによる公益の再開発の場合である。この場合には、正当事由の有無の判断において、賃貸人の個人的諸事情と賃借人の個人的事情を比較考慮するという原則とは異なる問題が提起される。すなわち、「市街地再開発が公益的立場から必要であると判断される場合に、施行区域内に存在する借地・借家については、再開発の必要性という事情のために賃貸人の正当事由が認められ、賃貸借は一方的に終了するという立法措置がとられるべきかどうか」が問題になる⁽⁵²⁾。

公と私についての理解と区別の基準は、村田評釈と水本論文とで必ずしも一致していないように思われる。村田評釈によると、「公」は、「市街地再開発事業」つまり都市計画法による再開発また公共事業である。これに対して、「私」は、民間のデベロッパー事業である。しかし、水本論文によると、公と私の問題はすべて民間デベロッパーによる再開発レベルの問題である。つまり、デベロッパー事業にも、私的利益上の必要性に基づく場合と、公益上の必要性に基づく場合の二つの場合がある。後者の場合には、公益上の必要性和賃借人の私的利益の保護との間に公と私の問題が生じる。

②再開発における公と私の関係

以上のように、学説は、公と私の内容について一致していないにもかかわらず、基本的には公私峻別の立場に立って、公と私の関係について次のように述べている。

村田評釈は、第一に、「都市再開発事業」と民間デベロッパー事業の区別は、「一般の市民のレベルで分かり難い」と指摘した。その原因は、次の点にある。すなわち、「都市再開発事業」は結局民間レベルの都市再開発計画によらなければ土地のより有効な高度利用が実現できない。また、「計画地域内の住民、特に借地人、借家人は、単に民間デベロッパーが営業目的で行う再開発事業であってもそれが公的な事業であると考えて」いる⁽⁵³⁾。第二に、民間の再開発事業は、特に「都市全体の機能の更新を図り、公共の福祉に寄与するもの」⁽⁵⁴⁾である場合には、全体的な都市計画の上立って、公的規制の下で行うべきであると主張されている。第三に、民間の都市再開発事業は、単に営利的目的のみで全く意味のない事業ではない。ここでの「公」は、「都市再開発法の趣旨」に基づくものと「公共の福祉」との二つの意味を含んでいる。

澤野評釈は、まず、土地の有効利用・高度利用に関して、公益性の理由で私権を犠牲するのは許されないと主張している。「もっとも公共公益性を有する公共事業においても、私有財産権ないしは私法上の権利関係、事実状態に対しては正当な補償がなされて」いる。ここで公共事業とは別に、再開発事業の正当性を認めても、私法上の建て替えはどのぐらいの補償がなされるべきかが一つの課題になる⁽⁵⁵⁾。まさに私権の保護と公法的規制とを峻別する立場であろう。次に、土地の有効利用という国家・社会的要請と土地・建物利用権の保護にかかわる正当事由制度との両者の関係が正しく調整されないと、「悪質な地上げ屋がはびこり、ゴネ得を助長し、ひいては地価の高騰へと至るのである」⁽⁵⁶⁾と指摘された。

小川評釈は、土地の有効利用が「単独で正当事由の中に取り組むことは、借地法・借家法が目指した賃借権の存続保障を崩壊せしめることにな

る」⁽⁵⁷⁾、つまり借地法・借家法の基本理念との反対方向の考えであるので、公と私を峻別する立場から、このような考えは絶対に賛成できないと強調している。

水本論文は、まず、土地の有効利用という外部的事実情は、双方の個人的事情を超える次元の社会事情と判断して、公益性があるデベロッパー再開発に限定して、公益性の理由で、私権を犠牲することについて次のように述べた。①再開発の施行者は、賃貸人のみに限らず、第三者であることが多い。したがって、市街地再開発の公益的必要性が正当事由を充足させるとしても、それによる借地・借家の終了に伴う利益をすべて地主・家主に帰属させることは不公平である⁽⁵⁸⁾。②当事者の個人的事情以外の事情によって、権利の存否が左右されるのは、非弾力的な法的処理で、不合理である⁽⁵⁹⁾。③再開発が、公益性の理由で、社会的立場から必要であると認定された場合でも、それがストレートに借地・借家法上の正当事由の充足事由に結びつけられて借地・借家人が追い出され、地主・家主が漁夫の利をうることになれば、「まさしく憲法 29 条 3 項の精神にも反する結果となり、違憲に等しい立法措置となる」⁽⁶⁰⁾。次に、「人権型借地借家人と市街地再開発との利益調整」が図られねばならない。一方、居住用借家人、定着型居住用借家人および生業型借家人はいわゆる「人権型借地借家人」である。彼らの生存権的利益と財産権的利益の保護が重要である。他方、市街地再開発は公益的立場からも必要であるが、「市街地再開発は社会公共の福祉に合致するものである」⁽⁶¹⁾。水本論文は都市再開発における、このような公私関係について、次のような主張を述べた。①「公益と地主・家主の利益とを混同し、公益に名を籍りて、地主・家主の利益に一方的に墮するような内容を持つてはならない」。②「公益だからといって、無条件に正当事由を認めることになれば、借地・借家人の利益は不当に侵犯され、地主・家主は不当な利得を取得する」。③「公益上市街地再開発を進めることが社会的課題であるとするれば、借地・借家人の既存利益は、たとい金銭的換価し

て保護するとしても、減額されることのないような合理的システムを作り出していくべきである」⁽⁶²⁾。以上のように、水本論文は公と私の峻別に立って、土地の有効利用を正当事由の判断の一つの事由として考慮する主張・傾向に強く反対している。

③再開発における公と私の関係の調整方法

土地の有効利用に関する国家・社会的な強い要請と借地借家権の保護を犠牲する恐れを調整するという困難な問題について、反対説は、土地の有効利用という公的要素の考慮を無視せず、公と私の関係の調整について、賛成説と比べて、積極的な態度で検討している。つまり一定の場合に条件づきで土地の有効利用が考慮されている。

ア) 賃借人の類型

小川評釈は、一定の類型・地域内においては土地の有効利用の考慮を認める。まず、賃借人の類型化の必要がある。一定の賃借人（たとえば営業用賃借人）に関しては、他の要素とともに「土地の有効利用」を正当事由に取り組むことができる。次に、立法論において、限定された地域で、土地の高度利用を促進するために、正当事由に取り組むことが考えられる。

澤野評釈は、従来の判例における高度利用と正当事由の関係を分析したうえで、必要性を建て替えるの必要性と再開発の必要性とに分けて、それぞれと正当事由との関係を論じている。建て替えるの必要性は、賃貸人の自己使用の必要性またその他の正当事由とのかかわりあいであるため、「正当事由の中に位置づけることが妥当」である。これに対して、「再開発の必要性」は正当事由とは別個の問題であるが、「立法論上は他の特別法の中にその権利調整の方法と共に規定されるべき」⁽⁶³⁾であると主張している。

水本論文は、まず、都市の再開発の実現のための利益調整方法について次のように述べている。①施行者としては、借地権者・借家権者が存在しない区域の再開発のほうがやりやすい。②借地人・借家人の受けた不利益・損失を立退料のような形態（実質上の損失補償）で適当に補填するべ

きである⁽⁶⁴⁾。③地主・家主と借地人・借家人との間に利益調整のルールを設定することとその具現化が必要である⁽⁶⁵⁾。④土地の値上がりへ寄与した価値としての借地権価格と借家権価格を認めることも重要なことである。次に、借地形態・借家形態を類型化し、借地関係・借家関係の多様化・類型化に応じて「補償（財産上の給付）の内容も違ってくる」⁽⁶⁶⁾と指摘した。借地諸形態⁽⁶⁷⁾のなかで、もっとも問題となるのは、居住用借地人、定着型居住用借家人および生業型借家人の生存権的利益と財産権的利益の保護である。つまり、都市再開発において、「人権型借地借家人と市街地再開発との利益調整」が大きな問題になる。

イ) 地域住民の参与

村田評釈は、都市再開発において、開発利益は本来の目的ではなく、「都市における土地の有効利用を可能にするという公益性が優先されるべきである」と主張する。この公益性を実現するためには、当該地域の住民（借家人も含まれる）の理解・協力・計画に対する意見等を考慮しなければならない。「都市再開発事業は、都市再開発法に基づくものであれそうでないものであれ、既に都市の一部として住民が活動している区域の建築物に建替えて、都市における土地の高度な有効利用を図ることを目的とする」。したがって、地域住民の生活に直接に影響を及ぼすことになるが、「何よりも当該地区の住民の協力が必要である」。住民特に賃借人（借家人）の再開発計画に対する意見を計画の内容に反映させ、彼らの権利確保に活かすべきである⁽⁶⁸⁾。以上のように、公益性を実現するため、公益性を有する土地の有効利用と住民・賃借人等の利益の調整も一つの課題として提起されている。

第3節 近時の学説の動向

新法第6条は、これまでの裁判例で採用されてきた正当事由の判断基準を列挙した⁽⁶⁹⁾が、法改正をめぐる議論の中で強く打ち出されていた「土地の有効利用」の文言は、結局採用されなかった。その後、正当事由・土地の有効利用についての議

論は沈静化状態にあるが、若干の注目すべき議論も出ている。以下では、そのような議論として大西論文⁽⁷⁰⁾、升田論文⁽⁷¹⁾、吉田論文⁽⁷²⁾の三つを取り上げて、土地の有効利用についての近時の学説の動向を検討する。

第1款 「土地の有効利用＝正当事由の拡大」論

大西論文は、新法までの正当事由に関する改正過程の議論を再整理した上で、明確化・拡大化・補完機能の固定化・遡及適用化・適用排除化・適用多様化の六つの視角から、正当事由を考察している。「土地の有効利用」問題は、「拡大化」のところで次のように検討されている⁽⁷³⁾。

まず、大西論文の評価によれば、土地の有効利用に関する「土地の存する地域の状況」と「その他一切の事情」という文言が新法に採用されなかったことは、結論的に言えば妥当であった。これらの文言は、「明確化」の対象ではなく、むしろ正当事由の「拡大」に属するものだからである⁽⁷⁴⁾。「要綱試案」の段階では、土地の「有効利用」といった直接的な表現は回避されていたが、実質的には、他の文言を提示して、正当事由の「拡大化」志向をまだ維持していた⁽⁷⁵⁾。「要綱試案の説明」におけるこれらの文言についての説明内容から見ると、その点は明らかである。このような手法は、新法の関係条文についての解説においても見出される。新法第6条の「土地の利用状況」についての寺田解説⁽⁷⁶⁾は、正当事由の「拡大化」を正面から認めているのである。これらは、「土地の利用状況」の中身がかなり拡大されて、以前から危惧されていたように、経済的利益に基づく土地の有効利用が、この文言の解釈の中で当然に考慮され得るということを意味している。大西論文は、このような「拡大」という考え方は排斥されるべきと指摘した。

大西論文は、以上のように、「拡大化」という角度から見ると、私法たる借地借家法に土地の有効利用等公法的な要素を持ち込む傾向がまた高いことが歴然としておりと指摘した。このような拡大化の議論について、大西論文は、借地借家法と都市計画法・建築基準法との整合性についての研究

が今後の課題であるが、現時点では民事基本法である借地借家法に「土地の利用状況」という文言を通して「公的判断要素を極力持ち込まない解釈が良い」と⁽⁷⁷⁾主張して、正当事由に「土地の有効利用」を加える傾向について否定的な態度をとっている。

第2款 「土地の有効利用」問題の再提起

大西論文に指摘されたような正当事由の拡大化の議論は、今日も存在するが、他方、升田論文は、正当事由における「土地の有効利用」問題の特徴と土地の有効利用に関する内容について分析することを通して、正当事由を判断する際に土地の有効利用を考慮しなければならないと強調している。

升田論文は、第一に、土地の有効利用が問題として提起された背景について次のように指摘する。すなわち、急激な社会・経済事情の変動とともに、正当事由は、一方で借地権の存続を図るために有用であったが、他方で借地権が硬直化し、借地の供給を阻害している⁽⁷⁸⁾ため、より多様化・合理化された借地関係が必要となった。土地の有効利用は、まさに借地・借家関係の多様化・合理化に資するのである。第二に、借地の場合は借家の場合と異なり、「土地を有効利用・高度利用することができるのは、必ずしも賃貸人だけに期待されるわけではなく、借地人が借地の有効利用を図ることも合理的であることがある」⁽⁷⁹⁾。また、土地の有効利用・高度利用を借地人に行わせることも法制度上可能である。第三に、土地の有効利用・高度利用は、賃貸人によって主張されるその具体的な内容が事案によってまちまちである。実務上、土地の地域性、土地の利用状況等も正当事由の判断にあたって考慮されている⁽⁸⁰⁾。したがって、新法の条文に明示的に取り入れられているものではないが、正当事由の判断に当たって、これらの要素が考慮されることは否定できない。升田論文はまた、最近の土地の有効利用・高度利用が問題になった裁判例を概観し、正当事由判断に当たって土地の有効利用・高度利用に関する有力な諸事情をまとめている。

升田論文の基本的な考え方によれば、正当事由の判断に当たって、土地の有効利用を考慮しなければならない。その具体的な手法としては、借地借家法に定められた条文の内容をより拡大して、土地の有効利用に関する諸要素を正当事由制度に組み入れるという方向が提示される。このような方向は、佐藤哲治論文⁽⁸¹⁾においても見出される。

今日においては、バブル経済の崩壊とともに、土地の有効利用という正当事由を認めて、借地・借家の賃貸借関係を終了させるという要請は、あまり顕著にはなっていない。このような状況で、この問題を提起する真意は、不明である。また、升田論文・佐藤論文における土地有効利用の重要性とその具体的内容等についての論述は、法改正の過程で議論されたことと基本的に同じ内容である。さらに、升田論文も佐藤論文も、土地の有効利用に関する諸事情と正当事由の条文との関係についての解釈は、大西論文で指摘された「拡大化」の手法を採用するものと思われる。しかし、以上の点から、新法に取り入れられなかった土地の有効利用に関する諸要素が、実際には関連条文についての解釈に含まれていることが分かった。土地の有効利用や地域の状況という文言が条文上から排除されても、この問題についての検討は、一つの課題として残されているのである。

第3款 競争関係の純化における法的調整

以上のように、正当事由の判断で土地の有効利用に関する学説の議論は、改正過程での議論と同じレベルに止まっている。従来議論は、地主・借地人という私人間の争いで有効利用という公的なものを考慮してよいかという問題のたて方をしているが、これと異なる問題のとらえ方が提示された。それは、競争関係に基づく供給者・需要者の利益調整並びに土地利用秩序に関する吉田説（ここでは競争関係純化説と呼ぶ）である。

吉田克己教授は、まず、借地借家法改正の過程で現実の問題になった競争を「供給促進による供給者間の競争の創出」と「需要者の競争の創出」とに分けている⁽⁸²⁾。そして、需要者間の競争に関しては、競争関係の不平等と異種目の土地利用形

態の競争という二つの特徴を指摘している⁽⁸³⁾。「異種目」間の土地利用の競争関係を調整するための第一次的な法的手段は、「土地利用計画」である。土地利用計画は、「競争が生じる市場を細分化して、土地利用間の競争関係を純化する機能を持つわけである。そこでは、企業は企業と、市民は市民と土地利用に関する競争を展開することになる。それはまさに、公平な競争関係を確保することを意味するであろう」⁽⁸⁴⁾と主張している。

しかし、吉田論文の指摘によれば、日本の土地利用計画制度は、以上のような土地利用に関する公平な競争関係を創出するものとはなっていない。利用規制の緩さがその特徴となっているからである。土地利用の在り方をめぐる競争は、白紙の土地を対象とするのではなく、現に利用されている土地を対象している。このために、既存の土地利用者が利用権に基づく存続保護を享受すると、他の需要者の競争を排除する状態になる。これは、「企業を主体とする特定の土地需要に対する市民の抵抗を保障するものに他ならない」ものである。このような抵抗が依拠するところは借地法・借家法である。このような機能を借地借家法に期待することは、「私人間の利害調整規範である借地法・借家法に対する過剰な期待であり、それに過重負担をもたらすものである」。「利用権保護とりわけ『正当事由』制度による存続保護」⁽⁸⁵⁾が日本においてとりわけ手厚いものであることは、そのような借地法・借家法の過重負担の表現である。

ところで、右の過剰負担を除去するためには、土地利用計画制度の整備が前提条件となる。土地利用計画制度に関する条件整備を先行させることなしに右のような利用権保護を切り捨て、「利用権の主体たる市民を企業との土地利用をめぐる競争関係に投入すること」は、「社会的公平確保の観点から慎重であるべ」⁽⁸⁶⁾きである、というのが吉田論文の主張である。上の土地利用計画制度は、まさに公法的な規定である。この意味で土地の利用関係の純化と土地利用秩序の形成は、公法上の規制に委ねられる。このような競争関係の純化および新たな土地利用秩序の形成という発想は、今ま

での議論と別の方向でそれを深める意味を持つであろう。

それでは、純化された地域（たとえば、居住地域）の再開発におけるデベロッパーと住民間の公平な競争は、何に基づいて展開されるのであろうか。双方とも、一方で私的な利益を有することはたしかであるが、他方で、居住地域の安全性・快適性・利便性など良好な環境を形成することも目指していると思われるべきであろう。そこでは、土地の適切・合理的な利用も考慮されるべきであると思う。この意味で、当該地域の再開発における公平な競争は公共性（市民的な公共性）に基づいて行われなければならないであろう。

以上検討した近時の学説の動向をまとめると、二つの方向が見出された。一つは、法改正過程に議論されたこと、つまり正当事由の拡大を再び強調する方向である。その内容と研究方法は、従来学説や判例の態度を踏襲するものであり、そこには、問題解決を展望しうる示唆は見出されないようである。他の一つは、競争関係の純化で、そのような観点から土地利用秩序の再構成を志向するものである。私人間の利害調整規範である借地法・借家法に過剰な期待、過重な負担を除去するためには、公法たる土地利用計画法を整備することが喫緊の課題である。土地利用計画等公的法制度の整備によって、合理的かつ公平な私的競争関係を創出することが必要である。

第3章 「土地の有効利用」に関する議論の到達点

第1章と第2章において、「土地の有効利用」に関する裁判例と学説を分析した。ここで、従来の議論の到達点およびその不十分性を指摘しておきたい。

第1節 裁判例の到達点

土地の有効利用を理由として正当事由を認めるか否かについて、裁判例は、大きく分かれていた。肯定判例は、土地の有効利用（二次的な要素）に基づく正当事由を認める。その主な理由は、土地

の有効利用が社会経済的な要請であることである。具体的には、係争土地の地域性および賃借人による土地利用の不十分性等をあげる。しかし、土地の有効利用という理由が、単なる地域の社会経済の発展に寄与する点と公法上の規制を考慮する点に止まっているのは、不十分である。また、社会経済的な要請を考慮しても、公的介入の言葉を明言していない。さらに、私権と公的介入の関係についても議論していない。したがって、公と私の関係について、肯定判例自体もまた近代的な考え方をとっていると見られる。これに対して、否定判例の基本的な傾向は、公と私を峻別して、地域社会の発展の観点からは、賃借人の有効利用・高度利用が認められても、関係者利害調整の基準は、必要性の比較（利益比較）であるとし、それ以外の公的要素・公的必要性の考慮を否定している。

要するに、肯定判例・否定判例は、結論こそ対蹠的に異なれ、その考え方は同様に近代的なものである。つまり双方とも、公と私の関係を再構成しないで公的介入ができるか否かだけを考えている。

また、公的介入をしうるか否かとは別に、双方とも「公」と「公共性」を明確に区別していない。公共性と公法上の規制とを混同し、公共性概念の重要な意義を認識していない。実際、肯定判例は、地域社会・経済の発展に寄与するものは、市民側にかかわる「公共性」を中心に公法上の規制もあわせて考慮していると思われる。判例分析から分かったのは、いわゆる「公」には、国家側にかかわるもの（公法上の規制・公共事業）と市民側にかかわるもの（地域社会・経済・文化の発展に寄与）との二つのレベルのものがあることである。後者は、「公共性」（市民的公共性）と呼ぶべきものであって、前者の「公」（狭義の「公」）とは明確に区別されるべきである。

第2節 学説の議論の到達点

学説は、「土地の有効利用」を正当事由判断に際して考慮すべきかという問題について、基本的に

賛成と反対の二つの立場に分けられる。議論の到達点は、大きな差があり、それぞれの理論根拠も違っている。

賛成説の根拠は、正当事由存否の判断については、時代の経済・社会事情の要請を考慮しなければならないことである。土地の有効利用は、社会・経済的な事情として公共的な性格を有している。また、借地の土地利用の在り方は、都市全体における土地利用の在り方に拘束されるべきである。したがって、「土地の有効利用」によって、私法たる借地借家制度に介入することは、当然のことである。しかし、賛成説は、肯定判例と同じく、私的利益調整と公的介入との関係および公的介入できる理論的根拠については議論していない。

これに対して、反対説は、公と私の概念について理解が一致していないにもかかわらず、議論の共通の根拠は、公私関係の峻別・対立である。すなわち、私権たる借地借家権に対する公的介入は、本来的に禁止されるべきなのである。その介入を認めるなら、私権を犠牲にするおそれがあるからである。もっとも、反対説には、公私峻別の立場に立ちながら、社会経済的な要請という公共性・公益性の考慮と私的利益保護との調整方法について積極的に検討して、条件付きで公的介入を認める傾向も見られる。しかし、その条件付き公的介入の根拠は、明確ではない。また公私関係の再構成しないで公的介入を把握しているため、条件付きで公的介入を認めるレベルに止まっており、基本的には消極的な態度を採っている。

以上のように、判例と同じく、学説も公共性と「公」の概念を区別せず、市民に関わる地域社会・経済的発展に寄与する公共性の意義を認識していない。

また、近時の学説において、従来の研究方法と異なって、競争関係の純化で、土地の利用秩序の再構成を志向する研究方法も出てくる。

第4章 「土地の有効利用」と公私関係の再構成

土地の有効利用を理由に正当事由を認めることは、社会・経済の発展からの要請である。他方、

土地の有効利用の公益性を強調しすぎると私法たる借地・借家法上の私権が犠牲となるおそれもある。このようなアンビヴァレントな状態に直面して、根本的な解決方法はいまだ見出されていない。今までの議論は、賛成説も反対説も、基本的には公私の関係を峻別し、その上で、私的利益を調整する際に公的・公益的な要素を考慮すべきか否かだけを考えている。本稿の立場から見ると、このような枠組みは、問題を解決するのに決定的に不十分である。ここで、最も重要なのは、現代社会における「公法と私法の区別を体系上解消」⁽⁸⁷⁾し、公と私の関係を再構成することではなかろうか。以下では、そのような観点に立ちつつ公的介入の内容を細分化して捉えた上で、公的介入の一種類である市民的公共性（公益性）を中心に、公的介入できる根拠とその方法を検討したい。なお、これらの問題を検討する際に、近時公表された吉田克己教授の「現代市民社会の構造と民法学の課題・1～15」⁽⁸⁸⁾と題する壮大な論考が示唆に富む。以下では、そこで示された研究方法と外郭秩序理論・市民的公共性理論から示唆を受けながら、本稿の主題を展開することにしたい。

第1節 私法たる借地・借家法への公的介入

裁判例・学説において議論されたのは、私法たる借地・借家法の領域に公的介入しうるかである。ところで、実際には、正当事由制度の創設およびその運用は、すでに典型的な公的介入であった。正当事由制度の創設の目的は、解約自由の原則を制限し、家主の不当な闇家賃要求に歯止めをかけることであった。また、正当事由の運用は、判例の展開の中で変化し、利益比較原則が導入されたが、それは、借地権、借家権の存続保護のためであった。これらの展開の中で、正当事由は、「住宅の利用という財の配分を、市場や当事者の自治によってではなく、裁判官が後見的に行うための制度として」機能していくことになった。これは、「厳密には法的判断ではなく一種の政策判断であり」⁽⁸⁹⁾、まさに一種の公的介入である。したがって、私法たる借地・借家法に対して公的介入しう

るか、また、正当事由の判断に際して土地の有効利用という公的な要素を考慮すべきか否かという議論は、理論上あまり大きな意味がない。公と私の在り方およびその関係の再構成こそが、今日において、借地借家法に限らず、様々な領域で議論されるべき課題である。

それでは、1980年代から提起された土地の有効利用の問題の実質は何であろうか。それは、「住宅（建物）の基盤となっている土地利用の配分」である。つまり、「住宅や生業用の建物利用という生活世界に属する土地利用形態からオフィスビルなどの経済システムに属する土地利用形態への転換の可否」の問題である⁽⁹⁰⁾。正当事由制度による存続保護は、土地所有権の独占機能の一部を利用権に乗り移らせた。土地の有効利用問題が提起したのは、存続保護を伴った利用権の独占機能の緩和が問題となってきたことを意味するものであった⁽⁹¹⁾。従来の日本の利用権保護とりわけ正当事由による存続保護は、比較法的に見ても手厚いものである。ところで、本来は公的制度が担うべき「土地利用転換抑制機能」を借地借家法に期待するのは、過剰な期待と言わなければならないのである。過剰な期待は、私法たる借地・借家法に過重な負担をかけていた。土地の有効利用の考慮等による利用権保護の緩和措置は、まさに、この過剰な負担を除去することを目的とする。しかし、土地利用秩序の不整備という過剰負担の原因に触れないまま「負担を除去することは、土地利用計画制度や社会住宅政策の不十分性のしわ寄せを今度は利用権者に押し付けること」を意味する。これは、妥当な方向とはいえない。過剰負担の原因を除去するのは、主として土地利用計画をはじめとする公的制度の任務と見るべきである⁽⁹²⁾。これが公的介入であることは、いうまでもない。

第2節 「公」と「私」の関係について近代的な観点

右のような公的介入の現実にかかわらず、学説の大勢が私法たる借地・借家法に公法的観点を組み入れるに強く反対するのは、なぜであろうか。

本稿の以上の分析からすると、その主な原因は、いまだに公と私の関係について近代的な理解に止まっているところに求められる。そこで、まず公私に関する前近代的観点と近代的観点を分析しておこう。

前近代社会においては、国家のパワーが至上であり、個人ないし社会の利益は、国家に吸収されていた。公と私は基本的に分別されていなかった。私的利益は、公（国家）に食われてしまっていた。「私」の概念があっても、それは「自己否定または謙辞の意を込めた自称、或いは他からの非難の言葉であった」⁽⁹³⁾。「私」なる者は元来その存在を認められる者ではないので、公に対峙するものではない。つまり「私」は、「公」として妥当している範囲でだけ認められる。したがって、前近代的公私観においては、「私」と云っても、それが社会に認められている場合は、その実体は「公」なのである。つまり、公私の別は曖昧であり、未分離である⁽⁹⁴⁾。このような公私観において、「公」と「私」という異質的なものが融合的に共存するという互いに入り組んだ構造があるのではなく、実は同質なものである⁽⁹⁵⁾。公私とはいっても、実は「私」は実質では「公」なのであり、そのようなものとして社会的に認容されていたのである⁽⁹⁶⁾。これは、今日において、国の中に多くの「公」が併存しているという意識（例えば、会社と国家の関係）にも影響を残しているであろう。「公」と「私」とは異質であるという観点が存在しなかったわけではない。それは、たとえば荻生徂徠の公私観に見出される。しかし、それは、前近代日本社会における主流の見方ではなかった⁽⁹⁷⁾。

ところが、商品流通の発達・市場経済の発展とともに、市民の権利の尊重と保護の要求が強まってきた。市民革命の成果の一つは、公と私の峻別である。実際には、その結果として、私的利益の尊重・保護が強調されている。これは、本稿の対象に即して言えば、不動産賃貸借秩序の最初のところに現れている。つまり、土地・建物は、ほかの商品賃貸借関係と同じように、契約自由・自由競争の原則に基づくことになる。

公と私を峻別した結果として二つのことが生じた。一つは、公と私の間での中間的領域の形成つまり市民社会の形成である。もう一つは、私権濫用である。自由競争の秩序は、社会全体の秩序に帰属しているが、土地・建物において、絶対的な自由競争は社会に大きな弊害をもたらした。たとえば、地震売買、深刻な住宅難等である。したがって、賃貸人と賃借人との間の合理的な秩序を形成するため、借地人・借家人（競争における弱者）の保護を目的とする借地法・借家法、また借地・借家法における正当事由制度が誕生した。これは、まさに国家権力による私権の制限・賃貸借関係の調整を目指した典型的な公的介入である。

ここで「公的介入」とは、国家権力の介入の意味である。市民社会において実質的経済的不平等が顕在化し、そのような不正義に対処するために、国家の市民社会に対する介入が増大した⁽⁹⁸⁾。今回の法改正における土地の有効利用をめぐる議論の基本的な考え方もまた本質的には、同じく私法領域に対する公的介入を志向している。しかし、公的介入の内容が、従来と同じではない。

第3節 現代社会における公と私の関係の再構成

近代市民社会から現代市民社会⁽⁹⁹⁾への展開に伴って、市民社会の構造も変化している。十九世紀の末葉には、近代市民社会から現代市民社会への転換が成し遂げられた。それまで市民社会から排除されていた無産者や女性が市民社会に参加し、その役割が増大したのである。この段階の市民社会は、「現代市民社会Ⅰ」と呼ばれる。これに対し、第二次世界大戦後、とりわけ一九六〇年代の高度経済成長を経て成立する社会は、成熟した現代市民社会つまり「現代市民社会Ⅱ」と規定されている⁽¹⁰⁰⁾。

それでは、現代社会には、近代市民社会と比べて、どのような特徴があるのであろうか。まず、それまで市民社会から排除されていた大衆が市民社会の構成員になって、理念と現実との乖離は埋められてくる⁽¹⁰¹⁾。しかし、その理念による現実の克服過程自体において、「力関係が大きく異なる主

体間での法的関係形成とその帰結としての不正義・不公正という、市民社会における理念と現実の、別の次元での新たな乖離をもたらした⁽¹⁰²⁾のである。この乖離に対応するために、この時期から既に国家法による市民社会への介入が開始する。いわゆる「社会法」の形成である。次に、「生産レベル、消費レベル、生活世界内部、そして非市場領域における生活世界と経済システムの接触面」という四つのレベルの変化が見られ、そのような変化の帰結としての「現代市民社会II」の特徴は、「生産レベルでの法的空間の縮小と性質変化(非法化)と、反面での生活レベルでの法的空間の拡大すなわち法化の同時進行であり、その帰結としての法的空間の拡大と位置の移動である」と総括される⁽¹⁰³⁾。「このような法的空間の拡大と移動に伴う新たな問題領域＝「場」の出現が、古典的な近代法パラダイムの変容を促している⁽¹⁰⁴⁾。近代的な公と私の関係についても、公共性という新たな「場」が出てくるとともに、現代市民社会における公共性に基づいて、両者の関係は、再構成されることになる。借地法も、「これまでのように地主と借地人の利害を調整する私法に止まるのではなく、都市の諸資源をどのように配分するかに関するシステムの1つと考えるべき⁽¹⁰⁵⁾」である。ここで、都市の諸資源がどのように配分されるかを考えるときに依拠すべきは、公共性であろう。

近代的な基本理念は、公と私の峻別であるが、その方法論の背景の基本は「国家と社会＝個人を対立させる二元的・二項対立的モデルであり、しかも法形成においては後者が明確に重視されていた⁽¹⁰⁶⁾。これに対して、現代市民社会においては、物的生活レベルの向上、「国家の市民社会に対する介入」の増大と企業を始めとする「多くの中間団体あるいは社会的権力」の出現などによって、社会は、「多元化し、分節化する⁽¹⁰⁷⁾。これらの特徴とする現代市民社会における公と私の関係については、近代的な峻別より両者間の中間的な領域が注目されている。それでは、この中間的な「場」は、一体どんなものであろうか。これに答える前に、まず「公」概念の変化を分析しよう。

第1款 「公」概念の変化

日本において、「公」という概念は、少なくとも幕末期までは、首長性と公共性を基本的な要素としていた⁽¹⁰⁸⁾。これに対して、近代日本社会においては、「公」は、首長性から国家に変わる。これは、重要な変化である。これに伴って、公共性も国家的公共性として定着した。このために、公共性は、実際国家と同じ意味で、また公共性が国家の一つの機能であると認識され、結局、公共性・公益性は、国家と一緒にになってしまう。したがって、今日において、「公」という概念は、基本的に「国家」と同じ意味で、また、国家の具体化された各級行政の意味で、扱われている。このレベルにおける公と私の関係は、国家利益と私的利益の関係である。土地の有効利用問題におけるこの意味での「公」は、容積率、建蔽率等公法上の規制及び都市計画法に基づく土地開発計画である。この意味での公と私の関係は、峻別されべきである。

しかし、現代社会における土地の有効利用に関する「公」と「私」の議論はそう簡単ではない。この場合の公には二つの意味がある。一つは、前と同じような公法上の規制の意味であるが、もう一つは、本稿において取り上げた裁判例において見られた地域社会的・経済的発展への寄与等の要請である。つまり、市民的公共性である。判例と学説は、このような二つのレベルの「公」の内容を含み、明確に区別していなかった。土地の有効利用の理由で正当事由を認める中心的な役割を果たすのは、むしろ地域社会・経済発展に関わる市民的公共性であろう。このような市民的公共性は、公と私の中間的な「場」と位置づけられる。

第2款 公共性(公益性)における公私関係の再構成

都心部再開発における土地の有効利用を根拠として正当事由が認められるか否か、という問題は、賃借人と賃貸人の競争関係が弱肉強食的な市場原理に基づいて展開するのか、あるいは公正な競争秩序で展開するのかの問題である。従来のような、市場における問題は市場から生み出される自生的秩序によって解決されるという立場は、まさに公

と私の峻別理論を持ち込むことを意味する。しかし、「市場は、すべての市民にとって接近可能な形で開かれているがゆえに、『公共圏』と呼ぶべき空間を形成する（もちろんそこで行われる取引＝私人間の交通自体は私的性格を持つものであるが）。公共圏においては、市民は自由に交通するとともに、自由な交通についての安全を享受すべきである。そのためには、市場における主体の無制約の行動の自由は認められるべきではなく、一定のルールがどうしても必要になる」⁽¹⁰⁹⁾。このルールは、公正な競争秩序を形成することである。公正な競争市場・秩序を形成するためには、公と私の融合的な部分をより重視しなければいけない（市場競争の過程条件の整備である）。

公正な競争秩序は、「財貨秩序」の外郭秩序⁽¹¹⁰⁾である。これは、「基本的には現代市民社会段階で出現する新しいもの」⁽¹¹¹⁾である。市場は、一つの公共圏である。競争秩序は「このような公共圏のあり方を形成するという意味で公共事に属し、公共的性格」を有する。そして、競争秩序において、「市民的公共性」も形成される。ここでの市民的公共性とは、「市場における市民の安全や公正な競争の維持という市民総体の利益を確保すること」⁽¹¹²⁾である。借地について具体的に言えば、土地の利用・再開発における賃貸人また業者と賃借人の関係の調整も、単に市場原理にだけ基づいてなされるべきではない。賃貸人また業者側の再開発事業が営利を目的とするのは、自明なことである。しかし、それに公共性・公益性上の積極的意義がまったくないとはいえない。また、賃借人の使用もこの競争秩序の公共利益を享受すべきである。

近代市民社会において、公と私の関係の中心は、私的利益の尊重である。公的介入を通じて実現される公共性も、国家側の利益にかかわっているため、国家的公共性である。借地法・借家法の制定・改正および正当事由制度の導入・運用等は、これを典型的に現している。しかし、現代市民社会においては、市民側を中心とする公共性の展開が注目されている。例えば、借地・借家法における土地の有効利用の理由として賃貸人の正当事由を肯

定する裁判例において、中心的な理由は、係争土地の有効利用が地域社会・経済的な発展に大きな寄与があることに見出される。土地の有効利用を理由とする再開発事業は、基本的に私的再開発である。開発業者としては、営利を目的としながら、客観的には、地域の発展に寄与することによって、公共性も創出することができる。他方、賃借人として、当該地域に居住・営業していることから、当該地域発展の公益も享受すべきである。土地・家屋の明渡しによって、賃借人は、経済的な利益のほか、当該地域の公益の享受を放棄しなければならない。このような賃借人の公共性保護も問題として提起されている。裁判例において、公共性概念には、公法上の規制と地域社会・経済の発展に寄与することとの二つが見出されるが、議論の中心は、地域社会・経済的發展の寄与のところにある。したがって、裁判例と学説における公共性概念は、市民的公共性を基本としているといつてよい。しかし、本稿に取り上げた裁判例と諸学説は、公共性・公益性概念のこのような二つの内容を明確に意識していないため、単に「公的介入」ができるか否かという抽象的な議論に止まっている。それが、議論が明晰なものにならない原因なのではなかろうか。

国家的公共性と異なって、市民的公共性は、私的関係を調整するに際しても、十分に考慮されべきである。つまり、私法にも、市民的公共性のレベルで公的介入が当然必要である。その意味で、少なくとも、市民的公共性の観点から見た公と私の関係は、従来のような峻別的な関係だけではない。双方は、異質な概念にもかかわらず、融合的に互いに入り組んだ構造が存在するのである。このように、近代市民社会における重要な位置を占めた「私」および「私的自治」等の概念について、現代市民社会において再検討の必要が提起されていると同様に、「公」及び「公的介入」等の概念およびそのあり方も再検討する必要がある。土地の有効利用と正当事由の問題も、このような観点から再構成されるべきである。

おわりに

土地の有効利用を理由として正当事由を認めるか否かに関する裁判例と諸学説の議論は、単に私法に公的介入しうるかどうかのレベルに止まっている。そのために、問題を解決する方向を出すのは、きわめて難しくなっている。本稿は、近時提示された外郭秩序理論と市民的公共性理論から示唆を受けて、現代市民社会における公と私の関係の再構成の角度から土地の有効利用と正当事由に関する検討を行い、次のような結論を得た。①都市再開発における公共性には、公法上の規制の形で現れる国家的公共性と、地域の社会・経済発展に寄与することつまり市民的公共性という二つの内容が含まれる。従来の「公的介入」の概念は、国家的公共性レベルの公共性であろう。市民的公共性については、これまで、十分に意識されていない。②現代社会における公と私の関係は、従来の峻別論だけでは十分に捉えることができない。両者は、融合して相互に入り組んだ構造になっているからである。特に従来のような国家的公共性の偏重とは異なって、現代市民社会においては、市民的公共性の空間が拡大されている。市民的公共性に基づく公的介入は、必要かつ可能である。地域の発展に寄与するという内容の市民的公共性は、借地借家関係の調整において考慮されべきである。③市民的公共性を実現するには、二つのルートが想定される。一つは、市民的参加の具現化、すなわち各領域内に適当な市民参加制度を形成することである。他の一つは、国家による市民的公共性の実現である。これは、国家による公共性の実現であるが、その性格は、国家による国家的公共性の実現とは異なる。

以上は、いまだ具体化の点で不十分な暫定的な結論である。今後は、本稿で示した方向での具体化を図るとともに、対象を広げて借地借家法さらには不動産法一般における公と私の関係を理論化していくよう努めたい。その中で、本稿で示した結論についても、理論的深化が図られることを願っている。

注

- (1) 周藤利一「土地の有効利用と都市整備」都市問題研究平成9年9月号(都市研究会・1997年)100頁以下。
- (2) 土地政策審議会「土地政策審議会答申—今後の土地政策の在り方について—」(平成8年11月21日)日本不動産学会誌11巻4号(1997年)68頁。
- (3) 周藤・前掲論文(注1)100頁。
- (4) 吉田克己「高度利用・立退料・正当事由」法律時報61巻4号(1989年)142頁。
- (5) 澤野順彦編「土地の高度利用と借地・借家法の正当事由」NBL382号(1987年)8頁。
- (6) 稲本洋之助=澤野順彦編『コンメンタール借地借家法』(日本評論社・1993年)3頁。
- (7) 稲本=澤野・同上33頁。
- (8) 野口恵三「一億八、000万円の立退料で正当事由は補完されるか」NBL401号(1988年)62頁。
- (9) 石尾賢二「土地の高度利用と正当事由」法律時報61巻12号(1989年)98頁。
- (10) 吉田克己「民主主義・自己決定権・市民的公共性」法の科学26号(1997年)134頁。「市民社会には、公的領域・公共圏がある。その主要なものは、生活環境秩序と市場秩序である。不特定多数の市民が接近可能なこれらの公共圏において、市民の安全や良好な秩序享受に代表される利益を確保することを、ここでは『市民的公共性』の内容を成すものと理解したい。……そのような理解に立つと、市民的公共性は、単なる手続きに解消されない実体的価値と把握されることになる」。また、吉田克己「現代市民社会の構造と民法学の課題・11」法律時報69巻10号(1997年)74頁以下、同論文・15、法律時報70巻3号(1998年)85頁以下も参照。
- (11) 野口・前掲論文(注8)60頁。
- (12) 石尾賢二「土地の高度利用と正当事由」法律時報61巻12号98号(1989年)100頁。
- (13) 東京地判昭59・7・10判例時報1159号(1985年)130頁。
- (14) 本田純一「土地の有効利用と借地明渡しの正

- 当事由」判例タイムズ 598号(1986年)93頁。
- (15) 村田博史「借家契約の正当事由の判断と都市再開発」法律時報 61巻3号(1989年)104頁。
- (16) 澤野順彦「土地の高度利用と借地・借家法の正当事由—東京地判昭 61・6・16を中心に」NBL382号(1987年)8頁。
- (17) 松津節子「高層ビル建築による敷地有効利用を目的とする借家契約の解約申入れについて、正当事由の存在が否定された事例」『昭和62年度主要民事判例解説』判例タイムズ 677号(1988年)102頁。
- (18) 東京地判平成 1・6・91判例タイムズ 713号(1990年)192頁。
- (19) 小川清一郎「都心商業地における再開発計画に基づく賃貸用ビル建設を目的とする建物賃貸借の解約申入れについて正当事由が否定された事例」法学新報 98巻5・6号(1992年)220頁。
- (20) 大西泰博「四一年の借地法改正とその再検討—土地の合理的利用問題を中心に」法律時報 56巻12号(1984年)23頁。
- (21) 水本浩「都市再開発と借地・借家法—土地の有効利用は正当事由を充足させるか」ジュリスト 851号(1985年)14頁。
- (22) 大西・前掲論文(注 20)23頁。大西論文によって、「土地の有効利用」に関する学説の中で、賛成説と反対説のほか消極論もある。代表的なものは、星野英一教授の主張である。星野教授は、まず、高度利用といった公共的・客観的なファクターだけを問題にするならば、どうして地主の計画はフリーパスとし、借地人の計画は問題にしないのかという疑問が提起している。次に、正当事由の具体的な内容をはっきり書くとすれば、高度利用と、土地の使用の必要性の比較考慮、立退料なり代替地の提供を理由とする三種になるが、やや違った種類の物が並ぶことになってしまう。したがって、一般論としては土地の高度利用を問題にする考え方に賛成しつつも、具体的列挙については消極的で、「正当事由」以外に書きようがないと主張している。
- (23) 鎌田薫=山田伸直「借地関係に於ける正当事由の判断要素の明確化」ジュリスト 939号(1989年)25頁。また、野村豊弘「借地・借家法の改正と正当事由」ジュリスト 851号(1985)24頁。
- (24) 野口・前掲論文(注 8)61頁。
- (25) 野口・同上 63頁。しかし、野口評釈は、「土地の有効利用」という問題を冒頭のポイントのところで提起した(土地の有効利用ということも正当事由になりうるか)にもかかわらず、議論の中心は、実際に立退料の補完的作用のところに止まっている。
- (26) 大判昭和 18・2・12(民集 22巻 57頁)。
- (27) 大阪高判昭和 24・2・28(民集 4巻 6号 227頁)。
- (28) 石尾・前掲論文(注 12)100頁。
- (29) 石尾・同上 100頁。
- (30) 大西・前掲論文(注 20)。宅地の政策としては、1960年の建設省の「宅地総合対策」と1964年に出された「都市地域における土地の合理的な利用のための市街地の開発整備の方策に関する答申」と同年の「既成市街地周辺地域の土地利用について」等がある。土地立法に関する主な法律は、1962年制定された「建物区分所有法」と1963年の「建築基準法」である。
- (31) 大西・前掲論文(注 20)23頁
- (32) 大西・同上 24頁
- (33) 大西・同上 25頁
- (34) 大西・同上 26頁
- (35) 本田・前掲論文(注 14)95頁。本件賃貸人側の主張は、自己使用の必要性ではなく、むしろ土地の高度有効利用である。賃貸人の請求を認めたのは、土地の有効利用外の要素「契約締結時及びその後の事情」が大きく左右している。その意味では、本件は、高齢者の自活のための土地有効利用が問題となったケースというのではなく、この点においては先例性を持つものとはいえないと指摘された。
- (36) 本田・同上 93頁, 94頁。旧来型の借地形態の特徴は、「借地人がその土地のエンドユーザーとなる」ことである。都市的土地利用形態において、①「借地権自体は恒久型のものである必要

- はなくなり、一時的なものであっても差し支えないことになる」；②貸主サイドからみると、建築資金と経営ノウハウとが満たされるならば、借地を存続させておく必要はなく、借地人（デベロッパー）もビル建設による収益と当初の投下資本の回収が図られれば、それで一応の契約目的はたしたことになる」と指摘されてる。
- (37) 本田・同上 95 頁。
 (38) 本田・同上 95 頁。
 (39) 松津・前掲論文（注 17）103 頁。
 (40) 小川・前掲論文（注 19）232 頁。
 (41) 水本・前掲論文（注 21）13 頁。
 (42) 法務省民事局参事官室「借地・借家法改正に関する問題点」ジュリスト 851 号（1985 年）56 頁以下参照。
 (43) 大西・前掲論文（注 20）25 頁。
 (44) 大西・同上 25 頁。
 (45) 大西・同上 25 頁。その理由は、高層化は必然であるし、また経済的効率の観点から土地利用の在り方を考えられているならば、「借地の場合には高度利用に即するために土地所有者に返還せざるをえないとの状況をもたらしてしまう」からである。
 (46) 大西・前掲論文（注 20）23 頁以下参照。
 (47) 村田・前掲論文（注 15）104 頁。
 (48) 村田・同上 104 頁。
 (49) 村田・同上 104 頁。「市街地再開発事業」は「市街地の土地の合理的かつ健全な高度利用と都市機能の更新とを図るため、都市計画法及びこの法律で定めるところにしたがって行われる建築物及び建築敷地の整備並びに公共施設の整備に関する事業並びにこれに附帯する事業」（法二条一号）である。民間のデベロッパー事業は「一区画の土地について所有権を取得したり、借地したりして行う再開発事業」である。
 (50) 村田・同上 104 頁。
 (51) 澤野・前掲論文（注 16）8 頁。
 (52) 水本・前掲論文（注 21）14 頁。
 (53) 村田・前掲論文（注 15）106 頁。
 (54) 村田・同上 105 頁。
 (55) 澤野・前掲論文（注 16）8 頁。
 (56) 澤野・同上 11 頁。
 (57) 小川・前掲論文（注 19）229 頁。
 (58) 水本・前掲論文（注 21）15 頁。
 (59) 水本・同上 15 頁。
 (60) 水本・同上 15 頁。
 (61) 水本・前掲論文（注 21）17 頁。
 (62) 水本・同上 17 頁。
 (63) 澤野・前掲論文（注 16）11 頁。
 (64) 水本・前掲論文（注 16）15 頁。
 (65) 水本・前掲論文（注 16）16 頁。
 (66) 水本・前掲論文（注 16）17 頁。
 (67) 水本・同上 17 頁。
 (68) 村田・前掲論文（注 15）106 頁。
 (69) 飯原一乗「正当事由の」明確化」ジュリスト 1006 号（1992 年）46 頁。
 (70) 大西泰博「正当事由についての考察—改正過程及び新法をめぐって」自由と正義 43 巻 5 号（1992 年）73 頁。
 (71) 升田純「借地と土地の有効利用を理由とする正当事由—最近の裁判例を概観しその現代的課題を探る」民事法情報 94 号（1994 年）18 頁。
 (72) 吉田克己「競争原理と借地借家法改正」法の科学 24 号（1996 年）81 頁。
 (73) 大西・前掲論文（注 70）73 頁。ここで、「拡大」という文言は、もともと「問題点の説明」にも示されている。つまり、土地の有効利用の必要性及び相当性を加えるのは、「正当事由の内容の明確化にすぎない」が、「現行法の解釈としては、そのように解することはできないと考える立場からは、正当事由の拡張である」とされている。
 (74) 大西・前掲論文（注 70）70 頁。
 (75) 大西・前掲論文（注 70）73 頁。
 (76) 寺田逸郎「新借地借家法の解説(3) NBL492 号 28 頁以下（1992 年）。
 (77) 大西・前掲論文（注 70）74 頁。
 (78) 升田・前掲論文（注 71）19 頁。
 (79) 升田・前掲論文（注 71）22 頁。
 (80) 升田・同上 22 頁。

- (81) 佐藤哲治「借地契約の『正当事由』の現代的動向について」法律のひろば48巻4号(1995年)33頁。
- (82) 吉田・前掲論文(注72)81～82頁。競争関係における競争者は対等な需要者ではない。一方は、新規参入を狙うもので、「銀行からの豊富な融資を背景に強力な資金力を持った企業である」が、他方、既存の利用権者としては、「多くの場合にはそこで生活する市民」である。両者の間が生 competition 関係であるならば、市民に勝ち目はない。したがって、このような「競争関係の合理的調整ないし規制が不可欠の課題となる」。
- (83) 吉田・前掲論文(注72)82頁。企業と市民の土地需要をめぐる競争の対象となる都心部の土地において、「企業と市民が同一の土地利用を想定しているわけではない」。「一方は利潤原理に基づく企業の土地利用を、他方は生活原理に基づく居住などの土地利用を想定して」いる。つまり、「異種目」の土地利用形態の競争である。
- (84) 吉田・前掲論文(注72)83頁。
- (85) 吉田・同上83頁。
- (86) 吉田・前掲論文(注72)84頁。
- (87) 瀬川信久「『豊かな』社会の出現と私法学の課題」法の科学19号(1990年)115頁。
- (88) 吉田克己「現代市民社会の構造と民法学の課題1-15」法律時報68巻11号,12号(1996年),69巻1～4号,6～12号(1997年),70巻1号,3号(1998年)。
- (89) 吉田・前掲論文(注88)法律時報69巻11号(1997年)63頁。
- (90) 吉田・前掲論文(注88)法律時報69巻11号(1997年)63頁-64頁。
- (91) 吉田・同上64頁。
- (92) 吉田・同上64頁。
- (93) 田原嗣郎「日本の『公と私』」〔講口雄三著『中国の公と私』所収〕(研文出版・1995年)121頁。
- (94) 田原・前掲論文(注93)121頁。
- (95) 田原・前掲論文(注93)122頁。
- (96) 田原・前掲論文(注93)129頁。
- (97) 田原・前掲論文(注93)123頁。
- (98) 吉田・前掲論文(注88)法律時報68巻11号(1996年)39頁。
- (99) 広中俊雄『民法綱要』第一巻総論上(創文社・1989年)1頁。
- (100) 吉田・前掲論文(注88)法律時報69巻7号(1997年)53頁。
- (101) 吉田・前掲論文(注88)法律時報69巻7号(1997年)54頁。近代市民社会には、理念としては社会の全構成員に開かれているはずであるが、実はきわめて限定された一定の者に対してしか開かれていなかった。そこでは、理念と現実の乖離が見出される。
- (102) 吉田・同上54頁。
- (103) 吉田・前掲論文(注88)法律時報69巻7号(1997年)57頁。
- (104) 吉田・前掲論文(注88)法律時報68巻11号(1996年)38頁。
- (105) 瀬川信久『日本の借地』(有斐閣・1995年)241頁。
- (106) 吉田・前掲論文(注98)39頁。
- (107) 吉田・同上39頁。
- (108) 田原・前掲書(注93)116頁。
- (109) 吉田・前掲論文(注88)法律時報69巻10号72頁。
- (110) 広中・前掲書(注99)4頁,8頁以下参照。
- (111) 吉田・前掲論文(注88)法律時報69巻10号73頁。
- (112) 吉田・同上73頁。
- (そう けんめい 北海道大学大学院法学研究科 民事法専攻博士一年)