

# ドイツ民法典のもとでの地上権の歴史的な展開に関する一考察

田 中 英 司

## 目 次

- I はじめに
- II ドイツ民法典のもとでの地上権の歴史的な展開
  - 一 地上権に対する基本的な評価の変化
  - 二 ドイツ民法典のもとでの地上権の実際の適用状況
  - 三 ドイツ民法典のもとでの地上権の普及に対する障害
- III 結びにかえて

## I はじめに

本稿は、わが国の借地権に対応するドイツの Erbbaurecht、すなわち、地上権の歴史的な展開過程を考察する筆者の第二の論稿である。<sup>(1)</sup> これらの一連の論稿は、次のような基本的な考え方にもとづいて、地上権の歴史的な展開過程を考察しようとするものである。

すなわち、筆者は、かつて、ドイツの地上権を対象とする比較研究を始めるにあたり、地上権に関する法源である

「地上権令」の法規範構造を一定の視角から分析し、きわめて興味深い結果を得ていた<sup>(2)</sup>。それは、ドイツの「地上権令」が、概括的にみて、契約自由の原則の余地をかなり残しており、個別的にも、特に、地上権の一定の存続期間の保障、および、地上権設定契約の更新につき、完全に契約自由の原則に委ねているということである。そして、このことは、強行法的構造をなしているわが国の「借地借家法」における借地権の存続保障・保護の仕組みとは、概して、きわめて対照的であるといえよう<sup>(3)</sup>。

それでは、何故、ドイツの「地上権令」とわが国の「借地借家法」の法規範構造ないし法規範の間には、このような概括的および個別的な相違点が認められるのであろうか。筆者は、この理由を、二つの角度から考察することにより、解き明かしてみたいと考えている。すなわち、第一に、ドイツにおける地上権の歴史的な展開過程をドイツ民法典（以下、BGB）の立法過程段階までさかのぼって実証的に考察すること、第二に、大変困難な作業ではあるが、地上権制度をめぐる法的・社会的・経済的および政治的諸条件、ならびに、地上権制度の背後に存する土地や都市に関する基本理念ないし哲学などを基礎理論的に考察することである<sup>(4)</sup>。そして、このような考察を積み重ねる過程において、わが国における借地権制度をめぐる最も主要な問題のひとつである借地権の存続保障・保護の仕組みを再検討し、借地法学を再構成するための何らかの示唆も得られるに違いない、と考えられるのである。

以上のような基本的な考え方にもとづき、本稿は、BGBの立法過程の段階に関して考察した第一の論稿に引き続いて、BGBのもとでの地上権の歴史的な展開に関して考察するものである<sup>(5)</sup>。

## II ドイツ民法典のもとでの地上権の歴史的な展開

### 一 地上権に対する基本的な評価の変化

#### (一) ドイツ民法典における地上権の可能性に対する期待

第一の論稿で考察したように、B G Bの立法過程の段階においては、B G Bによる地上権の創設につき、反対論者の相当強い異論が存在していたし、起草委員等も、基本的に、あまり積極的な評価にもとづいてはいなかった。地上権ないし地上権の先行形態であった権利に対する評価は、この段階においては、総じて、低かったといえよう。

しかしながら、地上権に対する基本的な評価は、B G Bの施行（一九〇〇年一月一日）後すぐに、著しく変化した<sup>(6)</sup>。すなわち、一九〇〇年前においては、地上権が、まさにB G Bの立法過程段階において始まった工業化の展開がもたらした近代社会のきわめて切迫した諸問題の解決につき、ひとつの役割を果たすことができるという考えは、どこにも現れなかったのに対して、B G Bの施行後、突然に、地上権は、当時の時代の重大な社会的・経済的諸問題の解決に貢献しうる可能性を有しているという強い期待が生じたのである<sup>(7)</sup>。

当時、ある学者は、このことを、次のように比喩的に叙述していた。すなわち、「……確かに、統一的なドイツ法の父たちの誰もが、今日多くの人々が地上権に付与している役割を、以前に、予感してはいなかった。しかし、突然に、地上権、すなわち、つましいシンデレラは、このとき、輝かしい装いで、困難な社会的窮地からの指導者・救い手として、控えていた。あたかもおとぎ話における妖精の女王のように、地上権に、驚くべき影響を与える力が付与されたのである<sup>(8)</sup>。」という叙述である。

さて、それでは、地上権に対する基本的な評価は、何故、このような積極的な評価へと変化したのであろうか。ま

た、このような変化の背景には、いかなる社会的・経済的状况が存在していたのであろうか。まず、これらの点から、確認しておく必要がある。

地上権に対する基本的な評価が変化した理由として、確かに、ひとつには、BGBは熱望されていたドイツの法統一を民法の領域において達成した新たな法典であるが、このBGBによって地上権が創設されたこと<sup>(9)</sup>、を挙げることでできよう。しかし、より重要な理由は、当時の社会的・経済的状况を背景とするものであった。

周知のように、ドイツは、先発工業諸国に比べ、工業化のスタートが遅れたが、一九世紀半ばから二〇世紀初めにかけて、石炭・鉄鋼等の重工業、ついで電気・化学工業の目覚ましい発展を通して、世界第二の大工業国に成長した。また、世紀転換期には、農林業部門と鉱工業部門の就業人口比において、後者が優位に立つに至り、いわば工業社会への転換を遂げた。しかしながら、こうした高度工業化は、一方では、帝国主義的対外膨張への衝動を生み出すとともに、他方では、大都市や膨大な労働者階級を登場させ、幾多の国内矛盾を激化させたのである<sup>(10)</sup>。

様々な国内矛盾のうち、著しく成長した都市においては、当時、「社会的な病<sup>(11)</sup>」と呼ばれた現象が生じていた。この現象は、具体的には、土地価格の爆発的な上昇、不健全な土地投機、ならびに、住居をめぐる破滅的な困窮状態等を意味していた<sup>(12)</sup>。そして、これらの多様な問題が生じたことによって、原則として制限を受けない私的な土地所有権の強大な法的地位、および、市場メカニズムの妨げられない効力に依拠する経済自由主義という考え方に対して、深刻な懐疑の念が引き起こされることとなったのである<sup>(13)</sup>。

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

## (二) ドイツ土地改革論者

ところで、B G Bの立法過程の段階における評価とはコペルニクス的に転回した、地上権に対する積極的な評価は、まず第一に、当時、一定の思想を共有し、著しい活動を展開していた人々の影響によるところが大きかった。これらの人々が、ドイツ土地改革論者であり、彼らの活動は、土地改革運動と呼ばれていた。

この点につき、B G Bの第一草案の改訂を委ねられた第二次委員会の非常任委員であり、有力な法学者であった<sup>(14)</sup>ドルフ・ゾームは、「われわれの経済生活全体が健全に発展するための地上権の崇高な意義は、土地改革運動によって初めて、明らかにされた。B G Bが立法過程にあつた間には、いまだ誰も、そのことを認識していなかったし、私は、地上権の社会的な価値は、B G Bがすでに成立してから後になって初めて、土地改革運動との接触を通して、私にも明らかとなったことをはつきりと認めたい<sup>(15)</sup>。」と述べていた。

それでは、この土地改革運動を展開した土地改革論者とは、一体どのような内容の思想を共有していた人々であつたのであろうか。ここでは、一八九八年以来、ドイツ土地改革論者連盟を主宰していたアドルフ・ダマシケの基本的な著作である『土地改革』<sup>(16)</sup>を中心として、その思想を押さえておくこととする。

土地改革論者の思想は、まず根本的に、土地と人間の労働による生産物である資本とは明確に異なるという認識を前提とするものであつた。すなわち、土地は、資本とは対照的に、人間の労働によって新たに作り出すことも、破壊することもできず、すべての人に神あるいは自然界から等しく与えられているものであり、あらゆる生活・生産活動に必要不可欠な前提条件である<sup>(17)</sup>、と理解されていた。

そして、土地の特質を資本とは対照的に捉えることによって、土地が資本と同等に取り扱われることは正当ではない<sup>(18)</sup>、という土地改革論者の基本的な立場が基礎づけられたのである。

具体的には、土地改革論者は、動産の所有者と同じように、土地の所有者にも、もっぱら自己の利益にもとづき、原則として任意に土地を使用・収益・処分しうる権限が認められることを強く批判した。<sup>(19)</sup>

また、土地改革論者によると、土地についても私的な所有権が認められることが、都市において当時生じていた様々な病理現象の原因である、<sup>(20)</sup>とみなされた。

さらに、当時、工業の発展にともなう人口の集中によって著しく成長した都市においては、土地の価値が法外に上昇したことに相応して、地代の超過<sup>(21)</sup> (Zuwachstrente) 現象が生じていたが、土地改革論者は、この現象に対して、深刻な危惧の念をいだいていた。というのは、このような地代の超過額は、土地所有者によって資本および労働が投入された結果としての所産ではなく、人口の集中による都市の成長にもなっていてすべての人が共同作業を行った結果としての所産であり、それは公共のために維持されなければならない社会的な財産であるからであった。<sup>(22)</sup>そして、土地所有者がこのような不労所得を取得することが阻止され、公共体が超過した地代を何らかの形で徴収することができらるならば、公共体は都市におけるあらゆる病理現象に終止符を打つことができる、<sup>(23)</sup>と主張されたのである。

なお、土地改革論者は、他方において、人間の労働による生産物である資本については、自己の行為の成果であるとの理由から、私的な所有権を肯定し、所有者による資本の自由な利用を認めていた。<sup>(24)</sup>したがって、彼らの思想は、マルクス主義とは異なり、社会的な正義と個人的な自由の調和を志向する立場であったのである。<sup>(25)</sup>

### (三) 地上権の可能性に対する期待の内容

さて、以上のような内容の思想を共有していた土地改革論者は、彼らの土地・住居政策を達成するための有効な手段として、BGBによって創設された地上権に注目したのである。<sup>(26)</sup>また、土地改革論者の活動の影響は著名な法学者にも及び、先に触れたゾームのほか、エアマンやオルトマン等が、地上権に対して、基本的に、積極的な評価を明ら

かにしていた<sup>(27)</sup>。さらに、政界においても、たとえば、当時内務省行政長官であったボザドフスキーが、一九〇七年四月一九日のライヒ議会において、土地・住居政策の観点から、地上権の活用 of 積極的な効果を説いていたのである<sup>(28)</sup>。

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

地上権の積極的な支持者による期待は、これから述べるように、多岐の内容にわたっていたが、いずれの期待も、地上権の基本的な法的特色に依拠するものであったといえる。この法的特色とは、地上権が、「地上物は土地に帰属する。」(Superficies solo cedit.) という原則を排除し、土地と建物を異なる権利主体に帰属させることである<sup>(29)</sup>。ここでは、この点に留意しながら、四つの項目に分けて、彼らの期待の内容を整理しておくこととする。

(a) 「地上物は土地に帰属する。」という原則によると、いうまでもなく、土地所有者は、自ら資本および労働を投入したのではないにもかかわらず、建物の建築によって生じた価値を手中に収めることとなる。これに対して、地上権が設定された場合には、建物の建築主である地上権者が、その価値を保持することができる。したがって、第一に、地上権は、土地所有者が建物の建築によって生じた価値を勞せずして取得することを阻止することができる、と考えられたのである<sup>(30)</sup>。

(b) 第二に、地上権は、自己に帰属する建物を建築する意欲はあるが、そのために必要な資金が十分でない人にとって、資金面の障害を取り除き、彼らの建築活動を実現することができる、と考えられたのである<sup>(31)</sup>。この考えは、次の二つの理由にもとづいていた。

まず、地上権は、「地上物は土地に帰属する。」という原則を排除し、土地と建物を異なる権利主体に帰属させるのであるから、地上権者は、敷地を取得することなしに、自己に帰属する建物を建築することができる。したがって、

地上権によって自己に帰属する建物を建築する場合、敷地を取得するための資金は不必要となる。<sup>(32)</sup> このことが、ひとつの理由であり、より本質的な理由といえよう。

この敷地の取得資金が不必要なことは、人口が過度に集中した当時の都市では、土地の価値が途方もなく上昇したことに相応して、当然のことながら、敷地を取得するためには膨大な資金が必要であったのであるから、一世帯用住宅の取得を希望する人にとってのみならず、この頃創設された多くの公益的な住居建設組合にとっても、地上権の大きな利点と考えられたに違いない。<sup>(33)</sup>

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

しかし、地上権の積極的な支持者によると、地上権の地代の額は、敷地を取得するための資金の利回りよりも、低く見積もられた、とのことである。というのは、地上権にもとづく敷地の利用は、時間的に、地上権の存続期間の間に限定されていたのであるから、時間的な制限を受けない所有権に依拠する敷地の利用よりも、利率の点で、価値は低い、と考えられたからであった。具体的には、地上権の地代の額は、通常、土地価格の二ないし三パーセント、かつ、不変であり、敷地の取得資金の利率との差は、土地価格の一パーセントに達した、とされている。<sup>(34)</sup>

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



というのは、地上権にもとづいて建築された建物は、土地所有者ではなく、地上権者に帰属するのであるから、地上権者に対する建築資金の融資者の抵当権の効力のみが及ぶ目的物となるからであった。<sup>(35)</sup>

(c) 第三に、地上権は、土地価格の展開に対しても、よりよい影響を及ぼしうる、すなわち、土地価格の高騰を押さえることもできる、と考えられたに<sup>(36)</sup>違いない。というのは、次のような理由からである。

当時、ドイツにおいては、イングランドにおけるとは対照的に、土地に抵当権を設定し、過度の担保貸付が行われていたようであるが、地上権の積極的な支持者によると、この事実が、都市における土地価格を人工的に高騰させた決定的な原因である、とみなされていた。<sup>(37)</sup>しかし、地上権が設定される場合、敷地を取得する必要はないのであるから、敷地に抵当権を設定して敷地の取得資金の貸付を受ける必要もない。したがって、彼らの見解にもとづくと、地上権は、土地価格の高騰を抑制することもできることとなるのである。

(d) ところで、地上権の積極的な支持者によると、地上権は、地上権者および地上権者の債権者にとってのみならず、地上権設定者としての土地所有者にとっても、利益がある、と考えられていた。というのは、土地所有者が、自己に帰属する建物を建築する意欲を有する人に土地を譲渡するのではなく、土地と建物を異なる権利主体に帰属させる地上権を設定する場合、土地所有者は、土地所有権を自己に維持したままの状態、地上権の存続期間の間は地代を取得し、地上権の終了後には、地上権者に委譲したときと比べて通常価値が上昇した土地を改めて自由に使用・収益・処分しうる権限を有することとなるからである。<sup>(38)</sup>

このような土地所有者にとっての地上権の利点の観点からも、地上権の可能性に対して、いくつかの積極的な効果が期待されていた。そこで、第四に、この点を整理しておくこととする。

地上権の積極的な支持者によると、土地所有者にとっての地上権の利点の観点からは、特に、土地所有者が地方自

治体や国家であり、さらに、地方自治体や国家が膨大な規模の土地を所有する場合について、地上権が積極的な効果をもたらさうと、と考えられていた。具体的には、次の四つの点である。

① 地方自治体等が所有する土地に地上権が設定される場合、土地を譲渡する場合とは異なり、土地所有権は設定者である地方自治体等にとどまる。そうすると、地方自治体等が自ら発展することによって生じた土地の価値の上昇もまた、地方自治体等に帰属することとなる。したがって、地上権は、地方自治体等が、本来個人（特に、投機家）に帰属すべきではない土地の価値の上昇を、公的な利益のために用いることを可能とする、と考えられたのである。<sup>(39)</sup>

② 地方自治体等は、地上権の設定者として、委譲した土地をどのように利用すべきかにつき、契約の形成を通して規整することもできる。たとえば、地方自治体等は、その所有地上にいかなる建物が建築されてしかるべきかを決定する可能性をも有している。したがって、地上権は、地方自治体等が、公共の福祉の観点から、都市計画の展開を統制することを可能とする、と考えられたのである。<sup>(40)</sup>

③ 地方自治体等は、その所有する土地に地上権の設定を行い、継続して土地所有者にとどまる場合、都市における土地投機に有効かつ継続的に対抗することができる、と考えられた。<sup>(41)</sup>

④ 地方自治体等にとって、当時、その人的および財政的な負担の点にかんがみて、大規模な賃貸住居の建設、ならびに、その賃貸に直接携わることには、あまり得策ではなかった。しかし、地方自治体等は、公益的な住居建設組合に対して、そのような目的で地上権を設定することができる。したがって、地上権は、このような点からも、地方自治体等にとって有益である、と考えられたのである。<sup>(42)</sup>

## 二 ドイツ民法典のもとでの地上権の実際の適用状況

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

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

まず、地上権に関するBGBの規定が妥当していた期間、すなわち、BGBが施行された一九〇〇年から、後に「地上権令」が施行される一九一九年までにおいて、実際に地上権が設定された程度は、客観的に判断すると、かなり高い、少なくとも、決して僅少ではない、ということが出来る<sup>(43)</sup>。

具体的な数字としては、シュテッティーン市当局によると、ドイツの一六の大都市および中都市は、一九〇〇年から一九一一年までの間に、それらの都市が所有する土地のうち、全部で六一二六二五平方メートルの土地に地上権を設定していたのである<sup>(44)</sup>。また、ダマシュケによると、国家は、一九〇九年一月一日までに、五五六四〇八平方メートルの所有地を、地上権の設定のために委譲した<sup>(45)</sup>、とのことである。

次に、当時締結されていた地上権設定契約の多くから窺い知ることが出来るように、地上権は、この時代、かつての地上権の先行形態であった権利におけるとは異なり<sup>(46)</sup>、主として、居住用の建物を建築する目的で設定されるようになっていたのである<sup>(47)</sup>。このことは、地方自治体等が、都市における住居をめぐる破滅的な状況を緩和するために、地上権を活用することにより、積極的に関与しようとしていたことを示していた<sup>(48)</sup>、といえよう。

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

地上権設定者としては、その大部分が、地方自治体、国家、プロイセン等の公法上の法人であり、<sup>(49)</sup> 筆者が入手した資料から判断する限り、私的な土地所有者が地上権設定者として現れることはほとんどなかったようである。<sup>(50)</sup>

公法上の法人のなかでは、比較的大きな都市が、重要な地上権設定者であったが、特に、フランクフルト アム マインは、地上権の設定を大規模に展開していた。<sup>(51)</sup> すなわち、シュテッティーン市当局によると、フランクフルトは、一九〇〇年以後、全部で、約一六〇件の地上権設定契約を、約一五〇〇〇平方メートルの所有地について、締結していたのであり、さらに三〇〇件の地上権設定契約の申し込みがあった、<sup>(52)</sup> ということである。その他の都市としては、ライプツィヒ、ドルトムント、マンハイム等が挙げられる。<sup>(53)</sup>

他方、地上権者としては、自然人も散見されるが、優位な数を占めていたのは、公益的な住居建設組合であった、<sup>(54)</sup> といえる。公益的な住居建設組合の具体的な名称は、たとえば、フランクフルトやライプツィヒの公益的な建設組合、ドレスデンの貯蓄・建設協会、ベルリンの公務員住居協会等であった。<sup>(55)</sup> ただし、例外もあり、フランクフルトにおいては、シュテッティーン市当局によると、全部で約一六〇件の地上権設定契約のうち、一一二件が公務員・教員と、約三〇件が私人と締結されていたのに対して、公益的な住居建設組合との契約は一二三件にすぎなかった、<sup>(56)</sup> とのことである。なお、地上権によって建築された建物が、学校、病院、博物館、体育館等の公的な建物であることもあった、<sup>(57)</sup> とされているので、地上権者が公法上の法人である契約も存在したようである。

以上のように、BGBのもとでの地上権の実際の適用状況は、確かに、十分に注目に値する、と考えられる。しかし、それにもかかわらず、地上権が実際に普及した程度は、多少無批判的でもあった<sup>(58)</sup> 地上権の積極的な支持者の期待

には及ばなかったし、自己に帰属する建物を建築する意欲を有する人が、敷地の所有権を取得するのではなく、地上権を選択することは、やはり、それほど多くはなかったようである。<sup>(59)</sup>

### 三 ドイツ民法典のもとでの地上権の普及に対する障害

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

BGBが規定する地上権により強い市民権が与えられることに対する障害は、ひとつには、人々の確固たる一般的な観念に<sup>(60)</sup>関係した、と考えられる。

BGBの立法過程の段階に関して考察した拙稿で述べたように<sup>(61)</sup>、地上権の先行形態であつた権利は、一九世紀において、以前の時代の単なる残滓を形成していたにすぎず、取り立てて言うほどの経済的・社会的な意義をほとんど有していなかつた。したがつて、BGBによって創設された地上権は、ドイツの人々の大部分にとつて、当時、完全に新たな種類の法制度である、と考えられたであらう。そうすると、自己に帰属する建物を建築しようとする場合、敷地の所有権をも取得することが、地上権を選択することよりも、十分に価値があるという観念は、ドイツにおいて、以前から、人々の一般的な意識のなかに確固として根づいていた、と考えられるのである。<sup>(62)</sup>

しかし、より重要な障害は、BGBが規定する地上権をめぐる法的な諸問題であつた、といえる。これらの法的な諸問題は、以下述べるように、大きく、三つの問題に分けることができる。

#### (一) 地上権の内容が不明確なこと

地上権が設定される場合、元来ひとりの法主体に統合されていた敷地の所有権に関する諸々の権限は、土地所有者

と地上権者に分配されることとなる。しかし、いかなる権限が地上権者に帰属するのかということ、地上権の本来の内容である敷地の利用権限を除いて、必ずしも明確とはいえない。<sup>(63)</sup>

それでは、BGBにおいては、地上権の内容の明確性を確保するような規定が設けられていたのであるか。この点については、すでに拙稿において考察したように、<sup>(64)</sup> BGBにおける地上権の規整は、単に六か条の規定のみをもって、きわめて簡潔・不十分になされていた。地上権の内容についても、地上権は、建物または地下の工作物を備えるための譲渡可能かつ相続可能な権利である、と規定された以外の点においては、契約自由の原則の余地が広範に認められていたのである。さらに、BGBにおいては、地上権の内容につき、当事者の契約上の意思表示を補充する任意規定もまた、置かれていなかった。

したがって、地上権の内容、すなわち、地上権者の権利と義務の範囲について、一般的に不明確であるという法的状況が払拭されることはなく、さらに、地上権者の法的地位が縮減されるという危険性も大きかったのである。<sup>(65)</sup>

(二) 地上権の存続が保障されていないこと

この点についても、すでに拙稿において考察したように、<sup>(66)</sup> BGBにおいては、地上権の一定の存続期間を保障する規定、および、地上権設定契約の更新に関する規定は存在せず、地上権の存続の問題は、完全に契約自由の原則に委ねられていた。

しかし、地上権の一定の存続期間の保障に関しては、当時締結されていた地上権設定契約によると、<sup>(67)</sup> きわめて短期間の地上権が設定されることはほとんどなく、<sup>(68)</sup> 比較的長期の存続期間——六〇年ないし九〇年——が、合意されていたのである。

それにもかかわらず、地上権の存続が、一定の期間の間、保障されていたわけでは決してなかった。というのは、

当時、地上権の設定に際して、解除条件を合意することが頻繁に行われていたからである。

二において述べたように、この時代の地上権設定者の大部分は地方自治体等の公法上の法人であった。しかし、公法上の法人もまた、かなり多くの地上権設定契約において、地上権設定者としての優位な地位にもとづき、一定の条件が成就した場合には、地上権は存続期間満了前にも消滅するという合意を行うことを通して、あらゆる不測の事態に対して、最大限の自衛策を講じようとしていたのである。一定の条件とは、たとえば、地上権者が、認可された建築計画等と異なる建物を建築した場合、合意された建築のための期間を遵守しなかった場合、火災等による建物の滅失後一定の期間内に建物を再築しなかった場合、その他、当該契約において合意された諸々の義務に違反した場合、さらには、公法上の法人が当該敷地を利用することが公的な利益の観点から必要となった場合等であった。<sup>(69)</sup>

したがって、比較的長期の存続期間が合意されていたとしても、あわせて解除条件も合意されていた結果、事情によつては、地上権者による軽微な契約違反や故意・過失をとまわらない契約違反にもとづいて、さらには、地上権者が全く支配しえない事情にもとづいてさえ、存続期間満了前に地上権が消滅する可能性が存在したのである。<sup>(70)</sup>

### (三) 地上権に抵当権が設定され担保貸付がなされること

一(三)(b)において述べたように、地上権によつて自己に帰属する建物を建築する場合、地上権者は、地上権に抵当権を設定しうることによつて、建物の建築それ自体のために必要な資金を調達することが可能となる。しかし、実際には、地上権に抵当権が設定され担保貸付がなされることは、当時、きわめて困難な状況にあった。そして、この法的な問題が、BGBのもとでの地上権の普及に対して、さらに重要な障害となったのである。<sup>(71)</sup>

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

ひとつの理由は、これまで述べたように、地上権の内容が不明確なこと、および、地上権の存続が保障されていない

いことであつた。特に、解除条件が合意されていた地上権に関しては、存続期間満了前に地上権が消滅する可能性が存在し、かつ、それに対して抵当権者は通常何らの影響力も及ぼすことはできなかったのであるから、当然のことながら、担保貸付は極度に困難であつたのである。<sup>(72)</sup>

その他、次のような理由も考えられる。<sup>(73)</sup> すなわち、地上権には通常一定の存続期間が定められていたのであるから、担保としての地上権の価値は、地上権の存続期間が進捗するのにもなつて、継続的に低下していくこと、また、地上権にもつづいて建築された建物の価値も、当然、年々低下せざるを得ないこと、さらには、地上権が実際に普及していた程度はそれほど高くなかつたのであるから、そもそも、地上権の価値を評価すること自体が困難であつたことである。

以上のような理由から、実際に、地上権者が、地上権に抵当権を設定して建築資金の融資を受けることは、非常に難しかつたのである。<sup>(74)</sup> その結果、ときには、地上権設定者としての公法上の法人が、自ら、建築資金の大部分を融資することさえも行われていたほどであつた。<sup>(75)</sup>

### III 結びにかえて

以上、本稿は、ドイツにおける地上権の歴史的な展開過程を実証的に考察する筆者の第二の論稿として、BGBのもとでの地上権の歴史的な展開に関して考察したものである。しかし、筆者の目的とするところは、実証的な考察を行うことのみにあるではない。Iで述べたように、筆者の最終的な目的は、実証的な考察を積み重ねながら、ドイツの「地上権令」とわが国の「借地借家法」の法規範構造ないし法規範の間に、概括的および個別的な相違点が認められる理由を解き明かし、そこから、わが国における借地法学を再構成するための何らかの示唆を得ることにある。実



証的な考察は、さらに、最も重要と考えられる「地上権令」の立法過程の段階に関しても行う必要があるが、ここでは、本稿の考察から得られたことをいくつか指摘して、結びにかえておくこととする。

①Ⅱ三(一)および(三)において考察したように、地上権の内容について、契約自由の原則の余地が広範に認められていたことは、確かに、地上権により強い市民権が与えられることに対する障害となっていた。

しかし、このことには、同時に、肯定的な効果も含まれていたことが確認された。というのは、Ⅱ一(三)(d)②で述べたように、地上権設定者としての地方自治体等は、委譲した土地をどのように利用すべきかにつき、契約の形成を通して規整することができ、それによって、公共の福祉の観点から、都市計画の展開を統制することが可能であったからである。一般的に言うところ、土地所有者は、契約自由の原則によって、自己の土地が、建物の敷地として、どのような方法で利用されるべきかについて、合理的な影響力を行使することができることとなるのである。

②Ⅱ三(二)で述べたように、BGBのもとでも、地上権の一定の存続期間を保障する規定は存在せず、地上権の存続の問題は、完全に契約自由の原則に委ねられていたにもかかわらず、実際には、きわめて短期間の地上権が設定されることはほとんどなく、比較的長期の存続期間が合意されていた。それでは、このことを可能とした理由はいかなる点にあったのであろうか。本稿の考察から、いくつかのことを指摘することができよう。

まず、地上権が、当時、どのような当事者によって、設定されていたのかということが関係する。Ⅱ二において考察したように、当時の地上権設定者の大部分は、公法上の法人であり、他方、地上権者として優位な数を占めていたのは、公益的な住居建設組合であった。したがって、地上権設定者としての公法上の法人の意思が、建物の建築の採算性を全く考慮しないような短期の存続期間を地上権者に押しつける方向に働くことは考えられないし、また、地上

権者としての公益的な住居建設組合が、そのような設定者の不合理な意思を受忍するとは考えられないのである。したがって、逆に言うと、私的な土地所有者が地上権設定者として現れた場合には、どのようなものかという疑問は残る。

次に、地上権が、当時、いかなる社会的・経済的状况を背景として、どのような目的で、設定されていたのかという点が関係する。Ⅱ一(一)で述べたように、当時、工業の発展にともなう人口の集中によって著しく成長した都市においては、土地・住居をめぐる破滅的な状況が生じていたのであり、Ⅱ二で述べたように、このような状況に対して、公法上の法人は、居住用の建物を建築する目的で設定した地上権を活用することによって、積極的に関与しようとしていた。さらに、Ⅱ三(三)で述べたように、公法上の法人は、地上権者に対して、自ら、建築資金の大部分を融資することさえも行っていたのである。したがって、このような事実を前提とすると、地上権設定者としての公法上の法人の意思が、地上権者の建築意欲を減退させるような短期の存続期間を地上権者に押しつける方向に働くことは考えられないのである。

最後に、当時、地上権に対する積極的な評価に大きな影響を与えていたドイツ土地改革論者の思想も関係するであろう。Ⅱ一(二)で述べたように、彼らの思想は、土地が資本と同等に取り扱われること、すなわち、土地の所有者にも、もっぱら自己の利益にもとづき、原則として任意に土地を使用・収益・処分しうる権限が認められることを強く批判し、社会的な正義と個人的な自由の調和を志向する立場であった。そして、このような思想が広く支持されていたこともまた、一般的に、地上権設定者としての土地所有者の恣意的な意思を抑制することに寄与した、と考えられる。

③Ⅱ一(三)(d)において考察したように、地上権の積極的な支持者によると、地上権は、地上権者および地上権者の債権者にとってのみならず、地上権設定者としての土地所有者にとっても、利益があることが強調されていた。そして、

地上権設定者としての土地所有者の利益は、特に、地上権の終了後に、地上権者に委譲したときと比べて通常価値が上昇した自己の土地を改めて自由に使用・収益・処分しうる権限を有することとなる点である、と考えられていた。そうすると、地上権の積極的な支持者の見解にもとづくと、地上権の存続期間が満了した場合、原則として、委譲されていた土地は、土地所有者のもとに返還されることが、是非とも必要とされることとなる。したがって、BGBが、地上権設定契約の更新についても、完全に契約自由の原則に委ねていたことは、地上権の積極的な支持者からも、肯定的に評価されることとなる。

(1) 第一の論稿は、拙稿「ドイツにおける地上権の立法史に関する一考察」——BGBの立法過程の段階について——「経営と経済」(長崎大学経済学会) 七六巻一号(一九九六)六一頁以下であるが、筆者の所属の変更にもない、第二の論稿以下を独立させることとする。

(2) 拙稿「ドイツ地上権制度比較研究序説(一)——借地権の『第二所有権化』現象の観点によるドイツ地上権令の法規範構造に関する一考察——」六甲台論集三五巻三号(一九八八)二〇〇頁以下、三五巻四号(一九八九)七一頁以下。

(3) 詳しくは、たとえば、拙稿「『借地借家法』における借地権・借家権の存続保障・保護」「経営と経済」七四巻一号(一九九四)一八五頁以下参照。

(4) 地上権制度に関して、若干の基礎理論的考察を行ったものとして、拙稿「ドイツにおける地上権制度に関する基礎理論的考察——クノートの所説に依拠して——」「経営と経済」七四巻四号(一九九五)一六一頁以下がある。

(5) なお、第三には、「地上権令」の立法過程の段階に関して考察する予定である。

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

(7) Knothe(Fn. 6), S. 62, 67.

(8) Ph. Stein, "Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Erbaurechts", *Schriften der Zentralstelle für Arbeiter-Wohlfahrts-einrichtungen*, Nr. 22, 1903, S. 131.

- (9) Knothe(Fn. 6), S. 66, 67.
- (10) 木谷勤、望田幸男編著『ドイツ近代史——一八世紀から現代まで——』(ミネルヴァ書房、一九九二)二、六五頁。
- (11) Franz Oppenheimer, *Die Siedlungsgenossenschaft Versuch einer positiven Überwindung des Kommunismus durch Lösung des Genossenschaftsproblems und der Agrarfrage*, 3. Aufl., 1922, S. 557, 558.
- (12) Knothe(Fn. 6), S. 68; Adolf Damaschke, *Die Bodenreform Grundsätzliches und Geschichtliches zur Erkenntnis und Überwindung der sozialen Not*, 20. Aufl., 1923, S. 134 [Posadowsky]; *Jahrbuch der Bodenreform*, 3. Bd., 1907, S. 113, 114 [Posadowsky].
- (13) Knothe(Fn. 6), S. 67.
- (14) 大木雅夫『比較法講義』(東京大学出版会、一九九二)二一九頁。
- (15) Damaschke(Fn. 12), S. 135.
- (16) Knothe(Fn. 6), S. 68(Fn. 34).
- (17) Damaschke(Fn. 12), S. 55, 60. なお、土地改革論者の用語法においては、「土地」という概念は、自然界のあらゆる物質、作用、利益、すなわち、水、空気、空気を通して伝えられる太陽の作用である光や暖かさをも含む、とされていた。  
Damaschke(Fn. 12), S. 55.
- (18) Damaschke(Fn. 12), S. 48ff., 56.
- (19) Damaschke(Fn. 12), S. 54ff.; Oppenheimer(Fn. 11), S. 557ff.; Knothe(Fn. 6), S. 67.
- (20) Oppenheimer(Fn. 11), S. 557f.
- (21) Franz Oppenheimer, *Großgrundigentum und soziale Frage Versuch einer neuen Grundlegung der Gesellschaftswissenschaft*, 2. Aufl., 1922, S. 104f., 126f.
- (22) Damaschke(Fn. 12), S. 59f.; Oppenheimer(Fn. 21), S. 104f., 126ff.
- (23) Damaschke(Fn. 12), S. 60.
- (24) Damaschke(Fn. 12), S. 51f., 60; Oppenheimer(Fn. 11), S. 557f.

- (25) Damaschke(Fn. 12), S. 48ff., 54, 60.
- (26) 大ノ小ノ地' Damaschke(Fn. 12), S. 131ff. 大參照。
- (27) Heinrich Erman, *Erbaurecht und Kleinwohnungsbau*, 1907; ders., "Erbaurecht und Kleinwohnungswesen", *Jahrbuch der Bodenreform*, 4. Bd., 1908, S. 248ff.; Paul Oertmann, "Zur Würdigung des Erbaurechts", *Annalen des Deutschen Reichs*, 1904, S. 561ff.
- (28) Posadowsky(Fn. 12), S. 112ff.
- (29) Knothe(Fn. 6), S. 69; Damaschke(Fn. 12), S. 132.
- (30) Knothe(Fn. 6), S. 69.
- (31) Daniel Pesl, *Das Erbaurecht Geschichtlich und wirtschaftlich dargestellt*, 1910, S. 125ff.; Oertmann(Fn. 27), S. 568ff.
- (32) Pesl(Fn. 31), S. 80, 126; Stübgen, "Für das Erbaurecht", *BANK-ARCHIV*, 16(1916/17), S. 117, 118; Posadowsky(Fn. 12), S. 113f.; Michaelis, "Das Erbaurecht und seine Zukunft", *Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung*, 19. Jahrgang, 1919, S. 3.
- (33) Knothe(Fn. 6), S. 71.
- (34) Oertmann(Fn. 27), S. 570; Stübgen(Fn. 32), S. 117f.; Pesl(Fn. 31), S. 126; Michaelis(Fn. 32), S. 3.
- (35) Knothe(Fn. 6), S. 71f.
- (36) Knothe(Fn. 6), S. 73.
- (37) Damaschke(Fn. 12), S. 146f.; A. Pohlman-Hohenaspe, "Zur Praxis des Erbaurechts", *Jahrbuch der Bodenreform*, 4. Bd., 1908, S. 304f.
- (38) Erman(Fn. 27), "Erbaurecht und Kleinwohnungswesen", S. 275; Hermann Wittmack, *Das Erbaurecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1906, S. 3; Damaschke(Fn. 12), S. 132; Pesl(Fn. 31), S. 63f.; Oertmann(Fn. 27), S. 575; Stübgen(Fn. 32), S. 118.
- (39) Erman(Fn. 27), "Erbaurecht und Kleinwohnungswesen", S. 275; Wittmack(Fn. 38), S. 3; Pesl(Fn. 31), S. 63f.;

- Oertmann(Fn. 27), S. 575; Stübgen(Fn. 32), S. 118; Michaelis(Fn. 32), S. 3; ders., "Die gesetzliche Neuregelung des Erbaurechts", *Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern*, 1919, S. 167.
- (40) Pesi(Fn. 31), S. 64; Michaelis(Fn. 39), S. 167; Knothe(Fn. 6), S. 75.
- (41) Posadowsky(Fn. 12), S. 112f.; Damaschke(Fn. 12), S. 134 [Posadowsky]; Michaelis(Fn. 39), S. 167.
- (42) Wittmack(Fn. 38), S. 3; Knothe(Fn. 6), S. 75.
- (43) Sigismund Samoje, *Erbaurecht Kommentar zu der Verordnung über das Erbaurecht vom 15. Januar 1919*, 1919, S. 134 (Amtliche Begründung zu der Erbaurechtsverordnung.); Michaelis(Fn. 32), S. 2; Knothe(Fn. 6), S. 76.
- (44) *Jahrbuch der Bodenreform*, 8. Bd., 1912, S. 216ff. (Die Anwendung des Erbaurechts im Deutschen Reiche.).
- (45) Damaschke(Fn. 12), S. 134.
- (46) 拙稿・前掲注(一)六七、六九頁参照。
- (47) (Fn. 44), S. 216ff.; Wittmack(Fn. 38), S. 235ff.; Samoje(Fn. 43), S. 133.
- (48) Michaelis(Fn. 32), S. 2.
- (49) (Fn. 44), S. 216ff.; Wittmack(Fn. 38), S. 235ff.
- (50) Knothe(Fn. 6), S. 76.
- (51) (Fn. 44), S. 216ff.; Damaschke(Fn. 12), S. 133; Michaelis(Fn. 32), S. 3.
- (52) (Fn. 44), S. 220. なお、ダムシユケによると、フランクフルトは、一九一五年三月三一日において、全部で、二〇九件の地上権設定契約を、一六九二二二平方メートルの所有地について、締結したのであり、さらに少なくとも二五〇件の地上権設定契約の申し込みがあったとされている。Damaschke(Fn. 12), S. 133.
- (53) (Fn. 44), S. 216ff.
- (54) (Fn. 44), S. 216ff.
- (55) *Schriften der Zentralstelle für Arbeiter-Wohlfahrts Einrichtungen*, Nr. 22, 1903, S. 201; Wittmack(Fn. 38), S. 236ff.
- (56) (Fn. 44), S. 220. なお、ダムシユケによると、フランクフルトにおいては、全部で二〇九件の地上権設定契約のうち、一

三九件が公務員・教員と、五〇件が私人と、二〇件が公益的な住居建設組合と締結されていた、とされている。

Damaschke(Fn.12),S.133.

- (57) Pesi, "Zur besseren Regelung des Erbbaurechtes", *Annalen des Deutschen Reichs*, 1915, S. 257f.
- (58) Michaelis(Fn. 32), S. 2.
- (59) Knothe(Fn. 6), S. 78.
- (60) Knothe(Fn. 6), S. 78.
- (61) 拙稿・前掲注(1) 六八頁以下。
- (62) Knothe(Fn. 6), S. 78.
- (63) Knothe(Fn. 6), S. 78f.
- (64) 拙稿・前掲注(1) 七三頁以下。
- (65) Knothe(Fn. 6), S. 79, 80.
- (66) 拙稿・前掲注(1) 七六頁以下。
- (67) (Fn. 44), S. 216ff.
- (68) 地上権者が自然人あるいは会社である契約において、三〇年の存続期間が合意されている契約が、前掲注(44)の文献に  
おいては、最も短期間の契約であった。
- (69) Wittmaack(Fn. 38), S. 241, 243, 246f.; (Fn. 55), S. 201; *Jahrbuch der Bodenreform*, 4. Bd., 1908, S. 23, 28.
- (70) Knothe(Fn. 6), S. 80f.
- (71) Posadowsky(Fn. 12), S. 114; André, "Die rechtliche Seite des Erbbaurechts", *Schriften der Zentralstelle für Arbeiter-  
Wohlfahrtseinrichtungen*, Nr. 22, 1903, S. 124.
- (72) Knothe(Fn. 6), S. 81.
- (73) André(Fn. 71), S. 124; Posadowsky(Fn. 12), S. 114; Knothe(Fn. 6), S. 81.
- (74) André(Fn. 71), S. 124; Pütter, "Die bisherigen praktischen Erfahrungen mit dem Erbbaurecht", *Schriften der Zentral-*

- (75) *Stelle für Arbeiter-Wohlfahrtseinrichtungen*, Nr. 22, 1903, S. 145f.  
Michaelis(Fn. 32), S. 3; (Fn. 44), S. 216ff.