

使用借権の財産的価値の立証

——主として「土地」の使用借権の財産的価値——

永 井 ユタカ*

目 次

- 第1 はじめに
- 第2 使用貸借の本質
- 第3 使用貸借の成立を巡って
- 第4 使用借権の価額を巡って
- 第5 建物買取請求権が行使された場合
- 第6 土地の使用借権についての各制度上の評価
 - 1 不動産鑑定評価基準
 - 2 相続税法上の評価
 - 3 公共用地の取得に伴う損失補償基準
- 第7 不動産競売手続実務上の評価
- 第8 不動産鑑定士の所見
- 第9 ま と め

第1 はじめに

不動産に関する使用借権の成立や財産的価値を検討しなければならないとき、その根拠をどう考えたらよいのだろうか。訴訟の場面では、「動産」に対する使用借権の成立やその財産的価値が実際に問題となることは、まずない。訴訟において使用貸借の財産的価値が問題となるのは、主として、「土地」の使用貸借に関するものである。民法は使用貸借の目的物を動産、不動産を区別して規定しているものではないが、土地にしても建物

* ながい・ゆたか 立命館大学大学院法務研究科教授

にしても、使用借権は、本来、地上権や賃借権といった権利とは異質な、親族間等極めて個人的な特殊な関係から成立した権利であって¹⁾、市場性や流動性は殆ど考えられない権利であるだけに、使用貸借契約が成立しているかどうか、成立しているとしても、使用借権の財産的価値を検討し、説得的な具体的な結論を導くのは、なかなか容易ではない。

本稿は、使用借権の成立や価額を巡る判例や、主として、土地に関する使用借権の評価についての各制度や実務での取扱いを概観することによって、問題となる使用借権の価格の検討の際の視点を踏まえることを目的としたものである。

第 2 使用貸借の本質

貸借関係としての有名契約は、使用貸借と賃貸借に分別されるが、現行民法は、貸借関係の規律について、まず、使用貸借について規定し(593条ないし600条)、次いで賃貸借に及び(601条ないし621条。622条は削除。)、賃貸借の規定の中に、使用貸借契約の諸規定を準用するという構造をとり(616条、619条)、使用貸借は前記に触れたように、特殊な成立根拠にありつつも、これをあくまでも近代的市民観、契約観に依拠し、賃貸借と同様に或いは賃貸借の前提として位置づけている。

実際、民法の法典調査会起草委員の梅謙次郎の解説によれば、「使用貸借ト次節ニ規定スル賃貸借トハ共ニ特定物ノ使用ヲ目的トスルモノナリト雖モ唯使用貸借ハ無償ニシテ賃貸借ハ有償ナルヲ以テ其ノ差異トス尚古来ノ慣習ニ拠リ使用貸借ハ之ヲ踐成契約ト為スト雖モ賃貸借ハ之ヲ諾成契約トセリ」(初版民法要義卷之三債権編・信山社596頁)とあり、民法593条の注釈において、「土地ノ如キ一定ノ収穫アルモノニ付テハ借主ニ於イテ

1) つとにいわれているように、そもそも当事者間では、「契約」をした、などという意識がないのが通常であろう。

其収穫ヲ取ルコトヲ得ルモノトスハキハ蓋シ当然ナリ故ニ新民法ニ於テハ特ニ使用及ヒ収益ト云ヘリ蓋シ古クハ使用貸借ヲ動産ニ限リタリシカ動産ニハ収益アルモノハ殆ド稀ニシテ亦不動産ノ使用貸借ヲ許スモ實際ニハ其適用極メテ尠ク假令之アリトスルモ家屋宅地等ノ如ク通常収穫ナキ物ヲ使用セシムルコトハ或ハ之アラント雖モ田畑等ノ如キ一定ノ収穫アル物ヲ使用貸借ノ目的ト為スカ如キは蓋シ絶無稀有リ場合ナルベシ」（同600ないし601頁）とあり、ここでは、有償契約である賃貸借とを比し、特殊性或いは情誼性からくる格別の配慮がされた形跡は、① 無償性からくる終了事由が根本的に異なること、又、② 使用貸借の相続性を否定したこと等に表れているが、その他の点においては、特に立法上の手当はない。これは、「近代的契約観に立脚して編纂が試みられた結果、使用貸借契約の当事者が、親族間であろうが、他人間であろうが、有償契約の場合と全く区別することなく、一律に規定したし、そのことは、ある意味で当然のことと思われる。」²⁾ ということであろう。

そうして、使用貸借契約とは、「当事者の一方が、無償で使用収益をした後に返還することを約束して相手方からある物を受け取ることによって成立する契約であり」、契約としての特殊性は、① 無償性、② 要物性、③ 片務性が挙げられているが、ここでも、特に、契約の背後の特殊性を解釈に取り入れようとする格別の見解はない³⁾。

使用貸借なる関係は、元来、貸主、借主の特殊な人的関係の中でしか成立しないもので⁴⁾、このことは、現行民法典の成立（明治29年公布）の前

2) 岸上晴志・「使用貸借関係の解消について」中京法学38巻3、4号2頁。

3) 我妻栄・債権各論中巻一（民法講義V 2）377頁、石田穰・民法V（契約法）195頁、広中俊雄・債権各論講義（第6版）120頁以下、鈴木祿弥・債権法講義（4訂版）629頁以下、新版注釈民法（15）増補版82頁・102頁、近江幸治・民法講義V（契約法・第3版）175頁、内田貴・民法II（第3版）債権各論173頁以下等。

4) ① 最判昭和26年3月29日民集5巻5号177頁は、占有の適法性に根拠を与えるための事案であり、② 最判昭和35年4月12日民集14巻5号817頁及び③ 最判昭和41年10月27日民集20巻8号1649頁は、当該占有を「賃貸借」ではないとするために「使用貸借」というノ

後を問わず、また今日、現代においても、変わるところはない普遍的現象であろう。この特殊性、つまり、理念と現実との乖離がある限り（物の無償使用を巡る関係が、近代的契約観には立脚していない現実がある限り）、使用貸借契約を、契約一般の通用的解釈で迫ろうとしても、必ずしも現実の法的紛争にそぐわない、割り切れないものが残ることになる。使用借権の成立やその財産的価値を論ずるのが困難なゆえんである。

第 3 使用貸借の成立を巡って

使用貸借を巡る前記脚注 4 で挙げた判例にも見られるように、使用貸借が成立したとする判例は、特殊な人的関係にあるさまざまな事情の下にその「成立」や「終期」を述べたものである。次の判例（前記脚注 4 の④・最判平成 8 年 12 月 17 日）は、「建物」の使用貸借の「成立」に関して論じている。

1 事案は以下のとおりである。

- (1) 被上告人らの請求は、相続が開始した被相続人所有に係る家屋において、共同相続人の内の 1 人が居住していることは、他の共同相続人に対し、持分に応じた賃料相当損害金を発生させているとして、上告人らに対し不法行為に基づく損害賠償請求又は不当利得返還請求として、被上告人ら各自の持分に応じた本件不動産（家屋）の賃料相当損害金の支払を求めるものであった。

前提となる事実、① 被上告人 S は、昭和 63 年 9 月 24 日に死亡し、② 被上告人は、被相続人の遺言により、16 分の 2 の割合で遺産の包括遺贈を受けた者であり、上告人及びその余の被上告人は S の相続人

↘ 概念を利用しているもので、④ 平成 8 年 12 月 17 日民集 50 卷 10 号 2778 頁は、共同相続人の 1 人がする相続財産である建物の占有について、その占有に適法性の根拠を与え、終期を遺産分割時とする擬制を与えようとする事案であり、いずれも内容を見ると、身内での極めて特殊な事情の下での判例である。

であり、③ 本件不動産（家屋）はSの遺産であり一筆の土地と同土地上一棟の建物からなり、④ 上告人らは、Sの生前から、本件不動産（家屋）において、Sと共にその家族として同居生活をしてきたもので、相続開始後も本件不動産（家屋）の全部を占有、使用している、というのである。

- (2) 原審（東京高裁）は、このような場合、自己の持分を超えて本件不動産全部を使用する持分権者は、これを占有していない他の持分権者の損失の下に法律上の原因なく利益を得ているのであるから、格別の合意のない限り、他の持分権者に対して、共有物の賃料相当額に依拠して算出された金額について不当利得返還義務を負うと判断して、被上告人らの不当利得返還請求を認容すべきものとした。
- (3) この原審に対し、上告審は、使用貸借の成立を認め、以下のように説示する。

すなわち、共同相続人の1人が相続開始前から被相続人の許諾を得て遺産である建物において被相続人と同居してきたときは、特段の事情がない限り、被相続人と右同居の相続人との間において、被相続人が死亡し相続が開始した後も、遺産分割により右建物の所有関係が最終的に確定するまでの間は、引き続き右同居の相続人にこれを無償で使用させる旨の合意があったものと推認されるのであって、被相続人が死亡した場合は、この時から少なくとも遺産分割終了までの間は、被相続人の地位を承継した他の相続人らが貸主となり、右同居の相続人を借主とする右建物の使用貸借関係が存続することになるものというべきである。けだし、右建物が右同居の相続人の居住の場であり、同人の居住が被相続人の許諾に基づくものであったことからすると、遺産分割までは同居の相続人に建物全部の使用権限を与えて、相続開始前と同一の態様における無償による使用を認めることが、被相続人及び同居の相続人の通常の意味に合致するといえるからである。

本件についてこれを見るに、上告人らはSの相続人であり、本件不

動産においてSの家族として同人と同居生活をしてきたというのであるから、特段の事情のない限り、Sと上告人らの間には本件建物について右の趣旨の使用貸借契約が成立していたものと推認するのが相当であり、上告人らの本件建物の占有、使用が右使用貸借契約に基づくものであるならば、これにより上告人の利益に法律上の原因がないということとはできないものというべきである。

- (4) 上告審の判断は、上告人らに本件建物について、これを、法律上の原因に基くものではない、つまり、不法占有ではないことを説明するために、「Sと上告人らとの間で使用貸借契約が成立した」と判示するものであるが（しかも、終期は遺産分割時までと）、些か苦しい擬制的な説明である。だがしかし、この結論自体は、もっとも常識にかなうものであろう。というのも、遺産分割に当たっての争いにおいては、様々な法的論理を駆使して、遺産分割に際して自己に有利な立場を作ろうとする相続人が争点を取って増やすことはままあることである。このような場合、裁判所としては、技術的な論争に引きずり込まれることなく、とりあえずは相続時の現状が明らかに違法状態である場合は別として、まずは現状を適法な状態として、相続に伴う遺産分割手続きによる本来的解決を目指すことは、結局相続争いの法的処理として正しい方向であるからである。

2 本件建物についての「使用借権」を認めたその先の、つまり、この「使用借権の財産的価値」を論ずるのに、月々の家賃相当額などとして容易く認めることもできないであろう。なぜならば、この上告人らの本件建物に関しての、使用の財産的価値は、被相続人との同居に始まり、遺産分割時まで（いつになるか分からない）という、有期限の特殊な使用権であるからである（もっとも、この使用権が実力で排除され、その結果上告人らが他に居住建物を求め、家賃相当額の損害が被れば、これを不法行為として捉え、不法行為者に同額の損害賠償請求権が発生することはあり得るが、このことと使用借権の財産的評価とは別問題である。）。

第4 使用借権の価額を巡って

1 上述のとおり，使用貸借契約の成立を認め擬制する多くの判例は，占有の不法行為性を否定したり（占有の適法化に根拠を与える），或いは，賃貸借契約ではない（占有の適法化に賃貸借の根拠は与えない）ものであって，いずれも不動産の占有や使用収益に法的根拠や評価を与えようとするものであり，その限りの判例である。それでは，その先の，使用借権の財産的利益は，どのように考えたらよいのであろうか。

結論として，以下の判例のとおり，一般的には（観念的には），その財産的利益はある，といわざるを得まい⁵⁾。

2 この点に関し，最判平成6年10月11日（集民173号133頁）は，「土地」に関し，使用貸借の財産的価値を明確に肯定し，その額を算定せよとしたのであるが，地裁，高裁，最高裁（上告審）と判断が分かれ，使用借権の財産的価値を認めた1審を逆転して取り消した控訴審の判断をさらに上告審が逆転破棄したもので，使用借権の上記民法の建前と現実とのギャップを考えさせられる判例となっている。

3 事案は次のとおりである。

- (1) 上告人は土地の使用借権に基づき地上建物を所有し，この建物を被上告人に月額2万5000円の家賃で賃貸していた。ところが，被上告人（の二女）の失火を原因とする火災により当該建物が全焼した。これにより，上告人は，1350万円の火災保険金を受領したが，建物が全焼したため，上記土地に対する使用借権を喪失した。
- (2) 原審（東京高裁判決平成3年2月18日金融・商事判例970号18，19頁）は，① 使用貸借は貸主の厚意，恩恵等に基づく無償契約である

5) 内田・民法Ⅱ（第3版）債権各論175頁。もっとも，平成6年10月11日最判に関しては，「しかし，使用貸借の存続期間の予測が困難な事案では，損害額の算定は困難であろう。」とコメントしているが，そのとおりであろう。

こと、② 借主の使用収益の権能、いわゆる使用借権も、借主が目的物を使用収益することを受忍するという貸主の消極的義務に対応して生ずる消極的な権能に過ぎず、③ 第三者に対する効力もないのであって、④ 建物が朽廃、滅失するまでこれを所有するという目的でされた使用貸借においては、当該建物が滅失すれば右使用貸借は当然に終了し、⑤ その滅失（焼失）が第三者の行為によって生じた場合も、その建物滅失それ自体による損害賠償の問題が生ずるものの、その消滅した使用借権については、使用貸借の右性格からすれば、独自の財産的価値があるものとしての損害賠償の対象となるものではないこと、

以上を前提とし、建物の焼失による損害額の上限は、消失時の建物価格と、建物の存続期間を前提にすれば、火災後10年間に建物によって得ることができる利益の額のうち、いずれかの高額の方となるが、上告人が建物の価格に相当する賠償として受領した火災保険金1350万円を超える額の利益を建物から得ることができたという事実の証明がないとして、本件火災による本件土地の使用借権喪失による損害賠償を全て棄却すべきものとした⁶⁾。

(3) 上告審は、以下の理由により、原判決を破棄し、差し戻す旨の判決をした。

すなわち、① 地上の建物が朽廃、滅失するまで所有するという目的でされた土地の使用貸借の借主が契約の途中で右土地を使用することができなくなった場合には、特別の事情のない限り、右土地使用に係る経済的利益の喪失による損害が発生するものというべきであり、② また、右経済的利益が通常は建物の本体のみの価格（建物の再構築価格から経年による減価分を控除した価格）に含まれるということ

6) 筆者としては、高裁の結論が常識にかなうものではないかと考えるが、保険金1350万円が上告人に支払われた事実を掲示し意味づけたことは、判断の理論性を妨げたことになったと思われる。

はできない。そうすると、上告人は、少なくとも焼失時の本件建物の本体の価格と（これとは別に⁷⁾）本件土地使用に係る経時的利益に相当する額との合計額を本件建物の焼失による損害として被上告人に請求することができるというべきである。

- (4) この判例によって、一般論としては、使用借権の経済的利益は肯定されていると言わねばならないが、その額の認定は、上述のとおり、甚だ困難であろう。

この判例にかかる1審判決（原々審・金融・商事判例970号19頁）では、この価格を認定していたのであるが、次のような諸点を考慮し、喪失した使用借権の財産的価値を論じている。

すなわち、① 本件建物が昭和27年建築の木造瓦葺2階建居宅であったこと（焼失したのは昭和63年12月9日）、昭和52年以来、被告（上告人）は原告（被上告人）の夫に対し賃貸してきたものであるが、かなり老朽化しているためか賃料は焼失するまで月額2万5000円で据え置かれてきたこと、② 本件建物は適当な修繕を施すことによってなお数年は使用に供することはできるが、R（上告人の父）としては、取りあえず本件建物を贈与するが、いずれ本件土地を分筆して、被告（上告人）に贈与する予定にしていたから、いずれ被告（上告人）の使用借権は混同により消滅する運命にあったこと、③ 本件土地の更地としての時価は金2000万円を下らないものであるが、④ R（上告人の父）と被告（上告人）間の使用借権は親子間の特殊恩恵的、情誼的に設定されたものであり、これを他に譲渡・転貸するということは予想されていなかったこと、

以上の諸点を考慮した結果、被告（上告人）の使用借権の喪失による損害は極めて僅少であるとし、更地価格の20分の1（5%）が損害と認定している。損害の認定判断について、「弁論の全趣旨」などと

7) 筆者注。

せず、丁寧な説示である。もっとも、なぜ、更地価格の20分の1なのか、理論的な説明はないが(説明しようがないのであるが)、察するに、相続税法上、財産の評価について、地上権及び永小作権について、残存期間が10年以下のものは、その目的となっている土地のこれらの権利を取得した時におけるこれらの権利が設定されていない場合の時価の5%とされていること(相続税法23条)も参考にしたのかも知れない。

(5) なお、上記最判の上告理由を紹介し、これに触れておきたい。

上告理由は、① 使用貸借契約が通常貸主の厚意、恩恵等に基づくということは、使用貸借の動機に過ぎないこと、② 使用借権も、借主が目的物を使用収益することを受忍するという貸主の消極的義務に対応して生ずる消極的な権能に過ぎないということは、使用貸借が有する抽象的性質論にすぎず……当然に使用借権の消滅が損害賠償の対象とならないということとはできない、③ 第三者に対する効力もないことは債権の本来持っている性質であって、そのことは、本件使用借権喪失が債権侵害による損害賠償の対象とならない理由にはなりえず、④ 土地の使用借権に市場価格がないということから、土地使用借権の喪失が損害賠償の対象とならないということとはできないこと、元来譲渡性のない債権には市場価格はないし、非上場株式なるものも市場価格はないが、損害額の算定は可能である、⑤ 使用貸借を消滅させる際は、貸主から立ち退き料が慣習化していること、以上の諸点を指摘している。

以上の①ないし④の各点は、論理的には反駁の余地がないようであろうが、⑤の取引慣行云々は、果たしてそうであろうか。というのも、そのような慣行の有無が不明であるばかりでなく、法律上の根拠がないにもかかわらず、その占有を排除するのに、紛争のあげく、或いは事実上紛争防止から、巷間、「立ち退き料」や「解決金」の名の下に、「取引慣行」との説明で、不明朗な金具のやり取りを肯定する

ことが、如何とも、法律家の素朴な常識に反するのではないかと、この筆者の疑問は消えないからである。

- (6) 本判決に対する解説、評釈として、①「損害論の観点からするとややその論拠には不明な点があるように思える。……損害の範囲の判断に際しても、なるべく限定的にこれを解する立場もあながち荒唐無稽な見解ではないということになる。このようなポリシーに立てば、原審の判断のように、賃借人の責任をできるだけ限定的に解するという立場も存在しうるであろう。」(抄⁸⁾)、とするものや、②「使用借権が用益権の一つである以上、本件土地使用借権が消滅した事例においても、土地使用ができなくなったこと、すなわち使用借地上の建物の敷地利用による財産的損害が生じていると解される。……建物のみを賠償されれば足りるとする原審には、使用借地権の消滅につき不法行為が成立しているとの視点が欠落している、使用貸借による土地利用の経済的利益の喪失をどのように算定するか、……使用借権は、一般に市場価格が形成されていないから、交換価格による算定は不可能である、それゆえ、得べかりし利益によって算定されることが第一に考えられる」とするもの(抄⁹⁾)、③「使用借権といえども算定可能な使用収益権があるのであるから、使用借権が滅失させられた場合、損害賠償の対象となるべき損害があるということが出来る。……使用借権は、法定更新や地主の承諾に代わる許可の制度がなく、その存続や譲渡が強く制約されているので、一般に、取引の対象とはならず、交換価値に乏しいので、交換価値をもって損害額とすることはできない。このため、使用借権についてはその財産的価値を算定する基準を独自に求める必要がある¹⁰⁾。」などがある。上記最判は、学説上は概

8) 中井美雄・私法判例リマークス（法律時報別冊）12号52頁。本件は、賃借人の失火による家屋の全焼という事案であるから、「失火ノ責任ニ関スル法律」に関連づけて論じているものである。

9) 岡本友子・判例評論447号37頁。

10) 市川昇・判例タイムズ913号64頁。

ね支持されているようである。

4 上述のとおり、使用貸借の経済的利益は肯定され、その額も認定すべしとされているのであるが、実際その額を認定することを甚だ困難とするのは、次の事情による。つまり、その困難性はどこに由来するかと考えた場合、繰り返し度々述べたように、使用貸借の財産的価値を考える場合に働く消極的な要素としては、① 契約の締結の段階から、特殊な関係によって生ずるものであること、② 債権であっても、賃貸借権は、対抗力を備えることにより、物権的請求権と同様に第三者に対する効力が認められると解されているが、使用借権にはそのような効力は全く認められないこと¹¹⁾、③ そのような保護を認めるべき意義がないこと、④ その点、第三者に対する関係だけでなく、当事者間においても、「返還請求権」や「使用妨害の禁止」請求権などは問題にならないこと、⑤ そのことは、使用貸借における債権侵害と言った場合の被侵害債権とは、使用収益権に対する侵害ではなく、貸主に対する債権（消極的義務）の侵害を意味することになるが、これを妨げたという侵害行為自体が観念できないこと、⑥ また、使用貸主の使用借主に対する義務は、使用借主が契約の目的物を使用収益することを受忍すべき消極的な義務であって、使用収益をさせなければならない積極的義務を負うものではなく、当事者間における契約の効力も極めて微弱なものでしかないこと、⑦ その終了原因も、借主の死亡によって当然に契約が終了して（599条）、使用収益権は消滅し、後は、僅かな調整規定は存在するものの（595, 583②）、基本的には、借主の相続人の返還義務のみが残ること、以上のような様々な消極的要素があるからである。すると、使用借権に財産的価値を認めるとしても、その額は、極めて僅少なものに止まると言わねばなるまい。

11) 使用借権は、対抗要件を具備する方法がないのであるから、第三者に対し、いかなる意味においても対抗力がない（近江幸治・民法講義Ⅴ（契約法・第3版）178頁、内田貴・民法Ⅱ（第3版）債権各論174頁）。

第5 建物買取請求権が行使された場合

1 土地の賃借人は、借地期間が満了したときは、土地の貸主（借地権設定者）が更新に異議を述べ、この異議に関し、土地の貸主（借地権の設定者）及び借地権者が土地を必要とする事情のほか、借地に関する従前の経過及び土地の利用状況並びに借地権設定者が土地の明渡しの条件として又は土地の明渡しと引換えに借地権者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を考慮して、これに正当事由があれば、借地権は期間満了により消滅する（借地借家法5条、6条・借地法4条、6条）。この場合、土地賃借人は、土地の貸主（借地権設定者）に対し、建物その他借地権者が権限によって土地に付属させた物（通常は建物）を時価で買い取ることを請求することができる（借地借家法13条・借地法4条2項）。第三者が賃借権の目的である土地の上の建物を取得した場合において、土地の貸主（借地権設定者）が賃借権の譲渡を承諾しない場合も同様である（借地借家法14条、借地法10条）。

ところで、問題は、この場合の建物の価額はどのようにして算定されるのかにある。

考え方として、当該建物の買取請求権時での再調達価額から減価修正をすればよい等と、割り切ればことは単純であるが、それだけでよいのかどうかが問題である。

2 この点に関し、最判昭和35年12月20日（民集14巻14号3130頁）は、借地法10条の買取請求権が行使された場合の時価をどう算定するのかに関する典型的な事案であった。

最高裁は、この問題に関し、一定の解答を示し、これが、後に見る評価基準の「場所的利益」にも繋がり、根拠を与えることとなった。

(1) 上記判例は次のように説示する。

借地法10条にいう建物の「時価」とは、建物を取毀つた場合の動産

としての価格ではなく、建物が現存するままの状態における価格である。そして、この場合の建物が現存する価格には、建物の敷地の借地権そのものの価格は加算すべきではないが、該建物が存在する場所的環境については参酌すべきである。ただし、特定の建物が特定の場所に存在するという事は、建物の存在自体から該建物所有者が享受する事実上の利益であり、また建物の存在する場所的環境を考慮に入れて該建物の取引を行うことは一般取引における通念であるからである。さすれば原判決において建物の存在する環境によって異なる場所的価値はこれを含まず、従って建物がへんびな所にあるとまた繁華な所にあるとを問わず、その場所の如何によって価格を異にしないものと解するのが相当であると判示しているのは、借地法10条にいう建物の「時価」についての解釈を誤ったものといわなければならない。しかし、原判決を熟読玩味すれば、原判決において判定した本件建物の時価は、建物が現存する状態における建物自体の価格を算定しており、本件建物の場所的環境が自ら考慮に入れられていることを看取するに難くないから、原判決における上記瑕疵は結局判決に影響を及ぼすものではないといわなければならない。

- (2) このように説示しているのであるが、建物買取請求権が行使された場合の建物価格に、当該建物が存在する特定の場所的環境（いわゆる概念としての今日いわれる「場所的利益」）を考慮せよというのは、建物の時価の算定に当たっては、建物を取毀した場合の動産としての価格でもないことは当然として、また建物価格に（これをどう捉えるかが問題なのであるが）借地権価格を加算すべきではないということ、これらが前提となつてはいる。だがしかし、さらに突き詰めると、この「場所的環境（場所的利益）」とは一体何を意味するのかは必ずしも明確ではない。もちろん建物の減価修正した再調達価格でもなく、借地権でもなく、他の財産権との関係も、曖昧模糊としているのである。

結局、抽象的なままに、建物価格に「場所的環境が」参酌されるとしか言いようがないのであろう¹²⁾。

3 使用借権との関係

建物買取請求権が行使された場合というのは、形式的に見れば、敷地に対する借地権がないことを前提とするところ、それでもなお賃借人（では無くなった者）に対し、地上建物の価格の判定を介して敷地に対する賃借人（では無くなった者）の権利を反映するとすれば、それは、使用借権の評価にも影響せざるを得ないことになる。

第6 土地の使用借権についての各制度上の評価

以下では、使用借権の財産的価値を、「土地」に焦点を当てて検討してみたい。

1 不動産鑑定評価基準

昭和38年に制定された「不動産の鑑定評価に関する法律」に基づく、国土交通省の「不動産鑑定評価基準」（直近では平成21年8月28日一部改正）は、不動産の鑑定評価に関する基本的考察を加えたもので、不動産鑑定士に対する不動産鑑評のよりどころとなる統一的指針となっている。そうして、その各論第1章「価格に関する鑑定評価」第1節「土地」I「宅地」において、借地権の価格について詳述している¹³⁾。そこでは、価格

12) ① 鈴木祿弥、阿部徹・民商法雑誌45巻1号は、旧借地法10条の建物時価に借地権の価格を加算するというのは、立法論としてはもとより、解釈論としても、妥当なものであるということができよう、とし、「本判決が、場所的環境を参酌」ということによって、借地権の価格の一部を建物の時価に含めることを可能ならしめたものとみられるとし、② 星野英一・法学協会雑誌80巻2号においても、判旨は、一般論として、経済的に厳密に言えば借地権価格の一部を構成するものを、「場所的環境」の名のもとに、「建物自体の価格」に加算することを認めたことになるとし、③ 北村良一・最高裁判所判例解説民事編昭和35年度443頁は、借地権価格を加算する判例であるとまでは言っていないが、趣旨は①、②と変わらない。

13) 不動産鑑定評価基準38頁ないし41頁。

に関する鑑定評価として、土地に関し、「借地権及び底地の鑑定評価にあたっては、借地権の価格と底地との価格とは密接に関連しあっているので、以下に述べる諸点を十分に考慮して相互に比較検討すべきである。」とされている。そうして、借地権の態様については、「地上権か賃貸借か」とされ(3の④)、借地権の価格は「借地借家法(廃止前の借地法を含む。)に基づき土地を使用収益することにより借地人に帰属する経済的利益を貨幣額で表示したものである。」とされている。さらに、借地人に帰属する経済的利益とは、「土地を使用収益することによる広範な利益を基礎とするものであるが、特に次に掲げるものが中心となる。」としている。ところが、土地の「使用借権」については全く検討外である。つまり、賃貸借や地上権については、「ア 土地を長期間占有し、独占的に使用収益し得る借地人の安定的利益」を挙げているところであり、底地の価格については、「底地を当該借地人が買い取る場合における底地の鑑定評価に当たっては、当該宅地又は建物及びその敷地が同一所有者に帰属することによる市場性の回復等に即応する経済的価値の増分が生ずる場合があることに留意すべきである。」ともされている。いずれにしても、土地の鑑定評価に当たって、「使用借権による減額」などとは一切考慮されておらず、検討の埒外にあることが明らかである¹⁴⁾。この点は、社団法人日本不動産鑑定協会が監修・公表している「新・要説不動産鑑定評価基準(改訂版)・住宅新報社」においても同様であり、使用借権を評価の対象とはしていない。このようなことから、不動産鑑定士の認識としては、不動産鑑定評価基準に取り上げられ、示されてもいない使用借権そのものは、評価(鑑定)の限りではない、そもそも評価の対象ではないのではないかと、と考えるもある。

2 相続税法上の評価

相続税と贈与税について規定する相続税法は、課税財産の評価の原則と

14) 国土交通省による不動産鑑定評価基準は、昭和39年の基準発表後、以来度々改正されてきたが、この点は終始変わらない。

して、「相続、遺贈又は贈与により取得した財産の価額は、当該財産の取得の時期における時価により」（同法22条）としているが、財産の価額についての統一的な具体的な評価方法を「財産評価基本通達」（昭和39年4月25日付国税庁長官通達。以下同。）によって定めている。これによれば、「価額」の対象とする土地の上に存する権利としては、地上権、借地権等が定められているが、他方、建物又は構築物の所有を目的として使用貸借（民法593条）による土地の借受けが行われた場合、借地権の設定に際し、その設定の対価として通常権利金その他の一時金を支払う取引上の慣行がある地域においても、その土地の使用貸借に係る使用権の価額はゼロとして取り扱われている（昭和48年11月1日付通達）。これは、「使用貸借は、その無償性に起因して、建物所有を目的とする場合であっても、借地借家法の適用はなく、借地権のような強い法的保護が受けられないこと及び当事者間の対人関係を重視し、借主の死亡によりその使用貸借は終了することとされている（民法599条）ことから、使用貸借による土地の使用権の経済的交換価値は、極めて低いものであることによる」と説明されている。つまり、この、ゼロではない、ということの意味は深長で、「極めて低い」ということは、土地の使用借権の経済的価値は「ある」との意味だとの論拠にもされている¹⁵⁾¹⁶⁾。

なお、相続税法23条は、次のように規定している。

地上権（借地借家法（平成3年法律第90号）に規定する借地権又は民法第269条の2第1項（地下又は空間を目的とする地上権）の地上権に該当

15) 長谷川昭男編・相続税贈与税「土地」評価の実務平成24年版351頁（一般財団法人大蔵財務協会）。

16) なお、鶴野和夫・不動産の評価と権利調整と税務657頁（清文社）は、上記説明と対抗するものではないが、「土地使用借権は、非常に弱い権利ではあるけれども、当初に約束した期間、または当初に定められた目的を達成する期間は、土地を無償で使用できることを、法律的にもある程度は保証されており、その期間中は土地を無償で使用できるという経済的利益はある。このように、法律的に保護された経済的利益がある限り、そこに価格が存在する。」としている。

するものを除く。以下同じ。)及び永小作権の価額は、その残存期間に応じ、その目的となっている土地のこれらの権利を取得した時におけるこれらの権利が設定されていない場合の時価に、次に定める割合を乗じて算出した金額によるとし、① 残存期間が10年以下のもの100分の5、② 残存期間が10年を超え15年以下のもの100分の10、③ 残存期間が15年を超え20年以下のもの100分の20、④ 残存期間が20年を超え25年以下のもの100分の30、⑤ 残存期間が25年を超え30年以下のもの及び地上権で存続期間の定めのないもの100分の40、⑥ 残存期間が30年を超え35年以下のもの100分の50、⑦ 残存期間が35年を超え40年以下のもの100分の60、⑧ 残存期間が45年を超え50年以下のもの100分の70、⑨ 残存期間が50年を超えるもの100分の80、⑩ 残存期間が15年を超え20年以下のもの100分の90

相続税法上の規定は以上のとおり、「残存期間」に着目して規定されているのであるが、使用借権の財産的評価を考える場合、これ以上の評価はあり得ない、という意味において参考とすべき事項であろう。

3 公共用地の取得に伴う損失補償基準

政府(昭和37年10月12日用地対策連絡会決定)の、公共用地の取得に伴う損失補償基準によれば、土地に関する所有権以外の権利の消滅に係る補償として、使用貸借による権利に対する補償として、「使用貸借による権利に対しては、当該権利が賃借権であるものとして前条(地上権、永小作権又は賃借権)の規定に準じて算定した正常な取引価格に、当該権利が設定された事情並びに返還の時期、使用収益の目的その他の契約内容、使用及び収益の状況等を考慮して適正に定めた割合を乗じて得た額をもって補償するものとする」とされ(13条)、準則によれば、「基準第13条(使用貸借による権利に対する補償)は、次により処理する。賃借権に乗すべき適正に定めた割合は、通常の場合においては、3分の1程度を標準とするものとする。」とされている(第3)。要するに、使用貸借による権利は、賃借権の3分の1(あくまでも「標準」であるが)、とする趣旨である。しかし、損失補償は、土地収用法その他の法律により土地等を收容し、又は使

用することができる事業に必要な土地等のための政策的なものと考えられるものであるから、損失補償基準があることが、使用借権の経済的利益（法律上の利益）を無条件に肯定し、その価額が、標準、借地権の3分の1はある、とは直ちにはいえまい。また、この場合、借地権価格というのは、新規賃料を指すのか、継続賃料を意味するのか、後者であれば、適正賃料と現行賃料の差額配分をどう扱うのか、つまり、3分の1を乗ずる前提としての借地権価格そのものが把握できるのか、という問題もありえよう。ただ、損失補償基準のこの「借地権の3分の1」という数値が、この問題で一つの参考資料となっていることは確かである。

なお、占有権に対しては、一切損失補償はない。補償目当ての占有を排除するものとして、あたりまえといえあたりまえであるが、次の不動産競売上の評価と大きく異なっている点である。

第7 不動産競売手続実務上の評価

1 民事裁判実務上、もっとも日常的である競売手続き中の不動産執行（担保権実行としての競売も同じ。）においては、民事執行法58条により、執行裁判所は、目的不動産について評価人を選任し、不動産の評価を命じなければならないが（1項）、評価人は、近傍同種の不動産の取引価格、不動産から生ずるべき収益、不動産の原価その他の価格形成上の事情を適切に勘案して、遅滞なく評価しなければならないが、この場合、「評価人は、強制競売の手続において不動産の売却を実施するための評価であることを考慮しなければならない¹⁷⁾」（2項）とされている。そうして、この

17) この「考慮せよ」との制約は、率直に読めば、競売手続きであるのだから、任意売却とは異なり、売りやすくすべきであり、高めの価額設定はするな、との趣旨であろうが、土地上の建物の底地に対する何らかの権利を容易く認めることは別であろう。土地の評価に当たって、買受人に対抗できる「賃借権」と、対抗できない「使用借権」とでは、全く事情が異なるからである。

評価は、「一般市場の取引価格（実勢価格）ではなく、不動産競売の社会的・手続的特殊性をも十分に考慮した正常価格を求めなければならない。」のであって、「(しかも,) 評価に基づく売却基準価格がそのまま買受基準価格になるのではなく、入札等による自由競争原理を媒介とした価格形成を予定している以上、評価額は、むしろ（競売市場性減価を施した）卸売価格に近いものとなるのが当然である。」とされ¹⁸⁾、不動産競売における対象不動産の評価額が低廉な方向にあるのは当然であり、この場合「低廉な方向」とは、例えば土地に対する評価をするに際しては、土地に対する負担を最大控除しようとするにほかならない。執行裁判所は、この評価人の評価に基づいて、不動産の売却の基準となるべき価額、すなわち、「売却基準価額」を決定しなければならないことになっているのである（同法60条）。しかるに、例えば借地権等土地に対する評価をする際の減価要因には様々なものがあり、各裁判所で減価要因を内部的基準によって処理してきたのが実情であろうが、平成14年8月からインターネットによる競売物件のいわゆる3点セットの公開が開始された（BIT）。このような中で、評価書の透明化、均質化を図るため、全国の評価人（候補者）で構成される全国競売評価ネットワークによって、「競売不動産評価基準」が作成されていた。その後、平成23年2月、東京地方裁判所民事執行センターの評価人候補者で構成される東京地方裁判所評価事務研究会において、全国的な「競売不動産評価基準」（3訂版）が作成され公表されるに至っている（以下「評価基準」という。）¹⁹⁾。

2 評価基準の考え方

- (1) 評価基準では、土地利用権等の評価として、評価上問題となる土地利用権には、① 借地権、② 法定地上権、③ 使用借権、④ 短期賃貸借、⑤ 一時使用の借地権、⑥ 民法上の賃借権、地役権、囲繞地通行

18) 中野貞一郎・民事執行法（増補6訂版）445頁，447頁。

19) 東京地方裁判所不動産評価事務研究会・別冊判例タイムズ30号（2011年3月30日「競売不動産評価マニュアル第3版」）。

権、⑦ 区分地上権等が検討されているところ、使用借権の評価の方法として、「使用貸借は、特別な信頼関係にある当事者間で締結される契約であるから、市場価格の形成される基盤は薄いが、使用借権者は土地の利用により相当の経済的利益を有するので、これを使用借権として評価する。しかし、その態様には、賃貸借に近いもの、一時使用的なもの、恩恵的なものなど諸形態があり、また、引渡命令の対象ともなるから、このような諸事情を考慮してその価値割合を決すべきである。」との基本的考え方が示されている。

- (2) 建物評価における使用借権の評価は、建物価格に加算する要素として、使用借権の態様、使用権設定の経緯等から、堅固建物である場合には、20%、非堅固建物である場合には10%を標準として使用借権を判定するとし、a. 権利存続の安定性、b. 経済的利益の程度、c. 利用形態及び将来予測される利用状況を総合的に比較考量するとし、評価例としては、次のような算定の方法を例示している²⁰⁾。

$$\begin{aligned} & \text{建付地価格} \times \text{敷地面積} \times \text{利用権割合} = \text{利用権の評価額} \cdots \text{①} \\ & \text{建物価格} \times \text{敷地面積} \cdots \cdots \cdots \text{②} \\ & \text{①} + \text{②} \text{の合計額} \times \text{競売市場修正} = \text{建物評価額} \end{aligned}$$

- (3) 使用借権の負担付土地の評価（底地）については、次のとおりである。

敷地上の建物が堅固建物である場合には20%、非堅固建物である場合には10%を標準として、建付地から減価を行う。つまり、この減価が「使用借権」の価額ということになる。比較考量事項は、(2)の建物の場合と同様である²¹⁾。

$$\begin{aligned} & \text{建付地価格} \times \text{敷地面積} \times \text{底地割合} \times \text{競売市場修正} = \text{底地の評価額} \\ & \text{※ここでも、「底地割合」とは、上記の使用借権の割合を控除したものである。} \end{aligned}$$

20) 同上書79頁。

21) 同上同頁。

- (4) 使用借権の評価は、評価基準によれば、上記(1)の a, b, c の比較考量事項を検討するとしても、大枠、20%ないし10%ということになるが、比較考量事項は、土地利用権が借地権の場合の評価に当たって勘案すべき諸要因の考え方、すなわち、評価基準「第3章」,「第2節」,「第2」の2の内、②の地上建物の残存耐用年数(朽廃寸前の建物かどうか)、③の契約締結の経緯及び残存契約期間(期間満了直前の借地権かどうか)が参考とされるであろう²²⁾。
- (5) 他方で、評価基準は、使用借権の評価上の留意事項として、①使用借権者は土地の利用による相当の経済的利益を享受するが、対抗力のないことから市場価格の形成される基盤は薄いので、市場性の減価を考慮に入れて利用権割合を求めるとし、②公共用地取得に伴う損失補償基準は、権利設定の事情、返還の時期、使用収益の目的等を考慮して、借地権価格の3分の1程度を標準として使用借権価格を定めている、と紹介している²³⁾。

しかし、前記のとおり、公共事業を円滑にすすめるための土地取得を考えた多分に政策的意味合いの強い損失補償基準を、競売手続上も「留意すべき事項」として良いのかどうかは、疑問なしとしない。

- (6) また、評価基準によれば、民法上の賃借権(ここでの賃借権とは、「建物所有を目的とするもの以外の土地賃貸借契約」を指す)で、対抗力のない賃借権は、権利性よりも構築物を物理的に撤去するという経済的負担を減価の対象として把握することになることから、通常は市場性修正において考慮することになるとして、土地上に構築物があることを前提に、「資材置き場、モデルルームで、0%ないし10%」,「露天駐車場で、0%」,「自走式立体駐車場で、0%ないし20%」,「ゴルフ練習場・テニスコートで、0%ないし10%」としているに過

22) 同上61頁。

23) 同上80頁。

ぎないこと²⁴⁾も参考になると思われる。

- (7) さらに、評価基準によれば、前述の「場所的利益」についての考え方について、土地に建物が現存しているが、借地権や法定地上権といった土地利用権がない場合、使用借権、一時使用のように、土地利用権はあるが、対抗力がない場合等、建物が敷地（土地）を事実上占有していることについて、経済的価値（経済的利益）を認めて、建物価格に加算又は土地地価から減価する場合に「場所的利益」が問題になるとし、これを「取去されない利益」、「敷地占有利益」とも称されるとし、ここにいう「場所的利益」は、いわば建物が撤去されにくいという事実状態について、何らかの価値を認めるもの、というものである。東京地裁の実務においては、たとえ無権限等の占有者といえども土地利用者との交渉の余地があり、土地利用権を設定し得る特別な事情が認められる場合も同様であるとの立場に立ち、「場所的利益」の問題を検討して類型化した評価方法を示している。

それによると、① 建物買取請求権が成立する場合は、借地権価格の20%ないし30%、② 分離型の区分所有建物及びその敷地の場合、建付地価格の30%ないし50%を敷地から控除した上、建物価格に加算されるとし、借地権割合の下限も考慮して、原則40%を標準とし、③ 敷地利用権を欠く区分所有建物で、区分所有法10条に基づく区分所有権売渡請求権がある場合には、建付地価格の10%ないし20%を標準とし、④ 法定地上権が成立しない場合であっても、なお法的保護に値する場合があります、また、事実上の建物取去の困難性、費用・時間を要することから、建付地価格の0%から20%を建物価格へ加算し、⑤ 当初存在していた土地利用権が消滅した場合、典型的には「建物取去土地明渡しを命ずる判決が確定したとき」（法的保護の期待がなくなった場合）ですら、建付地価格の0%から10%を建物価格へ加算

24) 同上81頁。

し、⑥ 民法389条の一括競売が認められる場合には、建付地価格の0%から10%を建物価格へ加算し、⑦ 無権限又は不法占有により建物が建築された場合でも、なおも「場所的利益」を建付地価格の0%から10%を建物価格へ加算する、とされている。そうして、「場所的利益を評価において加算するとしても、これが不法占有者に権利性を与えるものではないことはいうまでもない。」と、念押しをしている²⁵⁾。

評価基準にいう「場所的利益」の具体的数値は、以上①ないし⑦に類型化して説明されているが、異論がありえよう。しかし、競売実務では、東京地裁だけではなく、以上が全国的な通用性を持っている。筆者の執行実務経験でも、不法占有者についての減価は、標準（というより一律）5%であった。

第8 不動産鑑定士の所見

前記不動産鑑定評価基準は、土地に対する様々な権利のうち、所有権以外では、借地権については述べられているが、使用借権についての規定は前記のとおり、一切ない。前記平成6年10月11日最判の1審判決も、使用借権の財産的価値を認めつつも、その価額は、「更地権の20分の1」というもので、上述のように、その根拠はアナログな決め方である。

しかし、使用借権にも価格はあるのか、あるとすればどのように評価するのかについて、不動産鑑定士側においても、いわば、特殊な財産的価値として検討されてきた。

「土地使用借権は、非常に弱い権利であるけれども、当初に約束した期間、又は当初に定められた目的を達成する期間は、土地を無償で使用できることを、法律的にもある程度保証されており、その期間中は土地を無償

25) 同前84頁ないし86頁。

で使用できるという経済的利益はある。このように、法律的に保護された経済的利益がある限り、そこに価格が存在する。」との認識の下、かなり詳しい論考がある²⁶⁾。そこでは、① 地代相当額から求める方法、② 借地権割合から求める方法、③ 使用借権は場所的利益の価額より高いのか、低いのか等、上記論考の中で指摘され、賃借権の場合の借地権は、時の経過によってふくれあがり（価値が増大し）、反対に、使用借権は① 残存期間が短くなることにより（借地権のように、更新権がないから）、② 借地人の余命が短くなることによって（民法599条）価値が低くなると考えられるとの指摘は正鵠を得ている。なお、土地評価理論研究会著・特殊な権利と鑑定評価（清文社）157頁以下は、土地使用借権とその評価についての体系的で精緻な説明がある。

しかし、上記精緻な説明も、計算式に用いる各種係数は、確固たる基準があるわけでもなく、客観的な指標ともいい難い面がある。

結局のところ、不動産鑑定士の手法としても、使用借権者が受ける経済的利益から評価するか、或いは土地所有者が被る経済的損失から評価するほかないであろうが、前者においても後者においても、残存期間、建物朽廃までの期間、定期賃借権としての地代相当額との比較等の様々な要素を考慮しなければならず、定量化は難しいようである。

第9 ま と め

1 以上の検討によれば、土地の評価について、使用借権を考慮すべきという考え方は、もはや慣行化していると言うほかない。ところが、判例においては、その評価を定めるについて、確固たる基準が確立している状況ではない。他方、① 不動産鑑定評価基準においては使用借権の検討はなされておらず、② 相続税法も使用借権の財産的価値は考慮されていない

26) 鵜野和夫・不動産の評価・権利調整と税務（清文社）657頁以下。

し、③ 損失補償基準では借地権価の 3 分の 1 (たとえば中堅的都市での住宅地での借地権割合が 60% であるとすると、20%) とされ、④ 不動産競売では 20% ないし 10% (不法占有でも 0% ないし 10%) とされていること、以上を総合考慮すると、使用借権の財産的評価は、大胆に言えば、土地価格の「標準 20%」とあって差し支えないように考えられる。

もっとも、これは標準であって、「20%」標準が一人歩きすることがあってはならないであろうし、実際には、使用借権の残存期間 (これも「想定」しかできないことが多いであろうが)、相続税法 23 条の地上権及び永小作権の価格について期間を細かく区切り、最短で 5%、最長で 90% としていること等の事情を参酌しながら、具体的事案の状況に合わせて判断していくほかはないであろう。なお、前述した使用借権の財産的価値を肯定した平成 6 年 10 月 11 日最判の事案も、理論的には 1 審や最高裁どおりであるとしても、2 審の判断の方が実務的感覚には首肯しうるものがある。

2 使用借権の財産的価値を算定するにあたり、平成 8 年に新設された民訴法 248 条が積極的に活用されることも検討されてよいであろう。特に、使用借権の価額が「極めて僅少」というほかない場合、本稿でみた各種評価の基準も、それら自体にかなり幅があるだけでなく、必ずしも具体的な事案にそのまま流用できるものではない。すると、このような場合、上述のような検討を踏まえた上で、民訴法 248 条にいう、「損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるとき」に該当する、と考えることはできないであろうか。検討に値すると思われる。

以上