



上海律师文丛 · 2010年

日本借地权制度 研究

日本借地权是指以建筑物的所有为目的的地上权或者土地租赁权，近似于我国的建设用地使用权。本书从对日本借地权制度的研究出发，以期从中寻求完善我国土地制度的启示。日本的借地权制度突出了对借地权人，即土地使用权人的特殊保护，值得我们研究与深思。

沈宏峰 · 著



上海社会科学院出版社

上海律师文丛·2010年

日本借地权制度 研究

沈宏峰·著



上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

日本借地权制度研究/沈宏峰著. —上海:上海
社会科学院出版社,2011
(上海律师文丛)
ISBN 978-7-80745-824-1

I. ①日… II. ①沈… III. ①土地使用权-研究-日
本 IV. ①D931.323

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 038546 号

日本借地权制度研究

作 者: 沈宏峰

责任编辑: 夏 宁

封面设计: 闵 敏

出版发行: 上海社会科学院出版社

上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.org.cn> E-mail: sassp@sass.org.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 上海商务联西印刷有限公司

开 本: 787×960 毫米 1/16 开

印 张: 13.25

插 页: 2

字 数: 238 千字

版 次: 2011 年 5 月第 1 版 2011 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-80745-824-1/D · 175

定价: 34.80 元

版权所有 翻印必究

序

律师业作为现代服务业重要组成部分越来越受到社会各界的关注。目前,上海律师队伍已突破万人,国内外经济社会的舞台上有着他们活跃的身影。随着上海“四个中心”建设的推进和上海世博会的成功举办,上海律师业面临着一个更广阔的发展前景。

伴随着律师业的不断发展,律师业务更趋多元化和专业化。鼓励律师学术上百家争鸣,引导律师著书立说是上海律协一贯推崇的优良传统。上海律师中也确实有大批的律师在执业实践中,坚持研究、总结,醉心于著述。2006年初,上海律协启动了“上海市律师协会文库”的出版工作,提供上海律师一个展示行业精神财富的平台。

“理想的书籍是智慧的钥匙”。4年后的今天,在上海律协文库编委会的支持下,在上海社会科学院出版社的帮助下,又一展示律师智慧的窗口——“上海律师文丛”也与大家见面了。如果说,“文库”更多侧重行业层面的探讨研究,那么新生的“文丛”则是上海律师个人、团队或律师事务

所的智慧结晶。这两套丛书都见证着上海律师在高速发展的物质文明和精神文明中始终立于时代的前沿。

搭建律师思想碰撞之平台、畅通律师信息传播之渠道、建设律师学问总结之道路、营造律师形象展示之舞台、创建律师文化交流之大厦,始终是上海律协推动律师发展的出发点和归宿点,也是广大上海律师共同憧憬的理想之境。

上海市律师协会

2010年6月

目 录

序	1
前言	1

第一编 日本《借地借家法》研究

第一章 日本借地权的形成历史及其缺陷(对应《借地借家法》

第1条—第2条)

一、借地权的性质	4
二、借地权的历史	7
(一) 1921 年《借地法》前史	7
(二) 1921 年《借地法》	8
(三) 1941 年《借地法》修正	9
(四) 1966 年《借地法》修正	9
(五) 1991 年《借地借家法》	10
(六) 法律意识的变迁	10
三、借地权的更新	12
四、借地权的转让	16
五、借地权的担保	18
六、借地权的展望	19

第二章 借地权的法定存续(对应《借地借家法》第3条—第9条)

一、普通借地权的法定存续期间及其性质	21
二、借地权的更新和正当理由	23
三、建筑物与借地权存续的关系	25
(一) 更新权以建筑物存在为限	25

(二) 存续期间内因建筑物灭失需再建的要有虚拟建筑物	26
(三) 借地合同更新后因建筑物灭失而丧失借地权	27

第三章 借地权的对抗力(对应《借地借家法》第10条—第16条)

一、建筑物购买请求权	28
(一) 建筑物购买请求权的形成和作用	28
(二) 借地权人的建筑物购买请求权	30
(三) 转借地权人的建筑物购买请求权	30
(四) 第三人的建筑物购买请求权	31
(五) 因借地权人等债务不履行而被解除时的建筑物购买 请求权	31
(六) 建筑物购买请求权和留置权	32
(七) 补偿款的构成	32
二、买卖不破租赁	32
(一) 建筑物登记的效力	32
(二) 建筑物灭失后的对抗力	34
(三) 存有用益物权时出卖人的担保责任	35
(四) 同时履行抗辩权	35
三、地租增减请求权	36
四、借地权设定人的优先权	37

第四章 自己借地权的形成和缺陷(对应《借地借家法》第15条)

一、自己借地权的目的	38
二、自己借地权的形成	39
三、自己借地权的缺陷	45

第五章 借地条件的变更和裁判(对应《借地借家法》第17条—第21条)

一、借地权的让渡和转租	49
(一) 立法经纬	49
(二) 同《借地借家法》第14条的关联	50
(三) 存在的最大问题	51
(四) 让渡担保的问题点	51
(五) 因拍卖建筑物等而许可让渡土地租赁权	52

二、借地条件的变更以及增改建的许可	52
(一) 立法经纬	52
(二) 《借地借家法》第十七条第 1 款和第 2 款的关系	53
(三) 考虑的事项	54
(四) 附随的处分	55
三、借地合同更新后再建建筑物的许可	56

第六章 日本定期借地权制度的理论和实务(对应《借地借家法》

第 22 条—第 24 条)

一、定期借地权的生成	58
(一) 日本土地法的特异性	58
(二) 定期借地权的历史性	59
二、定期借地权的要件	60
(一) 普通定期借地权的要件	60
(二) 事业用定期借地权的要件	62
(三) 附有建筑物让渡特别约定的借地权	63
三、定期借地权的活用	64
(一) 保证金方式和权利金方式	64
(二) 筑波方式	65
四、定期借地权的让渡	65
五、存续期间中建筑物的灭失	66
六、定期借地权的终止	68
七、定期借地权的利用状况	68

第二编 借地权制度研究

第七章 借地权的对价

一、借地权的地租	73
(一) 地租的基本问题	73
(二) 不动产鉴定评价基准	75
(三) 地租的拒付与借地的解除	76
二、借地权的更新费	76
(一) 更新费的社会意义	76

(二) 更新费的法律问题	77
(三) 更新费的计算根据	78
(四) 约定更新费的效力	79
(五) 更新费的经济问题	79
(六) 更新费的未来展望	80
三、借地权的权利金	81
(一) 权利金的性质	81
(二) 权利金与《借地借家法》第6条	82
(三) 权利金与《借地借家法》第17条和第19条	83
(四) 权利金的今后课题	83

第八章 建筑物区分所有权和借地权

一、问题点	85
二、问题点的探讨	85
(一) 借地权的让渡或转租	85
(二) 区分所有权人不支付地租	86
三、建筑物区分所有借地权设定时的当事人	88
四、存续期间中的法律关系	88
(一) 地租	88
(二) 让渡	89
(三) 解约	89
五、存续期间届满时的法律关系	89
(一) 恢复原状	89
(二) 建筑物的撤去	90
(三) 建筑物的让渡	91

第九章 借地权担保

一、借地权担保的必要	93
二、借地权担保的失败	94
三、借地权担保的问题	95
(一) 抵押登记请求权	95
(二) 借地权抵押中当事人的地位	96
(三) 借地权担保的性质	97

四、借地权抵押的设定方法	99
(一) 以借地权为目的的抵押权的准据法	99
(二) 以借地权为标的的抵押权的实行	101
(三) 通知借地权抵押权人的方法	101

第十章 日本借地更新制度中判例法的作用

一、借地更新制度中判例的作用	104
(一) 借地更新制度的正当性	104
(二) 放弃更新请求权的效力	104
(三) 拒绝和异议	106
(四) 自己使用的必要性	107
(五) 搬迁补偿费用	108
(六) 借地上建筑物租赁权人的情况	109
(七) 借地上建筑物继承权人的情况	111
二、借地让渡制度中判例的作用	112
(一) 战后判例理论的形成	112
(二) 替代让渡承诺的裁判所许可	113
(三) 新借地借家法的影响	115
(四) “背信行为”判例的意义和限度	115
(五) 不允许解除的类型和判断基准	115
(六) 判断基准的评述	116
(七) 让渡担保的问题	117
(八) 其他的问题	118

第十一章 日本不动产法的构造特色

一、关于土地所有权	120
(一) 用一般条款来加以限制	121
(二) 用利用权的扩张来加以限制	122
二、关于借地权	122
三、关于建筑物所有权	125

第十二章 英国租业权的构成

一、租业权的意义和性质	127
-------------------	-----

二、法定租业权的意义和性质·····	129
三、租业解放权的意义和性质·····	131
四、租业权的对价·····	131
五、《1967 年法》后英国不动产法的发展 ·····	133
六、英国法在日本法上的展望·····	135

第三编 借地法律及译文

第十三章 《借地借家法》(借地部分) ·····	141
第十四章 《借地法》 ·····	157
第十五章 《建筑物保护法》 ·····	170
第十六章 《民法》(地上权和永佃权部分) ·····	172
第十七章 《民法》(租赁权部分) ·····	178
参考文献 ·····	187
后记 ·····	197

前 言

这本书,是我5年博士课程的一个总结。在日本,博士课程被分为两个阶段,即2年期的博士前期课程和3年期的博士后期课程,也就是我们所熟知的硕士课程和博士课程。

我是在明治大学读的硕士,师从新美育文教授。其间,我完成了法律日语和日本法律课程的学习。在此基础上,选择了民法财产法中的物权法作为自己的专业方向,硕士毕业论文写的是日本借地权和中国建设用地使用权的比较研究,名为《中日住宅用地使用权的比较研究》,获得了甲等成绩后顺利毕业。

但是,中国内地的土地使用权制度中参照了许多香港地区相关法律的内容,而香港地区法律又是以英国法为根基的,这样,要在更高程度上进行比较研究就必须深入了解英国的相关法律条文。于是,导师向我介绍了日本借地法和英国租业法的对比研究权威、早稻田大学教授内田胜一先生。经过入学考试,我如愿以偿考入早稻田大学攻读法学博士研究生,成为内田教授的唯一外国弟子。

在3年博士课程的学习中,虽然有着痛苦和煎熬,但更多的是领悟和收获,其中的感动和心得我一一记录了下来,归国后集结出版了散文集《早稻田留学手记》(东方出版中心)。从博士二年级起,我开始写自己的博士论文《中国宅地使用权比较研究》,具体为历史、学术、判例、日本法比较、英国法比较、未来展望等章,按章节逐步发表于日本的法学杂志。经过两年的艰苦写作,最后终于完成了博士论文,毕业后进入日本高井伸夫法律事务所工作。我喜欢不断地挑战自己,安稳的授薪律师生活并不能给我带来快乐,为了追逐自己的法律梦,我选择了归国,成为了一名辛辛苦苦的专职律师,但是我的心情却很舒畅。

我国的《物权法》颁布不久,有关建设用地使用权的规定还有待完善。于是我萌发了将日本借地权制度介绍给中国学者和立法者的念头。由于我的博士论文是用日语写就,而且为了使日本学者了解中国土地使用权制度,论文花费了许多篇幅介绍中国法的基本知识,这同本书的写作宗旨恰好相反,于是不得

不另起炉灶。第一编先介绍日本借地法的基础知识;第二编在第一编的基础上进行学术上的探讨;第三编翻译了有关借地法的几种主要法律以供参考和研究。期盼方家对我的翻译有所指正。

还有必须要说明的一点是,由于我是留学生,许多日本法知识的运用和阐述都必须引用日本学者的研究成果才能进行,故而有些篇章参照了日本评论社于1985年和1998年分别出版的《现代借地借家法讲座》和《新借地借家法讲座》,以及2002年出版的《基本法逐条解说——新借地借家法》。虽然在文中的相关部分注明了出处,在这里还是谨对以上这些成果的日本各位学者致以崇高的敬意和深深的谢意。

本书的写作,虽说是5年的积累,也花费了大量的时间,但是其中必定有许多不足和错误,如果能够起到抛砖引玉的效果,使得学者或法律界同仁有兴趣探讨一下日本的借地法对中国土地制度的启示和借鉴作用,那么就已经达到了本书的写作目的了。

沈宏峰

2009年10月1日

第一章 日本借地权的形成历史及其缺陷

(对应《借地借家法》第1条—第2条)

日本的地上权以及土地租赁权已经为借地权所取代。在借地权发展的历史进程中,可以看出借地权并非一蹴而就,而是经过不断地修正和扬弃逐渐趋向于保护借地权人的。在借地权最为关键的更新权以及更新费用的问题上,有着逐渐不利于借地权人的倾向。而且,借地权还有致命的缺陷,那就是借地权还缺乏自由的让渡性和担保性。

在日本,借地权有日趋式微的趋势,其中最为根本的是经济原因:既然土地的借地权和所有权的价格已经接近,并且从银行贷款不甚困难,而且利率也不是太高,那么似乎已无必要属意于借地权,因为每隔三四十一年支付一次高额的借地费用给土地所有权人以及每个月的地租,无论从经济、法律、社会各个方面来看都有些不合时宜。故而在日本,借地权的存在逐渐变得无关紧要,以至于可以说“随着金融制度的发达,资金的获得已经变得容易,不动产经营的情报也变得简单入手,于是不再设定借地权,而是自己建设并出租公寓已经成为通行的做法。日本是否也会由于此种情形的出现而使得设置借地权的基础丧失呢?”^①在日本的学者中,存有此种危机感的人并不在少数。

可是,且不说有着百年历史的老店,为了保持自己的店址和招牌,依旧不得不重复着先人的做法,沿袭着传统的契约,坚持着借地的权利和义务;就是历经沧桑、备受指责的借地法本身,也在数次凭借着与时俱进的变法之后,依旧保持着年轻的脉动。事实上,如果将民法喻为私法的皇冠的话,那么借地权就是皇冠上的一颗耀眼的明珠,透过对它的打磨,使得我们可以窥见日本民法的真谛,成为找寻日本民法的历史、条文、判例、学说和惯例的一把钥匙。

此外,由于土地的重要性,多一种视野也许会多一种方法,这在今日这个充

① [日]内田勝一、《借地・借家法改正問題の課題》、ジュリスト第851號,第12頁。

满着变化和探求的年代也是必不可少的一种气质。毋庸讳言,日本的借地法乃至借地权制度仅仅是各方妥协的结果而已,但正是由于这种妥协,使得借地权制度为各方所接受、遵从,并且伴随着日本民法一直走到了今天。可以说,各方都能接受的方案对于各方本身来说尽管并非最佳的方案,但是各方都能接受的方案对于全局来说则是最佳的方案,让我们粗略却又深刻地体会一下日本民法桂冠上明珠的风采吧。

一、借地权的性质

借地权就是“以建筑物的所有为目的的地上权或者土地租赁权”(《借地借家法》第2条第1项)。从表面上看,借地权是物权地上权和债权租赁权的总和,其实不然。由于地上权是一种对于土地所有者来说比较不利的权利,所以尽管有时效取得、^①根据《地上权法》(《地上権ニ関スル法律》)而获得的推定地上权、^②依据日本《民法》第388条^③和《民事诉讼法》第81条^④而取得的法定地上权,但是由于地上权通常是由当事者双方依据契约而设定的,具有经济强权的土地所有权人基本上不会选择地上权,于是,在斟酌借地权的让渡可能性、期间的长短以及其他的诸般情形之后,最终被认定为属于债权性质的土地租赁权的概率是极高的。^⑤

以建筑物的所有为目的的地上权仿佛已经不复存在,再加上“伴随着借地法的制定,民法也作了修正,以建筑物所有为目的的地上权被废止。其结果,就是民法上的地上权的有关规定被限制在以竹木所有为目的”^⑥的土地使用权方面。于是,可以这么说,除了无关紧要的有关竹木的地上权,在日本,已经没有实质意义上的地上权,我们所要探寻的,只是作为租赁权的借地权。

那么,在日本民法上,租赁权是一种什么样的权利呢?

租赁权在日本被称为“赁贷借”,是指约定将一方当事人的一种物的使用以及收益给予对方,由对方支付使用费的权利(日本《民法》第602条)。其特征是存续

① [日]後藤清,《借地・借家(借地篇)》,青林書院,1956年,第13頁。

② [日]星野英一,《借地・借家法》,有斐閣,1967年,第13頁。

③ 東京高判昭和49年1月31日《東高時報》,25卷1號,第12頁。

④ [日]我妻栄,《新訂物權法》,有斐閣,1983年,第350頁。

⑤ [日]鈴木祿彌,《借地法(上)》,青林書院新社,1980年,第158頁。

⑥ [日]小柳春一郎,《昭和41年借地法・借家法改正の再検討—戦後社會の變貌への対応—》,獨協法學第64號,第50頁。

期间为20年以下(日本《民法》第604条),并且不得让渡和转租(日本《民法》第612条)。这就是说,作为土地使用权人,租赁权对其的保护远远不及地上权来得全面。地上权的存续期间为20年至50年(日本《民法》第268条),地上权人可以径自将其权利作出登记,并且可以让渡、转租、继承和担保。^①日本借地法的历史和任务,就是将租赁权进化为地上权乃至超越地上权,使其成为一种可以被称为“准所有权”的强力权利,这同下文所要提到的“借地权的物权化”是有着根本区别的。我们可以从以下七个方面来证明借地权相对于地上权的优越性。

第一,从法律的性质方面来看,地上权毕竟只是存在于民法的范畴之内,当事者双方以其自由意愿通过缔结合同来确定权利义务。而借地权则从保护借地权人的角度出发,在一定程度上脱离了民法的自由主义的原则,有着某种强行法的效力。例如,《借地法》第11条规定:“如果合同的条件违反第2条、第4条乃至第8条之2、第9条之2(包括准用第9条之4之情形)以及前条的规定,使得借地权人处于不利地位的,将其视同不曾规定。”特别重要的是,对于借地权设定人原本就应当具有的“解约权”也进行了限制。即在所谓的保护借地权人的理念之下,国家介入了当事者之间的合同,使得契约自由变为了契约限制。

第二,地上权的存在目的是“于他人的土地之上,以建筑物或者竹木的所有为目的而使用该土地”(日本《民法》第265条)。而借地权的目的则“不仅保护现存建筑物的借地权,还保护以建筑物的所有为目的的借地权。因此,已经超越了保护建筑物的立场,以保护借地权自身乃至借地权人为其目的。”^②

第三,有关存续期间的问题。地上权的存续期间是“在20年以上50年以下的范围之内”来确定之,而借地权的法定期间为60年(《借地法》第2条第1款)。也就是说地上权可以为20年,而借地权则至少为60年,其中的长度差距是明显的。

第四,在权利的更新上,借地权是明文规定其法定更新和约定更新的,而地上权则没有明文规定。从学理解释上来讲,“地上权根据物权的一般消灭原因,……在其存续期间满期后……以其为由而消亡。”^③于是,同没有法定更新权的地上权相比,借地权则以近乎强制的手段来实现更新,对于借地权设定者人来说,几乎“一旦放手则不可复得的权利”,已经不是借地权的“从债权到物权”的运动,而是一种使得“所有权虚无化”的准所有权运动。

① [日]遠藤浩等編集,《民法(2)物權》,有斐閣雙書,2003年,第229頁。

② [日]鈴木祿彌,《居住權論(新版)》,有斐閣,1981年,第288頁。

③ [日]我妻榮,《新訂物權法》,有斐閣,1983年,第380頁。

第五,对于建筑物。“地上权人于其权利消灭时,得回复其土地原状而收回其工作物及竹木。但是,若土地所有人声明欲交出时价购买者,地上权人非有正当理由,不得拒绝”(日本《民法》第269条)。对于地上权人来说,这是一条极其不利的条款,因为该条文的出发点是要地上权人将土地回复原状,没有主动的建筑物购买请求权。而借地权则不然,“借地权人于合同更新时,有权得以时价请求购买建筑物及其他的因借地权人的权源而附属于土地的物件”(《借地法》第4条第2款)。因此,借地权人虽然无法根据该条文请求土地所有权人出资于借地权本身,但是可以要求土地所有权人出资于建筑物,比起地上权来,对于借地权人的保护要更深一层。

第六,有关对抗问题的要件。根据规定,与不动产相关的物权的设定,丧失以及变更,不依据不动产登记法以及其他的同登记相关的法律规定时,不得对抗第三人(日本《民法》第177条)。于是,作为物权之一的地上权,也须得登记方可对抗第三人。但是,对于借地权来说,只要“因建筑物所有为目的的地上权或者土地的租赁权,地上权人或者土地租赁人于其土地存有经过登记的建筑物时,地上权或者土地租赁权得以该登记对抗第三人”(《建物保護ニ関スル法律》第1条)。也就是说,在存有建筑物的情况下,借地权即使未经登记,也足以对抗第三人。

第七,土地所有权人不得在自己的土地上设定地上权,但是,在《借地借家法》中,则允许土地所有权人设定“自己借地权”,《借地借家法》中规定“在设定借地权时,以他人共有为限,借地权设定人得以在自己的土地上存有借地权。即使借地权归于借地权设定人,只要该借地权是与他人共有的,该借地权并不消灭”(《借地借家法》第15条)。

从以上的分析可以看出,对于土地使用权人来说,借地权有着比地上权更为优越的保障,以至于我们无法说借地权的历史是租赁权物权化的历史,而只能说借地权的历史是所有权化的历史,借地权以其强大的权能,将所有权压迫为一种收益权,甚至使得土地所有权人不敢轻易地设定借地权,尽管依据借地而产生的金钱是那么的诱人。

这种借地权的所有权化,也可以借助所有权的权能理论。即所有权所具有的占有、使用、收益和处分等四项权能都为借地权所拥有,甚至比起土地所有权来说有过之而无不及。例如,土地所有权人在设定借地权后,可以继续享有收益和处分权,但是无法行使占有和使用权。而借地权,不仅以占有来行使其用益物权的特性,还可以将借地权本身处分,更可以凭借着借地权来对抗所有权的回复。如果将物化的土地抽象为一种权利,即物的所有权的话,那么,借地权