

借地契約の消滅と借地上建物賃借人の地位（三・完）

木崎安和

目次

はじめに

第一章 合意解除による消滅の場合

一 判例の立場

二 学説の理由づけ

三 借地上建物賃借人の敷地使用権（以上本誌四十七号）

四 「特段の事情」のある場合

五 「対抗しえない場合」の三者間の法律関係

第二章 法定解除による消滅の場合

一 債務不履行による解除の場合（以上本誌四十八号）

二 無断譲渡・転貸による解除の場合（以下本号）

第三章 期間満了・更新拒絶による消滅の場合
おわりに

二 無断譲渡・転貸による解除の場合

Bが所有建物をDに売りAが無断で土地賃借権もDに譲渡したため、Aが賃借権の無断譲渡を理由として土地賃貸借契約を解除し、Dに建物収去・土地明渡を、Cに対し建物退去を請求してきた場合、Cの建物利用はどのようにして保護されるであろうか。この場合に解除の効果の「対抗」という論理でCを保護しようとする見解は、一（債務不履行による解除の場合）と同様の解釈（AはCに対し解除の理由とする事実および解除すべき意志を通知しなければ解除の効果をもCに対抗しえず、また通知された場合にCが信義則上期待される行為をしたときは解除の効果もCは対抗されないという解釈）を主張する広中説⁽³⁷⁾だけと思われる。しかし、むしろほとんどの議論は、このような場合に借地法一〇条が借地上建物の譲受人に建物買取請求権を認めているため、この建物買取請求権をCが代位行使することによりCを保護できないか、という形でなされている。⁽³⁸⁾ここでは、この代位行使の可能性について判例・学説を概観することとした。

(一) 判例の立場

一般に建物買取請求権者の債権者は、民法四二三条の要件を備える限り、買取請求権を代位行使しうる。⁽³⁹⁾しかし、代位行使者がその建物の賃借人である場合には、判例は代位行使を否定する。⁽⁴⁰⁾すなわち判例は、「債権者が民法四二三条により債務者の権利を代位行使するには、その権利の行使により債務者が利益を享受し、その利益によって債権

者の権利が保全されるという関係が存在することを要するものと解される」との見地から、この場合には、借家人Cが建物買取請求権を代位行使することによって建物賃貸人（債務者）が受けるべき利益は金銭債権に過ぎず、これによって借家人が保全しようとする建物賃借権が保全されるという関係はなく、従って借家人Cは建物買取請求権を代位行使しえない、とする。そしてこの判例の立場は、その後も再確認されており、⁽⁴¹⁾ほほ確立しているといえよう。

（二） 学説の立場

これに対し、学説では、一方で、判例同様、借家人Cの主張は建物取得者DからAへの建物所有権の変動それ自体を目的とするもので民法四二三条にいわゆる「自己ノ債権ヲ保全セントスル為メ其債務者ニ属スル権利ヲ行フ」ものとはいい難いとし、⁽⁴²⁾あるいは、代位行使を肯定すれば「代位権は際限もなく拡大適用されてしまう」ので判例の命題を「適切な歯止めである」として、判例の立場を肯定するものがある。⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾

しかし他方で、判例の立場に反対するものも多い。⁽⁴⁵⁾この立場に立つ有力な学説は、たしかに借家人Cの代位行使を認めるにつき理論上の難点があり「制度本来の趣旨に沿わない」ことないし「債権者代位権の枠組みから外れる」ことを認めつつも、この問題は結局土地と地上建物とを別個の不動産とするわが国の法制のもたらす矛盾であり、問題自体について、ことの当否を論ずべきであるとする。⁽⁴⁶⁾そして、①Cを追い出す手段としてABDが共謀してBのDへの借地権の無断譲渡とそれを理由とするAの解除という事態を作出する恐れがあり、その共謀の立証が困難であること、②建物譲受人（債務者）D自身が建物買取請求権を行使するときには建物賃借人（債権者）Cの債権は護られるのにDが買取請求せず債権者Cが建物買取請求権を代位行使することができないというのでは不公平であること、③建物買取請求権の代位行使を認める以外に借家人Cを救済する方法がないこと、を理由として、Cによる建物買取請求

権の代位行使を認めようとする。⁽⁴⁹⁾

これに対し、同じくCによる代位行使を肯定するが、Cの入居が建物の譲渡前であるか譲渡後であるかによって区別すべきであり、前者においては右の理由が妥当するが、譲渡後の建物賃借人Cは土地所有者Aに対抗できないと解すべきであり、建物買取請求権の代位行使を否定されるべきである、とのいわば折衷説的立場も有力に主張されている。⁽⁵⁰⁾しかしこの見解に対しては、①Aによる土地賃貸借解除前に入居したCは新家主Aに対し借家権を対抗しうると解すべきこと、②買取代金は借家権価格だけ減少するゆえAは不利益を受けないこと、③対抗力の有無が買取請求権の代位行使の能否の基準となるのは相当でないこと（引渡前でも代位行使を否定する理由にならないこと）、を理由とする批判がなされている。⁽⁵¹⁾

ところで、借家人Cの代位行使を認める立場からは、債務者Dが建物買取請求権を放棄したとみられる事情がある場合のCの保護が問題となる。特にDがAからの建物収去・土地明渡の請求を認諾したような場合などが考えられるが、⁽⁵²⁾このような場合には、Dの建物買取請求権の放棄は第三者Cの権利を害することはできず、この放棄をCに対抗しえないとして、Dの買取請求権がなお存続しておりそれを代位行使しうる、との見解が主張されている。⁽⁵³⁾

(37) 広中俊雄・借地借家判例の研究(2)二〇六頁以下。もともと、地上建物と共にする借地権の譲渡・転貸の場合「背信」行為がないという一応の推定がはたらく、とされる（広中・債権各論講義（第五版）一七五頁以下、同・注釈民法(四)二二四頁、同・契約法の研究一一三頁。来栖三郎・契約法三五六頁も同旨）。ところで、このような「Aが解除の効果をもCに対抗しえない」という論理だけでは、Cの建物利用を保護するのに不十分のようにも思われる。というのは、AにとつてはBD間の賃借権譲渡は無断譲渡であることにかわりがなく、Aはそれを無視してDに対し、解除とかかわりなく、建物収去・土地明渡を請求することができ、したがってCに対しても建物退去を請求し得るとも考えられるからである（判例は、AがAB間

の賃貸借関係を解除しなくとも無断譲渡をうけたDを所有権に基づいて排除しうるしかつ自己への直接の返還を請求しうる、とする。鈴木祿弥・借地・借家法の研究一六五八頁は、土地賃貸借契約を解除しなくとも土地所有者は借家人に建物退去・土地明渡を求めうる、という。しかし、おそらくは、「Cに對し解除の効果を對抗しえない」ということは、「Cに對してはB・D間の賃借権譲渡が無断でなされたものであると主張できず、結局はCとの関係ではB・D間の賃借権譲渡は適法なもの」とみなされる」ことを意味するのであらう。しかしそうだとすると、その場合の四者間の法律関係は複雑なものになりはしないであらうか。

(38) いうまでもなく、D自身が建物買取請求権を行使すれば建物の所有権がAに移転し、Cの借家権は借家法一条により対抗力を有するので、建物の賃貸借契約は新家主たるAとCの間に移行し、Cは建物利用を保全することができることとなる。

これは、すでに大判昭和十四年八月二十四日民集一八卷八七七頁の認めるところであり、最判昭和十三年一月二十九日判例時報五四一―三七頁も確認している。下級審判決としては東京高判昭和十一年六月一―三日高民集九卷五号三五九頁、東京地判昭和十三年七月一―七日下民集一五卷七号一八〇―五頁があり、東京高判昭和十五年一月二―七日東高民報二―卷一―号二四七頁は解除後に建物賃貸借契約が締結されたケースにつき「賃借人が建物の引渡を受けた後に敷地の所有者が右建物の所有権を取得した場合においては、借家法第一条の法意に照らしその適用があるものと解するを相当とする」と判示する。学説上も通説的見解は判例の立場を肯定しているといえようが、反対する学説として三宅正男「判批」民商四九卷六号九〇―三頁以下、板木郁郎「判批」立命館法学五一―五二合併号五七九頁以下。

(39) これが通説的見解と思われるが、三宅正男「判批」民商四九卷六号九〇―八頁は建物買取請求権が債権者代位権の目的となるとは考えられないという。

(40) 最判昭和三十八年四月二―三日民集一七卷三号五三六頁。

(41) 最判昭和十五年一月二―八日判例時報九八六号三三六頁判例タイムズ四二九号九三頁。下級審判決では東京高判昭和十五年六月一―四日下民集一一卷六号一―三二二頁（最判昭和三十八年四月二―三日の原審判決。Cの代位行使を建物賃借人の権利保全の

- 限界をこえた処分行為として許されないとする)、東京地判昭和三九年五月一九日判例タイムズ一六四号一七六頁がある。
- (42) 洪川満「建物取去・土地明渡請求訴訟と建物買取請求権の行使」九七頁、可部恒雄「判批」最判解昭和三八年度一三六頁(借家法一条本来の趣旨に反することも指摘する)。於保不二雄・債権総論「新版」一六六頁注(五)も建物賃借権の保全の目的に適しないと判例を是認する。広中・借地借家判例の研究(2)二〇頁以下も判例に賛成しつつCの保護は別の方法で適切になされうるとする。
- (43) 椿寿夫「債権者代位権とその転用(二)」法学セミナー一九七六年二月号三一頁。
- (44) また、そもそも最判昭和三八年四月二三日がすでに前提としていた法理、すなわち建物取得者Dが自ら建物買取請求権を行使した場合には建物賃借人Cの借家権は借家法一条により対抗力を有するので「保全」されるとの前提に疑問を呈し、Cの利用権存続を否定する見解もある。この見解は、建物取得者Dが自ら建物を占有する場合にはDは敷地使用権をAに対抗できないのにCに建物を賃貸して引渡した後に買取請求権を行使した場合にはAに対してCがDより強い地位に立つという奇妙さを強調して、判例が前提とする見解は誤りであると主張し(三宅正男「判批」民商四九卷六号九〇三頁以下。可部恒雄「判批」最判解昭和三八年度一三八頁(注四)もこの「一見奇妙な結果」を指摘する。この点鈴木祿弥・借地・借家法の研究一六六頁、同・借地法下巻一三三二頁、同・注釈民法(三)三九頁参照)、あるいは、借地法一〇条が敷地所有者Aの承諾を得ない敷地の利用をあくまで排斥することを前提としている旨を強調し、建物買取請求権が行使された場合にはCの建物賃借権は当然消滅すると主張する(板木郁郎「判批」立命館法学五一〇五二合併号五七九頁以下)。
- (45) 判例タイムズ四二九号九四頁のコメントでは判例の立場に賛否の学説はほぼ二分されるとのことであるが、篠塚昭次「判批」民商六五卷五号八六二頁は代位行使肯定説がほぼ通説といえようかという。
- (46) 鈴木祿弥・借地・借家法の研究一六六二頁。
- (47) 水本浩・民法セミナー4債権総論九六頁。
- (48) 鈴木祿弥・注釈民法(三)三八三頁(三九九頁も参照)、同・借地法下巻一三二〇頁(一三三二頁以下も参照)。

- (49) 以上のような理由をあげつつ代位行使を肯定するものとして、水本浩・民法セミナー4債権総論九五頁以下、鈴木・借地・借家法の研究一六五八頁以下、同・注釈民法四三三頁、同・借地法下巻一三二〇頁。他に代位行使肯定説をとるものとして天野弘「建物買取請求権に関する一考察」民商九一卷二二一頁以下、同「判批」民商八四巻五号七〇七頁以下、石外克喜「判批」法律時報三六巻二一八六頁、篠塚昭次・民法セミナーV一四頁以下、同・不動産法の常識(下巻)九一頁、同「判批」民商六五巻五号八六二頁、石田穰・民法V(契約法)二五九頁以下。
- (50) 星野英一・借地・借家法三六〇頁以下。伊藤進・基本法コンメンタール・住宅関係法一一二頁、林良平ほか・債権総論一六一頁注(15)(石田喜久夫)も賛意を示す。
- (51) ①②を挙げて批判するものは鈴木祿弥・借地法下巻一三四〇頁注(4)。③を挙げて批判するものは天野弘「建物買取請求権に関する一考察」民商九一卷二二一頁以下。篠塚昭次・民法セミナーV一一五頁も参照。
- (52) 最判昭和三八年四月二三日はこのようなケースである。
- (53) 鈴木祿弥・借地・借家法の研究一六六四頁。なお裁判例として第一章注(93)で言及した東京高判昭和四四年六月一〇日判例時報五六六号六二頁判例タイムズ二四〇号二二九九頁が目される。これは、借地人たる建物所有者が一旦地主に対して借地法一〇条に基づく建物買取請求権を行使した後、地主との間で建物買取請求権の行使を撤回しこれを放棄する趣旨を含む和解を成立させた事実であり、判決は、この放棄をもって、買取請求権の行使の結果地主に対して建物賃借権を取得した借家人に対抗できないと判示した(なお鈴木祿弥・借地法下巻一三四〇頁注(3)参照)。

第三章 期間満了・更新拒絶による消滅の場合

宅地の転貸借ケースにおいて原貸借が期間満了により終了する場合、転借人Cは転借権を貸借人Aに対抗しえな

いとの見解が戦前以来の判例・通説の立場と思われる。⁽²⁾しかし今日では、借地法八条により同法六条が準用される結果、Cの土地使用継続に対するAの異議につき正当事由があるか否かの判断に際しては、賃借人Bだけでなく転借人Cの土地使用の必要性も考慮される。⁽³⁾また建物の転貸借ケースでも、借家法一条ノ二の正当事由存否の判断に際しては転借人Cの事情を考慮すべきものとされている。⁽⁴⁾

このように転貸借ケースでは「正当事由」判断を通じて転借人Cの利用存続がはかられることになるが、それでは、借地上建物賃貸借ケースにおいてA B間の借地契約が期間満了で終了する場合、借家人Cの利用存続の保護はどのようにはかられるのであろうか。

(1) 転貸借ケースに関しては原田純孝「賃借権の譲渡・転貸」三七五頁以下。

(2) 戦前では大判昭和一〇年九月三〇日新聞三八九八号七頁が(合意解除もしくは)期間満了により原貸借が終了したときは転貸借は賃借人に対抗することができないと判示する。他に大判昭和一五年六月一日民集一九卷二二号九五八頁(但し建物転貸借のケース。原貸借の期間満了によりCは特別の事情がない限り明渡義務を負うと判示)など。椿寿夫「不法占拠」総合判例研究叢書民法(25)一三頁以下参照。なお大判昭和一六年一月二三日新聞四七五三号七頁は、転貸借の期間が原貸借の期間満了のすこし前に終了する場合で転賃人が予め転貸借契約の更新に異議を述べずそのまま期間が経過したときは転貸借は原貸借の期間満了まで継続するが賃貸借契約が更新されなければ転貸借は賃貸借の期間満了と同時に当然消滅すると解するのが当事者の意思に最も合致する、と判示している。しかしその事案は転借人Cが本件土地を原貸借の終了に伴って直接Aに返還したうえで転賃人Bに対し敷金の返還を請求した事件である。戦後では、原貸借の合意解除がCに對抗できないとされた場合のA B C三者間の法律関係に関する裁判例である東京地判昭和三七年一月二四日判例時報三三三号二五頁(第一章五注(81)で言及)が、「転貸の承諾があっても転借権が賃借権に基礎を置くという本質に変更を生じ

るわけではないから、原賃貸借が適法に（転借人に対抗できる理由で）終了した場合には特段の事情がない限り転借人の地位もまた消滅することとなると同様、合意解約された原賃貸借の期間が満了すべき時には、それより長い存続期間を定めてあった転借権もまた終期が到来することになるのは当然である」とする。学説では我妻栄・債権各論中巻（一）四六三頁、四九四頁、金山正信「賃貸借の終了と転賃借」四頁、大石忠生「借地権の消滅」一七二頁、水本浩・基本法コンメンタール・新版債権各論一二七頁、明石三郎・基本法コンメンタール・住宅関係法六六頁、中島尚志「賃貸借終了が転賃借に及ぼす効果」三四三頁、鈴木祿弥・注釈民法四三三〇頁、同・借地法下巻一一八〇頁、広瀬武文・借地借家法九九頁など。

- (3) 鈴木・注釈民法四三三二頁、同・借地法下巻一一八三頁、中島・同右三四四頁、明石・同右六七頁、星野英一・借地・借家法九三頁、石田喜久夫・不動産賃貸借の研究一〇〇頁注(6)。ここでもAの異議に対しBが何ら争わなかったなどの場合にCの保護が問題になるが、この点につき原田純孝「賃借権の譲渡・転賃」三七五頁参照。なお通説的見解では、Aが正当事由をもって遅滞なく異議を述べない場合は原借地権が法定更新され存続するとされている（我妻栄・同右四九五頁、広瀬・同右九九頁、鈴木・注釈民法四三三九頁、同・借地法下巻一一八三頁、明石・同右六六頁以下など）が、むしろ、原借地権の更新を認めずBC間の転賃借がAとCとの間に移行するとの見解も存在する（石田穰・民法V（契約法）二七三頁）。
- (4) 裁判例につき木田純一・借家法と正当事由（叢書民法総合判例研究四一）一三四頁以下、高島良一・判例借地・借家法下巻九六九頁以下参照。学説として篠塚・注釈民法四三〇三頁以下、五〇五頁、星野・借地・借家法三七六頁、五三一頁以下、石田喜久夫・不動産賃貸借の研究九八頁以下、加賀山「前掲論文」一二六頁、新田孝二・基本法コンメンタール・住宅関係法一九一頁、一九四頁、朝田孝「判批」神戸法学雑誌三卷三号六一九頁、可部恒雄「判批」最判解昭和四三年度九二四頁以下、林豊「判批」判例タイムズ四七二号八五頁など。

一 「対抗」の論理による構成

この問題に対しては、まず、土地賃貸人Aに借地権者Bの建物賃借人Cに対する解約権・更新拒絶権の代位行使を認め、Cに対し建物賃貸借の期間満了に至るまでもしくは解約申入期間の満了に至るまでの利用の存続をはかろうとする見解がある。⁽⁵⁾これは、今日では存続期間満了と同時に借地権が消滅するのはむしろ例外であり、期間満了による借地権消滅の場合にもそれを理由としてCが期待に反して土地の明渡を迫られる不利益からCを救う必要度においては、合意解除による場合と変わりが無いとの立場から、AはBに代位して、①借家契約が期間の定ない場合にはCに対し解約申入をすべきであってその後六月内はAはCに借地権の消滅を対抗しえない、②借地契約が期間の定めるときは期間満了六月前にAがCに更新拒絶の意思を表示すれば期間満了後は借地権の消滅を対抗しうる、と主張する。しかしこの見解では、「借地権の消滅は、十分に解約の申入または更新拒絶の正当な事由たりうる」⁽⁶⁾とするので、必ずしもCの利用存続の保障にはならないように思われる。

ところで、右の見解は、借地契約の期間満了による終了を一定期間ではあるが借家人Cに対抗しえないとする論理（いわば「対抗」の論理）によってCを保護しようとするものといえようが、今日ではさらに、借地契約の期間満了の場合でも「借家人の関知しない事由により借家権が消滅するのは不都合であり、借地契約が合意解除された場合と同様に考え、借地権の消滅をもって借家権には対抗できず、建物賃貸人の地位を承継するという考え方も成立すると思われる」との意見も存在する。⁽⁷⁾しかし、期間満了の場合でも「借地権の消滅をもって借家権に対抗できない」という見解をとるとしても、その場合「対抗できないのはいつまでか」、「いつになれば対抗できるのか」という問題を考えしておく必要がある。そうすると結局のところ、Cに対する更新拒絶・解約申入の手段をAに認めその際にAの事情

とCの事情を比較考量するという処理が必要となるのではなからうか。

(5) 後藤清「建物賃借人の敷地使用権」私法学論集上(民商三九卷一・二・三合併号)五二頁以下。第一章二の(ハ)説である。

(6) 同右・五三頁。

(7) 内田勝一「判批」判例タイムズ四九三号一一九頁。

二 「正当事由」判断と借家人の事情の斟酌

以上のような借地契約の期間満了による終了をCに「対抗」しうるかという問題設定は、しかし他にはみあたらず、むしろ今日多くみられる議論は、判例を含め、期間満了による借地権消滅をCに対抗しうることを前提にしつつ、転賃借ケース同様、Aの正当事由の有無の判断に際しBだけでなくCの事情も斟酌すべきかどうかという形のものである。

(一) 判例の立場

借地契約の更新拒絶につき正当事由の有無を判断するにあたっては土地所有者側の事情と借地人側の事情とを比較考量して決すべきとされているが⁽⁸⁾、この正当事由存否の判断において借地上建物賃借人の事情をも斟酌すべきかは、従来あまり明らかではなかった。下級審判決でも、借地契約の更新拒絶に正当事由があるかどうかを判断する場合には借家人の事情を斟酌していないものと借家人の事情をも斟酌して正当事由判断をおこなっているものとが存在していた⁽⁹⁾。ところがこの問題について最高裁判所は最近になって二つの注目すべき判決を下した。まず昭和五六年の非公式

先例は、⁽¹⁰⁾「建物所有を目的とする土地賃貸借契約の更新につき土地所有者が自ら土地を使用する必要があるとして異議を述べ、これに対し借地権者が契約が更新されないときは建物の買取を請求する旨の意思表示をした場合において、建物買取後に土地所有者のなすべき建物賃貸借契約の解約申入につき正当事由が肯認されるかどうかは、右異議に關する正当事由の存否の判断において斟酌すべき事情とはならない」(裁判要旨)と判示した。⁽¹¹⁾ ついで昭和五八年に入る⁽¹²⁾と最高裁は、公式先例において、右の非公式先例(昭和五六年判決)を引用しつつ、「建物所有を目的とする借地契約の更新拒絶につき、借地法四条一項所定の正当事由があるかどうかを判断するにあたっては、土地所有者側の事情と借地人側の事情を比較考量してこれを決すべきものであるが……、右判断に際し、借地人側の事情として借地上にある建物賃借人の事情をも斟酌することの許されることがあるのは、借地契約が当初から建物賃借人の存在を容認したものであるとか又は実質上建物賃借人を借地人と同一視することができるなどの特段の事情の存する場合であり、そのような事情の存しない場合には、借地人側の事情として建物賃借人の事情を斟酌することは許されない」と判示し、借地契約の更新拒絶に正当事由があるかどうかを判断するに際し原則として借家人Cの事情を考慮しないとの立場を明確にした。しかしこれは「原則」であって、昭和五六年判決が全く借家人の事情を考慮しないかのように、判示していたのに対し、昭和五八年判決が借家人の事情を考慮しうる「特段の事情」を指摘している点において同最高裁判決の一つの意義がある、と言えよう。⁽¹³⁾

(8) 最判昭和三七年六月六日民集一六卷七号一二六五頁。

(9) 内田勝一「判批」判例タイムズ四九三号一一七頁以下参照。借地上建物賃借人が存在する場合で、借家人Cが訴訟当事者になっっているかどうかは別として、土地所有者Aが借地人Bに対し正当事由ありとして建物収去・土地明渡請求をした事件

の下級審判決のうち、まず借家人の事情をも斟酌して借地契約の更新拒絶に正当事由があるかどうかを判断しているものとして、①広島高岡山支判昭和五〇年九月一九日判例時報八〇〇号六五頁は、Bが一階を店舗とし中二階を住居用とする建物を建てこれを妻の妹Cに賃貸したがC自身は別に住み本件建物には実妹とその夫Dを住み込ませて営業一切をまかせていた(この営業によりCDの生活が支えられている)という事案において(AとBDが訴訟当事者)、Bの本件土地利用による利益はCDに使用させている本件建物の家賃による収益にすぎないが、CDはBと親族関係にありDはCの使用人として建物に入居し(Bからすれば転借人に当たる)その営業をまかされているという事情のもとにおいては「借地法四条一項による更新拒絶の正当事由の有無を判断するに当たって、単に土地賃借人……と土地賃借人……との間の当該土地に対する必要程度を比較考量するのみならず、現実借地上の建物を使用する借家人もしくは転借家人……の事情をも借家人側の事情として併せて考慮するのが相当である」として、正当事由を否定した。また②東京高判昭和五一年一〇月二八日判例時報八四一号三七頁(最判昭和五六年六月一六日の控訴審判決)は、AがBに対する土地明渡請求を認容されたとしてもBの建物買取請求権行使の結果Aは本件建物の所有者として建物賃借人の地位を承継することになり、借家人C(本件建物の住人たちが訴訟当事者)がAのした建物賃貸借契約の解約申入の正当事由を争っているのでこの正当事由が肯認されるのでなければAは本件建物の明渡を果たせず、ひいては本件土地を本件建物の所有以外の目的で自ら使用することができないこととなるが、(Cはここを本拠として生活しその賃借部分を離れることは生存に対する脅威を意味し)この解約申入の正当事由をたやすく肯認すべきではないとするのが相当であり、結局Aが本件土地を自ら使用することが可能になる見込みは極めて希薄であるといわなければならない、として、この事情を借地契約更新拒絶の正当事由を否定する理由の一つとした(なお第一審判決は、問題は本件建物の借家人Cの事情を考慮すべきか否かであるが将来Bが建物買取請求権を行使すれば建物所有者となつたAと借家人Cとの間に借家関係が生じ借家法一条の二の正当事由の有無を判断する余地あることが予想されるから「現在借家人に対する更新拒絶の正当事由の判断の際にはこれを考慮に入れる必要はない」としていた。また控訴審において、Bが仮定抗弁として建物買取請求権を行使し、そこでAがCに対し建物賃貸借契約の解約申入をしたという事情があった)。

①判決も②判決も共に借家人の事情（どちらのケースでも借家人の生活が当該建物の利用に依存）を斟酌して正当事由判断をおこなっているが、①判決がいわばストレートに借地人側の事情として借家人・転借家人の事情を考慮しているのに対し②判決はAのBに対する更新拒絶が認められBが建物買取請求権を行使した場合にはじめてA・C間に生起する仮定的事情をA・B間の正当事由判断の時点で考慮しようとするものであり、その論理を異にしている。①判決がBとC・Dとの親族関係を重視し、後述の昭和五八年判決にいわゆる「実質上建物賃借人を借地人と同視することができると判断するもの」と判断したためであろうか（もっとも多くの論者はこの場合に該当しないという。佐藤修市「判批」法律のひろば三六巻四号三七頁注（3）、明石三郎「判批」判例時報一〇八八号二〇三頁（判例評論二九七号四一頁）など。林豊「判批」判例タイムズ四七二号八四頁以下も参照）。さらに③東京地判昭和五四年六月九日判例タイムズ三九七号九二頁は、借地人Bが本件建物で経営していた喫茶店をBが設立したC（和光商事）に引き継がせたという事案において（Cも訴訟当事者）、借家人Cが実質的にはBの個人営業と異ならないことを認定した上で、A主張の正当事由は住居の狭隘を理由とするものであるが本件土地が商業地域にあることをかんがみればAが他に住居を求める等の方法をとることなくB・Cが本件土地上の建物で長年にわたり経営して来た音楽喫茶店の経営を廃絶させることは必ずしも妥当といえないと判断されること、などの事情から更新拒絶の正当事由を否定した。これは、特にCの事情を考慮しているとは言えないが「実質上建物賃借人を借地人と同視することができると」場合に該当するとしてB・Cを一体的にとらえつつ正当事由判断をしたケースと評することができよう。しかしこの判決は、更新拒絶の正当事由の補完のために申出られた立退料につき、仮にこれにより正当事由があるとするとAの請求を認めた場合もしBが建物買取請求権を行使したとすればAはさらに建物代金を支払わねばならずその上建物賃貸借関係を承継してCに対し直ちに建物退去を求め得なくなり立退料を提供するAの真意と異なる結果が生じ得る、として立退料提供を正当事由判断において取り上げなかった。この場面ではB・Cは別個にとらえられている。以上は正当事由を否定したケースであるが、逆に「借家人との関係」を考慮しつつ借地契約更新拒絶の正当事由を肯定したケースとして④大阪高判昭和五二年九月一六日判例時報八七九号八五頁をあげることができよう。しかしこれは、特に「その土地の賃貸借契約が如何

なる建物の所有を目的として締結されたかということは大きく斟酌されなければならない事柄である」と主張して、本件の場合「建物の残存寿命から考えてもそう長期間の契約関係を予定していたものとは思われ」ず既に五〇年も経過し「今や建物は色々の補強にもかかわらず居住に耐え難い位にまで老朽化し、むしろ倒壊の危険さえ感ぜられる程になり」、またBは家賃収入という所期の賃借目的を十分に達成したものであるというべきである、と判断し、この事情を大きく斟酌して正当事由を認めBに対する建物収去・土地明渡とCに対する建物退去を命じたものであり、「本件建物に居住している借家人との関係」については、訴訟当事者たる借家人以外の居住者は入居後日も浅く「また借家人らが建物を賃借するについて権利金、敷金を提供していることについては立証はなく、家賃の低廉、建物の老朽状態、居住条件の不良等を考慮すると、これらとの関係の円満な解決はそう困難な状況にあるとも思われない」と述べているにすぎない。言わば「借家人との関係の処理が困難でない」という事情を借地契約更新拒絶の正当事由判断の際に考慮したケースといえよう。なおこの点に関連しているなら、⑤東京地判昭和五六年四月二八日判例タイムズ九九頁が、「その余の事情」の一つとして、借家人C(株式会社)はBが建物をとりこわす場合には異議なく退去する旨約しているから仮にBが建物買取請求権を行使しAがCに対する建物賃借人の地位を承継してもAがCに立ち退いて貰い本件土地を利用することは容易であろうと推測されることを挙げている(この判決はBが本件建物を他へ賃貸して得る賃料収入に見合う金員をAがBに支払う場合には正当事由が補充されるとして、Bに対しては立退料の支払いと引換に建物収去・土地明渡を、Cには建物退去を命じたものであり、その判断の際に「借家人との関係の処理が困難でない」という事情を考慮していると思われる。もっともこの判決を、借家人の事情をも斟酌して正当事由判断をおこなったものということはできないであろう)。

他方、借家人の事情を斟酌せずに借地契約の更新拒絶に正当事由があるかどうかを判断しているものうち、借家人Cが訴訟当事者になっていないケースとして、⑥東京地判昭和五五年六月四日判例タイムズ四二七号一六六頁は、借家人Cの事情を全く考慮することなく、A・Bともに自らの居住地を確保するために本件土地を必要とする事情はなく双方の事情に格別な差異がみられないがこのような場合には所有者であるAをBに優先させるのが相当である、として正当事由を認めたが、

Bが建物買取請求権を行使したため、結局、BはAに対しAの買取代金の支払いと引換に建物の所有権移転登記手続をなしかつ訴外Cに対する建物返還請求権を譲渡しCに以後建物をAのために占有せよと通知せよ、と命じたものである。また⑦東京高判昭和五六年一月二十九日判例時報九九四号四八頁も、借家人Cの事情に触れることなく、B自らは一度も居住せず訴外Cに賃貸したまま現在に至ったことなどをあげつつB側の住宅事情がA側のそれよりも劣悪だとはいえないとして、正当事由を認めたものである。ここでは建物買取請求権は行使されていないが、Bの建物買取請求権行使が当然予想されるところである（Aが建物買取を希望している）とされている。⑥と⑦のケースは、借家人が訴訟当事者とならず借地契約更新拒絶の正当事由判断において借家人の事情が考慮されなくとも借地人の建物買取請求権行使によって借家人の利用存続がはかられる可能性を示している。これに対し、借家人Cが訴訟当事者となっているケースで、借家人の事情が考慮されずに更新拒絶の正当事由が認められかつ建物買取請求権が行使されない場合には、Cに対する建物退去請求が認められている（⑧東京地判昭和五三年八月二十九日判例時報九三三三九頁は、Aが期間満了更新拒絶の正当事由の存在を主張してBとその土地の一部の借家人Dに対し建物収去・土地明渡を、転借地上の建物の借家人Cに対し建物退去を求めた事実（建物買取請求はない）で、Cの事情は全く考慮することなく、AもBDも本件土地を居住のために必要としないこと等の事実からAが「本件土地の借地権を地主に譲渡する場合の借地権価格相当の立退料の支払いをしたときには、正当事由が補充され」としたものであり、AがBに立退料の支払いをしたときにはBだけでなくDCに対するAの請求をも認容した。また後述の「二段階説」的処理（借地契約の終了の成否と借家契約の終了の成否とを別々に判断）をしており注目される判決として⑨東京地判昭和四九年九月三〇日下民集二五卷九一一二七七八一頁がある。これは、土地所有者Aが期間満了更新拒絶の正当事由を主張して借地人Bに対する建物収去・土地明渡と借家人C（株式会社）に対する建物退去・土地明渡を請求し、Bが仮定抗弁として建物買取請求権を行使しCも建物所有権を取得したAに対し借家権を対抗しうる旨抗弁したところ、AがCに対し建物賃貸借契約の解約申入をしその正当事由を主張したという事案において、まず借地契約更新拒絶の正当事由につきBの「本件土地利用の必要性は、自ら使用するためではなくして、本件建物賃貸による賃料収入を得るための必要

という限度で存するに過ぎないものといわざるを得ない」こと等を指摘しつつ相当額の金銭的補償（立退料と建物買取代金の合計）の申出により正当事由ありとし、さらにAのCに対する借家契約解約申入の正当事由についても相当額の金銭的補償の申出により正当事由ありとしたものである。なおこの⑨判決では借家契約解約申入の正当事由判断において借地契約終了の事実が挙げられていない。決して「借地権の消滅は、十分に解約の申入または更新拒絶の正当な事由たりうる」（後藤清「建物賃借人の敷地使用権」私法学論集上（民商三九卷一・二・三合併号）五三頁）とはいえず、「借地契約の更新拒絶の正当事由が肯認されると、そのことが解約申入の正当事由の中に組み込まれるとされているので（後藤「前掲論文」五三頁）、そうだとすれば、そもそも、借家契約の解約申入の正当事由の有無を判断する時点で借家人の利益は考慮される余地がないといわなければならない」（石外克喜「判批」判例時報一〇二七号一七一頁（判例評論二七七号二五頁））と断ずる必要はないと思われる。従って、例えば①ケースや②ケースにおける借家人の保護はこのような二段階的処理によっても可能だったと思われる（もちろん建物買取請求権の行使が必要であり、借地人が行使しない場合の問題が残る）。

(10) 最判昭和五六年六月一六日裁判集民一三三号四七頁。原審判決については前注の②判決参照。

(11) この裁判要旨に対応する判決理由部分はそのとおり。「原判決は、土地賃貸借契約の当事者双方の事情を比較考量した結果右の正当事由の存在が肯認されたとの前提のもとに、上告人（A）と本件における各借家人との間に成立することとなる建物賃貸借関係につき上告人（A）の解約申入に正当の事由が肯認されるかどうかを検討し、これが肯認され得ない旨の判断をしたうえ、この判断を、再び先的前提以前の段階に立ちもどって土地の賃貸借契約の更新に対する異議につき正当の事由があるかどうかの判断の資料とするという矛盾を含むものであるばかりでなく、土地賃貸借契約の当事者双方の事情を比較考量するに当たって第三者である地上建物賃借人の事情を参酌しようとするものであって、不当であるといわなければならない。」

(12) 最判昭和五八年一月二〇日民集三七卷一号一頁。事案は、A所有の土地を賃借したBが同土地上に二階建の店舗兼居宅を建ててその一部を自分で使用し他の部分をCに賃貸していたところ、借地契約の期間が満了したのでAが自己使用の必要があ

るとして更新拒絶をしBに対し建物取去・土地明渡を、Cに対し建物退去を請求したというものであり、第一審判決も第二審判決もCの事情を斟酌して更新拒絶の正当事由を否定した。これに対し最高裁判所は本文のように判示して原判決を破棄し原審に差し戻した。

(13) 明石三郎「判批」判例時報一〇八八号二〇三頁(判例評論二九七号四一頁)、岩垂肇・民法研究三九九頁、佐藤修市「判批」法律のひろば三六卷四号三四頁、太田豊「判批」季刊実務民法法一八七頁、同「判批」ジュリスト七八三号五六頁、石外克喜「判批」民商九一巻三号三九一頁、林修三「判批」時の法令一一七六号五七頁参照。昭和五八年判決のいう「特段の事情」が具体的にどのような場合をいうかについては、多くの論者は、「借地契約が当初から建物賃借人の存在を容認したものである」場合とは貸地人がアパート用や貸店舗用に借地上に建物を建築させそれを利用させる目的で貸地する場合であり、「実質上建物賃借人を借地人と同一視することができる」場合とは借地人と借家人が同居してもおかしくない親族関係にある場合や借地人が地上建物を自分の経営する個人会社に賃貸している場合であるとする。後者の場合に近いケースとして注(9)の①判決および③判決参照。ところで前者の場合、例えば借地人が貸店舗兼住宅用の集合住宅を建てる目的で借地していた場合には借地契約更新拒絶の正当事由判断において借地人側の事情として借家人たちの事情をも斟酌されることとなるが、そうすると、例えば注(9)の④ケースのように倒壊の危険さえ感ぜられる程に老朽化し早急に建て替えが必要になっているような事情があれば別であるが、多くの場合はほとんど更新拒絶の正当事由は認められないということになる。実は注(9)の②ケース(昭和五六年判決のケース)で問題となった建物は貸ガレージ一棟と各棟五戸宛の二階建貸店舗兼住宅二棟であり、Aが昭和初年頃に貸地した当時にこのことを「容認」していたとすれば、②判決は昭和五八年判決によるとあながち不当とはいえないのではなからうか。

(二) 学 說

この問題については従来あまり議論されておらず、正当事由存否の判断にあたっては借家人の事情も考慮されると

の見解が若干表明されていたにとどまる。⁽¹⁴⁾ここでは、前述の最高裁判決後の議論をごく簡単に概観しておくこととする。⁽¹⁵⁾

まず、判例と同じく、借家人の事情は斟酌されるべきではないとする学説がある（借家人事情非考慮説Ⅱ二段階説）。これは、借地契約の終了の成否と借家契約の終了の成否とを切り離し別々に言わば二段階的に判断するものであり、その根拠・理由として、①土地所有者Aと建物賃借人Cとの間で法律関係が生じているわけではないこと、⁽¹⁶⁾②AのCに對する建物賃貸借の解約が認められるか否かは借地権消滅後にはじめて問題となる将来の事柄であるから、借地権の消滅の有無が争われている段階でこれを正当事由の判断の対象とすることは余りに予測不可能な事柄に立入りすぎる⁽¹⁷⁾こと、③土地所有者Aの立場からすると、借家人Cの事情を斟酌して正当事由を判断する場合には借地契約の消滅があるいは二〇年（または三〇年）の借地契約の更新かのいずれかになるが、借地契約の消滅と借家関係を切断了た場合には借地権者Bの建物買取請求権の行使によりAは建物賃貸人の地位を承継する結果、Aにとっても借家につき正当事由による解約申入や立退料の提供などによる合意解約の途が与えられ、より合理的であること、⁽¹⁸⁾④借家人Cの立場からは、借地契約更新拒絶の正当事由有無の判断において借地人側の事情を補強するものとして借家人の事情が考慮されるとするとCが訴訟当事者でなくとも訴訟においてCの事情が考慮されることを意味するが、この場合誰がどのようにして借家人Cの事情を主張立証するのか、Cが訴訟当事者でなく借地人Bによる訴訟活動をCがチェックできないならばCの立退きを計るためAとBとが馴れ合い訴訟をする危険性があること、⁽¹⁹⁾を指摘する。

以上の見解に対しては、借地契約の更新拒絶に正当事由があるか否かを判断するには借家人の事情も考慮すべしとし、いわば借地関係と借家関係を同時一段階的に取り扱う学説（借家人事情考慮説Ⅱ一段階説）が対立する。これは、判例の考え方の基礎には土地所有権が建物所有権や建物賃借権に優先するとの認識があると批判しつづ、⁽²⁰⁾①反対の特

約のない限りAはCの存在ないしCが建物使用を通して敷地を使用することを当然に予想しかつ認容していること⁽²¹⁾、
 ②そしてこのAによる借家関係の当然認容を媒介として借家法の適用を借地関係にも取り込み得ること⁽²²⁾、さらに実質的に考えると③Aは自己使用を理由として更新拒絶をするがAが建物賃貸人Bの地位を承継する場合には借家契約につき解約申入（または更新拒絶）をするには正当事由がなければならずCとの関係でそれが否定されれば結局はAの自己使用が実現できないことになり結果的に借地契約について正当事由が成り立たないこと⁽²³⁾、をその主な根拠・理由とする。なお④常に建物買取請求権が行使されるとは限らず、また行使された場合でも借地契約の更新拒絶の正当事由の肯定は借家契約の解約申入の正当事由の中に組み込まれ結局借家人の利益は考慮される余地がないこと⁽²⁴⁾、⑤借地契約の更新につき、賃借人が更新拒絶の正当事由を有するに至る時期までの更新を認めればよいことも指摘されている⁽²⁵⁾。

以上のように学説は対立している。しかしここでは、まずは、両説ともに借家人Cの事情を考慮する機会を認めようとする点では一致していることを確認したい。すなわち、事情非考慮説では建物買取請求権行使後のAのCに対する解約申入の正当事由判断において、事情考慮説では借地契約更新拒絶の正当事由判断において、それぞれ借家人の事情を考慮することが想定されているのであって、従って二段階的に処理するか一段階的に処理するかは、どちらがより十分に借家人の事情を考慮してその利用存続をはかり得るか、の判断にかかっていると思われる（特にAが馴れ合い訴訟をする場合⁽²⁶⁾）。

(14) 広中俊雄・借地借家判例の研究(2)二〇九頁、鈴木祿弥・借地法上巻五五五頁、同・債権法講義三七二頁、薄根正男「借地

法上の更新・買取請求権」総合判例研究叢書民法(1)二一七頁も同旨（借地上建物に賃借人がいる場合には、建物買取請求権行使の結果AはBの地位を承継しなければならず、その結果土地を自己使用できず、結局は借地契約の更新拒絶についての

正当事由の存在が否定される可能性が強くなる、という。

(15) さしあたり石外克喜「判批」昭和五八年度重要判例解説（ジュリスト八一五号）七四頁以下参照。

(16) 佐藤修市「判批」法律のひろば三六卷四号三五頁（Cは独立した土地使用権限を有するものでなく建物使用に必要な範囲でBの使用権限におぶさっているものにすぎないことも指摘）、村田博史「判批」民商八六卷一四〇頁。太田豊「判批」ジュリスト七九三号五六頁も参照。

(17) 林豊「判批」判例タイムズ四七二号八四頁（なお同八五頁は、土地所有者が借地上建物の賃貸借について何らの干渉の途も与えられていないのに借家人の事情を参酌するのは土地所有者に酷であると指摘する）。村田・同右も「仮定の上に立つ判断」という。判例時報一〇〇九号五五頁のコメントも同旨。

(18) 内田勝一「判批」判例タイムズ四九三号一一九頁、佐藤修市「判批」法律のひろば三六卷四号三六頁の注（2）、林修三「判批」時の法令一一七六号五七頁。判例時報一〇〇九号五五頁のコメントも同旨。

(19) 内田「判批」判例タイムズ四九三号一一九頁。

(20) 石外克喜「判批」民商九一巻三号三九二頁以下。

(21) 石外・同右（そこでは、この認容は借家関係に拘束される借地権援用の認容であるとされる。従ってここから、借家禁止特約に、借地契約の期間満了時には借家関係によって拘束される借地権の援用を認容しないという機能が肯定される）、明石三郎「判批」判例時報一〇八八号二〇四頁（判例評論二九七号四二頁）（最終昭和三八年二月二日を引用しつつ「反対の特約のないかぎり」当然にその存在が認容され且つ予想される借地上建物の賃借人の事情をも借地人側の事情として斟酌せしめるべきであった、とする）。

(22) 石外「判批」民商九一巻三号三九四頁。

(23) 明石「判批」判例時報一〇八八号二〇四頁（判例評論二九七号四二頁）。これは昭和五六年最高裁判決の原審の立場でもある（注（9）で言及した②判決を参照）。石外「判批」判例時報一〇二七号一七〇頁（判例評論二七七号二四頁）も参照。

- (24) 石外「判批」判例時報一〇二七号一七二頁(判例評論二七七号二五頁)。このように断する必要がないことにつき注(9)の末尾参照。
- (25) 明石「判批」判例時報一〇八八号二〇四頁(判例評論二九七号四二頁)。岩垂肇・民法研究四〇一頁も参照。
- (26) その点で事情非考慮説の理由④を指摘しつつ借家人Cに建物買取請求権の代位行使を認めようとする見解(内田「判批」判例タイムズ四九三号一二〇頁)が注目される。

おわりに

これまで、借地契約が消滅する場合の借地上建物賃借人の法的地位如何という問題につき、その消滅原因別に判例・学説を概観してきた。ここでは、判例の立場はかなり明確であるのに対し学説は問題の処理方法なり理由づけにおいて対立・錯綜しており、この問題について「通説」と呼びうるものがいまだ確立していないように思われる。しかし、その対立にもかかわらず、学説の多くからこの問題を考える上での今後の方向を見出しうるのではないかと思われる。すなわち、かつては(転賃借の場合と同様)借地契約の消滅により借家関係は当然に終了すべき運命にあるとの見方(借地上建物賃貸借の借地関係への従属性)が自明視されていたのが、今日では借家法の保護に値する借家人に一定の独立性を認め、借家人の関知しない事由に基づく借地関係の終了によって借家関係も終了させるのは不当であるとの価値判断・立場が確立ないし多数派を形成しつつある、という方向である。この立場は、借地契約が合意解除によって消滅する場合には既に判例・学説において確立しているし、法定解除の場合にも通説化しつつあるといつてよ⁽¹⁾。さらに期間満了による終了の場合では更新拒絶あるいは解約申入の正当事判断において借家人の事情を考慮す

べしという立場として多数派を形成しつつある。今後は、借家人に独立性を認めようとするかかるといふ立場から、言い換えると借家法によって利用の存続という保護を受けるに値する借家人には土地所有者に対する関係でも借家関係の存続を主張しうる地位を与えるべきであるとの立場から、その理論構成が検討されるべきであると思われる。以下かかるといふ見地から、若干の今後の検討課題を述べたいと思う。

(1) まず、右に述べた価値判断に加えて、さらに次の価値判断がわが国で確立されるべきであると考えられる。すなわち、わが国では、法制上土地と建物とが別個独立の不動産とされる中で、とりわけ経済の急速な高度成長の過程（スクラップ・アンド・ビルドの経済過程）において、更地こそ価値があるとの見方が強固に形成されてしまっているが、むしろ逆に、土地は利用されてこそ人間社会にとって価値を持つものであり、土地所有は当該地域住民が形成する土地利用秩序による拘束を、都市空間についていえば都市住民が形成する都市空間秩序にそった建物による拘束を甘受すべきである、との価値判断である⁽²⁾。かかる価値判断は、都市法制（公法）レベルでこそ確立されるべきものであるが、私法レベルでも例えば建物買取請求権の機能につき、それが土地所有者に「建物による拘束」を甘受させる機能をもつものとして評価することを基礎づけるであろう。また先に述べた借家人に独立性を認めようとする立場も、かかる価値判断によって基礎づけられ、ないし補強されるものと思われる。

(2) とところで、借地契約が消滅する場合に借地上建物賃借人の利用存続をはかる方法としては、①借地契約の消滅そのものを認めず借地関係を継続させることによつて借家関係も存続させる方法、②借地契約はその当事者間では消滅するがそれを借家人に対抗しえず借家人との間では借地契約は存続するという論理で借家人の利用存続をはかる方法、③借地契約の消滅を認めるが借地人Ⅱ建物賃借人の地位を土地所有者が承継することによつて借家関係をA C間に移行・存続させる方法、の三つが考えられよう。どの処理方法をとるかは、結局のところA B C三者間の利害関係

の調整を最も適切に処理しうるものはどれかという観点から決定されるべきであるが、ここではその場合の留意点の一つとして、借地契約の存続期間が満了すべき時点において適切な処理が可能か否かという問題を考えておく必要があるということを描いておきたい。例えば、合意解除または法定解除による借地契約の消滅をAはCに対抗しえなると構成して借家関係の存続をはかろうとする場合、かかる三者間の法律関係は、もし合意解除または法定解除がなかったとしてもA B間の借地契約の存続期間が満了しAに「正当事由」が存することによりBの借地権が消滅したであらう時まで存続するとされるが、その時点で借家人の事情を考慮することなく借地契約の終了が認められ借家関係も終了するとすれば借家人Cにとって不当であらう。逆に、その時点の正当事由存否の判断にあたっては借家人側の事情として借家人の事情も考慮されるとして、正当事由が否定された場合にはA B C三者間の不正常的な関係がさらに二〇年（または三〇年）継続するとすれば土地所有者Aにとって酷ではなからうか。むしろ、必ずしも存続させることが適切であると思われぬBを法律関係から離脱させ、A C間に借家関係を移行させつつAに解約申入の正当事由が備わればいつでも借家関係を解消させることができるとしたほうが適切ではなからうか。どの処理方法を選択すべきかはもっと詳細に検討されねばならないが、もしこのように考えることが許されるとすれば③の処理方法が適切だということになる。

(3) また、借地上建物賃借人の利用権保護の法理と転借人保護の法理とを区別すべきか否かという問題も検討課題であらう。たしかに、借地上建物賃借ケースと転賃借ケースにはA B間の賃貸借の存在を前提としてB C間の法律関係が存在しているという共通性があり、学説の多くも両者を同一の法理で処理しようとしているように思われる。しかし、転賃借ケースとは異なり、借地上建物賃借ケースにおける法的諸問題の発生原因は、「究極的には、土地と建物とが別個独立の権利客体とされるだけで、両者の法律関係に固着する相互的な接触・交渉には十分な配慮がな

い⁽⁴⁾というわが国に特殊な法制にあるというべきである。また個別的な法的问题のレベルでみても、例えば①A B間の合意解除がCに対抗しえないとされた場合の爾後の法律関係は両ケースで異なりうること、「対抗」の論理でCを保護しようとする場合にBの離脱を認めるか否かにつき)、②転賃借に関する民法六一三条を借地上建物賃借ケースに適用したいと思われること、⁽⁵⁾③借地上建物賃借ケースにおいて期間満了・更新拒絶の正当事由判断に際し、宅地の転賃借ケースと同様に借家人Cの事情を同時一段階的に考慮して処理することが必ずしも適切とは思われないこと、④転賃借の場合の賃借人Aの「承諾」と借地上建物賃借の場合の賃借人Aの「認容」とを同一視しがたいこと、などの相違点をあげることができよう。そうだとすれば、両ケースにおけるCの保護を単純に同一の法理ないし根拠から理論構成しようとする試みには疑問があるといわざるをえない。

(4) 以上のように考えてくると、むしろ次のような法律構成が検討されてよいのではなからうか。すなわち、①転賃借ケースでは、賃借人Aの「承諾」の効果として、AがBに付与した貸与権の範囲で設定された転賃借を、原賃借が終了する場合にはAが承継する、②借地上建物賃借ケースでは、問題が土地と建物とを別個独立の不動産とするわが国に特殊な法制の下で生ずることを踏まえつつ、借地法・借家法の全趣旨から、借家人Cの利用権存続がはかれるべきであり、その実現手段としてCにBの建物買取請求権の代位行使を認める、との法律構成である。⁽⁶⁾もしかかる見解をとるとするならば、今後の大きな課題は建物買取請求権の検討であり、借地契約の消滅原因や解除原因の如何によって利害状況が異なりうるので、そうした事情を配慮した利益考量が必要とならう。

(1) 甲斐道太郎「判批」判例時報八五九号一四七頁、一四九頁(判例評論二二四号三三頁、三五頁)参照。

(2) このような価値判断・立場からすると、今日いわゆる「底地買い」による住民追い出し・地域破壊を伴って進行している

「都市再開発」は、全く逆行するものといわざるを得ない。

(3) 第一章五、第二章一(三)(熊本法学四十八号八五頁、一〇〇頁) 参照。

(4) 樗寿夫「判批」法律時報三五卷七号八五頁。

(5) もっとも篠塚・注釈民法時二一九頁は、民法六一三条につき「借地上建物の賃借人および転借人も、実質的にみて、借地人にかわり借地の全部または一部を利用して居るわけだから、本条の類推適用をうける、と解していいのではないか」という。篠塚「判批」判例時報四五九号八九頁(判例評論九六号七頁)、同・民法セミナーV一八三頁も参照。

(6) 第一章二で述べた(j)説(来栖説)である(熊本法学四十七号九二頁)。

(7) この限りでは(d)説(広中説)である(熊本法学四十七号九〇頁)。

(8) 結局は来栖説ということになるか。なお、かかる法律構成の基本的発想は次のようなものである。①問題が究極には土地と建物とを別個独立の不動産とするわが国の法制から生ずるものであり、かかる法制の不備の結果として借家法の保護に値するCの地位がその全く関知しないA・B間の事情によってくつがえされるとするならば、その不当な結果を避けるためには、制度本来の趣旨に沿わないとしても、Cによる建物買取請求権の代位行使(民法四二三条の転用)を認め、それによって土地と建物を同一の主体に帰属させつつ問題を解決しようとする試みも許されるべきである。②借家人Cの建物利用利益は確かにBの投下資本(建物と借地権)を基礎に確保されるものであるが、そのCの利益が借家法の保護を受けるに値する場合には、借家関係は借地関係とは独立してその存続が保障されるべきである。③他方Bは借地法によって投下資本の回収が保障されており、Aとしても期間満了時には建物を買収しなければならぬことを覚悟しているといふべきである(建物による拘束の甘受)。④そうであるならば、Bの投下資本の回収手段たる建物買取請求権の行使を媒介として建物ないしCの建物利用利益による拘束をAは覚悟すべきであらう。

ところで、以上のような発想からすると、最判昭和五八年一月二〇日の事案にみられるような借地上建物賃貸禁止特約が存在するからといって、ただちにAは借地契約消滅をCに対抗することができCの建物利用利益は否定される、ということ

にはならないと思われる。借家関係がA・C間に移行した後になされるAの解約申入の正当事由判断に際し考慮される一事情にすぎないというべきであろうか。ともかくも借家禁止特約の効力・機能については今後の課題である。さしあたり石外克喜「判批」民商九一巻三号三九四頁参照。

〔本稿では、昨年一月の「借地・借家法改正に関する問題点」の公表以降活発に展開されてきた改正論議には全くふれることができなかった。しかし、本稿の課題設定と関連する点だけに限定しても、なお検討すべき問題が存するようにおもわれる。〕
（例えば、定期借地権についての不動産協会の意見では「定期借地上の建物の借家関係が当然に終了するとの考え方に対して、借家権者は、いわば不意打ち的に借家関係を終了させられることになる」として反対する意見があるものと予想されるが、現行の法制度下においても、正当事由具備による借地関係の終了の場合、債務不履行による借地関係の終了の場合、借地上の借家関係はいずれも不意打ち的に終了するのであり、定期借地上の借家関係の場合に限った問題ではない」と述べられている。しかしこれは必ずしも正確ではない。今後は新規借地によって、多くの場合、賃貸用建物の供給が意図されていると思われるが、学説は別にして判例の立場からいっても、賃貸用建物の所有を目的とする借地の場合には正当事由判断の際に借家人の事情をも考慮されることになるのであって、むしろ「現行の法制下において、期間満了による借地関係の終了の場合、借家人の事情を考慮する余地が認められている」というべきであろう。その点でいえばむしろ定期借地権制度は、正当事由の存否にかかわらず期間満了により借地権を消滅させることによって、しかも借地上建物の借家関係も当然に終了させるものであるならば、現行の法制度における右の判例の配慮を否定するものというべきであろう。〕本稿の課題設定と関連する問題に限ってはあながち、今日の改正論議の検討は別稿で起こないと思う。〕