

# 借地契約の消滅と借地上建物賃借人の地位 (二)

木崎安和

## 目次

はじめ

### 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

← 判例の立場

## (二) 学説

(1) 借家権が存続する場合の三者間の法律関係（以上本号）

## 二 無断譲渡・転貸による解除の場合

第三章 期間満了・更新拒絶による消滅の場合  
おわりに

## 四 「特段の事情」のある場合

ところで最判昭和三八年二月二一日は、一特段の事情がない限りは、Aは合意解除の効果をCに对抗しえないとしたが、この「特段の事情」のある例外的な場合とはどのような場合であろうか。その事例は、借地上建物賃借人ないし転借人に合意解除を对抗しうるとした判決例にあらわれている。<sup>(61)</sup>これらの具体的な事例をどう理解するかということ自体前述（本章二）の諸見解で差異が生じてこようが、<sup>(62)</sup>ここでは借地上建物賃借ケースを中心にして簡単に整理するにとどめる。

借地上建物賃借ケースにおいて、土地賃借の合意解除を地上建物の賃借人に対抗しうる「特段の事情」があるとされた事例は、大きく次のように分けることができるであろう。<sup>(63)</sup>まずは第一は、A B間の借地契約（又はB C間の借家契約）が一時貸借の場合であり、最判昭和三一年二月一〇日（民集一〇巻二号四八頁）がこれに該当する（土地賃借契約がもともと一時使用のためのものであるとされた事例。Cは直接にも間接にも敷地の占有使用につきAに对抗すべき何らの権限をも有しない、と述べる）。

第二はB C間の契約が使用貸借の場合であり、京都地判昭和四二年七月二〇日（判例時報五〇二号五四頁）は「土地

賃貸人と賃借人との間において土地賃貸借契約を合意解除した場合、土地賃貸人は、特別の事情がないかぎり、その効果を地上建物の使用借主に対抗できると解するのが相当である」と判示する。

第三は借地上建物賃借人に背信的行為が存する場合であり、<sup>(20)</sup> 幸島高等裁判所昭和四〇年一月一〇日（高民集一八卷一号七〇頁）は、Cが二階部分の増築をし、さらにその土地の仮換地上にA及びBに無断で店舗用建物の新築をはじめたため、それを理由としてAB間の借地契約の合意解除がなされたという事案につき、「建物賃借人が賃借建物の敷地の使用权を主張することが信義則に反するばあいにあたり」 Aが合意解除の効果をCに対抗しうべき特別の事情が存する、と判示する。

第四は、BC間に密接な関係があり（両者が実質において同一性を有していると認められ）、Cとしても合意解除を了承したとみられるような事情のある場合である。これには最高裁判所昭和四九年四月二六日（民集二八卷三号五二七頁）が該当する（Cが合資会社でありBが従来経営していた事業を会社組織に改めその設立と同時にその代表者となり死亡するまでCの無限責任社員であったという事案であり、合意解除〔調停〕當時AがCの設立を知らなかつた場合）。

第五は、賃料不払い等の債務不履行による法定解除をなしうる場合に合意解除の形式がとられたケースであり、これに該当するのは最判昭和四一年五月一九日（民集二〇卷五号九八九頁）である。<sup>(21)</sup> この判決は、Bによる五年間にわたる地代滞納を理由とする建物収去・土地明渡訴訟中に一定期日（五年後）までに土地を明渡す旨の裁判上の和解が成立したが、当該家屋にCが居住するためCに対し建物退去を訴求した事案において、合意解除後の借地契約を一時使用のためのものとする認定を肯定しつつ「右合意解約を以て、地上建物の賃借人に対抗できる特別事情にあたる」と判示した。<sup>(22)</sup>

ところで、問題を合意解除の対抗力というレベルではなくBの建物買取請求権の（Cによる代位）行使というレベルで解決しようとする(j)説（前号九二頁）では、以上のような「特別事情」のある場合はどう考えられるのであろうか。全く論じられていないが、この点は(j)説の妥当性の判断に重要であると思われる。そしてここでこそ、Bの建物買取請求権のCによる代位行使（民法四二三條の転用）を認める根拠が問われることとなろう。今後の検討が必要であるが、さしあたり次のように考えられないであろうか。Cの保護を、CによるBの建物買取請求権の代位行使（民法四二三條の転用）という手段ではかるとするのは、やはり(a)説のいうように、Cの保護とは利用権の存続といふ形の保護でなければならないからであろう。すなわち、本稿で取り上げる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問題であり、借家人Cの利用の存続が借家法の保護に値するにもかかわらず、かかる法制の結果Cの全く関知しないA・B間の事情によってCの地位がくつがえされるのは不当であるとの価値判断からCを保護しようとする場合、すでにそこには、Cの地位は損害賠償ではなく利用権の存続といふ保護が与えられでしかるべきものでなければならないという判断が前提とされていよう。そしてそのような保護を受けるべきCのためにこそBの建物買取請求権の代位行使という手段を認めようというのである。したがってCによる代位行使を認めるためには、Cが借家法（および信義則）によつて利用の存続という保護を受けるに値するものであることが必要であろう。そうだとすれば、(j)説においても、前述の判例の結論は、第五の合意解除の背景に債務不履行が存在する場合を除き、結局のところ是認されると思われる。

(64) この判決例の一つとして、東京高判昭和五五年三月一二日判例時報九六四号五五頁を擧げる場合がある。これは、AがBと土地賃貸借契約を合意解除し建物をBから買い取り、借家人Cが家庭菜園・果樹植栽地として利用している空地部分をD

## 借地契約の消滅と借地上建物賃借人の地位（二）

に譲渡したところ、DがCに対し収去明渡を請求したという事件であり、右判決は、建物賃借の目的の達成に不可欠な土地利用ではないとして合意解約の効果をCに対抗しうる手段の事情のある場合にあたると判示した。しかしここでは、Cによる建物利用の存続を前提にその場合の敷地利用権の範囲が問題となっているのであって、これまで本稿でとりあげてきたようなCに対する建物退去請求の事例ではないので、ここではふれないとする。

(65) 原田純孝「賃借権の譲渡・転貸」民法講座5契約三七二頁以下参照。

(66) 転貸借の事例は注でふれるにとどめる。

(67) 星野英一「判批」法協九三巻六号九三八頁以下、金山正信「判批」民商五六巻一号一二四頁以下、広中俊雄・借地借家判例の研究(2)一九四頁以下、土屋茂「判批」日本法学四一巻二号二三三頁以下、沢田みのり「判批」法律時報四七巻八号一五四頁以下、後藤静思「判批」最判昭和四一年度二七〇頁以下など参照。

(68) 転貸借ケースでは最判昭和三年四月五日民集一〇巻四号三三〇頁（家主が近く予定された借家人の退去に至るまでに限つて一部転貸を承諾し、転借人もこの事情を知っていた事案）。なお借地上建物賃借ケースにおいてBC間にAとBが借地契約を合意解除したときにはCは借家を明渡す旨の特約が存在する場合、金山・同右一二五頁以下は「この特約の性質は、場合によつては、借家の一時使用の場合と同規してよいこともある」とする。同旨、沢田・同右一五五頁（特約を原則として許さず一定の場合に限定する）。転貸借ケースについては金山正信「賃貸借の終了・転貸借」契約法大系VIII三頁以下、加賀山「前掲論文」阪大法学一〇三号一二九頁注(71)、篠塚・注釈民法四五〇七頁参照。

(69) なお、転貸借ケースで、Bの債務不履行を理由として解除する場合にAはBに催告すればたりCに対しその支払いの機会を与えないなければならないものではない、とする最判昭和三七年三月二九日民集一六巻三号六六二頁の事案を、広中・借地借家判例の研究(2)一九五頁はCを使用借主とみるべき者であった事例と解している。

(70) 転貸借ケースでは、最判昭和三七年二月一日裁判集民五・八巻四四一頁が「転借人に不履行行為があるなどして貸貸人と賃借人との間で賃貸借を合意解除することが信義・誠実の原則に反しないような手段の事由がある場合」のほかは、合意解除により転借人の権利は消滅しない、と判示しており、また、広島高判昭和二九年九月二一日高民集七巻一一号八六三頁は、土地の転借人Cが無断で第三者に土地を使用させているという不履行行為に不安を感じてAとBが合意解除した事案で、「転借人に不信な行為があつて賃貸人と賃借人とにおいて賃貸借を合意解約することが信義誠実の原則に反しないときは、これに

より転借人の権利も消滅する」と判示する。

(71) 転貸借ケースでは最判昭和三八年四月一二日民集一七卷三号四六〇頁（Bが從米の事業を自己が代表者となつて会社組織にした結果貨借建物を会社Cに転貸するに至った場合で、Cが貨貸借の終了を了承していた事案）。篠塚・注釈民法第五〇六頁以下参照。なお、篠塚「判批」民商七二卷二号三五六頁では本文でのべた昭和四九年の最高裁判決につき、実質的にABC三者の合意解除であるとし、篠塚「判批」民商七二卷二号三五六頁では本文でのべた昭和四九年の最高裁判決につき、Cの「了承」という点で昭和三八年判決と同一の法理に服するとみることができるとする。両判決の比較検討につき星野英一「判批」法協九三卷六号九三九頁以下参照。

(72) 逆に、東京地判昭和四六年三月九日判例時報六三七号四四頁は、AB相通じてCを建物から立ち退かせるためBが地代納の事実を作らしAがBの債務不履行を理由とするもののように装つて解除に及んだものと推認せざるをえないとして、AB間の貨料不払いによる土地貨借契約の解除は単に形式上のもので実質は合意解除にほかならず、Aは右解除をCに対抗できないと判示している。また同様に、広島地判昭和四七年二月一八日判例時報六八号七二頁は、Bが土地貨借関係を正常に維持して建物貸貸人としての責務を果たす気持ちを失い地代を支払わず契約解除の結果を自ら招來したものと認められるが、これは実質において借地人による借地権の放棄であり、Bの債務不履行から直ちにAのCに対する明渡請求を肯認するのは相違ないとする。他方、地上権設定契約の合意解除は地上権者から土地の質借人に対抗し得るかという問題につき、最近、最高裁は原則として地上権設定契約の合意解除は土地質借人に対抗しないが、「地上権設定者が、地上権者の債務不履行を理由として民法二六六条一項、二七六条所定の地上権の消滅請求又は法定の解除権を行使する旨の意思表示をし、これによつて地上権設定契約及びこれを基礎とする右貨貸借契約が既に終了しているといえる事実関係のあるときは、合意解除という紛争解決方式がとられても、地上権者が、合意解除に応ずるに当たつて、右の貨貸借契約の終了によつて受けうべき利益を放棄したといえる事情のあるときは格別（以下、この事情を『格別の事情』という）」。そうでない限り、地上権設定者は、合意解除により地上権者と質借人との間の貨貸借契約も終了した旨主張することができるものと解すべきである」と判示した（最判昭和五九年一〇月八日判例未登載）。本事例はほぼ土地の転貸借ケースと同様に考えることができ、許され（催告の要否で異なるが）従来の判例理論の延長線上にあるといえよう。そして、「特段の事情」（合意解除の背景に債務不履行）のあるケースでありながら、さらにその場合でも格別の事情があれば原則に戻るとした点では新しいものであ

る。本判決につき大島俊之「判批」民商九二巻一号二九頁以下、内田勝一「判批」昭和五九年度重要判例解説七二頁以下参照。

(73) なお星野英一「判批」法協九三巻六号九三八頁はこの事例を「種々の事実が総合的に考慮された場合」とする。この点、

高崎尚志「判批」法協八四巻五号六九三頁以下参照。

(74) なお金山正信「判批」民商五六巻一号一二七頁は、合意解約後の「一時賃貸借の終了をもつて借家人に対抗しうべき『特段の事情』」と解すべきでないとする。

(75) 地代不払い等の債務不履行が合意解除の背景にある場合、本判決と同じく、合意解約の原因事実を考えて「特段の事情」とすべきであるとの見解(金山正信「判批」民商五六巻一号一二四頁、沢田みのり「判批」法律時報四七巻八号一五四頁、後藤静思「判批」最判解昭和四一年度二七三頁)もあるが、他方、Aが合意解除をCに対抗するにはCに「催告」ないし「通知」を必要とする説も有力である(広中俊雄・借地借家判例の研究(2)二二二頁、篠塚昭次「判批」判例評論九六号八九頁)。借地契約が法定解除によって消滅する場合については後述。なお、最判昭和四七年三月七日判例時報六六六号四八頁は、借地人の賃料不払いを理由とする借地契約の解除後に協議に基づいて借地契約が合意解除された場合につき、土地賃貸人は事情を知悉しながら借地上建物を競落した者にその合意解除を対抗しうるとする(原判決は大阪高判昭和四五年三月一八日高民集二三巻一号六六頁)。但し「賃借権の目的たる土地の上に存する建物を競落により取得した第三者が、賃貸人を相手方として借地法九条ノ三の規定により賃借権の存否につき争いがあるときは、第三者は賃貸人に對し賃借権の存在確認を求める訴提起の利益を有する」ということが判決要旨とされている)。

## 五 「対抗しえない場合」の三者間の法律關係<sup>(26)</sup>

合意解除の「対抗」という論理で借地上建物賃借人Cを保護しようとする見解にあっては、土地賃貸借契約の合意解除の効果が「特段の事情」もなくCに「対抗できない」とされた場合、その後のABC三者間の法律關係はどう処

理されるのであろうか。はじめに転貸借ケースにつきいく簡単みた上で借地上建物賃貸借ケースについて概観する。

### 一 転貸借の場合<sup>(7)</sup>

そもそも合意解除の効果が生じないと見るか否かという点と、転貸人Bが契約関係から離脱するか否かという点から、次の三つの考え方分けられよう。<sup>(8)</sup> まず、(a)合意解除の効果そのものを否定する見解もあるが、判例の立場は「対抗」の問題として法的構成しているとみてよく、多くの学説も同様と思われる。しかしその中でも、(b)貸貸人Aと賃借人Bとの間では賃貸借は終了するが転借人Cの転借権を消滅させない範囲においてなお原賃貸借は存続する、と解する見解と<sup>(9)</sup> (c)原賃貸借は消滅し、原則的には転貸借関係がAとCとの間に移行してBは転貸人たる地位から離脱、以後はAC間の直接的な関係に移行する、との見解<sup>(10)</sup> が対立する。この(c)説は、そう解してもABC三者に不当な結果とならないこと、爾後の法律関係を複雑にしないこと、合意解除したBが両面的当事者としていつまでも関与を強いられることは妥当でないことを理由としており、今日では主流的見解といわれている。<sup>(11)</sup>

### II 借地上建物賃貸借の場合

#### (1) Bの離脱を認めない見解

転貸借ケースでは原賃貸借および転貸借の目的物が同一のため、(c)の主流的見解のように転借人Bを離脱させて特に問題は生じないと考えられる。これに対し借地上建物賃貸借ケースではABC間、BC間の賃貸借の目的物が異なり、それぞれ土地と建物という別個独立の不動産であるため、直ちに転貸借ケースと同様に考えるわけにはいかない。かくして、借地上建物賃借人Cの保護法理を転貸借の場合と同一レベルで論じる立場（本章二一の諸見解）であつても、

「対抗しえない場合」の三者間の法律関係については、両ケースで異なった処理を主張するものが存在することになる。

まず、(d)「合意解除はCに対しても効力がなく、Cは、AB間の借地関係が有効に存しているものとして振舞いうが、AB間の借地関係自体は、もはや存在しないものとして処理される」とする見解がある。Bが土地とは別個の借地上建物の所有者でありBを無視してAC間に直接の借地関係が生じるとすることが困難であるため、判例理論と同じく「対抗」の論理でCを保護しようとする立場は、基本的にはこの見解をとことなる。転貸借ケースで(b)説(Bの離脱を認めない)をとる場合はもちろん(c)説をとりBの離脱を認める見解でも、そのほとんどは借地上建物の賃貸借ケースではBの離脱を認めていない<sup>(85)</sup>のである。

この見解からは爾後のABC三者の関係は次のようにならう。<sup>(86)</sup> ①AB間では借地関係は終了したものとして扱われ、AはBに対し建物取去・土地明渡を求めることができ、BはAに対し、Cの賃借建物を取去してその敷地を明渡すことができるという理由に基づく損害賠償義務を負う。②BC間の建物賃借関係はそのまま有効に存続しCはBに家賃を支払えばよい。③AとCとの間では借地契約は存続しているものと扱われ、Cの敷地占有は適法である。④かかる関係の存続については、もしAB間の合意解除がなかったとしてもそのBの借地権の存続期間が満了しAに「正当事由」<sup>(87)</sup>が存することによりBの借地権が消滅したであろう時まで、または、BC間の建物賃借が「正当事由」<sup>(88)</sup>をそなえたBの更新拒絶・解約申入等によって終了しもしくは終了したであろう時まで、とされる。

以上の多数説に対し、(e)同じく「対抗」の論理で処理する(Bは離脱しない)が結局は借家法四条と同様の取り扱いをしようとする説がある。本章二で述べた(h)説であり(前号九一頁)、AによるBの解約権・更新拒絶権の代位行使(借家法四条にいう通知にあたる)を認める結果、この説では、BC間の賃貸借の存続期間は「期間の定のないときは

解約申入期間の満了まで、また期間の定あるとき<sup>(8)</sup>「期間満了まで」<sup>(8)</sup>とされる。B C間の賃貸借契約が期間の定めのない場合を考えると、この説では「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」<sup>(9)</sup>とされるため、Bの解約権をAが代位行使すればその後六ヶ月しかCは建物利用ができないということになり、Cの保護に薄いのではないかと思われる。

## (2) Bの離脱を認める見解

以上はいざれも合意解除の「対抗」という論理から借地上建物賃貸借ケースではBの離脱を認めないものであった。これに対し、(f) CによるBの建物買取請求権の代位行使を認めてAに建物賃貸人たる地位を承継させ、B Cの関係をA C間に移行させようとする少數説がある。<sup>(9)</sup> この見解では合意解除したBが離脱するため爾後の処理が簡明になり、借家契約の存続期間も借家法で処理されることになる。もしCにとってのみならずAにとってもBの存続が不適切であるとするならば（もはやその関係にはほとんど利益を見出さないBがCやAに対し誠実に行動するか疑問であろう）、この(f)説も検討されてよいのではないかと思われる。なおこの見解からすれば、Cは「Aの建物退去請求に対し「合意解除を対抗しえない」と主張することも建物買取請求権の代位行使も共に（選択的に）認められるのであろうが。理論的に後者のみを認めると思われるが、土地賃貸人は特段の事情がないかぎり借地契約の合意解除の効果を借地上建物賃借人に対抗しえないと判例の立場が確立していることを考慮すれば、「Cの側からは『対抗しえない』との主張も可能だが、借地契約の終了をCが承認して建物買取請求権の代位行使を主張することも可能」との考え方、あえて、否定する必要もないのではないか。<sup>(9)</sup>

(76) 「対抗しうる」場合には、最判昭和四五年一二月二四日民集二四卷一三号一一七一頁によれば（但し債務不履行による法

## 借地契約の消滅と借地上建物賃借人の地位（二）

- (79) より詳しく述べるは原田純孝「賃借権の譲渡・転貸」三七六頁以下、椿「不法占拠」総合判例研究叢書民法四三〇頁以下、並木茂「前掲論文」一九〇頁以下、新田孝二・基本法コンメンタール・住宅関係法一九五頁以下など参照。
- (80) 本文で述べる見解のほか、対抗要件を欠く借地人に対する土地譲受人の明渡請求が権利濫用として認められない場合の判例や、その事後処理に関する学説が引き合いに出されることもあるが、ここではそれなきこととする（これにつき石田喜久夫「判批」判例評論二九五号一六三頁参照）。なお建物転貸借ケースで、以前には借家法四条を類推適用する判例・学説も存在した（椿「不法占拠」総合判例研究叢書民法四三二頁以下参照）。
- (81) 金山正信「賃貸借の終了と転貸借」一頁。新田敏「民法における権利拘束の原則」法学研究三八卷一号は、一方で「基礎たる賃借権又は賃貸借関係を消滅せしめる行為をなし得ない」（二四八頁）としつつ、他方で「消滅させる行為の効果については、無効とする説もあるが、その権利（又は法律関係）の上に存立する権利の権利者に対抗し得ないと解する」（二五二頁）とする。
- (82) 大判昭和九年三月七日は転借人の権利を原賃貸人に「主張シ得ルモノ」としており、最判昭和三八年二月二一日もただAが合意解除の効果をCに「対抗しえないもの」としているにすぎない。また最判昭和三八年四月一二日の「判決要旨」は「賃貸人は賃貸借の合意解除の効果を転借人に対抗できる」と表現している。
- Bの責に帰すべき事由による履行不能の場合であるが、B C間の関係はCの解除をまたぎに終了し、あとは損害賠償の問題として処理すればよいとされる（我妻栄・債権各論中巻（一）四六四頁、四七〇頁、広中俊雄・債権各論講義（第五版）一八一頁、並木茂「前掲論文」一八五頁以下、金山正信「賃貸借の終了と転貸借」七頁以下、内田勝一「判批」昭和五九年度重要判例解説七三頁など。新田孝二・基本法コンメンタール・住宅関係法一九四頁以下、権寿夫「不法占拠」総合判例研究叢書民法四一九頁以下も参照）。篠塚昭次・注釈民法四五二〇頁は、転貸借ケースにつき、賃借人の責めに帰すべからざる事由によって原賃借が終了する場合は転貸借契約は解除をまたぎに消滅するが、賃借人の責めに帰すべき事由なら転借人に転貸借契約の解除権が発生する、という。

(81)

我妻栄・債権各論中巻(一) 四六四頁、大石忠生「借地権の消滅」不動産法大系Ⅲ一七五頁、田尾謙二「判批」最判解昭和四八年度一一七頁、広瀬武文・借地借家法の諸問題七五頁以下、広瀬・借地借家法二三三頁、並木茂「前掲論文」一八七頁、一九一頁、加賀山「前掲論文」一二〇頁以下(AはCに対し、CもAに対し、それぞれ直接訴権を行使しうるとCとの間に双務的な法律関係が発生するという)。榎塚・注釈民法四五一頁も同旨とみてよからう。朝田孝「判批」神戸三巻三号六一九頁は、転貸借関係が貸貸人・転借人間に移行すると構成が許されればよいが、然らざる限り貸貸借が転借人に対する関係においてのみ存続するとすべきであろう、という。裁判例では、東京地判昭和三七年一二月二十四日判例時報三二三号二五頁が、「承諾の範囲内で貸貸人は転借人に使用収益をなさしめる義務を負い、一方転借人は貸貸人に転借料を貸借料の限度で且つ貸借料の支払期限までに支払うべき義務を負うこととなるものと解するのが妥当であり、これに対応して法定解除、解約原因、賃料増額請求権の存否等も貸貸人と転借人との間の問題として判断すれば足る」としつつ、しかし「合意解約された原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つた転借権もまた終期が到来することになるのは当然」であり、「それゆえ合意解約があつても貸貸人は転貸人の地位を承継するものではない」とする。

(82) 裁判例では、東京高判昭和三八年四月一九日下民集一四巻四号七五五頁が、「爾後転貸人(貸借人)と転借人間に存した転貸借関係は当然貸貸人と転借人間に移行し、貸借人であつたものは右転貸人たる地位から離脱し、貸貸人において右地位を承継することになると解するのが相当」とし、東京高判昭和五八年一月三一日判例時報一〇七一号六五頁(注(72))で言及した最判昭和五九年一〇月八日の原審判決も、地上権設定契約の合意解除が土地貸借人に対抗しえないとされる場合につき同旨、かかる立場(B-C間の法律関係のA-C間への当然移行説)にはば同旨の学説として、鈴木泰介・借地法下巻二九九頁以下、星野英一・借地・借家法三七七頁、石田穰・民法V(契約法)二三九頁、来栖三郎・判例民事法昭和九年度二七事件七七頁、来栖・契約法三八四頁(債務不履行による解除の場合)、広瀬武文・借地借家法二三四頁以下(但し期間は通知後六箇月に限定)、石田喜久夫・不動産貸借の研究一〇二頁以下、広中俊雄・借地借家判例の研究(2)二〇三頁(解除の場合)、三和一博「貸借権の譲渡・転貸の法律関係」現代契約法大系3一三九頁、打田政一「貸貸借の合意解除と転借人」民法の争点二五五頁、坂本武吉「貸貸借の合意解除と転借人」民法の争点II一二七頁。これに対し、A-C間の直接的関係に移行するとしてつても存続期間や賃料につき当然移行説に疑問を呈する見解もある。石田喜久夫「判批」判例評論二九五号一六四頁以下、藤村和夫「判批」法律時報五六巻九号一一七頁、蒲原範明「判批」実務民事法三号二三七頁。

## 借地契約の消滅と借地上建物賃借人の地位（二）

(83) 内田勝「判批」昭和五九年度重要判例解説七三頁。その多くは、貸貸人が転貸人の地位を承継する結果、転貸借の存続期間や賃料がAC間に引きつがれるとするが、疑問を呈するものもある（前注参照）。これにつき原田純孝「賃借権の譲渡・転貸」三七七頁以下も参照。

(84) 鈴木禄弥・借地法上巻五五五頁。

(85) 鈴木・同右の他、坂本武憲「賃貸借の合意解除と転借人」民法の争点Ⅱ一二七頁、広中俊雄・借地借家判例の研究(2)二〇九頁（解除の場合）、石田喜久夫・現代の契約法一六〇頁以下（解除の場合）、広瀬武文・借地借家法の諸問題八五頁以下。

(86) 石田穂・民法V（契約法）二四一頁は解除の場合に同旨（合意解除の場合と異なる）。

(87) 翌後の三者間の法律関係については、大石忠生「借地権の消滅」一八〇頁、広瀬武文・借地借家法の諸問題八五頁以下、広瀬・借地借家法の課題二七六頁以下、鈴木・借地法上巻五五五頁、広中・借地借家判例の研究(2)二〇九頁以下参照。

(88) 「正当事由」の存否の判断についてはCの事情も考慮されるとする（鈴木・借地法上巻五五五頁、広中・借地借家判例の研究(2)二〇九頁）。しかし最判昭和五六年六月一六日判例時報一〇〇九号五四頁、最判昭和五八年一月二〇日民集三七卷一号一頁は、原則として借地契約の更新拒絶の正当事由の存否を判断する際に借家人の事情は考慮しないとする（詳しくは後述）。この判決に従うならば、合意解除がなかった場合の借地契約の存続期間満了時に原則として「正当事由」ありとしてCは退去しなければならなくなるであろう（Bにはほとんど使用の必要性がないと思われるからである）。

(89) 鈴木・借地法上巻五五五頁、広中・借地借家判例の研究(2)二〇九頁、大石忠生「借地権の消滅」一八〇頁。広瀬武文・借地借家法の諸問題八六頁も同旨か。ただそこでは、借地契約の満了時における「正当事由」の有無の判断に際し借家人側の事情を考慮するとの記述が無く、また「建物賃貸人が合意解除によって借地権を失ったことは、建物賃貸借の更新拒絶または解約申入を正当づける事由に數えられてよい」として、「借地人であった建物賃貸人が建物賃貸借の更新拒絶または解約申入をした場合には、地主は借地権が終了する以前に土地明渡の目的を達することができる」という。「正当事由」の判断如何では必ずしもCの保護にはならないと思われる。

(90) 後藤清「建物賃借人の敷地使用権」私法学論集上（民商三九巻一・二・三合併号）五六頁。

(91) 石田穂・民法V（契約法）二四〇頁。解除の場合につき来栖三郎・契約法三八四頁以下。これに対しても広中・借地借家

判例の研究(2)二二〇頁以下が反対する。

(92) この点、合意解除の場合ではないが、注(72)で言及した広島地判昭和四七年二月一八日判例時報六六八号七一頁(Bが土地貸借関係を正常に維持して建物貸貸人としての責務を果たす気持ちを失い地代を支払わず契約解除の結果を自ら招いた事案)が想起されるべきである。

(93) なお、BがAとの合意解約において建物収去義務を負担する場合は建物買取請求権の放棄とみられよう。この場合、(1)説では、この放棄はCに対抗しえず(民法三九八条の法理の推及)Cはこれを代位行使しようとされよう。この点で、事案は異なるが東京高判昭和四年六月一〇日判例時報五六六号六二頁が参照されるべきである。これは、A所有土地上に土地賃借人Bが所有する建物をCが賃借していたところBがAに無断でDに建物所有権・土地賃借権を譲渡したためAが土地賃借契約を解除したというケースで、DがAに対し一旦は(建物収去土地明渡請求訴訟における抗弁として)借地法一〇条に基づく建物買取請求権を行使した以上(Cの賃借権はAに対しその効力を生じ)、その後、AD間に建物買取請求権を撤回しそれを放棄する(土地明渡の代償としてAはDに七五〇万円支ねう)趣旨を含む和解が成立したとしても、これをもって借家人Cに「対抗することはできないと解すべきである。けだし権利の放棄は原則として権利者が自由にこれを為し得るが、その結果第三者の権利を害するに至るとときはその第三者に対抗しえないものと解するのが相当であり、このことは民法第三九八条、第五三八条の法理からこれを推論することもできるし、また信義誠実の原則にてらしても当然のことだからである」と判示する。

## 第二章 法定解除による消滅の場合

A・B間の借地契約が賃料不払いなど一般の債務不履行を理由として、または土地賃借権の無断譲渡・転貸を理由として解除された場合、AはCに対し、その法定解除を理由に建物退去・土地明渡を求めることができるであろうか。あるいは、かかるAの請求に対しCの建物利用を保護することは可能であろうか。本章ではこの問題に関する判例・

学説の整理を、債務不履行による解除の場合と無断譲渡・転貸による解除の場合とに分けておこなうが、後者については、むしろ借家人による建物買取請求権の代位行使の可否に関する判例・学説を取り上げることしたい。

## 一 債務不履行による解除の場合

### (1) 判例の立場

転貸借ケースでは、すでに大審院以来の判例において、賃借人の債務不履行による原貸借契約が解除された場合には転借人は転借権をもつて貸貸人に対抗することができず、賃貸人からの返還請求に応ぜざるを得ないため転貸人としての義務において履行不能を生ずる結果転貸借契約も原貸借契約と同時に終了する、とされ、Cの保護は認められないし、またAがCに土地明渡を求めるにつき、転借人への催告なしし支払機会の付与も必要ない、とされている。<sup>(2)</sup>

他方、借地上建物賃貸借ケースに関しては、AによるBの債務不履行を理由とする解除のCに対する「対抗」を正面から云々した判例はないようであるが、最判昭和四五年一二月二四日(民集二四卷二三号二二七一頁)は、土地賃貸借がBの債務不履行により解除されても借地上建物賃貸借はただちに終了するものではなく、建物の使用収益が現実に妨げられる事情が客観的に明らかになり又はCが現実の明渡を余儀なくされたときにはじめてBの債務の履行不能により終了する旨を判示しており、これは、Aの解除による土地賃貸借の消滅とともにAに対する関係においてCの敷地占有権原が否定されることを前提としている。<sup>(3)</sup>そして最判昭和五一年一二月一四日(判例時報八四二号七四頁)は、AがBの債務不履行を理由として土地賃貸借契約を解除する場合、Bに対しても催告すれば足りCに対する催告なしし

支払機会を与えるなければならないものではない、と判示した。<sup>(4)</sup>

しかし、合意解除の場合にはAはその効果をCに対抗しえないが、法定解除の場合には、AはCに対し借地権の消滅にともなうCの土地占有権原の消滅を対抗しうるとする、かかる判例の立場では、Cの退去を目的にAがBと合意して（実質は合意解除）、形式的にはBの債務不履行を原因としてAが解除するという手段をとる場合が問題となる。これについては、東京地判昭和四六年三月九日（判例時報六三七号四四頁）が、諸事情を総合するとAB相互通じCを建物から立ち退かせるためBが地代滞納の事実を作らしAがそれを理由として解除したと推認せざるをえないとして、本件解除はその実質においてAB間の合意解除と異ならずCに対抗できない、と判示している。<sup>(5)</sup>しかし、このようなCの追い出しを目的としたABの馴れ合い（合意解除）をCが立証するのは、かなり困難ではなかろうか。ここから、判例の立場に批判的な学説が主張されることとなる。

（1） 最判昭和三六年一二月二一日民集一五巻一二号三三四三頁が、大判昭和一〇年一月一八日民集一四巻二〇号一八四五頁

を先例として適切であるとしつつ、本文のように判示する。すでに大判昭和七年九月三〇日法律新聞三四八〇号一一頁が、特約に基づく解除権行使の場合だが、原貸借の解除によって特別の事情のない限り土地占有は無権原に基づくものになるとし、大判昭和一〇年二月二三日裁判例（九）民事三五頁は、AがBの債務不履行を原因として解除した以上Cは爾後Aに対し転借物の占有を保持すべき権原なきに至る、と判示していた。詳細は椿寿夫「不法占拠」総合判例研究叢書民法四一五頁以下。

（2） 戰前では大判昭和六年三月一八日法律新聞三二五八号一六頁、戦後では最判昭和三七年三月二九日民集一六巻三号六六二頁。詳細は椿・同右一七頁以下。右の昭和三七年最高裁判決については第一章四注（69）で述べたように広中俊雄・借地借家判例の研究（2）一九五五頁はCを使用借主とみるべき者であった事例と解している。また篠塚昭次・民法セミナーV一七二頁以下は、債務不履行の場合の判例として先例拘束性はうすく、債務不履行による解除の効果をAはそのままCに対抗できる

とした判例ではないとする。なお最判昭和三九年三月三一日判例タイムズ一六四号七〇頁は借家人の債務不履行によって家屋賃貸借が解除された場合には借家法四条を適用する余地はないとして判示。

(3) 甲斐道太郎「判批」判例評論二二四号一四八頁参照。この考え方はすでに最判昭和四年五月一九日民集二〇巻五号九八九頁（合意解除の背景に債務不履行がある場合。第一章四参照）に示されていた。

(4) すでに最判昭和三七年五月二五日裁判集民六〇号八七五頁（Bの賃料不払いを理由としてAが借地契約を解除し、Bの他その土地の転借人と数名の借家人に対し土地明渡、建物返去を訴求した事件）は、借家人等に対し適当な処置を講ずる機会を与えるべきであるとの上告理由に対し、注（2）で述べた転貸借に関する最判昭和三七年三月二九日を引用して、「賃貸人は賃借人に対し催告するをもって足り、更に転借人に対してその支払の機会を与えなければならないものではない」としていた。

(5) 他に広島地判昭和四七年二月一八日判例時報六六八号七一頁参照。共に第一章四注（72）で言及。

## （二）学 説

以上のような、合意解除の場合にはAはCに対抗しえないが、法定解除によつて土地賃貸借が終了した場合にはその消滅の効果をAはCに対抗しうるとする判例の立場に対しては、同様の見解に立つ学説<sup>(6)</sup>も存在するが、有力な学説は、①解除と合意解約は實際上紙一重であつて、ABの通謀による法定解除の偽装ないし馴れ合い解除がCの追い出しを目的としてなされる場合も稀でなく、しかもCがこの通謀を立証することはきわめて困難であることから、また、②不動産賃借権の社会法的性格を強調して、ないしは、「Cのために利用権の存続を保護する借家法の精神にかんがみ」<sup>(9)</sup>、そして③Cの閑知しない事情（Bの賃料不払い等）<sup>(10)</sup>によつてCの地位が覆滅されるべきでないと見地<sup>(11)</sup>から、何らかの法律構成でCの利用権存続をはかるとしている。

### （1）「催告」必要説

Cの利用権存続をはかる法律構成としては、まず、（転貸借ケースでは「通説化」<sup>(12)</sup>ある）「催告」必要説が

ある。すなわち、Aは、Cに対し「催告」ないし支払機会を与えない場合にはCに建物退去を請求しないとする見解である。もっともこの見解に立つ場合でも、転貸借ケースと同様、(a)この「催告」をA・B間の借地契約解除の要件と考え、CはBの債務の全額を代払いしなければ保護されないとする見解と、(b)この「催告」をAが借地契約解除の効果をCに対抗するための要件とし、民法五四一条の催告ではなくむしろ「通知」と考える見解が対立する。そしてこの(b)説では、Cは、Bの延滞賃料全部を支払わなくても「信義則上期待される行為」(一部の弁済の提供でよい)をなし、それを主張・立証すれば、Aから解除の効果を対抗されない地位に立ちうるとの解釈が有力に主張されている。<sup>(17)</sup>なお、賃料不払い以外のBの債務不履行(無断増改築など)の場合については、特に(b)説で同様の法律構成(Aの「通知」の必要)が主張されている。<sup>(18)</sup>

## (2) その他の法律構成

以上の「催告」必要説とは異なる法律構成でCの利用を保護しようとする見解として、まず(c)民法五四五条一項但書を準用し、A・B間の解除の効果を第三者Cに対抗しえないとするものがある。<sup>(19)</sup>この見解では当然のことながらAのCに対する「催告」は必要でなく、むしろこの見解は、「催告」必要説のうち「催告」を解除の要件とする(a)説を、既に賃料をBに支払っている場合のCに「重払い」を強要することになつて不当、と批判する。<sup>(20)</sup>

他方、(d)債務不履行による解除の場合にもBに建物買取請求権を認め、その行使によって建物の所有権とともに建物貸人の地位も土地賃貸人に移行する、という形でCを保護しようとする見解がある。もちろん、この場合には解除によつて守られるべきAの利益をも考慮しなければならず、「六〇八条二項の類推適用に依り裁判所は土地賃貸人の請求に因り代金の支払につき相当の期限を許しうることをみとむべきである」とされる。なおこの(d)説については、「土地賃貸借解除一般における地上建物賃借人の保護を統一的に考へるためには、こちらの方が【(a)説の】ほうが

「催告」必要説より」より適合的だと考えられるが、これについては、土地貸借解除の原因いかんによつて、土地貸借人と建物賃借人との相互的な利益状況（したがつて、解除によって実現される土地貸借人の利益を保護すべき程度）が異なるし、また、借地契約解除が認められる場合の要件（一般的に表現すれば、いわゆる信頼関係の破壊の有無）の違いもからんできて、詳細な立ち入った考察を必要とする」との慎重な評価がなされてしる。<sup>(23)</sup>

ところで、この(d)説では、債務不履行による解除の場合にBに建物買取請求権が認められるか否かが重要な問題となる。そこでこれをごく簡単に概観しておく。

まず判例は、「借地法四条二項の規定は誠実な借地人保護の規定であるから、借地人の債務不履行による土地貸借契約解除の場合には借地人は同条項による買取請求権を有しないものと解すべきである」と判示する。<sup>(24)</sup>他方、学説は肯定説と否定説に分かれている。<sup>(25)</sup>肯定説は、社会経済上の立場から建物の保護をはからうとする建物買取請求権の趣旨を強調する。<sup>(26)</sup>これに対し否定説は、債務不履行による解除が認められるのはかなり背信的な場合ゆえ借地人を保護する必要がなく、国民経済的要請も信頼関係維持の要請に譲歩を余儀無くされることを強調する。<sup>(27)</sup>また、土地所有者にとって期間満了前に満了時よりも高い価格で買取を強いられるることは予想外で不合理である、との理由もあげられている。<sup>(28)</sup>そこで、いわば折衷的に、建物買取請求権を認めるが買取価格は本来の期間満了時に有するであろう価格とし支払期をその満了時とする、という有力説が存在する。<sup>(29)</sup>

(6) 第一章二一(1)の諸見解のうち特に大石忠生「借地権の消滅」不動産法大系III一七九頁（もつとも「債務不履行による解除などの手段を講じた場合でも、実体は、地主と借地人のなれ合いによる借地契約の合意解除とみられる場合には、そのような事由による借地関係の終了をもつて借地上建物賃借人に対抗できないとしなければならない」という）、新田敏「民法に

おける権利拘束の原則」法學研究三八卷一号二五三頁、金山正信「判批」民商五六卷一号一二四頁、一二六頁。他に松坂佐一・民法摘要債権各論〔第四版〕一五九頁。なお水本浩・民法セミナー4債権総論九五頁以下は、「借地契約の解除が認められたら地上建物の貸貸借も消滅せざるをえない」として判例に同意しつつも、「地主と借地人が共謀して債務不履行という事実を作り出す可能性があるので、借地契約の解除は容易に認めるべきではあるまい」とくに賃料不払を装うことが多いのだから、第三者の弁済による治癒的効果を認めるなどして、借家人を救済すべきである」とする。

(7) 鈴木禄弥・借地法上卷五七四頁、鈴木・借地・借家法の研究一六五八頁、六五九頁、星野英一「判批」法協八二卷一號一五二頁、篠塚昭次「判批」判例評論九六号八九頁、広中俊雄・債権各論講義〔第五版〕二〇九頁。また転貸借ケースについてだが椿寿夫「判批」法律時報三五卷七号八七頁、椿「判批」民商四七卷五号八一頁、椿「賃借権の譲渡と転貸借〔下〕」法学セミナー一九七六年七月号八二頁、星野英一・借地・借家法三七六頁、金山正信「貸貸借の終了と転貸借」一六頁、篠塚昭次・民法セミナーノ六四頁。

(8) 篠塚昭次「判批」判例評論九六号八九頁、篠塚・民法セミナーノ一七六頁以下(特に一八二頁)。

(9) 広中俊雄・借地借家判例の研究(2)二〇四頁。

(10) 広中俊雄・債権各論講義〔第五版〕二〇九頁、篠塚昭次・民法セミナーノ一七六頁、甲斐道太郎「判批」判例評論一二四号一四九頁、転貸借ケースについてだが加賀山「前掲論文」阪大法学一〇三号一二〇頁、原田純孝「賃借権の譲渡・転貸」三七三頁、廣瀬武文・借地借家法の諸問題一四三頁、広瀬「借地借家法一二八頁」借地上建物賃貸借ケースでCの利用権を保護しようとする見解はすべてこの見地に立っていると思われる。

(11) さしあたり第一章二(2)の(i)・(ii)およびIIの(i)・(j)の諸見解。

(12) 甲斐道太郎「判批」判例評論一二四号一四九頁、篠塚昭次「判批」民商五六卷五号八五九頁も参考。(すでに通説の域に近づきつつある、といふ)原田純孝「賃借権の譲渡・転貸」民法講座5契約三七四頁は「今日では明確な多数説を形成するに至っている」という。ただし加賀山「前掲論文」一九頁は、通説は解除を転借人に対抗しうると解していると理解している。なお、甲斐・同右一四七頁は、借地上建物賃貸借のケースでもこれが「学説のすう勢」であるといい、同一四九頁での「借地上建物賃借人についても『催告』必要説が通説化してゆくことに対する障害はほとんど存しない」という。(13) この見解の中での対立につき原田純孝「賃借権の譲渡・転貸」三七四頁参照。

## 借地契約の消滅と借地上建物賃借人の地位（二）

(14)

鈴木櫻弥・借地法上巻五七六頁、篠塚昭次「判批」判例評論九六号八九頁、篠塚・民法セミナーV一八二頁以下、篠塚・注釈民法(5)二一九頁以下、五〇八頁(転貸借ケース)、金山正信「貸貸借の終了と転貸借」一六頁(転貸借ケース)。もっとも篠塚「判批」民商六五巻五号八五九頁は、「代履行のための催告」を「対抗」の要件としているように思われる。なお、

椿寿夫「判批」法律時報三五巻七号八七頁は、この時点では、転貸借ケースとは異なり借地上建物賃借の場合には「今の段階ではCへの催告を要するとするのが無理だとしても」と述べている。星野英一「判批」法協八二巻一号一五四頁もCへの「催告」を解除の要件とする見解のように思われるが、星野・借地・借家法三七六頁は不明。ところで、このいわば「要件説」に対しては、Bが地上建物に自ら居住する場合と、Cに賃貸するときとで、A・B間の解除要件に相違を生じてよいか、との反問が存在する(石田喜久夫・現代の契約法一六一頁)。

(15) これを明確に認めるのは篠塚昭次「判批」判例評論九六号八九頁、篠塚・民法セミナーV一八三頁以下、篠塚・民法セミナーV六五頁(転貸借ケース)。

(16) 甲斐道太郎「判批」判例評論二三四号一四九頁、広中俊雄・借地・借家判例の研究(2)一九六頁以下、二〇四頁以下、石田喜久夫・現代の契約法一六〇頁。もっともこの見解の中でも、解除の理由とする事實および解除の意志の「通知」を、Aの債務則上の義務と考える(甲斐)か、Aが通知義務を負っているからすべきものではなく通知しないとCに対抗しえないという不利益を課せられるから通知せざるをえないだけと考える(広中)か、で対立している。広中俊雄・債権各論講義(第五版)二二〇頁、新版民法(6)契約各論一四五頁以下(広中)も参照。

(17) 前注の広中説。

(18) 広中俊雄・借地・借家判例の研究(2)二〇六頁以下。

(19) 第一章二の(i)説である。石田穰・民法V(契約法)二四一頁(合意解除の場合は別)、加賀山「前掲論文」一二〇頁(ただし転貸借ケース、合意解除の場合と同処理)、金山正信「判批」判例評論八六号六〇頁(転貸借ケースで解除の場合)。

(20) 石田穰・同右、加賀山・同右。もっとも(a)説からは、CがAに支払った超過部分はBに求償ないしBへの家賃と相殺するという形で処理する、とされよう(篠塚昭次・民法セミナーV六五頁)。ただし転貸借ケース。

(21) 第一章二の(j)説である。米田三郎・契約法三八五頁以下。特に解除の場合に主張されている。これに対し、合意解除の場合にはBの建物買取請求権のCによる代位行使を認める石田穰・民法V(契約法)は、債務不履行による解除の場合にはB

- (22) 来栖三郎・契約法三八五頁、なお「もし、債務不履行によって解除されたときは貸借人に建物買取請求権がないのであれば、貸借人の債務不履行によって解除するには建物貸借人に催告しなければならないとするべきであろう」という。
- (23) 甲斐道太郎「判批」判例評論二四号一五〇頁、石田喜久夫・現代の契約法一六〇頁。他方、広中俊雄・借地・借家判例の研究(2)二一〇頁以下は、「借地上建物貸借人Cを保護するためにCが建物貸貸人の有する建物買取請求権を代位行使してAに建物貸貸人たる地位を承継させることを認める解釈は、是認すべきでないし、または是認する必要もない」として、(d)説を批判する。
- (24) 最判昭和三五年二月九日民集一四卷一号一〇八頁（借家法五条の造作買取請求権に関する最判昭和三年四月六日民集一〇卷四号三五六頁、最判昭和三年三月一三日民集一二卷三号五二四頁を引用）。なお、すでに大審院当時の判例がこの場合につき建物買取請求権を否定していた（大判大正一五年一〇月一二日民集五卷一号七二六頁など）——もともと貸貸借契約の解除後に借地上建物を競落した者が買取請求をした事案）。より詳しくは薄根正男「借地法上の更新・買取請求権」総合判例研究叢書民法II二一二頁以下、星野英一・民事判例研究第二卷3六九五頁以下参照。
- (25) 肯定説・否定説の根拠につきより詳しくは星野英一・民事判例研究第二卷3六九六頁以下、星野・借地・借家法二一〇頁以下参照。
- (26) 広橋次郎「借地人の建物買取請求権」契約法大系III一四頁、後藤清・借地法（増補版）二五三頁以下（三八一頁以下も参考）、後藤清「判批」民商四二卷六号八四四頁。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II二一三頁は当事者双方の利害の比較から建物買取請求権を肯定する。木本浩・民法セミナー6債権各論(4)四九頁は、条文の形式からみれば否定説が妥当であるが、実質的観点から判断すべきであつて、債務不履行による解除の場合については法の欠缺にあたるとみて、借地法四条二項を類推適用するはあるまい、という（実質的考慮から、地代不払いによる解除の場合は土地所有者に買取義務を認めてさして不利益になるとはいえない、として肯定説をとる）。広中俊雄・債権各論講義（第五版）一九七頁は判例の立場を「その当否は問題である」という。榎塚昭次・民法セミナーヴ一一一頁以下は肯定説を多数説しており、それに同意しているように思われる（榎塚「判批」民商六五卷五号八六二頁も参照）。
- (27) 鈴木禄弥・借地法上巻四九九頁（ただし五七九頁は立法論上は建物買取請求権を借地人に認めることを考慮してよいとす

る）、鈴木・注釈民法（三三二頁）、石田義・民法V（契約法）二五七頁、渋川満「建物取去・土地明渡請求訴訟と建物買取請求権の行使」実務民事訴訟講座4八九頁、古崎慶長「土地賃貸借契約の解除と建物買取請求権」判例タイムズ一九卷六号三二頁。なお、建物買取請求権が更新請求権と表裏をなすという形式的理由を強調するものとして、我妻栄・債権各論中巻（一）四九〇頁、広瀬武文「借地借家法六三頁」。しかし我妻栄・民法判例評釈III一七四頁以下は、大判大正一五年一〇月一日の評釈において、建物買取請求権と更新請求権の両者に不可分の関係を認めねばならない絶対的の必要はない、とした（一七八頁）、建物保護の趣旨を強調して債務不履行による借地権の消滅の場合にも建物買取請求権を認めようとしている（一七七頁）。

（28） 石田喜久夫・判例コンメンタール・借地借家法五五頁、星野英一・借地・借家法二二〇頁、星野・民事判例研究第二卷3六九六頁、明石三郎・不動産賃貸借法五八頁、伊藤進・基本法コンメンタール・住宅関係法五二頁参照。高島良一・判例借地・借家法下巻八六三頁も参照。

（29） 星野英一・借地・借家法二一一頁、星野・民事判例研究第二卷3六九八頁、明石三郎・同右、伊藤進・同右。これに対し石田喜久夫・同右が「更新される必然性が高く、いつ建物買取請求権が発生するかをあらかじめ決定しえないから」、「本来の期間満了時を基準とすることには、若干の疑惑がある」という。

### （三） 借家権が存続する場合の三者間の法律関係

判例の立場とはちがつて、債務不履行を理由として借地契約が解除されても借家人Cの利用権存続をはかるとする見解にあっては、Cが保護される場合の三者の法律関係はどうに考えられるのであろうか。

まず（d）説にあっては、借地人Bが法律関係から離脱し土地所有者Aが建物賃貸人の地位を承継し直接Cと借家関係に立つゆえ、処理は簡明である。

次に、「催告」必要説のうち（a）説では、AがCに「催告」しない場合はCがAの「催告」に応じてBの債務全額を代払いする場合は、Aはそもそも借地契約の解除をなしえないことになり、従来の関係がそのまま存続すること

になる。その点では法律関係は簡明である。しかしこの見解によるとCが既にBに賃料を支払っている場合はCに二重払いを強いることになるし、また必ずしも誠実ではないBが存続しその再度の債務不履行などAにとっての不都合が生じうるし、それがすべて借家人Cにしわよせされるといった問題がある。Cは、自ら払うべき家賃を超過してAに支払った部分については、Bに求償するかまたはBに支払うべき家賃と相殺をつづけていくことになるが、BのAに対する地代の方がCの払うべき家賃よりも高額になる場合（例えば建物の一部賃貸借の場合）には、Cに多大の負担を課することになる。

他方、Cへの「催告」を「対抗要件」とする<sup>(6)</sup>説や民法五四五条一項但書の準用を主張する<sup>(c)</sup>説では、借地契約の解除によりAB間では借地関係は終了するがCとの関係ではCの借家権を消滅させない範囲でAB間の借地契約は存続する、ということになる。<sup>(33)</sup>すなわち、AB間の借地契約はその間では消滅するがBC間の建物賃貸借関係はそのまま残り、BはAに対しCの賃借建物を取去してその敷地を明け渡すことができないという理由に基づく損害賠償義務を負う。<sup>(34)</sup>したがってここでも、必ずしも誠実でないBが残存し自らの義務を誠実に履行しない場合が十分に考えられるのである。なおAがCに解除の効果を対抗しえないのでいつまでかという点については、「解除」がなかつたとしてもBの借地権の存続期間が満了しAに『正当ノ事由』も存することによって（その存否の判断にあたってはCの事情も顧慮される）更新が妨げられ借地権が消滅に帰したであろう時、または、B・C間の建物賃貸借が『正当ノ事由』<sup>(35)</sup>をそなえたBの更新拒絶・解約申入等によって終了し、もしくは終了したであろう時までである」とされる。

(30) 石田穂・民法V（契約法）二四一頁。転賃借ケースにつき加賀山「前掲論文」一二〇頁、広中俊雄・借地借家判例の研究

(2) 一九九頁。

(31) 篠塚昭次・民法セミナー六五頁（ただし転賃借の場合の記述）。

## 借地契約の消滅と借地上建物賃借人の地位（二）

(32) 篠塚昭次・民法セミナーⅠ八三頁以下参照。そこでは転貸借ケースと思われる住宅総合センター事件を例に、Aの立場を考慮しつつ、解除を避けるためにはCはBが払うべき賃料を支払うしかないとして述べられている。

(33) 石田権・民法V（契約法）二四一頁、石田嘉久夫・現代の契約法一六〇頁以下。

(34) 広中俊雄・借地借家判例の研究(2)二〇九頁。

(35) この場合のAC間の関係については不明な点が多い。Bが義務を履行しない場合、(b)説では、Cとの関係ではAB間の契約関係は存続しているとして、AはCに再度「催告」<sup>11</sup>通知しCの「信義則上期待される行為」を求めることができるものであろうか。それともやはりAB間には契約関係がない以上これを否定するのであろうか。また(c)説では、おそらくAはCに對し何らの請求もなしえないとおもわれるが、あるいは転貸借ケースと同様に扱うのであろうか。加賀山「前掲論文」一二〇頁は、転貸借ケースにつき「賃貸人は転借人に対して、また転借人も賃貸人に対してそれぞれ直接訴権を行使しうるとすべき」というが、この考えが借地上建物賃借ケースにもそのままあてはまると考えているのであろうか。

(36) 広中俊雄・借地借家判例の研究(2)一〇九頁以下。加賀山「前掲論文」一二一頁も参照。