

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权（以上本号）

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

第三章 期間満了・更新拒絶による消滅の場合

おわりに

## はじめに

本稿で取り上げる問題は、土地所有者Aから土地を賃借したBが借地上に所有する建物をCに賃貸していた場合において、A・B間の借地契約の消滅によって借家人Cの法的地位はどうなるか、という問題である。これについては、すでに、どちらかといえば不動産転貸借の場合を中心に、判例・学説の整理がなされている。<sup>(1)</sup>そして今日では、後にみるように、借地上建物賃貸借ケースでも適法転貸借ケース（以下、賃貸人A、賃借人B、転借人Cとする）でも、A・B間の法律関係が合意解除によって消滅する場合には、Aは合意解除をCに対抗しえないという結論では判例・学説は一致している。しかし、その根拠ならびに「対抗しえない場合」のA・B・C三者間の法律関係をどう考えるかという点では、議論は錯綜しているように思われる。さらに他の消滅原因（義務違反に基づく法定解除、期間満了など）による場合をも考慮すると一層その思いがつかない。そこで本稿では、従来の整理を出発点としつつも、特に借地上建物賃貸借の場合をとりあげて、主な消滅原因（合意解除、法定解除、期間満了）別に判例と学説をいくつかの論点に即して整理し、その作業の中から今後の進むべき方向性をさぐりたいと思う。

ところで、ここ数年來、「土地の有効利用」ないし「土地の高度利用」の促進を目的に掲げて、各方面で借地制度の検討をめぐる動きが活発化している。<sup>(2)</sup>そうしたなかで今年（昭和六〇年）の六月四日に法制審議会民法部会財産小委員会は、「借地、借家法の見直しに着手することを決め」、<sup>(3)</sup>さらに十月二九日には民法部会に「借地・借家法改正に関する問題点」を報告した（そこでは、借地法につき、借地権の最短存続期間を一律三十年とするのはどうか、存続期間経過

後は「更新する合意がある場合を除き、期間の定めがないものとして存続するものとし、土地所有者は、正当事由が備わったときは解約の申し入れができる」との考え方はどうか」「存続期間を一定の期間（例えば五、六十年）以上とする借地契約で、借地権は正当事由の存否にかかわらず、期間満了により消滅する旨を定める（定期借地権）のはどうか」「正当事由の内容を法律上明確にすべきか。例えば土地所有者による土地の有効利用の必要性や相当性を加えるのはどうか」、借家法につき「例えば賃貸人による建物の立て替えなど建物の敷地の有効利用を図る必要性や相当性を加えるのはどうか」など、全体として土地の有効利用の観点から賃貸人の立場を配慮して賃借権の存続保護を弱める内容が盛り込まれている<sup>(5)</sup>。今後もし、このような動向のなかで借地関係の消滅が促進されるならば、そしてとりわけ市街地再開発とのかかわりで既存借地の解消が（借家人の立ち退きの促進とともに、再開発事業者サイドから）ますます求められてくるとするならば、本稿で取り上げようとする問題——借地契約の消滅が借地上建物の賃借借にどのような影響をもたらすか——を、借家人の立場を考慮しつつ検討しておくことは、今とくに必要な作業であると思われる。

- (1) さしあたり原田純孝「賃借権の譲渡・転賃」民法講座5契約三六九頁以下、大石忠生「借地権の消滅」不動産法大系Ⅲ—七二頁以下、金山正信「賃貸借の終了と転賃借」契約法大系Ⅶ一頁以下、中島尚志「賃貸借終了が転賃借に及ぼす効果」判例からみた借地借家の諸問題三三三頁以下、椿寿夫「不法占拠」総合判例研究叢書民法<sup>(25)</sup>一頁以下、七四頁以下など参照。
- (2) 本稿では、転賃借の場合にふれつつも特に借地上建物賃借借の場合を取り上げる。これは、両者には無視しえない相違があり同一には取り扱い得ないと考えるからである。たしかに両者には、A・B間の賃貸借の存在を前提としてCの法的地位が成立している故にA・B間の賃貸借の消滅による影響如何が問題となるという点では共通性がある。しかし次のような相違点を指摘することが可能であろう。①対比されるべき宅地転賃借借の場合は転賃借地人の投下資本の保護が問題となるが、借地上建物賃借借の場合では多くは借家人の居住的不利し生業的利益の保護が問題となる。②B・C間の契約の目的物は宅地（建物）転賃借借ではA所有の土地（建物）であるが、借地上建物賃借借借の場合はB所有の建物である。その結果、Cが保護される場合の三



稿で取り上げる問題が生じうることにつき石田喜久夫・現代の契約法一五一頁以下も参照。

（本稿脱稿後、NBL三四一号及びジュリスト八五一号「特集・借地・借家の実情と改正論議」に接した。前者については注(3)でふれることができたが、後者は本稿では全く引用し得なかつたことをお断わりする。また、本稿で取り上げる問題に關し「問題点」がどう言及し、ないしどのような論理を含んでいるかについても、ここでは全く論じ得なかつたことをお断わりする。）

## 第一章 合意解除による消滅の場合<sup>(1)</sup>

### 一 判例の立場

AB間の借地契約を両者が合意解除した場合AはCに対し合意解除を理由に建物退去・土地明渡しを求めることができるか、という問題に關する判例の立場を確立したのは、転貸借に關する昭和九年と昭和三七年の判決を引用しつつ「土地賃借人と賃借人との間において土地賃借契約を合意解除しても、土地賃借人は、特別の事情がないかぎり、その効果を地上建物の賃借人に對抗できない」（判決要旨）とした最判昭和三八年二月二一日（民集一七卷一七号二一九頁）である。本判決までの戦後の判決例<sup>(3)</sup>としては、まず合意解除をCに對抗しうるとする最高裁判決が先行したが、下級審判決には肯定するもの（對抗しうるとするもの）と否定するものとが混在していた。そのような状況下で本判決は、  
①「建物所有を目的とする土地賃貸借においては、土地賃借人は、……反対の特約がないかぎりは、他にこれを賃貸し、建物賃借人をしてその敷地を占有使用せしめることを当然に予想し、かつ認容しているものとみるべきである

から、建物賃借人は、当該建物の使用に必要な範囲において、その敷地の使用収益をなす権利を有するとともに、この権利を土地賃貸人に対し主張し得るものというべく、②土地賃貸人と賃借人との合意解除は賃借人自らその借地権を放棄したことになるから、「これをもって第三者……に対抗し得ないものと解すべきであり、このことは民法三九八条、五三八条の法理からも推論することができるし、信義誠実の原則に照らしても当然」とした。かかる立場は、その後本判決を踏まえた最高裁判決<sup>(6)</sup>が現れていることから、今日では完全に確立したものとなっている。他方、本判決が転貸借の場合の先例を引用していることもあって、《合意解除は特段の事情のない限り転借人に対抗しえない》との判例の立場は、これまた今日では完全に確立している。<sup>(7)</sup>

ところで最判昭和三八年二月二日は、上記のように①Aに主張しうるCの敷地使用権を転貸借の場合と同じくAの「予想し、かつ認容」する意思から説明し、②転貸借の場合と同じくCの保護の理由づけを三九八条の法理や信義則に求めた。かくして本判決は、「転貸借において形成されてきたところの合意解除に関する判例法理(同時に通説)を、借地上建物の賃貸借の場合にも適用した<sup>(8)</sup>」ものと評価され、そしてその後の諸判例からもわかるように、合意解除の場合のC保護の法理につき判例は、借地上建物賃貸借の場合と転貸借の場合とで差異をもうけていないのである<sup>(9)</sup>。したがって合意解除の対抗力に関する限り両ケースの判例は同レベルで理解されることとなる。

- (1) 賃借権の放棄の場合も同様に議論されがちであるが(我妻栄・債権各論中巻(一)四六四頁)、借地権の放棄は原則として許されず賃借人が反対しない場合には合意解除が成立する、と考へるべきであろう(鈴木禄弥・借地法上巻(改訂版)五六頁)。篠塚昭次「判批」判例評論九六号八七頁、篠塚「判批」民商七二卷二号三五三頁、篠塚・民法セミナーV一六五頁、並木茂「適法な転貸借がある場合において賃貸借が終了したときの爾後の法律関係」〔中央大学〕正法会三十周年記念論文集一九二頁注(1)も参照。なお東京高判昭和三九年二月二日下民集一五卷二号三一八頁は「賃借人の一方的な意思表示に

より、賃借人が賃貸借契約における賃借人の地位を失い賃貸借契約がそれによって終了する」という意味における「賃貸借の放棄は特に契約当事者間に特約のない限りなし得ないものと解するのが相当である」と判示する。もともと最判昭和三八年二月二日は、土地賃貸人と賃借人との合意解除は賃借人自らその借地権を放棄したことになるといふ。

(2) 大判昭和九年三月七日民集一三巻四号二七八頁(農地転賃借の事例。信義の原則から合意解除により転借人の使用収益権は消滅せず、とした。参照判決として、借地人が所有建物に抵当権を設定し競売された事案で民法三九八条の法理にあらわれる原則を理由づけとする判例(大判大正一一年一月二四日民集一卷一二号七三八頁、大判大正一四年七月一八日新聞二四六三号一四頁)を引用)。最判昭和三七年二月一日裁判集民五八号四四一頁(家屋転賃借の事例。転借人に不信な行為があるなどして賃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特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、とする)。

(3) 戦前の判例は見あたらないとされている(大石忠生「借地権の消滅」一七七頁、金山正信「賃貸借の終了と転賃借」一一頁、水本浩・借地借家法の現代的課題一五〇頁、椿寿夫「不法占拠」総合判例研究叢書民法(25)七六頁など)。

(4) 最判昭和三一年二月一〇日民集一〇巻二号四八頁(A・B間の土地賃貸借契約が一時使用のためのものであるとされた事例。後述)。<sup>4</sup>

(5) 肯定するものとして東京高判昭和三三年六月一三日下民集九巻六号一〇六〇頁、否定するものとして東京地八王子支判昭和三三年二月二八日下民集九巻二二三八頁(右の昭和三三年東京高判の原審)、高松高判昭和三五年五月二七日下民集一卷五号一〇二〇二頁(最判昭和三八年二月二一日の原審)。鈴木緑郊・借地法上巻五四九頁、椿寿夫「不法占拠」総合判例研究叢書民法(25)七七頁、椿寿夫「判批」法律時報三五巻七号八六頁など参照。

(6) 最判昭和四一年五月一九日民集二〇巻五号九八九頁(賃料不払いによる借地契約解除に基づく訴えの係属中の裁判上の和解で合意解除がなされた事案。最判昭和三八年二月二一日を引用しつつも合意解除を借地上建物賃借人に対抗しうる特別事情を認めたもの)。最判昭和四九年四月二六日民集二八巻三三五二七頁(借地契約の合意解除は特別の事情のないかぎり借家人に対抗しえないことを確認しつつ特別事情を認めたもの。Cが合資会社でありBがその代表者となって従来経営していた事業を会社組織にしたという事案)。いずれも後述。事案は異なるが注(9)でふれる最判昭和四八年九月七日民集二七巻八号九〇七頁も参照。なお下級審判決では、最判昭和三八年二月二一日を引用しつつ「その地上建物について賃借権を有

し、その結果としてその敷地の占有・使用を容認されている建物賃借人がある場合には地上権者が土地所有者との間の合意で自ら地上権を放棄し、或は不利益な約定をしても、その効果は右建物賃借人には及ばない」とし、「この理はその地上建物につき抵当権を有する者、更に右抵当建物の競落人に対しても同様」とするものがある（東京高判昭和四九年四月二五日判例時報七四四号五七頁）。

(7) 学説は、A・C間の関係が借地上建物賃借の場合よりも転賃借の場合のほうが一層密接であることから、最判昭和三八年二月二一日により転賃借の場合にも合意解除はCに対抗しえないとの立場が確立されたと評価している。中島尚志「賃貸借終了が転賃借に及ぼす効果」一三三六頁、星野英一・借地・借家法三七四頁、星野「判批」法協八二巻一五一二頁、椿寿夫「判批」法律時報三五巻七号八六頁、椿「賃借権の譲渡と転賃借（下）」法学セミナー一九七六年七月号七九頁など。

(8) 椿寿夫「判批」法律時報三五巻七号八六頁。

(9) 椿寿夫「不法占拠」総合判例研究叢書民法(25)八一頁は、「合意解除の対抗力それ自体について、『転賃借』と『借地上建物賃貸借』とは同じレヴニルに置かれることになった」という。なお最判昭和四八年九月七日民集二七巻八号九〇七頁は、「第三者が地上建物とともにその敷地の賃借権の譲渡をうけた場合において、賃貸人の承諾のない間に、賃貸人と従前の賃借人である譲渡人との間で賃貸借契約を合意解除しても、特段の事情のない限り、借地法一〇条にもとづく建物買取請求権はこれによって消滅しない」と判示したものであるが、その理由づけとして、最判昭和三八年二月二一日と同様、民法三九八条、五三八条の法理と信義則をあげ、同時に転賃借ケースに関する昭和九年判決と昭和三七年判決を以て借地上建物賃貸借ケースに関する最判昭和三八年二月二一日を引用する。

## 二 学説の理由づけ

学説も、その多くは、合意解除による場合だけでなく法定解除による借地契約消滅の場合をも考慮しつつ、また借地上建物賃貸借ケースと転賃借ケースをすべての点で同一視しうるとは考えていないようであるが、しかしA・B間の

法律関係が合意解除によって消滅するに際しCを保護しようとする点では、両ケースを特に区別することなく、判例の結論に賛成する。しかしその理由づけについては多岐に分かれる。以下では、主要な学説を、借地上建物賃借借と転貸借の両ケースにおいてCの保護を同一の根拠ないし法理で論じようとするか否かという点と、法定解除による場合の保護をも考慮しているかどうかという点から大別して、概観する。

Ⅰ 両ケースにおいてCの保護を同一の法理で論じる学説

(1) 合意解除による場合の保護のみを予定したもの

まず、(a)は判例をそのまき支持する見解があり、これによると合意解除以外の場合のCの保護は考慮されないことになり<sup>(11)</sup>。しかし単に信義則にとどまらない理由づけを与えようとするものとして、(b)一権利の放棄（合意解除も実質的には放棄を含む）も、正当に成立した他人の権利を害する場合には、許され<sup>(12)</sup>ないしそれをより展開させ再構成した法理（権利拘束の原則）で理由づけるものがある<sup>(13)</sup>。ここではCの保護は、借地上建物賃借借の場合も転貸借の場合も共に全く同一の理由づけで論じられることになる。また、「権利拘束の原則」の定義からもわかるように、この見解では、法定解除や期間満了による場合のCの保護は否定される<sup>(14)</sup>。また、(c)合意解除も一種の契約である以上その効力は当然第三者に及ばないとの見解も、両ケースを区別せず同一の平面上で論じようとするものであり、合意解除以外の場合のCの保護を予定していない<sup>(15)</sup>。

(2) 法定解除による場合の保護をも予定したもの

他方、法定解除によってAB間の法律関係が消滅する場合をも視野に入れてCの保護を考慮する学説としては、次のものがある。

まず、(d)Cが「保護されるべき」とは「利用権の存続という仕方では保護されるべき」という意味であるとし、この特別法的保護の理由づけとして、信義則に妥当な法命題形成のテコとしての役割を認めつつ「民法三九八条および借地法なり借家法なりの全趣旨の推及」という以外にないとする説がある。<sup>(17)</sup>この見解の特徴の一つは、「A・B間の土地賃貸借が借地法の適用をうけるものでありB・C間の建物賃貸借が借家法の適用をうけるものであるからこそCの有する利用権が利用権として存続するという形の保護を与えられるのであって、Bが他に借地上の建物を賃貸しその敷地を占有使用させることをAが『予想し、かつ認容』したから利用権の存続というかたちでの保護を与えられるのではない」ということを明確に主張していることである。<sup>(18)</sup>そしてかかる見地から、この見解は、法定解除の場合のCの保護を、転貸借と借地上建物賃貸借の両者の差異（爾後の三者間の法律関係にあらわれる）を重視しつつ、考察する。<sup>(19)</sup>といえ、両ケースにおけるCの保護の理由づけないし根拠は共通なのである。

(e)「農地や住宅のように、利用権者の生存権が問題となる社会法的法律関係」<sup>(20)</sup>では、私人の意思や信義則などの市民法原理ではなく、社会法原理に基づく強行法的保護が必要となるとする見解も、転貸借の場合であれ借地上建物賃貸借の場合であれ、結局のところ、不動産賃貸借権の社会法的性格を強調して現実の不動産利用者を最重点的に保護する立場から、合意解除の場合にCの保護をAの認容（意思）に求める立場を批判し、<sup>(22)</sup>またBのAに対する債務不履行にもとづく解除の場合のCの保護を主張する。<sup>(23)</sup>

次に、(f)「問題は要するに、賃貸人の利益と建物の賃借人・転借人の利益との対立」<sup>(24)</sup>であるとして、AとCとの間の利益衡量で問題を処理する見解がある。<sup>(25)</sup>この見解は、転貸借ケースと借地上建物賃貸借ケースとの相違を指摘しつつ判例の理由づけを批判しており、<sup>(26)</sup>両ケースで利益衡量が異なり得ると思えるのであるが、しかし結局は、「借地上建物の賃借人となると、いくぶん微妙であるが、通常の場合についてはなお〔転貸借の場合と〕同様に解してよい」<sup>(27)</sup>

とする。そして法定解除の場合にも、A Bの通謀の危険などを指摘しつつ、「借地上の建物の賃借人の保護も、同様に考えてよいと思う」とする。<sup>(28)</sup>

さらに(ロ)民法五四五条一項但書の準用を説く見解がある。これは「賃貸借契約の解除は合意解除、債務不履行に基づく解除を問わず」Cを保護しようとするものであり、法定解除の場合も統一的に処理しようとする。しかしこの説に対しては、右の規定は解除の遡及効を制限する規定であり継続的給付開始後の賃貸借については準用も考えられないなど、批判も多い。<sup>(31)</sup>

### Ⅱ Cの保護につき両ケースで別の根拠を指摘する学説

以上に概観してきた諸見解は、Cの保護の法理につき、いずれも転賃借ケースと借地上建物賃貸借ケースを特に区別するものではなかった。これに対し、両ケースでCの保護の根拠を区別して論じるものがある。

まず、(h)民法六一二条にいう「承諾」と、借地上建物が他人に賃貸されその敷地を建物賃借人が占有使用することを地主が「認容」することとは、差があり同一視しえないとし、AによるBのCに対する解約権・更新拒絶権の代位行使を認めて(ないし信義則上義務づけて)、Cに対し、建物賃貸借の期間満了にいたるまでもしくは解約申入期間の満了にいたるまでの居住の安定を与えようとする見解がある。<sup>(32)</sup>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事由たりうる」とされる結果、合意解除は例えば期間の定めのない建物賃貸借の場合六ヶ月たてばCに対抗しうることになり、必ずしも借家人Cの利用権存続を保障することにはならないと思われる。<sup>(33)</sup>

他方、(i)土地の転賃借よりは借地上建物の賃貸借の方が合理的でノーマルな借地利用法であることを根拠にして、借家関係は借地関係とは独立したものととして取り扱わねばならず、むしろ借家法等の所定の事由のなかり覆され

ることのない借家権の方が土地転借権よりもより強い保護を与えられねばならない、とする見解がある<sup>(34)</sup>。そしてこの見解は、かかる観点から、合意解除の場合のCの保護を、Aが建物所有権を取得したとき（借家法一条によりAはCに退去を求め得ない）よりAがBとの合意によって借地上建物を取去させる権利を得た場合の方がより強い権利をAが取得したわけではないから、AはCに建物退去を求めることができない、と説明する<sup>(35)</sup>。また債務不履行に基づく解除の場合にも、Cの保護が追求される<sup>(36)</sup>。

最後に、(j)転貸借ケースにおけるC保護の法理と借地上建物賃貸借ケースにおけるそれとを明確に区別し、①転貸借の場合は、Aの承諾を、転貸借の範囲において目的物の使用収益を他人に許容する権限を賃借人に付与したものととらえ、転貸借期間内に賃貸借の解除によりその権限が消滅する場合AはBの地位を承継するとの見解<sup>(37)</sup>がある。そしてこの見解は他方で、②借地上建物賃貸借の場合には（言及は債務不履行に基づく解除の場合にとどまっているが）、賃借人Bに建物買取請求権を認め建物の所有権とともに建物賃貸人の地位も土地賃貸人Aに移転するとして、Cを保護しようとする<sup>(38)</sup>。もしこの説が解除の場合だけでなく借地契約の消滅原因如何にかかわらずBに建物買取請求権を認めBの地位をAが承継すると考えるものならば<sup>(39)</sup>、爾後の三者間の法律関係をふくめ、問題を最も簡明に解決しうる見解とすることができよう。

ところで、この見解では借地契約の合意解除の場合にもBに建物買取請求権が認められるか否かが問題となる。そこで便宜上、これにつきここで簡単に概観しておく。まず判例は、借地法四条の建物買取請求権は更新請求権の存在を前提としているとの立場から、借地契約が合意解除された場合には借地権者は更新請求権を有しないからその存在を前提とする建物買取請求権も有しないと<sup>(40)</sup>し、また（仮に建物買取請求権の発生が更新請求権を前提としないと解しても）当該事案における合意解除の際の事情から建物買取請求権を放棄する意思も表示されていたものと認められるとして<sup>(41)</sup>、借地契約の合意解除の場合に建物買取請求権を否

定する。しかし他方で、建物買取請求権の制度の趣旨を社会利益の維持と解し「たとい合意解約の場合であっても当事者の無知の為にこの権利を行使する機会を失い地上建物を解体取去しなければならぬ破目に陥るような具体的状況の存する場合には、改めて之を行使させることがよくこの制度の目的に適い且つ当事者の利害の調和を図り得ることとなる」とし、当該事情の下では建物買取請求権を放棄したとは認め難いとする下級審判決も存在する。学説では、否定説として、借地法四条の更新請求権と建物買取請求権とは表裏をなし合意解除の場合には更新請求権が生じない以上建物買取請求権も否定されるとする見解や、合意解除の場合には通常地上建物の運命まで顧慮したうえで合意したと考えられるから、とくに建物買取に関する合意が存在しないかぎり原則として建物買取請求権の放棄・建物の取去が前提されていたと解されるとする見解がある。しかしこれに対し、むしろ、借地人が借地契約を途中で終了させる不利を忍ぶ場合に建物買取請求権までも放棄していると考えるのは無理であり「原則としては、明示されていない限り、建物買取請求権の放棄はない」と解すべしとして、合意解除の場合にも原則として建物買取請求権を認め借地人にその投下資本の回収を得させるべきであるとの見解が有力に存在する。なお、A B間の借地契約が合意解除された場合、「当事者間で建物がAに譲渡される旨の合意がなければCはBの有すると解される建物買取請求権を代位行使し、これによりAに帰属した建物につきBとCの借家契約はAとCとの借家契約に移行すると考えるべきであろう」と明確に述べる見解も存在する。

以上、煩雑さをかえりみず、学説を①転賃借と借地上建物賃借の両ケースを同一の法理で処理しようとしているか、②合意解除の場合だけでなく法定解除の場合のCの保護をも予定しているか、の二点に即して整理してみた。その結果、多くの学説は両ケースをすべての点で同一視はしていないがCの保護の根拠に関しては特に区別していないようである。しかし、両ケースにおけるCの保護を同一の根拠から説明することに疑問はないのであろうか。たしかに、両ケースにはA B間の賃借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る。しかし、そもそも、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Cの保護の問題や爾後の三者間の法律関係如

何といった問題は、「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<sup>(47)</sup>」というわが国に特殊な法制の下で生ずるものである。それ故にまた、土地と建物を同一の主体に帰属させることによって問題を解決しようとする(j)説が注目されるのである。

- (10) 水本浩・借地借家法の現代的課題一五四頁、大石忠生「借地権の消滅」一七五頁、一七九頁、川井重男「判批」民事研修七八号一四頁以下、田尾桃二「判批」最判解昭和四八年度一六一頁以下、金山正信「賃貸借の終了と転賃借」一三頁もこれに含めてよいであろう。
- (11) 特に大石忠生「借地権の消滅」一七九頁、判例の立場からは、法定解除による借地契約の消滅や期間満了による終了をAはCに対抗しようとされる。
- (12) 我妻栄・債権各論中巻(一)四六四頁(転賃借の場合について)。広瀬武文・借地借家法の課題二七四頁以下も同旨。我妻栄・広瀬武文「賃貸借判例法」(六)法律時報一二卷七号六二頁以下も参照。これにつき原田純孝「賃借権の譲渡・転賃」三三一頁参照。
- (13) 新田敏「民法における権利拘束の原則」法学研究三八卷二号二二頁以下。同二三三頁は「権利拘束の原則」とは「ある権利が他の権利(又は法律関係)の存在を前提として、その基礎の上に存立し又はその相当価額を保有し得る場合、特別の事情のない限り、基礎たる権利の権利者及びその法律関係の当事者は、その意思によってその権利又は法律関係を消滅せしめ得ない」というものであると定義する。金山正信「判批」民商五六卷一号一三三頁もこれに賛意を示す。
- (14) 新田敏・同右二五三頁、二三五頁、金山「判批」民商五六卷一号二四頁以下も参照。広瀬武文・借地借家法の諸問題一四三頁は転賃借ケースにつき借家法四条の精神をいかに主張する。
- (15) 加藤一郎「判批」法協七四卷二号一八五頁、広瀬武文・借地借家法の諸問題八〇頁、金山正信「賃貸借の終了と転賃借」一〇頁も参照。この見解に対する批判として広中俊雄・借地借家判例の研究(1)一九八頁以下、広中・注釈民法(5)二一一頁。
- (16) 広中俊雄・借地借家判例の研究(2)一九一頁、一九三頁、広中・借地借家判例の研究(1)一九九頁、広中・注釈民法(5)二二一頁も参照。石田喜久夫・不動産賃貸借の研究九二頁も賛意を示す。

- (17) 広中俊雄・借地借家判例の研究(1)二〇〇頁。
- (18) 広中・同右二〇〇頁、広中・注釈民法(四)二二一頁。したがって転賃借の場合も、Cが保護されるのはAが承諾したからではないということになろう。
- (19) 広中俊雄・借地借家判例の研究(2)一八九頁以下、特に一九五頁以下参照。
- (20) 篠塚昭次「判批」民商四九卷六号八七二頁。なお同八七〇頁は「昭和九年の判例は、農地の転賃借というすぐれて社会法原理の妥当すべき事案であるのに、昭和三八年二月の判例は、工場建物の賃賃借という市民法原理の妥当すべき事案だ」と述べる。従って、この見解では市民法原理の適用される事案か社会法原理の適用される事案かの区別が強調されよう。
- (21) 篠塚昭次「判批」民商四九卷六号八七二頁以下、篠塚「判批」判例評論九六号八八頁、篠塚・民法セミナーV六三頁以下、篠塚・民法セミナーV一七六頁以下。篠塚・注釈民法(四)五〇五頁以下も参照。
- (22) 篠塚「判批」民商四九卷六号八七二頁、八七四頁、篠塚「判批」判例評論九六号八八頁、篠塚・民法セミナーV一七八頁以下。
- (23) 篠塚「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。民法六一三条の拡張ないし類推が主張される。篠塚・民法セミナーV六五頁以下、篠塚・民法セミナーV一八〇頁以下、篠塚・注釈民法(四)五〇九頁も参照。
- (24) 星野英一「判批」法協八二卷一号一五三頁。
- (25) 星野「判批」法協八二卷一号一五三頁以下、星野・借地・借家法三七四頁以下。この見解ではA・C間の関係は転賃借ケースの方が借地上建物賃借ケースよりも密接とされる(星野「判批」法協八二卷一号一五二頁、星野・借地・借家法三七四頁。しかし他方で星野「判批」法協九三卷六号九三九頁は、転賃借ケースよりも地主・借家人ケースのほうがAが合意解除の効力をCに対抗しにくいとみられる、という)。しかし利益衡量は結果として両ケースでほとんどかわらない。なお椿寿夫「判批」法律時報三五卷七号八六頁も「本来は全く無関係なはずのA・C間にも或る法律「関係」が結果として認められるようになったのだから、これを最低線・基準点として、適法転賃の片務的従属性をも少し緩和できないだろうか」という(椿「判批」民商四七卷五号八一頁、椿「判批」法と政治一四卷二号二七六頁以下も参照)。
- (26) 星野英一「判批」法協八二卷一号一五〇頁以下。
- (27) 同右一五三頁。
- (28) 同右一五四頁。

- (29) 加賀山茂「民法六一三条の直接訴権 Action directe」27(1) (1)一阪大法学一〇三号二一〇頁(転賃借ケース)、石田穰・民法V(契約法)二四一頁(但し合意解除の場合ではなく債務不履行による解除の場合)、金山正信「判批」判例評論八六号六〇頁(転賃借ケースで解除の場合)。加賀山・同右二二二頁注41が「本稿では借地上の建物賃借人を土地の転賃人と同視して考察を進める」としているため、転賃借と借地上建物賃借の両ケースにおけるCの保護を共通の法理(民法五四五条一項但書の準用)で論ずる見解ととらえておく。
- (30) 加賀山・同右二二〇頁。これに対し石田穰・民法V二四一頁は、合意解除の場合でなく特に債務不履行による解除の場合に五四五条一項但書の準用を主張する。
- (31) 批判につき広中俊雄・借地借家判例の研究(1)一九八頁、同(2)一八九頁、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)四八頁。なお加賀山「前掲論文」一二三頁注(46)参照。最判昭和三十一年二月一〇日民集一〇卷二号四八頁は「契約の合意解除の場合には民法五四五条の適用はない」とする。
- (32) 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)五一頁以下。この見解は、結局のところ借家法四条の類推適用を考える説といえよう。というのは、同五六頁が「私の理論構成は、ほぼ借家法第四条の基底をなす構造理論と一致するものである」とし、同五七頁で「借家法第四条にいわゆる『賃貸人ノ通知』は、賃借人(転賃人)が転賃人に対して有する解約権もしくは更新拒絶権を賃貸人が代位行使することを制度化したものである」とするからである。したがってこの見解は、土地の転賃借ケースにおけるCの保護法理について大判昭和九年三月七日の理由づけを肯定する立場とみれば、土地転賃借ケースと借地上建物賃借ケースとでCの保護法理を異にする見解ということになるが、他方建物転賃借ケースに借家法四条の適用を認める立場だとすれば、その限りで両ケースにおいて基本的に共通する法律構成でCを保護しようとする見解ということになる。
- (33) 同右五三頁。
- (34) 鈴木祿弥・借地法上巻五五一頁。他に、借地上建物賃借のより合理的な性格を重視するものとして平井宜雄「判批」法協八九卷九号一二三八頁(借地上建物賃借は建物転賃借よりも一層合理的な不動産利用関係と思われるという)、甲斐道太郎「判批」判例評論二二四号一四九頁、石田喜久夫・現代の契約法一五七頁。
- (35) 鈴木・同右。

(36) 甲斐道太郎「判批」判例評論二三四号一四九頁、石田喜久夫・現代の契約法一五七頁。ごくおおざっぱにいえば、借地上建物賃借人の方が転借人より保護の必要が一層厚いとする考えは、それを根拠に転賃借ケースにおける債務不履行による解除の場合の「催告」必要説を借地上建物賃借ケースについても認めようとするものだといえよう。他方A・C間の関係は借地上建物賃借ケースより転賃借ケースの方がより密接だとする考え(注(7)参照)は、むしろ最判昭和三八年二月二一日によるCの保護から適法転借人の独立性を追求しようとするものであろう(注(25)参照)。

(37) 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)。坂本武憲「賃貸借の合意解除と転借人」民法の争点II一二七頁も転賃借ケースにつき同旨。しかし借地上建物賃借ケースについては「建物賃借権による拘束により借地関係の合意解除は借家人に対しては効力がなく、それは依然として存続するが、地主と借地人(家主)との関係ではもはや存在しないものとして扱われるべき」であるとする。平井一雄「判批」法学新報七〇巻六号五〇五頁も転賃借ケースにつき同旨。しかし借地上建物賃借ケースについては、「かかる合意解除は、土地賃借人と賃借人の利益の一致点において(土地賃借人は目的を達すれば再び更地として他へ賃貸・売却し得、賃借人には賃借人より移転料が支払われる)、建物賃借人に与えられた借家法上の保護を回避する目的でなされたものとして公序良俗違反により無効になる」とする。

(38) 来栖・契約法三八四頁以下。

(39) しかしこの説が合意解除の場合にもBに建物買取請求権を認めその代位行使をCに認めるのかについては不明である。来栖・契約法三五〇頁は、Aは合意解除をCに対抗しえないとする判例を紹介するにとどまる。この点では、むしろ(原)説としてあげた石田稜・民法V(契約法)二四〇頁がCによる建物買取請求権の代位行使を認める。これに対し坂本武憲「賃貸借の合意解除と転借人」一二七頁は、借地人Bと借家人Cとの関係をAが承継するものとまで扱うことは困難として反対する。

(40) 最判昭和二年六月一日判例タイムズ四一号。下級審判決では仙台高判昭和三六年二月二七日判例時報二六〇号一七頁。

(41) 前注の仙台高判昭和三六年二月二七日。なお札幌高判昭和三三年五月二一日判例時報一五七号二〇頁も、従来の賃貸借契約を合意解除し新たに期間を一〇年とする一時賃貸借を成立させる旨の裁判上の和解が成立した場合につき、その和解の際の事情から借地人が建物買取請求権のないことを承知で和解に応じたとする。

(42) 宇都宮地判昭和二年四月二六日下民集二卷四号五四九頁。なお札幌地判昭和四〇年四月二六日下民集一六卷四号七五三

頁は、借地法二〇条に基づく建物買取請求権の行使についてであるが、建物収去・土地明渡の調停成立後にも「その調停において、……かかる権利を放棄したと認められるような特別な事情のない限り」その権利の行使は許されるとする。

(43) 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、井田友吉「借地人の建物買取請求権」判例からみた借地借家の諸問題二五四頁、藤浦照生Ⅱ奥田正昭「建物買取請求権」現代借地借家法講座1借地法二四〇頁以下も同旨。

(44) 鈴木祿弥・注釈民法(9)三二二頁(旧説)、井田・同右二五六頁、渋川満「建物収去・土地明渡請求と建物買取請求権の行使」実務民事訴訟講座4不動産訴訟・手形金訴訟八九頁、石田喜久夫・判例コンメンタール・借地借家法五四頁、藤浦照生Ⅱ奥田正昭「前掲論文」二四一頁。

(45) 星野英一・借地・借家法二〇九頁以下、鈴木祿弥・借地法上巻四九九頁(前注の説を改めると明記)、伊藤進・基本法コンメンタール・住宅関係法五二頁、石田稷・民法V(契約法)二五七頁、高島良一・判例借地・借家法下巻八七一頁は、具体的に借地権者が投下資本の回収という利益までも放棄したか否かを判断し建物買取請求権の成否を決めるべし、とするが、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)二二四頁や後藤清・借地法(増補版)二五一頁も同旨と思われる。これらも、合意解除の場合に借地人に建物買取請求権の放棄が認められないかぎり買取請求権を認めようとする見解と言えよう。なお水本浩・民法セミナー6債権各論(中)五〇頁は「合意解除の場合は、建物買取を、原則として肯定してよいが、放棄の場合は否定すべきであろう」という。

(46) 石田稷・民法V(契約法)二四〇頁。

(47) 椿寿夫「判批」法律時報三五卷七号八五頁。

### 三 借地上建物賃借人の敷地使用権

ところで、借地上建物賃貸借ケースにおいて、さしあたりは建物を占有使用するCがその敷地を直接に占有使用しているといえよう。しかし土地所有者Aと借家人Cの間には敷地の占有を許容する契約関係は存在しない。それに

もかわらずCの敷地占有が不法占有とならないのはどうしてであろうか。この、借地上建物賃借人による土地使用の法的根拠如何という問題は<sup>(48)</sup>、本稿で取り上げる問題（借地契約消滅の場合の借家人の法的地位）のいわば前提的関連問題であるといえよう。というのは、Cが建物の占有使用を通じてその敷地を占有使用することはAB間の借地契約の存在を前提としておりそれゆえ借地契約の消滅によってCの法的地位も影響を受ける、と考えられるからである。そこでこの問題をここで補足的に取り上げておく。<sup>(49)</sup>

(1) 伝統的理解Ⅱ援用説

「民法の建前によれば、土地と建物とは別個独立に所有権の客体となるとされているのであるから、借地人が借地上に所有する建物を自ら使用するか或いは他人に賃貸するかは借地人の自由<sup>(50)</sup>」である。そして借地人が借地上建物を他人に賃貸した場合、建物を占有使用する賃借人はその必要な範囲で敷地を使用することになる。しかし建物賃借人は土地所有者との間で敷地使用について契約をするわけではない。これについて伝統的な考え方は次のように説明するのである。建物賃借人の必要とする敷地の占有権能は、建物賃借権から独立した権能ではなく、あくまでも建物賃借権に従たるもので建物の賃借権能に包摂された権能である。そこで、借家人は土地所有者に対して独立の敷地使用権を主張しうるわけではなく、その敷地使用権能は建物所有者（借地人）の敷地利用権に従属ないし包含されたもの<sup>(51)</sup>にすぎない。借家人の敷地占有は土地所有者に対して独立の地位を有するものではなく（したがって借地の転貸になら<sup>(52)</sup>ない）、借家人は借地権者の権原を援用してのみ敷地の占有使用を主張しうる。従って土地賃借人の借地権が消滅すれば、建物賃借人は土地所有者に対してもはや土地賃借人の借地権を援用しえなくなり、土地所有者の建物退去・土地明渡請求に応じざるを得なくなる、と。

## (2) 判例の見解

借地上建物の賃貸は借地の転賃になるかという問題について、かつて大審院は「転賃ハ賃借人カ賃借物ヲ第三者ニ賃貸スル関係ヲ指称スルモノナルヲ以テ土地ノ賃借人カ其ノ地上ニ建設シタル建物ヲ賃貸シ其ノ敷地トシテ土地ノ利用ヲ許容スル場合ノ如キハ之ヲ土地ノ転賃借ト目スヘキモノニ非サルハ勿論」と判示した。<sup>(53)</sup>戦後の下級審判決も、借地上建物賃借人による敷地の利用は、「とくだんの事情のない限り、あくまで地上に存立する建物の利用による間接のものであって、それ自体、建物所有のための土地の利用に包含されると解すべき」であり、民法六一二条にいう土地の転賃にあたらぬと判示している。<sup>(54)</sup>またAがAB間の借地契約を合意解除してCに退去を請求した事案につき、AB間の土地賃貸借は一時使用のためのものであり、土地賃貸借が合意解除された以上Cは直接にも間接にも敷地の占有使用につきAに対抗すべき何らの権限をも有しないことは当然、と述べた最高裁判決や、AとCとの間にはなんらの法律関係もなくCの土地使用はその土地賃貸借の適法に存する範囲にかぎられ、借地契約の合意解除によってCがその土地を使用できなくなるのは当然、と判示した下級審判決も存在した。<sup>(56)</sup>したがって判例は従来、援用説的傾向をしめしてきたと言えよう。<sup>(57)</sup>しかし他方で判例は、今日では、土地所有者に対しても主張しうる敷地利用権を借家人に認めらるに至っている。先に述べた最判昭和三八年二月二一日がそうであり、そこにおいて最高裁は「建物所有を目的とする土地賃貸借においては、土地賃貸人は、……反対の特約がないかぎり、他にこれを賃貸し、建物賃借人をしてその敷地を占有使用せしめることをも当然に予想し、かつ認容しているものとみるべきであるから、建物賃借人は、当該建物の使用に必要な範囲において、その敷地の使用収益をなす権利を有することにも、この権利を土地賃貸人に対し主張し得るものというべく」と述べ、土地賃貸人の「予想し、かつ認容」する意思を根拠に「土地賃貸人へも対抗できる建物賃借人の敷地利用権」<sup>(58)</sup>という構成をとった。<sup>(59)</sup><sup>(60)</sup>最高裁がかかる構成をとったのは、転賃借ケースにおいて形

成されてきていた合意解除に関する判例法理を、借地上建物の賃貸借の場合にも適用するためであったが、この判決をふまえて次の転借権説が主張されることになる。

(3) 転借権説

これは、伝統的見解によると借地人Bの敷地利用権が消滅すれば借家人Cの敷地所有者Aに対する敷地占有権原も反射的に消滅することを批判し、「借地上建物の賃貸は敷地については一種の転貸地であり、かかる形の転貸地は、建物所有を目的とする借地の性質上、原賃貸人Aの事前的包括的承認が与えられている、と構成すべき」とする見解<sup>(61)</sup>である。最判昭和三八年二月二一日に即応して借家人の敷地利用権を構成しようとするものであり、より積極的に独立した敷地使用権者ないし敷地占有者としての地位を借家人に認めようとするものであろう。

以上が「借地上建物賃借人による敷地使用の法的根拠」に関する議論の概観であるが、先の二で述べた諸学説でこの論点を積極的に論じているものはそう多くない。<sup>(62)</sup>これは、援用説か転借権説かということが借家人Cの保護にとって決定的な意味を持たないからだと思われる。すなわち、両説のいずれをとろうとも、やはりCの敷地使用はAB間の借地契約を前提・基礎にしていると考えることになる<sup>(63)</sup>し、従って、建物の占有使用を通じて敷地を利用することにつきCに保護されるべき利益の存在することが了解されれば、結局はCの建物利用（敷地利用を伴う）の存続を保障する法理を探究することが、どちらの説をとっても必要だからである。とはいえ、敷地につき借家人Cに保護されるべき独立した利用利益（敷地利用権）を認めこれを土地所有者Aに対しても主張しようとすることは、やはり、伝統的理解に援用説の基本的な発想をこえるものであろう。

(48) さしあたり石外克喜「判批」民商九一卷三号三八五頁以下参照。

(49) 一般に、建物の賃借人は借家契約の性質上当然に当該建物使用の目的の範囲内においてその敷地利用権を有するとされており(我妻栄・債権各論中巻(一)四五〇頁、星野英一・借地・借家法六一四頁以下、篠塚昭次他編・新版借地・借家の基礎一八八頁)、この敷地利用権については、借家人による建物の無断増改築が保管義務違反として解除原因にあたるかという問題とからまわって、かなりの裁判例も存在する(さしあたり不動産判例研究会編・判例不動産法・賃貸借二六五頁以下)。しかし、借家人の敷地利用権一般については別稿にゆずり、ここでは借地上建物賃借人による敷地の占有使用の法的根拠ないし法的性質についてのみ概観する。

(50) 広瀬武文・借地借家法の諸問題八〇頁。

(51) 転貸とは転借人に独立の使用収益権を与える場合をいうと解されており(広中俊雄・注釈民法四二一〇頁)、借地人所有の建物が存在しているかぎり借家人の敷地利用は借地人から独立しておこなわれるものではないとみることは可能であり、借地人がその借地上建物を賃貸し借家人に借地を使用させても借地を転貸したことはない(同右)。来栖三郎・契約法三五一頁も「転貸借があったというためには第三者が独立に使用収益する地位、換言すれば占有を取得する場合でなければならぬ」という。我妻栄・債権各論中巻(一)四五八頁以下、星野英一・借地・借家法三三四頁以下、後藤清「建物賃借人の敷地使用権」私法學論集上(民商三九卷一・二・三合併号)五二頁も参照。

(52) 広瀬武文・借地借家法の諸問題四二頁以下、大石忠生「借地権の消滅」一七六頁、後藤・同右四七頁、篠塚昭次他編・新版借地・借家の基礎一八八頁、佐藤修市「判批」法律のひろば三六卷四号三五頁、金山正信「判批」民商五六卷一号一七一頁、瀬戸正二「判批」最判解昭和三八年度三二頁も参照。戦前のものだが我妻栄「廣瀬武文「賃貸借判例法」(一)法律時報一二卷七号六二頁以下も参照。なお藤井正雄「土地所有権に基づく地上家屋居住者に対する退去請求」民事法の諸問題Ⅱ三七七頁は建物居住者の土地利用を「建物を占有することの反射作用にすぎない」とし、高橋欣一「建物収去・土地明渡訴訟における建物占有者に対する請求」実務民事訴訟講座4一一九頁以下は「建物占有者がその敷地を支配している事実、法律概念としての土地の占有ではないと考える方が明快ではなからうか」、「建物の占有を、建物の底地および専用周辺地の通常の使用をも含む概念として把握し、建物占有者の敷地占有を否定して、……賃借人が建物敷地を使用・支配できるのは、建物賃貸借契約それ自体の効果であると解する方が、明快である」(一二二頁)という(非占有説。建物占有者が同時にその建物敷地を占有する者であるとする考えを占有説と呼んでいる)。これに対し広瀬武文・借地借家法の諸問題四三頁以下

は、「借地人は敷地所有者のために敷地を代理占有し、借地上建物の賃借人は借地人のために敷地を代理占有するという法律関係を生ずる」という。しかしこの建物の賃貸による敷地占有の委譲は転賃にあたらないとする。

(53) 大判昭和八年二月一日裁判例(七)民事二七七頁。

(54) 東京地判昭和三年九月一日判例時報二〇八号五三頁。

(55) 最判昭和三年二月一日民集一〇卷二四八頁。

(56) 東京高判昭和三年六月一三日下民集九卷六号一〇六〇頁。これは、第一審（東京地八王子支判昭和三年二月二十八日下民集九卷二号三三八頁）が、借家人の敷地使用権は適法転賃借と軌を一にするとしてその否定したもの。注(5)参照。

(57) なお、建物居住者の敷地占有は建物所有者の敷地占有を通じた間接的・従属的占有であり建物居住者の土地所有者に対する土地の占有権原は建物所有者の土地所有者に対する土地の占有権原に依存するということを述べて、Aから建物退去土地明渡を求められたCはA・B間の土地明渡請求訴訟の確定判決（AのBに対する請求はA・B間の借地契約の終了が認められないとして棄却された）の効力を「自己の利益に援用し、抗弁として主張することができる」と判示した下級審判決もある（神戸地判昭和四七年一月三〇日判例時報七〇二号九一頁）。ところで、この判決は、いわゆる判決の反射効をいわずに片面的に（第三者が自己の利益に援用する場合に）認めようとしているようにも思われるが、これとは逆に、A・B間の確定判決（BはAに対し建物を収去し土地を明渡すべきとされた）が第三者C（借家人）に不利益に反射効を及ぼすことを認めた下級審判決がある（大阪地判昭和三〇年八月二四日下民集六卷八号一六九二頁）。この判決は、「第三者の法律的地位が訴訟当事者の有する法律的地位を基礎とし、これに付随してのみ成立し、その成否が専らこれに依存する関係に置かれているような場合には該当事者間に於ける土地所有権に基づく建物収去土地明渡義務が判決を以て確定された以上、その反射的效果としてこれに依存する第三者も自ら右基本関係を承認せざるを得ない結果となり」と述べ、従って建物賃借人CはA・B間の確定判決の反射効により最早Bが土地賃借権を有することを主張することは許されず従って又Cが建物賃借権を有することをAに對抗しえないことになる、という（援用説的傾向が顕著にみられる）。しかし、最高裁は類似の事案において、判決の反射効を否定している。Bが土地所有者Aから賃借した土地をAの承諾の下にCに転賃し、転借人Cが転借地上に建物所有しそれをDに賃貸していたところ、Aが、Dによる建物の占有を通じての敷地の占有を不法占有有だとして、土地所有権に基づいてDに対し建物退去・土地明渡を求めたという事案において、原審（東京高判昭和二年一月二三日下民集五卷

一号六二頁)は、AがBの債務不履行を理由とする借地契約の解除を主張して、賃借人Bに対しては原状回復義務の履行として土地の明渡を求め、転借人Cに対しては所有権に基づき不法占有を理由として建物取去・土地明渡を求め、A勝訴の判決が確定したという事実を認定し、この確定判決の反射的效果として、DはA・B間の借地契約の存続を主張できないとした(その際、同判決は、「土地の賃貸借契約が終了すればその基礎の上に築かれた転賃借関係も亦従って終了すべく、又建物の賃借人が敷地を占有するのは、建物所有者の有する敷地使用権の範囲においてするものであり、これと独立して土地使用の権限を有するのではないから、転賃人又は建物所有者の土地使用権を否定する趣旨の判決確定するときは、転借人又は借家人は該判決の反射的効力を受け、その結果転賃権又は借家人権に基づく土地使用の権限を主張し得ないこととなる」と述べている。強い援用説的傾向をみてとることができよう)。しかし最高裁は、Dが原審認定にかかる確定判決によって当然に法律上の拘束を受けると解すべき法理上の根拠に乏しいとして、破棄差戻した(最判昭和三十一年七月二〇日民集一〇巻八号九六五頁)。この判決が一般的に判決の反射的効力を否定したとみるべきか否かは別として、本稿で問題としているケース(借地上建物賃貸借ケースや転賃借ケース)については、一般的に反射効の理論を認める民事訴訟法学者も転借人や借地上建物賃借人に対する反射効を否定する。斎藤秀夫・民事訴訟法概論〔新版〕四〇三頁など。新堂幸司・民事訴訟法〔第二版〕四四二頁は「甲が乙に土地を賃貸し、乙がその地上に建物を所有しこれを丙に賃貸している場合、甲乙間で、賃貸借の解除を理由にして建物取去土地明渡しの判決がなされても、その判決の効力によって、丙は、当然に甲の土地明渡請求を拒めなくなるわけではない。……丙を除外した甲乙間のみの訴訟の結果は丙を除外してなされた交渉の結果たる両者間の合意と同視できるから、丙は、甲乙間の訴訟の結果に拘束されず、甲乙間の賃貸借の効力について、独自に訴訟進行をする地位と機会を与えられるべきであろう」という。吉村徳重「判決の反射的効力」民事訴訟法判例百選〔第一版〕一六〇頁以下、中田淳一「判批」判例評論五号一四頁以下、兼子一「判批」法協七四巻五・六号六五五頁以下も参照。東京地判昭和四〇年五月二十九日判例総覧民事編三〇巻一〇六八頁も、最判昭和三八年二月二一日を引用しつつ、土地賃借人の借地人に対する建物取去土地明渡の判決が確定した場合でも、特段の事情のない限り、借家人は土地賃借人に対し借地人の借地権を援用することができる旨、判示している。

(58) 椿寿夫「不法占拠」総合判例研究叢書民法四八二頁。

(59) 瀬戸正二「判批」最判解昭和三八年度三三三頁は、この判決によって、借地上建物賃借人の敷地使用権についての伝統的見

解に対する第三者保護ないし信義則の見地からの修正の試みが、今や嫡出子たる地位をあたえられるに至ったと評価する。そして借地上建物賃借人の敷地使用権につき、「建物使用には必然的に敷地使用が随伴するのであるから、建物賃借借契約には常に建物使用に必要な範囲における土地賃貸借契約が含まれており(家賃は地代プラスαである)、しかもそれは土地所有者の予想し、あらかじめ認容しているところであるから、借家人の敷地使用権は恰も土地賃貸人(地主)の承諾をえた土地転借権と同じものとなる」という考え方に本判決は立ったものと理解されるという。学説もこの最判昭和三八年二月二一日がとった構成について、本判決は借地上建物賃借人の土地使用権を「独立の権利」としてみるがごとくである(金山正信「賃貸借の終了と転賃借」一三頁)とか、借家人に「独立の用益権」が認められた(樺寿夫「賃借権の譲渡と転賃借(下)」二七九頁)とか、判例は「借地上建物の賃貸借は、敷地の一種の転賃借」であると考え、「この問題を、土地の適法転借人の一亜種として、処理しようとしている」(鈴木祿弥・借地法上巻五五〇頁)といった理解をしめしている。川井重男「判批」民事研修七八号一四頁も参照。本判決のかかる構成に対し平井一雄「判批」法学新報七〇巻六号五〇六頁は、借地上建物賃借人の敷地使用は建物賃借の反射的效果によるとするのが現段階では素直な解釈であり、適法な土地転賃の場合と同様な理論を適用することによって借家人を救済することは筋が通らないという。

(60) なおA・C間でこの敷地利用権の範囲が問題となった事実として最判昭和五〇年七月一日判例時報七九三号四九頁がある(借家人の建築行為は建物賃借人の敷地の使用収益権の範囲を逸脱したものであるとした)。ところで、Cに賃貸している建物とその敷地を共に所有するBが、第三者Aに対し、建物を取去して土地を明渡す旨を約して敷地のみを譲渡した場合、敷地のみを買受けたAは借家人Cに対し建物退去土地明渡を請求し得るであろうか。かかる事案において、Cが大判昭和九年三月七日(注(2)参照)と最判昭和三八年二月二一日を引用して「右建物取去土地明渡の特約は、建物所有者において自己の建物所有権を放棄するに等しいところ、建物所有権の放棄を以てその建物につき正当に成立した賃借人の権利を害することは許されないから」AはCに対し建物退去土地明渡を請求しえないと抗弁したのに対し、東京地判昭和四〇年三月四日下民集一六巻三号三九九頁は、「建物とその敷地とを所有する者がその敷地のみを他に譲渡し、かつ右建物取去、土地明渡を約したときは、建物賃借人は敷地譲受人に対し、右敷地占有権原を失い、これを明渡す業務あるものと解すことができ」と判示し、最判昭和三八年二月二一日の法理の類推を否定した。その理由とするところは、「尤も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約しても、土地賃貸人は特別の事情がない限りその効果を地上建物の賃借人に対抗

し得ないものというべきであるが、しかしこれは土地賃貸人はその賃貸借に当り将来土地賃借人において地上建物を第三者に賃貸することを予想すべきであり、換言すれば土地賃貸人はその地上建物の賃借人の地位の形成に協力したものであるから、建物賃借人をしてその地位を保全せしめるよう法律上の拘束を受けること信義則上当然であるからであって、かかる土地賃貸人と異なり、建物賃借人の地位の形成に協力したものであるというを得ない、土地譲受人に対してまで右の法理を類推適用することはできない」というものであり、ここに、土地賃貸人Aの「予想し、かつ認容」する意思を根拠として借家人Cを保護しようとする最判昭和三十八年二月二一日の法理の一つの限界が示されていると言えよう。そして、本件では、Aの請求は所有権の濫用にあたるとのCの主張も否定されたが、その後、同様の事案において、東京地判昭和四〇年一月二三日下民集一六卷一八〇九頁は、Bにその建物の敷地を利用する権利が認められない以上Cの建物賃借権は土地譲受人Aに対し本来主張しえず、「建物の賃貸人がその所有する敷地とともに建物の所有権を第三者に移転した場合には賃借人は借家法第一条により保護されるのに較べ、本件のように賃貸人がその敷地の所有権のみを第三者に移転した場合はこれに対する建物の賃借人の地位は極めて不安定である（その地位を法律上有効に保全するてだてはない）」といえる」と述べつつも、一切の諸事情を参酌してAのCに対する建物退去土地明渡請求を権利の濫用として認めなかった。かかる問題は、本稿の取り上げる問題と同様、まさに「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」というわが国に特殊な法制の下で生ずる問題の一つであり、さしあたりは権利濫用の法理でCを保護することもやむをえないかもしれないが、しかしCにとっては全くあずかり知らない事情によって退去させられるのは不当であり、Cを保護する法理が探求されるべきであらう。

(61) 鈴木祿弥・借地法下巻一〇九七頁。上巻五五〇頁も参照。なお篠塚・注釈民法四二一九頁は、転賃借に関する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」という。

(62) それなりに論じているのは(a) (大石)、(b) (広瀬)、(h) (後藤)、(i) (鈴木)。

(63) もちろん、A B間の借地契約の消滅によって当然にB C間の借家関係が終了するわけではない（最判昭和四五年一月二四日民集二四卷一三三二七頁参照）。ただA B間の借地関係が消滅する結果、援用説の考えからすると借家人CはもはやBの権原（借地権）を援用しえずAの（所有権に基づく）明渡請求に応じざるをえず、転借権説の考えからするとCはその

転借権たる敷地利用権をAに対して対抗しえなくなりAの（民法六一三条一項による又は所有権に基づく）明渡請求に応じざるをえなくなる、というわけである（なお転賃借の場合につき判例は「賃貸借契約の終了と同時に転賃借契約も当然終了する」としているようである。最判三六年二月二一日民集一五卷二二四三三頁参照）。しかし、BC間の借家関係が借家法によって保護される場合には借家関係は借地関係とは独立したものとして取り扱われなければならない。右のような一般法たる民法の論理は妥当せず、特別事情のないかぎり原則として借家人Cはその建物利用権（敷地利用を伴う）をAに対抗しうる（そしてこのことを根拠として、かつこのことを実現する法的手段として、CによるBの建物買取請求権の代位行使が認められる）、と解する余地はないものであろうか。なお加賀山「前掲論文」二二七頁以下は、転賃借の場合についてであるが、「転賃借契約は賃貸借契約とは別個の契約関係であり、賃貸借契約の終了によって転賃借契約も当然に消滅するわけではなく、賃貸借の終了が転借人に対抗しうる場合にのみ転賃借契約もその基礎を失って終了するというのが、最近の通説・判例の考え方であると思われる」と述べつつ「適法な転賃借の存在を覆滅するに足る事由が賃借人もしくは転借人の側に存在している場合にのみ、賃貸借の終了が転借人に対抗できるといふ考え」を主張しており、これを原田純孝「賃借権の譲渡・転賃」三七三頁は「従来の捉え方（ないし原則と例外の関係）自体を一挙に逆転させようとする方向が含まれていると言えよう」と評価している。