

賃借地上の建物の売買に関する一考察

高 頭 宏 信

〈目 次〉 一 序 説

- (1) はじめに
- (2) 住宅問題と借地関係
- (3) 借地関係の現状

二 賃借地上の建物譲渡と法解釈

- (1) 賃借権の物権化
- (2) 借地権の法的構成
- (3) 借地法成立の過程
- (4) 現行法解釈と理論構成

三 無断譲渡に関する理論構成

- (1) 民法 612 条と借地法 9 条の二
- (2) 背信行為論にかわる授權関係論

一 序 説

(1) はじめに

不動産賃借権の法律的性質に関する議論は歴史的過程において物権化傾向を強めており、ドイツでは *Kauf bricht nicht Miete* の原則が確立され、我が国でも「物権化傾向を有する債権」として特別な解釈がなされる傾向にある⁽¹⁾。

今日の通説及び判例は賃借地上の建物が譲渡された場合、特別の事情がないかぎり賃借権も当然譲渡されるとする理論構成がなされており、⁽²⁾「売買契約の際、その目的物である不動産のために存在するとされた借地権が存在しない場

合には、権利の瑕疵ある場合として売主に担保責任を認めるべきであって、地役権の規定を借地権が存在しなかった場合にも類推適用すべきである⁽³⁾」としている。

しかし賃借地権の本質は債権であり、賃貸人の意思をまったく切断した形でこれを論ずることはできない筈である。

本論は賃借地上の建物の売買について「建物の所有権に対する従物としての賃借権」という理論構成を排し「授權関係論」の立場からこれを考察しようとするものである。

(2) 住宅問題と借地関係

借地上の諸問題を論ずる場合、当該時代における社会的背景、住宅問題を無視することはできない。

昭和 57 年度の国土利用白書（国土庁編）によると、我が国の住宅建設は昭和 48 年の 190 万 5000 戸をピークに下降に転じ、昭和 55 年には 126 万 9000 戸、昭和 56 年には 115 万 2000 戸と急激な落ち込みを見せている⁽⁴⁾。これは土地及び建築費の上昇に伴う建物の高価格現象と宅地供給不足が原因である。特に大都市圏の宅地供給不足は深刻なものがあるがこれは土地の絶対面積が不足しているのではなく土地所有者が手放さないことに起因している⁽⁵⁾。これを打開するために各関係省庁は土地税制の改正や、都市計画法施行令の改正、その他次のような施策を講じている⁽⁶⁾。

①公的機関による宅地開発のため住宅都市整備公団を設立、②民間事業者の宅地開発に伴う住宅金融公庫、日本開発銀行の融資貸付対象地域の拡大、③特定住宅市街地総合整備促進事業の推進、④市街地整備基本計画に基づく土地利用転換計画及び宅地供給促進計画の推進、⑤農住組合の設立を図るとともに同組合に対する助成措置、同組合の行う交換分合、各種税制上の特例措置、⑥第 4 期住宅建設 5 ケ年計画の推進等であるが、これらの諸策とならんで素地所有者による土地区画整理事業、農住組合事業の推進などあらたな動きも出ている。農住組合制度は昭和 56 年 5 月 20 日より施行された農住組合法に基づくもので、三大都市圏の市街化区域内農地について農住組合による宅地造成事業、住宅建

設事業、土地改良事業、営農の継続等の事業を一体的に行うことが可能であり、計画的な土地利用の転換、住宅地供給の促進にもなると期待されている。国土庁において54年度から行われている土地利用転換計画策定事業によれば三大都市圏での計画策定面積は6 ha から198 ha と幅広く分布しており、農業的土地利用が継続される面積は地区面積に対して25%、公共的施設用地や住宅地等都市的土地利用の面積は75%に達すると予想され、これらの転換事業を下図の⁽⁸⁾ように農住組合により検討している地区も多い。

三大圏における農住型土地利用転換計画の地区別概要

地区	事項 都心部からの距離圏	地区面積	現況の農林業的土地利用率 (a)	計画上の土地利用率		転換率 (1 - $\frac{b}{a}$)
				農業的土地利用率 (b)	都市的土地利用率	
	km	ha	%	%	%	%
A	10~20	52	85	19	81	78
B	20~30	23	62	21	79	66
C	"	108	58	29	71	50
D	"	40	81	35	65	57
E	30~40	6	90	51	49	43
F	"	198	62	18	82	71
G	40~50	19	83	34	66	59
H	"	53	85	44	56	49
I	50~60	11	94	9	91	90
地区平均	30~40	57	69	25	75	64

資料：国土庁調による。

以上の他農住型宅地供給方式に代るものとして最近クローズアップされて来たのが等価交換方式によるマンション供給と、借地方式によるマンション、又は建売住宅の供給である。国土庁の「住宅地供給業者の意向調査」によれば、等価交換方式によるマンション供給は全マンション供給戸数に占める割合は昭和56年には16.1%となっており事業者の大部分が積極的評価をしているのに対し借地方式については建売住宅供給で約14%となっており、その評価も消極的に評価する企業が多い。しかし借地方式による場合、土地所有者はその所有権を失うことなく地代収入を得た、マンション、建売購入者は低廉な価格で住宅⁽⁹⁾を購入し得る利点があり関係機関も積極的促進を検討している。

また民間企業でもこの借地方式による建売住宅の分譲を開始しており、以下

(单位 %)

資料：国土庁「住宅宅地供給事業者の意向調査」による。（国土利用白書より）

注：借地方式とは、事業者が素地所有者から土地を借地してマンション又は建売住宅を建設し、供給する方式である。

■基本条件

- 月 別 貸 借 借入額(第4次)現況住宅のうち20戸。
 地 産 利 益 庫 土地賃借付借付分組。
 土地賃借関係 取引額1日より20年間。
 貸 借 (限り貸) 月額賃料の6ヶ月分。
 貸 借 契約 昭和60年8月に第1回改訂、その後は3年毎。
 賃 借 地 —— 賃借借主登記は不可。
 賃 借 地 —— 所有権名義で表示・保存登記。
 地 産 利 益 庫 当社の業務が必要。
 地 産 利 益 庫 非登録関係(主として未登記)が条件となり、
 当社の業務が必要。
 貸 借 関係 ①所貸時点で土地賃借借付額(記地価額に賃
 借借付割合を乗じた額)の10%相当額。
 ②その時点で土地賃借借付額(記地価額に賃
 借借付割合を乗じた額)の15%相当額。
 土地賃借借付割合 土地所有借付割合の60%(70%、80%も選択可)
 借 付 可 算時可
 ①取引額1日より10年間の借地借入額をあらかじめ
 提示いたします。(当初の5年間は、概半の5年
 間よりも借入アップ等を低く設定しています)
 ②借主、借主をされる場合には所有権に買えて(こ
 元増)と同時に借地を借入いただく場合、こ元増
 になれば承租(名義貸戻)時は必要ありません。

■土地賃借権付建売住宅 価額表
(賃借権割合60%)

仮番	土地面積 (㎡)	建物面積 (㎡)	土地所有権の場合	土地賃借権の場合		
			総金額(万円)	総金額(万円)	月額賃料(円)	敷金(円)
64 - 2	174.33	108.05	3,865	3,042	15,820	94,920
3	174.05	116.75	3,951	3,129	15,730	94,380
4	173.81	113.44	3,918	3,098	15,730	94,380
5	173.87	108.05	3,879	3,058	15,730	94,380
6	174.24	113.44	3,944	3,121	15,820	94,920
7	174.60	108.05	3,898	3,074	15,820	94,920
10	174.83	108.05	3,973	3,139	15,990	95,940
11	174.60	112.85	4,018	3,185	15,980	95,880
12	174.40	112.61	4,047	3,215	15,980	95,880
13	174.07	108.05	3,964	3,133	15,900	95,400
14	173.43	112.61	4,036	3,208	15,900	95,400
15	172.92	112.85	3,998	3,173	15,810	94,860
103 - 3	179.33	125.02	4,047	3,217	15,920	95,520
4	179.43	115.97	4,074	3,244	15,920	95,520
5	179.33	125.02	4,047	3,217	15,920	95,520
6	180.56	115.97	4,194	3,314	16,880	101,280
9	179.14	114.69	4,237	3,329	17,340	104,040
10	179.42	121.31	4,304	3,392	17,420	104,520
11	179.33	114.69	4,240	3,329	17,420	104,520
12	179.91	121.31	4,443	3,495	18,130	108,780

※価額は千葉県知事に対し国土利用計画法に基づき事前確認申請中。
※広告表示有効期限＝昭和58年3月31日

土地賃借契約書

所	在	
団	地	名
地目・地積	宅地・	平方メートル
賃貸借期間	昭和 年 月 日 から 昭和 年 月 日	
賃借権割合	所有権	%
賃料	月額 金	円也
賃料支払期限	毎月 日	
賃料振替銀行	銀行	支店
賃料の改訂	第1回改訂 昭和 年 月 日 以後3年毎	
敷金	金	円也(賃料の6か月分)
建売住宅売買契約書	昭和 年 月 日 締結	

契 約 条 項

第1条 （賃貸物件）

土地所有者乙は、標記土地（以下本物件という）を甲に賃貸し、甲はこれ賃借します。

第2条 （使用目的）

甲は本物件の使用にあたり甲乙間で締結した標記建売住宅売買契約書記載の建物の敷地として使用することとし、堅固な建物は築造しないものとします。

第3条 （賃貸借期間等）

本物件の賃貸借契約の期間は標記のとおり20年間とします。

- ② 前項の期間が満了し、甲が建物を所有し、契約の更新を希望する場合には、甲はその6か月前に乙に対し、その旨申し入れ、そのときの更地価格（国土利用計画法第23条1項もしくは同法施行規則第21条1項の確認限度額又は時価）に標記賃借権割合を乗じた価格（以下そのときの賃借権価格という）の100分の10の更新料を乙に支払うものとします。

第4条 （賃 料）

甲は標記賃料を標記賃料支払期限迄に、その翌月分を乙に持参のうえ支払うものとします。

- ② 前項に定める賃料の支払方法は、甲が開設する標記銀行の預金口座から振替による自動引落としとします。ただし乙の指示があるまでは前項の方法により支払うものとします。

- ③ 甲が前項の方法により賃料を支払ったときは、乙は甲に対し当該賃料の領収証を発行しないものとします。

- ④ 甲が第1項に定める賃料を期限までに支払わないときは、支払期限の翌日から支払いまでの期間について金100円につき日歩5銭の割合による延滞金を加算して支払うものとします。

第5条 （賃料の改訂）

賃料は標記期日に第1回の改訂を行ない、以後3年ごとに改訂するものとします。

なお、その額は別添純賃料と公租公課相当分から構成されるものとし、乙は書面を以てこれを甲に通知するものとします。甲は上記賃料の改訂を予め承諾し、その額については、予め決められた額に従うものとします。なお、別添純賃料（年額）の月賃料換算に拾円未満の端数が生じた時はこれを切り捨てるものとします。公租公課相当分は地方税法第341条に定める基準年度、第2年度、第3年度の3か年間の平均とし拾円未満の端数は切り捨てるものとします。

第6条 （賃料の計算）

賃料の計算において1か月未満の端数が生じたときは、1か月を30日として日割計算し、1円未満はこれを切り捨てるものとします。

第7条 （敷 金）

この契約に基づく債務を担保するため、甲は標記敷金を乙に差入れるものとします。なお敷金には利息をつけないものとします。

- ② 第5条により賃料の改訂がなされた場合、甲は改訂賃料との差額の6か月分を敷金として追加して乙に差入れるものとします。

第8条 （登 記）

本物件に対する甲の賃借権について賃借権設定登記を行わないものとします。

第9条 （優先買受権）

甲が本物件の賃借権あるいは本物件上の建物を譲渡しようとするときは、乙は第三者に優先して買受ける権利を有するものとし、甲は乙と譲渡に関する協議を行うものとします。ただし、乙は買受ける義務はないものとします。

第10条 （禁止事項）

甲は下記事項について為すことができないものとします。

- (1) 本物件上に堅固な建物を築造すること。
- (2) 本物件の一部返還。

第11条 （承諾事項）

甲は下記事項については、事前に乙の書面による承諾を得なければ為すことができないものとします。

- (1) 本物件の賃借権の譲渡。
 - (2) 本物件上の建物の譲渡。
 - (3) 本物件の賃借権の転貸。
 - (4) 本物件の建物の新築または増改築。
 - (5) 本物件の賃借権の準共有持分の変更および本物件上の建物の共有持分の変更。
- ② 前項第1号、第2号および第3号において、乙が甲に対して承諾を与える場合には、甲はそのときの賃借権価格の100分の15の承諾料を乙に支払うものとします。
- ③ 第1項第5号において乙が甲に対して承諾を与える場合には、甲は、そのときの賃借権価格の100分の15に準共有持分あるいは共有持分のいずれか変更の多い持分を乗じた承諾料を乙に支払うものとします。
- ④ 甲が第1項の譲渡をなす場合には、あらかじめ譲渡予定者にこの契約の各条項を告知、承認させ、その承諾する旨の書面を乙に提出するものとします。

第12条 （通知義務事項）

甲は下記事項に該当する場合には、遅滞なく、これを乙に通知するものとします。

- (1) 甲がその住所、氏名もしくは名称を変更したとき、又は一身上に変動が生じたとき。
- (2) 甲が本物件上の建物を第三者に賃貸したとき。

第13条 （費用負担）

本物件の修繕等に要する費用は、すべて甲の負担とします。

第14条 （乙の継承義務）

乙が本物件を第三者に譲渡するときは、この契約の各条項及び甲乙間で別途締結する建売住宅売買契約書第17条について譲受人に継承するものとします。

第15条 （契約の解除）

甲が下記各号の一に該当するときは、乙は甲に対してなんらの通知催告を要しないで直ちにこの契約を解除できるものとします。

- (1) 賃料の支払いを3か月以上延滞したとき。
- (2) その他この契約の各条項の一にでも違背したとき。

第16条 （物件返還）

前条所定の債務不履行等による契約の解除,または賃貸借期間満了によりこの契約が消滅した場合には,甲は乙の責任と負担において本物件をすみやかに原状回復し,更地としてこれを乙に明渡し返還するものとします。

② 前項の契約の解除による明渡しにあたっては,建物その他,甲の所有物は甲の責任と負担により撤去するものとし,甲は乙に対し建物買取請求,移転料等の費用請求は一切行なわないものとします。

第 17 条 (管轄裁判所)

この契約について紛争を生じたときは,乙の本店所在地の裁判所をもって管轄裁判所とすることを甲および乙はあらかじめ合意します。

第 18 条 (信義誠実の原則)

この契約に定められていない事項については,甲,乙協議のうえ誠意をもってこれを処理するものとします。

以 上

建売住宅売買契約書
(土地賃借権付建物)

所 在			
団 地 名			仮番
地 目 ・ 地 積	1.宅 地 2.山 林 3.原 野 4.雑種地 平方メートル		
構 造 ・ 種 類			
建 物 面 積	・ 平方メートル (1階 ・ 平方メートル, 2階 ・ 平方メートル)		
売 買 代 金 等	金	円也	
(内訳)	土地賃借権対価	金	円也 賃借権割合(所有権の %)
	建 物 代 物	金	円也
手 付 金	金	円也	支払期日 この契約締結と同時
第 1 回 内 入 金	金	円也	支払期日 昭和 年 月 日
第 2 回 内 入 金	金	円也	支払期日 昭和 年 月 日
残 代 金	金	円也	1. 支払予定日 昭和 年 月 日 (支払日第 2 条第 1 項第 4 号により乙が指定する)
ホ ー ム ロ ー ン 借 入 金	金	円也	2. ホームローン借入金にて充当

引渡し可能時期	1. 即時可能 2. 昭和 年 月		
建物の表示および 所有権保存登記可能時期	1. 即時可能 2. 昭和 年 月		
土地賃借権準共有持分 および建物共有持分	甲 ₁ 分の	甲 ₂ 分の	甲 ₃ 分の
この契約に附帯する 覚 書	1. 2.		
	3. 4.		
	5. 6.		

契 約 条 項

第1条 (売買等の目的)

乙は標記建物(以下本件建物という)を標記代金で甲に売り渡し、本件建物所有のため標記土地(標記土地建物を総称して以下本物件という)につき、第5条により締結する土地賃貸借契約にもづく賃借権(以下本件賃借権という)を標記対価(代金・対価を総称して以下売買代金等という)で設定し、甲は本件建物を買い受け、本件賃借権の設定を受けました。

② 本件賃借権の対価は実測面積によるものとします。したがって実測の結果標記土地面積に増減を生じたときは、乙の指定する日までに、1平方メートル当り金……円也で精算します。ただし精算金には利息を付さないものとします。

第2条 (売買代金等の支払方法)

甲はこの契約締結と同時に標記手付金を乙に支払い、乙はこれを受領しました。

② 甲は標記内入金を標記支払期日までに乙の指定する場所に持参して乙に支払うものとします。

③ 甲は標記残代金を乙の指定する日までに、乙の指定する場所に持参して乙に支払うものとします。

④ 乙は第4条所定の所有権保存(または移転)登記申請および第6条所定の引渡しが可能になったとき残代金支払の日を指定し、その7日前までに甲に通知するものとします。

⑤ 標記手付金は残代金支払いの際に無利息で売買代金の一部に充当するものとします。

⑥ 甲または乙は相手方がこの契約の履行に着手するまでであれば、甲は標記手付金を放棄し、乙は標記手付金を甲に返還しかつ標記手付金と同額の金員を甲に提供することにより各々この契約を解除することができるものとします。

第3条 (設計変更等)

この契約締結後、法令その他止むを得ない事由によって乙が本物件のうち建物の設計を変更しあるいは本物件のうち土地について附帯土木工事を必要とするときは甲および乙はその変更内容ならびに変更にもなる売買代金等の改定およびその支払方法を協議のうえ別途覚書を締結するものとします。

第4条 (建物所有権の登記等)

本件建物の所有権保存(または移転)登記申請は、乙が第1条および第3条所定の売買代金等全額を甲から受領した後、これを行なうものとし、甲は当該登記申請に協力する義務を負いま

す。なお、登記に要する一切の費用は甲の負担とします。

② 行政上の措置、その他止むをえない事由によって前項所定の登記申請手続が遅延する場合には甲はこれに対しなら異議を申し立てないものとします。

③ 本件賃借権は、これを登記しないものとします。

第5条 (土地賃貸借契約の締結)

甲は第6条に基づく本物件の引渡しと同時に乙との間で乙指定の内容による土地賃貸借契約を締結するものとします。

② 本物件引渡し後は前項の土地賃貸借契約がいかなる事由により解除され、あるいは期間満了により契約が消滅した場合であっても乙が甲より受領した第1条所定の土地賃借権対価は甲に返還しません。

第6条 (引渡し等)

本物件の引渡しは乙が第1条および第3条所定の売買代金等全額を受領したうえ、第4条所定の所有権保存(または移転)登記申請と同時にこれを行なうものとし、乙は本物件の引渡しの日(以下引渡日という)を指定し、その7日前までに甲に通知するものとします。ただし工事の進捗状況等により、本物件の引渡日に多少の変更がある場合にも甲は乙に対し異議を申し立てないものとします。

② 乙は本物件を引渡日の現状のまま甲に引渡しものとし、甲は本物件について、施設の改良新設を乙に請求するなどして不当に引渡しを拒むことはできないものとします。

③ 本物件についてこの契約締結時に存する隠れた瑕疵があるときは、乙は引渡日より2年間担保の責を負います。

④ 前項にかかわらず、アフターサービスについては別途乙の定めるアフターサービス規約によるものとします。

⑤ 天災地変その他乙の責に帰すことのできない事由により引渡日以前に本物件が毀損し、または滅失したときは次の定めにより処理するものとします。ただし、甲は乙に対し損害賠償の請求をしない。

1. 滅失の場合は、この契約は解除となり、乙は第1条にもとづき既に受領した金員を無利息にて甲に返還します。

2. 毀損の場合は、乙は自己の負担において本物件を当初の設計通り修復して引渡しものとし、この場合修復に要する期間だけ引渡日が延長されることについては甲は異議を申し立てないものとします。

3. 前号の場合、毀損の程度甚大で修復に多額の費用を要すると乙が認めたときは、乙はこの契約を解除し第1号の規定により処理することができるものとします。

第7条 (所有権移転等の時期)

本件建物の所有権は乙が第1条および第3条所定の売買代金等全額を甲より受領(第14条にもとづきホームローンを利用するときは、乙が甲にかかわって借入金を受領)し、かつ前条によって甲が本物件の引渡しを受けた時に乙から甲に移転するものとし、本件賃借権は本件建物の所有権の移転と同時に設定されるものとします。

第8条 (管理責任)

第6条第1項によって乙の指定した引渡日をもって本物件の管理責任は乙から甲に移転する

ものとしします。

- ② 引渡日以降甲はその責任と負担において本物件(共有施設については、他の共有者とともに)を維持管理するものとしします。したがって第14条にもつぎホームローンを利用する場合に本物件に毀損が生じたときは、第6条第3項の場合を除き、甲はただちにその旨を乙に通知したうえで、その責任と負担において乙の指示に従いすみやかに本物件を原状に回復するなど損害を補填するものとしします。

第9条 (公租公課等の負担)

本件建物に賦課される公租公課等の負担は第6条所定の引渡日をもって区分し、その前日までの分は乙、その日以降の分は甲の負担としします。

- ② 前項によって甲の負担すべき公租公課等について乙より請求を受けたときは、甲はこれを乙の指定する日までに乙の指定する場所に持参して乙に支払うものとしします。

第10条 (権利の譲渡等)

乙が第1条及び第3条所定の売買代金等全額を甲から受領するまで(第14条にもつぎホームローンを利用する場合には、甲がその借入金を完済するまで)は、甲はあらかじめ乙の書面による承諾を得ないでこの契約にもつく甲の権利義務を第三者に譲渡してはならないものとしします。

第11条 (通知義務)

甲が第1条および第3条所定の売買代金等全額を乙に支払う前(第14条にもつぎホームローンを利用する場合には、甲がその借入金を完済する前)に、その住所、氏名もしくは名称を変更したとき、または一身上に変動を生じたときは甲はすみやかにその旨を書面によって乙に通知するものとしします。

第12条 (債務不履行による契約の解除等)

甲がこの契約の各条項の一に違背したときは、乙は何らの通知催告を要しないで、ただちにこの契約を解除することができるものとしします。

- ② 前項によってこの契約が解除されたときは、甲は違約金として売買代金等の10分の2相当額を乙に支払うものとし、かつ甲の責任と負担において本物件を原状に回復し、すみやかにこれを乙に明渡すものとしします。

- ③ 乙は甲からすでに受領した金員を任意にこの契約にもついで、甲が乙に支払うべき金員の一部または全部に充当することができるものとしします。なお甲に返還すべき金員のあるときは、乙は当該金員を無利息にて甲に返還します。

第13条 (遅延損害金)

甲がこの契約にもついで乙に支払うべき金員を乙の指定した日までに支払わないときは、甲は乙に対し当該支払うべき金員に対し支払をなすべき日の翌日から支払完了の日まで金100円につき日歩5銭の割合による遅延損害金を支払うものとしします。

第14条 (ホームローン利用の特例)

甲は本物件の売買代金等の一部の支払いに充てるため、T社ホームローン制度によって乙の提携金融機関から標記借入金を借受けるものとし、この契約締結後遅滞なく乙の提携金融機関との間に金銭消費貸借契約を締結し、かつこれに附帯して乙との間に保証委託等契約を締結するものとしします。

- ② 甲の責に帰すことのできない事由によって前項所定の金銭消費貸借契約が成立しないとき、または乙が甲に代って前項の借入金を受領できないときは、この契約は当然にその効力を失います。この場合乙は甲からすでに受領した手付金および内入金を無利息にて甲に返還するものとします。

第 15 条 （共同購入の場合の特則）

この契約にもとづいて発生する乙に対する債権の行使は甲₁甲₂甲₃共同して行ない債務については甲₁甲₂甲₃連帯して履行の責を負うものとします。

- ② 甲₂甲₃は甲₁を甲₂甲₃の代理人と定めるものとし、乙の甲に対する通知、物件の引渡等については乙は甲₁に対してなせば足りるものとします。
- ③ 甲₁甲₂甲₃は互いに相手方の債務不履行について乙に対して連帯して責を負うものとし甲₁甲₂甲₃のいずれかの債務不履行により甲₁甲₂甲₃が乙よりこの契約を解除されても何ら異議の申立てを行なわないものとします。
- ④ この契約にもとづき甲₁甲₂甲₃が取得する本件貸借権の準共有持分および本件建物の所有権持分は標記のとおりとします。

第 16 条 （甲の支出費用）

この契約が解除その他の事由によって消滅したときにも、甲はこの契約にもとづいてすでに支出した費用等を乙に請求しないものとします。

第 17 条 （底地権の売買）

本物件引渡し後、甲は本物件の土地所有権を第三者に優先して買受けることができるものとし乙は別に定める価額にて売買の協議に応じるものとします。

第 18 条 （管轄裁判所）

この契約について紛争を生じたときは、乙の本店所在地の裁判所をもって管轄裁判所とすることを甲および乙はあらかじめ合意します。

第 19 条 （信義誠実の原則）

この契約に定められていない事項については、甲、乙協議のうえ誠意をもってこれを処理するものとします。

第 20 条 （覚書締結）

標記覚書事項については、甲、乙間において別途締結するものとします。

以 上

(3) 借地関係の現状

借地法を現代的意義に解釈する立場から、今日における住宅問題と借地関係特に宅地供給促進と言う社会的要請にもとづく借地方式について概観したが、今日における借地関係の現状を正確に把握するためにも、統計資料にもとづき理解しておくことも必要である。

以下は総理府統計局昭和 53 年住宅統計調査資料にもとづくものである。

1戸建、長屋建の持ち家 1859 万戸の内「所有地」は 1613 万戸 (86.8%), 「借地」は 246 万戸 (13.2%) となっている。1 住宅当たり敷地面積は「所有地」は 317 平方メートル, 「借地」では 177 平方メートルで所有地の方が借地の 1.8 倍になっている。

所有地の敷地取得の相手方別に所有地と借地をみると, 所有地は一般の会社, 団体, 相続, 贈与によって取得した場合などの「その他」が 38.2%, 「個人」からが 37.8%, 「土地, 建物業者」からが 17.8% と多く, 「国, 都道府県, 市町村」からは 3.8%, 「公団, 公社」からが 2.2% と少ない。これを取得の時期別にみると「昭和 48 年以前」に取得したものでは「その他」からが 42.8%, 「個人」からが 38.6%, 「土地, 建物業者」からが 12.8% となっているが, 「土地, 建物業者」からの割合は「昭和 49 年～50 年」には 42.3%, 「51 年～53 年 9 月」には 49.7% とその比率は高まっている。これに対し「借地」の取得の相手方は「個人」からが 81.4% と非常に多く「その他」からが 11.3%, 「国, 都道府県, 市町村」からが 3.6%, 「土地, 建物業者」からが 3.4%, 「公団, 公社」からが 0.2% となっている。

敷地の取得の時期, 所有の関係別 1 戸建・長屋建の持ち家数及び
1 住宅当たり敷地面積—全国(昭和 53 年)

敷地の取得の時期	1 戸建・長屋建の 持ち家数(1000 戸)			割 合 (%)			1 戸建・長屋建の持ち家の 1 住宅当たり面積 (㎡)		
	総 数	所有地	借 地	総 数	所有地	借 地	総 数	所有地	借 地
総 数 ¹⁾	18 585	16 127	2 459	100.0	100.0	100.0	299	317	177
終 戦 前	5 738	5 147	592	30.9	31.9	24.1	440	468	198
終戦時～昭和25年	1 457	1 105	352	7.8	6.9	14.3	281	324	148
昭和26年～35年	2 395	1 900	495	12.9	11.8	20.1	245	270	146
36年～45年	4 222	3 703	520	22.7	23.0	21.1	239	249	171
46年～47年	1 395	1 248	147	7.5	7.7	6.0	232	236	197
48年	663	592	71	3.6	3.7	2.9	227	229	211
49年	574	511	63	3.1	3.2	2.6	222	222	219
50年	588	526	62	3.2	3.3	2.5	212	211	223
51年	607	545	62	3.3	3.4	2.5	196	193	220
52年	580	520	60	3.1	3.2	2.4	187	183	220
53年 1 月～9 月	354	319	34	1.9	2.0	1.4	173	170	206

1) 敷地の取得の時期「不詳」を含む。

また借地の割合は、昭和38年が29.1%であったものが、それ以降減少しており昭和53年には13.2%になっている。圏域別には東京圏で所有地の割合が79.2%、借地の割合が20.8%であり他の圏域に比べて借地がかなりの割合を占めている。

以上のように借地件数の割合は住宅地供給の面から見て減少の傾向をたどって来たが、この傾向をいかに見るかは借地法を現代的意義に解釈する上で重要なポイントになるであろう。⁽¹⁰⁾ 前掲日刊紙の中外時評で畑中氏は「土地の賃貸借も事情は同じだ。現行の借地法のもとではいったん土地を貸すと借地人側に借地権が生じ、契約期間が終了しても返してもらうのはむずかしい。地代の改定

敷地の所有の関係、取得の時期、取得の相手方の種類別1戸建。
長屋建の持ち家数—全国（昭和53年）

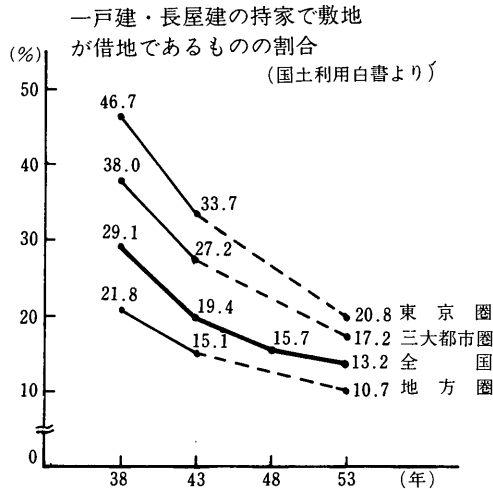
敷地の所有の関係、取得の時期	総数 ¹⁾	国・都道府 県・市町村	公団・ 公 社	土地・建 物業者	個 人	その他
1戸建・長屋建の持ち家数(1000戸) ²⁾	18 585	706	364	2 960	8 104	6 433
所 有 地	16 127	618	358	2 877	6 102	6 155
昭和48年以前	13 695	527	260	1 749	5 290	5 858
49年 ～ 50年	1 036	47	56	439	357	137
51年 ～ 53年9月	1 385	44	43	689	454	155
借 地	2 459	88	5	83	2 002	278
昭和48年以前	2 175	82	4	72	1 804	213
49年 ～ 50年	126	4	1	5	89	27
51年 ～ 53年9月	156	3	0	7	109	38
割 合(%) ²⁾	100.0	3.8	2.0	15.9	43.6	34.6
所 有 地	100.0	3.8	2.2	17.8	37.8	38.2
昭和48年以前	100.0	3.9	1.9	12.8	38.6	42.8
49年 ～ 50年	100.0	4.5	5.4	42.3	34.5	13.2
51年 ～ 53年9月	100.0	3.1	3.1	49.7	32.8	11.2
借 地	100.0	3.6	0.2	3.4	81.4	11.3
昭和48年以前	100.0	3.8	0.2	3.3	82.9	9.8
49年 ～ 50年	100.0	3.0	0.6	3.7	70.9	21.7
51年 ～ 53年9月	100.0	1.7	0.2	4.3	69.5	24.3

1) 取得の相手方の種類「不詳」を含む。

2) 敷地の取得の時期「不詳」を含む。

もトラブルを生じる恐れがある。このため地主は土地を貸すのをいやがるようになり、未利用のまま放置しておくことになる。土地を貸す場合にはそうした

リスクを防ぐため時価の7～8割もの権利金を取るということになるが、借りる側からすれば7～8割もの権利金を払うなら買った方がいいということになる



資料：総理府統計局「住宅統計調査」による。

注：(1) 48年については、都道府県別集計が行われていない。

(2) 38年については、市部計の数値である。

る。戦中戦後のように住宅不足が深刻だったころは、借家人、借地人を手厚く保護する必要があった。しかし空き家が全住宅戸数の8%、270万戸もあるようになった今日、借地、借家法の規定は土地の有効利用を妨げ、地価の上昇を招く元凶になっていると言っても過言ではない。土地所有者が良質の民間借家や借地の供給意欲を持てるよう、これらの法律を見直す必要がある。(中略)むしろ供給を促進するため借地借家法を見直すといっても、借家人借地人の保護を考えなくてもいいというのではない。例えば①家賃、地代改定ルールを設ける、②借地借家法の規制緩和の対象を規模、設備など一定水準以上のものに限定する(以下略)⁽¹¹⁾と主張される。法解釈学の見地からは疑問もあるが、今日における借地関係の考え方についてはまったく同感である。借地法制定当時とは社会情勢も大きく変化して来ているため今日の社会に対応し得る借地法でなければならないことはいうまでもなく、また「宅地供給のための借地方式」という

住宅の種類、敷地の所有の関係、取得の時期、

Detached and Tenement Owned Houses by Kind of Dwelling,
of Ground, for Japan (1978)

住宅の種類、敷地の所有 の関係、取得の時期 Kind of dwelling, tenure of ground and year of obtaining of ground	数 Number						
	総 数 Total	敷地の取得の相手方の組織 Type of transfer of ground					
		合 計 Total	国・都道府 県・市町村 Control or local government	公団・公社 Public corporation	土地・建 物 組合 Real estate agency	個 人 Individual	そ の 他 Others
戸建・並建地の持ち家等 32-0	10 505 300	10 505 300	706 100	353 900	2 939 000	6 104 400	6 433 200
昭和48年以前 Prior to 1973	15 039 000	15 039 000	609 000	294 000	1 020 300	7 093 600	6 070 700
昭和49年 ~ 50年 1974 ~ 1975	1 161 900	1 161 900	50 700	96 300	643 300	656 300	164 300
昭和51年~53年9月 1976~Sept.1978	1 540 900	1 540 900	46 300	43 000	693 500	562 500	193 000
不 報 Not reported	12 000	12 000	200	0	200	2 000	5 200
戸 建 地 14-A	16 126 600	16 126 600	618 000	399 000	2 676 600	6 102 300	6 195 100
昭和48年以前 Prior to 1973	15 694 500	15 694 500	527 400	259 900	1 748 000	5 209 000	5 037 900
昭和49年 ~ 50年 1974 ~ 1975	1 036 300	1 036 300	46 900	35 000	438 000	337 200	137 000
昭和51年~53年9月 1976~Sept.1978	1 394 600	1 394 600	43 500	42 600	640 000	454 000	155 000
不 報 Not reported	11 200	11 200	200	0	200	1 300	3 100
戸 建 地 14-B	2 458 700	2 458 700	68 100	5 100	63 200	2 002 100	278 100
昭和48年以前 Prior to 1973	2 175 300	2 175 300	61 600	4 100	71 700	1 603 000	212 600
昭和49年 ~ 50年 1974 ~ 1975	125 600	125 600	3 000	700	4 700	69 100	27 200
昭和51年~53年9月 1976~Sept.1978	156 200	156 200	2 700	300	6 700	108 500	37 900
不 報 Not reported	1 600	1 600	0	-	0	700	200
戸 建 地 3-A	16 173 200	16 173 200	636 000	353 000	2 792 000	6 670 900	5 497 200
昭和48年以前 Prior to 1973	13 647 600	13 647 600	546 000	256 300	1 699 600	5 969 200	5 166 500
昭和49年 ~ 50年 1974 ~ 1975	1 082 100	1 082 100	47 000	35 200	427 200	401 800	150 400
昭和51年~53年9月 1976~Sept.1978	1 432 400	1 432 400	42 000	42 200	665 000	506 200	175 600
不 報 Not reported	11 100	11 100	200	0	200	1 700	4 700
戸 建 地 14-A	16 091 000	16 091 000	561 100	349 300	2 721 000	5 193 000	5 252 000
昭和48年以前 Prior to 1973	11 024 300	11 024 300	476 900	252 900	1 639 000	4 463 500	4 002 300
昭和49年 ~ 50年 1974 ~ 1975	967 100	967 100	43 500	34 300	422 900	320 700	123 000
昭和51年~53年9月 1976~Sept.1978	1 209 700	1 209 700	40 400	41 900	630 900	407 700	160 200
不 報 Not reported	9 000	9 000	200	0	200	1 000	4 500
戸 建 地 14-B	2 002 300	2 002 300	74 900	4 500	70 200	1 605 000	245 200
昭和48年以前 Prior to 1973	1 823 200	1 823 200	69 100	3 400	59 000	1 505 600	104 200
昭和49年 ~ 50年 1974 ~ 1975	113 000	113 000	3 400	700	4 300	61 000	25 400
昭和51年~53年9月 1976~Sept.1978	142 700	142 700	2 400	300	6 100	90 500	35 400
不 報 Not reported	1 300	1 300	0	-	0	600	100
戸 建 地 3-B	622 400	622 400	10 200	200	1 000	93 700	516 700
戸 建 地 3-C	1 709 600	1 709 600	59 900	9 500	166 000	1 131 000	419 300
昭和48年以前 Prior to 1973	1 613 900	1 613 900	53 000	7 500	120 100	1 034 800	396 900
昭和49年 ~ 50年 1974 ~ 1975	73 500	73 500	3 600	1 300	16 300	42 000	9 500
昭和51年~53年9月 1976~Sept.1978	101 000	101 000	3 300	700	30 300	54 000	12 600
不 報 Not reported	1 200	1 200	0	-	0	300	300
戸 建 地 14-A	1 426 700	1 426 700	47 300	6 900	193 900	626 400	336 300
昭和48年以前 Prior to 1973	1 276 400	1 276 400	41 100	7 000	100 300	746 000	370 000
昭和49年 ~ 50年 1974 ~ 1975	63 300	63 300	3 200	1 300	15 000	35 000	7 000
昭和51年~53年9月 1976~Sept.1978	96 000	96 000	5 000	700	29 700	44 400	10 200
不 報 Not reported	900	900	0	-	0	200	300
戸 建 地 14-B	361 000	361 000	12 600	600	13 000	303 500	31 000
昭和48年以前 Prior to 1973	337 500	337 500	11 900	600	11 000	268 000	26 900
昭和49年 ~ 50年 1974 ~ 1975	10 200	10 200	300	-	500	7 000	1 700
昭和51年~53年9月 1976~Sept.1978	13 000	13 000	300	0	600	9 600	2 400
不 報 Not reported	200	200	-	-	-	100	0

For the English presentation of the above, see "Explanation of Terms".

取得の相手方の種類別 1 戸建・長屋建の持ち家数一全国 (昭和53年)

Tenure of Ground, Year of Obtaining of Ground and Type of Transfer

		百 分 率 (%)						Percen			
不 詳	敷地面積 不 詳	総 数	敷地の取得の相手方の種類				Type of transfer of ground			敷地面積 不 詳	
			総 数	国・都道府 県・市町村	公団・公社	土 地・建 物 業 者	個 人	そ の 他	不 詳		
Not reported	Ground area not reported	Total	Total	Central or local government	Public corporation	Real estate agency	Individual	Others	Not reported	Ground area not reported	
18 300	-	100.0	100.0	3.8	2.0	15.9	43.6	34.6	0.1	-	
12 000	-	100.0	100.0	3.8	1.7	11.5	44.7	38.3	0.1	-	
900	-	100.0	100.0	4.4	4.9	38.2	38.4	14.1	0.0	-	
600	-	100.0	100.0	3.0	2.8	45.1	36.5	12.5	0.0	-	
5 100	-	100.0	100.0	1.6	0.0	1.6	15.6	40.6	39.8	-	
16 200	-	100.0	100.0	3.8	2.2	17.8	37.8	38.2	0.1	-	
10 600	-	100.0	100.0	3.9	1.9	12.8	38.6	42.8	0.1	-	
900	-	100.0	100.0	4.5	5.4	42.3	34.5	13.2	0.0	-	
600	-	100.0	100.0	3.1	3.1	49.7	32.8	11.2	0.0	-	
4 500	-	100.0	100.0	1.8	0.0	1.8	11.6	45.5	40.2	-	
2 000	-	100.0	100.0	3.6	0.2	3.4	81.4	11.3	0.1	-	
1 300	-	100.0	100.0	3.8	0.2	3.3	82.9	9.8	0.1	-	
0	-	100.0	100.0	3.0	0.6	3.7	70.9	21.7	0.0	-	
0	-	100.0	100.0	1.7	0.2	4.3	69.5	24.3	0.0	-	
600	-	100.0	100.0	0.0	-	0.0	43.8	12.5	37.5	-	
15 400	-	100.0	100.0	3.9	2.2	17.3	42.5	34.0	0.1	-	
10 000	-	100.0	100.0	4.0	1.9	12.5	43.7	37.9	0.1	-	
900	-	100.0	100.0	4.3	5.1	39.5	37.1	13.9	0.0	-	
600	-	100.0	100.0	3.0	2.9	46.4	35.3	12.3	0.0	-	
4 500	-	100.0	100.0	1.8	0.0	1.8	15.3	42.3	38.7	-	
13 800	-	100.0	100.0	4.0	2.5	19.3	36.9	37.3	0.1	-	
8 900	-	100.0	100.0	4.0	2.1	13.9	37.7	42.1	0.1	-	
900	-	100.0	100.0	4.5	5.6	43.7	33.2	12.9	0.1	-	
600	-	100.0	100.0	3.1	3.2	51.1	31.6	10.9	0.0	-	
3 900	-	100.0	100.0	2.0	0.0	2.0	10.2	45.9	39.8	-	
1 700	-	100.0	100.0	3.6	0.2	3.4	81.0	11.8	0.1	-	
1 100	-	100.0	100.0	3.8	0.2	3.3	82.6	10.1	0.1	-	
0	-	100.0	100.0	3.0	0.6	3.7	70.4	22.1	0.0	-	
0	-	100.0	100.0	1.7	0.2	4.3	69.0	24.8	0.0	-	
900	-	100.0	100.0	0.0	-	0.0	46.2	7.7	38.3	-	
600	-	100.0	100.0	1.6	0.0	0.2	15.1	83.0	0.1	-	
2 300	-	100.0	100.0	3.3	0.3	9.3	63.2	23.4	0.1	-	
1 600	-	100.0	100.0	3.3	0.5	7.4	64.1	24.6	0.1	-	
0	-	100.0	100.0	4.9	1.8	22.2	58.2	12.9	0.0	-	
0	-	100.0	100.0	3.3	0.7	30.0	53.3	12.5	0.0	-	
600	-	100.0	100.0	0.0	-	0.0	25.0	25.0	50.0	-	
1 900	-	100.0	100.0	3.3	0.6	10.8	58.0	27.2	0.1	-	
1 300	-	100.0	100.0	3.2	0.5	8.5	58.7	29.0	0.1	-	
0	-	100.0	100.0	3.1	2.1	25.1	55.3	12.3	0.0	-	
0	-	100.0	100.0	3.4	0.8	33.8	50.5	11.6	0.0	-	
900	-	100.0	100.0	0.0	-	0.0	22.2	33.5	55.6	-	
400	-	100.0	100.0	3.3	0.2	3.6	84.1	8.6	0.1	-	
200	-	100.0	100.0	3.3	0.2	3.5	84.7	8.0	0.1	-	
-	-	100.0	100.0	2.8	-	4.9	76.5	16.7	-	-	
0	-	100.0	100.0	2.3	0.0	4.6	73.8	18.5	0.0	-	
100	-	100.0	100.0	-	-	-	50.0	0.0	50.0	-	

資料：総理府統計局「日本の住宅」、昭和53年住宅統計調査の解説。

社会的要求がたかまる中でより合理的な法の解釈適用がなされるべきである。そしてその基本になるのが契約自由の原則であり、賃貸人と賃借人とが法の前において平等に保護されなければならないということである。

〔註〕

- (1) ドイツでは Kauf bricht nicht Miete の関係について、通説では賃借権が物権となるのではなく、賃貸借関係が賃貸目的物の所有権と結合する一種の状態債務関係 (Zustandsobligation; Zustandsschuldverhältnis) として所有権とともに移転するとしている。
同旨 我妻栄「債権法」419 頁
物権化論については岡村「再び民法 177 条に所謂第三者の意義及び債権の排他性について、附賃借権物権論」法学志林 18 巻 3 号
- (2) 「契約法大系Ⅱ 贈与・売買」石本雅男先生還暦記念 210 頁
大判, 昭和 2 年 4 月 25 日 (民集 6 巻 182 頁)
東京地判, 大正 5 年 1 月 24 日 (新聞 1134 号 23 頁)
我妻栄「債権各論」268 頁
- (3) 前掲「契約法大系Ⅱ」211 頁
我妻, 前掲 284 頁
- (4) 昭和 57 年版「国土利用白書」105 頁
- (5) 昭和 56 年 5 月 3 日, 日本経済新聞「中外時評」で畑中氏は「市街化農地は三大都市圏で 86000 ha, 東京圏だけでも 46000 ha あり, この他個人法人の手持ちの未利用地があり, これらを有効に利用すれば宅地不足は大きく緩和する」と主張される。
- (6) 前掲「白書」292 頁以下
- (7) 前掲「白書」297 頁
- (8) 前掲「白書」120 頁
- (9) 建設省と住宅都市整備公団は千葉県流山にある山林 1.7 ha の借地に成功, 120 戸～150 戸の賃貸または分譲住宅建設の予定——昭和 56 年 11 月 2 日, 日本経済新聞朝刊
- (10) 鈴木「現代法学全集」14 借地法。上巻 93 頁「第二次大戦直後の不安定期を除いては戦後あらたに所有を人に貸付けることはあまりないと考えられる」と主張されるが, 貸す必要がなくなったのではなく, 地主が貸さなくなったのではな

いか。

(1) 56年5月3日, 日本経済新聞朝刊

二 賃借地上の建物譲渡と法解釈

(1) 賃借権の物権化

土地の賃貸借関係において、地主に対する借地人の地位は弱いものと考えられて来たから、第一次大戦前後から各国においても民法を修正する特別法が制定されるようになり、我が国も大正10年に借地法⁽¹⁾を制定、昭和16年にはこれに修正を加えて施行区域を全国に拡張した。さらに昭和41年には「借地法等の一部を改正する法律案」が議会上程され原案通り可決され今日にいたっている。この借地法の他に地代家賃統制令等が制定されるなど借地人保護の施策が強化されて来た。借地上に自己の建物や、営業権を取得した借地人の地位が地主の自分勝手な自由意思により左右されるのでは社会生活の安定は望み得ない。各国においても賃借人の立場を強化する法的構成がなされ、賃借人の賃貸人や第三者に対する対抗力を強化して来た。この過程を一般に賃借権の物権化と表現されている。

すなわち、賃借権の物権化は、①地主が当該土地を第三者に譲渡した場合、賃借地人の第三者に対する対抗力の問題として、②当該土地を借地人の意思に反して第三者が占有している場合損害賠償請求や、妨害排除請求権の問題として、③借地人の当該土地に対する処分可能性の問題として形成されて来たのであるが、各国の法的構成はそれぞれ異なっている。

本論のテーマは③に関するものであるから、この点についてのみ各国の法的構成及び我が国における借地法制定の過程について概観しておく。

(2) 借地権の法的構成

借地上に借地人所有の建物を建築する場合の法的構成は、我が国と外国とはその内容を異にしており、西欧諸国が「地上物は土地に属す, superficies solo cedit」とする原則をとるのに対し我が国の法的構成は土地と建物を独立したも

のとして構成する。

① ローマ法の *superficies*, イギリス法の *lease* は借地人の建てた建築物は原則として地主の所有に帰し、賃借人は借地と一緒に自分の建てた建物を借りることになるとする法的構成をとる。したがってイギリス法の下では建築用地の借地人は一種の借家人であるため、借地期間満了時には無償で土地所有者に明渡すと言う結果になる。そのため借地人側から土地所有権 *freehold* の買取権 *system of leasehold enfranchisement* を認めるよう要求が出され、1951 年法で地代が課税価格の $\frac{2}{3}$ より低く期間が 21 年を超えるものについては期間満了後 2 年間占有を存続できるとし、1957 年法では長期の賃借人は希望すれば、その借地権を自動的に継続できるものとした⁽²⁾。

② これに対してフランス法も「地上物は土地に属する」という原則をとりつつも、もし反証があれば地上物は土地所有者に帰属しないことを認め⁽³⁾両当事者の合意により借地人の地上権 *droit de superficie* と底地の所有者 *propriétaire du dessous* と並存する形も可能なりとし、この場合は賃借人は工作物の所有権を取得することは勿論、工作物上への抵当権設定も可能になるとしている。

③ ドイツも「建物等の工作物は土地所有者に帰属する」のを原則とするが、民法典に他人の土地に工作物を所有するための制限物権として *Erbbaurecht* を認め 1012 条から 1017 条に規定したがそれは抽象的で重要視されていなかった。その後 1919 年 1 月に地上権令 *Verordnung über das Erbbaurecht* が制定されたため 1012 条から 1017 条は同法施行期日たる 22 日以後に設定された地上権には適用されないことになった。この地上権令により地上権者が工作物を設置した場合、当該工作物は土地に付属せず、地上権の本質的構成部分 *der wesentliche Bestandteil* となり、また地上権は自由に譲渡相続され⁽⁴⁾、抵当権を設定できるものとしている⁽⁵⁾。

以上のように西欧諸国が「*superficies solo cedit*」原則の上に借地上の建物に関する法的構成がなされるのに対し、我が国の場合は建物と土地とは完全独立の不動産として構成されているため、古くから様々なトラブルを生じさせ、特に借地上の建物の譲渡に伴う賃借権の譲渡については理論構成上の問題点を含

んでいる。

(3) 借地法成立の過程

現行借地法の母体になっているのは大正 10 年第 44 議会に提出されたもので借地権の譲渡に関する条文は第 9 条の「第三者カ賃借権ノ目的タル土地ノ上ニ存スル建物ヲ取得シタル場合ニ於テ賃貸人カ賃借権ノ譲渡又ハ転貸ヲ承諾セサルトキハ賃貸人ニ対シ時価ヲ以テ建物ヲ買取ルヘキコトヲ請求スルコトヲ得」のみであった。この規定に対しては非難が強く大正 10 年 3 月 20 日貴族院委員会速記録に見られる「仮リニ一例ヲ挙ゲマスト茲ニ千坪ノ地面ガアル、是レガ一ヶ月地代金ガ百円、一坪十銭ト見テ百円ト見ル、ソレヲ以テ其地主ハ唯一ノ財産デ、他ニ財産ガナイ、ソレヲ一家生活ノ資トシテ居ル、然ルニ約束ノ半バ、或ハ中間ニ於テ家主ハ自分ハ茲デモウ家ヲ持ツテ居レヌカラ他ヘ売ル、他ヘ転宅スルカラ承諾セヨ、其時ニ地主タル者ハ御前ガ善良デ信用スルカラ御前ニ貸シタ、今度借ルト云フ人ガ余リ信用ガ出来ナイ、甚ダ面白ク無イト思フカラサウ云フ人ニ貸スコトハ私ハ承諾シナイ、斯ウ云フ事ニナル、ソレデハ強ヒテ買ハスル、此地主ハ買フ財産モ無ケレバ固ヨリ買フ意志モ無イノデアリマス、其時ニソレヲ強ヒテ買ハスルト云フ法律ノ結果、其辺ノ事情ハ政府ニ於テハ初カラ買フ意志モ無シ、又財産上モ出来ナイ、借金シテモ何デモ買ハセヌナラヌト云フ位マデニ地主ヲバ強圧的ニスルト云フコトハ、法ノ精神上如何ナモノデアラウカ」と言う鈴木惣兵衛の意見や、当該建物を地主に買取らせる場合借地権価格を含ませるか否かについての貴族院委員会における議論——「借地上ニ建テル建物ニ付テハ地上権等ニ付テ大分高い価格ヲ払フノデ、サウシテ初メテ家ノ譲渡ヲ受ケル訳ニナルノガ普通ノヤウデアリマスガ、場所ニ依ツテハ家屋其モノヨリ高い金ヲ払ハナケレバナラヌト云フヤウナコトハ方々デアルノデ、若シ地主ガ悪イ考デアルト云フト、斯様ナル場合ニ承諾ヲシナイデ、サウシテ、時価デ以テ家屋ヲ買取ル、サウシテ直チニ売出スト云フヤウナ場合ガ起ルカモ知レヌ、是ガ借地人ノ保護ヲ目的トスルト云フニ付テハ聊カ物足ラヌヤウニ考ヘルノデアリマスガ其点ハ如何デスカ」(大正 10 年 3 月 24 日、貴族院委員会速記録、内田嘉吉)。

「此権利金ト云フノハ結局其地上権、賃借権ヲ持ツニ付テノ利益金ダラウト思フ、サウ云フ次第デアリマスカラ、茲デハ地主ニ買取ラシメルノハ建物ノ、有形ノ実価ダケノ考デゴザイマス」「詰リ家ヲ買ツテ、サウシテ地主ニ向ツテ引続イテ家ヲ貸シテ呉レト云フヤウナ場合ニ初メテ此家屋ノ値段以外ニ高い権利金ヲ払ツテ居ル事実ハ認メルノデアリマスガ、此場合ノヤウニ使用スルコトガ出来ナイト云フヤウナ場合ニ、先ヅ権利金ヲ売主ニ払フト云フヤフナコトハナイノデナйкаト思ヒマス」(同右、山内政府委員)

「私ハ売ル人ノ方ニ付テ何ノ何某ニ売リタイト思フ、サウシテ家屋ノ實際ノ価格ヨリ高い値段デ売ラウト思ツテ居ルノニ、ソレガ地主ガ承知シナイ為ニ売レナイ、自分ハ売ラナイデ置クカ、若クハ安ク即チ得ベキ利益ヨリモ少ナイ価格デ以テ請求シテ売ラナケレバナラス、即チ借地人ガ少ナカラズ不便ヲ受ケルノデハナイカ」(内田)

「此案デハ結局買取ノ請求ヲスルモノハ要スルニ第三者デアルノデアリマス、此案ニ於テハ家屋ヲ売ツテ、所ガ売ツタケレドモ結局買主ニ於テ借地権ヲ取得スルコトガ出来ナカツタト云フ場合ニ、家ヲ安ク売ラナケレバナラス、其為ニ損害が生ジタト云フモノニ付テ地主ニ其権利金ノ賠償ヲシロト云趣旨ハ茲ニハ籠ツテ居ナイ、地主ノ方カラ持ツテ来テモ、地主ハ自分モ人ニ貸シタクナイ、外人間ニ貸シタクナイト云フ場合ニ、此家屋ヲ取得スルニ付テ此権利金タルモノハ抑モ地主ニ与ヘタ賃借権ノアル利益ノ負担デアラウ、之ヲ地主ニ更ニ買取レト云フコトニナルノハ、少シ又地主ニ酷デハナイカ、ト云フノデ此ノ点ニ付キマシテハ売主ニ損害賠償ノ請求ハ認メテ居ナイコトニナルノデアリマス」(山内)⁽⁶⁾——は当時の地主、借地人双方の考え方をよく示している。この9条の規定は土地所有者に対して間接的に譲渡の自由を強制したと考えられるが真の目的は建物取りこわしによる社会的損失の防止が大きかったと言われている。したがって賃借権の譲渡に関する判例は戦後に至るまで民法612条がそのまま適用されたのである。戦後は昭和34年の「借地借家法改正要綱試案」、昭和35年「借地借家法改正要綱」、昭和39年「借地借家法改正案要綱」を経て昭和41年3月「借地法等の一部を改正する法律案」が議会上程され現行借地法が成立したのである。現行の借地法が成立する過程において、昭和34年改正要綱試案⁽⁷⁾

以降賃借権の物権論争が行われて来たのであるが、次の政府当局の答弁からも当時の事情を知ることができる——「昭和34年に、この『要綱試案』というものを発表いたしました、さらに広く各方面の意見を求めたわけでございます。その概要につきましても前回の御質疑のときにお答えいたしておいたわけでございますが、日本弁護士連合会をはじめといたしまして、現在の借地借家関係を『要綱試案』のような形に持っていくとするのは妥当でない、一口に申しますればそういうような意見が非常に多いわけでございます。それならば『要綱試案』に盛られた内容のものは考慮に値しないかと申しますと、そうではないのでございまして、かりに物権化できないといたしましても、土地の利用、紛争の防止というふうなことを考えますならば、少なくとも現行のたてまえはたてまえとして、なおその上に改める必要性のある点があるわけでございますので、そういった点を取り上げて今回の改正案にいたしましたわけでございます。各界の反対理由といえますのは、主として賃借権を物権化するということに対して非常に強い反対でございまして、これは現在におきましても、先ほど申し上げましたように、地上権という物権がございまして、ございまして、この物権である地上権と債権関係に基づいて発生いたします賃借権というものの比率は、はるかに賃借権のほうが多い。現行法におきましても、物権にしたいと思えば物権になし得る道があるのでございすけれども、それがなおかつ賃借権が多いという現実の事態もこれは無視できないわけでございますし、また現に存在いたします賃借権そのものを物権に改めるということになりますと、これは憲法上の問題も出てまいりまして非常にむずかしい問題がそれに伴って発生してくるかと考えられるわけでありまして、外部の多くの意見が、現段階で賃借権を物権にすることについて相当批判的な声が多いといたしますならば、一応差しおきまして現行法制のもとにおける最小必要限度の改正はする必要があるというふう⁽⁸⁾に考えるわけでございます」——の発言は賃借権の物権化については当時賛否両論が対立していた事を物語るものである。特に反対意見の内、民事の実務にたずさわる日本弁護士会が時期尚早であるとの反対意見をのべた事について痛烈な批判もあるが⁽⁹⁾、我が国の現行民法における借地関係は物権法上の地上権によるものと、債権法上の賃借権によるものと、二本立であり、当事者は契

約自由の原則からしていずれを選択するかは自由である。物権と債権を区別している我が民法にあってはこの原則はくずすべきではない。民法の立案者は建物の所有を目的とする借地は地上権によるであろうと予測したようであるが、地主を拘束し借地人を有利にする地上権設定を拒否するのが当然の成り行きであった。⁽¹⁰⁾したがって土地の貸借にあたって、法定地上権を除いて物権たる地上権の設定は皆無と言ってよく、大半が賃借権によるものであることを見れば賃借権を物権化する事は貸地が極端に減少する要因になると考えられ、住宅政策の上からも一考を要する点である。現に昭和41年の改正借地法の成立の前後から極端に借地件数が減少している事実（前掲図参照）を見てもそれが理解できる筈である。

(4) 現行法解釈と理論構成

賃借地上の建物を譲渡する場合次のような形態が考えられる。

① 地主の承諾を得て譲渡する場合、すなわち民法612条「賃借人へ賃貸人ノ承諾アルニ非サレハ其権利ヲ譲渡シ又ハ賃借物ヲ転貸スルコトヲ得ス」の規定通りに従う場合。

② 地主の承諾が得られない場合、借地法9条の二「借地権者が賃借権ノ目的タル土地ノ上ニ存スル建物ヲ第三者ニ譲渡セントスル場合ニ於テ其ノ第三者ガ賃借権ヲ取得シ又ハ転借スルモ賃貸人ニ不利トナルオソレナキニ拘ラズ賃貸人ガ其ノ賃借権ノ譲渡又ハ転貸ヲ承諾セザルトキハ裁判所ハ借地権者ノ申立ニ因リ賃貸人ノ承諾に代ハル許可ヲ与フルコトヲ得此ノ場合ニ於テ当事者間ノ利益ノ平衡ヲ図ル為必要アルトキハ賃借権ノ譲渡若ハ転貸ヲ条件トスル借地条件ノ変更ヲ命ジ又ハ其ノ許可ヲ財産上ノ給付ニ係ラシムルコトヲ得」により地主の承諾に代る裁判所の許可により有効に所有権を譲渡する場合。

③ 地主の承諾も裁判所の許可も得ずに譲渡した場合である。

①については判例上も余り争いの例を見ない。ただ賃借権譲渡に賃貸人の書面による承諾を要する旨の特約がある場合、書面による承諾を得ないでした譲渡について解除が許されるか、⁽¹¹⁾又目的不動産が賃貸人の債権者に差押えられたのちにも賃貸人に承諾する権限はあるかについて判例の見解は分れている。⁽¹²⁾

②は第三者が当該建物を取得しても地主が特に「不利となるおそれ」がないにかかわらず承諾しない場合、賃貸人の承諾に代わる許可を与えることができるとする形式的裁判である。「不利となるおそれ」については議論が多いが一般に経済的面と、人的面に分けて考察されている。経済的面については①譲受人の⁽¹³⁾資力、②土地建物の経済的用途、③⁽¹⁴⁾地主との競合、⁽¹⁵⁾が考えられ、人的面については①譲受人の社会的信用、②⁽¹⁶⁾人柄、がこれに含まれると解してよく、地主の単なる好き嫌いは「不利となるおそれ」の判断基準に該当しない。

③については判例の態度は大きく変遷している。戦前の大審院判例では「無断譲渡」にあたるとされる場合は広く解除を認めていたのに対し⁽¹⁷⁾、戦後は最高裁判例も容易に解除を認めなくなり、その解除を否定する理論構成も多様化している。一般に次のように分類しているようである。①譲渡にあたらないとするもの、②賃貸人の承諾を擬制するもの、③承諾拒否が権利濫用、信義則違反になるとするもの、④賃借人側に違法性阻却事由があるとするもの、⑤背信行為とならない特別の事情があるとするもの、⑥解除権行使が権利濫用になるとするものである⁽¹⁸⁾。以上6形態の理論構成の妥当性について検証することは紙幅の都合上許されない⁽¹⁹⁾ので、⑤についての理論「無断譲渡が賃貸人に対する背信的行為と認めるに足りない特段の事情がある場合は解除権が発生しない」とする判例理論⁽¹⁹⁾につき若干の考察を試みることにする。

〔註〕

- (1) 都会地区に限定施行されたもので、存続期間の法定、法定更新(2条～9条)建物取得者の買取請求(10条)、地代の増減請求(12条)等を規定した。
- (2) 水本「借地借家法の現代的課題」188頁以下
鈴木、前掲書 72頁
幾代「イギリス法」有斐閣
- (3) Art. 553. Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans rait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment.

- (4) § 1. Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht, auf oder Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (Erbbaurecht)
- (5) § 5. Als Inhalt des Erbbaurechts kann auch vereinbart werden, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf.

Als Inhalt des Erbbaurechts kann auch vereinbart werden, dass der Erbbauberechtigte zur Belastung des Erbbaurechts mit einer Hypothek, Grund- oder einer Reallast der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Ist eine solche Vereinbarung getroffen.

So kann auch eine Änderung des Inhalts der Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder der Reallast, die eine weitere Belastung des Erbbaurechts enthält, nicht ohne die Zustimmung des Grundstückseigentümers erfolgen.

- (6) 渡辺「土地建物の法律制度」266頁以下
- (7) 星野「借地借家法」282頁
- (8) 第51国会参院法務委員会議録26号 3頁, 政府委員法務省民事局長新谷正夫氏答弁
- (9) 水本, 前掲書 81頁以下
- (10) 鈴木, 前掲書 15頁以下
- (11) 最判第一小法廷, 昭和44年2月13日 民集23巻2号 316頁「賃借権譲渡に賃貸人の書面による承諾を要する旨の特約があるにもかかわらず, 賃借人が賃貸人の書面による承諾を得ないで賃借権を譲渡した場合であっても, 右書面による承諾を必要とした特約の趣旨その他諸般の事情に照らし右譲渡が賃貸人に対する背信的行為であると認めるに足りない特段の事情が存する事実について賃借人から立証がなされたときには前記特約に基づく賃貸借の解除は許されない」。
- 東京地判, 昭和27年2月13日 下級民集3巻2号 191頁「右特約は承諾の効力を文書作成にかからしめるものであって, このような合意による要式行為はわが法制上明文ある場合を除いて無効と言うべきである。」これに対し最判, 昭和41年7月1日 鈴木, 前掲書 1114頁「この種の特約は継続的な賃貸借契約関係において賃貸人の承諾の有無についての法律関係を明確にし将来の紛争を避けんとするにある」から有効であるとする。
- (12) 東京地判, 昭和37年12月25日(下民13, 12, 2568)「抵当権実行による競売

開始決定後に目的物の所有者の承諾を受けて譲渡された賃借権は競落に対抗できる」

東京地判，昭和30年10月10日（下民6，10，209）——借家事件「差押後に所有者の承諾をえて賃借権を譲受けても競落人に対抗しえぬ」鈴木，前掲書1121頁

- (13) 東京地判，昭和42年12月26日（判タ216号 251頁）
- (14) 東京地判，昭和42年10月18日（判時499号 51頁）
- (15) 譲渡により近隣地主の営業と競合が生ずるため地主の収入が減少する恐れのある場合
- (16) 東京地判，昭和44年2月19日（下民20，1，2，56）
- (17) 大判，大正8年11月24日（民録25，2096）
- (18) 星野，前掲書 323頁以下，鈴木，前掲書 1244頁以下
- (19) 最判，昭和28年9月25日（民7巻 979頁）
 - 同，29年10月7日（民8巻 1816頁）
 - 同，30年9月22日（民9巻 1294頁）
 - 同，31年5月8日（民10巻 475頁）
 - 同，36年4月28日（民15巻 1211頁）
 - 同，38年10月15日（民17巻 1202頁）
 - 同，36年4月28日（民15巻 1211頁）
 - 同，38年10月15日（民17巻 1202頁）
 - 同，39年1月16日（民18巻 11頁）
 - 同，39年6月30日（民18巻 991頁）
 - 同，40年6月18日（民19巻 976頁）
 - 同，43年4月24日（民23巻4号 855頁）

三 無断譲渡に関する理論構成

(1) 民法612条と借地法9条の二

民法612条に関する「背信行為論」は昭和28年9月25日最高裁判例が最初である。判決理由の中で「元来民法612条は賃貸借が当事者の個人的信頼を基礎とする断続的法律関係であることにかんがみ，賃借人は賃貸人の承諾がなければ第三者に賃借権を譲渡し又は転賃することを得ないものとすると同時に，

賃借人がもし賃貸人の承諾なくして第三者をして賃借物の使用収益を為さしめたときは、賃貸借関係を継続するに堪えない背信的所為があったものとして賃貸人において一方的に賃貸借関係を終止せしめ得ることを規定したものと解すべきである。したがって賃借人が賃貸人の承諾なく第三者をして賃借物の使用収益を為さしめた場合においても、賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信的行為と認めるに足らない特段の事情がある場合においては、同条の解除権は発生しないものと解するのを相当とする⁽¹⁾とし、裁判官5人中3人の多数をもって当見解を採用した。これに対して少数意見は「民法は賃貸人の承諾を得ない賃借権の譲渡、転貸はそれ自体をもって賃借人の背信的行為とみて規定しているのである。それゆえ賃貸人の承諾を得ない賃借権の譲渡、転貸のうちに背信的行為になるものにのみ民法612条が適用され、背信的行為にならないものには右規定の適用がないという趣旨で立法されたものでないことは疑いを容れないところである」と言う解釈を示したが入れられなかったのである。その後この少数意見に同調する判決——「(昭和31年12月20日 最高裁第一小法廷)法律は賃貸借の内容の如何を問わず一様に無断転貸を賃貸人に対する背信行為として賃貸借契約を解除し得べきことを規定したものと解せられる」——もみられたが、先に見たように矢つぎ早に「背信行為論」が積み重ねられ学者もこの判例理論に同調するに至ったのである。

しかし「背信行為」と認めるに足らない特別な事情とはいかなる内容をいうのか、判例は明確な基準を打ち出していない。有力学説は民法612条の信頼関係は物質的な *sachlich* 信頼関係であり、端的には賃貸人の経済的利益が害されないことであると主張されるが、解除の可否が問題となるすべてをこの見解のみで把握することは困難であろう。したがって「信頼関係」というのは解釈論が生み出した抽象的な判断基準であり、背信行為の存否につき統一的基準を画定することは不可能と言えよう。

次に借地法9条の二と612条の関係であるが地主に無断でしかも代諾許可の申立もなく賃借地上の建物を譲渡した場合について有力学説は次のように説明する。「借地法9条の二に関係する一応の見解としては、裁判所に許可の申立をしないで無断で譲渡転貸したときは、それだけで容易に背信性を認定でき、し

たがって容易に解除事由となるという見解(第一考)、従来の判例のみとめてきた「信頼関係」法理の線だけはそのままみとめ、その線内のケースなら、許可の申立をしない無断譲渡転貸でも解除事由にならない、したがって、申立ケースと二本立の法規範が存在するという見解(第二考)、「信頼関係」法理が形成、進展の歩を止めず、しだいにその範域を拡大し、許可の申立なき無断譲渡転貸でも解除事由となりえないケースを増大させ、非訟手続の性格を変化させるという見解(第三考)、とがある。第一考は法の解釈を形式的に厳格化し、立法作業を過大に評価する思考方法であり、形式的民主主義を実質的民主主義ととりちがえる基本的誤りを犯している。第二考は「信頼関係」法理をどう理解するかによって、ニュアンスが予想される。「信頼関係」法理の判例を現状のまま固定させることができると考えれば、ときに第一考にもどってしまう。なぜなら社会生活は不断に進歩するから、相対的に退歩型発想のカテゴリーに転化してゆくからである。しかしこの第二考では「信頼関係」法理を非訟手続にスライドさせ、利益衡量をしながら、財産上の給付を制限する判例を形成する作用をもちうることも充分考えられよう。そうでなければ利益衡量の停止となってしまうからだ。その意味では、利益衡量にたつ現実主義的発想に適合した思考態度といえるかもしれない。第三考は「信頼関係」法理の形成された実情を、社会生活の必然的な要請としてとらえ、そうして、それとの対比において、昭和41年の借地法9条の二の新設を批判的に評価する思考態度といえようか。ひろい意味での法社会学派の発想に適合した思考態度といえるかもしれない。もっともこの第三考の中にも、許可の申立を形式的・外面的にも無用ならしめるものと、許可の申立の中に「信頼関係」法理を導入し、非訟手続を内部から実質的に利益衡量する立場(第二考後者に近い)と予想されるが、いずれにしても「信頼関係」法理が形成・進歩の歩みを止めないとみている点では共通している。これも一つの現実主義であるが、歴史主義的イデオロギーが底流をなしていることもすくなくないであろう⁽³⁾と分類説明する。他の学説もこの見解と大差ない⁽⁴⁾。

抽象的判断基準である背信行為論に拘束された612条の解釈と借地法9条の二の規定から生ずる様々な見解の対立は益々借地関係を複雑なものにし、今日

の我が国における宅地供給事情を悪化させる要因にもなっている（土地所有者の土地供給上の不安要因）。

（2）背信行為論にかわる授權関係論

① 賃借地上の建物の譲渡に関する一般的見解は「賃借権の譲渡は譲渡人との間の譲渡契約としては、①他人の物の売買契約と同様に常々有効に成立するが、譲受人が賃貸人に対する関係で賃借権を有効に取得しうるかどうかは、賃貸人の承諾の有無によって定まる。従って賃借人が賃借権を譲渡し、有効に賃借権を取得させることができないときには、あたかも権限がない他人の物を譲渡した場合と同様の責任を負うべきことになる⁽⁵⁾。したがって②借地上の所有建物を譲渡した場合には借地権も原則として譲受人に移転する。しかし賃貸人の承諾がない場合は賃貸人は賃借人と譲受人との関係を見做し依然として賃借人に対して賃料の請求もできるし、契約解除もできる。したがって③賃貸人は譲受人に対しては、賃貸人対賃借人の関係が解除されなくとも、譲受人の占拠は不法なものとなり、賃貸人は譲受人に対して排除を請求し得る。売買契約の際その目的物である不動産のために存在するとされた地役権や借地権などの從属的受益が存在しない場合には、権利の瑕疵ある場合として売主に担保責任を認めるべきであって、民法は地役権の場合についてこの種の担保責任規定をおいたが、この規定は建物の売買において存在するとされた借地権が存在しなかった場合にも類推適用すべきである⁽⁶⁾」とする。また④「賃借地上の建物の所有権と、賃借地権は主物と從物の関係にあり、賃借地上の建物が譲渡された場合は当然に賃借地権も譲渡されることになる⁽⁷⁾」と説明するが下線部分の①②③④は理論構成に一体性がなく納得できない。そしてこの理論構成の中に「信頼関係—背信行為論」が加わるとますます論理に連続性がなくなって来るのである。

私は借地関係における法解釈の混乱を解消させるためには民法 612 条の言う「賃貸人の承諾」と借地法 9 条の二で言う「裁判所の許可」を明確に定義づけることが出発点であると考え、そして今まで学説を検討して来た過程において「背信行為論」がいかに抽象的であり、今日の宅地供給のための借地関係に適さない理論であることも見て来た。私は民法 612 条及び借地法 9 条の二で言う「承

諾許可」を賃貸人の賃借人に対する「授権関係」としてとらえ、「賃貸人が不利となるおそれ」がないときは画一的要件にもとづき「法定授権」として理論構成できるものと解する。

② 私は賃借地上の建物の売買について、より緻密な納得のゆく理論構成として「授権関係による条件付法律行為論」を提言する。

「授権概念」Verfügungsermächtigung⁽⁸⁾については安達教授の「指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾」の一連の御研究の中で克明に紹介されているが、教授は授権概念を一個の学理上の概念として認める必要性について次の如く説かれている。「ドイツにおいては授権概念は一般に認められている。たしかに法の解釈適用上の技術概念として授権概念を認める必要があるか疑問の余地があろう。しかしいわば学理上の概念として民法の体系的把握にとって有意義であるならばこれを認める必要があるといわねばならない。」⁽⁹⁾

授権を定義すれば「自己の名による法律行為によって他人の権利範囲に干渉し得る権限の授与」を言うのであるが、これはドイツ民法 185 条の授権概念を一般化してつくられた概念であり、ドイツでは学理上の概念として民法の体系的把握という見地から一般に認められている。わが民法には授権に相当する規定はないが学説判例上事前の承諾、事後の追認として認められている。また安達教授の前掲書はドイツの学説を引用しつつ「授権」に相当する場合として「① 処分授権、いうまでもなく 185 条に直接定めるところの、自己の名をもって他人の権利を処分することに対する同意。② 権利取得授権 Erwerbsermächtigung、授権の効果として被授権者が自己の名において授権者のためになす物権取得行為によって授権者が権利を取得する授権。③ 取立授権 Einziehungsermächtigung、被授権者に授権者が有する債権を自己の名で取り立てうる権限を与える授権、判例及び多数の学説はこれを認める。④ 訴訟追行授権 Ermächtigung zur gerichtlichen Geltendmachung、授権者の権利を自己の名において裁判上行使しうる権限を被授権者に与える授権」と分類されている。以上のように 185 条より一般化してつくられた「授権」概念は基本的に共通した事象に対してさらに新たな類概念構成の可能性を生み、それが学理上の技術的な概念として法解釈上理論的整合性を有するならば承認されるべきである。

賃借人が建物の所有権を有効に譲渡するためには土地の利用権である賃借権を処分する権利を賃貸人から授權される必要があり、この授權関係の成立を停止条件として所有権は譲受人に移転することになる。したがって賃借地上の建物の売買契約は条件付法律行為であり、建物の譲受人は条件成否未定の間は条件付権利の取得にとどまり、条件成就（承諾—授權）により完全な所有権を取得することになる。譲渡人が故意にこれを侵害した場合は、条件付権利の侵害となるので損害賠償の対象となり、条件付権利を侵害する処分行為も無効となる。また第三者に対する関係において対抗要件をそなえるための登記手段もあり⁽¹⁰⁾、かかる対抗要件を備えた場合は第三者の処分そのものが無効となる⁽¹¹⁾。

次に借地法 9 条の二の「承諾に代わる許可の裁判」は賃貸人に不利となるおそれがない要件(前述 376 頁参照)が成立した場合は賃貸人が授權したと同じ関係を法律上成立させる制度でこれを「法定授權」と呼ぶことができる。そして民法 612 条においても賃貸人自身から授權がなくとも「法定授權」関係が成立する要件が備わる場合は解除権は発生しない。すなわち法定授權により譲受人は賃貸人と新たに契約関係に入り賃借人はこの契約関係から離脱することになる。授權も法定授權関係も成立しない場合には譲受人が代価を支払って建物を占有している場合、借地法 10 条が適用されることになる。

〔註〕

- (1) 最判, 昭和 28 年 9 月 25 日 (民, 79, 979)
- (2) 広中「契約法の研究」106 頁以下
- (3) 篠塚, 民商法雑誌 62 巻 2 号 319 頁以下
- (4) 星野, 前掲書 332 頁以下
水本, 前掲書 86 頁以下
- (5) 我妻「債権法」455 頁
- (6) 我妻, 前掲書 268 頁以下
- (7) 大判, 昭和 2 年 4 月 25 日 (民 182 頁)
我妻「民法総則」224 頁
- (8) 法学志林 61 巻 2 号
- (9) 安達, 前掲書 80 頁

- (10) 不動産登記法 2 条, 38 条
- (11) 我妻「民法総則」417 頁