慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	権利濫用理論の一つの終焉 : 対抗力なき土地賃借権と明渡請求
Sub Title	A close of the theory on abuse of rights
Author	田中, 実(Tanaka, Minoru)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1972
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.45, No.2 (1972. 2) ,p.29- 45
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	峯村光郎教授 退職記念論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19720215-0029

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

権利濫用理論の一つの終焉

——対抗力なき土地賃借権と明渡請求——

田中実

一　序説
二　権利濫用理論の展開と定着
三　対抗力なき土地賃借権と明渡請求
　——権利濫用理論の適用をめぐつて——
　(1)　最判・昭和四三年九月三日
　(2)　学説の概観と私見
四　むすび

一　序説

一　権利濫用の問題が論じられるときに、しばしば指摘される著名な格言として「権利は、濫用の始まるところに終る」というのがある。

では、権利濫用理論そのものが濫用され始まつたら、どうなるか。やはり、濫用理論の一つの終焉が訪れるのではあるまいか。そして、権利濫用理論に代つて、新しい他の理論が登場することになるのかもしれない。

そのような一つの事例を、対抗力なき土地賃借権と明渡請求の問題を通して観察してみようというのが本稿の目的である。

二　権利濫用理論は、その登場の当初から、一部の学者によつて「一般条項への逃避」として非難されていた。たしかに、正当なるべき権利の行使をチェックしようというのだから、権利濫用理論について基本的な疑問が浮ぶのは避けられない。それでも、近時の通説・判例は、要件や効果を模索しながら、権利濫用理論を是認してきたし、ついに、民法改正を機会に、それは民法典のなかにまで条文として採り入れられた。

しかし、権利濫用理論は、いわば「伝家の宝刀」であつて、軽々しく用いるべきものではない。もし権利濫用理論をしばしば用いてまで、ある権利の行使をチェックしなければならない事態が生ずるとしたら、むしろその権利の在り方自体に問題がある、といわなければなるまい。この検討を怠ることは、それこそ「一般条項への逃避」という非難に価するであろう。

三　本稿は、峯村光郎先生が本塾法学部を定年退職されるにあたり、積年の学恩に対する感謝と惜別の意をあらわすために書かれたものである。

思えば、もう三〇年の昔になる。昭和一七年春のこと、私は、最も親しかつた同級生Y君に連れられて、先生のお宅に伺い、先生のゼミナールの一員に加わるご許可をいただいた。それ以来、公私の両面にわたり、限りないご指導を受けてきた。私が学問の道に志すようになつたのも、一に先生の殊遇に甘えた結果であり、生来、不敏にして、かつ怠惰な私ごとき者が、いくたびかの挫折と停滞を経ながら、どうにか今日に至ることを得たのも、ひとえに先生のご庇護の賜物である。とりわけ、単なる条文解釈学に堕さず、つねに原理的なものへの関心を持ちつづけることができたのは、まつたく先生のご啓発によるものといわなければならない。

ここに、まことに拙いものではあるけれども、本稿を捧呈し、併せて、先生のこんご一層のご健康とご活躍とをお祈り申しあげるしだいである。

二　権利濫用理論の展開と定着

四　わが民法一条三項に規定されている権利濫用の法理は、周知のように、昭和二二年の民法改正にさいして導入されたものである。もとより、この権利濫用の法理は、そのときに突然あらわれたものではなく、実はそのバックに、大正年間から昭和にかけての判例および学説による長い展開過程があることを知らなければならない。

もともと近代的民法秩序においては、法的人格平等の原則等とならんで、権利の絶対的な保障も原則化され、権利の行使は、ほとんど無制限に自由なものとして是認されていた。いわゆる「自己の権利を行使する者は、何人に対しても不法を行うものではない」(Qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam) とか「自己の権利を行使する者は、何人をも害することはない」(Qui iure suo utitur, neminem laedit) とかいう法諺は、元来がローマ法上の原則であつたにもかかわらず、久しく近代私法学界を支配したのであつた。

ところが、近代資本制社会は、一九世紀以降、きわめて高度の発展をとげ、それの反面として、個人あるいは団体のあいだの利害の対立・衝突がしだいに複雑かつ深刻化することとなり、権利行使を各人の自由に委ねることから生ずる各種の弊害がようやく顕著となつた。かくて、近時の自由主義的思想への反省、ないし社会主義的思想の興隆につれて、従来の権利行使の絶対的自由に対する反流があらわれることとなつた。権利濫用禁止の法理は、ここに登場したわけである。[1]

(1)　谷口(編)・注釈民法(1)八九頁以下(植林)参照。

五　権利濫用観念の展開過程をさかのぼると、その原初的形態は、まず、いわゆるインミッションないしニューサンスの法理として——つまり不法行為の体系のなかに現われた。わが国の判例法についてみれば、たとえば——

(a)　アルカリ製造会社の硫煙により農作物に被害を受けた者が、会社に対し不法行為による損害賠償を請求。一審と二審

では、その請求が認められたが、大審院では、「其目的タル事業ニ因リテ生ズルコトアルベキ損害ヲ予防スルガ為メ、右事業の性質ニ従ヒ相当ナル設備ヲ施シタル以上ハ」損害賠償の義務なき旨を判示した（大判大正五年一二月二二日民録二二輯二四七四頁）。

(b) 地主が借地人に対する家屋除去土地明渡の執行をなすにあたり、乱暴な取扱いをしたために材木の用をなさなくなつた。大審院は、不法行為として損害賠償責任を認めた。「権利行使ノ場合ト雖モ、故意又ハ過失ニ因リ其範囲ヲ超越シ失当ナル方法ヲ行ヒタルガ為メニ他人ノ権利ヲ侵害シタルトキハ、侵害ノ程度ニ於テ不法行為タルモノト為サザル可カラズ」（大判大正六年一月二二日民録二三輯一四頁）。

(c) 信玄公旗掛けの松といわれる名木が汽車の煤煙のために枯死した事件について、大審院は「煤煙予防ノ方法ヲ施サズシテ煙害ノ生ズルニ任セ該松樹ヲ枯死セシメタルハ、其営業タル汽車運転ノ結果ナリトハ云ヘ社会観念上一般ニ認容スベキモノト認メラルル範囲ヲ超越シタルモノ……」と論じて、賠償責任を認めた（大判大正八年三月三日民録二五輯三五六頁）。

これらの判例を通じて、権利濫用禁止の法理がしだいに成熟してゆくのであるが、考えてみれば、これらの判例は、実は権利濫用の観念が不法行為に応用されたものでしかない。

つまり、判例は、権利の行使にも社会観念上容認される或る一定の限界が伴うものだということを述べてはいるけれども、具体的には、その一定の限界をこえて権利が行使された場合に、一種の不法行為として、発生した損害を賠償すべき責任を認めるだけにとどまり、権利の行使そのものを許さないとまではいつていない。その意味では、権利濫用禁止の法理の働き方としては、かなり消極的だと評価されるわけである。

六　しかし、昭和期に入つて、判例の態度は、やがてもう一歩をふみ出し、社会観念上容認されるべき限界をこえたとみられる場合には、権利の行使そのものが許されなくなることを論ずるにいたつた。

このような権利濫用理論の形成は、私権のなかでも最も代表的な所有権――とりわけ、他の権利と接触するところの大きい土地所有権――の濫用をめぐつて展開されていつた。この系統に属する重要な判例としては、たとえば、――

(d) 鉄道会社が温泉経営のため引湯用木管を設置したところ、誤つて他人の土地の一部に無断で通過させてしまつた。その木管の通つている山腹の土地を買受けた者が、その木管の通つている部分がわずか二坪に足りないのに、木管を撤去するか、そうでなければ右土地三千坪を高価に買取るかと要求した。大審院はこれを「如上ノ行為ハ全体ニ於テ専ラ不当ナル利益ノ攫得ヲ目的トシ所有権ヲ以テ其ノ具ニ供スルニ帰スルモノナレバ、社会観念上所有権ノ目的ニ違背シ其ノ機能トシテ許サルベキ範囲ヲ超脱スルモノニシテ権利ノ濫用ニ外ナラズ」と論じた[2]（大判昭和一〇年一〇月五日民集一四巻一九六五頁）。

(e) 電力会社が発電用水路としてつくつたトンネルが無断で他人の土地の下を貫通した。地主からその除去を要求したところ、大審院は、「其ノ巨大ナル物資ト労力ノ空費ヲ来シ社会経済上ノ損失尠カラザルモノ」があるから、地主は「唯損害賠償ヲ得テ」甘んずべきだとした（大判昭和一一年七月一〇日民集一五巻一四八一頁）。

(f) 鉄道会社が線路敷設工事をするにあたり、無断で他人の所有地を埋立て、しかもその裁判上・裁判外の抗議をも無視して工事を完成させた事件について、大審院は詳細に事実を説明した後、「強テ之ヲ除去セントセバ同地方ニ於ケル重要交通路ニ長期ニ亘リ著シキ不便ト危険ヲ招来シ一般公共ノ利益ヲ阻害スルコト甚シキノミナラズ、該工事モ亦技術上至難ニシテ尠ナカラザル日時ト費用トヲ要スルモノナルコトヲ看取」できると述べ、地主の原状回復請求を拒否した（大判昭和一三年一〇月二六日民集一七巻二〇五七頁）。

(2) 余りにも著名な判決ではあるが、田中「権利の濫用」（ジュリスト増刊民法の判例）四頁以下参照。

七　これらの判例を通じて、権利濫用理論は新しい展開に入つた。すなわち、権利濫用の成立要件の扱い方に、一つの傾向が生じたのである。

一般に、権利濫用の成立要件としては、主観的要件と客観的要件とが考えられる。主観的要件とは、権利行使者が相手方に対して加害意思ないし加害目的を有していることであり、また客観的要件とは、権利行使にあたつて対立する両当事者の利益の評価と比較衡量を意味する。この二種の要件は、権利濫用が成立するかどうかの判断にさいして、もとより両者相関的に考慮すべきものではあるけれども、いずれかといえば、しだいに主観的要件よりも客観的要件に重きをおいて判断する傾向が現われてきたようである。

右にあげた判例に即していえば、(d)のケースでは、相手方を困惑させ不当な利益を得ようとする権利行使者の主観的な意図（加害目的ないし加害意思）が――たとえ形式的には適法な権利行使という外観をとるにせよ――法の保護に価しないものとして評価され、そこに権利濫用の理論づけがなされている。ところが、さらに(e)(f)のケースについてみると、かような主観的な加害目的ないし加害意思ではなくて、当事者間の利害の衡平、ないし社会的な利益の評価という、むしろ客観的な面からの判断、あるいは権利それ自体の有すべき社会経済的目的（とくに公共性）の評価が、権利濫用の成否を判断すべき基準とされている。

現在のような私有財産制度のもとにおいて、権利濫用禁止の法理は、実質的に対立する個人または団体間の利益の調整をする機能を有すべきものなのだから、右のような判例の傾向は、たしかに妥当なものを含んでいる。したがつて、権利濫用の成立要件として、主観的要件または客観的要件という二種のものがあげられるにせよ、結果的には、客観的要件の方が主要な要件となり、主観的要件は単に副次的なものにすぎないとみることも、必ずしも不当ではないのである。(3)

(3) 田中「権利濫用」（民法演習Ⅰ）六頁、谷口（編）前掲九七頁（植林）など参照。

八　およそ右のようにして、権利濫用をめぐる多くの判例は、権利濫用の成立要件や効果など、さまざまな問題点を明らかにしてきたのであるが、その判例の展開と呼応して、学説による理論的擁護があつたことは、改めて指摘するまでもあるま

い。[4]

判例・学説の両面からする権利濫用理論の成熟化は、ついに、昭和二二年の民法改正を契機として、権利権用の禁止を明示する条文となつて、その実を結んだ。ここに、権利濫用理論は、民法体系中に定着した、ということもできよう。

その後も、判例・学説による権利濫用理論の推進には目覚ましいものがあるが、とりわけ、昭和三七年、権利濫用理論を最も精力的に究明してこられた末川博士の古稀を記念する論文集・『権利濫用の研究』上中下三巻が刊行されたことは、まさしく権利濫用理論の集大成として高く評価さるべきものである。

(4) 末川・権利濫用の研究をはじめとして、多くの文献があるが、簡明な要約として、たとえば谷口（編）前掲九一頁以下（植林）など参照。

九 ところで、このような権利濫用理論の集大成は、たしかに、一つの頂点への到達を示すものではあるが、それが、一方で、理論適用の飛躍的精密化をもたらす反面、他方で、この理論のもつべき機能的限界性の指摘を含んでいることを、看過すべきではない。

たとえば、「所有権の濫用」の問題を考察された舟橋教授[5]は、すでに不法行為や妨害排除請求について唱えられている、いわゆる相関関係説[6]の拡大適用を試みられ、所有権の行使が濫用になるか否かは、けつきよく当事者間に存する各種事情や利害の相関的・綜合的考慮によつて決すべきものであり、したがつて、むしろ「所有権濫用法理からの脱皮が必要なこと[7]」を指摘しておられる。

舟橋教授によれば、「元来、所有権濫用の理論は、所有権を出発点とするものであつて、所有権の主張を例外的に制限しようとすることが、所有権濫用法理の本来の行き方[8]」であるべきところ、原則と例外との区別が不明確になり、徒らに混乱するばかりか、相対的なものになつてしまうようでは、理論として透徹を欠くし、むしろ率直に「所有権濫用法理は、少くともその重要な側面において過去の使命を終り、より高次な相関関係の理論に席を譲るべきだ[9]」と主張されるわけである。

右のような所有権濫用法理の理論としての限界性の指摘は、まさしく現社会における所有権制度それ自体の内在的批判を含むものであり、卓見といわなければならない。その驥尾に附して、とくに土地賃借権の対抗力の問題を中心に、同じく権利濫用理論を検討してみよう。

（5）舟橋「所有権の濫用」（末川先生古稀記念・権利の濫用（中））一頁以下、とくに二三頁以下参照。
（6）我妻「事務管理・不当利得・不法行為」（新法学全集）一二五頁以下、加藤「不法行為」（法律学全集）一〇六頁以下、舟橋「物権法」（法律学全集）二五頁以下等参照。
（7）舟橋前掲「所有権の濫用」三二頁。
（8）同三一頁。
（9）同三二頁。

三　対抗力なき土地賃借権と明渡請求

――権利濫用理論の適用をめぐつて――

(1) 最判・昭和四三年九月三日――事実関係と判旨

一〇　土地賃借権の対抗力は、制度上、その賃借権の登記をなすか（民六〇五条）、またはその借地上の建物につき登記をなす（建物保護法）ことによつて認められる。前者の方法は、賃貸人（土地所有者）の協力がないかぎり、賃借権者としては不可能であるが、後者の方法は、借地上に建物を所有する以上、賃借権者が単独でなしうるものであり、賃借権の対抗力を得ようとする賃借権者にとつて、最も簡単で確実な方法である。

しかし、取引界の実状では、この容易な方法ですら余り利用されず、したがつて対抗力を具えない賃借権が少なからず存在しているようである。[1] そこで、これに対して、賃貸人（土地所有者）から土地を買受けたような第三者から、賃借権を否認し、土地の明渡を求めたら、どうなるか。対抗力を具えていない以上、一般には、明渡請求を認め、ただ当事者間の事情の

如何によつては、権利濫用禁止の法理によつて明渡請求を抑えるのが、従来の判例の態度であつたが、最近、最高裁判例にきわめて注目すべきケースが現われた。それが、最判・昭和四三年九月三日であり、[2] 私が本稿で取上げるテーマの問題意識を生じたのは、実は、この判例の検討からであつた。

(1) 我妻ほか「不動産の登記」六一頁以下等参照。

(2) ケースそのものは一つであるが、後述するように、第二審判決に対し原被告双方から上告がなされたため、最高裁判決は二つ出されている。

一一　まず、本件の事実関係は、大要つぎのとおりである。

大阪の事件。訴外Aは、甲地および乙地を所有していた。甲地上にAは建物も所有していたが、Y_1がそれを借受け、後に戦災により焼失。戦後、Y_1は同地を賃借の上、地上に建物を建築所有し（ただし、保存登記なし）、洋家具製造販売業を始め、やがて個人企業の株式会社Y_2を設立し、営業はY_2名義で行われている。つぎに、乙地については、Y_3が無断で建物を建築し、後にAの承諾を得て、適法な借地権となつた。同建物につき、昭和二七年一〇月三日、保存登記をなしたが、やがてY_3よりY_4に売却。その移転登記は、昭和三〇年になされている。

さて、原告Xは、右甲乙両地を昭和二七年九月一六日に買受け、翌日移転登記を経たうえ、明渡を請求する本訴を九月三〇日に提起した。

実は、AはXの父と懇意であり、同人に依頼してXより借金したが、返済の見込がなく、けつきよくXに右土地の買取を求め、その代金の一部で、借金の返済にあてたわけである。Xは、当初、右土地の利用方法を考えず、また借地権の対抗力の問題も知らなかつたのであるが、叔父にあたる弁護士から法律知識を得て、Y側に対抗力がないのを奇貨として、本訴に及んだものである。

一二　訴訟の経過をみるに、第一審・大阪地判昭和二九年一一月九日においては、X勝訴とされた。理由として、Y側に賃

借権の対抗力が存しない以上、保護は与えられるべきではない、またXに対する権利濫用との抗弁は出ているけれども、その十分な立証がないから採用できない、と述べられている。

第二審・大阪高判昭和三九年三月三〇日(高裁民集一七巻二号九七頁)においては、Y_1 Y_2に対するXの土地明渡請求は棄却されたが、Y_4に対する明渡請求は認容され、またY_1 Y_3 Y_4は損害金を支払うべきものとされた。判旨の要点は、つぎの三点にわたつている。

(1) XのY_1に対する明渡請求は、権利濫用として許されない。XはY側に対抗力のない事情を奇貨として明渡請求したものであり、Xに土地の必要性は乏しく、他面、土地明渡によるYの損失は莫大。しかも職権で調停に附したところ、Xの態度が強硬で不調となつた。

(2) ただし、Y_1の土地使用は、権限なき占有であり、損害金を払うべきものである。

(3) Y_2については相当因果関係がなく、これに対する損害金請求は当らない。Y_3は既に退去しているから関係ない。Y_4が家屋を買受けたのは、Xの土地取得後であり、Y_4に対する土地明渡請求は権利濫用とは認められない。したがつて、Y_4は土地を明渡すべきであり、またY_3 Y_4は損害金を払うべきものである。

右の(2)に対し、Y_1が上告。これが第一ケースである。つぎに(1)(3)に対し、とくにY_2会社の点についてXが上告。これが第二ケースである。

一三　最判・昭和四三年九月三日は、右の二つの上告に対応している。(3)

(一)「……建物収去・土地明渡を請求することが権利の濫用として許されない結果として、上告人が建物収去・土地明渡を拒絶することができる立場にあるとしても、特段の事情のないかぎり、上告人が右の立場にあるということから直ちに、その土地占有が権原に基づく適法な占有となるものでないことはもちろん、その土地占有の違法性が阻却されるものでもな

いのである。したがつて、上告人が被上告人に対抗しうる権原を有することなく、右土地を占有していることが被上告人に対する関係において不法行為の要件としての違法性をおびると考えることは、被上告人の本件建物収去・土地明渡請求が権利の濫用として許されないとしたこととなんら矛盾するものではないといわなければならない。されば、上告人が前記土地を占有することにより被上告人の使用を妨害し、被上告人に損害を蒙らせたことを理由に、上告人に対し、損害賠償を命じた原判決は正当である。」

関与五裁判官の全員一致で、上告棄却。

(二)「……原判決挙示の証拠によれば、原審の前記事実の認定は是認することができ、当該事実関係のもとにおいては、XのY$_1$に対する本件建物収去・土地明渡の請求を権利の濫用にあたるとした原審の判断は正当である。」

「本件建物の所有者であるY$_1$は、Y$_2$の代表者であり、実質的には、本件建物の所有者であるY$_1$と占有者であるY$_2$とが一体となつて敷地である前記土地を不法に占有し、Xの使用収益を妨害していることは、原判文から十分うかがうことができるのであり、このような特段の事情があるときは、Y$_2$が本件建物を使用していることとXが右土地を使用できないこととの間には相当因果関係が存するものと解するのが相当である。……原判決は破棄を免れない。」

関与三裁判官の全員一致で、前段につき棄却、後段につき破棄差戻。

(3) 同日付で、二つの判決が出されている。前者は、最高民集二二巻九号一七六七頁のものであり、後者は、同一八一七頁のものである。

(2) 学説の概観と私見

一四 本件判決には、いくつかの重要問題が含まれているが、本稿では、紙数の都合上、Y$_1$に対するXの明渡請求が権利濫用と判断された点にしぼつて、検討することとする。

本件判決に対する学界の論評を眺めると、Xの明渡請求がチェックされたことについて、多くの賛成意見がみられる。もつとも結論的にはほぼ一致して賛成なのであるが、権利濫用法理が用いられたことについては、かなりの批判がある。[4]

判旨にあらわれた権利濫用の判断については、原審判決の詳細な事実関係の認定をそのまま基礎としているが、その要件構成の仕方を検討してみると、原告の主観的態様も考慮し、併せて当事者間の客観的な利害損失も比較しており、つまりいわゆる主観的要件と客観的要件との双方を考慮している点において、一応、権利濫用の判断としては正統的な態度を示したものということができよう。

ただ、認定された事実関係からすれば、被告側の借地権に対抗力が具備されていないのを奇貨として明渡請求をなしたとはいえ、それほど積極的な害意があつたわけではなく、したがつて、どちらかといえば、主観的要件の扱い方は軽くなされており、客観的要件に重点がおかれているものとみられる。[5]

同種事件についての先例をみると、最近の最高裁判決として、最判昭和三八年五月二四日（民集一七巻五号六三九頁）と、同昭和四二年八月二四日（民集二一巻七号一六八九頁）とが見出される。どちらも原審判決を維持した棄却判決であるが、内容的には、前者が明渡請求を権利濫用として抑えたものであるのに反して、後者は権利濫用を否定したものである。

権利濫用の成立を認めた昭和三八年の最高裁判決では、原告側に明白な害意があり、それが大きく評価されて権利濫用の判断が形成されており、その意味では、権利濫用の要件構成として最も正統的なものである。それに較べると、本件昭和四三年の最高裁判決は、右に指摘したように主観的要件の扱い方を軽くしたものであり、あるいは最高裁の態度として一つの転回を示すものともいえなくはないけれども、[6] 実は、判例における主観的要件の軽視・客観的要件の重視は、すでに昭和十年代以降にあらわれてきた一般的傾向であり、[7] むしろ本件昭和四三年の最高裁判決は従来の一般的傾向にそうものとみるべきであろう。

(4) 判例批評として星野・「判批」法協八七巻一号九三頁以下、山本・「判批」判評一二五号一二六頁以下、石田・「判批」民商六〇巻五号六九三頁以下、大隅・「判批」民商六〇巻五号七〇二頁以下、鈴木・「判例解説」法曹二一巻二号一四九頁以下等。

(5) 星野前掲判批も、これを指摘する。

(6) 星野前掲判批参照。

(7) 拙稿「権利の濫用」（ジュリスト増刊民法の判例）七頁参照。事案の内容は異なるけれども、最判昭和四〇年三月九日（民集一九巻二号二三三頁）のごときは、客観的要件の偏重を示している。

一五　さて、対抗力なき借地権者に対する明渡請求が権利濫用になるかどうかの問題をめぐつて、主観的要件を軽くし、客観的要件に重きをおいて判断するのが判例の傾向であり、しかも権利濫用の認められる要件がしだいに緩和されるとすると、[8] これは何を暗示するであろうか。

権利濫用の要件がどの程度まで緩和されるだろうか、その一層の緩和を予測するというのが、当面、穏健な観察ではあろうけれども、[9] この場合、権利濫用の認定の容易化が、けつきよく対抗力なき借地権者の保護をめざしているところから、すすんで、対抗力なき借地権者に対抗力を認めるとする理論の登場を予測することはできないであろうか。

というのは、右のような問題状況から、対抗力なき借地権者に対する明渡請求について、権利濫用法理の濫用される兆候が見出されるからである。つまり、対抗力なき借地権者に対する明渡請求が、或る一定の条件のもとに――とくに客観的要件に重きをおいて――ほぼ確実に権利濫用と判断されることは、その一定の条件のもとで、行使されるべき権利自体に内在的限界が生じていることを意味するものであり、これを逆にいえば、その一定の条件のもとで、対抗力なき借地権者に対抗力が認められることを意味するはずである。

先にも指摘したように、権利濫用法理のごとき一般条項は、本来、軽々しく用いるべきものではなく、その機能的限界を考えておくべきものである。再び舟橋教授の表現をかりるならば、「濫用法理からの脱皮」が必要な時期に至つたといえる

のではあるまいか。[10]

（8）このような傾向は、下級審判例に、相当はつきり現われ始めたようである。ただし、現在のところ、最高裁判例としては、明渡請求を認めたものが多く、事情により、権利濫用の法理を用いて借地権者の救済を図つている程度である。しかし、下級審判例の傾向は、やがて最高裁にも影響を及ぼしてゆくのではあるまいか、と私は考える。幾代（編）・注釈民法（15）二七九頁以下（幾代）、舟橋（編）・注釈民法（6）三一七頁以下（吉原）、とくに三四六頁以下、広瀬・「未登記借地権の対抗力」借地借家法の課題七頁以下、広中・借地借家判例の研究一五九頁以下、星野・借地借家法四〇六頁以下等参照。

（9）山本・前掲「判批」判評一二五号一二七頁参照。

（10）やや事情は異なるが、かつて民法六一二条二項における、賃借権の無断譲渡または無断転貸をした賃借人に対する賃貸人の解除権につき、その制限理論が、一般条項を過渡的に利用しつつ判例・学説により形成されたことは、周知のとおりである。

一六　さて、法定の対抗力をもたない借地権者の保護を、どのように構成してゆくべきだろうか。権利濫用理論から脱皮して、対抗力を認めてゆくとすれば、それはいかなる条件のもとに認めるべきものだろうか。

最近の学説では、借地権者に対し明渡を請求する新地主を、登記欠缺を主張しえない第三者として処理する――つまり、第三者に関する制限理論が、有力に主張されている。[11]

借地権者が対抗力をもつべき方法は、民法による賃借権の登記か、または建物保護法による借地上の建物の登記であり、その登記を経ていないことをついて新地主の明渡請求がなされるわけだから、このような相手方の登記欠缺を主張する点において、かの物権二重譲渡における対抗問題と類似するところがある。したがつて、借地権者の保護を、登記欠缺を主張しえない第三者という、第三者の制限理論をもつて構成することは、おそらく合理的な発想といつてよいであろう。

問題の焦点は、この場合の第三者の制限をどう考えるか、であるが、借地権者の保護という目的に即して考えるべきである。周知のように、物権法上の理論として、いわゆる背信的悪意者の排除は、既にほぼ確立されたものといつてさしつかえないところであつて、[12]問題の性質上、さしあたり、その理論を借用してくるのが妥当であろう。

そこで、借地権者に対し明渡請求をなしえない者として、まずいわゆる背信的悪意者の排除で考えることになる。しかし、背信的悪意者排除の理論は、もともと二重譲渡のさいの所有権の対抗関係――いわば所有権対所有権の関係で構成されたものである。当面の課題である、借地権者に対する新地主の明渡請求は、いわば利用権対所有権の関係であり、近時の利用権保護という立法・判例の一般的傾向に即してみれば、背信的悪意者排除の理論は、借地権保護のためには、さらに拡張されてもよいかのように思われる。

この点をきわめて明確に指摘されたのは、広中教授であり、判決の多くが権利濫用の法理を用いてその結論を正当化しているのは「過渡的段階の表現」であり、「あるべき命題は、およそ借地人が現に建物所有の目的で使用している土地を第三者が悪意で（この場合の「悪意」は「借地人を害することを知って」というのと同じと考えてよい）取得したときは借地人は法定の対抗要件をそなえていなくてもその借地権をもってこれに対抗しうる、というものでなければならないであろう」と主張しておられる。[13]

卓見であるとは思うけれども、悪意者全部の排除にまで理論を徹底させてしまうのには、率直なところ、やや躊躇せざるをえない。ことに、借地権の存在に関する悪意を、借地権者に損害を与えるという害意と同質的に解しておられること、また地上建物の存在に関する認識を、そのまま借地権に関する悪意におきかえてゆかれることには、若干の疑問が感じられるからである。[14][15]

つぎに、もつとも弾力的な理論を示されるのは星野教授で、背信的悪意者に限定せず、実質的に登記欠缺を主張する正当な利益を有しない者を第三者から外し、どのような者がこれにあたるかは、当事者間の種々の事情を比較考慮して判断するのがよい、と主張される。[16] いわゆる利益較量論の立場から、具体的事情にあわせて解決を図ろうとする、まさに魅力的な見解といえよう。

背信的悪意者以外にも、登記欠缺を主張する正当な利益を有しない者を見出すことができる点において効果的ではあるけれども、他面、背信的悪意者でありながら、登記欠缺を主張する正当な利益を有する者がありうるということになるのだろうか。私としては、背信的悪意者については、その全部を第三者から排除すべきであり、背信的悪意者についてさらに登記欠缺を主張する正当な利益を有するか否かを類型的に考える必要はないように思われる。背信的悪意者排除の理論は、既にほぼ確立されたものであり、これはそのまま借用する方が便宜でもあり、また明快なのではあるまいか。

(11) 判批として、星野・前掲、大隅・前掲等参照。

(12) 文献は多いが、舟橋（編）・注釈民法(6)三一七頁以下（吉原）に要領のよいまとめがみられる。

(13) 広中・「対抗要件は悪意の第三者に対しても必要か」民法の基礎知識五〇頁。同教授のこの主張は、いち早く、名古屋地判昭和三六年一〇月六日（判時二七九号二一頁）の判批において現われたものである。判評四五号一四頁以下、借地借家判例の研究一五九頁以下参照。

(14) 石田・「権利の濫用」（ジュリスト増刊・昭和四三年度重要判例解説）四三頁以下、同前掲「判批」七〇二頁参照。

(15) むしろ立法論であり、解釈論としては無理だとの批判もある。星野・書評「幾代＝鈴木＝広中「民法の基礎知識」」法学二八巻二号九二頁以下、民法論集Ⅰ三三八頁以下参照。

(16) 星野・借地借家法四一四頁以下、同前掲「判批」一〇五頁以下参照。

一七　現在のところ、私としては、基本的には背信的悪意者排除の理論を採用するのが最も合理的であろう、[17]と考える。というのは、背信的悪意者排除の理論は既にほぼ確立されたものであり、その適用を拡張することにさほどの抵抗がないと思われるからである。理論としてみた場合も、本件判旨の採るような権利濫用法理の濫用の恐れはないであろう。

おそらく、星野教授の指摘されるとおり、この背信的悪意者排除の理論をもつてしてカバーしきれない場合も生ずるにちがいない。そのような場合にこそ、例外的に権利濫用の法理を用いてはどうであろうか。これによつて、再び権利濫用法理の適用領域が見出され、その一般条項たる機能が最もよく発揮されることになるのではあるまいか。

(17) 同説として、大隅・前掲「判批」七〇八頁以下参照。なお、結果的同説として、鈴木・借地法（下）一〇五〇頁以下参照。

四　むすび

一八　以上を要するに、権利濫用理論には、一般条項としての守備範囲があり、それをこえて濫用されるべきではない。もしそれが濫用され始まるならば、それによつて新しい理論の登場が促され、その限り、権利濫用理論は一つの終期を迎える。そのような一般条項としての機能的限界を具体的に考えてみようというのが、私の意図であつた。

的確な論証をするためには、もつと広汎な判例・学説の分析が必要であり、また建物保護法における登記による対抗力附与という制度自体の合理性――とりわけ日本社会との適合性――の分析も不可欠であろう。しかし、既に所定の紙数に達してしまつたので、甚だ意に満たないものではあるが、他日の補完を期しつつ、ひとまず本稿を閉じることとしたい。

（一九七一・一二・六）