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

Title	〔最高裁民訴事例研究一五五〕土地の賃借人が地上に所有する建物の抵当権を設定しその登記を経たのち第三者が賃貸人の承諾を得て土地賃借権のみを譲り受けた場合と抵当権実行後の右土地賃借権の帰すう 土地の賃貸人が抵当権の実行による地上建物の競落人の土地賃借権取得を承諾したことにより右抵当権の設定登記後に賃貸人の承諾を得て土地の賃借権のみを譲り受けた者が賃借人としての地位を失った場合と賃貸人の責に帰すべき事由の有無(昭和五二年三月一一日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	本田, 耕一(Honda, Koichi) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1978
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.51, No.6 (1978. 6) ,p.95- 99
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19780615-0095

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.

以上のように私は、手形文言を当事者間の合意だけで（他の手形行為者の同意なしに）書き換えれば手形変造となるし、手形文言を書き換えないで合意をしてみても、それは手形外の一般的な問題としての債務不履行の問題とはなるが、少なくとも手形上は無効な合意と考える。

なお本件判決は、拒絶証書令の規定を引用し、これは学説の中にもみられる指摘であるが、拒絶証書は手形債務者債権者間で支払がなかつたという事実の確定方法を定めただけのことであるから、引用事例としては適切ではない、と考える。

以上の次第で判旨には疑問がある。

小宮山宏之

〔最高裁民訴事例研究　一五五〕

昭五二2（最高民集三一巻二号一七一頁）

土地の賃借人が地上に所有する建物に担当権を設定しその登記を経たのち第三者が賃貸人の承諾を得て土地賃借権のみを譲り受けた場合と抵当権実行後の右土地賃借権の帰すう

土地の賃貸人が抵当権の実行による地上建物の競落人の土地賃借権取得を承諾したことにより右抵当権の設定登記後に賃貸人の承諾を得て土地の賃借権のみを譲り受けた者が賃借人としての地位を失つた場合と賃貸人の責に帰すべき事由の有無

損害賠償請求事件（昭和五二・三・一一第二小法廷判決）

訴外AはY（被告・控訴人・被控訴人・上告人）所有の本件土地を賃借し、その上に抵当建物を所有していたが、敷地賃借権のみをX（原告・控訴人・被控訴人・被上告人）に譲渡し、これについてYの承諾を得る一方、同時にX・Y間では賃貸借を賃料一ヶ月坪一五円・一回限り譲渡可能・期間二〇年とする合意がなされた。ところがその後、右建物抵当権が実行され、訴外Bがこれを競落し、建物の所有権移転登記を経て引渡を受けたうえ、建物とともに取得した敷地賃借権についてYの承諾を得た。そこでXは、Yが訴外Bに右承諾を与えたことによつて自己に対して本件土地を使用収益させる債務は履行不能になつたとして、賃借権価格相当の損害額の内の一部、金四〇〇〇万円を訴求したのが本件である。第一審では、X・Y間での賃貸借に関する合意によつて、訴外A・Y間の賃貸借は合意解約され、改めて賃貸借契約が締結されたと認定し、他方訴外Bは、競落により建物とともに敷地賃借権をも取得していることを前提に、Yはこれに承諾を与えたことにより二重賃貸したことになるとし、Xの請求の一部を認容した。これに対しX・Y双方から控

訴。第二審では、X・Yの賃貸借に関する合意は、実質において訴外Aから承継した賃貸借関係を改めて確認し、その具体的内容を明確にするためのものに他ならないと認定したが、Xと訴外Bとは訴外Aから敷地賃借権を二重に譲受けた関係に立つとし、更に、賃貸人の承諾は使用収益させるべき債務を負担する性質を有するから、Yが二重賃貸を避けるためには訴外Bへの承諾は拒否すべきであったとして、Xの請求の一部を認容した。これに対しYが上告。その理由は、第一に、敷地賃借権に抵当権の効力が及んでいる場合、右賃借権を譲受けた者の権利は競売により覆滅される条件付賃借権であるところ、原判決は競落後もなお存続するとし、また、第二に、賃借権譲渡に対する賃貸人の承諾は、債務を負担する性質を有するとする点、原判決には判決に影響を及ぼす法令の解釈の誤りがあるというものである。

最高裁は、以下の通り判示してXの請求を棄却した。すなわち、「土地の賃借人が当該土地上に所有する建物に抵当権を設定したときは、原則として、右抵当権の効力が当該土地の賃借権に及び（最高裁昭和三九年(オ)第一〇三三号同四〇年五月四日第三小法廷判決・民集一九巻四号八一一頁）、右建物について抵当権設定登記が経由されると、これによって抵当権の効力が右賃借権に及ぶことについても対抗力を生ずるものと解するが相当であり（最高裁昭和四三年(オ)第一二五〇号同四四年三月二八日第二小法廷判決・民集二三巻三号六九九頁参照）、右抵当権設定登記後の土地賃借権の譲受人は、対抗力ある抵当権の負担のついた賃借権を取得するにすぎないのであるから、右抵当権の実行による競売の競落人に対する関係においては、競落人が競落によって建物の所有権とともに当該土地の賃借権を取得したときに、賃借権を喪失するに至るものというべきであり、さらに、競落人が右競落による賃借権の取得につき賃貸人の承諾を得たときには、右譲受人は、賃貸人との関係においてもまた賃借人としての地位を失い、賃貸借関係から離脱するに至るものと解するのが相当であって、賃貸人と譲受人及び競落人との間に二重賃貸借の関係を生ずるものではない。以後、賃貸人は譲受人に対して当該土地を使用収益させるべき義務を負わないのであるから、その履行不能を論ずる余地もないのである。そして、本来賃借権譲渡に関する賃貸人の承諾は、賃貸人との関係において有効に賃借権を譲渡することができるよう賃借権に譲渡性を付与する意思表示にすぎないのであるから（最高裁昭和二七年(オ)第一〇五五号同三〇年五月一三日第二小法廷判決・民集九巻六号六九八頁参照）、賃貸人は、譲受人に対し賃借権の譲受を承諾したからといって、そのために競落人への賃借権の移転を承諾してはならない義務を負うことになるとは解されず、前述のように賃貸人が競落人に対し賃借権の移転を承諾したことにともない譲受人が賃借人としての地位を失う結果となっても、それはもともと譲受人の取得した賃借権に付着していた抵当権の負担が具体化したことによるものにすぎないのであって、これをもって、賃貸人の責に帰すべき事由によるものとすることはできない」。

判旨に賛成

一　本判決は、第一に、建物抵当権及びその登記の効力が敷地賃借権にも及ぶことを前提に、右抵当権設定登記後の敷地賃借権の譲受人は、対抗力ある抵当権の負担についた賃借権を取得するにすぎないことを明らかにするとともに、第二に、その賃借権の譲渡についてなした承諾によって、賃貸人は右抵当権が実行された場合に、競落人への賃借権の移転に承諾を与えてはならないとの義務を負うものでないとし、賃借権の譲渡についての賃貸人の承諾は賃借権に譲渡性を付与する意思表示にすぎない旨を明らかにし、本件におい

て賃貸人が競落人への賃借権の移転を承諾したことによつて譲受人が賃借権を失う結果となつても、賃貸人の債務不履行は成立しないとした。第一審と原審とでは賃借権譲渡に伴つてなされたX・Y間での合意の認定が異なるが、Xはわずか（賃借権）時価の三分の一の金額を支払つて本件敷地賃借権の譲渡・承諾を受け、その内Yに支払つた承諾料は時価の二分の一から三分の一も安価な額であつたとされており、[1] 本判決の結論は本件の具体的解決としても妥当と思われる。なお、判旨第二の点については、[2] すでに高島平蔵教授が詳細な評釈を発表されておられる。卑見もほぼこれと一致するうえ、実体法上の問題でもあるので、ここではこれを取扱わない。従つて、第一の点のみを採り挙げ、加えて、手続法上の取扱いを摘示したい。

二　建物抵当権の効力が敷地賃借権にも及び、建物競落人は敷地賃借権をも取得するということについては、判例はすでに大審院時代から実質的には積極説の立場をとつてきたともいえる。[3] しかし、それは建物抵当権の効力が敷地賃借権にまでも及ぶとするのではなく、建物の競売の場合に、敷地賃借権については、別個に、たとえば建物の前所有者と競落人との間で譲渡の合意があつたことを推測・擬制するような構成を借りて同様の結論を導いていた。[4] 敷地賃借権に建物抵当権の効力が及ぶことを正面から認めたのは、本判決の引用する最判昭和四〇年五月四日が最初である。すなわち右判決は、敷地賃借権は「建物に付随し、これと一体となつて一の財産的価値を形成しているものであるから、建物に抵当権が設定されたときは敷地の賃借権も原則としてその効力の及ぶ目的物の範囲に包含される」、という。その後も最高裁は同趣旨の判決を出しており、[5] この点判例は確定しているといえる。学説においても、敷地賃借権を建物所有権の「従たる権利」とみて、従物に準じ、建物抵当権の効力が及ぶとすることに争いがない。[6] 建物がその経済的機能を発揮するには敷地利用権を不可欠の前提とするのであるから、両者を別個独立のものと取扱うわが法制度の下においても、客観的経済的統一性の見地から、原則として両者を共通の法的運命に服せしめることは、妥当な態度といえよう。

また、敷地賃借権に抵当権の効力が及んでいることについての対抗要件の問題については、大審院は、類似の問題である建物の売買とその従物たる動産の対抗要件について、当初積極説を採り、建物所有権移転登記によつてその動産についても対抗力を生ずるとした[7] が、その直後に消極説に改めた。[8] しかし近時、本判決の引用する最判昭和四四年三月二八日は積極説を採り、土地抵当権設定登記によつて抵当権の効力が従物に及んでいることについて対抗力を生ずるとした。学説においても積極説を採る点では争いはない。[9] 主物に対する抵当権の効力が従物（従たる権利）に及ぶことについては、主物についての登記があり、かつ、主物と従物（従たる権利）との客観的結合関係が存することによつて、すでに公示がなされているのだから、従物（従たる権利）については特別の公示方法は必要でないであろう。

ところで、このように、敷地賃借権を建物所有権の「従たる権利」

とみて、従物に準じ、これに建物抵当権及びその登記の効力が及ぶとする点では判例・学説に争いはないものの、その実定法上の根拠をいずれに求めるかについては、抵当権の効力が従物に及ぶことの根拠を民法三七〇条に求めるか、あるいは民法八七条二項に求めるか、あるいは両条に求めるかに学説上争いがあることと対応して、その類推適用されるべき規定に差異を生ずる。結論としては、民法八七条二項をも根拠に加えるべきか否かについては明確でないが、少なくとも民法三七〇条の付加一体物には従物をも含むものと解し、これを実定法上の根拠とすべきと思う。けだし民法三七〇条の附加一体物に従物を含ませないと、不動産の一部ないし構成部分は独立して権利の客体となりえない一物一権主義の下では、民法三七〇条本文は物権の効力範囲について自明の事理を述べたにすぎず、その存在意義は無に帰する。むしろ民法三七〇条の附加一体物に従物を含ましめ、同条但書前段の特約の登記（不登法一一七条）がない限り、抵当権の効力が従物に及ぶことに対抗力を生ずる点にこそ民法三七〇条の意義を認めるべきであろう。[11] また民法三七〇条との関係で抵当権の効力範囲を確定することは、抵当権の本質を把握し易いというメリットもある。[12]

いずれの説に立つにせよ、建物抵当権及びその登記の効力が敷地賃借権に及ぶとの結論は変わらない。そして、そうであるなら、建物抵当権設定登記後の敷地賃借権の譲受人は対抗力ある抵当権の負担のついた賃借権を取得するにすぎず、従つて右抵当権が実行された場合には、競落人との関係では賃借権は競落人に移転し、[13] 賃貸人が競落人への賃借権の移転を承諾したときには、譲受人が賃貸借関係から離脱するに至ることは、民法六一二条の関係からも当然といえる。

三　建物抵当権の効力が敷地賃借権に及ぶということは、抵当権者は建物と敷地賃借権とについて優先弁済権を有するということであるから、右抵当権の実行による競売の目的の範囲は建物とこれと一体をなしたる敷地賃借権ということになる。しかし現行競売法（及び民訴法）は建物とともに敷地賃借権が競売の目的となつた場合に、適切な処置を施す規定を備えていない。すなわち、競売の目的たる不動産上の賃借権については、その存否を調査・公告すべき旨の規定（競売法二四条五項、同二九条一項、民訴法六四三条一項五号・三項、同六五八条）等を置きながら、建物の存立の基盤となつている敷地賃借権については特別の考慮は払つていない。立法によるすみやかな解決が望まれる。

当面、最も問題となるのは、最低競売価額の決定に際して、敷地賃借権についての資料の収集方法であろう。これについては、執行官が建物についての賃貸借取調べ（競売法二四条、民訴六四三条三項）をなすときに、同時に敷地利用関係をも調査することとし、また、鑑定人が不動産の評価をなす（競売法二八条）際に敷地賃借権をも含めて評価することを促し、また利害関係人を競売法二八条の「適当ト認ムル者」とみなし、審尋等の方法によつて敷地利用関係の資料を収集し、これらを酌酌して裁判所は最低競売価額を定めるべきである。[14]

また、競売申立書及び競売開始決定には「競売ニ付スベキ不動産」の記載を必要とするが、特に敷地賃借権が表示されていない場合にも、建物の従たる権利として一体をなして競売に付されるものと解すべきである。

なお、強制執行法案要綱案第二次試案では、担保権の実行たる競売の開始決定には差押宣言を掲げるものとし（第一一九）、差押は不動産に付加して一体を為したる物及び従物・従たる権利に及ぶものとしている。また執行官及び評価人に敷地利用関係についての強力な調査権を与え（第六六・第六七）、売却条件を定めるに際しては不動産の従たる権利の内容を明らかにすることとし（第六八2）、右売却条件については利害関係人は陳述することができる（第六八3）とするとともに、売却条件が決定された時は、不動産目録に従たる権利を表示し、閲覧に供する（第八四）こととなつている。

(1) 民集三一巻二号一九八頁
(2) 判例評論二二五号一九頁、判例時報八六二号一三三頁
(3) 大判明三三・三・九民録六輯四八頁、大判明三七・一二・一三民録一〇輯一六〇〇頁、大判昭四・一一・一九新聞三〇六五号、大判昭五・五・三一裁判例四巻民五八頁、大判昭七・三・七民集一一巻二八六頁、大判昭一三・二・一二民集一七巻一一九頁
(4) 前掲大判昭七・三・七
(5) 最判昭四八・二・八金融法務六七七号四四頁
(6) 我妻・新訂担保物権法二七三頁、柚木＝高木・担保物権法二六七頁、香川・担保（基本金融法務講座3）一四三頁、於保「附加物及び従物と抵当権」民商二九巻五号三〇五頁、注釈民法(9)四〇頁（柚木＝西沢）、注釈民法(2)四一四頁（林）
(7) 大判昭八・一二・一八民集一二巻二八五四頁
(8) 大判昭一〇・一・二五新聞三八〇二号一〇頁
(9) たとえば、我妻・新訂民法総則二二五頁、柚木＝高木・前掲書二六六頁、於保・前掲書三二五頁
(10) 注釈民法(9)三二頁、注釈民法(2)四一四頁参照
(11) 於保・前掲三二五頁
(12) 注釈民法(2)四一七頁（林）
(13) このことはすでに最判昭四〇・五・四民集一九巻四号八一一頁、最判昭四八・二・八金融法務六七七号四四頁によつて確認されている。
(14) 上谷「借地法上の競売をめぐる二・三の問題」不動産法大系Ⅵ二八〇頁、松山「借地上の建物の競売」強制執行・競売（青林書院新社）四五五頁。なお敷地賃借権を伴った建物の競売における不動産の評価方法については、石丸「最低競売価額の効用的考察(上)」法曹時報二五巻六号一二頁以下が詳しい。

（昭和五三年二月）

本田耕一