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

Title	不動産の賃借人の破産
Sub Title	Einfluss des Konkures des Mieters auf dem Mietvertrag über unbewegliches Vermögen
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1986
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.59, No.12 (1986. 12) ,p.89- 110
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	伊東乾・ 林脇トシ子・ 阿久澤亀夫教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19861228-0089

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.

不動産の賃借人の破産

石川　明

一　はじめに
二　学説・判例
三　検　討
四　破産宣告前の遅滞賃料

一、はじめに

一、特に借地法・借家法の適用のある不動産の賃貸借において、賃貸人又は賃借人が破産した場合、その破産が当該賃貸借にいかなる影響を与えるかという問題があることは周知のとおりである。右の影響を考える場合、借地権・借家権（特に倒産法上はそれらの財産的価値）の保護という観点が尊重されなければならないという点で、他の双務契約とその取扱いを異にすることに注意しなければならない。

そのような観点からみれば、賃貸人破産の場合について、かつての通説が[1]破産法五九条の適用を認め、賃借人に著

しく不利益な取扱いを認めていた点は、大いに反省されてよい。逆に、近時の多数説であり、賃貸借が対抗要件を具備するか否かにかかわらず五九条の適用を否定する説[2]に私も賛成するものである。

二、これに対して、本稿で検討しようとするのは、このような賃借人保護の基本的態度が、賃借人破産の場合の賃借権の帰趨の解釈にいかなる影響を及ぼすかという問題である[3]（以下本稿で設問といえばこの問題を指す）。

三、ここで第一に問題になるのは、賃貸借契約も双務契約の一種であるというところから、双務契約の一般的原則を規定する破産法五九条を適用すべきか、あるいはその特別法としての民法六二一条を適用すべきかという点である。換言すれば、両条文の関係をいかに理解すべきかという問題である。第一の問題との関連で生じる第二の問題は、設問の場合の宣告前の遅延賃料が破産債権になるのか財団債権になるのかという点である。

(1) 斎藤常三郎・比較破産法論一六二頁以下、加藤正治・要論一三五頁以下、菊井・概要三九頁、小野木・概論一〇二頁など。

(2) 井上直三郎・綱要二〇三頁、兼子・新版強制執行法・破産法一九二頁、中田・破産法・和議法一〇四頁、山木戸・破産法一二三頁、谷口・倒産処理法第二版一八七頁、鈴木禄弥・注釈民法(15)二五四頁、星野・借地借家法五五三頁、斎藤秀夫ほか編・注解二二七頁〔吉永順作〕、林田＝上田＝福永・破産法二七〇頁、上野・倒産百選一三六頁、春日・新版基礎一三〇頁、福田健次・判タ二〇九号一一〇頁、上村「宣告と賃貸借(1)」（道下＝高橋編・裁判実務体系6破産訴訟法所収）一二四～五頁など。賃貸人破産の場合については上村論文が詳細である。但し、上村教授は賃借権が対抗要件を具備している場合につき、五九条の適用を否定されているようである。

(3) この問題に関する最近の詳細な論稿として、伊藤真「ファイナンス・リースと破産・更生(一)ないし(四)」判時一〇四五号三頁、一〇四七号一六頁、一〇四八号一二頁（これらは「債務者更生手続の研究」四三四頁以下に収録されている）、同「契約関係の処理――破産手続における公平の理念」法学教室四六号五四頁以下、春日偉知郎「宣告と賃貸借(2)」（道下＝高橋編・前掲書一三一頁）以下がある。

二、学説・判例

一、設問に関する前記第一の問題につき、学説・判例を大別すると、民法六二一条適用＝破産法五九条不適用説と破産法五九条適用＝民法六二一条不適用説（以下単に六二一条適用説と五九条適用説という）とが対立している。

二、六二一条適用説は、六二一条の無制限適用説から通説である正当事由制限説にいたるまで極めて多様である。総じて、六二一条適用説は賃借人の破産によって信頼関係が破壊されること、破産法の制定によって民法六二一条が改正されなかったことなどをその根拠とするものと考えられる。五九条適用説をも含めて、学説・判例を通覧すれば以下のとおりである。

(1)六二一条無制限適用説　賃貸人は民法六二一条により正当事由を必要とすることなく当該賃貸借契約を解約することができ、法定の解約申立期間の経過（民六一七）をもって当該賃貸借は終了すると説く。[1]

(2)六二一条適用＝建物買取請求権（借地四Ⅱ）行使可能説　賃貸人は民法六二一条により当該賃貸借を解除できるが、借地人（管財人）は借地法四条第二項により建物買取請求権を行使することができるとする若干の下級審判例がある。[2]

これらの判例は、おそらく、①借家権については、前記(1)説（せいぜい認めて造作買取請求権）を採用するものと推測されるし、②逆に(1)説といえども家屋の買取請求が問題になれば、これを否定する趣旨ではないと推測されるので、実質上(1)説と(2)説とを区別すべきか否かは多分に疑問である。

(3)建物賃貸借＝六二一条無制限適用、土地賃貸借＝正当事由必要説　建物賃貸借と土地賃貸借とを区別して、建物賃貸借については六二一条を無制限に適用し（但し、民法六一七条の三ヶ月は、借家法三条により六ヶ月に延長される）[3]、土地賃貸借については、賃貸人は契約解除の正当事由があるときにかぎり、民法六二一条の解約を認めるのである。[4]

判例もまたこの立場をとっているようである。すなわち、最高裁は昭和四五年五月一九日の判決（裁判集九九号一六一頁）で、建物賃借権について、「原審が民法第六二一条を適用し、借家法一条のこの適用について考慮しなかったのは正当である」とし、賃貸人は、借家人破産の場合民法六二一条のみによって契約解除ができるものとしている。これに対し、土地賃貸借について、最高裁は、昭和四八年一〇月三〇日の判決（民集二七巻九号一二八九頁）において、「借地法の適用のある賃貸借の賃借人が破産しても、賃借地上に建物を所有している場合は、賃貸人が民法六二一条に基づき解約申入をするためには、借地法四条第一項但書・六条第二項の正当事由が解約申入の時から民法六一七条所定の期間満了に至るまで存続することを要するものと解すべきである」として、正当事由の存否と無関係に契約解除を認めた原判決を破棄している。

(4) 建物賃貸借につき六二一条適用、土地賃貸借につき六二一条適用否定＝建物買取請求権（借地法一〇）行使可能説

借地権について、六二一条の適用を排除し、借地法一〇条の建物買取請求権を認めるものである。[5]

この説は、借家権について六二一条の適用を認めるので、それだけ(1)説に近いものである。さらに、建物買取請求権を借地法四条第二項により認めるのかそれとも一〇条により認めるのかという点であるが、そのいずれによるかは買取請求権を誰に認めるかという点の相違であり、賃貸人からみれば、解除権の制限になる点では実質上変りがないものと思われる。

(5) 六二一条適用＝正当事由制限説　通説であるといってよい。借地・借家双方について六二一条の適用を認めるが、解除については正当事由の存在を必要とすると解することによってこれを制限して、賃借人の保護をはかろうとするものである。[6]

(5)説を詳細にみると以下のようになる。すなわち、賃借人破産の場合、

(イ) 民法六二一条の適用＝破産法五九条の不適用　設問の場合破産法五九条の適用はなく、特別法である民法六二

一条が適用される。その結果賃貸借期間の定めがあっても、賃貸人又は破産管財人は、当該賃貸借につき解約の申入れをすることができ、民法六一七条所定の告知期間の経過により賃貸借契約は終了する。

当事者は相手方に対して損害賠償を請求することができない（民法六二一）。解約された場合宣告時から契約終了時までの賃料は財団債権となり（破四九8）、宣告前の延滞賃料は破産債権（破一五）となる。解約が擬制される場合（破五九Ⅱ）、宣告時以後の賃料債権は財団債権になる。

民法六二一条適用説の根拠は、①賃借人破産の場合の賃貸人の賃料債権の危胎の回避、②賃貸借の譲渡・転貸が制限されているので、その処分可能性に乏しい以上契約関係を早期に解消するのが適当であるなどの点に求められる。[7]

(ロ)不動産の賃貸借の賃貸人からする解除については、借地法・借家法上の正当事由ないし賃借人の破産による信頼関係の破壊を必要とする。[8] 判例もこの見解をとっている。[9] その根拠は以下の点に求められている。すなわち、①借地法・借家法にみられる賃借人保護の思想。②賃料請求権の危胎は宣告後のそれが財団債権として保護されるので重視する必要がないこと。③借地権・借家権は破産財団の重要な積極財産であること。不動産賃借権は転貸・譲渡の承諾がなくても借地権譲渡・転貸の承諾に代る裁判所の許可制度により（借地法九ノ二）その積極財産性が強化されたこと。④賃借人の破産を奇貨として賃貸人が賃借権を排除できることは賃貸人の不当な利得と考えられること、それが破産制度の乱用につながる危険があること。[10] ⑤賃借人（管財人）側も、賃料債務のみは履行して、その生活基盤の確保を保護する必要があることなどがこれである。[11]

以上にみられるように、通説は、基本的に賃貸人の側からの解除の可能性を前提として正当事由をもってこれに絞りをかけるのである。もちろん六二一条を適用するのであるから賃借人（管財人）の側からの影響を否定するわけではない。

(6)破産法五九条適用＝民法六二一条不適用説　この説は、近時、通説に対する反対説として提唱されている。[12] すな

わち、賃借人破産の場合、民法六二一条の適用はなく、もっぱら破産法五九条により問題が処理されることになり、破産宣告により当然に解除権を取得するのは、管財人のみであって、賃貸人は当然には解除権を取得しないものとされるのである。また、当然のことながら、賃貸借契約中に破産申立等を理由とする解除条項があったとしても、その効力は否定されるものとしている。その理由は以下の諸点に求められている。①賃貸人の賃料収入の保護は、財団債権とすることで足りること。②賃借権の換価処分の困難さは管財人の履行か解除かの選択権行使の基準にはなっても、賃貸人の解除権行使の正当事由にはならないこと。③民法六二一条が関連する旧商法破産編九九三条一項の沿革からみて同項の後身である破産法五九条の制定により民法六二一条の存在基盤は失われること。すなわち、旧商法破産編九九三条は双方未履行の双務契約一般について管財人及び相手方が解除権をもち、しかも両者とも損害賠償請求権をもたない旨規定していたし、民法六二一条はこの原則を賃貸借について確認したものであった。しかるに民法に遅れて公布された破産法の五九条は旧商法九九三条の原則を変更して管財人のみが解除権を有すること、損害賠償請求権を破産債権として行使させることにしたのである。そこで、旧商法九九三条を前提とする民法六二一条は破産法の公布によりその存在基盤を失ったとするのである。

三、以上によって六種の学説・判例の見解を概観したのであるが、これらの諸学説を概観して以下の点を指摘することができよう。

(a)現在問題となる学説の対立。前掲諸学説のうち(5)説は(1)ないし(4)説を克服した結果提唱されたものと考えることができるから、現在の段階で大きな対立を指摘すれば、通説である(5)説とそれを批判する少数説である(6)説との対立であるということができる。

(b)学説対立のポイント　以上の諸学説の対立を概観すると学説が分岐するポイントは、以下の諸点に求められることがわかる。すなわち、①民法六二一条を適用するか（賃貸人側に重点をおく解釈）または破産法五九条を適用するか

（賃借人側に重点をおく解釈）という点、②借地権と借家権を区別して取扱うか否かという点（財産的価値の大小の問題）、③民法六二一条を適用する場合、賃貸人の解除権の制限を正当事由とするか建物買取請求権とするかという点などがこれである。

(c) 六二一条適用制限説や五九条適用説に共通してみられる点は、破産財団を構成する積極財産としての借地権・借家権の財産的価値の尊重である。

(1) 学説としては、加藤・要論一三五頁、小野木・前掲一三六頁、菊井・前掲三八頁。判例としては、借家につき、東京地判昭和四二年二月二八日下級民集一八巻一・二号一八六頁、最判昭和四五年五月一九日判時五九八号六〇頁がある。この最高裁昭和四五年判決が借家権に関するものであるのに対し、後出最高裁昭和四八年判決は借地権に関するものである点を考えると後者により前者が修正されたのではなく、最高裁としては、①その財産的価値が相違していること、②借地権について存在する借地法九条ノ二のごとき規定が借家権については存在しないことなどからして、借家権と借地権を区別して取扱っていると解することもできるのである。最高裁昭和四八年判決に対する柴田・解説・法曹時報二六巻九号八三頁参照。

(2) 判例として、東京地判昭和四〇年三月一三日下級民集一六巻三号四三七頁、東京地判昭和四五年一〇月一九日判時六二〇号六〇頁、東京高判昭和四七年三月三〇日判時六六六号五二頁。

(3) 我妻・債権各論中巻四八〇頁、高島良一・借地借家法二九四頁。なお、柳川俊一「家屋明渡の正当事由と破産」判タ一五〇号一二〇頁に批判がある。

(4) 斎藤秀夫ほか編・前掲二二四、二二五〔吉永順作〕。

(5) 我妻・前掲四八〇頁。

(6) 中田・前掲一〇三頁、山木戸・前掲一二二頁以下、谷口・前掲一八五頁以下、斎藤ほか編・前掲二二二頁以下〔吉永順作〕。

(7) 春日・前掲一三二～三頁。

(8) 福田「賃貸借契約の当事者の破産」判タ二〇九号一一〇頁、山木戸・前掲一二三頁、星野・前掲一六〇頁、鈴木・借地法上五八五頁参照。

(9) 最判昭和四八年一〇月三〇日民集二七巻九号一二八九頁は、「借地法の適用のある賃貸借契約の賃借人が破産宣告を受けた場合、この賃借人が賃借土地上に建物を所有しているときには、賃貸人が民法六二一条にもとづき賃貸借契約の解約申入を

するためには、借地法四条一項但書、六条二項の正当事由が解約申入の時から民法六一七条所定の期間満了にいたるまで存続することを要し、この正当事由を欠くときは解約申入はその効力を生じないものと解すべきである」としている。この判例については柴田・前掲解説がある。この判例と同旨のものとして、東京高決昭和四七年五月一日判時六六九号六八頁がある。

(10) 柳川・前掲論文一一七頁。

(11) 山木戸・前掲一二二頁、注釈民法(15)二五三頁（鈴木禄弥）等。

(12) 詳細は、伊藤・前掲書四四三頁以下。

三、検　討

一、前掲(1)ないし(5)説の見解に対しては以下のような批判がなされている。(1)

前掲(1)説は、なるほど六二一条の文言に忠実であるが、不動産賃借権の財産的価値、破産財団の減少などの点から問題があるとの批判がある。(2) 不動産賃借権の財産的価値を認めなければならないとすれば（それを認めることが一般的であるが、私見はそれを過大視することに若干の疑問を持つ）この批判は正当であろう。(3) また賃貸借の継続性による賃借人の保護という観点からしても、管財人が当該家屋の活用を、その職務遂行のため必要とするとか、破産者及びその家族の居住のために必要であるような場合には、(1)説は賃借人の保護に欠けるということになる。

賃貸借を継続した場合、宣告後の賃料が財団債権になると考える以上賃貸人としても、その継続につきほとんど痛痒を感じないはずである。

もっともこの点について、東京高判昭和四七年三月二〇日の判決は、「破産法上賃料債権が財団債権として保護されるのは、破産宣告により賃貸借契約の解約の申入があった場合においてその終了にいたるまでに生じたものだけであって、その解約申入をすることなく賃貸借を継続する場合に破産宣告後の賃料債権が財団債権として保護されるべ

きことについては成法上の根拠を欠」くとしている。これに対して、右判決に関する竹屋評釈は、「たしかに、同法四七条八号はあたかも解約の申入後に生じた賃料債権のみが財団債権として保護されているような表現をとっているけれども、破産後の賃貸借の継続が破産財団にとって利益であり、破産管財人もこれを選択したのであればその賃料債権を財団債権として保護しても財団に不利とはならないし、解約申入後の賃料債権と区別する理由はない」[4]としている。竹屋評釈が正当であるというべきであろう。竹屋評釈は明言しているわけではないが、その意図するところを推測すれば、賃料は賃貸借の対価であって、賃貸借の存在(それが解約による終了までの存在であるか、契約の継続による存在であるかは別にして)が財団に一定の利益をもたらすものである以上は、その対価は共益費用である点で破産法四七条八号所定の債権と共通性を有していると考えられるものと思われるからである。その財団債権性を同条第三号又は第四号に求めることもできよう。

宣告後の賃料を財団債権としても、その支払いが確保できないため、賃貸人が痛痒を感じる場合であれば、正当事由ありとして民法六二一条による解除権を行使すれば足りるのである。

前掲(2)説に対しては、借地法四条第二項の類推適用を認めつつ、反面同条第一項や六条第二項の適用を認めないのは合理的ではないとの批判がある。[5] 四条第二項は賃貸借契約の継続がない場合一般の措置を契約の継続なき場合の一事例としての更新なき場合への適用例を規定したもので、これを民法六二一条の解除について類推することが不合理であるとは決していえない。むしろ(2)説の考え方は、もともと民法六二一条が借地法四条にいう更新請求ができないことを規定する、いわば借地法四条第一項本文の特別規定であるとする考え方であるから、同項の類推適用を認めないのが不合理であるとする批判は全く土俵を異にするものといわなければならない。さらに、借地法六条第二項の類推についても疑問がある。賃貸人が六二一条により解除したということは、通常契約終了後の使用禁止の意思を含んでいるのであって、解除の場合は継続使用に対する異議が黙示的に表示されているものと解することができる。そし

て、民法六二一条が借地法六条第二項の特別規定であると解すれば、六条第二項の類推適用はないものと解さなければならない。したがって、この批判をもって、六二一条の解除権の行使を正当事由をもって制限すべきである旨の論旨であると解すればこれに賛成することができる。家屋の買取請求権のみでは解除の制約としては極めて不十分であるし、賃借権の財産的価値や賃貸借の継続性の保護をはかることはできないといわなければならない。

前掲(3)説乃至(4)説は、借地権と借家権とを区別する点で一定の合理性が認められる。すなわち、賃借人の破産にあたり賃借権保護に関して、建物賃貸借と土地賃貸借とを区別することにかなりの合理性があることは否定できない。その理由はつきつめれば両者の財産権的性格ないし財産的価値の相違、換言すれば、財産権としての交換価値の大小および成熟度の相違に求められる。その相違の根拠は、賃貸借の目的不動産に対する投下資本の大小、借地法九条ノ二にみられるような賃借権譲渡に対する賃貸人の承諾に代る裁判所の許可制度の有無等に求められる。すなわち、建物賃貸借にあっては、賃借人が建物に投下する資本が少ないのに対して、土地賃貸借の場合土地に投下する資本が大きいし、土地賃貸借については借地法九条ノ二があるため、その譲渡性、したがって交換価値が高いのに対し、建物賃貸借については借地法九条ノ二のごとき制度がないために、その譲渡性、交換価値性が低いという相違がある。そこで、多くの場合、土地賃借権の保持は破産財団にとり非常に有利であるのに反して、建物賃借権の保持は破産財団にとって出費の増大をもたらし不利益になるといわれる。(6) しかしながら、現実の問題として、すべての場合において借家権に財産的価値を全く否定することにも問題があり、結局建物賃貸借の保持が出費との関係で破産財団に不利になるか否かは管財人の判断に委ねるのが妥当である。そのように解するならば、建物賃貸借についても土地賃貸借と同様の取扱いをして、それを財団中に保持する可能性を残すことが適切であるように思われる。

あるいは借家権の財産権的性格について次のようにいうこともできよう。すなわち、借家権には借地法九条ノ二のような規定がないから財産権的性格が薄いというのは発想が逆で、借家権に財産権的性格が認められれば、借家権の

譲渡について賃貸人は正当な理由なきかぎりこれを拒み得ないと解すべきであるとみて、その財産権的性質を維持できるような方策を構じるのが筋である、と。

さらに加えて、借地権については破産法五九条適用説をとるのに対して、借家権については民法六二一条の制限的適用説をとるという取扱上の区別を設けるという選択肢もありうることを、ここに指適しておきたい。

しかしながら、右に述べたような立場からすれば、借地法九条ノ二の裁判が認められる借地権とその種の制度をもたない借家権とを財産的価値という点で区別することはできても、賃貸借の目的が土地か家屋かを問わず賃借権の財産的価値を認める立場からすれば、その差が借家権の財産的価値を度外視する取扱いまで正当化するかどうかが問題である。また借家権の継続的保護の観点からすれば、借家契約について無制限に六二一条を適用しうるものかという点が大いに疑問である。

(4)説については、六二一条の適用を排除することが同条を無視し解釈論の枠をこえているとの批判がある。[7] また借地権について借地法四条二項によるか一〇条によるかは別にして、いずれによるにしても家屋買取請求権をもって解約の制限とすることでは不十分であることについては既述のとおりである。

かようにみてくると、ここにクローズ・アップすべき見解の対立は、(5)説と(6)説ということになることについては既に述べたとおりである。以下この点について検討を進めよう。

二、五九条適用説について　まず五九条適用説すなわち(6)説について考えてみたい。たしかに基本的にいえば(6)説は、賃貸借関係に対する賃貸人の介入を認めず、もっぱら賃借人（管財人）サイドから問題の解決をはかり、破産法五九条を適用して管財人に契約関係の存続か解約かの選択権を与えるのであるから、賃借権の財産的価値の保護には最も適した考え方である点で、これを評価することができる。

具体的な点でも、例えば、賃貸人の賃料債権は財団債権として保護されるから問題はないこと、賃借権の換価処分

の困難性は、管財人の（履行か解約かの）選択権行使の基準にはなりえても、賃貸人側の解除権の正当化の根拠にはなりえないとする点などはまさに正当な指摘であるというべきであろう。

しかしながら、民法六二一条の存在基盤が失われたとする(6)説の議論について、私は、若干の疑問を感じている。旧商法九九三条第一項、民法六二一条および破産法五九条の沿革的関係はたしかに五九条適用説の指摘するとおりであろう。しかしながら、一方で民法六二一条を残しながら他方で破産法五九条が制定されたということは、賃貸借につき民法六二一条を改めて破産法五九条の特別法として残したことを意味するものであると解釈する余地が十分に認められるのである。その根拠として、通常、賃借人の破産にあたって賃料収入の危胎化だけが挙げられているのであるが、既述のようにこの論拠は必ずしも適切なものとはいえず、むしろ賃貸借の人的要素の重視も、当時としては、大いに立法者の意識のうちにあったのではないかと考えられるのである。かような見方からすれば、破産法五九条の制定によって民法六二一条が形骸化したとする理論には疑問を感じるのである。

私自身、今日でもなお賃貸借における人的信頼関係的要素を全く否定し去ることはできないのではないかと考えている。すなわち、賃貸借における人的信頼関係に関して、その「概念の内容も、もっぱら即物的なものと解すべきであって、『市民的＝人的要素』はこれに含まれていないと理解すべきであるならば（星野・借地借家法一〇八頁）、賃借人の破産という事由は、まさに即物的なもの、即ち賃料債権の行使を不可能にする事態の発生であると解するならば、人的信頼関係の破綻といった微妙な概念による解約権の承認も、前述したことと同一の問題であるとして処理することができるよう」(8)というのが一般的な見方であるといえる。本稿は、直接に不動産の賃貸借契約における人的信頼関係の要素について論じることを目的とするものではないから、私見の結論のみを述べておこう。私見によれば、たしかに人的信頼関係については主として即物的なものが重視されてしかるべきであるが、そこにいわゆる市民的＝人的要素が全く含まれないといいきれない面があると考えている。賃借人に対する信用は単に賃料収入の確保という観点

に限定されるものではないであろうし、また賃借権を破産財団ないし管財人が受継ぐ点で賃借人それ自体が変るという人的要素の変更は十分に考えるべきであったろう（破産者か破産財団の主体と考えたとしても、管理権をもつのは管財人である）[9]。賃借権の財産的価値を認め、それを破産財団に留保するということは、当該財産的価値の換価、譲渡を予定することである。そのことも、人的要素の変更につながるものなのである。

破産法五九条適用説によると賃借人（破産財団ないし破産債権者）の利益は擁護しうるが、賃借人の変更という人的要素ないし人的信頼関係の変更（それが単に賃料収入の確保＝賃借人の経済的信用に限定されるものではない）を軽視することになる。人的信頼関係を重視する考え方からすれば、基本的には、賃貸人からの解約という形の介入の余地を認めることが妥当であるということになる。民法六二一条の趣旨をそのように解釈する余地があるとすれば、同条を残したことをもって一見明白な立法上の過誤と断定することはできない。民法六二一条が一見明白な立法上の過誤であるというのであれば、その存在にもかかわらずこれを無視することも許されるであろうが、六二一条はそのような規定ではないのである。しからば同条を全く存在基礎を失ったものとして解釈上無視するのではなく、同条を生かした解釈が必要になるし、また同条を無視した解釈は実定法の枠ないしは解釈論の枠を超えるものであるというべきであるように、私には思われる。

立法論として、破産法五九条を適用して、逆に破産宣告の段階での民法六二一条による賃貸人の介入を阻止し、その介入をもっぱら管財人による賃借権の換価すなわち賃借権譲渡の賃貸人による承諾にかからしめるということも十分考える余地があるものと思われる。しかしながら、賃貸人の介入を民法六二一条を適用して、破産宣告の段階で認めるのか、あるいは五九条適用説によって、換価としての賃借権譲渡の段階ではじめて認めるのかは、立法政策の決すべき問題である。破産法の立法者は五九条制定にあたり、民法六二一条を残すことによって、前者の途を選んだものということができる。

因みに、民法六二一条の形骸化を理由づける、もう一つの理論的可能性が考えられる。すなわち、民法六二一条は、既述のとおり破産法五九条の制定によりその存在基盤を失ったわけではないとする見解を肯定したとしても、その後の賃借権の物権化・財産的価値の承認によって、賃借人破産の場合破産財団を構成すべきその財産的価値を尊重するために、賃貸人からの賃貸借への介入を排除する必要が生じ、この観点から民法六二一条による賃貸人の介入規定が形骸化したと解する余地が認められるのである。要するに、賃借権の物権化・賃借人保護の思想が民法六二一条の存在基盤を失わしめた、という理論構成の余地がありうるのである。しかしながら、一方で賃借権の物権化や賃借権保護思想が定着するという過程があったにもかかわらず、依然として民法六二一条が残されているということは、賃借権の物権化と民法六二一条との調和的な解釈の必要性を示唆するものであって、民法六二一条を無視した解釈論を是認するものではないというべきであろう。それを一歩踏みこえて、民法六二一条の無意味化を解釈論として肯定することは、解釈論の限界を超えているものと考えられる。

そもそも賃借権保護の思想・賃借権の物権化という現象は二つの側面をもっている。第一は賃借権の継続性の保護という側面であり、第二は賃借権の財産権的性質の強化すなわちその財産的価値の肥大化という側面である。

たしかに、賃借権保護の思想・賃借権の物権化という現象が賃借権の財産権的性質の強化につながるのが現在の賃借権理論の一般的傾向であるように思われるのである。しかしながら、率直にいえば、賃借権保護の傾向は、主として賃貸借の継続性保護、賃借権の譲渡性の保護ないし建物買取請求権の保障による投下資本の回収の保障にとどまるべきであって、賃借権それ自体がもつものとしての財産的価値の承認までを含むのか否か多分に疑問である。現実の取引社会において賃借権は現実に土地に対する需要と供給との関係から一定の財産的価値をもって譲渡の対象とされていることは、これを認めざるを得ない。現実の取引社会において実際に一定の財産的価値をもって譲渡の対象とされているという事実から、それが法的にも事実あるがままに財産的価値をもつものとして理解してよいということに

はならない。私自身は賃借権が、例えば土地についていえば、借地権価格は地価の七〇パーセントであるとかいうように（地域による格差は別として）一律に一定の財産的価値を有すべきなのではなく、それが財産的価値を有するのは実は極めて限定された範囲においてではないかと考えている。すなわち、それは、賃貸借契約に際して支払われた著しく高額の権利金の範囲においてとか、あるいは賃借人がその力によって当該土地の利用価値を高めたといった場合に限って認められるにすぎないものであると考える。

民法六二一条による賃貸人側からの解除にあたり、右の限定的に認められる借地権の財産的価値の処理の方法が二つあるように思われる。第一は、目的不動産の明渡義務と借地権の財産的価値の返還義務（賃貸人から賃借人に対する不当利得の返還義務と解する余地があろう）とが同時履行の関係に立つとか（民法五四六条。両債権の間に対価関係を認めることができるであろう）、あるいは民法二九五条による留置権が賃借人（管財人）に認められる（民法二九五条）とかの方法が考えられる。第二は、実体法上の規定を欠くが、家屋買取請求権を認める借地法四条二項に準じて、財産権としての借地権買取請求権を認める（これを逆にいえば、賃貸人に財産権としての借地権の買取権を認める）という方法も考えられる。

このように解するならば、民法六二一条適用説を是認しつつ、賃貸人の解除権を制約するものとして、正当事由、造作買取請求権（借家の場合）、家屋買取請求権（借地法四条二項）、その他借地権買取請求権等借地権の財産的価値の保護の方法を考えるべきであるということになる。

いずれにしても、私は、賃借人の破産にあたり破産法五九条の適用を認める見解に魅力を感じるのではあるが、立法論としてならばとにかく、解釈論としては、やや行き過ぎの感がないわけではないように思えるのである。

五九条適用説が民法六二一条の存在を形骸化するという点で解釈論の限解を超えるとの考え方を理由づける一つの実定法上の根拠として、これまで民法六二一条の形骸化を指摘したのであるが、もう一つの根拠が考えられるとする

ならば、破産法六二条の規定であろう。すなわち、同条が特に動産賃貸借などに限定することなく民法六二一条に基づく相手方の解除権を認めているということである。五九条適用説はおそらく、破産法六二条についてもその形骸化を説くことになるのであろうが、すくなくとも破産法に五九条と六二条とが併存している以上、六二条を形骸化する見解は解釈論の限界を超えるものといわざるを得ないとする議論もありえよう。しかし、この議論はあまり有力なものであるとは言い難い。けだし、六二条は、賃貸借以外にも、双務契約中相手方の解除権を認めるべきケースは多々存在し、それらの場合についての規定であると考えることは十分可能だからである。

三、このようにみてくると、どちらかといえば、私は基本的には、(6)説より(5)説の通説に賛成せざるをえない。特段の事情のないかぎり、賃貸借契約も双務契約であるから、五九条の原則にしたがうというのが理論としてもすっきりしているので、大いに魅力を感じるのではあるが、現行法の解釈論としては、民法六二一条という実定法の壁は破り難い。

四、これまでのところでは、借地権、借家権を財産権＝破産財団の構成要素として理論構成がなされてきたのであるが、債務者（破産者）の居住権的側面をどう考えるべきかという点が問題になる。

破産者の居住する土地・家屋も破産財団を構成するのであるから、破産者の借家権・借地権も通説の説くように過大に評価されるべきではないにしても、それが一定の財産的価値を有する以上破産財団を構成するのはむしろ当然であるといわなければならない。しかしながら、借家権や借地権が特に財団の消長に特段の影響を及ぼさないような場合（借地権の場合はそのようなケースが少ないであろうが、借家権については、考えられないことではないものと思われる）、これを破産財団との関係から切離して、賃貸人対破産者のみの関係として処理したらどうかという提案がなされている。[10] この提案は立法論としてなされたものと思われるが、解釈論としては、管財人は、この種の家屋に破産者を居住させることが特に財団の消長に大きな影響のないかぎり、財団からその賃料を賃貸人に支払うことができるものと解され

る。その賃料債権は破産法四七条九号を拡張解釈して財団債権とすることもできるし、また、同条三号によって財団債権とすることも考えられる。五九条適用説により管財人が履行の選択をした場合は四七条七号により、右賃料債権が財団債権になることはいうまでもない。この点は別にしていずれにせよ、現行法上は当該借家権・借地権がもつ財産的価値を認める以上、それは破産財団に属するものと解さなければならない。

(1) 春日・前掲論文一三五頁以下に(1)ないし(4)説の批判が要領よくまとめられているので、本稿もそれによるところが大きい。
(2) 柳川・前掲論文一一八頁、一二〇頁参照。
(3) 現に、(1)説の論者も六二一条の立法論的妥当性につき疑問を提している。
(4) 竹屋・判批・判評一六八号一〇頁。
(5) 鈴木禄弥・注釈民法(15)二五三頁。
(6) 斉藤ほか編・前掲書二二四頁（吉永順作）。
(7) 賃貸借において人的要素を薄めるのが否定し難い一般的傾向であるが、しかし、全く否定し去ってよいということにはならないであろう。
(8) 竹屋・前掲判批九頁。
(9) 破産財団所属財産の主体が誰であるかについては周知のように学説がはげしく対立するところであるが、この点については小山「破産財団の法律上の性格」斎藤＝伊東・演習一九七頁参照。私見は破産財団法主体説により権利能力なき財団としての破産財団が主体であると考える。破産者主体説は管見の及ぶかぎり今日主張されておらず、宣告により財団所属財産の主体は、破産財団法主体説・管理機構法主体説のいずれの考え方によっても変更するものと考えられる。
(10) 青山＝伊藤＝井上＝福永・破産法概説六五頁。

四、破産宣告前の遅滞賃料

一、つぎに一の三で指摘した第二の問題の検討にはいろう。六二一条適用説、五九条適用説のいずれをとるかは別に

して、賃貸借契約が継続する場合、宣告後の賃料債権が五九条適用説により四七条七号によるのか、あるいは六二一条適用説により四七条三号によるのかという点は別にして、財団債権になることについては問題がない。

これに対して、宣告前の遅滞賃料債権が破産債権になるのかあるいは財団債権になるのかという点をめぐって見解が対立している。通説は破産債権説[1]である。しかし、近時、五九条適用説との関連において財団債権説が提唱されている[2]。二つの対立する学説を以下紹介する。

(1) 破産債権説　賃貸人の給付義務は履行済みであり、賃料支払義務の可分性が認められる以上、双方未履行の状態はなく、宣告前の遅滞賃料は宣告前に生じたものとして、破産債権になると説く。

(2) 財団債権説　賃貸人は宣告前に賃料遅滞を理由に契約を解除し目的物の使用を拒絶できるが、宣告後は管財人が契約の履行を選択すると目的物の使用は拒絶できなくなる。反面管財人は契約上の義務を含めて破産者の契約上の地位を引き継ぐから、過去の給付の対価である遅滞賃料につき賃貸人が完全な満足をうけられるように、これを財団債権として取扱わなければならないし、そのことは一般債権者との公平に反しない、と説く。

財団債権説はさらに次の二点を指摘する。

① 破産債権説は次の難点を有すること。すなわち、賃貸人は宣告前の賃料債務の遅滞を理由に宣告後も管財人に対し解除権を行使できるとの近時の有力説[3]（筆者もこれに賛成する）によると管財人が履行を選択した場合でも、賃貸人は、契約の解除・使用拒絶を主張してくることになり、賃料債権が破産債権とされている以上、破産手続外でこれを支払うことができず、右の主張を防ぐことができない。したがって、破産債権説は遅滞賃料を破産債権とすることによって、一見財団に有利な取扱いをしているようにみえながら、結果的に不利になることがある、と説くのである。

② また財団債権説は破産法五九条および四七条七号の趣旨を次のように考えている。すなわち、五九条の意味は、従来の契約関係に存在しなかった解除権を管財人に与えるという意味で、契約関係を管財人に有利に変更するという

点にある。他方履行を選択する場合、賃貸人の債権を財団債権にするということは、従来の双務関係を維持するという意味しかなく、通説が考えるように賃料債権を財団債権に格上げする意味をもつわけではないとするのである。[4] したがって、四七条七号は単なる確認的規定であるにすぎないと説くのである。[5]

二、私見は結論的にいえば破産債権説が正当であると考える。賃貸借契約は宣告前の部分に関して賃料遅滞があっても、賃借人は既に目的物の使用をしているのであるから、賃貸人としてはその債務を履行済みであって、双方未履行の状態があるとはいえない。双方未履行の状態は宣告後の問題である。電気・ガス・水道等の継続的供給契約の需要者が破産した場合、会社更生法一〇四条の二を類推して、供給者は、宣告前の供給分の対価を破産債権として行使できるのみで、未払料金については、同時履行の抗弁権を行使して供給を停止できないと解されているが、この結論を導くについて、二つの理論構成が考えられる。第一は、この種の供給契約にあっては、使用のたびに当該使用料につき新たな契約が成立し、したがってそもそも双方未履行の双務契約の範疇に属さず、したがって五九条の適用の余地がないとする構成と、第二に、全体としては未履行双務契約とみなしつつ、ただ既発生の対価請求権を通常の債権と同じく破産債権として扱えばよく、財団債権としない限度で五九条の原則が修正されると解する構成とがこれである。

私見によれば、継続的契約関係を全体として一個のものとして把えるか、あるいは各期毎に契約が成立すると把えるかという、継続的契約の構成の問題は、宣告前の未払賃料債権の法的性質を決める場合に決定的に重要な基準であるとは云い難いと思われる。仮りに、賃貸借という継続的契約関係を全体として一個のものであるとしても、宣告前の未払賃料は宣告前の使用と対価関係にあり、目的物は宣告時まで使用に供されたのであるから、宣告時にいたるまでの賃貸借契約は、一方既履行の関係にあり、双方未履行の関係にあるとはいいがたいものである。そこで、宣告時を基準にして区分するとすれば、それ以前の継続的契約関係については、不払賃料は破産債権になる。これに対して、宣告時以後のものは、解除がなされるときには解除の効果が発生するに至るまで、解除がなされない場合には破産手

続終了までに発生する賃料債権は、共益債権として財団債権になるものと解される。

宣告前の未払賃料を破産債権とすることについては、前記の二つの批判があった。本節一(2)①についていえば、既に宣告時に賃貸人につき解除権が発生している以上、宣告により賃貸人がこれを失うことはないと考えるべきである。したがって、たとえ管財人が不払賃料を支払ったとしても賃貸借を継続しうるものではないと解すべきであろう。逆にいえば、管財人の不払賃料の支払によって、賃貸人の解除権が失効しうるものではないと解すべきであろう。解除権発生にいたるまでの賃料不払は、それだけで賃貸借における人的信頼関係を決定的に破壊したものというべきであろう。あるいは、一歩後退して、解除以前に賃借人が弁済しさえすれば解除権は消滅すると解することができるとの解釈を前提としたとしよう。この場合でも、宣告前の不払賃料債権は破産債権であるから、破産債権としての権利行使を保障されれば、賃貸借の継続は可能なのであって、それが財団債権とされなければ賃貸借が解除されるという性質のものではないというべきであろう。この点で参考になるのは前掲会社更生法一〇四条の二の規定である。同条第一項は、更生手続開始申立前の給付にかかる更生債権について弁済がないことを理由にして、更生手続開始後、その義務の履行を拒むことができない旨規定している。両者間には更生と清算である破産という手続の性質の相違があり、前者にあっては会社の更生のため、後者にあっては財産権としての賃借権の保全のためという相違はあっても、賃借権を保全する必要性という点では、両者に共通性がある点に注目すべきであろう。さらに加えて、会更法一〇四条の二第二項は、更生手続開始申立後で開始前にした給付に係る請求権は共益債権とする旨規定しているが、これを逆にいえば、厚生手続開始申立前の給付に係る請求権は共益債権にならないことを規定していると解することができる。破産宣告前の遅滞賃料債権を財団債権ではなく破産債権として性質づけるために、右の規定が参考になるものと思われる。

一(2)②については、次のようにいえるであろう。財団債権説は、賃貸借関係を維持する場合、破産債権である宣告

前の不払賃料債権を財団債権に格上げするのではなく、従来の双務契約関係を維持する意味しかないとするのである。しかし、宣告時に一方未履行の双務契約関係は、未履行債権を破産債権にすることにより当該契約が双務契約性を失うものではない。本来未履行債権が破産債権になるべきものを財団債権にするのは、やはり一種の格上げである。そして、それが多額になればなるほど、他の破産債権者とのバランスを崩すことになるものと思われる。

なお、春日助教授は以下のように財団債権説に厚意を示されている。(6) すなわち、「通説は、管財人が契約の履行を選択した場合、破産法五九条及び四七条七号を一五条の特則であると解する。これに対し、伊藤説をその頂点とする少数説は、管財人が履行を選択した場合、管財人は破産者の従前の法律関係をそのまま引き継ぐとの前提の下に、破産法五九条及び四七条七号は、契約の対価関係の維持を破産宣告後も確認しているにすぎない、と考える。したがって、遅滞賃料についても、契約の対価的牽連関係を損うことのない処理を要請するのであり、同様のことは請負契約における注文主の破産にも妥当するであろう。こうした意味で、少数説は、契約の対価的牽連関係を破産の場においても可能なかぎり維持し、契約当事者の公平を貫こうとしているものと評価できる。その意味で、通説の処理は再考を迫られているというのが現状ではなかろうか」とされるのである。同じ賃貸借契約関係について、私見のように、観念的に宣告前のものと宣告後のものとに一応の区分することができるとすれば、前者について契約の対価的牽連関係を維持することは、他の一方未履行の双務契約に五九条が適用されないこととの関係で、不均衡が生じるのではないかと考えられる。すなわち、宣告前の賃貸借の賃料債権について、契約の対価的牽連関係を維持することは、契約当事者の公平を貫くことにはなっても、他の双務契約の債権者との公平を損うことになるのである。

そしてそのように考えるならば、宣告前の遅滞賃料債権は、これを破産債権とすべきなのであろう。

(1) 斎藤秀夫ほか編・注釈破産法一七七頁（斎藤秀夫）。

(2) 伊藤・前掲判時一〇四五号四頁以下、同・前掲法学教室四六号五八頁。

(3) 竹下「所有権留保と破産・会社更生」法曹時報二五巻三号四二八頁、三ヶ月ほか・条解中三〇七頁、谷口安平・倒産処理法第二版一八二頁、伊藤「契約関係の処理」法学教室四六号五六頁などがある。これに対し従来の学説は、双方未履行の双務契約に関して、破産者の相手方からは、宣告後は当然に管財人に対してその債権の履行を請求することは許されないから、民法五四一条による解除権を行使することはできないとしている。この点について兼子・前掲一九一頁、中田・前掲一〇二頁。

(4) 通説によれば、管財人が履行を選択すると契約関係がそのまま維持され、相手方が宣告前の義務を従来通りに負担する以上、これと対価関係に立つ賃料債権を破産債権にしておくのは公平の原理に反するから、破産法四七条七号が財団債権に格上げしたのである、と説く。

(5) 財団債権説に対する批判として、福永有利「ファイナンス・リース契約と倒産法」判タ五〇七号四頁以下があり、これに対する反論として伊藤「破産管財人の法的地位」法学教室四三号二六頁がある。

(6) 春日・前掲論文一四〇頁。

後記 伊東・林脇・阿久澤三先生の御退職にあたり、拙い本稿を捧げて、改めてこれまでの御指導御交誼に対し深甚の謝意を表し、三先生の今後の御健康と御活躍をお祈りするものである。