

# 借家権・看板設置権と 不動産所有権との関係について（前編）

——所有権の行使に対する制限法理の一適用——

石 口 修

## 目 次

### 第1節 問題の所在

#### 第1款 はしがき

#### 第2款 最高裁平成25年4月9日判決の分析

##### 第1項 最判平成25年4月9日の概要

##### 第2項 本判決から導かれる判例規範

##### 第3項 判例規範から導かれる問題の所在

#### 第3款 伝統的な権利濫用法理—ドイツ・スイス比較法を踏まえて—

##### 第1項 権利濫用法理の意義・要件

##### 第2項 わが国における適用基準—主観的要素の考慮—

##### 第3項 最高裁の適用事案

#### 第4款 本稿の問題点について—小 括—

### 第2節 個別問題の判例法理による解釈

#### 第1款 対抗力ある建物賃借権の適用範囲

##### 第1項 昭和42年最判以前の判例・裁判例

##### 第2項 最判昭和42年6月2日（民集21巻6号1433頁）の概要

##### 第3項 昭和42年最判以後の関連裁判例

##### 第4項 判例法理の判断基準

##### 第5項 判例法理に現れた借地借家法第31条の「建物」認定—小 括—

#### 第2款 借地権侵害と公序良俗・権利濫用法理

##### 第1項 公序良俗違反法理の適用

##### 第2項 権利濫用法理の適用

- 第3項 借地権侵害事案—小 括—
- 第3款 私道所有者による物権的妨害排除請求と通行の自由権
  - 第1項 問題の所在
  - 第2項 位置指定道路の通行妨害事案
  - 第3項 公道の通行妨害と通行の自由権
  - 第4項 ドイツ法における解釈—BGB 第1004条の準用・類推適用—
  - 第5項 通行権の保護と看板設置権の保護との関係—小 括—
- 第4款 判例法理による解釈の総括 (以上、本号。)
- 第3節 学説による解釈
  - 第1款 対抗力ある建物賃借権の適用範囲
    - 第1項 建物賃借借の認定
    - 第2項 問貸しにも適用はあるか
  - 第2款 借地権侵害と権利濫用法理
    - 第1項 権利濫用法理の適用
    - 第2項 悪意者排除説
    - 第3項 過失者排除説
    - 第4項 民法第94条2項類推適用説
  - 第3款 人格権的利益ないし権利に対する侵害
  - 第4款 学説による解釈の総括
- 第4節 私見的考察

## 第1節 問題の所在

### 第1款 はしがき

看板（と言っても、場合によってはショウケースやネオンを含む。以下、適宜「看板等」と称する。）は、商売（営業行為：Handelsgeschäft）には不可欠の存在であり、看板の設置行為は、継続する営業の内容ないし状況を示す手段として必要不可欠の、いわば最低限必要な徴表（Merkmal）の設置行為である。看板がなければ、その場所で商売をやっていることが分からないばかりか、周辺住民から見れば、正体や素性の知れない有象無象の輩が

その場所に集まって何か良からぬことをやっているのではないかと疑いを掛けるのが世の常であり、延いては周辺住民に思わぬ不信感をもたれることとなり、その結果、商売は上手く行かないばかりか、謂われのない誹謗中傷を受けるなど、思わぬ不利益さえ被りかねない。そこで、人や企業が営業活動を行う場合には、通常かつ必然的に、どのような生業をしているのかを表象する看板が必要となる。それゆえ、看板は、営業それ自体を表象する徴表、即ち、営業の顔と言うことができる。

看板等を設置して営業活動をする際に、当該建物が自分自身の所有に掛かるものであれば、簡単に建物に看板等を設置して商売をすることができる。この場合には、近隣住民との相隣関係上の問題は別として、基本的には法的問題は生じない。しかし、営業者が建物を所有しておらず、建物が他人の所有に掛かる場合には、まず第一に、看板を取り付ける店舗・事務所など、即ち、建物を借りなければならない。そして、建物の賃借権（借家権）に基づいて、建物それ自体またはその近傍に、あるいはその敷地たる土地に看板等を設置させてもらうのが世の常であろう。しかしながら、当該営業の本拠たる建物が人目に付きにくい地階あるいは上階に存在する場合には、平地の人目に付く位置に看板等を設置するほうが営業活動にとっては都合が良い。地階や上階での営業を示す看板等を当該場所に設置した場合には、地階では地上から見えず、あまりにも上階ではやはり平地からは目に付きにくいからである。そこで、営業の端緒においては、借家関係という信頼関係に基づいて、営業にとって都合の良い場所に看板を設置させてもらうことになる（情宜もしくは特約による設置行為）。

ところが、この関係が崩れる事態となることがある。即ち、元々の賃貸人である不動産の所有者が土地・建物を第三者に売却してしまい、所有者が替わる場合がその典型的なケースである。しかし、この場合でも、借家権の對抗要件たる建物引渡しの効力が第三者に及ぶときには、借家権だけはひとまず確保することができる（借地借家第31条）。しかしながら、看板

の位置が借家とは別の位置にあり、これが借家権の範囲内ではないと評価されるときには、借家権の対抗要件の効力が看板等には及ばないので、看板等の設置は不動産所有者に対抗しえず、同人から看板等の撤去請求がなされた場合には、この請求に屈する羽目に陥る。そうすると、営業にとって必須の条件とも言うべき看板等の設置場所が借家それ自体の周辺に限定される結果、地階や上階、特に、地階で営業活動をせざるをえない店舗等の事業者は、その営業を表象する看板を地下に設置せざるをえなくなる。しかし、前述したように、地下の看板は地上からは見えないので、事実上、営業活動に支障が出る。したがって、地階に店舗等を構える事業者にとっては、やはり、地上に看板を設置するという点に営業上の利益があり、これを一つの法益と把握すれば、看板設置権は法的保護に値するようと思われる。

本稿の冒頭において問題とする最判平成25年4月9日<sup>(1)</sup>は、まさにこのような事案である。同判決において、最高裁は権利濫用法理（民法第1条3項）を用いて、建物の新所有者から借家人に対して行った看板の撤去請求を排除した。この解釈は、対抗法理で敗訴する借家人の看板設置権、延いては営業権を保護するために、一般原則を用いて解決するという解釈手法である。では、この平成25年最判が採用した解釈手法はどのようなプロセスにおいて現れるのか。この問題について考察するために、本稿においては、様々な角度から法解釈を試みてみたい。

本稿は、店舗借家権に付随する看板設置権という法益の意義と、この法益を保護するための解釈論を展開するものである。即ち、看板設置権は借

---

(1) 建物明渡等請求事件：最高裁平成24年(受)第2280号・平成25年4月9日第三小法廷判決。裁判所ウェブサイト、裁時1577号7頁、判時2187号26頁、判タ1390号142頁、裁判集民事243号291頁、金法1985号155頁。本件の評釈等として、田中壯太「判例紹介」NBL1011号（2013年）78頁、高橋眞「判解」ジュリスト臨時増刊平成25年度重要判例解説（2014年）69頁がある。

家契約に含まれるのか、それとも、借家権とは別の営業権ないし営業的価値という営業上の利益に含まれるのかという観点から考察を開始するとともに、平成25年最判の採用した権利濫用法理の意義・要件との関係を踏まえた上で、種々の解釈論を試みるものである。

## 第2款 最高裁平成25年4月9日判決の分析

### 第1項 最判平成25年4月9日の概要

#### 【事実】

(1) 本件建物は、渋谷駅周辺の繁華街である渋谷センター街に面した交差点角地に位置する地上4階、地下1階の建物である。

(2) 本件建物は、昭和34年3月25日に所有権保存登記がなされており、保存登記当時の所有者はA商事株式会社（以下、「A商事」と称する。）であった。本件土地には本件建物を含む複数の建物が存在し、これら複数の建物が構造的に一体となっている。

(3) Y（上告人、被控訴人、被告）は、昭和39年頃から本件建物の地下1階部分（以下、「本件建物部分」と称する。）で「渋谷更科」というそば屋（以下、「本件店舗」と称する。）を営業している。Yは、A商事との間において賃貸借契約書を交わしていなかったが、Yが税務署に提出した「昭和53年度決算資料」には、A商事に対する賃料支払に関する記載がある。その後、平成8年9月以降、A商事名義の口座に、概ね毎月15日前後に21万6300円（平成9年4月以降は毎月22万500円）の入金があり、この金額はYの確定申告書の金額と一致している。したがって、Yは、遅くとも平成8年9月までには、本件建物部分についての賃借権を得ていた。

(4) Yは、本件店舗の営業開始以降、A商事の承諾を得て、本件店舗の営業のために、ネオン袖看板2枚（本件建物の1階屋根相当の位置に「そば」と表示・設置された直方体のものと、1階と2階の間の高さの位置に「渋谷更科」と表示・設置された台形七面体のもの）、店舗外部造作飾り、ネオン吊り看板（店舗外部造作飾りの下の位置にL字型で上部の屋根から吊り下げられた「地

下1階営業中 そば処 渋谷 更科」と表示されたもの)、ネオン壁看板(「旬のおそば おつまみ 渋谷 更科」と表示された長方形のもの)、店舗ショーケース2個(以下、これらを「本件看板等」と称する。)を設置した。その設置箇所は、本件建物の1階部分の外壁、床面、壁面等であり、いずれも地下1階の本件建物部分へ続く階段の入口及びその周辺に位置していた。なお、記録によると、本件看板等の一部は本件建物に固定されているが、分離は可能とされている。

(5) A商事は、平成22年1月21日(第1審では「25日」と記載されている。)、本件建物を株式会社Bコーポレーション(以下、「B」と称する。)に売却した。

(6) Bは、平成22年4月30日、本件建物を株式会社X(被上诉人、控訴人、原告。以下、「X」と称する。)に転売し、所有権移転登記がなされた。その際に作成された売買契約書には、本件建物の賃借権の負担等がXに承継されること、本件建物に看板等があることなどが記載されていた。

Xは、Yに対し、Yには本件建物の占有権原がないとして、本件建物の所有権に基づき、地下1階部分の明渡し及び賃料相当損害金の支払を求めるとともに、上記看板等の撤去をも求めた。

これに対して、Yは、次のように主張した。

(1) Yは、毎月定期的上記賃料を支払い、長年にわたり、多数従業員を雇用して、本件建物部分において飲食店を営んでいる。

(2) 昭和30年代には契約書のない口頭契約は多く、また、本件は地階のみの賃貸借で古くからの同族会社との契約であるから、上記賃貸借につき契約書がないのはむしろ自然なことである。

(3) A商事とBとの不動産売買契約書上も、また、BとXとの不動産売買契約書上も、賃借人が2名いること、その賃貸借契約が買主に承継されることが明記されており、Xは、Yの占有権原が賃借権であることを承知で本件建物を購入している。仮に万一、本件建物部分に関するYの占有権原が使用貸借とされる場合でも、Yが長年にわたり営業していることを知りながらXが明渡請求をすることは権利の濫用である。

(4) 本件看板等は、Yが、A商事の承諾を得て本件建物に設置したものであ

り、その設置権原は営業に必要なものとして賃借権の範囲に含まれている。

【第1審（東京地判平成24年1月19日）】請求棄却

第1審は、本件建物部分の賃借権が飲食店の営業に使用する目的のものであることは明らかであること及び本件看板等の目的ないし機能に照らせば、Yが本件看板等の設置につき、A商事に対し、本件建物部分の賃料とは別に対価を支払っていたとは認められないものの、A商事との間の合意による本件看板等の設置にかかるYの権限は、本件建物部分の賃借権に付随する従たる権利として、本件建物部分の賃借権とともに、本件建物の所有権取得者であるXに対して、これを対抗しうるものと解するのが相当であるとした。

Xは、第1審判決を不服として、控訴した。

【原審（東京高判平成24年6月28日）】請求（控訴）認容

原審は、次のような理由から、Xの請求のうち、本件看板等の撤去を求める部分は理由があるとして認容し（第1審判決の変更）、その余の請求は理由がないとして、これを棄却すべきものと判示した。

〔原審判決理由〕

「本件のようにビルディングの区分した建物部分を賃貸の目的とする賃貸借契約において、借地借家法第31条にいう建物の範囲は、区分された建物部分及びこれと構造上一体として利用される範囲の全体として独立性を有する部分に限られると解される。

本件看板等は、いずれも、本件建物部分（本件建物の地下1階部分）及びこれと利用上一体となる地下1階テナント専用階段に設置されたものではなく、本件建物の1階の外壁の露出スペースの屋根部分、同露出スペースの床面に設置され、あるいは、地下1階テナント専用階段入口付近の本件建物の壁に埋め込む状態で設置されているところ、これらの設置箇所は、いずれも、本件建物の躯体部分で、他の区分された建物部分の利用者との共用部分とみるべきであって、本件建物部分の賃借人がその構造上排他的に独立して占有利用すべき部分には当たらないから、借地借家法第31条にいう建物には含まれない。

Yは、本件看板等の設置は本件建物部分における本件店舗の営業に必要なものであるから、その設置権原は本件建物部分の賃借権の範囲に含まれると主張

するが、借地借家法第31条の趣旨は、賃借人による建物の占有を保護することにあり、建物の利用による営業自体を保護する趣旨のものではない。

したがって、Yは、A商事から承諾された本件看板等の設置権原をXに対抗できないから、Xの本件看板等の撤去請求は理由がある。なお、本件においては、Xによる本件看板等の撤去の請求が権利の濫用に当たるような事情は見受けられない。」

Yは、原審判決を不服として上告受理を申し立てた。なお、原審判決中、地下1階部分の明渡請求及び賃料相当損害金の支払請求をいずれも棄却すべきものとした部分は、Xが不服申立てをしなかったので、最高裁の審理判断の対象となっていない。

**【判旨】** 破棄（原審Y敗訴部分）自判（控訴棄却，上告認容）

「4 しかしながら、権利の濫用に関する原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

前記事実関係によれば、本件看板等は、本件建物部分における本件店舗の営業の用に供されており、本件建物部分と社会通念上一体のものでして利用されてきたとすることができる。Yにおいて本件看板等を撤去せざるを得ないこととなると、本件建物周辺の繁華街の通行人らに対し本件建物部分で本件店舗を営業していることを示す手段はほぼ失われることになり、その営業の継続は著しく困難となることが明らかであって、Yには本件看板等を利用する強い必要性がある。

他方、上記売買契約書の記載や、本件看板等の位置などからすると、本件看板等の設置が本件建物の所有者の承諾を得たものであることは、Xにおいて十分知り得たものといえることができる。また、Xに本件看板等の設置箇所の利用について特に具体的な目的があることも、本件看板等が存在することによりXの本件建物の所有に具体的な支障が生じていることもうかがわれない。

そうすると、上記の事情の下においては、XがYに対して本件看板等の撤去を求めることは、権利の濫用に当たるといふべきである。

5 以上と異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨は理由があり、原判決中、Y敗訴部分は破棄を免れない。そ



して、以上説示したところによれば、Xの本件看板等の撤去請求は理由がなく、これを棄却した第1審判決は是認することができるから、上記部分に関するXの控訴を棄却すべきである。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。なお、裁判官田原睦夫の補足意見がある。」

#### 【田原睦夫判事の補足意見】

「私は法廷意見に与するものであるが、原判決がXの本件看板等の撤去請求を認容するに当たり示した借地借家法第31条の解釈には俄に賛成し難く、また、本件につき仮執行宣言を付した点についても問題があると考えるので、上告受理決定の論旨外ではあるが、以下のとおり補足的な意見を述べることにする。

##### 1. 借地借家法第31条に関して

原判決は、……YがAの承諾を得て本件看板等を設置し、BからXへの本件建物の売買契約書には看板等があることが記載されていたことを認定したうえで、「本件のようにビルディングの区分した建物部分を賃貸の目的とする賃貸借契約において、借地借家法第31条という建物の範囲は、区分された建物部分及びこれと構造上一体として利用される範囲の全体として独立性を有する部分に限られると解されるところ」、本件看板等は、上記部分に設置されたものではなく、その設置箇所は、本件建物1階の外壁等いずれも本件建物の躯体部分であって、同条の建物には含まれないとして、YはXに対し本件看板等について同条による対抗力を主張することができないと判示する。

上記原判決の判示のうち、同条の「建物」の範囲が、原則として上記の範囲に止まるものであることについては異論はない。しかし、多数のテナントが入っているビル等において、例えば1階のホールにテナント名を表示した看板が掲げられていたり、各テナントの共用部分の廊下の壁面にテナント名を表示することができ、あるいは、ビルに入居するテナントを表示する外部看板が設置され、テナントは別途の負担なくその看板にテナント名を表示することができる場合や、また多数の飲食店が入居する雑居ビルで、共用の廊下や階段に特別の負担なく各店舗の看板が設置されているような場合には、それら看板への

表示は、当該建物賃貸借契約書に明示されていなくても、同賃貸借契約の内容をなしているものということができる。

従って、借家人が同条により第三取得者に対して借家権を対抗することができる場合には、上記の看板等に表示する権利も当然に対抗することができるものというべきであって、それらの看板等が借家人の独立の占有部分に存しないとの一事をもって同条の適用を否定する原判決の解釈には賛同することはできない。

なお、借家人の看板等の設置につき別個の契約がなされていたり、当該借家人が他のテナントとは異なる看板を設置していて、当該看板の設置が建物の賃貸借契約の内容に含まれないと解されるような場合には、同条の保護の対象外であることは言うまでもない。

## 2. 仮執行宣言について

判決に仮執行宣言を付するか否かは、事実審の裁量に委ねられている。しかし、本件では、法廷意見にても指摘するとおり、Xにおいて、本件看板等の設置箇所の利用について特に具体的な目的があることも、本件看板等が存在することによりXの本件建物の所有に具体的な支障が生じていることも窺えず、他に本件看板等撤去部分のみについて、その請求につき、その確定を待たずに仮執行により早期に実現すべき特段の利益は何ら認められない。他方、Yにおいては仮執行により本件看板等が撤去される場合には、法廷意見にても指摘するとおりその営業活動に重大な支障が生じることからすれば、原審が本件において仮執行宣言を付したことは、裁量権の行使を誤ったと評さざるを得ないと考えられる。

仮執行宣言を付するか否かにつき、その裁量権の行使には慎重を期すべきである（なお、本件においては、当審にて仮執行宣言付きの原判決を債務名義とする強制執行の停止を命じている。）。」

## 第2項 本判決から導かれる判例規範

本件は、本件建物の地下1階部分を賃借して店舗を営むYにおいて、建物の所有者の承諾の下に、建物の1階部分の外壁等に、本件建物内で営業

する店舗のための看板・ショーケース等を設置していたところ、本件建物全部を譲り受けたXが、Yに対し、所有権に基づき、地下1階部分の明渡し及び賃料相当損害金の支払を求めるとともに、看板等の撤去をも求めたという事案である。

この事案において、原審は、本件看板等の設置場所は本件建物の躯体部分であり、他の区分された建物部分の利用者との共用部分であって、本件建物部分の賃借人Yがその構造上排他的に独立して占有利用すべき部分には当たらないという理由から、Xの本件請求には権利濫用に該当するような事情は存在しないと判示した。

しかし、最高裁は、本件看板等は営業の用に供されており、社会通念上本件建物（店舗）との間に利用上の一体性があると認定し、Yには店舗営業にとって本件看板等を利用する強い必要性があるものと解し、他方、①本件看板等の設置位置からして、本件看板等が本件建物の所有者（当時の賃借人A商事）の承諾を得たものであることは現在の所有者Xにおいて十分知り得たということができ、②看板等の設置場所をXが利用するという具体的な目的がないこと、③看板等の設置によってXの所有権行使に具体的な支障が生じていないことを理由として、これら諸事情の下においては、XがYに対して本件看板等の撤去を求めることは権利の濫用に当たり、許されないと判示した。

次に、原審が本件のような区分所有建物の賃貸借における「借地借家法第31条にいう建物の範囲は、区分された建物部分及びこれと構造上一体として利用される範囲の全体として独立性を有する部分に限られる」という理由から、Xの看板撤去請求は許されると判示した点、ならびに、判決に仮執行宣言を付した点について、これを批判する田原判事の補足意見がある。

田原判事は、テナントビルや雑居ビルの賃貸借において、壁面、共用の廊下・階段にテナントや飲食店などの看板を設置する場合において、別

途・特別の負担なくしてテナントや飲食店等の看板が設置されているときには、それら看板への表示は、当該建物賃貸借契約書に明示されていなくても、同賃貸借契約の内容をなしているという理由から、借家人が借地借家法第31条により第三取得者に対して借家権を対抗することができる場合には、上記の看板等に表示する権利も当然に対抗することができるものと論じている。

この両者を比較すると、一見ただけで、この最高裁の法廷意見と補足意見の解釈には相違点があるというか、両者は全く異なっているようにも見受けられる。以下、本件に関する分析を兼ねる形で論を進めることとする。

なお、看板の撤去請求に関して、原審において仮執行宣言が付せられた点について、田原判事の述べたことは私自身の感想としても当然のことと解する。本件におけるYの営業にとって看板等は不可欠の存在であり、原審で敗訴したYが看板を撤去しなければならないとすると、最高裁判決までの9か月あまりの間、看板やショウケースなしで営業することを余儀なくされてしまう。仮にでも、これが執行されたとすると、裁判所が個人の営業を事実上妨害する結果となるのであり、また、Yにとっても耐え難い苦痛を味わったことであろう。もっとも、本件においては、最高裁において強制執行の停止を命じたので事なきを得たが、それまでの間、Yの苦悩は計り知れないものがあつたであろう。

判決に仮執行宣言を付するか否かの判断は、裁判所の裁量によるのであるが（民訴法第259条1項）、裁判所においては、執行の実態に鑑みて、その判断を誤らないよう、留意する必要がある。東京高裁は、本件がYの敗訴で終結すると考えたのであろうか。しかし、繰り返すが、仮執行宣言を付す場合には、執行の結果（必要性不可欠性と許容性、利害得失など）を十分勘案した上で、かつ、慎重に慎重を重ねた上で、その判断を下すか否かを定めるべきである。

### 第3項 判例規範から導かれる問題の所在

#### 1. 法廷意見と補足意見との相違点

平成25年最判の法廷意見の解釈は、権利濫用法理（民法第1条3項）を適用しているため、解釈上は、本件建物の所有者Xには、Yに対して看板等の撤去を請求する権利があるということになる。即ち、解釈としては、Yの本件建物部分の賃借権には看板等の設置権が含まれず、Xは所有権に基づく妨害排除請求権に基づいて看板等を撤去するよう請求することができるのであるが、Yには、建物賃借権に基づいて営業を継続するという目的を達成するために、その継続的な営業状態を示す看板等が必要不可欠であるという「強い必要性」があるという反面、Xには、本件看板等の設置・存続がなされても、その所有権を行使する際の障害ないし弊害が少ない（ほとんどない）という権利関係における比較衡量により、Xによる看板等の撤去請求は権利の濫用に該当し許されないという構成になるのである。

他方、補足意見の解釈は、原審の示した「借地借家法第31条にいう建物の範囲は、区分された建物部分及びこれと構造上一体として利用される範囲の全体として独立性を有する部分に限られる」という点は当然と解するが、テナント等の店舗の存在を表示する看板等の設置について、当該看板等のスペースに関する別途特別な使用料などが存在しない場合には、看板等を設置する権利が建物賃借権に含まれているものと解し、借地借家法第31条によって借家権を第三者に対抗しうるときには、この看板等を表示する権利についても、第三者に対抗しうるものと解している。

つまり、法廷意見は、借家権と看板等の設置権とは別物であり、本来、Yによる看板等の設置は建物所有者Xには対抗しえないが、看板が営業にとって必要不可欠であることと（利用上の経済的一体性）、所有権にとって甘受しえない程の重大な制限となっていない（受忍義務的な解釈）という理由から、Xの撤去請求は権利の濫用であると判示したのに対して、補足

意見は、看板等の設置権が借家権に含まれる結果として、借家権の対抗力が認められる場合には、設置した看板等についても、借家権の対抗力が認められるものと論じているのである。

## 2. 借家権と看板等の設置権

前段において、本判決の法廷意見と補足意見との相違点として指摘したように、本件建物賃貸借（借家）契約の目的物は本件建物の地下1階部分のみであり、この部分とは異なる場所である1階部分の外壁等において、営業にとって必要不可欠な看板等を設置する行為は、借家契約の目的に含まれるのか、それとも含まれないのかが問題となる。

もし、看板等の設置権が借家契約の目的、即ち、建物の範囲に含まれると解する場合には、借地借家法第31条の借家権の範囲となり、建物の引渡しにより、看板等についても借家権の対抗力が生ずる。しかし、これに含まれないと解する場合には、借地借家法の適用外となり、看板等については、建物の引渡しによる対抗力は認められないということになる。

それでは、看板等の設置権が借家権の範囲に含まれないと解する場合には、原賃貸人との合意の下において設置した看板につき、新賃貸人（建物譲受人）は、その撤去を請求しうるのだろうか。

本件の第1審判決は、看板等の設置権は「本件建物部分の賃借権に付随する従たる権利」であると構成し、借家権の対抗力の範囲に含まれると解したことから、看板等の設置権も対抗力を取得する結果として、所有者は撤去を請求しえないものと判示した。他方、原審判決は、借地借家法第31条の「対抗力ある建物の賃借権」の「建物」要件を厳格に解した結果、看板等の設置権は同条にいう建物に該当しないものと構成し、また、所有者による看板等の撤去請求が権利の濫用にあたるという事情もないとして、撤去請求は許されるものと判示した。そして、本平成25年最高裁判決は、権利濫用（民法第1条3項）を理由として、看板等の撤去請求は許

されないものと判示したのである。

つまり、本件の第1審から最高裁までの解釈の流れを概観すると、第1審は借家権の対抗力の範囲に含まれるものと解し（借家権拡張適用説）、原審は借家権の対抗力の範囲には含まれず（借家権厳格適用説）、かつ、権利濫用にも該当しないものと解し、そして、最高裁は、折衷的というよりは、むしろ、原審までの解釈の方向性とは異なり、自らは、看板等の設置権が借地借家法上の建物に含まれるか否かの判断はしていない（ただ、第1審の解釈には肯定的である）。即ち、最高裁は、看板等が営業にとって必要不可欠の存在である反面、看板の存在が所有権の行使に支障があるとは言えないという権利関係における比較衡量という解釈手法によって、建物所有者による看板等の撤去請求は権利の濫用に該当し、許されないものと解したのである。

しかし、田原判事の補足意見は「法廷意見に与する」と言いつつ、その法的構成は方向性を異にし、むしろ、第1審の解釈と軌を一にして、看板等の設置権を借家権の範囲に組み込み、対抗力の付与によって問題の解決を図っている。つまり、借家権を主たる権利、看板設置権を従たる権利として、両者を一体的に取り扱うという構成である。然るに、田原判事の意見は「補足意見」であるところ、最高裁は、借家権の対抗力という解釈によって問題を解決した第1審の判断を正当であるとして、この解釈を認めているので、あながち、法廷意見と補足意見との乖離はないという判断もありうるのかも知れない。

しかしながら、私は、両者の解釈手法は本来的に異なるものと解する。制度の意義においても、解釈手法においても、権利濫用法理と対抗法理とは方向性が異なるからである<sup>(2)</sup>。特に、田原判事が、法廷意見に与すると

---

(2) ここでの私の主張は、民法総則の掲げる一般原則の適用と、物権法及びその特別法上の具体的な権利関係に関する原則（本稿の基本的な問題では対抗法理）とは、元々、



いうことは、権利濫用法理による解決には何ら異存はないということである

---

別々の法原理に属するということを述べるものである。例えば、物権や債権的利用権について對抗要件を具備していない相手方に対する所有権に基づく物権的請求権などの権利行使が信義則違反、権利濫用に該当するという法適用の局面においては、両者の法原理には相互に関連性があるようにも見える。

しかし、これは同じ事象・問題点の中で論じられているので、同体的規範性を有するものと錯覚するに過ぎない。即ち、この場合における法の適用は、本来の権利関係に関する法律（対抗力の有無による本来的な解決）を厳格に適用すると、一方権利者による客観的に不当と評価しうる権利行使の結果として、他方権利者の建物取去・土地明渡し、借家の明渡し、看板の撤去など、正義・公平の原則（観念）に悖る結果を導くことから、当該行為に関して信義則や権利濫用という一般原則（権利の制限ないし剥奪原理）を適用することによって、本来あるべき権利の対抗力を否定し、その各論の適用による不当な結果を回避するという意味における法の段階的かつ制限的な適用・解釈手法（権利の要保護性と要排除性ないし権利者の負担受忍義務などとの比較衡量による法の選択的適用）によるものである。したがって、法の適用において、本来的な権利関係原則（権利付与原理）と一般原則（権利制限原理）とを法律要件の局面において混同するような解釈は妥当ではない（但し、必要的類推適用に関しては、この限りではない）。

もっとも、後述するように、ドイツ民法における権利濫用法理規定（BGB 第226条）は、良俗違反規定（BGB 第138条）、信義則規定（BGB 第157条、第242条）、良俗違反による不法行為規定（BGB 第826条）の各要件を相互連関的に解釈し（要件面における一般規定と各則との重畳適用）、あるべき解釈論を展開している。しかし、これは、BGB 第226条が権利濫用法理には本来的に不要な「権利行使者による他人に対する損害惹起の意図・目的」という主観的要素を法律要件としていることから、これを払拭するために、類似の法原理に属する規定を相互連関的に解釈して、別の新たな法規範を導くという特殊な解釈手法である。しかし、このような解釈手法が須く妥当性を有するとは断言しえない。BGB 第226条は、もはや単独では法規範としての役割を果たしえないものとして、特別に他の法規範との混和的適用がなされているに過ぎないのである。

このような意味において、私は、本平成25年最判の法廷意見と補足意見との間には看過し難い解釈上の齟齬が生じているものと解するのである。



ろう。そうすると、看板設置権が借家たる建物に含まれるものと解し、借地借家法第31条の対抗法理で解決しうる問題であるという傍らで、権利濫用法理による解決にも賛成するという解釈となる。しかし、これは法解釈の第一歩である法の適用という局面から見ると、奇妙な観を呈している。

いずれにせよ、平成25年最判の法廷意見は、最終的には、権利濫用法理による解決を選択した。そこで、次段においては、権利濫用法理に関する従来解釈について概観する。

### 第3款 伝統的な権利濫用法理

#### —ドイツ・スイス比較法を踏まえて—

##### 第1項 権利濫用法理の意義・要件

##### 1. 権利濫用の規定構造—日本，ドイツ，スイス—

権利の濫用とは、外形上権利の行使のように見えるが、具体的な場合に即して見るときには、権利の社会性に反し、権利の行使として是認することのできない行為のことである<sup>(3)</sup>。わが民法は、「権利の濫用は、これを許さない」（第1条3項）と規定している。しかし、権利濫用行為は如何なる要件の下で認定され、如何なる態様の行為であるのかなど、その内容に関しては、すべて解釈に委ねられている。もっとも、この規定でさえ、法解釈としては明治時代から存在していたものの、民法には明文の規定は存在せず、第二次大戦後、昭和22（1947）年の民法改正時に民法第1条追加規定という形で、私権の社会性（公共の福祉適合性：1項）、信義誠実の原則（2項）とともに、一般原則として規定されたに過ぎない。

これに対して、ドイツ民法及びスイス民法においては、元々、次のように明文で規定されている。即ち、ドイツ民法においては、「権利の行使は、これが他人に損害を与えることのみを目的としうるときには、許され

---

(3) 我妻榮『新訂民法總則』（岩波書店、1965年）35頁。

ない。」と規定し（BGB 第226条：権利濫用の禁止〔Schikaneverbot〕）、また、スイス民法においては、「権利の明白な濫用（der offenbare Mißbrauch）は法の保護を受けられない。」と規定している（ZGB 第2条2項）。ちなみに、スイス民法第2条1項は、わが民法第1条2項と同じ内容で信義誠実の原則について規定している。ドイツ民法の規定は、「他人に損害を与えることのみを目的としうる」という権利の行使が濫用にあたるとして、行為者の主観的な要件を提示しているが、スイス民法の規定は「権利の明白な濫用」というだけであり、行為の客観的な要件を提示している。

これらの規定から、権利の濫用とは、権利者が権利の社会性に反する行為をし、この権利行使が単に他人に損害を与えるに過ぎないような、いわば利己的（自己中心的）な権利行使であり、また、その権利行使は誰が見ても濫用であることが明らかであるという明白性を有する濫用行為であって、そのような濫用行為は、たとえ権利者の行為であったとしても法的保護に値しないという評価を受けるような行為のことを言う。これが「権利濫用（Schikane oder Rechtsmissbrauch）」の意義である。ここから、例えば、所有権の濫用について考えると、所有者が、自己の所有権行使の障害となっている対抗力を欠く用益物権者や債権的利用権者、あるいは善意の占有者（無権利者）に対して、不動産の明渡しや地上物の撤去などを請求した場合において、当該請求による所有者の利益と請求を受ける権利者ないし法益保有者の不利益とを比較衡量して、前者の権利行使の必要性に乏しく、反対に、後者の不利益ないし損害が前者の利益を著しく上回る場合には、所有権に基づく物権的請求権の行使は権利の濫用として許されないという帰結となる。ドイツ民法やスイス民法のような、ある程度具体的な規定からは、このような場面が容易に考えられる。

わが民法の解釈指針として、我妻榮博士は、スイス民法の客観的な立場に依拠すべきものと解し、権利を行使する者の主観に拘泥することなく、即ち、権利者が専ら自分の必要から権利を行使し、他人に損害を与えるこ

とを少しも意図しない場合でも、客観的な立場から、権利者の権利行使によって得ようとする利益と、それによって他人に与える損害とを比較衡量し、その権利の存在意義に照らして判断すべきであると論じている<sup>(4)</sup>。

## 2. ドイツ民法における主観主義から客観主義への変遷

しかし、条文上は主観的要件を冠しているドイツ民法においても、その解釈上は客観的な基準を設けており、「他人に損害を与えることのみを目的としうる」という主観的要件を緩和している。

まず、BGB 第226条について、判例及び裁判例は、客観的な基準として、「他人に不利益に働くとして排除されるべき行為」という前提要件を設けており<sup>(5)</sup>、理論的には、これは3つに分類されている。まず第一は、現に存在する権利を行使する際に非難されるべき観点であり、自己の権利を追求することによって、必然的に他人に損害を与えるということである<sup>(6)</sup>。次に、第二は、逆に非難可能性のないことが客観的に認識されうる

---

(4) 我妻・前掲書（『新訂總則』）35頁。我妻博士は、権利濫用法理を広く認めすぎると、既存の権利関係に排他的な立場を与えるという不当な結果となりやすいので、法理の適用に当たっては、全か無かという二者択一ではなく、一定の条件下において権利行使を認めるとか、既存の権利関係に対しても一定の譲歩を求めるとかの方法によって、衝突する権利の行使を互譲協力の精神によって両立するような解決を講じなければならぬと論じている。

(5) RG. 26. 5. 1908, RGZ68, S. 424, 425; RG. 8. 1. 1920, RGZ98, S. 15, 17; RG. 10. 6. 1929, RGZ125, S. 108, 110; RG. 1. 12. 1932, RGZ138, S. 373, 375; BGH. 10. 4. 1953, BB1953, S. 373, 374; OLG Frankfurt. NJW1979, S. 1613; OLG Düsseldorf. NJW-RR2001, S. 162; VerfGH München. BayVBl. 2994, S. 464. vgl. Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1 Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2012. [Helmut Grothe], §226 Rn. 4.

(6) RG. JW1905, S. 388 Nr. 4. また、Palandt, BGB-Kommentar, 70. Aufl., 2011, [Jürgen Ellenberger] §226 Rn. 2は、主観的に非難されるべき理由から自己の権利を用いるということでは十分ではなく、権利の行使によって、客観的に権利者に利益をもたらす

権利を行使するという利益があれば、これによって権利濫用の抗弁は排除されるということである<sup>(7)</sup>。しかし、この場合でも、権利行使が非難されるべき方向へと向かう場合には、権利行使の利益は顧慮されなくなる<sup>(8)</sup>。そして、第三は、BGB 第226条の要件である「損害の付与」は、その目的があれば足り、侵害の結果たる損害の現実的な発生は要求されないということである<sup>(9)</sup>。

次に、BGB 第226条の主観的要件である損害付与という目的は、権利者の故意 (Vorsatz) による行為、即ち、違法性 (Rechtswidrigkeit) を有する行為であることを要するが、侵害による損害惹起の意図 (Schädigungsabsicht) は要求されないものと解されている<sup>(10)</sup>。また、客観的に追求された目的を決める場合には、行為者の動機が顧慮され<sup>(11)</sup>、更に、BGB 第226条には、

---

えず、かつ、単に他人の権利侵害に役立つに過ぎないということが確定していなければならぬと論じている。vgl. auch Münch-Komm BGB, a.a.O., [Grothel], §226 Rn. 4.

(7) RG. DJZ1900, S. 481; RG. WarnR, 1912, Rn. 10; BGH. BB1953, S. 373, 374; OLG Brandenburg, NZG2002, S. 872, 873; OLG Düsseldorf, ZMR1957, S. 151; VerfGH München, BayVBl. 2004, S. 464. vgl. Münch-Komm BGB, a.a.O., [Grothel], §226 Rn. 4.

(8) LG Nürnberg-Fürth, NJW1951, S. 196, 197.

(9) Erman, Handkommentar zum BGB, 12. Aufl., 2008, [E. Wagner], Rn. 9; J. von Staudingers Kommentar zum BGB — Neubearbeitung 2009, [Tilman Repgen], §226 Rn. 17. レプゲン (Repgen) は、OLG Saarbrücken. I. 6. 2004, OLGR 2004, S. 497, 502, Münch-Komm/Grothe, §226 Rn. 4. そして、Erman/E. Wagner, §226 Rn. 9 を引用しつつ、「行為者は侵害されるべき人の明確なイメージ (Vorstellung) を有している必要はない。同様に、意図された損害が発生する必要もない」と論じている。つまり、客体に対する侵害もしくは侵害による損害発生という認識は不要であると論じているのである。このような構成により、BGB 第226条の法律要件に存在する行為者の主観的な損害の意図は、解釈から完全に抜け落ちることになる。

(10) BGH. BB1953, S. 373.

(11) RGZ68, S. 424, 425; Soergel/Fahse, Rn. 6. vgl. Münch-Komm BGB, a.a.O., [Grothel], §226 Rn. 5.

良俗違反としての故意による侵害（Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung）を原因とする不法行為に関する第826条<sup>(12)</sup>と区別される規範文（「その目的のみを有しうる」という侵害目的要件）があることから、この点が顧慮され、時として、主観的な要素が完全に拒絶されることがあるとされている<sup>(13)</sup>。即ち、ライヒ裁判所（RG）は、1908年5月26日の判決において、客観的な目的のみに照準を合わせ、「この場合には、法律の明確な文言によると、権利者の意図は問題とならず、むしろ、事案の全体的な諸事情を客観的に観察する場合には、その権利者が示すように、その行為の目的が決定的に重要である。」と判示した<sup>(14)</sup>。その後、1909年以後のライヒ裁判所の判例には主観的な要素に拘泥するものもあったが<sup>(15)</sup>、1936年8月17日判決は、1908年判決の解釈に従い、「事実上抱かれた意図は問題とはならない一方で、むしろ他方、事実関係に従い、他人に損害を与えることとは別の目的

---

(12) BGB 第826条は、「善良の風俗に反する方法で、故意により他人に損害を与えた者は、その他人に対し、その損害を賠償すべき義務を負う」と規定している。つまり、本条における「故意により他人に損害を与えた」という点について、これをその前提となる動機ないし「目的」とし、また、「良俗違反」という点を「許されない濫用行為」と関連づければ、BGB 第226条を包摂することができるのである。このように解すると、第826条は、第242条の一般規定化とともに、第226条を含む権利濫用法理の具体的な規定と言うことができる。この点については、Staudinger/Repgen, a.a.O., Rn. 12を参照。

なお、ドイツ民法には「善良の風俗違反の法律行為は絶対無効（nichtig）とする」という一般原則があるが（BGB 第138条1項）、これは法律行為に関する規定であるから、ここでは直接的には関係がないように見える。しかし、解釈上は、BGB 第242条とともに大いに関係がある。

(13) Münch-Komm BGB, a.a.O., [Grothe], §226 Rn. 5. グローテは、Staudinger/Repgen, a.a.O., Rn. 19を引用指示しつつ、このように述べている。

(14) RGZ68, S. 424, 425.

(15) 例えば、RG. 3. 12. 1909, RGZ72, S. 251, 254は、「悪意の侵害」、「侵害の意図」を要するものと解している。

が与えられえないかどうかが問題となる」と判示した<sup>(16)</sup>。そして、近時、連邦通常裁判所 (BGH) は、2008年7月14日の決定において、このライヒ裁判所の解釈に従い、行為者によって追求された目的を客観的にのみ判断した<sup>(17)</sup>。この解釈によれば、BGB 第226条の実用可能性は問題なく高められ、また、文言上の強制もなされないとされている<sup>(18)</sup>。更に、ドイ

---

(16) RG. 17. 8. 1936. WarnR. 1936 Nr. 183.

(17) BGH. 14. 7. 2008, NJW 2008, S. 3438 Rn. 7.

本決定は、「BGB 第226条による権利濫用禁止及び許されない権利行使の抗弁に関する前提要件は、——当民事部が同様の団体に関する2007年7月9日の決定 (NZG 2007, S. 822 Rdnr. 9) において詳論したように——、権利の行使が他人の侵害以外に目的を有しえないということ (RGZ68, S. 424 [425]), 権利行使の根底に保護に値する個人の利益がないこと (BGHZ29, S. 113 [117f] = NJW1959, S. 478), あるいは、別の目的、即ち、契約から離れた目的もしくは不正な目的を達成するためのみ、権利が行使されるということである (BGHZ107, S. 296 [310f] = NJW1989, S. 2689 = NJW-RR1989, S. 1374; Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., §242 Rdnrn. 50f.)。権利の濫用は、契約違反への誘惑もしくは他人の契約違反の悪用という観点からも現れうる (vgl. Erman/Palm, BGB, 12. Aufl., §138 Rdnr. 85)。」と論じている。つまり、本決定には、濫用的権利行使をする者の主観的な故意は問題とならず、行為の目的を客観的に評価するという姿勢が現れている。なお、この点については、Staudinger/Reppen, a.a.O., Rn. 20も参照。

(18) Vgl. Münch-Komm BGB, a.a.O., [Grothe], §226 Rn. 5. この点は、既にわが国の学説においても確認されている。例えば、磯村哲「シカーネ禁止法理より客観的利益衡量への発展」『末川古稀・権利の濫用 (上)』(有斐閣, 1962年) 65頁以下、浜上則雄「ドイツ法における権利濫用の理論」『末川古稀・権利の濫用 (下)』(有斐閣, 1962年) 295頁以下がある。即ち、BGB 第226条の適用される権利濫用行為は他人に損害を与えることのみを目的とすることから、同法第826条の規定と相俟って一般的な良俗違反禁止法理に吸収させ、また、信義則規定 (BGB 第242条) の適用も認めることで、主観的基準から客観的基準への移行が展開されたということである。この理論の紹介については、谷口・石田編『新版注釈民法(1)総則(1) [安永正昭]』(有斐閣, 改訂版, 2002年) 151頁を参照。

ツ民法上、債務者に信義則上の給付実現義務を負わせている BGB 第242条<sup>(19)</sup>は拡張解釈されており、同条により、許されない権利行使の全部の種類が善良の風俗違反と解され、このような BGB 第242条の拡張的な解釈により、結果として BGB 第226条を廃れさせているように見えるとさえ言われている<sup>(20)</sup>。

このような解釈構造から、現在では、狭義の権利濫用規定である BGB 第226条の主観的な要件は、結局、裁判上の主張・立証責任と関係するのみであるとされ、許されない権利行使という法律効果を回避しようとする場合には、権利行使者が「意図的に行った権利行使ではない」ということを主張し立証しなければならぬと解されているに過ぎない<sup>(21)</sup>。

したがって、現代法における権利濫用法理の適用に当たっては、我妻博士の指摘に掛かるように、権利者の主観的態様、即ち、相手方に対する加害意思に拘泥せず（つまり、度外視して）、行為の客観的態様、即ち、権利

---

(19) BGB 第242条は、「債務者は、取引の慣行を顧慮して、信義及び誠実の要求するところに従い、給付を実現すべき義務を有する」と規定している。また、その前提としての契約の解釈に関する信義則規定として、同法第157条は、「契約は、取引の慣行を顧慮して、信義及び誠実の要求するところに従い、解釈しなければならない」と規定している。

(20) Vgl. Staudinger/Repgen, a.a.O., Rn. 12. 同様の見解として、Münch-Komm BGB, a.a.O., [Grothe], §226 Rn. 1があり、近時の裁判例、例えば、OLG Hamburg. 5. 12. 2000, OLGR Hamburg 2001, S. 85-87は、この原則は第242条及び第226条という両方の規範から同時に導き出されることが多いと論じている。このように、近時の権利濫用法理は、BGB 第226条の狭義の権利濫用（Schikane）ではなく、同法第242条及び第826条の重畳適用から導き出される一般的かつ客観的な権利濫用法理（いわば、「信義則違反・権利濫用法理」）となっており、これをドイツでは„Rechtsmissbrauch“（権利の濫用）と称している。なお、ドイツにおける権利濫用法理に関する最近の状況については、別稿において詳細に検討したい。詳細な議論は他日に期したい。

(21) Vgl. Münch-Komm BGB, a.a.O., [Grothe], §226 Rn. 5.



者の権利行使とこれによる相手方に対する権利侵害の程度とを比較衡量して、濫用的権利行使か否かを評価し判断するという姿勢こそが、権利濫用法理の適用基準であるということができ、このような構成が趨勢的な解釈なのである<sup>(22)</sup>。

## 第2項 わが国における適用基準—主観的要素の考慮—

ところが、わが国の判例に現れた権利濫用事案における適用基準は必ず

---

(22) わが国における学説の概観については、安永・前掲『新版注釈民法(1)総則(1)』156—157頁が、前掲した我妻博士の見解を始めとして、幾代通博士（『民法総則』〔青林書院、第2版、1984年〕18頁）、四宮和夫博士（『民法総則』〔弘文堂、第4版、1986年〕31頁）、石田喜久夫博士（石田編『民法総則』〔法律文化社、1985年〕18頁）の各見解を紹介しつつ、これらを総合的に分析・考察して、権利濫用の成立要件については、「当事者双方の客観的な事情の比較衡量という考えから、権利行使者の主観的事情の再認識という方向へと変化するという傾向にある」と論じている。しかし、四宮博士の見解は、「主観的容態と客観的利益衡量の両面を総合的に考察する」という考え方が有力になりつつあるとして、幾代博士、石田博士らの見解を紹介しているに過ぎない。

幾代・石田両博士や安永教授の考え方は、前述したドイツにおける判例・学説上の議論から直接的に導き出した構成とすることができる。確かに、客観的利益衡量のみでは強い者が既成事実を作ってしまうれば勝ちになる（四宮・前掲書18頁、安永・前掲書160頁）という側面（衡量ならざる衡量とでも言うべきであろうか）は否定しえない。しかし、わが民法第1条3項は、ドイツ民法第226条とは異なり、むしろ、スイス民法第2条2項と類似する客観的濫用法理に属するのであるから、解釈論としても、権利者の主観的な事情ないし行為（権利行使）態様を要件化することは妥当ではない。原則として、権利者の客観的な権利行使の態様と、両当事者の客観的な利益衡量のみによって、「濫用的権利行使」であるか否かを判断すれば足りるものと思量する。確かに資本金や社会的地位といった「格差による利益衡量」ではバランスは悪いが、この点は、公共工事などの社会公共性と物権的請求権による原状回復の困難性のゆえにやむをえないという側面にやや優位性を感じる。この意味において、やはり、我妻説が妥当であるということは言うを俟たない。



しも統一的ではない。例えば、権利濫用法理の典型的な適用例とされる宇奈月温泉事件において、大審院が、土地所有者Xから不法占有者Yに対する妨害排除請求権の行使を権利濫用であると構成した理由は、土地所有者Xの専ら不当な利益の獲得を目的とした土地の高額買取請求に関する動機の違法性という主観的要素を考慮した上で、Xに対する所有権侵害の程度の軽さと、Yにおける引湯管移動工事中の270日間という温泉営業の休業期間の長さ、そしてYによる引湯管撤去の費用が莫大な負担になるという妨害除去の困難さとの比較において、Xの権利行使は信義則に反し、権利の濫用であると判示している<sup>(23)</sup>。これは、ドイツ民法第226条の解釈としては解釈方法論が同一に帰着するので納得しうるが、わが民法の解釈論としては、本来的に不要と解される主観的要素を多分に考慮したという点において、妥当性を欠くのではないかと思われる。もっとも、当時はまだ現行の民法第1条は存在しなかったので、ドイツ民法の規定とその古い解釈とが輸入されたのかも知れない。しかし、既に述べたように、ドイツにおいても、1908年5月26日のライヒ裁判所判決において客観的解釈手法が示され、その後の判例も主流は客観的解釈であったことから、昭和10（1935）年当時におけるわが国の解釈において主観的な方向性が示されたという点は理解することができない。

次に、土地所有者が自己の所有する土地を無断で使用した公共事業者を相手方として妨害排除請求権を行使したという一連の事件がある<sup>(24)</sup>。これらについて、大審院は、いずれも「原状回復の不能」を理由として、不当

---

(23) 大判昭和10年10月5日民集14巻1965頁。

(24) 大判昭和7年12月20日法律新聞3511号14頁、大判昭和11年7月10日民集15巻17号1481頁（いずれも、水力発電事業のために地下トンネルを掘削し、完成したところ、他人の所有地を無断で使用していることが判明したという事案）、大判昭和13年10月26日民集17巻2057頁（鉄道敷設事業における他人所有地の無断使用という事案）。

利得ないし不法行為法の適用による金銭賠償的原状回復によって解決している。この中でも、鉄道敷設事業に関する大判昭和13年10月26日（所謂「高知鉄道事件」）は、原審においては、権利濫用法理を適用して、土地所有者からの妨害排除請求を認めなかったが、大審院は、直接的には権利濫用法理を口に出さず、大審院に特有の原状回復不能法理によって解決した。

これらの事案は、特に権利行使者の主観を要件に入れているわけではないが、物権的原状回復請求による効果が事業者側に対する莫大な損害惹起となるという意味において、土地所有者が物権的原状回復による事業者側の損害惹起という結果を知りつつ権利行使をしているという主観的態様を考慮に入れていると言えなくもない。しかし、このような公共事業者の莫大な損害という結果を回避するための論理として、「原状回復の不能」という理由付けをしているのは、権利の行使によって守られる利益と、その結果として被る損失との比較衡量を重視したからにほかならないのであり、権利の行使を無下に濫用と解しているわけではないと思われる<sup>25)</sup>。

この点について、大判昭和11年7月10日に関する我妻博士の評釈を参照すると、我妻博士は、所有権に基づく妨害排除請求は、その内容が甚だしく形式的かつ硬直的であり、必ずしも当事者の利害の対立にとって妥当な解決を図ることができないので、その解決策を物権的請求権の範囲から駆逐して不当利得・不法行為の領域に入れることができれば、両当事者の主観的ならびに客観的事情を比較衡量して、能う限り妥当な金銭的解決を図ることが可能となるのであり、本判決の採用した原状回復不能論は極め

---

25) 安永・前掲『新版注釈民法(1)総則(1)』160—161頁は、判例は、これらすべてのケースにおいて権利の行使自体を濫用と解している旨を論じているが、少なくとも、大審院判決に関しては、この解釈は疑問である。

て正当であると論じている<sup>(26)</sup>。したがって、解釈論として共通性はあるとしても、これら公共事業事案においては、直接的には、権利濫用法理は用いられておらず、物権的原状回復の代替的措置として、金銭賠償による原状回復で解決を図ったのである。

しかし、最高裁となってからの公共事業事案においては、権利濫用法理が真正面から適用されているように思われる。例えば、板付飛行場事件においては、「日米安保条約第3条に基づく行政協定の実施に伴う土地等の使用等に関する特別措置法」に準拠せずになされた土地の使用または収用の手続を無効と主張して、土地所有者が妨害排除請求権を行使したという事案において、原審が、本件「土地においては、既に400億円以上の費用が投ぜられた板付空軍基地の諸施設の一部として、ガソリンの貯蔵庫が設備されており、これを明け渡すとすれば、更に多額の費用を要し、かつ、基地の使用に甚大な不便と困難を来すことは必定であり、Y（国）が明渡義務を履行することによって蒙る損害とXらが明渡しによって得る利益とを比較検討するとき、土地の明渡しを求めるXらの本訴請求は、権利の濫用として到底認容し得ない」と判示し、最高裁も、「本件土地所有権の侵害については、不法行為または不当利得に関する法規により救済を求めらるるのであれば格別、原状回復を求める本訴のような請求は、私権の本質である社会性、公共性を無視し、過大な請求をなすものとして、認容しがたい。従って、原審の……判断は支持されるべきものであり、本件事案の経過に照らし、原判決はあながち信義則に違反したものとはいえない」と判示している<sup>(27)</sup>。最高裁は、権利濫用法理を採用する前提として、土地所有者に対する救済法理は不法行為・不当利得法であると解しており、この点

---

<sup>(26)</sup> 我妻榮「評釈（大判昭和11年7月10日）」『判例民事法第十六卷（昭和十一年度）』（有斐閣，1937年）369頁（371頁）。

<sup>(27)</sup> 最判昭和40年3月9日民集19巻2号233頁。

は、前掲した大審院の原状回復不能法理と同様の論理を展開している。しかし、大審院とは異なり、私権の社会性、公共性を理由として、土地所有者の物権的原状回復請求を過大な請求と断じていることから、権利濫用を理由とする請求排除であることは明らかである。

このように、公共事業事案においては、一見すると両当事者の権利を比較衡量しているように見えるが、ある意味においては、事業者側の利益を最優先した判例法理ともいえよう<sup>(28)</sup>。しかし、法解釈方法論としては、両当事者の権利に関して、一方の利益と他方の損失とを比較衡量しているのであるから、特に不当と断ずる必要はないものと思われる。

次に、所有権の行使が度を過ぎて行われた結果、他人の所有物に対して損害が発生した場合には、所有権の行使それ自体を権利濫用と構成し、発生した損害については、度を過ぎた所有権の行使による結果を不法行為によるものと認定して、法律要件（構成）は権利濫用法理を用いて、法律効果は不法行為に基づく損害賠償責任と解する一連の判例法理がある（この構成は、前掲したBGB第826条と第226条とを組み合わせた解釈と同様のものである）。

この権利濫用の結果発生した損害の賠償を不法行為法によって解決するという判例法理において欠かせないほど有名なものとして、「信玄公旗掛ノ松事件」がある<sup>(29)</sup>。この事件は大変有名であるから、事案は言わずと

---

(28) 安永・前掲『新版注釈民法(1)総則(1)』160頁は、「大資本による個人の所有権の侵害はそれが既成事実になってしまえば、いかにそれが不当なものであっても、その経済的な重みにより、所有権に対する事実上の優先が認められる」が、「これは法的な正義の観念からはとうてい容認しがたい結論」であると論じている。

(29) 大判大正8年3月3日民録25輯356頁。本判決は、大判大正6年1月22日（民録23輯14頁）を引用しつつ、権利の行使が社会観念上被害者において忍容すべきものではないと一般に認められる程度を越えたときは、権利行使の適当な範囲ではないので、不法行為となると判示した。また、具体的には、蒸気鉄道の煤煙については、そ

も知れたものである。この事件は、明治35（1902）年から翌年にかけて中央線（現在の中央本線〔東線〕）が敷設され、蒸気機関車による汽車が開通し、同44（1911）年に回避線が開通したところ、その付近（日野春駅舎の近く）に武田信玄公が進軍した際に本陣を布いたという由緒ある土地があり、回避線の線路端1間（約1.82メートル）未満の地点に樹齢170年にもなる信玄公ゆかりの「旗掛ノ松」があったのだが、煤煙と振動の影響で大正3（1914）年12月に完全に枯死してしまったので、「旗掛ノ松」を先祖代々にわたって保護・育成してきた住民らが当時の鉄道院（国）を相手取って損害賠償請求訴訟を提起したという事案である。国は鉄道事業に基づく正当業務行為であると主張したが、大審院は、権利濫用法理を用いて国を敗訴させた。この事件については、既に第1審（甲府地判大正7年1月31日・中間判決）において、大審院と同様、「権利ノ内容ヲ超逸シタル無権利行為ナリ」と断定し、国を敗訴させている。その後、第2審（東京控判大正7年6月14日）は控訴人である国が欠席したため、控訴棄却となり（ただ、同年7月26日に控訴人の故障申立てにより地裁へ差戻しの判決がある。）、国は

---

の燃料として石炭を燃焼するものであることから、必然的なものであり、不法な侵害でなければ、周辺住民には受忍義務があるが、係争樹木が鉄道沿線に散在する樹木より甚だしく煤煙の害を被るべき位置にあって、かつ、その害を予防すべき方法があるにもかかわらず、鉄道業者が煤煙予防の方法を施さず、煙害が生ずるに任せ、これを枯死させたことは、社会観念上一般に忍容すべきものと認められる範囲を超越したものであり、権利行使に関する適当な方法ではないと判示したものである。

本判決に関する論評のうち最も詳細なものとして、東孝行「裁判過程における権利濫用論の展開—信玄公旗掛松事件の諸判決を中心として—」判タ357号（1978年）4頁以下がある。また、評釈としては、三瀧信三「判批」法協37巻8号（1919年）1212頁、中川善之助「活きている判例・30」法セミ30号（1958年）58頁、石本正男「判評」判例百選（1960年）24頁、徳本鎮「判評」民法の判例（1967年）175頁などがある。

上告したが、上告は棄却された<sup>(30)</sup>。

しかし、講学上、本件と類似の事案として掲げられる「大阪アルカリ事件」の大審院判決においては、信玄公旗掛松事件とは異なる解釈が展開された。即ち、この事件は、Y会社の経営する大阪アルカリ会社の製肥工場が亜硫酸ガスならびに硫酸ガスその他の有害物を噴出し、これらの有害物質が稲及び麦を枯死させたという侵害の原因であるとして、Xら農民がY会社を被告として損害賠償を求めたという事案である。

本件では、その事実審レベルでは、現地調査及び専門家の鑑定による故意・過失ならびに因果関係が認定され、Xらの損害賠償請求を認容したが、大審院は、化学工業に従事する会社その他の者が、その目的である事業によって生ずることあるべき損害を予防するため、事業の性質に従い相当となる設備を施した以上、たまたま他人に損害を被らせたとしても、これを以て不法行為者としてその損害賠償の責めに任じさせることはできないと判示した<sup>(31)</sup>。しかし、本件は、原判決が破棄・差戻とされたので、大阪控訴院で再度審理されたところ、差戻審判決は、「営業権を行使する場合にあっても、斯かる結果を来さないよう注意し、斯かる結果を生ずる事を防止し得べき場合には、その手段を講ずべきは当然の理である」ところ、Y会社が防止手段を講じていない結果として本件被害が発生したものと判示して、再度、Xらの請求を認容した<sup>(32)</sup>。

---

(30) この裁判の過程については、東・前掲「論文」判タ357号5頁以下を参照した。

(31) 大判大正5年12月22日民録22輯2474頁。

(32) 大阪控判大正8年12月27日法律新聞1659号11頁。判旨は、概略、次のとおりである。「Y会社が亜硫酸ガス及び硫酸ガスを凝縮して硫酸を製造し銅の精錬を為す営業を行う事はY会社の権利であると雖も、斯かる権利中には他人の耕作物をしてその収穫を皆無または甚大なる減少を来すべき損害を被らせる権能を包含するものではないので、営業権を行使する場合にあっても、斯かる結果を来さないよう注意し、斯かる結果を生ずる事を防止し得べき場合には、その手段を講ずべきは当然の理である。に

これらは権利の行使が度を過ぎて強行された結果、地域住民に実損害が発生したので、これを不法行為として金銭賠償による原状回復という解釈手法によって解決したものである。

### 第3項 最高裁の適用事案

次に、本稿の問題点について、平成25年最判は権利濫用法理を適用して解決したので、最高裁における権利濫用法理について概観する<sup>(33)</sup>。

まず、確定判決に基づく強制執行が権利の濫用とされたという事案がある。本件は、交通事故の被害者Yが将来の営業（荷馬車挽き）活動の不能を理由とする損害賠償を命ずる確定判決を得てから5年を経過した後、その間に自殺した加害者Aの相続人である父母（Xら）に対し、同債権に基づく強制執行を申し立てたので、XらがYを被告として強制執行の不許等を求めたという請求異議事件である。

この事案において、最高裁は、Yは負傷が快癒し、電話を引くなどして堂々と営業している反面、加害者Aが損害賠償義務の負担を苦にして自殺するなどの事故があったにもかかわらず、その遺族であるXらに対し、損害賠償債権に基づいて強制執行をするのは、「それが如何に確定判決に基

---

も拘わらず、Y会社の取締役等は、……、硫酸製造及び銅の精錬をするにつき、その工場より噴出遁逃する亜硫酸ガス及び硫酸ガスがX等の本件耕地に於ける稲麦に対し多大の害を加えるべき事を予見し、かつ、これを防止し得べき方法があったにも拘わらず、故意若しくは過失により、その方法を講ぜずに、これらのガスを噴出遁逃させ、これによってXの稲麦に対し有害なる作用を及ぼし、その収穫を皆無又は多大に減少せしめたるものであるから、Y会社はこの賠償の責任があるものとする。」

<sup>(33)</sup> 判例に現れた権利濫用法理に関しては、安永・前掲『新版注釈民法(1)総則(1)』152頁以下が明治期から今日に至るまでの経過を詳説しているので、そちらを参照されたい。本稿においては、本稿の問題点に応じて、必要と思しき範囲において判例法理を概観するに過ぎないということをお断りしておく。



づく権利の行使であっても、誠実信義の原則に背反し、権利濫用の嫌なしとしない」として、原審が安易に執行を認容したという点を審理不尽、理由不備の違法ありとして破棄・差戻とした（権利濫用法理の適用）<sup>(34)</sup>。この事案は、確かに、不法行為に基づく損害賠償請求権によって、その被害者たる債権者が強制執行をしたに過ぎないのであるが、その権利の行使が不誠実の極みとして排斥されたものである。

次に、所有権留保売買の売主による第三取得者に対する所有権の行使が権利濫用とされたという有名な事案がある。本件は、自動車のサブディーラーAから自動車を買受けたユーザーYに対し、ディーラーXがAとの間の自動車売買契約に付した所有権留保特約に基づいて、その自動車の引渡しを請求したという事案である。

この事案において、最高裁は、ディーラーXが、サブディーラーAとユーザーYとの自動車売買契約の履行に協力しておきながら、その後サブディーラーAにその自動車を売却するにあたって所有権留保特約を付し、サブディーラーAの代金不払を理由として同人との売買契約を解除したうえ、留保された所有権に基づき、既にサブディーラーAに代金を完済して自動車の引渡しを受けているユーザーYにその返還を請求することは、権利の濫用として許されないと判示した<sup>(35)</sup>。

本件において、Xは売買代金の完済まで、本件自動車の所有権を留保しており、本件自動車の所有者である。他方、Yは、Aとの関係では自動車の買主であり、所有者である。Yは、代金をAに完済しており、Aとの関係においては完全に所有者になったといえる。では、この場合におけるXの留保所有権の帰趨はどのようなのであろうか。また、第三取得者YとXとの関係はどのように決するのであろうか。

---

(34) 最判昭和37年5月24日民集16巻5号1157頁。

(35) 最判昭和50年2月28日民集29巻2号193頁。



Xは、Aに転売を許可している関係にあるから、本来、第三取得者が現れた時点でXの留保所有権は消滅することが予定されている。譲渡担保の目的物たる原材料や商品が第三者に売却され、引き渡されると、当該商品は譲渡担保の目的から離脱する。動産担保というものは、兎角このような性質を有するものであり、通常、担保権付きで販売されることはない。

所有権留保の本場であるドイツでは、このような場合における留保売主の代金債権を担保するため、中間業者である留保買主から、第三取得者に対する転売代金債権を予め譲り受けておく。この所有権留保と債権譲渡担保とを結合させた複合的な担保のことを「延長された所有権留保（verlängerter Eigentumsvorbehalt：所有権留保の延長類型）」という。わが民法においては、動産売主の担保として、動産売買先取特権があり（第321条）、本件のような場合には、転売代金債権に対する物上代位権を有する（第304条<sup>36)</sup>。しかし、本件では、第三取得者Yは転売主Aに売買代金を

---

36) 本条は、譲渡担保権にも適用しうるものと解されている。例えば、最決平成11年5月17日民集53巻5号863頁は、動産譲渡担保権に基づく転売代金債権に対する物上代位の事案において、譲渡担保権は破産手続において別除権として扱われ（最判昭和41年4月28日民集20巻4号900頁）、また譲渡担保権者は、債務者が破産宣告を受けた場合でも、担保目的物の売却により生じた代金債権を差し押えて物上代位権を行使しうる（動産先取特権につき最判昭和59年2月2日民集38巻3号431頁）という理由から、「譲渡担保権は目的物の交換価値を支配する権利であり、これを認める旨の特約の有無の如何を問わず、民法304条の適用を認めるのが相当である」と判示している。

なお、集合動産譲渡担保権に基づく損害保険金請求権に対する物上代位の事案において、最決平成22年12月2日民集64巻8号1990頁は、同様の理由から譲渡担保権者の物上代位権を認めたが、この契約類型においては設定者に通常の営業における目的動産の販売権限があることから、設定者が通常の営業を継続している場合には、目的動産の滅失により保険金請求権が発生したとしても、これに対して直ちに物上代位権を行使しうる旨が合意されているなど、特段の事情がない限り、譲渡担保権者が当該

完済している。それゆえ、本件の留保所有者（原売主）Xは、動産売買先取特権に基づく物上代位権を行使することができない。つまり、Xは、AがYに転売した時点において、留保所有権を失い、YがAに代金を完済した時点において、動産売買先取特権に基づく物上代位権も失っているものであり、それゆえ、Yに対しては何ら請求権限がないということになる<sup>(37)</sup>。

---

請求権に対して物上代位権を行使することは許されないと判示した。きわめて当然の話である。

(37) しかし、わが国の裁判例は、昭和50年最判に倣っており、留保所有者が買主に転売授権し、現実に第三取得者が転売を受けたとしても、同人は留保所有権付きで転売されたに過ぎず、転売後も留保所有権が存続するものと解している。

例えば、東京地判平成7年9月25日（判タ915号126頁）は、木工機械の所有権留保付売買において、留保売主Xが買主Aからの転買主Yに対し、所有権に基づく返還請求をしたという事案において、「通常、売主は自己の債権回収を図るため、所有権留保付での転売を容認したに過ぎない」として、無条件での転売授権を否定し、また、「高額な機械は、所有権留保付で売買される例が多数である」とし、Yはこの支払条件から所有権留保を知らなければならず、Yが売主たる留保買主Aから直接機械を購入したときも所有権留保付であり、XとAとの売買に関する条件の問い合わせは容易であったとして、Yの即時取得を否定し、更に、Xの債権管理に甘い点があり、YがAに代金を完済したとしても、Xの請求が権利濫用とまではいえないと判示した。

また、東京高判平成8年12月11日（判タ955号174頁）でも、転売授権について、留保売主Xは買主Aに対し、Aが代金未済のまま本件物件のB建材への転売を承認したわけではないと認定し、この場合には所有権留保のままの条件付権利の転売授権に過ぎず、留保売主Xは、転買主Yの買主Aに対する代金完済による所有権喪失を承認していないとして、これまた無条件の転売授権を否定し、また、高価な建設機械は、そのほとんどが所有権留保特約付きで取引され、機械を転売する際にはメーカーの発行する譲渡証明書付きでの取引慣行を十分に認識していたと推認されるものと解し、転買主Yは土木工事等の業者であるにも関わらず、本件物件のメーカーXに代金完済を確認せず、譲渡証明書の交付も要求せず、中間業者がどこのメーカーの代理店かも確認せず、更に、売主Aと会ったこともなく、誰が売主なのかさえ正確に確認しない

したがって、本件において、ディーラーXに留保所有権が存在することを前提として権利濫用法理を用いて解決策を導いた最高裁の解釈は、裁判所における所有権留保に関する認識が弱かったか、あるいは、動産売買先取特権が念頭になかったかのいずれかである。

また、買主Yが単なる顧客であれば保護されるべきであるが、これが専門業者であれば、所有権留保持約付であることを当然予測すべき立場にあり、車検証を見れば、Xが所有者であることは一目瞭然であるから、所有権留保の認識がなかったということは、抗弁としては認められない。しかし、Yが保護された理由は、Yが代金を完済していること、本件のディーラーXは、自己の債権回収の見込みが甘いの、その責任を転買主Yに転嫁していることから、信義則上、Xの留保所有権の行使は保護に値しないものと認定されたのである。それゆえ、このような構成を採った場合には、この解釈は結論においては是認される（しかし、そもそも、転売授権の評価誤りによるこのような構成は妥当性を欠く解釈である）。

更に、昭和50年最判が採用した権利濫用構成には次のような問題点もある。それは、本件における留保所有者Xの第三取得者Yに対する車両の返還請求が権利の濫用を理由として認められないということになると、本来、Xには所有権があるが、代金を完済したYに対してその所有権を主張

---

として、Yに過失を認定し、即時取得を否定した。

しかし、譲渡担保の実務では設定者が通常の営業の範囲内で売却した目的物については、譲渡担保権の消滅が約定されている。この転売による担保権の消滅という解釈が所有権留保の場合にのみ否定されるべきものと解する理由も必然性もない。このような意味において、先取特権のないドイツにおいては、留保所有者が将来発生すべき転売代金債権を契約時に留保買主から予め譲り受けておくという複合的な担保方法として、延長された所有権留保が商慣習となっている。

したがって、わが国においても、上記判決のような解釈を続けるのであれば、むしろ、その解決策を所有権留保の延長類型に求めるべきであろう。

することは許されないということであるから、Yは勝訴しても所有者ではないということになる。自動車は耐久消費財であるから、所有権はなくとも、使用・収益権が認められるのであれば、古くなり、廃車するまでか、または買い換えるまで、とにかく乗り続け、最後はXに返還するというような奇妙な関係となる。Xとしては、Yが乗り潰したような自動車の返還を受けても、ほとんど無価値となった暁での返還など意味がなく、また、廃車手続の費用もかかるので、おそらくは受領を拒否するであろう。

いずれにせよ、裁判で争った当事者がその後も自動車の所有者・使用者として車検証に掲載され続けることは、自動車を実質的な所有者として使用しているYとしても気分の良いものではない。したがって、本来は、Yに所有者としての資格を与えるような判決が欲しかったのである。これが占有・所有関係に関して権利濫用法理によって占有者を保護する場合における弊害である（あまり親切な判決とはいえない）。結局、私見によれば、この有名な判例における解決策は、Xの留保所有権を否定し、Yを所有者として確定させるべきだったということである。

#### 第4款 本稿の問題点について—小 括—

前段までの検討において、本稿の問題点とすべき内容が明らかとなった。平成25年最判から導かれる本稿の問題点は、①看板設置権は借家権の範囲に含まれるか、②権利濫用法理の適用基準とその内容、が中心的なものである。しかし、これらのみならず、③看板設置権の法的性質を人格権的利益と評価する場合における類似の権利ないし法益のケースとの比較検討、また、④前段において論じなかった権利濫用法理の適用ケースとの比較検討、が必要となる。私は、そのうち、借家権と関連性のある借地権侵害事案、また、看板設置権との関連においては、必要不可欠な生活権の侵害としての通行権侵害の事案を取り上げて考察の対象としてみることにする。

権利濫用法理に関しては、その要件は、ドイツ民法第226条における主観的構成から、信義則や良俗違反規定を踏まえながらの客観的構成への転換に関する理論的な変遷、また、我妻博士の提唱に係る「客観的構成説」を中心として考察することの必要性を理解することができた。しかし、この理解はまだ端緒に過ぎない。まだ検討していないわが国の判例に現れたケースを分析し、また、個別問題における学説の検討も必要である。したがって、ここまでの検討成果を活かす形で、以下、論述を進めていこうと考えている。

それでは、次に、本稿の個別問題に関する解釈論を展開することとする。まずは、それぞれの個別問題に応じて、従来の判例法理を概観する。

## 第2節 個別問題の判例法理による解釈

### 第1款 対抗力ある建物賃借権の適用範囲

ここで論ずべき問題点に関するリーディングケースとなる判例は、最判昭和42年6月2日（民集21巻6号1433頁）である。同判決は、借家法第1条（現行借地借家第31条。以下同じ。）の引渡しによる対抗力を取得しうる「建物」の範囲について柔軟に解し、区分所有建物ではない日本式家屋の一部の賃貸借であっても、比較的広く借家法の適用を認めるという解釈を展開している。まずは、この点を検証するため、同判決の前後の判例法理を確認する。以下に示すように、この問題に関する裁判例は、様々な解釈を提供している。

## 第1項 昭和42年最判以前の判例・裁判例

### 1. 「建物」・対抗力肯定事案

#### (1) 東京地判昭和27年10月30日下裁民集3巻10号1516頁

本件は、Xが本件建物（日本式家屋18坪）を所有者Y<sub>1</sub>から代物弁済によって取得し、所有権移転登記を経由したところ、これより前に、Y<sub>2</sub>がY<sub>1</sub>から本件建物のうち奥の6畳と4畳半の2室（5.25坪）を賃料月額500円で賃借し、この部分に家族とともに居住し占有していたので、XがY<sub>1</sub>に対して建物取去・土地明渡しを、Y<sub>2</sub>に対して建物退去・土地明渡しを請求したという事案である。

この事案において、本判決は、次のような理由により、本件賃貸借を借家法第1条1項の「建物の賃貸借」と認定し、引渡しによる対抗力を認めて、Y<sub>2</sub>に対する明渡請求を棄却した。

①借家法第1条は「建物の賃貸借」と明記しているが、これは必ずしも建物の一部の賃貸借への適用を排斥するものではないので、その立法趣旨を考えるとともに、現時における住宅難の世情に応じ、借家人保護の見地から改めてその趣旨を探究する必要がある。この観点から考えると、建物の一部といってもアパートやビルディングなどの室のように構造と使用効能が独立の建物と同等に認められるものについては規定を適用することができる。

②日本式建物の一部であっても、その構造が通常独立の建物と同視しがたいとはいえ、実際には区分所有権の登記も不可能ではないのみならず、近時における住宅難の世情に照らし、借家人保護の見地から右規定の適用を除外すべきではないと解するのが相当である。

③この結果は、正当に賃借し現に居住している借家人がいる場合には、建物を買い受けた新所有者はその賃貸借を受忍すべきこととなるが、この解釈は衡平の観念に反するものではない。

次の裁判例も類似の見解を示している。

(2) 大阪高判昭和31年5月21日高裁民集9巻4号267頁

本件は、XがAの所有する本件建物（1階15.2坪，2階7坪）を代物弁済によって取得し，所有権移転登記を経由したところ，これ以前に，本件建物の一部（1階土間の間口2間半，奥行3間）が店舗とされ，YがAから賃料月額6000円，権利金と思しき金銭10万円を差し入れて賃借し，占有使用していたので，XがYに対し，当該部分の明渡しを請求したという事案である。YがAから賃借した本件土間は併用住宅の店舗部分全部で，その部分はAの居住使用部分とはガラス戸その他により明確に区切られて完全に遮断され，出入口を別個に有していた。

この事案において，本判決は，次のような理由により，Yの賃借権を借家法第1条1項の賃貸借によるものと認め，Xの請求を棄却した。

①借家法第1条に所謂「建物」とは必ずしも一戸独立の建物のみを指称するものではなく，賃貸借の目的が一戸の建物の一部であっても，当該賃貸借の部分が障壁その他によって他の部分と客観的に明白に区画せられ，独占的排他的の支配を可能ならしめる構造と規模を有するものであるときは，なおこれを同法条の建物というに妨げないものと解するのが相当である。

②このような構造と規模を有する建物の一部は，あたかもそれだけの範囲の一戸の建物に近い独立性と使用効能を発揮することができ，それゆえ，経済的にも社会的にも一戸の建物の賃貸借と同様に行われる部分賃貸借における賃借権は，建物全部の賃借権と同様に借家法による保護を受けるに値するとともに，その引渡しがあったときは，建物について物権を取得した第三者も賃貸借の存在と範囲を識別することが困難ではないのであるから，右賃借権を対抗させても第三者に不測の損害を及ぼすものでないことは，建物全部の賃貸借の場合と異なるところはないからである。

本件においては，Yの賃借部分は，その構造と規模において独立的排他的の支配が可能であり，Yは独立排他的にこれを占有使用しているものという理由から，Yの本件店舗の賃貸借はまさに借家法の適用保護を受ける建物の賃貸借に該当するものとされ，また，トイレ，炊事場，電燈線の共



用はその判断の妨げにはならないとされた。

これらの裁判例からは、日本式家屋の一部という利用上の独立性を認めにくい部分的な賃貸借であっても、借地借家法第31条の引渡しによる対抗力の認められる「建物の賃貸借」たりうるものということができる。

## 2. 「建物」賃貸借に準ずるとした事案

東京地判昭和38年1月30日下裁民集14巻1号134頁

本件は、Xがビルの1室をAに賃貸し、AがYにその1室の間仕切りをした一部と踊り場を転貸したので、XがYに対し、無権原占有であるとして、室及び踊り場の明渡しを請求したという事案である。

この事案において、本判決は、Yは本件室内の一定個所に設置されたテーブル、物入れ等を使用することによって本件室内に出入りし、室内空間の一定部分を継続して占有使用し、これに対して定期的に一定の対価を支払っており、その関係は必ずしも通常の室の賃貸借とはいいがたいものであるが、さりとて単に動産たるテーブルの賃貸借というべきではなく、その関係は全体として本件室及びその使用のためにする踊り場を目的とする賃貸借に準ずる実体を有するものと解してさしつかえないものと判示した。しかし、本件は無断転貸であるため、結局、所有者Xに対抗しえないとした。

本判決からは、ビルの1室の一部の賃貸借、所謂「テーブル貸し」であっても、「建物の賃貸借」たりうるものということができる。その理由は、室内の一部であっても、区分することによって独立した占有状況を作ることが可能だからである。このように、判例・裁判例を概観した限りにおいても、借家権の対象となる「建物の賃貸借」は、かなり弾力的に解されてきたということが分かる。しかし、次に示すように、判例・裁判例においても、この点を否定的に解するものもある。



### 3. 「建物」・対抗力否定事案

#### (1) 津地判昭和28年12月28日下裁民集4巻12号2016頁

本件は、Yが本件建物（和式・木造瓦葺2階建て）の所有者Aからその2階10畳間のうち8畳の部分賃借していたところ、賃貸人Aが亡くなり、その相続人Bから建物を買受け、所有権移転登記を経由したXが、賃借人Yに対し、その明渡しを請求したという事案である。

この事案において、本判決は、本件賃貸借の目的である部屋はそれ自体独立性のないものと解し、本件部屋の賃貸借については借家法の適用はないとして、賃借人Yは本件部屋の賃貸借について、これを登記しなければ、建物の取得者Xに対抗することはできないと判示した。

本件においては、当該賃借部分が独立性を否定され、「建物」と認定されなかった理由は明らかではないが、推測するに、和室10畳間のうちの8畳部分という区分の仕方が独立性なしと判断されたとしか言いようがない。和室であるから、間仕切りなどは施していなかったのであろう。しかし、10畳間のうちの8畳部分であれば、ほぼ一部屋を借りていたのであるから、他の裁判例と比較した場合には、「建物」と認定してもよかつたのではないと思われる。

#### (2) 東京地判昭和32年5月15日下裁民集8巻5号954頁

本件は、Xからの借地権者Aが自己の所有する本件建物（日本式家屋10坪）をY<sub>1</sub>に売却したが、Xが借地権の譲渡を承諾しないので、Y<sub>1</sub>が建物買取請求権を行使したところ、Xは、Y<sub>1</sub>に対して建物取去・土地明渡しを請求し、Y<sub>1</sub>から本件建物のうち表側の6畳1室を月額賃料8000円で賃借していたY<sub>2</sub>、同じく3畳1室を月額賃料4000円で賃借していたY<sub>3</sub>に対し、建物退去・土地明渡しを請求したという事案である。

この事案において、本判決は、本件建物は買取請求によってY<sub>1</sub>からXに所有権が移転したことを認め、Y<sub>1</sub>に対し、代金との引換給付を命じた

が、日本式建物内における室は、特別の事情のない限り、借家法第1条1項に所謂「建物」に該当しないものと解し、Y<sub>2</sub>及びY<sub>3</sub>は、Xに対して、Y<sub>1</sub>との賃貸借契約に基づく本件室の賃借権を以て対抗しえないものと判示した。なお、Xは本件建物の所有権取得につき未登記であるが、Y<sub>2</sub>及びY<sub>3</sub>は、Y<sub>1</sub>のXに対する本件建物の買取請求を援用し、借家法第1条の規定により本件室の占有がXに対する正当な権原に基づくものであると抗弁したことから、両名はXの本件建物所有権の取得につき登記の欠缺を主張する利益を放棄したものと解すべきであるとした。

本件は、所謂「間借り（間貸し）」の賃貸借事案であり、従来の裁判例の傾向から考えると、借家としての独立性はあるのではないかと思われる。しかし、それが認定されなかったのであるから、おそらく前掲した昭和31年大阪高判の示した構造上、利用上の独立性要件を充足していなかったものと推測される。

### (3) 最判昭和30年2月18日民集9巻2号179頁

本件は、百貨店やスーパーマーケットの売場における出店（所謂「ケース貸し」）において、貸主が借主に対して立ち退きを請求したのに対し、借主が妨害停止の仮処分を請求したという事案である。

この事案において、本判決は、本件の借主は店舗の一部や特定の場所の使用収益を請求しうる独立した契約上の権利に基づいて本件店舗の一部を支配的に使用しているものではないと解し、本件の貸借は「建物」の賃貸借にあたらないうして、仮処分に対する貸主の異議を認めた。

このようなケース貸しはホール内のオープンスペースの一角を賃借するという契約であり、経済的な独立性という「建物」要件を充足しないので、対抗力ある建物の賃借権とは認定されないのである。

第2項 最判昭和42年6月2日（民集21巻6号1433頁）の概要

【事実】

(1) Xは、訴外Aの所有する本件家屋（木造木羽葺き2階建て、1階27坪2合、2階27坪。）を売買により買い受け、所有権移転登記を経由した。しかし、本件家屋は、これより前、その一部である(イ)部分（2階東側8畳間、6畳間の二部屋で居宅部分）はY<sub>1</sub>が賃料1か月3000円で賃借して居住し、また、(ロ)部分（1階東側間口2間半、奥行4間部分）はY<sub>2</sub>がこれをAより賃料1か月7000円、期間の定めなくして賃借し、使用していた。

(2) Y<sub>1</sub>は、本件建物階下南側にあった下屋部分とその2階部分4畳半をAから賃借した。それは、当時その部分に住んでいたAが、その西側の6、8畳2部屋に移り、そのあとにY<sub>1</sub>が移り住んだのである。右2部屋と(イ)の部分との境には襖が存在するが、その上方欄間にはベニヤ板が張られ、Y<sub>1</sub>が移り住んでから襖と襖との間には目張りをしたので、襖は全く開閉されず、かつ襖の内側には家具、装飾品、飾り棚などを設けたので、襖は西側部分と区別するための壁の役目を呈した。(イ)の部分北側には板廊下が東西に走り、西側2部屋に入るにもこの廊下を使用するが、(イ)部分の、廊下に面する部分にある4枚の額入り障子は内側から施錠され、外部からの障子の開閉は不可能であり、東北側角に額入り障子1枚が(イ)部分と廊下との出入口となっており、外側から錠をかけられるよう設備され、その出入口外側上方にY<sub>1</sub>方のみの使用量を計る電灯用小メーター器が取り付けられ、出入口から階段を経て階下の流し、トイレに至るという構造であり、右の掛錠、出入口錠はY<sub>1</sub>が(イ)部分に移り住んですぐにメーター器が設備され、(イ)部分はXの息子が居住するその西側部分と区分された居宅部分を形成していた。

(3) 次に、(ロ)部分は元作業場であり、土間で明確な間仕切りもなく（一部ボードによる仕切りはある。）、天井板もない状態であったが、Y<sub>2</sub>がこれを賃借後に改築し、台所と居間、トイレなどを設置して、店舗部分を作ったものである。そして、XがAより買い受けた当時、既に改築は完了していた。

Y<sub>2</sub>は、(ロ)部分につき、北側半分は高さ60センチメートルぐらいに畳6畳を入れて居間とし、北側表通りに面した半分は店舗部分とし、その表通り側は

硝子戸を入れ、西側と北側と東側に新たにベニヤ板を張り、ラッカーを塗り、Y<sub>2</sub>のみの使用量を計るための電灯用小メーター器を取り付けて、本件建物の他の部分とは全く区分された店舗兼居宅の一部を形成した。

本件は、建物の新所有者Xが、Yらに対し、主位的請求として、いずれもXに対抗しうる権原なくしてXの買受け前から不法に本件家屋を占有してXの所有権を侵害し、Y<sub>1</sub>は1か月金3000円の、Y<sub>2</sub>は1か月金7000円の各賃料相当の損害をXに与えているとして、本件家屋からの退去・明渡し及び賃料相当損害金の支払を求め、予備的請求として、仮に賃借権があるとしても、本件訴状によって解約を申し入れ、同様に退去・明渡し及び明渡しまでの賃料相当損害金の支払を求めるとして訴えが提起されたものである。

第1審、原審ともにYらが勝訴した。

【第1審（青森地判昭和40年10月20日。原審もほぼそのまま引用）】

「借家法第1条に建物とは、必ずしも一戸独立の建物のみをいうのではなく、賃貸借の目的が日本式建物の一部であっても、その部分が障壁その他によって他の部分と客観的に明白に区画され得て独占的排他的支配を可能ならしめる構造、規模を有するものであって、他の部分と別個の形態を有し、経済的、社会的な使用価値を有する場合には、いまなお住宅難の世情にあることを斟酌し、右法条の立法の趣旨を考えると、これを右法条に建物というに妨げなく、同法条の適用から排除すべきでない」と解するのが相当である(る。)」

「その結果は、新所有者はその賃貸借を認容すべきものとなるが、正当に賃借して現に居住する者がありその存在と範囲を識別することは困難ではないのであって、これを当然知り得る状況にある建物を買い受けたことを考えれば、右の解釈は又衡平の観念から見ても、右法条の趣旨に反するものではないというべきであり、新所有者に不測の損害を及ぼすものでもない。」

本件においては、Y<sub>2</sub>の改築により、外観上も本件建物の他の部分と別個の形態を有したので、社会経済上独立した使用価値を有するものと認めるのが相当であるとされ、また、Y<sub>1</sub>による改築の結果、賃借当時から大工職Y<sub>1</sub>と、その妻および子供2人の家族が起居して世帯を構成したので、社会経済上独立した使用価値を有するものと認めるのが相当であるとされた。

更に、トイレ・流し場は階下に存在し、Yら両名の共用するところであるが、そのことは以上の認定を覆すべき重要な事由とはならず、Y<sub>2</sub>は夜間、Y<sub>1</sub>は常時、本件建物への出入口として本件建物階下南側部分を共用しているが、この点もまた右認定を左右すべき重要な事由にはならないとされた。

Xから上告。

【判旨】 棄却。

「建物の一部であっても、障壁その他によって他の部分と区画され、独占的排他的支配が可能な構造・規模を有するものは、借家法1条にいう「建物」であると解すべきところ、……確定した事実によれば、本件建物の(イ)(ロ)部分は、それぞれ障壁によって囲まれ、独占的排他的支配が可能な構造を有するというのであるから、原判決が(イ)、(ロ)部分の賃貸借に対抗力があると判断したことは正当である。」

#### 《分析》

本件は、日本式家屋の一部を賃貸借の目的とした場合において、この賃貸借が、借家法第1条1項の「建物の賃貸借」に該当するのか、即ち、同条の規定により、引渡しのみで第三者に対する対抗力を取得しうるのかという点が争われたという事案である。

この事案において、本判決は、建物の一部の賃貸借であっても、他の部分と明確に区分され、独占的・排他的な支配が可能な構造を有するという要件を充足すれば、借家法第1条に所謂建物の賃貸借に該当し、引渡しのみで対抗力を取得するものと判示した。

従来、借家法（現行借地借家法）の適用を受けるべき建物の賃貸借の意義に関しては争いがあるところ、従前よりこの解釈は弾力的に解されることが多かったと思われ、この意味において、本稿において問題としている看板等設置権も「建物賃貸借権」に含まれるか否かという点において関連性があるので、考察の対象とした次第である。

本判決は、前掲した裁判例のうち、肯定事案、即ち、借家法第1条の引

渡しによる対抗力を認定するための「建物賃貸借」を広義に解する裁判例の立場を尊重したものである。即ち、建物の賃貸借というためには、「独立した建物」の賃貸借という要件があるところ、当時の借家事情を顧慮した結果、その解釈を緩やかにする傾向があったところ、最高裁もまた、その解釈を追認したのである。したがって、区分所有建物とは解されない日本式家屋の一部を賃貸借の目的とした場合であっても、借家権の目的と認め、引渡しのみで借家権の対抗力が認められるのである。

しかし、本稿において論じてきた「看板設置」に関する権利関係も借家契約に含まれるのかという問題については、これらの判例法理に含まれるか否かは明らかではない。そこで、その拡張適用の可能性について、関連裁判例を掲げて考察することとする。

### 第3項 昭和42年最判以後の関連裁判例

#### 1. 大阪高判昭和53年5月30日高裁民集32巻1号421頁

本件は、XがYらから、建物の屋上を広告塔設置のために賃借し、敷金を交付したところ、本件建物の所有権が第三者Aに移転し、本件広告塔を使用できなくなったため、Xが賃貸借契約を解除し、敷金の返還を求めたという事案である。Yらは、本件屋上は「建物」であるから、賃貸借関係はAに承継されると主張した。第1審はXの請求を棄却したので、Xから控訴がなされた。

この事案において、本判決は以下のように判示して、第1審判決を取り消し、確定した。

「借家法第1条にいう『建物』とは土地に定着し、周壁、屋蓋を有し、住居、営業、物の貯蔵等の用に供することのできる永続性のある建造物をいうが、その限界は、結局、社会通念、立法の趣旨等に照らして決められるべきであるとされ、建物の一部であっても、障壁その他によって他の部分（他の物）と区画され、独占的排他的支配が可能な構造、規模を有するものは同条にいう『建

物』であると解されている。」

「借家法が制定された趣旨は、借地法、小作関係の法律などとともに経済的な弱者を保護しその居住権、生活権ないしは営業権を保障しようとする点にあることはいうまでもなく、建物の一部であっても一定の基準を充たすものに限って借家法第1条にいう『建物』にあたるとして借家法の適用範囲の拡張を認めるべきであるとするのは、畢竟、経済的な弱者である借家人を保護する必要があるからにほかならない。本件賃貸借は広告塔建設を目的とするものであって、人の住居ないしは店舗、事務所等とは直接に関係はなく、何ら借家法による保護を必要とするものではない。したがって、本件屋上は本件建物の一部であるが、社会通念、立法の趣旨等に照らし、借家法第1条にいう『建物』またはこれに準ずべきものであるとみるべきではないと解するのが相当である。」

本件は、屋上の賃貸借であり、一般的な意味においては、「借家」契約には該当しないと解される事案である。それゆえ、本件の賃貸借は、その登記がない以上、建物の新所有者には承継されず、屋上賃借人Xの敷金返還請求を認めたものである。しかし、傍論において、借地法の類推適用を示唆したという点において判例法上の意義がある。即ち、「この場合、契約当事者の意思としては、ビル屋上を建物の一部として貸借するという認識はなく、土地に類似する『平面』として捉えて、建物所有を目的として屋上を貸借したという観念が濃いものとみることができであろう。これらのビル屋上の賃貸借契約は建物賃貸借というよりはむしろ建物所有を目的とする土地賃貸借に近似した関係にある」が、しかし、本判決は、「本件広告塔は、本件屋上の上の大きな空間部分を利用して本件屋上の6か所に基脚を取りつけて建設されたものではあるが、屋蓋等を欠き、社会通念上、一種の工作物であるとはいえ『建物』であるとはいえないことは明らかであるから、借地法を類推適用する余地もない」と判示したのである。看板も建物ではないことは明らかであることから、借地法の適用はなく、結局、看板の設置権は、借地・借家法上の、いずれの対抗力も認めら



れないということになる。

## 2. 徳島地判平成10年5月29日税務訴訟資料232号469頁

本件は、法人税の更正処分取消請求事件において、賃貸駐車場及び隣接する賃借建物が「借家」に該当し、その敷地が借家建付地として評価するか否かが問題となったという事案である。借家建付地であれば、資産価値評価としては、更地よりも低額となる。本件において、税務署長は更地評価としている。

この事案において、本判決は、「土地（同2号物件）上には貸駐車場及び事務所として使用される建物、同日録記載六土地（同3号物件）は貸駐車場として使用される建物が存在することを確認したが、右の各建物は、木材置き場として建築された建物の内部を線で区画し、その区画を多数の者に駐車スペースとして賃貸していたものであり、右の各区画は、「障壁等によって他の部分と区別され、独占的排他的支配が可能な構造・規模を有するもの」ではなく、したがって、右の各区画は借家法という建物には該当しないから（最判昭和42年6月2日民集21巻6号1433頁参照）、右の各区画の駐車場契約はもとより、右の各建物自体についてもこれが賃貸されているわけではないから、いずれについても借家法の適用はない」として、貸家建付地としての評価をせず、更地評価とした被告税務署長側の鑑定結果を認定した。

## 第4項 判例法理の判断基準

### 1. 最高裁以前の下級審裁判例

下級審の裁判例は、古くから、構造と使用効能が独立の建物と同等に認められるものについては借家法第1条（借地借家第31条）を適用するものと解している（昭和27年東京地判）。

また、当該賃貸借の部分が障壁その他によって他の部分と客観的に明白

に区画せられ、独占的排他的の支配を可能ならしめる構造と規模を有するものは、一戸の建物に近い独立性と使用効能を発揮するものと解している（昭和31年大阪高判，昭和53年大阪高判）。また，この点について，具体的には，出入り口が別個独立している必要があるという（昭和31年大阪高判）。

更に，室内空間の一定部分を継続して占有使用し，これに対して定期的に一定の対価を支払っている場合には，建物賃貸借に準ずるものと解している（昭和38年東京地判）。

## 2. 昭和42年最高裁判決

最高裁は，基本的に，建物の一部であっても，その部分が障壁その他によって他の部分と客観的に明白に区画され得て独占的排他的支配を可能ならしめる構造，規模を有するものであれば，独立した建物と解している（昭和31年大阪高判，昭和53年大阪高判と同じ）。この解釈は，建物の一部であっても他の部分と別個の形態を有し経済的，社会的な使用価値を有するものという判断である。その結果，建物の一部の賃貸借であっても，この要件を充足する限り，独立した建物の賃貸借と同視しうるものと解するのである。

### 第5項 判例法理に現れた借地借家法第31条の「建物」認定—小 括—

#### 1. 借家権保護の認定基準

判例法において現れた借地借家法第31条に所謂「建物賃貸借」の認定については，建物全体であるとその一部であることを問わないと解されているが，建物の一部の賃貸借にあつては，他の部分からの物理的・経済的な独立性を有するということが要件とされている。それゆえ，以下に示すように，判例法理から導かれる基準は，すべて独立性の有無に関するものである。

第一に，外観上，建物の他の部分と別個の形態を有し，社会経済上独立

した使用価値を有するものをいう。例えば、他の部分と区画された店舗兼居宅が、この基準に該当する。

第二に、独占的・排他的支配という状態にあるか、またはその可能性があるということが必要である。最高裁の判断基準としては、他の部分との境界が明確に区切られているか、通行が可能か、施錠等によって仕切られているかが現れている（昭和42年最判）。

第三に、出入口を別個に有し、その構造と規模において独立的排他的の支配が可能な状態が必要であるという（昭和31年大阪高判）。しかし、昭和42年最判は、出入口は共用でもよいという。

第四に、電力会社のメーターが独立していることが必要であるという（昭和42年最判）。しかし、高裁レベルでは共用も差し支えないものと解されている（昭和31年大阪高判は、電灯線は共用でもよいとした）。

第五に、トイレ、台所の共用は独立性の障害にならないという。この点は、判例法理として確立している。

したがって、これらの判例法理を総合的に分析すると、借地借家法第31条に所謂「建物」の認定基準は、①外観上、社会経済上の独立性があること、②建物の一部の賃貸借の場合には、当該不動産の独占的排他的支配可能性があること、③独立性の要件として、出入口が独立していること、電力会社のメーターが独立していることが、必要条件であるということができる。

これらの要件について考察する限り、借家契約の範囲は、当該借家の部分に限るということになり、それゆえ、借家の引渡しによって対抗力を生ずる部分は、相当の範囲に限定されるということになる。したがって、従来の判例法理による限り、前掲した平成25年最判の補足意見（及びその第1審）の示した「看板設置権も借家契約の範囲に含まれる」という命題には相当の無理があるということが分かる。

## 2. 所謂「権利金」との関係

しかし、「店舗を利用目的とする建物の賃貸借」という観点からは、営業目的も賃借権に含まれるとも考えられる。即ち、店舗等の営業を目的とする建物賃貸借の場合には、敷金に属しない「権利金」と称する金銭の授受が行われることが多い。

権利金の意義ないし種類については、①当該営業用建物における営業ないし営業上の利益の対価（所謂「場所的対価」、「場所的利益の対価」である。）として支払われるもの、②賃貸借の継続中の賃料の一部の合計として予め支払われるもの（家賃の一括前払によって賃借人に運用利益を与えるもの）、③①と②の中間にあって、賃借権の譲渡性を予め承認することによって、賃借権に交換価値を与える対価として支払われるもの、とされている<sup>(38)</sup>。このうち、①の類型が主たるものと解されており、営業ないし営業上の利益とは、造作やその場所に伴う顧客などを含むものと解されてきた<sup>(39)</sup>。この類型においては、賃借人は一種の財産権としての「営業権」を取得するものと解し、賃貸借の終了に際して、この財産権を返還する場合には、賃借人は相当の対価を受けることができるものと解されている<sup>(40)</sup>。

この観点は、従来、営業権の独立性に関する議論につながるものである。例えば、大正14年大判（所謂「大学湯事件」）は、賃貸借契約において、「賃貸借終了の際に老舗（「営業権ないし営業的価値」を意味する用語。筆者註。）を賃借人自身が買い取るか、もしくは賃借人が任意にこれを他に売却することを許容する」旨を約定したにもかかわらず、賃貸借終了後、賃借人がこの約定に反して建物を湯屋業の造作・諸道具一式の付いたままで

---

(38) 我妻榮『債権各論中巻一』（岩波書店、1973年）477頁、内田貴『民法Ⅱ・債権各論』（東大出版会、第3版、2011年）190頁。

(39) 我妻・前掲書（『債各中巻一』）477頁。

(40) 我妻・前掲書（『債各中巻一』）477頁。

第三者に賃貸してしまったという事案において、大審院は、老舗は具体的な「権利」ではないが、売買等取引の目的となる以上、この財産権は、所有物に匹敵する法益であるとして、賃借人の保有する老舗の売買を妨げた以上、賃貸人には不法行為が成立すると判示した<sup>(41)</sup>。この法益侵害を理由とする不法行為の成立に関する解釈については、民法第709条の故意・過失を「違法性」と読み替えるにせよ、保護法益の拡張と解するにせよ、いずれにしても、多くの学説から賛同を得て今日に至っている<sup>(42)</sup>。

---

(41) 大判大正14年11月28日民集4巻670頁。しかし、最判昭和43年6月27日（民集22巻6号1427頁）は、権利金が、借家契約において賃借建物部分の公衆市場内における店舗として有する特殊な場所的利益の対価として支払われたものであると認定した上で、「賃料の一時払としての性質を包含するものでなく、かつ、本件賃貸借契約には期間の定めがなかったというのであり、賃貸借契約の締結またはその終了に際し右金員の返還について特段の合意がされた事実はない」という理由から、賃貸借契約がその成立後約2年9か月で合意解除され、賃借建物部分が賃貸人に返還されたとしても、賃借人は、それだけの理由で、賃貸人に対し金員の全部または一部の返還を請求することができるものではないと判示した（後掲最判昭和29年3月11日を引用）。

したがって、判例は、権利金が場所的利益の対価として支払われたとしても、約定において営業権ないし営業的価値の存在を認め、賃貸借終了後におけるその価値の帰属を明確にしていない限り、権利金の返還請求は認められないという姿勢を貫いていると言えよう。しかし、場所的利益の対価を営業権ないし営業的価値と解する限り、その対価と認められる程度の支払があれば、権利金によって営業権ないし営業的価値を買ったものとみなすべきであり、賃貸借終了後は、賃借人が建物とともに営業権をも引き渡すのであるから、賃貸人は営業権の時価を賃借人に交付すべきものと解される。しかしながら、多数説は我妻説とは異なり、「場所的利益の対価」の意味は明確ではないとして、賃料の前払との類似性を取り沙汰するものさえる。例えば、野村豊弘「判評（最判昭和43年6月27日）」法協86巻8号（1969年）990頁（994頁）参照。この解釈の方向性は、昭和43年最判が判決理由の中で権利金の性質について「場所的利益の対価」と認定しつつ、「賃料の一時払の性質」に言及している点と軌を一にするものということができる。

(42) 末弘巖太郎「判評（大判大正14年11月28日）」法協44巻12号（1926年）2281頁

しかし、また他方、これは営業権の売買における話であり、建物の賃貸借とは区別すべきものと解する学説がある<sup>(43)</sup>。しかしながら、建物を賃借するというので、賃料を支払うということ以外に、賃借人は営業の場所的対価として「権利金」を支払うのであり、これが営業権の売買であれば、建物を返還する際において、営業権の時価が存在する以上、これを賃貸人が買い戻すべきことは、あたかも賃借人が賃貸人の承諾に基づいて建物に施した造作の買取請求権（借地借家第33条）を有するのと同様、賃貸借契約に付随する「投下資本の回収」として、その買取請求も認められるべきである<sup>(44)</sup>。この意味において、営業権ないし営業的価値の対価とい

---

(2283頁以下)、我妻・前掲書（『債各中巻一』477—478頁、中川善之助「大学湯事件」法セミ8号（1956年）38—39頁、有泉亨「判解」判例百選（1960年）54頁（55頁）、前田達明「判解」民法判例百選Ⅱ（1975年）168頁以下、沢井裕「判解」民法の判例（第3版、1979年）177頁（178頁以下）、内田・前掲書（『民法Ⅱ』）191頁。ただ、我妻博士の場合には、この点に止まらず、権利金に無形の造作代金としての性質及び価値を認めるべきであると主張するものである。

(43) 内田・前掲書（『民法Ⅱ』）191頁。

(44) この点は、夙に我妻榮「判評（大判大正15年1月29日）」『判例民事法大正十五年度（五事件）』（有斐閣、1928年）23頁（28頁以下）が鋭く指摘するところである。ちなみに、この大正15年大判は、借家法第5条（借地借家第33条）に所謂「造作」には権利金としての価値を含まないと判示したものであり、我妻博士は、この点について批判するものである。

しかし、その後の判例、例えば、最判昭和29年3月11日（民集8巻3号672頁）も、借家契約において権利金（造作代または造作権利増金）名義での金員の支払があったという事案において、これが「賃貸借の設定によって賃借人の享有すべき建物の場所、営業設備等有形無形の利益に対して支払われる対価の性質を有するものであった」としても、「既に10数年間も本件建物を賃借使用した以上は、格段な特約が認められない本件では、賃貸借が終了しても右金員の返還を受け得べきものでない」と判示している。

現在では、造作買取請求権に関する規定も任意規定とされてしまい（借地借家第37

う意味での権利金については、造作買取請求権の一内容として、借家契約の範囲に包含すべきものということができよう。ただし、当該権利金が、「期間中の営業権の対価」、いわば営業権の賃料として、低廉な金額が支払われたに過ぎないような場合には、「営業権の売買」ではないので、投下資本回収の問題は生じないものと思われる。

いずれにせよ、このような解釈によれば、賃借人が権利金（ないしそれ相応の対価）を支払っているのであれば、看板等の設置権も借家契約に含まれることとなり、借地借家法第31条による建物引渡しによる借家権の対抗力の範囲内に看板等の設置権も含まれることになる。したがって、平成25年最判の補足意見についても、この意味において、かつ、この限りにおいて、妥当性がありそうである。しかし、田原判事の見解は、店舗の存在を表示する看板等の設置について、当該看板等のスペースに関する別途特別な負担（使用料）などが存在しない場合には、看板等を設置する権利が建物賃借権に含まれていると解しており、これが「無償による看板の設置」の場合に限るという趣旨であれば、妥当性を有しないということになる。営業権ないし営業的価値を観念するためには、賃借人による資本投下が必要と考えられるからである。

以上、借家権の対抗要件による保護としての「建物認定」について、その拡張的解釈を中心とする判例法理を概観することによっても、看板設置権を借地借家法第31条に組み入れることの困難さを導き出すことができた。

その理解を踏まえて、次に、営業用建物の賃借権に付随する権利金の性質という問題について触れてみた。そして、権利金の支払があれば、営業用建物における営業権の補償という観点から、看板設置権も借家権の範囲に含まれうるという解釈命題を導き出すことができた。しかし、平成25年最判の事案においては、その点は明らかではなく、当初から店舗の賃貸

---

条)、その存在価値が薄れているわけであるが、この点も含めて、再検討が必要である。



借という認識はあるものの、口頭契約であり、明確な賃貸借契約の締結という形式がなかったことから、おそらく権利金の授受などはなかったものと思われる。そうなると、看板設置権は、もはや借家権と一体として考えることはできなくなる。

このように構成すると、次なる理論的展開は、かなり飛躍的な展開となり、私見によると、看板は営業権を表象する徴表と解され、看板設置権は営業権の存続にとって必要不可欠な人格権ないし人格権的利益と解されるので、この権利ないし法益を保護するための解釈を展開することが必要となる。

しかし、その最終的な解釈論を展開する前に、検討すべき事項がある。本稿の問題点において、最高裁は、看板設置権が借家権の範囲内に含まれないからこそ、対抗法理では敗訴する借家人の看板設置権を保護するための解釈として権利濫用法理を適用しているものと解される<sup>(45)</sup>。そこで、類似の事案として、対抗力のない借地権者を保護するための解釈として、最高裁において権利濫用法理が適用されたケースがあるので、この解釈法理について概観することとしたい。

---

(45) 前述したように、通常の解釈手法であれば、このような構成になるのだが、平成25年最判が、その第1審判決及び田原補足意見（ともに、対抗法理で解決するという解釈）を是認しているのであれば、解釈上の混乱があるものといえよう。

この解釈に関連して、平成25年最判の解説においても、例えば、高橋眞・前掲平成25年重判70頁は、田原判事の意見に同調しているが、このような解釈手法自体が是認しえないという点については、ここで重ねて強調しておく。民法第1条の信義則・権利濫用法理は、あくまでも、各則による原則的解決が、解釈上、是認されえないと思しき場合において、解釈上の制限法理として機能するのであり、信義則・権利濫用法理を用いつつ、対抗法理で解決するなどということは、本来的にありえない解釈手法なのである。この点について、高橋教授の見解が、平成25年最判の解釈手法に反対するという趣旨ならば妥当性を有するが、そうでないのであれば、田原意見と同様、批判の対象となろう。

## 第2款 借地権侵害と公序良俗・権利濫用法理

### 第1項 公序良俗違反法理の適用

最判昭和36年4月27日民集15巻4号901頁

本件は、Xが本件山林をY<sub>2</sub>の先代Aより買い受けたことを知っていたY<sub>1</sub>が、Xに対する怨恨の念より復讐の意図を以て本件山林の所有権を自分が取得しようと企て、Aの相続人Y<sub>2</sub>に対し本件山林の売却方を懇請し、時価150万円に比し13万円という極めて低廉な価格でY<sub>2</sub>との間において売買契約を締結し、所有権移転登記を経由したので、第一買主Xは、Y<sub>1</sub>に対して所有権取得登記の抹消登記手続を求め、Y<sub>2</sub>に対して所有権移転登記手続を求めたという事案である。

この事案において、第1審、原審ともにXの請求を認容したので、Yらから上告したところ、最高裁は、Y<sub>1</sub>はY<sub>2</sub>と通謀して本件不動産の横領を企てたものであり、本件山林につきY<sub>1</sub>とY<sub>2</sub>との間において締結された売買契約は、公の秩序・善良の風俗に反する行為であって無効たるを免れず、それゆえ、Y<sub>1</sub>は民法第177条の「第三者」に該当しないものと判示して、Yらの上告を棄却した。

しかし、判例法上、土地所有者らによる借地権侵害事案において、公序良俗違反を理由として侵害行為を排除したものはこの1件だけであり、次段において示すように、この問題については、権利濫用法理を用いて解決した一連の判例法理がある。もっとも、本件においては、Y<sub>1</sub>の土地所有権取得に際しての動機の違法性が強すぎたので、最高裁は、公序良俗違反を理由として、Y<sub>2</sub>との売買を「無効」としたのであろう。

しかしながら、Y<sub>1</sub>を第177条の第三者から除外するだけであれば、Yらの行為を横領の企てと認定していることと相俟って、客観的違法性ありと判断し、「不法行為者」という身分によって、「第三者」から除外することで足りたものと思量する。また、不法行為者であっても、所有権の取得だ

けは認めた上で、次段において考察するように、信義則・権利濫用法理を適用して、「第三者」から除外するという解釈手法もある。いずれにしても、公序良俗違反を理由とする法律行為の絶対的無効という解釈を採用する必要はないのである。

## 第2項 権利濫用法理の適用

本段においては、借地権侵害と権利濫用法理の適用について論ずる。この問題は、第三者Xが、Aの所有する土地に借地権者Yの所有する建物があることを知りながら、Yが借地権の対抗要件である地上建物の登記（借地借家第10条）を具備していないことを奇貨として、土地所有者Aから土地を買い受け、所有権移転登記を経由した上で、Yに対し、建物収去・土地明渡しを請求するという類型の事案である。

### 1. 最判昭和38年5月24日民集17巻5号639頁

本件は、YがAから借地して建物を建築し、所有権保存登記を申請しようとしたところ、AはYを立ち退かせるため、土地を息子Bに売却し、Bも同じ目的でAの経営するX会社に売却して、それぞれ所有権移転登記を経由し、XがYに対し、建物収去・土地明渡しを請求したという事案である。

このような事案において、最高裁は、Xの請求は権利濫用にあたり、許されないものと判示した。その理由は、以下のとおりである。

①XがYの土地賃借権の存在を知悉しながら、Yを立ち退かせることを企図して本件土地を買い受けたものである。

②Yが本件建物の保存登記をする前提として建物の申告書を敷地所有者Aの証明印のないまま登記所に提出したため、登記所が敷地所有者Aに証明欄の押印を求めたところ、Aは、申告書に記載されている建物がAの承諾の下に建築されたものであるのに、この押印をすればYを立ち退かせることができなくな

ると考え、「印鑑を司法書士のところに預けてあるから申告書を一時貸してくれ」といって登記所から申告書を持ち帰ったまま遂にこれを返還せず、Yの本件建物の保存登記を妨げるような行為をしている。

本件は、土地取得者はX会社であるが、その代表者は借地権設定者であるAであり、AがYの借地を息子Bに売却した上で、自己の経営するX会社の名義にしたに過ぎない。本件においては、このように、土地の売却・取得に関する主観的な事情が悪すぎるので、典型的な権利濫用法理の適用のようにも見えるが、他方、このような土地取得者を民法第177条の第三者から除外するという解釈方法は、その後の判例法理である背信的悪意者排除理論に通ずる解釈である。この傾向は、次の判例を見れば一目瞭然である。

## 2. 最判昭和43年9月3日民集22巻9号1817頁

本件は、Y<sub>1</sub>がAから本件土地を正当に賃借し、同地上に建物を所有してY<sub>2</sub>会社名義で洋家具製造販売業を営んでいたところ、Xが本件土地に対するY<sub>1</sub>の土地賃借権が対抗要件を具備していないことを奇貨として、予想外の新たな利益を収めようと企て、本件土地を時価よりも著しく低廉な賃借権付きの評価で買い受けて、登記を経由した上で、Y<sub>1</sub>に対し、建物収去・土地明渡しを求め、Y<sub>2</sub>に対し、建物退去・土地明渡しを求めたという事案である。

このような事案において、最高裁は、Xは、Yらと事前に何らの交渉もせずに抜き打ち的に本訴を提起し、この訴えはYらに予期せぬ不利益を与えるものであり、「正当な賃借権に基づき地上に建物を所有して平穩に営業し来ったY側の営業ならびに生活に多大の損失と脅威を与えることを意に介せず、敢えて彼我の利益の均衡を破壊して巨利を博する結果を招来せんとするものと認め」、XのYに対する本件建物収去・土地明渡しの請求は権利の濫用として許されないと判示した。

これらの事案は、いずれも、対抗要件を欠如している借地権者に対する土地所有者（取得者）からの建物取去・土地明渡請求という事案であり、本来的な権利関係からは、対抗要件を具備した勤勉な土地所有者から、対抗要件を具備していない登記懈怠の借地権者に対する正当な権利の行使であるが、土地所有者の所有権取得と物権的請求権の行使との間に、正義・公平の観念に反するような事実が存在することから、最終的な物権的請求権の行使の段階において、権利の濫用という一般原則による制限を受けたのである。

これらの判例法理が示す正義・公平の観念に反するような事実とは、主観的意図の下に、あるいは客観的に、借地権者に多大な損害を及ぼす結果を導くような事情が介在する事案である。前者、即ち、昭和38年最判における「事情」は、土地所有者（借地権設定者）が最初から借地権者を立ち退かせて利益を図るという目的を以て借地権設定契約をし、借地権者が建築した建物の所有権保存登記（借地権の対抗要件〔建物保護法第1条（当時）、借地借家法第10条（現在）〕の申請手続を妨害しつつ、借地権の目的である土地を自分の身内の中で転売を重ね、土地所有権の移転登記を経由したという「主観的濫用事案」である。また、後者、即ち、昭和43年最判における「事情」は、土地取得者が、借地権者の単なる未登記に乗じて巨額の利益を博するという目的の下で、他方、借地権者の多大なる損害の発生を一顧だにせず、物権的請求権を行使したという「客観的濫用事案」である。

このような違法・不当な事情を有する物権的請求権の行使者を民法第177条の第三者から除外し、対抗力を剥奪するための理由として、権利濫用法理を用いるという解釈手法は、判例法上、悪意者排除ないし背信的悪意者排除理論が確立するまでの過渡的な理論構成であることから、昭和43年最判は、権利濫用理論における主観説から客観説へという判例法理

の一大転換点であるといわれてきた<sup>(46)</sup>。そして、事実として、その後の判例法理の趨勢は、背信的悪意者排除理論の構築へと移行している。

しかし、平成25年最判の事案のように、看板設置権という対抗関係から一步退く権利関係における法益保護に関する事案においては、看板設置権は借家権には含まれない、即ち、対抗関係には含まれないという解釈がなされることから、この権利関係において要保護性を具備する法益を保護するという目的を達成するためには、今日においてもなお、権利濫用法理を用いることが適切な場合がありうる。この意味において、平成25年最判が権利濫用法理を用いて問題の解決を図ったという姿勢は妥当性を有するのである。次に掲げる事案も、借地権侵害であるが、これもまた客観的濫用事案に属する判例である。

### 3. 最判平成9年7月1日民集51巻6号2251頁

Yは、甲・乙二筆の土地所有者であるA（弁護士）から借地権の設定を受け、ガソリンスタンドを営業するため、甲土地上に登記された建物を所有して店舗等として利用していたが、隣接する乙土地には未登記の簡易なポンプ室や給油設備等を設置し、この両地を一体として利用していた。

Yは、乙地を利用しえなくなると、営業の継続が事実上不可能となる。Yは、ポンプ室を独立の建物としての価値があるとは思わず、登記手続を執らなかった。

他方、この両地の所有者Aからの買主Xには、将来の土地の利用につき格別に特定された目的は存在せず、Xが、売主Aの説明から直ちにYが土

---

(46) 星野英一「判評（最判昭和43年9月3日）」法協87巻1号（1970年）100頁（103—104頁）。星野教授は、このように、民法第177条の第三者からの排除目的で権利濫用法理を用いる解釈は、民法第612条などの解釈と同様、いずれ消えゆく解釈であると論じている。

地の使用借主であると信じたという点について落ち度があるという事情がある。また、Xは、この両地を特に低廉な価格で買い受けたものではない。

本件は、XがYに対し乙土地の明渡しを請求したという事案である。

第1審は、Xの落ち度とYの事情とを斟酌した上で、「建物自体の保護とともにそれを基盤とする賃借人の生活活動ないし企業活動も、右建物と関係する相応の範囲内において保護されるべきものと」して、Xの請求を棄却した。

これに対して、原審は、乙土地に対するXの建物収去・土地明渡請求を認めた。その理由は、次のとおりである。

Y会社は公道に面する乙土地を利用しえないことにより、ガソリンスタンドの施設ないし機能を維持することがほとんど不可能となり、著しい不利益を被るが、X会社もY会社の関係者であるAの言動により、甲土地についてY会社の借地権による制限を甘受せざるを得なくなるという不測の事態に陥るが、X会社は借地権につき対抗要件の欠缺を主張することが許されない背信的悪意者ではなく、また、X会社による乙土地の明渡請求は権利の濫用に当たらない。

Yが上告したところ、最高裁は、原判決を破棄し自判した。その理由は、次のとおりである。

①建物の所有を目的とする数個の土地の借地権者が、ある土地の上に登記された建物（借地借家第10条）を所有していなくとも、他の土地の上には登記された建物を所有しており、これらの土地が社会通念上相互に密接に関連し、一体として利用されている場合には、対抗力のない土地に対する明渡請求が権利濫用になりうる。

②この場合における権利濫用の判断事情として、1）双方における土地利用の必要性ないし土地を利用しえないことによる損失の程度、2）土地の利用状況に関する買主の認識の有無や買主が明渡請求をするに至った経緯、3）借地権者が借地権につき対抗要件を具備しなかったことがやむを得ないという事情があるか、などについて考慮すべきである。



この平成9年7月最判は、従来の判例法理が築いてきた「客観的構成説」を踏襲した判例である。即ち、権利濫用法理の適用に当たっては、権利行使者の主観的な害意は必ずしも必要とせず、権利の行使が客観的に相手方の権利を侵害するというか、相手方に著しい損害を被らせるという事情があれば、権利行使者の被る負担と相手方の被る損害との比較衡量において、権利の濫用か否かを決するという解釈が確認されている。つまり、本件においては、土地の新所有者Xと借地権者Yとの間において、乙土地に関する利用の必要性和その利用不能による損失とを比較考量することによって、真に保護すべき法益はいずれに存するのかという点を客観的に観察し、また、Yが従前から有している土地利用権の種類や内容に関する買主Xの認識の有無、Xが明渡請求をするに至った経緯、そしてYにおける対抗要件欠缺の理由などを補助的に勘案した上で、客観的に保護されるべき権利ないし法益はXの所有権なのか、それともYの対抗力なき借地権なのかという観点から、最終的には、Yが営業を継続するためには、営業の本拠地たる甲土地に隣接する乙土地の利用が必要不可欠であるという営業権の要保護性の高さから、Yの借地権を保護したのである。この法益保護に関する解釈の方向性は、前掲した平成25年最判にも明白に現れている。

### 第3項 借地権侵害事案—小 括—

本款において検討してきたように、土地所有者による借地権者に対する土地明渡請求という所有権の行使に対して、借地権者が民法や借地借家法の要求する対抗要件を具備していないため、本来的に対抗力を有していないにもかかわらず、借地権者を保護するという解釈の根拠付けについては、権利濫用法理の適用という方向性がある。

この構成は、夙に星野英一博士によって「いずれ消えゆく解釈」として位置づけられ、その後の背信的悪意者排除理論などへの過渡的な解釈と解されてきた。しかし、実は、そうともいえないという事実を確認すること

ができた。即ち、判例が、民法第177条の第三者という問題について、善意・悪意不問説に基づいて、背信的悪意者排除理論を採用し続ける限り、権利行使者が背信的悪意者と認定されない場合には、所有権など、権利の存在は一応認めつつも、権利濫用法理の適用により、権利の行使それ自体を濫用的と認定し、権利の行使を認めないという解釈こそ、判例法理の趨勢である。つまり、信義則を適用する背信的悪意者排除理論と、権利濫用理論とは、結局、相互連関的に存在する法理なのである。これら一連の判例法理を概観するだけでも、この点を確認することができる。他方、最近の学説は、判例の善意・悪意不問説には理由がないとして、悪意者排除理論ないし過失者排除理論構成を採るものが次第に有力説を形成しつつある。この点については後述する。

それでは、次款においては、個別問題の第三弾として、通行権妨害事案を概観することとしたい。

### 第3款 私道所有者による物権的妨害排除請求と通行の自由権

#### 第1項 問題の所在

平成25年最判は、借家人の看板等の設置に対する建物所有者による撤去請求の可否が争われたという事案である。この問題について、最高裁は、「権利の濫用」（民法第1条3項）を用いて、所有権の行使に対して制限を加えた。この点において、私道の所有者による通行妨害、即ち、所有権に基づく妨害排除請求としての通行妨害事案との共通性があるものと思われるので、この点について、以下、論ずることとしたい。

これは、私道といえども、近隣住民が多年にわたって通行の用に供しており、いわば「生活道路」となっている場合には、当該道路が私有地であるとしても、通行者には日常生活における日々の通行という「人格権的利益ないし権利」、いわば「通行の自由権」が認められるのではないかという問題である。

## 第2項 位置指定道路の通行妨害事案

具体例としては、建築基準法第42条1項5号による道路位置の指定を受け、現実開設されている道路の通行について日常生活上不可欠の利益を有する者が、道路の通行をその敷地所有者によって妨害され、または妨害されるおそれがあるときには、敷地所有者に対して妨害行為の排除及び将来の妨害行為の禁止を求める権利を有するかという問題がある。

この問題について、最高裁は、敷地所有者が通行を受忍することによって通行者の通行利益を上回る著しい損害を被るなど、特段の事情のない限り、通行者は、敷地所有者に対し、妨害行為の排除及び将来の妨害行為の禁止を求める権利（人格権的権利）を有するものと判示している。

その理由は、①このような道路通行権は、道路位置指定に伴う反射的利益に過ぎず、その通行が妨害されても、道路敷地所有者に対する妨害排除等の請求権を有しないのが原則であるが、生活の本拠と外部との交通は人間の基本的な生活利益に属し、これが阻害された場合の不利益は甚だしく、外部との交通に関する代替手段を欠くなどの理由により日常生活上不可欠となった通行に関する利益は私法上も保護に値するものであり、他方、②道路敷地所有者は、通行者の通行利益を上回る損害を被るなど、特段の事情のない限り、私法上の通行受忍義務を負うべきものだからである<sup>(47)</sup>。

この平成9年12月最判は、土地所有者による位置指定道路通行権の妨害について、土地所有者の被る損害と通行利益とを比較衡量しつつ、前者の損害が後者の利益を上回らないことを要件とし、また、生活の本拠と外部との通行に関して、他に代替的な手段を欠くという必要不可欠性を要件として、日常通行している地域住民にはその妨害排除・予防請求権という人格権的権利があるとした。

平成9年12月最判で問題となった土地は、市長から道路位置指定を受

---

(47) 最判平成9年12月18日民集51巻10号4241頁。

けたとはいえ、個人の所有地としての私道であり、この所有者による通行妨害について、通行者がその排除・予防の請求権を有するか否かが争点となった。通行者が長年にわたり生活用道路として通行してきたという事実があれば、通行地役権の時効取得（民法第283条）も俎上に上ってくるが、それとは別に、通行者は妨害排除請求権を有するのか、有するとしても、それはどのような権利に基づく請求権なのかという点は判例法上明らかにされてこなかった。平成9年12月最判は、日常生活において不可欠な通行利益を被保全利益として、この法益を守る請求権自体を人格権的権利として位置づけ、この人格権的権利の行使を通行者に認めるという解釈手法を採ったものである。

平成9年12月最判の事案と類似の問題について、従来の判例は、道路位置指定がなされた道路であっても、現実に道路として共用されていない部分については、土地所有者以外に自由な通行権はないとして、妨害排除請求権を否定しており<sup>(48)</sup>、また、土地所有者が道路位置指定内にブロック塀を設置したとしても、塀の内側の部分は現実に道路が開設されず、通行の用に供されていないので、その部分については、自由に通行するという反射的利益自体が生じておらず、また、ブロック塀の設置により既存の通路の幅員が狭められた範囲はブロック2枚分程度にとどまり、ブロック塀の外側には公道に通ずる通路があるという理由から、通行人の日常生活に支障が生じたとはいえないとして、妨害排除請求を否定してきた<sup>(49)</sup>。

これらの判例は、現実には道路として供用されていなかったという事案における判例であり、道路として供用されていた場合の事案としては、平成9年12月最判が最初の判断である。

---

(48) 最判平成3年4月19日金融商事872号42頁。

(49) 最判平成5年11月26日判時1502号89頁。

### 第3項 公道の通行妨害と通行の自由権

もっとも、公道の通行に対する妨害事案としては、既に昭和39年最判があり、最高裁は、住民は「道路に対して有する利益ないし自由を侵害しない程度において、自己の生活上必須の行動を自由に行い得べき使用の自由権（民法第710条）」を有しており、これは公法に由来するものではあるが、その妨害が不法行為に該当するものであれば、妨害排除も請求しうるものと判示している<sup>(50)</sup>。理論構成としては、公道の通行権を不法行為から保護されるべき法益として位置づけ、これを「通行の自由権」として、通行者は侵害者に対して妨害排除請求権を有するというものである。

しかし、物権的請求権は妨害行為の停止という不作為を求める請求権であることから、不法行為の要件である故意・過失を不要とする。そこで、この判例が「妨害が不法行為に該当するもの」という要件づけをしている点は、「法益侵害」という趣旨と解すべきであり、このように解すると、平成9年12月最判と軌を一にする判例法理ということになる。

他方、学説は、既に公道の通行妨害事案（昭和39年最判）について、その利用が妨げられ、生活上著しい支障を被ったという場合において、その生活妨害の程度・態様が一定の限度を超えたときには、人格権ないし生活権侵害に基づく道路通行の妨害排除請求権が生ずるものという考え方を示していた<sup>(51)</sup>。また、その後の学説は、建築基準法で認められた道路については、通行者の人格権的な通行権と土地所有者の事情を比較衡量して、妨害排除・予防請求の肯否を決めるという解釈を提示し、平成9年12月最判の示した解釈と同様の考え方を示してきた<sup>(52)</sup>。

---

<sup>(50)</sup> 最判昭和39年1月16日民集18巻1号1頁。

<sup>(51)</sup> 原田尚彦「判解」『行政判例百選〔新版〕』（1970年）20頁（21頁）、『行政判例百選I』（1979年）26頁（27頁）。

<sup>(52)</sup> 石田喜久夫「判解」判タ314号（1975年）129頁（133頁以下）、沢井裕「隣地通行権」『叢書民法総合判例研究⑩』（一粒社、第2〔増補〕版、1987年）185頁（192—193頁）。

平成9年12月最判は、このような昭和39年最判以降の判例法理、ならびに多数学説による人格権的通行権の承認という解釈の流れにおいて、必然的に生じた判例である。いずれにせよ、私道といえども、建築基準法によってその道路としての位置が指定され、現実に周辺住民の通行の用に供されている限り、たとえ土地所有者であっても、通行の妨害をしてはならないという当たり前の命題について、平成9年12月最判は、通行者に人格権的通行権の存在を明文で認めたのであるから、通行利益それ自体を人格権的利益として認めたものといえることができよう。なお、以後の判例も、平成9年12月最判と同様の事案において、同様の人格権的通行権の存在自体は認めている<sup>(53)</sup>。

---

頁)、瀬木比呂志「私道の通行権ないし通行の自由について」判タ939号(1997年)4頁(14頁以下)など参照。

(53) 最判平成12年1月27日判時1703号13頁：本件は、Xらの母AがYらから黙示による通行地役権の設定を受け、主に徒歩で利用する通路を設けてこれを利用していたところ、Aが死亡し、その相続人Xらが、Yらに対し、Yらが所有する私道上に設置した金属製ポール(車止めポール)がXらの自動車の通行を妨害しているとして、ポールの撤去を求めたという事案である。原審がXらの通行の自由権(人格権)を認め、Yらにポールの撤去を命じたので、Yらが上告した。

最高裁は、平成9年12月最判を引用し、この法理は建築基準法第42条2項による指定を受け現実に開設されている道路の場合であっても、何ら異なるものではないと判示した上で、Xらに自由な通行権(人格権)のあることを認めたが、「本件私道は、専ら徒歩または二輪車による通行に供されてきた未舗装の道路であり、Yらの承諾を受けた請負業者が建築工事のため1年間本件私道を自動車で通行したことがあるほかには、自動車が通行したことはなく、Xらは、Aが死亡した……以降、その共有地を利用していないのみならず、右共有地を居住用としてではなく、単に賃貸駐車場として利用する目的で本件ポールの撤去を求めているにすぎないというのであるから、Xらが本件私道を自動車で通行することについて日常生活上不可欠の利益を有しているとはいえない」として、原判決を破棄した上で、自判した。

#### 第4項 ドイツ法における解釈— BGB 第1004条の準用・類推適用—

次に、この問題について、比較法的に概観すると、ドイツやスイスの民法においては物権的請求権に関する一般規定が存在するところ<sup>54)</sup>、近時は、解釈上、この一般規定が人格権的利益の保護にも用いられている。例えば、ドイツにおいては、所有権に基づく妨害の除去・停止（不作為）請求権に関するドイツ民法第1004条の適用範囲は、他物権に関する明文の準用規定があり（BGB 第1027条〔地役権侵害〕、第1065条〔用益権侵害〕、第1227条〔質権侵害に対する所有権に基づく請求権規定の準用〕、地上権法第11条〔所有権に基づく請求権準用規定の適用〕）、また、その他の絶対的な権利もし

---

54) 次に示すように、ドイツ民法には物権的請求権に関する一般的明文規定がある。

##### BGB 第985条（返還請求権）

所有者は、占有者に対して、物の返還を請求することができる。

##### BGB 第1004条（妨害排除請求権、妨害停止〔Unterlassung〕請求権）

第1項第1文 所有権が、占有の侵奪（Entziehung）もしくは引渡し（Vorenthaltung）以外の方法で侵害されたときには、所有者は、妨害者（Störer）に対して、侵害の排除を請求することができる。

同項第2文 反復して侵害されるおそれのあるときには、停止の訴えを提起することができる。

第2項 この請求は、所有者が受忍義務を負う場合には、することができない。

##### BGB 第1005条（追及権〔Verfolgungsrecht〕）

物の所有者以外の者が占有する土地の上に物があるときには、その所有者は、土地の占有者に対して、第867条に規定された請求権（占有者の追及権）を有する。

また、スイス民法（ZGB）第641条（所有権の内容：通則）の第2項は、「物の所有者は、自己に引渡しをしないすべての者に対してその返還を請求し、すべての不当な作用に対してこれを防ぐ権利を有する」と規定する。スイス民法においては、この第641条2項が物権的請求権を法定しており、所有権に基づく返還請求権、ならびに、所有権に基づく妨害排除・予防請求権を包括的に規定しているのである。

このように、ドイツ・スイスの民法典においては、物権的請求権の一般規定が存在する。



くは権利類似の地位（例えば、氏名権〔BGB 第12条〕、商号〔商法第37条2項〕、占有侵害、占有妨害〔BGB 第861条、第862条〕、発明（特許権）侵害〔特許法第139条〕、著作権侵害〔著作権法第97条、第98条〕、抵当不動産に対する価格減少行為〔BGB 第1134条〕、意匠権侵害〔意匠法第42条〕、商標権侵害〔商標法第15条〕、競争の制限禁止に違反する行為〔競争制限禁止法第33条〕など）にも準用しうるものと解されており、更に、人格権、営業権、個人の名誉、仕事上の名誉、信用（Kredit）など、すべての絶対的な権利及び法的保護に値する地位にまで類推適用されるものと解されている<sup>55)</sup>。

次に、このBGB 第1004条の準用ないし類推適用の一事例として、1998年3月13日の連邦通常裁判所（BGH）の判例を参照する。本件は、Yの所有するアパートの敷地にあるアーチ状の門をくぐる徒歩通路（Fußweg）を通る以外に公道に出る方法のない土地の所有者Xが、その徒歩私道を長年にわたって通行し、映画館営業を継続してきたところ、通路の土地所有者Yが鍵のついた金属製の門扉をアーチ状の門の中に設置し、通行止めをしたことによって、X及び来客等が公道へ抜けられなくなったので、その通行者Xが門扉の撤去を請求したという事案である。

この事案において、連邦通常裁判所は、公衆用道路における通行権の侵害など、公衆の利用の侵害に対して、通行者は、他の共同の通行者や来客のためにも、BGB 第1004条を準用して、自己の権利に基づいて妨害を排除することができるものと判示した。その理由づけは、BGB 第1004条の適用は、所有権侵害に限定されず、特定の制限物権の侵害を明文によって指示する規範によって拡張されており（例えば、BGB 第1027条〔地役権侵害〕、第1090条2項〔制限的人役権に対する前条の準用〕、第1065条〔用益権侵害〕、第1227条〔動産質権の侵害〕）、妨害に対する保護（negatorisches Schutz）は、すべての絶対的な権利にも認められているのであり、また、

---

55) Vgl. Baur=Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl., 2009, §12 I Rn. 3, S. 138.

それ以上に、不法行為法において保護されているすべての法益にまで拡張されているからであると論じている<sup>56)</sup>。

このように、「所有権」に基づく妨害排除請求権は、準用ないし類推適用という解釈手法によって、逆に、所有権の行使に対する例外的な制限として作用する。それは、相隣関係の利益衡量における法益保護と共通性を有すると解することもできるが、法律で保障された権利のみならず、解釈上認められる人格権などの法益保護にもつながる解釈である。この理論構成は、不法行為法的な構成ではなく、あくまでも、違法・不当な法益侵害に対する差止請求による保護という構成である。

実は、近時は、わが国の学説においても、このような解釈が広く普及しており、所有権の行き過ぎた行使に対する制限的解釈として、基本的には、権利侵害という枠組みではなく、法益侵害という枠組みによって、その行使に対する差止請求を認めるという解釈が一般的となっているといってもよいであろう<sup>57)</sup>。ただし、この解釈は、所有権の積極的な行使、即ち、

---

56) BGH, Urteil vom 13. 3. 1998, NJW1998, S. 2058, 2059. 本判決は、Staudingerskommentar/Gursky, BGB. 1993, §1004 Rn. 15, 16, 及び Medicus, in: MünchKomm, BGB. 3. Aufl., §1004 Rn. 6 を引用指示しつつ、このように論じたものであり、この解釈がドイツでは通説となっている。

57) この点に関しては、根本尚徳『差止請求権の理論』（有斐閣、2011年）が優れた分析を行っている。根本准教授の「違法侵害説」に関する理論的根拠づけに関しては、同書の388頁以下においてまとめられており、そこでは、権利として熟していない「法益」が侵害された場合における差止請求が如何にして理論づけられるのかという構成を明快に示しており、極めて示唆に富む。

また、これ以前には、差止請求に関する近時の代表的な著作として、大塚直「生活妨害の差止請求に関する基礎的考察(1)～(8・完)」法協第103巻4号595頁、同巻6号1112頁、同巻8号1528頁、同巻11号2200頁（以上、1986年）、第104巻2号315頁、同巻9号1249頁（以上、1987年）、第107巻3号408頁、同巻4号517頁（以上、1990年）があり、従来の理論について、様々な角度から実によくまとめられている。

相手方に対する権利行使の妨害に当たる所有者による行為がなされた場合にのみ適用される解釈である。

#### 第5項 通行権の保護と看板設置権の保護との関係—小 括—

この通行の自由権という人格権ないし人格権的利益の保護という問題は、本稿の問題点と直接の関係は薄いようにも見えるが、所有権の行使とその限界という意味において共通性があると解されるので、敢えて言及した次第である。即ち、この解釈を本稿の看板設置権に準用すると、本来であれば、当該権利は所有権に対抗することができない権利のはずであるが、借家権を有して店舗を営業するのに、看板がなければ、営業に支障が出る。ましてや、平成25年最判の事案では、建物の地階部分を借りて営業している関係上、地上部分に看板等を設置しなければ、地下で営業しているという事実を世間の人々に伝えられないので、営業をやめさせられるに等しい大打撃を被る。したがって、所有権者の負担と借家権者の損害とを比較衡量した上で、所有者に負担を受忍させるべきであると結論づける

---

大塚教授は、侵害を積極的侵害（生命・健康被害、精神的侵害など）と消極的侵害（日照・眺望の妨害、地下水の利用妨害など）とに分類し、前者においては、人格権的構成や物権的構成から、差止請求を認めるべき場合が多いとし、後者においては、眺望侵害以外は人格権的侵害として、不法行為として排除するために差止請求を認容し、眺望侵害は、要保護性が強くないので、権利濫用がある場合に限り、差止請求を認めるという判断を示している（第107巻4号538頁）。

このように、近時は、法益に対する違法な侵害の排除か、人格権的利益に対する侵害の排除かという理論上の争いはあるものの、侵害を類型別に整理し、それぞれに応じた理論構成を適用すべきものと解する方向性が認められる。なお、この考え方を含み人格的利益ないし権利に対する法益侵害の保護に関する解釈論について、詳細は、石口修『物権法—民法講論第2巻—』（信山社、近著）「第1章 物権法総論、第2節 物権の効力、第3款 物権的請求権、第5項 物権的請求権と人格権の保護」を参照されたい。

必要がある。

また、この場合における借家権者の看板設置権ないし営業継続権を人格権ないし人格権的利益と捉えるならば、ドイツの判例・通説や平成9年12月最判と同様に、物権的請求権の準用ないし類推適用による保護という解釈手法もありうる。即ち、通行権や良好な景観享受権<sup>(58)</sup>の侵害など、人格権ないし人格的利益に対する侵害については、通行や景観という現実の利益が積極的に妨害された場合には、物権的請求権の類推適用という形で当該侵害行為を排除することができる。しかし、このような積極的な妨害行為ではなく、看板の撤去請求など、所有権に基づく物権的請求権の行使に過ぎないときには、所有権の行使に対する制限として、信義則違反ないし権利濫用法理を用いるという解釈手法が妥当性を有するのである。

#### 第4款 判例法理による解釈の総括

そこで、本稿においてここまで論じてきた判例法理を中心とする理論構成をまとめると、次のようになる。

①所有権の行使に対して対抗力を有しない権利者は原則として自己の権利を対抗しえない。この点は、借家権の範囲に関する判例法理が比較的広範囲に「建物」の範囲を認めている。しかし、本稿において考察する「看板」は借家権の目的として「建物」に入れるには無理がある。したがって、看板設置権には借家権の対抗力は及ばない。

---

58) 良好な景観保護に関する裁判例として、「軻の浦埋立・架橋事業差止訴訟」(広島地判平成21年10月1日判時2060号3頁〔確定〕)がある。本件は、最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁(国立景観訴訟)が認めたのと同様、所謂「景観利益」が法的保護に値することを前提とし、軻の浦を含む軻地域全体の景観価値が私法上保護される利益であるのみならず、瀬戸内海における美的景観を構成するものとして、また、文化的・歴史的価値を有する景観として、いわば国民の財産ともいふべき公益であることを認め、国立景観訴訟とは異なり、差止請求を認めたものである。

②しかしながら、所有権者の権利行使によって、債権的利用権者あるいは人格的利益ないし権利保持者の法益ないし権利が不当に侵害されるような場合には、当該法益保持者ないし権利者には要保護性がある。即ち、所有者にとってその所有権行使が必要不可欠ではなく、反面、他方権利者の権利行使が生活または営業にとって必要不可欠であり、かつ、この他方権利者の権利行使によっても、所有者の所有権行使にさほど支障が出るとは考えられないような場合には、他方権利者には要保護性があると認められ、却って、所有権の行使を法益ないし権利の侵害と認める。

③その場合には、法益ないし権利侵害に対する保護に向けた解釈としては、更に、1)所有者による積極的（物理的）妨害ないし権利侵害行為の場合には、物権的請求権を類推適用して解決を図り、2)所有権の行使が消極的な物権的請求権の行使に過ぎない場合には、信義則・権利濫用という一般原則を適用して解決を図ることになる。ただし、このような法益ないし権利を保護しようとするあまり、不動産所有者の所有権の行使によって、重大な損害が発生するときには、法益等との比較衡量において、不当利得または不法行為に基づく法理によって解決する。

以上のような構成により、対抗力を欠く借地権者、借家権者、そして、通行利益、景観利益など、人格権的利益ないし権利保持者にとって必要不可欠な法益ないし権利は保護されるのである。

（2014〔平成26〕年4月2日稿・未完）