

## 《判例研究》

# 土地の賃借人が借地上の子名義で登記を経由した建物を所有する場合と建物保護法に関する法律1条の対抗力

参照条文 建物保護に関する法律1条

最高裁判所昭和50年11月28日第3小法廷判決。昭和50年(オ)第268号,建物収去土地明渡請求事件,破棄差戻,金融・商事判例489号4頁以下。

橋本 恭宏

## 事 実

本件において,1・2審(浦和地裁・東京高裁)を通じて争われた問題は二つある。第1は,土地賃借人が子名義の登記ある建物を当該借地上に有している場合に,これによって建物保護法の保護を受けられるか,という点であり,第2は右建物の所在地として登記簿上表示されている地番と,それが現実に存在する地番とがそごしている場合にも,建物保護法の保護を受けうるか,という点である。後述のように,最高裁では,もっぱら第1の点のみに関して判断が示めされた。したがって,本稿でもこの点に関する問題のみに限って取り扱うこととする。

本件事実関係はかなり複雑であるが,右の判示事項に関する限りで要約するとおおよ次の通りである。

Y(被告・被控訴人・被上告人)の父訴外Aが訴外Bから賃借していた本件土地の上には,工場と居宅とがある(他に未登記建物などもある)。工場については,昭和10年12月公売処分の差押のために職権でA名義で所有権保存登記がなされ,公売処分による取得者訴外Cを経て,Aが右訴外Cより買い受けて昭和15年5月23日Y名義による所有権移転登記がなされ,居宅につ

いては、昭和29年3月24日、同じくY名義で保存登記がなされている。もっとも、この居宅の実質的権利者がAであるのかYであるのかは、後に少数意見が指摘するように必ずしも明らかではない。そして、昭和44年12月訴外Aは死亡し、相続によりYはこれら建物ならびに本件土地の賃借権に基く権利義務を承継した形となった。他方、訴外Bの所有であった本件土地は、昭和39年12月2日、国税滞納処分による差押がなされ、昭和41年5月27日右差押に基づく公売処分の売却決定によりX（原告・控訴人・上告人）が取得し、同月30日その旨の登記を経由した。

そこでXより所有権に基づきYに対し、建物取去土地明渡を求めたのが本件である。

1・2審においては、Yの父訴外Aが、昭和26年3月31日本件土地の所有者であった訴外Bより賃借し、昭和44年12月Yが、右賃借権を相続により取得、且つ、Yは本件土地上に建物を有し、この建物については昭和29年3月24日Y名義で所有権保存登記をなしたのでXに対し本件土地の賃借権をもって対抗しうると判示された。X上告。

### 上告理由

第1点、訴外Aは本件土地につき昭和39年12月3日差押登記のなされる以前に本件土地上に登記した建物を有していないから、賃借権をもって、Xに対抗できない。したがってYも同様であり、訴外AがXに対抗しうる賃借権者であったか否か、すなわち主張し得る登記した建物を有していたか否かにつき審理不盡・理由不備も甚しく原判決は破棄を免れない。

第2点、前記第1点と関連して、「本件土地の新所有者であるXに賃借権をもって対抗するにはYではなく、賃借権者である訴外Aがその名義で登記した建物を有していなければならない」しかるに「原判決は（差押）当時未だ賃借権者でないYの登記した建物の存在を認め」ながら本件土地の新所有者であるXに対抗しうるとしたのは、最高裁判所の判例に相反するから破棄さるべきである。

## 判 旨 破棄差戻

多数意見は以下のような理由をもって破棄差戻をしたが、後に紹介するように二名の裁判官による少数意見がある。

(1)「土地賃借人が建物保護に関する法律1条によりその賃借権を第三者に対抗しうるためには、賃借人が借地上に自己名義で登記をした建物を所有していることが必要であり、自己の子名義で登記した建物を所有していても、その賃借権を第三者に対抗しえないものと解すべきである（最高裁判所昭和37年(ホ)第18号同41年4月27日大法廷判決・民集20巻4号870頁,同昭和44年(ホ)第881号同47年6月22日第一小法廷判決・民集26巻5号1051頁）。これを本件についてみると、本件土地につき右差押登記のされた当時において本件土地賃借人であった訴外Aは、その子であるY名義で登記をした工場及び居宅を本件土地上に所有していたとしても、差押に基づく公売処分により本件土地所有権を取得したXにその賃借権を対抗しえないものというべく、したがってその相続人であるYも同様にその賃借権をXに対抗しえないものといわなければならない。これと異なる見解に立ち、YがXに対し賃借権を対抗しうるものとした原判決には法令解釈の誤りがあり、この違法は判決の結論に影響を及ぼすことが明らかである。論旨は理由があり、その余の点につき判断するまでもなく、原判決は破棄すべきところ、本件は権利濫用の抗弁（XのYに対する建物取去土地明渡請求が、Xが本件土地所有権取得当時、借地人たるAが当該借地上に自己名義の建物を有しないことを奇貨とする土地明渡をもっぱら目的とするものであるとの抗弁がYにより原審においてなされている——筆者注）につきさらに審理の必要があるので、これを原審に差し戻すのが相当である。

一方、裁判官高辻正己他1名の少数意見を要約すれば、建物保護法1条（以下法1条という）の趣旨は、「当該借地権につき登記がなくても、その借地権を第三者に対抗することができる旨を定め、借地人を保護しているのは、当該土地の取引をする者は、地上建物の登記名義によりその名義人が地上建物を所有する権限として借地権を有することを推知しうるからであり」

この点において「土地利用の保護の要請と、第三者の取引安全の保護の要請との調和を図ろうとしている」したがって「地上建物の登記名義からその土地を利用する者が地上に建物を所有する権限として借地権を有することを容易に推知することができる特別の場合」すなわち、本件のような「借地権者がその子や妻など家族の一員であって氏を同じくする者」などのようにその名義が借地権者のそれではなかったとしても前記の調和を害することにならない限り、「土地の賃借権を第三者に対抗することができる。」と解すべきであり、したがって、本件土地について、昭和39年12月3日の差押登記当時、本件土地を建物所有の目的で賃借していたAが、その子であるY名義で登記した本件居宅を、所有していたのであれば、Yは、Xに借地権を対抗しうると言えるが、右の差押登記当時、本件居宅の所有権が、Aではなく、Yにあるとすれば、Aは「自ら賃借している本件土地上に登記のある建物を所有していたことにならない」のであるから、Xに対抗することができない。原審が、その点について、右の当時、本件居宅の所有者がAであったのか、Yにあったのかについて、審理不尽の点があると言わねばならない、というものである。

## 研 究

1. 最高裁判所が、本件判決理由中において引用しているように、この種の問題に対し、これまでの判例は消極的な姿勢をとっている<sup>1)</sup>ことは周知の通りであり、本判決も従来の姿勢を改めて確認したものであってとりたてて新鮮さはなく、かつ公式判例集にも登載はないが、この問題に対して従来より多少の関心を持っていたのでここにとりあげることとした。

建物保護に関する法律（以下建物保護法という）第1条<sup>2)</sup>は、賃借人は、

1) 最(大)判昭和41. 4. 27民集20巻4号830頁,最(1)判昭和47. 6. 22民集26巻5号1051頁。

2) 明治42年5月1日法律40号。なお立法経過の詳細については、渡辺洋三「土地・建物の法律制度(上)」167頁以下参照。

## 判 例 研 究

賃借権そのものの登記がなされていなくても、借地上に自己が所有している建物の登記をなしているならば、それによって、その後、不動産につき物権を取得した第三者に対抗しうる、と規定しており、これによって、賃借人は賃貸人の協力を得ることなくして土地賃借権の「対抗要件」を具備する途を開いている。ここで同条は、右のように土地賃借人は借地上に登記した建物を所有しなければならないとしているため、ここにいう建物の登記、又は登記した建物とは何かについて種々の問題を生ずることとなる。すなわち、本件のように、土地賃借人と地上建物の保存登記の名義人が異なっている場合とか、登記簿上と実際の地番のそご、あるいは又、本来、権利の登記ではない「表示の登記」でも、ここにいう「登記」として扱うべきか否か等である。

2. 判例<sup>3)</sup>は、昭和11年11月17日の大審院判決<sup>4)</sup>以来、かかる問題に対して、つぎのような理論を形成してきた。すなわち、建物の登記が前所有者名義のままであった場合、新地主からの土地引渡請求について、建物保護法第1条の登記したる建物とは、「当該権利ヲ主張セントスル者ノ所有名義ニ登記セラレタル建物ヲ指」すとし、したがって「当該権利ハ移転セラレタルモ建物所有権ニ付キ移転登記ヲ經由セザル間ハ」そもそも、ここにいう登記といえども「民法177条ト毫モ趣ヲ異ニスルトコロ」がないのであるから、新地主に対抗することはできない、とする。一方、現所有者が家督相続後、借地上の建物について被相続人名義のままであったため、土地の新所有者から建物取去、土地明渡を求められた事案<sup>5)</sup>において、「其ノ所有名義者ノ有シタル権原ハ相続人ニ移転スベキヲ以テ、所有名義者ノ為ニ存セシ権原ハ相続人

---

3) 判例の流れについては、以下の両論文をも参照していただきたい。川井健「建物保護法の登記における建物所有権公示機能と借地権公示機能」判タ194・3頁以下。水本浩・大法廷判決巡歴民法2（セミナー叢書）109頁以下（特に138頁以下）

4) 大判昭和11. 11. 17新聞4075号15頁。

5) 大判昭和15. 7. 11新聞4604号9頁。なお、本判決については以下のような指適がある。すなわち「相続のときを例外として取扱わぬ登記の一般原則にかんがみ疑問である。もっとも……借地権が対抗力を失うと解すべしというのではなく、相続人は相続登記をして後に対抗できるというのである…」広瀬武文「借地借家法」10頁。

ニ於テモ亦当然ニ之ヲ有スルモノト推知セラルルコト所有名義者ノ登記ヨリシテ容易」とし、被相続人名義の登記に対抗力を認めている<sup>6)</sup>。

以上2つの判決を要約するならば、

(1)建物保護法にいう登記は、借地人と建物所有者が一致していなければならぬ、(2)そして、その登記は、民法177条の登記と異なるところはない、(3)しかしながら、被相続人名義であった場合には、借地権を推知しうるから、相続人が相続登記をしていない場合でも、権利を第三者に対抗しうる、というものである。

以上2つの判決は、前者が登記に借地権の推知という役割の存否については何ら触れないのに対し、後者はその点に言及しているという点に相異を見ることができ、このことは、両者の間には、確かに、前者が取引行為による個別的権利承継、後者が相続による包括承継という差異はあるものの、見方によっては、後者では、借地権の公示と建物所有権の公示という機能を分けた観点に立つて考察を加えているかのように把握することができよう<sup>7)</sup>。

ところで、以上のような判例理論（ある種の条件が備わっている場合、前所有者名義のまま借地権を、新地主に対抗しうる。）は、戦後の下級審において、以下のような展開をみせるに至った。

すなわち、本件のように、建物保存登記の対抗力の存否につき、その名義が、親族名義（実際には、本来の権利者からみて親名義、子名義、妻名義が多い）の建物登記によっても、建物保護法1条による借地権を有するものである<sup>8)</sup>。

---

6) 以上挙げた前者の判決と同旨のものは、前所有者名義の登記についてであるが、東京高判昭和36. 2. 27下民集12巻2号1277頁、福岡高判昭和37. 1. 17下民集13巻1号21頁。

7) 川井・前掲は、両者は矛盾せず同一次元に立った判決と理解されている。理由は、前者の判決が法律行為による所有権移転の場合であるからとされるが、その区別は疑問である。15頁。

8) 東地判昭和26. 2. 2下民集2巻2号119頁、同昭和27. 6. 5下民集3巻6号771頁、東京高判昭和29. 5. 15下民集5巻5号697頁。

## 判例研究

下級審が、このような態度を示していたにもかかわらず、昭和41年、最高裁大法廷<sup>9)</sup>は、病氣中のAが、後日の面倒を避ける意図より、長男aに無断で、a名義でA所有の建物の保存登記をなした事案について、

「地上建物を所有する賃借権者は、自己の名義で登記した建物を有することにより、始めて右賃借権を第三者に対抗し得る」のであり、「他人名義の建物登記によっては、自己の建物の所有権さえ第三者に対抗できない」とし、自己の建物の所有権を対抗しうる登記あることを前提に、そのことをもって賃借権の登記に代用させている建物保護法1条の保護範囲に入らないと判示した。又判示中、登記の効力について触れ、登記は「物権変動の公示方法であり、……取引上の第三者は登記簿の記載によりその権利者を推知するのが原則」であり、「実質上の権利者でない他人名義の登記は、実質上の権利と符合しないものであるから、無効の登記であって対抗力を生じない」としたのである。

この判決には、6名の裁判官の少数意見が付されており、共通する考え方として、(1)建物保護法は、居住権保護を主眼とした社会立法的性質を有しているものというべきである。(2)前記(1)の趣旨に照らして、同法の保護に値する合理的根拠がある場合には、取引の安全を害しない限り、同法の文言に捉わられずに合目的に解してよい。それゆえ、(3)まったく他人名義の場合はいざしらず、氏を同じくする同居の親族名義のときには、借地人を保護するのが妥当である。と解せられる。(4)そして、以上のように解したとしても、土地取引の安全を害し第三者に不測の損害を与えるものではない。

という点を抽出することができよう。

この大法廷判決後、昭和47年には、この判決を確認する判決がなされた<sup>10)</sup>。事案は、借地法10条が問題となっているが、結局、借地人の妻名義の保存登

---

9) 最(大)判・前掲。

10) 最(1)判昭和47.6.22民集26巻5号1051頁。判例評釈として、星野英一・法協90巻12号1631、篠塚昭次・民商68巻2号277、又、鈴木禄弥・借地借屋法下969頁、星野・借地・借屋法402頁。以上、少数意見に賛成。

記が対抗力ある登記といえるかが争点となったものである。判決の多数意見は、前記、昭和41年大法廷判決と同様であるが、反対意見中、注目されるのは、前記大法廷判決の反対意見の趣旨に加えて、「土地の取引をしようとするものは現地を見るのが常識であり」<sup>11)</sup>とし現地検分主義が新たにもち出されたことである。以上において、本件事案の判決に到る過程を概略ながらみてきた。

3. そこで、判例が以上のような消極的態度をかなりの少数（反対）意見があるにもかかわらず堅持する意図、あるいは根拠はどこにあるのかを推しはかってみると、おそらく次のような点にあるものと考えられる。まず第1に、不動産登記が、不動産物権変動の公示方法として、権利と表示の整合という真实性を要求しているものであること、第2に、建物保護法1条にいう登記といえども、公示方法として果す役割がまっとうされうるには、家族名義の登記を是とするための限界線をどこに引けばよいのか不明確であること、第3に、第1と関連して、建物保護法にいう登記が、借地権の公示と建物所有権の公示という2つの役割を兼ねている点から、その両者を別個の視角からそれぞれ切り離して機能させるということが、体系上できない、という諸点にあるとみてさしつかえないと考える。本判決も前記判決理由中に引用されている通り、従来の最高裁の判例をふまえつつ、右の3点を認識の底流をもってなされた判決と評価しよう。

4. 以上においてみてきた判例法理に対して、学説はどのような見解を示しているのだろうか。

学説は、判例の立場を支持する少数説と、判例に反対する多数説に、結論において大きく分けられる。前者は<sup>12)</sup>借地人保護の必要性を認めながらも、登記の「公示」という機能に重点をおくということから、登記の正確さ（真实性）と、登記制度への信頼性が維持される必要がある旨を強調して、建物保護法1条にいう登記を、他の一般の登記と同様に扱うべきであるとする。

---

11) 大隅裁判官の反対意見（下田裁判官同調）

12) 川井・前掲、吉田真澄「借地権の対抗力」民法学5117頁以下（特に124頁）。



そして、建物保護法1条によって借地人保護の面が欠ける場合には、一般条項（権利濫用、信義則違反）により補うべきだとか、特に親族名義については借地権と建物の贈与がなされたと法律構成しうる可能性があるとか、又民法177条の判例法理である背信的悪意者理論によってこれを補うべきだ等の主張がなされている。一方、後者<sup>13)</sup>においては、建物保護法の法意が、社会立法であり、弱者保護、居住権保護、土地利用権の所有権への優位性等から、一般市民法の原理である自由競争すなわち對抗要件主義が修正された別の法理（社会法理）によって支配されているのであるから、建物保護法にいう登記は、他の一般の登記と異なる、とか、本判決の高辻意見にみられる現地検分主義の観点から、つまるところ、建物の公示と借地権の公示を別個に考えてよいとする説である。後者は、必ずしも前記大法廷判決において紹介した反対意見と同一ではないが、その趣旨とするものは同じであると解してよい。

以上、両説を検討するに、それぞれ一長一短が存している。例えば(1)説に対して、権利濫用法理で救済するにしても、その限界線のメルクマールは何にもとめればよいのか。（判例のなかには、登記が全くなかった場合について、第三者の土地明渡請求を権利濫用にあたるとしたものもある<sup>14)</sup>。）又、贈与と構成することも、あまりに技巧的すぎはしまいかとの批判が出てくることも予想される。そして、背信的悪意者法理を使うとの主張<sup>15)</sup>にも、建物保護法の問題となる第三者が、民法177条の「第三者」とその性質において全く同様なのか<sup>16)</sup>等も疑問となる。

一方、(2)説に対して、借地人保護の面では十分な機能を有するが、建物の公示と借地権の公示とを別個に考えるので、公示の面で問題が生ずとの批判<sup>17)</sup>がなされている。又、現地検分をするのが常だからといっても、法律

---

13) 篠塚昭次・民法セミナーV借地借屋法〔1分冊〕46頁、広中俊雄（判例評論）判時447号115頁、水本浩「建物保護法による借地権の対抗力」民法の判例〔2版〕150頁以下所収。同、前掲民法2、109頁以下。

14) 最（2小）判昭和38. 5. 25民集17卷5号639頁。

15) 吉田・前掲124頁。

16) 水本・前掲民法2、134頁。

17) 吉田・前掲123頁。

上何ら根拠のない現地検分をなされていないことを一種の過失とみるような理論で判断するなら、ほとんどの場合、実体と登記の不一致は、土地譲受人に不利に作用するとの批判もある<sup>18)</sup>。

結局、本問は建物保護法が、社会立法として成立したにもかかわらず、市民法理としての「対抗要件主義」をそのなかに残した立法であった点に発生する問題なのである。

5. 以上のように建物保護法の登記には、借地権の公示という役割と、建物所有権の公示という役割の二つを兼ね備えていることから、本件のような問題が生じることは指適した。したがって、筋論から言えば、登記が実体と一致していないような、つまり借地権者とその土地上の建物の所有権保存登記の名義人が異なる以上、その登記が有効なる登記というにはいささか問題が出てくる。したがって、現在の法制の上で建物保護法が一つの建物保存登記をもって二つの役割（各々が重要なのであるが）を兼ねる方法を採用している以上、登記制度の正確な運用のためには、これらを一致させる必要があるとの主張は、それなりに理を得ていると言わねばならない。

しかし、いままでみてきた建物保護法における建物所有権の登記の役割と同様に、わが国における他の登記において本来の役割でない他の役割が、重視もしくは、併存している例があるのではないだろうか。筆者は、一つに仮登記を、もう一つに表示の登記を検討することから、本問について検討してみようと思う。

#### (1)仮登記

仮登記は、いうまでもなく本登記（終局登記）をなすうだけの実体法上、または手続法上の要件が完備していない場合に、将来その要件が備わったときになされるべき本登記のために、あらかじめその順位を保全する目的でなされる登記である<sup>19)</sup>（不登法2条、156条）。したがって後日条件が完備して

---

18) 吉田・「建物の表示登記と借地権の対抗力」ジュリスト別冊昭和50年度重要判例解説所収、52頁。

19) 幾代通・不動産登記法（新版）48、190頁参照。

## 判 例 研 究

本登記がなされれば仮登記の順位が当該本登記の順位となる（不登記7条2項）。これがいわゆる仮登記の順位保金の効力と呼ばれているものである。しかし、一方金銭の貸借にあたり、現行担保法の不備を補充ないし回避する方法として、特に抵当権の実行としての競売によらずより有利かつ簡便な方法により債権の回収をはかる意図をもって、この仮登記が活用されている。すなわち、代物弁済予約、売買予約などの法形式をとり、仮登記によって公示される非典型不動産担保である仮登記担保<sup>20)</sup>がそれである。

昭和49年10月23日最高裁判所大法廷は<sup>21)</sup>仮登記担保契約を締結する趣旨は、「債権者が目的不動産の所有権を取得すること自体にあるのではなく、当該不動産の有する金銭的価値に着目し、その価値の実現によって自己の債権の排他的満足を得ることにあり、目的不動産の所有権の取得は、かかる金銭的価値の実現の手段にすぎない」と考えられるとし、所有権の取得そのものを目的とするのではなく、目的不動産の交換価値から金銭的満足をうける、いわゆる担保としてとらえられるとする。そして、仮登記のままの優先順位の主張の可否について、「右権利者が仮登記のままの状態においても、その権利の実行として換価処分の権能を行使し、その一環として所有権の本登記をすることによって債権の排他的満足を法的地位を取得している<sup>22)</sup>ことによるものであって、仮登記の段階で、その本登記がされた場合と同様の権利主張、即ち所有権の取得そのものについての対抗力を認めるわけではない」、こうした主張を容認したとしても、「これにより自己の権利に影響を受ける後順位抵当権者らは、もともと仮登記の本登記手続による仮登記担保権の実行そのものを容認し、ひいて自己の登記の抹消を甘受せざるを得ない地位に

---

20) この言葉が用いられた最初は、私法事会第35回大会におけるシンポジウム「不動産担保制度に関する当面の問題」においてである。椿「仮登記担保」ジュリスト500号、132頁参照。

21) 最（大）判昭和49年10月23日民集28巻7号1473頁。

22) なぜ、仮登記しか経由していない者に、このような地位が与えられるのかについては触れていない。山田＝石川「大法廷判決による仮登記担保権の法理の検討(下)」判タ318号27頁参照。

あるのであるから」これによって何ら格別の不利益を被るものではないと説明している。これは、前に述べた、不動産登記法の建前（仮登記には、順位保全の効力（不登法7条2項）のみを規定する）と抵触することになるのではないかという問題に対し、それまで学説上争われてきた点につき、判例が始めて正面きってとりあげたものである。判文上の表現においては、まず、所有権取得そのものについての対抗力は認めないとしつつも、後順位抵当権者らに、なんら不利益をもたらさないと利益衡量にもとづいて、仮登記には対抗力がないから、仮登記担保権者が仮登記のまま優先権を主張して配当参加しうることは是認しえない、という批判をしりぞけたものである。

思うに、仮登記について、不動産登記法が、順位保全の効力のみを規定しているから、順位保全の効力しかないと考えるのは、いささか狭きに失するといわざるをえない<sup>23)</sup>。不動産登記法において、画一的処理と、形式主義が支配していることは否定できない。しかし、仮登記権利者は、仮登記のまま、関係者に、承諾請求を求めうる（不登法105条）としていること、そして、この承諾請求が、仮登記を担保目的に利用する根拠となっていることなどを考えあわせるならば、仮登記にも、一種の対抗力的なものを認めたものとみうるのではないだろうか<sup>24)</sup>。本稿は、仮登記担保について論じるのが趣旨ではないので詳しくは他の文献<sup>25)</sup>にゆずるが、少なくとも仮登記の役割が、従来の順位保全の効力に加えて、担保的効力が加わり、一種の対抗力が賦与されてきていることが指適されうる。すなわち、二つの機能（順位保全、担保権の対抗力）がそれぞれ別個にその機能を果しているということになろう。

23) 椿「担保としての売買予約(下)」ジュリスト457号103頁以下、同「債権の担保を目的とする仮登記」香川保一編、不動産登記の諸問題（上）453頁参照。

24) 幾代・前掲398頁。なお、米倉教授は、「仮登記担保は、仮登記を公示手段とした抵当権というべきである」と述べられている。判例評論208号136頁。

25) 椿寿夫「仮登記担保判例法の到達点」判夕355、356号参照。この論文で、従来の論稿はフォローされている。他に平井一雄「仮登記担保の設定、効力」不動産法大系II・担保（改訂版）667頁以下。

(2)表示の登記

一方、借地上の建物について建物保護法1条により借地権の対抗力が認められる登記にはいかなる登記があればよいのかについて、最高裁は、借地人を所有者とする建物の表示の登記も同条にいう「登記」にあたる旨判示した<sup>26)</sup>。

一般に不動産の表示の登記は昭和35年の不動産登記法の改正によって、土地台帳、家屋台帳が廃止されたのにもないその代用物として新設されたものである。表示の登記は不動産の現況を公示するものでその所有者の記載によって、所有権保存登記の適格者、納税義務者の確定を表示する機能をもっているものであり<sup>27)</sup>、登記の本来の効力である対抗力を有しているものではないため、一般の登記が権利の登記と称されるのに比し権利の登記ではないとされている。しかしながら、昭和50年2月の最高裁の判決は、建物保護法1条の法意を「建物の所有を目的とする土地の借地権者（地上権者及び賃借人を含む。）がその土地の上に登記した建物を所有するときは、当該借地権（地上権及び賃借権を含む。）につき登記がなくても、その借地権を第三者に対抗することができる旨を定め、借地権者を保護しているのは、当該土地の取引をなす者は、地上建物の登記名義により、その名義者が地上に建物を所有する権原として借地権を有することを推知しうるからであり、この点において、借地権者の土地利用の保護の要請と、第三者の取引安全の保護の要請との調和をはかろうとしているものである。」とした上で、「この法意に照らせば、借地権のある土地の上に建物についてなすべきは登記は権利の登記にかぎられることなく、借地権が自己を所有者と記載した表示の登記のある建物を所有する場合もまた」登記したる建物を有している場合にあたり、当該借地権は対抗力を有している、と判示した。ことことは、前述した表示

---

26) 最(1)判昭和50年2月13日民集29巻2号83頁。なお解説として、吉田・前掲ジュリスト別冊参照。

27) 幾代・前掲402頁。

の登記の本来の効力と異なる機能（役割）を認めたこととなり、表示の登記にも一種の「対抗力」を認めた結果となると解せられる。

学説は、建物の所有者が誰れであるかについて何らかの記載があるならば、新たな土地の取得者（第三者）に借地権の存在は警告されうるから、表示の登記がなされている場合にも建物保護法1条による対抗力を認めてよいとする<sup>28)</sup>。

しかしながら、前記大法廷判決が、「自己の建物の所有権を対抗し得る登記あること」を前提としながら「他人名義の建物の登記によっては、自己の建物の所有権さえ第三者に対抗できない」として、建物登記として対抗力ある登記を要求していると解せられることと合わせて考察するとき、表示の登記に至極容易に対抗力を認めるに到った本判例の理論構成には、問題解決に対する姿勢の安易さを感じないわけではない<sup>29)</sup>。

6. 以上、筆者は、登記の機能（役割）という点に焦点をあてつつ、建物保護法における「登記」と相似した性格（借地権の公示と、建物所有権の公示という二つの機能を持っている）をもっているようなそれが、他にもあるのではないだろうかとの推測のもとに考察してきたわけである。

そこから、みてとれることは、「仮登記」にも、「表示の登記」にも、本来、予定されている役割とは別の（登記として異質であるということではなく）機能が、賦与されつつあり、又、その機能が別個に働いていることである。

では、本問についてどのように考えればよいのであろうか。たしかに、すでに一言したように、判例は建物登記が欠落していた場合について、権利濫用、信義則違反の法理をもって、借地権者が借地権を新地主に対抗しうる余

---

28) 水本・前掲・民法の判例—150頁、我妻・判批・法協84巻4号585頁以下、谷口・民商55巻文号1034頁、星野・前掲404頁、吉田・前掲民法学5、130頁。

29) 吉田、前掲ジュリスト別冊は、最判中にこのような判決が出る前兆が存しており、現実的処理として妥当であり、又、表示の登記の名義人と借地人が一致している点をあげ、本件のような場合と矛盾しない旨述べられている。

## 判例研究

地を認めている<sup>30)</sup>。その法理は、建物登記が不存在の場合にかぎらず、何らかの瑕疵ある登記の場合にも適用されうる可能性が残されているといえよう<sup>31)</sup>。しかし、法文上の解釈によって補いえないとするならばいざしらず、補いうる場合をも、その一般条項的性格を有する権利濫用、信義則違反の法理にたよる必要はないといえよう。

そうすれば、建物保護法第1条にいう「登記」についてどのように考えればよいのであろうか。前にみてきたように、不動産登記法における仮登記が、本来予定されていた、順位保全の機能に加えて、抵当権の登記と同様、仮登記を本登記に直すことなく、配当加入がなしうるといふ担保的効力が、認められてきたこと、又、本来、その機能が、建物の現況表示という、権利を示す登記ではない表示の登記によってしても、建物保護法第1条の「登記」(前掲判例は、借地人と表示の登記の名義人が同一であることを前提としているかにみえるが)がなされたと同様に、「対抗力」を認めている点を、合せ考えるなら、建物保護法第1条の「登記」が、「借地権の公示」と、「建物所有権の公示」という二つの機能を、別個に、その効力あるものとしたとしても、いちがいに、不当とはいえないものとなろう。

以上のように考えられるとすれば、建物保護法第1条が、その登記をもって、民法第605条にいう「賃借権の登記」に代用させ、それをもって、借地人の保護を図らんとする趣旨とあいまち、「建物所有権」の名義人と、「借地権者」とが、多少のくいちがいをみせたとしても、その効力が別個に働いていると考える以上、そのくいちがいををもって、「対抗力」なしとは言えないのではあるまいか。

では、そのくいちがいが、どの程度にまで認められるのであろうか。前述したように、全く「他人の名義」である場合は、やはり、対抗力のないものと言わねばならないであろうし、名義人が、親族法にいう「親族」名をもつ

---

30) 最判昭和38年5月24日民集17巻5号639頁。

31) 川井・前掲17頁。

## 独 協 法 学

とする登記までもを含めてよいということにもならないであろう。やはり、建物保護法第1条にいう「登記」と云いうるためには、少なくとも氏を同じくし、かつ同居の「親族」すなわち、夫、妻、子名義等に限られると思う。したがって、それ以外の場合について救済が必要な場合には、権利濫用、信義則の法理の適用の有無の判断がなされることとなろう。

本件については、借地人Aと建物所有の名義人とが異なっていたわけであるが、名義人たるYとAとは同居しており、その後、Aの死亡によってYは本件土地の賃借権に基く権利義務を承継したという事実があること、そして、昭和15年の判例等を考えあわせてみても、建物保護法第1条にいう登記を備えていたとみるべきものであり、Yは建物保護法の保護の下に判断すべき場合でなかったかと考えられる。したがって、判旨が、「権利濫用の抗弁につきさらに審理の必要」を示唆し破棄差戻しを命じている点については、Yの救済可能性を残した点において評価出来るとしても、その法律構成については疑問を抱かざるをえないのである。

(51年12月1日稿了)