

借地権の対抗力

—他人名義の建物登記の場合—

石川 信

Security of Leasehold Interest

—in Cases of the False Housing Registries by Other Than the Lessee—

by Shin ISHIKAWA

The House Protection Act 1909 in Japan, under which many lessees can be protected from eviction by the part of new lessors, entitles a housing registry to the security of Leasehold interest as replacement of a registry of Leasehold interest itself.

This Act may be useful in Japanese society, but has many difficult questions because of the unclear provision. It has been argued that a false housing registry, in particular registered by other than a lessee, should have been available as replacement of a registry of Leasehold interest.

The Japanese courts have still denied the security of Leasehold interest in the case of other than the lessee. Justification, however, should be reviewed from the standpoint of protecting the lessee. In this paper, some of the approaches to solve the questions will be considered, after some important cases in Japanese Supreme Court are pointed out.

1. はじめに

建物保護ニ関スル法律（明治42年施行、以下建物保護法と略す。）によれば、建物所有を目的とする借地権の付着した土地が譲渡された場合に、借地人は、借地権自体の登記（民法177条、605条、不動産登記法1条）がなくとも、借地上の建物の登記をもってして自己の借地権を土地譲受人に対抗することができる（注1）。すなわち、建物保護法は、建物所有を目的とする借地権に限定してのことではあるが、建物登記に借地権登記の代用を認めるのである。

今日における実際の借地関係において、借地権登記のなされている例は稀であり、もっぱら建物登記でそれを代用し、第三者対抗

力を確保しようとしているのが通例であることからすれば、この法律のもつ意義はきわめて大きい。しかし同時に、いくつかの解釈上の難問も存在する。なかでも重要なのは、代用登記としての役割が認められるのはどのような建物登記なのかという、建物登記の意味内容についての問題である。建物保護法に規定する「借地人が登記シタル建物ヲ有スルトキ」という法文からでは、その意味内容が必ずしも明瞭ではないために、これまでも判例・学説により多くの議論が重ねられてきている（注2）。

この場合、借地人本人の名義であり、かつ内容も正確な建物所有権登記であれば、借地権登記に代用し第三者対抗力が付与されるこ

とについては異論をみない。問題は、建物登記に多少の変容がある場合（いわゆる不実の建物登記）にも、代用登記として第三者対抗力が認められるか否かである。

判例は、一般的にいえば、対抗力を認める建物登記の範囲を広く解してきている。たとえば、「建物の客観的現況と若干異なる記載がなされている登記」についても、または、権利の登記とはいえない単なる「建物の表示の登記」についても、建物保護法にいう「登記シタル建物」に該当し、第三者対抗力をもつと解している。この判例の結論は学説からも支持されている。

ところが、借地人以外の「他人名義の建物登記」については、判例は、終始一貫して代用登記としての役割を否定するのである。これに対し、学説の多くは、たとえ他人名義の建物登記であっても対抗力が与えられてしかるべきであると説き、近い将来の判例変更を強く要望している。まさに「最高裁判所と学説の多数意見との対立が最も鮮明な問題領域の一つ」^(注3)となっているのである。

そこで、本稿では、判例の紹介を通して問題点を明らかにしたうえで、建物保護法の立法趣旨及び現実社会の人々のルール意識を探ることによって、この問題を解決する基準を提供し、代用登記としての建物登記の意味・内容を明らかにしたいと考える。

2. 判例の検討

不実の建物登記といってもその類型は様々であるが、ここではとくに他人名義の建物登記の場合を中心に、5つの重要判例を紹介し、本稿で検討すべき問題点を明らかにしておこう。

(1) 不実の建物登記に関する判決例

(1) 所在地番が誤記された登記（昭和40年最高裁大法廷判決——容認例）^(注4)

〔事実〕 Xは、Aから所在地番79番地上の建物を取得し、借地権の設定もした。X名義

の建物登記も済ませた。その後、Aから土地を買い受けたYは、Xの建物登記の地番表示が79番地でなくて、80番地に誤記されていることに気がつき、土地明渡を主張していた。そこで、XからYに対して借地権確認の訴えをした。地番の誤記は、Aが保存登記をしたときに、誤って受理されたのがそのままになっていたようである。

〔判旨〕 地番の表示が実際と多少相違していても、建物の種類……など他の記載と相まって、全体において建物の同一性を認識しうる程度の軽微な誤りである場合には、借地権の対抗力を認めてよい。もともと土地を買い受けようとする第三者は、現地を検分して建物の所在を知り、土地使用権原の存在を推知することができるのであるから、右のように解しても、借地権者と第三取得者との利益調整において必ずしも後者の利益を不当に害するとはいえず、取引の安全を不当にそこなうものとも認められない。

〔コメント〕 この大法廷の判決により、最判昭和39年判決での考え方^(注5)を一步進めて、「所在地番」という「建物の客観的現況」のうちではかなり重要な要素についての誤記があっても、やはり代用登記として第三者対抗力を認めることになった。この判決での理由づけは、(1)建物の同一性を認識しうる程度の軽微な誤りであること、(2)容易に更正登記のできること、(3)現地の検分による建物存在の確認と賃借権存在の推知は通常可能であること、(4)第三取得者（敷地所有者）に不利となる事情がないこと、という点にある。この判決後、いくつかの容認判決が続き、学説の多数も支持している。

(2) 建物の表示の登記（昭和50年最高裁判決——容認例）^(注6)

〔事実〕 Yは、先代の父から借地上の未登記建物を相続したが、登記はしないままであった。その後、表示の登記制度が新設され、所有者を先代とする表示の登記が職権でな

れていた。一方、Xは、その土地を買い受け、土地の所有権登記も移転し、Yに対して建物取去土地明渡を請求した。

[判旨] 建物保護法が……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図ろうとしているものである。この法意に照らせば、借地権のある土地の上の建物についてなされるべき登記は権利の登記に限られることなく、借地権者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同条にいう「登記シタル建物ヲ有スルトキ」にあたり、当該借地権は抵抗力を有する。……被相続人を所有者と記載してなされた表示の登記は有効というべきである。

[コメント] この判決は、昭和35年に創設された不動産の「表示の登記」制度のもとの新しい問題である(注7)。「表示の登記」については、建物の実質的権利関係を公示するものではないことを理由に否定する下級審判例もあったが、それを最高裁としてはじめて容認したところに大きな意義がある。この判決での理由づけは、(1)地上建物の登記名義により、その名義者の借地権の存在を推知できること、(2)表示の登記でも取引の安全を図ることができること、(3)被相続人を所有者とする表示の登記も有効であること、の3点であった。結論・理由づけとも学説の多くは賛成し、今後、他の不実登記への応用が期待される。

(3) 被相続人名義の登記(昭和15年最高裁判決——容認例)(注8)

[事実] Aから借りた土地上の建物の実質的所有権を取得していた家督相続人Yが、登記を先々代名義のままにしておいたところ、本件土地をAから取得した新土地所有者Xは、Yに対して土地賃借権消滅確認の訴えをした。

[判旨] 建物所有ノ登記名義者カ死亡シ其ノ相続アリタル場合ノ如キハ其ノ所有名義者ノ有シタル権原ハ相続人ニ移転スヘキヲ以テ所有名義者ノ為ニ在セシ権原ハ相続人ニ於テモ亦当然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ニ領シ得ヘキカ故ニ仮令地上建物所有ノ登記名義カ相続人ヲシテ前示ノ権原ヲ土地ノ第三取得者ニ対抗スルコトヲ得セシメテ不可ナリ……

[コメント] 戦前の判例ではあるが、今日の判決のなかでもしばしば引用される。判例は、「前所有者名義」(注9)のままでは対抗力を認めないのであるが、変動原因が「相続」の場合には容認する。相続においては、相続人の意思によらず建物所有権の承継がなされ、被相続人の地位も包括的に承継するのであるから、登記をとくに經由しなくてもよいという実質的配慮が働いているのであろう。この判決では、建物登記に借地権の推知機能のあることを明確に認めているが、登記要件の厳格性を一般的に緩和したわけではない。実体関係と異なる不実の登記まで保護する意図はこの判決からは読みとれない。

(4) 長男名義の建物登記(昭和41年最高裁大法廷判決——否定例)(注10)

[事実] 借地人Yは、当初建物登記さえもしていなかったが、自らの病気の回復が不安であり、将来を不安に思い、当時未成年者であった長男名義(氏は借地人と同じ)で建物の保存登記をしたのであるが、その後、旧地主から土地を取得した新地主Xから建物取去土地明渡を請求された。

[判旨] 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、はじめて賃借権を第三者に対抗しうるものと解すべく、地上建物を所有する賃借権者が、自らの意思に基づき、他人名義で建物の保存登記をしたような場合には、当該賃借権者はその賃借権を第三者に対抗することはできないものといわなければならない。……け

だし、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ものであり、自己の建物の所有権を対抗しうる登記あることを前提として、これを以って貸借権の登記に代えんとする建物保護法1条の注意に照らし、かかる場合、同法の保護を受けるに値しないからである。

[コメント] この大法廷判決の出現によって、従来より家族名義の登記につき、容認例と否定例とに分かれていた下級審判決が統一されることになった。昭和40年の大法廷判決での拡張傾向にもかかわらず、この「他人名義」という不実登記の類型では判例の考え方は後退し、あくまでも借地権公示機能は所有権公示機能に付従すべきものと判示する。登記制度の正確な運用を確保するために、自発的な意思に基づく不実の登記をできる限り防止しようとする実質的配慮が働いたのであろう。この判決の理由づけをまとめれば、以下のとおりである。(1)建物保護法は例外的な措置であり、できる限り登記の一般理論に従うべきこと、(2)建物の登記要件を形式的かつ厳格に解し、まず権利の登記としても有効な登記であること、(3)実体と異なる名義は、更正登記のできない無効な登記であること、(4)借地人の利益より第三者の利益を保護すべきこと、の4点である。この判例の考え方に対し、学説の多くは反対しているが、実務的にはきわめて大きな影響を与えており、その後、妻名義、子名義、養母名義などに関する否定判決が続いている(注11)。

(5) 譲渡担保権者名義の建物登記(昭和52年最高裁判決——否定例)(注12)

[事実] Yは、Aから借地権付で建物を買受けた後、建物を譲渡担保に供し、譲渡担保権者B名義で建物所有権登記をした。一方、Xは、Yが建物に居住していることを知りながら、その建物の敷地をAから買受け土地所有権の移転登記もすませた。その後、Yは譲渡担保権の消滅に伴い、建物登記をBから

Yに移転したが、Xが土地を取得した当時には他人名義であったことを理由に、XからYに建物取去土地明渡を請求した。

[判旨] Yは、Xが本件土地につき所有権移転登記を経由する前に、本件土地につき賃貸借の登記をした事実、又は本件家屋につきY名義の所有権移転登記を経由した事実がないのであるから、建物保護法1条の趣旨に鑑み、Yは右賃貸借をXに対抗できないものというべく、この理は、Yによる本件家屋の所有権取得時期がXの本件土地に関する所有権移転登記の時より前であり、かつ、本件家屋のB名義による登記が債権担保の趣旨であったとしても、異なるものではない。

[コメント] 他人名義という点では昭和41年大法廷判決と同類型であるが、かなり問題があるように思える。「譲渡担保」は、所有権移転の形式をとるものの、その実質が債権担保であることを考えると、判例の形式論理の積み重ねには一層の疑問を感じる。ともかく、この判例に対しては、従来の単なる「家族名義の登記」の救済法理では、十分な解決基準を提供できないことになる。他人名義全般に及ぶ保護法理の検討がせまられたところにもこの判決の意義があろう。

(2) 判例の問題点

さて、以上の判例法理のどこに問題があるのだろうか、判例は、いわゆる不実の建物登記の場合でも、借地権の対抗力を認めることがある。それどころか、一般的にいえば、建物保護法の「登記シタル建物」の意味・内容を拡張解釈してきたと評価することもできるはずである。では、なぜ「他人名義の建物登記」に関してだけ、第三者対抗力を否定するのであろうか。その理由を明らかにして、論ずべき問題点を確定しておこう。

昭和40年と41年の二つの大法廷判決を比較すると、「有効な権利の登記か否か」が判断基準となっているようである。昭和40年判決では、建物の同一性を認識しうる軽微な誤記

登記であって、所有権の登記としての有効性が保たれていると解するのに対して、昭和41年判決では、実体と異なる他人名義では、所有権登記としての有効性を認めることはできないと解して、借地権の対抗力を否定する。この「権利の登記としての有効性」を判断基準とすることは正当であろうか。この点が最大の論点であろう。この場合、判例が有効な権利の登記か否かの判断基準に「更正登記の能否」を用いることの是非についてもあわせて検討する必要がある。

換言すれば、借地上の建物の登記に内在する「建物所有権の帰属を公示する役割（所有権公示機能）」と「借地権の存在を公示する役割（借地権公示機能）」との関係をどう理解するかの問題である。代用登記としての建物登記にも所有権公示機能を満足させるものを要求するならば、建物保護法にいう「登記シタル建物」とは、建物の客観的現況と実質的権利関係に合致した有効な所有権登記を経由した建物を意味することになり、したがって、借地人以外の他人名義の建物登記は、実質的権利関係に反する登記であり、第三者対抗力が認められないことになる。一方、代用登記としての建物登記は、所有権公示機能はともかくとして、借地権公示機能が満足するものでよいとするならば、土地所有権者とは異なる名義人の建物が存在していることが第三者にわかる程度の建物登記を意味することになり、したがって、借地人以外の名義の建物登記でも一応「登記シタル建物」が存在するのであるから、第三者対抗力が認められてよいことになる。実質的には、建物登記に内在する「借地権存在の推知機能」をどの程度評価するかの問題でもあろう。

なお、他人名義の建物登記の類型と他の類型とを比べると、「借地人自身の意思」が介在しているか否かの点で結論を異にしているようでもある。確かに、昭和40年判決では、地番の誤記にあたり借地人の意思が介在していな

いに対して、昭和41年判決では、借地人自身の意思に基づいて他人名義を経由している。この点が判断の基準となっているのであろうか。しかし、他の類型とも比較検討すると、この点が重要な基準となっているとは思えない。昭和58年判決（養母名義）^(注13)では、本人の意思によらずに他人名義にされた建物登記の場合でも、対抗力が否定されたからである。やはり有効な権利の登記か否か、借地権存在の推知機能をどう評価するか、が判例の結論を左右する判断基準というべきであろう。

以上の判断基準の正当性について、建物保護法の文言（文理解釈）では不明瞭である。そこで、以下、建物保護法の立法趣旨及び現実社会のルール意識などを手掛りとして、この問題を検討し、「登記シタル建物」という法文の意味・内容を確定してみよう。

3. 建物保護法の立法趣旨

まず、建物保護法がどのような事情のもとに制定され、どのような意義を有するのかを検討してみよう。そこから「登記シタル建物」の意味内容が明確になるかもしれない。

(1) 建物保護法の背景

建物保護法が制定される以前は、民法上の賃借権登記のなされていない土地賃借権、したがって第三者対抗力のない土地賃借権がほとんどであったが、当時の土地利用関係のもとではそれも無理からぬことであった。なぜならば、民法施行（明治31年）以前の旧慣では、登記なくして、地主の交替にかかわらず借地人がその借り受けた土地を継続して利用できるルールであったため、民法が施行された後も、賃借権の登記によって自己の借地権を新地主に対抗するという新しいルールが一般の人々に浸透しなかったのである^(注14)。また、賃借権登記の手續の面においても、債権である賃借権では、賃借人に登記請求権が認められず、地主の積極的な協力がなければ登記手續ができないという難点もあった^(注15)。

こうした、当時の借地関係も「封建的な徳義の連鎖」^(注16)がある限り、すなわち地主と借地人の関係が継続している限りは問題がなかった。しかし、日清・日露戦争を契機として、わが国の経済が活性化するに伴い、土地の需要が高まり地価が高騰してくると、地主は、旧来の徳義を忘れて借地人に地代の値上げ請求をし、さらに土地を換金処分するようになった。その結果、新地主が民法上の対抗力なき借地人に土地の明渡請求をしてくるといふ社会問題が起きてきたのである。いわゆる「地震売買」である^(注17)。この地震売買の弊害に対処しようとしたのが建物保護法なのである。

当初、衆議院に提出された原案は、「工作物保護ニ関スル法律案」と名称されて、「登記ナシト雖モ其ノ事実ヲ知りタル第三者ニ対抗スルコトヲ得」という、建物登記すらも必要としない、旧慣にも合致した単純明快なものであった。しかし、国会での審議の過程では、原案を作成した高木議員が何らの登記がなくとも借地権を新地主に対抗できる余地を認めるべきであると主張したのに対し、政府は、新地主の善意・悪意を考慮することは適当でないと主張し、代わりに建物登記を対抗要件とすべきことを主張した。これを受けた貴族院も「好ましくない規定ではあるが地震売買の弊害について世論がやかましい折りから、これを防止するのに他に適当な規定がない以上、やむを得ず認めざるを得ない」という消極的な姿勢に基づき、政府の意見に賛成した。その結果、原案に大幅な修正が加えられ、法律の名称も改められて、「建物保護ニ関スル法律」として可決成立したのである^(注18)。

(2) 建物保護法の意義

こうした建物保護法の制定過程をみると、代用登記としての建物登記も、本人名義の有効な所有権登記でなければならないのは当然のことであり、他人名義の建物登記のように変容した不実の登記までを救済しようとは考

えていなかったと推測できるかもしれない。換言すれば、建物保護法の「借地人が登記シタル建物ヲ有スルトキ」の文言は、「借地人が、自己名義で、真実の権利関係を反映した建物登記をした建物を所有するとき」と読むべき余地は確かにあるだろう。しかし、国会の審議過程では、借地権登記に代わる公示手段を創設することの是非及びそれを建物利用の事実を求めるか、建物登記を求めるかの選択の問題に審議の時間を費やしたのであって、変容した建物登記の問題にまで立ち入った詳細な審議はなされなかった。したがって、建物保護法の制定過程だけに建物登記の意味・内容を解明する糸口を求めることはできない。さらに、建物保護法の制定がもたらした社会的意義をも考慮しなければなるまい。

たとえ政府・貴族院がいかに消極的な態度であったとしても、建物保護法の制定には大きな社会的意義が認められる。それは、当時の深刻な社会問題となっていた地震売買を鎮静化することになったばかりでなく、その後の一連の借地借家特別立法の先駆として、借地上建物の保護ないしは借地人の保護法理を確立する第一歩を歩みはじめたという点である。事実、建物保護法制定以後、借家法1条(大正10年)及び農地法18条(昭和27年)によって、登記制度に頼ることなく、「目的物の引渡」という事実による一層徹底した借地権の公示方法が創出されるに至っているのである。

建物保護法のもつ社会的意義については、近代化立法なのか、社会化立法なのか、あるいはその両者を合わせもっているのか、従来より議論のあるところではあるが^(注19)、建物保護法が借地関係をして登記制度を伴う近代法の枠組みに取り込むことになったという意義(近代化立法説)だけでなく、より積極的に借地人の居住権を保護しようとした意義(社会化立法説)をも高く評価すべきではないだろうか。そのような社会的意義が、建物保護法制定当時、すでに一般の人々から承認されて

いたと考えられるのではないだろうか。そうだとすれば、国会の場では妥協の産物として制定されたにすぎない一面を有する建物保護法であっても、その積極的な意義に即して解釈することも許されるはずである。

4. 現実社会のルール意識

建物保護法に居住権（借地人）の保護という積極的な意義を認めて法解釈する場合、それが現在に生きる人々のルール（規範）意識にも適合し、しかも借地当事者の利益を妥当に調整しうるものでなければならない。次に、この点を確認してみよう。

(1) 借地当事者のルール意識

近代社会は、法治主義のもと、法規範によってその時代に必要とされるルール意識を確定し、従来の古いルール意識を昇化させようとする。したがって、制定法が現実の人々のルール意識に適合していないからといって必ずしも不当なものとはいえない。かえって、適正な手続を経た制定法によって今後のルール意識が確定された以上、原則として法解釈もそれに拘束される。その意味では、法の解釈にも明らかに一定の限界に存在する。しかし、建物保護法のように、文言が不明瞭で立法趣旨も一様でないという場合には、社会自体の発展のなかに法の発展もあるという基本認識にたった「生ける法の探究」が必要である（注20）。

さて、現実社会の人々のルール意識はどのようなものか。平明に言えば、次のようにいえるのではないだろうか。すなわち、「借地上に借地人が建物をたて（又は買いつけ）、とにかくも建物登記を経由しその建物に居住している場合には、借地人は、正当な地代を支払い、利用方法にも違反していない限り、借地人の直接関与しない事実によって借地権を否定され、生活の根拠を奪われることは納得できない。借地人自らが誠実に土地を利用する限り、地

主側にも同様の誠実さを期待し、相互信頼のもとに借地関係が成り立っている。」さらに、「地上建物に居住している借地人の存在を土地譲受人が知っている場合には、登記が変容認められるはずがない」というルール意識ではないだろうか。民法制定以前の土地利用慣行はまさにそのようなものであったが、これは、今日においてもなお、社会に存在しているルール意識と考えられるのである（注21）。

では、地主側のルール意識はどうだろうか。これは、不動産取引の実情を探ることでもある。「土地を買い受ける場合には、不動産の取得が高価な代償を伴うことや登記に公信力が与えられていない法制度などからして、買い受けようとする現地を十分に検分した上で、売買契約を締結すべきである」とするのが一般的な意識ではないだろうか。登記簿上だけで取引することが全くないとはいえないにしても、それは利用必要性の少ない単なる投機目的の場合か、さもなくば特別な事情による場合にすぎないであろう。逆にいえば、土地譲受人側の意識としては、「現地を検分した結果、建物が存在していれば、一応借地権が存在しているのではないかと疑い、譲渡人に権利関係を確認する」ことであろう。このような意識のもとに不動産取引が行われているとすれば、現行の登記制度を厳格に運用して、譲受人の保護（取引の安全）を図る必要性は非常に限定されてくるはずである。

(2) 借地当事者の利益衡量

現実社会に生きる人々のルール意識に基づいて法を解釈することが許されるとしても、それが対立する紛争当事者間の利益を妥当に調整しうるものでなければならない。もっとも、制定法自体、対立する紛争当事者の利益調整を目的として定立されるものである。したがって、多くの場合、制定法の論理解釈操作だけで、十分に当事者の利益調整がなされるはずである。しかし、建物保護法のように、法文の不明確性が複数の解釈を生み、論理解

積だけではその優劣を決められない場合、現実のルール意識に基づいた法解釈をおこなう前提として、対立する利益状況を分析することが必要となってくる(注22)。

借地人と土地譲受人との間の利益状況はどのようなものであろうか。土地譲受人には、「土地所有利益」(土地を単に支配し所有することに基ついて発生する利益)が存在し、その利益の処理にあたっては、「資本主義的自由競争原理(または自由意思原理)」が働くものと考えられる。一方、借地人には、「土地利用利益」(土地を現実利用することに伴う利益)が存在し、その利益の処理にあたっては、「生活原理(または生存原理)」が働くものと考えられる。

したがって、「所有利益」と「土地利用利益」という同じ利益が対立するのであれば、「自由競争の原理」に従って、当事者の自由意思を最大限に尊重した利益調整を図ればよいことになろう。民法177条の物権変動における対抗関係はそうした原理が発揮されてよい場合である。しかし、「所有利益」と「土地利用利益」という異質な利益が対立する場合においては、それぞれの利益を処理する原理が同質ではないため、単に自由競争原理に委ねることはできず、それとは別の配慮が必要となってくる。少なくとも177条の対抗関係と同様に処理すべきではないはずである。建物保護法における対抗関係は、まさしくそのような「所有利益」と「土地利用利益」とが対立する場合なのである。

では、異質な利益である「土地所有利益」と「土地利用利益」とが対立する場合には、その関係をどう理解したらよいであろうか。この点については、土地所有権の制限法理と土地利用権の優越法理にも示されるとおり、「土地利用利益が所有利益に優先する」というべきであろう(注23)。

一般に、近代市民法においては、所有権の絶対性ないし優越性を自明の理として考える傾向にあった。しかし、動産所有権一般につ

いては容認できるとしても、土地所有権については必ずしもこの所有権の絶対性は妥当しない。資本主義のもとでも、土地は、機械や商品とは異なり、原材料に資本や労働力を投下して新しい価値を生み出す物資と評価すべきではないからである。資本や労働力を投下して生産された「物に対する所有」は、経済的な「等価交換の法理」に基ついて、その時その時の物の帰属者が所有者として保護されてよい。しかし、物を生み出す生産手段として、あるいは生存の基盤としての「土地に対する所有」は、消費財(交換価値)としての性格が後退し、永続的占有・使用を目的とするものであり、「現実利用の法理」に従って、土地を現実使用する者(生産手段として、または生存の基盤として)の保護を考えるべきである。

近代資本主義社会の理念型は、農工業資本家が地主から土地を借り、労働力を雇い、農産物や工業生産物を生み出すというシステムにある。この理念型からすれば、土地所有権能の究極は「賃料取得権能」にすぎないのであって、土地利用権こそ保護されてしかるべきということになる。そのほうが、かえって「近代的な土地所有のあり方」ということになろう(注24)。

すなわち、建物保護法に即していえば、土地所有者の「土地所有利益」よりも、借地人の「土地利用利益」こそ強い保護が与えられるべきであり、「自由競争原理」ではなく、「生活原理」に基ついて紛争を解決すべきことになる。この点、従来の判例法理は、土地利用の保護の観点がある程度示しながらも、なお伝統的な登記尊重理論に拘束されて、単なる自由競争原理で処理しようとし、結果的に所有利益を保護しすぎている。ここに判例の誤りがある。判例においても、「現実利用の法理」に従って、「建物の登記」の意味・内容を再構成すべきなのである。

5. 救済法理の検討

残された課題は、不実の建物登記について説得力ある具体的な救済法理（法律構成）を考えることにある。以下、既存の救済法理を比較検討して、私見をまとめよう。

(1) 学説にみる救済法理

まず第一に、他人名義の建物登記も「実質的な本人名義」と理解して法律構成する、いわゆる「家団論」がある（注25）。この家団論は、すでに昭和41年判決の少数意見のなかにもみられるが、その妥当性には二つの点で疑問が残る。一つは、家団論を民法解釈論に取り込むこと自体への疑問である。家制度を解体し、個人主義に立脚した家族制度を構築した今日では、訴訟法上も家団が原告適格になることを認めていないし、社会一般のルール意識も家族構成員の人格別主義になじんできている。まして経済社会の取引ルール意識は家族を単一の主体とは理解していないだろう。だとすれば、家団論は社会の実情から離れた考え方といわざるを得ない。二つは、守備範囲の点での疑問である。この家団論は、他人名義のうちでも、とくに同居家族名義の場合に主張されてきたものであり、名義人が家族である場合以外の、たとえば譲渡担保権者名義の場合には応用がきかない。もっと守備範囲の広い、他人名義一般・不実登記一般に通有する法理を考えたいのである。

第二に、一般条項としての「権利濫用法理」を用いる考え方がある（注26）。この考え方は、判例を承認したうえで、たとえ建物保護法上の救済はできないとしても、悪意の第三者からの土地明渡請求を権利の濫用で処理しようとするのである。したがって、裁判所に対して、事実在即した具体的な妥当な問題解決能力を与えることになる。その点では、有用な救済法理と評価できよう。事実、判例は、未登記建物の対抗関係につき、この権利濫用法理を適用している。しかし、不実登記一般の法理とし

ては消極的ではないだろうか。不実登記の場合は、未登記とは異なり、一応の登記が存在するのである。その存在する登記に積極的な意味を与え、借地権の対抗関係に固有の内在的な判断基準によって、解釈論を深化させていくことを考えたいのである。

第三に、固有の判断基準としては「背信的悪意者排除論」が考えられる。この法理は、昭和40年代に入って具体化してきた177条の対抗関係に固有の判断基準であるが、これを借地権の対抗関係の場にも適用することが考えられている。しかし、前述のように、177条は「所有権」対「所有権」の対立の場であり、背信的悪意者排除論もそうした対立を処理する基準として深化してきたものである。したがって、建物保護法のような「所有利益」対「利用利益」の対立の場において、この法理をそのまま利用するわけにはいかない。しかも、当事者一方の主観的態様のみに基づくこの法理では、当事者間の利益考量が充分なされているとはいえない。利用利益の優越性からは、単なる悪意者すら排除できるはずである。もちろん、建物保護法の枠を離れた未登記借地権の場合の救済法理として流用することはできよう。しかし、本稿が問題とするような、何らかの登記がある場合には、可能なかぎり、まずは建物保護法の枠内での判断基準を策定したいのである。

第四に、物権変動一般における「公信力説」を借地権の対抗関係にも応用する法理が考えられる（注27）。すなわち、新地主から借地人に対する土地明渡請求が認められるのは、新地主が借地権の存在につき善意かつ無過失であり、かつ移転登記のある場合に限られ、悪意または有過失の新地主に対しては、借地人は建物に居住している限り、その借地権を新地主に対抗できるとするのである。公信力説は、「現地検分主義」と「借地権の存在の推知機能」とを根拠にして、建物登記を要件とすることなく、借地権の保護を図ろうとする。177

条の第三者対抗力から未登記借地権の保護に至るまでかなり応用範囲の広い法理である。その限りでは有用な法理であり、今後の立法論としては高く評価できるが、「建物登記」の存在を要件とする建物保護法の解釈基準としては適当とはいえないであろう。

(2) 借地権推知の法理—おわりにかえて

借地権の対抗力につき、とりわけ他人名義の建物登記に関する問題の解決基準を考えてみたが、以下、私見をまとめておこう。

建物保護法所定の対抗問題が「土地利用権対土地所有権」の調整の場であり、近代的所有権のあり方からして「土地利用権の優越性」が認められる以上、土地利用権の担い手である借地人を保護するためにも、建物登記による借地権の対抗力を広く認めていくべきである。こうした方向で問題解決を図るとしても、それが土地所有者の著しい不利益につながるとは思えない。社会一般のルール意識と取引の慣行に照らしてみると、不動産を買受ける者は「現地検分」するのが通例であり、また、借地上に建物が存在する事実により土地に対する何かの「権利の存在を推知」し得るからである。そうした土地利用と土地取引の実情をそのまま保護することこそ社会的に容認されるだろうと思うのである。

この場合、問題を立法的に解決することが望ましいにはちがいない。事実、諸外国でも様々な立法的措置がとられている。たとえば、フランス民法では確定日付のある証書による賃貸借の賃借人は対抗力があるとし、ドイツ民法では賃借地の占有取得に対抗力を認めている。わが国でも、登記制度に頼ることなく、占有取得を対抗要件とする立法論や、さらに何らの公示方法をも必要としない立法論も主張されている(注28)。しかしながら、同時に、建物保護法の枠内での解釈論によって、具体的な妥当な救済法理を深化させていくことが忘れられてはならない。現行法が存在する以上、その法が紛争解決の根拠として拘束力をもつ

からである。

それでは、解釈論としていかなる救済法理が妥当か。換言すれば、法文の「登記シタル建物」の意味をどう理解したらよいか。この問題を考える場合、次の三つの基準に基づくこととしたい。すなわち、①建物登記の存在という要件に合致する法理であること、②建物登記に関する各種の類型に通有する法理であること、③可能なかぎり個別具体的な法理であること、という三つの基準である。これに従うならば、公信力説はここでは採れないし、家団論では不十分だし、権利濫用法理では包括的すぎる。例えば、賃貸借契約解除における「信頼関係」法理や賃貸借契約更新拒絶における「正当事由」法理のような、建物保護法に固有のものを考えたいのである。

さて、建物保護法に固有の具体的な救済法理としては、建物登記に内在する「借地権存在の推知機能」に着目したい。建物保護法の制定によって、建物登記には、本来的な「建物所有権公示機能」と借地権登記の代用としての「土地利用権公示機能」という二重の機能が内在することになった。この二つの機能の関係につき、判例は、建物保護法が例外的措置なのであるから、所有権公示機能に借地権公示機能が付従すると解するが、この二つの機能はそれぞれ目的を異にするのであるから、分離して考えるべきである。たとえ所有権登記としては無効な建物登記であっても、借地権の公示機能は充足できているといえるはずである。ここに問題解決を見出したいのである。

この「借地権の推知」法理が認められるならば、不実の他人名義の建物登記のうち、単に家族名義だけでなく、譲渡担保権者名義のように、借地上に何かの建物登記を積極的に経由した場合はもちろん、さらに、前所有者名義のように、積極的な登記移転行為のない場合であっても、借地上に土地所有者以外の建物登記が存在する点では変わりがないので

あるから、一様に借地権の対抗力を与えてよいことになる。何かの建物登記が存在する以上、第三者の善意・無過失を論じる必要はない。第三者の主観的態様に従って問題処理する必要に迫られるのは、未登記借地権の場合に限定される。この場合、法文上では、「借地人カ登記シタル建物ヲ有スルトキ」の意味を「本人名義の建物所有権登記を有するとき」ではなく、「建物登記のある建物が借地上に存在するとき」と解するのである。このように理解することが「生ける法の探究」といえるのではないだろうか。

最後に、判例を振り返ってみよう。これまでに論証してきた結果に従えば、他人名義の建物登記につき対抗力を否定してきた判例においても、「借地権の推知」法理に基づき、対抗力を付与すべきであった。しかしながら、判例は、「所有権登記の有効性」および「更正登記の可能性」に眩惑されてしまったのである。

この点、表示の登記にも対抗力を認めた昭和50年判決の出現によって、「有効な権利の登記」という基準が今後は使えなくなり、しかもその結果、判例が主張してきた、建物登記における「所有権公示機能の優越性」も揺らいできていく。さらに、昭和50年の判決は、「更正登記の能否」の基準にも影響を与えている。すなわち、現行不動産登記法上、表示の登記において、名義人を登記官吏が誤って記載したときは、借地人からの請求を待たず職権で更正登記ができるのであるが、権利の登記の場合においては、判例は、たとえ登記官吏による誤記であっても自由には更正できないと考えている。しかし、これでは不公平である。権利の登記でも職権による更正登記が可能と解するべきであろう。また、表示の登記に対抗力を認めることは、代用登記としての登記要件を形式的かつ厳格に理解してきた判例法理とも矛盾する。

今後が生じうる問題として、他人名義で記

載された表示の登記の場合に、更正登記の可能な有効な表示の登記として対抗力を肯定するのか、それとも、やはり他人名義の登記を理由に対抗力を否定するのか、興味の残るところである。ともかく、この問題に限らず、他人名義で建物登記がなされている場合一般について、借地権の対抗力が認められてしかるべきである。この点、今後の判例の変更を強く要望している。

注記：

(1) 建物保護法は、明治42年5月1日公布、同年5月21日施行された。なお、昭和41年に旧法の第1条2項が削除されて、現行法に至っている。

(2) 昭和41年の大法廷判決についての判例研究だけでも数多い。谷口知平・民商法55巻6号1025頁、広中俊雄・判例評論92号112頁、水本浩・ジュリスト50号145頁、我妻栄・法学協会雑誌84巻4号579頁、石川利夫・日本法学32巻3号125頁、川井健・判例タイムズ194号12頁、石外克喜「第三者に対する借地権の対抗力」現代借地借家法講座1所収177頁参照。なお、学説については、川井健「宅地賃貸権の対抗力」判例演習・債権(2)287頁以下に詳しい。

(3) 稲本洋之助「借地権の對抗要件としての建物の登記」第二期法学教室2（判例解析）194頁。

(4) 最大判昭和40年3月17日民集19巻2号453頁。

(5) この判決は、二階家建坪48坪余と表示された建物が戦災で26坪のみが残った事案につき、登記と現況が一致する必要はなく、同一性を損なわない限りにおいて、代用登記として認めた。最判昭和39年10月13日民集18巻8号1559頁。

(6) 最判昭和50年2月13日民集29巻2号83頁。

(7) 不動産の表示の登記は、従来の家屋台帳、土地台帳を廃止して、不動産に変動が生じた場合の登記申請義務者・固定資産税納付義務者・所有権保存登記の申請適格者を判断する基準として、昭和35年に創設されたものである。登記官吏による職権登記も許される。

(8) 大判昭和15年7月11日新聞4606号9頁。

(9) 大判昭和16年11月20日民集1401頁参照。

(10) 最大判昭和41年4月27日民集20巻4号870頁。

(11) 最判昭和47年6月22日民集26巻5号1051頁(妻名義)、最判昭和50年11月28日判時803号63頁(子名義)、最判昭和58年4月14日判時1077号62頁(養母名

義) 参照。

(12) 最判昭和52年9月27日裁判民集121号297頁

(13) 最判昭和58年4月14日判時1077号62頁, 判タ号93頁。

(14) 工作物保護法案提案理由の説明のなかで、旧慣の事情につき、「民法の実施前に於きましては大審院の判例に依って地主が変わりまして借地人は後の新地主に向かって借地権と云ふものを対抗することが出来たと云ふ事は諸君も御承知の通りであります」と記されている。大日本帝国議会議誌7巻834頁参照。なお、渡辺洋三「土地・建物の法律制度(上)」176頁, 181頁。

(15) 登記請求権については今日でも問題が残されている。貸借人にも登記請求権を認めようとする見解として、星野英一「借地借家法」383頁。

(16) 「多数ノ地主ハ借地人トノ間ニハ今日ト雖モ尚ホ徳義ノ連鎖ニ依ッテ円満ナル関係カ保タレテ居ル……」(明治42年3月16日, 貴族院委員会速記録)。

(17) 地震売買の深刻さは明治30年代後半の土地取引件数にあらわれている。ちなみに、明治39年から41年の3年間の東京地方裁判所における地所明渡請求事件は392件, 家屋明渡請求事件は117件を数える(渡辺・前掲書170頁)。

(18) 建物保護法の制定過程の研究については、渡辺・前掲書167頁以下のほか、鈴木禄弥「日本近代法発達史(1)借地借家法」55頁以下参照。

(19) 渡辺前掲書, 鈴木前掲書のほか、幾代通「注釈民法(15)」265頁, 水本「建物保護法による借地権の対抗力」ジュリスト500号145頁, 中川高男「建物保護法と対抗力」(現代契約法体系3所収)185頁参照。

(20) 石田喜久夫「現代の物権変動論」法学セミナー1978年7月号99頁。なお、規範意識の探究の必要性につき、渡辺洋三「法社会学と法解釈学」109頁・

154頁, 宮崎俊行「私の物権法講義」204頁以下参照。

(21) 石川利夫「日本法学(判例研究)」32巻3号135頁。

(22) 水本浩「不動産物権変動における利益衡量」(我妻栄先生追悼論文集「私法学の新たな展開」所収)271頁以下。

(23) 水本前掲書のほか、同著「民法の判例(第三版)」「土地問題と所有権」, 広中俊雄「借地借家判例の研究2」127頁参照。

(24) 甲斐道太郎「土地所有権の近代化」, 水本浩「借地借家法の基礎理論」, 広中俊雄「民法の基礎知識(1)」参照。なお、わが国では、資本家が所有権者である一方、労働者や零細企業家が借地権者であることが多く、理念型に即した近代化は実現せず、それよりも小借地人の生活利益の保護のほうが切実な課題とされた。

(25) 「自己とその家族の一員として協同生活をしている長男とは、ともに一つのいわゆる家団を構成するメンバーであって、自己の名義にするのも、長男名義にするのも、ただ便宜の措置と考えて長男名義の登記をしたにほかならない」という田中裁判官の意見がこれである。家団論に対する批判については、高梨公之「民法の基礎知識(2)」143頁, 星野英一「借地借家法」402頁, 鈴木禄弥「借地法(下)」970頁, 「不動産物権変動論」ジュリスト増刊1983年1月号31頁参照。

(26) 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号12頁以下, 同「判例演習民法債権(2)」289頁。

(27) 篠塚昭次「民法セミナーV「借地借家法」第一分冊」64頁, 同「民商法雑誌(判例批判)」68巻2号93頁。

(28) 我妻栄「不動産物権変動に於ける公示の原則の動揺」法協57巻1号159頁, 幾代通「宅地賃借権の対抗要件」不動産登記法の研究159頁。