

わが国の不動産利用権の公示と現地公示機能

野口昌宏

- 一 はじめに
- 二 わが国の登記制度の問題と公示の原則
- 三 登記による公示と現地検認
 - (1) 建物保護法による公示と現地検認
 - (2) 法定地上権の成立と現地検認
- 四 現地公示機能の検討

一 はじめに

登記制度が不動産取引の安全と円滑に奉仕するためには、不動産物権変動の公示方法である登記簿が物権公示の機能を能率的にかつ信頼しうる程度にまで技術的に整備されていることが必要である。しかし、現実の登記制度にはいくつかの欠陥が存在する。すなわち、わが国の不動産登記は、物的編成主義を採用したが（不登法一五条）、現実には各個の土地の同一性とその境界を示す地図は、精密なものが全国的に整備されておらず、今日にいたっても、未登記不動産や実際の区

画や面積が登記簿とは一致しない場合が決して少なくない。不動産登記法一七条の規定により当然整備されていなければならないはずの地図や建物所在図が、現実にはほとんど備えられていないし、また不動産取引やそれにもなる開発によって、現地における不動産の特定機能が失われているのが実体である。

また、権利変動自体についての実体関係と登記との符合についても、登記は、不動産に関する物権的権利変動を登記簿によって公示することによって不動産取引の安全を保護する制度であるから、真実の実体的権利関係が正確に登記簿に反映されなければならないという点についても、わが登記制度は、十分とはいえない。すなわち、本来、登記官の審査権は、不実の登記の出現を阻止する機能を持つが、わが国の登記官には実質的審査権を認めない結果、実体的権利関係に符合しない登記申請であっても不動産登記法四九条の形式的有効要件をみたすかぎり受理されることになる。その結果、不実の登記、無効の登記がなされ、登記簿の信頼性を失わしめる結果になっている。

さらに、わが国においては対抗要件主義をとる結果、少なくとも当事者間の関係においては物権変動は登記簿に反映されないことを是認し、本来、物権変動の過程は正確に登記簿に反映されるべきであるにもかかわらず、中間省略登記などの実質的有効要件の緩和という結果をもたらしている。また、借地権の対抗関係でも、明治四二年のいわゆる建物保護法は、当時の地震売買から対抗力なき借地人を保護するために、保存登記された建物の存在という事実をもって権利の表象となし、借地権の登記なくして借地権を第三者に対抗しうることを認めた。このことも反面で、建物が存在するという事実を表象としてこれに対抗力を付与することによって、登記にすべての不動産物権変動の公示の原則を求めるといふ理想は、早くも明治期のこの時にこの建物保護法によって崩れたといえる。

判例においても、大連判明治四一年一月一五日民録一四卷一三〇一頁のいわゆる「相続登記連合部判決」が物権変動の原因につき無制限説を採用したことは、公示の原則に忠実であろうとする配慮が強く働いたものと推測できるが、同日

になされたもうひとつの大連判明治四一年一月一五日民録一四卷一二七六頁のいわゆる「第三者制限連合部判決」が、第三者の範囲について制限説を採用したことは、今日の学説が指摘するように、未登記所有者の不利益を救済するための現実的な処理の要請であるとしても、その結果として物権変動は、当事者と第三者との関係で登記を必要としない第三者が出現することとなった⁽¹⁾。

これらのことは、建物保護法の制定が、登記をもって物権変動の表象とせず不動産の引渡あるいは利用自体をもって表象とすることなどと併せて、わが国の登記制度における公示の原則は、全ての不動産物権変動を登記簿に反映させ、もって不動産取引の安全に寄与するという理想からはるかに遠ざかることとなったわけである。

また他方では、公示方法としての登記簿と実体的権利変動とをできるだけ一致させ、これに対抗力を付与し取引の安全確保の要請に答えるために、不動産登記法四九条は、権利の登記が対抗力を認められるための要件として、登記申請の形式的有効要件を規定して実体的権利関係を登記面に反映させようとしている。したがって、登記が有効であるためには、その登記が同法四九条にしたがって手続される必要があるが、ここにおいても申請手続に瑕疵がある場合の登記の効力が問題となり、登記の瑕疵が登記の効力に与える影響について古くから多くの判例が積み重ねられてきた。すなわち判例は、大正五年一月二六日民録二二輯二五二一頁において、これまでの厳格な手続を求めた形式主義の考え方を改めて、同条三項以下の形式的有効要件の瑕疵は、実体関係に合致していることを前提に、そのためにすべての登記が当然に無効になるわけではなく、原則として登記の効力に影響を及ぼさないとした。判例はこれ以後、形式的有効要件の緩和の方向を歩みはじめたのである⁽²⁾。

その理由とするところは、登記が有効であるためには、不動産登記法にしたがった手続がなされる必要があるわけだが、現実問題として対抗要件主義を採るわが国においては、少なくとも当事者間では物権変動が登記に反映されない場合もあ

り、実体的権利関係である物権変動の態様やその過程がごとく登記と一致することは期待できないとして、登記の有効要件を緩和する方向を示したのである。そして、戦後の最高裁時代にも判例は、大審院時代の判例理論を踏襲して、最判昭和二九年六月二五日民集八巻六号一三二二頁は、登記申請の瑕疵は、実体的権利関係に合致する限り、原則として治癒されるとした。⁽³⁾

判例は、前出の最判昭和二九年六月二五日において、実体関係とすでになされた登記との符合について、あくまでも形式的要件尊重の立場を堅持しつつ、不動産取引の安全確保との調整において、登記義務者の登記意思の有無を有効要件の基準とすることによって形式的有効要件の緩和に対する問題を解決しようとする構成をとった。このことは、いったんなされてしまった登記の効力については、不動産取引の安全確保という要請から、公示方法としての登記制度の存在意義をいかに確保するかという問題と、登記された以上実体的権利関係と矛盾しない以上有効とせざるをえないという立場から、判例理論は、この問題を追認してきた。

ここにわが国の登記制度における形式的、実質的有效要件が、緩和されざるをえない問題があり、これと登記に公信力がないことが相まって、不動産登記制度の存在意義を確保しつつ、不動産取引の安全確保という本来の目的を、どこに求めるか両者の調和の問題が出て来るわけである。⁽⁴⁾ このことは、わが国においてはすべての不動産物権変動は、登記簿に如実に反映されるものでない結果、不動産取引の安全を期するものは不動産を現地において調査する必要があるという原則を導き出すことになる。たとえば、土地利用権に関して、判例は、建物保護法にもとづく借地権の對抗問題について、対抗力のない借地権者と敷地の新所有者との関係において、土地を買受けようとする者が、借地関係、地上建物の有無を調査しないで買受けたことは社会取引上の注意を著しく欠くものとして、新所有者からの明渡し請求を権利濫用とするものがある(大阪地判昭和二五年六月二九日下級民集一巻六号一〇一五頁)。また、法定地上権の成立に関してであるが、法定地

上権と建物登記の関係について、判例は、土地と建物が同一所有者に属し土地のみに抵当権が設定された場合、建物につき前主その他の者の名義の登記がされているままでも、抵当権を取得しようとするものは、現実に土地を見て地上建物の存在を了知しこれを評価するものであり、競落人も抵当権者と同視すべき者であるから、土地競落人は抵当権設定当時建物につき所有権移転登記が經由されていなくとも、これを理由に法定地上権の成立を否定できないとする(後出、最判昭和四八年九月一八日民集二七巻八号一〇六六頁)など、建物利用権と敷地との権利関係の確定に現地検認の必要を判示している。

このように、公示の原則の欠陥によって、不動産につき取引関係に入ろうとする者は、登記の記載にしたがった実体的権利関係が存在するか否かを、現地に赴いて調査、検認しなければならないことになる。したがって、土地利用権の対抗要件としての公示の問題については、土地取得一般の取引保護を目的とする登記簿という登記中心主義にもとづく従来の公示の枠内で捉えるのではなく、土地に対する現実の支配を重視するべきとする立場から、不動産利用権における現地検認にもとづく建物の現地公示の機能を検討するものである。

(1) 我妻栄「不動産物権変動における公示の原則の動揺」民法研究Ⅲ(物権)所収六〇頁以下参照。鳩山秀夫「不動産物権の得喪變更に関する公信主義及び公示主義を論ず」債権法における信義誠実の原則所収五二頁以下参照。

(2) 大決大正五年一二月二六日民録二二輯二五二一頁は、未成年者が単独で登記申請をなし、それが受理された場合についてこれを有効とし、これまでの厳格な形式主義の考え方を改めて、登記手続の瑕疵は、原則として登記の効力に影響を及ぼさないとした。その考え方は、不動産登記四九条一号、二号を除いて、形式的有効要件に瑕疵ある登記でもそれが実体的権利関係と一致しているかぎり、その登記は物権変動の過程を示しており、形式的要件について瑕疵のない登記と変わるところがないから、形式的有効要件の瑕疵のためにすべての登記が当然に無効になるわけではないというものである。本判決は、登記申請の形式的瑕疵は、登記完了によって治癒され得るといふはしりの判決である。三淵乾太郎「登記の有効要件に関する一考察」民事研修三三号

三六頁参照。

(3) 戦後の最高裁時代になっても判例は、大審院時代の判例理論を踏襲し、最判昭和二九年六月二五日民集八卷六号一三二一頁は、甲が仮装売買によって無断で乙名義に登記したため乙から抹消を請求されると、その不動産を丙に譲渡し、抹消のために得ていた乙の書類を利用して乙から丙に移転登記した場合について、乙は抹消登記をする限度において甲に登記申請の代理権を与えたのであり、「丙に対する所有権の移転登記をしたことは実体上の権利関係と一致するのであるから、かかる登記をもって偽造の申請書による登記と同視しこれを無効とすることはできない」として、登記申請の瑕疵は、実体的権利関係に合致する限り、原則として治癒されるとした。本件の判例評釈に、長谷部茂吉「抹消登記のために交付された書類を利用してした移転登記の効力」法曹時報六卷八号一一六頁、同判例時報二卷二九号一三頁、椿 寿夫「抹消登記のために交付された書類を利用してした移転登記の効力」民商法三一卷五号八五頁、菅原勝伴「偽造の登記申請委任状による登記」別冊ジュリー一〇号六二頁がある。

(4) わが国における登記の有効要件の緩和の問題については、拙稿・「不動産登記法四九条の有効要件の緩和と公示の原則」大東法学一七号一〇一頁以下参照。

二 わが国の登記制度の問題と公示の原則

不動産取引においては、取引の安全を測るために、物権の存否、帰属、変動について常に外界から認識しうる表象を持つて公示されるという原則が必要であり、不動産物権変動における公示制度は、必要欠くべからざる制度であり、きわめて重要な作用を営んでいることはあらためて言うまでもない。そして、その表象として登記がこの原則の適用として最も適当であることも同様である。⁽¹⁾ 登記制度の理想は、不動産に関する実体的物権変動を正確にかつ迅速に公示することによって、不動産取引の安全と円滑に奉仕することにあるから、⁽²⁾ 登記制度が不動産取引の安全と円滑に奉仕するためには、不動産物権変動の公示方法である登記簿が物権公示の機能を能率的にかつ信頼しうる程度にまで技術的に整備されていることが必要である。

登記簿の編成基準については、わが国では、旧登記法前の戸長役場における奥書割印帳時代には、人的編成主義に近いものであったとされるが、旧登記法からは、ドイツをはじめとして多くの国が採用する⁽³⁾、個々の不動産を基準とし一不動産一用紙主義をもって登記簿を編成する、いわゆる物的編成主義を採用した(不登法一五条⁽⁴⁾)。しかし、旧登記法では、物的編成がまだ徹底されておらず、同一所有者に属する数筆の土地または数棟の建物を一用紙に記載することが出来るとされていたが、現行法の立案過程で、そのような旧登記法の取扱では混乱を生じ事務取扱上も困難を感じるとして、現登記法で一不動産一用紙主義の徹底が提案され採用された⁽⁵⁾。この物的編成主義は、年代順編成主義と比較してより合理的であるとされているが、公示方法としての登記簿の編成基準がどのようなものであるべきかということについては、利用者にとっての便益や制度を維持するための総経費などの諸般の事情を考慮して、社会的効率の優劣という社会的利益衡量に依って決められるべきひとつの政策問題であると言われるが、⁽⁶⁾ 基本的には、不動産取引の安全確保から物権変動の実体関係を登記簿の記載に符合せしめるための配慮は、登記手続法におけるもっとも中心的な課題をなすのは当然と言える。

また、登記の機能に関しては、第一に、不動産の物理的状況が登記簿の記載と符合していること、第二は、物権および物権変動が登記簿に正確に反映され登記簿と符合することにあるが、しかしながら、現在のわが国の登記制度は必ずしも十分にその機能を果たしているとは言いがたい。すなわち、第一の物理的状況の問題については、明治五年に採用した地券制度は、土地台帳制度を経て早くも明治一九年に登記法(いわゆる旧登記法)が制定され、同法によって現登記法の原型が大体できたわけであるが、⁽⁸⁾ 現実には、各個の土地の同一性とその境界を示す地図は精密なものが全国的に整備が不十分で、今日にいたっても、未登記不動産や実際の区画や面積が登記簿とは一致しない場合が決して少なくない。不動産登記法一七条の規定により当然整備されていなければならぬはずの地図や建物所在図が、現実にはほとんど備えられていないし、また不動産取引とそれともなう開発によって、土地の形状や形質の変更によって不動産の特定機能が失われてい

るのが実体である。⁽⁹⁾このことは、明治初年以來、土地の測量や区画に遺憾な点があったこと、また、わが国においては、土地と建物が別個の不動産とされる結果、従来から登記と実体関係との不都合は建物においていちじるしく、未登記建物や同一建物の二重登記も生ずることも少なくない事から起こる現象と言える。⁽¹⁰⁾

また、第二の物権および物権変動の問題については、権利変動したいについての実体関係と登記との符合の問題である。不動産登記は、不動産に関する物権的権利変動を登記によって公示することによって、不動産取引の安全を保護する制度であるから、真実の実体的権利関係が正確に登記簿に反映されなければならないはずである。しかし、この点についても、わが登記制度は、欠陥を含む。すなわち、第一に、本来、登記官の審査権は、不実の登記の出現を阻止する機能を持つが、わが国の登記官には実質的審査権を認めない結果⁽¹¹⁾、実体的権利関係に符合しない登記申請であっても不動産登記法四九条の形式的有効要件をみたすかぎり受理されるため、不実の登記、無効の登記がなされ、登記簿の信頼性を失わしめる結果になっていること⁽¹²⁾、第二は、わが国においては、対抗要件主義をとる結果、登記は物権変動の要件ではないことから少なくとも当事者間の関係においては、物権変動は登記簿に反映されないことを是認し、本来、物権変動の過程は正確に登記簿に反映されるべきにもかかわらず、中間省略登記といった実質的有効要件の緩和という結果をもたらした。

すなわち、判例は、まず大連判明治四一年一月一五日民録一四輯一三〇一頁(いわゆる相続登記連合部判決)において、物権変動の原因につき無制限説を採用し、不動産物権の変動は「其原因ノ如何ヲ問ハズ總テ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ為スニ非ザレバ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルヲ得ザル」として、物権変動の種類を問わずことごとく登記をもって対抗要件とすると宣言したことは、登記簿に反映すべき物権の範囲が拡大した。しかし、同日になされた大連判明治四一年一月一五日民録一四輯一二七六頁(いわゆる第三者制限連合部判決)が、一七七条の第三者の範囲について従来の無制限説から制限説に転換して、登記によって対抗関係にたつ第三者を「登記ノ欠缺ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル第三者」に限る

としたことは、一方では未登記の所有者が不法占拠者など正当な利益を有しない者から救済される反面、登記制度上登記なくしても対抗できる第三者を認め、物権変動が登記簿に反映されるべき範囲に大きな制限を加えてしまった。⁽¹³⁾

したがって、前出の明治四一年の相続登記連合部判決が物権変動の原因につき無制限説を採用したことは、公示の原則に忠実であろうとする配慮が強く働いたものと推測できるが、他方の明治四一年の第三者制限連合部判決が第三者の範囲について制限説を採用したことは、未登記所有者の不利益を救済するための現実的な処理の要請であるとしても、⁽¹⁴⁾その結果として物権変動は、当事者と第三者との間で登記を必要としない第三者が出現することとなった。そしてさらに土地利用権においては、明治四二年の建物保護法の制定が登記をもって物権変動の表象とせず、不動産の引渡しあるいは利用自体をもって地上権、借地権を表象とすることとしたなど、わが国の登記制度における公示の原則は、全ての不動産物権変動を登記簿に反映させ、もって不動産取引の安全に寄与するという理想からはるかに遠ざかることとなった。⁽¹⁵⁾

この建物保護法による借地権の対抗関係については、当時の地震売買から対抗力なき借地人を保護するために、保存登記された建物の存在の事実をもって表象となし、⁽¹⁶⁾借地権の登記なくして借地権を第三者に対抗しうることを認めただけであるが、建物の登記は、土地とは別個の建物登記簿に記載されるため、土地登記簿から借地権の存在を知ることが出来ない。このことは、建物所有を目的としている土地について取引をしようとする者は、現地に赴いて建物の存在を確認することを要求されることになる。このように、建物が存在するという事実を表象としてこれに公示力を付与したことは、全ての物権変動は登記簿の公示をもってなすという不動産物権変動の公示の原則の理想は、早くも明治時代のこの時期に建物保護法によっても崩れたといえる。⁽¹⁷⁾

そして、このことは、法定地上権の成立要件に関する建物の帰属についても同様であって、判例理論は、古くから抵当権設定当時に未登記建物であっても、建物の存在という事実によって法定地上権は、競落人に対抗できるとしている。⁽¹⁸⁾最

判昭和四八年九月一八日民集二七卷八号一〇六六頁は、民法三八八条の規定の根拠は、抵当権設定当時建物につき抵当権設定者は自から土地利用権を設定しておくことが出来なく、かつまた建物収去は社会経済上不利益であること、抵当権設定者の建物のために土地利用権を存続する意思があり抵当権者もこれを予期すべきであるとして、「土地につき抵当権を取得しようとする者は、現実に土地をみて地上建物の存在を了知しこれを前提として評価するのが通例である」としており、この結果、⁽¹⁹⁾ 抵当権者あるいは競落人は、現地に赴いて建物の存在を確認することを要求されることになる。

このように、不動産物権変動を第三者に公示する制度として考案された登記制度は、これをどのように組織するかは不動産取引の安全に大きく影響することから、登記制度に関する組織、立法、解釈における基本原則は、大いに考慮されなければならない。⁽²¹⁾ 本来の登記制度においては、全ての不動産を登記簿に登記することによって未登記不動産の存在をなくし、全ての不動産物権と全ての不動産物権変動をことごとく国家の管理する公簿である登記簿に反映させることによって、不動産の取引は、この公簿を基礎として行われかつ公簿の記載を信じた者が真実の権利を取得するという、いわゆる公示の原則と公信の原則とを維持することが重要な原則であるはずである。しかしながら、わが国における現在の制度は、必ずしもその機能を發揮しているとは言いがたく、問題とすべき点も決してすくなくないことから、判例、学説は登記制度の運用において、登記手続の正確さと不動産取引の安全確保との調和に苦慮しながら、登記の有効要件を形式的にも実質的にも緩和してきたわけである。

このような結果、わが国の登記制度が、對抗要件主義を採用し公信の原則をとまわらないことから、登記簿の記載は必ずしも正確な実体的権利関係を反映しているとは限らず、不動産取引をしようとするものは、登記簿の記載のみを信頼することなく、現地に赴いて実体的権利関係を調査、検認して真実の権利関係を探求しなければならぬことになり、またそれがわが国の取引慣行でもある。⁽²²⁾ このことは、たとえば建物保護法に基づく借地権や、法定地上権などの不動産利用権

に関して見ると、判例、学説がこれらの問題について、現地の建物の存在を考慮に入れて判断しようとする態度は、結果的にはあるが現地の建物の存在に不動産利用権の公示機能をもたせ、それによって取引の安全を確保しようとしたと言えよう。

したがって、建物の存在自体に公示機能をもたせるということは、登記手続を厳格にとらえた登記中心主義をとるか、あるいは登記制度の欠陥を前提として手続要件を緩和して現地検認にもとづく公示機能を採用するかというような、登記の対抗要件に対する基本的な発想の差異に基づく問題であるといえる。⁽²³⁾ このことは、土地利用権につき土地取引一般の保護を目的とする登記簿という公示の枠を越えて、土地に対する現実の支配を重視するということから公示の原則に対する修正と言えよう。

- (1) 幾代通・不動産登記法(新版)一頁以下参照。杉之原舜一・新版不動産登記法二頁以下参照。
- (2) 幾代・前掲書八頁。
- (3) ドイツの登記制度については、田山輝明「西ドイツの不動産登記制度」(不動産登記の諸問題(登記研究三〇〇号記念)上巻所収)五五頁以下、吉野衛・注釈不動産登記法総論(新版)上五頁以下参照。
- (4) 田中法務大臣官房参事官は、もともと旧登記法の参考とされていたプロイセンの登記制度が、このような制度を有していたことが参考とされたのであろうとされる(田中康久「不動産登記制度の変遷と今後の課題」不動産登記制度と実務上の諸問題(上巻)所収一二頁)。この物的編成主義の採用の経緯について、詳しくは、田中・前掲論文一〇頁以下参照。
- (5) 田中・前掲論文一二頁参照。
- (6) 幾代・前掲書九頁参照。我妻栄「不動産物権変動における公示の原則の動搖」(民法研究Ⅲ「物権」所収)五九頁以下参照。
- (7) 幾代教授は、「以上のような見地に立っても、わが国の不動産登記制度として物的編成主義を維持することが妥当であるとの結論は動くまい」と述べられる(幾代・前掲書九頁)。
- (8) 幾代・前掲書六頁以下参照。わが国の不動産登記制度の沿革については、福島正夫「わが国における登記制度の変遷」不動産登記の諸問題(登記研究三〇〇号記念)上巻所収一七頁以下、吉野衛・注釈不動産登記法総論(新版)上九頁以下、鎌田薫「対抗

わが国の不動産利用権の公示と現地公示機能(野口)

問題と第三者」(民法講座2・物権(1)所収)七二頁以下、新谷正夫「登記制度の変遷」登記研究一〇〇号一九頁以下、などが詳しい。

(9) 枇杷田法務大臣官房参事官は、この地図や建物所在図について、「極めて残念なことであるが、このような地図が現実には殆ど備えつけられていない。登記所にはいわゆる公図というものがあって利用されているが、これは現地復元性すなわち各筆の区画を明確に現地に示すことができるような制度を有していない。公図の精度は区々ではあるが、概ね各筆の配列、大まかな形状を表わす程度のものに過ぎないのである。したがって、隣地との境界に紛争が生じた場合において、公図はその解決のための参考図となることはあっても、その決め手となることはできない。」とされる(枇杷田泰助「不動産登記制度の現状と展望」不動産登記の諸問題(登記研究三〇〇号記念)上巻所収一四頁)。この不動産登記法一七条関係の地籍調査は大幅に遅れており、その達成率は低く、とくに関東の東京・神奈川、東海・近畿等では調査が非常に難しく大幅に遅れていると言う。詳しくは、日本土地法学会・不動産登記制度・建築確認制度一〇〇頁以下参照。

(10) 我妻・前掲論文五九頁以下参照。

(11) わが登記法が登記官の形式的審査主義を採用していることは、同法四九条の規定から明かである。杉之原舜一・新版不動産登記法二二二頁参照。鈴木禄弥「不動産登記におけるいわゆる実質的および形式的審査主義について」登記研究一〇〇号九頁以下は、ドイツ法とスイス法における登記官吏の審査権限について歴史の変遷を概観して、わが国の審査権限を検討している。なお、遠藤浩「登記官の審査権」登記(不動産法大系Ⅳ)所収三二頁以下、佐藤勇「登記官の審査権」不動産登記制度と実務上の諸問題(下)所収七九頁以下、参照。

(12) この点について登記と実体関係とを一〇〇パーセント符合させることは可能であっても、一致の確保のみに専念すれば、登記手続は渋滞して取引の円滑を阻害することにもなるし、審査をおろそかにすれば、不実、無効の登記を増大させる結果となり、登記官の審査権限の範囲や性格が問題となる。

たとえば、大阪地判昭和五六年一月二七日判例時報一〇五一号一二一頁は、偽造の印鑑証明書と委任状により無断でなされた登記申請に対して、登記名義人側及び警察官から登記申請を差し控えられたい旨の申し入れがなされたのに登記官が登記を実行した事案について、「登記官は、登記申請の形式的適法性を審査しなければならないが、その審査に当たっては、その職務上の知識・経験に基づき添付書類、登記簿、印影などの相互対照などによって添付書類の真否を形式的に判定すれば足りるといふべきであるところ、…添付書類が偽造にかかることを容易に発見できるときには登記申請を却下すべき注意義務がある」としな

がら、「登記官としては、右の通り添付書類の真否を書類上形式的に審査すれば足りるのであり、…そしてそれが警察官からの申出であるとしても…右の申出によって、登記官において右添付書類に実体的真否について積極的な心証を得るべく他に資料を求め職権で調査するべき義務が発生すると解することはできない」とした。

- (13) この第三者制限連合部判決を詳細に検討し、同日の二つの連合部判決の関係について検討したものとして、川井健・民法判例と時代思潮三一頁以下(「民法一七七条第三者制限判決」明大法学論集八八号)、原島重義・注釈民法(6)二七三頁以下参照、我妻米・聯合部判決巡歴I一一頁以下および一二五頁以下、などがある。

原島教授は、すべての物権変動は登記をしなければならぬという手続法上の命題と、一定の範囲の第三者に対してだけ登記がなければ對抗できないと言う実体法上の命題とは、きわめて対立的な方向を指向するということが余り自覚されないうままに原則の並列的な適用がなされてきたと指摘する(原島・注釈民法(6)二七三頁以下)。

- (14) 我妻・前掲論文六〇頁。第三者制限判決については、第三者の範囲について無制限説をとると、未登記の不動産の所有者は、不法占拠者に対する明渡し、不法行為者に対する損害賠償請求、偽造の申請書類による移転登記の抹消請求ができないことになり、わが登記制度は不完全であり、民衆も必ずしもなじんでいないから、無制限説は現実と遊離するとして、学説の支持を受けてきた。半田正夫「民法一七七条における第三者の範囲」(叢書民法総合判例研究⑦)二二頁以下、好美清光「第三者の範囲」別冊ジュリー一〇号五〇頁、参照。

- (15) 我妻・前掲論文七二頁。

- (16) 建物保護法にいう建物の登記について、建物の表示の登記だけで未だ所有権の登記(不登法一〇〇条)のない場合、表示の登記は権利の登記ではないが、所有者の記載があり第三者が建物の存在を知り得るわけであるから、表示の登記をもって借地権の對抗力を認める事に問題がないであろう。星野英一・借地・借家法三九〇頁、鈴木祿弥・借地法下巻九六七頁、参照。最判昭和五〇年二月一三日民集二九卷二号八三三頁参照。

- (17) 我妻博士は、わが国の社会には十分に登記制度がなじまないことから、不動産利用者の地位の保護が「重大な法律理想となつて現れてくる」として、「この両面の事情が遂に、不動産取引の登記簿による公示という大原則を、不動産の利用関係には登記を要せずという一角から、破壊して来たのである」と言われる(我妻・前掲論文六七頁以下)。

- (18) 大判明治四一年五月一日民録一四輯六七七頁、大判昭和七年一〇月二一日民集一一卷二二七七頁など。

- (19) 同旨、最判昭和五三年九月二九日民集三二卷六号一一一〇頁。

(20) この点について、我妻博士は、土地の上の抵当権の設定は現実に土地をみてこれを評価してなされるのがわが国の現在の実状であるから、この判例理論もわが国の実際取引からみて恐らく是認すべきであろう、と言われる（我妻栄・新訂担保物権法三五九頁）。

(21) 杉之原舜一・新版不動産登記法二頁以下参照。

(22) 我妻・前掲論文六〇頁。

(23) 借地権の對抗要件を考える場合に、厳格な登記手続を中心に登記簿をもって對抗要件とする登記中心主義に対して、現地を検認して建物の存在を確認することは、取引の通常であるから建物の存在に公示機能をもたせ一定の場合に對抗要件としようとする¹⁾ことを仮に現地公示主義と呼ぶ。なお、幾代通・不動産登記法の研究一六二頁参照。

三 登記による公示と現地検認

(1) 建物保護法による公示と現地検認

わが国の登記制度の欠陥と登記簿に公信力がない結果、現実に不動産取引を確実にしようとする者は、登記簿の記載のみを信頼することなくその記載にしたがった真実の権利関係が存在するか否かを調査しなければならない。そこで、建物保護法による借地権の對抗関係を前提とした公示を考えると、物権変動の権利の公示は登記簿を中心に確定してゆくという考え方に対して、取引をしようとする者は必ず現地を検認するはずであろうし、また少なくとも真実の権利関係の存在を積極的に探求しようと思えば現地を検認しなければならず、これを行わない第三者は登記簿記載の名義人と真正の権利者とが異なる場合には、必ずしも保護されないとする考え方を登記中心主義に対して現地公示主義とい¹⁾うことができる。

建物保護法による建物登記と借地権の對抗力の関係について、同法一条は、借地権者が「其ノ土地ノ上ニ登記シタル建物ヲ有スル」ことをもって借地権の對抗要件としたが、建物保護法による登記は、建物の所有権公示機能と同時に借地権

公示機能とを持つわけである。しかし、両者は必ずしも具体的な場面で利益を同じくするものではない。対抗要件主義をとるわが国においては、所有権公示機能は、建物の権利変動の場面において必要とされるため、建物を新築したのみで建物の権利変動が生じない場合、必ずしも登記の必要があるとはいえず、建物保護法による借地権公示機能が十分に機能していない結果となっている。⁽²⁾したがって、同法一条の解釈問題として、登記手続を厳格にとらえた登記中心主義をとるか、あるいは登記制度の欠陥を前提として手続要件を緩和して現地公示主義を採用するか、基本的な発想の差異によって借地権保護の結論が異なることになる。そこで建物保護法における所有権公示としての登記が借地権保護の場面において有効に機能するためには、登記簿を中心とした公示による対抗要件だけでは借地権の保護機能が十分ではなく、建物の存在という現地検認を検討する必要があるといえるわけである。

まず、登記と実体関係の符合について、前述したようにわが国の登記制度において両者が完全に一致することを望むことは現実の問題として難しい。したがって、不一致の登記をすべて無効として対抗力を否定することは取引の安全を損なうことから、登記制度との関連で公示制度を損なわない一定の限度において、建物の存在それ自体を問題として借地権の対抗力を認めざるを得ないことになる。前述のように登記が対抗力を有するということは、登記の形式的要件の面と実体法上の権利関係の面との符合が問題とされるが、すでに指摘したように、わが国の場合には土地の面積や区画について必ずしも正確な図面がなく、また登記官に実質的審査権がないことと関連して、権利変動が必ずしも正確に登記されない場合も多い。したがって、厳格に登記申請が正確さを欠くという理由だけで登記の対抗力を否定することはかえって取引の安全を害することにもなる。

このような問題は、建物保護法一条に定める借地権の対抗問題の場面でも問題となる。たとえば、建物保護法と登記簿に表示された建物の同一性についての問題である。すなわち、建物保護法が借地上に登記した建物を有する場合に、借地

権の登記がなくとも借地権の対抗力を認めたことは、建物の登記を持って借地権の公示方法としたわけであるから、建物の登記の地番の表示と実際の建物所在地の地番とが異なる場合、第三者は建物の発見が困難であるから地番が一致していることが必要であるということになる。しかし、地番の表示と建物所在地の地番が一致しないすべての場合について無効とするか問題となる。建物登記における所在地番が実際と相違している場合について、大審院判例は、大判昭和九年九月一二日新聞三七四六号一四頁において、更正登記が可能であることを理由に対抗力を肯定した⁽³⁾。

最高裁においても、最大判昭和四〇年三月一七日民集一九卷二号四五三頁は、「七九番」宅地上に存する建物が登記簿上は同所「八〇番」宅地の上に存するものとして登記されている場合について、その登記の表記全体に於て、建物の同一性を認識できるとして借地権の対抗力を認めた。その理由とするところは、まず、建物保護法の立法趣旨に求めて「借地権のある土地の上の建物についてなされた登記が、錯誤または遺漏により、建物所在地の地番の表示において実際と多少相違していても、建物の種類、構造、床面積等の記載と相まち、その登記の表示全体において、当該建物の同一性を認識し得る程度の軽微な誤りであり、殊にたやすく更正登記ができるような場合には、同法一条一項にいう『登記シタル建物ヲ有スル』場合に当たるといふべく、当該借地権は対抗力を有するものと解するのが相当である」とした。また、さらに「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、ひいては賃借権等の土地使用権原の存在を推知することができるのが通例であるから」との理由を示している。そして、このように解しても取引の安全を不当にそこなうものと認められないとして、この問題についての大審院時代の判例を踏襲した⁽⁴⁾。

しかし、これに対して、甲乙二筆の土地が一括して借地され、建物は甲筆部分だけの上に存在し、その建物登記の所在地番が甲と表示されている場合に乙筆の土地の借地権の対抗力について、最判昭和四四年一〇月二八日民集二三卷一八五四頁は、建物保護法の趣旨から「本件乙地が甲地と一体として本件建物所有を目的として賃借されているとみるべきか否

かについて判断するまでもなく、右法律による甲地に有する上告人らの賃借権の対抗力は本件乙地に及ばない」として⁽⁵⁾いる。対抗力を肯定する考え方は、建物保護法の精神に根拠をおき、すなわち、実際の所在地番と登記簿上の表示の相違について、前述の否定判例のように建物登記簿上表示が存在しない場合、第三者は借地上の建物の発見は困難であるからこれを別として、建物の登記簿に敷地の表示として記載されている土地については賃借権の対抗力を認めるべきであるとする⁽⁶⁾。

すなわち、更正登記の許される範囲内で相違がある場合など、地番の表示が実際とわずかに相違している場合は、一般には、登記簿上の建物の表示が実際と相違していても、その表示全体において当該建物の同一性を表していると認められる場合、すなわち更正登記が可能なきは、更正登記前でもその登記は建物の権利関係を公示する登記として有効と言うべきである。したがって、敷地の第三取得者との利益の調整においても、建物保護法は、敷地の賃貸人が借地権の登記を拒み、借地権者が借地権の登記が困難であるとき、借地権者を地震売買から保護することを目的としていることから、建物所有者が建物の登記をした以上は、登記簿におけるその所在地番の表示が多少異なっても、建物の同一性を認めても取引の安全を不当に損なうとは言えないから、建物保護法の精神からみて、登記簿上の所在地番が多少実際と異なっても、建物の同一性を認めるべきであるといえる⁽⁷⁾。すなわち、実際の所在番地と建物登記簿上の表示との相違について、第三者からみれば、登記簿によって借地上の建物の発見が困難であるかもしれないとしても、建物の所在地番が、登記簿上表示されていないなど更正登記が可能か否の問題とならない場合は別として、地番の表示と実際とがわずかに相違している場合には、第三者において当該建物の同一性を認識できれば良いわけであり、また、現地に赴いて検認することが可能であるから、取引をしようとする土地の上に建物が存在すれば、第三者においてなんらかの土地利用権が存在することが推知できるはずである。前述の最大判昭和四〇年三月一七日は、この点について不動産取引における現地検認を前提に

して判断したと言えよう。

したがって、最判昭和四〇年三月一七日は、借地権者を保護しようとする建物保護法の立法趣旨の他に、土地を買受けようとする第三者が現地を検認して建物の所在を知るものであるという取引の実状からも理由付けており、借地権者と敷地の第三取得者の利益調整の面における具体的妥当性を考慮してのものであることを示しているといえよう。

(1) 借地権の對抗要件は、本来は借地権の登記をもって對抗すべきであるが、建物保護法が地上建物の保存登記をもって借地権を對抗し得るとしたこと自体が、すでに登記中心主義の修正であり、取引関係に入ろうとするものは現地を検認することが当然であるとの前提にたち、現地に建物が存在するという状況がひとつの公示機能を持つという意味で、現地公示主義あるいは現地承認主義といふことができよう。我妻栄「不動産物権変動における公示の原則の動揺」、六五頁以下、幾代通・不動産登記法の研究一七五頁以下参照。

(2) 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」判タ一九四号一二頁以下参照。

(3) 同旨の下級審としては、東京高判昭和二八年二月一九日判タ三一七三頁、東京高判昭和三五年六月八日下級民集一一卷六号一二四四頁、など。

(4) 本件大法廷判決の小数意見は、建物の登記における敷地の表示は、借地権をもって第三者に対抗するためには、きわめて重要な意義を持つものであるから、地番の表示は正確であることを要するとして、第三者は、「甲地番の土地を敷地とする建物の登記があるかどうかを調査すれば足りるのであって、甲地番の土地に所在する建物が過って他のいずれかの地番の土地を敷地として登記されているかどうかまで調査することを要求される筋合いはない」とされる(横田正俊裁判官の反対意見)。

(5) 同旨、大判昭和一三年一〇月一日民集一七卷一八一八頁(登記上表示されていない地番の土地については更正登記がない限り對抗し得ないとする)、最判昭和四四年一二月二三日民集二三卷二五七七頁(建物登記によって第三者が右建物の登記を見た場合に、その建物の登記によってどの範囲の土地賃借権につき対抗力が生じているか知りうるもの出なければならぬ)など。なお、幾代・前掲書一六六頁以下参照。

(6) 対抗力を肯定する下級審判例として、東京地判昭和四〇年五月二六日下級民集一六卷五号九一一頁は、建物保護法一条一項は「『其ノ土地ノ上ニ登記シタル建物ヲ有スルトキ』とだけしか規定していない以上、多少所在番地その他に相違があつても、そ

の借地上に借地人が所有する建物の登記と解しうる登記が有れば、借地人はその借地権を第三者に対抗しうる旨を規定したものと解すべき」であるとしている。

(7) 山田晟・注釈民法(6)一六四頁以下参照。

(2) 法定地上権の成立と現地検認

このような借地権における現地検認と公示の問題は、同様に不動産利用権である法定地上権の成立の問題についてもいえる。民法三八八条は、法定地上権が成立するための要件として「土地及ヒ其上ニ存スル建物カ同一ノ所有者ニ属スル」ことを要求しているが、この場合において、その土地または建物のみを抵当となしたとき、抵当権設定当時に土地および建物が同一の所有者に属することが登記簿上も明らかになっていることを要するかということが問題となる。これについて判例は古くから建物につき登記を要しないと判断してきた⁽¹⁾。その根拠は、土地利用権が設定されないことによる建物収去が、社会経済上の不利益であるとしてこれを防止すること、あるいは抵当権者と設定者の意思の推測に求めて、公益的見地の許す限り当事者の意思を尊重してその利益を図るべきとした⁽²⁾。

すなわち、土地に抵当権が設定された当時、地上建物に保存登記がなされていなかった場合について、判例は早くからこれを必要としないと解していた。大判明治四一年五月一日民録一四輯六七七頁は、土地と建物の抵当権設定の際にこれとは別の付属の未登記建物に抵当権が設定されなかった事案について、法定地上権は競売当時に抵当権設定者と競落人との間で地上権を設定したものとみなすとして建物が抵当権設定当時に存在すれば、未登記であっても法定地上権の成立を認め、また、大判昭和七年一〇月二一日民集一一卷二一七頁は、土地のみに抵当権を設定した後その上に存する未登記建物を譲り受けた第三者が自ら保存登記をした場合についても、抵当権設定者は新築により建物所有権を取得したものであるから登記なくしてその地上権を対抗できるのであるから、譲受人においても地上権を取得するとした。そし

て、その後、その理由を最も明確にした大判昭和一四年一月一九日民集一八卷二三号一五八三頁において、土地と未登記建物の所有者が、土地だけに抵当権を設定した後に、設定者自身が建物の保存登記をなした事案について、法定地上権は、抵当権実行による競売によって土地と建物の所有者が異なる結果、建物収去による国家経済上の見地から建物所有者のために地上権を設定したとみなすものであるから、抵当権者またはその抵当権の譲受人とを問わず「該地上ニ建物ノ存在シタル事実ハ之ヲ了知セルコトヲ通常ノ事例トスルカ故ニ競売ノ場合ニ於テ建物ヲ所有スル何人カ其ノ土地ニ付キ地上権ヲ取得スヘキコトハ当然予期スヘキ所ニシテ斯ル土地ヲ競落シタルモノモ亦同様ナリ……即チ甲タルト乙タルトヲ問ハス競売ノ当時該建物ヲ所有スル何人カ其ノ存在シ地上権ヲ取得スヘキコトハ之ヲ予期セサルヘカラス」として、その根拠を建物の存在についての了知と地上権取得の予期に求めて、抵当権者も競落人も地上建物の存在を知っているのが通常であり、何人かが地上権を取得することを予期すべきであるとして法定地上権を肯定した。³⁾

また、この抵当権設定当時の未登記建物についての判例の態度は、土地に抵当権が設定された当時において、地上建物の所有者が、前主より移転登記を受けていなかった場合についても同様の判断を示している。この場合について、当初、下級審判例の東京高判昭和四五年六月二九日高民集二三卷三号三八二頁は、これを否定して、土地についての抵当権設定当時、土地と地上建物の両方が同一の所有者に属していたが、建物の所有名義が前主になっていて所有権移転登記を経ないまま右土地について競売が行われた場合について、建物が新築による原始取得以外の場合ですでに前主その他の者の所有名義の登記がある場合には、「抵当権設定者が土地に抵当権を設定したときに地上建物を所有したことを、抵当権者および競落人に対抗するためには、自己所有名義の登記を経由していることを必要とし、右対抗要件を具備していないかぎり該土地につき法定地上権を取得し得ない」として、第三者名義の登記によって誤認を招くことを配慮して法定地上権の成立を否定した。⁴⁾しかし、これに対して最高裁は、前出の東京高裁昭和四五年判決の上告審である最判昭和四八年九月

一八日民集二七卷八号一〇六六頁において、この場合においても登記を不要として法定地上権の成立を肯定した。その根拠として、①「抵当権設定当時において建物につき土地利用権を設定しておくことが現行法制のもとにおいて許されないところから、競売により土地と建物が別人の所有に帰した場合は建物の収去を余儀なくされるが、それは社会経済上不利益である」こと、②「抵当権設定者としては、建物のために土地利用権を存続する意思を有し、抵当権者もこれを予期すべきものである」こと、そして、③「土地につき抵当権を取得しようとする者は、現実に土地を見て地上建物の存在を了知しこれを前提として評価するのが通例であり、競落人は抵当権者と同視すべき者である」と論じて、所有者が取得登記を経由しているか否かにかかわらず、法定地上権の成立を認め⁽⁵⁾た。

本件最高裁判決は、法定地上権制度が、存在する建物を保護するところにその意義を有するのであるから、建物所有者が法定地上権を取得するに当たり対抗力を要する必要はないとし、たとえそのように解しても土地につき抵当権者や競売によって所有権を取得しようとするものは、現地を検認して建物の存在を知ることが通例であるから抵当権者および競落人に不測の損害を与えるものではないとした。現実の問題として、土地利用権の対抗問題については、建物所有者が当事者の自由な意思にもとづいて対抗力を取得することは難⁽⁶⁾しい。したがって、すでに述べたように、建物所有者の土地利用権の保護という法による強制を受けて、判例、学説は、法定地上権制度の論理的根拠を、建物保護という社会経済上の理由と土地利用権を存続させるという当事者の意思に加えて、不動産取引においては現地を検認することは取引の通常であり、何人かが地上権を取得することを予期すべきであるとする現地検認に求めたわけである⁽⁷⁾。

さらに、その後の最高裁は、土地とは逆に建物に抵当権が設定された当時において、土地と建物が同一所有者に属することが登記簿上も明らかになっていることを要するかという問題について、最判昭和五三年九月二九日民集三二卷六号一
二一〇頁は、土地と建物が同一所有者に属していたが、建物の抵当権設定当時、敷地につき前主より所有権移転登記を経

由していなかったが、本件敷地がさらに転売されるまでに抵当権設定者名義に所有権移転登記を経由したという場合について、前出の最判昭和四八年九月一日を引用して、「Aが本件建物……につきBのために抵当権を設定した当時、右建物及びその敷地である本件土地……は、ともにAの所有に属していたが、本件土地については所有権移転登記を経由していなかったというのである。右事実関係のもとにおいて、抵当権の実行により本件建物を競落したYが法定地上権を取得するもの」であるとして、法定地上権の成立を認めた原審の判断を是認した。⁽⁸⁾

本件の最判昭和五三年は、単に、前出の最判昭和四八年九月一日を引用して、原審の判断を正当とするのみであるが、原審(大阪高裁昭和五三年一月二六日)では、本件の登記関係について、抵当権設定当時、敷地に所有権移転登記を経由していることを要するかについて、「建物抵当権設定時においては、その負担を受けるべき土地所有者の所有権取得登記はその所有者にとって狭義の對抗要件の問題でなく、その後土地につき正当な利害関係を有するに至った者に対し公示の配慮を全く欠くわけにはゆかないとの要請があるに過ぎないと解せられる」として、その後の土地所有権取得者においては、「取得当時、法定地上権が成立する可能性のあることを登記簿上予め知ることができれば足りるというべきである」と判示した。したがって、この場合においても、建物抵当権者には、法定地上権の取得意思が有ること、抵当権設定当時の土地、建物の登記面での権利関係ではなく、建物が存在するという事実的な権利関係と抵当権設定当事者の予測を基準としている点において、前出の最判昭和四八年と同一考え方に立脚しているといえる。⁽⁹⁾

このように、法定地上権制度は、建物が存在している以上これを保護することが社会経済上の要請であり、抵当権を取得しようとする者および競落人は、現実に土地を見て地上建物の存在を了知し、これを前提として評価するのが通例であるから、建物所有者は、法定地上権を取得するに当たり抵当権設定時に登記簿による対抗力ある所有権を有している必要はないというわけであり、抵当権者および競落人は、現地を検認しなかったことよって建物の存在を知らないことに

善意であっても、過失ある善意として法定地上権の成立を拒否できないことになる。ここに法定地上権の成立と現地検認の原則の関係があるわけである。

(1) 法定地上権が問題となる場合は、土地抵当権の設定と建物未登記の場合と建物抵当権の設定と土地の移転登記未了の場合があり、両者を同一視して良いか問題がないわけではないが、ここでは法定地上権の成立につき建物の存在と現地検認の問題について判例を検討とするものであるから、法定地上権の成立要件そのものの検討は別な機会に譲りたい。

(2) 柚木馨Ⅱ高木多木男・担保物権法(第三版)三四九頁、我妻栄・新訂担保物権法三四九頁以下、など参照。

(3) 本判決は、「建物ニ付キ所有権保存登記ノ存スルト否トハ叙上ノ場合ニ於ケル地上権ノ取得トハ別個ノ問題」であって「登記ノ欠缺ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有セサルモノ」として、問題が建物所有権の對抗関係とは別個の地上権それ自体の発生にあるとした。

学説の多くも判例を支持する。我妻・前掲書三五九頁以下、槇梯次・担保物権法二二二頁、柚木馨Ⅱ上田徹一郎・注釈民法(9)一八二頁、参照。

(4) 土地の譲渡についてであるが、本判旨と同様の下級審判例として、東京地判昭和四一年一月二一日判時四七八号六四頁。

(5) 本判決の批評に、山田卓生・判例評論一八六号二頁、槇梯次・「土地およびその地上建物の所有者が建物の所有権移転登記を経由しないまま土地につき抵当権を設定した場合と法定地上権の成否」民商法七一巻一号二二八頁、川口富男・最高裁判例解説(民事編・昭和四八年度)二二三頁、同・法曹時報二六巻一〇号一五八頁、がある。

(6) このことはとくに借地権の場合に、借地権者に登記請求権を認めないとする解釈が、大きな壁になっている。星野教授は、「政策的には、これを認めるのが妥当であり、登記請求権なしとする解釈は、賃貸人の横暴と賃借人の不当な圧迫をもたらすもので、あまりにもおかしいというべきである」と述べられている(星野英一・借地・借家法三三三頁以下)。

(7) 槇教授は、建物保護の国民経済上の理由について、「もっとも、それだけに、論理としてはやや粗雑であり、説得力を欠く嫌いが無いではないが、この点については、建物存在の推知と地上権発生の予期とが実質的に背後からこれを補強していると考えられるわけである」と述べられる(槇・前掲論文民商法七一巻一号一三四頁以下)。

(8) 本判決に対しては、学説の多くは賛意を表明する。詳しくは、生熊長幸「抵当権設定当時に土地に移転登記がなかった場合と民法三三八条」民法判例百選Ⅰ(別冊ジュリ一〇四)一九一頁参照。本判決の批評に、生熊・前掲・民法判例百選Ⅰの他に、牧山

わが国の不動産利用権の公示と現地公示機能(野口)

市治・最高裁判所判例解説民事篇(昭和五三年度)四二四頁、同・法曹時報三三卷一一号一九一頁、河上正二・法協雜誌九七卷八号一五八頁、高木多喜男・民商法八一巻二号二二九頁、貝田守・法時五二巻一号一五六頁、瀬川信久・判例評論二四四号一四四頁、椿寿夫・判タ三九〇号五八頁、東海林邦彦・別冊ジュリ昭和五三年度重要判例解説六四頁、などがある。

(9) 柚木||高木・前掲書三六二頁。

四 現地公示機能の検討

これまで判例にみてきたように、不動産利用権の公示の問題を考える場合に、わが国の不動産登記制度の欠陥から不動産取引において、登記簿を中心に権利関係を確定してゆくことが難しいことの結果、不動産利用権者による建物所有およびそのための土地利用権の保護の要請と、敷地所有権者である新地主の取引の安全の要請との調和の問題を現地検認に求めてきた。

民法一七七条は、不動産に関する権利の対抗関係につき登記をもって対抗要件とし、具体的には不動産の状況とその権利関係を一定の公募である登記簿に記載した登記制度によるとしたことは、近代法における不動産取引が円滑に行われ、かつ不動産に対する国民の近代的な私的所有権の保護と尊重の制度として少なからざる功績を有してきたことは言うまでもない。借地権においても借地権の登記(民法六〇五条)あるいは借地上の登記した建物(建物保護法一条)を対抗要件として、借地権における権利関係を登記をもって確定しようとしたことは、もともと旧民法の起草者達が、土地利用権に関しては、宅地利用権として地上権が原則となし、むしろ賃借人が賃借権にもとづいて建物を建てればそれで地上権が発生し、登記されるものと考えていたことをみてもわかる。⁽¹⁾しかし、民法施行後、登記申請が共同申請主義を原則とする結果、借地人が地上権や借地権の登記をしていないことに目をつけて借地人に土地の明渡しを請求する、いわゆる地震売買のおそれが

あることはまもなく懸念されていたところであった。借地権は、民法六〇五条の規定や建物保護法一条の規定によって対抗力を有することができるとは、現実には借地権者が、前述のような対抗力を取得するための登記をする法意識が低かったことはしばしば指摘される⁽²⁾ところである。我妻博士は、賃借人に登記請求権を認めないとする結果、「地主・家主はこれを与えると否との自由を有する点に、賃借人にとっては致命的な難点を含む」と指摘され、登記中心主義を貫くために借地権においても、不動産物権変動における公示の原則に忠実であろうとすれば、「賃借人は単独に登記をなしうるものと改めることによって、公示の原則を紊さずしてなお賃借人の地位を保護しえた筈である」として立法の不備を指摘される⁽³⁾。このことは、一般の地上権についても同様にいえる。登記の申請が共同申請の立場をとっていても、地上権においては借地権と異なって地上権者は登記請求権を有し、地上権者の意思で登記が可能であるにもかかわらず登記をしなかったことは、登記権利者の怠慢であるといえなくもないが⁽⁴⁾、むしろ、それは登記権利者の怠慢というより、前述の賃借権と同様に、社会が登記制度になじんでいないことの他に、不動産の登記に関して、わずか民法一七七条の規定と不登記一条に登記すべき権利と登記すべき事項を列挙しただけという、立法の不備に由来するものとみるべきである⁽⁵⁾。

この立法の不備については早くから指摘される所であり、民法起草者である梅謙次郎博士は、民法一七七条と同法の手續法である不動産登記法について、「之カ基本タルベキ民法ノ規定ガ余リ簡略ニ過ギテ、一般ノ規定トシテハ同一七七ノ一箇条アルノミデアルタメ、種種ノ疑問ヲ惹起スノハ甚ダ遺憾トスル所デアル、当時ハマダ不動産登記法ノ草案モ出来テ居ナカッタノデアルカラ、其規定ガ如何ナル主義ニ抛ルベキカサヘモ分ラナカッタ故ニ、民法ニ於テ余リ細節ニ入ッテ規定ヲ設クルトキハ、或ハ登記法ノ起草ニ際シテ立法ノ自由ヲ缺キ、完全ナル制度ヲ設クル妨トナッテハナラヌカラ、……唯『登記法ノ定ムル所ニ従ヒ』登記ヲナスベキモノトシテ」において、あとは登記法に譲るつもりであったが、「登記法ノ起草者ハ単ニ手續ニ関スル規定ノミヲ設ケントシタノデ……未ダ一切ノ疑問ヲ解決シタトハ謂ヘヌノデアル」として、登

記制度の不十分な点を認めている。⁽⁶⁾

したがって、民法の立法の際に、不動産登記に関してわずかな規定を設けるにとどまったことは、とくに不動産利用権の対抗問題において顕著に現れるといえる。すなわち、わが民法においては、ドイツ民法とは異なり土地と建物は別個の不動産としてあつかう結果、不動産の取引においてもそれぞれ別個に取引されるために建物所有を目的とした借地権や地上権と土地所有権との対抗関係が出現し、それを民法一七七条により登記の有無によって決しようとしてきたわけである。しかし、建物については、あらかじめ自己借地権などを認めることが出来ないから、土地と建物が同一所有者に属しているかぎり、土地利用権をとまわずに存在することになるわけである。したがって、不動産の取引において、建物のみの取引については土地の利用権が当然に伴うとみるべきであり、建物の存在している土地のみが取引されるときは、土地所有権はその建物の利用権によってはじめから制限されるべきという法的構成をとることによって、一七七条による対抗関係が制限される⁽⁷⁾として建物利用権の保護をはかることもできよう。⁽⁸⁾しかし、借地権に関して、民法六〇五条は、土地所有権と建物利用権との関係を登記という要件を充足するか否かで解決しようとしたことに、登記制度への過信かあるいは前述のような法の不備を指摘することができる。

このことは、法定地上権についても同様のことがいえるわけで、自己借地権を認めない以上建物の所有には敷地利用権をとま⁽⁹⁾ってはじめて建物の経済的効用を有することになる。したがって、同様に建物のみあるいは土地のみが取引されるときは、当然に建物のための土地利用権をとま⁽⁹⁾うとみるべきであり、土地については建物のために土地所有権の内容は制限されるとみるべきところにその制度の根拠を求めるとすると、⁽⁹⁾建物は敷地利用権をとま⁽⁹⁾ってその経済的効用を有するにもかかわらず、これと切り離して土地と建物が別個に⁽¹⁰⁾抵当権設定の対象として、建物と敷地利用権とを一括して⁽¹⁰⁾処分の対象としなかったところに問題が出て来るわけである。法定地上権制度の問題は、判例、学説のいうように建物保護

の社会経済上の理由に求めるなら、登記の有無にかかわらず抵当権設定当時における建物の存在それ自体が法定地上権成立の要件となり、したがって、もし抵当権者および競落人が、建物の存在を知らなかったとしても、前出の最高裁昭和四八年判決が言うように、「現実に土地をみて地上建物の存在を了知しこれ前提として評価するのが通例」であるから、⁽¹¹⁾現地を検認しなかったことに過失があるということになり、法定地上権の成立を阻むことはできないということになる。⁽¹²⁾

このように、法定地上権においては、抵当権設定当時に土地および建物が同一の所有者に属することが登記簿上も明らかにしているか否かにかかわらず、建物が存在している以上これを保護することが社会経済上の要請でもあり、建物のために土地利用を存続させることは抵当権設定当事者の意思でもある。またさらに、登記に公信力を認めないわが国において、不動産取引の際に登記簿を閲覧するだけではなく、現地を調査することはほとんど常識であるとされる。したがって、建物に保存登記や所有権移転登記がない場合でも土地に建物が存在すること自体、現地を検認すれば容易に知りうるわけであり、建物が存在していればなんらかの利用権が存在することを予期できるはずである。したがって、土地または建物につき抵当権を取得しようとする者や競落人は、現実に現地を見て地上建物の存在を了知しこれを評価するわけであるから、登記のいかにかわらず法定地上権が成立するということになる。

このように、不動産利用権においては、すでに述べた通りわが国においては、登記官が実質的審査権を有さないこと、登記に公信力がないこと、登記簿に付属する地図や建物所在図（不登法一七条）の整備が充分でないため物件を特定するに充分でないなど、登記制度に多くの課題を抱える中で、⁽¹³⁾登記というものの機能にはおのずと限界があるはずである。とくに土地利用権については、抵当権などの価値権と異なり第三者が他からこれを検認しうるような現実の土地支配を伴うことを通常とするから、権利の公示は必ずしもすべてを登記によらなければならぬことはないはずである。すなわち建物登記には、建物の所有権を第三者に対抗するための対抗要件としての権利公示機能があると同時に、他方では、建物の存

在そのものを第三者に公示するという事実的公示機能も存するはずである。建物保護法の意義はまさにそこにあるわけで、土地について取引をしようとする者は、もともと土地登記簿からは建物の存在は知り得ないわけである。そこで、不動産利用権においては、敷地利用権の登記がなくとも、建物登記簿の記載によって建物の存在を推知することができるわけであり、さらには登記簿上の建物所有名義が誰であるかということに関わりなく、建物登記における事実的公示機能によって建物の存在を推知して、現地を検認して、その結果、建物が現実に存在すれば、不法占拠でない限りなんらかの土地利用権が存在するか存在する恐れがあることが当然予期できるはずである。

したがって、これまで見てきた判例の多くも、取引関係に入ろうとする者は、現地を検認するのが通例であるとして、登記のこの事実的公示機能をさらに越えて、未登記建物についても土地利用権を認めて登記の持つ事実的公示機能に関わりなく権利関係を公示しそれに基づいて対抗しうるとしたわけである。⁽¹⁴⁾

土地利用権の公示ということは、いうまでもなく借地権の場合は第三者に対する対抗関係であり、法定地上権の場合には建物所有者と第三者とが対抗すべき法定地上権の成立の問題である。このような土地利用権の公示の問題について、建物の存在という一定の事実の存在を必要とするわけであり、この事実が登記とは別の面で対抗関係を確定する要件となつて来るわけである。そこで民法一七七条が登記を対抗要件としていることから登記のみが対抗要件であり、かつ不動産登記法に基づく登記手続のみが対抗関係を決するという硬直した登記中心主義は反省されるべきであり、ここに現地における建物の存在という事実も権利の対抗関係を確定する公示機能を有していると考えらるべきである。そして、具体的に如何なる状況にあるとき現地公示の機能を果たすだけの事実といえるかの判断については、これまでの判例が示すように当該土地について他人の不動産登記利用権がありはしないかという疑念をいただき、利用権の存在を当然予期すべきであった、⁽¹⁵⁾といえる程度の客観的状況の有無を基準として判断すればよいといえよう。

これまで指摘してきたように、わが国の登記制度のもとにおいては、登記をもって不動産の権利関係を正確に公示して不動産取引の安全に寄与するという理想には程遠いわけであり、登記の公示機能には現実的な限界がある。したがって、不動産利用権の場合には、純然たる価値権である抵当権を公示する場合は異なり、現実に建物を所有して敷地を占有しているわけであるから、登記制度において建物の存在と現地検認を要件として権利関係を確定するとして、価値権と利用権とを分けて取り扱うことができるはずである。

ここに不動産利用権の公示の問題について、登記中心主義とわが国の不動産登記制度の欠陥を補正するものとして、不動産登記制度において現地公示主義の原則を確立すべきであると考えるのである。

(1) 鈴木祿弥・借地・借家法の研究一八四頁以下参照。

(2) 我妻栄「不動産物権変動における公示の原則の動搖」民法研究Ⅲ(物権)所収六七頁参照。建物の保存登記がどの程度行われているかについて、ごく限られた調査であるが、幾代教授の報告がこのことを良く示している(幾代通「宅地賃借権の対抗要件」不動産登記法の研究所収一五三頁以下参照)。

(3) 我妻・前掲論文六七頁。我妻博士は、立法の不備の理由として、「一方では不動産利用者は甚だしく登記になじまない結果、登記を要件としてこれを保護せんとすることは到底充分の保護とはなりえない」ため、建物保護法、農地調整法、借家法などの立法は現地検認を前提として「立法者をして、不動産利用者の地位を保護せんとする目的を達成するために、登記の方法を簡易にするという途を選ばしめず」登記不要としたのであろうと述べておられる(我妻・前掲論文六七頁参照)。

(4) 大判明治三六年一月一六日民録九輯一四頁参照。

(5) 川井 健・民法判例と時代思潮七一頁参照。川井教授は「結局、民法は、不動産登記法と相俟って、地上権を追放する役目を担ったことになる」と述べられる(川井・前掲書七一頁)。

(6) 梅謙次郎「不動産登記ノ制ヲ論ズ」法協雑誌二五卷四号四七五頁以下。

(7) ドイツ民法では周知の通り、建物は土地の同体的構成部分と考えられているから、不動産登記の対象は、原則として土地所有

権とその他の土地に関する物権ということになる。たとえば、田山輝明「西ドイツの不動産登記制度」香川保一編・不動産登記の諸問題上巻所収五五頁以下参照。

- (8) 我妻栄・新訂担保物権三五〇頁参照。我妻博士は、「さらに一步を進めて、土地に建物が建設されると、それによって、土地所有権の内容は、潜在的な関係において、その建物利用のための法益と、その他の法益すなわち利用に対して対価を徴収しかつその利用を妨げない範囲で利用する法益とに分離されるものと考えることができると述べられる(我妻・前掲書三五〇頁参照)。
- (9) 我妻・前掲書三五〇頁。
- (10) 柚木馨・高木多木男・担保物権法(第三版)三五〇頁以下参照
- (11) 最判昭和四八年九月一八日民集二七卷八号一〇六六頁。
- (12) 前出、最判昭和四八年は、競落人についても「抵当権者と同視すべき者である」としたが、競落人の場合には、建物登記によらないで建物の存在を判断するわけであるから、建物が抵当権設定時から存在していたかどうかをどうして調べるか問題がある。しかし、基本的には、競落人も競売に先立って現地を検査して競売物件を評価するであろう。明らかに抵当権設定後の建物であれば、抵当権者に対しても法定地上権を主張できないのであるから、建物が存在すれば抵当権設定当時のものと考え、抵当権者と同じ立場にあると考えることができよう。山田卓生「土地所有者が地上建物を譲受けたが、移転登記を経ないままに土地に抵当権を設定した場合につき法定地上権を認めた事例」判例評論一八六号三頁参照。
- (13) 枇杷田泰助「不動産登記制度の現状と将来の展望」香川保一編・不動産登記の諸問題上巻所収一三頁以下参照。
- (14) したがって、建物の存在する土地につき、取引関係に入ろうとするものは、登記を信頼するだけでは不十分であるということであるが、もともと登記簿には公信力がないとはいえず、他面では、たとえば前主名義の登記簿を信頼して取引関係に入った者などの点で保護するかという問題は残る。この点につき高木多喜男「土地およびその地上建物の所有者が土地につき所有権移転登記を経由しないまま建物に抵当権を設定した場合と法定地上権の成否」民商法八一巻二号二四六頁参照。
- (15) たとえば、前出の大判昭和四四年二月一九日民集一八巻二三号一五八三頁(法定地上権の場合)、最判昭和四〇年三月一七日判時四〇三号一一頁(建物登記における所在番地が実際と相違している場合と建物保護法一条による対抗力)、参照。