

借地借家法一〇条の社会法的性格と借地権の公示機能

野口昌宏

目次

- 一. はじめに
- 二. 賃借権の物権化と借地借家法一〇条一項の法的性格
 - (1) 民法制定と賃借権物権化の限界
 - A. 土地所有権に対する土地利用権の劣位
 - B. 賃借権の物権化の限界と社会権化
 - (2) 建物保護法の制定とその社会法的性格
 - A. 建物保護法の制定とその評価
 - B. 建物保護法の社会法的性格
- 三. 借地借家法一〇条における借地権の公示方法
 - (1) 登記中心主義の反省と借地権の公示
 - (2) 建物保護法に関する最高裁判決の傾向

借地借家法一〇条の社会法的性格と借地権の公示機能

(3) 建物の借地権公示機能と公示の原則の修正

一. はじめに

一九九二年八月一日から新しい借地借家法が施行されたが、同法は新法制定の形をとるが、「建物保護ニ関スル法律」(明治四二年)並びに「借地法」・「借家法」(大正一〇年)に必要な改正を行ってこれらを一つの法律に統合したことは周知の通りである(借地借家法付則二条参照)。そこで、同法一〇条は、一項で従来の建物保護法一条を基本的に承継した規定であることから、同条一項の解釈においても、従来の建物保護法一条における種々の解釈論がすべて、そのまま本項の解釈論として通用することになる。⁽¹⁾

ところで、不動産賃借権は、民法制定以来さまざまな形で強化されてきたが、とりわけ土地賃借権は、建物保護法をはじめとする多くの立法によってその保護を厚くされ、物権化あるいは社会権化によって必要な限りでの賃借権者の権限の強化がはかられてきた。わが国において、賃借権の物権化が説かれるのは、民法が規定する賃借権において土地の用益を目的とする場合に、その不動産賃借権の保護、安定をはかるための規定をほとんどおいていないという事情から、用益物権に比べて一般に土地所有者との関係で賃借人の地位が弱く、そのために種々の特別立法によって不動産賃借権の強化が図られたことにある。⁽²⁾ その物権化の議論は、土地に対する人間の支配の内容や形態をどう考えるかという規範のあり方が、土地所有権に対する土地利用権の優位という近代的土地所有権論を背景に土地利用権の近代的な物権化という観点からあるいは債権的な土地利用権を前提としたものなど、さまざまな次元での強化ないし安定化であった。

このような土地利用権の強化ないし安定化は、同時に近代市民法を前提とした不動産に関する権利の公示の原則に対しても重大な例外を生じさせた。すなわち、明治四二年の建物保護法においては、建物登記簿における建物の保存登記

をもって地上権または借地権を第三者に対抗しうるとし、大正一〇年の借家法（現借地借家法三二条一項）および昭和
一三年の農地調整法（現農地法一八条）は、不動産の「引渡」という賃借人による現実の利用をもって対抗要件とする
など、これら一連の特別法は、後に述べるように不動産に関する権利は登記をもって公示するという「公示の原則」に
対する例外あるいは緩和もたらし、公示の原則と不動産取引の安全をいかに確保するか、また不動産に関する権利の公
示の原則とはいかなるものをいうかといった問題を生じてさせることとなった。

すなわち、賃借権についてわが民法は、制定に際してこれを物権とするか債権とするかという点について議論がなさ
れ、ポアソナード民法は、賃借権を地上権と並べて物権としたのに対して、現行民法は、ドイツ民法を参考に物権・債
権の峻別理論によりこれを債権とした。⁴⁾ その結果、わが国の借地関係については物権である地上権関係と債権である賃
借権関係との二本建てとなったわけであるが、現実には土地賃借権に対する土地所有権の優位な地位によって、土地利
用関係はもっぱら債権たる賃貸借関係として存在するに至っているわけである。しかも、土地賃借権の保護について、
現行民法の編纂者達も賃借権を債権と構成しても、債権たる賃貸借権に登記を認めることによって（民六〇五条）、土地
賃借権については多くの場合、登記がなされて賃借人は地震売買から保護されるであろうから、第三者との対抗につい
てはさして問題がないと考えていたように思われる。⁵⁾ しかし、現実にはこの立法者達の予測に反して、民法制定後まも
なく地震売買に対する対策を強いられることになり、建物保護法の制定を余儀なくされ、土地所有権と借地権の法的関
係のあり方の理解について議論が展開されることとなった。その結果、わが民法の下での借地権に対する独特な取扱、
すなわち種々の特別法によって物権・債権の峻別理論の枠を超える借地権強化の努力がなされ、物権化と社会権化の二
重構造をとる結果となったわけである。⁶⁾

このような借地権の強化の議論の展開は、主として借地権の第三者との対抗問題を中心とした物権化、譲渡・転貸、

存続期間の安定化・長期化、解約の「正当事由」と言った点でなされているが、これらの議論は大きく分けて物権化の面と社会権化の面とに著しい特色を示したといえよう。そして、これらの議論の展開は、主として対抗問題を中心として債権的利用権である不動産賃借権の安定化に必要な限りでの債権の強化であったが、同時に権利の対抗に関する原則である公示の原則に対する例外を生じさせる結果ともなり、不動産登記制度を中心として行われるべき土地利用権の公示と土地取引の安全保護の關係についてこれをどう調整するか問題が生じる結果となった。すなわち、わが国における賃借権強化の議論の歴史的変遷からみて、借地権についてわが民法は、六〇五条のみを規定したにとどまり賃借権一般について物権化の規定をおかなかった。そのめに物権化の問題は、特別法によって対抗關係を中心に展開されてきたわけであるが、建物保護法による建物の所有を目的とする賃借権の対抗の問題は、同法が建物登記簿への公示をもって地上権又は借地権を第三者に対抗しうるとしたことによって、登記をもって土地取引の安全確保に寄与とした公示の原則が、借地権の強化の要請との關係では公示の原則の後退となって現れてきたからである。

一方、今日われわれにとって不動産賃借権の問題については、これを居住をとまなう生存権的な問題として考えると、もはや「売買は賃貸借を破る」とする原則の枠を超えてた理解が必要になってきた。そして、不動産賃借権の強化の問題を居住問題と捉えて、居住の継続性が法的に保障されるものでなければならぬとする認識によって、たとえば正当事由制度のように民法の枠内での物権化議論を超える保護形態、すなわち賃借権の社会権化の面でも著しい特色を示してきた。このことは、不動産賃借権の問題が民法上の対抗問題を中心として、「売買は賃貸借を破る」という原則から出発した賃借権の物権化の議論に限界を示すものであり、このことは公示の原則に対してもいかなる公示方法をもっていかなる場でこれを機能させるかといった問題を提起させることとなり、後に述べるように建物保護法の存在とその解釈の問題がまさにそれであるといえる。すなわち、建物保護法による借地権の公示方法については、あくまで

も一般の物権の場合と同様に民法上の公示の原則にしたがって登記簿による公示方法をもって対抗関係を処理すると理解してきたが、民法制定以後の賃借権強化の歴史的経緯と賃借権強化の要請の下で、建物保護法における借地権の公示の問題は、民法上の公示の原則の枠を超えた理解が必要ではないかという問題である。

同時にまた、わが国の登記制度の面からも、借地権の公示の問題を指摘できよう。すなわち、わが国の登記制度の不備についてはいまさら指摘するまでもないが、登記制度の不備によって実体的権利関係を厳密に反映していない現状の下で、多くの判例が登記の実質的・形式的有効要件を緩和してきたなかで、借地権の公示についてなお厳格な登記中心主義（公募主義）を維持することが不動産取引の安全確保にとって必要なか検討が必要であるといえよう。⁷⁾ わが国の登記制度について、舟橋博士は「わが国の登記制度は、立法当時の事情から見てやむをえないことではあったろうけれども、特にその実体法の面について、幾多の不備欠陥を持っている。まず、わが民法上、不動産登記に関する規定といえ、わずかに第一七七条の一箇条だけであって、そのほか、不動産登記法に、二、三の実体法的規定が見られるにとどまる。：幸いに、この欠陥はその後の判例の努力によって、相当程度まで補われることはなつたけれども、なお判例によっても補われないのは、わが登記制度自体から生ずる不備である」と述べておられるように、⁸⁾ 不動産に関する権利関係を正確に公示して不動産取引の安全に寄与とする公示の原則の理想を貫徹できない登記制度の欠陥は、この問題をさらに複雑なものとしている。

したがって、わが国の登記制度の下においては、全ての不動産に関する権利と権利変動を登記をもって公示するとする厳格な公募主義を貫くことは事実上不可能であり、そのような状況の中で建物保護法が、建物所有権の公示をもって借地権の公示機能を認めたことは、厳密な意味で登記による公示の原則は破れ、土地利用権の公示の問題について新しい問題を提起することになった点で、同法の存在意義は決して小さいものでなかつたといえる。すなわち、不動産利用

権の第三者対抗の問題について、借地人が単独で出来る建物の保存登記を持って借地権を対抗し得るとしたことは、少なくとも法律上は民法の欠陥を是正し、土地所有権者の横暴を抑え借地権の強化につながったわけであるが、他方、登記法の建前からいえば、建物登記簿をもって土地に関する権利を対抗し得るとしたことは、借地権の対抗問題について新しい考え方を示唆するものと評価するか、厳格であるべき登記の公示の原則が崩れて登記の有効要件の緩和をもたらしたと見るかの問題でもあろう。

このように、今日では土地賃借権の法的性格が、後に述べるように、市民法と社会法の二重構造を有すると理解され、さらに建物保護法も同様に市民法的性格と社会法的性格の二重構造を有して理解されることを踏まえて、借地権について公示の原則を検討しなければならないところにきていると認識されるわけである。そして、建物保護法が、このように市民法と社会法の二重構造を有すると理解された場合、借地権の公示について登記中心主義の市民法的な公示の原則は、建物保護法の社会法的性格によってどの様に理解されなければならないのか、とくに賃借権および建物保護法の社会法的性格、すなわち賃借人の居住の継続、保障の理念によって、市民法における登記をもって公示するとする公示の原則は緩和されなければならないのか、土地取引保護という市民法理論と賃借権の居住の継続という社会法理論でどの様に調整されなければならないかという点から、具体的には建物保護法の解釈問題となる。

そこで本稿は、わが国の不動産登記制度を前提にした借地権の公示の問題について、近代的土地所有権における土地利用権の優位理念をもって借地権の公示を考えると、建物保護法による借地権の公示は、建物という外部からこれを推知しうる物理的状态が存在することから、全てを二重売買における同様に厳格な市民法的な登記の要件でこれを決する必要はないとの立場から、建物保護法の法的性格と建物保護法の公示に関する従来の最高裁判例を検討し、わが国の登記制度を中心とする借地権の公示の問題について、建物の存在それ自体に借地権の公示機能を認めるべきとする、

借地権における現地公示主義を検討するものである。

- (1) なお、本論稿が「借地借家法」施行前に脱稿していたこともあり、本論稿においては、現行法を言う場合に、タイトルおよび一部を除いて基本的に「建物保護法」という表現を用いた。借地借家法一〇条に関する最近の解説としては、生熊長幸「借地権の対抗力」ジュリー一〇〇六号六四頁以下参照。
- (2) 立法の変遷について、我妻 栄・債権各論（中の一）三八五頁以下参照。
- (3) 土地所有権と土地利用権との対抗関係において、土地所有権は利用権に劣後すべしという近代的土地所有権の特色については、渡辺洋三・土地・建物の法律制度（上）三頁以下参照。
- (4) 法典調査会民法議事速記録四（第八十五回）第百拾回）第七節賃借権（日本近代立法資料叢書）三一〇頁。
- (5) 法典調査会における梅謙次郎博士の発言（法典調査会・民法議事速記録四（第八十五回）第百拾回）第七節賃借権（日本近代立法資料叢書）三四九頁以下）参照。
- (6) ここでは賃借権の物権化の問題を直接取り上げるものではないが、たとえば、不動産賃借権は登記することによって第三者に対抗できるとするが（民六〇五条）、賃借権者に登記請求権が認められないとされるために六〇五条の規定が有名無実となっている。そこで、不動産賃借権の物権化ないし強化する規定として、①対抗問題について、建物保護法一条、借家法一条、農地法一八条がそれぞれの規定で対抗力を認めて賃借権の排他性を認め、②賃借権の存続期間や解約の申入れに関する民法六〇四条・六一七条の規定に対して、借地法二条・四条・六条、借家法一条の二・三条、農地法一九条・二〇条により、存続期間を長期に安定しまた更新拒絶・解約申入れを大幅に制限し、③賃借人の投下資本を回収するための借地法四条・一〇条、借家法五条の買取請求権を認め、④さらに、借地法九条の二は、一定の条件の下に借地人に借地権の譲渡を認めた。しかし、これらの立法は、近代的な土地利用権の本来的な物権の排他性から想定された帰結ではなく、債権的利用権の安定化に必要な限りでの債権者の権限の強化として捉えられる。稲本洋之助「借地制度の再検討」二一六頁参照。
- (7) わが国の不動産に関する公示制度が対抗要件主義をとり、登記が物権変動の要件ではないことからくる公示制度の不備に基づく登記の有効要件の緩和について、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。
- (8) 舟橋諄一「特集不動産登記制度の研究」法時二四卷三号三頁以下。

二、賃借権の物権化と借地借家法一〇条一項の法的性格

(1) 民法制定と賃借権物権化の限界

A. 土地所有権に対する土地利用権の劣位

わが国の不動産利用権は、不動産借権が民法における重要な位置をしめるといふ認識に基づいて、いくつかの特別法が制定されるなど、近代社会における不動産利用権の法的性格をめぐってさまざまな議論が展開され、その法的性格に対する理解と不動産利用権の強化が強く要請されてきた。わが国における不動産賃借権の法的性格をめぐるさまざまな議論の展開は、ドイツ法を継受した民法が不動産賃借権の法的基礎を六〇五条におきながら、その法的安定性を図るための規定をほとんどおいていなかったことから、とくに土地に関して土地所有権と借地権との法的関係のあり方において展開されてきた。⁽¹⁾そして、その議論の展開は、近代的土地所有権の制限という形で現れ、具体的に土地所有権と土地利用権の對抗の問題として賃借権の物権化と、市民法的利益衡量や価値判断に代わるべき賃借権の社会権的性格の問題としてなされてきたわけである。⁽²⁾

わが国における賃借権についてその物権化が説かれるのは、民法上の賃借権が土地の利用を目的とする場合に、その安定性を図るための規定をほとんど置いていないことに起因する。すなわち、議論の起こりは、ローマ法を継受したドイツ普通法（ドイツ民法第一草案）をはじめとする近代大陸法諸国が、ローマ法上の訴権を実体法的に再構成した近代法上の物権・債権の峻別理論によって賃借権を債権的に構成し、さらに賃貸借契約を双務契約とし、賃借権が賃貸人に対する人的な関係にとどまる対人権とされた結果、賃借人の利用権は賃借物上の所有権を制限することなく「売買は賃借を破る」の原則を認めたのにならって、わが民法も、この理論を貫徹したからである。⁽³⁾このことは、わが国にお

る不動産賃貸借に関する法は、明治維新以前に行われていた徳川時代における幕藩体制下の法や慣習法を考慮することなく、これとは関係なしに維新後の統一集中政権のもとで統一されたことに始まる。すなわち、ボアソナードが起草した旧民法が、賃借権についてこれを物権の一種として財産編第一部に規定してこれに物権性を認め、その譲渡の自由を保障した画期的なものであったが、その後のいわゆる「民法典論争」によって旧民法が施行延期された後廃棄され、現行民法は、借地関係を物権たる地上権と債権たる賃借権との二本建てとした結果、この取扱がその後の法適用に多くの問題を惹起したことは周知の通りである。⁽⁵⁾ すなわち、法典調査会において梅謙次郎博士は、賃借権は物権か債権かという問題について、賃借権を債権と構成することは、ローマ法以来の慣例であり、しかも「日本ノ慣習モ民事慣例集ヲ初メトシテ全国カラ募集シマシタ回答書杯ニ付テ調べテ見テモ其点ハ明瞭デアアル賃借人ハ貸貸人ニ対シテ其所有物ヲ使用セシムル義務ヲ負フト云フコトデアアル、：ドチラガ主デアルトカ言ヘバ賃貸人ガ使用セシムルト云フノガ主デアアル」と説明し、我が国の慣例にもそうとしてわざわざこれを物権としなくとも通常の契約のごとくこれを債権としにおいてよいと述べている。⁽⁶⁾

岡松参太郎博士によれば、わが民法が賃借権を債権とした理由としては、「(1) 賃借権ヲ以テ債権トスルハ羅以来ノ慣例ニシテ各国法制ノ多数ノ学説ニ於テモ：均シク認ムル所ナリ(2) 一方ニ於テハ使用貸借ニ因リテ貸主ノ為メニ債権ヲ発生スルモノト為シナカラ他方ニ於テハ賃貸借ニ：物権ヲ設定スルモノト為シ報酬ノ有無ニ因リテ貸主ノ權利物権債権ノ差異ヲ生セシムルハ権衡ヲ得タルモノニアラサルノミナラス(3)：賃貸人ハ賃借物を修繕シ其他諸般ノ妨碍ヲ除去シ賃借人ヲシテ契約上ノ使用収益ヲ得セシムルノ義務アルコトヲ認ムル：(4) 賃借権ヲ物権ナリトスル最モ重要ナル理由ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得セシムルニアルモ登記シテ第三者ニ對抗スルコトヲ得セシムル必スシモ不可ナラス：(5) 殊ニ賃借権ヲ以テ債権トスルコトハ我国従来ノ慣習ナル」ことを根拠としている。⁽⁷⁾ ただ、賃借権が物

権か債権かの問題について梅博士は、この問題は不動産賃借権が第三者に対抗できるか否かの問題につきるので、債権においても登記によって第三者に対抗できるとすることは少しもおかしくないとして、「登記スレバ第三者ニ對抗スルコトガ出来ルト云フコトヲ極メテアル以上ハ第三者ニ對抗シヤウト思ヘバ宜イノデ夫レヲ登記シナケレバ第三者ニ對抗シナイ積リデ初メカラ権利ヲ得ナイモノト見テ差支ナカロウ」と説明している⁸⁾。したがって、立法当時において立法者達は、建物所有を目的として他人の土地の有償利用は、賃借借ではなしに地上権の形をとるであろうとの予測があったとされ、また、たとえ不動産利用権が賃借権とされても、多くの場合、賃借権が登記されて対抗力を具備するであろうとの予測があったと思われる⁹⁾。しかし、民法施行後、賃借権の登記については、物権変動が生じた場合と異なり、賃借権は債権であるから六〇五条の規定が存在しても解釈上賃借権には登記請求権が認められないとする結果、現実には賃借権の登記は賃貸人の拒否にあって登記がなされることはきわめて稀な現象となった。さらにまた、現行民法の借地権については、前述の物権と債権の峻別理論の外に、ドイツ民法が「地上物は土地に属す」という原則によって賃借権による建物所有について土地と建物の符合の問題が生じるのに対して、わが国では建物は独立の不動産として扱われたことから、ドイツ民法のように符合の問題は生じず、借地権に基づいて建物を所有することは可能と考えたわけである¹⁰⁾。その結果、建物所有を目的とした借地関係は、地上権と賃借権が並存し、どちらの権利関係を設定するかは当事者の意思に任されることとなったわけである。

このローマ法の「売買は賃貸借を破る」の原則は、現実には借地人の地位がすこぶる不安定な結果を惹起することとなり、ことに住居、農業、企業などの建物に対する投下資本の保護の必要から、その後の近代諸国はこの原則に対する修正を余儀なくされ、土地所有権の譲渡に対しても「売買は賃貸借を破らず」の原則を取り入れたが¹¹⁾、この原則は、あくまでも物権・債権の峻別理論を基礎として、その枠を外すことなく借地権の第三者への対抗力を認めたもので、近代

的所有権の自由の原則に対する破棄を意味するものではなかった。⁽¹²⁾ 我が民法においても、ドイツ民法を参考にして賃借権を債権と構成しておき、賃借権の對抗問題については、民法六〇五条が登記をもって對抗要件としたが、⁽¹³⁾ 借地権の登記については、前述のように賃借権に登記請求権がないとされることの他に、登記申請における共同申請主義（不登法二六条）をとることから、⁽¹⁴⁾ この規定は現実には賃借権保護の機能を十分には果たしえない結果となっている。その結果、わが民法は、私法面において強固な地主的土地所有権と借地権との間で對抗関係をめぐる多くの問題を生み出す結果となり、民法において、制定以後の借地権の法的性格をめぐってさまざまな議論が展開されることとなった。特にその法的性格が戦後の民法学の重要な課題のひとつになった理由は、民法が物権・債権の峻別理論を継受し、かつ不動産利用のための法的基礎として賃借権を予定しておきながら、六〇五条を除いてその保護と安定性を図る規定をほとんど置いていなかったことによる。したがって、このことは、民法制定後まもなくして建物保護法の制定を余儀なくされ、對抗関係を中心とした土地所有権と借地権との法的関係のあり方、あるいは戦後の居住権保護における借地権の法的性格をめぐってなどさまざまな議論の展開を生ぜしめたわけである。

民法におけるこの借地権に対する論議は、主として戦後の「近代的地土地所有権論」⁽¹⁵⁾ に基づいた近代市民社会における土地所有権の近代化は、所有権の絶対性が土地利用権あるいは借地権によって制限されざるをえないという法思想から出発して、その後の大陸法が示す「売買は賃貸借を破らず」と言う原則に見られるような借地権の物権化的構成が主張されて、さらに不動産賃借権を住宅問題と捉えた居住権の社会権的思想が主張されるなど、多様に展開され現在に至っている。⁽¹⁶⁾ すなわち、近代的土地所有権の制限について、渡辺洋三教授は、近代的土地所有権論の立場から、土地所有権と土地利用権の對抗関係について、資本主義社会においては、投下資本を法的に保障しなければならぬわけであるから、資本と労働を投下して人間が作り出した建物の所有は、資本を投下したものの所有に帰属するのが原則であり、投下資

本が行われず自然物たる土地を支配することは、それ自体が有用なものではなく、土地の上に資本投下された建物等が人間にとって有用であると考えたとされ、したがって、土地所有権は、自然物であり資本投下されることなく得られる法律上の保障であるから、資本主義的私有財産制度の体系の中で、土地所有権が独立の財産権として法的価値を認められる⁽¹⁷⁾と言うことは、それ自体封建的であり、資本主義的所有は、かかる土地所有の克服の上に成立すると主張される。このことは、近代的私的所有権制度の一環としての建物所有権に対比されるべきものは、土地においては、土地所有権ではなく土地用益権であるとして、土地所有権と借地権との対抗関係において土地所有権は借地権によって制限されるところに近代的土地所有権の特色があるとするわけであり、この主張は戦後の賃借権の法的性格を一定の方向に決定づけるものであった⁽¹⁸⁾と言えよう。

したがって、借地権の問題は、近代的土地所有権論とは切り離して考えることはできないわけであるが、それまで大陸法においても所有権の絶対性が近代市民法の原則であるという原則に基づいて、利用権との関係においても土地所有権が利用権に比べて強大な法制であるときは、土地利用権との関係ではいまだ近代的土地所有権が成立したとは言えない⁽¹⁹⁾と言うことになる。そして、借地権との関係から近代的土地所有権の原則を見れば「土地所有権は利用権の従女的地位にとどまるべき」との主張がなされることになるわけである。

この近代的土地所有権論の立場から見れば、現行民法は、借地権の物権的構成をとりえなかった点において土地制度の近代化を実現しえなかったといえる。それは、明治になって封建社会が崩壊して土地に対する封建的負担がなくなり、私的土地所有権が認められて土地が商品化されて流通、売買、金融担保の対象となったことは、むしろ地主的土地所有権の始まりであった。そして、民法が、土地所有権と利用権のあり方について、借地権を債権的利用権と位置づけたこと⁽²⁰⁾によって、結果として借地権に対する土地所有権の優位を強固に確定したわけである。したがって、民法が借地権と

の関係で土地制度の近代化を実現し得なかったことがこの問題の出発点であり、民法の制定によって、それまでの封建社会において慣行的に行われていたとされる地主・借地人間の温情的関係が市民法的権利義務関係に変わったこととどまり、しかも土地所有権の借地権に対する優勢な力関係によって、民法制定後まもなくして「地震売買」の弊害を生む結果となり、賃借権の物権化の議論が起る結果となったわけである。⁽²¹⁾

- (1) 水本浩・借地借家法の現代的課題(第二部「賃借権の物権化をめぐる若干の問題」)三三頁以下参照。
 - (2) 渡辺洋三・土地・建物の法律制度(上)三頁以下参照。
 - (3) 高木多喜男「不動産賃借権の対抗力」契約法体系Ⅲ所収六六頁以下参照。なお、近代法における物権と債権の峻別については、川島武宣・所有権法の理論四五頁以下参照。
 - (4) いわゆる民法典論争については、宮川澄・旧民法と明治民法七四頁以下参照。なお、民法典論争が引き起こされた当時の状況については、石井良助・法制史(体系日本史叢書四)二九〇頁以下参照。
 - (5) ボアソナードが賃借権を物権と構成したことは、その後において建物保護法が制定されざるを得なかったことから評価され得ようが、旧民法そのものの評価について、石井良助教授は、ボアソナードが自然法思想にもとづいてフランス民法など西欧の近代民法典を参酌し、これを日本に継受させようとしたことは進歩的といえるが、草案が内閣に上程された後、「元老院ではこれを相当に修正したが、既に取調委員会で相当保守的に修正されていたのであり、さらにそれを強化したのであり、したがって草案が反動化保守化されたために、「旧民法が明治民法に比べて進歩的だったと解すべきでない」と述べられる(石井良助・法制史(体系日本史叢書四)二九二頁以下)。
- なお、ボアソナード民法における借地の取扱いと現行民法において借地権が債権とされた過程について、鈴木祿弥・借地・借家法の研究Ⅰ八二頁以下参照。
- (6) 法典調査会民法議事速記録四(第八十五回―第百拾回)第七節賃借権(日本近代立法資料叢書)三一〇頁(引用は原文のまま)。
 - (7) 岡松参太郎・民法理由(下)次二〇〇頁以下。
 - (8) 前掲(6)・法典調査会・民法議事速記録四第七節賃借三四九頁以下参照。
 - (9) 鈴木祿弥・借地・借家法の研究Ⅰ八九頁参照。民法編纂と土地制度および土地関係法規については、北島正元編・土地制

- 度史Ⅱ（福島正夫）二八五頁以下参照。
- (10) わが国において土地と建物が別個の不動産とされようになった事情について、澤野順彦・借地借家法の経済的基礎一八三頁以下参照。
- (11) ドイツ民法は第二草案において各方面（ギールケなどのゲルマニステン）からの批判によって、第一草案を修正して不動産については「売買は賃貸借を破らず」としたことは周知のところであり（五七一条）、フランス民法（一八〇四年）もこれを改めて一七四三条でこの原則を規定した。
- (12) 川島・前掲注（3）五三頁参照。
- (13) 法典調査会において梅謙次郎委員は、横田國臣委員の賃借権に對抗力を認めることは物権と大した違いがないのではないのかという質問に答えて、賃借権に對抗力を認めたことについて「第三者ニ對抗ガ出来ルト云フ事柄デアリマスト人権ニシテモ往々ニシテアルコト；物権トセンデ人権トシテサウシテ第三者ニ對抗スルコトガ出来ヌトシタノハ敢テ不理窟デハナイ成程人権ト云フコトガアツテハ第三者ニ對抗出来ヌコトデアリマスガ立法者ノ萬能力デサウ云フコトハ差支ナイト思フ」と述べている（前掲・法典調査会・民法議事速記録四 三五二頁）。
- (14) 物権・債権の峻別理論によって、通説・判例は、賃借権による登記請求権を否定する。たとえば判例は、「賃借人ハ賃借人ノ登記ヲ為スコトノ特約存セサル場合ニ於テハ特別ノ規定ナキ限り賃借人ニ対シテ賃借ノ本登記請求権ハ勿論其仮登記ヲ為ス権利ヲモ有セサルモノト解セサルモノト解スルヲ相当トス」（大判大正一〇年七月二一日民録一七卷一三七八頁）。
- (15) 「近代的土地所有権論」は、土地に対する人間の支配についてどの様な内容・形態をもつ規範を近代的土地所有権と云うかということに関する議論である。原田純孝・近代土地賃貸借法の研究一頁以下、渡辺・前掲注（2）三頁以下、水本・前掲注（1）三三頁以下、一二七頁以下参照。
- (16) 水本教授は、「わが国の借地借家法体系は、物権化と社会（立）法化の重層的構造をとっていること」から、「かくて、借地権・借家権は、財産権化か社会法的居住権化か識別しがたい混沌たる様相を呈し、立法および解釈上の混乱を不必要にひきおこしている」と指摘されている（水本・前掲注（1）三九頁）。
- (17) 渡辺・前掲注（2）四頁以下。
- (18) 水本浩「近代イギリス法における借地権の性質」法律時報一九卷三号二四以下参照。甲斐道太郎・不動産法の現代的展開一六七以下参照。
- このことを法的に表現すれば、所有権は賃借権に制限されて現れなければならないことを意味する。渡辺教授によれば、「法律学の立場から、土地所有権制度の近代化過程を問題にするなら、それは、交換価値支配権としての自由な絶対的土

地所有権の法的確認をもって始まり、土地利用権の土地所有権にたいする優位の原則の法的確認をもって完了する一連の過程である、ということが出来る」ということになる（渡辺・前掲注（2）五頁）。

(19) 水本教授は、近代的土地所有権に対する近代的不動産法の理解は「近代的土地所有権の原則から見ると、効力に於いて土地所有権は利用権の従属的地位に止まるべきことになるからである。勿論、資本主義社会に於いては、私的所有権が私法の基礎範疇であることには間違いない。しかし、基礎範疇であることと、それが強大であるべきか否かは別個の問題である。」として、根本的転回を要求している（水本・前掲注（18）一四頁）。

(20) 民法が借地権について債権的構成をとったことについて、渡辺洋三教授は、民法が、土地利用権を債権的に構成したことによって、借地権に対する土地所有権の絶対的優位を保障し、地主的に半封建的土地制度の法的基礎を強固に確定したとするが（渡辺・前掲注（2）八五頁）、鈴木祿弥教授は、現実的には借地人の地位が不利になった民法典のかかる構成が、借地人の地位を薄弱で由とし、または、地主の地位を強力ならしむべきであるとする政策的意図から出たものとは考えるべきでないとされる（鈴木・前掲注（9）八九頁）。

(21) いわゆる「地震売買」という用語について、明治四一年三月三〇日の法律新聞に「地震賣買とは明治三十七八年頃より始めて行われし新熟語なり是より先き民法の實施と共に我利々々連が法律の欠陥に乗じて不正の利を謀らんと最初は三百屋等が些細の資本にて貸借若くは地上權の登記なき地所を買求め法律の正面より明渡の請求を為したる事なるが着々利益ありしより資本家も遅滞きながら之に倣ひ屢屢新聞に出て遂には地震賣買なる語を製造せり」とある（法律新聞第四八八号二九頁）。

B. 賃借権の物権化の限界と社会権化

このようなことから、我が国の土地利用関係は、近代的土地所有権の原則による土地所有権と土地賃借権の力関係によって、物権・債権の峻別理論の枠を超える努力が為され、物権化と社会権化の二重構造をとらざるをえない結果となり、立法及び解釈上の混乱を不必要に起こすという特質を有しているわけである。そして、これらの土地利用権に関する議論の展開は、大きく分けて物権化の面と社会権化の面とに著しい特色を示した⁽¹⁾。すなわち、わが国における物権化の特質は、賃借権の歴史的変遷の上からみて、わが民法が不動産賃借権について六〇五条のみを規定したにとどまり、賃借権一般について物権化の規定をおこなったために、この問題は建物保護法、借地法、借家法、農地調整法などの

特別法によらざるをえなかったことと、不動産賃借権の強化について物権的構成をとらざるをえなかったことによるわけである。

しかし、他方では不動産賃借権の強化に関して、物権化の議論とは別にたとえば「正当事由」制度のように民法の論理を超える保護形態、すなわち社会権化の面でも著しい特色を示している。不動産賃借権の法的性格をめぐるさまざまな議論の展開は、基本的には、大陸法の原則を継受したわが民法の所有権規定と賃借権規定が、わが国の固有の歴史的経緯を有していたことにあり、それが賃借権の物権化として構成されてきたものであったが、さらに不動産賃借権の多様な議論の背景の理由に、市民法的物権化の議論とは異なる経済的弱者である不動産賃借人の社会法的保護の要請があった。すなわち、昭和一六年の借地法・借家法の改正後の戦争末期から戦後の住宅事情の悪化にともなう正当事由の解釈の変遷がそれであり、⁽²⁾すでに述べたように賃借権の物権化が、賃借権を市民法理論の中で物権的利用権へと傾斜せしめたのに対して、正当事由制度の場合は、民法の保護理論を超える保護形態であり、もはやこれまでの物権化の理論とは異なる、賃借権の社会権化ともいうべき新しい概念規定として理解されてきたわけである。⁽³⁾

とくにわが国の借地権の強化は、経済的弱者である賃借人の社会的保護の側面からは市民法的物権化とは異なる社会法的強化が要請された。これはすなわち、民法が土地所有権と借地権との対抗関係に於て、六〇五条以外に物権化の規定をおかなかつたために、物権化は建物保護法などの特別法によって為されざるをえなかつたこと、さらに賃借権の強化はあらゆる土地・建物の利用についてなされる必要がある、このことは、たとえば昭和一六年の借家法の改正による一条の二の追加およびそれに随伴して行われた借地法四条の改正にみられるように、「正当事由」という社会立法的規範が借地法・借家法に導入され、それによって債権的賃借権が保護されるに至ったわけである。このことは制定当初の借地法が、資本家的企業が土地購入よりも継続的地代支払いを有利として借地する場合を想定して、相当の長さの借地

期間と期間満了にともなう建物買取請求権を保障し、資本家である借地人の財産的利益のみを保障した、いわゆる「資本家的借地人」の保護という意味を有したのに対して、昭和一六年の改正後の借地法は、借地上に建物がある限り、借地人の更新拒絶には正当の事由が必要となり、借地権はその存続期間の満了にかかわらず更新されることが原則となつたことを見ても分かる。⁴⁾そして、わが国の賃借権強化は、建物を建てるだけの資力は有するが土地を購入だけの余裕がない借地人が、借地上の建物に居住または営業している場合、借地の明渡による借地権の消滅は、たとえ建物買取請求権が認められていたとしても借地人の生活の基盤が失なわれてしまうため、これを防止することを目的とした、すなわち零細借地・借家人に限らず「小市民的借地人」の保護をはかることが内容とされて展開されてきたわけである。⁵⁾

この賃借権の物権化と社会権化の両者の論議は、いずれも現代社会における経済的弱者たる賃借人の社会的保護の側面を重視する賃借権強化の特殊な性格をもっていたわけであるが、とりわけ賃借権の社会権化の論議は、戦後の近代的土地所有問題や住宅問題によって土地賃借人の保護の要請が、それまでの賃借権の物権化という市民法の枠の中の保護ではなく、これを超えた居住の継続性の保障が家族単位の生活を続けて行くための権利であるという生存権的居住権理念にもとづいて居住権の社会立法の体系として展開されてきたわけである。⁶⁾このことは、賃借権の物権化が市民法の枠内において債権の物権的効力をもってこれを強化するのに対して、社会権化は物権化と識別されるべきであり、物権化とは別な論理に支えられたものであるから、今日の不動産賃借権を考えると、両者を区別した上で立法なり解釈をしなければならぬことになる。⁷⁾このように不動産賃借借に関する議論の展開は、債権的利用権の安定化に必要な限りでの権限の強化であり、その安定化の強化は必ずしも賃借権の物権化の帰結だけではなく、たとえば正当事由制度における社会的性格の体系など債権的土地利用権のさまざまな次元での強化であり安定化であった。このことは、賃借権の法的性格がいずれにせよ、賃借権をひとつの財産権として市民法上の保護・確立の方向でとらえきれない社会権的

性格を有することに基づくと言ふことができよう。

こうして見ると、わが民法が賃借権を債権と定め、あくまでも市民的賃借権の論理の枠の中で、すなわち民法の枠の中での論理の展開である限りにおいては、賃借権の物権化には限界があるわけである。そしてこの物権化の限界は、不動産賃借権の法的関係のあらゆる場面で問題となり、借地権の對抗問題においても、後に述べるように、社会権的性質を持って対抗力を有する借地権の公示方法においても、賃借権強化の歴史的経緯から見て、一般の物権の場合と同様に市民法的枠の中での登記中心主義に基づく公示の原則のみをもって、借地権の對抗関係を決しようとすることは、賃借権の保護・強化の要請に応えることはできないといふべきであろう。

- (1) 「賃借権の物権化」ということについては異論がないとしても、この言葉の実質的な内容については、社会法上の現象と
の見方とあくまでも市民法上の現象にすぎないとの見方と必ずしも一致した見解になっていない。これも民法と社会法
の割り切れない関係を反映した価値体系に基づく見解の相違からくるものであると言えよう。
- (2) 「正当の事由」解釈の変遷について、鈴木祿弥・居住権論一三八頁以下参照。
- (3) 水本浩・借地借家法の現代的課題一三〇頁。
- (4) 鈴木祿弥・注釈民法(15)(幾代通編)二九五頁以下参照。このような「資本家的借地人」の保護の姿勢は、後に述べる
建物保護法の制定にも言える。すなわちこの制定は「もっぱら借地上に投下された資本の利益を保護するという市民的
側面のみが全面に押し出された」立法であった(渡辺洋三・土地・建物の法律制度(上)一七八頁)。
- (5) 鈴木・前掲注(4)二九六頁参照。
- (6) 篠塚昭次・論争民法学3二一六頁以下参照。
- (7) 水本・前掲注(3)四三三頁参照。

(2) 建物保護法の制定とその社会法的性格

A. 建物保護法制定とその評価

わが国における借地権の強化は、これまで述べてきたように、日露戦争後の資本主義の発展にもなつて借地人が借地上に建物を建てて企業活動する、いわゆる借地資本家の存在により、社会関係において資本家の相対的優位に対す地主階級の相対的劣位という事情が存在し、⁽¹⁾借地資本家による建物という投下資本は保護されなければならないとの要請から、土地利用権による土地所有権の制限は、建物という投下資本の保護を意味した。しかし、民法典論争の結果、ボアソナード民法がついに実施にいたらず、土地利用権関係は、地上権と賃借権の二本建てとなり、物権関係としても債権関係としても存在することとなつたが、現行民法の起草者は、不動産賃借権の対抗力について、前述の通り、民法六〇五条の制定の経緯から見て賃借権の対抗力を考慮しなかつたわけではなかつた。⁽²⁾ただ、起草者には、有償を前提とした建物所有目的での他人の土地の利用関係は、賃借借ではなく地上権の形をとるであろうとの予測があつたとされ、⁽³⁾かりに賃借権であつても多くの場合は民法六〇五条により賃借権の登記がなされ、賃借人は対抗力を取得できると予測していたようであつた。しかし、⁽⁴⁾現実には賃貸借関係における地主の優位のために地上権ではなく賃借権がほとんどであつたことは前述の通りである。このことが、民法制定後まもなくして、不動産利用権に基づく投下資本の利益保護の立場から、建物保護法という特別法の制定を見ることになつたわけである。すなわち、このことに関する明治年間の特別法の重要なものとして、立木法と建物保護法があげられるが、立木については、民法が土地と立木を独立の不動産と扱わなかつたためであり、建物については、これを土地と別個の不動産とし建物所有のための土地利用権を賃借権としたことから、それぞれ特別法によって修正する必要があつたわけである。建物保護法の制定については、直接には地震売買から建物という投下資本を保護することが目的であつたが、民法が、借地権を債権関係と構成した結果、民法制定

以前に存在していた温情的借地慣習を否定したところに端を發したわけであるから、そのためにこれら特別法（立木法も含めて）が民法を補充する意味を有していたということが出来よう。⁵⁾

すなわち、建物保護法の制定の経過は、日清、日露戦争によりわが国の産業が發展拡大したことに伴ない、人口が都市部に集中しました日露戦争の増税により、都市部における地租率の上昇、地価および地代の引き上げをもたらした結果⁶⁾地主は、地代値上げに応じない借地人に対して、地上権または借地権の登記がなされていないのに乗じて土地を第三者に売却し、第三者が土地の明渡を求めるといふ手段に出た。このような地震売買に対して、明治四十一年の第二四帝國議會に、借地の明渡の場合には原則として移転料の支払いを要するとする「借地人ノ権利保護ノ請願」⁷⁾が提出され、議會はこれを採用することを議決したが、結局、法律化されるにいたらなかった。しかし、翌明治四十二年の第二五帝國議會では、単に請願を採用するにとどまらず、積極的に法律化しようとするにいたり、建物保護法の先驅をなす「工作物保護ニ関スル法律案」⁸⁾が提出された。この法律案について衆議院では、この法律が借地人を保護するというより建物を保護するためのものであること、かつ建物保護の目的を達するには十分でないとしてこれを拡大的に修正し、建物の保存登記を持って第三者に対抗できること（法案第一条）、さらに建物の所有を目的とする地上権の存続期間を二〇年とすることおよび土地の賃借権は期間が満了しても建物が存在する限り更新し得ること（同二条）、期間の定めのない賃貸借は建物の朽廃まで存続すること（ただし民法六〇四条の適用は妨げない）（同第三条）、民法五六六条一項および五七一条の規定は法案一条の場合に準用すること（同四條）など、四カ条からなる法案としたが、これに対して、地主階級の利益を主張する貴族院において現行建物保護法のように対抗力のみを二カ条に修正されて、結局「建物保護ニ関スル法律」⁹⁾が制定されたのであった。

この建物保護法の制定については、民法が賃借権の債権的構成によって、民法以前に存した地主と借地人の温情的な

借地慣習を否定したところに地震売買が行われるようになったわけであるから、同法のように借地上の建物の保存登記により、地主が変更しても借地人はその土地が利用できるという考え方は、当時の人にとって新しい考え方ではなく、慣習によって認められた当然の考え方であったことや短期賃貸借の規定により明渡請求の方法が残されていることから、同法の制定は、土地所有者側にもそれほど大きな心理的抵抗がなかったとされる¹⁰⁾。したがって、当時における建物保護法の制定の背景には、日露戦争以後における資本主義発展過程の中で、増税にともなう地代改定や大都市における地価高騰による投機的売買にもなつて激化した地主と借地人間の対抗関係が地震売買によって社会問題化され、これまで慣行的に行われてきた両者の温情的借地関係が破綻して行く中で、新地主も借地人を追い出すことが出来ないということを確認する必要があったこと、および借地資本家の借地権という財産的利益の保護の要請があったことに基づくわけで、この段階で立法者が社会法的性格の意図を含んでいたわけではなかったことは容易に推測できる。すなわち、同法の制定は、民法点論争に始まった賃借権の債権的構成という、いわば民法における借地権に対する土地所有権の優位性¹¹⁾に対して、借地権という財産的利益を保護するという目的の下にこれを制限し、もっぱら借地上に投下された資本の擁護、すなわち財産権としての建物の保護が目的であるという、市民法的側面が全面に押し出された立法であったわけである。このことは、借地資本の擁護を目的として制定され市民法的側面をもつ建物保護法の限界を示すものであると言えようが、しかし、見方を変えれば、民法制定直後のこの時期に制定された建物保護法の意義を見過すことはできない。すなわち、これまで述べてきたように、民法典論争の結果、物権、債権を峻別した民法の制定以後、民法は賃借権が土地の用益を目的とする場合に、その安定化を図るための規定をほとんど置いていないことから求められる賃借権の強化の要請により、その物権化が議論されてきたわけであり、とくにわが不動産登記法が登記申請における共同申請主義を採用しかつ賃借権に登記請求権を認めないこととあいまって、借地権の土地所有権に対する劣位に対して、建物保

護法が対抗力を付与し強化ならしめたわけである。さらにまた、民法制定以後今日までの土地利用権強化の歴史の流れの中での建物保護法は賃借権強化の先駆的役割を果たしたものであり、その意義は、決して小さいものではなかった。

しかし、不動産利用権の第三者対抗の問題について、借地人が単独で出来る建物の保存登記を持って借地権を対抗し得るとしたことは、少なくとも法律上は民法の欠陥を是正し、土地所有権者の横暴を抑え借地権の強化につながったわけであるが、このことは、他方では登記法の建前からいえば、建物登記簿を持って土地利用権を対抗し得るとした点について、これを借地権の対抗問題について新しい考え方の突破口と評価するか、厳格であるべき登記の公示の原則が崩れて、この原則に対する有効要件の緩和をもたらしたと見るか、後に述べるように借地権の法的性格との関係で問題が惹起することになる。

- (1) 渡辺洋三・土地・建物の法律制度(上) 一七八頁。
- (2) 法典調査会における梅博士の発言(法典調査会・民法議事速記録四、三一〇頁以下・三四九頁) 参照。
- (3) 鈴木祿弥・借地・借家法の研究 I 八九頁以下参照。
- (4) このことについて、渡辺洋三教授は、「立法者は、圧倒的に優位な立場にある地主の拒否にあつて賃借権の登記が実際に行きず、したがつて賃借権の対抗力がみとめられないという事態を、あまり考慮に入れていなかったであろう。民法・登記法の在り方が、そういう事態の法的支えになるといつての認識を欠いていたのである。すなわち、立法者は、主観的意図において地主の立場に立つて立法をしたわけではなく、客観的に地主の優位を保障するような法律を意図せずしてつくる結果となつたとみるべきであろう」と分析される(渡辺・前掲注(1) 一〇四頁)。
- (5) 借地借家法の成立(平成三年一〇月四日法律第九〇号)により、同法第一〇条が建物保護法の内容を受けてほぼ同様の規定をおいたことに伴い、建物保護法自体はその役割を終えて(借地借家法付則二条)、その趣旨は借地借家法に引き継がれたことは、前述の通りである。
- (6) 一八九六年から一九〇八年までの間に、人口の増加は、東京市は一三〇万人から二一九万人、大阪市は五〇万人から二二三万人に、それぞれ一・七倍、二・五倍に激増したといわれる(福島正夫・土地制度史Ⅱ(北島正元編) 三〇八頁)。

(7) 塩入太輔外三二名が、地震売買にもとづく借地人の権利の危機から、土地の所有者がその地上に存する他人の工作物又は竹木の収去を請求するときは、あらかじめ相当の移転料を提供することを必要とするという内容であった(渡辺・前掲注(1)一六七頁)。

(8) 高木益太郎外一名による提出で、「地上権又ハ土地賃借権ニ因リ工作物ヲ有スル者ハ登記ナシト雖モ其ノ事実ヲ知リタル第三者ニ対抗スルコトヲ得」というもので、借地権に対抗力を与え第三者の土地明渡請求権を否定するようとする画期的なものであった(渡辺・前掲注(1)一六七頁以下)。

(9) 建物保護法制定の経過について詳しくは、渡辺・前掲注(1)一六七頁以下参照。

(10) 建物保護法制定の歴史的背景について詳しくは、渡辺・前掲注(1)一七五頁以下参照。

(11) 鈴木祿弥教授は、「民法典起草者の不手ぎわのため地震売買のような現象が生ずるに至ったので、この不都合の矯正がなされたにすぎない、と見るのが、すなおではあるまいか」と評価される(鈴木・前掲注(3)一〇四頁)。

B. 建物保護法の社会的性格

借地権の問題は、土地所有権と切り離して考えることはできないのは当然であり、土地所有権が不動産法の中核を定めることは言うまでもないことである。近代民法においては、所有権の不可侵性を保障することが近代적であるとされてきたが、権利の社会化というメルクマールによってその不可侵性が崩れ、わが国の実体法上も、その不可侵性は、権利濫用法理の出現によって制約されるとともに、各種の法規によって多くの制限を受けてきた。とくに、不動産利用権との関係においては、資本主義的私有財産制度の体系の中で、近代市民法的所有権の原則により、土地所有権が利用権に優位する財産権として法的価値を認められるということは、それ自体封建的であり資本主義的所有はかかる土地所有の克服の上に成立するとして、土地においては、土地所有権と借地権との対抗関係において土地所有権は借地権によって制限されるころに近代土地所有権の特色があると考えられるようになってきた。したがって、借地権の強化の要請にしたがったこの論議は、土地所有権と土地利用権の対抗問題として賃借権の物権化の問題、さらに市民法的利益

衡量や価値判断に代わるべき新しい体系である賃借権の社会権的性格の問題として展開されてきたことは、前述の通りである。

建物保護法の成立の目的は、直接には地震売買から建物という投下資本を保護することが目的であり、立法者は建物保護法の社会権的性格を考えたのではなく、むしろ建物という投下資本をいかに守るかという点にあったわけであるから、同法の制定は民法の欠陥を是正する目的を果たすものに過ぎず、土地の貸主と借主との契約関係にまで干渉するものではなかった。しかし、同法によって借地権に対抗力を付与したことは、地主側の横暴による地震売買をおさえ、賃借権の財産的利益を擁護するものであったとしても、その社会的影響の効果は大きく、その後の借地法、借家法をはじめとする特別法制定における賃借権の社会権的性格の形成にその前史的役割を果たしたといえる。⁽¹⁾しかし、不動産賃借権の強化は、前述のように、物権と債権の峻別を前提として民法の論理の枠の中で、その強化を賃借権の物権化に求める限り、その強化に限界があると言わざるを得ない。したがって、わが国における賃借権の強化は、債権の枠を超える強化、すなわち市民法的物権化の枠を超える強化の努力がなされ、主として賃借権の第三者対抗力の他に、譲渡・転貸、存続期間の安定性・長期化、解約の「正当事由」と言ったように、物権化と社会権化との二重構造を取ってきたわけである。このように、わが国の不動産賃借権については、物権化と並存して特別法による社会立法が行われ、零細借地・借家であるか大規模借地・借家であるか、居住用借地・借家であるか営業用であるかを問わず、一様に物権化と社会法化によって二重の保護をうけ、不動産賃借権が財産権か社会権か識別し難い様相を呈してきた結果となっている。⁽²⁾

このような不動産賃借権の強化における歴史的変遷の経緯を考えると、わが国における経済的弱者保護を目的とした借地権の安定化と強化の要請による社会権化への展開は、今日では、建物保護法の解釈においても同様に展開されなければならないのは当然である。そうでなければこれまでの民法の枠を超えてなされてきた論理の展開は、その目的

を十分に達成出来ないことになるからである。そこで、今日われわれにとって居住をとまなう賃借権の問題を考えると、借地権の強化のための論理の展開は、単に「売買は賃貸借を破らず」というような、私法上の権利が単に対抗関係において物権化されたというような私法の枠を、はるかに超えてしまったところで認識され理解されている。今日われわれが、賃借権に基づいて借地上に建物を建てて家族とともに居住するということは、同時に居住の継続性が法的に保障されるものでなければならぬはずであるからである。このことは市民法的枠内での対抗理論にしたがって登記という対抗要件を有さないことで、一方的に建物収去土地明渡の請求を受けることは、居住の継続性を失うことであり、それは今日の居住の継続を保障されることが、借地権における本質的な権利であると考えられてきた生存権的居住権の立場からは、^③とうてい認め難いことであろう。

したがって、この借地権の社会権的性格の展開にともなって、建物保護法においても同様に、借地人の居住の継続性をどう保障するかということが同法の解釈問題となってくる。この建物保護法の解釈について、戦後多くの判例の展開がみられるが、その一つに、建物登記を欠いているために建物保護法による対抗力を有しない借地人と当該借地の所有権を取得した新土地所有者との対抗関係において両者の利害の調整をどう図るかという問題がある。これについてわが民法の原則は、登記を対抗要件とする不動産上の権利の得喪変更は、第三者の善意・悪意を問わず、登記のないかぎりこれを対抗できないとするものであるから、この原則は借地権においても六〇五条および建物保護法の規定によっても同様である。しかし、この借地権の対抗要件を有さない借地人に対する新土地所有者からの建物収去土地明渡請求の問題は、戦後の学説・判例において、民法の建前である対抗要件主義にしたがって単に対抗問題と考えて処理するか、賃借権の社会権化の立場から賃借権の社会権的性格を考慮して、他の法理論をもって所有権に基づく明渡請求権を制限して、居住の継続をどの範囲で保護するかの問題として展開された。

この問題について戦前の判例は、たとえば大判明治四三年一月二日民録一六卷二七号八七三頁は、借地人を立退かせることを目的とした地震売買が、賃借権を害するとして対抗要件を具備しない借地権に基づく詐害行為取消請求について「不動産ノ賃借人カ其賃借権ノ登記ヲ為サルカ為メニ同一ノ不動産ヲ買受ケ登記ヲ為シタル者ニ對抗スルコトヲ得サルカ如キ場合ニハ其賣買ニ因リ賃借権ヲ害セラルルニ至ルモ同条ヲ適用スヘキ限りニ在ラス何トナレハ不動産ヲ買受ケ登記ヲ為シタル者ハ賣買ノ當時其不動産ニ付キ第三者ノ賃借権存スルコトヲ知ルト否トヲ問ハス所有権ヲ取得シ之ヲ以テ其第三者ニ對抗スルヲ得ルコトハ民法第七十七条ニ依リ明ナリ」として、借地権においても不動産物権の対抗関係における一般理論にしたがうことになるから、借地権の対抗要件を具備していない以上、たとえ悪意の譲受人に対しても対抗できないのは民法の原則からすれば当然であるとした。⁴⁾この原則は、長年踏襲されてきたところであり、第三者の善意悪意を問わないとする思想が作用している結果、ほとんど批判がなく疑いをいれる余地はないものとされてきた。しかし、この考え方に対して、戦後、下級審判決において、地震売買による新土地所有者から対抗力なき借地人への明渡請求に対して、一定の場合に権利濫用理論をもって譲受人の土地所有権を制限し、借地人の居住の継続性を保障しようとする考え方が示された。もちろん登記の一般原則にしたがえば、第三者の善意・悪意を問題とすることなく、建物保護法による対抗要件を自ら取得しなかった借地人の怠慢が非難される余地はあり、対抗関係における一般論としては、戦後の最高裁においても基本的には前述の大審院時代の判例を踏襲し、権利濫用の主張を否定した判決がなされている。⁵⁾ところが、戦後の住宅難と居住権尊重の思想が主張されるに伴って、戦後の多くの下級審判例によって、敷地の所有権を譲り受けた新土地所有者との関係において、建物保護法による対抗力を具備しない借地権においても、それまでの対抗要件の厳格性を形式的に要求する考え方に反省が加えられてきた。すなわち、登記の有無による対抗関係を形式的に貫き登記を具備しないというだけで建物収去土地明渡を認めることは、借地人に対して居住という生活の場

を失わしめることになる場合が生じることから、地震売買を目的としたような背信性ある悪意の第三者を保護するに値しないとする学説が主張され、下級審判例の多くもこれに同調するに至り、新土地所有者からの明渡請求を権利濫用に該当すると判示するに至ったわけである。そこにおける判例の権利濫用論適用の判断基準としては、たとえば新土地所有者が借地権の存在することを知悉していたこと、借地権に対抗力のないことを奇貨としていること、新土地所有者は事実上借地人と同一の地位とみられること、新土地所有者と借地人の土地の必要度、借地人の蒙る打撃の程度、その他個々の具体的に非難されるべき事情など、多岐にわたるがこれらの事情を総合的に判断して、新土地所有者からの明渡請求を権利濫用、もしくは新土地所有者を登記の欠缺を主張する第三者に該当しないとしたわけである。⁶⁾その後、最高裁もこの問題について下級審判決を支持して、最判昭和三八年五月二四日民集一七卷五号六三九頁、最判昭和四三年九月三日民集二二卷九号一八一七頁、最判昭和四四年一月二一日判時五八三号五六頁が、新土地所有者の明渡請求を権利濫用としている。

こうしたこの問題に対する戦後の多くの判決の出現の意味するものは何かというと、これらの判決の根底にあるものは、土地利用権との関係において土地所有権の自由は制限されるべきとする、近代的土地所有権制度の土地利用権との関係における現実化の一層の進展であり、⁷⁾この土地所有権に対する土地利用権の優位という理念が、これまで民法の建前である登記という対抗要件によって不動産取引の自由競争が保障されてきた土地所有権について、両者の利益の比較衡量（新土地所有者の「悪意」性も考慮される）という価値判断において民法一条の一般条項をもって制限されることを余儀なくされてきたわけであり、ここに戦後の判例における借地権に対する態度の現れ的一端を見ることが出来るわけである。⁸⁾

このことは、わが国の借地権の安定化と強化の要請にしたがって、市民法における財産権の保護と社会法における居

住権の保護との二重構造をとってきた経過にしたがえば、建物保護法の制定それ自体は、對抗要件主義をもって、市民的取引秩序の維持を目的としたわけであるが、今日の建物保護法の性格も市民法の枠を超えて社会法的性格を有するとの価値判断による戦後の判例による居住の継続の保障も、建物保護法における賃借権の社会権化の過程において、その法的構成がたとえ権利濫用理論によったとしても、對抗関係の否定という形で現れてきたのは正当と言えよう。⁽⁹⁾そして、建物保護法の制定がこれまで述べたように投下資本の保護・強化のための対抗力付与という対抗要件の補充的内容から出発した経緯から、建物保護法が市民法的性格を有することは当然であるが、他方では、零細借地人の保護のための生存権的救済機能を付与されてきたことは否定できないといわなければならない。このような意味において建物保護法が社会法的性格を有することを認めざるを得ないことは事実であり、⁽¹⁰⁾前述の地震売買における権利濫用理論の適用の問題も、戦後における建物保護法の社会法的性格承認の一過程の中で現れた判例理論であったと言えよう。したがって、土地賃借権の法的性格が、民法と社会法の二重構造を取って理解されてきたことは、建物保護法も同様に市民法的性格と社会法的性格の二重構造を有していると言えらるわけである。

そして、建物保護法が、このように二重構造を有すると理解した場合、市民法的登記制度による公示の原則は賃借権の社会権的性格によってどの様に修正されなければならないのか、とくに民法における對抗要件、すなわち賃借権の對抗関係における公示方法が借地権および建物保護法の社会法的性格、すなわち賃借人の居住の継続、保障の理念によって公示の原則が緩和されなければならないのか、賃借権の登記における民法理論と社会法理論とがどの様に調節されるかが次の問題となるわけである。

(1) 鈴木祿弥・借地・借家法の研究 I 一〇六頁。

- (2) 水本浩・借地借家法の現代的課題二九頁。
- (3) 篠塚昭次・借地借家法の基本問題二〇七頁。
- (4) 同旨、大判昭和一〇年一月一〇日民録二七卷一八号一九一三頁、大判昭和一三年二月二日新聞四三六六号一七頁、大判昭和十五年一月一日新聞四六三七号七頁等。
- (5) たとえば、最判昭和四〇年四月二日判時四一一号六五頁。
- (6) 判例が権利濫用を認めた具体的事情は千差万別であり、具体的な基準を導き出すことは困難であるが、戦後の判例の分類と傾向については、拙稿「対抗力なき借地権と第三者の制限」大東文化大学紀要二八号八頁以下参照。
- (7) 広中俊雄・借地借家判例の研究(1)一六五頁。
- (8) 広中俊雄教授は、この問題に関する裁判例は、現在のところ「頻出」しているにとどまって、「一般化」してない原因として「土地所有権との関係における土地利用権の優位という近代的な土地所有権のあり方がまだ裁判官一般の法意識に滲透・定着しきっていないということ」をあげなければならないのはもちろんである」と述べられている(広中・前掲注(7)一七七頁)。
- (9) 判例の権利濫用理論による対抗関係の否定に対して、広中俊雄教授は、土地所有権に対する借地権の優位という考え方から、建物登記がなくても対抗力を認めるべきだと主張される(広中・前掲注(7)一七九頁)。
- (10) 水本浩「建物保護法による借地権の対抗力」ジュリ五〇〇号一四五頁参照。

三、借地借家法一〇条における借地権の公示方法

(1) 登記中心主義の反省と借地権の公示

建物保護法の制定は、既に述べたように民法制定後の地震売買による建物による投下資本の保護の要請に基づくわけであったが、公示の原則という立場から見た場合に同法の制定は如何なる意味をもつのか。公示の原則は、物権変動を一定の方法によってそれを公示し、物権変動の成立すなわち物権の現状を当事者以外の利害関係を有する第三者に認めさせるものである。したがって、本来、権利の公示は、すべての不動産に関する権利とすべての物権変動の過程が正確に公示されるよう厳格な形式をもって運用される必要がある。しかし、以下に述べるように、わが国の登記制度におい

ては、もともと公示の原則において登記制度をもって手続上厳格な形式主義を貫くことは不可能であったわけであり、⁽¹⁾そこに建物保護法が、地上権あるいは借地権の公示について、建物所有権の公示に借地権の公示機能を認めて、建物の現実利用をもってこれに公示機能を付与したことは、土地登記簿から借地権の存在を推知することは出来ず、厳格な意味での登記による公示の原則は緩和され、土地利用権の公示の問題について新しい考え方の突破口となったといえる。このことは以後の公示に関する法の歴史の流れにおいてとらえた場合、同法の意義は決して小さいものではなかった。⁽²⁾そこでわが国の登記による公示制度については、わが民法がドイツ民法のような登記の効力要件主義を採用せず、フランス民法に由来する物権変動の意思主義と登記の對抗要件主義を採用したため、物権変動に関して当事者の関係と第三者の関係とが一元的に把握されず、すべての不動産に関する権利と物権変動を正確に公示するという公示の理想は著しく後退した。したがって、わが国の公示の問題は、第三者對抗問題をいかに説明するかというより、権利の公示をもって第三者對抗をいかなる場で機能させるかという点にあり、これがさらに賃借権の對抗問題としては、いかなる公示方法をもって對抗を機能させるかという問題になってくると考えられる。

わが国の登記による第三者の對抗問題について、大連判明治四一年一月五日民録一四輯一三〇一頁は、物権変動の原因につきそれまでの制限説を改めて無制限説を採用して、不動産物権の変動は「其原因ノ如何ヲ問ハズ総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對抗スルヲ得ザル」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對抗要件とすることを宣言した。そして、登記がなければ権利の主張が許されないとする、いわゆる公示の原則に忠実であろうとした結果、たまたま登記を欠くために、権利者の利益が害されることがあってもやむを得ないとされた。登記法においても、登記が原則として当事者の申請行為に基づいて行われ物権変動の実体的権利関係を正確に表示することを要求し、かつ登記官には登記を受理するさいにこれを審査する形式的審査権限を与えて登記の

正確さを来するよう求めている。登記が不動産物権変動における公示制度として、不動産取引の安全を確保するために権利関係を正確に公示するものでなければならないのは当然であり、そのためにわが不動産登記法四九条は、手続的有効要件を規定し厳格な形式主義を採用して、登記手続きに際して実体的権利関係と登記の符合について正確を帰そうとした。したがって、不動産登記法四九条は、登記申請が同法の各号に該当するときは、登記官は必ずその申請を却下しなければならぬと規定したわけである。

このような登記制度は、不動産物権変動における第三者との関係において利益調節の機能を果たしているわけであるが、わが国では、当初から権利の公示に関して、公示制度の不備により公示の原則の後退を余儀なくされてきた。⁽⁴⁾とくに、実体的権利関係と登記の符合の問題については、登記が不動産取引の安全を確保する制度であるから、実体的権利関係が正確に登記簿に公示されなければならないはずであるが、この点について必ずしもその正確さを保障しえないものとなっている。すなわち、第一に登記官の審査権は、不実の登記の出現を阻止する機能をもつが、登記官が実質的審査権を有さないことから、実体的権利関係に符合しない登記申請であっても四九条の形式的有効要件をみたす限り受理され、⁽⁵⁾その結果、実体的権利関係との不一致が生じる不実の登記、無効の登記がなされ、公示制度の信頼性を失わせることになっていること、第二に、わが国においては、對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、少なくとも当事者の関係において物権変動は必ずしも登記簿に反映されない制度であることから、物権変動の過程を登記簿に正確に反映させるといふ公示の目的が達成されない場合があり、この点についても公示制度の信頼性を失わせる結果となっている。⁽⁶⁾そのため登記の機能として、不動産の物理的状況が登記簿の記載と符合することすべての物権および物権変動の過程の実体が登記簿に正確に反映されて符合することという公示の理想は、必ずしもその目的が達せられているとは言い難い状況にある。⁽⁷⁾

その結果、大正時代に入って以後のわが国の学説・判例は、公示の原則を維持し不動産取引の安全を確保するために、形式的有効要件と実質的有效要件において必要な限り緩和の途を歩んできた。⁽⁸⁾たとえば、実質的有效要件において、登記が有効であるためには物権変動の過程や態様が正確に表示されることが公示制度の理想であるが、この理想から一步後退して、登記は最小限度の権利状態を公示すればたりるとして、実質的有效要件を欠くすべての登記を無効とするところに基づいてなされたすべての登記が無効となり、かえって不動産取引の安全確保という公示制度の目的に反するとの理由から、物権変動の過程と態様を反映しない登記であっても最終的にそれが現実の権利関係を公示するものであれば公示方法として一応有効としようということである。この立場は中間省略登記の効力において典型的に示されている。⁽⁹⁾また判例は、形式的有効要件においても実質的要件の緩和と時を同じくして緩和の方向を打ち出している。たとえば、意思無能力者による登記申請について、大決大正五年二月二六日民録二二輯二五二二頁は、「不動産登記法四九条一号及ヒ二号ノ場合ヲ除クノ外ハ意思無能力者カ登記ヲ申請シタル場合ト雖モ登記官吏カ一旦登記手續ヲ完了シタル後ハ抹消登記ノ登記権利者ハ其登記義務者ト共同スルカ又ハ意思表示ニ代ルヘキ裁判ヲ提出シスルニアラサレハ登記ノ抹消ヲ申請スルコトヲ得サル」として、不登法四九条三号以下の受理要件を欠く登記でも、全ての登記が無効になるわけではないことを示した。また同様に、無権代理人による登記についても、大判明治三六年一月二六日民録九輯一三〇七頁は、登記申請の際の代理権の存在は、登記申請の時に存在すれば足り、その後消滅しても登記の効力に影響はないとしており、また登記義務者から代理権が与えられていない場合あるいは申請までに代理権が消滅した場合についても、大判昭和一八年一月二九日民録二二卷一頁は、⁽¹⁰⁾実体的権利関係に符合する場合にこれを有効としている。さらに偽装文書による登記についても、同様の立場をとり、無断で他人名義に登記した登記を抹消するため入手していた所有者の交付した書面を流用して第三者に中間省略で移転登記した事案について、最判昭和二九年六月二五日民集八卷六号一三

二二頁は、登記義務者の登記意思の確認を主眼にこれを有効としており、さらにその後の判例である最判昭和四一年一月一八日民集二〇巻九号一八二七頁は、本人の実印を用いて本人を連帯保証人とするとともに偽造の登記申請委任状によって根抵当権設定登記した場合について、登記が実体関係に符合している限り登記義務者の登記意思の存否にかかわりなくその登記を有効とした。⁽¹²⁾このように、登記の実質的要件あるいは形式的手続要件に瑕疵があっても、それが結果として実体的権利関係と一致しているかぎり公示方法の目的が達成されているとして、不登法四九条一、二号の場合を除いて瑕疵のない登記と変わるところはないから当然に無効となるものではないとした。

このことは、わが国の登記制度において登記が不動産物権変動の對抗要件にすぎず、登記に公信力がなく、登記官に実質的審査権がない以上、厳格な形式的公示主義を貫くことはできないことから、登記が実体上の権利関係に符合することをもって不動産物権変動の公示を手続上保障することと解しているわけである。本来、登記は、不動産に関する権利の存在についての証明機能を有するわけであり、登記が権利の公示手段である以上、権利の存在ないし推知する手段としての機能を有し、権利の存在あるいは権利の不存在が確定であることを利害関係を有する第三者に認めさせる手段としての役割をはたすわけであるが、わが国の公示の制度においては、厳格な公簿による形式主義を貫くことが不可能である。このような登記制度の実情が存在するわが国の公示制度において、借地権の公示を考えると、社会的性格を有すると解される建物保護法による借地権の公示について、いかなる公示方法をもってまた対抗をいかなる場においてこれを機能させるかの検討が必要となる。

(1) わが国の不動産登記制度が実体的権利関係を厳密に反映していない現状において、登記の手続的有効要件を緩和せざるをえない実情が存在することについては、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。
- (2) 鈴木祿弥・借地借家法の研究I一〇四頁。
 - (3) 大判明治三八年二月一日民録一輯一七三六頁、大判明治三九年一月三一日民録二輯九二頁、大判明治三九年六月二九日民録二輯一〇五八頁、大判明治三九年七月六日新聞三六七号一七頁など。
 - (4) この点に付いて、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所収五一頁以下参照。
 - (5) 登記官は登記申請に対し単に形式上の審査権を有するにとどまり、申請内容が実体法上の権利関係と一致するかどうかの審査権を有さない(大判昭和十五年四月五日新聞四五三号一二頁、同旨大決大正二年六月二一日民録一九卷四六六頁)。たとえば、実際に無権代理人による登記申請や物権変動の過程を正確に表示していない登記申請であっても、一応形式がととのった委任状や登記原因証書が提出された場合(不登法三五条、四九条)、登記官は受理要件を満たしているとしてこれを受理し登記しないわけにはゆかない。
 - (7) わが国の登記制度の問題点については、拙稿「わが国の不動産利用権の公示と現地公示機能」(大東法学一八号)三四頁以下参照。
 - (8) 形式的受理要件の緩和の判例法理の分析については、林良平・川村俊雄「登記手続に瑕疵のある登記の効力(一)」民商法五五卷五号七二頁以下、同「同(二)」民商法五五卷六号八八三頁以下、鈴木祿弥「不動産登記の手続的有効要件」民事研修六五号二三頁以下、参照。
 - (9) 大判大正五年九月二日民録二輯一七〇二頁は、「斯ル登記ト雖モ不動産ニ関スル現在ノ真実ナル権利状態ヲ公示シ登記ノ立法上ノ目的ヲ達スルニ足ルヲ以テ法律ノ許ス所ナルコト明瞭ナレバナリ」として中間省略登記が有効であることは初めて認めた。
 - (10) 本判決は、実印を保管して財産管理をしていた代理人が本人死亡の翌日付けで登記申請したが、最判昭和三十一年七月二七日民集一〇卷八号一一二二頁(本人の生前に本人から所有権を譲り受けていて本人の意思に基づく)など、学説も登記義務者の登記意思が存在する場合(主観説)または登記義務者において登記を拒む正当の事由が存在しない場合(客観説)に其登記を有効とする。
 - (11) 本判決は、Aは無断で行ったB名義の登記の抹消のために入手していた書面を流用してBからCへ中間省略で移転登記した事案について、「かかる登記をもって偽造の申請による登記と同視しこれを無効とすることはできない」としたが、その後の最判昭和三四年七月一四日民集一三卷七号一〇〇五頁(印鑑証明書の日付けを変造して登記申請した事案)は、印鑑証明書が本人のものであること登記申請が本人の意思に基づくことよって登記を有効とした。

(12) 本判決は、実体上の権利関係と一致している場合には、登記義務者に於て其登記を拒む正当の事由が存せずかつ登記権利者において其登記申請が適法であると信ずるにつき正当の事由があるときは、登記義務者の登記意思を問題とすることなくその登記の無効を請求できないとした。偽造文書における判例法理の検討については、奈良次郎「偽造文書による登記」(香川保一編・不動産登記の諸問題下巻所収)二二頁以下参照。

(2) 建物保護法に関する最高裁判決の傾向

建物保護法は、民法の公示の原則を修正し不動産の現実の利用をもって対抗要件とする考え方の発展の起点をなしたということが出来るわけであるが、さらに借地権の優位と建物保護法の社会的性格から建物保護法について借地権の公示の問題をいかに考えるべきかについて、ここで建物保護法における「建物ノ登記」をめぐる借地権の対抗力に関する問題について、最高裁判決を中心に一応の検討をしたいと思う。

この問題は、現実の対抗関係の処理に関して、建物保護法に内在する市民法的性格と社会的性格の対立があり、公示の原則をめぐって未だ調整がなされていない。すなわち、建物保護法は、制定当時の地震売買から建物という投下資本の保護を目的として建物の所有を目的とする「土地ノ上ニ登記シタル建物ヲ有スル」ことが必要であったが、その後の土地所有権に対する借地権の優位の歴史的経緯の中で、前述のように建物保護法が建物の登記を対抗要件とした趣旨をどう解するか、判例、学説において議論されてきた。建物保護法が登記を必要とする理由について、建物の登記の要件をどう解釈するか、たとえば建物の登記は借地人自身の名義の登記として建物所有権を第三者に対抗できる程度に適法なものでなければならぬと厳格に解するか、あるいは建物の登記は建物所有権の対抗関係とは別に新土地所有者に借地権の存在を警告するという見地から同居の家族など何人かの借地権の存在が公示されればよいと解するか、借地権の保護という社会的性格と不動産取引の安全保護という市民法的性格との両者の利益保護の判断によっては借地

権の対抗力の結論が異なってくるわけである。⁽¹⁾

建物保護法にいう「登記シタル建物」という場合の借地権の公示について、建物保護法が市民法的性格と社会法的性格を有する中で、最高裁の態度は必ずしも一貫性がなくきわめて流動的であり、この問題に対するいくつかの重要な判決が反対意見をともなつてなされていることを見ても、最高裁内部で論争がなされていることが分かる。以下それらの判決を検討する。

①まず、借地上の建物の登記が所在地番において事実と相違する場合の借地権の対抗力に関して、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、借地人の有する建物登記の敷地の地番表示が実際の「七拾九番地」ではなく隣地の「八拾番地」となっていた事案について、「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出来るような場合」には、建物保護法にいう登記したる場合にあたり、当該借地権は対抗力を有するとした。本判決は、三人の裁判官の反対意見があるものの、⁽²⁾その根拠とするところは、「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存在を知り、ひいて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、借地権者と敷地の第三取得者との利益の調整において、必ずしも後者の利益を不当に害するものとはいえない」⁽³⁾とした。この判決は、土地の取引にあたっては、必ず現地を検分するという取引の実情を踏まえてなされたといえよう。すなわち、わが国の登記簿は必ずしも正確でない場合があり、登記簿のみをもってある土地の上の建物について登記があるかないかを調べることはすこぶる困難であり、わが国の取引界はそれに順応してきたのであり、その実情に即して要請される⁽⁴⁾程度の周到さをもってすればそれほど困難なしに事実を発見できる、としたわけである。すなわち、今日のように社会

権的性格が認められる借地権においては、二重売買のような登記における一般の対抗理論によって決することとは異なった判断をすべきであり、当該土地に現実に建物が存在することは建物の所有を目的とする借地権者のあることを推測せしめる顕著な公示方法であるから、⁽⁵⁾第三者に借地権の存在を警告するという見地からはこれで十分と考えられ、かつ建物保護法の意義からみれば、建物所在の番地の表示が特別の意義を有するものと解すべきではないということである。⁽⁷⁾

②しかし、他方で最高裁は、借地人が借地上に建物を所有し、この建物が登記はされているが、その登記が妻子などの同居の家族名義に登記されている場合、建物保護法にいう「登記シタル建物ヲ有スル」として借地権の対抗力が認められるかという問題について、厳格な形式主義の立場から否定説をとり、その後の最高裁判決もこれにしたがった。すなわち、最大判昭和四一年四月二七日民集二〇巻四号八七〇頁は、借地人が当該土地上に同居する未成年の長男の名義で保存登記した建物を所有する場合の借地権の対抗力を争った事案について、「賃借人が地上に登記した建物を所有することを以って借地権の登記に代わる対抗事由としている所以のものは、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し得る賃借権を有することを推知し得るが故である」ことを前提とし、それゆえに「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」とした。その理由とするところは、「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ものであり、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」すること、また「登記が対抗力をもつためには、その登記が少なくとも現在の実質上の権利状態と符合するものでなければならないのであり、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つて対抗力を生じない」とした。

本件大法廷判決は、六人の裁判官の反対意見があり、⁽⁸⁾ 原判決も本判決の反対意見と同様に、借地人がその借地上に氏を同じくする未成年の長男名義の登記がある家屋を所有している場合には「ともに同じ家族に属し共同で右家屋や敷地を利用する関係にあるから、Yの借地権は右家屋のA名義の登記によってYが自己名義の登記ある家屋を所有する場合と同様に公示され」と解し、：右土地の取引をなす者はその地上建物のA名義の登記によってAかそうでなければその家族この場合はYが右建物を所有しうべき借地権その他の権原を有することを推知することができるからである」と判示した。⁽⁹⁾ 本判決の立場（したがって多数意見）は、不動産登記の本質である公示性の機能や登記と実体関係をできる限り一致させる努力を重視し、もって不動産取引の安全保護の要請に応えるべきとしたわけである。そして、その後の最高裁判決も、本件大法廷判決に従い、最判昭和四七年六月二二日民集二六卷五号一〇五一頁（妻名義で保存登記された場合）、最判昭和五〇年一月二八日判時八〇二号六三頁（子名義に登記された場合）は、いずれも三対二の比較多数意見で同旨の判決をなし、最判昭和五八年四月一四日判時一〇七七号六二頁（養母名義で保存登記された場合）は裁判官全員一致で前記大法廷判決を踏襲しており、家族名義に関する大法廷判決の法理はほぼ確定しているとみられる。

これに対して、学説は大法廷判決の立場を基本的には認める見解もあるが、⁽¹⁰⁾ 大多数は、昭和四一年大法廷判決の反対意見と同様に建物保護法の社会的性格あるいは建物保護法にいう登記については建物所有権公示機能と借地権公示機能とを同一に考えるべきでないとして、その見解に反対して対抗力を肯定する。

③しかし最高裁判所は、このような家族名義の問題に対して借地権公示機能を建物所有権公示機能に従属させて「その土地上に自己名義で所有権保存登記等を経由した建物を所有していることが必要」とする態度をとりながら、他方で

は借地権者が、自己を所有権者と記載した表示の登記（不登法九一条以下）のみをなして（あるいは登記官の職権でなされた場合（不登法二五条ノ二））、所有権を対抗しうる登記を有さない場合について、建物保護法にいう「登記シタル建物ヲ有スルトキ」にあたるかという問題については肯定説を採用した。すなわち、建物保護法が建物の登記をもって借地権の対抗要件とした趣旨をどう解するかという問題について、最判昭和五〇年二月一三日民集二九卷二号八三頁は、建物保護法が、登記した建物を所有することをもって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権の保護の要請と、第三者の取引安全の保護との調和をはかろうとしているものである」から「借地権のある土地についてなさ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対抗力を有する」とした。すなわち、本判決は、建物保護法の法意に照らして見れば、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、表示の登記も含めてさしつかえないというわけである。この問題は、昭和三五年に表示の登記制度が新設されたことよって、建物保護法の趣旨から借地権の公示機能をどう解するか、それまでの最高裁の立場からも、全く新しい問題といえることができる。⁽¹⁾

このように建物保護法に関する最高裁判例は、建物保護法による借地権の登記の公示について、建物の登記を借地権の対抗要件とした趣旨をどう解するかについてかならずしも一貫性ある態度ではない。すなわち、前述の①の昭和四〇年大法院判決、②の昭和四一年大法院判決および③の最判昭和五〇年二月一三日は、ともに登記簿の記載から借地権者が推知されうることをもって建物保護法の立法趣旨であることを説きながらも、建物保護法における建物所有権の公示についてその理解を異にしている。すなわち、①の昭和四〇年大法院判決が、「第三者は現地を檢分して建物の存在を知

り、ひいて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」として借地権の保護に理解を示しているのに対して、②の昭和四一年大法院判決は「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ものと解す」と厳格な形式主義の立場をとっており、どちらかといえば、第三者の取引の安全に重点が置かれたとみることができよう。さらにまた、②の昭和四一年大法院判決が「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し得る賃借権を有することを推知し得るが故である」と借地権の公示機能を認めつつ「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」として、借地上の家族名義の保存登記に対抗力を否定するような厳格な形式主義をとった。この形式主義からすれば、③の最判昭和五〇年二月一三日において、表示の登記は権利の登記ではなく本来所有権を對抗できないから、これによる借地権の対抗力を否定されるとの予測もできたわけであるが、最判昭和五〇年二月一三日は、この場合には厳格な形式主義を採らずに登記の対抗力を認めただけである。

このような判例の態度は、建物登記を借地権の公示の枠内で捉えて市民法的取引の安全保護一般の問題として考えるか、市民法の枠を超えて土地利用権保護の理念を重視するかという問題にかかわってくるわけである。

- (1) 判例および学説の多くは、建物保護法が建物登記を必要とする理由を建物の登記によって目的地の新土地所有者に借地権の存在を公示するところにあるとすると、たとえば、表示の登記だけでも建物保護法の要件を満たすと考えるべきであるとする。星野英一・借地・借家法三八九頁以下参照。最判昭和五〇年二月一三日民集二九卷二号八三頁。
- (2) 本判決は、奥野健一裁判官の補足意見、石坂修一、横田正俊、松田二郎各裁判官の反対意見がある。
- (3) 反対意見は、地番の表示は正確であることを要し、その地番の齟齬は、建物の種類、構造、床面積等に関する齟齬と趣を異にし、登記について重大な瑕疵であって、第三者に対抗しえないとするもの（横田正俊、石坂修一各裁判官）、あるいは建物の登記の地番の齟齬があるのを奇貨として借地権の対抗力を否認するようなものは権利の濫用の理論でその主張を

封じて借地権を保護せよ（松田二郎裁判官）、とするなどである。

- (4) 我妻 栄「建物の登記が所在番地の表示において実際と相違する場合と建物保護法一条一項」法協八二巻六号八四一頁以下参照。

- (5) 本判決の奥野健一裁判官の補足意見。

- (6) 星野・前掲注(1)三九〇頁。

- (7) 篠塚教授は、奥野裁判官の補足意見は、理論史的にみても当然の帰結であるといわれる（篠塚昭次「建物の登記が所在番地の表示において実際と相違する場合と『建物保護ニ関スル法律』第一条第一項」民商法五三巻五号七一一頁）。

- (8) 反対意見は、この問題は建物保護法の居住権保護のための社会立法的性質と公示制度による取引の安全保護の要請とを比較考慮して具体的衡平の見地から決すべきであり、長男名義の登記でも十分に公示機能を果たしているとするもの（入江裁判官、横田（喜）、長部・柏原各裁判官同調）、この意見に同調してさらに宅地の賃借人が地上の同居の家族をして建物に建てさせた場合にも賃貸人の承諾がないことを理由とする地主の解除権を否定する判決（最判昭四〇・六・一八民集一九巻四号九七六頁）の趣旨から推して、多数意見は社会生活の実情に即した解釈でない（山田裁判官）、建物保護法は居住権保護のための一種の社会政策立法であるから、氏を同じくするいわゆる家団の構成員である長男名義の登記は、賃借人名義の登記と同様に対抗力を認めるのが同法の立法趣旨である（田中裁判官。長部裁判官同調）、というものである。
- (9) 本判決以前の下級審判例は、いずれもこのような建物登記に借地権の対抗力を認めている（母名義につき——東京地判昭和二七年六月五日下午級民集三巻六号七七一頁、未成年の子につき——東京高判昭和二九年五月一五日下午級民集五巻九号六九七頁）。

- (10) 川井教授は、基本的に判例を支持すべきものと考え、とされる（川井健・不動産物権変動の公示と公信一三二頁以下）。

- (11) 星野・前掲注(1)三八九頁参照。

(3) 建物の借地権公示機能と公示の原則の修正

建物保護法による借地権の公示については、建物所有権の登記をもって借地権の対抗要件としたことは、物権変動の公示という登記制度の原則からすると重大な例外であり、借地権公示の問題は、建物保護法における登記の特殊性をどのように認識するかという点にある。登記は一般に不動産取引における市民法的競争原理を前提として、第三者に権利の

存在を示す公示機能と権利の対抗関係を決するという対抗機能とがある。しかし、不動産利用権においては、これまで述べたように居住の継続という生存的利益と市民法的な取引利益の衝突が前提となっていて、借地権の公示の問題があり、建物保護法の社会法的性格からその場合の具体的処理にあたっては、不動産登記制度を中心として不動産取引の保護という市民法的な借地権の公示や対抗問題と借地人の居住の継続といった社会法的利益衡量をどう調整するか問題となり、このことは、解釈論としては建物保護法が建物の登記を対抗要件とした趣旨をどう考えるかの問題に帰着する。

この問題について戦後の判例は、前述のように、当初、建物保護法による対抗力をも有さない借地人と新土地所有者の対抗問題について、当該土地の賃貸人が借地人の建物保存登記申請を妨げたとか、賃貸人から当該土地を譲り受けた新土地所有者といっても事実上は賃貸人と同一の地位にあるとか、新土地所有者の背信性などを一連の判断基準として権利濫用という一般条項によって、新土地所有者からの建物収去土地明渡請求を否定して借地人の居住の継続を保護した。さらに土地利用権においては、近代的土地利用権のあり方が土地利用権との関係において、土地利用権の優位という原則によって土地所有権が制限されなければならないと考えるわけであるから、建物保護法においても、一定の要件のもとに新土地所有所からの明渡請求を認めないとする結論自体にはおそらく異論はないところであろう。そして、権利濫用理論を採用した前出最高裁昭和三八年五月二四日判決^①が示すように「原審が：Yの前記賃借権の対抗力を否定し本件建物の収挙を求めることは権利の濫用として許されないとした判断は正当として是認しえられる」とし、判例の傾向としてはこの問題に対する権利濫用理論による解決方法が定着したことを示すとみてよいと思われる。

しかし、このような一般条項の適用による解決は、本来、建物保護法が目的とした対抗関係による解決、したがって建物登記という借地権の公示方法によって法的解決を図ろうとした趣旨とは異った方向の解決方法となったということ

ができる。すなわち、本来、この問題は、建物保護法による登記を具備したか否かといった借地権の対抗問題であるはずが、この一般条項適用によって、公示を基礎とした対抗問題をとりあえず置いておいて、新土地所有者の明渡請求権を権利濫用として否定するわけであるから、たとえば新土地所有者が正当な利益を有する第三者に該当するか否かといった対抗問題の立場から、また、この場合の借地人が登記を具備しないまま借地権の対抗力を有することを承認するのかという借地権の公示方法の立場から、この問題をどう考えるか、検討の余地が残されているわけである。この問題について、結局、借地人保護の要請を貫徹、一般論としては権利濫用として処理するか新土地所有者を登記欠缺を主張し得ない第三者として処理するか、いずれかの理論構成によることになろうが、⁽²⁾ いずれにしてもこの場合には、借地人は建物収去土地明渡を拒絶できるとしても、対抗問題としては借地人が対抗要件を具備していない以上、それが直ちに借地人の適法な占有となるものではない。したがって、このまま無権限で新土地所有者の土地を占有することはできないわけであるから、両者の関係を契約的に規制するなどの方策が必要とされるだろう。⁽³⁾ しかし、同時に、この問題における公示方法についても、賃借人はあくまでも対抗要件を具備していないという点について、借地権の公示の問題をどう考えるかの問題が残る。この問題に対する権利濫用理論の適用は、⁽⁴⁾ 前述のように、借地権の社会権的性格の要請の歴史的流れの中で、借地人の居住の継続を保障するところにあつたわけである。しかし、法定の公示方法がそなわらないままこの立場を貫くことは、土地取引の安全を損なうことにもなり、本来の根本的な解決方法ではないはずである。しかし、最高裁の態度は、建物保護法にいう「登記シタル建物」という場合の借地権の公示について、建物保護法が市民法的性格と社会法的性格を有する中で、前述のようにその態度は一貫性を欠いたものとなっている。これに対して学説の多くは、近代的土地所有権の歴史的あり方に対する認識を論理的基礎において建物保護法における公示の問題は、もはや市民法的利益を前提にした公示の枠の中でとらえるべきではないとの認識にたち、たとえば利益衡量による立場か

ら、建物保護法所定の對抗要件は、広中教授が言われるように「公示の原則に対する一つの例外として導入されたもの」⁽⁵⁾ であり、そして、所与の建物登記が実質的有効要件をそなえるかどうかは、ここでは、不動産取引一般の問題として考えるべきでなく、⁽⁶⁾ 特殊的に建物保護法の埒内で土地利用権者対土地所有権取得者の利益調整の問題と考えるべき」という認識を基礎に、また公信力説の立場から、さらに借地権の社会権的性格ないし近代化論の立場から、⁽⁷⁾ 土地利用権優位の考え方によって土地所有権の絶対性は後退すべきであり、土地所有権の歴史的あり方についての認識ならびにそれからひき出される利用権優位の原理は正当とされる。

そこで建物保護法による借地権の公示については、もともと建物登記簿を持って借地権を公示しようとするわけであり、わが国の不動産登記制度のあり方自体が、必ずしもすべての登記すべき権利が正確に登記簿に反映されるほど厳格なものではなく、現実の土地取引において現地を検分することは当然とされていることを考えれば、借地人所有の建物の存在それ自体に一種の公示方法が構じられていると同視されうると言うことができる。⁽⁸⁾ 建物保護法の制定以後の歴史の流れにおいては、同法の成立の意義は決して小さいものではなかったことは前述の通りであり、これは同時に、土地利用権の第三者対抗力の問題についても建物登記簿を持って借地権を対抗しうるとしたこと自体、登記という公示制度を中心不動産の権利関係を確定するという公示の原則は破られ、その後の大正一〇年の借家法や昭和一三年の農地調整法は「引渡」という不動産の現実の利用をもって對抗要件とするにいたったことを考えると、建物保護法は、登記制度における登記中心主義の修正、緩和の出発点をなしたといえるわけである。したがって、借地権の保護という問題が、土地取引一般の保護という問題の中に解消してはならないと言わなければならないのであって、土地に対する對抗問題は、土地所有権の二重売買における對抗問題と、土地利用権と土地所有権との對抗関係の問題とを区別して、土地利用権の優位という原理の背後に市民法的自由競争の原理は退かなければならないと考えられる。⁽⁹⁾

このように考えると、建物登記における借地権の登記が、厳格にかつ正確でなくても、登記簿上のなんらかの登記の存在により借地人の存在が推知されれば、借地権公示の目的は達しているとしてこれを柔軟に解して、対抗力を認める有効な登記が存在するとみることは可能である。さらに、借地権の存在についてわが国における現地検分の慣行をもってこれを認識しうるわけでもあるから、⁽¹⁰⁾ そのように解することはあながち不当とはいえないであろう。⁽¹¹⁾ 前出①の最大判昭和四〇年三月一七日が、建物登記が所在番地の表示において実際と相違する場合について「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」とし、「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存在を知り、ひいて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」として、現地検分を借地権認識の判断要素としている。また、前述の建物登記を欠いているために第三者に対抗できない借地人に対する新土地所有者の土地明渡について、多くの下級審判例および最判昭和三八年五月二四日民集一七卷五号六三九頁、最判昭和四三年九月三日民集二二卷九号一八一七頁、最判昭和四四年一月二一日判時五八三号五六頁が、新土地所有者の明渡請求を権利濫用としている問題についても、これらの判決の根底にあるものは、土地利用権との関係において土地所有権の自由は制限されるべきとする、⁽¹²⁾ 近代的土地利用権の制度を土地利用権の関係において現実化する一層の進展であったと言ふことができ、さらにこの土地所有権に対する土地利用権の優位という理念が基本にあり、借地権を対抗しうべき借地権の登記や建物保護法による建物登記が存在しない場合であっても、建物の現存する事実を少なくとも知っている者（建物の存在は明瞭に外部から認識できるわけであるから）に対しては、権利濫用理論の形をとりつつも、建物の存在が一種の公示機能をもつことと同視される結果を来たしているのである。

建物保護法における建物登記は、建物所有権公示機能と借地権公示機能とを有しているわけであるから、借地権の公示機能を一般の不動産取引の場合と同じ枠の中で考えなければならぬことはないわけである。これに対して、前述のように建物登記が同居の家族名義である場合に借地権の対抗力を否定した②の最高裁判決のように、建物保護法が建物の登記をもって借地権を対抗させることはあくまでも登記制度の例外であるとして、建物保護法を制限的に解釈すべしとする態度は、登記制度（公簿主義）への過信ともいふべきものであるとの批判を受けよう。⁽¹³⁾ しかも、借地権の場合は、すべてを登記によらなくとも他に外部からこれを推知しうる物理的状态が存在するわけであるから、すべてを厳格な登記の要件で決するといふべき必要はないように思われる。また、これまで述べてきたようにわが国の登記制度は、多くの点で形式的・実質的要件が緩和されてきたわけであるから、この点からもわが国の登記にはおのずと合理的な限界が見いだされるべきである。したがって、借地権などは市民法的所有権の二重売買のような対抗関係と異なった処理をすべきであり、同一不動産について錯綜するような各種の権利の対抗要件については、それぞれの権利の性質に応じて合理的な公示方法を認めるべきであろう。⁽¹⁴⁾ このことは、借地権においては、賃借権の社会権的性格から建物の存在それ自体に借地権公示機能を認めて、それを対抗要件として借地権における対抗関係を考へるといふ建物の存在に借地権公示機能を認めて借地権を推知することが不動産取引において決して困難なことでも不合理なわけでもない。まして、登記官が実質的審査権を有さないわが国の登記において、こと借地権の対抗力に関しては、見方をかえれば現地の状況こそ最良の公示手段とも考えられよう。⁽¹⁵⁾

以上のことから借地権の公示の原則に関して建物に借地権公示機能を認める場合、建物存在による現地公示の要件は、権原に基づいて建物所有目的（意思）の借地権が存在すること（したがって、不法占拠によって建物を所有する場合は当然排除される）、建物が存在することということにならう。さらに、借地借家法一〇条二項は「建物の滅失があつて

も、借地権者が、その建物を特定するために必要な事項、その滅失があった日及び建物を新たに築造する旨を土地の上の見やすい場所に掲示するときは⁽¹⁶⁾」なお、借地権はなお同条一項の効力を有すると規定することから、このような現地の明認方法も当然要件となりうる。

このように考えると、借地権の公示の問題は、登記中心主義と現地公示主義のいずれをより重視するかという基本的な発想の差に帰着する。家族名義による建物登記の対抗力につき、「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ものと解す⁽¹⁷⁾」⁽¹⁷⁾るとしてこれを否定した最高裁の態度は、登記中心主義に基づくものであるといえる。借地権に関して現地公示主義的解釈は不動産取引の安全を脅かすものとは考えにくいし、また、これまで述べてきたように多くの判例・学説は、借地権の存在を知っていたが、借地権それ自体の登記や建物の登記がないこと、あるいは建物の登記名義が借地権者と異なることを奇貨として当該土地を買受け借地権者に明渡を請求する場合について、背信的悪意者を問題にするか権利濫用という一般条項をもって借地権の救済を図ってきたことを考えれば、一步進んで建物の存在自体に借地権公示機能を認めて公示の原則の場面で救済を図ることが、不動産取引の実際を前提として考えればより妥当であると言えるわけである。

(1) 二七頁、最判昭和三八年五月二四日民集一七卷五号六三九頁参照。

(2) この問題について、学説は、登記の欠缺を主張しえない第三者として処理すべきとする考え方が有力である。たとえば、幾代通教授は、現行法のもとでは解釈として「悪意の新地主を対抗要件欠缺を主張しうる第三者から除外すると解するのも：あなたがち暴論とはおもえなくなってきた」(幾代通「地震売買と権利の濫用」判例評論三四号一五頁)、広中俊雄教授は「私は、はっきりそう解すべきであるといってしまうてよいと考えている」(広中俊雄・借地借家判例の研究(一)一六六頁)、星野英一教授は「背信的悪意者」に限らず、「登記欠缺を主張する正当な利益を有しない者」を『第三者』からはずし、どのような者がこれにあたるかは、…判旨の挙げている諸事情を比較考慮して判断するのがよいであろう」

(星野英一「二、對抗要件を欠く借地人に対する新地主の土地明渡請求が権利濫用とされた事例——二、この場合借地上の家屋の賃借人も(特段の事情があり)地代相当額の損害賠償義務を負うとされた事例」法協八七卷一号一〇五頁)、と
言われる。

(3) 鈴木祿弥・借地法(現代法律学全集14)上卷三三四頁以下参照。最判昭和四三年九月三日民集二二卷九号一七六七頁は、
對抗要件を欠く借地人に対する新地主の土地明渡請求が権利濫用とされた場合、新地主は不法行為に基づく損害賠償とし
て地代相当額を請求できるとした。

(4) 前出の借地上の建物の登記が所在地番において事実と相違する場合の借地権の対抗力に関する①の最大判昭和四〇年三月
一七日における松田二郎裁判官の反対意見も「いわゆる地震売買の弊害を想起しつつ、登記簿上における建物所在地番が
真実に合致しないとき、その表示の瑕疵を奇貨とし、これに乗じてその建物所在の土地を買受けるごとき第三者に対して
は、すべからず権利濫用の法理をもって臨み、いまだ更正登記手続を経していない借地権者を保護すべきである」とする。

(5) 広中俊雄・借地借家判例の研究(2)一二七頁。

(6) 篠塚昭次「建物の登記が所在番地の表示において実際と相違する場合と『建物保護ニ関スル法律』第一条第一項」民商法
五三卷五号七一五頁参照。

(7) 水本浩・借地借家法の現代的課題一四五頁。

(8) 広中・前掲注(2)一六七頁参照。

(9) 広中・前掲注(5)(2)一一一頁参照。

(10) 我妻博士は、「ある土地の上の建物について登記があるかないかを調べることはすこぶる困難なものとして、わが国の取
引界はそれに順応してきたのだから、その実情に即して要請される程度の周到さをもってすればそれほどの困難なしに発
見しうる場合、とでもいう他あるまい」といわれる(我妻 栄「建物の登記が所在番地の表示において実際と相違する場
合と建物保護法一条一項」法協八二卷六号八四七頁)。

(11) 我妻博士は、建物登記名義と借地権の関係について、登記は実体的な権利関係の存在を探る手がかりとなれば十分である
として、「建物保護法が建物の登記を對抗要件としていることは、今日ではもはや実質的意義をもたない。正当な土地使
用権を有する者が建物を所有しておれば、その事実だけで土地使用権は対抗力をもつとするのが正当だと私は考えてい
る」と述べておられる(「建物保護法——借地人の子の名義でした建物保存登記と建物保護法の適用の有無」法協八四卷
四号五八四頁)。

(12) 広中・前掲注(2)一六五頁。

- (13) 幾代通・不動産登記法の研究一五八頁参照。
- (14) 幾代教授は、「最も実的に、登記と占有とを使い分け、両者に公示方法としての合理的な場所を与えることが必要であるまいか」と述べられる(幾代・前掲注(13)一五九頁)。
- (15) 幾代・前掲注(13)一七六頁。
- (16) 幾代教授は、たとえばA B二筆を一括して建物所有目的で借地した者が、A筆の部分の上に建物を建てて登記したような場合の建物保護法によって借地権に対抗力が認められる土地の範囲について、現地公示主義的な解釈を盛りこみうる方向としては、建物登記あることを前提として、「二つには、『登記』という概念をなるべく緩やかに解することであり、二つには…登記建物の存在によって対抗力を取得しうる借地の物理的範囲という場面において登記主義を廃棄することである」と述べられる(幾代・前掲注(13)一七六頁)。このことは、借地権のすべての場合に共通して言えることである。
- (17) 最判昭和四一年四月二七日民集二〇巻四号八七〇頁。