

# 賃借権に基づく登記請求権の否定は 地震売買の原因だったか

畑 中 久 彌\*

## 目 次

- はじめに
- 第1章 建物保護法の制定過程
- 第2章 賃借権に基づく登記請求権否定論の形成過程
- おわりに

## はじめに

建物保護法の制定の経緯は、次のように説明されることがある<sup>1)</sup>。特約がない限り賃借人は登記請求権を有しないため、賃借権を実際には登記することができず<sup>2)</sup>、いわゆる地震売買が生じた。この地震売買を防ぐため

---

\* はたなか・ひさや 福岡大学法学部教授

- 1) 例えば、星野英一『民法概論Ⅳ（契約）』（良書普及会、昭61）216頁（同頁の「社会問題」とは地震売買のことと解される）、幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法（15）債権（6）増補版』（有斐閣、平8）〔幾代通〕186頁（地震売買には触れていないが、登記請求権の否定が建物保護法の制定を促したとしている）がある。筆者も教科書でそのように述べた（松倉耕作・甲斐好文編『ビジュアルに学ぶ財産法Ⅱ』（嵯峨野書院、2006）〔畑中久彌〕109頁）。
- 2) 建物保護法の制定過程の分析の中でそのように述べる文献として、以下がある。白羽祐三「賃借権の物権化（一）——Kauf bricht Miete. の原則をめぐって」新報62巻2号（昭30）32頁、鈴木祿弥「借地・借家法前史（四・完）」法学27巻3号（昭38）336頁、339-340頁注（26）、345頁、同「借地借家法（法体制再編期）」鶴飼信成ほか編『講座日本近代法発達史』（勁草書房、1967）65-68頁、山田卓生「借地法の生成と展開（一）宅地利用権と譲渡転貸を中心にして」東社18巻2号（昭41）167頁、168頁。なお白羽と山田は、登記の少なさについて他の原因も挙げている。

来栖三郎は、「地上権と異なり賃借権の登記に協力する義務が賃借人にあるか否かに

に建物保護法が制定された。賃借人に登記請求権がないことを示す判例としては、大審院大正10年7月11日判決が引用される<sup>3)</sup>。

この説明については、時系列の点で疑問が生じる。建物保護法の制定は明治42年であり、地震売買はその前から発生している。上記判例は大正10年のものであるから、地震売買の原因とはなり得ない。

賃借権に基づく登記請求権の否定は、地震売買・建物保護法制定当時も、支配的な見解だったのだろうか。もしそうであれば、大正10年判決は、地震売買を惹起した従来からの法理を判例として確認した判決となる<sup>4)</sup>。冒頭の説明に伴う時系列的疑問は、解消することになろう。

本論文は、明治・大正期の文献をもとに、賃借権に基づく登記請求権否定論の形成過程を辿り、否定論が建物保護法の制定に影響したかどうかを検討しようとするものである。

## 第1章 建物保護法の制定過程

### 第1節 問題意識

地震売買・建物保護法制定の当時、地震売買の原因である登記の少なさが賃借権に基づく登記請求権の否定によって生じたものと意識されており、建物保護法はその点を回避するための立法であると認識されていたならば、審議の過程でそのことが指摘されているだろう。そのような指摘はあるだろうか。

---

↘については疑義もあり、ともかく賃借権の登記がなされることは少なかった」と述べ、否定されていたとは評価していない（下線筆者）（来栖三郎『契約法』（有斐閣、昭49）376頁）。

3) 民録27輯1378頁。

4) 高島平蔵は、「賃借人の登記請求権否定は、大判大正一〇年七月一日……などによって確認されていった」とする（高島平蔵「日本の近代化におよぼした外国法の影響——土地所有および利用関係を中心として——」比較法学2巻1号（1965）84頁注(28)）。ただし、高島は、起草当時においては、登記義務の否定が自明と考えられていたわけではなかったと思われる、と述べる（同83頁）。

## 第2節 建物保護法の制定過程

第24回帝国議会（明41）に法案と請願が出されているが、賃借権の登記に関する記述がないので、同議会の紹介は省略し<sup>5)</sup>、第25回帝国議会（明42）の審議を紹介したい。

### 1. 衆議院本会議（2月6日）

原案である「工作物保護ニ関スル法律案」の内容は、地上権または賃借権により工作物を有する者は、登記がなくても悪意の第三者に対抗できるとするものであった<sup>6)</sup>。

法案提出者高木益太郎は次のように述べる。「……地震売買ト云フモノヲ司法権ノ保護ニ依ッテ救済ヲシタイト云フノデ、段々弁護士諸君モ余程骨折ラレタノデアリマスケレドモガ、今日ノ司法部ニ於テハ此点ニ於テハ保護ヲシ救済スル途ガ無イノデアリマス、是ニ於テ已ムヲ得ズ此立法上ノ働ニ依ッテ保護ヲ挙ゲタイト云フノデ、此案ヲ出シタノデアリマス」<sup>7)</sup>。

裁判ででも賃借人を救済しえないというのだから、賃借人は登記請求権を有しておらず、訴えても登記を得ることが法的に不可能と考えているようにも読める。しかし、続けて読んでいくと、上記の「救済方法がない」という発言は、事実上の障害が大きすぎて実際には救済できない、との趣旨であるように思える。高木の説明は次のように続いていく。

民法施行前は、大審院判例によって、登記なく対抗可能とされていた。施行後は、建物があり建物登記がなされていても、「地主ノ承諾ヲ経テ地主ト連印ヲ以テ地上権又ハ賃借権ノ登記ヲバ致シマセヌケレバ」<sup>8)</sup>、対抗できなくなった。

---

5) 第24回帝国議会衆議院議事速記録第13号257頁（明41・3・10本会議）、第19号405頁（明41・3・25本会議）、第24回帝国議会貴族院議事速記録第18号345頁（明41・3・25本会議）（国立国会図書館帝国議会会議録検索システムにて閲覧）。

6) 第25回帝国議会衆議院議事速記録第6号72-73頁。

7) 第25回帝国議会衆議院議事速記録第6号72頁（下線は筆者）。

8) 第25回帝国議会衆議院議事速記録第6号72頁。

ここで高木は、賃借権と地上権を一まとめにして、登記には地主の承諾が必要としている。地上権には登記請求権があるのだから、地主の承諾がなくても登記させることは可能なはずである。登記請求権があっても地主の承諾が必要だというのだから、その承諾は、特約による登記請求権の発生を意味するものではなく、登記法上の共同申請として理解すべきである。そうすると、賃借権も地上権と一緒に論じられている以上、地主の承諾は、賃借権についても、特約による登記請求権の発生を意味せず、共同申請上の承諾を意味すると考える余地がある。筆者が下線を引いた高木の上記説明部分は、賃借権には登記請求権がないことを必然的な前提とする説明ではないといえる。このような理解は、高木が「實際上ニ於テ賃借権又ハ地上権ノ設定登記ト云フモノハ出来ナイ」と発言していることとも整合的である<sup>9)</sup>。

それではなぜ、地主の承諾が必要であると登記が困難になるのだろうか。高木は、登記が困難となる原因を、借地人が地主との円満な関係を維持せざるを得ない点に求めている。「仮登記ヲシヤウト云フノハドウ云フ方法デアルカト云フト、地主ヲ相手方トシテ不動産ノ存在スル管轄裁判所ニ申請シナケレバナラス、サウシテ判事ガ仮登記ノ決定ヲスル、其決定書ト云フモノヲ執達吏ヲ以テ地主ニ送達ヲシナケレバナラスノデアリマス、サウ云フ事柄ト云フモノハ殆ド三百代言デモナケレバ出来ナイ思切ツタ仕事デ、激迫ナル不穩当ナル仕事デアリマス、……一般ノ順良ナル借地人ノ習慣ニ反スルモノデアル、……然ルニ其地主ヲ相手ニシテ執達吏ヲ以テ決定書ヲ送達シナケレバ借地権ヲ保存スルコトガ出来ナイト云フノハ、如何ニモ實際ニ当嵌ラヌ立法デアルト信ズル、……ドウシテモ順良ナルトコロノ借地人ハ遠慮ヲシテ仮登記ヲシナイ」<sup>10)</sup>。

9) 第25回帝国議会衆議院議事速記録第6号72頁。

10) 第25回帝国議会衆議院議事速記録第6号72-73頁。

## 2. 衆議院・委員会審議

第2回委員会（2月12日）において、政府委員平沼騏一郎から法案の問題点が指摘された<sup>11)</sup>。工作物を建物へ修正すべきこと、建物登記を必要とすること、裁判所による判断が難しく争いが生じやすい善意悪意の区別を不問とすべきこと、である。

第4回委員会（2月17日）において、高木は修正案について次のように発言している。「土地ノ登記簿へ本登記又ハ仮登記ヲナスニハ地主ノ連印ヲ要スルトカ、或ハ裁判所ノ決定ヲ要スルト云フコトガアリマスケレドモ……建物持主独リデ出来ル仕事デアリマスカラ此考モ至極相当デアル」<sup>12)</sup>。ここで高木は、不動産登記法上の方法（地主との連判または裁判所の決定による登記）と対比して、借地人一人で登記できる提案を高く評価している。この対比の仕方からすると、不動産登記法に定める方法は、借地人には無理であると考えられているといえる。無理であるとする理由が、賃借人に登記請求権がないからなのか、登記請求権はあるが地主との円満な関係を維持するためなのかは、この部分の発言からは分からない。いずれの理解も可能である以上、高木が賃借権に登記請求権がないと考えていたことを明確に示す発言ではない、というべきと思われる。

## 3. 貴族院・委員会審議

衆議院本会議での採択（2月18日）の後<sup>13)</sup>、貴族院本会議（2月22日）で法案が提出され<sup>14)</sup>、委員会で審議がなされた。第1回委員会（3月9日）では、法案第1条が、借地権の登記がなくても第三者に対抗できるとする点で、民法の原則との関係で問題があるものの、他に妙案がないと指

---

11) 工作物保護ニ関スル法律案委員会議録第2回3-4頁。

12) 工作物保護ニ関スル法律案委員会議録第4回7頁。

13) 第25回帝国議会衆議院議事速記録第9号148頁。なお、貴族院審議中に衆議院に借地権保護を求める請願がなされているが、登記に関する記述はない（明42・3・4本会議。第25回帝国議会衆議院議事速記録第15号301-302頁）。

14) 第25回帝国議会貴族院議事速記録第8号63頁。

摘されている。特に、借地人による一方的な借地権登記を認める案は何度も言及され、可能なら望ましい案だが実現は困難と繰り返されている<sup>15)</sup>。

政府委員平沼は、「証書デモ有ルコトナラバ宜シウゴザイマスガ、是モゴザイマセヌ場合が多い、マア登記法ニ於キマシテ当事者双方カラ登記ノ申請ヲ致ス場合ノ外ハ、官庁ノ証明書トカ、或ハ裁判トカ云フモノニ依ッテ証明スルコトニナリマス、其方法モ無イノデアリマスカラ、ドウモ此一方ダケデ登記ヲ致スト云フコトハ余ホド困難」であると述べる。

富井政章も、借地人だけで借地権の登記ができるとする方策が「実体法ノ原則ヲ覆ヘスコトナクシテ、唯手続法ノ改正ニ止マルダケデアッテ、至極宜シカラウ」が、「併シドウモ賃貸借ノ契約書ト云フベキモノハ多クノ場合ニ於テハ賃貸人ノ手ニ在ルモノ、サウシテ存続期間トカ、借地トカ云フモノハ登記セネバナラヌ事柄デアリマス、サウ云フモノヲ借地人が好イ加減ニ書イテ持ッテ行ケバソレデ登記ヲセネバナラヌト云フコトニナッテハ如何ニモ危険デアルト思フノデアリマス、併シ何モ書面ナシデ登記ヲ為スコトハ出来ヌノデアルシ、ドウモ其方法ハ今マデ幾ラ考ヘテモ安心シテ採用出来ルト云フ見解ニナラナイノデゴザイマス」と述べる。富井は「何か借地人一方ノ意思ニ依ッテ登記ガ出来ルト云フ方法ガドウシテモ無イモノデアリマセウカ」と質問するが、平沼は「ドウモハ先刻モ申ス通り、ドウシテモ行ハレナイ結果ニナラウト思ヒマス」と答えている<sup>16)</sup>。

委員会審議の後、修正法案が本会議（3月19日）で採択された<sup>17)</sup>。

### 第3節 ま と め

賃借権に登記請求権がないとの明確な指摘はなされていなかった。地上権・賃借権の登記がなされていない原因としては、借地人が地主との円満

---

15) 以下の発言は、建物保護ニ関スル法律案特別委員会議事速記録第1号4頁から引用した。

16) 富井は、その後の委員会でも一方的登記案を紹介し、借地人に書面がないから実現困難と述べている（建物保護ニ関スル法律案特別委員会議事速記録第2号7頁、第3号11頁）。

17) 第1条は維持された。第25回帝国議会貴族院議事速記録第17号264-266頁。

賃借権に基づく登記請求権の否定は地震売買の原因だったか（如中）

な関係を維持せざるを得ないという事実上の障害が指摘されていた<sup>18)</sup>。

貴族院での委員会審議では、借地権の一方的登記を認める案が繰り返し紹介されている。この立案の背景として、賃借権には登記請求権がないから判決によっても登記をすることができず、それを改善する必要がある、との理解もできそうである。しかし、そのような理解とは異なる理解も可能である。登記請求権があっても、共同申請主義のため地主の承諾が必要であり、上述の事実上の障害によって登記できない状態にあるから、手続上の障害となっている地主の承諾を除去する趣旨の案であった、とも理解できる。

## 第2章 賃借権に基づく登記請求権否定論の形成過程

### 第1節 問題意識

建物保護法の制定過程において、賃借権に基づく登記請求権の否定は明確には指摘されていなかった。それはなぜだろうか。裁判や学説上、否定論は当たり前の認識になっており、わざわざ議論の俎上に載せるほどのこともなかったからだろうか。それとも、否定論自体が確立しておらず、地震売買の原因として認識されていなかったからだろうか。

以下では、賃借権に基づく登記請求権の否定論が、いつ頃どのような形で形成されたかを見ていくことにしたい。このことによって、地震売買と建物保護法制定の当時、賃借権に基づく登記請求権という問題がどのように認識されていたかを推測したい。

---

18) 建物保護法の制定と時期の近い体系書を見ても、登記請求権の否定は立法理由として触れられていない。飯島喬平『物権法第一部』（明治大学出版部、明45）294頁、中島玉吉『民法釈義卷ノ二上』（金刺芳流堂、訂正再版、大4）484頁参照。飯島は、わが国では多くの人が登記を厭い、地主・借地人ともに登記に重きを置かず、強いて登記を請求すると借地関係を結べなくなる事情がある、と指摘している。借地人が登記になじんでいなかったことを指摘する文献としては、村上秀三郎「地震売買の余震」自正6巻6号（昭30）16頁、末川博『契約法下（各論）』（岩波書店、昭50）114頁がある。

## 第 2 節 現行民法起草過程および起草委員の見解

### 1. 現行民法起草過程<sup>19)</sup>

法典調査会において、民法605条は608条として提案された。本条を起草した梅謙次郎は、第三者への対抗を認めると物権のようになってしまうのではないかとの質問に対し、物権との違いはあると答弁している。しかし、その違いとして登記請求権の有無は挙げられていない<sup>20)</sup>。また、地上権の審議において、梅は「追々登記杯カ行ハレテ来マスト地上権モ賃貸借モ登記スルコトニナル」と発言している<sup>21)</sup>。この発言から、賃借権も地上権と同様に登記請求権が肯定されると考えられていた、と言い切ることはできない。地主は登記に通常応じるだろうと想定されていた、との理解も可能だからである<sup>22)</sup>。

### 2. 起草委員の著作

梅は、賃借権の登記による公示は極めて容易であるとする<sup>23)</sup>。しかし、この発言から登記請求権の肯定が必然的に導かれるわけではない。地主は登記に通常応じるだろうとの想定のもと、登記の簡単さを説明したとの理解も可能だからである。また、梅は、地上権と賃借権は第三者対抗力の原則性において相違するが、それは理論的なものであり、実際には同じ結果となると述べている<sup>24)</sup>。この説明からは、当時、賃借権に基づく登記請

---

19) 賃借権を債権と決議した主査会では、登記請求権は議論されていない。『法典調査会民法主査会議事速記録』（商事法務研究会、昭63）50-57頁。

20) 『法典調査会民法議事速記録33巻』（日本学術振興会）冊三ノ十一。

21) 『法典調査会民法議事速記録4』（法務図書館、昭52）100頁。

22) （登記請求権の有無は別にしてであるが、）起草者は賃借権登記の合意がなされるであろうと考えていたと指摘する文献として、以下がある。鈴木・法学・前掲注（2）335-336頁、鈴木・近代法・前掲注（2）11頁、星野英一『借地借家法』（有斐閣、昭44）381頁、382-383頁注（4）、田山輝明「第10講 借地権の登記」鎌田薫ほか編『新不動産登記講義・第4巻各論I』（日本評論社、2000）265頁がある。

23) 梅謙次郎『民法要義卷ノ三債権編』（和仏法律学校・明法堂、明37）629頁（明治43年訂正増補30版でも同じ）。

24) 梅謙次郎『民法要義卷ノ二物権編』（和仏法律学校・明法堂、第3版、明28）199頁。↗



賃借権に基づく登記請求権の否定は地震売買の原因だったか（如中）

求権の否定論は存在しなかったのではないかとの推測も可能である。登記請求権の有無を単なる理論上の問題と考えるのか疑問だからである。しかし、他方において、地主は容易に合意するだろうから、実際上の相違はないと記述したとも理解できる。

富井の著作には、賃借権に基づく登記請求権の記述は見当たらなかった<sup>25)</sup>。

### 3. 現行民法起草過程および起草者の見解に関する従来の研究<sup>26)</sup>

#### (1) 来栖三郎の見解

来栖は、梅・民法要義に基づいて、「民法起草者は物権たる地上権永小作権と債権たる賃借権の差異として登記請求権の有無を考えていなかったのではないか」と述べている<sup>27)</sup>。来栖のように理解することもできるが、上述のように別の理解も可能である。

---

↘横田秀雄『物権法』（日本大学，明38）も同様の記述をする（318-319頁）。その後、梅は記述を修正し、実際上の相違ありとするが、登記請求権の有無は挙げられていない（明治42年訂正増補改版28版225-228頁）。

25) 富井政章『民法原論第二巻物権』（有斐閣，大10）194-195頁，222-224頁，同『債権法講義下巻』（東京帝国大学，明45）255-256頁。

26) 星野英一は、「起草者は、賃借権の登記も、同じような方法でできると考えていたように推測される」と述べている（星野・前掲注(2)381頁，382-383頁注(4)）。「同じような方法」に登記請求権が含まれているかは定かではないが、星野は、梅が登記による賃貸借の公示は極めて容易とする点について、登記技術上の意味とも解されると指摘している。このことから、星野は、登記請求権の有無に関する起草者の見解について、私見の提示を留保していると思われる。そこで、本文では取り上げなかった。

また、鈴木禄弥は、民法立案者は登記請求権を肯定していたと述べている（鈴木禄弥『借地法上巻〔改訂版〕』（青林書院，1980）15頁，同『借地法下巻〔改訂版〕』（青林書院，1980）961頁）。しかし、ここで引用されているのは、上記の星野の文献である。星野は登記請求権に関する起草者の見解を直接述べているわけではないと思われるので、これに依拠する鈴木の見解も本文では取り上げなかった。

27) 来栖・前掲注(2)339頁。このほか、内田貴『民法Ⅱ第3版債権各論』（東京大学出版会，2011）も、起草者は登記請求権ありと考えていたと推測される、としている（227頁）。

## (2) 小倉武一の見解

小倉は、民法施行前、大審院が小作契約について対抗力を認めていたこと、単なる賃借関係ではない小作権的なものが存在したと推測し得ることを指摘した上で、次のように述べる。「にも拘らず民法はこれを債権とし『登記シテ第三者ニ対抗スルコトヲ得ルモノトスルハ毫モ妨ケナキナリ』というも、賃貸人が登記義務を負うか否かは問題としていない。あるいは当時起草者は賃貸人が登記義務を負うものと解したのかもしれないが」, 特約がなければ賃貸人は登記義務を負わないと解するのが正当とされている<sup>28)</sup> (そのような登記義務の解釈として、小谷は鳩山秀夫・日本債権法各論を引用している)<sup>29)</sup>。

文脈からすると、賃貸人の登記義務に関する下線部分は、「仮にそうであったとしても、結局、保護は否定されている」というニュアンスで書かれているように思われる。登記請求権が肯定されていた可能性を積極的に主張する文章ではないのではないだろうか。

## 4. ま と め

本論文で取り上げた範囲においてはではあるが、現行民法起草過程では、賃借権に基づく登記請求権の有無は議論されなかった。起草委員の見解を明確に示す文献もなかった。手がかりになりそうな記述はあるが、複数の推測が可能な記述であった。

## 第 3 節 学説による地震売買・建物保護法制定への同時代的評価——池田寅二郎と鳩山秀夫の見解——

池田寅二郎と鳩山秀夫は、地震売買が社会問題となり建物保護法が制定された当時、論文を公表している。賃借権に基づく登記請求権に関連しそうな記述を紹介したい。

---

28) 小倉武一『土地立法の史的考察』(農林省農業総合研究所, 昭26) 227頁。下線は筆者。

29) 小倉・前掲注(28)245頁注(8)。

## 1. 池田寅二郎「所謂地震売買ニ就テ」法協25巻12号（明40）1808頁

賃貸借は債権関係であり、賃貸人は賃借人に対して目的物を使用させる債務を負担するに過ぎない。第三者に対して債務の履行を強要できない。したがって、賃借人は、第三者たる譲受人に対して、賃借権を対抗することはできない。賃借人がこの結果を免れようとするならば、「賃貸人ノ同意ヲ得テ之ヲ登記スルノ外途ナキナリ」。

以上の池田の主張は、次のように理解できるかもしれない。賃借権に基づく登記請求権があるならば、賃貸人の同意以外にも判決による登記が可能である。池田が、判決による登記の可能性を否定する意味で、同意を得る以外に方法がないと述べているのであれば、賃借権には登記請求権がないことが前提とされていることになろう。

しかし、建物保護法の制定過程について述べたように、「事実上の障害が大きすぎて、実際には賃貸人の同意を得る以外に方法がない」との趣旨で書かれたと解することもできる。この立場からは、「外に方法がない」という強い表現は、事実上の障害が大きく、同意以外に実際には方法がないという状態を強調するために用いられたと理解することになろう。

## 2. 鳩山秀夫「借地権保護問題」法協27巻4号（明42）<sup>30)</sup>

鳩山は、建物保護法案に賛成する論者の主張を要約している。登記請求権に関係のありそうな記述を紹介したい。鳩山自身の見解ではないが、当時どのような見解があったのかを見るうえで有益と考えられる。

「登記ハ土地所有者ノ連印ヲ要シ、土地所有者ハ之等ノ権利ノ登記ニヨリ地価ノ下落センコトヲ虞レ、容易ク連印ヲ承諾セザルヲ以テ、土地所有者ト平和ナル関係ヲ維持シツヽ、登記義務ヲ履行セシメテ第三者ニ対スル対抗力ヲ取得スルハ實際上頗ル困難ナリ、本登記以外尚仮登記ノ制アリト雖モ、仮登記ノ方法ヲ採ランガ為メニハ、土地所有者ヲ相手方トシ管轄裁

---

30) この論文は、鳩山秀夫『民法研究第二巻』（岩波書店、昭5）255頁以下に収められている。以下で示す頁数は、法学協会雑誌掲載の論文のものである。

判所ニ申請シテ仮処分命令ヲ受ケ、之ヲ囑託書ニ添付シテ登記所ニ囑託スルヲ要スルモノニシテ、其所謂仮処分命令ハ執達吏ニ依リテ之ヲ土地所有者ニ送達スルコトヲ要スルヲ以テ、……地主、借地人間ニ於ケル平穩円満ナル関係ヲ維持セシムルコト能ハズ、若シ兩者間ニ敵対関係ヲ成立セシメンカ、借地人ハ頻々地代ノ増額ヲ請求セラレテ遂ニ事実上土地ノ賃借権ヲ喪失スルニ終ルベシ、要スルニ地主借地人問題ノ円満ナル関係ヲ破壊スルコトナクシテ借地人ノ権利ヲ保存スルノ方法ナキ」<sup>31)</sup>。

鳩山自身の見解は次のとおりである。

「土地所有者借地人間ノ関係ニ於テハ地上権賃借権ハ既ニ完全ニ成立シ、殊ニ土地所有者ハ登記義務ヲ有スルモノナルガ故ニ、借地人ノ権利ヲ保存スルハ土地所有者ガ有スル当然ノ義務ナリト言ハザルベカラズ、之ヲ保存スルノ道ヲ新ニ借地人ニ認メラレタリトスルモ土地所有者ハ何等新ナル不利益ヲ負担セシメラレタリトイフコトヲ得ザルナリ」<sup>32)</sup>。

鳩山の論文には、賃借権における登記請求権の否定論は登場しない。登記困難の原因としては、事実上の原因が紹介されている。また、鳩山は、借地人の権利保全は地主の「当然ノ」義務と述べている。その理由として、地上権・賃借権が完全に成立していること、「殊ニ」地主が登記義務を負うことを挙げている。ここでは、借地人の権利保全は、完全に成立した地上権・賃借権の効果、その中でも特に登記義務の効果である、と意図されているのではないだろうか。このように考えるならば、鳩山は地上権・賃借権自体から登記義務が生じると考えていた、との理解も可能ではないだろうか（ただし、後述の鳩山・日本債権法各論とは合致しない）。

#### 第 4 節 賃借権に基づく登記請求権一般の議論状況

現行民法起草過程においても、起草委員の著作においても、賃借権に基づく登記請求権は直接には論じられていなかった。賃借権に基づく登記請

---

31) 同誌555頁。

32) 同誌559-560頁。

求権は、いつ頃から明確な形で議論されるようになったのであろうか。

末弘巖太郎と鳩山の著作（後に紹介）および高窪喜八郎<sup>33)</sup>の著作には、賃借権に基づく登記請求権に関する文献が引用・紹介されている。以下において、それらの文献を辿っていくこととしたい。

## 1. 立石謙輔「不動産賃貸借ノ登記強要」明治學報121号（明41）36-37頁

立石は、賃貸人に対して登記を強要できると述べる。債権関係であり物権ではないとして強要不可とするのは、根拠のない議論であるとする。以下、その理由を紹介したい<sup>34)</sup>。

民法605条以下616条に至る規定の「作用ハ何レモ賃貸借契約ノ当然ノ効果トシテ生スル所ニシテ当事者間何等特別ノ意思表示ヲ為スヲ要セスシテ其結果ヲ法律カ付与シタルモノナリ」。605条は「登記ヲ為スコト得」とは規定していないが、文意は「登記ヲ為スコトヲ得之ヲ登記シタルトキハ云々」というものである。登記すべき旨の契約を別途必要とするものではない。不動産登記法も、賃貸借契約の存在を登記の要件としており、登記契約の存在を要件としていない。

## 2. 法曹会決議・法曹記事22巻12号（大1）1254-1255頁

### (1) 法曹会決議の意義

法曹会は、明治24年に設立された団体であり、大審院長を会長とし、司法関係者を構成員としていた<sup>35)</sup>。設立趣意書には、「広く当局者ノ疑問ヲ蒐集シ之ヲ法理ニ考ヘ實際ニ徴シ適当ノ議決ヲ為シ各自ニ其適従スル所ヲ

---

33) 高窪喜八郎編『法律学説判例総覧第二巻民法物権編下』（法律評論社、5版、大13）1118-1120頁、同編『法律学説判例総覧第四巻民法債権編各論上』（法律評論社、6版、大13）844-847頁、922-924頁、929-932頁、952-954頁。

34) 以下に紹介する理由以外にも、物権以外でも登記を強要できる法律関係が少なくないことが指摘されている。

35) 「発足当時の会員は、三六五八人（うち、高等官一五〇〇人、判任官二一〇〇人と推定されている）」だったとされる。法曹会編『法曹会史』（法曹会、昭44）16頁。

知ラシメントスル」(下線筆者)と記載されている<sup>36)</sup>。また、会則第3条は、「本会ハ法律応用ノ当否ヲ攻究シ裁判ノ実務ニ便スルヲ以テ主旨」とする、としている<sup>37)</sup>。法曹会決議は、以上の目的で行われた決議であったといえる。

賃借権に基づく登記請求権については、大正元年に決議がなされている。決議を担当した委員会(民事実体法規担当)は、主事が仕方鍛、横田秀雄、鈴木喜三郎、科員が入江良之、鈴木英太郎、山内確三郎、須賀喜三郎、池田寅二郎、であった<sup>38)</sup>。

## (2) 決議の内容

決議の対象となる問題は、林眞喜三郎(会員、川島区裁判所)より提出された。問題の内容は、「賃借権設定者ハ其契約ト同時ニ当然之カ登記ノ義務発生スルヤ若シ然リトセハ其法理御教示ヲ乞フ」というものであった。

法曹会は、「登記ハ賃貸借ノ要素ナラサルモ特別ノ意思表示ナキ限りハ登記スヘキモノトス」と決議した。以下において、決議の理由を紹介したい。

「賃貸借ハ債権関係ナルヲ以テ第六百五条ノ効力ハ登記ニ因リテ生スル特別ノ効力ニ属シ賃貸借本来ノ効力ニ非ス左レハ賃貸借契約ニ於ケル登記ノ義務ハ賃貸借自体ヨリ生スル必然ノ効果ニアラスシテ賃貸借ニ伴フ別個ノ意思表示ニ依ルモノト解セサルヘカラス然レトモ既ニ民法カ登記ヲ前提トシテ特別ノ効力ヲ付与スル以上ハ当事者カ別段ノ意思表示ヲ為ササルニ於テハ常ニ登記ヲ為スノ意思ヲ暗黙ニ表示シタルモノト認ムルヲ正当トスヘシ而シテ賃貸借契約ニ付随スル暗黙ノ意思表示ニヨリテ登記義務ヲ発生スルモノトス」。

---

36) 『法曹会史』・前掲注(35) 5頁。

37) 『法曹会史』・前掲注(35) 6頁。

38) 法曹記事22巻12号の最後の頁に記載がある。

上記決議の特徴は、① 賃貸借は債権関係であり、対抗力は賃貸借本来の効力ではないから、登記義務は賃貸借自体から生じるものではなく、別個の意思表示によって生ずる、② 民法が規定している以上、そのような別個の意思表示は常に黙示になされていると考えるべきである、とする点にある。

### (3) 上記決議の持つ意味

法曹会は、司法関係者にとって高い権威を持つ団体であったと考えられる<sup>39)</sup>。その団体において、賃貸人の登記義務の有無に関する問題がなぜ取り上げられたのであろうか。二つの可能性があると考えられる。

第一は、裁判実務において、この問題が不明確な状態にあったため、法曹会としての立場を示す必要があると判断した可能性である。第二は、賃貸人の登記義務を否定する裁判実務がなされていたために、その裁判実務を改める必要があると判断した可能性である。

もし第一の方が正しければ、地震売買と建物保護法制定当時、裁判においては、賃借権に基づく登記請求権の有無は不明確な状態にあったと推測できる。本決議は大正元年になされており、地震売買と建物保護法の制定はその5、6年ほど前の出来事だからである。

## 3. 「賃借権設定契約登記義務ノ発生」法律評論1巻（大1）（民法）569-570頁

これは、上記法曹会決議に対するコメントである。コメントは、「決議ニ賛同ヲ表スルコト能ハス」とする。ただし、特段の意思表示がない限り登記義務が認められるとする点で、法曹会決議を同じ立場に立っている。

このコメントが法曹会決議に反対する点は、法的な説明の仕方にあると思われる。法曹会決議は、登記義務は別個の意思表示に基づくとしたうえで、その意思表示は常に黙示になされているとした。このコメントもま

---

39) 決議に対する期待と実際の問題点については、『法曹会史』・前掲注(35)21頁参照。

た、当事者の通常の意味（「不動産賃貸借ヨリ生スル権利ヲ相手方ニ完全ニ取得セシメ他方モ亦タ完全ニ之ヲ取得スルノ意思」）を根拠としているから、黙示の意思表示構成と同じである。異なるのは、この意思表示を賃貸借契約と別個のものとするか否かにある。この点について、本コメントは、「不動産賃貸借ノ登記義務ハ別個ノ意思表示ニ依ル可キモノニアラス賃貸借契約ノ効果トシテ当然其登記義務ヲ発生スルモノト解スルヲ正当ト信ス」とする。

#### 4. 水口吉蔵・法律評論 3 卷（大 4）（民法）917-920 頁

水口吉蔵は、東京区裁判所の実務を批判し、賃借権の登記には合意が必要と主張した。

##### (1) 東京区裁判所の実務

当時の裁判のあり方が伺われる貴重な記述なので、以下において紹介したい。

「現今東京区裁判所カ執り来リタル實際ニ於テハ賃借権者ハ其資格ニ於テ賃貸借ヲ登記スヘキ当事者間ノ意思ノ合致アルコトヲ必要トセス他ノ仮登記仮処分命令ノ条件存スルトキハ其請求権保全ノ仮登記ヲ理由アリトシ仮処分命令ヲ発シ其登記囑託ノ手續ヲ為ス」<sup>40)</sup>。

この記述によれば、東京区裁判所では、賃借権に基づく登記請求権は肯定されていたことになる。ただし、この実務が地震売買・建物保護法制定当時すでに存在していたのか、その後形成されたのかは分からない。水口の論文の末尾には、「(ドクトルユリス水口吉蔵氏法律評論第三卷第二〇号論説二九五頁以下)」との記載があり、転載であることが窺われる。原本が地震売買・建物保護法制定当時に公表されていたのであれば、上記引用はその当時の裁判実務の記録といえる。そうであれば、賃借権に基づく登記請求権の否定は、東京の裁判実務では未だ採用されていなかったこと

---

40) 同誌（民法）917頁。



になるから、東京で深刻化していた地震売買の原因ではなかったとの推測が説得力を持つことになろう。しかし、転載か否か確認することはできなかった。

## (2) 水口の立場

水口は、「予ハ実ニ賃借権設定ニ登記請求権ヲ伴フモノニ非スト解スル者ニシテ裁判所ノ實際ト反対ノ見解ヲ有スル者ナリ」と述べ<sup>40a)</sup>、以下のように自説を主張する。

賃借権は債権であり、これよりはるかに強力な物権に対抗できないことは当然である。その不利益を回避するために、特に不動産賃貸借について登記による対抗が認められた。このような例外的措置を物権と同じように考えることはできない。賃貸人は、物を使用収益させる義務を負うだけであり、「敢テ其賃借権ヲ物権化スルノ義務」は負わない。もし登記請求権を認めるならば、「賃貸借契約ハ物権ノ設定移転ノ契約ト選フ所ナキニ至」る。また、当該不動産の売却価額も減少して、賃貸人に不利益を与えることになる。登記は賃貸人の意思に基づくべきである<sup>41)</sup>。

水口は以上のように述べたのち、地震売買について言及する。自説のように考えるならば、地震売買におけるように賃借人が苦しめられることになるが、それは立法の欠点である。弱者保護に多大な注意を払うスイス債務法であっても、登記すべき旨の合意によって登記請求権は発生するものとされている。自説によれば地震売買の弊害は大となるであろうが、それは立法の欠点によるものであって、立法的対処を待つべきである<sup>42)</sup>。

## 5. 清瀬一郎『債権各論前編』（巖松堂書店、第4版、大9）

清瀬は、登記請求権は賃貸借の効力として当然には存在せず、登記をな

---

40a) 同誌（民法）917頁。

41) 同誌（民法）920頁。

42) 同誌（民法）919-920頁。

すべき旨の特別の意思表示が必要であるとする。しかし、「既ニ民法カ登記ヲ前提トシテ不動産賃貸借ノ規定ヲ有ス以上ハ不動産ニ付キ賃貸借ヲ契約スル当事者ハ暗黙ニ之ニ登記ヲ為スノ合意ヲ為シタルモノト推定セラルルコトヲ得ヘシ」と述べる<sup>43)</sup>。清瀬は法曹会決議を参照するよう指示している。また、清瀬は、地震売買の原因について、「実際ノ状態ハ地主ニ於テ容易ニ賃貸借ノ登記ヲ為スコトヲ肯セス又借地人モ強テ之ヲ要求セサル場合多シ」と述べており、登記請求権の否定を挙げていない<sup>44)</sup>。

#### 6. 末弘厳太郎『債権各論』(有斐閣, 5 版, 大 9) 596頁<sup>45)</sup>

末弘は、特約によって初めて賃貸人の登記義務が発生すると主張した。以下、末弘の主張を紹介したい。

賃貸借登記の方法は、不動産登記法に規定されている。しかし、賃貸人は、不動産物権設定者のように、法律上当然に登記義務を負担するものではない。賃貸人の登記義務は、その発生を目的とする特約があつて初めて発生する。賃貸借は単純な債権契約であり、その効果は通常当事者のみに止まるから、当事者が別段の意思表示をしなければ、登記によって排他的効果を生じさせる意思があるとは解せないからである。建物保護法は、この点から生じる不利益を救済するために制定されたものである。

#### 7. 鳩山秀夫『日本債権法各論(中)』(岩波書店, 15版, 大10) 474頁

鳩山は、賃借権は、地上権、永小作権のように当然対外的効力を有するものではないから、特約がなければ賃貸人は登記義務を負わないと述べる。鳩山は、自分と同じ説として、末弘、水口、法曹会決議を引用してい

---

43) 同書160頁。

44) 同書161頁。

45) 同書569頁。このほか、末弘は、『物権法下巻第一分冊』(有斐閣書房, 大11)においても、賃借権に基づく登記について述べている。末弘は、賃貸人の同意が必要であるうえ、地主は登記を強化を好まず承諾を与えなかったため、地震売買が生じ、建物保護法に至ったとしている(463-464頁)。

る。法曹会決議は、登記義務について常に黙示の意思表示があるとしているから、鳩山も特約についてそのように考えている可能性がある。しかし、「常に」という点まで含めて、自説と同じと評価しているか否かは定かではない。鳩山は、反対説として、立石<sup>46)</sup>、法律評論1巻民法569頁（上記の法曹会決議のコメントと思われる）を引用している。これらの学説の特徴は、賃貸借契約とは別個の特約は不要とする点にある。それゆえ、鳩山は、特約の必要性に着目して法曹会決議を自説と同じ立場と評価したのであって、「常に」という点までは含めていなかったとの推測も可能である。

#### 8. 大審院大正10年7月11日判決および評釈

以上のように、賃貸借に基づく登記請求権については、明治40年頃から議論が始まり、登記する旨の特約の必要性をめぐる議論が展開されていく。特約不要説、特約必要説の両者が主張され、特約必要性の中には黙示の意思表示が常に認められるとの見解も存在した。

このような状況の中、大審院は特約が必要との判決を下した<sup>47)</sup>。以下に紹介したい。

「不動産ノ賃貸借ト雖モ其ノ性質ニ於テハ当事者間ニ債権関係ヲ発生スルニ止マ」る。賃貸借の登記は、法律が「一種ノ変態的拡張ヲ認ムルノ要件」であり、その要件を履践するか否かは賃貸借本来の効力の範囲に含まれない、当事者の任意の処分事項である。したがって、「賃貸借ノ登記ヲ為スコトノ特約存セサル場合ニ於テハ……賃貸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スルヲ相当トス」。

本判決について、中川善之助は、「賃借権が当然登記能力を有する権利でない事に就ては勿論異論はない」と述べている<sup>48)</sup>。

---

46) 鳩山は、明治學報「12」号と出典記載しているが、「121」号が正しいように思われる。

47) 前掲注(3)。

48) 中川善之助「判批」法協40巻3号（大11）504頁。

## おわりに

賃借権に基づく登記請求権の否定を直接指摘する発言は、建物保護法の制定過程において、存在していなかった。むしろ、賃借権と地上権は一まとまりに論じられており、登記の困難さは、両者を区別することなく論じられていた。なぜ登記が困難なのかについては、借地人は地主との円満な関係を維持せざるを得ないという事実上の障害が指摘されていた。

また、本論文で取り上げた資料からすると、地震売買が社会問題化した明治40年頃、賃借権に基づく登記請求権に関する初期の論文が公表されている。地震売買を論じた池田は、登記請求権との関わりを窺わせる記述をしつつも、登記請求権の有無自体には触れていなかった。立石は明確に登記強要を可とし、鳩山は建物保護法案を論ずる中で登記請求権の肯定を窺わせる論述をした。大正元年には法曹会決議がなされ、決議は、賃貸借契約とは別に特約が必要としつつも、そのような意思表示は常に黙示になされているとした。特約説を批判する見解も出されたが、特約説は賛同を得ていく。ただし、法曹会決議のうち、黙示の特約が通常認められるとする部分が継承されたか否かは定かではない（清瀬のみが黙示の特約の推定を主張する）<sup>49)</sup>。その後、大正10年の大審院判決が出された。

---

49) 高島平蔵は、法曹会決議を引用しつつ、特約を広く認めることで賃借人保護を図ることが可能であろうと指摘する（遠藤浩編『基本法コンメンタール債権各論Ⅰ（契約）〔第4版〕』（日本評論社、1995）〔高島平蔵〕149頁）。また、我妻栄・有泉亨補訂『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店、1983）は、「賃貸借の場合も含め借地契約には一般に地主の登記協力義務が含まれていると解することも考えられる」と述べている（363頁）。これは、法的構成の点では特約説とは異なるが、黙示の意思表示を認める点では共通する。ただし、この記述は、有泉補訂による新版で挿入されており、それ以前の版には存在しない（我妻栄『物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店、昭7）221頁、同『物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店、改版、昭27）246頁）。我妻は、初版の段階から、賃借権において地主に登記義務がないと述べている（初版201頁）。また、民法605条に関する記述においては、登記は賃貸人の任意とされている（我妻栄『債権各論中巻一』（岩波書店、1957）452頁）。

以上の経緯については、二つの理解の仕方が可能であると思われる。第一は、登記請求権否定論は、少なくとも地震売買・建物保護法制定当時においては、未だ確立した法理にはなっていなかった、との理解である。もしそうであるならば、賃借権の登記が、そのような未確立の法理に基づいて困難になっていたとは考えにくい。

第二は、明治40年頃から登記請求権を肯定する見解が登場したのは、地震売買や建物保護法の制定を受け、それ以前の登記請求権否定論を克服するためだった、との理解である。本論文では、明治32年の不動産登記法の制定過程や同法の解説書の内容等、地震売買以前の議論を明らかにできず、上記の理解の可能性を否定できない。本論文において言えることは、建物保護法の制定過程で登記請求権について明確な指摘がなされていないことや、明治40年頃から公表される論文がそれ以前の状態として登記請求権否定論に言及していないことからすると、第二の可能性は小さいのではないか、ということに留まる。

本論文で検討した資料に基づく限りにおいては、地震売買・建物保護法制定当時、賃借権に基づく登記請求権の否定は、登記困難の原因とは意識されていなかった可能性がある。その意味で、賃借権に基づく登記請求権の否定が地震売買の原因だったか否かは、定かではないと結論すべきものと思われる。

### 【参考資料】

立石謙輔・明治學報121号（明41）36-37頁（旧字体は現在の字体に変更）  
質疑

◎不動産賃貸借ノ登記強要

校外生 太田正気

不動産ノ賃借人ハ賃貸人ニ対シ其登記ヲ強要スルコトヲ得サルカ  
解答 法学士 立石謙輔

賃貸借ノ登記ニ関スル民法ノ規定ハ単ニ第六百五条ニ於テ「不動産ノ賃貸

借ハ之ヲ登記シタルトキハ爾後其不動産ニ付キ物権ヲ取得シタルモノニ対シテ其効力ヲ生ス」トアルノミニシテ賃貸借関係ハ第六百一条ノ規定ニヨリ明カナルカ如ク債権関係タルニ過キサカ故ニ物権ノ得喪変更ニ関シ第七十七條ニ於テ其對抗要件トシテ登記ノ制ヲ設ケタルトハ同一ニ論スルコト能ハス物権ノ取喪変更ニ関シテハ登記ハ当然ニ其（ここで頁変え一筆者）對抗要件ナルカ故ニ物権ニ関スル法律行為ノ結果ハ当然ニ登記ヲ伴フモノト云フヘク当事者ハ何等特別ノ契約ノ契約ヲ為サ、ルモ登記ヲ強要シ得ルコトハ論ナキ所ナリ然ルニ賃貸借ハ債権関係ナリ従テ第七十七條ハ当然ニ其適用アリト謂フヲ得ヘカラサルナリ、爰ニ於テカ賃借人カ其賃借権ヲ登記セント欲セハ賃借人ノ任意ノ承諾ヲ得ルヲ必要トスト謂フ議論ヲ生ス本質疑ノ提出セラレタル亦同一ノ理由ニ基クモノナルヘシ然レトモ解答者ノ考フル所ニ因レハ賃借人ハ賃借人ニ対シ其登記ヲ強要シ得ルモノト信ス賃貸法ハ素ヨリ債権関係ニシテ物権ニハアラス然レトモ物権ニアラサルカ故ニ登記ヲ強要スルヲ得スト謂フハ根拠ナキ議論ナリ物権ニ非ラスシテ登記ヲ強要シ得ル法律関係ハ賃貸借以外ニモ其例少シトセス、賃貸借ニ関スル民法第六百五條ハ賃貸借ノ効力ニ関スル規定ナリ同條以下第六百十六條ニ至ル規定ノ作用ハ何レモ賃貸借契約ノ当然ノ効果トシテ生スル所ニシテ当事者間何等特別ノ意思表示ヲ為スヲ要セスシテ其結果ヲ法律カ付与シタルモノナリ第六百五條ハ単ニ「登記シタルトキハ云々ト」アリテ「登記ヲ為スコト得」ト規定セサリシト雖モ其文意ハ「不動産ノ賃貸借ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ為スコトヲ得之ヲ登記シタルトキハ云々」ト謂フニ在ルヘキカ故ニ賃貸借契約ヲ為シタルトキハ其当事者ハ其効果トシテ当然ニ登記ニ関スル權利ヲ有シ義務ヲ負担スルモノニシテ更ラニ其後又ハ契約ト同時ニ登記ヲ為スヘキ契約ヲ為スノ必要ヲ認メサルナリ、又之ヲ不動産登記法ニ徴スルモ賃貸借ノ登記手續ハ一般ノ物権ニ関スル法律行為ノ登記手續ト同一ノ取扱ヲ為シ賃貸借契約ノ存在ヲ登記ノ要件トスレトモ賃貸借登記契約ノ存在ヲ其要件ト為サ、ルナリ是レ解答者カ本質疑ニ対シ積極的ノ解答ヲ与フル所以ナリ