主 本件上告を棄却する。 上告費用は上告人等の負担とする。 理 由

上告代理人の上告理由は別紙の通りである。

上告理由第一点及第三点について、

原判決事実摘示によれば上告人等は「原判決添付目録記載の地上権は上告人馨の 亡父訴外Aが明治三十五年四月十七日、当時原判決添付目録記載の土地の所有者であった訴外先々代Bとの間の契約によって設定を受けたもので両者懇親の間柄であ つた関係から一応形式的に存続期間を明治四十年四月十六日迄の五ケ年と定めたが 其の期間満了の際右AとBは合意の上存続期間の定のない地上権に変更し尓後その まま存続して来たところ昭和十六年三月十日借地法が右土地にも適用されることに なり同法第十七条、第十八条により右地上権の存続期間は明治三十五年四月十七日 から起算して二十年毎に契約を更新したものと看做され現在右地上権は昭和三十七年四月十六日迄存続するものとなつたのである、存続期間の定のない地上権に変更した明治四十年四月十七日から起算すると昭和四十二年四月十六日迄存続すること になる、契約を以て存続期間を変更しても地上権自体の同一性については変更がな いのである」と主張しているのであつて其の主張の要旨は明治三十五年四月十七日 に設定された地上権は同一性を維持して現存し将来も昭和三十七年四月十六日迄 (又は昭和四十二年四月十六日迄) 存続するという趣旨であることは明かである、 右の主張中「一応形式的に存続期間を定めた」との主張は本件地上権は設定当初か ら存続期間の定なき地上権であつたとの主張と解すべく、「其の期間満了の際Aと Bは合意の上存続期間の定のない地上権に変更した」との主張は若し裁判所の審理 の結果本件地上権は設定当初から存続期間の定のなかつた地上権ではなく設定当初 は五ケ年の存続期間を定めた地上権であつたことが発見せられるならば其の約定期 間満了の際当事者の合意によつて存続期間の定のない地上権に変更したとの主張と 解せられる、そして此の点に関する被上告人の主張は「右地上権の存続期間は其の 設定契約によつて明治三十五年四月十七日から明治四十年四月十六日迄と定められ ていたものであるから既に期間経過のもので地上権としてはもはや存続しないもの である、右地上権が明治四十年四月十七日以降存続期間の定のない地上権に変更せ られて存続したということは否認する」と陳述している、従つて(一)本件地上権 は設定当初存続期間を定めた地上権であつたのかどうかの点及(二)設定当初存続 期間を定めた地上権であつたならば其の存続期間の満了によつて消滅したかどうか 即ち被上告人の主張するように期間満了によつて消滅したのではなく上告人等の主 張するように期間満了の際当事者の合意によつて存続期間の定のない地上権に変更 でれて存続せしめられたかどうかが争点になっているものと謂はなければならない、原判決理由の説明が此の争点について「上告人等は右地上権の存続期間を明治 三十五年四月十七日から明治四十年四月十六日迄としたのは設定契約者であった訴 外先々代Bと訴外Aとが懇親の間柄であつたため一応形式的に定めたに過ぎないものであると主張するが上告人等の全立証によるもこのような事実を認めることがで きない」と判示したのは即ち(一)の争点について本件地上権は設定当時設定契約 によつて存続期間を明治四十年四月十六日迄と定めた存続期間の定のあつた地上権 であると認定したものと解せられる、そこで(二)の争点即ち然らば本件地上権は右存続期間の満了によつて消滅したかどうかの点については原判決理由の全文を精読するも之については何等の判断を下していない、原判決理由は「仮に上告人等主法を表現していない。 張(期間満了の際存続期間の定のない地上権に変更せられそれが現存しているとい う主張)のように共の事実があり変更前の地上権と変更後の地上権とが同一性を有 するとしても」と説明して右事実上の争点即ち約定期間の満了によつて消滅したの か或は期間満了当時合意上存続期間の定のない地上権に変更して存続せしめたかど うかの判断を省略しているのである、原判決の理由に「昭和二十三年二月二十五日本件土地の所有者となつた被上告人に対する関係において同地上の原判決添付目録 記載の地上権は存続期限である明治四十年四月十六日の経過と共に消滅したと謂う の外なく、従つて右消滅した地上権につき為された本件各登記は孰れも存続を許さ ないものであり且被上告人としては自己に対抗出来ない右地上権の登記の抹消を求 めるに付利益を有すること自明であるから」被上告人は本件各登記の抹消請求権を 有するとの結論が示されている、然し右は「被上告人に対する関係において」と説 明し又理由の其の他の部分で「変更前の地上権についての登記を以てそのまま変更 後の地上権の登記として有効とすることはできないものと断ずるから」と説明し或

は「建物保護に関する法律に依り地上権の対抗力があるとしても其の対抗力を以て本件登記の対抗力とすることは出来ない」と説明している点から見て原判決の結論の要旨は仮に上告人等の主張するように明治四十年四月十六日迄の期間満了の際当事者の合意によつて存続期間の定のない地上権に変更せられ其の同一の地上権が現存しているとしてもそのような変更の登記はないのであるから第三者たる被上告人に対する関係において登記せられている明治四十年四月十六日迄なる存続期間の経過により本件地上権は消滅したものと謂はざるを得ないという民法第百七十七条の解釈説明を為しているのであつて果して上告人等の主張するような存続期間の合意上の変更があつて存続しているのか或はそのような合意上の変更はなくて約定通り期間の満了によつて消滅したのかの事実上の争点に対する判断を省略していることは明かである。

そこで果して原判決の謂う如く若し上告人等の主張するように本件地上権は其の存続期間の満了の際当事者の合意によつて存続期間の定のない地上権に変更せられ それが同一性を有して現存しているとしても被上告人は本件地上権設定登記及相 続、贈与による取得登記の凡てを抹消すべき請求権があるかどうかを考えて見よ う、

本件地上権は上告人等主張の事実の存在及地上権の同一を前提するならば存続期 間の変更の登記がしてないからといつて「登記簿に登記されている存続期間である 明治四十年四月十六日の経過と共に登記簿上消滅する」とか或は「本件地上権は登 記されている存続期間の満了により明治四十年四日十六日に被上告人に対する関係 において消滅する」とかいうことはあり得ない、即ち上告人等主張の事実及権利の 同一を前提すれば存続期間の変更の登記はしていなくても本件土地につき本件地上 権と相容れない権利の取得者が現実に現れない限り本件地上権は当事者間でも第三 者関係でも消滅しないのである、第三者たる被上告人が本件土地につき本件地上権 と相容れない権利を取得したときに本件地上権は消滅するのである、然るに被上告 人は明治四十年四月十六日当時本件土地につき何等の権利を取得していないから右 同日に被上告人に対する関係において本件地上権が消滅するということはあり得な い、被上告人は昭和二十三年二月二十五日売買によりて本件土地の所有権を取得し 且同月二十七日所有権取得の登記を経由したことは原判決事実摘示によれば当事者 間争がない、然しこの被上告人の本件土地の所有権の取得は本件土地につき少しも 本件地上権と相容れない権利を取得したのではない、即ち上告人等の主張通り上告 人Cが本件地上権のある地上に登記した建物を所有するのであれば建物保護に関す る法律により本件土地の所有権を取得した被上告人は存続期間を変更したことの登 記がなくても本件地上権の設定者が拘束されていた法律関係の承継人として法律上 取扱はれるのであるから被上告人は何等本件地上権と相容れない権利を取得したの ではないのである、従つて上告人等主張の事実の存在及権利の同一を前提とすれば本件地上権は原判決の謂う如く「被控訴人に対する関係において消滅した」という とは未だかつてないのである、又原判決は「建物保護に関する法律に依り地上権対はカスキュトレスナサの対抗力を対策力である。 の対抗力であるとしても其の対抗力を以て本件登記の対抗力とすることは出来な とか或は「被上告人としては自己に対抗出来ない本件登記の抹消を求めるに付 き利益を有する」とかの説明をしているが本件登記の抹消は本件地上権が実体的に 消滅したことの証明がない限り之を求め得べきではない、之を要するに上告人等主 張の事実の存在及同一の地上権の現存を前提とすれば建物保護に関する法律により 存続期間の変更の登記はしてなくても被上告人は本件地上権の現存を否認し得ない ものであるから其の設定登記、相続、贈与による取得登記の抹消登記請求権を有す るものではない、それのみか地上権は賃借権とは異り物権であるから権利者は法律 上当然に物権の実体的変動の態様に符合するよう変更登記請求権を有するものであ り従つて若し上告人等の主張事実及地上権の同一を前提すれば上告人Cは期間の変 更登記請求権を有するのであり且被上告人は建物保護に関する法律上地上権設定者 の法律上の地位の承継人として取扱はれるのであるから右の変更登記請求に協力す る義務を有するのであつて本件登記の抹消請求権を有するが如きことは到底あり得 ないのである。

以上の如く原判決が上告人等の主張事実及地上権の同一を前提しながら被上告人の本訴請求を認容したのは民法第百七十七条、建物保護に関する法律の解釈適用を誤つた違法があるので原判決を破毀して上告人等主張の事実の有無の審理の為め本件を原裁判所に差戻すべきかどうかを考える。

第一段に説明したように原判決は存続期間の合意上の変更があつたのかどうか、 約定期間の満了によつて消滅したのかどうか、或は其の他の何時かの日に消滅した のかどうかという事実上の判断を省略しているのであるから此の点については原判 決に確定した事実はないのであるから上告裁判所が覊束されるものはないのであ る。

こで上告人等の同一の地上権が現存しているとの主張を検討する、上告人等は 本件地上権は借地法第十七条第十八条により更新されて現在右地上権は昭和三十七 年四月十六日迄(又は昭和四十二年四月十六日迄)存続しそれは同一の地上権であ ると主張する、此の借地法による更新の前後を通じて同一の地上権であるとの主張 は上告人等の法律判断の主張であつて事実の主張ではないから当裁判所が法律の解 釈を示してそれが同一であるか別異であるかを判断し得るわけである、そこで借地 法によつて更新される地上権が前後同一であるかどうかを考えるに昭和十六年三月 十日本件地上権も借地法の適用を受けることになり当事者間の契約の如何に拘らず 地上権の最短期間が法定されることになった、其の第十七条は建物の所有を目的と する地上権につき存続期間の定なき場合において借地法施行前二十年以上を経過し ているものは当事者が二十年毎に契約を更新したものと看做し借地法施行後の残存期間を算定すべきものとしている、従つて上告人等の張するように存続期間の定のないものに変更して存続せしめて来たものであれば本 件地上権は当初設定された明治三十五年四月十七日から二十年を経過した大正十 年四月十七日に更新され更に其の後二十年間存続するものとされるから其の満了日 は昭和十七年四月十六日である、即ち借地法が本件地上権に施行された結果其の施 行日なる昭和十六年三月十日以降は本件地上権は一年一ケ月余の存続に過ぎないの である、右の如く借地法施行により存続期間の定のなかつた地上権が同法施行後の 残存期間を法定されたことになった結果その地上権はAに当初に設定された地上権と同一のものであるかどうかというに前記の如く一度更新されるから更新前の地上権と更新後の地上権は同一ではないようにも思える、然し借地法第十七条が「二十 年毎に更新したものと看做し」というのは借地法施行前から存続する地上権であつ て存続期間の定のないものについて借地法施行後の最短の残存期間を法定する為め の算定方法を示したのに過ぎないのであつて既に当事者が同一の地上権として存続 せしめる意思で継続していたものを二十年毎に別個の地上権になつたものとすると いう趣旨ではないから同一の地上権の存続と見るのが相当である、従つて上告人等 が主張するようにAが明治三十五年四月十七日設定を受けた地上権は其の存続期間の満了する明治四十年四月十六日当時当事者の合意によって存続期間の定なき地上 権に変更し其のまま継続してきたのであれば共の主張事実自体から右設定された地 上権は借地法の施行の結果同法施行後の残存最短期間を法定され昭和十七年四月十 六日期間満了により消滅したと謂はざるを得ない、既に本件地上権の消滅が上告人 等の主張事実自体により明かである以上被上告人が本件地上権の凡ての登記を抹消 すべきことを請求するのは理由あるに帰し之を認容しなければならぬ、従つて本件 は之を原審に差戻して上告人等の主張事実の存否を審理する必要はなく原判決は法令の解釈適用を誤った違法はあるが結局被上告人の請求を認容したのは正当であつ て前記の違法は判決に影響あるものではないから本件上告は之を棄却すべきであ

上告人等は同一の地上権が借地法第十七条第十八条により更新されて昭和三十七年四月十六日迄(又は昭和四十二年四月十六日迄)存続すると主張する和此一主張中四月十七日(又は昭和二十二年四月十七日)更新されて昭和二十二年四月十七日)更新されて昭和二十二年四月十七日)の更新は同子で記述明和四十二年四月十七日)の更新は同子で記述明から主張に外がであるがら其の更新は同法第十七条に謂う更がは問法によりの更新は同法第十七条に謂う正とは明かである「要」とは明新であるがら其の更新を主張するものである「要」とは明かである第一人等が同法第十八条を引用しているのは右の趣旨に解されるり設定者の意思如に記述が形式的に設定せられる新たなのは右の趣旨によりま者の意思を記述が表により記述者の意思を記述が表により記述者の意思を記述が表により記述者のの地上権と更新新後の本語が正式によい、借地法第六条により更に設定したものと看るのであるに従前の地上権の期間が延長されて存続するのであるに対していると主張する地上権は明治三十五年四月十七日に設定された地上権についての登記の抹消を求むるによりて消滅し新たに別個の地上権が設定されるのである。

上告論旨第二点について

関する基本的設定登記が存する以上借地法の適用に伴う存続期間の変更はその登記 がなくても之を以て第三者に対抗することが出来るのであつて本件登記が抹消さる べき理由がないと謂うに在るけれども、上告人等が借地法り適用によつて昭和三十 七年四月十六日(若くは昭和四十二年四月十六日)迄存続すると主張する現存の借 地権は上告論旨第一、第三点について説明したように上告人等の主張事実自体から 明治三十五年四月十六日に設定された本件地上権とは別個の地上権であることが明 かであり朋治三十五年四月十六日に設定された地上権は上告人等の主張事実自体か ら借地法の施行により昭和十七年四月十六日期間満了により消滅したことが明かで あるからそれにつき為されている設定登記、取得登記は抹消さるべきであり上告論 旨は理由がない、上告人Cは昭和十七年四月十七日新たに設定され現に之を有して いる地上権の設定登記を請求すればよいのである。

上告論旨第四点について、 論旨は原審の専権に属する事実の認定を非難するもので上告適法の理由とならな い、原審が経験則を無視し採証の原則を誤つたとは上告人等独自の見解で採用し難

上告論旨第五点について、

上告論旨第一、第三点について説明したように原判決理由の説明によれば原判決 は法令の適用解釈を誤つた違法があるけれども此の違法は原判決に影響はなく、明 治三十五年四月十七日に設定された地上権は上告人等の主張事実自体から既に期間 満了により消滅していることが明かであるから其の設定登記及取得登記の凡ては抹 消せらるべきであり論旨は理由がない。

其の他原判決を破毀すべき瑕疵はない。 以上の如く本件上告は理由がないから之を棄却すべく民事訴訟法第三百九十六 条、第三百八十四条、第九十五条、第八十九条、第九十三条に従い主文の如く判決

(裁判長裁判官 中島奨 裁判官 石谷三郎 裁判官 県宏)