

主 文  
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警の  
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  
あつた訴外先々代Bとの間の契約によつて設定を受けたもので両者懇親の間柄であ  
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ヶ年とし、後  
其の期間満了の際右AとBは合意の上存続期間の定ない地上権にも適用され、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、昭和  
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、現存する地上権は昭和  
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  
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  
いのである」と主張しているも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)存続するといふ趣旨であること、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ない地上権でなければ其の約定  
は五ヶ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なければ其の  
期間満了の際当事者の合意によつて存続期間の定ない地上権に変更したとの  
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  
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  
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ない地上  
権に變更せられて存続したといふことは否認する」と陳述している、従つて  
は設定当初存続期間を定めた地上権であつたかどうかの点及(二)設定当初  
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  
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  
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ない地上  
されて存続せしめられたかどうかの争点になつていゝもの、所謂はなけれ  
ばならぬ、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  
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  
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  
のであると主張するが上告人等の全立証によるもこのやうな事実を認め  
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  
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  
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  
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  
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  
張(期間満了の際存続期間の定ない地上権に変更せられそれが現存して  
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  
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  
か或は期間満了当時合意上存続期間の定ない地上権に変更して存続せし  
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  
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  
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  
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  
ないものであり且被上告人としては自己に對抗出来な右地上権の登記  
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  
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  
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  
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

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其の対抗力を以て本件登記の対抗力とすることには出来ない」と説明して四月十日迄の期間満了の際当該の要旨は仮に上告人等の主張するよう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い登記は明治四十年四月十日迄な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七百七十七條の意を以て、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期間の満了によつて消滅したのかの事実上の争点に對する判断を省略しては明かである。

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ならば存続期間の満了の際当該の合意によつて存続期間の定め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續、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へて見よ

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「登記簿に登記されたと共に登記簿上消滅する」とか「被上告人等主張の事実の存在及地上権の同一を前提すれば存続期間の変更の登記はしてない限り本件地上権は当事者間でも第三者と相容れない権利の取得者が現実に現れなない限り本件地上権は当事者間でも第三者と相容れない権利を取得したとき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は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ふことはあり得ない、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」といふこ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には出来ない」とか或は「被上告人としては自己に對抗出来ない本件登記の抹消を求め付しき利益を有する」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、相續、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變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七百七十七條、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爲め本件を原裁判所に差戻すべきかどうかを考へる。

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羈束されるものはないのである。

そ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、此の主張は昭和十七年四月十七日（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）存続するという主張に外ならない、そして昭和十七年四月十七日（又は昭和二十二年四月十七日）の更新は既に借地法施行後の更新であるから其の更新は同法第十七条に謂う更新ではなくて同法第十八条第四第五による更新を主張するものである<要旨>ことは明かである、上告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、同法第四第五による<要旨>更新は地上権者の更新請求という意味表示により設定者の意思如何を問はず形式的に設定せられる新たな地上権、若しくは当事者の合意により新たに設定せられる地上権であるから同法第四第五による更新前の地上権と更新後の地上権は同一ではない、借地法第六条により更に設定したものと看做される地上権も亦従前の地上権とは同一ではなく法律上新たな地上権が設定されるのである、要するに従前の地上権の期間が延長されて存続するのではなく従前の地上権は期間満了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、即ち上告人等が現存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ではないから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被上告人の本訴請求を拒否し得ないのである。

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、此の主張は昭和十七年四月十七日（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）存続するという主張に外ならない、そして昭和十七年四月十七日（又は昭和二十二年四月十七日）の更新は既に借地法施行後の更新であるから其の更新は同法第十七条に謂う更新ではなくて同法第十八条第四第五による更新を主張するものである<要旨>ことは明かである、上告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、同法第四第五による<要旨>更新は地上権者の更新請求という意味表示により設定者の意思如何を問はず形式的に設定せられる新たな地上権、若しくは当事者の合意により新たに設定せられる地上権であるから同法第四第五による更新前の地上権と更新後の地上権は同一ではない、借地法第六条により更に設定したものと看做される地上権も亦従前の地上権とは同一ではなく法律上新たな地上権が設定されるのである、要するに従前の地上権の期間が延長されて存続するのではなく従前の地上権は期間満了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、即ち上告人等が現存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ではないから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被上告人の本訴請求を拒否し得ないのである。

上告論旨第二点について

論旨は要するに借地法の規定によつて定まる存続期間に関する限りその借地権に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と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れるべき理由がないと謂うに在るけれども、上告人等が借地法に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明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、取得登記は抹消され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い。

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する。

（裁判長裁判官 中島奨 裁判官 石谷三郎 裁判官 梶宏）