

土地建物の占有と建物買取請求権

Possession of Land and Buildings and Right to Request Purchase of Buildings

(初出・平成 24 年 (2012 年) 3 月刊明治大学法科大学院論集第 10 号
303～344 頁)

元横浜地裁所長・東京高裁部総括判事
浅生重機

はじめに

私は、「建物の占有と土地の占有」と題して、先に判例タイムズ誌上 (1321号20頁以下) に論文を発表した。私は、上記論文で、土地上に建物があり、その建物の占有者がある場合に、建物占有者は、土地を占有していると評価すべきかについて論じ、建物の占有は即土地の占有であるとする占有肯定説を批判し、建物の占有は通常は土地の占有ではないが、建物を収去すべき場合に限り土地の占有と評価されるとする、限定的占有説を提示した。

今回の論文は、その続編であり、主に、次のような点について、検討を加えるものである。

(1) 土地建物の売買契約など、建物敷地の引渡しの方法が問題となる場面で、占有肯定説のいう建物占有による土地占有の考え方が採用されているか。

(2) 占有肯定説のいう建物占有による土地占有は、契約法上、法的に保護されるか。保護されないとすれば、それは何故なのか。

(3) 占有肯定説を採用すると、建物賃借人は保護されるか。

(4) 建物収去土地明渡請求訴訟で、建物買取請求権が行使された場合に、占有肯定説と限定的占有説では、どのような判決をすることと

なるのか。また、その判決の効力はどのような内容のものとなるか。

(5) 建物収去土地明渡の判決確定後に、被告が、建物買取請求権を使用した場合、前の判決により、原告が建物退去土地明渡の強制執行をすることができるか。

(6) 建物収去土地明渡の判決確定後に、被告が、建物買取請求権を使用した場合、被告は、請求異議訴訟を起こさなければ強制執行を受ける立場に立つか。

(7) 建物収去土地明渡の判決確定後に、被告が、建物買取請求権を使用した場合、被告が起こす請求異議訴訟の内容は、上記の2説でどのような内容となるか。

(8) 占有肯定説のメリットはあるか。ディメリットはどうか。

I 占有肯定説と限定的占有説の概要

占有肯定説と限定的占有説を改めて紹介しよう。

建物占有者は、土地を占有しているのか。この点については、周知のように、占有肯定説（注1）と占有否定説（注2）がある。私は、このうちの占有否定説に近い、限定的占有説が正当であると考えている。

すなわち、占有肯定説は、建物の存立のためにはその敷地として土地が必要なのであるから、建物占有者は、土地を占有していると主張する。これに対して占有否定説は、土地を占有しているのは、建物であり、建物占有者の占有は、建物所有者の土地占有に包含されていて、それとは独立に土地を占有するものではないとして、建物占有者には、土地の占有はないと主張する。

私は、建物所有者に土地の占有権原があり建物の収去義務がない場合には、土地を占有しているのは建物であり、建物の利用に必然的に伴う土地の利用は、建物による土地の占有に吸収されて、土地の占有に直接の影響を与えない。したがって、その場合には、建物占有者の土地

利用は、土地の占有として評価されない。これに対して、建物所有者が建物の収去義務を負っている場合には、建物の占有は、建物の収去を妨げ、それによって、土地所有者の土地の占有の回復を直接妨害する。そこで、その場合に限って、土地を占有しているものと評価すべきである、このように考えている。この考え方を便宜上、限定的占有説と名付ける（注3）。

Ⅱ 各種の契約における建物敷地の引渡しの方法

1 土地建物の売買と建物敷地の引渡しの方法

（1） 問題の所在

土地の上に建物がある場合、その建物の敷地である土地については、建物所有者が占有している。占有肯定説でも、限定的占有説でも、この点は、同じである。ところが、占有肯定説では、建物敷地の占有者としては、建物所有者のほかに、建物の占有者があるという。しかも、その建物占有による敷地の占有は、敷地所有者が、建物を所有し、その結果、敷地所有者が建物所有による敷地の占有を取得している場合においても、なお、それとは別に存続し、敷地所有者は、建物占有者に対して、建物退去土地明渡請求権を有するという。

そこで、問題となるのは、土地建物の売買においては、買い主は、売り主に対して、建物敷地の引渡しを求めるために、売買契約上の請求権として、建物退去土地明渡の請求権を有するか否かということとなる。

（2） 売買実務及び訴訟実務の実際

土地建物の売買契約書において、建物敷地の引渡しについて、建物退去土地明渡の合意といった特段の合意がされることはまずない。売

買契約の成立によって、建物所有権は、売買当事者間で移転するのであり（民法 176 条。不動産の売買契約書では、代金支払いと同時に所有権を移転する旨の合意があることが多いが、その場合は、代金支払時に当然に移転する。）、これにより、買い主は、建物敷地の占有者にならざるを得ない。そこで、買い主は、建物敷地の占有を取得するために、別途合意をする必要性を感じないのである。そして、建物の引渡しについては、買い主は、売り主に対して、売買契約上の請求権として有するのであるから、それで十分であって、別に、建物の引渡しや建物敷地の引渡しを受けるために、建物退去土地明渡の請求権に頼る必要性を感じないのである（注 4）。

このことは、訴訟実務においても同じであり、売買契約の効果として、建物敷地の占有を得た買い主は、土地建物の所有権の取得を第三者に対抗するため、買い主に対して、土地建物の所有権移転登記手続の請求をする必要と、建物の引渡しを受けるために、買い主に対して建物の引渡しの請求をする必要を感じてはいるが、建物敷地の占有をまだ得ていないとは考えず、建物敷地の引渡しを求めるために、建物退去土地明渡の請求をするという者は、まず、いないといってよいであろう。

実は、学生向けの教材であるロースクール民訴法の第 2 版（313 頁）及び第 3 版までは、占有肯定説により記述し、土地建物の売買あるいはその売買契約が解除された場合の、土地と建物の引渡の方法は、建物退去土地明渡であると記載していたが、私が、その記述の不合理的な点を指摘した結果、ロースクール民訴法第 3 版補訂版（325 頁）以降は、土地（ただし、建物敷地以外の土地である。（注 5））の引渡しと建物の引渡しという、正しい記述に改められた。

2 借地上の建物の売買と建物敷地の引渡しの方法

(1) 問題の所在

借地上の建物を、借地権付きで売買し、売り主が買い主に建物の敷地を引き渡すべき義務がある場合（注6）に、その引渡しの方法として、売り主が建物の所有権を売買契約により買い主に移転するほかに、敷地の引渡しとして、売り主が建物退去土地明渡の契約上の義務を負うかという問題もある。

占有肯定説では、建物の占有者は、敷地を占有しており、その占有を移転する方法は、建物退去土地明渡であるというのであるから、上記の契約上の義務があつてしかるべきであるが、どうであろうか。

(2) 借地権付き建物の売買の実務及び訴訟実務の実際

借地権付き売買の場合も、土地建物の売買の場合と違いはない。すなわち、売買契約の効果として、建物所有権の移転が生じると、敷地の占有も法律上当然にそれに伴い移転するので、買い主には、すでに敷地の占有がある。そこで、契約上、売り主に、建物退去土地明渡の債務が発生することもなければ、買い主が、そのような建物退去土地明渡しを売り主に対して、訴求することもないのが実情である。

3 建物買取請求権が行使される場合の建物敷地の引渡しの方法

(1) 問題の所在

借地上の建物が売買されたが、借地権の譲渡・転貸について、賃貸人の承諾がない場合、借地上建物の譲受人が、建物買取請求権を行使すると、建物の売買契約の成立が法律上擬制される。この場合に、擬制される売買の当事者間で、建物敷地の引渡しは、どのような方法でされるのであろうか。

占有肯定説では、建物の占有者は、敷地を占有しており、その占有を移転する方法は、建物退去土地明渡であるというのであるから、擬制される建物売買の当事者間でも、建物退去土地明渡の契約上の義務が

あってしかるべきであるが、どうであろうか。

(2) 法的な結論

建物買取請求権により成立する売買は、建物を対象とするものであり、借地権などの他の権利を対象とするものではない。そこで、その売買契約の効果として、売買当事者の間で、建物敷地の引渡し債務が生じるということは考えがたい。そして、借地上建物の譲受人と、土地の賃貸人との間には土地の賃貸借等の契約関係はないから、賃貸借契約などの契約上の請求権として、両名の間には、建物敷地を引き渡すべき債務が生じるとも考えがたい。この結論は、たとえ、占有肯定説をとっても、変わらないと考えられる。

それでは、買取請求権が行使されると、建物敷地の占有は、どのように変化するのであろうか。それは、買取請求権行使の結果、法律上擬制される建物売買の法律効果として、建物所有権が土地賃貸人に移転し、それに伴い敷地の占有も当然に土地賃貸人に移転すると考えられる。そこで、敷地の引渡し行為それ自体をするまでもないことになると考えられ、その結論は、限定的占有説の考え方に一致しており、その間に、なんらの不整合もない。

これに対して、占有肯定説では、建物所有権が土地賃貸人に移転しても、建物占有者に土地の占有があるといい、その立場に立てば、買取請求権の行使により成立する売買の売り主には、建物占有者から、土地賃貸人への、建物退去土地明渡が実現するように、契約上の債務が発生するというべきことになる。しかし、上記のように、その債務の発生を根拠づける、法理論を見いだすことはできないように思われる。

Ⅲ 建物占有による土地占有とその法的保護

(1) 契約法による法的保護の存否

以上Ⅱの1ないし3において、検討した結果によれば、占有肯定説では、建物の所有権が売買契約で移転し買い主側に建物所有による土

地の占有が移転しても、なお、建物占有による土地占有が売り主側に存続しており、売り主は、その占有を買い主側に移転するべきであるのに、その占有移転、すなわち、引渡しの方法である建物退去土地明渡の請求権は、契約の効力として、認められることはないのであった。とすると、占有肯定説が認める建物占有による土地占有は、契約法上、法的保護の対象となっていないということになる。

（２）何故法的に保護されないのか。

それでは、何故、建物占有による土地占有は、契約法上保護されないのでしょうか。私は、それは、次のような理由によるのであると考える。

占有とは、占めるという言葉が用いられているように、他人を排除して目的物を支配することを意味する概念である、と同時に、占有は、目的物の利用を保護する概念でもある。

建物を所有して土地を占有しているという場合には、建物という物理的な存在がある以上、それによって他人は、その敷地を支配することが全く出来なくなる。他人を排除する程度は最高度のものとなる。また、通常の利用のあり方としても、土地の上に建物を建てて、土地を利用することは、経済的な利潤のあげ方としては、最高度の利用形態である。そこで、建物を所有して土地を占有しているという占有は、他人排除及び利用の保護という観点からは、最高度の占有であるといえる。

土地の上に、そのような最高度の占有があるときに、それとは独立に、相互に排除しあう、別の土地の占有が成り立つとすれば、それは、例えば、土地上の建物の上空の空間の占有をするという場合や、土地の地下の空間を占有するということを、想定するほかないであろう。なぜなら、当該の建物が占める空間においては、当該の建物と物理的に両立する有体物は存置できないからである。

そこで、占有肯定説のように、地上の建物の占有が土地の占有であ

るといってみても、その建物占有による土地占有は、建物所有による土地占有とは、独立した占有であるとはいえないことになる。すなわち、それらの占有は、占有という以上相互に排除しあう関係にあるはずであるのに、そうではなく、排除しあわないことが明らかであり、むしろ、建物占有による土地占有といっても、建物所有による土地占有の一部を構成する占有であるというほかない。

また、占有概念が利用の保護を内容とする概念であるという観点から見れば、建物の占有とは、建物所有権の一部である利用権の保護を内容とする占有なのであるから、建物占有による土地占有は、建物所有による土地占有に吸収されてしまうことになる。

だとすると、建物占有による土地占有というものが仮に観念できるとしても、建物所有による土地占有が法的に保護されている、そのうえに、さらに、建物占有による土地占有が法的に保護されるべきであるとは、到底いえないはずである。建物所有による土地占有が法的に保護されても、それでは占有の保護として不足しているといえるという特別の場合に、はじめて、建物占有による土地占有は、法的に保護される、そうでなければ、建物占有による土地占有は、法的に保護されないという結論になる。

そして、そのように、建物所有による土地占有の保護だけでは、占有の保護として足りないということは、まずないので、建物占有による土地占有が法的に保護されることはないのである。

IV 建物賃借人の保護

(1) 限定的占有説と建物賃借人の保護

占有肯定説と比較した場合の限定的占有説は、建物賃借人を土地所有者（土地賃貸人）との間で保護する機能を持っている。それは、限定的占有説をとれば、建物賃借人は、原則として土地を占有するものではなく、したがって、例えば、建物賃借人は、原則として、土地の地代

相当の使用損害金の支払義務を土地所有者に対して支払うべき義務を負わない（注7）、また、建物所有者が建物を賃貸しても、土地の占有を建物賃借人に移転したのではないから、土地の無断転貸とはならず、土地の賃貸人は、建物所有者である土地の賃借人に対して、民法612条による賃貸契約の解除をして、建物占有者を追い出すことは許されないことになる。もし、占有肯定説のように、建物賃借人も土地を占有しているという結論を採用するのであれば、このような賃借人保護の法理を展開することはできないであろう。この点も、占有に関する2説の具体的な差異として、重要なことであり、見逃すことはできない。

（2）建物の引渡しと承継の有無

そして、建物所有者が建物を賃貸してその占有を移転すると、占有肯定説に立てば、それが土地の占有移転になるのであるから、建物所有者に対する建物収去土地明渡判決の後で、建物所有者が、建物を賃貸すれば、それは、口頭弁論終結後の承継であり、判決の執行力は承継人である建物の賃借人に対して拡張することになる。しかし、限定的占有説は、建物占有者が土地を占有していると評価されるのは、その建物が収去されるべき場合に限り、もし、収去すべきではないとされるなら、建物の占有は土地の占有ではないという立場になり、したがって、建物所有者が建物を賃貸しても、それは土地の占有の移転ではなく、口頭弁論終結後の承継に当たらないこととなつて、執行力も拡張されないこととなる。そして、占有肯定説に立てば、建物が収去されるべきものか、そうでないかは、建物占有が土地占有になるかどうかの分かれ目にはならないので、仮に、建物が収去されるべきでないとしても、建物を賃貸することは、土地の占有の移転であり、したがって、口頭弁論終結後の承継となるので、執行力は、建物の賃借人に拡張されることとなる。

（3）建物の賃借人と執行力の拡張の有無

このような違いがあることから、下記のような事例では、建物の賃

借人は、占有肯定説の取扱を受けると、不利な立場に立たされる。

すなわち、建物収去土地明渡の判決後に、被告である建物所有者から、その建物を賃借し建物の占有を取得した者に対して、原告の申立てにより、建物退去土地明渡の限度での承継執行文が発せられた場合に、その建物の賃借人は、執行文付与に対する異議を申し立てて、判決後に、原告と建物所有者間で、和解が成立して、建物所有者が土地の占有権原を取得したことを主張して、承継執行文の取消を求めることができるであろうか。

このような承継執行文の発布は、最判昭和 26 年 4 月 13 日民集 5 巻 5 号 242 頁が認めるところである。建物収去土地明渡の債務名義(この事例の場合は裁判上の和解)が成立した後、執行債務者がした建物の第三者への賃貸による占有の移転について、この判決は、この建物の占有の移転によって、建物賃借人は建物敷地に対する占有を取得したと評価すべきであるとし(注 8)、その建物賃借人の建物敷地に対する占有は、債務名義成立後、土地賃借人の建物敷地に対する占有に基づき取得されたものであるから、これをもって、債務名義成立後の土地の占有の承継があるとして、訴訟承継の要件があると認めたものである。

この場合に、建物の占有が即土地の占有であるとの占有肯定説の見解をとると、建物所有者から建物の占有の移転を受けた者には、訴訟承継の原因があり、したがって、判決後に、原告と建物所有者間で、和解が成立して、建物所有者が土地の占有権原を取得したという事実があっても、賃借人が土地を占有しているとの評価には変更がないのであるから、賃借人は、そのような事実を主張しても、口頭弁論終結後の承継という承継執行文付与の理由自体を否定することはできず、承継執行文の取消を求めることはできないという結論となる。そして、賃借人が、土地明渡義務の消滅を理由に、債務名義の執行力の排除を求めるとするならば、賃借人は、請求異議訴訟を起こして、それを求めるほかなく、請求異議訴訟で勝訴するまでは、執行を受忍するほかな

いことになるのではないかとと思われる。(注9)

しかし、そのような結論は、はなはだ問題である。もし、原告の申立てによる承継執行文の付与について、賃借人が執行文付与異議の申立てをして、原告と建物所有者間で、和解が成立して、建物所有者が土地の占有権原を取得したことを主張した場合には、実体法的に見れば、賃借人を建物から退去させる理由はないのである。そのことが分かっているながら、建物所有者からの占有の移転があるのだから、訴訟承継があるのであり、だから、承継執行文の付与は正当だということで、承継執行文の付与が取り消されないとすれば、その結論は、形式論理にすぎるといふことになるのではなかろうか。

この場面で、建物の占有は直ちには、土地の占有とならないとの限定的占有説の法解釈をとれば、どのような結論になるのであろうか。すなわち、建物について敷地権がなく、建物賃借人としても、建物の収去を拒み得ない場合にのみ、建物の占有は建物の収去を妨げる行為として、土地を占有していると評価されるが、建物所有者が土地の占有権原を有しており、建物の収去義務は消滅している場合には、建物を占有していることは、土地の所有権行使の妨害にならず、土地を占有しているとはいえないとの考え方をとれば、この場面では、建物賃借人の土地占有は否定されることとなる。そうなれば、建物所有者からの土地占有の移転を、口頭弁論終結後の承継の理由とした、承継執行文の付与は、不当であったこととなり、執行文付与異議のような簡易な手続で、賃借人は救済されることとなる。

このように、建物の占有が土地占有となるのかどうかという法解釈は、正当な権利者を訴訟以外の簡易な手続で救済することが可能なのかどうかということにも、関係している。

V 建物収去土地明渡請求における買取請求権行使

1 土地所有権に基づく建物収去土地明渡請求の要件事実

占有肯定説と限定的占有説では、この建物収去土地明渡請求の要件事実にも違いが生じる。平成21年度の新司法試験論文式民事系科目第1問の事例を前提に、検討してみよう。

A 建物占有者の土地占有肯定説の説く要件事実

土地所有権に基づく建物収去土地明渡請求訴訟の要件事実については、建物占有者は土地を占有しているとの土地占有肯定説では、次のように考えているようである。

原告の請求原因

- (1) 原告土地所有
- (2) 土地上に建物あり。
- (3) 被告建物所有

被告の抗弁

- (1) 原告と被告間の土地賃貸借契約
- (2) 土地賃貸借契約に基づく土地の引渡し

原告の再抗弁

土地賃貸借契約の終了原因 契約期間の満了

被告の再々抗弁

(借地法の適用要件である建物所有目的 その法的効果としての法定更新 借地借家法5条1項) 抗弁(1)の土地賃貸借契約において建物所有目的とする旨の合意があった。

原告の再再々抗弁

(1) (更新拒絶の意思表示) 原告は、契約期間の満了直前である○年○月○日に、契約の更新を拒絶する旨の意思表示をした。

(2) (正当事由) 原告には自己使用の必要性がある。これに対して、被告には、使用の必要性がない。

被告の再再再々抗弁

(建物買取請求権の行使 その法的効果として、被告の本件建物所有権の喪失)

被告は、原告に対して、○年○月○日本件建物の買取請求権を行使する旨の意思表示をした。

この建物買取請求権行使の事実が主張されると、請求原因事実の一つである被告の建物所有が否定されるから、原告の建物収去土地明渡請求は全面的に棄却されることになる。

建物占有者は土地を占有しているとの土地占有肯定説では、建物買取請求権行使により、被告が建物の所有権を失っても、被告がその建物を占有していれば、被告は土地を占有していることとなり、この場合、占有肯定説では、原告は、被告に対して、建物退去土地明渡の請求をすることができるという。

しかし、その建物退去土地明渡の請求についての要件事実は、上記に主張整理した事実の中には、含まれていないものがある。そこで、弁論主義の原則からして、原告が、建物退去土地明渡の請求をしようとするならば、追加の主張をしなければならない。

原告が建物退去土地明渡の請求をするために、原告が追加すべき請求原因事実

被告は、建物を占有している。（上記の原告の請求原因の（１）（２）は変わらず、（３）の被告建物所有に代わる主張として、この主張が追加される。）

この主張が出てくると、被告は、抗弁として、次の主張をすることができる。

被告の抗弁

（被告の建物からの退去拒絶 被告は、買取請求権行使の結果、本件建物について、原告に対して、建物価格相当の売買代金支払請求権を有している。そこで、その代金の支払いあるまで、同時履行抗弁権を行使し、建物からの退去を拒絶する。）

ア 本件建物の価格は、金○○円である。

イ 被告は、建物売買代金○○円の支払いがあるまで、本件建物から

の退去を拒絶する。（同時履行抗弁権による権利抗弁としての意思表示である。）

そして、占有肯定説の論者は、この場合の判決として、次のような主文により、建物収去土地明渡請求の一部認容判決をするのであるとしている。

「被告は、原告に対して、金〇〇円の支払いと引き換えに、別紙物件目録記載の建物から退去して、別紙物件目録記載の土地を明け渡せ。原告のそのほかの請求を棄却する。」

B 建物占有者は例外的に土地を占有するのみとする**限定的占有説**の説く要件事実

建物占有者は、原則として土地を占有しておらず、建物が収去される場合にのみ、土地を占有するにとどまるとの、限定的占有説では、土地所有権に基づく建物収去土地明渡請求訴訟の要件事実を次のように説明する。

原告の請求原因から、被告の再再再々抗弁（建物買取請求権の行使）まで、**A**の占有肯定説の説く要件事実と全く変わらない。

この再再再々抗弁で、被告によって建物買取請求権が行使されると、建物収去土地明渡請求の請求原因事実の一つである、被告の建物所有権は、原告に移転し、したがって、建物には敷地権として所有権があることとなるので、その建物は収去すべきものではなくなる。

そこで、建物が収去される場合に限り建物の占有が土地の占有と評価されるとする限定的占有説では、仮に、上記の**A**で追加的請求原因事実とされた、建物買取請求権行使後も被告が建物を占有している事実が原告から主張され、その事実が認められても、その被告による建物の占有は、土地の占有ではないので、被告には、原告の土地所有権の侵害はなく、原告に対して、土地を明渡すべき義務は生じない。すなわち、原告の建物収去土地明渡請求は、全面的に棄却すべきものとなり、また、仮に原告が建物退去土地明渡の請求を追加してきても、この追

加請求も棄却するべきこととなる。その主文は、次のとおりとなる。

「原告の請求をいずれも棄却する。」

2 建物収去土地明渡請求の後訴が提起された場合の前訴判決の効力

(1) 問題の所在

平成21年度の新司法試験論文式民事系科目第1問では、建物収去土地明渡請求についての建物退去土地明渡の前訴判決が確定した後、原告が、自分の先代が賃貸していた時代に、被告が土地の賃料の支払を怠り、原告の先代が賃料不払いによる土地賃貸借解除の内容証明郵便を出していた事実を知って、債務不履行により土地賃貸借が解除されている場合には、建物買取請求権は行使できないとの判例に則り、改めて、建物収去土地明渡請求をしたという事例が設定されていた。そして、前訴判決が確定していることを前提に、後訴の建物収去土地明渡請求の訴えに訴えの利益があるか、前訴判決の拘束力が、後訴の建物収去土地明渡請求訴訟に及ぶかという問題が出題された。

このうち、後訴の訴えの利益の有無についてみると、前訴判決が給付の認容判決である場合には、同じ給付を求める請求を後訴として提起すると、原則（例外はある。）として、後訴の訴えの利益が否定される。しかし、この事例の場合は、前訴判決では建物収去の請求は棄却されているのであるから、既判力の効果を、刑事事件と同じく、一事不再理とする一部の考え方を取らない限り、後訴で同じ内容の請求をしたことだけで、訴えの利益が否定されるということにはならない。この点は、特に問題があるわけではない。

ただ、建物退去土地明渡の前訴判決が、後訴の請求に対して、どのような拘束力を及ぼすのかという点は、検討すべき問題であるといえよう。

(2) 建物退去土地明渡の執行可能性

新司法試験の問題は、この建物退去土地明渡の判決は、執行可能な有効な判決であるとの前提に立っていると思われる。しかし、前著で

ある浅生「建物の占有と土地の占有」の第1不動産の引渡執行（判例タイムズ1321号21～27頁）で検討したように、この建物退去土地明渡の判決を債務名義として、執行官に強制執行の申立てをしても、申立ては却下され、執行することはできない。この点は、執行官の担当する不動産の引渡執行などについて、これを指導する立場にある最高裁事務総局民事局作成の執行官提要及び執行官事務に関する協議要録、そして、この分野に明るい裁判官の著作に示されているが（注10）、一般には、執行官の執行について、理解が行き届かず、今回の新司法試験の出題に至ったものと推察される。しかし、すでに述べたように、土地を占有しているのは、建物であって、建物の所有者は原告なのである。現に建物を所有して土地を占有する当人である原告が、その建物の敷地を明け渡せと要求することは、滑稽というべきであるし、相手方に不可能を強いるものである。それが強制執行により実現しなくても当然なのであり、この結論は、何ら不自然なことでも、不思議なことでもないのである。

執行の可能性のない給付判決というものは、例えば死者に対する判決などにみられるように、効力のない無効の判決である。この効力がないという意味は、執行力がないことをまず指しているが、給付判決で執行可能性がなければ、もちろん既判力もないのである。すなわち、無効の判決とは、既判力排除のための再審の手続を経るまでもなく、効力がないとして、別訴で、その内容に反する請求をすることが禁じられない判決という意味を持っている。本法科大学院の民事訴訟法講義第23回既判力の排除の講義内容参照。

そうだとすると、建物退去土地明渡の前訴判決が、後訴の建物収去土地明渡の請求に対して何らの拘束力も持たないというのが正解だということになる。

（3）前訴判決が有効と仮定した場合の結論

それでは、この建物退去土地明渡の判決が仮に有効だとすると、ど

のようなことになるのであろうか。新司法試験の問題は、この判決が有効だという前提に立っているようなので、検討してみる。

前訴の訴訟物は、土地所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権である。それが存在するという点に既判力が生じたことになる。そうだとすると、後訴で、同じ訴訟物、すなわち、土地所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権により請求するのであるから、もちろん、前後の訴訟の訴訟物は同一で、前訴判決の既判力は、後訴請求に及ぶ（このように、既判力の問題の最初の段階で、訴訟物同士の関係がいわゆる既判力の3局面に当たるのかどうかを点検しなければならない。このことについては、民事訴訟法講義第21回参照）。

その結果はどうなるかといえば、後訴の裁判官は、前訴判決の既判力により、土地所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権が、前訴口頭弁論終結時に存在していたという判断をするように、拘束される。したがって、原告が土地所有権に基づく返還請求権の発生原因事実を主張すること、すなわち、上記Ⅱ1の原告の請求原因事実の主張をすることは妨げられない（前訴判決の既判力による主張の遮断がない。）。しかし、被告が、土地所有権に基づく返還請求権が消滅したとして主張する事実、例えば、前訴口頭弁論終結時より前に、建物買取請求権を行使して、被告の建物所有権は失われたとする主張は、既判力の遮断効に触れて、できないこととなる。したがって、原告の建物収去土地明渡の請求は、証拠調を経るまでもなく、認容されるべきこととなろう。

しかし、このような結論は、多くの者の賛同を得ることはできないように思われる（前訴判決は無効であるとする、このような結論にならない。このことを思い起こしていただきたい。）。

（４） 土地の返還請求権ではあるが、建物収去を認めない土地明渡請求権

上記（３）の結論を受け入れがたいと考えると、前訴判決の既判力

は、土地所有権に基づく返還請求権の存否というものから、さらに限定的な内容のものでなくてはならないこととなる。そこで、おそらく新司法試験の問題は、土地所有権に基づく返還請求権ではあるが、しかし、建物収去を認めない請求権というものを構想して、その請求権について、既判力、あるいは既判力に準じる効力が生じるとの解決を目指したのではないかと、憶測するほかはない。

しかし、そのような実体法上の請求権を認めることは可能なのだろうか。

このような請求権が認められるためには、土地の明渡を求める請求権が存在するという以上、建物が存在するままで、その建物の敷地の現実の占有を執行官が取得して、これを執行債権者に移転することが可能だということをおねねしなければならない。しかし、そのようなことは不可能なことである。そのような現実占有の移転ではなく、土地の観念的占有が誰かにあり、それを移転すればよい、そのことを実現する請求権を構想しているのだというのであれば、それはどのような内容のことかということになるし、その執行の方法を説明しなければならない。しかし、現行の民事執行法は、不動産の引渡執行を執行官に担当させており、現実支配のできない占有の移転を執行官に担当させることなどは、とても無理なことであるので、それはできない相談であろう。

また、内容の分からない請求権を訴訟物として、その既判力がどの範囲で発生するのか論じるなどというのは、民訴法の解釈からいって許容されるとは考えがたい。訴訟物は、実体法上の請求権を基準に決定する、そして、その既判力が生じる範囲を明確なものとして、判決の紛争解決機能を安定的なものとしたい、それが、現行民訴法 114 条の既判力の客観的範囲の思想である。この法律の要請と正面から矛盾してくることになる。

この問題について、判決の既判力は、訴訟物ではないが、主文に含ま

れる内容について、生じるのであって、現に、限定承認による執行力の相続財産への限定については、判例も既判力に準じる効力を認めているといわれる。それはそのとおりであるが、限定承認の場合は、明確な責任限定という、実体法上の効力であり、既判力の客観的範囲を画するのに、内容的に不明確なことは全くない。それとこれとを混同して、内容の分からない請求権などというものに、既判力に準じる効力を認めるなどということにはならないと考えられる。

(5) 建物収去部分についての既判力に準じる効力の有無

(2) 及び(4)で述べたように、土地上に建物があるのに、その収去を求めず存続したままで、土地を明け渡すように求める請求権というものは、結局、存在しないというほかない。そこで、そのような実体法上存在しない請求権を訴訟物として判決をしても、既判力は生じないのである。

これに対して、土地所有権に基づいて、土地上の建物の収去を求める建物収去土地明渡請求権や、その建物の占有者に対して建物退去土地明渡を求める請求権は、限定的占有説に立った場合、実体法上存在するから、これらの権利について、判決されれば、その確定判決には既判力が発生する。

そして、土地所有権に基づいて建物収去土地明渡を請求する場合、訴訟物は土地明渡請求権であって、これを認容する判決の主文のうち、建物収去を命じる部分については、訴訟物ではないから、既判力は生じないというのが通説である。もっとも、建物収去部分も、主文に含まれていることでは土地の明け渡しを命じる部分と変わりはなく、建物収去部分について、既判力に準じる効力があるという説がある。この点はどうであろうか。

建物収去土地明渡の確定判決に基づき強制執行が行われ、被告所有建物が収去されたとする。被告がこれを不法行為だとして建物滅失の損害賠償を求めてきたとして、判決主文の建物収去の部分に既判力に

準じる効力が認められないと、紛争が蒸し返され、不当であるとすれば、この論にも意味があることとなろう。そこで、その点を検討してみる。

この事例の場合、被告の後訴である損害賠償請求の請求原因は、次のようになろう。

不法行為による損害賠償請求の請求原因

- (1) 前訴被告は、本件建物を所有していた。
- (2) 前訴原告は、本件建物を収去し取り壊した。
- (3) 本件建物は、金〇〇円の価値があった。

これに対する前訴原告の抗弁として、次の抗弁が考えられる。

前訴原告の抗弁

本件建物の収去取壊しは、前訴判決の強制執行として行われた。

この抗弁が提出された場合に、前訴被告は、抗弁事実そのものは争えないので、結局は、前訴の訴訟物である土地所有権に基づく土地明渡請求権が存在しないのに、債務名義である判決が存在することを奇貨として、強制執行がされたもので、実質上は違法な執行であったと主張するほかないであろう。

前訴被告の再抗弁

前訴判決の訴訟物である土地明渡請求権は、執行当時存在しなかった。

これに対して、前訴原告は、次のように再々抗弁の主張をすることができよう。

前訴原告の再々抗弁

前訴判決は、〇年〇月〇日前訴被告に送達され、〇年〇月〇日控訴期間経過により確定した。

前訴被告が、前訴口頭弁論終結後の土地明渡請求権の消滅事由を主張するのでない限り、前訴被告の再抗弁の主張は、前訴判決の既判力によって遮断される。すなわち、その主張は、主張自体失当である。

このように検討してみると、前訴訴訟物である土地明渡請求権について、既判力が生じているならば、前訴判決主文の建物収去の部分について、既判力に準じる効力がなくても、紛争の蒸し返しは防げるのである。

前著である浅生「建物の占有と土地の占有」の第2不動産の引渡義務の構造（判例タイムズ1321号27-28頁）で検討したように、建物収去の執行は、土地の明渡執行を準備する執行であり、土地の明渡執行の申し立てがなければ、建物収去の執行は行われぬ。すなわち、両者の執行は、常に同時に行われる。

そして、建物収去義務は、土地の明渡義務を前提にしてはじめて存在し、土地の明渡の義務がなければ、建物収去の義務もないのであって、それとは逆に、建物収去義務が主導して、土地明渡義務の存否を決めたりすることはないのである。すなわち、建物収去の義務は存在するのであるが、土地明渡義務とは、独立に存在したり、効力を持つことはないのである。建物収去部分について、既判力に準じる効力を認める必要がないのは、建物収去それ自体について、実体法上の意味がないからではなく、土地明渡義務の中に包摂され、独立した法的な意味を持たないことに原因があるのである。

以上建物収去土地明渡判決の建物収去部分について述べたことは、限定的占有説に立った場合に発せられ、実体法上効力のある建物退去土地明渡判決の、建物退去部分についても同じである。すなわち、浅生「建物の占有と土地の占有」の第2不動産の引渡義務の構造の1, 2, 4, 5及び第4建物退去土地明渡請求の1, 2, 6（判例タイムズ1321号27ないし29頁、34ないし38頁）で検討したように、この判決が被告に命じる建物を退去する義務とは、建物所有者が土地の上にある建物を収去すべき場合にのみ、建物占有者が土地を占有しているとされることから、土地所有権に基づく返還請求権としての土地明渡義務という性質を持っているが、しかし、その内容は、建物の占有を土地所有者

に移転する義務ではなく、土地の明渡しの前段階である建物の収去をするに際して、その建物収去の受忍義務として、建物を退去することを内容としている。このような、建物退去義務の特殊な性質及び内容からして、その義務の存否は、土地の明渡義務の存否によって決定づけられるので土地明渡請求、訴訟物である土地明渡請求権の存否について、既判力が発生すれば、それ以上に建物退去部分について、別個独立の内容の既判力が発生することはないのである。

VI 建物収去土地明渡判決後の買取請求権行使 前訴判決による一部執行の可否

建物買取請求権が行使された場合に、建物収去土地明渡の判決により、建物退去土地明渡の強制執行をすることができるか。占有肯定説の論者と限定的占有説の論者とで、見解は分かれているようであるので、検討してみる。

A 建物占有者の土地占有肯定説の立場からの論

建物買取請求権が行使された場合に、建物収去土地明渡の判決によって、建物退去土地明渡の強制執行をすることを許容する考え方がある。

その中でも、建物収去を命じる内容の判決でそのまま建物退去土地明渡の強制執行をすることができるようにいうものがある。しかし、建物収去土地明渡の強制執行は、まず、執行裁判所に建物収去の権限を執行官に与える旨の授権決定をするように申し立てる手続から始まる。授権決定があってはじめて、執行官が建物収去土地明渡の執行に入る。授権決定なしに、いきなり執行官の執行が始まることはないのである。

したがって、建物収去土地明渡の債務名義によって、最初から執行官が担当する建物退去土地明渡の執行に入ろうとすれば、建物収去土地明渡の債務名義について、執行文によって、その執行力の内容を文

章上、建物退去土地明渡というように書き換えなければならない。債務名義と執行文という制度を作り、裁判（判定）機関と執行機関を分離するという民事執行法の基本構造からして、そのように文章上執行官の担当する執行であることが表現されていないのに、執行官がその執行を担当することはあり得ないことである。（注 11）

そこで、この論者は、建物買取請求権が行使された場合に、建物退去土地明渡判決の転換執行文を申請して、書記官が、建物退去土地明渡の内容の転換執行文を発するべきものとしている。

転換執行文というものは、民事執行法にそれを許容する規定がない。実務は、そのようなことから、転換執行文を発していないと思われるが、仮に転換執行文という制度が許容されることとなったとしても、建物買取請求権の行使によって、土地所有権に基づく土地明渡請求権は消滅しているとすると、その消滅した請求権に基づいて発せられた判決について、転換執行文を発出するということは、認められることはないであろうから、この説の論者は、建物買取請求権の行使によっても、土地明渡請求権は消滅しないと立場に立っているものと考えられる。この考え方は、建物占有者の土地占有を肯定する**土地占有肯定説**に立っているといえる。

ただ、そのような土地明渡請求権が消滅しないと立場に立ち、また、転換執行文の制度が存在しているという場合でも、それだからといって、建物買取請求権の行使があった場合に、裁判所書記官が転換執行文を発して、建物退去土地明渡の強制執行を可能とすることには、制度全体を見渡した場合、大いに問題があると考えられる。というのは、建物買取請求権の行使によって、売買契約が成立したと法律上擬制されるのであるから、当事者間の法律関係は、売買の双務契約関係にあることとなる。その売買の双務契約においては、売買代金と建物所有権の移転の間にある対価関係を、できる限り尊重することが要請される。しかし、その代金額は、建物買取請求権の場合、契約という法

律行為によって定まるのではなく、建物の価格によって定まる。そして、その建物の価格は、当事者間に争いがあれば、結局は、裁判所の判決によって、定めるほかに方法がない。とすると、例え、当事者間には、前訴の確定判決があり、それによって、建物収去土地明渡の判決がされていても、それだけでは、当事者間の紛争の主要な部分は、未解決であるといわざるを得ない。そのような場合に、前訴判決の判決内容を、簡易な手続である転換執行文の制度によって、裁判所書記官の判断で変更し、これによって、強制執行をするというのは、紛争の内容と手続の軽重とが、均衡を保ちながら、対応しているとはいえないことになるからである。

B 建物占有者は例外的に土地を占有するのみとする限定的占有説の立場からの論

建物占有者は、原則として土地を占有しておらず、建物が収去される場合にのみ、土地を占有するにとどまるとの、**限定的占有説**では、建物買取請求権が行使されると、土地所有権に基づく（建物収去）土地明渡の請求権は消滅する。

したがって、建物収去土地明渡の判決内容を、転換執行文によって、変更しようにも、訴訟物である権利は存在しないのであるから、そのようなことは不可能である。

したがって、土地所有者兼建物所有者となった原告は、あらためて、新訴を起し、建物の所有権移転登記手続や、建物の引渡しを命じる判決を得て、それによって、強制執行をすべきであって、前訴の確定判決を、転換執行文によって判決内容を変更して、強制執行をすることはできないこととなる。

このような新訴においては、その時点での主要な争点である建物代金額は、被告から抗弁が出され、かつ、立証されることによって、判決手続で認定され、裁判所の判決では、認定された代金額の支払との引き換えにより、所有権移転登記や引渡しが命じられることとなる。

Ⅶ 建物収去土地明渡判決後の買取請求権行使 請求異議訴訟の要否

建物収去土地明渡の判決確定後に、被告が、建物買取請求権を行使した場合、被告は、請求異議訴訟を起さなければ強制執行を受ける立場に立つか。

(1) 建物退去土地明渡の執行の可能性

Ⅵにおいて検討したように、建物収去土地明渡判決の後で、建物買取請求権が行使されたときに、原告が、建物収去土地明渡の確定判決により、建物退去土地明渡の執行を、執行官に申し立てても、それが受理されて執行されることはない。また、建物収去土地明渡の判決について、建物退去土地明渡の転換執行文が発行されることはまずありえず、それにより建物退去土地明渡の執行がされることも、考えにくいことが明らかになった。その意味では、被告は、建物収去土地明渡判決により建物退去土地明渡の執行を恐れる必要はないことになる。

(2) 建物収去土地明渡の執行の可能性

そして、建物収去土地明渡判決の後で、建物買取請求権が行使されたときに、原告が、建物収去土地明渡の確定判決により、建物収去土地明渡の執行をしようとする、必ず、執行裁判所による建物収去の授権決定を得なければならない。そして、その授権決定の手続では、被告の主張を聞く、審尋の機会が設けられる。そこで、被告としては、建物買取請求権を行使した事実を、例えば、その意思表示を記載した内容証明郵便と、その原告への配達証明書を、授権決定の事件を担当する執行裁判所に提出することによって、証明することができるし、それは容易なことである。そのような事実が証明されると、執行裁判所としては、建物収去の授権決定を出すべき当該の建物は、特別の事情のない限り、被告の所有ではないと判定すべきこととなる。

もっとも、特別の事情があつて、建物買取請求権の行使が許されない場合は、その行使があつても、建物の売買契約が擬制されるという

法律効果が生じないので、当該の建物は被告の所有であることとなる。しかし、そのような特別の事情がある場合であるかどうかは、双方の主張を聞き、立証の機会が与えられる訴訟手続によって判定して貰う必要がある。そして、執行裁判所の手続では、そこまで審理されることはないと考えられるが、その場合に、執行裁判所が、当該の建物を被告の所有と判定し、授権決定を出すかといえ、特別の事情の立証責任は、多くの場合原告にあるから、当該建物が被告の所有であると判定をすることを差し控えるのが通常であろうと思われる。そうであれば、執行裁判所は、授権決定の申立てを、却下するほかないのである。

そのように考えると、執行裁判所によって、建物収去の授権決定が発せられるという事態は、建物買取請求権が行使されることがありえない事案（後述Ⅸの2で検討する建物買取請求権の不存確認判決があれば、その行使はないと判定できる。）であれば想定できるが、すでに授権決定申立て前に、建物買取請求権が行使されている、あるいは、授権決定が申し立てられ、その機会に、被告が考えて、直ちに建物買取請求権を行使するならば、多くの場合、想定できないことになる。

そこで、建物収去土地明渡の判決確定後に、被告が、建物買取請求権を行使した場合、被告は、請求異議訴訟を起さなければ強制執行を受ける立場に立つという事態は、極めてまれなことであるということができよう。

Ⅷ 建物収去土地明渡判決後の買取請求権行使 請求異議訴訟

借地上建物の譲受人に対する、土地所有者の土地所有権に基づく建物収去土地明渡請求訴訟において、請求認容の判決がありそれが確定した後、譲受人が建物買取請求権を行使したうえ、原告となって、土地所有者を被告として請求異議訴訟を提起した場合を想定する。

A 建物占有者の土地占有肯定説の説く判決内容など

1 請求異議訴訟の請求の趣旨

「被告の原告に対する、東京地方裁判所平成〇年ワ第〇号建物収去土地明渡事件の判決主文第 1 項に基づく、建物収去土地明渡の強制執行を許さない。」

2 買取請求権が行使された場合の判決主文＝一部認容

「被告の原告に対する、東京地方裁判所平成〇年ワ第〇号建物収去土地明渡事件の判決主文第 1 項に基づく建物収去土地明渡の強制執行は、原告は被告に対して本件建物から退去して（本件建物を引き渡して）本件土地を明け渡すことを命じる限度を超えてすることを許さない。」

3 請求異議訴訟の請求原因

(1) 東京地方裁判所平成〇年ワ第〇号建物収去土地明渡事件の確定判決が存在し、その主文第 1 項は、「原告（譲受人）は、被告（土地所有者）に対して、本件建物を収去して、本件土地を明け渡せ。」と命じている。

（（2）から（7）までは、文章体によらずに略記する。）

(2) 被告（土地所有者）と訴外 A（土地賃借人）との本件土地賃貸借契約

(3) 被告と A との間の建物所有目的の合意

(4) 被告から A への本件土地の引渡し

(5) A が本件建物を建築

(6) A と原告（賃借権譲受人）との間の本件建物及び本件土地賃借権売買契約

(7) （被告の賃借権譲渡承諾の拒絶）

(8) 原告は、平成〇年〇月〇日被告に対して、本件建物の買取請求の意思表示をし、その意思表示は、同日被告に到達した。

4 請求原因事実が証明された場合の裁判所の法律判断

請求異議事件を担当する裁判所は、前訴の確定判決の存在によって、所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権の存在について、既判力が生じていると判断すべきである。

裁判所は、前訴口頭弁論終結後の原告の買取請求権の行使によって、本件建物の所有権が原告（賃借権譲受人）から被告（土地所有者）に移転したものと法律判断すべきである。これによって、裁判所は、本件建物を原告（賃借権譲受人）が所有して本件土地を原告が占有しているという法律状態は、消滅したものと判断すべきである。

そこで、裁判所は、上記の既判力によって確定した所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権が消滅したと判断すべきである。

そうすると、原告の請求異議訴訟は、全面勝訴の判決をすべきこととなる。

5 一部認容の結論とその要件事実

原告（賃借権譲受人）の請求について、建物退去（引渡）土地明渡を超える部分の執行力排除という原告一部勝訴（それは、すなわち、被告（土地所有者）の一部勝訴でもある。）の範囲で認容されるべきとの、この説の結論を導き出すためには、被告（土地所有者）の原告（賃借権譲受人）に対する（建物退去あるいは建物引渡）土地明渡請求権が、なお存在する場合でなければならないが、その要件事実は、法廷に現れていないから、弁論主義の原則上、被告（土地所有者）がその要件事実を主張しなければならない。その要件事実は、次の事実である。

- (1) 被告（土地所有者）が本件土地を所有している。
- (2) 土地の上に本件建物あり。
- (3) 原告（賃借権譲受人）が本件建物を占有している。

これらの事実は、被告（土地所有者）が原告（賃借権譲受人）の請求原因に対する抗弁として、主張すべきである。もし、その主張がなければ、原告（賃借権譲受人）の請求は全部勝訴ということとなるのであり、被告（土地所有者）の抗弁事実の主張がなくても、原告の請求は一部勝訴となるように考えている見解もあるようであるが、それは、弁論主義の観点から疑問がある。

なお、請求異議訴訟の一部勝訴の判決を、被告である土地所有者が求

めるということは、すなわち、買取請求権の対象である建物の所有権を被告が取得したとの、原告（賃借権譲受人）の主張を受け入れるということの意味するのであるから、そうであれば、被告（土地建物所有者）は、単に、請求異議訴訟で一部勝訴するということを求めるというよりは、建物について、所有権移転登記や引渡しを、原告（賃借権譲受人）に求めるであろう。そうだとすると、被告（土地所有者）のそのような意向に沿うのは、次に述べる反訴請求の定立にはほかならないから、このような請求異議訴訟の一部勝訴というのは、訴訟の実際においては、意味のある事柄とは言い難い。

また、この建物の移転登記や引渡しについては、後述の建物代金との引換給付の問題がついてまわる。そうすると、被告（土地所有者）が請求異議訴訟において、建物退去（引渡）土地明渡の一部勝訴の判決を得ようとして、抗弁事実を述べると、その再抗弁として引換給付の主張が出てくるのが当然予想される。その場合に、被告（土地所有者兼建物所有者）が、建物代金の支払いを求められながら、土地の明渡しの内容である建物の退去（引渡し）のみを求め、建物の所有権移転登記は求めないという態度を示すことは考えがたい。そうすると、被告は、建物代金との引換になる建物の所有権移転登記手続と建物の引渡しを求めて、反訴請求をせざるを得ないのであり、この意味でも、被告が土地所有権に基づく明渡請求権のみにこだわり、請求異議訴訟の一部勝訴として、建物退去土地明渡や建物引渡土地明渡を求めるということは、考えがたいことである。

6 請求異議訴訟の被告の反訴

請求異議訴訟の被告（土地所有者）が、本件建物の所有権移転登記や引渡しを望むときには、反訴を提起するであろう。訴訟物は、買取請求権の行使によって成立した売買契約による所有権移転登記手続請求権と引渡請求権とするのが、簡便であろう。

その反訴請求の趣旨は、次のとおりである。

「反訴被告（原告）は、反訴原告（被告）に対し、本件建物について、平成〇年〇月〇日買取請求権行使を原因とする所有権移転登記手続をし、かつ、引き渡せ。」

その反訴請求原因は、本訴請求異議訴訟の原告の請求原因事実すべてに含まれている。

7 売買代金との引換給付

この反訴請求に対しては、反訴被告（原告）は、売買代金との引換給付の抗弁を出せる。その要件事実は、次のとおりである。

(1) 本件建物の価格は、金〇〇円である。

(2) 反訴被告（原告）は、建物売買代金〇〇円の支払いがあるまで、本件建物の所有権移転登記手続及び引渡しを拒絶する。

B 建物占有者は例外的に土地を占有するのみとする**限定的占有説**の説く判決内容

1 請求異議訴訟の請求の趣旨

「被告の原告に対する、東京地方裁判所平成〇年ワ第〇号建物収去土地明渡事件判決主文第 1 項に基づく、建物収去土地明渡の強制執行を許さない。」

2 買取請求権が行使された場合の判決主文

「被告の原告に対する、東京地方裁判所平成〇年ワ第〇号建物収去土地明渡事件判決主文第 1 項に基づく、建物収去土地明渡の強制執行を許さない。」

3 請求異議訴訟の請求原因

(1) 東京地方裁判所平成〇年ワ第〇号建物収去土地明渡事件の確定判決が存在し、その主文第 1 項は、「原告は、被告に対して、本件建物を収去して、本件土地を明け渡せ。」と命じている。

((2) から (7) までは、文章体によらずに略記する。)

(2) 被告（土地所有者）と訴外 A（土地賃借人）との本件土地賃貸借契約

- (3) 被告とAとの間の建物所有目的の合意
- (4) 被告からAへの本件土地の引渡し
- (5) Aが本件建物を建築
- (6) Aと原告(賃借権譲受人)との間の本件建物及び本件土地賃借権売買契約
- (7) (被告の賃借権譲渡承諾の拒絶)
- (8) 原告は、平成〇年〇月〇日被告に対して、本件建物の買取請求の意思表示をし、その意思表示は、同日被告に到達した。

4 請求原因事実が証明された場合の裁判所の法律判断

請求異議事件を担当する裁判所は、前訴の確定判決の存在によって、所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権の存在について、既判力が生じていると判断すべきである。

裁判所は、前訴口頭弁論終結後の原告の買取請求権の行使によって、本件建物の所有権が原告から被告に移転したものと法律判断すべきである。これによって、裁判所は、本件建物を原告が所有して本件土地を原告が占有しているという法律状態は、消滅したものと判断すべきである。

そこで、裁判所は、上記の既判力によって確定した所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権が消滅したと判断すべきである。

そうすると、原告の請求異議訴訟は、全面勝訴の判決をすべきこととなる。

5 請求異議訴訟の被告の反訴

請求異議訴訟の被告(土地所有者)が、本件建物の所有権移転登記や引渡しを望むときには、反訴を提起すべきである。訴訟物は、買取請求権の行使によって成立した売買契約による所有権移転登記手続請求権と引渡請求権とするのが、簡便であろう。

その反訴請求の趣旨は、次のとおりである。

「反訴被告(原告)は、反訴原告(被告)に対し、本件建物について、

平成〇年〇月〇日買取請求権行使を原因とする所有権移転登記手続をし、かつ、引き渡せ。」

その反訴請求原因は、本訴請求異議訴訟の原告の請求原因事実すべてに含まれている。

6 売買代金との引換給付

この反訴請求に対しては、反訴被告（原告）は、売買代金との引換給付の抗弁を出せる。その要件事実は、次のとおりである。

(1) 本件建物の価格は、金〇〇円である。

(2) 反訴被告（原告）は、建物売買代金〇〇円の支払いがあるまで、本件建物の所有権移転登記手続及び引渡しを拒絶する。

Ⅸ 占有肯定説のメリット・デメリット

1 占有肯定説にメリットがあるか。

占有肯定説が、生まれ、それが支持されるに至ったのは、建物買取請求権の行使により、土地賃貸人が前に取得していた建物収去土地明渡の判決が、強制執行できなくなり、改めて、建物引渡しの判決を得なければならないとすると、土地賃貸人に、二重の手数と、その間権利が行使できなくなる負担を負わせることとなり、不公平である。それを占有肯定説が救済することができるという評価があったことによる（注12）

そして、占有肯定説の論者は、占有肯定説のメリットとして、次の3点を上げていたのであった。

① 前に土地賃貸人が原告として取得していた建物収去土地明渡の判決によって、そのまま、すなわち、執行文で執行の内容を建物退去土地明渡と転換するまでもなく、あるいは、そのように執行文で執行内容を転換して、建物退去土地明渡の強制執行が可能である。

② 建物買取請求権を行使した側が、①の強制執行を免れたい

と思えば、請求異議訴訟を提起せざるを得ないので、土地賃貸人に、改めて、建物引渡し請求の別訴を起こす起訴責任を負わすことにならず、建物賃貸人に二重の手数を課すことにならない。

③ 建物買取請求権を行使した者が、請求異議訴訟を起こした場合でも、その判決は、前の判決の執行力のうち、建物退去土地明渡を命じた部分については、そのまま効力を認めることとなり、土地賃貸人が前の判決で得た既得の地位が護られる。

しかし、先に、Ⅵで検討したように、上記①の点は、民事執行法によれば、実現不可能である。

そして、Ⅶで検討したように、建物買取請求権を行使した側が、請求異議訴訟を起こさなくても、前の判決により強制執行を受ける恐れはまず無いといってよいであろう。そうであれば、土地賃貸人は、建物引渡し請求などの訴訟を提起しなければならず、その起訴責任から解放されないのである。②のメリットは実現しない。

さらに、Ⅷで検討したように、土地賃貸人が、建物退去土地明渡の部分に限って、前の判決の執行力を認められることは、既得の地位が守られるようにみえるが、実は、そのようなことに、実際上の意味があるとは考えられない。

土地賃貸人が望むのは、建物買取請求権が行使されたとしても、なお、その効力が発生しないで、建物退去土地明渡の執行をすることができること、すなわち、請求異議の訴えは、全部棄却となることである。その希望が満たされない場合、すなわち、買取請求権の行使が有効であるとすると、なるだけ少額の対価で、建物の所有権移転登記や建物の引渡しが得られることであり、そのためには、反訴を起こして、その内容を実現する判決を得なければならない。

すなわち、土地賃貸人が、前の判決の執行力が一部残っており、既得の地位が保護されるという中途半端な結論で、満足することはありえないことである。上記③は、メリットとはいえないのである。

2 占有肯定説に代わる解決方法

建物収去土地明渡訴訟で勝訴判決を得ても、その後の建物買取請求権の行使があると、その判決の強制執行について、支障が生じることは事実である。そうになると、土地賃貸人の側では、再度訴えを起こさねばならない。この問題を、占有肯定説で乗り切ろうとしてきたのが、これまでの考え方であった。しかし、その試みには、上記のように問題がある。占有肯定説以外の方法で、問題を解決するとすれば、次のような方法を考えざるを得ないように思われる。

それは、建物収去土地明渡訴訟の中で、近い将来に起こる事態に備えるということである。すなわち、次の2点の対策を打っておくことである。

① 被告による近い将来の建物買取請求権の行使が予想される。それについて、原告土地賃貸人は、建物収去土地明渡請求訴訟の中で、訴えを追加して、土地の賃貸借契約が賃料不払いで解除されたなどの理由により、「被告の建物買取請求権が存在しない」旨の確認判決を求める。この確認判決があれば、仮に、被告が建物買取請求権を行使して、建物収去の授權決定の発布に反対しても、執行裁判所はやすんじて、建物収去の授權決定を出し、執行官による建物収去土地明渡の執行が開始されるであろう。

② 被告による近い将来の建物買取請求権の行使が予想される。そこで、将来給付の訴えを追加して、それに備えることである。すなわち、「被告が別紙物件目録記載の建物について、

原告に対して建物買取請求権を行使したときには、被告は、原告に対して、原告から金〇〇円を支払うのと引き換えに、同建物を引き渡し、同建物について、建物買取請求権行使の日の売買を原因とする所有権移転登記手続をせよ。」との請求を追加して、建物収去土地明渡請求訴訟の中で、建物代金の審理を先に済ませておけば、土地賃貸人の二重訴訟の負担は、完全に解消する（注 13）。

ところで、②の将来給付の訴えは、その要件を満たして、訴えの利益を肯定できるであろうか。明治大学法科大学院民事訴訟法講義第 3 回訴えの利益参照。

建物買取請求権が行使された場合に、土地賃貸人が 2 度の訴訟を強いられるという不利益を考慮すれば、この将来給付の訴えは、民訴法 135 条の将来給付の訴えの要件である「あらかじめその請求をする必要」性を認めることができよう。動産の引渡しの請求について、債務者の非協力が予想される場合に備えて、いわゆる代償請求をするという場合、この代償請求は、将来給付の訴えであるが、この「あらかじめその請求をする必要」が認められるとされる。これと良く似た関係があるといえよう。

そして、大阪国際空港訴訟の最高裁判例（最判昭和 56 年 12 月 16 日民集 35 卷 10 号 1369 頁）により、将来給付の請求について設定された請求適格の要件は、（ア）請求権の基礎となるべき事実関係及び法律関係がすでに存在し、その継続が予測されること、（イ）債務者に有利な影響を生じる将来における事由が予め明確に予測出来る事由に限られていること、そして、（ウ）（イ）の事由について、債務者に請求異議の起訴責任を負担させても、不当とはいえないこと、の 3 要件である。

建物買取請求権が行使される場合の、審理事項は、（a）建

物の代価の額、（b）買取請求権の発生障害事由である、土地賃貸借の債務不履行解除、あるいは、（c）同じく代金支払いとの同時履行関係の障害事由である、建物についての抵当権設定登記である。このうち、（a）建物の代価の額については、近い将来にそれが変動することは少ないのが現状であるから、（ア）の要件は満たされている。上記代償請求の場合も、代価の額が変動することが少ないことを前提としているが、それと同じことがいえよう。そして、審理事項（b）や審理事項（c）は、将来給付の請求について審理する時点で、明らかになっている事柄であることが多いので、この点も、（ア）の要件があるといって良いであろう。そして、上記の3要件のうちの、（イ）、（ウ）については、そのようなことはまず発生しないので、特段の問題は生じないと考えられる。

というわけで、将来給付の訴えにより、対処することは十分に可能であると考えられる。

3 占有肯定説のディメリット

最後に、占有肯定説を取った場合のディメリットについて、要約しておくこととする。

（1）民事執行不能の判決

占有肯定説の最大のディメリットは、建物退去土地明渡という強制執行不能な判決（注14）をさせて、実務を混乱させることである。前著浅生「建物の占有と土地の占有」（判例タイムズ1132号20頁以下）で、論じたのは、このことに重点があった。

（2）既判力の基準の不明確

今回の論文のVの2で論じたように、実体法上存在しない建物退去土地明渡請求権という権利が存在するように判決で判

断されれば、判決の既判力の客観的な範囲が不明確となり、後訴で関連訴訟が起こった場合に、前訴の既判力の有無をめぐって、訴訟は混乱する。

（３）適正な要件事実の分配の障害

前著浅生「建物の占有と土地の占有」の第４、４，イ（判例タイムズ 1321号 36頁）で、論じたことであるが、占有肯定説に立つと、適正な要件事実の分配は不可能となり、訴訟実務の運営に障害となる。

（４）当事者の訴訟物選択権の障害

民事訴訟法の処分権主義の一内容として、当事者には、訴訟物の選択権がある。ところが、占有肯定説のように、建物の敷地である土地の占有者は、建物所有者のほか、建物占有者があり、土地所有権に基づく土地明渡請求権という訴訟物の中には、建物収去土地明渡請求権と、建物退去土地明渡請求権が法律上当然に併存しているという解釈を取ると、当事者は、訴訟物を適正に選択して、自己の求める内容の判決を得ることができなくなる。場合によっては、それによって、当事者は、思わぬ混乱した事態に直面することになる。

この点については、前著浅生「建物の占有と土地の占有」の第４、５，イ（判例タイムズ 1321号 36～37頁）で、論じたが、そのような事例以外にも、次のような事例が考えられる。

原告は、被告に自己の所有家屋を賃貸したが、被告が勝手に建物を改築し、被告によれば、もとの家屋は改築の結果、別の家屋となり、それを被告が所有しているという。そこで、原告は、被告に訴えを起こして、主位的に、建物収去土地明渡の請求を、予備的に、もとの家屋と改築後の家屋が同一家屋であるとして、建物の明渡の請求をした。

このような事例で、裁判所の認定が、改築後も建物は同一性

を保ち、原告の所有であるとなった場合、裁判所が、占有肯定説をとると、どのような判決をすることになるかである。裁判所は、主位的請求の一部認容として、当該建物の退去土地明渡請求を認容することとなる。主位的請求を認容する以上、予備的請求である、建物明渡の請求を認容することにはならないと考えられる。

しかし、このような結論は、原告の訴訟物選択の自由を奪っている。原告は、民事執行のできない建物退去土地明渡判決を求めているであろう。そのために、建物明渡を予備的に請求したのである。ところが、占有肯定説では、建物退去土地明渡の請求は、建物収去土地明渡の請求の質的一部で、処分権主義に反しないというのであろう。

このような結論は奇妙であるし、また、被告にとっても、建物収去土地明渡が請求されているときに、どのような場合に、建物退去土地明渡判決がされ、どのような場合に建物明渡判決がされるのか、予測可能にならない。処分権主義は、被告にとっての不利益予告機能を持っているはずであるが（明治大学法科大学院民事訴訟法講義第18回参照）、その機能は達成されず、訴訟は混乱するばかりである。

4 総合的な評価

以上、占有肯定説のメリット・デメリットを検討してきたが、全体として、メリットは小さく、デメリットは大きい。今後、このような検討を踏まえて、この問題についての学界及び実務界の理解が進むことを期待したい。

（注1）占有肯定説の学説を名前を挙げて紹介することは、残念ながらできない。浅生重機「建物の占有と土地の占有」判例タイムズ1321号30頁の注17で説明したように、占有肯定説の学説といわれる文献を

みても、その内容は、占有肯定説に疑問を呈示する内容のものであるなど、占有肯定説とはいえないものであるからである。占有肯定説をとるかどうか、正面から議論をした上で、それを肯定した学説は、いまのところ発見することができない状況にある。そうはいいながら、占有肯定説を当然の前提として、論を展開する文献は多いので、占有肯定説が、通説と呼ばれるのであろう。

(注2) 藤井正雄「土地所有権に基づく地上家屋居住者に対する退去請求」民事法の諸問題2巻32頁、研究会「実務と新訴訟物理論」判例タイムズ168号37頁以下の田辺公二発言、高橋欣一「建物収去・土地明渡訴訟における建物占有者に対する請求」新実務民事訴訟講座4巻117頁以下

(注3) 限定的占有説と整合性のある判例として、最判昭和31年10月23日民集10巻10号1275号及び最判平成16年10月29日金融法務事情1752号50頁がある。篠塚昭次・吉永順作・永田真三郎編・借地借家法の基礎知識上巻238頁以下、特に241頁下段15行目から末行まで、242頁3行目から10行目まで(吉永順作)(1995年)は、私の限定的占有説と同じ考え方を先に示しておられた。そして、最近発行された岡口基一・要件事実マニュアル1民法1第3版(2010年)288～290頁は、限定的占有説を採用されている。

また、2011年の12月に発行された高橋宏志・重点講義民事訴訟法上第2版の619頁注43の3は、淺生

(注4) 篠塚昭次・吉永順作・永田真三郎編・借地借家法の基礎知識上巻、242頁3行目から10行目まで(吉永順作)(1995年)は、「土地と建物が同一所有者に属するときは、建物所有権に基づいて建物明渡請求はなされるけれども、土地所有権に基づく建物退去・土地明渡の請求のなされないのは法常識であり、土地所有権による請求と建物所有権に基づく請求とは、完全に訴訟物を異にする訴訟であるから、建物収去土地明渡の判決が建物買取請求権の行使によって建物退去・土

地明渡の限度で有効性を有するのは、相当でない。」といわれる。

(注5) 土地の引渡しといっても、建物の敷地の引渡しは、すでに売買契約の法律効果としての建物所有権の移転によって、法律上当然に行われており、別に売買当事者間で、建物敷地の引渡行為をすること自体、必要がない。そこで、建物敷地を除外した周囲の土地の引渡しが必要となる。また、民事執行の世界では、執行債務者が直接占有する不動産や動産などの有体物の引渡執行(民事執行法168条、169条)は、対象物を執行官が物理的に現実に支配してその占有を取得した上で、その占有を執行債権者に移転することを意味し、執行機関が執行官であるとされていることから、それ以外の方法による引渡執行は存在しないし、認めてもいない(これに対して、第三者が直接占有し、執行債務者が間接占有する目的物の引渡執行は、執行裁判所が担当する。民事執行法170条。)。そこで、たとえ、建物が存在して執行官がその敷地を物理的に現実に支配することのできない建物敷地を、執行債務者が執行債権者に引き渡すと債務名義に記載されていても、それは民事執行では実現されない。

以上のような理由から、土地建物の売買では、買い主は売り主に対して、建物の引渡しと建物周囲の土地の引渡しを請求することができ、土地建物の売買に関する判決等の債務名義でも、そのような内容の給付命令を求めるのであれば、認容される。そして、この建物周囲の土地を示すのに、実際には、土地を地番で表示するだけですますことがある。すなわち、建物周囲の土地であれば、当該の土地から建物敷地の範囲を除外すべきこととなるが、例えば、土地と地上建物の引渡しの債務名義を作成する際に、引渡しの対象として、地上建物と土地を表示すれば、その債務名義の解釈としては、当然に、建物の敷地(底地)以外の周囲の土地の引渡しを命じたものとして、執行を行うことになるので(浅生重機「建物の占有と土地の占有」判タ1321号23ないし24頁4(1)から(5)まで参照)、建物の周囲の土地の引渡しを請

求する場合も、地上建物と共に引渡しを請求する場合には、そのように底地を除外しない地番だけの表現による土地の引渡しの請求が可能なのである。

(注 6) 借地人が借地上の建物を売買し、借地は譲受人に転貸するという約定であれば、その転貸借契約に基づいて敷地の占有を買受人に移転する債務を負うことになる。また、借地人が借地権を買い主に譲渡するという約定である場合も、この借地権の売買契約上の債務として、建物敷地の占有を買い主に移転する義務がある。

(注 7) この点は、判例である。最判昭和 31 年 10 月 23 日民集 10-10-1275。そして、この判例の通用性は、最判平成 16 年 10 月 29 日金融法務事情 1752 号 50 頁により再確認された。

(注 8) この最判昭和 26 年 4 月 13 日民集 5 卷 5 号 242 頁判例の事案の場合、建物収去土地明渡の債務名義が成立しており、建物は収去すべき場合である。その場合に建物を占有することは、建物の収去を妨げ、建物敷地の明渡を妨害する。そこで、このような場合の建物の占有は、建物敷地の占有となるものである。この判決の考え方は、限定的占有説の考え方に合致しており、最判昭和 31 年 10 月 23 日民集 10 卷 10 号 1275 号及び最判平成 16 年 10 月 29 日金融法務事情 1752 号 50 頁とも整合している。

(注 9) この問題を前提とするものではないが、中野貞一郎・民事執行法増補新訂 6 版 138 頁は、本文の記述と同旨を述べる。すなわち、「新占有者が占有移転を争うときは、執行文付与に対する異議又は執行文付与に対する異議の訴えによるべきであるが、自己が債権者に対する関係で、実体法上、目的物の引渡し義務を負わないことを主張する場合には、請求異議の訴えにより、承継執行を排除できる。」と。

(注 10) 最高裁事務総局民事局・執行官事務の協議要録（第 3 版）（法曹会刊）207 頁〔439〕208 頁〔440〕、最高裁事務総局民事局・執行官提要（第 5 版）（法曹会刊）269 頁、高橋欣一「建物退去請求権の執行要件」藤田耕三・河

村卓哉・林屋礼二編・民事執行法の基礎 257 頁以下特に 259 頁、坂本慶一「建物退去の強制執行の可否」近藤崇晴・大橋寛明編・民事執行の基礎と応用 387 頁以下、特に 389 頁四(2)、廣田民生「建物収去土地明渡執行と建物退去土地明渡執行」日本執行官連盟編集・民事執行実務 20 号 3 頁以下、特に 6~7 頁及び同 9 頁に掲載されている同判事の担当による東京地裁平成 1 年 10 月 19 日決定。

(注 11) 民事執行法は、債務名義と執行文により、執行機関と執行内容を確定し、そのとおり執行する仕組みを採用している。そのような民事執行法においても、建物収去土地明渡の債務名義がある場合に、執行債務者以外の第三者に対して、建物退去土地明渡の内容を記載した承継執行文が発行される場合がある。それは、建物収去土地明渡の対象である建物を、執行債務者が、第三者に賃貸するなどして、その占有を移転した場合に(建物収去土地明渡請求権を被保全権利として建物について占有移転禁止仮処分が発せられその執行がされている場合には仮処分執行後の占有移転であってもよい。その仮処分の執行がない場合には、口頭弁論終結後、あるいは債務名義成立後の占有に限られる。)、その第三者を建物から退去させないと、建物の収去(取壊)ができず、建物収去土地明渡の執行をすることが不可能となるため、執行債権者の申立てにより、その第三者に対する承継執行文の発行を申請する場合である。この場合には、執行債務者に対する建物収去土地明渡の債務名義は、そのまま有効に存在しており、建物は収去されるべき場合である。そこで、建物の占有は土地の占有であり、その占有が土地明渡の実現を妨害しており、それを実現する方法として、第三者に対する承継執行文が必要となっているのである。これに対して、本文で問題にするのは、建物収去土地明渡の債務名義について、執行債務者自身に対する執行文で、建物退去土地明渡という記載内容の変更をすることができるかということである。そして、建物買取請求権が行使され建物所有権は土地賃貸人へ移転していて、建物敷地の占有

を執行債権者が取得している状態にある。そのような場合であるから、建物退去土地明渡請求権そのものが存在しているのかが問題となるのである。

(注 12) この問題について論じた、村松俊夫・民訴雑考 85 頁以下。

(注 13) この追加する将来請求は、①の建物買取請求権不存在確認の請求との関係では、予備的請求となろう。ただ、原告が建物買取請求権不存在確認の請求をしないときには、建物退去土地明渡請求との関係では、予備的請求ではなく、単純併合である。なお、この追加する将来請求が認容された場合に、この請求で条件とされている被告の買取請求権の行使は、原告が、判決について条件執行文の付与を求める際に、これを執行文付機関である受訴裁判所の裁判所書記官に対して、文書（被告の買取請求権の行使の内容証明郵便など）により証明することになる。民事執行法 26 条 1 項、27 条 1 項。

(注 14) 東京高判平成 2 年 10 月 30 日判例時報 1379 号 83 頁、福岡高判平成 7 年 12 月 5 日判例タイムズ 901 号 263 頁がある。