

△論 説▽

建物収去・土地明渡請求の相手方

原 田 昌 和

第一章	はじめに
第二章	判 例
第三章	学 説
第四章	検 討

第一章 はじめに

他人の所有する土地上に土地利用権限のない建物が存在する場合、土地所有者は土地所有権に基づき建物収去・土地明渡請求をなしうる（物権的請求権）。この請求の相手方としては、現に建物を所有することによって土地を占有し、その所有権を侵害している者を相手方とすべきであり、このことは一般的に承認されている。⁽¹⁾

では、建物登記名義人が当該建物を譲渡したがいまだ登記名義を保有している場合（以下、移転登記未了型と呼称する）に、土地所有者は登記名義人を所有者として建物収去・土地明渡請求を行うことができるだろうか。仮にこ

れを許さないとすると、物権の設定・移転は意思表示のみで足りるとされている（民法一七六条）ために、請求の相手方を確定するためには非常に大きな困難を伴う。しかし他方、常にこれを許すとすれば、譲渡により既に建物の所有者でなくなった者が取去義務を負わされることとなる。同様の問題は、未登記建物の所有者が未登記のままこれを第三者に譲渡し、その後、土地所有者による処分禁止の仮処分を登記するため、裁判所の嘱託により譲渡人名義の登記がなされた場合（以下、未登記建物譲渡型と呼称する）や、建物の所有人名義人が実際には建物を所有したことがなく、単に自己名義の登記を有するに過ぎない場合（以下、仮装登記型と呼称する）にも発生する。

この問題につき、従来最高裁は、建物の実質的所有者たる譲受人を相手方とすべきとする立場をとっていると見られてきた。しかし、最高裁平成六年二月八日判決（民集四八巻二号三七三頁）において、移転登記未了型について登記名義人に対する請求を認める判決が出され、そこで採用された「対抗関係にも似た関係」というスキームの是非や判決の射程について、多くの議論を呼ぶこととなった。後述するように、判例の立場はあまり支持を集めてはおらないが、「対抗関係にも似た関係」というスキームは、これを、建物登記名義人と土地所有者をなぜ対抗関係と同様の土俵に乗せるのか、特に移転登記未了型と未登記建物譲渡型とは建物登記名義人の態様においてどのような相違が存在するのか、といった観点から見た場合には、一定程度支持できるものではないかと考える。本小稿は、このような問題意識から、従来の判例・学説を整理し、平成六年判決の立場の理論化を試みるものである。

(1) 西謙一・最高裁判事判例解説平成六年度七三七頁。

第二章 判例⁽²⁾

一 大審院判決の多くは、建物収去・土地明渡請求訴訟の被告適格を有する者は、登記名義に関係なく、実質的所有者であるとしていた（いわゆる実質的所有者責任説）。その法律構成としては、①土地所有者は、建物所有権移転に関して登記の欠缺を主張するにつき正当の権利または利益を有する第三者ではないから、実質的建物所有者が建物所有権移転の事実を土地所有者に対して主張するには登記を要しない⁽³⁾、②移転登記の有無いかんを問わず、建物の譲受人において当該建物を占有しているのであって、建物譲渡後の登記名義人は既に地上に建物を所有していない結果、土地を占有していないものというべきである⁽⁴⁾、③建物につき管理権および処分権を持つ者でなければ土地所有権の侵害者であるという⁽⁵⁾ことはできない、という説明がされた。また、利益衡量上、地上建物の所有権移転の事実をその登記手続未了のゆえをもって土地所有者に対抗することができないとすると、土地所有者の請求により地上建物の所有者でない譲渡人が譲受人所有の建物を収去し、もしくは他人所有の建物が地上に存在するために依然不法占有者として損害賠償の義務を負担しなければならないことになる反面、真の建物所有者たる譲受人が収去や損害賠償の義務を免れる結果になる、という指摘がされていた⁽⁶⁾。もともと、以上と異なり、土地所有権者は建物の登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者であるので、建物の譲受人は、移転登記をなさなければ、建物所有権の移転を土地所有権者に対抗できないという理由から、登記名義人にも請求できるとする判決も存在した⁽⁷⁾。

二 最高裁も、「三」で見える平成六年判決以前においては、実質的所有者責任説の立場を踏襲していた。

1 最高裁は、まず昭和三五年六月一七日判決（民集一四卷八号一三九六頁）において、実質的所有者責任説を採

用した。

(1) 本件の事案は以下のとおりである。YはA所有の土地の上に未登記建物を所有し、その後その建物をBに譲渡したが、その後も未登記のまま経過した。Aから土地を譲り受けたXがYに対し本件建物につき処分禁止の仮処分命令を得、その登記のため、裁判所の嘱託によりY名義の建物保存登記がなされたが、Bへの所有権移転登記はなされなかった。この事案について、XはYに対して物権的請求権に基く建物取去・土地明渡ならびに土地所有権の侵害を原因とする損害賠償を請求した。

(2) 本判決は、以下のように述べて、建物取去・土地明渡請求を棄却した原審を維持した。すなわち、「Yは現在においては右家屋に対しては何等管理処分等の権能もなければ、事実上これを支配しているものでもなく、また、登記ある地上家屋の所有者というにもあたらない」。「従って、Yは現実にXの土地を占拠してXの土地の所有権を侵害しているものということはできないのであって、かかるYに対して、物上請求権を行使して地上建物の取去をもとめることは許されないものと解すべきである」。

(3) 以上のように本判決は実質的所有者責任説に立つが、本判決には登記名義人責任説を支持する小谷勝重・河村大助両裁判官による少数意見が付加されており、実質的所有者責任説は必ずしも安定したものではなかった。同少数意見は次のように述べる。すなわち、①「譲渡後において譲渡人が自己名義に保存登記をすることの有効なことは異論のないところである」が、「譲渡が行われたにも拘らずなお保存登記を有効と認めるのは、公示の原則を採用しているわが民法の解釈上登記のない限り物権変動は第三者に対し完全な効力を生ぜず、換言すれば譲渡人は完全な無権利者となるものではないと解すべきだからである。従ってその保存登記は譲渡人に残存する所有権に符合しこれを象徴する有効な登記と解するを相当とする」。「しかして、未登記不動産の譲渡後、仮処分決定に基く裁判所の嘱託により譲渡人のためになされた保存登記も一般の保存登記と同一の効力を有することは当裁判所の判例

とするところであるし（……）又債務者所有の未登記建物が第三者に譲渡された後、債権者が競売申立をなし裁判所の嘱託により債務者名義の所有権保存登記をなした当該競売手続きに於て競落し其の所有権移転登記を受けた競落人は、右建物所有権を前示第三者に対抗し得るとした判例（……）もあつて、いずれも未登記建物の譲渡人は対外関係において、未だ所有権を喪わないという実体関係を基礎として、譲渡人自身の申請によると裁判所の嘱託によるとを問わず譲渡人のために行われた保存登記として其効力を保有するものと理解すべきである。従つてその登記に信頼する第三者は譲受人に対しては取得登記の欠缺を主張し得ると同時に譲渡人に対しては喪失の登記すなわち、物権変動の登記の欠缺を主張し得るものと謂わなければならない。②「その不動産につき取引関係に立てる者とはいいかねる者でも当該不動産に関し正当な利害関係を有する者すなわち、或種の権利を有し又は義務を負う関係にある者は、取引関係者に準じ登記欠缺を主張する正当の利益を有する第三者として保護するを正当と考える」。③多数意見によると、「此種の土地明渡請求事件における保全処分の実効を薄弱にし、かつたやすく建物所有権の移転を主張して明渡請求を困難ならしめる」。

(4) また、多数意見は、「現在登記簿上本件家屋について、Y名義の保存登記が存在するけれども、これはYが本件家屋を未登記のまま譲渡した後、Xの仮処分申請にもとづいて、裁判所の嘱託によつて為されたものであつて、Yの関知するところでないことは原判決の確定するところである」と述べており、Y名義の登記がYの意思に基づいて行われた場合には別様の判断を下す含みを残しているが、その意味するところは必ずしも判然としない。この点に関連して、奥野健一裁判官は次のように補足意見を付加している。すなわち、①「土地の所有者が現在建物の所有者でない過去にその所有者であつた者を任意に選択して、処分禁止の仮処分を申請し、その仮処分登記の前提として右過去の所有者名義の保存登記がなされた場合に、その過去の所有者であつて現在の所有者でない者がこれがため建物収去の責任を負わねばならないとするは極めて不合理である」。②「建物の所有者が自ら保存

登記をしながらその後所有権を他に移転したにかかわらず、これが移転登記を懈怠している場合には、移転登記を怠っている現在の登記名義人は、その所有権の喪失を第三者に対抗することができない結果、土地所有者から建物の現在の所有者として土地の不法占拠者としての責任を問われることは是認できるところであるとしても、「未登記の建物の過去の所有者が何ら自己の意思に基かないで、他から仮処分的前提として自己名義に保存登記がなされた場合には、固よりその者はこれがため現在の建物所有者になるわけのものではなく、また、現在の所有者のために移転登記をしようとしても仮処分によって禁止されているのであるから、登記懈怠の責を負わしめることもできない」。

(5) 以上のように、多数意見は、本問を対抗問題とは理解せず、登記名義人には何ら管理処分等の権限がないことを理由に、登記名義人に対する請求を否定している。これに対して、小谷・河村少数意見は、本問を対抗問題と理解するが、移転登記を経由するまではなお譲渡人に所有権が「残存」し、嘱託による登記もこの残存する所有権に符合しこれを象徴する有効な登記であるから、第三者は譲渡人に対して所有権喪失の登記の欠缺を主張しようと説明する⁽⁸⁾。これに対して、奥野補足意見は、本問を対抗問題と理解しつつも、次のように法律構成し、結論として多数意見に同調する。すなわち、建物の所有者が自ら保存登記をした者がその後所有権を他に移転したにもかかわらず、移転登記を懈怠している場合には、登記懈怠の責めを負わせることができ、所有権の喪失を移転登記により第三者に対抗することができない。これに対して、未登記建物の過去にその所有者であったものが、他から仮処分の前提として保存登記がなされた場合には、その者はこれにより現在の建物所有者になるわけではなく、また、登記懈怠の責めを負わせることもできない。この奥野補足意見は、本稿で主に分析の対象とする平成六年判決の基礎になっていると思われるため、第四章でさらに検討を行いたい。

2 続く昭和四七年一月七日判決(民集二六卷一〇号一八二九頁)においても、最高裁は、登記名義人に対する

建物収去・土地明渡請求を否定している。

(1) 本件の事案は、Xほか四名の共有に属する土地の賃借人Aから、Xらに無断で賃借権の譲渡を受けたY₁が、本件建物を建築し、妻Y₂名義で保存登記をしていたところ、Xが、Y₁らは正当の権限なく不法に土地を占拠するものであるとして、共有権に基づき、Y₂に対して右建物の収去・土地明渡を、Y₁に対して右建物からの退去・土地明渡を請求したものである。

(2) 本判決は次のように述べて、Y₂に対する建物収去・土地明渡請求を否定した。すなわち、「建物の所有権を有しない者は、たとえ、所有者との合意により、建物につき自己のための所有権保存登記をしていたとしても、建物を収去する権能を有しないから、建物の敷地所有者の所有権に基づく請求に対し、建物収去義務を負うものではない」。

(3) 本判決には、大隅健一郎裁判官による意見が付加されている。すなわち、①昭和三五年判決における小谷・河村少数意見のいう民法一七七条適用説が支持されるべきであるが、Y₁とY₂の間に建物に関して何らかの法律行為がなされた事実は、原審の認定しないところであるから、ここでは一七七条適用の余地はない。②本件のような仮装登記型は取引関係にたつ第三者の保護が問題となる事案ではないが、九四条二項を類推適用し、善意の土地所有者に対しては、建物登記名義人は建物の所有権が自己にない旨を主張して、その収去義務を免れることはできないと解すべきである。しかし、本件ではXは建物の実質的所有者がY₁であることを認めているので、Xの請求は排斥を免れない。③多数意見によれば、土地所有者は登記に信頼することができず、建物の実質上の権利者を探求しその者を被告として訴えを提起することを強いられるのみならず、相手方がたやすく建物所有権の移転を主張して明渡請求を困難ならしめる危険にさらされることとなる。

(4) 以上のように、多数意見が従来の見解を維持する一方で、大隅裁判官による九四条二項類推適用説が主張さ

れた。⁽⁹⁾ 大隅裁判官の言う多数意見の不都合(右③)に対しては、まさにそのようなことにならないように仮処分制度(民保五五条)が用意されているのであるが、たとえ当事者恒定のために処分禁止の仮処分をかけても、それ以前に建物を譲り受けたと主張する者が現れ、譲渡人と馴れ合った場合には、土地所有者としては対処しきれないという問題が残る。⁽¹⁰⁾

3 さらに、最判昭四九年一〇月二四日(判時七六〇号五六頁)も、昭和三五年判決を引用して、地上家屋が譲渡されたにもかかわらず、所有権移転登記が經由されなくて登記簿上譲渡人所有名義のままになっていても、地上家屋の譲渡人は、現実はその敷地を占拠して土地所有権を侵害しているということができないという考えを前提として判示をしている。⁽¹¹⁾ また、最判昭五二年一二月二三日(判時八八一号一〇五頁)も一連の紛争である。

なお、昭和四九年判決には、大隅健一郎・岸上康夫両裁判官による反対意見が付されている。内容的には昭和四七年判決における大隅意見とほぼ同趣旨であるが、土地所有者は「建物所有権の帰属そのものを争っているのではなく、他人の建物による自己所有の土地の不法占拠を問題としているのであるから、建物の物権変動について直接登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する者とはいいがたく、厳密な意味においては一七七条の第三者にはあたらないというべきである」が、「公示の原則を尊重し、土地所有者からの責任追及の相手方を明確ならしめる利益を重視して、一七七条の原則をこの場合に類推するのが相当であるといわなければならない」とされた。⁽¹²⁾

三 これまでの最高裁判決が登記名義人に対する請求を否定していたのに対して、一定の場合には、登記名義人に対する請求を認めうるという判断を下したのが、最高裁平成六年二月八日判決である。本稿の主たる考察対象となるので、事案も含め、やや詳しく紹介することとしたい。

1 事案の概要

有限会社Xは、平成二年一月五日、本件土地を競売による売却により取得した。本件土地には、本件建物が存在するところ、本件建物は、Yの夫の所有であったが、同人が昭和五八年五月四日に死亡した後は、相続によりYの所有に属した。Yは、右夫死亡直後の同年五月十七日、本件建物をAに代金二五〇万円で売却した。同年二月二日に相続の旨の登記が経由されたが、Aへの移転登記はなされなかったため、本件建物はY所有名義のままとなっている。

Xは、Yが本件建物を所有することにより本件土地を占有していると主張して、所有権に基づき本件建物収去による本件土地明渡を求めた。これに対し、Yは、本件土地の占有権限については何ら主張することなく、Aへの売却により本件建物の所有権を失ったから本件土地を占有するものではないと主張した。

なお、上告理由によれば、一審継続中に、XからAへの訴訟告知がなされたが、Aは訴訟参加していない。またAは、Xに対し、建物所有権はおろか土地占有権限（借地権等）も主張していないし、過去においてAが他者に対し所有権を主張した形跡もない、ということである。

一、二審とも、YからAへの本件建物の売却の事実を認めた上、Yが本件建物を所有し、本件土地を占有しているとのXの主張は理由がないとして、Xの請求を棄却した。⁽¹³⁾

Xが上告。上告理由は、①YA間の売買契約を認定したことは不動産売買に関する経験則に反する、②仮に原審の事実認定を認容したとしても、Yは所有権喪失の登記を経由していない以上、一七七条によりXに対しては所有権喪失を対抗できないし、たとえ登記が実体を反映していないものとしても、その不実登記は、Yが不作為による故意で作出しているものである（九四条二項類推）、③原判決に従えば、保全処分を容易に無効化できることになり、ひいては不法占有者にとっては容易に不法占有を継続できることになる、④ことに本件の場合、Xは全くの第三者であつて外観により行動するほかない上、外観はYが所有者であることを示している、というものであつた。

2 最高裁判旨

(1) 「土地所有権に基づく物上請求権を行使して建物収去・土地明渡しを請求するには、現実に建物を所有することによってその土地を占拠し、土地所有権を侵害している者を相手方とすべきである。したがって、未登記建物の所有者が未登記のままこれを第三者に譲渡した場合には、これにより確定的に所有権を失うことになるから、その後、その意思に基づかずに譲渡人名義に所有権取得の登記がされても、右譲渡人は、土地所有者による建物収去・土地明渡しの請求につき、建物の所有権の喪失により土地を占有していないことを主張することができるものというべきであり(……)、また、建物の所有名義人が実際には建物を所有したことがなく、単に自己名義の所有権取得の登記を有するにすぎない場合も、土地所有者に対し、建物収去・土地明渡しの義務を負わないものといべきである(……)」。

(2) 「もつとも、他人の土地上の建物の所有権を取得した者が自らの意思に基づいて所有権取得の登記を経由した場合には、たとい建物を他に譲渡したとしても、引き続き右登記名義を保有する限り、土地所有者に対し、右譲渡による建物所有権の喪失を主張して建物収去・土地明渡しの義務を免れることはできないものと解するのが相当である。けだし、建物は土地を離れては存立し得ず、建物の所有は必然的に土地の占有を伴うものであるから、土地所有者としては、地上建物の所有権の帰属につき重大な利害関係を有するのであって、土地所有者が建物譲渡人に対して所有権に基づき建物収去・土地明渡しを請求する場合の両者の関係は、土地所有者が地上建物の譲渡による所有権の喪失を否定してその帰属を争う点で、あたかも建物についての物権変動における対抗関係にも似た関係というべく、建物所有者は、自らの意思に基づいて自己所有の登記を経由し、これを保有する以上、右土地所有者との関係においては、建物所有権の喪失を主張できないというべきであるからである。もし、これを、登記に関わりなく建物の「実質的所有者」をもって建物収去・土地明渡しの義務者を決すべきものとするならば、土地所有者

は、その探求の困難を強いられることになり、また、相手方において、たやすく建物の所有権の移転を主張して明渡しの義務を免れることが可能になるといふ不合理を生ずるおそれがある。他方、建物所有者が真実その所有権を他に譲渡したのであれば、その旨の登記を行うことは通常はさほど困難なこととはいえず、不動産取引に関する社会の慣行にも合致するから、登記を自己名義にしておきながら自らの所有権の喪失を主張し、その建物の収去義務を否定することは、信義にもとり、公平の見地に照らして許されぬものといわなければならない。

(3) 「これを本件についてみるのに、原審の認定に係る前示事実関係によれば、本件建物の所有者であるYはAとの間で本件建物についての売買契約を締結したにとどまり、その旨の所有権移転登記手続を了していないというのであるから、Yは、Xに対して本件建物の所有権の喪失を主張することができず、したがって、本件建物収去・土地明渡しの義務を免れないものというべきである」。

3 本判決は、建物収去・土地明渡請求の相手方は建物の現実の所有者であるとした上で、「對抗関係にも似た関係」というスキームを用いることによって、自らの意思に基づいて自己所有の登記を経由し、これを保有する(旧)建物所有者は、土地所有者との関係においては、建物所有権の喪失を主張できない(土地所有者との関係においては、現実の所有者である)という結論を導いている。「對抗関係にも似た関係」というスキームの意味は必ずしも判然としないが、本判決に対しては、特に利益衡量面において、右諸判決における少数意見ないし補足意見に端を発する大隅・岸上意見をほぼそのまま採用したものであり、実質的には判例変更に近いという評価も存在する。⁽¹⁴⁾ 本判決の分析は、次章で学説の概略を見た後、第四章で行うこととする。

(2) 諸判例の詳細な分析としては、田中康博「建物収去・土地明渡請求の相手方——最高裁一九九四年二月八日判決を契機に——」京都学園法学一六号（一九九四年）一頁以下参照。また昭和三十五年判決までは、椿寿夫「不法占拠」総合判例研究叢書（25）（一九六五年）三八頁以下が

詳しい。

- (3) 大判大正九年二月二五日日民録二六輯一五二頁、大判昭和十四年二月二六日日大審院判決全集第七輯三三二頁。
- (4) 大判昭和十三年二月二日日民集一七卷二二六九頁。
- (5) 大判昭和五年一〇月二九日日法律新聞三二〇四号一〇頁。
- (6) 前掲大判昭和十三年二月二日日民集一七卷二二六九頁。
- (7) 大判昭和十六年二月二〇日日法学第一一巻七号七一頁。
- (8) 登記名義人は残存する所有権によって建物を所有することにより土地所有権を侵害しているという主張を含むであろう。
- (9) ただし、いつの時点での善意を問題とするのかは明らかでない。
- (10) 幾代通『不動産物権変動と登記』(一九八六年)七八頁、山本豊・NBL五六〇号(一九九五年)五九頁以下参照。
- (11) 本判決と平成六年判決との関係については、西・前掲注(一)七五五頁(注七)参照。
- (12) なお、昭和十五年判決の事例は、Xが申し立てた処分禁止の仮処分命令との関連で、裁判所の嘱託によりY名義の建物保存登記がなされたのであって、Xは登記を信頼して名義人を訴えたわけではないので、一七七条類推適用説の射程は、このような事例には及ばないのではないかと思われる。
- (13) 上記事情からすると、そもそもこの事実認定に問題があるように思われる。藤原弘道・民商法雑誌一一一巻四・五号(一九九五年)七九九頁参照。
- (14) 松岡久和・法学教室一六八号(一九九四年)一四九頁、小野秀誠・金融・商事判例九五九号(一九九五年)四六頁、湯浅道男・私法判例リマックス一一号(一九九五年)三八頁。

第三章 学説

一 次に、学説の動向を見てみると、当初は、実質的所有者責任説が通説的地位を形成していた。その理由付けについては、①土地所有者は、建物については全然の無権利者として、建物譲受人とその物的支配を相争うという関係にはないわけであってそこに對抗問題は起らず、したがって「第三者」には該当しない⁽¹⁵⁾、②不法占拠者たるや否やは事実上の観念であって登記の有無に直接の関連を有するものでなく、現実土地を不法に占有しない者にそ

の登記名義人たるのゆえに収去や賠償を請求することを許すべきものではない、③近代法では責任関係は別個の法領域を形成するので、物権者としての責任関係は對抗の問題にはならず、したがって物権的請求権の相手方としての適格も登記の有無によらない、等の説明がされた⁽¹⁷⁾。

これに対し、昭和三五年判決頃以降は、以上を受けて「對抗問題」ではないことを自覚した上で、別な法的構成から登記名義人責任説をとる見解が多数となった。これらは、既に見た諸判決の少数意見ないし補足意見や平成六年判決にも見られるように、実質的所有者探求の困難などの利益衡量を実質的理由としている。その際の法的構成については、①二重譲渡が可能であるという意味において、建物登記名義人は処分権を保有しているのであるから、土地所有者が登記のない譲受人を不法占拠者と認めることは、もとより妨げないが、建物による不法占拠者は占有者ではなく現に建物の登記を保有する譲渡人であると認めることもできるとする見解⁽¹⁹⁾、②観念的所有権の設定的譲渡の理論をとるとすれば、意思表示のみによって譲渡されたものは観念的な子権としての所有権であって、登記名義を有する譲渡人もまた母権としての観念的所有権を有していることになり、それゆえ登記名義人である譲渡人もまた建物所有権者として不法占拠者であるといいうるとする見解⁽²⁰⁾、③通常の對抗の問題は、物権変動により物権を取得した者が、この物権取得の利益を第三者に主張しうるか、という問題であるが、この場合は、物権変動により物権を喪失した者が、物権喪失の反射として生ずる利益を第三者に主張しうるか、という問題で、両者は問題の本質を異にするが、厳密な意味での對抗要件としての登記のほかに、権利保護資格要件としての登記や義務免脱資格要件としての登記を広く認めるべきであるとした上で、もはや真実の権利者ではないのだから責任を負わされることはないという建物譲渡人の利益と比較して、誰に対して責任を追及すべきかを迷うことはないという土地所有者の利益をより重いと考え、對抗要件主義の考え方を拡張して、登記することを期待されていたのにそれを怠った建物譲渡人が不利益を課せられてもやむをえないと解する見解⁽²¹⁾、④建物譲渡人は、譲受人に対する関係で所有権

を失っているが、土地所有者に対する関係では登記保有のゆえになお「所有者」としての責任（建物収去・土地明渡の義務）を——建物譲受人と（不真正）連帯の関係に立って——負うとする見解⁽²²⁾、⑤土地不法占拠のゆえをもつて地上建物の収去・土地明渡を求める場合においては既登記建物に関する限りは、少なくとも建物所有名義人に対する債務名義を伴わずには強制執行をなしえないもの、と解すべきであり、建物譲受人を相手に選んだ場合には、建物登記名義人に対する債務名義をも獲得しない限りは現実の建物収去の強制執行はなされえないとする見解⁽²³⁾、⑥公信力説の考え方をこの場合にもあてはめ、譲渡の事実を知らず、登記が譲渡人名義になっているので登記名義人を建物所有者と信じた土地所有者は、登記を信じたことよって保護を受け、一方建物譲渡人は、自分が建物の所有者でないことを主張しえないとする見解⁽²⁴⁾がある。また、実質的所有者責任説が言う、建物所有権を譲渡してしまった者が建物収去義務を負わされることの不都合に対しては、登記名義人責任説から、第一に、真に自己の所有でなくなっている建物であれば、建物という財産の価値を破壊されるという点については、建物譲渡人は何らの損害をも受けないはずであり、第二に、収去作業に要する費用をさしあたり負担させられるというのは、建物譲渡人にとって損失には違いないが、これは建物譲受人との間の内部関係等に基づいて求償等で処理すれば足りる、との反論⁽²⁵⁾が行われた。

二 平成六年判決評釈およびそれ以後の論文には、①一七七条とは別レベルの、建物譲渡人の登記保有（プラス所有者的地位の保持）に基づく責任と構成する見解⁽²⁶⁾、②本問は対抗問題ではなく、また「物的支配を相争う関係にあるかどうか」という観点での類推の基礎も存在しないから、一七七条の適用または類推適用によることはできないが、建物の所有者であり登記名義人であった者がその建物を他に譲渡しながら、まだその登記を経由していない状態にあるときには、社会観念上、建物敷地に対する事実的支配すなわち占有は、なお登記名義人にも残存してい

ると法的に評価することは十分可能なのではないかとする見解⁽²⁷⁾、③登記には公示機能の他に権利の存在を証明する手段としての機能（証明機能）があり、本問ではこの証明機能が問題となっているという観点から、登記名義人説の一七七条適用論を支持することができるという見解⁽²⁸⁾、④本判決の言う利益衡量から、建物所有登記名義を保有するということは建物の存する土地を何らかの程度において占有し続けているとみて、全ての類型において登記名義人責任説をとる見解⁽²⁹⁾、⑤非所有者に建物収去義務を負わせるのは異例として、実質的所有者責任説を基本とし、具体的な事情に依りて、信義則に基づいて、登記名義人に、所有権の喪失ないし不存在の主張を封ずることにより、建物収去義務を負わせるのが妥当とする見解⁽³⁰⁾、⑥実質的所有者責任説を基本に、登記名義人が「登記名義」をもつことから生ずる不都合を根拠に、権利外観の法理によって登記名義人に責任（代替執行費用）を負担させ、他方土地所有者に実質的所有権の存在についての善意・無過失を要求する見解⁽³¹⁾、⑦土地所有者側の信頼と建物所有者側の帰責事由を基礎に広い意味での表見法理の類推を考え、登記名義人より報告を受けた建物の代表者が自ら訴訟に登場してこなかった場合には、登記名義人に広範な管理権が与えられていたものとみなし、収去判決等の効力が建物所有者に対して波及することを肯定する見解⁽³²⁾、⑧登記名義人がかつて完全な所有権を有していた場合には、譲渡人がなお登記名義を保有する場合には登記名義人になお帰属する「目的物を有効に処分しうる」権能に建物収去権能を含ませ、登記名義人をも建物所有者に対する関係では「所有者」、したがって「不法占拠者」として取り扱い、登記名義人への請求を認められるとし、他方、登記名義人がいまだかつて建物を所有した事実がない場合には、九四条二項が類推適用されるとする見解⁽³³⁾、⑨二段階物権変動説の立場から、移転登記を備えない譲受人は相対的な所有権しか持たず、登記名義保有者はお絶対的所有権を有するとして、登記名義人に対する建物収去・土地明渡請求を肯定する見解⁽³⁴⁾、⑩「対抗関係にも似た関係」というスキームに疑問を呈しつつ、敷地所有者が建物所有権者探求の困難を強いられる原因は、物権変動に関して対抗要件主義が必要とされたのと同様、物権変動における意思主

義の構造にあるとして、この問題が對抗問題との接点を有することを承認し、登記を基準として登記名義人を請求の相手方としうるとする見解⁽³⁵⁾がある。

- (15) 舟橋淳「物権法」(一九六〇年) 一九八頁。
- (16) 柚木馨・高木多喜男「判例物権法総論(補訂版)」(一九七二年) 二三四頁。
- (17) 林良平「物権法」(一九五一年) 八一頁。
- (18) なお、実質的所有者責任説をとった場合には、所有権の移転時期の論点を検討する必要がある。
- (19) 我妻榮・有泉亨「新訂物権法(民法講義Ⅱ)」(一九八三年) 一七二頁。
- (20) 於保不二雄「物権法(上)」(一九六六年) 一四三頁。
- (21) 鈴木祿弥「物権法講義四訂版」(一九九四年) 一三二頁。
- (22) 広中俊男「物権法(第二版増補)」(一九八六年) 二四五頁。問題を「對抗問題」としてではなく「責任問題」として捉えたうえで建物譲渡人がなお保有する所有権の登記に意味を与える考え方である旨、注が付されている。なお、この見解は「登記保有責任」ではなく、建物譲渡人はなお所有者として扱われるため、建物収去義務を負うとするものである。
- (23) 幾代・前掲注(10) 八六頁。一七七条類推適用説を基本とされる。また同書七七頁以下において、実質的所有者責任説・登記保有者責任説双方の利益不利益が詳細に検討されている。
- (24) 半田正夫「民法一七七条における第三者の範囲」叢書民法総合判例研究⑦(一九七七年) 八八頁。昭和三五年判決の事件のような未登記建物譲渡型に関しては、本見解は対応できない。また、登記を信頼して「取引関係」に入った者ではない土地所有者の保護を「公信力」と呼びうるのかどうか疑問が残る。
- (25) 幾代・前掲注(10) 八〇頁、広中・前掲注(22) 八六頁参照。
- (26) 山本・前掲注(10) 六一頁。広中説に同旨であろうか。
- (27) 藤原・前掲注(13) 七九八頁。
- (28) 良永和隆・法学セミナー四九五号(一九九六年) 四九頁。
- (29) 宇都宮充夫・中央学院大学法学論叢一二巻二号(一九九九年) 一六三頁以下。
- (30) 鎌田薫・平成六年度重要判例解説(一九九五年) 七〇頁。
- (31) 湯浅・前掲注(14) 三九頁。
- (32) 槇梯次「建物収去・土地明渡の物権的請求権についての一考察(下)——最判平成六・二・八を契機として——」判評四四九号(判例時報

一五六四号・一九九六年）一五七頁以下。

(33) 田中・前掲注(2)三七頁以下。

(34) 加藤雅信『新民法体系II 物権法』(二〇〇三年)二二〇頁以下。

(35) 横山美夏「請求の相手方と登記」法学論叢一五四卷四・五・六号(二〇〇四年)三六四頁。

第四章 検討

以上に見たところを踏まえて、平成六年判決を解析し、建物収去・土地明渡請求の相手方をいかに解すべきかを検討してみたい。

本問において争点になるのは、(1)土地所有者が、土地所有権に基づく物権的請求権を行使して土地上の建物の収去・土地の明渡しを請求する場合に、いかなる者を相手方とすべきか、(2)右の場合において、当該建物の実質的所有者と登記名義人とが異なっているときには、どちらを相手方とすべきか、という二点である。

1 まず、争点(1)については、判例学説とも、土地所有権に基づく物上請求権を行使して建物収去・土地明渡しを請求するには、現実には建物を所有することによってその土地を占拠し、土地所有権を侵害しているものを相手方とすべきであると考えており、この点につき異論はない。なお、このことと登記名義人責任説は矛盾しない。実質的所有者責任説と登記名義人責任説の争いは、そのいずれを——少なくとも土地所有者との関係で——建物所有者と認定するの⁽³⁶⁾かという問題だからである。

2 争点(2)について、平成六年判決は、移転登記未了型、未登記建物譲渡型、仮装名義型を区別し、移転登記未了型について登記名義人責任説をとり、後二者について実質的所有者責任説をとる。したがって、本判決は、地上建物の所有登記名義を保有すること自体に基づいて土地の占有ありとみたり、名義人の収去責任を肯定するといっ

た立場ではなく、また、移転登記を具備するまで建物譲渡人に何らかの意味での所有権が残っているとみる立場でもない。しかし、そもそもこのような区別に対しては、合理的な根拠があるのかという疑問が生じる。

まず、移転登記未了型と未登記建物譲渡型の区別については、未登記のまま建物を譲渡した者も、二重譲渡をすればできるという意味では、確定的に所有権を失ったとはいえないであろうし、未登記建物を譲渡した場合と、既登記建物を譲渡した場合とで、その後の二重譲受人の法的取扱いが違ってくるわけではない（どちらの場合でも、先に登記を経由すれば、原則として他の譲受人に優先する）から、本判決のいう対抗問題との類比という論理を押し進めると、両類型とも同じ扱いにならないと一貫しないとの指摘がある。⁽³⁸⁾

これに対して、平成六年判決の調査官解説は次のように説明する。対抗要件としての登記が併存する物権変動相互間の優劣を客観的に決める基準であるのに対して、建物収去・土地明渡義務者いかんの基準となるべきものとしての登記の場合は、建物は土地を離れては存在しえず、建物の所有者は必然的に土地の占有を伴うものであるという土地と建物の関係に照らし、建物についての所有権取得の登記が、土地所有者にとって、建物収去・土地明渡しの責任（義務）の所在を公示する意味をも有するものと評価できるところから、建物収去・土地明渡しを求める土地所有者にとっての相手方（義務者）確定のための基準性を、登記にいわば仮託するものである。したがって、土地の所有者が建物収去・土地明渡しを請求するに際し、これが具備されていることが前提となるのであって、未登記の建物について土地所有者の申請に基づいて一方的に所有権保存登記がなされても、右基準としての意味をなさない。すなわち、建物の所有者がその意思に基づいて保存登記をして初めてこれが右基準としての意味を有することになるのである。⁽³⁹⁾

しかし、このような説明によると、今度は移転登記未了型と仮装登記型との区別が困難となる。すなわち、「登記に建物収去・土地明渡義務者確定のための基準性を仮託する」という発想からは、仮装登記型においても、建物

収去・土地明渡義務者確定のための基準性を登記に仮託する要請が等しく働くと考えられるからである。⁽⁴⁰⁾ また、そもそもこのような説明では、判決が「対抗関係にも似た関係」というスキームをとった理由が明らかでない。

ここで、未登記建物譲渡型と移転登記未了型の相違を検討するために、両類型の区別を初めて述べた昭和三五年判決の奥野補足意見に立ち戻ることとする。奥野補足意見は、建物の所有者が自ら保存登記をしながらその後所有権を他に移転したにもかかわらず、移転登記を懈怠している場合には、移転登記を怠っている現在の登記名義人は、その所有権の喪失を第三者に対抗することができない結果、土地所有者から建物の現在の所有者として土地の不法占拠者としての責任を問われることは是認できるところであるとしても、未登記の建物の過去の所有者が何ら自己の意思に基づかないで、他から仮処分的前提として保存登記がなされた場合には、その者はこれにより現在の建物所有者になるわけではなく、また、現在の所有者のために移転登記をしようとしても仮処分によって禁止されているので、登記懈怠の責めを負わせることもできない、とする。ここで、未登記建物譲渡型において、登記名義人が土地不法占拠者としての責任を問われない理由は、保存登記により現在の建物所有者になるわけではなく、また登記懈怠の責めを負わせることもできないというものである。では、移転登記未了型において、登記名義人が土地不法占拠者としての責任を問われる理由は何か。両場合の説示を比較すると、まず、登記名義人は現在の建物所有者であると考えている可能性がある。しかし、そのように考えるならば、未登記建物譲渡型においても、譲受人が建物登記を備えるまではなお譲渡人は所有者であるということになるから、そのように考えていないことは確かである。やはりここでは、建物の所有者が自ら保存登記をしながらその後所有権を他に移転したにもかかわらず、移転登記を懈怠している点を捉えて、登記懈怠の責めを負わせているとみるのが正当だろう。すなわち、対抗問題として処理する根拠は、登記懈怠の責めを負わせることができるか否かに求められているのである。

では、このことを前提とした場合、平成六年判決における対抗関係との類比はどのように理解することができる

だろうか。平成六年判決は、建物は土地を離れては存立し得ず、建物の所有は必然的に土地の占有を伴うものであるから、土地所有者としては、地上建物の所有権の帰属につき重大な利害関係を有するのであって、土地所有者が地上建物の譲渡による所有権の喪失を否定してその帰属を争う点で、あたかも建物についての物権変動における對抗関係にも似た関係といふべきであるとする。たしかに、同一不動産に関する両立しない物権相互間の優劣を争うものでないから、對抗関係にないことはたしかである。しかし、横山美夏教授が指摘するように、次の点に、物権変動における對抗問題との接点が存在する。すなわち、意思主義の下において、不動産を譲り受けようとする者が、売主に所有権が帰属したことを確認しても、その直後に売主が当該不動産を他者に譲渡する可能性を免れることができないのと同様、建物所有者に対して物権的請求権を行使しようとする敷地所有者は、建物所有権が登記名義人に帰属していることを確認しても、当該建物がその直後に他の者に譲渡される可能性に常にさらされている。この原因はどちらとも、物権変動において意思主義が採用されたことにあるのであって、かかる意思主義によつて生ずる不都合の除去という点に、物権変動における對抗問題との接点が存在する⁽⁴⁾。また、移転登記は義務ではないにしても、奥野補足意見の分析から明らかとなったように、建物の所有者が自ら保存登記をしながらその後所有権を他に移転したにもかかわらず、移転登記を懈怠しているという点では、對抗関係における同様の登記懈怠が認められる。かつ、建物収去・土地明渡を求める土地所有者としては地上建物の所有権の帰属につき重大な利害関係を有することからすれば、これを、次に見る信義公平への背反と合わせ見たときには、建物登記名義人と土地所有者を對抗関係と同様の土俵に乗せてよいという価値評価には一定の合理的理由を見出すことができるであろう。また、建物所有権を譲渡してしまった者が建物収去義務を負わされることの不都合に対しては、学説が述べるように、真に自己の所有でなくなっている建物であれば、建物という財産の価値を破壊されるという点については、建物譲渡人は何らの損害をも受けないはずであり、収去作業に要する費用をさしあたり負担せられるというのは、

建物譲渡人にとって損失には違いないが、これは建物譲受人との間の内部関係等に基づいて求償等で処理すれば足りる、との反論が妥当するだろう。

他方、未登記建物譲渡型においても、公示の要請からは、保存登記をして譲受人に登記を移転すべきであったのにこれを怠ったという点での落ち度は存在するのであり、しかも、土地所有者には請求の相手方の確定困難が同様に生じている点で、移転登記未了型との共通点が見られる。では、判決が両類型を区別する理由は何か。たしかに、建物収去・土地明渡請求をする土地所有者からみた請求の相手方の確定困難という点では、両類型に差異は存在しない。ここで再び平成六年判決に目を向けるとき、その理由付けにおいて、対抗関係との類比に信義公平への背反が組み合わされていることに気付く。判決は、対抗関係との類比や請求の相手方の確定困難のみを理由としているのではなく、合わせて、「相手方（＝登記名義を保有する建物譲渡人）において、たやすく建物の所有権の移転を主張して明渡しの義務を免れることになる不合理を生ずるおそれがある」、「登記を自己名義にしておきながら自らの所有権の喪失を主張し、その建物の収去義務を否定することは、信義にとり、公平の見地に照らして許されない」と述べている。つまり、未登記譲渡型と比べて、移転登記未了型には、それ以上の不合理、あるいは信義公平への背反があるというのである。ここで判決は、自分で登記を備えたということを重く見て、自らの意思で登記名義を取得したまさにその者が、請求相手方の確定困難を生ぜしめている一方で、たやすく建物の所有権の移転を主張して自らの所有権の喪失を主張し、その建物の収去義務を否定するという点に、未登記のまま譲渡した者以上の不当性を見ている。すなわち、かように対抗関係への類比と信義公平への背反が接続されたところに、移転登記未了型が要保護類型としてくりだされた理由が存在するのである。そして、このような理由から、私見としては、信義公平への背反と接続された意味における「対抗関係にも似た関係」という判例のスキームを支持したい。

さて、平成六年判決は「未登記建物の所有者が未登記のままこれを第三者に譲渡した場合には、これにより確定

的に所有権を失うことになるから、その後、その意思に基づかずに譲渡人名義に所有権取得の登記がされても、右譲渡人は、土地所有者による建物収去・土地明渡しの請求につき、建物の所有権の喪失により土地を占有していないことを主張することができる」と述べるが、この「確定的に所有権を失う」という説示をどう理解するべきか。右記のように二重譲渡はなお可能であり、譲受人の地位に相違はない。そもそも「確定的」とは何を意味するのか明らかでないし、仮に移転登記未了型においては所有権の移転が不確定であるというのなら、不確定的に残存する所有権を理由に、この者を土地の占有者と認定すればよく、對抗問題との類比や信義公平への背反を持ち出す必要はなく、右説示は少なくともミスリーディングとの批判は免れないだろう。だが、右で行った検討を踏まえる」と、次のように理解することはなお可能ではないだろうか。すなわち、未登記建物の所有者が未登記のままこれと第三者に譲渡した場合には、意思主義を前提とすると、(二重譲渡はなお可能としても)所有権を失うことになるため、この者を、建物を所有することにより土地を占拠するものと考えすることはできない。かつ、その後、その意思に基づかずに譲渡人名義に所有権取得の登記がされた場合には、自ら備えた登記名義の移転を懈怠しておきながら、登記名義を基準に建物収去を求めた土地所有者に対して収去義務を否定することへの非難という観点が妥当しないため、對抗関係への類比という観点からもやはり、この者を、建物を所有することにより土地を占拠する者と考えすることはできない。これに対して、他人の土地上の建物の所有権を取得した者が自らの意思に基づいて所有権取得の登記を経由した後、建物を他に譲渡したにもかかわらず、引き続き右登記名義を保有する場合(移転登記未了型)には、右と同様に譲渡人は所有権を失うことになるものの、自ら備えた登記名義の移転を懈怠しておきながら、登記名義を基準に建物収去を求めた土地所有者に対して収去義務を否定することへの非難という観点が妥当するため、對抗関係との類比という観点から、この者を、建物を所有することにより土地を占拠するものと考えることができるとは思われるが、このように読む「可能性があることをここでは示しておきたい。

3 さて、仮装登記型には同じ論理を用いることはできない。なぜなら、意思主義に起因する問題を解決するという理由に基づいて登記を基準とすることのできる範囲は、意思主義に起因する問題が生じる範囲に限られるからである⁽⁴²⁾。一方、未登記建物譲渡型には、一定の範囲で、同じ論理を用いることができる。すなわち、未登記建物の所有者が未登記のままこれを第三者に譲渡し、その後、譲受人への移転登記を備える前提として保存登記を備えたが、そのまま放置していたという場合には、譲渡と保存登記の順序が逆であって、自らの意思で登記名義を取得したまさにその者が、請求相手方の確定困難を生ぜしめている一方で、たやすく建物の所有権の移転を主張して自らの所有権の喪失を主張し、その建物の収去義務を否定するという観点がそのまま当てはまるからである。しかし、昭和三五年判決のケースのように、譲渡人の意思に基づかず譲渡人名義に所有権取得の登記がされた場合には、かような観点は妥当せず、登記名義人への建物収去・土地明渡請求は認められない。

仮装登記型については、昭和四七年判決の大隅意見のように民法九四条二項を類推適用する見解もあるが、通謀虚偽表示の効力に関する規定である同条同項を、取引行為ではない場面に類推適用するためには、登記に対する信頼保護の必要性というだけでは、類推の基礎としては十分でない⁽⁴³⁾。しかし、仮装登記型および判例理論の妥当しない未登記建物譲渡型については、つぎのように考えられるのではないか。たしかに、未登記建物の譲受人と称する者が現れたが、譲渡人との馴れ合い——訴訟への非協力的態度——のために（あるいは仮装登記名義人と称する者と実質的所有者と称する者との馴れ合いのために）、本当に譲渡があったのか（あるいは本当に仮装登記なのか）が判然とせず、両者に対して敗訴する危険がある場合が存在しうるのであって、これらの場合には、個別に、信義則・権利濫用に基づいて、所有権の喪失ないし不存在の主張を封ずることによって、建物収去義務を負わせるという処理が可能であろう⁽⁴⁴⁾。

4 また、「対抗関係にも似た関係」というスキームに関して、土地所有者が建物移転について悪意である場合

にも、同一結論になるかが問題となる。これにつき、平成六年判決の立場は明確ではないが、平成六年判決の調査官解説は、背信的悪意者排除論の適用可能性を肯定しつつも、その場合の背信的悪意の基準時・悪意の内容については検討の余地があるとしている⁽⁴⁵⁾。對抗問題に関する現在の議論を前提とする限り、「對抗関係にも似た関係」というスキームから、相手方の主観的要件が必然的なものとして明らかとなるわけではない。この点、意思主義から生ずる請求相手方の不明確性の解決という観点、および、請求相手方の確定困難を生ぜしめたのは登記名義人に他ならないことから、原則として、土地所有者の主観的態様を問うべきではないと考える。しかし、土地所有者からも建物登記名義人からも建物譲受人に通報をしないために、建物譲受人にとつて訴訟参加をする機会もなしに、土地所有者と建物登記名義人間の訴訟が土地所有者の勝訴で終結する場合を考えると、かかる土地所有者のやり方はフェアとはいえず、土地所有者は、建物譲受人からの問題の実質的な蒸し返しに応じなければならず、また、建物収去を実現してしまった場合には、建物譲受人に対する不法行為責任を負うことがあると解すべきであろう⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾。

以上で建物収去・土地明渡請求の相手方に関する検討を終える。平成六年判決については、すでに多くの論考において検討が行われているところである。同判決の「對抗要件にも似た関係」というスキームは、そのスキームおよびとりわけ未登記建物譲渡型との区別取り扱いに批判が向けられている。しかし、判例のスキームは、これを、意思主義から生ずる請求相手方の不明確性の解決という観点を前提として、登記名義保有者の移転登記の懈怠と信義公平への背反という観点から見た場合には、一定程度支持可能なものと思われる。一方、仮装登記型および判例理論の妥当しない未登記建物譲渡型については、個別事例ごとに信義則・権利濫用によって処理すべき旨述べたものの、必ずしも十分な検討はできなかったが、この問題について、何らかの一般理論を提示できないか。また、本稿で扱った問題に関連して、不法占拠を理由とする損害賠償請求の賠償義務者も問題となる⁽⁴⁸⁾。これらについては、

今後検討することを期して、ひとまず本小稿を閉じることとしたい。

- (36) なお、幾代説は、所有者としての認定を省略して、登記を保有することから直接に生ずる義務として建物収去義務を導き出す見解とも評価しうる。
- (37) 藤原・前掲注(13) 八〇〇頁。
- (38) 山本・前掲注(10) 六一頁。
- (39) 西・前掲注(1) 七五一頁。
- (40) 西・調査官解説は移転登記未了型と仮装登記型の区別については触れていない。
- (41) 横山・前掲注(35) 三六五頁。横山教授は、「対抗関係にも似た関係」というスキームには反対されている。
- (42) この点につき、横山・前掲注(35) 三六五頁に同旨。
- (43) 横山・前掲注(35) 三六八頁。
- (44) また、このような理由から、土地所有者はどちらを被告としてもよいと考える。
- (45) 西・前掲注(1) 七五三頁。
- (46) 幾代・前掲書注(10) 八三頁。これを背信的悪意者排除論の類推適用といえるかどうかは検討の余地がある。
- (47) 建物登記名義人を明渡請求訴訟の相手方とする判決の効力については、西・前掲注(1) 七五三頁参照。ただし、事実審の口頭弁論終結前に建物の譲渡があったが、なお、同終結前に登記がされなかった場合の、実質的建物所有者による第三者異議の訴えの可否については争いがあるようである。譲受人が後に登記を備えた場合に限り、右訴えに勝訴できるとする説として、西・前掲注(1) 七五四頁、藤原・前掲注(13) 七九七頁、田尾桃二・最高裁判事判例解説昭和四十七年度二九六頁参照。これに対して、幾代・前掲書注(10) 八二頁は登記の具備について言及されていない。
- (48) これについては、さしあたり西・前掲注(1) 七五八頁(注二五)参照。