

建物買取請求権の行使と訴訟法上の諸問題

須 田 政 勝

1 はじめに

借地借家法は一三条で、借地権の存続期間が満了して、借地契約が更新されないで終了したとき、借地権者の建物買取請求権について、さらに一四条で借地権が譲渡または転貸（以下譲渡等という）され借地権設定者がこれを承諾しないとき、借地権の譲受人等は建物買取請求権を行使できると定めている。

借地権は非常に強い権利であり、契約期間が満了しても、通常借地人は借地契約の存続を望むので契約が更新されることが多く、期間が満了して契約が更新されないで終了することはめったにないので、同法一三条を根拠に建物買取請求権が行使される例は少ない。また、かつては借地権の無断譲渡等により借地契約が解除されることはそこそこの事例があつたけれども、借地法が改正され借地権譲渡等につき地主の承諾に代わる許可の裁判制度が新設され（九条の二）、それが借地借家法に引き継がれているので（一九条）、借地権の無断譲渡等による借地契約の解除に伴う建物買取請求権の行使の事例も大巾に減少している。このため建物買取請求権の行使に伴う訴訟法上の問題を考える意義は少し薄れている感は否めないが、まだ、理論的な問題は置き去りにされたままのように思えるので、ここで建物買取請求権の行使に伴う実体法と訴訟法が交錯する問題を考えてみたい。

2 建物買取請求権の性質等

これまでの建物買取請求権に関する判例、学説の到達点をみておくことは同権利行使が訴訟法上どのような影響を及ぼすかを考えるに当っては不可欠であるので、まず、この点から定説的なところを概観しておきたい。つまり、本稿の目的は建物買取請求権の実体法上の問題を考察することが主眼でなく、同請求権が行使されたときの訴訟法上の問題を検討するところにあるので、建物買取請求権の行使にまつわる実体法上の問題には深入りしない。

建物買取請求権の法的性質は請求権ではなく、形成権であるとされ（最判S四二・七・二〇民集二一・六・一六〇一、我妻栄「債権各論中巻」四九〇頁ほか）、建物買取請求権が行使されると、同時に建物の所有権移転の効果が発生すると解され（最判S三〇・四・五民集九・四・四三九、最判S四二・九・一四民集二・七・一七九二）、売買同様の効力が生じるとするのが通説でもある¹⁾。

そして、借地借家法二三条、一四条に定められている「建物を時価で買取る」という趣旨は、建物を取り毀した場合の動産としての価格でなく、建物が現在するままの状態における価格であって、敷地の借地権の価格は加算すべきではないが、その建物の存在する場所的環境は参酌して算定すべきものとされている（最判S三五・一二・二〇民集一四・一四・三三三〇）。通説もこれに賛成している²⁾。

といっても、この「時価」は一義的に明白でないのでやっかいである。売買であれば当事者間において代金が約定されており価額は一義的に明瞭であるが、建物買取請求権が行使されたときの時価は、賃貸人側はより安く、借地権者もしくは借地権を譲受等した第三者（以下第三取得者という）はより高い価格を考えるので、当事者で折合うこと

はそう簡単でなく、いきおい訴訟の場における鑑定をして、裁判所が定めるところによることが多い。

また、建物買取請求権は抗弁権ではないと解されている。⁽³⁾ この点は後に少し触れる。

3 建物買取請求権が行使される局面

期間満了による借地契約の非更新があつて建物買取請求権が行使されるにしても、また、借地権の無断譲渡等があつて第三取得者が建物買取請求権を行使するにしても、訴訟外でそれが行使されることはまずないか、極めて少ないであらう。

おおかたは、借地期間が満了しても借地権者は通常契約の更新を望むので、契約は更新されていると争い、また、借地権の無断譲渡等があつても、第三取得者は無断譲渡等を争うか、または賃貸人の承諾があつたと争い、借地権者または第三取得者が借地契約の終了を容易に認めることはないので、実際には借地権設定者が期間が満了したとして、あるいは無断譲渡等があつたとして、借地人もしくは第三取得者に対して建物収退去土地明渡の訴訟を提起したときに、借地人または第三取得者によって建物買取請求権は裁判上行使されることになる。

つまり、借地権設定者（実際には、土地所有者が圧倒的に多いが、以下賃貸人という）が借地期間満了、契約非更新を理由に借地人に対して、建物収去土地明渡請求訴訟を、借地権の無断譲渡等のときは、賃貸人が借地人に対して借地契約の解除を原因に建物収去土地明渡、第三取得者に対しては所有権に基づき建物退去土地明渡の請求訴訟を提起し、借地権者または第三取得者は賃貸人の請求原因を否認するか、借地権譲渡等の場合は、さらに賃貸人の承諾があつたと抗弁を主張し、それが認められないときは、予備的に建物買取請求権を行使するとするのが通例である。

このように建物買取請求権の裁判上の行使は仮定的もしくは予備的に、かつ、抗弁権的に主張される。抗弁権的にいうのは、賃貸人からの契約期間満了による借地契約の終了を原因に、または、借地権の無断譲渡等を原因に建物収去土地明渡の請求に対し、借地人または第三取得者の建物買取請求権の行使の主張は売買類似の効果を発生させるだけで、建物収退去土地明渡請求を拒む理由とはなりえないが、つまり、建物収退去土地明渡請求に対する直接の権利障害または権利消滅の根拠とはなりえないが、建物買取請求権を行使して後に述べる留置権または同時履行の抗弁と一緒に主張すると建物収退去土地明渡請求を拒む理由にはなりうる。その意味では裁判上における同権利の行使は抗弁権（権利抗弁）の性質を有するといえる。

したがって、賃貸人が借地契約の終了等を原因に借地人もしくは第三取得者を相手に建物収退去土地明渡の裁判を提起したとき、建物買取請求権が裁判上において借地人によって行使されるか、あるいは、借地期間の満了に伴う借地権の非更新、もしくは、借地権無断譲渡等による借地契約解除の主張を認め建物収去土地明渡等の判決が確定した後、建物買取請求権が裁判上または外で行使され、それが後訴等において主張されたとき、どのような問題があるかを中心に論を進めることとする。

まず第一は、建物収去土地明渡等の裁判中に建物買取請求権が行使されたときである。借地借家法一三条、一四条の建物買取請求権は前記のとおり通常借地権者または第三取得者が、借地契約の終了を争い、裁判が進行していく経過の中で、雲行きが怪しくなり賃貸人の建物収退去土地明渡等の請求が認められそうになって初めて、借地人または第三取得者が仮定的もしくは予備的、かつ抗弁的に主張することが多く、その権利行使はいきおい一審の途中ないし一審で敗訴した借地権者または第三取得者が控訴して、控訴審において主張することが多い。

ここでは、建物買取請求権の行使が訴訟上認められたとき、賃貸人の建物収去土地明渡請求訴訟との関係はどうな

るのが問題となる。

なお、訴訟上建物買取請求権が行使され、建物買取請求権の行使が時期に遅れた防御方法として、その主張が認められないことがある（最判S四六・四・二三判時六三二・五五）。もし、建物買取請求権の主張が訴訟上同理由で排斥されたとすれば、同請求権行使の帰趨はその後どうなるのか。あるいは、一旦建物買取請求権が行使されたが、訴が取下されたとき建物買取請求権の帰趨はどうなるのかといったことも訴訟上問題となりうるが、これは訴訟上の形式権行使として一般に説かれているので（三上威彦「訴訟における形成権行使」民事訴訟法の争点第三版一七六頁ほか）、ここでは記述を割愛する。

第二は、建物収退去土地明渡を認めた判決確定後に建物買取請求権が行使されたとすれば、建物買取請求権の行使は判決の効力で遮断されるのか、されずに後訴を提起して争うことができるか、前の判決の執行力、あるいは建物の所有権移転登記等をどうするのかなど実体法上、訴訟法上問題となる。

以下第一の問題から考察してみたい。

4 建物買取請求権が訴訟上行使されたとき

賃貸人が借地借家法二三条の要件を充足するとして、借地契約の期間満了、契約非更新により借地契約は終了したことを請求原因にして建物収去土地明渡を求め、さらにその建物が借地権者以外の者に占有されているときは（通常は建物の賃借人が多い）、その第三者（以下単に第三者という、ここでいう第三取得者とは異なること注意）に対しても土地所有権に基づき建物収去土地明渡を求めるのが通例である。

一般に、前者は契約の終了という債権的請求権に基づく土地明渡請求であり、後者は所有権に基づく物権的請求権とされている。

また、賃貸人が同法一四条に基づいて請求するときは、借地人に対して借地権の無断譲渡等を理由に一旦借地契約を解除したうえで、借地人に対しては建物収去土地明渡を、第三取得者に対しては建物退去土地明渡を求めることになる。さらに、その建物を第三者が占有するときは前記と同様建物退去土地明渡を請求することになる。

この場合も、前者は契約の終了という債権的請求権に基づくものであり、後者は所有権に基づく物権的請求権の行使である。

この訴訟中、借地権者もしくは第三取得者が建物買取請求権を行使したとすればどうなるか。

これまでの判例は、裁判所が原告たる賃貸人に予備的請求もしくは訴の交換的変更をさせることもなく、建物買取代金の支払と引換に建物引渡土地明渡請求（建物退去でなく建物引渡である意義は後述）を認めてきた⁽⁴⁾、学説もこれが通説である⁽⁵⁾。また、建物が第三者に賃貸されているときは、収去明渡の請求には建物の指図による占有移転を求める趣旨を包含するものと解し、その執行方法は旧民訴七三六条（現民事執行法一七四条）により判決謄本または正本を第三者に呈示または送付することによって、建物所有権移転の通知があったと同一の効力が生じるとされている⁽⁷⁾。

しかし、建物引渡土地明渡の判決で建物の所有権移転登記をすることはできないであろう。なぜなら建物収去（引渡）土地明渡の訴訟物と移転登記請求とは訴訟物が異なるからである。同登記をするには建物所有権移転登記を命ずる給付判決が必要であることについては後述する。

判例、通説の問題点は建物収去土地明渡を求めているのに、訴の交換的変更や予備請求の申立もないのに建物買取

請求権の行使があったからといって、建物引渡土地明渡を命じることができるのである。

判例、通説がそれを肯定的に解する根拠は、当事者の意思解釈の問題として建物収去土地明渡を求めて提訴し、建物買取請求権が行使されると地上建物の所有権は地主に移転するのであるから、特段の反対意思が認められない限り、建物の引渡と土地の明渡を求める趣意をも含めて同請求をしているものと解すべきとするところにある。⁸⁾

しかしながら、この解釈は民訴二四六条(旧民訴一八六条)に反するのではないかと考える。建物収去土地明渡請求の訴訟物をどう考えるかに帰着しよう。⁹⁾

賃貸人が建物収去土地明渡を求める目的は貸した土地の返還を求める土地の明渡にあつて、建物収去を求めるのは執行法上土地明渡の債務名義だけでは建物の収去ができないので土地明渡の履行態様として建物収去を命じているのにすぎないとするのが判例・通説の根拠である。¹⁰⁾

私はこの判例、通説に賛成できない。その理由は次のとおりである。第一に、建物収去土地明渡請求の訴訟物は建物収去という妨害排除請求権を体现したものと土地明渡という返還請求権を体现したものが合体されたものである。どちらかといえば、土地の明渡が主眼となろう。これに反して、建物買取請求権が行使されたときは土地明渡というより、建物が賃貸人の所有に帰したことに伴って、建物所有権に基づくか、売買が成立したことによる債権的請求権に基づく建物の引渡に主眼が移り、建物の引渡しに伴って土地の返還が付随的になされるだけである。

また、建物収去土地明渡は民事執行上も代替執行(一七一条)による執行となるのに反して、建物引渡の執行方法は執行官による直接執行である(民執法一六八条)。このように建物収去土地明渡請求と建物引渡(土地明渡)とは訴訟物も異なり、また、執行方法も異なるものであるから、両者を同様のものと扱うことはできない。¹¹⁾

さらに、判例、通説は当事者の意思解釈を根拠とするが、その考え方の底には一部認容の考え方が働いているもの

と思う。しかしながら、一部請求とか一部認容というのは、例えば金銭でいえば一〇〇万円の請求に対して五〇万円を認めるとか、建物全部の明渡請求に対して建物の一部の明渡を命じるとか、土地の全部引渡の請求に対して一部の土地の引渡を命じるなど、同質のものの中における数量的に可分なものの請求のうち、その一部の給付を認めるときに許されることである。

ところが、建物収去土地明渡と建物引渡（土地明渡）請求とは質的に相違するもので、両者を一部認容の範疇でひと括することはできないと考える。¹²⁾

以上のことから、私は建物買取請求権が行使されたときは、賃貸人側が建物収去土地明渡の請求に加えて任意に建物引渡の訴の追加的予備的変更申立もしくは訴の交換的変更をしないときは、裁判所は賃貸人側に積極的に積明権を行使して、訴の変更をさせ、借地人または第三取得者に同時履行の抗弁権を主張させ、それを待つて建物引渡（土地明渡）と代金の引換給付判決をするのがよいと考える。

次に述べる第二の問題と考えると、同様に裁判所は積明権を行使して、借地人もしくは第三者取得者に対しても、建物買取代金の支払を求める予備的反訴を提起させるべきであろう。

そうすることによって、紛争を一回で解決できるし、当事者の意思に合致した解決が可能となる。

さらに、第二の問題として、通説、判例も建物買取請求権が行使されたとき、建物収去土地明渡の請求から、建物引渡（土地明渡）を認める判決をすることができるといつても、もしくは借地人または第三取得者が同時履行あるいは留置権の抗弁を主張して、借地人等は賃貸人から金何円の買取代金を受領すると引換に、賃貸人に対して建物の引渡（土地明渡）を命じることができたとしても、反対に、借地人らに対して買取代金の支払の債務名義になるような判決（賃貸人は借地人に対して、建物の引渡（土地明渡）と建物の所有権移転登記を受けるのと引換に、金何円を

支払え) をすることはできないであろう。

結局、判例、通説の考え方からいっても、紛争を一挙に解決したことになる。賃貸人側が予備的追加的訴の変更をしないから悪いとか、借地人らが予備的反訴を提起しないから悪いということになるのであろうが、余計な紛争を避け、一回的な紛争解決を目指すなら、むしろ、判例、通説の立場で訴訟を進めるより、訴の変更とか予備的反訴を勧めるほうが現実的である。

ことに、第三の問題として、建物の所有権移転登記のことを考えるならなおさらのことである。

建物買取請求権が行使されると、同時に建物の所有権は借地人または第三取得者から賃貸人に移転されるといっても、賃貸人側から所有権の移転登記を求める訴の追加的変更が申立てられない限り、建物の引渡を主文において命じ、判決理由中で建物の所有権が賃貸人に移ったと認められても、登記実務上、それでは登記できない。さりとて、移転登記を求める申立てがないのに、建物買取請求権が行使されたからといって、移転登記を命じることができないであろう。なぜなら建物収退去土地明渡を求める訴訟物と建物の移転登記を求める訴訟物は全く別物であるからである。

判決に基づく登記（不動産登記法六三条、旧法二七条）をするためには、登記義務者、この場合は借地人もしくは第三取得者に対し、一定内容の登記申請の意思表示をなすべきことを命じる給付判決がなければならぬとするのが、判例、通説である。⁽¹³⁾

さらに、単に所有権移転登記をするだけなら、移転登記を命じる給付判決があれば執行文の付与は不要で判決の確定証明書を添付するだけで足りるけれども、建物買取請求権が行使され同時履行の抗弁権が主張されると、賃貸人側から引換給付として借地人らに対する買取代金の支払という反対給付を伴うことになる。また、引換給付を伴う単なる建物の明渡、引渡の場合であれば、民事執行法三一条一項により建物の明渡、引渡の現場において反対給付をする

ことで足りるが、所有権移転登記という意思表示義務の執行のときには、現実の執行という觀念がなく、執行文の付与をもって執行が完了すると解されるから、反対給付の履行（通常は相手方に代金を提供するか、法務局に弁済供託することになる）をして、執行文をもらい、登記申請することになる。⁽¹⁾

このことを裏付ける格好の事件があった。最判昭和四二年九月一四日（民集二一・七・一七九二）の事例である。事案は借地権の無断譲渡であるとして借地権付建物譲受人（本稿でいう第三取得者）に対して建物収去土地明渡請求訴訟を提起したところ、第三取得者は借地法一〇条による建物買取請求権を行使した。このため第三取得者は賃貸人に対して買取代金三〇万円の支払と引き換えに建物および敷地を明渡せという判決がなされた。判決に基づき、賃貸人は執行文の付与を受け単独の登記申請によって第三取得者から賃貸人へ建物の所有権移転登記を経由した。

登記原因は判決に執行文を得た日の日付による売買である。これに対して、第三者取得者が登記原因を欠く無効な登記であると主張して抹消登記を求める後訴を提起した。賃貸人は後訴の際に、買取代金三〇万円の提供を第三取得者にしたけれども拒絶されたので弁済供託した。

二審判決は登記をするための判決とは、登記を命ずる給付判決をいい、それ以外の判決を含まないと解すべきであるとし、建物の明渡を命ずるにすぎない判決に基づいて建物の所有権移転登記をするのは違法であるし、同登記には権利変動の日付と態様について登記と現実と齟齬があるとしたものの、登記は現在の権利状態と一致しており、反対給付もあったこと、登記当時利害関係を有する第三者がいらないことなどを理由に第三取得者の請求を棄却した。

第三取得者が上告したけれども、最高裁も原審の判断は正当であるとして第三取得者の上告を棄却した。

このように、建物の引渡を命じる判決のみでは建物の所有権移転登記はできないし、建物の移転登記をするには移転登記を命ずる給付判決が必要であることが明らかである。

以上のような考察を踏まえれば、貸賃人側から建物収去土地明渡請求訴訟が提起され、借地人もしくは第三者取得者が建物買取請求権を行使すれば、判例、通説のような曖昧な取扱をするのではなしに、前記のように貸賃人に対しては訴の予備的追加的変更か訴の交換的変更をさせ、借地人らに対しては予備的反訴を提起させるように訴訟進行を計るのがベターであろう。

判例、通説のように建物買取請求権が行使されたとき、買取代金と引換に建物引渡（土地明渡）を命じただけでは建物の移転登記がなされないままに残り、紛争を抜本的に解したことになるまいし、借地人または第三取得者は買取代金に関する債務名義になるものがないので、自から積極的に賃貸人に支払を求めていくことはできない。

第四の問題は、建物買取請求権の行使があった後、賃貸人が任意に、あるいは裁判所の釈明に応じて訴の追加的変更を申立てたときである。（他方で、借地権者または第三取得者が建物引渡等と引換に買取代金の支払を求める反訴を提起することもあるが、この場合はあまり理論的に問題となるようなことは起こらないと考える）。

申立の趣旨は、借地人、第三取得者に対して、建物引渡、建物の所有権移転登記を求めることになる（もとより代金と引換に求めてもよい）。これに対して借地人等は当然の如く建物買取代金に基づき留置権、同時履行の抗弁権を主張することになるし、判例、学説とも建物買取代金の請求と同時に留置権、同時履行の抗弁権を主張することを認めている。⁽¹⁵⁾

判例はこのような場合、建物買取代金の支払が建物の引渡と引換給付の関係にあることを認めたが、建物所有権移転登記義務とは引換給付の関係にはなく、無条件で認めるべきであるとした。⁽¹⁶⁾

これに対し、鈴木禄弥教授らは借地人等が代金と引換の同時履行の抗弁を提出したときは建物の引渡のみでなく移転登記義務も相互に対価の関係に立つとされる。⁽¹⁷⁾私も判例に反対で、鈴木説に賛成する。それこそ当事者なかんず借

他人等の意思解釈でもある。判例は根拠を示していないので明らかでないが、推測するにおそらく、その一つは、建物の引渡と引換給付にしておけば移転登記と引換給付にしておかなくても、結果として賃貸人は買取代金を支払わなければならないだろうということと、二つには事案は留置権の行使であったので、留置権はあくまで物を留置しておく権利だから建物引渡と引換給付で足る考えたものと思う。したがって、同時履行の抗弁権を主張すれば結果は異なるかもしれないというのは、建物買取請求権を行使すれば売買類似の効果が発生するとすれば、買主の代金支払義務と売主の建物引渡、所有権移転登記義務は対価的牽連関係に立つからである。

判例のいうように建物の引渡と引換に買取代金の支払を命じておけば、結果的には代金は支払われることになるであろうが、結果よければ全てよしということとで済まされないのであって、理論的には建物の移転登記義務についても引換給付にすべきである。

なお、借地人が建物買取請求権を行使したのみで同時履行の抗弁等を主張しなければ、抗弁権の主張がない以上、無条件の建物引渡、所有権移転登記請求を認めざるをえないだろうが、これでは借地人側に酷であるから、裁判所は積明して借地人等に同時履行の抗弁権等を主張させるのがよい。

5 建物収去土地明渡を命じる判決確定後の建物買取請求権の行使

次に、賃貸人が賃借期間満了、契約の非更新により賃貸借契約が終了したとして建物収去土地明渡を求め、もしくは借地人が借地権付建物を無断譲渡等したとして借地人には借地契約解除を原因に建物収去土地明渡を、第三取得者には所有権に基づいて建物収去土地明渡を求めて提訴し、借地人もしくは借地人および第三取得者のいずれに対し

ても勝訴して、その判決（以下前訴判決という）が確定した後、借地人もしくは第三取得者は建物買取請求権を行使できるか、できるとすれば、その法律関係はどうなるか検討する。

いうまでもなく、ここでの第一の問題は前訴確定判決の効力は建物買取請求権の行使を遮断するかである。

最高裁はこれまで、同じ形成権である取消権については判決による遮断効を認め（S三六・一二・二二民集一五・一一・二七七八）、白地手形の補充権についても遮断効を認めていた（S五七・三・三〇民集三三六・三・五〇一）。

相殺権については遮断効を否定して相殺権の行使を認め（最判S四〇・四・二民集一九・三・五三九）、解除権については、遮断効否定説と同趣旨の結論を採っている（最判S五九・一・一九判時一一〇五・四八）。

こうしたなかで建物買取請求権について、最高裁は借地人は賃貸人が建物収去土地明渡を求めた訴訟の中で、建物買取請求権があることを知って、それを行使しなかったとしても、実体上の建物買取請求権の消滅事由にあたるものではなく、第三取得者はその後においても建物買取請求権を行使して地主に対して建物の代金を請求できると判示した（最判S五二・六・二〇集民二二一・六三三）。予想されていたことであるとはいえ、最高裁は建物買取請求権について、前訴の事実審口頭弁論終結時（以下基準時という）以降に建物買取請求権を行使できるとし、前訴判決の遮断効によって建物買取請求権の行使が認められないことはないとしたのである。

すすんで、第二の問題は賃貸人が前訴の建物収去土地明渡の判決に基づいて強制執行してきたとき、借地人もしくは第三者取得者は建物買取請求権の行使をもって強制執行の不許を求めるため請求異議訴訟を提起できるかにつき、前訴確定判決があっても賃借人もしくは第三取得者は建物買取請求権を行使した上、買取請求権の行使の効果を異議事由として強制執行の不許を求める請求異議の訴を提起できると判示し、その理由として、建物買取請求権は建物収去土地明渡請求権の発生原因に内在する瑕疵に基づく権利とは異なり、これとは別個の制度目的および原因に基づい

て発生する権利であること、したがって、建物買取請求権の行使を前訴中に行使しなかったとしても、同権利が削減するものではないこと、建物買取請求権の行使があると、借地人等の建物収去義務が消滅し、前訴確定判決は訴えの限度で執行力を失うから、建物買取請求権の行使の効果は、民執法三五条二項所定の口頭弁論終結後に生じた異議事由に該当すると判示した。(最判H七・一二一・一五民集四九・一〇・三〇五二)。おおかたの学説もこれに賛成している。⁽¹⁸⁾

第三の問題は、請求異議訴訟を提起するときは、賃貸人の建物収去土地明渡の確定判決に基づく強制執行に備えて、借地人もしくは第三取得者は民事執行法三六条により執行停止を得ておくのが普通であるが、仮に、執行停止を得ていなくても前訴判決の執行力は建物買取請求の行使により一部執行力を失っていることになる。

判例、通説では建物の所有権が買取請求権の行使により地主に帰属することになるので、借地人等の建物の収去義務はなくなるが、建物退去土地明渡の範囲内で執行力が残っていることになる。

これに対して、借地人もしくは第三取得者は建物買取請求権を行使して執行の一部不許の請求異議訴訟を提起するとともに、代金の支払あるまで留置権、同時履行の抗弁権を主張できることは4で述べたとおりである。所有権移転登記については後述する。

第四の問題は、建物収去土地明渡判決の基準時後に建物買取請求権が行使され請求異議訴訟が提起されたときに、どのような判決がなされるべきか、つまり、前訴判決の執行力はどの範囲において保持されているかである。

判例、通説は建物買取請求権の行使により建物は賃貸人の所有に帰したのであるから、借地人等の建物を収去する義務は消滅し、前訴判決の債務名義は建物退去土地明渡の範囲でなお執行力を保持するとしている。⁽¹⁹⁾ その時の判決主文の表示は後記のとおり。その根拠とするところは前記4の第一の問題と同様で、建物を収去して土地の明渡を命じ

た部分のうちには建物から退去することによる土地の明渡を命じる趣旨が内包されているとか、紛争の一回的解決を期待した当事者の意思を忖度したものである。

私は、判例、通説とは見解を異にし、少数説に賛成すること前記4の記述と同様であるが、判例通説の根拠とする前者の理由に対しては、やはり訴訟物が異なるものを小は大の内に包含されるとはいえないし、後者についても基準時後に建物自体の社会的効用の保持という政策的見地から建物買取請求権の行使を認めることにした以上、再訴はやむをえないことであり、ことに、借地人もしくは第三取得者が新しく建物買取請求権を行使して請求異議訴訟に及んだ以上賃貸人も応訴せざるをえないのであって、賃貸人が同訴訟において反訴を提起して建物引渡と建物の所有権移転登記を求めれば済むことで、それほど手数がかかることでもない。

なお、ここで判例が「建物退去土地明渡」としていることについて一言述べておきたい。最判は前記のとおり注意深く建物引渡土地明渡としている。念のために大阪地方裁判所の執行官室で確認してみたが、建物退去の強制執行の申立は受付けていないという。なぜかといえば、建物退去の執行をしても建物を無占有状態にするだけで引渡の観念がないからである。⁽²⁰⁾

したがって、私は仮に判例通説によって判決するにしても、建物引渡（土地明渡）とするのが至当であると考ええる。第五の問題は、建物の所有権移転登記である。通説、判例のように期間満了による借地契約の終了または借地権の無断譲渡等によって借地契約が解除され、賃貸人が借地人もしくは第三取得者に対し建物収去土地明渡の訴訟提起に及んで建物収去土地明渡を命じる判決がなされ、それが確定した後、借地人等によって裁判上、裁判外で建物買取請求が行使され賃貸人に対して請求異議訴訟が提起されると、裁判所は前訴判決主文何項に基づき「強制執行は賃貸人において、借地人らをして建物から退去させて土地を明渡させる限度を超えてこれを許さない」と判決することに

なろうが、仮に、この判決で強制執行ができるとしても建物の引渡が限度であることはいうまでもない。

つまり、建物の所有権移転登記は受けられないことになる。それではどうするかといえば、前記4で述べたとおり、賃貸人は請求異議訴訟において反訴を提起して建物の引渡と所有権移転登記を求めるほかないし、借地人等も請求異議訴訟に併合して買取代金の支払を求めるほかない。建物買取代金の支払と引換でなければ建物明渡の限度においても執行を許さない旨の申立をすればよいという説もあるが、建物の移転登記の問題は残るし、ましてや、賃貸人側の債務名義になるものがない。当事者がこれらの申立をしないときは、裁判所は積明権を行使すべきであらう。

判例、通説の紛争の一回解決性をいくら強調しても、建物の移転登記のことを考えると一回で紛争を解決することは難しく、建物の移転登記の債務名義を得るには再訴は避けられないのである。

6 おおひめ

以上のとおり賃貸人が借地期間満了を理由に、もしくは借地権の無断譲渡等を理由に借地人や第三取得者を相手に建物収去土地明渡請求訴訟を提起し、借地人もしくは第三取得者が建物買取請求権を行使したとき、賃貸人の訴の変更を待たずに建物引渡（土地明渡）を命じる判決をすることができると判例、通説のように解しても、建物の移転登記のことを考えると、さらには借地人等に建物買取代金の支払を命じる債務名義を与えることができないことを考えると、紛争は一回で解決しない。

一回で紛争を解決しようとすれば、裁判所が賃貸人に対して積明権を行使し、または賃貸人が任意に訴の予備的または交換的変更を申立てるほかないことを考えると、建物収去土地明渡と建物引渡とは訴訟物が異なり、両者を同一

視することはできないので、賃貸人に建物引渡と建物の所有権移転登記を求めるよう申立てさせ、建物引渡（土地明渡）と建物の所有権移転登記を建物買取代金の支払と引換に命じるよう明確な取扱をしておくのがよいし、借地人らに対しても、同時履行の抗弁権を行使するだけでは不十分であるから、建物引渡、建物の所有権移転登記と引換に建物買取代金の請求の反訴を提起させ、債務名義を得させるようすべきであろう。

この理は、建物収退去土地明渡の判決確定後に裁判上、裁判外において建物買取請求権を行使したときにも当てはまる。この場合は、いずれにしても紛争は一回限りで終結させざるを得ないことである。後訴においては建物の引渡、所有権移転登記と買取代金の支払が相互に履行されるような判決をして紛争を終局的に解決しておくことが必要であらうし、そのためには裁判所の後見のかつ積極的な釈明権の行使が望まれるのである。

〈注〉

- (1) 鈴木祿弥、生熊長幸「新版注釈民法」一五卷五八九頁ほか
- (2) 前同(1) 五九五頁、我妻栄「債権各論中巻」四九一頁
- (3) 前同(1) 五九〇頁ほか
- (4) 最判S三三・六・六民集一二・九・一三八四、最判S三六・二・二八民集一五・二・三三四、大判S一四・八・二四民集一八・八七七、大判S九・六・一五民集一三・一〇〇〇
- (5) 前掲(1) 六〇〇頁、中田淳一(判例批評) 民商五九・一・一七五ほか
- (6) 前掲(4) の昭和三六最判
- (7) 前掲(6) の最判解説(三淵筆) 五二頁
- (8) 前掲(4) の昭和三三年の最判解説(井口筆) 一四九頁

- (9) 賀集唱「建物収去、土地明渡請求訴訟の訴訟物」『不動産法体系Ⅵ』二〇頁、田尾桃二「買取請求権が行使された場合の判決主文の表示方法」『民事実務ノート三卷』七六頁。
- (10) 村松俊夫「既判力と建物買取請求権の行使」法時三〇・二・九〇、中田淳一前掲(5)
- (11) 畑郁夫「建物買取請求の行使と請求異議訴訟」『司法研修所一五周年記念論文集上』所収三五〇頁、同(判例批判) 民商一一五・四〇五・七〇七
- (12) 前同11
- (13) 大判S四四・一二・二二民録一七・八七七、学説は並木茂「判決による登記」『不動産登記講座一卷』所収三六一頁
ほか
- (14) 並木茂前掲(13)
- (15) 前掲(4)の最判三三・六・六判決ほか、我妻前掲(2)、宇佐美隆男「注釈民事執行法二卷」四二五頁、近藤完爾「執行関係訴訟」(全訂版)二七七頁ほか
- (16) 最判S五二・一二・八金法八五〇・三八
- (17) 鈴木ら前掲(1)六〇五頁
- (18) 宇佐美隆男前掲(15)、吉井直昭「注解民事執行法一卷」六一三頁、高島義郎(判例研究)民商五四・三・四〇一、坂田宏「判例評論」四五二・二〇四、春日偉知郎「平成七年度重要判例解説」ジュリスト一〇九一・一一五、上原敏夫「判例研究」NBL六〇三・六二、近藤完爾前掲(15)。反対説に洪川満「建物収去・土地明渡請求訴訟と建物買取請求権の行使」『実務民訴講座四卷』八七頁ほか。
- (19) 東京高判H二・一〇・三〇判時一三七九・八三、福岡高判H七・一二・五判時一五六九・六八、吉井直昭前掲(18)、宇佐美隆男前掲(15)ほか。なお、中野貞一郎「執行力の客観的範囲」『実体法と手続法の交錯下卷』三三〇頁は転換執行から説明される。
- (20) このことを指摘するものに田尾桃二前掲(9)
- (21) 中野貞一郎前掲(19)、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)』五四八頁