

## 建物買取請求権の行使をめぐる二二三の問題

杉 浦 智 紹

### 目次

- 一 はしがき
- 二 建物買取請求権と既判力との関係
- 三 建物買取請求権と債務名義との関係
- 四 むすび

#### 一 はしがき

借地法は、建物の所有を目的とする地上権および賃借権を借地権という名称で統一し（借地法一条）、借地権を強化して借地人の保護をはかっている。民法では、宅地の利用関係が終了した場合の措置として、地上権消滅の際土地所有者の地上物件買取請求権（民二六九条一項但）ならびに有益費の償還請求権（民六〇八条）の二つの制度を認めて土地所有者と地上権者または賃借人との関係を調整している。

しかし、地上権消滅の際の地上物件買取請求権は、もっぱら土地所有者の利益のために認められたものであり、その行使は土地所有者の自由意思に任せられているのであり、地上権者のためにその土地に投下した資本の回収をはかるうとするものではない。また有益費の償還請求にしても、それは賃貸借契約の目的物の構成部分をなすものについての投下資本の回収にすぎず、借地権者が借地上に建てた建物自体に投下された資本には及ばないのであるから、土地と建物とが別個独立の不動産とされている我法制の下では、借地契約が終了すれば、借地権者は無条件に地上建物を取り払った上土地を明渡さねばならないことになっていた。更に賃貸借の場合には、賃借権の譲渡または賃借物の転貸に賃貸人の承諾を必要とするから（民六一二条）、譲渡または転貸に貸主の同意が得られない限り、建物その他の物件を取りこわして土地を明渡さなければならぬ。しかし、建

物は、土地の上になつてはじめて建物としての効用も發揮され価値もあるのであるから、これを取りこわしてしまふことは、ひとり建物所有者の損害だけでなく、社会経済上からも大きな損失を招くことにもなりかねない。そこで借地人にはその投下資本の回収の途を与え、それと同時に、地上にある建物その他の物件の無用無益な取りこわしがもたらす社会経済上の不利益を回避して、建物の存立を全うさせようとの配慮に基いて、借地法は、建物の所有を目的とする土地の賃借人が、敷地の賃借権とともにその所有する建物を第三者に譲渡したが、賃貸人である敷地所有者が右賃借権の譲渡または転貸を承諾しない場合（借地法十条）、或いは借地権が消滅したため、賃借人が契約の更新を請求したところ、賃貸人たる敷地所有者が、右更新請求に異議を述べた場合（同法四条二項）には、前者では建物譲受人、後者では借地権者が、それぞれ時価で建物その他借地権者が権原によって土地に附属させた物の買取を請求することができる旨規定している。この買取請求権については、一般にこれを形成権<sup>1)</sup>とし、買取請求権の行使によって所有権は直ちに移転するとしている、また、訴訟においては問題になるのは、買取の価額が主たる争点になることではなく、賃貸人が建物収去土地明渡を請求する場合に、賃

借権の譲渡又は転貸について承諾を与えたこと、或いは契約を更新するに際して正当事由のない事等が主たる争点になること、更には敷地所有者が請求の原因を土地の無権原（不法）占有して建物収去土地明渡請求訴訟を起したのに、被告（借地法十条では建物譲受人）本人は、本人訴訟の多い簡易裁判所管轄事件等に於ては、多くの場合欠席するか、或いは出頭しても原告の主張事実を認めるか、或いはまた被告が建物買取請求権のあることを全く知らないため、これを行使せず、原告全部勝訴の判決が確定し、その後原告から強制執行手段に出られて、あわてて事案を弁護士に依頼し、その結果、口頭弁論終結後に、右買取請求権を行使した上、請求異議の訴を提起するといった事例が実務上にはしばしば存在するといわれている。そこで主としてここで問題にしたいのは、借地上的建物の譲受人が建物収去土地明渡請求訴訟の口頭弁論終結後に建物買取請求権を行使することができるかという事と、もしその行使が許されるならば建物収去土地明渡の勝訴判決がどうなるのかということに焦点を置きながら、買取請求権の行使が訴訟上行われた場合の基本的な事項について論究したいと思う。

註(1) 大判・昭和七年一月二六日民集十一卷一六九頁、最高判

昭和三十年四月五日民集九卷、四三九頁

(2) 建物買取請求権は被告のいわゆる権利抗弁であるから、受訴裁判所としては、特段の事情のない限り、被告に権利行使をするか否か釈明を求めすることはできないものと思われる。

## 二 建物買取請求権と既判力との関係

建物収去土地明渡請求訴訟において、建物譲受人が、借地法十条所定の建物買取請求権の行使をなしたにもかかわらず、何等かの事由によってその行使をせずに判決が確定し（原告勝訴判決）、建物収去土地明渡の債務名義が出来てから、言いかえれば、事実審の口頭弁論終結後に建物買取請求権の行使が出来るか、その効果を異議事由として請求異議訴訟を提起することが出来るか否かが既判力との関係で問題になる（五四五条二項）。請求異議訴訟は「異議ヲ主張スル口頭弁論ノ終結後ニ其ノ原因ヲ生シタルトキニ限リ之ヲ許ス」（五四五条二項）と規定し、その異議事由を限定している。要するに、債務名義が確定判決のように既判力を伴う判断であるときは、債務名義記載の請求権の成立が確定され、原則として後になって遡ってこれを争うことが出来ないということを示している。即ち、前訴の最終の事実審理までにあった原因による主張（攻撃又は防禦方法）

は、前の判決の既判力と相容れない主張である。従って、後の訴訟では主張することが許されないことを意味している。そこでこのような原因であれば、たとえその原因を前の訴訟において当事者が知らなかったり、知らないことについて無理がなかったにしても、このような原因によって後に訴訟を起すことは許されないのである。而してこの事は、前訴で敗訴した原告についても或は敗訴した被告についても言うことができるのであって、原告は前の訴訟で主張できたはずの攻撃方法を後の訴訟で主張することはできない、一方被告も前の訴訟の最終の口頭弁論当時までに主張しえたはずの抗弁を後の訴訟で主張することができないことになる。このように、既判力によって、当事者は提出しそこなつた攻撃方法又は防禦方法を提出する権利を失うのである。このことを一般に失権（Preclusion）或いは遮断（Abscheidung）という表現であらわしている。

この問題に就いては、従来、大別して次の三つの立場が主張されている。

第一の立場は、前訴である建物収去土地明渡請求訴訟の係属中に建物買取請求権を行使しえたにもかかわらず、これをせずに口頭弁論終結後にこれを行使して、その効果を異議事由とすることができるとする立場である。

これに関しては大審院・最高裁の判例は見当たらないが、数少ない従来の下級審判例は一般に、建物買取請求権の行使は既判力に抵触しないとして、これを異議事由とすることを認めている<sup>②</sup>。第四条につき、東京地裁昭和十五年五月十七日法律新聞四五八四頁<sup>③</sup>——もつとも本件は将来の建物収去土地明渡請求を認めたと傍論として、本判決確定後といえども、第四条による建物買取請求権行使の効果を請求異議事由となしうると判決したもの<sup>④</sup>。第十条については、東京控訴院昭和十年十一月八日法律新聞三九四四頁<sup>⑤</sup>——本件は建物買取請求事件として審理されたその傍論<sup>⑥</sup>——。が存する。

積極説の立場の論拠は要約すると次の如くなる。①建物買取請求権は形成権であり、未だ行使していない形成権には既判力は及ばないこと、従って異議事由となりうる。②建物収去土地明渡訴訟においては、被告はその土地に対する自己の正当な権限を主張して争っているのであるから、建物買取請求権を行使するにあたって法律上の障害があるといふべきで、従って民事訴訟法五四五条二項の「口頭弁論終結前に存在した異議事由」には当らず、従ってこれを異議事由となしうる<sup>⑦</sup>。③もしこのような場合における建物買取請求権の行使を許さないとしたならば、建物の社会的

効用を維持することを目的とする建物買取請求制度の趣旨に反することになる。以上のような点を挙げているのである。

ところでこの立場の論拠は、「未だ行使しない形成権には既判力は及ばない」とする大審院明治四十二年五月二十八日の判決<sup>⑧</sup>に由来する。だがこの点①に関しては消極説の立場から既判力の制度は訴訟法上のものであって、判決が確定すればそこに裁判所の公権的判断にもとづく一定の法律関係が形成され、それまでの訴訟物に附着する瑕疵は一切これにより洗い去られ、たとえ形成権であっても、口頭弁論終結時までに行使しえなさに拘らずこれをなさずして、後日これを行行使してその権利の存否を争うことは許されるべきでないこと、即ち大審院の立場は訴訟的側面を無視するものであるとの批判がある<sup>⑨</sup>。この事を裏書きするように戦後最高裁も「書面によらない贈与による権利の移転を認める判決が確定した後は既判力の効果として、民法五五〇条による取消権を行行使して右贈与による権利の存否を争うことはできない」（昭36・12・12最高第三小法廷最高民集十五卷十一号二七七八頁）とその立場を改めている。しかし、建物買取請求権の場合には取消権がその本件たる権利自体に附着する瑕疵であり消滅原因であるのと異り、本件たる土地の賃

借権が認められない場合にその建物所有者の保護、建物の社会的効用維持のために認められている権利であつて、土地賃借権自体に附着する瑕疵ではないのである。しかしこれに対しても社会的経済的効用の観点から、次のように批判されている。それは建物が土地の上に構築されるものであり、建物と土地とは密接不可分の關係に立つものであり、土地の賃借権を争うことは必然的にその上に存在する建物の運命をも争っていることを意味していると、土地賃借権が争われる場合には必ず建物買取請求権を行使さすべき<sup>⑧</sup>で、かりに建物収去土地明渡請求訴訟の口頭弁論終結後に建物買取請求権の行使を認めるとするならば、敷地所有者は勝訴判決を得たに拘らず請求異議によつてその執行が拒ばまれ、敷地の明渡を求めるときには改めて訴訟に訴えなければならず、その間権利の行使は出来ないことになる。それでは長期間の労苦の末、やつと勝訴判決を得た敷地所有者にとつて苛酷なことであり、その反面、口頭弁論終結後にその行使が可能ならば建物収去土地明渡訴訟で買取請求権を行使することは愚な防禦方法であり、徒らに転貸又は賃借権の譲渡の承諾を得ていない或いはその立証に確信のない悪意者を益することになるといふ点を挙げて取消権についての前記最高裁の法理の拡張を提言している。

②の点について、即ち、民事訴訟法第五四五条第二項の「口頭弁論終結前に存在した異議事由」というためには、法律上その建物買取請求権が既判力の標準時前に行使しえたものでなければならぬ。しかし建物収去土地明渡請求事件の口頭弁論において、建物等の譲受人が敷地賃借権の譲渡または転貸の不法であるとの賃貸人の主張を争う場合には、右事実審の口頭弁論終結当時において建物買取請求権を行使するについての法律上の障害がある場合に妥<sup>⑨</sup>と解する見解に対し、何故土地明渡訴訟において相手方の主張を争えば、その買取請求権の行使につき法律上の障害が発生するとしなければならぬのか。このようなことは仮定抗弁において常にみられる処であり、実際の訴訟でも、多くの場合、同一訴訟で予備的に買取請求権を行使して同時に審理判決されているのであり、又実質的に考えても、土地賃借権の存在を争えばその訴訟で建物買取請求権の行使が出来ず、争わなければその訴訟においてしか買取請求権の主張が出来ないという奇妙な結論を認めることになる<sup>⑩</sup>として、この立場には反対の見解が述べられている。

③の点、即ち建物収去土地明渡訴訟の口頭弁論終結後における建物買取請求権の行使を認めないのは、建物を保存させて、その社会的効用を維持しようとする買取請求権制

度の目的に合致しないとする見解<sup>(1)</sup>に対し、買取請求権は、言うまでもなく建物所有者の保護並びに建物を無意味に毀わすことを防ぎその社会的効用を維持しようという目的から認められたものであるが、この場合建物所有者の保護といつても、あくまでそれは相対的なもので建物の存在基盤である土地賃借権が問題になっている以上、当事者としては、たとえ仮定的にでも建物買取請求権を行使しておくべきであったのであり、これを怠った建物所有者はこれを保護するに価しないということ、また建物の社会的効用の維持について考えてみても建物の効用の維持は一般的なものであつ絶對的なものでないこと、具体的場合には賃貸人の保護との関係で論ぜられるべきであること。従つて、建物買取請求権は賃貸人の犠牲において建物所有者を保護しようとするものであるから、買取請求権を行使しうる機会があつたにも拘らず、その行使を怠つたと認められる場合においてまで、右買取請求権の行使を認めて土地所有者に犠牲を強いるべきではないこと。更に、判例も「借地権の無断譲渡により賃貸借が解除された後に地上物件を取得した者にはもはや建物買取請求権を認めていない」(東京高裁判昭36・12・13高裁民集一四卷一〇号七〇四頁)として、建物所有者が保護に価しない場合には、建物の社会的効用の保護

という考え方は維持できない事を認めているという点を挙げてこれに批判を下している。

註(1) 前訴の口頭弁論終結前に権利行使をしておきながら、これを訴訟上主張しない場合には、やはり既判力に遮断されるものと解すべきであろう。

(2) 戦後の判例としては、浦和地裁判昭和三三年八月十四日判決下級民集九卷八号一六二二頁、なお折衷説をとつたものとして甲府地裁昭和三三年十月廿八日判決下級民集九卷十号二一六〇頁がある。

(3) 「たとえ、借地権に対し将来における建物収去土地明渡を命ずる判決が確定した後といえども、借地権者においてはその後借地権消滅のさい借地法第四条第一項の規定により契約の更新を請求するにつき何らの妨げあるの理なく、またそのさい土地所有者が契約の更新を欲せざるときは、同法第二項の規定に基く買取請求権を行使しうべきこと勿論なればもし借地権者にして右買取請求権を適法に行使した場合に請求異義の訴により建物収去に關する如上確定判決に基く債務名義の執行力の排除を請求しうる」

(4) 「借地法第十条に基く第三者の建物買取請求権の行使は、建物収去土地明渡請求事件の敗訴確定判決後でも該地上物件の存する以上これをなすことを得」

(5) 広瀬「借地借家法」七二頁、後藤借地借家(借地篇二六二頁)

(6) 大審院明治四二年五月二八日判決、民録五輯五二八頁、この態度はその後も大判、大正十四年三月二〇日民集四卷一四一頁、同昭和八年九月二九日民集十二卷二四〇八頁において踏襲されている。

(7) 斎藤綜合判例研究叢書民訴(2)一三八頁、なお兼子教授は、判例理論に対して、無効と取消との場合を指摘しながら、実体法上の見地からみても妥当でない旨を主張され「元來、法がその種の形成権を認めるのは、一定の事実に基づいて劃一的に無効消滅の効果を認めず、その効果を特定人の意思に係らしめて、より弱い効力を生じさせようとする趣旨なのに対し、前者が既判力により遮断されるのに、後者がそうでないとするのは釣合がとれない」（強制執行法九九頁）と述べている。

(8) 一註(2)に述べた如く、権利抗弁であるから釈明権の行使は求められないものと解する。

(9) 甲府地裁昭和十年十月二八日判決（下級民集九卷十号二一六〇頁）正確にはこの見解は第三の立場の範疇に属する

(10) 函館地裁昭和三八年十一月十五日判決（下級民集一四卷十一号二二二七頁）

(11) 浦和地裁昭和三三年八月十四日判決（下級民集九卷八号一六二二頁）

第二の立場は、第一の立場と対蹠的に建物収去土地明渡請求訴訟の口頭弁論終結後に建物買取請求権を行使しても、

その効果を請求異議の事由とすることはできないとする立場である。この立場の論拠は第一の立場の批判として述べた処と一致するのであるが、大要次の如くである。建物買取請求権は形成権であつて、実体法上その権利行使は自由であり、建物譲受人の意思にかかっているが、確定判決の内容をなす訴訟物に直接変動を与えるような権利行使は、当該訴訟において抗弁事由となるべきものである以上、たとえそれが形成権であつても、当該訴訟が確定した以上、後に至つて異議事由とすることは許されないこと、或は民訴法五四五条二項は専ら訴訟法上の効果を規定したものであり、建物譲受人は、建物収去土地明渡請求事件においては訴訟上建物買取請求権行使の効果を主張する主張責任があり、これを怠るともやはりその権利行使については失権して、裁判上これを行使ししえなくなるのは一般の権利行使と異なること、また実際問題として、かりにこのような場合に請求異議事由として買取請求権の行使を許容すると、建物譲受人は建物収去土地明渡請求事件で敗訴が確定しても、後に敷地所有者に対して建物買取請求権を行使して、請求異議訴訟を提起し、その執行を拒み、敷地所有者の裁判上確定した権利実現を容易に阻害しうることになり、前訴で建物買取請求権行使の効果を抗弁として主張すること

は、建物譲受人の紛争引延し策からみると、かえって不得策な防禦方法にもなるという点が挙げられる。しかしこの立場によると、実体法上の権利行使が訴訟上制約されるといふ一般論は、従来この種の問題を学説の反対を受けながらも、実体法をその理論構成の骨子として解決してきた伝統的な判例理論に反省を与えるという点で功績があるにしても、本問のような場合に、そのような一般論が妥当するかについては疑問があるのである。即ち、取消権相殺権また時効の援用等と請求異議の問題に関する判例でも、その理論構成がきわめて民法的であるとはいっても、それは、各権利について個別的に実体法的であるということであり、それらは行使した実体法上の権利の特質と、その権利行使の効果が債務名義記載の訴訟物に及ぼす影響を個別的具体的に検討する必要があるのではないか、ということである。そこで判決で確定した債権について、詐欺その他の原因によって、被告が取消権を有している場合に、右標準時点以後に取消権を行使してそれを事由として請求異議の訴を提起しうるかについて、判例は積極にこれを解しているが、そこに示された法理には第一に取消し得べき法律行為も、取消の意思表示があるまでは依然として有効であって、取消の意思表示があつて初めて、民法一二一条により当初か

ら無効とされるにすぎないこと、第二に、「取消権ハ取消権者ノ権利ニシテ取消権ガ消滅時効其ノ他ノ事由ニ由リ消滅スル迄隨時之ヲ行使スルヲ妨ゲ」ないという二つの支点が存する。これについて、学説は取消権の成立の時をもって異議原因の発生時とし、口頭弁論終結前に取消が可能であつた以上、その終結後に取消の意思表示をしたことを理由として請求異議の訴を提起することはできないと主張する。しかしその論拠については、学者の説明は必ずしも一致していない。あるいは既判力に根拠を求め、取消は訴の目的である請求自体に関する瑕疵の問題であるから、口頭弁論終結までに取消権の行使に法律上の障害がなかつた以上、判決確定後は既判力によって取消の主張は遮断されるのだと説き。或いは既判力との関係を否定し、直接に民訴五四五条第二項の立法趣旨を判決の執行力の保護、ないし前の訴訟手続で主張しえたはずの一切の抗弁事由の執行審からの排除、という点に求めて、同一の帰結を導こうとするものもある。しかしいずれにせよその債権の存在について判決が判断し、取消権の行使は右債権の存否を争う訴訟中になしえたのであるし、それを行使するのが当然だから消極に解するのが通説である。しかし相殺権の行使については同様に解していない。その理由は、免除、弁済、消滅



ずしも決定的論拠とはなしえないのである。

時効などの抗弁は、或る一個の特定した債権の主張に対する主張であって、それ自身一個の独立した債権の主張ではない。換言すればこれらはいずれも或る特定の債権を争うための特定の債権と不可分であるばかりでなく、それに従属した主張であって、独立した権利の主張ではないのである。しかるに、相殺については反対債権と主たる債権との間には不可分の関係も従属的な関係もなく、反対債権は一個の独立した権利なのであって、被告は反対債権をもって原告主張のいかなる任意の債権とも相殺できるのである。

反対債権と主たる債権とが各々一個の独立した債権であるということが相殺の抗弁に特有な性質なのである。ただ債務者が反対債権の存在を確知していたのに、これを行行使しなかつたという場合を除いて積極に解する説もあるが、知る知らないに拘らず無条件に失権しないのである。建物買取請求権の場合にはどう考えたらよいだろうか、少くとも建物買取請求権は建物収去土地明渡請求権自体に内在する瑕疵とは、借家法の規定の体裁からも認めることはできないのであって、これを取消権行使の場合と同一視することはできない筈である。次に実際の見地に立脚して、敷地所有者と建物譲受人との利害関係の均衡を図れという点については、消極説によると建物譲受人に酷な場合もあり、必

註(1) この事は、相殺権殊に取消権と請求異議に関し、顕著である。いずれも、各権利行使の意思表示が既判力の標準時以後であることを重視している。

(2) 畑郁夫「建物買取請求権の行使と請求異議訴訟」三四六頁、(司研十五年記念論集)

(3) 大判、明治四二年五月廿八日民録十五輯五二八頁、昭和四年十一月二二日評論十九卷民訴四頁、昭和七年二月十七日新聞三三七八号十七頁、

(4) 昭和八年九月二九日判決(民集十二卷二四〇八頁)

(5) 加藤・強制執行法要論一一九頁、兼子強制執行法九九頁、菊井民訴(一)〇二頁、吉川強制執行法二二四頁

(6) この立場をとるものに加藤・兼子・菊井教授

(7) 雉本・論文集二八二頁、長尾「請求異議の訴に関する若干の問題について」法曹会雑誌一五卷六号三三頁、齋藤、

綜合判例研究叢書民訴(2)一三八頁

(8) 兼子・条解五一七頁、菊井村松コンメンタール六六五頁

(9) 兼子条解五一七頁、体系三四一頁、なおドイツにおいてもライヒ裁判所及び多数の高等裁判所の判例を含めて支配的な見解は、取消権、相殺権、解除権等の成立時点で異議原因の発生ありとする。Vgl. R. G. 64 228 f. Stein-Jonas Schönke Z. P. O 18 Aufl § 767 II 2 c. Baumbach-Lauterbach Z. P. O 22 Aufl § 767 4 B etc. しかローゼン

グやレントは我判例と同趣旨の論拠に立って形成権行使の意思表示時点を規準とすべきことを主張している (Vgl. Roserberg, Lehrbuch 9 Aufl § 183 III 2 ar; Lent, Zwan- gsvollstreckungs- und Konkursrecht 9 Aufl S 33)

(10) 近藤・執行関係訴訟法五七頁、

(11) この点については四六頁以下参照

第三の立場は、建物譲受人が口頭弁論終結前に既に建物買取請求権を行使しうべかりし場合には、その後の行使は民法第五四五条二項に該当して許されないが、口頭弁論終結前に右買取請求権の行使が期待しえない「法律上の障害」即ち更新拒絶の正当事由の存在或いは転貸または譲渡の承諾の有無が争われている場合には、口頭弁論終結後の事由と解して請求異議の事由になるとするものである<sup>(1)</sup>。

この説は、相殺権に関する兼子理論と共通する。兼子教授は、前訴の口頭弁論終結前に乙が相殺適状の反対債権をもつことを覚知していながら、相殺の抗弁を提出しなかった場合には、反対債権を主張して前訴確定判決の内容を争うことはできないとされる(兼子体系三四一頁)。ところで反対債権の失権という意味が、「およそ裁判上主張しえなくなるという意味か、それともたんに前訴判決の結果を争う(請求異議事由)理由にすることができないだけで、

建物買取請求権の行使をめぐる二三の問題(杉浦)

別事件として訴求することはかまわないという趣旨か、必ずしも明らかではない。かりに前者だとすれば、実質的には、——相殺適状の反対債権を覚知する限り——反対債権にもとづく反訴を、失権効をもって強制するという結果になる。これはまさにアメリカ連邦民訴規則 (Federal Rules of Civil Procedure) 第十三条の Compulsory Counterclaim (強制的反訴) の建前に酷似する。ただ反訴を強制する要件としての主債権と反対債権との関連性の扱え方が違う。すなわち兼子教授の場合には、乙が反対債権の存在を確知しておるという主観的な面からこれを把えているのに、連邦規則の場合には、両者が同一の生活現象 (Transaction on Occurrence) から生じるものであることとして、いわば客観的に規整しようとしている。しかしどちらも覚知とか生活現象という極めて弾力的な規定の仕方であるから、失権の範囲については両者の間に実質的な違いはないように思われる。連邦規則のこの制度がアメリカでどのような評価を受けているかは、それ自体解釈論にとっても立法論としても興味深い独立のテーマであるが、紛争解決の一回性という要請を貫く限りこうした方向もさほど抵抗を感じなくなるといいう意味で(新堂「既判力と訴訟物」法協八〇巻三三三頁)兼子教授の所説は高く評価せらるべきで

ある。<sup>(2)</sup>しかし、この説によれば建物収去土地明渡請求事件において、建物譲受人が敷地賃借権の譲受または転借が適法である旨を争い、或いは建物の譲受自体を争ったとしても、建物買取請求権行使の効果を予備的に抗弁として、主張できないわけではないという点、更にはほかの場合も、その債務の存在が争われている場合であつて、その理由だけで建物買取請求権の場合だけを「法律上の障害」として、區別する実質的根拠に乏しいとの批判がなされている。<sup>(3)</sup>

註(1) この説は、後藤教授の採られるところである。後藤「借地借家（借地篇）」（実務法律講座）三四〇頁、この立場で問題を処理したものに前掲甲府地裁判決がある。

(2) しかしながら、我国には、英米法における如き強制反訴（Compulsory Counterclaim）の制度は存しないのであつて、実体法上、権利の存続するかぎり、知・不知に關係なく、後訴において主張しえなければならぬ。

(3) 村松、民訴雑考八八頁。

それでは、どのように基本的に考えるべきか、原則として積極説に賛成すべきものと思う。その理由とするところは、建物買取請求権を含めた各種形成権と請求異議訴訟の問題に關して、判例は伝統的に口頭弁論終結後の権利行使であるという点を重視していることまた、既判力の遮断効と権

利行使の結果との關係を考慮するにあたっては、個々の権利の特質に關連して処理しているという事からである。

このことから建物買取請求権の建物収去土地明渡請求権に對する關係は、前述の如く詐欺、強迫等による取消権の当該訴訟物に對する關係とは異り、これらの場合には「訴訟の目的」たる権利關係とは法規範的に関連のない別個の権利の主張であるように思われる。むしろ相殺権行使の場合と同様に考えられるのである。これに反し、取消権の場合には、本来訴訟物を形成する法律關係自体に附着する瑕疵に起因する権利であつて、その行使の効果は、当該法律關係（訴訟物）を遡及的に無効にしてしまう（民二二一条）。

そこで取消権について判例は積極説をとっているに拘らず、學説は反対の立場をとっており、この結論を肯定してもなお本問の場合には、失権効の及ばない十分の理由が存するのである。<sup>(1)</sup>更には権利の実質的觀點からしても、積極説を認容した場合生ずるかもしれない敷地所有者の不利益もさることながら、建物買取請求権の本来の目的を考へてみると、しばしばいわれるように借地法は近代民法の修正法として制定されたものであり、借地人がその土地に建物を建築することによって資本を投下しているので、借地人がその建物を第三者に譲渡した場合には、完全に借地権を随

伴せしめ得ない代わり、建物の第三取得者は、借地関係の存続か然らずんば買取請求という利益をつけてやることによつて、投下資本の回復を容易ならしめたものである。<sup>(2)</sup>更に社会的見地から見ても、建物を保存してその効用を維持させようとするのが妥当であり、この立法趣旨は十分考慮する必要があるように思われるからである。<sup>(3)</sup>

註(1) 抗弁には失権効のみが生ずるとされているが失権効は訴訟手続上は既判力の反面をなすのであって特殊の規定が存しない限り(例人訴九条)既判力の客観的範囲を超えて失権効を生ずべき筋合のものではない。即ち、抗弁にも既判力を生ずるが故に、後訴において、その抗弁事実の主張について失権効を生ずることになる。

そこで後訴の請求が、これに前訴確定判決の既判力の及ぶ関係にあれば、前訴で提出しまたは提出しうべかりし抗弁事実に基づく主張は後訴ではなしえないわけである。

しかし、抗弁は、原告の攻撃方法に対抗する防禦方法なのであって、原告はその「起シタル請求」について攻撃方法を提出するのであり、被告はこれに対して必要な防禦方法を提出する責任を負うのであって、この責任限度を越えて、後訴における同一抗弁事実の主張を制限し、失権させることは被告にとって酷なことであるから、個別の訴訟において、抗弁によつて主張する権利の種類によつて、又

建物買取請求権の行使をめぐる二三の問題(杉浦)

訴訟手続の進行模様によつて失権効を生ぜしめないことを妥当とする場合が存するわけである。しかして本問の場合には抗弁事由が「訴訟の目的」たる権利関係と法規範的に関連のない別個の権利の主張であるから、失権効を生ずると解することはできない筈である。

(2) 我妻大正十五年度九七事件、

(3) 勿論建物譲受人が建物譲受当時すでにその敷地の賃借権が期間満了、債務不履行による解除等の原因により消滅している場合は建物買取請求権自体は発生しない。また、建物譲受当時は賃借権が存続していたが、その後、建物買取請求権行使以前に、「賃料不払いのため賃貸借の解除があった」場合にもやはり建物買取請求をなしえない(大判昭十四年八月廿四日民集八七七頁)。以上の点につき、後藤前掲書三三〇頁以下参照。

### 三 建物買取請求権と債務名義との関係

建物収去土地明渡の勝訴判決後に、被告が建物買取請求権を行使した場合に、被告から請求異議の訴を起すことができるとした場合、右権利行使の効果が、前訴で確定した債務名義に如何なる影響を及ぼすだろうか現在まで確定した判例理論<sup>(1)</sup>に従えば、建物について買取請求権が行使されると、建物の所有権は原告に移転することになる。そこで建

物所有権が建物譲受人であることを前提とする前訴の確定判決との関係はどうなるかという事が問題となる。この場合、被告たる建物譲受人は原告たる敷地所有者から建物の代金を受取るのと引換でなければ建物の引渡を拒絶することはできるが、建物から退去して敷地を明渡さなければならぬ事になる。従つて、この場合には、その買取請求権を行使したときに、建物の所有権が原告に移転するのであるから、敷地所有者が自らその建物を収去することについて建物譲受人が異議を述べることはおかしなことになる。買取請求権が行使された以上、原告が自ら収去したとしても被告は建物代金の請求権を失うものではないから、建物が収去されることについて被告が異議を述べる利益はないといわなければならない。かりにこの結論を認めても被告の債務は建物収去明渡から建物退去土地明渡に内容が変更されたのであり、この場合に建物収去土地明渡の債務名義に基いて、建物から退去させて土地の明渡の強制執行ができるかが問題となる。これらの場合に、被告が請求異議或いは執行方法に関する異議によって争つて執行を拒めるのだと解するならば原告としては、改めて建物から退去して土地の明渡を求める訴を起さなければならなくなり、二重の手数とその間権利行使ができないからいかに不合理な結

果になる。そうかといつて建物収去土地明渡の訴訟において、被告は建物買取請求権の行使をなすべきであつて、当該訴訟で、その権利を行使しなければその後は行使できないとすることは、単に被告に酷なばかりでなく、買取請求権制度の目的にも合しないことになるのである。

ところで建物収去と建物退去土地明渡の関係を考えることにする。この事は請求異議訴訟の判決主文は全部認容にするのか、一部認容にするのかという問題である。<sup>3)</sup>

一部認容説は、請求異議訴訟を認めた場合、これによつて生ずる敷地所有者の蒙る不利益の問題を、これにより一挙に解消して、双方の利益の均衡を図ろうとすること及び理論上家屋退去明渡請求権は建物収去土地明渡請求の質的一部をなすとする考え方をその論拠としている。村松判事は「建物収去明渡の請求で、被告が建物買取請求権を行使して、同時履行の抗弁を提出した場合には、原告が建物を退去してその敷地の明渡をなせとの請求を予備的に求めていなくとも、原告の請求の一部を棄却して、建物の退去土地明渡を命ずべきであるから（大判・昭和九年六月十五日民集十三卷千頁最、高判昭和三三年六月六日民集十二卷一三八四頁）後者の請求の質的に一部をなすのである。そうだとすれば、建物収去土地明渡を命じた判決で、建物から退去させて土

地の明渡を命ずる強制執行ができるのは、金百万円の支払を命じた判決について金三十万円の支払をうけた場合に残額金七十万円についての強制執行ができるのと同じなのである<sup>(4)</sup>。この場合、建物の所有者は建物の代金の請求権はもっているが、建物収去土地明渡の訴で予備的にも代金の支払と建物退去土地明渡について同時履行の抗弁を提出しないと、請求異議の訴訟では審理されないが、代金の支払は別訴で請求すればよいことになる<sup>(5)</sup>。以上のような理論構成で、一部認容説は建物譲受人と敷地所有者との利益の調和を計ろうとするのである<sup>(6)</sup>。

この一部認容説については次の点で疑問があると思われる。第一に建物収去土地明渡請求権と建物退去土地明渡請求権とが質的に同一であるという点についてである。最判昭和三十三年六月六日民集十二卷九号一三八四頁は「家屋収去明渡請求に対し、家屋買取請求権の行使があった場合、右明渡請求は家屋の引渡を求むる申立を包含する趣旨と解すべきである」といっているが、しかしそれをそのまま請求権の同一性の問題に持ち込むことは、一旦債務名義として客観化された請求権の変動の問題においてはなおさらの事誤りではないか、第二にはドイツ民法九四条以下に規制するように建物を土地の構成部分とする構成をとらない我

民法の建前では（民法八六条一項）。土地所有権に基く「建物退去土地明渡」の請求をすることは<sup>(7)</sup>ないこと、第三に建物収去土地明渡建と物退去土地明渡とでは執行方法が異なること、即ち前者では民法七三三条に基く代替執行の方法により収去命令を得て建物を収去して土地の占有を回復するの<sup>(8)</sup>に、後者では同法七三一条に基くことになり、執行の具体的段階において著しく異なる両請求権を観念的に質的同一と規定することに無理があるということ、第四に当事者の利害を考慮してみても、一部認容説によると、建物譲受人は、前述の如く、折角建物買取請求権を行使しても、その売却代金については、同時履行の利益を有しながら、これをなしえない。結局代金額の確定並びにその支払請求は別訴をもってしなければならず、敷地所有者の別訴提起の不利をかぶった形にもなりかねないという点である。

以上の四点を背景に、建物買取請求権行使により建物所有権は敷地所有者に移転し、建物譲受人は時価による建物代金請求権を取得する結果、建物譲受人と敷地所有者との間の法律関係は全体として変質することになり、その結果、建物収去土地明渡請求権を訴訟物とする確定判決は、その執行力を全部的に失ったと解すべきであるとの立場<sup>(9)</sup>が両立している。後者の立場を是認すべきものと考える。

しかして、この立場を取ると、敷地所有者が別訴で建物所有権に基く建物明渡訴訟を提起することになり、建物譲受人は、その訴訟において、代金との引換との同時履行の抗弁権を提出することが可能になるので、建物譲受人としては、ここで一挙に問題の解決が図れることになるのである。なお、一部認容説の立場に立ちつつ、請求異議訴訟で建物譲受人の建物売却代金引換の同時履行の抗弁を許すことも考えられるが、これを認めると、本来執行関係訴訟である請求異議訴訟の範囲を逸脱すると考えられる。

註(1) 大判・昭和七年一月二六日民集十一卷一六九頁、判民一七事件薄根・民商法四卷六号一二二九頁、我妻・末弘・広瀬・賃貸借判例法・法律時報一二卷七号七四九頁参照。

(2) 一部認容説によると、その判決主文は、「原告は被告に對し、本件建物を収去して本件土地の明渡しをせよ」とあるを、建物から退去して土地の明渡しをせよ、その範囲をこえた部分について、その強制執行を許さない。原告その余の請求を棄却する」ということになる。前掲浦和地裁判決参照。

- (3) 村松・前掲書の採る立場であり、浦和地裁同旨、
- (4) 村松・前掲書九〇頁。
- (5) 最判昭和三〇年四月五日民集九卷四三九頁は、建物収去土地明渡請求訴訟の控訴審ではじめて上告人が買取請求権

を行使した場合、右行使が民訴第一三九条の時機に後れた防禦方法に該当するか否かの問題について「上告人が右買取請求権を行使すると同時に本件家屋所有権は被上告人に移転したものであり、(中略)このため、特例の証拠調を要するものではないから、上告人の(中略)本件家屋所有権移転の効果を認めるについて訴訟の完結を遅延せしめるものとはいえない」と判示している。そうだとすれば反対解釈として、建物譲受人がさらに建物売却代金を引換給付を求める同時履行の抗弁まで主張すると、代金につき特例の証拠調を要することになるので、(大判昭和九・六・一五民集十三卷千頁)民訴法第一三九条に該当することになる(山木戸民商法三三卷三号五八頁)この点に着眼すると請求異議訴訟においても、買取請求権行使の実体法上の効果(建物所有権の移転)と、これに伴う代金の引換給付を求める訴訟上の抗弁とは別個の問題として取り扱いうるのである。

- (6) 同旨前掲浦和地裁判決
- (7) 本判決は、村松前掲書、前掲浦和地裁判決にいずれも引用されている。
- (8) これは建物所有権に基く返還請求権であり、これに對する「建物収去土地明渡」の請求は土地所有権に基く返還請求権である。
- (9) はたして我民法のように土地と建物とを別個の不動産と

する場合、経験事実上はともかく、法律觀念上、建物の占有、即敷地の占有と理解してよいものかどうか困難な問題である。現に敷地所有者、建物占有者、(前者の賃借人)がそれぞれ別人格である場合、敷地所有者が建物占有者に對し、土地明渡を求めるときはともかく、土地不法占有による損害金を求める場合において、判例は一見混乱を來たしているのである(否定判例最判昭和三十一年一月二十三日、民集十卷一二七五頁。同昭和三四年六月二十五日、民集十三卷七七九頁)。

この点については、物権的請求権ないしは占有の觀念から、或は建物収去の執行面からも論疑があるが大阪地裁では前述のような場合、更に一步進めて建物占有者としては、「(建物) 収去の行なわれる以前においては、建物占有行為と敷地の使用妨害の結果との間には相当因果關係をかき収去とは切りはなした独立した即時無条件の退去義務は存在しない」が、ただ、「建物所有者において建物収去義務がある以上、右収去せらるべき建物を占有することにより収去の妨害をしない義務を(敷地所有者に)負担する」として「被告(建物占有者)は原告(敷地所有者)に對し(本件)建物収去せられるときはこれから退去せよ」。との主文をうたった注目すべき判決例がある(大阪地裁昭和三十三年六月一〇日判例時報一六〇号二三頁)。

しかし、この立場によると正に畑氏が問題として掲げら

建物買取請求権の行使をめぐる二三の問題(杉浦)

れる様に「第一に建物占有者としては敷地所有者が建物所有者に對し民法第七三三条の収去命令をうることを条件として退去義務が発生することになるわけであるが、いふところの退去義務に對應する実体法上の請求権は何であるのか。第二に、主文において「(建物から)退去して敷地を明渡せ」とせず、ただ「(建物から)退去せよ」とすると、地上に動産がある場合、民法第七三一条第三項を適用しての執行ができないのではないか。第三に、この判決では、建物占有者は即敷地を直接占有しているものではないとの命題が根幹となっているが、果たしてそう解すべきか。」(畑 前掲書三五六頁)等々の点が問題とされなければならぬ。

なお、右第三の問題は、本文のように建物所有者と敷地所有者が同一人格であるときでも、その者は敷地所有者に基いて「建物退去土地明渡」を求めうるか、という点にも関連する。建物占有者は敷地を直接占有しないと考えると、このような請求はなしえないことになる。しかし、直接占有説をとると理論上必ずしも不可能とはいえない。だがしかし土地所有権に基く「建物退去土地明渡請求」はあくまで、「土地明渡請求」と解すべきであつて敷地所有権に基いて端的に「建物明渡」を求めうるかについては、建物とその敷地は法律上別個の不動産であり、且つ経験事実上も間接的である「土地」所有権に基いて「建物」明渡を求



めることはできないと考えるのが妥当である。

(10) 畑 前掲書三五一頁以下参照

### むすび

以上述べたところから、建物買取請求権と既判力との関係については、結論として当該事由が、「訴訟の目的」たる権利関係とは、法規範的に関連のない別個の権利であり、いずれも本訴請求に従属しない独立の権利であるから本案判決の確定によって失権することはないのであり、また我々国には英米法におけるが如き強制反訴の制度が存在しないのであるから実体法上、権利の存続する限り、後訴においてこれを主張することができると解するものである。また債務名義との関係については、一部認容説の説く具体的妥当性は考慮しうるが、やはり全部認容説の理論が正しいものと思われる。

なお、訴訟法上の問題として、原告が借地借家の明渡請求をなしたのに対し、地上物件もしくは借家内の造作の買取請求をなし（借地法四条一項、同十条、借家五条）、その代金の支払と同時履行を主張する場合、その認容、不認容の裁判について既判力を生ずるかという問題がある。これについては稿を改めて論究するつもりであるが、実務の上で

は、建物の買取請求については、特に反訴をもってこれを主張しない限り、立退料請求と同じく判決事項としてないようである。この事は買取請求については、財産分与の裁判の如く、これを判決主文に掲記すべき規定（人訴一五条三項）がないからであるが、買取請求については、原告の請求に対し対価関係のない独立の権利なのであるから、判決事項となり、その存否についての判断には、同時履行関係の存否と共に既判力を生ずべきものと思われる。結論のみあげて、これらの問題についても近い将来、その研究成果を報告したいと思っている。