

要件事実原論ノート

橋本昇二

第2章 建物収去土地明渡請求及び建物退去土地明渡請求について

(序章及び第1章は、白山法学第5号に掲載)

1 はじめに

(1) 定義

建物収去土地明渡請求には、後記のとおり、所有権、占有権又は賃貸借契約終了に基づくものなどがあるが、所有権に基づく請求の場合は、Xの甲土地の所有権の妨害として、甲土地上にY所有の乙建物がある場合において、XがYに対し、甲土地の占有を回復するためにする請求である。

そして、建物退去土地明渡請求とは、XのYに対する建物収去土地明渡請求が認められるような場合において、乙建物を建物所有者ではない別の者（以下「Y2」という。多くの場合は、建物賃借人）が占有しているときに、XがY2に対し、甲土地の占有を回復するためにする請求である¹。

(2) 実務上の事案件数など

建物収去土地明渡請求及び建物退去土地明渡請求は、実務的に、しばしば経験するものであり、公刊された下級審の裁判例も相当ある。例えば、ある判例検索ソフトを使用して、「建物収去土地明渡」で検索をすると約3200件ヒットし、「建物退去土地明渡」で検索をすると約120件ヒットする。

「建物退去土地明渡」で検索してヒットした事案をみると、最もよくある事案は、借地人が借地上の建物を第三者に譲渡したものの、地主の承諾を得ていなかったとして問題となったものであるが、建物所有者が土地についての純然たる不法占有者であるものもある。

(3) 問題点の概要

建物収去土地明渡請求については、実務的な問題は必ずしも多くはない

が、理論的な問題は、訴訟物をめぐって議論されているほか、いくつかの検討すべきものがある。

建物退去土地明渡請求については、実務的な問題は必ずしも多くはないが、理論的な問題は、①性質論、②要件事実、③建物買取請求権が行使された場合の取扱いなど多くの問題があり、未だ、これらの問題について定説があるとはいえない状況であろう。

2 建物収去土地明渡請求の概要

(1) 請求の趣旨

ア 基本

建物収去土地明渡請求の趣旨は、通常、次のとおりとされる。

「被告Yは、原告Xに対し、乙建物を収去して甲土地を明け渡せ。」

イ 記載の仕方における注意事項

建物収去土地明渡請求の趣旨は、通常、下記のとりの記載をしない。

下記①は、「建物を収去すること」が「土地を明け渡すこと」と独立又は対等の関係にあると評価され得る記載である。しかし、通説及び実務は、「建物を収去すること」は、「土地を明け渡すこと」の手段方法の關係にあると評価する見解を採用しているから、そのような關係を表示するのにふさわしい日本語の表記としては、前記アのようにすべきであろう。

下記②は、「建物を収去すること」と「土地を明け渡すこと」との關係について、多義的な解釈をもたらす余地のある記載である。通説及び実務の上記見解からは、前記アのとおり「建物を収去して」の後に「、」を入れないことにより「建物を収去すること」を「土地を明け渡すこと」の手段方法の關係にあることを表示する。

細かいようであるが、法律家のコミュニケーションについての基本的なルールとして、以上の点は、留意しておくことが相当であろう。

記

① 「被告Yは、原告Xに対し、乙建物を収去し、甲土地を明け渡せ。」

② 「被告Yは、原告Xに対し、乙建物を収去して、甲土地を明け渡せ。」

ウ 土地及び建物の各面積の関係における請求の趣旨の微妙な問題

建物収去土地明渡請求の趣旨は、以上のとおりであって、特に問題とされることがない。

しかし、後記「(4) 請求原因」で述べるとおり、甲土地の面積と乙建物の1階床面積とを対比してみると、甲土地の面積が乙建物の1階床面積と比較して極めて大きい場合には、請求の趣旨が、「被告Yは、原告Xに対し、乙建物を収去して甲土地を明け渡せ。」でよいのか否か、疑問がないではない。

すなわち、甲土地の面積が乙建物の1階床面積と比較して極めて大きい場合には、「乙建物を収去すること」が「甲土地の一部を明け渡すこと」の手段方法であるとはいえ、「甲土地の全部を明け渡すこと」の手段方法であるとはいえない。

上記の場合には、理論的には、「被告Yは、原告Xに対し、①乙建物を収去して甲土地のうちの乙建物の敷地となっている部分を明け渡し、かつ、②甲土地のうちのその余の部分の明け渡し。」という請求の趣旨になろう。

しかし、実務的には、これと同旨の意味で、「被告Yは、原告Xに対し、乙建物を収去して甲土地を明け渡せ。」と記載していると解される。すなわち、建物収去土地明渡請求の趣旨は、事実関係の相違によって、微妙に異なるものとなることもあるが、実務では、そのような事実関係の相違を請求の趣旨の記載に反映させることをしない慣行となっている。

このような実務慣行の理由は、甲土地のうちの乙建物の敷地部分とそうでない部分の区別をするためには、測量をするという費用及び労力が必要であるところ、原告Xの請求は、一般に、被告Yの占有権原の有無によって全体が認容されるか否かが決定されるものであり、甲土地のうちの乙建物の敷地部分とそうでない部分とで結論が異なることはなく、かつ、執行場面でも、区別をする必要がないからであろう。

(2) 訴訟物－3つの請求権

ア 基本

建物収去土地明渡請求を基礎付ける権利として、通常、①所有権に基づく返還請求権、②賃貸借契約の終了に基づく返還請求権、③占有権に基づく返還請求権の3つが想定できる。

イ 所有権に基づく返還請求権

Xが甲土地を所有し、Yが甲土地上に乙建物を所有し、もって甲土地を占有している場合に、Xが甲土地の占有を回復しようとするときには、Xは、所有権に基づく返還請求権としての建物収去土地明渡請求権があると、その旨の請求をすることが普通である。

ウ 賃貸借契約の終了に基づく返還請求権

もちろん、事実関係によっては、XとYとの間に賃貸借契約が締結されていたところ、同契約が終了したことに基づく返還請求権としての建物収去土地明渡請求権が発生することもあり得る。

エ 占有権に基づく返還請求権

また、理論的には、Xが所有しているか否かはさておき、Xが占有していたところ、Yがその占有を奪ったとして、占有権に基づく返還請求権としての建物収去土地明渡請求権が発生することもあり得る。しかし、実務的には、占有権に基づく返還請求権としての建物収去土地明渡請求というのは、あまりないようである。

オ 本稿で検討する請求権

実務的には、①の所有権に基づく返還請求権と②賃貸借契約の終了に基づく返還請求権とのいずれもが、よく問題となる。

本稿では、①の所有権に基づく返還請求権について検討する。

なお、実務では、土地の賃貸人の賃借人に対する建物収去土地明渡請求であっても、所有権に基づく返還請求権を請求原因で検討し、賃貸借契約の締結を抗弁で検討し、同契約の終了事由を再抗弁で検討するというように³にすることもある。

(4) 請求原因

ア 基本

土地所有権に基づく返還請求権としての建物取去土地明渡請求権を基礎付ける請求原因事実は、次のとおりである。

- ① 原告Xは、甲土地を所有している。
- ② 被告Yは、甲土地上に乙建物を所有して甲土地を占有している⁴。

イ 説明

a 基本

所有権に基づく返還請求権としての建物取去土地明渡請求権を基礎付ける請求原因事実が、上記アに記載のとおりであることは、実務上、ほとんど争いのないところである。

もっとも、下記bの(a)の場合のように、土地の面積と建物の敷地の面積とがほぼ同一の場合には、上記アの②の要件事実につき、「被告Yは、乙建物を所有している。」「乙建物は、甲土地上にある。」という事実で足り、「被告Yは、甲土地を占有している。」という事実が不要であるという反対説もある⁵。

しかし、反対説も、下記bの(b)土地の面積が建物の敷地の面積よりも多少広い場合、(c)土地の面積が建物の敷地の面積よりも大幅に広い場合には、「被告Yは、甲土地を占有している。」という事実が必要であるというのであるから、反対説は、下記bの(a)の場合のように、土地の面積と建物の敷地の面積とがほぼ同一の場合という例外的事案についてのみ、「被告Yは、甲土地を占有している。」という事実が不要であるというものであって、「建物取去土地明渡請求権」の一般的な要件事実としては、「被告Yは、甲土地を占有している。」という事実が必要であるという考え方であると思われる⁶。

b 土地及び建物の各面積の関係における請求原因の微妙な問題

現実的に存在する甲土地と乙建物との関係は、多様であり、乙建物のすべてが甲土地内にあって、甲土地外にはみだして建築されていないものであるとしても、次のとおり、類型的に3つの場合(土地の面積と建物の敷地の面積とがほぼ同一の場合、土地の面積が建物の敷地の面積よりも多少

広い場合、土地の面積が建物の敷地の面積よりも大幅に広い場合) があり得るものであり、上記アの②の請求原因事実の記載の仕方は、理論的には、微妙な差異を設けることが相当である。しかし、実務では、結論として、その差異を設けていない。

(a) 土地の面積と建物の敷地の面積とがほぼ同一の場合

例えば、都心の商業地域にある土地・建物が問題となっている事案であって、甲土地の面積が100㎡であり、乙建物の1階面積が80㎡のような場合には、「被告Yは、甲土地上に乙建物を所有して甲土地を占有している。」という表現は、問題なく妥当する。

(b) 土地の面積が建物の敷地の面積よりも多少広い場合

例えば、住宅地域にある土地・建物が問題となっている事案であって、甲土地の面積が200㎡であり、乙建物の1階床面積が60㎡であり、甲土地のその他の部分には庭が設けられているような場合であれば、社会的な実態に近い表現をすれば、「被告Yは、甲土地のうちの60㎡につき乙建物を所有して占有し、甲土地のその余の140㎡につき庭などに利用して占有している。」ということになるが、上記程度の事案の場合であれば、「被告Yは、甲土地上に乙建物を所有して甲土地を占有している。」という表現も、差し支えないということになる。

(c) 土地の面積が建物の敷地の面積よりも大幅に広い場合

例えば、郊外の雑種地にある土地・建物が問題となっている事案であって、甲土地の面積が1000㎡であり、乙建物の1階床面積が60㎡であり、甲土地のその他の部分には、トラック、ブルドーザーなどの自動車及び建設機械類が置かれている場合であれば、社会的な実態に近い表現をすれば、「被告Yは、甲土地のうちの60㎡につき乙建物を所有して占有し、甲土地のその余の940㎡につき自動車及び建設機械類の設置置場として利用して占有している。」ということになり、「被告Yは、甲土地上に乙建物を所有して甲土地を占有している。」という表現には、疑問がないではない。

しかし、実務では、上記事案であっても、「被告Yは、甲土地上に乙建物

を所有して甲土地を占有している。」という記載を許容している。

(d) まとめ

結局、建物収去土地明渡請求権を基礎付ける請求原因事実としての「被告Yは、甲土地上に乙建物を所有して甲土地を占有している。」という記載は、上記(a)の場合には社会的な実態に即した表現であるとはいっても、上記(b)及び(c)の場合には社会的な実態に即した表現といえるか否かについて疑問がないではない。しかし、実務では、上記(a)ないし(c)の事案類型に応じた記載をしないことが慣行となっている。

このような実務慣行の理由は、既に請求の趣旨のところで述べたように、甲土地のうちの乙建物の敷地部分とそうでない部分の区別をするためには、測量をするという費用及び労力が必要であるところ、原告Xの請求は、一般に、被告Yの占有権原の有無によって全体が認容されるか否かが決定されるものであり、甲土地のうちの乙建物の敷地部分とそうでない部分とで結論が異なることはなく、かつ、執行場面でも、区別をする必要がないからであろう。

しかしながら、建物収去土地明渡請求が問題となる事案には、社会的に類型を異にするものがあることを認識しておくことは、後に、建物退去土地明渡請求を考察する基礎ともなるので、ここで、上記類型区分をおさえておくこととした。

3 建物収去土地明渡請求権の訴訟物の個数及び性質

(1) これまでの考え方の整理

所有権に基づく建物収去土地明渡請求権についての訴訟物の個数及び性質につき、下記のとおり⁷の3つの考え方があり、通説は、旧1個説であるといわれている。

ア 旧1個説

第1の考え方は、Xの甲土地の所有権の妨害として、Y所有の乙建物があることにより、XはYに対し、返還請求権としての土地明渡請求権を取得するところ、建物収去請求権は、土地明渡請求権の執行方法であるとし、

「土地明渡請求権」が実体法上の請求権であり、訴訟物は、「1個」であるという説明である。これを旧1個説という。通説であるとされる。

イ 2個説

第2の考え方は、Xの甲土地の所有権の妨害として、Y所有の乙建物があることにより、XはYに対し、妨害排除請求権としての「建物収去請求権」と、返還請求権としての「土地明渡請求権」とを取得するところ、この両請求権は別個の請求権であるとし、実体法上、2つの請求権があり、訴訟物は、「2個」であるという説明である。これを2個説という。

ウ 新1個説

第3の考え方は、Xの甲土地の所有権の妨害として、Y所有の乙建物があることにより、XはYに対し、妨害排除請求権及び返還請求権のいずれにも区分できないところの「建物収去土地明渡請求権」を取得するところ、この建物収去土地明渡請求権は、実体法上、1個の請求権であり、訴訟物は、「1個」であるという説明である。これを新1個説という。⁸

(2) 私見の概要

私見は、上記の各説は、いずれも相当ではなく、次のとおり説明することが相当であると考ええる。

すなわち、Xの甲土地の所有権の妨害として、Y所有の乙建物があることにより、XはYに対し、物権的請求権の3分類説に従えば、所有権に基づく返還請求権を取得するところ、同返還請求権は、執行方法をも加味した分類でいえば、建物収去土地明渡請求権であり、その訴訟物は、「1個」である。

土地所有権に基づく返還請求権につき、執行方法をも加味した分類をすると、「土地引渡請求権」、「土地明渡請求権」、「建物収去土地明渡請求権」、「建物退去土地明渡請求権」などがあるところ、旧1個説は、執行方法をも加味した分類の一つである「建物収去土地明渡請求権」につき、同格の分類の一つである「土地明渡請求権」であると説明するが、この説明は不適切である。「建物収去土地明渡請求権」と「土地明渡請求権」は、いずれ

も、所有権に基づく返還請求権について、執行方法をも加味した分類に属するものであり、請求の趣旨も異なるし、請求原因も異なるものであり、「建物収去土地明渡請求権」と「土地明渡請求権」とは、並列概念であって、いずれかが上位概念というものではないから、「建物収去土地明渡請求権」が「土地明渡請求権」に属するという説明は、概念区分のレベルを混同するものであり、不適切である。

土地所有権に基づく物権的請求権は、返還請求権、妨害排除請求権、妨害予防請求権に3分類され、その返還請求権についての執行方法をも加味した分類の一つとして「建物収去土地明渡請求権」があるところ、新1個説は、執行方法をも加味した返還請求権の分類の一つである「建物収去土地明渡請求権」を土地所有権に基づく物権的請求権の3分類の一つに加えようと提案するところ、この提案は、概念区分のレベルを混同するものであり、不適切である。

建物収去土地明渡請求権は、Xの甲土地の所有権が、Y所有の乙建物があることによって妨害されていることにより発生するものであり、その請求権の発生の根拠となる事実は、社会的にみて一つであり、その請求権の民法上の分類も、土地所有権に基づく返還請求権として一つであると判断できるものであり、その請求権の執行方法は、「土地明渡し」（直接強制によることができる。）と「建物収去」（直接強制によることができず、代替執行による。）とに分かれることになるが、2個説は、執行方法のみによって、あるいは執行方法を重視して、訴訟物の個数を2個と考えるというものであるところ、この考え方は、訴訟物の判定基準につき執行方法を重視するものであり、請求権の発生の根拠となる社会的な事実の単一性（要するに、建物を所有することによって土地の占有をしているという社会的な事実があるのであって、建物の所有という事実とは別に、土地の占有という事実があるものではない。もちろん、広大な土地があって、そのわずかに一部に建物があるという前述の事案については、訴訟物が2個となるという考え方もあり得るが、それは、建物敷地部分については建物収去土地明

渡請求権が成立し、これとは別に、その他の部分について土地明渡請求権が成立することを肯定する考え方であり、建物取去土地明渡請求権の訴訟物が2個となることを肯定するものではない。)及び実体法上の請求権の単一性(前述のとおり、土地所有権に基づく返還請求権である。)を軽視するものであり、不適切である。訴訟物の個数の判定は、事案によって困難なものもあるが、上記のとおり、請求権の発生の根拠となる事実の単一性及び実体法上の請求権の単一性を基本的な判断基準とすべきである。

(3) 物権的請求権の3分類

以上の私見について、以下、その論理過程を確認することとするが、まず、所有権に基づく物権的請求権につき、確認する。

所有権に基づく物権的請求権につき、通説は、返還請求権、妨害排除請求権、妨害予防請求権という3つに分類する。

その論拠などについては、別途論ずることとして、ここでは、その標準的な定義を確認しておくこととする。

返還請求権とは、他人の占有によって物権が侵害されている場合に発生するものであり、妨害排除請求権とは、他人の占有以外の方法によって物権が侵害されている場合に発生するものであり、妨害予防請求権とは、物権侵害のおそれがある場合に発生するものである。^{9,10}

(4) 返還請求権についての民事執行法上の取扱い

次に、所有権に基づく返還請求権が、民事執行法上、どのように取り扱われるのかについて確認する。

ア 引渡しと明渡し

民事執行における土地の「引渡し」とは、執行官が、土地の占有者の占有を解いて、債権者に占有を取得させる方法によってされる(民事執行法168条1項)。例えば、更地を購入した買主に対して請求する場合を想定されたい。建物でいえば、新築のマンションを購入した者が、分譲販売業者に対して請求する場合を想定されたい。これらの場合には、不動産の上に動産があることが想定されないので、「明渡し」ではなく、「引渡し」

という言葉が選択される。

民事執行における土地の「明渡し」とは、上記行為に加えて、執行官が、土地上の動産を取り除いて、その動産を土地の占有者又はその代理人などに引き渡すことなどが加わる（同条5項）。例えば、駐車場用地として貸していた貸主が借主からその土地の返還を求める場合を想定されたい。建物でいえば、建物を賃貸した者が、賃貸借契約が終了したとして、賃借人に対して請求する場合を想定されたい。これらの場合には、不動産上に動産があることが想定されるので、「引渡し」ではなく、「明渡し」という言葉が選択される。

イ 建物の収去

建物の収去は、民事執行法上は、建物が土地とは別個の不動産であるので、土地の引渡しの方法によってすることができないし、また、建物は動産ではないので、土地の明渡しの方法によってもすることができない。

建物の収去は、建物の所有者が自ら収去する義務を負担しているところ、この義務は、民法上、代替的作為債務であると解されている（民法414条2項）。

そして、建物の収去は、建物の所有者（債務者）自らがこれを実行しない場合には、民法及び民事執行法の規定により、裁判所は、債権者の申立てにより、債務者の費用で、第三者（執行官）にこれを実行させることができる（民法414条2項、民事執行法171条）。これを代替執行という。

(5) 占有の態様及びこれに対応した執行方法をも加味した返還請求権

ア 土地の所有権を妨害する占有の態様の実態とこれに対応する請求権

a 単純占有—土地引渡請求

Xの甲土地の所有権の妨害として、Yが単純に甲土地を占有している場合には、XはYに対し、訴訟法上、「被告は、原告に対し、甲土地を引き渡せ。」という土地引渡請求をすることができ、訴訟法及び執行法上の要素をも考慮した請求権レベルでいえば、土地引渡請求権を取得するといえる。

b 動産所有占有—土地明渡請求

Xの甲土地の所有権の妨害として、Yが甲土地上に動産を置いて甲土地を占有している場合には、XはYに対し、訴訟法上、「被告は、原告に対し、甲土地を明け渡せ。」という土地明渡請求をすることができ、訴訟法及び執行法上の要素をも考慮した請求権レベルでいえば、土地明渡請求権を取得するといえる。

c 建物所有土地占有—建物収去土地明渡請求

Xの甲土地の所有権の妨害として、Yが甲土地上に乙建物を所有して甲土地を占有している場合には、XはYに対し、訴訟法上、「被告は、原告に対し、乙建物を収去して甲土地を明け渡せ。」という建物収去土地明渡請求をすることができ、訴訟法及び執行法上の要素をも考慮した請求権レベルでいえば、建物収去土地明渡請求権を取得するといえる。

d 建物占有土地占有—建物退去土地明渡請求

Xの甲土地の所有権の妨害として、Y1が甲土地上に乙建物を所有して甲土地を占有し、Y2が乙建物を占有して甲土地を占有している場合には、XはY1に対しては、上記cの訴訟法及び執行法上の請求権を取得する上、XはY2に対し、訴訟法上、「被告Y2は、原告に対し、乙建物から退去して甲土地を明け渡せ。」という建物退去土地明渡請求をすることができ、訴訟法及び執行法上の要素をも考慮した請求権レベルでいえば、建物退去土地明渡請求権を取得するといえる。

イ 訴訟法及び執行法上の要素をも考慮した請求権の概念区分と実体法上の通常のそれ

a 訴訟法及び執行法上の要素をも考慮した請求権の概念区分

上記の「土地引渡請求権」、「土地明渡請求権」、「建物収去土地明渡請求権」、「建物退去土地明渡請求権」は、訴訟法及び執行法上の要素をも考慮した返還請求権の概念区分であり、これが、直ちに、実体法上の請求権の通常概念区分となるものではない。

b 実体法上の請求権の通常概念区分

土地の所有権の妨害に対する請求権につき、通説は、「返還請求権」、「妨

害排除請求権」、「妨害予防請求権」の3つがあるとし、「返還請求権」は、土地の占有の態様による妨害がある場合に発生する請求権であり、「妨害排除請求権」は、土地の占有以外の態様による妨害がある場合に発生する請求権であり、「妨害予防請求権」は、土地の妨害の可能性がある場合に発生する請求権であるとする。

c 訴訟物の個数

訴訟物をどのように識別するのかについて、実体法上の請求権の通常概念区分を基準とすることとし、かつ、土地について社会的にみて一つの占有の態様による妨害については、一つの実体法上の請求権が発生すると考えることにすれば、前記の訴訟法及び執行法上の要素をも考慮した「土地引渡請求権」、「土地明渡請求権」、「建物取去土地明渡請求権」、「建物退去土地明渡請求権」は、いずれも、土地について社会的にみて一つの占有の態様による妨害であるから、一つの実体法上の請求権が発生し、その請求権の通常概念区分は、「返還請求権」であるということになる。そうすると、いずれの場合でも、訴訟物は、1個となる。

d 旧1個説批判

旧1個説は、訴訟法及び執行法上の要素をも考慮した「建物取去土地明渡請求権」が、実体法上は、所有権に基づく「返還請求権」としての「土地明渡請求権」1個と考えると説明する。

この説明のうち、「建物取去土地明渡請求権」が、実体法上は、所有権に基づく「返還請求権」であるという説明は正しい。

しかし、その後の説明の「土地明渡請求権」という言葉は、実体法上の請求権の通常概念区分にはないものであり、訴訟法及び執行法上の要素をも考慮した請求権の概念区分によるものであり、この概念区分によれば、「建物取去土地明渡請求権」と「土地明渡請求権」とは、同列にあり、かつ、異なる請求権であるから、この説明は、相当ではない。

e 2個説批判

2個説は、訴訟法及び執行法上の要素をも考慮した「建物取去土地明渡

請求権」が、実体法上は、所有権に基づく「妨害排除請求権」としての「建物収去請求権」と、所有権に基づく「返還請求権」としての「土地明渡請求権」の2個と考えると説明する。

しかし、「建物収去請求権」も「土地明渡請求権」も、訴訟法及び執行法上の要素をも考慮した請求権概念であり、実体法上の請求権の通常概念区分に従えば、土地について社会的にみて一つの占有の態様による妨害によって発生する「返還請求権」であり、実体法上の請求権でいえば、1個の請求権しか発生していないことになるから、この説明は、相当ではない。

f 新1個説批判

新1個説は、訴訟法及び執行法上の要素をも考慮した「建物収去土地明渡請求権」が、実体法上は、所有権に基づく「妨害排除請求権」及び「返還請求権」のいずれにも区分できないところの「建物収去土地明渡請求権」であるという。

しかし、訴訟法及び執行法上の要素をも考慮した請求権には、上記のとおり、「土地引渡請求権」、「土地明渡請求権」、「建物収去土地明渡請求権」、「建物退去土地明渡請求権」というものがあるところ、実体法上の請求権の通常概念区分がこれに従うべきものとはいえない。むしろ、このような考え方をすれば、実体法上の請求権の通常概念区分として、「建物退去土地明渡請求権」をも認めなければならないことになるが、それは、相当ではない。訴訟法及び執行法上の要素をも考慮した請求権概念区分を、直ちに、実体法上の請求権の通常概念区分に差し入れることは、請求権概念区分の場面が異なることを明確に認識しないものであり、相当でない。

g まとめ

以上のとおり、土地について社会的にみて一つの占有の態様による妨害によって発生するところの実体法上の「返還請求権」には、訴訟法及び執行法上の要素をも考慮すると、「土地引渡請求権」、「土地明渡請求権」、「建物収去土地明渡請求権」、「建物退去土地明渡請求権」があるものであり（他のものがあるか否かは留保する。）、これらの概念区分の相違を論理的に明

確にすれば、次のとおりとなる。

「建物収去土地明渡請求権」は、訴訟法及び執行法上の要素をも考慮した請求権の概念であり、この請求権は、訴訟法及び執行法上の要素をも考慮した請求権としての「土地明渡請求権」と同列の、かつ、異なるものであり、「建物収去土地明渡請求権」も「土地明渡請求権」も、実体法上の請求権の通常概念区分でいえば、土地の所有権に基づく「返還請求権」であり、その訴訟物の個数は、いずれも、1個である。

4 建物退去土地明渡請求の概要

(1) 請求の趣旨

ア 基本

建物退去土地明渡請求の趣旨は、通常、次のaのとおりとされる。

しかし、次のbのとおりとすべきであるとの考え方があり、私見は、理論的には、この記載が適切であり、aの記載も許容できると考える。この点は、エで触れる。

また、次のcのとおりとした裁判例があるが、私見は、このcの記載は、執行条件として「乙建物が収去される時」が示されているところ、この執行条件を付する必要があるから、適切ではないと考える。

a 「被告Y 2は、原告Xに対し、乙建物から退去して甲土地を明け渡せ¹¹。」

b 「被告Y 2は、原告Xに対し、乙建物から退去せよ。」

c 「被告Y 2は、原告Xに対し、乙建物が収去される時は、乙建物を退去せよ¹²。」

イ 上記アのaの記載の仕方

建物退去土地明渡請求の趣旨は、上記アのaを採用した場合、通常、下記のとおり記載をしない。

その理由は、建物収去土地明渡請求のところで説明したとおりである。

要するに、前記アのaのとおり「建物を退去して」の後に「、」を入れないうことにより「建物を退去すること」を「土地を明け渡すこと」の手段方法の関係にあることを表示する。

記

- ① 「被告Y 2は、原告Xに対し、乙建物を退去し、甲土地を明け渡せ。」
- ② 「被告Y 2は、原告Xに対し、乙建物を退去して、甲土地を明け渡せ。」

ウ 建物退去請求について

建物退去土地明渡請求のうちの建物退去請求の部分は、民事執行法に、明文の規定がない。

すなわち、民事執行法168条1項、5項は、「建物明渡請求」の執行方法について規定しているところ、その執行方法は、①執行官が債務者の建物に対する占有を解くこと、②執行官は、その際、動産を取り除いて債務者に引き渡すこと、③執行官は、債権者に建物の占有を取得させることの3つによって構成されるものである。

しかし、「建物退去請求」には、民事執行法に、明文の規定がなく、後記の実務家の意見は、「建物退去請求」の内容は、上記の①及び②であるが、上記の③がないというものであり、これに特に異論は見当たらない。

すなわち、「建物明渡請求」は、請求者が、建物の所有者・賃貸人など建物の占有を回復する権原を有する者であって、建物の占有者からその占有を回復する請求であるのに対し、「建物退去請求」は、請求者が、建物の所有者・賃貸人などではないがゆえに建物の占有を回復する権原を有しない。「建物退去請求」は、その建物の敷地となっている土地の所有者が、その土地の占有を回復するために、建物所有者に対して建物の取去をさせることとし、その建物取去の執行を現実化する前提として、建物占有者を建物から「退去」させる請求であるからである。

実務では、建物退去請求の執行は、民事執行法168条1項、5項を準用し、執行官は、上記①及び②を実行するが、同③を実行しない。

この点につき、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Ⅱ巻39頁は、「執行吏は、執行債務者である建物居住者を当該建物から退去せしめることにより建物に対する占有を解くこ

とはできても、執行債権者である土地所有者に建物の占有を得さしめることはできない。」と明言し、また、井田友吉「家屋の占有者の土地所有者に対する退去の義務の強制執行の方法」判例タイムズ182号171頁は、「土地所有者は建物所有者ではなく、また、債務名義も土地の明渡を求めるものであって建物の明渡を求めるものではないから、土地所有者は建物の占有を取得する地位にはない。したがって、執行吏は、執行債務者である建物居住者を当該建物から退去させることによって建物および建物敷地の占有を解くことはできても、執行債権者である土地所有者に対して建物の占有を与えることはもちろん、建物が存在する限り、建物敷地の占有を与えることもできないのではなかろうか。」と言い、高橋欣一「建物取去・土地明渡訴訟における建物占有者に対する請求」実務民事訴訟講座4巻130頁は、「家屋明渡の強制執行の場合には、民訴731条にもとづき執行官の直接強制によってなされるが、その執行とは、債務者の家屋に対する占有を解くこと、すなわち、家から退去させることと、その家の占有を債権者に得させることである。執行の前段は、まさに、「建物から退去せよ。」と命じた義務を実現させることと全く同一である。そこで、「建物から退去せよ。」という債務名義の執行も、根拠を民訴731条に求め、ただ、「明渡」の場合と異なり、執行官が債務者の占有を解くだけでその執行が全部終わるものと解すべきである。」と明言している。

なお、上記引用に係る民訴731条というのは、現行の民事執行法の168条（不動産の引渡し又は明渡しの執行方法）に相当する規定である。

エ 土地明渡請求について

a 基本

建物退去土地明渡請求のうちの土地明渡請求の部分は、一般的には、民事執行法168条1項、5項に、執行方法についての明文の規定がある。

しかし、複数の実務家から、①建物退去土地明渡請求のうちの土地明渡請求は、建物が存在している限り、執行できないこと、②したがって、建物占有者に対する請求には、土地明渡請求を付加すべきではなく、「被告Y

2は、原告Xに対し、本件建物を退去せよ。」という建物退去請求に限定すべきであること、あるいは、「被告Y2は、原告Xに対し、本件建物が取去されるときは、本件建物を退去せよ。」という請求にすべきことが指摘されている。¹³

上記実務家は、(あ)建物の占有者が、直ちに、土地を占有しているとはいえないこと、(い)執行官が、建物の占有者を建物から退去させても、建物が存在する限り、土地所有者に土地の占有を取得させることはできないことを理論的な理由とし、(う)それゆえに、土地所有者は、建物所有者に対して建物取去請求ができる場合にのみ、建物占有者に対して建物退去請求ができると述べる。

この点について、以下、若干詳細に確認する。

b 大阪地裁昭和33年6月10日判決・判例時報160号23頁・判例時報160号23頁

a 主文の概要

上記判決のうち、建物所有者及び建物占有者に対する物権的請求権に関する主文の概要は、次のとおりである。

「被告Yは原告Xに対し、本件建物を取去して本件土地を明け渡せ。」

「被告Y2は原告Xに対し、本件建物が取去せられるときはこれから退去せよ。」

β 理由

上記判決の理由は、次のとおりである。

すなわち、これを要約すれば、原告Xは、本件土地を所有し、被告Yは、本件建物を所有し、被告Y2は、本件建物を占有しているところ、被告Yは、原告Xに対し、本件建物を取去して本件土地を明け渡すべき義務を負担する以上、被告Y2は、原告Xに対し、本件建物の取去を妨害しない義務を負担するから、本件建物が取去される時期において本件建物から退去すべき義務を負担しているというにある。

「原告等が原告等主張の土地を共有していること、被告大阪相互不動産

(筆者注記：Y)が原告等主張の日より別紙目録記載の土地の上に同目録記載の建物を所有並に占有し、被告大相興業(筆者注記：Y2)が原告等主張の日より右建物を被告大阪相互不動産と共同して使用していることは当事者間に争なく、被告大阪相互不動産が右土地を右建物所有のため占有使用し得る権原については同被告において何等の主張立証しないところであるから、同被告の本件土地占有は不法占有と目するの外はなく、土地所有者である原告に対し、右建物の収去、土地明渡、並に右明渡まで土地不法占有に因る損害金支払の義務があることはいうまでもない。そしてその損害金の額は、さきに原告等と大内成介との間に賃料一ヶ月金六、〇〇〇円で原告等主張の土地が賃貸されていたことは当事者間に争がないから、これを一坪当りに換算すると金四三円強となり、原告主張の一坪金四三円は、右土地の相当賃料と認められるから、これを以て損害金の額と認定することができる。よつて同被告に対する原告等の請求は全部正当として認容すべきものとする。

次に被告大相興業は、前記被告大阪相互不動産の土地不法占有による建物を占有使用しているものであり、それ以外に原告等に対抗し得べき権原については同被告の主張立証しないところであるから、右建物所有者において建物収去義務がある以上、右収去せられ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原告等に対し負担することはいうまでもない。よつて右建物の収去される時期において、これより退去すべき義務があるということが出来る。しかしながら右収去の行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関係を欠き収去とは切離した独立した即時無条件の退去義務は存在しないものというべきであるから、土地所有者に対し、土地使用妨害乃至不法占有に基く損害賠償の義務を負うことはないと解すべきである。よつて同被告に対する原告の請求はその退去を求める部分のみは正当として認容すべきも、損害金の支払を求める部分は失当として棄却を免れない。」

γ コメント

上記判決は、土地所有者である原告Xに対し、建物占有者である被告Y 2は、被告Yが建物取去義務を負担するときは、特段の事情のない限り¹⁴、建物退去義務を負担することをいうものであり、その結論を導き出すに当たって、「建物占有者が土地を占有していること」に言及せず、また、主文には、「土地を明け渡せ。」という記載がないことに留意したい。

ただし、建物退去の主文において、「乙建物が取去される時」という条件を付している点は、疑問である。なぜならば、「建物が取去される場合」であることが理由中で認定されているからこそ、退去請求が認容されるものであるから、主文中で、重ねて理由中で認定した事実を条件として記載することは、誤りであるからである。¹⁵

c 田辺公二発言¹⁶

田辺公二裁判官は、次のような指摘をする。

① 丸ビルの一室の不法占有者に対する地主の退去請求

丸ビルの一室の不法占有者につき、家主が明渡請求をしていないのに、地主が退去請求できるとすることはできない。地主の退去請求を肯定することは、非常識である。

② 建物の占有と敷地の占有

建物の占有者というものは、その敷地の占有は特別の場合以外は伴っていない。

③ 建物明渡請求と土地明渡請求

建物賃貸借契約が終了した場合に、賃貸人は、賃借人に対し、建物明渡請求のみをし、土地明渡請求をしないし、かつ、賃借人が土地上に物を置いていても、建物明渡請求の債務名義をもって、明渡しの執行ができる。(筆者コメント：これは、建物占有者の土地の占有が、建物占有を離れて独自の意味を持たないことを示唆している。)

d 藤井正雄論文¹⁷

藤井正雄裁判官は、次のような指摘をする。

① 建物明渡請求と建物退去土地明渡請求との関係

仮に、建物の占有者は土地を占有すると解すると、土地所有者と建物所有者が同一人である場合、その者は、建物占有者に対し、建物所有権に基づいて建物明渡請求ができるほか、土地所有権に基づいて建物退去土地明渡請求ができることになる。(筆者コメント：これは、奇異な結論である。)

② 丸ビルの一室の不法占有者と同様の例

仮に、建物の占有者は土地を占有すると解すると、借地権者が借地上に適法に建物を所有する場合に、その建物を不法占有する者があるときは、この者に対して土地所有者も土地所有権に基づいて建物退去土地明渡請求ができることになる。(筆者コメント：これは、非常識な結論である。)

③ 借地人の転貸の有無

仮に、建物の占有者は土地を占有すると解すると、借地権者が借地上に所有する建物を他人に賃貸することは、土地の転貸にあたることになる。

e 井田友吉論文¹⁸

井田友吉裁判官は、次のような指摘をする。

① 土地明渡しの執行不能性

建物退去土地明渡請求のうち、土地明渡請求は、建物が存在する限り、執行官が建物占有者の土地に対する占有を解くことができず、土地所有者に占有を与えることはできない。

② 建物明渡請求と建物退去土地明渡請求との関係

仮に、建物の占有者は土地を占有すると解すると、土地所有者と建物所有者が同一人である場合、その者は、建物占有者に対し、建物所有権に基づいて建物明渡請求ができるほか、土地所有権に基づいて建物退去土地明渡請求ができることになる。(筆者コメント：これは、奇異な結論である。)

f 高橋欣一論文¹⁹

高橋欣一裁判官は、次のような指摘をする。

① 土地明渡しの執行不能性

建物退去土地明渡請求のうち、建物退去請求は執行できるが、これを執行した瞬間に、建物占有者の土地に対する占有がないことになるから、土

地明渡請求は、執行不能となる。

② 建物明渡請求と土地明渡請求

建物占有者に対する所有権に基づく請求を認容する場合には、「建物を明け渡せ。」と命ずるだけで、併せて「敷地を明け渡せ。」とは命じないが、建物が明け渡されれば、その敷地の占有も所有者の完全な占有になるものとして、実務上何ら怪しまれていない。

③ 占有

建物占有者がある敷地を支配している事実は、法律概念としての土地の占有ではないと考える方が明快である。

建物の占有とは、社会通念上建物使用者の専属的利用のため画されたと認められる範囲の周辺部分の土地に対する事実上の支配をも含む概念である。

④ 高層ビル

高層ビルの高い場所の一室の占有者が、そのはるか下の土地を占有すると考えることは、社会通念上も不適當である。

g まとめ

上記大阪地裁判決及び各実務家の見解は、まことに常識的であり、建物占有者に対し土地明渡請求を肯定する理由はないように思われる。

(2) 請求原因

ア 基本

土地所有権に基づく返還請求権としての建物退去土地明渡請求権を基礎付ける請求の原因事実は、次のとおりである。²⁰

- ① 原告Xは、甲土地を所有している。
- ② 甲土地上に乙建物がある。
- ③ 被告Y2は、乙建物を占有している。

イ 説明

土地所有権に基づく返還請求権としての建物退去土地明渡請求権を基礎付ける請求の原因事実が、上記アに記載のとおりであることは、実務上、

ほとんど争いが無いところである。

また、土地所有権に基づく返還請求権として建物退去請求権しか認めないとしても、同様である。むしろ、上記請求原因事実は、建物退去請求権しか認めない立場に親和性のあるものである。

すなわち、建物退去土地明渡請求権を基礎付ける事実としては、上記③ではなく、「被告Y2は、乙建物を占有して甲土地を占有している。」とすべきと思われるが、上記③で足りるとしている。その理由は、建物退去土地明渡請求権を肯定する考え方によっては、「乙建物を占有すること」は、当然に、「甲土地を占有すること」になると理解するから、要件事実としては、「乙建物を占有していること」を主張すれば、法的効果として「甲土地を占有していること」が導かれると理解するからであろうと思われる。

(3) 抗弁

ア 基本

土地所有権に基づく返還請求権としての建物退去土地明渡請求権を理由なくするための抗弁事実は、最近の説では、次のとおりであるとされている。²¹

- ① 原告Xと被告Yとの間での甲土地についての賃貸借契約の締結
- ② 原告Xの被告Yに対する上記に基づく引渡し
- ③ 被告Yが乙建物を所有していること
- ④ 被告Yと被告Y2との間での乙建物についての賃貸借契約の締結
- ⑤ 被告Yの被告Y2に対する上記に基づく引渡し

イ 反対説

しかし、前記の(1)のエのとりの田辺公二発言、藤井正雄論文、井田友吉論文、高橋欣一論文によれば、原告Xの被告Y2に対する建物退去請求権の成否は、被告Yの甲土地についての占有権原の抗弁の成否、すなわち、上記アの①ないし③の事実が認められるか否かによるものであり、被告Y2の乙建物についての占有権原の抗弁の成否、すなわち、上記アの④及び⑤の事実は無関係であるということになる。

上記の発言及び論文によれば、土地所有者Xの建物占有者Y 2に対する建物退去請求の成否は、建物占有者が建物占有権原を有しているか否かは全く関係がなく、建物所有者であるYが建物収去義務を負うか否かによるものであり、それゆえに、土地所有者Xは、建物占有者Y 2が不法占有者であったとしても、建物所有者Yが建物収去義務を負わない限り、建物退去請求ができないということになる。

私見も、上記の発言及び論文に賛成する。

ウ 反対裁判例

東京控訴院昭和14年7月4日判決・法律新聞4512号5頁は、上記反対説と同様に、次のとおり説示している。

要するに、建物退去請求権は、建物収去権の実行のために認められたものであり、建物収去が認められない場合には、建物退去請求権が認められることにはならないというものである。

「土地所有者ハ其ノ土地上ニ存スル建物ノ所有者カ該建物ヲ其ノ地上ニ存置スルニ付土地所有者ニ対抗シ得ヘキ正当権原ヲ有スル限り仮令建物居住者カ該建物所有者ニ対抗シ得ヘキ正当権原ヲ有セサル場合ニ於テモ直接建物居住者ニ対シ土地所有権ニ基キ該建物ヨリ退去シテ其ノ敷地タル土地ヲ明渡スヘキコトヲ請求スル権利ナキモノト解スルヲ相当トス」

「但シ建物所有者カ建物ヲ其ノ地上ニ存置スヘキ正当権原ヲ有セサル場合ニ於テハ建物居住者カ建物所有者ニ対シ正当権原ヲ有スルト否トニ拘ラス直接建物居住者ニ対シ該建物ヨリ退去シテ其ノ敷地タル土地ヲ明渡スヘキコトヲ請求シ得ヘシト雖モ這ハ土地所有者カ建物所有者ニ対シ該建物ヲ収去シテ其ノ敷地タル土地ヲ返還スヘキコトヲ求ムル権利ノ実現上必要ナルカ為メニ外ナラス」

「結局建物居住者ノ土地所有者ニ対スル建物退去義務換言スレハ土地所有者ノ建物居住者ニ対スル建物退去請求権ハ建物所有者ノ土地所有者ニ対スル建物収去義務換言スレハ土地所有者ノ建物所有者ニ対スル建物収去請求権ニ依存スルモノニシテ建物所有者ニ対スル建物収去請求権ナキ場合ニ土

地所有者カ直接建物居住者ニ対シ該建物ノ退去ヲ請求シ得ヘキモノニアラサレハ本件建物所有者ナル東忠二郎カ本件建物ヲ本件土地上ニ存置スルニ付正当権原ヲ有スル以上土地所有者ナル被控訴人カ直接建物居住者ナル控訴人等ニ対シ建物退去ヲ求ムル本訴請求ハ此点ニ於テ已ニ失当トシテ之ヲ棄却スヘキモノトス」

5 建物買取請求権が行使された場合

甲土地の所有者である原告Xが、乙建物を所有している借地人である被告Yに対し、借地期間満了を理由として、乙建物を取去して甲土地を明け渡す旨の請求をしていた場合に、被告Yが建物買取請求権を行使した場合に、どのような取扱いをすべきかの問題がある。

この問題については、結論からいえば、被告Yの建物買取請求権の行使によって、建物取去土地明渡請求権を基礎付ける要件事実のうちの「被告Yが乙建物を所有している。」との点が不存在となるため、本来は、請求棄却とすべきものである。

そして、原告Xとしては、被告Yの建物買取請求権の行使によって、乙建物を所有することになるところ、被告Yが乙建物を占有しているのであるから、「被告Yは、原告Xに対し、乙建物を明け渡せ。」という建物明渡請求に変更する旨の追加的予備的な訴えの変更をすることが合理的である。なお、訴訟物は、甲土地の所有権に基づく返還請求権から、乙建物の所有権に基づく返還請求権に変更されることになり、これらの訴訟物は、明らかに異なる。

原告Xがこの訴えの変更をしないにもかかわらず、裁判所が、「被告Yは、原告Xに対し、乙建物を退去して甲土地を明け渡せ。」という判決をすることは、基本的には、処分権主義及び弁論主義に違反するものであるが、事案によっては、そのような善解ができるとして許容しても差し支えないということになる。

この点の詳細な分析は、次回の課題とすることとする。

注

- 1 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Ⅱ巻32頁、高橋欣一「建物取去・土地明渡訴訟における建物占有者に対する請求」実務民事訴訟講座4巻115頁など
- 2 『考え方と実務』第2版92頁、『30講』第2版220頁、『要件事実マニュアル』第2版上巻205頁など
- 3 「実務と新訴訟物理論」判例タイムズ154号2頁以下の近藤完爾、田辺公二、秦不二雄、倉田卓次の各発言では、いずれも、昭和39年当時ではあるが、貸家人の借家人に対する家屋明渡請求訴訟にあつて、請求原因を所有権とするものと、賃貸借契約の終了とするものとの2つがほぼ同数の割合であつたという。
- 4 司法研修所編『10訂 民事判決起案の手引』に合冊された『事実摘示記載例集』11、12頁、『30講』第2版220頁、『考え方と実務』第2版94頁、『要件事実マニュアル』第2版上巻207頁
- 5 『類型別』改訂版60頁、『考え方と実務』第2版92頁、『要件事実マニュアル』第2版上巻207、208頁
- 6 『類型別』改訂版59頁、『考え方と実務』第2版93頁、『要件事実マニュアル』第2版上巻208頁
- 7 『類型別』改訂版58、59頁、『30講』第2版221頁、『考え方と実務』第2版91、92頁、『要件事実マニュアル』第2版上巻206、207頁、徳岡由美子「不動産明渡請求」民事要件事実講座4巻21～23頁
- 8 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」民事実務ノート第3巻77～80頁
- 9 『設例15題』改訂版57頁
- 10 なお、私見は、所有権に基づく物権的請求権につき、3つに分類することにつき異論はないが、分類の名称及び定義については、必ずしも適切ではないと考えているが、この点は、別に触れる。
- 11 『考え方と実務』第2版101頁、『要件事実マニュアル』第2版上巻210頁、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Ⅱ巻32頁、井田智吉「家屋の占有者の土地所有者に対する退去の義務の強制執行の方法」判例タイムズ182号170頁、高橋欣一「建物取去・土地明渡訴訟における建物占有者に対する請求」実務民事訴訟講座4巻115頁など
- 12 大阪地裁昭和33年6月10日判決・判例時報160号23頁

- 13 それぞれ、ニュアンスは異なるが、いずれも、建物退去請求権のみを肯定し、土地明渡請求権を否定する。「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、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Ⅱ巻38頁、井田智吉「家屋の占有者の土地所有者に対する退去の義務の強制執行の方法」判例タイムズ182号171頁、高橋欣一「建物取去・土地明渡訴訟における建物占有者に対する請求」実務民事訴訟講座4巻126頁
- 14 最高裁昭和38年2月21日第1小法廷判決・民集17巻1号219頁。土地の賃貸人と賃借人が土地賃貸借契約を合意解除し、土地賃借人は、建物取去義務を負担することになったが、上記合意解除は、建物賃借人には、対抗できないとされ、それゆえに、建物賃借人が建物退去義務を負担しないこともある。
- 15 なお、高橋欣一「建物取去・土地明渡訴訟における建物占有者に対する請求」実務民事訴訟講座4巻126頁は、「建物が取去せられるとき」とは、具体的にどのような事実が揃ったときと解すべきか、執行官は判断に迷うであろうと指摘する。
- 16 「実務と新訴訟物理論」判例タイムズ168号38頁以下
- 17 「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Ⅱ巻33、34頁
- 18 「家屋の占有者の土地所有者に対する退去の義務の強制執行の方法」判例タイムズ182号171頁
- 19 「建物取去・土地明渡訴訟における建物占有者に対する請求」実務民事訴訟講座4巻118頁以下
- 20 『考え方と実務』第2版102頁、『要件事実マニュアル』第2版上巻211頁、徳岡由美子「不動産明渡請求」民事要件事実講座4巻29頁
- 21 『考え方と実務』第2版102頁、『要件事実マニュアル』第2版上巻211頁、徳岡由美子「不動産明渡請求」民事要件事実講座4巻29、30頁

