



Title	判決効の承継人に対する拡張 - 建物収去土地明渡請求訴訟の場合 -
Author(s)	高見, 進
Citation	北大法学論集, 31(3-4上), 291-316
Issue Date	1981-03-25
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16332
Type	bulletin (article)
File Information	31(3-4)1_p291-316.pdf



[Instructions for use](#)

判決効の承継人に対する拡張

——建物収去土地明渡請求訴訟の場合——

高 見 進

目 次

はじめに

- 一 建物収去土地明渡請求訴訟の判決効の拡張
 - 一 建物譲受人・賃借人に対する判決効の拡張
 - 二 敷地譲受人に対する判決効の拡張
 - 二 建物抵当権の実行による承継の場合の判決効
 - 一 建物抵当権者の実体法上の地位
 - 二 建物抵当権者の訴訟法上の地位
 - 三 建物競落人への判決効の拡張
- 結 び

はじめに

民訴法二〇一条一項の規定する確定判決の効力の、事実審口頭弁論終結時（基準時）以後の承継人に対する拡張の問題については、訴訟物論との関連もあって、すでに多くの研究がある。⁽¹⁾ここでは、それらを十分に整理検討するだけの余裕がないので、事例を限り、建物収去土地明渡請求訴訟における判決の効力の、基準時後の建物譲受人・賃借人、敷地譲受人への拡張の可否を考えてみることにする。ところで、建物収去土地明渡請求訴訟がなされる際の原告・被告の実体法上の関係については、理論上はさまざまなケースが考えられるが、判例集などで見る限り、まず敷地について賃貸借契約がなされ、賃借人が敷地上に建物を建てていたが、後に賃料不払いなどによって敷地所有者である賃貸人が賃貸借契約を解除し、賃借人に建物収去土地明渡を求めて訴えが提起される場合が多いようである。そこで、以下でも主にそのようなケースについて考察することにしたい。叙述の順序は、最初に建物収去土地明渡請求認容判決を中心にし、基準時後の建物譲受人、建物賃借人に対する判決の既判力の拡張、執行力の拡張を考え⁽²⁾（その際に、和解等判決以外の債務名義の執行力の拡張についてもふれる）、つぎに建物収去土地明渡請求棄却判決を中心にして、基準時後の敷地譲受人に対する判決の効力の拡張を考える。また、基準時後の建物所有権の移転が建物抵当権の実行によるものである場合については別個の問題があるので、別に二で述べ⁽³⁾（4）。

(1) 上田「原始取得と既判力の主観的範囲の理論」法と政治一〇巻三号五三五頁、山木戸「訴訟物の承継」法学セミナー三〇号四

四頁、小山「口頭弁論終結後の承継人について」北大法学会論集一〇卷二八頁、吉村「既判力擴張における依存關係」法政研究二七卷一号三七頁、同「既判力擴張と執行力擴張」法政研究二七卷二・三・四号二一五頁、三ヶ月「特定物引渡訴訟における占有承継人の地位」民訴法研究一卷二八五頁、中田「既判力（執行力）の主観的範囲」民訴法演習一〇〇頁、中務川村「口頭弁論終結後の承継人と判決の効力」実務民訴講座二卷五一頁、新堂「訴訟当事者から登記を得た者の地位(1)(2)」判例評論一五二号二頁、一五三号二頁など。

(2) たとえば、敷地について当初から全く無権原の者が建物を建てた場合、敷地転借人が敷地上に建物を建てていたが後に転賃借契約が解除された場合、敷地と建物の所有者が、建物を収去する約束で敷地を売却し、あるいは建物を収去した上で敷地を引渡すという条件付きの賃貸借契約をしたが建物を収去しない場合、敷地の買主が建物を建てたが、売買契約に無効事由があるか、取消事由があつて売買契約が取消された場合など。

(3) 従来は、給付判決の既判力の擴張と執行力の擴張は一括して論じられることが多かった。その理由は、既判力の擴張と執行力の擴張がパラレルなものと解されていたことにある。また、給付判決においては執行力こそ大きな意義をもち、既判力はむしろ背景に退くこと、既判力の擴張の規定といわれる民訴法二〇一条は、実践的動機としては、むしろ執行力の擴張の要請に答えて規定されたこと（三ヶ月・前掲三一四頁）、判例でも多くは執行力の擴張が問題となつてゐることから、既判力の擴張を独立に論じる意義が少ないこと、にあつたと思われる。しかし、両者は異なる局面の問題であり、異なる考慮も必要である場合があるから（新堂・前掲判例評論一五三号七頁参照）、ここでは別個に扱うこととする。

(4) 以下では便宜上、建物収去土地明渡請求訴訟の原告をX、被告をY、建物譲受人をZ、建物賃借人をM、敷地譲受人をW、建物抵当権者をH、建物競落人をEと略称する。

一 建物収去土地明渡請求訴訟の判決効の拡張

一 建物譲受人・賃借人に対する判決効の拡張

(1) 既判力の拡張

敷地所有者である賃貸人Xが賃借人Yに対して敷地所有権にもとづいて建物収去土地明渡を訴求し、それが認容されたときには、学説は基準時後の建物譲受人Z、建物賃借人MをYの民訴法二〇一条一項の承継人と認め、右判決の既判力のZ・Mへの拡張⁽⁵⁾を肯定する。その理由としては、Z・Mが収去義務の負担者としての地位、あるいは訴訟物についての当事者適格をYから伝来的に取得することがあげられている⁽⁶⁾⁽⁷⁾。右の場合に、Xの請求がもっぱら賃貸借契約の終了を理由としており、それが認容された場合にも、Z・Mに対する判決の既判力の拡張を認める学説が多いが、⁽⁸⁾反対する学説もある⁽⁹⁾。判例ではこの点について正面から問題となつた例はないようである。

建物収去土地明渡請求認容判決の効力のZへの拡張の場合は、第三者に不利な判決効の拡張が問題となるので、Z・Mを中心として利害関係をもつ者の立場を考へてみなければならぬ。

Xとしては、せっかく得た判決の効力が自己の与り知らないYZ間の建物譲渡という事情によって無にされるのは困るといえる。しかし、他方でZが判決の存在を知ることができないのに判決の効力を及ぼされるのでは不当である。

この場合に、訴訟の係属の事実あるいはXの請求認容の判決の存在は登記簿への記入などの方法では公示されない

(Xは建物について、いわゆる処分禁止の仮処分を得ることによって容易に建物について紛争が生じていることを登記簿上明らかにできる地位にある)⁽¹⁰⁾。けれども、Zが建物を材木としてではなく建物として譲り受けようとする以上は、Zは土地の利用権も取得する必要がある。登記簿上土地の所有名義人が建物所有者と異なれば、取引上当然すべき調査として土地所有名義人に賃借権の存在に関して問い合わせ、その結果Zは判決の存在を知り得るはずである。それゆえ、この場合、Zに既判力を拡張することがZの手續権の保障を不当に奪うとはいえない、と考えられる⁽¹¹⁾。ただ例外的に、Zが建物譲受に際して取引上通常なされる調査をしたにもかかわらず判決の存在を知り得なかった場合には、Zの手續権を保障するため既判力の拡張は否定されるべきであろう⁽¹²⁾。

建物収去土地明渡請求認容判決の基準時後の建物賃借人に対する既判力の拡張についても同様に考えて、原則としてそれを肯定してよいと思われ⁽¹³⁾。

つぎに、建物収去土地明渡請求棄却判決の効力のZ・Mへの拡張の場合は、Z・Mに判決効が有利に拡張されることになるので、それらの者の手續権の保障の問題は生じないし、それを肯定してもXにとって予期できない不利益を課せられるわけではないから、既判力の拡張を認めることは不当ではないであろう。

以上から、XのYに対する請求の認容・棄却いずれの場合も⁽¹⁴⁾、建物を譲受け、あるいは賃借したZ・Mへの既判力の拡張を認めることは原則として是認されよう。

なお、建物賃借人に対する建物退去土地明渡請求訴訟における、判決の基準時後の転借人に対する既判力の拡張も同様の考慮から肯定してよいと考える。

(5) 判決の既判力の拡張の意義については問題がある(新堂・前掲判例評論一五三三頁以下参照)。ここでは、Zへの不利な既

判力の拡張とは、Yが既判力によって建物取去土地明渡義務を争う上で提出できなくなった攻撃防禦方法は、Zも又自己の建物取去土地明渡義務をXに対して争う際に提出できない、という拘束をさすものとする。

(6) 兼子・民訴法体系三四五頁、同・判例民訴法三〇一頁、中田・民商三三卷一号九一頁、小山・前掲三六頁など。なお、新堂・前掲判例評論一五三号二頁は、紛争の主体たる地位の移転という概念を使用する。

(7) Xに対して建物退去土地明渡義務を負うべきMにも、賃借により、取去義務の負担者としての地位、あるいは当事者資格の一部の承認を認めることができるとされる(中田・前掲民訴法演習I二二一頁など)。

(8) 兼子博士は、「賃貸人が同時に所有権者の場合は、「債権的請求権は」潜在的には物権的な性質をも兼有し—所有権に基く不法占拠の明渡請求権が契約関係によって蔽われている意味において—、第三者に対する関係ではそれが現実化する」と認められる」ことを根拠にされる(兼子・判民昭和二六年度二三事件。なお、同「給付訴訟における請求原因」民事法研究三卷八六頁以下では、所有権侵害にもとづく妨害排除請求権と賃貸借終了にもとづく債権的請求権は、法規競合の場合と同様に具体的な請求権としては唯一無二であり、当事者間では後者が、第三者との関係では前者が現われるとし、当事者間で後者が争われていても、目的物の占有移転によって物権的請求権に対応する責任者たる地位が第三者に移転するので確定判決の効力はその者に及ぶ、と説明している)。小山・前掲三六頁以下は、「ある人が、民訴二〇一条一項にいわゆる承継人にあたるかどうかは、前訴の訴訟物が物権的請求であるか債権的請求であるかにはかわりがない」く、「被告適格の移転と見ることができるとは、前訴の訴訟物が「承継人であり、ある特定物の「引渡要求は目的物の所持者に対し向けられなければならない」から「目的物の所持者が被告適格を有するというべきであり、「家屋取去土地明渡請求の訴の口頭弁論終結後に該家屋の占有が承継された場合に」は被告適格の移転があり、既判力が拡張されるとする。三ヶ月・前掲三〇〇頁以下は、この場合Xの請求権は背後に物権を担い、物権的請求権と競合しうる可能性を常に「取戻請求権(Herausgabenspruch)」であることを根拠に判決効の拡張を肯定する。

(9) 中田・前掲民訴法演習I二〇六頁以下は、「貸した物だから返せせという・・・場合には、たとえその相手とした借主が、目的物の占有を他に移したとしても、そのことだけで被告適格を失なわず」適格承継がないことを理由としてあげる。

(10) いわゆる訴訟承継主義との関係で、基準時に建物が譲渡・賃貸された場合には、X勝訴の判決の効力はZ・Mに及ばないもので、実際にはほとんどの場合にこの種の仮処分がなされているようである。

(11) Yが敷地について当初から全く無権原であった場合も同様である。また、Yが敷地の転借人であり、賃借人である転賃人から

転貸借契約解除にもとづく建物取去土地明渡請求がなされ、転貸人が勝訴した場合も同様に考えられる（それゆえ、転貸人が債権者代位権にもとづいて、敷地所有者の有する、Zに対する所有権を根拠とする建物取去土地明渡請求権を行使するときには、既判力の拡張されるZは転貸借契約の解除の有効性を争うことはできない）。これに対して、敷地と建物の所有者が建物を取去する約束で敷地を売却したが、建物が取去されないので建物取去土地明渡請求訴訟がなされ、敷地買主が勝訴した場合で、敷地の所有権移転登記がなされていなかった場合には、右判決を知らずに敷地について賃借権の設定を受けるとともに建物を譲り受けたZに判決の既判力は拡張されないと解すべきことになる。もっとも、この場合、Zに既判力が拡張されるとしても、Zが先に建物の移転登記を得れば、実体法上Zは敷地賃借権を敷地買主に対抗できるので、敷地買主はZに対して建物取去土地明渡を実現できなくなる。ただ、Zの建物譲受の契約に無効事由があったときには、既判力が拡張されればZは敷地売買契約が無効であつてもそれを主張できないので、敷地買主の建物取去土地明渡請求に応じなければならぬ点に違いが生じるであろう。

(12) たとえば、敷地の登記がYあるいは第三者の名義になっており、建物譲り受けの際にZがXY間の敷地賃借権の存在を知りえなかったときがこれにあたる。なお、ZがXY間の確定判決の存在を知つても、事情によってはXの確定判決の援用が権利濫用として排斥されることがあり、東高判昭和四一年四月一二日下民一七卷三・四号二二六頁はその例である。

(13) 建物を営業のために借りて内部の改装などに多額の費用をかける場合はともかく、一般の居住用に借りる場合には、賃借人は貸家の現況（占有状態）については注意を払つても、家主の建物・敷地についての権利についてはあまり注意をしないのが通常かもしれない（そうだとすれば、それは適法に借家できない場合の不利益が新たな借家を捜すことと引越に要する労力と費用くらいであり、実質的にあまり大きくないからと思われる）。しかし、家主が建物・敷地について権利がないときには借主の賃借権は保護されないものであるから、取引上の注意義務としてはその点の調査をすべきであり、それをしないために訴訟上も不利益を受けることは不当とはいえないであろう。

(14) なお、Yが当初から全く無権原の場合、あるいはYが敷地転借人の場合も、注(11)で述べたように既判力の拡張を原則として肯定してよい。

(2) 執行力の拡張

(イ) 判決の場合

裁判例は、建物取去土地明渡請求認容判決の建物譲受人・賃借人への執行力の拡張を、基礎となる実体権の性質の如何にかかわらず、それらの者が敷地の占有を承継しているとの理由で肯定するものが多い⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾。なお、建物退去土地明渡請求認容判決の建物転借人への執行力の拡張についても同様である⁽¹⁸⁾。学説は、Xが敷地所有権にもついで建物取去土地明渡を訴求しそれが認容されたときには、義務の負担者としての地位あるいは訴訟物についての当事者適格の移転を理由にZ・Mへの執行力の拡張を認めるが、Xの請求がもつばら賃貸借の終了を理由としていたときには説が分かれている⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾。

建物取去土地明渡請求訴訟におけるXとYの実体法上の関係は、先にも述べたとおり理論上はいろいろな場合が考えられるが、実際上は、Xが敷地所有者でXY間に賃貸借がある場合が多く、これにXが敷地賃借人でXY間に転賃借がある場合を加えると、他の場合はほとんどない。これらの場合、Xは敷地所有権にもついで、あるいは賃貸借にもついで敷地所有者の権利の代位行使をすることによって、Z・Mに対して建物取去（退去）土地明渡請求ができるし、既判力は原則としてZ・Mに拡張されているから、それらの者はYの賃借権あるいは転借権の存在を抗弁として主張することはできない。また、建物譲受・賃借によって敷地利用権を即時取得するなどのことも考えられない。さらに、(1)で検討したように、通常の場合Z・MはX勝訴の判決の存在を当然に知りうる立場にあったはずである。

ところで、簡易な承継執行文の付与についてはXZ（M）間の実体的法律関係の判断は略さざるを得ないので画一的な処理が必要であると思われる。そこで、建物取去土地明渡請求認容判決があれば、請求を認める理由の如何を問わず、

Z・Mへの執行力の拡張を認め、建物譲受・賃借を証する文書の提出によって簡易な承継執行文の付与がなされるべきであると考え（なお、建物退去土地明渡請求認容判決の建物賃借人への執行力の拡張についても同様の考慮から肯定すべきであろう）。

(15) 執行力のZへの拡張とは、本稿の事例に則していえば、YのXに対する建物取去土地明渡義務を表示した債務名義があれば、それにもとづいて執行機関がZに対する建物取去土地明渡の強制執行を実施する、という関係をさす。もっとも、そのためには、Xは裁判所書記官からZに対する承継執行文の付与を受けなければならないが、Xは基準時後のZの建物譲受を証する文書を提出することによってそれを得ることができ（民執二三、二七条二項。以下ではこれを簡易な承継執行文の付与という）。

簡易な承継執行文付与の性質については難しい問題がある。Zとしては執行文付与に対する異議の訴え（論者によっては請求異議の訴え）を提起することによって自己のXに対する義務を争うことができ、義務が否定された場合には執行は許されなくなる。そのことと、執行力の拡張がない場合はXが改めてZに対して建物取去土地明渡を求める訴えを提起し、勝訴判決を得て強制執行に着手せざるをえないことと比較すると、右の制度は、実際上はZの義務を審理する訴えの起訴責任を転換するものであることは認めることができる（吉村・前掲法政研究二七卷二・三・四号二二三頁以下、新堂・前掲判例評論一五三号七頁以下、中野「執行力の客観的範囲」山木戸遺暦下二九一頁以下参照）。

ところで、Xは執行文付与の訴えを提起し、それに勝訴することによってはじめて承継執行文の付与を受けることができる場合がある（民執三三条）。この訴えの性質についても種々の議論があるが、その審理の実質は、XのZに対する新たな給付訴訟における審理と全く（あるいは論者によってはほぼ）同様である（吉村・前掲法政研究二七卷二・三・四号二二三頁以下、新堂・前掲判例評論一五三号七頁以下、竹下・民商七九卷三号四三六頁以下。もっとも、中野・前掲三〇二頁はZの義務不存在事由は請求異議の訴えで主張しなければならないものとする）。右の点を考えると、執行文付与の訴えによらなければならない場合と、簡易に承継執行文が付与される場合とではXの負担が異なる。そこで、むしろ後者の場合だけを執行力の拡張と考える方がよいとの見解も唱えられている（新堂・前掲判例評論一五三号八頁）。本稿でも執行力の拡張として簡易な承継執行文の付与がなされる場合を主に考察する（なお、この意味での執行力の拡張を認めても、建物譲受・賃借の事実を文書で証することが

きなければ執行文付与の訴えを提起しなければならないことはいうまでもない。

(16) 東地決昭和六年六月二十九日法律新聞三二八四号四頁(請求の目的物は正確にいえば建物を所有するための土地使用権であり、それを承継取得しない場合にはZは本来の承継人ではないが、建物所有と敷地の使用は不可分の関係にあるのでZを承継人に準じて取扱うべきである、とする)、東地決昭和九年一月六日法律評論二四卷民訴一二五頁、東地判昭和三年九月二十九日ジュリスト三一六号判例カード六頁、東高判昭和四年四月二日下民一七卷三・四号二二六頁(債権的請求権にもついで請求が認容された場合でも、Xが同時に所有権者であればZに判決効は及ぶとする)。また、最判昭和四年一月二四日判時七六〇号五六頁などは、基準時後の建物譲受人に判決の執行力が及ぶことを前提にして論じている。

(17) 否定するものとして、大阪地判昭和七年九月一日判時七〇一号九三頁は、Xが転貸借契約の解除を理由としてYに対して建物収去土地明渡を訴求し勝訴したが、その後建物YがAとZと譲渡され、さらにMが建物を賃借したケースである。XがZ・Mに対する承継執行文を得て強制執行に着手したので、Z・Mは執行文の付与に対する異議の訴えを提起したところ、それが認容された。判旨はその理由として、前訴の明渡請求権は債権的請求権であり、その被告適格者はYに限られ、単に土地の占有を得たにすぎないZ・Mに被告適格の移転があったとはいえず判決効は及ばないことをあげている(なお、Xは、自分は敷地所有者に代位して所有権にもついで土地明渡請求をすることができる地位にあり、その事実も前訴で主張立証されていたから所有権にもついで土地明渡請求権も訴訟物であったとも評価できる、と主張したが、裁判所は、その点が請求原因としては主張されていなかったから所有権にもついで土地明渡請求権は訴訟物となっていたとはいえない、としている)。

(18) 大阪高判昭和三年一月三十一日下民一五卷一七二頁はその理由を、「債務名義たる給付判決の表象する給付命令は、訴訟当事者の有する実体法上の権利の存在を確認し、これを原因として、その当事者の実体権の実現に奉仕するため、その権利内容たる給付に適合する給付を為すべきことを、その義務者に対して強制する新たな国家権力に基づく訴訟法的(公法的)義務を設定したものと考うべきであり、しかもそれは、その強制実現にあたり義務者の行為意思を期待せず、むしろ義務者の意思を否定し、その意に反して主として財貨の移転としての内容を持つ給付を事務的、機械的に実現せしめる趣旨のものであって、それ自体は実体上の権利行使のものではないから、その実現の要求内容も、通常、その原因たる実体関係から抽象した命令内容を以て表現せられ(例えば「賃借家屋の返還」に代うるに、単に「家屋明渡」の如き)またそれが至当である。即ち、ここに設定せられた義務は、その原因となった債権的又は物権的の実体法上の権利義務を素材としてこれを捨象して構成せられたもので、実

体上の権利義務は、ここでは公法上の権限（執行権限）、公法上の義務（執行受忍義務）となつて、国の介入する訴訟関係の両端としての両当事者に人的関係を持つ権利義務が出現したものと理解されなければならない。そうすると、民事訴訟法第九七条の二の規定の定める執行力の人的範囲の承継の拡張も、右のように設定せられた義務の承継として、訴訟法的に考察されるべきであつて、単に、債務名義の成立以前の、いまだ変容、強化せられない当事者双互間の対等的な私権の実体法的法律関係の実体法的承継としてのみ論ぜられるべきではない。右の見地に立つて、債務名義において義務者に特定物の占有（ここにいう占有は、執行の時までに予定せられた占有を含む）の移転を命じた場合の右義務者の地位の承継原因（実体法的理由に基くもの）を検討すると、右の場合の義務者の地位は、その者が「その特定の占有目的物の占有に関して」義務を負担した地位と解するを相当とするから、その債務名義の成立後において、債務名義表示の義務者よりその目的物の占有を実体法的に承継取得した者は、原則として「その物の占有の保持に関して負担する義務」の承継人すなわち債務者たる地位の承継人と考えることを得べく、ただ右の義務は本来純粹な対物義務のように絶対的な無限定のものではなく、また義務負担についての公示もないので（このような訴訟法上の義務負担について公示のある場合の適例は、保全処分命令の場合に見られその効果も以下説示と同様に解される）、第三者に対抗し得べき権利を取得した占有承継人の利益を害することは許されないと解すべきであるから、もしその承継人が債権者に対して、その物の引渡（占有移転）自体について抗弁権その他の拒否権を有する場合、及び占有の基礎たる本権（所有権その他の占有権原）に基いてその権利内容を何びとにも対抗し得る場合は、ここにいわゆる訴訟法的承継を遮断し得る事由が存在するものとして、承継は否定されなければならない。」と述べている。

(19) 注(6)に掲げる文献参照。中野教授は、「債務名義成立後（基準時以後）にそこに表示された当事者の一方の法的地位に基づいて自己の法的地位を取得した者であつて、(a)その者のまたは対する右名義に基づく執行を認めることが名義における債権者の既得的地位の確保のため衡平上必要とされ、(b)執行力の客観的範囲を動かさず、(c)執行文付与の過程においてその者のまたは対する請求を債務名義の記載とあいまつてそれじたい理由あるもの（有理性）とするのに必要な事実が債権者によつて証明され、(d)債務者がこの執行に対し請求異議の訴えにより執行消極名義を形成する手段を保障されている場合には、その者のためまたは対して債務名義の執行力が及ぶ、と解すべきである。」との立場から、この場合の執行力の拡張を肯定される（中野・前掲三〇三頁以下）。なお、この場合は、建物譲受・賃借の事実を証する文書を提出すれば簡易な承継執行文の付与が受けられることになる。

(20) 簡易な承継執行文の付与を認めるのは、小山・前掲三六頁、三ヶ月・前掲三〇九頁以下（三ヶ月教授は、承継概念の二義性を認め、基準時後の占有の取得だけでZは形式的には承継人となりZに対して執行文の付与を求めうるが、執行文付与をめぐる訴訟で前訴の請求権が交付請求権（Verschaffungsanspruch）であることが明らかになればZは実質的には承継人でなくなる、とされる）。Xは承継執行文付与の訴えを提起し、その中で敷地所有権を主張立証することによってはじめて承継執行文が付与される、とするのは、吉村・前掲法政研究二七卷二・三・四号二三三頁。これに対して、中田・前掲二〇六頁以下は、この場合被告適格の移転がないことを理由に執行力の拡張を否定する。中野教授の立場では、この場合は、債務名義に表示された請求権の法的性質に占有の移転の事実をプラスしただけでは、XのZ・Mに対する請求はそれじたい理由のあるもの（有理性）とはならないので、承継執行文は付与されないことになろう。

(四) 裁判上の和解・調停の場合

裁判例は、調書に建物取去土地明渡義務が掲げられた裁判上の和解・調停がある場合に、それらの債務名義の建物譲受人・賃借人⁽²¹⁾への執行力の拡張を判決の場合と同様の理由⁽²²⁾で肯定するものが多い（なお、建物明渡を約した裁判上の和解の建物転借人への執行力の拡張についても同様である⁽²³⁾）。学説も判決と裁判上の和解・調停とで取扱いを区別せず、判決の執行力の拡張についての見解の対立がそのまま裁判上の和解・調停の執行力の拡張についての見解の対立になっているようである⁽²⁴⁾。

裁判上の和解・調停においても当事者間の実体法上の関係は、Xが敷地所有者でXY間に賃貸借がある場合、あるいはXが敷地賃借人でXY間に転貸借がある場合がほとんどであることは判決の場合と変わらない。ただ、裁判上の和解・調停については既判力の有無に争いがあり、それを否定するとZ・MはYの賃借権、あるいは転借権の不存在を争うことができる点が判決の場合とは異なる。しかし裁判上の和解・調停が裁判所で、かつ、裁判官あるいは調停委員の面前

で行なわれることを考えると、Yの建物収去土地明渡義務の前提となる賃貸借契約、あるいは転賃借契約の解除が後にXZ間で無効であると認定されるなどのことは實際上ほとんどないであろう。そうであれば結局判決の場合と同様に、建物収去土地明渡義務が掲げられた裁判上の和解・調停のZ・Mへの執行力の擴張を認めてよいと考えられる（建物明渡を約した裁判上の和解・調停の建物転賃借人への執行力の擴張についても同様の考慮から肯定すべきであろう）⁽²⁶⁾。

ところで、裁判上の和解・調停では、賃貸借の存続を認めるが、賃料不払があれば賃貸借契約が解除され、敷地賃借人は建物を収去し土地を明渡さなければならない、とされることも多い⁽²⁷⁾。この場合に、Z・Mの建物譲受・賃借が裁判上の和解・調停の成立後であるが賃貸借契約解除前であるときには、それらの者への裁判上の和解・調停の執行力の擴張を否定する見解がある⁽²⁸⁾。しかし、右のような裁判上の和解・調停がYに対して執行力を生じること認めるのであれば、建物譲受・賃借が賃貸借契約解除前であってもZ・Mへの執行力の擴張を肯定すべしことになると思われる。Z・Mは建物譲受・賃借の際にXY間の事情を知ることができはるはずであるから、そうしてもZ・Mにとって著しく不当であるとはいえないであろう⁽³⁰⁾。

(21) 大決昭和五年四月二四日民集九卷四一五頁（敷地賃借人Xと敷地上に無断で建物を建てたYとの間で、一定期限までに建物収去土地明渡をする旨の裁判上の和解が成立したが、期限後にYが建物をZに譲渡したケース）、東控決昭和八年一月一六日法律新聞三六五九号五頁。

(22) 最判昭和二六年四月一三日民集五卷五号二四二頁、東高判昭和二八年七月一四日東高時報四卷三号八八頁。

(23) 大阪高判昭和四六年一月三〇日判時六六一号五三頁は、敷地所有者である賃貸人Xと敷地賃借人Yとの間で、賃料の支払を六ヶ月以上遅滞したときはXは賃貸借契約を解除でき、Yは建物を収去し土地を明渡さなければならないとの調停が成立しているが、その後賃料不払のため契約が解除され建物譲受人Zへの執行力の擴張が問題となったケースである。判旨は建物譲受人に対する執行力の擴張を認め、つぎのような理由を述べている。「一般に債務名義によってその実現の保護が与えられる私権は、

それ自体において、例えば相対的な契約が通例、財貨の移動という客観状態の変動を所期するように、相対関係から絶対関係へ発展、転化する性格、傾向を有すると見られ、この私権に基いて形成せられる給付判決及びこれに基く強制執行という一連の私権保護手続も、右の私権本来の機能に応じてこれに支援を与え、少くとも右保護過程については、一種の絶対的効力を持つ保護手段を裁判、執行機関が付与するものと見てよいことは、執行手続における第三者の妨害を排除する強制力だけに着眼してもこれを肯定できるであろう（明らかに相対権に基くものとしては、債権に基く財産の差押、処分禁止の効力、ほかに、各種保全処分参照）。給付判決自体についても、私権の実現のための給付命令は、その債権者、債務者間で、それが即時に、債務者の意思を無視してでも強制的機械的に、その内容通りの事態が実施せられることが必要であると認めればこそ、それに対応する強制力を与えて発令されるのであって、この給付命令の持つ効力の性格は、もはや訴訟物たる私権が本来実体法関係で持つ効力とは同視し得るものではない。右の即時強制実現の必要性は、債務者たるべき者が、その義務から逃避することを防止する点にも、同様で作動し、債務名義において、すでにその執行目的物が特定された場合においては、その後右目的物が債務者から離脱し、第三者の手に帰したときでも、なおその第三者に対して執行力の追及が強制的に実現されるのであって、右の執行力自体が前記のように私権そのままの効力でなく、その目的のためには何時でも絶対関係への発展の力を秘めたものと見られ得る以上、この追及効にも、一種の絶対的効力を想定してもよく、第三者がこれを免れ得るのは、金銭や動産等の場合に、それについて何もにも拘束されない原始的権利取得をする場合に限られるといっても過言でない。このように見ると、給付判決たる債務名義においてもその執行力の追及効の内容即ち債務名義の承継の範囲が、訴訟物たる私権の実体法的効力の性格そのままに、物権的効力と債権的効力の如何によって区別せられるとする原判決の見解には、甚だ疑なきを得ないのである。（中略）〔調停調書において〕請求権の性質は勿論、その存否すら、裁判所によって確認されることがなく、調停条項にも、この点の約定を欠く事例が多いことは、日常見られるところである。右の点は、裁判上の和解も、同様に請求権の判断を経ず、また和解当事者の妥結内容についても、結論的な権利義務の内容を記載するだけで、この結論を導くに至った基本の請求権の存否、特にその性質如何についてまでの約定をしない例がむしろ多数を占めることが顕著である。これを要するに、少くとも調停調書については、その効力判定のために訴訟物的基準を用いることを、およそ不相当とする根拠としての特有の性質があるというべく、本件調停調書中に、債権者たる上告人が本件土地の所有者であるか否かの記載のないことも、前記調停手続の性格によれば無理からぬところで、格別奇異な事柄ではなく、これを例外と見たり、消極的判断の資料とすること、即ち、この記載の有無如何によって、調停調書の

効力判定を左右するが如きことは、不当な基準による判断というの外はない。」なお、この原審判決である大阪地判昭和四六年四月二三日判時六六一号五五頁は、調停調書中にXが敷地所有者である旨の記載がなく、Yの義務はXとの間の土地賃貸借契約を解除することによって発生する借主の原状回復義務であって、いわゆる債権的請求権に対応するものであると認めるほかはないとしてZがYの承継人であることを否定し、Zへの執行力の拡張を否定していた。

(24) 大阪高決昭和三四年六月二日下民一〇卷六号一三三〇頁(建物賃貸人が同時に建物の所有者であったケースで、判旨は、建物賃貸借は賃料不払によって終了している、賃借人の占有は明渡義務を荷った占有であり、転借人はその占有を特定承継している)ので執行力が拡張されるとする)。なお、東地判昭和二六年二月二日下民二卷二号一八七頁は、権利関係の存否・内容に争いが無いにもかかわらずなされた起訴前の和解の有効性が争われたケースであるが、ビルの借室権および付属動産等を貸金担保の目的で譲渡し引渡す旨の起訴前の和解が成立し調書が作成された場合に、右物件を買受け、占有使用中の者に対して右債務名義の効力を認め、承継執行文の付与ができるものとしている。

(25) 兼子・判例民訴法三〇一頁、同・判民昭和二六年度二三事件、三ヶ月・前掲三〇三頁。中田・前掲二〇八頁は、注(21)の大決昭和五年四月二日、注(22)の最判昭和二六年四月一日について、「両者はいずれも裁判上の和解に関するもので、あるいは和解により発生した債権的な土地明渡請求権についても、占有承継人に対する効力の拡張を認めたように見えるが、前の事案は、係争地の賃借人とその不法占拠者との間で、前者の後者に対する占有権に基づく明渡請求につき、その履行時期を定めた和解であることが明らかであり、また後の事案も、土地所有者が、右地上の建物所有者ならびにその建物の賃借人を相手として提起した家屋取去(退去)土地明渡訴訟において成立した和解で、これまた原告の所有権による明渡請求権を前提的に承認した上、これに対応する被告等の明渡義務を具体化したものと見られるので、判旨の結論には、われわれの立場からも賛成できるのである。」とする。中野・前掲三〇五頁は、「和解調書・調停調書の場合にそれが多いといわれるような、請求権の法的性質決定を明示しない引渡債務名義についても、名義上の債務者から占有移転を受けた新占有者に対する請求の合理性を、その債務名義におけると同様、包括的に判断することによって承継執行文を付与すべき」であるとされるが、教授の立場からすれば、右の場合には新占有者に対する請求の合理性が基礎づけられず、執行力は拡張されないのではないだろうか。右の債務名義は名義上の債務者に対する実体法上の請求権の存在を包括的に判断しているのであるといえるのだろうか。

(26) 来栖・契約法七一四頁は、注(24)の東地判昭和二六年二月二日に疑問を表明する。しかし右のケースでの契約当事者間で

和解を有効とし、執行力の発生を認めることを前提とすれば、建物明渡の部分については執行力の拡張を認めるべきであると考えられる。

(27) ただし、このような裁判上の和解・調停が債務名義になるか否かについては争いがある。兼子博士は、将来の給付の訴えに特別の利益が必要とされることとのバランスから、和解で解除に伴う明渡義務を約してもその部分に執行力は生じないとされる(兼子・民訴法体系三一〇頁、同・判民昭和二六年度二三事件。ただし、明渡請求についての和解が一定期間明渡を猶予する趣旨であれば、期間経過後の明渡義務について執行力が生じるとされる)。これに対して判例および多数説は、この場合にも執行力が生じるとする(注(22)の最判昭和二六年四月一三日など)。その理由としては、執行力が生じないと解すると現在の裁判上の和解の相当数が成立しなくなるといふ実際上の不都合があることをあげる(菊井Ⅱ村松・全訂民訴法Ⅰ一一五九頁、三月・民訴法(法律学全集)四四九頁、斉藤編・注解民訴法(四〇二頁)。以下では多数説を前提として考えることとする)。

(28) 注(23)の大阪高判昭和四六年一月三〇日(賃貸借契約解除のときに和解調書の執行力が発生するが、それ以前に建物譲渡による移転が生じていたときには執行力承継の法理は適用されないとする)、小室・判タ二八六号七八頁。なお、執行力の拡張が問題となった裁判例は、注(22)の最判昭和二六年四月一三日のように賃貸借契約解除後に建物譲渡・賃貸借がなされたケースが多い。

(29) 注(27)参照。

(30) 建物の譲渡・賃貸借によって条件付の執行力がZ・Mへ拡張されると考えることになる。菊井Ⅱ村松・前掲一一五九頁も結論は同旨であるが、「そう解すると第三者の権利が不測に侵害されるおそれがないではない」とする。なお、調停調書の中で、将来の特定の時期に建物を収去し土地を明渡すことを約した場合について、札幌地判昭和三九年一月一八日判タ一七四号一六一頁は、傍論ではあるが、調停成立の日以降の建物賃借人は承継人にあたり債務名義の効力が及ぶとする。

二 敷地譲受人に対する判決効の拡張

建物収去土地明渡請求訴訟における判決の効力の基準時後の敷地譲受人Wに対する拡張の問題を検討する。

学説上はあまり議論がない。しかし、Xが前訴で敷地所有権にもついで請求していたときには、その承継により原

告適格の承継ありとされるであろうし、Xが賃貸借契約上の権利にもとづいて請求していたときにも、実体法上敷地所有権の譲渡に伴い賃貸人たる地位も承継されると解されているので、原告適格の承継ありとされるであろう。⁽³¹⁾そこで、いずれの場合もWに対する既判力・執行力の拡張は肯定されると思われる。

実質的に考えても、請求認容判決の場合はWへの判決効の有利な拡張が問題となるので、Wに対する既判力・執行力の拡張を認めてもよいであろうし（建物収去土地明渡請求権を表示する債務名義が裁判上の和解・調停である場合の執行力の拡張も同様である）、請求棄却判決の場合も敷地を譲り受けるWとしては敷地上にY名義の建物が建っているものであるから当然Yの敷地利用権の有無を調査すべきであり、その過程で判決の存在を知ることができるはずであるから、原則として既判力の拡張を認めてよいであろう。反対の結論をとる裁判例があるが疑問である（なお、建物収去土地明渡請求訴訟における判決の効力の基準時後の建物と敷地譲受人に対する拡張についても同様に考えてよいであろう）。

(31) 三ヶ月「特定物引渡訴訟における占有承継人の地位」民訴法研究一卷三一七頁。

(32) 東地判昭和四三年二月二六日判時五二九号五九頁。このケースでは、前訴で、Xは敷地所有権にもとづいて建物所有者Yに対して建物収去土地明渡を、建物居住者Nに対して建物退去土地明渡を請求したところ、転借権の抗弁が認められて請求は棄却された。後訴で、敷地所有権を譲り受けたWがYとNに前訴と同趣旨の訴えを提起したところ、裁判所は前訴判決のWへの既判力の拡張を否定し、実体審理をしてWの請求を認容したが、その理由として、「民事訴訟法第二〇一条第一項は、確定判決は口頭弁論終結後の承継人に対し効力を有する旨規定している。右規定にいう口頭弁論終結後の承継人には、特定承継人を含むのであるが、何人がこの特定承継人に当るかは、請求の原因たる権利または法律関係の実体法的性格によって異なる。一般には、訴訟物をめぐる紛争の解決について、当事者と同視すべき地位すなわち訴訟物たる特定の権利または法律関係を争うことのできる地位を前主から承継した者を指す。XのYらに対する前訴の訴訟物たる権利関係は、土地の所有物返還請求権である。所有物返還請

求権の成立の要件は、(1)請求権の主体が物の所有権を有し、(2)請求権の相手方がその物を占有し、(3)相手方がその物を占有するについて請求権の主体に対抗する権原を有しないことである。所有物返還請求の訴においては、(3)の要件の存在がYの抗弁であるから、YがWに対抗できる占有権原として、永小作権、地上権などの物権的なもの、または賃借権、使用借権などの債権的なものの存在を立証すれば、(3)の要件を欠くものとして、その請求は棄却されるし、Yが占有権原を立証できなければ、占有権原がないものとして(3)の要件を充たし、同時に(1)および(2)の要件を充足するときは、所有物返還請求権の発生が認められて、請求が認容される。XとYらとの前訴においては、(1)(2)の要件が認められたが、(3)の要件が認められず、したがって所有物返還請求権は発生しないものとして、請求が棄却されたわけである。WはXから土地の所有権を譲り受けたことにより、(1)の要件を承継したのであり、またYらの占有は、土地所有者がXであった当時から継続しているから、(2)の要件にも変動がない。この限りにおいてはWは、Xの紛争解決についての地位を承継しているが、問題は、(3)の紛争解決の地位の承継である。賃貸借関係は、对人的な債権関係であるから、賃借人は、特別の規定のない限り、土地の賃借権をもって土地の第三取得者に対抗できない。Wの前主XとYらとの間においては、賃借権の存否が争われ、これが存在するものと判断されたのであるが、WとYらとの間においては、これとは別個に右賃貸借関係の対抗力が紛争の対象となるのであって、これを措いて両者間の所有物返還請求権の存否を決めることはできない。すなわち前訴における紛争の解決が、本訴における紛争解決の基準とならないのである。そうするとWは紛争解決についてXと同視すべき地位を承継したものとみることができないから、WはXの特定承継人ではないと解すべきである。こう解しないと、次のような不合理な結果を招来する。すなわち、Yが所有者に対抗できる賃借権の発生要件事実を立証して、請求が棄却されたが、Yが右賃借権をもって新所有者に対抗できない場合は、前主とYとの間の賃貸借関係は、新所有者に承継されないから、新所有者は、Yに対し所有物返還請求権を有することになる。しかし新所有者とYとの間の所有物返還請求の訴に、前訴の既判力が及ぶとすると、新所有者たるWは常に敗訴を免れず、しかもYとの間に新たな賃貸借の締結を欲しないのであるから、永遠にYの不法占有を坐視するより外ないことになる。既判力は、このような不合理を是認するために存在するものではない。要するに、土地の所有物返還請求が、Yの賃借権の抗弁が認められて棄却された場合、その判決の既判力は、口頭弁論終結後に土地の所有権を譲り受けた者に及ばないと解するわけである。」と述べている。

二 建物抵当権の実行による承継の場合の判決効

競売・転付命令のように国家の強制力により権利移転が生じる場合にも民訴法二〇一条一項の承継があり、前主に対する判決の効力が権利取得者に拡張される⁽³³⁾。ところで、建物取去土地明渡請求認容判決が確定したが、すでにその判決の基準時前に建物に抵当権が設定されており、基準時後にそれが実行された場合、競落人Eに対して右判決は効力を及ぼすのであろうか。建物抵当権者Hの実体法上・訴訟法上の地位を考えつつこの問題を検討することとする。

(33) 新堂・民訴法四一八頁、斎藤編・注解民訴法(3)三六九頁、菊井Ⅱ村松・全訂民訴法Ⅰ一一四四頁。

一 建物抵当権者の実体法上の地位

借地上の建物抵当権の効力は敷地の利用権に及び、抵当権実行によりEは建物所有権と借地権を取得するとされる⁽³⁴⁾。また、賃借権の放棄、賃貸借契約の合意解除の効力は、原則としてHには及ばないとされている⁽³⁵⁾。ただし、債務不履行にもとづく解除の効力はHに及ぶとされている⁽³⁶⁾。これらの点では、Hの地位は借地上の建物賃借人Mの地位と同様に解⁽³⁷⁾されている。

(34) 最判昭和四〇年五月四日民集一九卷四号八一頁、我妻・新訂担保物権法二七三頁、柚木Ⅱ高木・担保物権法二六七頁。Eの借地権が地上権ではなく、賃借権の取得は当然には土地所有権者には対抗しえないが、賃借権譲渡の承諾が得られないときにも借地法九条ノ三により承諾に代わる裁判所の許可を求めることができる。

(35) 大判大正一一年一月二四日民集一卷七三八頁、大判大正一四年七月一八日法律新聞二四六三号一四頁、我妻・前掲四二四頁、柚木Ⅱ高木・前掲四四二頁、鈴木・借地法上五五二頁（なお、五六〇頁参照）。

(36) 鈴木・前掲五七六頁。ただし、鈴木教授は解除の前提としてHへの催告も必要とされる。

(37) 最判昭和三八年二月二日民集一七卷一七号二一九頁、最判昭和四五年一月二四日判時六一八号三〇頁、鈴木・前掲五四九頁。なお、ここでも鈴木教授は地代延滞を理由とする解除の前提としてMへの催告も必要とされる。

二 建物抵当権者の訴訟法上の地位

XのYに対する建物収去土地明渡請求訴訟および判決の執行において、建物・敷地について利害関係をもつHがどのような地位にたつかを検討する。

(1) 補助参加・独立当事者参加

右訴訟でXが勝訴すればHの抵当権の目的たる建物が収去されてしまうのであるから、Hは訴訟の結果について利害関係を有するといふべきであり、右訴訟にYのために補助参加できると思われる。⁽³⁸⁾

Yの訴訟追行が許害的な場合には、Hは民法七一条前段の規定により右訴訟に独立当事者参加することもできると解する。⁽³⁹⁾ その際、HはX・Yの双方に独自の請求をたてる必要があるとの見解もあるが、単にXのYに対する請求の棄却を求めることで足りると考える。審理の結果、X・Yの賃貸借契約の合意解除の事実が認定され、しかもその効力がHに及ばないとされた場合の判決の仕方は問題であるが、XのYに対する建物収去土地明渡請求を棄却するか、あるいはHの建物抵当権の消滅を条件とする右請求認容の判決をするべきであろう。⁽⁴¹⁾

(38) 東控決昭和四年二月二八日法律評論一八卷民訴一五〇の本案訴訟ではHが補助参加と主参加をしている。

(39) 朝岡「法定地上権取得の期待権に対する侵害とその排除についての一考察」民事法の諸問題三卷四九頁以下は、「建物およびその敷地たる土地の所有者Xが、土地はAのために、建物はZのために、それぞれ抵当権を設定した後、建物をYに売渡し、その土地につきXY間に建物所有を目的とする賃貸借契約が締結された。ところが、右賃貸借は、代地不払のため解除され、XからYに対し建物収去・土地明渡請求訴訟が提起された。この場合、Y、Zはこれを阻止することはできないか。」という設問で、Zの地位は実体法上保護されるべきであるとし、それを訴訟上にも反映させて、Zの当事者参加を認める。

(40) 民法訴訟七一条前段の理由による参加の場合でも、判例は、原告被告双方に対して原告の請求と相容れない請求を立てるべきであるとし(最判昭和四五年一月二二日民集二四卷一頁)、朝岡・前掲五七頁は、Xに対しては建物収去土地明渡の執行禁止、Yに対しては建物取壊し、移築の禁止等抵当権に対する侵害行為の禁止を求めることにならうとする。

(41) 朝岡・前掲五八頁は、その掲げる設例について、XのYに対する請求は無条件で認容され、また、ZのX・Yに対する請求も認容されるとする。この場合確かに、実体法上、XはYに対する関係では建物収去土地明渡を求めることができ、XのYに対する請求は認容される、と解することもできるが、そうすると、その判決にもとづいて建物収去土地明渡の強制執行がなされてしまっておそれがあり、それに対してHの方でつぎに述べる第三者異議の訴えを提起しなければならない。他方、Xにとっては本文のように解しても別段不利益ではないと思われる。

(2) 第三者異議の訴え

Xが建物収去土地明渡請求訴訟に勝訴し、その判決にもとづいて強制執行をする場合には、Hは第三者異議の訴えを提起することによってそれを阻止することができるであらうか。一般に抵当権は目的物を換価して一定の金額を優先的に取得する権利であるから、執行による目的物の換価や引渡を妨げる利益を有しないとされる。しかし、一体として担保価値を有する目的物の一部に対する執行に対しては、担保価値を毀損されることを理由に、⁽⁴²⁾ 抵当権者にも第三者

異議の訴えが認められている⁽⁴³⁾。建物収去土地明渡の強制執行がなされると、建物は物理的に消滅するので、Hは被担保債権について満足を得られないままに担保目的物を失なうことになる。Y敗訴の判決はHに効力を及ぼさず、また、実体法上Yに建物収去土地明渡義務があっても、その義務をXがHに主張できない場合があるから、Hはこの場合第三者異議の訴えを提起できると考える⁽⁴⁴⁾。下級審判決であるが、東地判昭和三十九年七月六日判タ一六六号一九六頁、東高判昭和四一年一〇月一三日下民一七卷九・一〇号九六二頁、東地判昭和四七年一〇月三一日判時六九四号七四頁がそれを認めている⁽⁴⁵⁾。

(42) 兼子・増補強制執行法五六頁。

(43) 大判昭和六年三月二三日民集一〇卷一一六頁(工場抵当法の事例)、最判昭和四四年三月二八日民集二三卷三三六九九頁(宅地上の従物の事例)、兼子・前掲五七・一六〇頁、我妻・判民昭和六年度一五事件、前掲二七三頁、柚木Ⅱ高木・前掲二九七頁、近藤・執行関係訴訟(全訂版)五二七頁、中野・総合判例叢書民訴(二)五頁、鈴木等編・注解強制執行法(1)五〇五頁(鈴木Ⅱ、(2)九頁(鈴木Ⅱ、上谷等編・強制執行競売の基礎一二四頁(松山Ⅱ、一四七頁(白河Ⅱ)など。

(44) 朝岡・前掲六一頁はその掲げる設例について建物抵当権者に第三者異議の訴えを認める。

(45) XのYに対する建物収去土地明渡請求をYが認諾し、それにもとづいて強制執行がなされた事例。ただし、抵当権者詐害する目的で認諾したとは認定できないことを理由に訴えを棄却している。

(46) 注(45)の事件の控訴審判決と思われる。これも、客観的に賃料の延滞があったこと、認諾が通謀による虚偽の意思表示であるとは認定できないことなどを理由に控訴を棄却している。

(47) XはYに土地を貸していたが、Yが事業失敗のため行方不明となり地代の支払がなされなかったため、Xは催告の上賃貸借を解除し、公示送達の手続でYに対し建物収去土地明渡の判決を得、それにもとづいて強制執行に着手した。ところで、借地上の建物にはZのために抵当権が設定されており、Zは将来抵当権の実行がなされた場合には競落人に対し賃借権の譲渡を認める旨の承諾書をXから得ていた(その後抵当権実行の申立をするにあたり、再度賃借権譲渡料を支払うことを条件に譲渡の承諾をす

る旨の返答を得ている。また、ZはYの滞納賃料支払の催告を知って滞納賃料額を現実に提供したが、Xは受領を拒絶したので弁済供託をしていた。判旨は、執行により抵当権の目的物たる建物が滅失し抵当権が消滅するに至るので、抵当権者に第三者異議の訴えが許されるとした上で、供託による滞納賃料債務の消滅を認め、右のような事情の下での強制執行は信義に悖り、權利行使の範囲を逸脱しているとする。

(48) 高松高決昭和三十一年二月九日高民九卷一七頁は、「抵当建物の存する土地についての賃貸借契約が土地賃借人の義務不履行により解除された以上土地所有者は土地賃貸借の終了を地上建物の抵当権者に対しても對抗することができ、土地所有者が債務名義を得て建物取去土地明渡の強制執行をして来た場合建物の抵当権者は右強制執行を阻止することができないものと解する」、「以上の如く解するにおいては一見建物の抵当権者の保護に欠けるところがあるように見えるけれども、凡そ借地上に存する建物につき抵当権の設定を受けた者は、借地人の土地賃料不払等賃貸借契約上の義務不履行により土地賃貸借契約が解除されることとあり得ることは当然これを予期しなければならないことである」⁽⁴⁹⁾としている。この判旨は第三者異議の訴えを認めないようにも読めるが、この事件では強制執行停止の可否が争われており、建物抵当権者が賃貸借契約解除の効力が自己に及ばない事情について疎明しなかった点が抗告棄却の理由であったとも考えることができる。

三 建物競落人への判決効の拡張

XのYに対する建物取去土地明渡請求認容判決が確定したが、すでにその判決の基準時前に建物に抵当権が設定されており、基準時後にそれが実行された場合、競落人Eに対して判決の効力が及ぶか否かを検討する。

右訴訟の被告適格者は建物の所有によって土地を占有しているYであり、Eは基準時後に競売によって建物所有権をYから伝來的に取得し土地を占有するに至ったのであるから、基準時後の承継人となって右判決の効力を受けるとの立場もあり得る。大阪地判昭和七年一月二四日法律新聞三五三八号一五頁は、Xが賃料不払による賃貸借契約の解除にもとづいてYに対して建物取去土地明渡請求をなし、同時に、弁済による被担保債権消滅を理由にHに対して建物に対

する抵当権の実行禁止を求めた事案で、裁判所はYに対する請求は認容したが、Hに対する請求は棄却し、その理由として、抵当権実行の結果建物所有権が競落人に移転しても、建物所有者Yに建物収去土地明渡を命じる判決は競落人に効力を及ぼすので、抵当権の実行によってXの請求権の行使は何等妨害されないと述べている。

しかしながら、それではEは建物収去土地明渡義務を争うことができなくなり、ひいては建物を材木の値段でしか競売できなくなつて、建物と敷地の利用権について実質的な利害関係をもつHにとって酷な結果になると思われる。Y敗訴の判決の効力を受けないHの抵当権の実行にもついでEは建物を競落したのであるから、判決の効力の拡張の点ではEをHの承継人でもあると考へて、XがHに対してYの賃借権の不存在を確認する判決を得ていないときには、Yに対するX勝訴判決の効力はEには及ばないものと解する。⁽⁵⁰⁾このような趣旨の裁判例として、東地決昭和四七年一月二五日判タ二七七号二七八頁がある。⁽⁵¹⁾もっとも建物抵当権がXのYに対する建物収去土地明渡請求判決の基準時後に設定された場合には、抵当権の設定は民法二〇一条一項の承継にあたりと解されるから、抵当権者に判決効が及び、それゆゑ、抵当権実行によって建物を競落した者にも判決の効力は及ぶことになる。

(49) 判決の基準時前に抵当権が設定されている以上は、競売が基準時後に設定された後順位の抵当権者、または一般債権者の申立によつてなされた場合でも同様である。

(50) 本文のように解しても、Y敗訴判決が存在することによつて、抵当権実行の場合Yに敷地賃借権なしと評価され、建物は材木の値段でしか競売されないことが予想される。HとしてはXに対してYの賃借権の存在確認の訴えを提起して勝訴しなければ、実際上その地位を守ることができないことがあることは争えない。

(51) これは、所有権にもつづくXのYに対する建物収去土地明渡請求について、Yが建物収去土地明渡を約した訴訟上の和解が成立し、その後、和解成立前に設定・登記されていた抵当権の実行によつて建物を競落した者に対して承継執行文の付与が求めら

れたケースである。裁判所は、書記官の申立却下に対してなされた異議を排斥したが、その理由中で、「任意競売手続においては、・・・競落により承継する不動産所有権の状態は、・・・最先順位の抵当権設定登記当時のそれであり、したがって後者の権利状態が和解の効力をうくべきものであったか否かによって、当該競落による取得が特定承継にあたるか否かを判断すべき・・・である」、「競落人は、建物所有者として土地所有者の建物取去土地明渡請求を争うことのできる地位を、建物所有者たる和解当事者から、該所有権の取得とともに『承継』したわけである・・・が、他面、抵当権者が、抵当権設定登記後の抵当物件上の負担の設定や処分等の効力については、それが和解によるか否かにかかわらず、對抗を受けないという地位をも『承継』しているものといえるから、抵当権者のこの地位が、和解成立前に生じているものであれば、競落人は抵当物件に対する和解の『効力』の承継を明白に否定できるという意味において、右競落取得は特定承継にあたらないということとなろう。」「なお、本件の如き事例においては、申立人指摘の如く、土地所有者は、建物取去土地明渡を実現するために、和解と別箇に、競落人に対して、その旨の訴訟を提起しなければならず、更に付言すれば競落前においては、抵当権者に対して、和解と別箇に建物所有者の土地賃借権或はその他の土地使用権原の不存在確認の訴等を提起して、和解に基づく執行に支障なきよう図ることもできるところである」と述べている。なお、このケースでは訴訟上の和解の執行力の拡張の有無が争われているが、判決効の拡張についても同様に考えるものと思われる。

結 び

一・二で検討したことをまとめるとつぎのようになる。この要約を結びにかえて、はなはだ不十分な本稿を終えることとしたい。

建物取去土地明渡請求訴訟の判決の既判力は、原則として基準時後の建物譲受人・賃借人、敷地譲受人に拡張される。ただ例外的にそれらの者が取引上要求される注意義務を尽したにもかかわらず判決の存在を知りえなかった場合には、それらの者に不利には拡張されない。建物取去土地明渡請求認容判決の執行力は基準時後の建物譲受人・賃借人、

説 敷地譲受人に拡張される（建物収去土地明渡請求権を表示する債務名義が裁判上の和解・調停のときも同様である）。

論 建物抵当権者は建物収去土地明渡請求訴訟に補助参加・独立当事者参加でき、請求認容判決にもとづく強制執行に対しては第三者異議の訴えを提起できる。建物に抵当権が設定された後に建物所有者に対して建物収去土地明渡請求認容

判決がなされた場合、その判決の効力は建物抵当権の実行によって建物所有権を得た競落人には及ばない。

小山 昇先生には北大赴任以来公私両面に亘って言葉に尽くせぬほどの暖かい御配慮をいただいていた。拙いものではあるが、この小論を捧げて感謝の一端を表わすことにさせていただきます。

Eine Betrachtung über die Urteilstwirkung auf dem Rechtsnachfolger

Susumu TAKAMI*

In dieser Abhandlung ist der Fall behandelt, in dem der Kläger die Entfernung eines Gebäudes vom Grundstück gegen den Beklagte klagt und nach dem Zeitpunkt des Schlusses der letzten Tatsachenverhandlung des Prozesses ein Dritter das Gebäude oder das Grundstück erwirbt oder mietet.

Die Rechtskraft des Urteils wirkt für und gegen den Dritten, es sei denn, daß dem Dritten das Urteil bekannt oder nach Maßgabe des Bürgerlichen Rechts infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist.

Das Verurteilungsurteil ist vollstreckbar für und gegen den Erwerber (und den Mieter) des Gebäudes oder des Grundstücks.

Wenn das Gebäude mit einer Hypothek belastet ist, gibt es andere Probleme.

Der Hypothekar kann nicht nur dem Beklagte beitreten (Nebenintervention), sondern auch als selbständige Partei dem Rechtsstreit treten. Er kann auch die Drittwiderspruchsklage gegen die Zwangsvollstreckung (Entfernung des Gebäudes) erheben, die auf Grund des Vollstreckungstitels gegen den Eigentümer des Gebäudes erfolgt. Das Urteil wirkt nicht gegen den Ersteher des Gebäudes, solange die Hypothek vor dem Zeitpunkt des Schlusses der letzten Tatsachenverhandlung des Prozesses bestellt war.

* a.o. Professor an der Univ. Hokkaido