

物権的請求権の相手方

西 村 峯 裕
古 座 昭 宏

目次

序節

第1節 判例の変遷

- 1 大審院時代の判例
- 2 最高裁時代の判例
- 3 判例の根拠

第2節 学説の概観

- 1 実質的所有者説
- 2 登記名義人説

第3節 検討

1 移転登記未了型

- (1) 土地所有者は民法177条の第三者であるか
- (2) 登記懈怠からの考察
- (3) 物権的請求権の相手方
- (4) 二重譲渡事例の検討
- (5) 本類型における私見

2 仮装名義型

- (1) 本類型における民法94条2項の類推適用（⑧判決少数意見）の検討
- (2) 本類型における私見

3 未登記建物移転型

- (1) 本類型における私見

4 実質的所有者の運命

第4節 物権的請求権の相手方の拡張の可能性

- 1 侵害状態作出者が物権的請求権の相手方となるとされた事例
- 2 若干の検討
- 3 残される問題

結び

序節

物権的請求権⁽¹⁾の相手方は、現に無権原で目的物を占有している者またはその侵害状態を除去しうべき地位にある者⁽²⁾であるが、本論文では、Xの所有地をYが不法占拠し建物を築造し、保存登記をなした上で、これをZに譲渡したような場合、Xは誰を相手に物権的請求権を行使できるかを主なテーマとする。Xは被告選択を誤ると訴えを却下されるリスクを負うものであり、これを回避することが重要と考えるからである。大審院時代の判例は、建物の所有権についてのY名義の登記の有無にかかわらず、実質的所有者であるZを物権的請求権の相手方となすべきものとしている。戦後の判例は、これを踏襲してきたが登記名義人説を採る少数意見もみられた。最近の判例は実質的所有者説⁽³⁾を原則としながら、登記名義人にも請求できるものとしている。学説は、従来は実質的所有者説を通説としていたが、判例の変遷に伴い登記名義人説が有力となり、これを支持するものが増えてきている。しかし、登記名義人説を採る学説も区々に別れ、その理論的根拠は一樣ではない。本論文は判例及び学説を仔細に分析し検討し、微力ではあるが自らの見解の展開を図るものである。

注

- (1) 本論文の問題についての建物取去・土地明渡請求を物権的返還請求権と捉えるもの（通説。舟橋諄一編『注釈民法（6）』有斐閣（1967）88頁参照）があるが、妨害排除請求権と同列に扱うものもある（川島武宜『所有権法の理論』岩波書店（1987）133頁）。本稿では、その区別に固執することはあまり実益がないので避ける。
- (2) 舟橋諄一ほか編『新版注釈民法（6）』有斐閣（1997）141頁〔好美清光〕そして、この原則について判例・学説の見解は一致している。（鎌田薫「建物譲渡後も登記名義を保有する譲渡人に対する建物取去・土地明渡請求」ジュリスト1068号（1995）69頁。）
- (3) 幾代通「土地不法占拠の責任と建物登記」法曹時報29巻11号（1977）1750頁によれば、「実質的所有者責任説」「登記名義人責任説」と称しているが、物権的請求権の相手方は誰であるかという観点からは「責任」という用語を省くのが妥当であると考えられる。

第1節 判例の変遷

1 大審院時代の判例

大審院時代の判例は概ね実質的所有者説を採るが、未登載の大審院判例や下級審には登記名義人説を採るものがある。以下に概観する。

①大判大6年3月23日⁽⁴⁾

この事例は年金証書の返還請求の判例で、建物収去・土地明渡の事例ではないが、物権的請求権の相手方について触れた判例である。

「所有権ニ基ク物ノ返還請求権ハ所有権ノ一作用トシテ其内容ヲ成ス権利ニシテ所有権ト離レテ存在スル独立ノ権利ニアラス」と物権的請求権の性質について述べた上で、物権的請求権は所有権に対する侵害の所在に従って存在するものであるから、「既ニ其物ノ占有ヲ他人ニ移転シタル場合ニ於テハ右請求権ヲ行使スルニ由ナキモノ⁽⁵⁾」と判示した。

これは、所有権の移転によって侵害の所在も同一に移転するので、物権的請求権の相手方は所有者であるという、物権的請求権の本質に迫る判例である。

②大判大6年10月22日⁽⁶⁾

Xが自己所有の土地をYに賃貸し、Yは該地上に建物を築造し登記を経た後、右建物をZに売却したが、移転登記はなされなかった事例である。この判決では、登記がなされなければ、その所有権の移転を第三者に対抗できないのは勿論であるが、売買による所有権の移転の成立が否定されるものではなく、よって、Zが建物を占拠使用する以上は、特別の事由がなければ、Yを宅地の「占拠使用者」ということは出来ないとした。土地を実質的に占拠使用する者に対して物権的請求権が行使されるべきであるとした判例である。

③大判大9年2月25日⁽⁷⁾

本事例は、Xの所有する土地に、Yが建物を築造し、その建物の所有

権保存の仮登記をし、その後、YはZに当該建物を売却したが、所有権移転登記はなされず、Xは土地所有権に基づいて、Yに対し建物収去・土地明渡を求めた事案である。原審はXの請求を棄却。これに対しXは、YがZに当該建物を売却した事実があったとしても、その移転登記がされていない以上、Yはその所有権の喪失をもって「第三者」であるXに対抗できないとし上告。

判決では、「所有権カZニ移転シタル事実ヲ土地所有者タルXニ対シテ主張セントスルニハ之カ登記ヲ要スルヤ否ヤヲ審按」すると「民法一七七条ノ規定ハ同一ノ不動産ニ関シテ正当ノ権利又ハ利益ヲ有スル第三者ヲシテ登記ニ依リテ物権ノ得喪及変更ノ事情ヲ知悉シテ不慮ノ損害ヲ免カレシメンカ為メニ設ケタルモノニシテ……彼我利害相反スル者ノ利益ヲ保護スルノ趣旨ニ……同一ノ建物ニ付キ正当ノ権利又ハ利益ヲ有スル第三者ニ該当セサルXニ対シテ前記所有権移転ノ事実ヲ主張セントスルニハ固ヨリ登記ヲ要スルモノニ非ス」としてXの上告を棄却した。

この判決は、登記名義人と土地所有者の異なる事例において、両者は民法177条の対抗関係に立つか否かの判断を行い、民法177条の対抗関係は同一の不動産に関して「彼我利害相反スル者」の間で生ずるものとし、土地所有者であるXは同一の建物について正当の権利又は利益を有する「第三者」にあたらぬことを明らかにした。よって、YのZに対する当該建物の売却による所有権の移転は登記を必要としないとし、物権的請求権の行使は所有権の帰属しているZにされるべきであるとした。⁽⁸⁾

⁽⁹⁾
④大判昭5年10月29日

Xの土地上に、権原なくYが建物を所有し、Yはその建物をZに仮装讓渡した。その後、ZはさらにNに転売したという事例で、「物上請求権ノ行使ニ因ルトキハ……管理権及処分権ヲ有スル者ニ非サレハ土地所有権ノ侵害者ナリト云フヲ得サル」として、物権的請求権は、その家屋の管理権および処分権を有する者（本事例ではN）に対して行使することを要するとした。

⁽¹¹⁾⁽¹²⁾
⑤大判昭13年12月2日

本件はX所有の土地を賃借していたAは、その土地の上に建物を築造した。しかし、Aはその請負代金が支払えず、代物弁済によってその建物の所有権を請負人のYに移転し（登記経由）、さらに、AはYからその建物を賃借していた。その後、XはYとの土地賃貸借契約を解除し、建物除去、土地の不法占有を理由に賃料損害金の支払いを求めた事例である。Yは、当該建物を解除以前にZに贈与したので現在の所有者はZであると主張した。（登記はY名義のまま）

1審はXの請求を認容。原審は、Yが当該建物を所有し、占有したことを認め、その建物をZに贈与し所有権を移転したとしているが、その登記を経由していないことをもってYはXにその所有権移転を対抗できないとして、Yが建物を所有し、占有したものと云わざるを得ないとXの請求を認容した。これに対し、Yは判例に反するとして⁽¹⁴⁾上告。

本判決は、次のような理由で原審に破棄差戻した。

「凡ソ他人ノ所有地上ニ何等ノ権限ナク建物ヲ所有シ該土地ヲ不法ニ占拠シタル者ト雖一旦右地上建物ノ所有権ヲ他ニ譲渡シタルトキハ其ノ移転登記ノ有無如何ヲ問ハス右建物ノ譲受人ニ於テ該土地ヲ占有セルモノニシテ譲渡人ハ既ニ地上ニ建物ヲ所有セサル結果……土地所有者ハ……建物ヲ所有セサルモノニ対シ……収去若クハ右譲渡後ニ於ケル損害賠償ノ請求ヲ為シ得サル」ものとし、また、建物の譲渡について移転登記が無いことをもって第三者に対抗できないは勿論であるが、登記がなされていないと云って当事者の建物所有権移転の効果は否定できないから、譲渡人は所有権を喪失したと云わざるを得ないと②判決同様判断し、もし登記手続き未了のために、土地所有者に対抗できないとすると、「地上建物ノ所有者ニ非サル譲渡人カ譲受人所有ノ建物ヲ収去シ若クハ損害賠償ノ義務ヲ免脱スルカ如キ結果ヲ招来スル」としている。

この事例では、原審は、土地所有者を民法177条における第三者と解し、登記名義人を請求の相手方とすることを認めたが、上告審では、土地所有者と建物譲渡人は対抗関係には立たないとするがごとき趣旨を述べ、⁽¹⁵⁾

また、登記名義人に対して請求を認めることは、現に所有権を取得している譲受人が建物取去の義務を免れる結果を招くと利益衡量して、実質的所有者説に立って判示した。⁽¹⁶⁾

⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾
⑥大判昭16年12月20日

A銀行所有の土地を賃借していたYが、土地上に建物を築造し、所有権保存登記をなした。その後、Zに当該建物が売却されたが移転登記はなされないまま、土地がA銀行からXに売却された。そこで、XがYに対して建物取去及び土地明渡を求めた。1審、原審ともにXの請求棄却。X上告。

判決では、「原審ハ……本件建物ノ所有者ハZナリト認定シ其ノ所有権ヲ以テXニ対抗シ得ルモノト為シタリ然レトモZノ所有権取得カ真実ニシテ即YヨリZニ所有権ノ移転アリタルモノトセハXニ於テZノ所有権ヲ認ムレハ格別……Xカ之ヲ争フ限りZハ……其ノ登記ヲ為スニ非サレハ……Xニ対抗シ得サルモノ」とし、「Xハ……登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付正当ノ利益ヲ有スル第三者ナリト謂フベキ」と判示した。

過去の判例では、民法177条の定める第三者は「同一ノ不動産ニ付キ正当ノ権利又ハ利益ヲ有スル」者であり、土地所有者は、土地上の同一建物の「正当ノ権利又ハ利益」を有する者ではないとされていた。しかし、本件は、未登載ではあるが、土地所有者は当該建物の存在する土地の所有者であり、その登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者であるとし、登記名義人説を採った。これは大審院時代の判例が概ね実質的所有者説を採っていたのに対し、例外的な判決であるといえる。

2 最高裁時代の判例

登記名義人説を採った判決を未搭載としてきたことから、大審院は実質的所有者説を固守してきたといえよう。しかし、最高裁判例の少数意見、下級審判例には登記名義人説を採るものが現れた。後に述べる、⑪平成6年の最高裁判決は実質的所有者説を原則としながらも、登記名義人を

も物権的請求権の相手方として認めるに至っている。最高裁判例は登記名義人説が傍流から徐々に本流へと変化する傾向がみられるのではないだろうかと思われる。

⑦最判昭35年6月17日⁽¹⁹⁾

X所有の土地上に、権原なくYが未登記建物を築造して所有し、これを不法に占拠していたが、YはZに対する借金の返済が出来ず、Xの訴え提起前に、公正証書により営業権とともに建物をZに譲渡した。そのことについて善意のXが建物収去・土地明渡請求権を保全するために、当該建物に処分禁止の仮処分を申請し、そのために当該未登記建物に裁判所の嘱託により、Y名義の所有権保存登記がなされた。しかし、Zに建物所有権の移転登記がなされなかった事例である。

1審はXの請求を棄却。原審は⑤判決を引用して、土地所有者は、地上建物が譲渡され、土地を占有しなくなった者に対しては、所有権移転登記がされなくとも、建物収去土地明渡及び損害賠償請求をなすことは許されないとした。X上告。⁽²⁰⁾

本判決では、「土地所有権にもとづく物上請求権の訴訟においては、現実には家屋を所有することによつて現実にその土地を占拠して土地の所有権を侵害しているものを被告としなければならない」とした上で、「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……登記ある地上家屋の所有者というにもあたらない」と判示している。また、この登記に関する点について、本件家屋について、現登記簿上Y名義の保存登記が存在するが、これはZに譲渡した後に、裁判所の嘱託によってなされたものであり、Yの関知するところではないとしている。結論としては、登記名義人に対する請求が否定された。⁽²¹⁾また、この判決では、小谷勝重・河村大助両裁判官の少数意見と奥野健一裁判官の補足意見がある。

少数意見は、「移転登記未了の譲渡人は物権変動（所有権喪失）を以て第三者に対抗できず、完全無権利者とならないものとするし、かつ、建

物所有権の変動について、その敷地の所有者は民法一七七条の第三者に該当するものと解するから多数意見には賛同できない」と述べた。理由として、過去の2つの判例を引用した上で、⁽²²⁾「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……同時に譲渡人に対しては喪失の登記すなわち、物権変動の登記欠缺を主張し得るものと謂わなければならない。」⁽²³⁾とした。XとYとの関係は対抗関係であるとする理由としては、「不動産につき取引関係に立てる者とは言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、また前示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、「Yに土地使用権限がなかったものとすれば、XはY所有の建物に対し取去明渡を有し、Xの土地所有権の行使は建物所有権の消滅を招来する結果となるから、Xは土地所有者としてその地上建物に対し正当な利害関係を有する者というべく……民法一七七条の第三者に該当」するとしている。また、この者を正当な利益を有する第三者と解さなければ、「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を主張して明渡請求を困難ならしめることにも思を致さなければならない」と言及している。

補足意見は、建物所有者が自ら保存登記をしながらその後、他に所有権を移転したにもかかわらず、移転登記を懈怠している場合は、「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……不法占拠者としての責任を問われることは是認できる」が、本件のように、未登記建物の過去の所有者が自己の意思に基づかず、他から仮処分の前提として自己名義に保存登記がされた場合は、保存登記名義人は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から、登記懈怠の責を負わせることができないとしている。

(24)
⑧最判昭47年12月7日

Xの先代であるAは、自己所有の土地をBに賃貸したが、Aは死亡しXらに相続された。その後、XはCとの間で本件土地を代金支払いの条件付で所有権が移転するという売買契約を結んだ。その時、本件土地を物色中であったY1らに対し、CはBの代理人として右賃借権をY1に譲渡し、譲渡後Y1の夫のY2が当該土地に建物を築造し、その保存登記をY1Y2の合意の上、Y1名義でなし、Y1Y2はその建物に居住した。その後、Xはいっこうに代金を支払わないCに対し、契約解除の意思表示を行った。そこで、Xは本件土地共有権に基づきY1に建物取去土地明渡、Y2に建物退去土地明渡を求め、Y1らは賃借権譲渡にXらの承諾があったと抗弁した。

1審は右抗弁を退け、Xの請求を認容。原審においては、Y1の建物取去土地明渡について、「本件建物は実質上Y2の所有でY1が名義上の所有者にすぎないことは当事者間に争いないが、いやしくも建物の実質上の所有者の意を受け登記簿上の所有名義を自己とした以上その所有権が自己にないことを理由として取去義務を免れることはできない」と述べて、Xの請求を認容した。⁽²⁵⁾ Y側が、Y1は単なる登記簿上の名義人であり所有者ではないから取去義務はないと上告。

本判決は、所有者との合意により、登記名義人が自己のための所有権保存登記した場合であっても、建物所有者でなければ建物を取去する権能を有しないので、土地所有者の所有権に基づく請求に対して、建物取去義務を負わないとして、破棄差戻した⁽²⁶⁾（一部破棄差戻）。

この判決にも、大隅健一郎裁判官の少数意見が付されている。少数意見は、多数意見のような見解を採ると、「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を提起することを強いらられるのみならず、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」不都合があるとして、⑦判決の少数意見（小谷・河村裁判官）の見解が妥当であるとしている。しかし、本件は、⑦判決のように建物の所有権が譲渡されたわけではなく、Y1とY2の話し合いの上、保存登記がなされており、法律行為がなされていないの

で、民法177条適用の余地はなく、民法94条2項の類推適用⁽²⁷⁾を考慮し、Xが善意である限り、Y1は本件建物の所有権が自己にないことを主張して、その取去義務を免れることはできないと述べている。この民法94条2項類推適用説を本件にあてはめると、Xは原審において建物所有者をY2であると認めているため、Xは善意ではないので本訴請求は排斥を免れない。

⑨最判昭49年10月24日⁽²⁸⁾

Xが別訴において、本件土地上に建物を有する登記名義人Yに対して建物取去土地明渡、本件建物の占有者であるZに対して建物退去土地明渡請求を求め、Xの勝訴が昭和37年11月30日に確定した。しかし、Zは右訴訟の第二審口頭弁論終結以前の昭和28年にYから本件建物を買受けて、昭和33年に、所有権移転の仮登記を経由し、昭和40年に本登記をなした。そこで、Zは右確定判決に対して強制執行の排除を求め請求異議の訴えを提起したというものである。

第一審はZの請求を棄却。原審は、確定判決の建物退去土地明渡に関する部分についてZの請求を排斥。建物取去土地明渡に関する部分について「当該物権変動についての対抗力は本登記のなされた時にはじめて生ずるものであって仮登記当時にまで遡及するものではないから、Zは本件建物の前所有者Yの事実審口頭弁論終結後の承継人として同人らの前記確定判決に基づく建物取去土地明渡の義務を承継し」、受忍すべき立場にあるとして排斥した。Z上告。

本判決は、土地所有権に基づく物上請求の訴訟において、⑦判決を引用して、地上家屋が譲渡されたにもかかわらず、登記名義を有する者に対して家屋取去を求めることを許さないとした⁽²⁹⁾。そして、ZがYから本件建物の譲渡を受けたのは、本確定判決の訴訟の第二審口頭弁論終結以前であるから、Zは譲渡の登記の有無に関わらず、終結以前に建物取去義務を承継したことは明らかであるとし、本確定判決の建物取去土地明渡の部分について、Zは口頭弁論終結後の承継人に当たらず、よってY債務名義に対す

る請求異議の訴えにつき原告適格を有しないとし、原審を破棄し、Zの請求を却下した。しかし、右債務名義に基づく建物収去土地明渡の執行が許されないとしても、Xの建物退去土地明渡請求については、それによって、消長をきたすものではないとし、原審の判断を維持した。なお、この判決には、大隅健一郎・岸上康夫裁判官の反対意見がある。

反対意見で大隅裁判官は⑦判決の意見を修正し、「土地所有者であるXは、本件建物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にしているのであるから、本件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、民法一七七条の第三者にはあたらないというべきであろう。」としている。しかし、「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、民法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。そうすれば、……登記名義人である譲渡人を建物所有者」と認めることができるとしている。

⁽³⁰⁾
⑩神戸地判昭和62年5月6日

この判決は控訴審ではあるが、登記名義人説をとっている。Xから負債整理を依頼されたZは、Xの土地に無断で建物を築造し、金員借入れのためにYに当該建物の登記名義人になってもらい、当該建物を担保に、ZはYの借入金を一部使用したという事例で、判決は、所有権はZにあり、Yは単なる名義を貸したに過ぎないとしつつ、Yは①所有者Zと通じて、公示の作出をしたこと、②借入金を自己使用したこと、③担保提供の際の覚書記載の合意をしたこと、から単に名義を貸したにとどまらず、自らも本件建物に対し一定の支配権を有する。と判示しYはXの責任追及に対抗し得ないとしている。

⁽³¹⁾
⑪最判平6年2月8日

一事案一

Xは競売により本件土地の所有権を取得したが、本件土地上に利用権の無い建物が存在した。右建物は、Yの夫の所有であったが、夫が死亡したため、Yが相続によりこれを取得してその旨登記した。Yは本件建物をZに代金250万円で売り渡したが、登記簿上の名義は、Yのままであった。そこでXは、Yを相手方として、土地所有権に基づく建物取去土地明渡の訴えを提起した。原審は、Yの主張を容れ、Yが本件建物を所有し本件土地を占有しているとの上告人の主張には理由がないとして、Xの請求を棄却し、これと同旨の第一審判決に対するXの請求を棄却した。X上告。一判旨一

破棄自判。

1 「土地所有権に基づく物上請求権を行使して建物取去・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取去・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（最高裁昭和三十一年（オ）第一一九号同三五年六月一七日第二小法廷判決・民集一四卷八号一三九六頁参照）、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、建物取去・土地明渡しの義務を負わないものというべきである（最高裁昭和四四年（オ）第一二一五号同四七年一月二日七日第一小法廷判決・民集二六卷一〇号一八二九頁参照）。

2 もっとも、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、たとえ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取去・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取去・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」をもって建物取去・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う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、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、その建物の取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ないものといわなければならない。

3 判例の根拠

- (1) 「譲受人が建物を占有使用している以上、建物譲渡人は土地の占有使用はありえないこと (②判決)」

これは、「(建物所有権譲渡により) 土地の占有を為していないことが土地の不法占拠自体もありえないことを意味する」という考え方であると思われ、建物所有権を以て、土地の不法占有を建物譲渡人・譲受人のいずれがなしているかの基準とする。

- (2) 「民法177条の対抗関係は同一の不動産上に生じるもので、土地所有者は民法177条の正当の利益を有する第三者にあたらないこと (③⑤判決)」

これは判例の根拠として古く、本問題を物権変動の問題として捉え、「民法177条の第三者に関連してのいわゆる制限説的判例理論にそって判断している⁽³²⁾」と考えられる。

- (3)「建物を譲渡した登記名義人はもはや建物の管理・処分権を有しないこと（④判決等）」

管理・処分権なしには建物を取去することはできず、管理・処分権のない者が取去ると、不法行為となりかねない。この判例の根拠は、大審院判例の流れを汲んできたものと思われ、最高裁も「登記名義人は家屋に対して管理処分権もなく、事実上支配しているものでもないので地上家屋の所有者というにもあたらない」という考えで一貫していた。（④⑦⑧⑨判決）

大審院時代の後期になると、⑤事件の下級審や、未搭載ではあるが⑥判決のように、

- (4)「土地所有者は当該建物の存在する土地の所有者であり、その登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者である」

とし、登記名義人説をとる判決が見られた。これは、上記の(2)の判断とは反対の判断を示した判決である。このような考えは、⑦判決の少数意見にも見られ、「移転登記未了の譲渡人は物権変動（所有権喪失）を以て第三者に対抗できず、完全無権利者とならないものと考ええるし、かつ、建物所有権の変動について、その敷地の所有者は民法一七七条の第三者に該当するものと解する」としている。

登記名義人説は最高裁時代になってからも、少数意見で見られる。

- (5)「民法94条2項の類推適用によって、善意の土地所有者を保護するもの（⑧判決少数意見）」

⑧判決が特殊な事例によることもあるためか、民法94条2項の類推適用によって解決しようという試みが見られる。この点については第3節2で検討する。

(6) 「民法177条を類推適用するもの（⑨判決少数意見）」

この事例は民法177条の問題でないことを前提とするが、利益衡量の結果、民法177条を類推適用して解決しようとする。⑩判決もこの少数意見の考え方によって出されたものでなかろうか。これについては第3節1で検討していく。

⑩判決において未登記建物が譲渡された場合には、譲渡人Yから譲受人Zに所有権が完全に移転するものとしているが、この点は疑問である。この判決の事案では、譲受人は一人に限られているので所有権が確定的にZに移転しているかに見えるが、YがZ以外の第三者に二重譲渡し、この者が保存登記をすれば建物所有権は第二の譲受人に確定的に移転し第一の譲受人Zは遡及的に所有権を失うことになる。その意味でYは登記がある場合と同様、なお所有権を確定的に第三者に移転することができるというてよい。これを実質的所有者と観るか、何らかの法的地位と観るかは別として、YはZと並んで物権的請求権の相手方となりうるのではないかとの疑問が残る。

注

(4) 民録23輯560頁

(5) 同様の事例として、大判昭9年10月24日（法律学説判例評論全集23巻 民法1215頁）・大判昭12年10月26日（法律新聞4202号15頁）がある。昭和12年判決は物権的請求権に基づく請求の被告となるべき者についても、現に物権を侵害する者であることを要するとしている。

(6) 民録23輯1674頁

(7) 民録26輯152頁

(8) 大判昭和14年12月26日（法律学説判例評論全集28巻民法1028頁）は、本判決を引用して同旨の判断を下している。

(9) 法律新聞第3204号10頁

(10) 登記が誰の名義であるかは不明。

(11) 民集17巻2269頁

(12) 本判決の批評として、柚木馨『判例物権法総論』有斐閣（1955）212頁参照。

- (13) 当初、建物取去・土地明渡請求も求めていたが、その後取り下げた。
- (14) Yは、②判決及び③判決を援用して上告。
- (15) 藤原弘道「判例批評」民商法雑誌111巻4・5号(1995)785頁によれば、
「判旨で、端的にXとYとの間に対抗関係は生じないと言ってしまえばよいものを、そうは言い切らないところに少し疑問が残るが、結論的には、……対抗問題は生じないとの立場をとったものとみてもよいであろう。」という。
- (16) 同様の趣旨の判例として、鳥取地判昭和34年12月5日(下民集10巻2769頁)がある。
- (17) 法学11巻719頁
- (18) 田中康博「建物取去・土地明渡の相手方——最高裁1994年2月8日判決を契機として——」京都学園法学3号(1995)9頁・大河純夫「民事判例研究」法律時報47巻11号(1975)138頁参考。
- (19) 民集14巻8号1396頁
- (20) 上告理由は、土地所有者がその地上家屋の所有者に対して民法177条の第三者にあたるかどうかの判断を求めている。
- (21) Xの損害賠償請求も棄却。
- (22) 最判昭和31年5月25日(第二小法廷例決集10巻5号554頁)・大判昭和13年5月24日(民録18巻10号623頁)を引用。
- (23) 少数意見は第三者制限説に従い、その基準を「当該不動産に関して有効な取引関係に立てる第三者」に求める見解」を前提として述べている。
- (24) 民集26巻10号1829頁
- (25) 主たる争点は、賃貸借の譲渡について、Xの黙示の承諾があったか否かが争点であった。この本文判旨のように説示した考えとして、田尾桃二「判例解説」法曹時報25巻7号(1973)134頁は、⑦判決を、登記名義人が自らの意思に基づき自己名義に登記したという場合は「登記名義人に対する物上請求を許す趣旨と解したこともあったからではないかと推測される。」としている。
- (26) 建物買取請求権の部分の上告については、棄却(一部棄却)。
- (27) 判決において、最判昭和41年3月18日民集20巻3号451頁を引用している。
- (28) 判例時報760号56頁
- (29) 同様の趣旨の判例として、昭和52年12月23日判決(判例時報881号105頁)参照。
- (30) 判例時報1253頁112頁。また、田中康博「判例研究」法律時報60巻9号(1988)88頁参照。
- (31) 民集48巻2号373頁
- (32) 益井公司「建物所有による土地の不法占拠と建物所有権登記との関係に関する一考察」日本大学司法研究所紀要第7巻22頁(1996)

第2節 学説の概観

判例において論じられてきた実質的所有者説及び登記名義人説は、建物所有権の所在による土地の不法占有や管理処分権がいずれに存するかや民法177条の対抗問題として考えるものが大半であった。学説では、如何なる根拠によって両説が唱えられてきたのか観てみたい。

1 実質的所有者説

この説は、物権的請求権の本質である、現に無権原で目的物を占有している者またはその侵害状態を除去しうべき地位にある者に対して請求するという原則に則って、物権的請求権は登記名義の有無を問わず建物を実質的に所有しているものを相手方として行使しなければならず、登記名義を残す建物譲渡人は相手方にはできないとする考え方である。

実質的所有者説は、判例と同様に通説的地位を占めて学説の主流を成していた⁽³³⁾。理由付けとしては、土地の占有者が否かを考慮し、「建物所有者が所有権を有し、現実に建物の管理、処分をなしうる点に建物所有者の土地占有の根拠があるとすると、建物につき登記簿上所有名義を有するにすぎず所有権を有しない者は、建物についての管理、処分権もなくこれに基づく建物の事実上の支配もないので、土地の占有者ではな⁽³⁴⁾く、明渡請求の相手方となりえないとするものや、所有権の管理・処分権に着目し、「建物を収去するためには建物についての処分権が必要であり、登記名義人にすぎない表見的所有者にはその権能はないからそのような者に対して」建物収去義務を負わせることはできないとするものであった⁽³⁴⁾。以下、他の学説の理論的構成や論拠を個々に見ていく。

(川島説)

③や⑤の判例と同様に、本問題は民法177条の問題を前提としながら、土地所有者と建物譲渡人は民法177条の対抗関係に立たず、土地所有者は「第三者」あたらないとし、土地所有者の建物譲渡人に対する請求は認めないとする見解である⁽³⁵⁾。

(柚木説)

「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はなく、現実⁽³⁶⁾に土地を不法に占有しない者にその登記名義人たる故に取去や賠償も請求することを許すべきものではない」とする見解である。

(舟橋説)

建物譲渡人・譲受人は「いずれもななら権限なき土地不法占拠者であって、問題は、だれが現に妨害を加えているかということである」とし、「実体上の家屋所有者として現実⁽³⁷⁾に土地所有者の土地を侵害している者を相手方とすべき⁽³⁸⁾」であるとする見解である。

(林説)

この問題を民法177条の対抗問題とは切り離し、そもそもそのような問題は生じないと考え、「近代法では責任関係は対抗問題と別個の法領域を形成するので、物権的請求権の被告適格は登記の有無によら⁽³⁹⁾ない」とする見解である。

また、実質的所有者説の中にも、「実質的所有者説を基本とし、具体的な事情に応じて、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、建物取去義務を負わせるのが妥当⁽⁴⁰⁾」とするものや「物上請求権行使の本旨にしたがった原則を基調とし、そこから生じる不都合を権利外観法理によって登記名義人に責任（代替執行費用）を負担させてよいなら、土地所有者が善意・無過失なら登記名義人に物上請求権を行使できる⁽⁴¹⁾」とするものがある。その他に、実質的所有者説に立ちつつ、不法占拠による損害賠償については、「物権的請求権とは、被告適格に関し絶対に合致しなければならないのか。」と問題提起する見解⁽⁴²⁾もある。

川島説等は、民法「177条にいう第三者とは有効な取引関係にたてる者

(喰うか喰われるかの関係にたつ者)をいうとの第三者制限説をとる判例を支持する伝統的な学説理論である。林説・柚木説は、「対抗問題」と「責任問題」を明確に区別し、物権的請求権の相手方は土地を不法に占有するものであるとする。⁽⁴³⁾川島説等のいうように、この問題を民法177条の対抗問題として語るべきであるか疑問がある。林説・柚木説は物権的請求権の性質を重視して捉えたものといえる。これらから、この問題が対抗問題(第三者論)として捉えるか、責任問題として捉えるか一つの争点であるといえる。

2 登記名義人説

土地所有者は、実質的所有者である建物譲受人を相手方とすることは基より妨げないが、登記名義人である建物譲渡人を相手方にすることができ、相手方にされた建物譲渡人は、建物の所有権の喪失を理由に、その責任を免れることはできないとする考え方である。

この説を最初に唱えたのは、我妻博士⁽⁴⁴⁾であり、「土地所有者は、登記なき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、登記を移転しない者をなお建物の所有者即ち不法占拠者と認めることができるというべきではあるまいか」と述べている。⁽⁴⁵⁾以下、登記名義人説に立つ学説を観ていく。⁽⁴⁶⁾

(鈴木(俊光)説)

我妻博士の見解に対して、「建物譲受人と譲渡人が不法占有者になるか疑問」とし、「対抗問題は権利の所在、態様の公示の問題であり、しかも文言上は第三者の範囲は無限定であり、むしろ対抗問題として不必要なものを限定してゆくという方向に『第三者』の範囲を定める努力がかさねられていることを考えれば、誰が地上建物の所有者であるかについて正当な法律的利害関係を有する建物敷地の所有者は177条の第三者に含まれる⁽⁴⁷⁾」と述べている。土地所有者も地上建物の譲渡について民法177条の第三者にあたるとする見解である(民法177条適用説)。

(鈴木(禄弥)説)

この問題は民法177条の対抗問題ではないことを前提として、「通常の対抗問題は、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得るか、という問題で、両者(通常の対抗の問題と本問題)は問題を異にする」としながらも、「甲(登記名義人)の(真実はもはや権利者でもないのに責任を負わされることはないという)利益と比較して、丙(土地所有者)の(誰に対して責任を追及すべきか迷うことはないという)利益をより重いと考⁽⁴⁸⁾え」、登記名義人と土地所有者と利益衡量し、対抗要件主義の原則を拡張するという考えのもと民法177条類推適用説が主張され⁽⁴⁹⁾た。

(幾代説)

「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、彼(登記名義人)はなんらの損害も受けない」こと、「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、Yにとって損害にはちがいないが、これはZとの内部関係に基づいて求償等で処理すれば足り」ということと、土地所有者の利益とを利益衡量してこの説を主張する見解⁽⁵⁰⁾である。幾代博士は、過去においてY(登記名義人)が多少でも実質的所有者であったという条件の下、「(登記名義人が)自発的に所有権登記を得た場合と、裁判所の嘱託(および登記官の職権発動)で登記名義人とされた場合」との質的差異を認める必要はないとし⁽⁵¹⁾ている。「これは177条類推適用説は登記名義人と「実質的所有者」とされる者との間で物権の移転があった場合にのみ適用があることの帰結といえよう。従って、177条類推適用説は、すべての場合について登記名義人への請求を認めるものではないこと判例における177条類推適用説と同様と言ってよく、ここに177条類推適用説の適用範囲を画⁽⁵²⁾することができる。」

(川井説)

川井教授は、(1) 土地所有者が、建物の登記名義人を被告として建物収去・土地明渡の訴えを提起したところ、訴訟中に建物の所有権が譲渡されたが、移転登記がなされていない事例。(2) 土地所有者が、登記名義人を被告として建物収去・土地明渡の訴えを提起したところ、訴訟中でなく訴訟前から、登記名義人は所有者でなく、単なる名義人にすぎなかった事例。と2つに分けて考えられている。(1) の場合、川井教授は、「具体的妥当性の見地から、登記に権利の存在の証明的機能を認めるのがよい」と説く。そして、土地所有者の負担を緩和するために、登記「名義人は、登記名義の移転なしには権利の喪失を主張し得ないと解」している。そして、(2) の場合、⑧事件のように物権変動が起こっていない事例は、真実の権利者は不実の登記を真実に復帰すべき関係にあり、(1) の場合と同じく、登記に権利の存在を証明する機能がある点に着眼し、登記「名義人は、訴提起時を基準として、建物所有権が自己にないことを原告に主張し得ないと解すべき」であるとしている。このように⑧事件のような事例を、対抗問題として処理し解決することによって、大隈意見の民法94条2項類推適用説と異なり、「訴訟中に原告が悪意になったかどうかは、訴訟の結果に影響を及ぼさない⁽⁵³⁾⁽⁵⁴⁾」という。

(半田説)

これは登記に公信力を持たせようとする見解（公信力説ともいう。）である。この説は、「乙（建物譲渡人）から丙（建物譲受人）に所有権の移転があったのにその事実を知らず、登記が乙名義になっているので乙が建物所有者と信じた甲（土地所有者）は、登記を信じたことによって保護を受け、一方乙は、自分が建物の所有者でないことを主張しえない⁽⁵⁵⁾」というものである。この考えは、二重譲渡において、第一譲渡によって実質的無権利者となる譲渡人から第二譲受人が権利を取得することの根拠を、登記のもつ一種の公信力に求める見解であるため、⑧事件のように登記名義人がいまだかつて建物を所有したことがない場合にも、登記名義人は無権利

者とされるため、なお当てはめることができる。

以上の民法177条類推適用説と公信力説は、既に当該建物を譲渡している登記名義人は無権利者であるとの前提に立つ見解である。一方、譲渡後の登記名義人を不法占拠者・所有者として請求を求める見解がある。⁽⁵⁶⁾

(於保説)

「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。それならば、登記名義人である譲渡人もまた建物所有権として不法占拠であるというる」とする見解である。

於保博士は、ここでの問題を建物による土地の不法占拠の問題として捉えて、建物上の物権変動において、土地所有者は第三者に該当しないと考えているが、このことから、登記名義人が土地の不法占拠者でないとは一概にいえないとしている。そして、「建物による不法占拠ということになれば、譲受人は、多くの場合、契約を解除することによって解決することになり、また、譲渡人が建物を取去すれば、それはその責に帰すべき履行不能の問題として処理されることになる⁽⁵⁷⁾」という。

(広中説)

この説は、本問題を「対抗問題」としてではなく「責任問題」として捉えたりえてB（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り、「B（建物譲渡人）はC（建物譲受人）に対する関係で所有権を失っているがA（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」としての責任を負う」と考える見解である。この登記を保有することにより責任が生じる根拠については、「登記を保有している売主は、たとえ代金受領なり引渡なり場合によっては双方を終わっていても、二重譲渡をしようとするればなしうるという意味で目的物に対する「所有者」的地位を完全に失っているとはいえず、また引渡を終わって

るにせよ代金全部をまだ受領していなければ（売主の登記保有は買主の代金未払に照応しているのが普通である）、登記保有は代金債権確保のために重要な意味をもっているばかりでなく事情次第で売買契約を解除した場合に所有者たる地位の回復を確実なものにする意味を持っている」ことが十分考慮に値すると述べている。⁽⁵⁸⁾

（石田説）

⑧判決の仮装譲渡事案の判例批評において、石田喜久夫教授は、この問題を対抗問題によって解決しない大隈裁判官の民法94条2項類推適用説や禁反言の原則をとる柚木＝高木説に目を向けつつ、土地所有者の善意の必要性を否定し、「所有者 Y2（仮装譲渡人）が Y1（仮装譲受人）名義に登記するさい、Y1Y2間にいかなる意思の合致があったか」を考慮して、「所有権は帰属させないが、管理は Y1 に委ねる、という意味で Y1 名義の登記がなされたような場合には、Y1 に少なくとも管理権＝現実的な敷地占有があったとみられ、ときには処分権すら有することも、あるであろう。そのさいには、地主 X が事情を知っていると否とにかかわらず、いな、知ってるがゆえにこそ、Y1 に対する建物収去義務を肯定すべき」として⁽⁵⁹⁾いる。ここでの石田教授の説は「⑧事例のような限定的な解釈とも考えられるが、「当事者の意思」如何によっては、建物を譲渡したがいまだ登記名義は譲渡人にあるという場合についてもこの見解は妥当する」といえる⁽⁶⁰⁾のではなかろうか。

（我妻・有泉説）

この説は、甲→乙、甲→丙という、典型的な二重譲渡の事例において、「甲が建物を丙に譲渡して登記をすれば乙は遑て所有者たる地位を失う。甲はそのような処分権を保有⁽⁶¹⁾」しているのであるから、その限りにおいて本件のような建物譲渡人も登記を保有している間は、建物の処分権を有しているといえ、建物による土地の不法占拠者は現に建物の登記を保有する譲渡人であると認めることができるという見解である。

上記の当該建物を譲渡している登記名義人は無権利者であるとの前提に立つ見解や、譲渡後の登記名義人を不法占拠者・所有者として請求を求め見解の他に、禁反言の法理によって解決しようとする見解もみられる。

(禁反言説)

これは、⑧判決の控訴審（東京高裁判決）⁽⁶²⁾を「一たん、建物の所有者より依頼され、登記名義人となった者が、登記名義上の権利の不存在を主張することは、禁反言の法理より許されない」とする趣旨と解して主張される。

注

- (33) このように実質的所有者説をとり、判例に賛するものとして、川島武宜「139事件」判例民事法昭和13年度 有斐閣（1939）530頁、岩田新「一三九建物の譲渡と其の敷地の不法占有者」民商法雑誌9巻（1933）129頁（この問題は、177条では解決できないと述べた上で、主観的設定に基づいて本権と占有権の区別による解決を図っているが、解決には至っていない）、金山正信『物権法（総論）』有斐閣（1964）66-68頁・278頁（177条の問題は生じず、物権的請求権の当事者に関する処理を強調）、舟橋諄一『物権法』有斐閣（1960）199頁、水本浩「不法占拠者と登記」別冊ジュリスト不動産取引判例百選（増補版）有斐閣（1977）57頁等参照。
- (34) 田尾「前掲判例解説（注25）」1223頁参考
- (35) 川島「前掲論文（脚注33）」528-529頁
- (36) 柚木『前掲書（脚注12）』213頁、柚木馨＝高木多喜男『判例物権法総論〔補訂版〕』有斐閣（1972）234頁
- (37) 舟橋『前掲書（脚注33）』198-199頁
- (38) 反対として、鈴木俊光「判例研究」法律論叢第35巻1号（1961）119頁がある。柚木説・舟橋説の両説に対して、「現実に土地を不法に占有しているとか、現に妨害を加えているとかいうが、それは何を基準に決定すべきか、それは誰れが所有者かによって決定されるのではないか」としてこれらの説では問題の解決にならないとする。
- (39) 林良平『物権法』青林書院（1951）81頁、椿寿夫『総合判例研究叢書 民法（25）不法占拠』有斐閣（1965）46頁。
- (40) 鎌田「前掲評論（脚注2）」70頁
- (41) 湯浅道男「最判平成6年判例批評」私法判例リマークス1995（下）39頁

- (42) 椿『前掲書（脚注39）』49頁
- (43) 益井「前掲論文（脚注32）」27頁参考
- (44) 横山美夏「請求の相手方と登記」法学論叢154巻4・5・6号（2004）361頁
- (45) 我妻栄『物権法』岩波書店（1952）104頁
- (46) 中川善之助ほか監修「不法占拠と登記」不動産法大系Ⅰ売買青林書院（1970）216頁（山下末人）は、我妻説を、「〔対抗問題〕の独自の意味を認めず、したがって登記の有する諸機能の質的差異を考慮せず、きわめて一般的な公示原則と関係者間における実質的利益考量から結論を導く」考えと捉えている。そしてこのような意味から、我妻説を民法177条類推適用説と呼ぶ、田中「前掲論文（脚注18）」14頁がある。
- (47) 鈴木「前掲研究（脚注38）」119-120頁
- (48) 鈴木禄弥『物権法講義（改訂版）』創文社（1972）126-128頁
- (49) なお、鈴木教授は、「（建物譲渡人と建物譲受人）間の調整は、内部的な求償の問題で処理され」（鈴木『前掲書（脚注48）』127頁）、「一種の不真正連帯債務を負う」（鈴木禄弥『物権法講義（三訂版）』（1985）114頁）ことになると述べている。
- (50) 幾代博士は、「登記名義人説は、一種の民法177条類推適用説である」と述べている。
- (51) 幾代「前掲論文（脚注3）」1757-1759頁。Yがいまだかつて建物を所有した事実がなかったという場合は、Yの主張立証により建物除去を訴求するXを敗訴させることができるとする。また、Y（建物譲渡人）とZ（建物譲受人）の求償関係は、「Yがもともと敷地利用権限を伴わない地上建物をZに譲渡したという場合であれば、売主の担保責任その他から、Zに対する求償は問題にならず、……損失は、当然すべてYがかぶることになろう」としている。
- (52) 田中「前掲論文（脚注18）」16頁
- (53) 川井健「対抗の意義と機能」不動産物権変動の公示と公信 日本評論社（1990）9頁
- (54) この⑧事件についても、「対抗問題」として処理している点が鈴木説・幾代説のいう「民法177条類推適用説」とは異なると田中「前掲論文（脚注18）」18頁では述べられている。
- (55) 半田正夫『民法一七七条における第三者の範囲〔改訂〕』叢書民法判例研究第2巻⑦一粒社（1982）95頁
- (56) このような分類の仕方は、田中「前掲論文（脚注18）」による。
- (57) 於保不二雄『物権法（上）』有斐閣（1972）143頁
- (58) 広中俊雄『物権法第二版』青林書院（1982）245-246頁・63-64頁。また、

この問題は「全体として民法七一七条の定める「所有者」の責任における類似したもの」と解している。そして、広中教授は、建物取去・土地明渡の義務（責任）をC（建物譲受人）と（不真正）連帯の関係に立って負うとする。

(59) 石田喜久夫「判例批評」民商法雑誌69巻4号（1974）742頁

(60) 田中「前掲論文（脚注18）」20-21頁参考

(61) 我妻栄＝有泉亨『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』岩波書店（1983）172-173頁

(62) 昭和44年8月30日判決 日高民集22巻4号607頁

(63) 柚木＝高木『前掲書（脚注36）』235頁

第3節 検討

⑩判決では、原則として実質的所有者説、例外として登記名義人説が採られているが、過去の判例としては、大審院判決の一部（③⑤⑥判決）⁽⁶⁴⁾や⑨・⑩判決など建物譲渡人の自己の意思に基づいて登記がなされているものが多数であり、これは事案としては⑩判決のいう原則と例外が逆になっているのである。また⑩判決の中で、⑦、⑧判決を区別して扱っており、本稿でも、⑦、⑧、⑩判決という事例に区分して検討していこうと思う。

(イ) 未登記建物移転型（⑦判決）

(ロ) 仮装名義型（⑧・⑩判決）

(ハ) 移転登記未了型（③・⑤・⑥・⑨・⑩判決）⁽⁶⁵⁾

上記3類型に分け、登記名義人と実質的所有者の異なる場面において、いかなる者を物権的請求権の相手方にするのかの検討を進めていく。まず、事例として多数となっており、学説でも「通常の場合」と称される、移転登記未了型について検討する。その後、例外的事例ともいえる、仮装名義型・未登記建物移転型と順に検討を重ねていくことにする。

1 移転登記未了型

移転登記未了型では、まず、登記そのものの視点から、土地所有者が民法177条の第三者であるか否かについて検討していく。また、登記の機能の拡張による土地所有者の保護の可否について検討していく。

(1) 土地所有者は民法177条の第三者であるか

この問題が民法177条の第三者論の領域であるか否かは、古くから判例・学説上も見られた。ここで土地所有者が民法177条の第三者であるならば、登記名義人（建物譲渡人）は登記が残存しているので所有権の喪失を、また実質的所有者（建物譲受人）は自分が所有権を取得したということと土地所有者に主張できないということになるのであろう。よって、土地所有者は登記名義人に対して物権的請求権を行使することができると思われるわけである。

民法177条の第三者とは一般的に、「物権変動の当事者（売主、買主等）とその包括承継人（売主、買主の相続人等）以外の者をさす⁽⁶⁶⁾」とされている。判例は、無制限説から制限説へ転換して久しい。無制限説に立てば、土地所有者は民法177条の第三者に含ましめることができるが、制限説の下でそれが可能であるか疑問である。ここでは、建物の所有者が所有権を登記なしに主張できるか否かが問われるべきなのであり、土地所有者の側から物権的請求権行使の相手方たる前提として、建物所有権を主張される関係を含むものとは思われない。一方で、建物所有権を軸にいうなら、建物譲渡人は登記を移転して初めて自己が所有者でないことを土地所有者に対抗できることになるのであり、登記を移転したことが対抗要件となっていると考えざるを得ない。土地所有者を第三者に含ませることの理論的矛盾がここに存する。

(2) 登記懈怠からの考察

ここでの土地所有者は民法177条の第三者とすることは困難であることは先ほど述べたとおりである。しかし、幾代博士は「なお、実質的な利益考量の観点からいって、登記の有無や所在に一定の法的効果を結びつけても不当でないか、むしろそのほうが合理的な場合があるのではないか」と考える。そして、鈴木禄弥教授は、「不動産に対する法律的処分の強制実現（差押、競売、登記請求権の広義の執行など）は、現在における所有名義の所在を前提とし、これを出発点としてしか発動させえないものとされ

ている」ことと対比すると、「建物取去といった、不動産に対する物理的・対世的な処分を強制実現する場合には……裁判所も執行機関も、当該不動産の所有登記名義人を被告等とすることなしに、登記面とは異なる実体関係を認定して行動することが許される、というのは、……彼此権衡が保たれない⁽⁶⁷⁾」というべき⁽⁶⁸⁾であると、幾代博士の考えをもって示しておられ、登記名義人が登記移転を懈怠していることを理由に土地明渡義務を免れることはできないという。この考え方に従うと、民法177条の第三者論の制限説よりも射程は広く解釈されることとなる。厳密な意味での対抗問題は、対抗問題限定説による「第三者」との間でのみ生じるが、鈴木教授は「前説（取引関係説）よりもさらに広い範囲での「第三者」とのあいだでも、広い意味での対抗問題は生じうる⁽⁶⁹⁾」と説かれ、その際に必要な登記を「権利保護資格要件」と呼ぶ学説があるという。そして、これと対比させて、本問題の建物所有者が保有したままの登記を「義務免脱資格要件」として、登記することの期待を怠ったために登記保有者が不利益を被らされてもやむをえないと民法177条の趣旨を拡張して解釈する。

登記を備えておかなければ第三者に対抗できないという民法177条は、登記を移さず懈怠している者に対して一種の制裁を課する意味を有しているのである。そもそも登記は公示方法なのであり、その機能を果たさせるためこれを公示方法としたのである。登記をしなければ不利益を被るという趣旨を徹底するには、これを効力要件とすることが適切であり、対抗要件であれ効力要件であれ公示機能を十全ならしめるためのサンクションとしての意味を潜在させているのである。この意味で幾代、鈴木両説は傾聴に値する。幾代、鈴木両説は、理論的には民法177条の問題ではないとしつつも、登記の有無や所在に法的効果を結びつけている。しかし、利益衡量の態様のみによって民法177条の適用の有無を判断すると、具体的事情によって結論が左右され基準が明確でない。さらに、民法177条を類推にせよ適用すると第三者とされる土地所有者が背信的悪意の場合、登記名義人に対抗できないのではないかと⁽⁷⁰⁾という問題も生じうる。これは物権的請求権の行使は物権者の主観に左右されないという法理にも抵触する。

以上から、対抗問題として登記名義人説を採ることは不当であり、物権的請求権固有の問題としてその行使の観点から、登記名義人を相手方に行えないかを模索していくべきであるといえる。

(3) 物権的請求権の相手方

まず、不動産における物権的請求権の相手方とはいかなる者であるかを考察する。物権的請求権の相手方は、無権原で現に目的物を占有している者またはその侵害状態を除去しうべき地位にある者とされ、判例は、①判決のように基本的な物権的請求権の相手方の問題においては、その物の現在の「所有者」を基準として決しているといえる。建物の所有者は居住の有無にかかわらず土地の占有者なのであり、建物の管理・処分権を有している⁽⁷¹⁾のであるから妨害を除去することが可能である。よって、物権的請求権の相手方となりうる。

建物の占有者に対して物権的請求権を行使できるのかと考えると、不動産の取去は建物の消滅を意味し、動産のように持ち運びすることによって、物権の回復実現ができるわけではないので、占有者に対しては請求できないように思われる。つまり、単なる占有者には、退去請求をすればよいのであって、建物の取去までは請求できない。そうでなければ、所有権を伴わない建物の単なる占有者が他人の建物を取り壊し、結果的に不法行為を行うことになりかねない。本権を伴わない登記名義人が建物を有形的に支配していない場合でも登記名義の故に建物を占有していると捉え、このような者を物権的請求権の相手方とすることはできないとする考えも可能⁽⁷²⁾であるが、登記名義人が登記名義の故に建物を占有していると考えられるか否かは別として、それなりの法的論拠さえあれば登記名義人を物権的請求権の相手方とすることに格別の問題はあるまい。その論拠については後に述べる私見のとおりである。ここでの問題は、建物譲渡人Yから建物譲受人Zに譲渡されたが、移転登記がなされていない間は、建物所有権もしくは処分権が誰に帰属しているかということである。この点において、於保説や広中説、我妻・有泉説は、建物譲渡人は何らかの所有権もしくは

処分権を有しているとするから論拠を明確にしている。

(4) 二重譲渡事例の検討

於保説、広中説、我妻・有泉説によれば、登記名義人は何らかの形で所有権を有していると理論構成し、その権利を行使せず建物を放置していることが土地を不法占拠しているとする。そのことによって、土地所有者が登記名義人に物権的請求権を行使したとしても登記名義人はそれらの権利によって建物を収去できるのであるから、何ら不合理なことではないとするのである。

甲→乙（第一譲渡）、甲→丙（第二譲渡）という二重譲渡事例において、第一譲渡による甲が無権利者であるのかについて区別を設け、無権利者でないとする立場を「非・無権利構成」⁽⁷³⁾、無権利者であるとする立場を「無権利構成」とする。そして、「無権利構成」に立つ場合に、丙の権利取得を終局的に無権利者からの取得と構成しない立場を「不真正無権利構成」⁽⁷⁴⁾、無権利者からの取得と構成する立場を「真正無権利構成」⁽⁷⁵⁾とする。⁽⁷⁶⁾このうち、「真正無権利構成」においては、甲を物権的請求権行使の相手方とすることはできないであろうが、「不真正無権利構成」においては結論が異なりうる。「非・無権利構成」においては、譲渡人は物権的請求権の相手方となりうる。

二重譲渡を根拠とし、登記を移転しない限り第一譲渡は不完全な物権変動であり、それによって登記名義人に所有権が未だ残るのであるから、本稿の物権的請求権の相手方とすることができると考える於保説、広中説、我妻・有泉説は、相手方は所有権の所在によって確定することになるので、結局のところ実質的所有者説を採ったこととなり文字通りの登記名義人説を採ったとはいえないのではなからうか。

(5) 本類型における私見

「非・無権利構成」「不真正無権利構成」「真正無権利構成」いずれを採るにせよ、登記名義が建物譲渡人に残っている場合には、登記名義人は当

該建物を二重譲渡することは法的に可能であるとする立場は変わらない。これらによれば、甲は第一譲渡の後も登記が残存する限り、形式的ではあるが「なんらかの資格・地位もしくは能力」（以下、「なんらかの資格」と称する。）を有しているのではあるまいか。この「なんらかの資格」とは、「目的物を処分しうる資格」として捉えるのである。この資格を備えているからこそ、「不真正無権利構成」「真正無権利構成」のいずれの説を採っても甲は二重譲渡をなしうるのである。甲は登記を残存させる限り、物権的請求権の相手方となりうるという不利益を負わされるのであり、この一種のサンクション機能によって譲受人への登記の移転が促進され、公示機能が貫徹が図られるのである。次に、この「なんらかの資格」を有する者が、請求の相手方に含ましめるべきであるか否かを考察する。不動産における請求の相手方は、判例において所有権を基準としてなされてきたことは前にも述べたとおりである。それは、請求の相手方が所有者でないこと、建物の処分権がなく、「他人の建物を取り壊すという不法行為を奨励することになる」⁽⁷⁸⁾のであり、他面、建物を処分できる所有者がその建物を存置していることは不法占拠となるからである。土地を不法占拠されているという本論文の問題においても、同様に解するべきであるといえる。ここで、建物を所有することによって、土地を占有していることが不法占拠であるという点について論じても、建物譲渡の当事者間で処分権を留保した建物譲渡であれば、実質的所有者であっても、結局建物取去を行うことはできない。よって、この問題で重要なことは、建物を処分しうる権能である⁽⁷⁹⁾といえる。二重譲渡事例において、甲が第二譲渡後、丙が登記を備えれば乙の所有権はなくなるという意味で「なんらかの資格」を有する者として捉えるのであるから、本論文の問題である Y（登記名義人）は、登記を保有し二重譲渡をすることが理論的に可能なのであり、Y も「なんらかの資格」を有しているのである。仮に、Y（登記名義人）が建物を取去して Z（建物譲受人）の所有権を覆滅させた場合を考え、その場合と甲が丙に譲渡して、丙が登記すれば乙の所有権が覆滅することは酷似しているのではなからうか。⁽⁸⁰⁾よって二重譲渡事例における、「なんらかの資格」は建物

取去の権限も含む。取去しうるにもかかわらず、当該建物を存置させていることが不法占拠なのであり、Yは物権的請求権の相手方となりうる。

実質的所有者Z（建物譲受人）も相手方となりうるかという点については、実質的所有者（建物譲受人）は登記名義人（建物譲渡人）から有効な譲渡契約がある限り、所有権を得ているのであるから、そこに処分権が含まれるのは当然である。よって、実質的所有者も物権的請求権の相手方とすることが可能である。最も、第二譲受人が存ずる場合にはどちらが実質的所有者であるかという厄介な問題が残される。⁽⁸¹⁾

2 仮装名義型

（1）本類型における民法94条2項の類推適用（⑧判決少数意見）の検討

仮装名義型の事例においても、判例は実質的所有者説を採るべきであるとしてきたわけであるが、ここでの少数意見は未登記建物移転型における少数意見と同様民法177条の問題として捉えながら、本類型は物権変動の生じていない類型なので、民法94条2項を類推適用し、登記名義人に対する請求を認めようというのである。土地所有者は民法94条2項の第三者と類似する者と捉えてよいのであろうか。少数意見はこれを肯定して民法94条2項を類推適用すべきであるとするは先に観たとおりである。しかし、民法94条2項の第三者とは、「虚偽表示の当事者およびその一般承継人（相続人）ではなくして、意思表示の目的について利害関係を有するにいたった者」⁽⁸²⁾をいい、本問題における土地所有者Xはこの第三者には含まれないように思われる。また、民法94条2項類推適用論によれば、少なくとも土地所有者Xは、仮装登記名義人Y1が所有者でないということについて善意でなければならない。民法94条2項の類推適用や民法177条の類推適用を肯定したとしても、登記名義人（建物譲渡人）もしくは建物譲受人によって土地所有者が悪意や背信的悪意者であることが立証されれば、当該建物は存続することとなりうる。そのような立証によって、土地利用権限も伴わない不法占拠建物の存続を認めることは妥当ではあるまい。よって、ここでも民法177条の類推適用と同様に、物権的

請求権行使に請求権者の主観的要素（善意や悪意）を問題とすることは不合理である。

（２）本類型における私見

仮装名義型事例において土地所有者は仮装登記名義人 Y1 に請求できると考える。この類型は、仮装登記名義人 Y1 と実質的所有者 Y2 の通謀の上、仮装譲渡がなされており、Y1 に対して請求したとしても、建物の所有権を有しておらず、また建物を処分する権能がないので請求の相手方となりえないように見える。しかし、Y1 は、第三者に当該建物を譲渡することは可能であり、しかもその第三者が善意であれば、Y1、Y2 はその第三者に両者の通謀虚偽表示による無効を対抗することは出来ず、第三者は当該建物の所有権を取得することが可能である。この意味で、Y1 は「なんらかの資格」を有しているといえる。「仮装登記名義人 Y1 が善意の第三者に譲渡して、実質的所有者 Y2 の所有権を覆滅させること」と「二重譲渡人甲が丙に第二譲渡した後、丙が登記を備えて第一譲受人乙の所有権を覆滅させること」、そして「本論文問題の登記名義人 Y が建物を取去し、実質的所有者 Z の所有権を覆滅させること」は酷似していると思われる。よって、本類型における Y1 の持っている「なんらかの資格」にも建物を取去しうる資格を含ましめてよいであろう。そして、処分できる「なんらかの資格」を有しているにもかかわらず、当該建物を存置していることは不法占拠にあたるとして、仮装登記名義人 Y1 を請求の相手方とすることは可能なのである。

３ 未登記建物移転型

（１）本類型における私見

嘱託登記の名義人は本来、未登記建物の譲渡人なのであり、もし処分禁止の仮処分のための嘱託登記がなされることがなければ、第一の譲受人、第二の譲受人のいずれか先に保存登記をした者が確定的に建物の所有権を取得することになるのであるが、ここでは処分禁止の仮処分の故に、登記

名義人はいずれかの譲受人に移転登記をなしても仮処分債権者たる土地所有者に対抗できず、また、譲渡人名義の保存登記がなされていることからいずれの譲受人も自己名義の保存登記はできず、その意味で譲渡人たる登記名義人は確定的に権利を処分する「なんらかの資格」を有しているとは言い難い。したがって、仮処分債権者である土地所有者は登記名義人を物権的請求の相手方とすることはできないと考える。本類型における処分禁止の仮処分は当事者を恒定するために行われるものであるといえ、土地所有者は登記を基準として登記名義人を被告としたわけではない。土地所有者が、登記名義人を物権的請求権の相手方にするとは、実質的所有者を常に相手方にするとは当事者が転々と変化する可能性があるため、公の書面である登記を基準とすることで相手方が明確になることに利点があったといえる。それにもかかわらず、未登記建物移転型事例のように、登記が何もなされていないような状態で、土地所有者が何を基準として、裁判所の嘱託による登記の登記名義人を相手方としたのか。この類型の問題は、そもそも登記名義人と実質的所有者の異なる事例ではなかったように思われる。このように登記の存在しない事例においてはなお、実質的所有者を物権的請求権の相手方にするほかにないように思われる。

4 実質的所有者の運命

登記名義人に対する物権的請求権が認められると考えた場合、実質的所有者は有無を言わず建物を壊されるということになれば不合理ではなからうか。

登記名義人が被告とされ、実質的所有者が執行前に気づいた場合、「建物取去土地明渡請求の当事者とならなかった「譲受人」に判決の既判力は及ばないから」、譲受人は第三者異議の訴えを提起し、土地使用権原について主張立証責任を負うこと⁽⁸³⁾で保護が図られるという⁽⁸⁴⁾。

建物が取去されてしまった場合には、実質的所有者は登記名義人に対して、担保責任の追及などの契約上の損害賠償を請求することになろう。しかし、仮装名義型の実質的所有者は不実の登記作出の責任もあるため、責

任を追及できるとしても妥当であろう。⁽⁸⁵⁾このように、終局的には金銭による補填によって実質的所有者は保護されることになる。

注

- (64) 大審院判決②④は事例が具体的でない。
- (65) この分類の仕方は、鎌田「前掲論文（脚注2）」69-70頁による。この分類は①判決に合致すると思われる。
- (66) 加藤雅信『新民法大系 物権法 第2版』有斐閣（2005）89頁
- (67) 幾代「前掲論文（脚注3）」1755・1763頁
- (68) 鈴木禄弥『物権変動と対抗問題』創文社（1997）18頁
- (69) 鈴木禄弥『物権法講義（第四版）』創文社（1994）127頁
幾代博士は「裏返しへの対抗問題」と称する。幾代「前掲論文（脚注3）」参照
- (70) 幾代「前掲論文（脚注3）」1760頁、田中「前掲論文（脚注18）」17頁参照
- (71) 田尾「前掲論文（脚注25）」135頁参照
- (72) 益井「前掲論文（脚注32）」32頁参照
- (73) 具体的には、不完全物権変動説、優先的効力説がある。
- (74) 具体的には、第三者主張説、否認権説、反対事実主張説、第三者出現（可能性）説や第二譲渡有効化論（処分権限擬制説・否認権行使による追完構成・消極的公示主義構成）がある。
- (75) 具体的には、法定証拠説・法定承継取得説（失権説）・公信力説・ボアソナード説がある。
- (76) 舟橋ほか編『前掲書（脚注2）』424頁参考。この学説状況については、本書が簡明に説明されている。分類の仕方についてはこれを参考した。
- (77) 田中「前掲論文（脚注18）」38頁・鈴木『前掲書（脚注68）』35-38頁参考
- (78) 益井「前掲論文（脚注32）」32頁
- (79) 石田「前掲批評（脚注59）」742頁においても重視されていると思われる。
- (80) 田中「前掲論文（脚注18）」38頁参考
- (81) 大河「前掲判例研究（脚注18）」139頁
建物所有権が譲渡ではなく時効取得された場合も、移転登記未了の間は、建物登記名義人は「なんらかの資格」を有しているといえる。
- (82) 四宮和夫＝能見善久『民法総則 第7版』弘文堂（2005）178頁
- (83) 田中「前掲論文（脚注18）」47頁参考。
- (84) 実務上は、このような問題を避けるために登記名義人と実質的所有者双方を共同被告とすればよいのではなかろうか。
- (85) このような実質的所有者の保護について詳細に検討されているものとして、以下参照。田中「前掲論文（脚注18）」46頁以下、幾代「前掲論文（脚注3）」1759頁以下。

第4節 物権的請求権の相手方の拡張の可能性

これまで、物権的請求権の相手方は、現に無権原で目的物を占有している者またはその侵害状態を除去しうべき地位にある者とされてきたが、東京高裁平成8年3月18日判決⁽⁸⁶⁾において所有権の帰属を論ずるまでもなく、侵害状態作出者に対する物権的請求権の行使が認められた。これは今までの判例理論や学説上はなかった見解であるといえる。以下では、本稿における問題においても侵害状態作出者を物権的請求権の相手方とすることはできないかという点について若干の考察を行う。

1 侵害状態作出者が物権的請求権の相手方となるとされた事例

この事例は、産業廃棄物の除去の請求事件であるが、侵害状態の作出者に対して請求の相手方を認めた判例である。

一事実の概要⁽⁸⁷⁾—

Xは甲土地を所有しており、Y1所有の乙土地（山林）と隣接していた。両土地は傾斜地の上下関係にあり、甲土地が乙土地の下方に位置していた。ところが、Y1はY2の仲介を受けて、産業廃棄物処理業者であるY3社Y4社（以下Y3・Y4と称する）が産業廃棄物を乙土地に投棄した。その後、産業廃棄物は多くなり甲土地にまで滑り落ちた。

これを受けて、XはY1、Y3・Y4に対して乙土地への産業廃棄物の投棄に起因する甲土地への産業廃棄物による甲土地の所有権侵害を理由として、①土地所有権の妨害排除請求権に基づく甲土地上に堆積した産業廃棄物の除去、および同土地の産業廃棄物の除去によって懸念される甲土地からの新たな産業廃棄物の崩落の危険を理由として、②土地所有権の妨害予防請求権に基づく甲土地上に堆積した廃棄物の除去を求め、そして、Y1、Y2らには③共同不法行為に基づく損害賠償金の支払いを求めた。この請求に対して、Y1は、Y3・Y4らが投棄した産業廃棄物は甲土地に崩落しておらず、Y1が甲土地上に堆積にしている産業廃棄物の共有者でない以上、その除去および新たな崩落の危険を予防する義務を負わないと主張し、さらに、仮にY1の投棄した土砂等が甲土地上に崩落・堆積していた

としても、その排除を義務付けられるほどにはX土地所有権を侵害していないと反論した。また、Y3・Y4は、乙土地への産業廃棄物の投棄はY1の承諾を得ておりかつ有料でなされたことを理由に、不法投棄ではないと主張し、そして、それと関連して、投棄の時点で産業廃棄物の所有権はY1に移転したのであって、自分には除去義務はないと反論した。

原審は、右産業廃棄物はY1、Y3・Y4の誰が投棄したものか区別することができず、これらは混和して主従の区別もできずY1、Y3・Y4の共有関係にあるとしてXの①②請求を認容した。③についても共同不法行為の成立を認め全部認容した。

Y1、Y3、Y4控訴。

一判旨一

「これらの堆積物とこれらが投棄される以前の本件山林や甲土地の旧地山とはその地質の違いから明確に区別できるものであるから、Xは、甲土地の所有権を侵害している。堆積した右廃棄物等を不法に投棄した行為者全員に対して、その除去を求めることができるというべきである。」

「所有権に基づく妨害排除ないし妨害予防請求は、その所有権を侵害し、あるいは侵害するおそれのある物の所有権を有する者に限らず、現に存する侵害状態を作出した者もその排除ないし予防の義務を負うものと解すべきであるから、現に廃棄物等を堆積させてXの所有権を侵害しているY3も、その投棄され放置された廃棄物等の所有権の帰属を論ずるまでもなく、これらを除去すべき義務を負うことは明らかである。」

2 若干の検討

物権的請求権（この事案では特に妨害排除請求権）の相手方は、第1節の判例でも触れたように、妨害状態を生じさせた者と現に権利行使の妨害となっている物の所有者が異なる場合は、妨害物を第三者に譲渡した者は含まれないと考えられている。学説上では、請求の相手方は、「みづから物権の妨害状態を生ぜしめた者に限らず、その者の支配内に属する事実

よって物権の侵害状態を生ぜしめている者をすべて含⁽⁸⁸⁾むとするものや、一般原則として述べてられている、現に無権原で目的物を占有している者またはその侵害状態を除去しうべき地位にある者とされている。しかし、これは「現在の妨害物の権利者が相手方になることを念頭においたもので、過去に妨害状態を生じさせただけの者が無条件に相手方になることを肯定したものではない⁽⁸⁹⁾」とされている。これはもっともな理論であるといえるが、この考えを貫くとあるなにかがしか弊害があるのではないかということの主眼に置き、以下、私見を述べる。

X所有の土地の上に、侵害状態作出者Yが不法に建物を築造して所有していた場合（便宜上、未登記の場合を考える。）、XはYに対して物権的請求権を行使できるのは、異論のないところである。ここでYが所有権を放棄した場合にはどうなるか。これは、理論的には無主の不動産となり国庫に帰属する。ここで、Yは国に対して物権的請求権を行使し、建物を取去してもらい、その後、国がYに対して求償するというのはあまりに複雑ではなからうか。この場合にはYが侵害状態を作出したのであるから、Yに対する物権的請求権を認めるほうがより円滑になると思うのである。この事例において、Yの所有権放棄や所有権の譲渡は信義則や公序良俗⁽⁹⁰⁾に反しできないとして所有権は未だYにあるとする考えもあるが、これは所有権の放棄や譲渡によって他人の利益を害さないようにしなければならぬという考えからくるものであり、そうになると、侵害状態を作出した者に対して物権的請求権を行使することが信義則上も妥当ではなからうか。

侵害状態作出者に登記が存する場合には、第3節の検討でも述べたように、二重譲渡が可能なゆえの「なんらかの資格」を有しているので建物取去できるが、登記がない侵害状態作出者の場合には、取去しうる根拠が見当たらないように思われる。しかし、侵害状態作出者は、他人の土地の上に勝手に不法占拠物を立てておきながら、これを他の者に譲渡することによってその責任が免れるとするのはあまりに不当である。また、譲渡がなされた実質的な所有者の建物が取り壊される不合理という点については、

実質的所有者に建物取去請求がなされれば、結局のところ実質的所有者は取去しなければならないので、不法占拠物の法的運命は変わらないのである。これは、実質的所有者が侵害状態作出者に費用請求すれば最終的な損害は少ないといえよう⁽⁹¹⁾。「侵害状態作出者が不法占拠物を取去しなければならないこと」は、「土地所有者にとって、侵害状態作出者に勝手に不法占拠物を建てられ、その物が譲渡されることによって取去の相手方の探求が困難になること」に比べれば取るに足らない不利益といえよう。このように、侵害状態作出者に取去しうる権能というものを見出すことには困難があるが、手続きの煩雑や利益衡量によって、侵害状態作出者が物権的請求権の相手方となってもよいのではなかろうか。

侵害状態作出者を物権的請求権の相手方とすることが出来れば、未登記建物移転型事例においてなお、登記名義人に対する請求も可能である。また、侵害状態作出者 Y が保存登記をし、Z に譲渡し移転登記を行った後、Z が A に譲渡したが登記は Z のままであったという事例では、私見によれば、侵害状態作出者 Y、登記名義人 Z、実質的所有者 A すべての者を物権的請求権の相手方とすることが可能である。

3 残される問題

侵害状態作出者については取去しうる権能なしに取去しうるとしたことに問題がないのか。本稿では、侵害状態作出者は他人の土地を不法占拠したという責任が、登記名義人が移転登記をしなかったという責任に比べて重いということを指摘するにとどめる。また、この事例は、産業廃棄物であったため、これを土地と附合した不動産と捉えているのか、単なる動産と捉えているのかと不明である。この点はなお検討の余地がある。

侵害状態作出者が建物の所有権を譲渡し登記も移転している場合、この者を物権的請求権の相手方として認めると、全くの無権限者に建物を取り壊させることは不法行為を助長することになりはしないかという批判もありうる。しかし、侵害状態作出者が物権的請求の相手方として敗訴した場合には取り壊しは正当行為として違法性が阻却されると考えてよいのでは

なかろうか。

注

- (86) 東京高裁平成8年3月18日第15民事部判決 判例タイムズ928号154頁。
- (87) この事実の概要は、堀田親臣「判例研究〔物権的妨害排除および妨害予防請求権の相手方とその判断基準〕」広島法学第21巻第3号255頁（1998）～を参考。
- (88) 我妻＝有泉『前掲書（脚注61）』23頁。
- (89) 山垣清正「民法11〔物権②〕」判例タイムズ978号 平成9年度主要民事判例解説39頁（1998）。
- (90) 我妻＝有泉『前掲書（脚注61）』248頁
- (91) 侵害状態作出者については、本論文問題の登記のある事案で、このように結局、「費用負担」の問題として考えるものとして、幾代「前掲論文（脚注3）」1758頁等。

結び

本稿では、物権的請求権の相手方如何について考察してきたが、所有者が物権的請求権の相手方であることは物権的請求権の一般原則であるから、登記名義人が所有者であるとする理論構成は、物権的請求権の制度を重視した考えといえる。しかし、「登記名義人は所有者である」とすれば「登記のない実質的所有者の所有権を否定することになりはしないか」、というような意思主義や一物一権主義に反することになるという批判がありうる。このような批判を回避すべく可能な限り登記名義人説という文字通りの一義的な解決を図ってきた。

移転登記未了型においては、登記名義人は二重譲渡をなすことが可能であり、結果的に第二譲受人に所有権を帰属させることが可能であるから「なんらかの資格」を有しており、この「なんらかの資格」には建物取去を含ましめて、建物を取去しうるにもかかわらず建物を存置していることにより登記名義人を不法占拠者と捉えるのである。仮装名義型事例の場合は、仮装登記名義人は善意の第三者に建物を譲渡すれば所有権を帰属させることが可能である。このように善意の第三者に所有権を帰属させるとい

う結果を捉え、ここにも「なんらかの資格」があると考え。この2類型は、起こる結果を捉えて「なんらかの資格」を有しているとする考えといえる。しかし、意思主義や一物一権主義に反するという批判を避けるためにこのような理論構成をしたとしても、登記を基準として相手方を確定するという点では対抗要件としての登記の本来の機能からは逸脱する。未登記建物移転型事例はそもそも実質的所有者と嘱託登記の名義人の異なる事例ではないと考える。こう考えると、未登記建物移転型はあまり実益のない分類とも考えられよう。ただ、未登記建物が譲渡後も全く登記されない場合も理論上はありうるから、全く意義がないわけではない。

侵害状態作出者については、多くの場合不法占拠していることを侵害状態作出者が認識しているので、そのような者が所有権を譲渡することによって建物取去の責任を免れることができるとするのは不合理ではないかというところからきたものであり、なお検討すべき課題は残されていよう。また今後、所有権の帰属に関係なく侵害状態作出者を物権的請求権の相手方とする判例が集積していくのか見守らなければならない。

本稿は物権的請求権の相手方をできるだけ一義的に把握できるよう試みてきたが、侵害状態作出者をこれに含ませる場合には一義的な理解が不可能となることを覚悟しなければならない。統一的な理論の構成は極めて重要ではあるが対象が異なる性質を有する場合には、それに沿った理論構築をなすべきであろう。

(後記) 本稿は古座昭宏の修士論文に西村峯裕が修正を加えたものである。