慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	取壊しの合意された建物の譲渡と登記請求権
Sub Title	Eine Betrachtung über den Anspruch auf Mitwirkung zur Eintragung
Author	新田, 敏(Nitta, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1991
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.64, No.12 (1991. 12) ,p.43- 68
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	人見康子教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19911228-0043

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

取壊しの合意された建物の譲渡と登記請求権

新田　敏

一　はじめに
二　取壊しの合意された建物の譲渡と登記請求権についての判例
三　取壊しの合意された建物の不動産性
四　登記請求権の発生根拠と合意による消滅の可否
五　総　括

一　はじめに

わが民法は物権変動につき意思主義・対抗要件主義を採用していることから、不動産物権の変動においては、対抗要件として、登記を具備しなければならない。そして不動産登記法は、登記の手続について、当事者が登記所に申請すべきものとし（不登法二五条）、かつ登記権利者および登記義務者による共同申請を原則としている（不登法二六条）。物権変動が法律行為によってなされ、その当事者が任意に登記手続を行うことになれば、当然に、右の方式によるこ

とになる。ところが相手方が任意に登記に協力しない場合については、民法にも不動産登記法にも規定されていない。もっとも判例は古くから、この場合に当事者に、登記申請に協力することを訴求しうる権利を認めており、それが登記請求権と称せられるものである。

この明文の規定を欠く登記請求権は、いわば判例主導によって容認されてきたものであるが、その発生の原因、その根拠ないし法的性質、行使の相手方をめぐっては、当初から学説上の対立・混乱がみられた。いわゆる一元説対多元説の対立がその代表的なものといえるが、一時期多数説を構成するとみられた一元説が、発生原因として、現在の実体関係と登記が一致しない場合に、これを一致させるためだけに発生するとか[1]、実体的な物権変動と登記とが一致しない場合に、登記を実体的な物権変動の過程に一致させるためだけに発生する[2]、さらにはこの両者を包括するものとして「登記と真実との不一致」[3]により発生する、あるいは、「実質関係と登記との不一致」[4]により発生するとしており、一元化の点では共通しつつも、そこに含まれる法律関係はかならずしも一致していない。それだけでなく、このような一元化の試みによって、登記請求権の根拠ないし法的性格は、不明確となっていた。ところが近時この登記請求権について、その実体法的性格・登記手続法的性格および両者の関連の問題をはじめとして、いわゆる中間省略登記・登記引取請求権などの問題について、論議が深められつつある[5]。

これに対して、同じく登記請求権に関する問題であっても、登記請求権の消滅ないし行使の停止については、従来ほとんど論じられていない[6]。そこで本稿では、建物が取壊すという合意で譲渡された場合に、この買主は、この建物につき移転登記を請求しうるのかについて論ずることとしたい。この問題をめぐっては、次章でみるように大審院の二つの判例をはじめとして若干の判例があり、その多くは、買主の移転登記請求には否定的である。その理由としては、取壊しの合意によって、当該建物の不動産性が喪失したと取扱おうとするものと、両者の取壊しの合意のなかに移転登記請求権の不行使の合意を認めようとするものがみられる。そこで有体物である不動産が関係者の合意で、不

動産性を消失させることは可能なのか、わが民法は、登記請求権の不行使の合意を容認しうるのか、を中心に若干の考察を試みることとしたい。前者については、不動産性喪失の客観的・主観的要件の検討が必要になろうし、後者については、登記請求権の発生根拠・法的性質論からの分析も要求されることになろう。

(1) 中島玉吉・「登記請求権」民法論文集三八四頁、末弘厳太郎・物権法上一四一頁、我妻栄・物権法(旧版)八一頁以下、浅井清信・「登記請求権について」判例不動産法の研究所収一五頁以下、於保不二雄・「登記請求権」岡山大学法経学会雑誌四号一八頁以下など。

(2) 我妻・物権法(改版)八七頁、林良平・物権法六三頁。

(3) 末川博・物権法一四六―七頁。

(4) 舟橋諄一・物権法一二六頁。

(5) 実体法的性格と手続法的性格に関しては、於保・前掲七頁以下、幾代通・登記請求権八頁以下、石田喜久夫「不動産登記をめぐる実体法と手続法」物権法拾遺所収五七頁以下、林良平「不動産登記における実体法法理と手続法法理の交錯」不動産登記をめぐる今日的課題所収一頁以下、中間省略登記・登記引取請求権については、幾代・前掲三七頁以下および一六頁以下参照。

(6) 登記請求権の時効による消滅について、北川善太郎・注釈民法(5)三〇四―五頁参照。

二　取壊しの合意された建物の譲渡と登記請求権についての判例

建物の売買に際して、その建物の取壊しの合意の存在により、買主の建物の移転登記請求権の存否が問題とされた判例としては、つぎのようなものがある。

① 東京地裁大正八年一〇月二八日判決(評論八巻諸法四五五頁)

〔事実〕事実関係は充分明らかではないが登記名義人Aよりその建物を譲り受けたYは、未登記のままこれをXに譲渡したが、この際、XとYの間でこの建物を取壊すことが合意されており、Xはまたこの建物の敷地の利用権を有していない。XからYに

対し、建物の所有権移転登記を請求。

〔判旨〕「従来土地ノ定着物タル不動産タリシモノト雖モ法律上爾後定着セシメ置クヲ得ス之ヲ収去セサルヘカラサルニ至リタルトキハ法律上最早之ヲ定着物トシテ取扱フコトヲ得サルモノニシテ此ニ其物ハ土地ノ定着物タル性質ヲ失ヒ不動産タラサルニ至ルモノト謂ハサルヘカラス左レハ一定ノ物カ土地ノ定着物タリヤ否ヤハ単ニ其物ノ物理的関係ニ依リテノミ決スヘキモノニ非スシテ之ニ加フルニ所有者ノ意思又ハ法律関係ニ依リテ定ムルヘキモノト謂ハサルヘカラス今本件ノ場合ヲ観ルニ本件家屋カ取毀ノ為メニ売買セラレタルモノナルコトハ当事者間争ナク又Xカ其敷地ノ使用権ヲ有セサルコトハ其自認スル所ナルカ故ニ該家屋ハ最早法律上家屋トシテ使用スルコトヲ得スXハ遅滞ナク之ヲ収去スヘキモノニシテ単ニ其建築材料ニ付キ所有権ヲ有スルニ過キサルカ故ニ其物ハ既ニ土地ノ定着物タル性質ヲ失ヒ不動産タラサルニ至リタルモノト謂ハサルヘカラス而シテ不動産タラサル家屋ニ付テハ其所有権移転登記ヲ為シ得ヘキモノニ非サルカ故ニXハ本件家屋ノ所有権移転登記請求権ヲ有セサルモノト謂フヘク…（以下略）」

② 大審院昭和五年二月四日判決（民集九巻一三七頁）

〔事案〕Xは、YがAより購入した家屋一棟を、Yより買受け、その代金を支払っている。そこでXは一週間以内にこの家屋の所有権移転登記手続の履行をなすべく催告したが、Yは本件建物は取壊しのため売買したものであるからXに対し所有権移転登記の義務なしとして、その履行を拒絶した。そこでXはYに対し代金返還および損害金の支払いを求めて訴を提起。原審は損害金の一部を排斥し、その他の請求を認容。Yより上告。

〔判旨〕「取毀ノ目的ヲ以テスル建物ノ売買契約性質ハ当事者ノ意思ニ依リテ定マリ必スシモ一定スルモノニ非スト雖当事者カ取毀ヲ以テ契約ノ内容ト為シタル場合ニ於テハ通常売主ハ買主ヲシテ建物ヲ取毀タシムルト共ニ取毀後ニ生スヘキ材料ノ所有権ヲ移転スルコトヲ約シタルモノト解スルヲ相当トスヘク従テ之ヲ不動産ノ売買ナリトシ売主ニ当然所有権移転ノ登記義務アリト断スルコトヲ得サルナリ然ルニ原判決ハ本件家屋ハ取毀ノ目的ノ下ニ売買契約ヲ締結シタルモノナルヲ以テ之カ所有権移転ノ登記義務ナキ旨ノYノ抗弁ニ対シ論旨摘録ノ如ク判示シ取毀ノ目的ノ下ニ売買契約ヲ為シタリトスルモ斯ル事実ハ法律上不動産ト認メラルル家屋ヲ動産ト為スヘキモノニ非サルコトヲ理由トシ之ヲ不動産ノ売買ナリトシ其ノ所有権移転ノ登記義務ヲ肯定シ以テ前記抗弁ヲ排斥シタルハ失当ニシテ論旨ハ理由アリ」

③　大審院昭和八年三月二二日判決（新聞三五四六号一四頁）

〔事案〕　XはYより本件建物をその宅地と共に買受け、その代金も支払っていたところ、この建物に当時訴外Aが居住し、A名義で保存登記がなされていた。そこでXはYに対し六日以内にこの建物の所有権移転登記手続を行うよう催告し、履行がないときは、売買契約を解除するとの通知をした。これに対しYは、この建物はAの退去後ただちに取毀し他に移転する特約があったから登記義務なしと抗弁し、上告。

〔判旨〕　「凡ソ建物ノ売買ニ於テ他日之ヲ取毀チ他ニ運搬スル目的ニ出テタリトスルモ右売買ノ日時ト之ヲ取毀チ他ニ運搬スル日時トノ間近接セルニ非ル限リ之カ移転登記ノ要ナシト断シ得ヘキモノニ非ス唯右日時ニシテ近接セル場合ナランカ其ノ売買当事者間仮令明示ノ合意ナシトスルモ右建物ノ移転登記ヲ要セサル趣旨ノ黙示ノ合意アルモノト推認スルヲ相当トスヘキノミ然ラハ本件ニ於テYノ所謂建物ヲ取毀チ他ニ運搬スルコトト為リ居リタル旨ノ主張ハ則チ当事者間移転登記ヲ要セサル旨ノ黙示ノ合意アリタル趣旨ノ主張ニ解シ得サルニ非ス故ニ原審カ本件建物ニ付当事者間ニ移転登記ヲ要セサル趣旨ノ特約アリタル事実ヲ認定スルニ足ラサル旨判示シタルハ畢境スルニ…中略…Y主張ノ事実ハ之ヲ認容スルニ足ラサル旨判示シタル趣旨ニ他ナラサルモノト解シ得ヘク而シテ原審ニ現ハレタル証拠ニ依レハ必シモ原判示ノ如キ認定ヲ下シ得サルモノニ非ルヲ以テ…中略…論旨理由ナシ」

④　仙台地裁昭和二五年一月一八日判決（下民集一巻一号二四頁）

〔事案〕　XはYから本件建物を買い受けたが、この売買契約の際に、両者の間でYはXの要求次第、いつでも建物から立ち退き、Xはその後遅滞なくこれを取り壊して収去し、その敷地をYに明渡すべきことの合意がなされた。その後XはAが取得した本件建物の敷地所有権を取得している。Xは本件建物の所有権移転の登記手続を求めて訴えを提起。Yは、前記売買は、動産として行ったもので、登記手続をする必要はないと主張。

〔判旨〕　「Yがその所有にかかる別紙第一目録記載の建物をXに売渡したことは当事者間に争がない。尤も取毀の目的を以て建物が売買され且つ買主が敷地の使用権を有しないときは該建物は法律上建物として使用することができず買主は単に其の建築材料に付いて所有権を有するに過ぎないから其物は既に土地の定着物たる性質を失い不動産でなくなったといわなければならず、従って買主はその建物について所有権移転登記請求権を有しないことはYの主張する通りである。而して証人A、B、の各証言、

X及びYの各本人尋問の結果によればXは右売買と同時に右建物を取毀して他に移転しYに対しその敷地を明渡す旨約したこと、右取毀の時期は当時Xは右家屋の移転先について予定地がなかったので、昭和十九年四月二十日を過ぎて後移転先が見付かったときに一週間の予告を附してYに対し右建物の明渡を求め、Yが之に応じて右建物を明渡したときは遅滞なく之を取毀して他に移転すると約定していたこと、Xは昭和二十年六月中旬Yに対し、右建物の明渡を請求し、Yは同月十八日にその明渡をしたことを認めることができる。しかしながら後に説明する通り、Xはその後右建物の敷地の所有権を取得し、之を敷地として使用することができるようになり、他面YはXに対し右建物の収去を求めることができない事情となったのであるからXが右建物を現状のまま右敷地上に所有しようとするのである以上右建物の現在の所有者であるXは所有権に基き前所有者であるYに対し右建物について売買による所有権移転の登記手続を求める権利を有すると認めるべきである。」

⑤　大阪高裁昭和二九年一二月二五日判決（高民集七巻一二号一一四二頁）

〔事案〕 Xは第二次大戦中に賃借していた本件建物を昭和二一年一二月その所有者Yから買受けた。この建物は地震・戦災などのため傾斜し、危険な状態にあったので、売買の際に一週間内に修理するか、取壊すという特約がなされていた。この建物は昭和二二年五月に滅失により家屋台帳から抹消されたがその後Y名義で抹消が誤ってなされたとして復活手続がなされている。昭和二六年にXはこの建物を修理し、Yが物納したその敷地を国税庁より買受け、Yに対して、建物の移転登記手続を求めて訴を提起。

〔判旨〕 「一般に取毀の目的を以て建物の売買契約があった場合には、不動産としての所有権を移転する契約には相違ないが、建物をそのまま存続せしめることを目的とするものではないから、売買当事者間に於て所有権移転登記をしないとの特約があったものと解すべきであり、この理論を進めると、本件の売買に於ては単純に取毀を目的としたものではなくして、先に引用した売渡証書中の約定のとおり一週間内に修理に着手するか、又は収去するかのいずれかの方法により家屋を処理する約定が為されたのであって、登記手続に付ては何等の明示の約定はないが、此の条項を合理的に解釈するときは、若しXが此の期間内に修理に着手してその後社会観念上相当と認められる期間内に完成したときは右建物に付所有権移転登記手続を為すが、その他の場合には登記をしないとの特約が包含され、従ってYは停止条件附の登記義務を負担したものと解するのが相当である。ところが（中略）Xが修理に着手したのは家屋台帳の抹消よりも更に四年後である昭和二十六年十二月のことであったこと明であるから

右停止条件は不成就に終りYの登記義務は発生しなかったものと見なければならない。従ってその後この家屋の敷地の所有者がこの土地を物納に供し、次でXが之を買受けたこと及び同人が相当多額の修理費を投じて修理を完成したこともYに対して所有権移転登記を請求する理由とならないこと勿論である。尚XはYが登記手続を拒む理由も実益もないと主張するが、課税の問題を考えればこの主張の採用出来ないこと明白である。要するにXとしてはかような建物に付ては新築による所有権保存登記を為すべきであって、Yに所有権移転登記を為す義務のあることを前提とする本訴請求は失当として棄却を免れず……」

これら五つの判例は、売買の時点で建物の取壊しが意図されていたものであるが、買主の登記請求権を否定するにつき、同一の理由によっているわけではなく、大きく分けて、当該建物の不動産性の喪失ないし合意による登記請求権の喪失にもとづくと考えているものと思われる。

三　取壊しの合意された建物の不動産性

建物が取壊す合意のもとで所有権の移転がなされた場合に、その合意通りに買主によって取壊された場合には、建物滅失の登記手続を何人の名で行うか（不登法九三条の一一第一項）という問題は残るとしても、建物かどうかを前提とする実体法上の問題は生じない。従って、取壊しの合意のもとで譲渡されながら、建物がそのままの状態で存続している場合が問題である。もっとも建物がそのまま存続する場合であっても、買主がその敷地の利用権を有しないときは、敷地の所有者が売主である場合はもとより、売主以外の者が所有者であっても、その建物は収去請求の対象とならざるをえないから、買主の意思如何にかかわらず取壊されることになろう。問題は従って、取壊しの合意のもとで建物の売買がなされながら、買主がその敷地の利用権を有しているか、売買完了後に敷地利用権を取得するか、買主がこの建物をさらに転売するような場合に、この建物の所有権移転登記請求権の有無の問題が直接問われることとな

る。もしこの建物の不動産たる性格に、右の合意のもとの売買が何らの影響も及ぼさないのであれば、次章で検討する登記請求権自体の問題はあるにしても、民法一七七条からして基本的に登記請求権が肯定されなければならない。

ところで土地と建物を一体の物であることを原則とするローマ法系と異なり、建物を土地とは独立の不動産とするわが法制のもとでは、建物が人為的工作物であることから、その不動産性をめぐって、固有の困難な問題が生ずる。(イ)建築に着手されたどの段階で不動産たる建物となるか、(ロ)建物の老朽・破壊がどの段階になれば不動産ではなくなるのか、(ハ)建物の不動産性に所有者の意思はどのように関わるかが主要な問題である。右のうち(イ)の問題は、本稿に直接関係するものではないが、(ロ)の問題を考える上で一つの基準を提供しうると思われるので、まずこの問題から検討してみよう。

イ　建物の建築段階における不動産性の取得　建物の建築に着手してそれが独立の不動産たる建物とされるために、どのような段階に到達すべきかという問題は、その建物の予定された用途、建築様式（洋式建築か日本建築か）などによって異なると考えられ、画一的に決定できるものではなかろう。従来の学説も、建物の使用目的を考慮しながら、法規の目的と社会観念によって決するほかはないとしている。[1] もっとも判例の基準は、日本家屋についてのものであるが、ある程度明確な内容を有しているように思われる。すなわち「木材ヲ組立地上ニ定著セシメ屋根ヲ葺キ上ケタルノミニテハ未タ法律上建物トナリタリト云フコトヲ得サル」[2] ものとし、他方、「工事中ノ建物ト雖已ニ屋根及周壁ヲ有シ土地ニ定著セル一個ノ建造物トシテ存在スルニ至ルヲ以テ足レリ」とし、屋根瓦を葺き荒壁を塗り終ったときには、床・天井をはってなくとも建物として登記できるものとしている。[3] この具体的判断については、学説も一般に支持しており、[4] これに対する批判はみられない。これを手がかりとして一応一般的基準を立てるとするならば、土地に定着し、外部に向けて合目的的に遮閉され、予定されたその建物の社会的機能を果たしうる最小限の構造を具備した段階で、それは不動産たる建物となるといえるのではなかろうか。日本家屋以外の建物についても、下級審判

決ではあるが、倉庫、[5] 七階建の賃貸用ビル[6]につき同様の基準によって判断していると思われる。

ロ　建物の破壊・老朽化の程度と不動産性の喪失　不動産である建物が物理的にどのような状況になったときに、不動産たる建物でなくなり、動産として扱われるのかについては、従来全く論じられていないといってよい。火災などによって建物の一部が滅失し、一部が残存するような場合に、その残存部分の程度・形状から具体的に判断すべきことは、当然としても、[7] その一応の一般的基準たりうる判断を示す判例もみあたらない。鉄筋コンクリート造りの地下室をもつ、木造の地上三階建の住宅兼店舗の地上部分が全焼し、地下室だけが残存した家屋[8]や、木造三階建のうち二階三階が火災によりほぼ全面が焼け落ち、建物全体として雨露を防ぐ機能を失ったもの[9]が建物とはいえない、ということには疑問の余地はない。これらはいずれも火災による焼失であって、客観的な判断に親しむ場面といってよい。従ってここでは、建築途中に適用したと同じ判断基準によって、建物とはいえない程度まで破壊された場合に不動産たる性格を失う、といってよいかと思われる。しかしながら建物の損壊の場合になお疑問として残るのは、その残存部分を生かして修復される場合を考慮すれば、一つには、その所有者の修復の意思の有無、他の一つは、その残存部分と修復部分の経済的価値の関係を、全く考慮しないでよいか、ということである。これらの問題は、建築過程でも同様に生じる――そしてその場合は先の基準で客観的に判断されよう――といえるが、明確な相異は、残存部分の評価の場合には、既存建物の登記がなされていることである。右の残存部分の所有者が、滅失の登記をした上で、その残存部分を生かして再建したような場合には、既存建物の滅失と扱うことに問題はないであろう[10]が、あえて滅失登記をせずに残存部分を利用して修復（ないし再建）をした場合に、旧建物の存続として扱う余地もあるのではなかろうか。[11] さらに同様のことは建物の老朽化による不動産性喪失の場合にも考えられる。先述の判例⑤は警察署等から危険を指摘され、除去するよう注意もされていたようであるから、外形的には、先の建物たりうる一般的基準を充しているとしても、機能的にみれば、住居としての安全性を著しく欠くものとして、右の基準を欠くとの判断も可能のように思

われる。しかしここでも、多額の費用をかけて修復されており、右の残存部分の取扱いと同様の困難な問題が含まれており、客観的な基準のみでは確定しえないように思われる。

ハ　建物の不動産性と所有者の意思　前掲判例①は、取壊しの合意で譲渡された当該建物について、㋑ある物が土地の定着物として不動産たりうるかどうかは、物理的関係だけでなく、所有者の意思にもよる。㋺買主が敷地の利用権を有していないから法律上家屋として使用できないことの二つの理由により、その不動産性を否定し、判例②も、不動産としてではなく、取壊しによって生ずる材料の所有権の移転の意思として、登記義務を否定し、判例④は、一般論として、判例①②の理由を援用して、移転登記請求権を有しないとしている。

これらの判決理由が提示する問題は、第一に建物それ自体としては、建物としての基準を充していても、その敷地利用権を欠くことによって、当然に不動産性を欠くか、第二に、所有者の取壊すという意思（あるいは譲受人との合意）によって、建物の不動産性を消失させることが可能かということである。

まず第一の建物が敷地利用権を欠くことによって不動産性を欠くというのは誤りである。土地と建物とを別個の不動産とするわが法制のもとでは、土地と建物とを原則として一体とする法制とは異なり、建物の不動産性の有無は、土地利用権とは分離して判断されるべきものである。ローマ法系の不動産法においては、他人の土地に無権原で建物を保有することはできず、地上権などの権原を有する場合に、建物はその権原たる権利の内容として、保有が可能となる。わが民法は、土地以外の物の不動産性としては、定着物であることを要求する（八六条一項）のみであって、土地利用権を要素としてはいない。土地利用権を欠くときには、事実上その地上に存在できなくなるという問題である。

つぎに、建物としての基準を充し、登記簿上も建物として登記されている建造物について、所有者がその不動産性を否定する――あるいは判例②のように取り壊した後の動産として処分する――ことは法律上可能なのであろうか。前述したように、建物の建築過程において、どの段階で不動産として取扱われるかにつき、判例は、その所有者の意

思を全く問題とせずに、その工作物としての合目的性の観点から客観的に判断しようとしており、この点につき学説の側からの批判もみられない。これは、もしもある建築段階に到達していながら、その所有者の意思によって、不動産として扱うことも、あるいは動産として扱うことも可能ということでは、法律関係が著しく混乱することが想定されるからである。この点は、不動産・動産の実体法・手続法上の差異、たとえば物権変動の対抗要件の違い、即時取得の可否、設定可能な担保物権の種類・手続の違い、裁判管轄（民訴一七条）・強制執行の手続・方法の違い（民執四三条以下・同一二二条以下など）、を考えれば、所有者の意思によって左右されるべきでないことは明らかである。

そしてこのことは、相手方である買主との合意――取壊すこと、あるいは動産として譲渡すること――がなされたとしても、その合意によって、不動産か動産かを決定することは許されない。当事者間での相対的効力の承認などという場面ではないからである。このことは、登記されている建物を、その所有者Xが動産としてYに譲渡し、引渡しを済せた後、Zに対し不動産として譲渡し、登記を移転したという場合を考えれば、明白である。判例①によれば不動産かどうかは、物理的関係だけで決すべきではなく、所有者の意思によって定まるとしているのは、推測するに、ローマ法上一時の目的の為の建物は土地に附合しない――つまり土地と一体の不動産とはされない――とされていたような場合を考慮しているものと思われるが、「地上物は土地に従う」という原理のもとで、建築主にその工作物の自由な処分・取壊しなどが許されていたのは、祭りの際に建てられた劇場とか見世物小屋などのように、その建物自体が一時の目的のものであったのであり[12]、決して所有者の意思のみによって決定されたわけではない。この意味では、わが国でも、一時的あるいは場所的な移動を必要とする用途に供する目的で、移設に適するような構造に製作されたいわゆるプレハブ式の建物であって、その土台を土地に附着させるべく特別な付加工事をしていないような建造物の場合には、屋根・周壁などによって構成されていても、不動産たる建物とはいえないことになる[13]。

本稿で問題とする建物は、本来の建物としての用途に供される目的で建築され、建物登記簿に登記されているもの

であって、これを所有者の意思あるいは、買主との合意によって、不動産から動産に転化させることはできない。前述したように、その権利の客体が、不動産か動産かで、法律上多くの点で、異った取扱いがなされることからして、その客体は、どのような主体のもとにあっても、その物自体が変化しない限り、同一の法律的性格のものとして、法的評価がなされなければならない。したがって、一部の学説のような取壊しの目的で建物の売買をした場合には、不動産の売買とはいえないから、登記を移転する義務がない[14]との理解には反対せざるをえないし、「本件の如き場合にはそれ自体独立の物たる建物の所有権は既に買主に移転してをって、買主は自己の物として之を取毀つことができるのであると解することが、一般取引の通念からいって極めて自然であり、また普通の場合における当事者の意思にもよく適ふものと考える[15]」とする見解および「建物が売買の対象とされている以上、契約当事者の意思解釈として、通常は、（不動産としての）建物所有権を移転する契約と解すべきであろう[16]」との理解については、建物の不動産性につき当事者の意思を基準としうるとするのであれば、疑問といわなければならない。たとえ当事者の意思により「動産」と明示されていたとしても、その建物が不動産としての客観的性質を具備している以上、不動産として取扱うべきことは、前述の理由から明らかといえよう。

（1）我妻栄・民法総則二一四頁、舟橋・前掲一二頁など。
（2）大判大正一五年二月二二日民集五巻九九頁。
（3）大判昭和一〇年一〇月一日民集一四巻一六七一頁。最判昭和五四年一月二五日民集三三巻一号二六頁も、前提の判断で同一の基準に従っている。
（4）我妻・前掲総則二一四頁、舟橋・前掲一二頁、柚木馨＝高木多喜男・判例物権法総論〔補訂版〕一七頁など。
（5）大阪地判昭和二八年一二月一八日下民集四巻一二号一八九七頁。
（6）大阪高判昭和五二年九月二〇日高民集三〇巻三号二八六頁。
（7）同旨、大判明治三八年五月一〇日民録一一輯六九〇頁。
（8）大阪地判昭和二九年二月一五日下民集五巻二号一七七頁。

(9) 札幌地判昭和五三年一二月一一日判タ三九四号一三二頁。
(10) 最判昭和四〇年五月四日民集一九巻四号七九七頁はこの手続によるべきものとする。山田晟・旧注釈民法(6)一九七頁、幾代通・不動産登記法四七一―三頁参照。
(11) ここでの状況とは異なり完全な滅失の場合に、跡地に同じような建物を新築した場合に旧登記の流用も有効――ここでは登記の効力として――とするものとして、広中俊雄・物権法〔二版〕七八―九頁参照。
(12) 新田敏「ドイツにおける不動産附合法の生成」法学研究四一巻一二号一七九一―二頁参照。
(13) 床面積約六坪の組立・解体の容易なプレハブ式建物で、コンクリート打ち込等の特別の基礎工事がなされていない建造物を、有体動産に対する強制執行の対象としたことが、適法とされた事件として、釧路地判昭和五四年三月二七日下民集三〇巻一―四合併号一四六頁がある。
(14) 児玉敏・判例コンメンタール物権法五五頁。なお判例②の評釈において、建物は「取毀さるるまでは不動産であって、意思表示のみによってその所有権は移転し得るのであるから、買主は不動産所有権を取得するとみることが妥当」（我妻栄・判例民事法昭和五年度一一事件四三頁）とされるのは、結論において、私見と同旨と思われる。
(15) 末川博・「判批」（前掲判例②に関する）法学論叢二四巻九一二頁。
(16) 秋元隆男「取毀の目的で建物を売買した場合、売主は所有権移転登記義務を負うか」判タ一七七号二八頁。

四　登記請求権の発生根拠と合意による消滅の可否

前章で述べたように、登記された不動産たる建物を、売主である所有者の意思、あるいは売主と買主との合意によって、取り壊されるべきものとして、譲渡された場合においても、これらの者の意思によって、不動産たる建物が動産に転化することは法律上ありえない。従って買主が売主に対して、その移転登記請求権を行使しえない理由を、所有者の意思ないしは両当事者の合意によって、その建物が動産となったとすることに求めることもできない。それでは、判例③および判例⑤にみられるように、取壊しの合意のもとに建物の譲渡がなされた場合に、売主と買主との間

で、移転登記をしないとの特約がなされたものとして、買主の登記請求権を否認することが可能であろうか。この問題に論及する学者の多くも、登記を移転しない特約としてその効力を認めようとしている。[1] そこでつぎに登記請求権の合意による消滅ないしは不行使の特約ということが有効なのかどうかを検討することとしたい。

イ　登記請求権の発生根拠および法的性質　取壊しの目的で建物が譲渡される場合に、当事者間の特約として登記請求権を行使しないとの合意が有効かどうかを考察するについては、まずもって登記請求権の発生根拠・法的性質をできるだけ明らかにしておかなければならない。なぜならば、その内容によっては、当事者の合意の効力を認め難い場合も考えられるからである。

そこで登記請求権の発生根拠についての学説をみると、まず登記の申請は不動産登記法二六条によって登記権利者と登記義務者が共同で行うのを原則とし、実質上の権利状態と登記面とが合致しない場合に、直接登記法に基づいて発生する権利であるとする見解がある。[2] この考え方をさらに登記手続の全体に拡張して、「登記請求権の行使ないし実現方法は、登記手続法たる不動産登記法の規定に従ってのみなし得るのである」、[3] 従って「登記請求権の存否およびその行使ないし行使方法は、単なる実体法的にのみ考察すべきものではなく、実体関係を背景にしてあくまで手続法上の見地から考えるべきである」[4] との主張もみられる。このような見解は、はじめに述べたように、学説が登記請求権の発生原因を一元的に捉えようとする方向、すなわち、「登記と真実の不一致」あるいは「実質関係と登記との不一致」によって登記請求権は発生するとすることによって、登記請求権の法的根拠が不明瞭化されて行くという状況のなかで、それは不動産登記法にもとづくということを明確に主張したという意味において、評価されるべきものであったといえよう。

しかしながら、このような不動産登記法とりわけ共同申請主義を定める同法二六条を基礎として登記請求権の発生を認めようとする見解に対しては、「登記簿の形式上直接利害関係の相反する当事者双方が協同して登記の申請をす

れば、当事者間に実体関係と登記上の不一致について争いがなくかつ形式上その不一致が立証しえられたものとして登記申請を受理することにしている（不登法二六）。これが登記協同申請主義であり、登記協同申請主義はこれ以上のものではありえない」と位置づけた上で、さらに「（登記請求権による）強制のためには、実体関係と登記との不一致を実質的に審査した上でなければならない。……登記請求権は、形式的審査主義をとる登記法とは無関係な実体法上の実質的な関係とみなければならない」[5]との的確な指摘がなされるにおよび、発生根拠とともに登記請求権の法的性質についても、再検討をせまられている。

従来の多元説対一元説の対立といわれるものも、判例について多くの学者によって分類が試みられた上で、多元説と位置づけられた内容、すなわちⓐ現在の物権関係と登記が一致しない場合、この不一致を除去するために発生する、ⓑ物権変動と登記が一致しない場合にこの不一致を除去するために発生する、ⓒ当事者間に登記をする特約がある場合に、その特約によって発生する、との理解は、これに反対するいわゆる一元説と対応させてみれば、そのほとんどは特約によって発生するとするⓒは容認した上で、ⓐを中心に捉えるか、ⓑを重視するか、ⓐⓑを包括する基準を立てるかということである。従って、判例をⓐⓑⓒの三元説と理解するならば、従来いわれた一元説は実は二元説なのであって、多元説対一元説という対立ではなく、実は三元説対二元説ということであって、本来究明されるべき、登記請求権の実体法上の根拠および実体法上の性格こそが充分に明らかにされるべきである。その上でなお判例によって認められるもののなかに、ある社会生活上容認せざるをえない別種の登記請求権が存在するとすればその根拠と法的性格が明らかにされるべきであろう。

本稿は登記請求権一般を論じようとするものではないから、その法的性質について簡潔にいえば、登記請求権には物権の効果として生ずる物権的登記請求権と、登記の協力を直接内容とする契約、登記の移転がその契約の目的達成のため当然に内容となっていると考えられる契約および契約の無効・取消・解除による原状回復の内容、から生ずる

債権的登記請求権が存在する。[7] このようないわば実体法的法律関係を基礎とする登記請求権に加えて、有力説によれば、わが国の登記法がいわゆる物的編成主義による形式的整合性・一貫性を維持するためあるいは不登法二五条の当事者申請主義などの手続法上の制度などの手続法上の要請から登記請求権の発生を認めざるをえないといわれている。[8] この点については、実体法的――とりわけ物権の効果・契約の効果――のみでは捉え難い登記請求権がありうるのではないかという意味では、むしろ今後の検討課題とされるべきものである。

そしておそらく、そのような問題の一つとして、考えられる登記請求権としていわゆる登記引取請求権がある。この今日、結論的に判例・学説によって承認されているこの登記請求権の問題とは、不実登記の名義人（B）から、真正の権利者（A）に対して、登記の抹消ないし引取を請求しうるかという問題である。このような場合、通常であればAが自分の権利確保のため、Bに対し抹消ないし移転登記を請求するものと考えられ、その場合その構図は不登法二六条の規定する登記権利者・登記義務者にも対応するものである。しかしここでは、実体法上の権利者から登記請求するのではなく、現に名義人である無権利者から登記の引取（抹消）を請求する場合である。この問題につき最高裁は「真実の権利関係に合致しない登記があるときは、その登記の当事者の一方は他の当事者に対し、いずれも登記をして真実に合致せしめることを内容とする登記請求権を有するとともに、他の当事者は右登記請求に応じて登記を真実に合致せしめることに協力する義務を負うものというべきである」[9]としている。判例によって容認されたこのような登記請求権のいわば双面的性格という理解については多くの学者によって支持されている。[10]

しかしそれにもかかわらず、なぜ不実の登記名義人（B）から真正の権利者（A）に対する登記請求権が肯定されるのかについては、ほとんど論じられていない。可能なかぎり実体的法律関係の中で登記請求権を捉えようとする立場からは、AとBの間に契約関係のある場合とない場合にわけ、前者については、登記名義の移転について供託のような制度がないことを強調しつつ、これはAの債権者遅滞となり、受領義務の特定履行的強制（登記の引取請求権）を認

むべし、とされ、後者については、「この種の誤った登記名義が存することは、当方の財産状態一般ないしは生活圏全体に対する一種の客観的妨害であると考え、……一種の妨害排除請求権たる性格をもつ登記請求権が認められる」と解され、ここでは「捨てたくても自分だけでは捨てられないという登記名義なるものの特殊性」を強調される。[11]

しかし右のような苦心の構成にもかかわらず、前者のAの受領遅滞の構成では、判例が「受領遅滞ノ責ヲ負フモ債務ノ不履行ニアラス」[12]としてこれを否定していることはともかくとして、受領義務の不履行ということであれば、当然に債権者Aの過失が要件とされ、[13]Bが常に登記請求権を行使しうるわけではなく、契約関係のない後者において妨害排除請求権の一種とすれば、ここではおそらく責任要件を必要としないことになるであろうから、両者の登記請求権の間に著しい不均衡が生ずることになるのではなかろうか。また後者の財産状態一般ないし生活圏全体というのは、妨害排除請求権の一種（登記請求権）による排除を必要とするというにしては、その被侵害利益が余りに漠然としているように思われる。

このような問題が生じるのは、実体法上の権利関係を広く一般に知らせることによって不動産上の権利をめぐる取引の安全と迅速を計るため、本来観念的な実体的権利関係を、登記簿という人為的手段によって、表徴・公示するという制度（それが不動産上の公租公課の基準などという国家の他の行政的面でも利用されている）を媒介とすることによるものである。しかもこのような不実の登記名義人の被る不利益は、実質上の権利関係に一致しない登記が存続するかぎり継続するのであるから、民事上の他の制度によっては、充分な救済は受けられない。すなわち、故意・過失による損害賠償請求権や、善意・悪意によって効果が異なる不当利得返還請求権というような解決には親しまない。それだけではなく、実体的な権利関係に合致していない登記をそのまま存続させておくことは、右に述べた登記制度の目的・機能に反することになる。そこで現実にその不実の登記によって不利益を受けている者に対して、その登記を実体的な権利関係に一致させるための請求権を認むべきことになるのではなかろうか。[14]

ロ　意思による登記請求権消滅の可能性　ところで他方で検討しておくべきことは、登記請求権一般につき、それを放棄したり、当事者の合意によって消滅させうるのかどうかである。

物権を設定ないし移転しながら、その当事者間で登記をしない特約がなされた場合に、その特約の効力につき判断した判例は、二例しかみられず、しかもいずれも公式な判例集ではないだけでなく、その判断自体も対立している。その一つは、抵当権設定にかかわるものであるが、「抵当権設定契約ノ当事者間ニ其登記ヲ為ササル旨ヲ特約スルモ之ヲ以テ公序良俗ニ反スル無効ノ契約ナリト為スヘカラス」として、登記をしない特約の効力を認めている。[15] その二は、未登記の建物を代物弁済した事例であって、建物自体の占有は移転し、町役場備附の建物台帳の建物所有名義も変更され、被上告人は所有者として公課も払い、かつこの建物を賃貸して賃料を徴収し、建物敷地の地代も払っているという状況で、原審が代物弁済として債務者としてなすべき一切の行為を完了したとはいい難いとしたのを不服として、当事者間で登記をしない合意があったことを理由として、上告したものである。判旨は「凡ソ代物弁済契約ニ於テ債務者カ其ノ目的タル不動産ノ所有権ハ之ヲ債務者ニ譲渡シ権利ノ移転ヲ為シナカラ所有権移転登記ハ之ヲ為ササルコトヲ合意スルカ如キコトハ恰モ不動産取得者ヲシテ移転登記ノ請求ヲ為スコトヲ得サル物権ヲ取得セシメムトスルニ均シク不動産物権ノ変動ニ付登記制度創始シタル法ノ本旨ニ反シ無効ナルモノト解スルヲ相当トスル」[16]としている。ここでは事案が代物弁済における債務消滅の効果を生ずるためには意思表示のみでは足りず、登記手続を完了すべきであるとする判例[17]との関連も、考慮しなければならないが、判旨が所有権移転登記一般につき、登記しないとの特約は――ここでは未登記の建物であっても――登記制度に反して無効としていることに注目しておきたい。

ところで、判例は他方において、中間省略の登記については、登記名義人・中間者・現権利者の三者の合意を要件として、その有効性を認めている。そして学者のなかには、この中間者の合意は、その有する登記請求権を行使しない特約と見るべきであろうとの見解がある。[18]

中間省略登記の問題についてはすでに多くの秀れた研究があるので[19]、本稿では、ここでの中間者の合意ないし同意について、右の学説のいう登記請求権を行使しない特約の有効性の根拠および限界についてのみ論じておきたい。

先に述べたように、一度所有権を取得した中間者は、その時点では所有権に基づく登記請求権と、その原因となる売買契約などの債権契約に基づく債権的登記請求権を有するものと考えられる。そして転売の後、原所有者から直接転得者名義で移転登記するという方法で、実際の物権変動の過程とは異なるにもかかわらず、中間省略登記が有効とされるのは、「其ノ登記ハ不動産ニ関スル現在ノ真実ナル権利状態ヲ公示シ登記ノ目的ヲ達スルニ足ル」と認められるからである[20]。勿論中間省略登記が問題となるような転々譲渡においても、その実体的な法律関係については、種々ありうるわけであって、中間者が完全に所有権を取得し、さらにこれを転得者に完全に移転するものから、中間者が所有権移転の債権と合せてその登記請求権を取得し、この債権を（全体として）転得者に譲渡するというものまで考えられよう。そして後者のような場合には、原所有者から転得者に登記を移転するのは、むしろ実体関係を反映した手続ということになろう[21]からここでは、前者ないしそれに近いものを考えてみる。

中間者は転得者に所有権を移転したことによって、その所有権に基づく物権的登記請求権を有しないことは明らかであるが、原権利者から所有権を取得する原因となった契約に基づく債権的登記請求権は中間者のもとに存続していると考えられる。問題は従って、中間省略登記の合意によって、この債権的登記請求権はどうなるかである。この点について直接判断した最高裁判決はつぎのようにいっている。「甲から乙、乙から丙へと順次移転登記を経由すべき場合に、中間者乙への登記を省略して、甲から直接丙に対して移転登記を経由すべき旨を三者間において合意するのは、丙に登記を得させる便宜のためのものであって、この合意があったからといって、当然に中間者乙の甲に対する移転登記請求権が失われるものではない」として、乙が丙に所有権を移転したにもかかわらず――かつ甲乙丙の三者で中間省略登記の合意がなされていたが、登記名義が依然として甲となっている――本件土地について、乙の市税債

権者であるYが、乙に代位して甲からの所有権移転登記を経由し、さらに乙の市税滞納処分による差押を原因としてなされた差押登記を、有効なものとしている。[22]

このような中間省略登記の特約についての判例の結論を敷衍するならば、この特約の意味は、甲―乙―丙という実体法上の二段の取引関係は、そのままこれを前提としたうえで、登記手続の履行の方法についてだけの附随的な特約がなされたものであって、甲から乙に移転登記をする法的基盤を絶対的・客観的に消滅させるという趣旨のものではない、と解すべきである、[23]ということになろう。従ってこの特約は、前述の大正一一年判決のいう「現在ノ真実ナル権利状態ヲ公示シ登記ノ目的ヲ達スル」という、範囲で効力の認められる、当事者間における債権的効果を生ずる特約であって、この三者以外の第三者に不利益な効果を生じさせてはならないというべきである。

このように、中間省略登記の特約の効力が認められるのは、その特約において、この三者の合意のなかでどのような実体法的意思が表示されていようとも、権利変動の到達点たる現在の権利状態が実体関係に一致するかぎりで登記は有効とされているのであって、[24]それ以上の効力とりわけ第三者の利益にかかわる効力を有するものではないことを確認しておく必要がある。

ハ　取壊しの合意された建物の譲渡と登記請求権　先述の判例③および判例⑤の判旨にみられるように、取壊しの合意のもとに建物の譲渡がなされた場合に、売主と買主との間で、当該建物の所有権移転登記をしないとの特約が、なされたものとして、買主の登記請求権を否認することが可能であろうか。

本節イにおいて述べたように、登記請求権は原則として、実体法上の効力として生ずるものであるから、客観的に不動産としての建物の基準に合致するかぎり、原所有者の意思ないしは契約の当事者の合意により、建物を動産として譲渡したとしても、それによって譲受人は、動産の所有権を取得することはありえず、不動産たる建物を取得する。従って、譲受人はその物権取得者の地位に基づく物権的登記請求権と、その所有権移転を目的とする債権契約に基づ

く債権的登記請求権を取得する。そこで、仮に、当事者間で登記をしない特約があった場合には、それぞれについて別個にその合意の効力を検討すべきことになる。まず物権的登記請求権についてであるが、この行使についてはその物権の客体が存続する限り、制約されないと解すべきである。[25] なぜならば、不動産の権利を登記簿によって公示を実現しようとする民法一七七条の目的は、広く私的社会一般の利益に係わるものであって、当事者の処分可能な利益ではないからである。[26] 仮に買主が建物を第三者に譲渡したとしても、それによって、第三者の登記請求権になんらの影響も及ぼさない。

他方の債権的登記請求権はどうであろうか。これは債権的な登記請求権ということで、それを当事者間の合意ないし、譲受人の意思で放棄することは可能であろうか。まず譲渡人が、仮に他の者に二重に譲り渡したとした場合に、この債権的登記請求権を両者間での合意によって行使しえないと解したとしても、物権的登記請求権を保有しているとするかぎり、それによって対抗要件を具備しうるから、不都合はないとも考えられる。前述の「不動産取得者ヲシテ移転登記ノ請求ヲ為スコトヲ得サル物権ヲ取得セシメムトスル」ものとして無効とする判例[27]とかならずしも抵触しないといえなくもないからである。もっとも契約上の原因にもとづいた物権変動を登記する場合には、物権的登記請求権が独立することはありえないとする一部の学説[28]によれば、物権的登記請求権は行使しえないことになりそうである。とすれば、右の判決と抵触し、無効といわざるをえなくなる。さらにこの譲受人が、この建物を他人に譲渡したときはどうなるのか。この第三取得者（転得者）は、現に登記名義人である原所有者に対して、自己に登記を移転するために、譲受人が原所有者に対して有する登記請求権を代位行使しうるはずである。この時に原所有者は、譲受人との間でのこの債権的登記請求権不行使の特約を転得者に主張できないと考えられる。なぜならば、実体的権利関係と一致する中間省略登記の合意がなされた場合であっても、先の最高裁昭和四六年判決は、中間者の原所有者に対する登記請求権は失われないとしているのであるが、ここでの原所有者と譲受人との特約は、実体関係があるにもかかわ

らず、それと合致する登記移転をしないという特約であって、実体的権利関係を可及的に正確に公示しようとする登記制度の目的に反する――この目的に合致する限り先述の実体法的根拠の乏しい登記引取請求権すら認められる――だけでなく、第三者である転得者の権利を著しく害するからである。

またもしこのような建物の所有権移転登記をしない特約によって、債権的登記請求権が消滅し、ないしは不行使の義務が発生すると解した場合には、判例④および⑤にみられるように事後に、第三者を経由して、この敷地の所有権（ないし利用権）を取得し、そのままその建物がその敷地に存続しうるようになったときに、この登記請求権の存否をどう考えるのであろうか。勿論この両者の間では、この債権的登記請求権の復活ないし不行使義務の消滅はなく、あとは物権的登記請求権のみが問題となるとの解決がありえないわけではない。しかしこの建物所有者がこの建物を転売して所有権を失った場合には、前述の建物転売において生ずる不合理がここでも全く同様に生ずることになるのである。

前述の、結論として売主の登記義務を否定した大審院判例である判例②の評釈を行った二人の有力学者が、登記をしないという特約を、「登記請求権を行使しないという債権的な効力を生ずる」[29]あるいは「建物の移転登記を請求しないことを約しているとみてよい」[30]とされているが、その内容が充分明らかでないだけでなく[31]、右に述べてきたことから明らかなように、このような特約の効力は認めることはできず、無効といわざるをえないのではなかろうか。

仮に買主の移転登記請求権行使の意思が全く認められない状況で、建物を取壊す約束の売買がなされる場合には、その契約の内容は、建物取壊しの請負契約と、その取壊しによって生ずる動産の売買契約と解すべきものであり、それが不登法九三条の一一第一項の、建物滅失の登記申請者は、現に登記簿上の所有者として登記されている者でなければならないことを原則としていることとも一致するのではなかろうか。

（1）我妻栄＝有泉亨・新訂物権法一三九頁、舟橋・前掲一三七頁、同旨末川・前掲物権法一四七頁。

(2) 末弘・前掲一四一頁、勝本正晃・物権法八五頁。
(3) 香川保一「登記請求権について」(二)登記研究一三五号一三頁。
(4) 香川・前掲(四)登記研究一三九号一一頁。
(5) 於保・前掲四号九頁、この他不登法二六条が登記請求権の一般的根拠たりえないことを詳論するものとして、幾代・前掲登記請求権八―一〇頁。
(6) その詳細な説明としては、幾代・前掲登記請求権二四頁以下参照。
(7) この他占有訴権的性質のものを挙げられるものとして、幾代・前掲登記請求権二頁、同・「登記請求権」不動産法大系四巻二五頁、鈴木禄弥・物権法講義〔三訂版〕一二二頁。この性質についてはなお検討を要するように思われる。
(8) 幾代・前掲登記請求権一三―四頁。
(9) 最判昭和三六年一一月二四日民集一五巻一〇号二五七三頁。なお下級審の先例としては、東京地判昭和一四年五月二二日新聞四四三〇号一八頁がある。
(10) 林・前掲物権法六四頁。末川・前掲物権法一三八頁、杉之原舜一・新版不動産登記法一一五頁、一二四頁、舟橋・前掲物権法一二七頁、石田喜久夫・「判批」民商四六巻五号八八六頁、幾代通・不動産登記法〔第三版〕七五頁、森泉章「売主の登記引取請求権」不動産取引判例百選（第二版）九一頁など。
(11) 幾代・前掲登記請求権二六―九頁。
(12) 大判大正四年五月二九日民録二一輯八五八頁、同旨最判昭和四〇年一二月三日民集一九巻九号二〇九〇頁、なお最判昭和四六年一二月一六日民集二五巻九号一四七二頁参照。
(13) 我妻栄・新訂債権総論二三八頁。反対於保不二雄・債権総論（新版）一一九頁。同教授によればこの責任は信義則に基づく法定責任であるから債権者の故意過失を要しないとしている。
(14) 同旨、杉之原・前掲一二八―三〇頁。
(15) 大判昭和一一年二月二八日法学五巻七号一〇八七頁。
(16) 大判昭和一五年八月二〇日新聞四六一七号一二頁。
(17) 大判大正六年八月二二日民録二三輯一二九三頁、最判昭和四〇年四月三〇日民集一九巻三号七六八頁参照。
(18) 舟橋・前掲一三七頁。
(19) 幾代・前掲登記請求権三七頁以下を代表として、そこに引用された文献参照。

(20) 大判大正一一年三月二五日民集一巻一三〇頁など。
(21) 幾代・前掲登記請求権五九頁。
(22) 最判昭和四六年一一月三〇日民集二五巻八号一四二二頁。なお本件の事案自体と判旨との関係を疑問視する見方もある。本判決のもつ意味・評価については、可部恒雄・法曹時報二四巻一〇号一九九六頁、石田喜久夫・「判批」民商六八巻一号一六四頁、平井宜雄・「判批」法協九一巻六号一〇〇二頁、池田恒男「中間省略登記の合意と中間者の移転登記請求権」不動産取引判例百選（二版）九六頁参照。
(23) 幾代・前掲登記請求権七四頁。
(24) 同旨、我妻＝有泉・前掲一三一頁、柚木＝高木・前掲一六九頁、鈴木・前掲一一八頁、広中・前掲七六頁、幾代・前掲不動産登記法四六七頁など。
(25) 物権的登記請求権というものを考える実益の一つである。幾代・前掲「登記請求権」不動産法体系四巻二五頁以下、前掲登記請求権四頁、三〇頁、六三頁参照。判例は所有権移転の事実ある以上消滅時効にかからない、とする。大判大正五年四月一日民録二二輯六七四頁、最判昭和五一年一一月五日判時八四二号七五頁など。
(26) 我妻・前掲判例民事法四五頁は、「当該不動産につき登記請求権発生せずとの特約は固より許されない」として、その登記請求権は所有権から当然発生するものであるから、とされている。
(27) 前掲註(16)判決。
(28) 川島武宜・民法Ⅰ一六一頁。
(29) 我妻＝有泉・前掲一四六頁および我妻・前掲判例民事法四五頁。
(30) 末川・前掲一四七頁同前掲法学論叢九一四頁、同旨舟橋・前掲一三七頁。
(31) 我妻＝有泉・前掲一四六頁は、前提で、登記請求権は、実体的な権利変動を公示しようとする目的で登記制度から当然に生ずる権利であるから、当事者間の特約でこれを発生しないものとすることはできない、としながら、登記請求権を行使しないことによって生ずる不利益を甘受しようとする当事者の意思を認めることは、必ずしも登記制度の趣旨を棄すことにはならない、とされている。

五　総　括

取壊しの合意された建物の取得者に、移転登記請求権が認められるかどうかをめぐっては、右に述べてきたように、直接この問題にかかわった判例のなかに、この合意により主としてこの建物が不動産性を喪失すると理解することにより、この登記請求権を否定しうるとするものと、譲受人が登記請求権を行使しないとする特約の効力として、その請求を否定しようとする考え方がみられるが、前者については、ある工作物が不動産か動産かは、当事者の意思によって決せられるべきではないこと、後者については、その特約が債権的登記請求権に附せられるものと理解したとしても、関係者間に少なからざる不合理を生じさせるがゆえに、その効力を容認しえないことは明らかなように思われる。

判例が不動産物権変動の現実の過程と異なる中間省略登記の合意を有効とし、実体的権利を基礎とするとは理解し難い、不実登記の名義人から真実の権利者に向けて行使する登記引取請求権を許容するのも、つまるところ、その結果は、現在の真実の権利関係と登記が一致しているあるいは一致させるという、登記制度の最少限の目的は達成しうるからである。これに対して、不動産である建物の所有権を移転しながら――それが取壊しを目的とすることから――登記請求権の不行使の特約としてその効力を認めることは、真実の権利と登記を一致させない合意を有効とするものであって、変則的登記を許容する限度を逸脱しているものといえよう。

また近時、不動産についての物支配の現象形態の一面として登記と占有とをパラレルに理解しようとする学説[1]と同様の視点に立つとするならば、登記請求権を行使しない特約の効力を承認することは、所有権を移転しながら、引渡ししない特約の効力を認めることと、同視しうるような制約といえるのではなかろうか。登記請求権をめぐって近時秀れた研究が多くみられるが、まだまだ論ずべき点は少なくないように思われる。今後も実体法に可能なかぎり引き

寄せたところで考えつつも、なおそれ以外の性格のものがありうるかという問題意識のもとで登記請求権について考えてみたいと思う。

（1）幾代・前掲登記請求権三頁および三一頁、於保・前掲一二頁以下、山中康雄「物権的支配の方法としての登記と占有(1)」愛知大学法経論集二八号一頁以下。

「附記」 人見康子教授には、本年三月をもって定年により退職される。学部四年の「民法演習」でご指導を頂いてから以後今日まで、公私にわたって賜ったご教導・ご芳情に対し、この小稿をもって感謝の微意を表させていただきたい。