

Title	〔最高裁民訴事例研究 三六一〕
Sub Title	
Author	大濱, しのぶ(Ohama, Shinobu) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	2000
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.73, No.11 (2000. 11) ,p.139- 152
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20001128-0139

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.

〔最高裁判事例研究 三六一〕

平一一二（判例時報一六九五号七五頁、判例タイムズ一〇一八号二二七頁）

競売の対象とされた土地上に競売対象外の建物等が存在する場合に右土地の引渡命令を発付することの可否

不動産引渡命令に対する執行抗告棄却決定に対する許可抗告事件（平成一一・一〇・二六第三小法廷決定）

〔事実〕

Y（債務者）が所有する二筆の土地（以下、土地一、二という）について、平成九年九月五日に強制競売開始決定がなされた（なお、この土地の他に、後述の土地一上の建物とは異なる建物も強制競売に付され、原審ではこの建物の引渡命令の許可も争われたが、この点は本件許可抗告では問題とされていないので、ここでは省略する）。この土地一上には、強制競売の対象外である、Y所有の未登記の建物がある。これは、土地一のほぼ中央部に位置する、床面積二八平方メートルの軽量鉄骨造鋼板葺平家建事務所で、土地一についての

根抵当権（昭和四七年七月五日に登記がされており、根抵当権者はA銀行、債務者はBであるが、昭和四九年七月一九日にC会社が追加されている）設定後の平成二年五月頃に建築されている。土地二上にはA銀行が所有する自転車置場がある。これは、面積一〇平方メートルで屋根があり、A銀行が、平成二年六月一日付のC会社（代表取締役Y）との駐車場賃貸借契約に基づき、同年九月頃に設置したものである。

X（買受人）は平成一〇年一二月七日にこの土地一及び二（以下、一括して本件土地という）の売却許可決定を受け、同月二八日に代金を納付し、平成一一年一月四日にYに対する本件土地の引渡命令を申立て、同月五日に福岡地裁（原原審）はそれを全部認容した。Yはこの引渡命令に対する執行抗告を申立て、引渡命令においては引渡以外の作為を命じることはできないから、土地上に競売の効力が及ばない土地定着物がある場合は当該土地について引渡命令を発することができない旨主張した。福岡高裁（原審）は平成一一年四月二八日に次のような理由で、この抗告を棄却した（判タ一〇一五号二七六頁）。引渡命令によつては土地の定着物の収去を

強制できない。しかし、「競売土地の買受人は、債務者から当該土地の引渡を受ける権利があり、かつ、簡易迅速に当該土地の引渡を受ける利益を有するのが通常であるから、執行裁判所は、当該土地に件外物件があっても、特段の事情がない限り、当該土地について引渡命令を発することができると解するのが相当である。その場合において、件外物件の敷地部分の引渡について債務者の協力が得られないときは、引渡命令の執行に当たる執行官は、現地において、敷地部分を適宜特定し、敷地部分については執行不能の処理をすれば足りるところ、本件においては、当該土地の立地条件、件外物件の規模及び位置関係等の諸事情から判断して、むしろ、特段の事情が存在しないことが明白である」。

Y は、原決定が、競売の対象とされた土地上に競売の対象外の建物がある場合に土地の引渡命令を発することができないとした東京高裁の判例（東京高決昭和六二年五月二一日及び東京高決昭和六二年八月六日）と相反し、法令の解釈に関する重要な事項があると主張して、民事訴訟法三三七条に基づく抗告許可を申立て、原審はこれを許可したが、最高裁は次のように判示して、この抗告を棄却した。

〔判 示〕

「執行裁判所は、競売の対象とされた土地上に競売の対象とはされていない建物等土地の定着物が存在する場合であつて

も、代金を納付した右土地の買受人の申立てにより、債務者又は占有者に対して右土地を買受人に引き渡すべき旨を命ずることができると解するのが相当である。ただし、引渡命令は、不動産の引渡執行の債務名義であるところ、競売の対象とされていない建物等の存在によりその敷地部分の引渡執行が事実上不能となることが予想されるからといって、競売により買い受けられた土地について引渡命令を求める申立ての利益が否定されるわけではなく、かかる場合に引渡命令を発付することが許されないとすると、買受人のために簡易迅速な占有取得の手段を確保するという引渡命令の趣旨に反することになるからである。これと同旨をいう原審の判断は、正当として是認することができる」。

〔評 釈〕

判旨賛成。

一 競売の対象とされた土地上に競売対象外の建物等が存在する場合の、土地の引渡命令を発することの可否に関する従来の裁判例としては、本件抗告人が挙げる、東京高決昭和六二年五月二一日及び東京高決昭和六二年八月六日（いずれも判時一二四七号九三頁・金法一一九三号三五頁）の他に、東京高決昭和六三年三月二一日（金法一二〇八号二四頁）がある。

以上の三つの東京高裁決定のうち、最初の二つは、本件抗告人もいうように、土地の引渡命令の申立てを却下した原決定を維持するものである。その理由については、引渡命令によつては建物の収去（等の引渡以外の作為）を命じることができず、競売対象土地上に競売対象外の建物が存する場合、土地の引渡を受けるには地上建物の収去が必要であるから、土地の引渡命令を申立てる利益はないとする考え方をとる。⁽¹⁾これに対して、最後のものは、建物敷地部分を除いて土地の引渡命令を認める点で、他の二つと異なる。しかし、建物敷地部分について土地の引渡命令を認めない理由は、土地全体の引渡命令を認めない他の二つの決定の理由と同趣旨である。⁽²⁾

一方、本決定及び本件の原決定は、競売対象土地上に競売対象外の建物等が存する場合、土地の全部につき引渡命令を発令できるとする。尤も、原決定は、「特段の事情がない限り」との留保を付しており、前述の東京高裁の立場に通じるところがないわけではないのに対し、本決定はそのような留保を付していない。

二 本件のような問題は、学説においてはとくに、相手方が競売土地上に競売対象外の建物を所有して土地を占有し

ている場合、引渡命令により建物収去土地明渡を命じうるか、という点から論じられてきた。この点について、否定説が多数説であるが、その根拠を明らかにされているのは中野貞一郎教授のみのようである。同教授は、「土地の競売では地上建物についての権利関係は十分に調査されず、建物の権利者に対する手続保障もないので、土地だけの競売事件記録上の資料に基づいて建物の収去を命ずるのは、行き過ぎ」とされる。⁽⁴⁾

しかし、中野教授は、競売土地上に競売対象外の建物がある場合の、土地についての引渡命令は肯定される。その根拠としては、「引渡命令は、引渡請求権の債務名義であり執行処分ではないから、一般の給付判決におけると同じく、執行の実効性の有無を考慮することなく発すれば足り、そのような引渡命令でも「任意履行に向けた交渉の基礎にはなりうるし、建物の滅失があれば執行できる」とされる。⁽⁵⁾このような土地の引渡命令の可否に直接言及するものは少ないようである。否定的な立場としては、深沢利一氏が、地上建物がある場合「建物の敷地部分について不動産引渡命令」を発することはできないとされ、前述一の三つの東京高裁決定を引用する。⁽⁷⁾昭和六三年三月一日決定のように、建物敷地部分以外の土地の引渡命令は肯定す

る趣旨のようでもあるが、土地の引渡命令を全面的に否定した昭和六二年五月二一日決定及び昭和六二年八月六日決定も引用するので、明らかではない。

一方、相手方が地上建物を所有して土地を占有している場合の、建物収去土地引渡を内容とする引渡命令を、肯定する学説もある。これを最初に肯定したのは中山一郎氏のようにであり、その理由は概して次の通りである。土地と建物を別個の不動産とする法制下では、相手方が建物を所有し土地を占有する場合、買受人が土地の占有取得を実現するには土地引渡執行と共に建物収去執行が必要になるから、民事執行法八三条一項の「引渡し」を買受人に不動産の占有を取得させる意味と解し、上記の場合は引渡命令により建物収去土地引渡を認めるべきである。この場合、建物収去請求権を実現するわけではなく、土地引渡請求権実現の執行方法を明示するにすぎず、こうした考え方は建物収去土地明渡訴訟に関しては通説である。また、建物収去土地引渡を認めないと、引渡命令の機能が制限され、執行妨害に悪用されうる。中山氏は、以上のような理由を示し、更に同様の理由から、相手方が建物の所有者以外の占有者で土地を占有する場合は、引渡命令により建物収去土地引渡を命じうるとされる⁽⁸⁾。

住吉博教授も、建物収去土地引渡を命ずる引渡命令を許容する中山氏の見解に賛同される。根拠としては更に、建物収去の実現のためには満足の仮処分が可能であり、その方法によれば買受人に保証を要求して均衡を図りうるし、一層綿密な審理ができるにしても、迂遠なこと、引渡命令の場合の起訴責任の分配の帰結として容認されるべきで、「相手方の地位を手続上保護する手だては相応のものが用意されていること」を挙げる。なお、住吉教授は、解釈論としては困難があるにしても、このような引渡命令に間接強制を認める余地があることも示唆される⁽⁹⁾。

三 以上の判例・学説を総合すると、土地上に競売対象外の建物が存する場合の引渡命令の取扱いは、概ね、①建物収去も、土地の引渡も命じることとはできない（前掲東京高決昭和六二年五月二一日及び同年八月六日）、②建物収去を命じることとはできないが、敷地部分を除く土地の引渡は命じうる（前掲東京高決昭和六三年三月二一日）、③建物収去を命じることとはできないが、（敷地部分を含む）土地の引渡は命じうる（中野教授）、④建物を所有して土地を占有する者に対して建物収去土地引渡を命じうる（中山氏・住吉教授。なお建物の所有者以外の占有者に対しては

建物退去土地引渡を命じうる)、との四説に区別できよう。住吉教授が示唆されるような間接強制の適用を許容せず、引渡については直接強制、建物収去については代替執行のみが適用されるという通説の立場を前提にする限り、③説に賛成する。

①説及び②説については、中野教授の批判が妥当しよう。引渡命令の性質については、旧法上は執行処分か債務名義かの対立があったが、民事執行法上は債務名義とされている(八三条四項・二二条三号)⁽¹⁰⁾。判決手続では、強制執行が不可能又は著しく困難であっても、給付の訴えの利益を肯定する学説が多数説であること(11)からすれば、執行裁判所における略式の手続によるにしても同じく債務名義である引渡命令の場合は、執行可能性を考慮するというのは均衡を失しようし、地上建物がある場合の土地の引渡命令でも、相手方に任意の履行を促すことが全く期待できないわけではないから、申立ての利益は肯定すべきであろう。なお、本件原決定は「特段の事情のない限り」との留保を付して地上建物がある場合の土地引渡命令を許容する。この「特段の事情」は執行可能性に関すると思われるが、そうであるとすれば、本件原決定の立場についても、①及び②説に對すると同様の批判が妥当しよう。

問題は、③説と④説のいずれが妥当か、すなわち建物を所有して土地を占有する相手方に対し、引渡命令により、土地の引渡を命じうるにしても、建物の収去を命じることまで許すべきかである。確かに、これを肯定する④説は買受人の保護に資するし、更に、執行妨害の防止や土地の換価の適正化にも貢献しよう。執行妨害排除のため引渡命令の強化を図った平成八年の民事執行法の改正⁽¹²⁾の精神に適用とも考えうる。しかし、中野教授が指摘されるように、土地の競売では建物の権利関係が十分に調査されない状況において、建物収去を命じるにもかかわらず、建物の権利者の救済の途が相当程度に保障されないとすれば、建物権利者に酷であり、④説を支持することは妥当ではなからう。以下、この点を若干敷衍する。

土地の競売の場合であっても地上建物の権利関係は調査の対象となる。土地の競売申立書には、地上建物がある場合には建物の登記簿の謄本を添付せねばならず(民事執行規則二三条三号)、現況調査報告書では、調査の目的が土地である場合も、地上建物の所有者を記載せねばならない(民事執行規則二九条二項四号二)。また、現況調査では、土地の占有関係について調査を行う(民事執行法五七条一項・民事執行規則二九条一項四号ロ及びハ参照)が、地上

建物の所有者又は占有者も土地の占有者に当たると解される⁽¹³⁾から、建物の占有関係も調査せねばならない。物件明細書には、競売不動産に係る権利のうち買受人が引受けるべきもの及び法定地上権の概要を記載せねばならない（民事執行法六二条）から、そのことから、土地の競売の場合に建物の権利関係の調査が前提とされていることがわかる。

しかし、土地の競売における地上建物の権利関係の調査に、建物が競売の目的となっている場合と同程度の精度を期待することは、現状では無理なように思う。調査の中心的役割を果たす現況調査については、民事執行規則二九条一項四号ニが定める、土地の競売の場合の地上建物の調査に関し、建物自体が本来の調査の目的物ではないこと、またそのために執行官には建物自体への強制立入権はないため調査に限界があることから、建物自体の競売の場合の調査より簡略でよいと説かれている⁽¹⁴⁾。付言すれば、建物の登記がある場合であっても、登記が真実の権利関係と一致するとは限らないし、建物が未登記の場合には一層、その権利関係の調査に困難が予想されるのに対して、民事執行事件の処理にはとくに迅速性が要請される。こうしたことに鑑みれば、土地の競売の場合の建物の権利関係の調査が簡

略なものにとどまることも、やむをえないように思われる。そうすると、土地の競売の場合、地上建物の権利関係を執行裁判所が誤まって把握する可能性も考慮する必要がある。また、単なる土地の引渡とは異なり、建物の収去は一旦なされてしまえば、後に不当執行であることが判明しても原状回復はできないと考えられる。こうした点に鑑みると、実体法上不当な引渡命令に対する建物権利者の救済が、相当程度に保障されねば、建物収去土地引渡を内容とする引渡命令は許容できないと思う。

引渡命令により建物収去土地引渡を命じうるとした場合の、建物権利者の救済方法を考えてみると、引渡命令の相手方である場合は、執行抗告でも争いうるし、とくに請求異議の訴えによって、時的制約を受けずに（民事執行法三五条二項の適用はない⁽¹⁵⁾）建物収去土地引渡請求権の存在について異議を主張できる。建物権利者が引渡命令の相手方でない場合には、第三者異議の訴えによる救済が考えられよう⁽¹⁶⁾。しかしながら、建物権利者が知らぬままに執行が終了し、これらの不服申立てをなす機会が与えられない危険はないであろうか。例えば、建物の真の所有者は第三者であるところ、事件の記録上は、建物は債務者の所有に属すると誤認されるケースも考えられないわけではないであら

う。このような誤りは、債務者に対する審尋の活用によりある程度防止できようが、⁽¹⁷⁾それでも債務者の協力が得られないような場合は、債務者に対して建物収去土地引渡を命じる引渡命令が発せられるおそれもあり、建物の真の所有者がこれを知らないまま、建物が収去されてしまう事態も生じうるように思う。その場合、建物の所有者には第三者異議の訴えを提起する機会はなく、損害賠償に甘んじることになる。⁽¹⁸⁾このように、建物収去土地引渡を内容とする引渡命令を許せば、建物の権利関係の調査の不備に起因する不当執行の危険を、手続に関与する機会を与えられなかった者が負担せざるを得ない場合があることも否定できず、建物権利者の手続保障に看過し難い問題があると思う。以上が、④説ではなく③説を支持する理由である。

四 本決定は、競売の対象とされた土地上に競売対象外の建物等が存する場合の、土地の引渡命令の発令の許否に関する、初の最高裁の判断で、この点を肯定する立場を明らかにしている。なお、この点を否定した一連の東京高裁決定（前述一参照）の考え方を、最高裁が覆した背景には、引渡命令の強化を図った平成八年の民事執行法改正の影響も看取しうるように思う。

本件許可抗告では建物の収去自体は問題にされていない⁽¹⁹⁾こと、本決定は前述一の東京高裁決定及び本件原決定のよいうに作為内容とする引渡命令を明示的に否定するわけではないことからすると、最高裁は、引渡命令により建物収去を命じうるかについては判断しておらず、引渡命令により建物収去を命じうるとする前述④説の立場を否定するものではないという見方も、必ずしもできないわけではなからう。しかし、「引渡命令は、不動産の引渡執行の債務名義である」と述べること等からすれば、引渡命令により、建物収去を命じうることとはできないが、土地の引渡は命じることができるとする前述③説に従ったものとみるのが、最も自然であろう。故に、本決定の立場に賛成する。

五 なお、住吉教授が、引渡命令の執行に間接強制の可能性を示唆しておられることにも鑑み、この点について付言しておきたい。

住吉教授も指摘されるように、民事執行法一七二条一項は、間接強制の適用範囲を「作為又は不作為を目的とする債務で前条第一項の強制執行ができないもの」と定め、間接強制に補充性を付すから、現行法の解釈論としては、引渡債務及び代替的作為債務に間接強制を認めることには困

難があるが、その余地もないわけではない。間接強制の補充性の主な根拠としては、直接強制・代替執行の方が債務者の人格尊重の理念に適すること、直接強制・代替執行が可能な債務に間接強制を認めるのは迂遠なことが挙げられるが、こうした根拠づけには有力な批判がある。その代表たる中野教授は、「強行的な直接強制のほうが意思の自由を前提とする間接強制よりも債務者の人格を尊重することになる、というのは空虚な形式論であり」、間接強制は「その運用しだいではより迅速かつ効果的でありうる」⁽²⁰⁾と述べておられる。まさに当を得た批判と思う。そして、同教授は、民事執行法一七二条が間接強制の適用を不代替的作為債務に限定していないこと等から、同条の解釈論としても、「代替執行の実施が實際上困難あるいは著しく不相当と認められるとき」代替的作為債務に間接強制の適用を肯定される。また、森田修教授は、民事執行法一七二条の「作為」は引渡を含むと解して、直接強制が可能な債務に間接強制の適用を肯定される。⁽²³⁾日本の間接強制に沿革的な繋がり有するフランスのアストラントにしても、判例は補充性を認めておらず、学説はその理由について、アストラントが簡易な手続であること等の他、物理的な力を用いない点や債務者の意思に委ねて彼自身の行為によらしめる

点から、債務者の——とくに人格的な——利益に資することとも挙げる。⁽²⁵⁾このことに照らしても、立法論として、間接強制の補充性を認めることには疑問があるし、民事執行法一七二条の解釈論としても、間接強制の適用範囲を広く認める方向で考えてよいと思う。

さて、引渡命令の趣旨は、本決定によれば、不動産の「買受人のために簡易迅速な占有取得の手段を確保することである。間接強制は、とくに簡易な手続であるし、運用しだいでは迅速に結果を実現し得ないわけではないことも考慮すると、右のような引渡命令の趣旨になじみやすいように思う。そこで、引渡命令の申立人が望む場合に間接強制の利用を認めることも、強ち考えられないことではなからう。

間接強制を前提とするならば、建物収去土地引渡を内容とする引渡命令の許容性について、再考の余地はあるように思う。間接強制は代替執行とは異なり、作為の実行は本人の意思に委ねられることに鑑みると、このような引渡命令を認めた場合の建物権利者の手続保障に関する前述(三)の問題は、解消されないにしても、軽減されるように思われるからである。例えば、誤まって、建物の所有者でない者に対し、建物収去土地引渡を内容とする引渡命令

が発せられ、間接強制金決定がなされたとしても、建物の真の所有者でない相手方は、通常は、速やかに建物を収去するのではなく、放置する又は請求異議の訴えを提起する途を選び、強制金が相応の額であればその支払を回避するため、後者の方法を余儀なくされるように思われる。そうであれば、建物収去につき代替執行の適用を前提として、引渡命令による建物収去土地引渡を認めた場合のように、建物の真の所有者が知らないうちに建物が収去され、不服申立ての機会のないまま、結局損害賠償に甘んじる他ないといった事態は、少なからず回避しうるのではないかと思う。

前述のように、民事執行法一七二条を前提とする限り、代替的作為である建物収去、土地引渡に間接強制を認めることには各々問題がある。けれども、引渡命令により命じられる建物収去は、代替執行を認めると建物権利者の手続保障に欠けることから、民事執行法一七二条一項の「前条第一項の強制執行ができないもの」に当たると解する余地もないわけではないように思う。また、森田教授の説に従い、民事執行法一七二条一項の「作為」には引渡も含まれると解することもできよう。尤も、通説との齟齬を最小限にとどめるには、土地の引渡は直接強制によること

も考えられる。

(1) 東京高決昭和六二年五月二一日は、「本件においては、右建物の収去なくしては、本件土地の引渡しということはあり得ないのであるから、結局、抗告人の求める引渡命令は、法律上の意味がないものといわざるを得ない（なお、仮に抗告人が引渡命令の申立てによって建物収去をも求めているとしても、引渡命令によつては、右収去までを命ずることはできないと解すべきである。）」と判示し、土地の引渡命令の発令を否定した。なお、引渡命令の相手方は、本件土地上の建物を所有する（本件土地の所有者ではない）、被担保債権の債務者であるが、同決定は、上記の理は「執行手続上の債務者であっても……かわりはない」とする。

東京高決昭和六二年八月六日は、単なる土地の引渡命令ではなく、建物を収去して土地を引渡せ、との引渡命令を求める申立てがなされた事案であるが、東京高裁は、引渡命令によつては不動産の「引渡以外の作為まで命ずることはできない」とし、「本件土地の引渡を受けるためには、本件建物が収去される必要があるが、本件土地に対する引渡命令によつては本件建物の収去を実現することができず、これを実現するためには、抗告人において別訴の提起等により本件建物収去を命ずる債務名義を得る必要があり、こ

のような場合には本件土地について引渡命令を発することはできない」とした。なお、この事例では、当該土地に借地権が設定され、その地上建物が転々譲渡されており、引渡命令の相手方はその転得者である。

(2) 東京高決昭和六三年三月一日は、建物の敷地部分を除いて土地の引渡命令を認める原決定を容認したものである。その理由として、「不動産引渡命令の制度の趣旨や民事執行法八三条一項の規定に照らすと、引渡命令によって是不動産の引渡以外の作為(地上建物の収去など)、不作為の義務を命ずることはできない」から、執行が不能となる、建物敷地部分についての土地の引渡命令は、法律上の意味がなく許されないとし、また、敷地部分を除くとの表示は、給付の目的たる不動産の特定を欠くものではないとした。なお、引渡命令の相手方は、当該土地の担保権者で、当該土地を賃借して建物を所有し、短期賃借権を主張したが、執行妨害目的の濫用的なものとして排斥されている。

(3) 宮脇幸彦『強制執行法(各論)』(有斐閣、一九七八年)三八四頁、中野貞一郎「引渡命令の相手方をめぐる最近の動向」金法一二〇九号四六頁、同『民事執行法(新訂四版)』(青林書院、二〇〇〇年)五〇四頁、石川明・小島武司・佐藤蔵二『注解民事執行法(上)』(青林書院、一九九一年)八五九頁(佐藤蔵二)、深沢利一『民事執行の実務(上)(四訂版)』(新日本法規、一九九七年)五八五頁。

(4) 中野貞一郎「引渡命令の相手方をめぐる最近の動向」金法一二〇九号四六頁。なお、中野教授は、同『民事執行法(下)』(一九八七年)四六二頁では、引渡命令により建物収去土地明渡の決定も可能とされたが、一九八九年の上記論文により否定説に与することを明らかにされている。

(5) 中野・前掲・金法一二〇九号四六頁。同旨、同・前掲『民事執行法』五〇四頁及び五〇七頁注(7)。

(6) 西村宏一・佐藤蔵二『不動産執行(注解不動産法九卷)』(青林書院、一九八九年)四一二頁(井上稔)は、「土地上に権原なくして建物、その他の工作物が存置されている場合であっても、土地の買受人としては、土地上の建物・工作物の収去、土地明渡しを求めるため、土地に対する引渡命令を求めることはできない」とする。建物収去土地明渡を内容とする引渡命令を否定する趣旨にとどまるか、地上建物がある場合の土地の引渡命令を否定する趣旨かは必ずしも明らかでない。

(7) 深沢・前掲『民事執行の実務(上)』五八五頁。

(8) 鈴木忠一「三ヶ月章編『注解民事執行法(3)』(第一法規、一九八四年)二四一乃至二四二頁(中山一郎)。

(9) 住吉博・東京高決昭和六二年五月二日及び東京高決昭和六二年八月六日評釈・昭和六二年重判一三二頁。

(10) 香川保一監修『注釈民事執行法(4)』(金融財政、一九八三年)二一六頁(原田和徳)、前掲『注解民事執行法

(3)『二四三頁(中山)等参照。旧法下の議論については、前掲『注釈民事執行法(4)』二一〇頁(原田)、前掲『注釈民事執行法(3)』二二六頁以下(中山)参照。

(11) 新堂幸司『新民事訴訟法』(弘文堂、一九九八年)二三二頁、中野貞一郎他編『新民事訴訟法講義(補訂版)』(有斐閣、二〇〇〇年)一二三頁(福永有利)、伊藤眞『民事訴訟法(補訂版)』(有斐閣、二〇〇〇年)一三七頁、高橋弘志『重点講義民事訴訟法(新版)』(有斐閣、二〇〇〇年)三〇二頁、新堂幸司『福永有利』『注釈民事訴訟法(5)』(有斐閣、一九九八年)一二四頁(上原敏夫)、小山昇『民事訴訟法(五訂版)』(青林書院、一九八九年)二三七頁、兼子一他『条解民事訴訟法』(弘文堂、一九八六年)八一七頁(竹下守夫)等。しかし、三ヶ月章『権利保護の資格と利益』『民事訴訟法研究第一巻』(有斐閣、一九六二年)二七頁は、「明らかに執行が不能で給付判決をなすことが全く無意味と思われる場合」は、給付の訴えの利益はないとする(同旨、同『民事訴訟法』(有斐閣、一九五九年)六二頁。但し、「強制執行が可能か不可能かは執行機関の判定に委ねられるのがむしろ通常であるから、裁判機関としてはこの点につきわざわざ慎重な調査をする必要はない」とする)。

(12) 平成八年の民事執行法の改正の目的は、住宅金融専門会社(いわゆる住専)の債権を始めとする不良債権の回収

が強く要請される社会情勢下、その障害となっていた競売手続における執行妨害の排除にあるとされる(深山雅也『民事執行法の一部を改正する法律の解説』NBL五九八号二六頁、浦野雄幸編『基本法コンメンタール民事執行法(四版)』(日本評論社、一九九九年)二五八頁(石川明))。引渡命令の改正は、相手方の範囲の拡大(同法八三条一項)及び必要的審尋の対象の縮小(同条三項)であり(萩本修『民事執行法改正の概要』金融法務一四五八号五一頁以下、前掲・深山三三頁参照)、引渡命令の強化を図るものと評価されている(前掲・基本法コンメンタール民事執行法二五八頁(石川))。

(13) 香川保一監修『注釈民事執行法(3)』(金融財政、一九八三年)二二五頁(大橋寛明)、鈴木忠一『三ヶ月章編『注釈民事執行法(2)』(第一法規、一九八四年)二〇二頁(柳田幸三)、最高裁判所事務総局民事局監修『条解民事執行規則(増補版)』(司法協会、二〇〇〇年)二七頁。

(14) 前掲『注釈民事執行法(2)』二〇八頁(柳田)、前掲『条解民事執行規則』三〇頁乃至三一頁。

(15) 前掲『注釈民事執行法(3)』三二八及び三二九頁(中山)、前掲『注釈民事執行法(4)』二二八頁(原田)、中野・前掲『民事執行法』五〇五頁、前掲・基本法コンメンタール民事執行法二六一頁(石川)等。

(16) 代替執行(建物収去執行)に第三者異議の訴えが許さ

れるかは問題になりうる。富越和厚氏は、鈴木忠一¹¹三ヶ月章編『注解民事執行法(5)』(第一法規、一九八五年)八九頁注(38)では、作為に対象物がある場合につき第三者異議の訴えを肯定されたが、後に、香川保一監修『注釈民事執行法(7)』(金融財政、一九八九年)二六八頁注(24)では、執行の目的は作為であり物ではなく、物に関する作為実施の障害は授權決定の発令の障害とならないから、第三者異議の訴えを否定するのが文理に忠実であるとされる。けれども、そうすると、建物収去執行において当該建物が第三者の所有物である場合、建物所有者の救済が困難になり、不動産執行や不動産引渡執行の場合と均衡を失うように思う。鈴木忠一¹²三ヶ月章編『注釈民事執行法(1)』(第一法規、一九八四年)六六〇頁及び六八一頁(鈴木忠一¹³、香川保一監修『注釈民事執行法(2)』(金融財政、一九八五年)五〇四頁及び五三七乃至五三八頁(宇佐見隆男)も、代替執行につき第三者異議の訴えを肯定するようである(いづれも、第三者異議の訴えは全ての財産に対する執行に適用があると説き、代替執行の場合の第三者異議の訴えの管轄について問題にする)。

(17) 債務者については、引渡命令を発するための審尋は必要ではない(民事執行法八三条三項)が、物件明細書の作成のための審尋における不出頭や虚偽の陳述は過料に処せられる(同法一九六条一号)。

(18) 本文に挙げた、建物の所有者を誤認して真の所有者以外の者に対し、引渡命令により建物収去土地引渡が命じられるケースが想定されるのは、建物が未登記である場合又は建物の登記があっても真実の権利関係と一致していない場合であろう。尤も、第三者異議の訴えにおいて異議事由として所有権を主張するには、對抗要件の具備を要求するのが通説である(中野・前掲『民事執行法』二七九頁、前掲『注釈民事執行法(1)』六六八頁乃至六六九頁(鈴木)等参照)から、上記のケースは、たとえ建物の所有者が第三者異議の訴えを提起し得たにしても敗訴しようから、重視する必要はないとの反論もあるかもしれない。しかし、やはり建物所有者に判決手続により争う機会を与えないのは妥当ではないと思う。例えば、未登記の建物の所有者であっても、法定地上権を主張しうるケースも考えられないわけではない。

判例は、民法三八八条に関し、土地の抵当権設定当時に地上建物に登記がない場合にも、法定地上権の成立を肯定する(大判昭和七年一〇月二日民集一一卷二七七頁、大判昭和十四年二月一九日民集一八卷一五八三頁。柚木馨¹⁴高木多喜男編『新版注釈民法(9)』(有斐閣、一九九八年)四九六頁(生熊長幸)によれば通説とされる)。また、判例は、土地の抵当権設定時には土地と建物が同一の所有者に帰属していたが、その後、土地の競売前に建物が

譲渡された場合にも、法定地上権の成立を肯定する（大連判大正一二年一月四日民集二卷六七六頁。前掲『新版注釈民法（9）』五三七頁（生熊）によれば通説とされる）。また、民事執行法八一条の法定地上権に関して、同趣旨の学説がある（香川保一監修『注釈民事執行法（4）』（金融財政、一九八三年）一七八頁（原田和徳）。土地の差押当時に地上建物が未登記の場合及び土地の買受時までに建物所有者が保存登記を経由していない場合にも、法定地上権の成立を認める。また、土地の差押当時には土地と建物が同一の所有者に帰属していたが、差押えられなかった建物が後に第三者に売却された場合にも、差押えられた土地の買受により法定地上権が成立することを認める）。このような考え方によれば、例えば、債務者が所有する土地についての抵当権設定当時又はその土地の差押当時、地上に債務者所有の建物が存したが、その後建物が第三者に譲渡されていた場合、建物が未登記であっても、その所有者には法定地上権が認められうる。この場合に、執行裁判所が、建物の所有者は債務者で、建物の築造時期は抵当権設定後又は差押後であると誤認して、法定地上権は成立しないと解し、債務者に対して引渡命令により建物収去土地引渡命令を発し、建物所有者はこれを知らぬまま建物収去執行が終了したとすれば、この未登記建物の所有者は、法定地上権を主張する機会を奪われることになるう。

(19) 建物収去土地引渡を内容とする引渡命令を許容する本文前述の④説によるならば、本件の事案では、建物を収去し土地を引渡すべき旨のYに対する引渡命令、自転車置場を収去し土地を引渡すべき旨のAに対する引渡命令が可能になるう。けれども、本件許可抗告で問題となったのは、土地を引渡すべき旨のYに対する引渡命令にとどまる。

(20) 例えば、我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、一九六四年）九一頁及び九三頁、兼子一『増補強制執行法』（酒井書店、一九五五年）二八六頁。

(21) 中野・前掲『民事執行法』一〇頁。

(22) 中野・前掲『民事執行法』六七七頁。

(23) 森田修『強制履行の法学的構造』（一九九五年、東京大学出版会）三四三頁。

(24) V. F. Chabas et S. Deis, *Astreintes, Juris-Classeur Responsabilité civile*, fasc. 224-2, 1999, n° 39.

アストラントの補充性を否定した判例としてよく挙げられるのは、*Req. 6 fév. 1900, DP 1900 I 167* で、障壁の収去につき、債務者の費用により債権者が収去を実施する許可（代替執行の授權決定）と共に損害賠償の名目で一定額の金銭の支払を命じられた事案において、破毀院はこの金銭の支払を命じる部分をアストラントとして是認したとみられる。近年の判例は、金銭債務にもアストラントの適用を認める立場を明確にしている（*Com. 3 déc. 1985, Bull.*

civ. 1985 IV, n° 286; Soc. 29 mai 1990, Bull. civ. 1990 V, n° 244)。また、一九四九年七月二日の法律は、一定の建物明渡につき、アストラントの適用を前提として、その内容を制限する。なお、ベネルクス諸国でも、アストラントの適用は、原則として非金銭債務全般に広く許容されていることにつき、拙稿「ヨーロッパ民事訴訟モデル法試案におけるアストラント・フランスのアストラントとの比較及びベネルクス諸国のアストラント統一法の紹介も兼ねて」石川明・櫻井雅夫編『EUの法的課題』（慶應義塾大学出版会、一九九九年）三〇九頁参照。

(25) 例えば、M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, 2e éd., 1954, par J. Radouant, n. 789 は、とくに直接強制（公の武力（force publique）による方法）が可能な場合にアストラントを認める理由に関して、次のようにいう。「実力（force）による方法は、過激、複雑で、債務者にとってやや不名誉で、時に滑稽で、長期的な実効性に欠ける手段にすぎない。しばしばもっと簡単なのは、債務者自身の行為によって、彼が為すべきことの履行を得るよう試みることである」し、アストラントによれば、「債務者については、最後にもう一度、彼自身の履行を促すことにより、彼の信用及び自由に配慮がなされる」。また、代替執行が可能な場合にアストラントが認められることについては、P. Kayser, *L'as-*

treinte judiciaire et la responsabilité civile, RTDC 1953, n. 7 が次のようにいう。「その理由は、この有責裁判（訳注、アストラント）が債務者にとって一層有利でありうる、ということである。この有責裁判は、債務の履行のイニシアティブを債務者に残す。すなわち、債務者にとって最も費用のかからない（onéreuse）又は最も厄介でないやり方で債務を履行しうる」。判例が補充性を否定する理由全般については、Chabas et Deis, op. et loc. cit.

大濱しのぶ