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

Title	〔最高裁民訴事例研究四二六〕権利能力のない社団を債務者とする金銭債権に係る債務名義を有する債権者が、当該社団の構成員全員に総有的に帰属し、当該社団のために第三者がその登記名義人とされている不動産に対して強制執行をする場合の申立ての方法(最高裁平成二二年六月二九日第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	山本, 和彦(Yamamoto, Kazuhiko) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2011
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.84, No.3 (2011. 3) ,p.143- 163
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=AN00224504-20110328-0143

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.

〔最高裁民訴事例研究 四二六〕

平二二1（民集六四巻四号一二三五頁）

権利能力のない社団を債務者とする金銭債権に係る債務名義を有する債権者が、当該社団の構成員全員に総有的に帰属し、当該社団のために第三者がその登記名義人とされている不動産に対して強制執行をする場合の申立ての方法

執行文付与請求事件（最高裁平成二一年(受)第一二九八号、平成二二年六月二九日第三小法廷判決、上告棄却）

〔事　実〕

X（株式会社整理回収機構）は、全国各地の朝銀信用組合がA（在日本朝鮮人総聯合会）に対して貸し付けた債権を譲り受け、Aに対し、その支払を求める訴えを提起した。平成一九年六月一八日、Aに対し、金六二七億円余及びこれに対する遅延損害金の支払を命じる旨の仮執行宣言付判決が言い渡され、同判決は確定した（以下、この仮執行宣言付判決を「本件債務名義」という）。なお、Aは、一九五五年に結成され、いわゆる権利能力なき社団としての実体を備える任意団体である。

Xは、Y（合資会社朝鮮中央会館管理会）が所有権の登記名義人となっている不動産（以下「本件不動産」という）に対する強制執行のため、Yに対し、本件債務名義についてXに執行文の付与を求めたのが本件訴訟である。本件不動産は、Aの中央本部事務所として使用されているが、YはAの構成員ではない。

Xは、本件不動産の実質的な所有権はAに属しており、登記はあくまで便宜上Y名義になっているに過ぎないから、Yは本件不動産の登記名義を有するについて何ら固有の利益を有していないとして、(1)金銭債権に係る債務名義に基づいて執行文付与を求める場合、請求の趣旨において執行対象財産を特定の財産に限定すれば、民執法二三条三項を類推適用して、第三者を債務者とする執行文を付与することができる、(2)権利能力なき社団を債務者とする金銭債権の債務名義を有する場合で、当該社団所有の不動産について便宜上登記名義を管理するための存在にすぎない第三者が登記を保有する場

合には、当該登記名義人を民執法二三条三項の所持者に準じる者と解釈することにより、同法二七条二項に基づき当該第三者を債務者とする執行文の付与を求めることができる、と主張した。

第一審判決（東京地判平成二〇・一一・一七判時二〇三六号八八頁、判タ一二九五号三〇六頁）は、Xの請求を棄却した。同判決は、まず(1)の点について、「法二三条三項が請求の目的物の所持者に執行力を拡張した理由は、専ら他人のために請求の目的物を所持する者は、当該目的物を所持するにつき自己固有の利益を有しないため、請求の目的物の所持者に対する債務名義を形成する手続を保障する必要がないことにあり、同項にいう請求の目的物とは、特定物の給付請求権の対象物である動産又は不動産を指すと解される。他方、金銭債権については、債務者の一切の財産が責任財産になるから、第三者に金銭債権の債務名義の執行力を拡張すると、第三者の一切の財産を責任財産とせざるを得ないが、債務者所有の特定の財産を所持するにすぎない第三者について、第三者の一切の財産を責任財産とする理由はなく、そのような第三者に対して執行力を拡張することは相当でないから、法二三条三項は金銭債権の債務名義については適用されないものと解するのが相当である」とする。

そして、法二三条三項の類推適用に当たり、執行対象財産を第三者が所持するにつき固有の利益を有しない特定の財産に限定すれば、第三者の一切の財産が責任財産になるという不当な結果を回避できるというXの主張に対しては、①債権者代位権の行使によって登記を債務者名義に戻してから強制執行ができるので同条項の類推適用の必要に乏しいこと、[1]②強制競売により登記名義人から直接買受人に登記が移転すると、真実の権利関係を反映していない不実の登記のまま新たな権利変動を生じ、権利変動の過程を如実に反映するという不動産登記制度の趣旨に反することから、採用できないものとした。

また、(2)の主張については、「権利能力なき社団の資産である不動産について、当該社団の規約等に定められた手続により、当該社団の代表者又は構成員の名義で所有権の登記がされている場合には、法二三条三項を類推適用し、権利能力なき社団を債務者とする金銭債権の債務名義により当該登記名義人に対し当該不動産の限度で強制執行することができ、強制執行をすることができる範囲を当該不動産に対する強制執行に限定した上で当該登記名義人を債務者とする執行文を付与することができる」ことを前提としながら、便宜上登記名義を管理するための存在にすぎない第三者が登記を保有する場合にも同様の扱いが可能であるとするXの主張に対しては、①上記のような第三者であっても別個の法人格を有する者である以上、代表者等とは同視できないこと、②第三者名義の登記は公示の機能を果たすものとは認められず、不実の

登記のまま新たな権利変動を生じさせ、権利変動の過程を如実に反映するという不動産登記制度の趣旨に反することから、やはり採用できないものとした。

Xは第一審判決に対して控訴したが、控訴審は控訴を棄却する判決をした（東京高判平成二一・四・一五 LEX/DB 25450689）。その理由は基本的に第一審判決と同様のものであるが、第一審判決の前提としたような代表者等への執行文の付与を認めなければ債権者の権利実行の手段が否定されてしまうことを明示するとともに、便宜上登記名義を管理するための存在にすぎない第三者が登記を保有する場合の強制執行の方法については、「債権者代位権により当該社団の代表者個人への真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を経た上でこれを差し押さえる方法により、権利能力なき社団を債務者とする金銭債務に係る債務名義に基づく権利実現が可能であると解される」旨を判示している。控訴審判決に対してXから上告受理の申立てがされたところ、上告は受理された。

〔判　旨〕

上告棄却。

「権利能力のない社団を債務者とする金銭債権を表示した債務名義を有する債権者が、構成員の総有不動産に対して強制執行をしようとする場合において、上記不動産につき、当該社団のために第三者がその登記名義人とされているときは、上記債権者は、強制執行の申立書に、当該社団を債務者とする執行文の付された上記債務名義の正本のほか、上記不動産が当該社団の構成員全員の総有に属することを確認する旨の上記債権者と当該社団及び上記登記名義人との間の確定判決その他これに準ずる文書を添付して、当該社団を債務者とする強制執行の申立てをすべきものと解するのが相当であって、法二三条三項の規定を拡張解釈して、上記債務名義につき、上記登記名義人を債務者として上記不動産を執行対象財産とする法二七条二項の執行文の付与を求めることはできないというべきである。その理由は、次のとおりである。

権利能力のない社団の構成員の総有不動産については、当該社団が登記名義人となることはできないから（最高裁昭和四五年㈲第二三二号同四七年六月二日第二小法廷判決・民集二六巻五号九五七頁参照）、権利能力のない社団を債務者とする金銭債権を表示した債務名義を有する債権者が、構成員の総有不動産に対して強制執行をしようとする場合、債務名義上の債務者と強制執行の対象とする上記不動産の登記名義人とが一致することはない。そうであるにもかかわらず、債務名義上の債務者の所有財産につき、当該債務者をその登記名義人とすることができる通常の不動産に対する強制執行と全く同様の執行手続を執るべきものと解したならば、上記債権者が権利能力のない社団に対して有する権利の実現を法が

拒否するに等しく、かかる解釈を採ることは相当でない。上記の場合において、構成員の総有不動産につき、当該社団のために第三者がその登記名義人とされているときは、登記記録の表題部に債務名義上の債務者以外の者が所有者として記録されている不動産に対する強制執行をする場合に準じて、上記債権者は、上記不動産が当該社団の構成員全員の総有に属することを確認する旨の上記債権者と当該社団及び上記登記名義人との間の確定判決その他これに準ずる文書を添付して、当該社団を債務者とする強制執行の申立てをすることができると解するのが相当である（民事執行規則二三条一号参照）。

これに対し、法二三条三項の規定は、特定物の引渡請求権についての強制執行の場合を予定しているものであるし、法二七条二項に規定する執行文付与の手続及び執行文付与の訴えにおいて、強制執行の対象となる財産が債務名義上の債務者に帰属するか否かを審理することも予定されていないことからすると、法二三条三項の規定を金銭債権についての強制執行の場合にまで拡張解釈することは許されないものというべきである。」

（田原睦夫裁判官の補足意見（岡部喜代子裁判官が同調）がある。）

〔評　釈〕

本判決に賛成する。

一　本判決の意義

本判決は、権利能力のない社団に対する債務名義を有する債権者が社団構成員の総有に属する不動産に対して強制執行する方法を最高裁判所として初めて明らかにしたものである。従来、学説上の議論が必ずしも十分ではなく、[2] また実体法と手続法がやや分裂して議論されていた問題について初めて明確な判断がされたことは重要な意義を有する。特に、近時民事訴訟法学において有力な見解とされてきた執行文付与による方法を否定した点は極めて重要であるが、併せて従来余り念頭に置かれていなかった（また実務上は否定されると解されてきた）証明文書の提出による方法を正面から認めた点も、理論上また実務上重要な意味を有する。ただ、このような本判決に対しては、学説上なお有力な批判が展開されており（後述の中野説参照）、また判旨の射程にも詰めるべき点が残されているように思われる。今後、この判決を受けてさらに議論が展開されていくことが予想される。

二　権利能力のない社団に係る不動産登記の方法

不動産執行においては、債務名義上の債務者と対象不動

産の登記名義人とが一致していることが原則として必要となる。[3] そこで、本判決の論点の前提として、権利能力のない社団の構成員の総有に属する不動産の登記名義如何が問題となる。この点については、学説上様々な議論のあるところであるが、以下では、判例準則を前提に論じることにする。[4]

この点に関する判例としてまず、最判昭和三九・一〇・一五民集一八巻八号一六七一頁がある。それによれば、「権利能力のない社団の資産は構成員に総有的に帰属する。そして権利能力のない社団の資産は「権利能力のない」社団でありながら、その代表者によってその社団の名において構成員全員のために権利を取得し、義務を負担するのであるが、社団の名において行われるのは、一々すべての構成員の氏名を列挙することの煩を避けるために外ならない（従って登記の場合、権利者自体の名を登記することを要し、権利能力なき社団においては、その実質的権利者たる構成員全部の名を登記できない結果として、その代表者名義をもって不動産登記簿に登記するよりほかに方法がないのである。）」とする。傍論としてではあるが、権利能力のない社団における権利の帰属（社団自体が所有権を有するものではなく、その構成員全員の総有に属すること）を明確にし、不動産については社団の名義で登記をすることはできず、代表者名義によるほかに方法がないことを明らかにする。

この点を正面から判示した判例として、最判昭和四七・六・二民集二六巻五号九五七頁がある。そこでは、「権利能力なき社団の資産たる不動産については、社団の代表者が、社団の構成員全員の受託者たる地位において、個人の名義で所有権の登記をすることができるにすぎず、社団を権利者とする登記をし、または、社団の代表者である旨の肩書を付した代表者個人名義の登記をすることは許されない」とされる。信託法の受託者の地位という構成に基づき信託理論を援用して個人名義説を正面からとったものである。

さらに注目される判例として、入会団体構成員の総有不動産に関する最判平成六・五・三一民集四八巻四号一〇六五頁がある。これは、「権利能力のない社団である入会団体において、規約等に定められた手続により、構成員全員の総有に属する不動産につきある構成員個人を登記名義人とすることとされた場合には、当該構成員は、入会団体の代表者でなくても、自己の名で右不動産についての登記手続請求訴訟を追行する原告適格を有するものと解するのが

相当である。けだし、権利能力のない社団である入会団体において右のような措置を採ることが必要になるのは入会団体の名義をもって登記をすることができないためであるが、任期の定めのある代表者を登記名義人として表示し、その交代に伴って所有名義を変更するという手続を採ることなく、別途、当該入会団体において適切であるとされた構成員を所有者として登記簿上表示する場合であっても、そのような登記が公示の機能を果たさないとはいえないのであって、右構成員は構成員全員のために登記名義人となることができる」とする。昭和四七年判決が認めた代表者だけではなく、一般構成員であっても規約等によって定められたものは社団のために登記名義人となることができるとする。

以上のように、一般に社団名義の登記は否定され、総有財産に関するありうる登記の方法としては、①構成員全員の名義、②代表者の名義、③規約等に基づく構成員個人の名義という選択肢が存在することになる。他方、民訴法二九条によって給付判決その他の債務名義は社団自身を被告として出されうるのであり、その結果、必然的に債務名義の名宛人と執行対象不動産の登記名義とのズレが生じる可能性があることになる。そこで、社団を相手方とする債務名義を有する債権者は、社団の構成員全員の総有に属する[5]が第三者の所有名義とされている不動産に対してどのようにして強制執行の申立てをすることになるか、すなわちどのような形で上記のような制度上のズレを補うかが問題となる[6]。

なお、昭和四七年判決から平成六年判決にかけて、個人名義説を採用する判例の理論構成に若干の変化があるように見えることが注目され、それは本論点にも影響する可能性がある。すなわち、昭和四七年判決では所有権はあくまでも代表者個人にある（構成員全員から信託的な移転がある）との前提をとっているように見えるのに対し、平成六年判決は信託的移転という理論構成はとっていない。むしろ構成員の総有に残存していることを前提に、名義人の任意的訴訟担当で説明したものと解されよう[7]。実際、平成六年判決の調査官解説は、個人名義説は入会団体名義の登記ができないことによる便宜上のものであり、信託的移転という実体はなく、昭和四七年判決の上記「判示部分をその文言どおりに読むべきものなのか、権利能力のない社団の新代表者が旧代表者に対して所有権移転登記手続請求をすることができるという結論を導くためのいわば比喩的な理由付けと読むべきものであるのかについて疑問がなくはな

い」と評している。[8] 仮に信託的にではあっても所有権の移転があるとすると、執行文付与によって登記名義人に執行力を拡張しなければ、強制執行はできないはずである。本判決が社団構成員の総有であることを前提に、その点の直接の証明を認めていることは、前記平成六年調査官解説の線に沿って、昭和四七年判決の文言からは離れ、代表者等への所有権の移転はないことを前提にしているものと見受けられる。

三　権利能力のない社団に対する強制執行の方法に関する従来の議論

さて、以上を前提に、権利能力のない社団に対する金銭債権に係る債務名義を有する債権者は、権利能力のない社団の構成員の総有に属する不動産に対して、何らかの執行の方法が認められるべきである。仮に執行の方法が全くないとすると、民訴法二九条によって権利能力のない社団に対する訴訟を認めた意味が（少なくとも給付訴訟の限りにおいては）大きく減じてしまうからである。本判決が「債務名義上の債務者の所有財産につき、当該債務者をその登記名義人とすることができる通常の不動産に対する強制執行と全く同様の執行手続を執るべきものと解したならば、上記債権者が権利能力のない社団に対して有する権利の実現を法が拒否するに等しく、かかる解釈を採ることは相当でない」とするのは正当であり、異論はないであろう。[9] 問題は、その具体的な方法如何である。

この点についての考え方は、現在まで概ね三つの説に整理することができると解される。[10] 第一に、構成員全員の名義にまず戻して強制執行するとの考え方であり[11]（以下「A説」「名義変更説」と呼ぶ）、第二に、社団構成員の総有である旨を証明する証明書を添付して代表者名義のままで差押えを認める考え方であり（以下「B説」「証明書添付説」と呼ぶ）、第三に、代表者に対する承継執行文の付与を求めて強制執行するとの考え方である（以下「C説」「執行文付与説」と呼ぶ）。

さらに、代表者等以外の第三者に登記名義がある場合（本件のような場合）には、さらに論理的なバリエーションがありうる。すなわち、①構成員全員の名義に戻す必要があるとの考え方（A説）、②債権者代位により代表者の名義に戻して証明書の添付によるとの考え方（B_1説）、③第三者の下で直接総有の証明書の添付によることを認める考え方（B_2説）、④債権者代位により代表者の名義に戻して代表者に対する承継執行文の付与によるとの考え方（C_1説）、⑤第三者に対して直接承継執行文の付与を認める考

え方（C_2説）である。[12] 本件の第一審及び控訴審判決はC_1説により、本判決はB_2説によっていることになる。[13]

以下では、基本となる三説を概観するが、まず名義変更説（A説）である。この見解を代表する論者は、加藤一郎教授である。[14] 加藤教授によれば、「判例の一般的な考え方でいくと、B（権利能力なき社団である町内会の代表者：筆者注）名義の財産について、それが実質的にA町内会の所有であることを立証して、A町内会の会員二〇〇人全員の名義に改めたうえで（実質的には総有だが、総有の登記という形式はないので、形は共有登記になる）、A町内会に対する債務名義に基づいて差押・競売をしていくことになろう」とされ、「右のように会員全員の名義で登記をすれば、強制執行はともかく可能になるが、この手続では、二〇〇人の会員全員の住所・氏名を明らかにして、それを登記しなければならないだけでなく、A町内会に対する債務名義として判決を得ようとする場合にも、二〇〇人の会員全員の住所・氏名を明らかにしなければ、債務名義の名宛人と登記名義人との同一性を確認することができず、競売申立の登記もできないことになる」とされる。結局、判決手続の過程で構成員全員を特定し、かつ、登記名義も構成員全員の名義に戻して、判決の名宛人と登記名義人の同一性の確認を図ろうとする見解ということになる。[15]

次に、証明書添付説（B説）である。この見解を代表する論者は、星野英一教授である。[16] 星野教授によると、「強制競売の申立に添付すべき書類として（中略）「登記簿ニ登記アラサル不動産」について、「債務者ノ所有タルコトヲ証スヘキ証書」（同二号）が挙げられており、二号は、通常未登記不動産についてと解されているので、代表者名義の不動産は、「債務者ノ所有トシテ登記シタル不動産」にあたらないこととなり、執行ができなくなる恐れがあるのである。しかし、ここでは、二号の文言からは未登記不動産であることが明らかでもないので、登記実務上「債務者ノ所有トシテ登記」することのできない場合を含むと解することはできないであろうか。しかも、不動産においては、執行機関は執行官でなく、地方裁判所であるから、不動産が「債務者」である権利能力なき社団の所有か否かを判断する十分な能力があり、この点でもなんら差支えはあるまい。（中略）これは、もとは不動産登記手続の不備に由来することであり、それさえ片付けばよいのであるが、両方で互に他を改めるべきだと言いあっていてもきりがないので、不動産登記手続が改められるまでは、右のように執行法を解釈して処理すべきものと思われる」とされる。[17]

この見解は、代表者名義を維持しながらそれが総有不動産であることの直接の証明を認めて社団を被告とする債務名義で強制執行を許すものである。ただ、そのような登記名義人とは異なる所有の証明は一般に認められないとする実務運用がされていたため、このような方向が望ましいとしても立法論に止まるとの見方もされていた。[18]

最後に、執行文付与説（C説）である。この見解を代表する論者は、伊藤眞教授である。[19] 伊藤教授によると、「代表者を一一五条一項四号にいう『請求の目的物を所持する者』とみれば、執行債権者は、民事執行法二三条三項および二七条二項にもとづいて代表者に対する執行文の付与を受け、これによって、強制競売が可能になる」とされる。また、同様に新堂教授は、「その団体の財産が代表者個人の名義で登記されている場合、あるいは、構成員の共有名義になっている場合には、団体に対する債務名義について、代表者個人に対するまたは構成員全員に対する執行文の付与を求めることができると解すべきである（登記名義人は一一五条一項四号の『目的物を所持する者』にあたると解される。民執二三条三項・二七条二項。前者の場合の執行文では、執行の目的物も特定するのが望ましい）」とされる。[20] さらに、中野教授は、近時の体系書において、本判決の出現にも関わらずなおこの見解を堅持され、「不動産執行における執行登記のために執行対象を限定しての執行力の公証が必要であるならば、債権者は、これに応じて、一般の執行文の付与とは別に、執行対象となる社団財産所属の不動産を特定して表示し、登記上のその不動産の名義人となっている者に対し社団・財団を債務者とする債務名義により強制執行をすることができる旨の執行文の付与を受けることができなければならない。不動産登記記録に名義人として表示されている者が不動産に自己固有の利益を有しないのであれば、実質上、「請求の目的物を所持する者」に等しく、法二三条三項・二七条二項の類推適用を認めるべきである」とされ、本判決に対しては、「競売申立てを受けた執行裁判所が権利能力のない社団と登記名義人との関係を確実に認定することができる場合で、関係人に異論がなく、差押登記にも支障がないならば、適切な実務処理とみられよう。しかし、裁判機関と執行機関を分離し権利判定手続と執行手続を峻別する現行民事執行法の基本体制のもとで、執行裁判所が執行処分のために執行債権者だけから執行裁判所に提出された資料に基づいて、登記記録上の一般に公示されている第三者の所有権を侵す執行処分をするのは、理論上直ちに首肯し難い」と評される。[21] これら

の見解[22]は、登記名義人に執行力を拡張することにより強制執行を可能にするものであるが、あくまでその執行力の拡張は執行対象財産に限定して認められるものと解される。[23]このような見解は民事訴訟法学界では多数の支持を得ている。[24]

四　本判決の検討

本判決は、その結論から、原告の請求に係るC_2説の考え方を否定したものである。また、判決理由からは、本判決はA説やC_1説の考え方も併せて否定したものと解してよいであろう。他方、本判決はB_2説の考え方が可能であることを明らかにするが、B_1説については必ずしもそれを否定するものではないと考えることができよう。以下では、それぞれの考え方について検討するが、その前提としてまず各説の帰結の実際的相違について確認しておきたい。ここでは、債権者が甲社団に対する債務名義を有し、乙名義の不動産に対する強制執行を求めているとしよう。まず、名義変更説（A説）では、不動産の名義を甲（構成員総有）に変更して甲に対する債務名義で強制執行することになる。他方、証明書添付説（B説）では、乙名義のまま甲の財産として甲に対する債務名義で執行できることになる。最後に、執行文付与説（C説）では、承継執行文によって債務名義を乙に対するものとして、乙名義の不動産に強制執行することになる。すなわち、債務名義の名宛人と登記名義の関係について、A説は社団に統一し、C説は逆に登記名義人に統一し、B説は両者の齟齬を容認する扱いということになる。

そこで、各説の当否を検討するが、まず名義変更説（A説）である。この見解は、結局、構成員全員の共有名義としない限り、強制執行を認めないものであり、余りに手続が重く、[25]実質的に権利能力のない社団の財産に対する強制執行はほとんど不可能になる。その結果として、民訴法二九条の趣旨も害されることになろう。そして、そのような社団に対して強制執行が事実上できないとなると、社団の取引社会における活動を不可能にするおそれもあろう。以上のような点に鑑み、この見解が望ましくないことは明らかであると思われる。[26]

次に、執行文付与説（C説）である。この見解に対する判旨の批判として、①民執法二三条三項の趣旨として特定物引渡執行等を予定していること、[27]②執行文付与手続において執行対象が債務者に属することの審理は予定されていないこと[28]が挙げられ、さらに田原補足意見では、③登記名義人を債務者とする債権者が配当参加して競合するおそれ

が指摘される。[29] このような批判はそれぞれ正当な面を含むことは確かであるが、[30] 決定的なものではないとも考えられる。①の批判は余りに形式論であり、規定の沿革上必ずしもそのようにも言えないとされるし、[31] ②については債務者帰属の審理をすることは論理的には不可能ではなかろう。さらに、③については（執行文付与があくまで責任制限的拡張であるとすれば）配当対象となるのは社団の債権者に限定されるものと解され、登記名義人の債権者の配当を否定すればよいと考えられる。[32] ただ、B説との比較においてどちらが自然かという観点からみれば、執行手続上社団の責任財産であることが大前提となっているにもかかわらず、登記名義人の財産として（名義人に執行力を拡張して）強制執行の手続をとることはやはり相対的に無理が大きいのではなかろうか。田原補足意見が指摘されるように、他に方途がなければC説によって債権者の救済を図ることも検討に値するが、B説のような（相対的に無理が少ない）構成が解釈論として可能なのであれば、あえてこの考え方による必要はないように思われる。[33] 以上から、まずA説及びC説を否定する範囲で判旨に賛成する。

そして、本判決はその判決理由において、証明書添付説（B_2説）によることを明らかにした。そこで、まずB説の当否について考えてみたい。従来は、民執規二三条一号の趣旨として、「登記簿上の所有名義が債務者であることを要」し、「債務者名義になっていない場合は、強制競売の申立ては却下される」とされ、「その場合に、別の文書で、不動産が債務者の所有であることを証明して、これに代えることはできない。登記名義により一律に判断するのが手続の安定にかなうし、他人名義のままでは差押えの登記ができないからである。この場合には、まず、債権者代位権に基づいて登記名義を債務者に変更した上で、変更後の登記簿謄本を添付しなければならない」と解されていた。[34] このような理解が、前述のように、B説のような考え方が望ましいとされながらも、それは立法論に止まり、解釈論としては別の考え方（C説等）に依らざるを得ないと見られていた理由である。

しかし、ここで挙げられている根拠は権利能力のない社団の場合には必ずしも妥当しないように見受けられる。そもそも債権者代位権による対処は、権利能力のない社団における代表者や構成員の名義の場合、つまり債務者自身の登記名義とすることがそもそもできない場合には妥当しえない。また、登記名義により一律に判断するのが手続の安定に適うのは確かであるが、そのような判断に適しない権

利能力のない社団の場合にのみ異なる取扱いをしたとしても、それによって執行手続の安定性が致命的に害されるとは言い難いであろう。その意味で、他の文書により構成員の総有を直接証明することを認める扱いは、民執規二三条一号の趣旨からしても、十分あり得るところであろう。

そのような取扱いをする際の実際上の問題点としては、①所有権証明の登記名義に比肩する確実性を担保できるか、②登記名義人の手続保障を確保できるか、といった点があろう。このような点を考えれば、単なる証明文書で強制執行を認めることは相当でないと思われる。このような要件、とりわけ②の要請を満たすためには、所有権の証明が高度のものであり、かつ、当該証明書の作成に登記名義人が関与するなどその手続権が保障されている必要があろう。その意味で、「不動産が当該社団の構成員全員の総有に属することを確認する旨の上記債権者と当該社団及び上記登記名義人との間の確定判決その他これに準ずる文書」を必要とする判旨は基本的に相当と解される[35][36]（ここでの「準ずる文書」についても、名義人の十分な手続保障が図られる必要があろう。具体的には**五**参照）。

以上のように、債権者代位等が不可能な代表者が登記名義人となっている場合には、少なくとも証明書添付説（B説）は支持できる。次の問題は、まさに本件のように、代表者以外の第三者の登記名義になっている場合に、債権者代位を不要として直接証明文書の添付による強制執行が可能であるか、である（この点がB_1説とB_2説を分ける）。ここで債権者代位権によってまず代表者名義に戻すのが筋であるとすれば、B_2説は採用できないことになる。確かに債権者代位の段階を省略して、いきなり社団構成員総有を直接証明して差し押さえることは、他の場合（債務者の所有名義が可能な通常の不動産の場合）に比較しても、かえって権利能力のない社団の場合の債権者を優遇する結果になるし、登記名義人である第三者の手続保障を害するおそれがあることにもなろう[37]。その意味で、B_1説を支持してB_2説を否定することにも一定の合理性はある[38]。

しかし、権利能力のない社団の場合は登記の公示機能が余り期待できない場合である。そもそも平成六年判決のように代表者名義から構成員名義まで可能な名義を拡大すると、公示機能は実質上ないに等しい結果になる。その意味では、全くの第三者であってもほとんど変わりはなく、正しい権利移転経過を示すことの意義はそもそも大きくないと言えよう。換言すれば、実質論からすると、真実の所有者の登記が可能である通常の場合には真実反映機能を重視

して債権者代位によりいったん登記を戻すことに意味があるとしても、そもそも真実の所有者の登記が不可能である権利能力のない社団の場合には、そこまでの手続は不要であると考えられよう。また、第三者の手続保障については、証明文書として高度のもの（名義人を当事者とする確定判決等）を要求すれば、実質的には債権者代位による場合と変わりないということになろう。その意味で、第三者の名義の下で直ちに執行できるとするB2説にも合理性はあると解される。したがって、本判決の判決理由は支持することができよう。

以上のように、本判決はB2説による方途を肯定したが、それはB1説、つまり債権者代位による可能性を否定するものではないと解される。直接の証明文書によることができるとしても、債権者の側で債権者代位によって登記を戻して強制執行する方途をも並行して認める余地はある。事実、田原補足意見はそのような方法をも認められているものと解される。[39] ただ、この方法による場合、昭和四七年判決は社団による登記手続請求権を否定しているため、それを前提としてなお債権者代位が可能であるかは一つの問題である。[40] 債権者代位権の行使を肯定するためには、債権者の社団に対する債権を被保全債権として、代表者（あるいは規約上の他の構成員）が有する登記請求権を代位行使するという構成になろうか。[41] 代表者等は、社団（構成員全員）に代わって登記請求ができるに過ぎないものであり、その実質的利益は社団（構成員全員）に帰属すると解されることからすれば、そのような代位を認めることは可能なものと解される。[42]

五　本判決の射程

最後に、本判決の射程に関する問題について、いくつかの点を簡単に検討しておく。[43] まず、本判決の論旨に基づく強制執行等の在り方である。この点について、田原補足意見は、①代表者名義、構成員全員の共有名義、規約上登記名義人となるべき者（正当な名義人）の名義の場合と、②それ以外の者（前代表者、権利能力なき社団が総有を対抗できる第三者等）の名義の場合とに分けて論じられる。①の場合には、総有の証明文書と登記名義人・社団間の関連を明確に証明する文書があれば、執行可能とし、相手方が争う場合には第三者異議の訴え（自己の固有財産等の主張）を提起させれば足りるとする。他方、②の場合には、前述のように債権者代位によることが望ましいとしながら、総有帰属が名義人との関係でも証明度の高い文書によって認定される場合には、強制執行を開始しても、登記名義人

など利害関係人の利益を侵害するおそれは小さいとして、①の場合に準じて、強制執行を開始できるとする。そして、この場合において相手方に第三者異議の提訴負担を負わせても衡平を害するものではないと解される。このように、①の場合と②の場合を区別すべきかは一つの問題である。[44] ①の場合であっても、名義人の手続保障の必要性（自分は代表者等ではない、当該不動産は固有財産である等の主張の機会の必要）はあるのではないか（やはり判決は必要ではないか）とも考え得る。しかし、やはりそこまで求めるのは債権者（＝社団の取引相手方）に酷な結果をもたらし、実質上権利能力のない社団の財産を（他の法人等に比べて）執行から強く保護する結果になってしまい、望ましくないと考えられる。[45] したがって、この場合には、より緩やかな要件で強制執行を発動し、他方全くの第三者については通常の場合でも債権者代位が必要となるので、原則として訴訟を求めても債権者に酷とはいえないと考えられる。その意味で、田原補足意見のような取扱いの差等を設けることに賛成したい。

次に、証明文書の問題である。田原補足意見では、社団及び登記名義人との関係で、総有帰属を証明するものとして、(a)社団及び登記名義人を名宛人とする総有権確認判決[46]や判決理由中の判断、[47] (b)同旨の確認等をした和解調書、(c)総有帰属を記載した公正証書、(d)登記名義人を構成員の特定の者とすることを定めた規約（公正証書又はそれに準じる証明力の高い文書）とされる。基本的に相当なものと考えられる。[48]

さらに、保全手続の問題がある。田原補足意見は、上記①（正当な名義人）の場合には総有を証明して仮差押えの申立てが可能であるとしながら、②（第三者）の場合には、実務上は立証手段の観点から仮差押えは困難であるとされる。②においては、むしろ債権者代位権に基づく処分禁止の仮処分手続[49]の方が実務上親和性があるとされる。相当である。[50]

最後に、債務名義の名宛人と登記名義人を一致させることができるような通常の不動産については、本判決の射程外であることは明らかである。[51] ただ、立法論としてはなお問題があり得る。債権法改正の議論との関係であるが、その改正提案の中で、本来型の債権者代位権について、原則として債務者の無資力要件を明示しながら、強制執行のために登記請求権を代位行使する場合には、無資力要件を不要とする考え方が示されている。[52] この提案から明らかになることは、ここで問題となる債権者代位権は、通常の場合

とは異なり、かなり特殊なものを持ち込んでいるということであろう。果たしてそこまでしてこの場合の債権者代位を残す必要があるのかは、なお一つの課題である。結局、登記の権利移転経過反映の価値をどのように見るかという問題かとも思われるが、立法論としては、本判決の示すような方法を一般化していく方向性もありえないではなかろう。[53]

(1) なお、本件についても、本件訴訟と並行して、XはY及びAを被告として、本件不動産がAの構成員全員の総有に属することの確認及びYからAの議長Bに対する真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続の請求が別途されている。後者の請求については、本件債務名義に係る債権を被保全債権とする債権者代位権が根拠とされている。この訴訟については、第一審でX勝訴の判決がされている（東京地判平成二一・三・二六判タ一三一四号二三七頁）。そこでは、「社団に対して債権を有する者、すなわち、社団の構成員全員に総有的に帰属する債務の債権者が、自己の債権を保全するため、社団の代表者の上記登記請求権を代位行使するということは、実質的には、社団が登記の当事者となることができないという不動産登記制度上の制約がなければ、本来、社団の構成員全員の総有に属すべき権利を代位行使しているにすぎないというべきであり、また、この代位行使により社団の代表者の固有の利益が害されることもないから、債権者による代位行使を否定すべき理由はない」と判示する。

(2) 本判決における田原裁判官の補足意見は、「本件に関連する法的諸論点については、従前、詰めた議論がさほどされていなかった」と評されている。

(3) 不動産に対する強制競売の申立てにおいて、「登記がされた不動産については、登記事項証明書及び登記記録の表題部に債務者以外の者が所有者として記録されている場合にあっては、債務者の所有に属することを証する文書」を添付書類とする民執規二三条一号はその点を前提としているものと解されている。この趣旨については、四も参照。

(4) なお、以下のいずれの判決も、現行法の解釈としてそのような公示方法が許容されるとの立場に立つに止まり、判決がこれを望ましいと考えているものではないことが窺われるとされる（吉井直昭・解説・判民解昭和四七年度六二五頁、田中豊・解説・判民解平成六年度四二五頁注(32)参照）。立法論としては別の方途がありうべきものであろう。

(5) 執行できる財産は社団構成員の総有関係が肯定されるものに限られることは当然の前提とされる。最判昭和四八・一〇・九民集二七巻九号一一二九頁は、「権利能力の

ない社団の取引上の債務は、社団の構成員全員に一個の義務として総有的に帰属し、社団の総有財産だけがその責任財産となり、構成員各自は、取引の相手方に対し、直接には個人的債務ないし責任を負わない」と判示する。

(6) もちろん抜本的には、社団に対する給付判決との関係では社団に権利能力を認め（注(9)の兼子説参照）、その強制執行に関する限りで社団の登記名義も認めるという考え方はありえよう（この場合は、強制執行の前提として、何らかの形で登記名義を社団名義に是正することになろう）。しかし、そのような理解は、立法論としてはともかく、現在の一般の判例法理とやや隔絶しており、以下の検討の対象とはしない。

(7) この判旨の当事者適格の理解については、山本和彦・判批・民訴法判例百選第四版二七頁参照。

(8) 田中・解説・前掲注(4)四一八頁参照。

(9) たとえば、抽象的な論述であり、その具体的な方法は明確でないものの、「団体に対する判決その他の債務名義に基づいて、その財産に対して執行することができ、その際代表者又は管理人が外観的に団体のために所持し管理していることの明白な財産を差し押さえることができる」とされる兼子博士の論述はそのような方向を示している（兼子一『新修民事訴訟法体系』（酒井書店、一九五六年）一一一頁参照。なお、兼子博士は権利能力のない社団に対する判決がされた場合にはその限りで権利能力のない社団の権利能力を認められるが、それでも登記名義の問題はなお解決されるものではない点に注意を要する。注(6)参照）。また、三ケ月章『民事訴訟法』（有斐閣、一九五九年）一八二頁も「債権者はその固有の財産（代表者・管理人が外観的にその団体のために所持し管理している財産）を差押えることができる」とされるが、具体的な差押えの方法には論及されていない。

(10) 以下では、代表者に登記名義がある場合を典型的なものとして前提とする。

(11) この見解について強制執行することはできないとする見解（執行不能説）と整理する見方もあるが（本件解説・判時二〇八二号六六頁参照）、以下で見るように、必ずしも適当ではないように思われる。

(12) このような局面は従来余り論じられていないので、以下の各説がB_1・B_2のいずれか、またC_1・C_2のいずれに属するかは必ずしも明確ではない場合がある。

(13) 本件請求を認容するには、C_2説によるしかないが、結局それはいずれの審級でもとられなかったため、請求棄却の結論が維持されているということになる。

(14) 加藤一郎「人格のない社団」谷口知平＝加藤一郎編『新民法演習Ⅰ』（有斐閣、一九六七年）七六頁参照。

(15) 同旨として、林良平編『注釈民法(2)【増補版】』（有斐

閣、一九八二年）五六頁〔森泉章〕は「社団債権者は、個人名義の不動産が社団所有であることを立証して、社団構成員全員の登記名義（共有登記）に改めた上で社団に対する債務名義に基づいて執行していくことになろう」とされる。また、土谷茂「権利能力なき社団との取引」手形研究三九五号五七頁も同旨である。ただ、これらの見解が判決手続の過程での構成員の特定まで求める趣旨かは明らかではない。

(16) 星野英一「いわゆる『権利能力なき社団』について」同『民法論集(1)』（有斐閣、一九七〇年）二八九頁以下参照。

(17) 同旨として、大場民雄監修『法人格なき団体の実務』（新日本法規、一九八八年）一六八頁〔鈴木雅雄〕参照。この見解は、「このような不動産に対して強制競売の申立てをするには、その申立書に、執行力のある債務名義の正本の他に登記簿の謄本（中略）と法人格なき社団の所有に属することを証する文書を添付する（民執規二三条①）必要がある」として、「そして、当該不動産が法人格なく社団の所有であることを証明したうえでさらに法人格なき社団構成員全員の登記名義にして執行する（中略）との説があるが賛成できない」として、明確に名義変更説を否定される。石田喜久夫『口述民法総則』（成文堂、一九八六年）一五〇頁が「社団の財産が、会長の個人の名義になっているけれども、これは社団の財産であるということを証明すれば、会長の個人名義の財産でも、その判決に基づいて差し押さえることもできる」とされるのも同旨か。

(18) たとえば、菊井維大＝村松俊夫原著『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ〔第二版〕』（日本評論社、二〇〇六年）三一〇頁は、「登記事項証明書以外の明確な証明書の添付で足るとすべきであるが、登記事項証明書以外の文書をもって代えることはできないとするのが一般的見解であり（中略）、立法上の手当ての必要性を指摘することができよう」とされる。新堂幸司＝小島武司編『注釈民事訴訟法(1)』（有斐閣、一九九一年）四三九頁〔高見進〕も、「法人でない社団・財団については団体名義で登記することができず、それゆえ、債権者代位権を行使して債務者たる団体名義に登記を移すこともできないという事情があることを考慮すれば、登記簿謄本以外の明確な証明書を添付させることで足りるであろう」としながら、「ただし、執行実務はこのようには動いていない」として、その後に「そう解するのが無理であるとしても」として、執行文付与説に賛成される。また、民法学者として河上正二『民法総則講義』（日本評論社、二〇〇七年）も「代表者名義の不動産でも、権利能力なき社団の財産であることが証明されれば強制執行を認めてよさそうであるが、万全を期すには、登記名義人を権利能力なき社団のために「目的物を所持する者」と考

え（中略）、代表者個人に対する執行文の付与を受けて（中略）強制執行を行うことになろうか」とされる。

(19) 伊藤眞『民事訴訟法〔第三版四訂版〕』（有斐閣、二〇一〇年）九六頁注二八参照（このような見解は、伊藤眞『民事訴訟の当事者』（有斐閣、一九七八年）三二頁に遡る）。

(20) 新堂幸司『新民事訴訟法〔第四版〕』（弘文堂、二〇〇八年）一四二頁参照。

(21) 中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂六版〕』（青林書院、二〇一〇年）一四二頁以下参照。

(22) このほか、民法学者における同旨の見解として、たとえば、北川善太郎『民法総則〔第二版〕』（有斐閣、二〇〇一年）九六頁（ただ、執行文付与の根拠として「代表者を社団の（信託類似の）承継人とみる」と説明される）、篠塚昭次＝石田喜久夫『講義民法総則』（一九八一年）五八頁〔赤坂昭二〕など参照。

(23) 名津井吉裕・判批・速報判例解説五号一四七頁はこれを「執行力の主観的範囲の責任制限的拡張」と表現される。

(24) 他に、福永有利『民事執行法・民事保全法』（有斐閣、二〇〇七年）二七頁など参照。筆者自身もそのような見解を支持していた（上原敏夫ほか『民事訴訟法〔第六版〕』（有斐閣、二〇〇九年）七二頁〔山本和彦〕参照。ただ、後述のように、改説したい）。明確な反対説として、菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅰ〔追補版〕』（日本評論社、一九八四年）二四四頁（「法人にあらざる社団または財団の債務名義について、代表者または管理人個人宛の承継執行文を付与することも許されない」とする）。

(25) Aの構成員は一〇万～二〇万人に上るといわれ、その構成員全員の登記名義とすることは実際上不可能であろう。

(26) なお、加藤説が提起している、債務名義の債務者と執行対象財産の総有権について構成員の同一性を確認する必要があるのではないかとの問題であるが、この点は、判例が権利能力のない社団について、構成員の変動に関わらずその同一性が害されない団体に限定していることからすれば、問題にする必要はないように思われる。本件でも、不動産が朝鮮総聯の構成員の総有に属することが確定できれば、仮に債務名義の成立時点の構成員と執行時の構成員とに齟齬があったとしても、執行は可能であり、したがって債務名義においても構成員を特定する必要はないと解されよう。

(27) 同条項の「請求の目的物」の理解として、特定物に限定されるとの解釈が一般的である。同じ文言を用いる既判力拡張に関する民訴法一一五条一項四号の解釈についても同様の理解が一般的と見られる。たとえば、菊井維大＝村松俊夫原著『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ〔第二版〕』（日本評論社、二〇〇六年）四八七頁は、「請求の目的物とは、

訴訟物が特定物の給付を目的とする請求権である場合の、その特定物をいう」とされる。

(28) 最判昭和五二・一一・二四民集三一巻六号九四三頁によれば、執行文付与訴訟の「審理の対象は条件の成就又は承継の事実の存否のみに限られる」とされる。

(29) 田原補足意見は「その執行手続中に、当該登記名義人を本来の名宛人とする債務名義を有する第三者が配当加入してきた場合に、それを排除することが極めて困難である」とされる。

(30) 結局、このような扱いは、特定財産に限定した執行力の拡張を認めるもので、詐害行為取消権においていわゆる責任説を採用する場合と同様の問題が生じることになろう。この点に関連して、ドイツ法の詳細な検討を踏まえて、問題点（特に③に関連する詐害行為取消債権者（否認者）と受益者の債権者との優先関係）を論じられるものとして、上原敏夫「否認（詐害行為取消し）の効果と受益者の債権者」新堂幸司先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築（下）』（有斐閣、二〇〇一年）四三九頁以下参照。

(31) 中野貞一郎『民事手続の現在問題』（判例タイムズ社、一九八九年）二八五頁以下参照。

(32) このような配当競合のおそれについては、登記名義をそのまま維持して執行手続を進める証明書添付説でも同じ問題が生じうるように思われる。

(33) C_2説の問題としてはさらに、法人格否認の法理によって既判力・執行力の拡張を認めない判例（最判昭和五三・九・一四判時九〇六号八八頁など）との関係もあろう。このような考え方が「手続の安定・明確」を根拠にするのであれば、本件のような場合に、登記名義人に直接執行力を拡張することに対しても同様の批判が妥当しよう。ただ、このような判例の理解自体に対する批判は十分ありうるところであり（三木浩一・判批・民訴法判例百選第四版一九三頁参照）、決定的なものではなかろう。

(34) 最高裁判所事務総局民事局監修『条解民事執行規則（第三版）』（二〇〇七年、司法協会）九九頁参照。

(35) 登記名義人の債権者は、証明文書の作成過程に関与していなくても、名義人自身が関与していれば（第三者異議等の起訴責任を負うことになっても）やむを得ないであろう。他方、名義人の下で債権者による差押えが既にされている場合には、社団の債権者の側が当該債権者を被告として第三者異議訴訟を提起する必要があろう。

(36) ただ、そうであるとすれば、明確化のために、立法がされることが望ましいであろう。具体的には、民執規二三条一号に権利能力のない社団を債務者とする場合の例外を規定することになろうか。その場合には、後述の証明文書を限定的に列挙する必要があろう。

(37) この点は、先にみた中野説の特に強調されるところで

ある。三参照。

(38) 田原補足意見も、社団又は社団において登記名義人となることが定められている者を代位して、登記名義人となることとされている者への移転登記手続を請求し、その後に執行手続に入ることが「望ましい」とされるが、基本的に正当な認識と思われる。

(39) 田原補足意見は、前述のように、そのような方法がむしろ「望ましい」と評価される。なお、執行文付与説と名義変更説の関係に関してであるが、「執行債権者の権利実行手段として両立すると考えることも背理ではない」とされていたのは、田頭章一・判批・判評六一六号三九頁参照。

(40) 本件解説・判時二〇八二号六六頁は、C_1説における債権者代位についてであるが、昭和四七年判決の趣旨からすると「そのような請求が可能かどうかは、議論のあり得るところと思われる」として、肯定も否定もせず決めを打ってはいないように見える。

(41) 上田竹志・判批・法セ六五七号一二六頁参照。田原補足意見は、「執行債権者は、当該権利能力のない社団に代位して（権利能力のない社団自体に登記請求訴訟の原告適格が認められないとするならば、さらに、当該権利能力のない社団において登記名義人たることが定められている者を代位して）、当該権利能力のない社団において登記名義人たることとされる名義人への移転登記手続を請求」するものと解されている。ただ、仮に社団に原告適格を認めても、代位の対象となる実体権はあくまで代表者等の権利と解されよう。

(42) このような方法をも並行的に認める一つの実益としては、後述のような保全処分（処分禁止の仮処分）の代位行使を認めうる点がある（**五**参照）。

(43) これらの多くは田原補足意見において詳細に論じられている。

(44) 多数意見は特段の区別を論じておらず、一般的に確定判決その他これに準ずる文書を必要とするようにも読める。

(45) 一般社団法など法人格の取得が容易化した現状を前提にすれば、あえて法人格を取得しない社団に対しては、より厳格な態度で臨むことも考えられてよかろう。

(46) この考え方によれば、本件の別件訴訟（注(1)参照）における登記請求訴訟は意味がなくなるとしても、総有権確認の点はなお意味を有することになろう。

(47) 田原補足意見は、一方を名宛人とするものでも、総有帰属が判決理由中の判断から明らかな場合を含むとされる。田原補足意見の挙げられるのは「債権者代位による権利能力のない社団の代表者名義への移転登記手続請求の認容判決」であるが、このように、（社団は被告とされていないが）名義人を被告とする判決であれば、ここでの証明文書と認めてよいであろう。ただ、名義人を被告としない場合

には疑問である。また、社団を原告とし、名義人を被告とする確認判決でもこの趣旨を満たすと解される。いずれにせよ、名義人の手続保障が図られていれば足りると考えられるからである（この場合、既判力は債権者に及ばないが、これは証明文書に過ぎないので、既判力を問題にする必要はなかろう）。

(48) そのほか、あり得るものとしては、同旨の確認をした確定した執行決定のある仲裁判断（民執二二条六号の二参照）も考えられよう。この点は研究会における三木浩一教授のご指摘に負う。

(49) 代表者等が有する移転登記手続請求権を被保全債権とすることになる。

(50) 社団を債務者として仮差押えを認めることは、やはり登記名義人の手続保障から相当とは解されない。登記名義人が債務者となる債権者代位に基づく仮処分構成が相当であろう。

(51) 本件解説・判時二〇八二号六七頁は、そのような不動産につき「仮装登記がされているような場合にまで応用できるものでないことは、当然である。この場合には、執行手続の明確性、効率性を後退させる必要性は全くなく、債権者は債権者代位権を行使して債務名義上の債務者への所有権移転登記手続を経なければならない」とする。

(52) 法制審議会民法（債権関係）部会資料七―二第一の三(4)参照。「不動産に対する強制執行の手続は、債務者の無資力を要しない一方、差押登記を行うことを不可欠の前提として構築されているため、登記申請権の代位行使について債務者の無資力を要求すると、債務者が無資力でなくても開始できるはずの強制執行の手続が、債務者が無資力でないために開始できないという事態が生じかねない」という問題意識による。

(53) 法制審議会民法（債権関係）部会第五回会議において、この点に関連して、畑瑞穂幹事の「これはどうも、強制執行の開始の要件と申しますか、その種の問題でありまして、不動産登記手続を変えるというよりはむしろ、民事執行手続の方で何か手当てをするということも十分考えられるような気がいたします」との発言に対し、鎌田薫部会長から「登記名義が債務者名義でないままでも強制執行が差押命令が発令できるということですか」との質問があり、畑幹事が「もちろん、無限定にそういうことができるということはあり得ないと思いますが、何か場合を限定してということが考えられるのではないかと思います」とする興味深いやり取りがされている（同会議議事録二二頁参照）。

山本　和彦