

Title	〔最高裁判事例研究 四四一〕権利能力のない社団を債務者とする金銭債権を有する債権者が、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仮差押えをする場合における申立ての方法(最高裁平成二二年(許)第四三号、平成二三年二月九日第二小法廷決定、破棄自判)
Sub Title	
Author	杉本, 和士(Sugimoto, Kazushi) 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	2014
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.87, No.9 (2014. 9) ,p.203- 221
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20140928-0203">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20140928-0203</a>

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 四四一〕

平成二三4（民集六五卷二号六六五頁）

権利能力のない社団を債務者とする金銭債権を有する債権者が、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仮差押えをする場合における申立ての方法

不動産仮差押命令申立て却下決定に対する抗告棄却決定に対する許可抗告事件（最高裁平成二二年（許）第四三号、平成二三年二月九日第二小法廷決定、破棄判例）

### 〔事実〕

X（株式会社整理回収機構。債権者、原告人）は、いわゆる権利能力のない社団であるY（在日本朝鮮人総聯合会。債務者、相手方）を被告として譲受債権請求訴訟を提起し、平成一九年六月一日、Yに対し、Xに六二七億三四一八万一

九八五円及びこれに対する遅延損害金の支払を命ずる仮執行宣言付きの判決が言い渡された。そこで、Xは、Y及び各不動産（以下、「本件不動産」という。）につき所有者として登記されているA（合資会社朝鮮中央会館管理会<sup>①</sup>）を被告とし

て、本件不動産の実質的な帰属主体はYであると主張し、本件不動産がYの構成員全員の総有に属することの確認及び債権者代位権に基づきAからY代表者個人（予備的に、Yの財政局長）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求める訴訟を提起した（以下、「別件訴訟」という）。なお、右別件訴訟の提起に先駆けて、Xは、本件不動産につき処分禁止の仮処分の申立てを行っており、平成一九年六月二日、これを認容する旨の決定がなされた。同月二五日、本件不動産について、右仮処分決定を原因とする処分禁止の登記がなされている。その後、別件訴訟において、平成二二年三月二六日、右請求の双方を認容する第一審判決（東京地判平成二二年三月二六日判タ一三一四号二三七頁）<sup>②</sup>が言い渡されたが、同判決は未だ確定していない。そこで、Xが、平成二二年七月九日、Aを登記名義人とする本件不動

産がYの構成員全員に総有的に帰属するものであると主張して、Yを債務者として本件不動産に対する仮差押命令の申立て(以下、「本件申立て」という。)をし、その申立書(以下、「本件申立書」という。)に、本件不動産がYの構成員全員の総有に属することを証する書面として、別件訴訟においてXの請求を認容した第一審判決、その控訴審において原審の請求認容の判断を維持する旨の心証を開示した口頭弁論調査及びこの第一審においてXが提出した文書の各写しを添付した。本件における争点は、最判平成二二年六月二十九日民集六四巻四号一三三五頁(以下、「平成二二年判決」という。)の判断を前提として、登記事項証明書(民事保全規則二〇条一号イ)に代えて、これらの文書をもって本件不動産がYの構成員全員の総有に属することを証明するに足りると評価できるか否かである。

第一審決定(東京地決平成二二年九月三日金判一三六六号四四頁)は、まず、「不動産の仮差押命令の申立てをするには、当該不動産が債務者に帰属することを証明する必要がある、登記がされた不動産については登記事項証明書を添付することによってこれを証明しなければならない(民事保全規則二〇条一号イ)」と、この、「登記事項証明書の所有名義は債務者となつていない必要がある、そうでない場合は、登記事項証明書に代えて別の文書で当該不動産が債務者の所有であることを証明することはできず、仮差押命令の申立ては不適法

として却下を免れない」とし、「他人名義の不動産については、債権者は、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(民法四二三条、不動産登記法五九条七号)、変更後の登記事項証明書を添付しなければならず、他人名義のまま仮差押えの登記をすることができない」との原則論を述べる。次いで、強制執行に関する平成二二年判決を参照しつつ、これを仮差押えに関する本件事案について敷衍する旨を説示した上で、「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仮差押え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仮差押命令の申立てをすることができると解するのが相当である(民事保全規則二〇条一号イ参照)」とし、「手続安定の見地から添付文書を登記事項証明書に限定した民事保全規則二〇条一号イ前段の趣旨にかんがみれば、上記「確定判決その他これに準ずる文書」とは、典型的にみて確定判決又はそれに準ずる証明度の高い文書というべきであつて、それ以外の文書によって、保全の対象となる不動産が権利能力のない社団の構成員全員の総有に属することを自由に証明することは許されないというべき

である」として、Xの本件申立てを却下した。

これに対しXが即時抗告を申し立てた。抗告審決定（東京高決平成二二年一月五日金判一三六六号四〇頁）も、第一審決定と同様の原則論を述べ、平成二二年判決を引用し、仮差押えの場面に同判決の判示内容を敷衍した上で、「執行手続の性質や第三者の権利に関わる事柄であることを考慮すると、……確定判決に準ずる文書は、そのみによって権利の存在を客観的に判断できるものである必要がある」ところ、本件申立書に添付されたX提出の文書をもって「本件不動産がYの構成員全員の総有に属することを証明するものということとはできず、……確定判決に準ずる文書ということとはできない」と判示し、抗告を棄却した（同決定は、末尾に「なお」書きとして、「仮に上記各文書（※引用者注…別件訴訟においてXの請求を認容した第一審判決、その控訴審において原審の請求認容の判断を維持する旨の心証を開示した口頭弁論調書及びこの第一審においてXが提出した文書を指す。）をもって確定判決に準ずる文書といえ得るとすると、本件においては、Xは既にYに対する債務名義を有しているから、本件不動産に対する強制競売の申立てができることになり、仮差押えの必要性がないことになる。」と付記している）。そこで、抗告審に対しXが許可抗告を申し立て、これが許可された。

#### 〔決定要旨〕 破棄自判

「権利能力のない社団を債務者とする金銭債権を有する債権者が、構成員の総有不動産に対して仮差押えをする場合において、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、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不動産に対する仮差押えをする場合（民事保全規則二〇条一号イ）に準じて、仮差押命令の申立書に、上記不動産が当該社団の構成員全員の総有に属する事実を証する書面を添付して、当該社団を債務者とする仮差押命令の申立てをすることができるものと解すべきであり（……最高裁平成二二年六月二九日第三小法廷判決参照）、上記書面は、強制執行の場合とは異なり、上記事実を証明するものであれば足り、必ずしも確定判決等であることを要しないと解するのが相当である。なぜなら、上記債権者が、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構成員の総有不動産に対して仮差押えをする場合に、上記不動産に対して強制執行をする場合と同様に、確定判決等を添付することを要すると解すると、上記債権者は、確定判決等を取得するまでは、上記不動産に対して仮差押えをすることができず、上記金銭債権の実現を保全することが著しく困難になる一方、上記不動産に対して仮差押えがされたとしても、上記不動産に対して強制執行がされた場合とは異なり、当該社団の構成員が権利を喪失すること、

上記登記名義人が登記を抹消されることもないのであって、これらの者の利益に配慮して、仮差押命令の発令を、上記不動産の権利関係が確定判決等によって証明されたような場合に限ることまでは必要でないからである。

そして、記録によれば、本件申立書に添付された書面は、本件不動産がYの構成員全員の総有に属する事実を証明するに足るものとみる余地が十分にあるものというべきである。」

〔評 釈〕<sup>(3)</sup>

平成二二年判決の存在を前提に、本決定に賛成する。

一 本決定の意義

本件は、権利能力のない社団の構成員全員の総有に属し、当該社団のために第三者が登記名義人とされている不動産に対する強制執行の方法を判示した平成二二年判決の関連事件であり（関係当事者も同一である）、<sup>(4)</sup>「いわばその仮差押え版というべき事案である」と評される。本決定は、権利能力のない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仮差押えをする場合にも、平成二二年判決と同様、仮差押命令の申立書に、当該不動産が当該社団の構成員全

員の総有に属する事実を証する書面を添付して、当該社団を債務者とする仮差押命令の申立てをすることができると判示した。さらに、この添付書面につき、平成二二年判決の判示する強制執行の場合とは異なり、右事実を証明するものであれば足り、必ずしも確定判決等であることを要しない旨を判示する。このように、本決定には、以上について最高裁判所の立場を初めて明らかにした判例としての意義が認められる。また、この点については、管見の限り、従来、学説においても論議の対象とされておらず（平成二二年判決の登場以降、その評釈等で若干の検討がなされていた程度であると思われる）、また、下級審のものを含めて裁判例も見当たらないため、強制執行の方法に関する平成二二年判決と並び、権利能力のない社団構成員全員に総有的に帰属する不動産に対する仮差押えの方法を明らかにした重要判例として位置付けられよう。

以下では、まず、本決定で参照されている平成二二年判決と本決定との関連性を検討した上で（二）、本決定の結論及び内容の当否について論じることとし（三）、最後に本決定の射程について言及する（四）。なお、周知のとおり、学説上、民事執行法二三三条三項を拡張解釈（類推解釈）し、不動産登記名義人を権利能力のない社団のために

「請求の目的物を所持する者」として承継執行文を付与する方法により不動産執行を認める有力な解釈論を明確に否定した平成二二年判決の当否が論議の対象とされているが、本稿では同判決の当否の点は検討の対象から除外することとし、同判決の結論を前提に検討を行う。

## 二 平成二二年判決との関連性

1 権利能力のない社団については、現在の登記実務及び判例法理によると、実体法上、社団名義で不動産の権利を取得することができず、したがって、登記の申請をすることも、また社団名義で登記を受けることができず、さらに、実質社団財産である旨を公示する方法として、社団代表者の肩書付きの代表者個人名義での登記も認められていない（最判昭和四七年六月二日民集二六卷五号九五七頁。以下、「昭和四七年判決」という。<sup>6</sup>）そうすると、社団構成員全員の総有に属する財産についての登記の方法としては、①構成員全員の名義とするか、又は、右昭和四七年判決が示す②代表者個人名義という方法、さらに、最判平成六年五月三十一日民集四八卷四号一〇六五頁（以下、「平成六年判決」という。）が許容する③規約等に定められた手続による構成員個人名義という方法が考えられる。<sup>7</sup>その他、本

件事案のように（脚注（一）参照）、便宜上、④構成員にも該当しない全くの第三者である関連会社等の名義にする方法もあり得ることになる。<sup>8</sup>

いずれにせよ、右のいずれの方法に拠っても、権利能力のない社団に関する事案においては、債務名義上の債務者と執行対象不動産の登記名義人とを一致させることがおそ不可能であるというのが現状である。それゆえ、手続法上、権利能力のない社団について当事者能力が認められているとしても（民事執行法二〇条の準用する民事訴訟法二九条）、同社団を執行債務者とする強制執行の途を開こうとすれば、不動産に対する強制執行において、債務名義上の債務者と執行対象不動産の登記名義人とが一致しなければならぬとする外観主義の下、執行の申立てに際してその旨の登記事項証明書の添付を要求する（民事執行規則二三条一号）という建前をもちや維持できない状況にあった。そして、この状況は、保全手続としての仮差押えの場面においても同様に妥当する（民事保全法七条の準用する民事訴訟法二九条、民事保全規則二〇条一号イ）。このように、権利能力のない社団に関して、不動産に対する強制執行と仮差押えの双方に通底する問題が存在していたこととなる。

2 強制執行の方法につき先行して判断を示した平成二

二年判決において、田原睦夫裁判官の補足意見（以下、「田原補足意見」という。）が、後述するとおり、すでに保全手続についても一定の見解を示していた。また、同判決に関する調査官解説が、平成二二年判決の「帰結として、田原裁判官の補足意見が指摘するとおり、権利能力のない社団を債務者とする金銭債権を有する債権者は、社団の構成員全員の総有に属し第三者を登記名義人とする不動産に対して仮差押えをすることができることが明確になった」と述べた上で、さらに、「この場合には、上記の確定判決を添付することはできないから、文字どおり、上記不動産が社団の構成員全員の総有に属することを証する書面を添付することになると思われる（民保規二〇条一号イ参照）。その場合の立証の程度については、議論のあり得るところと思われるが……、債権者の権利の実現を拒否するに等しいような解釈を採るべきでないことは明らかであろう。」とまで言及していた。<sup>9)</sup>ここに本決定と軌を一にする方向性がすでに示唆されていたといえる。

ただし、この調査官解説においても言及されている田原補足意見の見解は、厳密には、本決定とその趣旨を異にする。本決定は、登記名義人となつている「第三者」につき、特に場合分けをすることなく、この用語を広く「当事者以

外の者をいい、社団の代表者、構成員のほか、それ以外の者を含む意味<sup>10)</sup>として用いているようである。これに対して、田原補足意見は、このように「第三者」一般を登記名義人とする場合につき仮差押えを許容する趣旨のものではない。田原補足意見は、前提として、「第三者」につき、「登記名義人と権利能力のない社団との関連性が、証明力の強い文書（債務名義、当該社団の規約等……）により明確に認められる場合と、その関係が必ずしも明らかではない場合とに分けて考察する」。そして、保全手続に関し、前者については「当該不動産がその構成員の総有に属することを証明して仮差押えの申立てをすることができることに問題はない」とするのに対し、後者については「現在の登記名義人と権利能力のない社団との関連性を文書によって直ちには立証することが困難な場合に、その登記名義人を相手方として仮差押えの申立てをすることは、実務上はその立証手段の点からして中々困難である」とし、この場合には「債権者代位権に基づく処分禁止の仮処分手続の方が、実務上親和性があるといえる」と指摘している。この田原補足意見の説くように、前提として、①「登記名義人が権利能力のない社団の代表者である等その関連性が債務名義、当該社団の規約等から明らかの場合」（以下、「代表

者等」が登記名義人である場合という。)と②「登記名義

人が権利能力のない社団の旧代表者である等、現在の登記名義人と権利能力のない社団との関連性が債務名義等からは明らかでない場合」(代表者等以外の第三者が登記名義人である場合)とを区別すべきか否かは、強制執行に関する平成二二年判決の射程を考えるにあたっても重要な問題である。そして同時に、仮差押えを許容した本決定の可否を論ずるに際しても、この場合分けの要否については検討を要するものといえよう。特に、田原補足意見が指摘するように、本件のような事案においては、仮差押えではなく、債権者代位権に基づく処分禁止の仮処分による対応も考えられないではない。そうすると、前提として、処分禁止の仮処分の方法ではなく、仮差押えの方法を認めるべき根拠の有無が問われる。

### 三 本決定の検討

そこで、以下では、本件事案において仮差押えの方法を認めるべき根拠を考察し、その上で、仮差押えに際し直接の証明文書を添付する方法を認めるとともに、その文書は確定判決等に限られないとする本決定の判断の当否について、前述の「第三者」の場合分けの要否の点にも言及しつつ、論じることとしたい。

つ、論じることとしたい。

1 前述のとおり、田原補足意見は、第三者が①「登記名義人と権利能力のない社団との関連性が、証明力の強い文書(債務名義、当該社団の規約等……)により明確に認められる場合」には仮差押えを認める一方、②「その関係が必ずしも明らかではない場合」には、債権者代位権に基づく処分禁止の仮処分の方が「実務上親和性がある」とする。そして、山本和彦教授は、平成二二年判決に関する評釈において、「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」とし、「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」と述べ、田原補足意見の立場を支持する。

本件事案では、認定事実からは明らかにされていないものの、前述のとおり(脚注(一))、登記名義人Aはそもそも構成員にさえ該当しないため、権利能力のない社団たるYとの関連性は明確に認められるとは到底いい難く、代表者等以外の第三者が登記名義人となっている事例に該当する。したがって、田原補足意見及び山本説によれば、本件事案において仮差押えを認めるべきではなく、処分禁止の仮処分による対応を採るべきとの結論となり、本決定は失

当であると評価されることになろう。

2 (1) では、田原補足意見や山本説の説くように、本件のような事案においては、保全手段として処分禁止の仮処分対応すべきであったのであろうか。逆に、民事保全法上の一般的要件たる保全の必要性(同法二〇条一項)の点のもとより、本件のような事案において実質的に仮差押えを認めるべき実益あるいは根拠として何が考えられるだろうか。この点について、仮差押えと処分禁止の仮処分とを比較しつつ検討する(なお、ここでは手続保障の観点は差し当たり保留する<sup>(15)</sup>)。

まず、仮差押えを認めることによる実益として、登記名義人による当該不動産登記名義の移転を防ぐという点が考えられるが、この点はまさに処分禁止の仮処分によっても対応が可能である(処分禁止の登記〔民事保全法五三条一項〕により、これに後れる登記を抹消することができる〔同法五八条一項、二項〕)。また、登記名義人甲を債務者とする債権者Aによって当該不動産が差し押さえられるという場合を想定し、仮にそれ以前に権利能力のない社團乙に対する債権者Bが当該不動産につき仮差押えを申し立て、仮差押登記が経由されていたとしても、甲事件における右差押えの効力は否定されなばかりか、「Bが得た仮差押

命令は乙の人的責任に対する執行を保全したのであり、『甲のもの』に対する執行を保全しない」以上、仮差押債権者である「Bは甲事件の配当受領資格を得ること」もできなくなる<sup>(16)</sup>。したがって、登記名義人を債務者とする他の債権者による差押えリスクの点においても、仮差押えと処分禁止の仮処分とは実質的に差異はなく、特段、仮差押えの方が有利であるとはいえない<sup>(17)</sup>。

(2) 以上にもかかわらず、本決定が仮差押えを許容した実質的根拠は、何であろうか。仮差押えの側に積極的な利点がある認められないとすれば、代替案である債権者代位権に基づく処分禁止の仮処分の方法の側に欠点があったと推測される。

① まず、平成二二年判決を前提に、債権者代位権に基づく処分禁止の仮処分の方法に拠る場合には、本案訴訟として必ず債権者代位訴訟を提起しなければならない(民事保全法三七条)という煩雑さの点を挙げることができる。たしかに、平成二二年判決は、債権者代位権の行使により登記名義を第三者たる登記名義人から代表者等に移転させた上で当該不動産に対する強制執行を行う方法を否定するものではない<sup>(18)</sup>。しかし、平成二二年判決は、登記名義人たる「第三者」につき特に場合分けをすることなく(脚注

(11)参照)、代表者等に該当しない第三者を登記名義人とする事案についても、債権者代位による代表者等名義の移転登記経由の措置を講じるまでもなく、直接の証明文書を用いて第三者名義のままでも強制執行を行うことまで許容したものと理解される。そうであるならば、(その当否はともかく、)平成二二年判決の立場を前提とする限りにおいては、もはや債権者代位訴訟の提起を要求するのは迂遠であるばかりか、実益に乏しいといえる。<sup>19)</sup>したがって、以上の前提においては、処分禁止の仮処分によるのではなく、直截に第三者名義の不動産に対する仮差押えを認める方に実益が認められるといえよう。

② また、そもそも右のような債権者代位権構成に基づく移転登記手続請求が認められるのかにつき疑義があった点(本件抗告理由参照)も、仮差押えを認めた背景事情の一つとして指摘できるであろう。<sup>20)</sup>この点について、別件訴訟において、第一審判決及び控訴審判決ともに、同請求を認容し、これが確定している(脚注(2)参照)ものの、はたして一般論として認められるかどうかは、以下に論じるように、疑義が残っているといわざるをえない。

実体法上、権利能力のない社团は権利義務の帰属主体とはなりえず、社团の財産は構成員全員に総有的に帰属し、

また、社团の債務も、社团の構成員全員に、一個の義務として総有的に帰属する、というのが判例の立場(最判昭和三二年一月一日民集一一卷一二号一九四三頁、最判昭和三九年一月一日民集一八卷八号一六七頁、最判昭和四八年一月九日民集二七卷九号一一二九頁等)である。これを前提とすると、民法上、厳密には、代表者等以外の

第三者が登記名義人である場合、社团に対する債権者は、その金銭債権(社团の構成員全員に総有的に帰属する金銭債務)を被保全権利とし、第三者たる登記名義人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請求権(この請求権も、社团の構成員全員に総有的に帰属するはずである。)を被代位権利として、債権者代位権(民法四二三条)を行使できると構成することになる。<sup>21)</sup>

ただし、昭和四七年判決や平成六年判決が認めるように、代表者個人名義又は社团の規約等に定められた手続により登記名義人と定められた構成員個人名義の方法に拠る場合には、以下のようにこの構成に屈折を生じさせることとなる。

平成二二年判決の田原補足意見は、この点に関して、「執行債権者は、当該権利能力のない社团に代位して(権利能力のない社团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<sup>22)</sup>するといふ、いわば「二段階の債権者代位構成を示唆する<sup>23)</sup>」。そして、別件訴訟の控訴審判決（前掲・東京高判平成二二年一二月二四日）は、昭和四七年判決、最判昭和五五年二月八日集民一二九号一七三頁及び平成六年判決の示す法理を説いた上で、「法人でない社団の資産である不動産について当該社団の管理委託契約に基づき第三者が当該不動産の所有名義人となっている場合において、上記管理委託契約が解除され、当該社団の規約等において当該社団の資産である不動産の登記名義人とすると定められた当該社団の構成員（以下「登記名義人と定められた構成員」という。）がいるときには、①「登記名義人と定められた構成員は、当該不動産の所有名義人となっている第三者に対し、当該不動産の所有名義を自己に移転することを求める登記手続請求をすることができるものと解され、登記名義人と定められた構成員がいなくときは、当該社団の代表者は、保存行為として、当該不動産の所有名義人となっている第三者に対し、当該不動産の所有名義を自己に移転することを求める

登記手続請求をすることができる」とし、②「この登記名義人と定められた構成員又は代表者の第三者に対する登記手続請求に関しては、登記名義人と定められた構成員又は代表者と当該社団との間において、当該社団の規約等に基づいて負担する上記登記手続請求を行う登記名義人と定められた構成員又は代表者の義務を観念することができるから、当該社団の債権者は、民法四二三条一項所定の債権者代位権の行使として、当該社団に代位して、さらに、当該社団において登記名義人と定められた構成員又は代表者に代位して、当該不動産の所有名義人となっている第三者に対し、当該不動産の所有名義を登記名義人と定められた構成員又は代表者に移転することを求める登記手続請求をすることができる」と解される（最高裁判所昭和…三九年四月一七日第二小法廷判決・民集一八卷四号五二九頁参照）」と説示している。この判決の②で示されている法律構成（二段階の債権者代位構成）は、右の田原補足意見に依拠したものと推測される。

しかし、すでに指摘されているように、右判決（及び田原補足意見）の法律構成には、疑義が残されている。まず、右判決は、①において「登記名義人と定められた構成員は、当該不動産の所有名義人となっている第三者に対し、当該

不動産の所有名義を自己に移転することを求める登記手続請求をすることができる」、あるいは「登記名義人と定められた構成員がいないときは、当該社団の代表者は、保存行為として、当該不動産の所有名義人となっている第三者に対し、当該不動産の所有名義を自己に移転することを求める登記手続請求をすることができる」とし、登記名義人と定められた構成員又は代表者に帰属する登記請求権を被代位権利として捉えているかのようである。しかし、実体法上、はたして登記名義人と定められた構成員又は代表者にかかる所有権移転登記請求権が帰属しているといえるのかどうか、疑問が残る。<sup>24</sup> たしかに、かつて昭和四七年判決は、社団の代表者に交替があった場合の旧代表者に対する新代表者名義への移転登記請求につき、「本来、社団構成員の総有に属する不動産は、右構成員全員のために信託的に社団代表者個人の所有とされるものであるから、代表者は、右の趣旨における受託者たるの地位において右不動産につき自己の名義をもつて登記をすることができるもの」と解すべきである」として、代表者を信託における「受託者たる地位」にあるかの如く見立てて、新代表者に不動産の所有権及びそれに基づく登記請求権が帰属するかのような説示をしている。しかし、その後、平成六年判決が、「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進行する原告適格を有するものと解するのが相当である」との結論を判示し、これを導く理由付けとして、「右構成員は、入会団体から、登記名義人になることを委ねられるとともに登記手続請求訴訟を進行する権限を授与されたものとみるのが当事者の意思にそつもの」と解される」（傍線は引用者による。）と説く。つまり、平成六年判決を前提とする限り、実体法上、あくまで登記請求権は社団の構成員全員に総有的に帰属しているのであり、ただ、訴訟法上、代表者等につき任意的訴訟担当として原告適格が認められるにすぎないと理解するのが妥当である。<sup>25</sup> そうすると、実体法上、代表者等に登記請求権が帰属することがあるのかどうかは、少なくとも明らかではないと考えるべきであり、これを被代位権利として構成することには疑義が残るといわざるをえない。

また、右の別件訴訟・控訴審判決は、②の箇所において「登記名義人と定められた構成員又は代表者と当該社団と

の間において、当該社団の規約等に基づいて負担する上記登記手続請求を行う登記名義人と定められた構成員又は代表者の義務を觀念することができると説示し、社団と代表者等との間の「義務」の存在を被保全権利と捉えているようであるが、その具体的な内容や根拠は明らかにされていない。

以上から、債権者代位構成に基づく移転登記手続請求の可否には理論上明らかとされていらない疑義が残っており、これを被保全権利とする処分禁止の仮処分の方法にも理論的な問題点があるといわざるをえない。<sup>(26)</sup> それゆえに、仮差押えの方法を認めるべき根拠が存在するといえるだろう。

3 では、以上のとおり、平成二二年判決との連続性において仮差押えの方法を認めるべき根拠が確認されたとして、仮差押えに際し直接の証明文書を添付する方法を認めるとともに、この文書は確定判決等に限られないとする本決定の判断は妥当といえるだろうか。また、本決定は特に言及してはいないものの、代表者等以外の第三者が登記名義人である本件事案においては、特に登記名義人に対する手続保障について配慮する必要はなかったであろうか。

(1) ① まず、強制執行に関する平成二二年判決と同様、差押えに際しても、「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」を要求するのが本来ならば適切であろう（これが本件における第一審決定及び抗告審決定の立場である）。なぜならば、仮差押えにおいても、対象不動産が債務者の責任財産に属することについての立証の程度は、疎明ではならず、証明が必要とされること（未登記不動産に対する仮差押えに関しては、東京高決平成三年一月一八日判時一四四三号六三頁がある。民事保全規則二〇条一項参照）に鑑みれば、強制執行（本執行）と仮差押えとの間で、証明文書に求められる証明力の程度に差を設けるべき正当性は認められないからである。しかし、それにもかかわらず、本決定は、「債権者は、確定判決等を取得するまでは、……不動産に対して仮差押えをすることができず、……金銭債権の実現を保全することが著しく困難になる」こと（以下、これを「理由①」という。）を理由に、「上記書面は、強制執行の場合とは異なり、上記事実を証明するものであれば足り、必ずしも確定判決等であることを要しない」とするこの点をどう理解すべきであろうか。

強制執行の申立てにあたり、確定判決等の証明文書を平成二二年判決が要求しているところ、仮差押えの段階にお

いても同様の文書が要求されるとすれば、確定判決等を入手した段階ではもはやこれによって仮差押えをわざわざ申し立てる理由はなく、債務名義を取得していれば、直接強制執行を申し立てれば足りることとなる。<sup>(27)</sup> これでは、仮差押えの機会を右手で与えながら直ちに左手で奪うに等しい論理となってしまう、妥当ではない。したがって、前述のとおり、処分禁止の仮処分ではなく仮差押えの方法に拠る実益が認められる以上、仮差押えの際の所有権証明について確定判決等による証明を要求しないとすべきであり、理由①には相応の説得力があると評価できる。

② つぎに、本決定は、「不動産に対して仮差押えがされたとしても、…：不動産に対して強制執行がされた場合とは異なり、当該社団の構成員が権利を喪失すること、上記登記名義人が登記を抹消されることもないのであって、これらの者の利益に配慮して、仮差押命令の発令を、…：不動産の権利関係が確定判決等によって証明されたような場合に限ることまでは必要でない」旨（以下、これを「理由②」という。）を、確定判決等による証明を不要とする理由として説く。しかし、強制執行の場合において「当該社団の構成員が権利を喪失する」とか「登記名義人が登記を抹消される」との説示は、その意味するところが不明瞭で

あるばかりか、強制執行の場合において、このことと確定判決等による証明が必要とされることとの関係性は明らかではない（理由と結論との間の論理構造が不明である。<sup>(28)</sup>）といわざるをえない。したがって、右の理由②は、直接的には説得力を持つものとは評し難い。

(2) むしろ、権利能力のない社団に対する金銭債権を保全するために、不動産に対する仮差押えがなされる場合はたして当該不動産の登記名義人に対する手続保障が果たされているのか、といった視点からの正当性の検証が重要である。田原補足意見の説くように、登記名義人が代表者等である場合には、登記名義人と社団との関連性は明らかであるといえるが、本件事案のように、代表者等以外の第三者名義の事例においては、特に登記名義人の手続保障の点には留意されるべきであろう。

この点につき、たしかに、右のような本件事案の場合、仮に登記名義人が執行対象不動産の真の所有者であったとき（つまり、実は、所有者と登記名義人が一致していたとき）、安易に仮差押えを認めてしまうと、真の所有者であるはずの登記名義人に対する手続保障は万全ではないといわざるをえない。具体的には、そもそも登記名義人は当事者たる債務者とされていないため、手続への関与の機会が

与えられず、保全異議の申立て（民事保全法二六条）をすることもできない<sup>(30)</sup>。そうすると、登記名義人の側が仮差押えに対して採り得る対抗手段としては、自ら第三者異議の訴え（民事保全法四六条の準用する民事執行法三八条）を提起するより他はないことになるが、その起訴負担を登記名義人に負わせるのがはたして妥当かという問題はあ<sup>(31)</sup>る。

この点について、仮差押えの実効性を確保するために必ずしも「確定判決等」まで要求しなくとも、本件事案のよ<sup>(32)</sup>うに代表者等以外の第三者が登記名義人である場合には、その成立過程において登記名義人の一定の関与が認められる証明文書であることは要求されて然るべきであろう（後述するように、実際に、本件事案において仮差押命令の申立て段階で添付された文書は、登記名義人を当事者とする別件訴訟の第一審判決等であり、右の要求を満たすものであ<sup>(33)</sup>った）。また、このように解したとして、なお仮差押えの段階においては登記名義人に対する手続保障が十全に図られていると評価できないとしても、平成二二年判決の枠組によれば、強制執行の局面にまで至ると「確定判決等」が要求され、その取得過程で登記名義人に対する手続保障は確実に図られることになる。そのためには、この強制執行の段階で要求される確定判決等の証明文書については、

その成立に際して、登記名義人も当事者として関与したものでなければならぬと制限的に解釈しておく必要がある<sup>(33)</sup>。

4 では、本決定でいう証明文書として具体的にどのような文書が該当するのか。この点については、本決定では明らかにされていない。前述のように、代表者等以外の第三者が登記名義人である事案においては、手続保障の観点からは、その成立過程において登記名義人の一定の関与が認められる証明文書であることが要求されるべきと考えられるが、実際にどのような証明文書がこれに該当するのかについては、今後の裁判例の蓄積を俟つ必要がある。

ただ、本決定が、「本件申立書に添付された書面は、本件不動産がYの構成員全員の総有に属する事実を証明するに足るものとみる余地が十分にある」旨を指摘し、その後、実際に本件の差戻審において仮差押命令が発令されたとのことである<sup>(34)</sup>。そうすると、本件事案においては、少なくとも仮差押命令の申立ての際に添付された書面が右の証明文書に該当すると判断されたことになる。この書面とは、具体的には、別件訴訟においてXの請求を認容した第一審判決、その控訴審において原審の請求認容の判断を維持する旨の心証を開示した口頭弁論調書及びこの第一審においてXが提出した文書であったが、別件訴訟において登記名義

人AはYとともに被告として手続に関与していた以上、本件においては、確定判決等ではなくとも、かかる証明文書によっても登記名義人Aに対する手続保障は十分に果たされていたと評価できる。<sup>(35)</sup>

#### 四 本決定の射程

最後に、本決定の射程について検討する。平成二二年判決及び本決定の示す判例法理は、前述のとおり、権利能力のない社団につき、社団名義での登記も社団代表者の肩書付きの代表者個人名義での登記も認めていないという現在の登記実務及び判例法理を背景事情とする、いわば権利能力のない社団に固有の問題に対する緊急避難的な解決策と見るべきであり、それゆえに正当化されると考える。したがって、債務名義上の債務者と登記名義人とを一致させることができる通常の不動産に関する事例（例えば、仮装登記がなされているような場合）<sup>(36)</sup>についてまで、その射程は及ばないと思われるべきである。この点につき、執行妨害となり得る事態への対抗策として、その射程を限定的に捉えるべきではないとする見解<sup>(37)</sup>もあるが、不動産執行における原則たる外観主義の例外措置という「牛刀」をもって鶏を割く事態は許容すべきではない。

そして、このような権利能力のない社団に関する強制執行及び仮差押えに関する問題発生の根本的な原因は、まさに右の登記実務及び判例法理にあり、その点において平成二二年判決及び本決定は、改めて権利能力のない社団に関する現在の登記実務の見直しの必要性を示唆する契機を含むともいえるだろう。<sup>(38)</sup>

- (1) なお、本件の認定事実から直接は明らかでないものの、後掲・平成二二年判決の事案における第一審判決（東京地判平成二〇年一月一七日判時二〇三六号八八頁、判タ二九五号三〇六頁）での認定事実によると、Aは、Yの構成員でなく、Yとは別個独立した法人格を有する会社である。要するに、AはYとの関係において第三者にすぎない。
- (2) その後、同判決の控訴審判決である東京高判平成二二年二月二十四日判タ一三五号一六二頁・金法一九一八号一三二頁も、双方の請求を認め、Y及びAの控訴を棄却した（なお、同判決に対しては上告及び上告受理申立てがなされていたが、平成二四年六月二十七日、最高裁により上告棄却・上告不受理の決定がなされ、Y及びAの敗訴が確定したとのことである。榎本・後掲注(3)曹時二〇三二頁脚注(一)参照。

- (3) 本決定の評釈・解説等として、田中壮太・NBL九五

- 九号一二三頁(二〇一一年)、中島肇Ⅱ狩野信太郎・銀法七三五号一三頁(二〇一一年)、河津博史・銀法七三五号六二頁(二〇一一年)、菱田雄郷・判時二二七号一六七頁(判評六三四号二頁)(二〇一一年)、堀野出・民商一四五卷三号二九四頁(二〇一一年)、山本弘「法人格なき社団をめぐる民事手続法上の諸問題」(二)法教三七五号一四一頁、特に一五一頁以下(二〇一一年)、萩澤達彦・リマークス四四号一三〇頁(二〇一二年)、伊藤眞ほか「座談会・民事訴訟手続における裁判実務の動向と検討」判タ一三六一号四頁(垣内秀介)(二〇一二年)、青木哲・判例セレクト二〇一一(Ⅱ)(法教三七八号)二七頁(二〇一二年)、秦公正・平成三三年度重判(ジュリ臨増一四四〇号)一三五頁(二〇一二年)、笠井正俊・金法一九五三号四八頁(二〇一二年)、佐瀬裕史・法協一二九卷一〇号二四八二頁(二〇一二年)、高部眞規子・金判一四〇八号八頁(二〇一三年)、榎本光宏・曹時六五卷八号二〇二二頁(二〇一三年)、同・ジュリ一四五九号九八頁(二〇一三年)、川嶋四郎・法七七〇九号二二三頁(二〇一四年)、等がある。
- (4) 榎本・前掲注(3)曹時二〇二四頁。
- (5) 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)一四一頁以下、同「権利能力のない社団の不動産に対する強制執行」判タ一三四一四頁(二〇一一年)等。
- (6) 鎌田薫Ⅱ寺田逸郎編『新基本法コンメンタール 不動産登記法』(日本評論社、二〇一〇年)六一頁(安永正昭)。
- (7) 山本和彦「判批(平成三二年判決)」法研(慶應義塾大学)八四卷三号一四八頁(二〇一一年)。
- (8) 大門匡ほか編「民事執行判例・実務フロンティア二〇一一年版」判タ一三三九号二九九頁(二〇一一年)。
- (9) 榎本光宏「判解(平成三二年判決)」ジュリ一四一八号一九頁(二〇一一年)(なお、匿名コメント記事としては、本決定よりも以前から同一の指摘がなされていた)。
- (10) 本決定匿名コメント記事。ただし、本決定の調査官解説である榎本・前掲注(3)曹時二〇二二一・二〇二三頁では、「第三者」につき、「当事者以外の意であり、社団の代表者、構成員を含む。」という表現に改められている。
- (11) 前掲注(1)で指摘したように、本件事案における登記名義人であるAは、社団構成員ではなく、Yとは別個独立した法人格を有する会社である。そして、本決定のみならず、第一審決定及び抗告審決定においても、この事実は特に認定されていない点に留意が必要である。
- (12) 山本和彦・前掲注(7)一五六頁。ただし、平成三二年判決の法廷意見は、その文脈からは第三者の場合分けを前提とはしていないものと理解される(同一六二頁脚注(44)参照)。

- (13) 山本和彦・前掲注(7)一六三頁脚注(50)。
- (14) なお、前述のとおり、本件事案においては、すでに債権者代位権に基づく処分禁止の仮処分がなされており、その本案訴訟(別件訴訟)が係属中であつた。そして、本件の第一審決定は、仮差押えの申立てを却下するにあたり、その理由として、処分禁止の「仮処分決定を原因とする処分禁止の登記がされているのであるから、その限度で保全はされているというべきであ」り、「登記名義人と所有者が一致しない一般の事案については、……債権者代位権に基づく処分禁止の仮処分の申立てによるほかないから、上限度の保全が不十分であるともいえない」と説いている。
- (15) 佐瀬・前掲注(3)二四九一頁以下は、登記名義人の手続保障という観点で仮差押えと仮処分とを比較検討する。
- (16) 渡邊健司「強制換価法における外観と実体―人格なき社団事例の具体的検討」金法一九一八号七二頁(二〇一一年)。
- (17) 菱田・前掲注(3)二四頁は、「債権者代位権に基づく処分禁止の仮処分は、仮差押えの代替物としてそれなりに機能する」とし、「仮処分が利用可能な局面では手続保障に不備のある仮差押えは慎重に利用すべきである」と指摘する。
- (18) 山本和彦・前掲注(7)一五五頁。また、田原補足意見は、前述のとおり、登記名義人が代表者以外の第三者である場合には、むしろ、まず債権者代位権により「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し、その移転登記手続を経たうえで、……執行手続をなすことが望ましい」と指摘する。
- (19) 大門ほか編・前掲注(8)二三九頁は、平成二二年判決からすると、「債権者代位訴訟として……登記手続を必要とする前提がなくなったというべきである」と指摘する。
- (20) 債権者代位構成に関する疑義についての検討は、研究会の席上での三木浩一教授からの御指摘に基づく。
- (21) 園田賢治「判批(別件訴訟・控訴審判決)」リマークス四四号二二頁(二〇一二年)。
- (22) なお、その後、最判平成二六年二月二七日民集六八巻二号一九二頁が、権利能力のない社団の構成員全員に総有的に帰属する不動産につき、所有権の登記名義人に対し当該社団の代表者個人名義に所有権移転登記手続をすることを求める訴訟において、当該社団自体の原告適格を認めるに至つた。もつとも、これを前提としても、債権者代位権における実体法上の被代位権利は、社団帰属の権利ではありえないはずである。
- (23) 山本克己「判批(平成二二年判決)」金法一九二九号四六頁(二〇一一年)。詳細につき、園田・前掲注(21)一〇二頁参照。
- (24) 松尾弘「判批(別件訴訟・控訴審判決)」法セ七八五

号一八頁(二〇二二年)は、「実体法上の根拠は、必ずしも明らかではない。」と指摘する。

(25) 山本弘「法人格なき社団をめぐる民事手続法上の諸問題(一)」法教三七四号一三六頁(二〇二一年)は、「昭和四七年最判がいう『信託』というのは、一種の比喩にすぎない」と指摘する。なお、山本和彦・前掲注(7)一四八―一四九頁、菱田・前掲注(3)二四頁脚注(三)も参照。

(26) 笠井・前掲注(3)五一頁は、「債権者代位権に基づく処分禁止の仮処分ができるといつても、一種の便法である。」と喝破する。他方で、菱田・前掲注(3)二四頁は、「処分禁止の仮処分の利用は便法に近いものであり、かかる便法を根拠とするのは必ずしも好ましいものではないが、仮差押えにおいては登記名義人に当事者としての手続保障を与えることはできないという規律を所与のものと考える以上はやむを得ないと思われる。」と説く。

(27) 伊藤眞ほか・前掲注(3)一〇頁〔垣内発言〕も、「もし強制執行の場合と全く同じであると考えたとすると、仮差押えの段階で本執行ができるということにもなり得、それはそれで奇妙な事態とも思われます。」と指摘する。なお、本件の原決定(抗告審決定)は、前述のとおり、末尾の「なお書き」において、本執行ができることを理由に仮差押えの必要性がないとして抗告を棄却しているが、これは本末転倒であるといわざるをえない。

(28) 菱田・前掲注(3)二三頁によると、「社団の構成員が権利を喪失する」とは、不動産強制競売において、「本来債務者の責任財産に属さない財産が、強制執行手続を経由しただけで、買受人に帰属するわけではないが、買受人において、または、買受人から所有権を譲り受けた者において民法九四条二項の要件が満たされる等すれば、権利能力なき社団の構成員は所有権を失わざるを得ないであろう」ことを意味するという。また、「登記名義人が登記を抹消される」とは、「不動産強制競売において売却によって買受人への所有権移転登記がなされる結果、従前の登記名義人は所有名義を失う、という事態を指すと考えられる」と説明する。ただし、前者については、本来、登記名義人に帰属するはずの不動産につき、権利能力のない社団に対する強制執行の責任財産とされた場合を想定した記述といえよう。また、後者については、厳密には「登記の抹消」には該当せず、青木・前掲注(3)二七頁は、「差押えに後れる登記名義人による処分の登記が抹消されることなのかもしれない。」と推測する。

(29) 青木・前掲注(3)二七頁。

(30) 秦・前掲注(3)一三六頁等を参照。

(31) 研究会の席上での山本和彦教授からの御指摘による。

(32) 菱田・前掲注(3)二四頁参照。

(33) 榎本・前掲注(9)一一九頁、同「判解(平成二二年判

決」最判解民事篇平成二二年度（上）四二五頁参照。

(34) 榎本・前掲注(3)曹時二〇二六頁。

(35) 菱田・前掲注(3)二四頁は、「登記名義人Aをも当事者とする訴訟手続における第一審判決と控訴裁判所裁判長の心証を示した口頭弁論調書が添付されていたことから、登記名義人Aへの手続保障は相当程度満たされていたといえることが重要であった、と考える余地も生じてこよう。」と指摘する。

(36) 山本和彦・前掲注(7)一五六頁、榎本・前掲注(9)一九頁、同・前掲注(33)四二七頁。

(37) 滝澤孝臣「判批（平成二二年度判決）」金判一三五七号一一頁（二〇二一年）。

(38) 中野・前掲注(5)論文一四頁参照。

杉本 和士