

判例研究

権利能力のない社団に対する金銭支払いの債務名義による同社団構成員の総有する第三者登記名義不動産に対する強制執行

河野正憲

【判示事項】

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、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しようとする場合における申立ての方法

【判決要旨】

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、当該社団の構成員全員の総有的に帰属する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であり、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執行文の付与を求めることはできない。(補足意見がある)

平成 22 年 6 月 29 日第三小法廷判決（平成 21（受）1298 号、執行文付与請求事件、上告棄却、民集 64 卷 4 号 1235 頁

原々審：東京地方裁判所平成 20 年 11 月 17 日判決

原 審：東京高等裁判所平成 21 年 4 月 15 日判決

【事実関係】

X（原告、控訴人、上告人。株式会社整理回収機構）は、権利能力のない社団である A（在日朝鮮人総連合会）を被告として、東京地方裁判所に譲受債権の支払いを求める訴えを提起し、同裁判所は、平成 19 年 6 月 18 日、A に対し、X に 627 億 3418 万 1985 円及びこれに対する遅延損害金の支払いを命ずる仮執行宣言付きの判決を言い渡した。本件は、この判決を債務名義として、A が実質的所有者であるが、Y（被告、被控訴人、被上告人。合資会社朝鮮中央会館管理会）が名義人となっている本件不動産（宅地及び地下 2 階付 10 階建てビル）に対して強制執行をするために、Y に対する執行文の付与を求めた事案である。X は、Y が何ら固有の利益を有しておらず、専ら A のための「請求の目的物の所持人」（民執 23 条 3 項）に準じる者であると主張し、民事執行法 27 条 2 項による執行文の付与を求めることができると主張する。

原原審は、この請求を棄却した。その理由は、まず民事執行法 23 条 3 項は特定物の給付請求権の対象となる動産、不動産を前提としており、金銭債権では債務者の一切の財産が責任財産になるから、これを金銭債権の執行に拡張すると第三者の一切の責任財産を責任財産とせざるを得なくなって不当であること、金銭債権の執行の場合には債務者の第三者に対する引渡請求権を代位行使し（民 423 条）目的財産に強制執行をすることができるから、民事執行法 23 条 3 項を類推適用して第三者に対する執行文を付与する必要性に乏しい等を理由とする。原審も、ほぼ同様の理由により、控訴を棄却。

X 上告受理申立。

【判決理由】

〔2〕そこで検討すると、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 23 条 3 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 27 条 2 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 45 年（オ）第 232 号同 47 年 6 月 2 日第二小法廷判決・民集 26 卷 5 号 957 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、構成員の総有財産につき、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かと解するのが相当である（民事執行規則 23 条 1 号参照）。

これに対し法 23 条 3 項の規定は、特定物の引渡請求権等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 27 条 2 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 23 条 3 項の規定を金銭債権についての

強制執行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。

3 以上によれば、Xは本件執行文の付与を求めることはできないから、Xの請求を棄却すべきものとした原審の判断は、結論においては是認することができる。」

裁判官田原睦夫、岡部喜代子の補足意見がある。

上告棄却

【研究】

1 本件は、権利能力のない社団に対して金銭の支払いを命じた確定判決を債務名義として、その社団が所有するが第三者の登記名義になっている不動産に対して強制執行をするために、(承継)執行文の付与を求めることができるかが問題とされた事案である。Xは、従来学説上で有力に主張されていた、目的物の所持人に対する執行力拡張規定(民執23条3項)の類推適用を前提として、登記名義人(Y)に対する承継執行文の付与を求める訴えを提起した。これに対して本件最高裁は、この執行文取得による金銭債権の執行という方法を否定した原原審及び原審の結論を維持し、また原審で示されていた債権者代位による処理の可能性をも否定したうえで、これとは別の独自の方法を示した。本件最高裁が示した本件の判断には、強制執行の基本に関わる重要な問題を示唆していると考えられる。従来この問題について、理論上必ずしも十分に掘り下げた検討が行われてはいなかったことも確かであり、本件判決はその点について、理論的および実務上重要な問題提起と、その解決の新たな方向を示唆したといえる。本判決を機縁にこの点の十分な検討が必要だと思われる。

2 (1) 権利能力のない社団は、民事訴訟手続上当事者能力が認められて、自ら独立して訴訟の当事者となることができ(民訴29条)、従って、これを直接に被告として一定額の金銭支払いを命じる給付判決を求めることができる。その結果、この権利能力のない社団を直接の名宛人とした債務名義により、その所有財産に対しても強制執行をすることができる(ドイツ民訴法735条は、このことを明文で定める)。この強制執行は、権利能力のない社団が所有する責任財産を対象

とするが、実体法上は、この社団自体が権利能力を持たないことから、この財産は構成員の総有に帰属するものと観念されている。この財産は、構成員自身の固有財産からは分別された権利能力のない社団独自の責任財産を構成しており、権利能力のない社団を名宛人とする債務名義に基づいて行われる強制執行の対象となり得るが、その効力が及ぶのはこの社団に帰属する責任財産のみであり、構成員自身の責任財産にはその効力は及ばない。目的財産が不動産である場合には、権利能力のない社団は自己固有の名義では登記をなし得ない（最判昭和47年6月2日民集26巻5号057頁）ことから、責任財産の所有主体（社団）とその登記名義人とが形式上乖離せざるを得ない。かくて、権利能力のない社団自体に対する債務名義に基づいて、当該社団が所有するが他人名義となっている不動産に対して強制執行をするにはどのような方法が可能であるのかが従来から問題とされてきた。

まず、大前提としてそもそも、権利能力のない社団の所有する不動産について、その登記名義人と帰属主体とが乖離していることを理由に、この不動産に対する強制執行ができないのはきわめて不当であり、その所有不動産への執行が認められてしかるべきである。しかし、具体的にどのような方法で強制執行を行うかを直接に示す法規定がなく、これに対応した強制執行の方法を理論上明確にし、それに応じた手続が解釈論で確立されなければならない。

(2) この点に関する打開策として従来有力に提唱された方法は、この不動産名義人を強制執行の目的物の所持人とみて、この者に対して承継執行文の付与を許容するというものであった。この見解は、債務者に対する執行力が不動産名義人にも拡張される根拠として、この登記名義人は民事執行法23条3項の「所持人に対する執行力拡張」の場合にあたり、執行文付与の規定の準用が可能だと説いた。

いち早くこの方法を提唱した見解は、まずその必要性につき、「主としてこの種の団体の固有財産を形成する法技術が不備であることから生じる」と指摘し、続いて「不動産を団体名義で登記する方法がなく、代表者名義か構成員の共有名義で登記せざるをえないという事情が存在するかぎり、団体を名宛人とする判決に基づいて代表者あるいは構成員名義の財産に対して執行することを認めざるをえないであろう。この場合

には、名義人たる代表者あるいは構成員は、201条1項〔現行民訴法115条1項4号〕にいう『請求ノ目的物ヲ所持スル者』に該当する。これらの者は、その財産に関して団体とは切り離された固有の利益を持つものではないから、執行力および既判力が及ぶとしても特に不都合はない」（伊藤眞『民事訴訟の当事者』（弘文堂・1978）32頁）、と説いていた。更にこれを支持する見解は、権利能力のない社団に対する金銭債権執行においても、この方法により不動産登記名義人に対する承継執行文の付与による強制執行を是認し、特定物に対する債務名義の場合だけでなく金銭債権の支払いを命じる債務名義についてもこれを否定する理由はないと説いていた（中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂6版〕』（青林書院・2010）142頁以下。これに対して新堂幸司『新民事訴訟法〔第5版〕』（弘文堂・2011）150頁は、これまでのこの見解を支持する立場を改めて、本件判決が示した方法に賛成する）。

これに対して本件最高裁判決は、被告である権利能力のない社団に対して、金銭の支払いを求める確定判決を基に、同財団所有の不動産に対してなされた強制競売の申立につき、その登記名義人である第三者に対して、同不動産登記名義人が目的物の所持人に当たるとして提起された執行文付与の訴えを否定し、この方法によることの問題点につき、①「法23条3項の規定は、特定物の引渡請求権等についての強制執行の場合を予定しているものである」こと、②「法27条2項に規定する執行文付与の手續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」の2点を挙げて、法23条3項の規定を金銭債権についての強制執行にまで拡張解釈することは許されないと結論づけた。

最高裁判決が指摘する①によれば、民事執行法23条3項が予定する事案は、専ら特定物の引渡請求権等の強制執行を前提としており、本件のような金銭執行において執行対象として選択された目的物を第三者が所持する場合を含まないというものであり、従来の通説の説くところでもある。また、②は、承継執行文を付与する手續構造に着目し、それが、強制執行の対象となる不動産が「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していない」と指摘する。いずれの観点も、金銭執行の対象とされた不動産が、執行債務者である権利能力のない社団に

帰属する責任財産を構成していることを前提とし、この責任財産への帰属を確定することの必要性と、そのために必要な手続という観点に注目している（なお、②については後述、4（3））。

（3） 現行民事執行法 23 条は、全ての債務名義につき妥当する執行力の主観的範囲を定めた一般規定であるが、民事執行法の制定前にはこれに対応する明文規定は存しなかった。従来この点に関連した明文規定は、確定判決に関する既判力の主観的範囲の規定（旧民訴 201 条、現行民訴 115 条）と、確定判決を債務名義とする場合の執行力拡張に関する規定（旧民訴 497 条ノ 2）のみに過ぎなかった。その際、執行力の主観的範囲については既判力のそれに一致するとすると理解するのが当時の通説的見解であった（このような明示的な指摘は、兼子一『増補・強制執行法』〔酒井書店・1955〕40 頁、菊井維大『強制執行法（総論）』（有斐閣・1976）112 頁）。この見解によれば更に、所持人に対する強制執行において執行文付与を認めるのは、「特に特定物の引渡・給付の請求について、義務者本人に対する執行力を付随的に所持人に及ぼし、直接にこれに対する執行を認める趣旨である」と説明し、「そうでないと義務者に対する執行方法としてその所持者に対する引渡請求権を差押えて委付を受けねばならぬ」と説明されていた（兼子一『前掲書』41 頁）。この見解によれば、債務者に対する金銭債権執行の場合には、直接この規定を用いて債務者である権利能力のない社団所有の不動産に対して強制執行の申立をすることはできないことになる。

これに対して準用肯定説は、このような通説に対して所持人に対する執行力拡張を、特定物を対象とする引渡等に限定しなければならないという制約はないと断じ、上記所持人としての立場と同視するにあたっては、主として所持人固有の利益が存在しないことを強調していた（中野貞一郎『前掲書』142 頁）。

一般論として、権利能力のない社団が所有する不動産も、たとえその登記名義が他人名義であってもそれが債務者の責任財産を構成する限り、強制執行の対象になりうることに異論はない。しかし、金銭債権の強制執行の場合について、従来の通説はその具体的手続を明確に示さなかったことからこの点の不備を衝き、簡易な執行文付与の方法を提示した点で、肯定説の問題提起は重要であり、その功績は大きい。もっとも、

そこで示された方策がその必要性に対応した理論的に十分な裏付けを有したかが改めて問題とされたことになる。本件最高裁判決はそれが不備であるとし、〈所持人固有の利益〉の観点ではなく、むしろ〈債務者の責任財産の範囲〉の観点を指摘し、この観点から新たな方法を示したといえる。

(4) 伝統的に、執行力の主観的拡張問題が、既判力の主観的拡張の延長線上で考えられてきたこともあり、主として両者に共通した考慮要素が強調されたことは確かである。そこで注目されたのは、主として特定物の引渡訴訟における承継執行の場合を念頭に、その効力を直接に受ける第三者の事務上の利益の有無であった。その延長上で執行力の第三者に対する拡張事例においても、その関心の中心は、執行力拡張の対象となる第三者に「固有の利益」が存在するか、それが問題となりうるとすればその主張を事務上どのように反映させるべきかであった。この観点は、承継によって目的物件が第三者に移転（し、それに伴って目的物が第三者の責任財産に帰属）する場合にはきわめて重要な観点となる。

既判力拡張においては、前訴で勝訴した債権者と、後訴で被告とされた第三者（またはこの者を原告とし、前その勝訴原告を被告）の間で、前訴当事者間で確定した判決の内容自体につき、第三者に改めて争わせる必要があるかが問題となるが、その際第三者に固有の利益が存在しないことが拡張の前提とされた。この場合、前訴で敗訴した被告の地位自体は確定した判決により当事者間ではもはや覆し得ず、この効果を第三者との間でも貫くことについて、第三者が債務者の単なる所持人に過ぎない場合にも同様だとされた。この者には、その訴訟手続で前訴の判決効自体につき異論を述べる機会を保障すべき格別固有の利益がないことが、前訴の判決効を拡張しうる根拠とされてきた。

これに対して執行力の主観的範囲の拡張の場合、既判力拡張の場合とはその内容や機能が異なる。このこと自体については今日では一般的な承認が得られている（執行力拡張の場合との違いにつき、中野貞一郎「執行力の範囲」同『民事手続法の現在問題』（判例タイムズ社・1989）258頁以下、また、河野正憲「口頭弁論終結後の承継人（二）－執行力の拡張」『演習民事訴訟法』（青林書院・1987）588頁）が、本件でもこの点の立ち入った検討が不可欠である。従来これについては、主として承継

執行の場合を念頭に、債権者と強制執行を受ける第三者との間の権利関係が問題とされ、この権利関係について債務名義が存在しないのになぜ強制執行が可能なのか、承継執文で代替しうるのはなぜかが問われた。

これに対して、金銭の支払いを命じる債務名義においては、債務者の所有する財産（責任財産）のどの部分に執行力を及ぼすことができるのかが問題となる。ここでは債務者の責任財産の範囲、従ってそれが名目上第三者の所有となっている場合には債務者および第三債務者のそれぞれの〈責任財産〉につき、その範囲を画定することが中心課題となる。本件においても、執行対象として選択された不動産が、登記名義人である第三者と債務者である権利能力のない社団との関係で、債務者の責任財産に帰属することが明確でなければならない。

3 (1) 権利能力のない社団が所有する不動産は、実質的には当該社団自体の責任財産を構成しているから、本来同社団が負う金銭給付請求権による強制執行の対象となりうる財産である。しかし、不動産について権利能力のない社団自身が不動産登記名義人になり得ないことから、形式上、その登記名義は社団自体ではなく社団代表者またはその他の第三者とせざるを得ない。その結果、登記名義自体からみれば、その不動産はこれら名義人の責任財産であるとの外観を有することになる。このように、当該不動産についてその実質的所有者と登記名義人が乖離することから、この不動産に対して権利能力のない社団に対する金銭支払請求権を債務名義とした強制執行の場合は、当該不動産が登記名義人固有の責任財産ではなく、法人格のない社団の責任財産、すなわち社団構成員の総有に属する財産に対して行うことが前提になる。

もっとも、当該不動産につき債務名義上、直接に引渡しあるいは明け渡しの対象とする旨が明記されている場合は、当該不動産が権利能力のない社団自体の引渡しまたは明渡し義務の対象であることが明示されており、例えその不動産が登記名義上債務者自身ではなく第三者の所有する財産とされていても、登記名義人の固有財産でないことが執行裁判所には明らかである。この場合には、債務名義の名宛人と登記名義人が異なっても、専ら登記名義人に対して、その固有財産から分別された執行対象として名義人に固有の利益の有無が問題になりうるに過ぎず、それ

以上にはその者に考慮すべき固有の利益がないことが確認されればよいことになる。

これに対して、金銭の支払いを目的とする債務名義の強制執行で執行の対象となる財産は、債務者の総責任財産の中から債権者が特定の物件を自由に選択して執行の申立をすることができる。当該財産は、債権者が選択をすることによってはじめて執行手続対象として特定されるから、たとえ債権者が当該不動産につき、金銭支払請求を受けている権利能力のない社団の所有だと主張して執行対象に選択しても、形式上は債務者とは別の登記名義人の責任財産という外形を有する場合、権利能力のない社団の債権者がこの不動産に強制執行をするには、この不動産が外形とは異なって、むしろ権利能力のない社団の責任財産であること、従って登記名義人の固有の責任財産から分離された他人（権利能力のない社団）の責任財産であることが明確にされなければならない。この関係は、名義人である第三者と債務者である権利能力のない社団の間での責任財産の限界付けの意味を持つ。執行機関としては、この点の明確な確証がないにもかかわらずこれに対して強制執行を行うことを許せば、それは違法・不当な行為だとされよう。この責任財産の画定を執行文付与手続で行いうるかにつき最高裁は、上記②で手続上これを否定した。

(2) 最高裁は、権利能力のない社団が所有し、名目上第三者の所有財産として登記されている本件不動産に対して金銭債権の支払いの強制執行をするための方法を新たに提示した。それは、「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」だとする。このような手続を許容する根拠として、民事執行規則 23 条 1 号が登記された不動産に対する強制競売の申立に当たっては、登記事項証明書その他、「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あっては、債務者の所有に属することを証する文書」の添付を要求しているが、この規定に「準じる」のだという。この点に関して法廷意見にはそれ以上の立ち入った説明は

ない。

ここで最高裁がそれに「準じる」ものとして言及した民事執行規則23条1号は、登記のされた不動産に対する強制執行をするに際して必要な添付文書を指示し、①執行債務者が登記名義人である場合については、「登記事項証明書」の添付が、例外的に②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ついては「債務者の所有に属することを証する文書」の添付が必要だと定めている。これらの添付文書は、①の場合には執行債務者の責任財産自体を執行対象としていることが登記事項証明書自体から明白に示されるから、執行裁判所はこれについて差押命令を出しても何ら不都合はない。これに対して、執行債務者と当該不動産登記簿上の名義人が異なり第三者である場合には、執行裁判所はこの者に宛てた差押命令を出す根拠を欠くことになるが、その不動産が実質的には執行債務者の所有に属する場合、それはその者の責任財産を構成するからこれに対して強制執行をすることができなければならない。この場合に、執行裁判所が合法的に執行行為として差押命令を出しうるには、その本来の所有者と形式上の名義人との関係、特にその不動産の実質的所有者を示す確実な文書により定型的な判断が執行裁判所にできなければならない。②に示された文書はこのような執行裁判所の判断のために添付が求められている。この規定自体もこの基本を述べるに過ぎず抽象的である。田原陸夫裁判官の補足意見は、これを補足し、添付書類となしうるものの具体例として、①「権利能力のない社団及び登記名義人との関係で、それぞれを名義人とする確定した確認判決」、②「判決理由中の判断(いずれかの一方を名義人とする者であっても、例えば、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請求の認容判決のように、当該不動産が構成員の総有不動産であることが判決理由から明らかな場合を含む。）」、③「和解調書」、④「当該不動産が権利能力のない社団の構成員に属することを記載した公正証書」、⑤「登記名義人を構成員の特定の者（個人又は一定の役職者等）とすることを定めた規約（公正証書又はそれに準ずる証明殿高い文書による。）」を挙げている（②以降は、法廷意見が示す①以外の「等」とされたものの具体例である）

(3) 以上のように、本件最高裁判決は、権利能力のない社団に対す

る金銭執行においてその対象としてこの社団が実質的に所有してはいるが登記名義が第三者に属する不動産に対して強制執行を行う場合、その執行債務者はあくまでも権利能力のない社団自体であり、登記名義人ではないとする。これに対する批判として、この場合の執行債務者は、あくまでも本件不動産の登記名義を有する者であり、権利能力のない社団ではないとする見解がある。その一つは、強制執行手続においては形式主義が妥当し、執行機関である執行裁判所が、不動産所有権者が権利能力のない社団か名義人かを判定することがその手続の在り方に反するとの指摘である（この点を強調するのは、中野貞一郎「権利能力のない遮断の不動産に対する強制執行」判例タイムズ 1341 号 4 頁）。この点については後に 5 で検討しよう。

今ひとつは、専ら登記手続との関係で、競売による買い受け人との登記の連続性を確保する観点から、権利能力のない社団を債務者とする金銭支払いを命じる確定判決で登記名義が異なる不動産に強制競売の申立をするには、主として登記手続上の観点から登記名義人が執行債務者となる必要があると説き、この観点から登記名義人に対して執行文の付与を認める見解である（青木哲「不動産執行における執行債務者と所有者の関係について」『民事訴訟雑誌 58 号』（法律文化社・2012）147 頁以下）。この見解は、ドイツにおける強制競売法（Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung 1897）の立法過程を参考に、特にその 17 条 1 項が「強制競売は不動産所有者が登記名義を有する場合又は彼が登記された所有者の相続人である場合に限って開始が許される」と定めることから、①執行債務者に登記名義があれば適法に不動産の差押さえができるが、②執行債務者に登記名義がなければ開始ができないとの原則をたて、②において強制執行を許すためには登記名義人を執行債務者として扱う必要があるとする。その結果、金銭執行の場合にその債務者である所有者（本件の場合、権利能力のない社団 A）ではなく、形式的名義人 Y を執行債務者として扱わなければならないと説く。また、ドイツ法では名義人を執行債務者とする方法につき同人に対する債務名義は「執行忍容の訴え [執行受忍の請求忍容判決] で得ることができる」が、わが国ではこれができないのでこれに代えて執行文付与の訴え（民執 23 条 3 項）を類推すべきだと説く（同「前掲論文」153 頁）。

しかし、ここで前提とされたドイツ強制競売法の扱いについての理解には問題がある。まず、債務者である所有者に登記名義が存在せず他人名義となっている場合、ドイツ法においてもその執行債務者を登記名義人にしなければならないという無理な取り扱いを強制しているわけではない。この場合には基本的に、まず登記の訂正により、誤った登記名義を債務者である所有者に改める手続を経て強制競売を行うのが基本である（*Brox/ Walker, Zwangsvollstreckungsrecht*, 7. Aufl., 2003, Rdnr. 855 (S. 496)。この場合具体的には、(人的請求権に基づく) 執行債権者は登記簿の訂正を求めなければならない。登記簿の訂正（*die Berichtigung des Grundbuchs*）は、ドイツ不動産登記法 14 条（「[訂正申立権] 権利者の登記による登記簿の訂正は、権利者に対して債務名義に基づき登記簿への登記を要求することができる者によっても求められることができる。ただし、その登記の許容性が先行する登記の訂正に依存する場合に限る。」）及び 22 条 2 項（登記簿の訂正に関する一般規定。「(2) 所有者又は地上権者 [Erbbauberechtigten] による登記簿の訂正は、14 条にあたる場合又は誤りが明白である場合を除き、所有者又は地上権者の同意によってのみ行うことができる。」）により登記簿訂正の申立をしなければならない（管轄は、執行裁判所と同じく不動産所在地の区裁判所 [Amtsgericht]。§ 1 GBO, § III ZVO,）。債権者はそれに要する書類を、民事訴訟法 792 条により、債務者に代わって取得することができる」とされているからである。

また、同論文で言及された「執行忍容の訴え」が、ドイツ法の *Duldungsklage* であるとすれば、それによって執行債務者が変更されるというのは誤解であろう。この訴えは、後述のように (4 (2))、執行債務者の責任財産が第三者に属する場合に、この者に、第三者ではあるが執行債務者に対して行われる強制執行の「受忍」を命じるにすぎず、執行債務者を変更する性質をもつものではないからである。この場合にも執行債務者が債務者であることに変更はない。なおこの見解は、登記名義人 (Y) は、本来の執行債務者ではないが、「登記上の利益の侵害を受けるので執行債務者に準じて扱われる必要がある」とし、具体的には「登記名義人に執行力のある債務名義が必要であること」、また「民事執行法 29 条による執行文の送達、45 条 2 項・93 条 3 項による開始決定の

送達の必要性があることを意味する」という（同「前掲論文」153頁）。こうしてこの見解は、登記名義人を執行債務者に「準じて」扱うことにより、登記名義をそのままに強制執行を行うことができるのだと説き、そのそのために執行文付与の訴えによる執行力拡張の取扱いを提唱する。しかし、このような扱いを「準じて」扱うことの内容とするには無理がある（「準じて」の意味に付き、4（4））。

4（1）金銭債権の執行を行うに際して、その競売の対象とされる財産が執行債務者の責任財産を構成しているか、あるいは債務者以外の第三者の責任財産であるかは、強制執行手続の基本に関わる問題である。本件では、執行対象とされた不動産は登記の記載上は登記名義人（Y）の財産であり、手続上明確にその者の固有の責任財産と分別・識別をすることができない。従って、本件執行債務者である権利能力のない社団に対する債務名義で直接にこの他人名義の財産に強制執行することは違法である。このような外見上異なった者の責任財産が同一人に帰属する形になる場合に、本来の債務者に対して発せられた債務名義に基づいて強制執行をするためには、同一人に複数帰属する責任財産の分別が必要となる。本件最高裁は、これを可能にするために、別途、執行債務者である権利能力のない社団（私的団体A）と当該不動産の名義人（Y）を共同被告として、当該不動産がA構成員の総有に属することの確定した確認判決が必要だとした。この判決は、名目上Yの所有となっている財産のうち、執行債務者である他人（A）の責任財産を名目上の登記名義人Y固有の責任財産から分別する機能を有する。

（2）金銭の支払いを命じる債務名義による強制執行は、債務者の責任財産を執行対象とするが、この責任財産を執行債務者以外の者が所持している場合には、執行対象となる責任財産は、それを所持する者の固有の責任財産から区別される必要がある。しかし、わが国の民事執行法は、このような事態を想定して事前に同一人に属する財産のうちで執行対象となる責任財産を限定し、執行債務者に対する強制執行のために当該責任財産を保有する者に対して強制執行を受忍することを命じる制度は、前述のように特定物の所持人に対する執行力拡張・執行文付与の場合を除けば、制度として格別に予定していない。責任財産の範囲の調整

は、不十分なが、第三者異議の訴え（民執 38 条）で行う外はないことになる。

これに対して、ドイツ民事訴訟法では、＜責任追及の訴え及びその判決（Haftungsklage, -urteil）＞の制度が認められている。本来執行債務者に属する責任財産が第三者に帰属する場合、この訴えにより責任財産を所持する者を被告として、一定の（執行債務者の）責任財産に対する強制執行の受忍を求め、それを命じる判決である。この訴訟類型は、給付訴訟・判決の一種だと観念されており、今日一般に「強制執行の受忍（Duldung der Zwangsvollstreckung）」を求める訴えといわれる。これは一定の財産又は債権に基づいて一定の財産対象に対してなされる給付請求である（A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht- Erkenntnisverfahren, 2.Aufl., 1986, § 36 S.206.）。もっともこの訴えにおいては、原告には被告に対する直接の実体法上の給付請求権は存在せず、専ら強制執行の受忍のみを求める点で、被告に対する実体法上の不作為請求訴訟とは区別される。執行受忍判決による執行の場合には、債権者は執行債務者に対する債務名義と、その執行としてその責任財産が帰属し執行受忍判決を受けた者に対する執行受忍判決とを併せて、この対象責任財産に強制執行をすることができることになる。例えば、債務者の財産に用益物権（Nießbrauch）が設定された場合、これが設定されるより前に生じた債務による強制執行がなされるに際して、債権者は用益物権者に対して、当該物件に対する強制執行の受忍（zur Duldung der Zwangsvollstreckung）を求める訴えの勝訴判決を得ることにより適法に強制執行をすることができる（ド民訴 737 条）。

この制度は、執行債務者の責任財産が第三者の下にある場合に、当該責任財産に執行債務者に宛てられた債務名義に基づく強制執行の効力を及ぼすために設けられた制度である。

(3) 本件最高裁判決は、執行債務者である権利能力のない社団に属するが、名目上は第三者の名義となっている不動産に対して強制執行をするために、当該不動産が執行債務者の責任財産であることを明らかにする必要から、「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」だ、という。ここで基本的に要求されている、「〔当該〕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」の機能が問題となる。この点に関連して、本件最高裁判決は、前述のように、本件のように金銭債権の強制執行の場合に、執行力拡張により執行文を付与することは、これら「法27条2項に規定する執行文付与の手續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」点を特に指摘しているからである。

執行文付与の手續では、第三者に執行力が及ぶことを前提にするが、それは基礎になる債務名義において既に、①執行対象となる特定財産が執行債権者の執行債務者に対する給付請求権の対象として特定されており、②その対象財産の所持者・所有者が執行債務者と異なる第三者である場合に、専ら②の事項について確認をした上でこれを執行文で代替しようとするのである。この特殊執行文付与の訴えは、被告とされた第三者が民事執行法において当事者以外の執行を受ける者にあたることを確定することを目的とした特殊な手續であり、それはこの目的に特化した「債務名義につき特殊執行文付与の要件が存在するだけの確認を請求する、いわば要点訴訟」だ、とするのが一般である（中野貞一郎『前掲書』282頁）。この執行文付与の訴えでは、本件のように直接債務名義上では特定されていない債務者の責任財産とされる執行対象物が、執行債務者の所有に属し名義人である第三者固有の責任財産でないことの確認はなされ得ない。

これに対して、当該不動産が執行債務者である権利能力のない社団の構成員の総有に属することを、執行債権者が、権利能力のない社団と登記名義人である第三者とを共同被告として訴え、その旨が既判力によって確定されれば、当該不動産が執行債務者の責任財産であることが債権者と登記名義人との関係でも確定されることになる。この確定判決により、債務者である権利能力のない社団に対する金銭の支払いを求める債務名義で本件不動産を執行対象とする強制執行は正当なものであることが確認され、これを基にした、第三者名義の不動産に対する差押えが許容されることになる。

（４） 本件で最高裁は、この確定判決に基づいて執行裁判所が債務者である権利能力のない社団を執行債務者とした執行文を付与するにあたり、この判決文が民事執行規則 23 条 1 号に示された文書に「準じる」という。そこでこの「準じる」という意味が問題となる。

同規則は、不動産に対する強制競売の申立に添付すべき文書として、所有者と名義人が異なる場合、「債務者の所有に属することを証する文書」が指示されている。この文書が添付されていれば、そのまま当該不動産に対する強制競売が許容されることになり、(ドイツ法のように)、登記名義を本来の所有者に訂正登記をすることが省略される。従って、ここで要求される文書は、このような登記の訂正を省略して不動産に対する差押えを許すために必要な文書であり、最高裁が示した確立した確認判決がこのような文書に準じたものとして取り扱われるべきことを示したといえる。この文書の添付があれば、執行裁判所は差押命令を適法に発布することができる。

５ 本件で最高裁は、金銭の支払いを命じる確定判決による強制執行の前提として、対象財産が債務者の責任財産に属する旨の画定のために、その旨の確認判決を要するという。しかし、そのような取り扱いは、強制執行手続の形式性ないし機能の確保との関係から容認し得ないとの批判がある（中野貞一郎「権利能力のない社団の不動産に対する強制執行」判例タイムズ 1341 号 4 頁、同『前掲書』142 頁）。「裁判機関と執行機関を分離し権利判定手続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態勢のもとで、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」とする。しかし、本件最高裁が言うように、不動産に対する差押えの前提として、差押債権者が別途債務者である権利能力のない社団と登記名義人を相手として、当該不動産が債務者である社団構成員の総有財産であることの確定判決を求め、これを添付する場合、執行裁判所はこの確定判決を基に執行処分をするのである。この既判力を有する判決は、債権者から提出された書類であってもそれは名義人の所有物でなく債務者の責任財産であることが、名義人との関

係で既判力で確定しているから、執行手続上も第三者である名義人の異論は封じられている。この資料により、債権者が執行対象とした不動産は債務者の責任財産であり名義人のそれでないことが明確であり、その債権者の求める執行行為自体は正当であり、それにより執行処分をした裁判所の行為も適法だといえることができる。批判説は、結局、登記名義を有する者を執行手続（執行文付与の訴え等）に関与させなければならぬと説き、その点に執行行為の形式性の要請を求めているように見える。

確かに、強制執行手続においては、適切でかつ迅速な強制執行を確保するために、権利確認手続・機関と執行手続・機関とを峻別している。そして、執行機関が行う強制執行行為は、執行債務者の生活領域に対する強制力の行使であり、そのためには合法的な行為でなければならない（執行行為の合法性（*Rechtmäßigkeit*）と違法性（*Rechtswidrigkeit*）に関する基本的な問題については、*Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 233 ff.*）。本件は、この問題に関連するが³、これ以上の言及は別の機会に譲る。