

《判例研究》

権利能力なき社団と登記請求権の代位行使

納 屋 雅 城

- 一 はじめに
- 二 東京高裁判決
- 三 検討
- 四 結びに代えて

一 はじめに

権利能力なき社団の構成員全員の総有に属する不動産の登記方法については、後掲の昭和47年の最高裁判決によって、社団名義での登記も、また社団の代表者である旨の肩書を付した代表者個人の名義での登記も許されないものとされた。学説からの批判は強いものの、この立場は判例として定着しており、その後は「権利能力なき社団と登記」という問題自体があまり議論の対象とされない状態が続いていた¹⁾。

1) 権利能力なき社団の登記能力に関する従来の議論をまとめたものとして、林良平＝前田達明編『新版注釈民法(2)総則(2)』93頁以下〔森泉章執筆〕(有斐閣、1991年)がある。また昭和47年判決以降の判例・学説を整理・分析したものとして、山田創一「権利能力なき社団の登記請求権」山梨学院大学法学論集19号1頁以下(1991年)がある。

なお、権利能力なき社団の構成員全員の総有に属する不動産を誰の名義で登記すべきかという問題については、後掲昭和47年判決を支持し、代表者(または特定の構成員)個人名義で登記すべきであると考え。不動産登記令3条2号は登記の申請情報として「申請人が法人であるときは、その代表者の氏名」を要求することで、法人が登記申請人となる資格を有することを認める一方で、権利能力なき社団に関

ところが近時、権利能力なき社団と登記に関する一連の裁判例が現れてきた。本稿ではその中から、権利能力なき社団の構成員全員の総有に属する不動産の登記名義が社団構成員でない第三者の名義となっているときに、社団債権者がその第三者に対して、債権者代位権に基づいて、当該不動産の登記名義を社団代表者等の名義に書き換えるよう請求することができるかという問題に関する東京高等裁判所平成22年12月24日判決に検討を加えることとする。裁判例においても学説においても、従来ほとんど議論のなかった問題点に関するものであり、また後掲の権利能力なき社団に関する諸々の最高裁判決の立場が総合的に関係する裁判例だからである。

二 東京高裁判決

ここからは、東京高等裁判所平成22年12月24日判決判例タイムズ1351号162頁²⁾(以下「東京高裁判決」という)について検討を加えていく³⁾。

する規定はないこと、仮に権利能力なき社団に登記申請人としての資格を認めたととしても、不動産登記の申請人は申請情報を記載した書面に印鑑証明を添付しなければならないところ(不動産登記令16条2項)、権利能力なき社団が印鑑証明を取ることはできないこと、登記官には形式的審査権しかないため、虚偽の社団名義での登記が行われるおそれがあることに加えて(香川保一「人格なき社団の成立要件とその財産の帰属方法及び登記方法」登記研究211号11頁、河内宏「権利能力なき社団」財産の登記」不動産取引判例百選〔第3版〕122頁等)、後掲昭和47年判決以降は、登記実務のみならず判例においても、代表者個人名義での登記しか認めないとの立場が定着しており、また一般社団・一般財団法の制定・施行によって非営利目的の団体が法人格を取得する途が開かれたことから、現在では、法人格を取得するか、それとも権利能力なき社団の地位に留まるのかを団体構成員たちが選択できる状況にあること等が、その理由である(ただし、この点については「四 結びに代えて」で再度論じる)。もっとも、不動産登記法その他関連法令の改正により、権利能力なき社団自身の名義での登記が可能となるならば、それが最善であると考ええる。

2) 評釈として、松尾弘・法学セミナー685号118頁、園田賢治・私法判例リマックス44号(2012年〈上〉)118頁以下がある。

1 事実の概要

本件不動産は、権利能力なき社団である Y_2 （在日本朝鮮人総聯合会）の構成員全員の総有に属するものであり、 Y_2 の中央本部事務所として使用されていたところ、 Y_2 には不動産の登記能力がないために、本件土地は第三者C名義で登記され、また本件建物はC名義で表示登記のみが行われていた。平成10年頃、Cの経営不安が表面化したため、 Y_2 は Y_1 の前身である合名会社Dを設立し、本件不動産についてDへの所有権移転登記手続きが行われた。平成13年には、Dを組織変更することにより合資会社 Y_1 が設立され、本件不動産について、登記名義人表示を Y_1 に変更する登記名義人表示変更登記手続きが行われた。なお、Dおよび Y_1 は、各定款で事業目的として本件建物の管理を記載しているにすぎず、Dの社員および Y_1 の無限責任社員・有限責任社員はいずれも Y_2 の中央常任委員会を構成するメンバーであり、またDの業務執行社員および Y_1 の無限責任社員は Y_2 の議長が務めていた。

Y_2 に対して約627億円の金銭債権を有する⁴⁾ Xは、本件不動産の登記上の所有権登記名義人は Y_1 となっているものの、真実は本件不動産は Y_2 の資産であると主張し、Yらとの間において、① Y_2 が本件不動産の所有権を有することの確認、または本件不動産が Y_2 の構成員全員の総有であることの確認を選択的に求めるとともに、② Y_1 は Y_2 ・ Y_1 間の管理委託契約に基づく管理行為として本件不動産の所有名義人となっており、Xは債権者代位権の行使として当該管理委託契約を有効に解除したと主張して、本件債権を保全するため、債権者代位権に基づき、主位的に、 Y_1 に対して、本件不動産につき、 Y_2 の代表者で

-
- 3) なお本稿では、この判決のもう一つの争点である、権利能力なき社団の構成員全員の総有に属する不動産に対する強制執行の方法に関する民事執行法上の問題点については深く立ち入らず、あくまで民法上の問題点である登記請求権の代位行使を中心として検討を進めていく。
- 4) Xは Y_2 に対して譲受債権請求訴訟を提起し、その結果、約627億円の支払いを命ずる仮執行宣言付判決を得ている（東京地方裁判所平成19年6月18日判決判例タイムズ1257号150頁）。

あるA議長に対して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きをすることを求め、予備的に、Y₁に対し、本件不動産につき、Y₂の財政局長Bに対して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きをすることを求めて、訴えを提起した。

これに対してYらは次のように主張した。すなわち「仮に、本件不動産について、被告Y₂が被告Y₁に対し、A議長名義への所有権移転登記手続請求権を有し、A議長名義への所有権移転登記が完了したとしても、以下のとおり、Xは、本件不動産に対する執行を開始することはできないから、自己の権利を保全するためという債権者代位の要件を満たさない。」「すなわち、不動産競売においては、債務名義上の債務者と対象不動産の登記上の所有者とが一致することが必要であり、現行法上、債務名義上の債務者と異なる第三者の登記名義の不動産について、強制競売を開始することは許されていない。したがって、本件不動産について被告Y₂の代表者であるA議長名義の登記がされたとしても、債務者を被告Y₂とする本件債務名義に基づき、本件不動産に対し、執行を開始することはできない。」というものである。

第一審(東京地方裁判所平成21年3月26日判決判例タイムズ1314号237頁)は、まず強制執行の方法について「権利能力なき社団の構成員全員の総有に属することが明らかな不動産に対しては、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基づく強制執行を認める必要があること、権利能力なき社団の代表者等が登記名義人となっている不動産が当該社団の構成員全員の総有に属するものであることが明らかな場合に、この債務名義に基づく当該不動産に対する強制執行を認めても、権利関係の迅速確実な実現を図るという強制執行手続の趣旨が損なわれないことからすれば、……代表者等の登記名義人を民事執行法23条3項の「請求の目的物を所持する者」に準ずる者として、同法27条2項により、執行対象不動産を当該不動産と特定掲記した執行文の付与を受け、社団を債務者とする金銭給付目的の債務名義による強制執行をすることができる」と判示した。

また債権者代位権の行使については「本来、社団の構成員全員の総有に属する社団の資産たる不動産の登記請求権は社団の構成員全員の総有に帰属すべき

ものであるところ、社団自身が登記の当事者となることができない等の不動産登記制度上の制約があるため、社団の代表者は、社団の構成員全員の総有に属する社団の資産たる不動産につき、社団の構成員全員のために上記趣旨の受託者たる地位において自己名義への所有権移転登記手続を求める請求権を有しているにすぎず、社団の代表者は、この登記請求権について固有の利益を有するものではない。」「そうすると、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。」「したがって、社団に対する債権を有する者は、自己の債権を保全するため、社団の代表者が有する、社団の構成員全員の総有に属する社団の資産たる不動産についての登記請求権を代位行使することができるものと解するのが相当である。」と判示してXの請求を認容したため⁵⁾、Yらが控訴した。

2 前提とされた裁判例

ここで、東京高裁判決を紹介する前に、東京高裁判決において前提とされた3つの最高裁判決を挙げておく。特に③の平成22年判決は、第一審判決後、東京高裁判決前に下されたことによって、東京高裁判決に大きな影響を与えた判決である。

5) ただし財政局長B名義への所有権移転登記請求については「社団の規約等に定められた手続により、代表者以外の構成員個人を登記名義人とすることとされている場合であっても、社団の代表者を登記名義人とすることにより、社団の構成員全員の総有に帰属する不動産である旨の公示機能を果たすことができるときには、社団に対する債権者は、社団の代表者名義への所有権移転登記手続請求権を代位行使することができるものと解するのが相当である。」として、認められなかった。もっとも、団体として登記・登録義務も定款等の開示義務も負わない権利能力なき社団に対して「公示機能」を期待することには無理があるのではないか。

① 最高裁判所昭和47年6月2日第二小法廷判決民集26巻5号957頁（以下「昭和47年判決」という）

[事案の概要]

権利能力なき社団Aは、その資産である土地建物を当時の代表者Yの個人名義で登記していたところ、Yが代表者を辞任しXが代表者として新たに選任された。そこでXがYに対して、本件土地建物の所有権移転登記手続きを求めて訴えを提起した。

第一審（東京地方裁判所昭和42年8月7日判決判例時報503号45頁）および原審（東京高等裁判所昭和44年10月21日判決判例タイムズ244号255頁）は共にXの請求を認容した。Yが上告し、権利能力なき社団の資産たる不動産につきその公示方法として登記をするにあたっては、法人が登記申請人となる場合に関する不動産登記法36条1項2号および3号（現・不動産登記令3条2号および3号）の規定を準用して、登記簿に社団の名称、事務所を記載し、かつ権利能力なき社団であることを示すため社団代表者の氏名住所を併記する方法を認めるべきであって、代表者個人名義の登記を許すべきではないから、代表者個人の名義による登記の申請を認める原判決には、同条の解釈適用を誤った違法がある等と主張した。

[判旨] 上告棄却。

「権利能力なき社団の資産はその社団の構成員全員に総有的に帰属しているのであって、社団自身が私法上の権利義務の主体となることはないから、社団の資産たる不動産についても、社団はその権利主体となり得るものではなく、したがって、登記請求権を有するものではないと解すべきである。不動産登記法が、権利能力なき社団に対してその名において登記申請をする資格を認める規定を設けていないことも、この趣旨において理解できるのである。したがって、権利能力なき社団が不動産登記の申請人となることは許されず、また、かかる社団について前記法条の規定（旧不動産登記法36条1項2号・3号。筆者注）を準用することもできないものといわなければならない。」

「権利能力なき社団の構成員全員の総有に属する社団の資産たる不動産については、従来から、その公示方法として、本件のように社団の代表者個人の名

義で所有権の登記をすることが行なわれているのである。これは、不動産登記法が社団自身を当事者とする登記を許さないこと、社団構成員全員の名において登記をすることは、構成員の変動が予想される場合に常時真実の権利関係を公示することが困難であることなどの事情に由来するわけであるが、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って登記をすることができるものと解すべきであり、したがって、登記上の所有名義人となった権利能力なき社団の代表者がその地位を失ってこれに代る新代表者が選任されたときは、旧代表者は右の受託者たる地位をも失い、新代表者においてその地位を取得し、新代表者は、信託法の信託における受託者の更迭の場合に準じ、旧代表者に対して、当該不動産につき自己の個人名義に所有権移転登記手続をすることの協力を求め、これを訴求することができるものと解するのが相当である。」

「所論は、右の場合においても、登記簿上、たんに代表者個人名義の記載をすることとどめるのは相当でなく、社団の代表者である旨の肩書を付した記載を認めるべきであって、判決においてもその趣旨の登記をなすことを命ずべきものと主張する」が、「そのような方法が代表者個人の固有の権利と区別し社団の資産であることを明らかにする手段としては適当であるとしても、かような登記を許すことは、実質において社団を権利者とする登記を許容することにはかならないものであるところ、不動産登記法は、権利者として登記せらるべき者を実体法上権利能力を有する者に限定し、みだりに拡張を許さないものと解すべきであるから、所論のような登記は許されないものというべきである。」

② 最高裁判所平成6年5月31日第三小法廷判決民集48巻4号1065頁

〔事案の概要〕

入会団体 X_1 は、総会の議決によって、代表者でない構成員 X_2 を本件土地の登記名義人とするところとしたところ、登記簿上の所有名義人の一人の相続人 $Y_1 \cdot Y_2$ が、本件土地について共有持分を有すると主張し、本件土地が X_1 の総有に属することを争った。そこで X_1 は $Y_1 \cdot Y_2$ に対して、本件土地が X_1 の構成

員全員の総有に属することの確認を求めて、また X_2 は $Y_1 \cdot Y_2$ に対して、本件土地について真正な登記名義の回復を原因とする共有持分全部移転登記手続きを求めて、更に X_2 は本件土地持分につき抵当権設定登記および持分全部移転請求権仮登記を有する Y_3 に対して、それらの登記の各抹消登記手続きを求めて、訴えを提起した。

第一審（名古屋地方裁判所平成元年3月24日判決民集48巻4号1075頁）は、 X らが原告適格を有することを認めたとうえで、 X らの請求を認容したが、原審（名古屋高等裁判所平成3年7月18日判決民集48巻4号1095頁）は、本件土地が X_1 の総有に属することを認めたものの、 X らには原告適格がないとして、第一審判決を取り消し、 X らの訴えをいずれも却下したため、 X らが上告した。
[判旨] 破棄差戻し。

「村落住民が入会団体を形成し、それが権利能力のない社団に当たる場合には、当該入会団体は、構成員全員の総有に属する不動産につき、これを争う者を被告とする総有権確認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。」

「権利能力のない社団である入会団体の代表者が構成員全員の総有に属する不動産について総有権確認請求訴訟を原告の代表者として進行するには、当該入会団体の規約等において当該不動産を処分するのに必要とされる総会の議決等の手続による授權を要するものと解するのが相当である。」

「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。」

③ 最高裁判所平成22年6月29日第三小法廷判決民集64巻4号1235頁（以下「平成22年判決」という）

[事案の概要]

事実関係は前掲東京高裁判決と同一であるのだが、 X の主張内容が東京高裁

判決とは異なる。すなわち、権利能力のない社団A（東京高裁判決における Y_2 ）を債務者とする金銭債権を表示した債務名義を有するXが、本件不動産はAの構成員全員に総有的に帰属しており、本件不動産の登記名義人であるY（東京高裁判決における Y_1 ）は、民事執行法23条3項所定の「請求の目的物を所持する者」に準ずる者であると主張し、前記債務名義につき、Yを債務者として本件不動産を執行対象財産とする民事執行法27条2項の執行文の付与を求めて訴えを提起した。

第一審（東京地方裁判所平成20年11月17日判決金融・商事判例1349号24頁）・原審（東京高等裁判所平成21年4月15日判決金融・商事判例1349号23頁）共にXの請求を棄却したため、Xが上告受理を申し立てた。

[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（民事執行法。以下、同様。筆者注）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。」⁶⁾

6) これに関連して、最高裁判所平成23年2月9日第二小法廷決定民集65巻2号665頁は「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20条1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

3 判旨

判旨：控訴棄却⁷⁾。

「法人で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る（最高裁判平成22年判決）。」

「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、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」と解

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（前掲最高裁判平成22年6月29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。」と判示している。なお、本件における抗告人は前掲東京高裁判決のXであり、相手方は前掲東京高裁判決のY₂である。

- 7) 財政局長B名義への所有権移転登記請求については「控訴人Y₂において、財政局長が本件不動産の登記名義人となることが定められたものと認めることはできない」として、認められなかった。

される。そして、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觀念することができるから、当該社団の債権者は、民法423条1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⁸⁾と解される。]

三 検討

1 登記請求権とその代位行使

まず権利能力なき社団と、登記名義人として定められた特定の構成員または代表者との関係については、信託ではなく委任と解すべきである。不動産については、信託の登記をしなければ、当該財産が信託財産に属することを第三者に対抗することができないところ(信託法14条)、信託の登記では、登記事項として「委託者」の氏名または名称および住所を記載することが要求される(不動産登記法97条1項1号)。信託構成を採った場合、権利能力なき社団自身または社団構成員全員を委託者とするところになるところ、権利能力なき社団名義での所有権の登記は認めない一方で、信託の登記においては権利能力なき社団自身が委託者となることを認めるのは矛盾であるし、かといって社団構成員全員を委託者として登記することは實際上困難である。むしろ端的に、権利能力

8) 前掲平成22年判決の解説である榎本光宏『最高裁判所判例解説民事篇 平成22年度(上)』427頁(法曹会、2014年)によると、Yらはその後上告および上告受理の申立てをしたが、最高裁判所第二小法廷は、平成24年6月27日に上告棄却・不受理の決定をしている。

なき社団（社団構成員全員）と、登記名義人として定められた特定の構成員または代表者との間で、社団構成員全員の総有に属する不動産の登記の管理に関する委任契約が成立しているものと理解するのが適切であろう⁹⁾。

東京高裁判決を理解するうえで重要なのが、どのような構成によって登記請求権が代位行使されているのか、という点である。第一審では、本来であれば社団構成員全員の総有に属する社団の資産たる不動産の登記請求権を、社団の代表者が受託者としての地位において有しており、これを社団債権者が代位行使する、という構成が採用されている。これに対して東京高裁判決では、まず①社団の規約等において社団の資産である不動産の登記名義人として定められた社団構成員がいるときは、その構成員がその不動産の所有名義人となっている第三者に対して登記請求権を有し、またそのような構成員がないときは、社団の代表者が、保存行為として、その不動産の所有名義人となっている第三者に対して登記請求権を有する。次に、②登記名義人として定められた構成員または代表者は社団に対して、社団の規約等に基づいて、登記手続請求を行う義務を負っている。そして③社団債権者は債権者代位権の行使として、社団に代位して、更に登記名義人として定められた構成員または代表者に代位して、不動産の所有名義人たる第三者に対して、不動産の所有名義を登記名義人として定められた構成員また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、という構成が採用されている（債権者代位権の転用を代位行使する、という構成）。

そこで検討するに、社団不動産は、社団構成員全員の総有に属している。その不動産の登記名義について、所有者ではない代表者等が自己名義への回復・移転を請求することができるのは、不動産登記法上、権利能力なき社団自身が登記名義人となることができないため、社団に代わって登記名義人となるよう社団から委任を受けているためである。つまり規約や総会決議等といった社団の意思がそこには介在しているのであって、受任者にすぎない代表者等が社団不動産の登記名義について、社団の意思に基づくことなく個人名義への回復・

9) 森泉・前掲注(1)95頁および99頁。

移転を請求することを認めるべきではない。ましてや、社団内が二派に分裂して争っている場合（前掲昭和47年判決は、社団内部の争いの中で新代表者が選出され、新代表者が旧代表者に対して社団不動産の移転登記手続きを求めた事件である）や、代表者等自身が代表権の濫用や他人物売買等を行い、その結果社団外に逸出した不動産を取り戻す場合等、代表者等が社団不動産の登記名義について独断で個人名義への回復・移転を請求することが適切とはいえない場合もあり得る¹⁰⁾。そのため代表者等が第三者から個人名義に登記名義を回復し、または移転登記手続きを受けるためには、それがあくまで総会決議等の社団の意思に基づいていることが必要であると解する。

このように解する結果、社団の規約等において社団の資産である不動産の登記名義人として定められた社団構成員がいないときに、社団の代表者が「保存行為」として、第三者に対して登記請求権を行使することができることを前提として、社団債権者による債権者代位権の行使を認めた東京高裁判決の立場には賛成できない。社団債権者が債権者代位権を行使する場合には、社団の意思決定まで含めての代位行使であると理解することも可能であるが、一般論として、社団代表者が「保存行為」の名の下に、委任者たる権利能力なき社団の意思に基づくことなく自分自身の判断で登記請求権を行使することが可能であるかのような構成を採用した点は、適切ではないと考える。

2 平成26年判決

このような状況において、権利能力なき社団の構成員全員の総有に属する不動産をめぐる訴訟の原告適格に関する、次のような最高裁判決が下された。

④ 最高裁判所平成26年2月27日第一小法廷判決民集68巻2号登載予定¹¹⁾

[事案の概要]

権利能力のない社団Xが、その構成員全員に総有的に帰属する建物およびそ

10) 松尾・前掲注(2)118頁。

11) 裁判所時報1598号3頁、金融・商事判例1439号14頁、判例時報2215号94頁。また

の敷地である土地について、共有持分の登記名義人のうちの一人の権利義務を相続により承継したYに対して、委任の終了を原因として、Xの代表者Aへの持分移転登記手続きを求めて訴えを提起した。

第一審（盛岡地方裁判所平成22年5月10日判決金融・商事判例1439号28頁）は、本件建物についてはXの請求を認容したが、本件土地については、構成員個人の所有に属しておりXの構成員全員による総有には属さないとしてXの請求を棄却した。Xが控訴したところ、原審（仙台高等裁判所平成23年7月14日判決金融・商事判例1439号21頁）は、第一審のX敗訴部分を取り消し、Xの請求を認容したのだが、その主文において「Yは、X代表者Aに対し……持分移転登記手続をせよ。」と命じた。そのためYが上告受理申立てをし、①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いては、当該社団の代表者が自己の個人名義に所有権移転登記手続きをすることを求める訴訟を提起すべきものであって、当該社団自身が代表者の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を提起することはできない、②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いては、当該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から、「X代表者A」名義に持分移転登記手続をすることを命じた原審の判断は違法であると主張した。

[判旨] 上告棄却。

「訴訟における当事者適格は、特定の訴訟物について、誰が当事者として訴訟を進行し、また、誰に対して本案判決をするのが紛争の解決のために必要で有意義であるかという観点から決せられるべき事柄である。そして、実体的には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いては、実質的には当該社団が有しているとみるのが事の実態に即していることに鑑みると、当該社団が当事者として当該不動産の登記に関する訴訟を進行し、本案判

この問題を扱う文献として、吉井直昭『最高裁判所判例解説民事篇 昭和47年度』625頁以下（法曹会、1974年）、山田・前掲注（1）、河内宏『権利能力なき社団・財団の判例総合解説』64頁以下（信山社、2004年）がある。

決を受けることを認めるのが、簡明であり、かつ、関係者の意識にも合致していると考えられる。また、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いては、当該社団の代表者が自己の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を提起することが認められているが（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巻5号957頁参照）、このような訴訟が許容されるからといって、当該社団自身が原告となって訴訟を進行することを認める実益がないとはいえない。」

「そうすると、権利能力のない社団は、構成員全員に総有的に帰属する不動産について、その所有権の登記名義人に対し、当該社団の代表者の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の原告適格を有すると解するのが相当である。そして、その訴訟の判決の効力は、構成員全員に及ぶものと解されるから、当該判決の確定後、上記代表者が、当該判決により自己の個人名義への所有権移転登記の申請をすることができることは明らかである。」

「原判決の主文においては、「X代表者A」への持分移転登記手続が命じられているが、権利能力のない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から（前掲最高裁昭和47年6月2日第二小法廷判決参照）、上記の主文は、Aの個人名義に持分移転登記手続をすることを命ずる趣旨のものと解すべきであって、「X代表者」という記載をもって原判決に違法があるということとはできない。」

この平成26年判決によれば、権利能力のない社団は、登記請求権までは認められないものの、構成員全員の総有に属する不動産について、その所有権の登記名義人に対し、社団の代表者個人の名義に所有権移転登記手続をすることを求める訴訟の原告適格を有するのであるから¹²⁾、登記請求権の代位行使の構

12) 原告適格の有無と、登記請求権という実体上の権利の有無とを切り離して考えてよいかという点については、検討の余地があろう。仮に両者を切り離すことが可能であるならば、権利能力なき社団の登記請求権を否定した昭和47年判決と、代表者個人名義への所有権移転登記手続をを求める訴訟の原告適格を権利能力なき社団に

成についても、東京高裁判決の構成ではなく、むしろ、登記請求権は、本来的に権利能力なき社団の構成員全員に総有的に帰属していることを前提とした第一審における構成の方がより親和性があると考ええる。

四 結びに代えて

1 東京高裁判決に対する評価

Yらの控訴を棄却したという結論については賛成するが、その法律論には疑問の余地が残る。債権者代位権の転用の代位行使という構成は複雑であり、また「保存行為」の名の下に社団の意思に基づくことなく社団代表者によって登記請求権が行使される余地が残されている点は、看過すべきではないと考える。むしろ第一審の構成を維持すべきであったと考える。

ただし、平成22年判決によって、社団債権者が社団構成員全員の総有に属している不動産で、かつ第三者がその登記名義人となっているものに対して強制執行をかけるためには「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」ものとされており、この立場は東京高裁判決においても支持されていることからすると、債権者代位権の転用の代位行使までして、不動産の登記名義を社団の代表者または社団の規約等によって登記名義人

対して認めた平成26年判決は、矛盾しないと理解することができる。また昭和47年判決については、原審において新代表者の個人名義への所有権移転登記手続きを命じられた旧代表者が、上告理由において、社団の代表者であることを示す肩書付の代表者個人名義の登記を認めるべきであると主張したことから、この主張を斥け、その前提として権利能力なき社団には登記請求権がないと判示した判決であり、権利能力なき社団自身が訴訟当事者となっていない事案であったことに留意する必要がある。

として定められた構成員の名義にするよう現在の登記名義人である第三者に対して請求する必要性は乏しいともいえる¹³⁾。

この点について、前掲平成22年判決の第一審では「金銭債権の債務名義を有する債権者は、第三者が債務者の所有する財産を所持するにつき固有の利益を有しない場合には、債権者代位権により債務者の当該第三者に対する特定物の給付請求権を代位行使して、当該財産に対して強制執行することができるのであるから、法（民事執行法。筆者注）23条3項を類推適用して当該第三者に対する執行文を付与する必要性は乏しい」と判示され、また同・原審では「権利能力なき社団の資産である不動産については、当該社団の代表者の個人名義で登記されている不動産を差し押さえ、又は、便宜上登記名義を有する第三者が存在する場合には、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。したがって、……法23条3項を類推適用しなければならぬ必要性があるとは解されない。」と判示されていた。

これに対して平成22年判決における田原陸夫裁判官の補足意見では、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され、後者につき「登記名義人が権利能力のない社団の旧代表者であったり、権利能力のない社団が構成員の総有不動産であることを対抗することができる第三者である場合等には、当該社団の現在の代表者等当該社団において登記名義人となるべき立場にある者は、自らの登記名義への移転登記手続を求めることができる……。そして、執行債権者が、権利能力のない社団を名宛人とする金銭債権を表示した債務名義に基づく強制執行の申立てに当たって、登記名義人と執行債務者たる権利能力のない社団との関連性を明確に示すことができない不動産を執行対象として選択するのは、他に適切な執行対象財産が存しない場合であるから、執行債権者は、当該権利能力のな

13) 園田・前掲注(2)121頁。

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し、その移転登記手続を経たうえで、(1)に述べた方法(「執行対象不動産の登記名義人と執行債務者の名義とが一致している場合に準じて執行手続を行うこと」。筆者注)により執行手続をなすことが望ましい。そして「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り、かかる場合には……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。」と述べられている。

2 今後の課題

権利能力なき社団は、文字通り権利能力、つまり「その名において法律上の権利を持ち、また法律上の義務を負うこと」ができない存在である。不動産登記に関していえば、権利能力なき社団自身が登記名義人となることができず、また登記請求権を持たないのは本来当然のことであって、「団体としての組織をそなえ、そこには多数決の原則が行なわれ、構成員の変更にもかかわらず団体そのものが存続し、しかしてその組織によって代表の方法、総会の運営、財産の管理その他団体としての主要な点が確定している」(最高裁判所昭和39年10月15日第一小法廷判決民集18巻8号1671頁)という要件を充たしていれば、あらゆる面で法人と同じ扱いを受けるというのでは、(極論すると)法人について自由設立主義を認めることと同じことになってしまう。

その一方で、民事訴訟法29条に代表されるように、法人格のない団体であっても、法人と同様に「その名において法律上の権利を持ち、また法律上の義務を負うこと」を必要とする場面があるのも、また事実である。この点については、一般社団・一般財団法人が制定された現在においては、営利も公益も目的としない団体であっても法人格を取得する途が開かれているのだから、法人格を

取得しないという選択をした団体が不利益を被るのはやむを得ない、と考えることもできる。しかしながら、一般社団・一般財団法は、各種団体に対して法人格の取得を義務付けているわけではなく、また前記平成26年判決における権利能力なき社団X（江戸時代から続く町火消の団体であり、現在は消防組織法および自治体の消防団設置条例に基づいて設置された消防団の分団）のように、法人格を取得することに馴染まない団体も、実際にはあるものと思われる。

団体の権利能力（法人格）が登記名義人となることができることを含めた各種法技術（訴訟当事者となることができる、債務を負担することができる等）をひとまとめにしたものであるとするならば、権利能力なき社団（ひいては、法人格のない団体全般）について、この各種法技術をどこまで認めてよいのか、いわば法人と法人格のない団体との境界線の定め方を検討するのが今後の課題といえる。