琉球大学学術リポジトリ

二重譲渡事案における権利主張参加の許容性について

メタデータ	言語:
	出版者: 琉球大学法文学部
	公開日: 2012-11-22
	キーワード (Ja):
	キーワード (En):
	作成者: 玉城, 勲, TAMAKI, Isao
	メールアドレス:
	所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/25436

二重譲渡事案における権利主張参加の許容性について

玉　城　　勲

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　学説の対立？
Ⅲ　兼子説
Ⅳ　吉野説
Ⅴ　井上説
Ⅵ　三木説
Ⅶ　伊藤説
Ⅷ　高橋説
Ⅸ　小括
Ⅹ　新堂説
Ⅺ　上野説
Ⅻ　菱田説
ⅩⅢ　住吉説
ⅩⅣ　小括
ⅩⅤ　平成６年９月２７日最高裁判決といわゆる肯定説との関係
ⅩⅥ　二重譲渡事案と請求の論理的非両立
ⅩⅦ　事例４における権利主張参加の実際上の必要
ⅩⅧ　事例３における権利主張参加の実際上の必要
ⅩⅨ　二重譲渡事案における権利主張参加と所有権の紛争の解決
ⅩⅩ　権利主張参加の要件
ⅩⅩⅠ　要約

Ⅰ　はじめに

1　本稿は二重譲渡事案における権利主張参加の許容性について論じるものである。事例を挙げて論じることにする。以下に掲げる４つの事例のうち、事例３と事例４が二重譲渡事案である。

事例１

ＸのＹに対するある不動産についての所有権確認訴訟に、Ｚがその不動産の所有権は自己に帰属すると主張してＸとＹに対して所有権確認を求めて参加する。

事例２

ＸのＹに対するある金銭債権に基づく支払請求訴訟に、Ｚがその債権は自己に帰属すると主張して、Ｙに対してはその債権（債務）の支払いを求めて、Ｘに対してはその債権は自己に帰属することの確認を求めて参加する。

事例３

ＸのＹに対するある不動産の売買契約に基づく移転登記請求訴訟に、Ｚが自分はＹからその不動産を買受けた、他方、YX 間の売買は無効であると主張して、Ｙに対して移転登記を求めて、Ｘに対しては所有権の確認を求めて参加する。

事例４

ＸのＹに対するある不動産の売買契約に基づく移転登記請求訴訟に、ＺがYX 間の売買契約の効力を争わずに、自分もＹからその不動産を買受けたと主張して、Ｙに対して移転登記を求めて、Ｘに対しては所有権の確認を求めて参

加する。

２　さて、事例１のＺは権利主張参加が認められるということについては学説上、異論がない。民訴４７条１項は権利主張参加は「訴訟の目的の全部または一部が自己の権利であることを主張する第三者」に認められると規定しており、それは原告の権利と参加人の権利とが論理的に両立しえないことを意味すると解されているところ、Ｘの所有権と、同一の不動産についてのＺの所有権とは論理的に両立しえないからである。このように原告の権利と参加人の権利とは論理的に両立しえないということを、以下では権利の論理的非両立と呼ぶことにする。民訴法４７条１項によると権利主張参加の要件は権利の論理的非両立であり、事例１はこの要件を具備する。

ところで、ここでいう権利とは訴訟物たる権利のことであるので、原告の権利と参加人の権利が論理的に両立しえないということは、原告の請求と参加人の請求は論理的に両立しえないということであり、それゆえ、権利の論理的非両立を請求の論理的非両立と言い換えることもできる。このように請求の論理的非両立という表現が用いられることも多い。これによると、民訴法４７条１項によると権利主張参加の要件は請求の論理的非両立であり、事例１はこの要件を具備するということになる。そして、権利主張参加には必要的共同訴訟の規定が準用されており（民訴法４７条４項)、訴訟資料の統一と訴訟進行の統一により矛盾のない紛争解決が保障されているので、実際にも原告の請求と参加人の請求がともに認容されることはない。

３　次に、事例２のＺも権利主張参加が認められることは学説上、異論がない。同一の債権がＸにもＺにも帰属するということは論理的にありえず、それゆえＸの債権とＺの債権とは論理的に両立しえないので、権利の論理的非両立という要件を具備している。言い換えれば請求の論理的非両立という要件を具備している。

このように事例１、事例２はＺの権利主張参加が認められるということには異論がなく、これらは権利主張参加が認められる典型的な事例である。

Ⅱ　学説の対立？

１　これに対し、事例３、事例４は二重譲渡の場合であるが、二重譲渡の場合に権利主張参加が認められるか否かについては議論が多い。これについては、権利主張参加は認められるとする肯定説と、権利主張参加は認められないとする否定説が学説上、対立しており、前者が多数説であると言われている。兼子一博士、井上治典教授、高橋宏志教授などが肯定説に、吉野衛判事、三木浩一教授、伊藤眞教授が否定説に属するとされる。

２　しかし、学説の状況についてのこのような見方は正しくない。このことを今の問題について重要な位置を占める、これら６名の論者についていうと、二重譲渡といっても事例３の場合（事例３はＺがYX間の売買は無効であると主張する場合であるが、ＺがYX間の売買は取消原因がありＹが取り消したとか、解除原因がありＹが解除したと主張する場合も同じである。しかし、以下では無効に代表させ、取消しや解除にはふれない）と事例４の場合があり、肯定説とされる兼子博士は事例３については肯定しているが、事例４については否定していると見られる。否定説とされる吉野判事も事例４については否定しているが、事例３については肯定している。このように兼子博士と吉野判事とは結論は一致しており、結論においてはなんら対立していない。

３　他の論者はどうかというと、肯定説とされる井上教授、高橋教授は事例３について肯定しており、否定説とされる三木教授は事例４について否定している。否定説とされる伊藤教授も事例４について否定してものと思われる。このように上記の６名の論者のうち、兼子博士、吉野判事以外の論者も事例３については肯定する者はいるが、明らかに否定する者はおらず、事例４については

否定する者はいるが、明らかに肯定する者はいない。それゆえ、事例３と事例４とを区別することなく、二重譲渡においては権利主張参加が認められるとする肯定説と権利主張参加は認められないとする否定説が学説上、対立しているというのは正しくない。

４　このことについて、以下、説明する。その際、それぞれの論者が請求の論理的非両立をどのように理解しているかについても合わせて見ていくが、しかし、説明が複雑になるのを防ぐために、権利主張参加を認める実際的な必要があるとかないとかの議論にはとりあえずはなるべくふれないようにする。これについては後に取り上げる。

Ⅲ　兼子説

１　肯定説とされる兼子博士は以下のようにのべている。参加人の請求が「本訴の請求と論理的に両立しないものであることを要する。・・・但し、この要件は併合の要件として、本訴の請求及び参加人の請求の趣旨及び原因によって判定すれば足り、それらの請求の理由までは問わない。したがって、本案を審理した結果、実体法上の権利帰属の相対性のために、両者が両立する結論になっても、そのために参加が不適法となるわけではない（例えば、原告も参加人も被告から不動産を譲受けたが何れも登記を了していないため、相互に対抗できない・・・・ため、参加人は当事者の一方に対して権利を主張できても、他方に対しては主張できない結果となるような場合[1]）」。このように兼子博士は二重譲渡における他の買主による権利主張参加を認めている。

２　さて、ここで、「本案を審理した結果、実体法上の権利帰属の相対性のために、両者が両立する結論になっても」とは、「原告も参加人も被告から不動産を譲受けたが何れも登記を了していないため、相互に対抗でき」ず、そのた

[1] 兼子一・民事訴訟法体系（１９５４年）４１４頁。

め「参加人は当事者の一方に対して権利を主張できても、他方に対しては主張できない結果と」なっても、ということであるが、これはどのような結果になっても、ということかというと、それはＹＸ間の売買もＹＺ間の売買も有効と判定される結果となっても、ということであることは明らかである。なぜなら、その場合、ＹＺ間の売買は有効なので、「参加人は当事者の一方に対して権利を主張でき」る、すなわちＺはＹに対し移転登記請求権を主張できる、またYX間の売買も有効であるので、ＸもＹに対し移転登記請求権を主張できる、そうするとＸのＹに対する移転登記請求もＺのＹに対する移転登記請求もいずれも認容され、本訴の請求と参加人の請求の「両者が両立する結論になる」。他方、ＺのＸに対する所有権確認請求はどうなるかというと、ＹＸ間の売買もＹＺ間の売買も有効と判定されたのであるから、Ｚが所有権をＸに対抗するためには登記が必要であるが、「原告も参加人も被告から不動産を譲受けたが何れも登記を了していないため、相互に対抗できな」い、すなわち、Ｚは登記を有していないのでＸに所有権を対抗できず、「参加人は・・・・権利を・・・他方に対しては主張できない結果」となるからである。

３　このように、「本案を審理した結果、実体法上の権利帰属の相対性のために、両者が両立する結論になっても」とは、ＹＸ間の売買もＹＺ間の売買も有効と判定され、ＸのＹに対する移転登記請求もＺのＹに対する移転登記請求もいずれも認容される結果になっても、ということであるといってよい。しかし、兼子博士は、そのような結果になっても、「そのために参加が不適法となるわけではない」、なぜなら、参加人の請求が「本訴の請求と論理的に両立しない」という「要件は併合の要件として、本訴の請求及び参加人の請求の趣旨及び原因によって判定すれば足り、それらの請求の理由までは問わない」からである、という。

このように兼子博士は、「本案を審理した結果」、ＹＸ間の売買もＹＺ間の売買も有効と判定され、ＸのＹに対する移転登記請求もＺのＹに対する移転登

記請求もいずれも認容される結果となっても、参加人の請求が「本訴の請求と論理的に両立しない」という「要件は併合の要件として、本訴の請求及び参加人の請求の趣旨及び原因によって判定すれば足り、それらの請求の理由までは問わない」ので、そのような結果になったからといって、「そのために参加が不適法となるわけではない」という。ということはＺがどのように主張して参加をしたかが重要であり、それによっては、たとえ「本案を審理した結果」、ＹＸ間の売買もＹＺ間の売買も有効と判定され、ＸのＹに対する移転登記請求もＺのＹに対する移転登記請求もいずれも認容される結果となっても、「そのために参加が不適法となるわけではない」ということである。すなわち、二重譲渡において常に権利主張参加は適法ということではなく、権利主張参加が適法か否かはＺがどのように主張して参加するかにかかっているということである。

４　それではＺがどのように主張して参加すれば権利主張参加は適法で、どのように主張して参加すれば権利主張参加は不適法か。「本案を審理した結果」、ＹＸ間の売買もＹＺ間の売買も有効と判定され、ＸのＹに対する移転登記請求もＺのＹに対する移転登記請求もいずれも認容される結果となっても、「そのために参加が不適法となるわけではない」というのであるから、Ｚの主張通りだとＸのＹに対する移転登記請求もＺのＹに対する移転登記請求もいずれも認容されることにはならない場合は権利主張参加は適法で、Ｚの主張通りだとＸのＹに対する移転登記請求もＺのＹに対する移転登記請求もいずれも認容されることになる場合は権利主張参加は不適法ということになるはずである。すなわち、（ＺがYZ間の売買は無効であると主張するはずはないので）ＺがYX間の売買は無効であると主張して参加する場合は適法で、ＺがＹＸ間の売買も有効であると主張して参加する場合は権利主張参加は不適法ということになるはずである。「本案を審理した結果」、ＹＸ間の売買もＹＺ間の売買も有効と判定され、ＸのＹに対する移転登記請求もＺのＹに対する移転登記請求もいず

れも認容される結果となっても、「そのために参加が不適法となるわけではない」ということの意味はそのように解する以外にないと思われる。このように、兼子博士はＺがＹＸ間の売買は無効であると主張して参加する場合は参加は適法であるが、ＺがＹＸ間の売買も有効であると主張して参加する場合は参加は不適法であるとしているといってよい。

５　ところで、事例３は「Ｚが自分はＹからその不動産を買受けた、他方、YX 間の売買は無効であると主張して」参加するというのであるから、ＺがＹＸ間の売買は無効であると主張して参加する場合である。そして、事例４は「ＺがYX 間の売買契約の効力を争わずに、自分もＹからその不動産を買受けたと主張」して参加するというのであるから、ＺがＹＸ間の売買も有効であると主張して参加する場合である。ということは、兼子博士は事例３においては権利主張参加は認められるが、事例４においては権利主張参加は認められないとしていることになる[1の2]。

６　しかし、このように、参加人の請求が「本訴の請求と論理的に両立しない」という「要件は併合の要件として、本訴の請求及び参加人の請求の趣旨及び原因によって判定すれば足り」るので、ＺがＹＸ間の売買は無効であると主張して参加する場合は、たとえ「本案を審理した結果」、ＹＸ間の売買もＹＺ間の売買も有効と判定され、ＸのＹに対する移転登記請求もＺのＹに対する移転登記請求もいずれも認容される結果となっても、「そのために参加が不適法となるわけではない」、すなわち、「本訴の請求と論理的に両立しない」という権利主張参加の要件を具備していなかったことにはならない、というのは正しくない。なぜなら、実体法上、二重譲渡におけるふたつの譲渡はいずれかが有効であれば他方は無効であるという関係にはないので、いずれも有効であるということは当然、ありうるので、原告の移転登記請求と参加人の移転登記請求は論理的に両立しえないとはいえないはずだからである[2]。そもそも兼子博士は「本

[1の2] 後述（XI）のように上野泰男教授も兼子説について、これに近い見方をしている。

案を審理した結果、・・・両者が両立する結論になっても」、請求の論理的非両立という要件を具備していなかったことにはならないというが、訴訟資料と訴訟進行が統一されている権利主張参加訴訟において原告の請求も参加人の請求も認容されるということは即、請求の論理的非両立という要件を具備していないことを意味する。請求の論理的非両立という要件を具備しているのに、原告の請求も参加人の請求も認容になるということはありえない。これは事例１、事例２を考えれば明らかである。事例１、事例２においてＸの請求もＺの請求もいずれも認容になることはありえない。それはＸの請求とＺの請求は論理的に両立しえないからである。

このように兼子博士の説示は誤りである。しかし、兼子博士は請求の論理的非両立という要件を具備しているという。そうすると、これは兼子博士は請求の論理的非両立ということの意味を正しく理解しなかったという以外、考えられない。それでは兼子博士は請求の論理的非両立をどのようなものだと理解したのであろうか。

７　兼子博士は、請求の論理的非両立という「要件は併合の要件として、本訴の請求及び参加人の請求の趣旨及び原因によって判定すれば足り」るとする。

---

[2] 佐野裕志「判批」平成６年度重要判例解説（ジュリスト１０８６号）１２８頁以下は、一方では、兼子説に従い、「参加の許否は、参加申出に対しての判断であり、参加の要件（原告の請求と参加人の請求が両立するか否か）は、参加の申出の段階で参加人の請求の趣旨・原因によって判断すれば足り、審理の結果にはかかわらないから、この場合にも参加を認めるべきであろう。つまり、本案を審理した結果、実体法の権利帰属の相対性のために両者が両立する結論になっても、そのために遡って参加が不適法となるわけではないのである」としつつ、他方では「もっとも、多数説は、民訴法７１条（現４７条）の参加要件を「請求の趣旨において、参加人の請求が本訴の請求と論理的に両立しない関係にあること」・・・・が必要であるとしている。しかしながら、二重譲渡の事例では、本訴請求と被告（売主）に対する参加人の請求は、いずれも移転登記手続を求めるものであり、・・・（したがって両請求は論理的に両立しえないとはいえない―玉城）、厳密に言えば、７１条（現４７条）後段の要件を満たすかは問題となりうる」としており、兼子説に対して幾分、疑問を抱いているかのようである。しかし、佐野教授はＺのＸに対する所有権確認請求に着目することによって兼子説を理解しているようである。しかし、兼子教授はＺのＸに対する所有権確認請求に着目して請求の論理的非両立という要件を具備しているとしたものとは思われないことはこれからのべる通りである。

これは参加の際の主張において請求の論理的非両立を主張すれば足りるということであるが、しかし、二重譲渡においていずれの譲渡も有効であるということは当然、ありうるのであるから、参加人が原告の請求と参加人の請求は論理的に両立しえないと主張することはできない。しかし、そうではなく本件では被告と原告の間の売買は無効であり原告の請求は成り立たないが、被告と参加人の間の売買は有効であり参加人の請求は成り立つと主張することはできる。すなわち、本件では原告の請求は成り立たず参加人の請求は成り立つので、原告の請求と参加人の請求は両立していないと主張することはできる。兼子博士はこのように参加人が本件では原告の請求と参加人の請求は両立していないと主張すれば足りると解したものと思われる。だからこそ、そのように原告の請求と参加人の請求は両立していないと主張したが、「本案を審理した結果、・・・両者が両立する結論になっても、そのために参加が不適法となるわけではない」としたのである。

8　しかし、このように本件では原告の請求と参加人の請求は両立していないと主張することと、原告の請求と参加人の請求は論理的に両立しえないと主張することとは異なる。今の場合、参加人は前者の主張をしたのであって、後者の主張をしたのではない。また、後者の主張をすることはできない。

兼子博士は原告の請求と参加人の請求は論理的に両立しえないということと、本件では原告の請求と参加人の請求は両立していないということとを混同したのである。兼子博士は請求の論理的非両立について正しくない理解をした。

9　しかし、この私の見方に対しては、ＺのＸに対する所有権確認請求に着目すると、ＸのＹに対する移転登記請求とＺのＸに対する所有権確認請求とは論理的に両立しえない、兼子博士はそれに着目して請求の論理的非両立という権利主張参加の要件を具備しているとしたのではないか、という疑問が生じるかも知れない。なるほど、YX 間の売買が有効であればＸのＹに対する移転登記請求は認容され、ＺのＸに対する所有権確認請求はＺに登記がないた

めに棄却される。逆にYX間の売買が無効であればXのYに対する移転登記請求は棄却され、ZのXに対する所有権確認請求は、Xは無権利者であるのでZは登記がなくても所有権を対抗できるため認容される。ということは、XのYに対する移転登記請求とZのXに対する所有権確認請求とは論理的に両立しえないことになる。

しかし、この理由により兼子博士は権利主張参加は認められるとしたものとは思われない。なぜなら、それでは兼子博士が、「本案を審理した結果、実体法上の権利帰属の相対性のために、両者が両立する結論になっても」とのべたことが説明できないからである。すなわち、XのYに対する移転登記請求とZのXに対する所有権確認請求とは「両立する結論になる」ことはありえず、兼子博士の言う「両者」とはXのYに対する移転登記請求とZのYに対する移転登記請求のことを指しており、兼子博士はXのYに対する移転登記請求とZのYに対する移転登記請求の関係を問題にしていることは明らかだからである。

また、兼子博士がXのYに対する移転登記請求とZのXに対する所有権確認請求の関係を問題にしたのであれば、二重譲渡における権利主張参加は常に許されることになる。しかし、そうであれば、「本案を審理した結果、・・・・・（という）結論になっても、そのために参加が不適法となるわけではない」というような言い方をするはずはない。

そもそもXのYに対する移転登記請求とZのXに対する所有権確認請求の関係は権利主張参加の要件であるとされてきた請求の論理的非両立という要件を具備すると解すべきべきではないが、このことは後にのべるとして、兼子博士はXのYに対する移転登記請求とZのXに対する所有権確認請求の関係をとらえて請求の論理的非両立という権利主張参加の要件を具備しているとしたのではなく、XのYに対する移転登記請求とZのYに対する移転登記請求の関係をとらえて請求の論理的非両立という権利主張参加の要件を具備している

としたものというべきである。しかし、すでにのべたようにＸのＹに対する移転登記請求とＺのＹに対する移転登記請求は論理的に両立しうる。兼子博士は原告の請求と参加人の請求は論理的に両立しえないということと、本件では原告の請求と参加人の請求は両立していないということとを混同したのであり、兼子博士は請求の論理的非両立について正しくない理解をした。以下ではこの理解のことを請求の論理的非両立についての兼子理解と呼ぶことにする。

兼子博士はこのように請求の論理的非両立についての兼子理解により、事例３においては権利主張参加は認められるが、事例４においては権利主張参加は認められないとした。

10　このように肯定説とされる兼子説はなるほど事例３については肯定しているが、しかし、事例４については否定している。兼子博士がこのように事例３については肯定し事例４については否定しているのは実質的な考慮があってのことであろうが、しかし、請求の論理的非両立についての兼子理解は誤りであり、それゆえ兼子説は理論構成に成功していない。

Ⅳ　吉野説

1　吉野判事は二重譲渡において買主Ｘ（吉野判事はＹと表記するが本稿の表記法による。以下、同じ）の売主Ｙに対する移転登記請求訴訟に他の買主Ｚが権利主張参加するといっても、厳密な意味での二重譲渡を理由とする参加と、厳密な意味での二重譲渡を理由としない参加があるという。前者はＺがYX間の売買の効力を争わずに参加する場合であり、後者はＺがYX間の売買の効力を争って参加する場合である。なぜ、吉野判事はＺがYX間の売買の効力を争わずに参加する場合を厳密な意味での二重譲渡を理由とする参加と呼び、ＺがYX間の売買の効力を争って参加する場合を厳密な意味での二重譲渡を理由としない参加と呼ぶのか。それは二重譲渡とはいずれの譲渡も有効であ

る場合を意味すると考えているからである。そのためZがYX間の売買の効力を争わずに参加するということはいずれの譲渡も有効であるとして参加するということであるので、厳密な意味での二重譲渡を理由とする参加ということになり、ZがYX間の売買の効力を争って参加する場合はYX間の譲渡は無効であるとして参加するということであるので、厳密な意味での二重譲渡を理由としない参加ということになるのである。そして、吉野判事は厳密な意味での二重譲渡を理由とする権利主張参加は認められないが、厳密な意味での二重譲渡を理由としない権利主張参加は認められるとした[3]。

2　ところで、事例4は「ZがYX間の売買契約の効力を争わずに、自分もYからその不動産を買受けたと主張」するものであるので、これは吉野判事のいう厳密な意味での二重譲渡を理由とする参加に当たり、事例3は「Zが自分はYからその不動産を買受けた、他方、YX間の売買は無効であると主張」するものであるので、これは吉野判事のいう厳密な意味での二重譲渡を理由としない参加に当たる。ということは吉野判事は兼子博士と同様、事例3については権利主張参加を肯定し、事例4については権利主張参加を否定しているということである。

3　このように結論においては吉野判事は兼子博士と同じであるが、しかし、吉野判事はそうは考えなかった。厳密な意味での二重譲渡を理由とする参加の場合、すなわち事例4につき、吉野判事は以下のように論じた。「兼子博士は、「請求の趣旨において、本訴請求と論理的に両立しないものであることを要する。」と述べておられるが、所有権移転登記請求権は、不動産について所有権移転という物権変動が存在すれば、発生する権利であるから、YX間の所有権移転によってXが所有権移転登記請求権を取得し、またYZ間の所有権移転によってZが所有権移転登記請求権を取得することは、実体法の理論よりす

---

[3] 吉野衛「不動産の二重譲渡と独立当事者参加の許否」近藤莧爾＝浅野武編・民事法の諸問題Ⅱ（１９６６年）３０８頁以下。

れば、少しも背理ではない。二個の請求権自体は、論理的に両立しないものではない。両立しないのは、所有権移転の「本登記」である。従って兼子博士の論法に従えば、第７１条（現行４７条）後段の参加は、Ｚの主張自体から許されないことになる[4]」と。

このように吉野判事は事例４について、二重譲渡において「二個の請求権自体は、論理的に両立しないものではない」という正しい理解に立って、それゆえ権利主張参加は認められないとして兼子博士を批判している。しかし、すでに見たように兼子博士は事例４においては権利主張参加を認めていない。ということは、兼子博士は事例４においては権利主張参加を認めていないのに、吉野判事は兼子博士は事例４において権利主張参加を認めているものと思い込んで批判したことになる。

４　それではなぜ吉野判事はそのように思い込んだのか。それは二重譲渡とはいずれの譲渡も有効な場合のことであり、それゆえ二重譲渡において他の買主が権利主張参加をするというのはいずれの譲渡も有効であると主張して参加する（事例４）ということであるとし、兼子博士も当然に、その場合について議論しているものと受け止めたのであろう。

５　このように吉野判事は兼子博士は事例４において権利主張参加を認めているものと思い込んで批判した。しかし、他方では事例３については権利主張参加は認められるとした。吉野判事は事例３について、「厳密な意味では二重譲渡を理由とするものではないが、その判決ではYX間の所有権移転は有効であると判断される場合もないわけではないから、第一の亜型として考察の対象としてみたい[5]」とのべている。これは事例３は厳密な意味での二重譲渡を理由とする参加ではないので兼子博士は考察の対象にしていないが、しかし、事例３においても審理の結果、いずれの譲渡も有効で厳密な意味での二重譲渡であ

---

[4] 吉野・同３３２頁。
[5] 吉野・同３１０頁。

ると判断されることもないわけではないから、「亜型として考察の対象」にするとし、そしてこの場合は権利主張は認められるとしたのである。まさか、兼子博士が事例３について肯定し事例４について否定しているとは夢にも思わなかったのである。

６　それでは、吉野判事が事例３について権利主張参加を認める理由は何であろうか。しかし、それはまったく明らかでない。なぜなら、吉野判事は事例３について、「訴訟の目的たる所有権移転登記請求権が自己に帰属する旨を主張して、Ｚが同条後段の参加ができることは、すでに述べたところから明らかであろう[6]」とするのみだからである。しかし、吉野判事は二重譲渡において「二個の請求権自体は、論理的に両立しないものではない」として、請求の論理的非両立について正しい理解をしているのであるから、事例４におけると同様、事例３においても請求の論理的非両立という権利主張参加の要件を具備しないので権利主張参加は認められないとしなければおかしい。なぜなら、Ｘの請求とＺの請求が論理的に両立しえないか否かと、ＺがＹＸ間の売買の効力を争うか否か、すなわち事例３なのか事例４なのかとは何の関係もないからである。請求の論理的非両立についての兼子理解によれば事例３においては権利主張参加は認められるが事例４においては権利主張参加は認められないということになるが、請求の論理的非両立についての正しい理解に立ち、かつ請求の論理的非両立は権利主張参加の絶対的な要件であるとするのであれば、事例４のみならず事例３においても権利主張参加は認められないとしなければならないのに、吉野判事は事例３については理由も示さず権利主張参加を認めている。吉野判事が事例３については権利主張参加を認め事例４については権利主張参加を認めないのは実質的な考慮に基づいていると思われるが、しかし、理論的な説明はなされていない。

７　このように吉野判事が事例３について権利主張参加を認めるのは理論的に

[6] 吉野・同３３３頁。

はおかしいが、それはともかく、このように吉野判事は事例４については権利主張参加を否定したが、事例３については肯定した。そうすると兼子博士も事例３については権利主張参加を肯定し事例４については否定するのであるから、すでにのべたように吉野説は結論においては兼子説と一致していたのであり、自説は兼子説とは対立する説であるというのは吉野判事の思い込みにすぎなかった。

Ｖ　井上説

１　肯定説とされる井上教授は以下のようにのべた。「原告の請求と参加(申出)人の請求は両立でき、したがって原則的には独立当事者参加は許されないという立場が吉野衛判事によって表明された。この考え方は、権利主張参加は両立しえない請求・・・・についてのみ認められるとする前提を不動の法理とする限り、きわめて論理的であり、筋が通っている。論理の上では吉野説に軍配を上げざるを得ないはずなのに、多くの学説および地裁、高裁の裁判例の一部は、このような二重譲渡のケースについても７１条（現４７条）参加を認めてきた。それはなぜなのか。・・・・多数の学説およびかなりの裁判例が、二重譲渡のケースで独立当事者参加を認めてきたのは、それなりに実践感覚に裏づけられたものであり、十分な理由があると考えるものである。それでは、その実質的理由は何か。これまでの学説は結論として認められると説くのみであるが、筆者はその理由はつぎの諸点に求められると考える[7]」と。

このように井上教授は「二重譲渡のケース」では請求の論理的非両立という要件は具備しないというのは吉野判事の言う通りであるとしつつ、しかし、権利主張参加を認めるべき実質的な理由があるので権利主張参加を認めるべきであるとする。そして、請求の論理的非両立については、「「請求（またはそれ

[7] 井上治典「判批」判評４３８号（判時１５３１号）（１９９５年）１９９頁。

を理由づける権利主張）が両立しない場合」というのは、独立当事者参加ないしは権利主張参加が認められるコアーとしての典型的要件を言っているだけであって、厳密な意味でそれにあたらなくても参加が許される場合がありうる、と考えられる。それは、原則の例外ではなく、独立当事者参加はもともとそのような場合を含むものである。本件を含めて、昭和４２年大法廷判決以後、判例理論は７１条（現４７条）参加を特殊視しすぎており、硬直で限定的な枠をはめすぎている[8]」とした。すなわち、請求の論理的非両立は権利主張参加の絶対的な要件と解すべきではないとした。

２　ところで、そこでいう「二重譲渡のケース」とは事例３のことか、事例４のことか、それとも両方か。井上教授は、「他の買主が自己への移転登記を求めてその訴訟に介入して、本訴当事者間の訴訟活動を牽制しつつ自己の立場から主張・立証を行うということは、たとえ結果的に原告の請求、参加人の請求ともに認められることになったとしても、訴訟から出た後の同一物をめぐる原告・参加人間の紛争行動に一里塚を築くものであり、それなりに意味があるのである[9]」とのべている。「たとえ結果的に原告の請求、参加人の請求ともに認められることになったとしても」とは、兼子博士が「本案を審理した結果、実体法上の権利帰属の相対性のために、両者が両立する結論になっても」とのべたのと同じく、ZはYX間の売買は無効でありXの請求は認められないはずであると主張して参加したが、結果的にXの請求も参加人の請求も認容されることになったとしても、ということであるはずであり、ということは井上教授のいう「二重譲渡のケース」とは事例３のことであるといってよい。また、Xの請求を争って参加する場合だからこそ、「本訴当事者間の訴訟活動を牽制しつつ自己の立場から主張・立証を行う」のである。

３　そして、これは吉野説に対する反論としてのべているのであるが、しかし、

---

[8] 井上・同２００頁。
[9] 井上・同１９９頁。

事例３については吉野判事も権利主張参加を肯定している。ということは井上教授は吉野判事は事例３について権利主張参加を否定しているものと思い込んでこのような反論をしたことになる。なぜ、そのように井上教授は吉野判事は事例３について権利主張参加を否定するものと思い込んだのか。おそらく井上教授は漠然としてではあれ、権利主張参加においては参加人は原告の請求を争うのは当然で、原告の請求を争わない権利主張参加というものはありえないと考え、そのため、吉野判事も当然、原告の請求を争って参加する場合（事例３）について議論しているものと思い込んだものと思われる。吉野判事は場合分けして論じているが、それも井上教授は原告の請求を争って参加する場合の中での場合分けと思い込んだのであろう。そして、どのように場合分けしているのかを理解できないままに、「原則的には独立当事者参加は許されないという立場が吉野衛判事によって表明された」、としたのであろう。

４　このように井上教授は吉野判事は事例３について権利主張参加を否定するものと思い込み、それに反論するつもりで議論を展開した。しかし、吉野判事は事例３については権利主張参加を認めるのであるから、議論はすれ違っている。しかし、すでにのべたように吉野判事の理論からすると吉野判事は事例３についても権利主張参加を否定しなければならなかったのであり、理論的には吉野判事が事例３については肯定することの方がむしろおかしかった。請求の論理的非両立についての正しい理解によれば、事例３において権利主張参加は認められるとするためには、請求の論理的非両立は権利主張参加の絶対的な要件ではないという議論が必要であり、吉野判事との間ではすれ違っていたにせよ、井上教授はそのような必要な議論を行ったのである。

５　なお、井上教授は「これまでの学説は結論として認められると説くのみである」とするが、それは正しくない。兼子博士は事例３について権利主張参加が認められる理由をのべている。それは請求の論理的非両立についての兼子理解である。むしろ、否定説とされている吉野判事の方こそ事例３において権利

主張参加は「結論として認められると説くのみ」であった。

Ⅵ　三木説

1　三木教授は否定説とされているが、三木教授は事例３、事例４のいずれについて否定するのであろうか。三木教授は肯定説に対する疑問として、「かりに、二重譲渡事案において権利主張参加が認められた場合、審理が順調に推移すれば、以下のような事態が想定される。ＸのＹに対する所有権移転登記請求と、ＺのＹに対する所有権移転登記請求は、実体法上相互に排斥する関係にはないから、それぞれについて無効原因や取消原因等の瑕疵がないかぎり、いずれの請求も判決において認容される。・・・・したがって、同一不動産の所有権をめぐるＸ・Ｚ間の紛争は、この独立当事者参加によって、なにひとつ解決することができない[10]」とのべている。ここで問題になるのは、「審理が順調に推移すれば・・・・いずれの請求も認容される」としている点である。なぜ、いずれの請求も認容されることが「審理が順調に推移」したことになるのであろうか。

2　これは次のように解する以外にない。それは、三木教授は事例４のみと考えていたということである。すなわち、事例４においてはＺはＸの請求を争わず、いずれの譲渡も有効であると主張するのであるから、そのようなＺの主張する通りに「審理が順調に推移すれば・・・・いずれの請求も認容される」ということである。そして、その場合、「同一不動産の所有権をめぐるＸ・Ｚ間の紛争は、この独立当事者参加によって、なにひとつ解決することができない」、ということである。

3　このように三木教授が事例４のみを考え、その場合にいずれの譲渡も有効

---

[10] 三木浩一「独立当事者参加における統一審判と合一確定」新堂・古希（上）（２００１年）８３４頁。

であるというＺの主張通りに「審理が順調に推移」するとどうなるかについて論じていることは、この文章に続く以下の文章からも明らかになる。かなり長くなるが重要なことであるので掲げる。

「それどころか、次に述べる理由により、Ｘ・Ｚ間における同一不動産の所有権をめぐる紛争の解決はかえって混乱または遅延することになり、しかも不公正な結果を招来する可能性すらあるように思われる。かりに、Ｚの独立当事者参加が認められなかったとすると、ＸのＹに対する所有権移転登記請求の訴えとＺのＹに対する所有権移転登記請求の訴えは、それぞれ別個に係属することになるため、ＸとＺのいずれかが先に確定判決を取得し、その者が単独で所有権移転登記を申請することができる（不登法２７条)。これによって、登記を得た方の譲受人は他の譲受人に自己の所有権を主張することができるようになるから､両者の間における同一不動産をめぐる紛争は最終的に決着する。ところが、これとは反対に、独立当事者参加が認められた場合には、合一確定の要請から一部判決は許されないと解されており、本訴請求と参加請求のすべてを必ず一個の判決で同時に裁判しなければならないことになるから、ＸとＺは同時に勝訴判決を得ることになる。この場合、判決書の送達時が異なれば判決の確定時も異なることになるため（２８５条・３１３条・１１６条)、ＸとＺのいずれが先に確定判決を取得するかは、郵便事情その他の不合理な要素に左右されることになる。また、現在の郵便事情では、ＸとＺがほぼ同時に送達を受けることも、決して少なくはないであろう。また、いうまでもなく当事者またはその代理人が裁判所に出頭して書記官送達を受けることも可能であり（１００条)、ＸとＺの双方がそれぞれ真剣に相手に先立って登記を得ようとすれば、両者とも判決言渡しの当日に書記官送達を受けるべく、速やかに行動するはずである。そうすると、両者はいわば同時スタートでそれぞれ単独で登記申請ができることになり、わずかな時間的差で先に登記手続を終えた者が相手に優先するため、両者が先を争って登記所に駆けつけるという戯画的な状況す

ら、まったくありえない話ではないことになる。ちなみに、登記官は、受付番号の順序に従って登記を行う（不登法４８条）。また、両者が同時に登記申請をした場合には、登記所は同一番号をもって受け付けることになるが、両者は内容において矛盾するから、両者を同時に却下する扱いとされている（不登法４９条２号参照）。したがって、両者が同時に登記申請をするという極端な事態が生じた場合には、最終的な決着すら得られないことになる。

翻って考えると、不動産の二重譲渡は、自由な取引の過程において当然に起こりうる事態として、民法の立法当初から想定されており、意思表示による物権変動の特則として、登記の先後で所有権の帰属を決するのが民法の原則である（民法１７６条・１７７条）。この場合、背信的悪意のケースなどを別にすれば、基本的には自由競争の原理が支配するから、ＸとＺは互いに公正かつ自由な競争に基づき、先に登記を取得すべき立場にある。ＸがＺに先んじてＹに提起した所有権移転登記請求の訴えは、まさにこの公正かつ自由な競争のための、手段のひとつといえる。この場合、かりに、Ｚの当事者参加が認められないものとすれば、Ｚは別訴を提起して、Ｘよりも先に確定判決をえるために努力するという形で、競争に参加することになる。もちろん、先に提起した訴えについて先に判決が確定するという保障はないし、訴訟の進行スピードはしばしば偶然その他の不合理な要素に左右されるから、当事者の努力が正当に報われるという保障はない。しかし、そうした条件やリスクは両者が等しく負うものであり、公正かつ自由な競争の状態が存在することに変わりはない。ところが、独立当事者参加が認められるものとすると、スタートに立ち遅れたＺは、本来別個の目的で設計されている独立当事者参加制度における統一審判の仕組みを奇貨として、Ｘと同時に判決を得ることができるという不公正が生じることになる。

それでも、Ｘの請求とＺの請求が相互に対立・牽制し合う関係にあるとすれば、独立当事者参加制度の立法趣旨に照らして、このような事態の発生をや

むをえない副作用と考える余地がないではない。しかし、両者の間で対立・牽制の関係にあるのは最終的な所有権の帰属であって、本訴請求と参加請求との間にはそのような関係は存在しない。民事訴訟は実体権の存否を確定する作用を営むが、二重譲渡事案におけるX・Z間の優劣は、実体権の存否を訴訟の場で確定することにより決まるのではなく、いずれが先に登記名義を得るかという事実行為によって決まる。すなわち、訴訟の場で決着がつかない両者の間の紛争に対して、独立当事者参加という合一確定のための制度を用いようとすることに、もともと無理があるのである[11]」

4　このように三木教授は権利主張参加によってXZ間の所有権をめぐる紛争は解決されないだけでなく、権利主張参加によりもたらされる双方認容の同時判決には弊害があること、スタートに立ち遅れたZが双方認容の同時判決を得るのは不公正であることを理由に権利主張参加は認められないとする。ここで三木教授は事例3についてはまったく念頭にないことは明らかである。事例3においてZはYX間の売買は無効であると主張するのであるから、このZの主張通りに「審理が順調に推移」すれば、Xの移転登記請求は棄却され、Zの移転登記請求は認容されるのであって、「XとZは同時に勝訴判決を得ること」にはならない。また、Xの移転登記請求は棄却されるのでXは登記を取得できず、所有権をめぐる紛争はZが勝利するというかたちで解決される、すなわち、「実体権の存否を確定する作用を営む」「民事訴訟」において「X・Z間の優劣」が決まる。また、ZはXの移転登記請求が認容されることを阻止するために訴訟行為をする、すなわち、「両者の間で対立・牽制の関係にある」。また、双方認容の同時判決はなされないので、三木教授の言う双方認容の同時判決の弊害や、スタートに立ち遅れたZが双方認容の同時判決を得る不公正も問題にならない。

5　このように三木教授は事例3についてはまったく念頭になく、事例4のみ

[11] 三木・同８３４頁以下。

を考えて権利主張参加は認められないと論じているのである。このことは、さらに三木教授の井上批判からも明らかである。井上教授はすでに見たように、「他の買主が自己への移転登記を求めてその訴訟に介入して、本訴当事者間の訴訟活動を牽制しつつ自己の立場から主張・立証を行うということは、たとえ結果的に原告の請求、参加人の請求ともに認められることになったとしても、訴訟から出た後の同一物をめぐる原告・参加人間の紛争行動に一里塚を築くものであり、それなりに意味があるのである」とのべた。これに対し、三木教授は次のようにこれを批判した。「井上教授は、たとえ結果的にXの請求とZの請求がとともに認められることになったとしても、同一物をめぐるX・Z間の紛争に一里塚を築くことになるとされるが、その意味はいささか理解しにくい。たしかに、XとZのいずれかが背信的悪意者などの登記なくして対抗できる第三者であることが判明した場合には、たとえYに対する関係では両者が勝訴しうるとしても、一方が登記取得をあきらめたり和解の機運が醸成されるなどにより、X・Z間の紛争解決に資することが考えられる。しかし、こうした特殊な事情がない場合には、Zの独立当事者参加はXとの間の紛争解決になんらの意味をもたず、一里塚が築かれる余地はほとんどない[12]」と。

6　このように井上教授は権利主張参加はZX間の所有権をめぐる紛争の解決に意味があるとし、これに対し、三木教授は権利主張参加は特殊な事情がない限りZX間の所有権をめぐる紛争の解決になんらの意味をもたないとしている。なぜそうなったのか。それは井上教授が事例3について論じているのに対し、三木教授は事例4について論じているからである。

事例3においてはZはYX間の売買の効力を争う、すなわち「本訴当事者間の訴訟活動を牽制」する。Zの主張する通りYX間の売買が無効と判定されればXのYに対する移転登記請求は棄却され、XZ間の所有権をめぐる紛争は解決されるので権利主張参加は大いに意味がある。また、たとえ、YX間の

[12] 三木・前掲８３６頁。

売買が有効と判定されて「結果的に原告の請求、参加人の請求ともに認められることになったとしても」、Xの請求は認められるか否かについてのZX間の紛争はXの請求は認められるというかたちで決着がついたのであるから、この判決は「訴訟から出た後の同一物をめぐる原告・参加人間の紛争行動に一里塚を築くものであり、それなりに意味がある」それゆえ、Zの権利主張参加を認めるべきである、というのが井上教授の議論である。

これに対し、事例4においてはZはYX間の売買の効力を争わないので、Zの主張する通りYX間の売買もYZ間の売買も有効と判定されればXのYに対する移転登記請求もZのYに対する移転登記請求もいずれも認容され、「Zの独立当事者参加はXとの間の紛争解決になんらの意味をもた」ない。せいぜい、「XとZのいずれかが背信的悪意者などの登記なくして対抗できる第三者であることが判明した場合には、たとえYに対する関係では両者が勝訴しうるとしても、一方が登記取得をあきらめたり和解の機運が醸成されるなどにより、X・Z間の紛争解決に資することが考えられる」のみである。「しかし、こうした特殊な事情がない場合には、Zの独立当事者参加はXとの間の紛争解決になんらの意味をもたず、一里塚が築かれる余地はほとんどない」、というのが三木教授の議論である。

7　このように、井上教授と三木教授とは論じている場合が異なり議論は噛み合っていない。三木教授が井上教授の議論を「いささか理解しにくい」としているのはそのためである。三木教授は井上教授が事例4について権利主張参加を肯定しているものと思い込んで井上教授を批判したのである。このように三木教授は事例4について権利主張参加を否定したのであって、事例3について権利主張参加を否定したのではない。

8　ところで、三木教授はなぜ井上教授が事例4について権利主張参加を肯定していると思い込んだのであろうか。これはおそらく吉野判事が兼子博士を事例4について権利主張参加を肯定していると思い込んだのと同じであろう。す

なわち、二重譲渡とはいずれの譲渡も有効な場合のことであり、それゆえ二重譲渡において他の買主が権利主張参加をするというのはいずれの譲渡も有効であると主張して参加するということであるとし、井上教授も当然、その場合について議論しているものと思い込んだのであろう。

9　ところで、事例４について三木教授は請求の論理的非両立という権利主張参加の要件を具備しないことについてはどのように解したのであろうか。すなわち、三木教授は吉野判事に従って吉野判事の言う理由により請求の論理的非両立という要件を具備しないとしたのであろうか。

三木教授はこの点につき、次のようにのべている。「通説である肯定説の多くは、ほぼ一様に次のように主張する。参加人の請求と原告の請求とが衝突するか否かは、両者の請求の趣旨と原因を照らし合わせて判定すればよく、本案審理の結果、両者の請求が実体上両立することがあっても、権利主張参加が遡って不適法となることはない、と。しかし、不動産の二重譲渡における買主Ｘと他の買主Ｚの両者は、いずれも売主Ｙに対して所有権移転登記請求権を有しているのであり、Ｙに対する関係において両者の請求が両立することは、審理の結果を待つまでもなく請求の趣旨と原因においてすでに自明である[13]」と。

このうち、「参加人の請求と原告の請求とが衝突するか否かは、両者の請求の趣旨と原因を照らし合わせて判定すればよく、本案審理の結果、両者の請求が実体上両立することがあっても、権利主張参加が遡って不適法となることはない」というのはすでに見た兼子説である。この兼子説に対し、三木教授はどのように対応したか。吉野判事と同じか。

ここで、すでに見た兼子説に対する吉野判事の対応を再度、見てみることにしよう。そうすれば三木教授は吉野判事と同じように対応しているのか否かがわかるはずである。吉野判事は次のようにのべた。「兼子博士は、「請求の趣旨において、本訴請求と論理的に両立しないものであることを要する。」と述べ

[13] 三木・同８３１頁、８３２頁

ておられるが、所有権移転登記請求権は、不動産について所有権移転という物権変動が存在すれば、発生する権利であるから、YX 間の所有権移転によってXが所有権移転登記請求権を取得し、また YZ 間の所有権移転によってZが所有権移転登記請求権を取得することは、実体法の理論よりすれば、少しも背理ではない。二個の請求権自体は、論理的に両立しないものではない。両立しないのは、所有権移転の「本登記」である。従って兼子博士の論法に従えば、第７１条（現４７条）後段の参加は、Zの主張自体から許されないことになる」と。

このように、吉野判事は「実体法の理論よりすれば、少しも背理ではない」とか、「二個の請求権自体は、論理的に両立しないものではない」とのべているのに対し、三木教授の文章にはこのような言辞は見られない。三木教授は「買主Xと他の買主Zの両者は、いずれも売主Yに対して所有権移転登記請求権を有している」とか、「Yに対する関係において両者の請求が両立する」とのべている。これはZの主張によると本件ではXの請求とZの請求は両立しているという意味であるといってよい。そうすると三木教授は請求の論理的非両立について吉野判事ではなく兼子理解に従っていることになる。三木教授は請求の論理的非両立についての兼子理解に立ち、しかし、請求の論理的非両立についての兼子理解によれば事例４においては要件を具備しないことになるとして兼子博士を批判しているのである。このように兼子博士に対する吉野判事の対応と兼子博士に対する三木教授の対応は兼子博士を批判するという点では同じだがその内容は異なり、吉野判事は請求の論理的非両立についての正しい理解により批判したが、三木教授は請求の論理的非両立についての兼子理解に立って、しかし事例４について兼子説によっても要件を具備しないはずであると批判したのである。

10　ところで三木教授はなぜ請求の論理的非両立について吉野判事の理解にしたがわず兼子博士の理解にしたがったのであろうか。三木教授は次のようにの

べている。「否定説は、次のような論拠に基づく。権利主張参加が認められるための要件である「自己の権利であること」の意味については、「参加請求が本訴請求と請求の趣旨レベルで論理的に両立しない関係にあること」とするのが、兼子説以来の伝統的な理解である。この要件に照らせば、実体法において二重譲渡は有効なものとして認められている以上、ＸとＺの両者ともにＹに対して所有権移転登記手続への協力を求めることができる立場にあるから、Ｘの所有権移転登記請求とＺの所有権移転登記請求は、いかように考えても論理的に両立する関係にある。したがって、権利主張参加の要件を素直に適用すれば、Ｚの独立当事者参加は認められないことになる[14]」と。ここで注意すべきことは、三木教授は「ＸとＺの両者ともにＹに対して所有権移転登記手続への協力を求めることができる立場にある」としている点である。吉野判事がＸの請求とＺの請求は論理的に両立しうるとしたのと異なり、これはＸの請求とＺの請求は両立していると言っている。三木教授のいう「二重譲渡事案」とはＺがいずれの譲渡も有効であると主張して参加する場合であるが、その場合、Ｚの主張においてすでにＸの請求とＺの請求とは両立していると言っているのである。なるほど、三木教授は「論理的に」といっている。しかし、それはＸの請求とＺの請求とはいずれも認容されることもあるので論理的に両立しえないとはいえないということではなく、Ｚの主張によればＸの請求とＺの請求とは両立しているのであるから、Ｘの請求とＺの請求は「いかように考えても論理的に両立する」ということである。三木教授は吉野説を誤解し、吉野説も請求の論理的非両立についての兼子理解に従い、ただ「二重譲渡事案」ではＺ自身、Ｘの請求とＺの請求は両立していると主張しているので請求の論理的非両立という要件を具備しないとしているものと受け止めたのである。兼子博士に対する吉野判事の対応と兼子博士に対する三木教授の対応は兼子博士を批判するという点では同じだがその内容は異なることはすでにのべ

[14] 三木・前掲８３１頁。

たが、三木教授は吉野説を誤解し、吉野説と同じ内容で兼子博士を批判しているつもりだったのである。

11　三木教授はこのように請求の論理的非両立についての兼子理解により、事例４について権利主張参加は要件を具備していないので権利主張参加は認められないとして兼子博士を批判したのであるが、しかし、兼子博士も事例４については要件を具備していないので権利主張参加は認められないとするのであり、それゆえこれは結論において兼子批判になっていない。それどころか、吉野判事とは異なり事例４において権利主張参加は認められない理由も兼子博士と同じであり、理由においても兼子批判になっていない。

12　ところで、三木教授は事例３についてはまったくふれていない。吉野判事は事例３を「亜型」とは言いつつも考察の対象にし、吉野判事の理論からするとおかしいが権利主張参加は認められるとしたが、三木教授は事例３については何も言っていない。それは兼子博士や井上教授が考察の対象にしていない（と三木教授が考えた）「亜型」にふれる必要はないと考えたためであろう。

このように三木教授は事例３についてはまったくふれていないが、三木教授の議論からすると三木教授は事例３については権利主張参加を認めることになるのであろうか、それとも認めないことになるのであろうか。

三木教授が事例４について権利主張は認められないとする理由は、いずれの譲渡も有効であるというＺの主張通りに「審理が順調に推移」すると、権利主張参加によってXZ間の所有権をめぐる紛争は解決されないだけでなく、権利主張参加によりもたらされる双方認容の同時判決には弊害があること、スタートに立ち遅れたＺが双方認容の同時判決を得るのは不公正であることである。そうであれば、事例３においては、YX間の売買は無効であるというＺの主張通りに「審理が順調に推移」すれば、権利主張参加によってXZ間の所有権をめぐる紛争は解決されるし、権利主張参加により双方認容の同時判決はもたらされない。また、Ｚはスタートに立ち遅れたがために双方認容の同時判

決を得ようとして権利主張参加を申出るわけではないので、三木教授が権利主張参加は認められないとする理由は成り立たない。もっとも、事例３においても、YX 間の売買は無効であるというＺの主張通りに「審理が順調に推移」せずにいずれの譲渡も有効であると判定された場合は、結果として権利主張参加によって XZ 間の所有権をめぐる紛争は解決されなかったことになるし、権利主張参加により双方認容の同時判決はもたらされることになるし、スタートに立ち遅れたＺが双方認容の同時判決を得ることになる。しかし、だからといって、事例３についても権利主張参加は認められないとするものとは思われない。なぜなら、事例４においても、いずれの譲渡も有効であるというＺの主張通りに「審理が順調に推移」せずにいずれかの譲渡のみ有効であると判定された場合は、結果として権利主張参加によって XZ 間の所有権をめぐる紛争は解決されたことになるし、権利主張参加により双方認容の同時判決はもたらされなかったことになるし、スタートに立ち遅れたＺが双方認容の同時判決を得ることにはならないにもかかわらず、三木教授はＺの主張通りに「審理が順調に推移」した場合はどうなるかを問題にして権利主張参加は認められないとしたのであるから、事例３においても、Ｚの主張通りに「審理が順調に推移」した場合はどうなるかを問題にして権利主張参加を認めるものと思われるからである。三木教授は、スタートに立ち遅れたＺが双方認容の同時判決を得るという不公正が生じることにつき、「それでも、Ｘの請求とＺの請求が対立・牽制し合う関係にあるとすれば、独立当事者参加制度の立法趣旨に照らして、このような事態の発生もやむをえない副作用と考える余地もないではない。しかし、・・・・」とのべている。これは、もしＺの主張からすると、「Ｘの請求とＺの請求が対立・牽制し合う関係」にあるのであれば、Ｚの主張通りに「審理が順調に推移」せずにいずれの譲渡も有効と判定され、スタートに立ち遅れたＺが双方認容の同時判決を得るという不公正が生じても、それは「やむをえない副作用と考える余地もないではない」ということである。そうすると、

事例３においては、Ｚの主張からすると、「Ｘの請求とＺの請求が対立・牽制し合う関係」にあるのであるから、結果としてそういう不公正が生じても、それは「やむをえない副作用と考える余地もないではない」ということになる。「やむをえない副作用と考える余地もないではない」というので、やむをえない副作用と考える余地もあるということにはなるが、三木教授はＺの主張通りに「審理が順調に推移」した場合はどうなるかを問題にするのであるから、やむをえない副作用と考えるはずである。また、三木教授は請求の論理的非両立についての兼子理解に従うのであるから、理論的にも当然、事例３においては権利主張参加を認めるべきことになる。

13　このように三木教授は事例３においては権利主張参加を肯定するとなると、事例３については肯定し事例４については否定するということになり、兼子博士、吉野判事、井上教授と同じになる。

Ⅶ　伊藤説

１　否定説とされる伊藤教授は以下のように論じている。「不動産の譲渡にもとづく移転登記請求訴訟において、二重譲渡を受けたと主張する第三者が自己への移転登記を求める場合には、原告と参加人の請求権との間に法律上両立しえない関係が認められず、権利主張参加は許されない[15]」と。そして、その注において、「吉野衛「不動産の二重譲渡と独立当事者参加の許否」民事法の諸問題Ⅱ３０８頁、３３２頁（１９６６年)。これに対し、通説は、参加の適否は参加人の請求の趣旨・原因によって決めるべきであるとの理由によって独立当事者参加を適法とするが・・・・・、参加人の主張にかかる移転登記請求権自体が原告の移転登記請求権と矛盾するものではないから、参加の要件を満たさない。実質的にみても、実体法上それぞれ別個・独立の権利である両者の移

[15] 伊藤眞・民事訴訟法（第３版４訂版）（２００７年）６２２頁。

転登記請求権を前提とすれば、相互の訴訟行為を牽制し合う必要も認められない」とのべている。

2　まず、伊藤教授は、「原告と参加人の請求権との間に法律上両立しえない関係が認められず」とか、「参加人の主張にかかる移転登記請求権自体が原告の移転登記請求権と矛盾するものではないから、参加の要件を満たさない」とのべており、吉野教授に従って請求の論理的非両立について正しい理解に立っていることは明らかである。問題は伊藤教授は事例3、事例4のいずれについて否定するのか、あるいはいずれについても否定するのかである。というのは、請求の論理的非両立について正しい理解に立ち、かつ請求の論理的非両立は権利主張参加の絶対的な要件とするならば、事例3、事例4のいずれについても否定しなければならないはずであるが、吉野判事は事例4については否定するが事例3については肯定しているのはすでに見たとおりであり、そうすると伊藤教授も吉野判事と同じように事例3については肯定する可能性もないとはいえないからである。

3　ここで問題になるのは、伊藤教授が、「実質的にみても、実体法上それぞれ別個・独立の権利である両者の移転登記請求権を前提とすれば、相互の訴訟行為を牽制し合う必要も認められない」とのべている点である。これは伊藤教授が事例3を考えていることを意味するのであろうか、それとも事例4を考えていることを意味するのであろうか。

もし事例3を考えているとすれば、しかし、事例3においてはZはYX間の売買は無効であると主張しているのであるから、すなわちXの請求を棄却に持ち込みたいのであるから、Xの請求が認容されないようにXYの訴訟行為を牽制する必要があり、それゆえ牽制する必要はないということにはならない。もっとも、Zに法的知識がなく、YX間の売買が有効であればYZ間の売買は無効ということになると誤解して、そのためにYX間の売買は無効であると主張して参加をしたという場合であれば、それは誤解でありXYの訴訟行為を牽

制する必要はない、ということになるが、そのような場合を伊藤教授は考えたとは思われない。それゆえ伊藤教授は事例３ではなく事例４を考えていると思われる。もっとも、事例４であればＺはＸの請求を争わないのであるからＺはXYの訴訟行為を牽制する必要はないというよりも、ＺはXYの訴訟行為を牽制しようとするはずはないとするのが適当かも知れないが、しかし、ＺはＸの請求を争わないのであるからXYの訴訟行為を牽制する必要はないという言い方もできるであろう。

４　このように伊藤教授は事例４についてＺはXYの訴訟行為を牽制する必要はないとしたものと思われる。ということは伊藤教授は事例４について権利主張は認められないとしたということである。

５　それでは事例３については伊藤教授はどのように考えるであろうか。伊藤教授はＺはXYの訴訟行為を牽制する必要はないという実質的な考慮も権利主張参加は認められない理由としているのであるから、ＸはXYの訴訟行為を牽制する必要のある事例３においては権利主張参加を認めるものとも思われる。「実質的にみても」という実質論が伊藤教授にとって重要であるならそうなる。

６　そうだとすると、伊藤教授は請求の論理的非両立についての吉野判事の正しい理解に従って事例４については権利主張参加を認めないが、しかし、吉野判事と同様、事例４については権利主張参加を認めるということになる。吉野判事と同じ理論的難点があることになる。

Ⅷ　高橋説

１　肯定説とされる高橋教授は、「ＸがＹに勝訴して先に登記を得ると、Ｘが対抗要件を充たしＺの地位は法的に害される。とすると、係属するXY訴訟でのＹの自白や請求の認諾を阻止する実益は確かにＺに存在し、Ｚの権利主

張参加は許されてしかるべきである[16]」とか、「ZもXも相手が請求認容になるのを潰しておくことに利益がある。その請求認容判決によって相手に先に登記をされると、自分の側の利益が潰れるから、Xの請求を棄却に追い込むべくZが努力する意味が強く存在し、牽制のためZが権利主張参加をしていく意味がある[17]」とのべている。高橋教授はZがXの請求を争って参加する場合、すなわち事例3の場合を考えていることは明らかである。このように高橋教授は事例3について権利主張参加を認めている。それでは事例4については高橋教授はどのように考えるか。事例3において権利主張参加を認める理由からして事例4においては権利主張参加を認めないものと思われる。

2　それでは請求の論理的非両立について高橋教授はどのように理解しているであろうか。高橋教授は、「この論理的に両立しえないという権利主張参加の要件は、参加人の請求の趣旨のレベルで判断し、そのレベルで両立していないということで十分であり、本案審理の結果、判決において両立することになることは差し支えない[18]」とのべている。これは請求の論理的非両立についての兼子理解である。しかし、兼子理解はおかしいことはすでにのべた。井上教授の言うように、事例3において権利主張参加が認められるとするためには、請求の論理的非両立は権利主張参加の絶対的な要件ではないとしなければならないのに、高橋教授は兼子説に従っている。

3　しかし、高橋教授は同時に別の議論もしている。「同一不動産の登記は、買主Xまたは買主Zのどちらかに行くのが本則であり、同じ不動産につき移転登記を求めるXY請求とZY請求は、請求の趣旨レベルでは論理的に両立しない[19]」という。兼子説によるならば、Zが本件ではXの請求とZの請求は両立していないと主張すれば請求の論理的非両立という要件を具備するので、こ

---

[16] 高橋宏志・重点講義民事訴訟法（下）（補訂第2版）（２００９年）４００頁
[17] 高橋・同４００頁。
[18] 高橋・同３９９頁。
[19] 高橋・同４００頁。

のような議論はまったく必要でなく、それゆえ、これは兼子説とは別の説である。このように高橋教授は兼子説と、それとは異なる別の独自の説を同時に並べている。しかし、兼子説はおかしいことはすでにのべたが、高橋教授の独自の説もおかしい。なぜなら、請求が論理的に両立しえないのであれば、訴訟資料の統一と訴訟進行の統一が保障されている権利主張参加訴訟においてＸの請求もＺの請求もともに認容になることはありえないはずであるが、高橋教授も認めているように「本案審理の結果、判決において両立することになる」ことはありうるのであるから、これは即、請求が論理的に両立しえないとはいえないことを意味しているからである。このように高橋教授は事例３について権利主張参加を肯定しているが、その理論構成は成功しているとは思われない。

４　高橋教授は、三木説、伊藤説につき、事例３について権利主張参加を肯定する自説とは反対に事例３について権利主張参加を否定する説と受け止めている。このことは、高橋教授が伊藤説につき、「伊藤説が、ＺのＹ側への補助参加を認めるのか否かは定かでないが、補助参加は認めるのであろう[20]」とのべていることからも明らかである。なぜなら、それはＹもＺもＸの請求を争う場合が想定されているからである。しかし、すでに見たように三木教授も伊藤教授も事例３では権利主張参加を肯定するものと思われる。少なくとも三木教授、伊藤教授は事例３で権利主張参加は認められないとは言ってはいない。それなのに高橋教授は三木教授、伊藤教授は事例３について権利主張参加を否定しているものと思い込んでいる。なぜか。おそらく、井上教授が吉野説をそのように思い込んだのと同様、漠然としてではあれ、権利主張参加においては参加人は原告の請求を争うのは当然で、原告の請求を争わない権利主張参加というものはありえないと考え、そのため、否定説も当然、原告の請求を争って参加する場合（事例３）について議論しているものと思い込んだものと思われる。このように議論はすれ違っている。

[20] 高橋・同４０１頁注（１０）。

５　ところで、吉野判事は事例３と事例４とで場合分けして論じているが、吉野判事は当然、原告の請求を争って参加する場合（事例３）について論じているものと思い込んでいる井上教授はそれも事例３内部での場合分けと受け止めたことはすでにのべたが、高橋教授は吉野判事の場合分けについてどのように受け止めたのであろうか。高橋教授は吉野説について次のようにのべている。「権利主張参加否定論を通説に反して説いた吉野衛「不動産の二重譲渡と独立当事者参加の許否」近藤莞爾＝浅野武・民事法の諸問題Ⅱ３０８頁、特に３３３頁も、参加の理由において、原告Ｘの請求が売買契約の不成立、無効、取消しなどを理由として認められないと述べていれば、権利主張参加をすることができると説いていた。しかし、実体法上の無効等を参加の理由で述べておかないと、それを参加後の本案審理の中で主張立証することはできないのか。参加の理由は、独立当事者参加ができる理由を明示すべきものであって、本案で勝訴する理由（請求を理由あらしめる事実）を述べるものではない。補助参加の理由が、補助参加人・被参加人の勝訴する理由を述べるのではなく、補助参加の利益があることを述べるのとパラレルである。請求を理由あらしめる事実は、独立当事者参加においてもその本来の姿の通り、適時提出主義の枠内で後から補充することが許される。訴状で述べていない新しい「請求を理由あらしめる事実」を、本案審理の中で適時提出主義の枠内で主張することができるのと同様である[21]」と。

このように高橋教授は井上教授と同様、吉野判事の場合分けを事例３内部での場合分けと受け止めている。しかし、井上教授のように単に「原則的には独立当事者参加は許されないという立場が吉野衛判事によって表明された」としてすますのではなく、吉野判事はいかなる場合を例外としたのかをのべ、これに対し批判を加えている。すなわち、吉野判事はＺが参加の理由において、YX 間の売買の不成立、無効、取消しの事由を具体的に示していれば例外的に

[21] 高橋・同４０２頁注（１０の２）。

権利主張参加が認められる、そして、そのような事由を後から補充することはできない、としているとし、しかし、参加の理由においてそのようにYX間の売買の不成立、無効、取消しの事由を具体的に示す必要はないはずであり、また、そのような具体的な事由は適時提出主義により後からでも補充できるはずであるとして批判したのである。

しかし、吉野判事は二重譲渡をいずれの譲渡も有効な場合のみを意味すると考え、そしていずれの譲渡も有効であると主張して参加する場合を二重譲渡を理由とする参加の場合とし、これに対し、YX間の譲渡は無効であると主張して参加する場合を厳密な意味での二重譲渡を理由としない参加の場合として区別している。後者は本件ではYX間の譲渡は無効であり、それゆえ本件はいわゆる二重譲渡の場合には当たらないと主張すればよいのであって、換言すればXの請求を争えばよいのであって、参加の理由として無効事由等を具体的に示すことを要求してはいないし、そのような事由を後から補充することはできないとも言っていない。ちょうど兼子博士が原告の請求と参加人の請求は本件では両立していないと主張すれば請求の論理的非両立という権利主張参加の要件は満たしているとするのと同じである。高橋教授は吉野判事の場合分けは事例3内部での場合分けと思い込んでいるがためにそのように誤解したのであるが、そもそも権利主張参加は認められないとしながら、参加の理由として無効事由等を具体的に示せば認められるとする理屈は成り立たないはずである。吉野判事は高橋教授と同様、事例3については権利主張参加を肯定しているのであり、ここでも議論はすれ違っている。

Ⅸ　小括

以上、今の問題について重要な位置を占める6名の論者につき、兼子博士、吉野判事は事例3については肯定し、事例4については否定していること、他

の論者は論じている場合が異なり、井上教授、高橋教授は事例３について肯定し、三木教授、伊藤教授は事例４について否定していること、井上教授、高橋教授は事例４については否定すると思われ、三木教授、伊藤教授は事例３については肯定すると思われることを説明した。他の論者はどうか。以下では新堂幸司教授、上野泰男教授、菱田雄郷教授、住吉博教授を取り上げる。

X　新堂説

１　高橋教授は重点講義の注で次のようにのべている。「しかし、新堂七八八頁は、不動産の二重譲渡事例で、移転登記を求める訴訟への別の譲受人からの権利主張参加を否定する説に自説を改めた[22]」と。それは新堂教授はこれまでは兼子博士や井上教授や高橋教授と同じ肯定説であったが、吉野判事や三木教授や伊藤教授と同じ否定説に改説したということであることは明らかである。しかし、このような肯定説と否定説の対立というものはない。そうすると新堂教授が肯定説から否定説に改説したということもおかしいことになる。一体、新堂教授の改説とはどういうことであろうか。

２　新堂教授は第３版までは以下のようにのべていた。「原告と参加人の請求の趣旨および原因において両立しないことが判定されれば十分で、本案審理の結果、権利帰属の相対性から両者が両立する結論になっても、そのために参加が不適法になるわけではない。たとえば、・・・原告も参加人も被告から譲り受けたがいずれも未登記のため、参加人の原告に対する請求は棄却され、参加人の被告に対する請求と原告の請求とがともに認容されることになってもかまわない[23]」と。これは兼子説に従っていることは明らかである。

ところが新堂教授は第４版では、「請求の趣旨および原因からして、原告の

---

[22] 高橋・前掲４０２頁注（１０の２）。
[23] 新堂幸司・新民事訴訟法（第３版）（２００４年）７６２頁、７６３頁。

請求と参加人の請求とが実体法上両立することが明らかであるので、この権利主張参加の要件を欠くものと考えられる（この点従来の私見を改める[24]）」とするにいたった。このように新堂教授自らが「従来の私見を改める」とのべているのであるから、高橋教授が新堂教授は改説したとするのも無理もない。しかし、新堂教授は第４版の別の箇所では次のようにのべている。「参加人が原告被告間の売買は売主の委任状が偽造されたものだとして、売買の無効をも主張する場合には、参加を認める必要はあるが、権利主張参加が認められたのち、審理の結果その主張が認められなかった場合には、原告も参加人も被告から所有権を譲り受けたがいずれも未登記ということになり、参加人の原告に対する請求は棄却され、参加人の被告に対する請求と原告の請求とがともに認容されることになってもかまわない[25]」と。このように新堂教授は第４版で、一方では権利主張参加の要件を欠くとしつつも、他方では「参加人が原告被告間の‥‥売買の無効をも主張する場合」、すなわち事例３については権利主張参加は認められるとしている。ということは「権利主張参加の要件を欠く」というのは事例４についてのことであるということになる。このように新堂教授は事例３については権利主張参加は認められるが事例４については権利主張参加は認められないとしているのであって、兼子博士と結論を同じくする。それゆえ、高橋教授の言うように、新堂教授は兼子博士とは異なる説に改説した、ということではない。

３　しかし、新堂教授は「この点従来の私見を改める」という。そうすると、これまでは新堂教授は兼子博士とは異なる説であったということか。しかし、「従来の私見」はすでに見たように兼子説に従っていた。これはどういうことであろうか。これにつき、私は次のように推測している。

新堂教授はこれまで兼子説に従っていたが、しかし、事例３と事例４の区別

[24] 新堂・新民事訴訟法（第４版）（２００８年）７８７頁。なお、第５版（２０１１年）８３０頁も同じ。
[25] 新堂・同７９０頁。なお、第５版（２０１１年）８３３頁も同じ。

を意識せず、兼子説は事例３については権利主張参加を肯定し事例４については権利主張参加を否定する説だとは認識していなかった。しかし、事例３と事例４の区別を意識するようになり、事例４においては権利主張参加を否定すべきであると考えるようになった。しかし、兼子説によれば事例４においても権利主張参加を肯定することになるものと思い込み、それで兼子説である「従来の私見を改める」必要があると考え、「従来の私見を改める」とした、と。

しかし、「従来の私見」は兼子説であり、兼子説は事例４については権利主張参加を否定する説であるので、結論においては客観的には「従来の私見を改める」必要はなかった。すなわち事例４については権利主張参加を否定するのは、新堂教授の主観においては「従来の私見を改める」ものであったが、客観的にはそうではなかった[26]。

すでにのべたように吉野判事は兼子博士は事例４についても権利主張参加を肯定するものと思い込んで兼子説を批判した。新堂教授も兼子説によると事例４についても権利主張参加を肯定することになると思い込んで「従来の私見を改める」とした。

４　以上の私の推測が当たっているか否かはともかくとして、新堂教授は現在、事例３については権利主張参加を肯定し事例４については権利主張参加を否定することは明らかである。高橋教授の事例３について権利主張参加を肯定する理由からして、高橋教授は事例４については権利主張参加を否定するであろうことはすでにのべた。新堂教授も事例３については肯定し事例４については否定するのであるから、高橋教授と同じ立場であり、高橋教授とは異なる立場に改説したわけではない。

５　ところで、新堂教授は事例３については権利主張参加を肯定し事例４については権利主張参加を否定するのであるが、請求の論理的非両立という権利主

[26] もっとも、新堂教授が「従来の私見を改め」て権利主張参加を否定するにいたったのは、事例４だけでなく、後に取り上げるＺが仮登記を有している場合も含まれており、後者は文字通り、「従来の私見を改める」ものであった。

張参加の要件についてはどのように解するのであろうか。新堂教授は、「請求の趣旨および原因からして、原告の請求と参加人の請求とが実体法上両立することが明らかであるので、この権利主張参加の要件を欠くものと考えられる」と言う。それは事例４についてのべていることはすでに見た。ところで、その「原告の請求と参加人の請求とが実体法上両立することが明らか」とはいかなる意味であろうか。すなわち、原告の請求と参加人の請求は論理的に両立しえないとはいえないことが明らかという意味であろうか、それとも事例４においては原告の請求と参加人の請求は両立していることが明らかということであろうか。前者であれば新堂教授は請求の論理的非両立についての正しい理解に立っており、後者であれば請求の論理的非両立についての間違った理解、兼子理解に従っていることになる。いずれなのかはこの文章だけからは明らかでない。しかし、すでに見たように新堂教授は事例３につき、「参加人が原告被告間の売買は売主の委任状が偽造されたものだとして、売買の無効をも主張する場合には、参加を認める必要はあるが、権利主張参加が認められたのち、審理の結果その主張が認められなかった場合には、原告も参加人も被告から所有権を譲り受けたがいずれも未登記ということになり、参加人の原告に対する請求は棄却され、参加人の被告に対する請求と原告の請求とがともに認容されることになってもかまわない」、とのべている。これは参加人が本件では原告の請求と参加人の請求は両立していないと主張すれば、たとえ審理の結果、いずれの請求も認容されることになってもかまわないということであり、新堂教授は請求の論理的非両立についての兼子理解に従っていることは明らかである。兼子理解に従わないのであれば、事例３について権利主張参加を認めるためには、井上教授の言うように請求の論理的非両立は権利主張参加の絶対的な要件ではないとしなければならないが、そのような議論は一切、行っていないことからもそのようにいうことができる。そうすると、新堂教授は請求の論理的非両立についての兼子理解に従い、結論も兼子説と同じであるので、全面的に兼子説

に従っていることになる。

6　このように新堂教授は客観的には兼子説に全面的に従っている。新堂教授自身が「従来の私見を改める」としたのであるから、高橋教授が新堂教授はいわゆる否定説に改説したとしたのも無理がない。高橋教授だけでなく多くの者が新堂教授はいわゆる否定説に改説したものと受け止めていると思われる。しかし、その否定説なるものが多くの者が考えているような説ではないし、また新堂教授の主観においては新堂教授は「従来の私見を改め」たが、客観的にはこれまで兼子説をよく理解していなかったが、兼子説に全面的に従うことを表明したことになるのである。なお、そうであるから、事例３について権利主張参加を肯定することにつき新堂教授は兼子博士と同様、理論構成に成功しているとはいえない。

XI　上野説

1　上野教授は肯定説に立つが、しかし、「参加人の主張、参加人の主張に対する本訴当事者の主張をみても、二重譲渡事例であることが争われておらず、原告の請求と参加人の請求とが両立することが明らかである場合、・・・・権利主張参加は否定されることになろう。ＸのＹに対する請求とＺのＹに対する請求とを同時に認容する判決によって、三者間の紛争を矛盾なく解決することができないからである[27]」とのべている。このように上野教授は権利主張参加が認められる場合と権利主張参加が認められない場合があるとする。

上野教授のいう「二重譲渡事例」とは三木教授の言う「二重譲渡事案」と同じくいずれの譲渡も有効な場合ということである。しかし、三木教授はＺが本件は二重譲渡事案であると主張して参加する場合を考えているのに対し、上

[27] 上野泰男「いわゆる二重譲渡と権利主張参加について」井上・追悼（２００７年）２０３頁、２０４頁。

野教授はＺだけでなく「本訴当事者」、すなわちＸやＹも本件は二重譲渡事案であると主張している場合を考えている。そして、その場合は権利主張参加は否定されることになるであろう、という。そして、それ以外の場合は権利主張参加を肯定する。このように上野教授は場合分けをしているが、それは事例３と事例４の区別とは一致していない。このことについては後に取り上げる。なお、上野教授は請求の論理的非両立について兼子説に従っている。

２　上野教授は、「権利主張参加が許されるとする多数説には、反対説からの批判があるとおり、はたして権利主張参加の理由が具備するのか、独立当事者参加を認めることによって、二重譲渡事例における紛争解決に資することができるのかという疑問が存することは否定できない[28]」と言う。上野教授がいかなる場合について論じているのかは明らかでないが、ともかく同一の場合について、多数説と反対説につきこのように論じている。そして、否定説である三木教授は権利主張参加によって紛争は解決できないばかりでなく、請求認容の同時判決によりＸとＺの自由競争を阻害し不公正が生じるので権利主張参加は認められないとするのに対し、多数説も権利主張参加によって紛争は解決できないことは認めているとし、そして請求認容の同時判決を得るということがＸとＺの自由競争を阻害し不公正なのか、それとも、むしろそれは自由競争の公正さを確保するものとしてプラスに評価されるのかということが多数説と否定説の見解の分かれ目ということになろう、としている[29]。しかし、多数説は少数説が権利主張参加は認められないとしている場合について、紛争解決はできないことを認めつつ、権利主張参加は認められるとしてはいないし、また多数説は請求認容の同時判決を得るということはＸとＺの自由競争の公正さを確保するものとしてプラスに評価されるとは言っていない。

３　ところで、上野教授は、肯定説と否定説の対立は「念頭におく事例に若干

---

[28] 上野・同１９８頁。
[29] 上野・同２０５頁。

の相違があることによるもののようである。すなわち、否定説は、二重譲渡が成立する事例から出発して、そのような事例においては権利主張参加の理由を具備しないとしているものと思われる。実は、肯定説を先導した兼子説も、結果的にこのことを承認していたように思われる[30]」とのべている。「実は、肯定説を先導した兼子説も、結果的にこのことを承認していたように思われる」というので、これは兼子博士は常に権利主張参加は認められるとしたのではなく、否定説が出発した事例については権利主張参加は認められないということを結果的に承認していたように思われるというのであり、これは事例４については兼子博士は権利主張参加は認められないとしていたという私見に近い。しかし、上野教授は多数説の中の他の論者についてはそのようには見ないようである。また、否定説はその出発した事例以外の事例についても権利主張参加は認められないとしたと見ているようである。ということは、「肯定説と否定説の対立は「念頭におく事例に若干の相違があることによるもののようである」というのは、文字通りの意味ではなく、兼子説が否定説が出発した事例については権利主張参加は認められないということを結果的に承認していたという点は別にして、単に肯定説と否定説は視点を異にしていたということのようである[31]。

---

[30] 上野・同２０２頁。

[31] 上野教授は三木説に対し、「問題は「不合理な要素（たとえば、自白や請求の認諾）の影響で、この不合理な要素を独立当事者参加でＺが牽制することは、不公正とみるか否かである。訴訟制度を利用していない場合はともかく、訴訟制度を利用している場合には、むしろ三者を手続上互いに牽制しうる立場におくことが、公正さ確保の所以であり、そのための手段は独立当事者参加制度しかないというのが、肯定説の根拠ということになる」（同２０６頁）とのべている。これはあたかも三木教授がＹの自白や認諾をＺが牽制するのは不公正だと論じているかのようである。しかし、三木教授はそんなことは言っていない。そもそも三木教授が念頭においている事例４においては、ＺはＸの請求を争わないのであるから、すなわちＺはたとえＹが自白や認諾をしようとしてもそれを牽制するつもりはないのであるから、三木教授がＹの自白や認諾をＺが牽制するのは不公正だと言うはずはない。かえって、「それでも、Ｘの請求とＺの請求が対立・牽制し合う関係にあるとすれば、独立当事者参加制度の立法趣旨に照らして」、スタートに立ち遅れたＺが請求認容の同時判決を得るという「事態の発生もやむをえない副作用と考える余地もないではない」とのべていることからして（三木・前掲８３６頁）、Ｘの請求とＺの請求が対立・牽制し合う関係にある場合であれば、Ｚは権利主張参加をしてＹの自白や認諾を牽制することができるのは当然であると考えているはずである。

XII　菱田説

1　菱田教授は以下のようにのべている。「多数説は、権利としてはXとZの移転登記手続請求権は両立し得るとしても、実現できるのは一方のみであり、実際Xが登記を具備してしまえばZの権利実現は極めて困難になるという理由で、独立当事者参加を認める。しかし、独立当事者参加を認めないという説も有力である。有力説の形式的な論拠は、それぞれの買主の移転登記請求は双方とも認容されてよいという意味で両立する、というものであるが、より実質的な論拠は、実体法上登記の自由競争が許されている以上、先んじたXがZによって登記を得るための行動を制約される理由はない、ということに求められる。確かに有力説には一理あり、本訴原告・被告の利益保護という観点からも力を発揮するであろうが、Zが、XY間の売買契約の存在や有効性と争いつつ参加を申立てるという、おそらくは少なくない場面を念頭に置いた場合、果たして二重売買の状況を当然に前提として、登記の自由競争論を援用してよいのか、という疑問を提起することができるように思われる。Zが二重譲渡事例であることを自認して参加する場合はともかく、そうでなければ、やはりZにはXY間の訴訟に介入する正当な利益があるのではないだろうか[32]」と。

2　このように菱田教授は、「Zが二重譲渡事例であることを自認して参加する場合」と、Zが「XY間の売買契約の存在や有効性と争いつつ参加を申立てる」場合とで区別し、前者はともかく後者は権利主張参加を認めてよいのではないかと言う。前者の「Zが二重譲渡事例であることを自認して参加する場合」とはいずれの譲渡も有効であるとして参加する場合のことである。それゆえ、前者は事例4に、後者は事例3に当たる。このように菱田教授は事例4については否定しても事例3については肯定すべきではないかという。菱田教授の場合分けは上野教授とは異なり、事例3と事例4の区別と一致している。

---

[32] 菱田雄郷「独立当事者参加について　―権利主張参加を中心に―」小島・古希（上）（２００８年）７０６頁。

3　しかし、すでに見たように、多数説の中の兼子説はまさに事例3については肯定し事例4については否定する説であった。そして、否定説とされる吉野説も同様であった。また、多数説の中の井上説、高橋説は事例3について肯定する説であり、否定説とされる三木説は事例4について否定する説であり、伊藤説も同様であると思われる。すなわち、菱田教授の自説はすでに学説でほぼ一致した考えであった。

4　菱田教授の言う「有力説」とは三木説のことである。菱田教授は三木「説の形式的な論拠は、それぞれの買主の移転登記請求は双方とも認容されてよいという意味で両立する、というものであるが」という。しかし、三木教授は「それぞれの買主の移転登記請求は双方とも認容されてよいという意味で両立する」から権利主張参加は認められないとは言っていない。そうではなく、Xの主張通りに「審理が推移すれば」「それぞれの買主の移転登記請求は双方とも認容され」るので権利主張参加は認められないと言っているのである。三木教授は請求の論理的非両立について吉野判事の正しい理解に従っているのではなく、兼子博士の理解に従っているのである。

5　菱田教授は三木説の「より実質的な論拠は、実体法上登記の自由競争が許されている以上、先んじたXがZによって登記を得るための行動を制約される理由はない、ということに求められる。確かに有力説には一理あり、本訴原告・被告の利益保護という観点からも力を発揮するであろうが」とのべている。これは三木教授が権利主張参加は認められないとする場合において多数説は権利主張参加を認めており、多数説は本訴原告・被告の利益保護という観点から問題なしとしない、と言っていることになる。しかし、多数説は三木教授が権利主張参加は認められないとする場合に権利主張参加を認めてはいない。

XIII　住吉説

1　住吉教授は、参加人Ｚ（住吉は丙と表記しているが、本稿の表記法による）はどのような場合に勝訴するかについて、以下のようにのべている。「まず、どのような場合であれ、YZ 間の所有権移転行為が二重譲渡の点以外では有効に成立していると認定できる点が必須であることはいうまでもない。そのうえで、①Ｘの譲受が無効と判断されるとき、Ｚは勝訴する。すなわち、ＹおよびＸとの関係では、Ｚの所有権帰属が確認され、Ｙに対する登記請求も認容される。②Ｘの譲受が有効でも、Ｚの譲受の方が優先すると判断できるときは、やはりこれと同じである。ここで問題は、まさにＺ優先を判断する基準の如何である。通説的解釈では前述のように登記の先後のみを基準にとし、したがって当面の紛争のごとくどちらにも登記がないときには判断放棄せざるをえない状況に立ち至っている（注釈民法（６）物権（１）２６０頁参照）。しかし、独立参加の形態で抗争しているときには、三面訴訟であるが故に、登記がなくとも（仮処分の登記は前述のように決め手となしえない）特に別の基準を立てて判断しなければならないものと考えるべきである。そのような基準を明確にするにあたっては、二重譲渡の実際例を多く検討する必要があり、ここでは全面的によく展開しうるところではないが、しかし何よりも譲渡が合意で行われているときにはその時間的順序が強力な決め手となることは否めない[33]」と。

2　YZ 間の売買は有効であることは前提にして、①は YX 間の売買が無効な場合であり、②は YX 間の売買が有効な場合である。②では実体法の通説的解釈によればいずれの請求も認容される。それゆえ、②の場合であると主張してＺが参加申出をする場合（事例４）、Ｚの主張通りであればＺの権利主張参加は ZX 間の所有権の争いの解決に役立たないことになり、そのため権利主張参加は認められない、というのが三木説であった。しかし、住吉教授によれば②の場合も権利主張参加の形態で抗争しているのであるから、実体法の解釈に

[33] 住吉博・民事訴訟読本（第２版）（１９７６年）５８７頁。

おいて格別に配慮して、ZX 間で優劣がつけられるようにいずれかの移転登記請求は棄却すべきである、という。そうすると、②の場合であると主張してZが参加申出をする場合（事例４）も権利主張参加は ZX 間の所有権の紛争を解決するので、三木教授とは異なり権利主張参加を認めるものと思われる。この住吉説は井上説や三木説よりも前に登場していたが、このように事例４についても権利主張参加を認める説であったといってよい。しかし、それは実体法の独特な解釈を前提にしており、他の論者とは前提を異にする。住吉教授の実体法の解釈における格別の配慮については本稿では取り上げない。

３　このように住吉教授は事例３についても事例４についてもＺの権利主張参加を認めるが、住吉教授は吉野判事はＺの権利主張参加を一切、認めないものと受け止めて、これに対抗するかたちで自説をのべている。しかし、吉野判事は事例３については権利主張参加を認めるのであり、ここでも議論はすれ違っている。

XV　小括

１　前提を異にする住吉説を別にすれば事例４について権利主張参加を認める者はいない。また、事例３について権利主張参加を認めない者も以上の論者の中にはいない。肯定説といわれる多数説は事例３について権利主張参加を認めるし、否定説といわれる少数説も事例４について否定しているのであって事例３について否定しているのではなく、事例４について否定する理由からすると事例３については肯定するものと思われる。これは、理論構成はともかくとして、実質判断において、いかなる場合に権利主張参加を認めるべきで、いかなる場合に権利主張参加を認めるべきでないかについて、兼子説以来、学説はほぼ一致していたし、現在もほぼ一致しているといってよいであろう。

２　かつての通説は独立当事者参加訴訟を三面訴訟ととらえ、三者間の紛争を

一挙に、統一的に解決する制度としていたが、平成８年の法改正によって片面参加が許容されるにいたった現在、三面訴訟説では独立当事者参加訴訟を説明することが困難となったため、近時は、第三者から見て、訴訟に関与して牽制し、自己の地位・利益を害する危険のある判決の出現を阻止することに独立当事者参加の意義を求める見解に移行しつつあるといわれるが[34]、客観的にはすでに兼子説がそのような見解であった。

XV　平成６年９月27日最高裁判決といわゆる肯定説との関係

Ｉ　しかし、平成６年９月２７日の最高裁判決[35]はＺの権利主張参加は認められないとした。この判決はいわゆる肯定説（以下では多数説と呼ぶ）とどのような関係に立つのであろうか。

２　本件ではＺは仮登記を取得しており、その後にＸは処分禁止の仮処分を得て執行している。ＸのＹに対する移転登記請求訴訟の控訴審において、ＺはＹに対しては仮登記に基づく本登記請求を立て、処分禁止の仮処分の名義人であるＸに対しては本登記の承諾請求を立てて権利主張参加を申出た。原判決はＺの権利主張参加を認め、ＸのＹに対する請求、ＺのＸに対する請求、ＺのＹに対する請求について本案判決をしたのに対し、Ｘが本案判決の内容が違法であるとして上告。最高裁は職権でＺの権利主張参加の適否を取り上げ、以下のように判示した。「ＸのＹに対する売買契約に基づく所有権移転登記手続を求める本訴につき、Ｚが、Ｙに対し代物弁済の予約又は売買の一方の予約による各予約完結の意思表示をしたことを理由とする所有権移転登記請求権保全の仮登記に基づく本登記手続を求め、かつ、右仮登記後にされた処分禁止の仮処分登記の名義人であるＸに対し右本登記手続の承諾を求めてした本件参

---

[34] 高橋宏志「判批」判例百選（第４版）（２０１０年）２２７頁。
[35] 判時１５１３号１１１頁、判タ８６７号１７５頁、金判９６２号１５頁。

加の申出は、民訴法７１条（現４７条）の要件を満たすものと解することはできない。けだし、同条の参加の制度は、同一の権利関係について、原告、被告及び参加人の三者が互いに相争う紛争を一の訴訟手続によって、一挙に矛盾なく解決しようとする訴訟形態であって、一の判決により訴訟の目的となった権利関係を全員につき合一に確定することを目的とするものであるところ・・・・（最大判昭和４２年９月２７日民集２１巻７号１９２５頁）、Ｚの本件参加の申出は、本件土地（１）、（２）の所有権の所在の確認を求める申立てを含むものではないので、X、Y、Ｚ間において右各所有権の帰属が一の判決によって合一に確定されることはなく、また、他に合一に確定されるべき権利関係が訴訟の目的とはなっていないからである」

「以上の次第で、本件参加の申出は、民訴法７１条の参加の申出ではなく、その実質は新訴の提起と解すべきであるから、原審としては、Ｚの請求に係る部分を管轄を有する京都地方裁判所に移送し、Ｙの控訴に基づき第一審判決の当否について審理判断すべきであった」

３　さて、本判決は権利主張参加の要件は合一に確定されるべき権利関係が訴訟の目的となっていることであるが、「Ｚの本件参加の申出は、本件土地（１）、（２）の所有権の所在の確認を求める申立てを含むものではないので、X、Y、Ｚ間において右各所有権の帰属が一の判決によって合一に確定されることはなく、また、他に合一に確定されるべき権利関係が訴訟の目的とはなっていないから」権利主張参加は認められないとした。その意味は必ずしも明らかでない。「Ｚの本件参加の申出は、本件土地（１）、（２）の所有権の所在の確認を求める申立てを含むものではないので、X、Y、Ｚ間において右各所有権の帰属が一の判決によって合一に確定されることはな」いというが、これは本件でＺはＸやＹに対し所有権確認請求を立てていないことを指しているのであろうか。しかし、ＸはＹに対し所有権確認請求を立てていないので、ＺがＸやＹに対して所有権確認請求を立てても「X、Y、Ｚ間において右各所有権の帰属

が一の判決によって合一に確定されることはな」いはずである。あるいは、「X、Y、Z間において右各所有権の帰属が一の判決によって合一に確定される」というのは厳密にそれに当たらなくてもよく、XがYに対して所有権確認請求を立てていなくてもYに対して所有権に基づく権利を主張していて、ZがXまたはYに対して所有権確認請求を立てるか、あるいは所有権に基づく権利を主張していればよかったが、本件はそうではないということであろうか。しかし、XのYに対する移転登記請求は売買契約に基づくものであって所有権に基づくものではないので、これも前提を欠く。

4　しかし、本判決は、Zの参加申出は「所有権の所在の確認を求める申立てを含むものではない」し、「他に合一に確定されるべき権利関係が訴訟の目的とはなっていないから」、権利主張参加は認められないとしている。ということは所有権でなくても「合一に確定されるべき権利関係が訴訟の目的とはなってい」ればよいが、本件ではそれもない、と言っているのである。そこで、「合一に確定されるべき権利関係が訴訟の目的とはなってい」るということの意味が問題になる。これはXの請求とZの請求が論理的に両立しえないという意味であると思われる。なぜなら、Xの請求とZの請求が論理的に両立しえないのであればXの請求とZの請求がいずれも認容になることはありえず、それゆえ「合一に確定される」からである。そうすると、XのYに対する移転登記請求が所有権に基づくものか否かを問わず、XのYに対する移転登記請求とZのYに対する本登記請求が論理的に両立しえないのであれば権利主張参加は認められることになる。しかし、本判決は本件は「合一に確定されるべき権利関係が訴訟の目的とはなっていない」と言う。ということは、本判決は、XのYに対する移転登記請求とZのYに対する本登記請求は論理的に両立しえないとはいえない、としていることになる。これは本判決は請求の論理的非両立について兼子理解に立たず、正しい理解に立っていることを意味する。本件はZが仮登記を有している場合であるが、Zが仮登記を有していない場合も、

本判決のように請求の論理的非両立について正しい理解に立つならば、XのYに対する移転登記請求とZのYに対する移転登記請求は論理的に両立しえないとはいえないので、「合一に確定されるべき権利関係が訴訟の目的とはなっていない」ということになる。このように本判決の射程範囲はZが仮登記を有していない場合にも及んでいる。

5　しかし、高橋教授は、本判決の射程範囲はZが仮登記を有しない場合には及ばないとするようである。高橋教授はZが仮登記を有していない場合のXの移転登記請求とZの移転登記請求とは論理的に両立しえないので権利主張参加は認められるが、Zが仮登記を有している場合のXの移転登記請求とZの仮登記の本登記請求とは論理的に両立しうるので権利主張参加は認められない、判旨はやや不明確であるが、そのことを言っているのであるという[36]。しかし、Zが仮登記を有していない場合のXの移転登記請求とZの移転記請求は、いずれの請求も認容になることがありうるのと同様、Zが仮登記を有している場合のXの移転登記請求とZの仮登記の本登記請求も、いずれの請求も認容になることがありうる。それなのに、前者は論理的に両立しえないが後者は論理的に両立しうるとするのはおかしい。また、高橋教授は注で、Zが仮登記を有していない場合は「登記はいわば一回しか動かないから請求が両立しないが、仮登記の本登記請求の例では、登記がいわば二度動いてもよいので請求は両立する[37]」とのべている。しかし、いずれの場合もXの請求もZの請求もいずれも認容になることはありうる以上、請求は論理的に両立しえないとはいえないはずであり、その後、登記が動くか否かは関係がないはずである。それに、Zが仮登記を有していない場合でも、XY間の訴訟でXが勝訴してXが登記を得ても、ZはYX間の売買は無効であり、Xは無権利者であるとしてXに対して移転登記請求をすることは可能であり、登記が二度動くことはありう

---

[36] 高橋・前掲４００頁、４０１頁。
[37] 高橋・同４０５頁注（１１）。

るのであるから、Ｚが仮登記を有していない場合は「登記はいわば一回しか動かない」ともいえない。

６　後にのべるように、Ｚが仮登記を有する場合と有しない場合とは権利主張参加の実際上の必要が異なることは高橋教授の言う通りであるが、本判決の判決理由からすると、このように本判決の射程範囲はＺが仮登記を有していない場合にも及んでいる[38]。本判決の判決理由によればＺが仮登記を有しない場合もＺの権利主張参加は認められないことになる。

７　しかし、多数説の中の多くの論者は請求の論理的非両立について兼子理解に従いＺの権利主張参加を認めているし、請求の論理的非両立について正しい理解に立つ井上教授も、請求の論理的非両立は権利主張参加の絶対的な要件ではないとしてＺの権利主張参加を認めている。これに対し、本判決は権利主張参加は認められないとした。このように本判決は多数説とは異なる立場に立っている。

８　ところで、本判決は、Ｚの参加申出は「所有権の所在の確認を求める申立てを含むものではない」し、「他に合一に確定されるべき権利関係が訴訟の目的とはなっていないから」、権利主張参加は認められないというので、ＺがＸに対して所有権確認請求を立てれば権利主張参加は認められるとしているもののようであると受け止められている[39]。なるほど、YX 間の売買契約が無効であれば、ＸのＹに対する移転登記請求は棄却され、ＺのＸに対する所有権確

---

[38] 新堂教授は第３版まではＺが仮登記を得ている場合についてもＺの権利主張参加を肯定していたが、第４版で否定するにいたったが、その理由は、「請求の趣旨および原因からして、原告の請求と参加人の請求とが実体法上両立することが明らかであるので」（第４版７８７頁）というにあり、Ｚが仮登記を有していない事例３では「原告と参加人の各請求の趣旨および原因の記載において両立しないことが判定されれば十分で、本案審理の結果、権利義務の相対性から両者が両立する結論になっても、そのために参加が不適法になるわけではない」（第４版７９０頁）としていることと整合していない。Ｚが仮登記を有していない場合に権利主張参加は認められるとする理由と、Ｚが仮登記を有している場合に権利主張参加は認められないとする理由とが整合していないのは高橋教授と同様である。

[39] 井上・前掲１９８頁、高橋「判批」百選（第４版）２２６頁、佐野「判批」前掲１２９頁、

認請求は、YX 間の売買契約が無効であればＸは無権利者であるのでＺは登記なしに所有権をＸに対抗できるので、認容されることになり、これに対し、YX 間の売買契約が有効であればＸのＹに対する移転登記請求は認容され、ＺのＸに対する所有権確認請求は、Ｚは本登記なしに所有権をＸに対抗できないので棄却されることになり、ＸのＹに対する移転登記請求とＺのＸに対する所有権確認請求は論理的に両立しえないことになる[40]。それゆえ、本判決は本件でもＺがＸに対して所有権確認請求を立てれば権利主張参加は認められるとしているという見方は理由がある。

９　ところで、本判決をそのように見たうえで、多数説でもそのようにＺがＸに対して所有権確認請求を立てた場合のみ権利主張参加は認められるはずであり、それゆえ本判決は多数説に立っているとする見解がある[41]。しかし、少なくとも多数説の中のすでに見た論者はそのようにＺがＸに対して所有権確認請求を立てた場合のみ権利主張参加は認められるとは言っていない。それどころか、井上教授は、「紛争の実相は変わらないのに、所有権確認請求が立てられているかどうかだけで７１条（現４７条）参加による併合審判が許されたり許されなかったりするというのは、あまりに「請求」という形式にとらわれすぎた考え方である[42]」として本判決を批判しており、高橋教授もこの批判を支持している[43]。また、兼子博士はＸのＹに対する移転登記請求とＺのＸに対する所有権確認請求の関係をとらえて請求の論理的非両立という権利主張参加の要件を具備しているとしたのではなく、ＸのＹに対する移転登記請求とＺのＹに対する移転登記請求の関係をとらえて請求の論理的非両立という権

吉田和彦「判批」NBL ５９７号（１９９６年）５７頁、宇野聡「判批」民商１１４巻3号（１９９６年）５４４頁、草鹿晋一「判批」法学研究（慶応）６９巻8号（１９９６年）１７６頁、田中豊「講座民事訴訟の基本原理と要件事実論　第２６回　多数当事者紛争と訴訟形態（その６）」月報司法書士４５９号（２０１０年）４２頁。

40 吉田・前掲５８頁はこのように論じる。

41 佐野・前掲１２９頁、吉田・前掲５８頁、田中・前掲４４頁。

42 井上・前掲１９８頁。

43 高橋「判批」百選（第４版）２２６頁。

利主張参加の要件を具備しているとしたことはすでにのべた通りである。それゆえ、本判決がＺがＸに対して所有権確認請求を立てれば権利主張参加は認められるとしたとしても、それは多数説とは異なる立場であるというべきである。

XVI　二重譲渡事案と請求の論理的非両立

1　本判決がＺがＸに対して所有権確認請求を立てれば権利主張参加は認められるとしたのかはともかくとして、ＺがＸに対して所有権確認請求を立てたとすると、請求の論理的非両立という要件を具備することになって権利主張参加が認められることになるであろうか。

2　なるほど、ＸのＹに対する移転登記請求とＺのＸに対する所有権確認請求は論理的に両立しえない。そうすると、ＺがＸに対して所有権確認請求を立てれば請求の論理的非両立という権利主張参加の要件を具備するといえそうである。しかし、ＺがＸに対して所有権確認請求を立てなければ権利主張参加は認められないのに、ＺがＸに対して所有権確認請求を立てれば権利主張参加は認められるというのは、「紛争の実相は変わらないのに、所有権確認請求が立てられているかどうかだけで７１条（現４７条）参加による併合審判が許されたり許されなかったりするというのは、あまりに「請求」という形式にとらわれすぎた考え方である」。このようにこの考え方は何かおかしいのであるが、一体、何がおかしいのであろうか。

3　ここで、ZX 間の所有権の紛争が権利主張参加訴訟によって解決されるかどうかを考えてみよう。本来は XYZ 間の所有権の紛争は、というべきところであるが、Ｙについても論じると複雑になるので、ZX 間の所有権の紛争のみを考えることにする。

本件はＺは仮登記を有しており、特別の問題があるので、それについては

後にのべるとして、Ｚが仮登記を有していない場合について、またYZ間の売買は有効であることを前提に、ＺがＸに対して所有権確認請求を立てた場合に権利主張参加が認められとどうなるかを考えてみよう。

なるほどYX間の売買は無効であると判定されると、ＸのＹに対する移転登記請求は棄却され、ＺのＹに対する移転登記請求は認容され、ＺのＸに対する所有権確認請求は認容されるので、ZX間の所有権の紛争はＺの勝利というかたちで解決される。これに対し、YX間の売買は有効であると判定されると、ＸのＹに対する移転登記請求が認容され、ＺのＹに対する移転登記請求は認容され、ＺのＸに対する所有権確認請求は棄却される。このようにＺのＸに対する所有権確認請求は棄却されるが、しかし、それで終局的にZX間の所有権の紛争はＸの勝利というかたちで解決されたわけではない。ＺのＸに対する所有権確認請求が棄却されたといっても、それは現在はＺは登記を有さないので所有権をＸに対抗できないというだけであり、ＺのＹに対する移転登記請求は認容されているのであるから、その後、Ｚがその認容判決を債務名義としてＸより先に登記を取得すればＺはＸに対し所有権を対抗することができるようになる。ということは、結局、ZX間の所有権の争いがどのように解決されるかは、その後、ＺとＸのいずれが先に登記を取得するかにかかっている。ということは、YX間の売買は有効であると判定された場合は権利主張参加訴訟によりZX間の所有権の争いは解決されないということは、ＺがＸに対して所有権確認請求を立てたとしてもなんら変わりがないのである[44]。

４　なるほど、ＸのＹに対する移転登記請求とＺのＸに対する所有権確認請求は論理的に両立しえない。しかし、請求の論理的非両立を権利主張参加の要

---

[44] 吉田・前掲５８頁も、「本件のような二重譲渡の場合、本判決が示唆するように、ＺのＸに対する所有権確認請求がされたとしても、所有権の帰属自体は、一の判決によって合一に確定されない」とのべている。しかし、その理由として、ＺのＸに対する所有権確認請求は棄却され、ＸのＹに対する移転登記請求は認容されるから、としているのは理解できない。

件とすることは、それにより権利主張参加訴訟によりZX間の紛争が解決されることを保障するためである。それ以外に請求の論理的非両立を権利主張参加の要件とする理由はない。ところが、今の場合はXのYに対する移転登記請求とZのXに対する所有権確認請求は論理的に両立しえないとはいっても、それは権利主張参加訴訟によりZX間の紛争が解決されることを保障していない。それゆえ、権利主張参加訴訟によりZX間の紛争が解決されることを保障する意味での「論理的に両立しえない」には当たらないと解さねばならない。

5　このように、たとえZがXに対して所有権確認請求を立てたとしても、権利主張参加訴訟によりZX間の紛争が解決されることを保障する意味での請求の論理的非両立という要件を具備しない[45]。それゆえ、たとえZがXに対して所有権確認請求を立てたとしても、請求の論理的非両立を権利主張参加の絶対的な要件とする本判決の立場では権利主張参加は認められないことになる。

6　ところで、XのYに対する移転登記請求とZのYに対する移転登記請求がいずれも所有権に基づく場合、同一物についてXもZも所有権を有するということはないので、XのYに対する所有権に基づく移転登記請求権とZのYに対する所有権に基づく移転登記請求権は権利としては論理的に両立しえない。しかし、YX間の売買もYZ間の売買も有効であると判定されればいずれの請求も認容されるのであるから、ということは請求は論理的に両立しえないとはいえない。この場合、権利主張参加訴訟によりZX間の紛争が解決されることを保障する意味での権利が「論理的に両立しえない」には当たらない。これに対し、XのYに対する移転登記請求とZのXに対する所有権確認請求とはいずれも認容されるということはないので、請求は論理的に両立しえないが、しかし、それは権利主張参加訴訟によりZX間の紛争が解決されることを保障する意味での請求が論理的に両立しえないには当たらない[46]。

---

[45] 反対、佐野・前掲１２９頁、吉田・前掲５８頁、田中・前掲４４頁。
[46] 反対、佐野・前掲１２９頁、草鹿・前掲１７５頁、１７６頁。

７　そもそも権利主張参加によりZX間の紛争が解決されることが保障されている場合にのみ権利主張参加は認められるという考えに基づいて、権利の論理的非両立や請求の論理的非両立が権利主張参加の要件とされているのであるから、そこでいう権利の論理的非両立や請求の論理的非両立とはZX間の紛争が解決されることを保障する意味でのそれでなければならないのは当然である。そうすると、買主Ｘの売主Ｙに対する移転登記請求に他の買主Ｚが権利主張参加を申出るという場合、YX間の売買もYZ間の売買もいずれも有効と判定されてZX間の所有権の紛争は解決されないことがありうるのであるから、ZX間の紛争が解決されることは保障されていない。そのことはＸの請求の立て方やＺの請求の立て方によって変わることはない。Ｚの権利主張参加を認めるためには、ZX間の紛争が解決されることが保障されている場合にのみ権利主張参加は認められるという考え自体を変えなければならない。すなわち、請求の論理的非両立は権利主張参加の絶対的な要件ではないと解さなければならない。権利主張「参加の制度は、同一の権利関係について、原告、被告及び参加人の三者が互いに相争う紛争を一の訴訟手続によって、一挙に矛盾なく解決しようとする訴訟形態であって、一の判決により訴訟の目的となった権利関係を全員につき合一に確定することを目的とするものである」とする最大判昭和４２年９月２７日に従う限り、Ｚの権利主張参加を認めることはできない。

８　本件はＺが仮登記を有しており、後に取り上げるように、Ｚの権利主張参加を認めることはその実際上の必要の点で問題があった。そのため、多数説の論者でも本判決の結論には賛成する者もいる[47]。もしかすると最高裁が本件で権利主張参加は認められないとした真の理由はそこにあるのかも知れない。そして、Ｚが仮登記を有しない場合に権利主張参加を認める可能性を残すために、本件ではＺの参加申出が「所有権の所在の確認を求める申立てを含むもので

[47] 高橋・前掲４００頁、４０１頁、新堂・前掲第４版７８７頁、菱田・前掲７０６頁、７０７頁。

はない」し、「他に合一に確定されるべき権利関係が訴訟の目的とはなっていないから」、権利主張参加は認められないとしたのかも知れない。しかし、最高裁判決の判決理由は、ZX 間の紛争が解決されることが保障されている場合にのみ権利主張参加は認められるという考えに基づいているので、Z の参加申出は「所有権の所在の確認を求める申立てを含む」か否かにかかわらず、権利主張参加は認められないことになるし、ZX 間の所有権の紛争の解決を保障する意味での「合一に確定されるべき権利関係」を「訴訟の目的」とすることはできない。最高裁が Z が仮登記を有していない場合は権利主張参加を認めるのであれば、本判決で本件で権利主張参加は認められない理由としてのべたことを変更しないわけにはいかない。すなわち、X の主張通りではなく YX 間の売買が有効であれば「原告、被告及び参加人の三者が互いに相争う紛争を一の訴訟手続によって、一挙に矛盾なく解決」することはできないことにはなるが、X の主張通り YX 間の売買が無効であれば「原告、被告及び参加人の三者が互いに相争う紛争を一の訴訟手続によって、一挙に矛盾なく解決」することができるのであるから権利主張参加を認めるべきであるとする多数説に変更しないわけにはいかない。

XVII　事例４における権利主張参加の実際上の必要

１　井上教授が、事例３について、権利主張参加は認められるとする論者はそれなりに実践感覚に裏づけられて十分な実質的な理由があって権利主張参加が認められるとしていると思われるとしたように、事例３について権利主張参加は認められるとする論者はすべて事例３について権利主張参加を認める実際上の必要があると考えたがために権利主張参加を認めたのであろうし、事例４について権利主張参加は認めらないとする論者はすべて事例４について権利主張参加を認める実際上の必要はないと考えたがために権利主張参加は認められな

いとしたのであろう。そこで、次に、そのような実際上の必要性の問題に入ることにする。

2　井上教授は、「売主（被告）の単一不動産に対して二人の買主が競合して登記手続請求を求める紛争は、社会的実体としては一つの物に対していずれがそれを自己の支配下に置くことができるかをめぐる紛争であり、最終的にはいずれもが所有者として所有権登記を受けるということはあり得ない。訴訟および参加申出は、そのような紛争プロセスの一環として使われているのである」とのべている。この認識についてはおそらく誰しも異論がないであろう。問題は権利主張参加を認める実際上の必要があるかである。

3　まず、権利主張参加を認める実際上の必要があるというためには、権利主張参加がZX間の所有権の争いの解決に役立つのでなければならないのはいうまでもない。そうすると、事例3においてはZはYX間の売買は無効であると主張して参加するのであり、Zの主張通りにYX間の売買が無効と判定されればXのYに対する移転登記請求は棄却され、Xは登記を得られず、XZ間の所有権をめぐる紛争はZが勝利するというかたちで解決されるので、Zの権利主張参加はZX間の所有権をめぐる紛争の解決に役立つ。

4　これに対し、事例4においてはZはYX間の売買の効力を争わずに参加する、すなわちXの移転登記請求も認められるがZの移転登記請求も認められるとして参加するのであるから、Zの主張通りXの移転登記請求もZの移転登記請求も認容されると、いずれも移転登記請求権を有するということになって、ZX間の所有権をめぐる紛争は解決されない。このように事例4においてはZの主張通りであれば権利主張参加はZX間の所有権をめぐる紛争の解決に役立たないのであるから、それだけで権利主張参加を認める実際上の必要はない。

5　もっとも、このようにZX間の所有権の争いの解決に役立たないとしても、Zとして権利主張参加をすることにメリットがまったくないわけではない。

三木教授の言うように、権利主張参加が認められれば、スタートに出遅れたZは請求認容の同時判決を得ることができる。しかし、三木教授の言うように、それには問題があり、これを理由にZの権利主張参加を認めるべきではない。

6　ところで、すでに見たように、事例4について権利主張参加を認めるべきではないことについて、三木教授は、事例4においてZの主張通り「審理が順調に推移」すればXの請求のZの請求も認容され、それゆえ権利主張参加はXZ間の所有権の争いの解決に役立たないので権利主張参加は認められないとする。その通りであるが、訴訟物たるXのYに対する移転登記請求権に着眼すれば、ZはそのXの権利を否定していないのであるから、Xの訴訟物たる権利の存否につきZX間で紛争はなく、それゆえに権利主張参加は認められないということもできる。

7　ところで、すでに見たように、上野教授は、Zがいずれの譲渡も有効であると主張するだけではなく、XやYもいずれの譲渡も有効であると主張する場合には権利主張参加は否定されることになろうとしている。しかし、ZがYX間の売買は有効であると主張しているのに、XがYZ間の売買は無効であると主張している、あるいはYがいずれかの売買は、あるいは双方の売買は無効であると主張しているからといって権利主張参加を認める必要があるであろうか。その場合も、Zの主張のみを基準にして、Zの主張によればいずれの請求も認容されることになるのでZX間の所有権の争いは解決されないし、また訴訟物たるXの移転登記請求権の存否についてZX間で紛争はないので、権利主張参加はZX間の紛争の解決に役立たず、それゆえ権利主張参加は認められないというべきではないであろうか。また、Zの権利主張参加を阻止するためにはXやYはYZ間の売買を有効と認めなければならないというのも奇異である。

8　このようにZがXの請求を争っていない場合はそれだけでZの権利主張参加は認められないというべきである。そもそも権利主張参加というものは原告

の請求を争って参加するものである。事例１、事例２ではＸの権利とＺの権利は論理的に両立しえないので、Ｚが自己の権利を主張するということは当然にＸの権利を否定することになる。ところが、二重譲渡においてはＸの移転登記請求権とＺの移転登記請求権は論理的に両立しえないとはいえないので、Ｚが自己の権利を主張することは当然にＸの権利を否定することにはならず、それゆえ、ＺがＸの権利を否定せずに自己の権利を主張して権利主張参加の申出をする場合もありうることになる。しかし、そのようにＸの移転登記請求を争わないで、Ｘだけでなく自分もＹに対し移転登記請求権を有するとして参加しても、それはZX間の所有権の争いの解決になんら役立たないし、また訴訟物たるＸの権利の存否についてZX間で紛争はないので、そのような権利主張参加を認める実際上の必要はまったくない。権利主張参加とは原告の権利を否定するという点では権利否定参加であり、原告の権利を否定しない権利主張参加というものは認められない。二重譲渡の事案ではないが、ＸのＹに対するある土地の所有権確認訴訟にＺがその土地の賃借権を主張して権利主張参加の申出をするという場合、ＺはＸの所有権自体を否定しているわけではない。しかし、ＸがＺの賃借権を認めないためにＺは賃借権を主張して権利主張参加の申出をしているはずであり、ということはＸはＺの賃借権によって制限されない所有権を主張し、Ｚはその主張を争っているのであり、ＺはＸの所有権のうちの質的一部を否定しているのである（審理の結果、Ｘの請求もＺの請求も認容された場合、ＸはＺの賃借権によって制限されない所有権を主張したのに対しＺの賃借権が認められたのであるから、Ｘの所有権確認請求の認容は実質的には一部棄却ということになる）。このように権利主張参加は権利否定参加である。

９　そもそもＺがＸの請求を争わないで権利主張参加をするというのはあまり想定できない。ＺがＸＹ間の訴訟に権利主張参加を申出る場合は被告Ｙは原告Ｘの請求を争っているといってよい。なぜなら、ＹがＸの請求を争わな

いのであれば請求の認諾で訴訟が終了し、Ｚが権利主張参加を申出る暇はないからである。このようにＹはＸの請求を争っているのに、ＺがＸの請求を争わずに参加を申出るということはあまり想定できない。また、YX 間の売買が有効であればＺのＸに対する所有権確認請求は認められないので、ＺのＸに対する所有権確認請求は最初から有理性を欠いている。事例４はあまり想定できない[48]。

XVIII　事例３における権利主張参加の実際上の必要

１　事例３においては、Ｚの主張通りだと権利主張参加は ZX 間の所有権の争いの解決に役立つが、そうだとしてもそれだけでは権利主張参加を認めるべきことにはならない。権利主張参加は他人間の訴訟に当事者として権利として参加するものであり、しかも参加人は訴訟当事者の訴訟行為を牽制することができるのであるから、Ｚの権利主張参加が ZX 間の紛争の解決に役立つだけでなく、権利主張参加を認めるべき実際上の必要が相当程度、あること、換言すれば、権利主張参加を認めなければＺは相当程度、不利益を受けることが必要である。それでは、権利主張参加を認めなければＺはどの程度、不利益を受けるであろうか。

２　Ｚの権利主張参加を認めず、そしてＸのＹに対する移転登記請求が認容されると、確定した請求認容判決に基づきＸは登記を取得することができる。しかし、そうかといって、Ｚはさほど不利益を受けないこともある。

---

[48] 吉田・前掲５６頁も、ＺのＸに対する所有権確認請求のことを挙げて、吉野判事の言う第一の類型（事例４）は「実務上はまず考えられず、そのように二つの類型に分けることはあまり実益がないように思われる」、とのべている。もっとも、兼子博士は事例４について権利主張参加は認められるとしているものと思い込んでいる吉野判事にとっては、そのように二つの類型に分ける必要があり、また、事例４においてはＺのＸに対する所有権確認請求は有理性がないことも吉野判事にとっては兼子説は採れない理由であった。

高橋教授は、Ｚが仮登記を得ているという事案において権利主張参加を認めなかった前掲の最判平成６年９月２７日の結論を支持して、以下のようにのべている。「Ｚは、仮登記が先にある以上、Ｘが勝とうが負けようが、痛痒を感じないことに注意しなければならない。すなわち、仮登記が先にあるため順位保全の効果があり、ＸがＹに対して移転登記手続請求で勝訴した後であっても、ＺはＸに対して本登記の承諾請求訴訟（不動産登記法１０５条）で必ず勝訴するからである。したがって、仮登記を持っているＺは、XY 訴訟においてＸの訴訟行為を牽制する意味はない。・・・なるほど、・・・Ｘが請求棄却になればＺはＸに対する本登記の承諾請求訴訟の手間が省け、助かることは助かるであろう。しかし、仮登記の順位保全効が優先するがゆえに、Ｘを請求棄却に追い込まなくてもＺが困る度合いは格段に小さく、権利主張参加を認める必要はない[49]」と。

このように最判平成６年９月２７日の事案のようにＺが仮登記を得ている場合は、Ｚが権利主張参加をすることを認めないことによるＺの不利益はわずかである。権利主張参加は他人間の訴訟に当事者として権利として参加するというものであり、しかも参加人は原告の被告に対する請求について訴訟行為をすることができるだけでなく原告被告の訴訟行為を牽制することもできるので、権利主張参加が認められるとするためにはそれなりの実際上の必要が要求されるはずである。それゆえ、高橋教授の言うようにＺが仮登記を有する場合は権利主張参加を認める必要はない。

３　さて、このようにＺが仮登記を有している場合は、Ｚは「Ｘが勝とうが負けようが、痛痒を感じない」ので「Ｘを請求棄却に追い込まなくてもＺが困る度合いは格段に小さく、権利主張参加を認める必要はない」のであれば、Ｚが仮登記を有している場合以外の場合でも、Ｚは「Ｘが勝とうが負けようが、痛痒を感じない」ので「Ｘを請求棄却に追い込まなくてともＺが困る度合いは格

[49] 高橋・前掲４００頁、４０１頁。同旨、菱田・前掲７０６頁、７０７頁。

段に小さ」い場合は、同様にＺに権利主張参加を認める必要はないことになる。Ｚが処分禁止の仮処分（民事保全法53条１項、58条）や仮登記仮処分（不動産登記法108条、109条）を得て執行（登記）している場合がそうである。高橋教授はこれらの場合には言及していないが、それはこれらの場合については念頭になかっただけであり、これらの場合について問われれば、これらの場合も権利主張参加を認める必要はないとするものと思われる。

４　ところで、このようにＺが処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行している場合は権利主張参加を認める必要はないとすると、Ｚがまだ処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得ていない場合も、これから処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行すれば、Ｚは「Ｘが勝とうが負けようが、痛痒を感じな」くなるのであるから、処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得るべきであり、それゆえXY間の訴訟に権利主張参加をすることを認める必要はないはずである。

しかも、XY間の訴訟に権利主張参加をすることを認める必要はないどころではなく、仮にＸＹ間の訴訟に権利主張参加することができるとしても、Ｚにとっては、処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行する方がはるかに得策である。なぜなら、権利主張参加をしてＸの請求を棄却に持ち込むべく訴訟追行をしてもＸの請求が認容になることは当然、ありえ、その場合はＺの請求も認容になれば請求認容の同時判決がなされ、その後、いずれが先に登記を取得するかでＺＸ間の所有権の紛争は決着がつくことになるが、これに対し、処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行すれば、Ｚは「Ｘが勝とうが負けようが、痛痒を感じな」くなるからである。このように仮にＸＹ間の訴訟に権利主張参加することができるとしても、処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得る方がはるかに得策である。しかも、不用意に権利主張参加をすれば、Ｚの存在がＸに知られてＸが先に処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行してしまうことにもなる。

5　Zが仮登記を有していたり処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行している場合や、XもZも仮登記を有しておらず、また処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行してもいない場合は、このように権利主張参加を認める必要はないが、これに対し、逆にXが仮登記を有していたり処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行している場合はどうであろうか。

まず、Xが処分禁止の仮処分を得て執行している場合にZの権利主張参加は認められないとすると、これからZが処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行しても、さらにはYZ移転の本登記を取得しても、XのYに対する請求が認容されYX移転登記の本登記がなされるときは、Zの処分禁止の仮処分や仮登記仮処分の登記や移転登記は職権で抹消される。そうすると、ZX間の所有権の争いは最終的にXが勝利する。ということは、ZはXのYに対する請求が認容されるか棄却されるかについておおいに痛痒を感じるということである。それゆえ、XのYに対する請求を棄却に持ち込みZX間の所有権の紛争に最終的にZが勝利する機会を与えるために、Zの権利主張参加を認めるべき実際上の必要が高い。

もっとも、Xが所有権移転の本登記を取得しても、それはZX間の所有権の紛争に最終的にXが勝利したことを意味しないとも考えられる。というのは、仮にZの考えているようにYX間の売買が無効であればXは無権利者であり、それゆえたとえXが登記を取得してもZは登記なしに所有権を対抗することができるので、ZはXに対し所有権に基づき移転登記請求をすることができるとも思われるからである。しかし、これに対しては、処分禁止の仮処分の当事者恒定効によりXのYに対する請求を認容する判決の効力はZにも及ぶので、ZはXが無権利者であると主張することはできないのではないかという疑問も生じる。しかし、今の場合には処分禁止の仮処分の当事者恒定効は生じないのではないかという問題もありそうである。この問題について私は今のところ答えを見出せていないが、仮にXが所有権移転の本登記を取得しても、

それはZX間の所有権の紛争に最終的にXが勝利したことを意味しないとしても、YX間の売買の効力を争うためにXY間の訴訟に権利主張参加をすることを認めるべきであると考える。そうすれば、XY間の訴訟の判決の証明効がZのXに対する所有権に基づく移転登記請求訴訟に不利に及ぶということにはならないし、また権利主張参加訴訟でZがXのYに対する移転登記請求が認容されるのを阻止することができれば、Xの請求が認容され本登記を得たXがRに登記を移転したためにZはRも相手取らなければならなくなり、しかも外観法理によりRに敗訴することもありうるという状態になるのを確実に防止することができるからである[50]。

Xが仮登記を有している場合や仮登記仮処分を得て執行している場合は、XのYに対する請求を認容する判決の効力はZには及ばないので、たとえXが認容判決に基づき登記を取得していても、YX間の売買は無効でありXは無権利者であるとしてZはXに対し所有権に基づき移転登記請求をすることができるが、同様に、XY間の訴訟の判決の証明効がZのXに対する所有権に基づく移転登記請求訴訟に不利に及ぶのを防止し、また本登記を得たXがRに登記を移転したためにZはRも相手取らなければならなくなり、しかも外観法理によりRに敗訴することもありうるという状態になるのを確実に防止するために、権利主張参加を認める実際上の必要がある。

6　このようにXが仮登記を有していたり処分禁止の仮処分や仮登記仮処分

---

[50] 菱田・前掲６９９頁は、XがYに対してある土地の売買契約に基づく移転登記請求訴訟を提起したところ、ZはYのもとにある登記は不実の登記であると主張して抹消登記を求めて独立当事者参加をしたという場合、XY間でXが勝訴し、それによってXに登記が移ったとすれば、そこからさらにその土地が転々流通することがあり得、そしてその間に外観法理が介在し、Zの権利実現が事実上不可能になることも十分に考えられるので、そのようなXの権利実現が先行することによる裁判外における事実上の不利益を排除するために、訴訟上の和解や自白を排除する権限をZに与える必要がある、という。これは参加人に与えられるべき権限についてのべたものであるが、権利主張参加を認めるべき実際上の必要の問題として考えることもできる。そして、二重譲渡の事案においても、そのようなXの権利実現が先行することによる裁判外における事実上の不利益が考えられる。

を得て執行している場合はＺの権利主張参加を認めるべき実際上の必要がある。その必要性は事例１におけるそれよりも大きい。事例１における権利主張参加の実際上の必要はXY間の訴訟の証明効がＺに不利に及ぶのを防止するためだけであるのに対し、今の場合はそれだけではないからである。そうであれば、事例１については権利主張参加を認め、今の場合は権利主張参加を認めないというのは、権利主張参加の実際上の必要という点では均衡を失するということになる[51]。

今の場合の権利主張参加の実際上の必要は事例２におけるそれに匹敵する。事例２においてＸのＹに対する請求が認容され、ＸがＹから満足を得ても、ＺはＸは権利者ではなかったとしてＸに対し不当利得に基づく返還請求をすることができる。しかし、それでは、ＸのＹに対する権利の存在を認めるXY間の判決の証明効がＺのＸに対する不当利得に基づく返還請求訴訟に不利に及んだり、ＺのＸに対する不当利得に基づく返還請求権がＸの無資力により満足を得られないおそれがあり、そのためＺの権利主張参加を認める実際上

---

[51] 菱田･前掲６９８頁、６９９頁は、参加人に与えられるべき権限について、証明効によっては参加人に強い権限を与えることを正当化できず、むしろ裁判外における事実上の影響の方が参加人に強い権限を与えることを正当化する、という。すなわち、訴訟上の和解の証明効を観念することは極めて困難であり、また自白に基づく認定の証明効は極めて弱いので、証明効ということでは訴訟上の和解や自白を排除する権限を参加人に与える必要は認めがたいが、Ｘの権利実現が先行することによる裁判外における事実上の不利益（前述注50参照）を排除するために、訴訟上の和解や自白を排除する権限をＺに与える必要がある、という。

これは参加人に与えられるべき権限についてのべたものであるが、権利主張参加を認めるべき実際上の必要の問題として考えることもできる。すなわち、訴訟上の和解の証明効を観念することは極めて困難であり、また自白に基づく認定の証明効は極めて弱いので、その場合についていえば証明効はＺの権利主張参加の実際の必要性を根拠づけない、そうではなく、ＹがＸの請求を真剣に争ったにもかかわらずＸの請求が認容された場合において証明効が働く。そして、このようにＹがＸの請求を真剣に争ったにもかかわらずＸの請求が認容されることは常にありうるので、その可能性のゆえにＺの権利主張参加を認めるべきであるが、しかし、証明効が働かなかったり、極めて弱いこともありうることを考えると、証明効のみでＺの権利主張参加の実際上の必要があるとするのはやや根拠が弱い、しかし、これに加えてＸの権利実現が先行することによる裁判外における事実上の不利益があればＺの権利主張参加の実際上の必要性を十分に根拠づけることができる、と。本文でのべたのはそのような理由による。

の必要があるということだからである[52]。しかも、仮に、事例３においてＸが処分禁止の仮処分を得て執行していた場合はXY間の訴訟の判決効はＺに及ぶとすると、その場合は事例２における権利主張参加の実際上の必要よりも必要性の程度が高いということにもなる。

このようにＸが仮登記を有していたり処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行している場合は、Ｚには事例１や事例２におけると同程度の、あるいはそれを上回る、権利主張参加を認めるべき実際上の必要があるということができる。それゆえ、Ｘの請求とＺの請求は論理的に両立しえないとはいえず、Ｘの請求とＸの請求のいずれも認容されることがありえ、それゆえ権利主張参加訴訟がXYZ間の所有権の争いを解決することができないこともありうるとしても、Ｚの権利主張参加を認めるべきである。また、YX間の売買もYZ間の売買も有効であるとされて権利主張参加訴訟がXYZ間の所有権の争いを解決することができない結果になっても、YX間の売買は有効か無効か、さらにYZ間の売買は有効か無効かというZX間の紛争は解決されるのであるから、井上教授の言うように、「訴訟から出た後の同一物をめぐる原告・参加人間の紛争行動に一里塚を築くものであり、それなりに意味がある」ことからも、Ｚの権利主張参加を認めるべきである。現行民訴法４７条の条文および立法者の理解を前提とする限りは、権利主張参加は権利関係の合一確定が保障される場合のみ認められ、そうでない場合は権利主張参加は認められないと解すべきであるとし、二重譲渡における権利主張参加を否定する見解もあるが[53]、事例１

---

[52] 菱田・前掲６９９頁は、事例２について、Ｘが認容判決に基づいてＹから債権を取り立ててしまえば、債権の準占有者への弁済とみなされ、ＺがＹから取り立てることが極めて困難になるという可能性があるし、また、Ｙの資力不足によりＺが取り立てることが不可能になることもあるという。これもＸの権利実現が先行することによる裁判外における事実上の不利益である。今の場合についていえば、Ｘが認容判決に基づいてＹから移転登記を受ければ、ＺのＹに対する移転登記請求権は履行不能により損害賠償請求権に変わったり、そうでなくても移転登記手続を命じる債務名義を得ても実現することができないことがそれに相当する。

[53] 古田啓昌「独立当事者参加制度の再構成」判タ１２３６号（２００７年）８４頁。

や事例２におけると同程度の、あるいはそれを上回る、権利主張参加を認めるべき実際上の必要があるにもかかわらず、事例１、事例２とは異なり権利関係の合一確定が保障されないことを理由に権利主張参加を認めないのは均衡を失する。現行民訴法４７条の条文および立法者の理解よりも権利主張参加の実際上の必要を重視すべきである。

７　事例３について権利主張参加を認めることに対しては、事例３についてはＺの独立当事者参加は詐害防止参加によれば足り、権利主張参加は権利関係の合一確定が保障される場合のみ認められるということは維持すべきではないか、換言すれば請求の論理的非両立は権利主張参加の絶対的な要件であるということは維持すべきではないかという考えもありうるであろう。もっとも、詐害防止参加の要件に関する判決効説によれば、XY 間の訴訟の判決の既判力はＺに及ばないので詐害防止参加の要件を具備しないのでそのようにはいえない。しかし、詐害防止参加の要件に関する、現在、有力な詐害的訴訟追行説によれば、Ｚの詐害防止参加が認められる場合がある。しかし、それは XY の訴訟追行が詐害的なものであることが要件となる。そうすると、事例１においては XY が詐害的な訴訟追行をしていない場合でも権利主張参加というかたちで独立当事者参加をすることが認められるが、事例３においては XY が詐害的な訴訟追行をしているというのでない限り独立当事者参加は認められないということになり、独立当事者参加の実際上の必要ということからは均衡を失することになる。それゆえ、事例３において権利主張参加を認めるべきであり、そのため請求の論理的非両立は権利主張参加の絶対的な要件ではないと解さなければならない[54]。

---

[54] 上野教授は事例３について権利主張参加を認めるが、これにつき次のようにのべている。「この XY 間の訴訟における自白や請求の認諾といった、Ｚからすれば不合理な訴訟追行の牽制を許すためには、本来は詐害防止参加によるべきである。しかし、第三者（参加人）の立場からは、本訴当事者が、第三者（参加人）に帰属する権利について、自己の権利であるとして訴訟追行していること自体が、詐害の典型例であるといえないこともないのであって、詐害防止参加と権利主張参加の連続性を承認する立場

8　Ｘが仮登記を有していたり処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行している場合は、事例１、事例２におけると同様、あるいはそれ以上に権利主張参加を認める実際上の必要があるが、しかし、そうでない場合、すなわちＺが仮登記を有していたり処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行している場合や、ＸもＺも仮登記を有しておらず、また処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行してもいない場合は、Ｚは「Ｘが勝とうが負けようが、痛痒を感じない」か、「Ｘが勝とうが負けようが、痛痒を感じない」ようにすることができるのであるから、事例１や事例２と対比しても、権利主張参加を認めるべき実際上の必要はない。

9　権利主張参加は他人間の訴訟に当事者として権利として参加するというものであり、しかも参加人は原告の被告に対する請求について訴訟行為をすることができるだけでなく原告被告の訴訟行為を牽制することもできるので、権利主張参加が認められるとするためにはそれなりの実際上の必要が要求されるはずであり、実際上の必要という以上、このように仮登記や処分禁止の仮処分や仮登記仮処分の制度の存在も当然に考慮しなければならない。

10　吉野判事は、事例３においては権利主張参加は認められるとしつつ、「しかし、Ｚがこの手段に訴えることは、実務的には極めて疑問であって、そんな暇があれば、前述したように、仮登記なり仮処分の登記をいち早く取得し、そしてＹのみを相手にして別訴で所有権移転登記を請求するにこしたことはない。これを要するに、こと登記の請求に関するかぎり、第三者の権利保全のための法的手段としては、仮登記なり仮処分の登記に訴える方がはるかに有効かつ適切であって、第７１条（現４７条）の参加などは実務的にはその存在価値

からは、権利主張参加を肯定することができると考えてよい」（前掲２０６頁）と。しかし、ＸのＹに対する移転登記請求権とＺのＹに対する移転登記請求権とは別個の権利であって、ＸはＺに帰属する権利（YZ 間の売買により生じた権利）について自己の権利であるとして訴訟追行をしているわけではないし、また、それをおいても、上野教授のように言うと、XY の訴訟追行が詐害的なものであることが権利主張参加にとっても要件となることにはならないであろうか。

が零であるといってさしつかえない[55]」とのべている。吉野判事も処分禁止の仮処分や仮登記仮処分の方がはるかに得策であるとするが、しかし、権利主張参加は認められないとはしない。しかし、Ｚが処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行しているのであれば権利主張参加を認める必要はほとんどない。また吉野判事は「第７１条（現４７条）の参加などは実務的にはその存在価値が零であるといってさしつかえない」と言うが、Ｘがすでに仮登記を有していたり処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行している場合は、Ｚの権利主張参加を認めるべき実際上の必要がおおいにあり、権利主張参加は「実務的にはその存在価値が零である」とはまったく言えない。

11　高橋教授は重点講義の注で、参加人ＺはＸの請求を争うことができるということにつき、「なぜ、そこまで強い関与権限を参加人に与えてよいのかというと、通常は先に訴訟を提起した原告Ｘが処分禁止の仮処分を掛けているであろうから、Ｚは単にＹに対して移転登記手続請求をして勝訴しただけでは、たとえそれがＸの訴訟よりも先に判決確定に至ったとしても、自己の地位を守ることができないからである（民保５８条）。処分禁止の仮処分を掛けられたＺには、独立当事者参加をすることしか、いわば後がないのである[56]」とのべている。高橋教授は参加人に与えられるべき権限についてのべているのであるが、これは権利主張参加の実際上の必要の問題として考えることもできる。むしろ、「処分禁止の仮処分を掛けられたＺには、独立当事者参加をすることしか、いわば後がないのである」というのは権利主張参加の実際上の必要について論じているようにも思われる。しかし、高橋教授は権利主張参加の要件についてＸの処分禁止の仮処分のことにはまったくふれていない。それゆえ、高橋教授はＸが先に処分禁止の仮処分をかけている場合は参加人Ｚの権限は強くなければならないというにすぎず（あるいは、さらに権利主張参加を認め

[55] 吉野・前掲３３３頁、３３４頁。
[56] 高橋・前掲４０３頁。

る実際上の必要性が特に高いというにすぎず)、その場合しか権利主張参加は認められないということではないと解するほかない。しかし、権利主張参加は他人間の訴訟に当事者として権利として参加するというものであり、しかも参加人は原告被告の訴訟行為を牽制することができるので、権利主張参加が認められるとするためにはそれなりの実際的な必要が要求されるはずであり、それゆえ「Ｚには、独立当事者参加をすることしか、いわば後がない」場合、すなわちＸがすでに仮登記を有していたり処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行している場合にのみ権利主張参加は認められると解すべきである。二重譲渡の事案で権利主張参加を認めた裁判例のほとんどはそのような場合であると思われる[57]。

---

[57] 井上教授は、「かなりの裁判例が、二重譲渡のケースで独立当事者参加を認めてきた」(前掲１９８頁）と言うが、そのうち、私が知ることができたのは、①福岡高判昭和３０年１０月１０日下民集６巻１０号２１０２頁、②新潟地判昭和３８年７月９日下民集１４巻７号１３５４頁、③大阪高判昭和４３年５月１６日、④大阪高判昭和４９年５月２９日の４件のみである。そのうち、①、③、④はＸが処分禁止の仮処分を得て執行しており、②はＸは仮登記を有している。もっとも、①はＸの処分禁止の仮処分の後にＺはYZ移転登記を受けており、参加申出においてＺはＹに対し明渡請求を立てているのであるが、この事件では多数の不動産が対象となっており、その中にはＸが処分禁止の仮処分を得て執行していないものも含まれている。このようにＸが処分禁止の仮処分を得て執行しておらず、ＺはYZ移転登記を受けている不動産については、Ｚは「Ｘが勝とうが負けようが、痛痒を感じない」ので「Ｘを請求棄却に追い込まなくてともＺが困る度合いは格段に小さ」いので権利主張参加を認める必要はない。それはＺが仮登記を有していた最判平成６年９月２７日の事案におけると同様である。もっとも、その不動産のみ別の手続によらせるのはXYにとっても不便であるので、Ｚの参加は認めるべきであるが、しかし、それは権利主張参加ではなく、一般の主観的追加的併合にすぎないというべきである。福岡高判はＸが処分禁止の仮処分を得て執行している他の不動産と区別することなく、この不動産についてもＺの権利主張参加を認めている。これはおそらくＺの権利主張参加を認めるべきか否かについて、個々の不動産について見ずにＺの参加申出を全体として見てしまったのであろうが、妥当でない。

なお、権利主張参加の要件を具備することについて判示したのは③のみであり、兼子説に従っている。

XIX　二重譲渡事案における権利主張参加と所有権の紛争の解決

1　このように仮登記や処分禁止に仮処分や仮登記仮処分の制度を考慮にいれると、事例３においても権利主張参加が認められるのはＸが仮登記を有していたり処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行している場合のみであるというべきであるが、このように仮登記や処分禁止の仮処分や仮登記仮処分の制度を考慮にいれると、権利主張参加訴訟により所有権をめぐる紛争が解決されるかという問題もだいぶ様相を異にすることになる。

権利主張参加訴訟において審理の結果、YX 間の売買も YZ 間の売買も有効と判定されると、いずれの請求も認容され、ZX 間の所有権の紛争は解決されず、ZX 間の所有権の紛争は判決後、いずれが先に登記を取得するかによって決着がつくことになるというのは、仮登記や処分禁止の仮処分や仮登記仮処分の制度をまったく考慮に入れないとしたらそうなるということである。これに対し、仮登記や処分禁止の仮処分や仮登記仮処分の制度を考慮に入れると、様相を異にする。もっとも仮登記はＹとの共同申請によるので、それが得られるといは限らないので、処分禁止の仮処分と仮登記仮処分のみを考える。

2　二重譲渡のおそれがあるとか、すでに二重譲渡がなされている状態にあることに気づけば、買主は他方よりも先に処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得ようとするのが普通であろう。それゆえ、一方の買主の売主に対する移転登記請求訴訟に他方の買主が権利主張参加を申出るという場合、すでにいずれかは処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行していることが多いと思われる。また、参加申出時にはいずれも処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行していないとしても、その後、いずれかが処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行することが多いであろう。

このような、多くがそうであると思われるところの、買主のいずれかは処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行しているという場合において、権利主張参加訴訟における審理の結果、YX 間の売買も YZ 間の売買も有効と判定さ

れると、なるほど、いずれの請求も認容され、ZX 間の所有権の争いは解決されないが、しかし、ZX 間の所有権の紛争は判決後、いずれが先に登記を取得するかによって決着がつくことにはならない。なぜなら、処分禁止の仮処分や仮登記仮処分には順位保全効があるので（民事保全法 58 条 1 項、不動産登記法 106 条、109 条）、たとえ他方が先に登記を得ても、処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を有する方が登記を取得すれば、処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を有する方が勝利するからである。もっとも、処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を有していても、その者の売買が無効であればそうはならず、そしてたとえ、XY 間の訴訟で売買は有効であると判断されても、既判力はＺに及ばないのであれば、ＺはＸに対し YX 間の売買は無効であると主張することができるが、しかし、権利主張参加をした場合はいずれの買主も権利主張参加訴訟の当事者であるので、いずれの請求も認容された以上、処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を有している買主の売買は無効であるという主張（正確に言えば移転登記請求権を有しないという主張）は判決の既判力にふれ許されない。このように、いずれの請求も認容された場合は、その後、処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を有する方が登記を取得すれば、その者が所有権の争いに勝利する（正確に言えば、処分禁止の仮処分の場合は処分禁止仮処分を有する者への移転登記をする際に、他方の登記は職権で抹消され、仮登記仮処分の場合は仮登記仮処分を有する者は他方に本登記の承諾を請求することができる）。ということは、その場合、判決により ZX 間の所有権の争いは解決されないといっても、処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を有している者（いずれも処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を有している場合は先に処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行した者）の勝利が予定されているのである。その意味では、判決により XZ 間の所有権の紛争は解決されていないとはいっても、解決されているのも同然である。

3　三木教授は事例４について、Ｚの主張通りであるとＸのＹに対する移転登

記請求もＺのＹに対する移転登記請求もいずれも認容され、権利主張参加によってXZ間の所有権をめぐる紛争は解決されないとのべた。そうすると、三木教授が念頭になかった事例３においても、Ｚの主張通りでなくＸのＹに対する移転登記請求もＺのＹに対する移転登記請求もいずれも認容された場合は、同様に利主張参加によってXZ間の所有権をめぐる紛争は解決されないということになる。なるほど、仮登記や処分禁止の仮処分や仮登記仮処分の制度をまったく考慮に入れないとしたらそうなる。しかし、仮登記や処分禁止の仮処分や仮登記仮処分の制度を考慮し、多くがそうであると思われるところの、買主のいずれかは処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行しているという場合を考えるならば、そのようにＸの請求もＺの請求も認容された場合は、処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を有している買主の勝利が予定されているのであり、その意味では、判決によりXZ間の所有権の紛争は解決されているのも同然である。また、井上教授はＸの請求もＺの請求も認容された場合、XZ間の所有権の紛争は解決されないとはいえ、「訴訟から出た後の同一物をめぐる原告・参加人間の紛争行動に一里塚を築くものであり、それなりに意味がある」というが、それも仮登記や処分禁止の仮処分や仮登記仮処分の制度をまったく考慮に入れないとしたらそうなるが、仮登記や処分禁止の仮処分や仮登記仮処分の制度を考慮し、多くがそうであると思われるところの、買主のいずれかは処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行しているという場合を考えるならば、「訴訟から出た後の同一物をめぐる原告・参加人間の紛争行動に一里塚を築くものであり、それなりに意味がある」といった程度のものではなく、判決によりXZ間の所有権の紛争は解決されているのも同然である。このように判決によりXZ間の所有権の紛争は解決されているのも同然であり、判決後に先に登記を取得した者が所有権の争いに勝利するということではないので、三木教授の言う請求認容の同時判決の弊害も生じない。

４　買主のいずれかが処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を有しているという場

合、権利主張参加訴訟においていずれかの請求が認容されたとか、いずれの請求も棄却されたという場合はXYZ間の所有権の争いは一挙に統一的に解決されるだけでなく、いずれの請求も認容された場合も、このようにXYZ間の所有権の争いは一挙に統一的に解決されたも同然である。ということは、権利主張参加訴訟によりXYZ間の紛争が一挙に統一的に解決されることが保障されているとまではいえないが、それに近いということである。このように、多くがそうであると思われるところの、買主のいずれかは処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を有しているという場合は、権利主張参加訴訟によりXYZ間の紛争が一挙に統一的に解決されることが保障されているとまではいえないが、それに近いのであるから、それだけ請求の論理的非両立は権利主張参加の絶対的な要件と解さずに権利主張参加を認めるべき理由があることになる[58]。

5　なお、権利主張参加訴訟によりXYZ間の紛争が一挙に統一的に解決されることが保障されているとまではいえないが、それに近いというのは、私がその場合にのみ権利主張参加を認めるところの、Xが仮登記を有していたり処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を有している場合だけでなく、逆にZが仮登記を有していたり処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を有している場合についても同じことがいえる。しかし、Zが仮登記を有していたり処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を有している場合は、Zは「Xが勝とうが負けようが、痛痒を感じない」ので、Zの権利主張参加は実際の必要がなく、権利主張参加を認めるべきではない。XYZ間の紛争が一挙に、統一的に解決されることが保障されているだけでは権利主張参加は認められない[59]。

もっとも、Zが仮登記を有していたり処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を有

---

[58] 宇野・前掲５４４頁は、「仮登記の存在が認定されることにより、劣後する当事者が本登記を行うことに利益を感じなくなることがあるとすれば、三者間の紛争が事実上一回の訴訟で解決されることにもなり、７１条（現４７条）が設けられた趣旨にかなうとも思われる」とする。

[59] 注58で引用した宇野教授の文章は、実はその前に「本件のように」という文言がついている。「本件」とは最判平成６年９月２７日のことである。宇野教授は本件ではZ

している場合でもＺの権利主張参加を認めてよい場合もある。それはＺが権利主張参加を申出たのに対し、ＸがＺの権利主張参加を承諾し、かつＺの請求を争う場合である。というのは、ＸＹ訴訟にＺが権利主張参加をするのと、ＺＹ訴訟にＸが権利主張参加をするのとは、参加後の審理構造はほとんど変わらないし、権利主張参加訴訟によりXYZ間の紛争が一挙に統一的に解決されることが保障されているとまではいえないが、それに近いことに変わりはないのであるから、そのような場合は、実質において、ＺＹ訴訟にＸがＺの請求を争って権利主張参加を申出たのと同視することができるからである。しかし、仮登記を有するＺが権利主張参加を申出た平成６年９月２７日の最高裁判決の事案ではＸはＺの権利主張参加が権利主張参加の要件を具備しないとして争っており、この場合に当たらず、Ｚの権利主張参加は認められないとした結論は妥当である。

XX　権利主張参加の要件

１　買主の売主に対する移転登記請求訴訟に他の買主が原告の請求を争って権利主張参加を申出たという場合、いずれの請求も認容されることはありうるのであるから、原告の請求と参加人の請求は論理的に両立しえないとはいえず、それゆえ権利主張参加を認めるためには請求の論理的非両立は権利主張参加の絶対的な要件ではないと解さなければならない。しかし、そうだとして、請求の論理的非両立という要件を具備しない場合であっても権利主張参加が認めら

が仮登記を有しているため、権利主張参加訴訟により「三者間の紛争が事実上一回の訴訟で解決されることに」なるので、それゆえＺの権利主張参加を認めることは「７１条（現４７条）が設けられた趣旨にかなうとも思われる」としている。とはいっても、Ｚが仮登記を有する場合に限る理由はないので、宇野教授はＸが仮登記を有する場合も同じとするのであろう。なるほど、XYZ間の紛争が一挙に統一的に解決されることが保障されているか否かについていえば、Ｘが仮登記を有するかＺが仮登記を有するかは関係がない。しかし、権利主張参加を認めるべき実際上の必要という点では両者は大きな違いがある。

れるのはいかなる場合とすべきであろうか。井上教授は「「請求（またはそれを理由づける権利主張）が両立しない場合」というのは、独立当事者参加ないしは権利主張参加が認められるコアーとしての典型的要件を言っているだけであって、厳格な意味でそれにあたらなくても参加が許される場合を含むものである、と考えられる」とのべるだけであるが、法的安定性のためには定式化することができるのであれば定式化した方がよい。そこで、その定式化を考えてみよう。

2　これにつき、吉野判事が「二個の請求権自体は、論理的に両立しないものではない。両立しないのは、所有権移転の「本登記」である」とのべているのが参考になる。Xの移転登記請求権とZの移転登記請求権とは論理的に両立しえないとはいえない。しかし、Xも登記を得、Zも登記を得るということはありえず、それゆえ登記は論理的に両立しえない。ところで、登記は請求認容判決によって得られるものであるから、登記は論理的に両立しえないということは請求認容判決によって得られるものが論理的に両立しえないということになる。そうすると、請求が論理的に両立しえないとはいえない場合でも請求認容判決によって得られるものが論理的に両立しなければ権利主張参加は認められる、というように定式化することができる。

3　すでに見たように、高橋教授は、「同一不動産の登記は、買主Xまたは買主Zのどちらかに行くのが本則であり、同じ不動産につき移転登記を求めるXY請求とZY請求は、請求の趣旨レベルでは論理的に両立しない」ので請求の論理的非両立という要件を具備するとしている。これに対して、私は、Xの移転登記請求もZの移転登記請求もいずれも認容になることがありうるということは、Xの移転登記請求とZの移転登記請求は論理的に両立しえないとはいえないということであるので、これはおかしいとのべた。ところで、高橋教授は、Xの移転登記請求とZの移転登記請求は「請求の趣旨レベルでは衝突すると解するのが素直ではないか。請求の趣旨は、原告が実現したい状況を

述べるところだからである。Ｚは、登記が自己の下に来ることを求めて訴訟（参加申出）をしているのではないか[60]」とのべている。その「原告が実現したい状況」とは請求認容判決によって実現したい状況であり、請求認容判決によって得たいものである。そして、請求認容判決によって得られないものを得ることはできないので、それは請求認容判決によって得られるものを得たいということである。高橋教授のいう「請求の趣旨レベルでは論理的に両立しない」とはまさに請求認容判決によって得られるものが論理的に両立しえないということである。しかし、それと請求が論理的に両立しえないということとは異なる。請求が論理的に両立しえないのであればＸの請求もＺの請求も認容されるということはありえない。しかし、二重譲渡においてＸの請求もＺの請求も認容されるということはありうるのであるから、請求が論理的に両立しえないとはいえない。しかし、そのようにＸの請求もＺの請求も認容されても、ＸもＺも認容判決に基づいて登記を取得するということはできないので、請求認容判決によって得られるものは論理的に両立しえない。高橋教授は請求認容判決によって得られるものが論理的に両立しえないということと、請求が論理的に両立しえないということとを混同し、今の場合、請求が論理的に両立しえないとしてしまったのである。今の場合は請求が論理的に両立しえないとはいえず、請求認容判決によって得られるものが論理的に両立しえないのである。

このように、請求が論理的に両立しえないとはいえない場合でも請求認容判決によって得られるものが論理的に両立しなければ権利主張参加は認められる、というように定式化することができる。

４　ところで、考えてみると事例２において請求は論理的に両立しえないが、それは同時に請求認容判決によって得られるものが論理的に両立しえないということができる。なぜならＸが支払いを受けるとＺは支払いを受けられないからである。また、事例１においても、所有権が論理的に両立しえないという

[60] 高橋・前掲４０４頁。

ことは所有権という権利によって享受できる利益が論理的に両立しえないということである。そうすると請求認容判決によって得られるものが論理的に両立しえないといえば事例１も事例２も事例３もこれに当たることになり、権利主張参加の要件を統一的にとらえることができる。そして、請求が論理的に両立しえないというのは請求認容判決によって得られるものが論理的に両立しない場合の典型的な場合にすぎないとすることができる。民訴４７条は権利主張参加が認められる場合のうちの典型的な場合について規定しているにすぎないと解することができる。

５　菱田教授は、「請求間の両立不可能性という定式については、原告と参加人の双方とも認容され得るか否かという観点からではなく、双方とも実現され得るかという観点から理解するのが妥当であると考える[61]」、とのべている。「双方とも実現され得る」か否かは、請求認容判決によって得られるものが論理的に両立しうるか否かということである。菱田教授の上記の文章は、請求が論理的に両立しうるか否かを「双方とも実現され得るかという観点から理解するのが妥当」とするのか、それとも、権利主張参加の許否を、請求が論理的に両立しうるか否かではなく、「双方とも実現され得」るか否かによって決すべきであるとするのかは明らかでない。前者であれば、原告の請求も参加人の請求もいずれも認容されることがありうる場合も請求が論理的に両立しえないとすることになり、おかしいが、後者であれば、私見と方向を同じくする。

６　このように請求認容判決によって得られるものが両立しえないことが権利主張参加の統一的な要件であるとすることが考えられるが、そのように考えてよいかは、請求認容判決によって得られるものが両立しえない場合といえば二重譲渡事案以外でも権利主張参加を認めるべき場合をすべてカバーできるかにかかっている。その点はさらに検討しなければならないが、一応はそのように理論構成しておくことにする。

[61] 菱田・前掲７０６頁。

7　しかし、請求認容判決によって得られるものが両立しえない場合はすべて権利主張参加が認められるということではない。すでにのべたように参加人が原告の請求を争わないのであれば権利主張参加を認める必要はないし、また参加人が原告の請求を争う場合でも他の制度との関係で権利主張参加の実際上の必要がない場合がある。二重譲渡の事案ではXが仮登記を有していたり処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行している場合のみZの権利主張参加が認められる。

XI　要約

買主Xの売主Yに対する移転登記請求訴訟に他の買主Zが権利主張参加することが許されるかについて肯定説と否定説が対立しているといわれるが、いわゆる肯定説はZがYX間の売買の無効を主張してXの請求を争って参加申出をする場合について肯定し、いわゆる否定説はZがYX間の売買の効力を争わずに参加申出をする場合について否定しているのであって、そのような対立はない。

しかし、ZがYX間の売買の無効を主張して参加する場合、Zの主張通りであればXYZ間の所有権をめぐる紛争は解決されるが、Zの主張通りでなくYZ間の売買もYZ間の売買も有効と判定されるといずれの請求も認容されることになり、XYZ間の所有権をめぐる紛争は解決されない。すなわち、この場合、権利主張参加の要件とされている請求の論理的非両立という要件を具備していない。それゆえ、請求の論理的非両立を権利主張参加の絶対的な要件とするなら、Zの権利主張参加は許されないはずである。しかし、いわゆる肯定説を先導した兼子博士は請求の論理的非両立についての理解の仕方により、この場合も請求の論理的非両立という要件は具備されているとし、いわゆる肯定説に属する多くの論者もこれにしたがっている。しかし、請求の論理的非両立

についての兼子博士の理解は正しくなく、権利主張参加を認めるのであれば井上教授の言うように請求の論理的非両立は権利主張参加の絶対的な要件ではないと解さなければならない。

しかし、平成６年９月２７日の最高裁判決は請求の論理的非両立について正しい理解に立ち、また請求の論理的非両立は権利主張参加の絶対的な要件であるとの立場から、Ｚの権利主張参加は認められないとした。事案はＺが仮登記を有するというもので、権利主張参加の実際上の必要性という点で判決の結論は妥当であるが、判決理由からするとＺが仮登記を有しない場合も権利主張参加は認められないことになって、いわゆる肯定説とは異なる立場であることになる。

ＺがYX間の売買の無効を主張して参加する場合でも、Ｚが仮登記を有していたり処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行している場合は、ＺはＸの請求が認容されようと否と痛痒を感じないので、Ｘを請求棄却に追い込まなくてもＺが困る度合いは格段に小さく、権利主張参加を認める実際上の必要はない。また、ＸもＺも仮登記を有しておらず、処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行してもいない場合も、Ｚは先に処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行すればよく、権利主張参加の実際の必要はない。これらに対し、Ｘが仮登記を有していたり処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行している場合は、権利主張参加の実際の必要がある。権利主張参加は他人間の訴訟に当事者として権利として参加するというものであり、しかも参加人は原告の被告に対する請求について訴訟行為をすることができるだけでなく原告被告の訴訟行為を牽制することもできるのであるから、権利主張参加が認められるとするためにはそれなりの実際上の必要が要求されるはずである。それゆえ、Ｘが仮登記を有していたり処分禁止の仮処分や仮登記仮処分を得て執行している場合のみ権利主張参加を認めるべきである。なお、この場合、Ｚの主張通りでなくYZ間の売買もYZ間の売買も有効と判定されていずれの請求も認容され、

そしてZが請求認容判決に基づき先に登記を取得してもても、仮登記や処分禁止の仮処分や仮登記仮処分の順位保全効により、所有権をめぐる紛争は最終的にはXが勝利することになる。それゆえ、この場合、権利主張参加によりXYZ間の所有権の紛争は解決されたとはいえないが、解決されたのも同然である。また、判決後に先に登記を取得した者が所有権の争いに勝利するということではないので、いわゆる請求認容の同時判決の弊害も生じない。

Xの請求もZの請求も認容されることはありうるのであるから、請求が論理的に両立しえないとはいえないが、XもZも登記を取得することはできないので、請求認容判決によって得られるものは論理的に両立しえない。権利主張参加が認められる典型的な場合も請求認容判決によって得られるものは論理的に両立しえない。そこで、請求認容判決によって得られるものが論理的に両立しえないことを権利主張参加の統一的な要件とし、請求が論理的に両立しないのはその典型にすぎないとすることが考えられる。しかし、そのように考えてよいかは、請求認容判決によって得られるものが両立しえない場合といえば二重譲渡事案以外でも権利主張参加を認めるべき場合をすべてカバーできるかにかかっている。その点はさらに検討しなければならない。