

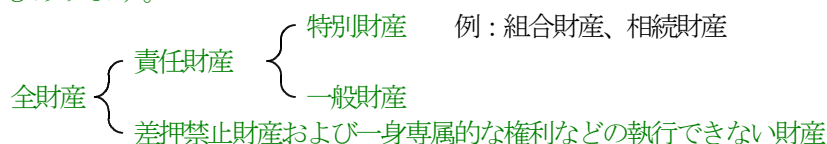
## 債権者代位権の復習問題の解説

2018/01/17・31微修正

松岡 久和

01 債務者が有している~~すべての財産を一般財産と言う~~。責任財産は、すべての債権者の引当てとなっている執行可能な債務者の財産を指す。[基本]

図示すると下記のとおりになります。一般財産は、責任財産と同じ意味で用いられる場合もあります。



02 債権者は、債務者の財産管理に介入できないのが原則である。[超基本]

このような整理が普通です。債権を保全するために民法が認めている債権者代位権と詐害行為取消権はこの例外です。

03 債権者は、自己の債権を保全する必要がある場合には、債務者に属する一定の権利を、~~債務者の代理人として~~行使することができる。これを債権者代位権と言う。[超基本]

債権者代位権は債務者の権利を自己の名で債務者に代わって行使することができる権利であり、代理人としての権利行使ではありません。

04 債権に対する強制執行の制度が整った日本法において、債権者代位権には、転用事例を除いて、~~実践的な意義がほとんどない~~。[基本]

債権者代位権には、(1)代位行使の対象となる権利が債権でなくてもよく(形成権、時効援用権など)、(2)被保全債権の弁済期が到来していなくても行使でき、(3)その行使には債務名義を要せず、(4)裁判外でも行使できるなどの点で、債権者代位権には、債権執行にはない独自の存在意義があります。こういう特徴があるので、債権に対する強制執行の制度が整った日本法においても、とりわけ、被保全債権の弁済期到来前に、それを確保するため、債務者の形成権や時効援用権等を保存行為として裁判外で代位行使する等の例で有用です。

05 債権者代位権の本来的な適用の場面では、債務者の責任財産を確保する制度の趣旨からみて、~~代位の対象となる権利は金銭債権に限られる~~。[基本]

本来的な適用の場面での被代位権利は、形成権や時効援用権などであっても、それによって責任財産が保全される関係にあれば良いので誤り。

06 債権者代位権を行使するためには、被保全債権は、~~代位の対象となる権利より前に少なくともその原因が発生していなければならない~~。[基本]

権利が代位行使される時点で保全の必要性があれば良いため、被代位権利がその時点で存在して行使されていなければ十分で、その点が詐害行為取消権とは異なります。

07 自己の債権を担保するために債務者から抵当権の設定を受けてその登記を備えている債権者は、~~抵当権があるので、被担保債権を保全する必要性を欠いて、債権者代位権を行使することができない~~。[基本]

いわゆる担保割れ不動産の場合には、抵当不動産価額を超える被担保債権は、債務者の一般財産から弁済を受けるしかない無担保債権ですから、少なくともその範囲では債権者代位権の行使が可能です。

08 判例・通説によれば、債権保全の必要性は、被保全債権が金銭債権である典型的な場合においては、債務者の無資力を意味する。~~無資力とは、債務者に債務を弁済する財産がまったくないことをいう~~。[基本]

判例・通説が無資力要件を要することから第1文は正しいです。これに対して、「無資力」という言葉は、「無能力」「権利能力なき社団」と同様に、いささかミスリーディングな用語法です。無資力とは、資力がまったくないという意味ではなくて、当該被代位権利を除くと（債権者代位権の行使を認めない）債権者の債権を弁済するのに不足している、という意味になります。

09 債務者に対して500万円の債権を有する債権者は、債務者が時価300万円の動産と200万円の貸金債権を有している場合、他に債権者が存在しなくても、~~200万円の貸金債権を代位行使することができない。~~ [やや難]

この事例では、前問の解説のアンダーライン部分がないと、この事例では、債務者の責任財産は500万円ですから、他に債権者がいなければ、責任財産は債権額と同じで債権者は債権回収が可能です（費用や時間の問題はとりあえず度外視）。しかし、もし代位権行使を認めなければ、たとえば200万円の債権が行使されず消滅時効にかかれば、債権者は十分な債権回収ができませんので、代位請求による時効の完成猶予や更新による保全を認める必要があります。

10 債権者が金銭債権を保全するために訴訟によって債権者代位権を行使し、第三債務者に支払を請求する場合において、~~債務者に資力があることが判明したときは、この請求は棄却される。~~ [基本]

請求の棄却と却下（いわゆる門前払）に関する基本的な区別を理解してください。たとえば、第三債務者が相殺の抗弁を出して認められた場合には、被代位権利が存在しないという判断が示されるので、請求は棄却されます。これに対して、債務者に資力があることが判明した場合には、被代位権利の存否の判断に入る前の段階で、そもそも債権者が債務者の権利を代位行使できず、訴え自体が訴訟要件を欠き不適法ですから、請求は却下されます。被代位権利については、実体的判断がされませんので、既判力も生じません。既判力は訴訟要件の不存在についてのみ生じます。なお、債務者の無資力は、代位訴訟における代位債権者の当事者適格を基礎づける事実であり、判決（訴訟判決を含む）の基礎となる事実ですから、事実審の口頭弁論終結時を基準に判断されます。

11 交通事故の被害者が加害者に代位して任意責任保険の保険金を保険会社に請求する場合であっても、判例は、かつて、加害者＝債務者が無資力であることを必要とした。~~したがって、現在でも、加害者に賠償の資力があれば、被害者が保険会社に保険金の支払を求めることはできない。~~ [やや難]

第1文は同趣旨の判例（最判昭49・11・29民集28巻8号1670頁・P II 42）があり正しいです。もっともこの判決には学説から強い批判があり、損害賠償債権と責任保険請求権の密接な関連性を理由に、無資力要件を不要とすべきだと指摘されていました（加害者が居住不動産を売って賠償した後でないと責任保険が支払われない、という結果は、加害者の経済的破綻を防止するという制度趣旨の1つからみてもおかしい）。その後、各保険会社の保険約款が改正され、代位による直接請求を認めるようになりましたので、第2文は誤りです。

12 債務者の一身に専属する権利は代位できない。婚姻等の取消権、親権、扶養請求権、遺留分減殺請求権など権利者の自律的な決定に委ねられている身分上の権利は代位行使できない。 [基本]

423条1項ただし書により第1文は正しく、第2文の説明と例示もその通りです。遺留分減殺請求権については明確な否定判例があります（最判平13・11・22民集55巻6号1033頁・P II 43）。ただ、身分と結び付いた財産権については、個別具体的に検討する必要があります。たとえば、傍論ですが、財産分与請求権も審判手続によって具体化した後には債権者代位権の対象となっている判例があります（最判昭55・7・11民集34巻4号628頁・P II 45）。

13 債務者が不法行為の加害者に対して取得した慰謝料請求権は、~~たとえ慰謝料請求権について債務者がすでに確定判決を得ていたとしても、代位行使できない。~~ [やや難]

慰謝料請求権もその行使が被害者（＝債務者）の自由な判断に任されている行使上の一身専属権ですが、同様に、具体的債権として確定した後は、代位行使の対象となります。判例（最判昭58・10・6民集37巻8号1041頁・P II 349）は、合意や判決確定によって当事者間で具体的な金額が客観的に定まったことを要するとしています（具体的な事件では訴え提起後に被害者が破産し、さらに死亡した場合、代位行使が可能としています。慰謝料請求権の相続性を肯定する見解をふまえています）、学説で

は、より緩やかに、被害者が慰謝料を請求する意思を示していれば、以後は代位行使ができるとするものが多いようです。

- 14 形成権や時効援用権など差押えのできない権利であっても、債権者代位権によって代位行使ができる。~~差押禁止債権も代位行使ができる。~~これに対して、債権譲渡の通知は、債務者の権利ではないので、債権者＝債権譲受人が、債務者＝譲渡人に代わって通知をすることはできない。【基本】

第1文はQ05と同じで正しい。時効援用権も、時効の援用の制度が援用権者の意思の尊重を趣旨とするものである以上、一身専属権として代位の対象とならないと考えられないわけではありません。時効の効力の発生を援用権者の意思に委ねるという時効援用制度の趣旨は、たしかに私的自治に基づく援用権者の意思の尊重にあります。しかし、それは債権者代位制度が想定する「権利保全の必要性」という事態が存在しない通常の場合に妥当するもので、債権者代位制度は、「権利保全の必要性」が存在する事態に直面した場合に、権利保全に必要な限りで債権者による債務者の私的自治への介入を認めるものです。一身専属権が代位の対象から除外されるのは、権利の保全の必要性がある場面においてもなお、権利者の意思の尊重が貫徹されるべき権利には代位ができないとするもので、身分上の権利など特別の配慮が必要なものがこれにあたり、時効援用権は、そこまで権利者の意思の尊重を貫徹する要請はありません（最判昭43・9・26民集22巻9号2002頁・P II 37は代位を認める理由を示していませんが）。

第2文は誤りです。差押禁止債権は、**債務者の責任財産ではありませんので**、代位行使の対象となりません（改正で追加された新423条1項ただし書はこれを明示しました）。債権譲渡の通知が代位の対象とならない理由として、判例（大判昭5・10・10民集9巻948頁・P II 47）は、問題文のように債権譲渡の通知は債務者＝債権譲渡人の権利ではないから代位できないという形式的な説明をしています。実質論としては、「代位を認めると、譲渡人に通知させることで自称債権譲受人による無効な通知を防ごうとした立法趣旨に反することになる」ということができましよう。

- 15 債務者が被代位権利をすでに行使している場合には、債権者は、もはやこの権利を代位行使することができない。したがって、訴訟において債権者代位権を行使しようとする債権者は、~~債務者が権利を行使していないことを、請求原因として主張・立証しなければならない。~~【やや難】

債務者がすでに権利を行使していれば、保全の必要性が欠けます（最判昭28・12・14民集7巻12号1386頁）。主張立証責任については、請求原因説と抗弁説が対立していますので、問題文のように断言できません。条文上は、この要件は明確ではなく、一般的に消極的事実の立証が困難であることを考えると、むしろ抗弁説が妥当ではないかと思えます。

- 16 Xは、Aに対して、12月25日に弁済期の来る債権 $\alpha$ を有しているが、Aの唯一のめぼしい財産と思われるYに対する金銭債権 $\beta$ は、12月18日には消滅時効が完成する。~~この場合、Xは、Yに対してAを代位して $\beta$ 債権を行使し、消滅時効の完成猶予事由となる催告をすることはできない。~~【超基本】

被代位債権について消滅時効の完成猶予や更新をもたらす請求や催告等の行為は、423条2項ただし書の保存行為に該当しますから、被保全債権の弁済期が到来していなくても代位ができます。それゆえ誤りです。なお、Xは、裁判外で催告をして6か月の完成猶予を得る（150条）ほか、Yから債務の承認が得られれば時効が更新します（152条）。

- 17 Aに対して500万円の $\alpha$ 債権を有しているXが、AのYに対する800万円の $\beta$ 債権を代位行使する場合、Xは、500万円の限度でしか $\beta$ 債権を代位行使することができない。【超基本】

新423条の2が明記するところです。かつて、判例（最判昭44・6・24民集23巻7号1079頁・P II 49）がそのように判示していました。債権者代位権が、債権者取消権のように、債務者の責任財産を全債権者のために保全する制度であると考えますと、 $\alpha$ 債権の債権額に限る必要はないように見えます。しかし、判例は、後述Q20のように、相殺により代位債権者に事実上の優先弁済を認めていますので、それとの関係で、被保全債権額に限定することが必要になるのです。学説の中には、債権者代位権を積極的に一般債権者の担保として理解する考え方も提示されており、この考え方では、事実上の優先弁済が明確に肯定され、

いわば被担保債権にあたる被保全債権額への限定も当然と言うことになります。

18 債権者が債権者代位権を裁判上行使した場合において、それを債務者に訴訟告知したときは、~~債務者は、もはやその権利を行使したり、処分したりすることが禁止され、第三債務者も弁済することができない。~~[やや難]

判例（大判昭14・5・16民集18巻557頁・PⅡ51）および通説は、通知のほか、債務者が代位権行使を了知した場合も債務者はその被代位権利の処分を禁止されるとしていました。しかし、代位債権者の通知だけでそのような処分禁止の効果を認めるべきではないとの批判も有力でした。

改正民法は、第三債務者は、代位債権者の権利の有無を判断するリスクを負わされるべきではなく、安心して従来の債権者の弁済してよく、債務者も処分を禁止されない（弁済を受領してよい。それは代位債権者の期待したとおりの責任財産の充実になる）、という後者の立場を採りました（434条の5）。また、代位訴訟を提起した場合には、自分の権利を行使される債務者に自らの主張を行う機会を与えるため、代位債権者に訴訟告知をする義務を負わせました（423条の6）。しかし、訴訟告知によって処分禁止効を生じるとの提案は否決され、423条の5の原則通りとなります。処分禁止を望むのであれば、代位債権者は、訴え提起前に、処分禁止の仮処分を行うべきこととなります。

19 債権者が訴えによって債権者代位権を行使する場合、被告とできるのは、代位行使される権利の相手方だけであって、債務者は被告とならないから、~~代位訴訟の判決の既判力は債務者には及ばない。~~[基本]

債務者が債権者代位訴訟の被告とならないのはそのとおりですが、法定訴訟担当（民訴28条）として判決の効力は、債務者に及ぶと解するのが判例（大判昭15・3・15民集19巻586頁・PⅡ36は、これを根拠に被代位債権の時効中断（改正前）を肯定しています）・通説です。訴訟告知義務（423条の6）が設けられましたが、判決効には影響がありません（既判力が及ぶことを手続保障の観点からは、むしろ正当化しやすいでしょう）。

20 金銭債権につき債権者代位権を行使した債権者は、直接に自己に支払うよう第三債務者に請求することができ、債権者は、受領した金銭の所有権を取得する。代位債権者は、優先弁済を受けたのと同じ結果となる。[超基本]

代位権により債権者は第三債務者の債務者に対する履行として自己に給付をなさしめることができます（大判昭10・3・12民集14巻482頁・PⅡ52）。これによって支払いを受けた債権者は、債務者に対する受領物返還債務を自己の被保全債権と相殺することで、債務者の他の債権者が執行をかける余地をなくし、事実上、独占した（＝優先弁済を受けた）のと同じ結果となりますので、正しいです。なお、学説の一部の反対について、Q19も参照。逆に、平等弁済の機会を確保するため、債権者には供託請求権を認めれば十分だという立法論もあります。

21 動産の引渡しを求める債権につき債権者代位権を行使した債権者は、その動産を直接に自己に引き渡すよう第三債務者に請求することができ、~~債権者は、受領した動産の所有権を取得する。代位債権者は、この動産につき優先的な権利を取得したのと同じ結果となる。~~[やや難]

不動産についてすら賃貸人の妨害排除請求権を代位行使した賃借人は自らに対する明渡しを求めることができるとされています。金銭や動産についても、債務者の受領不能や受領拒絶が考えられますので、代位債権者は自己に直接引渡しを求めることができます。新423条の3は、これを明記しました（不動産については依然として解釈問題）。しかし、金銭とは異なって、代位債権者が代位債権の基礎となる法律関係に基づいて所有権が取得できる場合は別として、所有権は取得できません。代位債権者は、動産執行が容易になるだけですから、債務名義を有する他の債権者は、配当要求によって動産の売得金からの平等な配当を求める権利を有し、代位債権者は事実上も優先的な権利を取得したのと同じにはなりません。

22 債権者代位権が特定債権を保全するために用いられる場合を、債権者代位権の転用と言い、この場合、債務者の無資力は要件とならない。[超基本]

転用というのは学説の評価で、判例は、大審院以来一貫して、423条の適用と表現している点に注意してください。学説が、本来的適用と転用を区別するポイントは、代位によって債権が保

全される構造の違いにあると思われます。すなわち、債権者代位権の本来的な適用の場合には、「債務者の責任財産を保全することを通じて、被保全債権の金銭レベルでの実現を保全する」のに対して、転用の場合には、「債務者の責任財産の保全を媒介とすることなく、当該被保全債権の本来的内容の実現を保全する」こととなります。責任財産の保全を媒介としないため、無資力要件を要しないことになるのです（大判明43・7・6民録16輯537頁・PⅡ38）。また、制度の沿革は、本来的適用の場合を想定していて転用を想定していないことや、転用の場合には他に代替的な権利実現手段がないこと（債権者代位権転用の補充性と呼ぶことがあります）も、両者を区別する理由となっています。もっとも、新423条1項は、無資力要件を規定せず、保全の必要性を要件とすることを明確にしていますので、両方の類型をカバーしているものと思われます。

23 甲土地がYからA、AからXへと輾轉売買された場合、Xは、AのYに対する移転登記請求権を代位行使し、~~YからXへの直接の所有権移転登記請求権を行うことができる。~~【基本】

判例（前掲・大判明43・7・6ほか多数）・通説が認め、新423条の7に条文化されたのは、YからAへの移転登記手続を求める権利（登記請求権）の代位行使であって、中間省略登記の実現ではありません。むしろ、中間省略登記請求が原則として認められないからこそ、債権者代位権によることが必要になっているのです。

24 XがAの所有する乙地を賃借した場合において、Xは、未だ乙地の引渡しも賃借権の登記も得ていなくても、乙地に無権限で資材を置いているYに対して、その除去を求めることができる。【基本】

正しい。判例およびそれを条文化した新605条の4によれば、対抗要件を備えている賃借権者は、賃借権自体に基づく妨害排除請求ができますが、対抗要件を備えていないXにそのような権利が認められるかどうかは不明です（肯定説もありますが、否定説がおそらく多数）。引渡しが行われていないため、Xは占有訴権（197～202条。近時は占有保護請求権という実体法的な呼び方がされつつある）も行使できません。そのため、債権者代位権によることが必要になっているのです（最判昭29・9・24民集8巻9号1658頁・PⅡ39）。改正法では、423条を適用して代位請求を認めることになると考えられます。

25 XがAの所有する乙地を賃借した場合において、Xは、未だ乙地の引渡しも賃借権の登記も得ていなくても、Xの賃貸借契約の後に乙地をAから無償で借りて自動車を駐車しているYに対して、~~駐車をやめるように求めることができる。~~【超基本】

YはAとの間で使用貸借契約があり占有権原の抗弁をAに対して出せます。Xの債権者代位権の行使が認められても、YはAに主張できる抗弁をすべてXに対しても主張できます。本件では、Aの物権的請求権に対してYは占有正権原の抗弁でAやXに対抗できるので、結局、Xの請求は認められません。

26 AはBに対して土地を売却する契約を結んだ後、履行する前に亡くなった。AをXとYが共同相続した。しかし、Yが買主Bの移転登記請求に協力しないため、XはBから代金を支払ってもらえない。この場合、Xは、BのYを代位してYに対し移転登記請求ができるが、~~金銭債権を保全するためであるから、Bの無資力が要件となる。~~【基本】

判例（最判昭50・3・6民集29巻3号203頁・PⅡ40）は、この場合に無資力を要しないとしました。被保全権利（代金債権）と被代位権利（移転登記請求権）の間に同時履行関係があるので、XはBに代金債権が行使できなくなっています。Bの同時履行の抗弁権を封じるためには、最低限、Yに履行の提供を行わせる必要があります。この場合のXの代金債権の保全の必要性は、Bの資力に関係なく認められます。

27 XがAに対する貸金債権の担保としてA所有の甲建物に抵当権の設定を受けて登記を具備した。その後、Yが甲を不法に占有した場合、~~Yの不法占有はAの所有権やXの抵当権を害しているから、Xは、貸金債権を被保全債権として、Aに代位し、Yに対して甲を直接自己に明け渡すよう求めることができる。~~【やや難】

まず、抵当権は価値権・非占有担保権ですので、占有を権利内容に含まず、不法占有が

あってもそれだけでは抵当権の侵害にはなりません。判例を変更した大法廷判決（最大判平11・11・24民集53巻8号1899頁・PⅡ41）は、「第三者の不法占有によって競売手続の進行が害され適正な価額よりも売却価額が下落するおそれがあるなど、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権侵害となりうる」と判示しています。換価権侵害・優先弁済権侵害の状態が必要なのです。このような侵害状態があれば、抵当権に基づく妨害排除や代位による妨害排除が認められ、抵当権者は自己に目的物を直接明け渡すよう求めることができるとされています（異論はあります）。それゆえ、問題文末尾は正しいです。

次に、たしかにXが貸金債権を被保全債権としてAの妨害排除請求権を代位行使できるかもしれません。しかし、抵当債権者であるXは、原則としては、担保割れの無担保債権部分についてのみ債権者代位権を行使できるはずであるところ、この問題は、むしろ抵当権で担保されている部分の債権回収が危うくなっている、従来の議論とのズレが存在します。また、抵当不動産所有者が責任のみを負って債務を負担していない物上保証人や第三取得者である場合には、抵当権者はこれらの者に対して債権を有しませんので、代位権は行使できません。上記判例は、そのため、債権か物権かもわからず、いささか性質の怪しい「侵害是正請求権」を構想し、これを保全するため、423条の法意に従って代位行使を認めました。しかし、その後の判決（最判平17・3・10民集59巻2号356頁・PⅠ340）によって、この大法廷判決の傍論で認めた抵当権自体に基づく妨害排除請求が正面から肯定された今となっては、いろいろ無理のある代位請求をあえて使う必要性は乏しいと思われます。

28 Xは、Aから甲建物を借りて使用していた。甲建物はAが土地の所有者Yから賃借していた乙土地上に建てたものであった。乙土地の賃貸借契約は、Yに正当事由があり、更新されることなく期間満了で終了した。この場合、Xは、Yに対してAが有する~~建物買取請求権を代位行使することができる。~~ [やや難]

判例（最判昭38・4・23民集17巻3号536頁・PⅡ48）は、建物買取請求権が行使されても、建物所有者は代金債権を取得するだけであり、むしろ所有権を失う不利益を受け、建物賃借人の建物賃借権が保全される関係にはないとして、「保全の必要性」要件の充足を否定し、建物賃借人は建物所有者＝賃貸人の建物買取請求権を代位行使できないと判示しました。判例評釈を見ると、学説は多数が反対で、次のような理由で「保全の必要性」を肯定しています。すでにXは賃貸借契約について借地借家法31条の対抗要件を備えており、甲建物がYに買い取られると、Yに賃借権を対抗できます。これに対して、建物買取請求権の行使がないと、甲建物はYの収去請求に服し、取り壊されてしまいますから、Xの賃借権も目的物が消滅する履行不能によって消滅してしまいます。それゆえ、Aの建物買取請求権をXが代位行使することで建物収去を避け、借家権が存続しますから、債権の保全の必要性がある、と考えるのです。