

第5章 債権者代位権・詐害行為取消権

I. 債権者代位権

1. 重要点の概説

債権者代位権については多数の修正があるが、大きな論点は以下の5つである。

(1) 債権者代位権制度の存続

これは、この制度の性格全体にかかわる。議論の当初は、債権執行制度や民事保全制度が充実している日本法において債権者代位権制度を存置する意味があるのかが問われた。また、いわゆる事実上の優先弁済（次述(2)）の妥当性にも疑問が呈され、これも債権者代位権制度への消極的な評価と繋がっていた。

しかし、代位請求による消滅時効の完成停止やいわゆる転用型（後述(5)）など、執行・保全でカバーできない独自の機能があることから、債権者代位制度は存続させることになった。現行規定は423条の1か条しかなく、条文からは多数の判例法理による実際の運用が読み取れない。そこで、国民に分かりやすい規定とするため、一方で判例準則を条文化し、他方で判例準則とは異なる新たな規律も導入された。総じて言えば、従来よりも債務者及び代位請求の相手方（＝第三債務者）の保護を厚くする修正が施された（詳細は(3)(4)）。その結果、枝番方式で規定が全7条に増えた。

(2) 事実上の優先弁済の容認

判例法理によれば、代位債権者は債務者から直接に金銭の支払を受けることができ、債務者に対する受領金銭の返還債務と被保全債権を相殺することで、他の債権者の権利行使の余地を残さない。これが事実上の優先弁済である（債権回収機能とも言われる）。この判例法理に対しては、被保全債権の存在が債務名義によって確認されず、債務者や相手方の正当な利益を保護するための手続も経ないで、被保全債権の強制的な満足を得ることを認めることは、責任財産の保全という制度趣旨を超えるとの批判がある。そこで、中間試案では、相殺禁止などの制約を課すことが提案された。これに対して、事実上の優先弁済を否定すれば、債権者代位権の長所がなくなって制度自体が使われなくなる、債権の保全・回収に熱心な債権者が利益を得ることは不当ではない、などの反対があった。

改正では、判例法理が維持され、事実上の優先弁済が一般的には容認されたと解される。すなわち、被代位権利の目的が可分であるときは、代位権行使の範囲を被代位債権額に限定したうえで（423条の2。全債権者のための責任財産保全であれば中間試案のようにこの限定は不要になる）、金銭の支払・動産の引渡しの場合には、代位債権者が相手方に自己への支払・引渡しを請求できることが明記され（423条の3）、相殺禁止規定は設けられなかった（相殺権濫用の法理の適用は今後の解釈論に委ねられている）。なお、動産の直接の引渡しの場合には、代位債権者は、引き渡された動産に強制執行を行うことになる。

(3) 代位請求の相手方の保護

そもそも代位請求の相手方（＝第三債務者）が代位請求の当否を判断しなければならず、

遅滞の責任や二重弁済の危険を負わされること自体が適切でないと考えられた。そこで、代位権の行使の通知を受けたにとどまる場合はもちろん、代位訴訟が提起されても、相手方は、従前通り、債務者（＝自己の債権者）に対する履行（弁済・代物弁済・相殺などの行為を広く含む）ができることとされた（423条の5後段）。この点は、従来の判例・多数説と異なるので注意が必要である。なお、相手方が債務者に弁済等の免責行為をすれば、被代位債権の消滅により債権者は代位請求ができなくなるから、事実上の優先弁済（上述(2)）の機能する領域は狭まることになる。

代位権行使が認められる場合においても、代位債権者は代位される債務者に代わってその権利を行使しているのであるから、相手方が債務者（＝自己の債権者）から請求を受ける場合以上の不利益を受ける理由はない。そこで、判例・通説の異論のない解釈に沿って、相手方は債務者に対して主張できた抗弁をすべて代位債権者に対抗できることが明記された（423条の4）。前段で述べたように、代位権行使によっては債務者に対する相手方の履行が制限されないことから、免責行為等の抗弁は従来よりも広がる。

さらに、代位債権者の直接請求に応じて、相手方が金銭や動産を代位債権者に弁済した場合には、被代位債権が消滅し、相手方は債務者に対して免責される（423条の3後段）。

(4) 債務者の処分権限の非制限及び手続保障

上述(3)とも重なるが、代位権行使の通知を受けた場合のみならず、代位訴訟が提起された場合でも、債務者は被代位債権を相手方から取り立てたり、譲渡や担保設定その他の処分を有効に行えることが明記された（423条の5前段）。これも従来の判例とは異なって、債権者代位権の行使によっては被代位権利についての債務者の処分権限は制限されないのである。代位訴訟の提起によって債務者の処分権限のみを制限し、相手方は履行ができるとするとの案も検討されたが、弁済を受領して債務を消滅させるのは、債権の処分と考えられるので、相手方が履行できるとするため、債務者の処分制限も生じないものとするようになった。代位債権者が処分制限を望むのであれば、処分禁止の仮処分を活用する必要がある。

次に、債権者代位訴訟は、法定訴訟担当（民訴115条1項2号）として債務者にも既判力が及ぶというのが判例・通説である（この点の変更はない）。債務者は、代位訴訟が敗訴で確定すれば知らない間に自らの権利が行使できなくなるおそれがあるが、このような不利益を正当化する手続保障の観点が欠けていた。そこで、債権者が代位訴訟を提起するときには、債務者に対する訴訟告知を義務づけて、債務者が裁判に参加する機会を与えた（423条の6）。債務者は、代位訴訟に共同訴訟参加（民訴52条）、補助参加（民訴42条）又は独立当事者参加（民訴47条）をすることになる。

(5) 転用型の規定の新設

判例は、金銭債権以外（特定債権）を保全するための債権者代位権の行使をいくつかの場面で認めており、通常必要と考えられる債務者の無資力を要しない点で、学説は、これらの類型を転用型と呼んできた。転用には批判的な見解も少なくない。たしかに、救済の間隙を埋める法創造として、転用は重要な役割を果たしているが、しっかりした歯止めがないと、

他の制度を掘り崩し、法的安定性を害するおそれがある。そこで、転用を許容する要件として、他の手段による解決が困難であること（不可欠ないし補充性）や、代位請求を認めることに弊害がないか、弊害があっても望ましい結果と比較すれば僅少なものでやむをえないこと（合理性、目的と手段の均衡という一種の比例原則）など、かなり厳格な制限（一括すれば、保全の必要性という要件）が主張されてきた。

改正法は、登記又は登録の請求権を保存するための債権者代位権（423条の7）を新設した。AからB、BからCと不動産所有権が転売されたが、登記名義がまだAに残っている場合が、典型的な例である。Cは登記をしなければ所有権の取得を第三者（AやBからの譲受人、AやBの差押債権者等）に対抗できない（177条）。そのような財産の譲受人であるCは、自らへの譲渡人Bに対して登記請求権を有する。しかし、Bがその前主である第三者Aに対して登記請求権を行使してB名義の登記を得なければ、C名義の登記は実現できない。この場合のCには、Aに対する中間省略登記請求が原則として認められないので、自己の権利（物権的登記請求権もありうるので債権に限らない）を保全する必要が定型的に存在する。中間試案では転用型についての一般的な条項の新設が検討されたが、適切な要件の設定が難しいことから、異論のない転用型として、登記請求権以外に登録請求権の代位行使をも含む本条が新設された。本条には、債務者及び第三債務者の保護に関する規定が準用される（代位行使の範囲及び直接請求権を規定する423条の2及び423条の3は準用されない）。本条は、これ以外の転用型の代位請求を否定する趣旨ではなく、その可否や要件は、従来通り解釈に委ねられている（後述2(1)を参照）。

2. 債権者代位権に関する変更の詳細

以下では、改正によって変更される点についてのみ、補充的に説明する。

(1) 一般的要件としての保全の必要性

改正前の423条の「自己の債権を保全するため」は、「自己の債権を保全するため必要があるときは」に変わり、保全の必要性が要件として明記された。これについては2点の問題がある。

まず、従来から、債権者代位権の行使による債務者の財産管理への過剰な介入を防ぐため、金銭債権の保全のためには、債務者が無資力であることが必要だと説かれてきた。そのため、当初は、無資力要件を条文に明記するとの提案も有力だった。しかし、たとえば、債務者Sが相手方Dに対して消滅時効にかかりそうな3000万円の α 債権を有するのみで他にめぼしい財産がなく、Sが債権者Gに1000万円の債務を負っている場合、Sは無資力ではないが、Gに α 債権の代位行使によって消滅時効の完成猶予や更新を認める必要がある。さらに、判例は転用型について、債務者の無資力は必要でないとしているが、その場合も改正前の423条の「自己の債権を保全するため」の解釈だとも考えられる。そこで、無資力要件は条文には書き込まないことになった。

次に、転用型についての新設規定（423条の7。上記1(5)）は、要件が非常に限定的なの

で、それ以外の転用型は、423条の一般規定によることになろう。転用型を視野に入れると、「保全するため」という主観的な目的だけで足りるかのように読める表現は適切ではない。そこで、423条1項に、客観的な歯止めとして、保全の必要性が明記された。

(2) 弁済期前の保存行為以外の代位の否定と裁判上の代位の廃止

改正前には、被保全債権の弁済期前に保存行為以外の代位を認め、裁判所の代位の許可を得るといふ裁判上の代位をその要件としていた(旧423条2項本文、非訟85-91条)。しかし、本来型の代位を弁済期前に行う必要は乏しく(民保20条2項の仮差押えの保全処分で用が足りる)、裁判上の代位の利用例も乏しい。また、転用型においては、特定債権の保全の必要性や保存行為の解釈で対応でき、やはり保存行為以外に弁済期前の代位を認める必要は乏しい。そこで、弁済期前の保存行為以外の代位はできないものとされ、裁判上の代位の制度も廃止された(423条2項。これに伴い、非訟85-91条も削除)。

(3) 被代位権利と被保全債権の制限

債権者代位権は債権を保全して強制執行の準備を行うというのが制度の基本的な趣旨である。そこで、被代位権利にも被保全債権にも制限が明記された。債務者の一身専属権や差押えを禁じられた権利(民執152条、破産34条3項、税徴76条・77条など)は、債務者の責任財産ではないから、代位の対象にはならない(423条1項ただし書)。強制執行によって実現することができない債権は、被代位債権とはならない(423条3項)。いずれも異論なく認められていることを明文化するものである。