

# 債権者代位権の意義に関する一考察(一)

Une étude sur la signification de l'action oblique (1)

齋 田 統

Osamu SAIDA



# 債権者代位権の意義に関する一考察(一)

Une étude sur la signification de l'action oblique(1)

齋 田 統

## 要 旨

債権者代位権は債権者取消権とともに債務者の責任財産を保全するための制度と言われるが、特定債権を保全するための債権者代位権の行使や、代位権を行使する債権者への給付請求など、債務者の責任財産の保全とは異なる利用が現実にはなされて来た。

債権者代位権の法的性質に関しては、代理権説、法定管理権説、包括的担保権説、直接請求権説などがあるが、包括的担保権説によると、特定債権の保全のための代位権行使などを代位権制度の転用と捉えるのではなく、むしろこれらの場合が代位権の重要な存在理由になっているとされる。包括的担保権説は債権者代位権を単に債務者に属する権利を共同担保の保全のために行使する権利でなく、債権者の債権を実現させる制度と捉えるのである。

日本民法上の債権者代位権はフランス民法上の間接訴権 (action oblique) に起源を有するが、フランス民法第 1166 条の間接訴権の立法理由は、同法第 2092 条が規定する債権者の一般担保権 (droit de gage général) の保障にあるとされる。そして、フランスにおいては、間接訴権の行使要件に関連して、間接訴権が債権保全手段の 1 つに過ぎないのか、債権執行手段の 1 つなのか問題とされて来た。

日本においては、最近になり、いわゆる振り込め詐欺の事案で、被害者が、加害者に対する不当利得返還請求権を保全するため、加害者の預金払戻請求権を代位行使することを認める裁判例 (東京地判平 17・3・30 金判 1215・6) や、第三債務者を被告とする債権者代位訴訟により代位債権者が給付判決を取得した後に、債務者に対して債権を有する他の債権者が被代位債権につき取得した転付命令が無効であるとする裁判例 (大阪高判平成 18・12・3 判時 1984・39) も現れている。本稿では、フランス法上の間接訴権との比較を交え、債権者代位権の機能を再検討し、債権者代位権の意義を再評価する。

## 一 はじめに

債権者代位権は債権者取消権とともに債務者の責任財産を保全するための制度と言われる

が<sup>1)</sup>、現実には債権者代位権は債務者の責任財産の保全とは異なる利用がなされて来た。このことは、具体的には、特定債権を保全するための債権者代位権行使の問題や、代位権を行使する債権者への給付請求などの問題となって現れ、判例は、特定債権を保全するための債権者代位権の行使も、また代位権を行使する債権者が債務者への履行としての第三債務者の給付を受領することも認めている<sup>2)</sup>。しかし、債務者の無資力を要せず特定債権を被保全債権とする債権者代位権の行使を広く認めることに対してはこれを制限すべきとする見解がある一方で、被保全債権が金銭債権の場合であっても一律に債務者の無資力を要しないとする見解もある<sup>3)</sup>。

ところで、債権者代位権の法的性質については、後述するように代理権説、法定管理権説、包括的担保権説、直接請求権説などがあるが、包括的担保権説によると、特定債権の保全のための代位権行使などを代位権制度の転用と捉えるのではなく、むしろこれらの場合が代位権の重要な存在理由になっているとされる<sup>4)</sup>。包括的担保権説は債権者代位権を単に債務者に属する権利を共同担保の保全のために行使する権利でなく、債権者の債権を実現させる制度と捉えるのである<sup>5)</sup>。

日本民法上の債権者代位権はフランス民法上の間接訴権 (action oblique) に起源を有する<sup>6)</sup>。フランス民法第 1166 条の間接訴権の立法理由は、同法第 2092 条が規定する債権者の一般担保権 (droit de gage général) の保障にあるとされる。そして、フランスにおいては、間接訴権の行使要件に関連して、間接訴権が債権保全手段の 1 つに過ぎないのか、債権執行手段の 1 つなのか問題とされて来た。

日本においては、最近になり、いわゆる振り込め詐欺の事案で、被害者が、加害者に対する不当利得返還請求権を保全するため、加害者の預金払戻請求権を代位行使することを認める裁判例 (東京地判平 17・3・30 金判 1215・6) や、第三債務者を被告とする債権者代位訴訟により代位債権者が給付判決を取得した後に、債務者に対して債権を有する他の債権者が被代位債権につき取得した転付命令が無効であるとする裁判例 (大阪高判平成 18・12・3 判時 1984・39) も現れている。

本稿では、フランス法上の間接訴権との比較を交え、債権者代位権の機能を再検討し、債権者代位権の意義の再評価を試みたい。そこで、まず、債権者代位権の沿革、法的性質、行使要件、および機能について概観する。次に、フランス法上の間接訴権の基礎を成すとされる一般担保権の意義につき確認する。そして、フランスおよび日本における債権者代位権の裁判例を見た上で、債権者代位権の機能を再検討し、債権者代位権の意義を再評価する。

## 二 債権者代位権の沿革

### 1 フランス法上の間接訴権<sup>7)</sup>

間接訴権の起源は明らかでないが、ローマ法上の財産売却手続（*venditio bonorum*）にその萌芽が見出される<sup>8)</sup>。

ローマ古典法時代、12表法により、債権者が債務者の身体に対して直接執行することができたが、ローマ法務官により財産売却手続が導入された。この手続では債権者に債務者の財産の占有を認め、一定の猶予期間経過後、債権者が集まって清算人（*magister bonorum*）を選任して、財産全部を競売に付し、最高額を提示した買主（*bonorum emptor*）に売却する。そして、買主は債権者に債権の全部をあるいは一部を弁済した<sup>9)</sup>。

フランス古法においても、債権者に債務者の全財産の譲渡を認めるローマ法上の財産売却手続を置いていた。しかし、その後、財産売却手続もその実効性を失うようになり<sup>10)</sup>、財産売却手続に代わって旧法下で登場したのが間接訴権であるとされる<sup>11)</sup>。

フランス民法第1166条<sup>12)</sup>は、債権者は債務者の一身に専属する権利を除いて債務者に属するすべての権利と訴権（*tous les droits et actions de leur débiteur*）を行使できると規定するが<sup>13)</sup>、その立法理由は、フランス民法第2092条<sup>14)</sup>が規定する債権者の一般担保権（*droit de gage général*）の保障にあるとされる<sup>15)</sup>。

フランス法上、間接訴権とは別に、債権者が第三債務者に対して自己の名で（*en son propre nom*）、自己のために（*pour son propre compte*）、債務の履行を求めることができる権利である直接訴権（*action directe*）も認められている。間接訴権がすべての債権者に認められる一般的権利であるのに対して、直接訴権は明文の規定がない限り行使できない<sup>16)</sup>。

間接訴権につき、債権者は債務者のすべての権利を代位行使できることが原則であるが、フランス民法第1166条の明文上、受贈者の忘恩行為を理由に贈与を取消す場合など債務者の一身に専属する財産的権利は間接訴権の行使対象から除外されている<sup>17)</sup>。また、離婚請求権などの非財産的権利もその行使が債務者の意思によって決定されなければならないもので<sup>18)</sup>、間接訴権の行使対象から除外される<sup>19)</sup>。

### 2 日本法上の債権者代位権

日本民法もフランス民法の影響を受けて、債権者代位権に関する規定を置いているが、日本民法の立法に大きな影響を与えたボアソナード民法草案では次のように規定されていた<sup>20) 21)</sup>。

第359条 債主ハ負債主ニ属スル権利ヲ役立テ及ヒ物上ト対人トヲ間ハス負債主ニ属スル訴権ヲ行フコトヲ得

右ニツキ債主ハ差押ノ方法ニ因リ又ハ負債主カ行ヒタル訴訟又ハ負債主ニ対スル訴訟ニ干

渉ノ方法ニ因リ又ハ訴訟法ニ従テ得タル裁判上ノ代権ニ抛リ外人ニ対スル間接ノ訴訟ニ因リ着手スルモノトス

然レトモ債主ハ負債主ニ属スル法律上ノ単純ナル能権又ハ将ニ負債主ノ一身ニ附着スル権利ヲ行フコトヲ得ス又法律又ハ約束ニ因リヲ差押フ可カラサルモノト定メタル財産ヲ差押フヲ得ス

このボアソナード民法草案は字句の修正を経て旧民法財産編第339条として次のように規定された。

第339条 債権者ハ其債務者ニ属スル権利ヲ申立テ及ヒ其訴権ヲ行フコトヲ得

債権者ハ此事ノ為メ或ハ差押ノ方法ニ依リ或ハ債務者ノ原告又ハ被告タル訴ニ参加スルコトニ依リ或ハ民事訴訟法ニ従ヒテ得タル裁判上ノ代位ヲ以テ第三者ニ対スル間接ノ訴ニ依ル

然レトモ債権者ハ債務者ニ属スル純然タル権能又ハ債務者ノ一身ニ専属スル権利ヲ行フコトヲ得ス又法律又ハ合意ノ明文ヲ以テ差押ヲ禁シタル財産ヲ差押フルコトヲ得ス

旧民法財産編第339条を引継ぎ、現行民法草案第418条は次のように規定された。

第418条 債権者ハ自己ノ債権ヲ保護スル為メ其債務者ニ属スル権利ヲ行フコトヲ得但債務者ノ一身ニ専属スル権利ハ此限ニ在ラス

債権者ハ其債権ノ期限カ到来セサル間ハ裁判上ノ代位ニ依ルニ非サレハ前項ノ権利ヲ行フコトヲ得ス但保存行為ハ此限ニ存ラス

民法修正案理由書第422条によると、本条はいわゆる間接訴権に関する規定であって旧民法財産編第339条を修正したものである。旧民法第339条第1項の法文によると、債権者はいつでも任意に債務者に属する権利を行使できるようで少し広すぎる虞があるために、本修正案は本条第1項において、債権者は自己の債権を保全するためでなければ債務者に属する権利を行使できない旨を明示し、かつ本条第2項の規定によって、債権者はその債権の期限が到来しない間は第1項の権利を行使できないという至当な制限を加えた。しかし、債権者は民事訴訟法の規定により裁判上の代位権を得た場合には、期限前でも債務者に代わってその権利を行使できなければならないことはもちろん、その他債務者に属する権利を登記するような保存行為は同時に債務者に利益になり、また債権者自身の債権の期限とは無関係なので、債権者はいつでもこれを行使できなければならないことから、本条第2項においてこの2つの例外を認めた。

次に、旧民法339条第2項の規定は、債務者に属する権利を行使する方法を示すにとどまり、むしろ民事訴訟法の規定に属しなければならないためこれを削除し、また同条第3項前段の規定は、本条第1項ただし書の規定により明らかになるようにし、その後段の規定は明文を要しないためこれを削除したとされる<sup>22)</sup>。

### 三 債権者代位権の法的性質

#### 1 代理権説<sup>23)</sup>

債権者代位権を債権者固有の権利とすると、訴えの当事者が債権者であることを要し、債務者は当事者とならないことから、債務者に権利拘束が及ばず、債務者も訴えの提起ができることになる。また、判決が確定してもその効力が債務者に及ばないため、判決が確定しても再び訴えを提起することができるという不都合が生ずる。そこで、代理権説は、債権者代位権につき、債権者固有の権利ではなく、債務者の代理人としてその権利を行う代理権を意味すると解する。代理権説では債務者が原告となる。

#### 2 法定管理権説<sup>24)</sup>

法定管理権説は、債権者代位権を債権者がその債権を保全するための実体法上の権利であって、債権者が自己の名において債務者の財産を管理する一種の管理権であるとする。この管理権には保存行為のみならず処分行為をなす権限も含まれる。そして、法律上の行為については、実体法上の行為であることもあれば、訴訟上の行為であることもある。法定管理権説では債権者が直接原告になる。

#### 3 包括的担保権説<sup>25)</sup>

包括的担保権説は、債権者代位権を単に債務者に属する権利を共同担保の保全のために行使する権利でなく、債権者の有する共同担保に対する権利（包括担保権）に基づき相手方に対して直接行使できる債権者固有の権利と解する。包括的担保権説では債権者が直接原告になる。

#### 4 直接請求権説<sup>26)</sup>

直接請求権説は、債権者代位権を債務者の権利とその内容を同じくし、債務者の権利とは別個独立の、債権者自身の請求権を第三債務者に対して行使でき、その効果が直接債権者自身に帰属する権利であるとする。直接請求権説では債権者が直接原告になる。

### 四 債権者代位権の要件

#### 1 フランス

フランスではフランス民法第 1166 条が一般的・抽象的規定であることから、その行使要件をいかに解するか的前提として間接訴権の法的性質に関する議論がなされ<sup>27)</sup>、また行使要件に関連して、間接訴権が債権保全手段（mesure conservatoire）の 1 つに過ぎないのか、債権執

行手段 (mesure d'exécution) の1つなのかが問題とされて来た。

間接訴権が債権保全手段の1つに過ぎないのであれば、その行使要件としては、被保全債権が存在 (certaine) すれば足り、その内容が確定 (liquide) しており、期限が到来 (exigible) していることまでは要しない。しかし、執行方法の1つであれば、債権が存在していることに加え、その内容が確定しており、期限が到来していることも要する<sup>28)</sup>。

フランス破産院は、フランス民法第1166条の権能につき、債権者の債権の存在が確実で、その内容が確定しており、期限が到来している場合のみ行使できるとした<sup>29)</sup>。そして、現在のフランスの学説は、間接訴権につき、保全手段でも、執行方法でもなく<sup>30)</sup>、執行手続の準備段階 (prélude à l'exécution) としての性格を有するとしている<sup>31)</sup>。

#### (一) 間接訴権を行使する利益 (intérêt à agir) があること

まず、間接訴権行使時に被保全債権の存在が確実でなければならない (créance certaine) ことから、条件付債権、発生の基礎だけが確実な債権などについては間接訴権の行使は認められない<sup>32)</sup>。被保全債権は金銭債権に限定されない<sup>33) 34)</sup>。

間接訴権を行使する利益は債務者の無資力 (insolvabilité) を意味するとされ、このような無資力要件の目的は、債権者の債務者に対する不当な干渉から債務者を保護することにある<sup>35)</sup>。

ただ、1980年代以降、金銭債権以外の債権を保全するための間接訴権の行使が裁判所により認められるようになり、その際債務者の無資力は要求されないことから、間接訴権を行使する利益は、被保全債権が金銭債権である場合には債務者が無資力であることを意味するが、被保全債権が金銭債権でない場合には債務者が無資力であることを意味しないとされている<sup>36) 37)</sup>。

#### (二) 債務者自らその権利を行使しないこと

債務者が自ら権利を行使する場合には間接訴権の行使は認められない。債務者に権利行使の外観はあっても実質的に権利を行使したと見ることができない場合には債務者は権利を行使しなかったものと見なければならない<sup>38)</sup>。債務者が自らその権利を行使しなかったどうかは裁判所が具体的な状況を考慮して判断する<sup>39) 40)</sup>。

#### (三) 被保全債権が履行期にあること

被保全債権が期限未到来の債権 (créance à terme) である場合、間接訴権の行使は認められない<sup>41)</sup>。ただし、条件付債権者の保存行為 (acte conservatoire) に関連して、フランス民法第1180条が、債権者は条件成就前でも自己の権利を保存するためのすべての行為を行うことができることと規定していることから、債権者が時効の中断や債務者の抵当権の登記などの保存行為を行う場合、フランス民法第1166条ではなく、フランス民法第2092条による一般担保権に



基づき<sup>42)</sup>、債務者の代わりに自己の名で保存行為ができる<sup>43)</sup>。そこで、この場合には間接訴権の要件を緩和することが望ましいとされる<sup>44)</sup>。

（四）被担保債権の内容が即時請求可能な程度に確定されていること

債権者の債権は即時請求が可能な程度に確定されている (créance liquide) 必要がある<sup>45)</sup>。被害者が加害者の過失を立証したものの賠償額が決定されていない場合、このような債権は直ちに請求できる状態でないことから、その内容が確定されているといえないとされる<sup>46) 47)</sup>。

## 2 日本

（一）債権保全の必要性

日本民法第 423 条第 1 項により自己の債権を保全するためであることを要する。制度の趣旨から、その行使において被保全債権が存在していることを前提にする。特定の権利を取得できる期待権を持っているだけでは被保全債権が存在するといえないが<sup>48)</sup>、ここにいう債権とは、広く請求権を意味し、協議あるいは審判等により具体的内容が確定した後の財産分与請求権も被保全債権となりうる<sup>49)</sup>。被保全債権が担保権によって保全されている場合<sup>50)</sup>、代位が債権保全の唯一の方法でない場合でも代位権を行使できる<sup>51)</sup>。

債権保全の必要性の意味については、まず、被保全債権が金銭債権またはその不履行により損害賠償債権に変ずること金銭債権になるものであるときには、債務者の無資力を意味する<sup>52)</sup>。そして、被保全債権が特定債権の場合、債権保全の必要性は、被保全債権の保全のために必要であることを意味し、このとき債務者は無資力である必要はない<sup>53)</sup>。ただし、金銭債権を被保全債権とする場合でも債務者の資力の有無を問わず、債権者代位権の行使が認められる場合もある<sup>54)</sup>。

（二）債務者自らその権利を行使しないこと

日本民法第 423 条からは明らかでないが、債務者が自らその権利を行使しているにもかかわらず債権者の代位を認めることは債務者に対する不当な干渉になるため、債務者自らその権利を行使しないことは当然の要件とされる<sup>55)</sup>。債務者自らその権利を行使しないのであれば、権利を行使しない理由は問わない<sup>56)</sup>。また、代位権の行使に先立ち債務者に対してその権利を行使することを催告する必要もない<sup>57)</sup>。債務者が自ら権利を行使している場合にはその行使方法や結果の良否にかかわらず債権者は代位権を行使できない<sup>58)</sup>。

（三）被保全債権が履行期にあること

被保全債権が履行期に達してなければならない。ただし、履行期前でも裁判上の代位の場合

と保存行為の場合は債権者代位権を行使できる。

#### (1) 裁判上の代位

債権者は自己の債権の期限前に債務者の権利を行使しなければその債権を保全することができず、またはこれを保全するのに困難を生ずるおそれがあるときには裁判上の代位を申請することができる(民第423条第2項、非訟第72条)。

#### (2) 保存行為

保存行為は債権者の債権の履行期前でも裁判所の許可なく代位できる(民第423条第2項ただし書)。保存行為とは債務者の財産の減少を防ぐための行為をいう。債務者の未登記不動産につき保存登記をすること、債務者の権利につき消滅時効の中断手続をとることなどがこれに該当する。

## 五 債権者代位権の機能

### 1 フランス

間接訴権の行使の結果はすべての債権者のためその効力が生じ、債権者は訴訟費用(frais de justice)についてのみ優先弁済を受けるに過ぎないことから、被保全債権が金銭債権の場合間接訴権は、あまり利用されず<sup>59)</sup>、停止差押(saisie-arrêt)が利用されているとされる<sup>60)</sup>。

ところで、フランスでは、債権者が間接訴権を通して停止差押できるかが問題になった。停止差押は、1991年フランス民事訴訟法改正以前の金銭債権を含む動産一般に対する執行方法で、この制度では、権原によって、あるいは裁判所の許可を受けて第三債務者に対して債務の弁済を禁ずるか動産の引渡を禁じた後、差押手続の有効性を確認する手続を経て第三債務者から給付を受けることができた<sup>61)</sup>。

債権者は間接訴権を通して停止差押を行うことができないという見解もあったが<sup>62)</sup>、判例は、フランス民法第1166条は一般規定の形式で、債権者は法的に当然に債務者に代わってその権利を行使できるとしており、債権者はこれを通じてあらゆる執行方法をとることができる。特に債権者は債務者が差押を怠っている場合に間接訴権を通して債務者に帰属すべき金銭を回収する目的で差押することができるとする<sup>63) 64)</sup>。

間接訴権を訴訟上行使する場合に債務者には被告適格がないことから、債権者が債務者を訴訟に参加させる必要はないが、例外的に債権者が債務者を訴訟に参加させなければならない場合が判例上認められている。すわなち、判例は、フランス民事訴訟法第557条とフランス民法第1166条より、債権者が、自己の債務者の債務者である第三者(第四債務者)が有する財産に

対して停止差押をする場合、自己の債務者を義務的に訴訟に参加させなければならないとする。このことは債務者の財産に参入すべき金額の確定と、この金額中、差押債権者に帰属すべき部分の確定のためにも必要であるとされる<sup>65)</sup>。さらに、フランス民法第1166条の規定上債権者が債務者を召還することが間接訴権の訴訟要件とされていなくても、債権者が間接訴権によって債務者の権利を行使することに満足せず、第三債務者から債務者の財産に回復される金銭を直接自己に支払うことを要求する場合には、債務者を召還して訴訟に参加させなければならないとする<sup>66)</sup>。このような判例の立場により、間接訴権を行使した後に自己の債務者を相手にさらに訴訟を提起して債権の弁済を受けるという、2つの訴訟手続を1つの手続で行うことができ、訴訟経済が図られうることに加え、間接訴権を行使する債権者は、他の債権者との競合を避けて自己の債権の満足を得ることができることから、間接訴権の効力が強化されるとして支持されている<sup>67)</sup>。

## 2 日本

### (一) 責任財産保全機能

債権者代位権は、日本民法第423条第1項本文により、債権者が自己の債権を保全するためその債務者に属する権利を行使することができる権利と定義され、債務者が、その一般財産の減少するのを放置する場合には、債権者が債務者に代わってその減少を防止する処置を構ずるもので、債権者取消権とともに債務者の責任財産を保全するための機能を担っている<sup>68)</sup>。そして、このような債権者代位権のメリットとして、第1に、強制執行をなすには債務名義を必要とするのみならずその手続が煩雑であることから、急を要する場合に、まず、比較的その要件手続が簡単な債権者代位権を行使して債務者の財産を保全し、その後、強制執行をするのが便利であること、第2に、強制執行は純然たる請求権に対してでなければこれをなしえないが、債権者代位権によって行使できる債務者の権利は必ずしも請求権に限らず、たとえば取消権、解除権、買戻権等の権利もその目的にすることができること、第3に、債務者の権利に対する保存行為については、強制執行はまったくその適用がないため、債権者代位権によらないならその目的を達成できないことがあげられる<sup>69)</sup>。

### (二) 特定債権の実効性確保機能

日本民法第423条第1項の債権保全の必要性は、債務者の資力が十分でない場合に債務者の財産の減少を防止することにより債権を保全するためと解されていたが<sup>70)</sup>、明治43年7月6日の大審院判決<sup>71)</sup>が、債務者の資力の有無に関係を有しない債権であっても、債権保全のために適切にしてかつ必要な限り、債権者代位権の行使が許されるとして以降、特定債権を保全するための債権者代位権の行使が認められている。特定債権を保全するための債権者代位権の行

使が認められたことにより債権者代位権は責任財産保全機能だけでなく、特定債権の実効性確保機能も有するものとなった。

### (三) 債権回収機能<sup>72)</sup>

債権者代位権行使の効果と関連して代位権を行使する債権者が第三債務者に対して直接自己への弁済または履行を求めることができるかが問題となる。金銭その他の物の給付を目的とする場合、これを認めないと、債務者が給付を受領しないときに代位権はその目的を達成できないとして、学説は、債権者が直接自己に給付するよう請求することを認める<sup>73) 74)</sup>。判例も土地賃借人が土地の不法占拠者に対し賃貸人に代位して、自己に対して土地明渡しを請求する場合<sup>75)</sup>や金銭債権者が第三債務者に対して直接自己への金銭の支払を請求した場合<sup>76)</sup>にこれを認める。そして、債権者は代位受領した目的物と債権者の被保全債権の目的物が同種のもので、相殺適状にあるときには相殺により他の債権者に先立って優先弁済を受けることができる<sup>77)</sup>。

法定管理権説は、この債権回収機能につき、債権者代位制度の欠陥であって、やむをえないものとして捉えるが<sup>78)</sup>、包括的担保権説は、この債権回収機能を債権者代位権の機能として積極的に認める<sup>79)</sup>。

### 注

- 1) 我妻栄『新訂債権総論』(1964年) 157-158頁。
- 2) 奥田昌道編『注釈民法(10)』(1987年) 740-741頁。
- 3) 天野弘「債権者代位権における無資力理論の再検討(上)」判タ280号(1972年) 33頁。
- 4) 平井宣雄『債権総論〔第2版〕』(1994年) 260-261頁。
- 5) 平井・前掲『債権総論〔第2版〕』261頁。
- 6) 我妻・前掲『新訂債権総論』159頁。
- 7) 日本民法上の債権者代位権に相当するのがフランス法上の間接訴権(action oblique)である。債権者は第三債務者に対する直接的権利がないことから、債務者の名で(au nom de son débiteur)、債務者の第三債務者に対する権利を間接的(oblique)に行使する(H. L. et J. MAZEAUD, Lecons de droit civil, t. II, vol. 1<sup>er</sup>, Les Obligations théorie générale, 9<sup>e</sup> ed. Par F. CHABAS, 1998, n<sup>o</sup> 959(p.1041))。
- 8) H. L. et J. MAZEAUD, op. cit., n<sup>o</sup> 958(p.1040); TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Droit Civil-Les Obligations, 8<sup>e</sup> éd., 2002, n<sup>o</sup> 1142(p.1064-1065); MARTY, RAYNAUD, et JESTAZ, Droit Civil-Les Obligations, t. II, Le Régime, 2<sup>e</sup> éd., 1989, n<sup>o</sup> 148(p.130)。工藤祐巖「フランス法における債権者代位権の機能と構造(一) —わが民法における解釈論の再検討に向けて—」民商95巻5号(1987年) 682-683頁。
- 9) ROLAND et BOYER, Locutions latines du droit français, 4<sup>e</sup> éd., 1998, p.500。原田慶吉『ローマ法』(1955年) 392-394頁、松坂佐一『債権者代位権の研究』(1950年) 8-10頁。
- 10) ROLAND et BOYER, op.cit., p.500 et s.
- 11) H. L. et J. MAZEAUD, op. cit., n<sup>o</sup> 958(p.1040)。松坂・前掲『債権者代位権の研究』15-16頁。
- 12) フランス民法は第1166条以外にも共有者の1人の債権者が債務者たる共有者のために他の共有者に共有物分割を請求できる権利(フランス民法第1873条の15条、第815条の17条)、債務者が時効の利益を放棄

## 債権者代位権の意義に関する一考察(一)

しても債権者が債務者を代位して時効完成を主張できる権利(フランス民法第2225条)など個別的な間接訴権の規定を置いている。

- 13) フランス民法第1166条の *les droits et actions* につき, *droits* と *actions* は同義語であり, 債権者は訴訟によってのみ間接訴権を行使できるとする見解(PLANIOL et RIPERT, *Traité de droit civil français*, par Radouant, t. VII, *Les Obligations*, 2<sup>e</sup> éd., 1954, n° 900(p.231))もあったが, フランス民法第1166条の *droits* と *actions* は同義語ではなく, また債務者が自身の権利行使を怠っている限り, 訴訟上, 訴訟外を問わず, 債務者の権利の不行使は債権者にとって損害となりうることから, 債権者は必ずしも訴訟上間接訴権を行使する必要はないと考えるのが現在一般的である(Juris Classeur Civil 1996, Art. 1166, n° 22(p.7)).
- 14) フランス民法第2092条は, 自ら債務を負う者はその現在および将来のすべての動産および不動産でその債務を履行する義務を負うと規定する。また, フランス民法第2285条は, 債務者の財産がその債権者の共同担保になり, その売却代金は債権者中に法律で認められた原因に基づく優先権(*préférence*)を有する者がいない限り, 債権者に債権額に応じて分配されると規定している。
- 15) *Juris Classeur Civil* 1996, Art. 1166, n° 9(p.5). 松坂・前掲『債権者代位権の研究』4-5頁。
- 16) TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1187(p.1103). フランス法上の直接訴権の例として, 賃借人が転借人に対して債務の履行を請求できる権利(フランス民法第1753条), 被用者が自身の雇用主と契約を締結した注文者に対して賃金の支払を直接請求できる権利(フランス民法第1798条およびフランス労働法(*Code du travail*)第143-8条), 委任者の復受任者に対する直接の権利行使(フランス民法第1994条第2項), 下請負人が注文者を相手に直接報酬を請求できる権利(1975年12月31日の法律第11条)などがある(山田希「フランス直接訴権論からみたわが国の債権者代位制度(一)」名法179号(1999年)189頁以下)。
- 17) STARCK, ROLAND et BOYER, *Obligations 3. Régime général* 4<sup>e</sup> éd. 1992, n° 540(p.307)。
- 18) H. L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 963(p.1044)。
- 19) STARCK, ROLAND et BOYER, *op. cit.*, n° 539(p.306)。
- 20) 平井一雄「債権者代位権」星野英一編集代表『民法講座IV(債権総論)』(1985年)108頁以下。
- 21) ボアソナードは, 間接訴権につき, 「債務者の代理人として債権者に与えられた裁判所の許可が裁判上の代位(*subrogation judiciaire*)である。裁判上の代位は, 債務者に訴えの提起が通知された後にのみ認められること, 債務者を訴訟に参加させること, また, 正式に通知された後には, 提訴した債権者を代表者とみなすことにより, 債権者に有利な判決も第三債務者に有利な判決も他の債権者と債務者にも効力が及ぶことから, 債権者は, 債務者が訴訟の進行中にも係争物を処分する権利, 第三債務者と和解する権利, および自らの権利を消滅させる権利を有することから生ずる危険を回避でき, 第三債務者は, 債権者に勝訴した後にも債務者の他の債権者や債務者自身から新たに提訴される危険を回避できる」とする(*Projet de Code Civil pour l'empire du Japon*, par Mr. G<sup>vo</sup>. Boissonade, t. II ; *Des Droits personnels ou obligations*, 1883, pp.158-159)。そして明治23年に公布された裁判上代位法(明治23年法律第93号)第1条は次のように規定する。  
第1条 民法財産編第三三九条ノ規定ニ從ヒテ債務者ニ屬スル訴権ヲ行ハントスル債権者ハ先ツ債務者ニ其行使ヲ合式ニ催告スルコトヲ要ス  
債務者右催告ヲ受ケタル後ハ権利ヲ讓渡スルコトヲ得ス
- 22) 『民法修正案理由書自第一編至第三編』352-353頁。穂積陳重博士も法典調査会で, 「本条はいわゆる間接訴権に関する規定であって旧民法財産編第339条を修正したものである。その大体において既成法典とひどく違っているところはないが, 既成法典においては, 『債権者ハ其債務者ニ屬スル権利ヲ申立テ及ヒ其訴権ヲ行フコトヲ得』とされ, 書き方として少し広すぎる欠点があったために, 『自己ノ債権ヲ保護スル為メ』という言葉を入れた。また, 債権者はその債権の期限が到来しない間は保存行為を除いて第1項の権利を行使できないが, 裁判上代位法による場合には, 期限前でも債務者に代わってその権利を行使できる」と説明している

(日本学術振興会・法典調査会民法議事速記録 18 卷 118 丁表 - 119 丁表).

- 23) 川名兼四郎『債権法要論』(1915 年) 250-251 頁。フランス法上の間接訴権につき、債権者が債務者の名で権利を行使することから、間接訴権を代理 (représentation) と考える見解もある (STARCK, ROLAND et BOYER, op. cit., n° 523(p.298); J. et Y. FLOUR, AUBERT, et SAVAUX, Droit Civil, Les obligations 3. Les rapports d'obligation, 2° éd., 2001, n° 77(p.45) ; J.CARBONNIER, Droit Civil t. IV, Les Obligations 22° éd., PUF 2000, n° 366(p.638)) が、債務者を代理するものと考えることに対しては反対も多く (J. et Y. FLOUR, AUBERT, et SAVAUX, Droit Civil, Les obligations 3. Les rapports d'obligation, 2° éd., 2001, n° 83(p.50)), Civ. 11 juillet 1951, D. 1951. 586 も債権者がフランス民法第 1166 条によって債務者の名で債務者の権利を行使する場合、債権者は自らの利益を守るために法が付与した権利を自己自身の名で行使するものであるとする。
- 24) 我妻・前掲『新訂債権総論』168 頁, 松坂佐一『民法提要債権総論』(1976 年) 102 頁, 前掲『注釈民法 (10)』732 頁。
- 25) 平井・前掲『債権総論〔第 2 版〕』261-262 頁。
- 26) 花房一彦「債権者代位について—独立的請求権構成の試み」新潟大商学論集 11 = 12 合併号 (1979 年) 53 頁以下。
- 27) TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op. cit., n° 1142(p.1065).
- 28) MARTY, RAYNAUD, et JESTAZ, op. cit., n° 148(p.130).
- 29) Req. 25. Mars 1924, S.1924. 1. 67.
- 30) TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op. cit., n° 1142(p.1065).
- 31) Juris Classeur Civil 1996, Art. 1166, n° 7(p.5).
- 32) Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 1977, D.S. 1978. 485) において、顧客 A は、公証人 H の公証業務に関連した義務の懈怠に基づく公証人 H の損害賠償責任を認める判決を得ていた。公証人関連法規により、公証業務と関連して公証人が顧客に損害を与えた場合には、地域公証人基金 (caisse régionale de garantie des notaires) が賠償責任を負うことになっていた。そこで、顧客 A は公証人基金に対してもさらに損害賠償を求めた。一方、公証人 H は公証業務と関連して責任保険に加入していた。そこで、地域公証人基金は、当該訴訟において、公証人 H の保険者 (la Cie La Winterthur) が被害者に賠償金を支払うことを求めた。破棄院は、地域公証人基金は、被害者に賠償金を支払った後に初めて公証人の債権者になることから、民法第 1166 条による間接訴権を行使できる地位にないとしている。
- 33) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 896(p.229).
- 34) 債務者には与える債務、為す債務、不作為債務など債務を負うすべての人が含まれるとする (Paris 9 janv. 1920, D. 1921. 119).
- 35) H. L. et J. MAZEAUD, op. cit., n° 967(p.1045 et s.).
- 36) TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op. cit., n° 1148(p.1072).
- 37) 債権者が間接訴権を行使する利益 (intérêt à agir) の意味が直ちに債務者の無資力を意味するものでないことから、最近では債権者が行使する利益につき債権者の債権が満足を受けえないようになる危険に置かれたとき (si la créance était en péril) という表現が使用されている (Civ. 1<sup>re</sup> 17 mai 1982, Gaz. Pal. 1982. 2. Pan. 301; JCP 1982. IV. 263).
- 38) H. L. et J. MAZEAUD, op. cit., n° 966(p.1045).
- 39) Grenoble 30 déc. 1896, D. 1897. 2. 238.
- 40) 債務者自らの権利行使についての事例として、債務者 B は第三債務者 C を相手に不動産を差押えた (saisie immobilière) もの、第三債務者 C と共謀して強制執行を実質的に進行させないでいた。そこで、B の債権

## 債権者代位権の意義に関する一考察 (一)

者 A は B の債権者として上記手続に参加するとともに債務者 B に代わって不動産の差押えができると主張した。グルノーブル控訴裁判所は、「債務者が自らその権利を行使した場合には、債権者は債務者の権利を行使できない。本件において債務者 B は不動産差押えを行っているが、債務者が権利を行使するような外観を見せても実質的に権利を行使しないでいる場合、債務者が権利を行使したとは言えない」とした (Grenoble 30 déc. 1896, D. 1987. 2. 238)。

41) H. L. et J. MAZEAUD, op. cit., n° 969(p.1046)。

42) Juris Classeur Civil 1996, Art. 1166, n° 23(p.7)。

43) Paris 31 mai 1990, D. 1990 Inf. Rap. 173.

44) Juris Classeur Civil 1996, Art. 1166, n° 24(p.7)。

45) Cass. Req. 1<sup>er</sup> avril 1828.

46) H. L. et J. MAZEAUD, op. cit., n° 969(p.1046)。

47) Req. 25 mars 1924, S. 1924. I. 67 において、A は B 夫婦に自己の建物を賃貸したが、当該賃貸建物は火災で焼失した。賃貸人 A はフランス民法第 1733 条 (賃借人は火災が偶発事故 (fortuit), 不可抗力 (force majeure), もしくは建物の構造上の欠陥 (vice de construction) に基づいて発生した事実, または火が隣家から燃え移った事実を証明しない限り, 火災の責任を負うと規定する) に基づき滅失部分に対する損害賠償請求をした。ところで、B 夫人はその父の死亡により相続清算分配権 (la liquidation et le partage de la succession) を取得するところであった。そこで、賃貸人 A は民法第 1166 条により B の債権者として B 夫人の相続清算分配権を代わって行使できると主張した。

破産院は夫婦が火災で焼失した建物の賃借人として依然として建物を占有しており、賠償債務を負う可能性はあるが、賠償額がまだ定まらず、さらに火災の責任が当該夫婦に帰属するかも争われていることから、賃貸人 A は相続清算分配権を行使できないとして A の主張が受入れなかったことは民法第 1166 条に反するものではないとしている。

48) 最判昭 30・12・26 民集 9・14・2082.

49) 最判昭 55・7・11 民集 34・4・628.

50) 最判昭 33・7・15 新聞 111・9.

51) 大判昭 5・12・16 民集 9・12・1131.

52) 大判明 39・11・21 民録 12・1537, 最判昭 40・10・12 民集 19・7・1777.

53) 大判明 43・7・6 民録 16・537, 大判昭 4・12・16 民集 8・12・944.

54) 最判昭 50・3・6 民集 29・3・203.

55) 最判昭 28・12・14 民集 7・12・1386.

56) 大判昭 10・10・23 新聞 3913・16.

57) 大判昭 7・7・1 民集 11・1498.

58) 大判明 41・2・27 民録 14・150, 大判大 7・4・16 民録 24・694.

59) MARTY, RAYNAUD, et JESTAZ, op. cit., n° 155(p.139)。

60) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 896(p.229) ; H. L. et J. MAZEAUD, op.cit., n° 977(p.1049)。

61) 山本和彦「フランス新民事執行手続法について (下) —日本法との比較を中心として」ジュリ 1041 号 (1994 年) 61 頁。

62) Civ. 25 sept. 1940, D.C.134, note J. CARBONNIER.

63) Civ. 25 sept. 1940, Gaz.Pal. 1940. 2. 119.

64) 1991 年にフランス民事訴訟法が大幅に改正され、停止差押制度は帰属差押 (saisie-attribution) となったが、帰属差押についても同様とされる (Juris Classeur Civil 1996, Art. 1166, n° 56(p.12))。

- 65) Civ. 25 sept. 1940, Gaz.Pal. 1940. 2. 119.
- 66) Civ. 1<sup>re</sup> 27 mai 1970, JCP 1971. II . 16675.
- 67) Civ. 1<sup>re</sup> 27 mai 1970, RTD 1971. 411.
- 68) 我妻・前掲『新訂債権総論』157-158頁.
- 69) 松坂・前掲『債権者代位権の研究』21頁.
- 70) 大判明 39・11・21 民録 12・1537.
- 71) 大判明 43・7・6 民録 16・537.
- 72) 債権者代位訴訟は手続法との関係でまず当事者適格が問題となる。第三者が他人の権利関係に関して当事者適格を持つ場合が第三者の訴訟担当であるが、これには本人の意思とは関係なく第三者が法律の規定によって当然に訴訟追行権をもつ法定訴訟担当と本人の授権によって第三者に自己の権利に対して訴訟追行権を与える場合の任意的訴訟担当の2種類がある。そして、債権者代位権に基づき債務者の権利を代位行使する債権者の地位は法定訴訟担当とされる(最判昭 48・4・24 民集 27・3・596)。次に、既判力の主観的範囲の拡張につき、既判力は原則的に訴訟当事者のみに及ぶが、例外的に訴訟当事者以外の第三者に既判力が拡張される場合がある。債権者代位訴訟の既判力が債務者に及ぶかについては、債権者代位権の行使としての訴訟は、自己の名で債務者の権利を行使する関係において、債務者のために訴訟当事者となったものであることから、民事訴訟法第 115 条第 1 項第 2 号により、訴訟に参加していない債務者に対しても既判力が及ぶとされる(大判昭 15・3・15 民集 19・8・586)。ただし、民事訴訟法第 115 条第 1 項第 2 号の「他人のため」を訴訟追行権者と本人間の利益の共通を意味するととらえ、第三者の訴訟担当を訴訟追行権者と本人と利害関係が対立しない吸収型と本人と利害関係が対立する対立型に分けて、対立型の場合には債務者に有利な判決に限って債務者に判決効が及ぶとする見解もある(三ヶ月章『民事訴訟法研究 6 巻』(1972 年) 8-10, 52 頁以下)。
- 債権者代位訴訟係属中の債務者の別訴提起については、法定訴訟担当説によると、債権者が提起した代位訴訟が代位権を備えた場合、債務者に代位権の行使に着手したことを通知するか、または債務者がこれを了知したときは、債務者は当事者適格を喪失し、訴えを提起することができなくなる(大判昭 14・5・16 民集 18・557)。ただし、債務者が債権者の代位権を争って独立当事者参加することはできる(最判昭 48・4・24 民集 27・3・596)。
- フランス法では、債権者は、ナポレオン法典第 1166 条によって債務者の権利および訴権を行使できるが、このことは債権者が債務者の権利を独占的に掌握 (mainmise) しようことを意味せず、債務者はなお処分の自由を有し、債権者の権利を害しない限りにおいて自己の思うまま権利を行使することも放棄することもできる (Req. 18 fév. 1862. 1. 248)。そして、判決訴権の判決の効力は原則として債務者に及ばないことから、債務者を強制的に訴訟に参加させることによって債務者が新たな訴訟を提起することを防いでいる (TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op.cit., n° 1152(p.1075 et s.))。
- 73) 債務者が受領しない場合のみ債権者は自己への引渡を請求できるとする見解(林=石田=高木『債権総論〔第3版〕』(1996年) 175頁)もある。
- 74) 我妻・前掲『新訂債権総論』168頁.
- 75) 大判昭 7・6・21 民集 11・12・1198.
- 76) 大判昭 10・3・12 民集 14・6・482.
- 77) 我妻・前掲『新訂債権総論』169頁, 大判昭 10・3・12 民集 14・6・482, 前掲『注釈民法(10)』765頁.
- 78) 我妻・前掲『新訂債権総論』169頁.
- 79) 平井・前掲『債権総論〔第2版〕』259頁.





