

Title	債権者代位権擁護論：債権法改正における立法論のあり方と「学説の作った虚像」
Sub Title	L'image originelle et sa métamorphose doctrinale de l'action subrogatoire (art.423) du Code civil du Japon
Author	池田, 真朗(Ikeda, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2011
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.84, No.12 (2011. 12) ,p.33- 117
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	斎藤和夫教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20111228-0033

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

債権者代位権擁護論

——債権法改正における立法論のあり方と「学説の作った虚像」——

池 田 真 朗

- 一 はじめに
- 二 問題の所在——学理からの廃止案と実務からの反論
- 三 わが民法の債権者代位権規定の立法趣旨
- 四 学説の展開
- 五 再検証
- 六 判例法理の展開の再検証
- 七 考察の小括
- 八 結論

一 はじめに

わが国では、二〇〇九年末から、民法（債権関係）の全面的な改正を目指して、法務省の法制審議会民法（債権関係）部会の審議が開始され、中間論点整理を公表しその意見公募を済ませた段階に至っている。⁽¹⁾この債権法

改正論議は、学者主導で始まったことが大きな特徴である。つまり、右の法制審議会民法（債権関係）部会が開
始される以前には、ほとんど学者のみ（一部グループに法務省関係者が加わっただけ）による検討がなされただけ
で、審議開始となったのである。⁽²⁾これは、わが国におけるこのところの立法作業の手順からすれば、かなり異例
である。近年の通例では、関係省庁で各界の代表者を集めて事前の研究会を一定期間開催し、ある程度の意見集
約を見てから審議会を始めるというやり方がなされてきたのであり（筆者が関係した立法では、平成一九（二〇〇
七）年成立の電子記録債権法の場合が一つの代表例である）、この審議開始は、私法の基本法の改正ということ考
え合わせると、何を急いだのか、大いに疑われるものであったし、⁽³⁾事実その後の進行の手順にも影響があつたよ
うに思われる。⁽⁴⁾

私は、この債権法改正について公表した論考や講演記録において、審議開始前に出されていた学者グループか
らの改正提案（それらがすべて法制審議会部会に持ち出された）の中には、優れたものも多かつたが、必ずしも
「現代日本社会にとっての最適改正」を意識したものばかりではなく、学者の自由な意見として、紛争解決より
も学理的な整合性を探求しているもの、あるいは諸外国の立法を意識した先鋭的な提案がなされているものもあ
つたこと等を指摘し、その結果、当然のことながら、学理的な色彩（ないしは学者的発想）が濃く実務の实情か
ら乖離した一部の提案に対しては、弁護士や実務家、さらに市民団体から強い批判を浴びることになった、と解
説して、学者ばかりが主導するのではなく、実務や市民の幅広い層がこの民法改正にかかわるべきことを述べて
きた。⁽⁵⁾

なかでも、本稿が取り上げる債権者代位権は、審議会開始以前の最初期から、今回の改正論議の中心となつて
いる内田貴法務省参与が、廃止ないし修正必至の規定の代表例という見解を示していたものであり、⁽⁶⁾同氏が事務
局長としてかかわった民法（債権法）改正検討委員会の案でも、廃止すべきという提案もされていた。⁽⁷⁾

それに対して、その後実務の立場から様々な反論や存続を求める声が出されるに至ったものである。⁽⁸⁾

筆者は、それら実務の意見にはもつともなところがあると共感するものであるが、⁽⁹⁾本稿の主たる狙いはその対立を解説するところにはない。本稿では、この債権者代位権を学理の、あるいは学説史上の観点から再検討し、債権者代位権そのものは、実務上そして判例法理上、今日まである意味で明治民法の起草者が企図し想定した延長線上に発展してきたものであり、⁽¹⁰⁾そもそも学理的な理由で債権者代位権の廃止・根本修正をいう学者の意見は、実は多くの点で明治民法施行後の「学説」が作り出した「債権者代位権像」に乗って批判をするものなのであって、いわば学者が理論的な純化を試みてきた結果の「虚像」をもって「実像」を批判する構図になっていることを論証しようとするものである。

もつとも、筆者は、改正論議にあたって、その「実像」にあたるものをそのまま保護しようというものではまったくない。論議は広く開かれている。それゆえ、現行民法典制定以来一一〇年を超える「経験」を十分に生かして、各界の意見を公平に戦わせて、現時点での「最良、最適」と思われる改正案にたどり着くべきである。⁽¹¹⁾すなわち本稿は、「筆者自身を含めた」⁽¹²⁾学理からする学理の自省」という意味での、そして学理優先の視点から始まった債権法改正議論のあり方⁽¹²⁾に反省を促そうとする意図での、債権者代位権の「擁護論」である。

(1) 同部会は、平成二三年四月に第一段階の審議を終え、五月一〇日に、「民法（債権関係）の改正に関する中間論点整理」を公表した。そしてこれについての意見公募も同年六月一日～八月一日までの二か月間で行われたが、その結果の集成を待たずに部会は直ちに次の段階の審議に入った。中間論点整理の内容等については、法務省のウェブサイト <http://www.moj.go.jp/shingil/shingil04900074.html>（見る）⁽¹³⁾が詳しい。

(2) これらの動きについては、私はすでにいくつかの論考や講演記録を活字にしている。その中で比較的最近のものとして、①池田真朗「民法（債権法）改正のプロセスと法制審議会部会への提言―債権譲渡関係規定による例証とと

もに―」法律時報一〇一九号(二〇一〇年)八八頁以下、②同「債権法改正の問題点―中間論点整理の公表を受けて―」税経通信二〇一一年七月号一七頁以下、③同「実務軽視で始まった債権法改正作業」金融財政事情二〇一一年七月一日号三一頁以下、および講演記録として④同「債権法改正の問題点―中間論点整理の評価と今後の展望―」法学研究(慶應義塾大学)八四卷七号(二〇一一年)一〇一頁以下、を挙げておく。

(3) 池田・前掲注(2)①「民法(債権法)改正のプロセスと法制審議会部会への提言」八九頁。また、角紀代恵「債権法改正の必要性を問う」法律時報一〇一八号(二〇一〇年)七四頁は、そもそもいつ誰が債権法の全面改正をすることにしたのか不明であると指摘する。

(4) 法制審議会部会が、「中間試案」ではなく「中間論点整理」なるものを公表したのは、審議会部会開始後に初めて法曹界や実務界、市民団体などの意見が徴された経緯からして、いわば必然のプロセスであったといえる。ただし、この「中間論点整理」なるものは、全く「論点」そのものを「整理」してはならず、審議会開始後のすべての議論をまとめて、部会の合意形成レベルを示しつつ紹介しただけのものである。池田・前掲注(2)④「債権法改正の問題点」一一三頁参照。

(5) 池田・前掲注(2)④「債権法改正の問題点」一一八頁等参照。

(6) 内田参与は、二〇〇七年九月に行った講演の記録で、民法の中の手直しした方がよい制度として危険負担に関する五三四条の債権者主義と債権者代位権、債権者取消権を挙げ、「債権者代位権や債権者取消権は、債務主義もない債権者が事実上の優先弁済を受けるのに使われる、これはけしからん」と授業では紹介しますが、立法するならば、この点についても何らかの担当があつてしかるべきでしょう」と述べている(内田貴「いまなぜ「債権法改正」か?」(上)NBL八七一号(二〇〇七年)二三頁)。また、その後の著作でも、本文に後述するように、廃止論も含めた、きわめて批判的な評価をしている(後掲内田貴「債権法の新時代―「債権法改正の基本方針」の概要―」一一四―一七頁参照)。

(7) 民法(債権法)改正検討委員会の『債権法改正の基本方針』に示された債権者代位権についての提案(廃止意見も含む)とそのシンポジウムでの説明については、本文に後掲する。なお、すでに私が繰り返し説いているところであるが、この民法(債権法)改正検討委員会の提案『債権法改正の基本方針』は、(委員会の事務局長自らが述べて

いるように) 一つの学者グループの私的な提案をそう名付けたものにすぎないのであって、決してこれが今般の民法(債権関係) 改正審議の「基本方針」を示しているものではない。

(8) 弁護士、金融実務家その他の意見を本稿二に紹介する。

(9) 私は、この債権者代位権について、前掲注(2)④の講演では、以下のように概要を言及した(本稿で述べる私見に關係する記述に傍点を付して引用する)。

「もう一つ今度は、理屈ではなく実務感覚。これで債権者代位権というのを挙げました。この債権者代位権というのは実は内田参与が一番早い時期からやり玉に挙げておられた、こういうものはよくないということを、『債権法の新時代』などで書かれていたものなわけですけれども、それをどういふふうに学者たちは言っているかというところ、現在の民事執行・保全制度というのは「債務名義」というものをちゃんと取って、それを要件としてその執行にかかると、こういう制度が確立している中で、債権者代位権はこの債務名義がいらぬんですね。異質である、というのはその通りです。

それから、これは責任財産の保全ということで、学部(三、四)年生も勉強していると思いますけれども、そうすると事実上、代位権を行使した人に、金銭債権に関する場合、優先弁済効を与えてしまう。これは理論上おかしい。これも代位権の趣旨を責任財産の保全として疑わなければその通りです。

では、すぐ廃止してもいいのかということなんですけれども、実務でこの債権者代位権は実際紛争解決にどう使われているんですか。立法提案をするときにはそういうことも検証しましょうというのが私の考えです。そうすると、裁判外で使えるこの制度は、実務の皆さんに何うと、「使い勝手がいい」という表現をされますね。また、これがあから交渉ツールの一つとして使えているんだと。だから、実際に代位権行使までいなくても、こういうものを手段として持っているということに意味があるというんです。

それから、これは学部生でも知っているように、賃借人の妨害排除請求で所有者が何もしてくれないとか、それから振り込め詐欺でどこの人のところに行ったのか分からない、けれども振り込んだ口座は分かっているからまだ引き出されていないというような場面で、これは振り込め詐欺です。すでに立法手当てができましたけれども、いざれにしても妨害排除請求とか振り込め詐欺などの場合に、ほかに手段がないときの紛争解決の妙手として存在している。

こういう意味も確かにある。

優先弁済効は現在の通説からみれば、理論的にはおかしいんですけど、実務の方々には聞くところ、やはり回収に一生懸命努力した見返りというところで、こういうものがあってもいいのではないのか、というご意見がかなりあります。この考え方で言うと、優先弁済効を取ってしまったら債権者代位権ってあんまり存在する意味がないねという、こういうご意見も出てくるわけですね。

そうすると、立法というのはやっぱり学理の筋論でばかりするんじゃないでしょうかと思うわけです。今、あるルールがどういうふうに関務で評価され、使われているんですかと。それが本当にいけないことですかということを確認して提案するべきだろうと私は思います。」(池田・前掲注(2)④「債権法改正の問題点」一二五～一二七頁)

(10) ただしこの債権者代位権については、「立法趣旨に沿って」といえるほどにははっきりした(正式の)立法趣旨が把握できないという状況がある。本稿後述三参照。

(11) 法制審議会民法(債権関係)部会では、廃止案それ自体は提示されていないが、部会での最初の検討資料の記載は、本稿二に述べるように、最初に制度の存在そのものに対する原理的な批判があること、紹介から始まり、「本来の制度趣旨と現実的機能との間に乖離が生じている」という問題提起を行っている(「民法(債権関係)部会資料七―二」『民法(債権関係)の改正に関する検討事項―法制審議会民法(債権関係)部会資料(詳細版)―』(民事法研究会、平成二三(二〇一一)年)七四頁以下。しかし本稿は、そこにいう「本来の制度趣旨」とされるものから再考の要があるとするものである。

(12) 法務省サイドには、現時点(法制審議会民法「債権関係」部会審議開始以降、更に中間論点整理公表以降)では各界の代表も入れて、さらにパブリックコメントも取って審議しているので問題はないとの意見もある。私は、部会審議開始後の民事局の努力には敬意を表するものであるが、その部会に最初に提案された原案である「検討事項」が、学者だけの提案を基礎に作成され、そこから(その発想をある程度所与の前提として)すべての審議が始まっていることにはやはり問題が残る。

二 問題の所在——学理からの廃止案と実務からの反論

(1) 現在の通説的理解

債権者代位権が現代の標準的な法学教科書でどのように解説されているかといえ、まず、詐害行為取消権とひとくくりにして「責任財産の保全」の規定であるとしたうえで、その要件については①債権者の債権を保全する必要性があること（金銭債権の場合は無資力要件）、②債務者自身が権利行使をしていないこと、③原則的に債権者の債権の履行期が来ていること（例外は条文にあり）、が挙げられ、①の保全の必要性については、a本来代位権を金銭債権について用いる場合は、債務者の無資力が要件になり、bそれを特定債権に「転用」する場合は無資力要件は不要となり（保全の必要性で考える）、cさらに金銭債権の保全の場合でも無資力要件がいらぬケースもある（これを債権者代位権の拡張事例と呼ぶ学者もある）、という三段階の説明がされている。そして、行使の効果については、本来責任財産の保全の規定なのだから、いったん債務者の財産に戻して、そこから改めて強制執行をするべきなのであるが、金銭の場合には、代位債権者がそれを債務者に引き渡す義務と自己の債権を相殺する形で事実上の優先弁済を実現できることになる。この結果には批判もあるが、全員の一般債権者の利益になるような手続規定を欠くことからくる、やむを得ない欠陥である、などと説明するものが一般的である。⁽¹⁾

(2) 債権法改正論議における提案

これに対して、今回の債権法改正において示された批判や批判的改正提案を見てみよう。

前掲の内田参与の批判は概略次のようなものである。まず優先弁済効について「現に民法にそれが可能となる規定がある以上、優先弁済を認めるのもやむを得ない、あるいは積極的に認めるべきだ」という解釈論が出てくる

のはありうることである。しかし、立法論としてはどうてい正当化できない」といい、(債権法改正検討委員会が示した後掲の)「転用事例について個別に立法的な対応をしたうえで債権者代位権を廃止するという議論」は、一九六九年に三ヶ月章博士がその論文「わが国の代位訴訟・取立訴訟の特異性とその判決の効力の主観的範囲」(この論文については本稿三に後述する)で説かれていた考え方あって、「何ら奇抜な提案ではない」とし、振り込め詐欺事例での債権者代位権を用いた裁判例についても「アクロバットの流用」と評して、「有益な法理への発展を、債権者代位権という融通無碍な条文が阻害したともいえる」という、きわめて消極的・批判的な評価をしている。⁽²⁾

内田参与が事務局長を務めた民法(債権法)改正検討委員会が二〇〇九年四月に開催した債権法改正シンポジウムでは、同委員会の提案が説明されたが、その段階では、この債権者代位権の廃止論も提示されていた。活字になっている同シンポジウムでの沖野眞巳教授の説明は、以下のようなものである。

「債権者代位権の課題は、債権者代位権制度が現在営んでいる多様な機能を整理して、制度の性格と内容を明らかにすることだと考えられます。債権者代位権につきましては、そもそも民事執行や民事保全の制度とは別に、一般的な制度として存続させるべきかが問題です。形成権の行使についても、また、いわゆる転用型の類型についても、それぞれ個別に検討すれば足りるとも考えられます。とすれば、債権者代位権が担っている機能のうち、必要なものを切り出し、個別にどう手当てするかを検討するという方向もあります。

本提案は、一般的な制度としてはこれを設けないとすることもあり得る選択肢であることを踏まえつつもなお、一般的な責任財産の保全と個別の債権の実現のための準備という二類型として用意することを提案しています。それは債権者代位権には、裁判外での交渉を含め、債権者による権利行使の基礎づけとなる意義があること、転用型についても権利の生成の過渡的な受け皿となる意義があること、これらを見捨てないで考えるためです。

二類型として、要件を明示し、また場面を絞り込みつつ、債権者の事実上の優先弁済を否定し、供託可能性の拡大な

ど、とりわけ現行法の下で手薄と考えられた相手方ないし第三債務者の地位への配慮を盛り込み、債務者の手続保障、他の債権者の地位の明確化等の考慮を盛り込んで、法律関係の明確化を図ることにしています。⁽³⁾

つまり、「一般的な制度としてはこれを設けないとすることもあり得る選択肢であることを踏まえつつ」「一般的な責任財産の保全と個別の債権の実現のための準備という二類型として用意する」という提案である。二類型というのは、いわゆる無資力要件を要求される、学説のいう「本来型」と、保全の必要性が要件とされる、学説のいう「転用型」である。

その民法（債権法）改正検討委員会が公表した基本提案は以下のとおりである（廃止論は、アステリスク案の形で*1、*3として附記されている⁽⁴⁾）。

【3.1.2.01】（債権者代位権）

- 〈1〉 債権者は、次に掲げる場合には、その有する債権を保全するため、債務者に属する権利を行使することができる。
 - 〈ア〉 債務者がその負担する債務をその有する財産をもって完済することができない状態にあるとき（債務者が当該権利を行使しないことによって当該状態となる場合を含む。）
 - 〈イ〉 債務者に属する当該権利を行使することを当該債権者が債務者に対して求めることができる場合において、債務者が当該権利を行使しないことによって、債権者の当該債権の実現が妨げられているとき
 - 〈2〉 債権者は、債権者が債務者の当該権利を行使することが保存行為（債務者の財産の現状を維持する行為をいう。）となるときを除き、その有する債権につき履行期が到来しない間は、〈1〉による債務者に属する権利の行使をすることはできない。
- 〈3〉 債権者の有する債権が強制力のない債権であるときは、債権者は〈1〉による債務者に属する権利の行使をすることはできない。
- 〈4〉 〈1〉にかかわらず、債務者に属する権利が次に掲げるものであるときは、債権者はその権利を行使することはできない。

い。

〈ア〉 その行使につき債務者の一身に専属する権利

〈イ〉 差押えの禁止された権利

* 1 〈1〉〈ア〉については、民事保全や強制執行等の別の手続が存在するため、このような一般的な制度は不要であるという考え方があり。

* 2 不動産登記手続申請権の代位行使の場合には、登記制度に特有の考慮をも踏まえ、「債権者が、自己の債権を保全するため必要があるとき」に登記申請権の代位行使が認められる旨の規定を置くことが考えられる（不動産登記法五九条七号参照）。その内容とともに、規定の位置に関して不動産登記法に設けることを含め、さらに検討を要する。

* 3 〈1〉〈イ〉については、個別の対応を図るべきであり、このように一般的な制度は設けないものとするという考え方があり。

そして、付随する提案として、本来型については、代位債権者が第三債務者から回収した金銭の返還義務と自分の債権を相殺することを禁ずることにより【3.1.2.02】〈3〉、優先弁済の可能性を封じている⁽⁵⁾。また転用型については、「すでに転用が確立している場面については個別に立法で手当てすることを想定しているから、本提案の文言は制限的になっている。万一転用の必要が生じたときに活用できるように、という趣旨である。転用事例については、賃借権に基づく妨害排除については【3.1.2.07】が明文化し、不動産登記については【3.1.2.01】*2が不動産登記法の改正を提言している⁽⁶⁾と解説されている（その他同提案は【3.1.2.03】（相手方の地位）、【3.1.2.04】（債務者への通知）、【3.1.2.05】（代位訴訟）、【3.1.2.06】（債権者の権利義務）、【3.1.2.07】（裁判上の代位）と続く【3.1.2.03】は、相手方に供託を許すもの、最後の【3.1.2.07】は裁判上の代位制度を廃止する提案である⁽⁷⁾）。一見これまでの議論に対して行き届いた手当をした立法提案とも思える。ただしこのような提案を実際に条文

化した詳細な規定が、はたして「国民に分かりやすい民法典」になるかは、かなり疑問もある。⁽⁸⁾

このような提案を受けて開始された民法（債権関係）部会の当初配布資料である「検討事項」は、最初の「総論」とその「関連論点」で以下のように述べて、具体的には「本来型の債権者代位権の在り方」と「転用型の債権者代位権の在り方」とを大きく分けて審議を始めることになったのである。

「1 総論 債権者代位権については、主に理論的な面から、制度の存在そのものに対する理論的な批判がある。他方で、債権者代位権は、本来的には、債務者の責任財産の保全のための制度であるといわれているが、現実には、簡便な債権回収の手段として用いられ、さらに、責任財産の保全とは無関係に、非金銭債権（特定債権）の内容を実現するための手段としても用いられており、本来の制度趣旨と現実的機能との間に乖離が生じている。

また、現行民法における債権者代位権についての規定は、わずかに同法第四二三条の一条のみであり、要件・効果等の細部や第三債務者の地位、債権者代位訴訟に関する規律については、判例法理・解釈理論がこれを補っている状況にある。

このような現状を踏まえ、債権者代位権に関する規定の見直しに当たり、どのような点に留意すべきか。

（関連論点）「本来型の債権者代位権と「転用型の債権者代位権」

債権者代位権の制度趣旨については、様々な考え方があり得るが、本来的には債務者の責任財産の保全のための制度であると理解するのが一般的であるといわれている（以下、このような目的で用いられる債権者代位権を「本来型の債権者代位権」という）。

他方で、債権者代位権は、現実には、責任財産の保全とは無関係に、非金銭債権（特定債権）の内容を実現するための手段としても用いられている（以下、このような目的で用いられる債権者代位権を「転用型の債権者代位権」という）。

本来型の債権者代位権と転用型の債権者代位権とは、想定される適用場面が異なることから、両者を区別して、それぞれの制度の在り方について個別に検討していくことが考えられるが、どうか。⁽⁹⁾

(3) 実務からの反論

それでは、以上に見た民法（債権法）改正検討委員会案や、それをほぼ取り入れた形の法制審議会部会の原案にあたる「検討事項」に対して（そして部会での議論をまとめて紹介した「中間論点整理」に対して）、弁護士や金融法務の実務家がどのような反論や要望をしているかを検討しよう。以下には、いくつかの意見を各論考からそのまま抜粋し引用する。その方法で、実務からの反論の全体像が十分把握できるように思われるからである。

まず、民法（債権法）改正検討委員会の提案に対する意見や感想を抜粋してみる。片岡義広弁護士は、以下の⁽¹⁰⁾ように述べる。

「その制度設計に際しては、法律要件および効果を明確にして法的安定性を高めつつ、重装備で時間と費用のかかる訴訟、執行、保全および法的倒産の手續負担等を回避し、債権者代位権の簡易保全（および簡易執行）、としての機能、詐害行為取消権の簡易倒産手續としての機能に配慮してほしいと考える。」

「改正提案は、責任財産の保全に重点を置き、転用型について限定的である。債権者代位権は、現行法と同様に債権保全の制度とし、簡易保全（および簡易執行）の手段としてこの制度を残すことが債権の実効性確保の上で有益と考える。」

「本来型のいわゆる無資力要件について、同改正提案の〈ア〉は、債務超過に限定しており、要件が狭いと考える。上記の観点からは、民事保全法二〇条一項と同旨を民事実体規定で規定するのが明確かつ整合的であると考える。」

「転用型について、検討委員会が法の「生成機能を営む意義がある」とされた点は、立法に望む基本姿勢として、高く評価したい……。」

ただ、同改正提案の〈イ〉が「債務者に属する当該権利を行使することを当該債権者が債務者に対して求めることが出来る場合」に限る点は、法生成機能、犯罪被害の簡易迅速な救済、金融実務で誤振込み等の簡易迅速処理等の観点等から、その要件が狭いと考える。

そして、現行の債権保全のための制度を維持すべきであるとの観点からは、民事保全法二三条一項および二項と同旨の要件を民法にも明記することが、民事保全の制度と整合的かつ適当なことであると考える。

西洋哲学の二項対立のように手続法と実体法を峻別しきるのではなく、選択的に多様な手段を用意し、現実に対して柔軟構造で対応する法制のほうわが国の文化にも合い、現実社会に適用される立法として優れると考える。」

「改正提案の【3.1.2.01】(3)は、従前あった債権者代位権のいわゆる事実上の優先弁済効を否定するものとなつていゝる。しかし、その効果に制限を加えることは望まれるものの、債権の簡易保全制度を維持すべきである等、上記の観点からは、債権者の相応のインセンティブは残すべきであると考えゝる。」

次に、小林明彦弁護士の見解は以下のようである。⁽¹¹⁾

「現在の民法（債権法）改正検討作業においては、上記の各問題意識をも踏まえて種々の検討が行われている模様であるが、本来型債権者代位権に関する限り、根本的な部分における解決策は提示されていないように思われる。

第三債務者に供託させて債権者間の調整を図ろうとしても、最終的に執行法の枠組みに乗せて配当手続を置くのではまったくの二度手間に思えるし、そもそも要件の存否判断に関する第三債務者の負担は解消されない。

債務者への通知を義務付けてみても、不服申立手段の整備を伴わなければ問題解決にならないし、その整備の手法も考えにくい。

現在の議論においては、第三債務者財産への仮差押えが可能となることなど実務上のメリットがあることも指摘されており、そのこと自体に異論はない。ただ、司法的判断を通じて保全や回収を実現しようとする現行の執行保全制度と並行して、目的物が債権の場合にのみ特殊な保全回収手段をおくことの合理性を説明できるかどうか大きな課題としてのこされているように思われる（9）。

（9）債権者代位権と執行保全制度とを併存させることには本稿で論じてきたような理論的な問題が存在するのであるが、実務においては、巷間いわれるほどに問題が顕在化していたわけではなく、かえって簡易決済に資するなどのメリットが認識されている。このような現状認識に立てば、本来型債権者代位権を廃止しなければならないとするまでの

立法事実は存在しないという分析も可能である。」
 山田徹弁護士は以下のように述べる。⁽¹²⁾

「債権者としては、保全手続において担保のために相応額の資金の準備が必要となること等の様々な要因に応じて、正攻法としての保全・執行に代え、「事実上の優先弁済」機能を背景に、代位権行使の相手方を含めた交渉のきっかけとして債権者代位制度を根拠とする場合はあったように思われ、「事実上の優先弁済」機能がない場合における代位権の行使は、交渉材料としての機能も低下することが考えられる。」

金融機関の法務室に勤務する佐伯聡氏の意見は以下のようである（この意見は「責任財産の保全」の問題から説き起こす点で本稿の問題意識と通じるところがある⁽¹³⁾）。

「債権者代位権と詐害行為取消権は、いずれも「責任財産保全の制度」とされるが、両者間において現実の機能・使われ方はかなり異なっている。また「責任財産の保全」といっても、個別債権者のための責任財産の保全の制度が、総債権者のための責任財産の保全の制度か、さらに民法における債権者平等原則の妥当範囲をどう考えるか、といった議論から始める必要がある。そして、現行法の判例法理に基づく現実の機能を踏まえ、その想定すべき制度趣旨を再検討していく必要がある。」

「仮に本来型の債権者代位権を仮差押えとならぶ責任財産保全手段として積極的に評価するならば、第三債務者としては、むしろ、明示的に弁済禁止とされるほうがよいようにも思われる。」
 また、金融機関の梶川博行氏は、座談会発言で、以下のよう⁽¹⁴⁾に述べる。

「債権者代位について、過去に認められた転用型は、実質的には代位登記と賃借権による妨害排除だけでも言われていますが、本来型にしる、転用型にしる、債権者としては、何らかの理論的な支柱といえますか、将来の受け皿という機能としては残してほしい制度だと思います。」

また金融機関の藤原彰吾氏の意見は、以下のよう⁽¹⁵⁾である。

「当該機能が失われることについての金融機関実務に与える影響が致命的に大きいとまでは言えないとも考えられる

ものの、優先的な債権回収手段が一つなくなるという提案であり、今後、実務的な観点からの議論が必要となる論点である。」

以下は法制審議会部会の中間論点整理に対する意見書のダイジェストであるが、まず、大阪弁護士会の民法改正問題特別委員会の意見概要は以下のよう⁽¹⁶⁾なものである。

「現行法制度においては、債権者は、債権回収のためには民事執行制度を、責任財産保全のためには民事保全制度をそれぞれ利用すべきであるが、これらの制度では不足を来す例外的場面が存するところであり、債権者代位制度が存在意義を有する。時効中断のための訴訟提起等、債務者の権利の保存行為を代位行使するケースや、債務者が有する時効援用権等の形成権を代位行使するケース、さらには第三債務者の資産悪化・隠匿に備えて第三債務者名義の財産に対する仮差押手続を行う際の被保全権利として債権者代位権を主張するケース等である。また、債権者代位制度には、債務者が所在不明であったり無気力であったりする場合に、裁判外において債権者が直接第三債務者と交渉する基礎を与える機能もある。」

「そもそも現行実務においても事実上の優先弁済機能をねらって債権者代位訴訟を提起する事例は知られていないから、裁判外の行為が問題となるが、債権者が債権者代位権に基づき、協力的な第三債務者から直接給付を受けることは、強制執行の準備のための行為として認められるべきであり、事実上の優先弁済機能の否定は、当該給付の債務者への返済債務と被保全権利との相殺を禁止することによってなされるべきである。このとき債権者は、別途被保全権利の債務名義を取得し、当該給付の債務者への返還債務を自ら差し押さえ、自ら取り立てることにより債権回収を図るべきことになる。」

「これらの通知や訴訟告知の効果として、第三債務者の弁済禁止効、債務者の処分禁止効を設けることは妥当ではない。これらの強い効果を獲得するためには、民事保全制度を用いるべきであり、代位権に当該効果を設けることは保全制度の補完の趣旨を超える過大なものと言わざるを得ないからである。」

同じく東京弁護士会の意見書について児玉隆晴弁護士が解説するところから引用する。⁽¹⁷⁾

「事実上の優先弁済機能については、債権者代位権の制度趣旨や強制執行・民事保全制度が整備されていることを根拠に原則として否定する意見が有力である。

しかし、これを中間論点整理で示された立法提案（検討委員会案と同じ。以下、単に「立法提案」という）のように一律に否定すると、同機能が中小零細事業者などの少額債権者保護の機能を果たしてきた意義を失わせることになる（議事録第五回一四頁〔岡正晶発言〕参照）。

そこで、一定の債権額の限度で、同機能を維持し債権回収における劣位者の保護を図るのが妥当である。」
 同じく、預金保険機構の意見書を吉岡あゆみ・林健司両氏が解説するところから引用する。⁽¹⁸⁾

「機構は、他の債権者が積極的に回収に向かわない債権（債務者が反社会的勢力であるもの等）に対しても、財産調査権（預金保険法附則一四条の二）を行使し、回収可能な財産を発見することがあるが、現状、かかる債権の回収にあたって、債権者代位権および詐害行使取消権がある程度有用に活用されているといえる。上記のような債権の回収に実を上げるとは、金融機関の破綻処理費用の最小化に資するものである。そのため、回収の可能性を狭める方向での検討には慎重であるべきと料する。

また、債権者代位権における事実上の優先弁済効を否定した場合には、次のような問題も生じ得る。

すなわち、①代位債権者に被代位権利の目的物である金銭の受領を認めつつ、相殺を禁ずる場合、債務者は代位債権者に対して不当利得返還請求権を有することになるが、債務者がこれを行わない場合、他の債権者が代位債権者として権利行使をすることができ、債権者代位が延々と続く可能性がある、②相殺を禁止した場合、他の債権者が、上記不当利得返還請求権を差し押さえて取立訴訟や転付命令によって回収を図ると考えられるが、そうなれば結局、債権者に債務名義がない限り回収できない結果となるため、債権者代位制度の存在意義が相対的に低下する、③金銭を受領した代位債権者が破産した場合には、相殺が禁じられることにより、破産債権者となった債務者にとって不都合が生じる。

結局、事実上の優先弁済効を否定することは、いわゆる本来型債権者代位権の意義を失わせることになる。機構は、

本来型債権者代位権は、これを被保全権利とした仮差押えを行うことを可能とするなどの独自の存在意義を持つものであつて、存続されるべきであると考ええる。よつて、事実上の優先弁済効についても、何らかの形で存続されるべきと考へている。」

さらに、整理回収機構の意見書を高橋司弁護士が解説するところから引用する。⁽¹⁹⁾

「債権者代位権制度は、債権執行制度がカバーしない多くの場面で存在意義がある。とくに債務者が資金を近親者や関連会社などの第三債務者に移動して隠し、それが第三債務者名義の資産となつている場合、いまだ債務名義を有しない債権者がこの第三債務者名義の資産のさらなる流出を阻止すべく仮差押えをするためには、債権者代位権という実体法上の権利を使わざるを得ない。「充実した債権執行制度」という観点からは、むしろ債権執行あるいは保全の制度を改めるべきなのかもしれないが、それでカバーしきれぬかは疑問であるし、少なくともそのような代替制度が揃うまでは、債権者代位権制度は重要である。」

「債権者代位権の行使対象となる債務者には、「債権の行使を怠っている暢気な者」と「資産の隠匿を図る者」とがあると思われる。いずれを主にイメージするかで、この論点をはじめとする債権者代位権制度全体についての考え方も異なるであろう。債権回収の現場でその行使が検討される債務者の大半には、後者の要素がある。その場合、通知は有害でしかない。前者のタイプの債務者への通知も、結局は「自ら行使するか、債権者に行使されるか」の判断を求めるだけである。他人の権利に過度に干渉しないという理念面のみの問題であり、実質的には債権者・債務者のいずれにとつても有意義とは思えない。」

「RCC意見では、この機能を禁止あるいは制約するべきではないとし、仮に制約するとしても弱いものととどめるべきとしている。主な理由は、やはり「汗をかいた債権者」は優遇されてよいというものである。」

以上、活字になつてゐるものを網羅できてゐるわけではないが、これらによつて、実務界の反応がかなりトータルな形で把握できたのではないかと考へる。優先弁済効を含めて、債権者代位権のメリットを説く意見が多いといつてよい。⁽²⁰⁾

- (1) 野村豊弘他『民法Ⅲ―債権総論(第三版)』(有斐閣Sシリーズ、平成一七(二〇〇五)年)七二頁以下〔野村豊弘執筆〕等(野村・八四頁は、優先弁済を得られる結果を積極的に評価する学説もあると紹介する)。池田真朗『新標準講義民法債権総論』(慶應義塾大学出版会、平成二二(二〇〇九)年)六三頁以下も同様な記述をしている。
- (2) 内田貴『債権法の新時代―「債権法改正の基本方針」の概要―』(商事法務、平成二二(二〇〇九)年)一一四―一一七頁。
- (3) 沖野眞己〈シンポジウム報告記録〉『シンポジウム「債権法改正の基本方針」』別冊NBL一二七号(二〇〇九年)五二頁。
- (4) 民法(債権法)改正委員会編『債権法改正の基本方針』別冊NBL九〇四号(二〇〇九年)一五九頁。
- (5) 【3.1.2.02】(受領を要する権利の代位行使)の全文は、以下のとおりである(前掲注(4)NBL九〇四号一六〇頁)。
- ① 代位行使される債務者の権利が、債務者による受領行為を要する場合において、次に掲げるときは、債権者は、自己への交付を求めることができる。
- ② ①の場合において、債務者に受領を期待することが困難であるとき
- ③ ①の場合において、次に掲げる事由のないとき
- ④ 債務者が、その債務をその有する財産によって完済できない状態にあるとき(ただし、債権者の【3.1.2.01】①による権利の行使が債務者の他の債権者を害しないとき、または②に該当するときは、この限りではない。)
- ⑤ 債権者が、債権者に対し、対抗できる事由を有しているとき
- ⑥ その他、債権者への交付を求めることが不当であるとき
- ⑦ ①の場合において、債権者は、受領した財産を債務者に返還する義務を負う。
- ⑧ ①の場合において、金銭を受領した債権者は、債務者に対する返還債務または相当額の金銭の支払債務と自己の債務者に対する債権とを相殺することができない。

④ 〈1〉イの場合において、債務者の権利の相手方は、債務者に対して主張しえた事由のほか、当該債権者に対して主張することのできる事由を、主張することができる。

(6) 括弧内の引用は内田・前掲注(2)『債権法の新時代』一一九頁。

(7) 前掲注(4) NBL九〇四号一六二〜一六四頁。

(8) もう一つの学者グループである、加藤雅信教授を代表とする「民法改正研究会」の債権者代位権に関する立法提案(三五六条)は、現行規定を基本にして、「債務者無資力」と「権利の関連性」を二つの場合として要件立てをし、「①債権者は次の各号に該当する場合には、自己の債権を保全するために債務者に属する権利を債務者に代位して行使することができる。」

一 債務者が無資力であるとき。

二 保全される権利と代位行使される権利との間に関連性があるとき。

②前項の規定にかかわらず、債権者は、債務者の一身に専属する権利について債権者代位権を行使することができない。」

という規定を提案している(民法改正研究会・法律時報増刊『民法改正国民・法曹・学界有志案』(日本評論社、二〇〇九年)一六五〜一六六頁)。そしてこちらでは、債権者代位権の廃止論は問題となっていない。なお、この民法改正研究会は、財産法全体の立法提案をしており、かつ最初の仮案公表(二〇〇八年秋私法学会)前後にメンバー以外の学者、弁護士会、司法書士会、実務等との対話の機会を持って提案の補正改良を図り、さらに現在も改良のための活動を継続しているが、民法(債権法)改正検討委員会のほうは提案公表の段階で解散している。

(9) 前掲一の注(11)『民法(債権関係)の改正に関する検討事項』七四頁。

(10) 片岡義広「債権者代位権・詐害行為取消権」NBL九二〇号(二〇一〇年)一六頁以下。

(11) 小林明彦「民法(債権法)改正における企業法務からの視点」第3回 本来型債権者代位権と債権執行の交錯」NBL九三八号(二〇一〇年)五四頁以下。

(12) 山田徹「債権者代位権―正攻法としての保全・執行による対応との関係―」銀行法務21七一一号(二〇一〇年)一六頁以下。

- (13) 佐伯聡「銀行取引からみる債権法改正⑤ 債権者代位権と詐害行為取消権——金融実務の事象から改正を考える——」銀行法務21七八号(二〇一〇年)二四頁。
- (14) 井上博史Ⅱ大野正文Ⅱ梶川博行Ⅱ城市智史Ⅱ高山崇彦Ⅱ中根敏勝Ⅱ藤原彰吾「(座談会) 民法(債権法)改正に伴う金融取引への影響」金融法務事情一八六六号(二〇〇九年)三六頁。
- (15) 藤原彰吾「検討委員会試案の実務影響を考える 2 債権者代位権」金融法務事情一八七四号(二〇〇九年)一六頁。
- (16) 大阪弁護士会民法改正問題特別委員会「特集Ⅱ中間論点整理に対する意見書ダイジェスト 8 「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理に対する意見書」の概要」金融法務事情一九三二号(二〇一一年)一一〇頁以下。
- (17) 児玉隆晴「特集Ⅱ中間論点整理に対する意見書ダイジェスト 7 東京弁護士会作成「民法(債権関係)改正に関する中間的な論点整理に対する意見書」の概要」金融法務事情一九三二号(二〇一一年)一〇一頁。
- (18) 吉岡あゆみ・林健司「特集Ⅱ中間論点整理に対する意見書ダイジェスト 5 民法(債権関係)改正の中間論点整理に対する預金保険機構の意見書の概要」金融法務事情一九三二号(二〇一一年)八九頁以下。
- (19) 高橋司「特集Ⅱ中間論点整理に対する意見書ダイジェスト 6 民法(債権関係)改正の中間論点整理に対する整理回収機構の意見書の概要」金融法務事情一九三二号(二〇一一年)九六頁以下。
- (20) なお、法制審議会民法(債権関係)部会委員でもある中井康之弁護士は、まず債権者代位権制度は廃止させるとなく存続させることに賛成と述べ、事実上の優先弁済の当否については、制度論から実務からの意見を公平に紹介した上で、「専ら法制度論ないし法理論面から、事実上の優先弁済機能を否定することにはなお慎重であるべきと考える」とし、改正の方向性としては、「諸制度の改正により、債務者自身による責任財産の保全を促し、金銭債権についても他の債権者が配当にあずかれる仕組みを確保しながら、債務者も他の債権者も特段の努力をしない場合に、汗を流した代位債権者に事実上の優先弁済を許容するのが、バランスとして良いように思われる」と述べている。山本和彦Ⅱ事業再生研究機構編『債権法改正と事業再生』(商事法務、平成二三(二〇一一)年)一一三頁、二二二—二二三頁。

三 わが民法の債権者代位権規定の立法趣旨

(1) 公的立法趣旨

本稿では詳細の言及を省略するが、そもそも債権者代位権はドイツ民法には存在せず、フランス民法由来の制度であることが明瞭である。そしてそのフランス民法の債権者代位権がいかなるものであつて、フランス古法からどのような沿革をたどつてフランスの制度となつたのかについては、わが国でもいくつかの著名な研究がなされていることは周知のとおりである。⁽¹⁾しかしながら、それがどのようにしてわが国の債権者代位権となつたのか、すなわち現行民法四二三条にいうわが国プロパーの債権者代位権がどのような趣旨で制定されたのか、については、必ずしも十分に検討がなされていないように思われる。⁽²⁾

わが国の現行民法典前三編（いわゆる財産法の部分）は、基本的に明治民法が現代語化や個別修正を経つつ今日まで維持されているわけであるが、この現行民法典には正規の理由書がない（また未定稿本とされるものはあるが、そこでの記述はほぼ後掲の法典調査会での穂積起草委員の説明の要約にとどまる⁽³⁾）。そうすると、現行民法典前三編の立法趣旨の検討に当たっては、法典調査会の議事速記録が最も重要な資料となるのであるが、この債権者代位権については、法典調査会では、奇妙とさえ感じる沈黙があつた。すなわち、現行四二三条（当時の甲号議案の条文番号で四一八条）については、明治二八年一月二二日の第五八回法典調査会で審議されたのであるが、穂積陳重起草委員の趣旨説明の後、磯部四郎委員から一つだけ意味を確認する質問が出されただけで、他に何の意見もなく、審議が終わってしまったのである。⁽⁴⁾これは、そのあとの四一九条（現行四二四条の詐害行為取消権）の活発な議論と比較して、違和感を禁じ得ないものである。

法典調査会提案時の民法四一八条は、以下のようなものであった。⁽⁵⁾

「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在ラス」

そして参照条文として挙げられていたのは、

「財三三九、仏一一六六、蘭一三七六、伊一二三四、西一一一一、カナダ一〇三二」

である。⁽⁶⁾ この参照条文からもわかるように、債権者代位権は、ドイツ民法やスイス債務法には全く存在しない。フランス法系の立法が認める、間接訴権 (action indirecte, action oblique) に由来するものである。

この四一八条の文言は、現行民法典四二二条とすでにほとんど変わりが無い。ただ、冒頭の「債権者ハ自己ノ債権ヲ保護スル為メ」の部分が現行規定では「債権者は、自己の債権を保全するため」と、「保護」が「保全」に代わっているくらいである (これは後の整理会での修正であるが、実質的な意味の変更は見出せない。⁽⁷⁾ ただし、後の議論のために触れておくが、「保護」「保全」の対象となっているのは、いずれも「債権者の財産」である。「債務者の財産の保全」という表現はどこにもない)。

そして穂積委員 (本条の分担起草者と考えられる) は、この条文を、いわゆる間接訴権に関するもので旧民法財産編三三九条を修正したものであるが、それとひどく違っているところはない、として説明するのである。以下、同委員の発言を、それほど長いものではないので全文引用しよう。

「本条ハ所謂間接訴権ニ関シマス規定テ御座イマシテ財産編第三百三十九条ヲ修正致シマシタモノデアリマス其大体ニ於キマシテハ既成法典トひどう違ツテ居ル所ハ御座イマセヌガ先ヅ第一ニ既成法典ニ於キマシテハ「債権者ニ其債務

者ニ属スル権利ヲ申立テ及ヒ其訴権ヲ行フコトヲ得」ト余程広く書イテアリマスノデ而シテ其第二項以下ニ其方法ヲ指示シテアリマスガ併シ乍ラ権利ヲ申立及ビ訴権ヲ行フト言フノハ如何ナル場合ニ此方法ニ依リサヘスレバ出来サウニ思ハレルノデアリマス是レガ書方ノ欠点デ御座イマシテ其欠点ハ既成法典ニ初マツタノデアリマセヌ此手本ニナリマシタ法典ニモ書イテアリマスノデ夫レガ為メニ種々ノ議論ガ生ジタモノデアリマス夫故ニ如何ナル場合ニ於イテドウ云フ目的ヲ以テ債務者ニ属スル権利ヲ行フコトガ出来ルカト云フコトヲ指示スノガ固ヨリ必要デアリマス夫故ニ「自己ノ債権ヲ保護スル為メ」ト云フ言葉ヲ入レマシテ其必要ノナイ場合其保護ニ関係ノナイ権利ハ之ヲ行フコトガ出来ナイト云フコトヲ指示シタノデ御座イマス其意味ニ於テ此点丈ケガ既成法典ト違ツテ居ル積リデアリマス但書モ同ジコトデアリマス其一身ニ專屬スル権利ヲ債権者ガ行フコトガ出来ヌト云フコトハ是レハ分り切ツテイルノデアリマス第二項ノ書方ニ付キマシテハ此訴権ニ付テ種々起コリマシタ問題ヲ茲ニ決シマシタ積リデアリマス即チソノ債権ノ期限ガ達スル迄ト云フモノハ保存行為デナケレバ為スコトガ出来ヌ即チ自分ノ請求期ト云フモノガ達シマセヌ間デモ元本条ヲ置キマシタノハ債権ヲ保護致シマスノデアリマスカラ保存行為丈ケハ固ヨリ出来ナケレバナリマセヌ或ハ登記ヲ怠ツテ居ル者ガ登記ヲ致ス其他之ニ類スル如キモノハ請求期ニ関係ナイコトデアリマスカラ夫故ニ此以前デモ出来ル併シ乍ラ其他ノコトデアリマスレバ自分ノ請求期ガ到来致サナケレバ出来ヌ夫レカラ其請求期ガ到来致シマセヌ間ト云フモノハ裁判上ノ代位ニ依テ出来ル場合デナケレバイカヌ又裁判上ノ代位法ハ明治二十三年十月法律第九十三号ノ裁判上代位法ニ定メマシタモノデナケレバ之ヲ行フコトガ出来ヌト云フコトヲ定メタノデアリマス夫レハモウ理由ハ誠ニ明カナコトト私ハ存シマスノデ是レガアリマセヌトキハ即チ他人ニ対シマシテハ債権者債務者ト云フ區別ハ殆ドナクナリマスカラ是非是丈ケノ手續ヲシナケレバナリマセヌ夫レデ請求期以前ハ是丈ケノ権利ヲ行フコトハ出来ヌ夫レカラ保存行為ト云フモノハ期限ガ来ナクモ出来ルト云フ斯ウ云フコトヲ規定シタノデアリマス⁽⁸⁾

つまり、穂積委員の説明によれば、代位権行使がどのような場合に認められるのかを明確にするために「自己ノ債権ヲ保護スル為メ」という文言を入れた、そして「其必要ノナイ場合其保護ニ関係ノナイ権利ハ之ヲ行フコトガ出来ナイト云フコトヲ指示シタノデ御座イマス其意味ニ於テ此点丈ケガ既成法典ト違ツテ居ル積リデアリマ

ス」という。さらに、旧民法上の「訴権」について生じた問題を決するために、代位権行使が保存行為である場合を除いて被保全債権の期限到来が代位権行使の要件である旨定め、期限未到来の場合は裁判上の代位すなわち裁判所がその代位行使を認めるときのみできる、ということにした、というのである。参照のためとりあえず旧民法財産編三三九条の規定を掲げておく。

第三三九条

① 債権者ハ其債務者ニ属スル権利ヲ申立テ及ビ其訴権ヲ行フコトヲ得

② 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從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

③ 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

なお、穂積がいう「訴権ニ付テ種々起コリマシタ問題」が何を指すかは正確に特定できないが、まず旧民法財産編三三九条の規定の構造だけを解説しておこう。同条は、債権者が債務者に属する権利を申し立ておよびその訴権を行うことができる方法として、①差押えと②訴訟参加と③裁判上の代位による間接訴権を挙げたのであり、すなわち債権者代位権（間接訴権）はすべて裁判上の代位に拠らなければならないものとしていた。そしてその裁判上の代位については、条文には「民事訴訟法ニ從ヒテ得タル」とあるように、そのための制度は、ポワソナードは（テッシュヨールによって起草中だった）民事訴訟法の規定によることを予定していたのであるが、それにあたる規定が民事訴訟法に置かれなかったために、明治二三年に「裁判所代位法」が制定される（この経緯と、裁判所代位法の内容がポワソナードの間接訴権に関する構想をそのまま実現したものであることは後に三ヶ月博士が考証している⁹⁾）。ちなみに、裁判所代位法では、債務者に属する訴権を行おうとするときはまず債務者に「合式ニ催

告」(法律上定められた方法での通知)することが必要で、そうすると債務者は当該権利の譲渡ができなくなり、さらに催告後七日以内に債務者が被告となるべき第三者に訴訟を提起しないときは、債権者は債務者の住所地の裁判所に代位の申請をすることができる、という内容が規定されていた。⁽¹⁰⁾したがって、旧民法財産編三三九条の間接訴権は、この裁判所代位法とセットで機能するもので、旧民法の債権者代位権は、完全な「訴権」であったわけである。

そうすると、先の穂積委員の趣旨説明を一読しただけでは、本条の趣旨は、旧民法と、そしてそれがよつたところのボワソナード民法草案と、さして変わるところはないように見えるのだが、しかし(確かに後述するように最も本質的なところはボワソナード草案と旧民法から変わらず引き継いだつもりであったのかもしれないが)裁判上の代位を要する場合を一部だけ(期限未到来の場合でかつ保存行為でない場合)に限定して「訴権」構成から離れたというだけでも、実際には相当な違いがあり(この点は後にまた論証するが、裁判上の代位の場面を限定したこの修正によって、母法フランス法とも全く異なった、世界に例を見ない独自の制度が出来上がったのである)⁽¹¹⁾、この穂積委員の趣旨説明は、その相違について問題意識を持っていなかったのか、本当にほぼ同内容のものを承継する形にしたと考えていたのか(あるいは意図的に執行等の制度とより少なくしかかかわらない制度を作ろうとしたとまで言えるのかどうか)、というところに非常に疑問が残るものであった。⁽¹²⁾

この穂積委員の趣旨説明に対して磯部委員から、「此二項但書ノ「但保存行為ハ此限ニ在ラス」ト云フノハドウ云フ意味デアリマスカ其理由ヲ一寸承ハリタイ」との質問がなされ、穂積委員は以下のように答える。

「保存行為ハ裁判上ノ代位ニ依ル迄ノ必要ハナイコトト思フノデ後ニ至ツテ保存行為ガ後ニ立ツカ立タヌカト云フコトハマダ分リマセヌシ只債務者ノ位置ガ悪ルクナル為メニ債権迄モ害セラレルト云フコトヲ防イデ置ク文ケノコトデアリマスカ裁判上ノ代位ト云フ手續ニ致サヌデモ宜シイ又期限ガ来マシテモ保存行為ト云フモノハ固ヨリ其期限到

来以前ニ対シテ働ク位ノモノデアリマスカラ弁済期ニハ少シモ関係ノナイコトデアリマス夫故ニ是丈ケハ本文カラ取除
イタノデアリマス⁽¹³⁾」

このやり取り自体にはさして検討を加えるべき必要はない（ただ意識しておくべきは、現行四二三条は、旧民法
財産編三三九条に明示されていなかった、債権者の債権の「期限未到来」のケースを明文化して、その場合でも裁判上の
代位によるなら代位権が使えることをうたい、しかも保存行為は裁判上の代位によらない、という構造にしたということ
である。つまりこれは、三ヶ月博士が考える *ex.stipite* な債権（おそらくは金銭債権を中心に想定）の実現——それはもち
ろん弁済期前には考えられない——を念頭に置く制度（フランスにおける二〇世紀の代位権は確かにそうであろうが⁽¹⁴⁾）と
は明らかに異なった債権確保実現制度の創設の宣明に他ならないということである。そして、まさにこれだけで、議
長（西園寺公望）が「別段御発議ガナクバ確定致シマシテ次へ移リマス」として、債権者代位権の審議は終わっ
てしまうのである⁽¹⁵⁾。

つまりここでは、（債務者の）責任財産の保全とか、共同担保とかの言及は一切ないこと、保全（保護）される
債権者の債権について金銭債権等の限定は一切ないこと、効果についても優先弁済効の可否等に一切触れられて
いないこと、を確認しておきたい。そして、裁判上の代位を必要とする場面は限定され、中心的には、裁判上の
代位と離れた、裁判外で、債務名義なしに、債権者の権利の確保実現のために、債務者の権利を代位行使できる、
という形態の、日本独自の債権者代位権制度がここで成立したのである。しかし、まさにこれらすべての点につ
いての説明の少なさが、後世の学説の対立を生む大きな原因となったようにも思われる。

(2) 起草委員の見解

このような、立法趣旨を示す資料の乏しさゆえに、われわれは各起草委員の著作から起草者の意図や想定を検

討することにしたい（ただし、起草委員の著作は、起草者の意図等を知る手立てにはなっても、立法趣旨を探求するに資するものとは必ずしも言えない⁽¹⁶⁾）。

まず、梅謙次郎起草委員の解説から検討する。梅博士には法典調査会での公式な発言はないが、複数の文献から本制度に対する理解を読み取ることができる。代表作である『民法要義』（初版明治三〇年）の四二三条の解説を見よう。ここでは、まず「債権者代位権」という表現は、後掲の富井博士の場合と同様に大正元年の段階になってもまだ見られない。「之ヲ間接訴権ト謂フ」という表現が一か所あるだけで、タイトルとしては次の廃罷訴権と合わせて「第三者ニ対スル債権者ノ権利」とされているのみである。内容として第一に注目すべきは、「債権者カ其債権ヲ保全スル為メトハ因リテ以テ其債権ノ履行ヲ確保センカ為メニスルヲ謂」うとして、債権者が自己の債権の履行を確保するために債権者の権利を行使するための制度であることを強調している点である。そしてこの『民法要義』では、共同担保の説明は（従つてももちろん債務者の責任財産の保全にかかわる説明も）一切なされていないのが特徴的である⁽¹⁷⁾。さらに、代位権の実際例として、第一に、債権者が債権（としか書かれていないが文脈から金銭債権と判断される）確保のために債務者の移転登記請求権を代位行使するケースを挙げて説明していることも意識しておきたい。また、優先弁済効にかかわる記述もまったくなく、ことに注意しておきたい（かえって、第二例では、債務者が第三債務者に請求しないために債権者がその債権の履行を得られなくなる場合が稀ではないので、債権者が債務者の権利を代位行使することを認めるといふ、そこだけ読めば優先弁済が肯定されるような説明をしているのである）。

正確を期すために以下に主要部分を引用掲記する（傍点は池田が付したもので、丸傍点は原文である）。

「本条ハ債権者カ自己ノ債権ヲ保全スル為メ第三者ニ対シテ其ノ債務者ノ権利ヲ行使スルコトヲ得ル旨ヲ定メタルモノナリ蓋シ債権ハ素ト債権者ト債務者トノ関係ニ過キサカ故ニ其効力ヲ第三者ニ及ホスコトヲ得サルヲ本則トス（中

略) 例外トシテ債権者カ第三者ニ対シテ権利ヲ行フコトヲ得ヘキ場合ニアリ一ハ債務者ニ代ハリテ其権利ヲ行フ場合一ハ債務者カ為シタル行為ヲ取消スコトヲ得ル場合はナリ而シテ本条ニ於テハ右ノ第一ノ例外ヲ定メタルモノナリ之ヲ間接訴訟權 (Action oblique) ト謂フ

債権者カ其債権ヲ保全スル為メトハ、因リテ以テ其債権ノ履行ヲ確保センカ為メニスルヲ謂フ例ヘハ債務者カ取得シタル不動産ノ登記ヲ為スコトヲ怠レル場合ニ於テ若シ速ニ其登記ヲ為スニ非サレハ其後譲渡人ヨリ更ニ其不動産ノ所有權ヲ譲受タル者出テテ忽チ其譲渡ヲ登記シ以テ其債務者ノ所有權ヲ奪フカ如キコトナキヲ保セス然ルニ若シ其不動産ニシテ債務者ノ所有ニ在ラハ債権者ハ其債権ノ任意ノ履行ヲ得サル場合ニ於テ其不動産ヲ差押ヘ其代価ヲ以テ自己ノ債権ノ弁済ニ充ツルコトヲ得ヘシ故ニ債権者カ債務者ニ代ハリテ其登記ヲ請求スルハ是レ自己ノ債権ヲ保全スルモノニ非スシテ何ソヤ又例ヘハ債務者カ債務者ヲ有スル場合ニ於テ(之ヲ第三債務者ト云フ) 其債務者カ第三債務者ニ代ハリテ第三債務者ニ対シ請求ヲ為スコトヲ得スハアルヘカラス何トナレハ若シ第三債務者カ弁済ヲ為セハ債権者ハ之ヲ以テ自己ノ弁済ニ充ツルコトヲ得ルト雖モ若シ其請求ヲ為スコトナク第三債務者モ亦任意ニ弁済ヲ為サストセハ債権者カ之ニ因リテ其債権ノ履行ヲ得ルコト能ハサルコト稀ナリトセサレハナリ⁽¹⁸⁾

また別の講義録では、「本来強制執行ノ権利トソノ性質ヲ一ツニスルモノナリ(中略) 強制執行ノ方法ニ依ラスシテ尚ホ右ト同一ノ結果ヲ受クルコトヲ得ヘシ⁽¹⁹⁾」として、強制執行と性質の同じものであるが強制執行の方法によらないで同一の結果を得ることができると説明している(つまりそこでは、フランスの間接訴訟権のような「強制執行の前段階」という認識は示されていない)。

そして、そこでも、登記請求権を代位行使する例を挙げて、債務者の財産を保全することにより債権者が自己の債権の弁済を受けることを確保することは、自己の権利を保全するために必要であるから、債務者の権利を債権者に代わって行使できるのだ、と明言している。

「債務者ノ権利カ登記スヘキモノナルニモ拘ラス未タ登記ヲ経サル為メ何時第三者カ権利ヲ取得シテ之ヲ登記シ債務

者ノ権利ヲ水泡ニ歸セシムルカ知ルヘカラサル虞アル場合ニ於テハ債務者ニ代リテ登記ヲ為スコトヲ得ヘキ筈ナリ是レ蓋シ債務者ノ財産ヲ保存スルノ方法ニシテ債権者カ自己ノ債権ノ弁済ヲ受クルコトヲ確保シ即チ自己ノ権利ヲ保全スル為メニ必要ナル事項ニ屬ス⁽²⁰⁾」

以上、梅博士の四二三条についての説明は、共同担保に関する具体的な記述が見られず（『民法要義』の四二三条の解説では、引用を省略した部分を含めて、「共同担保」の用語自体が使われていないし、右の講義録でも同様である）、単に債務者の財産が債権者の債権の引き当てになっていることがわかるだけで、勿論その先の平等弁済等の記述も全くみられないことに注意したい。また、梅博士の例示する代位権行使例の冒頭が登記請求権の例であることも記憶しておきたい。

では次に富井政章起草委員の見解を見よう。富井博士についても、前掲のように、法典調査会においては本制度についての発言は見られない。また、同博士の明治民法に関する体系書『民法原論』⁽²¹⁾は、周知のように第三卷上までしか出版されておらず、ちょうど債権者代位権の前ところで終わっている。また、同博士の『民法論綱（人権之部）』は明治二三年五月出版の、ボワソナード旧民法典の解説書であることに注意しなければならない。

ちなみにその『民法論綱（人権之部）』の旧民法財産編三三九条の解説では、ボワソナードの説いていた共同担保の説明とともに、「本条ノ目的ハ畢竟債権者ノ権利ヲ保護スルノ一点ニ在リ」との記述がみられ、そこからこの旧民法における間接訴権の制度的主目的は債権者の権利の保護にあるという理解をしていたことも読み取れるのであるが、一方で共同担保の説明から、明瞭に優先弁済効の否定の記述をしている（ただこれは旧民法では後述するように債権担保編に平等主義（比例弁済原則）を定める規定があった（現行民法には引き継がれていない）ことからすれば当然ともいえる）。その部分は以下のとおりである。

「訴訟ノ結果ハ一言以テ之ヲ示スコトヲ得ベシ。即チ債権者ハ債務者ニ代リテ其訴権ヲ実行スルモノナレバ裁判ニ因

テ確定スル権利ハ債務者ノ資産ニ加ハリ一般債権者ノ共同担保ト為ルモノナリ而シテ其売価ハ優先ノ特権ヲ有スル債権者ヲ除クノ外ハ割合ニ応シテ之ヲ分割セサルヘカラス訴訟ヲ為シタル債権者一人ニ於テ之ヲ利得スルヲ得サルモノトス是即チ共同担保ノ原理ニ基ク間接訴権ノ性質ヨリ生スル当然ノ結果ナリ⁽²³⁾」

既にみたように、旧民法財産編三三九条の規定では、代位権はすべて裁判上の代位訴訟による間接訴権であったので、確かにその段階では「共同担保の原理に基づく間接訴権の性質より生ずる当然の結果」という説明も適切であったように思われる。しかし、この説明は、裁判上の代位を一部の場面に限った現行四二三条では貫徹できなくなるはずである。

そうすると、やはり富井博士による現行民法典について公刊された債権総論後半の（債権者代位権以降の）体系書による解説が欲しかったところなのであるが、実は平成六年に、大正元年当時の富井博士の東京大学での債権総論の講義ノートが復刻されている⁽²⁴⁾（ただしこれは非売品で、富井博士が公表をどこまで了承していたものかも定かではないものである。したがって、公的な史料価値は乏しい）。そこでは、四二三条について債権者代位権の表現は見られず⁽²⁵⁾、この大正元年の段階でもすべて「間接訴権」と表現されていることに注意を要する（タイトルも第二款間接訴権、第一項間接訴権の性質、……と、すべて間接訴権の名称を用いている）。しかし、すでに明治民法の四二三条は、先にみたように旧民法と異なつて必ずしも裁判上の代位を要しない、つまり「訴権」構成を脱却したものになつているのであるから、このネーミングは適切ではないはずである。そして富井博士自身も、「間接訴権ト云フ言葉ハ適当ナラスト考フ、之ハ実体上ノ権利ニシテ訴訟ノ場合ニ生スルモノニアラス訴権ト云フ名称ハ甚当ヲ得サルモノナリ」と述べ、続けて「此ノ権利ノ最モ重要ナル性質ハ其ノ目的ニ干スル点ナリ此ノ訴権ハ債権ノ保全ヲ以テ其ノ目的ト為ス、從テ其発生要件効果等皆此ノ看念ニヨリ定マルモノナリ」と、最も重要な点は「債権の保全」にあるというのである⁽²⁶⁾。しかし一方で富井博士はこの段階でも、「仏法系及ヒ吾国法ノ主義ト独法

ノ主義ト大ニ相異ル」とし、「即チ民法ノ主義ハ債権者ハ何処マデモ対等ナルモノト見ルナリ一人カ權利ヲ行フモ其ノ結果ハ其ノ一人ニ何等ノ利益モ与ヘス只共同担保ヲ保全スルト云フノミノコトナリ独法ノ主義ハ差押ヘヲ為シタル者ノ為メニ質権ノ発生ヲ認メタリ……」として、『民法論綱』のときの旧民法の説明とは異なつて）直接四二三条の説明と明示して共同担保を持ち出してはいないが、民法主義によるものという形の説明を加えているのである。そしてこの間接訴権は、債務者の名において債務者の権利を行うものであるとして、その意味は、「例へハ債権ノ差押ニ於テ其ノ債権取立ノ命令ヲ得タル債権者の地位ト同一ナラント信ス」と説明している⁽²⁷⁾。

以上の分析から、我々は起草者の見解の全体像をどのようにとらえるべきであろうか。そしてそれは実際次の世代にどのように伝達されたのであろうか。

(4) 小括

以上見たように、三名の起草委員は、債権者代位権の目的について、それぞれ、「自己の債権の保護」、「債権者の債権の履行の確保」、「債権の保全」という言葉を使って説明している。とりわけ、公式の立法趣旨の探求資料たる法制審議会議事速記録では、繰り返すが、「責任財産の保全」という表現は勿論のこと、共同担保についての言及も（四二三条プロパーでは）一切なされておらず、保全（保護）される債権者の債権については金銭債権等の限定は一切なく、効果についても優先弁済効の可否等に一切触れられていないのである（既に注記したように未定稿本の理由書でも全く同様である⁽²⁸⁾）。また、富井博士だけは、その（非公式）講義録では代位権について民法流の共同担保での説明を旧民法の解説から継続しているが、一方で債権者の債権の保全に目的があることを強調しており、梅博士は、いわゆる共同担保の概念には一切触れずに（講義録に「是れ蓋し債務者の財産を保全する方法にして債権者が自己の債権の弁済を得ることを確保し即ち自己の権利を保全する為に必要なる事項に属す」とい

う表現はみえるが)、債権者が例外的に第三者に対して権利を行使できる場合として債権者代位権を説明し、専らその債権者の権利確保の効能を説いている。

そして、本条の主たる目的は債権者の債権の保護、保全、履行の確保、にあるという点の強調は三者とも共通している。いずれにしても、この段階では債権者代位権の目的を「(債務者の)責任財産の保全」とする説明はまったく見られないのである。

勿論、そもそも責任財産というのはドイツ流の概念で、フランスでは、「共同担保」という用語が用いられていたということからすると、富井博士の記述の一部にみられるように、この制度の基本には、共同担保の概念があり、それはローマ法以来の伝統としてフランス法上の債権者代位権(間接訴権)にはつきりと存在していて、その限りではやはりその概念はボワソナード旧民法を経て日本法に引き継がれているのではないか、という反論が当然になされよう。この点の吟味は後の再検証の部分で再度行う(ここでは、ボワソナード旧民法(債権担保編)には存在した共同担保の平等主義(比例弁済原則)を規定する条文が、現行民法では採用されなかったという事実だけをまず示しておく)。

- (1) 松坂佐一『債権者代位権の研究』(有斐閣、昭和二五(一九五〇)年)、船田亨二『ローマ法第三卷』(岩波書店、昭和四五(一九七〇)年)、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)」民商法雑誌九五巻五号(一九八七年)四〇頁以下等。しかしこれらの研究によっても、債権者代位権の起源については必ずしも定見を見えない。

- (2) これまでの四二三条の立法趣旨に触れた民法学者の業績として、たとえば、佐藤岩昭「債権者代位権に関する基礎的考察―解釈試論のための理論的基礎付けを求めて―」平井宜雄先生古稀記念『民法学における法と政策』(有斐閣、平成一九(二〇〇七)年)二七五頁以下は、本稿でも引用するが、ことに訴訟法との関係について優れた考察が

なされている。その部分では本稿で言及を重ねる必要をみないが、民法プロパーではなお付け加えるところがあると考える（訴訟法との関連では、後に引用するように三ヶ月章博士や池田辰夫教授という訴訟法学者の業績が、起草過程を詳細に検討している）。浦川道太郎「債権者代位権制度に関する一考察―債権者の無資力要件との関連において―」『現代民法学の基本問題（中）』（第一法規、昭和五八（一九八三）年）一頁以下については、使用する史料に差のあることもあり、本稿の史料分析では異なる結果が導かれる。

(3) 松波仁一郎ら起草委員補助者の手になるとされる『民法修正案理由書』なるものは、未定稿本とされ、梅ら起草委員によって、正規の理由書でないことが明示されている（池田真朗『債権譲渡の研究』（弘文堂、平成五（一九九三）年）八頁注（4）等参照）。一応引照しておけば、慶應義塾大学図書館所蔵の、表紙に「未定稿本 禁販売翻刻」とある白表紙本『民法修正案理由書自第一編至第三編完』（著者、刊年、発行元等不明）の三五二頁から三五三頁にある四二二条（現行四二三条のこの修正案段階の条数。冒頭二頁に「此条数は修正案ニ依ル」とある）の解説は、以下のとおりである。

「（理由）本条ハ所謂間接訴権ニ関スル規定ニシテ既成法典財産編第三百三十九条ヲ修正セリ既成法典同条第一項ノ法文ニ依レハ債権者ハ何時ニテモ随意ニ債務者ニ属スル権利ヲ行使スルコトヲ得ル如シ聊カ広キニ失スル虞アルヲ以テ本案ハ本条第一項ニ於テ債権者ハ自己ノ債権ヲ保全スル為メニアラサレハ債務者ニ属スル権利ヲ行フコトヲ得サル旨ヲ明示シ且本条第二項ノ規定ニ依リテ債権者ハ其債権ノ期限カ到来シタルニアラサレハ第一項ノ権利ヲ行フコトヲ得サル至当ノ制限ヲ付シタリ然レトモ債権者ハ民事訴訟法ノ規定ニ因リ裁判上ノ代位権を得タルトキハ期限前ト雖モ債務者ニ代ハリテ其権利ヲ行フコトヲ得ヘキハ勿論其他債務者ニ属スル権利ヲ登記スル如キ保存行為ハ同時ニ債務者ノ利益トナリ又自己ノ債権ノ期限ニ関セサルコトナレハ債権者ハ何時ニテモ之ヲ為シ得ヘキニ因リ本条第二項ニ於テ此二種ノ例外ヲ認めタリ（この後は既成法典つまり旧民法典三三九条の二項と三項を削除した理由を三行で述べているが省略する）」

本文後掲の穂積委員の趣旨説明と対比し、またそれに対する私見の分析を読み取っていただきたい。

(4) 明治二八年一月二二日第五八回法典調査会、法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録第三卷』（日本近代立法資料叢書3）（商事法務研究会、昭和五九（一九八四）年）一〇〇～一〇一頁（なお次注の法典調

査会民法整理会議事速記録も含め、原典は日本学術振興会版であり、この日本近代立法資料叢書はそれを復刻したものである。従って以下本稿では「商事法務版」として引用する。

(5) 法典調査会提案時には、この四一八条の前に、四一七条として債権の相対効の原則を示す条文があった(「債権ハ当事者及ヒ其他ノ包括承継人ノ間ニ非サレハ其効力ヲ有セス但別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス」)。そして、四一七条の前には、「第三款 第三者ニ対スル債権者ノ権利」という款名があったのである。つまり、四一七条を原則、四一八条以下(債権者代位権と詐害行為取消権)をその例外と位置付けていたわけである。しかしこの款名がその後削除され、それに伴って後日明治二八年一月二六日の民法整理会で四一七条(この段階では「黒字の四二二条」)も「冒頭ニ原則ヲ置クヤウナ必要ガ無ク為ツタノデ削リマシタ」(穂積陳重起草委員)として削除されている。商事法務版『法典調査会民法整理会議事速記録』(日本近代立法資料叢書14)二四三頁参照。

(6) 以上商事法務版『民法第一議案』(日本近代立法資料叢書13)一八五頁。

(7) 前掲注(5) 商事法務版『法典調査会民法整理会議事速記録』二四三頁。

(8) 前掲注(4) 商事法務版『法典調査会民法整理会議事速記録第三卷』一〇〇〜一〇一頁。

(9) 三ヶ月章博士は、明治二三年法律九三号として公布された裁判上代位法について、「はつきりといえることは、旧民法の規定が明文で代位訴訟の手續を「民事訴訟法」の定めるところに譲っていたのに、ドイツ型としての性格を顕著にもつ民事訴訟法——これは既に同じ明治二三年法律二九号として同年四月二一日に公布されていた——はフランスの代位訴訟などには見向きもせず、ひいてそれについて何らの規定をも置いていなかったもので、旧民法の債権者代位権の制度は不可欠な手続き規定を全く欠くことになってしまい、到底動きようがないという状況に追い込まれたため、それを埋めるために、急遽この法律が制定されたものとみてよい」と述べている。「わが国の代位訴訟・取立訴訟の特異性とその判決の効力の主観的範囲——法定訴訟担当及び判決効の理論の深化のために——」兼子博士還暦記念『裁判法の諸問題中巻』(有斐閣、昭和四四(一九六九)年)三七六頁。なお、訴訟法学の角度から、民法四二三条、裁判所代位法、非訟事件手続法、および民事訴訟法(旧法)二〇一条二項の制定過程をトータルに分析した最も優れた業績として、池田辰夫『債権者代位訴訟の構造』(信山社、平成七(一九九五)年)四九〜七二頁を挙げておく。

(10) 裁判上代位法(明治二三年一〇月三日法律九三号)全文は以下のとおりである(三ヶ月・前掲注(9)論文三七

五〇三七六頁にも紹介がある)。

第一条 ① 民法財産編第三三九条の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

② 債務者右催告ヲ受ケタル後ハ權利ヲ讓渡スコトヲ得ス

第二条 債務者前条ノ催告ヨリ七日内ニ被告ト為ル可キ第三者ニ對シテ訴ヲ提起セサルトキハ債権者ハ債務者ノ住所
地ノ裁判所ニ代位ノ申請ヲ為スコトヲ得但催告書ノ謄本ヲ差出ス可シ

第三条 代位ノ申請ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一 債権者、債務者、被告ト為ル可キ第三者及ヒ裁判所ノ表示

第二 代位申請ノ原因タル債権ノ表示

第三 訴訟物ノ表示

第四条 ① 裁判所ハ申請ニツキ債務者ヲ審尋セスシテ決定ヲ為スコトヲ得

② 右申請ノ決定ニ對シテハ即時抗告ヲ為スコトヲ得

(11) 三ヶ月博士は、とくにその明治民法四二三条で設けられるにいたった裁判上の代位制度について、フランスでは exigible であることが強く要求されているので、期限未到来の債権者が代位権を行使することはおよそ考えられないこと、しかもそれを裁判所が授権するという、フランス法が既に超克した要件を課しているということを指摘して、「世界に殆ど例をみない珍無類のもの」とまで評している(三ヶ月・前掲注(9) 論文三八五〜三八六頁)。ただし、正確に言えば、それは四二三条の一部に残った裁判上の代位制度についての評価であって、四二三条の中心というべきは、裁判上の代位と離れた、裁判外で、債務名義なしに、債務者の権利を代位行使できる、という形態の、日本独自の債権者代位権制度なのである(この点は、佐藤・前掲注(2) 三〇三頁の指摘する通りと考える)。

(12) 三ヶ月博士は、「法典調査会の民法議事速記録を通読して、訴訟法の学徒である私が感ずるのは、立案に当たったいわゆる民法の三博士の発言の中に、現行の訴訟とか執行とかの手續きは煩瑣であり又不備であるという表現が縷々出てくることである。このような先入観に基づいて、既に存在したドイツ法を範とする訴訟手續・執行手續を利用することを避けて、より簡略な手續を作ると称して別個な手續法を作ろうという気持がこれらの学者の間にはかな

- り強く、それを実践した面もあるように私には思われる。強制執行法とは全く別に、いわば民法の付属法として担保権実行のための手続法、すなわち競売法を作ったなどはその適例である」という(三ヶ月・前掲注(9)論文三八七頁注(1))。ドイツ法、フランス法の手続法プロパーの影響論の評価は訴訟法学者にゆだねるとしても、示唆に富む指摘と思われる。つまり、少なくとも民法典の三起草者に、民法典編纂段階で不備ないし作成中であった公的手続と民法典の条文とが関係する部分をなるべく少なくさせようとする意図があったと読み取れる部分があることは、私見もすでに債権譲渡の對抗要件の簡略化の部分で、確定日付制度との絡みで論じたところである(池田・前掲注(3)『債権譲渡の研究』八八頁〔同増補二版(二〇〇四年)同頁〕参照)。
- (13) 前掲注(4) 商事法務版『民法議事速記録第三卷』一〇一頁。
- (14) 三ヶ月・前掲注(11) 参照。
- (15) 前掲注(4) 商事法務版『民法議事速記録第三卷』一〇一頁。
- (16) 立法趣旨と起草者の意図等は、別のものと考えるべきだからである。池田真朗『ポワソナードとその民法』(慶應義塾大学出版会、平成二三(二〇一一)年)三八五頁以下参照。
- (17) 本稿五で詳述するように、旧民法債権担保編一条には、現行民法に承継されなかった共同担保の明文規定があった。梅博士はその旧民法債権担保編の解説書ではもちろん共同担保および平等主義(比例弁済原則)の説明をしているのであるが(梅謙次郎『民法債権担保論』(六法講究会、明治二六(一八九三)年)(復刻版新青出版、平成一三(二〇〇一)年)二二二〜二六頁)、その説明は『民法要義』の債権者代位権の部分の説明には取り入れられていないのである。
- (18) 梅謙次郎『民法要義卷之三債権篇』(有斐閣書房、初版、明治三〇(一八九七)年、復刻版、訂正増補三三三版、大正元(一九一二年)七七頁以下)。
- (19) 梅謙次郎講述『民法(明治二九年)債権』(法政大学明治三九年度第一学年講義録)(『日本立法資料全集別巻20 民法(明治二九年)債権第一章総則完』(信山社、平成八(一九九六)年)二四九頁)。
- (20) 梅・前掲注(19)二五〇頁。
- (21) 富井政章『民法原論』(有斐閣)は、「第三卷債権総論上」で四二二条の賠償者代位の解説までで終わる。完全復

刻版として昭和四（一九二九）年のものがある。

(22) 富井政章『民法論綱人権之部上巻』（岡島實文館書店、明治二三（一八九〇）年）二七三頁。

(23) 富井・前掲注（22）二七二頁。

(24) 富井博士述『債権総論完』（大正三（一九一四）年、非売品、復刻版、信山社、平成六（一九九四）年）。ただしこれは、前書きによれば、大正元年の債権総論の講義を受講者の筆記ノートをもとに当時の受講者のために六八部を謄写して実費配布したという非売品で、本文にも述べたように、検討対象史料としての適格性に疑問もあるが、本稿では、私見の推論の公平を期す意味もこめてあえて参照する。

(25) 富井・前掲注（24）八八頁以下。当時民法典の条文には、いわゆる「見出し」がなかったことを想起されたい。ちなみに、わが民法典に法文の一部として扱われる正式の見出しがしたのは、二〇〇四年の現代語化民法典からである。

(26) 富井・前掲注（24）九一頁。

(27) 富井・前掲注（24）九二頁。本稿に後述する後世の三ヶ月博士の論調と対比したい。

(28) 前掲注（3）参照。

四 学説の展開

(1) 初期学説の理解と「共同担保」概念の継受？の実態

学説も昭和の初期までは債権者代位権制度を「債権の対外的効力」の問題として捉えていたものが多い。たとえば、明治三〇年の岡松参太郎『註釈民法理由』は、「第三者ニ対スル債権ノ効力」と表題を付し、「債務者カ權利ノ行使ヲ怠リテ其財産ノ減少ヲ来ストキハ債権者ハ其担保ヲ害セラレ遂ニ之カ為メニ其債権ノ弁済ヲ受クルコト能ハサルニ至ルコトナキヲ保セス」としてその場合に債権者が自己の債権を保全するための制度であると説明

し、債務者の「自己ノ債権ヲ保全スル為メ」の説明の部分では債務者の権利の不行使が「債権者ノ共同担保ヲ害スヘキトキニ限ル」としている。また同書では、前掲富井『民法論綱（人権之部）』にあった「本条ノ目的ハ畢竟債権者ノ権利ヲ保護スルノ一点ニアル」の記述も見られる。⁽¹⁾ 明治四一年の横田秀雄『債権總論』は、節名を「債権保全ノ権利（第三者ニ対スル債権ノ効力）」として、「債務者カ自己ノ権利ヲ行使シテ其給付能力ヲ増加シ又ハ其減少ヲ予防スルコト並ニ債務者カ其権利ヲ処分シテ其給付能力ヲ減少スヘキ行為ヲ避止スルコトハ債権者ノ権利ヲ保全スルカ為メニ極メテ必要ナルハ論ヲ俟タス」「他人ニ対シテ債務ヲ負担スル者ハ自己ノ債権者ニ対シテ債務ヲ履行スルノ責ヲ負フヲ以テ其債務者ノ履行上に於テ必要トナリタル債権者ノ干渉ヲ甘諾セサルヘカラサルハ理ノ当ニ然ルヘキ所ナリ」（八三四～八三五頁）と説明する（しかし共同担保ということには言及がない⁽²⁾）。

したがって、この共同担保の概念がどの程度四二三条の趣旨として積極的に意識されて継受されていたのかは、はなはだ疑問であるといわざるを得ない。

その後、この共同担保の問題に（そして、金銭債権以外の特定債権に対する債権者代位権の適用の問題にも）ひとつの明瞭な解釈を与えたのは、鳩山秀夫博士であった。博士は、その『増補訂改版日本債権法（総論）』（大正一四年）で、判例が不動産移転登記請求権のケースで無資力を必要とせず代位権行使を認める点について（大判明治四三年七月六日民録一六輯五三七頁、大決大正四年五月二九日民録二一輯八六五頁、大判大正九年一〇月一三日民録二六輯一四七五頁）、それらの判例を正当として、以下のように注目すべき記述をするのである。

「沿革ヨリ言フトキハフランス法ニ於ケル間接訴権ハ共同担保ノ維持ノミヲ目的トシ、従ツテ債務者ノ弁済資力不十分ナルヲ条件トセルモノナルモ、我民法ニハ特ニ之ヲ条件トスルノ法文ナク、而シテ此場合ニハ第四百二十四条ノ場合ノ如ク無資力ヲ条件トセザルモ敢テ累ヲ第三者ニ及ボスモノニアラズ、債権ノ性質ニ反スルコトナキヲ以テ判例ノ如ク解スルヲ正当トスベシ。」⁽³⁾

つまり、フランス法における間接訴権は、共同担保の維持だけを目的とするので債務者の無資力を要件とするが、①日本民法は特にこれを条件とする法文がなく、②また四二四条の詐害行為取消権の場合のように無資力を条件としなくても第三者に累を及ぼすものでもなく、③債権の性質に反することもないので、判例のように解するのが正当であるというのである（ちなみにこの①については、後述する小池博士は、明文がないからではなく「保全の必要性」がすべてであるからと批判している）。つまりここで鳩山博士は、（債権者代位権が金銭債権を保全するためにも特定債権を保全するためにも用いられることを当然の前提にして）特定債権保全の場合の無資力要件を不要とし、その理由として、フランス民法は共同担保の維持だけを目的とするが日本民法はそうではない、という説明をしているのである（念のため記述を追加しておく。この段階で、鳩山博士は、前掲明治四三年七月六日判決以下の判例を当然の言及の対象にしている。この四三年判決は、今日の民法教科書等で、いわゆる「転用」事例の代表判例とされているものであるが、⁽⁴⁾ 当時は転用でも何でもなく、本来の債権者代位権の適用事例として認識されていたのである。「転用」と名付けるのはまさに後代の学説なのであることをここでしっかり銘記しておきたい）。

さらに小池隆一博士は、昭和八年出版の『日本債権法総論』で、第三章「債権の効力」の第五節「債権の対外的効力」（同書一七六頁以下）の中で、第一款「総説」第二款「債権者代位権」第三款「債権者取消権」という構成を採り、債権者代位権行使の要件については、まず①債権保全のため必要があること、②債権者の債権が履行期にあること、③債務者が自らその権利を行使せざることを挙げる。①では、いわゆる「保全の必要性」を挙げ、無資力要件を排除し、特定債権の場合も保全の必要性があれば可とする。

小池博士の論旨は、ごく一部を除き、明快である。該当の冒頭部分を以下にそのまま引用しよう。

「債権者代位権行使の要件は次の如くである。

- (1) 債権保全のため必要があること 元来債権者は唯だ債務者の給付を請求する権利あるに止まるのであるが、若し債

権保全の為に必要あるときは、債権者の債務者に対する干渉を許すことを、妥当とする。蓋し若し之れを許さざれば債権者の利益は侵害せらるるに至るが為めである。然らば如何なる事情あらば、債権の保全に必要なものと認め得るかに付いては、学説判例に於て議論の存するところである。第一説は債権者の無資力なること及び之が為めに一般債権の為に当該権利を行使する必要あることを要すとし、第二説は特定債権保全の必要あらば可なりと為す(註一)のである。上述したる代位権の沿革より見れば、第一説を正当とすべきも、我が民法の解釈論としては疑問である。吾人は敢て無資力を必要とするには非らざれども、勿論債務者の資力と無関係なるものではないから、之れを次の如く解したと思ふ。即ち債権者が代位権を行使せざれば、自己の債権は勿論のこと、一般債権を保全する為めにも、不都合なる結果を生じ又は生ずる虞れある場合に於て、代位権の行使を許すべきものである。蓋し然らざれば債権者は不当に、他人の権利の行使に、干渉を為すこととなるが為めである。尚ほ果して保全の必要ありや否やについては、債権者に立証責任がある⁽⁵⁾。」

そして引用部分の(註一)「特定債権保全の必要あらば可なりと為す」の点については、

(註一)「通説である。但し鳩山氏前掲一八七頁は法文に規定なきことを以て、自説の根拠とされるも、正当でない。問題の焦点は、「保全に必要なりや否や」にあるのである。尚ほ第一説(池田注、無資力要件必要説)を無制限に使用するものはない⁽⁶⁾。」とするのである。

そして債権者の被保全債権については、

「(5) 代位者の債権に関する要件 代位者の権利は債権なることを要する。而して代位によって其保全を為し得ることを、要する。従つて労務を目的とする債権のごときは、代位に適當なる債権ではない⁽⁷⁾。」

として、つまり、金銭債権に限らず特定債権であっても代位に適するものはすべて含まれるということ⁽⁷⁾を当然としていたのである。

以上をまとめてみると、「自己の債権は勿論のこと、一般債権を保全する為めにも」というくだりはいささか意味不明瞭で異論のあるところでもあろうが、それ以外の点は、ここまでの分析からすれば、まさにこの小池説の説くところ（行使の要件は債権者の債権の保全の必要性ということに尽きる、またその被保全債権としては金銭債権に限定されず特定債権を当然に含む）というのが立法趣旨（ないし立法の方向性）にそぐう理解と思われるのである。そして小池博士は、債権者代位権の実益を、民事訴訟法の不備なフランスにおいては特に実益があり、わが国民事訴訟法はドイツと同様債権者に十分な保護を与えたのだが、なお実益があるとして、「即ち債権者代位権は債務名義を必要とせぬから、其行使の手続が簡単であること、之れである⁽⁸⁾」として手続の簡便さを利点として強調し、さらに最も象徴的なこととして、「共同担保」概念については、後続の詐害行為取消権のほうでは頻繁にその語を使用して説明を加えているにもかかわらず、債権者代位権の説明には一切その語を用いていないのである。

以上の諸説の紹介によって、立法沿革からの考察として、「責任財産の保全」は、そもそもドイツ法の概念であって明治民法の知らなかった（全く採用しなかった）概念であり、さらにフランス法の「共同担保」の概念も、（詐害行為取消権については別論）債権者代位権については明確には継受されていなかった、ということの論証がある程度出来たように思われる。しかし、わが国の債権者代位権に関する「学説」の展開は、そう簡明なものではなかった。

(2) 金銭の直接引渡に関する初期判例の展開と学説の影響

考察を先に進める前に、上記の論証で重要な評価の対象となった鳩山説に、もう一つここで登場してもらおうことにしたい。つまり、債権者代位権を行使する債権者は、第三債務者に対し、債務者の権利の目的物の自己への

直接の引き渡しを請求できるのかという問題に関する初期判例の展開についてである。⁽⁹⁾

まず、大判明治三六年一月一日民録九輯一三八八頁は、「其訴追シタル結果判決確定ノ後本件ノ如キハ第三債務者ヨリ債務ノ弁済ヲ受クルノ権即チ取立ヲ為スノ権アリト雖モ……自己ノ債権ニ対シ直接ノ弁済ヲ請求スヘキモノニアラス」として、代位債権者には金銭の取立権能はあるが、その金銭を直接に弁済に充てることはできないとしていた。しかし、それが大判明治三九年三月二三日民録一二輯四四一頁で事実上変更されてしまう。つまり三九年判決は、「此規定ハ債権者カ直接ニ第三債務者ヨリ弁済ヲ受クルコトヲ許シタルモノニアラスシテ自己ノ債権ヲ保全スル為メニ債務者ニ代ハリテ其権利ヲ行使シ即チ自己ノ利益ノ為メニ第三債務者ヲシテ債務者ニ弁済セシメ以テ総債権者ノ共同担保タルヘキ債務者ノ財産ノ減少ヲ防クコトヲ許シタルモノト解セサルヲ得ス」として、代位債権者は（共同担保たるべき債務者の財産を確保するために）第三債務者に対して債務者に支払えと請求できるに過ぎないとしたのである。この判決は、共同担保の概念を明瞭に説いている点で注目すべき判決なのであるが、これを批判したのが鳩山博士であつた。同博士は、前掲の『増補訂改版日本債権法（総論）』で、この判決は、代位権行使の効果の問題と代位権行使の方法として債権者がいかなる行為をなしうるかの問題を混同しているとし、実際にも債務者が受領を拒んだ場合に極めて不当な結果を生ずると批判したのである。⁽¹⁰⁾

そしてこれらの学説の批判を容れたかのように、判例は再度変更されるのである。大判昭和一〇年三月一二日民集一四卷四八二頁は、「自己ニ給付ヲ為サシメ債務者ノ債権ニ付取立ヲ為スカ如キハ右ノ規定カ認メタル権利ノ行使方法トシテ固ヨリ妨ケナキ所ナリト解セサルヘカラス蓋シ若シ……債務者ニ於テ第三債務者ノ給付ヲ受領セサル限り債権者ハ到底其ノ債権ヲ保全スルコト能ハサル結果トナ」るからであるとする。まさに鳩山説の批判のとおり表現がされていることがわかる。⁽¹¹⁾ そしてその後の主要な学説（我妻説、柚木説等）も、同じ理由で昭和一〇年判決を支持し、これが通説となつた。⁽¹²⁾

代位債権者が自己への支払いを請求できるというこの結論は、(あくまでも鳩山博士の言うように、代位権行使の効果の問題と代位権行使の方法として債権者がいかなる行為をなしうるかの問題は区別して論じるべきなのであるが)実質的にその後の(相殺の活用による)優先弁済効の容認への道を用意したということになる。しかし、私見の立法趣旨の検討からすると、優先弁済効の承認もまた立法の方向性(債権者の債権の実現という目的の強調)からすれば、決して立法趣旨を逸脱したものではなく、むしろ予期された通りの発展、ということにもなると思われるのである。

(3) 「共同担保」論から「責任財産保全」概念の登場へ

以上の考察が、不明瞭ながらも明治民法の立法の趣旨ないし方向性から導かれるとしても、実は、かなり早い時期から学説においてはそれと異なる見解が主張され始める。その端緒となったのは、明治四五年初版、大正八年合本発行の石坂音四郎『日本民法』である(債権者代位権の部分は、大正八年までは『日本民法第三編第二卷』、大正八年合本以降は『日本民法第三編債権総論上卷』にある)⁽¹³⁾。石坂博士は、同書で債権者代位権について、当時の体系書としては最も詳細かと思われる記述をしているが、ただあらかじめ指摘しておきたいのは、ドイツ法を中心にフランス法の文献も引用して積極的に比較法的検討を行っている石坂博士の記述が、完璧に旧民法の規定およびボワソナードの見解を無視していることである。つまり、博士の「沿革」論には、旧民法の存在、そして旧民法から明治民法への継受過程は全く考慮されていないのである。従って博士の債権者代位権論は、ドイツ法のそれかフランス法のそれか、という形での(ピュアーな形の両国法と比較する)検討になっている。

石坂博士は、「債権者代位権」の用語を採用し、その最初の「代位権ノ基礎」の記述を、「債務者ノ財産ハ債権者ノ共同担保ニシテ債権ノ目的ハ債務者ノ財産ヨリ満足ヲ受クルニアリ」⁽¹⁴⁾と説き起こすのである。そして、代位

は強制執行ではなく債務名義を要しないが、代位によって債権者は債務者の財産を以て直接自己の債権を満足できず、結果は債務者の財産に帰するのであって、強制執行の準備として代位をなすに過ぎない、と明言するのである。⁽¹⁵⁾

そして、さらに前掲大正一四年の鳩山『増補改版日本債権法(総論)』に対するアンチテーゼであるかのよう(16)に昭和三年に登場するのが、末弘蔵太郎『債権総論』(現代法学全集第六卷)であった。この書における末弘博士の債権者代位権の解説は、その構成からして独自の徹底したものであった。つまり、同書では債権者代位権と債権者取消権は、「債権の担保」と題された章に、留置権、先取特権と一緒に記述されているのである。

そのことからすでに推測されるのであるが、末弘博士の「第二節 債権者代位権と債権者取消権」は、「債権者代位権及び取消権は総債権者の共同担保たるべき債務者の資力を保全することを目的とする制度である」という記述から始まるのである。⁽¹⁷⁾そして、「此故に、例へば甲が其所有地を乙に売渡し乙更に之を丙に転売した場合に、甲乙間の所有権移転登記が為されていないからと言ふて、丙は自己の所有権移転登記を受けるために乙の甲に対する登記請求権を代位して行ひ得べきではない」とする。⁽¹⁸⁾これは勿論まさに前掲した明治四三年七月六日民録一六輯五三七頁等の結論に(そしてそれに賛同する鳩山博士らの当時の多数説に、さらにはそもそも前述の梅博士の説明に)真つ向から反対するものである。そして博士は右引用文の注記でさらに「第四二三条の文字だけから考へると、丙は尚自己の「債権ヲ保全」するものとして代位権を行ひ得るやうであるけれども、かくの如きは債権者取消権と並んで共同担保維持の為に認められた代位権制度本来の精神を無視するものである」とまで言つて、⁽¹⁹⁾明治四三年判決を批判するのである。博士のいう、条文の文言よりも強い、「債権者取消権と並んで共同担保のために認められた」代位権本来の精神なるものが、立法過程の検討からどうやって導かれるのか、私見からすると強い疑問を持たざるを得ない記述ではある。

さらに第二次大戦後になると、柚木馨『判例債権法總論上巻』⁽²⁰⁾も現れる。ただ、この柚木説は、確かに節の名称としては「債務者の一般財産の保全」と明示して債権者代位権と債権者取消権を扱っているのであるが、判例法理の展開には肯定的であり、「これらの権利は本来総債権者の利益のために債務者の一般財産を保全するという目的に奉仕するものであるが、判例は特に債権者代位権についてこの本来の性格を著しく変貌せしめ、特定債権者の債権保全の目的にこの制度を活用せんとしつつあること、今後述べるが如くである。」（日本ではフランスと異なつて強制執行制度が完備していることを述べて）従つてわが国においては、一方債権者代位権を認むべき必要に乏しく、他方債権者は代位権行使の迂遠をさけて強制執行の実益を選ぶのを当然としよう。にも拘わらず現実において、債権者代位権が大いに世に行われ、しきりに判例法を賑わしていることには、その理由がなくてはなるまい。(a)その一は、強制執行は債務名義の存在その他繁雑なる手続を必要とするが、債権者代位権の行使は債務名義の存在を必要とせず、その他要件・手続等が比較的簡単である、という点である。債権者はまず代位権によつて債務者の財産を保全し、然る後強制執行をなすを便宜とすることがあろう。特に保存行為についてこの利益は大きいのであり、また強制執行の対象とならない形成権について、代位権の作用は少なからぬものがあるのである。(b)その二は、特定債権者のみの債権保全の目的にもこの制度を奉仕せしめんとする、判例理論の結果である。この理論が認める以上、債権者代位権は第三者の妨害を排除し、困難な登記問題を解決する等、多くの重要な作用を営むこととなるのである⁽²¹⁾（傍点池田）とするのである。

そして、昭和三〇年代になると、この制度の趣旨を（債権者取消権とセットにして）「責任財産の保全」である」と明確に述べ、「債権の対外的効力」という見方は、「ローマ法的アクチオ構造による表見的なもの」と明瞭に否定するものが現れた。それが昭和三四年の於保不二雄『債権総論』⁽²²⁾である。

於保博士は、「民法は、債務者の責任財産を保全するために、債権者に、債権者代位権と債権者取消権とを与

えている」とし、「前者は、債務者が、消極的に、責任財産の維持をはからない場合に、債権者が債務者に代つて責任財産の維持をはかるための権利」であるとする⁽²³⁾。そして、「債権者代位権は、一面において強制執行の準備たる作用をなすとともに、他面において債務者の責任財産を保全する作用をなす点に、その存在理由を有する」としたうえで、「この制度は、現在わが国においては、責任財産の保全作用のほかに、強制執行の準備又は強制執行の補充的な作用はほとんど営んでいない。また、責任財産の保全的作用においてもそれほど機能は営んでいない。むしろ、この制度の本来の機能とは全く無縁な特定債権の保全的作用において重要な機能を果していることに注意しなければならない」とする⁽²⁴⁾のである。

なお、この「責任財産の保全」の用語について付言しておけば、判例では、債権者代位権の趣旨を「責任財産の保全」と述べているものは見当たらない。この点は、片山直也教授も適切に指摘するように、判例は、大審院の時代から、債権者代位権や詐害行為取消権に関して、フランス法的な「共同担保」という概念での説明はしてきたものがある（前掲大判明治三十九年三月二三日民録一二輯四四一頁等参照）。⁽²⁵⁾しかし、「実は民法典自体は「責任財産」という概念を知らない。立法後に学説によって産み出した概念なのである⁽²⁵⁾」というのが適切なのである。

しかし、この於保博士の言説の影響は決定的であった。その後の体系書等では、債権者代位権と債権者取消権について、「これらにあつては、債権者が第三者に対して、たとい間接的ではあるにせよ、債権の効力を及ぼすことになるところから、かつては、「債権の対外的効力」の認められる場と説明されていた。しかし、近時においては、右の両権利は、強制執行の前提ないし準備に奉仕するものとみられるがゆえに、これらを「責任財産の保全」という観念でとらえるのが適切である、という考え方が支配的である⁽²⁶⁾」などとされるに至るのである。

その後の多くの教科書・体系書は、（民法典は債権の効力の節に債権者代位権と詐害行為取消権を含めていたにもかかわらず）この代位権と取消権をまとめて「責任財産の保全」として別の章立てをするに至つた。⁽²⁷⁾さらに、その

後の多くの論考が、債権者代位権を「責任財産の保全」を目的とする制度と前提して書かれるに至ったのである（たとえば、今日の債権者代位権の研究者の一人である工藤祐巖教授の論考は、債権者代位権の本来の機能を責任財産保全機能とし、「債権者代位権が本来責任財産保全機能を果たすべく生まれたのなら」という前提で展開されている⁽²⁸⁾）。ちなみに、前掲民法（債権法）改正検討委員会の提案も、第三編「債権」第二章「責任財産の保全」というタイトル建てで債権者代位権を取り扱っている⁽²⁹⁾。

(4) 無資力要件の強調と「本来型」「転用型」という説明の誕生

さらに、責任財産の保全を強調するところから、その後の学説は、この債権者代位権に、起草者の議論にもとくには現れていなかった、「金銭債権」の保全という限定を加え、いわゆる無資力要件の強調に向かったようにみえる。そしてそれが、金銭債権以外の特定債権に債権者代位権を用いるのは、本来予定されていなかった活用方法なのであって、「転用」なのだ、という、これも今日の学説がほとんど疑われない議論につながるのである。

たとえば、判例が賃借権保全のための妨害排除請求権の代位行使や登記請求権保全のための前主の登記請求権に対する代位行使の容認などに際して、特定債権保全の場合には「債務者無資力」の要件を不要としているのを、石田喜久夫博士は「まさに債権者代位権の転用と称しうる」とし、「実は、ここで判例が民法四二三条の解釈として説いていることは、むしろ化託というべく、「判例による法創造」とみるべきである」とまで言う⁽³⁰⁾。しかし、先に見た明治民法起草者の見解からすれば、もともと金銭債権への限定は明示されたものではなかったのであり、逆に同条にもともと予定された守備範囲であったと評することさえできそうに思われる。そうすると、判例の「法創造」はどこにもなく、ただ立法趣旨を敷衍した解釈を示したに過ぎないというべきなのではなからうか。

(5) 小括

実は、本稿が述べてきたここまでの経緯の指摘は、別段目新しい「発見」というわけではない。たとえば椿寿夫教授は、最近の論考で、「債権の効力」の中に詐害行為取消権と並べて規定される債権者代位権は、債権の対外的効力という位置づけから、責任財産の維持・保全³¹⁾ 目的へと動き、したがってまた、「債務者の無資力」要件が前面化する。」と適切に記述しているのである。

ここにおいて我々は、再度冷静に検討し直すべきではないのだろうか。つまり、債権者代位権は、明治民法の立法当初から、そもそも「債務者の」責任財産の保全」を目的にしたものではなく、一定の制限された状況において債権者が自らの債権を実現するために債務者の第三債務者に対する債権を行使できる、という、文字通り(条文の文言通り)「債権者が自己の債権を保全するため」の規定である(その意味で、債権の効力ではなく「債権者の権能」についての規定である)、ということになるのではないだろうか。そうすると、於保博士らの学説が確立させた「(債務者の)責任財産の保全」というクッションを挟むことなく、債権者の権能として端的に自らの債権の実現を図れてもそれほどおかしなことではない、ということにさえなるのでなかろうか。

そして、もともと債権者代位権行使の要件は、(かつて小池博士らが説いていたように)「(債務者の)無資力」ではなく「(債権者の債権の)保全の必要性」に尽きるのであり、またそもそも債権は金銭債権に限られていたわけではなく、従って本来型、転用型という分類もない(それらはまさに後世の「学説」の整理によるものである)、そして自己の債権の実現を目的とするのであるから、優先弁済効も認められておかしくない、等々の(たとえば前掲の債権法改正検討委員会の提案の前提³²⁾とするところは全く異なる)理解が導かれそうなのである。

以下には節を改めてこの点の再検証を行おう。

- (1) 岡松参太郎著(富井政章校閲)『註釋民法理由』(有斐閣書房、明治三〇(一八九七)年)一〇八―一一〇頁。
- (2) 横田秀雄『債権總論』(日本大学清水書店、明治四一(一九〇八)年)三八四頁。
- (3) 鳩山秀夫『増訂改版日本債権法(総論)』(岩波書店、大正一四(一九二五)年)一八七頁。
- (4) たとえば代表的なものとして、生熊長幸(同判例解説)『民法判例百選Ⅱ(第六版)』別冊ジュリスト一九六号(二〇〇九年)二八頁は、「債権者が債務者の第三者に対する特定の債権を代位行使することによって自己の特定債権(非金銭債権)を保全しうるケース(これは「債権者代位権の転用」と呼ばれている)においては、債務者の無資力を要件としないという画期的な理論を打ち出したのである」とする。
- (5) 小池隆一『日本債権法総論』(清水書店、昭和八(一九三三)年)一七八頁。
- (6) 小池・前掲注(5)『日本債権法総論』一七九頁(傍点池田)。
- (7) 小池・前掲注(5)一八二頁。
- (8) 小池・前掲注(5)一七七頁。
- (9) この問題については佐藤岩昭「債務者の責任財産の保全2―債権者代位権―」法学教室一一六号(一九九〇年)六四頁が要領よく紹介している。
- (10) 鳩山・前掲注(3)『増訂改版日本債権法(総論)』一九四頁注七。さらに近藤英吉、柚木馨『注釈日本民法(債権篇総則)上巻』(巖松堂書店、昭和九(一九三四)年)二五二―二五三頁も同様の見解を示している。
- (11) 佐藤・前掲注(9)論文・法学教室一一六号六四頁は、「従って、鳩山説の判例に対する影響力はかなり大きかったのではないかと推測される」としている。
- (12) 我妻栄『新訂債権総論』(岩波書店、昭和三九(一九六四)年)一六九頁、柚木馨、高木多喜男『判例債権法総論(補訂版)』(有斐閣、昭和四六(一九七二)年)一七九頁等参照。
- (13) 石坂音四郎『日本民法第三編第二卷』(有斐閣、初版、明治四五(一九一二)年)、同『日本民法第三編債権総論上巻』(有斐閣、大正八(一九一九)年)。
- (14) 石坂・前掲注(13)『日本民法第三編債権総論上巻』六四―一頁。
- (15) 石坂・前掲注(13)『日本民法第三編債権総論上巻』六五―八頁。

- (16) 末弘巖太郎『債権総論』（現代法学全集第六卷）（日本評論社、昭和三（一九二八）年）五頁以下（債権総論の通し頁として六七頁以下）。
- (17) 末弘・前掲注（16）一二頁。実にこれが後の於保博士の「責任財産の保全」という項目立てにつながるものかと思われる。
- (18) 末弘・前掲注（16）一三頁。
- (19) 末弘・前掲注（16）一四頁。
- (20) 柚木馨『判例債権総論上巻』（有斐閣、昭和二五（一九五〇）年）一七六頁以下。
- (21) 柚木・前掲注（20）一七六～一七九頁。
- (22) 於保不二雄『債権総論』（有斐閣、昭和三四（一九五九）年）一四四頁以下（実はこれは於保博士の債権法観の根底にかかわるものであった。博士は同書のはしがきで、「民法のうちで債権法、ことに債権総論の部分がローマ法の影響を最も多く残している」として、「債権法を実体的により純化するということ、別の角度からすれば、債権法をより一層近代化するということ、このことが現在の民法学に課せられている基本課題である」と述べ、「債権関係を特定人間の法鎖と観じ、訴権によって債権を表現していたローマ法的債権観を捨てて、物権と並んだ実体法上の財産権の一つとしての債権概念を確立しなければならない」としているのである）。なお、比較のために言えば、昭和一五（一九四〇）年に出版されている我妻栄『債権総論』（岩波書店）一五四頁は、タイトルを「債権の対外的効力（責任財産の保全）」と併記している。
- (23) 於保・前掲注（22）一四四頁。
- (24) 於保・前掲注（22）一四六頁。
- (25) 片山直也「責任財産・無資力」法学セミナー二〇〇五年五月号三二頁。
- (26) 林良平Ⅱ石田喜久夫Ⅱ高木多喜男『債権総論』（青林書院、昭和五三（一九七八）年）一四三頁（石田執筆）。
- (27) 私自身の教科書もそうである。入門教科書とはいえ安易に「責任財産の保全」として債権者代位権と詐害行為取消権をひとくくりにして説明してきたところは、反省しなければならない。ただし私は、四二三条以下について「債権の効力」ではなく「債権者の権能」の規定と説明している。これは、於保・前掲注（22）一四七頁注（四）が、

「債権の効力といっても、これは請求権の効力でないことは明らかである。債務に対する責任の問題であり、責任保全のための効力である。責任に対する債権の効力を攝取力・支配力として認めたならば、債権者代位権はこの攝取力・支配力の保全的効力として債権の一効力であることが明らかになると思われる。」としているところに関する。私は、「債権の効力といっても、これは請求権の効力でないことは明らかである。」というところまでは於博士と同意見であるものの、その先の「債務に対する責任の問題であり、責任保全のための効力である」という点は肯定せず、「債権の効力」ではなく「債権者の権能」についての規定であると説明している（池田・前掲二の注（一）『新標準講義民法債権総論』六一頁）。

(28) 工藤・前掲三の注（一）「フランス法における債権者代位権の機能と構造（一）」六七四頁は、「債権者代位権が本来責任財産保全機能を果たすべく生まれたのなら、その目的を果たすための手続構造しか有していない可能性があり、かかる構造に何らの手を加えることなくはるかに強力な債権回収機能を認めると、機能と構造に齟齬が生じるのではないだろうか。具体的には、実現さるべき実体権が十分に訴訟上確定されることなく実現されてしまうことに問題能を果たすべく生まれた」という部分に、本稿は異を唱えるものである。

(29) 今回の債権法改正論議の学者の見解で、この「責任財産の保全」というタイトル自体を積極的に問題にしているのは、管見の及ぶ範囲では、片山直也「責任財産の保全」ジュリスト一三九二号（二〇一〇年）一一一頁以下（同『詐害行為の基礎理論』（慶應義塾大学出版会、二〇一一年）五九三頁以下に「責任財産の保全」から「合意の第三者効」へ」と改題して収録）だけである（片山教授はそこで、債権者代位権と詐害行為取消権を「広く債権（合意）の第三者効を認める制度として機能させる」制度設計を提言している。この見解は、一見、ポワソナード旧民法の考え方を念頭に置いているように思われるが、実際は、デフォルトに陥る前の担保管理を問題にする、優れて現代的な発想によるものである）。なお、平成一六年の民法現代語化改正の際には、四二三条以下に「第二款 債権者代位権及び詐害行為取消権」という款名を追加している。同現代語化は、保証の部分を除いては実質改正は行わないという基本方針で作業がされており、第二節債権の効力のところは、先頭の四一二条からの部分に「第一款 債務不履行の責任等」、そして四二三条以下に「第二款 債権者代位権及び詐害行為取消権」という款名を追加して一定の分離を

したものである(ただこれは、その款名からしても何ら実質的な意味を示すものではない)。

(30) 林ほか・前掲注(26)『債権総論』一四五頁注(2)〔石田執筆〕。第三版(平成八(一九九六)年)では一六七頁注(2)。

(31) 椿寿夫「『債権法改正の基本方針』についての差し当たった所の感(下)——二〇〇九年四月二九日シンポジウム傍聴記」NBL九〇九号(二〇〇九年)七一頁。

五 再検証

(1) 「責任財産」か「共同担保」か

先にも引いたように、片山教授は「実は民法典自体は「責任財産」という概念を知らない。立法後に学説によって産み出した概念なのである」という。日本民法はそもそもドイツ流の「責任財産」の考えを持っておらず、一方フランスでは「共同担保」という用語が用いられていた。このことは、佐藤岩昭教授の研究でも明瞭に示されているところである。⁽¹⁾では、そのフランス民法の「共同担保」概念はどこまで日本民法に引き継がれたと見るべきなのであるか。そこが問題の核心である。

ここでまず、「責任財産」と「共同担保」という用語の実質的な意味内容(およびその差異の有無)について確認をしておきたい。この点、佐藤教授の説明では、結局両者とも「強制執行に服する債務者の財産」ということになる。「同様の内容を有するものとして講学上理解されている」とされ、⁽²⁾両者に明瞭な差異は見られないことになる。これに対して、片山教授は、ドイツ流の「責任財産」(強制執行の対象という意味)を、フランス法上の「共同担保」(債務者の財産は「総債権者」の担保となるという意味で用いられる)と「一般担保」(債務者の総財産が各一般債権者にとって債権の引き当てとなるという意味で用いられる)という二つの概念と対比させて論じている。⁽³⁾

そして片山教授は、共同担保の概念には、「基本的には「債権者平等の原則」が含意されているといえる」（この点私見は若干の留保を置くが）としたうえで、次のような示唆に富んだ分析をするのである。

「共同担保」という場合には、「総債権者」を想定している点を指して、「平等主義」と呼ぶことは許されよう（四二五条も同様である）（池田注、この四二五条に関する評価については私見では本文後述のように疑問を提示する）。これに対して、「一般担保（権）」という用語は、個々の債権者を念頭に置いて、債務者のすべての財産が債権の担保となる状態（債務者の財産に対する債務者の権利）を説明するもので、ドイツ法の「責任」の対概念と分析することができる。ニュートラルだが、個人レベルで権利の保護及び実現を図ることが原則である民法および民事執行法においては優先主義との結びつきが親和的であろう。このように考えてくると、「責任財産の保全」という場合に、些か乱暴ではあるが、「共同担保の保全」（平等主義）なのか、「一般担保（権）の保全」（優先主義）なのかという形で問題を再定立しておくことが今後の議論のためには有用であるように思われる。⁽⁴⁾

つまり片山教授は、ドイツ流の「責任財産の保全」を再度フランス法の用語で考え直し、フランス法概念における「共同担保の保全」と「一般担保（権）の保全」を分け、前者は平等主義につながり、後者は優先主義に親和的であるというのである（この分析は、後述本文の、四二五条についての富井博士の見解の検討のところで再度引照したい）。

以上の用語の検討を前提にしつつ、次に、「共同担保」を明文で規定していたボワソナード旧民法債権担保編一条に触れておこう。同条は、一項本文で、債務者の総財産はその債権者の「共同ノ担保」であると定める。⁽⁵⁾ただしこれは、ボワソナードの説明でも、単に債務者のすべての財産を債権者が差し押さえたり売却したりできるという意味だけを表しており、⁽⁶⁾平等主義（比例弁済原則）までを定めたものではない。平等主義（比例弁済原則）を定めたのは、同条二項本文である。即ちそこでは、「債務者ノ財産カ総テノ義務ヲ弁済スルニ足ラサル場合ニ於テハ其価額ハ債権ノ目的、原因、体様ノ如何ト日附ノ前後トニ拘ハラズ其債権額ノ割合ニ応シテ之ヲ各債権者

二分与ス」と定め、同項但書として、「但其債権者ノ間ニ優先ノ正当ナル原因アルトキハ此限ニ在ラス」と、先取特権のある債権等の優先性を示している（なお一条の最後の三項は、差押・売却・配当の方式は民事訴訟法で規定すると定めるもので、ここではとくに考察の必要がない）。

ボワソナードは、旧民法の理由書での本条の解説の冒頭において、「本条は、債務者によってその能力以上に締約された債務についての、（財産編）三三九条の原則の、特別の適用を示すものである」と説いている⁽⁷⁾。したがってそこから、一般には、旧民法の段階では、三三九条すなわち間接訴権の規定に、共同担保の概念およびそれに基づく平等主義（比例弁済原則）が存在したと認められるとされている。

しかし、ここで一言しておきたい。ボワソナードのいう「三三九条の原則の特別の適用、*application spéciale*」とはどういう意味か。先に見たように、一項はボワソナード自らいうように総財産が引当てになるというだけであるので、特別の適用とは、二項の、債権者が競合して弁済額が減少してしまう場合のことを指す。その場合は確かに平等主義（比例弁済原則）の対象になる。しかし、わが国の債権者代位権に関する通説のように本来型を金銭債権の保全に限って、保全の必要性を「無資力要件」と考えれば、この、弁済額が十分に得られなくなる場合が本来型代位権行使の可能なすべての場合になるが、既に見たようにボワソナードはそのような場面の限定は考えずに間接訴権を（その代りすべて裁判上の代位として）構成している。そうすると、共同担保ではあっても、債務者の負担能力を超える債権者の競合がない場合は間接訴権で完全弁済を受けて構わないということになる。つまり、ボワソナードの場合は、共同担保の概念があっても、裁判所が必要性を認めれば、間接訴権行使で（優先主義というわけではないが）金銭債権の完全弁済が受けられる（債権が実現する）場合が（そして金銭債権以外の特定債権が実現する場合も）当然存在することになるはずである。だからこそ一条二項の比例弁済原則は、総財産を超える債務がある場合の「特別な適用」なのである。

そして、この債権担保編一条は、現行民法には全く承継されなかった。その削除の理由はこれまでの諸研究でも必ずしも明らかではないが、⁽⁸⁾現行民法上は、共同担保に関する明文規定は存在しなくなったのである。⁽⁹⁾

(2) 民法四二五条再考

この点、佐藤岩昭教授は、「共同担保」概念は旧民法にまでは明確な形で継受されている。しかし、現行民法典にはこの概念を明示する条文は存在しないのである⁽¹⁰⁾とし、「ところが、現行民法典においても、「共同担保」の回復を存在理由とする債権者取消権の規定の中に、この概念が包含する平等主義の理念を含む規定が存在する。それは民法四二五条である。この規定は、(中略)詐害行為取消判決の既判力を総債権者に拡張せしめるというフランスの学説を、ボアソナードが明文化して日本に導入したものである。そして、フランスにおいては、この学説の有力な根拠として仏民第二〇九三条が挙げられていたのである。そうだとすると、フランス法の「共同担保」概念は、間接的にはあるが、現行民法典にその痕跡を留めているのである。それゆえ、現行民法典の解釈論においても、この概念はいまだに重要な意義を有すると言ってよいのではなからうか」と述べている。⁽¹¹⁾

つまり、佐藤教授は、共同担保概念は旧民法までは明瞭に引き継がれたが明治民法ではその旨の明文の条文はない、しかし四二五条にその痕跡を留めている、というのであるが、それではなぜ四二五条は、「前条」即ち四二四条の詐害行為取消権しか受けていないのか。ということは、引き継がれたのはあるいは詐害行為取消権に関してだけということになるのではないのか。また、そうは言っても債権者代位権と詐害行為取消権は同じ「責任財産の保全」の規定なのだからという反論に対しても、本当にそうなのか、両者をとともに責任財産の保全で説明できるのか、という再度の問題提起を用意したのである。

この問題提起に対する論証をするためには、日本民法四二五条の成り立ちを検証することが必須の作業となる

う。再度法典調査会議事速記録を見よう。そうすると、非常に明瞭な形で、以下のことがわかる。四二五条に付された参照条文は、旧民法財産編三四三条だけである⁽¹²⁾。そして、穂積陳重起草委員は、趣旨説明の冒頭で、「本条ハ財産編第三百四十三条ノ一部ヲ此処ニ存シテ置イタノデアリマス」という。言うまでもなく財産編三四三条は廢罷訴権（詐害行為取消権）の条文で、「廢罷ハ詐害行為ニ先タチ權利ヲ取得シタル債権者ニ非サレハ之ヲ請求スルコト得ス然レトモ廢罷ヲ得タルトキハ總債権者ヲリス但各債権者ノ間ニ於テ適法ノ先取原因ノ存スルトキハ此限ニ存ラス」となっていて、その中の「廢罷ヲ得タルトキハ總債権者ヲリス」の部分がこの四二五条として提案されたというのである⁽¹³⁾。

しかも、それを入れた理由は、直接には共同担保という趣旨からという説明はされていない。穂積委員は、「取消ノ結果ハ固ヨリ債務者ガ原地位ニ復スルノデアリマスカラ夫故ニ取消請求者ノ利益ノ為メノミテナイト云フコトハ何ウモ之ハ断ツテ置カナイト疑ヒガ生ズルモノデアラウト思ヒマス自分ノ利益ノ為メニ之ヲ請求シタノデアルカラ其判決ハ自分ノミニ及ブト云フ疑ヒハ随分生ジ得ルコト思ヒマス」と説明する⁽¹⁴⁾。つまり立法理由は判決効の問題から説かれているのである。

さらに、その後で発言した富井委員は、事前の起草委員の合議のときに反対説を述べる許可を得ていた（「本条丈ケニ付テハ曾テ我々ノ間デ相談ヲシマシタトキニ反対ヲ述べル許可ヲ得テ置キマシタ」と前置きして、フランスなどでも三説あるとし、その第二説としての、共同担保の考え方を基礎としてこの条文のようにいう説を否定して、第三説の「取消ヲ請求シタ債権者丈ケノ利益ニ為ル」説が「至当デアル」という意見を述べるのである（富井委員は債権者代位権の解説については共同担保の考え方に触れていたのに、である⁽¹⁵⁾）。そして富井は、「仏蘭西ノ學者ノ間ニ於テモ第二説ノ方ガ私ハ少数デアルト信ジテ居リマス「コーメードサンテール」ハ第三説デア尔夫レカラ「ボアソナード」ハ第三説ノ方ガ多数デアルト論ジテ居ル⁽¹⁶⁾」等々と述べるのである。

つまり、富井委員は、詐害行為取消権についてはいわゆる優先主義を採っていたということである（これは実際その後のフランスの多数学説に一致する）。したがって、富井説は、債権者代位権のところでは共同担保の考え方を述べていわゆる平等主義を採り、詐害行為取消権については優先主義の立場に立つ、ということになる（ではこれは矛盾しないのか。図式的に先述の片山教授の用語法に従えば、富井説は、代位権については共同担保の保全、取消権については一般担保（権）の保全を考えているということになる。ここで再度片山説を引こう。同説は、前掲の引用部分に続けて、「詐害行為取消制度に関しては、従前から「共同担保の保全」のための制度であるとの説明がなされてきたが、債権者が債務者の法定訴訟担当として債務者の権利を行使する債権者代位権や倒産管財人が財団・債権者を代表して行使する否認権と異なり、個々の債権者があくまでも自己の債権の実現のために自己に属する権利を行使するのであるから、ゼロベースで制度設計をするならば、民法上の制度としては、「一般担保（権）の保全」のための制度として構築するのが出発点となる⁽¹⁷⁾」と述べる。本稿では詐害行為取消権に深入りする余裕はないので、ここでは、詐害行為取消権について、「個々の債権者があくまでも自己の債権の実現のために自己に属する権利を行使する」のであればフランス法の用語でいう「一般担保（権）の保全」を考えて、優先主義の結論と調和させる、という片山説の論理だけを確認しておきたい。ただ、そこで指摘しておきたいのは、本稿がすでに現行四二三条の立法過程で確認してきたところでは、同条では「債権者の債権の確保実現」に重きが置かれていて、穂積起草委員の四二三条の趣旨説明には「共同担保」と「平等主義」という説明がまったく見られず、かつ梅委員の著作にもほとんど見られないという事実である。現代の片山説の用語でいうならば、現行四二三条に盛り込まれたものの実質は、ボワソナード旧民法での「共同担保の保全」というよりは、「一般担保（権）の保全」に近かったのではないのだろうか。——何が言いたいかといえば、現行日本民法の債権者代位権および詐害行為取消権の解釈運用における「優先弁済効」の評価への理論的示唆、である）。

そして富井委員は「併シ是非トモ然ウ為ラナケレバ大變弊害ガアラウト思フ程ノコトデモナイ夫レデ必死ノ力

ヲ出シテ反对ヲスルト云フ程ノコトデモナイ」と言いつつ削除案を出す⁽¹⁸⁾。これに対して高木豊三委員もかなり異なった角度から削除案を出す（高木委員の意見は、破産の場合との対比をすると、廃罷を訴えた者だけを利するのはおかしいと言いながら、廃罷訴権というものは必ずしも破産のような場合ばかりでなしに特定の債権者を詐害するような場合もあるであろうから、「夫レデ寧ロ斯フ云フ事ハ何ウモ極メテ置カヌ方ガ宜シイ」というものである⁽¹⁹⁾）。これに対して穂積委員は、「私モ矢張り削ラルルト云フ方ハ決シテ反对ヲシナイ方デス」と言いながら再度、判決の効力の観点からの解説を繰り返す（ここでも共同担保として他の債権者と平等に分配する等の説明は全くないことに注意を要する⁽²⁰⁾）。そして、採決の結果削除賛成派少数となって現行条文が残ることとなるのである⁽²¹⁾。したがって、高木委員の発言中に所謂平等主義の発想が示されるのであるが、提案者側の説明には具体的な共同担保（平等主義）的解説はない。

したがって、もともと四二五条は明確に四二四条だけを受けており、四二三条の債権者代位権についてこの四二五条の趣旨を及ぼそうとする議論は法典調査会では見当たらないし、そもそも四二五条も共同担保の（ことに平等主義の）考え方の承継の徴表として説明するには疑問が多いということなのである⁽²²⁾。

つまり、このフランス流「共同担保」の概念は、少なくともボワソナード旧民法までは引き継がれていたように思われるが、明治民法の段階では、取消権のほうでの評価は留保するとして、債権者代位権のほうには必ずしもその承継が明瞭な形では認めがたいということになるのではなからうか（あるいは、四二三条にはもともと共同担保の考え方がある程度含まれているのだとしても、それを四二五条を使って説明するのは不適切、というべきなのかもしれないし、右に論じたように、わが国に引き継がれた「共同の担保」概念は、その実、片山教授の分析する「一般担保」の考え方の部分に止まるといえることになるのかもしれない）。

(3) 民法四二三条の「共同担保」の実質

以上のことから、改めてわが民法の債権者代位権における「共同担保論」を検証してみよう。

まず、共同担保を論じる中の、「債務者の財産の総体が債権者の債権の実現の引き当てになる」という部分の発想は、まさにボワソナード以来の「債権の対外的効力」の議論につながるものである。そしてこれは、そもそも法典調査会の段階まで条文上にそして款名に明示されていた発想であり、梅の著作等にもその説明が見られることはすでに紹介したとおりである。⁽²³⁾

しかし、フランスの間接訴権がそうであったところの、手続論としての強制執行の前段階ということ、そしてその場合の平等主義ということは、松坂博士ら後世の学者のフランス民法の間接訴権の紹介で広く知られ、於保博士らの「責任財産の保全」論で一種の共通認識になるが、実は明治民法制定当時は、それほど意識されていないように見える。さらに言えば、強制執行の前段階という考え方は、当時の立法資料の上では全く触れられていないのである（この点、ボワソナードの意図を実現した明治二三年裁判上代位法を（裁判上で用いる場合に限定して）受け、そしてさらにそれを修正して非訟事件手続法を（裁判上で用いる場合の）代位権の機能の前提とした日本の債権者代位権は、端的に言って、明治二三年裁判上代位法の成立以降は、フランス流の強制執行の前段階という位置づけではない、独自の権利実現過程を志向して成長してきたというべきなのではなからうか。そしてそれはまさに三ヶ月博士の分析に一致する）。そして、審議記録や起草者等の著作を見る限りでは、より端的に、「（債務者の不誠実な行動に対して）債権者がどういう形で手出しをして自己の債権の実現を図れるか」というところに文字通り本条の趣旨があると意識されていたように思われる（ちなみにこの発想自体は、どちらかといえば平等主義ではなく優先主義と親和的である）。加えて繰り返し返せば、現行四二五条はあくまでも詐害行為取消権を対象にした規定であり、しかもその四二五条も、法典調査会では共同担保の実現の観点よりも判決の効力の及ぶ人的範囲の問題として論じられて

いた、ということがわかるのである。

つまり、「責任財産の保全」という用語法は勿論のこと、共同担保の確保とそれによる平等弁済の実現等も、もともとわが四二三条の立法趣旨としては明らかでなかった、と言わざるを得ないように思われるのである(ただし、この点のより説得的な結論付けは、わが民法におけるいわゆる「平等主義」ないし「債権者平等の原則」の詳細な検討(用語法の区別を含む)を経て下すべきであろう。今ここではそれを詳論する余裕がないが、概略を述べておけば、まずは鈴木祿弥博士の特筆すべき論考⁽²⁴⁾が明らかにしたところからすれば、わが民法における「債権者平等の原則」は、実は主として担保物権法の世界で論じられてきており、民法が平等弁済(比例弁済)の原則を打ち立てているなどということとはとても言えることではなさそうである、ということがある。次に、「債権者平等の原則」に関するもう一つの重要論文であり、本稿でもすでに注記で触れた中田裕康教授の論考⁽²⁵⁾では、債権の平等と債権者の平等との区別の必要性を強調しつつ、比例弁済原則についてもかなりの記述が割かれているが、同論文も四二五条と債権者平等原則の関係についてはかなり慎重な態度を採っている。さらに最新の北居功教授の論考⁽²⁶⁾は、沿革についても分析したうえで、民法上の債権者平等の原則とは、直ちに比例弁済原則を意味するものではなく、「各債権者が自身の債権全額を行使し、債務者の任意弁済を全額受領できるという点で平等であることに尽きるのではないか」としている)。

(4) 代位訴訟論からの検討

しかし、この結論に至る前に、われわれはもう一つ、債権者代位権の規定を非難し、その廃止ないし根本修正を提案して今日の学説に対して多大な影響を与えた学説を分析しておかなければならない。

それが、一九六九年に公表された、三ヶ月章博士の前掲「わが国の代位訴訟・取立訴訟の特異性とその判決の効力の主観的範囲」(以下「三ヶ月第一論文」として引用⁽²⁷⁾)と、同じく一九七四年に公表された、同博士の「取立

訴訟と代位訴訟の解釈論的・立法論的調整」(以下「三ヶ月第二論文」として引用)⁽²⁸⁾である。この二つの論文は、既に述べたように、内田参与らの代位権廃止(ないし根本修正)の提案の一つの大きな根拠として挙げられているもので、法定訴訟担当には二つの型があり、債権者代位権は債務者と債権者の利害が対立する対立型法定訴訟担当であることを論じたうえで、代位訴訟・取立訴訟についての比較法的考察、わが国の代位訴訟・取立訴訟の系譜的考察を踏まえて、大正一五年の民事訴訟法改正によって規定された民事訴訟法(旧法)二〇一条二項を鋭く批判し、「現在の債権者代位権を分解して、執行面ないし執行保全の面は民事訴訟法上の制度——取立訴訟ないし保全処分——に完全に任せ、特定債権の強化の面に関しては、その固有の目的にかなった規定をいわば各則的に整備する」という方向に、できるだけすみやかに向かうべきである⁽²⁹⁾という提案をし(この提案が内田グループの債権者代位権の提案に取り入れられている)、また第二論文ではわが国の債権者代位訴訟をめぐる判例法理を検討し、大審院昭和一四年判決と最高裁昭和四五年判決を強く批判している。我々はこの三ヶ月論文の検討を経ずに結論に向かうわけにはいかないであろう。

(5) ボワソナード旧民法(同草案)の再検討

問題を解く鍵は、やはりボワソナード旧民法の債権者代位権規定の再検討の中にありそうである。

旧民法財産編三三九条(ボワソナード草案では三五九条)を再度掲記しよう。

三三九条

①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

②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

③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

これが間接訴権（債権者代位権）の規定であり、次の三四〇条が廢罷訴権（許害行為取消権）を規定する。

繰り返しになるが、条文から明らかかなように、代位権につき、ボワソナードの明らかかな独自の創案が見られるのは、完全な訴権構成を取っているということである。①項で、債権者が債務者に属する権利を申し立てたり訴権を行える場合があることをまず述べ、②項で、その手段は、差押えによるか、訴訟参加によるか、裁判上の代位による間接訴権によるかである、とするのである（したがって、先に掲げた法典調査会議事速記録で穂積が、「先ヅ第一ニ既成法典ニ於キマシテハ『債権者ニ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』ト余程広ク書イテアリマスノデ而シテ其第二項以下ニ其方法ヲ指示シテアリマスガ併シ乍ラ権利ヲ申立及ビ訴権ヲ行フト言フノハ如何ナル場合ニ此方法ニ依リサヘスレバ出来サウニ思ハレルノデアリマス是レガ書方ノ欠点デ御座イマシテ……」というのはなほだ論点をすり替えた議論であり、その批判は失当と言わざるをえない）。

つまり、ボワソナードは、どういうケースで代位権を使えるかという限定はしない代わりに、すべて裁判上の代位による間接訴訟（代位訴訟）によることにしていたのである。これは、当時のフランス本国の扱いよりも限定的である。というよりも、まさにこの点がボワソナードがフランス本国法を問題視し、積極的に改変しようとしたところなのである。周知のようにフランス民法では、先に掲記した穂積の解説が「其欠点ハ既成法典ニ初マツタノデアリマセヌ此手本ニナリマシタ法典ニモ書イテアリマスノデ夫レガ為メニ種々ノ議論ガ生ジタモノデアリマス夫故ニ如何ナル場合ニ於イテドウ云フ目的ヲ以テ債務者ニ属スル権利ヲ行フコトガ出来ルカト云フコトヲ指示スノガ固ヨリ必要デアリマス」とあるように、条文上、裁判上の代位を要求されてはおらず、当時の学説にも、裁判上の授權がなくても債権者代位権を行使することができるとする説もあった。ボワソナードは、Project

(草案注釈書)の草案三五九条の間接訴権規定部分の説明でその点に触れ、「草案はこの間接訴権の事項について、フランスにおいて非常に論争があり、日本では解決しなければならぬ一問題を断定した」と強調し、フランスでは告知をもって足りるところを必ず裁判上の代位 subrogation judiciaire によらなければならぬとするのである。⁽³⁰⁾そしてこの裁判上の代位については、「明文によつて要求されているわけではないが、フランスではきわめてよく利用されている」として、これを旧民法では要件として明記するのである。⁽³¹⁾(これはフランスの古法の立場である。そしてその後現在のフランスの通説では、裁判上の代位を必要としない方が通説になっている)。民法の起草者たちは、このボワソナードが最も力を入れた訴権限定を外したのであるから、穂積が「其大体ニ於キマシテハ既成法典トひどく違ツテ居ル所ハ御座イマセヌ」というのは実は大変不適切な説明ということになる。

しかし起草者たちは、代位権行使がどのような場合に認められるのかを明確にするために「自己ノ債権ヲ保護スル為メ」という文言を入れ、旧民法上の「訴権」について生じた問題を決するために、代位権行使が保存行為である場合を除いて被保全債権の期限到来が代位権行使の要件である旨定め、期限未到来の場合は裁判上の代位すなわち裁判所がその代位行使を認めるときのみできる、ということにした、という一連の手当てで、ボワソナードの訴権限定の代替策としたつもりであったのかもしれない(その意味で、ひどく変わってはいないという趣旨説明をしたのかも思われる)。しかしこれが実は決してボワソナードの規定を等価的に代替できるような結果を招来するものではないばかりか、(後に三ヶ月博士の痛烈な批判⁽³²⁾の対象となる)債権者代位権の理論的整合性を失わせる「日本独自の」創案となったことは、すでに述べたとおりである。

現行法の分析に戻る前に、ボワソナードの債権者代位権像をもう少し見ておこう。なぜボワソナードがフランスの通説的見解と異なり裁判上の代位訴訟構成を貫徹したのかについて、三ヶ月博士は次のように推測している。

博士は、「フランス法の内容の忠実な条文化の中に、時折、思いもかけぬ母法の建前の——いわば勝手な——改変を忍び込ませることがあるという、ボワソナード草案の持つもう一つの特徴がここにも見出される」(この点は私見の評価とはだいぶ異なる表現である)⁽³³⁾としたうえで、「フランスの現在の債権者代位権は、決して、裁判上の許可が要求されるものではないのである。にもかかわらず、ボワソナードが、裁判上の代位を原則として打ち出したということは、フランスの現行法の立場とは異なるところの古法の建前を日本の実定法体系の中に盛り込もうとしたということにほかならぬ。それはもはや、現行フランス法上の債権者代位権とは似ても似つかぬ代物というべきなのである」と評して、「その動機を強いて憶測してみると、およそ何らの裁判所の関与なしに、ただ自分は債務者の債権者であるという債権者の主張(傍点原文)のみで、他人の権利の行使が正当化できるといふ伝統的な間接訴訟——債権者代位権に基づく訴訟——の問題点が、ボワソナードによってはつきり見通され、フランス法においても、嘗つては裁判上の授權が必要であったこともあるという追憶に支えられて、裁判所の許可を不可欠のものとするを通じ、一步執行法上の制度へと傾斜せしめることによってその散漫化という欠点を除去しようとボワソナードは考えたのではなからうか」としている⁽³⁴⁾。

「追憶に支えられて」「一步執行法上の制度へと傾斜せしめることによって」という部分は私見ではいささか異論があるもの、この三ヶ月博士の分析は、それまでの民法学者が到達できなかったボワソナードの規定の意味付けに迫ったものと私は敬意をもって評価したい。ただし、ボワソナード自身の解説を精読すると、彼の意図(三ヶ月博士のいう「動機」)は実は明示されているのであり、さらに一段とこの規定が、私見が拙著で探究したところの「ボワソナードらしさ」⁽³⁵⁾を具現するものであることがわかるのである。

私見の絵解きは以下のようなものである。確かにボワソナードは、三ヶ月博士の指摘するように、フランス民法の規定のままでは債権者代位権の恣意的な濫用とでもいふべき事態が生ずることを懸念した。裁判上の代位に

限定したのは、まさにその結果の処置であつたと思われる。そして、私見のボワソナード旧民法の他の部分の研究から敷衍しても、そのような恣意的な権利行使が認められてしまうことは何よりボワソナードの倫理観、社会正義観に反するものであつたであらうと思われるのである（ただしこの場面で、ボワソナードがどこまで執行法上の制度に近づけようとする明確な意図をもっていたかについては私は留保したい）。ただ、本条については、債権者の恣意的な行使が抑制されたという点を指摘するだけでは、片手落ちと思われる。つまり、裁判上で認められるということは、それだけ債権者にこの訴権を行使する必然性が認められるということであるから、この訴権は、そういう理由のある場合にのみ使えることに他ならない。そうするとおそらくボワソナードは、そういう訴権を行使する前提として、債務者の非難すべき不履行なり不誠実な対応なりがそれだけではつきり存在することを想定していたはずである——こういう推論で再度ボワソナードの *Projet*（草案解説書）を読むと、まさにその趣旨が草案八五九条の解説の冒頭第二パラグラフに（そしてそのまま同文が旧民法理由書の原文である *Expose des Motifs* の財産編三三九条冒頭第二パラグラフに）明記されているのである（ちなみにこの部分は三ヶ月論文には言及がない）。ここにそのまま訳出しよう。

「債務者がその事業において困難をきたし、自己の債務者たちに対する権利の実現を怠り、自己の財産の他者からの取戻しを図りうる訴権の行使を怠ることは、ありうることであり、しばしば起こることである。この怠慢は非難すべきもの (*blamable*) であり、法律は債権者にその怠慢と戦う手段を与えなければならない。これが本条の目的である。」³⁶⁾

まさに、債務者の懈怠に対するサンクションとしての債権者の債権の実現の確保が「本条の目的」であるといふのである。つまり、それだけ非難されるべき行動が債務者にあつたのだから債権者はその債務者の権利を代わって行使できるのだ、という形で、ボワソナードの「道理」すなわち倫理的正義を実現する規定として債権者代位権は設定されたと読めるのである（そしてそのサンクションの合理性を確保するために、ボワソナードは後述の

ように代位訴訟について債務者は告知を受けることを要件とする)。そうするとこれは、「債務者の責任財産の保全」の問題ではなく、よりストレートに「債権者自身の債権の実現確保」の問題とみるべきではなからうか。

また、ボワソナードは、債務者は告知を受けた以上、代位訴訟の効果は債務者に及ばなければならぬと明言している。したがってその結果、ボワソナードの考えでは、この訴訟（債務者を参加させる）の効果は明確に債務者に（勝訴であっても敗訴であっても）及ぶのである。⁽³⁷⁾ そのような形でボワソナード旧民法規定は首尾一貫する（ここは、現行民法の債権者代位権訴訟の判決の効力について三ヶ月博士が強く批判するところなのであるが、ボワソナード旧民法の場合の論理一貫性は、三ヶ月博士の批判の及ばないところとなっている⁽³⁸⁾）。

なおボワソナードの説明の大半は、この裁判上の代位を必須とする訴権構成について割かれているのであるが、第三者に対してこの間接訴権を行使した債権者は勝訴の後に其の行使の利益を総債権者に平等に分配することに⁽³⁹⁾ 対抗することはできない、と、平等主義の説明もしている。これもまたボワソナードの正義公平を重視する観点からは当然のことであろう。ただ、それに続けて、この訴権を行使するには、複数の債権者がある場合にも、合議したりする必要はなく、⁽⁴⁰⁾ 単独で、最も敏捷なものが独立して行うことができる、という記述を置いてもいる。

以上のようなボワソナードの構想について、明治民法の起草委員らはそのボワソナードのいう「目的」つまり債権者の債権の確保実現の部分⁽⁴¹⁾ はしっかりと汲み取り、しかし手続の簡易化の発想もあつてか、裁判上の代位を全面的な必要要件から外して、現在の四二三条を誕生させたのではないかと思われるのである。

この処理が、三ヶ月博士の言う通り、ドイツの手続法から見れば非常に奇異な、そしてフランスの制度から見ても全く一致しない、独自の条文を誕生させたのである。その点については私は何ら否定しない。ただ、上述のような私見の分析に従ってその後の判例法理の展開を見ると、その展開の内容は非常に「腑に落ちる」自然なものであったように思われるのである。以下にはその点を検証しよう。

- (1) 佐藤岩昭「債務者の責任財産の保全1」法学教室一一五号（一九九〇年）五四頁。
- (2) 佐藤教授の説明では、ドイツ法流には債務と責任を区別する論理から、またフランス法流には包括的担保権の発想から、これらの概念が出てくるという違いはあるが、いずれも結局は「強制執行に服する債務者の財産」ということで「同様の内容を有するものとして講学上理解されている」という説明になり、取り立てて区別する実益があるようにも思われない。佐藤・前掲注（1）論文五六頁。
- (3) 片山教授は、「まずは、「責任財産」について、①「強制執行の対象」という意味で用いるか、②「共同担保」という意味で用いるのかを明確にしておく必要がある。①は民事執行法が前提とするドイツ法的な説明であり、金銭債権の執行（民執四三条以下）だけでなく、物の引渡し・明渡しなど金銭の支払いを目的としない請求権についての強制執行（同一六八条以下）も念頭に置かれており、物の引渡し・明渡し請求権の強制執行における責任財産は特定の動産・不動産となる。他方、②はフランス法的な説明であり、金銭債権（抵当権など特別担保によって担保されない一般債権）の強制執行を念頭に置いて、債務者の総財産が一般債権の引き当てとなるという意味で「一般担保」、さらに債務者の財産は「総債権者」の担保となるという意味で「共同担保」と呼ばれる」とするのである（片山・前掲四の注（29）「責任財産の保全」ジュリスト一三九二号一一五頁（同『詐害行為の基礎理論』六〇〇～六〇一頁所収）、同「責任財産・無資力」法学セミナー六〇五号（二〇〇五年）三二一～三二三頁参照）。
- なお、引用箇所には欧文表記はないが、「共同担保」は *gage commun* であろう。同じく「一般担保（権）」は、*(droit de) gage général* であろう。片山説があえて仏語表記を付していないのは、フランスの諸学者の中でも両者の相違を明瞭にしているものとあまり相違を意識せずに表現しているものがあるためかと思われる。
- (4) 片山・前掲ジュリスト一一六頁（同『詐害行為の基礎理論』六〇一頁）。
- (5) 債権担保編一条一項は、「債務者ノ総財産ハ動産ト不動産ト現在ノモノト将来ノモノトヲ問ハス其債権者ノ共同ノ担保ナリ但法律ノ規定又ハ人ノ処分ニテ差押ヲ禁シタル物ハ此限ニ在ラス」と規定する。ただこの「共同ノ担保」の原語は、草案註釈書 (*Projet*) では *le gage commun* であり、これはフランス法でも通常に使われる「共同担保」の用語で問題がないのだが、公定訳理由書 (*Exposé de motifs*) では *la garantie commune* という表現に変わっている。

この理由についても何か実質的な理由があるのかと考えると、ボワソナードは、*Projet* の段階では、*gage commun* の *gage* は、物的担保で使う *gage* のような専門用語としての意味を持たないと説明しており (Boissonade, *Projet de code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire, nouvelle éd.*, t.4, 1891, p.5) 'Exposé des motifs' は、そのあとの説明は *Projet* と *Exposé des motifs* で変化がなく、それ以上の用語の変化についての説明はない (Code civil de l'Empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs, t.4, 1891, p.3)。おそらく、*Projet* の段階では、まだ第四巻の一部として *Des sûretés ou garanties* として条数も通し番号になっていた (1001条) ものを、旧民法典では債権担保編 *Livre des garanties des créances* としてその総則一条としたため、編の名前に合わせたというくらいのことではないかと想定される。

(6) 前注に続く部分でボワソナードは、「この法では特に、債務者がその財産の占有を保持しているので、詐害の意思なしにされる譲渡の危険は依然存在している。法は単に、この債務者の一切の財産については、正確にいうと差押禁止財産を除いて、すべての債権者によって、差押えや売却を行うという、単純な概念を説明しようとしているだけである」(傍点池田)と説いている。Boissonade, *op.cit.*, Code civil de l'Empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs, *op.cit.*. なおこの部分は、*Projet* も *Exposé des motifs* も同じ記述である。つまりボワソナードは、この一条一項は、債務者の総財産がすべての債権者らの債権実現の引き当てになっていることだけを意味している、と説いていることを記憶しておきたい。

(7) Code civil de l'Empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs, *op.cit.*

(8) 中田裕康「債権者平等の原則の意義—債権者の平等と債権の平等性—」法曹時報五四巻五号(二〇〇二年)一五頁、同「責任財産・債権者平等」法学教室一五二号(一九九三年)四三頁(同『継続的取引の研究』(有斐閣、平成一一(二〇〇〇)年)所収)参照。

(9) しかし中田裕康教授は、「比例弁済原則を否定する趣旨でなかったことは言うまでもない」と評価する。中田・前掲注(8)「債権者平等原則の意義」一五頁。その理由として同一九頁注(14)では、たとえば抵当権者が一般財産から弁済を受ける場合を規律する民法三九四条に関する法典調査会の審議において、梅起草委員は、「普通ノ債権

者」が比例弁済原則に服することを当然の前提としていることを挙げている（商事法務版『法典調査会民法議事速記録第二卷』（日本近代立法資料叢書2）九四三頁参照）。ただ、あえて言えば、担保物権法で比例弁済原則が言われるのは鈴木祿弥博士の指摘するとおりであり、問題は、債権担保編一条の削除が民法四二三条の解釈運用にどう影響するか、であろう。

- (10) 佐藤・前掲注(1) 論文五六頁。
- (11) 佐藤・前掲注(1) 論文五六頁。
- (12) 前掲三の注(5) 商事法務版『法典調査会民法議事速記録第三卷』一二九頁。
- (13) 前掲民法議事速記録第三卷一二九頁。
- (14) 前掲民法議事速記録第三卷一二九頁。
- (15) 「取消ヲ請求シタ債権者一人ガ広イ特権ヲ有スルコトニ為ルト云フノガ最モ第二説ノ強イ理由デアリマスケレドモ夫レハ取消ノ結果トシテ財産ガ債務者ノ資産中ニ返ヘルト云フコトヲ前提シテ夫レカラ起ル結果デアル併シ私ノ考ヘデハ此財産ハ債務者ノ資産中ニ返ヘルト云フモノデハナイト思ヒマス即チ其取消ヲ請求シタ債権者ノ為メニ差押ベキ物ト為ルト云フコト文ケテ……」と述べるのである。前掲民法議事速記録第三卷一三〇頁。
- (16) 前掲民法議事速記録第三卷一三〇頁。
- (17) 片山・前掲注(3) ジュリスト一三九二号一一六頁。なお片山教授は、「責任財産の保全」という看板を掲げると債権者代位権よりも詐害行為取消権のほうが「より重傷」となり、制度の発展を萎縮ないし阻害しかねないとする（同一一四頁）。
- (18) 前掲民法議事速記録第三卷一三一頁。
- (19) 前掲民法議事速記録第三卷一三一頁。
- (20) 前掲民法議事速記録第三卷一三一〜一三二頁。
- (21) 前掲民法議事速記録第三卷一三二頁。
- (22) なお、中田・前掲注(8)「債権者平等の原則の意義」は、民法四二五条について、「債権者取消権の効果につき、取消しは総債権者の利益のためにその効力が生じると規定する民法四二五条が債権者平等の原則を宣明しているとい

う見解がある。たしかに、沿革的には、同条は債権者平等の考え方を背景に持つようであるが、その意義の評価については、なお検討を要するものと思われる」(同一七頁)と非常に慎重な評価をしている。その理由とすると(同二二頁注(28)に列挙されている)は、本稿の立法経緯分析とは異なるものであるが、本稿の分析と一致するその判断はまことに適切と思われる。

(23) 既に前掲三の注(5)でも触れたように、甲号議案の段階では、債権者代位権(間接訴権、四一八条)と詐害行為取消権(廃罷訴権、四一九条以下)とは、債権の相対効の原則を規定する四一七条の例外規定として位置づけられ、「第三者ニ対スル債権者ノ権利」と題される款に置かれていた。この四一七条は法典調査会では、何も発言がないまま通過するが(前掲民法議事速記録第三卷一〇〇頁)、その後の整理会段階において、「ほんノ飾り」で「当時斯ウ云フ事ヲ書クノハ如何ニモ野暮ダ」との穂積委員の発言で削除されている。この点は、片山・前掲注(3)ジュリスト一一一頁(同『詐害行為の基礎理論』五九四頁)等参照。

(24) 鈴木祿弥「債権者平等の原則」論」法曹時報三〇卷八号(一九七八年)一頁以下は、「ほとんどすべての教科書においては、担保物権法に該当する叙述において「債権者平等の原則」が扱われている」(同四頁)、「上述の諸教科書で債権の平等性が説かれているのは、実は、物権の排他性を浮き彫りにするための背景としての役割りが与えられているに過ぎない」(同七頁)、「わが国では、個別執行においては解釈上、破産においては——(中略)実は残りカスの平等にすぎないのではあるが——明文で、平等主義が採られており、それらから帰納して、実体法上の問題まで包み込んでの「債権者平等の原則」なるものが説かれるに至っているのだ、というべきではあるまいか」(同二二頁)、「つまり、甲乙が最後まで平等に扱われ、各自の債権額に応じての按分的満足を、そしてそれのみを与えられるという結果になるのは、実際上は、例外的な事態で、ただ、ドグマティークがこれを原則であるからかのごとくに把えて、「債権者平等の原則」と呼んでいるにすぎないのである」(同一九頁)と喝破している。

(25) 二〇〇二年に公にされた中田・前掲注(8)「債権者平等の原則の意義」は、前注の鈴木論文を十分に引照しつつ、民法における比例弁済原則について論じ、そこでボワソナードが旧民法債権担保編一条一項本文(債務者の総財産はその債権者の「共同の担保」であると定める)と債権者代位権(間接訴権)とが同じ原則に由来すると説いているところを紹介している(同一五頁)。しかし一言しておけば、ボワソナードが財産編三三九条について「債務者の

- すべての財産は、彼の債務の担保 (garantie) であり債権者たちの担保 (gage) である」という原則の帰結である、と言っているのは (Code civil de l'Empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs, t.2, 1891, p.422) 先に紹介したボワソナード自身の債権担保編一条一項の説明と読み合わせれば、総債権者の共同担保となる (個々の債権者が差押えや売却ができる) というだけなのであって、比例弁済原則を宣明するものではない。比例弁済原則は、債権担保編一条二項に示されているのであり、そしてこの債権担保編一条は、一項も二項も、現行民法には継受されていないのである (前掲注 (9) も参照)。なお、中田論文の民法四二五条の評価については前掲注 (22) に掲げたとおりである。
- (26) 北居功「民法における債権者平等の原則」ジュリスト一四二八号 (二〇一一年) 九六頁。この論考が加わったことで、債権者平等の原則を債権者代位権の観点から論じる下地がようやく整ったように思われる。
- (27) 三ヶ月・前掲三の注 (9) 「わが国の代位訴訟・取立訴訟の特異性とその判決の効力の主観的範囲」三四一頁以下 (三ヶ月章『民事訴訟法研究第六卷』(有斐閣、昭和四七 (一九七二) 年) 一頁以下所収)。
- (28) 三ヶ月章「取立訴訟と代位訴訟の解釈論的・立法論的調整―フランス型執行制度とドイツ型執行制度の混淆の克服の方向―」法学協会雑誌九一卷 (一九七四年) 一号一頁 (三ヶ月章『民事訴訟法研究第七卷』(有斐閣、昭和五三 (一九七八) 年) 九三頁)。
- (29) 三ヶ月・前掲第一論文四〇四～四〇五頁。
- (30) Boissonade, *Projet de code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*. nouvelle éd. t.2, 1891, p. 183.
- (31) Boissonade, *Projet, op.cit.*
- (32) 三ヶ月博士は、フランス強制執行制度の理解を身につけた現在の地点から民法上になお姿をとどめている債権者代位権をつき放して眺めれば、とくに、金銭債権の代位に関する限りでは、それはフランスでもより新しい型の執行法制の登場によりその廃止が要望されているところの前時代の遺物的形態と断じてほぼ誤りないであろう」と述べている。三ヶ月・前掲第二論文五六頁。
- (33) 私見では、ボワソナードが「勝手な改変を偲びこませて」というのは評価の矮小化が過ぎると考える。彼は、

フランス民法について改変が必要と思われる部分については、自己の民法観に基づいて信念をもって修正や再構成を試みており、そこには（不成功に終わっているものもあるが）一定の価値観なり方向性が見出だせると評すべきである。池田・前掲三の注（16）『ボワソナードとその民法』における、ボワソナードの「総合（synthèse）」の分析（同書二五三頁以下、三二四頁以下等）を参照。

(34) 三ヶ月・前掲第一論文三七四～三七五頁。

(35) 池田・前掲三の注（16）『ボワソナードとその民法』一一頁以下、四五頁以下、一二五頁以下参照。

(36) Boissonade, *Projet*, t.2, pp.180-181. Code civil de l'Empire du Japon accompagné d'un Exposé des motifs, traduction officielle, t.2, 1891, p.422.

(37) Boissonade, *Projet*, t.2, p.184.

(38) なお、すでに本文で触れたことだが、三ヶ月博士は、ボワソナードの *Projet* p.184 の記述の中に、彼の構想する裁判上の代位を実現するにあたってはまず債務者に催告をし、それに債務者の処分禁止の効果を結びつけることを提言している箇所があることを指摘し、そのために作られた「裁判上代位法は、このボワソナードの提言をほぼ忠実に実現に移したものとみてまず間違いないと、私は考えている」としている。三ヶ月・前掲注（27）第一論文三七八頁注（一一）。

(39) Boissonade, *Projet*, t.2, p.182.

(40) Boissonade, *Projet*, t.2, p.183.

(41) 先に三の注（12）で述べたように、債権譲渡でいうと確定日付や公証制度の必要となる部分をなるべく少なくする発想と共通する。

六 判例法理の展開の再検証

以下には、明治から今日に至るまでの判例法理の展開を概観したい。そこで留意すべきは、判例は（これは債

権者代位権に限ったことではないが）決して債権者代位権についての「説」を立てようとしているのではなく、債権者代位権を用いて個々の紛争を解決するための条文の解釈論理を説明しているに過ぎない、ということである。そしてまた留意すべきは、明治から最近に至るまで、債権者代位権によって解決すべき「紛争」が存在してきた、という事実、言い換えれば、債権者代位権に解決を求める取引実務のニーズがあり続けた、という事実である（何が言いたいかといえば、もちろん、「執行法が完備すれば債権者代位権は不要である」という学者の議論は、あくまでも学理的整合性からの議論であって、現実に（今日まで）債権者代位権の判例が展開を続けていることを説明できない、ということなのである）。

まず、債権者代位権の代表判例としては、いわゆる債権者代位権の「転用」とよばれる判例が挙げられる。これはすでに本文で紹介したものであるが、被保全債権が登記請求権、代位債権が登記請求権の場合として、大判明治四三年七月六日民録一六輯五三七頁がある。その判決要旨は以下のようであった。

「一 甲者がその所有に属する土地を乙者に売渡し、乙者はさらにこれを丙者に売渡したる場合に於いて孰れもその売買に因る所有権移転の登記を為さざるときは丙者は民法四二三条により乙者に対する登記手続請求権を保全するため、乙者の甲者に対する登記手続請求権を行使しうるものとす

二 民法四二三条は債権者が保全せんとする債権に付き別に制限を設けざるを以って同条の適用を受くべき債権は債務者の権利行使によりて保全せらるべき性質を有すれば足り其の債務者の資力の有無に関係を有すると否とは必ずしも之を問うの要なし

三 債権者が債務者の資力の有無に関係なき債権を保全せんとする場合と雖も苟くも債務者の権利行使がその保全に適切にして且つ必要な限りは民法四二三条の適用を妨げざるものとす。従って債務者の無資力なることは必ずしも同条適用の要件に非ず」

しかも本稿中にみたように、鳩山博士の時代はこれを「転用」などとは一切呼んでいないことを繰り返し指摘しておく。

ついで、これも著名なものであるが、被保全債権が不動産賃借権、代位債権が妨害排除請求権の場合として、大判昭和四年一月一六日民集八卷九四四頁が挙げられる。土地の賃借人は、賃借権を保全するため、賃貸人たる所有者に代位して土地を不法に占拠している第三者に対し妨害排除請求権を行使することを得るものとしたケースである。

さらに、被保全債権が金銭債権、代位債権が登記請求権で、被保全債権が金銭債権であるのに無資力要件がない事例として、最判昭和五〇年三月六日民集二九卷三号二〇三頁が紹介される。判決要旨は、「買主に対する土地所有権移転登記手続義務を相続した共同相続人の一部の者が右義務の履行を拒絶しているため、買主が相続人全員による登記手続義務の履行の提供があるまで代金全額について弁済を拒絶する旨の同時履行の抗弁権を行使している場合には、他の相続人は、自己の相続した代金債権を保全するため、右買主が無資力でなくても、これに代位して、登記手続義務の履行を拒絶している相続人に対し買主の所有権移転登記手続請求権を行使することができる。」というものである。

しかしこれもまさに梅博士が前掲の民法要義で書いていたパターン（自己の債権を実現するために債務者の登記請求権を代位行使する）の一形態に過ぎないとも言える。現代の学説は、責任財産の保全という趣旨を前提とし、そしてそこから導かれる無資力要件の発想から入るため、金銭債権以外の特定債権への「転用」事例では無資力要件が要らない、さらに金銭債権であるのに無資力要件が要らない場合がある（これを「拡張」事例と呼ぶ学者もある）などという複雑な（かつ考えてみれば非常に不思議な）論理構成をすることになる。そうではなくて単純にそもそもすべて立法趣旨の範囲内ということの説明がつかないのではなからうか。

次に判決効に関する判例の一部を挙げよう。⁽¹⁾ まず、大判昭和一四年五月一六日民集一八卷五五七頁は、債権者が民法四二三条①項により代位権を行使して、訴えを提起した場合において債務者に対しその事実を通知するかまたは債務者がこれを了知したときは、債務者は自ら訴えを提起することができないとした。

三ヶ月博士は、前掲第二論文でこの一四年判決を強く批判するが、一方で、ボワソナードの *Projet* の記述の中に、彼の構想する裁判上の代位を実現するにあたってはまず債務者に催告をし、それに債務者の処分禁止の効果を結びつけることを提言している箇所があることを指摘し、そのために作られた「裁判上代位法は、このボワソナードの提言をほぼ忠実に実現に移したものとみてまず間違いないと、私は考えている」⁽²⁾ としている。博士のその記述とおり、この判決は、訴訟法上の不整合性は別論として、ボワソナード説の通りであり、先に掲げた裁判上代位法の趣旨通りの判断を示したものであることを指摘しておこう。なお、ボワソナードは、自己の裁判上代位構成で判決効が必ず債務者に及ぶことにした理由を、被告たる第三者の立場からも説いている。当該第三者にとって、一度代位債権者との間で決着のついた問題を再度債務者や他の債権者から蒸し返されることになるのは大きな不利益であるというのである。⁽³⁾

もう一つ、三ヶ月博士によって批判されるのが、最判昭和四五年六月二日民集二四卷六号四四七頁である。判決要旨は、「債権者が、債務者に属する金銭債権につき、債務者に代位して、第三債務者に対しての支払を求め、訴を提起した後に、国が、右債務者に対する国税の滞納処分として同一債権を差し押え、第三債務者に対しその支払を求める訴を提起しても、債権者の代位権行使の権限が失われるものではなく、裁判所は、右二個の請求を併合して審理し、これをともに認容することができる」とするもので、その理由としては、「国税徴収法八条により国税の徴収について認められる優先権は、現実の弁済にあたって確保されれば足りるのであるから、その徴収のため滞納者に属する債権に対する滞納処分が開始され、国がその取立権の行使として訴を提起した場合で

も、それに先立ち他の債権者から債権者代位権に基づいて提起されていた同一債権についての給付の訴が許されなくなるものとする必要はない」という。

しかしこの判決も、債権者代位権の実効性ということを考えたら、結論はこうでなければならなかったといえる。三ヶ月博士の説く、代位権行使後に国税が差し押さえたら代位債権者は無力になってしまう（取立命令以後の時点においては、代位債権者は自らへの給付訴訟は維持できない⁽⁴⁾）という結論は、（少なくとも実体法の感覚としては）当該紛争の解決法としては容れられるものではなかったであろうと思われるのである。

さらに、近年の債権者代位権の活用法として著名な判例としては、抵当権に基づく妨害排除請求に関する最大判平成一一年一月二四日民集五三卷八号一八九九頁がある。判決要旨は、

「一 第三者が抵当不動産を不法占有することにより、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、抵当権者は、抵当不動産の所有者に対して有する右状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を保全するため、所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権を代位行使することができる。二 建物を目的とする抵当権を有する者がその実行としての競売を申し立てたが、第三者が建物を権原なく占有していたことにより、買受けを希望する者が買受け申出をちゅうちょしたために入札がなく、その後競売手続は進行しなくなつて、建物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状態が生じているなど判示の事情の下においては、抵当権者は、建物の所有者に対して有する右状態を是正するよう求める請求権を保全するため、所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権を代位行使し、所有者のために建物を管理することを目的として、不法占有者に対し、直接抵当権者に建物を明け渡すよう求めることができる。」

というものである。なお判決文では、「民法四二三条の法意に従い」所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権を代位行使できるとされた。

これも、本来型・転用型という現代の学説の区分からすれば転用型ということになるが、私見の考察からすれば、本来・転用の区別なく、もともと（被保全債権としての担保価値維持請求権なるものが債権として認められるのであれば）使われてよい本来の活用可能性の範囲内である。そして、少くとも抵当権に基く妨害排除請求が正面から認められるに至るまでは、この代位権構成が紛争解決に役立つたということができよう。⁽⁵⁾

さらにこれを前提とした最近の裁判例では、東京高判平成二三年八月一〇日金法一九三〇号一〇八頁が、

「土地賃借権付建物について競売を申し立てた根抵当権者は、根抵当権設定者である土地賃借人が賃借権を有しているのにこれを有していない、あるいはその存否が不明であるとされることにより、当該建物の売却価格が適正な価格よりも下落するおそれがある、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられている場合には、抵当不動産の所有者に対しこの状態を是正し抵当不動産を適切に維持または保存するよう求める請求権を保全するため、当該抵当不動産の所有者に代位して、借地権の確認を求める請求を行使することができる」

としている。つまり、土地賃借権付建物の根抵当権者が建物所有者に対して有する担保価値維持請求権を被保全債権として、建物所有者の敷地所有者に対する賃借権確認請求を代位行使することができることとされた事例で、この結果判決の効力は賃借権者たる建物所有者に及び、したがってその承継人である建物競落人に及ぶということである。執行裁判所も賃借権を確定的に存在するものとして評価でき、競落人は安心して競落できる、ということになるのである。これも、債権者代位権が現実の紛争解決に便利・確実に機能しているという最新の一事例といえる。

最後に、アクロバティックな利用法とも評される、振り込め詐欺への活用を見よう。

東京地判平成一七年三月三〇日金法一七四一四一頁は、振り込め詐欺の被害者が加害者（氏名不詳者）に対して有する不当利得返還請求権を被保全債権として、加害者の銀行に対する預金払戻請求権を被代位権利とする

債権者代位権の行使を認めた(公刊物未登載だが、同様の事案に関する判決として、東京地判平成一七年三月二九日(平成一五年(ワ)第二九〇九八号)、不当利得返還請求事件も紹介されている)⁽⁶⁾。この判決の特徴は、一つは、預金払戻請求権の帰属を預金名義人ではなく、「預金口座を有している」加害者としてしていることであり、もう一つは、加害者の「財産と認められるものは……預金払戻請求権以外には見当たらない」として、その無資力を認定して、被害者の債権者代位権を認めたところにある。所在も明らかでない氏名不詳者に対して債務名義を取る方法がないことという問題を意識したもので、無資力認定のところは、かなりのフィクション性があるという批判もあるが、そもそも要件はすべて「保全の必要性」でよいとすれば、こだわる必要はないところである。この問題は、既に立法によって解決されているが、立法による解決までのタイムラグがあったことも事実なのである。

これが前掲のように「有益な法理への発展を、債権者代位権という融通無碍な条文が阻害したともいえる」と批判されるのであるが、被害者救済という形での紛争解決のための喫緊の要請には、債権者代位権があったからスムーズに承えることができた、ということもまぎれもない事実と言ってよいのではなからうか。

以上、個々の判決の是非についての議論はさておき、ここでは、これらを俯瞰的に見た場合に、他の条文で解決できる(解決すべき)ものがあるか、他に使える規定がないとした場合、債権者代位権を使った紛争解決の結論に妥当性があるか、あるとすれば、仮に債権者代位権を廃止なり限定的なものに修正した場合、同様の紛争解決はどのような立法によって可能になるのか、等が逐一検証されなければならないと思われるのである。

いずれにしても、本稿での考察からすれば、わが国の債権者代位権に関する判例法理は、結局のところ、明治民法の起草段階での方向性に乗って、その想定範囲内で展開されてきた、とみることができないであろうか。

(1) 本稿では詳しく紹介する余裕がないが、池田辰夫・前掲三の注(9)『債権者代位訴訟の構造』三六〜四八頁は、

債権者代位訴訟における判決効の主観的範囲についての判例と学説（民法学説と訴訟法学説を対比）の推移を明治時代から年表化して考察している、貴重な業績である。

(2) 三ヶ月・前掲三の注(9) (五の注(29) 第一論文) 三七八頁注(一一)。

(3) Boissonade, *Projet*, t.2, p.184.

(4) 三ヶ月・前掲五の注(28) 第二論文三〇頁参照。

(5) この判決の意義については、補足意見を書いた奥田昌道最高裁判事（当時）が以下のように解説している。「私は、抵当権自体に基づく妨害排除が本命なだけでも、たとえば、直接、自己に目的物を引き渡せという請求ができるのかといった点については、まだ議論が煮詰まっていないと思えたのですね、だから、そういう状態で、しかも、最高裁の判決がああいうふうに出ましても、それが現場へ浸透するのに時間が掛かりますね。そうすると、相変わらず代位請求が出るかもしれない。そのときに代位請求は駄目だというふうには排除もできません。そうすると、しばらくは代位請求の道も開いておかなければならない」として、そのための理屈を補足意見の中で書いたと説明している（奥田昌道「民事裁判について」（講演記録）司法研修所論集一一〇号（二〇〇三年）一二頁）。つまりここでも、「本命」とされた抵当権自体に基づく妨害排除請求権が認められるようになるまでの、債権者代位権の過渡的段階での紛争解決機能が発揮されていることに注意したい（もちろん、このような機能を是とするか非とするかはさまざまに意見の成り立つところであるが）。なお、周知のようにその後最判平成一七年三月一〇日民集五九卷二号三五六頁が、抵当権自体に基づく妨害排除請求ならびに抵当権者自身への抵当不動産の明渡しを請求できる場合があることを認めた（この問題については、奥田昌道『紛争解決と規範創造——最高裁判所で学んだこと、感じたこと』（有斐閣、平成二一（二〇〇九）年）二五頁以下も参照）。

(6) 平野英則「振り込め詐欺の被害者による債権者代位権の行使（上）（下）」金融法務事情一七四三号（二〇〇五年）八頁以下、一七四四号（二〇〇五年）四七頁以下。

七 考察の小括

以上の考察からすると、わが民法四二三条の債権者代位権は、フランス法の発想を基礎に持ちつつそれとも大きく異なり、さらにボワソナードの独自の修正をも実はそのかなりの部分を引き継がず、日本独自の制度として立法された。そして、その立法段階では、もともと責任財産の保全（これはそもそもドイツ的発想）とは関係なく、またフランスの共同担保の確保の議論も（詐害行為取消権のほうについては、本稿では十分に検証していないので評価を留保するが）十分には継受せず、主として債権者の債権実現確保のための債権者の権能を示す規定として立法された。そして後々実務および判例法理はまさにその方向性の通りに発展した、ということなのである。

そうすると、「その方向性の通りの発展」に対して学説が何をしてきたかということをもとめると具体的に以下のようなだろう。①明治民法が規定した債権者代位権は、もともと金銭債権・特定債権の区別なく使用されるものであって、「本来型」「転用型」と分類するのはまさに後代の学説の産物である。②したがって、（金銭債権の場合には行使の可否が債務者の資力と関係することはその通りであるが）本来の債権者代位権の行使要件は、あくまでも「債権者の債権の保全の必要性」の一点にかかる。その意味で、「無資力要件」なるものも後代の学説の創出したものである。^①③債権者代位権と詐害行為取消権を二つまとめて「責任財産の保全」の規定としたのも於保博士を筆頭とする学説のしたことなのであって、（詐害行為取消権と責任財産の保全の規定の関係性はとりあえず留保しておくが）明治民法立法段階の債権者代位権は、債務者の責任財産保全の規定ではほとんどなく、端的に債権者の債権実現確保のための規定である。④したがって、代位債権者に優先弁済効が与えられるのもそれほどおかしなことではなく、逆に（立法段階で重視された債権者の債権実現という目的からすれば）ある意味で当然のこととさえ思えるのである。（詐害行為取消権については別論として）債権者代位権について優先弁済効を強く非

難するのもまた学説のしていることにすぎない。

こうしてみると、実務での債権者代位権の利用は、まさしく立法趣旨（立法の方向性）に沿った形で行われてきたのであり、また、今日までの債権者代位権に関する判例法理の形成も、立法趣旨に沿った、条文の本来の意味内容の範囲での解釈・運用であったということが出来そうである。

さらに、⑤代位訴訟と取立訴訟の観点からする三ヶ月論文の批判は、大正一五年の民訴法改正によって定められた同法（旧法）二〇一条二項に向けられたものとしては全く正当である。また、日本の債権者代位権が訴訟法、執行法との整合性を十分に考えて作られたものでなかったという指摘もそのとおりである。しかし、上記のような制度として立法され、それを肯定・強化する形で判例も発展してきた債権者代位権そのものに向けられる批判とは必ずしも言いがたい（もつとも、三ヶ月批判は、ボワソナード旧民法の持っていた整合性・一貫性と、それを正しく理解・継受しなかった明治民法典での断絶（それが後代の学説の錯綜を生み出す元となった）を見事に描き出しているといえる）。ドイツの強制執行制度との効果面等での整合性からする同博士の立法提案は説得的ではあるが、それはあくまでも現在ある制度とは違う発想で制度作りをしようとするひとつの立法提案に止まるのであって、選択肢のひとつではあるがすべてではない。

（一） かつて昭和四七（一九七二）年に、天野弘判事（当時）は、判例法理の歴史的分析和梅博士の文献の検討から、無資力要件が当初は問題にされていなかったことを明らかにした。ただ惜しむらくは同判事は、ボワソナード旧民法等にまでさかのぼっての総合的な考察を行わなかったため、当時の通説へのアンチテーゼとして無条件の無資力要件不要説を立て（たと一般には理解された）、かつそれを機能面での必要性を強調して正当化しようとしたため（それでは、ボワソナードが裁判上の代位に限定したような何らかの制限枠組みを作らなければ適用の歯止めがなくなるのは確かである）、学界では少数異説として扱われてきたように見える。天野弘「債権者代位権における無資力理論の

再検討(上)(下)判例タイムズ二八〇号(一九七二年)二四頁以下、二八二号(一九七二年)三四頁以下。しかし、同説が、債務者の「債務の不履行こそが、債権者の財産関係に対する、最も悪質な干渉といふべきものであって、問題のすべてはそこにこそ発生しているのである」(判例タイムズ二八〇号三一頁)というのは、本稿の考察からすれば、ポワソナード以来の本制度の本質と考えられてきたものを言い当てているのであり、「無資力なきところに代位権行使の必要なし」という命題を、無批判に、かつ一義的にくり返し強調するだけでは、もはや現在において、債権者代位権制度の合目的々運用に期するところはありうべくもないのである」(同三一頁)と論じるのは、至極正当な指摘であった。私見においても、無資力要件の部分の一点突破を図ったかに見える天野説にそのまま組することはできないが、同説が部分的にもせよ、いわば四面楚歌の時期にひとりわが債権者代位権の「実像」に迫ったということは、十分評価されるべきと考える。

八 結 論

以上の考察からすると、わが民法四二三条の債権者代位権は、実務では、いわば立法当時に与えられた方向性そのままに発展し活用されてきただけのものであったのが、後代の「学説」によってさまざまに(立法趣旨にない)説明が加えられ、その結果理論的には矛盾と不整合の集積物となって、現代の債権法改正論議における「学説」の提案において廃止や修正の批判にさらされているもの、と評することもできそうである。そして、債権者代位権について「もはや実益はなくなったということのみを千篇一律に繰り返し記述し且つ説いている」⁽¹⁾のは実は学者だけであって、実務では、先に紹介したように今日に至るまで依然として実益がありかつ使い勝手の良い規定と評価されているのである。

私は、二〇一一年七月に行った債権法改正に関する講演の中で、学者は謙虚であるべきと述べた。もちろん、学者同士の議論は活発先鋭に行うべきである。しかし、明治民法施行以来一一〇年以上経ち、「学者も成長した

けれども、実務家も市民も成長している」のである。⁽²⁾今日の債権法改正論議の中には、いわば学者自身がいじつて問題をこじらせ、それを学者自身が修正しようとしている議論がほかにもありそうに思われる。前掲の内田参与の記述の中には、(自らの陣営の廃止論を紹介しつつ)「とはいえ、債権者代位権についてはすでにいろいろなところで定着して使われているから……」⁽³⁾というくだりがあるが、債権者代位権はただ長年行われてきたのではない。民法の立法の方向に沿って(その意味では立派に)取引社会に根付いて行われてきたのである。本稿の目的は、まさにそのことを確認するところにあつた。

読者の誤解のないように再論すれば、私は、債権者代位権について、いわゆる立法者意思説から現行の解釈運用を肯定し、現行規定をそのまま維持せよという議論をしようとするものではない。改正議論は広く開かれていくはずである。勿論、明治民法における訴訟法・倒産法との整合性を十分に勘案しなかつた(ないしは、勘案できなかつた)立法作業の稚拙さを指摘することはたやすい。さらにボワソナード旧民法の中に見えるボワソナードの人倫を重視する民法観を、前時代的な要素として排斥するという態度も、また合理的と評価されよう。ただ、今回の改正が、明治以来形成されてきた判例法理のリステイトもひとつの方法として提示するのであれば、本稿で確認した判例法理をそのままに整理する案もまたひとつの検討対象とされてしかるべきということになる。また、たとえば「転用事例について個別に立法的な対応をしたうえで債権者代位権を廃止する」という提案も、「債権法改正の基本方針」と大仰に名付けた民法(債権法)改正検討委員会の前掲の提案も、決して改正の「基本方針」を決定する力を与えられたはずはない、単なる一つの学者の提案にすぎないのであり、⁽⁴⁾弁護士会からの提案や実務界さらに消費者団体等からの提案などと対等なものなのであって、その「対等性」を、立法に携わる学者は、謙虚に意識しなければならないのである。

法は、実務によって使われ、判例によって補充されて進化し、成長する。現代の法を作るのは、決して学者だ

けでしてよい作業ではなく、また学者だけではできない作業なのである。

その観点から本稿が最後に提示したいのは、民法（債権法）を全面的に改正しようとする場合の立法論のありかたである。

上記の考察からすれば、この債権者代位権の場合、学理的整合性のみで改正案を提示しようとする態度は、明らかに不適切であると言つてよからう。その一方で、判例法理を漫然とそのままリステイトしようとする改正案も、まさにその学理的不整合性（ないしは国際的特異性）の観点から批判を浴びることは確かだ、妥当性を欠くと思われる。したがって最も重要と思われることは、民法施行以来一〇年以上にわたって判例法理が四二三条の債権者代位権を用いて実現しようとしてきた紛争解決機能の実態をあらためて分析することはなからうか（つまりそのことが取りも直さず取引実務のニーズを汲むことになる）。そして、その機能に（その活用法がアクロバティックであろうが）多少なりとも（債権者代位権でなければできなかったという）意義が認められるのであれば、やはりその機能を適切に吸収できる、ないしは代替できる規定を作る努力が必要とされるのではなからうか。

以上、本稿は債権者代位権を一例にとって問題提起をしたものであるが、実務界から「学者の野望」⁽⁵⁾とまで評されている今回の債権法改正が、広く各界のコンセンサスを得て実現に至るには、十分すぎると思われるくらいの時間をかけて、過去の経緯を検討し、各界の意見を吸収し、それらを立法に反映させる、立法担当者たちの誠実にして息の長い努力が必要であろうと思われる。⁽⁶⁾

(1) 三ヶ月・前掲五の注(27) 第一論文四〇五頁。

(2) 池田・前掲一の注(2) ④「債権法改正の問題点」一四二頁。

- (3) 内田・前掲二の注(2)『債権法の新時代』一一七頁。
- (4) 池田・前掲一の注(2)④「債権法改正の問題点」一〇五頁参照。
- (5) 阿部泰久日本経済団体連合会経済基盤本部長「債権法改正について」(対談発言) ビジネス法務二〇一一年八月号九一頁。
- (6) また、十分なコンセンサスが得られない部分については、今回の改正の対象から外して他日を期す(研究会レベルから議論し直す)ことが考えられるべきである。

〔後記〕 私は、本稿のモチーフをもとに、二〇一一年九月に行った私の慶應義塾大学法学部三年生の研究会(ゼミナール)夏合宿のテーマを、「判例リストタイトの観点から見た債権者代位権・債権者取消権」とした。もちろん、民法(債権関係)改正の論議を前提にした出題である。各人の報告をまとめた同合宿論文の優秀作は、二〇一二年三月に慶應義塾大学法学部法律学科ゼミナール委員会発行の学生論文集『法律学研究』に掲載される予定である。