

債権者代位権についての覚書

債権法改正検討委員会の提案を手掛かりとした検討

酒 井 一*

目 次

1. はじめに
2. 議論の前提としての判例・通説
3. 債権法改正検討委員会案の構成
4. 債権法改正検討委員会案についての検討
5. 債権者代位権の必要性
6. さいごに

1. はじめに

債権法の改正が課題に取り上げられ、耳目を集めている。民法と民事訴訟法との関係を今更論ずるまでもなく、債権法の改正は民事訴訟法など手続法に影響を及ぼすであろう。そうであれば、民事手続法の観点からも債権法改正について検討をしておくべきであり、実務的にも有益な改正となるう。

責任財産保全を目的とする制度と位置づけられている債権者代位権及び債権者取消権は、民事執行制度との関係は密接である。債権法の改正議論において、債権者代位権や債権者取消権も議論の対象とされている。本稿では、訴訟法の立場から、議論すべき点の提示を試みたい。

* さかい・はじめ 名古屋大学大学院法学研究科教授

2. 議論の前提としての判例・通説

はじめに、現在の債権者代位権に関する判例及び通説における理解を確認し、議論の前提を確定しよう¹⁾。

第一に、債権者代位権が、債務者の責任財産を保全し、強制執行を準備するための制度である点について異論はないであろう。また、わが国では実体法上債権者平等原則が採られ、強制執行においても、これを基調として、手続に参加した債権者は比例弁済を受けることができる。

つぎに、債権者代位権の効果として、債権者は、第三債務者に対して、自己への給付を求めることができ、債務者に対する自己の債権と債務を相殺することができる（事実上の優先弁済）。ただし、債権者は、自己の債権の保全に必要な範囲でのみ代位権行使が認められる。

債権者代位権には2つの類型があり、ひとつは、金銭債権保全のための債務者の権利を代位行使する場合であり、本来型と呼ばれ、他は、非金銭債権の保全ために代位権を利用するものであり、転用型と称されている。本来型においては、代位される債権が金銭債権である場合と非金銭債権である場合とが考えられる。

実体法上の授権を背景として、債権者は、債務者の有する被代位債権につき原告として訴えを提起することもできる。すなわち、債権者への債務者の当事者適格の基礎となる管理処分権が民法423条によって移転または派生し、債権者は債務者のために訴訟追行することができる。債権者代位訴訟は、訴訟構造として法定訴訟担当となる。したがって、債権者の受けた判決の効力は、債務者にも及ぶことになる（民訴115条）。債権者に弁済受領権が付与される結果として、債権者が原告となって給付訴訟を提起する場合、債権者は、自己への給付を求めることが可能とされる。

これらを前提に債権法改正の議論が進められると予想される。

3. 債権法改正検討委員会案の構成

すでに債権法改正検討委員会が、債権法改正についての方向性を打ち出しており、債権代位権に関してもかなり具体的な提案がされている。冗長とはなるが、債権者代位訴訟に関連しそうな箇所を抜き出してみる。

(債権法改正検討委員会案)²⁾

【3.1. 2.02】

1 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。

(ア) 債務者に受領を期待することが困難であるとき。

(中略)

3 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い債務と自己の債務に対する債権とを相殺することができない。

【3.1. 2.04】

1 債務者の権利を行使するときは、その旨を債務者に通知しなければならない。

2 債権者は、その通知をした時から〔1か月〕を経過した後でなければ債務者の権利を代位行使することができない。

【3.1. 2.05】

1 債権者が、訴訟を提起した時は、債権者は、遅滞なく、債務者に対し、訴訟告知をしなければならない。

2 債務者は、1の告知を受けたときは、債権者による権利行使と独立して、みずから当該権利を行使することができない。また、債務者は、当該権利の放棄、譲渡等の処分行為をすることはできない。

- 3 2 は、相手方が債務者に対し弁済することを妨げない。
- 4 債務者または他の債権者は、1 の訴訟に参加することができる。
- 5 他の債権者はなお債務者の当該権利を差し押さえることができる。
- 6 差押えがされたときは、債権者は差押えがされた権利につき、権利を行使することはできない。

【3.1. 2.06】

- 1 債権者は、権利行使につき、善良な管理者としての注意義務を負う。

債権法改正検討委員会の提案によると、債権者代位訴訟は、以下のような構成をとることになるう。

債権者は、債権者代位権の行使について債務者に通知することによって、被代位債権に関する管理処分権を取得する【3.1. 2.04】。訴訟追行権は、債権者が取得する管理処分権（と訴訟告知）によって基礎づけられる。債権者の受けた判決の効力が当然に債務者に拡張されることの債務者の手続保障の観点からの不当性は、つとに指摘されているところであり、その補完が必要となる。債務者への手続保障のため、訴訟告知が利用される。債権者による提訴と訴訟告知によって、債務者は、自己の権利の管理処分権が剥奪されることになり、訴訟追行権も失われ、別訴の提起も禁じられる。債務者には債権者が提起した訴訟への参加の途が開かれ³⁾、訴訟が単一化される。同時に、他の債権者も別訴の提起を禁止され、訴訟に参加することが認められる⁴⁾【3.1. 2.05】。差押え（債権執行）との関係では、代位訴訟は差押えの障碍とはならず、むしろ差押えが優越する。ここでは取立訴訟との調整が図られるべきことになる。

債権法改正検討委員会の改正提案が判例・通説と目される見解を議論の出発点に据えていることは明らかであろう。この提案を手掛かりに、債権

者代位訴訟制度について検討を加えよう。

4. 債権法改正検討委員会案についての検討

債権法改正検討委員会の提案は、債権者代位訴訟に関する従来の学説を踏まえ、周到な検討に基づき、議論の到達点に立つ。一見して疑問を差し挟む余地すらないようにも見えるこの提案について、若干の理論的な検討を加えてみる。

(1) 訴訟告知の目的と訴訟追行権

債権者は、提訴後に、債務者に対して、遅滞なく訴訟告知をしなければならないとされるが、訴訟告知が(遅滞なく)されなかった場合に、どのような効果を生じるのか。

【3.1. 2.04】において、訴訟告知は提訴した債権者の義務とされる。この義務の懈怠に対しては、代位訴訟の却下という制裁が考えられよう。すなわち、債権者の訴訟追行権は、債権者代位権に基づく管理処分権だけでなく、訴訟告知にも結び付けられていることになる。これまで通説は、債権者の訴訟追行権は、債権者への実体的管理処分権の移転に根拠を求めてきたのであり、通説から一步踏み出したものと評価することができよう。そして、この結論は当事者適格論一般についても影響するであろう。

債権者代位訴訟における訴訟告知の活用は、法定訴訟担当構成を前提として、債務者の手続保障に対する不備を補うことに主眼があったが、訴訟追行権移転のための要件とされることになる。そうすると、代位訴訟提起時から訴訟告知の間は、訴訟追行権を有しない者による提訴・訴訟追行となり、訴訟要件が欠けることになりはしないか。訴訟告知後に当事者適格が追完されることになる。当事者適格を有しない訴訟担当者による訴訟上の効果を本人が受けることは正当化しえないのであり、訴訟告知がされるまでは原則として訴訟を進めることができないのではなからうか。訴訟告

知は、手続開始後直ちにされるべきことになる。債務者の手続保障が問題なのであれば、なおさら債務者には手続当初からの全面的な手続保障が与えられなければならないであろう。そうであるならば、訴状を債務者に送達することとし、債務者に弁論権を保障する構成がより簡便であろう。ところが、当事者でない債務者に訴状を送達することの理論づけは困難であろう。訴訟告知構成を維持するとしても、提訴後直ちに裁判所が職権または申立てにより告知すべきとすればよいであろうか。

債権者代位訴訟を法定訴訟担当と捉える以上は、債務者への判決効の拡張は、民事訴訟法115条に基づくのであり、訴訟告知によってはじめて基礎づけられることにはならないであろう。たしかに訴訟告知によって債務者は訴訟に参加する機会が与えられ、手続保障が図られることになる。債務者のための訴訟告知となる。その結果として、債務者への判決効の拡張を実質的に正当化する作用をもたせることは可能であろう。ところが、訴訟告知は、いわゆる参加的効を基礎づけるが、既判力を生じさせるものではない。参加的効力は、告知者・被告者間においてのみ生じ、訴訟の相手方との間には参加的効力は及ばない。債権者代位訴訟では、告知者は債権者であり、被告者は債務者と予定されており、第三債務者との間で判決効が生じることはない。訴訟告知によっては、債務者への既判力拡張を導きえないであろう。被告者と相手方との間に参加的効力を生じるとすることが可能であるとしても、全面的に拘束力を生じさせるためには、手続当初に告知されなければならないであろう。

また、債権者は、債務者に対する関係において、善良な管理者としての注意義務をもって権利行使しなければならないとされ【3.1. 2.06】、訴訟追行にあたっても善管注意義務が課されることになり、その違反は損害賠償を根拠づけることになる。債権者の提訴によって敗訴判決が下された結果、損失を被る債務者が、善管注意義務違反を根拠に債権者に損害賠償を請求した場合に、訴訟告知を受けたにもかかわらず訴訟に参加しなかった債務者の態度を過失相殺事由にあたと評価することが考えられる。

第三債務者にとっても、訴訟告知は意味がありそうである。訴訟告知には債務者に対する処分禁止効が結び付けられ、訴訟告知がされると、債務者による提訴が禁じられることになる【3.1. 2.05】。訴訟告知がされると、第三債務者は、債権者と債務者の双方から提訴されることを回避できそうである。ところが、債務者が債権者の訴訟担当資格である債権者代位の要件を否定して、とりわけ債権者代位訴訟の判決確定後に自己への既判力拡張について争うことは、訴訟告知によって遮断されることはないであろう。そうすると、第三債務者にとっては、せっかく得た有利な判決が覆されてしまう危険が残り、訴訟が繰り返される負担は解消されない。第三債務者を保護するため考えられる方策は、訴訟告知自体に当事者適格（訴訟追行権）取得の根拠を求めることが考えられる。そうすると今度は、一片の通知による債務者の訴訟追行権喪失を根拠づけなければならないこととなる。

(2) 債務者の訴訟追行権剥奪の根拠

訴訟告知あるいは訴状の送達に債権者の訴訟追行権の根拠を求めたならば、反対に、債権者代位の要件を欠いた提訴によっても、債務者が訴訟追行権を失い、既判力の拘束を受けることの正当化がされなければならない。当事者適格を管理処分権から根拠づける立場とは相いれないこととなる。また、実際にも、潜称債権者の提訴による債務者の提訴権剥奪は、債務者の訴訟上の利益（たとえば管轄利益）を損ない、正当化が難しいのではなからうか。債務者の訴訟追行権の喪失は、やはり債権者代位権による管理処分権の移転の効果とすべきであろう。

債権者の代位訴訟が先行する場合には、訴訟告知によって債務者が管理処分権を喪失することにより、債務者は提訴権限を失い、たとえ第三債務者に対する訴えを提起しても却下されるであろう。反対に、債務者がすでに第三債務者に訴えを提起している場合には、債権者の提訴と訴訟告知によって債務者は管理処分権を奪われることにはならないであろう。債権者代位制度は、債務者が財産の保全を怠る場合の債権者による責任財産保全

のための制度であり、債務者自身が提訴している場合にまで代位権の行使を認める必要はないからである。この場合に、代位訴訟は却下されるであろうが、二重起訴にあたるからか、当事者適格の欠缺を理由とすることになる。代位訴訟を提起できない債権者の利益保護の方法としては、債務者が提起した訴訟への補助参加の可否が問題となるであろう。

さらに、債権者代位訴訟における本案判決確定後に債務者や他の債権者が代位債権者の当事者適格を争うことは、債権者の訴訟追行権を管理処分権によって基礎づけようとする限りは、遮断されないであろう。そうすると、第三債務者は、再度の応訴を強いられることになる。債務者による再訴の遮断は、債務者・第三債務者間の訴訟係属なしには困難であろう。理論的には、債権者代位訴訟を特殊な三面訴訟と再構成することによって可能となるかもしれない。債務者からすると一種の起訴強制ということになり、理論的検討を求められよう。

(3) 代位訴訟の競合

債務者の提起する訴訟と代位訴訟が競合する場合、既判力の抵触が潜在し、併存させることは得策でない。これに対して、債権者らによる代位訴訟が競合する場合の処理は問題である。債権者の訴訟追行権が債務者に由来し、訴訟告知によって債務者の訴訟追行権が告知者たる債権者に移転し、その反面として債務者が訴訟追行権を喪失すると捉えるならば、ある債権者が訴訟告知をしたのちには、債務者のもとに管理処分権 = 訴訟追行権はすでになく、他の債権者が訴訟告知をしたとしても訴訟追行権を取得することはないことになる。代位訴訟の競合は訴訟告知の先後によって優劣が決せられることになろう。

債権者間で競合する代位訴訟を二重起訴の関係に立つものと捉えたならば、告知とは関係なしに後訴は却下されることになろう。後訴における告知が先訴に先行した場合には、優先関係が交錯することになる。一方が却下され、訴訟法上の効果が失われることにより、訴訟要件の欠缺が補正さ

れることになろうか。

第三債務者の立場からすると、債権者代位訴訟の輻輳は避けられるべき事態であり、訴訟の単一化は第三債務者の利益保護の観点から必要な手当てであろう。債権者代位訴訟においては、第三債務者は、本来ならば関係のない債権者から突然に債務の履行を求められるものであり、いわば被害者の立場にある。

(4) 代位訴訟の請求の趣旨

債権者代位訴訟は、債務者の第三債務者に対する権利を対象とし、本来の弁済受領権者は債務者である。債権法改正検討委員会案では、代位債権者の通知・告知は、第三債務者に対する弁済禁止効を生じない【3.1.2.05】 2。同時にまた、債権者が自己への給付を求めることができる場合を限定している【3.1.2.02】。これを訴訟に反映した場合、請求の趣旨は、原則として、債務者への給付を求めるべきであることになり、例外の場合にのみ債権者への給付を求めることが予定されていることになる。しかし、実際には、債権者は、自己への給付を求め、事実上の債権回収を目論むであろう。原則と例外が逆転し、債権者への給付を主位請求、債務者への給付を予備的請求として提訴されることになろう。

請求認容後の処理として、債務者への給付を命じる原則形態の場合には、債権者は、いわゆる接続的執行担当として、債権者は訴訟の当事者として単純執行文の付与を受け、執行することができ⁵⁾、その上で債務者が弁済として受領した財産へ執行することになるが、迂遠であり、財産散逸の危険がある。例外処理の場合には、債権法改正検討委員会案では、債権者からの相殺が禁止され、債権者は、自己の債務者に対する債権を差押えることが予定されている。債務者の自己に対する債権執行は、他の債権者に分配にあずかる機会を保障するためであり、現実的な必要性に乏しいのではなかろうか。これもまた迂遠である。

ところで、代位債権と被代位債権の額が一致することは、実際にはない。

債権者代位権が債務者の一般財産を保全する制度である点を推及し、債権者全体のための権利行使であると捉えるならば、代位の範囲は代位債権者の債権額に制限されないことになる。逆に、債権者が自己の債権の限度での権利行使をすることも構わず、善管注意義務といえども、代位訴訟において常に債権全額を請求する義務を課すものではなかろう。この場合、必然的に一部請求となり、代位債権者と債務者、他の代位債権者の間で管理処分権・訴訟追行権が分属することになる。実質的な判決の矛盾が生じる懼れを蔵することになる。

(5) 代位訴訟と裁判上の和解

債権法改正検討委員会の案では、債権者が債務者に代位権行使を通知することによって債権者は債務者に代わって被代位債権を行使できることになる。さらに債権者は、代位権を基礎として、訴訟告知によって訴訟追行権が認められることになる。訴訟追行権が実体的管理処分権を背景とするならば、代位債権者は、被代位債権に関する実体的処分権限を取得することになりそうである。しかし、代位権は、債務者の責任財産を保全するために認められた権利であり、この目的を超えた権限は認められないであろう。すなわち、ここでの管理処分権は、単なる権利行使の権能に限られることになる。

では、代位訴訟において、債権者は、裁判上の和解をする権限を有するであろうか。代位訴訟が法定訴訟担当であることを前提とするならば、和解の効力が債務者に及ぶ可能性は否定できない。実体的な処分権限のない債権者による和解に拘束されることの正当化根拠が必要となろう。また、和解を認めるとしても、債権者に善管注意義務が課されていることから、制約される可能性も出てくるであろう。したがって、訴訟上の和解ではなく、債権者・第三債務者間で裁判外の和解を締結し、訴えを取り下げる処理をすることになる。もっとも、善管注意義務との関係で、時効消滅する懼れのある債権に関しては、債務者をも含めた和解をしなければ、訴え

を取り下げることができない場合も生じるであろう。

(6) 取立訴訟との関係

債権者は、差押えられた権利について代位権を行使することができず、債権者代位訴訟が提起されていても、他の債権者が差押えをすることは可能とされる【3.1. 2.05】。債権執行が代位権行使・代位訴訟に優先されている。第三債務者の二重給付の危険を回避するためには、優先関係が明確にされなければならない、妥当な選択であろう。

検討しておくべき点として、債権者代位訴訟の帰趨と取立訴訟との関係である。債権者代位訴訟が債務者の提起する訴訟と同視されるならば、取立訴訟との併存が認められよう。立法的には、併存を認めず、代位訴訟の中断・中止などの処置をとることも考えられよう。

5. 債権者代位権の必要性

債権法改正検討委員会の提案についても、未解決あるいは検討不十分な課題が多くあることが明らかとなったように思われる。検討委員会の提案は、現時点における実務の到達点であり、学説の問題意識をできるだけ反映した、ひとつの理論的到達点と評価することができる。いかなる制度設計をしても、債権者代位訴訟には課題が付きまとうであろう。現在の学説・実務は、債権者代位制度の存在を前提に民法や民事訴訟法・執行法の制度との整合的な解決を模索してきた成果である。債権法改正という観点からすると、現行民法の債権者代位制度に拘泥することなく、債権者代位権の制度を維持する必要性から検討し、必要な制度を確立すればよいことになる。こうした視点から若干の検討を行いたい。

(1) 強制執行（債権執行）との関係

債権者代位訴訟が、債権執行制度の未発達であったフランス法に起源を

有し⁶⁾、ドイツ型債権執行制度を有するわが国においては、債権者代位制度の存置理由に乏しいことは、つとに説かれてきたところである。とりわけ、本来型の債権者代位権に関して問題が大きい。すなわち、現行の債権者代位制度においては、債権者が代位権行使に着手することによって、あたかも被代位債権が差し押さえられたと類似の効果を生じさせるような裁判実務が確立されてきた。債務名義と差押えのない私的な執行を認めるものであり、正当化根拠が求められる。もしも、執行制度に不備・不足が認められ、現在でも匡正されていないとすれば、それを補うものとして債権者代位制度を残し、活用を検討しなければならないであろう⁷⁾。現在債権者代位権が活用されている場面において、執行手続によって適正な処理が可能か否かを検討しなければならないことになる⁸⁾。

債権執行による解決

本来型のうち、金銭債権を被代位債権とする場合、債権執行を活用することにより、適切な処理が可能であることについては、異論がないであろう。債権者代位訴訟に代わるものとして、取立訴訟が用意されており、権利供託など第三債務者の保護に対する配慮もされている。執行担当の問題など議論が尽くされていない問題も多いが、一通りの制度は備わっている。

形式主義の修正

強制執行における差押えに関しては、形式主義が採用されており、債務者の責任財産である外形・名義が整えられなければ差押えができない仕組みとなっている。債務者の責任財産が第三者名義とされているような場合に、名義と帰属とを一致させ、差押えを準備するために債権者代位権を利用することはありえよう。

動産執行の準備のためには、動産引渡請求権の引渡請求権を差し押さえ、動産の占有を回復することによって動産執行が可能となる。債権者代位権に頼る必要はない。

不動産の場合には問題が多い。登記の所有名義を債務者名義にしなればならず、登記名義人が登記手続請求に応じない場合には、提訴すること

も必要となってくる。理論的には、移転登記手続請求権をその他財産権に対する執行手続で差押え、取立訴訟として移転登記が可能とされよう。もう一つの解釈論的な可能性として、形式主義を緩和することが考えられる。最高裁判所平成22年6月29日判決において⁹⁾、権利能力なき社団に対する強制執行においては、「債務名義上の債務者と強制執行の対象とする不動産の登記名義人とが一致することはない。……債権者は、不動産が当該社団の構成員全員の総有に属することを確認する旨の債権者と当該社団及び登記名義人との間の確定判決その他これに準ずる文書を添付して、当該社団を債務者とする強制執行の申立てをすることができる」とし、形式主義を緩和する解釈を打ち出した。この判決に対する評価は分かれるが、第三者名義の不動産への強制執行を可能とするべく、執行忍受請求訴訟の制度が求められるかもしれない。いずれにせよ、民事執行法の解釈、活用で処理すべきであろう。

裁判外での権利行使の場合

実務では、債権者代位権が使われることは多くなく、特に第三債務者の協力が得られない場合には使いにくいといわれる。反対に、債権者代位権を利用できるのは、第三債務者の協力が得られる場合であるということになる。第三債務者が元受けで、債務者が下請け、債権者が孫請けであるような場合や債務者の所在不明の場合などで、債務者を飛ばして債務の決済を図り、弁済受領の権限を認め、実際上の債権者に優先的満足を与えることにつながる。もっとも、第三者弁済、保証、債務引受などの法形式の活用により所期の目的は達成できるように思われる。

形成権の代位など

被代位債権が形成権や訴訟上の権限である場合、あるいは、時効の援用権であるような場合には、債権者代位権は有用かもしれない。しかし、これらに関しても、形成権の行使権者や時効の援用権者の範囲の問題や適格の問題として解消すべき問題がほとんどであろう¹⁰⁾。

結論としては、執行制度が整備された現在では、債権者代位権が不可欠

の制度であるとまでは言えないように思われる。むしろ債権名義なしに、面識のない債権者からの権利行使をいきなり受ける第三債務者の不利益を鑑みると、債権者代位権を維持する必要はないのではなからうか。債権執行の準備として、第三債務者の財産を保全するために債権者代位訴訟が使われることも考えられる¹¹⁾。しかし、債務者に対する債権執行における取立訴訟を本案とする保全であり、突然に債権者から保全を申し立てられる第三債務との均衡上、差押えの先行を要求すべきではなからうか。理論的には、第三債務者の権利の代位が可能であり、第四債務者、第五債務者と果てしない代位が可能となる。債権者の債権回収の期待保護に傾きすぎているのではなからうか。

6. さいごに

たとえ我が国が債権者代位制度を放棄したとしても、涉外取引の場面で代位権行使が問題となる場合があろう。債権者代位の準拠法の問題は残されよう。債権者代位制度の廃止はかなり大きな変革となる。その場合、債権者相互の地位に大きく影響し、時際法の問題は避けられない。債権の効力問題とすれば、改正後に成立した債権に適應されることになるうか。また、訴訟との関係では、提訴時を基準に適用を考えることになるうか。急激な変革による実務の混乱には配慮されるべきであろう。

ところで、債務者の責任財産保全という制度目的を同じくする制度として債権者取消権がある。債権者代位権は、債権者取消権と比べて、一般に関心が薄い¹²⁾。実務でもあまり用いられてはいないようでもある。ところが、両制度の出発点における理解に関して、近時の裁判例は問題を抱えているのではなからうか。

すなわち、いずれにおいても債権回収のための責任財産保全が制度目的と捉えられているが、ここでの責任財産は、債務者の一般責任財産である。その回復が図られると、債権者平等の原則のもと、他の債権者が配当にあ

ずかる可能性は否定できない。しかし、そこから直ちに、「すべての債権者のために責任財産を保全する」制度という帰結は導かれ¹³⁾ない。一般責任財産の保全といえども、債権者は、他の債権者のために債務者の財産を保全する必要はなく、義務も責任もない。私人たる債権者は、自己の債権回収に専念すればよく、自己の債権の引き当てとなっている責任財産を保全すれば十分である。他人のために債務者の財産を保全する理由はない。事実上の優先弁済が結果的にもたらされても当然ではなからうか。汗をかいた債権者は保護されるべきであろう。

民事執行法は、差押え質権の制度を採らず、配当権加入権者を手続的に制限する(手続的)優先主義が採られている。倒産手続が開始されていないにもかかわらず平等弁済が指向される理由はどこにあるのか。債務名義のない債権者に債権回収を認めるための要件として、どの程度の汗をかかせるのか(どの程度の手間をかけさせるべきか)、(いわば被害者である)第三債務者の保護の問題とのバランスで考えるべきではないか。原則として、債権者には債務名義の取得を要求してよいのではないか。

この方向を徹底したうえで、なおかつ債権者代位制度を残すとすると、代位訴訟の構成として、法定訴訟担当ではなく、固有適格とするほうが親和的かもしれない¹⁴⁾。債権者代位訴訟を「他人(債務者)のための訴訟追行」と言い切れなくなりそうである。

- 1) 債権者代位に関する議論は夥しく、ここで整理することは筆者の能力を優に超える。とりあえずは、中田裕康『債権総論・新版』199頁以下を参照。
- 2) 民法(債権法)改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針』407頁以下。
- 3) 参加形態は、共同訴訟的補助参加又は独立当事者参加となるであろう。この点に関しては、解釈に委ねられることになる。
- 4) この場合の参加形態は、共同訴訟参加となるのか。
- 5) 中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂6版〕』145頁(2011)。
- 6) フランス法をたどるべきであろうが、現在筆者には準備ができていない。とりあえず、工藤祐蔵「フランス法における債権者代位権の機能と構造(一)、(二)、(三)」民商95巻5号29頁以下(1986)、96巻1号33頁、同2号67頁以下(1987)を参照。
- 7) 平井宜雄「債権者代位権の理論的位置」『加藤一郎先生古稀記念・現代社会と民法学の動向・下』241頁は、「差押えと取立という二つの相異なる法的手段」の併存は、「いたず

債権者代位権についての覚書（酒井）

らに問題を複雑に」し、「どちらか一方に統一する」べきとの考えもあり得ようが、2つの法制度の「目的に応じた使い分けを示唆される。また、平井一雄「債権者代位権」星野英一編集代表『民法講座4』137頁（1985）。

- 8) 三ヶ月章「取立訴訟と代位訴訟の解釈論的・立法論的調整」法協91巻1号91頁以下（1974）。本文の分析は、中井康之「債権者代位権」山本和彦・事業再生研究機構編『債権法改正と事業再生』206頁以下の分析に負うところが大きい。
- 9) 判夕1326号128頁 = 判時2082号65頁。
- 10) 工藤祐巖「債権者代位制度をどう見直すか」『民法改正を考える』216頁（2008）
- 11) 民事訴訟法学会関西支部における報告の席上で、増田弁護士から示唆いただいた事例である。紙幅を借りて、お礼を申し上げたい。
- 12) 金融法務事情1932号の「特集・債権法改正・中間論点整理に対する意見ダイジェスト」における各機関の意見でも、債権者取消権と債権者代位権に対する関心の濃淡は一目瞭然である。
- 13) 債権者取消権に関する最判平成22年10月19日金商1355号16頁参照。なお、工藤祐巖「民法改正フォーラム・詐害行為取消権および債権者代位権」『法律時報増刊 2009』49頁（2009）。
- 14) 債権者代位訴訟に債権者固有の利益を見出すことは以前からされてきた。三ヶ月章「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」『民事訴訟法研究第6巻』11頁。

* 渡辺惺之先生、佐上善和先生には、研究会や学会において、当職が立命館大学に在職する以前から引き続き、現在に至るまでご指導いただいている。それにもかかわらず、本稿のような覚書を退職記念号に掲載する当職の力量不足を恥じ入るばかりである。

両先生のご健勝に加え、ご退職後もご指導をいただくことを願っている。