

# 債権者代位権の制度趣旨に関する 学説の変遷と判例の展開（1） ——現行規定に関する新たな解釈論の提示——

大 足 知 広

## 第一章 初めに

- 1 債権者代位権に関する現在の規定と従来の規定における解釈論との関係
- 2 旧423条に関する通説
- 3 現423条から423条の7までの規定に関する現時点における一般的な解釈
- 4 本論文の研究対象

## 第二章 現行規定に関する現在の学説（通説及び債務者無資力説）が抱える問題点

- 1 従来から顕在化していた問題点の継承
- 2 改正法の規律によってより顕在化する問題の存在
- 3 債務者無資力説による場合の問題点
- 4 小 括

## 第三章 債権者代位権制度の「沿革」に関する学説の展開

- 1 債権者代位権制度の実際の沿革の確認
- 2 債権者代位権の「沿革」に関する「通説」的理解の形成過程

## 第四章 旧423条の制度趣旨に関する学説の展開

- 1 概 要
- 2 用語に関する留意点
- 3 先行研究との関係
- 4 明治民法制定～1910年頃
- 5 1910年代～1960年代中盤における学説の対立
- 6 通説の「出現」
- 7 1950年頃～1960年代における学説の反応
- 8 1970年代～2019年における学説の反応

9 沿革=責任財産保全説における被保全債権についての逆転現象

(以上、第71巻2号)

10 新たな説の登場

第五章 債権者代位権の制度趣旨に関する判例の立場

1 明治民法制定後から明治43年判例までの判例

2 明治43年判例の位置づけ

3 小 括

第六章 判例の再整理

1 検討のための整理

2 事例1：債務者から債権者への所有権移転登記の前提として、債務者名義への移転登記を申請する場合

3 事例2：借地人が土地賃貸人の不法占拠者に対する建物収去土地明渡請求権を代位行使する場合

4 事例3

5 事例4：借家人が借地人の有する建物買取請求権を代位行使することについて

第七章 現行規定の解釈論の提示

1 423条について

2 423条の5

3 423条の2及び423条の3（不真正債権者代位権）

第八章 結 び

(以上、第72巻1号)

## 第一章 初めに

### 1 債権者代位権に関する現在の規定と従来の規定における解釈論との関係

我が国の民法典（明治29年法律第89号）の財産法部分は、明治29年に制定されて以来100年以上にわたり、その大部分の体系を維持して我が国の私法関係を規律してきた。平成29年5月26日、いわゆる債権法改正法案が可決され（平成29年法律第44号）、財産法分野の多くの規律が変更された。

債権法改正前の民法423条（以下、明治29年の明治民法制定時における同条の規定、及び平成17年改正によりこれが現代語化された規定<sup>(2)</sup>を併せて、「旧423条」という）は、債権者代位権と呼ばれる権利を規定していた。この権利もまた、債権法の改正による条文の改正及び新設を受けた。現行民法では、第423条から第423条の7までの7箇条で債権者代位権を規律している。

現在の一般的な学説は、現行法における債権者代位権の規定について、旧423条に関する従来の通説の考え方（以下、単に通説という）を引き継いで、解釈を行おうとしている。そこで、まず、通説がいかなる見解であったのか確認しておこう。

## 2 旧423条に関する通説

通説は、旧423条の制度趣旨を専ら（1）「債務者の責任財産の保全」に限定した上で、債権者代位権制度の本来の用法というためには、（2）代立債権者の債権が金銭債権でなければならず、また、（3）債務者が無資力でなければならぬ<sup>(3)</sup>、と主張してきた。通説は、債権者代位権の「本来の用法」を上記（1）から（3）を満たすものに限定する際、債権者代位権の「沿革」からすればそのように解釈せざるを得ないと説明してきた。

これに対し、旧423条の制度趣旨に関する判例は、次のようなものである。すなわち、明治43年の大審院判決（大審院明治43年7月6日判決民録16輯546頁）（以下、明治43年判例という）において、同条は単に「自己ノ債権ヲ保全スル為メ」と規定しているに過ぎないのであるからその用法を上記のものに限る趣旨ではないことが明示され、それ以降も通説の主張とは異なる用法について債権者代位権の行使が認められてきた。通説は、これを判例による債権者代位権制度の「転用」であると説明してきたのである<sup>(4)</sup>。

## 3 現423条から423条の7までの規定に関する現時点における一般的な解釈

いま、このような通説の見解が、現行法の解釈にも引き継がれようとしている。現時点における学説は、現行法の規定について、一般的に次のような解釈論を展開している。すなわち、現423条の規定は、専ら従来の「本来型」の場合（改正法の下では「責任財産保全型」と呼ばれている）の規律であり<sup>(5)</sup>、同条1項の「自己の債権を保全するため必要があるとき」とは、債務者が無資力であることと同義である<sup>(6)</sup>。これに対し、従来の「転用型」の場合（改正法の下では、「個別権利実現準備型」と呼ばれている）は、登記手続債権者が債務者の登記手続請求権等を代位行使する場合を定めた423条の7及び同条の準用する423条の4から423条の6によって規律されており、債務者の無資力は要件とならない<sup>(7)</sup>、と。以下、現時点において主張されているこの学説の立場を、423条＝責任財産保全説と呼ぶ。

なお、423条＝責任財産保全説においても、厳密には、被保全債権（この用語は、現在の学説においては一般に「代位債権者の債権」の意義で用いられている。したがって、以下、本論文においてもこの用語は「代位債権者の債権」の意義で用いる。）の種類について二つの見解が存在している。第一説によれば、現423条は、①：被保全債権が金銭債権の場合の規定であって、②：「自己の債権を保全するため必要があるとき」とは、債務者の無資力を意味するという<sup>(8)</sup>（以下、単に通説という）。第二説も、現423条を専ら従来の「本来型」すなわち「責任財産保全型」の場合の規律であると説明する点においては通説と同じである。ただし、第二説は、「責任財産保全型」というためには、債務者が無資力であればそれで十分であって、被保全債権の種類は金銭債権に限られない<sup>(9)</sup>、とする見解である<sup>(10)</sup>（以下、債務者無資力説という）。

以上の通り、423条＝責任財産保全説においては、被保全債権の種類について金銭債権要件を課すか否かという点においては差異があるものの、従来の「本来型」及び「転用型」という類型化を前提とする解釈論を依然として維持しているという点においては共通の見解である<sup>(11)</sup>。

#### 4 本論文の研究対象

上記の通り、現時点における一般的な学説<sup>(12)</sup>は、現423条から423条の7までの規定を解釈するに当たり、旧423条に関する通説の見解を引き継ぎ、現423条は従来の「本来型」の規定であり、現423条の7は従来の「転用型」の規定であるという類型化を前提に解釈論を展開しようとしている。

しかしながら、現行法について上記のような解釈論を展開した場合、我が国における債権者代位権制度には、その体系上の観点からも、また、運用上の観点からも、多数の問題が生ずることになる（第二章）。

このような現状を踏まえ、本論文においては、債権者代位権に関する現時点の学説の問題点を明らかにした上で、現行法における債権者代位権制度を合理的に運用することができるような解釈論を提示することを目的とする。また、既に100年以上にもわたり蓄積されてきた判例・実務との関係上、従来の判例実務が不合理でないのであれば、それを不必要に覆すような解釈論を提示すべきではないであろう。以上の観点から、本論文においては、次のように研究を進める。

第一に、現時点で主張されている学説（423条＝責任財産保全説）が、現行法における債権者代位権の規律に関して、いかなる問題を生じさせるかという点を検証する（第二章）。そこでは、債権法改正よりも前から顕在化していた問題が現行法の解釈に引き継がれた問題のみならず、債権法が改正されたことにより新たに顕在化する問題も紹介する。

第二に、上記のような多数の問題を抱える通説は、いかなる経緯によって通説たる地位を獲得したのか、という点を明らかにする（第三章～第四章）。

その際には、まず、債権者代位権制度の「沿革」に関する通説的な理解（沿革＝責任財産保全説）がいかなる経緯によって主張されるようになったのかという点を検討する（第三章）。次に、明治民法の制定以降、旧423条の制度趣旨に関する我が国の学説がどのように展開されてきたのか、という点

を検討する。これにより、旧423条に関する「通説」がいつ頃、いかなる経緯によって主張されるに至り、それがいかなる経緯により通説としての地位を確立したか、という点を明らかにする(第四章)。本論文に先立ち、筆者は別稿「債権者代位権の立法趣旨に関する研究」<sup>(13)</sup>(以下、「第一論文」という)において旧423条が実際にはいかなる制度として立法されたのかという点を明らかにしている。第三章ではその研究の結果も簡潔に紹介している。

第三に、通説に代わる解釈論を提示する前提として、旧423条の制度趣旨に関する判例の立場がいかなるものであったのかという点について検討する。

通説は、旧423条の制度趣旨に関する判例の展開を、次のようなものとして理解してきた。すなわち、当初の判例は、債権者代位権の行使が認められる場合を、通説が「本来型」と呼ぶ用法に限定していたところ、明治43年判例がこれを覆して債権者代位権の「転用」を認めるに至った、と。そこで、「当初の判例」及び明治43年判例に関する通説の主張が果たして正当なものであったのか、という点を検証する(第五章)。

上記の検証の結果、仮に判例の立場が通説の主張するようなものではなかった場合には、そもそも、旧423条下における判例は同条の趣旨をどのようなものとして理解し、「自己の債権を保全するため」という要件をいかなる規準で判断してきたのかという点について、改めて整理を行う(第六章)。

以上の検討を踏まえた上で、従来の判例と現行法の規定とを結び付ける合理的な解釈論を提示する(第七章)。

本論文の構成は、以上の通りである。

## 第二章 現行規定に関する現在の学説(通説及び債務者無資力説)が抱える問題点

まずは、債権者代位権に関して現在の学説が唱えている解釈論にいかなる問題が存在しているか、という点を明らかにする。

## 1 従来から顕在化していた問題点の継承

### 1.1 「責任財産を保全するため」という言葉の意義の不透明さ

現時点における学説は、現423条は専ら債務者の責任財産を保全する場合を規律したものであると主張している。しかしながら、そもそも通説における「責任財産の保全」の内容自体に、多数の問題がある。

#### 1.1.1 履行期の到来した金銭債権者が債務者の金銭債権を取り立てる場合

現在の判例によれば、AがBに対し履行期の到来した金銭債権を有しており、BがCに対して履行期の到来した金銭債権を有しているとき、Aは、Bが無資力であるならば、その被保全債権の額の限度で、BがCに対して有する金銭債権及び取立権限を代位行使し、Cに対し、金銭をAに支払うよう請求することができる。判例が債務者に対する給付を超えて債権者に対する給付の請求をも認めたことについては、その妥当性について通説においても議論<sup>(14)</sup>がある。しかしながら、少なくとも債務者への給付を求めている限りにおいては、この用法を「責任財産保全型」に分類することについて通説は一致している。

しかしながら、一体この用法のどこに、債務者の責任財産を保全する目的があるといえるのであろうか。

##### 1.1.1.1 「債務者の責任財産の保全」のための用法といえるか

まず、この類型が文字通りの意義における「債務者の責任財産の保全」のための用法といえるか否かについて検討しよう。

文字通りの意義における「債務者の責任財産の保全」とは、債務者が権利を行使しないことによって債務者の責任財産が減少し、あるいはその回復が妨げられようとしているときに、債権者代位権を行使することにより、その減少を防止し、またはそれを回復させることである。例えば、債務者の行った不動産贈与行為の取消権を債権者が代位行使するという事例の場合は、当該代位行使は文字通りの意義における「債務者の責任財産の保全」のための用法である。すなわち、この不動産贈与行為の取消しの類型においては、債

債務者の贈与行為により当該不動産は一旦債務者の責任財産から逸失している。ただし、債務者が当該贈与行為の取消権を行使すれば、当該不動産は遡及的に債務者の財産に復帰し、債務者の責任財産が回復する。したがって、債務者が取消権を行使していない場合には、それによって債務者の責任財産の回復が妨げられているということになる。そこで、債権者は、取消権を代位行使し、債務者に代わって債務者の責任財産を回復させるのである。

しかしながら、金銭債権者が債務者の金銭債権の給付を請求するという本類型においては、金銭債権者Aが債務者Bの金銭債権を代位行使したところで、Bの責任財産は何ら増加するものではない。Bがその権利を行使しようと行使まいと、Bの責任財産の総額は変動しないのである。<sup>(15)</sup>

したがって、金銭債権者が債務者の金銭給付請求権を代位行使する用法は、文字通りの意義における「債務者の責任財産の保全」のための用法ではない。これは、その金銭を債務者に受領させる場合であろうと、債権者が取り立てる場合であろうと、異ならない。すなわち、債権者に取立権限を認めようと認めまいと、そもそもこの類型は債務者の責任財産の保全とは無関係なのである。

#### 1.1.1.2 「強制執行制度の不備を補う」という意義における「債務者の責任財産の保全」のための用法といえるか

ところで、通説においては、「債務者の責任財産の保全」という文言は、当該財産権についての執行制度の不備を補う、という意義で用いられることがある。執行制度の不備を補うという発想は、第三章で後述するように、1806年フランス民事訴訟法典（フランス旧民事訴訟法典）に不動産引渡請求権に対する執行手続の規定が欠けていたことから主張されるようになったものである。

現在の日本において、強制執行制度の不備を補い、執行の準備をするために債権者代位権が用いられている例として、次のような事例を挙げることができる。すなわち、債務者Bが相続によって取得した不動産甲について、金

錢債権者Aが不動産執行を申し立てようとしたが、甲の登記名義がBの前主たる被相続人Cの下にあるため、そのままでは甲について不動産執行を申し立てることができないという場合に、AがBに代位して相続を原因とするCからBへの所有権移転登記を申請する（不動産登記法59条7号、民法423条）という用法である。

これに対して、「金銭債権者」が債務者の「金銭債権」の給付を請求するという本類型は、強制執行制度の不備を補うためにBの金銭債権を代位行使しているということができるであろうか？本類型においては、Cに対する金銭債権をBが行使していないことは、Aによる強制執行の申立てにとって何らの障害にもなっていない。Aは、債務者BのCに対する金銭債権を差し押さえ、債権執行を申し立てることができるからである。したがって、本類型においては、前述した不動産執行のための代位登記の申請の場合とは異なり、執行制度上の不備は存在していないのである。それに加え、本類型において債権者代位権を行使した場合、債権者が当該金銭について強制執行をかけるには、動産執行を申し立てるしかなくなってしまう。これでは、債権執行という簡便な執行手段の利用機会を喪失させ、わざわざ動産執行という不便な手続に移行させているということになる。このように、本類型は、何ら執行制度の不備を補うための用法ではないということになる。

これもやはり、債権者に取立権限の代位行使を認めるか否かという次元よりも前の段階における問題である。すなわち、債権者に取立権限の代位行使を認めるか否かにかかわらず、そもそも本類型は強制執行制度の不備を補うこととは無関係なのである。

#### 1.1.1.3 強制執行制度を回避して優先的に債権を回収するための用法であるという主張について

あるいは、通説から、次のような反論がなされることが想定される。すなわち、Aは別にBの責任財産を回復させようとしている訳でもなければ、Bの金銭債権に対する強制執行の準備をしている訳でもない。Aが第三債務者

Cから直接に金銭の支払いを受け、それについての返還債務と被保全債権とを相殺すれば、Aの被保全債権は事実上優先的に弁済されたことになる。すなわち、Aは、強制執行を回避して、相殺によって簡易かつ優先的に債権を回収するために債権者代位権を利用しているのである、と。

事案の本質からいえば、その通りであろう。しかしながら、このように理解するのであれば、この用法の目的は、そもそも債務者の責任財産の保全ではないということの意味する。したがって、通説が「本来型」（「責任財産保全型」）と「転用型」（「個別権利実現準備型」）という区分を定立しておきながら、本類型を「本来型」（「責任財産保全型」）に分類していることには、矛盾があるということになる。

#### 1.1.2 登記手続債権者が債務者の登記手続請求権を代位行使する場合

逆に、次の事例を考えてみよう。Cの所有する不動産甲が、CからB、BからAへと順次転売されたが、登記名義は依然としてCの下にあった。そこで、Aは、Bに代位し、Cに対して、CからBへの所有権移転登記手続を行うよう請求した。通説によれば、この用法は、「転用型」であって、「本来型」とは異なる類型なのだという。

しかしながら、強制執行制度の不備を補うという観点からすれば、この類型も旧423条の「本来の」用法といえるはずではないのか。

すなわち、Aは、Bに対し、売買を原因とするBからAへの所有権移転登記手続を目的とする債権を有している（民法560条）。しかし、上記の事例においてAがBの負う当該債務の履行を強制的に実現させようとした場合、単にBの登記申請の意思表示に代わる判決（民事執行法177条）を得るのみでは、依然として当該債務の履行を実現させることはできない。現行実務においては、甲土地についてBからAへの所有権移転登記手続を申請する前提として、CからBへの所有権移転登記がなされていることが必要だからである。そして、AがCをしてBへの所有権移転登記を申請させるためには、債権者代位権に基づいてBのCに対する所有権移転登記手続請求権を代位行使

するより外ない。要するに、この用法はまさに現行法における「執行制度の欠缺」を補うための用法であり、仮に債権者代位権の沿革について通説の立場に立ったとしても、制度「本来の」趣旨に適った用法であると評価されるべきものといえるはずではあるまいか。

したがって、通説が、「執行制度の不備を補う」用法であるはずのこの類型について、旧423条「本来の」用法ではないとしてきたこと、及び、現423条1項の規律する用法ではないとしていることは、実に奇妙であるといわざるを得ない。

## 1.2 類型化に関する見解の不一致及び明確な基準の未確立

通説においては、被保全債権が金銭債権であること、及び、債務者が無資力であることが、旧423条の「本来の用法」における要件とされてきた。

しかしながら、我が国の判例においては、被保全債権が金銭債権である場合において、債務者の無資力が要求される類型もあれば、これが要求されない類型もある。例えば、(ア)：履行期到来済みの金銭債権者が債務者の金銭債権を取り立てる場合には、債務者の無資力が要求されてきた。<sup>(16)</sup>これに対し、(イ)：例えば、履行期到来済みの金銭債権者が、相続によって債務者の取得した不動産について不動産執行を申し立てるために、債務者に代わって被相続人から債務者への相続を原因とする所有権移転登記を申請する場合には、債務者の無資力は不要であるとされてきた。<sup>(17)</sup>また、(ウ)：不動産の売主たる地位を他の相続人と共同相続した者が、代金債権について買主の有する同時履行の抗弁権を消滅させるため、買主に代わって、他の共同相続人に対して移転登記手続を行うよう請求する場合にも、債務者の無資力は不要であるとされている。<sup>(18)</sup>

前述したように、(ア)の類型については、判例が債務者への給付請求を超えて債権者への給付請求（取立権限の代位行使）まで認めたことについては議論があるものの、この類型を「本来型」に分類することについては通説の見解は一致している。

ところが、(ア)の類型においても、被保全債権が不法行為に基づく損害賠償請求権であり、被代位権利が加害者の保険会社に対する保険給付債権である場合には、「本来型」には該当しないという見解が有力に主張され<sup>(19)</sup>、この場合も(ア)の類型であるとして債務者の無資力を要求した判例は、これらの学説から批判を受けてきた<sup>(20)</sup>。通説に立ちながら判例を批判する見解は、後者の場合には債務者の責任財産の保全が目的ではないから本来型ではないと主張する<sup>(21)</sup>。

しかしながら、既に確認したように、債務者の責任財産の保全目的でないというのは、この事例以外の(ア)の類型でも同じなのである。

このことは、通説において「責任財産の保全」という概念が実体を失っており、恣意的に用いられているのではないかという疑念を生じさせ、また、「責任財産保全型であれば債務者の無資力が要件となり、責任財産保全型でなければ債務者の無資力は要件とはならない」という通説の命題についても疑念を抱かせるものである。

他方、(イ)の類型や(ウ)の類型については、(イ)を「転用」として位置付ける見解<sup>(22)</sup>、(イ)については「本来型」における例外的な事例と位置付けつつ(ウ)については「転用型」として位置付ける見解<sup>(23)</sup>、(ウ)について「本来型」でも「転用型」でもない「第三の類型」として位置付ける見解<sup>(24)</sup>、(イ)も(ウ)も「第三の類型」とする見解など<sup>(25)</sup>、様々な見解が主張されており、通説はその見解を一致させられていない<sup>(26)</sup>。

このように、旧423条下において既に、個別の事例が「本来型」、「転用型」、「第三の類型」のいずれに該当するかを画定することは困難であった。結局のところ、通説に従って「本来型」とは「債務者の責任財産を保全する」ための用法であるといったところで、その実質的な内容がどのようなものであるのかという点については、個々の学説が思い通りの理解をしていたに過ぎなかった<sup>(27)</sup>のである。

沿革＝責任財産保全説が抱えていた「本来型」、「転用型」、「第三の類型」

への分類を巡る困難な問題は、現行法に関する423条＝責任財産保全説においても引き継がれている。しかしながら、423条＝責任財産保全説においては、個々の事例が「本来型」（「責任財産保全型」）であるか、「転用型」（「個別権利実現準備型」）であるかに応じて、適用される規定も要件も異なるとされているのであるから、その分類に上記のような複雑な問題を抱えている状態では、実務が安心して債権者代位権制度を運用することは不可能である。

## 2 改正法の規律によってより顕在化する問題の存在

更に、現行法の下では、実定法の解釈において、通説の問題が顕在化する。

### 2.1 現423条から現423条の3までの解釈に関する不合理な点

現423条の2は、被代位権利の目的が可分である場合について、代位行使の範囲を定めており、現423条の3は、被代位権利が金銭ないし動産の引渡請求権である場合に、債権者に動産の取立権限を認めている。現在の学説においては、423条の2にいう目的物が「可分」とは、目的物が金銭の場合のみならず動産の場合も含むものとして理解されている。

#### 2.1.1 被代位権利が金銭債権である場合の問題点

金銭債権者が債務者の金銭債権について給付請求をする場合についての問題点は、既に指摘した。

上記の問題点に加え、改正法の下では、債務者の金銭債権の時効の完成を阻止するために債権者代位権を行使する場合などに、新たな問題が生ずることになる。

すなわち、この類型も、被保全債権が金銭債権であるから、通説に従えば、金銭債権者が債務者の金銭債権を取り立てる類型と同じく「責任財産保全型」に分類され、423条から423条の6までの規律が適用される<sup>(28)</sup>。

この場合、被代位権利の目的は可分であるから、423条の2により、債権者は、被保全債権額の限度で債務者の金銭債権を行使することができるにとどまる。しかしながら、通説によれば債務者は無資力であるから、被保全債

権額の限度で被代位権利の時効を更新させたところで、債務者の責任財産が十分に保全されることはない。

また、この場合、被代位権利は金銭の支払いを目的とする請求権であるから、423条の**3**により、債権者は、第三債務者に対して債権者に当該金銭を支払うよう請求することができることになる。しかしながら、被代位権利の時効を更新させるための債権者代位権の行使は保存行為であり、被保全債権の履行期が未到来の債権者であっても行うことができる<sup>(29)</sup>ところ、金銭債権の給付請求は債権者代位権における「保存行為」には該当しないとされてきたし、債務者の金銭債権の時効を更新させるために債権者が当該金銭を受領する必要性もないはずである。

423条の**2**及び423条の**3**の規定は、果たして、通説の主張するような「債務者の責任財産を保全する」ための規律なのであろうか。

#### 2.1.2 被代位権利が動産引渡請求権である場合の問題点

423条の**2**は、被代位権利の目的が可分である場合には、債権者は被保全債権額の限度で被代位権利を行使することができるに過ぎない旨規定している。現在の学説においては、同条の「可分」とは、目的物が複数の動産である場合も含まれるとされている<sup>(30)</sup>。また、423条の**3**は、被代位権利が動産の引渡請求権である場合に、債権者が第三債務者から直接動産を取り立てる権限を認めている。したがって、423条の**2**及び423条の**3**は、被代位権利の目的物が動産である場合についても規定しているということになる。

既に確認したように、通説によれば、423条は「責任財産保全型」の場合の規定である。したがって、通説においては、423条の**2**及び423条の**3**の動産に関する規律もまた、債務者の責任財産を保全するための用法であって、被保全債権が金銭債権の場合に適用されることになる。しかしながら、同条の動産の規律を通説のように解釈することには問題がある。

例えば、AがBに対して100万円の金銭債権を有しており、BがCに対して多数の動産の引渡債権（総額500万円相当）を有しているとしよう。通説

の主張においては、「本来型」では「債務者の無資力」が要件となるということであるから、Bの積極財産は、上記債権を含めて1000万円であり、Bの負債総額は1億円であるとしよう。

通説によれば、上記の事例は、次のように処理される。Aは、Bの500万円相当の動産債権のうち、100万円相当の部分を代位行使することができるに過ぎない（423条の2）。また、金銭債権者Aは、100万円相当の動産をCから直接取り立てることができる（423条の3）。100万円相当の動産を無事に取り立てたAは、次に、被保全債権について債務名義を取得することになる（この用法を強制執行の準備であると説明する以上は、債権者は代位訴訟を提起した後、被保全債権について債務名義を取得しなければならない）。Aは、取得した債務名義について執行文の付与を受けた後、取り立てた100万円相当部分の動産について、動産執行を申し立てることになる。Aが動産執行を申し立てる方法としては、受領した動産を債務者に引き渡して通常の動産執行を申し立てる方法（民事執行法123条）と、債権者が占有する債務者の動産についての強制執行を申し立てる方法（民事執行法124条）とがある<sup>(31)</sup>。通説によれば、これこそが、債務者の責任財産の保全という制度本来の姿なのだ<sup>(32)</sup>という。

しかしながら、Aが当該動産について強制執行をかけるのであれば、上記のような無駄な手続を用いる必要などなく、最初から被代位権利の全体について動産引渡請求権に対する強制執行（民事執行法163条）を申し立てればよいのである。すなわち、債務者が被代位権利を行使しようとしまいと、当該動産引渡請求権は初めから債務者の責任財産を構成しているのであり、しかも、その執行制度に欠けるところはない。したがって、金銭債権者が債務者の動産引渡請求権を代位行使することは、何ら債務者の責任財産の保全ではないのである。

また、通説の解釈には、次のような欠点もある。すなわち、Aが423条の3に基づきBの動産引渡請求権を代位行使してしまうと、Bが無資力である

以上、他の債権者と競合が生ずれば、Aは、配当総額の1/100の限度で配当を受けることができるにとどまる。したがって、執行費用等を無視したとしても、Aはわずか1万円の限度で配当を受けることができるに過ぎない。したがって、結局、BのCに対する動産引渡請求権の残部についても強制執行を申し立てなければならないのである。

それでは、代位行使されなかった残りの400万円部分の動産引渡請求権については、どのように執行の対象とされるのであろうか。外でもなく、Aは、動産引渡請求権の残部について、動産引渡請求権に対する強制執行（民事執行法163条）を申し立てるのである。

このように、通説の解釈に従った場合、現423条の2及び423条の3は、本来であれば1回の動産引渡請求権に対する強制執行で実現できた債権の回収を、100万円部分と400万円部分とでそれぞれ別々の執行手続に分け、手続を無駄に増やしているということになる。

これは、執行官や裁判所にとっての経済的な観点からしても合理的ではない。通説の解釈に従えば、執行官は、まず、代位訴訟の認容判決を債務名義として申し立てられた非金銭執行（「動産の引渡しの強制執行」）手続において、当該執行の債務者たるCから100万円相当の限度で動産の占有を取得し、これをAに引き渡す。その後、Aは被保全債権について債務名義を取得し、金銭執行（「動産執行」）手続を申し立てる。執行官は、今度は金銭執行として、当該100万円部分の動産についてAから引渡しを受け、これを競売に付す。それと同時に、残部の400万円相当の動産については、執行官は、やはりAが被保全債権について取得した債務名義に基づき申し立てた金銭執行（「動産引渡請求権に対する執行」）手続において、第三者から当該動産の引渡しを受け、これを競売に付すことになる。したがって、執行官は、本来であれば一度の執行手続としてCから500万円相当の動産の引渡しを受け、これを競売にかければよかったところ、423条の2及び3は、これを100万円部分と400万円部分とに分けるのみならず、前者について非金銭執行として

の占有の取得及び引渡の手續を徒らに追加しているということになる。

執行官にわざわざこのような煩雑な手續を取らせたところで、債務者の責任財産は何ら増加しない。それどころか、執行の手續を増やしたことによって手續費用や共益費用が増加するため、むしろ債務者の資産状態をより悪化させているということになる。

このように、通説の解釈に従えば、423条の2及び423条の3は、極めて不合理な規定であるということになる。

## 2.2 現423条の7の解釈に関する不合理な点

通説の解釈は、通説が「責任財産保全型」と呼ぶ場合のみならず、「転用型」すなわち「個別権利実現準備型」の場合についても問題を生じさせる。

従来の判例は、通説が「転用型」と呼ぶ類型についても、旧423条の「自己の債権を保全するため」という要件に基づき、その代位行使の可否を判断していた。

ところが、責任財産保全説によれば、現行423条1項の「自己の債権を保全するため」という文言は債務者の無資力を意味するものであり、同項の規定は従来の「転用型」には適用されない。したがって、実務は、通説が「転用型」と呼んでいた類型において代位行使の可否を判断する具体的な基準を失ったということになる。

通説によれば、通説が「転用型」と呼んでいた類型は、423条の7及び同条の準用する423条の4から6までの規定によって規律されているという。しかしながら、同条は、登記手續債権者が債務者の登記申請権ないし登記手續請求権を代位行使する場合に関する規定であるから、それ以外の場合における代位行使の可否についての基準を有していない。沿革＝責任財産保全説の解釈を採用することは、従来の実務における保全の必要性の判断基準を剝奪し、実務を困難に晒すことになるといえよう。

## 2.3 小 括

このように、現行法の規定を通説に基づいて解釈してしまうと、不合理な

結果を導き出すこととなる。

### 3 債務者無資力説による場合の問題点

#### 3.1 通説と共通の問題点

423条を専ら債務者の責任財産を保全する為の規定であるとする見解としては、通説の外に債務者無資力説がある。債務者無資力説の解釈論は、基本的には通説と同じであるが、債権者の債権は金銭債権に限られない（例えば、未だ損害賠償請求権に転化していない「特定物」の引渡債権であっても<sup>(33)</sup>）とする点において差異がある。

したがって、被保全債権が金銭債権である場合に通説の下で生ずる様々な問題点は、債務者無資力説においても同様に生ずる。

#### 3.2 債務者無資力説に固有の問題点

それに加え、債務者無資力説に固有の問題も存在している。すなわち、債務者無資力説によれば、423条の2及び423条の3は、金銭債権者が動産引渡債権を代位行使する場合のほか、不動産債権者や労務債権者、さらには、被代位権利の客体と異なる動産についての債権を有する者がこれを行使する場合にも適用される。

例えば、AがBに対し電子レンジ5台（10万円相当とする）の引渡債権を有しており、BがCに対し冷蔵庫500台（5000万円相当とする）の引渡債権を有している場合には、Bが無資力である限り、Aは、BがCに対して有する冷蔵庫の引渡債権及びその取立権限を代位行使することができるが、その行使の範囲は10万円相当の範囲に限られる。したがって、債務者無資力説によれば、Aは、BがCに対して有する500台の冷蔵庫引渡債権の内、1台（10万円相当）分について直接にこれを取り立てることができる。

Aによる冷蔵庫の取立ては、Aの電子レンジ引渡債権が将来債務者の責めに帰すべき事由により履行不能となった場合に備え、債務者の責任財産を保全するものであるとされる。そうはいつても、Aが冷蔵庫を取り立てた時点

ではAの電子レンジ引渡債権は履行不能となっていない以上、A自身においては、直ちに当該冷蔵庫に対して強制執行をかけることはできない。したがって、当該冷蔵庫に対する強制執行の申立ては、他の債権者の手によって行われるのが普通であろう。債務者無資力説によれば、この場合のBは無資力であるはずであるから、Bの債権者は、BがCに対して有していた冷蔵庫500台の引渡請求権の全部を差し押さえ、少しでも債権を回収したいところである。しかしながら、Aが500台の内1台の冷蔵庫を取り立ててしまったことにより、Bの責任財産は、BのCに対する499台の冷蔵庫引渡請求権とBのAに対する1台の冷蔵庫引渡請求権とに分割されてしまった。債務者無資力説においては、423条の2及び423条の3の規定は、執行手続を徒らに煩雑化しているという外ない。

また、Aの債権が損害賠償債権に転じたとしても、BのCに対する冷蔵庫500台の引渡請求権に対しては、元々動産引渡請求権に対する強制執行が可能であるから（民事執行法163条）、Aによる債権者代位権の行使は、強制執行制度の不備を補うためのものでもない。

更に、債務者無資力説においては、423条の2及び3は、動産債権者が債務者の金銭債権を取り立てるという用法も規律していることになる。

例えば、AがBに対して電子レンジ5台（10万円相当とする）の引渡債権を有しており、BがCに対して500万円の金銭債権を有しているとする。債務者無資力説によれば、Bが無資力である限り、動産債権者AはBの金銭債権を10万円の限度で取り立てることが可能である。この用法に債務者の責任財産を保全する機能がないことはこれまでに繰り返し述べてきた通りである。それに加え、動産債権者Aは、当該債権がBの責めに帰すべき事由により履行不能とならない限り、取り立てた10万円について何もできない。金銭債権者が債務者の金銭債権を取り立てる場合については、債務者の責任財産の保全とは異質なものであるものの、債権者が強制執行制度を潜脱して債権を抜け駆ける的に回収するという目的はあった。これに対して、動産債権者

Aが債務者Bの金銭債権を取り立てるという用法には、上記のような利点さえない

#### 4 小 括

以上の通り、現時点における学説の解釈論を現行法に適用した場合、様々な場面で不合理な結果をもたらすことになってしまう。果たして通説や債務者無資力説は、このような不合理な結果を実務に甘受させてまで支持されなければならない解釈論なのであろうか。

それを考える前提として、次章から、このような多数の問題を抱える見解が、いかなる経緯によって主張され、いかなる経緯によって通説としての地位を確立するに至ったのかという点を明らかにする。

### 第三章 債権者代位権制度の「沿革」に関する学説の展開

本章では、債権者代位権の「沿革」について、我が国の学説がどのように展開してきたか、という点を検討する。まずは、その検討を行う前提として、債権者代位権制度の実際の沿革がいかなるものであったのかという点について確認する。

#### 1 債権者代位権制度の実際の沿革の確認

1987年に公表された工藤祐蔵の論文は、債権者代位権制度の「沿革」が通説の主張するようなものとは異質なものであったことを明らかにした。この論文は、代位訴権に関して、我が国において初めてフランス民法典の起草者の見解に言及し、また、フランス古法における代位訴権の実態にも言及した論文であった。しかしながら、その後の学説においては、依然として従来の通説的理解が繰り返されるばかりで、債権者代位権の「沿革」に関する工藤の研究結果はほとんど参照されていなかった。そこで筆者は、旧423条の立法趣旨に関する研究である「第一論文」の中で、債権者代位権制度の沿革が

本来はいかなるものであったのかという点を改めて検討した。<sup>(36)</sup> その結果、工藤の主張するように、1804年フランス民法典における代位訴権は通説の主張するような制度とは異質なものとして規定されたことを確認した。

また、筆者は、第一論文において、フランスにおける代位訴権の制度趣旨及び要件を巡る「種々ノ議論」を踏まえた上で、旧423条の立法趣旨を明らかにした。明治民法典の起草者は、フランスにおいて代位訴権の制度趣旨及び要件を巡り「種々ノ疑種々ノ議論」が生じていたことを問題視していた。そこで、明治民法典に債権者代位権を規定するに当たっては、債権者代位権の制度趣旨を定め、それを明文によって指示することにしたのである。<sup>(37)</sup>

しかしながら、旧423条の立法趣旨に関する我が国の先行研究においては、この「種々ノ議論」がいかなるものであったのかという点が解明されておらず、この点が度外視された状態で分析が行われていた。

そこで、第一論文においては、代位訴権の制度趣旨に関する19世紀のフランスにおける「種々ノ議論」がいかなるものであったのか、そのような議論がある中で来日したボワソナードは、代位訴権の制度趣旨についてどのような見解を支持していたか、その後、ボワソナードは、旧民法における代位訴権をいかなる趣旨の制度として規定したか、これに対して、当時の日本の学説は、旧民法の代位訴権の制度趣旨についてどのような理解を支持していたか、そのような状況の中、明治民法典の起草者は、新民法典（＝明治民法典）における債権者代位権をいかなる趣旨の制度として規定したか、といった点を明らかにした。

以下、上記の研究を通して確認され、また、明らかとなった、債権者代位権制度の沿革及び立法趣旨を簡潔に示す。

### 1.1 1804年フランス民法典第1166条

債権者代位権を規定する旧423条は、旧民法（明治23年法律第28号）財産編第339条を經由して、1804年フランス民法典第1166条に由来する。同条は、「合意の第三者に対する効力」の章に規定された三箇条のうちの一つで

ある。まず、第1165条<sup>(38)</sup>が、合意の相対的効力の原則を規定し、これを受けて、第1166条が、「前条の規定にかかわらず、債権者は、債務者に属する一切の権利及び訴権を行使することができる。ただし、債務者の人格に専属するものは、この限りでない。」<sup>(39)</sup>と規定していた。本論文においては、同条に規定された債権者の権利を「代位訴権」と呼ぶ。この規定は、三次にわたり作成されたいわゆるカンパセレス草案においては存在しておらず、1804年フランス民法典において合意の相対的効力の例外として規定された。

後述するように、通説は、同条が規定された理由について、フランス法において特定の無体財産に対する強制執行手続が認められていなかったからであろう、と推測してきた。

しかしながら、実際には、1804年フランス民法典の起草者は、債務者の一切の財産は債権者の共同の質であり、そこでいう一切の財産には、有体財産のみならず、種々の無体財産も含まれることを明言していた。<sup>(40)</sup>すなわち、フランス民法典の起草者は、フランスの民事執行制度において種々の無体財産に対しても共同質権が実行可能であることを当然の前提としていたのである。

それでは、フランス民法典の起草者は、いかなる理由により、第1166条を規定したのであろうか。それは、同条の冒頭に《Néanmoins》(=「前条の規定にかかわらず」)という文言が規定されていることと関係している。実は、1804年フランス民法典の起草者は、債務者と第三債務者等との間でなされた合意について、債権者は「第三者」に該当すると考えていた。<sup>(41)</sup>したがって、債権者が債務者の無体財産について共同質権を実行しようとした場合に、第三債務者等が、第1165条の合意の相対的効力の原則を主張してくる可能性がある。そのため、フランス民法典の起草者は、債務者の無体財産に対する強制執行は、第1165条に抵触するものではないことを明文で規定しなければならないと考えたのである。

この事実は、フランス民法典の起草者によって著された同法典の解説書の記述からも裏付けることが可能である。<sup>(42)</sup>すなわち、起草者マルヴィ

ル（Maleville）は、第1166条の説明に代えて、ローマ法における二つの法文番号を引用していた。<sup>(43)</sup>これらの法文は、「判決による差押質」（pignus ex iudicati causa captum）と呼ばれる裁判の執行手続に関する規定であり、そこでは、債務者の債権を差し押さえて競売し、あるいは第三債務者からこれを取り立てて弁済に充てるという、「債権執行」の手段が認められていた。

もっとも、マルヴィルが引用する法文においては、「債権執行」についての規定は存在しているものの、第1166条における「一切の」権利及び訴権という文言との関係では、未だ限定的なものであった。債務者の「一切の」無体財産に対する強制執行制度が確立するのは、フランス古法においてである。

フランス古法において、最初に上記ローマ法の法文を超えて債務者の無体財産に対する強制執行を認めたのは、ノルマンディー新慣習法第278条であったとされる。<sup>(44)</sup>同条は、債務者が相続を放棄し、または相続を承認しようとしな<sup>(45)</sup>いときは、債権者が債務者の相続順位及び権利について代位を受け、債務者の相続を承認し、債権者間の優劣に従い自己の債権額の限度で当該相続から弁済を受けることができる旨を規定していた。この相続承認の効果は債務者に及ばないとされて<sup>(46)</sup>いたように、この手続は、債務者の責任財産の保全のためのものではなく、専ら債権者の債権の回収のための制度であった。この権利は、実務の要請と合致し、他の地域においても認められるようになり、18世紀には、債務者の一身に専属するものを除き、債務者の権利及び訴権<sup>(47)</sup>についての一般法理とされるようになっていた。

このように、代位訴権の沿革は、ローマ法においても、フランス古法においても、債務者の責任財産を保全するための制度ではなく、債務者の無体財産<sup>(48)</sup>に対する強制執行そのものであったことが確認された。

## 1.2 19世紀フランスにおける「種々ノ議論」

その後、19世紀のフランスにおいては、1804年フランス民法典第1166条の制度趣旨を巡って、穂積委員が問題視していた「種々ノ議論」が生じた。

フランス民法典の制定後、しばらくの間は、代位訴権に広汎な機能を認め

る「汎用主義」が展開された。そこでは、通説が「特定債権の保全」と呼ぶ用法は固より、強制執行や直接訴権も代位訴権によって説明されるなど、代位訴権に極めて広汎な機能が認められていた<sup>(49)</sup>。

起草者の趣旨の分析が進むと、代位訴権を債務者の無体財産の強制執行そのものとする見解(強制執行説)が登場し、多数説を形成した<sup>(50)</sup>。

しかしながら、この説も絶対的な通説としての地位を獲得することはできず、保存行為説、自己の債権の保存又は回収説、訴権限定説、執行の準備説、自己の個別的利益保護説など、多種多様な見解が主張されることとなった<sup>(51)</sup>。

### 1.3 ボワソナードの来日と旧民法財産編(明治23年法律第28号)の制定

このような状況の下、フランスから来日したボワソナードは、代位訴権の制度趣旨について強制執行説を支持しており、フランス民法の講義においても、この説に基づいて代位訴権を解説していた。したがって、第2092条及び第2093条が共同質の原則を定めている以上、その繰り返しに過ぎない第1166条は「削除シテ可ナル」ものであると説明されていた。その後、旧民法を起草したボワソナードは、財産編第339条に代位訴権を規定したものの、この規定は、引き続き強制執行説に基づいて起草していた。

他方、後に明治民法典の起草者となる梅謙次郎は、リヨン大学留学中より代位訴権の制度趣旨について「汎用主義」に立っており、旧民法の代位訴権についても「汎用主義」の立場から解説していた<sup>(52)</sup>。

### 1.4 明治民法典(明治29年法律第89号)の制定

明治民法典の起草委員は、上述したようなフランスにおける議論の錯綜を認識しており、これを回避するため、債権者代位権の制度趣旨を定め、これを明文で指示することにした。

旧423条の「自己ノ債権ヲ保全スル為メ」という制度趣旨は、汎用主義に基づいて規定された。これは、債権者の個別債権の履行に関して生じた危険を除去してその債権の履行を確保することを制度目的とする規定であり、債

権者の債権は、金銭債権のみならず、その他の財産権であってもよい。そこでは、債務者の財産を保全することによって間接的に債権者の債権を保全するという用法も、債権者の債権を直接保全するという用法も、同条の「自己ノ債権ヲ保全スル為メ」の用法として認められていた。<sup>(53)</sup>

### 1.5 小 括

このように、フランス法における債権者代位権の沿革及び旧423条の立法趣旨は、現在の通説が主張するようなものとは異質なものであった。

それでは、通説が上記の沿革及び立法趣旨を誤解するに至った経緯は、いかなるものだったのであろうか。以下、この点を検証していく。

## 2 債権者代位権の「沿革」に関する「通説」的理解の形成過程

1910年頃から、1804年フランス民法典第1166条の立法趣旨は、フランスにおける強制執行制度の不備を補うことにあったと推測する学説が普及するようになった。この推測は、旧423条の制度趣旨を専ら債務者の責任財産の保全と理解する説の根拠として援用されるようになる。以下、沿革＝責任財産保全説の根拠となった推測の内容を確認する。

### 2.1.1 債権者代位権制度の「沿革」に関する石坂音四郎の推測

1912年に出版された石坂音四郎の『日本民法 第三編 債権法 第二巻』は、ローマ法における具体的な制度を挙げるなどして代位訴権の「沿革」についての言及を行い、また、1804年フランス民法典は、執行制度の不備を補うために規定されたという推測を行った。以下、その内容を確認する。

#### 2.1.1.1 ローマ法における代位訴権について

石坂は、代位訴権の起源を次のようなものとして理解している。

「羅馬法ニ於テハ当初債務者ノ財産ニ対スル強制執行ノ方法トシテハ債務者ノ全財産を債権者ニ委付スルノ方法ニ依レリ債権者ハ其中ヨリ主管者（magister）ヲ選ミ主管者ハ其委付セラレタル債務者ノ全財産ヲ一括シテ売却し其代金ヲ各債権ニ分配セリ後ニ至リプレートルノ命令ニ依リテ財産

管理人 (curator bonorum) ヲ任命シ財産管理人ハ債務者ノ財産ヲ管理シ各個ノ財産ヲ売却シ其売得金ヲ債権者ニ分配セリ而シテ債務者ノ財産中ニ属スル債権ハ或ハ之ヲ換価シ或ハ之ヲ第三債務者ヨリ取立テ以テ債権ノ<sup>(54)</sup>弁済ニ充テタリ佛法ニ於ケル代位ハ即此沿革ニ基クモノニシテ」

このように、石坂は、代位訴権の起源を、ローマ法における包括執行制度に求めている。しかしながらこの制度は、フランス民法典の起草者が代位訴権の説明に代えて紹介していた制度とは異なる。

すなわち、起草者マルヴィルが挙げていた制度は、「判決による差押質」と呼ばれる執行手続であり、そこでは、債権執行そのものが認められていた。これに対し、石坂が挙げているのは、そもそも個別執行が認められていなかった時代における包括執行の手続——すなわち、債務者の総財産を差し押さえ（この手続は *missio in bona* と呼ばれる）、それらを一括して競売する（この手続は *bonorum venditio* と呼ばれる）という制度——である。

しかも、石坂が「羅馬法ト異ナル所ハ財産管理人ニ依ラス債権者自ラ債務者ノ権利ヲ行使シ第三債務者ヨリ取立ツヘキモノトナス點ニアリ」と記述しているように、同書においては、債務者の財産を差し押さえ、売却し、そこから弁済を受けるという、執行そのものには、焦点が当てられていない。むしろ、執行の補助として行われた、主管者や財産管理人による財産の管理に焦点が当てられている。

したがって、フランス民法典の起草者が代位訴権の起源を債権執行そのものであるとしていたのに対し、石坂の説明においては、代位訴権の起源は債務者の財産に対する執行そのものではなく、執行の補助行為であると認識されるに至っているのである。

固より、石坂は、フランス民法典の起草者の見解は参照していないのであるから、石坂が実際の起源とは異なる制度を代位訴権の起源であると誤解したとして、それはやむを得ないことであろう。しかしながら、それでは石坂は、いかなる根拠に基づき、代位訴権の起源を「執行の補助」の制度である

と推測したのであろうか。おそらくその根拠となったのは、次に紹介する、1804年フランス民法典の立法趣旨に関する石坂の推測であろうと考えられる。

### 2.1.1.2 1804年フランス民法典第1166条の立法趣旨について

石坂は、『日本民法 第三編 債権 第二卷』において、代位訴権がフランス民法典に取り込まれるようになった理由について、次のような見解を提示している。

「代位カ羅馬法ノ強制執行方法ニ基ケルモノナルコトハ疑ヲ容レスト雖モ他ノ立法ニ於テ債権者代位ヲ認メス獨リ佛法ニ於テ之ヲ認ムルニ至リタル理由ハ一ニ佛法ノ強制執行ニ関スル規定ノ不備ニ基ク佛法ニ於テハ動産及ヒ動産請求権ニ対スル強制執行ノ方法アリト雖モ不動産請求権ノ執行方法ヲ欠ク故ニ代位ハ強制執行ニ関スル規定ノ不備ヲ補フカ為メニ之ヲ認ムル必要アリ然レトモ代位ハ強制執行ノ方法備ハルモ尚其補助方法タル利益アリ例之ハ債務者ノ第三者ニ対スル債権ニ関シ争ヒアルモ債務者カ之ヲ確定スルカ為メニ訴訟ヲ提起セサル場合ニ債権者ハ債務者ノ権利ヲ行使シ訴ニ依リ之ヲ確定スルコトヲ得ヘシ此ノ如ク佛法ニ於テハ代位ハ強制執行方法ノ不備ヲ補充スルカ為メニ之ヲ認ムル必要アリト雖モ獨法ニ於テハ不動産請求権ニ対スル執行方法ヲ認メ又債権者ノ第三債務者ニ対スル訴ニ関シテハ強制執行ノ規定中ニ之ヲ定ムルカ故ニ（独民訴第四百四十二条第四百四十八条）佛法ノ如ク代位ヲ認ムルノ必要ナシ我民事訴訟法モ亦獨民事訴訟法ニ倣ヒ不動産請求権ニ対スル執行方法ヲ認メ又第三債務者ニ対スル訴ニ関スル規定ヲ設ケタルカ故ニ（民訴第六百十条第六百十六条）獨法ト同シク代位ヲ認ムルノ必要ナキモノト云ハサルヘカラス」

このように石坂は、1879年ドイツ民事訴訟法典と1806年フランス民事訴訟法典（以下、単に「フランス旧民事訴訟法典」という）とを比較した結果、後者の執行制度に二つの不備を見出した。そして、1804年フランス民法典における代位訴権は、後者の「不備ヲ補充スルカ為」に立法されたものと推測するに至ったのである。

石坂が見出した《二つの不備》とは、第一に、不動産請求権に対する執行制度の不存在であり、第二に、取立訴訟の規定の不存在である。

#### 2.1.1.2.1 不動産請求権に対する執行

石坂が見出した一つ目の「不備」は、1806年から施行されていたフランス旧民事訴訟法典において不動産請求権に対する執行制度が設けられていなかったことである。

まず前提として、金銭債権及び動産請求権に対する執行制度は、フランス旧民事訴訟法典においても認められていた。すなわち、フランス旧民事訴訟法典の第5編第7章において、《Saisies-arrets ou Oppositions》(以下、「第三者占有物に対する強制執行」という。)という制度が定められていた。したがって、これについてはフランス旧民事訴訟法典の執行制度に不備はない。

ところが、債務者の不動産請求権に対する執行手続については、1879年ドイツ民事訴訟法典には規定があるのに、1806年フランス民事訴訟法典には規定がない。そこで、石坂は、この差異こそ、ドイツ系の民法典には代位訴権の規定が置かれなかった根拠だと推測したのである。

しかしながら、先述したように、1804年フランス民法典の起草者ビゴー＝プレアムヌーは、債務者の有体財産のみならず、種々の無体財産までもが債権者の共同質を構成していると説明しており、フランスにおける民事執行制度に不備があるといった認識を示してはいなかった。起草者がわざわざ第1166条を規定したのは、債務者と第三債務者との間の合意にとって、債権者は第三者に該当すると考えたからであり、合意の相対的効力と強制執行の原則とが抵触しないことを宣言したものに過ぎなかった。また、起草者マルヴィルは、代位訴権の説明に代えて、ローマ法における「判決による差押質」の法文を引用している。更に、フランス古法における代位訴権は、実際には、債務者の無体財産に対する執行そのものとして開花したものであった。このように、1804年フランス民法典第1166条の立法趣旨によれば、代位訴権とは「強制執行」そのものだったのであり、強制執行制度の不備を補うため

のものではなかった。したがって、石坂の推測した立法趣旨と実際の立法趣旨との間に齟齬が生じているということになる。

#### 2.1.1.2.2 取立訴訟

石坂が見出した二つ目の「不備」とは、債権執行すなわち「第三者占有物に対する強制執行」制度においては、取立訴訟の規定が存在していない、というものである。すなわち、石坂によれば、債権執行において被差押債権について争いがある場合、フランスにおいては、代位訴訟によってその債権の存否を確定せざるを得ないが、ドイツにおいては、取立訴訟の規定が存在するため、代位訴権を認める必要がないのだという。

しかしながら、この石坂の説明は、その妥当性に疑問がある。何故ならば、フランスの第三者占有物に対する強制執行制度においては、被差押債権について異議のある第三債務者は、自己の住所地の裁判所にその事件を移送し、被差押債権についての審理を行うことを請求することができた（フランス旧民事訴訟法典第570条）からである。したがって、フランスにおいても、被差押債権について争いがある場合に、代位訴権を認める必要性はない。また、「第三者占有物に対する強制執行」の規定の中には、被差押債権の配当に関するものも含まれている（フランス旧民事訴訟法典第579条）。要するに、フランス旧民事訴訟法典においては、「取立訴訟」に関する手続は、債権執行の規定の中に組み込まれていたのである。

石坂がフランスにおける第三者占有物に対する強制執行手続をどのようなものとして理解していたかは、同書の記述から明確に窺うことはできない。いずれにせよ、1806年フランス民事訴訟法典には、石坂が同書で説明するような被差押債権の存否に関する「不備」は存在していなかったということになる。

#### 2.1.1.2.3 小 括

1912年に出版された石坂音四郎の著書においては、代位訴権の起源及びフランス民法典第1166条の立法趣旨に関する推測がなされていた。石坂の推測

においては、フランス民法典の起草者の見解は参照されず、代わりに、1879年ドイツ民事訴訟法典と1806年フランス民事訴訟法典が、推測の資料とされた。その結果、石坂の分析においては、代位訴権の起源はローマ法における包括執行制度の補助機関であったと誤解されるに至り、また、1804年フランス民法典第1166条については、不動産請求権に対する執行制度及び取立訴訟の欠缺を補うために同条が立法されたものと誤解されるに至った。

### 2.1.2 石坂の推測に対する学説の反応

債権者代位権制度の「沿革」に関する上記の石坂の推測については、その後、ローマ法における起源に関する部分に関しては少なからず懐疑的な見解も主張されてきたもの<sup>(55)</sup>の、1804年フランス民法典の立法趣旨に関しては一般に援用され、現在に至るまで、債権者代位権の「本来の」用法を債務者の責任財産の保全に限定する見解の根拠とされてきた。

このような状況の中、1987年に公表された工藤祐巖の論文においては、フランス民法典の起草者の見解やフランス古法における代位訴権の実態を踏まえた研究が行われた<sup>(57)</sup>。これにより、ローマ法から1804年フランス民法典第1166条の制定に至るまでの代位訴権の沿革について、現在の通説が主張するようなものとは異質なものであったことが明らかにされた<sup>(58)</sup>。しかしながら、その後も通説においてはこの研究結果は参照されず、依然として債権者代位権の「沿革」と債務者の責任財産の保全とが結び付けられてきた<sup>(59)</sup>。

沿革＝責任財産保全説が誕生した経緯及びその後現在に至るまでの学説の展開は、以上の通りである。

## 第四章 旧423条の制度趣旨に関する学説の展開

本章では、旧423条の趣旨がいかなるものであるかという点についての学説の変遷を検討する。

### 1 概要

民法典の制定から1960年頃までの日本においても、債権者代位権の制度趣旨を巡る対立があった。そこでは、「自己の債権を保全するため」について、債権者の個別債権を基準に判断すべきか、債務者の資力状況を基準に判断すべきかという点で争いがあった。

前者を基準とする説においては、旧423条は「個別債権の保全」をもその趣旨としていると解釈される。したがって、「自己ノ債権ヲ保全スル為メ」という要件充足性の判断は、個々の類型ごとに行われるべきものであり、債務者の無資力が常に要件となる訳ではない。1950年代まではこの説が多数説<sup>(60)</sup>であった。

これに対し、後者を基準とする説においては、同条の趣旨は専ら「債務者の責任財産の維持・保存」であるとされる。この説は、とりわけ1920年代頃より1960年頃まで有力な反対説としての地位を形成していた<sup>(61)</sup>。

しかしながら、いずれの説においても、旧423条の本来の趣旨において、債権者の債権が金銭債権に限定されないことは共通の前提とされていた<sup>(62)</sup>。

## 2 用語に関する留意点

現在の通説においては、「一般債権」という用語は金銭債権（あるいは担保物権の付着していない金銭債権）の意で用いられており、「特定債権」という用語はそれ以外の債権の意で用いられている<sup>(63)</sup>。

もっとも、1960年頃までは、債権の種類が金銭債権であるか否かにかかわらず、債務者に対する債権一般（≒総債権）を「一般債権」と呼び、個々の債権を「特定債権」と呼ぶ用法が普通であった<sup>(64)</sup>。

例えば、松坂佐一は、「特定債権が金銭の支払を目的とする場合には、宛もその特定債権の保全の如く見えるけれども、この場合に於ても亦、その債権の有する価値を債務者の財産の中に於て、保全せんとするものに外ならない。この点については、債権が金銭以外の物の引渡を目的とする場合と何等その異なるところを見ない」と記している。ここでの「特定債権」とは「特

定の債権」すなわち「個々の債権」を意味しており、現在の通説における「特定債権」・「一般債権」の用語法で理解しようとしても、意味が通らない。

本論文においては、このような用語法の差異を原因とする誤解を防ぐため、基本的には本文中において金銭債権（ないし担保権の付着していない金銭債権）を「一般債権」と表現することはしない。単に「金銭債権」と表記することにする。また、債務者に対する債権一般の意味での「一般債権」も、混乱を防ぐために「総債権」あるいは「債権一般」と表記する。他方、現在の学説における「特定債権」については、なるべく「金銭以外の債権」と表記するが、簡潔な言い換えが困難な場合（「特定債権そのものの保全」など）には、「特定債権」と表記している箇所がある。また、「特定の（＝個別の）債権」という意味の「特定債権」は、「個別債権」と表記することにする。（ただし、原文をそのまま引用する際には原文の用法に従うことになるから、こうした用語法の差異は予め留意されたい）。

### 3 先行研究との関係

通説の成立過程に関しては、池田真朗による先行研究がある。そこでは、通説が登場する経緯について、次のような説明がなされている。すなわち、学説は、旧423条の立法趣旨では意図されていなかったにも拘らず、旧423条の制度趣旨が責任財産の保全であるということを強調したことによって、被保全債権の種類について金銭債権要件が追加されることになった。それによって、代位債権者の債権が金銭以外の債権である場合を「転用」とする議論が生じた。<sup>(65)</sup>

しかしながら、本論文において、我が国における債権者代位権の制度趣旨に関する学説の変遷を検討した結果、次のことが明らかになった。すなわち、債権者代位権の用法を「本来型」と「転用型」とに類型化する見解は、被保全債権についての「金銭債権要件」が登場するよりも前から存在していた。換言すれば、かつての沿革＝責任財産保全説においては、登記手続債権

者が債務者の登記手続請求権を代位行使する事例であっても、そのことのみによってその事例を「転用型」に分類してはいなかった。他方で、「金銭債権要件」は、比較的最近になって主張された見解に過ぎなかった。しかも、「金銭債権要件」が登場した経緯は、現在の視点から見れば実は「意外な」ものであった。

そこで、本論文において、改めて旧423条の制度趣旨に関する学説の変遷を検討する。

#### 4 明治民法制定～1910年頃

この時期においても、個別債権基準説と債務者無資力説の双方が存在していたようである。以下、それぞれの見解を例示する。

##### 4.4 個別債権基準説

明治37年に出版された川名兼四郎の『債権総論』の記述を見ていこう。

同書は、間接訴権（＝債権者代位権）制度の目的について、次のように記述する。

「間接訴権ハ債権者ノ債権ヲ保全シ完全ナル弁済ヲ受ケシムル為メニ存スルカ故ニ、此權利ノ行使ハ債権者ノ權利ノ保全トナルヘキ結果ヲ生セサルヘカラス、此結果ハ債務者ノ權利ヲ行フニ依リテ生ス、随テ債務者ノ有スル權利ハ其行使ノ結果債権者ノ弁済ヲ確保スヘキ性質ノモノタルコトヲ要ス、」<sup>(66)</sup>

このように、同書は、債権者代位権制度の趣旨を、債権者の債権を保全して完全な弁済を受けさせることにあるとしており、債務者の権利を行使することにより、債権者の債権の弁済が確保されることが必要であるという立場に立っている。これは、第一論文で検証した起草者の説明と同一の見解であるといえよう。

したがって、川名は、債権者が債務者のいかなる権利を行使することができるかという点について、次のように記述する。

「畢竟債権者ノ有スル債権ノ性質ト、債務者カ有スル権利トヲ比較対象シテ、其債務者ノ権利カ間接訴権ノ物体タルニ適スルモノナルヤ否ヤヲ決定スル外ナシ例之ハ債権者ハ債務者ニ対シテ自己ノ眺望ヲ害セシメサル債権ヲ有シ、債務者ハ第三債務者ニ対シテ債権者ノ眺望ヲ害スヘキ建物ヲ建設セシメサルノ債権ヲ有スルトキハ、其債権ハ債権者ノ有スル間接訴権ノ物体ト為ルヘキモノト信ス」<sup>(67)</sup>

このように、川名は、当該権利を代位行使することが適切か否かは、被保全債権の性質と被代位権利の性質を考慮して判断しなければならないとしている。その上で、川名は、被保全債権が眺望不侵害債権（不作為債権）であり、かつ、被代位権利がその眺望を害するような建物の建築を禁止する債権（不作為債権）である場合には、債権者代位権を行使することによって債権者の債権の弁済が確保されるという理由で、債権者代位権の正当な用法といえると考えているのである。

川名は、債権保全の必要性の意義についても、次のように述べる。

「債権者カ債務者ノ権利ヲ行ハサレハ遂ニ自己ノ債権ノ弁済ヲ受クルコト能ハサル状況ニ陥ルヘキ虞アル場合ニ限り之〔＝債権者代位権〕ヲ行フコトヲ得、随テ債務者カ故意又ハ過失ニ因リテ其権利ヲ行ハサルカ為メニ債権者カ損害ヲ受クヘキ虞アル場合ニ於テ之ヲ行フコトヲ得、例之ハ充分ノ資力アル債務者カ將ニ時効ニ因リテ消滅セントスル債権ノ時効ヲ中断セサリシトテ債権者時効ノ中断ヲ為スコトヲ得ス、之ニ反シ無資力者ノ債務者ニ付キ右ノ事実生スルトキハ債権者時効ノ中断ヲナスコトヲ得ルカ如シ」<sup>(68)</sup>

このように、川名は、債務者の権利を行使しなければ債権者の自己の債権の弁済が不能となる虞がある場合、すなわち、債務者が故意または過失によって自己の権利を行使しないために債権者が損害を受ける虞がある場合に限り、債権者は債権者代位権を行使することができるとしている。そして、「例之ハ」として、債務者の資力が十分であるにも拘らず債権者が債務者の

債権の時効を中断しようとする行為については、この危険がないと例示されている。しかし、後述する債務者無資力説とは異なり、いかなる場合（例えば、上で挙げられていた眺望不侵害債権の保全の事例）にも無資力が要件となるといった記述はない。

#### 4.2 債務者無資力説

この時期において債務者無資力説に分類することのできる学説として、岡松参太郎の『民法理由債権編』を挙げることができる。

岡松は、間接訴権（＝債権者代位権）の制度目的について、次のように記述する。<sup>(69)</sup>

「抑々債務者ノ総財産ハ其債権者ノ共同ノ担保ナリ……然レドモ債務者ノ財産中ニ於テ直チニ弁済ニ充ツルコト能ハサルモノアリ訴権即チ是レナリ……債務者カ権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レルコトナキヲ保セス此場合ニ於テ法律上債権者ノ権利ヲ保護スル方法ノ設ケナカルヘカラス是レ本条ニ於テ債権者ハ自己ノ債権ヲ保全スル為メ其債務者ニ属スル権利ヲ行フコトヲ得ト規定シタル所以ナリ」

岡松の説明からは、岡松がドゥモロンブ（Demolombe）の訴権限定説や、ボドリー・ラカンティヌリ（Baudry-Lacantinerie）の執行の準備説の影響を受けていたことが窺える。

その上で、岡松は、保全の必要性について、次のように説明する。

「債権者カ債務者ノ権利ヲ行使スルハ債務者カ自ラ其権利ヲ行使セス而シテ其権利ノ不行使カ債権者ノ共同担保ヲ害スヘキ時ニ限ルモノトス其以外ノ場合ニ於テ債権者若シ債務者ノ訴権ヲ行ヒタルトキハ第三債務者ハ債権者ニ対シ其債権ノ保全ニ必要ナラサルコトヲ証明シテ抗弁スルコトヲ得<sup>(70)</sup>ヘシ」

このように、岡松は、債権者代位権の行使が認められるのは「其権利ノ不行使カ債権者ノ共同担保ヲ害スヘキ時」に限られる、としている。債務者の

「権利ノ不行使カ債権者ノ共同担保ヲ害スヘキ時」とは、「債務者が権利を行使しないことによって、債務者の無資力状況が発生し、又は既に発生していた無資力状況がより悪化するとき」という意味であろう。したがって、岡松の見解においては、現在の通説とは異なり、債務者が無資力でありさえすれば債権保全の必要性があるとされてはいなかった。債権者代位権を行使するためには、債務者の権利の不行使が共同担保（すなわち、債務者の責任財産）を害するものであることが要求されていたのである。

#### 4.3 小 括

以上のように、個別債権基準説と債務者無資力説の対立は、既にこの頃から存在していたようである。しかしながら、この時期においては、各説が他方の説に言及して論争を展開するまでには未だ至っていなかった。

### 5 1910年代～1960年代中盤における学説の対立

この時期は、既に確認したように、債権者代位権の「沿革」に関する石坂の推測が普及し、債権者代位権の「沿革」なる用語と「債務者の責任財産の保全」とが結び付けられるようになった時期である。したがって、個別債権基準説及び債務者無資力説のいずれにおいても、この推測を意識した記述が多数見受けられるようになり、また、各説が他説を批判するようにもなった。

#### 5.1 個別債権基準説

この時期においても、個別債権基準説は多数説であった。ただし、債権者代位権制度の「沿革」に関する石坂の推測が普及した結果、個別債権基準説においても、フランス民法典の代位訴権の立法趣旨に関しては石坂の推測を前提としつつ、しかし日本の旧423条の趣旨はそれとは異なると記述するものが多数見られるようになった。<sup>(71)</sup>

#### 5.2 債務者無資力説

債務者無資力説においては、石坂の推測は債務者無資力説自体の根拠とされるようになる。そこで、債権者代位権の「沿革」に関する石坂の分析と、

旧423条の制度趣旨及び要件とが、どのように結び付けられるに至ったのかについて、確認していこう。

### 5.2.1 1912年発行・石坂音四郎『日本民法 第三編 債権 第二巻』

先述したように、石坂音四郎は、1879年ドイツ（帝国）民事訴訟法典と1806年フランス旧民事訴訟法典とを比較し、その結果後者に見出された規定の不備を補うために1804年フランス民法典第1166条が立法されたものと推測した。

これに対し、当時の日本の民事訴訟法典（旧民事訴訟法：明治23年法律第29号）においては、不動産請求権に対する強制執行手続が規定されていた<sup>(72)</sup>。また、取立訴訟の規定も存在していた。しかしながら、石坂は、それでも、日本の民法において債権者代位権が認められていることには、次のような場合に実益があるとする。第一の場合は、後に強制執行を行うためにまず債務者の財産を保全する必要がある場合、とりわけ、被保全債権の履行期到来前に債務者の財産を保存しておいて、後に強制執行を申し立てる場合であり、第二の場合は、取消権や解除権など、請求権以外の権利を代位行使し、登記を備えたり時効を更新させたりする場合である<sup>(73)</sup>。

石坂は、債権保全の必要性について、次のように説明している。

「債権者ハ自己ノ債権ヲ保全スル必要アル場合ニノミ債務者ノ権利ヲ行使スルコトヲ得ルモノトス……代位権ハ強制執行ノ準備トシテ存スル點ヨリ論スレハ債権者カ満足ヲ受クルコト能ハサル危険アル場合ニノミ債務者ノ権利ヲ行使スルコトヲ得ルモノト解セサルヘカラス……故ニ債務者ノ財産ヲ以テ弁済ヲ為スニ充分ナル場合ニハ債権者ハ直ニ強制執行ヲ為シ満足ヲ受クルコトヲ得ルカ故ニ法律ハ之ヲ保護スルノ必要ナシ弁済ヲ受クルコト能ハサル危険存スルヤ否ヤハ各場合ノ事実問題タリ」<sup>(74)</sup>

このように、同書においては、代位訴権が強制執行制度の準備のためのものであるとの理解に基づき、債務者の資力が十分である場合には、債権者は直ちに強制執行をすることによって満足を受けることができる以上、旧423

条がこの場合を保護する必要がない、という理由から、債務者の資力不十分が要件とされている。すなわち、石坂の見解においては、無資力要件は、債務者の権利を行使する「必要性」という観点から導出されているのである。

実際、先述した石坂が挙げた用法においては、債務者の資力が十分である限り、債権者代位権を行使する「必要性」はないといえるであろう。すなわち、債権者が債務者の解除権や取消権を行使する場合には、それらの形成権を行使する前の債務者の資力が十分である場合には、債権者は直ちに強制執行をすることによってその債権の満足を受けることができるし、被保全債権の履行期到来前に債権者が債務者の財産を保存する場合も、債務者の資力が十分であれば債権者は被保全債権の行使が可能になってから直ちに強制執行をすることによってその満足を受けることができるのである。

### 5.2.2 その後の債務者無資力説

それ以降の債務者無資力説においては、債権者代位権の「沿革」を上記の石坂の分析と同様に理解し、これを旧423条において債務者無資力説を主張する際の根拠として挙げるようになった。しかし、両概念を結び付けていた代位行使の「必要性」という観点は、後の学説では形骸化してしまい、債権者代位権の「沿革」と債務者の無資力とが当然に結び付けられるようになった。

### 5.3 被保全債権の種類について

1910年代～1920年代においては、物の給付を目的としない債権（不作為債権や労務提供債権）が被保全債権として適切か否かという点について、見解の対立がみられた。第一説は、被保全債権は財産権でありさえすればよいというものであり、明治時代からの見解である。第二説は、被代位権利が財産権である以上、被保全債権は物の給付を目的とする債権に限るとする説である。第二説と現在の通説との間における明白な差異は二点ある。一つ目は、旧423条の趣旨をどのように解釈するかという問題とは無関係に唱えられて

いた、すなわち、旧423条を特定の債権の保全とする説においても、責任財産の保全とする説においても、財物給付債権限定説と非限定説との対立があったという点である。二つ目は、物の給付を目的とする債権、たとえば「特定物」の引渡債権が被保全債権として適切であることについては異論がなかった。

### 5.3.1 財物給付債権限定説

上記の通り、被保全債権の種類を財物給付債権に限定する見解は、旧423条の趣旨をどのように解釈するかという点とは別個の問題とされており、個別債権基準説においても、債務者無資力説においても、この見解は主張されていた<sup>(75)</sup>。

債務者無資力説においてこの説を主張していたものとして、1908年に出版された横田秀雄による『債権総論』の記述を紹介する。

横田は、絵画を描かせる債権を有する債権者が債務者の時計引渡請求権を代位行使することは何らその債権の保全とならないと指摘した上で、次のような結論を導き出す。<sup>(76)</sup>

「金銭其他物品ノ給付ヲ目的トスル所ノ債権即チ所謂與フルノ債権ハ債務者ノ権利行使ニ依リ保全セラレ得ヘキ性質ヲ有スルヲ常トシ之ニ反シテ作為又ハ不作為ヲ目的トスル所ノ債権ハ損害賠償ノ債権ニ變シタル場合ニアラサレハ常に保全ニ適セサルモノトス」<sup>(77)</sup>

このように、横田は、被保全債権が金銭その他の物の給付を目的とする債権であることを旧423条の要件とした。<sup>(78)</sup>

次に、個別債権基準説においてこの説を主張していたものとして、1916年に出版された鳩山秀夫の『債権総論』における記述を紹介する。

「債権ニハ法典上何等ノ制限ナキモ代位行使ニヨリテ保全セラル、ニ適スル債権ナルコトヲ要スルハ債権保全ヲ要件トスル当然ノ結果ナリ、故ニ不作為債権ノ如キハ損害賠償請求権ニ變ズルマデハ代位権ヲ成立セシムルコトナシ」<sup>(79)</sup>

このように、この時期においては、債権者代位権の制度趣旨をどのように理解するかという議論とは無関係に、被保全債権の種類を物の給付を目的とする債権に限定する見解が登場していた。

### 5.3.2 非限定説

石坂音四郎は、「凡テノ債権者ハ代位権ヲ有ス」として、特定担保を有する債権者であるか普通債権者であるかは問題とならず、被保全債権が財産的な価値を有していればよいとする<sup>(80)</sup>。

中島玉吉は、被保全債権の種類については、それが自然債務でない限りは、何らの制限もないとしており、特定担保権が付着した債権や、作為・不作為債権であっても、被保全債権として差し支えないとしている<sup>(81)</sup>。その際、財物給付債権限定説は「明カニ誤謬ナリ」として、作為・不作為債権を被保全債権から除外することについての批判を記している<sup>(82)</sup>。

於保不二雄は、「〔被保全債権〕は、その種類を問わない。金銭債権のみでなく、不作為債権・労務債権でも不履行の場合に損害賠償債権として一般財産によって共同に担保される債権は、すべて保全の必要を生ずる。また、債権が質権・抵当権などの特別担保によって保全されている場合……であっても、代位権の成立を妨げない。」として<sup>(83)</sup>いる。

### 5.3.5 小 括

以上の通り、この時期においては、物の給付を目的としない債権については被保全債権の適格性に争いがあった。しかしながら、それは債権者代位権制度の趣旨とは独立した問題として扱われており、かつ、「特定物」債権等の物の給付を目的とする債権が被保全債権として適切であることについては争いがなかった。

## 5.4 我妻説に関する通説の誤解

我妻栄の『新訂 債権総論』は、通説において、通説と同一の見解であると紹介されることが多い。たしかに、我妻の『民法講義』シリーズにおいては、我妻が債権者の債権の種類を金銭債権に限定しているかのように読める

記述がある。現在の学説に引用される新訂版<sup>(84)</sup>でいえば、次の記述である。

「判例は、この制度を特定債権の保全のためにも適用あるものとなし、賃借人が賃貸人に代位して不法占拠者に対してその明渡を請求する場合や、不動産の転得者が自分への譲渡人に代位して登記の移転を請求する場合<sup>(85)</sup>などにも作用するものとした」

この部分の記述においては、「債務者の資力状態を問わず」という記述がない。したがって、この部分のみを切り取れば、従来の債務者無資力説とは異なる説であるかのようにも読めなくはない。

しかしながら、同書には、我妻が債務者無資力説に立っているということがができる記述がある。すなわち、新訂版でいえば、次の記述である。

「債権者代位権及び債権者取消権の右のような目的からみるときは、この制度は、債務者の一般財産の保全に必要な場合、いかえれば、債権が金銭の支払を目的として最後の効力を発揮する場合に限ってこれを認めるのが至当である。詳言すれば、例えばある動産が、甲乙丙と転売された場合に、丙が乙に代位して甲に引渡を請求しうるためには、乙が無資力であって損害賠償を請求しても効果のないことを要件とすべきである。また、例えば、乙がある動産を甲に贈与しながら、甲に引き渡さずに丙に売って引き渡した場合に、甲が乙丙間の売買を取り消しうるのは、乙が同様に無資力であることを要件とすべきである。<sup>(86)</sup>」

このように、同書におけるこの部分の記述においては、代位債権者の債権が登記手続債権や「特定物」に関する債権であったとしても、債務者が無資力でありさえすれば、当該事例における債権者代位権の行使は旧423条の本来の用法であるという見解に基づいて記述されている。これは、既に確認してきた債務者無資力説と同一の見解である。

以上の点からすると、同書は従来の債務者無資力説に立っていたのであって、代位債権者の債権が現に金銭債権であることは要求していなかったのではないか、という疑問が浮かび上がる。

そこで、『民法講義』以外の我妻栄による債権総論の教科書や民法の概説書の一つ一つ検証し、我妻栄が旧423条の「本来の」用法をどのように理解していたのかという点を調査した。調査対象としたのは、1934年に岩波書店から発行された『民法Ⅱ』<sup>(87)</sup>、1937年に岩波書店から発行された『債権法講義案』<sup>(88)</sup>、1944年に岩波書店から出版された『民法大意 上巻』の「初版」<sup>(89)</sup>、1953年に発行された同書の「改版」<sup>(90)</sup>、1971年に発行された同書の「第二版」<sup>(91)</sup>、1951年に勁草書房から出版された『民法』の「初版」<sup>(92)</sup>、1961年に発行された同書の「改訂版」<sup>(93)</sup>、1989年に出版された同書の「新版増補」<sup>(94)</sup>、1954年に一粒社から出版された『民法Ⅱ 債権総論』<sup>(95)</sup>、1966年に日本評論社から出版された『民法案内Ⅳ』の「初版」<sup>(96)</sup>である。

その結果、いずれの著作においても、我妻栄は、代位債権者の債権が金銭債権であることは要件としておらず、旧423条の本来の制度趣旨については一貫して「債務者無資力説」を支持していたことが判明した。我妻によれば、旧423条の本来の用法とは、金銭その他の物の給付債権にとって「最後の守り」である債務者の一般財産を保全するための用法であり、債権保全の必要性は、債務者の無資力と同義であると考えられていた。これに対して、判例が一定の場合に「債務者の資力を問うことなく」債権者代位権の行使を認めているのは、代位債権者の債権を「そのままの形で」保全するための用法<sup>(97)</sup>であるから、債権者代位権制度の「拡張」である。

したがって、現在の学説において、我妻栄の『民法講義』シリーズを現在の通説と同一の見解に立つものとして紹介されることがあるのは、同書の記述内容を誤解したものであるということになる。

## 6 通説の「出現」

1948年に、山中康夫による『債権法総則講義』が出版された。同書は、債務者の無資力を要件とするのみならず、被保全債権の種類を金銭債権に限定した。おそらくこれが、被保全債権の種類を金銭債権に限定するという立場

を採用した最初の学説である。

山中は、被保全債権の種類について、次のように記述する。

「保全される債権は、債務者の資力によって保全しうるような給付を目的とする債権であればよい。金銭債権がそれであるが、金銭債権でなくても、填補賠償債権すなわち金銭債権に變じてさえいればよい。<sup>(98)</sup>」

同書においては、「金銭債権でなくても」という枕詞が付されているものの、「金銭債権に變じてさえいればよい」と結論付けられている。したがって、結局のところ同書の立場は、債権者代位権を行使する時点において被保全債権が金銭債権でなければならないというものである。

これは、それまでの債務者無資力説において、債務者の無資力が要求されるにとどまり、被保全債権が現実に金銭債権に転じていることまでは要求されていなかったのとは、決定的に異なっている。この金銭債権限定＝債務者無資力説は、その後、加藤一郎の著書においても主張された。<sup>(99)</sup>

## 7 1950年頃～1960年代における学説の反応

上記のように、現在の通説である金銭債権限定＝債務者無資力説は、1948年に山中康夫の著書において主張されるに至っていた。それでは、この新説に対して、当時の学説は、どのような反応を示したのであろうか。

結論から言えば、当時（1950年頃～1960年代まで）の学説は、この新説に対して、何らの反応も示さなかった。

例えば、1954年に法文社から発行された伊藤秀郎の『法学新書14 債権總論』においては、学説上、「保全せらるべき債権が必ずしも金銭債権のみに限らず、物の引渡その他の債権でもよいことについては争いはない」とされている。<sup>(100)</sup>

また、於保不二雄『債権総論』（初版）においても、「債権保全の必要は、原則として、共同担保保全の必要である。債務者の一般財産によって担保される債権は、その種類を問わない。金銭債権のみでなく、不作為債権・労務

債権でも不履行の場合に損害賠償債権として一般財産によって共同に担保される債権は、すべて保全の必要を生ずる。<sup>(101)</sup>」とされている。

このように、山中及び加藤の主張した金銭債権限定＝債務者無資力説は、当時の学説から認識されてはいなかったのであり、この時代においても、被保全債権の種類が金銭債権に限定されないということが共通の理解とされていた。

## 8 1970年代～2019年における学説の反応

### 8.1 金銭債権限定＝債務者無資力説の通説化

しかしながら1970年代になると、金銭債権限定＝債務者無資力説は、一転して通説としての地位を確立していった<sup>(102)</sup>。この時期における一般的な学説においては、「債務者が無資力であること」とは別個の要件として、「被保全債権が金銭債権であること」という要件が追加されるようになり、代位債権者の債権が現に金銭債権であることが「本来型」の要件とされるようになった。

### 8.2 個別債権基準説と債務者無資力説の衰退

1960年代までの多数説であった個別債権基準説は、1970年代以降はほとんど主張されなくなった。また、債務者無資力説も通説に取って代わられていったが、少数の文献においては依然として従来の債務者無資力説が唱えられている<sup>(104)</sup>。しかしながら、沿革＝責任財産保全説内部において、債務者無資力説と金銭債権限定＝債務者無資力説との対立という構図が出現することはなく、近年多くの教科書では、沿革＝責任財産保全説は当然に金銭債権限定＝債務者無資力説を意味するものとして取り扱われている。

### 8.3 通説が主張されるようになった原因

上記の通り、金銭債権限定＝債務者無資力説は1948年に出現したものの、1960年代頃までは、我が国の一般的な学説はこれに対して何らの反応も示してはいなかった。ところが、1970年代になると、一転して、従来の個別債権基準説及び債務者無資力説は一般的な学説から忘れ始められ、金銭債権限定

＝債務者無資力説こそが伝統的学説であると説明されるようになった。その結果、現在の通説においては、沿革＝責任財産保全説とは金銭債権限定＝債務者無資力説と同義のものとして取り扱われている。

それでは、金銭債権限定＝債務者無資力説は、いかなる理由で主張されるようになり、いかなる理由で突如として通説の地位を獲得するに至ったのであろうか。

まず、金銭債権限定＝債務者無資力説が「登場」した経緯についていえば、どうも、従来の学説を誤解したことにより主張されたように窺われる。金銭債権限定＝債務者無資力説は、従来の債務者無資力説とは異なる見解であるにも拘らず、債務者無資力説に対して何らの批判もしていない——というよりも、何らの言及もしていない——。したがって、山中康夫や加藤一郎には、従来の学説と異なる新しい見解を主張しようという積極的な意図がなかったものと考えられる。山中の教科書において「金銭債権でなくても」という枕詞が付されていたことからしても、金銭債権限定＝債務者無資力説は、従来の債務者無資力説を誤解して主張されるに至ったのではないだろうか。

それでは、金銭債権限定＝債務者無資力説が、通説たる地位を獲得した経緯は、いかなるものだったのであろうか。1960年代までは学説から認識されていなかった金銭債権限定説＝債務者無資力説が、1970年代には一転して伝統的な通説であると説明されるに至ったのであるから、従来の債務者無資力説の存在を忘れさせるような何かが、この時期に学説に生じたということになる。この点からすると、1964年に我妻栄の『民法講義』の「新訂版」が出版されている点が気になる。先述した通り、我妻栄は従来の債務者無資力説に立っていたのであるが、この『民法講義』シリーズのごく一部の箇所に、——その部分のみを切り取って読んだ場合にあたかも代位債権者の債権が金銭債権でないことを問題視しているかのように読めなくもない部分があったという意味で——語弊のある記述が存在していた。翻って考えてみれば、山

中康夫が金銭債権限定説を主張したのは、この『民法講義』の旧版が出版された後であった。

以上の点からすると、現在の通説が登場し、通説としての地位を確立した経緯は、次のようなものであったのではないだろうか。金銭債権限定＝債務者無資力説は、我妻栄の特定の教科書の内の一部の記述を誤解した結果主張されるに至ったものの、1960年頃までの学説は、それが伝統的な沿革＝責任財産保全説を誤解したものであることにすぐに気付いたため、この説に何らの反応も示さなかった。しかしながら、『民法講義』の「新訂版」が出版されると、我が国の学説において（たとえそれが黙示的ではあっても）同書の記述が参照されることが多くなった（実際、我妻栄の教科書で債権者代位権について最も詳しく説明しているのは『民法案内』シリーズであるものの、現在の学説が我妻の見解として参照しているのは、一般的には同書ではなく『民法講義』の「新訂版」である）。その結果、先述した一部の語弊のある記述の部分を読んで同書の見解を誤解する者が増加し、また、それらの学者によって金銭債権限定＝債務者無資力説が伝統的な学説であるという紹介がなされるようになった。その結果、現在では伝統的な沿革＝責任財産保全説が債務者無資力説であったことを認識している学者は現在では僅かとなってしまい、多数の学者は金銭債権限定＝債務者無資力説こそが沿革＝責任財産保全説であるという認識を有するに至った。

## 9 沿革＝責任財産保全説における被保全債権についての逆転現象

債務者無資力説における「本来の用法」においては、被保全債権の種類は金銭債権に限定されておらず、「特定物」債権など物の給付を目的とする債権が被保全債権となることには異論がなかったという点は、既に確認した。

それだけではなく、債務者無資力説においては、債務者の責任財産を保全するという用法は、被保全債権が金銭債権の場合はむしろ「本来型」の典型的なケースではないという認識が存在していた。以下、この点を確認する。

## 9.1 松坂佐一による説明

例えば、松坂佐一は、『債権者代位権に関する研究』において、被保全債権が金銭債権である場合には、あたかもその個別債権自体の保全であるかのように見えるものの、被保全債権が「金銭以外の物の引渡を目的とする場合と何等その異なるところを見ない」と説明している<sup>(105)</sup>。

また、同書によれば、フランスにおいても「第三者占有物に対する強制執行」の手続があるため、金銭債権については債権者代位権を行使する必要はないところ、現代においては金銭債権が多くなっているから、フランスにおいても實際上代位権を行使する場面は稀である<sup>(106)</sup>。

## 9.2 我妻栄による説明

我妻栄の『民法案内』においては、債権者代位権が有する意義を被保全債権の種類に応じて整理している箇所がある。先述した通り、我妻栄は、旧423条の制度趣旨について一貫して従来の債務者無資力説を支持しており、したがって、「本来型」においても、代位債権者の債権は物の給付を目的とする債権であればよいのであって、それが金銭債権に転じていることは要件とはされていなかった。そのため、『民法案内』における整理も、代位債権者の債権が「特定物」債権の場合、「金銭債権」の場合、「種類債権」の場合という基準で行われている。

債務者無資力説に立つ我妻の整理は、次のようなものである。まず、判例が一定の場合に「債務者の資力を問うことなく」債権者代位権の行使を認めているのは、制度本来の趣旨を拡張したものである。もっとも、これらの「拡張」事例の内、「特定物」債権者がその債権をそのままの状態で保全しようとする事例と、金銭債権者が債務者所有の不動産について債務者名義への移転登記手続を請求しようとする事例とでは、事情が異なる<sup>(107)</sup>。すなわち、前者の場合には、判例やこれを支持する学説は、「債務者の資力はともかくとして、債権者がその債権内容そのままの保全をするのに必要だ」という点がとり上げられ、それが必要である以上は、債務者の資力の如何に関係なく、第

四二三条の適用を認めよう」として<sup>(108)</sup>いた。

しかしながら、金銭債権者が債務者の移転登記手続請求権を代位行使する場合については、「はじめから金銭債権の保全を出発点としている」から、債務者の資力が十分である場合に債権者代位権の拡張的適用を認める必要はない<sup>(109)</sup>。したがって、判例がこの場合にも債務者の資力を問うことなく債権者代位権の行使を認めているのは、債権者代位権の不必要な「拡張」<sup>(110)</sup>である。したがって、金銭債権者についていえば、金銭債権そのものの実現のための代位行使——すなわち、債権者代位権の「拡張」的適用——を認める余地はないから、金銭債権者についていえば債権者代位権は理論上の意味はあまりない。

また、本来の用法との関係でも、金銭債権者は、債務者の財産を保全するのであれば、債権者代位権によることなく直ちに差押えをすればよいのであるから、<sup>(111)</sup>実際上の意味もあまりない。

以上のように、債権者の債権が不動産賃借権や不動産の移転登記手続債権である場合に関しては、「第四二三条の適用範囲の拡張によって非常に大きな恩恵をこうむっている」<sup>(112)</sup>のに対し、債権者の債権が金銭債権である場合に関しては、債権者代位権は「理論的にも実際的にもあまり意味がない」<sup>(113)</sup>。

「特定物」債権と金銭債権との中間に位置しているのが、種類債権である。種類債権についても、その債権をそのままの状態を実現させることを考えることは可能であるから、債務者の無資力を要件としないという債権者代位権の「拡張」<sup>(114)</sup>を認めることは、理論上は可能である。しかしながら、種類債権の場合には、目的物には個性がなく、代替物を調達すればよいから、実際上の意義はあまりない<sup>(115)</sup>。

### 9.3 小 括

債務者無資力説においては、被保全債権の種類は金銭債権に限定されてはいなかった（物の給付債権の状態であればよいことに異論はなかった）。むしろ、債務者の責任財産の保全（強制執行の不備を補い、あるいは被代位権

利の時効の完成を阻止する）という観点からすれば、金銭債権者の場合は、債務者の被代位権利を差し押さえればよいのであるから、「本来の用法」を認める実益に乏しいのに対し、特定物や種類物債権者の場合は、直ちに被代位権利を差し押さえることができないから、「本来の用法」を認める実益があると理解されていたのである。

したがって、その後通説において、「本来型」の要件として被保全債権が金銭債権であることが要求されるようになったのは、沿革＝責任財産保全説において、債務者の責任財産の保全の典型例とされるケースに逆転が生じたものと評価することができる。このような逆転現象が生じたことは、おそらく、次に紹介する新たな見解の登場にも関係していると考えられる。何故ならば、それらの見解は、金銭債権者が債務者の金銭債権を取り立てるという用法を、旧423条の典型的な用法として正当化することを目的に主張され始めたものだからである。

（1）明治29年制定時の民法423条：

「債権者ハ自己ノ債権ヲ保全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」

（2）平成17年改正後債権法改正前の民法423条：

「債権者は、自己の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。ただし、債務者の一身に専属する権利は、この限りでない。

債権者は、その債権の期限が到来しない間は、裁判上の代位によらなければ、前項の権利を行使することができない。ただし、保存行為は、この限りでない。」

（3）鈴木禄弥『債権法講義 四訂版』（創文社、2001年）170・228頁、安達三季生『債権総論講義』（信山社、1990年）100-101頁、〔大島和夫執筆〕宇佐美大司ほか『プレミアム民法 3 債権総論（第2版）』（法律文化社、2005）88頁、〔松尾弘執筆〕松尾弘ほか『ハイブリッド民法 3 債権総論』（法律文化社、2006年）91-97頁、近江幸治『民法講義IV債権総論〔第3版補訂〕』（成文堂、2009年）134-138頁、〔下森

- 定執筆) 奥田昌道編『新版 註釈民法(10) II』(有斐閣、2011年) 720-721・726・720-725頁、内田貴『民法Ⅲ 第3版 債権総論・担保物権』(東京大学出版会、2005年) 277-284頁、中田裕康『債権総論 第3版』(岩波書店、2011年) 205頁-222頁、平野裕之『プラクティスシリーズ 債権総論』(信山社、2005年) 284-293頁。
- (4) 鈴木・前掲注(3)・228-233頁、安達・前掲注(3)・101頁、内田・第三版・前掲注(3)・277-283頁、中田・前掲注(3)・222-229頁、平野・前掲注(3)・293-297頁。
- (5) 潮見佳男『〈法律学の森〉新債権総論 I』(信山社、2017年) 645-705頁、〔齋藤由紀執筆〕石田剛一・荻野奈緒・齋藤由紀『債権総論』(日本評論社、2018年) 114-124頁、中舎寛樹『債権法 債権総論・契約』(日本評論社、2018年) 421-433頁。
- (6) 潮見・前掲注(5)・658頁、中舎・前掲注(5)・426・431頁。
- (7) 潮見・前掲注(5)・658頁、〔齋藤〕・石田ほか・前掲注(5)・124-126頁、〔野村豊弘執筆〕野村豊弘ほか『民法Ⅲ 債権総論〔第4版〕』(有斐閣、2018年) 91-96頁。
- (8) かつては、債権者の債権が金銭債権であるか否かにかかわらず、債務者が無資力であるため代位債権者の債権の「最後の守り」が欠けている状態のことを「被保全債権が金銭債権である」と表現し、債権者の債権をそのままの状態で保全することを「被保全債権が特定債権である」と表現する用語法もあった(近年では、淡路・243頁にこの用語法がみられる)。これに対し、現在においては、「被保全債権」という用語を「代位債権者の債権」の意義で用いる用語法が支配的となっている(枚挙に暇がないが、最近の教科書でいくつか例を挙げれば、〔松尾〕松尾ほか・前掲注(3)・91-93頁、内田・第3版・前掲注(3)・277-278頁、潮見佳男『プラクティス 民法 債権総論〔第5版〕』(信山社、20018年) 180頁など)。したがって、例えば、現在の通説における「被保全債権が金銭債権であること」という要件は、代位債権者の債権が金銭債権であることを意味しており、「債務者の無資力」とは別個の要件として論じられている。本論文においても、「被保全債権」という用語は、現在の支配的な用語法に従う。
- (9) 〔野村〕・野村ほか・前掲注(7)・78-81頁、中舎・前掲注(5)・425-426頁。
- (10) 潮見・前掲注(5)・654頁。
- (11) なお、423条=責任財産保全説に立つ文献の多くは、従来の「転用型」に分類されていた用法の一つが現423条の7によって明示的に肯定されたことを理由に、従来の「本来型」及び「転用型」という呼称をそれぞれ「責任財産保全型」及び「個

別権利実現準備型」という呼称に改めている（例えば、潮見・法律学の森・前掲注（5）・710頁）。しかしながら、前者と後者を別個の類型としている点、423条が規律しているのは前者の用法であるとしている点、同条1項の「自己の債権を保全するため必要があるとき」という要件は債務者の無資力と同義であると解釈している点、後者の用法は423条の7が前者の規定の一部を準用しているに過ぎないとしている点、423条1項を準用していない後者の用法においては債務者の無資力は要件とならないとしている点において、結局のところ、その実質は従来の通説と同一である。

- (12) これに対し、少数ながら、全ての事例を現423条1項の規律によって処理しようとする見解も唱えられている（〔山田希執筆〕松岡久和ほか『新プリメール民法3債権総論』（法律文化社、2018年）97-101頁、池田真朗『新標準講義 民法債権総論（全訂3版）』（慶応義塾大学出版会、2019年）70-75頁）。しかしながら、現行法の下で423条＝責任財産保全説は未だ上記の見解に対して言及していない。
- (13) 早稲田大学法研論集174号（早稲田大学・2020年）より連載中。
- (14) 平野・前掲注（3）・287・303-306頁。また、債権者への給付自体は認めた上で、債権者が受領した金銭を債務者に返還する債務と被保全債権とを相殺することを否定すべきとする見解もある。
- (15) 例えば、債務者が第三債務者に対して100万円の金銭債権を有している場合、当該金銭債権は既に債務者の責任財産を構成しており、これを債務者が取り立てて債務者が直接に金員を占有したところで、その責任財産は何ら増加しない。むしろ、債務者が直接占有する金員は、それが費消されることによって債務者の責任財産を減少させる虞があるのに対し、第三債務者に対する債務者の金銭債権は、有体物たる金員という形で責任財産を構成している訳ではなく、第三債務者の一切の責任財産によってその価値が担保されている。
- (16) 最判昭和40年10月12日民集19巻7号1777頁。
- (17) 大判昭和17年12月18日民集21巻1199頁、最判昭和38年3月28日民集17巻2号397頁。
- (18) 最判昭和50年3月6日民集29巻3号203頁。
- (19) 下森定「被害者の保険会社への代位請求」ジュリ431号（1969年）164頁。
- (20) 奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社、1992年）253-255頁、平井一雄『民法Ⅲ 債権総論』（青林書院、2002年）107頁、平野・前掲注（3）・296-297頁。
- (21) 平野・前掲注（3）・294-295頁。

- (22) 我妻栄『民法案内Ⅶ』(日本評論社、1966年)330-332頁。
- (23) 潮見・前掲注(8)・184・208頁、野村ほか・前掲注(7)・78-81頁、内田貴『民法Ⅲ第4版 債権総論・担保物権』(東京大学出版会、2020年)352-353・355-356頁
- (24) 水本浩「判批」昭和50年度重判(1976年)48-50頁(なお、水本浩『民法セミナー4 債権総論』(一粒社、1976年)99頁も参照)、奥田・前掲注(20)・253-258頁(同書は、債権者代位権の用法を「本来の場合」、「拡張ケース」、「転用ケース」の三類型に分類している)。
- (25) 小野秀誠『法律学の森 債権総論』(信山社、2013年)199-203頁。
- (26) この点に関する通説の見解を整理したものとしては、椿寿夫「債権者代位権とその転用(三)」法学セミナー1977年1月号・52-53頁、同「(10、完)」法学セミナー1978年2月号・63頁、中田・前掲注(3)・227-229頁、
- (27) 中田裕康は、債権者代位権の制度趣旨について通説を支持しているが、債権法改正よりも前から、「転用型とは何か」という点について学説の見解が一致していないことを指摘していた(中田・前掲注(3)・222-229頁)。
- (28) 通説においては、債権者代位権の用法は423条の規律する「責任財産保全型」と、423条の7によって「責任財産保全型」の規定を準用する「個別権利実現準備型」とに類型化されており、金銭債権者が債務者の金銭債権を取り立てる類型も債務者の金銭債権の時効を更新させる類型も「責任財産保全型」に分類されている。仮に前者の場合にのみ423条の2及び423条の3の規律を適用すると解釈する必要があるのであれば、そもそもその前提とされた通説の類型化それ自体の正当性が検証されなければならない。
- (29) 被保全債権の履行期が到来している場合であっても、債権者が仮差押え又は債権執行を申し立てるまでの間の緊急の措置として、被代位権利の時効の完成を阻止しようとする場合はあり得る。この場合、債権者は基本的に債務者に代わって裁判外の催告を行い、時効の完成を猶予させれば十分である。他方、被保全債権の履行期が未到来である場合には、催告による時効の完成猶予では不十分で、確認の訴えを提起して確定判決を得ることにより、被代位権利の時効を「更新」させることが必要な場合も多い。このように、時効の更新のための債権者代位権の行使は、とりわけ被保全債権の履行期が未到来の債権者にとって重要な用法である。
- (30) [斎藤]・石田ほか・前掲注(5)・121-122頁。
- (31) なお、被代位権利が金銭債権である場合には、債権者が取り立てた金銭は債務

者の所有物となるものではなく、債務者は債権者に対して（不当利得に基づくものであれ、事務管理に基づくものであれ、）金銭債権を取得するに過ぎないから、債権者の占有する債務者の動産についての強制執行（民事執行法124条）を申し立てる余地もない。

- (32) 〔斎藤〕・石田ほか・前掲注（5）・121-122頁。
- (33) 潮見・前掲注（8）・180頁。
- (34) 潮見・前掲注（8）・195-196頁。
- (35) 工藤祐巖「フランスにおける債権者代位権の機能と構造（一）」民商95巻5号（1987年）40-47頁。
- (36) 大足知広「債権者代位権の立法趣旨に関する研究（一）」早稲田大学法研論集174号（2020年）61-70頁。
- (37) 〔穂積陳重発言〕日本近代立法資料叢書14『法典調査会 民法議事速記録 三』（商事法務研究会、1984年）100-101頁。
- (38) 1804年フランス民法典第1165条：「合意は、当事者の間においてのみ、効力を有する。すなわち、合意は、何ら第三者を害することはなく、また、第1121条に定める場合を除き、第三者を利することもない。」なお、第1121条は、第三者のためにする契約に関する規定である。以下、フランス語の法文及び文献の翻訳に際しては、とりわけ山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会、2002年）、中村絃一—新倉修—今関源成監訳『フランス法律用語辞典 第3版』（三省堂、2012年）、柴田光蔵『法律ラテン語辞典』（日本評論社、1985年）を適宜参照した。
- (39) 工藤・前掲注（35）・697頁も参照。
- (40) P. A. Fenêt, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t.15, Paris, 1856, p.223-p.224.
- (41) P. A. Fenêt, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t.13, Paris, 1856, p.239.
- (42) 大足・前掲注（36）・67-68頁。
- (43) Jacques de Maleville, Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État, 3<sup>e</sup> édition, t.3, 1822, Paris, p.41.
- (44) Henry Basnage, La coutume réformée du païs et duché de Normandie, seconde & nouvelle édition, t.1, Rouen, 1694, p.442 ; Albert Prieur, De l'exercice des droits et actions du débiteur par le créancier, Dijon, 1869, p.31.
- (45) Iosias Béravlt (Josias Bérault), La Covstyme réformée dv pays et dvché de

- Normandie, 5<sup>e</sup> édition, Rouen, 1648, p.323 ; Henry Basnage, supra. note, (44), p.442 ; Houïard, Dictionnaire analytique, historique, étymologique, critique et interprétatif de la coutume de Normandie, t.1, Rouen, 1780, p.389 ; id. t.4, Rouen, 1782, p.220-p.221 ; Prieur, supra. note, (45), p.31.
- (46) Domat, loi des civiles dans leur ordre naturel, nouvelle édition, t.1, Paris, 1735, p.187 ; Prieur, supra. note, (44), p.31.
- (47) Domat, supra. note, (46), p.187-188 ; Denis Le Brun, Traité des successions, divisé en quatre livres, nouvelle édition, Paris, 1775, p.251 ; Prieur, supra. note, (44), p.33-p.36.
- (48) 以上の検討については、大足・前掲注(36)・61-70頁。
- (49) 大足知広「債権者代位権の立法趣旨に関する研究(二)」早稲田大学法研論集175号(2020年)29-33頁。
- (50) 大足・前掲注(36)・61-62頁、大足・前掲注(49)・34頁。
- (51) 大足・前掲注(49)・35-47頁。
- (52) 以上の点については、大足知広「債権者代位権の立法趣旨に関する研究(三)」早稲田大学法研論集176号掲載予定。
- (53) 以上の点については、大足知広「債権者代位権の立法趣旨に関する研究(四・完)」(脱稿済み)。
- (54) 石坂音四郎『日本民法 債権編 第二巻』(有斐閣書房、1912年)643頁-644頁。
- (55) 中島玉吉『民法釈義 卷之三 債権総論上』(金刺芳流堂、1924年)623頁、松坂佐一『債権者代位権の研究』(有斐閣、1950年)8-15頁、船田享二『ローマ法 第三巻』(岩波書店、改版、1970年)489頁。また、永田菊四郎は、代位訴権の沿革について、石坂と同一の制度を紹介しつつも、それについて「議論がある」ことを指摘した上で、しかしながら「強制執行制度として発展したことについては、異論がない」と説明している(永田菊四郎『新民法要義 第三巻・上 債権総論』(帝国判例法規、第4版、1986年)136頁)。
- (56) 中島・前掲注(55)・623頁、勝本正晃『債権総論・中巻之三』(巖松堂書店、1936年)・194-195頁、松坂佐一『債権者代位権の研究』(有斐閣、1950年)・17-18頁、我妻・新訂・159頁、平井・前掲注(20)・94頁、平野・前掲注(3)・285頁、奥田・前掲注(20)・246-248頁、川井健『民法概論3(債権総論)』(有斐閣、第二版補訂版、2009年)125頁、潮見・前掲注(5)・645-646頁。このような推測は、やがて、日本の債権者代位権制度は「独創条文」によりドイツ法的な取立訴訟とフ

フランス法的な代位訴訟とが混在した不合理な制度であるという主張へと繋がる（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』（有斐閣、1972年））。

これに対して、通説的な理解に疑問を示す文献も存在していた。例えば、星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）』（良書普及会、補訂版、1988年）97頁には、通説の理解は「若干不正確であり、むしろフランスの慣習法をそのまま承継したということのようである」とする記述があり、淡路剛久『債権総論』（有斐閣、2002年）234頁には、「〔一般的には通説のように〕説明されるが、フランス法が債権者代位権を規定したこととの因果的関連は必ずしも明らかではない（それに比して、古法の伝統であったことは指摘されている）」との記述がある。

(57) これ以前の日本においては、フランス古法における代位訴権についての研究はほとんどなされていなかった。当時においてフランス古法における代位訴権について言及していたものとしては、次のようなものが挙げられる。中島玉吉の『民法釈義』においては、代位訴権の起源について、「或ハ又『ノルマンデー』ノ旧慣ニ出ツトナスモノアリト雖モ未タ其挙証ナシ」という記述があった（中島・前掲注（55）・623頁）。また、松坂・前掲注（56）・15-16頁においては、フランス古法における共同質の原則の起源についての記述の中で、「財産一般の拘束」（《obligation générale》）についての言及がなされており、フランス民法典における代位訴権は、ローマ法よりもこちらに近いのではないかという見解が示されていた。

(58) なお、旧423条の立法趣旨に関しては、工藤は専ら債務者の責任財産の保全であるとする見解を支持していた。

これに対し、旧423条の実際の立法趣旨は、債権者の個別債権の履行を確保することであり、債務者の責任財産の保全に限定されていなかったことについては、第一論文で既に明らかにした。

(59) 以上の通り、石坂の推測した「沿革」に否定的な意見を有する見解には、ローマ法に関する部分についてのみ否定的に評価する見解と、フランス民法典の立法趣旨に関する部分についても否定的に評価する見解とが存在している。第一論文では、これらを通説の主張する「沿革」に対して否定的な見解を提示するものとしてまとめて取り扱ってしまっていたが、正確には上記のような差異がある。

(60) 穂積陳重—富井政章—梅謙次郎校閲・松波仁一郎—仁保亀松—仁井田益太郎『帝国民法正解』（信山社、復刻版、1997年）、川名兼四郎『債権総論』（金刺芳流堂、1904年）186頁（ただし、川名兼四郎・後掲注（61）・254-255頁で改説）、梅謙

- 次郎『民法債権(第一章)完』(信山社、復刻版、1996年)・法政大学明治39年度講義録・債権第1章・250頁、鳩山秀夫『日本債権法 総論』(岩波書店、1916年)158頁-159頁、横田秀雄「民法第四二三条ト金銭債権以外ノ債権保全」法学新報29巻7号(1918年)86頁-91頁(横田・後掲注(61)・387-390頁から解説)、三瀧信三『債権法提要総論下冊』(有斐閣、1925年)267-269頁、大谷美隆『債権総論 上巻』(明治大学出版部、1926年)204-205頁、嘉山幹一『債権総論』(敬文堂書店、増訂改版、1927年)226-228頁、入江眞太郎『債権法総論』(大同書院、1930年)54頁、中島弘道『民法 債権法論』(清水書店、訂正第5版、1932年)503頁、磯谷幸次『改訂債権総論大要』(清水書店、改訂第5版、1934年)127-128頁(ただし、磯谷・後掲注(61)・383-384頁で改説か)、中村萬吉『増訂 民法通論』(東山堂書房、1936年)338-339頁、近藤英吉—柚木馨『注釈日本民法(債権論総則)上巻』(巖松堂書店、訂正再版、1934年)239-240頁、勝本・前掲注(56)・202-207頁、野村平爾『債権法総論』(東山堂書房、1937年)225-227頁、田島順『債権法』(弘文堂、1940年)105-107頁、末川博『法律学全書16 債権法』(評論社、1949年)56-57頁、中川善之助『民法大綱 中巻』(日本評論社、1949年)50-51頁、柚木馨『判例債権法総論上』(有斐閣、1950年)179-185頁、明石三郎『債権法要論』(有斐閣、1963年)198-199頁、横田正俊『民法の話』(第一法規、1968年)506頁。
- (61) 岡松参太郎『民法理由債権編』(有斐閣、1897年)、石坂音四郎=前掲注(54)・652-654頁・661-662頁、石田松之助編『富井博士述 債権総論 完』(信山社、1994年、原版1914年、石田松之助発行)93-95頁、横田秀雄『債権総論』(日本大学、1908年)387-390頁(ただし、横田・前掲注(60)・86頁-91頁で改説)、川名兼四郎『債権法要論』(金刺芳流堂、1915年)254-255頁(川名・前掲注(60)・186頁)、中島・前掲注(55)・627-628・635-637頁、林信雄『判例を中心としたる債権法論(総論)』(凡進社、第3版、1937年)209-213頁、穂積重遠『債権法及担保物権法』(有斐閣、1934年)48頁-49頁、岡村玄治『改訂 債権法総論』(巖松堂書店、訂正7版、1934年)114-115頁、磯谷幸次『民法通論』(巖松堂書店、1936年)383-384頁(磯谷幸次・債権総論大要=前掲注(60)127-128頁の立場から改説か)、末弘厳太郎『債権総論』(日本評論社、1938年)73-75頁、川島武宜『債権法総則講義 第一』(岩波書店、1949年)57-60頁、松坂・前掲注(56)・31-40頁、谷口知平『民法要説全』(有斐閣、1951年)88-89頁、戒能通孝『民法学概論』(日本評論社、1956年)140-141頁、於保不二雄『債権総論』(有斐閣、1959年)149-150頁、遠藤浩—内田峻一編『民法(債権)講義』(青林書院、1960年)58-59頁、吾妻光俊『新版債権

法』(弘文堂、1964年) 42-45頁。鈴木喜三郎=口述『民法要論』(早稲田大学出版部、1906年) 375-377頁もこの見解か。

なお、池田真朗「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』——」慶應義塾大学法学研究84巻12号(2011年) 62頁・69頁-学注(24)は、上記石田松之助編『富井博士述 債権総論 完』の復刻版について、「公的な史料価値は乏しい」という評価を下している。また、同書には「異本」として(この点については、五十嵐直行「富井民法学の現在性——富井政章博士の『債権法講義』に寄せて——」同復刻版付録(信山社、1994年) 7頁-注3)富井政章述『債権法講義 上』(明治45年度の東大講義に関するものか、表紙の注意書によれば名目上は出版ではない。)96-98頁が存在している。同書についても、その表紙を開くと、「以謄写版換筆写」(謄写版をもって筆写に換ふ)との注意書が記載されており、「附言」として「此講義ハ同士ノ者相寄り茲ニ四十五部ヲ限リ謄写ニ附シ配本セリ本書ハ即チ其一部ナリ」と記載されている。したがって、同書も異本と同様、富井政章の講義に出席していた受講生が何人か集まり、そのノートを講義録としてまとめ、これをあくまでも筆写の代わりという名目で、しかし実際にはガリ版で45部を複製し、何らかの場で希望者に配布したものであろうか、と推測することはできる。しかしながら、その様に推測したところで、誰にいかなる目的で配布されたのかは不明であり、池田が異本について指摘しているのと同様、資料的価値については慎重な判断が必要である。こうした点について、今後の研究によって明らかにされることを期待したい。

(62) 既に掲げた文献の外、鈴木英太郎『民法債権編講義 第1章』(明治大学出版部) 113-115頁、志田鉀太郎講述『民法 債権編講義 第一章』(明治大学出版部、明治大学明治38年(1905年)度講義録) 150-151頁、平沼麒一郎『債権法総則』(日本大学出版部、1932年) 142-143頁、小池隆一『日本債権法総論』(清水書店、1933年) 178-179頁、石田文次郎『債権総論』(早稲田大学出版会、1947年) 148頁、伊藤秀郎『法学新書14 債権総論』(法文社、1954年) 103頁、宮川澄『民法講義 債権』(青木書店、1960年) 66-67頁。

(63) 例えば椿寿夫「債権者代位権とその転用(三)」法学セミナー1977年1月号・52頁。

(64) 例えば、鳩山・前掲注(60)・158頁、松坂・前掲注(56)、伊藤・前掲注(62)・103-104頁、明石三郎・前掲注(60)・198-199頁、平井・前掲注(20)・95-96頁。他方で、金銭債権や種類債権でない債権という意味で用いているものとしては、例

- えば、野村・前掲注(60)・226頁。
- (65) 池田・前掲注(61)・69-79頁。
- (66) 川名・前掲注(60)・184頁。
- (67) 川名・前掲注(60)・184頁-185頁。
- (68) 川名・前掲注(60)・186頁。
- (69) 岡松・前掲注(61)・108-109頁。
- (70) 岡松・前掲注(61)・109頁。
- (71) 鳩山・前掲注(60)・158頁-159頁、勝本・前掲注(56)・194-196頁・202-203頁、近藤英吉・柚木馨『注釈日本民法(債権論総則)上巻』(巖松堂書店、訂正再版、1934年)239頁。
- (72) 不動産請求権に対する強制執行の規定は、旧民事訴訟法594条・616条によって規定されていた。なお、現在の日本の民事執行法(昭和54年法律第4号)においては、不動産請求権に対する執行の規定は存在しない。
- (73) 石坂・前掲注(54)・646頁。
- (74) 石坂・前掲注(54)・652-653頁。
- (75) 個別債権基準説においてこの見解を唱えていたものとして、鳩山・前掲注(60)・161頁一註三、三瀧・前掲注(60)・269頁-270頁、勝本・前掲注(56)・203頁・251頁。債務者無資力説においてこの見解を唱えていたものとして、横田・前掲注(61)・388-389頁(後に横田・前掲注(60)に改説)、飯島喬平講述『民法要論』(早稲田大学出版部、1911年)466頁、川名兼四郎『債権法要論』(金刺芳流堂、1915年)254頁(川名・前掲注(60)から改説)。
- (76) 横田・前掲注(61)・388-389頁。
- (77) 横田・前掲注(61)・389頁。
- (78) なお、後に横田はこの見解を改め、被保全債権の種類については非限定説に立ち(横田・前掲注(60)・86-90頁)、また、債権者代位権の立法趣旨については個別債権基準説を支持するようになった(横田・前掲注(60)・90-91頁)。
- (79) 鳩山・前掲注(60)・161頁一註三。
- (80) 石坂・前掲注(54)・662頁。
- (81) 中島・前掲注(55)・634-636頁。
- (82) 中島・前掲注(55)・636頁。
- (83) 於保・前掲注(61)・149頁-150頁。
- (84) 同書のバリエーションには、1940年出版の初版、1953年出版の改訂版、1964年

出版の新訂版がある。新訂版及び改訂版においては、初版の記述がより現代的な表現に改められているものの、債権者代位権の制度趣旨に関する記述の内容は、基本的に初版と同一である

- (85) 我妻栄『新訂 債権総論』（岩波書店、1964年）159頁。初版の137頁に対応。
- (86) 我妻・前掲注（85）・158頁。初版の136-137頁に対応。
- (87) 我妻栄『民法Ⅱ』（岩波書店、1934年）450-451頁、452-453頁。
- (88) 我妻栄『債権法講義案』（岩波書店、1937年）229頁。
- (89) 我妻栄『民法大意』（岩波書店、初版、1944年）146-147頁。
- (90) 我妻栄『民法大意 上巻』（岩波書店、1953年）153-155頁。
- (91) 我妻栄『民法大意 上巻』158-159頁。
- (92) 我妻栄『民法』（初版、勁草書房、1951年）162-164頁。
- (93) 我妻栄『民法』（改訂版、勁草書房、1961年）165-166頁。
- (94) 我妻栄『新版増補 民法』（勁草書房、1989年）142-143頁。
- (95) 77-79頁。
- (96) 我妻・前掲注（24）・324-325頁、330-332頁、335頁-336頁、337-338頁、101-102頁。
- (97) 我妻栄の教科書においては、「被保全債権」が「特定債権」であるという表現は、代位債権者の債権を「そのままの形で」保全するという意味で用いられており、「被保全債権」が「金銭債権」であるという表現は、代位債権者の債権が金銭債権であるか否かにかかわらず、債権の「最後の守り」を保全するという意味で用いられている。
- (98) 山中康夫『債権法総則講義』（巖松堂、1948年）112頁。
- (99) 「債権者代位権を用いるには、債権が特定債権ではだめであって、金銭債権という一般的な形をとらなければならない」（加藤一郎『民法教室 債権編』（井上書房、1960年）252頁）、「本来は、賃貸人の債務不履行により損害賠償請求権（金銭債権）に変わったのちに、賃貸人が無資力を条件として、債権者代位権を用いることが認められるはずである」（同書252-253頁）。
- (100) 伊藤秀郎・前掲注（62）・103頁。
- (101) 於保・前掲注（61）・149頁-150頁。
- (102) 例えば、〔関口見執筆〕遠藤浩一川井健一西原道雄編『演習 民法（債権）』（青林書院新社、1972年）112-113頁では、「そこで、解釈論的構成としては、民法423条を根拠として、転買主に債権者代位権の行使を認め、買主の売主に対する登記請

求権を代位行使することを許すとしても、この場合を債権者代位権の『転用』の例として、債務者の一般財産を引当てとする金銭債権者が債権者代位権を行使するところの、債権者代位権の固有の例——もとよりこの場合には債務者の無資力は絶対の要件である……——と明確に区別すべきではないか、と考える。……かくて、右の例を、債権者代位権の「転用」の例、というゆえんである（我妻・債権総論161頁、於保・債権総論149頁も結論において同旨か。）との記述がある。更に数年を経て椿寿夫「債権者代位権とその転用（10・完）」法学セミナー1978年2月号（1978年）63頁では、「従来の古典的議論は『金銭債権→本来の場合→債務者の無資力必要』と「特定債権→転用・拡大適用→無資力不要」という二本だてで進んできました」と記述されており、金銭債権限定＝債務者無資力説が「古典的議論」として認識されるに至っている。

- (103) 近年の教科書・体系書で、個別債権基準説に立っていると評価できるものとしては、平井・前掲注（20）・95頁、池田真朗『標準講義 債権総論』（慶応義塾大学出版会、2013年）68-70頁。
- (104) 並木俊守『民法入門』（改訂初版、日本法令、1990年（初版：1966年））112頁、〔森孝三執筆〕森泉章—ほか『民法講義4 債権総論』（有斐閣、1977年）123-124頁、森實『債権法重要論点研究』（再版、酒井書店、1989年）48頁、於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣、1972年）159-167頁、〔下森定執筆〕好美清光—米倉明編『民法読本2』106-108頁、高島平蔵『債権総論』（成文堂、1987年）87頁、奥田・前掲注（20）・256頁、田山輝明『債権総論 民法講義案Ⅳ』（成文堂、1993年）65-66頁、北川善太郎『債権総論（民法講要Ⅲ）〔第3版〕』（有斐閣、2004年）195-199頁、潮見佳男『債権総論〔第3版〕Ⅱ——債権保全・回収・保証・帰属変更——』（信山社、2005年）20頁。
- (105) 松坂・前掲注（56）・33-34頁。
- (106) 松坂・前掲注（56）・18頁。
- (107) 我妻・前掲注（22）・330頁。
- (108) 我妻・前掲注（22）・330頁。
- (109) 我妻・前掲注（22）・330-332頁。
- (110) 我妻・前掲注（22）・332頁。
- (111) 我妻・前掲注（22）・335頁-336頁。
- (112) 我妻・前掲注（22）・335頁。また、337-338頁。
- (113) 我妻・前掲注（22）・336頁。また、337-338頁。

(114) 我妻・前掲注（22）・101-102頁。

(115) 我妻・前掲注（22）・337頁。また、337-338頁。