

# 中国の債権者代位権制度と日本法との比較研究

## 第一章 序説

### 一、初めに

#### 1. 問題状況の提示

中国では、1980年代後半から、対外開放政策が一層推し進められると同時に、これまで長期にわたって実施されてきた単一の公有制を根元とする計画経済から市場経済へ転換されたため、これにより政府の経済統制が緩和され、中国経済は急速な発展を遂げてきた。一方、経済の自由化に伴い、旧体質のままの国有企業は非効率な経営により相次いで経営難に陥り、金融機関とともに巨額な不良債権が生まれてきた。いままで、国有企業は政府に利益を納付する代わりに、所要費用や支出予算を政府に申請し、政府は赤字経営の企業に財政補助金を支給すると同時に国有銀行に対して融資を要請することが多いという構造をとっていたが、1990年代に入ってから、国有企業は国有企業改革により政府の直接コントロールから離脱し、株式会社制度に転換し、完全ではないながらも、国有企業は政府行政の干渉から離れ、自主経営権限の拡大をはかることができた。また、金融改革の実施により、従来の国有銀行も、政府行政の干渉から離れて商業化し始めた。そこで市場ルールに則った銀行が国有企業への融資を減らし、また不良債権額を抑えるため、さらなる金融引き締め政策を実施した。そのため、国有企業が深刻な資金不足状態に陥り、その対策として資金調達の融資が企業間で盛んに行われるようになった。また企業改革政策の一環として、国有企業、集団所有制企業から民営化あるいは私有化へ転化した。その際に、既存の債権債務の処理に関して混乱を生じた。一方、市場経済にとって欠かせない信用秩序は確立されることもなく、商業道德の失墜は「逃げ得」風潮の蔓延を助長した。このような状況の中で、国有企業、金融機関のみならず社会全体にわたり、いわゆる「三角債」の問題や「執行難」の問題が深刻化して社会・経済の大きな問題となった。

#### (1) 「三角債」の問題とは

「三角債」とは、たとえば、債務者が自己の債務者（第三債務者）から債権の弁済を得られないため、債権者に対して弁済すべき債務を履行できない（債務者が自己の債権を回収しないと弁済能力がないという客観的な原因による場合）、或いは、これを口実にして積極的に債務弁済を行わない（債務者が弁済能力のあるにもかかわらず、あくまでも自己の債権を回収しないと弁済能力がないという状態を見せかけ、債権者に対して自己の債権を回収できたら債務を弁済するというように、債務弁済の先延ばしに口実として使われる主観的な原因による場合）など、債務の付け回しができないことを理由に関連する当事者間で、債権債務関係が膠着状態に陥る連鎖的な債権債務関係のことを、中国では「三角債」という（債権者は第三債務者に対して直接関係がないから、厳密にいうと三角関係ではない）。この場合、それぞれの債権は主に取引関係や金銭消費貸借関係などにより発生した金銭債権が多い。

なお、中国の「三角債」問題は、中国の独自の社会現象というのではなく、法律問題にすれば、単なる債権者は、債務者の金銭債権から自己債権回収をすることができないという問題にすぎない、ということをお断わりしておきたい。

## (2) 「執行難」の問題とは

「執行難」とは、債権者がたとえ勝訴判決を勝ち取ったとしても、執行手続きによる最終的に権利を実現するのが難しい現状のことをいう。その原因は複雑であるが、財産隠匿、移転のような工作行為や執行妨害など債務者サイドの問題以外に、地方における保護主義が重要な原因としてあげられる。つまり、地方における利害関係に関わる事案では、行政機関や官僚が自らの管轄部門、地方の利益等を保護するため、裁判や執行に対する政治権力的な干渉行為を行ったり、あるいは私的な関係で、執行官がわざと被執行者の便宜をはかる行為などを行ったりして、たとえ被執行者に財産があるケースであっても、債権者の権利が「絵に描いた餅」になってしまうことが少なくない。また執行法の不備によるものも少なくないと考えられる（たとえば、債権執行制度の不備がその典型的な例である）。

## 2. 中国における民事法の急ピッチな整備

このような急激な経済・社会事情の変化に対応するため、中国では、民事法の整備が後追いの形で急ピッチで始められた。すなわち、1996年には「担保法」が施行され、これにより、金融機関が不良債権を減少させること、および「三角債」の発生を抑制させることにかなり貢献した。しかし、既に存在する「三角債」の処理については、担保法を含め、法律で有効な対策がとられたわけではなかった。

中国では、これまで、債権者は債務者の金銭債権に関わる方法につき、実体法の債権譲渡制度がよく利用されたが、実際には、債権譲渡人と譲受人と債務者との三者間で話がつかなければ（原則は債権譲渡人と債権譲受人の合意のみで足りるが）、うまく機能しないケースが多かった。これを回避しようとする、債権譲渡人の同意・協力を得るために、債権譲受人は不利な条件を呑み込む覚悟をしなければならないことになる。また、民事執行手続法規においても債権執行制度が欠如していたため、債権者は債務者の金銭債権を執行の対象として取り扱えなかった。このため、たとえ債権者の権利が裁判上で認められ、かつ、債務者が無資力状態であった場合であっても、権利実現の段階（執行段階）では、債権者が債務者の金銭債権に対してまったく干渉できないことから、債権執行制度の欠如は中国における民事裁判制度の一つの難問である「執行難」に拍車をかけた。さらに、これらの制度の不備は、債務者が債権者からの強制執行を免れるために、第三者と通謀して財産移転や隠匿行為を行うことを誘発する一面もあった。

「三角債」及び「執行難」問題の解決策として中国の債権者代位権制度は、1999年10月1日に施行された「契約法」<sup>1</sup>第73条において初めて明文化された。しかしながら、中

<sup>1</sup> 中国契約法の起草準備は1993年から始められ、1998年には正式草案が人民代表大会常務委員会で審議され、1999年3月15日に全人民代表大会第二回会議で可決、成立し、同年10月1日から実施されて

国においては、債権者代位権と民事訴訟法、特に強制執行法規との関連を意識されないままの立法となった。その結果、債権者代位権制度は、理論上において実体法上の責任財産保全制度として位置付けられているにもかかわらず、実際には、その設計構造は債権執行制度の代物となって強力な債権回収機能を付与され、現実には債権執行手段と化している。

### 3. 債権者代位権制度を研究するに当たっての前提

ところで、近代民法は、基本的に財産関係を物権関係と債権関係に分類しているということができる。抽象的にいえば、物権はある人（権利者）がある物（財貨）に対する支配関係を内容とする権利であるのに対して、債権はある人（債権者）が別の人（債務者）に対して何かを請求する関係を内容とする権利である。

このうち、債権は、本来、債務者の任意行為（給付）を介して、債権者の利益が実現すれば、消滅する運命に辿りつくのである。しかし、債務者が任意に債務（給付）を履行すれば問題がないが、債務者が履行しない、或いは不完全な履行しか行わない場合もあるので、この場合に債権者を救済するために、強制履行請求権、損害賠償請求権、契約の解除、違約金請求権などの法的手段が用意されている。とはいえ、たとえ債務者に何らかの履行義務があることが裁判によって確定されたとしても、債権者が満足を得ようとするれば、債務者が任意に債務を履行しないかぎり、結局のところ、債権者が債務者の責任財産<sup>2</sup>（一般財産）に対して強制執行をしなければならないことになるから（債権の擱取力）、債権者の満足（債権の価値の実現）は最終的に債務者の責任財産の状態に左右されることになる。すなわち、債権は債務者の責任財産をその拠り所としているといえる。言い換えると、債務者の責任財産は、総債権者の共同担保をなすものである（債務の引き当て）<sup>3</sup>。要するに、債権者が最終的に満足を得られるかどうかは、債務者の責任財産の充実、確保いかんによって大きく変わってくるといえるのである。

本来、財産権は絶対であるという見地からは、債務者であっても、自己の財産の管理・処分につき自由であり、他者から干渉を受けないというのが原則であるが、債務者が自己の財産の減少を放置し、または積極的に減少させ、その結果、債権者の満足が得られないという場合にまで、債務者の自由を認めるわけにはいかないのである。そのような場合には、債権者に何らかの保護手段を与えるべきであり、そうしないと、債権者の権利が著し

---

いる。新しい契約法は 428 カ条からなっており、1980 年から制定された経済契約法、涉外経済契約法、技術契約法を統合した点で大きな意味をもつ。

<sup>2</sup> 責任財産と一般財産との関係について、伝統的に、債権の擱取力に服している債務者の一定の財産が「責任財産」と呼ばれているが、潮見佳男教授は「責任」は債務と分離して観念すべきではなく、「責任が債務に内在している」と理解した上、伝統的に「責任なき債務」と称される場合、つまり、債権の擱取力が債務者の一般財産に及ばない場合は、例外として取り扱うべきであると解している（潮見佳男『債権総論』4 頁以下（信山社、第三版、2005 年））。

<sup>3</sup> 講学上、「責任財産」と「共同担保」とは同様な内容を有するものと理解されているが、佐藤岩昭教授は沿革的に検討し、強制執行に服する債務者の財産をドイツ法学上「責任財産」と称するに対しては、フランス民法典は強制執行の対象となる債務者の一般財産を「共同担保」と呼ばれていると両概念を区別したうえ、日本ではフランス法から債権者代位権を継受すると共に、「共同担保」概念をも継受したと主張した（佐藤岩昭「債務者の責任財産の保全 1」法学教室 117 号 53 頁以下参照）。

く侵害されることとなる。

他方、債務者が持つ権利も債務者の責任財産の一部であるが、債権者は、債務者の権利そのものによって債権を実現するのではなく、その権利を行使して、現実の財産とした上、債権の満足を得ることができる。そこで、たとえば債務者の責任財産が債務の総額を弁済するに不十分であるような場合、言い換えれば、債務者の責任財産を保全する必要がある場合には、債権者に債務者の責任財産に対する管理権能を与え、その責任財産の保全をはかる債権者代位権・債権者取消権二つの法制度が近代法上において認められている<sup>4</sup>。前者は、債務者が消極的に責任財産を維持しないときに、債権者が債務者に属する権利を債務者に代わって行使する権利であり、後者は、債務者が積極的に責任財産を減少させるときに、債権者が債務者のした法律行為を否定することによって、債務者の責任財産を回復させる権利である。ただ、フランス法系の立法では両制度をともに認めているが、ドイツ法系などには債権者代位権制度が存在しないことから、近代大陸法系において、債権者代位権は債権法体系からみれば、必ずしも欠かせない構造上の法制度であるとはいえない。これは後の債権者代位権廃止論につながる根本的な論拠でもあるといえる。

## 二、本稿の目指す方向

### 1. 方向性の提示

本稿は日本の債権者代位権制度の実体を考察することにより、現行の中国の債権者代位権制度の問題点を解析したうえで、日本における法改正の議論状況を踏まえて、将来の中国の債権者代位権制度の改正作業に適切な方向性を提示するものである。

中国の債権者代位権制度は、前述のとおり、1999年10月に施行された「契約法」によって初めて明文化された。しかしながら、近代法系における民事訴訟法、特に強制執行法との整合性を配慮しなかった稚拙な立法作業となり、その結果、理論上、債権者代位権は実体法上の責任財産保全制度として理解されているにもかかわらず、実際にその設計構造は債権執行制度の代物となって強力な債権回収機能を付与され、現実には債権執行手段と化している。中国の現行の債権者代位権制度は体系的、理論的な整合性に欠け、解釈論のみによる軌道修正はもはや不可能な状態である。そこで、中国の現行の債権者代位権制度の問題点を解析したうえで、立法的に解決する方法が適切な道筋であると考えられる。日本の債権者代位権制度とは、後述のように血縁関係が遠いといえども、沿革的に見たときには、中国の債権者代位権の母法的存在であると考えてもよい。立法論から中国の債権者代位権を考えるならば、日本法との比較および沿革的な考察が有益な作業であると思われる。むしろこのような作業を通して、将来の中国の改正作業において、責任財産保全制度に関して日本法の母法的な地位を築くべきであると考えられるからである。

---

<sup>4</sup> 債権者代位権の基礎ないし存在の理論根拠につき、松坂佐一『債権者代位権の研究』1頁以下（有斐閣、1950年）、林良平＝石田喜久夫＝高木多喜男＝安永正昭『債権総論』165頁（青林書院、第三版、1996年）を参照。

本来の債権者代位権は債務者の責任財産保全の制度であって、強制執行の準備のための制度であると解されている(「本来型」)。しかし、日本の現行の債権者代位権は被保全債権が金銭債権の場合、責任財産保全機能のほか、事実上の優先弁済も認めている。さらに被保全債権が特定債権の場合、責任財産の保全と全く無関係に特定債権の実現をはかる機能も認めている(「転用型」)。債権者代位権制度を考案する際に、実はこの本来制度の趣旨を逸脱するものである債権機能回収機能と転用機能をどのように位置づけるか、根源なる問題である。

## 2. 日本の債権者代位権制度の新しい動き

本稿の提示する債権者代位権制度に関する方向性は、民法(債権法)改正検討委員会の提案の基本方向性に同調し、個別の要件及び効果について、独自な見解を加えて合理化をはかるものである。その概要は以下の通りである。

被保全債権が金銭債権の場合である責任財産保全の「本来型」の債権者代位権制度と、特定債権の個別実現のための準備の「転用型」のそれとの二種類に区別し、それぞれについて法律関係を明確化すべきと考える。本来型は強制執行制度と併存する制度としての必要性および正当性がないから、制度の本来の趣旨を維持するという前提で、債権者が自ら優先して回収する機能を否定する。転用型は、過渡的な権利の生成機能を有し、制度の枠内に取り込んで新たな債権者代位権制度を創出する意義があると認め、転用できる場合の一般的規定を設ける。本来型においては、無資力要件を必要とし、目的財産の代位債権者への交付を認めるが、金銭を受領した代位債権者は債務者に対する返還義務と自己の債務者に対する債権とを相殺を禁止ことによって債権の優先的回収機能を封じる。転用型については、無資力であることを要せず、代位債権者への直接給付請求が不相当である場合(例えば、債務者が無資力のとき、事実上優先弁済に当たる場合)を除き、基本的に代位債権者への交付を肯定する。従来債務者と第三債務者の手続権の保障問題、判決効問題などは債務者への事前通知制度と訴訟告知制度を創設することによって立法的解決を図ろうとするものである。即ち、裁判外における代位行使の場合、原則として債務者への事前通知を必要とするが、第三債務者の法的地位の安定性を重視する見地から、債務者の権利処分、権利行使を禁止することとはしない。これに対して、裁判上の行為として代位権を行使する場合には、裁判所の職権で訴訟告知を要し(債務者への事前通知不要)、訴訟告知の効力として、代位権行使の緊急性、密行性などの要請から、債務者の権利処分、権利行使を禁じるのみならず、第三債務者の弁済禁止効も生じることとしている。

## 3. 本稿の目的

近年、中国では、立法の面のみならず、法学理論研究の面でも、外国の法学研究成果を広範に取り入れてきた。その整合性の問題はともかくとして、中国の法制整備に大いに貢献したことは疑いのない事実である。民事法の分野において特に台湾の民法理論は、中国

内陸民法の理論研究の発展に多大の影響を与えている。現在の債権者代位権制度の研究状況に関しても、研究に使われた参考資料はほとんど台湾の文献であり、中には台湾を経由した断片的な日本のものもある。債権者代位権制度に限ると、台湾の教科書及び論文に引用された文献は日本のものが圧倒的に多いということを考えれば、むしろ沿革的考察を通し中国の債権者代位権制度のルーツは日本法に求めるべきであると考えられる。ただし、中国では、この制度を沿革的、比較法的に十分な研究がなされていないため、その上、現在の中国法における一つの特徴として実用性を追求するあまり、法理論を無視するという発想を加えた結果、現在の中国の債権者代位権制度は日本の債権者代位権制度とまったくの別物となっている。したがって、正確にそのルーツを探るのは困難であろうが、日本の法学が中国法に与える影響力が強まるにつれて、この百年以上にわたって蓄積した日本の債権者代位権制度の研究成果は、中国の同制度の解釈論及び立法論に強い影響力を持つ存在となろうと強く推測する。その肝心な問題はいかに日本の研究成果を正確に理解し、中国に伝えるかというプロセスである。そこで、本稿では、以上の作業の一環として今まで緻密な理論展開がなされた日本の同制度の視点から、中国の債権者代位権制度の全貌を明かした上、立法的な方向性を提示することを試みる。他方、日本において今回の研究を通して日本法の解釈や立法に参考的な意味があると考えられないとしても、渉外的実務及び地域研究という側面から、中国法の理解に僅かでも有益な示唆を与えることを期待する。

#### 4. 本稿の論述方法

周知のとおり、債権者代位権制度は実体法上の制度であると位置付けられているが、その機能は手続法の債権執行制度および保全制度と密接な関連を有し、またその機能を保障する手続構造は、民事訴訟法において最も難しいところであるといわれる多数者訴訟分野と直結している。そういう意味で債権者代位権問題は実体法と手続法の交錯の領域に求めべきであり、実体法と手続法両方に行き届く考察視点をもつことは重要である。

本稿では、まず、第二章から第三章まで、日本の債権者代位権制度の立法経緯および現在の運用状況を概観したうえで、債権者代位権の必要性について民事執行法を念頭におきながら検討する。次に、第四章において、中国における債権者代位権制度を導入した背景、立法趣旨及び要件を明らかにした上で、その行使の効果——債権回収機能の可否、および中国の債権者代位の行使方法——代位訴訟の構造に関して、日本の債権者代位権制度と比較しながら、中国の現行の債権者代位権制度の実体を解明する。最後に日本の債権者代位権制度の法改正における議論を踏まえ、中国の債権者代位権制度の立法に関する方向性を提示することを試みる。

ところで、債権者代位権においては、基本的に三つの法主体が二つの権利をめぐる利害関係の問題である。本稿においては、以下便宜上、次の用語を用いることとする。  
代位債権者：債権者代位権を行使する債権者、Aと表記する。

債務者： 代位債権者が有する基本債権の債務者、Bと表記する。

第三債務者：代位債権者が代位行使する権利の相手方。日本の債権者代位権においては被代位権利が債権に限らないため、正確には「第三者」というべきであるが、ここでは、便宜のため「第三債務者」といい、Cと表記する。

基本債権（被保全債権）：A対Bの債権。日本法では、一般的に被保全債権と呼ばれているので、日本の債権者代位権制度に関しては「被保全債権」という用語を使用するに対して、中国の債権者代位権制度は責任財産保全の趣旨が明確ではないため、中国法の論述においては「基本債権」という用語を用いる。

被代位権利：B対Cの権利。ただし、中国における場合、被代位権利は金銭債権に限られているので、「被代位債権」ともいう。

## 第二章 債権者代位権制度の沿革——フランスにおける債権者代位権制度の沿革と現状

日本の債権者代位権制度を検討する前に、その母法的存在であるフランスの債権者代位権制度の沿革について概観してみることとしたい。

債権者代位権制度は、フランスにおいて古くから伝統的な制度として誕生した。その起源がローマ法に由来するか、ゲルマン法に由来するかどうかについて、学説上定かではないようであるが、フランス民法の制定前に古法において慣習法として既に存在していたことには異論がないといわれている。

現行のフランス民法典は第 2092 条<sup>5</sup>において債務者の総財産は一般債権者の共同担保である旨を規定し、続いて第 2093 条<sup>6</sup>において債権者平等の原則を規定している。しかし、債務者が自らの権利行使を怠ることによって、債権者の利益を害する場合には、債権者保護の見地から、債権者がその共同担保としての債務者の財産を保全するため、債権者に債務者の権利の行使を認めているのは、第 1166 条で規定される債権者代位権（フランスでは間接訴権ともいう）である。フランスにおける債権者代位権は、慣習法を元として民法典に契約の相対効の原則を定めた第 1165 条<sup>7</sup>の次に、その例外として第 1166 条において「前条の規定にかかわらず、債権者は、その債務者のすべての権利及び訴権を行使することができる。ただし、一身に専属するものを除く。」と規定し、詐害行為取消権と共に「合意の第三者に対する効果」と位置付けられている<sup>8</sup>。

<sup>5</sup> フランス民法典第 2092 条「自ら債務を負った者はその現在および将来のすべての動産および不動産をもって、その債務を履行する義務を負う。」

<sup>6</sup> フランス民法典第 2093 条「債務者の財産は、その債権者の共通の担保をなす；その価額は、債権者間で按分して配当される。但し、債権者間に正当な優先事由があるときは、この限りでない。」

<sup>7</sup> フランス民法典第 1165 条「約定は契約当事者間においてのみその効力を生じる；約定は第三者を害することなく、かつ約定は第 1121 条に定められた場合を除いては第三者に利益を与えるはない。」

<sup>8</sup> フランスの学説上では債権者代位権は債務者の総財産が債権者の共同担保であるという原則の結果であるともいわれている（松坂・前掲注（4）4 頁～5 頁参照）。

債権者代位権の起源については明確ではないが、執行手続きの一種として機能していたものと解することに関しては異論が少ないようである。ドイツ法系では強制執行制度が完備されていることから債権者代位権が存在しない（必要ないから）のに対して、フランス法では債権執行方法に関する規定が不備であるため、とくに不動産の引渡しまたは給付を求める債権および他の財産権に対する執行方法が欠けていたために、債権者にその債権を保全する必要があるとき、その欠陥を補うために債権者代位権を認め、債務者に属する権利を行使することができることにしたといわれている<sup>9</sup>。

ところで、フランスの債権者代位権は間接訴権と呼ばれているが、条文規定はシンプルである。債権者代位権を行使する要件および効果につき、簡略にまとめると以下のように理解されている。

- ア．債務者が自らの権利行使を怠ること。債務者が既に自己の権利を行使している場合、債権者は重ねて代位権を行使することが許されないが、なれ合い訴訟を防止するため、訴訟参加することができる。
- イ．債権者の債権が確実で、債権額が確定し、その弁済期が到来していること。
- ウ．債権者に債権者代位権を行使する利益があること。これは債権者の権利が金銭債権の場合、債務者が支払不能であること（無資力）を指すが、単に行使する要件というより訴えの利益要件とされ、厳格に解されていないという。

債権者代位権の行使の効果は、債務者の財産に戻すことになる。代位行使した債権者の優先債権回収機能は否定され、他の債権者と平等に弁済を受けることになる。つまり、原則として、債権者は、債務者の名で債務者の権利を行使することによって実現した利益を債務者の財産の中に繰り入れた後に、通常の強制執行手続きを利用して満足を得ることとなる。ただ、実際には、代位訴訟と債務者に対する債権者の履行請求を同一訴訟手続きで訴えることが認められていることにより、債権者は優先的に弁済を受けることが可能となり、上記原則が徹底されているわけではない。

債権者代位権を行使する際には、債権者代位権が執行制度ではないことから、債権者が債務名義を取得する必要はない。また、裁判上の代位を要せず、代位訴訟が提起されても、債務者は訴訟に参加する義務がない。代位行使がされても債務者が自らの権利を行使することを妨げられない（債務者の処分禁止効および第三者弁済禁止効——差押効果——を認めない）し、また裁判上で債権者代位権を行使したときであっても、代位訴訟の既判力は債務者に及ばない。その結果、債務者は第三債務者に再度訴訟を提起することが可能となるが、実務上においては、債務者の権利を保障するため、また第三債務者が判決を債務者に対抗するため、債権者から裁判上行使がなされた際には、常に債務者を訴訟に参加させている（債権者

---

<sup>9</sup> 松坂・前掲注（4）17頁参照。これに対して、フランスの債権者代位権制度は、フランスの習慣法をそのまま承継したものにすぎないのであって（星野英二『民法概論Ⅲ』93頁（良書普及会、補訂版、1992年）参照）、フランス法が債権者代位権を規定したこと（強制執行制度の補充）との因果関係は必ずしも明らかではないという解釈もある（淡路剛久「債権保全のための第三者に対する効力（対外的効力）」判例教室189号75頁）。



ないし第三債務者による共同宣言への召喚制度の利用——フランス民事訴訟法第 331 条第 2 項)。

以上のように、フランスにおける債権者代位権の行使の結果は、総債権者の利益となり、行使した債権者が優先的に享受できないことになっている。しかし、債権者の債権が金銭債権の場合には、もっと簡易で有効な手段である債権差押手続きが存在するため、実務上、債権者代位権があまり利用されていないといわれている<sup>10</sup>。しかし、債務者は持分者となっている不可分財産の分割請求をする場合や、債権以外の権利を行使する場合には有用であるし、また、近年、特定債権を被保全債権とする債権者代位権の行使（いわゆる債権者代位権の転用ないし拡張適用）をフランスの判例によって承認するに至ったことからすると、債権者代位権の有用性は必ずしも完全に否定できないので、フランスにおいても債権者代位権の廃止論に対して反対論が根強い<sup>11</sup>。

### 第三章 日本の債権者代位権制度について

#### 一、立法経緯及び立法趣旨

##### 1. ボアソナード民法草案における債権者代位権

日本の現行の債権者代位権（民法第 423 条）は、フランス民法典第 1166 条を継受した旧民法（明治 23 年 4 月公布）財産編第 339 条を修正のうえ採用したものである。旧民法第 339 条はボアソナード民法草案第 359 条に若干の字句の修正を加えて作りあげたものであり、内容的および体系的にはボアソナード民法草案第 359 条そのものであるといってもいい。

旧民法第 339 条 ①債権者ハ債務者ニ属スル権利ヲ申立テ及ヒ行フコトヲ得

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止シタル財産ヲ差押フルコトヲ得ス

第 340 条 ①右ニ反シ債権者ハ其債務者カ第三者ニ対シ承諾シタル義務、抛棄又ハ譲渡ニ付キ其損害ヲ受ク但債権者ノ権利ヲ詐害スル行為ハ此限ニ在ラス

ボアソナードは、フランスの債権者代位権の運用をめぐる生じた問題を教科書的に整理して、これを条文化したという。たとえば、旧民法第 340 条（ボアソナード民法草案第 360 条）は債務者の処分権を肯定し、代位債権者は債権者代位権を行使した後であっても、債務者の行為の効果を受けざるをえず、その効果を覆すには債権者取消権によるほかないと規

<sup>10</sup> 1991 年のフランス民事訴訟法改正により、債権差押に債務名義が必要となり、差押手続きは以前より行使が難しくなったため、以上の論拠は必ずしも妥当ではないと指摘されている（淡路・前掲注（9）76 頁）。

<sup>11</sup> フランス法に関する内容は、主に以下の日本語文献を参考して整理したものである。工藤祐巖「フランス法における債権者代位訴訟の機能と構造(1)~(3)」民商法雑誌 95 卷 5 号 671 頁以下、96 卷 1 号 33 頁以下、96 卷 2 号 208 頁以下、山口俊夫『フランス債権法』259 頁以下（東京大学出版会、1986 年）、淡路・前掲注（9）75 頁以下、松坂・前掲注（4）を参照。

定しているが、これは当時のフランスの通説的見解であった<sup>12</sup>。しかし、フランスの債権者代位権と異なって、ポアソナードによって初めて日本に導入された債権者代位権の最大の特徴は、その第 2 項に債権者代位権の行使は「裁判上の代位」によらなければならないと明示したところであった。裁判上の代位の創設について、ポアソナードは、当時のフランスにおいて裁判上の代位の要否をめぐる大変争いのあったところを、日本では立法的に解決しようとした。その理由として、おそらく裁判所の関与によって代位債権者が債務者の権利を行使することを正当化するということである<sup>13</sup>。また、裁判上代位否定説をとらなかつたのは、フランスの裁判上代位否定説では債務者が代位訴訟に参加する義務もなく、債務者に既判力が及ばないことから、第三債務者が再度訴えられる可能性があること、差押えの効果が生じないから代位債権者を害することの問題点があるからであった<sup>14</sup>。ポアソナードが考えた裁判上の代位の構造は次のようなものであった<sup>15</sup>。

まず、代位しようとする債権者は、債務者に対して自ら権利行使するよう催告の必要がある。そして、債権者が催告したにもかかわらず拒絶された場合には、当該債権者は債務者の権利を行使するために、裁判所にそれまでの事情を記載した代位申請書を提出しなければならない。債務者は、最初の催告拒絶によって主体的な地位を喪失することとなり、代位しようとする債権者は裁判所の許可を得て、債務者の名義で（債務者と他の債権者の代表者）代位訴訟を提起すると、債務者は単なる参加人でしかなくなるとする。

裁判上代位の代位手続きに関しては、「民事訴訟法に従う」（旧民法第 399 条 2 項）と定め、民事手続法に委ねられていたが、のちに公布されたドイツ流の日本の民事訴訟法には代位手続規定が欠けていたために、「裁判上代位法」が単行法として急遽作られることになり、明治 23 年（1890 年）10 月に公布されることになった。

裁判上代位法第 1 条 民法財産法編三三九条ノ規定ニ從ヒテ債務者ニ屬スル訴権ヲ行ハントスル債権者ハ先ツ債務者ニ其行使ヲ合式ニ催告スルコト要ス

債権者右催告ヲ受ケタル後ハ権利ヲ讓渡スルコトヲ得ス

第 2 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

<sup>12</sup> 三ヶ月章「我が国の代位訴訟・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(6)』33 頁以下（有斐閣、1972 年）。

<sup>13</sup> 三ヶ月・前掲注（12）34 頁。

<sup>14</sup> 佐藤岩昭「債権者代位権に関する基礎的考察」平井宜雄古希『民法学における法と政策』296 頁及び注 53（有斐閣、2007 年）、工藤祐徹「フランス法における債権者代位訴訟の意義と構造(3)」民商法雑誌 96 卷 2 号 210 頁以下。

<sup>15</sup> 池田辰夫『債権者代位訴訟の構造』51 頁以下（信山社、1995 年）、工藤・前掲注（14）210 頁以下。工藤祐徹教授は、ポアソナードの意図した裁判上代位の効果について、「既判力の拡張と差押の効果の付与のための構造を与えていた」と述べたにとどまったが（工藤・前掲注（14）8 頁）、佐藤岩昭教授はポアソナードの注釈に基づいて以下のようなはっきりした結論が出された。つまり、債務者は催告受け、かつ訴訟に参加させられた後、裁判上代位の効果が生じる——債務者による権利の処分が禁止される。また、裁判上代位は他の債権者へ通知することによって代位債権者は他の債権者の代表として任命され、判決効は債権者のみならず他の債権者にも拡張される（佐藤・前掲注（14）296 頁以下）。

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

その内容については、債務者に催告することがその前提として必要とされ、その「合式の催告」がされた後には、権利譲渡禁止の効果が付与されていた。この催告の効果について、三ヶ月章博士は「これこそ、まごうことなき差押の効果の一部である」と述べ「裁判上代位法は、このボアソナードの提言をほぼ忠実に現実に移したものとみてまず間違いない」と評した<sup>16</sup>。ただし、代位訴訟の判決効について、旧裁判上代位法には明文の規定がないから、ボアソナードの代位構想はこの点において、不完全な形でしか実現されていなかったと解釈された<sup>17</sup>。

三ヶ月博士はボアソナード草案の裁判上代位に対して、裁判上代位は既にフランス古法の時代に捨てられ、ボアソナードは母国の建前の変改を忍び込ませたとし、後の裁判上代位法と合わせて、「フランス法とドイツ法を足して二で割ったような誠に珍奇な姿を露呈していたといわざるをえぬ」と批判した。これに対して、工藤祐巖教授は沿革的な角度から検討し、ボアソナードの時代のフランスにおいては、裁判上代位の必要性に関してむしろ必要説が有力であったと指摘した上、裁判上の代位行使を通して債権者代位権に既判力拡張と差押的效果を付与ことによって、債権回収機能に整合的な構造を与えたことを評価する<sup>18</sup>。池田辰夫教授は債務者権利保護の観点から、代位債権者が債務者から特別の委任なども受けていないのに、他人の権利を行使するため、裁判所の何らかの関与という手続きが要求されるべきであるとして、ボアソナードの発想の合理性を積極的に評価してもよいという<sup>19</sup>。

## 2. 現行民法における債権者代位権

旧民法典の施行をめぐっては、主としてイギリス法学派の反対が強く、いわゆる民法典論争が展開され、その結果旧民法が修正されることとなった。現行の債権者代位権は、旧民法の規定を引き継いで法典調査会での草案第 418 条として次の構成となっていた。

第 418 条 ①自己ノ債権ヲ保護スル為ノ其債務者ニ属スル権利ヲ行フコトヲ得但債務者ノ一身ノ専属スル権利ハ此ノ限ニ在ラス

②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ノ限ニ在ラス

<sup>16</sup> 三ヶ月・前掲注（12）を参照。

<sup>17</sup> 佐藤・前掲注（14）302頁。

<sup>18</sup> 工藤・前掲注（14）210頁以下。工藤教授の見解は、ボアソナードの意図した債権者代位権はその効果が債務者に帰属するが、債権回収機能を肯定するものである。

<sup>19</sup> 池田・前掲注（15）53頁以下。

立法過程において債権者代位権は、債権者の相対的効力の原則（第 417 条<sup>20</sup>）の例外として、「第三者ニ対スル債権者ノ権利」と題される款に置かれて債権の対外的効力と位置づけられた。起草者穂積委員の説明はあまり詳しくないが、本条は旧民法とそれほど違ったところはないものの、母国法たるフランス民法第 1166 条および旧民法第 339 条がその行使について、表現上広すぎるゆえに、いかなる場合でも権利の申立てや訴権を行うことができそうに思われる欠点があり、「種々ノ疑種々ノ議論ガ生ジタ」。そこで、「如何ナル場合ニ於テドウ云ウ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ウコトヲ指示」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と述べている<sup>21</sup>。後に整理会段階で、「保護」を「保全」（現行法第 423 条）と変更したが、変更前後の意味は変わっていないという。

しかしながら、既述の旧民法第 339 条と比べると、現行の債権者代位権の内容はかなり改正されたといわなければならない。旧民法第 339 条 2 項の規定は、債務者に属する権利を行使する方法を示すにとどまり、むしろ民事訴訟法の規定に属するからといって削除され、差押えを許さない権利は代位の目的とならない（第 3 項後半）という部分も明文を要しないという理由で削除された<sup>22</sup>。代位行使について、旧民法では裁判上代位を原則としたが、現行民法では、弁済期が未到来の債権についてのみ裁判上代位を要するとし、事実上、裁判上代位を撤廃するという形をとった。これはフランス現行法への復帰であり、ポアソナード構想の破棄ともいえるが、一方、債権者の権利が期限未到来の場合に、裁判上代位の制度を温存させたことは、正確にはフランス現行法への完全復帰ではない<sup>23</sup>。三ヶ月博士はこれを当時の立案者の一般的な態度の表しである——「旧民法的思考からの意図的脱却とそれへの無意識的な繋縛の交錯を示している」——という<sup>24</sup>。池田教授は「何故に修正案では期限到来債権について裁判上の代位を外したかは不明」であり、「おそらく、当時の立案者らが裁判上の代位について理論的につめるということもしないままに漠然と、旧民法と大差ないのだという意識の下で、このような修正をやったのけた」と述べ、立案者の意識はまた旧民法の枠にあるにもかかわらず、明文上は大きく改廃させたのは、今日議論の混乱の起因と指摘した上、債務者自身の責任財産を保全するという債権者代位権制度の本質は、依然として現行民法にも存続していると解している<sup>25</sup>。上述の穂積委員の説明と合わせてみれば、池田教授の論述は妥当な結論ではないかと思われる。

<sup>20</sup> 法典調査会での草案 417 条は整理会段階で「ほんの飾り」で、特に規定しなくとも自明なことだからとの理由で削除された（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』243 頁（商事法務研究会、1988 年））。

<sup>21</sup> 玉樹智文ほか編『資料債権総論』137 頁以下（成文堂、2010 年）。

<sup>22</sup> 玉樹・前掲注（21）138 頁以下。

<sup>23</sup> 坂原正夫「第四章 裁判上の代位に関する件」伊東乾＝三井哲夫編『注解非訴事件手続法』302 頁（青林書院、1986 年）。なお、裁判上代位法および非訴事件手続法における裁判上の代位手続に関する立法過程および内容構成について本章を参照されたい。

<sup>24</sup> 三ヶ月・前掲注（12）44 頁。

<sup>25</sup> 池田・前掲注（15）55 頁以下。

以上のような沿革からみると、日本の現行の債権者代位権制度は立法の過程において、少なからず、以下の趣旨がうかがえる。つまり、日本の債権者代位権制度は、母法であるフランス民法における同制度と同じように、債務者が一般担保としての責任財産に属する権利を行使しないことによって債権者の債権の満足が得られなくなる場合において、債権者が債務者に代わって債務者の権利を行使し、その効果を債務者の責任財産に繰り入れて、強制執行の準備をするための制度であると位置づけられている。そして債務者の責任財産の保全の必要のないとき、つまり、債権の引き当てとなる債務者の責任財産が十分であるときは、その権利行使が許されなくなるとしている。要するに、「自己ノ債権ヲ保全スル為メ」との要件は、「債務者の責任財産の保全を通じた債権者の債権の経済的価値の保全のため」と読まれるべきであり、相対効を無視して「債権者の自己の債権の直接的満足のため」と解する余地がないのと考えるのが立案者の立法趣旨に最も合致するのである<sup>26</sup>。

そのゆえ、特定債権を保全するために適用する、いわゆる後に判例によって認められた債務者の無資力要件を不要とする債務者の責任財産保全の目的以外への制度の「転用」について、立法当初は予想していなかったといえよう。

## 二、日本における債権者代位権制度の現状

日本の判例においては、当初、債務者の無資力要件を要するとし、代位行使の効果は債務者に帰属させて、立法趣旨に沿って忠実に運用されたといえる。たとえば、金銭債権を有する債権者が、債務者の行った所有不動産の贈与および受贈者のなした処分の双方の無効を主張して、債務者に代位して登記抹消を求めたという事案につき、大判明治 39 年 11 月 21 日民録 12 輯 1537 頁は、「債務者ノ財産ハ其総債権者ノ一般ノ担保ナルヲ以テ、債務者ノ財産増加スレハ債権者ノ為メ担保ヲ増シ、之ニ反シテ債務者ノ財産減少スレハ債権者ノ為メ担保ヲ減スルコトハ上告人所論ノ如シト雖モ、債権者ニ弁済スル資力十分ナラサル場合ニアラサルハ代位訴権ヲ行フコト能ハサルヤ論ヲ俟タス」と判示し、債権者代位権を行使するのに債務者の無資力要件が必要とされた。また、債権者が金銭債権（貸貨物滅失による損害賠償請求権）を代位行使して、直接自己に弁済すべき旨を請求した事案について、大判明治 36 年 12 月 11 日民録 9 輯 1388 頁は、債権者は第三債務者に対して直接自己に給付を求めることを否定した（同旨：大判明治 39 年 3 月 23 日民録 12 輯 441 頁）。

しかし、その後の判例は、本来の制度目的を拡張させて、現在、簡便な債権回収制度の手段として用いられ、さらに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。債権者代位権制度は強制執行の準備のために責任財産を保全するという本来の趣旨と

---

<sup>26</sup> 浦川道太郎「債権者代位権制度に関する一考察」内山尚山＝黒木三郎＝石川利夫還暦記念『現代民法学の基本問題（中）』7頁（第一法規出版、1983年）。工藤祐巖教授は「自己ノ債権ヲ保全スル為メ」という字句は、旧イタリア民法第1234条がフランスの債権者代位権と比べて付加した「自己の債権を回収するため」と要件との対比において挿入した可能性があるとし唆した。いずれも債権回収機能を否定することは一致する（工藤・前掲注（14）11頁）。

現実的機能の間に乖離が生じている。

### 1. 債権者代位権の機能上の変化に関する判例の形成 ——事実上の優先弁済効

まず、判例は、債権者の金銭債権保全のため、責任財産充実の目的で債務者の金銭債権を代位行使する場合でも、債権者は第三債務者に自己への金銭の給付を請求できると認められるようになった。大判昭和10年3月12日民集14巻6号482頁は、「債権者カ自己ノ債権ニ付第三債務者ヨリ直接弁済ヲ受クルコトヲ得サルハ勿論ナリト雖第三債務者ヲシテ其ノ債務者ニ対スル債務ノ履行トシテ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スサルヘカラス」と判示した（特定債権保全の事例として、土地の賃借人は賃貸人に代位して不法占拠者に賃借人自身に土地の明渡しを認めた大判昭和7年6月21日民集11巻12号1198頁を参考）。債権者代位権を行使した結果の帰属問題と債権者が債務者の権利の実行方法としての給付の受領権限とは別問題として、債権者に給付受領権限を認めないと、債務者が給付を受領しない場合に、債権保全ができないことが理由とされている。

さらに、最判昭和44年6月24日民集23巻7号1079頁は、「債権者代位権は、債権者の債権を保全するために認められた制度であるから、これを行使しうる範囲は、右債権の保全に必要な限度に限られるべきものであって、債権者が債務者に対する金銭債権に基づいて債務者の第三債務者に対する金銭債権を代位行使する場合においては、債権者は自己の債権額の範囲においてのみ債務者の債権を行使しうるものと解すべきである」と判示した。

このように、債権者の債権が金銭債権であり、債権者代位権の目的も金銭債権の場合（被保全債権と被代位債権の給付内容が同一の場合）、第三債務者から弁済を受けた代位債権者は自己の債務者に対する債権を自働債権として、債務者に給付物の返還債務と相殺することによって、実質的に他の債権者に優先的に弁済を受ける効果が生じることになる。前述の最判昭和44年と相まって判決の一般論は、債権者代位権が総債権者のための共同担保をはかることを通して、債権の経済価値を間接的に保全する目的を超えて、債権者代位権を行使する債権者自身の債権を保全するための制度として機能することを事実上容認するものであった<sup>27</sup>。このような判例に対して、これは代位債権者への「事実上の優先弁済」を承認したものと評価されている。

### 2. 特定債権保全のために債権者代位権を行使する判例の形成 ——債権者代位権の「転用」

「転用」事例に関して、最高裁は一貫して「転用」という言葉を使わず、あくまでも本来

<sup>27</sup> 淡路剛久『債権総論』240頁（有斐閣、2002年）。同教授は、債権者代位権が共同担保のために行使されるならば、必ず代位債権者の債権額の範囲に限る必然性はないからといって、債権額の範囲に限定した最判昭和44年判決の考え方は、代位債権者の債権を保全するための制度であることを明確したと解している。

の適用領域内の問題として——「自己の債権を保全するため」という枠内で解釈論を展開してきた。このように、債権者代位権の本来の責任財産の保全の目的を超えて、債権者の「特定債権」の保全あるいは実現のため、無資力要件を不要とする代位権行使は、学説上、債権者代位権の「転用」と呼ばれている。判例を類型して簡略にまとめると、代表的な「転用」事例は主に次のような場合である。

(1) 登記請求権の代位行使（転得者による代位行使<sup>28)</sup>

債権者代位権の「転用」を認めた最初の判決は、大判明治43年7月6日民録16輯537頁である。この判決は、土地がAからB、Cへと順次売却されたにもかかわらず、登記名義がAにあるという事例において、CのBに対する登記請求権を保全するために、Bの無資力を要件としないで、BのAに対して有する登記請求権を代位行使することを認めた。その理由づけとして、民法423条は被保全債権につき特段制限を設けていないから、「自己の債権を保全するため」というのは、債権者のある特定の債権を保全するためでもよいと解し、「保全セントスル債権ノ目的カ債務者ノ資力ノ有無ニ関係ヲ有スル場合ニ於テハ所論ノ如ク債務者ノ無資力ナルトキニ非サレハ同条ノ適用ヲ必要トセサルヘシト雖モ債務者ノ資力ノ有無ニ関係ヲ有セサル債権ヲ保全セントスル場合ニ於テモ苟モ債務者ノ権利行使カ債権ノ保全ニ適切ニシテ且必要ナル限りハ同条ノ適用ヲ妨ケサルモノト解スルヲ相当トスル」とした。

しかし、その後、この大判明治43年を皮切りに「転用」の運用は、判例によって多様な局面で展開されてきた。

(2) 妨害排除請求権の代位行使

不動産を賃借する賃借人Cが、不動産賃借権を保全するために、賃貸人Bの有する所有権に基づき、不法占拠者Aに対する妨害排除請求権の代位行使を認めた事例（大判昭和4年12月16日判決民集8巻944頁他多数）。

(3) 債権譲渡通知の代位行使

債権がAからB、BからCへ転々譲渡された事例において、Aが債務者に対して債権譲渡の通知を怠った場合、CがBに対する債権譲渡通知請求権を保全するために、BのAに対する債権譲渡通知請求権の代位行使を認めた事例（大判大正8年6月26日民録25輯1178頁）。

(4) 建物買取請求権の代位行使（否定例）

---

<sup>28)</sup> 代位行使者による登記移転手続きにつき、中間者Bのみが協力しない場合は、Bの登記申請権への代位の問題となるのに対して、中間者Bとその前主Aとも協力しない場合は、まずCは訴訟でBのAに対する登記請求権を代位行使したうえ（勝訴判決がAの登記申請行為に代わる）、さらにBの登記申請権への代位（B自身の登記申請行為に代わる）が必要となり、つまり、登記請求権への代位のほか登記申請権代位への代位も問題となる。その詳細の登記方法は、潮見・前掲注(2)62頁以下を参照されたい。

Aから土地を賃借しているBが同土地に建物を所有しており、その建物をCがBから賃借しているケースにおいて、AとBと間の土地賃貸借契約が更新されない場合において、BがAに対する建物買取請求権の行使を怠ったとき、建物賃借人Cが自己の建物賃借権を保全するために、BのAに対する建物買取請求権を代位行使した事例において、判例は「債権者が民法423条により債務者が利益を享受し、その利益によって債権者の権利が保全されるという関係」が必要とし、本件では代位行使によってBが受ける利益は建物代金債権であって、これによってはCの建物賃借権が保全されないとして、Cの建物買取請求権の代位行使を認めなかった（最判昭和38年4月23日民集17巻3号536頁）。しかし、これに対しては、反対する学説<sup>29</sup>が多い。これは、Cの代位行使を認めることにより、結果として、建物の引渡しを受けているCがAに建物の賃借権を対抗できることになるので、結局、自己の賃借権の保全につながるとの論拠である。

以上、被保全債権が非金銭債権の場合に「転用」の適用判例であるが、近時被保全債権が金銭債権の場合でも、債務者の「責任財産の保全」とかけ離れ、転用例（転用例に分類できるかどうか事例ごとに争いがある）として扱う判例が出できた。

#### （5）任意保険金請求権の代位行使（否定例）

自動車事故の被害者の両親Cが加害者Bに対する損害賠償債権を保全するため、Bの保険会社Aに対する任意保険金請求権を代位行使し、直接にAに保険金の支払いを求めた事例では、判例は交通事故による損害賠償債権も金銭債権であるから、BがAに対して有する任意保険金請求権を代位行使するには、債務者であるBの無資力を要するとし、Cの代位行使請求を認めなかった（最判昭和49年11月29日民集28巻8号1670頁）。判例の理由からみると、この事例は「転用」事例として考えていなかったように思われるが、学説の反対が強い。その理由は、責任保険契約の法理を着目し、すなわち、損害賠償請求権（被保全債権）と保険金請求権（被代位債権）とは密接不可分の関係にあり、保険金は被害者に対する損害の賠償に充てられるべきものであって、加害者がこれを自由に処分できないから、本件の事例が無資力を不要の「転用」事例として処理すべきであるとした<sup>30</sup>。

#### （6）共同相続人間の移転登記請求権の代位行使

Zが所有する土地をBに売却し、代金の一部を受け取った後死亡し、CとAが共同相続人となった。Cは登記移転と引き換えに残代金をBから受け取りたいが、AはBへの移転

<sup>29</sup> 柚木馨・高木多喜男『判例債権法総論』167頁（有斐閣、補訂版、1971年）、林ほか・前掲注（4）183頁、淡路・前掲注（27）263頁、水本浩『債権総論』（民法セミナー4）94頁（一粒社、1976年）、中田裕康『債権総論』220頁（岩波書店、新版、2011年）ほか。

<sup>30</sup> 林ほか・前掲注（4）184頁、近江幸治『民法講義Ⅳ 債権総論』133頁（成文堂、第3版、2005年）、鈴木祿弥『債権講義』170頁（創文社、三訂版、1995年）、内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権』282頁（東京大学出版社、第3版、2005年）。なお、上記の問題提示を受け、昭和51年任意保険約款が改定され、被害者の損害賠償請求金額が確定したことを条件に被害者からの直接請求権が認められるようになったため、現在では代位権の「転用」問題にならない。



登記を拒否した。そこで、買主Bが同時履行の抗弁権を主張して残代金の支払いを受けられないので、Cは、残代金請求権を被保全債権として、Bが有するAに対する登記移転請求権の代位行使を求めて訴訟を提起した。判例は、この事案において、Bの資力の有無にかかわらず、Cの代位行使を容認した（最判昭和50年3月6日民集29巻3号203頁）。この事案のような共同相続人の移転登記義務は、共同相続人全員の協力が必要となり、単独申請ができないため、所謂必要的な行為である。下森定教授はこれを「合同債務」と名付け、星野英一教授は「合手的債務」と呼ばれている。そもそも共同相続人の間に、互いに登記移転の協力を請求する方法が現在の実体法・判例法上そのほかの手段がないから、この問題が生じるのである<sup>31</sup>。Cは残代金請求権を保全するために、まずBのAに対する登記移転請求権を代位行使することによって、Bの同時履行の抗弁権を失わせることが必要となるから、Cの残代金請求権がBの責任財産状況と関係なく、被代位権利が行使されない限り、被保全債権が実現できない。それゆえ、本件の事例は債務者の無資力要件の有無を問わず、一種の転用型として認めるべきものであると考える。

#### （7）振り込め詐欺における加害者の預金払戻請求権の代位行使

問題となったのは、振り込め詐欺の被害者が振込先口座の銀行に対し、被害者から振込先に指定された預金口座に対して振り込んだ金員について、不当利得に基づく返還請求または債権者代位権に基づく支払請求をした事案である（東京地判平成17年3月30日金融・商事判例1215号6頁以下）。本判決は、いわゆる振り込め詐欺の被害者である原告らは電話をかけてきた氏名不詳者らに対して振込金額の不当利得返還請求権を有し、その氏名不詳者が振込先として指定した各銀行口座の預金者であるものとして認められるところ、所在も明らかではない氏名不詳者に対して直接債務名義を取得する方法は現行法制上存在しないし、当該氏名不詳者の財産と認められるものは上記各口座についての預金払戻請求権以外に見当たらないため、原告らとしては、自己の不当利得返還請求権を保全するには当該預金払戻請求権を代位行使するほかないから、保全の必要性が認められ、同請求権の代位行使を認めることができるとした<sup>32</sup>。本判決は下級審判決ではあるが、被保全債権が金銭債権であるにもかかわらず、無資力要件の要否に直接触れることなく、実質的に緩和された認定は、転用型の肯定事案として評価されるものであろう。

さらに、民法423条の法意によって抵当不動産の所有者に対する抵当不動産の担保価値維持請求権を被保全債権として不法占有者に対する抵当不動産の所有者の妨害排除請求権を代位行使する判例が現れるようになった。

#### （8）民法423条の「法意」による債権者代位権の適用

<sup>31</sup> 近江・前掲注（30）134頁。

<sup>32</sup> 他の下級審の転用事例の紹介は山田希「債権者代位権の一元的理解（1）」名古屋学院大学論集社会科学編第39巻第1号61頁以下、「債権者代位権の一元的理解（2）」名古屋学院大学論集社会科学編第39巻第4号75頁以下を参照されたい。

CがBに対して貸金債権を有し、その債権を担保するためにB所有の甲不動産の上に抵当権の設定を受けていた。Cが甲不動産上の抵当権に実行を申し立てたところ、Aがこの不動産を不法占拠していた場合、抵当権者Cが不法占拠者Aを排除できるかがまず問題になる。つぎに、仮にこれを肯定することとしても、さらにCがAに対して、自己に甲不動産の引渡しを請求できるかが問題となる。最高裁は大法廷を開き、まず抵当権を価値権ととらえ、「抵当権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あるときは、これを抵当権に対する侵害と評価することを妨げるものではない」として、このような侵害があるとき、「抵当権の効力として、抵当権者は、抵当不動産の所有者に対し、その有する権利を適切に行使するなどして右状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保全するよう求める請求権を有する」（担保価値維持請求権）。「そうすると、抵当権者は、右請求権を保全する必要があるときは、民法 423 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することができる」とした上、抵当権者自身への直接引渡請求を認めた（最判平成 11 年 11 月 24 日民集 53 卷 8 号 1899 頁）<sup>33</sup>。この事案において、代位債権者である抵当権者が当初被担保債権である貸金債権を被保全債権として抵当権設定者の所有権に基づいて妨害排除請求権の代位行使を主張していたが、最高裁は請求の趣旨を読み替え、「設定者に対する抵当不動産の担保価値維持請求権」問題として判断した。今まで、判例は転用事例に対して終始 423 条の適用領域——「自己の債権を保全するため」——内の問題として対応してきた。しかし、本判決は、「債権の保全」ではなく「抵当権の保全」（抵当権の担保価値の保全）のため、「423 条の法意」に従い、債権者代位権の適用を認めた。このような法的構成は 423 条の立法趣旨はともかく、条文の語句からにしても、423 条の本来の適用範囲外で債権者代位権の行使が容認されることとなり、これは判例によって認められた典型的「転用」事例といえよう<sup>34</sup>。この判決を受けて、その後、最高裁は抵当権自体に基づいて妨害排除請求権を認めたため（最判平成 17 年 3 月 10 日民集 29 卷 2 号 356 頁）、この問題に関する債権者代位権の転用構成の役目もついに、終焉を迎えた。しかし、上記の事例は債権者代位権の転用型の果たす「過渡的な段階において、権利を生成する機能」の重要性を示している典型的なケースともいえよう。

### 3. 債権者代位権の理論構成の学説状況

従来の通説は、債権者代位権の事実上の優先弁済機能および転用に対して、判例の立場を支持しているといえる。近時の学説では、さらに、訴訟法学者の研究成果を取り入れて、手続き保障の視点から制度の適正化をはかるものが有力となっている。一方、判例、通説

<sup>33</sup> これにより、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使、または抵当権の被担保債権を保全するために抵当権設定者の所有権に基づく妨害排除権を代位行使することを否定した最判平成 3 年 3 月 22 日民集 45 卷 3 号 268 頁が変更された。

<sup>34</sup> 判例批評に関して松岡久和「抵当目的不動産の不法占有者に対する債権者代位権による明渡請求（上）（中）（下）NBL681号6頁以下、682号36頁以下、683号37頁以下を参照。債権者代位権転用構成に関して、奥田昌道編『新版注釈民法（10）Ⅱ』713頁以下[下森定]（有斐閣、2011年）、潮見・前掲注（2）73頁以下、片山直也「責任財産の保全」ジュリスト1392号112頁以下を参照。

に反対し、異なる理論構成を試みる学説が展開されている。以下に代表的な学説を紹介する<sup>35</sup>。

(1) 天野説<sup>36</sup>

この説は、条文の「自己の債権を保全するため」との意味が「自己の債権の履行を求めため」と理解し、通常債権回収のため使われる強制執行には債務者名義の具備などの手続きが複雑であるから、代位権が比較的簡便な要件で直ちに第三債務者から支払いを求め簡便な債権回収手段であると位置づけられる。この説は代位権の強制執行の準備を認めるが、転用例について直接請求権を認めることによって代位権の行使を否定し、そして、金銭保全の場合は無資力要件を不要とし、積極的に債権回収機能を認めようという説である。その理由は次のように要約される。

ア. 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不当な干渉であり、債権者からの財産関係に干渉を受けることも不当ではない。

イ. 代位債権者が債務者の無資力要件を立証することが極めて困難である。

ウ. 立法当時に無資力要件に関する立法趣旨が明確ではなく、民法 423 条にも明文規定がない。

エ. 実務上旧不動産登記法第 46 条 (現第 59 条) による代位登記の場合、無資力要件が貫徹されていない。

オ. 第三債務者にとっては、弁済すべき状態である以上、債務者に弁済するか、代位債権者に弁済するだけの問題であり、別に利害関係が変わるわけではない。

カ. 特に債務者がほかに不動産を持っている場合 (無資力ではない)、債権者の代位権の行使ができないから、結局債務者の不動産に対する強制執行を強いられることとなり、そのために債権者の労力と費用および債務者の負担は代位権行使に比較したら、著しく大きい。

しかし、天野説に対しては、以下のような批判が加えられ、現在この説を支持する者は少ない<sup>37</sup>。債務者が権利を行使するか否かは債務者の自由であり、不行使が直ちに非難されるべきではない。一般的に無資力要件を撤廃して、債権者は債務者が任意に支払わないと、常に債務者の債権を随意に行使しうることを認めるならば、多数の債権、債務関係が存在する信用取引の安全を害する恐れがある。仮に無資力要件を維持する立場をとったとしても、天野氏自身の提唱した方法のように無資力の証明責任が債務者に転換することも可能であるから、無資力要件を撤廃する理由にならない。また上記理由カに対しては、債権者が債務者の金銭債権を差し押さえることが可能であるから、必ずしも債務者の不動産に対して強制執行を踏み切る必要性がないとの批判がある。

<sup>35</sup> 学説の整理は下森・前掲注 (34) 703 頁以下を参照。

<sup>36</sup> 天野弘「債権者代位権における無資力理論の再検討 (上) (下)」判タ 280 号 24 頁、282 号 34 頁、同「不動産賃借権者による妨害排除請求権の代位行使という判例理論の再検討(上)(下)」判タ 286 号 9 頁、288 号 27 頁、同『民法学 4』136 頁 (有斐閣双書、1976 年)。

<sup>37</sup> 天野説の批判として、平井一雄「債権者代位権」星野英一編集代表『民法講座IV』125 頁以下 (有斐閣、1983 年)、奥田昌道『債権総論』250 頁以下 (悠悠社、増補版、1992 年) を参考されたい。

(2) 花房説<sup>38</sup>

花房説は、債権回収機能の面で天野説を一層徹底させている。この説によると、代位権は、代位債権者が第三債務者に対して有する債務者の権利内容を自己の権利内容として直接に履行を求める独立的請求権である。債権者代位権制度は、債権の円滑なる満足のために第三債務者から直接に弁済を得させようとするものであるから、登記請求権や妨害排除請求権のような転用型の代位行使も権利の円滑なる満足を得るためのものとして債権者代位権制度の拡張ではなく、この制度の中に位置しうるといふ。但し、債務者の権利(被代位権利)が債権者の債務者に対する権利を直接的に満足し得ない種類の権利である場合には、代位行使ができないとされる。債務者は第三債務者に対する権利行使(特定債権も含む)によって得た成果を弁済以外の目的のために利用する自由を有するとして、債権者はその自由を尊重しなければならないが、債務者の権利行使の成果の利用が債権者への弁済に充てられるためと限る場合、代位権の行使は債務者の財産的自由の侵害にならない。「権利行使の成果の利用が債権者への弁済に充てられるためとは限る場合」の客観的判断基準は債務者の資力状態であり、つまり通常金銭債権の場合、代位行使に債務者の無資力要件を要するのに対して、特定債権の場合、無資力要件が不要となる。たとえば、前掲判例(5)[保険金請求代位事例]の場合、保険金は被害者に対する賠償にあてられるべきものであるから、債務者の資力と関係なく代位行使を求めるべきである。

この説の他の特徴は、

- ア. 金銭債権について代位行使の範囲が代位の基礎たる債権額に限ること、
- イ. 代位権行使の効果が債権者自身に帰属すること、
- ウ. 債権者代位訴訟における判決の既判力は債務者に及ばないこと、
- エ. 第三債務者は債務者に対して有する権利消滅と権利の内容上の制約以外の抗弁をもって債権者に対抗できないこと、
- オ. そして、第三債務者は債権者との個人的関係に基づいて有する抗弁として、相殺の抗弁をもって債権者に対抗することができることである。

債権者代位権制度と債権執行制度との関係は、債権執行制度の側からみればその迂遠さが債権者代位権制度によってある程度解消されるのであり(本来型)、債権者代位権制度の側からみればその限界が債権執行制度によって補充され(被代位権利が債権者の債務者に対する権利を直接的に満足し得ない種類の権利)、「両者相俟って債務者の第三債務者に対する権利による債権者の債権の円滑、的確な満足の実現をはかるものなのである」といふ。

「立法の沿革から見た現行の代位制度からあまりに離れた極めて大胆な提言であるためか<sup>39</sup>」、花房説を支持する者が殆どいないが、偶然にもこの説が後述の中国の債権者代位権制度との近似性が多いため、ここで一応おさえておく。

<sup>38</sup> 花房一彦「債権者代位について……独立的請求権の試み」新潟大学商学論集 11=12号 54頁以下(1979年)を参照。

<sup>39</sup> 下森・前掲注(34) 706頁。

### (3) 平井説<sup>40</sup>

判例の「事実上の優先弁済効」を正面から肯定し、緻密な理論構成を提示したのは平井宜雄教授の「包括担保権説」である。この説によれば、代位権とは「単に債務者に属する権利を共同担保の保全のために行使する権利ではなく、相手方に対し直接行使できる債権者固有の権利」と解し、「代位債権者が直接に第三債務者から金銭を取り立てて優先弁済にあてることができる」という。その理論構成について、債権者は債務者の一般責任財産（共同担保）に対して固有の権利として一種の「包括担保権」を有し、代位権はこの「包括担保権」の実行方法として債務者の権利を行使することができるというものである。この説は債務名義及び差押手続きなしで簡易な債権執行方法を創出することとなるが、その要件、効果の特徴は以下のようなものであるとまとめられる。

ア．債権者代位権の行使は原則として無資力要件が必要であるが、被保全債権と被代位債権との間に密接な担保関係がある場合、無資力要件が不要とされる（「共同担保たる責任財産のうちの一つが特定され、その結果、包括担保権的性格が特定の財産への集中により失われる」から、たとえば、前掲判例（5）の保険金請求権の代位行使がこれに当たる）。

イ．債権者代位権の包括担保権的性格に鑑みると、非金銭の代位行使（転用型）は原則として否定する（たとえば、前掲判例（1）[登記請求権の代位]や前掲判例（2）[妨害排除請求権の代位]は各自の領域で対処すべきである）。その代わり、無資力要件は不要とし、保存行為の適用を拡大すべきである（たとえば、前掲判例（6）[共同相続人間の移転登記請求権の代位行使]、や未登記建物に対する差押のための代位登記申請などがこれに当たる）。

ウ．代位行使できる範囲は自己の債権額に限るが、債権者は代位効果を自己へ直接に引渡しを請求でき、その代位の効果は債権者に帰属し、自己の被保全債権の満足にあてることができる。

エ．第三債務者は、債務者に対して対抗できる事由を債権者に対しても対抗できる。しかし、たとえば、担保により債権を回収できるのに、あえて一般債権者として債権者代位権を行使した場合には権利濫用の抗弁を認めるなど、債務者には対抗できないが、代位債権者に対しては対抗できるとする。

オ．代位行使の効果として、裁判上の代位（非訟事件手続法第88条3項（旧第76条2項））を除き、処分制限効を生じないとし、代位訴訟の既判力は原則として訴訟参加していない債務者と他の債権者に及ばない。

潮見佳男教授は、上記の包括担保権説に対して、債権者代位権を「一般財産に対する担保権」として捉えることに対してあえて否定しないが、それを超えて「包括担保権」という概念によって代位客体に対する代位債権者の「優先的価値支配」を説明するのであれば、共同担保以上にそのような優先的価値支配が正当化されるためには、理論的な説明が必要

---

<sup>40</sup> 平井宜雄『債権総論』255頁以下（弘文堂、第2版、1994年）、同「債権者代位権の理論的位置」『現代社会と民法学の動向 下』225頁以下（有斐閣、1992年）。

となると批判した<sup>41</sup>。

下森定教授は、平井説が「債権者代位権＝包括担保権」を法が特に認めた一種の法定担保権として捉えているようなので（「被担保債権が限定されていない一般の先取特権に類似する<sup>42</sup>）、結論の当否がともかくとして、一応の根拠の説明はされていると、潮見教授の批判に対してさらに反論した<sup>43</sup>。しかし、「一般財産に対する担保権」が——債権者間の平等から、「包括担保権」——優先的価値支配に、飛躍的な質的变化を正当化するのに、ただ擬制的な法定というだけでは、理論的根拠として成り立たない。代位債権者がなぜ他の債権者より優先的に代位効果を楽しむことができるかの実質的な理論的根拠が不可欠であると考えるから、潮見教授の指摘を賛成したい。平井一雄教授も包括担保権説に対して、「公示のない担保、しかも包括担保（のようなもの）を現代の担保法の中で認容することの意味やそのように解してまで債権者代位権に独自の存在理由を認めなければならないのか、など、議論が生じる」との指摘があった<sup>44</sup>。

#### （４）佐藤説<sup>45</sup>

包括担保権説を基礎にして、債権者代位権を個々の法律に基づく直接訴権ではなく、民法 423 条に基づく個々の債権者に付与された一般的直接請求権（裁判外行使が原則なので、直接訴権と呼ばず、直接請求権という）であると解しているのが佐藤説である。この説は、債権者代位権が直接訴権の行使と同じ効果を有する実体法上の権利であり、債権者がこの権利を固有の権利として行使することができるという。被保全債権について、期限の到来、金額の確定、条件の成就といった要件が必要とされ、被保全債権の期限が未到来の場合、保存行為に該当すれば、民法 423 条 2 項但書を優先して適用すべきであるという。無資力要件について、この一般的直接請求権が純粋な直接訴権ではなく、債権者代位権としての性格を残しているから、債務者の権利に対して不当な侵害を排除するため、金銭債権に基づいて金銭債権を行使する場合には、無資力要件が必要と解されている。しかし、金銭債権に基づいて金銭債権を行使する以外のパターンに関しては説明がなく、そういう意味でこの説は完成した形となっていない。

#### （５）加藤説<sup>46</sup>

この説は、債権者代位権を債権の相対的効力の例外——債権の対外効として位置付ける。加藤雅信教授は債権の対外的効力に関して、債権者代位権、詐害行為取消権、連鎖的抗弁の三種類を認め、その基礎理論が、

---

<sup>41</sup> 潮見・前掲注（2）18頁以下。

<sup>42</sup> 平井・前掲注（40）のうち、『債権総論』262頁。

<sup>43</sup> 下森・前掲注（34）709頁。

<sup>44</sup> 平井・前掲注（37）140頁。

<sup>45</sup> 佐藤・前掲注（14）277頁以下。

<sup>46</sup> 加藤雅信『新民法大系Ⅲ 債権総論』174頁以下（有斐閣、2005年）を参照。

ア．債権者と債務者と第三債務者との間に権利の内的連鎖関係がある場合、  
イ．債権の存立が危機に瀕する場合（詐害行為取消権、従来の債権者代位権の本来型）  
の二通りを提示した。この二種類の基礎に基づいて、債権者代位権は、「無資力型債権者代位権（上のイ型）」と「連鎖型債権者代位権（上のア型）」の二類型が認められる。

加藤教授は上記の二類型が債権者代位権の要件、効果論について一般的な見解と異ならないと断わった上、この二種類の差異は「債権保全の必要性」の内容であると述べ、つまり、無資力型債権者代位権にあつては「債務者の無資力」であり、連鎖型債権者代位権にあつては「連鎖型権利保全の必要性」（無資力要件不要）である。無資力型債権者代位権は、従来の債権者代位権の本来型と同じものとして考えられるが、連鎖型債権者代位権はさらに、

ア．「権利の順接連鎖型債権者代位権」型（被保全債権と被代位権利が同一種類の場合の債権者代位権を指す。たとえば、登記請求権の連鎖、商品に欠陥があった場合の債務不履行による損害賠償請求権の連鎖、安全配慮義務の連鎖、債権譲渡にともなう通知請求権の連鎖、売主担保責任の連鎖など）。

イ．「実質権利型債権者代位権」型（被保全債権と被代位権利が同一利益を目的とし、代位債権者が利益の最終的、実質的帰属者である場合の代位権を指す。たとえば、賃借人による妨害排除請求権の代位行使、未登記建物に基づく妨害排除請求権 損害賠償請求権の代位行使、保険金請求権の代位行使、事務管理、履行引受などの債権者代位権行使事例）。

ウ．「逆接連鎖型債権者代位権」型（抗弁的牽連関係がある場合。たとえば、前掲判例（6）のような抗弁権消滅の目的での債権者代位権の行使事例）の三種類分けられる。

この説は、新たに債権者代位権の行使認容基準を提示してくれたが、その前提となる債権の対外的効力の範囲問題は一応置くとして、類型化の理論の不明確さはこの説が広く浸透していない最大の原因であると思われる。

#### 4. 債権者代位権の類型化

本来の債権者代位権は、債務者の責任財産を維持、保全するための制度であり、「自己の債権を保全するため」とは、総債権者のための共同担保たる債務者の責任財産を保全することを通して自己の債権の経済的価値の保全をはかると解されてきた。この場合、被保全債権と被代位権利とは直接関係がなく、被代位権利が債務者の責任財産に属していればよい。これは講学上では「本来型」と呼ばれている。しかし、被保全債権と被代位権利が密接な関係があり、前者を実現するために後者を代位することが必要な場合に、債権者代位権本来の目的（責任財産の保全）を超えて、債権者の「特定債権<sup>47</sup>（金銭債権を含む）」を保全するために認められた場合を学説上で「転用型」と呼ばれている。前掲判例（1）の大判明

<sup>47</sup> 通常特定物の引渡しを目的とする債権のことを「特定物債権」というに対して、債権者代位権において被保全債権は金銭債権以外の債権のことを特定の債権という意味で「特定債権」、「特定の債権」と呼ぶことが多い。「特定債権」は「非金銭債権」とも呼ばれることが少なくないが、近時被保全債権が金銭債権の場合であっても、転用型として論じられた判例が出てきたため、「本来型」と「転用型」との分類上の意味では、「特定債権」と「非金銭債権」（金銭債権以外の債権）との意味が必ずしも一致しない。

治 43 年が、特定債権保全の代位行使に無資力要件を不要と判示して以降、被保全債権が金銭債権である場合は原則無資力要件を必要とし、被保全債権が特定債権である場合は無資力要件を不要とする二分論が維持されてきた。これまで、学説も判例の立場を支持して、特定債権保全の必要性と無資力要件の不要性が一体的なものとして理解されてきた。そもそも特定の債権の保全は、債務者の責任財産の維持、保全によってはかられるものではないため、つまり、特定債権は債務者の責任財産によって担保される関係に立たないから、「転用型」は債務者の無資力要件を不要とすべきである。逆に、転用型を肯定する以上、無資力要件を課すると、被保全債権が十分に目的を達成できなくなる。かりに、この場合に無資力要件を不要としても、債務者の財産管理への不当干渉となるとは思われない<sup>48</sup>。

債権者代位権については、「被保全債権の種類に代位行使される権利の種類を乗じた数だけ多様な利益状況<sup>49</sup>」が存在している。そういった多様な利益状況に応じて制度の実体を解明するのは、類型化が有用な手法である。学説上の多くは本来型と転用型と分類して論じることが多い。従来分類の仕方については、被保全債権の種類（金銭債権か特定債権か）によって本来型と転用型と分類されていたが、さらに近時の特定の金銭債権保全ケースを拡張型として整理するものがある。下森教授は本来型と転用型との区別にとって重要なことは、金銭債権保全か特定債権保全かではなく、債権者代位権が制度の本来の行使目的によってどうかによって分類されるべきであると主張し、以下のように、判例上、債権者代位権が機能している事例を、保全の目的、被保全債権と被代位権利との種類別に細分化した<sup>50</sup>。以下はこの分類型を借用して本稿を進めていく。

ア.「本来型」 制度の本来の目的である責任財産保全のため行使される場合である。これはさらに、①金銭債権保全のための金銭債権の代位行使（以下、「本来型①」という）と、②金銭債権保全のための特定債権あるいはその他の権利（例えば取消権や解除権、以下は「本来型②」という）の代位行使の 2 種類に分類できる。

イ.「転用型」 制度本来の目的以外の他の目的のために転用して使われている場合である。これはさらに、①特定債権保全のための特定債権あるいはその他の権利（建物買取請求権など）の代位行使（以下、「転用型①」という）、②金銭債権保全のための特定債権あるいはその他の権利の代位行使（以下、「転用型②」という）、と③金銭債権保全のための金銭債権の代位行使（以下、「転用型③」という）の 3 種類に分類できる。

<sup>48</sup> 下森・前掲注 (34) 718 頁。

<sup>49</sup> 工藤祐巖「債権者代位権」（「債権法改正の基本方針」を読む）法律時報 81 卷 10 号 18 頁（2009 年）。

<sup>50</sup> 従来分類の仕方については、被保全債権の種類（金銭債権か特定債権か）によって本来型と転用型と分類されていたが、最判昭和 50 年 3 月 6 日民集 29 卷 3 号 203 頁以来、債権者代位権の目的が責任財産の保全か（本来型）、その他の目的か（転用型）を区別基準とされることが主流となっている。工藤祐巖「13 債権者代位権と債務者の無資力」『民法判例百選 (2) 債権 (第 4 版)』別冊ジュリスト 137 号 33 頁以下（1996 年）を参照。



### 三、債権者代位制度の必要性

#### 1. 廃止論

沿革的にみれば、日本の債権者代位権はフランス法と同様に、本来は債権者の債権の効力が債務者の財産に直接及ばないところ、債務者が自己の財産を維持、保全しない場合には、債権者に対して、債務者の権利を債務者に代わって行使する権限を、法定によって認めるが、他方で、その効果については、債権者ではなく債務者に属し総債権者のための共同担保となる。したがって、代位債権者は代位権の行使効果を優先的に享受することができず、他の一般債権者と平等弁済を受けることとなる（債権者平等の原則）。こういう意味では債権者代位権は債権執行の準備としての作用をなす制度である。債権者代位権の起源については必ずしも明確ではないが、フランス法系において執行手続きの不備を補うものとして発展してきたといわれる<sup>51</sup>。これに対してドイツ法系は執行制度が完備したため、債権者代位権制度を認めないわけである。

しかし、特に被保全債権と被代位権利ともに金銭債権である場合には、判例は代位債権者が、第三債務者に対して、被代位権利の目的である金銭を直接自己に引き渡すよう請求することを認めて、代位債権者は、受領した金銭の債務者への返還義務と被保全債権とを相殺することにより、事実上、代位債権者は債務名義がなくても簡便に債権回収を図ることができる（優先弁済機能）。この場合の債権者代位権は、もはや本来の強制執行の準備機能を超え、債権回収機能をもつこととなる。日本の民事訴訟法はドイツ民事訴訟法を継受し、債権回収のための強制執行制度としては、債権執行制度が存在し、また、債務者の責任財産を保全するための制度としては、民事保全制度が存在する。ドイツ型執行制度の立場からみると、強制執行制度、保全制度と併存するという形で実体法上の制度として債権者代位権を設ける必要性及び正当性が問われる。これに加えて、通説が代位行使に債務者の処分禁止効（差押的効力）を肯定することによって、債権者代位権制度の機能性がますます債権執行制度と接近してきた。このように債務名義によらない簡易執行を認めた債権者代位権は、取立訴訟や転付命令などの日本における現行の強制執行制度の全体バランスとの関係で、さらに問題が増幅する。

以上のような債権者代位権制度と強制執行制度との二重構造的な問題に対して、三ヶ月博士は昭和 44 年の論文の中で、日本の債権者代位権制度と取立訴訟の系譜的考察を通して、特に強制執行制度の基本政策として、平等主義のもとで、両者の機能、役割の重複及び・  
・を指摘して、現在の債権者代位権を分解し、「本来型」は取立訴訟ないし保全処分に任せ、「転用型」はその固有の領域で各則的な整備するという方向で解決すべきであるとして、債権者代位権廃止論を打ち出した<sup>52</sup>。三ヶ月博士の主張に賛同し、債権の差押制度一本だけ

<sup>51</sup> 但し、佐藤岩昭教授は、債権者代位権が強制執行制度よりも破産制度——商人破産主義と密接な関係があり、フランス古慣習法において独自に発達した民事上の破産手続きであったと考える（佐藤・前掲注（14）281頁）。

<sup>52</sup> 三ヶ月・前掲注（12）、同「取立訴訟と代位訴訟の解釈論的・立法論的調整」『民事訴訟法研究（7）』（1978年）。

にすべきという見解などが表明されている<sup>53</sup>。

## 2. 債権執行制度との相違

そこで債権者は債務者の有する債権の関わり方に関して、債権執行方法と債権者代位権との相違点を明らかにする必要がある。まず、日本において債権の強制執行制度について整理しておく。

### (1) 金銭債権に対する強制執行

日本の強制執行制度は平等主義を採用している。民事執行法に基づいて債権の強制実現のために、債務名義(確定判決、執行証書など他の債務名義)が必要とされる(民事執行法第22条)。この債務名義に基づき、債権者は債務者の責任財産を差し押さえることができる。債務名義がない場合、差押えをすることができないが、将来の執行に備えて事前に債務者の責任財産を保全する必要が認められれば、仮差押制度の利用が可能である。この仮差押はあくまでも将来の本差押の準備であるため、仮差押後、一定の期間内に訴訟を起し、債務名義を取得しなければならない。金銭債権である場合には、差押の効力として債務者が自己の債権の取立てまた他の処分が許されなくなり、第三債務者にも債務者への弁済禁止効を生じる(同法第145条)。差押債権者は債務者に対して差押命令の送達後一週間を経過することによって、被差押債権に対する取立権を取得する(同法第155条1項)。

第三債務者は債権者の取立てに対して任意に弁済すれば、その限度で債権者の債権は弁済されたものとみなす(同法第155条1項)。第三債務者は支払いに任意に応じなければ、債権者は第三債務者を被告として自己の名において取立訴訟を提起して、債務名義を取得した上、最終的に第三債務者から弁済を受けることができる(同法第157条)。ただし、債務者の他の債権者が適時に同債権を重ねて差し押さえた場合(債権の差押は外部から認識することができないため、二重差押が認められている)、または配当要求をした場合、最初の差押債権者は優先的な満足を受けられず、第三債務者は供託する義務を生じる(同法第156条)。

差押債権者が第三債務者に対して取立訴訟を提起したときは、受訴裁判所は、第三債務者の申立てにより、他の債権者で訴状の送達の時までにその債権を差し押さえた者に対し、共同訴訟人として原告に参加すべきことを命じることができる(同法第157条1項)。そして、この取立訴訟判決の効力は、訴訟参加を命じられた他の差押債権者に及ぶ(同条3項)。差押債権者および配当要求債権者の債権の全額が判決により命じられた給付額によって満足できない場合、受訴裁判所は原告の請求を認容するときにも、請求に係る金銭の支払いは供託の方法によりすべき旨を判決の主文に掲げなければならない(同条4項)。

差押命令を得た債権者は、仮に優先弁済を受けようとするなら、転付命令による方法を利用することができる。つまり、転付命令とは、差押債権者の申立てにより、被差押債権を支払いに代えてその額面で差押債権者に移転させる裁判所の決定である(同法第159条1項)。転付命令は第三債務者に送付されるとその効力が確定する。これにより被差押債権が

<sup>53</sup> 安達三季生『債権総論講義』99頁以下(信山社、第4版、2000年)(下森・前掲注(34)688頁)。

差押債権者に帰属し、差押債権者の債権が券面額で弁済されたものとみなされる（同法第160条）。その結果、第三債務者が無資力である場合の危険負担は差押債権者が負うが、他の債権者の配当要求が許されなくなり、差押債権者が事実上優先的に弁済を受けることができる。

他方、債権者代位権による場合は、差押債権者は債務名義も差押手続きも要せず、基本的には、債務者に対する権利につき、裁判外でも裁判上でも、債務者の有する債権の取立てを行使することができる。代位債権者は第三債務者から給付された金銭と債務者に対する反対債権を相殺することによって事実上優先弁済を得ることになり、しかも自己の債権を回収するまで、債務者に対する債権が消滅しないから、第三債務者の無資力の危険を負わない。

## （2）金銭債権以外の債権に対する強制執行

次に、金銭債権以外の債権に対する強制執行——動産の引渡請求権に対する強制執行の方法をまとめておく（現行の民事執行法では、不動産の引渡請求権に対する金銭執行を認めていないこととなっている）。債権者はまず動産の引渡請求権を差押え、この差押命令が債務者に送達された日から一週間経過したとき、第三債務者に対して、差押債権者の申立てを受けた執行官にその動産を引き渡すべきことを請求することができる（同法第163条1項）。第三債務者が引渡しに応じない場合、引渡訴訟を提起することができる（同法第157条）。執行官は、任意にまたは強制執行の方法により動産の引渡しを受けた後は、動産執行の売却により、その売却金が執行裁判所に提出された場合、執行裁判所の下で配当手続きが行われる（同法第166条1項）。また、執行官がその動産の引渡しを受けた以後、他の債権者は配当要求ができなくなる。

これに対して、債権者代位権を行使する場合、代位債権者には弁済受領権限が認められ、第三債務者から引渡しを受けた後、その動産に対して改めて強制執行手続きを行うことが必要となる。動産執行の配当要求については、執行官が売得金の交付を受けるまでに配当要求をした債権者にのみ配当がなされる（同法第140条）。

## 3. 債権者代位権の存在意義

債権者代位権の本来の趣旨を重視すれば、確かに日本の現行法制の下では、フランスの債権者代位権制度のような存在意義（執行制度の補充）が乏しい。しかし、従来学説から債権者代位権の固有の存在理由については次のように主張されていた。①強制執行をするには債務名義を必要とするだけでなく、差押手続きを経なければならない。しかし、緊急を要する場合には、要件や手続きの簡単な債権者代位権によって債務者の財産を保全することができるし、その後に強制執行をすれば便利である。②強制執行は純然たる請求権に限るのに対して、債権者代位権は、請求権に限らず、強制執行の対象となりえない形成権（たとえば、解除権、取消権、買戻請求権、時効の援用権など）をも行使することができる。③債務者

の債権に対する保存行為（時効の中断、対抗要件具備のための登記、破産債権の届出など）は債権者代位権によるほかない<sup>54</sup>。要するに、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有するとともに、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、その存在理由がある<sup>55</sup>。

債権者代位権の存在意義をめぐっては、今回の民法（債権法）改正議論の中でも債権者代位権制度の基本問題として議論されている（債権者代位権に関連する法改正の内容について後述する）。現在の日本の債権者代位権は、主に事実上の優先弁済機能、責任財産保全機能、特定債権の保全機能の三つの機能性を有している。債権者代位権の意義を論じることは、実は、この三つの機能性を私法体系においていかに考えるべきかの問題である。

#### （１）事実上の優先弁済機能(本来型①)

確かに少額の債権者にとって、事実上の優先弁済機能は「劣後者の保護」の役割がある<sup>56</sup>。また、被保全債権に関して争いがなく債務名義の取得を要求するまでもない事例にとって、事実上の優先弁済機能を認めた債権者代位権は便宜的な制度である。しかし、従前指摘された通りに、本来型①は取立訴訟によって全面的にカバーすることができるし、債務名義を持たずに裁判外でも行使することが可能であるから、債務者への手続保障に大きな問題がある。現行の大陸法体系は、債権者の法的保護手段につき、実体法と手続法の分化を前提としている以上、債権回収機能は民事執行法に一本化すべきであろう。

#### （２）責任財産保全機能

これは、債権者代位権に本来予定された機能である。事実上の優先弁済機能を認められることいかんによってこの機能の活動範囲が変わってくるが、特に本来型②において、この機能が独自の役割を果たしている。例えば、責任保全の典型的な例として、金銭債権者が第三者名義の債務者の不動産に対して強制執行をしようとする場合、民事執行法上の責任財産の範囲は、登記名義等の対抗要件によって形式に判断されるから、債務者が所有権名義を登録していないかぎり、債務者の所有財産として強制執行の対象とならないのが原則である。そういう場合において、債権者は債務者の当該第三者に対する登記請求権を代位行使して、債務者の名義にすれば、その後に債権者の強制執行が可能となる<sup>57</sup>。また、債務者の債権に対する保存行為の代位行使については、民事執行法では代替手段がなく、実体法上から責任財産保全の手段として債権者代位権の存在が欠かせないのである。

---

<sup>54</sup> ②③の機能について、特に債権者代位権が存在しないドイツ法では、その代役の制度を究明することによって債権者代位権制度の要否を論じる際、有用であろうが、本稿では、ドイツ法には立ち入らずに、視点の提示にとどめることにする。

<sup>55</sup> 松坂・前掲注（４） 21 頁、林ほか・前掲注（４） 166 頁、潮見・前掲注（２） 16 頁。

<sup>56</sup> 東京弁護士会意見 <http://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900097.html> 部会資料 33-2 415 頁。

<sup>57</sup> 工藤祐巖「債権者代位権制度をどう見直すか」『民法改正を考える』法律時報増刊 216 頁（2008 年）。

### (3) 特定債権保全機能

判例によって認められた「転用型」に対して、どう評価すべきか。これに反対する説は、債権者代位権が責任財産の保全の目的とする以上、制度転用の場面において、債権者代位権制度の本来の精神を逸脱したもの<sup>58</sup>として、債権者代位権の制度を債務者の責任財産維持に必要な限度以上に拡張することは問題であり、「転用」とされる場面では、それぞれの固有領域で問題を解決すべきである<sup>59</sup>と解している。また、融通無碍な債権者代位権制度がそれぞれの固有分野においての有益な法理への発展を阻害するとの見解もある<sup>60</sup>。また、我妻博士は肯定説に賛成しながら、「判例はいささか安易に認めすぎる傾向がある。これを合理的な範囲に制限することこそ正に解釈の任務」であると抑制的な態度を示している<sup>61</sup>。

しかし、通説は、債権者代位権制度の趣旨を逸脱するものであっても、転用が認められるのは第三者に不当の損害を被らせるおそれもなく、必ずしも明文に反するものではないこと（第425条債権者取消権の条文との比較）、日本民法の適用において合理的な効果を収めうるものである以上、制度の転用を認めることは不当というべきではないという理由で積極であれ、消極であれ、判例の結論を支持している<sup>62</sup>。

債権者代位権制度の転用の是非に関しては、星野教授は「①ある具体的な結果を導くことが妥当とされる場合に、それを導くためのより直截な法的手段・技術が十分開発されておらず、特にいちおうまず考えられる法的手段の使用がその伝統的理論などの故に困難とされるような場合であって、②その転用によって弊害が生じない（ような解釈がとれる）か、若干弊害があっても、右の望ましい結果と比較すれば僅少のものでやむを得ないような場合」には、転用を認めるべきであるという一般論を提示している<sup>63</sup>。実際、債権者代位権によって保全される特定債権には多種多様なものがある。転用がどこまで許されうるかは、各々の転用の場について考察することが要請されるであろうが、安易に債権者代位権の転用を認めることは、債務者の財産管理に不当な干渉となるから、当事者間のそれぞれの利益、不利益を考慮した上、一定程度の合理性と他に適当な手段がない（補充性）場合のみ許されるべきであろう。

また近時、現行民法の債権者代位権が営んでいる多様な機能の中で、裁判外の権利行使は第三債務者と交渉できる実体法上の根拠となること（たとえば、企業が倒産して、管財人がつかない場合、労働債権を保全するために、労働者側は第三債務者に交渉することによって第三債務者の偏

<sup>58</sup> 松坂・前掲注(4) 33頁以下を参照。

<sup>59</sup> 川島武宜『債権法講義 総則I』68頁以下（近代思想社、1948年）。

<sup>60</sup> 内田貴教授は、特許法上の独占的通常実施権に基づく差止請求での債権者代位権の利用について、独占的通常実施権に専用実施権に相当する権能を与えるかがまず特許法の問題として解決すべきであるとし、また「振り込め詐欺」の事例が一般条項を使って被害者保護をはかるべきであるとして、債権者代位権の適用を否定している（内田貴『債権法の新時代』116頁以下（商事法務、2009年））。

<sup>61</sup> 我妻栄『新訂債権総論』161頁以下（岩波書店、1964年）。

<sup>62</sup> 我妻・前掲注(61) 161頁以下、於保不二雄『債権総論』164頁（有斐閣、新版、1972年）。

<sup>63</sup> 星野英一「判研」法協93巻10号129頁（1976年）。

頗弁済を防止するという機能である<sup>64)</sup>、または、第三債務者の資力悪化に備えるために、たとえば第三債務者名義の財産に対する仮差押手続きを行う場合、被保全権利として債権者代位権を主張することができることなどの意義が示された。

以上のような債権者代位権の有する本来の独自の機能は、債権者代位権が強制執行制度に完全に吸収されない重要な理由であるが、その一方で、これより実際には債権者代位権が特定の債権保全のため多く転用され、「債権者代位権の転用ないし拡張は、もはや例外現象として放置することが許されなくなり、その“場”をより積極的に把握する必要に迫られるといえる<sup>65)</sup>。この「転用型」対して、制度本来の趣旨を逸脱しているとか、無資力ではない債務者の財産管理権への不当介入であるとか、それぞれ固有領域で規律すべき法律構成の迂回路を設けることになるとかの批判があるものの、現実には、「転用型」は重要な機能を営んでおり、判例理論の妥当性は広く認められ、「過渡的な段階において、権利を生成する機能」をもつ転用型は、むしろ債権者代位権のもう一つの重要な存在意義であるといえよう。

以上のように、債権者代位権を廃止すれば、それぞれのケースについて十分に機能する代替物が用意することは、事実上困難であろうから、債権者代位権の存在価値を評価せざるを得ない。しかし、債権者が債務者の責任財産に対して行う権利実現の手段は、原則として強制執行制度および保全制度によるべきである以上、債権者代位権は簡易な制度として、民事執行・保全制度と競合する場面を許すべきではない。したがって立法論として債権者代位権の独自の機能を重視し、その要件、効果を合理化した上で、債権者代位権を存続させる方向性が妥当であると考えられる。

## 第四章 中国の債権者代位権をめぐる問題

### 一、中国法に関する基本認識

現行の中国民事法系は成文法のみによ拠したことから、大陸法に属することに異論がない。特にドイツ法からの影響が最も大きいと言われている。しかし、現在の中国にはドイツ法の研究に造詣深い学者が非常に少なく、ドイツ語法研究文献を精読できる人間すら多く存在しない現状からみれば、ドイツ法の影響は条文上の真似にとどまるにすぎず、私見として、中国現代法の形成過程において、正確にいうとドイツ法の吸収は台湾法および日本法を経由して継受を果たしたか、実質むしろ台湾法と日本法の影響が一番大きいといえると思われる。さらに、日本法が台湾法に与えた影響を、とくに学説の継受状況を考えると、日本法は現代中国法への影響の比重をさらに増しているといえよう。その背景には、歴史的、地理的な要因以外に、同じ漢字文化圏としてのコミュニケーションの浸透のしや

<sup>64)</sup> 商事法務編「法制審議会民法（債権関係）部会第五回会議議事録」『民法（債権関係）部会資料集第1集〈第1巻〉』231頁（商事法務、2011年）。

<sup>65)</sup> 浦川・前掲注（26）19頁。

すき、特に近時、日本への留学生の増加や日中間の法學術の交流活動の振興などによって日本法学の輸入がより盛んに行われるようになったと考えられる。現在、歴史的、政治的な原因で中国において台湾はあくまでも中国の一部であると認識され、また台湾の現行民法典は、当初、中国内陸で制定、公布された民法典（中華国民民法典）であるから、特に中国の民法分野において、台湾の学説を中国の「伝統的な学説」と呼ばれていることが多い。そのため、実際に台湾の学説は中国内陸に絶大な影響力をもつにもかかわらず、その出所を明かさず「伝統的な学説によると」という一言で引用されることが多く、継受態様が曖昧になってしまった。また、立法のレベルとなると、意図的に日本法の影響を排除しようとする傾向が強く、それは、日本がアジアで優位性をもつことを阻止したいという思想の現れであることは少なからず否定できないかもしれないが、現行の日本法も所詮輸入されたものであるから、参考にするなら、日本が模範としたドイツ法かフランス法のほうがよい、つまり日本法を二流とみなそうとする単純な思考傾向がその一因であると思われる。以上のように、内容的には、さまざまな国から各種の法制度を大量にとり入れた結果、正確に法体系を分類するのが困難となっている。中国は独立的な法体系を有すると説明する学者がいるが、外国法を移植する際に、各法制度につき沿革的に比較検証を十分行わないまま、体系的な整合性を顧みず、単なるいいとこ取りをしたにすぎないところが多く、現行の中国の民事法系は整合的な体系性を整えているとは到底評し難いのである<sup>66</sup>。

中国においては、法源として、法律以外に行政法規（最高行政機関國務院の制定する）、省レベルの地方法規、行政規則（國務院直轄機関など及び省レベルの人民政府、一部大都市の人民政府が制定する）、司法解釈および少数民族自治地方の立法がある。中国の法令体系は、実は、多元にわたっており、立法の形式および名称などが統一されず多様化している。中国の立法機関は全人民代表大会とその常務委員会である（立法法第7条）。法律の解釈権限が全人民代表大会常務委員会に専属し（同法第42条1項）、人民代表大会常務委員会が行う法律の解釈は「立法解釈<sup>67</sup>」と呼ばれており、事実上は立法の一種であり、法律の規定と同様な効力を持つ。これに対して、最高人民法院および最高検察院が所定の法律条文に関して、裁判における具体的な適用、限定解釈などを内容として公布した文書は「司法解釈」と呼ばれている。「司法解釈」の中には下級法院、下級検察院から具体的な事案に対して求められた回答として「批復」、「答復」、「通知」などと、法律条文に対する解釈である「意見」、「解釈」とがある。中国では、最高人民法院の裁判判決は下級法院に対して原則として法的拘束力がないため、均衡的かつ統一的な法の適用を実現するには、「司法解釈」が法源として極めて重要な役割を果たしている。しかし、この「司法解釈」は具体的な事件に関わりなく、あくまでも

<sup>66</sup> 中国法に対する理解に以下の日本語基本書を参照されたい。小口彦太＝田中信行『現代中国法』（成文堂、第2版、2012年）、田中信行編『最新 中国ビジネス法の理論と実務』（弘文堂、2011年）、木間正道・鈴木賢・高見磨・宇田川幸則『現代中国法入門』（有斐閣、第5版、2009年）。

<sup>67</sup> 法律規定の意味に関してさらに具体的に明確する必要があるとき、または、法律制定後、新たな事情により法律適用の根拠が明確にする必要なとき、人民代表大会常務委員会が法解釈を行うことができる（同法第42条2項）。

条文形式で直接法解釈を行うものであり、判例法の代替物としては限界がある。また、とくに立法法（特に第42条を参考）が公布されて以来、「司法解釈」の法創造機能の合法性についてかなり問題であるといわざるをえない。

中国は現在、一つの民法典を持っていない。現行の民事立法体系は、民法通則（1986年）を中核として、物権法（2007年）、担保法（1995年）、契約法（1999年）、不法行為法〔侵權責任法〕（2009年）、婚姻法（1980年制定2001年改正）、相続法（1985年）、養子縁組法（1991年）及び涉外民事関係法律適用法（2010年）などの民事単行法と多数の行政法規に規定される民事法規範により構成される<sup>68</sup>。民法典の編纂にあたって、民法草案を一つの法律として審議、修正するには容易ではないと判断され、まず、編別に個別の単行法として順次に審議、公布したあと、最終にパンデクテン方式を採用し、各単行法を寄せ集めることによって、完全な民法典を完成させるという方針に切り替えた。その立法計画として最後に民法総則を起草して、最終の民法典が2020年前に完成すると予定されているが、このような民法典篇纂方式に対しては、単なる民事単行法の寄せ集めであって論理的一貫性にかけ、体系性を損なうなどの批判も強い<sup>69</sup>。

## 二、債権者代位権の立法背景

中国の債権者代位権制度は、1999年10月1日に施行された「契約法」第73条において初めて明文化された。1990年代から、中国では、対外開放政策が一層推し進められると同時に、これまで長期にわたって実施されてきた単一の公有制を根元とする計画経済から市場経済へ転換されたため、これにより政府の経済統制が緩和され、中国経済は急速な発展を遂げてきた。一方、経済の自由化に伴い、旧体質のままの国有企業は非効率な経営により相次いで経営難に陥り、金融機関とともに巨額な不良債権が生まれてきた。今まで、国有企業は政府に利益を納付する代わりに、所要費用や支出予算を政府に申請し、政府は赤字経営の企業に財政補助金を支給すると同時に国有銀行に対して融資を要請することが多いという構造をとっていたが、1990年代に入ってから、国有企業は国有企業改革により政府の直接コントロールから離脱し、株式会社制度に転換し、完全ではないながらも、国有企業は政府行政の干渉から離れ、自主経営権限の拡大をはかることができた。また、金融改革の実施により従来の国有銀行も商業化し始めた。そこで、市場ルールに則った銀行が国有企業への融資を減らし、また不良債権額を抑えるため、さらなる金融引き締め政策を実施した。そのため、国有企業が深刻な資金不足状態に陥り、その対策として資金調達の融資が企業間で盛んに行われるようになった。また企業改革政策の一環として、国有企業、

<sup>68</sup> 梁慧星「中国権利侵害責任法の制定」（但見亮訳）早稲田大学孔子学院編『日中民法論壇』3頁（早稲田大学出版部、2010年）を参照。

<sup>69</sup> 中国の民法草案の編纂について、中国語文献として、趙曉耕主編『新中国民法典起草歷程回顧』（2011年）、梁慧星『中国民法典草案建議稿』（法律出版社、第二版、2010年）。日本語文献として、梁慧星「中国物権法の制定について」（梁濤訳）田中信行・梁濤編集『中国物権法を考える』3頁以下（商事法務、2008年）を参照。



集団所有制企業から民営化あるいは私有化へ転化したが、その際に、既存の債権債務の処理に関して混乱を生じた。一方、市場経済にとって欠かせない信用秩序は確立されることもなく、商業道德の失墜は「逃げ得」風潮の蔓延を助長した。このような状況の中で、国有企業、金融機関のみならず社会全体にわたり、いわゆる「三角債」の問題が深刻化して大きな社会・経済問題となっている<sup>70</sup>。

なお、「三角債」とは、前述したとおり、債務者が自己の債務者（第三債務者）から債権の弁済を得られないため、債権者に対して弁済すべき債務を履行できないとの理由で、債権債務関係が膠着状態に陥る連鎖的な債権債務関係のことをいう。

このような急激な経済事情の変化に対応するため、中国では、民事法の整備が後追いの形で急ピッチで始められた。1996年には「担保法」が施行され、これにより金融機関の不良債権を減少させること、および「三角債」の発生を抑制することによりかなり貢献した。しかし、既に存在する「三角債」の処理については、担保法を含め、法律で有効な対策がとられたわけではなかった。

中国では、これまで、債権者は債務者の金銭債権に関わる方法につき、実体法の債権譲渡制度がよく利用されたが、実際に、債権譲渡人と譲受人と債務者との三者間で話がつかなければ（原則は債権譲渡人と債権譲受人との合意のみで足りるが）、うまく機能しないケースが多かった。これを回避しようとする、債権譲渡人の同意・協力を得るため、債権譲受人は不利な条件を呑み込む覚悟をしなければならぬことになる。また、民事執行手続法規においても債権執行制度が欠如していたため、債権者は債務者の金銭債権を執行の対象として取り扱えなかった<sup>71</sup>。このため、たとえ債権者の権利が裁判上で認められ、かつ、債務者が無資力状態であった場合であっても、権利実現の段階（執行段階）では、債権者が債務者の金銭債権に対してまったく干渉できないことから、債権執行制度の欠如は中国における民事裁判制度の一つの難問である「執行難」に拍車をかけた。中国の「執行難」とは、前述したとおり、債権者が勝訴判決を勝ち取ったとしても、執行手続きによる最終的に権利を実現するのは難しい現状のことをいう。その原因は複雑であるが、財産隠匿、移転のような工作行為や執行妨害など債務者サイドの問題以外、地方保護主義が重要な原因としてあげられる。地方主義、つまり、地方の利害関係に関わる事案では、行政機関や官僚が自らの管轄部門、地方の利益を守るために、裁判、執行に対する政治権力的な干渉を行ったり、あるいは私的な関係で（賄賂や交友関係など）、執行官がわざと被執行者の便宜をはかる行為を行ったりして、もともと被執行者に財産があったとしても、債権者の権利が「絵に

<sup>70</sup> 中国の債権者代位権の立法背景につき、許更「中国における債権者代位権制度の活用」NBL814号51頁（2005年）をも参考されたい。

<sup>71</sup> 中国現在は独立した執行法が制定されておらず、1991年4月に施行された民事訴訟法の第三編として執行手続に僅か30カ条の民事執行規定が置かれていたが、2008年民事訴訟法の改正された際、民事執行規定が33カ条まで増やされたことになった。その他、執行分野の実務問題に対応するため、最高人民法院の司法解釈が民事訴訟法の第三編執行手続規定の不備を補う形となっている。

描いた餅」になってしまったことがよくある。地方の裁判所の人事、予算など重要な権限がその地方政府に握られていることは地方保護主義を生みだした要因であるといわれているが、司法が独立を果たしていない現政体はその根源となっているのであろう。その他に執行手続法の不備によるものが考えられる。例えば、債権執行制度の不備がその典型的な例である<sup>72</sup>。

このほか、債権者の債務者に対する金銭債権に関わる制度上の不備は、債務者が債権者からの強制執行を免れるために、第三者と通謀して財産移転や隠匿行為を行うことを誘発する一面もあった。

### 三、代位執行制度

1980年代後半から「三角債」問題、「執行難」問題が中国社会においては深刻な問題となったため、最高人民法院は問題対策の一環として民事訴訟法施行後、公布した司法解釈である「民事訴訟法適用の若干問題に関する意見」（1992年）（以下、「民事訴訟法の適用規定」という。）第300条において、債権執行規定に相当する規定を新設した。同規定第300条は「被執行人が債務弁済不能のとき、被執行人が第三者に対して期間の到来した債権を有する場合には、人民法院は執行申立人の申立てに基づいて、当該第三者に対して、執行申立人に債務を履行するよう通知することができる。当該第三者は債務について異議がないにもかかわらず、通知により指定された期間内に履行しない場合、人民法院は当該第三者に対して強制執行を行うことができる。」と規定している。

本条の規定は、中国の講学上では「代位執行」と呼ばれており、日本の債権執行制度と同じく債権執行手続上の制度として、概念上、一般的に認識されている。ただし、現在、中国の強制執行手続きにおいて、債務者の預金債権（利息債権を含む）、賃金債権、株の収益債権に対する強制執行については、個別規定を設けており、執行法院は債権者の債務名義に基づき直接に金融機関および賃金、収益を払うべきである者に対して、その預金債権、賃金債権、収益債権を凍結、差押え、振替え、引出しすることができる（民事訴訟法第218条、第219条、人民法院執行問題に関する若干の規定第32条、第36条、第51条）。つまり、債務者の預金債権、賃金債権、株の収益債権に対する強制執行は他の債権執行として同じに扱わず、動産執行とほぼ同様なやり方で行われており、この場合、金融機関や賃金の債務者らは被執行者の立場ではなく、単なる強制執行の協力者にすぎない。

中国の「代位執行」制度に関しての論述は、債権者がなぜ自己と直接関係のない第三債務者に対して執行手続きを実施することができるか、という実体法上の債権性質論の角度から「代位執行」の理論根拠を求めている。その理論構成については、主に次の三つの説がある。

---

<sup>72</sup> 中国の「執行難」問題に関する詳細な解析は、于喜富編『民事強制執行制度創新与争鳴』第四章「執行難与執行乱問題及其克服」[于喜富]65頁（人民法院出版社、2003年）などを参照。

ア．債権者代位権説<sup>73</sup> 「代位執行」は、実は債権者（執行人）が執行手続きにおいて債務者（被執行人）の第三債務者の債権を代位行使する権利であるから、これは債権者代位権が債権執行手続法上の表れであるとし、債権者代位権を「代位執行」の理論根拠とする。

イ．略式訴訟手続理論説<sup>74</sup> 「代位執行」は催促手続きのような迅速、簡便、経済的に紛争解決、権利実現のための略式訴訟手続きであるとする。

ウ．執行力拡張理論説<sup>75</sup> 通常、執行力は債務名義に表示された当事者以外の者に効力が及ばないが、債権者を保護するため、一定の条件の下において、執行力が被執行者（債務者）の債務者に拡張することも認めるべきであるとする。

上記の説をいずれも否定し、債権執行も確定された権利を実現するための執行手続きの一方法にすぎないと位置付けた説が増えてきたが、この説も代位執行が債権者の一種の債権者代位権の行使であると考えているようであり、債権者代位権と債権執行制度とそれぞれ実体法上と手続法上の個別の制度として、機能の競合の面についてまでは未だ認識されていない<sup>76</sup>。債権執行制度は、動産執行や不動産執行と同じく金銭債権に対する執行方法の一種であり、原則として債務名義に基づき、債務者の責任財産を国家権力によって差押え、換価し、満足させるという手続きのことである。債務者の金銭債権も債務者の責任財産を構成するから、第三債務者に対していかなる手続きをとるかは、基本的には執行法上の政策の問題であり、債権の効力の問題ではない。つまり、債権の「擱取力」として、債権者は債務者の責任財産にかかっていくことができること（強制執行）が債権の本質に基づく効力であり、その具体的な方法の妥当性が強制執行法上の問題であり、実体法上の債権の性質論と無関係である。現在の中国では、債権執行制度に関する法理論構成が、いまだに実体法上の債権者代位権との絡み合いから解放されず、体系的な理論構成が熟していない現状である。そういう意味ではこの規定は中国の債権執行制度の「胚胎」であるといえる。

最高人民法院はさらに「人民法院の執行に関する若干問題の規定（試行）」（1998年）（以下、「執行規定」という）を公布し、「被執行人の期限到来債権に対する執行」と題し、9カ条（第61条ないし第69条）をもって代位執行制度の実務運用についてより詳細な定めを設けた。代位執行制度の適用にあたっては、債務者の無資力要件が必要とされるが（「民事訴訟法の適用規定」第300条前半または執行規定第61条）、その無資力要件の確認は、債務者に対する強制執行手続きを通じて判断されることになる。つまり、債権者は、債務者に対する強制執行を

<sup>73</sup> 江偉編『民事訴訟法学原理』901頁（中国人民大学出版社、1999年）、譚秋桂『民事執行法原理研究』278頁（中国法制出版社、2001年）。楊立新教授も「民事訴訟法の適用規定」第300条は債権者代位権が執行手続きの中での適用であり、債権者代位権の基本原則に沿うと説く（楊立新『債法総則研究』138頁（中国人民大学出版社、2006年））。しかし「民事訴訟法の適用規定」が債権者代位権の制定する前に、作られた規定なので、またできていないものを念頭において「代位執行」規定を制定したと到底考えられない。

<sup>74</sup> 江偉・前掲注（73）903頁。

<sup>75</sup> 江偉・前掲注（73）903頁。

<sup>76</sup> 劉璐『民事執行重大疑難問題研究』287頁（人民法院出版社、2010年）。

することによって債務者の現実の財産（金銭、動産、不動産等）から債権が満足できない場合、はじめて債務者の第三債務者に対する債権にとりかかることができるのである（行使の二次性あるいは補充性）。

代位執行を行うには、まず、債務者（被執行人）に対する強制執行手続きにおいて（無資力状態が判明したとき）、執行債権者または被執行人（債務者）が人民法院に代位執行を申請し（執行規定第 61 条は申請者が債権者以外に債務者を追加した）、人民法院がその申請に基づき、第三債務者に履行通知を出す（通常債務者にも通知する）。第三債務者はこの履行通知を受けた時点から、債務者への弁済が禁止され、15 日以内に債権者に対して直接履行する義務が生じる。第三債務者が債務者に対する債権につき異議がある場合には、上記の期間中に執行法院に異議の申立てをすることができる（執行規定第 61 条）。第三債務者が履行能力のないこと、或いは、自己が債権者と直接法律関係のないことといった理由は異議申立てとして認められないが（同規定第 64 条）、人民法院は第三債務者の異議申立てに対しては審査をしない（同規定第 63 条）。第三債務者が指定の期間中に異議申立て、あるいは履行のいずれもしなければ、執行法院は裁定によって第三債務者に対して強制執行をなすことができる（同規定第 65 条）。また債務者（被執行人）が人民法院の履行通知を受けた後に、第三債務者に対する債権の放棄、履行期限の延長などの行為を行ったとしても、それらは無効となる（同規定第 66 条）。

上述のように、中国の「代位執行」制度は日本の金銭債権執行制度の構造と比較すると、人民法院が第三債務者の履行通知（通知後の処分効が認められる。執行規定第 66 条、第 67 条）が日本の差押命令との置換えをすることもできるとしても、中国には日本のような転付命令制度や取立訴訟制度が存在しないため、第三債務者が任意に応じない場合、すなわち、第三債務者が自己の債務の存在・内容などにつき異議の申立てをすれば、人民法院は異議の内容に対して審査する権限を持っていないため<sup>77</sup>、第三債務者への執行手続きが阻止されることとなり、その結果として、この制度の現実の実効性はあまり期待できるほどのものとなっていない。金銭債権執行制度は構造上において、債権の差押命令、差押債権者の取立権、取立訴訟といった手続きが連動してはじめて執行力を貫徹できるわけであり、取立訴訟規定の欠如した構造上の欠陥が、中国の債権執行制度が機能しない根本的な原因であるといえるであろう。

そもそも現在の中国の強制執行制度において、金銭執行は差押前置主義を採用しておらず、差押えは換価措置と共に強制執行措置として、執行対象の特質によって単独または組み合わせて使われる。強制執行は債務名義に基づいて債権者の書面による申立てによって開始され（移送執行の例外がある）、執行の申立てが受理されてから三日以内に、裁判所は被

---

<sup>77</sup> 執行規定第 63 条：第三者は指定された期間内に異議申立をした場合、人民法院が第三者に対して強制執行することができない。またその異議申立につき審査しない。第 64 条：第三者が無履行能力又は執行申立人と直接な関係がないとの異議は本規定の異議に属さない。

第三債務者の債権が正式な法手続きによって確定されないまま、強制執行の対象とされると第三債務者の権利保障の問題を配慮したうえの規定であると思われる。

執行者に執行通知書を送付し、指定の期間に履行するよう命じる。被執行者が義務を履行しない場合、強制執行を行う。被執行者が債務名義に確定された義務を履行しない、かつ財産を隠匿、移転する恐れがある場合、直ちに強制執行措置を行うことができる（民事訴訟法第216条、執行規定第24条）。差押えの目的は、後の手続における換価・満足の準備として、特定の財産を国の支配下に拘束することによって、これを阻害する行為を抑制、防遏するにある<sup>78</sup>。しかし、中国の強制執行手続は、必ずしも差押えが先行としないから、執行財産の確保に保障がない。上述の債権者執行制度を完備する際に、まず強制執行手続きにおいて差押え・換価・満足という三段式構造を確立することが重要な課題である。

#### 四、中国の債権者代位権の沿革と立法趣旨

以上のように、中国の債権者代位権制度は、「三角債」の問題を解決するために、債権の実現をより強く保障する必要があるという要請の下で導入されたものである。

契約法第73条 ①債務者が持つ自己の債権につき、その期限が到来しているにもかかわらず、債務者が権利行使を怠ったことにより、債権者に損害を与えた場合は、債権者は人民法院に対して、自己の名義をもって債務者の債権を代位行使することを請求することができる。ただし、当該債権が債務者の一身専属に属するものを除く。

②債権者代位権を行使することができる範囲は、その債権者の債権額までに限る。債権者代位行使に必要な費用は債務者が負担する。

##### 1. 沿革

1804年の阿片戦争の続き大平天国の乱など、清朝末期の中国は内乱と外憂により存続の危機に瀕していた。1902年から西洋帝国主義諸国から強いられた不平等条約、特に領事裁判権いわゆる治外法権を放棄させるため、その前提条件の履行として、清王朝が西洋型の裁判制度の整備と法典編集をはかり始めた。民法典の起草作業（財産法三編）は日本から招聘された松岡義正氏によって完成された。この草案は「大清民律草案」と名付けられ、財産法の部分は日本法を模範として作成されたものであった。中国初の債権者代位権規定と詐害行為取消権規定がその第二編「債権」第二節「債権の効力」のところに置かれた。

第396条 債権者ハ債権ヲ保全スル為債務者ニ属スル権利ヲ行使スルコトヲ得但債務者ノ一身ニ属スル権利ハ此限ニ在ラス

第397条 債権カ未タ弁済期ニ至ラサルトキ債権者ハ前項ノ権利ヲ行使スルコトヲ得ス但保存行為ハ此限ニ在ラス

第398条 第三百九十六条ニ依リ債務者ノ権利ヲ行使シタル債権者ト債務者ノ相手方トニ対スル裁判ハ債務者ニハ効力ヲ生セス

<sup>78</sup> 中野貞一郎『民事執行法』29頁（青林書院、新訂4版、2001年）。

しかし、この草案は1911年に完成した後、辛亥革命が起き、公布にまでは至らなかった。1911年、中華民国政府が誕生し、1922年から3年以上をかけて、5人の中国人起草委員による新民法草案（これを「国民律草案」という）が新たに完成したが、政局が不安定であったため、また審議作業が終わらないまま夭折した。この草案の起草には、ドイツ民法とスイス民法の規定が数多く取り入れられたため、日本法の継受は少なかったといわれている。しかし、債権者代位権と詐害行為取消権（第340条～第343条）の規定は依然として残されていた。

1927年国民党政府が成立し、1932年には「中華国民民法典」が公布、施行された（1949年に国民党が共産党に敗れ、台湾に移り去ると共に、「中華国民民法典」は中国の内陸から姿が消え台湾の民法典として現在に至る。）。「中華国民民法典」は、7人の中国学者がドイツ民法とスイス民法を参照しながら、過去二回の民法草案を踏まえての作業であったが、債権編の第三節「債権の効力」第三款「保全」において、日本法を継受する形で、債権者代位権と詐害行為取消権が設けられた。

第242条 債務者がその権利の行使を怠るときは、債権者は、債権を保全するために自己の名義でその権利を行使することができる。但し債務者の一身に専属するものはその限りでない。

第243条 前条の債権者の権利は、債務者が遅延の責任を負う場合でなければ行使することができない。但し専ら債務者の権利を保存する行為は、この限りでない。

実際にこれまで中国で施行された民法典は、上記の「中華国民民法典」以外にも一つがあった。それは中国国内でもあまり周知されていない満州国民民法典のことである。1931年日本の関東軍が中国の東北三省を占拠し、「満州国」として独立させた後（所謂日本の傀儡国家であった）、司法権を確立するため、立法作業が急遽に進められた。法典編纂の担当者が日本から招聘され、審核（顧問にあたるが、事実上法典大綱の決定など事項に重要な役割を担う）は日本国内の法学界の権威から選ばれ、その民法典の審核を務めたのが穂積重遠と我妻栄と中川善之助の三教授であった。「満州帝国民民法典」は親族法を除いて1937年公布、施行された。この「満州帝国民民法典」の中身は日本法と酷似していたが、穂積重遠教授はこれが日本民法の施行以来40年の経験、解釈、判例の集積した成果を取り入れた立法であり、さらにドイツ民法、フランス民法、スイス民法および中華民国民法を参酌し、そして満州の固有の事情も考慮して制定された、いわば世界最新の民法典であると高く評価した。債権者代位権と詐害行為取消権は日本の現行法と同じく、第三編債権第二節債権の効力のところに設置された。

第391条 ①債権者ハ自己ノ債権ヲ保全スル為其ノ債務者ニ属スル権利ヲ行フコトヲ得但シ債務者ノ一身ニ属スル権利ハ此ノ限ニ在ラズ

②債権者ハ其ノ債権ノ期限ガ到来セザル間ハ法院ノ許可ヲ得ルニ非ザレバ前項ノ権利ヲ行フコトヲ得ズ

但シ保存行為ハ此ノ限ニ在ラズ

第 392 条 ①債権者ガ前条第一項ノ権利ノ行使ニ着手シタルトキハ之ヲ債務者ニ通知スルコトヲ要ス但シ保存行為ハ此ノ限ニ在ラズ

②債務者ガ前項ノ通知ヲ受ケタル後ニ為シタル権利ノ処分ハ之ヲ以テ債権者ニ対抗スルコトヲ得ズ

しかし、1949 年新中国誕生後、中国は国民党政府時代の法規をすべて破棄するという方針を実施した上、全面的に前ソ連の社会主義法学を受け入れたため、中国法の継受史上に巨大な断層が生まれてきた。債権者代位権と詐害行為取消権の両制度も、1998 年に契約法が制定されるまで、中国内陸において姿が消えていた<sup>79</sup>。

## 2. 立法経緯および立法趣旨

中国においては、民法通則制定の当時（1986 年）、責任財産保全制度に対する認識が欠けていたため、債権者代位権が新設されなかった。後に楊立新教授を代表として、責任財産保全制度（中国では、債権者代位権と詐害行為取消権両制度は債権保全制度と位置付けている。債権者は債権者代位権と詐害行為取消権を行使し、債務者の責任財産を充実させることによって自己の債権を保全することができるから債権保全制度であると解されている。債権は債務者の責任財産の状況によって大きく変わってくるので、債権者は自己の債権の満足をはかるために、民法は三つの手段——担保制度・保証制度・責任財産保全制度（債権者代位権と詐害行為取消権）を用意している<sup>80</sup>。前二者は債権が満足（弁済）を得ることを確実にしめようとする「債権の保全」手段である（債権保全制度<sup>81</sup>）。これに対して、責任財産保全制度はあくまでも、債務者の責任財産の保全を通じた債権者の債権の経済的価値を保全するものであり、債務者の責任財産の減少を防止する方法である。確かに日本民法第 423 条に「自己の債権を保全するため」という語句が書かれているが、既述の通り、その立法趣旨は必ずしも明確ではなく、債権者代位権が責任財産保全であることは旧民法と同様である。したがって、債権者代位権と詐害行為取消権は基本的には責任財産保全の制度であるにとらえるべきであろう。以下に中国法において用いられている「債権保全」という用語は日本法での「責任財産保全」という用語と同義に使われた場合、統一するために「責任財産保全」という用語を用いることにする。）を整備するような主張がなされ、1990 年に、楊立新教授の提案を受け、「民法通則の施行に関する若干問題の意見（修正稿）」第 149 条は「債務者が債務を免れるために、自己の財産の所有権を他人に譲渡し、または自己の権利を放棄することによって、債権者の権利に影響を与えた場合、債権者が債務者の財産譲渡または権利放棄行為を無効であることを主張することができる」と定めた。この修正稿は最終的に成立することに至らなかったが、全国の法院において議論が行われ、責任財産保全制

<sup>79</sup> 「大清民律草案」、「国民律草案」、「中華国民民法典」、「満州帝国民民法典」の立法経緯および条文は前田達明編『史料民法典』を参考されたい（成文堂、2004 年）。中国語文献として楊立新・前掲注（76）136 頁以下、梁慧星編『中国民法典草案建議稿附理由・債権総則編』序言 1 頁、李顕冬『从「大清律例」到「国民民法典」的转型』（中国人民公安大学出版社、2003 年）。

<sup>80</sup> 中田・前掲注（29）200 頁。

<sup>81</sup> 近江幸治『担保物権法』1 頁以下（弘文堂、新版補正版、1998 年）。

度の導入に対する要請も多くなり、責任財産保全制度が広範囲で認識されたきっかけとなったということで、その意義は大きい<sup>82</sup>。内容をみるかぎり、この規定は、債権者代位権というより詐害行為取消権に近いものであった。楊立新教授の初期における論文の中でも、債権者代位権とは、「債権者が自己の債権を保全するため、自己の名義で債務者の権利を行使できる実体法上の権利であり、債務者が自己の権利行使を怠ることにより債権者の権利の実現を害するとき、債権者が債権者代位権により、自己の名義で債務者の処分した権利を行使することができる」と説明した。その例として、加害者（債務者）が被害者（債権者）に1300元の損害賠償債務を免れるために、自己の第三債務者に対する5000元の貸金債権を放棄した後、賠償能力がなく損害賠償金を拒否した場合、債権者が自己の名において第三債務者に対して、債務者のために、その貸金債権を回復することができる<sup>83</sup>。このように、1990年代初期においては、中国では、債権者代位権に対する理解は詐害行為取消権とはっきり区別がつくほど明確なものではなかった<sup>84</sup>。

債権の実現を保障するために、通常、担保制度、違約責任制度および責任保全制度が用意されているが、中国では契約法に債権者代位権と詐害行為取消権が盛り込まれることによって今まで欠落していた責任財産保全制度を創設したという意義があった。起草初期段階の「契約法（専門家建議稿）」には既に債権者代位権の条文が置かれていた。1997年5月に「契約法（意見徴集稿）」（以下、「意見徴集稿」という）、が公表され、その第50条は「債務者が第三債務者に対する債権の行使を怠ることにより、債権者の期限到来の債権を著しく害する場合、債権者は自己の名で訴訟を通じて債務者の第三債務者に対する債権を代位行使することができる。但し、法律の規定により、または債権の性質により代位行使に適しない場合を除く。代位権行使の範囲は債権者の債権額に限る。代位行使により取得した財産が債務者に帰属した後、債権者の債権を弁済すべきである。」と定めた。本条を起草した際に、特に日本と台湾の債権者代位権の条文が参考にされたが、日本の条文上には債権者代位権の要件に関して明確さが欠けているため、台湾の規定を見本として起草したようであった<sup>85</sup>。この時点の条文構成からみれば、確かに日本法と同じく「債権を保全するため」というような語句が組み入れていないものの、代位の効果が債務者に帰属すると明文化したことは、立法者の意図が伝統的な債権者代位権の枠内にあることを確認することができる。しかし、その後代位行使の効果の帰属問題をめぐって各方面から反対意見が寄せられ、代位行使の効果がいったん債務者に帰属してから、債権の満足に充てるというのは現実性

<sup>82</sup> 楊立新・前掲注（73）139頁。

<sup>83</sup> 楊立新「論債権人代位権」法律科学1990年第4期68頁。

<sup>84</sup> たとえば、1988年版の『現代実用民法辞典』に債権者代位権に対する説明が代位求償権と誤認したり、『論債権者代位権及其法律保護』と題する論文の中であげられた例もほとんど代位求償権であった（言実「論債権人代位権及其法律保護」福建審判1989年第3期）。

<sup>85</sup> 楊立新教授は、契約法の起草中に、債権者代位権の構想についての論文の中で、要件の明確化、効果の債務者への帰属、保存行為への拡大などの点を提案した（楊立新・尹艷「我国債的保全制度的構想」民商法判解研究第四輯186頁）。



がないとして、代位行使の効果が債権者に属するべきであるとの修正が求められた<sup>86</sup>。結局、上記の第 50 条が代位行使の効果に関する規定の部分が削除され、新たに代位行使の費用負担に関する規定が追加され（この規定も徴集意見を採用した結果であると思われる。）、ほぼそのまま契約法第 73 条として成立させることになった。

最高人民法院は「契約法」が施行された 2 カ月後、「契約法適用の若干問題に関する解釈（一）」（以下、「契約法適用解釈」という。）を公布した。本解釈は 30 カ条で構成されており、ほぼ契約法の総則に関連するものであるが、このうち債権者代位権に関する規定は 12 カ条（第 11 条ないし第 22 条）にのぼっている。契約法第 73 条の規定が非常にシンプルであり、しかもこれまで学説上では債権者代位権に関する研究がほとんど展開されていなかったため、この斬新な制度の実務運用にあたって、より詳細な基準がないと裁判基準として駆使することができなかつた。そのため、最高人民法院が異例な速さと分量で司法解釈を用いて、民法と訴訟法両面から債権者代位権の適用に関する規定を定めた。これは、中国において、この制度の重要性および操作の難しさを示す証左であるといえる。しかし、この「契約法適用解釈」が登場すると、中国の債権者代位権が大変身を遂げ、とくに基本債権と被代位債権が金銭債権に限定され、第三債務者が債権者に直接弁済する義務を定めることによって、中国の債権者代位権制度が完全に債権回収の一手段に転じてきた。「意見徴集稿」第 50 条をみれば、立法当初の提案した債権者代位権は実体法上の責任財産保全制度であり、伝統的な債権者代位権に近いものであった。つまり、債務者が自己の責任財産に属する権利を行使しないことによって債権者の債権の実現に支障を来たす場合、債権者が債務者に代わって債務者の権利を行使し、その効果を債務者に属し総債権者のための共同担保となる——強制執行の準備をするための制度である。しかし、代位行使の効果が債務者の手に入ってしまったら、債務者がその財産を消費したり、財産移転・隠匿したりすることによって債権者が弁済を受けなくなるから、結局最初予定した「三角債」などの問題が解決されないままになる。こういう批判を受けて、あえて代位効果の規定のみを削除して、明確にしなかつたことから、立法者の態度がかなり動揺したことが推測できよう。それは伝統的の制度から離脱する自信のなさ、当面の課題を解消することについて、伝統的の制度の無力さとの葛藤が伺える。しかし、さらなる議論を重ねることもなく、伝統的の制度の進化型を求め、後の「契約法適用解釈」を待って最終的にこの伝統的な制度を「発展」させて、いわゆる他に類を見ない「中国式」のものとして誕生した。

債権者代位権制度はフランスで誕生、発展してきた制度であるが、上述の沿革的な考察の通り、中国の債権者代位権はフランス法からの影響をほぼ受けずに、日本法の血脈を引き継いでいたことは争いのない事実であろう。「中華人民国民法典」（現行の台湾民法典）の同制度の条文だけをみれば、裁判上の代位を除いて「債務者の権利の不行使」、「債権者が自己

<sup>86</sup> 孫礼海編『中華人民共和国合同法立法資料選』84 頁（法律出版社、1999 年）。

の名義で、「被保全債権の履行期の到来」、といった日本の債権者代位権の要件を条文化したにすぎず、日本の債権者代位権制度そのものであるといってもよい。中国の現行の契約法第73条の条文には日本法および従前の民法典中の債権者代位権のように「債権保全のため」という文言が消え、代わりに「債務者が権利行使を怠ったことにより、債権者に損害を与えた場合」という行使のための要件が盛り込まれ、制度の目的が不明確になってしまった。つまり、責任財産保全の目的か、それとも債権回収の目的か、白黒をつけることが困難になっている。以上の立法経緯からみると、契約法第73条に関しては、立法者が債権者代位権を責任財産保全制度に据え置きながら、債権回収機能を付与するという伝統的な債権者代位権の「改良型」を目指したのではないかと推測できる。しかし、制度の実用性（債権回収機能）を重視した挙句、後に最高人民法院の司法解釈の登場で、中国の債権者代位権制度は責任財産保全機能の枠から完全離脱し、債権回収機能への飛躍を果たすことができた。詳しい議事録は残っていないが（正確にいうとそれ以上の議論がされていなかったであろう）、立法趣旨に関して、例えば、立法者であった曹守曄氏は、債権者代位権が詐害行為取消権とともに、債務者の責任財産を保全するための実体法上の制度であり、債権者代位権は間接訴権とも言うべしと述べて、代位権行使の効果を債権者に帰属するとしているため、債務者が債権者に対して直接に履行すべきであると規定する契約法適用解釈第13条に対して、行使の効果が債務者に帰属するならば、債権者代位権制度の目的が果たせないとして、債権者に直接的な債権回収権限を認めることが立法趣旨に合致すると解釈している<sup>87</sup>。この前後の理論的な矛盾——責任財産保全と債権回収との混同——から立法当時、立法者らは、債権者代位権制度に対しての理論構成を把握していなかった事情が窺える。確かに「三角債」の問題を解決することが立法の主な目的であるというならば、債権回収機能を付与しないと問題解決にならないが、債権回収の手段が基本的に執行手続法の役割であるという近代大陸法の基本原則を見落として、責任財産保全制度と名乗りながら、明文で債権回収機能を認める中国式の債権者代位権は沿革的にみても、比較法的にみても、かなり異常な立法であるといわなければならない。

### 3. 債権者代位権の性質

中国では、債権者代位権は、債権者の債権の効力として債務者以外の第三者に対して効力を及ぼすから、「債権の対外的効力」と呼ばれている。日本の学説では、債権の相対効原則の例外として債権の対外的効力と説明されることが多いが<sup>88</sup>、この制度の本質——責任財産の保全・維持に注目して、債権の対外的効力の別形態である第三者による債権侵害を区別するために、債権者代位権を「第三者に対する債権者の権利」と呼ぶ説<sup>89</sup>、さらにこれを

<sup>87</sup> 曹守曄「対合同法中代位的理解与適用」人民法院報（2000年3月3日）。曹守曄氏は中国の契約法の草案の起草から、公布されるまで、契約法のすべての立法作業に携わった立法者の一人であった。また「契約法適用解釈」の起草委員でもあった。

<sup>88</sup> 我妻・前掲注（61）158頁、加藤・前掲注（46）174頁など。

<sup>89</sup> 星野・前掲注（9）91頁。

明確にして「債権保全のための第三者に対する効力」と呼ぶ説が主流となっているようである<sup>90</sup>。

ところで、債権者代位権の性質に関して、日本の通説は以下のように解している<sup>91</sup>。つまり、債権者代位権は、債権者がその債権を保全するために、債務者の権利を行使する権利であって、債権の一種の効力にとどまり<sup>92</sup>、債務者の権利またはその客体の差押えをなす権利ではないから、実体法上の権利（債権従たる権利）であって訴訟上の権利ではない。また、債権者代位権は、債権者が自己の名で行使する権利であるから、代理権と違って債権者の固有権利である。近時、この固有権は広義の管理権（事実上の行為又は法律上の行為により財産を管理すべき管理義務といい、単に保存行為のみならず、処分行為をなす権能をも含む）に属すると解されている。

中国の学説は日本の理論構成の影響を受けたと思われるが、多数説は債権者代位権が実体法上の権利であり、債権の存在を前提とするから、債権に従たる権利であるとみており、その性質については、他人の権利を行使することを内容とする広義の管理権であると解されている<sup>93</sup>。しかし、広義の管理権についての説明がほぼ皆無であるから、債権者代位権の性質を理解するのに、まず広義の管理権理論の継受が必要である。少数説として、現行の規定に着目して、中国の債権者代位権の行使には代位訴訟が必要であるから、債権者代位権がフランスの債権者代位権と同じく一種の訴権であると解している説<sup>94</sup>、或いは中国の債権者代位権は伝統的な債権者代位権と異なって債権者に優先弁済権が認められるから、これは債権の請求権であると主張する説がある<sup>95</sup>。

## 五、債権者代位権を行使するための要件

契約法適用解釈第 11 条は「債権者が契約法第 73 条の規定により代位訴訟を提起する場合、以下の条件を満たさなければならない。一 債権者は債務者に対する債権は適法な債権であること。二 債務者は債権行使を怠ったことにより、債権者に損害を与えたこと。三 債務者の債権は期限が到来したこと。四 債務者の債権が債務者の一身専属債権ではないこと」と定めている。つまり、同解釈第 11 条は、債権者代位権を行使するための要件を明文化したものである。日本における債権者代位権の要件は、近時、ア．被保全債権に関する要件（存在、履行期など）、イ．被代位債権に関する要件（存在、種類など）、ウ．債権保全の必要性（無資力要件など）、エ．債務者の権利不行使といったところから説明されること

<sup>90</sup> 淡路・前掲注（27）233頁。

<sup>91</sup> 松坂・前掲注（4）22頁以下、松坂佐一『民法提要』103頁以下（有斐閣、第4版、1982年）、於保・前掲注（62）162頁、林ほか・前掲注（4）167頁。

<sup>92</sup> 於保不二雄教授は、債権者代位権の効力が債権の一種の効力であるが、請求権の効力ではなく、責任保全のための効力であり、責任に対する債権の効力を擱取力・支配力として認められるから、債権者代位権はこの擱取力・支配力の保全的効力として債権の一効力であると解している（於保・前掲注（62））。

<sup>93</sup> 韓世遠『合同法総論』371頁以下（法律出版社、2004年）、張広興編『債法』73頁（社会科学文献出版社、2009年）。

<sup>94</sup> 冀賽紅・李婉麗編『合同法』182頁（中山大学出版社、第2版、2007年）。

<sup>95</sup> 吳祖詳・李琴『代位権法律制度研究』54頁以下（吉林大学出版社、2007年）。

が多い<sup>96</sup>。中国における代位のための要件の一、二、四が基本債権と被代位債権に関する要件であり、要件二は立法者の説明及び多数説のように債権者代位権制度が責任財産保全制度としてみられているならば、債権保全の必要性に関する要件であると考えられるが、実際に中国の債権者代位権は責任財産保全を超えて債権回収機能を認める以上、この要件が代位行使の必要的要件であると解すべきであろう。以下、各要件について、順次に詳しく検討する。

## 1. 要件一 ——基本債権

### (1) 基本債権の適法性

中国では基本債権の適法性が明文化されている。ここでの適法性とは、債権者が債務者に対する債権（基本債権）は、不法原因給付による債権、また契約が無効になったり、取消されたりした場合の、その元の契約に基づく債権、および自然債権、消滅時効にかかった債権のような基本債権は不適法債権とされ、債権者代位権の行使が認められないと理解されている<sup>97</sup>。しかしながら、債権はそもそも適法性の要素を内含しており、債権の目的は債務者の「給付」であり、「給付」の内容は適法性、実現可能性及び確定性に欠ける場合、通常、債権は成立しないこととなるから、条文上に用いられる「債権」の意味は、通常は瑕疵がなく成立した状態の債権を指す。したがって、債権の適法性を要件として条文の中で強調することは実質的な意味を持たない。上記の要件一の趣旨は、およそ通常、解釈上の問題として債権者代位権を行使する時点で、基本債権が有効に存在していることを要するという当然のことを明文化しようという意図であろう。ただ、要件としてあげられた理由を考えると、基本債権から「不完全債務（訴えをもって履行を請求することができず、また強制執行によって実現することができない債権）」を除外するという意味が受け取れる。このように法学の基本概念に対する理解の不十分さは、まさしく現在の中国の法学水準の現状を物語っているといえよう。

### (2) 基本債権の種類

本来の債権者代位権において、保全される債権が債務者の一般財産によって担保されるものであるならば、その限りでは、種類を問わないはずである。金銭債権のみならず、不作為債権や労務債権でも債務不履行の場合、損害賠償債権に変わるから、被保全債権として認められる。しかし、被保全債権は代位効果を繰り入れられた債務者の一般財産から金銭的に満足を受けるから、実際上は「金銭債権」以外にはありえない<sup>98</sup>。但し、日本では、金銭債権以外の場合、「転用」の問題がある（特定債権の保全と呼ばれているが、債権に限らず、例えば登記請求権や賃借権や物権的請求権などにも含まれている）。

<sup>96</sup> 下森・前掲注（34）20頁。

<sup>97</sup> 曹守暉・前掲注（87）を参照。王利明「論代位権の行使要件」法学論壇第1期47頁以下（2001年）。

<sup>98</sup> 近江・前掲注（30）120頁。

これに対し、中国の債権者代位権は債権者の優先弁済を認められ、被代位債権が金銭債権に限定されることから（契約法適用解釈第 13 条を参考）、基本債権は金銭債権以外には考えられない。こういうところは日本法の本来型と同様であるが、中国の学説の中には、債務者が基本債権の存在につき、異議がない場合又は裁判或いは仲裁によって確定された場合を指すと解している説が多数存在している<sup>99</sup>。しかし、ここで基本債権の確定とは、債権の給付内容が確定しているか、確定しうべきものでなければならないという債権成立の要件のことをいう。裁判所の判断、仲裁、債務者の承認などは、単なるその債権確定の方法にすぎず、基本債権が有効に存在していることは、通常代位行使の中で確認されるべきものであるから、もし、代位行使する前に要求すると、債務名義を要求することに等しいことになる。

日本の判例の中には、「離婚によって生じることあるべき財産分与請求権は、一個の私権たる性格を有するものではあるが、協議あるいは審判などによって具体的内容が形成されるまでは、その範囲および内容が不確定・不明確であるから」、かかる財産分与請求権は被保全債権として認められないと判断したものがある（最判昭和 55 年 7 月 11 日民集 34 卷 4 号 628 頁。この判例に対して、不確定だがある程度の請求権はあるというとき、民法 423 条 2 項を援用して保存行為として債権者代位権の行使を認めるべきであるという説がある<sup>100</sup>）。また、推定相続人が相続の開始によって取得するであろう相続人の権利は一種の期待権にすぎず、これを相続前に被保全債権として、相続人の権利を代位行使することができないとした判例がある（最判昭和 30 年 12 月 26 日民集 9 卷 14 号 2082 頁）。これらはいずれも、中国の基本債権の適格性の判断に解釈上の示唆を与えるケースであろう。

中国では、基本債権が金銭債権に限ることについて異論は見られないが、その発生原因によって債権者代位権の適用の可否に関して異なる見解が存在している。つまり中国の債権者代位権制度は、単行法たる契約法の中で定められたものであるため、契約関係に基づく債権以外に、たとえば、不法行為、不当利得、事務管理などの法律原因に基づいて生じた法定債権は基本債権として債権者代位権の行使をすることができないという説がある<sup>101</sup>。これに対して、楊立新教授は、中国の債権者代位権制度が契約法の中に規定されているからといって、基本債権が契約関係に基づく債権に限定している意味ではないと解している。その理由は以下のように説かれている。中国の民事立法は、社会要請に応じて分野ごとに個別に単行法を整備するという手法を採用しているため（楊立新教授がこの立法現状を小売式と呼んである）、責任財産保全制度を新設する際に、現行の「民法通則」を修正する形で増設するか、それとも新しい「契約法」の中に配置するかという選択的な問題があるが、契約法総則の部分が将来の民法典の債権総則の基礎になるから、結局債権者代位権が契約法の総

<sup>99</sup> 王利明・前掲注（97）48 頁。

<sup>100</sup> 中田・前掲注（29）205 頁。

<sup>101</sup> 曹守暉ほか「『關於適用合同法若干問題的解釋（一）』的理解和適用」人民司法 2000 年 3 月号 8 頁、丁麗瑛「債権者代位権實現的法律保障」厦門大学学报総第 142 期 86 頁（2000 年）。

則の第四章「契約の履行」に規定されるようになった。したがって、契約法中の債権者代位権制度は契約債権の保全に限らず、法定債権の保全にも適用されるとする<sup>102</sup>。

以上のような立法経緯を踏まえ、中国の債権者代位権が契約法の中で規定されているという事情だけでは、その適用が契約債権の保全に限定されると解釈すべきではない。これに同調する学者も多いが、実務上では十分に留意すべき問題であろう。

### (3) 債権者の債権が履行期にあること

本来の債権者代位権の行使は、単に債務者の財産に対する保存行為にとどまらず、強制執行のための準備手続きとして債務者の財産管理権に対する干渉行為である。通常、債権者の債権が履行期に達しないと債務者の弁済義務が生じないため、債務者の財産状況の如何にかかわらず、債務者の財産に対しては債権者からの干渉を認めるべきではない。加えて、債権の履行期が到来していないときは、債権の満足を受けるか否か、定かではないので、なおさら、債権者の代位行使を容認することは債権者代位権制度の趣旨に反する。したがって、債権者の債権が原則として履行期にあることを要する。日本の従前の学説において「被保全債権が履行期にあること」が債権者代位権行使の要件であるとされてきたが、これを要件事実としてみたときは、債権者にはこの事実を主張・立証する責任がなく、債権者代位権の障害事実（抗弁）となるにすぎない（第三債務者の立証責任）<sup>103</sup>。

日本法においては、被保全債権が原則として履行期が到来していることが必要であるが、債権保全の緊急性から、裁判上代位による場合と保存行為の場合とは例外とされている（日本民法第423条2項）。

ア. 裁判上代位 債権者はその債権の履行期前でも、債務者の権利を行使しないと、自己の債権を保全することができない、または保全するのに困難を生じるおそれのある場合は、裁判所の許可を得て代位権を行使することができる（非訟事件手続法第85条～第91条（改正前第72条～第79条）。三ヶ月博士は、かつて裁判上代位手続きが仮差押えないし仮処分で十分まかなえるから、「屋上屋を重ねる愚の典型」と酷評していた<sup>104</sup>。現行の裁判上代位制度がほとんど利用されず、債務者の処分効禁止規定（非訟事件手続法第88条3項（改正前第76条2項））は、期限到来債権の裁判外の代位の際における処分禁止効を生じさせるための類推適用の条文根拠にすぎないことになっている。また、弁済期未到来の場合でも、債権者代位訴訟を提起することが可能であるとされるから、今回の法改正の議論の中で、裁判上代位制度を廃止する方針に異論は見られない。

イ. 保存行為 保存行為とは、債務者の権利の変更又は消滅を防ぐ行為のことをいう。たとえば、債務者の不動産についての保存登記や移転登記、債務者の権利に対する時効中断行為、第三債務者が破産したときの債権届出などがこれにあたる。これらの行為は債務者

<sup>102</sup> 楊立新・前掲注（73）130頁以下。

<sup>103</sup> 潮見・前掲注（2）24頁。

<sup>104</sup> 三ヶ月・前掲注（12）46頁。

にとって不利益にならないし、急を要することが多いから、債権者は自己の債権が履行期未到来であっても、裁判上の代位によることなく、独自に債務者の権利を行使することができる。

中国法でも基本債権は金銭債権に限定し、その内容が確定され、明確であることが必要とされているが、他方、契約法第 73 条には履行期到来要件と保存行為の代位について明確な規定が置かれているわけではない。「意見徴集稿」第 50 条は「債務者が第三債務者に対する債権の行使を怠ることにより、債権者の期限到来の債権を著しく害する場合…」と規定されているとおり、基本債権の履行期が到来していることは代位行使の要件とされていることが読み取れるが、最終稿においては、その理由は不明であるが、この文言が削除されている。しかし、契約法適用解釈第 13 条は「“債務者が期限の到来した債権行使を怠ったことにより、債権者に損害を与えた場合”とは、債務者はその債権者に対する期限が到来した債権を履行せず…」と規定されている。これは間接的とはいえ、元に戻って基本債権につき期限が到来した債権に限定したことを要件としていると解することができる。債権者代位権について債権者に優先弁済機能を認めるならば、基本債権が履行期に達していることが必要とすることが当然なことともいえる。しかし、履行期前であっても、明文規定のない限り、保存行為についても、一律に債権者代位権の行使を否定すべきであろうか。

曹守曄氏は、履行期の前でも、たとえば、債務者の権利に対する時効中断行為など、債権者代位権の行使を認めないと、債権者の利益保護に欠けると考えていたようである。そのような理由から、契約法適用解釈を制定する際には、既に基本債権の履行期前に保存行為として債権者代位権の行使の必要性を認識したため、あえて、基本債権の履行期に関する規定を明確化しなかったと説明している<sup>105</sup>。この説明は「基本債権の履行期に関する規定を明確化しなかった」という部分が契約法適用解釈第 13 条 1 項の規定に反すると思われるが、保存行為につき代位権行使を認めるべきである点について確認することができる。学説も日本の保存行為と同様な例をあげ、基本債権の履行期前であっても、保存行為として債権者代位権を行使することを肯定するのが多数である。しかし、裁判実務では、裁判官が実体法上以外のものを裁判基準とする自由裁量をすることを許さない、という原則がある中国の裁判事情を鑑みると、明確な規定もないことから、実務上では認めるのは困難であろうと思われる。

## 2. 要件二 ——債務者の権利不行使

契約法適用解釈第 13 条 1 項は「契約法第 73 条が規定する“債務者は期限の到来した債権の行使を怠ったことにより、債権者に損害を与えた場合”とは、債務者がその債権者に対する期限の到来した債権を履行せずに、かつ、訴訟または仲裁の方式により第三債務者に対する金銭給付を内容とする期限の到来した債権を主張しないことにより、債権者の債権が実現し得ない場合を指す」と規定している。

---

<sup>105</sup> 曹守曄・前掲注(87)を参照。

## (1) 無資力要件の当否

### ア. 債務者の怠慢

ここで「債権の行使を怠ったこと」とは、債務者が有する債権の期限が到来したにもかかわらず、債務者が訴訟また仲裁の方式で債務の履行を求めない場合には、権利行使の怠慢の責任を債務者が負うことと解されている。債務者が債権を行使したか否か、その判断基準は訴訟の提起また仲裁の申立てに限定する理由としては ①判断の明確性、および②裁判所の関与によって債務者と第三債務者とが通謀して債権者代位権の行使を阻止することを防止できることとされている。

### イ. 債権者の損害

債権者の損害については、債権者は自己の具体的、実質的な損害を立証する必要がなく、債務者の債務不履行によって、債権者の債権を実現できないこと（結果の予測）を示すことができれば、債権者の損失が認定されることになる<sup>106</sup>。要するに、この要件は広い意味で理解されており、債務者の怠慢によって債権者の債権が実現不能という危険にさらされれば、債権者代位権の行使が可能になるというように解されている。

中国において債権者代位権を行使するには、「債務者が期限の到来した債権の行使を怠ったことにより、債権者に損害を与えた場合」（契約法第 73 条）という要件が課されている。この要件は一見して日本法の「自己の債権を保全するため」という債権保全要件とまったく異なるものであるようにみえる。しかし、松坂佐一教授は昭和 25 年に出版された有名な著書において、債権保全の必要性につき、フランスの学説を引用して「債務者が権利を行使せず、そのため債権者に損害が生じる場合には即ち、債権者が権利を行使するにつき利益を有するものと解している」とし、「損害は必ずしも現実なること、即ち債権者が現実には弁済を受くる能わざることを要せず、ただその危険あれば足りる」と説明され、「自己の債権を保全するため」につき、債務者の無資力要件を必ずしも厳格に解釈していないのである<sup>107</sup>。驚くべきことは、以上に示すように契約法第 73 条の要件が、松坂教授の説明とほぼ同じものであることである。目下、両者の関連性を検証することが不可能であるが、仮に契約法第 73 条を考案する際、上記の松坂教授の解釈の影響を受けていたとしたら、立法当時の債権者代位権は、日本法と同じく債務者の責任財産保全の制度であると裏付けられることになる。

債務者の無資力要件については、学説上の議論が少なく、中国において債権者代位権を行使するには不要と考えられている。実務の運用にあたって、債権者の「損害」、およびその「損害」と債務者の「債権行使の怠慢」との間の因果関係については殆ど考慮されず、債務者 B が債権者 A に対する履行期の到来した債務を履行していない状態であれば、債務者 B にほかの財産が有る無しにかかわらず、A は B の債務者 C（第三債務者）に対して債権者代位権を行使することができるという略式で運用されている。

<sup>106</sup> 曹守擘・前掲注（87）を参照。

<sup>107</sup> 松坂・前掲注（4）32 頁。



日本法においては、債権者代位権は「自己の債権を保全するため」という目的のみで行使を認めている。これは、一般に、代位行使の必要性ないし保全の必要性といわれている。本来型の債権者代位権における保全の必要性の内容に関して、判例、通説は、債務者の資力（責任財産）がその債務のすべてを弁済するのに十分ではないとき、債権者が債務者の権利を行使しなければ、自己の債権の満足を得られなくなる恐れがあることと解している。

通常、本来型の債権者代位権の行使に、債務者が無資力であることを必要とすることは「無資力要件」と呼ばれている。債務者は、本来、自己の財産の管理・処分につき自由であり、他者から干渉を受けないというのが原則であるが、通説は代位債権者が債務者の権利に干渉できるのは、債務者が無資力であり、かつ、被代位権利を行使しない場合に限られるべきであるとして、本来型の債権者代位権の行使要件として債務者の無資力を必要と解している。つまり、債権者代位権の本来の機能は、代位の効果が債務者に帰属して、債権者はその後債務者に対して債務名義を取得して強制執行手続きを行うという強制執行の準備であるから、債務者の資産が十分であれば、債権者が強制執行によって自己の債権を実現することができるわけであるから、あえて債務者の財産管理に対して干渉を認める余地はないといえる<sup>108</sup>。

債権者代位権が強制執行の準備であるという前提のもとで、「債務者の無資力」とは、債務者が負担する債務の総額を、その有する総財産をもって完済できない状態のことを言うものと考えられるから、他の債権者が存在する可能性があれば、無資力要件を厳格に解すべきではないという解釈が成り立たないわけでもない。しかし、債権者代位権に事実上優先弁済機能を認めた場合、他の債権者との競合する場面がほとんど想定されず、代位債権者の債権額のみを基準にして（代位訴訟参加の他の債権者があれば、その合計額が基準となる）、債務者の無資力である否かを判断すれば足りるから、債務者の自由財産管理権を保護するための要件として、無資力要件を厳格に要求すべきであろう。

天野弘教授は債権者代位権の債権回収機能を重視し、無資力要件の撤廃を主張され（その論拠は前述した天野説（18頁以下）を参照）、一時注目を浴びた。本来型①（基本債権と被代位債権と共に金銭債権）の場合、強制執行法によるときには、債権者は債務名義を具備すれば、債務者の無資力要件は不要とされることから、両制度の共通の「債権回収機能」を重視すれば、債権者代位権においては無資力要件を撤廃するという考え方、あるいは民事保全手続法と同様の「保全の必要性」で足りるという考え方がある。正論として、「債権回収」という機能においては、債権者代位権は強制執行制度との併存を回避すべきであることは既に前述のとおりであるが、仮に債権者代位権制度を簡易な債権回収手段として容認するとしても、被保全債権の存在が債務名義によって担保されないわけであるから、その代わりに、債権者代位権には無資力要件を残す、という、もう一つ重要な意味がある。

<sup>108</sup> 工藤祐巖教授は債務者が資力十分ならば、代位訴訟を提起する利益がないとして、無資力は訴え（代位訴訟）の利益の一内容を構成するとみている。そして、その利益は損害発生の危険という概念の一内容であると解し、原則として、債権者の債権回収に危険があれば無資力要件を満たされるという（工藤・前掲注（14）223頁以下）。同旨、松坂・前掲注（4）。

一方、本来型②において、特に取消権、解除権、相殺権などのような形成権の代位行使については、その結果が「債務者・第三債務者間の相対的に安定していた状況に決定的な変化を与えるものとなる」ため、「この変化のイニシアチブは、通常債務者個人にのみ委ねられるべきであ」<sup>109</sup>る。したがって、債務者の無資力要件を緩める余地はないと考えられる。

また、保存行為については、債務者の無資力要件が必要となるかどうかであるが、保存行為は債務者の財産の現状を維持し保全することを目的とするものであり、債務者にとって不利益がないことから、無資力要件を否定すべきとする説がある<sup>110</sup>。この見解に対して、日本の通説は、たとえ保存行為とはいえ、債務者の資力が十分である場合、代位権の行使は債務者の財産権への干渉であるから許されないと考え、したがって、無資力要件は必要とされている<sup>111</sup>。確かに、登記実務においては、本来型の登記申請権の代位行使について、債務者の無資力要件が不要とされているが、これはあくまでも例外的扱いである。このような特別の扱いが要請される場面では、民法で対応するのではなく、不動産登記法で対応するか、あるいは執行手続法で対処すべきかなどによって問題を解決する方がよいと思われる。

以上のような議論を踏まえて、債権回収機能をもちながら、債務者の無資力要件を無視する中国の債権者代位権を考えると、債権者代位権につき代位行使を正当化する根拠は、つまりなぜ債権者が債務者の財産管理に干渉できるかということについては、理論的に説明がつかないように思える。債権者の重大かつ「正当利益という基本要件こそが債務者の自由領域への干渉を正当化する根拠」であるといっても、債権者が債務者の財産管理権を取得するためには、せめて債務者が無資力状態でないと完全には正当化される根拠付けにならないと考える。債権者代位権は、「債務者の財産管理の自由と債務者の財産管理の怠慢から生じることあるべき不利益から保護されるべき債権者の利益との調和」を図る実体法上の権利であるというバランス感覚を失ってはならない。中国の債権者代位権も完全に直接請求権に転化していない限り、債務者の無資力要件を課すべきであろう。

## (2) 債務者の「債権行使の怠慢」基準

日本法では、債務者が自ら権利を行使している以上、債権者に代位権行使を許すことは、債務者の財産の自由への不当な干渉となるから、債務者が権利を行使しないことが判例、学説によって行使のための要件とされている。債務者が既に権利を行使していれば、その方法や結果を問わず、債権者の代位権行使は認めない。その場合であっても、債権者にはその防衛方法として、詐害行為取消権の行使、または訴訟の補助参加ないし独立参加などがあるので、これらによって自己の権利を保全することも可能である。しかし、債務者が

<sup>109</sup> 浦川・前掲注(26) 23頁、債務者の無資力要件の論述は、下森・前掲注(34) 716頁以下参照。

<sup>110</sup> 平井・前掲注(40) 266頁。

<sup>111</sup> 民事法研究会編集部編『民法(債権関係)の改正に関する検討事項』80頁(民事法研究会、2011年)、潮見・前掲注(2) 23頁。

第三債務者に対していかなる行為があれば、債権の行使として認められるかについては、具体的な議論が少ないといえる。特に、時効中断の効力をもつ催告や権利処分行為の着手が、いかなる段階に達したら債権の行使に当たると認められるか否か、その線引きの明確さに欠けていると思われる。そこで、中国においては、債務者と第三債務者とが通謀して債権者代位権の行使を阻止することを懸念して（確かに債権者として詐害行為取消権の利用も可能であるが、債権者の立証が容易ではないであろう）、債務者の「債権行使の怠慢」基準を「裁判」と「仲裁」に限定することにしたと考えられる。

しかし、実務上、債務者が自己の債権を回収するために、自己の債務者（第三債務者）に対して交渉したり、催告したりするなど、裁判外的手段によって実現しようとすることは少なくない。本来、債務者も自己の債権を満足させるためにいかなる権利実現手段を取るかは原則自由であり、また裁判上の手続きを利用するかどうかについても選択権を有し、債権者に対して提訴義務を負うこともない<sup>112</sup>。債務者が「訴訟」あるいは「仲裁」を行わない場合に、「行使の怠慢」と認定されると、債務者は常に最後の手段である訴訟解決を強いられることになる。これは、訴訟経済の原則に反するし、また、債権者代位権の行使が安易に拡大され、債務者の財産管理の自由を害する恐れもある。特に信用取引の安全を著しく害することがありうるから<sup>113</sup>、基準が明確である反面、その副作用も大きいといえよう。

契約法適用解釈第13条2項は「第三債務者（すなわち債務者の債務者）は、債務者が債権行使を怠ったことを認めない場合、その立証責任を負う」と定めた。つまり、この規定は債務者が権利を行使したことにつき、第三債務者が抗弁の事由としてその主張、立証の責任があると理解することができる。日本法でも、債務者の権利不行使に関して、「債務者が権利行使したこと」を債権者代位権の行使の効果を争う側が、主張、立証すべきとして同旨の解釈が取られている<sup>114</sup>。つまり、この要件は、債権者代位権が発生する積極的要件というより、債権者代位権を行使する際の阻止的要件として位置付けられるべきである。

### 3. 要件三、四 ——被代位債権

日本の債権者代位権においては、原則として、債務者の責任財産を構成するもの、あるいは責任財産保全に供する権利であるならば（転用型の場合は個別に考える必要がある）、すべての権利が代位行使の対象となる。たとえば、債権以外であっても、物権的請求権、形成権、登記申請請求権についてもその対象となるし、あるいは債権者代位権の代位、訴訟上の行為（直接に実体法上の権利を主張する形の訴訟上の権利）の代位なども認められている。ただし、

<sup>112</sup> 池田・前掲注（15）80頁。

<sup>113</sup> 奥田・前掲注（37）255頁。もともと無資力要件の撤廃により信用取引の安全を害することを指摘しているが、債権者代位権の行使が安易に拡大されるという意味で、この指摘はここでも当てはまる。

<sup>114</sup> 平井・前掲注（40）268頁注1、倉田卓生監修『要件事実の証明責任（債権総論）』169頁[春日偉知郎（西神田編集室、1986年）、潮見・前掲注（2）19頁。但し、潮見教授は債務者が権利を行使していることを債務者の抗弁事由としてあげているが、第三債務者も同じ抗弁を主張することができる。]

例外として「債務者の一身に専属する権利」と「差押えが禁止された権利」は被代位債権の対象として認められていない。

一方、中国の契約法適用解釈第13条は、被代位債権の客体の範囲を縮小解釈して、債権者代位権の客体となる対象は金銭給付を内容とする債権に限られるとしている。これは非金銭債権の代位行使については手続が複雑で、債権者の権利保障に大きな意義をもたず、また、債権者代位権は債権の原則である相対効を破った法制度であるから、適用の範囲を拡大してしまうと、債務者の権利を害する恐れがあるとの理由である<sup>115</sup>。実質的な理由は、基本債権と被代位債権と両債権種類が違うとなると（例えば貸金債権と特定物の引渡請求権の場合）、第三債務者が債権者に対して直接履行することが困難となり、債権者は債権の実現ができなくなるからであるといわれている<sup>116</sup>。

債権者代位権は、設計の構造によって民事執行制度と機能的に競合する分野が生じる。しかし、民事執行制度が代替できない機能こそが、債権者代位権の本来の存在意義であることは前述の通りである。特に被代位債権が金銭債権である場合は、債権取立訴訟がほぼ全面的にカバーすることができるから、執行法が完備されれば、この制度の存在意義は失われてしまうことになる。したがって、中国においては、債権者代位権の被代位債権の対象について、この制度が法体系の中で機能すべき範囲にまで拡大することがまず一つの重要な課題となる。

以下、中国の一つの裁判例を取り上げ、被代位債権の内容につき実務上ではやや異なる見解を紹介する。

中国の人民法院は、基層、中級、高級、最高人民法院という4級制となっているが、他方、裁判制度は2審制を採用している。現在、中国では、裁判例が法源となることを認めておらず、これまで最高人民法院公報などに掲載した裁判例には拘束力がなく、ただ、下級法院が類似の案件を処理するのに一定の影響をもつにすぎなかった。しかし、2010年最高人民法院は「案例指導活動についての規定」を制定し、公報などに掲載した裁判例の「指導性」を確立し、事実上、裁判例に強い拘束力が付与されるようになった。とはいうものの、中国の裁判例は法解釈の技術性が低く、結論の正当性を担保する理由説明が論理性に欠けるものが多い。加えて、体系的性が調っていない訴訟手続法の下での運用で形成された中国の裁判例は、日本法におけるような判例分析というレベルには達していないと言わざるを得ない。したがって、中国の裁判例の分析による法的予見可能性を向上させるという意味はそれほど大きくないと思われる。ここでは、単なる事例紹介という意味で一つだけを取り上げることとする<sup>117</sup>。

---

<sup>115</sup> 曹守擘・前掲注(87)を参照。

<sup>116</sup> 佟強「代位権制度研究」中外法学14巻2号171頁(2002年)。

<sup>117</sup> 中国の債権者代位権に関する裁判例紹介の日本語文献として、射手矢好雄・遠藤誠編『中国ビジネス重要判例解説』「債権者代位権をめぐる裁判例」[周劍龍]23頁(別冊NBL132号、2010年)、許更・前掲注(73)55頁以下、秋山洋「中国案例百選」国際商事法務31巻6号894頁以下(2003年)などがある。

## ア. 事実の概要

この事案に関して債権者代位権の問題に関連する部分のみを簡単にまとめると、以下のとおりである<sup>118</sup>。貿易会社Y（一審被告、第三債務者。以下、「Y」という）は、貿易会社Z（一審被告、債務者。以下、「Z」という）に対して、2000年2月に金銭債務129万円を負っていることを承認し、2000年9月末までに完済すると約定した上、その債務を担保するために、Yの代表取締役Y<sub>1</sub>（一審被告、物上保証人。以下、「Y<sub>1</sub>」という）が所有する不動産に、抵当権を設定し、その登記手続きが完了した。一方、2001年9月X銀行（一審原告、代位債権者。以下、「X」という）は、Zに対して弁済期限の到来した貸金債権120万円を有していたところ、Zが無資力状態になったため、Xは代位訴訟を提起し、Yに対して120万円を返済するよう請求するとともに、Y<sub>1</sub>を被告として抵当権の実行を請求した。

第一審判決は、担保物権が代位行使の対象になるかにつき、担保物権は被担保債権から切り離して処分できないし（従属性）、債権の担保制度の保証及び手付金なら代位の対象になれるにもかかわらず、担保物権を代位の対象として認めないと不当としてXの請求を認容した。これに対し、Y<sub>1</sub>が不服として、①本案が代位訴訟であり、物上保証人を共同被告とした第一審は違法であり、②契約法は債権者代位権の行使の対象を債権に限定しているにもかかわらず、担保物権を代位の対象として認めるのは法解釈の誤りであるなどを理由に上訴した。

## イ. 判決の概要

上訴棄却。「担保物権は代位行使の客体になるか否か、契約法および司法解釈に禁止規定が置かれていない。担保物権設定の目的は債権の実現を担保するものであり、即ち債務者が債務不履行又債務不完全履行の際、担保権者は担保物を換価することによって優先的に自己の債権に満足することができる。担保権者は担保物権の実現方法が担保物の所有権の取得ではなく、担保物の換価であり、その本質は債権の保障である。従って、本案において、担保物権は債権の従属権利として債権者代位権行使の客体になることができる。よって、原審法院がY<sub>1</sub>を被告として民事責任を負担させるとしたことは不当ではない」。

## ウ. 本件についての分析

本件では、中国の債権者代位権行使の対象が、債権以外に担保物権でもよいのかという問題が主な争点となる。確かに上訴審判決理由のとおり、担保物権が代位行使の客体にならないという明確な禁止規定がないのである。しかし、中国の契約法第73条において「自己の名義をもって債務者の債権を代位行使することを請求することができる。ただし、当該債権が債務者の一身専属債権を除く」という文脈からみれば、代位債権者が代位行使しうる債務者の権利が債権に限ると解釈すべきであろう（その理由は前述のとおり）。第一審および上訴審はともに抵当権を代位行使の対象として認めたが、その理由が抵当権の基本性質

<sup>118</sup> 羅豪才・孫琬钟編『人民法院案例与評注』（民事第9卷）10頁（中国法制出版社、2006年）。現在、中国では、裁判官の自由裁量権が当面制限されているが、判例法制度が確立されず、その上、裁判官の素質が揃っていないわけではないため、裁判所あるいは裁判官によって、同じ事案においても違う判決結果が出される可能性が十分あることに注意する必要がある。

たる付従性、つまり抵当権は債権に附従する存在であり、債権なしには担保は存在しえないから、被担保債権が代位行使の客体になる以上、主従関係にある抵当権も被担保債権が代位行使の客体になれるという理屈である。確かに抵当権は債権を担保するという手段的なものであり、債権の効力を強化するという一面がある。しかし、抵当権は、被担保債権とは個別に成立する物権であるという理解が中国においても通説である。中国において、債務者が第三債務者に対して有する抵当権を代位債権者が行使することができるという解釈は、やはり条文から大きく離れた解釈であるといわざるを得ない（もともと代位債権者は第三債務者Yに対して代位訴訟を提起して、債務名義を取得した後その執行段階で抵当権を実行すれば、抵当権を代位行使の対象になる問題が真正面から回避することが可能ではないかと考えられる）。本案は、Xが債務者Zに対する貸金債権に基づいてZの有する債権を代位行使する代位訴訟であるが、Xが第三債務者Yに対してZの債権を代位して行う請求と、Zの有する抵当権の実行を代位して行う請求とを同時に行っている。被代位債権に抵当権が付いている場合、日本では通常、代位債権者はまず債務者に代位して抵当権の実行を申し立てることを選ぶのであろう（抵当権の代位行使）。抵当権の実行手続きは、日本では民事執行法の担保権の実行としての競売手続きによるが、中国では、担保権の実行は民事執行という概念の下、統合されるにいたらず、実行方法が物権法規定<sup>119</sup>による（但し、具体的な競売、売却の方法は『人民法院民事執行において競売、売却財産に関する最高人民法院の規定』による）。基本的にはまず、抵当権者と抵当権設定者が協議をし、担保物を抵当権者に代物弁済する方法（事後的に抵当直流）、競売、任意競売いずれかの実行方法を選択することが可能であるが、抵当権者と抵当設定者の間で、抵当権実行の方法について合意に至らなかった場合、裁判所に抵当物の競売、売却を申し立てることができる。ただし、抵当権設定者が実行方法以外に異議があれば、抵当権者は裁判所に担保実行を申し立てることができなくなり、抵当権者が裁判所に抵当権の実行を求める訴訟を提起することが必要となる（この場合、抵当権設定者のみを被告にしても、債務者を共同被告にしてもよい）。中国の抵当権実行も二当事者対立構造をもち、物上保証人が目的財産の責任主体たる地位を有するが<sup>120</sup>、基本的にはその手続きが訴訟によらず、当事者の協議または裁判所に申し立てによって行われる。しかし、債権者が債務者の有する抵当権の実行を代位行使する場合、代位債権者は債務者の抵当権の存在を証する文書をいかに入手できるか一つの問題であると考えられる他、執行裁判所が代位債権者の代位債権者としての適格——実体権たる基本債権の審査が可能であるか、また債務者の権利保障の問題などをいかに考えるべきか、日本での議論が少ないようであるから、ここでは最小

<sup>119</sup> 物権法第195条（抵当権の実行）①債務者が履行期の到来した債務を履行せず、又は当事者が約定した抵当権を実行する事由が発生する場合、抵当権者と抵当権設定者は協議して抵当物を換価し、又は当該抵当物を競売し、売却して得た対価から優先的に弁済を受けることができる。協議がその他の債権者の利益を損なう場合、その他の債権者は取消事由を知り、又は知ることができた日から1年以内に人民法院に当該協議の取消しを申し立てることができる。②抵当権者が抵当権設定者と抵当権の実行方法について協議が調わなかった場合、抵当権者は人民法院は人民法院に抵当物の競売、売却を申し立てることができる。③抵当物を換価し、又は売却する場合、市場価額を参照しなければならない。

<sup>120</sup> 中野・前掲注（78）337頁。ただし、日本の旧競売法は利害関係人の規定のみをおき、対立関係当事者の観念が不明確であったと説明している。

限の問題提示にとどまることにする。中国で債権者代位権を行使するためには、訴訟を提起することが必要とされるため、債権者代位権に基づく債務者の抵当権を行使する場合、中国の独自の問題として、抵当権が代位行使の対象となるか否かという行使のための要件の問題以外に、行使方法をどのようにするかという問題もあり、難局に直面することになるであろう。本案では、第一審および上訴審ともに債務者が被告とされ（債務者は代位訴訟上の第三者に当たるので、契約法適用解釈第 16 条規定に違反する）、しかも、代位訴訟において同じ基本債権に基づいて、第三債務者に対する代位給付請求と物上保証人に対する抵当権実行請求（果たして通常の抵当権実行としてこの訴訟の提起は可能か、つまり訴訟物が何か、及び物上保証人を被告とされるのがよいのか、という問題がある）が同列に行われている。これらのことについて訴訟上の問題点があることはともかくとして、債権者の債権実現を強く保障するという価値判断の下で、抵当権をも代位の対象として認めたことは、中国の代位訴訟において、金銭債権以外に担保物権にも代位の対象になる可能性を示唆し、実務上注意に値する問題になるろう。

ところで、中国においても、日本と同じく「債務者の一身に専属する権利」の代位権行使を禁止している。中国の契約法適用解釈第 12 条は、「債務者の一身に専属する権利」について列挙的な方式で主要な権利を定めている。しかし、契約法適用解釈第 12 条は「一身に専属する権利」の一部を明示してはいるものの、それら以外のものとして何が「債務者の一身に専属する権利」に含まれるか否か、は明言していないので、この点は解釈に任せるほかはない。

「一身に専属する権利」に関して、中国法の解釈論は非常に脆弱で、理論上は一応「帰属上の一身専属権」と「行使上の一身専属権」と分類しているが、個々の事例ごとに具体的に論じられることが少ない。また、扶養関係、撫養関係、贍養関係に基づいて生じる給付請求権は身分に基づく財産的利益を内容とする財産権であるから、代位の客体になりえないが、相続関係による給付請求権（相続の承認・放棄の権利、遺産分割請求権、相続回復請求権など）は身分から独立した財産権としての性格が強いから、代位行使の対象になれるか否か、議論のあるところであろう。特に労働報酬請求権、退職金請求権、年金請求権、救済金請求権、配置金請求権、生命保険金請求権といった金銭債権請求権は、債務者の責任財産として評価しても、また債務者の自由意思に関わる面で評価しても「一身に専属する権利」としての性質が薄い。ただし、中国の債権者代位権の規定には「差押えが禁止された権利」を除外するような直接規定がないから、差押えを許されない政策的要請とされるもの——「債務者の生活保障、個人的収益確保の要請、私的専用の許容などの社会政策・産業政策的要請<sup>121</sup>」——は契約法適用解釈第 12 条で「一身に専属する権利」という名目で反映されたと考えられる（本条以外に、行使するための要件—「債権者は債務者に対する債権が適法な債権であること」という規定でも「差押が禁止された権利」を代位の対象から除外するという解釈に導くこと

<sup>121</sup> 潮見・前掲注(2) 44 頁。

が可能であろう。行使するための要件一の規定の問題点は前述（43頁）のとおりである。

## 六、代位行使の効果 ——債権回収機能

契約法適用解釈第20条は「債権者の第三債務者に対して提起した代位訴訟について、人民法院の審理を経て代位権の成立が認められた場合には、第三債務者が債権者に対して弁済義務を履行するものとし、債権者と債務者、債務者と第三債務者との間の相応する債権債務関係は即時に消滅する」と規定している。

同条は、明文で債権者代位権の効果を債権者に帰属させ、しかも、同適用解釈第21条は債権者が代位権行使に請求できる金額を代位債権者の債権額に限定することに加えて、中国の債権者代位権制度の目的が債務者の責任財産保全のためではなく、債権者の債権実現のための手段（債権回収機能）であることを理解することができる。このような効果を認める理由<sup>122</sup>は以下のように説明されている。

ア．立法趣旨との合致——債権者代位権の立法趣旨は債権者の利益を保護するというものであるから、債権者は第三債務者から直接に弁済を受けられないと、この制度の存在の意義が失われる。

イ．訴訟経済の原則——債権者に代位権行使の効果を帰属させれば、一回の訴訟で、債権者の債権を実現することができるので、訴訟経済の原則に合う。

ウ．平等の原則——他の債権者が自ら債権者代位権を行使しない場合に、訴訟を提起した債権者だけを保護することは、訴訟上の不告不理の原則からいっても不当ではない。代位訴訟は普通の訴訟であり、破産手続きと異なって、債権者だけの利益を重視するとしても問題にならない。また、他の債権者も同じ権利を主張できるから、権利侵害にはならない。

本来の債権者代位権制度は、総債権者のための責任財産保全制度ととらえることから、債権者代位権行使の効果は債務者に帰属して、総債権者のための共同担保となる。その後に債権者が自己の債権の満足を得るためには、改めて債務者から任意の弁済を受けるか、また強制執行手続きをとらなければならない。しかし、債権者代位権の効果として、第三債務者から回復すべき財産が一旦無資力状態の債務者の手に入ってしまうと、債務者がそれを消費したり、譲渡したりする可能性がある。しかし、それでは、それらの処分行為によって制度の目的が達成できなくなる。この欠陥を克服するために、日本の判例は、代位権限には弁済受領権限も含まれるとされ、債権者が第三債務者から直接給付を請求する権利を肯定した。学説も代位権行使の効果が何人に帰属するかの問題と、代位権行使の方法として代位債権者に弁済の受領権限があるかの問題とを別の問題として考えており<sup>123</sup>、たとえば、債務者が第三債務者の給付を受領しないときなどには、債権保全の目的を達成できないからという理由で、代位債権者に弁済受領権限を認める判例の立場を支持している

<sup>122</sup> 曹守擘・前掲注（87）を参照。

<sup>123</sup> 於保・前掲注（62）173頁、奥田・前掲注（37）263頁。



本来型の代位行使においては、物の引渡請求権を代位行使する場合、代位債権者は第三債務者から目的物の引渡しを受けたとしても、あらためて債務名義を取得した上で、自己の占有している目的物に対して強制執行をしなければならない。しかし、問題は被代位債権者が金銭債権の場合、つまり、代位債権者が第三債務者から金銭を受領して、代位債権者の被担保債権も金銭債権である場合、代位債権者は自己の債務者に対する被保全債権（自働債権）と債務者が代位債権者に対して有する返還請求権（受働債権）を相殺することによって、「事実上の優先弁済」を認める結果となる（他の債権者は、債務者に代位債権者に対して有する返還請求権を差し押さえることは可能であると考えられるが、相殺に関して、無制限説に立つ以上、差押前に取得した基本債権を自働債権とする相殺は差押えに優先する）。この結果に対して、「債権者平等の原則」に反するのではないかと批判が多く、代位債権者の受領権限を否定し、裁判所や供託所に保管させて、他の債権者の配当加入を待つなどの解釈論が提示されていた<sup>125</sup>。

一方、簡易迅速に優先弁済を実現するための便法として、判例法理で承認された事実上の優先弁済効を積極的に評価する説が少なくない。鈴木禄弥教授は率先して火中の栗を拾って第三債務者の支払いを得た債権者に優先弁済を受けさせることは、むしろ衡平に適すると説かれている<sup>126</sup>。さらに債権者代位権の債権回収機能を正面から肯定しようとする学説が有力になってきた（前述の学説整理（18頁以下）を参照）。

判例および上記の肯定説の見解は、労力と費用をかける債権者の保護を重視して、優先主義的な立場をとっているといえる。優先主義とは、個別執行において、先に執行に着手した債権者（差押えまたは執行の加入）に差押えまたは換価代金に関して優先権を認め、遅れた者に残余を分配するという原則である。これに対して平等主義とは、執行に参加してきた債権者をその前後を問わず、債権額に応じて按分配当するという原則である。日本の民事執行法は基本的に平等主義を採用しているが、配当に参加できるのは基本的に債務名義を有する債権者と仮差押債権者に限られ、しかも参加の時期も制限され、正確に言えば、制限的平等主義である。このように、実体法上の「債権者平等の原則<sup>127</sup>」は日本の民事執行法において制限的ながらも守られている。そこで、債権回収法の秩序において、仮に債権者代位権制度に債権回収機能を付与することが正当化されたとしても、優先弁済機能を認めることは、実体法においても、執行法においてもかなり異質的に見えてくる。

<sup>124</sup> 我妻・前掲注（61）169頁ほか。

<sup>125</sup> 林ほか・前掲注（4）179頁、奥田・前掲注（37）268頁。

<sup>126</sup> 鈴木・前掲注（30）175頁。

<sup>127</sup> 中田裕康教授は「債権の平等性」と「債権者平等の原則」とを区別し、「債権の平等性」とは同一内容の債権について債権の非排他性を前提とする非優先性を意味するに対して、「債権者平等の原則」とは、同一債務者に対する債権について、無担保債権者が相互に優先することなく、債権額の割合に応じた比例的弁済原則と意味する（中田裕康「債権者平等の原則の意義」法曹時報54巻5号11頁以下（2002年））。「債権者平等の原則」に関する論述は鈴木禄弥「『債権者平等の原則』論序説」法曹時報38巻8号1頁以下（1978年）、井上治典「債権者平等について」法政研究59巻3=4号73頁以下（1993年）、北居功「民法における債権者平等の原則」ジュリスト1428号96頁以下（2011年）を参照されたい。

小林秀行教授は他の債権者の配当加入の手当てを講じることによって債権者代位権の効果を平等主義的に修正しようとする説を提示し、近時注目を浴びている<sup>128</sup>。小林教授は、債務者が無資力で事実上倒産状態にあるとき、代位債権者には、他の債権者のために代位行使することを期待できないとし、そのような状態において倒産手続きが開始されない場合には、簡易で強力な債権回収方法として債権者代位権を認める意味があるとする。すなわち、債権者代位権は、民事執行法や倒産法が予定していなかった隙間を民法によって補完する制度であると解釈している。したがって、現行の民事執行法が原則として平等主義をとっている以上、債権者代位権に債権回収機能を肯定するには、一定の状況・条件においてのみ、認めるべきであると説かれている。その条件は、ア．債務者が無資力であること、イ．管理処分権を奪われる債務者の手続的保障が必要であり、代位債権者からの債務者への催告ないし告知を必要とすること、ウ．他の債権者とのバランスを図るために、債権者代位訴訟の判決が確定するまで、他の債権者にも代位訴訟への当事者参加を認めることである。通常は債権者代位訴訟の判決が確定するまで、期間が長いので、債務者へ催告ないし告知をすることによって、他の債権者も代位行使のことも知ることができるし、実質的な配当加入の機会を保障することができるから、債権者間の公平を保てる。これにより、債権者代位権の優先弁済を正当化できると指摘された。なお、小林説において債権者の機会の平等を保障するという点は、中国の債権者代位権の効果の帰属に関する理由ウ（55頁参照）と類似性がある。

金銭債権の代位行使の場合は、債権者代位権の行使効果について、その結果（債権の実現）だけに着目すれば、中国は日本と変わらないように見えるが、結論に辿るまでの理論構成がかなり異なる。

中国の債権者代位権制度の構造を概観してみると、債権者代位権は債務者の責任財産の保全のためではなく、あくまでも債権者固有の法定債権<sup>129</sup>のように、債権者は債務名義なしで第三債務者に請求できることになっている。この強力的な債権回収構造は、フランス法の直接訴権と類似している<sup>130</sup>。しかし、フランス法で直接訴権が認められているのは、

<sup>128</sup> 小林秀行・角紀代恵『手続法から見た民法』157頁以下（弘文堂、2003年）。

<sup>129</sup> 韓世遠教授は契約法適用解釈第20条の代位効果規定に対して、相殺の効果（相殺の意思表示を不要とする特殊な相殺方法）として債権者が事実上優先弁済効果を得ているにすぎないとして、日本の学説をそのまま借用した。明文で代位効果を債権者に帰属すると債権者代位権は一種の法定債権に転化してしまうから、債権者代位権本来の性質と合致しないとの理由である。しかし、その解釈は契約法適用解釈第20条の文面からかなり離れているから、合理性にかける（韓世遠・前掲注（93）388頁）。

<sup>130</sup> フランスの直接訴権とは制定法又は判例によって特に保護に値すると認められた債権者が、債権の弁済を得るために、その債権と密接な関連をもつ債務者の第三債務者に対する債権を自己の名で、かつ自己の権利として、第三債務者に対して行使しうる権利のことであると説明されている。フランスの直接訴権の機能については、非常に強力な債権回収機能を有しており、基本的に以下の三点にある。①債権者が行使できる金額は、債権者が債務者に対しての債権額と債務者が第三債務者に対しての債権額によって制限される ②直接訴権行使によって得られる金銭は、債務者の財産を経由することなく、他の一般債権者に優先として債権者に帰属する ③直接訴権の効力が生じると、第三者債務者に対して処分効を生じる（加賀山茂「民法六十三條の直接訴権《action directe》について（一）」阪大法学102号

法律によってとくに保護する必要があると認められる債権者だけであるうえ、利害関係者に対する手続保障にも細かく配慮されている<sup>131</sup>。さらに、直接訴権のような効果を与えるためには、個別的な理論説明が不可欠であり、また、関係当事者の利害関係に配慮する必要がある。

ところが、中国の債権者代位制度は「責任財産保全」制度と名乗りながら、その中身はまったく別物に変身してしまっている。その背後には、第三債務者への債権取り立てについては債権執行制度により解決すべき問題であるにもかかわらず、実体法上の制度である債権者代位権制度に丸投げした立法政策に間違いがある。つまり、債権者代位権制度と債権執行制度の全貌を解明しないまま、軽率に外国法を移植しようという立法姿勢に問題があったものと思われる。

## 七、代位権の行使 ——代位訴訟

日本の債権者代位権は、裁判外でも、裁判上でも行使することができるに対して、中国の債権者代位権は、裁判上の代位訴訟による行使しか認められない(契約法第73条)。日本では、債権者代位訴訟において、債権者Aの債務者Bに対する債権の存否を原告適格の問題とし、Bの第三債務者Cに対する債権を訴訟物として、代位債権者の地位は法定訴訟担当と解され、判決の効力は債務者に及ぶという訴訟構図になっている。他方、中国では、代位訴訟について、関連する規定が少なく、学説上においても、いまだ理論的に熟していない。また、現在、訴訟物の理解に関しては、被保全債権と被代位債権とを共に訴訟物とする二訴訟物理論の主張が多いものの、理論的根拠はいずれも不十分な段階であると判断される。

### 1. 債務者の処分権の制限

日本においては、裁判上で代位権を行使する場合には、債務者は代位許可の告知を受けた後において、被代位権利を処分することができない(非訟事件手続法第88条3項(改正前第76条2項))。また、裁判外の代位についても、代位権制度の実効性を確保するため非訟事件手続法第88条3項を類推適用して、債務者に代位の通知をしたとき、または債務者が代位を知ったときには、債務者は、被代位権利の行使(債務者自らの訴訟提起など)や処分が禁止されると解されている。

一方、中国においては、債務者が代位訴訟に参加させられることが一般的である。債務者が債権者の代位訴訟を知った後は、債務者は被代位債権について管理処分権を喪失する应考虑すべきであるが、問題は第三債務者による任意弁済をも禁止するか否かである。中国の債権者代位権制度が債権回収機能を重視する姿勢を考えれば、第三債務者の債務者へ

---

65頁以下(1977年)、山田希「フランスの直接訴権から見たわが国の債権者代位権制度(一)」名古屋大学法政論集179号184頁(1999年)

<sup>131</sup> 山田・前掲注(130)184頁。

の任意弁済についてもこれを禁じるのが筋であると思われる。

## 2. 債務者への判決効力の拡張

代位訴訟の判決効が訴訟の当事者である代位債権者と第三債務者に及ぶのは言うまでもないが、債務者への判決効の拡張に対して、日本では、債務者が代位訴訟に関与する機会が保障されていないなど、債務者の地位への配慮に欠けていると指摘されている。三ヶ月博士や福永有利教授（固有の当事者適格説）は、代位債権者に有利な判決のみが債務者に及ぶ片面的拡張説を主張しているが、やはり、判決効についてはすべて債務者に及ぼすとしなないと、第三債務者が二重応訴に負わされる危険があり、かつ、同一訴訟物につき二度も審判対象になるという難点を克服することができない。そこで、債務者に対する手続保障を付与することを前提に、判決効に全面的に拡張するよう、日本の学説上において、債務者への催告や訴訟告知を必要なものとし、債務者に代位訴訟に参加する機会を保障しようという解釈論が提示された。

これに対して、中国の契約法適用解釈第 16 条は、「債権者は代位訴訟を提起する際に、債務者を訴訟上の第三者として列記していない場合、人民法院は債務者を訴訟上の第三者として追加し得る。二人以上の債権者が同一の第三債務者を被告として代位訴訟を提起する場合、人民法院は合併審理をなしうる」と規定し、債務者を訴訟参加させることによって判決効が債務者に及ぶことにしている。また、「中華人民共和國民事訴訟法」第 56 条 2 項により、第三者が訴訟の結果に利害関係を有している場合には、第三者が自ら訴訟参加することができるし、また、訴訟告知を受け、訴訟参加することもできる。なお、この場合、判決の効力がその第三者に及ぶことになる（明文規定がないが解釈による）。これは日本の補助参加および訴訟告知と類似する制度である。

しかし、債務者が訴訟上の第三者として、代位訴訟に参加する場合、如何なる参加形態になるかは問題である。日本においては、通常、民事訴訟法上の訴訟参加制度として、補助参加（中国民事訴訟法第 56 条 2 項がこれにあたる）、共同訴訟参加（中国法には規定がない）、独立当事者参加（中国民事訴訟法第 56 条 2 項がこれに当たる）がある。債権者代位訴訟において債務者の訴訟参加の形態に関して、中国法には補助参加説、独立当事者参加説、共同原告説、共同被告説、証人説、あるいは事案によって訴訟参加の債務者の立場は上の説いずれかをとるという変動説などの諸説が主張されているが、いずれも訴訟理論に欠ける説明であり、定説が確立されてない現状である。私見として、日本法と同様に考えたい。たとえば、A と B の利害が一致する場合、B は A に補助参加をすることになる。しかし、この場合、B は処分禁止効により当事者適格を喪失する以上、共同訴訟参加によることができない（中国法には共同訴訟参加の規定がないため、そもそもこういう訴訟参加形態が認められるか否か疑問がある）。また、B が被保全債権の存在を争いつつ、被代位債権を行使したい場合には、独立当事者参加をすることができる。この場合、B と C の間に争いがなければ、片面的独立当事者参加も考えられる。

### 3. 他の債権者との関係

代位訴訟が提起された場合、他の債権者が重ねて代位訴訟を提起することができるかという問題に対して、日本においては、上記のとおり債務者の当事者適格が否定されているから、他の債権者は同一の権利について別訴を提起すると、重複訴訟として許されないことになる。一方、中国では、契約法適用解釈第16条の後半により、他の債権者による代位訴訟提起が可能となる（合併審理）。また、日本でも中国でも、他の債権者が係属中の代位訴訟に参加することができると考えられるが、中国法には共同訴訟参加の規定がないため、独立当事者参加によることになる。この点については、中国の債権者代位権を、実質的に債権者の自己の債権を回収するための手段であると見るならば、一応の説明がつく。ただし、代位債権者と独立当事者参加者との間では按分配当することになる。

## 第五章 日本の民法改正と中国の債権者代位権制度今後の展望

日本においては、2008年に法制審議会に「民法（債権関係）部会」が設置され、日本民法典の中核をなす債権編の改正が一世紀ぶりに抜本的に議論されることになった。これと前後して、複数の学者グループ案が発表され、代表的なものは、民法（債権法）改正検討委員会案（「債権法改正基本方針」。以下、「基本方針」という）と「民法改正 国民、法曹、学界有志案」（以下、「民法改正研究案」という）などがあり、これらを受けて2009年から法制審議会での審議が始まった。現在では、論点整理、中間とりまとめ、パブリック・コメントが既に行われ、今後、中間試案のとりまとめがなされ、さらに審議を経て最終的な改正要綱を完成させる予定である。

本章は、日本の債権法改正において債権者代位権制度に関する議論を踏まえて（民法学者を中心とする法学者有志が二年半にかけて作り上げた「基本方針」は、その内容がこれまでの判例、学説の議論状況を含めて、きわめて充実したものであり、法制審議会での審議において重要な参考資料となっているため、以下は主に「基本方針」を土台として議論を展開する）、債権者代位権の最良型を考察し、中国の将来に向けての債権者代位権制度の設計に有益な示唆を与えることを目指すものである。

### 一、「本来型」と「転用型」と二類型の明文化

債権者代位権は、債務者の責任財産の保全のための制度である（本来型）と理解されているが、日本における債権者代位権は、現実に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特定債権の保全ないし実現のためにも用いられている（転用型）。しかし、債権者代位権の多様な利用形態は、制度の趣旨や要件・効果の透明性を損なっている<sup>132</sup>。債権者代位権を存続させる前提で、法制審議会では、本来型と転用型とは、そもそも趣旨だけでなく、想定される適用場面が異なることから、両者を区別した規定を

<sup>132</sup> 債権者代位権の二種類の設置方針は、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Ⅱ』412頁（商事法務、2009年）を参照。

設けて、債権者代位権を強制執行の準備段階としての責任財産の保全制度としての本来型と、個別権利の実現のための準備制度としての転用型の双方を含む制度設計方針を固めた（基本方針と同旨）。前述のように、債権者代位権の転用型は権利生成機能として、今日では多様な領域で多様な役割を担っており、母法であるフランス法にはなかった現代的機能が日本の判例によって生み出された（ただし、フランスでも近時、特定債権の保全を目的とした債権者代位権の転用を認める破産院判決が現れたという<sup>133</sup>）。したがって、転用型を例外的に扱うのではなく、制度の枠内に取り込んで新たな債権者代位権制度を創出することには意義がある。ただし、本来型と異なる機能性を有することから、別個の規定を設けることに賛成である。

## 二、本来型の在り方

### 1. 債権回収機能の否定

他方、日本においては、債権回収制度（個別権利行使の実現）として、民事執行制度（債権執行・債権差押え）が有り、またその準備段階として民事保全制度も用意されていることから、債権者代位権の優先弁済機能を否定したうえで、本来型の債権者代位権制度を存続させる改正意見が多いようである（基本方針と同旨）。というのは、本来型の債権者代位権には、民事執行法・保全法では代替することができない独自の機能があるから、この制度を存在させることには意義があると考えられる。しかし、債権回収機能に関しては債権者代位権の制度の本来目的を逸脱するものであり、債権者代位権制度は民事保全を補完するものと位置付けられるべきであり、したがって、立法論としては、これを民事手続法に委ねるのが本筋である。すなわち、債権者代位権の本来型は、強制執行・差押えのための準備段階の制度として構築し、民事保全や強制執行の守備範囲を補充、強化するという機能で維持すべきである<sup>134</sup>。

問題となるのは、債権回収機能（事実上の優先弁済機能）を否定する場合に、いかなる方法を用いればよいのか、を検討する必要がある。その選択肢として主に、

- ア. 代位債権者への金銭の直接給付を否定し、または制限する方法と、
- イ. 代位債権者への直接給付は肯定しつつ、その金銭の債務者への返還債務と被保全債権とを相殺することを禁止する方法が考えられる。

基本方針の提案は、本来型において、債務者が受領する行為を要する場合であっても、債務者に受領を期待できないときのみ、代位債権者に受領権限を認める。この場合、債権者は受領した財産を債務者に返還する義務を負う。また、金銭を受領した債権者は、債務者に対する返還債務と自己の債務者に対する債権とを相殺することを禁止することとしている。これは、いわゆる事実上の優先弁済への対応といえる。

しかし、責任財産の保全とはいえ、必ず債務者のもとに代位効果を帰属させなければな

<sup>133</sup> フランス法の債権者代位権の転用事例は、山田・前掲注（32）「債権者代位権の一元的理解（1）」63頁以下を参照。

<sup>134</sup> 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注（132）414頁。

らないとする必要もなく<sup>135</sup>、無資力状態の債務者に優先的に受領権限を持たせると、受領した財産の消費、隠匿などのリスクが高く、責任財産保全の目的が達成することができない恐れがある。また、債務者による受領が期待できない場合に限定すると、法律関係が不安定になるとの指摘があるから、代位債権者への直接給付を肯定すべきであると考えられる。

そもそも、現行法において、事実上の優先弁済機能を可能としたのは、債権者代位権制度自体が機能した効果によるものではなく、相殺制度の機能からの働きである。相殺の元来の趣旨は、便利と公平にあり、債務の簡便な決済方法であるが、担保機能ないし債権回収機能があることも見逃すことはできない。代位債権者に受領権限を認めることは代位行使の方法であり、弁済効果の帰属と無関係であるから、直接債権回収機能につながるものではない<sup>136</sup>。したがって、代位債権者への直接交付は肯定しながらも、代位債権者からの相殺を禁止することにより債権回収機能を阻止することは、債権者代位権制度をそのままにして（無傷で）目的を達することができることになる（直接給付の請求を否定する見解では、債務者が受領しないとき、責任財産保全の目的を達成できない場合がある。）。この場合においても、債権者が金銭の交付を受けた場合、債務者に返還する義務があるが、代位債権者は相殺することができないので、代位債権者が受領した金銭についての債務者の有する返還請求権に対して、代位債権者を含めて他の債権者も強制執行をすることが可能になる。

## 2. 被代位権利を行使できる範囲

法制審議会では、本来型の債権者代位権を責任財産の保全機能に純化するならば、被代位権利を行使することができる額は、必ずしも被保全債権の債権額の範囲に限定する必要はないとの意見が提示された。しかし、被保全債権の債権額を超えた金銭の直接給付を認めた場合に、その範囲内の部分と範囲外の部分の処理方法に関して権利関係が複雑化する問題、範囲外部分を保管する法的根拠をどう考えるかの問題、代位債権者が破綻したときにおける債務者に対する他の債権者への影響、あるいは少額の債権者に巨額な被代位権利を行使させた場合の制度の濫用の問題<sup>137</sup>、とくに他の債権者の存否や権利行使可能性を確認することが困難であることなどが批判として考えられる。したがって、被代位権利を行使できる範囲は基本債権額の範囲に限定すべきである（この点に関して、基本方針には明文の記載がない）。

## 3. 無資力要件

無資力要件は、債権回収機能を正当化するために、債務名義に代替する役割があると強調されてきた側面があるが、債権者代位権の債権回収機能を否定するとしても、この代替

<sup>135</sup> 佐瀬正俊・良永和隆・角田伸一『民法（債権法）改正の要点——改正提案のポイントと実務家の視点』158頁〔小関勇二〕（ぎょうせい、2010年）

<sup>136</sup> 潮見教授は「債権者代位権が事実上の優先弁済効をもつというのは、債権者代位権制度のみならず、その余の各種的技術（例えば、弁済の効果帰属主体と受領権者の分離、相殺による被保全債権の回収など）を駆使してはじめて導くことができる帰結である」と説明している（潮見・前掲注（2）18頁）。

<sup>137</sup> 最高裁の改正意見を参照（<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900097.html> 部会資料33-2-429頁）。

する役割である無資力要件を免れさせるべきではないと思う。債務者の責任財産を保全するための債権者代位権の本来型について、強制執行制度、民事保全制度を補完する機能に限定するとしたら、これらの両制度が債務者の無資力要件を不要としていることから、債権者代位権の無資力要件も緩和されるべきであるとし、したがって、これを民事保全手続きと同様の「保全の必要性」で足りるとする見解がある<sup>138</sup>。しかし、果たして被保全債権の弁済期の到来を要求しない「保全処分」と同じ基準で債権者による債務者の財産管理への介入を許してもよいのかについては疑問がある。特に、債務者の形成権を行使する場合には、債務者への干渉の程度が大きい。したがって、債務名義なしに債務者から財産管理の自由を奪うことを正当化するためには、保存行為の代位行使を含め債務者の無資力要件を残す必要がある（基本方針と同旨）。

### 三、転用型の在り方

債権者代位権の転用型は、主に特定権利の実現のための制度であると位置づけることができる。その類型化の在り方について、個別領域ごとに個別規定を設けるべきという見解がある。これらを網羅的に設定することは困難であり、債権者代位権の権利生成機能を営む観点から考えれば、一般的な根拠規定を設定することに賛成する。しかし、様々な局面で機能する転用型において共通要件を創設することは容易ではない。「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」（基本方針）という要件は厳しすぎる（たとえば、共同相続人間の移転登記請求権の代位行使（前掲判例（6））の事案、振り込め詐欺における加害者の預金払戻請求権の代位行使（前掲判例（7））の事案などは、この提案によるならば、債権者代位権による救済の対象から除外されることになりかねない）。しかし、他方、これに対しては、「保全される権利と行使される権利との間に関連性を証明して、債務者の属する権利を行使することができる。」（民法改正研究会案）という要件は広すぎるとの批判がある。その対案として、当該債権の実現に債務者による当該権利の行使が欠くことができないものであることといった不可欠性や他に手段がないことといった必要性・補充性の要件により限定すべきであるとの意見があった<sup>139</sup>。これに対して「債権者が民法 423 条により債務者の権利を代位行使するには、その権利の行使により債務者が利益を享受し、その利益によって債権者の権利が保全されるという関係」という前掲判例（4）（15 頁）の基準を要件とする提案があった。

ここで、転用型の一般規定は条文化まで具体化することを控えたいが、要するに、当該特定債権と被代位債権と密接的な関連性があり、しかも代位行使が必要かつやむを得ないものであることが一応の基準として考えられる。その類型化の妥当性は、実質的に債務者

<sup>138</sup> 工藤祐庵「債権者代位権および詐害行為取消権」円谷峻編『社会の変容と民法典』197 頁（成文堂、2010 年）。これに同調する見解には、大阪弁護士会民法改正問題特別委員会の意見がある。

<sup>139</sup> 大阪弁護士会『実務家から見た民法改正——「債権法改正の基本方針」に対する意見書』別冊 N B L 131 号 114 頁以下（2009 年）



の権利処分の自由への介入をどこまで許容できるかという価値判断の問題であり、「謙抑制と権利救済のバランスの中」に求めるべきであり、「法律要件の解釈の幅を可能な限り限定することで、適切な適用範囲<sup>140</sup>」に制限すべきである。

転用型の債権者代位権は、債務者の責任財産保全とは関係なく、特定債権を実現するための手段として用いられるのであるから、債務者の無資力要件を要しないことについては異論がないが、代位の効果として、債権者へ直接交付をすべきかどうかについて問題となる。基本方針は、代位債権者への交付を原則として認めた上、それが不当であるときには認められないとし、その不当に該当する具体例を二つ例示している。

ア．債務者が無資力の場合——特定債権の実現をはかることは、当該債権者一人が満足を受けることになる点で「事実上の優先弁済」の性格を有するため、債務者が無資力である場合には、本来型との均衡から、転用型による「事実上の優先弁済」も否定すべきであると解されている。ただし、責任財産の維持・増加にかかわらないような特定債権の実現については、これを除外することとしている。

イ．債務者が代位債権者に対して抗弁を有する場合——たとえば、財産の転々譲渡の場合、代位債権者への交付を認めると、債務者である売主が債権者である買主に対して同時履行の抗弁権が奪われることになるからである<sup>141</sup>。代位債権者への交付の可否及び要件に関して、上記の基本方針の提案に賛同したい。

#### 四、要件、効果等に関する共通規定

##### 1. 被保全債権と被代位債権

基本方針は、被保全債権の履行期が未到来の場合（保存行為を除く）には、裁判上代位の制度を廃止して、訴えをもって履行を請求することができないこととするほか、強制執行により実現することもできないものである場合にも、債権者代位権を行使することができないことを提案しているが、この提案に賛成したい。また、被代位債権につき、債務者の一身に専属する権利、差押禁止債権の代位行使を許さないことに賛成する。

##### 2. 代位行使の方法 ——裁判外代位行使の可否

現行の中国の債権者代位権の行使は、裁判上の代位訴訟によることを要するものとしている（通常にいわれている「裁判上の代位」とは、単に裁判所から代位行使の許可を意味するのに対して、中国の場合は、債務者の権利を代位行使するためには、債権者が第三債務者に代位訴訟を提起することが必要とされている。）。この代位訴訟の構造は、中国の現行の債権者代位権に債権回収を認めた機能に対応しているものだけではなく、債務者を代位訴訟に参加させれば、次の意義があ

<sup>140</sup> 東京弁護士会法友全期会債権法改正プロジェクトチーム編『債権法改正を考える～弁護士からの提言～』222頁[吉田武史・森本慶子]（第一法規、2011年）

<sup>141</sup> 詳細については、民法（債権法）改正検討委員会・前掲注（132）430頁。

る（中国の実務上、常に人民法院が職権をもって債務者を第三者として訴訟参加させている。契約法適用解釈第16条参照。）。

ア．代位債権者の債務者に対する債権の存否、額、履行期間などを確定できること。

イ．債権者代位権の行使要件が裁判所の介入によって認定できること。

逆に、日本の債権者代位権のように、裁判外の代位行使も認めている場合には、第三債務者が代位債権者から債権者代位権の行使に基づき債務の履行請求を受けた際に、代位債権者であると自称する者が被保全債権の存否や代位権行使の要件を充たしているかどうかを自ら判断することは困難である<sup>142</sup>。

しかし、裁判外の代位行使を認めても、第三債務者は債務者に照会することや、任意に応じないなどの対応が可能である。しかも、本稿の提案のように、債権者代位権の裁判外行使による場合に第三債務者に弁済禁止効を認めないとすれば、第三債務者が代位行使に任意に応じないことによる遅延損害金の発生なども、債務者に対する履行の場合より不利にならない。

フランスにおいて、債権者代位権のことは間接訴権と呼ばれている。佐藤教授のフランス法の研究によると<sup>143</sup>、「訴権」とは主観的権利を保護するために裁判所に訴えることができる権利ないし権限であり、原則として裁判上で行使されるものを意味するものである。また、間接訴権が訴権としての性質を具備しているのに対して、直接訴権は実体法上の権利としての性質を有し、裁判所に訴えを提起することなく債権者が第三債務者に対して弁済を請求することができる権利であるとされている。しかし、現在では、中国は日本と同じく、債権者代位権は、訴訟上の権利ではなく、実体法上の権利であると解されている。つまり、裁判外での行使が原則である実体法上の権利であるため、その性質からみると、債権者代位権の行使は、裁判上の訴訟による行使に限定する必然性がない。

そこで、以上を検討するに、たとえば、登記申請権の代位行使（日本の不動産登記法59条7号。但し、現在の中国では、この方法は認められていない。）や抵当権の実行の代位行使などを裁判外の代位行使として認めず、あえて裁判上の代位訴訟を求めることとなると、果たして訴訟の利益があるかどうかなどの訴訟上の問題も生じうる。とくに、債権者の債権の存否および代位の要件が明白であって、第三債務者が債権者の代位行使に任意に応じたいときなどにおいては、裁判外の代位行使を認める効用性がより顕著となる。また、裁判外の代位行使を認めることは、第三債務者と交渉できる実体法上の根拠としても重要な意義がある。たとえば、債務者が所在不明であったり無資力であったりする場合、債権者が直接に第三債務者と交渉することによって、消滅時効の完成を阻止することや第三債務者の急激な資力な悪化に備えることを可能にするなどの意義がある<sup>144</sup>。したがって、中国の債権者代位権の代位方法も、原則として裁判外の代位行使を認めるべきであると思われる。

<sup>142</sup> 磯村保教授は、かつて日本の債権者代位権の裁判外行使に対して疑問を提示した（磯村保「金銭債権回収の手段としての債権者代位権と金銭債権執行」法学教室159号58頁（1993年））。

<sup>143</sup> 佐藤岩昭「債権者代位権の効果に関する再検討」比較法研究55巻115頁以下（1993年）。

<sup>144</sup> 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注（132）414頁。

ただし、裁判外での形成権の行使に関しては、裁判外で効果が発生するため、相手方を保護するためには（判断のリスク）、一定の手当てが必要であろう（たとえば、基本方針が提示した供託の方法など）。現在の中国では供託制度がないため、本稿では、この方法による第三債務者の利益を保護することに関して論述を控えることとしたい。

### 3. 債務者への通知

現行の日本法の下では、最大の利害関係人である債務者の知らないままに自己の債権が行使されてしまう可能性があり、このため、債務者の権利をどのように保護するかが大きな問題となっている。債務者に対して被保全債権の存否や他の要件の充足について争う機会を保障するとともに、債務者自身による被代位権利の行使の機会を確保するために、基本方針は、代位行使の要件として、代位債権者が債務者に対する事前の通知をすることを原則として、通知後一定期間（一か月の提案）が経過しないと代位行使することができないことを提案している（例外として、ア．通知をすることが困難である場合に、通知を不要とするものとし、イ．通知の時期に関して、緊急性がある場合に、事前通知を不要とするが事後通知が必要としている）。その通知の効果は、差押え類似の効果は生じず、債務者の権利行使が妨げられないこととしている。

しかし、無資力状態の債務者が事前に通知を受けることにより、代位行為されることを知っていれば、債務者が債権を放棄したり、第三債務者と通謀したりすることによって、代位行使の阻害手段を取る可能性が高いと考えられる。そうすると、一律に事前の通知を要求することに賛成できない。大阪弁護士会民法改正問題特別委員会は、事前通知制度は、裁判外における債権者代位権の濫用的行使を防止策として一定の合理性があるが、債権者代位権が裁判上行使される場合には、債権者代位権の要件が充足されるかどうかについて、裁判により判断されるから事前通知がなくても濫用の可能性が低いと考えられることから、手続きの密行性への配慮が必要と説明し、裁判上の行為として債権者代位権を行使する場合は、通知不要とする対案を提示した<sup>145</sup>。つまり、この提案は、裁判外での代位行使の場合には、基本的に事前通知が必要であるのに対して、裁判上での代位行使の場合には、通知不要という意見であり、妥当的な提案であると考えられる。

現行の日本法では、判例、通説は、債務者は代位行使について通知を受けるか、あるいは代位行使を知ったときであっても、もはや独自に訴えを提起できず、また権利も処分することができないと解されている。その理由は、債務者による処分効を制限しないと、債権者代位権の目的を達成できなくなるからとされている。しかし、裁判外の代位行使の場合は、裁判所の関与なくして、ただ私人の通知や了知だけで、債務者の処分権限が奪われるわけであるから、債務者や第三債務者の地位が不安定となるといわざるをえない。そうであれば、裁判外の通知については、債務者に対して被代位債権の処分効を生じないもの

---

<sup>145</sup> 大阪弁護士会民法改正問題特別委員の意見 [http://www.osakaben.or.jp/web/03\\_speak/iken/65](http://www.osakaben.or.jp/web/03_speak/iken/65) 頁以下。

とすると考えるべきではないかと思う（この点に関しては、基本方針と同旨である）。

#### 4. 第三債務者の抗弁

債権者代位権は債務者の権利を債権者が行使するものであるから、本来型については、第三債務者は、債権者代位権の行使によって不利な立場に置かれる理由はなく、第三債務者が債務者に対して有している抗弁権を代位債権者に対しても主張することができることは当然である。しかし、第三債務者が代位債権者自身に対して有する固有の抗弁は、本来型において被代位債権と関連しないものであるから、代位債権者に主張することができない。これに対して、転用型について、代位債権者への交付請求を認め、実質的に特定債権の実現をはかるものであり、直接請求権的な性質を否定できないから、第三債務者が代位債権者に固有の抗弁権を主張することを認める必要がある（第三債務者の抗弁に関して、基本方針と同旨である）。

### 五、代位訴訟

#### 1. 債務者に対する訴訟告知

日本の現行法では、代位債権者が代位訴訟を提起した場合、債務者に対して催告ないし訴訟告知を要せず、代位債権者の訴訟上の地位は法定訴訟担当と構成され、判決の効力は判決の勝敗を問わず、債務者に及ぶものと解されている（民事訴訟法第115条1項2号）。既述のように債務者の知らないままに自己の権利が行使されてしまうことがあるから、債務者の権利保護が欠ける状況の下にあることから、処分禁止効の問題や判決の効力の問題などが妥当な結論に至っていない。そこで、基本方針は、代位訴訟が提起されたとき、代位債権者は債務者に対して訴訟告知をしなければならないものとし、また債権者の代位訴訟の実効性を保証するために、債務者に告知がされた後に、債務者による独立の権利行使、矛盾する権利処分が禁止されることとしている。しかし、基本方針では、代位訴訟が提起される場合であっても、事前の通知が必要とされることから、果たして代位行使の実効性が確保できるかどうか疑問であるし、しかも、債務者への訴訟告知には、第三債務者に対する弁済禁止効がないと提案しているため<sup>146</sup>、代位行使の実効性の問題がより顕著化してくると考える。

たしかに、代位訴訟において、債務者に対する訴訟告知によって、訴訟に参加する機会を与え、債務者の手続保障を図った上で、債務者に判決の効力を及ぶことを正当化し、債務者への訴訟告知要件を設置することに賛成する。しかし、裁判上の訴訟告知の効果については、代位行使の実効性を確保するために、債務者の処分禁止効を認めるという従来の解釈が妥当であると考えられる。そして、代位訴訟についての告知が行われた場合には、第三

<sup>146</sup> 第三債務者に対する弁済禁止効を否定する理由は、債務者への告知をもって第三債務者の弁済を禁止することは、第三債務者の地位を不安定させ、適切ではないと説明されている（民法（債権法）改正検討委員会・前掲注（132）443頁）。しかし、これから裁判上の判断が行われ、裁判所の関与のもとで、第三債務者の地位は必ずしも不安定になるとは思わない。

債務者の債務者に対する弁済も禁止されるべきであると提案したい。第三債務者への弁済禁止効を肯定しないと、債務者の処分禁止効を認める意味が軽減されるからである。

これまで、代位訴訟の告知が代位債権者のイニシアチブで行われるという前提で議論されるのは、一般的なスタンスであった。そこでは、代位債権者の訴訟告知の証明責任の負担問題、告知懈怠の効果をどう構築するか(代位債権者に訴訟適格がないとして却下判決とするか、第三債務者から訴訟を拒否することができる事由とするか、それとも損害賠償の範囲で処理するか、議論のあるところである)などの議論が避けられないことになる。私見としては、裁判所の職権で債務者に訴訟告知を行うことを要件とすれば、そういう問題を回避することも可能であり、要件の合理化に資するものと考え(たとえば、被告である第三債務者に訴状を送付するとともに、債務者に訴訟告知を行うなどの方法が考えられる)。

## 2. 債務者と他の債権者の訴訟上の地位

債務者が代位訴訟に参加することができることについては、異論のないところであるが、その参加形態として、被保全権利の存否について争いがない場合には補助参加となり、それについて争いがある場合には独立参加になると考えられる。また、代位訴訟が提起された場合には、他の債権者は新たに代位訴訟によって債務者の権利を代位行使することができなくなり、この場合には訴訟参加によって権利行使をするほかなくなる。その参加形態としては共同訴訟参加が考えられるが、最初の代位訴訟を提起した債権者の被保全債権を否定する場合には、独立当事者参加もありうる。

## 3. 代位訴訟と差押えの関係

債権者が代位訴訟を提起した後、他の債権者により被代位債権に対する差押えがなされた場合、本来型においては、強制執行の準備段階の確保という制度趣旨から、差押えを優先させるのが自然であり、代位債権者も強制執行の方法によるべきことになる。これに対し、転用型においては、差押えと競合する場合、その優劣順位を検討する必要がある<sup>147</sup>。

## 六、終わりに

中国の債権者代位権制度は、理論上、実体法上の責任財産保全制度であると理解されつつ、その設計構造は、債権執行制度の代役のように強力な債権回収機能を有している。現行の大陸法体系は、債権者の法的保護手段につき、実体法と手続法の分化を前提として、債務者の財産への干渉は、原則的には、民事執行、民事保全制度によるべきものとしている。ところが、現在の中国の債権者代位権は、この制度の本来の姿から離脱し、法体系のバランスを無視して、債権執行制度の代役として生まれてきたものである。今後、中国の民事執行法が整備されることを期待するとともに、債権者代位権制度の設計について、上記で検討された債権者代位権モデルが参考になることを期待したい。つまり、強制執行の

<sup>147</sup> 民法(債権法)改正検討委員会・前掲注(132)439頁以下。

準備段階としての責任財産の保全機能、および特定債権の実現ための転用機能の双方を債権者代位権制度の目的として、本来型と転用型 2 類型を明示する志向である。本来型においては、代位債権者に直接交付請求を認めつつ、相殺を禁止することによって債権回収機能を否定する。これは本来の債権者代位権への復帰ということであるのに対して、転用型においては、過渡的な権利の生成機能を重視して、新たにこの現代的機能を取り入れた「判例による法創造」とみるべきであろう。かつては、債権者代位権が債権執行制度の不備を補うものであったが、現代においては、民事執行制度が発達したことにより、その役目は既に歴史の遺物になっているのではないかと思う。したがって、立法論としては、債権者代位権の独自の機能を重視し、その要件、効果を合理化した上で、法律関係を明確させる方向性が妥当であると考えられる。

日本の債権者代位権には、手続法との整合性を十分勘案しなかった立法作業の問題点があることは、すでに指摘した通りである。他方、中国の債権者代位権制度を考察する際に、この日本の教訓および経験を生かすことは重要であろう。そして、今後の日本の民法改正の動向を見守っていきたい。

なお、債権者代位権の研究において、訴訟法上の角度から代位構造を分析する手法についても重要な作業であるが、今回の研究では訴訟法に関する部分の議論が浅薄にならざるをえなかった。また、同じく実体法上の保全制度としての詐害行為取消権制度につき、全く触れることができなかった。いずれも今後の課題として残し、研究を続けていきたい。

## 中国の債権者代位権制度に関する参考条文（中国法）

### 中華人民共和国契約法

**第 73 条** ①債務者が期限の到来した債権の行使を怠ったことにより、債権者に損害を与えた場合は、債権者は人民法院に対して、自己の名義をもって債務者の債権を代位行使することを請求することができる。ただし、当該債権が債務者の一身専属債権を除く。

②代位権の行使範囲は債権者の債権に限る。債権者代位行使に必要な費用は債務者が負担する。

### 最高人民法院の中華人民共和国契約法適用に関する若干問題の解釈（一）

**第 11 条** 債権者が契約法第 73 条の規定により代位訴訟を提起する場合、以下の条件を満たされなければならない。

- 一 債権者は債務者に対する債権が適法な債権であること。
- 二 債務者は債権行使を怠ったことにより、債権者に損害を与えたこと。
- 三 債務者の債権は期限が到来したこと。
- 四 債務者の債権が債務者の一身専属債権ではないこと。

**第 12 条** 契約法第 73 条第一款に定められている債務者の一身専属債権とは 扶養関係、撫養関係、贍養関係、相続関係に基づいて生じる給付請求権と労働報酬、退職金、年金、救済金、配置金、生命保険、人身損害賠償請求権などの権利という。

**注**（筆者付け）：「扶養関係」とは法律に基づく夫婦間の扶養義務権利関係のこと、「撫養関係」とは法律に基づく直系卑属に対する扶養権利義務関係のこと、「贍養関係」とは法律に基づく直系尊属に対する扶養権利義務関係のこと、「救済金」とは公傷病者またはその遺族を慰問し、救済するために支給される保障金のこと、「配置金」とは土地の収用などにより損害を受けた者に交付される補償金のことをいう。

**第 13 条** ①契約法第 73 条に定められている“債務者が期限の到来した債権行使を怠ったことにより、債権者に損害を与えた場合”とは、債務者がその債権者に対する期限の到来した債権を履行せずに、かつ、訴訟または仲裁の方式により第三債務者に対する金銭給付を内容とする期限の到来した債権を主張しないことによって、債権者の期限の到来した債権が実現し得ない場合を指す。

②第三債務者（すなわち債務者の債務者）は、債務者が債権行使を怠ったことを認めない場合、その立証責任を負う。

**第 14 条** 債権者が契約法第 73 条により代位訴訟を提起する場合、その訴えは被告の住所地の人民法院の管轄に属する。

**第 15 条** ①債権者が債務者に対する訴訟を人民法院に提起した後、同一の人民法院に第三債務者に対して代位訴訟を提起したとき、本解釈第 13 条と「中華人民共和国民事訴訟法」第 108 条に規定されている起訴要件を満たす場合には、その訴訟を受理すべきである。

本解釈第 13 条を満たさない場合には、債権者にその訴えを第三債務者の住所地の人民法院に提起するよう告知する。

②代位訴訟を受理した人民法院は、債権者の債務者に対する訴訟判決が確定するまで、「中華人民共和國民事訴訟法」第 136 条五の規定により代位訴訟を中断する。

**第 16 条** 債権者は代位訴訟を提起する際、債務者を訴訟上の第三者に列記していない場合、人民法院は債務者を訴訟上の第三者として追加しうる。二人以上の債権者が同一の第三債務者を被告として代位訴訟を提起する場合、人民法院は併合審理をなしうる。

**第 17 条** 代位訴訟において、債権者は人民法院に第三債務者に対して財産保全措置を申請する場合、相応する財産を収め担保に供する。

**第 18 条** ①代位訴訟において、第三債務者の債務者に対する抗弁は債権者に主張しうる。

②債務者は代位訴訟において債権者の債権に異議を申し立て、審査によりその異議が成立した場合、人民法院は債権者の訴訟を却下する。

**第 19 条** 代位訴訟において債権者が勝訴した場合、訴訟費用は第三債務者の負担とし、その実現された債権から優先的に弁済を受ける。

**第 20 条** 債権者の第三債務者に対して提起した代位訴訟について、人民法院の審理を経て代位権の成立が認められた場合には、第三債務者が債権者に対して弁済義務を履行するものとし、債権者と債務者、債務者と第三債務者との間の相応する債権債務関係が即時に消滅する。

**第 21 条** 代位訴訟において債権者の代位権行使にかかる請求金額が、債務者の負う債務額を超過し、または第三債務者が債務者に対して負う債務額を超過するときは、超過部分につき、人民法院はこれを支持しない。

**第 22 条** ①債務者が代位訴訟において、債権者の代位請求金額を超える債権部分について第三債務者に対し訴訟を提起した場合、人民法院は、管轄権を有する人民法院に別途訴訟を提起するよう債務者に告知すべきである。

②債務者の訴訟提起が法定条件に合致しているときは、人民法院は受理しなければならない。債務者による訴訟提起を受理した人民法院は代位訴訟にかかる裁決に法的効力が生じるまで法に基づき中止しなければならない。

**民事訴訟法適用の若干の問題に関する若干意見第 300 条** 被執行人が債務弁済不能であるが、第三債務者に対して期間の到来した債権を有する場合、人民法院は執行申立人の申立てに基づいて、当該第三債務者に対し、執行申立人に対して債務を履行するよう通知することができる。当該第三債務者は債務につき異議がないにもかかわらず、通知により指定された期間内に履行をしない場合、人民法院は強制執行を行うことができる。

**民事訴訟法第 56 条** ①当事者双方の訴訟物に対して、第三者は独立請求権があると判断された場合、訴訟を提起することができる。



②当事者双方の訴訟物について、第三者が独立の請求権を有しないが、事件の処理結果がその者と法律上の利害関係を有する場合には、その第三者は、訴訟参加を申し立てることができ、または人民法院がその第三者に訴訟に参加するよう通知する。

## 参考文献

### 日本語文献

#### 1、書籍

- ・青山善充・伊東眞編『民事訴訟法の争点〔第3版〕』（ジュリスト増刊、1998年）
- ・秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ〔第2版〕』（日本評論社、2006年）
- ・浅井清信ほか『総合判例研究叢書民法(7)』（有斐閣、1964年）
- ・安達三季生『債権総論講義〔第4版〕』（信山社、2000年）
- ・淡路剛久『債権総論』（有斐閣、2002年）
- ・池田辰夫『債権者代位訴訟の構造』（信山社出版、1995年）
- ・射手矢好雄・遠藤誠編『中国ビジネス重要判例解説』（別冊NBL132号、2010年）
- ・伊東眞『民事訴訟法〔第3版3訂版〕』（有斐閣、2008年）
- ・上田徹一郎・井上治典編『注釈民事訴訟法(2)』（有斐閣、1992年）
- ・内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物件〔第3版〕』（東京大学出版会、2005年）
- ・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、2009年）
- ・内田貴『民法改正—契約のルールが百年ぶりに変わる』（筑摩書房、2011年）
- ・内田武吉編『民事執行・保全法要説〔第2版〕』（成文堂、1999年）
- ・浦野雄幸編『基本法コンメンタール／民事執行法〔第6版〕』（別冊法学セミナー202号、2009年）
- ・近江幸治『担保物権法〔新版補正版〕』（弘文堂、1998年）
- ・近江幸治『民法講義Ⅳ債権総論〔第3版〕』（成文堂、2005年）
- ・大阪弁護士会『実務家から見た民法改正—「債権法改正の基本方針」に対する意見書』（別冊NBL131号、2009年）
- ・大阪弁護士会編『民法（債権法）改正の論点と実務——法制審の検討事項に対する意見書（上下）』（商事法務、2011年）
- ・於保不二雄『債権総論』（有斐閣、1987年）
- ・大村敦志『民法改正を考える』（岩波書店、2011年）
- ・奥田昌道・池田真朗・潮見佳男編『法学講義民法4債権総論』（悠々社、2007年）
- ・奥田昌道ほか編『民法学4』（有斐閣、1976年）
- ・奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社、1997年）
- ・甲斐道太郎編『現代民法講義4債権総論〔第2版〕』（法律文化社、2001年）
- ・加賀山茂『現代民法担保法』（信山社出版、2009年）
- ・加藤雅信『新民法大系Ⅲ債権総論』（有斐閣、2005年）
- ・兼子一ほか『条解民事訴訟法』（弘文堂、1989年）
- ・川井健『民法概論3(債権総論)〔第2版〕』（有斐閣、2005年）
- ・川島武宜『債権法講義総則Ⅰ』（近代思想社、1948年）

- ・倉田卓生監修『要件事実の証明責任(債権総論)』(西神田編集室、1986年)
- ・小嶋明美『現代中国の民事裁判—計画から市場へ、経済改革の深化と民事裁判—』(成文堂、2006年)
- ・木間正道ほか『現代中国法入門〔第4版〕』(有斐閣、2006年)
- ・小林秀之・角紀代恵『手続法から見た民法』(弘文堂、1994年)
- ・小林秀之『事例から学ぶ債権回収法』(法学書院、2010年)
- ・小林秀之『新・破産から民法がみえる』(日本評論社、2009年)
- ・小口彦太・田中信行『現代中国法〔第2版〕』(成文堂、2012年)
- ・佐瀬正俊・良永和隆・角田伸一編『民法(債権法)改正の要点—改正提案のポイントと実務家の視点』(ぎょうせい、2010年)
- ・潮見佳男『プラクティス民法債権総論〔第3版〕』(信山社出版、2007年)
- ・潮見佳男『債権総論Ⅱ〔第3版〕』(信山社出版、2005年)
- ・篠塚昭次・前田達明編『新・判例コンメンタール民法5』(三省堂、1992年)
- ・商事法務編『民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』(商事法務、2100年)
- ・新堂幸司ほか編『注釈民事訴訟法(1)』(有斐閣、1991年)
- ・新堂幸司『新民事訴訟法〔第四版〕』(弘文堂、2008年)
- ・鈴木禄弥『債権法講義〔3訂版〕』(創文社、1995年)
- ・瀬々敦子『中国民商法の比較法的考察』(晃洋書房、2010年)
- ・高木多喜男『担保物権法〔4版〕』(有斐閣、2005年)
- ・高橋眞『担保物権法』(弘文堂、2007年)
- ・竹下守夫・今井功編『講座新民事訴訟法Ⅰ』(弘文堂、1998年)
- ・田中信行編『最新中国ビジネス法の理論と実務』(弘文堂、2011年)
- ・東京弁護士会法友全期会債権法改正プロジェクトチーム編『債権法改正を考える～弁護士からの提言～』(第一法規、2011年)
- ・中田裕康『債権総論〔新版〕』(岩波書店、2011年)
- ・中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔第2版補訂2版〕』(有斐閣、2008年)
- ・中野貞一郎『民事執行法〔新訂4版〕』(青林書院、2000年)
- ・西村幸次郎編『現代中国法講義〔第3版〕』(法律文化社、2008年)
- ・林良平・石田喜久夫・高木多喜男・安永正昭『債権総論〔第3版〕』(青林書院、1996年)
- ・平井宜雄『債権総論〔第2版〕』(弘文堂、1994年)
- ・平野裕之『民法総合3担保物権法〔第2版〕』(信山社出版、2009年)
- ・藤田広美『講義民事訴訟』(東京大学出版会、2007年)
- ・藤田広美『解析民事訴訟』(東京大学出版会、2009年)
- ・藤田広美『民事執行・保全』(羽鳥書店、2010年)

- ・星野英一『民法概論Ⅲ債権総論〔補訂版〕』（良書普及会、1992年）
- ・前田達明・高橋眞監修『資料債権総論』（成文堂、2010年）
- ・松坂佐一『債権者代位権の研究』（有斐閣、1952年）
- ・松坂佐一『民法提要〔第4版〕』（有斐閣、1982年）
- ・三ヶ月章・青山善充編『民事訴訟法の争点〔新版〕』（ジュリスト増刊、1988年）
- ・民法(債権法)改正検討委員会『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ—契約および債権一般(1)』（商事法務、2009年）
- ・民事法研究会編集部編『民法（債権関係）の改正に関する検討事項』（民事法研究会、2011年）
- ・森田修『債権回収法講義』（有斐閣、2006年）
- ・山口俊夫『フランス債権法』（東京大学出版会、1986年）
- ・山田卓生他『分析と展開民法Ⅱ〔第5版〕』（弘文堂、2005年）
- ・我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、1964年）

## 2、学術論文

- ・秋山洋「中国案例百選」国際商事法務 31 卷 6 号 894 頁以下（2003年）
- ・天野弘「取立訴訟と代位訴訟の関係（上）（下）」判例タイムズ 308 号 17 頁以下、310 号 13 頁以下（1974年）
- ・天野弘「不動産賃借権者による妨害排除請求権の代位行使という判例理論の再検討（上）（下）」判例タイムズ 286 号 9 頁以下、288 号 27 頁以下（1973年）
- ・天野弘「最近における債権者代位権に関する二、三の判例について」司法研修所論集 1970 年第 3 号 91 頁以下
- ・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 280 号 24 頁以下、282 号 34 頁以下（1972年）
- ・天野弘「債権者代位権をめぐる実務上の問題点（上）（下）」NBL153 号 6 頁以下、154 号 20 頁以下（1978年）
- ・天野弘「債権者代位権における訴訟法上の諸問題（序）—既判力論争—」民事訴訟雑誌 第 21 卷 183 頁以下（1975年）
- ・天野弘「債権者代位権における訴訟法上の諸問題（序）—裁判上の代位制度について—」民事訴訟法雑誌 第 20 卷 216 頁以下（1974年）
- ・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—」法学研究 第 84 卷 12 号 33 頁以下（2011年）
- ・磯村保「金銭債権回収の手段としての債権者代位権と金銭債権執行」法学教室 159 号 52 頁以下（1993年）
- ・井上治典「債権者平等について」法政研究 59 卷 3=4 号 365 頁以下（1978年）
- ・上原敏夫「債権執行における第三債務者の地位」ジュリスト 727 号 94 頁以下（1980年）

- ・内田勝一「債権者代位権の転用」星野英一編『判例に学ぶ民法』107頁以下（有斐閣、1994年）
- ・浦川道太郎「債権者代位権制度に関する一考察」内山尚山・黒木三郎・石川利夫還暦記念『現代民法学の基本問題(中)』1頁以下（1983年）
- ・甲斐道太郎「債権者代位権の存在理由」ジュリスト 39号 101頁以下（1973年）
- ・加賀山茂「民法六十三条の直接訴権<action direct>について（一）（二・完）」阪大法学 102号 65頁以下、103号 87頁以下（1977年）
- ・片山直也「責任財産の保全」ジュリスト 1392号 111頁以下（2010年）
- ・工藤祐巖「フランス法における債権者代位訴訟の機能と構造(1)～(3・完)」民商法雑誌 95巻 5号 671頁以下、96巻 1号 33頁以下、96巻 2号 209頁以下（1987年）
- ・工藤祐巖「イタリア法における債権者代位権の機能と構造」南山法学 13巻 1号 1頁以下（1989年）
- ・工藤祐巖「13 債権者代位権と債務者の無資力」『民法判例百選(2)債権〔第4版〕』（別冊ジュリスト 137号、1996年）
- ・工藤祐巖「債権者代位権による抵当不動産占有者の排除について」南山法学 23巻 1・2号 165頁以下（1999年）
- ・工藤祐巖「フランス法における直接訴権（action directe）の根拠について（一）（二）」南山法学 20巻 2号 23頁以下（1996年）、南山法学 20巻 3・4号 227頁以下（1997年）
- ・工藤祐巖「債権者代位権制度をどう見直すか」・椿寿夫ほか編『民法改正を考える』215頁以下（法律時報増刊、2008年）
- ・工藤祐巖「債権者代位権」（特集：「債権法改正の基本方針」を読む）法律時報 1013号（2009年）
- ・工藤祐巖「債権者代位権および詐害行為取消権」円谷峻編『社会の変容と民法典』193頁以下（成文堂、2010年）
- ・小林明彦「本来型債権者代位権と債権執行の交錯」NBL938号 54頁以下（2010年）
- ・小林秀之「金銭債権の債権者代位権の機能と債務者への処分制限効」判例タイムズ 581号 90頁以下（1986年）
- ・小林秀之「債権者代位訴訟への独立当事者参加」Law School36号（1981年）
- ・坂原正夫「債権者代位訴訟における既判力の主観的範囲について」法学研究 59巻 12号 189頁以下（1986年）
- ・坂原正夫「第四章裁判上の代位に関する件」伊東乾・三井哲夫編『注解非訴事件手続法』295頁以下（青林書院、1986年）
- ・坂原正夫「第三者の訴訟担当」三ヶ月章ほか編『新版民事訴訟法演習 1』74頁以下（有斐閣、1983年）
- ・坂原正夫「債権者代位訴訟について」法学政治学論究 2号 31頁以下（1989年）
- ・佐藤岩昭「債務者の責任財産の保全（1）（2）（3・完）」法学教室第 115号 53頁以下、第

- 116号61頁以下、第117号62頁以下（1990年）
- ・佐藤岩昭「債権者代位権の効果に関する再検討」比較法研究 55 卷 115 頁以下（1993年）
  - ・佐藤岩昭「債権者代位権に関する基礎的考察」平井宜雄古希『民法学における法と政策』275 頁以下（有斐閣、2007年）
  - ・鈴木正裕「当事者適格——第三者の訴訟担当」中田淳一・三ヶ月章編『民事訴訟法演習 I』46 頁以下（有斐閣、1963年）
  - ・鈴木祿弥「債権者平等の原則」論序説」法曹時報 38 卷 8 号 1 頁以下（1978年）
  - ・椿寿夫「債権者代位権とその転用（1）～（10・完）」（法学セミナー1976年11号20頁以下、1976年12号30頁以下、1977年1号52頁、1977年3号24頁以下、1977年4号40頁以下、1977年6号68頁以下、1977年9号68頁以下、1977年10号62頁以下、1977年11号48頁以下、1978年2号61頁以下）
  - ・中田裕康「債権者平等の原則の意義」法曹時報 54 卷 5 号 1 頁以下（2002年）
  - ・花房一彦『債権者代位について-----独立的請求権の試み』新潟大学商学論集 11=12 号、53 頁以下（1979年）
  - ・平井一雄「債権者代位権」星野英一編集代表『民法講座IV』105 頁以下（有斐閣、1983年）
  - ・平井一雄「債権者代位権の現代的機能はどこにあるか」椿寿夫ほか『講座・現代契約と現代債権の展望第1巻債権総論（1）』49 頁以下（日本評論社、1990年）
  - ・平井宜雄「債権者代位権の理論的位置」『現代社会と民法学の動向下』223 頁以下（有斐閣、1992年）
  - ・福永有利「当事者適格理論の再構成」『実体法と手続法の交錯(上)〔山木戸還暦〕』34 頁以下（有斐閣、1974年）
  - ・福永有利「債権者代位訴訟における重複起訴にあたらぬ例」民商法雑誌 70 卷 1 号 130 頁以下（1974年）
  - ・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 1874 号（2009年）
  - ・星野英一「判研」法協 93 卷 10 号 129 頁以下（1976年）
  - ・北居功『民法における債権者平等の原則』ジュリスト 1428 号 96 頁以下（2011年）
  - ・本多清二「債権者代位権に基づく処分禁止仮処分について」日本法学 56 卷 2 号 25 頁以下（1990年）
  - ・松岡久和「抵当目的不動産の不法占有者に対する債権者代位権による明度請求（上）（中）（下）」（NBL 第 681 号 6 頁以下、第 682 号 36 頁以下、683 号 37 頁以下）
  - ・三ヶ月章「差押の効力の相対性」『民事訴訟法研究〔第3巻〕』313 頁以下（有斐閣、1966年）
  - ・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』1 頁以下（有斐閣、1972年）

- ・三ヶ月章「取立訴訟と代位訴訟の解釈論的・立法論的調整」『民事訴訟法研究(7)』138頁以下（1987年）
- ・宮脇幸彦「強制執行における平等主義と優先主義」判例タイムズ 224号2頁以下（1968年）
- ・山田希「債権者代位権の一元的理解(1) (2・完)」名古屋学院大学論集社会科学編 39巻1号61頁以下、39巻4号75頁以下（2002年）
- ・山田希「フランス直接訴訟論から見たわが国の債権者代位権制度(一) (二) (三・完)」名古屋大学法政論集 179号181頁以下（1999年）、180号253頁以下（1999年）、192号93頁以下（2002年）
- ・山田希「契約の第三者効(上)(下)債権者代位権を素材として」NBL777号34頁以下、779号37頁以下（2004年）
- ・梁慧星「中国権利侵害責任法の制定」(但見亮訳)早稲田大学孔子学院編『日中民法論壇』3頁以下（早稲田大学出版部、2010年）
- ・梁慧星「中国物件法の制定について」(梁涛訳)田中信行・梁涛編集『中国物権法を考える』3頁以下（商事法務、2008年）

### 3、シンポジウム・報告・Web ページ等

- ・沖野眞巳「講演：債権譲渡、保証、多数当事者の債権債務関係、詐害行為取消権、債権者代位権一〔民法(債権法)改正検討委員会〕第3準備会担当分野の解説一」法政研究 77巻3号178頁（2010年）
- ・畑宏樹「報告：民法（債権法）改正にみる債権者代位訴訟」明治学院大学法律科学研究所 (26) 133頁以下（2010年）
- ・坂原正夫・上原敏夫・池田辰夫「シンポジウム：債権者代位訴訟・取立訴訟をめぐって」民事訴訟法雑誌 31号57頁以下（1985年）
- ・商事法務
- ・陳自強「講演：台湾民法債権編修正から日本民法（債権法）」改正を考える」法律論叢 83巻6号179頁以下（2011年）
- ・資料：「法制審議会民法(債権関係)部会第5回会議議事録」商事法務編『民法(債権関係)部会資料集 第1集』（商事法務、2011年）
- ・法制審議会民法(債権関係)部会第35回会議 <http://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900097.html>
- ・大阪弁護士会民法改正問題特別委員会の意見 [http://www.osakaben.or.jp/web/03\\_speak/iken/](http://www.osakaben.or.jp/web/03_speak/iken/)

## 中国語文献

### 1、書籍

- ・郭兵主編『強制執行論』（人民法院出版社、2010年）
- ・韓世遠『合同法総論』（法律出版社、2004年）

- 何志編『合同法原理精要与實務指南』(人民法院出版社、2008年)
- 黃松有主編『合同法司法解釋實例積解』(人民法院出版社、2006年)
- 冀賽紅·李婉麗編『合同法〔第2版〕』(中山大學出版社、2007年)
- 江必新主編『民事執行新制度理解與適用』(人民法院出版社、2010年)
- 江必新主編『民事強制執行操作規程』(人民法院出版社、2010年)
- 江偉編『民事訴訟學法學原理』(中國人民大學出版社、1999年)
- 江偉主編『民事訴訟法〔第3版〕』(高等教育出版社、2008年)
- 江偉主編『民事訴訟法〔第5版〕』(中國人民大學出版社、2011年)
- 李顯冬『從「大清律例」到「國民法典」的轉型』(中國人民公安大學出版、2003年)
- 李開國主編『合同法』(法律出版社、2007年)
- 梁慧星編『中國民法典草案建議稿附理由·債權總則編』(法律出版社、2006年)
- 梁慧星『中國民法典草案建議稿〔第2版〕』(法律出版社、2010年)
- 羅豪才·孫琬鍾『人民法院案例與評注』(民事第9卷)(中國法制出版社、2006年)
- 劉璐『民事執行重大疑難問題研究』(人民法院出版社、2010年)
- 隋彭生『合同法要義』(中國政法大學出版社、2003年)
- 史尚寬『債法總論』(中國政法大學出版社、2000年)
- 孫禮海『中華人民共和國合同法立法資料選』(法律出版社、1999年)
- 孫鵬『合同法熱點問題研究』(群眾出版社、2001年)
- 孫森焱『民法債編總論』(法律出版社、2006年)
- 譚秋桂『民事執行法原理研究』(中國法制出版社、2001年)
- 譚秋桂『民事執行法法學〔第2版〕』(北京大學出版社、2010年)
- 王娣『強制執行競合研究』(中國人民公安大學出版社、2009年)
- 王利明主編『中國民法典學者建議稿及立法理由·債法總則編、合同編』(法律出版社、2005年)
- 王利明·崔建遠『合同法新論·總論』(中國政法大學出版社、1996年)
- 吳祖詳·李琴『代位權法律制度研究』(吉林大學出版、2007年)
- 夏蔚·譚玲『民事強制執行研究』(中國檢察出版社、2005年)
- 楊立新『債法總則研究』(中國人民大學出版社、2006年)
- 楊榮馨主編『強制執行立法的探索與構建——中國強制執行法(試擬稿)條文與積義』(中國人民公安大學出版社、2005年)
- 楊榮馨主編『「中華人民共和國強制執行法(專家建議稿)」立法理由、立法例參考與立法意義』(廈門大學出版社、2011年)
- 楊榮馨主編『民事訴訟法原理』(法律出版社、2003年)
- 于喜富編『民事強制執行制度創新與爭鳴』(人民法院出版社、2003年)
- 張廣興『債法』(社會科學文獻出版社、2009年)
- 趙曉耕主編『新中國民法典起草歷程回顧』(法律出版社、2011年)



## 2、學術論文

- 曹守曄「對合同中代位的理解與適用」人民法院報（2000年3月3日）
- 曹守曄ほか「『關於適用合同法若干問題的解釋（一）』的理解和適用」人民司法 2000年3号8頁以下。
- 崔建遠・韓世遠「合同法中的債權人代位權制度」中国法学 1999年第3期
- 戴世瑛「債權人代位權制度之目的、發展、存廢與立法評議」民商法論叢 17卷96頁以下（2000年）
- 丁麗瑛「債權人代位權實現的法律保障」廈門大學學報總第142期86頁（2000年）
- 佟強「代位權制度研究」中外法学 14卷2号171頁以下（2002年）
- 洪學軍「債權人代位權的性質及其構成研究」現代法学 24卷第4期103頁以下（2002年）
- 王闢「對最高人民法院關於適用「中華人民共和國合同法」若干問題的解釋（一）的若干理解」王利明主編『民商法司法解釋精要（2000～2003）』155頁以下（人民法院出版社、2004年）
- 王利明「論代位權的行使要件」法学論壇第1期47頁以下（2001年）
- 吳英姿「代位權確立了民訴法怎麼辦」法学 1999年第4期43頁以下
- 楊立新「論債權人代位權」法律科学 1990年第4期68頁以下
- 楊立新・尹艷「我國債的保全制度的構想」民商法判解研究第四輯186頁以下（2001年）
- 張馳「代位權法律制度比較研究」法学 2002年第10期45頁以下
- 趙鋼・劉學在「論代位權訴訟」法学研究 2000年第6期3頁以下