
論 説

債権者代位権をめぐる訴訟法上および倒産法上の問題点

河 野 憲一郎

目 次

I 序

II. 従来の議論状況の確認と評価

III. 債権者代位権と債権者代位訴訟の基本構造

IV. 債務者の倒産との関連における代位権・代位訴訟

V. 結語

I. 序

債権者代位権の制度は、民法典の中に「債権の効力」の観点から規定がなされている。この制度をめぐるのは、実体法上、その制度目的を中心に争いがあるところ、今般の債権法改正の議論では、本来的にはこれは「責任財産の保全を目的とする」制度であるとして、理論的に明確化する方向性が示されている。

ところで、債権者代位権のあり方をめぐる論議は、ひとり実体法の世界にとどまるものではなく、民事訴訟法にも密接な関連を有する。けだし、債権者代位権の行使は裁判上の行使を必要とはしないが、第三債務者が代位債権者への履行に応じない場合には、最終的には、代位債権者は第三債務者に対して訴えを提起する必要が生ずるからである¹⁾。また、代位債権

1) 第83回日本民事訴訟法学会大会（平成25年5月18-19日、於：上智大学）の大会2日目のシンポジウムのテーマは『債権法改正と民事手続法』であり、債権者

論 説

者の提起した代位訴訟の係属中に、債務者に対して倒産手続の開始決定がなされたときには、倒産法上の問題も発生する。手続の中断・受継をめぐる問題が生じるからである（破45条、民再40条の2、会更52条の2）。この倒産手続との関連は、民事再生法の制定後新たな理論的局面を迎えるに至ったと思われるが、従来、手続法学の立場からも、必ずしも十分には詰めて論じられては来なかったように思われる。

これらの関係で注目されるのは、「中間試案」が、債権者が債務者に属する権利を訴えの提起により代位行使した場合に、債務者は、その代位行使に係る権利について、自ら取立てその他の処分をすることを妨げられないとの提案（中間試案「第14-7」）、および、債権者は、訴えの提起によって債務者に属する権利の代位行使をしたときは、遅滞なく、債務者に対し、訴訟告知をしなければならないとの提案を示している点である（同「第14-8」）。これら二点については、昭和40年代に、それまでの判例・通説に対する根本的な問題提起がなされ、これを契機に大いに議論がなされてきたが、その後必ずしも十分な議論の進捗は見られないようである。

本稿では、現在の問題状況を今一度確認した上で、民事手続法学の立場から民法改正論議に対しても一つの方向性を示したいと思う。本稿の叙述の順序は、以下のとおりである。まず、従来の議論状況を振り返った上で、今日取り組むべき問題を明らかにする（Ⅱ.）。次いで、これを受けて、代位訴訟の基本的構造を明らかにするとともに（Ⅲ.）、さらに進んで債務者が倒産した場合の取り扱いを検討し（Ⅳ.）、最後にまとめとしたい（Ⅴ.）。

代位権については、名津井吉裕教授によって「債権者代位訴訟と第三者の訴訟参加」の報告が行われた。

Ⅱ．従来の議論状況の確認と評価

1．出発点：最高裁昭和48年4月24日判決

債権者代位権に関する伝統的な判例・通説が展開した法理の一つの到達点として、最判昭和48年4月24日民集27巻3号596頁が挙げられる。そこで、この判例を検討の出発点としよう。

事案は次の通りである。Xは、Zからその所有にかかる土地を賃借していたが、賃借土地の一部たる本件土地をZに無断でYに転貸し、Yは本件土地上に本件建物を建築所有していた。Xは、Zに代位して、その土地所有権にもとづき、Yに対して建物収去土地明渡請求をし、他方、Zは、Xに対する賃貸借は解除により終了したと主張して〔旧〕民訴法71条（現47条）により右訴訟に参加し、Xに対してXが本件土地につき賃借権を有しないことの確認を求め、Yに対しては所有権にもとづき建物収去土地明渡しを求めた、というものである。最高裁は、次のように述べて、Xの訴えを却下、Zの参加を適法とした。

「債権者が民法423条1項の規定により代位権を行使して第三債務者に対し訴を提起した場合であっても、債務者が〔旧〕民訴法71条（現47条）により右代位訴訟に参加し第三債務者に対し右代位訴訟と訴訟物を同じくする訴を提起することは、〔旧〕民訴法231条（現142条）の重複起訴禁止にふれるものではないと解するのが相当である。ただし、この場合は、同一訴訟物を目的とする訴訟の係属にかかわらず債務者の利益擁護のため訴を提起する特別の必要を認めることができるのであり、また、債務者の提起した訴と右代位訴訟とは併合審理が強制され、訴訟の目的は合一に確定されるのであるから、重複起訴禁止の理由である審判の重複による不経済、既判力抵触の可能性および被告の応訴の煩という弊害がないからである。……もっとも、債権者が適法に代位権行使に着手した場合において、債務者に対しその事実を通知するか又は債務者がこれを了知した

論 説

ときは、債務者は代位の目的となった権利につき債権者の代位権行使を妨げるような処分をする権能を失い、したがって、右処分行為と目される訴を提起することができなくなる（大審院昭和13年（オ）第1901号同昭和14年5月16日判決・民集18巻9号557頁参照）のであって、この理は、債務者の訴提起が前記参加による場合であっても異なるものではない。したがって、審理の結果債権者の代位権行使が適法であること、すなわち、債権者が代位権の行使の目的となった権利につき訴訟追行権を有していることが判明したときは、債務者は右権利につき訴訟追行権を有せず、当事者適格を欠くものとして、その訴は不適法といわざるをえない反面、債権者が右訴訟追行権を有しないことが判明したときは、債務者はその訴訟追行権を失っていないものとして、その訴は適法ということができる」。

本判決の言うところは、次の二点に整理される。第一に、代位訴訟と債務者が第三債務者に対して提起する訴えの訴訟物は同じであること、それにもかかわらず、本件独立当事者参加は、二重起訴の禁止に抵触するものではないということである。その理由として最高裁は、債務者の利益擁護のために訴えを提起する特別の必要性が認められることと、この場合には併合審理が強制されることによって、重複起訴禁止の理由とされる弊害（審判の重複による不経済、既判力抵触の可能性および被告の応訴の煩）が生じないことを挙げている。第二に、債権者が適法に代位権行使に着手した場合において、債務者に対しその事実を通知するかまたは債務者がこれを了知したときは、債務者は代位の目的となった権利につき債権者の代位権行使を妨げるような処分をする権能を失うとの前提の下で、債務者は、代位債権者の当事者適格を独立当事者参加の形で争いうるものとする。したがって、本判決の論理によれば、Xの代位権行使が適法であれば、その訴えは適法であってZのYに対する訴えが却下されることとなり、Xの代位権行使が不適法であれば、その訴えが却下されてZの訴えが適法になる。いずれの場合も、一方は本案判決たりうるが、他方は訴訟判決になる。

本来、独立当事者参加訴訟において三当事者間に矛盾のない一個の全部

債権者代位権をめぐる訴訟法上および倒産法上の問題点

判決によらなければならないのは、本案に関してなされる終局判決のほうであり、そうだとすると本件独立当事者参加は、訴訟判決と本案判決という形式によることから、代位債権者の当事者適格を争うための特殊な形態ということになる。このような帰結は、まさに判旨も引用する大判昭和14年5月16日民集18巻9号557頁と、兼子理論により築き上げられた通説にもとづいているといえる。そこで、このいわゆる判例・通説がどのように形成されたのかを、今一度振り返ってみることとしよう。

2. 判例・通説の形成

(1) 大審院昭和14年5月16日判決

今日、判例法理として重要な意味を持つ大判昭和14年5月16日民集18巻9号557頁は、以下のような事案であった。

XがA村との間の契約にもとづいて村有地内に埋没している大理石を採取する権利を得て、石材の採取に着手したところ、Y₁およびY₂が不法にも人夫を使役して該地所内一部を発掘して大理石を採取し、これを他に運搬しようとしたので、Xが石材採取権を保全するために、A村の妨害排除請求権を代位行使した。しかし、その後、A村が、別に土地所有権確認および土地明渡の訴えをY₁（および他の妨害者Z）に対して提起するにいたったことから、Xの訴えは不適法になるかどうか問題となった。

第一審と原審は、訴えを不適法として却下した。原審は、「債務者ニシテ既ニ其ノ権利ヲ行使シタルトキハ債権者ハ最早重ネテ之ヲ行フノ必要ナク、又其ノ権利ヲ失フニ至リタルモノト解スルヲ相当トスベク、此ノ理ハ債務者ノ権利行使ガ債権者ノ所謂代位権行使ノ前タルト後タルトニ依リテ結論ヲ異ニスベキモノニアラズ」という。

これに対して、大審院は、次のように述べて、原審判断を覆して、破棄差戻しをした。

「按ズルニ、債権者カ民法423条第1項ニ依リ、適法ニ代位権ノ行使ニ著手シタルト

論 説

キハ、債務者ハ其ノ権利ヲ処分スルコトヲ得ザルモノニシテ、従テ債権者ノ代位後ハ債務者ニ於テ其ノ代位セラレタル権利ヲ消滅セシムベキ一切ノ行為ヲ為スヲ得ザルハ勿論、自ラ其ノ権利ヲ行使スルコトヲ得ザルモノト解スルヲ相当トス。蓋、裁判上ノ代位ニ関スル〔旧〕非訟事件手続法第76条第2項（現行法88条3項）ニ依レバ、債権ノ履行期到来前ニ於テ債権者カ代位ヲ為ス場合ニ於テモ、債務者ハ其ノ権利ノ処分権ヲ失フモノナルヲ以テ、履行期到来後ナルニ拘ラズ其ノ到来前ノ場合ニ比シ代位ノ効力薄弱ナルヲ得ザルハ当然ノコトナリト謂フベク、若シ然ラズトセバ債権者ハ代位ノ目的ヲ達スルコト能ハザルニ至ルベキノミナラズ、一旦代位権ヲ行使シタル債権者ノ行為ヲ徒勞ニ帰セシムル虞アレバナリ。故ニ債権者ガ訴ヲ以テ代位権ヲ行使シタル後ニ在リテハ、債務者ハ第三債務者ニ対シ処分行為ト目スベキ訴ヲ提起スルコトヲ得ザルト同時ニ、之ガ為曩ニ債権者ノ提起シタル訴ガ理由ナキニ帰スルモノニ非ズ。尤モ、債権者ガ代位権ヲ行使シタル後如何ナル時期ヨリ債務者ニ於テ其ノ権利ヲ処分スルコトヲ得ザルニ至ルヤニ付テハ法文上之ヲ明定スルコトコトナキモ、前示〔旧〕非訟事件手続法第76条第1項（現行法88条2項）ノ法意ニ準拠シ、債権者ハ債務者ヲシテ其ノ権利ニ付処分権ヲ失ハシメントセバ其ノ者ニ対シ代位権ノ行使ニ著手シタルコトヲ通知スルカ又ハ債務者ニ於テ既ニ債権者ガ代位権ノ行使ニ著手シタルコトヲ了知シ居レルガ如キ事実ノ存在セザルヘカラザルモノト謂フベク、債務者ハ右通知ヲ受ケタル時ヨリ又ハ右了知ノ時ヨリ其ノ権利ヲ処分スルコトヲ得ザルニ至ルモノト解セザルベカラズ。是債務者不知ノ間ニ其ノ権利ノ処分権ヲ制限スルハ不当ナルヲ以テ債権者ノ通知ヲ要スルモ、既ニ債務者ニ付通知ヲ受ケタルト同視シ得ベキ事実、即チ債務者ガ了知セル以上、特ニ通知ナキモ債務者保護ニ缺クルトコトナキヲ以テナリ」。〔句読点を付したほか、原則として常用漢字、現代仮名遣いに改めた。〕

この判例によって、代位権行使後は債務者の処分権限が制限されるとの立場が、判例法理として確立したのである。

（2）兼子理論による通説の形成

大判昭和14年5月16日民集18巻9号557頁に対して、判旨賛成の立場を

債権者代位権をめぐる訴訟法上および倒産法上の問題点

表明するとともに、さらに進んで、法定訴訟担当としての代位訴訟の基礎理論を明らかにしたのが、兼子一博士による判例評釈であった²⁾。博士は、代位債権者が代位権行使に着手した場合に、債務者がこれを妨げることはできないことの理由につき、代位権の行使というものは、「債務者の意思に拘らずその権利につき債権者に管理権を取得させる点で一種の私的差押」であり、したがってこれには「差押に準じて債務者にその目的たる権利の処分制限を認むべき」だという³⁾。続けて、「訴の提起が権利の代位行使と認められるのは、これに対する判決の効力と一体として考えられる」のであり、「この代位権に基く訴が債務者の権利の行使としての意義を有するためには、これに対する判決の効力も債務者に及ぶことを前提としなければならない」という⁴⁾。その理由は、「実体上代位権に基く権利行使の効果が当然債務者に帰属するからこそ、債務者の権利を行使するといえるのであるのに、若し債権者のした訴訟の判決が債務者に無影響であるならば、債務者としてはその権利を行使されたこととなら」ないからである⁵⁾。かくして、「債権者のした訴訟は、債務者自身がしたと同様の結果をもたらすものであるから、訴訟後において債務者は相手方に対しその確定判決に反する主張ができなくなるのみならず、その過程である訴訟係属中においても既に同一の目的の訴を提起し、相手方に二重の応訴を強要できない」とする⁶⁾。

このように兼子評釈は、「私的差押え」の理論によって、債務者の処分制限効を正当化したが、さらに進んで、大正15年の民事訴訟法改正によって201条2項（現行法115条1項2号）が創設されたことを主たる根拠に、判決効は債務者にも拡張されるとした大判昭和15年3月15日民集19卷8号

2) 兼子一「本件判批」同『判例民事訴訟法』（弘文堂、1950年）100頁（33事件）。

3) 兼子・前掲注2）102頁。

4) 兼子・前掲注2）103頁。

5) 兼子・前掲注2）103頁。

6) 兼子・前掲注2）104頁。

論 説

586頁を支持する旨をも表明している。判決効の拡張の点については、民法における通説も同様の立場で固まり⁷⁾、これによって安定した判例・通説が形成された、とあってよい。

3. 兼子理論に対する批判

(1) 対立型訴訟担当と吸収型訴訟担当の区別

以上のような兼子理論によって形成・確立された通説に対して疑問を提起したのは、三ヶ月章博士であった⁸⁾。三ヶ月博士の主張の中核をなしたのは、大正15年の民事訴訟法改正によって創設された〔旧〕民訴法201条2項（現115条1項2号）は、日本人の思い付きにより挿入された「独創条文」であるから、この規定の運用は慎重であるべきだとの主張である⁹⁾。すなわち、一口に法定訴訟担当といっても、本人の権限を担当者が全面的に吸収する関係に立つ吸収型の法定訴訟担当と、債務者と債権者の立場が鋭く対立する対立型の法定訴訟担当の二種がある、という¹⁰⁾。三ヶ月博士によれば、〔旧〕201条2項（現115条1項2号）は、前者については、格別に新しいことを持ち込んだものではなく、従来から認められてきた帰結を再確認し、これを宣言し直したものにすぎない¹¹⁾。これに対して、後者については、第一に、債権者が自己固有の権限に基づいて代位訴訟・取立訴訟を進行したとしても、その判決の効力をただちに債務者に勝訴・敗訴のいずれたるを問わずに及ぼしてよいかは、実体法的に十分に検討されな

7) 例えば、我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店、1964年）171頁。そのほかの論証については、三ヶ月章「取立訴訟と代位訴訟の解釈論的・立法論的調整」同『民事訴訟法研究〔第七巻〕』（有斐閣、1978年）142頁注（九）に詳しい。

8) 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」同『民事訴訟法研究〔第六巻〕』（有斐閣、1972年）1頁。

9) 三ヶ月・前掲注8）3頁。

10) 三ヶ月・前掲注8）8頁以下および10頁。

11) 三ヶ月・前掲注8）9頁。

債権者代位権をめぐる訴訟法上および倒産法上の問題点

なければならないし¹²⁾、第二に、取立訴訟なり代位訴訟を進行しうる主体は複数存在しうることから、代位債権者の受けた判決の効力を、債務者へ拡大するならば、このことを通じて反射的に全く無関係な他の債権者にも及ぶことになり、判決の効力の相対効という大原則の例外を認めることになってしまうとして、問題提起をする¹³⁾。

具体的な解釈論としては、まず第一の債務者に対する判決の効力の問題については、法定訴訟担当＝判決効の拡大という図式自体を修正すべきだという¹⁴⁾。すなわち、〔旧〕民訴法201条2項（現115条1項2号）の適用を受けるのは、第三者の訴訟担当のうちの吸収型の法定訴訟担当と任意的訴訟担当の場合に限定され、対立型の法定訴訟担当の場合は、判決の効力の主観的範囲に関する限りでは、これらとは異なり、敗訴判決は拡張されない、というのである¹⁵⁾。第二の、複数の者が訴訟実施権を持つ場合の取り扱いについては、ドイツ法系の取立訴訟の場合には、他の債権者の呼出しという手続的配慮がなされているのに対して（ZPO856条5項）、フランス法系の代位訴訟の場合には、このような配慮が全く欠けているのであるから、ドイツ法のような形で、判決の効力を制度的に拡充することはできない、という¹⁶⁾。なお、この問題との関係で、「代位」概念の破綻を避けることを第一義的に考え、他の債権者の権利行使の自由を認めるために、代位される債務者にも権利行使の自由が認められるとして、代位債権者の敗訴判決の債務者への波及を否定される¹⁷⁾。つまり、前掲昭和14年大判お

12) 三ヶ月・前掲注8) 10頁。

13) 三ヶ月・前掲注8) 11頁以下。

14) 三ヶ月・前掲注8) 52頁。

15) 三ヶ月・前掲注8) 53頁。代位債権者には債務者の債権について管理権限はあるが、処分権限は存しないとの立場から同様の結論に至るものとして、於保不二雄『債権総論』（有斐閣、新版、1972年）177頁、172頁、奥田昌道『債権総論』（悠々社、増補版、1992年）270頁。

16) 三ヶ月・前掲注8) 55頁以下。

17) 三ヶ月・前掲注8) 13頁。

論 説

よび私的差押えの理論を明確に拒絶されるのである¹⁸⁾。

以上のような三ヶ月博士の見解は、債務者の手続権の保障の観点から、債権者敗訴の既判力は債務者には及ばないとするものであった¹⁹⁾。

(2) 当事者適格の基礎の再構成

福永有利教授は、当事者適格の決定基準の再構成を試み、新たな理論の具体化の一例として、債権者の取立訴訟・代位訴訟の問題を論じた²⁰⁾。すなわち、福永説は、通説が管理処分権によって当事者適格を基礎づけることに疑問を投じ²¹⁾、当事者適格の基礎は端的に「訴訟の結果に係る重要な利益」を有することにあると主張する²²⁾。具体的には、法定訴訟担当の例として挙げられてきたもののうち破産管財人、遺言執行者、人訴における職務上の当事者などについては、訴訟物たる権利関係の存否の確定に自己固有の利害関係を持たず、もっぱら他人のために、もしくは公益のために訴訟を進行するものであると断言するのに対して、債権質権者、取立債権者、代位債権者などの場合は、自己のために債務者の債権の取立訴訟をなしているものであり、当然独立の訴訟を認めて保護すべき程度に重要な利益

18) 三ヶ月・前掲注8) 17頁注(一)。

19) 三ヶ月・前掲注8) 50頁は、「わが国においては、債務者が代位訴訟に参加するとしても、それは、訴訟法の認める補助参加の枠内でなす以外にはないのであるから、当事者として強制的に訴訟に参加せしめるという格別の立法的な手当のなされない限り、フランス法のような形で判決の効力を債務者に及ぼすことはできないといわなくてはならない」と述べる。

20) 福永有利「当事者適格理論の再構成」同『民事訴訟当事者論』(有斐閣、2004年) 126頁〔初出：山木戸克己教授還暦記念『実体法と手続法の交錯(上)』(有斐閣、1974年) 34頁〕。福永説を支持するものとして、中野貞一郎「当事者適格の決まり方」同『民事訴訟法の論点I』(判例タイムズ社、1994年) 93頁〔初出は、判タ819号19頁、同822号28頁(いずれも1993年)〕、また代位債権者を固有適確者と解することに基本的に賛成するものとして、山本和彦「多数当事者について」民訴雑誌48号(2002年) 133頁がある。

21) 福永・前掲注20) 132頁以下。

22) 福永・前掲注20) 148頁、150頁以下。

債権者代位権をめぐる訴訟法上および倒産法上の問題点

を有していると解すべきであるとする²³⁾。かくて、福永説では、後三者については、いわゆる第三者の訴訟担当者ではなく、固有の当事者適格を有する者とされる²⁴⁾。そこで、このように見たときに、これらの者が固有の適格にもとづいて受けた判決を第三者（債務者）に及ぼしてよいかをさらに検討される。これにつき、取立債権者などは、自分のために取立訴訟を迫行したのであり、その債権の取立権をもってはいるものの、処分権を有するわけではないので、債務者が自己に不利な判決の効力を承認しなければならない理由は存在しない、という。もっとも、有利な判決の場合には、その効力は拡張されるという²⁵⁾。このことに加えて、福永教授によれば、債務者も自分の利益を守るために第三債務者に対する債権につき固有の適格が認められるべきであるとされる²⁶⁾。かくて、第三債務者の利益との調整が問題となるが、これについては（i）二重起訴の禁止の規定を類推して、他方が別訴をすることを許さず、民訴法47条または共同訴訟参加によるべきであるとし、さらには、（ii）民事執行法157条の類推により、第三債務者は債務者を取立訴訟に引き込むことができるとする²⁷⁾。

以上のような福永教授の見解は、従来、訴訟担当とされてきた代位訴訟や取立訴訟を債権者固有の適格にもとづくものとして位置づけ直すものであり、根本的な問題提起を突きつけるものであった。

4. 今日の状況

今日の議論は、伝統的な法定訴訟担当の枠組みを維持しつつも、打開策

23) 福永・前掲注20) 157頁。

24) 福永・前掲注20) 158頁。

25) 福永・前掲注20) 160頁。有利な判決の場合に判決の効力が拡張される理由は、取立債権者の取立行為の効力が第三者に対してもその効力を認められなくてはならないこと、取立債権者が勝訴した場合、その判決が確定した時点から遡って全体としての訴訟迫行行為を実体法的に評価すると、それは取立行為とみられること、に求められている。

26) 福永・前掲注20) 161頁以下。

27) 福永・前掲注20) 164頁以下。

論 説

として訴訟告知を活用することを説く。代表的な見解をいくつか見ておこう。

(1) 新堂幸司教授および池田辰夫教授の見解

まず、新堂幸司教授は、その体系書において、債務者への訴訟告知（非訟88条2項）を要求し、これによって民訴法47条による訴訟参加または共同訴訟的補助参加をする道を設けておき、これが行われたにもかかわらず債務者が参加しない場合には、公平・訴訟経済の観点から、不利な判決も被担当者に及ぶと解すべきであるとの主張をされた²⁸⁾。

同様の見解を、代位制度の沿革的研究と関連付けて、より詳細に展開したのは、池田辰夫教授である²⁹⁾。新堂説が非訟事件手続法上の訴訟告知に目を向けたのに対して、池田説は、それに先立つボアソナード草案、殊にそこにおける「権利催告」に着目する³⁰⁾。このような沿革的アプローチから、池田説は、債務者の責任財産そのものを保全することによって、強制執行等の準備をする「正統型」（ないし「本来型」）の代位と代位権を便宜的に借用し、自己の権利の実現を図る「藉口型」とを区別する³¹⁾。まず（i）正統型の代位訴訟については、代位債権者の有する実体権としての代位権を背景に、訴訟担当と理解する³²⁾。すなわち、無資力状態等における債務者の機能不全に対処するため、債権者は自己の利益の重大性から、債務者へ、まず権利の行使を相当の期間を定めて催告することができ（権利催告）、債務者が、これに対して、拒絶ないし無視により権利行使をし

28) 新堂幸司『新民事訴訟法』（弘文堂、第5版、2011年）294頁〔初出は、1974年〕。

29) 池田辰夫『債権者代位訴訟の構造』（信山社、1995年）。

30) 池田・前掲注29) 49頁以下（特に51頁以下）。

31) 「正統型」と「藉口型」の定義について、池田・前掲注29) 157頁。ボアソナード民法草案および旧民法の段階では、代位制度は、債務者の責任財産＝債務者の共同担保の保全のため、債務者や他の債権者を代表するというのが立法者の意図であったという（同・54頁）。

32) 池田・前掲注29) 81頁。

債権者代位権をめぐる訴訟法上および倒産法上の問題点

ない場合には、債務者の管理機能不全を補完するだけの財産管理権限を債権者が取得することになると構成する³³⁾。これによつてはじめて、債務者自身が訴訟追行したのと同視できるだけの訴訟構造が作出されるとするのである³⁴⁾。このことの帰結として、権利催告がなされなかった場合や拒絶が正当性を有する場合には、第三債務者の本案前の抗弁により、債権者代位訴訟は不適法却下になるとする³⁵⁾。また、かかる図式構造によるも、財産管理権限は債務者と代位債権者とに分属し、代位債権者が排他的訴訟追行権を取得するわけではないから、債務者は独立当事者参加のみならず、共同訴訟参加をもなしうるとも説く³⁶⁾。もっとも、このような「権利催告」なる観念が実務において定着するには、この点に関する実体法学説の成熟を必要とすることから、これに代わるものとして、「訴訟告知」制度を抜本的に見直し、これを代位債権者の訴訟上の処分権欠缺を補充するものとして位置づけ、これによつて代位債権者は、債務者を本人とする担当者適格を取得し、判決効が被告者たる債務者に全面的に拡張されることになる、との構成を提案する³⁷⁾。そして次に、(ii) 藉口型の代位訴訟の場合は、固有の当事者適格を代位債権者に承認すべきであつて、判決効も相対効にとどまるとする³⁸⁾。

以上の見解は、原告が債務者に対して訴訟告知をした場合には、これによつて判決の既判力が有利・不利を問わず債務者に拡張されるとするものである。今日では、訴訟法学者のみならず、実体法学者においても、この見解を支持する者が比較的多く、最も有力な考え方といえよう³⁹⁾。

33) 池田・前掲注29) 81頁。

34) 池田・前掲注29) 82頁。

35) 池田・前掲注29) 82頁。

36) 池田・前掲注29) 82頁。

37) 池田・前掲注29) 82頁。

38) 池田・前掲注29) 83頁。

39) 例えば、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)』(有斐閣、第2版補訂版、2013年)256頁、梅本吉彦『民事訴訟法』(信山社、第4版、2009年)402頁。民法学者のものとしては、内田貴『民法Ⅲ——債権総論・担保物権——』(東京大学出

論 説

(2) 吉村徳重教授の見解

次に、吉村徳重教授の見解を見てみよう⁴⁰⁾。吉村説は、取立・代位訴訟ではいずれかの当事者が債務者との関係で何らかの「手続的手当て」をしない限り、当然には担当適格ありとして既判力の全面的拡張を正当化することはできないが、その反面、そのような「手続的手当て」がとられない以上は不適法として却下されるとまでいう必要はなく、債権者と第三債務者の間の相対解決は認められるべきである、との理解から出発する⁴¹⁾。この説は問題を、取立・代位訴訟では、いずれの当事者が、どのような手続的手当てをとる責任をいかに分担しており、その結果いかなる効果を生ずるのか、という観点からとらえる⁴²⁾。債務者に対して債権者が訴訟告知をするか、あるいは第三債務者が引込参加の申立てをすれば、既判力が全面的に債務者に拡張されるが、いずれの手続もとられない限り、相対効にとどまるとするのである⁴³⁾。

以上のような吉村説によれば、債権者の訴訟告知や第三債務者の引込参加申立てといった手続的手当ての懈怠は、見込みどおりに勝訴してもこれを債務者との間で確定させることはできないとの制裁として働くことになる。そこでは、こうした手当てがなされる前には固有適格訴訟であったものが、これらの手続着手後には担当適格訴訟に移行するとの構成がとられ

版会、第3版、2005年）295頁、中田裕康『債権総論』（岩波書店、第3版、2013年）221頁（なお、第三債務者の不利益を防止するため、この者にも債務者が参加する機会を付与する権能を認めるべきであるとする）。

さらに、伊藤眞『民事訴訟法』（有斐閣、第4版、2011年）518頁も、解釈論としては、なお代位債権者を訴訟担当者として、その者を当事者とする判決の既判力を本人たる債務者に拡張する考え方をとるが、立法論としては、近時の有力説に合理性が認められるとする。

40) 吉村徳重「既判力の第三者への拡張」吉村徳重＝井上正三編『講座民事訴訟6 裁判』139頁以下（特に154頁）（弘文堂、1984年）〔同『民事判決効の理論（下）』（信山社、2010年）175頁所収〕。

41) 吉村・前掲注40) 160頁。

42) 吉村・前掲注40) 160頁。

43) 吉村・前掲注40) 160頁以下。

債権者代位権をめぐる訴訟法上および倒産法上の問題点

ている。

(3) 竹下守夫教授らの見解

竹下守夫教授は、代位訴訟で「第三債務者」として訴えられた被告は、いわば債権者・債務者間の争いに巻き込まれた第三者であるから、債務者の利益保護は、被告の負担においてではなく、原告の負担において債務者に手続関与の機会を与える方向で解決すべきであるとの出発点に立つ⁴⁴⁾。すなわち、代位債権者は、訴えを提起したときは遅滞なく債務者に対して訴訟告知をすべく（会社849条3項の類推）、被告は債務者に対する訴訟告知があるまでは本案に関する応訴を拒むことができると論じる⁴⁵⁾。そして、(i) 債務者が訴訟告知を受けて、もしくは受けずに訴訟に参加した場合、あるいは訴訟告知を受けたのに参加しなかった場合には（なお、参加の形式は、共同訴訟的補助参加であって、共同訴訟参加ではない）、代位債権者敗訴の判決も、債務者に対して既判力を有するが⁴⁶⁾、(ii) 債務者が訴訟告知を受けず、また自らも参加しなかった場合には、代位債権者敗訴の判決の既判力は債務者には及ばないものとする⁴⁷⁾。

また、上原敏夫教授も、代位債権者に債務者への訴訟告知を義務づけることで、債務者の訴訟参加の機会を保障するのが妥当であるとし⁴⁸⁾、債権者が訴訟告知をしない場合に第三債務者からの「引込参加の申立て」を債

44) 松浦馨 = 新堂幸司 = 竹下守夫 = 高橋宏志 = 加藤新太郎 = 上原敏夫 = 高田裕成『条解民事訴訟法』（弘文堂、第2版、2011年）567頁（竹下執筆）。

45) 松浦 = 新堂 = 竹下 = 高橋 = 加藤 = 上原 = 高田・前掲注44) 567頁（竹下執筆）。

46) 松浦 = 新堂 = 竹下 = 高橋 = 加藤 = 上原 = 高田・前掲注44) 567頁（竹下執筆）。
参加しなかった債務者に既判力が及ぶことの根拠は、代位債権者によって代表されたものとみなされてもやむを得ないという点に、参加をした場合に既判力が及ぶ根拠は、代位債権者による代表と自己責任との競合に求められている。

47) 松浦 = 新堂 = 竹下 = 高橋 = 加藤 = 上原 = 高田・前掲注44) 568頁（竹下執筆）。
これに対して、代位債権者勝訴の場合には、結果的にみて、債務者の利益は債権者によって代表されたといえるから、既判力は債務者に及ぶとする。

48) 上田徹一郎 = 井上治典編『注釈民事訴訟法（2）』（有斐閣、1992年）281頁以下（上原敏夫執筆）。

論 説

務者に対する既判力拡張の要件とすることは⁴⁹⁾、第三債務者の負担を考慮すると妥当とはいえない、とする⁵⁰⁾。

以上のような見解、殊に竹下説は、原告から債務者に対してなされる訴訟告知が、第三債務者の応訴拒絶権を基礎づけるものとみるものである⁵¹⁾。訴訟告知がなされず、また自ら参加することもなかった場合には、判決の既判力が債務者に及ばないとされている点に、この見解の特色がある。

5. 論争の評価

従来判例・通説とこれに対する三ヶ月博士による問題提起を受けた今日の学説の状況を、問題点ごとに整理しておこう。

第一に、債権者代位訴訟の訴訟物は、被代位権利であるとの判例・通説の理解は、今日なお疑われていないように思われる。この点については、固有適格説の立場が問題となりうるはずであるが、どのようになるのかは明言されていない。

第二に、代位債権者の当事者適格については、一般に法定訴訟担当と理解されており、固有適格説は少数説にとどまっている。

第三に、判決の既判力は、有利・不利を問わず、債務者に及ぶとされている。もっとも、そのために訴訟告知による手続保障の補完が論じられており、この点で三ヶ月博士の問題提起は受け入れられている。

第四に、訴訟参加については、共同訴訟的補助参加と独立当事者参加は認めるが、共同訴訟参加を認める見解は、ごく少数にとどまるようである。したがって、債権者が代位権の行使に着手した後も債務者の処分権限は残

49) 吉村説（前記Ⅱ．4．(2)）を指す。

50) 上田＝井上・前掲注48) 281頁以下（上原執筆）。

51) この見解を支持するものとして、上田徹一郎（稲葉一人補訂）『民事訴訟法』（法学書院、第7版、2011年）504頁、小島武司『民事訴訟法』（有斐閣、2013年）673頁。同趣旨の説として、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」同『民事訴訟における既判力の研究』（慶應義塾大学出版会、2000年）266頁、279頁。

債権者代位権をめぐる訴訟法上および倒産法上の問題点

存するとの三ヶ月博士の主張は、基本的に受け入れられていないものと思われる。

第五に、訴訟告知については、一般に第三債務者の側からではなく、代位債権者の側からすべきものと理解されているようである。

さて、このように見ると、学説の大きな方向性としては、基本的に今日なお伝統的な判例・通説の立場が基礎に置かれており、三ヶ月博士の問題提起のうち債務者の手続保障を問題とした点のみが、訴訟告知による債務者の手続権保障という形で生かされているにすぎぬといえよう。殊に、債務者の処分権限の制限に対しての問題提起については、訴訟法学の立場からは必ずしも十分な回答はなされてこなかったように思われる。

ところで、今日の民事訴訟法学説で一般的となった訴訟告知の活用については、このような形で既判力の拡張の前提として訴訟告知を活用することは、本来的な利用ではないことから、その理論的な正当性には疑問が残る。この点に関連して、中間試案も代位債権者からの訴訟告知を提案しているが、その具体的意味が、既判力を拡張するためのものなのか、妨訴抗弁として作用するものなのか、単なる手続保障の意味しか持たないのか、必ずしもはっきりとはしない。いずれにせよ手続保障という観点は極めて重要ではあるが、しかし、それが単なる原告と被告の利害調整の手段に墮してしまってはならないであろう。制度の構造との関係において具体的な手続保障を講じる必要がありはしないだろうか。

Ⅲ. 債権者代位権と債権者代位訴訟の基本構造

1. 裁判外での行使

債権者代位権については、詐害行為取消権とは異なって、裁判上の行使は必要とされていない。したがって、まずはじめに、裁判外で行使される場合について、簡単に確認した上で、債権者代位訴訟について議論を展開

論 説

するのが、便宜である。けだし、債権者代位訴訟も、裁判外の行使の延長線上の問題であり、これを離れてひとり債権者代位訴訟についてのみ論ずることはできないからである。

(1) 代位権の行使と債務者の処分制限効の有無

まず、代位権が行使された場合に、債務者の処分権限が制約されるかどうか問題となる。判例・通説によれば、債権者が代位権の行使に着手し、これを債務者に通知し、あるいは債務者がその権利行使を了知したときには、債務者は、代位の目的となった権利について、代位権の行使を妨げるような処分行為をすることができないものとされていた。もっとも、特に裁判外の代位について、このような処分制限効を認める根拠がきわめて薄弱であることは、既に見たとおり、三ヶ月博士の指摘されていたところであり、中間試案もまた、債務者の処分は制限されないとの立場をとっている。

いわゆる法定訴訟担当とされる場合に、債務者の処分権限が剥奪されるか、それとも残存するかは、それぞれの制度に則して異なるとみるべきである⁵²⁾。第一に、破産手続開始決定がなされた場合に関しては、支払不能などの手続開始原因が認定されたがゆえに、債務者（破産者）の管理処分権が奪われることとされていた（破78条）。もっとも、同じく倒産手続であっても、再生手続が開始された場合には、再生債務者は、開始前と同様に、自らの業務遂行権または財産管理処分権を行使できる点を見逃してはならない（民再38条1項）。第二に、取立訴訟の場合には、国家の差押命令によって、債務者の財産の処分が一定の限度で債権者のために禁止されていた。これに対して、第三に、株主代表訴訟の場合には、会社には、なお取立権限は残存する。そして第四に、代表訴訟と同様のことが代位権が行使された場合についても言え、債務者の取立権限は残存しているとみる

52) 三ヶ月・前掲注7) 93頁(138頁)の指摘するところである。

債権者代位権をめぐる訴訟法上および倒産法上の問題点

べきであろう。このように、第三者に取立権限が付与されたからといって、本来の権利主体の処分権限が当然に制限されるというわけではない。

(2) 効果の帰属点

次に、債権者が債務者の権利を代位行使したときは、その私法上の効果は、直接に「債務者」に帰属する。この点に関連しては、周知のごとく現在の通説および判例は、金銭その他の物の給付を目的とする債権のように弁済の受領を要する場合には、弁済の受領を債権者が債務者に代わってなしうるとし、しかも、債務者が弁済を受領しない場合に限らずに、債権者は直接自己に引き渡すべきことを請求しうると解していた⁵³⁾。このときに、相手方は債務者自身に引き渡したと同一の効果を受け、債権者もまた債務者のために引渡を受けたことになる。決して債権者代位権の行使の効果は直接に債権者に対して生じるわけではないのである⁵⁴⁾。

2. 債権者代位訴訟をめぐる解釈論

(1) 代位権の裁判外行使との連関

裁判外で代位権が行使される場合に、債務者の処分権限が制限されないこと、換言すれば取立権限が代位債権者と債務者の双方に分属しうること、および代位権行使の効果が債務者に帰属することになることを前提とするならば、代位債権者・第三債務者間の争いが訴訟に持ち込まれた場合に、そこにはどのような規律が妥当することになるかが、次に検討されなくてはならない。

この点に関連して、従来一般に、債権者代位訴訟の訴訟物は「被代位権

53) 大判昭和7年6月21日民集11巻1198頁、大判昭和10年3月12日民集14巻482頁、最判昭和29年9月24日民集8巻9号1658頁。これに対して、登記の移転に関しては、債権者は債務者に移転すべきことを請求しうるとどまる。

54) これに対して、平井宜雄『債権総論』(弘文堂、第2版、1994年)271頁は、端的に、債権者代位権の行使の効果は直接に債権者に対して生じるというが、これは代位債権者が優先弁済を受ける権能を正面から認めるからである。

利」であると理解され、そこから代位債権者の訴訟追行を法定訴訟担当と理解し、二重起訴の禁止の問題をこの訴訟物たる被代位権利との関係で考え、債務者に対して判決効が及ぶのも、かかる訴訟物との関係でとらえることがなされてきたが⁵⁵⁾、このことの当否が問題となる。たしかに実体法上の行使のみに着目すれば、代位債権者が裁判外で債務者の権利を代位行使している場合に、そこでは代位債権者が自己の名において「被代位権利」を行使しているという見方は、決して誤りではない。しかし、このことからただちに被代位権利が代位訴訟の訴訟物となるとみるべきではない（このことはとりわけ裁判外で、請求権だけでなく、形成権が代位行使されていた場合に則して考えると明瞭であろう）。

一般に債権者代位訴訟は給付訴訟の形をとることとなるが、給付訴訟は〈請求権〉を直接の基礎としている⁵⁶⁾。ところで、債権者代位権が行使される場合には、裁判外の行使の場合であれ、債権者代位訴訟へと発展した場合であれ、代位行使される実体権自体の帰属には変動がなく、取立権限のみが、第三者には付与されている。そうだとすると、いずれの場合も、このような取立権限を請求権の観点から再構成する必要があるのではないだろうか。かくて、訴訟物は、あくまでも被代位権利から生じる請求権により決定されなくてはならないとみるべきであろう⁵⁷⁾。このように〈被代位権利それ自体〉と〈そこから派生する請求権〉とは明確に区別されなくてはならない⁵⁸⁾。

55) 高橋・前掲注39) 251頁、大江忠『要件事実民法（3）債権総論』（第一法規出版、第3版、2005年）98頁ほか多数。

56) ヴイントシャイト以降の請求権概念については、奥田昌道『請求権概念の生成と展開』（創文社、1979年）、奥田・前掲注15) 7頁以下。

57) 給付訴訟の訴訟物と請求権との関係については、いわゆる訴訟物理論の対立があるが、わが国の多くの考え方は、請求権と訴訟物との間の結びつきを認めていることは、指摘できよう。

58) 奥田・前掲注15) 7頁以下（特に10頁以下）。Raiser, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465. [後に、ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, S. 98 ff.に所収。]

債権者代位権をめぐる訴訟法上および倒産法上の問題点

(2) 代位債権者の当事者適格

このように被代位権利とは切り離した形で訴訟物を再構成するとしたときに、代位債権者の当事者適格は、どのようなものとして位置づけられるべきか。この点、当事者適格の基礎におかれるべき請求権は、決して抽象的に存在するものではなく、一次的権利である被保全権利との関係で発生する二次的権利であることから、一次的権利の帰属主体以外の第三者が自己の名で訴訟追行をしているので、固有適格ではなく、訴訟担当とみるべきである⁵⁹⁾。

(3) 判決効

代位債権者が、法定訴訟担当の資格にもとづいて追行した訴訟の判決効は、債務者にも及ぶか。たしかに、先に述べたところによれば、訴訟物を基礎づけている権利は、代位債権者の取立権であったが、しかしこれは債務者の権利に由来する二次的権利として、訴訟との関連を媒介する実体権にすぎないことから、判決効は一次的権利の帰属点である債務者にも、一応は、有利・不利を問わず及ばなくてはなるまい⁶⁰⁾。なお、このように考える場合には、被代位権利の帰属主体である債務者が判決を受けることによって、この者に依存した関係にある他の債権者についても、間接的にその判決が及ぶことになる⁶¹⁾。

59) (所有権、債権などの) 法秩序を構成する諸権利である一次的権利と、単なる手段的な、二次的権利、すなわち請求権および形成権の対置を示したのはライザーである。彼は、この二次的権利は、ヴィントシャイトがローマ法および普通法のアクチオを民法上の請求権と訴訟上の権利救済に截然と区別して以来、ドイツの民事法体系において独自の地位を有するに至ったという。Raiser, a.a.O. (Anm. 58), 466 [Aufgabe, S. 101].

60) もっとも、判決の効力が債務者に及ぶことと、後に債務者がこれを争うことができることは別論であると考えられる。(5)にて後述する。

61) したがって、代位債権者と債務者、代位債権者相互の関係は、類似必要的共同訴訟ということになる。

論 説

(4) 訴訟参加

債権者代位訴訟に、債務者、さらには他の債権者が参加をする場合に、どのような参加形態がとられるかが、問題となる。従来の支配的見解によれば、代位訴訟が提起されることによって、債務者の処分権限は制限され、債務者の当事者適格も失われることから、共同訴訟的補助参加は認められるが、共同訴訟参加は認められないものとされてきた。しかし、債務者にも処分権限が認められるとの立場をとる以上、共同訴訟参加が認められるというべきである⁶²⁾。したがって、複数の競合する債権者が代位訴訟を提起する場合にも、これらは共同訴訟参加の形によることになる。

(5) 訴訟告知

先にも述べたように、債務者は被代位権利の帰属主体であるから、この者に有利・不利を問わずに判決効を拡張すべきであるが、反面で、債権者代位権が行使されることによって債務者の処分権限が制約されるわけではないとの解釈をとる以上、債務者を無条件に代位債権者による訴訟追行の結果に服させるわけにはゆかない。したがって、この点の調整が必要となる。そのために、債務者は、代位債権者・第三債務者間の訴訟で手続権が保障されなかったことを理由に、後訴でその確定判決の既判力が自分には及ばないと主張することができると解することも可能であろう。その場合、債務者からのこの種の主張は、第三債務者が前訴で債務者に対して訴訟告知をすることによって、訴訟手続に参加する機会を与えた場合には、確定的に排除されるとみることになろう⁶³⁾。このように考えることによって、

62) 篠塚昭次＝好美清光編『講義 債権総論』（青林書院新社、1981年）115頁（河野正憲執筆）、上田徹一郎＝井上治典編『注釈民事訴訟法（2）』（有斐閣、1992年）198頁以下（河野正憲執筆）。反対、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法（下）』（有斐閣、第2版、2010年）552頁。

63) 河野正憲『民事訴訟法』（有斐閣、2009年）601頁以下。

債権者代位権をめぐる訴訟法上および倒産法上の問題点

債務者を起点に判決効の拡張の問題を処理することがもっとも適切と思われる⁶⁴⁾。

(6) 別訴の可否

既に、代位債権者による代位訴訟が提起されている場合に、債務者や他の債権者は別訴を提起できるか。たしかに訴訟物は別異ではあるが、この場合行使されている一次的権利は同一であるから、二重起訴の禁止（民訴142条）の制度趣旨との関連でさらなる検討は必要であるが、「事件の同一性」が認められよう。したがって、この場合あくまでも訴訟内の訴えによるべきであって、別訴は許されない。

IV. 債務者の倒産との関連における代位権・代位訴訟

1. 問題の所在

これまで見てきた債権者代位権の実体法と訴訟法上の議論は、倒産手続との関係でも、きわめて重要な意味をもつ。この制度が、債務者が実質的に倒産した状態において利用されることが少なくない点もさることながら、実定法中に、倒産手続が開始した場合の代位訴訟の中断の規定が置かれているからである（破45条、民再40条の2、会更52条の2）。

もっとも、旧破産法には、詐害行為取消訴訟の係属中に債務者が破産した場合の取り扱いについての規定は置かれていたものの、代位訴訟に関し

64) すなわち、訴訟告知の結果、債務者が訴えを提起してきた場合には、債務者との間での判決が、終局的には妥当することになるし、逆に、債務者が参加してこなかった場合には、代位債権者の提起した代位訴訟の判決の効力が、債務者にも——訴訟告知を経た結果、確定的に——及ぶこととなろう。そして、この判決効が、他の債権者にも拡張されることとなる。

論 説

での規律は置かれていなかった⁶⁵⁾。しかし、詐害行為取消訴訟が中断する根拠が、債務者が責任財産についての管理処分権を失うことに求められていたところ、この理は当然に代位訴訟の場合にもあてはまることから、解釈論上、後者についても中断するものと理解されていた。換言すれば、ここでは債権者代位訴訟は、財団に帰属する〈被保全債権〉の実現手続であることから、債務者に対して破産手続が開始された場合には、この者の財産管理処分権が喪失するため、債権者・第三債務者間の代位訴訟は中断するものと理解されていたのである⁶⁶⁾。

しかし、以上のような理解は、民事再生法が債務者に対して民事再生手続が開始された場合の債権者代位訴訟の中断を規定したことによって、再検討を迫られることとなる。けだし、民事再生手続では、破産手続の場合とは異なり、原則として債務者自身は再生手続が開始された後もその財産の管理処分権を喪失せず（同38条）、したがって債務者の処分権限喪失という理由で債権者の訴訟追行権が消滅するわけではないからである。ただし、破産の場合は、現行法においても、債務者の財産管理処分権は、破産手続開始原因が存在することにもとづいて、剥奪されることとされており（破78条）、旧法下におけると同様の理解ができないわけではない。もっとも、そのように理解すべきか、それとも民事再生法と統一的に理解すべきかが、さらに問題とされるべきである。

2. 民事再生手続が開始された場合の取り扱いについての検討

まず出発点として、代位訴訟係属中に民事再生手続が開始された場合の

65) 旧破産法86条 ① 民法第424条ノ規定ニ依リ破産債権者ノ提起シタル訴訟カ破産宣告ノ当時繫属スルトキハ其ノ訴訟手続ハ受継又ハ破産手続ノ解止ニ至ル迄之ヲ中断ス

② 第69条ノ規定（破産財団に属する財産に関する訴訟の受継の規定——筆者）ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

66) 加藤正治「間接訴権ノ訴ノ提起後ニ於ケル債務者ノ破産」同『破産法研究〔第五卷〕』（有斐閣、1923年）271頁（特に280頁）。

債権者代位権をめぐる訴訟法上および倒産法上の問題点

取り扱いから検討しよう。ここでは、被代位権利にかかる問題と、被保全債権にかかる問題を分けて検討することが便宜である。

(1) 被代位権利にかかる問題

まず、被代位権利の方に着目すると、これは再生債務者財産に帰属する財産となる。再生債務者は、再生手続が開始された後も、引き続き業務遂行権・財産管理処分権を有するものとされており（民再38条）、そうだとすると、債権者代位権の行使によって、被代位権利についての債務者の処分権限が失われるとの伝統的な判例・通説によれば、民事再生手続が開始されることによって、むしろ失われていた処分権限が再び債務者側に回復され、反対に、代位債権者がそれまで有していた処分権限は、再生手続の開始によって代位債権者から剥奪されてしまうとの理屈になりはしないであろうか。しかし、このような論理は、債務者の処分権限に関しても、代位債権者の処分権限に関してもいささか奇異である。これに対して、先述のごとく、代位権の行使がなされても債務者に処分権限が残るとするのであれば、債務者の側に関する限りでは、説明は明確である。けだし、再生債務者は、当初、代位債権者と当事者適格を併存的に有していたが、民事再生手続の開始決定がなされた後は、その当事者適格を引き続き、しかし単独で行使しているとみるべきことになるからである。もっとも、そうだととしても手続が中断する根拠はなお明らかではないし、そもそもなぜ代位債権者の当事者適格が再生手続の開始によって剥奪されなくてはならないのかの説明は、依然としてつかない。この点は、むしろ被保全債権にかかる問題といえよう。

(2) 被保全債権にかかる問題

そこで、次に被保全債権に着目すると、代位権の行使は、あくまでも被保全債権にもとづいてなされるものであり、かつこの被保全債権の再生手続における行使については、再生債権者には、届出・調査・確定の手続を

経ることが求められていた。そして、再生債権については、再生手続開始後は、この法律に特別の定めがある場合を除き、再生計画の定めるところによらなければ権利行使は認められていなかった（民再85条1項）。そうだとすると、代位債権者の当事者適格が失われる根拠は、代位債権者が当事者として代位訴訟を進行することによって、再生計画によらない弁済が実現されてはならない点に求められるべきではないか⁶⁷⁾。

3. 倒産手続との関連で見た債権者代位権の位置づけ

(1) 個別的な権利行使の禁止と債権者代位権

さて、民事再生手続が開始された場合に、債権者代位訴訟が中断される根拠が先に述べたとおりだとするならば、このことは破産手続が開始された場合にも押し及ぼされてよいのではないか。結局、倒産手続（民事再生手続であれ、破産手続であれ）が開始された場合には、債権者代位訴訟が中断されるが、その根拠は、倒産手続では個別的な権利行使が禁止されていることにあるとみうる⁶⁸⁾。その際に、ここにいう「個別的な権利行使」

67) 再生債権に関する訴訟は、再生手続の開始によって中断する（民再40条1項）。この点につき、破産の場合の対応規定（破44条1項）については、債権の引き当てとなる責任財産の管理処分権者が破産者から破産管財人になり、当事者適格が変動するからだとされているが（伊藤真『破産法・民事再生法』（有斐閣、第2版、2009年）312頁）、民事再生手続の場合には、このような説明は不可能であるからか、再生債権の確定のための特別の手続が設けられているためであると説明されている（同・688頁）。しかし、破産の場合にも、同様の確定手続が要求されていることにかんがみると、いずれの場合も直截に個別的な権利行使が禁止されていること（破100条、民再85条1項）に求められるべきではないか。園尾隆司＝小林秀之編『条解民事再生法』（弘文堂、第3版、2013年）216頁（河野正憲執筆）は、「民事再生手続が開始したならば、再生債権者は、自らの再生債権の行使として債務者の責任財産に関わる訴訟手続を、再生手続とは独自に遂行することはできないというべきである」とする。

68) 園尾＝小林編・前掲注67) 217頁（河野（正）執筆）。ちなみに、かつての倒産5法制の下で、山木戸克己『破産法』（青林書院新社、1974年）131頁は、中断の根拠を「破産債権者は個別に権利を行使しえないこと」に求めていた。これに対して、谷口安平『倒産処理法』（筑摩書房、第2版2刷、1982年）201頁は「倒産者自身が自ら訴訟することができなくなった」点に中断の根拠を求める。

債権者代位権をめぐる訴訟法上および倒産法上の問題点

の意味するところが、さらに問題となる。これは文字通り債務者に対する債権の行使を意味するものとみるべきであって、そこには債権者代位権のような「債権の第三者に対する効力」の主張をも含んでいるとみるべきであろう。

(2) 債権の効力としての債権者代位権

民法423条の制度趣旨に関しては、立法当時は、強制執行の準備としての機能のほか、さらには簡易な私的執行としての機能も想定されていたが⁶⁹⁾、その後、学説はこれを理論的に純化し、責任財産の保全のための制度として位置づけるに至った⁷⁰⁾。これにともなって、この制度は債務者の一般財産の保全に必要な場合、すなわち債権が金銭の支払いを目的として最後の効力を発揮する場合に限って認めるのが至当であるとされ、債務者の無資力が要件であるとされた⁷¹⁾。もっとも、判例はこの制度を特定債権の保全のためにも適用あるものとしており、この場合には無資力を要求しておらず⁷²⁾、学説もまた、制度本来の趣旨を逸脱するものではあるが、制度の「転用」としてこれを是認しうるものとしている⁷³⁾。かくて学説上は一般に債権者代位権については、責任財産の保全を目的とした「本来型」と、いわゆる「転用型」とが語られる。しかし、判例は、必ずしもこのよ

69) 梅謙次郎『民法要義〔卷之三債権編〕』（有斐閣書房、1912年／1984年復刻）78頁。この点を明確に指摘しているのは、能見善久教授である。以下に掲載の講義資料による。

<http://www7a.biglobe.ne.jp/~ynomi/yongHP/law01.htm>

70) 松坂佐一『債権者代位権の研究』（有斐閣、1970年）、我妻・前掲注7）157頁以下など。

71) 反対、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、同282号34頁（いずれも1972年）。

72) 債務者のなすべき登記手続の代位や不動産の債権的利用者が貸主（所有者）に代位して不法占拠者に妨害排除を請求する場合など。

73) 我妻・前掲注7）160頁以下。

うな二分論を採っているわけではなく⁷⁴⁾、むしろ被保全債権と被代位権利の連鎖があり、両者に内容的な牽連性がある場合にも、代位権の行使は債権者の取立権の発現として認められる、としているように思われる⁷⁵⁾。そうだとすると、責任財産の保全を目的とした代位権のみを「本来型」ととらえるのではなく、無資力型と牽連型を含めて、債権の第三者に対する効力を定めたものと積極的に理解してもよい。

V. 結語

本稿では、債権者代位権をめぐる訴訟法上および倒産法上の問題を検討した。その際に、まず実体法上は、債権者代位権は債務者の第三債務者に対する権利、いわゆる被代位権利を代位行使するものであるが、代位権の行使によって、債務者の処分権限が失われるのではないこと、しかし他方で代位権行使の効果の帰属点はあくまでも債務者であることを確認した。次いで、代位訴訟の局面では、代位債権者の訴訟上の請求内容との関連で、この者が行使している取立権限が請求権と構成されるべきであり、これと被代位権利とは区別して考える必要があることを明らかにした。したがって、債権者代位訴訟の訴訟物を基礎づけるものは、このように構成された請求権であり、被代位権利それ自体ではない。もっとも、この請求権は、あくまでも被代位権利から派生する二次的権利であり、被代位権利から独立して意味を持つものではないから、代位債権者による代位権行使の結果

74) 最判昭和50年3月6日民集29巻3号203頁では、被保全債権が金銭債権であるが、債務者の無資力要件を要求せず、債務者の持つ登記請求権の代位行使を認めている。

75) 篠塚=好美・前掲註62) 115頁以下(河野(正)執筆)の指摘参照。加藤雅信『新民法大系Ⅲ』(有斐閣、2005年)191頁は、さらに進んで〈無資力型債権者代位権〉と〈連鎖型債権者代位権〉の2つのパターンを提唱し、これらを債権の効力の相対性の2つの例外として位置付けるというきわめて興味深い提言をする。

債権者代位権をめぐる訴訟法上および倒産法上の問題点

は、一次的権利の帰属主体である債務者にも、有利・不利を問わず及ぼされなくてはならない。その際、他の競合債権者に対する判決効の拡張は、債務者への判決効を起点として導き出される。そして最後に、倒産手続との関連で、債権者代位権の制度を責任財産の保全のための制度として位置づけることには過不足があること、むしろ実体法上の債権の効力の問題として位置づけられるべきであることを論じた。本稿は、これまでのわが国の議論を今一度整理したものにすぎず、必ずしも目新しい提案をしているわけではない。また論じたりない点も多々あるが、他日を期したい。

〔完〕

【付記】本稿は、平成23-25年度科学研究費補助金若手研究（B）（研究代表者・河野憲一郎）「実効的債権回収システムの再構築」（課題番号：23730080）による研究成果の一部である。