

## 民法（債権関係）の改正に関する論点の検討(7)

## 目次

第1	債権者代位権	1
1	債権者代位権制度の在り方	1
2	債権者代位権の基本的要件	4
	(1) 本来型の債権者代位権の無資力要件	4
	ア 無資力要件の要否及びその内容	4
	イ 強制執行の前提としての登記申請権の代位行使の場合の例外	4
	(2) 転用型の債権者代位権の根拠規定の在り方	12
	(3) 被保全債権及び被代位権利に関する要件	16
3	債権者代位権の基本的効果	18
	(1) 直接の引渡しの可否及びその効果	18
	ア 直接の引渡しの可否	18
	イ 直接の引渡しの効果	18
	(2) 事実上の優先弁済の可否（相殺の可否）	22
	(3) 被代位権利の行使範囲	24
4	代位債権者と債務者との関係	26
	(1) 代位債権者の善管注意義務	26
	(2) 代位債権者の費用償還請求権	28
	ア 費用償還請求の可否	28
	イ 先取特権の付与の要否	28
5	代位債権者と第三債務者との関係	29
	(1) 第三債務者による抗弁の対抗	29
	ア 債務者に対して有する抗弁	29
	イ 代位債権者自身に対して有する抗弁	30
	(2) 第三債務者による供託（供託原因の拡張）	31
6	代位権行使の場合の通知，代位訴訟提起の場合の訴訟告知	33
	(1) 代位権行使の場合の通知の要否	33
	(2) 代位訴訟提起の場合の訴訟告知の要否	36
	(3) 通知及び訴訟告知の効果	38
	ア 取立てその他の処分の禁止	38
	イ 弁済の禁止	39
7	代位訴訟提起後の差押え	42

8	代位訴訟への訴訟参加	44
	(1) 債務者による訴訟参加	44
	(2) 他の債権者による訴訟参加	44
9	裁判上の代位の存廃	48
第2	詐害行為取消権	52
1	詐害行為取消権制度の在り方	53
	(1) 詐害行為取消権の法的性質（検討の指針）	53
	(2) 詐害行為取消訴訟の在り方	56
	ア 詐害行為取消訴訟の被告	56
	イ 被保全債権に係る給付訴訟の併合提起	56
	ウ 詐害行為取消訴訟の競合	58
2	詐害行為取消権の基本的要件	60
	(1) 無資力要件	60
	(2) 被保全債権に関する要件	62
	(3) 詐害行為取消権の対象（詐害行為）に関する要件	63
	ア 詐害行為の類型化と一般規定の要否	63
	イ 相当の対価を得てする行為	67
	（ア）相当価格処分行為	67
	（イ）同時交換的行為	67
	（ウ）受益者の悪意を推定する規定	67
	ウ 無償行為	72
	（ア）債務者及び受益者の悪意を不要とする規定	72
	（イ）受益者が善意である場合の償還範囲	72
	エ 過大な代物弁済	75
	オ 偏頗行為	76
	（ア）債務消滅行為	76
	（イ）既存債務についての担保供与行為	77
	（ウ）受益者の悪意を推定する規定	77
	カ 対抗要件具備行為	84
	(4) 転得者に対する詐害行為取消権の要件等	86
	ア 転得者に対する詐害行為取消権の要件	86
	イ 転得者の悪意を推定する規定	87
	ウ 無償行為による転得の場合	87
	（ア）転得者の悪意を不要とする規定	87
	（イ）転得者が善意である場合の償還範囲	87
3	詐害行為取消権の基本的効果	91
	(1) 直接の引渡しの可否及び効果	91
	ア 直接の引渡しの可否	91
	イ 直接の引渡しの効果	91

(2) 事実上の優先弁済の可否（相殺の可否）	94
(3) 詐害行為取消しの範囲	97
(4) 逸出財産の回復方法	99
ア 現物返還と価額償還〔価額賠償〕	99
イ 逸出財産ごとの回復方法	101
(ア) 登記・登録をすることのできる財産	101
(イ) 金銭その他の動産	101
(ウ) 債権	101
4 取消債権者と債務者との関係（費用償還請求権）	103
(1) 費用償還請求の可否	103
(2) 先取特権の付与の要否	103
5 債務者と受益者との関係	105
(1) 受益者の債権の復活	105
(2) 受益者の反対給付の取扱い	106
ア 反対給付の返還又は価額償還請求の可否	106
イ 先取特権の付与の要否	106
ウ 取消債権者の費用償還請求権との優劣	106
6 債務者と転得者との関係	109
(1) 転得者の前者に対する債権の取扱い	109
(2) 転得者の前者に対する反対給付の取扱い	110
7 破産管財人等による詐害行為取消訴訟の受継	112
8 詐害行為取消権の行使期間	115
別紙 比較法資料	119
〔フランス民法〕	119
〔フランス民法改正草案（カタラ草案）〕	119
〔フランス民法改正草案（テレ草案）〕	120
〔フランス民法改正草案（司法省草案2008年版）〕	120
〔フランス民法改正草案（司法省草案2009年版）〕	121

※ 本資料の比較法部分は、以下の翻訳による。

- フランス民法，フランス民法改正草案（カタラ草案，テレ草案，司法省草案2008年版，司法省草案2009年版）

石川博康 東京大学社会科学研究所准教授・法務省民事局参事官室調査員  
大澤 彩 法政大学法学部准教授・法務省民事局参事官室調査員

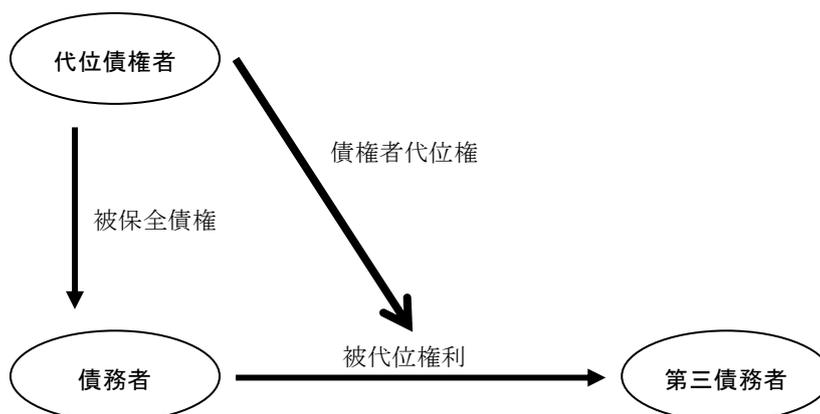
## 第1 債権者代位権

(前注) この「第1 債権者代位権」においては、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

「債務者」……… 代位債権者が有する被保全債権の債務者

「第三債務者」… 代位債権者が代位行使する権利（被代位権利）の相手方



### 1 債権者代位権制度の在り方

民法第423条の規定（債権者代位権）は、後記2以下で検討する所要の見直しをした上で、基本的に存置するものとしてはどうか。

また、転用型の債権者代位権に関する所要の規定（後記2(2)参照）を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第9, 1 『『本来型の債権者代位権』と『転用型の債権者代位権』の区別』[20頁(57頁)]

債権者代位権については、本来的には債務者の責任財産の保全のための制度であると理解するのが一般的であると言われている（本来型の債権者代位権）ものの、現実には、責任財産の保全とは無関係に、非金銭債権（特定債権）の内容を実現するための手段としても用いられている（転用型の債権者代位権）。

本来型の債権者代位権と転用型の債権者代位権とでは、想定される適用場面が異なることから、必要に応じて両者を区別した規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 1（関連論点）[2頁]】

○中間的な論点整理第9, 2(1)「本来型の債権者代位権制度の必要性」[21頁(57頁)]

判例は、代位債権者が、第三債務者に対して、被代位権利の目的物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おり、これによれば、代位債権者は、受領した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により、債務名義を取得することなく、債務者の有する債権を差し押さえる場合よりも簡便に、債権回収を図ることができる（こうした事態は「事実上の優先弁済」とも言われている。）。これに対しては、債務者の責任財産を保全するための制度として民事保全制度（仮差押制度）を有し、債権回収のための制度として民事執行制度（強制執行制度）を有する我が国の法制の下において、本来型の債権者代位権制度を存続させることの必要性に疑問を示す見解もあるが、本来型の債権者代位権には、民事執行・保全制度では代替することのできない機能があることから、これを存続させる方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 2(1) [2頁]】

(比較法)

- ・フランス民法第1166条
- ・フランス民法改正草案（カタラ草案）第1166条，第1167-1条第1項，第1167-2条，第1168条
- ・フランス民法改正草案（テレ草案）第133条，第135条
- ・フランス民法改正草案（司法省草案2008年版）第149条，第151条第1項
- ・フランス民法改正草案（司法省草案2009年版）第117条

(補足説明)

#### 1 本来型の債権者代位権と転用型の債権者代位権との区別

債権者代位権の制度趣旨については、様々な考え方があり得るが、本来的には、金銭債権を有する代位債権者が債務者の責任財産を保全して強制執行の準備をするための制度であると理解するのが一般的である（以下、このような目的で用いられる債権者代位権を「本来型の債権者代位権」という。）。

もっとも、現実には、債権者代位権は責任財産の保全とは無関係に非金銭債権の内容を実現するための手段としても用いられている（以下、このような目的で用いられる債権者代位権を「転用型の債権者代位権」という。）。判例においても、①不動産登記請求権を被保全債権とする不動産登記請求権の代位行使（大判明治43年7月6日民録16輯537頁参照）、②債権譲渡通知請求権を被保全債権とする債権譲渡通知請求権の代位行使（大判大正8年6月26日民録25輯1178頁参照）、③不動産賃借権を被保全債権とする所有権に基づく妨害排除請求権（返還請求権）の代位行使（大判昭和4年12月16日民集8巻944頁，最判昭和29年9月24日民集8巻9号1658頁参照）などが認められている。

このような転用を認めることに対しては、債権者代位権の制度趣旨を逸脱するものであり、無資力でない債務者の財産管理に対する不当な干渉になるとの批判や、それぞれの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の批判が

あり得るところであるが、上記判例の結論自体は広く支持されており、判例法理として定着していると考えられる。そこで、債権者代位権の規定を見直すに当たっては、本来型の債権者代位権制度の見直しの帰すうにかかわらず、転用型の債権者代位権制度について明文の規定を設けることが考えられる。

本文の第2パラグラフは、以上の理解に基づき、本来型の債権者代位権と転用型の債権者代位権とを区別した上で、転用型の債権者代位権に関する所要の規定を設けることを提案するものである。

## 2 本来型の債権者代位権制度の必要性

判例（大判昭和10年3月12日民集14巻482頁）は、本来型の債権者代位権を行使する代位債権者が、第三債務者に対し、被代位権利の目的物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おり、これによれば、代位債権者は、受領した金銭の債務者への返還債務と債務者に対する被保全債権とを相殺することによって、債務名義を取得することなく、債務者の第三債務者に対する債権を差し押さえる場合よりも簡便に、債権回収を図ることができる（以下、こうした事態を指して「事実上の優先弁済」ともいう。）。しかし、我が国には、債権回収のための制度として、民事執行制度が整備されている。また、仮にそのような事実上の優先弁済を否定し、本来型の債権者代位権制度を債務者の責任財産保全のための制度として純化するとしても、我が国には、債務者の責任財産保全のための制度として、民事保全制度が整備されている。

民事執行・民事保全制度と本来型の債権者代位権制度とが併存していることに対しては、法制度としての整合性に欠けているとの批判がある。すなわち、民事執行制度において、債権差押えには債務名義が必要であり、かつ、執行裁判所から債務者や第三債務者に対する差押命令の送達がされ、その他所定の要件が充たされることによって初めて、差押債権者は第三債務者から直接取立てをすることができることとなる（民事執行法第155条）。債権者の権利を実現するに当たって、債務者や第三債務者の正当な利益が害されないための手続保障が用意されているわけである。それにもかかわらず、現在の判例法理の下では、債権者代位権によるならば、これらの手続を経ることなく、代位債権者は、第三債務者に対して直接に権利行使をすることが許され、しかも事実上の優先弁済を得ることができるのであるから、民事手続法が用意するシステムとの間で不整合を生じていることは否定できない。そこで、本来型の債権者代位権制度については、これを存続させる具体的な必要性の有無などを検討する必要がある。また、存続させるとすれば、民事手続法との間の不整合を解消するための所要の見直しが必要となる。

本来型の債権者代位権が必要とされる場面としては、①債務者の有する形成権（取消権、解除権等）の代位行使、②債務者のすべき保存行為（消滅時効の中断、登記申請権の行使等）の代位行使、③債権者代位によって第三債務者に対して行使する金銭債権を民事保全手続における被保全権利として行う第三債務者の財産の仮差押え等が挙げられている。このうち、①に関して、最判平成11年9月9日民集53巻7号1173頁は、生命保険契約の解約返戻金を差し押さえた債権者は、これを

取り立てるために、債務者の有する解約権を行使することができるとしており、民事執行法上の取立権を行使するために債務者の有する形成権を行使することを一部認めている。また、②のうち、登記申請権等の代位行使は、民事執行・民事保全制度によって代替することはできないが、その重要性にかんがみて、その代位行使に関する特別な規定を設けるという選択肢もあり得る（後記2(1)の補足説明2(2)イ参照）。しかしながら、民事執行・民事保全その他の制度によって本来型の債権者代位権が機能し得る場面の全てを的確に代替することは困難であり、また、個別に特別な規定を設けることにも限界があると考えられる。

したがって、本来型の債権者代位権制度を一律に廃止することには問題があると言わざるを得ない。そこで、本文の第1パラグラフでは、以上の理解に基づき、本来型の債権者代位権制度に対して向けられている批判については、その要件・効果の見直しの中で改めて検討することとしつつ、民法第423条の規定を基本的に存続させることを提案している。

## 2 債権者代位権の基本的要件

### (1) 本来型の債権者代位権の無資力要件

#### ア 無資力要件の要否及びその内容

本来型の債権者代位権の要件として、債務者が無資力であること（債務者が、その債務につき、その財産をもって完済することができない状態であること）を要することを条文上明らかにするものとしてはどうか。

#### イ 強制執行の前提としての登記申請権の代位行使の場合の例外

債務者の名義でない債務者所有の不動産を差し押さえる前提として債務者の有する登記申請権を代位行使する場合には、債務者の無資力を要件としないという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○中間的な論点整理第9, 3(3)「保全の必要性（無資力要件）」[22頁(60頁)]

本来型の債権者代位権の行使要件に関して、判例・通説は、民法第423条第1項本文の「自己の債権を保全するため」（保全の必要性）とは、債務者の資力がその債務の全てを弁済するのに十分ではないこと（無資力）をいうと解しており、この無資力要件を条文上も具体的に明記すべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について、債務者の無資力を要求するのは厳格に過ぎ、保全の必要性という柔軟な要件を維持すべきであるなどの意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

また、これに関連して、債務者名義でない債務者所有の不動産を差し押さえるために登記申請権を代位行使する場合に債務者の無資力を要件としないなど特別の取扱いをすべきかどうかについて、近時の判例で一定の場合に代位登記を要せず執行手続内で処理する可能性が開かれたことを指摘する意見があることなども踏まえて、更に検討してはどうか。

《参考・現行条文》

(債権者代位権)

民法第423条 債権者は、自己の債権を保全するため、債務者に属する権利を行使することができる。ただし、債務者の一身に専属する権利は、この限りでない。

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

(法人の破産手続開始の原因)

破産法第16条 債務者が法人である場合に関する前条第一項の規定の適用については、同項中「支払不能」とあるのは、「支払不能又は債務超過（債務者が、その債務につき、その財産をもって完済することができない状態をいう。）」とする。

2 (略)

(仮差押命令の必要性)

民事保全法第20条 仮差押命令は、金銭の支払を目的とする債権について、強制執行をすることができなくなるおそれがあるとき、又は強制執行をするのに著しい困難を生ずるおそれがあるときに発することができる。

2 (略)

(権利に関する登記の登記事項)

不動産登記法第59条 権利に関する登記の登記事項は、次のとおりとする。

一～六 (略)

七 民法第四百二十三条その他の法令の規定により他人に代わって登記を申請した者（以下「代位者」という。）があるときは、当該代位者の氏名又は名称及び住所並びに代位原因

八 (略)

(添付情報)

不動産登記令第7条 登記の申請をする場合には、次に掲げる情報をその申請情報と併せて登記所に提供しなければならない。

一, 二 (略)

三 民法第四百二十三条その他の法令の規定により他人に代わって登記を申請するときは、代位原因を証する情報

四～六 (略)

2, 3 (略)

(補足説明)

1 本文ア（無資力要件の要否及びその内容）について

(1) 無資力要件の要否

ア 判例（最判昭和40年10月12日民集19巻7号1777頁）は、「債権者

は、債務者の資力が当該債権を弁済するについて十分でない場合にかぎり、自己の金銭債権を保全するため、民法423条1項本文の規定により当該債務者に属する権利を行使しうると解すべきことは、同条の法意に照らし、明らかである」として、本来型の債権者代位権の要件として債務者の無資力を要求している。

学説においても、被代位権利は債務者の権利であるからその管理は原則として債務者に委ねられるべきであり、代位債権者がそこに干渉することができるのは、債務者が無資力であるにもかかわらず被代位権利を行使しない場合に限られるとして、本来型の債権者代位権の要件として債務者の無資力を要求する見解が通説であるとされている。一般債権者にとっては、債務者の責任財産は自己の債権の満足を得るための最後のよりどころであるから、債務者が無資力となってその責任財産に不足を来すおそれがある場合には、債権の効力として、債務者の財産管理に干渉することが許されると説明されている。

これに対し、学説においては、本来型の債権者代位権における事実上の優先弁済の機能を否定するのであれば（後記3(2)の補足説明1参照）、その要件として債務者の無資力を要求するのは過剰であるとして、民事保全（仮差押え）と同様の保全の必要性（民事保全法第20条第1項）で足りるとする見解が主張されている。

しかし、この見解に対しては、無資力要件は、代位債権者が債務者の財産管理に干渉することを正当化するための要件であって、事実上の優先弁済の機能を正当化するための要件ではないから、本来型の債権者代位権における事実上の優先弁済の機能を否定することは、無資力要件を不要とする根拠とはならないとの批判があり得る。また、仮差押命令の発令に当たっては、債務者の被る可能性のある損害を担保するために、債権者に担保を立てさせるのが通例であるところ（民事保全法第14条第1項）、そのような担保を立てる必要のない債権者代位権の要件と民事保全（仮差押え）の要件とが同様というのでは、均衡を失すとの批判もあり得るところである。さらに、無資力要件を不要とする上記見解の中には、債務者に支払の停止があるか、又は債務者が支払不能である場合には、債務者が無資力（債務超過）でなくとも、債権者代位権の行使を認めるべきであるとの主張もあるが、債務者が無資力（債務超過）でないにもかかわらず、債務者に支払の停止があり、又は債務者が支払不能である場合というのは、民法上は単に債務不履行の状態が継続している場合にすぎないのであるから、倒産法制や民事執行・民事保全制度によらずに債務者の財産管理に干渉することが正当化されるような場面とは言えないとの批判があり得る。

また、以上とは異なる観点から、学説においては、消滅時効の中断等の保存行為（民法第423条第2項ただし書参照）は、債務者の財産の現状を維持してこれを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となるものではないから、その代位行使については無資力要件を不要とすべきであるとの見解が主張されている。しかし、この見解に対しては、債務者に十分な資

力があるのであれば、保存行為であっても債務者の財産管理に干渉することは正当化されないとの批判がされており、保存行為の代位行使であっても債務者の無資力を要求するのが通説であるとされている。

本文アの考え方は、以上の理解に基づき、本来型の債権者代位権の要件として、債務者の無資力（その内容については補足説明(2)参照）を要することを条文上も明らかにすることを提案するものである。

イ なお、債務者が無資力の場合であっても、その責任財産の増加に結び付かないような債務者の権利を代位行使することは許されないと解されている。そこで、無資力要件を明文化する場合であっても、被代位権利を代位行使することによって債務者の責任財産が保全され代位債権者の被保全債権が保全されるという関連性が必要であることを示すためには、無資力要件とは別に「自己の債権を保全するため」（民法第423条第1項本文）との要件を維持する必要があると考えられる。

また、一般に、債務者が既に自ら被代位権利を行使している場合には、その行使の方法又は結果の良否にかかわらず、当該被代位権利について債権者代位権を行使することはできないと解されているから（最判昭和28年12月14日民集7巻12号1386頁参照）、上記のとおり「自己の債権を保全するため」の要件を維持する場合には、この規律をも意識した文言とする必要があるとも考えられるが、どうか。

## (2) 無資力要件の内容

無資力要件の内容については、無資力と債務超過（破産法第16条第1項）という二つの概念の異同が議論されており、学説においては、債務超過は債務額の総計が資産額の総計を超過しているという計数上の概念をいうのに対し、無資力は債務者の信用をも考慮した概念であって単なる計数上の概念ではないから、両概念はその内容を異にするものであるとの見解も主張されている。

しかし、この見解に対しては、債務超過の有無を判断する基準としての債務者の資産の評価は、債務者の事業の清算を前提としたものではなく、債務者の事業の継続を前提としたものというべきであるから、債務超過は債務者の信用をも考慮した概念とみるべきであるとの批判がされている。

そこで、無資力と債務超過との間に概念としての相違はないとみて、無資力要件の内容を、破産法第16条第1項の「債務超過」と同様に、「債務者が、その債務につき、その財産をもって完済することができない状態」とであると捉える見解がある。本文アの考え方は、この見解に基づく提案である。

なお、判例には、無資力要件について、『債権者ヲ害スル』か否かは、債務者の単なる計数上の債務超過のみならずその信用等の存否をも考慮して判断すべきものである」として、暖簾を金銭的に評価して資産額の総計に含ませた上でこれと債務額の総計とを比較して無資力の判断をした原判決を適法としたものがある（最判昭和35年4月26日民集14巻6号1046頁）。

## 2 本文イ（強制執行の前提としての登記申請権の代位行使の場合の例外）について

## (1) 登記申請権の代位行使の概要

### ア 登記申請権と登記請求権

登記申請権とは、私人が国家機関である登記官に対して登記をすることを求める公法上の権利である（登記を行う者は登記官である。）。他方、登記請求権とは、私人である登記権利者が私人である登記義務者に対して登記官に対する登記申請の意思表示（登記申請権の行使）をすることを求める私法上の権利である。

例えば、売買契約の買主が自己を登記権利者とする所有権移転登記の申請をしようとする場合には、登記義務者である売主（旧所有者）と共同で登記申請をする必要があるから（不動産登記法第60条）、売主が登記申請に協力しないときは、売主に対する所有権移転登記請求権を訴訟物とする訴えを提起し、その勝訴判決の確定によって売主の登記申請の意思表示を擬制した上で（民事執行法第174条第1項本文）、その確定判決に基づいて所有権移転登記の申請（この場合には単独申請。不動産登記法第63条第1項）をすることとなる。

### イ 登記申請権の代位行使

債権者は、債権者代位権に基づいて債務者の有する登記申請権を代位行使することができる（不動産登記法第59条第7号参照）。例えば、債務者が不動産を単独相続したにもかかわらず、当該不動産の登記名義が被相続人のままとなっている場合には、債権者は、本来型の債権者代位権の行使として、その代位原因を証明する情報を添付した上で（不動産登記令第7条第1項第3号）、債務者の有する相続登記の申請権（単独申請。不動産登記法第63条第2項）を代位行使することができる。

実際にこうした本来型の債権者代位権に基づく登記申請権の代位行使がされるのは、代位債権者が、債務者名義でない債務者所有の不動産を差し押さえる前提として、これを債務者名義にするという場合が大半のようである。例えば、債務者が不動産を単独相続したにもかかわらず当該不動産の登記名義が被相続人のままとなっている場合には、債務者を当事者として当該不動産に対する強制執行の申立てをしても、そのままでは、強制執行手続における当事者と目的不動産の登記記録上の所有者とが異なるため、裁判所書記官が差押えの登記を囑託しても、差押登記の囑託書に記載された登記義務者と登記記録上の所有者（差押登記の登記義務者）とが異なるとして、差押えの登記が記入されないこととなる。そのため、この場合には、執行裁判所による強制執行の開始決定もされない。そこで、債権者としては、債務者の有する登記申請権を代位行使し、目的不動産を債務者名義にしておく必要がある。

その場合の具体的な手順は、次のとおりである。すなわち、まず、①債権者は、執行裁判所に対し、当該不動産の相続登記が未了の状態、当該不動産に対して債務者を当事者とする強制執行の申立てをする。そうすると、執行裁判所は、相続登記が未了の状態であっても、債務者を当事者とする強制執行の申立てを受理した上で、債権者の申請により申立受理の証明書を発行する（昭和

62年4月14日付け最高裁判所事務総局民事局第三課長通知参照)。次に、②債権者は、登記官に対し、執行裁判所から発行を受けた上記申立受理の証明書を代位原因証明情報として添付した上で、債務者に代位して相続登記の申請をする。そうすると、登記官は、当該申立受理の証明書を確認した上で、代位による相続登記の申請を受理し（昭和62年3月10日付け法務省民三第1024号民事局長回答参照）、当該不動産について相続登記をする。最後に、③債権者は、執行裁判所に対し、相続登記済みの当該不動産の登記事項証明書を提出する。そうすると、執行裁判所は、当該不動産に対する強制執行の開始決定をすることになる（前掲昭和62年4月14日付け最高裁判所事務総局民事局第三課長通知参照）。

登記官は、上記②の段階において、執行裁判所が発行した申立受理の証明書を確認することによって、債務者を当事者とする強制執行の申立てが受理された事実を確認する限度で、民法第423条の「自己の債権を保全するため」という要件についての審査をすることになる。一般に、登記官は登記申請が形式上の要件を具備しているか否かの形式的審査をする権限を有するにすぎないから（最判昭和35年4月21日民集14巻6号963頁参照）、このような実体的な要件の審査といっても上記の限度でするほかないと説明されている。

#### ウ 登記請求権の代位行使を前提とする登記申請権の代位行使

上記イで取り上げた債務者が相続登記をしていないという設例では、債権者は、債務者の登記申請権を代位行使することのみで目的を達成することができる。

これに対し、本来型の債権者代位権に基づいて、登記申請権のみならず登記請求権をも代位行使する必要がある場合もあり得る。例えば、債務者が不動産を購入したにもかかわらず、当該不動産の登記名義が売主（旧所有者）のままとなっている場合には、当該不動産に対して債務者（買主）を当事者とする強制執行の申立てをしようとする債権者は、債務者（買主）の第三債務者（売主）に対する所有権移転登記請求権を代位行使することになる。その上で、債権者は、その登記請求権の代位行使（第三債務者が任意に応じないときは債権者代位訴訟の提起及びその勝訴判決の確定）に続けて、債務者の有する登記申請権を代位行使することが必要となる。

他方、転用型の債権者代位権に基づいて、登記申請権及び登記請求権を代位行使する場合もあり得る。例えば、AからB、BからCへと順次不動産の売買契約が締結されたが、当該不動産の登記名義がAのままとなっている場合には、当該不動産について自己を登記権利者とする所有権移転登記手続をしようとするCは、CのBに対する所有権移転登記請求権を被保全債権としてBのAに対する所有権移転登記請求権を代位行使した上で、その登記請求権の代位行使（Aが任意に応じないときは債権者代位訴訟の提起及びその勝訴判決の確定）に続けて、CのBに対する所有権移転登記請求権を被保全債権としてBの有する登記申請権を代位行使する必要がある。もっとも、この転用型の債権者代位権に

基づく代位行使の場合については、そもそも債務者の無資力が要件とはならないと解されているから、次に述べる補足説明(2)(強制執行の前提としての登記申請権の代位行使の場合の例外)のような問題は生じない。

## (2) 強制執行の前提としての登記申請権の代位行使の場合の例外

ア 不動産に対する強制執行の手続は、強制競売及び強制管理のいずれについても、債務者の無資力を要件としない一方で、当該不動産に対する差押登記を不可欠の前提として制度が構築されている(民事執行法第48条、第111条)。そのため、①債務者が相続した不動産について、相続登記(所有権移転登記)がされずにその登記名義が被相続人のままとなっている場合や、②債務者が購入した不動産について、所有権移転登記がされずにその登記名義が売主のままとなっている場合には、強制執行手続における当事者(債務者)と当該不動産の登記記録上の所有者との間の不一致が是正されない限り、当該不動産に対する差押えの登記をすることができず、強制執行の手続に入ることができない。

そのため、債権者としては、本来型の債権者代位権に基づいて、上記①の場合には登記申請権を、上記②の場合には登記請求権及び登記申請権(前述の補足説明(1)ウ参照)をそれぞれ代位行使した上で、当該不動産に対して債務者を当事者とする強制執行をすることになる。ところが、この登記申請権(又は登記請求権)の代位行使の要件として債務者の無資力を要求すると、債務者所有の不動産であるにもかかわらず債務者が無資力でないために、強制執行をすることができないという事態が生じ得ることとなり、民事執行制度との間に齟齬があるようにも見える。

そこで、債務者名義でない債務者所有の不動産を差し押さえようとする債権者がその前提として債務者の有する登記申請権(又は登記請求権)を代位行使する場合には、その債権者代位権の要件として、債務者の無資力を要求すべきでないとする考え方があり得る。本文イは、このような考え方を取り上げるものである。

もっとも、仮にこのような考え方を採るとしても、その対象範囲については、登記申請権の代位行使のみで足りる上記①の場合(不動産相続の場合)のほか、登記請求権及び登記申請権の代位行使が必要となる上記②の場合(不動産売買の場合)にも同様の取扱いをしてよいかどうか、更に検討を要する。

イ 本文イの考え方は、上記のとおり、強制執行の前提としての必要性を重視して、登記申請権(又は登記請求権)の代位行使の場合に要件の例外を認めようとするものであるが、そのような考え方の当否についてはなお検討課題があるように思われる。

第1に、例えば、債権者が、債務者の有する債権を差し押さえたものの、当該債権が間もなく消滅時効にかかることから、その消滅時効を中断するために、本来型の債権者代位権に基づいて当該債権の代位行使をするといった場合との比較が問題となり得る。この場合については、この補足説明1(1)に記載のとおり、債務者に十分な資力があるのであれば、消滅時効の中断のような保存行為

であっても債務者の財産管理に干渉することは正当化されず、原則どおり債務者の無資力を要求すべきであるとする見解が通説とされている。このような例との比較において、強制執行の前提として登記申請権を代位行使する場合（差し当たり上記①の不動産相続の場合）には債務者に十分な資力があっても債務者の財産管理に干渉することが正当化されるのかどうか、正当化されるとすればその根拠は何かが問題となる。この点についての一つの考え方として、上記①の不動産相続の場合には、強制執行制度が機能する前提として代位登記がされる必要がある上に、登記法上も、登記名義が被相続人のままとされている状態は望ましいことではなく、この場合における債務者の登記申請をしない自由は尊重すべきものとは言えないという説明が考えられる。

第2に、債務者所有の不動産であるにもかかわらず債務者が無資力でないために強制執行をすることができないという事態は、前述したように、登記申請権の代位行使のみで足りる上記①の場合（不動産相続の場合）のほか、登記請求権及び登記申請権の代位行使が必要となる上記②の場合（不動産売買の場合）にも起こり得るため、これも同様に扱うべきかが問題となり得る。しかし、不動産売買における登記請求権の代位行使の場面では、不動産が二重譲渡されている可能性もあるため、単純に債務者所有の財産であると言い切つてよいかどうかという問題がある（この点で上記①の不動産相続の場合と状況が異なる。）。また、債務者の登記請求権を行使しない自由は、およそ尊重に値しないと言えるかどうかも疑問があり得る。したがって、上記②の場合の登記請求権の代位行使については、債務者の無資力要件を不要とするのは相当でないように思われる。また、この場合における登記請求権を行使しないという債務者の自由が尊重に値するのだとすれば、登記請求権を行使して勝訴判決を得た後に登記申請権を代位行使する場面についても、同様に債務者の自由が尊重されるべきであると考えられる。このように見てくると、本文イのような考え方を採るとしても、その対象範囲は、上記①の場合（不動産相続の場合）に限られるものとする方向で検討を進めるのが適当であるように思われるが、どのように考えるか（もっとも、このような規定をどの法律に置くべきであるかは、別途問題となり得る。）。

ウ 以上のほか、強制執行の前提としての登記申請権の代位行使に関する問題については、第5回及び第21回会議において、本来型の債権者代位権における無資力要件の例外の問題として議論するほか、専ら民事執行制度の問題として、債務者名義でない債務者所有の不動産に対する強制執行のためにどのような手続を整備すべきかという問題として議論することも考えられるという指摘があった。この点に関して、判例（最判平成22年6月29日民集64巻4号1235頁）は、債務者が権利能力のない社団であるという特殊な事例についてのものであるが、債務者名義でない債務者所有の不動産に対する強制執行の申立てを可能とする内容の判断を示している。もっとも、このような観点からの検討は、この部会が対象とする民法の見直しの範囲を超えるもののように思われ

る。

エ 本文イで取り上げた強制執行の前提としての登記申請権（又は登記請求権）の代位行使については、本来型の債権者代位権が機能している典型的な場面の一つであり、仮に本来型の債権者代位権制度を廃止するとすれば、それに代替する根拠規定を新たに設けることが必須となるので、その際には、本文イで取り上げた問題の検討を避けて通ることができない。しかし、本来型の債権者代位権制度を維持するのであれば、当面、本文イで取り上げた問題については引き続き解釈に委ねておくという選択肢も考えられる。

## (2) 転用型の債権者代位権の根拠規定の在り方

ア 転用型の債権者代位権の根拠規定の在り方については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 判例上確立された転用例に基づいて、例えば以下のような規定を設けるものとする。

- ① 不動産の譲受人がその譲渡人に対する所有権移転登記請求権を保全するため、当該譲渡人が有する所有権移転登記請求権を代位行使することができる旨の規定
- ② 債権の譲受人がその譲渡人に対する債権譲渡通知請求権を保全するため、当該譲渡人が有する債権譲渡通知請求権を代位行使することができる旨の規定
- ③ 不動産の賃借人がその賃借権を保全するため、賃貸人である所有者が有する所有権に基づく妨害排除請求権（返還請求権）を代位行使することができる旨の規定

【乙案】 甲案の個別規定に加えて、転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設けるものとする。

イ 仮に上記アにおいて乙案を採用する場合には、転用型の債権者代位権の一般的な要件について次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【乙-1案】 債務者の被代位権利が行使されることによって債務者が利益を享受し、その利益によって債権者の被保全債権が保全されることを要するものとする。

【乙-2案】 債務者の被代位権利が行使されないことによって債権者の被保全債権の実現が妨げられており、債権者代位権の行使のほかに適切な手段がないことを要するものとする。

○中間的な論点整理第9, 4(1)「根拠規定の在り方」[22頁(61頁)]

転用型の債権者代位権について、本来型の債権者代位権とは別に規定を設ける場合(前記1参照)には、その根拠規定の在り方について、確立した債権者代位権の転用例についてそれぞれの固有領域で個別に規定を設ける方法や、転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設ける方法などを対象として、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 4(1)[15頁]】

○中間的な論点整理第9, 4(2)「一般的な転用の要件」[22頁(61頁)]

仮に転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設ける場合(前記(1)参照)には、様々な転用事例に通ずる一般的な転用の要件が問題となるが、これについては、「債権者が民法四二三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、その利益によつて債権者の権利が保全されるという関係」が必要であるとした判例を参考にしつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 4(2)[19頁]】

(補足説明)

1 本文ア(根拠規定の在り方全般)について

前記1の「債権者代位権制度の在り方」で述べたとおり、民法第423条の規定を基本的に存置しつつ転用型の債権者代位権の根拠規定を設ける場合には、(a)確立した債権者代位権の転用例について個別に根拠規定を設ける方法と、(b)一般的な根拠規定を設ける方法とが考えられる。

本文アの甲案は、(a)の個別に根拠規定を設ける方法のみを採用することを提案するものである。甲案の①から③までは、いずれも判例上確立されたと言われる転用例であり、①は不動産登記請求権を被保全債権とする不動産登記請求権の代位行使(大判明治43年7月6日民録16輯537頁参照)、②は債権譲渡通知請求権を被保全債権とする債権譲渡通知請求権の代位行使(大判大正8年6月26日民録25輯1178頁参照)、③は不動産賃借権を被保全債権とする所有権に基づく妨害排除請求権(返還請求権)の代位行使(大判昭和4年12月16日民集8巻944頁、最判昭和29年9月24日民集8巻9号1658頁参照)である(判例の詳細については部会資料7-2[16頁以下]参照)。なお、上記③については、債権者代位権の構成による規定ではなく、賃借権に基づく直接の妨害排除請求権の規定を設けることによって対処する方法も考えられる(中間的な論点整理第45, 3(6)「賃借権に基づく妨害排除請求権」[137頁(335頁)]参照)。

ところで、本文アの甲案のような手法による場合には、いくつかの問題点について更に検討する必要がある。

まず、判例上確立されたと言われる転用例につき、具体的にどのような規範を抽出して条文化すべきであるかが問題となり得る。例えば、上記①及び②では、不動産の譲渡(上記①)や債権譲渡(上記②)に特化しないで、動産その他の財産権の転々譲渡にまで一般化して、前主に対して対抗要件具備を求める権利を代位行使す

る場合の一般ルールとして条文化するかどうかの問題となり得る。また、上記③では、判例の射程範囲は不動産賃借権が第三者に対抗することができる場合（民法第605条、借地借家法第10条・第31条参照）に限られるのかどうかという点も問題となり得る。

次に、それぞれの規定の置き場所が問題となる。考え方としては、上記①は贈与又は売買に、上記②は債権譲渡に、上記③は賃貸借にそれぞれ規定を置くことが考えられるほか、民法第423条が基本的に存置されることを前提に、同条に関連する規定群として配置することも考えられる。

さらに、転用型の債権者代位権として明文化されないものや将来的に生成され得るものとの関係で、不都合を生ずることがないかが問題となる。これまでに判例が示した転用例には、後述する補足説明2(3)の判例（最判昭和50年3月6日）のように、金銭債権を保全するために債権者代位権の転用を認めたとされるものもあるが、本文アの甲案では、この判例は特殊な事案に関するものであって一般ルール化するのに適しないという理解の下に、これを明文化することを提案していない。また、債権者代位権の転用例には、今後もまた新たなものが現れる可能性があり、そのような法解釈の発展を阻害すべきでないという指摘もある。これに対し、本文アの甲案は、飽くまで転用型の債権者代位権として判例上確立されたもののうち一般ルール化するのに適したと考え得るものとして、例えば上記①から③までの条文化を提案するものであって、個別に規定し尽くせない転用例については、民法第423条の規定が基本的に存置されることを前提に、従来どおりこの基本規定の解釈論の範囲内で認められるにとどまるという考え方である。

他方、本文アの乙案は、甲案について指摘され得る上記問題点の解決が困難であると見る立場（あるいは、将来的に新たな転用例が生ずることに積極的な評価を与える立場）から、上記(a)の個別に根拠規定を設ける方法と併せて、上記(b)の一般的な根拠規定を設ける方法をも採用することを提案するものである。

## 2 本文イ（乙案を採る場合の一般的な要件の内容）について

(1) 転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設ける場合には、様々な転用例に通ずる一般的な要件を考える必要がある。もっとも、債権者代位権の転用を広く認めることは、無資力でない債務者の財産管理に対する不当な干渉を増加させたり、それぞれの固有領域で規律すべき法律構成の潜脱を容認することとなったりするおそれがあるため、必ずしも適当であるとは言えないとの指摘がある。

そこで、債権者代位権の転用を必要な範囲に限定するための適切な要件を設けることが必要となる。

(2) これに関して、判例（最判昭和38年4月23日民集17巻3号356頁）は、「債権者が民法四二三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が存在することを要する」としている。この判例の事案は、建物賃借権を被保全債権として建物賃貸人の有する建物買取請求権が代位行使されたというものであった。すなわち、土地の賃貸人Aが賃借人Bの所有する借地上建物の譲

渡に伴う借地権の譲渡を承諾しないとき、当該借地権の譲受人Cは土地の賃貸人Aに対する当該借地上建物の買取請求権（借地借家法第14条）を取得するところ、当該借地上建物を譲受人Cから賃借している建物賃借人Dが、譲受人Cに対する建物賃借権を保全するために、譲受人Cの土地賃貸人Aに対する上記建物買取請求権を代位行使しようとした。最高裁は、このような事案において、その代位行使によって譲受人Cが受けるべき利益は建物の代金債権（金銭債権）にすぎず、その金銭債権によって建物賃借人Dの譲受人Cに対する賃借権が保全されるものでないことは明らかであるとして、当該代位行使を否定した。

本文イの乙-1案は、この判例に基づく提案である。

(3) しかし、上記判例との整合性が問題となりうる判決として、以下のような事案で債権者代位権の行使を認めた最判昭和50年3月6日民集29巻3号203頁がある。すなわち、売主Aが買主Bに対して土地を売却した後に死亡し、共同相続人であるCとDが売主Aを相続したが、共同相続人Cが買主Bを登記権利者とする所有権移転登記手続に協力せず、買主Bも同時履行の抗弁権を理由として売買代金の支払を拒絶していた。そこで、共同相続人Dが、買主Bの同時履行の抗弁権を消滅させて自己の買主Bに対する売買代金債権を行使するために、買主Bの共同相続人Cに対する所有権移転登記請求権を代位行使しようとした（この事案は、被保全債権は売買代金という金銭債権であるが責任財産の保全を目的とするものではないため転用型の債権者代位権の事案とされている。）。最高裁は債権者代位権の行使を肯定したが、この事案は、その代位行使によって買主Bが受けるべき利益は土地の所有権移転登記の実現にすぎず、前掲判例（最判昭和38年4月23日）の事案と同様に、それによって共同相続人Dの買主Bに対する売買代金債権が保全されるものではないと考えることも可能であるように思われる。

すなわち、前掲判例（昭和38年4月23日）の事案においては、譲受人Cの享受する建物買取代金の取得という利益によって建物賃借人Dの譲受人Cに対する賃借権が保全されることはないと言われているが、これと同様に、最判昭和50年3月6日の事案においても、買主Bの享受する所有権移転登記の具備という利益によって共同相続人Dの買主Bに対する売買代金債権が保全されるわけではないからである。

このように、前掲判例（昭和38年4月23日）が定立した「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」という要件は、現実の適用場面においては、必ずしも文字どおり運用されているわけではないのではないかとの見方もあり得るところである。

そこで、転用型の債権者代位権が認められる場合を別の観点から限定する一般的要件として、①債務者の被代位権利が行使されないことによって債権者の被保全債権の実現が妨げられていること（必要性）、②債権者代位権の行使のほか適切な手段がないこと（補充性）という比較的明瞭であり、かつ、限定機能をも果たし得る要件を設けるべきであるとの考え方があり得る。

本文イの乙-2案は、このような考え方に基づく提案である。

(4) なお、転用型の債権者代位権の一般的な要件については、「保全される権利と代位行使される権利との間に関連性があるとき」との要件を提唱する立法提案がある（参考資料2 [研究会試案]・166頁）。しかし、この提案に対しては、要件としての限定機能が低いため、債権者代位権の転用を広く認め過ぎるおそれがあるとの批判がされている。

また、「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」との要件を提唱する立法提案もある（参考資料1 [検討委員会試案]・159頁）。しかし、この提案に対しては、「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」の意味が必ずしも明瞭であるとは言えないとの批判があり得るところである。

### (3) 被保全債権及び被代位権利に関する要件

ア 被保全債権に関する要件については、①被保全債権の履行期が未到来の場合には、保存行為を除き、債権者代位権を行使することができない旨の規定（民法第423条第2項）を維持するほか、②被保全債権が強制執行により実現することの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旨の規定を新たに設けるものとしてはどうか。

イ 被代位権利に関する要件については、①債務者の一身に専属する権利については、その代位行使をすることができない旨の規定（民法第423条第1項ただし書）を維持するほか、②差押えが禁止された権利についても、その代位行使をすることができない旨の規定を新たに設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第9，5(1)「被保全債権，被代位権利に関する要件」[23頁(62頁)]

被保全債権に関する要件について、被保全債権の履行期が未到来の場合（民法第423条第2項）のほか、被保全債権が訴えをもって履行を請求することができず、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ものとする方向で、更に検討してはどうか。

また、被代位権利に関する要件について、債務者の一身に専属する権利（同条第1項ただし書）のほか、差押えが禁止された権利についても、その代位行使は許されないものとする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1，5(1)[21頁]】

《参考・現行条文》

(債権者代位権)

民法第423条 債権者は、自己の債権を保全するため、債務者に属する権利を行使することができる。ただし、債務者の一身に専属する権利は、この限りでない。  
2 債権者は、その債権の期限が到来しない間は、裁判上の代位によらなければ、前項の権利を行使することができない。ただし、保存行為は、この限りでない。

(補足説明)

1 本文ア(被保全債権に関する要件)について

現行民法は、被保全債権に関する要件について、被保全債権の履行期が未到来の場合には、保存行為を除き、債権者代位権を行使することができないことを規定するのみであり(民法第423条第2項)、その他の要件の有無やその内容については解釈がこれを補っている状況にある。

この点について、下級審裁判例には、債権者の債務者に対する債権が、訴えをもって履行を請求することができず、強制執行により実現することもできない場合には、そのような権利を被保全債権として債権者代位権を行使することは許されないとするものがある(東京高判平成20年4月30日金判1304号38頁)。一般に、債権の効力としては、①給付保持力(債務者のした給付を適法に保持する権能)、②請求力(債務を任意に履行するよう請求する権能)のほか、③訴求力(訴えによって債務を履行するよう請求する権能)、④執行力・強制力(強制執行手続により債務の内容を実現させる権能)があると解されているところ(部会資料32第1, 1[1頁以下], 同2[2頁以下]参照)、債権者代位権制度は、本来型であれ転用型であれ、債務者に対する被保全債権を強制的に実現するための制度であるから、④の執行力・強制力を有さない債権は、被保全債権としての適格性を欠くと考えられる。すなわち、債権者代位権の被保全債権としては、①給付保持力、②請求力のほかに、③訴求力を有するだけでは足りず、④執行力・強制力をも有することが必要であると考えられる。

ところで、前掲東京高判平成20年4月30日は、「Aについての免責許可決定が…確定したことにより、Aの控訴人に対する損害賠償債務はいわゆる自然債務となり、控訴人はAに対し損害賠償の支払を訴えをもって請求することができず、損害賠償の支払を強制執行により実現することもできなくなった」とした上で、「債権者代位権は、債権者が自己の債権を保全するために債務者の第三者に対する権利を行使するものであり、債権者の債務者に対する債権が存在していることを前提としてその債権を保全するために認められているものであるから、債権者の債務者に対する債権が、訴えをもって履行を請求することができず、強制執行により実現することもできない場合には、そのような債権を被保全権利として債権者代位権を行使することは許されない」と説示している。この説示内容は、要するに、③訴求力がなく、④執行力・強制力もない債権は被保全債権としての適格性を欠くというものであるから、同判決は、債権者代位権の被保全債権としては③訴求力があれば足りる(④執行力・強制力はなくてもよい)と考えている可能性がある。しかし、上記のとおり、債権者代位権制度は、債務者に対する被保全債権を強制的に実現するため

の制度（強制執行の準備のための制度）であるから、③訴求力があっても、④執行力・強制力がない債権は、債権者代位権の被保全債権としての適格性を欠くと考えられる。

本文アは、以上の理解に基づく提案である。

なお、被保全債権の履行期が未到来の場合における裁判上の代位の制度（民法第423条第2項）については、後記9の「裁判上の代位の存廃」で取り上げている。

## 2 本文イ（被代位権利に関する要件）について

現行民法は、被代位権利に関する要件について、債務者の一身に専属する権利の代位行使は許されないことを規定するのみであり（民法第423条第1項ただし書）、その他の要件の有無やその内容については解釈がこれを補っている状況にある。

この点について、学説においては、差押えが禁止された権利は、債務者の責任財産を構成するものではないし、その権利を行使することによって得られる財産を実際に債務者が取得することに意味があるものであるから、被代位権利の対象から除外すべきであるとの見解が支配的である。

本文イは、以上の理解に基づく提案である。これについては、第5回会議において、特に異論がなかったところである。

## 3 債権者代位権の基本的効果

### (1) 直接の引渡しの可否及びその効果

#### ア 直接の引渡しの可否

本来型の債権者代位権、転用型の債権者代位権を問わず、被代位権利が金銭その他の物の引渡しを求めるものである場合には、代位債権者は、第三債務者に対し、自己への直接の引渡しを求めることができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

#### イ 直接の引渡しの効果

上記アの代位債権者への直接の引渡しによって、第三債務者の債務者に対する債務が消滅することを条文上明らかにするものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第9, 3(1)「債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定又は制限する方法」[21頁（59頁）]

仮に本来型の債権者代位権における債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定又は制限する場合（前記2(2)参照）には、そのための具体的な方法（仕組み）が問題となる。これについては、代位債権者が第三債務者に対して金銭の直接給付を請求することを否定又は制限するという方法や、代位債権者への金銭の直接給付を肯定しつつ、その金銭の債務者への返還債務と被保全債権との相殺を禁止する方法などを対象として、更に検討してはどうか。

また、被代位権利が金銭以外の物の引渡しを求めるものである場合にも、代位債権者への直接給付の可否と、直接給付を認める場合の要件が問題となるが、これに

についても、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 3(1) [8頁], 同(関連論点) [9頁]】

○中間的な論点整理第9, 4(3)「代位債権者への直接給付の可否及びその要件」[23頁(61頁)]

転用型の債権者代位権においても、被代位権利が金銭その他の物の引渡しを求めるものである場合には、代位債権者への直接給付の可否と、直接給付を認める場合の要件とが問題となる(前記3(1)参照)が、これについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 4(2)(関連論点) [21頁]】

(補足説明)

#### 1 本文ア(直接の引渡しの可否)について

(1) 代位債権者が第三債務者に対して不動産の移転登記等を求める場合には、その代位権行使が本来型であるか転用型であるかを問わず、自己名義への移転登記等を求めることはできず、債務者名義への移転登記等を求めることができるにとどまるとされている。これに対し、代位債権者が第三債務者に対して被代位権利の目的物の引渡しを求める場合には、債務者への引渡しを求めることができることはもとより、これに加えて、自己への直接の引渡しを求めることができるかどうかについて、議論がされている。

この点については、次の三つの問題を分けて議論することが有益である。すなわち、①本来型の債権者代位権における金銭の直接の引渡しの可否、②本来型の債権者代位権における金銭以外の物の直接の引渡しの可否、③転用型の債権者代位権における金銭その他の物の直接の引渡しの可否、である。

#### (2) 本来型の債権者代位権における金銭の直接の引渡しの可否

判例(大判昭和10年3月12日民集14巻482頁)は、本来型の債権者代位権を行使する代位債権者は、第三債務者に対し、被代位権利の目的物である金銭を直接自己に引き渡すよう請求することができるとしている。これにより、代位債権者は、受領した金銭の債務者への返還債務と債務者に対する被保全債権とを相殺することによって、債務名義を取得することなく、債務者の第三債務者に対する債権を差し押さえる場合よりも簡便に、債権回収を図ることができると思われる(事実上の優先弁済)。

これに対しては、そのような事実上の優先弁済の機能を否定的に評価する立場から、そもそも代位債権者への金銭の直接の引渡しを認めるべきでないとの見解が主張されている。もっとも、この見解に対しては、債務者が被代位権利の目的物である金銭を受領しない場合にまで代位債権者が当該金銭を受領することができないとすると、債権者代位権の目的を達成することができないとの批判がされている。また、無資力の債務者に金銭が渡ると簡単に費消されかねないとの批判もされている(ただし、この批判に対しては、債務者が自己の金銭を費消することは、詐害行為取消権の対象となる場合を除いて、代位債権者が干渉すべき問題

ではないとの反論もあり得る。後記6(3)の補足説明1(1)参照)。

そこで、事実上の優先弁済の機能を否定的に評価する立場からは、代位債権者への金銭の直接の引渡しを否定しつつ、第三債務者に対して当該金銭の供託を義務付けるべきであるとの見解も主張されている。この見解によれば、第三債務者が供託(弁済供託の一種として位置付けられる。)をすると、代位債権者を含む債権者らは、債務者の取得する供託金還付請求権に対して強制執行をすることによって、最終的な債権回収を図ることになる(この強制執行を機能させるためには債務者自身による供託金還付請求権の行使を制限する必要があるが、これに対しては、債務者自身が自己の供託金還付請求権を行使することは、代位債権者が干渉すべき問題ではないとの批判があり得る。)。もっとも、この供託を義務付ける見解に対しては、訴訟外で債権者代位権が行使された場合に、法的知識の不十分な第三債務者に対して当該供託義務の存在をいかにして認識させるのかという問題が指摘されている。また、仮に正当な債権者代位権の行使の場合に限って供託義務を認めるとすると、正当な債権者代位権の行使であるかどうかの判断リスクを第三債務者に負担させることとなり妥当でないし、他方で、正当な債権者代位権の行使であるかどうかにかかわらず、単に代位債権者(と称する者)からの請求があったことのみをもって供託義務を認めるとすると、債務者と第三債務者の双方にとって不当な不利益となりかねないとの批判がされている。

他方、代位債権者が第三債務者に対して金銭の直接の引渡しを求めることができるのは、債務者による当該金銭の受領を期待することができない場合に限るべきであるとの見解も主張されている。もっとも、この見解に対しては、債務者による金銭の受領を期待することができない場合に該当するかどうかの判断は必ずしも容易でないことから、各当事者間の法律関係が不安定なものとなりかねないとの批判がされている。

そもそも、代位債権者への金銭の直接の引渡しを問題視する見解は、主として事実上の優先弁済の機能を否定的に評価する立場から主張されているところ、このような機能を否定するには、代位債権者が直接受領した金銭の債務者への返還債務と債務者に対する被保全債権との相殺を禁止しておけば、それで十分であるとも考えられる。そこで、このような観点から、代位債権者への金銭の直接の引渡しについてはこれを無条件に認めた上で、代位債権者がその金銭の債務者への返還債務と債務者に対する被保全債権との相殺をすることを禁止するとの考え方が主張されている(後記(2)の補足説明1参照)。

本文アのうち、本来型の債権者代位権における金銭の直接の引渡しに係る部分は、このような考え方に基づき、上記判例(大判昭和10年3月12日)と同様に、代位債権者への金銭の直接の引渡しを無条件に認めることを提案するものである。

### (3) 本来型の債権者代位権における金銭以外の物の直接の引渡しの可否

現行法の下では、本来型の債権者代位権の被代位権利が金銭以外の物の引渡しを求める権利である場合についても、代位債権者への直接の引渡しは無条件に認

められると解されている。

これに対しては、代位債権者への直接の引渡しは債務者による受領を期待することができない場合に限るべきであるとの批判もされているが、補足説明(2)でも述べたとおり、そうした限定を設けることに対しては、債務者による受領を期待することができない場合に該当するかどうかの判断が必ずしも容易でないことから、各当事者間の法律関係が不安定なものとなりかねないとの批判がされている。

また、金銭以外の物の直接の引渡しについては、代位債権者が直接受領した物の債務者への返還債務と債務者に対する被保全債権との相殺が問題とならないから（民法第505条第1項本文参照）、事実上の優先弁済の機能に対する考慮も不要である。

本文アのうち、本来型の債権者代位権における金銭以外の物の直接の引渡しに係る部分は、以上の理解に基づき、代位債権者への直接の引渡しを無条件に認めることを提案するものである。

#### (4) 転用型の債権者代位権における金銭その他の物の直接の引渡しの可否

判例（大判昭和7年6月21日民集11巻1198号，最判昭和29年9月24日民集8巻9号1658頁）は、不動産賃借権を被保全債権とする所有権に基づく妨害排除請求権（返還請求権）の代位行使の事案について、債権者代位権を行使する賃借人は、妨害者に対し、賃貸人への不動産の明渡しを求め得ることは当然として、直接自己への明渡しを求めることもできるとしている。

これに対し、学説においては、代位債権者への直接の引渡しが認められることを原則としつつも、それが不相当であるときはそのような直接の引渡しを認めないものとすべきであるとの見解も主張されている。しかし、この見解に対しては、「不相当」というだけでは、要件としての明確性を欠き、各当事者間の法律関係が不安定なものとなりかねないとの批判がされている。

そもそも、転用型の債権者代位権は、債務者の責任財産の保全とは無関係に非金銭債権の内容を実現するための手段として用いられるものであるから、本来型の債権者代位権の場合よりも直接の引渡しを制限的に考えるべき理由はなく、被代位権利の目的物を代位債権者に直接引き渡すことを幅広く認めてよいと考えられる。

本文アのうち、転用型の債権者代位権における金銭その他の物の直接の引渡しに係る部分は、以上の理解に基づき、代位債権者への直接の引渡しを無条件に認めることを提案するものである。

## 2 本文イ（直接の引渡しの効果）について

第三債務者が代位債権者に対して被代位権利の目的物を直接引き渡せば、これによって被代位権利に係る第三債務者の債務（義務）が消滅すると考えられる。

一般に、債権者代位訴訟において複数の代位債権者が競合し、その複数の代位債権者に対して金銭その他の物を引き渡すことを命ずる判決が確定した場合において、第三債務者がそのうちの一人の代位債権者に対して当該目的物を直接引き渡せば、他の代位債権者に対する引渡義務を免れると解されているが（後記5(1)の補足説明

1 (2)参照), このことは, ①第三債務者が代位債権者に対して被代位権利の目的物を直接引き渡せばこれによって被代位権利に係る第三債務者の債務が消滅することと, ②被代位権利について第三債務者が債務者に対して有する抗弁を代位債権者に対しても主張することができること(後記5(1)の補足説明1(1)参照)との組合せによって導かれる結論であると考えられる。

本文イの考え方は, 以上の理解に基づき, 上記①の理を条文上も明らかにすることを提案するものである。

## (2) 事実上の優先弁済の可否(相殺の可否)

本来型の債権者代位権について, 代位債権者への金銭の直接の引渡しを認めた上で(前記(1)ア参照), 代位債権者がその金銭の債務者への返還債務と債務者に対する被保全債権との相殺をすることについては, これを禁止する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第9, 2(2)「債権回収機能(事実上の優先弁済)の当否」[21頁(58頁)]

本来型の債権者代位権における債権回収機能(事実上の優先弁済)に関しては, 責任財産の保全という制度の目的を逸脱するものであるなどとして, これを許容すべきではないとする意見がある一方で, これを否定することに慎重な意見もあることから, これらを踏まえて, その見直しの要否について, 更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 2(2)[7頁]】

### (補足説明)

1 前記(1)の補足説明1(2)に記載のとおり, 判例(大判昭和10年3月12日民集14巻482頁)は, 本来型の債権者代位権を行使する代位債権者は, 第三債務者に対し, 被代位権利の目的物である金銭を直接自己に引き渡すよう請求することができるとしており, その結果, 代位債権者は, 受領した金銭の債務者への返還債務と債務者に対する被保全債権とを相殺することによって, 債務名義を取得することなく, 債務者の有する債権を差し押さえる場合よりも簡便に, 債権回収を図ることができることとされている(事実上の優先弁済)。

しかし, このような現状に対しては, 本来型の債権者代位権の制度趣旨は金銭債権を有する代位債権者が債務者の責任財産を保全して強制執行の準備をするという点にあるから, 上記のような事実上の優先弁済を認めることは本来型の債権者代位権の制度趣旨から逸脱し, 強制執行制度との間に不整合が生じているとの批判がされている。すなわち, 強制執行制度において, 債権差押えには債務名義が必要であり, かつ, 執行裁判所から債務者や第三債務者に対する差押命令の送達がされ, その他所定の要件が充たされることによって初めて, 差押債権者は第三債務者から取立て(満足)をすることができることとなる(民事執行法第155条)。債権者の権利を実現するに当たって, 債務者や第三債務者の正当な利益が害されないための手

続保障が用意されているわけである。それにもかかわらず、現状では、債権者代位権によるならば、被保全債権の存在が債務名義によって確認されていなくても、また、債務者や第三債務者の正当な利益を守るための手続が履践されなくても、代位債権者は、強制執行制度を利用した場合と同じ結果（第三債務者からの取立てによる満足）を得ることができてしまうのは、法制度として一貫せず、不整合が生じていることは否定できない。そうだとすれば、仮に本来型の債権者代位権制度を廃止することは適当でなく（前記1の補足説明2参照）、また、第三債務者から代位債権者への金銭の直接の引渡しを制限することも適当でないとするならば（前記(1)の補足説明1(2)参照）、代位債権者が金銭の直接の引渡しを受けた後の相殺による満足を制限することによって、強制執行制度との不整合を解消する必要があると考えられる。

本文は、以上のような理解に基づき、代位債権者が直接受領した金銭の債務者への返還債務と債務者に対する被保全債権との相殺をすることを禁止することを提案するものである。

この考え方を採用する場合には、代位債権者が、第三債務者から直接受領した金銭から弁済を受けるためには、債務者への返還債務（自己に対して債務者が有する返還債権）に対して強制執行（債権執行）をするか、そもそも本来型の債権者代位権を利用せずに被代位権利（金銭債権）に対して強制執行をすることとなる。

2 この論点について、パブリックコメントの手続に寄せられた留意点の指摘などを見ても（部会資料33-2〔416頁〕参照）、事実上の優先弁済には法制度上の不整合があることを指摘する意見は実務界にも少なくなく、また、実際上も債権回収のためには民事執行・民事保全制度を利用するのが一般的であるという現状認識は広く共有されているように思われる。

他方、事実上の優先弁済を積極的に擁護する方向の指摘としては、①被代位債権が少額であって第三債務者の任意の協力も得られる場面や、②第三債務者の財産の保全のために、債権者代位の被代位権利を民事保全手続における被保全権利として行使する場面、債権者代位権は有用であるとするものがある。極めて限定的な場面とはいえ有用性を否定することはできないという指摘であるが、これらを説得的な指摘と見るかどうかは、意見が分かれ得るように思われる。

また、事実上の優先弁済を擁護する方向の指摘として、現在の解釈運用で実際上の弊害は生じていないことを挙げるものがある。実害を指摘する声が聞こえてこないのは、本来型の債権者代位権が実際にはあまり活用されていないことと関連している可能性があるが、この点は、引き続き実情を確かめる必要があると考えられる。もっとも、民事手続法が用意する手続保障を迂回しての権利行使が認められている現状は、常に濫用の危険をはらんでおり、特に第三債務者の利益が不当に害されるおそれがあることは強調されてよいように思われる。

さらに、事実上の優先弁済を擁護する方向の指摘として、自ら権利保全の努力をする者のインセンティブを奪うべきでないという指摘も少なくない。しかしながら、逸出財産の取戻しを目的とする詐害行為取消権においては、取消債権者に一定のイ

ンセンティブを与える必要があるという指摘は、比較的容易に理解することができるのに対して、債権者代位権における代位債権者に関して、インセンティブを与えてまで権利行使を奨励すべき場面は、余り想定できないように思われる。

- 3 ところで、本文の考え方に対しては、本来型の債権者代位権の制度趣旨が債務者の責任財産の保全にあることはそのとおりであるとしても、そこにいう責任財産の保全とは、総債権者の有する一般債権の引当てとなるべき財産を保全することを意味するのではなく、代位債権者自身の有する被保全債権の引当てとなるべき財産を保全することを意味するのであって、責任財産の保全の意味を後者のように理解する限り、本来型の債権者代位権の制度趣旨である債務者の責任財産の保全と、事実上の優先弁済を認めることとは、必ずしも矛盾しないとの指摘がされている。事実上の優先弁済は、理論的にも不当でないという立場からの指摘である。

しかし、本来型の債権者代位権の制度趣旨である債務者の責任財産の保全とは、代位債権者自身の有する被保全債権の引当てとなるべき財産を保全することによって、結果的に、総債権者の有する一般債権の引当てとなるべき財産をも保全することになることを意味するのであって、両者はそもそも二者択一の関係に立つものではないと考えられる。これは、民事保全（仮差押え）や民事執行（差押え）の申立て、詐害行為取消権の行使、さらには破産手続開始の債権者申立てについても言えることであって、一債権者にすぎない代位債権者、詐害行為取消権者又は上記各手続の申立人は、専ら自己の債権の保全又は満足のためにこれらの制度を利用するのであるが、各制度における債権者平等の要請の程度に応じて整備された総債権者のための手続が履践されることによって、結果的に、総債権者の有する一般債権の保全又は満足にも貢献することになるものと考えられる。

そもそも、本来型の債権者代位権について事実上の優先弁済が否定的に捉えられているのは、本来型の債権者代位権が、民事保全制度（仮差押え）と同様に強制執行の対象となるべき債務者の責任財産を保全して強制執行の準備をするための制度であるということと、事実上の優先弁済（債権の回収）とが矛盾するためである。事実上の優先弁済を否定する見解は、一般債権者が債務者の責任財産の保全を超えて自己の債権の満足を得るためには、責任財産の保全を目的とする債権者代位権制度や民事保全制度（仮差押え）ではなく、債務名義を取得した上で債権の満足を目的とする民事執行制度（強制執行）を利用する必要があると考えているのである。

したがって、上記指摘のような、責任財産の保全の意味を代位債権者自身の有する被保全債権の引当てとなるべき財産の保全と理解すれば事実上の優先弁済が認められ、逆に、総債権者の有する一般債権の引当てとなるべき財産の保全と理解すれば事実上の優先弁済が否定されるという関係は、そもそも存在しないと考えられる。

### (3) 被代位権利の行使範囲

本来型の債権者代位権に基づいて金銭債権を代位行使する場合において、その被代位権利を行使し得る範囲は、被保全債権の額の範囲に限られる旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○中間的な論点整理第9，3(2)「被代位権利を行使できる範囲」[22頁(59頁)]

判例は、代位債権者が本来型の債権者代位権に基づいて金銭債権を代位行使する場合において、被代位権利を行使し得るのは、被保全債権の債権額の範囲に限られるとしているが、仮に本来型の債権者代位権における債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定又は制限する場合（前記2(2)参照）には、この判例と異なり、被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに被代位権利の行使ができるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1，3(2)[10頁]】

(補足説明)

- 1 判例（最判昭和44年6月24日民集23巻7号1079頁）は、債権者代位権に基づく被代位権利の行使範囲について、被保全債権と被代位権利とが共に金銭債権である場合には、被保全債権の額の範囲に限られるとしている。

この判例に対しては、債務者の責任財産の保全という本来型の債権者代位権の制度趣旨ではなく、事実上の優先弁済という本来型の債権者代位権の現実的機能を考慮した判断がされたものであるとの指摘がされており、学説においては、債務者の責任財産の保全という本来型の債権者代位権の制度趣旨からすれば、債権者代位権に基づく被代位権利の行使範囲を被保全債権の額の範囲に限定する必要はないとの見解が主張されている。

そこで、本来型の債権者代位権における事実上の優先弁済の機能を肯定する立場を採る場合には、上記判例に従って、被保全債権の額の範囲内において被代位権利を行使することができる旨の規定を設けることが考えられ、他方、本来型の債権者代位権における事実上の優先弁済の機能を否定する立場（前記(2)の補足説明1参照）を採る場合には、上記判例の結論とは逆に、債権者代位権に基づく被代位権利の行使範囲を被保全債権の額の範囲に限定せず、代位債権者は被代位権利の債権額全額を代位行使することができる旨の規定を設けることが考えられる。

しかし、後者の考え方を推し進めて、自己の債権額の範囲を超えて代位行使をすることを広く認めるとすると、債務者が第三債務者に対して複数の債権を有する場合には、代位債権者は、被保全債権の額にかかわらず、債務者の第三債務者に対する複数の債権全てについて、それぞれの債権額全額の代位行使をすることができることになりかねない。また、第三債務者が複数存在する場合にも、代位債権者は、被保全債権の額にかかわらず、債務者の複数の第三債務者に対する債権全てについて、それぞれの債権額全額の代位行使をすることができることになりかねない。なお、民事保全（仮差押え）の実務においては、申立ての際に、債権仮差押えの範囲を被保全債権の額の範囲に限定するよう求められるのが通例であり、また、複数の被差押債権を対象とする場合には、被保全債権の債権額を適宜割り付けるのが通例である。

そもそも、本来型の債権者代位権の制度趣旨である債務者の責任財産の保全とは、

代位債権者自身の有する被保全債権の引当てとなるべき財産を保全することによって、結果的に、総債権者の有する一般債権の引当てとなるべき財産をも保全することになることを意味するのであって（前記(2)の補足説明3参照）、本来型の債権者代位権は、飽くまで第一次的には自己の有する被保全債権の引当てとなるべき財産の保全を目的とする制度であると考えられるから、被代位権利の行使範囲を自己の有する被保全債権の額の範囲に限定することは、本来型の債権者代位権の制度趣旨である債務者の責任財産の保全ということと必ずしも矛盾しないと考えられる。

本文の考え方は、以上の理解に基づき、本来型の債権者代位権における事実上の優先弁済の機能を肯定する立場を採る場合はもとより、これを否定する立場を採る場合であっても、本来型の債権者代位権に基づく被代位権利の行使範囲を被保全債権の額の範囲に限定することを提案するものである。

2 もっとも、事実上の優先弁済の機能を否定する立場を採る場合に関する上記の考え方に対しては、次のような異論があり得る。

まず、事実上の優先弁済の機能を否定して、他の一般債権者との競合が生ずる可能性を拡げつつ、その一方で厳密に被保全債権の額の範囲でのみ代位行使を認めるとするのは、代位債権者の利益を不当に害するのではないかという批判があり得る。このような観点からは、被代位権利の行使範囲を無限定に拡げるのは適当でないとしても、例えば、1個の被代位権利の債権額が被保全債権の額を上回っている場合であっても当該被代位権利の全部を行使することができるものとする（民事執行法第146条第1項、民事保全法第50条第5項参照）といった別案も考えられる。

また、本文のような規定をわざわざ積極的に設けなくても、引き続き「自己の債権を保全するため」という要件（この要件を維持すべきことについて前記2(1)の補足説明1(1)イ参照）の解釈に委ねておくという考え方もあり得る。

#### 4 代位債権者と債務者との関係

##### (1) 代位債権者の善管注意義務

代位債権者は、債権者代位権の行使に当たって、債務者に対して善良な管理者の注意義務を負う旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第9, 5(4)「善良な管理者の注意義務」[24頁(63頁)]

代位債権者は債権者代位権の行使に当たって債務者に対し善良な管理者の注意義務を負うものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 5(3)[24頁]】

： 《参考・現行条文》

： (委任)

： 民法第643条 委任は、当事者の一方が法律行為をすることを相手方に委託し、  
： 相手方がこれを承諾することによって、その効力を生ずる。

(受任者の注意義務)

民法第644条 受任者は、委任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務を負う。

(事務管理)

民法第697条 義務なく他人のために事務の管理を始めた者（以下この章において「管理者」という。）は、その事務の性質に従い、最も本人の利益に適合する方法によって、その事務の管理（以下「事務管理」という。）をしなければならない。

2 管理者は、本人の意思を知っているとき、又はこれを推知することができるときは、その意思に従って事務管理をしなければならない。

(緊急事務管理)

民法第698条 管理者は、本人の身体、名誉又は財産に対する急迫の危害を免れさせるために事務管理をしたときは、悪意又は重大な過失があるのでなければ、これによって生じた損害を賠償する責任を負わな。

(委任の規定の準用)

民法第701条 第六百四十五条から第六百四十七条までの規定は、事務管理について準用する。

(補足説明)

現行民法は、債権者代位権が行使された場合における代位債権者の地位等に関する規定を置いていないが、学説においては、債務者と代位債権者とは、債務者を委任者、代位債権者を受任者とする一種の法定委任関係に立つと説明する見解が多数であるとされている。この見解によれば、代位債権者は、債権者代位権の行使に当たって、委任契約における受任者と同様に、善良な管理者の注意義務（民法第644条参照）を負うことになる。

また、学説においては、債務者と代位債権者とは、債務者を他人、代位債権者を管理者とする事務管理の関係に立つと説明する見解も主張されている。事務管理については、民法第701条が同法第644条（受任者の善管注意義務）を準用していないが、同法第697条の規定ぶりや同法第698条の反対解釈を根拠として、管理者も善良な管理者の注意義務を負うとする見解が有力である。したがって、債務者と代位債権者との関係を事務管理として捉える上記見解によっても、代位債権者は、債権者代位権の行使に当たって、事務管理における管理者と同様に、善良な管理者の注意義務を負うことになる。

なお、判例（大判昭和15年3月15日民集19巻586頁）は、債務者と代位債権者との関係に関する法律構成は明らかにしないものの、「素ヨリ債権者ハ代位権行使ニ付テハ訴訟ニ依ル場合ト雖善良ナル管理者ノ注意ヲ払フヲ当然トスル」としている。

本文の考え方は、以上の理解に基づき、代位債権者が債権者代位権の行使に当たって善管注意義務を負うことを条文上も明らかにすることを提案するものである。もっとも、債務者と代位債権者との間の関係に関する法律構成については、引き続

き解釈に委ねることとなる。

## (2) 代位債権者の費用償還請求権

### ア 費用償還請求の可否

代位債権者は、債権者代位権の行使のために必要な費用を支出した場合には、債務者に対し、その費用の償還を請求することができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

### イ 先取特権の付与の要否

上記アの費用償還請求権については、本来型の債権者代位権の行使によるものである場合には、共益費用に関する一般の先取特権が付与される旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第9，5(5)「費用償還請求権」[24頁(64頁)]

代位債権者は、債権者代位権の行使のために必要な費用を支出した場合には、債務者に対してその費用の償還を請求できるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、仮にこの費用償還請求権を条文上も明らかにする場合には、これについて共益費用に関する一般の先取特権が付与されることを条文上も明らかにするかどうかについても、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1，5(4)[25頁]】

《参考・現行条文》

(一般の先取特権)

民法第306条 次に掲げる原因によって生じた債権を有する者は、債務者の総財産について先取特権を有する。

一 共益の費用

二～四 (略)

(共益費用の先取特権)

民法第307条 共益の費用の先取特権は、各債権者の共同の利益のためにされた債務者の財産の保存、清算又は配当に関する費用について存在する。

2 (略)

(受任者による費用等の償還請求権)

民法第650条 受任者は、委任事務を処理するのに必要と認められる費用を支出したときは、委任者に対し、その費用及び支出の日以後におけるその利息の償還を請求することができる。

2，3 (略)

(管理者による費用の償還請求等)

民法第702条 管理者は、本人のために有益な費用を支出したときは、本人に対

- し、その償還を請求することができる。
- 2 (略)
- 3 管理者が本人の意思に反して事務管理をしたときは、本人が現に利益を受けている限度においてのみ、前二項の規定を適用する。

(補足説明)

#### 1 本文ア（費用償還請求の可否）について

債務者と代位債権者との関係を一種の法定委任関係と捉える見解（前記(1)の補足説明参照）によれば、代位債権者が債権者代位権の行使のために必要な費用（委任事務を処理するのに必要と認められる費用）を支出した場合には、委任契約における受任者と同様に、債務者に対し、その費用の償還を請求することができると考えられる（民法第650条第1項参照）。

また、債務者と代位債権者との関係を事務管理と捉える見解（前記(1)の補足説明参照）によっても、代位債権者が債権者代位権の行使のために必要な費用（債務者のために有益な費用）を支出した場合には、事務管理における管理者と同様に、債務者に対し、その費用の償還を請求することができると考えられる（民法第702条参照）。なお、民法第702条第1項の「有益な費用」とは、費用支出の当時において客観的に有益又は必要であった費用をいうものと解されており、同法第650条第1項の「必要と認められる費用」とおおむね同義であると考えられる。

本文アの考え方は、以上の理解に基づき、代位債権者の債務者に対する費用償還請求権についてこれを条文上も明らかにすることを提案するものである。

#### 2 本文イ（先取特権の付与の要否）について

代位債権者が本来型の債権者代位権の行使のために必要な費用を支出する行為は、本来型の債権者代位権における事実上の優先弁済の機能を否定する立場（前記3(2)の補足説明1参照）を採る場合には特に、債務者の責任財産の増加という総債権者の利益に資する行為であって、公益性を有するものと言える（なお、前記3(2)の補足説明3参照）。そこで、本文アの費用償還請求権については、本来型の債権者代位権の行使によるものである場合には、共益費用に関する一般の先取特権の規定（民法第306条第1号、第307条第1項）が適用され、債務者の財産から優先的に回収することができるものと考えられる。

本文イの考え方は、以上の理解に基づき、本文アの費用償還請求権については、本来型の債権者代位権の行使によるものである場合には、一般の先取特権が付与される旨の確認的な規定を設けることを提案するものである。

### 5 代位債権者と第三債務者との関係

#### (1) 第三債務者による抗弁の対抗

##### ア 債務者に対して有する抗弁

第三債務者は、代位債権者に対し、債務者に対して有する抗弁を主張す

ることができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

イ 代位債権者自身に対して有する抗弁

転用型の債権者代位権において、代位債権者が第三債務者に対して被代位権利の目的物を自己へ直接引き渡すことを求める場合には、第三債務者は、代位債権者に対し、代位債権者自身に対して有する固有の抗弁を主張することができる旨の規定を設けるとい考え方があり得るが、どのように考えるか。

○中間的な論点整理第9，6(1)「抗弁の対抗」[24頁(64頁)]

判例・通説は、第三債務者が債務者に対して有している抗弁を代位債権者に対しても主張することができるとしている。そこで、これを条文上も明らかにする方向で、更に検討してはどうか。

また、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を主張することの可否については、これを条文上も明らかにするかどうかも含めて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1，6(1)[26頁]，同(関連論点)[27頁]】

○中間的な論点整理第9，6(3)「複数の代位債権者による請求の競合」[24頁(64頁)]

複数の代位債権者に対して金銭その他の物を交付することを命ずる判決が確定した場合には、第三債務者はそのうちの一人に対して履行をすれば債務を免れるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1，6(3)[28頁]】

(補足説明)

1 本文ア(債務者に対して有する抗弁)について

(1) 抗弁の対抗

判例(大判明治43年7月6日民録16輯546頁，大判昭和11年3月23日民集15巻551頁)は、第三債務者は、債務者に対して有する抗弁を、代位債権者に対しても主張することができるとしている。これは、債権者代位権に基づいて行使される被代位権利が、債務者の第三債務者に対する権利であることから当然の帰結であるが、より実質的な理由としては、債権者代位権が行使された場合に、債務者自身が被代位権利を行使する場合に比べて、第三債務者が不利な地位に置かれるのは相当でないという点が指摘されている。

本文アの考え方は、以上の理解に基づく提案である。これについては、第5回会議においても、特に異論のなかったところである。

(2) 複数の代位債権者による請求の競合

下級審裁判例には、債権者代位訴訟において複数の代位債権者が競合した場合には、それぞれの代位債権者の請求を共に認容すべきであるとした上で、第三債

務者がいずれかの代位債権者に弁済をすればその額に見合った債務が消滅すると判示するものがある（東京高判昭和52年4月18日下民集28巻1=2=3=4号389頁）。この裁判例に従って、一般に、債権者代位訴訟において複数の代位債権者が競合し、その複数の代位債権者に対していずれも金銭その他の物を引き渡すことを命ずる判決が確定した場合において、第三債務者がそのうちの一人の代位債権者に対して当該目的物を直接引き渡せば、他の代位債権者に対する引渡義務をも免れると解されている。

もつとも、この結論は、①第三債務者が代位債権者に対して被代位権利の目的物を直接引き渡せばこれによって被代位権利に係る第三債務者の債務が消滅すること（前記3(1)の補足説明2参照）と、②第三債務者が債務者に対して有する抗弁を代位債権者に対しても主張することができること（本文ア参照）との組合せによって当然に導かれる結論の一例にすぎないので、この結論自体を取り出して条文化する必要はないと考えられる。

## 2 本文イ（代位債権者自身に対して有する固有の抗弁）について

第三債務者が代位債権者に対して主張することのできる抗弁について、学説の多くは、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を主張することはできないとしている。これは、債権者代位権に基づいて行使される被代位権利が債務者の第三債務者に対する権利であることを理由とするものである。

判例（最判昭和54年3月16日民集33巻2号270頁）も、本来型の債権者代位権の行使の事案であるが、この点に関連して、第三債務者が債務者に対して有する抗弁を代位債権者に対して主張した場合において、代位債権者が第三債務者に対して主張することのできる再抗弁は、債務者が第三債務者に対して有する事由に限られ、代位債権者が第三債務者に対して有する固有の事由を主張することはできないとしている。

しかし、代位債権者が転用型の債権者代位権に基づいて被代位権利の目的物を自己へ直接引き渡すことを求める場合には、実質的には代位債権者の第三債務者に対する直接請求という性格を有することになる。そこで、この場合には、第三債務者は、転用型の債権者代位権を行使する代位債権者に対し、債務者に対して有する抗弁のほか、代位債権者自身に対して有する固有の抗弁をも主張することができるという見解が主張されている。

本文イは、この見解を取り上げるものであるが、どのように考えるか。

### (2) 第三債務者による供託（供託原因の拡張）

債権者代位権が行使されたことを原因として第三債務者が債務者のために供託をすることができるような新たな供託原因の規定は、設けないものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第9, 6(2)「供託原因の拡張」[24頁(64頁)]

被代位権利の目的物を引き渡す義務を負う第三債務者の負担を軽減する観点から、訴訟外で債権者代位権が行使された場合などの一定の場合にも供託が可能となるように、その供託原因を拡張するかどうかについて、代位債権者や債務者の利益にも配慮しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 6(2) [27頁]】

《参考・現行条文》

(供託)

民法第494条 債権者が弁済の受領を拒み、又はこれを受領することができないときは、弁済をすることができる者（以下この目において「弁済者」という。）は、債権者のために弁済の目的物を供託してその債務を免れることができる。弁済者が過失なく債権者を確知することができないときも、同様とする。

(第三債務者の供託)

民事執行法第156条 第三債務者は、差押えに係る金銭債権（差押命令により差し押さえられた金銭債権に限る。次項において同じ。）の全額に相当する金銭を債務の履行地の供託所に供託することができる。

2, 3 (略)

(債権及びその他の財産権に対する仮差押えの執行)

民事保全法第50条 (略)

2～4 (略)

5 民事執行法第百四十五条第二項から第五項まで、第百四十六条から第一百五十三条まで、第百五十六条、第百六十四条第五項及び第六項並びに第百六十七条の規定は、第一項の債権及びその他の財産権に対する仮差押えの執行について準用する。

(補足説明)

1 第三債務者と代位債権者との間にはもともと何らの法律関係もないから、第三債務者は、代位債権者の債務者に対する被保全債権の存否等の判断をするための情報を全く持っていないのが通例である。そのため、現行の債権者代位権制度に対しては、被保全債権の存否等の要件が充足されているか否かの判断を第三債務者に強いることとなる場合があるなどの点で、第三債務者の地位に対する配慮が欠落しているとの指摘がされている。

そこで、第三債務者の負担を軽減する観点から、被代位権利の目的物を引き渡す義務を負う第三債務者に対し、一定の場合にその供託をすることを認めるべきであるとの見解が主張されている。例えば、訴訟外で債権者代位権が行使された場合については、第三債務者にその要件の充足を判断するための資料が乏しいことが多いと考えられることから、債務者との関係で一般的な弁済供託の原因（民法第494条）がないときであっても供託（これも弁済供託の一種として位置付けられる。）を

認めるべきであるとする見解などである。

しかし、この見解に対しては、仮に正当な債権者代位権の行使の場合に限って供託を認めるとすれば、第三債務者に正当な債権者代位権の行使であるか否かの判断を強いることになるため、現実には第三債務者の負担を軽減する方策として機能しにくいものとなるし、他方で、正当な債権者代位権の行使であるか否かにかかわらず、単に代位債権者（と称する者）からの請求があったことのみをもって供託を認めるとすれば、債務者にとって不当な不利益となるおそれがあるとの批判がされている。また、債権者代位権が行使された場合であっても第三債務者の債務者に対する弁済が禁止されないのであれば（後記6(3)の補足説明2参照）、第三債務者としては、債権者代位権の要件の充足を判断することが困難であるときは、債務者に対して弁済をすることによってその負担から解放されるのであるから、上記見解の主張するような供託を認める必要性は乏しいとの指摘もされている。

また、以上とは異なる観点から、学説においては、第三債務者による引渡しについて債務者による受領を期待することができない場合には、その供託を認めるべきであるとの見解も主張されている。しかし、これに対しては、現行の民法第494条の規定内容を確認するものにすぎず、そのような供託原因を設ける意義は乏しいとの批判がされている。

本文の考え方は、以上の理解に基づき、債権者代位権が行使されたことに伴う供託原因の拡張を認めないことを提案するものである。

- 2 以上とは別の議論として、例えば、債務者が行方不明であることなどにより、第三債務者が債務者のために弁済供託をすることができる場合（民法第494条参照）において、債権者代位権が行使されたときは、第三債務者はなおも弁済供託をすることが許されるかという疑問があり得る。この場合の第三債務者は、仮に代位債権者の権利行使が正当なものであるとすれば、代位債権者に支払うことによって自己の債務を免れることができるから（前記3(1)の補足説明2参照）、その反面において、理論上は弁済供託が認められなくなる可能性があるのではないかという問題意識に基づくものである。

この点については、債権者代位権が行使された場合であっても第三債務者の債務者に対する弁済が禁止されないのであれば（後記6(3)の補足説明2参照）、債務者との関係で供託原因があると評価でき、弁済供託が制約される理由はないとも考えられるが、どうか。

仮にこの考え方に理由があるとするならば、債権者代位権の行使は、第三債務者が債務者のために供託することの妨げとはならないという趣旨の規定を設けることも考えられるが、どのように考えるか。

## 6 代位権行使の場合の通知、代位訴訟提起の場合の訴訟告知

### (1) 代位権行使の場合の通知の要否

債権者代位権を行使する債権者は、債務者に対し、その旨の通知をしなければならない旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考え

るか。

仮に上記の規定を設ける場合には、債務者が所在不明であるなど債務者への通知をすることが著しく困難であるときは、通知を要しない旨の規定を併せて設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第9, 5(2)「債務者への通知の要否」[23頁(62頁)]

債務者に被保全債権の存否等について争う機会を与えるとともに、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、債権者代位権を行使するための要件として、債務者への通知を要求するかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、仮に債務者への通知を要求する場合には、通知の時期や通知義務違反の効果についても、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 5(2)[22頁]】

《参考・現行条文》

非訟事件手続法第76条 申請ヲ許可シタル裁判ハ職権ヲ以テ之ヲ債務者ニ告知スヘシ

2 前項ノ告知ヲ受ケタル債務者ハ其権利ノ処分ヲ為スコトヲ得ス

\*参考・非訟事件手続法(平成23年法律第51号・未施行)

(代位の許可等)

非訟事件手続法第88条 (略)

2 前項の規定による許可の裁判は、債務者に告知しなければならない。

3 前項の規定による告知を受けた債務者は、その代位に係る権利の処分をすることができない。

4 (略)

(補足説明)

1 現行民法は、代位権行使の場合の通知に関する規定を置いていないが、判例(大判昭和7年7月7日民集11巻1498頁)は、代位債権者は債権者代位権を行使する前にあらかじめ債務者にその権利を行使すべき旨を催告する必要はないとしている。

しかし、これに対しては、上記判例が言うように事前の催告までは必要ないとしても、最大の利害関係人である債務者の知らないまま、債権者代位権が行使され債務者の財産管理への干渉がされることは相当でないとの批判がされている。また、例えば、第三債務者が、本来型の債権者代位権を行使した代位債権者に対し、被代位権利の目的物である金銭を直接支払った場合には、債務者は、第三債務者に対する被代位権利に代わって、代位債権者に対する不当利得返還請求権を取得することになるが(前記3(1)の補足説明2参照)、このことは実質的には被代位権利の債務者の変更とも見ることができる事態であって、このような事態が債務者の知らない

うちに生ずることは相当でないとの指摘がされている。

そこで、債務者に被保全債権の存否等について争う機会を与えるとともに、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、代位債権者に債務者への通知を要求することが考えられる。

また、この場合の通知の意義については、債権者代位権の行使要件と考えるのが自然であり、したがって、第三債務者は、債務者に対する通知がされるまで、債権者代位権の行使に応ずる必要はないとすることが考えられる。本文の第1パラグラフは、このような考え方に基づく提案である。

2 もっとも、このような考え方の当否を検討する上では、まず、本来型の債権者代位権において、代位債権者が通知をすべき時期が問題となり得る。この点については、第5回会議において、代位権行使の密行性という観点への評価が議論になった。

債権者代位権は、債務者が自ら権利行使をしない場合に限ってその代位行使が認められるものであり、もともと債務者の権利行使の巧拙などには干渉することのできないものである。したがって、一般論としては、代位債権者が債務者に対して通知をした結果として債務者が自ら権利行使をするのであれば、それによって債権者代位制度の目的は達せられたと評価すべきであるとも考えられる。例えば、被保全債権と被代位権利が共に金銭債権である場合に、代位債権者からの通知を受けた債務者が自ら金銭債権の請求をして支払を受けたとすれば、そのことは債権者代位制度との関係では何ら問題視すべきことではなく、このような結果を望まない代位債権者は、民事執行・民事保全制度を利用すればよいとも言える。このような観点からは、代位債権者が通知をすべき時期については、基本的に代位権の行使前とするのが自然であるように思われる。

他方、本来型の債権者代位権が機能する場面の中には、不動産の差押え・仮差押えの前提として登記申請権（又は登記請求権）を代位行使する場合のように、現在の民事執行・民事保全制度では代替することのできないものがある。これらは、不動産の差押え・仮差押えの申立て後、その旨の登記がされるまでの一連の手続の中で行われることが通例であるため、密行性が要請されることは否定できない。もっとも、これらは、本来型の債権者代位権の中でも、もともと特殊な類型のものであるとも言えるので（前記2(1)の補足説明2参照）、必要に応じて特別の規定を設けることにより対処することが考えられる。このほか、債権者代位訴訟を提起する方法により代位権が行使される場合については、後記(2)の「代位訴訟提起の場合の訴訟告知の要否」で検討するように、訴訟告知の要否等の問題として別に扱えば足りるという考え方もあり得る。

また、本来型の債権者代位権が機能する場面のうち現在の民事執行・民事保全制度では代替することができないものの一つとして、解除権その他の形成権の代位行使がある（前記1の補足説明2参照）。これらは、債務者の意思を最も尊重すべき類型に属するものである上に、法的安定性の観点から、代位権行使の効力が事後的に覆るような制度設計は不適切であるため、通知を要求するとすれば事前の通知とならざるを得ないとも考えられる。

さらに、転用型の債権者代位権については、様々な転用例を想定しつつ検討する必要がある。

代位債権者が通知をすべき時期については、以上を踏まえ、代位権の行使前の通知を原則としつつ、例外の有無やその内容について、さらに検討する必要がある。

- 3 以上のほか、代位権行使の場合の通知を要求するとしても、債務者が所在不明であるなど債務者への通知をすることが著しく困難である場合にまで当該通知を要求すると、代位債権者に過度な負担を課すこととなって妥当でないから、そのような場合には、例外的に通知義務を免除すべきであると考えられる。本文の第2パラグラフは、このような理解に基づく提案である。

なお、代位債権者が既に債務者に対して被代位権利の行使を催告していた場合には、重ねて通知を要求する必要はないとの考え方があり。しかし、代位債権者が既に債務者に対して被代位権利の行使を催告していた場合であっても、実際に債権者代位権を行使するに至ったときは、改めて通知をする必要があるとするほうが、債務者に被保全債権の存否等について争う機会を与えるとともに、債務者自身による被代位権利の行使の機会を確保するという要請にかなうし、上記のとおり債務者が所在不明であるなど債務者への通知をすることが著しく困難であるときは当該通知義務が免除されるのであれば、代位債権者に過度の負担を課すことにはならないと考えられる。そこで、本文においては、代位債権者が既に債務者に対して被代位権利の行使を催告していた場合であっても、そのことによって通知義務を免除することはしないこととしている。

## (2) 代位訴訟提起の場合の訴訟告知の要否

債権者代位訴訟を提起した債権者は、遅滞なく、債務者に対し、訴訟告知をしなければならない旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第9，7(1)「規定の要否」[25頁(65頁)]

債権者代位訴訟についての特別な手続規定の要否については、民法と手続法との役割分担に留意しつつ、前記6までの検討結果に応じて必要な規定を新たに設ける方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1，7[29頁]】

○中間的な論点整理第9，7(2)「債権者代位訴訟における債務者の関与」[25頁(65頁)]

債権者代位訴訟についての規定を設ける場合(前記(1)参照)には、債務者に対する手続保障の観点から、代位債権者による債務者への訴訟告知を要するものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1，7(1)[30頁]】

・《参考・現行条文》

(訴訟告知)

民事訴訟法第53条 当事者は、訴訟の係属中、参加することができる第三者にその訴訟の告知をすることができる。

2 (略)

3 訴訟告知は、その理由及び訴訟の程度を記載した書面を裁判所に提出してしなければならない。

4 (略)

(訴訟告知書の送達等・法第五十三条)

民事訴訟規則第22条 訴訟告知の書面は、訴訟告知を受けるべき者に送達しなければならない。

2 前項に規定する送達は、訴訟告知をした当事者から提出された副本によってする。

3 裁判所は、第一項の書面を相手方に送付しなければならない。

(確定判決等の効力が及ぶ者の範囲)

民事訴訟法第115条 確定判決は、次に掲げる者に対してその効力を有する。

一 (略)

二 当事者が他人のために原告又は被告となった場合のその他人

三、四 (略)

2 (略)

(責任追及等の訴え)

会社法第847条 六箇月（これを下回る期間を定款で定めた場合にあっては、その期間）前から引き続き株式を有する株主（第百八十九条第二項の定款の定めによりその権利を行使することができない単元未満株主を除く。）は、株式会社に対し、書面その他の法務省令で定める方法により、発起人、設立時取締役、設立時監査役、役員等（第四百二十三条第一項に規定する役員等をいう。以下この条において同じ。）若しくは清算人の責任を追及する訴え、第百二十条第三項の利益の返還を求める訴え又は第二百十二条第一項若しくは第二百八十五条第一項の規定による支払を求める訴え（以下この節において「責任追及等の訴え」という。）の提起を請求することができる。ただし、責任追及等の訴えが当該株主若しくは第三者の不正な利益を図り又は当該株式会社に損害を加えることを目的とする場合は、この限りでない。

2 (略)

3 株式会社が第一項の規定による請求の日から六十日以内に責任追及等の訴えを提起しないときは、当該請求をした株主は、株式会社のために、責任追及等の訴えを提起することができる。

4～8 (略)

(訴訟参加)

会社法第849条 (略)

- 2 (略)
- 3 株主は、責任追及等の訴えを提起したときは、遅滞なく、株式会社に対し、訴訟告知をしなければならない。
- 4, 5 (略)

(補足説明)

- 1 現行法の下では、債権者代位訴訟における代位債権者の地位は法定訴訟担当と解されており、その判決の効力は被担当者である債務者にも及ぶとされている（民事訴訟法第115条第1項第2号）。しかし、これに対しては、債権者代位訴訟に関与する機会が保障されていない債務者にその判決の効力を及ぼすことは、手続保障の観点から問題があるとの批判がされている。下級審裁判例には、債務者が後訴において被保全債権の不存在を立証して債権者代位訴訟の判決の効力が自己に及ばないことを主張することができるとするものもある（大阪地判昭和45年5月28日下民21巻5・6号720頁）。

ところで、この点に関して、会社法第847条の責任追及等の訴えにおける株主の地位は、債権者代位訴訟における代位債権者の地位と同様に、法定訴訟担当と解されているところ、同法第849条第3項は、「株主は、責任追及等の訴えを提起したときは、遅滞なく、株式会社に対し、訴訟告知をしなければならない。」と規定し、被担当者である株式会社（債権者代位訴訟で言えば債務者）に責任追及等の訴えに関与する機会を保障している。そこで、債権者代位訴訟における債務者の手続保障の観点から、同項の規定を参考にして、代位債権者による債務者への訴訟告知を要求することが考えられる。

本文の考え方は、以上の理解に基づき、債権者代位訴訟を提起した債権者は遅滞なく債務者に対して訴訟告知をしなければならないとすることを提案するものである。

- 2 なお、訴訟告知の書面（訴訟告知書）が被告知者である債務者に送達されるまでの手順は、おおむね次のとおりである。

すなわち、まず、代位債権者が、訴訟告知の理由及び訴訟の程度を記載した訴訟告知書の正本1通及び副本2通を、裁判所に提出する（民事訴訟法第53条第3項）。そうすると、裁判所（裁判所書記官）が、職権で、上記訴訟告知書の副本のうちの1通を、被告知者である債務者に送達する（民事訴訟規則第22条第1項、第2項、民事訴訟法第98条）。なお、裁判所（裁判所書記官）は、上記訴訟告知書の副本のうちのもう1通を、被告である第三債務者に送付する（民事訴訟規則第22条第3項）。

### (3) 通知及び訴訟告知の効果

#### ア 取立てその他の処分の禁止

前記(1)の通知又は同(2)の訴訟告知がされた場合であっても、債務者の

取立てその他の処分は禁止されないこととし、その旨の規定を設けるものとしてはどうか。

#### イ 弁済の禁止

前記(1)の通知又は同(2)の訴訟告知がされた場合であっても、第三債務者の債務者に対する弁済は禁止されないこととし、その旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第9, 5(3)「債務者への通知の効果」[23頁(63頁)]

判例は、代位債権者の権利行使について通知を受けた債務者は、もはや独自の訴えの提起はできず、また権利の処分もできないとしているが、裁判外の通知によって債務者の処分権限が制限されることに対しては、債務者や第三債務者の地位が不安定になるなどの指摘があることから、債務者への通知によって債務者の処分権の制限が生ずることはないとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 5(2)(関連論点)[24頁]】

○中間的な論点整理第9, 7(3)「債務者による処分の制限」[25頁(65頁)]

債権者代位訴訟についての規定を設ける場合(前記(1)参照)には、債権者代位訴訟の提起が徒労になることを防ぐ観点から、債務者が前記(2)の訴訟告知を受けたとき等に、その後の債務者による被代位権利の行使やその他の処分を制限するものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、仮に債務者による被代位権利の処分を制限する場合には、第三債務者による弁済をも禁止するかどうかについても、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 7(2)[31頁]】

《参考・現行条文》

(差押命令)

民事執行法第145条 執行裁判所は、差押命令において、債務者に対し債権の取立てその他の処分を禁止し、かつ、第三債務者に対し債務者への弁済を禁止しなければならない。

2~5 (略)

(債権及びその他の財産権に対する仮差押えの執行)

民事保全法第50条 民事執行法第百四十三条に規定する債権に対する仮差押えの執行は、保全執行裁判所が第三債務者に対し債務者への弁済を禁止する命令を発する方法により行う。

2~4 (略)

5 民事執行法第百四十五条第二項から第五項まで、第百四十六条から第一百五十三条まで、第百五十六条、第百六十四条第五項及び第六項並びに第百六十七条の規定は、第一項の債権及びその他の財産権に対する仮差押えの執行について準用する。

(補足説明)

1 本文ア（取立てその他の処分の禁止）について

(1) 判例は、代位債権者が債権者代位権の行使に着手した場合において、債務者が代位債権者の権利行使について通知を受けるか、又は代位債権者の権利行使を了知したときは、もはや債務者独自の訴えを提起することはできず、権利の処分をすることもできないとしている（大判昭和14年5月16日民集18巻557頁参照）。したがって、現在の判例法理の下では、前記(1)の通知及び同(2)の訴訟告知のいずれによっても、債務者の取立てその他の処分は禁止されるものと解されている。

このような判例法理に対して、まず、上記の通知がされた場合に債務者の取立てその他の処分を禁止することについては、訴訟外の通知のみによって債務者の処分が禁止されるというのでは、債務者の地位が著しく不安定なものとなるとの批判がされている。

他方で、訴訟告知がされた場合に債務者の取立てその他の処分を禁止することについては、債権者代位訴訟が提起されるに至ってもなお債務者が被代位権利について取立てその他の処分をすることができるというのでは、債権者代位訴訟の提起が徒労に終わる可能性があるし、第三債務者が代位債権者と債務者のそれぞれの権利行使に対応することを強いられるおそれもあるとして、これを支持する見解が主張されている。しかし、債権者代位権は、債務者が自ら権利行使をしない場合に限ってその代位行使が認められるものであり、もともと債務者の権利行使の巧拙などには干渉することのできないものである。したがって、一般論としては、例えば債権者代位訴訟の提起を契機として債務者が被代位権利について取立てをしたような場合には、それによって債権者代位権制度の目的が達せられたとも言い得るはずである。代位債権者としては、債務者の下に移った金銭（動産）や預貯金（債権）に対する仮差押えをすればよいし、仮にそのような金銭等に対する仮差押えの方法が現実的でないのであれば、それは当初から被代位権利の仮差押えの方法を選択すべき事案であったと言える。また、債権者代位訴訟が提起された後に債務者が被代位権利について別訴を提起することは、重複訴訟の禁止（民事訴訟法第142条）に抵触して許されないと解されているため、第三債務者にとっても、代位債権者と債務者のそれぞれが提起した別個の訴えに応訴することを強いられることはないと考えられる。

(2) このほか、上記の通知又は訴訟告知がされた場合に債務者の取立てその他の処分を禁止すべきであるとする見解の中には、これらによって第三債務者の債務者に対する弁済をも禁止するのは相当でないとするもの（補足説明2参照）が比較的多いが、代位債権者による権利行使の実効性を考えるのであれば、債務者の取立てその他の処分を禁止したとしても、第三債務者の債務者に対する弁済を禁止するの でなければ、代位債権者にとってほとんど実益がないとの指摘もされている。

また、専ら理論的な整理の問題であるが、一般に、ある債権が差し押さえられた場合には、債務者が当該被差押債権について取立てその他の処分を禁止されることから（民事執行法第145条第1項）、他の債権者も当該被差押債権を被代位権利とする債権者代位権の行使をすることはできないと解されているのに対し、ある債権を被代位権利とする債権者代位権が行使されてその通知又は訴訟告知がされた場合であっても、当該債権を被代位権利として他の債権者が債権者代位権の行使をすることは妨げられないと解されている（後記8の補足説明2(3)ア参照）。このような結論が相当であるとするれば、両者の相違を合理的に説明するには、債権の差押え（強制執行）には債務者の取立てその他の処分を禁止する効力があるのに対し、債権者代位権の行使にはそのような効力がないと整理すべきであるとの指摘もあり得るところである。

(3) 本文アの考え方は、以上を踏まえ、上記の通知又は訴訟告知がされた場合であっても、被代位権利について債務者の取立てその他の処分は禁止されないという理解に立った上で、解釈論上の疑義を解消する趣旨で、その旨を明らかにする規定を設けることを提案するものである。

## 2 本文イ（弁済の禁止）について

下級審裁判例には、代位債権者が債権者代位権の行使に着手した場合において、債務者が代位債権者の権利行使について通知を受けるか、又は代位債権者の権利行使を了知したときは、もはや債務者独自の権利の処分をすることができないから、第三債務者の債務者に対する弁済も禁止されるとするものがある（東京高判昭和60年1月31日判タ554号174頁参照）。この下級審裁判例に従えば、上記の通知及び訴訟告知のいずれによっても、第三債務者の債務者に対する弁済が禁止されることとなりそうである。

しかし、この下級審裁判例に対しては、上記の通知又は訴訟告知によって債務者の取立てその他の処分を禁止すべきでないとする立場（補足説明1参照）から、同裁判例の採る前提自体に対する批判がされている。

また、一般に、債権者代位権が行使されてその通知又は訴訟告知がされた場合であっても、他の債権者が当該被代位権利を差し押さえ取立権を行使することは何ら制限されないと解されているから（後記7の補足説明1(2)参照）、このこととの関係で、第三債務者の債務者に対する弁済が禁止されるとするのは整合的でないと批判がされている。

さらに、このような弁済禁止の効力を認める見解には、正当な債権者代位権の行使がされた場合に限ってその効力を生じさせるのかどうかという疑問がある。仮に正当な債権者代位権の行使がされた場合に限るとすれば、その判断材料を持たない第三債務者に対して正当な債権者代位権の行使であるか否かの判断を強いることになりかねないし、他方、単に代位債権者（と称する者）からの請求があったことのみで足りるとすれば、債務者及び第三債務者の双方にとって不当な不利益となるおそれがあるからである。これに関連する論点として、第三債務者に与える不利益を緩和する観点から、第三債務者が容易に供託をすることができるようにするという

考え方もあるが、上記と同様の理由から、この考え方も適当でない（前記5(2)の補足説明1参照）。このような観点からは、第三債務者の債務者に対する弁済の禁止という重大な効果については、債務者や第三債務者の手続保障が図られている債権の差押えや仮差押えがされた場合に限り発生させるべきであると考えられる。

本文イの考え方は、以上を踏まえ、上記の通知又は訴訟告知がされた場合であっても、第三債務者の債務者に対する弁済は禁止されないという理解に立った上で、解釈論上の疑義を解消する趣旨で、その旨を明らかにする規定を設けることを提案するものである。

## 7 代位訴訟提起後の差押え

債権者代位訴訟が提起された後に、他の債権者がその被代位権利を差し押さえた場合に関して、その代位訴訟の進行を制限する旨の規定は設けないものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第9, 7(4)「債権者代位訴訟が提起された後に被代位権利が差し押えられた場合の処理」[25頁(66頁)]

判例は、債権者代位訴訟が提起された後に、他の債権者が被代位権利を差し押さえて支払を求める訴え（取立訴訟）を提起したとしても、代位債権者の債権者代位権行使の権限が失われるものではなく、裁判所は代位債権者と他の債権者の請求を併合審理し、これらを共に認容することができるとする。

しかし、債権者代位訴訟についての規定を設ける場合（前記(1)参照）には、債権者代位権の行使によって保全された責任財産からの満足は究極的には強制執行によって実現されることを重視して、債権者代位訴訟が提起された後に被代位権利が差し押さえられたときには、差押えを優先させるものとする方向で、更に検討してはどうか。

また、これに関連して、被代位権利が差し押さえられた場合の債権者代位訴訟の帰すうについても、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 7(3)[33頁], 同(関連論点)[34頁]】

(補足説明)

1 本来型の債権者代位権に基づいて金銭債権を代位行使する場合に、被代位権利について代位債権者と他の債権者との間で手続上の権利行使が競合した場合の取扱いは、以下のように解されている。

(1) まず、債権差押えが先行する場合には、債務者は、その被差押債権について取立てその他の処分をすることが禁止される（民事執行法第145条第1項）。このため、差押債権者以外の債権者は、その後に債権者代位権に基づいて被差押債権を代位行使することができず、債権者代位訴訟を提起しても不適法として却下されると解されている。

(2) これに対し、債権者代位訴訟が先に提起され債務者への訴訟告知がされた場合

であっても、他の債権者は、さらに債権差押えをして取立訴訟を提起することができるかと解されている。すなわち、この場面に関して、判例（最判昭和45年6月2日民集24巻6号447頁）は、債権者代位訴訟が提起された後に、他の債権者が被代位権利を差し押さえて支払を求める訴え（取立訴訟）を提起したとしても、裁判所は、代位債権者と他の債権者の請求を併合審理してこれらを共に認容することができ、差押債権者が代位債権者に優先することについては、現実の弁済に当たって実現されれば足りるとしている。この判決は、民事執行法施行前の旧法事件のものであるが、現行制度で説明すると、代位訴訟と取消訴訟が共に認容された場合には、第三債務者は、代位訴訟の認容判決に基づいて代位債権者に支払っても差押債権者との関係では免責されず（民事執行法第145条第1項の弁済禁止効）、専ら差押債権者の取立訴訟の判決に従うべきこととなり、その支払又は供託をすることによって代位債権者との関係でも免責を得られることになる。

(3) 他方、債権者代位訴訟が提起され債務者への訴訟告知がされた後に、他の債権者がさらに債権者代位権を行使しようとする場合には、先行する債権者代位訴訟に共同訴訟人（訴訟当事者）として訴訟参加することができるかと解されている（後記8の補足説明2(3)ア参照）。このことは、訴訟告知によっても債務者の取立てその他の処分が禁止されないと解する立場からは当然のことであるが、訴訟告知によって債務者の取立てその他の処分が禁止されると解する立場からも同様に解されている（この整合性を疑問視する指摘として、前記6(3)の補足説明1(2)第2パラグラフ参照）。

(4) なお、先行する債権差押えとそれに続く債権差押えとが競合した場合には、差押債権者が提起した取立訴訟に他の差押債権者も共同訴訟人として訴訟参加することとなり、その勝訴判決の主文で供託をすべきことが命ぜられる（民事執行法第157条）。

2 以上のうち、補足説明1(2)（代位訴訟先行型）の場合について、立法的な手当てが必要ではないかという議論がある。すなわち、現行制度の下では、同1(1)（差押え先行型）の場合には、後れて提起された代位訴訟が却下されるのに対して、同1(2)の場合には、代位訴訟も取立訴訟も共に認容されることとなる。しかし、債権者代位権の行使により保全された責任財産による債権者の満足は最終的には強制執行手続により実現されるべきであって、債権者代位訴訟は最終的な強制執行手続に至るまでの中間的な段階に位置付けられるべきものであるから、債権者代位訴訟とそれに続く債権差押え（強制執行）とが競合した場合には、債権者代位訴訟は差押えに劣後すると解すべきであって、代位債権者は差押えに続く強制執行手続においてその権利を行使すべきであるから、結局、被代位権利が差し押さえられた時点で債権者代位訴訟の進行は認められないとすべきであるとの見解が主張されている。この見解に基づく立法提案の中には、代位訴訟は中断して差押債権者が受継するとの考え方や、代位訴訟は中止するとの考え方がある。

しかしながら、この見解に対しては、確かに債権者代位訴訟は差押えに劣後する

ものであるが、そのことと、先行する債権者代位訴訟の進行を認めないこととの間には、論理必然の関係はないとの指摘がされている。むしろ、実務上、被代位権利が一旦差し押さえられた場合であっても、その後に差押命令の申立ての取下げによって当該強制執行手続が終了することも少なくないのであるから、先行する債権者代位訴訟の進行を認めた上で、前掲判例（最判昭和45年6月2日）のように、現実の弁済に当たって差押債権者を優先させるとするほうが合理的であると言うのである。

このほか、別の観点からの指摘として、代位訴訟ではなく、債務者自身が第三債務者に対して金銭債権の請求訴訟を提起し、その訴訟係属中に、当該金銭債権に対して差し押えがされたという事例においては、異論もあるが、その訴訟は中止も中断もせず、無条件の認容判決をすることができるかと解されており、このこととの整合性を考慮する必要があるとの指摘があった。債務者自身が訴訟を起こした場合と代位債権者による代位訴訟とは、訴訟物が同じであるから、これらの取扱いは整合的でなければならない。そうだとすると、この論点は、およそ債権者代位訴訟という枠内にとどまる問題ではなく、訴訟係属中に債権差し押えがされた場合の取扱いという民事手続法上の一般的な問題として、議論をすべきことになる。

本文の考え方は、上記見解（立法提案）に対する以上の批判等を踏まえ、債権者代位訴訟が提起された後に他の債権者が被代位権利を差し押さえた場合であっても、代位訴訟の進行を制限する等の規定は設けないことを提案するものである。

## 8 代位訴訟への訴訟参加

### (1) 債務者による訴訟参加

債務者は、係属中の債権者代位訴訟に、共同訴訟参加若しくは独立当事者参加又は補助参加をすることができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

### (2) 他の債権者による訴訟参加

代位債権者以外の債権者は、係属中の債権者代位訴訟に、共同訴訟参加又は補助参加をすることができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第9, 7(5)「訴訟参加」[25頁(67頁)]

債権者代位訴訟についての規定を設ける場合（前記(1)参照）には、債務者が債権者代位訴訟に訴訟参加することができることや、他の債権者が債権者代位訴訟に訴訟参加することができることを条文上も明らかにする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 7(4) [34頁]】

： 《参考・現行条文》

： （訴訟参加）

： 会社法第849条 株主又は株式会社は、共同訴訟人として、又は当事者の一方を

補助するため、責任追及等の訴えに係る訴訟に参加することができる。ただし、不当に訴訟手続を遅延させることとなるとき、又は裁判所に対し過大な事務負担を及ぼすこととなるときは、この限りでない。

2～5 (略)

(補助参加)

民事訴訟法第42条 訴訟の結果について利害関係を有する第三者は、当事者の一方を補助するため、その訴訟に参加することができる。

(独立当事者参加)

民事訴訟法第47条 訴訟の結果によって権利が害されることを主張する第三者又は訴訟の目的の全部若しくは一部が自己の権利であることを主張する第三者は、その訴訟の当事者の双方又は一方を相手方として、当事者としてその訴訟に参加することができる。

2～4 (略)

(共同訴訟参加)

民事訴訟法第52条 訴訟の目的が当事者の一方及び第三者について合一にのみ確定すべき場合には、その第三者は、共同訴訟人としてその訴訟に参加することができる。

2 (略)

(補足説明)

#### 1 債務者又は他の債権者による訴訟参加の可否

訴訟参加とは、訴訟外の第三者が、新たに訴訟当事者又はこれに準ずる者として訴訟行為を行うために、係属中の他人間の訴訟に加入する行為をいう。一般に、債権者代位訴訟については、債務者又は他の債権者がこれに訴訟参加することができる。現行法の下では、債権者代位訴訟が提起された後に債務者又は他の債権者が被代位権利について別訴を提起することは重複訴訟の禁止（民事訴訟法第142条）に抵触して許されないと解されているから（前記6(3)の補足説明1(1)参照）、債権者代位訴訟への訴訟参加は、債務者又は他の債権者が被代位権利を訴訟物とする訴訟に関与するための唯一の手段ということになる。

ところで、会社法第847条の責任追及等の訴えを提起した株主の地位は、債権者代位訴訟を提起した代位債権者の地位と同様、法定訴訟担当と解されているところ、同法第849条第1項本文は、「株主又は株式会社は、共同訴訟人として、又は当事者の一方を補助するため、責任追及等の訴えに係る訴訟に参加することができる。」と規定し、株式会社（債権者代位訴訟で言えば債務者）又は他の株主（債権者代位訴訟で言えば他の債権者）が責任追及等の訴えに係る訴訟に参加することができるとしている。

そこで、会社法第849条第1項の規定を参考にして、債務者又は他の債権者が債権者代位訴訟に訴訟参加することができることを条文上明らかにすることが考えられる。本文の考え方は、以上の理解に基づく提案である。

## 2 訴訟参加の形態

### (1) 参加形態の概要

ア 訴訟参加の形態は、参加人が訴訟当事者たる地位を取得するか否かによって、当事者参加と補助参加（民事訴訟法第42条）とに分けられる。

当事者参加は、共同訴訟参加（民事訴訟法第52条）と独立当事者参加（同法第47条）とに分けられ、補助参加は、通常の補助参加と共同訴訟的補助参加とに分けられる。

イ 当事者参加は、その名のとおり、参加人が訴訟当事者としての地位を取得する参加形態である。

当事者参加の一種である共同訴訟参加は、参加人と被参加人とが共同訴訟人としての関係に立つ参加形態であり、訴訟の目的が一方の訴訟当事者と第三者との間で合一にのみ確定すべき場合において、第三者が、当該一方当事者の共同訴訟人として、当該訴訟に参加する形態である。

同じく当事者参加の一種である独立当事者参加は、参加人と被参加人とが、共同訴訟人としての関係ではなく、相対立する訴訟当事者としての関係に立つ参加形態であり、当該訴訟の結果によって自己の権利が害され、又は当該訴訟の目的の全部若しくは一部が自己の権利であることを主張する第三者が、一方当事者の共同訴訟人としてではなく、両当事者のいずれとも相対立する訴訟当事者として、当該訴訟に参加する形態である（いわゆる三面訴訟）。

ウ これに対し、補助参加は、参加人が訴訟当事者としての地位を取得しない参加形態であり、第三者が、一方の訴訟当事者を補助して有利な判決を得させることによって自己の利益を守るために、補助参加人として、当該訴訟に参加するものである。

補助参加人は、訴訟当事者ではないものの、自己の名において訴訟行為をし、その効力を訴訟当事者に帰属させる。補助参加人は、被参加人である一方当事者が敗訴した場合には、当該敗訴判決の参加的効力（民事訴訟法第46条）を受け、被参加人との関係で当該敗訴判決に拘束されることによって、被参加人との間で当該敗訴判決の責任を分担することとなる。

もっとも、補助参加人として訴訟に参加した者が、法律上、当該判決の既判力の拡張を受けるべき者である場合がある（債権者代位訴訟における債務者が典型例である。）。その場合には、その者による補助参加は、当事者参加（共同訴訟参加）に近いという意味で共同訴訟的補助参加と呼ばれ、明文の規定はないものの、その者の補助参加人としての地位・権限が通常の補助参加人のそれよりも強化されると解されている。

### (2) 債務者による訴訟参加の形態

ア 現在の判例法理の下では、債権者代位訴訟が提起された場合の訴訟告知によって債務者の取立てその他の処分は禁止されると解されているから（前記6(3)の補足説明1(1)参照）、これにより、債務者は被代位権利を訴訟物とする訴訟の当事者適格を喪失することとなる。したがって、債務者は係属中の債権者代

位訴訟に当事者参加をすることができない。そこで、債務者としては、係属中の債権者代位訴訟に補助参加をすることになるところ、債務者には債権者代位訴訟の判決の既判力が及ぶことから（民事訴訟法第115条第1項第2号）、その補助参加は共同訴訟的補助参加として扱われる。

もつとも、判例（最判昭和48年4月24日民集27巻3号596頁）によれば、債務者が代位債権者の被保全債権の不存在を主張して債権者代位訴訟に独立当事者参加をすることが認められており、その場合には、審理の結果、代位債権者の被保全債権が存在することが判明すれば、その代位権行使は適法であり、債務者は当事者適格を欠いていることになるから、債務者による独立当事者参加に係る請求は不適法として却下されるが、逆に、審理の結果、代位債権者の被保全債権が存在しないことが判明すれば、その代位権行使は不適法であり、債務者は当事者適格を欠いていないことになるから、債務者による独立当事者参加に係る請求は適法であることになる（この場合には、代位債権者による債権者代位訴訟に係る請求が不適法として却下されることとなる。）。

以上のとおり、現在の判例法理の下では、債務者は、係属中の債権者代位訴訟に補助参加（共同訴訟的補助参加）をするか、又は被保全債権の不存在を主張して独立当事者参加をすることになる。

イ これに対し、債権者代位訴訟を提起した場合の訴訟告知によっては債務者の取立てその他の処分は禁止されないとする立場（前記6(3)の補足説明1参照）によれば、債務者は被代位権利を訴訟物とする訴訟の当事者適格を喪失しない。したがって、債務者は係属中の債権者代位訴訟に当事者参加をすることができる。債務者には債権者代位訴訟の判決の既判力が及ぶことから（民事訴訟法第115条第1項第2号）、参加人である債務者と被参加人である代位債権者との関係は、訴訟の目的が第三者（債務者）と一方当事者（代位債権者）との間で合一にのみ確定すべき場合に当たることとなる。したがって、債務者は係属中の債権者代位訴訟に共同訴訟参加をすることになる。

なお、このように債務者が係属中の債権者代位訴訟に共同訴訟参加をすることができるとしても、補助参加（共同訴訟的補助参加）をすることや、被保全債権の不存在を主張して独立当事者参加をすることは、いずれも妨げられないと考えられる。

ウ 本文(1)の考え方は、以上の理解に基づき、かつ、債権者代位訴訟を提起した場合の訴訟告知によっては債務者の取立てその他の処分は禁止されないとする立場を前提として、債務者が係属中の債権者代位訴訟に当事者参加（共同訴訟参加若しくは独立当事者参加）又は補助参加（共同訴訟的補助参加）をすることができる旨の規定を設けることを提案するものである。

### (3) 他の債権者による訴訟参加の形態

ア 現行法の下では、一般に、債権者代位訴訟が提起されて債務者に訴訟告知がされた場合であっても、他の債権者は、同一の被代位権利について債権者代位権を行使することができ、当該被代位権利を訴訟物とする債権者代位訴訟の当

事者適格を喪失しないと解されている。このことは、訴訟告知によっても債務者の取立てその他の処分は禁止されないとする立場からは当然のことであるが、訴訟告知によって債務者の取立てその他の処分が禁止されるとする立場からもそのように解されている（前記6(3)の補足説明1(2)第2パラグラフ、前記7の補足説明1(3)参照）。

したがって、他の債権者は、係属中の債権者代位訴訟について当事者参加をすることができる場所、代位債権者以外の債権者は、債権者代位訴訟の判決の既判力が債務者に及ぶこと（民事訴訟法第115条第1項第2号）の結果として、反射的にその判決の効力を承認せざるを得ない地位に置かれることから（いわゆる反射的効力。反射効とは異なる。）、参加人である他の債権者と被参加人である代位債権者との関係は、訴訟の目的が第三者（他の債権者）と一方当事者（代位債権者）との間で合一にのみ確定すべき場合に当たることとなる。したがって、他の債権者は係属中の債権者代位訴訟に共同訴訟参加をすることになる。

なお、このように他の債権者が係属中の債権者代位訴訟に共同訴訟参加をすることができるとしても、補助参加（共同訴訟的補助参加）をすることは妨げられないと考えられる。

イ ところで、下級審裁判例には、他の債権者が係属中の債権者代位訴訟に独立当事者参加をすることができるとするものがある（東京高判昭和52年4月18日下民集28巻1=2=3=4号389頁）。

本来型の債権者代位権について事実上の優先弁済を肯定する場合には、他の債権者が、債権者代位訴訟の結果によって自己の権利を害され、又は債権者代位訴訟の目的の全部若しくは一部が自己の権利であることを主張することが一応想定され、独立当事者参加を認める余地もあり得るが、事実上の優先弁済を否定する場合には（前記3(2)の補足説明1参照）、他の債権者による独立当事者参加を認める余地はない。

ウ 本文(2)の考え方は、以上の理解に基づき、かつ、独立当事者参加の可否との関係では事実上の優先弁済を否定する立場を前提として、他の債権者が係属中の債権者代位訴訟に当事者参加（共同訴訟参加）又は補助参加（共同訴訟的補助参加）をすることができる旨の規定を設けることを提案するものである。

## 9 裁判上の代位の存廃

裁判上の代位の制度（民法第423条第2項本文）を廃止し、代位債権者は、被保全債権の履行期が到来しない間は、保存行為を除いて、債権者代位権を行使することができないものとするという考え方があるが、どのように考えるか。

○中間的な論点整理第9，8「裁判上の代位（民法第423条第2項本文）」[26頁（67頁）]

裁判上の代位の制度（民法第423条第2項本文）を廃止するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 8 [38頁]】

《参考・現行条文》

（債権者代位権）

民法第423条（略）

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

非訟事件手続法第72条 債権者ハ自己ノ債権ノ期限前ニ債務者ノ権利ヲ行ハサレハ其債権ヲ保全スルコト能ハス又ハ之ヲ保全スルニ困難ヲ生スル虞アルトキハ裁判上ノ代位ヲ申請スルコトヲ得

非訟事件手続法第73条 裁判上ノ代位ハ債務者カ普通裁判籍ヲ有スル地ノ地方裁判所ノ管轄トス

非訟事件手続法第74条 代位ノ申請ニハ第九条ニ掲ケタル事項ノ外左ノ事項ヲ記載スヘシ

一 債務者及ヒ第三債務者ノ氏名、住所

二 申請人ノ保全セントスル債権及ヒ其行ハントスル権利ノ表示

非訟事件手続法第75条 裁判所ハ申請ヲ理由アリト認ムルトキハ担保ヲ供セシメ又ハ供セシメスシテ之ヲ許可スルコトヲ得

非訟事件手続法第76条 申請ヲ許可シタル裁判ハ職権ヲ以テ之ヲ債務者ニ告知スヘシ

2 前項ノ告知ヲ受ケタル債務者ハ其権利ノ処分ヲ為スコトヲ得ス

非訟事件手続法第77条 申請ヲ却下シタル裁判ニ対シテハ即時抗告ヲ為スコトヲ得

2 申請ヲ許可シタル裁判ニ対シテハ債務者ハ即時抗告ヲ為スコトヲ得抗告ノ期間ハ債務者カ裁判ノ告知ヲ受ケタル日ヨリ之ヲ起算ス

非訟事件手続法第78条 抗告手続ノ費用及ヒ抗告人ノ負担ニ帰シタル前審ノ費用ニ付テハ申請人及ヒ抗告人ヲ当事者ト看做シ民事訴訟法第六十一条ノ規定ニ従ヒテ其負担者ヲ定ム

非訟事件手続法第79条 第十三条及ヒ第十五条ノ規定ハ本章ノ手続ニ之ヲ適用セス

\*参考・非訟事件手続法（平成23年法律第51号・未施行）

（裁判上の代位の許可の申立て）

非訟事件手続法第85条 債権者は、自己の債権の期限前に債務者の権利を行使しなければ、その債権を保全することができないとき、又はその債権を保全するのに困難を生ずるおそれがあるときは、民法（明治二十九年法律第八十九号）第四百二十三条第二項の規定による裁判上の代位の許可を申し立てることができる。

(管轄裁判所)

非訟事件手続法第86条 前条の規定による申立てに係る事件は、債務者の普通裁判籍（民事訴訟法第四条第二項から第六項までに規定する普通裁判籍をいう。以下同じ。）の所在地を管轄する地方裁判所の管轄に属する。

(申立書の記載事項)

非訟事件手続法第87条 第八十五条の許可の申立書には、第四十三条第二項各号に掲げる事項のほか、次に掲げる事項を記載しなければならない。

- 一 債務者及び裁判上の代位により行使しようとする権利の義務者
- 二 申立人が保全しようとする債権及び裁判上の代位により行使しようとする権利の表示

2 第四十三条第四項前段、第五項及び第六項の規定は、前項の申立書に同項各号に掲げる事項が記載されていない場合について準用する。

(代位の許可等)

非訟事件手続法第88条 裁判所は、第八十五条の規定による申立てを理由があると認めるときは、担保を立てさせて、又は立てさせないで、裁判上の代位を許可することができる。

- 2 前項の規定による許可の裁判は、債務者に告知しなければならない。
- 3 前項の規定による告知を受けた債務者は、その代位に係る権利の処分をすることができない。
- 4 第七十二条第二項及び第三項の規定は、第一項の規定により担保を立てる場合における供託及び担保について準用する。

(即時抗告)

非訟事件手続法第89条 前条第一項の規定による許可の裁判に対しては、債務者に限り、即時抗告をすることができる。

(手続費用の負担の特則)

非訟事件手続法第90条 第八十六条の事件の手続費用については、申立人及び債務者を当事者とみなして、民事訴訟法第六十一条の規定を準用する。

(手続の公開等)

非訟事件手続法第91条 第三十条及び第四十条の規定は、第八十六条の事件の手続には、適用しない。

(補足説明)

- 1 民法第423条第2項は、被保全債権の履行期が未到来の場合には、保存行為を除き（同項ただし書）、裁判上の代位によらなければ債権者代位権を行使することができないと規定している（同項本文）。被保全債権の履行期がまだ到来せず、債務不履行になっていない段階での債務者の財産管理への干渉には、慎重を期する必要があるという趣旨である。この規定を受けて、非訟事件手続法第2編第1章（第72条から第79条まで）に、裁判上の代位の許可に関する手続規定が設けられている。

しかしながら、裁判上の代位の制度は、現実には利用例が乏しいとされている。

最高裁判所の調査によれば、平成14年度から平成18年度までに各地の裁判所に係属し、平成19年12月21日までに終局した裁判上の代位申立事件は、2件のみであり、いずれも認容されていない（これらの事件の概要等は部会資料7-2〔39頁〕参照）。このこと等を踏まえ、裁判上の代位の制度を廃止し、被保全債権の履行期到来前は、代位債権者は、保存行為を除いて債権者代位権を行使することができないものとするべきであるという考え方がある。本文は、この考え方を取り上げたものである。

- 2 この考え方の採否を考える上では、被保全債権の履行期が未到来の場合に、保存行為を除き債権者代位権の行使を否定して、特段の支障を生じないかが問題となる。

被保全債権が法定債権である場合には履行期が到来していることが通常であるし、約定の期限付債権である場合には、期限の利益喪失条項を定めておくことによって、適宜の対応を図ることが可能である。また、保存行為は、もともと例外とされている（民法第423条第2項ただし書）。したがって、実務上問題となり得るような事例は、それほど多くないと考えられる。また、解除権その他の形成権の代位行使の場面を想定するならば、被保全債権の期限到来後はともかく、期限到来前にそれを認めることは不当であるという評価もあり得る。

他方、民事保全制度においては、被保全権利の履行期の到来は独立の要件とはされていないので（民事保全法第20条第2項、第23条第3項）、保全の必要性（同法第20条第1項、第23条第1項参照）が認められる限り、被保全権利の履行期到来前であっても仮差押え又は仮処分の発令がされている。このこととの対比で言えば、債務者が無資力である場合に機能する債権者代位権制度においても、被保全債権の履行期が到来する前に被代位権利の代位行使（債務者の責任財産の保全）が必要となる場面は、それなりにあり得るのではないかという疑義が生ずる。民事保全制度で代替し得る場面ならばそれで支障は生じないとしても、民事保全制度では代替することができず、かつ、保存行為に該当するかどうか疑義があり得る場面（例えば、登記請求権の代位行使）については、実際に支障が生じないかどうか、疑問の余地があり得るように思われる。

また、公刊されている裁判例で裁判上の代位に関して判示したものとして、宮崎地判昭和40年3月26日下民集16巻3号492頁と名古屋地判昭和58年3月7日判タ506号136頁がある（部会資料7-2〔39頁〕参照）。これらは、いずれも、代位債権者と債務者との間の農地売買における農地法所定の許可が得られていない段階（停止条件付売買における条件成就前の段階）において、代位債権者が、債務者の第三債務者に対する根抵当権設定登記抹消登記請求権や（上記宮崎地判）、農地法所定の許可申請手続協力請求権及び当該許可を前提とする所有権移転登記請求権（上記名古屋地判）を代位行使した転用型の事案である。このような事案について、両裁判例は、いずれも、被保全債権の履行期が未到来の場合と同様に扱うべきであるとした上で、そのような場合であっても、代位債権者が裁判上の代位の許可を受けずに債権者代位訴訟を提起すれば、当該訴訟手続の中で裁判上の代位

の許可の要件を判断することができる旨を判示し、結論として上記代位請求を認容した。被保全債権の履行期到来前において保存行為以外の代位権行使を認めないという考え方を採る場合には、これらの事案において、上記裁判例の結論が変わることとなるのかどうかを検討する必要がある。

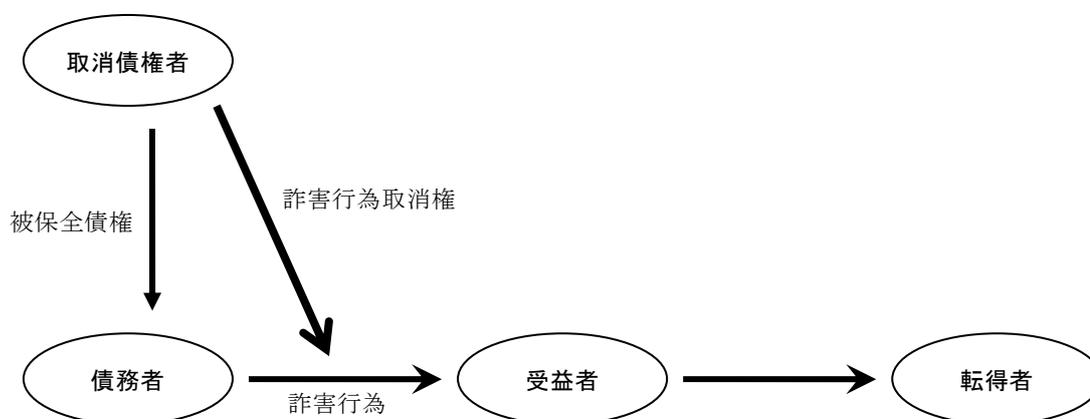
3 以上の検討課題は、債権者代位権制度の見直しに関する主要な論点、すなわち、本来型の債権者代位権を存置すべきかどうか（前記1参照）、第三債務者から代位債権者への直接の引渡しを認めるかどうか（前記3(1)参照）、事実上の優先弁済を許すかどうか（前記3(2)参照）などの論点をめぐる議論と、密接に関連しているように思われる。本文の考え方の採否については、以上の理解に基づき、引き続き慎重に検討を進める必要があると考えられる。

なお、裁判上の代位の制度を廃止する場合には、これに伴って、非訟事件手続法が定める裁判上の代位に関する手続規定も削除することが考えられる。これらの手続規定は、新しい非訟事件手続法（平成23年法律第51号・未施行）の制定に当たっては、主に現代語化などの形式的改正を行うにとどめられている。

## 第2 詐害行為取消権

（前注）この「第2 詐害行為取消権」においては、便宜上、次の用語を用いることとする。

- 「取消債権者」… 詐害行為取消権を行使する債権者
- 「債務者」……… 取消債権者が有する被保全債権の債務者
- 「受益者」……… 債務者の行為（詐害行為）の相手方
- 「転得者」……… 受益者から詐害行為の目的物を取得した者（その者からさらに詐害行為の目的物を取得した者を含む。）



## 1 詐害行為取消権制度の在り方

### (1) 詐害行為取消権の法的性質（検討の指針）

詐害行為取消権とは、取消債権者が、訴えをもって、取消債権者、債務者及び受益者又は転得者との間で債務者がした詐害行為の取消しを請求し、かつ、当該詐害行為により逸出した財産がある場合には受益者又は転得者に対して当該逸出財産の取戻しを請求する制度であるという理解に基づいて、まずは後記 1 (2) 以下の所要の見直しを進めることとしてはどうか。

○中間的な論点整理第 10, 1 (1) 「債務者の責任財産の回復の方法」[26 頁 (68 頁)]

判例は、詐害行為取消権を、債務者の詐害行為を取り消し、かつ、これを根拠として逸出した財産の取戻しを請求する制度（折衷説）として把握しているとされ、取消しの効果は、取消債権者と受益者・転得者との間で相対的に生じ、債務者には及ばないとする（相対的取消し）。これに対しては、債務者の下に逸出財産が回復され、債務者の下で強制執行が行われることを理論的に説明することができないなどの問題点が指摘されており、学説上は、責任財産を保全するためには、逸出財産を受益者・転得者から現実に取り戻すまでの必要はなく、受益者・転得者の手元に置いたまま、債務者の責任財産として取り扱うべきとする見解（責任説）も有力に主張されている。

詐害行為取消権の規定の見直しに当たっては、このような学説の問題意識も踏まえつつ、まずは判例法理（折衷説）の問題点を個別的に克服していく方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料 7-2 第 2, 2 (1) [42 頁]】

： 《参考・現行条文》

： （詐害行為取消権）

： 民法第 424 条 債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした法律行為の  
： 取消しを裁判所に請求することができる。ただし、その行為によって利益を受け  
： た者又は転得者がその行為又は転得の時に於いて債権者を害すべき事実を知らな  
： かったときは、この限りでない。

： 2 前項の規定は、財産権を目的としない法律行為については、適用しない。

： （詐害行為の取消しの効果）

： 第 425 条 前条の規定による取消しは、すべての債権者の利益のためにその効力  
： を生ずる。

（比較法）

・ フランス民法第 1167 条

・ フランス民法改正草案（カタラ草案）第 1167 条、第 1167-1 条第 2 項、第

## 1167-2条

- ・フランス民法改正草案（テレ草案）第134条
- ・フランス民法改正草案（司法省草案2008年版）第150条，第151条第2項
- ・フランス民法改正草案（司法省草案2009年版）第118条

### （補足説明）

- 1 詐害行為取消権は，債務者に対して金銭債権を有する取消債権者が，債務者の責任財産を保全して強制執行の準備をするために，債務者がした詐害行為の取消しを裁判所に請求する制度であるところ，その法的性質については，詐害行為により逸出した財産を債務者の責任財産へと回復させる方法を巡って，見解の対立があるところである。
- 2 この点について，判例（大連判明治44年3月24日民録17輯117頁）は，詐害行為取消権とは，債務者の詐害行為を取り消し，かつ，これを根拠として逸出した財産の取戻しを請求する制度であると捉えている。

この判例法理の下では，詐害行為取消訴訟は，債務者がした詐害行為の取消しを求める形成訴訟としての性格と，逸出財産の返還を求める給付訴訟としての性格とを併有するものと理解されることになる。これは，詐害行為取消訴訟について形成訴訟としての性格のみを有するものと理解する形成権説，給付訴訟としての性格のみを有するものと理解する請求権説との折衷的な立場であることから，折衷説とも呼ばれている。

また，判例法理の下では，詐害行為取消しの効果は，取消債権者と受益者又は転得者との間でのみ相対的に生じ，債務者には及ばないとされている。そのため，詐害行為取消訴訟の被告についても，受益者又は転得者のみを被告とすれば足り，債務者を被告とする必要はないとされている。なお，詐害行為取消権は，民法第120条以下の取消権のような実体法上の形成権とは異なるから，詐害行為取消しの効果は，詐害行為取消権の行使時（例えば，詐害行為取消訴訟の訴状送達時）ではなく，詐害行為取消判決の確定時に初めて生ずる。

さらに，判例法理の下では，逸出財産が不動産である場合には，その登記名義は受益者又は転得者から債務者に戻り，取消債権者を含む債権者らは当該不動産に対する強制執行をすることができる。また，逸出財産が金銭その他の動産である場合には，取消債権者は直接自己にこれを引き渡すよう求めることができる。特に，逸出財産が金銭である場合には，取消債権者が直接受領した金銭の債務者への返還債務と債務者に対する被保全債権とを相殺することによって，債務名義を取得することなく，債務者の財産を差し押さえる場合よりも簡便に，被保全債権の回収を図ることができる（以下，こうした事態を指して「事実上の優先弁済」ともいう。）。

しかし，以上の判例法理に対しては，詐害行為取消しの効果が債務者に及ばないとされているにもかかわらず，①逸出財産が不動産である場合に当該不動産の登記名義が債務者に戻り債務者の責任財産として強制執行をすることができるとして

いること、②逸出財産が金銭その他の動産である場合にそれを直接受領した取消債権者が債務者に対してその返還債務を負うとされていること、③詐害行為取消権を保全するための仮処分における仮処分解放金（供託金）の還付請求権が債務者に帰属するとされていること（民事保全法第65条）等の説明がつかないといった問題が指摘されている。また、取消債権者による事実上の優先弁済を認めることについては、詐害行為取消権の制度趣旨が債務者の責任財産の保全にあることと矛盾するとの批判がされている。

- 3 そこで、詐害行為取消権制度の在り方についての異なる理解として、責任説が提唱されている。責任説は、詐害行為取消権の制度趣旨が債務者の責任財産の保全にあるのであれば、逸出財産を受益者又は転得者から現実に取り戻す必要はなく、受益者又は転得者の手元に置いたまま、これを債務者の責任財産として取り扱えば足りるとする。

責任説の下では、取消債権者が受益者又は転得者を被告とする詐害行為取消訴訟を提起し、債務者の詐害行為を取り消すとの判決がされると、逸出財産の所有権は受益者又は転得者に帰属したまま、当該逸出財産をもって受益者又は転得者が債務者の債務について責任を負う状態（債務者の総債権者の債権を被担保債権とする物上保証人類似的状態）となる。その上で、取消債権者が受益者又は転得者を被告とする責任訴訟（執行認容の訴え）を提起し、上記逸出財産に対する強制執行をすることができるとの判決（責任判決）がされると、取消債権者は、これを債務名義として、受益者又は転得者の所有する上記逸出財産に対する強制執行をすることができ、債務者のその他の債権者らも当該強制執行手続の配当に加入することができる。また、以上の結果、取消債権者による事実上の優先弁済も否定されることになる。

なお、責任説の中には、上記の詐害行為取消訴訟と責任訴訟とを一体のものとして統合した詐害行為責任拡張訴訟の導入を提唱する見解もある（参考資料2 [研究会試案]・166頁）。

しかし、責任説に対しては、①詐害行為取消訴訟の係属中や終結後に債務者について倒産手続が開始した場合における否認権との接合に困難が生ずること、②詐害行為取消権の行使が常に強制執行を伴うものとなり、詐害行為が取り消された後も逸出した財産を任意売却することができないため、私的整理等の場面で活用しにくくなることなどの問題が指摘されている。また、③責任訴訟（執行認容の訴え）という新たな訴訟類型の手続規定を整備する必要があるという難点も指摘されている。

- 4 そこで、中間的な論点整理（第10、1(1) [26頁(68頁)]）に従って、まずは判例法理（折衷説）を前提としつつ、その理論的又は実務的な問題点を個別に克服していく方向で検討を進めることが考えられる。その際、まず克服すべき難点として、詐害行為取消しの効果が債務者には及ばないとされている点が挙げられる。

本文の考え方は、以上の理解を踏まえ、詐害行為取消権とは、取消債権者が、訴えをもって債務者がした詐害行為の取消しを請求し、取消しの効果を取消債権者、債務者及び受益者又は転得者との間で生じさせ、かつ、当該詐害行為により逸出し

た財産がある場合には受益者又は転得者に対して当該逸出財産の取戻しを請求する制度であるという理解に基づいて、まずは後記1(2)以下の所要の見直しを進めることを提案するものである（なお、詐害行為取消しの効果を債務者にも及ぼすことに伴い、債務者をも詐害行為取消訴訟の被告とすべきかどうかについては、後記(2)ア参照）。

## (2) 詐害行為取消訴訟の在り方

### ア 詐害行為取消訴訟の被告

詐害行為取消訴訟の被告に関しては、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 詐害行為取消訴訟においては、受益者又は転得者のみならず、債務者をも被告としなければならない旨の規定を設けるものとする。

【乙案】 詐害行為取消訴訟においては、受益者又は転得者のみを被告とすれば足りるが、債務者に対しては訴訟告知をしなければならない旨の規定を設けるものとする。

### イ 被保全債権に係る給付訴訟の併合提起

詐害行為取消訴訟において、債務者を被告とする被保全債権に係る給付訴訟の併合提起を義務付けるかどうかについては、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 併合提起を義務付ける旨の規定を設けるものとする。

【乙案】 併合提起を義務付ける旨の規定を設けないものとする。

○中間的な論点整理第10, 1(2)「詐害行為取消訴訟における債務者の地位」[27頁(69頁)]

取消しの効力が債務者に及ばないこと（相対的取消し）に起因する理論的問題点（前記(1)参照）を克服するために、詐害行為取消訴訟において、受益者又は転得者のみならず債務者をも被告とするか、又は債務者に対する訴訟告知を要するものとするなどして、取消しの効力が債務者にも及ぶようにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、仮に債務者をも被告とする場合には、債務者に対する給付訴訟の併合提起を義務付けるかどうかについても、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 2(2)[45頁], 同(関連論点)1[46頁]】

(補足説明)

#### 1 本文ア（詐害行為取消訴訟の被告）について

(1) 判例法理の下では、詐害行為取消しの効果は債務者には及ばないから、詐害行為取消訴訟において債務者を被告とする必要はないとされている。しかし、この相対的取消しの考え方に対しては、前記(1)の補足説明で述べたとおり、いくつかの理論的又は実務的な問題が指摘されており、その克服方法として、詐害行為取

消しの効果を債務者にも及ぼすことが提案されている。他方、詐害行為取消しの効果を債務者にも及ぼすのであれば、債務者にも当該詐害行為取消訴訟の手續に  
関与する機会を保障する必要がある。そこで、詐害行為取消訴訟においては、受  
益者又は転得者のみならず、債務者をも被告とすることが考えられる。

この考え方に対しては、債務者をも詐害行為取消訴訟の被告とすると、取消債  
権者にとっての手續的負担が増すと批判がされている。しかし、例えば債務者  
が所在不明である場合には公示送達の手続を利用することができることなどを考  
慮すれば、債務者を詐害行為取消訴訟の被告としたからといって、詐害行為取消  
権の行使が困難になるほどの手續的負担が生ずるとは言えない。むしろ、被保全  
債権の存否や債務者の主観的要件の存否などは債務者に関する事柄であるため、  
受益者又は転得者のみを被告としていたのでは債務者による十分な防御を期待す  
ることができず、手續保障に欠ける。債務者をも被告とすれば、これらについて  
も十分な防御を期待することができると考えられる。

本文アの甲案は、以上の理解に基づき、詐害行為取消訴訟においては債務者をも  
被告としなければならないとすることを提案するものである。

- (2) 本文アの甲案に対しては、否認訴訟では破産者（債務者）を被告とする必要は  
ないとされているから、詐害行為取消訴訟においても必ずしも債務者を被告とす  
る必要があるとまでは言えないとの観点から、例えば、債務者に対しては訴訟告  
知をする必要がある旨の規定を設けておけば足りるとの見解が主張されている。  
本文アの乙案は、この見解に基づく提案である。

なお、訴訟告知の書面（訴訟告知書）が被告知者である債務者に送達されるま  
での手順は、おおむね次のとおりである。すなわち、まず、取消債権者が、訴訟  
告知の理由及び訴訟の程度を記載した訴訟告知書の正本1通及び副本2通を、裁  
判所に提出する（民事訴訟法第53条第3項）。そうすると、裁判所（裁判所書記  
官）が、職権で、上記訴訟告知書の副本のうちの1通を、被告知者である債務者  
に送達する（民事訴訟規則第22条第1項、第2項、民事訴訟法第98条）。なお、  
裁判所（裁判所書記官）は、上記訴訟告知書の副本のうちのもう1通を、被告で  
ある受益者又は転得者に送付する（民事訴訟規則第22条第3項）。

## 2 本文イ（被保全債権に係る給付訴訟の併合提起）について

- (1) 詐害行為取消訴訟において債務者の被告適格を認めない判例法理の下でも、債  
務者を被告とする被保全債権に係る給付訴訟を詐害行為取消訴訟に併合すること  
は、原始的併合であるか後発的併合であるかを問わず、認められている（東京地  
判昭和31年6月28日下民集7巻6号1649頁、名古屋地判昭和42年12  
月12日判時511号66頁等参照）。取消債権者としては、被保全債権に係る給  
付訴訟が詐害行為取消訴訟に併合されることによって、一つの判決手續で詐害行  
為取消判決と被保全債権に係る給付判決の双方を取得することができるから、例  
えば詐害行為取消判決（確定判決）により受益者から債務者に不動産の登記名義  
が回復された場合には、被保全債権に係る給付訴訟の確定判決を債務名義として、  
直ちに当該不動産に対する強制執行の申立てをすることができることになる。

以上の理解を前提として、詐害行為取消訴訟において債務者をも被告とする立場を採る場合には（本文(2)アの甲案参照）、債務者を被告とする被保全債権に係る給付訴訟を詐害行為取消訴訟に併合する際の規律についても、併せて検討する必要があると考えられる。具体的には、訴訟経済の観点から、債権者が被保全債権の債務名義を有していない場合には、債務者を被告とする被保全債権に係る給付訴訟の併合提起（原始的併合）を義務付けるべきであるとの見解がある。

本文イの甲案は、この見解に基づく提案である。

(2) しかし、甲案に対しては、被保全債権に係る給付訴訟を併合提起しなければ詐害行為取消訴訟の提起が不適法として却下されるという帰結は、訴訟経済という観点をもって正当化するには余りに強力な効果であるとの批判があり得る。なお、この批判は、後発的併合がされることをもって足り併合提起をすることまでは要しないとする立場に対しても、同様に妥当するものである。

本文イの乙案は、以上の理解に基づき、詐害行為取消訴訟においては被保全債権に係る給付訴訟の併合提起を義務付けないことを提案するものである。

#### ウ 詐害行為取消訴訟の競合

複数の取消債権者が同一の詐害行為に対する詐害行為取消訴訟をそれぞれ提起した場合には、裁判所は、各詐害行為取消訴訟について個別に審理及び判決をすることができる旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○中間的な論点整理第10、1(3)「詐害行為取消訴訟が競合した場合の処理」[27頁(69頁)]

仮に取消しの効力が債務者にも及ぶものとする場合（前記(2)参照）には、同一の詐害行為の取消しを求める複数の詐害行為取消訴訟が提起された際に、どのようにして判決内容の合一性を確保するかや、複数の債権者がそれぞれ自己に対して逸出財産の引渡しを求めたときの規律の在り方等について、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2、2(2)（関連論点）2[47頁]】

（補足説明）

1 判例法理（折衷説）の下では、複数の取消債権者が同一の詐害行為に対する詐害行為取消訴訟をそれぞれ提起した場合であっても、詐害行為取消しの効果（詐害行為取消判決の形成力）は、取消債権者と受益者又は転得者との間で相対的に生じ、債務者には及ばないから、各詐害行為取消訴訟の判決が合一に確定する必要はないと言われている。

これに対し、詐害行為取消しの効果が債務者にも及ぶとする立場（前記1(1)の補足説明4参照）を前提とすれば、複数の取消債権者が同一の詐害行為に対する詐害行為取消訴訟を提起した場合には、各詐害行為取消訴訟の判決が合一に確定する必要が生ずるとも考えられる。そこで、各詐害行為取消訴訟の判決の合一性を確保す

るために、強制併合等の手当てを施す必要があるという考え方がある。

しかし、詐害行為取消訴訟は、債権者代位訴訟のように債務者の権利を訴訟物とする訴訟ではないから、ある取消債権者の提起した詐害行為取消訴訟における判決の既判力が債務者に及ぶことによって、反射的に当該判決の既判力が他の取消債権者にまで及ぶということはない。これに対し、債権者代位訴訟は、債務者の権利を訴訟物とする訴訟であるから、ある代位債権者の提起した債権者代位訴訟における判決の既判力が債務者に及ぶことによって、反射的に当該判決の既判力が他の代位債権者にまで及ぶこととなる（いわゆる反射的効果。反射効とは異なる。前記第1，8の補足説明2(3)ア参照）。つまり、詐害行為取消訴訟の場合には、債権者代位訴訟の場合とは異なり、複数の取消債権者が提起した各詐害行為取消訴訟における判決の既判力が抵触することはない。加えて、各詐害行為取消訴訟における判決の形成力（これは勝訴判決の場合にのみ生ずる。）については、その性質上、抵触という問題は生じないと考えられる。

したがって、上記のように詐害行為取消しの効果（詐害行為取消判決の形成力）が債務者にも及ぶとする立場を採るからといって（更に言えば、詐害行為取消しの効果が他の取消債権者にも及ぶからといって）、複数の取消債権者が同一の詐害行為に対する詐害行為取消訴訟を提起した場合に各詐害行為取消訴訟における判決の合一性を確保する必要はないと考えられる。そうすると、上記見解のように、判決の合一性を確保するために強制併合等の手当てを施す必要もないと考えられる。なお、強制併合等の手当てを施したとしても、取消債権者ごとに訴訟の追行方法が異なる上に、形成原因の一つである被保全債権の存否等の判断が異なり得る以上、合一確定の保証はない。

本文で取り上げた考え方は、複数の取消債権者が同一の詐害行為に対する詐害行為取消訴訟を提起した場合については、各詐害行為取消訴訟の訴訟物が異なることを前提として、裁判所が各詐害行為取消訴訟について個別に審理及び判決をすることができることを確認的に規定すれば十分であるという理解に基づくものである。もっとも、このような考え方に対しては、当然のことを規定したものにすぎず、必要がないという異論もあり得る。どのように考えるか。

なお、複数の取消債権者が同一の詐害行為に対する詐害行為取消訴訟を提起した場合については、上記のとおり各詐害行為取消訴訟の訴訟物が異なることから、重複訴訟の禁止（民事訴訟法第142条）には抵触しない。これも債権者代位訴訟の場合とは異なる点である（前記第1，6(3)の補足説明1(1)，同8の補足説明1参照）。

- 2 ところで、取消債権者が受益者又は転得者に対して詐害行為による逸出財産（金銭その他の動産）を直接自己に引き渡すよう求めることができるとする立場（後記3(1)ア参照）を前提として、複数の取消債権者が同一の詐害行為に対する詐害行為取消訴訟を提起した場合において裁判所が当該逸出財産を各取消債権者に引き渡すよう命ずる判決をそれぞれしたときの規律についても、議論がされている。これについては、被告である受益者又は転得者が一人の取消債権者に対して当該逸出財産

を直接引き渡せば、それによって、当該詐害行為に対する詐害行為取消権の行使による受益者又は転得者の返還又は償還義務は、全ての取消債権者及び債務者との関係で消滅することを条文上明らかにすることが提案されている（後記3(1)の補足説明2参照）。

## 2 詐害行為取消権の基本的要件

### (1) 無資力要件

詐害行為取消権の要件として、詐害行為時において債務者が無資力であったこと（債務者が、その債務につき、その財産をもって完済することができない状態であったこと）を要する旨の規定を設けるものとしてはどうか。また、詐害行為の後に債務者が資力を回復した場合には、詐害行為取消権を行使することができない旨の規定も併せて設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第10, 2(1)イ「無資力要件」[28頁(70頁)]

「債権者を害することを知ってした法律行為」(民法第424条第1項本文)の「債権者を害する」とは、債務者の行為によって債務者の責任財産が減少して不足を来すおそれがあることをいうと解されている（無資力要件）。そこで、この無資力要件を条文上も具体的に明記するかどうかや、明記する場合の具体的な内容について、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 3(1)イ[49頁]】

《参考・現行条文》

(詐害行為取消権)

民法第424条 債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした法律行為の取消しを裁判所に請求することができる。ただし、その行為によって利益を受けた者又は転得者がその行為又は転得の時において債権者を害すべき事実を知らなかったときは、この限りでない。

2 (略)

(法人の破産手続開始の原因)

破産法第16条 債務者が法人である場合に関する前条第一項の規定の適用については、同項中「支払不能」とあるのは、「支払不能又は債務超過（債務者が、その債務につき、その財産をもって完済することができない状態をいう。）」とする。

2 (略)

(補足説明)

- 1 詐害行為取消権の要件について、現行法は、「債権者を害することを知ってした法律行為」(民法第424条第1項本文)という概括的な規定を置くのみであるが、この「債権者を害する」とは、詐害行為により債務者の責任財産が減少して債務の弁

済に不足を来すおそれがあることをいうと解されている。

詐害行為取消権は、債務者の責任財産の保全に必要であり、かつ、債務者の財産管理への不当な干渉とならない範囲で行使されるべきであるところ、それは、本来型の債権者代位権の場合と同様に（前記第1，2(1)ア参照）、債務者が無資力である場合に限られるとされている。一般債権者にとっては、債務者の責任財産は自己の債権の満足を得るための最後のよりどころであるから、債務者が無資力となってその責任財産に不足を来すおそれがある場合には、債権の効力として、債務者の財産管理に干渉することが許されると説明されている。

2 ところで、詐害行為取消権の無資力要件については、まず、詐害行為時における無資力が必要であり、これについては、原告（取消債権者）の側で主張立証をしなければならないとされている。

他方、判例は、債務者が現時点において資力を回復しているときは詐害行為取消権を行使することができないとする（大判大正15年11月13日民集5巻798頁）。また、詐害行為の後に資力を回復して詐害状態を脱したときは詐害行為取消権を行使することができないともいう（大判昭和12年2月18日民集16巻120頁）。後者の判例は、詐害行為時である大正9年12月2日当時における債務者の無資力の事実と、その後の大正10年4月21日当時における債務者の資力回復の事実を摘示した上で、口頭弁論終結時（現時点）における債務者の資力の有無については事実摘示をしないで、詐害行為取消権の行使を否定している。これらの判例によれば、詐害行為取消権における無資力要件は、①詐害行為の時に必要であるだけでなく、②その後、現在（事実審の口頭弁論終結時）まで継続して充たされていることが必要であると考えられる。もっとも、②の要件については、被告（受益者又は転得者）の側で主張立証をしなければならないと解されていることから、結局、被告の側では、詐害行為の後、現在（事実審の口頭弁論終結時）までの一時期に、債務者が無資力ではなかったこと（資力を回復したこと）を主張立証すべきこととなる。

なお、詐害行為取消訴訟における無資力要件については以上のとおりであるが、本来型の債権者代位訴訟における無資力要件については、原告（代位債権者）の側で、債務者が事実審の口頭弁論終結時において無資力であることの主張立証をしなければならないとされている。なぜなら、債権者代位権の要件としての債務者の無資力は、代位権の行使時（より正確に言えば、債権者代位訴訟における「現在」）における債務者の無資力を意味するからである。

3 無資力要件の内容については、債権者代位権における無資力要件と同様に、無資力と債務超過（破産法第16条第1項）という二つの概念の異同が議論されており、学説においては、債務超過は債務額の総計が資産額の総計を超過しているという計数上の概念をいうのに対し、無資力は債務者の信用をも考慮した概念であって単なる計数上の概念ではないから、両概念はその内容を異にするものであるとの見解も主張されている。しかし、この見解に対しては、債務超過の有無を判断する基準としての債務者の資産の評価は、債務者の事業の清算を前提としたものではなく、債

務者の事業の継続を前提としたものというべきであるから、債務超過は債務者の信用をも考慮した概念とみるべきであるとの批判がされている。

そこで、無資力と債務超過との間に概念としての相違はないとみて、無資力要件の内容を、破産法第16条第1項の「債務超過」と同様に、「債務者が、その債務につき、その財産をもって完済することができない状態」であると捉える見解がある。判例も、詐害行為取消権の要件としての無資力については、これを端的に「債務超過の状態」、「債務超過の状況」と捉えている（最判昭和33年9月26日民集12巻13号3022頁，最判平成22年10月19日集民235号93頁参照）。

- 4 本文の考え方は、以上の理解に基づき、詐害行為取消権の要件として、①詐害行為時において債務者が無資力であったこと（債務者が、その債務につき、その財産をもって完済することができない状態であったこと）を要する旨の規定を設けるとともに、②詐害行為後に債務者が資力を回復した場合には、詐害行為取消権を行使することができない旨の規定を併せて設けることを提案するものである。

## (2) 被保全債権に関する要件

詐害行為取消権の被保全債権は、①詐害行為より前に発生した債権であること、②強制執行により実現することのできる債権であることを要する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第10，2(1)ア「被保全債権に関する要件」[27頁(69頁)]

被保全債権に関する要件について、判例と同様に、詐害行為よりも前に発生していることを要するものとするかどうかについて、詐害行為取消しの効果（後記3(2)参照）との関係にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、被保全債権が訴えをもって履行を請求することができず、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は、詐害行為取消権を行使することができないものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2，3(1)ア[48頁]】

(補足説明)

### 1 被保全債権の発生時期

- (1) 現行民法は、被保全債権の要件について特段の規定を設けていないが、判例（最判昭和33年2月21日民集12巻2号341頁）は、「債務者の行為が債権者の債権を害するものとして民法四二四条の適用ありとするには、その行為が取消権を行使する債権者の債権発生の後であることが必要なのである」と判示して、被保全債権が詐害行為より前に発生したものであることを要件としている。もっとも、被保全債権に係る遅延損害金については、詐害行為後に発生したのも含まれるとされている（最判平成8年2月8日集民178号215頁）。

学説においても、一般に、債権者はその債権の発生時における債務者の責任財産を引当てにしているのであって、詐害行為後に発生した債権は詐害行為によっ

て減少した後の財産を引当てにしているにすぎないから、詐害行為によって害される関係にはないとして、判例の立場を支持する見解が通説とされている。

本文の考え方は、以上の理解に基づき、詐害行為取消権の被保全債権は詐害行為より前に発生した債権であることを要するとすることを提案するものである。

(2) このほか、判例は、一般に債権はその主体が変更されても同一性を失わないから、詐害行為取消権の被保全債権が詐害行為時において取消債権者に帰属していたことを要しないとして、詐害行為前に発生した被保全債権を詐害行為後に譲り受けた取消債権者による詐害行為取消権の行使を認めている（大判大正12年7月10日民集2巻537頁）。本文の提案は、実質的にこの判例の趣旨をも含むものである。

なお、判例は、詐害行為取消権については、債権者代位権とは異なり、被保全債権の履行期が未到来の場合における権利行使を制限する旨の規定がないことから（民法第423条第2項参照）、その被保全債権は履行期にある必要はないとしている（大判大正9年12月27日民録26輯2096頁）。

## 2 執行力・強制力

判例（最判平成9年2月25日集民181号509頁）は、詐害行為取消権は債務者の責任財産を確保して将来の強制執行を保全するために債権者に認められた権利であるところ、債務者が破産手続における免責決定を受けてこれが確定したときは、その債権は訴えにより履行を請求してその強制的実現を図ることができなくなったものであるから、詐害行為取消権の被保全債権としての前提を欠くとしている。

ところで、一般に、債権の効力としては、①給付保持力（債務者のした給付を適法に保持する権能）、②請求力（債務を任意に履行するよう請求する権能）のほか、③訴求力（訴えによって債務を履行するよう請求する権能）、④執行力・強制力（強制執行手続により債務の内容を実現させる権能）があると解されているところ（部会資料32第1, 1 [1頁以下], 同2 [2頁以下] 参照）、詐害行為取消権は、上記判例の述べるとおり将来の強制執行を保全するための制度であるから、④の執行力・強制力を有さない債権は、被保全債権としての適格性を欠くと考えられる。すなわち、詐害行為取消権の被保全債権としては、①給付保持力、②請求力のほかに、③訴求力を有するだけでは足りず、④執行力・強制力をも有することが必要であると考えられる。

本文の考え方は、以上の理解に基づき、詐害行為取消権の被保全債権は強制執行により実現することのできる債権であることを要するとすることを提案するものである。

## (3) 詐害行為取消権の対象（詐害行為）に関する要件

### ア 詐害行為の類型化と一般規定の要否

(7) 詐害行為取消権の対象となる行為（詐害行為）に関する要件の定め方については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 詐害行為を類型化し、各類型について個別の規定を設けるも

のとする。

【乙案】 一般的な規定（民法第424条参照）を維持し、個別の規定は設けないものとする。

(イ) 上記(ア)の甲案を採用する場合であっても、個別の規定に先立って、一般的な規定（民法第424条参照）を設けるものとしてはどうか。

また、この一般的な規定については、上記(ア)の甲案・乙案を通じて、民法第424条の「法律行為」という文言を「行為」に改めるほか、所要の見直し（前記(1)(2)、後記(4)参照）をするものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第10、2(2)ア「取消しの対象の類型化と一般的な要件を定める規定の要否」[28頁(71頁)]

詐害行為取消権の要件については、民法第424条第1項本文は、「債権者を害することを知ってした法律行為」という概括的な規定を置くのみであるが、取消しの対象となる行為の類型ごとに判例法理が形成されてきたことや、平成16年の破産法等の改正により倒産法上の否認権の要件が類型ごとに整理されたことなどを踏まえて、取消しの対象となる行為を類型化（後記イからエまで参照）して要件に関する規定を整理すべきであるとの意見がある。そこで、詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理するかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、仮に詐害行為取消権の要件を類型化されたものに改める場合であっても、詐害行為取消しの一般的な要件を定める規定（民法第424条第1項本文に相当するもの）を維持するかどうかについて、更に検討してはどうか。そして、一般的な要件を定める規定を維持する場合には、法律行為以外の行為も一定の範囲で取消しの対象になると解されていることから、「法律行為」という文言を改める方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2、3(2)[50頁]、同(関連論点)1[54頁]、  
同(関連論点)2[54頁]】

《参考・現行条文》

(詐害行為取消権)

民法第424条 債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした法律行為の取消しを裁判所に請求することができる。ただし、その行為によって利益を受けた者又は転得者がその行為又は転得の時に於いて債権者を害すべき事実を知らなかったときは、この限りでない。

2 前項の規定は、財産権を目的としない法律行為については、適用しない。

(破産債権者を害する行為の否認)

破産法第160条 次に掲げる行為（担保の供与又は債務の消滅に関する行為を除く。）は、破産手続開始後、破産財団のために否認することができる。

- 一 破産者が破産債権者を害することを知ってした行為。ただし、これによって利益を受けた者が、その行為の当時、破産債権者を害する事実を知らなかったときは、この限りでない。
- 二 破産者が支払の停止又は破産手続開始の申立て（以下この節において「支払の停止等」という。）があった後にした破産債権者を害する行為。ただし、これによって利益を受けた者が、その行為の当時、支払の停止等があったこと及び破産債権者を害する事実を知らなかったときは、この限りでない。
- 2, 3 (略)

(補足説明)

1 本文(ア)について

(1) 現行民法は、詐害行為取消権の対象となる行為（詐害行為）について、「債権者を害することを知ってした法律行為」（民法第424条第1項本文）という概括的な規定を置くのみであるが、判例は、債務者が債権者を害する行為をしたこと（客観的要件）と債務者の悪意（主観的要件）とに分けた上で、債権者を害する行為の詐害性が強ければ債務者の悪意は単なる認識で足り、債権者を害する行為の詐害性が弱ければ債務者の悪意は害意を必要とするというように、客観的要件と主観的要件とを相関的に考慮して「債権者を害することを知ってした法律行為」に当たるか否かを判断している（相関関係説）と言われている。

これに対し、破産法上の否認権については、平成16年の破産法等の改正によって、いわゆる詐害行為否認と偏頗行為否認とが明確に区別された上で、否認権の対象行為の類型ごとに要件・効果等が整備され、偏頗行為否認の時期的要件として支払不能概念を採用することにより支払不能前の義務的弁済を全て偏頗行為否認の対象から除外するなどの見直しがされた（破産法第160条から第162条まで）。このような見直しは、否認権の対象が不明確かつ広範であると、経済的危機に直面した債務者と取引をする相手方が否認権行使の可能性を意識して萎縮してしまう結果、債務者の資金調達等が阻害され、再建可能性のある債務者が破綻に追い込まれてしまうおそれがあるという点などを考慮したものとされている。

しかし、このような考慮に基づいて否認権の対象を明確化・限定化したとしても、詐害行為取消権の対象（要件）がなお不明確かつ広範であれば、経済的危機に直面した債務者と取引をする相手方としては、詐害行為取消権行使の可能性を意識して萎縮してしまうことになる。取引の時点においては、その取引が否認権の対象となるか詐害行為取消権の対象となるかは分からないからである。そうすると、結局、経済的危機に直面した債務者の資金調達等が阻害され再建可能性のある債務者が破綻に追い込まれてしまうおそれがあるという問題はなお残ることになる。

また、否認権の対象が明確化・限定化されたにもかかわらず詐害行為取消権の対象がなお不明確かつ広範であると、債権者平等が強調されるべき局面で機能する否認権よりも、平時における詐害行為取消権のほうが、その対象範囲が広くな

るといふ問題が生ずるとの指摘もされている。例えば、債務者が支払不能になる前の義務的弁済は、否認権の対象とはならないが、詐害行為取消権の対象とはなり得ることなどである。

そこで、詐害行為取消権についても、上記の破産法等の改正における考慮を踏まえて、その要件を明確化・限定化する必要があると考えられる。

もつとも、この考え方に対しては、否認権と詐害行為取消権とは別個の制度であるから、破産法等の改正における考慮を詐害行為取消権の議論に持ち込む必要はないとの批判がされている。しかし、現実の実務においては、債務者に破産手続開始の原因となる事実（支払不能等）がある場合でも、破産手続開始には至らないことが多いから、経済的危機に直面した債務者と取引をする相手方にとっては、取引の時点においてその取引が否認権の対象となるか詐害行為取消権の対象となるかを予測することは困難である。少なくともこのような局面を見る限り、否認権と詐害行為取消権とが別個の制度であることを根拠とする議論は説得力を持たないとも考えられる。

本文(ア)の甲案は、以上の理解に基づき、破産法等の規定を参考としながら、詐害行為取消権の対象となる行為（詐害行為）を類型化し、破産法等との不整合を是正するために各類型について個別の規定を設けることを提案するものである。

(2) しかし、甲案に対しては、上記のとおり、否認権と詐害行為取消権とは別個の制度であるから破産法等の改正における考慮を詐害行為取消権の議論に持ち込む必要はないとの批判がされている。

本文(ア)の乙案は、この批判を踏まえ、一般的な規定（民法第424条）のみを設ける現行法を維持することを提案するものである。

## 2 本文(イ)について

仮に本文(ア)の甲案を採用する場合には、詐害行為の類型化を図ることになるが、必ずしも全ての類型を網羅することはできないことから、詐害行為の一般規定（民法第424条に相当する規定）を設けることが考えられる。本文(イ)の第1パラグラフは、このことを提案するものである。

その場合、民法第424条第1項本文は、債務者が債権者を害することを知ってした「法律行為」を詐害行為取消権の対象とする旨規定しているが、これについては、一般に、厳密な意味での法律行為に限らず、弁済や、時効中断事由としての債務の承認（同法第147条第3号）、法定追認の効果を生ずる行為（同法第125条）なども詐害行為取消権の対象になるとされている。また、否認権の規定は、その対象となるべき行為を「行為」としている。そこで、詐害行為取消権についても、その対象となるべき行為を「法律行為」から「行為」に改めることが考えられる。

本文(イ)の第2パラグラフの考え方は、以上の理解に基づき、詐害行為の要件に関する一般的规定については、前記(1)(2)の見直しや、転得者に対する詐害行為取消権についての後記(4)の見直しのほか、民法第424条の「法律行為」という文言を「行為」に改めることを提案するものである。

## 3 個別の規定の検討

以下では、本文(ア)の甲案を採ることを仮の前提として、後記イからカまでにおいて、各類型の個別規定に関する検討を行うこととする。

## イ 相当の対価を得てする行為

### (ア) 相当価格処分行為

無資力の債務者が相当の対価を得てした財産の処分行為は、①当該行為がその財産の種類の変更により債務者において隠匿等の処分をするおそれを現に生じさせるものであり、②債務者が当該行為の当時その対価について隠匿等の処分をする意思を有しており、③受益者が当該行為の当時債務者が隠匿等の処分をする意思を有していることを知っていた場合に限り、債権者がこれを取り消すことができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

### (イ) 同時交換的行為

無資力の債務者が新たな借入れをするのと同時に又はそれに先立って当該借入先に担保を供与する行為は、①当該行為がそれにより債務者において隠匿等の処分をするおそれを現に生じさせるものであり、②債務者が当該行為の当時その借入金について隠匿等の処分をする意思を有しており、③受益者が当該行為の当時債務者が隠匿等の処分をする意思を有していることを知っていた場合に限り、債権者がこれを取り消すことができる旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

### (ウ) 受益者の悪意を推定する規定

上記(ア)の相当価格処分行為、同(イ)の同時交換的行為のいずれについても、受益者が、債務者の親族、同居者、法人である債務者の理事、取締役等の機関、親会社であるなど、債務者の内部者であると認められる場合には、受益者は当該行為の当時債務者が隠匿等の処分をする意思を有していることを知っていたものと推定する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第10, 2(2)イ(ア)「相当価格処分行為」[28頁(72頁)]

判例は、不動産等の財産を相当価格で処分する行為(相当価格処分行為)について、債権者に対する共同担保としての価値の高い不動産を消費、隠匿しやすい金銭に換えることは、債権者に対する共同担保を実質的に減少させることになるとして、詐害行為に該当し得るとしている。これに対し、破産法は、相当の対価を得てした財産の処分行為の否認について、破産者が隠匿等の処分をする具体的なおそれ、破産者の隠匿等の処分をする意思、受益者の認識をその要件とするなどの規定を置き(同法第161条第1項)、否認の要件を明確にするとともに、その成立範囲を限定している。

仮に詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理する場合（前記ア参照）には、相当価格処分行為の取消しの要件として、相当価格処分行為の否認と同様の要件を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 3(2)ウ [59頁]】

○中間的な論点整理第10, 2(2)イ(イ)「同時交換的行為」[29頁(73頁)]

判例は、担保を供与して新たに借入れをする場合等のいわゆる同時交換的行為について、借入れの目的・動機及び担保目的物の価格に照らして妥当なものであれば詐害行為には当たらないとしている。これに対し、破産法は、同時交換的行為を偏頗行為否認の対象から除外している（同法第162条第1項柱書の括弧書部分）が、担保権の設定が融資に係る契約と同時に、又はこれに先行してされている場合には、経済的には、担保権の目的物を売却して資金調達をした場合と同様の実態を有すると考えられることから、相当価格処分行為の否認（同法第161条参照）と同様の要件の下で否認することができるかと解されている。

仮に詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理する場合（前記ア参照）には、同時交換的行為の取消しの要件として、相当価格処分行為の否認と同様の要件を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 3(2)エ [60頁]】

《参考・現行条文》

（相当の対価を得てした財産の処分行為の否認）

破産法第161条 破産者が、その有する財産を処分する行為をした場合において、その行為の相手方から相当の対価を取得しているときは、その行為は、次に掲げる要件のいずれにも該当する場合に限り、破産手続開始後、破産財団のために否認することができる。

一 当該行為が、不動産の金銭への換価その他の当該処分による財産の種類の変更により、破産者において隠匿、無償の供与その他の破産債権者を害する処分（以下この条並びに第百六十八条第二項及び第三項において「隠匿等の処分」という。）をするおそれを現に生じさせるものであること。

二 破産者が、当該行為の当時、対価として取得した金銭その他の財産について、隠匿等の処分をする意思を有していたこと。

三 相手方が、当該行為の当時、破産者が前号の隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたこと。

2 前項の規定の適用については、当該行為の相手方が次に掲げる者のいずれかであるときは、その相手方は、当該行為の当時、破産者が同項第二号の隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたものと推定する。

一 破産者が法人である場合のその理事、取締役、執行役、監事、監査役、清算

- 人又はこれらに準ずる者
- 二 破産者が法人である場合にその破産者について次のイからハまでに掲げる者のいずれかに該当する者
  - イ 破産者である株式会社の総株主の議決権の過半数を有する者
  - ロ 破産者である株式会社の総株主の議決権の過半数を子株式会社又は親法人及び子株式会社が有する場合における当該親法人
  - ハ 株式会社以外の法人が破産者である場合におけるイ又はロに掲げる者に準ずる者
- 三 破産者の親族又は同居者

(補足説明)

1 本文(ア)(相当価格処分行為)について

不動産等の財産を相当の価格で処分する行為(相当価格処分行為)について、判例は、不動産等を消費又は隠匿しやすい金銭に換えることは、原則として詐害行為に当たるが(大判明治39年2月5日民録12輯133頁)、売却の目的・動機が正当なものであるときは、例外的に詐害行為には当たらない(大判明治44年10月3日民録17輯538頁、最判昭和41年5月27日民集20巻5号1004頁、最判昭和42年11月9日民集21巻9号2323頁)との立場を採用しているとされている。この判例法理の下では、相当価格処分行為の受益者(被告)の側が、当該処分行為の目的・動機が正当なものであったこと(例えば、債務者が当該処分行為により取得した対価を自己の有用の資に充てる目的を有していたことなど)を主張立証した場合に限り、当該処分行為は詐害行為取消権の対象から除外されることになると考えられる。

これに対し、破産法は、相当価格処分行為の否認について、否認権を行使しようとする破産管財人の側が、①当該行為がその財産の種類の変更により破産者において隠匿等の処分をするおそれを現に生じさせるものであり、②破産者が当該行為の当時その対価について隠匿等の処分をする意思を有しており、③受益者が当該行為の当時破産者が隠匿等の処分をする意思を有していることを知っていたことをいずれも主張立証した場合に限り、当該処分行為は否認権の対象となる旨の規定を置いて(同法第161条第1項)、否認権の対象を明確化・限定化している。

これは、相当価格処分行為に対する否認権の対象範囲が不明確かつ広範であると、経済的危機に直面した債務者と取引をする相手方が否認権行使の可能性を意識して萎縮してしまう結果、債務者が自己の財産を換価して経済的再生を図ることが阻害され、再建可能性のある債務者が破綻に追い込まれてしまうおそれがあるという点などを考慮したものとされている。

しかし、そのような考慮に基づいて相当価格処分行為に対する否認権の対象範囲を明確化・限定化したとしても、詐害行為取消権の対象範囲がなお不明確かつ広範であれば、経済的危機に直面した債務者と取引をする相手方は、詐害行為取消権行使の可能性を意識して萎縮してしまうから、結局、債務者が自己の財産を換価して

経済的再生を図ることが阻害されるという問題はなお残ることになる。また、債権者平等が強調されるべき局面で機能する否認権よりも、平時における詐害行為取消権のほうが、その対象範囲が広がるという問題も指摘されている。その一例として、詐害行為取消訴訟の被告である受益者（及び債務者）の側が、債務者が相当価格処分行為により取得した対価を自己の有用の資に充てる目的を有していたことの立証に失敗したため、当該相当価格処分行為に対する詐害行為取消権の行使が認められる場合などが挙げられる。

本文(ア)の考え方は、以上の理解に基づき、無資力の債務者がした相当価格処分行為に対する詐害行為取消権の要件について、破産法第161条第1項と同様の規定を設けることを提案するものである。

## 2 本文(イ)（同時交換的行為）について

融資に係る契約と同時に又はこれに先立って担保を供与する行為（同時交換的行為）について、判例（前掲最判昭和42年11月9日）は、「債権者の一般担保を減少せしめる行為であるけれども、…他に資力のない債務者が、生計費及び子女の教育費にあてるため、その所有の家財衣料等を…新たに借金のためこれを担保に供する等生活を営むためになした財産処分行為は、たとい共同担保が減少したとしても、その…供与した担保物の価格が借入額を超過したり、または担保供与による借財が生活を営む以外の不必要な目的のためにする等特別の事情のない限り、詐害行為は成立しないと解するのが相当である」と判示している。これは、当該借入れの目的・動機、当該借入れの額と担保目的物の額との差などに照らして当該同時交換的行為が正当なものであると認められる場合には、詐害行為に当たらないとしたものと解される。この判例法理の下では、同時交換的行為による担保供与を受けた貸主すなわち受益者（被告）の側が、当該同時交換的行為が正当なものであること（例えば、当該同時交換的行為における借入れは債務者の生計費や子女の教育費等の債務者の有用の資に充てる目的で行われたものであることなど）を主張立証した場合に限り、当該同時交換的行為は詐害行為取消権の対象から除外されることになると考えられる。

これに対し、破産法は、同時交換的行為に対する否認について、明文の規定を置いていないものの、一般に、同時交換的行為は経済的にみれば担保目的物を売却して資金調達をしたのと同様の実態を有すると考えられることから、相当価格処分行為と同様の要件の下で否認権を行使することができるかと解されている。すなわち、否認権を行使しようとする破産管財人の側が、①当該行為がそれにより破産者において隠匿等の処分をするおそれを現に生じさせるものであり、②破産者が当該行為の当時その借入金について隠匿等の処分をする意思を有しており、③受益者が当該行為の当時破産者が隠匿等の処分をする意思を有していることを知っていたことをいずれも主張立証した場合に限り、当該同時交換的行為は否認権の対象になると解されている。

これは、同時交換的行為に対する否認権の対象範囲が不明確かつ広範であると、経済的危機に直面した債務者から担保の供与を受けて救済融資をしようとする者が、

否認権行使の可能性を意識して萎縮してしまう結果、債務者が自己の財産を担保に供して救済融資を受けることにより経済的再生を図ることが阻害され、再建可能性のある債務者が破綻に追い込まれてしまうおそれがあるという点などを考慮したものとされている。

しかし、そのような考慮に基づいて同時交換的行為に対する否認権の対象範囲を明確化・限定化したとしても、詐害行為取消権の対象範囲がなお不明確かつ広範であれば、経済的危機に直面した債務者から担保の供与を受けて救済融資をしようとする者は、詐害行為取消権行使の可能性を意識して萎縮してしまうから、結局、債務者が自己の財産を担保に供して救済融資を受けることにより経済的再生を図ることが阻害されるという問題はなお残ることになる。また、債権者平等が強調されるべき局面で機能する否認権よりも、平時における詐害行為取消権のほうが、その対象範囲が広くなるという問題も指摘されている。その一例として、詐害行為取消訴訟の被告である受益者（及び債務者）の側が、当該同時交換的行為における借入れが債務者の子女の教育費に充てる目的で行われたものであることの立証に失敗したため、当該同時交換的行為に対する詐害行為取消権の行使が認められる場合などが挙げられる。

本文(イ)は、以上の理解に基づき、無資力の債務者がした同時交換的行為に対する詐害行為取消権の要件についても、破産法第161条第1項と同様の規定を設けるという考え方を取り上げたものである。

### 3 本文(ウ)（受益者の悪意を推定する規定）について

破産法第161条第1項は、相当価格処分行為に対する否認権の要件である受益者の悪意については、否認権を行使しようとする破産管財人の側が主張立証責任を負担する旨規定している。もっとも、同条第2項は、受益者が破産者の親族、同居者、法人の機関（理事、監事、取締役、監査役など）、親会社である場合など破産者の内部者であると認められる場合には、受益者は当該行為の当時破産者が隠匿等の処分をする意思を有していることを知っていたものと推定することとし、その主張立証責任を転換している。

これは、経験則上、破産者がその対価について隠匿等の処分をする意思で自己の財産を内部者に処分したという場合には、その内部者は破産者の当該意思を知りつつこれに加担した蓋然性が比較的高いと考えられることや、危機時期においては破産者とその内部者とが通謀の上で財産の隠匿等の行為をするおそれがあり、このような行為については否認権の行使を容易にしておく必要があることなどを考慮したものとされている。このような考慮は、相当価格処分行為及び同時交換的行為に対する詐害行為取消権について破産法第161条第1項と同様の規定を設ける場合にも、同様に妥当するものと考えられる。

本文(ウ)の考え方は、以上の理解に基づき、相当価格処分行為及び同時交換的行為に対する詐害行為取消権の要件としての受益者の悪意について、破産法第161条第2項と同様の規定を設けることを提案するものである。

## ウ 無償行為

### (7) 債務者及び受益者の悪意を不要とする規定

無償行為及びこれと同視すべき有償行為に対する詐害行為取消権の要件については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 無資力の債務者がした無償行為及びこれと同視すべき有償行為は、債務者に支払の停止があった後又はその前6か月以内にされたものである場合には、債務者及び受益者の主観を問わず、債権者がこれを取り消すことができる旨の規定を設けるものとする。

【乙案】 無資力の債務者がした無償行為及びこれと同視すべき有償行為は、債務者及び受益者の主観を問わず、債権者がこれを取り消すことができる旨の規定を設けるものとする。

### (4) 受益者が善意である場合の償還範囲

上記(7)の規定によって無償行為又はこれと同視すべき有償行為が取り消された場合において、受益者が当該行為の当時債権者を害すべき事実を知らなかったときは、受益者は現に受けている利益のみを償還すれば足りる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第10, 2(2)イ(ウ)「無償行為」[29頁(74頁)]

財産を無償で譲渡したり、無償と同視できるほどの低廉な価格で売却したり、債務を免除したり、債務負担行為を対価なく行ったりする行為(無償行為)については、債務者が「債権者を害することを知って」おり(民法第424条第1項本文)、かつ、受益者が「債権者を害すべき事実」を知っている(同項ただし書)場合には、詐害行為に該当すると解されている。これに対し、破産法は、破産者が支払の停止又は破産手続開始の申立てがあった後又はその前6か月以内にした無償行為及びこれと同視すべき有償行為については、破産者・受益者の主観を問わず、否認(無償否認)の対象となると規定している(同法第160条第3項)。

仮に詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理する場合(前記ア参照)には、無償行為の取消しの要件として、無償否認の要件と同様の要件を設けるかどうかについて、無償否認の要件とは異なり受益者の主観的要件のみを不要とすべきであるとする考え方が示されていることや、時期的な限定を民法に取り込むことの是非が論じられていることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、無償行為の取消しについて受益者の主観を問わない要件を設ける場合には、取消しの効果についても、無償否認の効果(同法第167条第2項)と同様の特則を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 3(2)オ[61頁], 同(関連論点)[62頁]】

・《参考・現行条文》

(破産債権者を害する行為の否認)  
破産法第160条 (略)  
2 (略)  
3 破産者が支払の停止等があった後又はその前六月以内にした無償行為及びこれと同視すべき有償行為は、破産手続開始後、破産財団のために否認することができる。  
(否認権行使の効果)  
破産法第167条 (略)  
2 第一百六十条第三項に規定する行為が否認された場合において、相手方は、当該行為の当時、支払の停止等があったこと及び破産債権者を害する事実を知らなかったときは、その現に受けている利益を償還すれば足りる。

(補足説明)

1 本文(ア)(債務者及び受益者の悪意を不要とする規定)について

(1) 無償行為及びこれと同視すべき有償行為(以下、この補足説明において「無償行為等」ともいう。)について、民法第424条第1項は、債務者が「債権者を害することを知って」おり(ただし、単なる認識で足りるとされている。)、かつ、受益者が「債権者を害すべき事実」を知っていた場合でなければ、詐害行為には当たらないと規定している。

これに対し、破産法第160条第3項は、「支払の停止等があった後又はその前六月以内」にした無償行為等は、破産者及び受益者の主観を問わず、否認権の対象になると規定している。

これは、危機時期において無償でその財産を減少させる行為は極めて有害性が強いことや、受益者も無償で利益を得ている以上緩やかな要件の下で否認を認めても公平に反しないことなどを考慮したものとされている。このような考慮は、無資力の債務者がした無償行為等に対する詐害行為取消権の場合にも同様に妥当するものと考えられる。

なお、この無償行為等については、債権者平等が強調されるべき局面で機能する否認権よりも平時における詐害行為取消権のほうがその対象範囲が広くなるという問題はない。なぜなら、否認権の場合には、破産者に支払の停止等があった後又はその前6か月以内にされた無償行為等については破産者及び受益者の主観を問わないとされ、また、破産者に支払の停止等がある前6か月よりも更に前にされた無償行為等については破産者及び受益者の主観を問うとされているのに対し、詐害行為取消権の場合には、債務者に支払の停止があった後でも前でも常に債務者及び受益者の主観を問うとされているからである。ただし、本文(ア)の乙案を採ればこの問題が生ずることとなる(補足説明(2)参照)。

本文(ア)の甲案は、以上の理解に基づき、無資力の債務者がした無償行為等に対する詐害行為取消権の要件について、破産法第160条第3項と同様の規定、すなわち、当該無償行為等が債務者に支払の停止があった後又はその前6か月以内

にされたものである場合には、債務者及び受益者の主観を問わず、債権者がこれを取り消すことができる旨の規定を設けることを提案するものである。なお、当該無償行為等が債務者に支払の停止がある前6か月よりも更に前にされたものである場合でも、債務者及び受益者の主観的要件が充足されれば、前記(3)ア(イ)の一般規定によって取り消すことができる。

(2) しかし、この甲案に対しては、詐害行為取消権の対象となる無償行為等は、常に無資力の債務者がしたものであることを前提とするから、債務者に支払の停止があった後又はその前6か月以内という時期的要件を設ける必要はないとの批判があり得る。つまり、危機時期における無償行為等は極めて有害性が強いが、無資力（債務超過）の状態における無償行為等も極めて有害性が強いはずであるとの批判である。

もっとも、この批判を踏まえ、無資力の債務者がした無償行為等に対する詐害行為取消権については、常に債務者及び受益者の主観的要件を問わないとすると、債権者平等が強調されるべき局面で機能する否認権よりも、平時における詐害行為取消権のほうが、その対象範囲が広がるという問題が新たに生ずることとなる。つまり、債務者に支払の停止がある前6か月よりも更に前に、無資力の債務者が無償行為をした場合において、債務者又は受益者が当該行為の当時債権者を害する事実を知らなかったときは、当該無償行為等は詐害行為取消権の対象とはなるが、否認権の対象とはならないこととなる。

しかし、この現象自体は、前記イ(ア)の相当価格処分行為の場合とは異なり、否認の対象を明確化・限定化した破産法等の改正の趣旨を没却するという問題を生ずるものではない。むしろ、無資力の債務者による無償行為等の相手方（受益者）が詐害行為取消権の行使をおそれて萎縮したとしても何ら問題はないとも考えられる。

本文(ア)の乙案は、以上の理解に基づき、無資力の債務者がした無償行為等に対する詐害行為取消権については、時期的な要件を設けず、債務者及び受益者の主観を問わない旨の規定を設けることを提案するものである。

(3) なお、本文(ア)の甲案に対する批判として、支払停止の概念を民法に取り入れるのは相当でないとの指摘もされているが、この指摘の妥当性には異論もあり得るところである（後記オの補足説明1(3)参照）。

## 2 本文(イ)（受益者が善意である場合の償還範囲）について

破産法第167条第2項は、無償行為等に対する否認権の行使に関して、受益者が当該行為の当時破産者に支払の停止等があったこと及び破産債権者を害する事実を知らなかったときは、当該無償行為等に対する否認権行使による償還の範囲は、受益者が現に受けている利益の範囲に縮減されると規定している。

これは、無償行為等に対する否認権の要件として受益者の主観を問わないこととする一方で、効果の面で善意の受益者を保護しようとしたものであるとされている。このような考慮は、無償行為等に対する詐害行為取消権の要件として受益者の主観を問わないこととした場合にも、同様に妥当するものと考えられる。

本文(イ)の考え方は、以上の理解に基づき、本文(ア)の規定によって無償行為等が取り消された場合において、受益者が当該行為の当時債権者を害すべき事実を知らなかったとき（本文(ア)の甲案を採る場合には、正確には、「受益者が当該行為の当時債務者に支払の停止があったこと及び債権者を害すべき事実を知らなかったとき」）は、受益者は現に受けている利益のみを償還すれば足りる旨の規定を設けることを提案するものである。

## エ 過大な代物弁済

無資力の債務者がした代物弁済の給付の価額が当該代物弁済によって消滅した債務の額より過大である場合において、債務者が当該代物弁済の当時他の債権者を害することを知っていたときは、受益者が当該代物弁済の当時他の債権者を害すべき事実を知らなかったときを除き、当該代物弁済によって消滅した債務の額に相当する部分以外の部分に限り、他の債権者がこれを取り消すことができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

《参考・現行条文》

（破産債権者を害する行為の否認）

破産法第160条（略）

2 破産者がした債務の消滅に関する行為であって、債権者の受けた給付の価額が当該行為によって消滅した債務の額より過大であるものは、前項各号に掲げる要件のいずれかに該当するときは、破産手続開始後、その消滅した債務の額に相当する部分以外の部分に限り、破産財団のために否認することができる。

3（略）

（特定の債権者に対する担保の供与等の否認）

破産法第162条 次に掲げる行為（既存の債務についてされた担保の供与又は債務の消滅に関する行為に限る。）は、破産手続開始後、破産財団のために否認することができる。

一 破産者が支払不能になった後又は破産手続開始の申立てがあった後にした行為。ただし、債権者が、その行為の当時、次のイ又はロに掲げる区分に応じ、それぞれ当該イ又はロに定める事実を知っていた場合に限る。

イ 当該行為が支払不能になった後にされたものである場合 支払不能であったこと又は支払の停止があったこと。

ロ 当該行為が破産手続開始の申立てがあった後にされたものである場合 破産手続開始の申立てがあったこと。

二（略）

2 前項第一号の規定の適用については、次に掲げる場合には、債権者は、同号に掲げる行為の当時、同号イ又はロに掲げる場合の区分に応じ、それぞれ当該イ又はロに定める事実（同号イに掲げる場合にあっては、支払不能であったこと及び

- 支払の停止があったこと)を知っていたものと推定する。
- 一 (略)
- 二 前項第一号に掲げる行為が破産者の義務に属せず、又はその方法若しくは時期が破産者の義務に属しないものである場合
- 3 (略)

(補足説明)

過大な代物弁済は、その過大な部分については財産減少行為の性質を有し、過大な部分以外の部分については偏頗行為の性質を有する。そのため、過大な代物弁済のうち財産減少行為の性質を有する過大な部分については、後記オ(ア)(偏頗行為一債務消滅行為)とは異なる要件を設けることが考えられる。

破産法においても、過大な代物弁済等のうち過大な部分については、同法第160条第2項により、詐害行為(同条第1項)としての否認権行使が認められ、他方、過大な部分以外の部分については、同法第162条第1項第1号、同条第2項第2号により、偏頗行為(その方法が破産者の義務に属しない債務消滅行為)としての否認権行使が認められている(その場合には過大な部分も偏頗行為否認の対象となる。)。なお、代物弁済は、同条第1項第2号の「破産者の義務に属しない行為」には当たらない。

本文の考え方は、以上の理解に基づき、過大な代物弁済について、破産法第160条第2項と同様の規定、すなわち、無資力の債務者がした代物弁済の給付の価額が当該代物弁済によって消滅した債務の額より過大である場合において、債務者が当該代物弁済の当時他の債権者を害することを知っていたときは、受益者が当該代物弁済の当時他の債権者を害すべき事実を知らなかったときを除き、当該代物弁済によって消滅した債務の額に相当する部分以外の部分に限り、他の債権者がこれを取り消すことができる旨の規定を設けることを提案するものである。

なお、当該代物弁済によって消滅した債務の額に相当する部分については、後記オ(ア)の規定(偏頗行為一債務消滅行為)の要件を充足する限りにおいて、当該規定により取り消すことができる(その場合には消滅した債務の額に相当する部分以外の部分も当該規定による詐害行為取消しの対象となる。)

## オ 偏頗行為

### (ア) 債務消滅行為

債務消滅行為に対する詐害行為取消権の要件については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 無資力の債務者がした債務消滅行為については、債務者が特定の債権者と通謀し[他の債権者を害する意思をもって]その債権者にだけ優先的に満足を得させる意図で行ったものである場合には、他の債権者がこれを取り消すことができる旨の規定を設けるものと

する。

【乙案】 次の①及び②のとおりの規定を設けるものとする。

- ① 無資力の債務者がした債務消滅行為については、当該行為の当時債務者が支払不能（支払停止の事実により推定される。）である場合において、受益者が当該行為の当時債務者が無資力であることを知り、かつ、債務者の支払不能又は支払停止の事実を知っていたときは、他の債権者がこれを取り消すことができる旨の規定
- ② 無資力の債務者がした債務消滅行為のうち債務者の義務に属せず、又はその時期が債務者の義務に属しない行為については、債務者が支払不能（支払停止の事実により推定される。）になる前30日以内にしたものである場合には、受益者が当該行為の当時他の債権者を害すべき事実を知らなかったときを除き、他の債権者がこれを取り消すことができる旨の規定

(イ) 既存債務についての担保供与行為

既存債務についての担保供与行為に対する詐害行為取消権の要件については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 無資力の債務者がした既存債務についての担保供与行為については、当該担保供与が合理的な限度内のものである場合を除き、債権者がこれを取り消すことができる旨の規定を設けるものとする。

【乙案】 無資力の債務者がした既存債務についての担保供与行為については、債務者が特定の債権者と通謀し〔他の債権者を害する意思をもって〕その債権者にだけ優先的に満足を得させる意図で行ったものである場合には、他の債権者がこれを取り消すことができる旨の規定を設けるものとする。

【丙案】 次の①及び②のとおりの規定を設けるものとする。

- ① 無資力の債務者がした既存債務についての担保供与行為については、当該行為の当時債務者が支払不能（支払停止の事実により推定される。）である場合において、受益者が当該行為の当時債務者が無資力であることを知り、かつ、債務者の支払不能又は支払停止の事実を知っていたときは、他の債権者がこれを取り消すことができる旨の規定
- ② 無資力の債務者がした既存債務についての担保供与行為のうち債務者の義務に属せず、又はその時期が債務者の義務に属しない行為については、債務者が支払不能（支払停止の事実により推定される。）になる前30日以内にしたものである場合には、受益者が当該行為の当時他の債権者を害すべき事実を知らなかったときを除き、他の債権者がこれを取り消すことができる旨の規定

(ウ) 受益者の悪意を推定する規定

上記(ア)の乙案、同(イ)の丙案を採用する場合には、各①の受益者の主

観的要件について、(a)受益者が、債務者の親族、同居者、法人である債務者の理事、取締役等の機関、親会社であるなど、債務者の内部者であると認められるときや、(b)当該債務消滅行為又は既存債務についての担保供与行為が、債務者の義務に属せず、又はその方法若しくは時期が債務者の義務に属しない行為であるときは、受益者は当該行為の当時債務者が無資力であることを知り、かつ、債務者の支払不能及び支払停止の事実を知っていたものと推定する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第10, 2(2)ウ(ア)「債務消滅行為」[30頁(75頁)]

判例は、債務消滅行為のうち一部の債権者への弁済について、特定の債権者と通謀し、他の債権者を害する意思をもって弁済したような場合には詐害行為となるとし、また、一部の債権者への代物弁済についても、目的物の価格にかかわらず、債務者に、他の債権者を害することを知りながら特定の債権者と通謀し、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させるような詐害の意思があれば、詐害行為としている。これに対し、平成16年の破産法等の改正により、いわゆる偏頗行為否認の時期的要件として支払不能概念が採用されたこと等に伴い、支払不能等になる以前に行われた一部の債権者への弁済は、倒産法上の否認の対象から除外されることになった。このため、債務消滅行為に関しては、平時における詐害行為取消権の方が否認権よりも取消しの対象行為の範囲が広い場面があるといった現象（逆転現象）が生じている。

こうした逆転現象が生じていることへの対応策として、①債権者平等は倒産手続において実現することとして、債務消滅行為については詐害行為取消しの対象から除外すべきであるとの考え方や、②倒産手続に至らない平時においても一定の要件の下で債権者平等は実現されるべきであるとして、特定の債権者と通謀し、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った非義務的な債務消滅行為に限り、詐害行為取消しの対象とすべきであるとの考え方、③偏頗行為否認の要件（破産法第162条）と同様の要件を設けるべきであるとの考え方が示されているほか、④判例法理を明文化すべきであるとの考え方も示されている。

仮に詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理する場合（前記ア参照）には、債務消滅行為の取消しの具体的な要件について、以上の考え方などを対象として、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 3(2)ア[55頁], 同(関連論点)[57頁]】

○中間的な論点整理第10, 2(2)ウ(イ)「既存債務に対する担保供与行為」[30頁(76頁)]

判例は、一部の債権者に対する既存債務についての担保の供与は、その債権者に優先弁済を得させ、他の債権者を害することになるので、詐害行為に該当し得るとしている。これに対し、平成16年の破産法等の改正により、いわゆる偏頗行為否認の時期的要件として支払不能概念が採用されたこと等に伴い、支払不能等になる

以前に行われた一部の債権者に対する既存債務についての担保の供与は、倒産法上の否認の対象から除外されることになった。このため、既存債務に対する担保供与行為に関しては、平時における詐害行為取消権の方が否認権よりも取消しの対象行為の範囲が広い場面があるといった現象（逆転現象）が生じている。

こうした逆転現象が生じていることへの対応策として、①債権者平等は倒産手続において実現することとして、既存債務に対する担保供与行為については詐害行為取消しの対象から除外すべきであるとの考え方や、②倒産手続に至らない平時においても一定の要件の下で債権者平等は実現されるべきであるとして、特定の債権者と通謀し、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った非義務的な既存債務に対する担保供与行為に限り、詐害行為取消しの対象とすべきであるとの案、③偏頗行為否認の要件（破産法第162条）と同様の要件を設けるべきであるとの考え方が示されているほか、④判例法理を明文化すべきであるとの考え方も示されている。

仮に詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理する場合（前記ア参照）には、既存債務に対する担保供与行為の取消しの具体的な要件について、以上の考え方などを対象として、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 3(2)イ [57頁]】

《参考・現行条文》

（特定の債権者に対する担保の供与等の否認）

破産法第162条 次に掲げる行為（既存の債務についてされた担保の供与又は債務の消滅に関する行為に限る。）は、破産手続開始後、破産財団のために否認することができる。

一 破産者が支払不能になった後又は破産手続開始の申立てがあった後にした行為。ただし、債権者が、その行為の当時、次のイ又はロに掲げる区分に応じ、それぞれ当該イ又はロに定める事実を知っていた場合に限る。

イ 当該行為が支払不能になった後にされたものである場合 支払不能であったこと又は支払の停止があったこと。

ロ 当該行為が破産手続開始の申立てがあった後にされたものである場合 破産手続開始の申立てがあったこと。

二 破産者の義務に属せず、又はその時期が破産者の義務に属しない行為であつて、支払不能になる前三十日以内にされたもの。ただし、債権者がその行為の当時他の破産債権者を害する事実を知らなかったときは、この限りでない。

2 前項第一号の規定の適用については、次に掲げる場合には、債権者は、同号に掲げる行為の当時、同号イ又はロに掲げる場合の区分に応じ、それぞれ当該イ又はロに定める事実（同号イに掲げる場合にあっては、支払不能であったこと及び支払の停止があったこと）を知っていたものと推定する。

一 債権者が前条第二項各号に掲げる者のいずれかである場合

- 二 前項第一号に掲げる行為が破産者の義務に属せず、又はその方法若しくは時期が破産者の義務に属しないものである場合
- 3 第一項各号の規定の適用については、支払の停止（破産手続開始の申立て前一年以内のものに限る。）があった後は、支払不能であったものと推定する。

（補足説明）

1 本文(ア)（債務消滅行為）について

- (1) 債務消滅行為のうち一部の債権者への弁済について、判例（最判昭和33年9月26日民集12巻13号3022頁）は、「債権者平等分配の原則は、破産宣告をまつて始めて生ずるものであるから、債務超過の状況にあつて一債権者に弁済することが他の債権者の共同担保を減少する場合においても、右弁済は、原則として詐害行為とならず、唯、債務者が一債権者と通謀し、他の債権者を害する意思をもって弁済したような場合にのみ詐害行為となるにすぎない」と判示している。また、一部の債権者への代物弁済についても、判例（大判大正8年7月11日民録25輯1305頁、最判昭和48年11月30日民集27巻10号1491頁）は、債務者において、他の債権者を害することを知りながら特定の債権者と通謀し、その債権者にだけ優先的に債権の満足を得させるような詐害の意思があれば、当該代物弁済は詐害行為取消権の対象になるとしている。

以上の判例法理の下では、無資力の債務者がした債務消滅行為については、取消債権者（原告）の側が、債務者が特定の債権者と通謀してその債権者にだけ優先的に債権の満足を得させる意図で行ったものであることを主張立証した場合に限り、詐害行為に当たることになると考えられる。

本文(ア)の甲案は、この判例法理に基づく提案である。

ただし、判例法理の実際の運用の場面では、上記の「特定の債権者との通謀」や「特定の債権者にだけ優先的に債権の満足を得させる意図」という規範を字義どおりに適用する以上に厳格な運用がされており、債務消滅行為に対する詐害行為取消権の行使は限定的な場面でのみ認められていると言われている。そこで、上記判例法理に基づく本文(ア)の甲案を採用する場合には、そのような厳格な運用を文言上も示しておくことが考えられる。本文(ア)の甲案のブラケット内に示した「他の債権者を害する意思をもって」という文言は、上記最判昭和33年9月26日の説示で述べられているものであり、基本的には上記の「特定の債権者にだけ優先的に債権の満足を得させる意図」と同様の意味を表すものと考えられるが、判例法理の厳格な運用を文言上も示すという趣旨で、加重的に記載したものである。

- (2) これに対し、破産法は、一部の債権者への債務消滅行為については、これを詐害行為否認の対象から除外するとともに（同法第160条第1項柱書中の括弧書部分）、原則として、破産者が支払不能になった後又は破産手続開始の申立てがあった後に行われたもののみを偏頗行為否認の対象とし（同法第162条第1項第1号）、他方で、破産者の義務に属せず、又はその時期が破産者の義務に属しない債務消滅行為（例えば期限前弁済など。期限後代物弁済などその方法のみが破産

者の義務に属しない行為は含まれない。)については、支払不能になる前30日以内にされたものにまで偏頗行為否認の対象を拡張し、かつ、その限りでの拡張にとどめている(同法第162条第1項第2号)。

これは、債務消滅行為は計数上は財産状態の悪化をもたらさないことから詐害行為否認とは区別されるべきであることや、債務消滅行為が広く否認権の対象になるとすると経済的危機に直面した債務者の経済活動が事実上不可能になるおそれがあることなどを考慮したものとされている。

しかし、そのような考慮に基づいて債務消滅行為に対する否認権の対象範囲を明確化・限定化したとしても、詐害行為取消権の対象範囲がなお不明確かつ広範であるならば、結局、経済的危機に直面した債務者の経済活動が事実上不可能になるおそれがあるという問題はなお残ることになる。また、債権者平等が強調されるべき局面で機能する否認権よりも、平時における詐害行為取消権のほうが、その対象範囲が広がるという問題も指摘されている。その一例として、債務者が支払不能になる前にした義務的弁済は、詐害行為取消権の対象とはなり得るが、否認権の対象とはなり得ないことなどが挙げられる。

また、上記のとおり、破産法は、破産者の義務に属せず、又はその時期が破産者の義務に属しない債務消滅行為については、破産者が支払不能になる前30日以内にされたものにまで偏頗行為否認の対象を拡張しているが、これは、期限前弁済等についても支払不能後のものに対してしか否認権を行使することができないとすると、債務者が近々支払不能になると認識した債権者が、債務者が支払不能になる前に期限前弁済を迫ることによって、否認権の行使を潜脱的に回避することが可能となってしまうことなどを考慮したものとされている。仮に、債務消滅行為に対する詐害行為取消権についても支払不能という時期的要件を設けるのであれば、上記のような潜脱的な期限前弁済などを阻止するという考慮は、詐害行為取消権に係る規律においても同様に妥当するものと考えられる。

本文(ア)の乙案は、以上の理解に基づき、無資力の債務者がした債務消滅行為について、破産法第162条第1項第1号イ、同項第2号と同様の規定を設けることを提案するものである。

- (3) ところで、この乙案に対しては、支払不能(又は支払停止)の概念を民法に取り入れることに対する批判として、否認権の場合には、破産手続開始の決定があった後の段階において、破産者が当該債務消滅行為の当時支払不能に陥っていたかどうかを回顧的に判断すればよいのに対し、詐害行為取消権の場合には、破産手続開始の決定がされるかどうか不確定な段階、すなわち債務者が一旦支払不能に陥っていたとしてもその後回復している可能性があるような段階において、債務者が当該債務消滅行為の当時支払不能に陥っていたかどうかを判断せざるを得ないことから、詐害行為取消権の要件として支払不能の事実を要求してしまうと、取消債権者に対して過重な立証責任の負担を課すこととなり、詐害行為取消権の行使を困難にしてしまうとの指摘がされている。

しかし、詐害行為取消権の場合であっても、実際上は、もはや債務者の資力が

弁済能力（資金繰り）を含め確定的に破綻している場面で行使されることが少なくないとも考えられる。また、支払不能（又は支払停止）の概念は、破産法上も、破産手続開始後における否認という回顧的な場面だけでなく、破産手続開始の原因としても用いられており（破産法第30条第1項、第15条参照）、回復可能性のある段階における要件ともされていることを指摘することができる。民法上も、根抵当権の被担保債権の範囲に含まれるための要件として、「債務者の支払の停止」の前に取得した債権であることを定めている例がある（同法第398条の3第2項第1号）。さらに、支払停止の事実によって支払不能の事実を推定する規定（破産法第162条第3項、第15条第2項参照）を設けることにより立証の困難はある程度解消されることや、もともと民法が要求している無資力要件の立証自体もそれほど容易なものではないことを考慮すると、立証責任が過重となる旨の上記指摘は、必ずしも決定的な批判とはならないとも考えられる。

また、以上とは異なる観点からの批判として、平時の場合には、債務消滅行為時に債務者が支払不能であったとしても、その後に債務者が支払不能から回復する可能性があるところ、そのように債務者が支払不能から回復したときは、もはや当該債務消滅行為について詐害性があるとは言い難いとの指摘がされている。

しかし、その指摘のとおり債務者が支払不能から回復したときは当該債務消滅行為について詐害性があるとは言えないことを重視するのであれば、そのような詐害行為後における支払不能からの回復の事実をもって被告側の抗弁事由とすることが考えられる（詐害行為後における無資力からの回復の事実は被告側の抗弁事由とされている。前記2(1)の補足説明2参照）。また、そもそも、詐害行為取消権の場合であっても、実際上は、もはや債務者の資力が弁済能力（資金繰り）を含め確定的に破綻している場面で行使されることが少なくないとも考えられる。以上によれば、上記指摘は、必ずしも決定的な批判とはならないとも考えられる。

## 2 本文(イ)（既存債務についての担保供与行為）について

- (1) 既存債務についての担保供与行為について、判例は、「債務者が或債権者のために根抵当権を設定するときは、当該債権者は、担保の目的物につき他の債権者に優先して、被担保債権の弁済を受け得られることになるので、それだけ他の債権者の共同担保は減少する。その結果債務者の残余の財産では、他の債権者に対し十分な弁済を為し得ないことになるときは、他の債権者は従前より不利益な地位に立つこととなり即ちその利益を害せられることになるので、債務者がこれを知りながら敢えて根抵当権を設定した場合は、他の債権者は民法四二四条の取消権を有するものと解するを相当とする」（最判昭和32年11月1日民集11巻12号1832頁）と判示し、原則としては詐害行為に当たるとしつつ、継続的供給を受けてきた仕入先に対する担保供与行為について、営業継続のためにはやむを得ないものであり合理的限度を超えないものであるとして、詐害行為には当たらないともしている（最判昭和44年12月19日民集23巻12号2518頁）。

以上の判例法理の下では、既存債務についての担保供与行為については、担保供与を受けた受益者（被告）の側が、当該担保供与が合理的な限度内のものであ

ること（を基礎付ける事情）を主張立証した場合に限り、詐害行為取消権の対象から除外されることになると考えられる。

本文(イ)の甲案は、この判例法理に基づく提案である。

また、本文(イ)の乙案は、既存債務についての担保供与行為についても、債務消滅行為に関する判例法理（補足説明1(1)参照）と同様に取り扱うことを提案するものである。なお、ブラケット内に示した文言については、補足説明1(1)の第4パラグラフ参照。

- (2) これに対し、破産法は、既存債務についての担保供与行為については、債務消滅行為と同様に、これを詐害行為否認の対象から除外するとともに（同法第160条第1項柱書の括弧書部分）、原則として、破産者が支払不能になった後又は破産手続開始の申立てがあった後にしたもののみを偏頗行為否認の対象とし（同法第162条第1項第1号）、他方で、破産者の義務に属せず、又はその時期が破産者の義務に属しない担保供与行為については、支払不能になる前30日以内にされたものにまで偏頗行為否認の対象を拡張し、かつ、その限りでの拡張にとどめている（同項第2号）。

これは、担保供与行為は計数上は財産状態の悪化をもたらさないことから詐害行為否認とは区別されるべきであることや、既存債務についての担保供与行為が広く否認権の対象になるとすると、経済的危機に直面した債務者の経済活動に重大な支障を生ずるおそれがあることなどを考慮したものとされている。

しかし、そのような考慮に基づいて既存債務についての担保供与行為に対する否認権の対象範囲を明確化・限定化したとしても、詐害行為取消権の対象範囲がなお不明確かつ広範であるならば、結局、経済的危機に直面した債務者の経済活動に重大な支障を生ずるおそれがあるという問題はなお残ることになる。また、債権者平等が強調されるべき局面で機能する否認権よりも、平時における詐害行為取消権のほうが、その対象範囲が広くなるという問題も指摘されている。その一例として、債務者が支払不能になる前に行われた義務的担保供与は、詐害行為取消権の対象とはなり得るが、否認権の対象とはなり得ないことなどが挙げられる。

また、上記のとおり、破産法は、破産者の義務に属せず、又はその時期が破産者の義務に属しない担保供与行為については、破産者が支払不能になる前30日以内にされたものにまで偏頗行為否認の対象を拡張しているが、これは、非義務担保供与についても支払不能後のものに対してしか否認権を行使することができないとすると、債務者が近々支払不能になると認識した債権者が、債務者が支払不能になる前に非義務担保供与を迫ることによって、否認権行使を潜脱的に回避することが可能となってしまうことなどを考慮したものとされている。仮に、既存債務についての担保供与行為に対する詐害行為取消権についても支払不能という時期的要件を設けるのであれば、上記のような潜脱的な非義務担保供与を阻止するという考慮は、詐害行為取消権に係る規律においても同様に妥当するものと考えられる。

本文(イ)の丙案は、以上の理解に基づき、無資力の債務者がした既存債務についての担保供与行為について、破産法第162条第1項第1号イ、同項第2号と同様の規定を設けることを提案するものである。

### 3 本文(ウ)（受益者の悪意を推定する規定）について

- (1) 破産法は、債務消滅行為又は既存債務についての担保供与行為に対する否認権の要件である受益者の悪意（債務者の支払不能若しくは支払停止又は破産手続開始の申立ての事実についての悪意）について、その主張立証責任は原則として破産管財人が負うとしつつ（同法第162条第1項第1号）、例外として、(a)受益者が、破産者の親族、同居者、法人の機関（理事、監事、取締役、監査役など）、親会社である場合など、破産者の内部者であると認められる場合や（同条第2項第1号、同法第161条第2項）、(b)当該債務消滅行為又は既存債務についての担保供与行為が、破産者の義務に属せず、又はその方法若しくは時期が破産者の義務に属しない行為（期限後代物弁済などその方法のみが破産者の義務に属しない行為も含まれている。）である場合には（同法第162条第2項第2号）、受益者の悪意を推定することとし、主張立証責任を転換している。

これは、(a)破産者が支払不能になった後又は破産手続開始の申立てがあった後にその内部者に対する偏頗行為がされた場合には、経験則上、当該内部者（受益者）もそのことを知りつつ利益を受けた蓋然性が比較的高いと考えられること、また、(b)破産者が支払不能になった後又は破産手続開始の申立てがあった後に破産者の義務に属せず、又はその方法若しくは時期が破産者の義務に属しない偏頗行為がされた場合には、経験則上、その相手方（受益者）もそのことを知りつつ利益を受けた蓋然性が比較的高いと考えられることから、受益者の悪意についての立証を容易にすべきであることを考慮したものとされている。このような考慮は、偏頗行為に対する詐害行為取消権について破産法第162条第1項第1号イと同様の規定（本文(ア)の乙案①、同(イ)の丙案①）を設ける場合には、詐害行為取消権に係る規律においても同様に妥当するものと考えられる。

本文(ウ)の考え方は、以上の理解に基づき、本文(ア)の乙案、同(イ)の丙案を採用することを前提として、偏頗行為に対する詐害行為取消権について破産法第162条第2項と同様の規定を設けることを提案するものである。

- (2) なお、債務者の義務に属せず、又はその時期が債務者の義務に属しない偏頗行為に対する詐害行為取消権について破産法第162条第1項第2号と同様の規定（本文(ア)の乙案②、同(イ)の丙案②）を設ける場合については、その要件の構造上、受益者（被告）の側が、自らの善意（他の債権者を害すべき事実についての善意）について主張立証責任を負担することになるから、上記のような受益者の悪意を推定する規定を設ける必要はない。

### カ 対抗要件具備行為

対抗要件具備行為に対する詐害行為取消権の要件については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 無資力の債務者がした対抗要件具備行為は、債務者に支払の停止があった後にされたものであり、かつ、その対抗要件に係る権利の設定、移転又は変更があった日から15日を経過した後にされたものである場合において、受益者がその当時債務者に支払の停止があることを知っていたときは、債権者がこれを取り消すことができる旨の規定を設けるものとする。

【乙案】 無資力の債務者がした対抗要件具備行為に関して、特段の規定を設けないものとする。

○中間的な論点整理第10、2(2)エ「対抗要件具備行為」[31頁(77頁)]

判例は、対抗要件具備行為のみに対する詐害行為取消権の行使を認めることは相当ではないとしている。これに対し、破産法は、支払の停止等があった後にされた一定の対抗要件具備行為について、権利移転行為とは別に否認の対象となる旨を規定している(同法第164条)。

そこで、仮に詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理する場合(前記ア参照)には、対抗要件具備行為を詐害行為取消しの対象とするかどうかや、これを対象とする場合に対抗要件具備行為の否認と同様の要件を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2、3(2)カ[63頁]】

《参考・現行条文》

(権利変動の対抗要件の否認)

破産法第164条 支払の停止等があった後権利の設定、移転又は変更をもって第三者に対抗するために必要な行為(仮登記又は仮登録を含む。)をした場合において、その行為が権利の設定、移転又は変更があった日から十五日を経過した後支払の停止等のあったことを知ってしたものであるときは、破産手続開始後、破産財団のためにこれを否認することができる。ただし、当該仮登記又は仮登録以外の仮登記又は仮登録があった後にこれらに基づいて本登記又は本登録をした場合は、この限りでない。

2 前項の規定は、権利取得の効力を生ずる登録について準用する。

(補足説明)

1 判例は、詐害行為取消権の対象となるのは債務者の財産の減少を目的とする行為そのものであって、対抗要件具備行為はその原因となる権利変動行為とは別個の行為であり、単にそのときから第三者に対抗し得る効果を生じさせるにすぎず、権利変動そのものの効果を生じさせるものではないことを指摘して、対抗要件具備行為のみを対象とする詐害行為取消権の行使を認めることは相当でないとしている(不動産物権変動の対抗要件について最判昭和55年1月24日民集34巻1号110

頁、債権譲渡の対抗要件について最判平成10年6月12日民集52巻4号1121頁)。

- 2 これに対し、破産法は、支払の停止又は破産手続開始の申立てがあった後に対抗要件の具備がされた場合について、その対抗要件の具備が権利移転行為から15日を経過した後に、破産者及び受益者が支払の停止又は破産手続開始の申立ての事実を知ってしまったものであるときは、その対抗要件具備行為を否認することができる(同法第164条)。

この対抗要件具備行為の否認の制度趣旨については、①対抗要件具備行為は、それ自体は権利変動をもたらすものではなく、原因行為に付随的なものであるから、本来は対抗要件具備行為のみを切り離して否認権の対象とすることはできないが、支払の停止又は破産手続開始の申立てがあった後に、しかも権利変動から相当の期間が経過した後にされた対抗要件具備行為については、特別に否認権の対象とすることを認めたものと解する見解(創造説)と、②対抗要件具備行為は、当該権利変動について破産債権者・破産財団への対抗力を備えさせるものであり、破産債権者を害する行為であるから、本来、原因行為とは別にそれ自体を切り離して否認権の対象とすることができるが、原因行為から対抗要件具備までには一定の期間を要するのが通常であるから、対抗要件具備までに15日間という猶予期間を認めて、否認権の対象となる範囲を制限したものと解する見解(制限説)とがあり、判例(最判昭和45年8月20日民集24巻9号1339頁)は、②の制限説に立っているとされている。

このように、対抗要件具備行為の否認に関する判例法理が上記②の制限説に立つとすれば、その判例法理と、対抗要件具備行為のみを切り離して詐害行為取消権の対象とすることはできないとする判例法理とは、整合性を欠いているとも考えられる。そこで、詐害行為取消権についても、破産法第164条と同様の規定を設けることが考えられる。本文の甲案はこの考え方に基づく提案である。

なお、甲案に対しては、支払停止の概念を民法に取り入れるのは相当でないとの指摘がされているが、この指摘自体の妥当性には異論もあり得るところである(前記オの補足説明1(3)参照)。

- 3 これに対して、本文の乙案は、この補足説明1で紹介した判例もあることから、なおこの問題を解釈に委ねることとし、詐害行為取消権に関しては破産法と異なり対抗要件具備行為に関する特段の規定を設けないものとするを提案するものである。

#### (4) 転得者に対する詐害行為取消権の要件等

##### ア 転得者に対する詐害行為取消権の要件

転得者との関係で債務者と受益者との間の詐害行為を取り消すためには、当該行為について受益者に対する詐害行為取消権の要件が存在することを前提として、転得者(転得者が複数存在する場合には被告である転得者の前に現れた全ての転得者)が当該転得の当時債権者を害すべき事実を知

っていたことを要する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

イ 転得者の悪意を推定する規定

転得者が、債務者の親族、同居者、債務者が法人である場合の理事、取締役等の機関、親会社であるなど、債務者の内部者であると認められる場合には、転得者は当該転得の当時債権者を害すべき事実を知っていたものと推定する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

ウ 無償行為による転得の場合

(7) 転得者の悪意を不要とする規定

転得者が無償行為及びこれと同視すべき有償行為によって転得した者である場合には、当該転得者の主観を問わずに、転得者に対する詐害行為取消権の行使をすることができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

(イ) 転得者が善意である場合の償還範囲

上記(7)の規定によって債務者と受益者との間の詐害行為が転得者との関係で取り消された場合において、転得者が当該転得の当時債権者を害すべき事実を知らなかったときは、転得者は現に受けている利益のみを償還すれば足りる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第10, 2(3)「転得者に対する詐害行為取消権の要件」[31頁(78頁)]

判例は、「債権者を害すべき事実」について、受益者が善意であっても、転得者が悪意であれば、転得者に対する詐害行為取消権は認められるとしている。これに対し、転得者に対する否認について規定する破産法第170条第1項は、転得者が転得の当時それぞれその前者に対する否認の原因があることを知っていることを要する(同項第1号)としつつ、転得者が破産者の内部者である場合には、その前者に対する否認の原因についての悪意を推定することとし(同項第2号)、また、転得者が無償行為又はこれと同視すべき有償行為によって転得した場合には、転得者の悪意を要件とせず、それぞれその前者に対して否認の原因があれば足りる(同項第3号)としている。この結果、債権者平等が強調されるべき局面で機能する否認権よりも平時における詐害行為取消権の方が、取消しの対象行為の範囲が広い場面があるという現象(逆転現象)が生じている。

そこで、転得者に対する詐害行為取消権の要件として、転得者に対する否認と同様の要件を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。その際、否認権の規定のように前者に対する否認の原因があることについての悪意を要求する(この場合には、前者の主観的要件についても悪意であることが要求される。)のではなく、受益者及び全ての転得者が「債権者を害すべき事実」について悪意であることを要求することで足りるとするかどうかや、転得者が無償行為によって転得した場合の特則の要否についても、更に検討してはどうか。

《参考・現行条文》

(転得者に対する否認権)

破産法第170条 次に掲げる場合には、否認権は、転得者に対しても、行使することができる。

一 転得者が転得の当時、それぞれその前者に対する否認の原因のあることを知っていたとき。

二 転得者が第百六十一条第二項各号に掲げる者のいずれかであるとき。ただし、転得の当時、それぞれその前者に対する否認の原因のあることを知らなかったときは、この限りでない。

三 転得者が無償行為又はこれと同視すべき有償行為によって転得した場合において、それぞれその前者に対して否認の原因があるとき。

2 第百六十七条第二項の規定は、前項第三号の規定により否認権の行使があった場合について準用する。

(補足説明)

1 本文ア(転得者に対する詐害行為取消権の要件)について

(1) 転得者に対する詐害行為取消権の要件について、民法第424条第1項ただし書は、「転得者がその…転得の時ににおいて債権者を害すべき事実を知らなかったとき」は、取消債権者は詐害行為取消権を行使することができないと規定し、「債権者を害すべき事実」についての転得者の悪意を要求している。もっとも、この主観的要件については、転得者の側で自己の善意を主張立証しなければならないと解されている。

そして、判例(最判昭和49年12月12日集民113号523頁)は、「債権者を害すべき事実」について、受益者が善意で、転得者が悪意である場合について、「民法四二四条所定の詐害行為の受益者又は転得者の善意、悪意は、その者の認識したところによつて決すべきであつて、その前者の善意、悪意を承継するものではないと解すべきであり、また、受益者又は転得者から転得した者が悪意であるときは、たとえその前者が善意であつても同条に基づく債権者の追及を免れることができないというべきである」と判示し、その場合の転得者に対する詐害行為取消権の行使を認めている。

これに対し、破産法は、転得者に対する否認の要件について、転得者が転得の当時それぞれその前者に対する否認の原因があることを知っていたことを要するとしている(同法第170条第1項第1号)。

これは、転得者が現れた場合における取引の安全を確保するという考慮の下、善意者が登場した後の法律関係を画一的に処理することとし、一旦善意者を経由した以上その後現れた転得者に対しては、たとえその転得者が悪意であったと

しても、否認権の行使をすることはできないとしたものとされている。

しかし、そのような考慮に基づいて転得者に対する否認権の行使を制限したとしても、詐害行為取消権の行使を同様に制限しなければ、その考慮を実現することはできない。また、債権者平等が強調されるべき局面で機能する否認権よりも、平時における詐害行為取消権のほうが、その対象範囲が広がるという問題も指摘されている。その一例として、受益者が善意で転得者が悪意である場合には、転得者に対する詐害行為取消権の行使は認められ得るが、否認権の行使が認められる余地はないことが挙げられる。

以上の理解に基づき、転得者に対する詐害行為取消権について、破産法第170条第1項第1号と同様の規定を設けることが考えられる。

- (2) もっとも、破産法第170条第1項第1号は、上記のとおり、「前者に対する否認の原因」についての転得者の悪意を要求しているから、転得者の悪意には「前者の主観的要件」についての悪意（いわゆる二重の悪意）も含まれることになる。これについては、「前者の主観的要件」についてまで転得者の悪意（二重の悪意）を要求することは、厳格に過ぎ相当でないとの強い批判がされている。第6回会議においても、二重の悪意を要求することが適当でないという指摘については、特に異論のなかったところである。

このような二重の悪意の要求を解消する方向での一つの考え方として、全ての転得者が「債権者を害すべき事実」について悪意であることを要求し、かつ、それで足りるとする見解が主張されている（参考資料1 [検討委員会試案]・172頁）。

本文アの考え方は、以上を踏まえ、転得者との関係で債務者と受益者との間の詐害行為を取り消すためには、当該行為について受益者に対する詐害行為取消権の要件が存在することを前提として、転得者（転得者が複数存在する場合には被告である転得者の前に現れた全ての転得者）が当該転得の当時債権者を害すべき事実を知っていたことを要する旨の規定を設けることを提案するものである。

## 2 本文イ（転得者の悪意を推定する規定）について

破産法は、転得者に対する否認権の要件である転得者の悪意について、その主張立証責任は原則として破産管財人が負うとしつつ（同法第170条第1項第1号）、例外として、転得者が、破産者の親族、同居者、法人である破産者の機関（理事、監事、取締役、監査役など）、親会社である場合など、破産者の内部者であると認められる場合には、その主張立証責任を転得者の側に転換している（同項第2号、第161条2項各号）。

これは、破産者が否認原因のある行為をしてその内部者が転得をしたという場合には、経験則上、その内部者も当該否認原因を知りつつ転得をした蓋然性が比較的高いと考えられることから、転得者の悪意についての立証を容易にすべきであることを考慮したものとされている。このような考慮は、転得者に対する詐害行為取消権について破産法第170条第1項第1号を参考とした本文アのような規定を設ける場合にも、同様に妥当するものと考えられる。

本文イの考え方は、以上の理解に基づき、転得者に対する詐害行為取消権について、破産法第170条第1項第2号と同様に、転得者が債務者の内部者であると認められる場合には、転得者の側が自己の善意についての主張立証責任を負担する旨の規定を設けることを提案するものである。

### 3 本文ウ（無償行為による転得の場合）について

#### (1) 本文ウ(ア)（転得者の悪意を不要とする規定）について

破産法は、転得者が無償行為又はこれと同視すべき有償行為（以下、この補足説明において「無償行為等」ともいう。）によって転得した者である場合については、転得者の悪意を要件とせず、それぞれその前者に対して否認の原因があれば足りるとしている（破産法第170条第1項第3号）。

これは、無償で利益を得た転得者に対しては緩やかな要件の下で否認権の行使を認めても公平に反しないことなどを考慮したものとされている。このような考慮は、転得者に対する詐害行為取消権の場合にも、同様に妥当するものと考えられる。そこで、転得者が無償行為等によって転得した者である場合については、当該転得者の悪意を要件とせずに転得者に対する詐害行為取消権の行使を認めることが考えられる。

もっとも、この考え方に対しては、転得者は詐害行為の直接の相手方ではないから、転得者の悪意を不要とするのではなく、転得者の悪意を推定するにとどめる（反対事実の立証を許す）べきであるとの見解も主張されている（参考資料1 [検討委員会試案]・172頁）。しかし、この見解に対しては、本文イのように転得者が債務者の内部者である場合については、経験則上転得者が悪意である蓋然性が高いことを根拠として、転得者の悪意を推定することも考えられるが、転得者が無償行為等によって転得した者である場合については、必ずしも経験則上転得者が悪意である蓋然性が高いとは言えず、むしろ当事者間の公平などを理由とすることになるから、転得者の悪意を推定するという手法を採る根拠に欠けるとの批判があり得る。

本文ウ(ア)の考え方は、以上の理解に基づき、転得者が無償行為等によって転得した者である場合には、当該転得者の主観を問わずに、転得者に対する詐害行為取消権の行使をすることができる旨の規定を設けることを提案するものである。

#### (2) 本文ウ(イ)（転得者が善意である場合の償還範囲）について

破産法は、無償行為等によって転得した者に対する否認権の行使に関して、当該転得者が転得の当時善意であったときは、その償還範囲は転得者が現に利益を受けている範囲に縮減されると規定している（同法第170条第2項、第167条第2項）。これは、無償行為等による転得者の悪意を不要とする一方で、効果の面で善意の転得者を保護しようとしたものであるとされている。そのような考慮は、詐害行為取消権について無償行為等による転得者の悪意を不要とする本文ウ(ア)のような規定を設ける場合にも、同様に妥当するものと考えられる。

本文ウ(イ)の考え方は、以上の理解に基づき、本文ウ(ア)の規定によって債務者と受益者との間の詐害行為が転得者との関係で取り消された場合において、転得

者が当該転得の当時債権者を害すべき事実を知らなかったときは、転得者は現に受けている利益のみを償還すれば足りるとする旨の規定を設けることを提案するものである。

### 3 詐害行為取消権の基本的効果

#### (1) 直接の引渡しの可否及び効果

##### ア 直接の引渡しの可否

詐害行為取消権の行使により、受益者又は転得者が逸出財産である金銭その他の動産を返還すべき場合又は逸出財産の価額を償還すべき場合には、取消債権者は、受益者又は転得者に対し、直接自己への引渡しを求めることができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

##### イ 直接の引渡しの効果

受益者又は転得者が返還又は償還すべきものを直接取消債権者に対して引き渡した場合には、詐害行為取消権の行使による受益者又は転得者の返還又は償還義務は、全ての取消債権者及び債務者との関係で消滅する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第10, 3(1)「債権回収機能(事実上の優先弁済)の当否」[32頁(79頁)]

判例は、取消債権者が、受益者又は転得者に対して、返還すべき金銭を直接自己に引き渡すよう請求することを認めており、これによれば、取消債権者は、受領した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により、受益者その他の債権者に事実上優先して、自己の債権回収を図ることができることになる。

このような債権回収機能(事実上の優先弁済)に関しては、民法第425条の「すべての債権者の利益のため」との文言に反し、本来の制度趣旨を逸脱するものであるとの指摘や、債権回収に先に着手した受益者が遅れて着手した取消債権者に劣後するという結論には合理性がないといった指摘がある。これらを踏まえて、上記の債権回収機能を否定又は制限するかどうかについて、責任財産の保全という制度趣旨との関係のほか、詐害行為取消権の行使の動機付けという観点などに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、仮に詐害行為取消権における債権回収機能を否定又は制限する場合には、そのための具体的な方法(仕組み)について、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 4(1)[70頁], (2)[72頁], 同(関連論点)[74頁]】

(補足説明)

#### 1 本文ア(直接の引渡しの可否)について

(1) 詐害行為取消権は、債務者に対して金銭債権を有する取消債権者が、債務者の責任財産を保全して強制執行の準備をするため、債務者がした詐害行為の取消しを裁判所に請求する制度であると解されているが、判例(大判大正10年6月1

8日民録27輯1168頁)は、取消債権者が受益者又は転得者に対して債務者に返還又は償還すべき金銭を直接自己に引き渡すよう請求することを認めており、その結果、取消債権者は、受領した金銭の債務者への返還債務と債務者に対する被保全債権とを相殺することによって(最判昭和37年10月9日民集16巻10号2070頁)、被保全債権の債務名義を取得することなく、債務者の財産を差し押さえるよりも簡便に、被保全債権の回収を図ることができる(事実上の優先弁済)。本文アの考え方は、このような判例法理を明文化するという立場から支持されるほか、事実上の優先弁済を否定する立場からも、後記(2)で相殺を制限する考え方を採ることとの組合せで支持され得るものである。

(2) これに対して、そのような事実上の優先弁済の機能を否定的に評価する立場から、そもそも取消債権者への直接の引渡しを認めず、債務者に対して返還又は償還させるものとすべきであるとの考え方が主張されている(本文アの別案)。

この考え方に対しては、債務者が詐害行為の目的物を受領しない場合にまで取消債権者が当該目的物を受領することができないとすると、詐害行為取消権の目的を達成することができないのではないかとの批判がされている。しかし、詐害行為取消訴訟において債務者をも被告とする場合(前記1(2)アの甲案参照)には、被保全債権の給付訴訟を併合提起する等の方法により、通常は詐害行為取消判決の確定までに取消債権者は被保全債権に係る何らかの債務名義を取得していることが想定される。そうだとすると、取消債権者としては、詐害行為を取り消す旨の判決の確定後、被保全債権に係る債務名義をもって、直ちに債務者の有する返還又は償還債権の差押え(金銭債権又は動産引渡請求権の差押え)をすればよいし、またそうあるべきであるとの再反論がされている。

事実上の優先弁済の機能を否定的に評価する立場の中で、直接の引渡しを否定しようとする考え方(本文アの別案)と、直接の引渡しは肯定した上で相殺を全面的に禁止するという考え方(後記(2)参照)との優劣は、微妙であるように思われる。後者の考え方も、詐害行為の取消しの効果として受益者又は転得者から債務者に対して金銭その他の動産の返還債務が生ずるという理解を前提としており、受益者等が任意に直接の引渡しに応じない場合には、債務者の受益者等に対する金銭債権又は動産引渡請求権の差押えをすることが想定されている。なぜなら、先に直接の引渡しのほうを強制執行によって実現した上で、債務者が取消債権者に対して取得する返還債権に対して改めて強制執行を行うという手順は迂遠であるからである。この限りでは、前者の考え方と後者の考え方には差異がない。もっとも、後者の考え方に立って判決主文で直接の引渡しを命ずることを認めた場合には、取消債権者は、詐害行為取消判決の確定後速やかに受益者又は転得者から任意に直接の引渡しを受けられる可能性がある。もちろん、任意に直接の引渡しを受けたとしても、その後取消債権者は、債務者の自己に対する返還債権に対して強制執行をする必要があり、その点では変わりがない。そうだとすると、債務者の受益者等に対する金銭債権又は動産引渡請求権に対する差押命令の発令と効力発生を待つのではなく、受益者又は転得者から任意に直接の引渡しを受け

て責任財産（現物）を確保し、その上で債務者の自己に対する返還債権を差し押さえる方法というプラスアルファの選択肢があったほうが合理的であるという場面もあり得るように思われる。このような任意の直接の引渡しへの期待が実務的にも意味があるとするれば、後者の考え方の方が優れていると考えられる。

- (3) このほか、事実上の優先弁済の機能を否定的に評価する立場からは、取消債権者への直接の引渡しを否定しつつ、受益者又は転得者に対して金銭等の供託を義務付けるべきであるとの見解も主張されている。受益者又は転得者に供託を義務付ける場合には、当該供託物は債務者の責任財産に回復されるべき財産であることから、被供託者（還付請求権を有する者）は債務者とすべきである。取消債権者を含む債権者らは、債務者の還付請求権に対して強制執行をすることによって、最終的な債権回収を図ることになる。また、この強制執行を機能させるために、債務者自身による供託金還付請求権の行使を制限するという考え方もあり得る。

詐害行為取消権における受益者又は転得者に対して供託を義務付ける場合には、詐害行為取消判決において供託を命ずることになるから、債権者代位権における第三債務者に対して供託を義務付ける場合のように、当該権利行使が正当なものであるかについての判断リスクを負わされるという問題は生じない。この点では、債権者代位権の場合とは問題状況が異なる。

もっとも、逆に言えば、受益者又は転得者は、給付判決が確定しているのであるから、その判決に従って弁済をすれば足りるのであって、受益者等の保護を問題とすべき局面ではない。仮に債務者の行方不明などの事情があるなら、一般の弁済供託をすればよい（民法第494条）。取消債権者から見ても、債務者の受益者等に対する金銭債権等に対して差押えをすればよいのであるから、受益者等に供託義務を課することによるメリットはない。受益者等や債務者の下での金銭の費消等が心配であれば、取消債権者は、速やかに差押え等の行動を起こすほかないのであって、受益者等の下での金銭費消のリスクは、供託義務を課したとしても変わりはない。そうすると、なぜ受益者等に対して供託義務を課するのか、その理由は必ずしも明らかでないように思われる。

- (4) なお、取消債権者が第三債務者に対して直接の引渡しを求めることができるのは、債務者による受領を期待することができない場合に限られるとの見解も主張されている。しかし、この見解に対しては、債務者による受領を期待することができない場合に該当するかどうかの判断は必ずしも容易でないことから、各当事者間の法律関係が不安定なものとなりかねないとの批判がされている。

## 2 本文イ（直接の引渡しの効果）について

受益者又は転得者が、その返還又は償還すべき金銭その他の動産を取消債権者に対して直接引き渡せば、これによって、詐害行為取消権の行使を原因とする受益者又は転得者の返還又は償還義務は、全ての取消債権者及び債務者との関係で消滅するものと解される。

一般に、複数の取消債権者が同一の詐害行為に対する詐害行為取消訴訟をそれぞれ提起し、その複数の取消債権者に対して金銭その他の動産を直接引き渡すことを

命ずる内容の詐害行為取消判決が確定した場合において、受益者又は転得者がそのうちの一人の取消債権者に対して直接これを引き渡せば、他の取消債権者に対する引渡義務をも免れると解されているが、これは上記の理による帰結である。

本文イの考え方は、この理を条文上も明らかにすることを提案するものである。

## (2) 事実上の優先弁済の可否（相殺の可否）

受益者又は転得者が返還又は償還すべき金銭を取消債権者に対して直接引き渡すことを認めた上で（前記(1)参照）、取消債権者がその金銭の債務者への返還債務と債務者に対する被保全債権との相殺をすることについては、これを禁止する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

（補足説明）

- 1 前記(1)の補足説明1に記載のとおり、判例（大判大正10年6月18日民録27輯1168頁）は、取消債権者が受益者又は転得者に対して債務者に返還又は償還すべき金銭を直接自己に引き渡すよう請求することを認めており、その結果、取消債権者は、受領した金銭の債務者への返還債務と債務者に対する被保全債権とを相殺することによって（最判昭和37年10月9日民集16巻10号2070頁）、被保全債権の債務名義を取得することなく、債務者の財産を差し押さえる場合よりも簡便に、被保全債権の回収を図ることができるかとされている（事実上の優先弁済）。

しかし、このような現状に対しては、詐害行為取消権の制度趣旨は金銭債権を有する取消債権者が債務者の責任財産を保全して強制執行の準備をするという点にあるから、上記のような事実上の優先弁済を認めることは詐害行為取消権の制度趣旨を逸脱しているとの批判がされている（前記第1、3(2)の補足説明1参照）。また、受益者又は転得者が金銭を返還すべき場合又は価額償還義務を負う場合に限り、上記のような事実上の優先弁済を認めることは、受益者又は転得者が金銭以外の不動産などを返還すべき場合と比較して、均衡を欠いているとの指摘がされている。さらに、債務者の一般債権者の一人であった受益者が金銭を返還又は償還すべき場合において、判例は、自己の債権額と取消債権者の債権額とを按分して前者に対応する按分額についての返還又は償還を拒むことができないとしており（最判昭和46年11月19日民集25巻8号1321頁）、先に債権回収に着手した受益者が自己の債権の満足を得られないのに、遅れて着手した取消債権者が被保全債権の満足を得られるというのは相当でないとの批判もされている。

他方、事実上の優先弁済を肯定する立場からは、詐害行為取消権を行使する者のインセンティブを確保する必要があるとの指摘がされている。しかし、取消債権者としては、詐害行為取消権を行使して受益者又は転得者から逸出財産（責任財産）の現物を直接受領することによって、逸出財産を取り戻すとともにその散逸を確実に防ぎ、その上で債務者が取得する返還債権に対する強制執行（自己を取立先とする債権執行）を行うことができるのであるから、詐害行為取消権を行使するインセンティブとしてはそれで十分であると考えられることも可能である。詐害行為取消訴訟

において債務者をも被告とする場合（前記1(2)アの甲案参照）には、通常はその判決確定までに被保全債権についての債務名義を取得することが想定され、相殺によらなくてもスムーズに強制執行の手続を取ることが可能な状態になっているので、この点もインセンティブの低下を補完する事情となり得る。

強制執行の手続によることとすると、他の債権者との競合が生ずる理論上の可能性は否定できないものの、金銭を取消債権者が受領している場合には、取消債権者自身が第三債務者であるために取立権の発生時（民事執行法第155条第1項）に直ちに満足を得ることができるので、他の債権者との競合が生ずる実際上の可能性はそれほど高くないと予想される。さらに、仮に競合が生じた場合であっても、詐害行為取消訴訟に要した費用の債務者への償還請求を認め、これに一般先取特権を与えるとすれば（後記4(2)参照）、少なくとも費用については優先的な満足が得られることとなり、この点はインセンティブを向上させる方向に働く事情となる。

以上に対して、少なくとも本来の制度趣旨を逸脱するような効果（事実上の優先弁済）を付与してまでインセンティブを確保するのは正当でないと考えられる。例えば、受益者の利益保護を図ることとする場合には（後記5参照）、これによって上記強制執行において受益者の権利行使が競合する可能性が高まることとなるが、それは、受益者よりも遅れて債権回収に着手した取消債権者のほうが有利に扱われているという現行制度の問題点を解消するために必要な手当てであり、これによって取消債権者の実際上のインセンティブが低下するとしても、それはやむを得ないことと考えられる。

本文は、以上の理解を踏まえ、代位債権者が直接受領した金銭の債務者への返還債務と債務者に対する被保全債権との相殺をすることを禁止することを提案するものである。

この考え方を採用する場合には、取消債権者は、第三債務者から直接受領した金銭について債務者が取得する返還債権に対して強制執行（自己を第三債務者とする債権執行）をするか、詐害行為取消判決の確定によって発生した債務者の受益者又は転得者に対する返還又は償還債権に対して強制執行をすることになる。

- 2 他方、事実上の優先弁済を一切否定してしまうのは相当でないとの観点から、取消債権者への金銭の直接の引渡しを認めつつ、取消債権者がその金銭の債務者への返還債務と債務者に対する被保全債権との相殺をすることを一定期間（例えば3か月間や1か月間）のみ禁止するとの考え方が示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・171頁）。この考え方によれば、当該一定期間は相殺が禁止され、取消債権者を含む全ての債権者が、債務者の取消債権者に対する金銭の返還債権に対して差押えや仮差押えをすることが可能となるが、差押え等がないまま当該一定期間が経過した場合には、取消債権者は、相殺によって事実上の優先弁済の利益を享受することができることになる。

しかし、この考え方に対しては、金銭を直接受領した取消債権者が、その後の3か月間や1か月間何らの行動にも出ないという事態は、現実には考えられないとの批判がされている。すなわち、金銭を直接受領した取消債権者としては、通常、直

ちに債務者の自己に対する返還債権を差し押さえて1週間後に自己に対する取立権を行使するはずであるとの批判である。

もっとも、上記の考え方も、取消債権者が金銭の直接の引渡しを受けた後、債務者が取得する返還債権に対して直ちに強制執行（自己を第三債務者とする債権執行）をすることは、何ら否定していないのであり、それに加えて一定期間の経過後は相殺することもできるという選択肢を付加するものである。本文の考え方ではなお取消債権者にとってのインセンティブが不足すると見る立場からの提案として、それが実務的にインセンティブになり得るかどうかという評価は分かれ得るとしても、あり得る考え方であるように思われる（本文の別案）。

- 3 ところで、本文の考え方に対しては、詐害行為取消権の制度趣旨が債務者の責任財産の保全にあることはそのとおりであるとしても、そこにいる責任財産の保全とは、総債権者の有する一般債権の引当てとなるべき財産を保全することを意味するのではなく、取消債権者自身の有する被保全債権の引当てとなるべき財産を保全することを意味するのであって、責任財産の保全の意味を後者のように理解する限り、詐害行為取消権の制度趣旨である債務者の責任財産の保全と、事実上の優先弁済を認めることは、必ずしも矛盾しないはずであるとの指摘がされている。事実上の優先弁済は、理論的にも不当でないという立場からの指摘である。

しかし、詐害行為取消権の制度趣旨である債務者の責任財産の保全とは、取消債権者自身の有する被保全債権の引当てとなるべき財産を保全することによって、結果的に、総債権者の有する一般債権の引当てとなるべき財産をも保全することになることを意味するのであって、両者はそもそも二者択一の関係に立つものではないと考えられる。これは、民事保全（仮差押え）や民事執行（差押え）の申立て、債権者代位権の行使、さらには破産手続開始の債権者申立てについても言えることであって、一債権者にすぎない取消債権者、代位債権者又は上記各手続の申立人は、専ら自己の債権の保全又は満足のためにこれらの制度を利用するのであるが、各制度における債権者平等の要請の程度に応じて整備された総債権者のための手続が履践されることによって、結果的に、総債権者の有する一般債権の保全又は満足にも貢献することになるものと考えられる。

そもそも、詐害行為取消権について事実上の優先弁済が否定的に捉えられているのは、詐害行為取消権が強制執行の対象となるべき債務者の責任財産を保全して強制執行の準備をするための制度であるということと、債務名義のない事実上の優先弁済（債権の回収）とが矛盾するためである。事実上の優先弁済を否定する見解は、一般債権者が債務者の責任財産の保全を超えて自己の債権の満足を得るためには、責任財産の保全を目的とする詐害行為取消権制度ではなく、債務名義を取得した上で債権の満足を目的とする民事執行制度（強制執行）を利用する必要があると考えているのである。

したがって、上記指摘のような、責任財産の保全の意味を取消債権者自身の有する被保全債権の引当てとなるべき財産の保全と理解すれば事実上の優先弁済が認められ、逆に、総債権者の有する一般債権の引当てとなるべき財産の保全と理解すれ

ば事実上の優先弁済が否定されるという関係は、そもそも存在しないと考えられる。

### (3) 詐害行為取消しの範囲

被保全債権の額が詐害行為の目的である財産の価額に満たず、かつ、その財産が可分である場合には、取消債権者は、被保全債権の額の範囲でのみ詐害行為を取り消すことができる旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○中間的な論点整理第10, 3(2)「取消しの範囲」[33頁(80頁)]

判例は、被保全債権の債権額が詐害行為の目的である財産の価額に満たず、かつ、その財産が可分である場合には、取消債権者は、その債権額の範囲でのみ取り消すことができるとしているが、仮に詐害行為取消権における債権回収機能(事実上の優先弁済)を否定又は制限する場合(前記(1)参照)には、判例のような制限を設ける合理的な理由が乏しくなることから、被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに詐害行為を取り消せるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 4(3)[74頁]】

(補足説明)

1 判例(大判明治36年12月7日民録9輯1339頁, 大判大正9年12月24日民録26輯2024頁等)は、被保全債権の額が詐害行為の目的となる財産の価額に満たず、その財産が可分である場合には、取消債権者は、被保全債権の額の範囲でのみ詐害行為を取り消すことができるとしている。

ただし、詐害行為の目的物が一棟の建物などの不可分のものである場合には、取消債権者は、被保全債権の額にかかわらず、詐害行為の全部を取り消すことができるとされている(最判昭和30年10月11日民集9巻11号1626頁)。抵当権の設定された不動産の譲渡が詐害行為となる場合も、当該詐害行為によって責任財産が減少するのは、当該不動産の価額から当該抵当権の被担保債権の額を控除した残額に限られると考えられるが、当該抵当権が抹消されずに残っている場合には、詐害行為である不動産譲渡の全部を取り消すことで原状を回復することができるから、詐害行為の全部を取り消すことができ、当該不動産の現物返還がされる(最判昭和54年1月25日民集33巻1号12頁)。しかし、受益者又は転得者の下で抵当権が消滅しその登記が抹消された場合には、詐害行為を取り消すことによっては原状回復ができないので(抵当権が消滅しその登記が抹消された後の不動産を現物返還すると、債務者の責任財産が従前よりも増加することになってしまう。)、一部取消しの限度で価額賠償を請求するしかない(最大判昭和36年7月19日民集15巻7号18785頁。価額賠償については後記(4)アの補足説明1参照。)

このように、判例は、詐害行為取消しの範囲について、取消債権者の被保全債権の額を上限とすることを原則としつつ、目的物が不可分である場合には、現物返還が可能である限りそれを認めている。

2 詐害行為取消権における事実上の優先弁済の機能を肯定する立場を採る場合には、詐害行為取消しの範囲を被保全債権の額の範囲に限定する旨の規定を設けることが考えられる。この立場からは、目的物が不可分の場合も同様に扱って、価額賠償によって一部取消しの結果を実現すべきであるとの考え方も主張されている。

これに対し、詐害行為取消権における事実上の優先弁済の機能を否定する立場（前記(1)(2)の補足説明参照）を採る場合には、詐害行為取消しの範囲を被保全債権の額の範囲に限定せず、詐害行為全体を取り消すことができる旨の規定を設けることが考えられる。

しかし、後者の考え方を推し進めて、被保全債権の額にかかわらず詐害行為全体を取り消すことを広く認めるとすると、債務者が複数の詐害行為をした場合についても、取消債権者は、その被保全債権の額にかかわらず、複数の詐害行為の全てについてその全体を取り消すことができることになりかねず、そこまで認めるのは行き過ぎであると思われる。

そもそも、詐害行為取消権の制度趣旨である債務者の責任財産の保全とは、取消債権者自身の有する被保全債権の引当てとなるべき財産を保全することによって、結果的に、総債権者の有する一般債権の引当てとなるべき財産をも保全することになることを意味するのであって（前記(2)の補足説明3参照）、詐害行為取消権は、飽くまで第一次的には自己の有する被保全債権の引当てとなるべき財産の保全を目的とする制度であると考えられるから、詐害行為取消しの範囲を自己の有する被保全債権の額の範囲に限定することは、詐害行為取消権の制度趣旨である債務者の責任財産の保全ということと必ずしも矛盾しないと考えられる。

本文では、以上の理解に基づき、詐害行為取消権における事実上の優先弁済の機能を肯定する立場を採る場合はもとより、これを否定する立場を採る場合であっても、被保全債権の額が詐害行為の目的である財産の価額に満たず、かつ、その財産が可分であるときは、取消債権者は、その被保全債権の額の範囲でのみ詐害行為を取り消すことができるとの考え方を取り上げた。なお、財産が不可分の場合についてまで一部取消しを貫いて事実上の優先弁済を確保することは、前記(2)の補足説明で述べた詐害行為取消権制度の趣旨からして正当化が困難であると思われ、本文では取り上げていない。

3 もっとも、事実上の優先弁済の機能を否定する立場を採る場合に関する上記の考え方に対しては、詐害行為取消権における事実上の優先弁済の機能を否定して、他の一般債権者との競合が生ずる可能性を上げつつ、その一方で厳密に被保全債権の額の範囲でのみ詐害行為取消権の行使を認めるとするのは、取消債権者の利益を不当に害するのではないかという批判があり得る。

このような観点からは、詐害行為取消しの範囲を無限定に広げるのは適当でないとしても、例えば、1個の詐害行為に係る財産の価額が被保全債権の額を上回っている場合に、その財産が金銭債権のように可分なものであっても、その1個の債権譲渡の全部を取り消すことができるものとするといった別案も考えられる（前記第1, 3(3)の補足説明2参照）。

また、この点については、本文のような規定を積極的に設けずに、引き続き解釈に委ねておくという考え方もあり得るところである。

#### (4) 逸出財産の回復方法

##### ア 現物返還と価額償還〔価額賠償〕

逸出財産の回復方法については、現物返還を原則とし、現物返還が不可能又は著しく困難である場合には価額償還〔価額賠償〕を求めることができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第10、3(3)「逸出財産の回復方法」〔33頁(80頁)〕

仮に、詐害行為取消権を、債務者の詐害行為を取り消し、かつ、これを根拠として逸出した財産の取戻しを請求する制度(折衷説)として把握する立場を採る場合(前記1(1)参照)には、逸出財産が登記・登録をすることのできるものであるか、金銭その他の動産であるか、債権であるかなどに応じて、その具体的な回復方法の規定を設けるかどうかを、更に検討してはどうか。

また、判例は、逸出財産の返還方法について、現物返還を原則とし、それが不可能又は著しく困難である場合に価額賠償を認めていることから、仮に逸出財産の具体的な回復方法についての規定を設ける場合には、これを条文上も明らかにするかどうかについて、価額の算定基準時をどのように定めるかという問題にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2、4(4)〔75頁〕、ア〔76頁〕、イ〔77頁〕、ウ〔78頁〕、エ〔79頁〕】

： 《参考・現行条文》

： (相手方の債権の回復)

： 破産法第169条 第一百六十二条第一項に規定する行為が否認された場合において、相手方がその受けた給付を返還し、又はその価額を償還したときは、相手方の債権は、これによって原状に復する。

(補足説明)

##### 1 原則としての現物返還、例外としての価額償還〔価額賠償〕

現行民法は、逸出財産の具体的な回復方法について特段の規定を置いていないが、判例は、特別の場合を除き、現物返還を命ずるべきであるとしている(大判昭和9年11月30日民集13巻2191頁)。

もっとも、判例は、受益者が詐害行為によって取得した不動産を転得者に譲渡した場合において、取消債権者が受益者に対して詐害行為取消権を行使するときは、価額賠償の請求をするほかないとし(大判昭和7年9月15日民集11巻1841頁)、転得者が悪意である場合には、転得者に対して現物返還の請求をすることがで

きるが、転得者が善意である場合には、悪意の受益者に対して価額賠償の請求をするほかないとしている。また、判例は、抵当権の設定された不動産が詐害行為の目的物である場合において、受益者又は転得者の下で当該抵当権が消滅しその登記が抹消されたときは、もはや原状回復は不可能であるから（前記(3)の補足説明1参照）、その場合の逸出財産の回復方法は価額賠償によるほかないとしている（前掲最大判昭和36年7月19日）。

このように、判例は、逸出財産の回復方法について、原則として現物返還を命ずるべきであるとしつつも、現物返還が不可能である場合や著しく困難である場合には、例外として価額賠償を認めているものと解される。学説においても、判例を支持する立場が多数であるとされている。

ところで、価額賠償の法的性質については、不当利得における悪意の受益者に準ずる責任として理解する見解や、不法行為責任として理解する見解など、複数の見解が主張されており、必ずしも明確でないのが現状である。仮に価額賠償の法的性質を損害賠償の意味での「賠償」として理解するのが安定した解釈とては言い切れないのであれば、「賠償」という文言を避けて、破産法の用語に倣って「償還」という文言を用いることも考えられる（同法第169条は、否認権行使の効果に関して、「価額を償還」という文言を用いている。）。どのように考えるか。

本文アの考え方は、以上の理解に基づき、逸出財産の回復方法については、現物返還を原則としつつ、それが不可能又は著しく困難である場合には価額償還〔価額賠償〕を求めることができることを提案するものである。なお、「不可能又は著しく困難」という文言は一例であり、「不可能又は困難」という文言を用いることなども考えられる。

## 2 価額償還における価額の算定基準時

(1) 価額償還の請求を認める場合には、その価額の算定基準時が問題となる。これについて、判例（最判昭和50年12月1日集民116号777頁）は、「特別の事情がないかぎり、当該詐害行為取消訴訟の事実審口頭弁論終結時を基準とすなすべきものと解するのが相当である」とした上で、その理由として、「けだし、右価格賠償における価格の算定は、受益者が事実審口頭弁論終結時までに当該不動産の全部又は一部を他に処分した場合において、その処分後に予期しえない価格の高騰があり、詐害行為がなくても債権者としては右高騰による弁済の利益を受けえなかつたものと認められる等特別の事情がないかぎり、詐害行為取消の効果が生じ受益者において財産回復義務を負担する時、すなわち、詐害行為取消訴訟の認容判決確定時に最も接着した時点である事実審口頭弁論終結時を基準とするのが、詐害行為によつて債務者の財産を逸出させた責任を原因として債務者の財産を回復させることを目的とする詐害行為取消制度の趣旨に合致し、また、債権者と受益者の利害の公平を期しえられるからである」と判示している。この判例に従えば、価額償還における価額の算定基準時は、詐害行為取消訴訟の事実審口頭弁論終結時を原則とすることになる。

もつとも、その原則に対する例外が認められる場合として上記判例が示す「特

別の事情」の存否や、その「特別の事情」が認められた場合における例外的な算定基準時の設定については、個別具体的な事案ごとの判断に委ねざるを得ないと考えられる。したがって、価額償還における価額の算定基準時は、現時点で明文化をするのは適当でないと考えられる。

本文アでは、以上の理解に基づき、価額償還における価額の算定基準時については、明文化しないこととしている。

(2) なお、否認権を行使した場合の価額償還における価額の算定基準時について、判例（最判昭和41年11月17日集民85号127頁，最判昭和42年6月22日集民87号1111頁，最判昭和61年4月3日集民147号489頁）は、詐害行為取消権の場合とは異なり、否認権の行使時としている（否認訴訟の場合には訴状送達時と考えられる。）。

このような違いが生ずる理由としては、詐害行為取消しの効果は詐害行為取消権の行使時ではなく詐害行為取消判決の確定時に生ずるのに対し、否認の効果は否認権の行使時に生ずるとされている点や、それぞれにおいて価額償還が認められる趣旨の違いなどもあると考えられ、異なる扱いをすることには理由があると思われる。

## イ 逸出財産ごとの回復方法

### (7) 登記・登録をすることのできる財産

逸出財産が登記・登録をすることのできる財産である場合には、取消債権者は、受益者又は転得者に対し、①受益者又は転得者名義の登記・登録の抹消登記・登録手続を求めるか、②債務者を登記・登録権利者とする移転登記・登録手続を求めることができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

#### (イ) 金銭その他の動産

逸出財産が金銭その他の動産である場合には、取消債権者は、受益者又は転得者に対し、当該逸出財産を自己又は債務者に対して引き渡すことを求めることができる旨の規定を設けるものとしてはどうか（前記(1)ア参照）。

#### (ウ) 債権

逸出財産が債権である場合には、取消債権者は、受益者又は転得者に対し、債務者と受益者との間の債権譲渡行為が取り消されたことにより逸出財産である債権の帰属が受益者又は転得者から債務者に移転した旨の通知を逸出財産である債権の債務者に対してすることを求めることができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

(補足説明)

1 本文(7)（登記・登録をすることのできる財産）について

逸出財産が不動産である場合の回復方法について、判例（最判昭和39年7月1

0日民集18巻6号1078頁)は、所有権移転登記の抹消登記手続による方法を認めている。不動産が受益者から転得者へと譲渡された場合に、取消債権者がこれを抹消登記手続の方法で回復するためには、受益者と転得者の双方を被告として、受益者と転得者の各所有権移転登記の抹消登記手続を求めなければならないとされている(広島高岡山支判昭和40年9月6日判時426号38頁参照)。

また、判例(最判昭和40年9月17日集民80巻361頁)は、受益者又は転得者から債務者への所有権移転登記手続による方法も認めている。この方法によれば、取消債権者は、不動産が受益者から転得者へと譲渡された場合であっても、転得者のみを被告として、転得者から債務者への所有権移転登記手続を求めればよいことになる。

本文(ア)の考え方は、以上の判例法理を踏まえ、逸出財産が登記・登録をすることができる財産である場合には、取消債権者は、受益者又は転得者に対し、①受益者又は転得者名義の登記・登録の抹消登記・登録手続を求めるか、②債務者を登記・登録権利者とする移転登記・登録手続を求めることができる旨の規定を設けることを提案するものである。

## 2 本文(イ)(金銭その他の動産)について

逸出財産が金銭その他の動産である場合の回復方法について、判例(大判大正10年6月18日民録27輯1168頁、最判昭和39年1月23日民集18巻1号76頁)は、取消債権者が当該目的物を債務者に引き渡すよう求めることはもとより、これを直接自己に引き渡すよう求めることもできるとしている(なお、直接の引渡しの可否については前記3(1)ア参照)。

本文(イ)の考え方は、この判例法理を踏まえ、逸出財産が金銭その他の動産である場合には、取消債権者は、受益者又は転得者に対し、当該逸出財産を自己又は債務者に引き渡すことを求めることができる旨の規定を設けることを提案するものである。

## 3 本文(ウ)(債権)について

債権譲渡が詐害行為として取り消された場合における逸出財産(債権)の回復方法については、取消債権者が受益者に対して当該債権譲渡行為が取り消された旨の通知を逸出財産である債権の債務者にするよう求めることができるとする見解(東京地判平成元年5月24日判時1351号74頁参照)と、これを否定する見解(新潟地判平成19年9月28日判タ1260号289頁参照)とがある。

しかし、債権譲渡を詐害行為として取り消すことが認められたとしても、そのことが逸出財産である債権の債務者に通知されない限り、債務者(逸出財産である債権の債権者)は当該債権の履行を請求することができないままになってしまうから、当該債権を原状に回復させるためには、取消債権者が受益者に対して当該債権譲渡行為が取り消された旨の通知を逸出財産である債権の債務者にするよう求めることができるとする必要がある。

また、前掲新潟地判平成19年9月28日は、詐害行為取消しの効果が取消債権者と受益者との間で相対的にのみ生ずることを前提とするものであるが、詐害行為

取消しの効果が債務者にも及ぶことを前提とすれば（前記1(1)の補足説明4参照）、その結論が変わる余地もあると考えられる。

本文(ウ)の考え方は、以上の理解に基づき、逸出財産が債権である場合には、取消債権者は、受益者又は転得者に対し、当該債権の債務者に対して「債務者と受益者との間の債権譲渡行為が取り消されたことにより当該債権の帰属が受益者又は転得者から債務者に移転した」旨の通知をするよう求めることができることを提案するものである。

なお、詐害行為である債権譲渡について債権譲渡登記に基づく対抗要件の具備がされている場合については、本文(ウ)のほか、本文(ア)（登記・登録をすることができる財産）の適用があると考えられる。

#### 4 取消債権者と債務者との関係（費用償還請求権）

##### (1) 費用償還請求の可否

取消債権者は、詐害行為取消権の行使のために必要な費用を支出した場合には、債務者に対し、その費用の償還を請求することができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

##### (2) 先取特権の付与の要否

上記(1)の費用償還請求権については、共益費用に関する一般の先取特権が付与される旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第10, 3(4)「費用償還請求権」[33頁(81頁)]

取消債権者が詐害行為取消権の行使のために必要な費用を支出した場合に、債務者に対してその費用の償還を請求できるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、仮にこの費用償還請求権を条文上も明らかにする場合には、これについて共益費用に関する一般の先取特権が付与されるかどうかについても、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 4(5)[80頁]】

《参考・現行条文》

(一般の先取特権)

民法第306条 次に掲げる原因によって生じた債権を有する者は、債務者の総財産について先取特権を有する。

一 共益の費用

二～四 (略)

(共益費用の先取特権)

民法第307条 共益の費用の先取特権は、各債権者の共同の利益のためにされた債務者の財産の保存、清算又は配当に関する費用について存在する。

2 (略)  
(財団債権となる請求権)  
破産法第148条 次に掲げる請求権は、財団債権とする。  
一 破産債権者の共同の利益のためにする裁判上の費用の請求権  
二～八 (略)  
2～4 (略)  
(共益債権となる請求権)  
民事再生法第119条 次に掲げる請求権は、共益債権とする。  
一 再生債権者の共同の利益のためにする裁判上の費用の請求権  
二～七 (略)  
(共益費用となる請求権)  
会社更生法第127条 次に掲げる請求権は、共益債権とする。  
一 更生債権者等及び株主の共同の利益のためにする裁判上の費用の請求権  
二～七 (略)

(補足説明)

1 本文(1) (費用償還請求の可否) について

現行法の下では、取消債権者が詐害行為取消権の行使のために必要な費用を支出した場合における費用償還請求の可否やその根拠は、必ずしも明らかでない。債権者代位権の場合であれば、代位債権者と債務者との関係を一種の法定委任の関係又は事務管理の関係にあるとみることによって、代位債権者が債権者代位権の行使のために必要な費用を支出した場合には、委任における受任者（民法第650条第1項）又は事務管理における管理者（同法第702条）と同様に、債務者に対してその費用の償還を請求することができるとの説明が可能であるが、詐害行為取消権の場合には、取消債権者が債務者に代わって債務者の権利を行使するわけではないから、これと同様の説明をすることは困難であると考えられる。

しかし、取消債権者が詐害行為取消権の行使のために必要な費用を支出した場合に、これによって債務者の責任財産が保全されるという関係にあることは確かであることから、一般的には、取消債権者は債務者に対して当該費用の償還を請求することができるかと解されている。現実的にみても、取消債権者が詐害行為取消権の行使のために必要な費用を支出した場合において、それを最優先で回収できないのでは、詐害行為取消権を行使するためのインセンティブが確保されないとの指摘がされている。

本文(1)の考え方は、以上の理解に基づき、取消債権者が詐害行為取消権の行使のために必要な費用を支出した場合には、債務者に対し、その費用の償還を請求することができる旨の規定を設けることを提案するものである。

2 本文(2) (先取特権の付与の可否)

取消債権者が詐害行為取消権の行使のために必要な費用を支出する行為は、詐害行為取消権における事実上の優先弁済の機能を否定する立場（前記3(1)(2)の補足

説明参照)を採る場合には特に、債務者の責任財産の増加という総債権者の利益に資する行為であって、公益性を有するものと言える(なお、前記3(2)の補足説明3参照)。したがって、本文(1)の費用償還請求権については、共益費用に関する一般の先取特権の規定(民法第306条第1号、第307条第1項)が適用され、債務者の財産からこれを優先的に回収することができると考えられる。

なお、否認請求又は否認訴訟に関する費用は、破産法においては財団債権とされ(同法第148条第1項第1号、第152条第2項)、民事再生法及び会社更生法においては共益債権とされ(民事再生法第119条第1号、会社更生法第127条第1号)、いずれも優先的な回収が図られている。

本文(2)の考え方は、以上の理解に基づき、同(1)の費用償還請求権については、共益費用に関する一般の先取特権が付与される旨の確認的な規定を設けることを提案するものである。

## 5 債務者と受益者との関係

### (1) 受益者の債権の復活

債務消滅行為が取り消された場合において、受益者がその受けた給付を返還し、又はその価額を償還したときは、受益者の債務者に対する債権が復活する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第10、3(5)ア「債務消滅行為が取り消された場合の受益者の債権の復活」[34頁(81頁)]

判例は、受益者が債務者から弁済又は代物弁済を受けた行為が取り消されたときに、受益者の債権が復活するとしていることから、仮に債務消滅行為を詐害行為取消権の対象とする場合(前記2(2)ウ(ア)参照)には、受益者の債権が復活する旨を条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2、4(6)ア[82頁]】

《参考・現行条文》

(相手方の債権の回復)

破産法第169条 第六十二条第一項に規定する行為が否認された場合において、相手方がその受けた給付を返還し、又はその価額を償還したときは、相手方の債権は、これによって原状に復する。

(補足説明)

現行法の下では、受益者が債務者から弁済又は代物弁済を受けた行為が取り消された場合には、受益者の債務者に対する債権が復活すると解されている(大判昭和16年2月10日民集20巻79頁参照)。この結論は、詐害行為取消しの効果が債務者には及ばないとする立場からも支持されている。

また、破産法第169条は、債務消滅行為が否認された場合に、受益者がその受けた給付を返還し、又はその価額を償還したときは、受益者の債権はこれによって原状に復すると規定しているところ、詐害行為取消権についても同様の取扱いを認めるべきであると考えられる。

本文の考え方は、以上の理解に基づき、債務消滅行為が取り消された場合において、受益者がその受けた給付を返還し、又はその価額を償還したときは、受益者の債務者に対する債権はこれによって復活する旨の規定を設けることを提案するものである。

## (2) 受益者の反対給付の取扱い

### ア 反対給付の返還又は価額償還請求の可否

財産の処分行為が取り消されたことにより、受益者が債務者から取得した財産を返還し、又はその価額を償還した場合において、受益者が当該財産を取得した際に債務者に対して反対給付をしていたときは、受益者は、債務者に対し、当該反対給付の返還又は価額償還を請求することができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

### イ 先取特権の付与の要否

上記アの返還又は価額償還請求権については、回復済みの財産に対する特別の先取特権が付与される旨の規定を設けるものとしてはどうか。

ただし、債務者が当該財産処分行為の当時当該反対給付について隠匿等の処分をする意思を有しており、かつ、受益者が当該財産処分行為の当時債務者が隠匿等の処分をする意思を有していることを知っていた場合には、上記先取特権は付与されない旨の規定を設けるものとしてはどうか。

### ウ 取消債権者の費用償還請求権との優劣

前記4(2)の取消債権者の費用償還請求権に係る一般の先取特権は、上記イの受益者の返還又は価額償還請求権に係る特別の先取特権に優先する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

#### ○中間的な論点整理第10、3(5)イ「受益者の反対給付」[34頁(82頁)]

取消債権者が詐害行為取消権を行使したことにより、受益者が債務者から取得した財産を返還した場合において、受益者は、その財産を取得した際に債務者に反対給付をしていたときであっても、直ちにその返還を求めることはできず、取消債権者が現実に被保全債権の満足を受けたときに限って、債務者に対して不当利得の返還を請求することができるにすぎないと解されている。しかし、破産法上は、受益者の反対給付については、原則として財団債権として扱われるとされており、これとの整合性を図る観点から、取り消された詐害行為において受益者が反対給付をしていた場合には、取消債権者や他の債権者に優先して、その反対給付の返還又はその価額の償還を請求することができるものとするかどうかについて、更に検討して

かどうか。

また、仮に受益者に優先的な価額償還請求権を認める場合には、取消債権者の費用償還請求権（前記(4)参照）との優劣についても、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 4(6)イ [83頁], 同 (関連論点) [86頁]】

《参考・現行条文》

(破産者の受けた反対給付に関する相手方の権利等)

破産法第168条 第一百六十条第一項若しくは第三項又は第一百六十一条第一項に規定する行為が否認されたときは、相手方は、次の各号に掲げる区分に応じ、それぞれ当該各号に定める権利を行使することができる。

一 破産者の受けた反対給付が破産財団中に現存する場合 当該反対給付の返還を請求する権利

二 破産者の受けた反対給付が破産財団中に現存しない場合 財団債権者として反対給付の価額の償還を請求する権利

2 前項第二号の規定にかかわらず、同号に掲げる場合において、当該行為の当時、破産者が対価として取得した財産について隠匿等の処分をする意思を有し、かつ、相手方が破産者がその意思を有していたことを知っていたときは、相手方は、次の各号に掲げる区分に応じ、それぞれ当該各号に定める権利を行使することができる。

一 破産者の受けた反対給付によって生じた利益の全部が破産財団中に現存する場合 財団債権者としてその現存利益の返還を請求する権利

二 破産者の受けた反対給付によって生じた利益が破産財団中に現存しない場合 破産債権者として反対給付の価額の償還を請求する権利

三 破産者の受けた反対給付によって生じた利益の一部が破産財団中に現存する場合 財団債権者としてその現存利益の返還を請求する権利及び破産債権者として反対給付と現存利益との差額の償還を請求する権利

3 前項の規定の適用については、当該行為の相手方が第一百六十一条第二項各号に掲げる者のいずれかであるときは、その相手方は、当該行為の当時、破産者が前項の隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたものと推定する。

4 破産管財人は、第一百六十条第一項若しくは第三項又は第一百六十一条第一項に規定する行為を否認しようとするときは、前条第一項の規定により破産財団に復すべき財産の返還に代えて、相手方に対し、当該財産の価額から前三項の規定により財団債権となる額（第一項第一号に掲げる場合にあつては、破産者の受けた反対給付の価額）を控除した額の償還を請求することができる。

(一般の先取特権の順位)

民法第329条 一般の先取特権が互いに競合する場合には、その優先権の順位は、第三百六条各号に掲げる順序に従う。

2 一般の先取特権と特別の先取特権とが競合する場合には、特別の先取特権は、

一般の先取特権に優先する。ただし、共益の費用の先取特権は、その利益を受けたすべての債権者に対して優先する効力を有する。

(補足説明)

1 本文ア(反対給付の返還又は価額償還請求の可否)、同イ(先取特権の付与の要否)について

(1) 現行法の下では、取消債権者が詐害行為取消権を行使したことにより、受益者が債務者から取得した財産を返還し、又はその価額を償還した場合において、受益者は、当該財産を取得した際に債務者に対してした反対給付の返還又は償還を求めることはできないとされている。受益者は、取消債権者が受益者から返還又は償還された当該財産によって現実に被保全債権の満足を受けたときに初めて、債務者に対して不当利得の返還を請求することができるにすぎないとされている。

もつとも、債務者が無資力であるからこそ詐害行為取消権が行使されたのであるから、現実的には、受益者が債務者から額面どおりに不当利得の返還を受けることは困難である。結局、受益者は、債務者に対してした反対給付の返還又は償還の請求に関しては、取消債権者又は他の一般債権者に劣後することになる。一方で、取消債権者又は他の一般債権者は、受益者が債務者に返還又は償還した財産と、受益者が当該財産を取得するためにした反対給付の双方を、債務者の責任財産として把握することができることになる。

(2) これに対し、破産法は、詐害行為否認の場合において、受益者が破産者に対して反対給付をしているときは、受益者はその反対給付の返還又は償還に関する権利を有するとしている(同法第168条)。すなわち、反対給付が破産財団中に現存する場合には、その反対給付の返還を請求することができ(同条第1項第1号)、反対給付が破産財団中に現存しない場合には、その反対給付の価額の償還を財団債権者として請求することができるとしている(同項第2号)。ただし、破産者が反対給付について隠匿等の意思を有しており、かつ、受益者がそのような意思を知っていた場合において、反対給付による利益が破産財団中に現存するときは、その現存利益の返還を財団債権者として請求することができ(同条第2項第1号)、反対給付による利益が破産財団中に現存しないときは、反対給付の価額の償還を破産債権者として請求することができるにとどまるとしている(同項第2号)。

これは、受益者が反対給付の返還又は償還をすることができるとしておかなければ、破産財団において、受益者が破産者に返還又は償還した財産と、受益者が当該財産の取得のためにした反対給付の双方を、不当に(二重に)利得してしまうことを考慮するとともに、受益者が破産者の隠匿等の処分をする意思を認識していた場合については、そのような受益者に優先的な保護を与える必要はないことを考慮したものとされている。

このような考慮は、詐害行為取消権においても同様に妥当するものと考えられる。また、詐害行為取消しの効果が債務者にも及ぶとする立場(前記1の補足説明4参照)を前提とすれば、この補足説明1(1)に示した結論を採用しなければな

らない理由はない。

- (3) そこで、詐害行為取消しの効果が債務者にも及ぶことを前提として、受益者は、債務者に対してした反対給付の返還又は価額償還を請求することができ（本文ア）、かつ、回復済みの財産に対して原則として特別の先取特権を付与されることにより、他の債権者に先立って反対給付の返還又は償還を受けられるものの、債務者が当該反対給付について隠匿等の処分をする意思を有しており、かつ、受益者もその意思を知っていたときは、上記の先取特権は付与されないということが考えられる（本文イ）。

本文ア及びイの考え方は、このような理解に基づく提案である。

なお、本文イの第2パラグラフのように、受益者が債務者の隠匿等の処分をする意思を知っていたときは先取特権を付与しない旨の規定を設ける場合には、これと併せて、受益者が債務者の内部者であると認められるときは債務者の隠匿等の処分をする意思を知っていたものと推定する旨の規定を設けることが考えられる（破産法第168条第3項、第161条第2項参照。また、前記2(3)ア(ウ)、オ(ウ)、(4)イ参照）。

## 2 本文ウ（費用償還請求権との優劣）について

本文ア及びイのように、受益者の反対給付に関して優先的な返還又は価額償還請求権を認める場合には、取消債権者の費用償還請求権に係る一般の先取特権（前記4(2)参照）との優劣が問題となる。

これについては、取消債権者のインセンティブを確保すべきであることや、悪意の受益者よりも取消債権者を保護すべき要請が強いことなどを理由として、取消債権者の費用償還請求権を優先させるべきであるとの考え方があり得る。また、民法第329条第2項は、特別の先取特権は原則として一般の先取特権に優先するとしつつ、共益の費用の先取特権はその利益を受けた全ての債権者に対して優先するとしており、このような考え方を裏付けるものであると言える。

本文ウの考え方は、以上の理解に基づき、前記4(2)の取消債権者の費用償還請求権に係る一般の先取特権は、本文イの受益者の返還又は価額償還請求権に係る特別の先取特権に優先する旨の規定を設けることを提案するものである。

## 6 債務者と転得者との関係

### (1) 転得者の前者に対する債権の取扱い

債務者と受益者との間の詐害行為が転得者との関係で取り消された場合において、転得者がその前者による代物弁済その他の債務消滅行為によって取得した財産を債務者に返還し、又はその価額を債務者に償還したときは、転得者は、詐害行為取消権の行使が受益者に対してされたとすれば受益者が債務者に対して行使し得た権利（前記5(1)の債権又は同(2)の返還若しくは価額償還請求権）を、上記債務消滅行為によって消滅した債権の額の限度で、代位行使することができる旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

## (2) 転得者の前者に対する反対給付の取扱い

債務者と受益者との間の詐害行為が転得者との関係で取り消されたことにより、転得者がその前者による財産処分行為によって取得した財産を債務者に返還し、又はその価額を債務者に償還した場合において、転得者がその財産を取得した際に前者に対して反対給付をしていたときは、転得者は、詐害行為取消権の行使が受益者に対してされたとすれば受益者が債務者に対して行使し得た権利(前記5(1)の債権又は同(2)の返還若しくは価額償還請求権)を、上記反対給付の額の限度で、代位行使することができる旨の規定を設けるといふ考え方があり得るが、どのように考えるか。

○中間的な論点整理第10, 3(5)ウ「転得者の反対給付」[34頁(82頁)]

取消債権者が詐害行為取消権を行使したことにより、転得者がその前者から取得した財産を返還した場合において、転得者は、その財産を取得した際に前者に反対給付をしていたときであっても、直ちにその返還を求めることはできず、取消債権者が現実に被保全債権の満足を受けたときに限って、債務者に対して不当利得の返還を請求することができるにすぎないと解されている。しかし、仮に受益者に優先的な価額償還請求権を認める場合には(前記イ参照)、これとの均衡を保つ観点から、転得者が前者に対してした反対給付の価額を優先的に回収できるようにするかどうかについても、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 4(6)ウ[86頁]】

### (補足説明)

- 1 現行法の下では、取消債権者が詐害行為取消権を行使したことにより、転得者がその前者から取得した財産を債務者に返還し、又はその価額を債務者に償還することとなった場合において、転得者は、債務者に対し、当該財産を取得した際に前者に対してした反対給付の返還又は償還を求めることはできないとされている。また、同じく詐害行為取消権の行使により、転得者がその前者から代物弁済その他の債務消滅行為によって取得した財産を債務者に返還又は償還した場合においても、転得者の前者に対する債権が復活することはなく、その債権の価額について転得者が債務者に対して償還請求をすることもできないとされている。転得者は、上記いずれの場合においても、取消債権者が転得者から返還又は償還された当該財産によって現実に被保全債権の満足を受けたときに初めて、債務者に対して不当利得の返還を請求することができるにすぎないとされている。

しかしながら、債務者が無資力であるからこそ詐害行為取消権が行使されたのであるから、現実的には、転得者が債務者から額面どおりに不当利得の返還を受けることは困難である。結局、転得者は、前者に対する反対給付又は前者に対する債権の価額の返還又は償還の請求に関しては、取消債権者又は他の一般債権者に劣後することになる。もっとも、受益者の反対給付の場合とは異なり(前記5(2)の補足説明1参照)、取消債権者又は他の一般債権者は、転得者が債務者に返還又は償還した

財産に加えて、転得者が当該財産を取得するために前者に対してした反対給付の価額分や当該財産の取得によって消滅した前者に対する債権の価額分をも、債務者の責任財産として常に把握することになるわけではない。なぜなら、債務者の直接の取引相手である受益者が債務者から当該財産を取得するためにした反対給付の価額と、転得者が前者から当該財産を取得するためにした反対給付の価額や当該財産を取得することによって消滅した債権の価額とは、必ずしも一致するわけではないからである。例えば、受益者が詐害行為である贈与契約によって債務者から取得した目的物を、転得者が受益者から買い受け、又は代物弁済として受領した場合においては、転得者が当該目的物を債務者に返還又は償還したとしても、債務者の責任財産は当該目的物の価額分のみ増加するにすぎない。

なお、以上の結論は、詐害行為取消しの効果が債務者に及ばないことからくる帰結ではなく、詐害行為取消しの効果が当該転得者の前者（受益者又は転得者）に及ばないことからくる帰結である。したがって、詐害行為取消しの効果を債務者に及ぼすというだけでは、上記結論に影響はない。

## 2 他方、破産法は、転得者の反対給付等に関する規定を置いていない。

しかし、詐害行為取消権における受益者の反対給付について、前記5(2)のとおり受益者は取消債権者や他の一般債権者に優先して当該反対給付の返還又は価額償還を請求することができるとするのであれば、転得者についても、前者に対してした反対給付や前者に対する債権の価額を取消債権者や他の一般債権者に優先して回収することができるとする方向で検討を進めることが考えられる。

ただし、この補足説明1で述べたとおり、転得者の前者に対する反対給付や債権の価額については、受益者の反対給付の価額とは異なり、取消債権者又は他の一般債権者が、転得者から債務者に返還された財産に加えて、当該反対給付や債権の価額分をも債務者の責任財産として常に把握することになるわけではない。したがって、転得者の前者に対する反対給付や債権の価額については、これをそのまま債務者に対して請求し得るものとすることはできず、何らかの調整が必要となる。

このような理解を踏まえて、この場合の転得者には、詐害行為取消権の行使が受益者に対してされていたのであれば受益者が行使することのできた権利の代位行使を認めるとする考え方が主張されている（参考資料1 [検討委員会試案]・172頁）。本文(1)及び同(2)は、この考え方を取り上げたものである。

## 3 ところで、この考え方を採用する場合には、転得者の前者に対する反対給付や債権の価額が、受益者の債務者に対する反対給付や債権の価額よりも大きい場合の処理が問題となる。

この点については、受益者が行使することのできた権利の代位行使だけでは転得者の前者に対する反対給付や債権の価額に満たない場合において、前者に詐害行為取消しの原因があるとき（前者が無償行為により当該財産を取得した者である場合には、これに加えて前者が悪意であるとき）は、転得者は前者に対してその不足分の支払を求めることができるとする考え方（一種の担保責任の追及という構成）が示されている（参考資料1 [検討委員会試案]・172頁）。他方、詐害行為取消し

の効果が前者には及ばないことを重視して、そのような前者に対する不足分の支払請求は認めないとする考え方を採ることも考えられる。どのように考えるか。

## 7 破産管財人等による詐害行為取消訴訟の受継

詐害行為取消訴訟が債務者の破産手続等の開始当時に係属する場合において、当該詐害行為取消訴訟における取消しの対象が否認の対象とはなり得ないものであるときは、当該詐害行為取消訴訟の手続を受継した破産管財人等は、当該詐害行為取消訴訟の手続をそのまま続行することができる（否認訴訟への変更を要しない）ことを条文上明らかにするものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第10, 2(4)「詐害行為取消訴訟の受継」[32頁(79頁)]

破産法第45条は、破産債権者又は財団債権者が提起した詐害行為取消訴訟が破産手続開始当時に係属する場合における破産管財人による訴訟手続の受継について規定している。仮に否認権よりも詐害行為取消権の方が取消しの対象行為の範囲が広い場面があるという現象（逆転現象）が解消されない場合（前記(2)ウ(ア)(イ), (3)参照)には、受継される詐害行為取消訴訟に否認訴訟の対象とはならないものが残ることから、このような訴訟は破産管財人が詐害行為取消訴訟のまま手続を続行できるとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 3(2)ク [66頁]】

《参考・現行条文》

(債権者代位訴訟及び詐害行為取消訴訟の取扱い)

破産法第45条 民法（明治二十九年法律第八十九号）第四百二十三条又は第四百二十四条の規定により破産債権者又は財団債権者の提起した訴訟が破産手続開始当時係属するときは、その訴訟手続は、中断する。

2 破産管財人は、前項の規定により中断した訴訟手続を受け継ぐことができる。この場合においては、受継の申立ては、相手方もすることができる。

3 前項の場合においては、相手方の破産債権者又は財団債権者に対する訴訟費用請求権は、財団債権とする。

4 第一項の規定により中断した訴訟手続について第二項の規定による受継があった後に破産手続が終了したときは、当該訴訟手続は、中断する。

5 前項の場合には、破産債権者又は財団債権者において当該訴訟手続を受け継がなければならない。この場合においては、受継の申立ては、相手方もすることができる。

6 第一項の規定により中断した訴訟手続について第二項の規定による受継があるまでに破産手続が終了したときは、破産債権者又は財団債権者は、当然訴訟手続を受継する。

(債権者代位訴訟等の取扱い)

民事再生法第40条の2 民法（明治二十九年法律第八十九号）第四百二十三条若しくは第四百二十四条の規定により再生債権者の提起した訴訟又は破産法の規定による否認の訴訟若しくは否認の請求を認容する決定に対する異議の訴訟が再生手続開始当時係属するときは、その訴訟手続は、中断する。

2～6 （略）

7 第一項の規定により中断した訴訟手続について第二項又は第四百四十条第一項の規定による受継があるまでに再生手続が終了したときは、再生債権者又は破産管財人は、当該訴訟手続を当然受継する。

（否認に関する権限の付与）

民事再生法第56条 再生手続開始の決定があった場合には、裁判所は、利害関係人の申立てにより又は職権で、監督委員に対して、特定の行為について否認権を行使する権限を付与することができる。

2～6 （略）

（詐害行為取消訴訟等の取扱い）

民事再生法第140条 否認権限を有する監督委員又は管財人は、第四百条の二第一項の規定により中断した訴訟手続のうち、民法第四百二十四条の規定により再生債権者の提起した訴訟又は破産法の規定による否認の訴訟若しくは否認の請求を認容する決定に対する異議の訴訟に係るものを受け継ぐことができる。この場合においては、受継の申立ては、相手方もすることができる。

2 前項の場合においては、相手方の再生債権者又は破産管財人に対する訴訟費用請求権は、共益債権とする。

3 第一項に規定する訴訟手続について同項の規定による受継があった後に再生手続が終了したときは、次条第一項の規定により中断している場合を除き、当該訴訟手続は中断する。

4 前項の場合又は第一項に規定する訴訟手続が次条第一項の規定により中断した後に再生手続が終了した場合には、再生債権者又は破産管財人において当該訴訟手続を受け継がなければならない。この場合においては、受継の申立ては、相手方もすることができる。

（債権者代位訴訟及び詐害行為取消訴訟等の取扱い）

会社更生法第52条の2 民法（明治二十九年法律第八十九号）第四百二十三条若しくは第四百二十四条の規定により更生債権者の提起した訴訟又は破産法若しくは民事再生法の規定による否認の訴訟若しくは否認の請求を認容する決定に対する異議の訴訟が更生手続開始当時係属するときは、その訴訟手続は、中断する。

2 管財人は、前項の規定により中断した訴訟手続を受け継ぐことができる。この場合においては、受継の申立ては、相手方もすることができる。

3 前項の場合においては、相手方の更生債権者、破産管財人又は再生手続における管財人若しくは否認権限を有する監督委員（民事再生法第二百二十八条第二項に規定する否認権限を有する監督委員をいう。第五項において同じ。）に対する訴訟

- 費用請求権は、共益債権とする。
- 4 第一項の規定により中断した訴訟手続について第二項の規定による受継があった後に更生手続が終了したときは、当該訴訟手続は中断する。
  - 5 前項の場合には、更生債権者、破産管財人又は再生手続における管財人若しくは否認権限を有する監督委員において当該訴訟手続を受け継がなければならない。この場合においては、受継の申立ては、相手方もすることができる。
  - 6 第一項の規定により中断した訴訟手続について第二項の規定による受継があるまでに更生手続が終了したときは、前項前段に規定する者は、当該訴訟手続を当然受継する。

(補足説明)

- 1 詐害行為取消権の要件について、否認権の要件との整合性にも留意しながら規定を見直したとしても、否認権より詐害行為取消権のほうがその対象範囲が広いという場面が生ずる余地がある。例えば、前記2(3)ウ「無償行為」の(ア)「債務者及び受益者の悪意を不要とする規定」の乙案を採用すると、債務者に支払の停止がある前6か月よりも更に前に無資力の債務者が無償行為をした場合において、受益者が当該行為の当時債権者を害すべき事実を知らなかったときは、当該無償行為は、詐害行為取消権の対象とはなり得るが、否認権の対象とはならないことになる。

この点について、破産法第45条は、破産債権者又は財団債権者が提起した詐害行為取消訴訟が破産手続開始当時に係属するときは、その訴訟手続は中断することとするとともに(同条第1項)、破産管財人は中断した訴訟手続を受継することができるとし(同条第2項)、破産管財人による受継後に破産手続が終了したときは、訴訟手続は再び中断し、最初の中断前の訴訟当事者であった破産債権者又は財団債権者が受継し(同条第4項、第5項)、また、最初の中断後、破産管財人による受継前に破産手続が終了したときは、訴訟手続は最初の中断前の訴訟当事者であった破産債権者又は財団債権者が当然に受継するとしている(同条第6項)。民事再生手続においても、再生債権者が提起していた詐害行為取消訴訟について、破産手続と同様の規定があり(民事再生法第40条の2第1項・第7項、第56条第1項、第140条第1項・第3項・第4項)、会社更生手続においても、更生債権者が提起していた詐害行為取消訴訟について、破産手続と同様の規定がある(会社更生法第52条の2)。

そして、これらの規定に基づいて破産管財人等が詐害行為取消訴訟を受継した場合には、詐害行為取消訴訟は否認訴訟に変更されると解されており、実務上、訴えの変更の手続が用いられているようである。

- 2 以上のように、詐害行為取消訴訟は、その根拠となる権限が詐害行為取消権から否認権に切り替わる形で、否認訴訟として維持されることになるところ、仮に否認権より詐害行為取消権のほうがその対象範囲が広いという場面があるとすれば、詐害行為取消訴訟のうち否認権の対象範囲を超えて詐害行為取消しを求める部分については、否認訴訟として取り扱うことができないことになる。

そこで、学説においては、否認権に切り替えられない詐害行為取消権の行使をする詐害行為取消訴訟については、倒産処理手続と並んで、当該取消債権者がそのまま訴訟を維持することができるとする見解がある。しかし、この見解に対しては、破産法が上記の中断・受継手続を設けているのは、一旦破産手続が開始された以上は、責任財産の回復（破産財団の増殖）は破産管財人による否認権の行使によって実現されるのが適当であるとの判断に基づくものであることに照らせば、倒産処理手続が進行していながら、なお取消債権者が詐害行為取消権を行使し続けられることを理論的に説明することは困難であるとの批判がされている。なお、破産手続開始後は、破産債権者が詐害行為取消訴訟を提起することは許されないと解されている（大判昭和4年10月23日民集8巻787頁）。

そこで、詐害行為取消訴訟のうち否認権の対象範囲を超えて詐害行為取消しを求める部分についても、破産管財人がその手続を詐害行為取消訴訟のまま続行することができるとする見解が主張されている。現行法の下でも、詐害行為取消権の対象範囲が否認権の対象範囲よりも広い場合には詐害行為取消権は独自の存在意義を失わず、破産管財人は詐害行為取消訴訟として当該訴訟手続を続行することができるとの解釈が示されている。

本文は、以上の理解に基づき、詐害行為取消訴訟が債務者の破産手続等の開始当時に係属する場合において、当該詐害行為取消訴訟における取消しの対象が否認の対象とはなり得ないものであるときは、当該詐害行為取消訴訟の手続を受継した破産管財人等は、当該詐害行為取消訴訟の手続をそのまま続行することができる（否認訴訟への変更を要しない）旨の規定を設けるという考え方を取り上げたものである。

もっとも、このような規定を設けるとすれば、その規定の置き場所は破産法等になると考えられるので、この部会で取り組むべきテーマに含まれるかどうかという問題がある。

## 8 詐害行為取消権の行使期間

詐害行為取消権の行使期間については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 詐害行為取消権は、債権者が取消しの原因を知った時から2年間行使しないときは、時効によって消滅し、行為の時から20年を経過したときも、同様とする旨の規定（現行の民法第426条）を維持するものとする。

【乙案】 詐害行為取消権は、債権者が取消しの原因を知った時から2年間行使しないときは、時効によって消滅し、行為の時から10年を経過したときも、同様とする旨の規定に改めるものとする。

【丙案】 詐害行為取消しの訴えは、債権者が取消しの原因を知った時から2年を経過したときは、提起することができず、行為の時から〔10年〕〔20年〕を経過したときも、同様とする旨の規定に改めるものとする。

○中間的な論点整理第10, 4「詐害行為取消権の行使期間（民法第426条）」[35頁（83頁）]

詐害行為取消権の行使期間については、消滅時効制度の見直し（後記第36参照）を踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 5 [88頁]】

《参考・現行条文》

（詐害行為取消権の期間の制限）

民法第426条 第四百二十四条の規定による取消権は、債権者が取消しの原因を知った時から二年間行使しないときは、時効によって消滅する。行為の時から二十年を経過したときも、同様とする。

（否認権行使の期間）

破産法第176条 否認権は、破産手続開始の日から二年を経過したときは、行使することができない。否認しようとする行為の日から二十年を経過したときも、同様とする。

（社債発行会社の弁済等の取消しの訴え）

会社法第865条 社債を発行した会社が社債権者に対してした弁済，社債権者との間でした和解その他の社債権者に対してし，又は社債権者との間でした行為が著しく不公正であるときは，社債管理者は，訴えをもって当該行為の取消しを請求することができる。

2 前項の訴えは，社債管理者が同項の行為の取消しの原因となる事実を知った時から六箇月を経過したときは，提起することができない。同項の行為の時から一年を経過したときも，同様とする。

3 （略）

4 民法第四百二十四条第一項ただし書及び第四百二十五条の規定は，第一項及び前項本文の場合について準用する。この場合において，同法第四百二十四条第一項ただし書中「その行為によって」とあるのは「会社法第八百六十五条第一項に規定する行為によって」と，「債権者を害すべき事実」とあるのは「その行為が著しく不公正であること」と，同法第四百二十五条中「債権者」とあるのは「社債権者」と読み替えるものとする。

（補足説明）

- 1 民法第426条前段は，詐害行為取消権は「債権者が取消しの原因を知った時から二年間」の消滅時効にかかるとしている。ここにいう「債権者が取消しの原因を知った時」とは，取消債権者が，債務者が債権者を害することを知って法律行為（行為）をした事実を知った時を意味し，単に法律行為の客観的事実を知っただけでは足りないとされている（最判昭和47年4月13日判時669号63頁）。もっとも，

前記2(3)ウ「無償行為」の(ア)「債務者及び受益者の悪意を不要とする規定」のように、債務者の悪意を不要とする規定を設ける場合には、同条前段の「取消しの原因」の具体的内容を「債務者が債権者を害することを知って法律行為をしたこと」のみに限定するのは適当でないことになる。

他方、民法第426条後段は、「行為の時から二十年」を経過したときも同様であると規定している。もっとも、ここにいう「行為の時から二十年」の法的性質については、消滅時効ではなく除斥期間であると解されている。

甲案は、以上の理解を前提として、現行の民法第426条を維持することを提案するものである。

- 2 ところで、詐害行為取消権の行使期間についても、消滅時効制度全般についての見直しとの関連に留意しつつ検討する必要がある。この点については、第34回及び第36回会議において、債権の消滅時効における原則的時効期間や形成権の行使期間についての審議が行われ、形成権の行使期間を債権の原則的時効期間（客観的起算点から始まる長期の時効期間については10年）と同様のものとする旨の提案（部会資料31第1、4の甲案、同1(2)の乙案参照）などについて審議がされた。

また、学説においては、詐害行為取消権を行使するためには詐害行為の時から現在に至るまで債務者の債務超過状態（無資力状態）が継続することを要するところ（前記2(1)の補足説明2参照）、そのような長期にわたり債務者の行為や財産状況を確認しないまま推移させた債権者に詐害行為取消権を行使させる必要性は乏しいとの観点から、詐害行為の時を起算点とする長期20年の除斥期間は長過ぎるとの指摘がされている。

本文の乙案は、以上の理解に基づき、詐害行為取消しの原因を知った時から起算される短期2年の消滅時効と、詐害行為の時から起算される長期10年の除斥期間をそれぞれ定める趣旨で、現行の民法第426条後段の20年を10年に改めることを提案するものである。

乙案を採る場合には、同条後段の「同様とする。」との文言を維持するのではなく、長期10年の行使期間が除斥期間であることを条文上明らかにすべきかどうかについても、検討する必要があると考えられる（なお、甲案を採る場合でも、この検討は必要であると考えられる。）。

- 3 他方、以上とは異なる観点として、詐害行為取消権は民法第120条以下の取消権などの実体法上の形成権とは異なるという点に着目し、形成権の行使期間等についての見直しの帰すうにかかわらず、詐害行為取消権の行使期間を一律に除斥期間ないし出訴期間（会社法第865条第2項、民法第201条等参照）として捉えることも考えられる。

このような観点から、詐害行為取消権の行使期間については、現行法で言うところの中断及び停止事由はいずれも適用されず、絶対的な出訴期間として構成すべきであるとの見解が主張されている（参考資料1 [検討委員会試案]・174頁）。また、破産法第176条は、否認権は「破産手続開始の日から二年」を経過したときは行使することができず、「行為の日から二十年」を経過したときも同様とすると規

定しているところ、これらの短期及び長期の行使期間は、いずれも除斥期間を定めたものと解されている。

丙案は、以上の理解に基づき、詐害行為取消の原因を知った時から起算される短期2年の除斥期間（出訴期間）、詐害行為の時から起算される長期10年又は20年の除斥期間（出訴期間）を定めることを提案するものである。

〔フランス民法〕

第1166条

前条の規定に関わらず、債権者は、一身に専属するものを除き、債務者の全ての権利及び訴権を行使することができる。

第1167条

- (1) 債権者はまた、その債務者が債権者の権利を詐害して行った行為を、自己の名において攻撃することができる。
- (2) ただし、債権者は、『相続』の章及び『夫婦財産契約及び夫婦財産制』の章に挙示する債権者の権利に関しては、そこに規定される規則に従わなければならない。

〔フランス民法改正草案（カタラ草案）〕

第1166条

- (1) 債権者は、債務者の名において、一身に専属するものを除き、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。
- (2) 債務者の権利不行使が債権者を害することを証明したときにのみ、その権利行使の利益は正当化される。

第1167条

- (1) 債権者はまた、その債務者が債権者の権利を詐害して行った行為を、その行為が有償行為である場合には第三者たる契約相手方がその詐害性を認識していたことを証明するという条件で、自己の名において攻撃することができる。
- (2) 詐害行為であることが宣言された行為は債権者に対抗することができず、従って、債権者はそのいかなる効果によっても害されてはならない。必要な場合には、詐害して受領したものを、第三取得者は返還しなければならない。
- (3) 訴権は、債権者が詐害行為を知ってから3年以内のみに行使され得る。

第1167-1条

- (1) 1166条に定められた権利を行使する債権者は、その権利行使の効果として、権利を行使しない債務者の財産に戻る金額からの控除によって弁済を受ける。
- (2) 1167条に定められた訴権は、訴権行使に着手した債権者及びその訴訟に参加した債権者に対してのみ、利益をもたらす。

第1167-2条

相続の章及び夫婦財産契約と夫婦財産制の章において定められた権利については、債権者はそこに定められた規定に従わなければならない。

第1168条

- (1) 一部の債権者は、法律により、その債務者にとっての債務者に対し、2つの債権の限度において、その債権の弁済を直接に求める権利を与えられる。
- (2) 諸契約を結び付ける関連性を考慮して、それが債権者にとっての不当な財産減

少を回避する唯一の方法であるときは、同様に直接訴権が認められる。

#### 〔フランス民法改正草案（テレ草案）〕

##### 第133条

- (1) 債務者の権利不行使が債権者の権利を害することを証明したときは、債権者は、債務者の名において、一身に専属するものを除き、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。
- (2) 債権者は、その権利行使の効果として、権利を行使しない債務者の財産に戻る金額からの控除によって弁済を受ける。

##### 第134条

- (1) 債権者はまた、その債務者が債権者の権利を詐害して行った行為を、その行為が有償行為である場合には第三者たる契約相手方がその詐害性を認識していたことを証明するという条件で、自己の名において攻撃することができる。
- (2) 詐害行為であることが宣言された行為は債権者に対抗することができず、従って、債権者はそのいかなる効果によっても害されてはならない。
- (3) 訴権行使に着手した債権者及びそれに参加した債権者に対して、優先的にその権利行使による利益がもたらされる。

##### 第135条

一部の債権者は、法律により、その債務者にとっての債務者に対し、2つの債権の限度において、その債権の弁済を直接に求める権利を与えられる。

#### 〔フランス民法改正草案（司法省草案2008年版）〕

##### 第149条

- (1) 債権者は、債務者の名において、一身に専属するものを除き、債務者の全ての権利及び訴権を行使することができる。
- (2) 債務者の権利不行使が債権者を害することを証明したときにのみ、債権者における権利行使の利益は正当化される。

##### 第150条

- (1) 債権者はまた、その債務者が債権者の権利を詐害して行った行為を、その行為が有償行為である場合には第三者たる契約相手方がその詐害性を認識していたことを証明するという条件で、自己の名において攻撃することができる。
- (2) 詐害行為であることが宣言された行為は債権者に対抗することができず、従って、債権者はそのいかなる効果によっても害されてはならない。必要な場合には、詐害して受領したものを、第三取得者は返還しなければならない。
- (3) ただし、債権者は、『相続』の章及び『夫婦財産契約及び夫婦財産制』の章に挙示する債権者の権利に関しては、そこに規定される規則に従わなければならない。

##### 第151条

- (1) 149条に定められた訴権を行使する債権者は、その訴権行使の効果として、権利を行使しない債務者の財産に戻る金額からの控除によって弁済を受ける。

- (2) 150 条に定められた訴権は、訴権行使に着手した債権者及びその訴訟に参加した債権者に対して、優先的に利益をもたらす。

〔フランス民法改正草案（司法省草案2009年版）〕

第117条

- (1) 債権者は、債務者の名において、一身に専属するものを除き、債務者の全ての権利及び訴権を行使することができる。
- (2) 債務者の権利不行使が債権者を害することを証明したときにのみ、債権者における権利行使の利益は正当化される。
- (3) 債権者は、その権利行使の効果として、権利を行使しない債務者の財産に戻る金額からの控除によって弁済を受ける。

第118条

- (1) 債権者はまた、その債務者が債権者の権利を詐害して行った行為を、その行為が有償行為である場合には第三者たる契約相手方がその詐害性を認識していたことを証明するという条件で、自己の名において攻撃することができる。
- (2) 詐害行為であることが宣言された行為は債権者に対抗することができず、従って、債権者はそのいかなる効果によっても害されてはならない。必要な場合には、詐害して受領したものを、第三取得者は返還しなければならない。
- (3) 訴権行使に着手した債権者及びその訴訟に参加した債権者に対して、優先的にその権利行使による利益がもたらされる。