

平成 24 年 2 月 14 日

法制審議会 民法（債権関係）部会 御中

大阪弁護士会 民法改正問題特別委員会 有志

辰野久夫	林 功	田仲美穂	橋田 浩
林 邦彦	安部将規	野村剛司	稲田正毅
赫 高規	徳田 琢	山形康郎	辻村和彦
橋本芳則	阿部宗成	高尾慎一郎	福井俊一

債権者代位権の条文提案

第 101 章 債権者代位権

第 1 節 金銭の支払を目的とする債権を保全するための債権者代位権

（金銭の支払を目的とする債権を保全するための債権者代位権）

第 1001 条 債権者は、第 414 条第 1 項（履行の強制）の規定によるほか、自己の債権（金銭の支払を目的とするものに限る。）を保全するため特に必要があるときは、債務者に属する権利（以下「被代位権利」という。）を行使することができる。

2 前項の権利の行使は、被代位権利に係る債権について、債務者による取立てその他の処分、及び、相手方（被代位権利の債務者をいう。以下本章において同じ。）による債務者への弁済を妨げない。

1 本来型の債権者代位権を存置するものとし、本条は、転用型の債権者代位権と区別して、その基本的な要件と効果を規定するものである。

2 債権者が、債務者の意思に基づかずに債務者に属する権利を行使するには、履行の強制に関する制度、具体的には、民事執行の債権執行等の規定に従って債務者の債権を差押え、取立権を得て権利行使するのが現行法制度における原則である。本条 1 項はこの原則を明らかにするほか、例外として、債権者の金銭債権を保全するために特別の必要性があるときに債務者の権利を行使できることを明らかにする。すなわち、本則と例外の関係を明らかにするため、債権者代位権の要件としては単なる必要性ではなく特別の必要性との表現を用いることとし、債権者代位権を、執行制度によらずに債務者の権利を行使できる例外的場面をカバーするための一般条項的な制度に位置付ける。

また、本提案においては、かかる例外制度の存在目的を、債務者の責任財産を保全し強制執行の準備をすることに純化することとし、債権回収機能（事実上の優先弁済機能）は否定する（第 1003 条 6 項 7 項）。

この点、債務者の責任財産の保全のための原則的制度としては、民事保全法に基づく仮差押え制度が存在する。本条第 2 項は、債権者代位権が、債権保全制度における基本的効果である、第三債務者に対する弁済禁止効等を有さないことを明らかにしている。したがって、債権者が自己の債権を保全するためかかる基本的効果を欲する場合には仮差押え手続をとるべきことになる。他方、債務者の権利を行使するという、仮差押え制度においては認められていない態様により、債務者財産の保全を図る必要性がある場合には、債権者代位権が独自の意義を有することになる。

以上のとおり、本来型の債権者代位権は、執行・保全制度を補完して、債務者財産の保全を図り強制執行の準備をするための一般的制度と明確に位置付けられるべきである。

3(1) 本条 1 項の、保全のための特別の必要性の要件が、いかなる場合に充足されるのかが問題となる。

当該要件は、上記の本提案の趣旨に照らし、2 つの内容を含むものである。

すなわち、まず、債権者代位権を行使すべき特別の必要性があることである（特別の必要性要件）。上記のとおり、債権者代位権が債権執行制度の例外制度と位置付けられることから、例外制度を利用すべき特別の必要性が求められることになる。

そしてさらに、債務者財産保全のための必要性があることを要する（（狭義の）保全の必要性要件）。債権者代位権が債務者の責任財産保全のための制度と位置付けられることから求められる要件である。

(2) このうち特別の必要性要件は、債務者に属する権利を行使するために執行制度によっては足りない例外的場面であることを要求するものであり、典型的には、次の 2 つの場合に認められる。すなわち、①執行制度に基づいて権利行使をしていては時間を要するため当該権利を十分に保全できないので、債権者代位権によって当該権利を保存する必要がある場合と、②債務者財産の保全のために、執行制度に基づく権利行使が認められていない権利を行使する必要がある場合である。

なお、債権者が本提案の 1003 条 1 項に基づいて第三債務者に対し被代位権利の目的物である金銭等を自己に直接支払うよう請求する場合等に、第三債務者が任意にこれに応じ債権者がこれを受領するときは、債権者は簡易迅速に被代位権利の履行の確保を図ることができ、第三債務者によるかかる任意の履行の受けること自体が執行・保全制度では代替できない債務者財産保全を達成するものであるから、かかるときには定型的に、上記①の場合に準じて特別の必要性の要件を充たしているといえるが、この点については、1003 条の解説「4」において詳論する。

(3) （狭義の）保全の必要性については、仮差押えにおける保全の必要性と同様、債務者の一般的な信用状態ないし財産状態のほか、逃亡、財産の浪費、廉売、毀損等の債務者の態様、権利行使が認められることによる債務者への影響の程度等の諸般の事情が考慮されるべきであり、さらには、債権者が被代位権利について仮差押え

をしているか、被保全債権について債務名義を有しているかといった事情、被代位権利自体の危殆化の程度、権利行使が認められない場合の債権者にとっての他の適切な手段の有無等、特別の必要性要件に関わる事情も重要な考慮要素であって、相関的に判断がなされるべきである。

- 4(1) 特別の必要性及び（狭義の）保全の必要性に関し、具体例に則して検討すると、次のとおりとなる。

まず、被代位権利の保存に資するものとして特別の必要性が認められる典型例としては、仮差押えをし、またはしようとしている債務者の債権が時効により消滅しそうなときに被仮差押債権を代位行使して第三債務者に対し訴訟を提起する場合が考えられる。また、解除権や取消権についても、本来、解除や取消しを前提として債務者が有することとなる請求権を差押え、取立権を得て、当該取立権の内容として解除権や取立権を行使すべきであるが（最判平成11年9月9日民集53巻7号1173頁参照）、解除権や取立権の行使期間ないし時効期間の満了が近く、取立権を取得する時間的余裕がないときに、債権者代位権によりかかる形成権を行使する場合が考えられる。

これらの場合には、被代位権利の危殆化の程度が大きく、保存行為として当該権利が行使される場面であるから、比較的容易に（狭義の）保全の必要性が認められるものと解される。もっとも、後者の例の場合は、形成権が代位行使されることにより権利義務関係の変動がもたらされ債務者や第三債務者への影響が大きいことからすれば、解除権または取消権の行使期間等の満了が間近であるという事情のほか、解除または取消しがなされれば債務者が有することとなる債権について、債権者がすでに仮差押えをし、あるいは仮差押えや差押え（差押えを申立てたものの債務者にスムーズに送達できない場合等を念頭に置いている。）を申立てていることが原則として必要であると考えられる。

- (2) また、被代位権利の保存に資するものとして特別の必要性が認められるのは、上記(1)のように被代位権利が時効等により消滅することを阻止するための保存行為をする場合に限られないというべきである。

例えば、第三債務者の資力の悪化や隠匿行為等により被代位権利の回収が困難になってきているときにも、執行制度に基づき取立権を取得している時間的余裕がないといえる。このような場合、債権者が、取立権を得る前に、第三債務者の財産に対する財産を直接仮差押えするために、当該仮差押え手続において債権者代位権を被保全債権として主張する必要性が認められるというべきである。この場合の（狭義の）保全の必要性は、例えば、被代位権利について仮差押えが発効している事情があればそのことのみをもって認められるというべきであろう。

さらには、次のような事情がある場合も被代位権利の保存のための特別の必要性が認められうる。すなわち、債務者と第三債務者との間で債権の存否・金額等につ

いて紛争になることが予想される場合には、債権者が、債務名義取得のための債務者への訴訟提起と併行して、債権者代位訴訟を提起することにより、執行手続による取立権を得た後に取立訴訟を提起するよりも早期に、被代位権利の債務名義を取得でき、あるいは後に取立訴訟を提起した際に債権者代位訴訟と併合させて審理時間を節約できるから、強制執行の準備に資することになる。

この場合は、被代位権利の存否・内容を早期に確定させるために当該権利を行使するという意味で、被代位権利の保存とも評価しうるが、被代位権利が危殆化しているとまではいえないことから、(狭義の)保全の必要性としては、より高度のものが求められよう。例えば、債務者に他にめぼしい資産が見当たらず、また資金繰りに苦しい債権者が被保全債権を速やかに回収しなければ事業継続に影響を及ぼすといった事情があれば保全の必要性が認められるものと考えられる。

- (3) 債務者財産の保全のために、執行制度に基づく権利行使が認められていない権利を行使する必要がある場合の例としては、登記申請権や登記請求権を代位行使する場合を挙げることができる。これらの権利は民事執行法上債権執行等の対象とすることが認められていないが、債務者の責任財産に属する不動産の登記名義が別人となっている場合には、同法上競売手続を進めることもできない。そこで不動産に対する強制執行の準備のために、これらの権利を債権者代位権によって行使する特別の必要性が認められる。

次に(狭義の)保全の必要性については、登記申請権の代位行使に関しては、現行実務の運用と同様、債権者が対象不動産に対する強制執行を申立てていることを要し、かつそれをもって足りるものと解される。登記請求権についても、債権者が対象不動産に対する強制執行を申立てている場合には、そのみをもって(狭義の)保全の必要性が認められよう。また、強制執行を申立てていない場合にも、債務者にめぼしい資産が見当たらない等他の事情に基づき(狭義の)保全の必要性が認められることはありうるものと解される。

- 5 なお、本来型の債権者代位権について、単に債務者の財産状況のみに着目した要件(無資力要件ないし債務超過要件)を明文化する改正提案が有力である。

確かに債権者代位権を責任財産保全のための制度と位置付けるとき、債務者の財産状況は保全の必要性のための重要な考慮要素であるものの、かかる観点のみで債権者代位権の行使を認めるべき場合を適切に抽出できるか疑問であり、また、債務者の無資力ないし債務超過を要求することが過大な場合もありうる。すなわち、かかる改正提案は、要件として過不足が存することは明らかであり、妥当なものとは思われない。

(債権者の債権及び被代位権利に関する要件)

第 1002 条 債権者の有する債権の性質が強制履行を許さないときは、債権者は、前条の権利を行使することができない。

2 被代位権利が次の各号に掲げるものであるときも、前項と同様とする。

- ① その行使につき債務者の一身に専属する権利
- ② 差押えの禁止された権利

本条は、債権者の債権及び被代位権利に関する要件を定めるものである。1項における「強制履行」は、直接強制に限定されないことを前提にしている。

なお、被保全債権が期限未到来の債権であっても、債権者代位権の行使に一般的制約を設けないこととしている（ただし1003条1項の請求については別である）。被保全債権が期限未到来であるという事情は、1001条1項の（狭義の）保全の必要性の判断の際に考慮要素とされれば十分であり、具体的には、例えば、被代位権利の保存のために債権者代位権が行使される場合（1001条の解説「4」「(1)」の例、参照）には、被保全債権の期限が未到来であっても原則として当該必要性が認められるものと解される（現行法においても保存行為については制約なく代位行使が認められている。民法423条2項但書）。

（債権者の自己に対する引渡し等の請求）

第1003条 被代位権利の目的が金銭その他の物の支払又は引渡しであるときは、履行期限の到来した債権を有する債権者は、相手方に対し、第1001条第1項の権利の行使として、当該物を自己に支払い又は引き渡すよう請求することができる。ただし、債務者が債権者に対抗することができる事由を有していたときはこの限りでない。

- 2 被代位権利の目的が金銭の支払であるときは、債権者は、自己の債権の金額を超えて前項の請求をすることはできない。
- 3 被代位権利の目的が物（金銭を除く。）の引渡しであるときは、債権者は、当該物に対する強制執行をするものとした場合における自己の債権の弁済に必要な限度を超えて第1項の請求をすることはできない。
- 4 債権者が自己の債権を保全するため必要があるときに第1項の請求をした場合において、相手方が当該請求に基づき当該債権者に対して任意に支払又は引渡しをしたときは、当該債権者の請求は、当該債権者の債権を保全するため特に必要があったときにしたものとみなす。
- 5 第1項の請求に基づく支払又は引渡しがあったときは、被代位権利は、その支払又は引渡しのあった限度で消滅する。
- 6 債権者は、第1項の請求に基づき相手方から金銭その他の物の支払又は引渡しを受けたときは、債務者に対し、当該物を返還する義務を負う。
- 7 債権者は、前項の債務と自己の債権とを相殺することができない。

1 総説

債権者が、債権者代位権に基づき、第三債務者に対し、被代位権利の目的物を自己に直接引き渡すよう請求できることとするものである。

本提案にかかる本来型の債権者代位権においては事実上の優先弁済機能が否定され、債権者は、第三債務者から引渡しを受けた目的物を債務者に返還する義務を負う（本条 6 項、7 項）。債権者としては、本条 1 項に基づき、第三債務者から被代位権利の目的物の引渡しを受けることにより、被保全債権の債務名義取得後、自らを第三債務者とする債権差押えによりスムーズかつ確実に被保全債権の回収を図ることができる。かかる意味において、被代位権利の保全ないし強制執行の準備に資することから、債権者の自己への直接引渡し請求を認めることとするものである。

2 1 項関係

債権者が自己への直接引渡しを請求するための要件として、被保全債権の履行期限が到来していることを要するものとしている。被代位権利の保存のためには、本来、債務者への引渡請求をもって目的を達するものであり（被代位権利に対する仮差押えを併用するのが通常であろう。）、債権者自身への引渡請求を認めることは、被代位権利の内容とは異なる請求内容を認めることとなり、また、第三債務者がこれに応じれば、現状の変更を伴い、債務者の財産管理への干渉が大きいことから、被保全債権の履行期限の到来を要件としたものである。また、同時履行の抗弁権や相殺の抗弁など、債務者が債権者に対抗できる事由を有している場合に、債務者に不利益を及ぼすべきでないことから、かかる場合に債権者への引渡しの請求をなしえないことを明らかにしている。

3 2 項及び 3 項関係

債権者が自己への直接引渡しを請求できる目的物の範囲を、被保全債権の額に限定するものである。直接引渡しの請求は、将来の債権執行をスムーズにするという債権者の便宜のために認められるものであるが、直接引渡しが行なされると、債務者ひいては債務者に対する他の債権者が、代位債権者の倒産リスク等（代位債権者による本条 6 項の義務の不履行リスク）を負担すべきことになるから、両者の利益のバランスをとる必要がある。そこで、本各項の規律を設けることとする。

なお、本提案においては、債権者が自己への直接引渡しを請求する場合以外は、被保全債権の額による制限は設けないこととしている。債権者が被保全債権の額を超えて債務者の複数の債権を行使しようとする場合などの弊害については、（狭義の）保全の必要性の要件についての判断の中で対処するのが適当である。

4 4 項関係

本項は、債権者が 1 項に基づいて第三債務者に対し請求した場合に、第三債務者が任意にこれに応じ債権者がこれを受領するときは、1001 条 1 項の債権保全のための特別の必要性の要件のうち、特別の必要性の要件（1001 条の解説「3」「(1)」「(2)」、参照）を充たすものであることから、その旨みなすこととして、明確化するものである。

すなわち、債権者代位権の行使を受けた第三債務者が代位債権者に対して任意に債務を履行した場合、代位債権者は、債務名義取得後に直ちに自己を第三債務者とする債権差押えをすることによって被差押債権の貸倒れリスクを負うことなく被保全債権を回収することができる。したがって、代位債権者が第三債務者から任意に履行を受けることは、それ自体が、当該代位債権者にとって、簡易迅速に被代位権利の履行の確保を図って債務者の責任財産を保全する機能を有しており、かつ、かかる機能が民事執行・保全制度では代替できない独自の意義を有しているものであり、このことからすれば、第三債務者による任意の履行があったときには、そのことをもって1001条1項における特別の保全の必要性要件のうち特別の必要性の要件を充たすものと評価しうるものである。そこで、かかるときには、当該要件を充たすものとみなすことによってその旨を明確化を図ることとする。

5 5項関係

適法な債権者代位権の行使として請求を受けた第三債務者が、債権者に被代位権利の目的物を引き渡した場合には、被代位権利は消滅するものと解される。本項は、このことを明確化するものである。

6 6項及び7項関係

本来型の債権者代位権は、債務者の責任財産を保全し強制執行の準備をするための制度として明確に位置付けられるべきである。

そこで、債権者が第三債務者から引渡しを受けた目的物を債務者に返還する義務を負うこと（6項）、及び、当該返還債務と被保全債権との相殺を禁止すること（7項）を明らかにし、事実上の優先弁済機能を否定することとする。

なお、7項は、債務者からの相殺や、債権者と債務者との間の相殺合意を禁止するものではない。債務者の協力を得られる場合には、例えば、債権者が債務者から第三債務者に対する債権の取立てと受領の委託を受けて、第三債務者から給付を受け、その返還債務と債務者に対する債権を相殺することにより、債権者代位権を使わずに同様の目的を達しうることに鑑みれば、本項の適用場面で債務者の行為を規制することに合理的な理由はないというべきだからである。したがって、本提案における債権者代位権においても、債権者は、不熱心な債務者に代わって、第三債務者から被代位権利の履行を受けたうえで、債務者から相殺する旨の書面に押印を取得することにより被保全債権を回収することができる。

（相手方の地位）

- 第1004条** 相手方は、債務者に対抗することができた事由をもって、第1001条第1項の権利の行使（第1003条第1項の請求を含む。）をする債権者に対抗することができる。
- 2 相手方は、債権者に対抗することができる事由を有していたときも、第1001条第1項の権利の行使（第1003条第1項の請求を含む。）をする債権者に対し、当該事由を対抗

することができない。

1 1項関係

債権者代位権の行使を受けた第三債務者が、債権者に対し、債務者に対する抗弁を対抗できる旨を明文化するものである。債権者代位権が行使されたからといって、第三債務者が従前よりも不利な地位におかれるのが妥当でないことから根拠付けられるものであり、現行法の解釈上も認められている。

2 2項関係

第三債務者が、債権者に対する固有の抗弁を対抗できない旨を明文化するものである。本提案の債権者代位権においては、事実上の優先弁済を否定し、債務者の責任財産を保全することに特化した制度とすることになっているところ、第三債務者が、債権者に対する固有の抗弁を対抗して、かかる保全行為を阻止することを許すべき理由はないことから、根拠付けられるものと解される。

(債権者の注意義務)

第 1005 条 債権者は、第 1001 条第 1 項の権利の行使（第 1003 条第 1 項の請求を含む。）に当たっては、債務者に対し、善良な管理者の注意をもって、これをしなければならない。

代位債権者の善管注意義務を明文化するものである。

(費用償還請求権)

第 1006 条 債権者は、債務者に対し、第 1001 条第 1 項の権利の行使（第 1003 条第 1 項の請求を含む。）のために要した費用の償還を請求することができる。

2 債権者は、前項の規定による請求権について、債務者の総財産について先取特権を有する。

3 前項の先取特権は、優先権の順位及び効力については、共益費用の先取特権とみなす。

本条は、債権者代位権の行使のために要した費用についての債務者に対する償還請求権を明文化するものとし、当該請求権について一般先取特権に基づき優先的に回収できるものとするものである。

(通知義務)

第 1007 条 債権者は、第 1001 条第 1 項の権利の行使（第 1003 条第 1 項の請求を含む。）をしようとするときは、事前に、債務者にその旨を通知しなければならない。ただし、

次の各号に掲げるときは、この限りでない。

① 債務者の所在が不明であるとき

② 被代位権利を裁判上請求しその他裁判手続において主張するとき

③ 債権者が執行力のある債務名義の正本を有するとき

④ その他通知をしないことについて正当な理由があるとき

2 相手方は、債権者が前項の通知をするまでは、被代位権利に係る債務の履行（第 1003 条第 1 項の請求に基づく支払又は引渡しを含む。）を拒むことができる。

3 債権者が第 1 項の通知をしないときであっても、相手方による被代位権利に係る債務の弁済（第 1003 条第 1 項の請求に基づく支払又は引渡しを含む。）の効力は妨げられない。

1 1 項関係

本項は、債権者が濫用的に債権者代位権を行使し債務者が損害を被ることを可及的に防止するため、債権者に、債務者に対する事前の通知義務を課すものである。したがって、債務者が保護に値しない場合（1 号）や濫用的に債権者代位権が行使されるおそれがない場合（2、3 号）、その他債権者が通知をしないことについて正当な理由がある場合（4 号）には、通知義務を課さないこととしている。また、本項は、債権者代位権を行使することを通知すべきものとしているのであり、債務者が被代位権利を請求すべき旨を通知（催告）することを要求するものではない。

2 2 項及び 3 項関係

本提案における通知義務は、上記のとおり、債権者による濫用防止の観点にあり、債権者代位権行使に先立って債務者の権利行使の機会を確保すべきであるとの考え方をとるものではない。かかる考え方は、債権者代位権を債務者の責任財産保全のための制度と位置付けつつ、保全の密行性についての視点を欠くものであって、妥当でない。

通知義務についてのかかる趣旨からすれば、仮に通知義務違反があったとしても、債権者代位権の行使がその実体要件を充たすものであったときは、その効力を否定する必要はない。3 項はその趣旨を明らかにするとともに、2 項において、義務違反の効力として相手方の履行拒絶権のみを認めるものとする。

（債権者代位訴訟）

第 1008 条 債権者は、第 1001 条第 1 項の権利の行使（第 1003 条第 1 項の請求を含む。）に係る訴え（以下「債権者代位訴訟」という。）を提起したときは、遅滞なく、債務者に対し、訴訟告知をしなければならない。

2 債務者は、共同訴訟人として、若しくは当事者の一方を補助するため、又は民事訴訟法第 47 条 1 項の規定に基づき、債権者代位訴訟に参加することができる。

3 債権者代位訴訟における受訴裁判所は、相手方の申立てにより、債務者に対し、共同訴訟人として原告に参加すべきことを命ずることができる。

- 4 債権者代位訴訟の判決の効力は、前項の規定により参加することを命じられた債務者が参加しなかったときにも及ぶ。
- 5 第2項の規定は、債務者に対する債権者であって債権者代位訴訟の当事者でないものについて準用する。

1 1項関係

本項は、債権者代位権が訴訟上行使される場合には、債務者に対する手続保障の観点から、債権者に対し、債務者への訴訟告知を義務付けるものである。なお、必ずしも代位訴訟提起直後に訴訟告知をしなければならないものではなく、例えば、被保全権利について仮差押命令を得るまでの間、訴訟告知を見送ったとしても、本項の義務に反しないものと見るべきである。

ところで本提案においては、債権者代位権の行使があっても、債務者は被代位権利について取立てその他の処分をすることは禁止されず、また第三債務者が債務者に弁済することも禁止されない(1001条2項)。したがって、債務者は、債権者代位権の行使後も取立権に関するものを含む被代位権利についての財産管理権を失わず、代位訴訟係属後も被代位権利についての当事者適格を失っていないものといわざるを得ない。このことを前提とすると、債権者代位訴訟について法定訴訟担当(民事訴訟法115条1項2号、参照)の場面と捉える考え方(訴訟担当説)よりも、債権者固有の実体的地位に基づく給付訴訟と位置付ける考え方(固有適格説)のほうが馴染みやすいと思われるが、訴訟担当説の可能性を排除するものではなく、訴訟法上の議論の余地は残されているものとする。

ただ、本提案においては、代位訴訟係属後も債務者が被代位権利を裁判上または裁判外で請求する資格を失わない前提に立つ以上、債権者代位訴訟の判決効は当然には債務者に及ばないとする考え方に親和的であると解され、かかる考え方を前提にして合理的説明がつくような制度設計にするのが妥当であるものとする。

本項の訴訟告知義務については、代位訴訟の判決効が当然には債務者に及ばないとする立場からは、会社に対して判決効が及ぶことを前提とする株主代表訴訟における株主の訴訟告知義務(会社法849条3項)とは趣旨が完全に一致せず、債務者に及ぶ事実上の不利益に配慮するという政策的要素を含むものと捉えられるべきことになる。

2 2項関係

本項は、債務者が債権者代位訴訟に、共同訴訟参加、補助参加、または、独立当事者参加をなしうる旨明文化するものである。

本提案における債権者代位訴訟の判決効が当然には債務者に及ばないとする立場からは、当然には債務者に共同訴訟参加が認められるものではないことになる。しかし、代位訴訟後も債務者は被代位権利を訴求する資格を失わない前提においては、債務者がそのイニシアチブで当事者として代位訴訟に参加する機会が保障されるのが妥当であるし、

その際、代位債権者と債務者の訴訟物は同一であるから合一確定が図られるべきである。したがって、共同訴訟参加が認められるべきである。なお、差押債権者の一人が提起した取立訴訟の判決の効力は、当然には、他の差押債権者に及ばないものと解されるが（民事執行法 157 条 3 項参照）、他の差押債権者が取立訴訟に参加したときは参加命令を受けたか否かに関わらず共同訴訟参加となるとの見解が有力であり、判決効の拡張の有無が必ずしも共同訴訟参加の可否と完全に連動するものではないものと解される。

また、債務者が補助参加をなしうることは当然である。

さらに、債務者が被保全債権の不存在を主張する場合や、債権者が 1003 条 1 項の請求をする訴訟において債務者が被代位権利の目的物の自己への給付を求める場合には、独立当事者参加が可能である。

3 3 項及び 4 項関係

前項の規定に基づき債務者が共同訴訟参加をした場合や債務者が被代位権利の目的物の自己への給付を求めて独立当事者参加をした場合を別とすれば、本提案は、上記 1 のとおり、債権者代位訴訟の判決が当然には債務者に及ばないとする立場に親和的なものであり、この立場からは、代位訴訟に勝訴後も債務者からの後訴に対応する負担にさらされる第三債務者の保護が問題となる。

この点、債権執行制度上の取立訴訟における参加命令の制度（民事執行法 157 条）が参考になる。すなわち、受訴裁判所は、第三債務者の申立てにより、原告以外の差押債権者に対し共同訴訟人として原告に参加すべきことを命ずることができるものとされ（同条 1 項）、取立訴訟の判決の効力は、参加を命ぜられた差押債権者で参加しなかったものにも及ぶものとされる（同条 3 項）。したがってここでは、参加を命ぜられなかった他の差押債権者が提起した後訴には、前訴の取立訴訟の判決効が及ばないことを前提として、第三債務者のかかる応訴の負担に配慮して参加命令の制度が設けられているといえるのである。

本項は、参加命令の制度を、債務者との関係で債権者代位訴訟に導入して、第三債務者の保護を図ろうとするものである。

なお、第三債務者と債務者との間で被代位権利の不存在が既判力をもって確定したときに、当該判決効がすべての代位債権者に及ぶかどうかは、いわゆる反射効を承認するか否かの問題であると思われる。もっとも仮に反射効を否定する立場に立っても、およそ債務者が行使し得ないことが確定した権利について、少なくとも事実上、債権者が被代位権利として行使することは否定されるであろう。

5 5 項関係

他の債権者が、債権者代位訴訟に共同訴訟参加、補助参加または独立当事者参加できることを明文化するものである。

本提案は、上記 1 のとおり、代位訴訟の判決の効力は債務者に対して当然には及ばないとする立場に親和的なものであり、この立場からは、当該判決効は他の代位債権者に

対しても及ばないものと解するのが自然であるが、ある債権者による代位訴訟提起後も他の債権者は債権者代位権を訴求する権利を失わない以上、他の債権者が当事者として代位訴訟に参加する機会は保障されるべきであるし、その際、各代位債権者の訴訟物は同一であるから合一確定が図られるべきである。したがって、共同訴訟参加が認められるべきである。

また、債務者が補助参加をなしうることは当然である。

さらに、1003条1項の請求をする代位訴訟に他の債権者が当該請求権の存在を争って参加する場合等に、独立当事者参加が可能である。

第2節 特定の権利の実現のための債権者代位権

(特定の権利の実現のための債権者代位権)

第1009条 債務者が当該権利を行使しないことによって債権者の債権の実現が妨げられている場合において、債権者の当該債権の実現のために、債権者が債務者に属する当該権利を行使するほかに適当な手段がないときは、債務者に属する当該権利を行使することができる。

2 第1001条（金銭の支払を目的とする債権を保全するための債権者代位権）第2項、第1002条（債権者の債権及び被代位権利に関する要件）、第1003条（債権者の自己に対する引渡し等の請求）第1項及び第5項、第1004条（相手方の地位）第1項、第1005条（債権者の注意義務）、第1006条（費用償還請求権）第1項、並びに、第1008条（債権者代位訴訟）第1項から第4項までの規定は、債権者が前項の権利を行使するときについて準用する。

1 1項関係

本項は、転用型の債権者代位権についての要件を、必要性及び補充性の観点から設けるものである。

なお、判例上確立された転用例について、債権者代位権の構成を維持して明文化する提案も存するところである。しかし、転用型の債権者代位権は、当該被保全権利に関する個別の法分野における新しい法律問題につき、過渡的段階での解釈の展開可能性を開くために活用されることが期待されているものである。いかに判例上確立された転用例であるとはいえ、それを明文化することによって、当該請求が債権者代位権の構成のみをもってしかなしえないものと理解される等、解釈の発展を阻害する可能性を生じることからすれば、転用例の明文化は妥当でない。また、当該転用例について、明文化しうるほどに適切に転用要件を抽出できるのであれば、債権者代位権の構成ではなく、当該被代位権利に関する個別法分野の各則に直接請求権の要件効果を定めるものとして規定を設けるべきである。

したがって、本項では、転用型の債権者代位権について一般的要件のみを設ける

ものとする。

2 2項関係

転用型の債権者代位権に関し、本来型の債権者代位権の規定を準用するものである。

債務者の処分禁止効、第三債務者の弁済禁止効は生じないものとする。被保全権利や被代位権利についての要件については、準用するものとする。

債権者が第三債務者に対して被代位権利の目的物の直接給付を請求できること、給付がなされたときには被代位権利が消滅することについては準用し、1003条のその他の規定は本来型の債権者代位権を予定したものであるから準用しないものとする。

第三債務者の地位については、債務者に対する抗弁を対抗できることについては準用し、代位債権者に対する固有の抗弁を対抗できないことについては準用せず、かかる抗弁の対抗を認めるものとする。

債権者の善管注意義務、費用償還請求権(先取特権に関する規定を除く。)については、準用する。

債権者の通知義務について、前述のとおり(1007条の解説「1」)、本提案における位置付けは債権者による濫用の抑止の点にあるところ、転用型の債権者代位権についてはその一般要件充足性の一要素として考慮すれば十分であることから、通知義務を一般的に準用する必要はないものと考え、準用しないこととする。

債権者代位訴訟に関する規定は、債務者に対する他の債権者が参加できる旨の規定を除くほか、準用することとする。

以上