

債権者代位訴訟について

甲南大学法科大学院教授 宮川 聡

はじめに

令和2年4月1日施行予定の民法（債権法）改正法による影響を最も大きく受ける制度の一つが債権者代位権である。本稿は改正法の下で債権者代位訴訟が提起された場合に生じる諸問題についてこれまでの議論を整理することを目的とするものである。後述のように、新しい民法の規定のもとで判例がどのような立場をとるかは今後の展開を待たなければならないが、いくつかの問題点について見通しを立てることができれば、本稿の目的を達したと考えてよいであろう。

なお、債権者代位には、債務者の責任財産保全のために代位権が行使される本来的な代位権行使の場合と、債権者の債務者に対する権利を実現するために代位権が行使される転用事例とがあるが、本稿では本来的な事例、そのなかでも被保全権利と被代位権利がともに金銭債権であるというケースを中心に取り上げることにする。

1 改正前の民法のもとでの債権者代位訴訟

(1) 債権者代位訴訟の構造

債権者代位訴訟の構造については争いがあり、代位債権者は債務者の法定訴訟担当者であるとする訴訟担当説と代位債権者には固有の当事者適格が認められるとする固有適格説が対立していた。

(a) 訴訟担当説

通説・判例の立場である。債権者が債権者代位権を行使し、債務者がその事実を了知した時点で、代位権の目的物となっている被代位債権について債務者は管理処分権を失い、債権者がその管理処分権を取得すると考え¹⁾、代位債権者はこの管理処分権に基づき当事者適格を有すると説明される。

この立場では、代位債権者・第三債務者間の訴訟で言い渡される本案判決の既判力などは、その内容いかん（すなわち債務者にとって有利か不利）にかかわらず民事訴訟法115条1項2号により債務者に拡張される（代位債権者に当事者適格がないとして訴えを却下する判決の既判力〔原告である債権者には当事者適格がないとの判断に生じる既判力〕の拡張はない。）²⁾。

1) この考え方の基礎になっているのは、後述する大判昭和14年5月16日民集18巻557頁で明らかにされた立場である。
2) 周知のように、債権者代位訴訟の本案判決の効力が債務者に拡張されることを当然視していた通説に対して重大な疑問を提示したのは、三ヶ月教授である（三ヶ月章「わが国の代位訴訟・取立訴訟の特異性とその判決の効力の主観的範囲—法定訴訟担当及び判決効の理論の進化のために」同『民事訴訟法研究第6巻』（有斐閣 1972年：初出 1969年））。教授の問題提起を受けた学説は、教授が主張された代位債権者勝訴判決のみの判決効の拡張を認める立場では第三債務者の正当な利益が害される（第三債務者が代位債権者に対して被代位債権の存在を否定する勝訴判決を得たときに、その判決効は債務者に拡張されないとするならば、第三債務者は債務者から同じ被代位債権に基づき再度訴えを提起される可能性が高くなるからである。）という考慮から、代位訴訟における債務者の手続保障を充実する方向での解釈論を展開した。その成果が今回の民法改正法に反映されている。

(b) 固有適格説

この見解は、当事者適格は訴訟の対象についての実体法上の管理処分権の帰属主体性とその態様によって決まるわけではなく、訴訟物に関する訴訟の結果にかかわる利益で、その利益が独立の訴訟を認めてでも保護すべき程度に重要な法的利益と認められるもの（訴訟の結果に係る利益）が帰属するか否かによって決まるとの基本的な立場³⁾（訴訟結果利益説と呼ばれる。）から出発する。そして、訴訟の結果によって自らの債権が実現できるか否かが決まるので、代位債権者は自己のために代位訴訟を行っているとみるべきであるから、「訴訟の結果に係る利益」を有しており、しかもその利益は代位権という実体法上の権利として承認・保護されているので、当然独立の訴訟を認めて保護すべき程度に重要な利益と解すべきであるとする。そのうえで、金銭債権者である代位債権者が債務者の第三債務者に対する金銭債権について代位訴訟を提起するケースを前提にするならば、代位債権者は被代位債権について処分権を取得するわけではなく、（自己の被保全権利の満足に必要な範囲内で）自らに対する債務の履行を求める権利が与えられるだけであり、その権利の行使によって第三債務者から給付を受け、（本来であればその給付は債務者に返還しなければならないものであるが。その返還請求権と被保全債権をお相殺するという過程を通じて満足を受ける限度において）被代位債権について間接的な処分を行うだけであり、それ以外に代位債権者が自由に処分することができないわけではない。また、代位債権者は自らの利益のために代位訴訟を行うのであり、債務者のために取立て訴訟を行うわけでもないとするならば、代位債権者が受けた判決が、その結果の有利・不利を問わず、債務者に対しても効力が生じると考えるのは不当である。したがって、代位債権者はいわ

ゆる第三者の訴訟担当者と解すべきではなく、自らの本来の利益の帰属主体として固有の当事者適格を有すると解すべきであると主張するのである⁴⁾。

この立場では、訴訟担当者ではない代位債権者と第三債務者との間の訴訟で言い渡された判決の効力が民事訴訟法115条1項2号により債務者に拡張されることはない（ただし、代位債権者の請求を認容する債務者にとって有利な判決の効力については、債務者への拡張を認めるとされる。）。その結果、代位訴訟で請求棄却判決を得た第三債務者は、（請求棄却判決により生ずる当該被代位債権は存在しないという判断に生ずる既判力が債務者・第三債務者間では働かないため、）再度、債務者から同一債権について訴えを提起される可能性があり、今度は敗訴する危険に直面することになる。同一債権について二度も応訴しなければならない第三債務者の負担を考えると、判決効の拡張を認めないという結論は妥当ではないと批判されている（固有適格説を支持する論者は、この債務者による再訴の危険を回避するために、第三債務者が債務者に対する参加命令の申立てを行うなどの方法をとることによって判決効の拡張が認められるとする。しかし、第三債務者がこうした措置を講じなければならないという点について、適切ではないとの批判が加えられている。）。

(2) 債権者代位権の行使が債務者に及ぼす影響

(a) 被代位債権に関する管理処分権

債権者が代位権を行使し、その事実を債務者が確知した段階で⁵⁾被代位債権に関する債務者の管理処分権が奪われるというのが、従来の通説・判例の立場であった。

大判昭和14年5月16日民集18巻557頁は、以下のように述べている。すなわち、債権者が代位権を行使した後、いつから債務者においてその権利を処

3) 福永有利「当事者適格理論の再構成」山木戸克己教授還暦記念・実体法と手続法の交錯（上）（1974年）34頁以下（同・民事訴訟当事者論【有斐閣 2004年】に所収。）を参照。

4) 福永教授は債権を差し押さえた債権者が取立訴訟を提起する場合を取り上げて説明されているが、代位訴訟に置き換えて引用させていただいた。

分することができなくなるかということについては、法文上これを明定するところでないが、上記の非訟事件手続法（旧々）76条1項（旧88条2項）の法意に準拠し、債権者は、債務者をしてその権利につき処分権を失わせようとするときは、債務者に対し代位権の行使に着手したことを通知するか、又は、債務者において既に債権者が代位権の行使に着手したことを了知しているという事実があればよいというべきであって、債務者は、その通知を受けた時から、又は、その了知の時からその権利を処分することができなくなると解すべきである。なぜなら、債務者が不知の間にその権利の処分権を制限することは不当であるから、債権者の通知を要するが、既に債務者が上記の通知を受けたと同視できる事実、すなわち、債務者が了知した以上、特に通知がなくても、債務者保護に欠けることはないからである。」としていた。

また、債務者の管理処分権が制限される理由については、①被保全権利の履行期到来前に代位権を行使するには裁判上の代位の手続きを経ることが必要であるが、裁判上の代位手続が開始された場合その旨の通知が債務者になされ、その時点において債務者は被代位債権についての処分を禁止されることになることとの比較から、被保全権利の履行期到来後に代位権を行使されたときには、その事実について債務者が通知を受けたか、了知した時点で被代位債権について処分禁止効が生じると考えないとバランスがとれないこと、②もし債務者に対する処分禁止効が生じないとすると、第三債務者から当該債権に

ついて弁済を受けたりして債権を消滅させ、代位債権者の訴え提起と訴訟追行を徒労に終わらせてしまう可能性があることなどが指摘されていた。

もっとも、代位訴訟の提訴（とその債務者への通知あるいは債務者の確知）によって債務者の被代位債権についての管理処分権が奪われるとする点については、被保全権利について債務名義が取得した債権者の申立てに基づき、債務者の第三債務者に対する債権が差し押さえられた段階ではじめてこうした処分制限効が生じることとの比較において問題視する見解が有力に主張されていた（この有力説の立場は、民法の改正によって実現されることになった。）。

(b) 代位訴訟提起後の債務者の手続保障

代位債権者を訴訟担当者に位置づけることによって、代位債権者・第三債務者間の判決の効力が債務者に拡張されるという結論が導き出されていたのであるが、債務者が知らない間に債権者代位訴訟が行われる可能性があること⁶⁾から債務者への判決効拡張を正当化するために必要な手続保障の面で問題があるとの指摘がなされていた。

この点についても、民法改正作業の中で代位訴訟を提起する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いう形で対処されることになった（改正後の民法423条の6）。もっとも、債務者に対する訴訟告知を債権者代位権行使の要件としてどのように位置づけるかについては争われる可能性があるが後述する。

- 5) 最判昭和48年4月24日民集27巻3号596頁も昭和14年の大判を引用し、同じ立場にたっている。「債権者が代位権を行使した後、いつから債務者においてその権利を処分することができなくなるかということについては、法文上これを明定するところでないが、上記の非訟事件手続法（旧々）76条1項（旧88条2項）の法意に準拠し、債権者は、債務者をしてその権利につき処分権を失わせようとするときは、債務者に対し代位権の行使に着手したことを通知するか、又は、債務者において既に債権者が代位権の行使に着手したことを了知しているという事実があればよいというべきであって、債務者は、その通知を受けた時から、又は、その了知の時からその権利を処分することができなくなると解すべきである。なぜなら、債務者が不知の間にその権利の処分権を制限することは不当であるから、債権者の通知を要するが、既に債務者が上記の通知を受けたと同視できる事実、すなわち、債務者が了知した以上、特に通知がなくても、債務者保護に欠けることはないからである。」と述べている。
- 6) 代位債権者が代位訴訟で勝訴しようとするのであれば、訴訟物たる被代位債権について債務者から十分な情報提供を受ける必要があるため、通常は代位訴訟の提起とその追行について債務者に全く情報が提供されないという例はあまりなかったのではないかと予想されるが、そういう事態が生じる可能性を完全に排除することはできなかった。

2 改正法の影響

(1) 代位債権についての債務者の管理処分権限

現行法下の判例・通説の立場とは異なり、改正後の民法はその423条の5において、「債権者が被代位権利を行使した場合であっても、債務者は、被代位権利について、自ら取立その他の処分をすることを妨げられない。」と定めており、債権者代位権行使によって債務者は代位目的物（被代位権利）に関する管理処分権を失わないという立場を採用した。

したがって、従前の取扱いとは異なり、代位権行使の事実を確知したとしても、債務者は被代位権利についての管理処分権限を失わないのであるから、当事者適格に関する通説的な理解に従っても、当該被代位債権を訴訟物とする訴訟における当事者適格も失わないことになる。そうすると、債権者代位権を行使する債権者の当事者適格はどのようにその根拠を説明するかが問題になる。というのは、債権者代位権の行使に伴い奪われる債務者の被代位権利についての管理処分権が付与され、この権利が代位債権者の当事者適格を根拠づけるというのが従来の通説的見解であったので、この説明ができない以上、別の説明を探る必要があるからである。

もっとも、民法の改正過程においては、立法担当者は代位債権者が法定訴訟担当者であるという従前の立場を変更する必要性を感じていなかったためか、この問題が議論の対象になったことはないようである。

被代位権利についての債務者の管理処分権については、債権者代位権の行使によって影響を受けないという形で大きな改正がなされたが、被代位権利についての代位債権者の管理権（そもそも被代位権利を代位債権者が処分することは従前から許されていなかったため、管理処分権という名称を使うことは適切ではなかったと考えられる。）の内容や範囲が

制限されたわけではない。代位債権者は第三債務者から弁済を受領する権限が与えられているし、第三債務者が弁済を拒否したときには代位訴訟を提起し、債務者ではなく自らに支払うように請求を定立することができるという点でも変更はない。ただし、代位目的物に関する管理処分権を維持することになった債務者によって目的物が処分されたり（たとえば被代位債権について免除したりすることが考えられる。）、あるいは第三債務者が債務者に対して弁済をするならば（民法423条の5参照）、その弁済は代位債権者に対する関係でも有効であり、被代位債権は消滅することになる。その結果、代位債権者は被代位権利から自らの被保全権利について満足を得ることができなくなるわけであるが、このような状況は代位債権者の管理権それ自体に直接影響を与えるものではないと考えられる。その意味では、民法の改正によって代位債権者の有する被代位債権に対する管理権が変質したわけではないので、従来と変わらず代位債権者を訴訟担当者に位置づけることは可能であるといえよう。

なお、以上のように改正後の民法の規定のもとでは、被代位権利について代位債権者に管理権が、債務者に管理処分権が分属する形になるが、こうした状況においても代位債権者が訴訟担当者として代位訴訟を提起できることについては、「訴訟担当者に目的物についての管理処分権が帰属していることは訴訟担当を認めるための必要条件であるが、被担当者に管理処分権が帰属していないことは必要条件ではない」との指摘がある⁷⁾。

(2) 代位訴訟係属後の債務者の代位訴訟への参加

改正後の民法423条の5によれば、代位訴訟が提起され、訴訟係属が生じたとしても、その訴訟物たる被代位債権に関する債務者の管理処分権に影響は生ぜず、また第三債務者は債務者に弁済し、債務不

7) 越山和弘「債権者代位訴訟における債務者の権利主張参加」法律時報88巻8号32頁以下、伊藤眞「改正民法下における債権者代位訴訟と詐害行為取消訴訟の手続法的考察」金法2088号（2018年）40頁。なお、ドイツ法における訴訟担当に関する中本香織「訴訟担当概念の非核法的考察と民事訴訟法115条1項2号の適用対象に関する一試論」早稲田法学93巻1号117頁以下を参照。

履行責任を免れることができる。この弁済は代位債権者に対する関係でも有効であるから、二重弁済を迫られる危険がない。したがって、第三債務者としては、債権者が提起する代位訴訟に被告として付き合うよりも、日ごろから関係が深い債務者に弁済することを選択するであろうから、実際に代位訴訟が提起されしかも終局判決に至るケースは少数にとどまることが予想される（第三債務者による弁済を禁止するには、被代位債権の仮差押えを行う必要がある〔民事保全法50条1項〕、また債務者に対する被保全権利の履行請求訴訟も提起しなければならない可能性が高い。）。この点には注意が必要である。

代位訴訟の係属後に、債務者が被代位債権について自らへの給付を求める訴えを別の手続として第三債務者に提起したときには、民事訴訟法142条の定める重複起訴の禁止に触れることになる。142条を適用するための要件である、客体の同一性については、（請求の趣旨は、「第三債務者は代位債権者に支払え。」と「第三債務者は債務者に支払え。」という形で異なることになるが、）ともに債務者の第三債務者に対する給付請求権を訴訟物にしているから問題はないし、また原告の人格は代位債権者と債務者で異なっているが、代位債権者・第三債務者間の判決の効力は債務者にも拡張される関係にあるから（民訴115条1項2号）、当事者の同一性も認められることになるからである。

そうすると、代位訴訟の係属後、（被代位債権についての管理処分権を失わないため当事者適格が認められる）債務者としては、債権者代位訴訟に当事者として参加する方策をとらなければならない⁸⁾。そして、その方法としては、民事訴訟法52条の定める共同訴訟参加と同法47条の定める独立当事者参加が考えられる（もちろん、債務者が自らの利害

関係に基づき代位債権者に〔共同訴訟的〕補助参加したり、第三債務者側に補助参加したりすることは、今までと同様に可能であるが、当事者としての参加が可能であるにもかかわらず、補助参加をすることは想定しにくいであろう。）。

(a) 代位債権者の被保全権利を争わない場合

債務者が代位債権者の被保全権利の存在（すなわち代位債権者の当事者適格）を争わないならば、訴訟物たる被代位債権の存在を認められることについては債務者と代位債権者の利益が共通しているのであるから、共同訴訟参加の途を選ぶべきであろう。代位債権者・第三債務者間の判決の効力は民事訴訟法115条1項2号により債務者にも及ぶことになるし、また債務者・第三債務者間の判決の効力は債務者を通じて代位債権者にも反射的に及ぶので、それぞれの当事者間で言い渡された判決の内容が矛盾すると既判力の衝突という事態が生じることになる。したがって、代位債権者と債務者を共同原告とする訴訟は、類似必要的共同訴訟に位置づけられるので、52条の要件を充たすことになる。ただし、通常の必要的共同訴訟とは異なり、代位訴訟に債務者が共同訴訟参加するときには、代位債権者は自らへの給付を命じる判決を求めるのに対して、債務者自身も自らへの給付を命じる判決を求めてくるので、請求の趣旨が異なるという問題が生じるが、この点は決定的な障害にならないと考えられる。

もっともより大きな問題はその先にある。債務者による共同訴訟参加が認められるとして、通常の共同訴訟参加では合一確定のために民事訴訟法40条が適用されるので、代位債権者にとって不利な訴訟行為を参加人である債務者は単独では行うことができないはずである。ところが、民法423条の5の定めによれば、債務者は被代位債権に対する管理処分

8) なお、債務者が債権者に先行して第三債務者に対する給付訴訟を提起しているときに、代位権の存在を主張する債権者は何らかの形でその訴訟に参加することができるのかという問題がある（代位権行使の要件が充足されているときには、債権者には民事訴訟法42条の定める参加の利益が認められると解されているので、補助参加することができることについては問題がない。）。民法の教科書では、債務者が被代位権利を行使していないことが債権者代位権の要件として挙げられることが多いので、素直に考えるならば債権者は代位権を行使することができないということになる。しかし、債務者と第三債務者が債権者に損害を与える意図をもって訴訟進行しているような例外的な事情があるときには、債権者に詐害防止参加（民訴47条1項前段）を認める必要がある。う。

権を失わないので、代位訴訟に参加したとしても、債務者・第三債務者間で和解をしたり（本来、紛争を完全に解決するには債務者・第三債務者間の和解ではなく、代位債権者も加えた形で三者間の和解を目指すべきであるが）、極端な場合には請求の放棄をしたりすることが可能なのではないかという疑問が生じるからである⁹⁾。こうした代位債権者にとっては不利な訴訟行為について代位債権者が阻止できる権限を40条1項に基づき当然に有すると考えることができるのか明確ではない。もっとも、債権者の利益を一方的に害するような訴訟行為を債務者が行うときには、代位債権者は民事訴訟法47条1項前段の詐害防止参加を行うことができると考えることができれば、何とか解決できるのであろうが、代位債権者も共同原告の1人となっている状態で、共同原告と被告を相手取って独立当事者参加をする（最初に訴えが提起され訴訟係属が発生したのは、債権者・第三債務者間であるが、債務者が共同訴訟参加してきたときには、[債務者が第三債務者に対して馴合い訴訟を行っているという客観的な事情が存在するときにはという条件付きで]当初の訴え提起を民事訴訟法47条1項前段の詐害防止参加に読み替えるという技法をとらざるを得なくなりそうであるが、果たしてこのような解釈が許されるのか疑問がないわけではない。）というのは、かなり技巧的な処理になることは否定できない（後述するように、債務者が共同訴訟参加したときには債権者は当事者適格を失うので訴えを却下するという立場を採用すれば、債権者は当事者ではなくなるから、この処理は可能かもしれないが、債権者の当事者適格の喪失を正当化することは簡単ではない。）。

また、原告である代位債権者と債務者は各々が自らへの支払いを命じる判決を求めることになるので、もし代位債権者の被保全権利の存在も認められ、被代位債権の存在も認められるときには、裁判所はどのような判決を言い渡すべきかが明確になっていないからである。

共同訴訟参加という形で債務者が代位訴訟に参加してきた場合、裁判外において訴訟物たる被代位債権を処分したり、第三債務者から弁済を受けることのできる地位を有する債務者は実質的に代位債権者に優先するという実態を重視するならば、①債務者の参加によって「債務者による被代位債権不行使」という債権者代位権の要件が欠けるため、債権者の当事者適格が消滅するとして訴えを却下したり、請求を棄却したりして、債務者の第三債務者に対する訴訟だけが残るといふ取扱いを考えたり¹⁰⁾、②代位債権者の請求の趣旨を「債権者への支払いを命じる判決を求める」から「債務者への支払いを命じる判決を求める」に読み替えたりする取扱いが主張されている。

しかし、①に対しては、代位債権者の訴えを却下してしまうと、債務者が故意に敗訴する目的で、第三債務者に対する手続を真剣に追行しないときや、あるいは訴えを取り下げてしまったようなときに、債権者としては自らの利益を守るために再度訴えを提起しなければならない可能性があるし妥当ではない（債務者の第三債務者に対する敗訴判決が確定前であれば、代位債権者による詐害防止参加を認め、控訴の提起を許す道を探る必要があるし、また確定してしまったようなときには、代位債権者による実質的な詐害再審を許すか、あるいは詐害行為取消権

9) この点については、名津井吉裕・民訴雑誌60号（2014年）98頁以下を参照。なお、名津井教授の見解（債務者には自己に不利益な行為を代位債権者が行うことに対する介入権を与えるが、代位債権者には債務者が行う不利益な行為への介入権を与える必要はないという民事訴訟法40条1項に関する解釈論を提示されている。）に対しては、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社 2017年）701頁注158が批判的な立場を明らかにしている。これに対して、山本和彦「債権者代位権」安永正昭＝鎌田薫＝能見善久監修・債権法改正と民法学Ⅱ 債権総論・契約(1)（商事法務 2018年）111頁以下は好意的である。

10) 伊藤眞教授は、債権者による権利不行使は代位権行使のための実体法上の要件であるとして、請求棄却にすべきであるとされている（同「改正民法下における債権者代位訴訟と詐害行為取消訴訟の手続法的考察」金法2088号（2018年）44頁）が、代位権はあくまで債権者の当事者適格を根拠づけるものであるとして訴訟要件に位置づけるべきではなからうか。

の行使を考える必要がある。)と、との批判が可能である。また、②については、代位債権者の第三債務者に対する「自らへの支払いを求める請求権」が「債務者への支払いを求める請求権」に変容する理論的根拠をどのように説明するのが問題になる¹¹⁾。

さらに、③債務者が自らへの支払いを求めて共同訴訟参加してきても、代位債権者の訴えには影響が生じないと考え、審理の結果、代位債権者の被保全権利の存在と訴訟物たる被代位債権の存在が認められれば、代位債権者と債務者の双方の請求を認容する判決を言い渡すという立場も考えられる。この立場については、債務者の被代位債権不行使が代位権の要件となっている以上この立場をとることはできないという批判があるが¹²⁾、この点については後述する。

最後に、④債務者による被代位債権の不行使を要件とする立場を維持しつつ、代位訴訟による債権者の権利保護という目的を実現するためには、債務者が確実に被代位債権を行使することが必要であると考える、債務者による共同訴訟参加の申出では十分ではなく、事実審の口頭弁論終結時までその請求を維持したときにはじめて債務者による確定的な権利行使があったと認めて、被代位債権の存在が認められる範囲において債務者の請求を認容し、(本案である代位権の要件が存在しないとして)代位債権者の請求を棄却する判決を言い渡すという立場も主張されている¹³⁾。

結局、この問題は、自らの権利の実現を図るために債務者の提訴に先行して代位訴訟を提起した債権者の利益をどの程度保護すべきか、改正前とは異なり代位権行使によって被代位権利についての管理処分権を奪われることがなくなった債務者の立場をどの程度優先的に取り扱うのがよいのか(代位債権者と債務者を全く平等な立場で取り扱ってよいのか)

という利益考量によって決まることになろうが、筆者としては、③の立場でよいのではないかと考えている。たしかに、改正後の民法でも明文の規定は設けられなかったものの、債務者が被代位債権を行使していないことが代位権行使の要件になることは明らかであろう(債務者が被代位債権を行使しているのに債権者が代位権を行使することは不当な介入であり許されない。もっとも、権利行使の外観をとりながら、実質的には債権者の利益を害するような処分を行うときには、債権者の利益を守るために詐害行為取消請求権などの対象になることは別論である。)。そうすると、共同訴訟参加の方法で債務者が請求を立てて参加してきたときには、代位債権者は一歩退くべきであるという立場にも十分な理由がある。しかし、代位訴訟まで提起した債権者の利益は、被代位債権の満足が与えられた段階で実現されると考える(債務者が請求認容判決に基づき第三債務者に支払いを求めないときや、強制執行をしないときには、債権者は被保全債権について債務名義を取得し、被代位債権に対する債権執行を行う必要が生じるが、この危険はできる限り回避すべきである。)ならば、代位債権者の請求についても認容判決(第三債務者が代位債権者と債務者に対して支払いを命じられる金額は代位債権者の被保全債権額と被代位債権の額によって異なる場合がある。)を言い渡すべきではなかろうか(この立場では、債務者による被代位権利の不行使は、代位権を行使する段階での要件であり、不行使の継続は要件ではないと考えることになろう)。その場合、第三債務者は代位債権者と債務者のいずれかに命じられた金額を支払えば、債務不履行責任を免れることになる(ただし、代位債権者の被保全債権が被代位債権よりも少額だったときには、代位債権者に弁済しただけでは足りないので、実際は債務者に弁済することが多くな

11) 伊藤眞・前掲論文44頁。

12) 伊藤眞・前掲論文44頁。

13) 伊藤眞・前掲論文44・45頁。高須順一「債権法改正後の代位訴訟・取消訴訟における参加のあり方」名城法学66巻3号(2016年)55頁以下も同旨。

るであろう。)ので、第三債務者にとっては大きな問題にならないであろう。

ただし、第三債務者が任意の履行を拒否するときには、代位債権者と債務者による強制執行相互の関係を調整しなければならないが、今回の民法改正ではそこまで想定されていないので、債務者と代位債権者の権利実現に順位付けをする法的な規制が必要になろう。これは将来の課題になる。

(b) 代位債権者の被保全権利を争う場合

債務者が被保全権利の存在を争い、代位債権者の当事者適格を否定するのであれば、独立当事者参加(民事訴訟法47条1項後段の権利主張参加)をすることになろう。債務者は、債権者に対しては「被保全権利の不存在確認」の訴えを、第三債務者に対しては債務者への支払いを求める履行請求の訴えを提起するのが一般的であろう。

もっとも、権利主張参加が認められるためには、参加人の被告に対する請求と原告の被告に対する請求が両立しない関係にあることが必要であると解されているが、代位債権者の第三債務者に対する請求と債務者の第三債務者に対する請求はそうした関係にはないので、果たして要件を充足するのかが問題になる。また、代位債権者と債務者の請求は被代位債権を訴訟物にするのであるから、債務者の訴えは民事訴訟法142条に触れるのではないかという問題も生じる。

これらの点について、最判昭和48年4月24日民集27巻3号596頁は、債務者による代位訴訟への独立当事者参加(権利主張参加)は適法であるとの判断を示した。まず、142条に触れるかという点については、(代位訴訟への債務者による権利主張参加は、)同一訴訟物を目的とする複数の訴訟の係属にかかわらず①債務者の利益擁護のため訴を提起する特別の必要を認めることができ、また、②債務者の提起した訴と右代位訴訟とは併合審理が強制され、訴訟の目的は合一に確定されるのであるから、重複起訴禁止の理由である審判の重複による不経済、既判力抵触の可能性および被告の応訴の煩という弊害

がないから適法であるとした(下線は筆者)。

このうち、①については、次のような事情がその背後にある。すなわち、代位債権者・第三債務者間で本案判決が言い渡され、それが確定したとしても、債権者の被保全権利の存在という判断には既判力が生じないため、債務者はその後に「被保全権利は前訴の口頭弁論終結時において存在していなかったのであるから、代位債権者には代位訴訟の当事者適格がなく、民事訴訟法115条1項2号により債務者には代位債権者・第三債務者間の判決効の拡張はない。」と主張して、第三債務者に対して被代位債権に基づく訴訟を提起することができる。そうすると、代位訴訟係属中であっても、こうした「被保全権利の不存在=代位債権者の当事者適格の不存在」を主張する途を債務者に充てるのが適切であるということである(債務者が代位債権者の当事者適格を争うために第三債務者側に補助参加することはできるが、補助参加人ができることには制約がある[民事訴訟法45条1項・2項])。

②の点については、独立当事者参加訴訟では三者間において合一確定を実現するような判決を言い渡す必要があるため、弁論の分離は許されず、矛盾判決がなされる可能性がないために、142条の規制がその根拠としているような弊害が生じないことを述べている。こうした①、②の考慮は、民法改正後においても変わることなく妥当するものである。

つぎに、権利主張参加のための請求の並存不可能という点については、大判昭和14年5月16日を引用し、「審理の結果債権者の代位権行使が適法であること、すなわち、債権者が代位の目的となった権利につき訴訟追行権を有していることが判明したときは、(被代位債権について管理処分権を失う)債務者は右権利につき訴訟追行権を有せず、当事者適格を欠くものとして、その訴は不適法といわざるをえない反面、債権者が右訴訟追行権を有しないことが判明したときは、債務者はその訴訟追行権を失っていないものとして、その訴は適法といえるべき」、本案判決が言い渡されるとして、いずれにし

ても、訴え却下の訴訟判決と本案判決が言い渡されることになるという点に並存不可能性の要件の充足を求めている。このような考え方については批判がないわけではないが、権利主張参加を認めた結論については賛成という見解が大半であった。

改正後の民法のもとでも、被保全権利の存在が否定される場合には、代位債権者の訴えは不適法却下され、債務者の訴えについては本案判決が言い渡されることになるので、最高裁の立場からは問題がないということになる。ところが、被保全権利の存在が認められ代位債権者の当事者適格を否定することができないケースでは、代位権行使の事実を知っても債務者は被代位債権についての管理処分権を失わないとした改正法の影響がでてくることになる。すなわち、債務者が共同訴訟参加をしたときと同じように、代位債権者と債務者に対してはどのような内容の本案判決を言い渡せばよいのかが問題になるからである。もし、(a)で述べたように両者に対して請求認容判決を言い渡すことになると、請求の両立不可能という要件を充足しないのではないかという疑問が生じるからである。

これと同じような状況は、同一物につき二重譲渡が行われた場合にも生じる。XがYとの間で土地甲の売買契約を締結したが、土地甲につきX名義の所有権移転登記を経由する前にZ・Y間でも土地甲の売買契約が結ばれ、ZがYに対して土地甲の移転登記手続請求の訴えを提起したようなときに、果たしてXはZ・Y間の訴訟に権利主張参加できるかという問題が議論されている。この問題について最高裁はどのような立場をとるのか明らかになっていないが、学説では肯定説と否定説が拮抗した状

態で対立している。X・Y間の売買契約もZ・Y間の売買契約もともに有効であると判断されたときには二つの請求認容判決が言い渡されることを考えると、これではX・Zのいずれが最終的に所有権を主張することができるのかという紛争の核心部分の解決に全く役立たない（実際には、登記請求権を保全するための土地甲の処分禁止の仮処分決定に基づき処分禁止登記を先に経由したほうが最終的には優先することになる¹⁴⁾）ので、最近は否定説が有力になりつつあるが（権利主張参加の制度目的をどのように理解するかによってこの点は決まることになる。）、権利主張参加としては不適法であるとしても、共同訴訟参加としてはその適法性が認められるので、権利主張参加から共同訴訟参加への転換を認めればよいのではなからうか¹⁵⁾。そのうえで、(a)でのべたように代位債権者の訴えと債務者の訴えについて裁判所が認定した事実に基づき判決を言い渡すことができる。

このように考えると、債権者の被保全権利の不存在を主張し債務者が代位訴訟に当事者参加してきたときには、被保全権利の存否の判断によって当事者参加として取り扱うのか、共同訴訟参加として取り扱うのかが決まるという特殊な取扱いを認めることになる。

(3) 債務者への訴訟告知の義務付け

すでに言及したように、改正前の民法のもとでの債権者代位訴訟が提起されたとしても、債務者がその事実を知らないまま訴訟追行がなされてしまい可能性があり（通常は被代位債権に関する情報を取得するため、代位債権者は債務者に協力を求めるであ

14) 高橋宏志教授は、「通常は先に訴訟を提起した原告Zが処分禁止の仮処分をかけているであろうから、Xは単にYに対して移転登記手続請求をして勝訴しただけでは、たとえそれがZの訴訟より先に判決確定に至ったとしても、自己の地位を守ることができない（民法58条）」ので、権利主張参加したXは、Yとの関係で自らの請求を根拠づける事実を主張し証拠を提出できるだけでなく、ZのYに対する請求について実体法上その理由がないことについての主張・立証もできると解すべきであるとされ、権利主張参加を認めるべきであると結論づけられている（同『重点講義民事訴訟法（下）第2版補訂版』[2014年 有斐閣] 507頁注（10の2））。基本的にはこの立場に賛成すべきであろう。

15) 吉村徳重「判例解説」ジュリ565号（1974年）114頁は、昭和48年の最判のように、代位権と被代位債権との間で合一確定を考慮することはできないとして、債務者による独立当事者参加を否定しながらも、代位債権者の代位権行使が適法でも、債務者が被代位権利について訴訟追行権を失うことはないという立場から、共同訴訟参加の申立てがなされたと解すべきであるとさる。

ろうが、そうしない場合があることは否定できない。)、民事訴訟法115条1項2号により債権者・第三債務者間の判決の効力を受けることになる債務者の手続保障は極めて不十分であるとの批判がなされていた(とりわけ代位債権者の請求が棄却される判決が言い渡され、それが確定した場合、代位訴訟に関与することができなかつた債務者は、「債務者の第三債務者に対する訴求債権が存在しない」との判断に生じる既判力の拡張を受けるため、何もしないまま事実上権利を失うという不利益を被る可能性があったからである。)

そこで、改正前の民法のもとでは、代位訴訟のように訴訟担当者が自らの利益のために訴訟担当を行う場合と被担当者の利益のためだけに担当者が訴訟追行する場合とを区別し、前者の事案では、被担当者に有利な判決の場合にのみ判決効の拡張を認める見解¹⁶⁾(「勝てば官軍」説と呼ばれていた。)や、片面的な判決効の拡張では、代位訴訟において勝訴判決を得た第三債務者の正当な利益が守られないことから、代位訴訟の判決が債務者にとって有利であるか不利であるかは問わずに、原則通り判決効の拡張を認めるが、債務者に手続関与の機会を与えるため、代位訴訟を提起した債権者は債務者に対し訴訟告知をすべきであるとの見解などが主張されていた¹⁷⁾¹⁸⁾。

あるいは、代位債権者は固有の当事者適格に基づき訴訟を追行するので、そもそも代位訴訟の判決(とくに不利な判決)は債務者にその効力を拡張しないとする立場もあったが、今回の民法改正作業の担当者は、代位債権者=訴訟担当者という従来の多数説の立場に立って立法を行った。その結果、債務者へ

代位訴訟に関与する機会を与えるため、代位訴訟を提起した債権者は債務者に対して遅滞なく訴訟告知を行わなければならないとして、強制的な訴訟告知制度を導入した(民法423条の7)。この制度は、株主代表訴訟でも株主による会社に対する訴訟告知の義務付けという形で導入されている¹⁹⁾ので、全く目新しいというわけではないが、債務者の手続保障という点では、被代位権利に対する債務者の管理処分権の維持(したがって、代位訴訟に訴訟参加するときの当事者適格の維持)と相まって重要な役割を果たすことになる²⁰⁾。

問題になるのは、代位訴訟を提起した債権者が債務者への訴訟告知を行わないときの裁判所がとるべき措置である。民法423条の7によって債務者に対する訴訟告知が義務付けられている以上は、裁判所としてはそれぞれの事案に応じて相当な期間内に債務者に訴訟告知を行うよう促すべきであろう。それでも債務者が訴訟告知を行わないときは、裁判所は債権者の訴えを不適法却下することになる。

■おわりに

もう少し掘り下げて論ずべき問題点があるにもかかわらず、中途半端な形で筆多くのは本意ではないが、時間的な制約のため別稿に譲らざるを得なかつた。

民法(債権法)の改正によって大きな変容を受けた債権者代位権であるが、今後どのように利用されるのか、とくに代位訴訟がどの程度提起されるのかを今後見守ったうえで、再度この制度について議論してみたい。

16) 三ヶ月章「わが国の代位訴訟・取立訴訟の特異性とその判決の効力の主観的範囲—法定訴訟担当及び判決効の理論の進化のために」同『民事訴訟法研究第6巻』(有斐閣 1972年:初出 1969年)。

17) 新堂教授は、代位債権者に対して債務者への訴訟告知を義務付けると同時に、被告である第三債務者には「訴訟告知がなされるまでの応訴拒絶権」を認める解釈論を提唱されていた。

18) もちろん、訴訟告知が行われる前に債務者が何らかの形で代位訴訟に参加してきたときには、重ねて債権者が訴訟告知を行う必要はなかつた。

19) もっとも、株主代表訴訟において原告株主が会社に対して訴訟告知を行わなかつたときに訴えがどのように処理されるかについてははっきりしていない。

20) この訴訟告知制度導入の意味については、高須順一「訴訟告知の効力～債権法改正の文脈において～(上)(下)」NBL1063号35頁以下・1064号43頁以下を参照。