

## 判例研究

# 債権者代位権行使と転付命令の競合

吉田 純平

（大阪高裁判決平成一八年一二月二三日判時一九八四号三九頁）

### 〈事案の概要〉

Y（被告・控訴人）は、平成一三年四月二六日に、債権者代位権に基づき、AがX（原告・被控訴人）に対して有する債権を裁判上代位行使して求償権等請求事件（以下、「別件訴訟」という。）を提起し、Xに対し、約一億円の支払いを命じる判決がなされた。Xは控訴したが、平成一六年二月二〇日、大阪高裁において控訴棄却の判決（以下「本件債務名義」という。）が言い渡され、同判決は、同年三月上旬に確定した。本件債務名義は、Yが、Xに対し、YがB社に対して有する貸金債権に基づき、BがAに対して有する約一四億円の貸料債権、AがX

に対して有する求償権等の債権（以下「本件債権」という。）を順次代位行使して、取得したものである。Yは、本件債務名義に基づきX所有の不動産に対して強制競売を申立て、平成一七年一月二六日同開始決定がされた。

J社は、平成一七年五月Aを被告として債権者代位権に基づく訴訟を提起し、同年九月一二日に勝訴判決を得、本件債権について、同月二二日に差押転付命令の発令を受け、同月二六日に差押転付命令がXに送達され、そのころ、この差押転付命令が確定した（以下「本件転付命令」という。）。

なお、Aは、別件訴訟の第一審係属中、遅くとも別件訴訟の第一審判決が言い渡された平成一五年一月一七日までには、Y

による債権者代位権に基づく別件訴訟が提起されていることが推認される。

Xは、前記転付命令により本件債権がJ社に移転しYがこれを喪失するに至ったとして、Yに対して、本件債務名義による強制執行の不許を求め、請求異議の訴えを提起した。これに対し、一審判決は、Xの請求を認容したため、Yがこれを不服として控訴した。

Yは、本件転付命令の有効性については、以下のように主張した。すなわち、債権者代位権を行使して訴えを提起する債権者は、差押え・取立命令を得た債権者と実質的に異なることがないから、民事執行法一五九条三項が類推適用され、本件転付命令は効力がない。さらに、非訟事件手続法七六条二項の債務者の処分禁止効は、仮差押えと同じ効力であるから、代位債権者は、善意の第三者に対してこれを対抗できる。

さらにYは、本件訴え提起の権利濫用又は信義則違反については、YのXに対する強制執行が最終段階にさしかかった時点で、Xが自己の所有不動産を守るべくJ社と協力して、Yの債権喪失を画策したものである。したがって、本件転付命令が発せられたことを奇貨として、Xが本件のような第三者異議訴訟を提起することは、権利濫用又は信義則違反に当たる、と主張

した。

他方、Xは、本件転付命令の有効性については、以下のように主張した。債権者代位権の行使には、差押えのように裁判所の判断は介在しておらず、債権者の一方的な主観的判断に基づいて行使されるのであるから、差押えと同列には考えられない。非訟事件手続法七六条二項の処分禁止効については、代位債権者が債務者に代わって被代位権利を行使していることの反射的效果として、これと矛盾する債務者の行為を排除したものであり、これを超えて、債権者代位権の行使に他の債権者との関係で差押えと同様の効果を与え、代位債権者の独占的な満足を認める根拠はない、とする。

Xは、本件訴え提起の権利濫用又は信義則違反については、いずれに支払うべきかは法解釈の問題であり、Xはリスクを回避するために本訴提起に及んだものであり、これは、権利濫用又は信義則違反ではない、と主張した。

### 〈判決要旨〉

原判決取消、Xの請求棄却

「ア 債権者代位権は、総債権者のための制度ではあるが、債

権者が自己の金銭債権を保全するためにその債務者に属する金銭債権を行使する場合には、債権者は当該金銭債権につき当然に弁済受領の権限を有し、第三債務者に対して直接自己にその給付をすべきことを請求しうるものである（大審院昭和一〇年三月一二日判決・民集第一四卷四八二頁参照）。そして、第三債務者に対して、直接自己にその給付をすべきことを請求することができるということは、金銭債権の債権者代位権が債務主義不要の簡易迅速な執行手続として機能し、代位債権者と相殺処理することによって代位債権者が事実上の優先弁済を有することを経済しているということを意味するから、債権者が債権の満足を得るために、債権者代位権という法的手段を執ることについては、それに相応しい法的保護が与えられてしかるべきである。

イ この点について検討するに、債権者が債権者代位権に基づいて債務者の権利の行使に着手したときは、債務者は権利を処分することができないのであって、債権者の代位後は、債務者においてその代位された権利を消滅させる一切の行為をすることができないのみならず、自らその権利を行使することができないものと解するのが相当である。ただし、裁判上の代位に関する非訟事件手続法七六条二項によれば、債権の履行期到来

前において債権者が代位をする場合にも、債務者はその権利の処分権を失うものであるから、履行期到来後にもかかわらずその到来前の場合に比して代位の効力が薄弱であってはならないことは当然であり、そのように解しないとすれば、債権者は代位の目的を達することができなくなるだけでなく、いったん代位権を行使した債権者の行為を徒労に終わらせる虞があるからである。そして、債権者の代位権行使後いかなる時期から債務者に対して処分制限効が生ずるかについては、上記非訟事件手続法七六条二項の規定の類推により、債権者が代位権行使の事実を債務者に通知し、又は債務者がその事実を知ったときから、債務者に対しその権利につき処分制限の効力が生ずるものと解するのが相当である（大審院昭和一四年五月一六日判決・民集一八卷五五七頁参照）。

ウ しかして、債権者代位権の行使としての訴えの提起には、一面において代位債権者（原告）に目的たる権利についての管理権を取得させ、他面において債務者（被代位債権の債権者）に対して処分制限の効力を生ずる効力があるということができ、したがって、そのような訴えをもってする代位債権者（原告）の権利行使が他の債権者の介入によって阻まれるのは、実体上優先権を持つ他の債権者の権利の実現に抵触するときとか、特

別の制度上の目的があるときに限定されるべきであり、実体上代位債権者（原告）と平等な地位にある他の債権者が法定の手続により差押えをし又は取立手続に着手してきただけでは、代位債権者（原告）の上記のような地位を覆すには足りないものというべきである。すなわち、代位債権者（原告）の訴えの提起は、自己の債権の保全ないし実現のために、債務者（被代位債権者の債権者）に属する債権を取り立てるという点において、実質上差押え・取立命令を得た債権者が取立訴訟を提起しているのと異ならないということが出来るから、上記処分制限の効力が生じたときは、民事執行法一五九条三項を類推適用すべきことになる。

エ そして、代位債権者（原告）の訴えが、第三債務者を被告とする、直接代位債権者（原告）に対する給付を求める訴えである場合において、その請求を認容する判決が確定したときは、その確定判決の効力として、当該代位債権者（原告）と債務者（被代位債権者の債権者）に対して債権を有する他の債権者との関係においては、被代位債権者の行使は、上記確定判決を債務名義とする第三債務者（被告）に対する執行に集約され、被代位債権は、債務者（被代位債権者の債権者）に対して債権を有する他の債権者の差押えについては、もはやその被差押債権と

しての適格を欠くに至るものと解するのが相当である。ただし、このような場合、代位債権者（原告）は、その確定判決を債務名義として、第三債務者（被告）の責任財産に対し、強制執行をすることができることとなり、他方、債務者（被代位債権者の債権者）はその確定判決の既判力を受け、第三債務者（被告）に対する被代位債権を行使することができなくなるが、この確定判決の内容は、債務者（被代位債権者）を執行債務者とする執行手続を全く予定していないものであるから、このような段階に至っても、なお、債務者（被代位債権者の債権者）に対して債権を有する他の債権者が被代位債権を差し押さえることを許容するときは、債務名義を要しない債権者代位権と債務名義に基づく強制執行手続としての差押手続との二種の手続が相互の連絡なしに併存する我が国法制の下において、被代位債権について第三債務者（被告）に対する別個の手続による執行債権者の事実上の重複執行を許容することとなり、それらを相互に規律する民法、民事執行法その他の法令の定めはなく、その規律は事実上不可能というべきであるからである。

以上の次第であるから、別件訴訟の被代位債権である本件債権については、控訴人が債権者代位権を行使して提起した別件訴訟により、遅くとも平成二五年一月一七日（別件訴訟の第一

審判決言渡しの日）までに、処分禁止効が生じたものというべきであるから、民事執行法一五九条三項の類推適用により被転付債権としての適格を失ったものというべきであり、更に、別件訴訟の判決が確定した平成一六年三月上旬には、被差押債権としての適格を欠くに至ったものというべきである。したがって、いずれにしても、その後である平成一七年九月二二日に発せられた本件転付命令は無効である。

### 〈評釈〉

判旨の結論には賛成であるが理論構成の一部について疑問がある。

#### 一 はじめに

債権が代位行使され、その後他の債権者が被代位債権について差押、転付命令を受けた場合、この転付命令の効力の有無が問題となる。この際考慮される論点は以下のとおりである。

第一に、民事執行法一五九条三項の類推適用の可否である。民執一五九条三項は、転付命令が第三債務者に送達される時までに、転付命令に係る金銭債権について、他の債権者が差押え、仮差押えの執行または配当要求をしたときは、転付命令はその

効力が生じない旨を規定している。債権者代位権に基づき第三債務者に対する給付判決を得て、強制執行に着手した債権者は、この「他の債権者が差押え、仮差押えの執行または配当要求をしたとき」と同視され、民執一五九条三項が類推適用されうることが問題となる。

この問題を検討するに際しては、さらに以下の点が問題となる。第一に、履行期到来後債権の代位における債務者の処分禁止の有無である。すなわち、非訟事件手続法七六条一項が、期限未到来債権にもとづく裁判上の代位について債務者の処分禁止を規定しているところ、この期限到来債権にもとづく代位の場合への類推適用が認められるかどうかである。第二に、前期の処分禁止効が認められる場合、この処分禁止効の善意の第三者への効力についてである。すなわち、代位債権者は、善意の第三債務者に対して、この処分禁止効を對抗できるかという問題である。

第二に、債権の代位行使と他の債権者による執行法上の執行行為との関係である。債権が代位行使されるとき、被代位債権が差押適格を失うならば、本件転付命令は、当然に無効とされる。

さらに、本事件においては、Xの権利濫用が争われる。すな

わち、Yによる強制執行が平成一七年一月二六日に開始決定されたところ、J社は訴えを提起し、短期間で債務名義を取得した上で、転付命令を受けている。これは、JおよびXが、Yの強制執行の失敗を画策したためのものであり、Xが強制執行の不許を求めることは、権利濫用にあたると疑われる点である。

## 二 判例・学説

(1) 非訟事件手続法七六条二項と期限到来債権にもとづく代位権行使

非訟事件手続法七六条一項は、期限未到来債権に基づく裁判上の代位の申請を許可した裁判は、職権でこれを債務者に告知しなければならない旨を規定する。そして、同法七六条二項は前項の告知を受けた債務者は、その権利を処分することができない旨を規定している。一方で、期限到来後の債権に基づく代位権行使については、本条のような行使方法に関する規定は存在しない。そこで、期限到来後の債権の代位権行使の場合に、非訟事件手続法七六条二項を類推適用して、処分禁止効が生じることが問題となる。これについての判例および学説を概観する。

### ① 処分禁止効肯定説

判例は、債権者が債権者代位権の行使に着手し、これを債務者に通知した場合あるいは債務者がこれを知った場合は、債務者は代位の目的となった権利につき代位行使を妨げるような処分をなす権能を失うという立場である（大判昭和十四年五月一六日民集一八卷五五七頁、最判昭和四四年九月二日訟務月報一六卷一号一頁、最判昭和四八年四月二四日民集二七卷三九五九六頁）。

通説も、判例と同様の立場を採る<sup>(1)</sup>。その主たる根拠は、期限未到来の債権に基づく代位権行使の取扱いとのバランスである。すなわち、本規定に基づいて、期限未到来の債権でさえ、告知により処分禁止効が生ずるのにもかかわらず、もし仮に期限到来債権に基づく代位権行使について同様の処分禁止効を認めないならば、期限到来債権に基づく代位権行使が期限未到来債権に基づく代位権行使に比して代位の効力が小さくなることになり、これは、衡平を欠くと主張する。

### ② 処分禁止効否定説

通説に対する反対説は、裁判外の代位権行使につき、債務者に対する処分禁止効は生じないとする。反対説の主な根拠は、

裁判所の関与の有無によるものである。すなわち、裁判上の代位の場合には裁判所の許可という司法機関の後見的行為があるから、差押類似の効果をその裁判の告知に結びつけるのを「かろうじて正当化される」のに対して、裁判外での単なる私人の権利行使、それも私人の通知に裁判上の代位と同様な効果を結びつけるの疑問であると主張する<sup>(2)</sup>。この反対説は、前掲注(2)三ヶ月論文によつてはじめて提起されたとする評価もあるが、それ以前にもフランス法における議論に基づいて同様の説を主張する論者も存在した。たとえば、中島玉吉博士は、債権者代位権制度を有するフランス法において、代位権の行使が差押えと同じ効果を有するかが争われるが、通説とされるところの、これを否定する学説を採用している<sup>(4)</sup>。中島説が、裁判外の代位の場合に告知がないことを根拠にしている点は異なるが、基本的に同様の見解である。すなわち、裁判上の代位には、裁判所の告知という公的行為が存在し、これが債務者の処分禁止効、差押類似の効力を正当化するのに対して、裁判外の代位においてはこれがない点が強調される。

これに対して、三ヶ月章教授の反対説は、債権者代位権制度の存在自体に対して疑問を呈するなかで、裁判外の代位の際の債務者の処分禁止効を否定する。すなわち、構造的に類似する

民法上の債権者代位権制度と執行法上の取立訴訟が並存する現在の日本法について、それぞれの比較法のおよび沿革的研究に基づいて、その特異性を指摘しつつ、立法論として、債権者代位権の執行の側面および執行保全的側面を、執行法及び保全法にまかせることを提案する。そして、非訟事件手続法に規定される裁判上の代位の制度については、「異質な法思想の思い付き的な折衷から生まれた偶然的産物」であるとして、「わが法継受史上の混乱の記念碑的存在として以外の役割は到底もえない」とされる。そのうえで、仮差押え、仮処分を利用することができる現行法の下では、裁判上の代位の制度を廃止しても何ら失うものはないと主張する。このような議論の中で、三ヶ月説は、裁判外の代位の際の債務者の処分禁止効を否定している。

平井宜雄教授も類推適用否定説に与する。平井説は、その根拠として、裁判所の介入の不存在とともに、通説のような解釈が、債務名義なしの差押および取立を事実上承認することになり、差押制度との均衡を失うことを挙げる。

### ③ 中間説

債権者が適法に訴えを提起し、債務者がこれを了知した場合

に限り、処分禁止効を認めるとする、中間的な見解も存在する。三ヶ月説が代位行使として訴訟が提起された場合について、特に意識していなかったところ、裁判上の代位であるならば、裁判所の介入が存在するため処分禁止効を認めることができるとしたのが本見解である。<sup>(6)</sup>

これと同様に場合分けして論じたのが天野弘教授である。<sup>(7)</sup> 天野論文は、訴訟外で代位権が行使される場合と、訴訟によって代位権が行使される場合に分けて考察する。訴訟外で代位権が行使される場合には、通説と同じ結論を採る。訴訟によって代位権が行使される場合にも、代位権行使の保全処分としての機能を重視して、結論的には通説を支持する。ただし、手続的な貧弱さを指摘しつつ、債務者が処分権を回復するための手続きを規定すべきとするなどの改善を提案する。

## (2) 債務者の処分禁止効の第三者に対する効果

履行期到来後の債権に基づく代位権行使の場合に、非訟事件手続法七六条二項を類推適用して、債務者の処分禁止を認める際に、この効力の第三者に対する効果が問題となる。すなわち、この効力が絶対的なものか、相対的なものかということである。類推適用の場合について検討する前提問題として、通常の非訟

事件手続法七六条二項の処分禁止効に関する学説を概観する。

### ① 相対効説

一説には、当該処分禁止効は、差押えの効力とは異なること、および第三者に対する公示を伴わないことから、債務者の禁止に反する処分の場合にも、善意の第三者に対しては、債権者は処分禁止を主張することができないとする。

### ② 絶対効説

他方で、当該処分禁止効を、仮差押えと同様のものであるとする理解から第三者効を理解する説がある。この説によれば、金銭債権の仮差押えは、なんらの公示を伴うことなく、仮差押債権者はその善意の譲受人に対抗することができることから、当該処分禁止の際にも、債権者は、善意の第三者に対抗できるとする。<sup>(8)</sup>

## (3) 代位債権者の直接受領権と民事執行法上の執行手続き

最後に、債権が代位行使された場合における他の債権者との関係についての学説および裁判例を概観する。債権者代位権が、本来的には総債権者のために債務者の責任財産を保全するため

の制度と考えられているにもかかわらず、現実の運用においては、簡易な債権回収手段として機能している。<sup>101)</sup> すなわち、判例は、債権者の直接の受領権を認め、その後の相殺により結果的に優先的な弁済を認めている（大判昭和七年六月二日民集一卷二一九八頁、大判昭和一〇年三月二日民集一四卷四八二頁、最判昭和二年九月二四日民集八卷九号一六五八頁）。<sup>102)</sup> 学説も、概ね債権者の直接受領権を肯定している。<sup>103)</sup> このような債権者代位制度の債権回収機能を前提として、本来の執行手続との関係が問題となる。

代位債権者と転付債権者との関係について直接論じたものはないが、代位債権者による代位権行使と他の債権者による取立権行使の関係については、昭和四五年六月二日最高裁判決（民集二四卷六号四四七頁）を機に議論されている。<sup>104)</sup> 最高裁昭和四五年判決は、同一債権につき債権者代位権に基づく給付の訴の提起後に国税滞納処分に基づく取立の訴が提起された場合において、債権者が代位権行使の権限を失わないと判示したものである。

竹下守夫教授は、昭和四五年判決に反対して、代位債権者の訴訟追行権は他の債権者が取立権を取得することによってその限度で消滅すると主張されている。<sup>105)</sup> その他にも、差押えの効力

は、絶対的に第三債務者による支払いを禁止するものであり、この効力によって代位債権者による訴訟を不適法とする見解もある。<sup>106)</sup>

一方の訴訟が係属中であり、いまだ確定していない場合には、手続内で解決する方法も提案されている。たとえば、債権者代位訴訟の判決確定までは、他の債権者にも債権者代位訴訟への当事者参加を許し、参加債権者と代位債権者との間で平等な取り扱いをする、というものである。<sup>107)</sup> また、昭和四五年判決事件では、両手続は、併合審理されており、問題の一定の解決になるであろう。しかし、本件においては、代位訴訟については判決が確定しており、この確定判決に基づく強制執行手続中の他の債権者による差押えであるから、このような解決は不可能である。たとえ上述の竹下・豊泉説の見解によっても、代位訴訟の判決確定後になされた差押・転付命令をいかに扱うかは明らかでない。

ところで、債権者代位制度を代位債権者のための債権回収制度として正面から承認したと評価される裁判例として、東京高裁判決昭和六〇年一月三十一日（判時一一四二号五三頁、判タ五五四号一七四頁）がある。<sup>108)</sup> 事案は、次のようなものである。債権者Xが、債務者Aを代位して、AのYに対する土地建物の売

買代金請求の代位訴訟を提起したところ、A・Y間に土地建物の売買契約の存在等につき争いがある、本訴とは別に、A・Y間に土地建物の所有権移転登記手続請求訴訟と買代金請求訴訟（反訴）が係属し、この別訴において、YはAに対し、土地建物の所有権を返還し、和解金三五〇〇万円と引換えに土地建物の登記名義をAに戻す旨の裁判上の和解が成立し、その結果、土地建物の所有権とその登記名義がAに回復された。

原審は、別訴における裁判上の和解により、土地建物の所有権がAに回復された以上、Xの代位権はその目的の到達によって消滅したものと解し、代位権の目的到達による消滅は訴訟要件についての絶対的抗弁事由に当たるとしたうえ、Xの代位訴訟は訴訟要件を欠くに至り不適法となったとした。

東京高裁判決は、原審判決を取り消して次のように判示した。「Xの本訴における債権者代位権行使の目的について考えてみるに、債権者が自己の債権を保全するため債権者代位権に基づきその債務者に属する金銭債権を行使する場合には、債権者は、総債権者の利益のためであるにせよ、当該金銭債権につき当然に弁済受領の権限を有し、第三債務者に対し、直接自己にその給付をすべきことを請求し得るものであり、また債権者が代位権の行使による訴訟を提起し、その訴訟の係属を債務者が知っ

たのちは、債務者はその代位された権利につき代位の目的に反する処分をなす権能を失うと解すべきところ、Xの本訴各請求はいずれもこの類型に属するものであるから、Xの本訴における債権者代位権行使の目的は、抽象的にも、具体的にも、Xが、Aに対する自己の債権につき満足を得る手段として、右のような類型の本訴請求を選択したものであることを直視し、X自らの債権の保全にあたるものと解すべきである。ところで、債権者代位権行使の目的はとりもなおさず債権者自らの債権の保全であり、そして、右債権保全の目的の存在は債権者代位権行使の前提要件であるから、債権者代位訴訟の係属中に債権者代位権行使の右目的が達成された場合には、訴訟要件として存すべき当該訴訟追行の利益が失われるに至ると解する余地がある。しかし、問題は、はたして、どのような具体的場合に債権者代位権行使の目的が達成されて、債権者は、代位権行使の利益が失われるかであるところ、Xの本訴における債権者代位権行使の目的が叙上のとおりである以上、原判決が判示するようなAとY間の本件和解により、その和解の諸約定のもとに、本件土地建物の所有権がAに回復した事実関係を以って、Xの本訴における債権者代位権行使の目的が当然に達成され、Xは、本件代位訴訟を追行する利益を欠くに至ったものと断定するのは、

Xの各主張及び叙上認定説示の事実関係、弁論の全趣旨に照らし到底は認することはできない。」

このように、本東京高裁判決は、代位債権者のための債権回収機能を正面から認めたものである。債務者の処分禁止効および代位債権者の直接受領権を認める判例を前提として、これらの効果を最大限に利用しようという債権者が現れ、これを認める裁判例がでてきている。

### 三 検討

#### （1）本判決の構造

本判決は、本件転付命令の有効性について、別件訴訟の第一審判決の言渡日までに処分禁止効が生じているから、本件債権は、民執一五九条三項の類推適用により被転付適格を失うものであるとして、それ以後になされた転付命令の有効性を否定した。

この際、非訟事件手続法七六条二項の履行期到来後の代位への類推適用の可否については、通説の立場を採っており、その根拠を以下のように述べている。すなわち、「非訟事件手続法七六条二項によれば、債権の履行期到来前において債権者が代位する場合にも、債務者は処分権を失うのであるから、履行期到

来後にもかかわらずその到来前の場合に比して代位の効力が薄弱であってはならない。そうでなければ債権者は代位の目的を達することができなくなるだけでなく、いったん代位権行使した債権者の行為を徒勞に終わらせる虞がある」。これは、通説がその根拠として述べているとおりである。

そして、この債務者の処分禁止を前提として、民執一五九条三項の類推適用の可否を検討する。代位債権者の権利行使について、実体上代位債権者と平等な立場にある他の債権者が法定の手続により差押えをし又は取立手続に着手しただけでは、これを覆すことができないから、上記の処分禁止効が生ずるときは、民執一五九条三項を類推適用を肯定する。

さらに、本判決は、代位債権者が第三債務者に対して、被代位債権について直接の給付を求める訴えを提起した場合には、その請求認容判決確定後、被代位債権は、被差押債権としての適格を失う旨を判示している。民執一五九条三項の類推適用が肯定されれば、本件転付命令は効力を有さないことが導き出されるところ、ここでは、追加的に、債権が代位行使されたとき、他の債権者が被代位債権を差押えることができなくなり、これによって代位債権者に独占的満足を与えることを認めたものである。すなわち、債権者代位制度の債権回収機能を正面から肯

定したといえる。

以上のような判断によって、本件転付命令の有効性を否定し、Xの信義則違反については、判断していない。

## (2) 非訟事件法七六条二項の類推適用

本判決は、通説と同様の理由から、非訟事件手続法七六条二項の類推適用を認めた。通説が主張するように、履行期到来前の代位権行使において処分禁止効が認められるのに履行期到来後ではこれが認められないというのは、あまりにアンバランスである。また、処分禁止効を認めないならば、債務者が財産を処分することによって、債務者の財産の保全という債権者代位制度の目的が果たされることが危うくなり、これは妥当ではない。三ヶ月説は、裁判外の単なる私人の行為に差押類似の効果を認めることを批判する。この点を考慮すると、裁判上代位権が行使された場合については、強制執行の準備として引き続き執行手続に入ることが予定されるため、例外的に処分禁止効を認められるであろう<sup>100)</sup>。この点につき、Xは、債権者代位権の行使には、差押えのように裁判所の判断は介在しておらず、債権者の一方的な主観に基づいて行使されるものであるから、差押えと同列に論じることができないと主張しているが、本判決は、

債権者が別件訴訟を提起し、債権者の請求を認容した判決が確定していることを根拠として、このXの主張を退けている。したがって、本判決によっても、裁判外の代位によって債務者の処分禁止効を認めたかどうかは明らかではない。

## (3) 処分禁止効の性質

債務者の処分禁止効は、いかなる性質を有するか。これについては、債務者の財産の保全を目的としている以上、仮差押えと同等の効果を有すると考えられる。したがって、金銭債権の仮差押えはその善意の譲受人に対抗できることから、債権の代位行使にともなう処分禁止効についても、これと同様に第三者の善意・悪意を問わない。この点で、本判決は、直接判断していないが、これを前提としているとみられる。

次に、処分禁止効の範囲について検討する。禁止される処分としては、譲渡、債務の免除、和解、更改、弁済期の猶予等を意味することは、一般的に認められている<sup>101)</sup>。債務者の債権を他の債権者が差押えることは可能である<sup>102)</sup>。民事執行法は、債権の被差押適格について、さまざまな法政策上の理由からこれを否定する場合があるが、執行法外の執行類似の行為に基づいてこれを否定することは予定されていない。この点、本判決は、代

位訴訟の判決確定をもって被代位債権の被差押適格を否定しているが、これは妥当ではない。そうすると、第三債務者に対する重複的執行を許容することになるため、両手統間の調整が必要となる。

さらに、処分禁止効は、代位権行使の目的を妨げない範囲に限られるべきである。<sup>20)</sup>これは、個別的な債権者の目的ではなく、総債権者のための債務者財産の保全という目的に適うかどうかの判断である。

### （3）債権者代位権行使と転付適格

代位債権者による代位行使にもかかわらず他の債権者による被代位債権の差押えが可能である一方で、被差押債権の被転付適格について検討する必要がある。すなわち、転付命令が第三債務者に送達される時を基準として、それまでに、転付命令の目的債権について差押え、仮差押えの執行または配当要求をした他の債権者がある場合には、転付命令は許されず、発せられた転付命令が確定しても転付の効果は生じない（民執一五九条三項）。被転付債権の独占可能性が問題となる。<sup>21)</sup>たしかに、前出代位行使に基づく処分禁止効を差押えと同視し、独占可能性を否定することが妥当である。先に代位行使していた債権者を

全く無視して、他の債権者の独占的満足を認めると、総債権者のための債務者の財産保全という行為が代位債権者以外の債権者の独占的満足という結果に終わり、代位債権者にはあまりに酷であり、債権者代位の目的が全く果たされないからである。したがって、本件債権の被転付適格は、否定される。この点、本判決判旨の結論自体は妥当である。しかし、この結果として代位債権者が根拠なく独占的満足を得ることになるし、第三債務者は、重複執行を受ける危険を負わなければならない。

### （4）両手統の調整可能性とその方向

このような状況に直面するにつき、三ヶ月教授の債権者代位制度廃止論はまさに説得力を有するところであるが、解釈論として両手統間の調整をすることはできるだろうか。本判決では、「相互に規律する民法、民事執行法その他の法令の定めはなく、その規律は事実上不可能」であるとしている。しかし、これはあくまで債権者代位制度の債権回収機能を全面的に認め、積極的にこれを活用しようとする見解が前提となる。これを前提としなければ、両手統間の調整は可能であると考えられる。債権者代位制度の利用が必要な場合を除いて、強制執行制度が用意されている場面においては、強制執行によるべきであり、それ

を回避して代位権によることは許されず、代位権は強制執行と競合しない範囲でのみ認めるということも可能である、とする見解もある<sup>23</sup>。これによれば、債権者が有する金銭債権の代位行使については、強制執行がすべての必要な代替の制度を備えているから、これは原則として許されない。一方で、返還請求権等の金銭債権以外の代位行使については、強制執行の準備のために必要であることから、これが認められることになる。いわゆる転用事例についても、債権者代位権の転用によるほかに評価されるような場合については、代位行使が認められる<sup>24</sup>。たしかに、強制執行手続によっては債権者の権利を保全、もしくは実現できない場合には、強制執行手続の存在にもかかわらず債権者代位制度の存在意義が存するところである。そこで、強制執行手続が用意されている場合には、これによるべきであり、債権者代位行使は認められるべきではないと考えることが許されよう。このような解釈に基づいて債権者代位制度が運用されていくことが望ましいが、本件のような競合の解決には、さしあたり、代位債権者の直接受領権が問題となる。この直接受領権を廢して、本来の債務者の財産の保全、そして強制執行の準備としての役割のみを果たすような解釈がなされることによって、本件のような複雑な問題は生じないのである<sup>25</sup>。

上述の昭和六〇年東京高裁判決のように、代位債権者の直接受領権を前提として、債権者代位制度を積極的に活用しようとする傾向は、本件のような執行手続との競合事例、もしくは民事執行・保全制度の存在を考慮しつつ、債権者代位権制度の本来の目的に沿って、見直されるべきである。

結局、本件において、本件転付命令は、非訟事件手続法七六条二項の類推適用から生じる処分禁止効により、独占可能性に欠ける点で不適法である。しかし、債権者代位権の行使により被代位債権の差押適格が失われるとはいえない。差押債権者による執行手続について代位債権者が配当要求することができるのと解するよりほかないであろう。

## 注

- (1) 兼子一『判例民事訴訟法』（弘文社・一九五〇年）一〇〇頁以下。兼子博士は、代位行使の効力について、債務者の意思に拘らずその権利につき債権者に管理権を取得させる点で一種の「私的差押」であるとされる。松坂佐一『債権者代位権の研究』（有斐閣・一九五〇年）一三八頁、我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店・一九六四年）一七〇頁、於保不二雄『債権総論・新版』（有斐閣・一九七二年）一七五頁、森泉章ほか『民法講義4 債権総論』（有斐閣・一九九三年）一二八頁。

- (2) 三ヶ月章「わが国の代位訴訟・取立訴訟の特異性とその判決の効力の主観的範囲」『民事訴訟法研究六卷』（有斐閣・一九七二年）六頁、同「取立訴訟と代位訴訟の解理論的・立法論的調整」『民事訴訟法研究』（有斐閣・一九七八年）九三頁、平井宜雄『債権総論（第二版）』（弘文堂・一九九四年）二七二頁。
- (3) 平井・前掲注(2)二七二頁。
- (4) 山口俊夫『フランス債権法』（東京大学出版会・一九八六年）二六四頁。
- (5) 中島玉吉『民法釈義債権総論』（金刺芳流堂・一九二二年）六六一頁。「処分禁止の効力を生ずるには処分禁止の意思（命令）を債務者に通知することを必要とす。この通知なくしては処分行為を禁止する効力を生ずる根拠なし。論者が期限の到来の有無に着眼して権衡を保たしめんとするは必ずしも非ならざるも裁判所の許可を得たる場合に処分禁止の効力を生ずるはその期限到来前なるが為めにあらずして非訟事件手続法七六条の告知に基因するを知らばその告知なき場合にこれを類推するのは不可なる・・・（以下略）。」
- (6) 平野裕之『債権総論』（信山社・二〇〇五年）三〇九頁。平井旧説。
- (7) 天野弘「債権者代位権における訴訟法上の諸問題（序）」民事訴訟法雑誌二〇卷二六頁（一九七四年）。
- (8) 天野・前掲注(7)二六頁以下、伊東三井編『注解非訟事件手続法（改訂）』（青林書院・一九九五年）三八五頁（坂原正夫）。
- (9) 小林秀之「角紀代恵『手続法から見た民法』（弘文堂・一九九三年）
- (10) 判例が代位債権者の直接受領権を認めるのは、代位権に弁済受領の権限までが含まれているためとか債務者が受領しない場合を考慮したためといわれる。我妻・前掲注(1)一七〇頁、於保・前掲注(1)一七五頁、森泉ほか・前掲注(1)一二八頁。
- (11) 我妻・前掲注(1)一六九頁は、相殺により代位債権者が優先的弁済を受けることについて、制度の欠陥としてやむを得ないとする。他に、潮見佳男『債権総論（第三版）Ⅱ』（信山社・二〇〇五年）四七頁は、代位権の基礎にある債権者の債務者の財産に対する管理権によって直接の受領権が基礎付けられるとする。さらに、このような機能を債権者代位制度の存在理由として積極的に評価していこうとするのは、工藤祐敏「フランスにおける債権者代位権の機能と構造（3・完）」民商九六卷二二二頁以下、平井・前掲注(2)二七〇頁、小林「角・前掲注(9)一六四頁以下。否定説としては、佐藤岩昭「債務者の責任財産の保全2」法学教室一一六号六五頁。
- (12) 本判決の評釈として、野田宏・最判解民事篇昭和四五年度二七六頁、山本戸克己「判批」民商六四卷二二七〇頁、井上治典「判批」判評一四五号二二頁、同「判批」別冊ジュリ一一〇号一八二頁、竹下守夫「判批」金判三七号二頁、豊泉貴太郎「判批」法学研究（慶應大学）四四卷九号一二五頁、兵頭厚子「判批」ジュリ五〇五号一三七頁、吉村徳重「判批」ジュリ四八二号一二二頁、宮脇幸彦「判批」別冊ジュリ三六号四八頁、池田辰夫「判批」別冊ジュリ一七七号一五〇頁。

- (13) 竹下・前掲注(12)五頁。
  - (14) 豊泉・前掲注(12)一七八頁。
  - (15) 小林Ⅱ角・前掲注(9)一六七頁。
  - (16) 小林Ⅱ角・前掲注(9)一六三頁以下。本件評釈として、小林秀之「判批」季刊・民法法研究一三(判例タイムズ五八一)九〇頁(一九八六年)。
  - (17) 平野・前掲注(6)三〇九頁。
  - (18) 天野・前掲注(7)二六頁。取立訴訟の場合に第三者に対して仮差押えという手段を講じることができるのに対して、債権者代位訴訟についてこれができないとするのは、あまりにも「不自然な解釈」である、とする。
  - (19) 坂原・前掲注(8)三八六頁。
  - (20) 岡村玄治『非訟事件手続法』(日本評論社・一九三八年)一〇三頁、坂原・前掲注(8)三八六頁。このため、債権者は裁判上の代位をする場合についても、仮差押えをしておくことが効果的であるとする。
  - (21) 吉村徳重「最判昭和四八年四月二四日民集二七卷三九五九六頁評釈」ジュリスト五四六号一一三頁。
  - (22) 中野貞一郎『民事執行法(増補新訂五版)』(青林書院・二〇〇六年)六八三頁。
  - (23) 平野・前掲注(6)二八七頁。
  - (24) 登記請求権の代位行使について中間省略登記請求権を認める、または、不動産賃借権の代位行使について賃借権に基づく妨害排除請求権を認める少数説によれば、転用型債権者代位権行使は許されない。平井・前掲注(2)二六五頁。
  - (25) 梅謙次郎『最近判例評論』(有斐閣・一九〇六年)八九頁以下は、直接受領権を認めるならば、大抵の債権者が間接訴権を用いることになり、民事執行法(本文では民事訴訟法五九四条以下)の規定は、死文になるとする。
- 本件評釈として、  
南雲大輔「判批」判タ一二六四号八七頁(二〇〇八年)。