

司法書士からみた民法(債権関係)改正

—中間試案に向けて編—

第2回 契約の解除、危険負担、履行請求権、債権者代位権

前民事法改正対策部部委員 胤末 理恵子

はじめに

前民事法改正対策部では、平成23年3月8日開催の法制審議会民法(債権関係)部会第25回会議に、「司法書士からみた民法(債権関係)改正に関する意見書」を提出し、同法制審議会が平成23年5月10日「民法(債権関係)改正に関する中間的な論点整理」を公表したことを受けて、同論点整理に対する意見を提出した。

本稿では、上記論点整理で示された論点について検討を行うが、紙幅の関係で、1. 契約の解除、2. 危険負担、3. 履行請求権、4. 債権者代位権の中から、特に注目すべき論点に絞って、本改正論点の紹介と意見、理由を示すこととする。なお、私見による検討を行った部分は、日司連として特に意見なしとした部分及び強く改正を望む論点につき、拙い私見を述べさせていただいた。本稿を通して、民法改正の論点を共に考察していただければ幸いである。

論点整理の詳細は、法務省HP「民法(債権関係)改正に関する中間的な論点整理」「論点整理の補足説明」「部会資料(詳細版)」で確認していただきたい。

第1 契約の解除

I 議論の背景

本論点に関しては様々な意見がある中で、伝統的理論は、契約解除の要件を検討する場合に、債務不履行を履行遅滞、履行不能、不完全履行の三分体系に分けて説明するが、この通則的な三分体系を採らずに、重大な不履行があれば解除しようと主張する有力な立場がある。重大不履行概念の導入が取引実務に与える影響は大きいため、この議論の背景を伝統的理論とともに概観しておきたい。

1 現民法と伝統的理論

現民法において伝統的理論は、第541条を主に履行遅滞の規定、第543条を履行不能の規定と整理しているが、これらの規定のみでは判例法理と条文に齟齬があり、例えば、判例は付随的義務違反による解除を否定する等条文の文言とは必ずしも整合しない解釈を示している。また現民法は、追完のない解除の場面について何ら規定を置いていないため、この点は専ら解釈に委ねられているところ、伝統的理論は、追完可能な場合は履行遅滞の要件に、追完不能な場合は履行不能の要件に準じて判断すると解しているが、このような解釈を条文の文言から読みとめることは困難である。そこで、法制審議会民法(債権関係)部会においては、債務不履行解除の不履行態様に関する要件を整序する方向で検討すべきではないかと提案されている。

2 解除要件としての「帰責事由不要論」と「重大な不履行概念」

現民法においては、上記のとおり条文の文言と裁判実務上の取扱いの齟齬については専ら解釈に委ねられているが、これを是正するとともに、債務不履行解除が認められる範囲を適切に規律するために、「重大な不履行」を解除要件として捉える立場がある。この立場は解除に「帰責事由」を要求する考え方を否定する。

契約解除に「帰責事由」を要求する意義について比較すると、伝統的立場は「債務不履行の事実を債務者の行為に帰責し債務者の責任を肯定」する点であるところ、帰責事由を認めない立場は、「解除という救済手段の存在根拠を、債務者の視点から説明するのではなく、債権者の利益という観点から、解除が、一旦は拘束力を生じた契約からの債権者の離脱を目的としたものである以上、不履行を契機として、債権者が拘束力ある契約から離脱できるのはどのような場合か」という視点で解除制度の正当化を論じている。

(1)「帰責事由の排除」がなぜ「重大な不履行要件」へと発展するのか。

帰責事由の排除が重大な不履行要件へと発展するのは、下記の理論展開による¹⁾。

① 解除制度は、自己決定の結果としての契約の拘束力と関連づけて、その本質を捉える必要がある。このとき解除の目的は、履行障害に面して、契約の拘束力から事後的に解放されるための手段を債権者に与える点にある。

② 履行障害につき、債務者に帰責事由があるからといって、直ちに契約解除が正当化されるわけではない。損害賠償請求権・代償請求権といった手段により債権者が満足すべきだと判断しうるときには、

契約解除権を認めるべきではない。

③ 逆に、履行障害につき、債務者に帰責事由がない場合でも、直ちに解除権が否定されるわけではない。履行障害の結果、契約を維持することにつき合理的期待を有しえなくなった債権者には、契約から解放されるための解除権を認めるべきである。

④ 解除を捉える視点は、債務者からの視点ではなく、債権者からの視点である。

履行障害に際しての債務者の帰責事由ではなく、履行障害にもかかわらず契約を維持することについての債権者の利益から、解除の可否及び限界を確定すべきである。すなわち、契約違反（債務不履行）を契機として、債権者が拘束力ある契約から離脱することができるのは、どのような場合かという債権者の視点から行われるのが適切である。

以上のことから、次の2つの抽象的命題が帰結される。

(i) 契約解除の要件として、債務者の帰責事由は不要である。

(ii) 契約を解除するには、履行障害が重大なものでなければならない。

(2)「重大な不履行解除」の判断規準

(a) 解除要件の中核を、「被不履行者を契約関係に拘束することが不当となるような不履行」に際して、そのような場合には被不履行者に即時に無催告解除権を認める²⁾。(b) 契約目的及び契約締結の諸事情を考察し、「契約を維持しこれに拘束されることについて、債権者の有する合理的な期待と利益が、契約違反によって脱落した場合」に解除を認める³⁾等がある。

何れも、付随的義務違反による解除を否定する判例法理の趣旨を明文化する場

合の具体的要件として、「重大な不履行」概念を捉えるものである。

Ⅱ 論点整理の検討

上記のような概念があることを踏まえて、以下論点整理の検討を行う。

1 債務不履行解除の要件としての不履行態様等に関する規定の整序

(1) 催告解除（民法第541条）及び無催告解除（民法第542条、第543条）の要件及び両者の関係等の見直しの要否

ア 催告解除（民法第541条）

① 解除制度における催告解除の位置付け
催告解除の位置付けに関しては、現民法と同様、催告解除を原則とすべきであるという意見がある一方で、催告解除と無催告解除を一元的に捉えようとする意見がある。これらを踏まえて日司連では下記のとおり意見を提出した。

〔意見の趣旨〕

催告解除を原則とし、催告解除と無催告解除の要件を別個に規定する方向で検討すべきである。

〔意見の理由〕

催告解除の場合の「催告解除相当期間経過」と無催告解除の場合の「不履行の重大性」というそれぞれの要件を統一化する必要性は、実務上ほとんど感じられない。

② 付随的義務違反の判例法理の明文化等

付随的義務違反の場合において解除を否定する判例法理の趣旨を明文化するという意見があり、その場合の具体的要件としては、不履行の内容によるべきである、または付随的義務違反等の債務の種類によるべき等の意見がある。また、判例法理を明文化する場合の具体的な要件の規定ぶりとしては、軽微な不履行を除くとする表現、または重大な不履行という表現、或いは現民法との連続性等を重視し契約をした目的を

達することができないという表現等を用いることが望ましいとする等の意見がある。日司連では、「付随的義務等の軽微な義務違反の場合には解除できないという判例法理を明文化すべきである。」との意見を提出した。上記意見を踏まえて上記具体的要件について検討する。（私見）

〔意見の趣旨〕

付随的義務違反による解除を否定する判例法理の趣旨を明文化する場合の具体的要件に関しては、判例が付随的義務を外形上形式的に判示しているのではなく、契約目的に必須的であるか否か又は要素たる債務か否かの観点等から判示した趣旨に則り、解除の要件を明確にして明文化するべきである。具体的要件の規定ぶりとしては、現行法との連続性等を重視し、契約をした目的を達することができないという表現を用いるべきである。

〔意見の理由〕

付随的義務の不履行に関する判例において、例えば、契約解除を否定した判例（最判昭和36年11月21日民集15巻10号判決《以下、「36年判例」と言う。》）及び解除を認めた判例として対照される判例（最判昭和43年2月23日民集22巻2号判決《以下「43年判例」と言う。》）は、ともに外見上形式的に付随的債務か否かの種類で判示されたものではなく、契約目的に必須的であるか否かを、付随的義務違反か否かの概念として精査され判示されたものである。

36年判例においては、付随義務とは、当事者が契約をなした主たる目的によって決定されるべきであり、その目的に必須的でない債務を付随義務であると解し、本件不履行は契約目的達成に必須的でないところから、付随的義務違反であり解除できないと判示した⁴⁾。本判例においては、売買に

よる引渡後の公租公課は買主負担との特約があったが、買主が応じなかった事案である。実務における不動産売買取引の場で通常行われる清算手続であるところ、本件事案の場合は、売主が立替支払った税額は5年分であり、且つ売買代金を超過していた事案である。しかしながら、当該土地の地価が騰貴している事実があり、裁判所は、本事案の不履行が解除原因になり得ない、即ち付随的義務違反であるので解除できない、と判示したものである。

43年判例においては、外見上は、売買契約の付随的約款の不履行であっても、売買契約の要素たる債務に入ると解し、解除が認められた事案である。本判決は、付随的義務の不履行であるにもかかわらず、それを理由とする解除が認められたものではなく、付随的義務が要素たる債務かについての一判断例として捉えられている⁵⁾。

上記のとおり、両判決が示していることは、事案の検討においては、不履行の内容や債務の種類等の様々な事情を総合考慮した上で、当該義務の不履行によって、契約目的達成のために重大な影響を与えたか否かを検討しているもので、意見の趣旨に記載した通り、これら判例理論を明確にし明文化するべきである。

また、具体的要件の規定よりも、現民法条文（民法第566条）及び判例の趣旨が理解され実務上馴染んで多用されていることに鑑みても、「契約をした目的を達することができない。」という規定ぶりにするべきである。

③ 解除を否定する要件の主張立証責任

解除否定の主張立証責任に関しては、解除を争う債務者が、軽微な義務違反であることの主張立証責任を負うべきとの意見がある一方で、解除する債権者が、自己の解

除権を根拠付けるため主張立証すべきという意見がある。また、事業者間の契約か否かで主張立証責任の在り方を変えるという意見（例えば、非事業者間の契約では、債権者が重大な不履行であることの主張立証責任を負うとする一方で、事業者間契約においては、債務者が催告に応じなければ原則として契約を解除することができ、重大な契約違反に当たらないことを債務者が立証した場合にのみ解除が否定されるとする。）がある。これらを踏まえて日司連は、主張立証責任に関し、下記のとおり意見を提出した。

〔意見の趣旨〕

債務不履行解除を否定する要件の主張立証責任は、現在の裁判実務を維持し、抗弁として債務者に主張立証責任を負わせる方向で検討すべきである。

〔意見の理由〕

債務不履行の事実が存在する以上、債権者としては、債務不履行の事実の主張で足り、債務者側において「契約の解除をするほどの不履行ではない」との主張立証を行わせることが主張立証責任の分配の基本原則である公平の観点からも妥当であるところ、以上の見解が裁判実務一般の考え方であって、実務上も特段の支障もなく行われていることからすれば、これを修正すべき理由は見当たらない。なお、非事業者間契約と事業者間契約とで、主張立証責任の在り方に差異を設ける点について私見を述べる。

事業者・非事業者間契約につき差異を設ける立場は、差異を設けた理由について、事業者間取引では解除につき予見可能性を高める必要があるからとするが、非事業者間取引においても予見可能性を高めることは重要な要件であり、事業者間契約と非事業者間契約とで差異を設ける合理的理由は

見出し難い。従って、事業者間・非事業者間契約とで区別する取扱いをするべきではないと思料する。

イ 無催告解除（民法第542条、第543条）

無催告解除が認められる要件としては、不履行の程度に着目し、重大な不履行と認められる場合とする意見、不履行の程度によらずに、定期行為の遅滞や履行不能等のように催告が無意味な場合とする意見、また主たる債務の不履行があり、契約の目的が達成できない場合とする意見等がある。これらの点につき、日司連では下記のとおり意見を提出した。

〔意見の趣旨〕

無催告解除が認められる要件については、現行どおり、定期行為による履行遅滞や履行不能のように、催告しても意味がないような場合は、無催告解除が認められるとする方向で検討すべきである。なお、提案の要件の在り方については、不動産賃貸借契約にみられる信頼関係破壊の法理における判例法理の観点も踏まえて検討すべきである。

〔意見の理由〕

催告解除の有無については、現行法が採用している催告解除及び無催告解除と併存すること、催告しても意味がないような場合（定期行為による履行遅滞や履行不能の場合）に催告不要とする考え方は、実務上も多用され定着しており、維持することが妥当である。

なお、不動産賃貸借契約について、判例は催告解除を原則とするものの、いわゆる信頼関係破壊の法理によって、例外的に無催告解除を認めている。

この場合、判例は、賃借人保護の観点から、各事案における義務違反が惹起された原因、動機、態様、程度、両当事者の関係、

催告後の事情等、様々な観点から信頼関係破壊の具体的判断基準を示した上で判断している。

したがって、無催告解除の要件の在り方については、不動産賃貸借契約にみられる信頼関係破壊の法理についても留意したうえで、従来の判例法理に現れる賃借人保護が後退することのないよう検討すべきである。

(2) 不完全履行による解除

不完全履行による解除の一般的規定を設けるか否かについて検討する。（私見）

〔意見の趣旨〕

不完全履行が追完可能な場合には履行遅滞に準じて、追完不能な場合は、履行不能に準じて取り扱うとされてきた従来の考え方を維持し、不完全履行による解除の一般的規定を整序し、明文化すべきである。

〔意見の理由〕

不完全履行の場合は明文の規定がないため、現民法では上記のような考え方が確立されているが、このような解釈を条文から読み取することは困難なため、明文化すべきと考える。その際、不完全履行の解除において看過できない問題として、単に不履行によって債権者に損害が生じただけでは直ちに解除が認められるものではなく、当該不履行が以後契約を維持することにつき合理的期待を有しえなくなるような客観的・主観的要件が要求される。一部遅滞・一部不能の場合に、全部解除が認められるか否かは、給付内容の過分性・債務内容・信義則によって判断すべきである⁶⁾。

2 「債務者の責に帰することができない事由」の要否（民法第543条）

解除は不履行をした債務者への制裁ではなく、その相手方を契約の拘束力から解放することを目的とする制度であると理解す

べきであり、また、判例においても帰責事由という要件は重要な機能を営んでいないとして、解除の要件としての債務者の帰責事由を不要とする見解（第1、2）がある。このような見解については理解を示す意見もあるが、現民法との連続性を確保する意義や、危険負担制度を維持する必要性、債務者が解除に伴う不利益を甘受するための要件設定の必要性の観点から否定的な意見もある。これらを踏まえ上記帰責事由の要否について検討する。なお、日司連では解除要件としての債務者の帰責事由を不要とする考え方を採っており、この点について同意見である。但し、債務者側の事情の配慮については、私見を述べたものである。

〔意見の趣旨〕

解除を、第一次的には契約の拘束力から債権者を開放する制度と位置づけ、解除の要件としての帰責事由を不要とする方向で検討すべきである。

なお、帰責事由を排除した場合においては、債務者側の事情にも配慮した方向で検討（債務者側の予見可能性等）すべきである。

〔意見の理由〕

実務上、契約の解除に際して、過失の有無が実質的に問題とされた裁判例は基本的になく、むしろその不履行の内容が問題となることが多いこと、解除の効果が原則として原状回復に限られていることに鑑みると、解除は不履行をした債務者への制裁ではなく、その相手方を契約の拘束力から解放することを目的とする制度であると解されることからすれば、帰責事由については不要とする方向で検討すべきである。

なお、以下は私見である。解除の要件から帰責事由を排除した場合においては、「解除が債務者に対する不利益をもたらすこと

を考えるなら、債務者側としても解除による不利益を負わされてもやむを得ない事情が存するかを検討する余地を与えるべき」とする見解⁷⁾があり、この考え方に賛同する。例えば、A B間で種類物たるY物品の売買契約を締結したが、未曾有の大災害の影響で一部調達が大幅に遅れ（特定が遅れ）債務不履行になった場合などを考えると、ウイーン売買条約第25条⁸⁾のように、債務者側の予見可能性を考慮にいった規定を設ける方向で検討すべきである。

3 債務不履行解除の効果（民法第545条）

(1) 解除による履行請求権の帰趨について
日司連では下記のとおり意見を提出した。
〔意見の趣旨〕

解除の効果の法的性質論に関わらず、解除の基本的効果として、契約当事者は契約の解除により何れも履行の請求ができなくなる旨の規定を置くべきである。

また、解除は、紛争処理に関する契約上の定め、その他の解除後に適用されるべき契約上のいかなる定めにも影響を及ぼさない旨の規定を置く方向で検討すべきである。
〔意見の理由〕

契約解除は、国民の社会生活上の取引に密接に関連する重要な債権債務関係の規律であるので、契約解除の基本的効力については、条文上明確であることが望ましい。

また、後段の、契約解除が種々の紛争処理に関する契約上の定めや、解除後に適用されるべき契約上の定めにも影響を及ぼさない旨の規定を置くことは、解除後の紛争予防の観点からも、解除後の法的効果を明確にする上でも有益である。

第2 危険負担（民法第534条から第536条まで）

1 債務不履行解除と危険負担との関係

債務不履行解除の要件につき、債務者の帰責事由を不要とした場合（前記 第1、2）には、履行不能の場面において解除制度と危険負担制度の適用範囲が重複するという問題が生ずるところ、この問題の処理については、解除制度に一元化すべきであるという意見や解除制度と危険負担制度を併存させるべきであるという意見等がある。これらを踏まえて日司連では、債務不履行解除と危険負担との関係について下記のとおり意見を提出した。

〔意見の趣旨〕

解除及び危険負担は、併存させる方向で検討すべきである。

〔意見の理由〕

履行不能の場合には、反対債務が自然消滅すると考えるのが常識的な場面が多いこと、常に解除の意思表示を必要とすることが債権者に不利益となる場合があり得ることから併存すべきである。なお、私見ではあるが未曾有の災害が発生した際の法政策的見地からも危険負担を存置し、解除と併存させる方向で検討すべきであると思料する。

2 民法第536条第2項の取扱等について

日司連では、下記のとおり意見を提出した。

〔意見の趣旨〕

債務不履行解除と危険負担との関係の見直しの結論にかかわらず、民法第536条第2項の実質的な規律内容は維持し、一般的な通則として置く方法で検討すべきである。

〔意見の理由〕

民法第536条第2項は、労働契約に基づく債務の供給が債権者の責めに帰すべき事由によってできない場合に、反対債権の給付を請求する根拠となるので、その実質的な規律内容は維持されなければならない。

また、当該規律が適用される局面は民法上の雇用に留まらず、請負や委任であっても適用されることが想定されうるのであるから、この規律は一般的な通則として置くべきである。

3 債権者主義（民法第534条第1項）における危険の移転時期の見直し」について検討する。（私見）

〔意見の趣旨〕

特定物の物権の設定又は移転を目的とする双務契約において、契約当事者の帰責事由によることなく目的物が滅失又は損傷した場合、その滅失又は損傷の負担を債権者に負わせる旨を定めている民法第536条第1項については、債権者が負担を負う時期（危険の移転時期）を、目的物引渡時等と明記するなど適切な見直しを行う方向で検討すべきである。

〔意見の理由〕

民法第536条第1項について、債権者が負担を負う時期（危険の移転時期）が契約締結時と読めることに対する批判が強いことから、危険の移転時期を検討する場合においては、危険の移転時期を目的物引渡時等と明記するなど適切な見直しを行うべきである。なお、危険の移転時期の検討においては、所有権移転時期と切り離し、実質的支配の観点から移転時期を捉えるのではなく、代金支払の事実や登記の移転は、債権者が占有状態を確保するものではないこと（登記は対抗要件に過ぎない）から、専ら占有移転面に着目し、現実の管理可能性が債権者に移転した事実の有無による判断、即ち引渡しをもって危険が移転する旨を明示するべきである。

第3 履行請求権等

1 請求力等に関する明文規定の要否

一般に、債権者には請求力、給付保持力、訴求力、執行力・強制力が認められるとされる（以下、債権者に認められるこれらの権能を合わせて『履行請求権』ともいう。）。これらのうち、民法には履行の強制に関する規定（同法第414条）が設けられているが、これとは別に、債権者が債務者に対して任意の履行を請求することができる旨の規定を設けるなど、債権者には請求力や訴求力等の基本的権能が認められることを確認する趣旨の明文規定を置くべきとの意見がある。これを踏まえて請求力等の明文規程の要否について検討する。（私見）

〔意見の趣旨〕

債権者に、請求力や訴求力等の基本的権能が認められることを確認する趣旨の明文規定をおく方向で検討すべきである。その際、これら権能は、自力救済を許したのではなく、債権者が有する基本的権能であることを、国民に分かりやすい形で明文化する方向で検討すべきである。

〔意見の理由〕

債権者が、上記基本的権能を有しているにもかかわらず、現民法には履行の強制に関する規定（民法第414条）しかないため、これら権能を条文で明らかにする方向で検討すべきである。その際、国民に分かりやすい形で、自力救済は禁止されていることを確認する趣旨をも意図した明文化をのぞむものである。

2 民法第414条（履行の強制）の取扱い

履行の強制に関する規定（民法第414条）については、実体法上の権能を認めた規定であるとする見解と、執行方法を定めた手続法的規定であるとする見解があるなど、規定の意義が不明確であるという指摘がある。そこで、履行の強制に関する規定のう

ち、実体法的規定は民法におき、手続法的規定は民事執行法等におく方針を確認した上で、同条各項の規定のうち、手続法的規定として民法から削除すべきものの有無等について検討してはどうかとする意見がある。これらを踏まえて民法第414条の取扱いについて検討する。（私見）

〔意見の趣旨〕

原則として、実体法的規定は民法に置き、手続法的規定は民事執行法等に置く方向で検討すべきであるが、現民法第414条各項が明らかに手続法的規定であるとはいえないため、同条文は引き続き維持すべきである。その際、平成15年民法一部改正に伴い、民事執行法が改正された論点（間接強制が広く用いることができるようになった点）も含め、民法において一般的・総則的な規定として明文化し、実体法と民事執行法の手続法を架橋するような規定を置く方向で検討すべきである。

なお、履行の強制に関する規定は、引き続き民法債権編に置く方向で検討すべきである。

〔意見の理由〕

ア、民法第414条第1項は、債務者が任意に履行しない場合に、債権者が履行を裁判所に請求し、その債務内容を強制的に実現可能にすることができる旨を定めると解されている。しかし、上記規定の法的性質については、「強制履行請求権が債権に含まれ、履行請求権を実現し得るという実体法上の権能を有する」とする見解⁹⁾に対して、「履行強制に関する規定については、民法第414条と民事執行法に規定されているが、民法414条第1項から第3項までは民法に規定があるもののその実質において強制執行手続を定めた規定」と解する見解¹⁰⁾等がある。

本条は、実務上においても、民事執行法が規定する執行方法の実際の運用を制御する実体的機能を有しているといえ、現行どおり民法典に規定を置く方向で検討すべきである。

イ。旧民事執行法は、直接強制によることも代替執行によることもできない債務（不代替の作為債務・不作為債務）に限り、間接強制を補充的に許容することとされてきたが、平成15年民法一部改正により物の引渡債務や、代替的な作為債務及び不作為債務についても、債権者は間接強制の方法を選択できることとなった¹¹⁾（民執法第173条）。

しかし、現民法には、間接強制に関する規定が存せず、本条と民事執行法の規定とを総合してはじめて強制履行制度の内容を明らかにすることができることから、利用が困難である。従って、民法第414条各項の規定に加え、間接強制についての民執法第172条及び改正民執法第173条につき、実体法と民事執行法の手続法を架橋するような一般的・総則的な規定を置く方向で検討すべきである。その規定の民法上の配置においても、現行どおり、強制履行の実体的概念という位置づけで、民法債権編に置く方向で検討すべきである。

第4 債権者代位権

1 本来型の債権者代位制度の必要性

(1) 本来型の債権者代位権制度の必要性

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、債権回収のための制度として民事執行制度を有する我が国法制の下において、本来型の債権者代位制度存続の

必要性に疑問を示す意見がある。これらを踏まえ本来型の債権者代位権制度の要否について検討する。（私見）

〔意見の趣旨〕

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検討すべきである。

〔意見の理由〕

本来型の債権者代位権は、被代位権利の時効中断、形成権の代位行使、登記請求権の代位行使など、民事執行・保全制度では代替することのできない極めて重要な役割を果たしているので、存続させる方向で検討すべきである。

2 本来型の債権者代位権の制度設計

(1) 被代位権利を行使できる範囲について検討する。（私見）

〔意見の趣旨〕

本来型の債権者代位における債権回収機能（事実上の優先弁済）を存続する方向で検討する場合においては、被代位権利の行使は、被保全債権の債権額の範囲にとどまるとする方向で検討すべきである。

〔意見の理由〕

一般に債権者代位権は、債権保全のために認められる制度であるので、債権者が債務者の権利を行使する限度は、債権の保全に必要な範囲に限られる¹²⁾と解されていることから、判例（最判昭44.6.24民集23）も、代位権行使の範囲を「代位債権者の被保全債権の額が上限である」と判示した。これを否定し、被保全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ことは、本来債務者に属する財産を不当に利得することになりかねないため、代位権行使の範囲は、代位債権者の債権の保全に必要な範囲に限られるべきである。

(2)保全の必要性（無資力要件）

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」とは、債務者の資力がその債務のすべてを弁済するのに十分ではないこと（無効）というところと解しており、この無資力要件を条文上具体的に明示すべきであるという意見がある。これらを踏まえて、保全の必要性について検討する。（私見）

〔意見の趣旨〕

本来型の債権者代位権の無資力要件を条文上明示する場合においては、原則として無資力要件を必要とするが、例外として、保存行為及び登記申請権の代位行使については、債務者の無資力要件不要とする方向で検討すべきである。

〔意見の理由〕

ア 本来型の債権者代位権の行使要件に関して、判例・通説は、債務者の無資力要件を要求するが、保存行為及び登記申請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特別の取扱いをする方向で検討すべきである。債権者が代位でなす保存行為に関し、債権担保となる債務者の財産を維持し保全するための行為は、債権者としてなすべき当然の行為であり、これに無資力要件を課すべきではない。

不動産登記実務における代位登記については、民法第423条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が添付情報とされている。この代位原因を証する情報は、代位権発生の原因、すなわち、債権発生の原因を証する書面であれば足りることとされており（昭和23年9月21日民甲第3010民事局長通達）、無資力を証明する書面の添付は要求されていない¹³⁾。これは、代位登記を認めても

実体上の権利関係に合致した登記となり、債務者に不利益とならないこと、また登記官には、形式的審査権しかないので、債務者の無資力を調査できず、条文上も無資力証明書類の添付を要求していないことによる。本来、金銭債権を有する者が、債務者の名義になっていない不動産につき代位登記をする場合は、未登記建物または相続・売買等の原因があるのに登記がなされていない不動産の保存登記や移転登記、また債務者の登記記録上の住所又は氏名を住民票上の住所や戸籍上の氏名と一致させる必要がある変更・更正登記等、いわゆる保存行為に準ずる性質の行為として、登記申請権の行使が行われている。学説においても「代位登記を、保存行為に準ずるものと考え、それには無資力要件を要しないという解釈論によって対処すべき」と考える立場¹⁴⁾がある。とりわけ、代位登記のうち、登記記録上の住所又は氏名を住民票上の住所や戸籍上の氏名と一致させる必要がある変更・更正登記は、登記記録上と現状の住所・氏名が合致しないまま申請がされた場合は、申請が却下される（不登法第25条第7号）ためなされる登記であり、無資力を要件とするべき性質の登記ではない。

イ なお、近時の判例（最判平成22年6月29日判時2082号62頁）に対し、一定の場合に登記申請権の代位行使を要せず強制執行が可能となるのではと指摘する意見がある。しかし、上記判例は、権利能力なき社団を名宛人とする金銭債権を表示した債務名義を有する債権者が、当該社団の構成員全員に総有的に帰属する不動産の登記名義人が第三者である不動産に対して強制執行しようとする場合において、債務名義上の債務者と、執行対象不動産の登記名義人との制度上生じる不一致に対して、特別な取扱い

を認めたものである。上記判例は、債権者からの本件不動産を執行対象財産とする承継執行文の付与を求めることができるかという点に対して、当該承継執行文を付与することはできないが、判例要旨記載の方法に従えば、強制執行の申立てができると判示した。すなわち、強制執行申立の際、登記名義人と権利能力なき社団との関連性が証明力の強い文書で証明されれば、強制執行できると判示したものである。

以上のとおり、本件事案は、移転登記や変更登記等の代位登記が必要となる場合ではなく、本来型の登記申請権の代位行使は引続き存続させる必要があるものとする。

従って、本来型の債権者代位権の無資力要件については、原則として、無資力要件を必要とするが、保存行為及び登記申請権の代位行使については例外的に債務者の無資力要件を不要とする旨を明文化する方向で検討すべきである。

【付記】

先の意見書に契約解除の論点を脱稿したのが昨年末であり、その後、本稿が出されるまでの間には、新資料の公表や中間論点案の公表など、様々な動きがあったため、多少修正を加えた。なお、東日本大震災の未曾有の被害を見るにつけ、それまで、危険負担の対応について結論が出なかった論点について、本稿で私見を述べる機会が与えられたことに感謝する次第である。

- 5) 甲斐道太郎 判批民商59巻3号436頁
- 6) 山下末人 谷口知平・五十嵐清編 新版注釈民法(13)債権(4)〔補訂版〕810頁
- 7) 鹿野菜穂子 円谷峻編著 社会の変容と民法典 成文堂351頁
- 8) 杉浦保友・久保田隆編 ウイーン売買条約の実務解説 中央経済社82頁
- 9) 民法(債権法)改正検討委員会 商事法務 詳解債権法基本方針II 234頁
- 10) 潮見佳男 前出241頁/民法改正検討事項(詳細版) 2頁
- 11) 筒井健夫・谷口園恵編著 商事法務「改正担保・執行法の解説」126頁
- 12) 我妻栄 新訂債権総論 岩波書店170頁
- 13) 後藤浩平編著 新版不動産登記添付情報全集 新日本法規21頁
- 14) 平井宜雄 債権総論 弘文堂 202頁

(たねすえ・りえこ)

- 1) 潮見佳男 「法律学の森債権総論I(第2版) 信山社431頁
- 2) 民法(債権法)改正検討委員会編 詳解債権法改正の基本方針II 297頁
- 3) 潮見佳男前出435頁
- 4) 杉本好央 池田真朗他編著 民法(債権法)改正の論理 新青出版586頁