

# イタリア法の債権者代位権の機能に関する一考察

工 藤 祐 巖

## I 序

債権者が債務者の第三債務者に対する金銭債権を代位行使する場合に、債権者は第三債務者に対してその金銭を直接自己に引き渡すべきことを請求できるのであろうか。すなわち、債権者代位権の機能は、債務者の資産になんらかの財産を確保するという責任財産保全機能なのであろうか、それとも債権者の権利の実現をも伴う債権回収機能なのであろうか。そして、それぞれの機能を果たすためには、債権者代位権にいかなる構造が付与されなければならないのであろうか。例えば、債権者は、債務者に対する債務名義を得ていたり、債務者を訴訟に呼び出したりを要しないのであろうか。本稿は、これらの問題を解決する手掛かりをイタリア法に求めてみる。

1865年民法が債権者代位権の目的を「債権を回収するため」と定めていたの<sup>(1)</sup>に対して、現行イタリア民法典は、第6編（諸権利の保護）第3章（財産的責任、優先原因及び財産的担保の保存）第5節（財産的担保の保存方法）の第2900条において、債権者代位権を債権者取消権や保全仮差押えと共に規定している。この立法形式の変更は、債権者代位権の機能と構造の問題についてなんらかの考慮が払われた結果であると思われ、イタリア法でなされてきたであろう議論が、わが国の債権者代位権の機能と構造の問題を解決するためのなんらかの手掛かりを提供してくれるように思われる。

本稿は、債権者代位権の要件という構造上の問題と債権者代位権の機能の関係を考察する。イタリア法が債権者代位権にいかなる機能を付与してきたのかを考察し、それとともに、いかなる要件を課してきたのかを考察する。そして、その機能と要件との間になんらかの関係が存しないかを検討する。

## II 1865年民法の下における議論

### 1 序

1865年のイタリア旧民法は、第4編（債務及び契約総則）第3章（債務の効果）第1234条において、次のように定める。

「債権者は、自己の債権を回収するため（per conseguimento di quanto è loro dovuto）、その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。ただし、一身に専属するものを除く。」

フランス民法1166条と比較すると、規定の法典の中の位置付けも規定の文言もきわめて類似している。「自己の債権を回収するため」という文言が付加されているにすぎない。債権者代位権の存在理由についても、フランス法と全く同様の説明がなされている。すなわち、旧民法1949条は、フランス民法2093条と全く同様に、債務者の財産が債権者の共同担保であることを定めており、従って、債務者が債務を履行しないときは、債権者は、原則として債務者のすべての財産を債務の引き当てとすることができる。ところが、経済的困難に陥った債務者が怠慢などからその権利の行使を怠ると、結果として債権者が害されることになる。債権者代位権は、債務者の権利を行使することを債権者に認めて、債権者が自らかかる損害を避けることを可能にしているのである。債権者代位権のかかる存在理由から、債務者の無活動の要件が導かれ、また、財産的価値を有しない権利は代位行使できないと解されていたのである。さらに、債務者の財産が債権者の共同担保であることの帰結として、債権者平等の原則が唱えられ、債権者代位権を行使した結果生じる利益も代位した債権者にのみ帰属するのではなく、すべての債権者の間で分配されると論じられている。

債権者代位権における最大の論争は、やはり、その機能に関するものであった。すなわち、債権者代位権は債権回収機能を有するのかそれとも責任財産保全機能しか有しないのかという議論である。旧民法下の学説が、債権者代位権の機能をいかなるものととらえ、それにいかなる要件を課していたのかを検討してみる。

### 2 債権回収機能肯定説

イタリアの学説においては、今世紀のはじめ頃までは、債権者代位権に債権回収機能も認める見解が有力であったようである。この見解は、債権者代位権

は保全機能を有するのかそれとも債権回収機能を有するのかという問題のたてかたにおいては、債権者の意思や債権者が行使する権利の性質によってどちらの機能も有するという、いわば折衷説として展開した。パチフィチやジョルジの見解である。この見解によれば、旧民法1234条がフランス民法1166条よりも債権者代位権の目的を明確にするために付け加えた「自己の債権を回収するため」という文言は、債権者が実現する目的が二重のものでありうることを抽象的に示しているという。一つは、弁済を得ること、つまり、行使される権利又は訴権の結果生じるものを直接自分のものとするものであり、もう一つは、弁済のための担保を得ること、つまり、権利又は訴権の結果生じるものをもつと後で自分のものにしたり売却するために債務者の資産の中に入れることである。前者が、債権者代位権が債権回収機能を有する場合であり、後者が保全機能を有する場合である。

これらの見解の最も注目すべき点は、単に債権者代位権の機能を二つに分けたのみならず、それぞれの機能に合わせて異なった要件を課している点にある。いわば、機能に対応した構造を与えている。まず、パチフィチは、債権者が責任財産の保全を目的とするときは、債務者の協力も裁判上の許可も必要ではないが、反対に、債権者が債務者からその権利又は訴権を取り上げ、債務者及び第三債務者に対する関係で債権者代位権の利益を確保することを目的とするときは、裁判上の代位 (*surrogazione giudiziaria*) を債務者に対して主張しなければならぬとしている。そして、かかる裁判上の代位は、債権者の債権の弁済期が到来していなければ認められず、また、債権者の債権額の限度でしか認められないとし、さらに、裁判上の代位に差押的効果を結び付けている。また、「代位した債権者は、債務者及び第三債務者に対して同時に訴訟を提起しなければならない」と論じて、裁判上の代位を得た後の訴訟においても債務者の存在を当然の前提としていた。

ジョルジもまた債権者代位権が保全機能を有する場合と債権回収機能を有する場合とで要件を分けて考えるべきことを説き、弁済期到来の要件についても、債権者が債務者に代わって保全手段を代位行使したり、第三債務者に対して債務者の資産の中に支払わせるために債権者代位権を行使するときには、債権者が確実に弁済期の到来した債権を有している必要はなく、かかる要件は債権者が現実の債権の回収を目的とするときのみ必要であるとしている。他方、彼

は、裁判上の代位は不要としながら、「利害を有するすべての当事者が裁判所に現れていなければ、裁判官は、いかなる請求に関しても判決を下してはならない」ということから、債権者代位権を行使するためには債務者を訴訟に参加させなければならないと解している。かかる解釈もまた、債務者に十分な反論をするための機会を保障することになろう。このように、パチフィチやジョルジの見解は、債権者代位権に債権回収機能を認めるときには裁判上の代位や債務者の訴訟参加の要件を課すことによって債務者の手続権を保障して、機能と構造の対応に考慮を払っていた。

### 3 債権回収機能否定説

今世紀にはいってしばらくすると、債権回収機能否定説が主張されるようになった。フェッラーラは、旧民法1234条の「自己の債権を回収するため」という債権者代位権の目的は債権の回収が債権者の行為が目指す終局の目的であることのみを意味すると解する。すなわち、「現在の自己の債権を将来回収するため」と読む。そして、債権者代位権の効果は債務者の資産の潜在的な要素を執行の可能な現実の要素に変換することであり、債権者代位権は執行の予備手続きであって執行行為そのものではないと解している。それゆえ、裁判上の代位や債務名義は不要であるとする。ただし、債権者代位権を行使するには債権者が現実の利益を有していることが必要であるとして、債権者の債権は、弁済期が到来し、条件に服しないものでなければならないとしている。

ツッコニは、債権者代位権は執行手続きの予備手続きとして機能するのみならず、保全手続きの予備手続きとしても機能するとしている。財産の帰属に疑問が生じたときや、執行に服さない債権や所有権以外の権利が問題となるときに、かかる手続きが機能するとしている。債権者代位権に二重の機能を認める点においては前述のパチフィチやジョルジの見解に類似しているが、単なる債権者による債務者の権利の行使とその後の執行手続きや保全手続きとを理論的に分離している点において、大きく異なる。そして、執行手続きの予備手続きとして機能するときは債務名義が必要だが、保全手続きの予備手続きとして機能するときは必要でないとして解している。さらに、どちらの場合にも、債権者の債権の弁済期が到来していることや条件が成就していることは必要でないとして解している。この見解は、債権者代位権の行使と執行手続きを理論的に分

離しながら債務名義を必要と解している点において問題があるように思われるが、弁済期の到来した債権であることや条件の成就した債権であることを要しないと解している点は、債権者代位権の機能と構造との対応に考慮を払った結果であろう。

#### 4 判例

古くは債権回収機能を認める判例が存した。典型的なものは、1888年5月24日のパレルモ破毀院の判決である。これは、旧民法1234条の「自己の債権を回収するため」という文言を文字通りに解して、債権者代位権の機能は保全 (conservazione) でも原審の言うように確保 (assicurazione) でもなく、債権回収を生じさせる執行であると解している。そして、第三者は、自己の債権者に対してではなく、直接に債権者の債権者に対して弁済しなければならないと述べている。債務者に弁済されたのでは代位権を行使した債権者にとって意味がなくなることが理由とされている。債権者代位権に債権回収機能のみを認めるこの判決は、債権者代位権の要件については、あらかじめ債務者を遅滞に付することも、裁判上の代位を得ていなければならないことも、債務者を訴訟に呼び出さなければならないことも、すべて不要であると解している。従って、債権者代位権の機能と構造の対応は、債権者が請求できるのは自己の債権額に限られるとしている点で僅かに意識されているのみである。債務者の手続権を保障したうえで債権者の実体権を確定するという構造は、全く考慮されていない。

これに対し、典型的な債権回収機能否定説に立つ判例としては、1888年12月3日のパレルモ控訴院判決をあげることができる。実は、この判決は、先の1888年5月24日のパレルモ破毀院判決の差し戻し判決である。にもかかわらず、この判決は、最高裁判所たる破毀院の理論には従わないことを明確に述べ、債権者取消権及び債権者代位権の目的は、債務者の資産の回復又は保全にあるとして、債権者代位権を行使する債権者は自己の債権額に限定されることなく第三者に対して債務者に弁済すべきこと請求でき、その後に差押えの手続きを進めることになるとして、債権者代位権と債権回収手続きを分離している。

1919年2月20日のナポリ破毀院判決<sup>(10)</sup>は、債権者が債務者の損害賠償請求権を代位行使した事案について、次のように判示している。債権者代位権は、債務

者の財産を原状のまま維持するのではないから保全方法ではなく、執行方法でもない。単に潜在的な権利でしかないものを現実のかつ確定した財産源に変える目的で債権者に債務者の権利又は訴権を行使させ、債務者の資産の減少をもたらす債務者の怠慢を補うことにのみ奉仕する。潜在的な財産が現実の財産に転換されれば債権者代位権の直接の目的は達成されるのであり、債権者が現実には債権の満足を得るという間接的な目的を達成するには、仮差押え、差押え及び債務者の財産の収用といった他の制度が機能することになる。債権者代位権が単なる債務者の権利の行使に終わらず、一種の差押えを意味し、従って処分制限効を伴うという間違った考えは、第三者のもとにおける仮差押え又は差押え、及び、その後に続く第三者が支払うべき額の換価方法としての代物弁済的譲渡（*assegnazione*）の裁判といった制度の存しないフランスにおいては、容易に理由を見いださうのものであったが、イタリアでは許されず、明らかに保全手段及び強制執行を補うものとして規定されていると考えなければならない。

債権者代位権の効果は債務者の資産の潜在的な要素を現実の要素に変換することであるという考えかたを採用していること、及び、債権者代位権を執行方法及び保全手段の予備手続きと解している点が注目される。債権者代位権と執行方法等を機能的に俊別しており、債権回収機能否定説に位置付けることができる。

旧民法下での判例においても、債権者代位権を執行方法そのものと解するのではなく、執行方法又は保全手段の予備手続きと解する見解が有力になっていった。必ずしもこれらすべての判例において債権者代位権の要件が争点とされているわけではないので、判例が債権者代位権の機能と構造をいかに対応させていたかを厳密に検討することはできないが、債権回収機能が否定されるにつれて、裁判上の代位、債務主義及び債務者の付遅滞等の、かつてフランスの註釈学派の債権回収機能肯定説が必要と解していた要件は、不要と解されていったようである。また、債権者が行使する債務者の権利の大きさは、債権者の債権の範囲に限定されなかった。債務者の訴訟参加の要件については、判例は、下級審で不要とするものもあるが、破毀院を中心にこれを必要と解する傾向にあったといえることができる。王国破毀院は、1939年3月7日の判決において、原審が債務者の対席弁論（*contraddittorio*）なしに債権者の債務者に対する債権を確認した点を不服とした第三債務者の上告に対して、まず、債権者たる資格

が確実に現実である者に債権者代位権を行使する適格が与えられるという観点から、債権者の権利が承認されるまではその権利はかかる現実性と確実性の要素を欠き、従って、債務者の資産に入り込むことを認められず、しかも債務者に対する債権者の権利を確認するためには、債務者が訴訟に存在することが不可欠であるとしている。さらに、債権の確認は利害を有する当事者に対してでなければなされえないから、第三者が自己に対する債務者の債権の存在を争ったときは、債務者を訴訟に呼び出すことが必要になるとしている。

この判決は、債務者の手続権を保障して、債権者の債務者に対する債権と債務者の第三債務者に対する債権を確定しようとするものである。債務者を訴訟に参加させることで意図されているものは、まさしく裁判上の代位で意図されていたものに近い。しかし、裁判上の代位が専ら債権回収機能と対応したものであったのとは異なり、ここでの債務者の訴訟参加の要件は、債権者代位権一般に課されていた。責任財産保全機能にもかかる構造を対応させていた点が特徴的である。

## 5 小括

旧民法下のイタリア法は、当初は債権者代位権に債権回収機能をも認めたが、次第にそれを否定していったといえよう。第1に、債権者代位権の効果を債務者の資産の潜在的な要素を現実の要素に変えることだというフランス法の考えかたの影響、第2に、第三者のもとでの差押えというイタリア法の債権回収制度の存在が、その原因として考えられよう。かかる機能の変容に対応して、裁判上の代位や弁済期到来などの要件は不要とされていったが、他方で、債務者の訴訟参加の要件が債権回収機能の有無にかかわらず課されていた。

## Ⅲ 現行民法下の議論

### 1 序

現行民法典は、第2900条において、次のように定めている。

「債権者は、自己の権利の満足又は保全を確保するため、第三者に対して、債務者に属し債務者が行使を怠っている権利及び訴権を行使することができる。ただし、これらの権利及び訴権が財産的内容を有しないとき、又はその性質若しくは法律の規定により、それらを有する者でなければ行使で

きないものであるときは、この限りでない。

債権者は、裁判で訴えるときは、これに代位しようとする債務者も呼び出さなければならない。」

1865年法1234条と比較して、次の4点が指摘されている<sup>(12)</sup>。第1は、債権者代位権行使の目的を、「自己の債権を回収するため」という表現から「自己の権利の満足又は保全を確保するため」という表現へと変えたことである。もっとも、旧民法においても債権者代位権は専ら保全機能を有していたのであり、かかる表現の修正は実質的な修正を意味しないとされる。ただし、かつては大いに議論された債権者代位権が債権回収機能をも有するののかという問題を排除するには役立つとされる。第2は、債務者の無活動の要件に関して、債権者代位権の行使が認められるには、債務者が自己の権利の保全において全く無活動でなくても、適切な勤勉さを示さなければ足りることを明らかにしたとされる。第3は、債権者代位権の行使の対象となる権利の範囲について、旧民法では「一身に専属するものを除く」としていたのを「これらの権利及び訴権が財産的内容を有しないとき、又はその性質若しくは法律の規定により、それらを有する者でなければ行使できないものであるときは、この限りでない」として、財産的価値を有しない権利と、財産的価値は有するが債務者の意思にのみかわる個人的利益と結び付いた権利を排除した。もっとも、財産的価値を有しない権利の排除は、債権者代位権の目的が責任財産の保全であることからの当然の帰結として、旧民法下でも認められていたのであり、単なる表現の修正にとどまるとされる。第4は、第2項の存在である。債権者代位権を裁判上行使するときは債務者をも呼び出さなければならないとする一方で、債権者代位権の法廷外の行使の可能性を明白に認め、旧民法下の論争に決着をつけた。

現行法下の債権者代位権も、やはり債務者の財産的責任を基礎とする。つまり、債務者の財産が債権者の共同担保であるという考えかたの論理的帰結と解されている<sup>(13)</sup> (2740条及び2741条)。かかる債務者の財産的責任を前提として、債権者が債務者に代わって債務者の権利を行使して、債務者の資産になんらかの財産を獲得させるか、又は債務者の資産から消滅するか侵害されうる財産を保全する制度であるとされている。

イタリア法の債権者代位権は、伝統的に *azione surrogatoria* と呼ばれてきたが、かかる呼称の特別の訴権が存在するのではないと解されている<sup>(14)</sup>。債権者

が債権の保全のために債務者の権利を行使して第三債務者を訴えるときは、債権者代位権として性格付けられる固有の内容を持った訴権を行使するのではなくて、単に、第三債務者に対する関係で債務者に帰属するのと同じ訴権を行使する。債務者若しくは第三債務者に対する関係で、又はその両者双方に対する関係で、債権者に帰属する一定の内容を持った訴権が存在するのではなくて、実際には、債務者に帰属し債務者の代わりに債権者によって行使される一つの訴権が存在するだけである。債権者は、債務者に代わって債務者の権利を行使する権限を与えられるにすぎない。それゆえ、厳密には代位適格 (legittimazione surrogatoria) と呼ばれている。

## 2 債権者代位権の原則的機能と構造

今日においても、債権者代位権は必要性と債権者の意思によって債権回収機能と責任財産保全機能の両方を有しうると述べるものが全くないわけではないが、一般には、現代のイタリアの学説・判例は、債権者代位権の機能が原則的<sup>(15)</sup>には責任財産保全機能であるということでは一致している。債権者代位権の目的は、金銭的に評価できる財産を債務者の資産に得させることと、債務者の資産から消滅しそうな財産を保全することとにあり、つまり、潜在的な資産の要素を現実の要素に変えて債務者の資産を増大させるか、あるいは、債務者の資産の中身を現在の状態で保全することとにあり、執行行為の成果を確実にするという意味において専ら責任財産保全機能を有する。当然に接続されることになる保全手段や執行行為との関係においては、それらの予備手続きを構成する。執行行為や保全手段は、債権者代位権を行使した後から行使されるか、同時に行われることになる。例えば、弁済期末到来の債権者は、債権者代位権を行使して、同時に保全仮差押えを行うことが可能である。そして、かかる債権者代位権と執行手段又は保全手段の併合は実務上頻繁であることは債権者代位権の機能に影響を与えないとされ、債権者代位権の機能は保全機能であると理解されている。

かかる機能の債権者代位権には、いかなる要件が課されているのであろうか。第1は、当然のことながら、債権者の債務者に対する債権の存在である。もっとも、このことを証明する文書たる債務名義は必要とはされていないし、あらかじめ債権者が債務者に対して裁判上の代位を得ていることも不要とされてい

る。しかしながら、2900条2項によって債権者が裁判上債権者代位権を行使するときは、債務者を呼び出さなければならないことに注意する必要がある。その意義は、一つは、債権者の債務者に対する債権の存否について争う直接の機会を債務者に与えることであり、もう一つは、既判力が債務者に対しても生じるために債務者の対席弁論を確保するためである。かくして、債権者代位訴訟は、債権者が第三債務者のみならず債務者をも同時に訴えなければならないという意味において必要的共同訴訟であり、債権者が債務者を呼び出さないときは、裁判官は民事訴訟法102条の規定に従って弁論の併合を命じなければならない<sup>(18)</sup>。しかし、このことは、代位訴訟において債権者が常に債務者に対して給付請求をしなければならないということの意味しない<sup>(19)</sup>。債権者は、債務者に対する給付請求をすることなく債権者代位訴訟を提起することができる。この場合でも、債権者は債務者を裁判に呼び出さなければならない。

第2に、利益の要件についてである。これは債権者代位権が債務者の財産的責任を基礎としていることから当然に不可欠の要件と解されている<sup>(20)</sup>。すなわち、債務者は債権者に対して自己の現在及び将来の全財産をもって責任を負い、他方、債権者代位権の目的は債務者の資産を現状で維持するかあるいは豊かにすることにあるのであるから、債務者の資産が債権者への責任を果たすのに十分でないときでなければ、債権者は債権者代位権を行使する利益を有しないのである。債権者代位権を行使するに当たって債務者の財産を検索することは不要であり、従って、債務者が現実は無資力であることは不要であるが、無資力の危険性があることが要件とされている。

第3に、債務者の有害な無活動 (*inerzia pregiudizievole*) が要件とされている<sup>(21)</sup>。単に債務者の無資力の危険性では足りず、かかる危険性が債務者の怠慢な行動との因果関係を有しなければならない。もっとも、債務者の有害な無活動が債務者の責めに帰すべき理由に基づくものであることは要しない。

第4に、債権者代位権を行使するには債権者の債権の弁済期の到来、停止条件の成就及び債権額の確定を要するかという問題である。イタリア法では、これらはいずれも不要と解されている<sup>(22)</sup>。債権者代位権の保全的性質が根拠とされている。債権者代位権は債務者の財産的責任の目的物を保全する手段であり、単なる期待しか有しない者もそれを利用する権利を有するとされているのである。条文上の根拠としては、「停止条件の成否未定の間において、権利の取得

者は保存行為をすることができる」と定めた1356条1項があげられている。この条は、さらに強い理由で額が未確定の債権や期限未到来の債権に適用されると解されている。また、債権者取消権が2901条において明文で条件未成就や期限未到来の債権を有する者にも認められていることが想起される。

第5に、要件ではないが、債権者の請求が自己の債権額に限定されるかという問題である。これは、代位債権者は債務者の権利を代行に行使するだけで、その効果は債務者に帰属するということから当然に否定されている。

これらの構造上の特徴は、責任財産保全機能と対応したものであるということができよう。とりわけ、弁済期到来の要件等が不要とされている点は、フランス法等と比べて徹底している。他方、既判力を債務者に拡張するために債務者を訴訟に引き込むのは第三債務者の役割とされ、債務者を裁判に呼び出すことが債権者に課されるのが債権者が債権回収を意図しているときに限られている（債権者が債権の回収をも意図するときは、債務者をも同時に訴えなければならない）フランス法の準則と比べると、イタリア法の債務者の訴訟参加の準則は、きわめて特徴的である。イタリア法では、債務者を訴訟に参加させる義務は、債権者代位権行使の前提としての債権者の債権の存在の証明に不可欠のものとして、債権者が債権回収を意図するとしないとにかかわらず、常に債権者に課されている。債権者が単に債権者代位権のみを行使するときも債権者代位訴訟に債務者に対する給付請求を併合するときも訴訟構造の外観が同一であることが、イタリア法の特徴である。

### 3 例外的機能

イタリアの判例・学説においても、例外的にとはいえ債権者代位権の行使によって事実上債権の回収が可能とされている。債権者の債務者に対する権利の目的物と債務者の第三者に対する権利の目的物が同じものである場合において、債権者が第三者に対して直接自己に弁済すべき旨の給付判決を取得できることを前提として、それに基づき債権者が第三者から既に目的物を得たときは、その目的物が金銭であれば相殺によって、特定物であれば目的到達によって、事実上債権を回収することができる<sup>(23)</sup>とされている。第三者が自己の債権者の債権者に弁済することで自己の債権者に対する債務を免れ、他方、代位債権者に給付の受領を認めるために、ニコロは、代位債権者を法律によって「弁済のため<sup>(24)</sup>

に付与された者 (adiectus solutionis causa) (1188条)」と構成し、また、代位債権者の給付受領を債務者が給付を受領する準備をしていない場合に限定している。

もっとも、かかる事実上の債権回収は、債権者代位権自体の働きにのみ基づくものではないし、債権者に対する給付前に他の債権者が執行行為等を行えば債権者は給付を受領できず、他人が開始した執行手続きに参加できるだけあって、かかる現象が債権者代位権の責任財産保全機能と矛盾するわけではなく、債権者代位権に債権回収機能を認めることにはならないとされている。その結果として、債権者代位権に原則的機能たる責任財産保全機能しか認めないときに比して特別の要件を加重することは考えられていない。すなわち、事実上の債権回収を目的として金銭債権を代位行使するときにも、債権者の債権の弁済期が到来していることなどは債権者代位権の行使それ自体には必要でない。もっとも、弁済期が到来し債権の金額が確定しなければ、相殺することはできない。かかる事実上の債権回収の処理は、債権者代位権だけの機能によるのではなく他の法制度（例えば、相殺）の機能によるのであり、債権者代位権自体の機能はあくまでも責任財産保全機能であり、要件もそれに対応したもので足りると解されている。

破産院においても、かかる法理が確立されている。1952年7月4日の破産院判決<sup>(25)</sup>は、債権者代位権が原則的には保全機能を有するとしながら、「このことは、債権者代位権が第三者から債務者にそして債務者から債権者に弁済されるべき金銭債権の満足を目的とするときに、例外的に執行機能をも果たしうることを排除しない。債務者に弁済されれば、債務者によって債権者の執行から容易に排除され、債権者代位権の保全的目的は完全に挫折させられるという結果になる。それゆえ、かかる場合には、債権者代位権によって訴えた債権者のために第三者の直接の給付判決が認められる。」と判示した。

1966年1月10日破産院民事第1部判決<sup>(26)</sup>は、債権者代位権が例外的にとはいえ執行機能をも有しうることを前提として、第三者が債務者に弁済したとしたならば債権者の執行が害されるか否かについて原審が審理を尽くしていないとして、原審判決を破棄し差し戻した。債権者の執行が害されるときにのみかかる処理を認めている点が注目される。

1972年1月12日破産院民事第3部判決<sup>(27)</sup>は、法的構成を示すことによって（基

本的にはニコロの見解に従ったと思われる)この点の判例法理を確固たるものとした。「弁済のために付与された者」の概念を用いて、裁判外の代位行使において債権者が第三者から給付を得ることができるのは疑いないとしたうえで、それに類比して裁判上の行使においては債権者は第三者に対して直接の給付判決を得ることができるとした。第三者が代位債権者に任意に弁済するか代位債権者がその給付判決に基づき強制執行して弁済を得ると、債権者に債務者に対する報告義務及び返還債務が生じるが、目的物が金銭その他の代替物であって債権者の債権の弁済期が到来し数額が確定していれば、1243条1項の法定相殺が働くとした。従って、債権者代位権自体の機能はあくまでも保全機能であり、債権者は自己の債権の弁済期が未到来でも条件未成就でも債権者代位権を行使でき、さらに、その債権額も問題としないとした。

この判決に対しては、次のような批判がある。<sup>(28)</sup>第1は、判例法理の基礎は債権者代位権の結果として第三者が債務者に弁済したのでは債権者の執行が害されるという点であるが、債権者代位権の行使後のしかも債権者に有害な行為であるとはいえ債務者が積極的に行動した以上、債務者の無活動を要件とする債権者代位権の問題ではなくなるはずだということ。第2は、裁判外の行使で債権者が「弁済のために付与された者」として給付を受領できることを判例は疑いないこととするが、本来の弁済の相手方とは異なり、その権限が不明確な者に弁済する義務が第三者にあるのかということ。第3は、本来の弁済の相手方たる債務者が必ず訴訟に参加することと債権者を「弁済のために付与された者」とすることが矛盾すること。第4は、債権者の債権額が確定されなくても良いとすることが、その債権額を当然に考慮しなければならないはずの利益の要件と調和しないことである。

## 5 小括

イタリアの判例法によれば、弁済期末到来又は条件未成就の債権者も、自己の債権額を証明することなく、債務者の債権全額について第三者に対して自己に弁済すべき旨の給付判決を得ることができる。この場合、債権者は債務者に対して相殺を主張することができず返還義務を負うことになるが、ここで債権者と債務者間で新たな紛争が生じる危険性があり、イタリア法の処理には若干問題がある。判例に対する前述の批判も正当であるように思われる。これら

の批判にいかにか答えるかが注目されよう。

イタリアの学説には、保全行為や執行行為から独立して単独で債権者代位権を行使することを否定するものもある。これによれば、債権の回収を意図する債権者は債務者に対する給付訴訟をも債権者代位権の行使と同時に行わなければならないが、従って、(もちろん債権者代位権自体ではないが)債務者に対する債権額の確定、弁済期到来及び条件成就の要件が課されることになる。これに対して、判例・通説は、責任財産の保全という債権者代位権の目的は単独の行使で目的を果たすことができるのであるから、執行行為等と同時に行使しなければならないとする必要はないとする。

事程左様に、現在のイタリア法は債権者代位権の構成を責任財産保全機能の観点から理論的に貫徹することに腐心している。要件の緩和も、そうした結果である。そのこと自体は正当であるが、それを第三者から債権者への直接の給付判決を認めたくえ貫徹しようとしている点にイタリア法の問題の発端があるように思われる。かつて存在した債権者代位権自体に債権回収機能を認める見解の克服がイタリア法の課題であったことからすれば、これまでのイタリア法の展開もやむを得ないようにも思われるが、今後いかなる展開の方向性を示すかに注目したい。

#### IV 結びにかえて

イタリア法の議論をわが国の債権者代位権の解釈にいかにか結び付けるかは今後の課題としたいが、ここでは若干のコメントを付して結びにかえたい。第1に、弁済期未到来又は条件未成就の債権者も、自己の債権額を証明することなく、債務者の債権全額について第三者に対して自己に弁済すべき旨の給付判決を得ることができることになるというイタリア法の問題は、責任財産保全機能に対応した構造しか与えないにもかかわらず債権回収を可能にしてしまうという意味において、わが国にも共通する。イタリア法では責任財産保全機能に対応した要件を課すことに忠実なあまり、皮肉にもかえって問題性が拡大されているが、このことがかえって日本の判例・通説の扱いに問題が有ることを浮き彫りにしているように思われる。第2に、イタリア法が債務者の訴訟参加を要件とし、債務者の手続権を保障したうえで債権者の債務者に対する債権の(額はともかく)存否を確定する構造を与えていることは、わが国の判例・通説の

処理に疑問を投げ掛けよう。かつての債権回収機能定説が裁判上の代位や債務者の訴訟参加を要件としていたことも、これとの関係で注意すべきであろう。債権回収機能を認めるときに限定するかはともかくとして、債務者の手続保障の必要性を示唆するように思われる。また、債務者の訴訟参加の点は、既判力の問題についても参考になろう。

注 一部を除いていずれも例示である。

- (1) 1865年民法典及び現行民法典の制定過程に付いては、矢田一男「イタリア法入門」綜合法学1巻7号(1958年)88頁参照。
- (2) PACIFIC-MAZZONI (Emidio), *Istituzioni di diritto civile italiano*, Vol. IV, terza ed., 1886, pag.199.
- (3) PACIFICI-MAZZONI (E.), *op.cit.*, pag.201; GIORGI (Giorgio), *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Vol. II, settima ed., 1907, n.195, pag.268.
- (4) PACIFICI-MAZZONI (E.), *loc.cit.*
- (5) GIORGI (G.), *loc.cit.* e n.230, pag.308.
- (6) FERRARA (F.), in *Foro ital.*, 1904, I, 1401.
- (7) ZUCCONI (Cesare), *Natura ed effetti dell'azione surrogatoria*, *Rivista di diritto civile*, 1911, pag.145.
- (8) Cass., Palermo, 24 maggio 1888, *Foro ital.*, 1888, I, 1132.
- (9) Palermo, 3 dicembre 1888, *Folo ital.*, 1889, I, 359.
- (10) Cass., Napoli, 20 febbraio 1919, *Folo ital.*, 1919, I, 404.
- (11) Cass., Regno, 7 marzo 1939, *Folo ital.*, 1939, I, 1407.
- (12) NICOLO (Rosario), *Dell'azione surrogatoria*, in《Commentario del Codice Civile a cura di Antonio SCIALOJA e Giuseppe BRANCA》, Libro sesto, Tutela dei diritti, sub. art. 2900, Bologna-Roma, 1960, pag.7: in《Raccolta di scritti》, Tomo I, Milano, 1980, pag.636 (以後、後者の頁数で引用する); DISTASO (Nicola), *L'azione surrogatoria, Banca borsa e titoli di credito*, 1971, Parte prima, pag.268.
- (13) GIAMPICCOLO (Giorgio), *Azione surrogatoria*, in《Enciclopedia del diritto》, IV, Atto-Bana, 1959, pag. 957; MESSINEO (Francesco), *Manuale di diritto civile e commerciale*, nova edizione, Milano, 1959, pag. 182.
- (14) NICOLO (R.), *op.cit.*, pag.652; DISTASO (N.), *op.cit.*, pag.285.
- (15) BRUNELLI (Giovanni), *Azione surrogatoria*, *Novissimo digesto italiano*, II, 1957, pag.182
- (16) MESSINEO (F.), *op.cit.*, pag.187; NICOLO (R.), *op.cit.*, pag.639; GIAMPICCOLO (G.), *op.cit.*, pag.950; DISTASO (N.), *op.cit.*, pag.275.
- (17) NICOLO (R.), *op.cit.*, pag.653.

- (18) MESSINEO (F.), *op.cit.*, pag.185.
- (19) DEL GIUDICE, Azione surrogatoria e azione revocatoria, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1957, pag.826.
- (20) NICOLO (R.), *op.cit.*, pag.708.
- (21) GIAMPICCOLO (G.), *op.cit.*, pag.952.
- (22) NICOLO (R.), *op.cit.*, pag.716; Cass., 23 Novembre 1959, *Foro ital.*, 1960, I, 1436.
- (23) NICOLO (R.), *op.cit.*, pag.643 e 839; GIAMPICCOLO (G.), *op.cit.*, pag.950.
- (24) NICOLO (R.), *op.cit.*, pag.840.
- (25) Cass., 4 luglio 1952, *Fero ital.*, Rep. 1952, voce *Creditore*, nn.5, 6.  
その他の判例については、注(28)の文献参照。
- (26) Cass., 10 gennaio 1966, *Foro ital.*, 1966, I, 1792.
- (27) Cass., 12 gennaio 1972, *Foro ital.*, 1972, I, 3561.
- (28) VECCHIO (Massimo), Brevi note sulla pretesa funzione«esecutiva» dell'azione surrogatoria, in *Foro ital.*, 1973, I, 1931.
- (29) NICOLO (R.), *op.cit.*, pag.833, の注(172)の文献参照。