

第3節 責任財産の保全

突然ですが、日本の民事裁判（「貸した金を返せ」などの裁判）で、最強である人は誰でしょうか。実は、最強なのは「財産のない人」（ex. ホームレス）です。訴える相手に財産があれば、民事裁判で勝訴判決を取って、財産を競売するなど方法があります。しかし、日本の制度では、強制労働をさせたりして財産のない者から回収する制度はありません。勝訴判決があっても、紙切れになるのです。

サッカーでいうと、財産のない人は、自陣のゴールがないようなものです。相手（債権者）が、いくらメッシやクリスチャーノ・ロナウド（有能な弁護士）を連れてきても、ゴールがなければ負けようがないのです。いくら、ドリブルで抜かれても（勝訴判決を取られても）、ゴール（財産）がなければ無敵なのです。

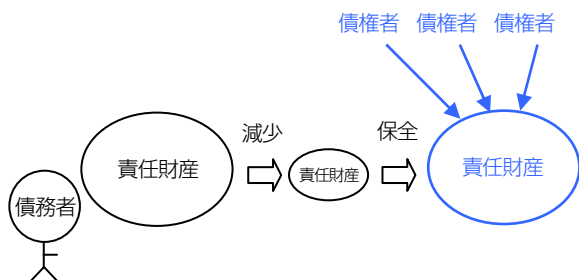
そこで、債務者をゴール（財産）がない状態にしないための制度が、この第3節の「責任財産の保全」で扱う2つの制度です。具体的には、債権者代位権（下記¹）と詐害行為取消権（下記²）があります。

債権者代位権と詐害行為取消権に共通する視点

どちらの制度も、**債務者の責任財産の保全**のためにあります。責任財産とは、強制執行（競売など）の対象となる財産のことです。担保のない一般債権者のより処となるものです。あくまで債務者の責任財産を確保するこ

とが目的ですので、特定の債権者のためではなく、**総債権者のための制度**です（詐害行為取消権では民法425条で、詐害行為による「取消しは、すべての債権者の利益のためにその効力を生ずる」と明記されています）。一般債権者の間には、債権者平等の原則がありますので、特定の債権者だけ抜けがけすることはできないのです。

しかし、民法のこの2つの制度では、**債権者平等の原則を守りきれいていません**。破産手続までいけば債権者は平等に扱われるのですが、民法のルールだけでは、特定の債権者の抜けがけが、いくつか出てきてしまいます。



1 債権者代位権

民法 423 条（債権者代位権）

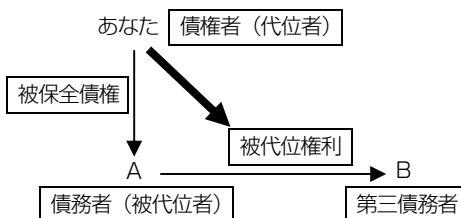
- 1 債権者は、自己の債権を保全するため、債務者に属する権利を行使することができる。ただし、債務者の一身に専属する権利は、この限りでない。
- 2 債権者は、その債権の期限が到来しない間は、裁判上の代位によらなければ、前項の権利を行使することができない。ただし、保存行為は、この限りでない。

1. 意義・趣旨

たとえば、あなたがAに100万円を貸していて、AはBに100万円を貸していたとします。Aには、Bに対する100万円の貸金債権以外に目ぼしい財産がありません。しかし、Aは、Bから100万円を回収しても、どうせあなたにその100万円を回収されるとわかっているため、弁済期になっても、Bに「100万円を返せ!」と言いませんでした。すると、あなたがAから100万円を回収できなくなり、あなたが困りますよね。

そこで、あなたが、Aに代わってBから100万円を回収できるとされました（民法423条1項本文）。これが、「債権者代位権」です。

債権者代位権では、最低3名の登場人物が出てきます。上記の例でいうと、あなたを「債権者（代位者）」、Aを「債務者（被代位者）」、Bを「第三債務者」といいます。また、あなたのAに対する債権を「被保全債権」、AのBに対する債権を「被代位権利」といいます。



*「被保全債権」と「被代位権利」を混同しないよう、ご注意ください。たとえば、下記2.の要件において、被保全債権についての要件なのか、被代位権利についての要件なのかをきちんと区別してください。

*以下、exやCaseの人物関係は「債権者（代位者）：あなた」「債務者（被代位者）：A」「第三債務者：B」で統一しています。

債権者代位権の要件はユルい

債権者代位権は、債務者が債権者を**消極的に害しているにすぎない**という点が特徴です。債務者は何もせずに、債権を放置しているにすぎないのです。そして、債権者がする債権者代位権の行使とは、**本来あるべき姿（第三債務者の債務の履行）を実現するだけ**です。現状をひっくり返すようなハナシではなく、本来あるべき姿を実現するだけなので、債権者代位権は、詐害行為取消権と比べ、**要件がユルくな**

っています。

2. 要件

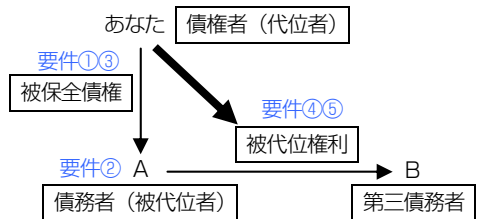
債権者代位権を行使する要件は、以下の5つです。以下、1つ1つ要件をみていきます。なお、図で要件を考えられるものは、図の中で、「ここに関する要件だな」と記憶したほうが記憶しやすくなります。

被保全債権についての要件

- ①被保全債権の存在
- ②債権を保全するために必要であること（債務者の無資力。民法 423 条 1 項本文）
- ③被保全債権が弁済期にあること（民法 423 条 2 項本文）

被代位権利についての要件

- ④被代位権利が代位行使可能な債権であること
- ⑤債務者が権利行使していないこと



(1) 被保全債権についての要件

(a) 被保全債権の存在 (上記①)

もちろん、被保全債権が存在している必要があります。

いつから存在しているか、微妙な債権があります。「財産分与請求権」です。財産分与は、夫婦が離婚した場合に、一方が相手方に対して財産の分与を請求することです (P378 (4)。民法 768 条)。財産分与請求権は、財産分与の協議や家庭裁判所の審判などによって具体的な内容が確定されるまでは、被保全債権となりません (最判昭 55.7.11)。具体的に、「1000 万円支払う」などと決まらないうと、明確に被保全債権が存在しているとはいえないからです。

(b) 債権を保全するために必要であること（債務者の無資力。民法 423 条 1 項本文。上記②）

債権者代位権は、債務者の責任財産が減少することで、債権者の目的となるゴール（財産）がなくなってしまうことを防ぐための制度です。よって、債務者に債権者の被保全債権を弁済する責任財産がないこと（これを「債務者が無資力である」

といいます)が要件です。債務者が十分な資産のある金持ちならば、債権者代位権を行使する必要はありません。

(c) 被保全債権が弁済期にあること(上記③。民法423条2項本文)

i 原則

債権者代位権は、「競売の対象財産を確保するため」などに行使します。被保全債権の弁済期が到来していなければ、競売などになりません。よって、被保全債権が弁済期にあることが要件となります。

ii 例外

被保全債権が弁済期になくても、以下の(i)または(ii)のいずれかの場合には、債権者代位権を行使できます。

(i) 裁判上の代位(裁判所の許可を得て代位すること。民法423条2項本文)

弁済期前に行使しても、裁判所の許可があるならば不当な干渉とならないため、認められています。

ただし、(民事保全法で学習しますが)仮差押えや仮処分という制度があるので、実務では、わざわざ裁判所の許可を得て代位することはほとんどありません。

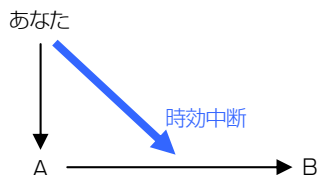
(ii) 保存行為(民法423条2項ただし書)

これは、たとえば、AのBに対する債権が消滅時効にかかりそうなときに、Aの債権者であるあなたがAの代わりに時効中断の手続をする場合です。

この時効中断のような債務者の財産の現状を維持する行為が、保存行為です。保存行為は、この

時効中断のように急を要することが多いです。また、これを認めてもAの不利益になることはほとんどありません。よって、弁済期前の行使も認められています。

なお、債権者代位権を行使しても、あなたのAに対する債権(被保全債権)の消滅時効は中断しませんので、ご注意ください。あなたが行使しているのは、AのB



=P56

(3) 行使期間

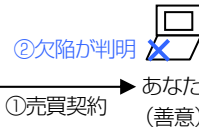
買主が上記(2)の権利を行使できる期間は、債権の原則どおり(民法167条1項)、10年です。

6. 目的物に隠れた瑕疵がある場合 —— 瑕疵担保責任

激しい学説の対立もあり、売主の担保責任の中で最も重要なのが、この「瑕疵担保責任」です。以下のCaseのようなハナシです。

Case

Aはあなたに、所有している中古パソコンを売り渡す旨の契約を締結した。あなたがその中古パソコンを使っていたところ、普通の人^②の注意力では売買契約時に気づくことができないキーボードの欠陥があることがわかった。あなたは、売買契約時に、キーボードの欠陥があることを知らなかったときは、Aに対してどのようなことを主張できるか？



(1) 意義

「P276」
売買の目的物に隠れた瑕疵がある場合の売主の担保責任を「瑕疵担保責任」といいます。「隠れた」とは、普通の人^②の注意力では発見できない程度という意味です(通説)。「瑕疵」とは、その契約で通常は有しているべき品質・性能を欠いているという意味です(通説)。上記Caseのキーボードの欠陥は、普通の人^②の注意力では気づけないものです(隠れた)、キーボードに欠陥がないことはパソコンが通常は有しているべき品質・性能ですので(瑕疵)、「隠れた瑕疵がある場合」に当たります。

※「瑕疵」には法律的瑕疵も含まれるか？

「瑕疵」には、キーボードの欠陥などの物質的瑕疵だけでなく、法律的瑕疵も含まれます。法律的瑕疵とは、たとえば、購入した土地に都市計画事業による制限がかかっており、建物を建てられない土地であった場合などです(最判昭41.4.14・通説)。

売買の目的物に隠れた瑕疵がある場合に買主に発生する権利は、民法570条が上記4.の民法566条を準用する形で規定しています。

*読みやすくするため、準用後(置換え後)の条文を示します。下線を引いている箇所が、準用によって置き換えた部分です。

民法 570 条が準用した民法 566 条（売主の瑕疵担保責任）

- 1 売買の目的物に隠れた瑕疵があったときは、買主がこれを知らず、かつ、そのために契約をした目的を達することができないときは、買主は、契約の解除をすることができる。この場合において、契約の解除をすることができないときは、損害賠償の請求のみをすることができる。
- 3 前2項の場合において、契約の解除又は損害賠償の請求は、買主が事実を知った時から1年以内にしなければならない。

1
P278

この条文にあるとおり、上記 Case において、あなたは、まず損害賠償請求ができます。また、キーボードの欠陥によって契約をした目的を達することができないならば、売買契約を解除することもできます。

（2）瑕疵担保責任の法的性質

この瑕疵担保責任が「債務不履行とは別物の責任なのか?」「債務不履行の一種なのか?」で、学説の対立があります。

学説の対立の出発点

学説の対立の出発点は、P128（a）でも出てきた民法 483 条をどう捉えるかです。

民法 483 条（特定物の現状による引渡し）

債権の目的が特定物の引渡しであるときは、弁済をする者は、その引渡しをすべき時の現状でその物を引き渡さなければならない。

	法定責任説	→ ←	契約責任説
出発点 の違い	この説は、民法 570 条の瑕疵担保責任を、 民法 483 条を前提とした規定だと考えます 。 民法 483 条は、特定物売買においては、たとえ瑕疵があっても、売主は目的物を「現状で」引き渡せばよいとしています。特定物はこの世に1つ		この説は、民法 570 条の瑕疵担保責任を、 民法 483 条を前提とした規定だとは考えません 。 法定責任説は、民法 483 条を絶対とする「特定物ドグマ（※）」にこだわっています。 ※「ドグマ」とは、固定された堅固な信条という意味です。

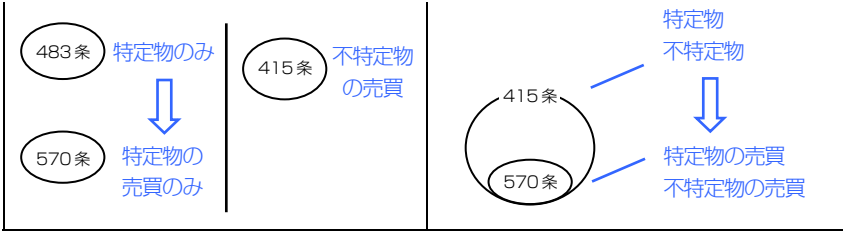
	しか存在しないからです（P4）。上記 Case の A も、キーボードの欠陥があるパソコンを引き渡すことで債務は履行したことになり、債務不履行になりません。 しかし、それでは、買主であるあなたは代金に見合った物を受け取れず、不公平です。	特定物でも、瑕疵があるなら、それは不完全な履行であり債務不履行となります。上記 Case の A は、キーボードの欠陥があるパソコンを引き渡すことでは債務を履行したことにならず、債務不履行となります。 特定物でも、売主は値段相当の品質・性能の物を引き渡す義務があるからです。
結論	そこで、民法 570 条で売主に、法律で特別に責任を定めています（法定責任）。	よって、民法 570 条の瑕疵担保責任は、民法 415 条の債務不履行責任の特則（*）です（契約責任）。 *民法 415 条 (P16) の特則は、以下の 2 点です。 ①売主に無過失責任が課せられている（P209） ②解除または損害賠償請求の行使期間が「事実を知った時から 1 年」と制限されている（民法 570 条、566 条 3 項）

*判例は法定責任説をベースにしているといわれていますが、どちらの説かを明言しているわけではありません。よって、説によって結論の異なる点（異なる点は学説対立の表にしています）は、学説問題で出ると考えられます。

（3）不特定物の売買にも瑕疵担保責任の規定が適用されるか？

特定物の売買には、法定責任説でも契約責任説でも民法 570 条の瑕疵担保責任の規定は適用されます。しかし、不特定物の売買は、説によって違いが出ます。

法定責任説	契約責任説
不特定物の売買には適用されない 法定責任説は、民法 570 条の瑕疵担保責任を、民法 483 条を前提とした規定と考えます。民法 483 条は特定物についての規定ですので、民法 570 条の瑕疵担保責任も特定物についてのみの規定となるのです。 不特定物の売買については、民法 415 条が適用されます。	不特定物の売買にも適用される 契約責任説は、民法 570 条の瑕疵担保責任を、民法 415 条の債務不履行責任の特則と考えます。民法 415 条は特定物にも不特定物にも適用されますので、民法 570 条の瑕疵担保責任も特定物にも不特定物にも適用されることとなるのです。



(4) 売主の責任の内容

以下の①②(③は説によって異なる)が売主の責任の内容、つまり、買主に発生する権利ですが、隠れた瑕疵があることについて悪意の買主は、いずれの請求もできません(民法570条, 民法566条1項)。瑕疵があることを知って買うということは、瑕疵がある物で納得していると考えられるからです。

①解除権(民法570条, 民法566条1項)

善意の買主のみ、売買契約を解除できます(「隠れた瑕疵によって契約の目的を達することができないとき」という要件はつきますが)。

②損害賠償請求権(民法570条, 民法566条1項)

善意の買主のみ、損害賠償請求ができます。

損害賠償請求の範囲が信頼利益(実損害〔実際に生じたマイナス〕)のみなのか履行利益(逸失利益〔入らなかったプラス〕)まで含むのかは、説によって違いが出ます。

1
P277

法定責任説	契約責任説
信頼利益のみ 法定責任説は、民法483条を絶対と考えます。特定物売買においては、瑕疵のある物の引渡しですべての履行をしたこととなります(上記(2))。よって、「瑕疵のない物が引き渡されたら」という前提がないので、「得られたであろう利益」(履行利益)は存在しません。	履行利益も含まれる 契約責任説は、民法483条を絶対と考えません。特定物でも、瑕疵があるなら、それは不完全な履行です(上記(2))。よって、「瑕疵のない物が引き渡されたら」という前提があるので、「得られたであろう利益」(履行利益)も存在します。 また、契約責任説は、民法570条の瑕疵担保責任を、民法415条の債務不履行責任の特則と考えます。債務不履行の場合、履行利益の損害賠償も請求できます(P22~23(1))。

1. 意義

特別養子：実親族との親族関係を終了させる養子

普通養子以外に、「特別養子」というものがあります。普通養子は、実親との親族関係は失われませんでした。この特別養子は実親との親族関係が消滅します。

法律上、実の親子の縁を切る唯一の制度です。よく親が子に「お前なんか勘当だ！」と言いますが、あれは法律上は何の意味もありません。親子関係を切りたいのであれば、この特別養子以外に方法はありません。

2. 趣旨

かつてから、孤児や虐待にあっている子など、実親がまともに育てることができない場合に、それを見かねてその子を保護する人がいました。そういった場合に、保護した人が「自分の実子として育てたい」と思うことがありました。そうした要望に応じてできたのが、この特別養子という制度です。

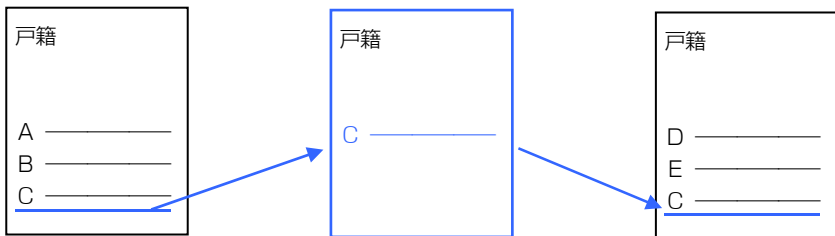
特別養子に共通する視点

①要件が非常に厳しいです。

特別養子は、実の親（およびその他の血族）との関係を切ってしまう、非常に重大な効果をもたらす制度だからです。

②実の親（およびその他の血族）との縁が切れたことが、**特別養子にできる限りわからないようにする制度**となっています。

養子としてではなく、養親の実子のように育てることを目的とする制度だからです。たとえば、A Bの子CがD Eの養子となる場合、普通養子であれば、CがA Bの戸籍からD Eの戸籍に移されます。それに対して、特別養子だと、いったんC単独の戸籍を作ってから、D Eの戸籍に移されます。A Bの戸籍にたどり着きにくくするためです。



③特別養子の**特則がなければ、普通養子の規定が適用されます。**

特別養子についての知識は、上記①～③の視点を軸に記憶してください。

3. 成立

特別養子は、当事者間の合意ではなく、養親となる者が請求し、以下の要件を判断した家庭裁判所の審判によって成立します（民法 817 条の 2）。実の親との関係を切ってしまう大問題ですから、家庭裁判所の審判が必要なのは当たり前です（上記①の視点）。

このように、家庭裁判所の審判が必ずあるので、これとは別に P398iii の家庭裁判所の許可や P399iv（i）の家庭裁判所の許可は不要です。

①夫婦共同縁組

養親は配偶者のある者でなければなりません（民法 817 条の 3 第 1 項）。独身の人は、特別養子の養親にはなりません。要件が非常に厳しい現れです（上記①の視点）。

また、原則として夫婦がともに養親となる必要があります（民法 817 条の 3 第 2 項本文）。たとえば、夫婦のうちの父とだけ親子になったら、子が「おかしいな？ お父さんとは親子なのに、お父さんの奥さんは僕のお母さんじゃないの？」と不審に思ってしまう（上記②の視点）。

ただし、夫婦の一方が他方の嫡出子を養子とする場合は、単独で養親とすることができます（民法 817 条の 3 第 2 項ただし書）。いわゆる、連れ子養子です。

ex. 夫が、妻の嫡出子（妻の連れ子）を養子とする場合、夫は単独で養親とすることができます。この場合、子と妻の元ダンナとの関係が切れることになります。

なお、P400 の ex. で説明したとおり、妻の連れ子が妻の嫡出子であることもあります。

妻の嫡出子ですので、妻は養親となる必要はないのです。

しかし、夫婦の一方の嫡出子でも、それが普通養子である場合は、夫婦共同縁組が必要です。普通養子も嫡出子ではありますが（P403（a））、母との関係が普通養子だと、子が「おかしいな？ なんてお母さんとの関係だけが普通養子なの？」と不審に思ってしまう（上記②の視点）。

②養親の年齢

養親は、25 歳以上でなければなりません（民法 817 条の 4 本文）。養親が若すぎ