

大司発第 195 号
平成 25 年 5 月 24 日

法務省民事局参事官室 御 中

大阪市中央区和泉町 1 丁目 1 番 6 号
大阪司法書士会
会 長 山 内 鉄 夫

「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」に関する意見書

時下、ますますご清祥のこととお慶び申し上げます。

さて、平成 25 年 4 月 16 日に公示された「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」に対して、大阪司法書士会（以下「当会」といいます。）は、下記のとおり意見をとりまとめましたので、提出いたします。

第14 1 (1)について

(意見の趣旨)

1(1)について賛成する。また、(注)で述べられている(1)については、債務者の無資力を要件として明記するという考え方についても賛成する。

不動産登記実務において、責任財産の保全を目的とする債権者代位権(以下「本来型債権者代位権」という。)による代位登記がなされる場合は、無資力要件に関する特別の取扱いがなされるべきであると考ええる。

しかし、本来型債権者代位権による代位登記がなされる場合には、様々なケースがあり、それぞれの場面に応じて、無資力要件の要否に疑義が生じることのないよう、慎重に検討することを求める。

また、無資力要件の要否及びその規定は、民法だけでなく、強制執行手続きにおける前提登記の問題として、民事執行法や民事保全法、不動産登記法(以下「民事執行法等」という。)においても検討されるべき問題であり、民事執行法等の改正も踏まえて検討することが必要であると考ええる。

(意見の理由)

本来型債権者代位権による代位登記とその無資力要件について、以下のとおり意見を述べる。

- 1 中間試案では、「第14 1(1)については、債務者の無資力を要件として明記するという考え方がある。」とのことであるが、明文化の有無に関わらず、債務者の無資力が要件であることは判例法理であり、本来型債権者代位権の行使の際に無資力要件が前提となることは通説からも異論がない。
- 2 一方で、不動産登記実務においては、本来型債権者代位権による代位登記は、判例でも実務上でも債務者の無資力が要求されない取扱いである。本来型債権者代位権による代位登記は、官公庁を含む債権者の強制執行の前提として、相続登記や住所変更登記などで多用されており、この登記申請の際に、代位債権者は代位原因を証する情報を添付することになっているが、債務者が無資力であることを確認できる情報までは必要とされていない。また、登記官には形式的審査権しかなく(最判昭和35年4月21日民集第14巻6号963頁)実際には、登記官が債務者の資力の有無を判断することは困難である。
- 3 そもそも、本来型債権者代位権による代位登記は、不動産そのものの保全ではなく、あくまでも強制執行手続きの前提としての登記が任意になされる可能性が低いため、規定されたものである。代位登記の規定は、明治32年の不動産登記法制定時には存在せず、不都合を解消する為に明治39年6月22日法律第55号によって民法第423条を根拠として創設され、大正2年に旧不動産登記法に規定されて現在に至っている。
- 4 本来型債権者代位権による代位登記における無資力要件の問題を検討するにあたっては、まず代位登記がこのまま民法の債権者代位権を根拠とするものでよいかについて検討が必要である。
民事執行法等に何らかの規定を設けて、同様の登記を実現することも可能であると考ええる。

第14 3 について

(意見の趣旨)

代位債権者による直接の引渡し請求を認める規定を設けることに賛成であるが、最終法案の策定の際にも、代位行使に係る権利が登記申請権や登記請求権である場合に類推適用されないよう留意し、中間試案のように代位行使に係る権利を限定する表現が維持されることを求める。

(意見の理由)

代位行使に係る権利が金銭その他の物の引渡しを求めるものである場合は、代位債権者による直接の引渡し請求が認められることに賛成である。金銭や動産は簡単に費消され、または散逸することが予想されるため、代位行使をした債権者に引き渡されることが望ましい。

しかし、この規定は責任財産の保全を目的としない債権者代位権(以下「転用型債権者代位権」という。)でも準用されているので、仮にこの規定が拡大解釈可能な表現となった場合には、金銭等のように費消等のおそれがない登記申請権や登記請求権である場合にも類推適用されかねないことを懸念する。例えば、不動産の転々譲渡において登記名義を得ることが代位権行使の目的物である場合に、直接の引渡し請求の対象が拡大解釈されれば、第三者から代位債権者へ直接に登記名義を移転する、いわゆる中間省略登記が肯定されることに繋がりがねず、そうすれば実体法上の権利変動の過程を正確に公示するという不動産登記制度の要請に反することになる。

そこで、最終法案策定の際においても、中間試案のように、代位行使に係る権利を費消等の恐れがある「金銭その他の物の引渡し」に限定する表現が維持されることを求める。

第14 9(1) について

(意見の趣旨)

転用型債権者代位権の規定において、一般的要件の規定に先立って具体例を示す規定を設ける必要はないと考える。

(意見の理由)

中間試案では、転用型債権者代位権に関する一般的な要件の規定に先立って、その代表的な具体例として、不動産の転々売買の際の不動産登記請求権を被保全債権とする不動産登記請求権の代位行使の例を規定している。確かに、一般市民にとっては、典型的な代表例が規定の冒頭に挙がっていれば転用型債権者代位権を理解しやすいかもしれないが、以下の理由により反対する。

- 1 不動産の登記請求権の代位行使については判例上も確立しており、これまで異論なく認められているので、あえて明記する必要性に乏しいと考える。
- 2 判例上確立された代表例を規定として挙げることは、それにより一般市民に規定が分かりやすくなる一方で、その他の転用型債権者代位権の行使が認められにくくなる危険性も孕む。不動産登記に関してもさまざまな類型があり、自動車・航空機などの登録や船舶・建設機械などの登記についても同様に代位の規定がある。さらには債権譲渡通知請求権など登記・登録以外の制度での代位行使も存在することを考えれば、多様化する現代社会に柔軟に対応できるよう、一般的要件の規定に先立って具体例を示す規定を設ける必要はないと考える。

第35 10 について

買主の義務の1つとして「売主が買主に対抗要件を具備させる義務の履行に必要な協力をする義務」を条文上明記することに賛成する。規定するにあたっては、「義務の履行に必要な協力をする義務」という表現にとどまらず、買主の対抗要件引取義務を、条文上、より具体的に明記することを求める。

(意見の理由)

買主の対抗要件引取義務について、登記を例にとれば、買主の非協力によって所有権登記名義の移転がされないことの弊害、例えば売主の工作物所有者責任の負担、売主の納税義務の継続等が以前より指摘されているところである。また、不動産登記法は買主、売主の共同申請主義を採用しており、売主に登記義務を課すこととの均衡を考えると、買主についても登記義務を課すことが適当であり、買主の義務の1つとして「売主が買主に対抗要件を具備させる義務の履行に必要な協力をする義務」を条文上明記することに賛成する。

今般、第35 3「売主の義務」(1)イに、売主の対抗要件具備義務を条文上明記しているが、買主の対抗要件引取義務を規定するにあたっては、「売主が買主に対抗要件を具備させる義務の履行に必要な協力をする義務」という表現では、具体性に欠け、何を指すのかが不明確であるため、条文上、より具体的に明記するべきであると考えます。