

〔判例研究〕

求償権者が代位取得した原債権の 財団債権性・共益債権性

栗 田 隆

第1事件 最高裁判所平成23年11月22日第3小法廷判決（平成22年（受）第78号）求償債権等請求事件

第一審 大阪地方裁判所平成21年3月12日判決（平成20年（ワ）第5191号）・金融法務事情1897号83頁

原 審 大阪高等裁判所平成21年10月16日第1民事部判決（平成21年（ネ）第924号）・金融法務事情1897号75頁

第2事件 最高裁判所平成23年11月24日第1小法廷判決（平成22年（受）第1587号）前渡金返還請求事件

第一審 大阪地方裁判所平成21年9月4日第11民事部判決（平成20年（ワ）第11774号）・判例時報2056号103頁，金融・商事判例1332号58頁，金融法務事情1881号57頁，判例タイムズ1309号213頁

原 審 大阪高等裁判所平成22年5月21日第12民事部判決（平成21年（ネ）第2559号）・判例時報2096号73頁，金融・商事判例1343号12頁，金融法務事情1899号92頁，

【第1事件の概要】

新聞販売事業等を営むA社は、経営不振に陥り、平成19年8月9日、大阪地方裁判所堺支部に破産手続開始を申し立てた。申立代理人弁護士Pが、大口の取引先（折込広告等の取扱会社）に対して、売掛金をPに支払うように依頼したが、取引先は破産手続開始後に破産管財人に支払うとの態度をとるようになった。そのため、従業員への給与の支払原資に充てることを予定していた売掛代金の回収もままならなくなった。A社の代表取締役Bに、従業員たちが「給料が払われないと仕事をしない」と言っていることが

伝えられるようになった。毎日必ず配達されるという「新聞の信用」の維持を最重要と考えていた彼は、給料がこれ以上遅配すれば新聞の欠配が起こるのではないかと懸念して、別の取引先であるX社（新聞購読者に配布する販促品の納入会社）のC会長に立替払を依頼した。Cは、立替金の回収が確実にできるかを検討した。弁護士Pは、破産手続開始後に破産管財人が支払えばよいと反対したが、Cは、公認会計士から「給料は優先権があるので、立て替えても大丈夫である」との説明を受けて、Bの強い懇請に応じてX会社が立替払をすることを決断した。平成19年8月21日、X会社は、A社の従業員に同年7月分の給料237万7280円を支払った。A社は、同月29日午後5時に破産手続開始決定を受け、Yが破産管財人に選任された。Yに対して、X社は、代位弁済により取得した給料債権は破産法149条1項の財団債権に当たると主張して、その支払請求の訴えを提起した。

第一審（後掲先例〔6〕）は、請求を認容した。しかし、控訴審（後掲先例〔8〕）は、求償権が破産債権であるからXは代位取得した給料債権を財団債権として行使することができないと説示して、訴えを却下した。Xが上告した。上告審は、下記のように判示して、原判決を破棄し、控訴を棄却した。

【第1事件の判旨】

「弁済による代位の制度は、代位弁済者が債務者に対して取得する求償権を確保するために、法の規定により弁済によって消滅すべきはずの原債権及びその担保権を代位弁済者に移転させ、代位弁済者がその求償権の範囲内で原債権及びその担保権を行使することを認める制度であり（最高裁昭和55年（オ）第351号同59年5月29日第三小法廷判決・民集38巻7号885頁，同昭和58年（オ）第881号同61年2月20日第一小法廷判決・民集40巻1号43頁参照），原債権を求償権を確保するための一種の担保として機能させることをその趣旨とするものである。この制度趣旨に鑑みれば，求償権を実体法上行使し得る限り，これを確保するために原債権を行使することができ，求償権の行使が倒産手続による制約を受けるとしても，当該手続における原債権の行使自体が制約されていない以上，原債権の行使が求償権と同様の制約を受けるものではないと解するのが相当である。そうであれば，弁済による代位により財団債権を取得した者は，同人が破産者に対して取得した求償権が破産債権にすぎない場合であっても，破産手続によらないで上記財団債権を行使することができるというべきである。このように解したとしても，他の破産債権者は，もともと原債権者による上記財団債権の行使を甘受せざるを得ない立場

にあったのであるから、不当に不利益を被るということとはできない。以上のことは、上記財団債権が労働債権であるとしても何ら異なるものではない。

したがって、上告人は、破産手続によらないで本件給料債権を行使することができるというべきである。」

【第2事件の概要】

A社（請負人）は、平成19年9月3日、B社（注文者）との間で、船舶で使用する断熱材の製造を目的とする請負契約を締結し、平成20年1月頃請負契約の報酬の一部を前渡金として受領した。X銀行（保証人）は、A社の委託を受けて、B社にこの前渡金の返還債務の保証をした。ところが、A社は、同年6月18日、再生手続開始の決定を受けた。管財人に選任されたYは、同年7月1日、民事再生法（以下「再生法」という）49条1項に基づき、B社に対し、請負契約を解除する旨の意思表示をした。同年8月8日、X銀行は、この解除により生じた前受金返還債務2億6477万円余をB社に代位弁済した。これにより、X銀行は、A社に対して求償権を取得するとともに、その確保のためにB社がA社に対して有していた前受金返還請求権（原債権）を代位取得した。B社が有していたこの請求権は共益債権であり（同法49条5項、破産法54条2項）、再生手続によらずに随時弁済を受けることができるものであった（再生法121条1項）。X銀行は、原債権は共益債権であると主張して、管財人Yにその支払を求めた。

第一審（後掲先例〔7〕）は、求償権が再生債権であるから、原債権も再生手続によらなければ行使できないとして、訴えを却下した。控訴審（後掲先例〔10〕）は、一審判決を取り消して事件を差し戻す旨の判決をした。Yが上告した。上告審は、下記のように判示して、上告を棄却した。

【第2事件の判旨】

「弁済による代位の制度は、代位弁済者が債務者に対して取得する求償権を確保するために、法の規定により弁済によって消滅すべきはずの債権者の債務者に対する債権（以下「原債権」という。）及びその担保権を代位弁済者に移転させ、代位弁済者がその求償権の範囲内で原債権及びその担保権を行使することを認める制度であり（最高裁昭和55年（オ）第351号同59年5月29日第三小法廷判決・民集38巻7号885頁，同昭和58年（オ）第881号同61年2月20日第一小法廷判決・民集40巻1号43頁参照），原債権を求償権

を確保するための一種の担保として機能させることをその趣旨とするものである。この制度趣旨に鑑みれば、弁済による代位により民事再生法上の共益債権を取得した者は、同人が再生債務者に対して取得した求償権が再生債権にすぎない場合であっても、再生手続によらないで上記共益債権を行使することができるというべきであり、再生計画によって上記求償権の額や弁済期が変更されることがあるとしても、上記共益債権を行使する限度では再生計画による上記求償権の権利の変更の効力は及ばないと解される（民事再生法177条2項参照）。以上のように解したとしても、他の再生債権者は、もともと原債権者による上記共益債権の行使を甘受せざるを得ない立場にあったのであるから、不当に不利益を被るということとはできない。」

【研究】 第1事件及び第2事件の判旨に賛成する¹⁾。

1 弁済による代位

債権者Gが債務者Sに対して債権を有する場合に、債務者S以外の者Dが債権者に給付をすることによりGのSに対する債権が消滅すべきときに、DがSに対して求償権を取得することがある（例えば、Sが主債務者でDが保証人である場合には求償権が発生する。他方、Dが主債務者でSが保証人である場合には、Dの給付によりSの保証債務は消滅するが、DのSに対する求償権は発生しない）。求償権が発生する場合に、民法は、求償権の確保のために、求償権者がGに代位してGのSに対する債権を行使するこ

1) 本稿で取り上げる問題については、後掲の各先例についての判例研究のほかに、次の文献がある：上原敏夫「納税義務者の民事再生手続における租税保証人の地位についての覚書」新堂幸司・山本和彦編『民事手続法と商事法務』（商事法務，2006年）197頁（租税債権の代位取得とその優先権の承継を肯定）；杉本純子「優先権の代位と倒産手続——日米の比較による一考察——」同志社法学59巻1号（2007年）173頁（アメリカ法を参照して、譲渡と代位を区別し、租税債権と賃金債権について、私人による弁済者代位の場合に優先権の承継を否定し、労働者健康福祉機構の立替払は代位ではなく譲渡であるとして、優先権の承継を肯定する。222頁以下）；伊藤眞「財団債権（共益債権）の地位再考——代位弁済に基づく財団債権性（共益債権性）の承継可能性（大阪地判平21.9.4を契機として）」金融法務事情1897号（2010年）12頁（承継可能性を肯定）；長谷部由起子「弁済による代位（民法501条）と倒産手続」学習院大・法学会雑誌46巻2号（2011年）223頁（代位した原債権を財団債権として行使すること否定し（252頁以下）、優先的破産債権として行使できるかについて結論を留保する（254頁））。

とを認めている（499条から501条²⁾）。いわゆる弁済者代位である。その適用範囲はかなり広く、第1事件の場合がそうであるように債務者の委託を受けた第三者が弁済する場合、第2事件がそうであるように保証人が弁済する場合、あるいは連帯債務者等の共同債務者の一人が弁済する場合等について肯定されている。

弁済者代位の法的性質については、次の見解がある：原債権の消滅を前提にして、例えば原債権のために抵当権が存在する場合には、その被担保債権が原債権から求償権に交替する（接木される）とする接木説；原債権の不消滅を前提にして、それが弁済者に移転することの説明として、債権売買説、独自の移転類型とする債権移転説；原債権の不消滅について、それは擬制であるとする擬制移転説³⁾。債権移転説によれば、代位は、債権者が債務者に対して有していた債権が弁済者に移転することであり、債権譲渡（民法466条1項本文）や債権執行における転付（民執法159条1項）などと並ぶ債権移転の一形態である。債権移転説が判例・通説の座を占めてから久しいが、今なお、異論がある⁴⁾。しかし、債権移転説が明快であり、本研究もこれを前提にする⁵⁾。原債権は求償

2) 弁済者代位制度の比較法及び歴史について、寺田正春「弁済者代位制度序論（1）～（3）」大阪市大法学雑誌20巻1号（1973年）24頁・2号15頁・3号（1974年）1頁、森永淑子「保証人の「弁済による代位」に関する一考察——ドイツにおける「法律に基づく債権移転」をめぐる議論の展開を中心にして——（1・2・3完）」東北大・法学60巻3号（1996年）77頁、4号84頁、61巻4号（1997年）127頁参照。

3) 『注釈民法（12）』（有斐閣、昭和45年）333頁以下（石田喜久夫）参照。歴史的展開について次の文献を参照：寺田・前掲（注2）2号34頁以下（擬制説）、森永・前掲（注2）3号89頁・97頁以下（債権売買説）・103頁以下（債権移転説）。

4) 例えば、松岡久和「弁済による代位」『ジュリスト増刊・民法の争点』（平成19年）184頁は、次のように述べる：原債権及び担保権は、「弁済および担保権の付従性により消滅するはずであるが、弁済による代位制度によって、弁済者との関係では消滅せず、原債権および原担保権が弁済者に移転する。これは、弁済者の求償権を確保するための法律のフィクションである」。なお、民法の起草委員である梅謙次郎は、法典調査会で擬制説を唱えた（法務大臣官房司法法制調査部・監修『法典調査会民法議事速記録三』（商事法務、昭和59年）296頁、高橋眞「〈資料〉債権総則（43）」民商法雑誌95巻1号（昭和61年）118頁）。

5) 弁済のもっとも重要な効果は、債権の消滅であり、債権の消滅をもたらさない弁済など「弁済」の語に値しないと考えれば、第三者による弁済の場合にも、債権は消滅し、弁済をした第三者に債権が移転するというのは、フィクションということになろう。しかし、弁済による代位が認められている以上、「債務者による弁済」と「第三者による弁済」とは別個の概念と言うべきである。「第三者による弁済」には、「債務者による弁済」に結びつけられた法律効果の多くが付与されるが、

権とは別個の債権であるが、その運命は求償権の確保という目的によって強く規定される。両者は、求償権を主とする主従的競合関係にあると説明される⁶⁾。原債権の基本的な機能は、求償権の担保であるということが出来るが、通常の担保とは取扱いが異なる点がいくつかある。例えば、譲渡担保に供された債権と比較すると分かりやすいが、求償権が弁済や時効により消滅すれば原債権も消滅するといった点で、消滅が強く運命付けられている⁷⁾。この点に留意して、「担保する」に代えて「確保する」の語を用いる

しかし、まったく同一ではないことを前提にして、民法474条1項本文は、「債務の弁済は、第三者もすることができる」と規定していると理解すべきである。この本文の規定は、「この場合の法律効果は、この法律に別段の規定がない限り、債務者による弁済の場合と同じとする」との文言を補って読む方がよい。501条は、その別段の規定である（債務者自身による弁済に認められる法律効果との対比で、「第三者の弁済は、弁済者の代位を生ずる限度では、債権の相対的消滅を生ずる」といわれる（我妻栄『債権総論』（岩波書店、昭和44年）247頁））。もちろんフィクションの問題と捉えることも出来るが、それよりは、第三者弁済にどのような法律効果を付与するかという問題（法律学にとって通常の問題）と捉える方がよい。その方が、議論がしやすい。

6) 寺田正春・別冊法学教室『民法の基本判例〔第2版〕』（1999年）132頁（後掲先例[11]の研究）、塚原朋一『最高裁判所判例解説（民事編）昭和59年度』283頁以下（後掲先例[11]の解説）参照。

7) 現在では接木説は否定されているが、これと類似の名称の新接木説が提唱され、次のように述べている。「保証人の弁済によって原債権は求償権に吸収され内在することになり、弁済者保護のために求償権に対して原債権は残映的存在として機能的に存在する」（村田利喜弥・NBL 961号26頁）。この見解にあっても、原債権に債務名義がある場合に、その債務名義に基づく強制執行における執行債権が求償権ではなく原債権であることに変わりはないであろうから、結局、原債権の存在を肯定することになろう。もしそうであるならば、この見解は、移転説を前提にして、原債権が求償権の確保のためにこれと密接な関係に立つことを強調するために比喩的表現を用いた見解と位置づけるべきであろう。

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——契約および債権一般（1）』（商事法務、2010年）32頁以下は、次のように述べる：「判例の見解は、一方では債権は弁済により消滅するものの、他方で代位弁済者が弁済による代位によって原債権を取得すると理解することができる部分を含んでいる。しかし、このことはわかりにくい。そこで、本提案では、原債権は観念するが、それは、弁済により消滅するものであり、同時に、担保権の被担保債権または保証債権の主たる債権として、実質的に求償権の範囲を画するという意味や、債権の効力として認められた権利を行使するとき（たとえば、債務名義の利用）の根拠としての意

ことが多い。

2 先 例

(1) 下級審判例の流れ 以下では、第1事件と第2事件の判旨が基本的に同じであることを考慮して、両者をあわせて単に「本件」ということにしよう。弁済による代位を債権移転の一形態とみると、本件の問題は、「財団債権・共益債権を他から取得した者は、倒産手続（破産手続・再生手続・更生手続）において財団債権性・共益債権性を主張することができるか」という形で一般化することができる。ただ、代位以外による移転の場合については、まだ先例がないようである。

本件では、問題になった債権は、給料債権と前払金返還請求権であった。前者は破産手続において財団債権であり、後者は再生手続において共益債権であった。それ以外の債権についても本件の問題は生じ得る。問題の債権が先取特権その他一般の優先権のある債権である場合には、破産手続においては優先的破産債権になり、破産手続によらなければ行使できないが、他の破産債権に優先して弁済を受けることができる。再生手続においては一般優先債権となり、再生手続によらずに、随時弁済を受けることができる（再生法122条1項・2項）。こうした属性（財団債権・優先的破産債権、共益債権・一般優先債権であること）を優先的属性と一括することにしよう。優先的属性のある債権の取得者も各倒産手続においてその属性を主張しうるかが問題となる。

最初に問題になったのは、租税債権である。租税債権は、租税収入の確保のために優先権が認められていて（国税徴収法8条等）、破産手続においては財団債権や優先的破産債権になり、また、再生手続においては共益債権や一般優先債権になる。租税債権については、国税通則法41条1項が、第三者による代位納付を許容し、2項本文が、次のように規定している：「国税の納付について正当な利益を有する第三者又は国税を納付すべき者の同意を得た第三者が国税を納付すべき者に代わつてこれを納付した場合において、その国税を担保するため抵当権が設定されているときは、これらの者は、その納付により、その抵当権につき国に代位することができる」。この規定の解釈も問題になる。

「味にとどめて用いることにする。こうして、弁済により消滅することとの矛盾を回避するものである」。村田・前掲26頁は、これも新接木説と同趣旨ではなかろうかと位置づけている。求償権と原債権との関係については新接木説に近いが、原債権の存否については説明は擬制説であろう。

〔1〕 神戸地判平成14年1月23日（平成13年（ワ）第62号）（裁判所の Web 判例データベース） 商品の輸入者のために通関業務を代行する運送業者（原告）が関税及び仮払消費税の立替払をし、再生手続開始決定を受けた輸入者（被告）に対して、民法501条により行使が認められる原債権（国税債権）について、「国税としての固有の権利を除いて、これに反しない権利は代位行使が認められるべきである」から「求償権についても優先債権性が認められるべきである」（一般優先債権にあたる）と主張した事例である。裁判所は、次のように説示して、請求を棄却した：「租税債権に優先債権性が認められている（国税徴収法8条）趣旨は、租税が国又は地方公共団体の存立及び活動の財政的裏付けとなるものであり、公平かつ確実に徴収されなければならないからであると解されることからすると、租税債権に優先債権としての性質が認められるのは、あくまで、国と納税義務者の間の税金の徴収という特殊な関係においてのみ認められるものというべきである。したがって、租税を第三者が支払ったからといって、弁済による代位の結果、優先債権としての租税債権が弁済者に移転するという法的効果を認めることはできない」。この理由付けを「原債権（租税債権）の優先的保護の必要の消滅論」と呼んでおこう（代位自体を否定している点に注意）。

〔2〕 東京地判平成17年3月9日・金融法務事情1747号84頁 X銀行が、A社の委託を受けて、横浜税関等に対してA社が負う租税債務（関税、消費税及び地方消費税の債務）について、税関との間で保証契約⁸⁾を締結した（保証料率は年1.1%）。その後、A社について再生手続を経て破産手続が開始され、X銀行は保証債務の履行として、再生手続開始前を納期限とする租税債務及び同開始後を納期限とする租税債務を同手続開始の前後に代位弁済した。X銀行は、これにより求償権を取得し、租税債権について代

8) 関税法2条1号で、「輸入」とは、「外国から本邦に到着した貨物（外国の船舶により公海で採捕された水産物を含む。）又は輸出の許可を受けた貨物を本邦に（保税地域を経由するものについては、保税地域を経て本邦に）引き取ること」と定義されている。原則として、貨物を輸入する者は、貨物を輸入する日までに関税を納付しなければならない（同法9条1項）。納付しなければ、輸入は許可されない（同法72条）。納付のための資金がなければ、延納を申請することになる。税関長は、納期限の延長を「当該関税額が当該提供された担保の額を超えない範囲内において」、「3月以内に限り」認めることができる（同法9条の2第1項）。担保の提供の方法として、「税務署長等が确实と認める保証人の保証」が認められている（同法9条の6第1項・国税通則法50条6号。上原・前掲（注1）199頁も参照）。原告は、この保証人になったのである。

位したと主張し、A社の破産管財人を被告にして、租税債権・求償権を財団債権として訴求した。裁判所は、原告の請求を全て棄却した。その際、租税債権の代位取得に関して、次のように説示した。

「関税等の租税債権は、国税徴収法や各種税法等を根拠として、発生する債権であり、民法が予定している債権債務関係と直ちに同列に考えることができないところ、国税通則法41条及び同施行令11条は、国税を第三者が納付した場合で国税を担保するため抵当権が設定されている場合に当該抵当権につき国に代位することができる旨及びその手続について定めるが、租税債権そのものの代位を認める規定及び代位の手続に関する規定を何ら定めていないことから、国税通則法41条及び同施行令11条は、抵当権に限って代位を認める趣旨であると解されること、租税債権が、倒産法制上優先的な地位を与えられている根拠は、租税が、国又は地方公共団体の存立及び活動の財政的な基盤となるものであり、租税を公平、確実に徴収するという政策的、公益的要請からであることに照らせば、原告が、保証債務の履行として本件租税債権を弁済したとしても、本件租税債権を弁済による代位により取得することはできないと解するのが相当である」。

理由付けの前半の部分については、2通りの解釈が可能である：(α) 抵当権の代位のみが認められており、被担保債権たる租税債権の代位は認められていない；(β) 租税債権を被担保債権とする抵当権の代位が認められる場合には租税債権の代位も認められるが、租税債権の代位はその場合に限られる。何れの趣旨であるか迷うが、前者を説き、さらに進んで、抵当権の代位取得によりその被担保債権は求償権になる旨（接木説）を説く注釈書⁹⁾があることも考慮すると、(α)であろう。この考えを、「租税債権の代位取得否定論」と呼んでおこう。後半部分は、先例〔1〕の理由付けと同趣旨である。

〔3〕 東京地判平成17年4月15日・金融法務事情1754号85頁¹⁰⁾ 原告（農林中央金庫）が、被告（輸入も営む会社）の委託を受けて、東京税関に対して被告が負う租税債務（関税及び消費税の債務）について、東京税関との間で保証契約を締結した。その後、被告について再生手続が開始され、原告は保証債務の履行として、開始前に発生し

9) 志場喜徳郎＝荒井勇＝山下元利＝茂串俊・共編『昭和58年改訂・国税通則法精解』（大蔵財務協会，昭和58年）396頁。先例〔2〕は、接木説までは述べていないが、その理由は、最高裁（後掲先例〔11〕）が一般の場合についてすでに接木説を否定していたからであろう。しかし、(α)をとれば、接木説まで進まなければならない。

10) 本件の研究として次のものがある：杉本純子・金融・商事判例1361号52頁（判旨に賛成）。

た租税債務を代位弁済した。原告がこれにより取得した求償権を共益債権又は一般優先債権として、また、代位取得した租税債権を一般優先債権として訴求した。裁判所は、先例〔1〕と異なり代位自体は否定しなかったが、「原債権（租税債権）の優先的保護の必要の消滅論」を説示して、被代位債権は一般優先債権ではないとした。

〔4〕 東京高判平成17年6月30日・金融法務事情1752号54頁¹¹⁾ これは、〔2〕事件の控訴審判決である。第一審とは異なり、代位による租税債権（原債権）の移転を否定しなかった。裁判所は、原債権が弁済者に移転することを前提にして、代位取得者が行使する場合には、原債権は財団債権ではなく破産債権であり、破産手続によらなければ行使できないとして、原判決を取り消して、これに関する訴えを却下した。その理由の第1は、「原債権（租税債権）の優先的保護の必要の消滅論」である。第2は、次のようなものである。

「また、そもそも、民法499条、500条、501条の弁済による代位の制度は、代位弁済者の債務者に対する求償権を確保することを目的として、弁済によって消滅するはずの債権者の債務者に対する債権（以下「原債権」という。）及びその担保権を代位弁済者に移転させ、代位弁済者がその求償権を有する限度でその原債権及びその担保権を行使することを認めるものである。それゆえ、代位弁済者が代位取得した原債権と求償権とは、別異の債権ではあるが、代位弁済者に移転した原債権は、求償権を確保することを目的として存在する附従的な性質を有し、求償権の存在やその効力と独立してその行使が認められるものではない」。本件において原債権によって「確保されるべき求償権は、本件支払承諾1及び2に基づく控訴人の破産会社に対して有する優先性のない事後求償権であり、破産宣告がされている場合は、破産債権としてしか行使できない抗弁が附着したものである。そうすると、控訴人が民法501条の弁済による代位によって取得したと主張する本件租税債権も、破産債権である求償権の限度でのみ効力を認めれば足りるものである。」

この理由付けを、「手続的制約肯定論」と呼んでおこう。一般に、原債権の代位は求償権の確保のために認められるのであるから、代位された原債権の効力ないし行使は、求償権の実体的効力に制約されることは認められている。前記判旨は、これに加えて、

11) 本件の研究として次のものがある：濱田芳貴・金融・商事判例1245号12頁（判旨の論理に消極的。抵当権について代位がなされた場合でも、被担保債権は租税債権であり、弁済をした保証人はこれを代位取得したとみざるを得ないことを指摘し、破産手続においては優先的破産債権として扱うべきであるとする）。

求償権に加えられる倒産手続上の制約にも服すべきであるとしたのである。倒産手続上の制約には基本的に服さないとの考えを「実体的制約限定論」又は「手続的制約否定論」と呼ぶことにしよう。

〔5〕 東京高判平成17年8月25日¹²⁾ これは、先例〔3〕の控訴審判決であり、原告の控訴を棄却した。理由付けとして、第一審が採用した「原債権（租税債権）の優先的保護の必要の消滅論」に加えて、「租税債権の代位取得否定論」を付加した。

〔6〕 大阪地判平成21年3月12日・金融法務事情1897号83頁 本件第1事件の第一審判決である。裁判所は、「原債権（賃金債権）の優先的保護の必要の消滅論」を説示したが、特段の事情がある場合は別であるとし、次のように説示して特段の事情を認めて、原告が代位取得した賃金債権の財団債権性を肯定した。「本件において、原告は、業務として破産会社の債務の保証等を行ってはおらず、立替払はそのような義務の履行として行ったものではなく、破産会社の代表者から給料は優先債権であり決して迷惑はかけないとして懇請されてなしたものであること、係る状況下において、代位によって取得した給料債権が財団債権に当たらないとした場合、原告が委任ないし準委任契約の錯誤無効を主張し、従業員に対して立替払した給料の返還請求を行い、その場合、結局従業員が財団債権者となる事態も予想され、労働者の保護という破産法の趣旨が達成されたとはいえなくなることからすれば、本件においては、原告が取得した給料債権（原債権）は、なお財団債権としての優先的な効力を付与すべき特段の事情があるというべきである」。

〔7〕 大阪地判平成21年9月4日・金融・商事判例1332号58頁¹³⁾ 第2事件の第一審判決である。裁判所は、「原債権の優先的保護の必要の消滅論」と「手続的制約肯定論」を説示して、代位取得された前受金返還請求権が共益債権であっても求償権が再生債権であるから再生手続によらなければ行使できないとして、訴えを却下した。

〔8〕 大阪高判平成21年10月16日・金融法務事情1897号75頁 第1事件の控訴審判

12) 一般の判例集・判例報道誌には掲載されていないようである。上原・前掲(注1)203頁以下、杉本・前掲(注1)181頁の紹介に依拠した。

13) 本件の研究として次のものがある：高橋眞・金融法務事情1885号10頁（判旨に反対）；高木多喜男・金融法務事情1890号20頁（判旨に反対）；高部眞規子・金融法務事情1897号26頁（判旨に消極的）；熊田裕之・東洋大・白山法学6号115頁（手続法的制約にも服するという一般論を支持）；上原敏夫・判例時報2078号（判例評論618号）173頁（判旨に反対）。

決である。裁判所は、「手続的制約肯定論」を根拠に、原判決を取り消して、原告の訴えを却下した。

〔9〕 横浜地（川崎支）判平成22年4月23日・金融・商事判例1342号14頁 被告（労働者健康福祉機構）は、破産会社の労働者に対する破産手続開始前3月以内の未払賃金1ヵ月半分の8割を手続開始後に使用者である破産会社に代わって支払った（この代位弁済は、独立行政法人労働者健康福祉機構法12条6号、賃金の支払の確保等に関する法律7条により機構がなすべき事業の一部である）。被告が代位弁済により取得した賃金債権が財団債権であるかが問題になり、原告（破産管財人）が財団債権でないことの確認を訴求した。原告が、先例〔4〕の「原債権（租税債権）の優先的保護の必要の消滅論」を援用して、代位取得された賃金債権については財団債権性が失われるとしたが、裁判所は次のように説示してこれを否定した：代位制度の趣旨からして、「原債権はその性質を保ったまま代位弁済者に移転すると解するのが相当」である；破産法149条1項の「規定は、使用人（労働者）の保護という政策的目的によるものであり」、「被告による上記立替払は、最終的には優先的に支払われる賃金債権について、早期に支払うということで上記労働者保護の目的に合致しているものといえる」。原告は、「手続的制約肯定論」も展開したが、裁判所は、たとえそれを前提にしても、本件では、「被告が上記立替払により事業主に対して取得する求償債権は、破産法148条1項5号所定の倒産手続開始後の事務管理又は不当利得に基づく請求権として財団債権といえる」としてこれを排斥し、原告の請求を棄却した。

〔10〕 大阪高判平成22年5月21日・金融・商事判例1343号12頁¹⁴⁾ 第2事件の控訴審判決である。裁判所は、「手続的制約肯定論」を否定して、原告の請求を認容した。

（2） 関連する最高裁判例 本件では、代位取得された原債権と求償権との関係に関する2つの最高裁先例が引用されている。いずれも個別執行に関する先例であるが、基本的な先例であるので、確認しておこう¹⁵⁾。

14) 本件の研究として次のものがある：松下淳一・金融法務事情1912号20頁（判旨に賛成）；村田利喜弥・NBL 961号19頁（判旨に賛成）；杉本和士・金融・商事判例1361号54頁（判旨に賛成）；加藤哲夫・判例時報2120号167頁（判旨に賛成）。

15) 幾分分かりにくい先例であるが、最判平成7年1月20日・民集49巻1号1頁も本件の問題に関係が深い（高橋・前掲（注13）16頁参照）。しかし、本件によりすでに問題が解決されているので、この判決の紹介は省略した。

[11] 最判昭和59年5月29日・民集38巻7号885頁 保証人が、債務者との間で求償権について法定利率と異なる利率を約定し、物上保証人との間で民法501条ただし書5号の定める割合と異なる特約をした場合に、約定による求償権の範囲内で、保証債務の履行により代位取得した原債権と根抵当権を行使することができるとされた事例である。判示事項は多岐にわたるが、本判例研究との関係で重要なのは、次の部分である。

「弁済による代位の制度は、代位弁済者が債務者に対して取得する求償権を確保するために、法の規定により弁済によつて消滅すべきはずの債権者の債務者に対する債権（以下「原債権」という。）及びその担保権を代位弁済者に移転させ、代位弁済者がその求償権の範囲内で原債権及びその担保権を行使することを認める制度であり、したがつて、代位弁済者が弁済による代位によつて取得した担保権を実行する場合において、その被担保債権として扱うべきものは、原債権であつて、保証人の債務者に対する求償権でないことはいふまでもない」。

[12] 最判昭和61年2月20日・民集40巻1号43頁 信用金庫の主債務者に対する貸付債権（利息日歩2銭7厘，遅延損害金日歩4銭）について、主債務者が自己の営業用動産を譲渡担保に供し、被告の被相続人が連帯保証人になった。その後信用金庫の求めにより訴外人が主債務者の同意を得て代位弁済をし、求償権・譲渡担保権・連帯保証債権を取得した。これが最終的に原告に移転し、原告が被告に対して連帯保証債務の履行を求めた。原審が求償権との関係を示すことなく原債権額（代位弁済額と代位弁済の翌日から日歩4銭の割合による遅延損害金）について連帯保証債務の履行を命ずる判決をしたことが問題になり、裁判所は、次のように説示して、原判決を破棄して差し戻した：

「弁済による代位の制度は、代位弁済者の債務者に対する求償権を確保することを目的として、弁済によつて消滅するはずの債権者の債務者に対する債権（以下「原債権」という。）及びその担保権を代位弁済者に移転させ、代位弁済者がその求償権を有する限度で右の原債権及びその担保権を行使することを認めるものである。それゆえ、代位弁済者が代位取得した原債権と求償権とは、元本額，弁済期，利息・遅延損害金の有無・割合を異にすることにより総債権額が各別に変動し、債権としての性質に差違があることにより別個に消滅時効にかかるなど，別異の債権ではあるが，代位弁済者に移転した原債権及びその担保権は，求償権を確保することを目的として存在する附従的な性質を有し，求償権が消滅したときはこれによつて当然に消滅し，その行使は求償権の存する限度によつて制約されるなど，求償権の存在，その債権額と離れ，これと独立して

その行使が認められるものではない。したがって、代位弁済者が原債権及び担保権を行使して訴訟においてその給付又は確認を請求する場合には、それによつて確保されるべき求償権の成立、債権の内容を主張立証しなければならず、代位行使を受けた相手方は原債権及び求償権の双方についての抗弁をもつて対抗することができ、また、裁判所が代位弁済者の原債権及び担保権についての請求を認容する場合には、求償権による右のような制約は実体法上の制約であるから、求償権の債権額が常に原債権の債権額を上回るものと認められる特段の事情のない限り、判決主文において代位弁済者が債務者に対して有する求償権の限度で給付を命じ又は確認しなければならないものと解するのが相当である」。

3 学 説

下級審の先例において様々な見解が展開されたように、学説においても、様々な見解が表明されている。しかし、原債権が租税債権でない場合（賃金債権や前払金返還請求権などの場合）については、代位弁済者が原債権を取得することに異論はない。そして、原債権の債務者について倒産手続が開始されている場合に、原債権が財団債権や共益債権であれば、原債権によって確保される求償権が破産債権や再生債権であっても、それらに課せられる倒産法上の制約に掣肘されることなく、求償権の満足に必要な範囲で、原債権を財団債権や共益債権として行使することができるとする見解が多数である。

4 検 討

（１）本判決の位置付け 労働者健康福祉機構が賃金立替払により代位取得した賃金債権については、その財団債権性あるいは優先的破産債権性の承継は肯定されていたといわれている。それにもかかわらず、先例〔９〕事件の破産管財人が、それを否定して財団債権不存在確認の訴えを提起したのは、先例〔４〕の影響を受けてのことであった。租税債権の代位取得の可否及びその効力に関する先例〔１〕から〔５〕の影響は、賃金債権や前受金返還請求権の代位取得に関する先例〔７〕〔８〕にも及んでいたと見てよい。しかし、租税債権の代位弁済については、民法501条柱書と異なり、国税通則法41条が納税者によって提供された担保の代位取得のみを規定し、租税債権の代位取得を明規していないことから分かるように、租税債権の代位取得は、取扱いに注意を要する問題である。民法501条の本来の適用範囲に属する賃金債権や前受金返還請求権の

代位取得に関して、先例〔1〕から〔5〕に影響された先例〔7〕〔8〕は、いわばイレギュラーな先例である。本判決は、それを明確に否定した最高裁判決として意義がある。そして、いわゆる総合考慮型の判決ではなく、ルールを明確に宣言した判決であり、予見可能性——特に金融機関の定型的な業務である保証業務の予見可能性——を高めたものとして、経済取引にとって重要な意義をもつ。

（２）本判決の支持 本判決の結論及び理由付けは正当であり、支持したい。理由付けは、既に論じられていることの繰返しになるが¹⁶⁾、確認しておこう。

（a）担保的機能 弁済者代位の制度目的（債務者のために弁済した者が債務者から確実に求償を得ることができるようにすること）を考慮すれば、原債権は、債務者が倒産状態にあるときにこそ威力を発揮すべきである。手続的制約肯定論は採用できない。実体的制約限定論の立場が正当である。次のように言い換えることができる：求償権者が確実に求償を得ることができるように原債権の彼への移転が認められているのであるから、債務者の資力が不十分であるために求償権のみでは現実に求償を得ることができないときには、求償権者が完全な求償を得るのに必要な限り、求償権のみの行使により現実に求償を得ることができる範囲を超えて、原債権の行使を認めるべきである。

（b）他の債権者の利益を害するものではないこと 債務者の他の債権者は、原債権が原債権者によって行使されることを甘受すべき立場にあったのであるから、原債権が代位取得者によって行使されるとしても、新たに不利益を受けることにならず、その行使を甘受すべきである。

以上が、主たる理由である。さらに、次のような理由を付加することができる。（c）原債権の代位取得とその優先権の承継を認めないと、保証人が代位取得者になるときに、原債権者がまず倒産手続において原債権を行使して不足額を保証人に請求するか、それとも原債権者が保証人から弁済を得て、保証人が原債権を行使するかで、結果が大きく異なる；その差違は、再生手続においては、再生計画の成否を左右することもあり得る；そのような重大な結果の差違が原債権者の偶然ないし任意の選択によって左右されるのは、制度として不合理である¹⁷⁾。（c'）保証人は、原債権者に、第一の選択を求めることになるが、その選択が保証制度に期待される機能（複数あるが、ここでは、債権者が本来の事業に専念できるように、保証人から迅速に弁済を得て、債権回収負担を保

16) 伊藤・前掲(注1)が詳細な理由付けを述べている。

17) 上原・前掲(注1)209頁以下参照。

証人に転化すること)をゆがめてしまう。(d) 債権は、その優先的効力を含めて移転されるべきものであり、そうしなければ債権者(債権移転元)の利益が害される(債権譲渡の場合が典型である);そのことは、弁済者代位による移転にも妥当し、優先的効力の中には倒産手続における優遇処理を含めるべきである¹⁸⁾。(e) 代位取得された原債権に担保的機能を果たさせることにより、資力が乏しく適当な担保がない債務者は、原債権をいわば最後の担保として利用することができることになり、これにより彼の一定の社会的活動が可能になる¹⁹⁾。

5 関連する問題

(1) 代位以外の原因による債権の移転の場合 第1事件の控訴審や第2事件の第一審は、原債権に認められた優先的属性は、原債権者を保護するという限定的な目的のために認められたものであり、原債権者でない求償権者がこの属性を主張することは許されるべきではないことを根拠の一つとしている(「原債権の優先的保護の必要の消滅論」)。この根拠は、原債権が譲渡や転付により移転する場合にも適用可能である。それは、「優先権により保護される債権帰属者の範囲を限定する議論」という形で一般化することができるので、「保護範囲限定論」と呼び換えておこう。最高裁は、この根拠付けには直接に立ち入っていない。しかし、第1事件・第2事件の判旨の理由付けにおける、他の破産債権者あるいは再生債権者は、「もともと原債権者による上記共益債権の行使を甘受せざるを得ない立場にあったのであるから、不当に不利益を被るということとはできない」との説明は、保護範囲限定論に対する反論と位置づけることができる。

保護範囲限定論には、賛成できない。第2事件の事案に関して言えば、保証債務を履

18) 第1事件において、代位取得された賃金債権について財団債権性が承継されないのであれば、労働者は破産手続開始前に立替払をしてもらうことができず、労働者の利益が害される。

19) 第1事件において、債務者は、破産手続開始申立て後は、破産手続開始決定前であるにもかかわらず、彼の債務者から弁済を得ることができないために従業員の給与を支払うことができず、彼にとっては重要な「毎日必ず配達される」という「新聞の信用」を維持することが挫折しかかっていたのである。破産手続開始までのわずか8日程度のことであるが、彼にとってはかけがえのない使命である「新聞が毎日必ず配達される」ようにするために、取引先に給与の立替払をしてもらうためには、立替払をした求償権者が財団債権となるべき原債権を担保として利用することができる必要であった。

行した保証人が代位取得する原債権について、その優先的属性が維持されることは、理論的には、債務者と保証人との間の保証委託契約において定められる保証料の中に反映されるべきものであり²⁰⁾、保証料が低減されれば、その恩恵は債務者に及ぶ。そのことは、経済活動におけるコスト削減という点から見れば、好ましいことである。また、第2事件において、原債権者が前受金返還請求権を債権回収業者に売却して実質的に債権回収を図る場合に、債権の買受人も共益債権性を主張することができるのであるならば、それだけ高く売却することができる。そのことは、請負人が保証人を立てなくても注文者が請負代金の一部を前払し、これにより請負人の資金繰りが軽減されることの一つの要因となり得る。

したがって、財団債権あるいは共益債権にあたる債権が倒産手続開始後あるいは開始前に代位取得された場合のみならず、譲渡あるいは転付された場合でも、財団債権性・共益債権性は基本的に維持されるべきである。原債権を差し押さえた債権者が取立てをする場合も、同様である。

(2) 倒産手続開始後に第三者により代位弁済がなされた場合 例えば、下請人について倒産手続が開始された後で、元請人が孫請人からの強い要請により、手続開始前に発生していた下請人の孫請人に対する代金債務を代位弁済したとしよう²¹⁾。弁済者が代位取得した原債権が倒産債権（再生債権や破産債権）であることには異論なかろう。他方、求償権は、倒産手続開始後に原因があり、倒産債権にもならないと考える余地がある。もしそのように考えるならば、求償権は配当に与えることができないが、原債権は配当に与えることができるという意味で求償権の方が効力が弱く、原債権の方が効力が強い。その弱い求償権の確保のために、原債権の強い効力を求償権者は主張することができるか、という問題はここでも生ずる。

本件第2事件の理由付けとして、金築裁判官の補足意見は、次のように述べている：「求償権が再生計画によって変更された場合に、代位行使できる原債権の額等について、付従性の例外を認めた規定は存在しないが、原債権が代位弁済者に移転するのは、求償

20) このことを考慮して実際に保証料が低減されるかについては、例えば手形割引に際して振出人の信用力が考慮されているとは必ずしも言えない現状を見ると、心許ない面がある。しかし、保証料の低減の理論的な可能性が存在すること自体が重要であると言ってよいであろう。

21) 名古屋高判昭和57年12月22日・判例時報1073号91頁の事案を基にした。

権を確保するための担保的機能を目的とするものであることなどからすれば、再生計画が担保権等に影響を及ぼさないことを規定した民事再生法177条2項を本件の場合に類推適用し、再生計画によって求償権の額や弁済期が変更されても、共益債権を行使する限度ではその変更の効力は及ばないと解するのは、特に無理な類推解釈ではないように思う」。この解釈は、先例〔7〕の高木評釈において提示されているが、同評釈は、別除権の範囲を定める再生法53条1項により担保権が手続開始時に存在することが別除権の要件とされていることを問題にし、代位の発生原因事実が手続開始時に存在すれば足り、代位取得はその後でもよいと解している²²⁾。再生法177条2項の類推適用をいう限り、代位の原因事実は再生手続開始前に存在することが必要となるが、前記の設例では、それは手続開始後である。

しかし、この場合でも、求償権の確保のために原債権を行使することは認めてよいであろう。なぜなら、再生手続開始後に再生債権が譲渡された場合でも、譲受人は再生債権を行使することができるのであり、弁済による原債権の代位取得は、求償権の確保のためという目的による制約は付されているが、原債権の移転と構成されている以上、再生手続開始後の譲受人が原債権を行使することができるのと同様に、再生手続開始後に原因のある代位取得により原債権を取得した者も、求償権確保の目的の達成に必要な範囲で、原債権を行使することを認められてしかるべきだからである。したがって、本判決の趣旨は、求償権が破産手続開始後に原因のある債権である場合にも及ぶと考えたい。求償権者が求償権の満足を得るのに必要な範囲で原債権を行使することができることは、民法501条1項本文の定めるところである。求償権者が倒産手続開始後に原債権を代位取得した場合でも、求償権が破産債権や再生債権であること、あるいはそれにさえ該当しないことに起因する倒産手続上の制約にも服さない。原債権は、求償権者が求償権の満足に必要な範囲で行使することができるため、求償権との関係で担保の機能は果たすが、別除権でもこれに準ずるものでもない。したがって、原債権が倒産手続開始前に取得されていることあるいは倒産手続開始前の原因に基づいて取得されていることは必要ではない。代位弁済により求償権者が原債権を有効に取得したことだけで足りる。

上記のことを前提にして、そもそも求償権をどのように位置づけるべきかを検討してみよう。

(a) 一般に、債務者の委託を受けることなく第三者が債務を弁済することは、事務管理と位置づけられる。債務者の破産手続開始後に第三者が代位弁済しても、そのこと

22) 高木・前掲(注13)22頁。

自体に変わりはないが、その事務管理が当然に破産法148条1項5号にいう事務管理になるかと言えば、否定すべきである。

ところが、第2事件の第一審判決（先例〔7〕）は、傍論において、労働者健康福祉機構が破産手続開始決定や再生手続開始決定等を受けた事業主に代わって労働者の請求に基づき賃金の立替払をすることが義務づけられていることを考慮して、「立替払によって同機構が取得する事業主に対する求償権は、倒産手続開始後の事務管理又は不当利得に基づく請求権として破産手続上の財団債権又は再生手続上の共益債権となる（破産法148条1項5号、再生法119条6号）というべきである」としている。この見解は、立替払された賃金債権が財団債権になる範囲では妥当である。しかし、賃金債権の立替払は、財団債権にならない部分（優先的破産債権になる部分）についてもなされ得る²³⁾。機構が代位弁済すれば、賃金債権はその部分まで財団債権になるというのであれば、不当である。機構の代位弁済は、法律によって義務づけられているものであるが、これを破産手続開始前の原因と考えるのであれば、それは求償権を破産債権と位置づける理由にしかないはずである。また、義務を負わせる法自体が求償権を財団債権とすることは可能であるが、それは、破産法が定める各種債権の順位付けの例外規定となるものであり、かつ、もし破産法により賃金債権が財団債権になるとされている部分をを超えて弁済した分までその求償権が財団債権となるのでは、破産法が様々な政策的考慮に基づいて定めた順位付けを害することになるのであるから、明文の規定が要求されるべきである。その明文の規定がない状況においては、優先的破産債権になる部分について機構が代位弁済をしたことによる求償権を財団債権とすることはできない。この部分の求償権は、それ自体が優先的破産債権になるとする余地はあるが、それよりも、求償権自体は破産債権にもならないが、代位取得した原債権を優先的破産債権として行使することにより優先的に回収することができると考える方が、説明が単純になってよい。

（b）伊藤真『破産法・民事再生法〔第2版〕』は、破産手続開始後の代位弁済による求償権を「原債権の存在という破産手続開始前の原因にもとづく破産債権」と位置づ

23) 破産手続開始申立ての6カ月前の日から2年間以内に退職した者の未払賃金のうちの8割が立替払される。ただし、退職時の年齢に応じて88万円～296万円の範囲で上限が設けられている。立替払の対象となるのは、労働者が退職した日の6カ月前から立替払請求日の前日までに支払期日が到来している定期賃金（ボーナスは含まれない）及び退職手当である。他方、財団債権になる給料債権は、破産手続開始前3月間のものに限られる（破産法149条1項。退職手当については、同条2項参照）。

ける²⁴⁾。伊藤説は、(α) 代位者が求償権の実現のために原債権を破産債権として行使することや、(β) 破産者が免責許可決定を受けた場合にその効力が求償権に及ぶことを説明するうえで優れている。しかし、本件判旨を延長すれば、求償権を破産債権として行使できないとの手続的制約がある場合でも、求償権者が求償権の満足に必要な範囲で原債権を破産債権として行使することは、妨げられないことになる。したがって、(α)の説明のために、求償権を破産債権と位置づける必要はない。(β)の点については、破産者の意思に基づかない代位弁済によって破産者が不利益を受けることは許されないから、原債権に免責許可決定の効力が及ぶ場合には、求償権にもその効力は及ぶと説明することができる。さらに、代位弁済が破産手続開始後の破産者の委託に基づきなされた場合については、免責の効力を求償権に及ぼすのが妥当であるか否かの政策的判断が別途なされるべきであろう。求償権を「原債権の存在という破産手続開始前の原因にもとづく破産債権」と位置づける法律構成は、その政策的判断とはかかわりなしに、免責の効力を及ぼすことになる。そのような法律構成が適切とは思われない。なお、(γ) 伊藤説によれば、破産債権を破産手続開始後に代位弁済することにより生ずる求償権は、債権者と破産者との間で直接発生する破産債権であるとの位置付けが与えられるので、この求償権には破産法72条1項1号の直接の適用はなく、この破産債権を自働債権とする相殺を禁止するために、同号を類推適用するという説明になる。この求償権は破産手続開始後に原因のある債権であり、破産債権にならないとの位置付けを与えておけば、同号の類推適用ではなく、同法67条1項の要件（相殺権者は、破産債権者でなければならないこと）を充足しないので、相殺は許されないと説明されることになる（説明の差違であり、結論の差違ではない）。

(c) ともあれ、この求償権（破産手続開始後に第三者弁済がなされたことが原因となって生ずる求償権）は、破産手続開始後に原因のある求償権であり、破産債権ではないと解したい。そのように解しても、代位弁済者は、原債権を破産債権として行使することができる。伊藤説を前提にした場合と比較して、彼がより不利な立場に立たされるわけではない。

24) 伊藤眞『破産法・民事再生法 [第2版]』（有斐閣，2009年）377頁。これに対して、栗田隆「負担部分のある全部義務者の求償権と被代位債権」関西大・法学論集60巻5号（2011年）90頁以下参照。

(3) 求償権の確定 先例 [12] によれば、「裁判所が代位弁済者の原債権及び担保権についての請求を認容する場合には、求償権による右のような制約は実体法上の制約であるから、求償権の債権額が常に原債権の債権額を上回るものと認められる特段の事情のない限り、判決主文において代位弁済者が債務者に対して有する求償権の限度で給付を命じ又は確認しなければならない」。

しかし、第1事件の第一審は、求償権の範囲を主文において明示していない。そのかわり、判決理由中において、次のように説示している：「原債権である給料債権について、前記1(3)によれば遅くとも同月20日には弁済期が到来し、同月21日以降は民法所定の年5分の割合による遅延損害金が発生しているというべきであるから、原告が請求する給料債権（原債権）は、原告の費用償還請求権の範囲を超えるものではなく、原告の請求は理由がある」。この説示は、この事件が先例 [12] の説示の例外部分に該当することを明らかにしたものと見てよいであろう。第一審判決を読む限り、求償権の存在と額とについて、債権調査の手続は経過していないようである。そのことは、第一審判決が破産債権確定について何ら言及することなく前記のように説示していることから窺うことができる。

一般に、別除権たる担保権を破産手続外で行使できることに関連して、その被担保債権は、担保権実行手続により満足を受ける範囲では、破産手続での債権調査により確定されている必要はないとされている。原債権を求償権の担保とみる立場にたてば、このことは、原債権を財団債権として行使する場合にも妥当させてよく、求償権の存否及び額は原債権の行使手続（典型的には、その取立訴訟）の中で確定させれば足りるということになる。第1事件の最高裁は、この立場を暗黙の内に是認していると見ることができる。

では、原債権が財団債権ではなく、破産債権として行使される場合は、どうであろうか。破産法104条3項ただし書は、原債権者が原債権を破産債権として届け出ている限りは、破産者の共同債務者は将来の事後求償権を破産債権として行使することができないとしている²⁵⁾。共同債務者がその後に債務の全額を弁済した場合について、破産法104条4項は、彼は、「求償権の範囲内において、債権者が有した権利を破産債権として行使することができる」と規定し、この原債権の行使は、原債権について届出名義の変更（同法113条）をすることによりなされる²⁶⁾。この場合に、「求償権の範囲内におい

25) 共同債務者が受託保証人である場合について、彼の事前求償権について、民法460条1号後段が同趣旨を定めている。

26) この場合に、原債権の表示に加えて求償権の表示も必要である。澤野芳夫「近ノ

て」の解釈として、求償権について債権調査による確定が必要となるかが問題となる。一般には不要説が前提にされているように見える²⁷⁾。

これに対して、(a) 求償権についても債権届出と確定が必要であるとする立場も考えられる。この立場に立てば、共同債務者は、債権者が破産手続に参加している場合でも、将来の求償権をいわば予備的に届け出ておくことが必要になる。しかし、一般の債権調査が終了してから共同債務者が債務を弁済するような場合には、一般の債権調査手続の中では具体的な求償権額の算定はできず、求償権の発生基盤の存否（破産者が主債務者で共同義務者が保証人なのか、連帯債務の場合には、その負担割合等）を確定することができるにとどまろう。もちろん、これらの事項の確定のために債権調査を行い、他の破産債権者に関与の機会を与えることは、無意味ではない。そして、連帯債務者の場合が典型的にそうであるように、負担部分を負う共同債務者が債務の全額を弁済する場合には、彼の求償権額を他の破産債権者の関与の下に確定しておく方が好ましいことは、言うまでもない²⁸⁾。

他方で、(b) 求償権者が原債権を行使する場合に、彼が破産財団から配当を受ける限度は、債権調査により確定済みの原債権額と配当率により画されているのであり、これによって他の破産債権者の利益はおおむね守られるから、求償権額についての争いは破産管財人と求償権者の間の訴訟に委ねることも考えられる²⁹⁾。民法501条柱書本文に

「時における破産・和議の諸問題——破産と保証人の求償権、和議の履行状況を中心として——」金融法務事情1507号（1998年）14頁参照。

27) 不要説が前提にされていることは、次のように説示している最判平成7年3月23日・民集49巻3号984頁から窺い知ることができる：破産手続において確定した原債権の時効期間が民法174条の2によって10年になる場合でも、これにより求償権の消滅時効まで10年になるのではなく、求償権が短期消滅時効により消滅すればその確保のために代位取得した原債権も消滅する。この説示で扱われている問題は、不要説を前提にして初めて生ずるからである。

28) このことは、求償権額は、求償権者が取得する原債権を画するとの立場に立っても、弁済額に応じて原債権を取得することを前提にして原債権の行使により受領することができる金額を画するとの立場に立っても、生ずる。前者の立場にたった場合でも、代位取得した原債額を確定するためには、共同債務者は弁済額を証明しただけでは足りず、倒産者の負担割合も確定しなければならないからである。

29) 求償権額について争いが生ずるのが配当前であれば、求償権者が破産管財人に対して求償権額確認訴訟を提起することになる。配当後であれば、求償権額が過大に算定されたため過誤配当がなされたことを理由に、破産管財人が不当利得返還請求訴訟を提起することになる。他方、求償権額が過少に算定されたため過誤配当が

よれば、代位取得した原債権を行使する者は、求償権の存在ならびに原債権の行使が求償権の範囲内であること（見解の分かれる点であるが、彼が主張する原債権額又は原債権への配当額が求償権額を超えないこと）について、証明責任を負う。

破産法の実定規定が、この問題について明確な規定を置いているとは言い難いこと、実務は不要説で運用されていることも考慮すると、(b)の選択肢をとってよいであろう。本判決は、原債権が財団債権・共益債権として行使できる場合について、原債権は求償権の担保の役割を果たすとしたのであり、ここから原債権が破産債権として行使される場合についての結論を引き出すことには危険が伴う。しかし、破産者の共同債務者が破産手続開始後に原債権を代位取得して、原債権を行使することにより求償権の部分的満足を得ようとする場合に、予め求償権そのものを破産債権として届け出て債権調査を経て確定させておく必要はないとの解決への道は開かれていると見てよいであろう。

（４） 租税債権の代位取得 先例〔１〕から〔３〕の事件（及び控訴事件〔４〕〔５〕）では、租税債務の保証人が代位弁済した場合に、保証人が原債権を財団債権あるいは一般優先債権として行使することが否定された。その根拠は、（ α ）「原債権（租税債権）の優先的保護の必要の消滅論」、（ β ）「租税債権の代位取得否定論」、（ γ ）「手続的制約肯定論」の３つであろう。しかし、最後の理由付けは、本判決により私債権について否定されており、そのことは租税債権についても妥当するはずである。（ α ）の政策論は、次の(a1)以下の理由により賛成しがたく、（ β ）の法技術論は、(b1)以下の理由により支持しがたい。

（a1） 社会的必要 租税債務は、納付期に納付しないと、高率の加算税が課せられ、また、課税庁に自力執行権があるため、債務者にとっては弁済順位の高い債務である。その債務を弁済できないことは、財産状況が窮境にあることを意味する。その保証人になるためには、相当に高率の保証料をとるか、確実な担保が必要となる。担保になる財産があればよいが、それがない場合に高率の保証料を徴収すれば、債務者はますます経済的に行き詰まる。したがって、租税債務の保証は通常はないようである。ただ、輸入品の関税債務については、債務者が輸入品を市中で販売して、その利益の中から関

ゝなされたことを理由とする求償権者からの追加配当請求を許すと混乱が生ずる。それを避けるために、破産管財人は、求償権額を認めるに際して、その余の求償権はないことの確認、並びに、あったとしても放棄する旨の文書を得ておくべきであろう。

税を支払うことも合理的な経済活動であるので、債務者（納税義務者）が関税の納付の延納を申請し、その担保の提供として金融機関を保証人に立てることがある。納付期限の延長は3カ月の範囲でのみ認められ、それゆえ保証期間もこれに応じて比較的短いため、金融機関も比較的低い保証料で保証を引き受けることがある³⁰⁾。この保証は、輸入事業を支援するために無担保で低率でなされることが望まれる³¹⁾。そうであるならば、保証人が関税を代位弁済した場合に、求償権の確保のために、保証人が関税債権を代位取得してこれを債務者の倒産手続において優先権のある債権として行使することができることは、経済社会の要求することになる。法が経済取引を活発にするための基盤であることを目指すのであれば、この需要に応えるべきである。この政策的判断を躊躇させる要素は、先例〔1〕から〔5〕の判決の「事実及び理由」の中には見出されない。

（a2）代位弁済者の貢献　また、租税債務の代位弁済者は、財産的に窮境にある納税者からの租税の徴収（徴収の確保又は円滑な徴収）に協力しているので、優先権を承継させて保護するに値する貢献をしていると見るべきである³²⁾。この論拠は、関税債務に限らず、租税債務一般に妥当する。

（a3）実定規定に表明された政策判断　さらに、国税通則法41条2項本文において、租税債務の代位弁済者には、租税債権のために設定された担保権に基づく優先弁済受領権が認められるべきであるとの政策判断が表明されている。それは、担保権が設定されていない場合でも、代位弁済者は租税債権者と同様な優先弁済受領権が認められるべきであるとの黙示的政策判断の一つの示現とみるべきである（もちろん、明示されていないから、そのような政策的判断はなされていないと考えることもできる（先例〔2〕参照）。そこは、解釈の分岐点である）。

（b1）接木説から移転説へ　国税通則法が昭和37年に制定された当時でも、判例

30) 上原・前掲(注1)199頁参照。

31) 先例〔3〕を支持する杉本・前掲(注10)53頁は、こうした立場に立たない。なお、保証人が将来の求償権の確保のために担保を取るとするならば、輸入品を譲渡担保にとることも考えられるが、これは輸入代金債務やその支払のための借入金の返済債務の担保にすでに供されていることも予想される。

32) 上原・前掲(注1)207頁以下は、代位取得と優先権の承継を認めなければ、保証人が保証債務の履行を渋りやすくなるという実際上の不都合、徴税権者が租税債権を自ら行使するか、租税保証人から代位弁済を受けるかという徴税権者の選択（偶然的な事実）によって再生手続の成否が左右されることの不合理性を指摘する。

は債権移転説に立脚していた（大判大正4年8月10日・民録21輯1365頁，最判昭和37年9月18日・民集16巻9号1970頁）。それにもかかわらず，国税通則法に関する昭和58年に出版された大蔵省関係者の注釈書（（注9）の文献）では，代位弁済による租税債権自体の取得は否定され，同法41条2項本文は接木説で説明されている。租税債権のために設定された抵当権についてのみ接木説を採用すべきかが問題となる。しかし，先例[11]が接木説を明確に否定している現在，その選択肢は採りえないであろう。接木説との対比では，債権移転説の意義は，代位弁済者の求償権の方が原債権よりも大きい場合について，原債権のために設定された担保権の被担保債権は求償権ではなく原債権であるとして，後順位担保権者や他の一般債権者の利益を保護する点にある³³⁾。このことは，租税債権のために設定された抵当権についても妥当する。したがって，同法41条2項本文との関係でも債権移転説が採用されるべきである。保証人は，求償権自体を抵当権の被担保債権として主張することができるのではなく，求償権の確保のために租税債権を代位取得し，抵当権の附従性により抵当権についても代位したと説明せざるをえない。暗黙ではあるが，国税通則法41条2項本文は，租税債権の代位弁済者が租税債権について代位することを認めていると解すべきである³⁴⁾。

（b2） 移転する債権の効力 もちろん，租税債権は，現在の日本の社会状況においては，徴税機関が実現すべきものであり，私人に譲渡して，私人が実現することになる債権ではない。しかし，求償権の確保のために租税債権を行使することは許されるべきである。その場合でも，租税債権を私人が自力執行することなどは許されない。しかし，通常の私債権の実現方法で実現することを禁止する合理的な理由はなく，また，それを禁止する明文の規定もない。その点からすれば，租税債権が全部の効力を保持して移転するのではなく，通常の私債権の効力を超える部分をそぎ落とし，私債権に認められる効力のみを保持して代位債権者に移転すると言うべきである。例えば，私債権である求償権の満足のために，通常の私債権の実現方法の一つである抵当権の実行により租税債権を実現することができ（債権移転説からは，国税通則法41条2項本文はそれを許容した規定になる），さらに，債務者（納税者）の倒産手続において租税債権を行使

33) 同時に，法律関係の規律を簡明にする点にも意義がある。接木説に立って同様な結論を得ようとすれば，「被担保債権は原債権から求償権に接木（交替）されるが，優先弁済を与えられるのは原債権と同等な範囲に限られる」といった制限を置かなければならず，そのような制限が至るところで顔を出し，議論が複雑になる。

34) 濱田・前掲(注11)15頁参照。

すること、判決手続において給付判決を得て強制執行により実現することも、許容すべきである³⁵⁾。

(b3) 民法規定の租税債権への適用 租税債権の代位弁済については、少なくとも民法501条後段2号から5号の適用ないし類推適用を認める必要があり、一般論としては、国税通則法等に別段の規定がない限り、租税債権の弁済者代位についても、民法の規定の適用があるとする方が、簡明である。国税通則法41条は、そこに規定された範囲では、民法の規定の適用を排除する(抵当権への代位については、同条2項が民法499条・500条・501条柱書と同趣旨を規定していて、内容に差違があるわけではない)。国税通則法41条1項は、民法474条1項及び2項の特則である。国税通則法41条3項は、一部弁済について判例によって認められていることの明文化にすぎないが、民法502条1項の適用を排除する。抵当権について代位を認める規定は、抵当権以外の権利の代位を禁止した規定であるとみるべきではない。国税通則法41条2項の実際上の主要な意義は、同法施行令11条³⁶⁾と相俟って、原債権者が負う担保保存義務について、租税債権者の負担を軽減する点にあり、原債権(租税債権)自体の代位取得は、民法501条1項本文の適用範囲と考えたい。

次善の策 もし、租税債権自体の代位は、債権の性質上許されないのであるならば、代替的な法律構成として、次のような構成が考えられる。すなわち、代位弁済がなかったならば原債権者が原債権の行使により優先的満足を受けることができた範囲で、求償権者は優先的満足を得ることができるとの構成である。いわば、債権の効力のうちの優先権のみの代位である³⁷⁾。それも現行法の解釈として無理であるというのであるならば、経済界は、国税通則法の改正を求めるべきであろう。

35) 租税債権の代位取得の肯定は、当該租税債権の存否・内容を確定する民事手続において、徴税機関が債権者に一定の協力をしなければならない状況を作り、それが徴税機関の負担になることは考えられる。しかし、納税義務者が納税しようとしないうちに、代位弁済によって租税を円滑に徴収することができたことを考慮すると、その負担は甘受すべきであろう。

36) 同条は、次のように規定している：「国税(その滞納処分費を含む。以下同じ。)を納付した第三者は、法第41条第2項(国税を納付した第三者の代位)の規定により国に代位しようとする場合には、国税の納付について正当な利益を有すること又は国税を納付すべき者の同意を得たことを証する書面を、その国税の納付の日の翌日までに、国税局長、税務署長又は税関長に提出しなければならない。」

37) オーストリー倒産法54条2項は、次のように規定している：「破産者のために支払がなされた債務について求償を求める債権は、支払がなされた債権の順位を享ノ

(5) 負担部分のある全部義務者の求償権の満足のための原債権の行使 例えば、負担割合が平等な連帯債務者A・Bが債権者Gに対して100万円の支払義務を負っていて、Aについて破産手続が開始され、Gがこれに参加して、100万円の破産債権の確定を得た後で、BがGに100万円弁済すると、Bは、Aに対して50万円の求償権を取得する。それとともに、GがAに対して有していた原債権についても、BはGに代位して、確定済みの破産債権（原債権）を行使することができる。問題は、原債権をどの範囲で代位取得するかである。この問題については、次の2つの見解がある。なお、問題を明瞭にするために、Aの破産手続における配当率を6割とし、破産債権の総額が十分に大きいために、Bが行使できる原債権額が50万円であっても100万円であっても、配当率にはほとんど影響がないものとしよう。

(a) 取得債権額制限説³⁸⁾ これは、代位弁済者は、求償権の金額を基準にして配当を受けるにとどまるとの結論をとる見解である³⁹⁾。次の2つの定式化が可能であるが、実質は同じである：(α) 代位により取得する債権額は求償権の金額の範囲に制限される（「取得債権額制限説」の名称は、これにちなんで付けた）；(β) 弁済者は、弁済額に応じて原債権を代位取得するが、破産手続等において配当がなされる場合には、求償権額を基準にして配当を受けるという意味で、原債権の行使（主張）は求償権の範囲内に制限される（「主張債権額制限説」）。前記の設例にあっては、(α)を前提にすると、Bは、100万円全額を代位取得するのではなく、求償権50万円の範囲で原債権を代

受する。例えば、委託を受けた運送人が形式的には彼の義務となっている関税債務を支払った場合に、彼は、委託者の破産手続において、支払がなされた関税債務の順位でその求償権を届け出ることができる。Vgl. Mohr, KO, 10Aufl. (Manz, 2006) S. 394. 先例[1]は、これと同様の事案である。

38) 栗田・前掲(注24)74頁では、「行使債権額制限説」の名称を付したが、「受領金額制限説」との違いを明瞭にするために、「取得債権額制限説」に改めた。ここで論じている問題は、民法501条柱書にいう「行使する」をどのように解するか、「主張する」か「弁済金を受領する」という形で問題を設定することもできる。そうであれば、3つの見解の名称の中に「行使」の語を含ませるのは適当ではないと考えるようになったからである。

39) 山田誠一「求償と代位」民商法雑誌107巻2号（1992年）188頁以下、八田卓也・法学協会雑誌114巻2号（1997年）212頁以下、山本和彦「倒産手続における求償権の処遇」関西法律特許事務所編集『民事特別法の諸問題第4巻——関西法律特許事務所開設35周年記念論文集——』（関西法律特許事務所、2002年）271頁・274頁注14。なお、森永・前掲(注2)60巻4号134頁によれば、ドイツ法でも取得債権額制限説が採用されているとのことである。

位取得するにすぎない。6割配当がなされる場合には、代位取得した原債権50万円を基準にして、30万円の配当を受ける。

(b) 受領金額制限説 全部義務者の1人が債務の全額を弁済した場合に、彼は弁済額に相当する原債権の全部を代位取得し、他の全部義務者に対して求償権の全額の満足に至るまで原債権全額を行使することができる⁴⁰⁾。前記の設例にあっては、Bは、100万円全額を代位し、求償権50万円の満足に至るまで、100万円の原債権を主張することができる。6割配当がなされる場合には、100万円を基準にした配当金60万円を求償権50万円の範囲で受領することができることになるので、50万円を受領することができる。文言解釈は、次のようになる：501条柱書の「行使する」は、「主張して弁済金を受領する」の意であり、「求償することができる範囲内において」は、「弁済金を受領する」にかかる。

これら2つの見解は、おそらく、弁済者代位の根拠について異なる考えを基礎にしていると見るべきであろう。すなわち、

(a') 他人の債務を弁済したことにより求償権が発生するとともにその確保のために代位が認められると考えると、その他人との関係で弁済者が負担すべき部分については代位は生ぜず、共同義務者の負担部分についてのみ代位が生ずる。この考えを推し進めると、連帯債務者が3人以上の場合でも、弁済をしていない各連帯債務者に対して弁済者が債権者に代位するのは、各連帯債務者の負担部分に限られることになる。この考えは、取得債権額制限説と結びつく。

(b') 他方、代位制度の目的を「求償権への弁済をできるだけ多く確保すること」に設定すると、次のように説明することができよう：代位が認められるためには、[要件]ある者の弁済により他の者が債権者に対する弁済義務を免れたこと、及び弁済者が他の者に対して求償権を取得するという関係があれば足り、[効果]代位は、求償権をできるだけ多く確保するために、債権者がその他人に対して有していた債権（全部給付請求権）全体について生ずるが、求償権の範囲内でのみ弁済金を受領することができる。この考えは、受領金額制限説と結びつく。

40) 福永有利「代位弁済により取得した原債権・保証債権の取立訴訟の諸問題」ジュリスト866号（1986年）113頁、長谷部・前掲（注1）231頁注5、栗田・前掲（注24）98頁以下・102頁。場面はやや異なるが、佐久間弘道「共同企業体の構成員の和議と他の構成員の求償権行使の限度」金融法務事情1542号（1999年）9頁以下も、同方向の議論をしている。

いずれも理論的に可能な説明であり、いずれを選択するかは結論の妥当性の評価に依存する。代位権者自身にも負担部分がある場面では、代位権の行使を「自己の権利に基づいて求償をすることのできる範囲」に制約することには、次の2つの役割がある⁴¹⁾。第1は、過剰求償（自己の負担部分についてまで共同債務者から求償を得ること）の阻止であり、第2は、求償の循環の阻止である⁴²⁾。これら2つ役割を果たさせるために、求償権の範囲内で原債権を取得する（取得債権額制限説）とすることが必要不可欠かと問えば、そうではない。弁済額と同額の原債権を取得し、代位取得した原債権を全額主張することができるが、受領することができるのは求償権の範囲内に限られる（受領金額制限説）とすることによっても、過剰求償も求償の循環も回避できることは自明であ

41) 「求償できる範囲において」の文言は、次の2つの起源をもつ。一つは、共同保証人の一人が弁済した場合の他の保証人に対する代位に関する旧民法財産編487条5号である。同号は、「……弁済者ハ他ノ債務者カ分担ス可キ債務ノ限度ニ応スルニ非サレハ其各自ニ対シテ代位セス」と規定していた（漢字は現在の用字に改めた。以下この注において同じ）。これが現行民法の原案498条（現501条に相当）1号に引き継がれ、「不可分債務者、連帯債務者又ハ保証人ノ一人ハ他ノ共同債務者ニ対シ其各自ノ負担部分ニ付テノミ債権者ニ代位ス」になった。もう一つは、旧民法財産編484条の「代位者ハ自己ノ支払ヒタル金額ヲ超エテ債権者ノ訴権ヲ行フコトヲ得ス」である（寺田・前掲(注2)1号63頁参照）。これが原案499条に引き継がれた。法典調査会第65回会議では、原案498条の審議において修正を求める意見が出され、第66回会議では、原案498条柱書に、「自己ノ権利ニ基キ求償ヲ為スコトヲ得ヘキ範囲内ニ於テ」を挿入し、前記1号及び原案499条を削除する案が提出され、この修正案が67回会議で確定した（法務大臣官房司法法制調査部・前掲(注4)308頁・320頁・349頁・358頁。高橋眞「〈資料〉債権総則(44)」民商法雑誌95巻4号（昭和62年）124頁・129頁以下も参照。原案499条は、法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書13』（商事法務、1983年）に収録されている『民法第一議案』203頁に見出される）。旧民法財産編484条の前身を遡れば、債権譲渡を対象とするアナタシウス法である（森永・前掲(注2)60巻3号96頁参照）。本文の問題は、第1の起源の規定にかかわる。

42) 寺田・前掲(注2)2号38頁以下によれば、フランス古法において、全額弁済をした連帯債務者は、連帯に代位できるか、すなわち、「ちょうど債権者が連帯債務者の各人に対し連帯責任＝全額弁済を主張できるのと同じように、代位によって自己の負担部分（原則として平等）を除いた残りの全部について任意の他の連帯債務者の一人に請求できるのか、それとも連帯債務者各人の負担部分についてだけ請求することができるに過ぎない——すなわち連帯に代位できない——のか」が問題となり、判例は、連帯への代位を許せば訴権の循環が生ずることを理由に、消極説を採ったとのことである。

ろう。償還義務者について破産手続が開始された場合に、求償権者がよりよく保護されるのはどちらかと問えば、受領金額制限説である。民法の起草当時は、取得債権額制限説が前提にされていた（(注41)参照）。しかし、償還義務者の倒産の場面まで考慮に入れた議論がなされたようには見えない。取得債権額制限説は、負担部分を有しない全部義務者（例えば主債務者に求償する保証人）の代位を対象とする範囲では妥当であっても、負担部分を有する全部義務者の代位（例えば連帯債務者）を対象に含め、さらに償還義務者の倒産の場面も想定すると、妥当な結果をもたらさない。「各連帯債務者の負担割合に応じた負担の実現」という妥当な結論をもたらすのは、受領金額制限説であり、これが採用されるべきである。以上のことは、連帯債務者Bが債権者Gに全額弁済をした時期が連帯債務者Aの破産手続開始前であるか開始後であるかを問わず妥当する。

問題は、受領金額制限説と本判決との整合性である。本件は、原債権が財団債権・共益債権として行使される場合であり、そのような事例を作り出すのに苦勞するが、次のような事例を考えてみよう。AとBとが共同して200万円の工事をGから請け負い、Gが全部で100万円の前受金を両名に交付し、請負契約が将来解除された場合には、両名は連帯してこの100万円の前受金の返還債務を負うとの合意がなされていたものとしよう。両名が前受金100万円を折半した後で、Aについて再生手続が開始され、再生債務者等が請負契約を解除し（再生法49条1項）、B単独では工事を完成されることができないため、Bとの関係でも請負契約は解除され、Bが前受金100万円を全額返還したとしよう。Bは、Aに対して50万円の求償権を取得するとともに、GのAに対する前受金返還請求権についてGに代位する。第2事件の判旨に従えば、Bは、これを共益債権として行使することができる。また、Aについて破産手続が開始されて、破産管財人が契約を解除すれば、Bは、GのAに対する前受金100万円の返還請求権を財団債権として行使することが認められるべきである。この設例においては、財団不足等の特別のことが生じない限り、受領金額制限説に従えばもちろん50万円全額の償還を得ることができる。取得債権額制限説に従っても、Bは、求償権50万円の範囲で財団債権を取得し、通常はその全額の満足を受ける。結論は同じである。したがって、本判決との整合の度合いは、取得債権額制限説も受領金額制限説も同じと見るべきであろう。

原債権が破産債権・再生債権である場合に、最高裁が取得債権額制限説に従った結論と受領金額制限説に従った結論との何れを採用するかは予測しがたい。ただ、「原債権を求償権を確保するための一種の担保として機能させる」との考えにおける原債権は、債権者の各共同義務者に対する全部義務履行請求権のはずである。一人の共同義務者の

履行により各全部義務履行請求権が消滅すべきはずの場合に、各全部義務履行請求権がその全額において各共同義務者に対する求償権を担保すると考える余地は、十分に残されている。