

全部義務者の破産と民法改正

—— 一部代位弁済の場合の原債権と
求償権の規律を中心にして——

栗 田 隆

目 次

- 1 はじめに
 - 1.1 弁済者代位と原債権者優先主義
 - 1.2 破産法の開始時現存額主義
- 2 民法502条の改正
 - 2.1 改正前の法状況
 - 2.2 法制審議会民法（債権法）部会の議論
 - 2.3 新502条の検討
- 3 破産手続開始前に一部代位弁済をした者の権利行使
 - 3.1 議論の準備
 - 3.1.1 破産手続開始後に全部代位弁済をした者の権利行使
 - 3.1.2 保証人破産後の主債務者による一部弁済と開始時現存額主義
 - 3.2 一部代位者（保証人）による原債権の行使
 - 3.2.1 原債権を財団債権として行使する場合
 - 3.2.2 原債権を破産債権として行使する場合
 - 3.3 一部代位者（保証人）による求償権の破産手続外での行使
 - 3.3.1 求償権を自働債権とする相殺
 - 3.3.2 求償権を被担保債権とする抵当権の実行
 - 3.3.3 求償権を破産債権として行使することの制限と当初債権額主義
 - 3.4 破産手続開始前に他の連帯債務者が一部弁済をしていた場合
- 4 ま と め

1 はじめに

1.1 弁済者代位と原債権者優先主義

債権者が複数の債務者から一定の給付を得ることができる場合に、各債務者

が全部の給付義務を負うとき、各債務者を全部義務者という。代表例は、連帯債務者であり、主債務者と保証人もそうである。連帯債務には若干複雑な論点があるので、それは最後に3.4で扱い、当面は保証の場合について議論することにしよう。

【設例1】 例えば、GがSに対して1000万円を貸し付け、Sがその貸金債権の担保のために自己の不動産上に抵当権を設定し、さらに、HがSの委託を受けてSのGに対する債務（主債務）について保証人になった。

主債務者Sが弁済期に債務を弁済しない場合に、債権者GはSに対してのみならず、保証人Hに対しても1000万円全額の支払を請求する権利（保証債権）を有する。保証人が保証債務を履行した場合に、保証人は主債務者に対して1000万円を求償する権利（求償権ないし求償債権）を有する。これまでの説明で、債権が3つも出てきているので、混乱が生じないように、GのSに対する債権を「主債権」とよび、GをSとの関係で主債権者とよぶことがある。

弁済者代位 保証人Hが保証債務を履行すると、主債務者は主債権者に対する弁済義務を免れるので、保証人は保証債務を履行することにより主債務者に代わって主債務を弁済したと見ることができ、保証人によるその弁済は「第三者による弁済」と位置づけられる。一般に、第三者が債務者に代わって弁済した場合に、その第三者（代位弁済者）は債務者に対して求償権を有するのが通常である。その場合に、債権はその弁済により完全に消滅すると考えるよりも、代位弁済者の求償権の満足の確保という限定された目的のためになお存続すると考える方が、代位弁済制度の機能強化につながる。そこで、代位弁済者は、代位弁済された債権及びそれに付随する担保としての権利（以下「担保権等」という）を、求償権の満足に至るまで、債権者に入れ代わる形で行使することができる（弁済者は債権者に代位する）とされている¹⁾。債権を中心にし

1) 弁済者代位制度については、その歴史をふまえた基本的文献として、次のものがある。寺田正春「弁済者代位制度序論（1・2・3完）」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）」東北大学法学60巻3号（1996年）77頁・ノ

ていえば、債権が当初の債権者から代位弁済者に移転することになるので、「代位弁済者は代位弁済により債権を取得する」ともいう²⁾。「代位弁済による債権の取得」を「債権の代位取得」といい、「代位取得された債権」は「原債権」とよばれ、「原債権が帰属していた債権者」は「原債権者」とよばれる³⁾。

一部代位弁済と原債権者優先主義 本稿で取り扱うのは、[設例1]に即して言えば、保証人が保証債務の全部を履行することができず、その一部のみを弁済した場合の法律関係である。保証人が一部弁済をしたにとどまる場合で

4号84頁・61巻4号(1997年)127頁。

2) 民法改正法の立案過程においては、原債権は消滅するとの構成(消滅構成)も提案されたが、理解しにくいとの意見が多かったので、従来どおり、本文に述べたような構成(移転構成)を前提にして、改正法が立案された。

3) 弁済者代位に類似する制度として、保険法に請求権代位の制度がある。これは、保険者が損害保険契約に基づいて保険給付をした場合に、保険者が「保険事故による損害が生じたことにより被保険者が取得する債権」(被保険者債権)について当然に被保険者に代位するというものである(保険法25条1項)。信用保険契約、すなわち「債務の不履行その他の理由により債権について生ずることのある損害をてん補する損害保険契約」にあつては、当該債権も代位の対象になる(同項柱書かっこ書)。信用保険の機能は、保証に類似する。主債務者の委託を受けない保証人が保証債務を履行すると、これによる弁済も第三者による代位弁済と位置づけられ、それは事務管理の性質を有し、事務管理者の費用償還請求権の性質を有する求償権が発生すると考えられている(民法462条・702条参照)。同様な説明は、信用保険についても妥当するようにも思えるが、保険給付は保険契約の履行としてなされるものであり、債務者に対する保険者の求償権は観念されない。したがって、被代位債権の行使を求償できる範囲内に限定する民法新501条2項の適用はないことになるが、それに相当する規定が保険法25条1項に置かれている(同項1号参照)。いずれの代位制度においても、代位者は、自己が債権者ないし被保険者に給付した以上の利益を債務者から得ることはできないことになる。債権の売買の場合には、債権の買主は、売買代金額にかかわらず、債権全額の弁済を債務者に求めることができるとされていることとは対照的である。一部代位の場合の原債権者優先主義に相当する規定は、請求権代位については、保険法25条2項に置かれている。訴訟の場面での同条の適用問題を論ずる文献として、新山一範「請求権代位と損害額の主張」『北海学園大学法学部50周年記念論文集 次世代への挑戦』(2015年)77頁がある。

本稿は、民法所定の弁済者代位を議論の対象とし、かつ、代位者が原債権の債務者に対して求償権を有することを前提にする。

も、保証人は弁済額に応じて原債権の一部を代位取得する（民法502条1項）。原債権のために設定された抵当権は、一部代位者と原債権者との準共有に属すると考えられている。

例えば、先の設例で、保証人Hが600万円を代位弁済したとしよう。Hは、主債権者Gに対してまだ保証債務400万円を負っている。Gが抵当権を実行した場合に、GとHとが共有している抵当権に配当することのできる売却代金額が500万円であったとしよう。これを各自に帰属する原債権額に比例配分して、Gに200万円、Hに300万円を配当するとの規律も考えられるが、HがGに対してなお弁済義務を負っていることを考慮すると、Gがまず残債権400万円の配当を受け、余剰の100万円をHに配当する方が合理的である。これを「原債権者優先主義」⁴⁾ という。

このことは、従来から最高裁判例が認めるところである（後述2.1参照）。平成27年3月31日に法案が国会に提出された民法（債権法）の大改正で、それを明文化することになった。502条の改正である。本稿の執筆の時点では改正法案はまだ国会で可決されておらないが、可決されることを見込んで本稿は執筆されている。日本法の条文を論文に書き写すことはためられるが、読者の便宜のために掲載しておこう。

「502条 債権の一部について代位弁済があったときは、代位者は、債権者の同意を得て、その弁済をした価額に応じて、債権者とともその権利を行使することができる。

2 前項の場合であっても、債権者は、単独でその権利を行使することができる。

3 前2項の場合に債権者が行使する権利は、その債権の担保の目的となっている財産の売却代金その他の当該権利の行使によって得られる金銭について、代位者が行使する権利に優先する。

4 (略—旧第2項と同じ)」

改正の要点は、旧第1項に「債権者の同意を得て、」が追加され、新たに第

4) 「債権者優先主義」, 「原債権者優先配分主義」あるいは「債権者優先配分主義」ということもある。

2項・第3項が追加され、旧第2項が新第4項に移されたことである。民法の新規定については、「民法新502条」という形で引用するのが本来であるが、以下では、「民法」を省略して、単に「新502条」という形で引用し、改正前の旧規定は「旧502条」という形で引用する。また、一部代位者の権利行使を制限する規定は、同条1項中の「債権者の同意を得て」の部分及び2項・3項であり、これらを総称して「3項等」ということにする。

問題の所在

(a) 弁済者代位の制度は、非常に一般的な制度であり、前述のように全部義務者の一人が債務を弁済する場合のみならず、債権者に対して弁済義務を負わない者が債務者に代わって弁済をした場合にも適用がある。この場合にも原債権者優先主義を適用してよいか問題となる。新502条は、規定の文言上は、一部代位者が原債権者に対して残債務を負っているか否かで区別していないので、残債務を負わない場合にも適用があることになろう。しかし、それが妥当かは問題であり、妥当でないとの立場に立てば、条文解釈の必要が生ずる。

(b) 民法改正作業において、立案担当者は、原債権者優先主義を抵当権実行手続に限定することなく、他の場面でも適用できるようにした。例えば、先の例では、主債務者の一般財産を対象とする強制執行手続や破産手続が考えられる。ところで、一部代位者は求償権も有しているので、この求償権をもって破産手続に参加した場合にどうなるのかという問題が生ずる。代位取得した原債権により確保されるべき求償権にも新502条3項等が適用されるのかという問題になる。原債権者優先主義により求償権の行使まで制限することはこれまで認められていないことであり、これを認める改正をするには十分な議論が必要であるといった理由で、求償権自体の行使は制約されないとされた。すると、次の問題が生ずる：(α) 強制執行手続において原債権者が原債権全部を行使している場合に、一部代位者が求償権をもって配当要求をすることはできるのか；その延長線上で、(β) 一部代位者が求償権をもって主債務者の破産手続に参加することができるかが問題になる。もしできるとすれば、原債権者は自

己に属する原債権部分のみを執行債権あるいは破産債権として行使すべきことになり、原債権者優先主義は貫徹されないことになるが、それでよいのか。この問題は、要するに、新502条3項等は一部代位者の求償権行使を制約するものではないとの立場で立案されているとはいえ、一定の制約が必要ではないかという問題である。この問題を解釈論として扱うか、将来の立法課題として扱うかは別として、議論は次の方向に進むことになるろう：一部代位者は、原債権者が原債権を行使している手続の中では、求償権の行使により原債権者の満足を妨げてはならないとすべきである。ただ、この問題にはそれだけでは済まない論点が潜んでいる。(α)の問題を新502条の解釈論の中で扱い(後述2.3)、(β)の問題は破産法の問題として論ずることにしよう(後述3.3)。

(c) 以上の問題に関連して、新502条3項等の位置付けを行う。例えば、それらの規定は、一部代位者が原債権者に対して残債務を負っている場合に適用される任意規定であり、一部代位者と原債権者との合意により変更することができる旨を論ずる。

1.2 破産法の開始時現存額主義

【設例2】 GがSに対して1000万円を貸し付け、HがSの委託を受けてSのGに対する債務(主債務)についてGと連帯保証契約を締結し、Hが将来保証債務⁵⁾を履行した場合に取得することのある求償権を被担保債権にして、Sが自己の不動産上に抵当権を設定した。Sがまったく弁済をしないまま破産手続開始決定を受けたが、Hはその破産手続開始前にGに200万円を弁済していて、破産手続開始後にさらに300万円を弁済した。

開始時現存額主義 この設例において、GはSの破産手続にどれだけの債権額で参加することができるか(どれだけの債権額を基準にして配当を得るこ

5) 副詞「将来」と名詞「保証債務」との区切りを示すために半角の空白を入れた。区切りを入れないと「将来保証債務」という漢字6文字の名詞と誤読されるおそれがあるし、読点で区切ると文の構造が判りにくくなるためである。一つの試みとして了解していただきたい。

とができるか)、Hはどうか問題になる。破産法は、次のようにした：Gは、破産手続開始時の債権額で参加することができる(104条1項)；Sの破産手続において、Gが不十分な満足しか得ることができないのであるから、破産手続開始後にHがさらに300万円を弁済したことは考慮しない(破産債権額から控除しない。同条2項)。このように、(α)ある全部義務者について破産手続が開始された場合に、開始時の債権額で破産手続に参加することができ、(β)開始後における他の全部義務者の弁済額は考慮しないとの建前を「開始時現存額主義」⁶⁾という。(β)だけを取り出して「非控除準則」ということもある。

二重請求の禁止・二重負担の禁止⁷⁾ [設例2]において、Hは破産手続開始前の弁済によりSに対して200万円を求償でき、開始後の弁済によりさらに300万円を求償でき、計500万円の求償権を有する。Hはこれを破産債権として配当を受けることができるであろうか。主債権者Gが800万円で破産手続に参加することができることを考慮して、次のように規律されている。(α)Hは、破産手続開始前の弁済による求償権200万円を破産債権として行使することができる。しかし、(β)開始後の弁済による求償権300万円を破産債権として行使することは許されない(破産法104条3項)。なぜなら、もしそれを許すと、Sは全部で1000万円の給付義務しか負っていないのに、Gから800万円請求され、Hから500万円請求されることになり、300万円分について二重請求になり、他の破産債権者との公平を害するからである。これを「二重請求の禁止」あるいは「二重負担の禁止」とよぶことにしよう。この場合には、主債権者と保証人のいずれかの権利行使を制限する必要がある。保証人が主債権者に対してなお全部義務の残部について履行義務を負っていることを考慮すると、主債権者が優先されるべきである。そこで、原債権者が破産手続に参加しているときは、

6) 「開始時現存額主義」ということもある。長く言えば、「手続開始時現存額主義」である。その沿革を丹念に辿った研究として、次の文献がある：杉本和士「破産における「現存額主義」と一部弁済処遇の関係に関する覚書(1)～(6完)」早稲田大学大学院法研論集112号(2004年)71頁・113号75頁・115号111頁・116号127頁・117号141頁・119号(2006年)107頁。

7) 「二重請求」に代えて「二重の権利行使」ということも多い。

Hがこの者に残債務を負っている限り、Hは破産手続開始後の一部弁済による求償権を破産債権として行使することができないとされている（破産法104条4項）。しかし、Hが弁済等により債権金額を消滅させれば、Hは求償権も代位取得した原債権も行使することができる（104条4項）。

競合関係にある請求権 ある債務者が一つの給付をなすべき場合に、その給付を求める複数の権利（請求権）が一人又は複数の債権者に与えられ、一つの請求権に対する履行として給付がなされれば、他の請求権も消滅するとされていることがある。典型例は、（ α ）同一事故により生じた損害の回復のために、民法709条による損害賠償請求権と同415条による損害賠償請求権が生ずる場合（請求権競合の場合）であるが、これに限られない。（ β ）複数の債権者が一人の債務者に対して一つの給付義務の全部の履行を請求することができる場合（連帯債権の場合）もある（新432条参照）。（ γ ）主債務者の委託を受けた保証人が代位弁済をすると、彼は、保証委託契約に基づく求償権を取得するとともに、主債権者が有していた原債権を代位取得する場合もある。いずれの場合も、債務者が一つの給付をなせば、他の請求権は消滅する関係にある。こうした関係にある請求権を「競合関係にある請求権」あるいは「競合請求権」とよぶことにしよう。破産手続においては、破産者の限られた財産を複数の債権者に公平に分配することが重要であるので、競合関係にある請求の一つが破産債権として行使されれば、他の競合請求権の行使は禁止されるべきことになる。前述の二重請求の禁止は、特殊な状況下において（ γ ）の請求権についてこれを明示したものと見るべきである。

当初債権額主義 日本法は、上記のような開始時現存額主義を採用しているが、これとは異なる立法主義もある。例えば、[設例2]において、主債務者はまったく弁済をしていないのであるから、主債権者が主債務者の破産手続に当初の債権額1000万円に参加して、この金額を基準にして債権全額の満足（Hから計500万円を得ているので残り500万円の満足）に至るまで配当を受けることができると規定しても、他の破産債権者との公平を害することにはならない。その代わり、二重請求の禁止のために、主債権者が当初債権額の全額の

満足を得るまでは、保証人は破産手続開始前の弁済による求償権200万円も破産債権として行使することができないとする必要があるが、これは保証人が主債権者に対してなお保証債務を負っていることにより正当化される。

このように、主債権者は、各全部義務者の破産手続に、他の全部義務者の弁済額を考慮することなく、当初の債権額で参加することができるとする立法主義を「当初債権額主義」という⁸⁾。もちろん、主債権者が破産手続開始前に破産者自身の財産から満足を受けている場合には、その満足額は当初債権額から控除される（そうしないと、他の破産債権者との公平を欠くことになる⁹⁾）。

問題の所在

債権法大改正により、主債権について一部代位弁済がなされた場合の原債権者優先主義が明文化され、かつ、担保権実行手続以外にも適用されうるように一般化された。審議の過程で、破産手続も対象となるのか、もしなるのであれば開始時現存額主義が実質的に変更されることになるのではないか、という論点について議論が紛糾した。ある立案担当者が、《求償権の行使は新502条3項等によって制約されることはない》という形で議論を整理した。この解釈が有力な見解になることはいうまでもない。しかし、それが明文規定に現れているかと言えば、そうでもない。

広義の原債権者優先主義 原債権者が新502条2項により原債権全部を行使する場合に、一部代位者が求償権をもって破産手続に参加するときは、原債権と求償権とが重なり合う範囲では二重請求となるので、いずれかの請求を制

8) 次の文献を参照。加藤正治「破産ニ於ケル連帯債務ノ効力」同『破産法研究第1巻』（有斐閣、昭和10年）245頁、栗田隆「被保証債権者優先の視点から見た破産手続開始時現存額主義」関西大学法学論集60巻2号（平成22年）48頁以下、栗田隆「開始時現存額主義と配当時現存額主義（不足額主義）——破産手続中における配当財団以外の財産からの満足を破産配当においてどのように考慮すべきか——」関西大学法学論集63巻6号（平成26年）18頁以下。

9) この点で、「当初債権額主義」の名称は、実体を精確に表した名前とは言い難いが、破産者が全く弁済をしていない場合を想定して、このようによぶことは許されよう。

限しなければならない。立案過程では、破産法104条の開始時現存額主義は修正されないことが予定されたが、それが明文規定に現れているわけではないから、原債権者を優先させるために、一部代位者が原債権者に残債務を負っていることを根拠に、一部代位者の求償権行使は制限されるとの考えを採用する余地がないわけではない。この考えも一種の原債権者優先主義であるので、「広義の原債権者優先主義」とよぶことにしよう。新502条3項等が規定したのは、原債権に関して原債権者が一部代位者に優先するとの原則であるので、これを「狭義の原債権者優先主義」とよんで、両者を区別できるようにしておこう。

(a) 破産法104条は、破産手続開始後の一部代位弁済について広義の債権者優先主義を採用しているが(同条2項・3項ただし書参照)、開始前的一部代位弁済については採用しなかった。新502条は、広義の原債権者優先主義を宣明することを避けた。しかし、同条が狭義の原債権者優先主義を採用した以上、破産手続において広義の原債権者主義を実現する道は、それほど遠くない。それを実現するためには破産法の改正が必要であるか、解釈論で足りるかの点はともあれ、本稿では、それが実現されたとした場合に生ずるであろう問題を検討する。

(b) その問題を検討していくと、(α) 保証人が求償権の担保のために破産者の財産上に抵当権を得ていて、彼が主債務者の破産手続開始前に一部弁済をし、その抵当権を破産手続開始後に実行して満足を得た場合に、原債権者が原債権全体を破産債権として行使することができるのか、それを許すことは二重請求にならないか、という問題が浮かんでくる。一部代位者が破産者に対して債務を負っていて、求償権をもって相殺することができる場合にも同様の問題が生ずる。求償権を被担保債権とする担保権の実行や求償権を自働債権とする相殺まで禁止するのは、一部代位者にとって酷すぎよう。それを前提にして、一部代位者による担保権実行や相殺を肯定すると、原債権者が原債権全体を行使することは二重請求禁止法理に抵触しないかが問題となる。(β) 同じ問題は、保証人が主債務者の破産手続開始後に保証債務を履行することにより求償権を取得する場合にも生ずる。後者は破産法104条2項・4項の解釈問題である。

前者の場合には、さらに、破産法108条1項（不足額責任主義）も関係する。

2 民法502条の改正

2.1 改正前の法状況

旧502条の下では、主債務者が主債権の担保のために自己の不動産上に抵当権を設定するとともに、保証人又は物上保証人（以下「保証人等」という）を立てていて、保証人等の財産から主債権者に一部弁済がなされ、保証人等が主債権の一部を代位取得した場合について、次の点が問題になった。（ α ）一部代位者は、主債権のために設定されている抵当権を単独で実行することができるのか¹⁰⁾。（ β ）抵当権の実行手続において、売却代金は原債権者と一部代位者との間でどのように配分されるのか。いずれの問題についても、明治29年民法成立当初は、原債権者と一部代位者とは平等に扱われると解釈されていた。しかし、その後の学説は、原債権者の優位を主張する見解が多くなり、判例も（ β ）の問題について原債権者優先主義を採用するに至った¹¹⁾。最上級審の判例を順に見ていこう。

(1) 一部代位者による担保権の単独実行

先例〔1〕大決昭和6年4月7日民集10巻535頁　主債務者が半年に一度の頻度で分割弁済するとの条件で銀行から金銭を借り入れ、その返還債務について自己の不動産上に抵当権を設定するとともに、保証人を立てた。主債務者が分割弁済を怠ったため、保証人が弁済期到来済の部分について保証債務の履

10) この問題について、次の文献がある。下村信江「一部代位者の権利行使について」近畿大学法科大学院論集5号（2009年）47頁（満足面での債権者優先主義を前提にすると、権利行使面で一部代位者による単独行使を否定する必要はなく（71頁）、「一部代位者による単独の競売申立ての可否は、債権者の利益を害するか否かを個別の事案において実質的に判断することにならざるをえない」と説く（73頁））。

11) 歴史的展開について、次の文献を参照：下村・前掲（注10）54頁以下；竹下守夫＝藤田耕三・編集代表『倒産法体系第2巻（破産実体法）』（青林書院，2015年）121頁以下（河崎祐子）。

行として主債務の一部を代位弁済した。しかし、主債務者が弁済金の償還に応じないため、保証人が代位取得した抵当権の実行としての競売を申し立てた。競売裁判所は、競売申立てを却下した。原審は、旧502条が原債権者優先主義を採用したのではなく、原債権者と一部代位者とが各自の有する権利の割合に応じて満足を受けることを定めたものであるが、原債権者のために設定された抵当権の実行を共同して行わなければならないことまで定めた規定ではなく、一部代位者は抵当権を単独で行使することができるのが原則であるとしつつ、本件では次の理由により、原債権者による抵当権の実行は許されないとした：保証人が代位弁済をした以外の残債務（昭和5年8月以降の分割弁済金）について、その支払が未了であるから債権者が自ら抵当権を実行することができるという事実関係があるとは認め難い。一部代位者からの抗告を受けて、大審院は、次のように説示して、原決定を取り消して原審に差し戻した。「債権の一部に付代位弁済ありたるときは代位者はその弁済したる価格に応じて債権者と共に其の権利を行使し得べく其の権利にして分割行使の為し得る以上之か行使に付債権者と共同するの要なく各別に之か行使を為し得ること民法502条第1項の規定に徴し明白なり」¹²⁾。そして、民法502条は、一部代位者の権利行使について格別の制限を設けていないのであるから、「残存債務に付債権者か其の権利の実行を為し得る時期に達したると否とを問はず一部代位者は同条項に基き債権者の権利を行使し得るものと解」すべきである。

(2) 担保物の売却代金についての原債権者優先主義

先例〔2〕最判昭和60年5月23日民集39巻4号940頁　これは、共同抵当の場合の後順位抵当権者による代位（民法392条2項）類似の代位がからむ事件であるが、その点を捨象して言えば、次のような事件である：債権者Xの債務者Yに対する債権のためにY所有の不動産aと物上保証人Z所有の不動産bを共同抵当の目的として、各不動産上に順位1番の根抵当権が設定された；そ

12) 原文はカタカナ書きであるが、カタカナはひらがなに改め、漢字は現在通常に用いられているものに適宜に置き換えた。この先例については、以下同様である。

の後Xのためにさらに不動産 a 上に後順位抵当権が設定された；Xが順位1番の根抵当権の実行としての不動産 a と b の競売を申し立てたところ、不動産 b が先に競売された；その競落代金の交付によりXが一部の満足を受け、ZがYに対して求償権を取得するとともに、一部代位により原債権の一部と不動産 a 上に設定された抵当権の一部を取得した；不動産 a の競売手続において、Zが代位取得した抵当権とXが保有する抵当権との関係が問題になった。裁判所は、次のように説示して、原債権者優先主義を宣明した：「債権者が物上保証人の設定にかかる抵当権の実行によつて債権の一部の満足を得た場合、物上保証人は、民法502条1項の規定により、債権者と共に債権者の有する抵当権を行使することができるが、この抵当権が実行されたときには、その代金の配当については債権者に優先されると解するのが相当である。けだし、弁済による代位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の制度であり、そのために債権者が不利益を被ることを予定するものではなく、この担保権が実行された場合における競落代金の配当について債権者の利益を害するいわれはないからである」¹³⁾。もう一つ重要な説示がある。この事件では、主債権者

13) 本判旨は、最判昭和62年4月23日金融法務1169号29頁によつても支持されている(もっとも、当該事案が本件判旨を妥当させるべき事案であるといえるかは疑問である)。また、最判平成14年9月24日民集56巻7号1524頁は、大正11年破産法の下での開始時現存額主義が問題となった事案(主債務者の破産宣告後に債権者が物上保証人から弁済を受けた事案)において、非控除準則を根拠付ける説明の中で先例[1]を援用しながら、次のように説示した：「弁済による代位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の制度であり、そのために債権者が不利益を被ることを予定するものではないから、債権の一部を弁済した物上保証人は、同債権を被担保債権とする抵当権の実行による競落代金の配当について債権者に劣後する」。

先例[2]を受けて、求償権と原債権者の残債権との間でも原債権者優先主義を採るべきかが問題になるが、見解は分かれている。肯定説：滝澤孝臣・金融法務1622号(2001年)23頁、清水正憲「主債務者の破産と物上保証人の一部弁済」(河合判事退官・古稀記念)『会社法・金融取引法の理論と実務』(商事法務、2002年)314頁。否定説：松下淳一・私法判例リマークス28号(2004年)149頁、勅使河原和彦=杉本和士「多数債務者関係——全部義務者の破産と破産債権」山本克己=山本和彦=瀬戸英男『新破産法の理論と実務』(判例タイムズ社、2008年)371頁(ただし、先例[2]との整合を保つために肯定説をとる余地があることを指摘する)、ノ

が物上保証人との間で「物上保証人が弁済等によつて取得する権利は、債権者と債務者との取引が継続している限り債権者の同意がなければ行使しない」旨の特約が結ばれていて、Zが代位取得した1番抵当権とXが有する後順位抵当権との順位関係がこの特約により影響されるのかが問題になり、最高裁は、次の趣旨の理由により影響されないとした：「右特約は、物上保証人が弁済等をしたときに債権者の意思に反して独自に抵当権等の実行をすることを禁止するにとどまり」、すでに債権者の申立によって競売手続が行われている場合に物上保証人が代位取得した抵当権に基づいて優先弁済を受ける権利を消滅させる効力を有するものとは解されない。

先例〔3〕最判平成17年1月27日民集59巻1号200頁 不動産を目的とする1個の抵当権が数個の債権を担保し、そのうちの1個の債権のみについての保証人が当該債権に係る残債務全額につき代位弁済した事案である。裁判所は、次のように説示した。この場合には、「当該抵当不動産の換価による売却代金が被担保債権のすべてを消滅させるに足りないときには、債権者と保証人は、両者間に上記売却代金からの弁済の受領についての特段の合意がない限り、上記売却代金につき、債権者が有する残債権額と保証人が代位によって取得した債権額に応じて案分して弁済を受けるものと解すべきである。なぜなら、この場合は、民法502条1項所定の債権の一部につき代位弁済がされた場合（前掲最高裁昭和60年5月23日第一小法廷判決参照）とは異なり、債権者は、上記保証人が代位によって取得した債権について、抵当権の設定を受け、かつ、保証人を徴した目的を達して完全な満足を得ており、保証人が当該債権について債権者に代位して上記売却代金から弁済を受けることによって不利益を被るものとはいえず、また、保証人が自己の保証していない債権についてまで債権者の優先的な満足を受忍しなければならない理由はないからである。】¹⁴⁾

↘山本克己＝小久保孝雄＝中井康之・編『基本法コンメンタール・破産法』（別冊法学セミナー233号，2014年）240頁（青木哲）。

14) 本件に関する判例研究等として、次の文献がある。中村也寸志・『最高裁判所ノ

2.2 法制審議会民法（債権法）部会の議論

(1) 民法（債権法）改正検討委員会の提案

民法（債権法）改正検討委員会が平成21年3月末にとりまとめた「債権法改正の基本方針」は¹⁵⁾、一部代位について、次のような規律を提案した¹⁶⁾。

【3.1.3.14】〈2〉「一部が弁済される前の債権の効力として認められた権利、担保物権、保証債権その他の担保として債権者が有していた権利は、一部弁済の価額に応じて、一部代位した者（以下、「一部代位者」という）と債権者に共同で帰属する。ただし、債権者は単独で〔権利〕を行使することができ、一部代位者は債権者の同意なしに〔権利〕を行使することができず、〔権利〕行使の結果について、一部代位者は債権者に劣後する。」

その解説によれば、念頭に置かれているのは、担保権の実行と担保権実行手続における配当である。「抵当権等の担保権の実行以外の権利行使について、抵当権等の担保権の実行と同様の規律とするのが妥当であるかについては、なお検討を要する」とされていた¹⁷⁾。一部代位者の求償権との関係については、まだ言及はない。

∟判例解説民事篇平成17年度（上）』（法曹会，平成20年）91頁（注13に引用の最判昭和62年の場合との区別を強調する），生熊長幸・NBL 805号（2005年）10頁（原債権者優先主義を支持しつつ，判旨に賛成），潮見佳男・銀行法務21第645号（2005年）54頁，丸山絵美子・法学セミナー605号（2005年）124頁，濱田芳貴・金商判例1215号（2005年）2頁（判旨に賛成），安永正昭・ジュリスト平成17年度重要判例解説（臨時増刊1313号，平成18年）80頁，佐久間弘道・金融法務1759号（2006年）40頁。

15) そこでは，任意代位（弁済をするについて正当な利益を有しない者が弁済することによる代位）制度の廃止が予定されていた。しかし，改正法では同制度は結局残された。この代位について，債権者の同意は不要とされた点が旧来と異なるが，民法467条が準用される点は旧来と同じである。新499条・500条参照。

16) 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Ⅲ 契約および債権一般（2）』（商事法務，2009年）35頁。

17) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲（注16）36頁

(2) 部会資料 10-2

平成22年3月23日に開催された民法（債権関係）部会¹⁸⁾第6回会議において、三上徹委員¹⁹⁾から、「保証におきましても、求償権、なかんずく一部保証履行しかしていない場合の求償権の主債権に対する劣後の判例理論の明文化を御検討いただきたい」との意見が出された²⁰⁾。一部弁済者が代位する「原債権」ではなく「求償権」自体の劣後化を求める意見として注目される。これが次の部会資料の関連論点になった。

18) 法制審議会の中の部会である。部会の下に3つの分科会が置かれた。以下では、「民法（債権関係）部会」は単に「部会」と略す。部会の議事録（PDF版）及び部会資料（PDF版）は、法務省のWebサイトに掲載されており、〈http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_saiken.html〉から辿ることができる。これは、「部会第m回会議議事録」（PDF版）nn頁の形式で引用する。また、部会資料は、「部会資料 pp」（PDF版）qq頁の形式で引用する。また、部会会議議事録と部会資料をまとめた本が商事法務から発刊されている。これは、「商事法務編『民法（債権関係）部会資料集〈第m集〉第n巻〉（yyyy年）pp頁」の形で引用するのが正規であるが、「商事法務『資料集第m集第n巻』pp頁」の形に簡略化して引用する。頁番号は、各頁上部に付されている通し頁番号を記した。

法制審議会の部会資料と部会会議録は、新法を理解する上で最も重要な資料である。それがこのように公開されたことについて、関係者に深く感謝したい。

19) 株式会社三井住友銀行法務部長。

各委員・幹事・関係官について、その発言を最初に引用するときに、氏名を記し、かつ、その所属を注に記した。立法過程は利害の調整過程であり、各委員等の発言はその所属を知ることによってよりよく理解できるからである。大学の研究者は、中立的な立場から発言するのが通常であるから、その所属を記す必要性は低い、統一性確保のために、その所属も記すことにした（役職名は省略した）。

20) 「部会第6回会議議事録」（PDF版）56頁、商事法務『資料集第1集第1巻』349頁（なお、滝澤・前掲（注13）23頁も「一部弁済にとどまる場合には、連帯保証人の求償権は、判例上、債権者の残債権に劣後すると解されている」と述べ、その趣旨の判例として先例〔2〕を挙げている（29頁注13））。しかし、先例〔2〕は、狭義の原債権者優先主義を採用したものである（原債権を被担保債権とする抵当権の実行による不動産の代金について、求償権を行使しても優先弁済を受ける余地はない）。一部代位者による求償権の行使と原債権の行使とは明確に区別されるべきである。そして、広義の債権者優先主義を採用した最高裁判例があるかは疑問である。この発言は、「判例が狭義の原債権者優先主義を採用しているの、その趣旨を貫徹するために、広義の原債権者優先主義を定める規定を求めたい」との趣旨に理解してよいと思われる。

平成22年4月27日に開催された部会第8回会議に提出された部会資料10-2「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（5）詳細版」では、「11 弁済による代位（民法第499条から第504条まで）」の中の「（4）一部弁済による代位の効果の見直し」の中で、次の検討事項が提示された。

「一部弁済による代位者は、「弁済した価額に応じて、債権者ととともにその権利を行使する」（民法第502条第1項）のであるが、この条文の文言からは、抵当不動産からの配当上、債権者と代位者との優先関係がどうなるかが必ずしも明らかではないところ、判例は債権者が優先するとし、学説上も、判例の結論を支持する見解が有力である。

そこで、このような判例法理を条文上明規すべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。²¹⁾

「関連論点」の中で、「求償権並びに代位によって取得した原債権及びその担保権」を「求償権等」と総称し、「保証人が取得する求償権等は、債権者の有する原債権に劣後し、債権者が原債権の全額の弁済を受領するまで、保証人は求償権等を行使することができないこととすべきである」との考えを条文上明規することについて、どのように考えるかとの論点が提示された²²⁾。

この部会資料が提出された第8回会議では、上記の検討事項についても関連論点についても目立った議論はなされていない²³⁾。

(3) 部会資料 22

平成23年1月25日に開催された部会第22回会議に提出された部会資料22「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理のたたき台（2）」では、部会資料10-2で示された検討事項「（4）一部弁済による代位の効果の見直し」を維持しつつ、この関連論点が検討事項に格上げされた。すなわち、「（3）

21) 「部会資料10-1」（PDF版）10頁，商事法務『資料集第1集第2巻』354頁。

22) 「部会資料10-1」（PDF版）10頁以下，商事法務『資料集第1集第2巻』354頁以下。「部会資料10-2」（PDF版）35頁以下に補足説明があるが，補足説明では求償権との関係には言及がない（商事法務『資料集第1集第2巻』401頁以下）。

23) 「部会第8回会議議事録」（PDF版）30頁以下，商事法務『資料集第1集第2巻』104頁以下参照。

一部弁済による代位の要件・効果の見直し」の中で「イ 保証債務の一部を履行した場合における債権者の原債権と保証人の求償権の関係」の見出しの下で、次の検討事項が提示された²⁴⁾。

「保証債務の一部を履行することにより、保証人は、求償権を取得するとともに、一部弁済による代位によって、原債権及びその担保権を行使し得ることになるが（求償権並びに代位によって取得した原債権及びその担保権を「求償権等」と総称する。）、この場合に保証人が取得する求償権は、債権者の有する原債権に劣後し、債権者が原債権の全額の弁済を受領するまで、保証人は求償権等を行行使することができないこととし、その旨の明文の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。」

第22回会議では、一部弁済の場合の代位について目立った意見は出されなかった²⁵⁾。

(4) 中間的論点整理とパブリックコメント

平成23年4月26日開催の部会第26回会議において「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」の確定と公表に関する決定がなされ、平成23年6月1日から同年8月1日までの期間、パブリックコメント手続に付された。論点整理とパブリックコメントの概要を紹介しておこう²⁶⁾。

(a) 論点整理の「第17(3) 一部弁済による代位の要件・効果の見直し」の「ア 一部弁済による代位の要件・効果の見直し」は、原債権のために担保権が設定されている場合に関するものである。担保権実行手続における原債権者優先主義の明文化および担保権の実行権限の明文化（一部代位債権者は原債権者と共同してのみ実行できるとすること、原債権者は単独で担保権を実行できるとすること）の提案がなされた。意見照会手続において提出された意見を

24) 「部会資料22」(PDF版) 16頁以下、商事法務『資料集第1集第6巻』435頁以下。

25) 「部会第22回会議議事録」(PDF版) 23頁以下、商事法務『資料集第1集第6巻』94頁以下で「10 弁済による代位」が議論されているが、一部代位についての意見はない。

26) 本文の(a)(b)について、「部会資料33-3」(PDF版) 316頁以下、商事法務『資料集第2集第2巻(中)』159頁以下参照。

見ると、原債権者優先主義の明文化については賛成が多かった。担保権実行権限の問題のうち、原債権者の単独実行権については肯定意見が多かったが、一部代位債権者の実行権限の制約については、慎重論があった。

(b) 一部代位弁済をした求償権者と原債権者との関係については、連帯債務の場合と保証の場合とに分けて検討事項が示された。

(b1) 連帯債務 「イ 連帯債務の一部が履行された場合における債権者の原債権と一部履行をした連帯債務者の求償権との関係」については、「求償権並びに代位によって取得した原債権及びその担保権」を「求償権等」と総称した上で、次のような提案がなされた：「連帯債務の一部を履行した連帯債務者が取得する求償権は、債権者の有する原債権に劣後し、債権者が原債権の全額の弁済を受領するまで、当該連帯債務者は求償権等を行使することができないことを条文上明確にするかどうかについて、検討してはどうか。」

この提案に対しては、与信業務を行う会社の団体（全国銀行協会、日本クレジット協会及び全国信販協議会法制部会）並びに一部の弁護士会からは賛成意見が寄せられた。しかし、比較的多くの弁護士会は慎重意見ないし反対意見を述べた。

最も明確な反対意見は、福岡弁護士会の次の意見である：「原債権の行使について原債権者からの掣肘を受けることは致し方ないとしても、特約のない限り、求償権の行使についてまで制約を受ける必然性はないであろう（求償権に関して、債務者に督促し、訴訟を提訴し、強制執行でき、破産財団にも配当要求できる。）」。日本弁護士連合会も同趣旨の意見を述べた。最高裁は、「求償権を原債権に劣後させることについては、実務に与える影響が大きくその必要性が明らかでないという意見があった。」と述べた。日本大学法学部法学研究所民事法研究会・商事法研究会の意見も紹介しておこう：「連帯債務者の有する求償権等は、債権者が原債権の全額弁済を受けるまで行使できないとの見解は、破産法第104条第3項・第4項の趣旨に近い。破産手続の場合には、限りある配当原資の中で連帯債務者と債権者のいずれが先に弁済を受けるべきかを考慮する必要がある。しかし、まだ連帯債務者の一人、あるいは数人に破産手続が開始していない場合には、債権者が全額弁済を受けていない段階であっても、

既に一部履行した連帯債務者は求償権を行使できてよいのではないか。平常時と破産時とはやはり異なるため、債権者が全額弁済を受けるまで連帯債務者の求償権が劣後されてしまうことには疑問を呈したい。」

(b2) 保証 「ウ 保証債務の一部を履行した場合における債権者の原債権と保証人の求償権の関係」についても、同様の提案がなされ、与信業務あるいは回収業務を行う会社の団体（全国銀行協会、日本貸金業協会、日本消費者金融協会、全国サービサー協会及び農林中央金庫）並びに一部の弁護士会からは賛成意見が寄せられたが、比較的多くの弁護士会と最高裁判所は慎重意見ないし反対意見を述べた。金融取引において保証人の立場に立つ全国信用保証協会連合会も反対意見を述べた。

賛成意見の内でも最も詳細であるのは、農林中央金庫の意見であり、その大要は次のとおりである：実務上は求償制限特約が締結されているのが通常である；もし、一部のみ保証債務を履行した保証人が求償権を行使できるとすると、金融機関は、当該保証人に先んじて債務者からの回収を急ぐことになり、債務者に酷な結果となる；少なくとも実務上行われている保証人と債権者との間での求償権制限特約に関し、当該特約は保証人と主債務者又は保証人間でも有効であることを明確にすべきである；なお、債権者が一部のみ弁済を受け、残債権についていつまでも債権を放棄しない場合には、一部代位した保証人は求償権を行使し得ず、保証人の利益が害されるという問題は生ずるが、金融機関の実務上、保証人から一部のみ履行を受けた貸付金について、金融機関が更に債務者に弁済の請求を行うかどうかは、債務者の資力など、種々の事情を勘案した上で決定している。

消極意見の多くは、連帯債務者の求償権に関する提案に対する意見と同様なものである。ここでは、全国信用保証協会連合会の意見を紹介しておこう：「仮に条文上明確にするとしても任意規定とすることとし、これと異なる特約がある場合はその特約が優先することとして欲しい。信用保証協会実務では、信用保証協会と金融機関との間の特約により、根抵当権の極度額のうち信用保証協会が優先する部分を取り決めている場合が多く、裁判所から配当を受領す

る場合は、この特約を上申書として提出することにより、原債権者たる金融機関に優先して配当を受領している。」

(5) 部会資料39と部会第47回会議の議論

平成24年5月22日開催の部会第47回会議に提出された部会資料39「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（11）」では、求償権の劣後化の論点は除外され、一部代位者に帰属する原債権についての次の規定案が提示されるにとどまった。

〔(1) 債権者は、単独で原債権の権利等を行することができるものとする。

また、代位者は、債権者の同意を得て、原債権の権利等を行することができるものとする。

(2) 原債権の権利等の行使によって得られる担保目的物の売却代金その他の金銭については、債権者が代位者に優先するものとする。〕²⁷⁾

求償権の劣後化案を放棄した理由について、補足説明は次のように述べている。「債務者について破産手続開始の決定があったときは、当該破産手続において、一部弁済をした連帯債務者等の求償権の行使は制限されているが（破産法第104条）、破産手続開始の決定前においても、連帯債務者等による求償権の行使を制限する必要性は、必ずしも明らかにされていない。また、連帯債務者等以外の第三者が弁済し、求償権を取得する場合にも、上記の提案と同様の法律関係が生ずるが、連帯債務者等の求償権の行使のみが制約され、その他の第三者が弁済により取得する求償権の行使については制約されないという結論の妥当性も問題となるように思われる。〕²⁸⁾

部会第47回会議において、原債権に付されている保証との関係について意見が出されているので、部会資料の中のこれに関する補足説明を紹介しておこう。例えば、GのSに対する1000万円の債権についてHとIが連帯保証人になり、Iが700万円を弁済したとしよう²⁹⁾。この場合に、Iは、Sに対して700万円の

27) 「部会資料39」(PDF版) 54頁, 商事法務『資料集第2集第6巻』395頁。

28) 「部会資料39」(PDF版) 59頁, 商事法務『資料集第2集第6巻』400頁。

29) 補足説明の中では、具体例が示されていない。本文に挙げた例が適例であると

求償権を有するとともに、Hに対しても、自己の負担部分を超える200万円について求償権を有する。この求償権の確保のために、IはGがHに対して有していた1000万円の保証債権の一部を代位取得する³⁰⁾。この場合について、補足説明は次のように述べる。

「この場合における代位者の権利行使について原債権者の同意を不要とすることも考え得るが、保証人に対する履行請求をするかどうかについても原債権者の意思を尊重するのが相当であるとする立場から、本文では、特に例外ルールを設けることを提案していない。なお、これは、代位者が、債権者の同意がなければ、保証人に対して請求することができないということの意味するにとどまり、債権者が残債権の全額の弁済を受ける前に、保証人は代位者に対して弁済することができる应考虑すべきである。これは、債権者の同意の有無によって、保証人に誤弁済の危険を負担させることは適当ではないという考慮に基づくものである。そして、この場合には、代位者は、受領した金額を債権者に対して償還する義務を負うと考えられる³¹⁾。また、原債権者と代位者による権利行使が保証人の特定の財産に対して競合した場合で

ゝいうつもりはなく、この例で考えてもよいであろうという程度の設例である。他に次のような例が想定される。特約により、複数の保証人のうちの一人が負担部分を負ず、代位弁済額の全額を他の保証人に求償できる場合。なお、主債権者に対して保証債務等を負わない第三者が一部代位弁済する場合については、検討すべき論点がいくつかあるので、本文において設例として用いなかった。

30) Iが代位取得して行使することのできる保証債権が、求償権の範囲内である200万円であるのか、それとも代位弁済額700万円に相当する保証債権を代位取得して求償権の範囲内で行使することができるのか、あるいは求償権の満足に至るまで行使することができるのかについては、見解は分かれる。ここでは、その点に立ち入る必要はなく、補足説明もこの点には立ち入っていないので、「保証債権の一部を代位取得する」との記述にとどめておく。

31) この部分の理解に若干とまどっている。一部代位者が原債権者に対して残債務を負っている場合には、その義務を問題にすれば足り、《保証人から金銭を受領した一部代位者が原債権者に対して償還義務を負う》とする必要はないからである。ただ、例えば消滅時効との関係で、独立の請求権を觀念するのがよいとの趣旨であるのかも知れない。また、物上保証人のように、原債権者に対して債務を負わない者が一部代位者になる場合について、一部代位者が原債権者の同意を得ずに原債権を行使して得た弁済金の返還義務が想定されているのかも知れない。

あるとか、保証人が倒産した場合においては、それぞれの配当の場面で、原債権者と代位者の債権額を合算した額に対する配当の中から、原債権者は代位者に優先して満足を得ることができることになると考えられる（本文ア②参照）。³²⁾

この説明の最後の「保証人が倒産した場合」について、部会第47回会議の中で、中井康之委員³³⁾から、「原債権者が持っている債権と代位者が持っている原債権があるわけで、それを開始時点ではそれぞれ本来行使できるはずのものを、結論として原債権者が代位者に優先して満足を得る、その合算額全部が原債権者に配当されると記載しているものですから、やはり現在の規律を変えるということになるのではないのでしょうか」との質問が出された³⁴⁾。これを受けて、山本和彦幹事³⁵⁾が、「合算額で計算をして債権者が代位者に優先することになるので、今の規律とは違いますよね。開始前に弁済していてもそうなるということになるというふうに変えるのだなと私は理解していました」と述べた³⁶⁾。もっとも、中井委員の質問に先立って、松尾博憲関係官³⁷⁾は、「現在の破産法の104条を変えるかどうかについては十分に考えてはいなかったのですが、理解が不十分であれば、御教示いただけると幸いです」と述べており³⁸⁾、破産法104条の規律が変更されることになることを明確に意識して新規定を設けたというのより、新規定を破産の場面に適用すると、中井委員や山本（和）幹事が述べるような結果になることが一つの可能性として確認されたと思われるべきであろう³⁹⁾。

32) 「部会資料39」(PDF版)58頁以下、商事法務『資料集第2集6巻』399頁以下。

33) 弁護士（大阪弁護士会所属）。

34) 「部会第47回会議議事録」(PDF版)22頁以下、商事法務『資料集第2集6巻』90頁以下。

35) 一橋大学教授

36) 「部会第47回会議議事録」(PDF版)23頁、商事法務『資料集第2集6巻』91頁。

37) 法務省民事局付。

38) 「部会第47回会議議事録」(PDF版)22頁、商事法務『資料集第2集6巻』90頁。

39) 本文に引用した山本（和）幹事の発言に続く次の発言を踏まえると、「この会議の限りで確認された」と理解してよいであろう。中井委員：「それを変わるという趣旨であれば、そういう趣旨と理解します」。鎌田部会長：「そこは今の御ア

原債権者優先主義は、民事執行手続や破産手続においては、原債権者に帰属する原債権部分と一部代位者に帰属する原債権部分の合算額に対する配当額を定め、その配当額を先ず原債権者にその債権額に満つるまで与え、余剰があれば一部代位者に与えるという方法で実現される。原債権者優先主義のこの実現方法を「合算主義」とよぶことにする。

(6) 第1分科会第5回会議

平成24年7月24日に開かれた第1分科会第5回会議では、部会資料39及び部会資料43に基づき、合算主義の適用範囲が議論された。中井委員が、合算主義が特定財産を対象とする抵当権実行手続に適用されことについては問題はないが、「保証債権の保証人が倒産した場面まで一般的に広げるのが適当かということについては、なお検討の余地があるのではないか」との意見を述べ⁴⁰⁾、倒産手続においては、「開始前に一部弁済した場合は、原債権者と代位者がそれぞれ債権額に応じて配当加入ができる、開始後に一部代位弁済したときは、開始時点における額で固定するという現行法の考え方でよろしいのではないか」との方向を示した⁴¹⁾。考慮されるべき要因として、次のことを挙げた。(α)もし破産手続も対象になるのであれば、現在の実務を変えることになるから、「倒産法の104条等」を変えないと実務が変わらない可能性があること、(β)倒産場面においてまで合算主義を貫く必要があるとはいえないこと⁴²⁾、(γ)事務的に大変になること⁴³⁾。

↘指摘の趣旨でよろしいですか」。松尾関係官：「はい」。PDF版23頁，商事法務・前掲91頁。

40) 「第1分科会第5回会議議事録」(PDF版)24頁。

41) 「第1分科会第5回会議議事録」(PDF版)25頁。

42) 以上の2点について、「第1分科会第5回会議議事録」(PDF版)25頁。

43) 「第1分科会第5回会議議事録」(PDF版)26頁。「事務的に大変」ということの趣旨は、おそらく、求償権者と原債権者の双方から債権の届出があった場合に、両債権の関係を調査する必要があるとの趣旨であろうと思われる。そこでは、まず、求償権者が原債権の代位部分を届け出た場合に、原債権者から原債権の届出がないかをチェックする必要があるが生ずる。次に、原債権者の原債権が求償権者の求償権に優先することを前提にするならば、一部弁済者から求償権が届け出られた場合〆

山本（和）幹事からは、破産法104条等が「弁済者は一部しか弁済していないわけですから、それは元の債権者の権利を、代位者に比べれば、より強く保護するという考え方」に基づいていると説明されていることに鑑みれば、「倒産手続開始前にも同じ説明が妥当するんだと実体法で言われるのであれば、それは別に私はそれほど大きな違和感を感じない」との意見を述べた⁴⁴⁾。そして求償権との関係について、求償権者が「求償権のほうを行使すれば、それは全く別々で債権額の割合になります」というのであれば、それは疑問であると述べた⁴⁵⁾。畑瑞穂幹事⁴⁶⁾も、提案されている考えを採るのであれば、「開始時現存額主義は変更されることにならざるを得ない」との感想を述べた⁴⁷⁾。

三上委員は、「全部義務者は、代位によって得た配当も、いずれはまた債権者に対して保証履行等で、自分の債務として弁済しなければならないので、その循環を防ぐという意味で主債権者優先」でよく⁴⁸⁾、また「保証約定書などの適用がある範囲だと、代位によって取得した権利は、原債権が残っている間は行使しない、ないしは無償で譲るという契約になってい」るのでよいが⁴⁹⁾、「抵当物件の第三取得者のような者が出てきて、一部代位権を取得したというようなケース」では、金融機関と契約関係にあるわけではないから、その場合

ゝにも、原債権者から原債権の届出がないかをチェックする必要が生ずる。さらに、原債権の利率よりも求償権の利率の方が高く設定されている場合には、代位弁済後・破産手続開始前までの求償権の利息債権のうちで原債権の利息債権によってはカバーされない部分を明らかにし、その部分の利息債権による破産手続参加を許す必要がある。中井委員の発言は、こうした点の負担を想定したものと推測されるが、その負担が「事務的に大変」という程に大きいというべきかは、よく分からない。

44) 「第1分科会第5回会議議事録」(PDF版)25頁。

45) 「第1分科会第5回会議議事録」(PDF版)26頁。

46) 東京大学教授。

47) 「第1分科会第5回会議議事録」(PDF版)31頁。ただし、「今回の債権法の改正に伴って、急に開始時現存額主義は変わりましたと言われると、多分世の中の多くの倒産法関係者はかなり驚く」と思われるので、「開始時現存額主義を変えるんだということをよりはっきり書いて、それについてパブリックコメントに付す」方がよいとの意見を付している(同前31頁)。

48) 「第1分科会第5回会議議事録」(PDF版)26頁。

49) 「第1分科会第5回会議議事録」(PDF版)26頁以下。

も含めて、「この際、こういう優先劣後関係を明確化、求償権も含めて、一貫したルールとして明確化していただきたい」との意見を述べた⁵⁰⁾。

これに対して、松尾関係官は、「債務者が代位者に対して普通に弁済してしまった場合に」、「求償権についての弁済であったと考えれば、少なくともこの提案は、求償権については劣後しないということが前提なので、受け取った金額を引き渡す義務は負わないということになる」と説明した⁵¹⁾。内田貴委員⁵²⁾も、一部代位者が原債権を行使することと「求償権を自分で行使することとは別の問題」⁵³⁾であるとの立場に立ち、「求償権の行使において原債権に劣後するということを民法に書くと、なかなかすごい規定になる」⁵⁴⁾との意見を述べた。

(7) 部会資料55および中間試案

平成25年1月15日に開かれた部会第66回会議に提出された部会資料55「民法(債権関係)の改正に関する中間試案のたたき台(3)(概要付き)」では、一部弁済による代位について、次の提案がなされた⁵⁵⁾。

「民法第502条第1項の規律を次のように改めるものとする。

ア 債権の一部について第三者が履行し、これによって債権者に代位するときは、代位者は、債権者の同意を得て、その弁済をした価額に応じて、債権者ととともにその権利を行使することができるものとする。

イ 上記アのとときであっても、債権者は、単独でその権利を行使することができるものとする。

ウ 上記ア又はイに基づく権利の行使によって得られる担保目的物の売却代金その他の金銭については、債権者が代位者に優先するものとする。」

ウについて、「概要」の中で、次の説明がなされた。「本文ウは、一部弁済に

50) 「第1分科会第5回会議議事録」(PDF版)27頁。

51) 「第1分科会第5回会議議事録」(PDF版)27頁。

52) 法務省経済関係民刑基本法整備推進本部参与。

53) 「第1分科会第5回会議議事録」(PDF版)29頁。

54) 「第1分科会第5回会議議事録」(PDF版)29頁。

55) 「部会資料55」(PDF版)42頁。

よる代位の効果について、抵当権が実行された場合における配当の事例で債権者が優先すると判断した判例（最判昭和60年5月23日民集39巻4号940頁，最判昭和62年4月23日金法1169号29頁）を，抵当権以外の権利行使にも一般化して明文化するものである⁵⁶⁾。

その備考において、「破産法における開始時現存額主義（破産法第104条）との関係」について，次の説明が付記された。

「本文の規律を倒産手続開始決定後に及ぼすとすると，例えば，保証人の一人が債務の一部を弁済したことによって，他の保証人に対して代位することができる場合において，他の保証人について破産手続開始の決定があったときは，配当の場面で，原債権者と代位者の債権額を合算した額に対する配当の中から，原債権者は代位者に優先して満足を得ることになるはずであるが，この考え方は，破産手続開始決定前に一部弁済があった場合には，原債権者と代位者がそれぞれ権利を行使することができ，平等に配当を受けることができるという破産法第104条の規律と抵触するおそれがある。

もっとも，倒産手続開始決定後以外の場面では現在も本文ウの規律が妥当しているという理解に立つと，本文のように民法第502条を改めたとしても，破産法の現在の規律は，倒産時における取扱いを定めるものとして，一定の合理性があると言える。そこで，仮に本文のように民法第502条を改めるとしても，当面，破産法の規律については，本文の規律の特則として現状を維持することを想定している。」⁵⁷⁾

第66回会議においては，山本（和）幹事が大要 次のように意見を述べた：「代位者が債権届出をする場合には，アの規律によって債権者の同意を得なければならないとすると，あるいはウの規律で債権者の同意があつて届出をした場合であっても，元の債権者が代位者に優先するということと考えたとしても，破産法104条と別に矛盾するわけではない」；「また，求償権を届け出る場合には，私の理解では（3）の規律は求償権には適用はされないという理解だと思

56) 「部会資料55」(PDF版) 43頁。

57) 「部会資料55」(PDF版) 43頁。

いますので、そうであるとすれば、破産の場合も求償権を届け出る場合にはアとかウ、債権者の同意とか、あるいは優先劣後の関係というのは適用にならない」；そうだとすれば、「この（備考）の書き方は決めすぎというか、そこまで決めなくても、この規律があることを前提として、あとは破産法104条の解釈に委ねていただく」方がよい⁵⁸⁾。

平成25年7月4日補訂の「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」においても、上記の本文及び概要について変更はない。しかし、備考は削除された。そして、補足説明において、「一部弁済によって代位により取得した権利の破産手続開始決定後における行使の在り方については、破産法第104条の解釈の問題として、破産法の議論に委ねることを前提としている」と記された。

一部代位の問題が次に取り上げられたのは、部会資料62においてであるが、中間試案からの変更はない。

(8) 部会資料70A・部会資料71-4

平成25年11月19日に開かれた部会第80回会議に提出された「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（5）」では、前記「中間試案のたたき台（3）」のアの冒頭部分は、「債権の一部について代位弁済があったときは、」に変更されたが、それ以外の変更はない（ただし、各文末の「ものとする」が削除された）。

同会議に提出された「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」に対して寄せられた意見の概要（各論3）」をみると、ウについては、多くの意見が賛成している⁵⁹⁾。【その他】で挙げられている意見のうちで特に重要なのは東京弁護士会倒産法部会の大要次の意見である：中間試案の規定は、開始前に従業員の労働債権を弁済した者が、従業員らに代位して財団債権としての支払を求めた事案において、代位者による財団債権行使を認めた最判平成23年11月22

58) 「部会第66回会議議事録」(PDF版) 46頁以下。

59) 「部会資料80-2」(PDF版) 206頁。

日民集65巻8号3165頁の判例法理と実質的に抵触するおそれがある⁶⁰⁾⁶¹⁾。この問題は、おそらく、債権者に弁済義務ないし責任を負わない者が一部弁済した場合にも、ウの規律は適用されるのではないかという問題であろう。部会の議論を見る限り、原債権者優先主義は、一部代位者が原債権者に対して引き続き弁済義務を負っている場合ないし弁済責任を負った債務が残存している場合に関する規律である。これに該当しない者の一部弁済については、ウの規定は適用されないと考えてよいと思われるが、そのことが中間試案の文言に現れていないことが問題にされたと理解してよいであろう。

第80回会議では一部代位の問題は、格別議論されなかった。

(9) 部会資料80-2 と部会第92回会議

平成26年6月24日に開催された部会第92回会議に部会資料80-2「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その2）」が提出されたが、中間試案から変更はない。会議では、中井委員から次の質問が出された：（ α ）ウの規律は、担保の目的となっている財産の場合だけの規律なのか、破産手続が開始した場合に実体的にこの優先劣後関係があるというところまで意味するのか；（ β ）現行破産法における開始時現存額主義は変更されるところまで含意されているのか；（ γ ）求償権であれば原債権者と求償権者が割合的に請求できるが、求償権を担保するために与えられた原債権を行使すると原債権者が優先することになる点に違和感がある。

これに対して、松尾関係官が次の趣旨のことを答えた：（ α' ）担保権実行の場面に積極的に限定しようとする趣旨ではないが、判例法理の一般化の当否、特に破産手続が開始した場合については「いろいろと御意見を承っていた所だ

60) 「部会資料80-2」(PDF版) 207頁。

61) この外に次の意見がある。（ α ）ウの規律を任意規定とすることを求め、同規律とは異なる「信用保証協会と金融機関との間の特約」が有効になることを求める全国信用保証協会連合会の意見。この意見通りになると思われる。（ β ）「金融実務上行われている保証人と債権者との間での求償権制限特約に関して、保証人と主債務者間又は保証人間でも有効であることを明確にすることが望ましい」とする農林中央金庫の意見。

と思いますが、その議論の経緯に基づく整理は今も変わらない」；(β') 開始時現存額主義の議論は、求償権を行使した場合のルールであり、一部弁済による代位に関する規律は弁済による代位によって得られた原債権を行使した場合に関するものであるから、開始時現存額主義は引き続き維持されるが、あえて原債権を行使したというような場合があれば、それは違うルールになってくる可能性がある⁶²⁾；(γ') 原債権は代位によって取得した債権者の権利にすぎないから、それを行使する場合には債権者に劣後するのはしようがなく、本来的な権利である求償権を行使する場合には、自分の権利として平等に弁済を受けられることになるという結論は正当化することができる、という議論がなされた⁶³⁾。

鎌田薫部会長⁶⁴⁾ が、次のように補足した：一部代位に関する規定を担保権実行以外で使う場面が生ずるかは相当に疑問であるが、考え方としては、オープンな考え方を採れるような素案になっている⁶⁵⁾。

(10 要綱案

平成26年8月26日に開催された部会第96回会議に提出された「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（案）」では、中間試案からの変更はなく、「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（案）補充説明」においても特に説明はなされていない。確定した「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」でも変更はなく、「要綱案原案」を経て「要綱案」に至った⁶⁶⁾。

62) 山本（和）幹事もこの説明を確認した（「部会第92回会議議事録」（PDF版）50頁）。

63) 以上、「部会第92回会議議事録」（PDF版）49頁—50頁（α・β）、及び51頁—52頁（γ）。本稿において重要となる（γ'）は52頁。

64) 早稲田大学教授。

65) 「部会第92回会議議事録」（PDF版）50頁。

66) (α) 平成26年12月16日開催の部会第97回会議に提出された部会資料84-1「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（その1）」（PDF版）42頁；改正個所の新旧対照表として、部会資料84-2「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（その1）参考資料」がある；部会資料84-3「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（その1）補充説明」では言及がない。(β) 平成27年2月10日ノ

2.3 新502条の検討

(1) 原債権者優先主義（新502条3項）の根拠

一部代位弁済がなされた場合に、弁済者は弁済額に応じて原債権者ととも原債権を行使することができるが、最高裁は、原債権のために抵当権が設定されていて、その抵当権の実行による代金からの満足について、原債権者が一部代位者に優先するとした。新502条3項は、この規律を他の場合に一般化しようとした。

立案段階では、原債権者に対して全部義務を負う者が一部代位弁済をなす場合を念頭において、一部代位者は原債権者に対してなお弁済義務を負っているのであるから、原債権者の権利は代位者の求償権にも優先すべきであるとの見解（広義の原債権者優先主義）が主張された。そこでは、(α) 一部代位者の求償権の行使をあらゆる場面で制約するかのよう文言になっていたが、真に意図されていた（必要とされていた）ことは、抵当権実行手続であるとか強制執行手続や破産手続といった一定の債権実現手続の中で原債権者と一部代位者が競合的に権利行使をする場合について、前者の権利を後者の権利（求償権を含む）に優先させることであったようにも思われる。そして、広義の原債権者優先主義は、(β) 《一部代位者は原債権者に残債務を負っているのであるから、一部代位者が主債務者から得る金銭は、求償権行使の結果であるか原債権行使の結果であるかを問わず、原債権者に対する残債務の弁済に充てられるべきである》ことを主たる論拠としている。さらに、立案段階の議論に現れているわけではないが、次のことも考慮されるべきであろう：(γ) 一部代位者が主債務者に対して原債権と関係のない債権を有している場合に、その債権まで原債権者に属する原債権部分に劣後させられるいわれはないが、一部代位弁済者が取

▽開催の部会第99回会議に提出された部会資料88-1「民法（債権関係）の改正に関する要綱案（案）」（PDF版）42頁；変更がないので、部会資料88-2「民法（債権関係）の改正に関する要綱案（案）補充説明」で言及はない。(γ)「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」（PDF版）42頁。

得した求償権や原債権は、一部代位者が主債権者に対して負っている債務の履行の結果生ずるものであるから、原債権者が有する原債権に劣後させても不公正にはならない；その劣後化は、一部代位弁済により取得された求償権や原債権を売却したり、担保として利用したりすることを困難にし、したがって、その財産的価値を低下させることになるが、その劣後化は一部代位者が主債権者に対して負っている債務の履行を完了すれば消滅するものであること、及び、求償権が原債権と密接な関連性を有し、第三者も求償権発生原因について説明を受ければその関連性を比較的容易に認識できるであろうこと（取引の安全が害される度合が低いこと）を考慮すれば⁶⁷⁾、その劣後化も已む得ないといつてよい。以下では、広義の原債権者優先主義の中核的理由付けである（β）を「連鎖弁済防止論」⁶⁸⁾とよぶことにしよう。

中間論点整理の段階で広義の原債権者優先主義が検討事項とされたが、前記（α）後段のような限定（同一の債権実現手続内での劣後化にとどまること）が示されないまま、むしろ、求償権と代位取得された権利とを一括して「求償権等」と総称して同列に扱い、代位取得された求償権は「債権者の有する原債権に劣後し、債権者が原債権の全額の弁済を受領するまで、当該連帯債務者は求償権等を行行使することができないことを条文上明確にする」との案がパブリックコメントの手続に付された。これに対して、強い異論が出されたため、その後は狭義の原債権者優先主義を明文化する方向で議論が進んだ。その過程で、破産法が採用する開始時現存額主義との関係が問題となった。狭義の原債権者優先主義が明文化されても、その根拠が連鎖弁済防止論である限り、破産手続開始前の一部弁済による一部代位者が求償権を行行使するときでも、原債権

67) 一部代位者が求償権の譲受人等に対して、原債権者に対する義務は全て履行済みであり、全部代位であるから劣後化は生じないとの虚偽の説明をする場合には、それを信じた譲受人は損害を被ることになるが、そのような事態は、求償権の発生に関する証拠書類を確認し、必要であれば原債権者に問い合わせることにより、十分防ぐことができよう。

68) 「二度手間防止論」「弁済循環防止論」あるいは「玉突弁済防止論」ということもできる。

者に残債務を負う代位者よりも原債権者が優先すべきであるとの解釈論が主張され、破産法104条の文言修正なしに開始時現存額主義が変更される方向に進む可能性がある。そこで、破産法の開始時現存額主義を変更するものではないことを確実にするために、(α) 一部代位者の求償権の行使は新502条によって制約されないとの理解が明示された。そうすると、新502条の規定を連鎖弁済防止論で説明することは困難になるので、原債権者優先主義の根拠は、(β) 《原債権は代位によって取得した債権者の権利にすぎないから、それを行使する場合には債権者に劣後するのはやむを得ない》との説明に置き換えられた。この説明を「**便乗者劣後論**」と呼ぶことにしよう。

連鎖弁済防止論は、「一部代位者が原債権者に残債務を負っていること」を内に含んでいる。これに対し、便乗者劣後論は、それを含んでおらず、また、当然の前提とするものではない。便乗者劣後論が部会で持ち出された際に「一部代位者が原債権者に残債務を負っていること」を前提にしているのか否かが明示されていれば議論がしやすいのであるが、その点が明示されているように見受けられない(注28も参照)。誤解の誘いを受けることを恐れつつも、便乗者劣後論はそのような前提を置かない説明であると仮定して、本稿の議論を進めることにしよう。

便乗者劣後論によると、新502条3項の正当化根拠として、代位者が原債権者に残債務を負っていることは必要ない。ここに問題が生ずることは、中間試案に対して東京弁護士会倒産法部会が述べた意見の通りである。すなわち、使用者が破産した場合に、労働者の有する賃金債権について労働者健康福祉機構などの第三者が一部代位弁済をしたとしても、もし特約がなければ、代位弁済者は賃金債権を財団債権として行使しようとしても、原債権者の同意が必要になり、同意を得ても原債権者に劣後することになる(財団債権といえども、財団不足になれば比例配分を強いられる(破産法152条1項)。その場合に一部代位者が代位弁済金をまったく回収できない事態が生じうる)。

これは不当であろう。このような結果になる原因は、次の点にある：(α) 弁済者代位の規定が適用範囲の広い一般的な規定であり、一部代位弁済者が原

債権者に対して残債務を負う場合にも、負わない場合にも適用される規定であるにもかかわらず、前者の場合に関する判例法理（原債権者優先主義）が後者の場合にも妥当すると読むことのできる文言で新502条が書かれた；（ β ）立案の最終過程において、原債権者優先主義の根拠付けとして、便乗者劣後論が提示され、部会の議論はこれで整理されていると説明された。

（2）要件論

先例〔2〕は、（ α ）代位者による競売申立てと（ β ）他者による競売申立て後の代位者による原債権行使とを区別し、後者は代位権不行使特約によって制約されないとした上で、原債権者優先主義を適用した。これら2つの場合は、利害状況が異なるのである。その相異に留意して、後者に関係の深い新502条3項と、前者に関係の深い1項・2項とに分けて、それぞれの要件を検討しよう。

（a）**新502条3項と債務残存の要件** 新502条3項については、解釈により要件を追加して、その適用範囲を限定する必要がある。その要件とは「一部代位者が債権者に対してなお債務を負っている場合には」という要件である（この要件を以下では「残債務の要件」あるいは「債務残存の要件」という）⁶⁹⁾。

69) 代位取得される原債権に対応する債務を「原債務」と呼ぶことにしよう。本文の「債務」は、「残存する原債務」ではなく、「原債権の消滅ないし代位取得をもたらす弁済をなす義務（債務）」を意味する。保証人が代位者である場合には保証債務であり、連帯債務者が一部代位者である場合には、彼自身の連帯債務である。代位者が一部保証人であり、一部保証債務を全部履行している場合には、残債務は存在しない。原債務者が例えば、主債務の5割を保証する一部保証人であり、代位者が全部保証人で保証債務の7割を履行している場合には、代位者の債権者に対する債務がなお残存する。物上保証人については、そのような債務を語ることはできない。彼は、物上保証に供した財産の範囲でのみ責任を負ったのだから、担保権が実行された後で、彼に「残存する原債務を消滅させる責任」があるということも適切でない。彼について原債権者優先主義が適用される根拠は、「彼が責任を果たした後に、なお責任対象であった原債務が残存していること」に求められるので、「責任に係る原債務の残存」がキーワードになる。

なお、物上保証人が一般財産から被担保債権の一部を弁済した場合については不可分性の原則（民法296条・372条等）も論拠にすることができるが、担保権が実行された場合については、この論拠を持ち出すことはできない。

物上保証の場合も含めて言えば、新502条3項が適用されるためには、一部代位者が（ α ）債権者の受けるべき残りの給付についても弁済義務（債務）を負っている場合、又は（ β ）残りの給付についても弁済責任を負っていた場合であることが必要である。ただ、以下では記述を簡略にするために、（ α ）の場合を中心に論ずる。

この規定について債務残存の要件を追加すべき理由は、次の点にある。

第1に、新502条3項は、先例〔2〕を明文化しようとしたものである。同判決は、原債権全部について物上保証をした者が一部代位弁済をした事例であり、同判決の判旨は、原債権者が有する債権全体について保証債務ないし物上保証責任を負った者が保証債務ないし保証責任を全部果たしたとは言えない場合に及ぶが、それ以上には及ばないと見るべきである。同判決は、その理由中で、弁済者代位の制度は、「代位者が原債権を取得することにより、債権者が不利益を被ることを予定するものではない」との趣旨を述べているが、その趣旨を便乗者劣後論のような形で一般化するのは適切でない。

第2に、原債権について代位弁済義務を負わない者が一部代位弁済をした場合には、原債権者はその代位弁済により原債権の回収について予定外の利益を十分に受けており、一部代位者が原債権者とともに原債権の帰属割合に応じて原債権の責任財産あるいは担保財産から弁済を受けること（その結果 原債権者の取り分が減少すること）は、同判決にいう「原債権者の不利益」には当たらないというべきである。換言すれば、同判決にいう「原債権者の不利益」は、《原債権者に対して残債務を負っている一部代位者が原債権の帰属割合に応じて原債権者と平等に弁済を受けることにより原債権者が受ける不利益》と解すべきである。

第3に、先例〔3〕は、1個の債権の一部弁済の事例に関するものではなく、根抵当権によって担保されている複数口の債権の1つのみの保証人がその債権の全部代位弁済をした場合に関するものであるが、この場合には、その保証人（代位弁済者）は、根抵当権によって保証された債権の帰属割合に応じて原債権者と平等に配当を受けることができるとした。その理由として次のことを挙

げた：(α)「債権者は、上記保証人が代位によって取得した債権について、(中略)保証人を徴した目的を達して完全な満足を得ており、保証人が当該債権について債権者に代位して上記売却代金から弁済を受けることによって不利益を被るものとはいえない」；(β)「保証人が自己の保証していない債権についてまで債権者の優先的な満足を受忍しなければならない理由はない」。この理由付けは、「保証人」を「第三者」に置き換えれば、そのまま第三者による一部代位弁済の場合に妥当する。もっとも、(α)の理由付けは、次のように言い換える必要がある：「債権者は、第三者が一部代位取得した債権について、第三者の代位弁済により予定外の（あるいは、本来期待することのできない）部分的満足を得ており、第三者が当該債権の一部について債権者に代位して上記売却代金から弁済を受けることによって不利益を被るものとはいえない」。

第4に、消極的理由ではあるが、新502条の立案過程の議論を見ても、債務残存の要件を積極的に排除することを伺わせる実質的な議論は見あたらない。便乗者劣後論によれば、この要件は追加されるべきでないことになろうが、便乗者劣後論は、求償権の行使が新502条によって制約されるのではないかとの懸念を払拭するために持ち出された理由付けであり、しかも、どちらかといえば形式的な理由付けである。債務残存の要件を追加すべきであるとの主張は、解釈論として許容範囲内のことと思われる⁷⁰⁾。

以下では、「新502条3項が適用されるためには、一部代位者の原債権者に対する債務が残存していることが必要である」との立場にたって、検討を進めることにする。

(b) 新502条1項・2項と債務残存の要件 他方、新502条1項の中の「債権者の同意を得て」という制約については、これも一部代位者が原債権者に対して残債務を負う場合を想定しての規定であると言うことは、次の理由により

70) そもそもにおいて、立法過程における議論は尊重されるべきであるが、法的拘束力を有するものではない。立法者は国会であり、立法者の意思は法律の文言又は国会の付帯決議の文言に表明された意思である。立案過程におけるさまざまな議論は、これに含まれない。最判平成19年12月18日民集61巻9号3460頁参照。

難しい。(α) 同意が必要とされる典型的な場面は、原債権のために設定されている担保権が実行される場面であり、原債権者の担保権実行時期を選択する利益を尊重すべきであるとの理由で原債権者の同意が必要とされたのであるが、その理由は、一部代位者が原債権者に対して残債務を負わない場合にも妥当する。(β) 債権者に対して弁済義務を負う者は「弁済をするについて正当な利益」を有するから、その対偶として、「弁済をするについて正当な利益」を有しない者は債権者に対して弁済義務を負わないとすることができる；旧規定の下では、弁済の利益を有しない者が債務者の同意を得て弁済して債権者に代位する場合に、その代位（任意代位）には旧499条により債権者の同意が必要であり、債権者は、原債権やその担保権の実行に彼の同意が必要であること等の条件を付して承諾することができた；ところが改正法は、任意代位自体については債権者の承諾は必要ないとした；そのこと自体は合理的であるが、一部弁済の場合には、なお、原債権者が有する担保権実行時期の選択の利益を保護する必要があるので、改正法は、新502条1項において、一部弁済の場合に限って、代位者が残債務を負うか否かにかかわらず、代位者の担保権実行等について債権者の同意が必要であるとしたと見ることができる；換言すれば、旧499条が担っていた原債権者保護機能の一部が新502条1項に移されたと見ることができる。

したがって、新502条1項は、その中の「債権者の同意を得て」の部分を含めて、一部代位者が残債務を負うか否かに関わらず、一部代位弁済の場合に適用される規定である。ただし、新502条1項の同意が必要となるのは、主として担保権の実行等である。2項は1項とペアになる規定であるので、2項についても同様である。他方、原債権の行使については、新502条3項の適用のないことを前提にすれば、1項の同意は必要ないと解すべきである。2項についても同様である。

以下では、一部代位者が残債務を負っている場合について議論を進めることにしよう。

(c) **新502条1項の「債権者の同意を得て」の適用範囲** 1項は、一部代

位者が代位取得した権利の行使について原債権者の同意を広く要求しているが、若干の制限が必要であろう。無条件に同意が必要とされているのではなく、原債権者が原債権等の行使時期を選択することについて一定の利益を有していて、その利益が一部代位者による代位取得された権利の行使により害される可能性があるため、その利益保護のために原債権者の同意が要件とされたと理解すべきである（以下この要件を「同意要件」という）。原債権者の利益保護も重要であるが、一部代位者も求償金を早期に回収することについて強い利益を有しており、その利益も尊重されるべきである。例えば、1億円の主債務の担保のために保証人が立てられるとともに主債務者の7000万円の不動産上に抵当権が設定されている場合に、保証人が6000万円は弁済できたが、残りの4000万円の弁済資金を調達できないときに、債権者の同意がなければ一部代位者（保証人）は抵当権を実行できないとしていたのでは、残りの主債務の遅延損害金が増加するとともに保証債務額も増大して、保証人に酷な結果になる。一般的に言えば、原債権者と一部代位者との間では、各々の保護されるべき利益の大小関係は、一部弁済がなされた割合にも依存することである。両者の利益保護の必要性の衡量が必要であり、同意がどの範囲で必要であり、どのような場合に不要になるのかは、その衡量の中で決せられるべきであると考えたい（注10に引用の文献も参照）。

この見地からすれば、大まかな判断枠組みは次のようになろう：（ α ）同意要件によって守られるべき利益がそもそも存在しないのであれば、同意は必要ないと解すべきであり、したがって、保護されるべき利益が何か明らかにされるべきである；（ β ）同意要件によって守られるべき利益は存在するが、その利益が権利行使手続の中で十分に保護されるのであれば、権利行使に同意は必要ないと解してよい；（ γ ）その他の場合でも、同意要件で守られるべき原債権者の利益よりも一部代位者の利益（求償金早期回収の利益）が優越すると評価される場合には、同意は必要ないとすべきである。もっとも、原債権者の同意なしに一部代位者が権利行使をすることができるのはどのような場合かという問題設定は、同意が不要となる場合の類型化を目指すものであるから、議

論の中心になるのは(β)である。(γ)は、一部代位者の利益が優越すると評価することのできる場合を典型的に設定することができるのであれば、その限りで議論の対象となる。換言すれば、一部代位者の利益の優越の評価が個々の事案の個別事情に依存するのであれば、それは信義則ないし権利濫用法理の適用問題として扱う方がよい。

上記の視点に立って、担保権実行(以下では「担保財産の競売申立てあるいは収益執行の申立て」の意味で用いる)の場合とその他の権利行使の場合とに分けて検討することにしよう。

担保権実行の場合 ここでは、不動産担保権の実行のみを取り上げる。先例[1]は、原債権に付されている抵当権を一部代位者は単独で行使することができる」と説示したが、民法改正法は、原債権者の抵当権実行時期の選択権を尊重すべきであるとの政策判断に立って原債権者の同意を要件とした。それは立法政策上可能な判断の一つとして是認することができる(なお、日本法においては、抵当権消滅請求の制度(民法379条)が存在することから分かるように、抵当権者の抵当権実行時期の選択権はそれほど尊重されているわけではないから、別の立法的判断もありうるが、ここでは立ち入らない)。

同意要件により守られべき債権者の利益として、次の2つを想定することができる。第1は、「被担保債権の全額回収の利益」である。すなわち、現在は担保物の価格が下落しているが将来の上昇を期待できる時期に一部代位者が担保権を実行することにより原債権者が不完全な満足を強いられることを阻止する利益である。第2は、「担保付取引の継続の利益」である。例えば、債権者が主債務者に保証人を立てさせ、かつ主債務者の不動産上に抵当権の設定を受けるとともに、その不動産上に第三者との継続的取引から生ずる債権を被担保債権とする根抵当権の設定を受けている場合に、代位弁済をした保証人の申立てにより競売が行われると、根抵当権者が競売開始を知った時から2週間が経過すれば、根抵当権の元本が確定し(民法398条の20第1項3号。同条2項にも注意)、原債権者は根抵当権によって担保された第三者との取引を継続することが困難になる。それを避ける趣旨も含めて、保証契約において、保証人は、

債権者の同意がなければ代位権を行使することができないとの特約が定められることがある（先例〔2〕は、これに類似する事案である。このような特約を以下「代位権不行使特約」という）。

担保不動産競売の場合 第1の利益は、民執法188条により担保競売に準用される63条（剰余を生ずる見込みのない場合の措置）について、同条1項にいう「優先債権」の中には新502条3項により一部代位者に優先する原債権者の原債権も含まれると解釈すれば、民執法63条1項2号によっても実現され得る。原債権者の同意なしに一部代位者が競売申立てをしても、原債権者は民執法63条により残債権全額の回収を保障されるのであるから、原債権者が競売の先延ばしによって保護されるに値する他の何らかの利益（「被担保債権の全額回収の利益」以外の利益）を有するのではない限り、原債権者の同意なしに一部代位者が競売申立てをすることを許容すべきである。換言すれば、新502条1項は、民執法63条の無剰余措置の制度の存否（あるいは原債権者が同制度によって保護されるか否か）にかかわらず「被担保債権の全額回収の利益」等を保護すべきであるとの考慮のもとに、一部代位者が代位取得した権利の行使について原債権者の同意が必要であると規定したのであるが、同意要件によって守られるべき利益の保護措置が担保権実行手続の中で用意されていて、その適用がある場合には、その限度で同意は必要ないと解してよい。

第2の利益の保護は、一部代位の場合に限らず、全部代位の場合でも問題になることであり、新502条1項の同意要件の中に含めるべきかについては意見が分かるであろうし、その利益保護は、代位者と原債権者間の特約に委ねるべきであるとの考えもあり得よう。また、この利益の保護は、担保財産が継続取引の担保のために現に用いられている場合に必要になるものであり、一部代位の場合に常に必要になるのではないことにも注意すべきである。

手続問題 第2の利益の保護について意見が分かれることを前提にして、一部代位者が原債権者の同意を得ることなく民執法180条以下の適用のある競売申立てをした場合に、原債権者の利益保護をどのように図るべきかを考えてみよう。この場合には、同意要件あるいは代位権不行使特約によって保護され

るべき原債権者の実体法上の利益が存在する限り、実体法上の利益が侵害されたと見るべきであるから、民執法182条を類推適用して、原債権者は執行異議により競売申立ての却下を求めることができと解すべきである（異議事由の点でも異議権者の点でも182条の文言から離れるのであるから、大幅な類推である）。また、この問題は執行手続の中だけで解決すれば足りるとするのは適当ではないから、原債権者の同意を得ない一部代位者の競売申立てに対して、原債権者は担保権実行差止請求権を有し、担保権の実行を一時禁止する裁判（仮処分命令）等を提出して実行手続の一時停止等を得ることができると解すべきである（民執法183条1項7号及び5号・6号参照）。そして、もし原債権者が同意要件あるいは代位権不行使特約により保護されるべき利益として「担保付取引の継続の利益」を有するのであれば、その利益は、いったん競売開始決定がなされると、その後に競売開始決定が取り消されたとしても、実際上かなり損なわれるであろうことを考慮すると、執行裁判所は、開始決定をする前に原債権者を審尋すべきである。この審尋においては、原債権者が「被担保債権の全額回収の利益」以外の利益を有するか、その利益が同意要件に守られるべき利益か、一部代位者の競売申立ての利益を犠牲にしてでも守られるべき利益であるかが調査されるべきである。

証明責任の分配と法律構成 証明責任の分配問題も含めて以上のことをどのように法律構成すべきかは迷うが、新502条1項の文言を尊重して、「一部代位者の権利行使については原債権者の同意が必要である」ことを原則とし、例外的に「特段の事情がある場合には、同意は必要ない」とし、同意を不要とする特段の事情が認められるべき場合の一つとして、「その権利行使により原債権者の利益が害されない場合」を挙げるべきであろう。この法律構成によれば、特段の事情の主張・立証責任は一部代位者が負うことになる。ただ、「被担保債権の全額回収の利益」以外の利益は、それが存在するとしても、一部代位者の権利行使により侵害される利益としての定型性を有しているとは言えず、また、そのような利益に関する情報は原債権者の側に存在するのが通常であるから、そのような利益の存在及び利益の存在を根拠付ける事実については原債権

者に主張責任を負わせ、一部代位者には根拠事実の不存在の証明責任を負わせ、さらに原債権者によって主張された利益が同意要件によって保護されるべき利益に該当しない旨を一部代位者が主張するのであれば、そのような評価の根拠事実の証明責任を彼に負わせるのが公平に合するようと思われる。一部代位者の担保競売をなす利益が原債権者の利益に優越すると一部代位者が主張する場合も、一部代位者の利益の優越性を根拠付ける事実の主張立証責任は一部代位者が負うとすべきである。代位権不行使特約がある場合には、その特約により利益を受ける者（原債権者）が特約の存在について証明責任を負うが、その特約によつて保護されるべき利益の存否に関する主張責任と立証責任については、同意要件によって保護されるべき利益について述べたことを妥当させてよいであろう。

新502条3項の適用がある場合には、「被担保債権の全額回収の利益」は民執法63条により保護されるのであるから、この利益についての特段の事情（利益侵害が生じないこと）は原則的に肯定されるべきである。

担保不動産収益執行の場合 一部代位者の申立てによる担保不動産収益執行によって原債権者の第1の利益及び第2の利益が害されることはないと考えてよいであろう。第1の利益については、担保不動産が競売されるわけではないからであり、第2の利益については、根抵当権者（原債権者）以外の者の申立てによる収益執行の開始によって根抵当権の被担保債権が確定することはないからである（民法398条の20第1項3号参照）。もちろん、原債権者としては、主債務者自らが担保不動産を運用してその収益から残債権の任意弁済を期待する場合には、一部代位者の申立てによる担保不動産収益執行を好ましくないと考えることはあろうが、一部代位者が求償権（一般債権）について債務名義を得て収益執行の申し立てをすることは阻止できないのであるから、原債権者のそうした期待の保護の必要性はもともと小さく、同意要件により保護すべき利益に該当しないと考えるよいと思われる（なお、担保権者が収益執行において配当を得るためには、自ら担保不動産収益執行の申し立てをすることが必要である。民執法107条4項1号ハ）。その他の点については、担保競売について述

べたことが妥当する。

担保権実行以外の権利行使 担保権実行以外の権利行使についても、特段の事情がある場合には、原債権者の同意は必要ないと解すべきである。

例えば、(α) 原債権のために抵当権が設定されている不動産について、他の債権者の申立てにより競売手続が開始された場合に、一部代位者は裁判所書記官からの催告（民執法49条2項2号）に応じて原債権の代位取得部分について債権の届出をすべきことになるが（同法50条1項）、原債権者が自己に属する原債権部分のみを届け出る場合に、一部代位者は原債権者の同意がなければ原債権の届出をすることができないとするのは不当である。原債権者は1項の同意を与えるか、2項の権利行使をするか、いずれかをすべきであり、いずれもしないとすることは許されないはずである。(β) 原債権について消滅時効の完成が迫っているため、原債権について時効中断のために訴えを提起する必要がある場合も、同様である。

したがって、次のような一般的命題を定立してよいであろう：一部代位者が原債権等を行使する必要に迫られており、一部代位者による権利行使が原債権者の利益を害することがないか又は害する程度が低い場合には、原債権者は、1項の同意を与えるか、2項の権利行使をするかのいずれかをしなければならない；原債権者がそのいずれもしない場合には、一部代位者は原債権者の同意なしに1項所定の権利を行使することができる。換言すれば、「一部代位者が原債権等を行使する必要に迫られており、一部代位者による権利行使が原債権者の利益を害する程度が低いにもかかわらず、原債権者が2項所定の権利行使をしないこと」も、一部代位者が原債権者の同意なしに1項所定の権利を行使することを正当化する特段の事情であると言うことができる。

原債権自体の行使について、もう少し考えてみよう。原債権の行使態様として、裁判外での請求、裁判上の請求、強制執行手続の申立て、強制執行手続における配当要求、破産事件係属中の行使（財団債権としての行使と破産債権としての行使）が想定される。最初の2つについては、一部代位者は通常 求償権を行使するであろうから、本稿では取り上げないことにする。最後の2つに

については、それらの手続において原債権が他の債権者との関係で優先的債権とされる場合に、一部代位者が原債権を行使しようとするところがある。その場合に、常に原債権者の同意が必要であるとするのが妥当かは、疑問である。原債権者の同意なしに一部代位者が原債権を行使しても原債権者の利益が害されない場合、あるいは両者の利害の適切な調整のために、同意なしの権利行使を許すことが適切な場合もあろう。ただ、新502条1項の文言が原債権の行使についても同意を必要としている以上、同意なしの権利行使が認められる場合は、例外である。その検討にあたっては、限定された場合について問題点を細かに検討した上で、例外を認めるという手法を採るべきであろう。比較的議論しやすいのは、主債務者について破産手続が開始された場合である。強制執行手続における原債権行使の問題は、破産手続において原債権を破産債権として行使する際に生ずる問題とおおむねパラレルな関係にあると予想されるので、後者の問題のみを取り上げることにする（後述する）。

要点は何かといえば、原債権者の利益は3項の規定により十分守られるであろうから、破産事件係属中における一部代位者による原債権行使について原債権者の同意を要求する必要があるのか、仮に原債権者の同意なしに一部代位者が原債権を行使した場合に、その権利行使にどのような効果を認めるべきかである。一部代位者と原債権者との間で、代位弁済額等について争いがある場合が特に問題になる。この問題は、要件論であると同時に効果論でもある。

(3) 効 果

新502条が直接定める法律効果についても幾つかの論点が浮かぶ⁷¹⁾。ただ、

71) 例えば、新502条2項について、要件論とからむ問題ではあるが、次のような論点が浮かぶ。(α) 原債権者は、一部代位者に帰属する部分も含めて原債権全体について給付の訴えを提起する利益(当事者適格)を有するか。これが肯定されることを前提にして、(α') 原債権者が敗訴した場合に、その判決の既判力は一部代位者に及ぶか。原債権者は自己に属する原債権額を超えては主債務者から弁済を受けることができないことを前提にして、(β) 原債権者が一部代位弁済を受ける前から主債務者に対する債務名義を有している場合に、一部代位弁済の受領後にその債務名義により原債権について強制執行の申立てをする場合をどう処理するか。

本稿は、全部義務者について破産手続が開始された場合に、一部代位者と原債権者との関係はどのように規律されるべきかを主たるテーマとするので、その前提となる論点を検討するにとどめよう。

(a) **原債権者の弁済受領権限** 新502条2項の文言だけをみれば、原債権者は、一部代位弁済がなされた後でも、主債務者に対して原債権全部の弁済を請求することができ、かつ、その全額を受領することができると思われよう。もしそれが肯定されるのであれば、原債権者による原債権全体の行使は、連帯債権者による債権全体の行使に近いものになろう。また、原債権者が一部代位者に帰属する原債権部分について弁済を得た範囲で、一部代位者の求償権は消滅すると解さざるをえない。

しかし、その解釈は次の理由により否定されるべきであろう。(α) 新502条は、残債務を負う一部代位者と原債権者とがそれぞれに属する原債権部分を平等な立場で競合的に行使することにより原債権者が不十分な満足しか受けられないことを回避することを基本目的にしている；その目的は、合算主義のみで十分に達成され、原債権者が自己に属する原債権部分を超えて弁済を受領し、超過分を一部代位者に償還するとの規律は、その基本目的の達成には必要ない。(β) その規律（原債権者の弁済受領権限の拡大）は新502条の基本目的の達成を妨げるものではないが、基本目的の達成に必要ではない以上、また、旧規定下では考えられない規律である以上、もしその規律を認める趣旨で新502条2項が作られたのであれば、その旨の説明があるはずであり、また、その当否も議論されてしかるべきであるが、その説明や議論は見つからない。(γ) 保証人が一部代位弁済をしたことを主債務者に通知する前に、原債権者が原債権全体の弁済を主債務者に請求し、主債務者がこれに応じた場合には、新463条3項により、主債務者は自己の弁済行為が有効であったとみなすことができ、保証人（一部代位者）がした代位弁済は不存在の債務についての代位弁済とみなされ、求償権も発生しなかったことになる；したがって、問題になるのは、保証人が一部代位弁済をしたことを主債務者に通知した後で、原債権者が原債権全額の任意弁済を主債務者に請求する場合である；その場合に、主債務者は、

原債権全額の弁済金を原債権者に交付することにより、求償金償還債務を免れるかが問題になる。それを肯定することは、新463条3項の規定に照らすと困難であろう。

以上の理由により、新502条2項は、「自己の債権の満足に至るまで」との限定を付して読むべきものと考えたい。これを前提にして以下の論述を進めることにしたい⁷²⁾。

(b) 原債権が民事執行手続において行使されている場合の求償権行使 立案過程では、原債権者が原債権全部をなんらかの形で行使している場合であっても、一部代位者が求償権を行使することは妨げられないとされ、新502条にも、求償権の行使を妨げる文言はない。

したがって、主債務者が自己の財産から一部代位者に求償権の満足を与えれば、求償権の消滅にともない、求償権の確保という限定された目的のために代位取得された原債権も消滅することになる⁷³⁾。この結論は、次のような類比論によっても正当化することができる：主債務者が求償権に満足を与えたことは、一部代位者を介して原債権に満足を与えたこととみることができ、主債務者が直接（代位弁済がなされる前に）原債権者に弁済したことと同等であると評価できる；後者の場合には、原債権のうち主債務者が一部弁済をした部分は消滅する

72) ここで「これを前提にして」と記した趣旨は、別の立場を否定する趣旨ではなく、2つの立場があり得ることを前提にして論述を進めると記述が複雑になるので、それを避けるために一つの立場を前提にして論述を進めるという点にある。

73) 求償権について消滅時効が完成した場合も同様である。この場合には、債務者の財産からの出捐はないのであるから、債務者について破産手続が開始されたときに、原債権者への配当額は、当初の債権額（代位弁済者に移転した原債権部分がおお存続すると仮定した原債権全体の額）を基準にして配当を得させることも考えられないわけではないが、求償権が消滅すればその確保のために原債権者に移転した原債権部分は消滅するとの論理を貫くべきであろう。一部代位者が求償権について債務免除を有効にした場合も同様である。ただし、その債務免除がなければ合算主義のもとで原債権者がより多くの配当を得ることができたはずであること、債務免除は一部代位者の資力の増大をもたらさず、残債務の弁済可能性を高めるものでないことを考慮すると、求償権についての債務免除は原債権者の利益を害する度合いが高いから、原債権者の同意が必要であるとすることも考えられないわけではない。

のであるから、前者の場合にも、原債権の該当部分（一部代位者に帰属した部分）は求償権の消滅とともに消滅すべきである。

(b1) 破産法と異なり、民事執行法は開始時現存額主義を宣明していない。配当の基準額は、配当時の債権額と考えるべきである。したがって、原債権者の申立てに基づき抵当権実行手続が開始された後で、主債務者が一部代位者の求償権について任意弁済をした場合あるいは求償権を受働債権とする相殺の意思表示をした場合に、原債権者は、一部代位者に帰属する原債権部分について配当を得ることはできない。原債権者の申立てにより民事執行手続が開始された後でも配当前であれば、一部代位者が求償権を自働債権にして相殺の意思表示をすることができるはずであり、これにより求償権が消滅すれば、その確保のために一部代位者に帰属する原債権は消滅すると解すべきである。

原債権者が原債権に付された抵当権の実行としての競売を申し立てた後、あるいは原債権について強制執行を申し立てた後で、それらの民事執行手続において対象となっている財産とは別個の財産を対象にして一部代位者が求償権について強制執行の申立てをすることも妨げられない。一部代位者の求償権について先に満足が与えられれば、原債権者の行使できる原債権額はそれに応じて減少する。原債権者が先に配当を得る場合には、原債権者は自己に属する原債権額を超えて配当を受けることができないことを前提にすれば、一部代位者の求償権行使は影響を受けない。

(b2) では、原債権者が原債権を行使している民事執行手続（強制執行手続又は担保権実行手続）に、一部代位者は、原債権ではなく、求償権をもって参加することができるであろうか⁷⁴⁾。場合分けをして考えてみよう。

(b2a) 担保権実行手続において、原債権者が原債権全体を被担保債権として行使している場合に、一部代位者が求償権を一般債権として行使すること（配当要求をすること）は一応可能である。しかし、配当原資（担保財産の換価代金）は、まずは担保権の順位に応じて被担保債権の満足に充てられ、余剰

74) この問題については立案過程において目立った議論はされておらず、解釈に委ねられていると考えたい。

があれば一般債権者に比例配分される。そして、原債権者は原債権全体を行使することができるといっても、自己に属する原債権額を超えて配当を受けるわけではなく、換価代金を原債権者の満足に充てて余剰金がある場合には、それは一部代位者に交付されるべきである。彼に交付された余剰金の額に応じて、彼の求償権は消滅する。消滅した求償権を一般債権として行使することは、当然許されない。したがって、この場合には権利の二重行使の問題は生じない。なお、一部代位者への余剰金の交付に際して、一部代位者自身による原債権の行使（届出）が必要であるかが問題になるが、これは原債権者が一部代位者に属する原債権部分を行行使することの法的性格をどのように理解するかと関連する問題であり、後で論ずることにしよう。

(b2b) 強制執行手続において、原債権者が原債権全体を行行使している場合に、一部代位者もその強制執行手続において求償権額を基準にして一般債権者として配当を受け、原債権者は当初債権額を基準にして配当を受けることができるであろうか。もしそれを許すならば、主債務者の一つの給付義務（一部代位者に帰属する原債権部分）について二重の請求を認めることになり、他の一般債権者との関係で不公平になるから許されるべきではない。したがって選択肢は、次の2つである：(α) 一部代位者の求償権行使を制限し、原債権者は当初の原債権額を基準にして配当を受けられることができるとする；(β) 一部代位者の求償権行使を許し、彼は求償権を基準にして配当を受けられるとともに、原債権者は自己に属する原債権額のみを基準にして配当を受けられることができる。(α) は、広義の原債権者優先主義であり、(β) は、求償権を行行使する一部代位者と原債権者とを平等に扱う立場である。

前述の立案過程の議論からすれば、(β) が有力な選択肢である。しかし、新502条3項は、「その債権の担保の目的となっている財産の売却代金その他の当該権利の行使によって得られる金銭について」と述べており、担保財産以外の財産から得られる金銭を挙げている。そのような金銭の代表例は一般財産の換価金、すなわち強制執行（金銭執行）手続における換価金である。そして、弁済者代位の制度は代位者の求償権の確保のための制度であり、一部代位者が

求償権を有することを前提にすると、原債権者が強制執行手続において原債権を行使する場合に、一部代位者は求償権を行使しさえすれば原債権者優先主義を免れることができるというのでは、新502条3項の「その他の当該権利の行使によって得られる金銭」の部分の意義が大幅に損なわれる。その文言を置いたということは、結局の所、強制執行手続において広義の原債権者優先主義を採用したことを意味すると考えたい。

(c) 以上のように、一部代位者による求償権行使は、原債権が行使されている手続において行使される場合 (b2b) と、その手続外で行使される場合 (b1) とで、分けて規律されるべきである。そして、いずれを一般の場合とみるのがよいかといえ、後者の場合を一般の場合と見る方が説明がしやすいであろう。これを前提にすると、次の規範を設定することができる。

(α) 一部代位者の求償権行使は新502条によって制限されないのが原則である。

(β) しかし、原債権者がある手続において原債権の全体を行使する場合には、彼に属する原債権部分の満足に至るまで、一部代位者がその手続において求償権を行使することは制限される。なぜなら、一方において、原債権者はその手続において原債権全体を基準にして自己の債権の満足を得ることについて強い期待を有している；他方において、一部代位者は原債権者に対して残債務を負っているから、彼は原債権者が優先的に満足を得ることができるように協力すべきであり、一部代位者は通常その手続において求償権を行使することについて格別の利益を有せず、求償権行使を許す社会経済的必要性は小さく、また、連鎖弁済の不経済を防ぐためにも、求償権の行使を制限することが好ましい。

(γ) 保証人の求償権を差し押さえた債権者あるいは求償権上に質権設定を受けた債権者も、新502条2項・3項による上記の規律を認識しうるのであるから、上記の(β)の規律は、これらの者との関係でも妥当させてよい。

一部代位者の求償権が原債権者の権利行使手続の中で行使されるのか、その外で行使されるのかで、その許否を区別することの実質的根拠は、両当事者間

の利益衡量に求めざるを得ない。原債権行使手続外での求償権行使の代表例は、求償権を自働債権とする相殺や求償権に付された抵当権の実行であり、これまで制限することは、一部代位者の利益をあまりにも損なう。原債権が強制執行の方法により行使されている場合に、一部代位者が求償権の取立てのために主債務者の別個の財産を対象にして新たな強制執行の申し立てをすることを制限すると、一部代位者から資力回復の熱意を奪い、ひいては、一部代位者に対してなお全部請求権の残部を有する原債権者の不利益になろう。他方、原債権行使手続中での求償権行使の許容は、求償権と重なる範囲で原債権者の債権回収の努力を水泡に帰せしめる。もちろん、同一手続内における求償権行使の制限が一部代位者の利益を著しく害する特段の事情がある場合は例外としなければならない。

このような利益衡量に依拠して、原債権が行使されるのと同じ手続における求償権の行使のみを制限することには、一種の曖昧さと不安定さがあるが、ただ、基準としては比較的単純明瞭であり、実用性がある。以下ではこれを前提にして議論を進めることにしよう。

(4) 法律構成

(a) **規定の位置付け** 新502条3項等について、それらが任意規定として位置付けられることを望む意見が立案過程で出された。これらの規定は、専ら代位弁済者と原債権者との間の利害関係の調整に係る規定であり、債務者や他の債権者の利益を害するものでなく、また、利益を害することがないように解釈されるべきものであるので、一部代位者と原債権者との合意によって変更することは可能と解すべきである。逆に言えば、一部代位者と原債権者との間で原債権の行使に関する合意があれば、それに従い、合意がなければ新502条の上記規定に従うことになる。したがって、新502条3項等は任意規定である。

前述のように、新502条3項は、一部代位者が原債権者に対して弁済義務を負わない場合にまで適用すべきではない。もちろん、その場合でも、一部代位者と原債権者とが502条3項と同趣旨の合意をすることは可能であるが、その

合意がない限りは一部代位者は弁済した価額に応じて代位取得した原債権を原債権者と平等に行使することができるかと解すべきである。

したがって、新502条3項の規定は、一部代位者の原債権者に対する債務が残存する場合の特則と位置付けられる。

(b) **原債権の帰属形態** 原債権のために担保権が設定されている場合に、その担保権は一部代位者と原債権者と共に共有的に帰属すると考えられている(「準共有」と説明される)。では、原債権自体についてはどうか。初期の案では、原債権のために設定された担保権のみならず、原債権自体も両者に共有的に帰属するとの説明がなされていた(このような構成を「共有的帰属構成」とよぶことにしよう)。しかし、新规定では「共有的に」との表現は用いられていない。したがって、旧法下で一般的に考えられていたように、弁済額に応じて原債権の一部が代位弁済者に移転し、彼に単独的に帰属すると考えることもできる(このような構成を「分割的帰属構成」とよぶことにする)。

「共有的帰属構成」の意味内容が明らかにされているわけではないが、新502条3項等の適用の説明を容易にするという点からの法律構成であるとするれば、債権の管理と行使について原債権者に優越的地位が認められた特殊な共有形態といえることができる⁷⁵⁾。

しかし、新502条3項等の規定により認められた法律効果を生じさせるために共有的帰属構成が必要不可欠というわけでもなからう。債権の一部が一部代位者と原債権者と共に分属するとしつつ、分割的帰属が生じた特殊事情によりそれらの規定により定められた法律関係が生ずると説明することは可能と思われる。また、先例[1]の事案のように、原債権者に属する原債権の履行期と一部代位者に属する原債権の履行期とが異なる場合もあり得る。そのような場合の法律関係は、分割的帰属構成の方が説明しやすい。

75) しかし、本稿では、原債権者は当初債権額の全額を受領する権限を有するのではなく、自己に属する原債権部分についてのみ弁済金を受領することができることを前提にしているので、連帯債権ないし不可分債権の特殊形態と位置づけるのは適当ではない。

結局のところ、いずれの構成をとっても良いことではあるが⁷⁶⁾、ただ、いずれをとるかを明示しておかないと、論述に誤解が生じやすくなる。本稿では、改正前に分割的帰属構成が取られていたことに鑑み、この法律構成で論述を進めていくことにする。

(c) 新502条2項の規定による権利行使 新502条2項は、一部代位者に属する原債権部分を原債権者が行使することを認めている。分割的帰属構成を前提にすると、この行使は、法律の規定に基づく代位行使と理解してよいであろう。

原債権者による一部代位者に属する原債権部分の権利行使は、一部代位者に属する原債権部分への弁済金を原債権者に交付せよという趣旨でなされると考えるべきであろうか、それとも、一部代位者に交付せよという趣旨でなされると考えるべきであろうか。次の理由により、後者と考えるべきであろう。(α) 新502条3項が「前2項の場合には」と定めていること、1項の場合の一部代位者自身による権利行使が一部代位者に弁済金を交付することを求める趣旨でなされることを考慮すると、2項の場合の原債権者による代位行使も同様に一部代位者に弁済金を交付することを求める趣旨でなされると考えるのが素直である。(β) 前述のように、原債権者は自己に属する原債権部分についてのみ弁済金を受領することができ、一部代位者に交付されるべき金銭を受領することはできないとの立場を採用した以上、原債権者自身に弁済金を求める趣旨の代位行使を認める余地はない(特約がある場合はこの限りでない)。(γ) 原債権者によるこの代位行使は、強制執行手続や破産手続等の配当手続において、代位者に属する原債権部分の権利行使がないと原債権者に属する原債権額のみを基準にして配当額が決定されることになるので、それを防ぐため、すなわち、原債権者に属する原債権額と一部代位者に属する原債権額との合計額を基準に

76) いずれの構成がとられるべきかは、原債権者による原債権全体の行使に関する具体的な問題について決着がついてから決定されるべきであろう。そのような具体的な問題として、例えば、原債権の保全のために詐害行為取消権や債権者代位権が行使される場合に、被保全債権額をどのように考えるかの問題がある。

した配当額（以下「合計配当額」という）を定める点に意味がある；合計配当額の配分については、新502条3項により原債権者が優先し、原債権者は自己に属する原債権額が満たされるまで、合計配当額を優先的に受領することができるが、その金銭の受領自体は自己に属する原債権の行使の結果である；したがって、原債権者による代位行使は一部代位者に弁済金を交付せよとの趣旨でなされると構成しても、原債権者優先主義の実現は可能である。

3 破産手続開始前に一部代位弁済した者の権利行使

3.1 議論の準備

本稿の主題と直接関係するわけではないが、一定の関連性を有し、予め態度決定をしておくのが適当な問題（解釈論上の問題）が2つある。

3.1.1 破産手続開始後に全部代位弁済をした者の権利行使

【設例3】 GがSに対して1000万円を貸し付け、HがSの委託を受けてSのGに対する債務（主債務）についてGと連帯保証契約を締結した。Sについて破産手続が開始され、Gが主債権を破産債権として届け出た後で、Hが保証債務の全部を履行し、Sに対する事後求償権を取得するとともに、確定済みの主債権を全部取得した。この場合に、Hは、求償権を破産債権として行使することができるか。

破産者の共同債務者が破産法104条4項により原債権を行使する場合に、同項が「求償権の範囲内において」原債権を行使ことができると規定しているので、事後求償権（以下「求償権」という）⁷⁷⁾の行使について、次の2つの問題が生ずる。

77) 受託保証人には、事後求償権のほかに、事前求償権が与えられており、両求償権は要件と効果を異にする別個の権利とされている（事後求償権の消滅時効の起算点に関連してであるが、最判昭和60年2月12日民集39巻1号89頁参照）。本稿においては、論述の簡素化のために、特に必要がない限り、事前求償権に立ち入らないことにする。

(a) 許否の問題 求償権者は、原債権ではなく保証委託契約に原因のある求償権を破産債権として行使することができるか（あるいは、原債権とともに求償権も破産債権として確定させるために、その届け出をすることができるか（ただし、「重複して配当を受けることができるか」という意味ではない）。この問題については、否定説が有力である。

否定説（求償権を破産債権として行使することを否定する見解）⁷⁸⁾は、次のことを根拠にする：「破産手続においては、権利行使機会の確保と手続の円滑・迅速な進行との調整から（二重の権利行使の否定と並んで）一つの債権の行使で一本化する必要が強く、手続開始の時点において行使債権が確定された以上は、基本的にその債権を破産債権として手続を進めるとの判断も可能」である⁷⁹⁾。

しかし、肯定説を採るべきであろう。なぜなら、(α) 保証委託契約において求償債権の利率を被保証債権の利率よりも高く定めることは許容されており、破産手続開始後の利息債権は劣後的破産債権になるが、劣後的破産債権に配当がなされる場合がないわけではないことを考慮すると、求償権額が被保証債権（原債権）額を上回る場合には、求償権の行使を認める必要がある（原債権によってカバーされない部分についてのみ求償権の行使を認めることも考えられるが、それではかえって複雑になる）；また、(β) 求償権者は、求償権も破産債権として確定されることにより、求償権自体について時効期間の延長（旧174条の2第1項後段，新169条1項）の利益を得ることができる（原債権が確定しただけではこの利益は得られない）⁸⁰⁾。

78) 大正11年破産法26条に関し、沖野眞巳「主債務者破産後の物上保証人による一部弁済と破産債権の行使——議論の整理のために——」法曹時報54巻9号（平成14年）30頁，三村晶子『最高裁判所判例解説（民事篇）平成14年度下』375頁，現行法に関し勅使河原和彦＝杉本和士「多数債務者関係——全部義務者の破産と破産債権」山本克己＝山本和彦＝瀬戸英男・編『新破産法の理論と実務』（判例タイムズ社，2008年）371頁。

79) 沖野・前掲（注78）30頁。

80) 最判平成7年3月23日民集49巻3号984頁参照。この差異があるので、求償権自体を届け出て確定させることの需要は、原債権が単に届け出られただけであり、

これらのことを考慮すれば、債務者の破産手続開始後に代位弁済をした求償権者が原債権の外に求償権を行使することは、一般論としては許容すべきである。もちろん、求償権者が原債権とともに求償権を行使する場合には、彼は、二重配当が生じないように、原債権と求償権の関係を明示して届け出るべきである。

(b) **要否の問題** 求償権者は、求償権の範囲内で原債権を行使するために、原債権の届出あるいは届出名義の変更とともに求償権も破産債権として届け出て、破産債権者間で確定させておくことが必要か⁸¹⁾。保証債務の履行が金銭でなされる場合には、保証債務履行時の求償権額と代位取得する原債権額とは等しいが通常であり、その関係が成立している限り、そして求償権の遅延損害金の利率が原債権のそれと同等以上であることを前提にするならば、代位者は原債権を「自己の権利に基づいて債務者に対して求償をすることができる範囲内に限り」行使することができるとの制限を問題にする必要はない。しかし、(α) 保証債務の履行が代物弁済の方法によりなされた場合には、代物の客観

ゝまだ確定しておらず、債権届出期間が満了していないため求償権を届け出てもその調査に格別の負担が生じない場合に高くなるだろう。

81) 代位者は原債権を「自己の権利に基づいて債務者に対して求償をすることができる範囲内（中略）に限り」行使することができる（新501条2項、旧501条柱書。以下ではこれを「求償権による原債権行使の限界付け」あるいは単に「限界付け」という）。破産法104条4項は、この限界付けを破産者の共同債務者が破産手続開始後に弁済をした場合について再確認した規定である。民法が定める限界付けについて、最判昭和61年2月20日民集40巻1号43頁が、主債務者の保証人に対して代位弁済者が保証債務履行請求の訴えを提起した事案において、次のように説示している：「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、[中略]、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」。どのような場合に求償権額が原債権額を下回ることがあるかについて、塚原朋一『最判解説（民）昭和61年度』32頁及び36頁以下参照。

沿革については、森永・前掲（注1）3号95頁参照。

的価格が主債権額を下回ることもあり得、その場合には、代物の客観的価格が求償権の元本額になると考えるべきであろう。また、(β) 主債務者が主債務の担保のために自己の不動産に抵当権を設定していて、その不動産を破産手続開始前に保証人が被担保債権額を控除した安い価格で買い受けていたという事情がある場合には、保証人が主債務者の破産手続開始後に保証債務の履行として代位弁済をしたときであっても、代位弁済額をもって主債務者に対する求償権額としてよいかは問題である。この場合には、保証人は抵当不動産を安価で買受けたことにより、求償を事前にすましているとみることができるからである。これらの場合に、代位者が原債権を破産債権として行使しようとするときに、彼は求償権も届け出て債権調査手続を経て確定させておくことが必要であるかが問題になる。

これは、あまり議論されていない論点である。次の2つの立場が考えられる。

(b1) 求償権についても確定が必要であるとの立場 (必要説) 破産者の共同債務者は、被代位債権を「求償権の範囲内においてのみ」行使することができるのであるから、求償権についても債権調査を経ておくべきである。債権調査の前提となる債権届出は、破産法104条3項本文によりすることができる。同項ただし書は、原債権者が全額を受けるまで破産者の共同債務者は求償権について配当の受けることができないことを規定しているにすぎず、求償権の届出自体は妨げられず、債権調査も行うべきことになる。

(b2) 求償権の確定は必要ないとの立場 (不要説) 破産手続開始後の代位弁済がなければ原債権が破産債権として行使されること、破産手続開始後の弁済により生ずる求償権額が原債権額を下回る事態は実際にはそれほど多く生ずることはないであろうことを考慮すれば、原債権が債権調査を経て確定すれば、求償権についてまで調査・確定を経る必要はなく、求償権の存在・内容は破産管財人と求償権者との間で確定すれば足りる。すなわち、新501条2項(旧501条柱書)の文言によれば求償権の存在・内容について求償権者が証明責任を負うことを考慮すれば、求償権者が確定済みの債権について届出名義の変更の届出(破産法113条1項)をして、これへの配当金を受領するためには求

債権の存在と内容を破産管財人に証明することが必要であり、証明があったと破産管財人が認めないときには、求償権者が破産管財人に対して提起する求償権確認訴訟により確定することが必要であり、それで足りる（債権調査を経て破産債権者間で確定する必要はない）。

条文の文言は、不要説に有利である。そして、実務は不要説に立っているように見える。最判平成7年3月23日民集49巻3号984頁は、《破産手続において確定した原債権の時効期間が新169条（旧174条の2）1項によって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》との趣旨を説示しており、これは、不要説を前提にして初めて生ずる問題だからである。

迷いはあるが、破産法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を考慮すると、不要説でよいであろう。しかし、不要説に立っても、求償権について新169条（旧174条の2）1項の適用の利益を得るために、原債権の代位取得者あるいは代位取得する予定の者が、現在の求償権又は将来の求償権を届け出て確定させることは許されるとすべきである。

3.1.2 保証人破産後の主債務者による一部弁済と開始時現存額主義

保証人について破産手続が開始された後で主債務者が一部弁済をした場合にも、開始時現存額主義の適用は肯定されるべきである。しかし、最近は否定説も有力である。否定説は、次のことを根拠とする⁸²⁾。(α)主債務者は保証人

82) 杉本純子「複数口債権の一部の全額弁済と開始時現存額主義の適用」同志社法学60巻7号（332号、2009年）1274頁以下、小原将照「主たる債務者による一部弁済と開始時現存額主義」青山法学論集51巻1・2号（2009年）430頁以下。なお、山本和彦ほか「倒産法概説（第2版補訂版）」（弘文堂、2015年）176頁（沖野眞巳）は、この場合にも手続開始時現存額主義の適用があることを明示しつつ、それは、「一部代位の法律関係の反映という理解からは説明しにくい帰結」であり、「手続開始時現存額主義の及ぶ範囲を限定する解釈論の展開を考えることも」できるとする。また、竹下＝藤田・前掲（注11）130頁以下（河崎祐子）は、保証人弁済の場合↗

に対して求償権を有しないので、保証人の破産手続開始後に主債務者が一部弁済をした場合に、開始時現存額主義の適用を否定して、配当時における現在額（手続開始後に主債務者が弁済した金額を控除した現在額）をもってのみ破産債権者になるとすれば、保証人の一般債権者の負担が軽減される。（ β ）上記事情を考慮すると、保証人の破産手続において開始時現存額主義を適用することは、一般債権者の利益を害することになるので、否定すべきである⁸³⁾。

しかし、この見解には賛成できない。（ α ）債務保証制度の趣旨からすれば、主債務者が弁済をしない場合には、保証人が代位弁済をして求償権を取得し、その求償権の行使により主債務者から弁済金を回収するという形で、主債務者の無資力から生ずる損失の危険を引き受けるべきである。（ β ）問題は、保証人が破産した場合に、その破産財団は、いつの時点の債権額について主債務者の無資力の危険を引き受けた考えるべきかであるが、破産法に別段の規定がない以上、この場合にも手続開始時を基準にすべきであり、保証人の破産財団は破産手続開始時における債権額について危険を引き受けたと解すべきである（破産法104条1項・105条はその現れと理解すべきである）。（ γ ）否定説は、保証人の破産財団が引き受ける危険を配当時における債権額に限定しようとするものであり、立法論としてそれが可能であることは認めなければならないが、しかし、解釈論としては、その見解は特に105条の文言に反しよう。（ δ ）否定説を徹底させると、主債務者と保証人の双方について破産手続が開始されている場合には、債権者は、まず主債務者の破産手続において配当を受けるべきであり、不足額についてのみ保証人の破産手続において破産債権者として権利を行使すべきであることになる；さらに、債権者が主債務者の財産上に担保権を有している場合には、その担保権を行使して、その不足額が保証人の破産手続において破産債権として行使されるべきことになる；いわば、主債務者の財産

↘と主債務者弁済の場合とを区別することなく（したがって、保証人弁済の場合も含めて）、非控除準則に否定的評価を示している。

83) 栗田・前掲（注8）法学論集60巻2号35頁ですでに論じたことであるが、若干補充した。

に対する担保権及び破産債権が、保証人の破産手続との関係で、不足額主義の適用を受ける準別除権とされるべきことになる；しかし、破産法11条3項・108条2項は、これらの権利を準別除権としていない。(δ) 前述の準別除権の考えは、実際には、主債務者の破産手続における配当時期を主債権者はコントロールできないのであるから、採用が困難であるが、そうなると、保証人の破産管財人は、その破産債権者に少しでも有利になるように、まずは中間配当を実施し、最後配当を主債務者の破産手続における配当手続が終了してから行うという誘因ないし圧力を受け、いわば、片面的ではあるが、遅い者勝ち競争に陥る⁸⁴⁾。(ε) 破産法104条が主債務者（一般的には代位権を有しない者）の破産の場合と保証人（一般的には代位権を有する者）の破産の場合とを区別していない以上、日本法の開始時現存額主義は、弁済者代位の制度を直接の根拠とするものではなく、複数の全部義務者を有する債権者を保護する制度であるとみるべきである⁸⁵⁾；すなわち、全部義務の制度は、複数債務者の責任財産を集積することにより債権の回収を確実にするための制度であり、破産手続が開始された全部義務者からは不十分な債権回収しかできないことを考慮して、破産法は、債権回収を確実にするために、非控除準則を含む開始時現存額主義を採用したとみるべきである。

破産法が採用した開始時現存額主義は、複数の全部義務者に対して債権を有する者の保護のための一つの制度であり、弁済者代位の制度は代位弁済者の保護のための制度であり、目的が異なる。後者の妥当範囲でもって前者の妥当範囲を画さないと不合理な事態が生ずるとも思われない。それにもかかわらず、

84) 明治23年民法の起草者は、連帯債務者の清算（破産）の場合に、各連帯債務者の清算手続における債権者の配当受領額について配当時現存額主義を採用しつつ、これにより配当遅延競争が生ずることを予期して、その防止のために特別の工夫を凝らしている（ボワソナード氏起稿『再閲修正民法草案註釋第4編』の復刻版（雄松堂、2000年）273頁以下参照）。栗田・前掲（注8）法学論集63巻6号10頁にその紹介がある。

85) 杉本和士・金融商事1305号27頁以下は、開始時現存額主義の制度趣旨として、人的担保を有する債権者の保護とともに、手続運営の円滑・迅速化の側面を挙げ、後者を強調する。

そのような仕方で前者の妥当範囲を画そうとすることは、適切でない。

3.2 一部代位者（保証人）による原債権の行使

3.2.1 原債権を財団債権として行使する場合

(1) 同意の要否

原債権が財団債権（破産法148条・149条等）である場合に、求償権も財団債権になるとは限らず、むしろ、財団債権にならないことの方が多い。そのときには、一部代位者は、求償権ではなく、破産債権に先立って弁済される原債権を行使するであろう。

【設例4】 主債権者Gの主債務者Sに対する債権1000万円についてHが受託保証人になり、Sの破産手続開始前にHが一部弁済をしたが、弁済した金額について主債権者との間で争いが生じ、Hは600万円支払ったと主張し、Gは300万円しか受領していないと主張している。Sについて破産手続が開始され、GのSに対する債権が財団債権にあたるでしょう。Hは求償権ではなく代位取得した原債権を行使することについて強い利益を有することになるが、GがHによる原債権行使に同意しない。GとHは、それぞれ自己が有すると主張する原債権額の支払を破産管財人に求めてきた。破産管財人は、どのようにすべきか。

(a) この場合には、GとHのいずれの主張が真実であるかにかかわらず、破産管財人は、財団債権1000万円の支払をしなければならない。ここでは、その資金はあるものとして（この文脈でもHは「一部代位者」であるが、Sの破産管財人からGに残債務全部の弁済がなされれば、HのGに対する残債務も消滅することに注意する必要がある）。もしHの主張が真実であるとすれば、破産管財人はGに400万円を支払い、Hに600万円を支払うべきである。もしGの主張が真実であるとすれば、彼は、Gに700万円を支払い、Hに300万円を支払うべきである。いずれの主張が真実であるとしても、破産管財人は、Gに少なくとも400万円を、Hに少なくとも300万円を支払わなければならない、この金額を即時に支払うことは問題なからう。問題となるのは、係争部分の弁済金300万円である。この弁済金の帰属の争いは、一部代位者と原債権者との間で、

最終的には訴訟により解決されるべきであり、破産管財人がその訴訟の当事者になるのは適切でない。したがって、係争部分の弁済金を誰に保管させるべきかが問題になる。一つの解決は、(α) 係争部分の弁済金を原債権者に交付して、原債権者に対する不当利得返還請求の訴えを一部代位者に提起させることであるが、この解決は、原債権者の倒産のリスクを一部代位者に負わせることになるので、妥当な解決とはいえない。(β) 破産管財人は債権者を確知し得ない状況にあるのであるから、争いのある原債権部分の弁済金を供託し（新494条2項・旧494条2文）、原債権者と一部代位者とがその還付請求権の帰属を争うようにするのがよいであろう。

原債権の帰属に関する情報を主債務者が取得する基本的な経路は、保証人から主債務者への弁済通知（新・旧463条・旧443条参照）および主債権者からの弁済請求である。主債務者の破産管財人は、これらの情報に基づいて原債権の帰属関係を把握し、実際の帰属関係に即して弁済をする限り、その弁済は有効である（なお、原債権者の同意を得ていない一部代位者への弁済も有効であると考えられている。注32に引用の部会資料参照）。しかし、破産管財人がその判断を誤ると、破産管財人は過大弁済を受けた者に返還請求をすべきことになり、過少弁済を受けた者からは追加支払の請求をされることになり、それが訴訟に発展すれば、破産管財人が当事者になってしまう。そうした事態をできる限り回避するためには、財団債権である原債権の帰属に関する情報は、原債権者及び一部代位者からの弁済請求の形で、あらためて破産管財人に提供されることが好ましい。

この見地からすると、新502条1項により一部代位者の原債権行使（財団債権の支払請求）について原債権者の同意が必要であるとするのは好ましくない。破産管財人は原債権の一部の帰属について争いがあることを知ることができず、前記(β)の解決が実現されない可能性が高まるからである。この解決を確実にするために、原債権者の同意なしに一部代位者が財団債権の支払請求をすることを許すべきである。他方で、一部代位者が原債権者に先んじて破産管財人に支払請求をして、600万円の受領にまで進むことは、防がなければな

らない。したがって、一部代位者の権利行使には原債権者の同意が必要であるとの原則を維持しつつも、同意が得られなくても上記の結果が実現できるように同意欠如の効果を定める必要がある。その点は、後で検討することにしよう。

(b) 破産財団が財団債権の支払にも事欠く状態にある場合はどうであろうか。破産法152条1項により、財団債権額に応じて比例弁済がなされることになり、その弁済割合が8割であるとしよう。GとHの財団債権の合計額1000万円の弁済に充てることのできる資金は800万円である。新502条3項により、もしHの主張が真実であるとするれば、破産管財人はGに400万円を支払い、Hに400万円を支払うべきである。もしGの主張が真実であるとするれば、彼は、Gに700万円を支払い、Hに100万円を支払うべきである。いずれの主張が真実であるとしても、彼は、Gに少なくとも400万円を、Hに少なくとも100万円を支払わなければならない、この金額を即時に支払うことに問題はなかろう。問題となるのは、係争部分の弁済金300万円である。(a)の場合と同様に、破産管財人はこの部分について債権者を確知し得ない状況にあるのであるから、争いのある原債権部分の弁済金を供託すべきである。

一部代位者の権利行使について原債権者の同意が必要であるかの問題については、(a)の場合と同様な解決がなされるべきである。

(c) GとHの財団債権1000万円の弁済に充てることのできる資金が400万円しかない場合はどうであろうか。先ほどと同様にして、もしHの主張が真実であるとするれば、破産管財人はGに400万円を支払い、Hには何も支払わない。Gの主張が真実であるとしても、Gに支払うことができる金銭は400万円しかなく、Hに支払う金銭はない。いずれの主張が真実であるとしても、破産管財人は、Gに400万円を支払い、Hには何も支払わない。

なお、前記のいずれの場合についても、破産管財人の負担軽減のために、破産管財人はこの財団債権への支払額全部を供託をすることができることも十分考えられる(民執法156条1項に類似する解決である)。

(2) 同意欠如の場合の処理

以上の検討結果から、次のように言ってよいであろう。原債権が財団債権である場合に、一部代位者は、原債権のうちの自己に帰属する部分を行使する（破産管財人に一部弁済により代位取得した債権であることを示してその弁済を求める）にあたって、新502条1項所定の原債権者の同意を得るべきことが原則である。しかし、同意を得なければ一切権利行使ができないというのは適当でない。一部代位者がその同意を得たことを証明することなく主債務者の破産管財人に対して原債権（財団債権）の弁済を求める場合には、同意の欠如は弁済拒絶事由になるが、絶対的な弁済拒絶事由ではなく、原債権者が残債権についてどのような主張をするかが明らかになるまで一部代位者に弁済を拒絶することができるという意味での一時的な弁済拒絶事由と考えるべきである。

一部代位者から原債権者の同意を得ない財団債権の弁済請求があった場合には、原債権者がまだ支払請求をしていないのであれば、破産管財人は原債権者に権利行使の催告をすべきである。原債権者は、新502条2項により原債権全体を行使することができるが、一部代位者に属する原債権部分についての権利行使は、「合算主義により原債権者が残債権の満足を得た後の余剰は一部代位者に支払うことを求める」という趣旨のものであるので、原債権者は自己に属する残債権額と一部代位者に属する原債権額とを明示して権利行使をすべきであり、破産管財人からの権利行使の催告も、その点の明示を求めるものでなければならない。また、原債権者が新502条2項により原債権全体を行使している場合でも、原債権者と一部代位者との間で一部代位弁済額について争いがある場合には、一部代位者は、原債権者の同意なしに、代位取得した原債権部分について破産管財人に弁済を求めることができるとすべきである。

一部代位者の主張する代位取得債権額と原債権者の主張する残債権額とが異なる場合には、破産管財人は、弁済資金の状況に応じて、(1)で述べた処理をすることができる。なお、原債権者の主張する残債権額について一部代位者との間で争いがないことが判明した後でも、破産管財人は、原債権者が全部満足を得るに至るまでは一部代位者に弁済を拒絶することができるが、これは新

502条3項の適用結果であり、同条1項所定の同意の欠如の効果ではない。

(3) 同意がある場合の処理

他方、一部代位者が債権者の同意を得て自己に属する原債権部分について破産管財人に弁済を請求する場合に、破産管財人がどのようにすべきかは、債権者の同意の内容に依存しよう。(α) 一部代位者の代位弁済額の主張を承認して、一部代位者による弁済金受領を許容することを内容とする同意であるならば、破産管財人は、財団債権への弁済資金を確認の上、前記(1)で述べた区分に従い、一部代位者に支払うべき弁済金があれば、それを支払うことになる。(β) もし同意が、代位弁済額についての一部代位者の主張を部分的に認めるにすぎないのであれば、前述の(2)で述べた処理がなされるべきである。(γ) 例外的なことになろうが、もし一部代位者と原債権者との間で一部代位弁済の場合に代位者が原債権者に優先するとの特約があり、その特約に従って原債権者が一部代位者の弁済金受領に同意し、かつ、代位弁済額について争いがないのであれば、破産管財人は、前記(1)で述べた区分にかかわらず、一部代位者が有する原債権額を直ちに支払うことになる。

(4) 求償権の行使

原債権が財団債権となる場合には、原債権と重なり合う部分について一部代位者(あるいはその差押債権者)が求償権を破産債権として行使することはないと考えてよいであろう。財団債権について全額の弁済がなされる場合には、財団債権を行使するのがよく、財団債権について全額の弁済がなされない場合、つまり財団不足の場合には、破産債権への配当はないからである。したがって、原債権者が原債権の全体を行使し、一部代位者が求償権を行使するという形の二重行使の問題も、取上げる必要はない。

3.2.2 原債権を破産債権として行使する場合

代位弁済額について一部代位者と原債権者との間で争いがあることから生ずる問題は、原債権が破産債権の場合でも同様に処理されることになろう。以下

ではこの問題には立ち入らずおくことにし、問題の単純化のために、一部弁済額について争いのない設例を扱うことにする。

【設例5】 主債権者Gの主債務者Sに対する債権1000万円についてHが受託保証人になり、Sの破産手続開始前にHが600万円支払った。Sについて破産手続が開始され、GのSに対する債権が破産債権になるとしよう。(a) Gが新502条2項により原債権全額を破産債権として行使する場合に、Hは求償権を破産債権として行使することができるか。(b) Gが原債権を破産債権として届け出ない場合に、Hは原債権を破産債権として届け出ようとしたが、Gと連絡がとれないときに、Gの同意なしに原債権又は求償権を破産債権として届け出ることができるか。

(a) 前述のように、《原債権者が原債権を行使しているのと同じ手続において一部代位者が求償権を行使し、これにより（二重の権利行使禁止原則を通じて）原債権者の権利行使を妨げることは許されない》との原則を民事執行手続について定立した。この原則の基礎にある利益考慮は破産手続についても妥当するので、この原則は破産手続においても妥当させるべきである。したがって、[設例5]において、一部代位者は求償権を破産債権として行使することはできないとすべきである。

(b) 原債権の行使についてはどうか。2.3(2)(c)で立てた基準に従って考えると、一部代位者Hは原債権への配当がなされるようにする必要に迫られている状況にあるから、原債権者Gは新502条2項により原債権全体を行使するか又は同条1項の同意を与えるべきである。Gが原債権を破産債権として届け出ない場合に、Hが既に代位取得した原債権部分を破産債権として行使して配当を得たとしても、これにより原債権者が不利益を受けることにはならない。むしろ、Gの同意のない限りHは原債権を破産債権として行使することができないとすることは、原債権行使の空白を生ずる結果になり、不当である。したがって、Gが新502条2項により原債権全体を破産債権として行使するのでない限り、Hは、原債権のうちの代位取得部分を破産債権として行使することができ、これについてGの同意は必要ないとすべきである。また、原債権の

行使に代えて求償権を行使することについても、同様である。

また、Sの破産手続開始後にHが代位弁済により取得することのある将来の求償権の行使も、Gが原債権を破産債権として届け出ているのでない限り、Gの同意なしに許されるとすべきである。すなわち、将来の求償権の行使については、破産法104条3項・4項の規律で足りる。

したがって、一部代位者が既に発生している求償権（あるいは既に代位取得している原債権）を破産債権として行使する場合にも、将来発生する求償権を破産債権として行使する場合にも、重要なのは、原債権者が原債権全体を破産債権として行使しているか否かである。原債権者がそれを破産債権として届け出ている場合には、一部代位者による原債権（及び求償権）の行使について、新502条1項所定の原債権者の同意を得ることを要しないとすべきである。

3.3 一部代位者（保証人）による求償権の破産手続外での行使

3.3.1 求償権を自働債権とする相殺

【設例6】 主債務者Sが債権者Gに対して1000万円の債務を負い、その利率は年5%、弁済期は1年後とされた。HがSの委託を受けてこの債務を保証し、保証委託契約においてHが保証債務の全部又は一部を履行した場合には、Sは、保証人Hの弁済額をただちにHに償還しなければならない、その遅滞について年10%の遅延損害金を支払うべき旨が合意されていた。GがSに貸付けを行った1年後にSが債務（元本1000万円＋利息50万円）を履行しなかったため、Hがその一部（650万円）のみを弁済した。Hによる代位弁済の1年後（貸付から2年後）に主債務者に対して破産手続が開始された。この時点での債権債務関係は次のようになる。

- GはHに対して、元本400万円の保証債権と20万円の遅延損害金債権を有する。
- Sは主債務をまったく履行していないのであるから、1000万円の元本債務と1年分の利息50万円と1年分の遅延損害金債務を負っている。遅延損害金債務については、問題の単純化のために法定重利の規定（民法405条）

に相当する特約がすべての契約でなされていたものとする。するとその金額は、1050万円の5%であると52万5000円となる。Sは破産手続開始時に合計1102万5000円の債務を負っている。これに対応する債権がGとHに属する原債権である。

- GとHが各々有する原債権額は、どのようになるであろうか。GはすでにHから一部弁済を受けていることを考慮すると、彼の原債権は破産手続開始前1年の時点の元本債権400万円と開始時までのその遅延損害金20万円である。Hは、保証債務履行の時点で原債権のうち650万円（利息50万円と元本600万円）を取得し、これに対する遅延損害金32万5000円を取得している。GとHが有する原債権額の合計は、元本1000万円と利息50万円と遅延損害金52万5000円の合計である1102万5000円である。
- HのSに対する求償権はどうか。代位弁済額650万円が元本になり、これに対する年10%の割合による1年分の遅延損害金65万円の合計額715万円が破産手続開始時における求償権額になる。Hは、その確保のために、自己に属する原債権部分を行使することができるが、原債権の行使についてはGが優先するので、これを求償権の確保に用いることは実際上できない。

では、破産手続開始の時点で保証人Hが破産者Sに対して求償権額に相当する債務を負っている場合に（破産法71条1項または72条1項の相殺禁止規定には抵触しないものとする）、Hは求償権を自働債権とする相殺をすることができるとしてよいであろうか。

もし相殺を許すならば、破産財団に属する財産から求償権が満足を受けたのであるから、その確保に必要な原債権部分も消滅するとしなければならない。そうしないと、破産者は、求償権部分について二重の負担を負わされることになり、二重負担の禁止は、他の破産債権者との公平に関わる問題であり、原債権者・一部代位者間の利害調整の問題に優先する原則だからである。

(1) 破産手続開始後に一部弁済をした保証人の求償権による相殺

上記の問題に類似する問題として、主債権者が主債務者の破産手続に参加し

た後で保証人が一部弁済をし、これにより取得した求償権を自働債権にして破産財団所属債権と相殺することができるかという問題がある。この問題を先に検討しよう。この相殺については、これを肯定する説と否定する説の双方が考えられるが、肯定説を明示的に主張する文献は現時点では見あたらない。否定説は次のことを論拠とする⁸⁶⁾。(α)「相殺を認めることは、破産財団からの弁済を期待する原債権者の期待を害し、現存額主義の趣旨に反する」。(β)相殺が担保的機能を有するのは確かであるが、あたかも担保権と同様であるとして、破産法104条3項等の規律が相殺に及ばないとするのは行き過ぎである；受働債権が一般破産財団に属する財産である以上、その財産と求償権との相殺は、原債権との二重の権利行使を禁止する同項等の規定の趣旨に反する。(γ)相殺は破産手続外でなしうることを前提にすると、これは破産法104条3項にいう「破産手続に参加」するに該当しないので同項に制約されることなく相殺をなしうることになり、肯定説の方に説得力があるかのように見えなくもないが、それは比較的形式的な理由付けであり、決定的な根拠となるとは言えない。なお、(δ)原債権者が原債権をもって破産手続に参加していない場合には、求償権を自働債権とする相殺は許されるべきである。

問題の検討 破産法67条1項は、破産債権者は「破産手続によらないで、相殺をすることができる」と規定し、104条3項は、求償権者が「破産手続に参加する」ことを規定しているのであるから、相殺は3項・4項の対象外と考えるのが素直である。ただ、そこから引き出される具体的な結論の当否となると、主債務者の破産手続開始後に保証人が主債権者に対して一部弁済しかできないということについて様々な状況が考えられるため、判断に迷う。ここでは、

86) 伊藤 眞『破産法・民事再生法（第3版）』（有斐閣，2014年）289頁注113（本文のαを理由とする。本文の引用部分は、同書からである），同『会社更生法』（有斐閣，2012年）225頁注135（本文のα），山本ほか・前掲（注82）167頁（沖野）（本注後記の最判平成10年の参照を指示する），木村真也「破産法104条3項等の規律は相殺に及ぶか——一部代位弁済に基づく求償権を自働債権とする相殺の可否及び具体的方法について」伊藤古稀記念『民事手続の現代的使命』（有斐閣，2015年）829頁以下（本文のβ・γ及びδ）。なお，木村・823頁によれば，実務の取扱いは「必ずしも統一されていない」とのことである。

主債務者の破産手続開始後に保証人が主債権者に対して一部弁済しかできない状況では、保証人自身も資力が不十分な状況にあるのが通常であることを前提にして、場合分けをしながら考えてみよう

(a) 保証人が主債務者に対して負っている債務額が400万円で、その弁済期が到来済みであり、主債務者の破産手続開始時の主債権額が1000万円で、それが主債権者により普通破産債権として届け出られていて、予想される配当率が多く見積もって1割であり、保証人の手許に1000万円の現金はないが400万円の現金があるとしよう。また、保証人と主債権者との関係が良好であり、保証人が1000万円以上をただちに支払わなければならないとすると支払不能になる可能性があるが、当面400万円を支払うだけであれば破産には至らないという財産状況であるとしよう。この場合に、保証人が主債権者に、「400万円を主債権者に支払うか、破産管財人に支払うか、2つに1つしかない」と相談を持ちかければ、主債権者は、「400万円を自己に支払えば、届出破産債権額を400万円分減額する」との提案をするであろう（それが彼にとって一つの合理的な行動である）。取り下げられた400万円部分について保証人が求償権をもって相殺しても、それは二重の権利行使にはならず、求償権400万円による相殺は可能になり、相殺後には600万円の保証債務が残存するだけになる。債権者は残額600万円について破産配当を受け、不足分については、保証人から分割弁済を期待することになる。

これは、否定説から見れば、次のように説明される。主債権者は、破産法104条2項により保証人から弁済を受けた400万円部分についても原債権を破産債権として行使することができるが（以下「第1の選択肢」という）、保証人から弁済を受けた部分について破産債権の届出を取り下げること彼の自由である（以下「第2の選択肢」という）。第1の選択肢がとられた場合には、保証人の総債務額は従前の1400万円（主債権者に対する1000万円＋主債務者に対する400万円）から1000万円（600万円＋400万円）に減少するが、それでも保証人は危険な財産状況に追いつめられ、主債権者は残債務について保証人からの分割弁済を期待することが難しくなろう；第2の選択肢がとられた場合には、

主債権者による破産債権の届出の一部取下げにより、保証人の相殺権行使が可能になり、保証人はその債務額を600万円（主債権者に対する600万円＋主債務者に対する0円）に減少させることができ、彼の財産状況は改善され、主債権者は残債務について保証人からの分割弁済を期待することができるようになる。このような状況において主債権者が第2の選択肢をとることにも十分な合理性があり、その選択は合理的判断に基づく一種の和解的処理である。

他方、肯定説からは次のように説明される：保証人が求償権をもって相殺することは、原債権者が原債権を破産債権として行使していることによっては妨げられず、主債権者が破産債権の届出の一部取下げをしなくても、求償権を自働債権とする相殺の結果、主債権者が破産債権として行使することができる原債権額は600万円に減少する。

(b) 保証人自身も経済的に破綻していて、保証債務のうち400万円が主債権者の申立てに基づく民事執行により回収され、その後に保証人自身も破産手続開始に至るものとしよう（なお、以下では、保証人の求償権にも主債務者の債権にも担保権は設定されていないものとする）。否定説に従うと次のようになる。前記のような和解的処理は期待できず、債権者は、少しでも多くの金額を回収するために、主債務者の破産手続における破産債権額を1000万円のままするであろう（破産法104条2項）。保証人の破産管財人は400万円の求償権をもって主債務者の破産手続に参加することはできないのであるから、主債務者の破産管財人から相殺する必要はなく、また保証人の破産管財人からの相殺も許されないので、主債務者の破産管財人は400万円の破産債権をもって保証人の破産手続に参加することになる。したがって、保証人の破産手続における主債権者の破産債権額（保証債権残額）と主債務者の破産債権額との合計額（以下「合計破産債権額」という）は、1000万円（主債権者600万円＋主債務者400万円）である。他方、肯定説に従えば、保証人の破産管財人からの相殺が可能であるので、その相殺がなされると、保証人の破産手続における合計破産債権額は、600万円となる（主債権者600万円＋主債務者0円）。

保証人の破産手続において主債権者が行使することができる破産債権額は、

肯定説に従っても否定説に従っても600万円であるが、合計破産債権額は、否定説に従えば1000万円であるのに対し、肯定説に従えば600万円である。他方で、主債務者の破産手続における主債権者の破産債権額は、否定説に従えば1000万円であるのに対し、肯定説に従えば600万円である。いずれの見解をとるかで、主債権者の利益状況と保証人の他の破産債権者の利益状況が大きく異なってくるのであるから、この局面では、いずれの見解をとるべきかの問題は、主債権者と保証人の他の破産債権者との間の利害調整の問題になる。

(c) 破産法104条5項は、同条2項・3項の規定を物上保証人についても準用している。物上保証人は、債権者に対して債務を負っているわけではないが、主債務全部について自己の特定財産をもって責任を負った以上、主債務者の破産手続開始後に物上保証人の財産から弁済等がなされたときには、主債務者の破産手続において、物上保証人の求償権も主債権に劣後させてよいとの考慮に基づく。しかし、その立法的判断において、求償権による相殺まで排除するとの決断がなされていたかは疑問なしとしない。彼が物上保証人としての責任を全て果たしている以上、求償権による相殺まで制限するのは行き過ぎであるとの判断もありえよう。他方において、債権者は物上保証人に対して債権を有していないから、物上保証人が求償権による相殺をしてその財産状況を改善させても、債権者には何の利益にもならないから、原債権者優先主義をより強く貫徹し、求償権による相殺も破産法104条3項の規定の趣旨により制限されとすべきであるとの判断もありえよう。

決 断 上記の3つの場合のうちで極限状況の(b)に焦点を合わせても、どの結論が妥当であるかの判断に迷う。そして、保証人からすでに400万円の満足を得ている主債権者のために、保証人が主債務者に対する債務を求償権と相殺することを禁止して、その財産状況を改善することを妨げてしまっただけのかという疑問は強く残り、否定説に簡単に賛同することはできない。いずれの説の結論が妥当であるかに迷うときには、法律の文言に素直に従うべきであろう。となれば、相殺は破産手続外でなされるのであるから、破産法104条3項・4項の対象外であると考え、肯定説を採るべきであろう。

(2) 破産手続開始前に一部弁済をした保証人の求償権による相殺

民法大改正後において、主債務者の破産手続開始前に保証人が一部弁済をした場合に、新502条2項により債権者が主債務者の破産手続に原債権額全額で参加した後で、保証人がその求償権をもって主債務者に対して負っている債務と相殺することができるかが問題になるが、この問題にはそれほど悩むことはない。もちろん、この場合についても、(α) 相殺を許容する立場と(β) 相殺を禁止する立場とがありうる。

相殺許容の立場の理由付けは次のようになろう。(α1) 代位弁済者Hは求償権を自働債権とする相殺をすることができないとするならば、Hの受ける不利益は非常に大きくなる；(α2) 相殺できないとすることは、改正法の立案過程で、原債権者の権利は代位弁済者の求償権にさえも優先するとの案が最終的に放棄されたことと調和しない。

相殺禁止の立場の根拠は次のようになろう。(β1) 相殺許容説をとれば、主債権者Gは、原債権のうち自己の部分のみしか破産債権として行使することができないことになり、原債権全体を単独で行使して、代位者に優先して満足を受けることができるとする新502条2項・3項の規定の趣旨が生かされなくなる；また、(β2) 原債権者への配当基準額が破産手続開始後に変動することになり、これは手続の安定という視点からは、望ましいことではない。

決 断 破産手続開始後の一部弁済の場合について相殺許容説をとる以上、開始前的一部弁済の場合についても相殺許容説をとるべきである。また、破産手続開始前的一部代位弁済に破産法104条3項・4項の適用がないことは明らかであるので、理由付けは簡単になる。一部代位弁済による求償権を自働債権とする相殺は、破産手続外での権利行使であり、求償権の行使を制限するために必要であるとした「同一手続」の要件をみたさず、また、相殺を禁止することは、保証人に大きな不利益を生じさせることになり、民法502条の趣旨に基づく権利行使制限としては行き過ぎになるから、相殺は許容されるべきである。代位弁済者は、破産者に対して負っている債務との相殺により求償権について満足を受けることができる反面、原債権のうち代位弁済者帰属部分が消滅する

結果、原債権者が不利益を受けることになるが、それは受忍せざるをえない。主債権者が原債権を行使している破産手続においては、破産手続開始前に一部代位弁済をした保証人は、原債権のみならず求償権も破産債権として行使することができないとする立場に立っても、当初債権額主義は、求償権を自働債権とする相殺が許容される限度で、実現されなくなる。

3.3.2 求償権を被担保債権とする抵当権の実行

【設例7】 前記〔設例6〕において、保証委託契約に基づきHがSの財産上に求償権を被担保債権とする抵当権の設定を受けていて、HがSの破産手続開始前の一部弁済により求償権を取得している場合に、Sの破産手続開始にともないGが原債権全額を破産債権として届け出た後で、Hは求償権の満足のために抵当権を実行することはできるか。できるとした場合に、それによりGの破産債権額は影響を受けるか。

(1) 不足額主義の視点

この問題は、まず不足額主義と関係する。それは、次のような原則である。破産債権を被担保債権とする担保権（破産法2条9項所定の担保権）が破産財団に属する財産上に設定されている場合に、その担保権者は、破産手続外で担保権を実行して被担保債権の満足を図ることができ（破産法65条）、その点にちなんで、彼は別除権者とよばれる。別除権者が担保不動産から部分的満足を得た上で被担保債権について手続開始時の債権額を基準にして配当を受けることは他の債権者との公平を害するので、別除権者は、最後配当の除斥期間満了までに担保権を実行して回収することのできない金額（不足額）を確定させた場合にのみ、その不足額を基準にして配当を受けることができるとされている（破産法108条1項・198条3項）。ここで問題にしている場合にあっては、被担保債権は求償権である。求償権が破産債権として行使される場合に不足額主義の適用があるのは当然である。では、原債権が破産債権として行使される場合はどうであろうか⁸⁷⁾。原債権を行使する者が一部代位者（求償権者）の場合と

87) 関連する文献として、次のものを参照：栗田隆「破産手続における不足額責ノ

原債権者の場合とに分けて検討することにしよう。

(a) 代位弁済者が原債権を破産債権として行使しつつ、求償権のために設定された担保権を実行する場合 問題を分かりやすくするという意味で、まずは、(α) 主債務者の破産手続開始前に保証債務が全部履行されている場合を想定しよう。破産債権として行使されているのは原債権であり、被担保債権は求償権であり、別個の債権である。その点からすれば、破産法108条1項本文の直接の適用はないと言いうるかもしれない。しかし、代位取得された原債権は求償権の確保のために存在するのであり、求償権が満足を受ければ消滅すべき存在である。求償権が破産者の財産(担保に供されている財産)から部分的満足を受けているにもかかわらず、保証人は破産手続開始時の原債権額で配当を受けることができるとするのは、他の破産債権者との関係で不公平というべきであり、保証人は、担保権の実行により求償権が満足を受けたことにより消滅した部分を除く残りの原債権額を基準にして配当を受けることができるとすべきである。その意味で破産法108条1項本文に表明された不足額主義の適用があるというべきである⁸⁸⁾。(β) 同様なことは、主債務者の破産手続開始前に保証人が一部代位弁済をし、新502条1項により原債権の代位取得部分を破産債権として届け出た後で、求償権のための担保権を実行する場合にも妥当する。

(b) 主債務者の破産手続開始前に一部代位弁済を受けた主債権者が新502条2項の規定により原債権全体を破産債権として届け出た後で、保証人が求償権のために設定された担保権を実行して満足を得る場合 この場合には、別除権者と破産債権者とが異なるので、破産法108条1項本文の直接の適用はないといえる。しかし、原債権者は新502条2項の規定により原債権全体を行使しているとはいえ、その一部は保証人が代位取得している部分である以上、

↘任主義の拡張」関西大学法学論集63巻4号(平成25年)104頁、同・前掲(注8)63巻6号1頁。

88) この場合に不足額主義の適用を肯定する見解として、野村剛司=石川貴康=新宅正人「破産管財マニュアル(第2版)」(青林書院,2013年)445頁、栗田・前掲(注87)120頁以下がある。

(a) で述べたことは妥当するはずである。保証人が代位取得した原債権への配当額を原債権者が優先的に受領し、一部代位者が受領することがないとしても、問題の本質は変わらないであろう。新502条3項は原債権への配当額について原債権者・一部代位者間の配分ルールを定めたものにすぎず、破産債権者間における一般的な財産配分ルールを変更するものではありえないからである。換言すれば、後者のルールが前者のルールに優先する。不足額主義は、後者のルールに属するのであるから、破産債権を行使して配当を受けるのは別除権者以外の者（原債権者）であるとの結果をもたらす前者のルール（原債権者優先主義）により不足額主義を排除することは許されないというべきである。

もっとも、不足額主義は、別除権を行使して不足額を確定させないと不足額について破産配当を受けることができないとの規律を通して、別除権行使の強制と結びついている。原債権者は別除権者ではなく、別除権不行使の不利益を彼に課しても意味がないから、不足額主義を〔設例7〕のような場合に適用することは不当ではないか、という疑問は生じうる。しかし、別除権の行使により不足額を確定させないと、原債権者は彼の原債権額を基準にした配当を受けるに留まり、一部代位者に属する不足額部分について配当を受けることができない。その結果、保証人は保証債務が減少しないという不利益を受ける。したがって、別除権行使の強制は可能というべきである。

(2) 二重請求禁止の視点

(a) 二重請求禁止の視点から問題を見てみよう。破産法104条3項・4項の規定は、破産手続開始後に破産者の共同義務者が一部弁済をした場合の求償権の行使と原債権の行使との調整に関する規定であるが、そこには、2つの政策的判断が含まれている： (α) 破産者は1つの給付義務を負っているにすぎないから、二重請求は許されない； (β) いずれの請求権を優先させるかの問題については、原債権者を優先させるべきである。いずれの政策的判断も、新502条3項を前提にすると、破産手続開始前に保証人が一部弁済した場合にも妥当すべきものである。

二重請求禁止法理は、一部代位者が彼に属する原債権部分と求償権とを行使する場合に妥当するのみならず、一部代位者の求償権が別除権実行手続において行使され、一部代位者に属する原債権部分が原債権者により破産債権として行使される場合にも妥当すべきものである。したがって、一部代位者が担保権実行手続において求償権の満足を得れば、その範囲で、原債権者は一部代位者に属する原債権を破産債権として行使することができない。

(b) 問題になるのは、原債権者と一部代位者との関係である。すなわち、原債権者が原債権全体を破産債権として行使する場合に、一部代位者に求償権を別除権実行手続において行使することを許し、その反面で、原債権者に一部代位者に属する原債権部分の行使を制限してよいかである。それは、次の理由により許されるべきである。(α) 求償権のために担保権が設定されている場合に、その求償権の行使の一環としての担保権の実行を禁止するのでは、一部代位者が被る不利益が大きすぎる。(β) 原債権者は、一部代位者に属する原債権部分について、不足額を基準にしてしか配当を受けることができないとの不利益を受けるが、その不利益は、一部代位者(保証人)の財産状況が別除権行使により改善されることにより償われると考えるべきである。(γ) 前述のように、原債権者が原債権全体を行使しているのと同じ手続において一部代位者が求償権を行使することは制限されるべきであるが、それは例外であり、求償権の行使は新502条により制限されないことを一般原則とすべきである；原債権は比例配分を目的とする破産手続内での権利行使であり、別除権者による担保権行使は、その手続外での権利行使であるから、一部代位者が別除権行使手続において求償権の満足を得ることは、新502条によって妨げられることはない⁸⁹⁾。

(3) ま と め

[設例7]の場合には、一部代位者による担保権実行は許される((2))

89) この説明(法律構成)は、担保権者に別除権を認めない会社更生法の下でも同様な結論を導こうとすると、さらに洗練する必要がある。しかし、担保権者に別除権が認められている破産法及び民事再生法の範囲内では、この説明でよいであろう。

(b) 参照)。それを前提にして、一部代位者が代位取得した原債権のうち求償権が満足を受けたために消滅した部分を原債権者が新502条2項の規定により破産債権として行使することは、不足額主義の視点から見ても、二重請求禁止の視点からみても、他の破産債権者との公平を害するので許されない。もっとも、それは、破産法108条1項本文や104条3項・4項の適用の結果として説明されるべきものではなく、それらの規定の基礎にある次の考えにより説明されるべきものである：破産手続は破産者の限られた財産を破産債権者の間で公平に分配する手続であるので、(α)破産者の一つの給付義務に対して競合関係にある請求権が複数存在する場合には、その内の一つの行使しか許されず、かつ、(β)破産手続開始時に破産者に属する財産のうちで配当財団以外の財産から一つの請求権に満足が与えられた場合には、配当財団から比例配分を受ける当該請求権又はこれと競合関係にある他の競合請求権の額は不足額に限定される。これを「破産債権額に関する公平原則」とよんでおくことにしよう。この原則のうちの(β)が適用される場合には、開始時現存額主義は後退し、配当時の現存額を基準にして配当がなされることになる。

破産法104条3項・4項は、上記の(α)が共同債務者による一部弁済が破産手続開始後になされた場合に発現したものであり、かつ、原債権者の優先という上記の命題に含まれていない原則を合わせて表明したものである。破産法108条1項は、上記の(β)を別除権について発現させたものである(198条3項は、その補強として不足額を確定させないことの不利益を定めたものである)。

[設例7]は、次のように解決されるべきである。一部代位者の求償権を被担保債権とする担保権が行使される場合には、求償権は配当財団からの比例配分手続外で行使されるので、新502条により制限されることはない。そのことを前提にして、上述の「破産債権額に関する公平原則」により、原債権者は、一部代位者に属する原債権部分については、不足額責任主義の適用を受ける。

(4) 原債権者の利益保護

以上のことを前提にして、主債権者の利益保護を考えてみよう。

(a) 原債権を被担保債権にして求償権上に質権の設定を受けること 保証人が求償権の回収のために抵当権を実行する場合に、担保権実行手続において主債権者が保証人への配当額から優先的に満足を得ることができないかを考えてみよう。

解釈論上最も確実な方法は、保証契約の締結に際して、保証人が主債務者に対して将来取得する求償権上に、原債権（または保証債権）を被担保債権とする質権の設定を受けることであろう。そうすることは、通常、主債権者の利益にかなない、かつ、保証人にとって特に不利益なことではないので、主債権者及び保証人の通常の意味に合致するであろうと推測できる。当事者の通常の意味に合致する任意規定を置くことは、経済の効率的な運営に資するのであるが、民法改正においてその趣旨の規定は置かれなかった。規定の空白を解釈により補充すべきか、当事者の合意に委ねるべきかが問題になる。今の時点では「当事者の通常の意味に合致する」というのは推測にとどまるのであるから、当面は当事者の合意に委ねておくべきであろう。

(b) 求償権の担保に供された不動産の価格が原債額権を上回る場合 融資に際して保証人を立てさせる場合でも、主債務者の財産上に担保権を設定させることがよくある。問題は、その被担保債権を主債権とするか保証人の求償権とするかである。最も確実な方法は、双方の債権を被担保債権にして担保権を設定することであるが、各被担保債権ごとに抵当権を設定するととなると、コストがかかる。いずれか一方のみを被担保債権にして抵当権を設定するととなると、一長一短であろう。保証人が資力不足に陥る場合のことを考慮すると、主債権を被担保債権とする担保権の方が主債権の回収は確実になろう。他方で、主債権の利率あるいは遅延損害金利率よりも求償権の遅延損害金利率を高く設定する場合には、主債権を被担保債権とする抵当権では遅延損害金の差額部分はカバーされない。また、主債権者は融資に専念し、主債務者が債務不履行に陥った場合の債権回収は保証人に委ねるとの分業体制を構築しようとするのであれ

ば、担保不動産の管理も保証人に委ねる方がよく、それに素直に適合するのは求償権を被担保債権とする担保権であろう。以下では、こうした理由等により、求償権のみを被担保債権とする抵当権が主債務者の財産上に設定されている場合に、保証人が保証債務の一部しか履行できない場合を考えてみよう。

ところで、保証委託契約に基づく事後求償権は、保証債務の履行（代位弁済）がなされるまでは将来の債権であり、将来の債権に基づいて抵当権を実行することはできない。また、主債務者について破産手続が開始されると保証人は保証債務履行前でも事前求償権を取得し、これは主債権者が主債務者の破産手続に参加していない場合には直ちに行使することができる現在の請求権であるが（民法460条1号）、事前求償権の行使については民法461条により主債務者に抗弁権が与えられており、この抗弁権が付着する状態では、担保権の実行としての競売は許されない⁹⁰⁾。

したがって、[設例7]において、破産手続開始後に保証債務の追加的履行がないことを前提にすると、保証人の求償権のために主債務者の2000万円の不動産上に抵当権が設定されていても、保証人が抵当権を実行して配当等を受領することができるのは、破産手続開始時の求償権額715万円と破産手続開始後の遅延損害金額にとどまる。主債権者から見れば、融資金額を上回る主債務者

90) 旧競売法及び明治23年民事訴訟法の下で、他者の競売申立てに基づく競売手続の中で事前求償権に基づいて配当要求（現民事執行法の下では債権届出（同法49条2項2号参照））をすることが認められている（最判昭和34年6月25日民集13巻6号810頁。これは、この配当要求を無効であると主張する後順位債権者からの事前求償権者（担保権者）に対する不当利得返還請求を棄却した事例である）。現行民事執行法は、停止条件付債権又は不確定期限付き債権への配当等を認めているのであるから（91条1項1号）、抗弁権付き債権である事前求償権についても同様に配当等を認めてよい。しかし、強制競売の申立てのためには、執行債権は、期限到来済みの無条件債権でなければならず（民執法27条1項参照）、執行債権が抗弁権付きの場合には、抗弁権を消滅させたいと強制執行の申立てはできないと解すべきである。事前求償権を被担保債権とする担保権の実行としての競売申立てについても同様である。他者の申立てに基づく競売手続中での権利行使と、自ら競売申立てをする場合とで、抗弁権付き債権の行使の可否が異なることは、その権利行使により債務者が受ける不利益の違いにより正当化される。

の財産上に抵当権が設定されているにもかかわらず、主債権ではなく求償権が被担保債権となっているために、その抵当不動産から主債権を回収することができないのである。この場合に主債権者がとりうる便宜的方法の一つは、主債権者が保証債務の未履行部分相当額を保証人に貸し付け、その貸付金債権を被担保債権とする質権を事後求償権上に設定させ、かつ、貸付けと同時に保証債務を履行させることであろう。こうすることにより、主債務者に対する貸付金債権を保証人に対する貸付金債権に転換し、かつ、保証人に対する新規貸付金債権について実質的に見て主債務者の不動産を担保に取ることができることになる。実質的にみれば、主債務者の破産手続開始後に主債務者の財産を新規の担保に取るのであるから、他の破産債権者との公平を害しないかが問題になるのは確かである。しかし、もともと破産者の財産上に担保権が設定されていて、その担保権の経済的効果の全面的発揮が破産者ではなく担保権者の財産的事情により阻害されている場合に、担保権者の財産状況を支援して、その全面的発揮（担保権の実行による被担保債権の全面的回収）を容易にしているにすぎないのであるから、許容すべきであろう。

なお、保証人の一部弁済により求償権の一部が現在の債権になるが、残部は将来の債権（停止条件付債権）にとどまる。破産法は、停止条件付債権について打切主義を採用しているが（198条2項）、民事執行法はこれを採用しておらず、将来部分も、被担保債権である以上は配当の対象になって、91条1項1号により供託され、停止条件付債権者への配当等の実施は、停止条件の成就後になされる（92条1項）。この規律が保証人の将来の求償権についても適用されることを前提にするならば、主債権者による保証人への前記貸付けは、買受人が代金を納付した後でもよいことになる。

3.3.3 求償権を破産債権として行使することの制限と当初債権額主義

求償権行使の制限 一部代位弁済をした保証人が求償権を行使することは、新502条の規定によって制約されないのが原則である。これを前提にした上で、原債権者が原債権全体を強制執行手続で行使している場合について、前述

(2.3) のように、「原債権者がある手続において原債権の全体を行使する場合には、彼に属する原債権部分の満足に至るまで、一部代位者がその手続において求償権を行使することは制限される」との原則を定立した。この原則は、破産手続において原債権が原債権者により破産債権として行使されている場合にも妥当する。

原債権の代位取得を基礎とする当初債権額主義 求償権の行使について上記のような制限を設けると、主債務者について破産手続が開始された場合には、それ以前に保証人が一部弁済をしているときでも、主債権者は当初の主債権額で破産手続に参加することができる（ただし、一部代位者が求償権を自動債権にして相殺をしたり、求償権を被担保債権とする担保権を実行することは、破産手続開始後であっても妨げられず、これにより一部代位者が求償権の満足を得れば、権利の二重行使の禁止原則により、その満足額だけ主債権者の破産債権額は減少する）。この限りで、当初債権額主義が実現される。このような当初債権額主義は、破産者に対する求償権の確保のために原債権が一部代位者により代位取得されて存続していることを前提にするものであり、「原債権の代位取得を基礎とする当初債権額主義」と呼ぶことができる。

原債権の代位取得を基礎とする当初債権額主義は、その基礎を欠く場合には成立しないという限界がある。その限界は、主債務者が一部弁済をした後で保証人について破産手続が開始される場合に現れる。この場合には、求償権は発生し得ないので、その確保のために原債権が存続することもあり得ず、したがって、主債権者は主債務者からの弁済額を控除した債権額でしか保証人の破産手続に参加することができない。その点で、原債権の代位取得を基礎とする当初債権額主義は、片面的な（あるいは不完全な）当初債権額主義である。

3.4 破産手続開始前に他の連帯債務者が一部弁済をしていた場合

(1) はじめに

連帯債務者の一人について破産手続が開始される前に他の連帯債務者が一部弁済をしていた場合について検討しよう。

【設例8】 連帯債務者SとTが債権者Gに対して民事上の連帯債務1000万円を負っていて（弁済期は債務発生から1年後であり，利息及び遅延損害金の約定利率は民事法定利率と同じで，ここでは年5%（旧404条参照）と仮定する），その負担割合は平等であるとする。問題の単純化のために，連帯債務者間の求償権の遅延損害金利率は，主債権の利率と同じであるとする。Sについて破産手続が開始される1年前に，Tが弁済期に650万円だけ一部弁済をしたとする（その他の点は，重利の特約も含めて，[設例6]と同じであるとする）。

原債権の帰属 この弁済により，原債権は誰にどのように帰属することになるであろうか。

(a) 債権者の原債権は，400万円になると考えてよいであろう⁹¹⁾。

(b) 弁済をした連帯債務者が取得する原債権はどうなるであろうか。一部弁済直後の主債権額は，利息を含めると1050万円であり，弁済金650万円の内の525万円は彼自身の負担部分の弁済である。したがって，彼はSに対して125万円の求償権を取得すると考える方が単純な解決を得ることができることになるが，旧442条の下でそのようには解されず，弁済金の半額の325万円の求償権を取得すると解されてきた。新442条は，この点を一層明確に規定した。問題は，Tが原債権のうちどれだけを代位取得し，そのうちのどれだけを求償権の満足のために行使することができるかである。

(2) 全額弁済の場合についての3つの見解

この問題は，連帯債務者の一人が全部弁済をした場合の原債権の帰属の問題と関連し，後者の場合について見解の対立が見られる。ここでは，求償権を有する連帯債務者が取得する原債権額と行使することができる（配当基準となる）原債権額の双方が重要であるので，その点を明確にしながら見解の分類をすることにしよう（括弧内の数字は，前記設例において設定を少し変え，Tが弁済期に1050万円全部を弁済した場合の弁済直後における数字である。TのS

91) この点については，後述の取得債権額制限説を採った場合に，別の考えるとる余地がないわけではない。しかし，その余地を認めて議論すると，議論が複雑になり，それでいて大した成果は得られないので，立ち入らないにことにする。

に対する求償権額は525万円である。ただし、民法442条2項により請求することができる弁済日の利息は省略した)。

第1の見解は、連帯債務者は求償権の範囲内で原債権を行使することができるのであるから、彼が取得する原債権額は求償権額(525万円)に一致するとみる。この見解では、原債権のうち弁済額と求償権額との差額に相当する部分は、弁済者の負担部分の弁済であるので消滅することになる。

第2の見解は、彼は弁済額(1050万円)に応じて原債権を取得するが、行使することのできる原債権額は求償権額(525万円)に限られると説く。

第3の見解は、連帯債務者は弁済額(1050万円)に相当する金額の原債権を取得し、求償権の満足に至るまでその全額を行使することができ、破産配当等における比例配分の基準額は代位取得した原債権全額(1050万円)であると主張する。

第1の見解と第2の見解とは、実際上の差異はないので、両者をまとめて行使債権額制限説と呼ぶことができるが、ここで論じている問題との関係では区別しておく方がよいので、この名称は第2の見解に用い、第1の見解を取得債権額制限説とよぶことにしよう。第3の見解は、受領金額制限説と呼ばれる⁹²⁾。

(3) 一部弁済の場合への適用

連帯債務者の一人が一部弁済により原債権の一部を取得した場合はどうか。[設例8]において、彼の弁済額と求償することができる金額との差額(325万円)に相当する原債権部分がどうなるかが問題になる。その部分は、弁済をした連帯債務者自身の負担部分に含まれるので、その部分については原債権は消滅すると考えるか否かが重要になる。

受領金額制限説によれば、弁済額に相当する原債権部分(650万円)は存続

92) 学説の状況を含めて、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」関西大学法学論集60巻5号(2011年)87頁以下参照。受領金額制限説を明示的に主張する文献として、次のものがある：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、長谷部由起子「弁済による代位(民法501条)と倒産手続」学習院大学法学会雑誌46巻2号(2011年)231頁注5、栗田・前掲98頁以下・102頁。

し、代位者が行使することができる。したがって、新502条2項により原債権者が行使することができる原債権額は、一部弁済直後においては、一部弁済者に属する原債権額（650万円）と自己に属する原債権額（400万円）との合計額（1050万円）であり、1年後の破産手続開始時において破産債権として行使することができる金額は、これと遅延損害金の合計額（1102万5000円）である。

取得債権額制限説によれば、一部弁済直後に残存する原債権額は、一部代位者に帰属する部分（325万円）と原債権者に帰属する部分（400万円）との合計額（725万円）である。したがって、新502条2項により原債権者が行使することができる原債権額は、一部弁済直後においては、この合計額（725万円）であり、1年後の破産手続開始時において破産債権として行使することができる金額は、これと遅延損害金の合計額（761万2500円）である。

行使債権額制限説によれば、残存する債権額は受領金額制限説の場合と同じ金額（1050万円）である。しかし、一部代位者の行使できる原債権額が求償権額に制限されている以上、原債権者が新502条2項により原債権を行使する場合にもその制限に服すはずであり、原債権者が新502条2項により行使できる原債権額は、一部弁済直後においては、取得債権額制限説に従った場合の金額（725万円）であり、1年後の破産手続開始時において破産債権として行使することができ金額も取得債権額制限説に従った場合の金額（761万2500円）である。

いずれの立場にたっても、原債権者が新502条2項により原債権全体を行使する場合には、二重請求禁止の法理により、原債権者による原債権行使と重なる範囲では、一部代位した連帯債務者Tは連帯債務者Sの破産手続において求償権を行使することはできない（前記設例では、いずれの見解によっても、原債権によってカバーされない求償権額はゼロであるので、求償権の行使は全面的に禁止される）⁹³⁾。

93) いずれの見解によっても、破産財団から原債権者に配当された金額について、破産管財人は負担割合に応じて、他の連帯債務者に求償することができる。例えば、受領金額制限説に従って1102万5000円の破産債権として原債権が行使され、1割ノ

(4) 私 見

私は、全部弁済の場合に受領金額制限説を支持しており、一部弁済の場合についても、この見解が支持されるべきであると考え。(α) 実質的な理由は、次の点にある：連帯債務制度は、責任の集積により債権者の満足を確実にするための制度である；ある連帯債務者について破産手続が開始された場合には、債権者はその連帯債務者からは不十分な満足しか得られないのであるから、破産手続開始時における破産者自身の未履行額（当初債権額から彼自身の履行額を控除した額）を基準にした配当を残債権額（他の連帯債務者による弁済額も控除した債権額）の満足に至るまで得させることは、連帯債務制度の趣旨に合致する；これを実現できる受領金額制限説が支持されるべきである。(β) 新501条の文言（特にかっこ書が追加された2項の文言）も受領金額制限説を妨げるものではない；すなわち、条文の文言に即して説明すれば、次のようになる：新502条1項は、「その弁済をした価額に応じて、（中略）その権利を行使する」と規定しているが、これは弁済額に応じた原債権の取得を前提にした規定である；基準にされているのは、求償額ではなく弁済額であるから、取得金額制限説は否定されるべきである；新501条2項は、代位取得した原債権の行使は「債務者に対して求償をすることができる範囲内（中略）に限り」することができる」と規定しているが、これは、「求償額の満足に至るまで原債権を行使することができる」という意味に解すべきであり、破産配当のように比例

の破産配当（110万2500円）がなされる場合には、破産管財人は、その半分をTに求償することができ、得られた求償金が追加配当の原資になる。しかし、債権者が得た満足は650万円と110万2500円にとどまり、少なくとも309万7500円 [=420万円（破産手続開始時における原債権者の原債権額（遅延損害金を含む））-110万2500円（配当額）] をGはTに請求することができる。Tが追加弁済をすると、その半額をSに求償することができ、この求償権と前述のSの破産管財人のTに対する求償権とが相殺されることになるので、実際には追加配当の問題は生ずることは少ないと考えてよいであろう。この問題は、受領金額制限説の場合に生じやすいのは確かであるが、行使債権額制限説にしたがっても生ずる問題であり、根本的には弁済額を負担割合に応じて求償することができるとしたことから生ずる問題である（負担割合を超えて弁済した額について求償することができるとの規律の下では生じない問題である）。

配分がなされる場合の比例基準債権額は、代位取得された債権額である。つまり、一部弁済をした連帯債務者は、破産者に対する求償権の満足に至るまで、「代位取得した債権価額に比例配分率を乗じて算出される配当額」から「その配当額の中で原債権者が新502条3項により優先的に満足を受ける額」を控除した額を受領することができる。

以上の規律を破産法104条3項・4項と比較してみよう。(α)取得債権額制限説・行使債権額制限説によれば、破産者以外の連帯債務者による一部弁済が破産手続開始前になされたか開始後になされたかで結果に相違が生ずる。他方、(β)受領金額制限説に従えば、破産者以外の連帯債務者による一部弁済が破産手続開始前になされたか開始後になされたかにかかわらず、主債権者は、当初の主債権額で破産手続に参加することができる(開始後の一部弁済の場合については破産法104条2項が直接の根拠になり、開始前的一部弁済の場合については新502条2項・3項及び「弁済者の負担部分について原債権は消滅することなく存続して行使されうる」ことが根拠となる)。

(5) 比較法

スイス法と民法改正後の日本法とを比較しておこう。

(a) 当初債権額主義の実現方法の違い スイス法(債務取立・破産法⁹⁴⁾)が採用する当初債権額主義は、《債権者は、全部義務者の破産手続において、他の全部義務者の一部弁済額を控除することなく、当初の債権額([設例8]では元本1000万円)及び利息・遅延損害金との合計額を破産債権として行使することができる》とするものである。スイス法は、当初債権額主義を明文で直接規定しているため、一部代位者が行使することのできる原債権の存在及びその額に依存しない。他方、日本法においては、破産手続開始前に破産者以外の全部義務者から一部弁済があった場合に、当初債権額主義を実現できるかは、一部弁済者による原債権の代位取得及び行使可能な原債権額に依存する。一部弁済者が主債務者である場合には、彼は原債権を代位取得することはないので、

94) Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889.

保証人の破産手続において当初債権額主義が実現されることはない。また、連帯債務者について破産手続が開始される前に他の連帯債務者が一部弁済をしていた場面では、受領金額制限説によれば、比較的容易に当初債権額主義が実現できる。しかし、他の2つの見解の下では、その実現が不可能であると言うつもりはないが、若干の無理をする必要がある⁹⁵⁾。

(b) 余剰がある場合の求償権者への配当 破産者の共同債務者の弁済額が多く、破産財団からの配当率が比較的高い場合には、当初債権額を基準にした配当額から債権者の残存債権に配当を与えても余剰が生ずることがあり、その余剰を求償権者（一部代位者）にどの範囲で与えるかが問題となる。スイス債務取立・破産法は、この点を217条において規定している。本稿との関係で重要な1項と3項を見ておこう⁹⁶⁾。

1項 債権者は、破産債務者と共同して債務を負う者からその債権の一部につき満足を得たときは、共同債務者が破産債務者に対して求償権を有するか否かにかかわらず、破産債務者の破産手続においてその債権の本来の額全額を行使することができる。

3項 債権に対してなされる破産財団からの配当分は、その完全な満足に至るまでは債権者に帰属する。剰余額があるときは、求償権を有する共同債務者がその独立の求償権を主張した場合に得るであろう額を取得する。残余は財団に属する⁹⁷⁾。

95) 例えば、行使債権額制限説を採用し、一部代位者に帰属する原債権額について、一部代位者が行使できる金額は求償権額に制限されるが、原債権者が行使できる金額は制限されず、破産者に対する債権の満足に至るまで原債権全額を基準に配当を受けることができるとすることが考えられる。一部代位者に帰属する原債権額について、原債権者は一部代位者が行使できる金額を超えて行使できるとすることを「若干の無理」と評価するか否かは、意見の分かれる点になるであろう。

96) 訳文は、『スイス債務取立・破産法』（法務資料420号，昭和49年）所収の上谷清訳である。なお、現行規定では、「破産債務者 *Gemeinschuldner*」が「債務者 *Schuldner*」に変更されている。

97) スイス債務法149条1項は、日本民法旧502条1項に相当する規定であり、次のように規定している：「債権者の権利は、彼が満足を受けたのと同じ量 (*Masse*) で、償還請求権を有する連帯債務者に移転する」。この規定とスイス債務取立・破産

同条3項2文の規定があるので、求償権を有する連帯債務者への配当額がいくらになるかは、(α) スイス法の当初債権額主義と(β) 受領金額制限説に従った「原債権の代位取得を基礎とする当初債権額主義」とで違いが生ずることになる。それを具体例で確認しておこう。なおスイス法では、連帯債務者は負担部分を超える支払額について他の連帯債務者に求償することができ⁹⁸⁾、この点で日本法と異なる。この差異まで考慮して議論を進めると議論が複雑になるので、この点はスイス法に足並みを揃えることにしよう。したがって、以下の比較は、正確には、一部弁済をした連帯債務者への配当額についてスイス法と日本法とを比較するものではなく、「スイス法の当初債権額主義」と「原債権の代位取得を基礎とする当初債権額主義(受領金額制限説)」とを比較するものである。

【設例9】 AとBがCに対して当初1200フランの連帯債務を負っていた。AとBの負担割合は平等であり、各自の負担額は600フランである。破産配当率を25%とする。当初債権額1200フランに対する25%は300フランであり、この金額の範囲内でBとCに配当がなされ、余剰があれば、それは破産財団に属する。

参照したコンメンタールによれば⁹⁹⁾、スイス法では、この300フランは、次のように分配される。

【ケースa】 BがCに200フランを支払っていた場合には、Cは300フランを得る。Bは自己の負担部分を超えた支払をしていないので、破産者たる連帯債務者に対して求償権を有しない。

【ケースb】 BがCに1000フランを支払っていた場合には、Cは200フラン

↳法217条3項との関係は、残念ながら、把握できていない。

98) スイス債務法148条2項が次のように規定している：「ある連帯債務者がその負担部分を超えて支払をした場合には、彼は超過額について彼の共同債務者に対して償還請求権を有する」。Vgl. auch “Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht 1, 2. Aufl.,” (Helbing & Lichtenhahn, 1996) Rz. 4 zum Art. 148 (S. 773) - Schnyder.

99) Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Auflage, Band 2, Schulthess, 1997/1999, S. 292-293.

を得る。Bの求償権額は400フランであり、その25%の100フランの配当を受け
る。Aの破産財団に留保される金額はない。

〔ケースc〕 BがCに1150フランを支払っていた場合には、Cは50フランを
得る。Bの求償権額は550フランであり、その25%の137.5フランの配当を受け
る。300フランからCとBへの配当額を控除した残りの112.5フランは、Aの破
産財団に留保される。

「原債権の代位取得を基礎とする当初債権額主義（受領金額制限説）」では
次のようになる。〔ケースa〕〔ケースb〕の場合は、同じである¹⁰⁰⁾。〔ケース
c〕では、当初債権額に割り当てられる300フランからCへの配当額50フラン
を控除した残額250フランがBの求償権額550フランの満足に至るまでBに配当
されることになるで、結局250フラン全額がBに配当される。Aの破産財団に
留保される金額はない。

このように、スイス法の当初債権額主義は、「原債権の代位取得を基礎とす
る当初債権額主義（受領金額制限説）」とは異なる結果をもたらす。倒産に関
する法律自体で規定されているが故に可能な制度と考えてよいであろう。もし
日本の破産事件において、スイス法と同様な結果がもたらされることが望まれ
るのであれば、民法の規定の解釈に頼るのではなく、破産法自体に明文の規定
を置くべきであろう。

4 ま と め

当初債権額主義の部分的実現 大正11年破産法は、共同債務者の一人につ
いて破産手続が開始された場合について、開始時現存額主義を採用し、債権者

100) この2つの場合については、連帯債務者の求償権額について日本法の規律（支払
額が負担部分を超えていなくても負担割合に応じて求償できる）を前提にしても、
結果は同じである。〔ケースa〕の場合には、原債権全体への配当額300フランをC
が受領するから、Bへの配当額はゼロになる。〔ケースb〕の場合には、Bの求償
権額は500フランであるが、原債権全体への配当額300フランから200フランをCが
受領し、Bに配分され得るのは残額は100フランにすぎず、これは求償権額の範囲
内であるから、Bは100フランの配当を得ることができる。

は開始時における債権額で破産手続に参加することができ、一部代位者は開始時における求償権額又は一部代位取得した原債権額でもって破産手続に参加することができるとした。平成16年破産法もこれを踏襲した。しかし、平成27年に国会に提出された民法改正法案は、一部代位弁済がなされた場合の原債権の行使について、原債権のために設定された担保権の実行手続について判例法により承認されていた原債権者優先主義を明文化し、かつ、一般的に適用される規定となるように502条を改め、原債権者は一部代位者に移転した原債権部分も含めて、原債権全体を行使できるものとした（新502条2項）。新502条は、一部代位者が有する求償権の行使を制約する規定ではない。しかし、一部代位者が原債権者に対して残債務を負っている場合には、原債権者が原債権を行使しているのと同じの手続において一部代位者が求償権を行使して原債権者の原債権行使を部分的に阻害することは許されるべきではないと解釈することは可能である。その解釈を前提にすると、破産法の関係規定が改正されていなくても、結果的に、原債権者は、当初の原債権額をもって破産手続に参加することができることになり、その限りで当初債権額主義が実現される結果となる。

しかし、主債務者が一部弁済をしてその後に保証人に破産手続が開始された場合には、原債権者が行使できるのは、開始時において保証債権額に限られ、当初の保証債権額ではない。

このような制約があるので、新502条により、破産手続において開始時現存額主義から当初債権額主義に移行したと言えるかは、「当初債権額主義」の言葉の定義に依存する。どのように定義しようとも、「少なくとも部分的に当初債権額主義が実現されるようになった」ということはできよう。

破産手続外での求償権行使 一部代位者が求償権を破産手続によらずに行使すること、例えば、求償権を自働債権にして相殺すること、あるいは求償権の付された担保権を実行することは、一部代位者の共同債務者について破産手続が開始された場合でも許されるべきであり、こうした形で求償権が行使され、求償権が消滅する場合には、一部代位された原債権も消滅することになるので、原債権者が破産債権として行使することができる原債権も減少する。このよう

に破産手続外での求償権行使を許容することは、当初債権額主義の実現範囲の縮小をもたらすが、同様な減少は、開始時現存額主義の下で、主債務者の破産手続開始後に保証人が一部弁済し、これによる求償権を破産手続外で行使する場合にも生ずることである。ともあれ、破産手続外での求償権行使により当初債権額主義の実現範囲が縮小するとしても、「改正後の民法502条により少なくとも部分的に当初債権額主義が実現されるようになった」ことには変わりはない。

連帯債務者の破産手続における当初債権額主義の実現 日本法では、破産法自体が当初債権額主義を規定しているわけではないので、当初債権額主義の実現は、原債権の代位取得を基礎とせざるを得ない。ある連帯債務者の破産手続開始前に他の連帯債務者が一部代位弁済をした場合については、「代位弁済者は弁済額に応じて原債権を取得し、求償権の満足に至るまで代位取得した原債権を行使する（原債権の額を基準にして配当を受ける）ことができる」との考え（受領金額制限説）を前提にして、原債権者優先主義を適用しないと、当初債権額主義の実現は困難である。しかし、一部代位者への配当は求償権額を基準にすべきであるとの見解も有力である。その見解と「原債権の代位取得を基礎とする当初債権額主義（受領金額制限説）」とは両立しがたい。その見解をとりつつ当初債権額主義を実現するためには、スイス法がしているように、破産法において独自の規定を設けることが必要である。