

一部弁済による代位

——改正民法の規律と関連する諸問題——

渡 邊 力

- I はじめに
- II 権利行使面での原債権者と一部代位者の関係
- III 満足面での原債権者と一部代位者の関係
- IV 抵当権以外の原権利の実行に関する問題
- V 複数債権の一部の全額代位弁済
- VI 倒産法における開始時現存額主義との関係
- VII 結びに代えて

I はじめに

保証人や物上保証人などの代位者が、債権の一部について代位弁済を行うことがある。この一部弁済の場合でも、民法502条によって、一部代位者は原債権者の有する権利（以下、「原債権・原担保」または「原権利」と称する）を代位行使することが可能である。本稿では、平成29年の民法改正による同条の改正内容を踏まえつつ、一部弁済による代位（以下、「一部代位」と称する）に関する規律を明らかにする。

(1) 民法（債権関係）改正法が平成29年（2017年）5月26日に国会で可決・成立し、平成29年6月2日に法律第44号として公布された。改正民法の内容については、法制審議会民法（債権関係）部会の資料（以下、「部会資料」と称する）を主に参照する。なお、本稿で表記する民法条文は、改正後の条文を指し、改正前の条文には「旧」を付す。

本稿で扱う一部代位について、民法改正前は、旧502条1項で「代位者は、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」と規定されていた⁽²⁾。しかし、この規定内容が不明瞭であったため、原債権・原担保につき誰がどのように行使できるのか、また、権利行使による担保物件の売却代金などにつき誰がどのように配当を得るのが長らく問題とされてきた⁽³⁾。具体的には、前者の権利行使の段階で、一部代位者は単独で原権利を行使できるのか、または原債権者と共同でしか原権利を行使できないのか、さらには原債権者は単独で原権利を行使できるのかが争われていた。その一方で、後者の満足（配当）の段階でも、たとえば抵当権の実行による任意売却代金または競落代金などについて、原債権者と一部代位者は平等の割合で分配されるのか、または一部代位者よりも原債権者に優先的に分配されるのかが争われてきた。これらの問題に対する裁判例が集積し⁽⁴⁾、また学説での議論を経て、近時は通説とみられる見解が定着してき

(2) 一部代位に関する旧502条の立法経緯については、貞家克己「弁済による代位」金法500号（1968年）39～43頁、磯村哲編『注釈民法（12）債権（3）』（有斐閣、1970年）353頁〔石田喜久夫〕、寺田正春「一部代位における債権者優先主義」金融法研究・資料編（3）（1987年）85～91頁、斎藤和夫「弁済者一部代位の法構造——原債権者と一部代位者の競合関係、その利益較量的分析——」慶法60巻2号（1987年）167～179頁、前田達明＝高橋眞監修『史料債権総則』（成文堂、2010年）645～652頁〔高橋眞〕に詳しい。

(3) 近時は、一部代位に関する問題を権利行使面と満足面に分けて捉えることが一般的である。たとえば、山下孝之「保証人の代位請求」法時45巻9号（1973年）192頁、林良平（安永正昭補訂）ほか編『債権総論』現代法律学全集8（青林書院、第3版、1996年）294頁〔石田喜久夫〕、潮見佳男『新債権総論Ⅱ』（信山社、2017年）138頁以下、ほか参照。本稿でも両場面を分けて検討する。

(4) 本稿では、一部代位に関する裁判例として、【判例1】大決昭和6年4月7日民集10巻535頁、【判例2】最判昭和60年5月23日民集39巻4号

(5) ところで、平成29年の民法改正では、一部代位に関する旧502条の規律内容が基本的には判例・通説に従った形で改正された。これによって従来の解釈論に一定の終止符が打たれたことになる。もっとも、民法改正によっても積み残された問題や新たに意識された問題が指摘されている⁽⁶⁾。とりわけ、従来の判例・通説が原担保として主に抵当権の事例を念頭においていたことに対して、改正民法では抵当権以外の権利一般にまで規律対象が拡張されている点で、いくつかの問題が指摘されている。たとえば、不動産以外を目的とする質権・先取特権、譲渡担保権など、保証債権、債権者代位権・詐害行為取消権、民事執行手続における配当要求の場面への一般化に付随して各種の問題が生じうる。改正民法の下では、これらの問題を具体的に検討する必要がある。

以上から、一部代位の場면을権利行使面（本稿Ⅱ）と満足面（本稿Ⅲ）に段階を分けたくうえで、従来の議論状況を確認し、民法502条の改正内容を概観しつつ、新しい規律の妥当性および問題点を検討する。さらに、改正民法による規律対象の拡張に付随する問題点を別途検討する（本稿Ⅳ）。

940頁，【判例3】最判昭和62年4月23日金法1169号29頁，【判例4】最判平成17年1月27日民集59巻1号200頁を検討対象とする。

(5) 従来の議論状況については、石田・前掲(2)『注釈民法(12)』353～355頁，寺田・前掲(2)92～108頁，斎藤(和)・前掲(2)「弁済者一部代位の法構造」175～179頁，森永淑子「一部代位における債権者優先主義について——日本法を中心に——」福岡48巻3・4号(2004年)361頁以下，下村信江「一部代位者の権利行使について」近畿ロー5号(2009年)47頁以下に詳しい。詳細は、これらの先行業績に譲る。

(6) 後述の通り，権利行使面では大審院判例を変更し通説を採用する一方で，満足面では判例・通説を採用している。

(7) 部会資料39・57～59頁，部会資料80-3・28～29頁。また，日比野俊介「弁済による代位」金法2037号(2016年)43～49頁，潮見・前掲(3)『新債権総論Ⅱ』137～147頁も参照。

ところで、原債権が複数存在する場面が一部代位の範疇に入るか否かに争いがある。一部代位の場面は、本来的には1個の債権の一部の代位弁済である。しかし、ひとつの担保権で担保される複数の債権のうちの1個の債権のみが全額代位弁済された場合に、一部代位の規律が適用されるべきか否かは問題である。後述するように、一部代位の規律を適用すべきとみる見解も一部に主張されているが、判例・通説は一部代位の規律の適用を否定している。もっとも、後者の見解においても、一部代位の規律を排除する場面を限定的に解釈する見方が有力である。この問題は、改正民法でも直接規定されていないため、今後も解釈にゆだねられる。そこで本稿でも別途検討を加える（本稿V）。

最後に、民法による実体法上の規律と倒産法上の規律との関係にも言及しておきたい（本稿VI）。たとえば、債務者の破産手続開始後に全部義務者が債権者に対して一部弁済を行った場合には、破産法においても原債権者と一部弁済者の間で配当の割当ての問題が生じる。これについて、破産法の範疇では手続上の開始時現存額主義（破産法104条1項・2項）の規律に従うことになる。その際、開始時現存額主義の制度趣旨や具体的規律内容に加えて、判例を契機として、⁽⁸⁾超過額配当や複数債権の一部全額弁済の配当にまつわる問題が議論されている。この問題は、基本的には破産法を含む倒産法に特有の問題意識から生じる議論であるため、本稿では深入りできない。ただし、倒産法の議論のなかで実体法上の一部代位の規律との整合性が問題視されているため、関連する範囲で倒産法の議論状況にも

(8) 平成16年（2004年）の破産法改正後の開始時現存額主義に関する裁判例として、【判例5】最判平成22年3月16日民集64巻2号523頁、【判例6】最決平成29年9月12日民集71巻7号1073頁を取り扱う。なお改正以前の判例については、山本和彦「手続開始時現存額主義の現状と将来——改正民法の弁済による代位の規律も踏まえて」岡仲浩ほか編『破産管財人の債権調査・配当』（商事法務、2017年）579～581頁参照。

触れつつ、民法上の一部代位の規律との関係をみておきたい。⁽⁹⁾

Ⅱ 権利行使面での原債権者と一部代位者の関係

論

それでは、まず権利行使面での原債権者と一部代位者の関係について、従来の議論状況をまとめつつ、改正民法の概要と問題点を確認する。そのうえで、一部代位における権利行使面の規律を検討する。

説

1 従来の議論状況

(1) 一部代位者の単独行使を肯定する見解

かつての大審院判例は、一部代位者の単独での権利行使を肯定していた。⁽¹⁰⁾ 前掲【判例1】大決昭和6年4月7日は、原債権者が残債権の権利を行使しうる時期に達したか否かを問わず、一部代位者は原債権・原担保権につき代位弁済額に応じて単独で競売の申立をなしうると判示した。この【判例1】は、法定代位制度によって債権者が単独で行使できる一切の権利が法定代位者に法律によって移転することから（旧501条）、一部代位

(9) 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——民法上の一部代位から見る破産法上の開始時現存額主義——」同法60巻7号（2009年）1249頁以下、印藤弘二「開始時現存額主義の適用範囲を示した最高裁判決に関する一考」倒産実務交流会編『争点・倒産実務の諸問題』（青林書院、2012年）227～240頁、長沢美智子「倒産手続開始後に代位弁済した場合における保証人・物上保証人の手続参加」『倒産と担保・保証』実務研究会編『倒産と担保・保証』（商事法務、2014年）695～708頁、栗田隆「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——」関法65巻5号（2016年1月）45頁以下、山本（和）・前掲（8）578頁以下に詳しい。

(10) 学説でも、基本的に前掲【判例1】を肯定し、原則として一部代位者の単独実行申立を認めるものがある（寺田・前掲（2）96頁）。ただし、配当の劣後する一部代位者への配当見込みがないときにだけ例外的に単独行使を否定すべきという。

者もその権利を行使できるという。そして旧502条は請求権の限度を示したものであり、担保権行使に制限を加えるものではない。原債権者に不測の損害を被らせるわけでもないという。その一方で、固有の求償権に加えて弁済者代位制度があるのは、代位者保護をもって債権の弁済を奨励し容易にするものであることから、代位者の保護を薄くすべきではないと述べる。そのうえで、旧502条1項には単に「債権者とともにその権利を行う」とあるにすぎないところ、その権利が分割行使をなしうる場合には、原債権者と共同することなく各自がその割合に応じて格別に権利行使しうる趣旨であるとする。

なお、【判例1】では、明示されていないが、原債権者と一部代位者の共同権利行使も可能。上記の通り分割での権利行使が可能という点から、原債権者も担保権を単独行使できることを前提としているとみうる。

他方で、原則として原債権者と一部代位者のいずれも単独で権利行使できるが、一方の権利行使が他方を害するときに限って単独行使を制限すべきとみる見解も主張⁽¹¹⁾されていた。

(2) 一部代位者の単独行使を否定する見解

以上に対して、一部代位者の単独での権利行使を否定する見解が通説⁽¹²⁾となった。この見解は、弁済者代位制度の目的は求償権の保護に尽きるので

(11) 石田・前掲(3)『現代法律学全集8』294頁、下村・前掲(5)67～73頁。

(12) 我妻栄『新訂 債権総論』(岩波書店, 1964年)254～255頁、柚木馨＝高木多喜男『判例債権法総論』(有斐閣, 補訂版, 1971年)457～458頁、於保不二雄『債権総論』法律学全集20(有斐閣, 新版, 1972年)388～389頁、中田裕康『債権総論』(岩波書店, 第3版, 2013年)370頁、潮見・前掲(3)『新債権総論Ⅱ』139頁、平野裕之『債権総論』(日本評論社, 2017年)391頁、ほか参照。また、東京高決昭和55年10月20日判タ429号106頁

あるから、原債権者を害してまで一部代位者の単独行使を認めることはその目的を逸脱すると指摘した。⁽¹³⁾ 具体的には、一部代位者による単独での担保権行使を肯定すれば、原債権者が担保物件の換価時期を選択する利益を奪われる点で不利益を被ることや、旧502条1項が「債権者ととともに」と規定する文言の解釈を重視すべきこと、また配当についての平等主義を超えて権利の分割行使を認めるなら担保物権の不可分性に反すること、などが理由とされた。そこで、原債権者のみが担保権を単独行使でき、一部代位者は原債権者と共同でなければ担保権を行使できないとの見解が一般的となった。⁽¹⁴⁾

2 改正法の概要と問題点

以上の議論を受けて、改正民法では、通説である上記(2)の見解を基礎に据えた形で、旧502条1項が大きく改正された。⁽¹⁵⁾ ここでは、権利行使面の規律を中心に概要をまとめる。

まず、民法502条1項は「債権の一部について代位弁済があったときは、代位者は、原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

も参照。

(13) 我妻・前掲(12)255頁。

(14) 柚木=高木・前掲(12)457頁、於保・前掲(12)389頁、中田・前掲(12)370頁、潮見・前掲(3)『新債権総論Ⅱ』139頁、ほか参照。その他の見解も含めて、学説の詳細は下村・前掲(5)58~61頁に詳しい。

(15) 一部代位に関する改正経緯をみると、民法(債権法)改正検討委員会による「基本提案」(同委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅲ』(商事法務, 2009年)35~36頁)を踏まえ、法制審議会民法(債権関係)部会による「中間試案」から「改正案」のいずれの段階においても基本的な改正スタンスは変わっていない。法制審議会での審議内容については、第1ステージでの議論(部会資料39・54頁以下)、および第3ステージでの議論(部会資料70A・43頁以下、部会資料80-3・27頁以下)に詳しい。

とともにその権利を行使することができる」と改正された。これによって、「債権者の同意」という要件が明確化され、前掲【判例1】を採用せず、従来の通説に従って、一部代位者は単独で権利を行使できないことが明示された。この改正に応じて、原債権に債務名義がある場合には、そもそも代位者は承継執行文の付与を受けてこれを利用できるところ（民事執行法23条1項3号、2項）、一部代位者は承継執行文の付与を受けるために原債権者の同意が必要となる。⁽¹⁶⁾

これに加えて、民法502条2項が新設され、従来の通説に従って、一部代位の場合に原債権者は単独でその権利を行使できる旨が明文化された。なお、原債権者と一部代位者は原担保権を準共有するとみられ、物権法での準共有の法理からすると本来は両者共同して抵当権を実行する必要があるところ（民法251条参照）、民法502条2項はその特則をなすと考えられる。⁽¹⁷⁾

他方で、以上の一部代位に関する権利行使面での規定の改正は、従来の議論が主として抵当権の実行の場面を念頭においていたことに対して、原債権および原担保権を広く含む原権利一般の行使場面へと拡張している。⁽¹⁸⁾もともと、このような一般化にあたっては、法制審議会での審議の際にくつかの問題点が指摘されていた。⁽¹⁹⁾しかし、改正民法においても明文で解決されておらず、今後の課題とされている。この権利一般の行使に関する拡張問題は、満足（配当）面でも生じうるため、続く本稿Ⅲで満足面の規律を検討したのちに、改めて本稿Ⅳで具体的に考察を加えたい。

(16) 部会資料39・59頁、潮見・前掲(3)『新債権総論Ⅱ』140頁参照。

(17) 潮見・前掲(3)『新債権総論Ⅱ』141頁参照。

(18) 潮見・前掲(3)『新債権総論Ⅱ』139頁参照。

(19) 部会資料39・57～59頁、部会資料80-3・28頁。

3 権利行使面に関する規律の検討

上述の通り、旧502条1項の規定内容は一部代位の要件・効果の面で極めて不明瞭であった。とりわけ、原債権者と一部代位者の原権利にかかる共同行使が債権満足面に限られるのか、または権利行使面でも妥当するのかが明確ではなかった。そのため、大審院時代の【判例1】が権利行使面で一部代位者による担保権の単独行使が可能であると判示するなど、解釈の余地があった。たしかに、弁済者代位制度の趣旨が一般に求償権の確保に求められることのみ注目すれば、一部代位者にも一部弁済額に応じて求償権が生じている点で弁済者代位による十全な保護を必要とみる余地もありうる。

もっとも同制度の趣旨はそれに尽きるものではない。そもそも弁済者代位については、判例・通説によれば、求償権を確保することによる代位者の保護に制度目的ないし趣旨を求めつつ、その目的ないし趣旨を達成するために、本来は代位弁済によって消滅するはずの原債権・原担保（原権利）を消滅させず、原債権者から求償権者に原権利を法律上移転させる性質をもった実体法上の法制度であると把握されている（法定移転説）。そのうえで、その後の求償権と原権利の関係は主従的な競合関係である（主従競合説）、と説明される⁽²⁰⁾。このような判例・通説の見方を敷衍すれば、同制度は、債務者との関係で二次的責任者にすぎない代位者を保護することに加えて、代位者が複数の場合に代位権者間の利益調整を図る機能を有するとみうる⁽²¹⁾。つまり、債権担保の本質は、あくまで債権者の債権回収を保護

(20) 弁済者代位に関する従来の議論状況については、渡邊力『求償権の基本構造——統一的求償制度の展望』（関西学院大学出版会、2006年）93～100頁、同「代位弁済者保護制度——求償権、事前求償権、弁済者代位——」みんけん683号（2014年）10～12頁参照。

(21) 渡邊・前掲(20)『求償権の基本構造』99～100頁、同・前掲(20)みんけん16頁参照。

強化する点にあるところ、弁済者代位制度は、二次的責任負担者にすぎない代位者から債権者が満足を得た場合を想定して、その代位者を一次的責任負担者である債務者よりも保護することにあるとみうる。もとより、このような説明は「全額代位弁済」の場面を想定したものである。これに対して、一部代位の場合には、代位者は債権の一部しか代位弁済をしていないため、残額については原債権者に原債権が残存している。一部代位制度は、この状態を前提としつつ、一部弁済額に対応する原債権の一部を消滅させずに代位者に法的に移転させるものである。そこで、一部代位の場面は原債権者に原債権が残存するという点で全額代位の場面と事実状況に異なる側面がある。このような場面の対比からすると、求償権の確保による代位者保護という目的・趣旨および原権利の法定移転という法的性質の点では両場面は共通する部分がある一方で、一部代位では原債権者と一部代位者の間に原権利の分属が生じることから、両権利者の利害調整が必要となる特殊事情を常時内包する場面といえる。そのため、同じ弁済者代位制度の範疇にあるからといって、全額代位と一部代位の場面について制度目的や趣旨を単純に同一と捉えることはできない。

以上の視点からすると、かつての【判例1】が述べるような、原債権者との関係でも代位者を厚く保護すべき要請は、代位制度の趣旨から一概に導けるものではない。ましてや、債権の一部を代位弁済したにすぎない場合には、一部代位者は自己の債務または責任を完全に遂行したとはいえない法状況にある。これに対して、原債権者が元々原債権に担保を付したからこそ担保権から恩恵を受けうることを勘案すると、いまだに債権者・担保権者の地位を有する原債権者から担保換価時期を選択する利益を奪うべきではない。そのため、債権担保の本質を重視して、権利行使面において一部代位者よりも原債権者を保護すべきとみる従来の通説は正当であり、今回の改正による規律内容の明確化は内容的に妥当なものと考えられる。

Ⅲ 満足面での原債権者と一部代位者の関係

次に、満足（配当）面での原債権者と一部代位者の関係について、従来の議論状況をまとめつつ、改正民法の概要と問題点を確認する。そのうえで、一部代位における満足面の規律を検討する。

1 従来の議論状況

(1) 原債権者と一部代位者間で按分とみる見解（按分説：平等説）

かつては、立法経緯の視点を重視して、日本民法の旧502条が、一部代位における原債権者優先主義を定めるフランス民法やドイツ民法を採用せず、イタリア民法にならって原債権者と一部代位者が共同で権利を行使すべきことを定めたことをもって、債権の満足面でも一部代位者は原債権者と平等の立場に立つとみる見解があった⁽²²⁾。この見解について、求償権の確保と代位弁済奨励の見地が実質的な理由とみられる⁽²³⁾。また、原債権者は一部代位弁済を拒むことができるし、代位権の不行使特約を代位者との間で締結することも可能なことや⁽²⁴⁾、原債権者は一部弁済を受けることで担保の一部が不要となるうえ、債務者自身の弁済とは異なり代位者の弁済では債務者の財産は減少しないため、両者が共同で配当を得ても原債権者は不利益を被らないという理由が述べられていた⁽²⁵⁾。

以上の見解によれば、たとえば債権者Aが債務者Bに1000万円を貸し

(22) 梅謙次郎『民法要義 卷之三』（有斐閣，大正元年版，1912年）311～313頁，岡松参太郎『註釈民法理由 下巻 債権編』（有斐閣，再版，1897年）313～315頁。詳細につき，高橋・前掲(2)646頁，我妻・前掲(12)254～255頁，潮見・前掲(3)『新債権総論Ⅱ』141頁，ほか参照。

(23) 潮見・前掲(3)『新債権総論Ⅱ』141頁参照。

(24) 梅・前掲(22)312頁。

(25) 岡松・前掲(22)314頁。

付けた際に、B所有の甲地に抵当権を設定すると同時に、Bの委託によってCが連帯保証人となった事例において、Cが600万円を代位弁済したあと、Aの申立によって甲地の抵当権が実行され、競落代金が700万円であった設例を想定すると、AとCは2:3の割合（残額400万円：一部弁済額600万円）で満足を得ることになり、結果として、Aが280万円、Cが420万円の配当を得ることになる。最終的には、Aは一部弁済額600万円を加えると原債権1000万円につき880万円を回収できたことになる。

(2) 原債権者が一部代位者に優先するとみる見解（原債権者優先説）

これに対して、代位弁済制度の目的は求償権の保護に尽きるところ、原債権者を害してまで弁済者代位を認めることはその目的を逸脱することに加えて、権利行使の面だけでなく効力の面でも原債権者の有する担保物権の不可分性を害すべきではないことを理由として、原債権者が一部代位者に優先するとみる見解が通説となった⁽²⁶⁾。前掲【判例2】最判昭和60年5月23日および【判例3】最判昭和62年4月23日は、いずれも原担保が抵当権である事案において、抵当権の実行による満足（配当）段階で原債権者優先主義を採用した。

この見解によれば、上記(1)と同じ設例において、Aは甲地の競落代金700万円から優先的に未受領の残額400万円の配当を得ることができ、

(26) 我妻・前掲(12)255頁、柚木＝高木・前掲(12)457頁、於保・前掲(12)388頁、石田・前掲(3)『現代法律学全集8』294頁、中田・前掲(12)370頁、平野・前掲(12)391頁、ほか参照。なお、任意代位では平等主義を妥当としつつ、法定代位に限定して原債権者優先主義を肯定するものとして、寺田・前掲(2)98～99頁、大西武士「一部代位により移転した担保権の実行による競売」銀法別冊1号『代位弁済——その実務と理論——【新版】』（1995年）149頁、斎藤（和）・前掲(2)「弁済者一部代位の法構造」178頁、195～196頁。

Cはその400万円を除いた残額300万円の配当を得ることになる。最終的には、Aは一部代位弁済額600万円を加えると原債権1000万円全額を回収できたことになる。

(3) 原債権者優先主義を制限する見解

以上の通説に対して、とりわけ信用保証協会による保証のような公益的役割を有する機関保証の場合を念頭において、一部代位者である保証人の求償権確保に向けた期待と利益を尊重すべき要請があることから、旧502条1項による按分主義の規律を尊重すべきであるとの見解も一部で主張された。⁽²⁷⁾

この見解によれば、上記(1)の設例において、とりわけCが信用保証協会など機関保証の場合には、上記(1)の見解(按分説)と同じ結論となる。

2 改正法の概要と問題点

以上のように、立法当初は債権の満足面での按分主義が主張されていた。しかし、民法改正前の議論状況を概括すれば、担保権の実行による配当段階では原債権者優先主義が判例・通説であったといえる。このような流れを受けて、旧502条の規律の改正の必要性が意識されるようになった。⁽²⁸⁾そして、今般の改正によって民法502条に3項が新設され、「前二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

(27) 安永正昭「判批」金法1141号(1986年)13頁、伊藤進「判批」『民法判例百選Ⅱ〔第5版新法対応補正版〕』(2005年)91頁、潮見佳男『債権総論Ⅱ〔旧〕』(信山社、第3版、2005年)299頁参照。

(28) 北居功「一部代位規定はこのままでよいのか」法時増刊『民法改正を考える』(日本評論社、2008年)264頁、前掲(15)『詳解・債権法改正の基本方針Ⅲ』36頁、ほか参照。

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」として、満足面での原債権者優先主義が明文で規定された。これは、上記の(2)判例・通説の立場を基本的に採用するとともに、抵当権実行の事案での判例法理を抵当権以外の原債権の物的・人的担保の実行により得られた金銭や、原債権の債務名義により強制執行をすることによる配当金など、弁済者代位を通じての原権利からの満足が問題となる場面に一般化したものである。⁽²⁹⁾

ところで、このような満足面での一般化についても、法制審議会での審議の際に問題が指摘されていた。⁽³⁰⁾それによれば、登記に基づき自動的に配当される抵当権の実行(担保不動産競売)と異なり、民事執行手続における配当要求の場面では、一部代位者の協力が得られなければ、原債権者が十分な満足を得られない事態が生じうるとされる。これに対して、実務では、債権者と代位者の間で、代位者が代位取得した権利を無償で取得できる旨の特約を付すことが多く、これによって原債権者は債権全額について権利行使が可能になるとの指摘がある。⁽³¹⁾この問題はIV 5で検討する。

3 満足面に関する規律の検討

以上の議論状況を踏まえて、一部代位における満足面での原債権者と一部代位者との関係を検討する。先述の通り、旧502条の立法経緯からすると、立法初期の学説では債権満足面では按分主義(平等主義)を原則とみていたといえる。その実質的理由は、求償権の確保の要請や代位弁済の奨励の視点に求められていた。たしかに、債務者に代わって弁済した代位者を保護すべきとの観点からすると、少なくとも担保権実行による金銭の配

(29) 部会資料80-3・28頁、潮見・前掲(3)『新債権総論Ⅱ』146頁。

(30) 潮見・前掲(3)『新債権総論Ⅱ』146～147頁参照。

(31) 部会資料80-3・28頁。

当など債権満足の段階では、原債権者と一部代位者を平等に取り扱うことにも一理ある。また実際にも、先の権利行使面で指摘されたような、原債権者に担保換価時期の選択にかかる不利益は、ここでの満足（配当）の面では生じない。

もっとも、全額代位と一部代位の法的な構造上の相違点は、権利行使面と満足面とで通底する基礎をなしている。ここでの満足（配当）の段階を想定しても、やはり一部代位弁済が前提となる場面であるため、債権者が全額の履行を得ていない以上は原債権者に債権者としての地位が法的に残存している点に変わりはない。そうであるならば、満足面であっても、全額弁済を想定した基本枠組みとしての弁済者代位制度の趣旨がそのまま当てはまるとは限らない。あくまで原債権者と代位者は、残存債権については権利者と義務者の関係にあるため、一部代位による担保権実行による配当の場面でも一部代位者よりも原債権者の保護が要請されるべきである。たとえば、代位者が連帯保証人の場面を想定すると、保証人は本来的に原債権につき全額弁済する義務を負うことを覚悟していたといえる。そのため、いまだに全額の満足を得ていない原債権者との関係では、一部代位の規律枠組みにおいて一部代位者が原債権者に劣後することはやむをえない。実際の帰結をみても、先のⅢ 1での設例において、(1) 按分説（平等説）では、原債権者Aは、抵当権と保証という複数の担保を付した1000万円の原債権について、結果的に880万円の回収にとどまる。しかし、(2) 原債権者優先説によれば、Aは原債権につき全額1000万円の回収が可能となる。債権者が債権回収の実効性を上げるために複数の担保を付した点に鑑みれば、一部の履行義務を果たしたにすぎない一部代位者よりも、実質的に原債権者保護の可能性を高めるべきである。そこで、原債権者優先主義を採用する従来の判例・通説の見解は妥当と考える。

このような一部代位における利益状況は、一部代位者が信用保証協会の

ような機関保証の場合であっても同様であるため、上記(3)の見解が主張するような制限を設けるべきではなく、やはり債権者の地位を有している原債権者を優先すべきであると考えられる。その結果、機関保証人の保護が低減するが、この場合の保証人の保護策は、求償権への保証・担保の設定による自衛的なリスク軽減によらざるをえない。一部代位においては、そもそも代位者が一部しか履行義務を果たしていない点で、全部代位より債権者との関係で保護が後退することはやむをえない。以上から、民法改正によって民法502条3項に追加された規律は内容的に支持できる。

IV 抵当権以外の原権利の実行に関する問題

以上の権利行使面・満足面における基本的な規律内容は、従来は一部代位における抵当権の実行場面を基に構築されてきた。改正民法では、この規律の射程が抵当権の場面を超えて原権利一般の実行場面に及ぶことになる。そこで、その際に問題となる諸点について若干の考察を加えたい。

1 不動産以外を目的とする質権・先取特権など

まず、改正民法が一部代位の対象となる原権利を一般化していることから、一部代位で移転する権利の対象には不動産以外を目的とする質権・先取特権などの場合も含まれる。この場合に、原債権者がそれらの担保権を単独で実行したとすると(民法502条2項)、一部代位者は、原債権者が満足を得た後の残額の配当を受けようとしても、担保権者というだけでは当然には配当受領資格がないことになる(たとえば債権質の実行につき民事執行法193条・154条)。そのため、この場合における一部代位者の担保権実行または配当受領方法が問題になると指摘されている⁽³²⁾。

(32) 部会資料39・58頁、潮見・前掲(3)『新債権総論Ⅱ』140頁、日比野・前掲(7)47~48頁参照。

この問題について、まず（ア）一部代位者は、原債権者がすでに担保権を実行しているも、同一の担保権について自己の債権額をもって重ねて実行できるという方策を採るか、または、（イ）一部代位があった場合にも、原債権者は、一部弁済前の債権全額をもって単独で担保権を実行できるとしつつ、本来の債権額を超えて受領した配当額は原債権者が手続外で代位者に交付するなどの方策を採る可能性が指摘される⁽³³⁾。なお、民法改正部会はいずれの方策が妥当かを示さず、一般ルール化された民法502条のもとの解釈論・立法論として将来の課題とされた。この問題への論評は多くはないが、「弁済者代位の枠組みのもとの代位弁済者の利益保護の要請を考慮したとき、原債権者の担保実行と抵触しないでの代位弁済者による担保実行を否定する理由はなく、（ア）の方向で考えるべきであろう」との見解がある⁽³⁴⁾。この見解は、「いずれにせよ、本来は、民事執行法の配当要求に関する規定の改正で対処すべき問題ではないか」と指摘する。

以上の方策を考察するに、（イ）は、後述する倒産法における開始時現存額主義と類似の考慮がみられる。しかし、平時における民法上の実体法的判断としては、原債権者に本来の残債権額を超える配当を一時的であっても認めるべきではないと思われる。また、一部代位による一部代位者の保護の視点に鑑みるときは、原債権者に実体的な債権額以上の配当を認めることによって、一部代位者に原債権者からの回収不能リスクを負わせるべきではない。そのため、（イ）の方策は妥当ではなく、（ア）の方策が次善の策としては妥当なものと考えられる。そして、上記見解が述べるように、一般法である民法の改正に応じて手続法としての民事執行法の配当要求に関する規定の改正が今後は必要になるといえよう。

(33) 部会資料39・58頁。

(34) 潮見・前掲(3)『新債権総論Ⅱ』140頁の注(133)。

2 譲渡担保権など

次に、一部代位によって移転する原担保が譲渡担保権や動産質権の場合に、とりわけ満足面における原債権者と一部代位者との関係が問題となると指摘されている⁽³⁵⁾。

まず権利行使面では、原債権に付された譲渡担保権の実行または動産質権の簡易な弁済充当（民法354条）については、原債権者はこれを単独で行うことができ（民法502条2項）、また一部代位者は原債権者の同意を得てこれを行うことができる（同条1項⁽³⁶⁾）。前者の場合に、原債権者が自己の債権の満足を得たうえで清算金が発生するときは、本来的には譲渡担保設定者などに清算金を返還すべきことになる。もっとも、一部代位の場合には原債権者と一部代位者が譲渡担保権などを準共有すると考えられるため、原債権者が残債権の満足を得たうえで剰余金があったとすると、準共有者である一部代位者に剰余金を得る権利が帰属すると考えられる。その際に、一部代位者は、債権の割合に応じた分配ではなく、あくまで剰余金の額についてのみ分配を請求できるとみるべきである（民法502条3項⁽³⁷⁾）。他方で、後者のように、原債権者の同意を得て一部代位者が権利を行使する場合に、譲渡担保権などの実行によって得られた金銭についても、原債権者が優先して回収できるとみるべきである（民法502条3項⁽³⁸⁾）。

3 保証債権

一部代位によって移転する原担保が保証債権の場合に、原債権者と一部代位者との関係をどのように考えるべきかが問題となる。

(35) 部会資料39・58頁，日比野・前掲(7)48頁参照。

(36) 部会資料39・58頁。

(37) 部会資料39・58頁参照。

(38) 部会資料39・58頁参照。

この問題について、主債務が金銭債務である場合の保証債権のように、可分債権について一部代位が生じるときは、原債権者も一部代位者もそれぞれ自己の債権額をもって単独で権利行使をなしうるとの見方もありう⁽³⁹⁾る。しかし、保証人に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ならば、一部代位者は原債権者の同意がなければ保証債権の行使ができないとの見方もありう⁽⁴⁰⁾るとされる。改正民法では、原担保が保証債権である場合を想定した特別の規律を設けなかったことから、一部代位の原則通り原債権者の同意が必要と考えるべきであろう⁽⁴¹⁾。なお、これは一部代位者から保証人に対して請求できないことを意味するにとどまり、原債権者が残債権の全額の弁済を受ける前に、保証人の側から一部代位者に保証債務を任意に履行することは可能と指摘されている⁽⁴²⁾。なぜなら、保証人による一部代位者への弁済の効力が、原債権者の同意の有無によって左右される危険を回避する必要があるからである。この場合には、一部代位者は、保証人から受領した金額を原債権者に償還する義務を負うことになる⁽⁴³⁾。他方で、原債権者と一部代位者による権利行使が保証人の特定財産に対して競合した場合や、保証人が倒産した場合には、その配当の場面で原債権者は一部代位者に優先して満足を得ることができると考えるべきであろう⁽⁴⁴⁾。もとより、民法上の原債権者優先主義によって、原債権者に残債権額を超えた額の権利が帰属することになるわけではない。

(39) 部会資料39・58頁参照。

(40) 部会資料39・58頁。

(41) 部会資料39・58頁，潮見・前掲(3)『新債権総論Ⅱ』140頁参照。

(42) 部会資料39・58頁，潮見・前掲(3)『新債権総論Ⅱ』140頁。

(43) 部会資料39・58頁。

(44) 部会資料39・58頁。

4 債権者代位権・詐害行為取消権

弁済者代位によって移転する一切の権利のなかに、原債権を保全するための債権者代位権や詐害行為取消権も含むと考えられており、これは一部代位の場合でも同様である。そこで、これらの権利に関して原債権者と一部代位者との優劣関係が問題となる⁽⁴⁵⁾。

この問題について、民法502条1項および2項の規律に従って、原債権者は単独で債権者代位権・詐害行為取消権を行使できるが、一部代位者は原債権者の同意がなければこれらを行使できないと考えられる⁽⁴⁶⁾。他方で、これらの権利行使によって得られる利益などについても、原債権者が一部代位者に優先すると考えるべきであろう⁽⁴⁷⁾。

5 民事執行手続における配当要求の場面への一般化

民事執行手続において、抵当権などの担保不動産競売の場合には登記に基づいて自動的に配当がなされる。これに対して、債務者の責任財産に対する民事執行手続における配当要求の場合には、一部代位者が配当要求をしていれば、原債権者は民法502条3項によって一部代位者への配当分につき優先されうる。もっとも、一部代位者が配当要求をしていなければ、原債権者は民法502条の規定をもって一部代位者に代わって一部代位者の債権額につき配当要求をすることはできないとされる⁽⁴⁸⁾。このように、一部代位者の協力が得られなければ、原債権者が十分な満足を受けられないという問題が指摘されている。なお、民法改正部会では問題の確認にとどまっ

(45) 部会資料39・59頁。

(46) 部会資料39・59頁。

(47) 部会資料39・59頁。

(48) 法制審議会民法（債権関係）部会第80回会議・議事録（2013年11月19日）47頁〔山本和彦幹事発言〕、潮見・前掲（3）『新債権総論Ⅱ』146頁参照。

ており、具体的な解決策は提示されていない。

この問題に対しては、民事執行手続における配当要求の規律を民法502条3項に応じて改めることが考えられよう。そして次善の策としては、一部代位者の取得する権利を原債権者が無償で取得できる旨の特約を締結することで対応するしかないと思われる⁽⁴⁹⁾。もっとも、このような手続的な規律の不十分な側面をもって一部代位の場面の拡張が否定されることにはならないといえよう。

V 複数債権の一部の全額代位弁済

ここまでは、1個の債権についての一部代位弁済の場面をみてきた。これに加えて、債権者と債務者間にひとつの担保権で担保された複数の債権が存在し、そのうちの一部の債権について代位者によって全額の代位弁済がされた場合に、債権者と代位者との関係をどのように考えるべきかが問題とされている。そもそも民法には当該場面を直接規律する規定は存在しておらず、改正民法においても同様である。かつては明確な議論はなかったが、前掲【判例4】最判平成17年1月27日がこの種の事案を取り扱ったことから、近時は学説においても注目されるようになった。

以下では、この判例を踏まえて展開された従来の学説状況をまとめうえで、当該場面における原債権者と代位者との関係に関する規律について検討を加えたい。

1 従来の議論状況

(1) 一部代位に準じて原債権者優先主義を採用する見解

複数債権のうちの1個の債権全部の代位弁済の場面における利害調整は、

(49) 部会資料80-3・28頁参照。

一部代位の場合と実質的に異ならないとして、複数債権の一部全額弁済の場合でも一部代位弁済の場合に準じて原債権者優先主義が妥当するとみる見解がある。⁽⁵⁰⁾また、債権者から執行を受ける法的地位にある保証人の代位弁済によって生じる抵当権の準共有は保証契約から生じる非対等当事者間における債権法上の準共有とみるべきであって、共有者間の平等を基本とする物権編にいう準共有とは異なること、および債務者の弁済能力を補うという保証契約の趣旨からすると本事案でもその目的を達したとはいえないことを理由として、複数債権の一部全額弁済の場合でも原債権者優先主義が妥当するとみる見解がある。⁽⁵¹⁾さらに、保証人が残債務につき保証債務を負わないとしても、弁済者代位は債権者を害しえないという原則は複数債権の一部全額弁済の場合にも当てはまることを指摘する見解がある。⁽⁵²⁾これらによれば、抵当権実行の場面では、一部代位の場合と同じく、債権者は代位者に優先して配当を受ける権利を有するとされる。前掲【判例4】の原審では、同旨の見解が採用されていた。

(2) 一部代位を否定し按分配当とみる見解

これに対して、【判例4】は、複数債権のうちの1個の債権の全額弁済の場合には、前掲【判例2】で示された一部代位の規律は適用されないと判示した。この判決では、債権者は保証人が代位取得した債権につき抵当

(50) 塚原朋一「判批」金法1734号(2005年)40~47頁。また、本件場面を一部代位の場面そのものとみる見解として、斎藤和夫「弁済者一部代位論・再論—平成17/1/27・最高裁判決を機縁として—」慶法82巻12号(2009年)95~97頁。

(51) 佐久間弘道「判批」金法1742号(2005年)1頁、同「判批」金法1759号(2006年)43~44頁。

(52) 平野・前掲(12)392頁。これによれば、この事案でも債権者が値上がりを待つ期待を害するべきではない点があげられる。

権および保証を徴した目的を達して完全な満足を得ており、保証人の代位によって債権者が不利益を被るとはいえないこと、また、保証人は自己の保証していない債権に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となどを理由として原債権者優先主義を採用せず、抵当権に関する準共有の法理を前提に債権者と代位者の按分による配当を示した。⁽⁵³⁾これを支持する見解が現在の多数説といえる。

この判例に先立って、債権者が有する複数債権のうちの1個の債権につき保証人から全額代位弁済を受けたときは、原債権者は代位弁済された債権全額につき給付利益の完全な満足を受けているため、本来の弁済者代位の場面として、代位者の利益が保護されるべきであるとの見解が主張されていた。⁽⁵⁴⁾これによれば、民法502条は債権の一部代位弁済がされた場合に給付利益の完全な満足を得ていない原債権者の残額回収の利益と、一部代位者の求償権確保の利益との調整を目的とした規定であり、代位弁済の対象債権につき全額弁済がされた本件の場合には適用の余地はなく、全額代位弁済をした代位者の利益のみを考慮すれば足りるとされる。そのうえで、

(53) 秦光昭「債権の一部の代位弁済と被担保債権の一部の代位弁済」金法1150号(1987年)5頁, 寺田・前掲(2)107頁, 生熊長幸「判批」NBL805号(2005年)12頁, 中村也寸志「時の判例」ジュリ1295号(2005年)212~216頁, 同「判解」最判解民事篇平成17年度上(法曹会, 2008年)91頁以下, 濱田芳貴「判批」金判1215号(2005年)4頁, 村田利喜弥「判批」金法1748号(2005年)43頁, 松本恒夫「判批」法の支配140号(2006年)55頁, 佐藤岩昭「判批」判評564号(2006年)27頁(判時1912号189頁), 王冷然「判批」東北70巻2号(2006年)189頁以下, 古積健三郎「判批」リマークス33号(2006年)40頁, 濱崎智江「判批」中京41巻1・2号(2006年)33頁, 潮見・前掲(3)『新債権総論Ⅱ』147~150頁, ほか参照。

(54) 潮見佳男「一個の抵当権で担保された複数債権の一部についての全部代位弁済」金法1725号(2004年)8頁, 同・前掲(3)『新債権総論Ⅱ』147~150頁。

当該場面では代位者と原債権者との抵当権の準共有とみて、その実行による配当は各債権者の債権額に即して決せられるべきであり、代位者は代位弁済によって法定移転した債権の額、原債権者はまだ弁済を受けていない債権の額に応じた按分での配当となるという。

以上に対して、【判例4】の帰結を妥当としつつ、その射程は、ひとつの抵当権で担保された複数債権のうち保証対象とされた債権のすべてが全額代位弁済された場面に限定されるべきであり、複数債権のうちの1個の債権が全額代位弁済された事案全般に一般化すべきではないとみる見解が有力である。⁽⁵⁵⁾これによれば、たとえば、ひとつの抵当権で担保された3個の債権がすべて同じ保証人によって保証されていて、そのうちの1~2個の債権のみが保証人によって全額代位弁済された場合には、一部代位の場合と同様に原債権者優先主義が適用されるとみている。

2 一部全額代位弁済の規律の検討

そもそも民法の基本的な法律関係からすると、かりに同一当事者間であっても複数の債権が存在するのであれば、それらの債権は当事者間の契約または法定原因によって個別に発生したものとみるべきである。そして実際にも、このような複数債権が存在する場合には、各債権の発生原因によって債権の発生日時・履行期・利息ほかの付帯条件も各々異なることが通常である。たしかに、法形式的には2個の債権が発生していたとしても、実質的には両債権を同一の債権とみるべき場面がありうる。しかし、それはあくまで契約などの実質的な解釈の問題であって、例外的に2個の債権が同一の債権であると解釈されない限り、法的評価の基礎単位となる「債権」

(55) 中村・前掲(53)「時の判例」216頁、松本・前掲(53)68頁、安永正昭「判批」重判平成17年度・ジュリ臨増1313号(2006年)81頁、王・前掲(53)195~199頁、古積・前掲(53)41頁、濱崎・前掲(53)33~35頁。

という権利の枠組みは原則として個別に判断されるべきである。そして、本件のように、ひとつの抵当権で複数の債権が担保されている場合であっても、実質的に同一債権とみるべき例外的な場合を除いて、それらの複数債権は原則として発生原因や付帯条件を異にする個別の債権と評価すべきである。そうであるならば、各債権が法形式的にも実質的にも別異の債権であるときには、複数債権のうちの1個の債権が全額代位弁済されたならば、代位者による完全な履行と評価すべきであって、民法502条の予定する1個の債権の一部代位弁済の場面とは異なるというべきである。

ところで、1個の債権の一部代位弁済の場合には、理論的には、全額弁済がなされない限りは、法的評価の枠組みとしての債権は消滅していない。そのため、立法論としては、一部代位者には原債権・原担保権は代位によって移転しないと考える余地もあった⁽⁵⁶⁾。しかし、一部代位者も求償権を確保するにあたって保護の必要があることから、民法502条によって割合的な一部代位が政策的に認められたものである。その結果、原債権者と一部代位者間で原権利に分属状態が生じる。この分属状態が生じているからこそ、全額代位弁済の場合とは異なって、一部代位弁済では残債権を有する原債権者の保護の必要性が派生的に生じることになる。そのための具体的な規律として、前述の通り、権利行使面および満足面のいずれの段階においても原債権者を優先させる方策を民法は採用したといえよう。

以上からすると、ここでの複数債権のうちの1個の債権を全額代位弁済したと評価すべき場面では、実質的に1個の債権とみる例外的な解釈の場面を除いて、原債権者と代位者間に原債権についての分属は起こらず、その1個の原債権の全体が代位者に法定移転するとみるべきである。そして、そもそも複数の債権を担保するためにひとつの抵当権が設定された場合に

(56) 秦光昭「一部代位をめぐる判例・学説の現状と今後の展望」金法1143号(1987年)24頁参照。

は、各債権を同等に担保することが当事者の合理的意思とみられるところ、そのうちの1個の債権が第三者に譲渡された場合と異なるところはなく、本事案でも原債権者と代位者による抵当権の準共有の状態が生じるとみて、担保権の準共有の規律が適用されると考えるべきであろう⁽⁵⁷⁾。以上から、上記(2)の判例・多数説の見解が妥当であると考ええる。

他方で、このような考え方は、同一の保証人が複数債権のすべてを保証した場合にも拡張的に当てはまるといえるのであろうか。そもそも、複数の債権が例外的に同一債権と評価される例外的な場合を除いては、同一の保証人が複数の債権を保証しているという事実のみをもって、それらの債権を同一債権であると評価すべきではない。このことは、保証人が複数債権のすべてを保証しようという意図を有しているからといって変わるものではない。上述の通り、複数の債権が同一当事者間に生じているとしても、その発生原因および付帯条件は各債権で異なっているため、実質的に複数債権を1個の債権と解釈すべき例外場面を超えて、広く一律に複数債権を同一債権とみるべきではない。そうでなければ、実体法上の評価枠組みの軽視につながりかねない。また、保証制度の主目的が主債務者への信用供与にあるとすれば、その目的を超えて、信用供与期間の終了後においても劣後する地位を甘受する意図が保証人にあったとまで読み込むべきではないであろう。弁済者代位制度の趣旨からすると、二次的責任負担者にすぎない保証人などの代位者を保護する要請があるところ、同一債権と例外的に評価されないのであれば、債権者は1個の債権について完全な満足を得ているといえることから、保証人の意図を超えその利益を蔑ろにしてまで、別債権についての債権者の利益を追及させるべきではない。そこで、前掲【判例4】が示したような、複数債権のうちの1個の債権を保証した保証

(57) 古積・前掲(53)41頁参照。

人の当該債権の全額代位弁済における按分配当の規律は、同じ保証人が複数債権のすべてを保証していた場合にも一般化できるものとする。

なお、以上の結果として債権者に生じる事実上の不利益は、債権者と保証人などの代位権者との間で被担保債権である複数債権が全額弁済されるまでは代位権を行使しないという代位権不行使特約を締結することで解消を図るべきである。これによって、保証人などの代位者による明示的な不利益甘受の意思を確認する必要があると考える。

VI 倒産法における開始時現存額主義との関係

ここまでみてきた民法における実体法上の一部代位と類似の場面において、債務者にかかる破産・倒産手続の範疇でも、開始時現存額主義との関連で債権者と一部弁済者との関係が問題とされている。冒頭でも触れたように、倒産法の範疇では、民法の枠組みとの対比で議論されることが多い。そこで、本稿の最後に、倒産法の議論状況を概観したうえで、一部代位に関する民法規律と倒産法制の関係について若干の考察を加えたい。

1 従来の学説状況の概観

(1) 開始時現存額主義と一部弁済

破産法104条1項によれば、連帯債務者や保証人など、数人の全部義務者のうちの全員、数名または1人につき破産手続の開始決定があったときは、債権者は破産手続開始時に有する債権の全額について権利を行使できるとされる（開始時現存額⁽⁵⁸⁾主義）。たとえば、主債務者について破産手続

(58) 小林秀之『新・破産から民法がみえる——民法の盲点と破産法入門——』（日本評論社、2006年）113～114頁、勅使川原和彦＝杉本和士「多数債務者関係——全部義務者の破産と破産債権」山本克己ほか編『新破産法の理論と実務』（判例タイムズ社、2008年）370～371頁、伊藤眞ほか編

が開始すれば、債権者は手続開始時に有する債権全額について破産手続に参加できることになる。そして、このことは保証人による一部弁済があっても変わることはなく、その後に債権者が一部弁済を受けたとしても破産手続開始時の現存額のまま配当を受けることができる（破産法104条2項⁽⁵⁹⁾）。その結果、実体法上の債権額と手続法上の破産債権額との乖離が生じることになる。このような開始時現存額主義は、伝統的には人的な担保の存在による債権の効力強化の現れとみられていた⁽⁶⁰⁾。さらに、前掲【判例5】最判平成22年3月16日によれば、開始時現存額主義の趣旨について、債権者が複数の全部義務者を設けることで責任財産を集積して債権の目的である給付の実現をより確実にする機能があるところ、これを破産手続において重視する見地から採用されたものと説明されている⁽⁶¹⁾。もとより、この開始時現存額主義は、保証人など他の全部義務者が債権全額の弁済をして、債権自体が消滅した場合には適用されない（破産法104条2項）。なお、以上の開始時現存額主義の意義のひとつとして、破産手続開始時より前に一部弁済があれば、債権者は本来の債権額全額について債権届出ができないことがあげられる⁽⁶²⁾。

『条解・破産法』（弘文堂、第2版、2014年）762～773頁、伊藤眞『破産法・民事再生法』（有斐閣、第3版、2014年）284～288頁、山本和彦ほか編『倒産法概説』（弘文堂、第2版補訂版、2015年）163～165頁〔沖野眞己〕、ほか参照。

(59) 一部弁済における開始時現存額主義については、前掲(9)の各文献に詳しい。

(60) 前掲(58)『条解・破産法』763頁、伊藤（眞）・前掲(58)『破産法・民事再生法』284頁、沖野・前掲(58)164頁参照。

(61) 前掲【判例5】の匿名コメント・判タ1323号（2010年）129頁。また、前掲(58)『条解・破産法』766頁、長沢・前掲(9)699頁参照。

(62) 勅使川原＝杉本・前掲(58)370頁、前掲(58)『条解・破産法』764頁、沖野・前掲(58)170頁、吉田勉「倒産手続開始前に一部代位弁済した場合

以上の規律と関連して、【判例5】を契機として、一部弁済の対象となる債権の個数との関係で開始時現存額主義の適用範囲が問題となった。

【判例5】は、ひとつの抵当権によって担保された複数債権のうちの数個の債権が破産手続開始後に物上保証人によって全額代位弁済された事案において、複数の被担保債権の全部が消滅していなくても、一部の債権が全額弁済されていれば開始時現存額主義にかかる破産法104条2項の適用はないと判示した。

なお、以上の破産法104条は再生手続（民事再生法86条2項）および更生手続（会社更生法135条2項）にも準用されており、開始時現存額主義の規律が当てはまる⁽⁶³⁾。

(2) 超過額配当の調整

保証人などの全部義務者による一部弁済において、上記の通り、開始時現存額主義によって債権者に破産債権全額の行使を認める結果として、債権者に債権額を超える配当（超過額配当）がなされることがある。この場合の超過額配当の取り扱いが問題とされている。この問題について、①超過部分を含めて債権者に配当したうえ、一部弁済者は不当利得によって返還請求可とみる見解（不当利得説）、②債権者に実体債権額を限度に配当し、超過部分は破産手続開始後に一部弁済者に配当するとの見解（全部義務者帰属説）、③この②の超過部分を破産財団に帰属させるとの見解（破

における保証人の手続参加」『倒産と担保・保証』実務研究会編『倒産と担保・保証』（商事法務、2014年）709頁参照。これに対して、保証人による破産手続前的一部弁済の場合にも、民法502条3項の優先取扱いの倒産法における現れという趣旨から、債権者が弁済受領部分も含めて債権を届出て配当を受けうるとみる見解もある。たとえば、山本（和）・前掲（8）593頁参照。

(63) 前掲（58）『条解・破産法』763頁、沖野・前掲（58）178～179頁。

産財団帰属説)が対立している。⁽⁶⁴⁾前掲【判例6】最決平成29年9月12日は上記①説を採用したとみられ、これによって配当手続の簡明化が図られ、破産手続の円滑で迅速な処理に資すると評されている。⁽⁶⁵⁾なお、実務上は、破産管財人が超過部分の存在を認識した場合には、債権者に対し、超過部分の配当請求権を求償権者に譲渡するよう促すことになるとの指摘がある。⁽⁶⁶⁾これに対して、開始時現存額主義の歴史的系譜との整合性の点や、前掲【判例5】が開始時現存額主義の適用を謙抑的に解したと理解することで、この判例との整合性の点から、不当利得説が必然的な結論ではないと疑問を呈する見解がある。⁽⁶⁷⁾いずれにせよ、実体的に妥当な配当金の帰属結果を実現するための方策の有無を検討する必要がある。⁽⁶⁸⁾たとえば、破産手続開始後に生じた劣後債権部分の不当利得該当性の問題や、超過配当にかかる破産債権者表に対する請求異議の訴えの方法、中間配当の

(64) 前掲(58)『条解・破産法』769～770頁、山本(和)・前掲(8)584～586頁、中井康之「開始時現存額主義と超過配当」金法2076号(2017年)1頁、杉本和士「判批」金法2078号(2017年)36頁、斎藤毅「最高裁時の判例」ジュリ1514号(2018年)96頁、尾河吉久「判批」金法2089号(2018年)49～51頁参照。

(65) 中井・前掲(64)1頁、木村真也「判批」『新・判例解説 Watch【2018年4月】』(日本評論社、2018年)207頁、山本研「判批」重判平成29年度・ジュリ臨増1518号(2018年)141頁、斎藤(毅)・前掲(64)「最高裁時の判例」97頁。なお、杉本(和)・前掲(64)「判批」39頁によれば、本決定は、超過額配当が生じうる事態において、当該届出破産債権に対して破産管財人が必ず超過部分を含めて配当しなければならない旨を判示したのではないと指摘される。

(66) 山本(研)・前掲(65)141頁、斎藤(毅)・前掲(64)「最高裁時の判例」97頁。

(67) 杉本(和)・前掲(64)「判批」38頁、木村・前掲(65)207頁。

(68) 中井・前掲(64)1頁、杉本(和)・前掲(64)「判批」39～41頁、山本(研)・前掲(65)141頁、木村・前掲(65)207～208頁、尾河・前掲(64)56～61頁参照。

実施による対処方法が指摘されている。

(3) 実体法規律との関係

破産手続における開始時現存額主義は、民法上の一部代位における満足（配当）面での原債権者優先主義と類似の規律関係を呈する。そのため、学説では両場面の法律関係を対比して論じる傾向にあるとされる。⁽⁶⁹⁾たとえば、開始時現存額主義の適用問題とは、配当における債権者と一部代位者のいずれを優先させるべきかという問題であると位置付けたうえで、民法の予定する平時の一部代位における原債権者優先主義を参照し、前掲【判例2】および【判例4】との整合性を議論する傾向が指摘されている。⁽⁷⁰⁾このような流れからは、民法502条の規律の改正が倒産法に与える影響を考察すべきことになる。⁽⁷¹⁾もっとも、平時の場面と破産手続の場面とでは意味が異なるとの指摘がある。つまり、平時の民法規律は担保権実行における実際の取り分に関する一定の順序の問題であり、原債権者が実際に有する債権額以上の配当を受けることを許容するものではない一方で、破産法の開始時現存額主義はすべての破産債権者の満足が不可能であることを前提とする破産手続においては、配当額算定の基準となる破産債権者の債権額の計算につき一部代位者の求償権額を付加するため、債権者が実際に有する債権額以上の配当を受けることをも許容するものとされる。⁽⁷²⁾また、開始

(69) 小林・前掲(58)110～120頁，勅使川原＝杉本・前掲(58)370～371頁，松下祐記「判批」重判平成22年度・ジュリ臨増1420号（2011年）174頁，森田修「判研」法協128巻10号（2011年）252～261頁，杉本（純）・前掲（9）1250頁，山本（和）・前掲（8）583～584頁，ほか参照。

(70) 前掲【判例5】の匿名コメント・判タ1323号（2010年）129～130頁参照。

(71) 栗田・前掲（9）45頁以下，山本（和）・前掲（8）589～596頁参照。

(72) 前掲【判例5】の匿名コメント・判タ1323号129～130頁。また，印藤・

時現存額主義が債権者を優先的に保護すべきという実体法的な要請のみならず、手続運営の煩雑さを極力避け、円滑かつ迅速な手続の進行を確保するという破産手続に固有の根拠を有しているとされる⁽⁷³⁾。このように、民法の一部代位制度に近いとはいえ、倒産法独自の立場から認められるものとみる見解がある⁽⁷⁴⁾。

(4) 一部代位における原債権・原担保と求償権の関係

他方で、倒産法における開始時現存額主義を前提としつつ、担保権実行時の配当に関する原債権者優先主義を求償権にも及ぼすべきか否かが問題とされている⁽⁷⁵⁾。

そもそも民法502条は、改正の前後を問わず、一部代位によって移転する「原債権・原担保」にかかる原債権者と一部代位者の優劣関係を問題としており、代位弁済によって生じる「求償権」にかかる原債権者と求償権者の関係については同条の触れるところではない⁽⁷⁶⁾。このように、実体法上は、求償権者（一部代位者）の有する求償権と原債権者の有する原債権・

前掲(9)233～237頁も参照。

(73) 杉本和士「判批」金判1305号(2009年)26頁。

(74) 長沢・前掲(9)701頁参照。

(75) 吉田・前掲(62)710～711頁、山本(和)・前掲(8)590～591頁参照。

(76) 民法改正の議論のなかで、一部代位との関連で、連帯債務者の求償権や保証人の求償権について、原債権者が原債権の全額弁済を受けるまで、一部代位者は求償権を行使できないとの規定を設けるべきという意見も主張されていた。しかし、固有の求償権の制限には慎重であるべきとの意見がみられたほか、とりわけ破産手続開始決定前の一部代位弁済による求償権の行使制限の必要性は明らかではないと指摘された。また、連帯債務者・保証人以外の第三者弁済の場面の規律との整合性にも問題が生じうるとも指摘された。そこで、この点の改正は取り上げられなかった。以上につき、部会資料39・59頁参照。

原担保の優劣関係に関する明文の規律は存在しない。この問題の前提として、そもそも民法では、弁済者代位の制度趣旨は求償権の確保にあり、全額代位弁済の基本場面を念頭に、求償権と原債権・原担保の関係は法定移転を前提に主従的競合と考えるのが一般的解釈である。つまり、求償権が主であって、これを確保するために原債権・原担保が従として移転するという理解である。このことは、一部代位の場合でも同様に妥当するとすれば、主従競合が念頭に置かれるとみうる。そうであるならば、従としての原債権・原担保に関する原債権者優先主義（逆にみれば一部代位者の劣後主義）が、主である求償権にマイナスの影響を与えるとみることが、いわゆる「主従逆転現象」の一環と位置付けることになるだろう。

以上の問題に関連して、破産法の視点から、開始時現存額主義を前提に、前掲【判例2】の示した担保権実行時の配当に関する原債権者優先主義を原債権・原担保を超えて求償権にまで及ぼしうるとみる見解がある。⁽⁷⁷⁾しかし、【判例2】は、旧502条1項を挙げつつ、抵当権実行時の代金配当について一部代位者よりも原債権者が優先されることを判示したものであり、弁済者代位の範疇で「原債権の担保権からの配当」の場面での一部代位者と原債権者の優劣関係を述べるのみであって、求償権を対象とする原債権者と一部代位者の一般的な優劣関係には言及していないとの指摘がある。⁽⁷⁸⁾さらに、破産法における開始時現存額主義の規律は、他の一般債権者の利

(77) 滝澤孝臣「判批」金法1622号（2001年）23頁。他方で、栗田・前掲（9）45頁以下は、民法502条3項の意義を失わせるべきではないことを理由として、破産手続における求償権行使への制約を認め、解釈論として当初債権額主義を部分的に採用すべきとみる。また、山本（和）・前掲（8）595～596頁は、現行破産法104条の解釈としては無理があるが、立法論として手続開始の前後を問わず求償権の行使制限を認めるべきであり、破産法の改正によって当初債権額主義を採用すべきことを主張する。

(78) 吉田・前掲（62）711頁、印藤・前掲（9）236頁参照。

益が害されないことを前提として、破産手続開始決定時を基準として一部弁済をした他の全部義務者（求償権者）の利益よりも人的担保を持つ債権者の利益を優先させたものと解される⁽⁷⁹⁾。このように破産手続における独自の観点から開始時現存額主義が採用されたものであり、配当の基準となる債権額が実体法上の債権額と乖離することがない民法502条の一部代位の場面とは大きく異なるのであるから、【判例2】が示した原債権者優先主義を破産手続に適用させ、開始時現存額主義を実質的に否定することは相当でないと指摘する見解もある⁽⁸⁰⁾。

以上のように、倒産法上の議論では、民法の規律を参照して破産手続開始決定前の一部弁済の場面でも「原債権」、さらに「求償権」につき開始時現存額主義を拡張的に適用すべきとの見解がある。また、破産法上の開始時現存額主義を参照して、民法上の規律として、民法502条の原債権者優先主義を「求償権」にまで拡張的に適用すべきとの見解もみられる。もっとも、破産法には手続上の特殊性がみられることから、いずれの方向性にも慎重論がみられるところである。

2 民法の規律と倒産法制

以上で概観したように、破産法を中心とした倒産法の議論では、全部義務者が複数いる場面での開始時現存額主義と一部弁済の問題については、民法上の実体的な規律との対比で検討されることが多い。これは私法の一般規律である民事実体法の基本枠組みを押さえつつ、特別の事情を反映した倒産法の枠組みを検討するものであって、比較の視点は重要である。たしかに、本稿の対象とする場面でも、連帯債務、保証または物上保証など

(79) 伊藤真「現存額主義再考」河野正憲＝中島弘雅編『倒産法大系——倒産法と市民保護の法理』（弘文堂、2001年）50頁。

(80) 吉田・前掲(62)712～713頁。

複数の債務者・責任負担者が存在し、それらの者によって一部弁済がなされた場面で当事者間の法律関係を考慮した規律枠組みを構築するという点では、共通の基礎的な事実状況が存在している。そのため、民法における一部代位にかかる原債権者優先主義に基づく規定および解釈論を参照しつつ、倒産手続開始後の一部弁済の事例を検討することは有意義である。もっとも、平時を想定した民法における実体的な弁済者代位の規律枠組みは、倒産という特別の事情下で手続上の煩雑さを避け、円滑かつ迅速性の要請される倒産法上の全部義務者にかかる開始時現存額主義の規律枠組みとは大きく異なる側面も指摘されている。そのため、両場面の相違点や倒産法独自の特徴を踏まえた慎重な比較検討が求められよう。

以上に対して、一部代位の議論について、民法分野からは倒産法下の議論を参照することは比較的少ないようである。それというのも、上記の通り、特別事情を反映した倒産法下の規律を民事実体法としての民法の一般規律に敷衍することには一層慎重でなければならないからであろう。もっとも一部代位においては、基礎的な当事者関係は共通するうえ、債務者に資力が乏しいことから代位者が代位弁済をせざるをえない状況が多いことを勘案すると、倒産手続上の特殊性を明確に意識する必要があるが、そのうえで共通する議論は民法においても参考にする余地がある⁽⁸¹⁾と考える。

本稿では具体的に検討する余裕はないが、上述の破産法に関する議論状況からすると、破産法下の開始時現存額主義自体は手続上の特殊性を有する規律であるため、民法上の議論には直截には反映できない部分が多いと

(81) 倒産法の議論が民法に影響を与えた一例であるが、詐害行為取消権の場面で破産法上の否認権の趣旨を反映した解釈論が一般化した結果、民法424条の2以下の改正につながった。内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権』（東京大学出版会、第3版、2005年）312頁、小林・前掲(58)207～208頁、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017年）774～775頁ほか参照。

みうる。これに加えて、超過額配当の問題も民法の一般規律の範疇では直截には参考とならないであろう。なぜなら、民法の範疇で、原債権者が一部代位者に優先するという一般規律が妥当であるとしても、先述の通り、原債権者の有する残債権額を超えて担保実行による代金を原債権者に割り付けることは、実体法上の一般的な財貨秩序の範疇では正当化されないからである。そのため、民法の範疇では、満足面で原債権者優先主義を採用としても、原債権者が残債権額を超えて債権の満足を得る地位は実体法的に肯定されるべきではない。もとより、原債権者が残債権額を超える金銭などを一時的に受領した場合や誤配当の場合などには、そのことが実体法的に財貨秩序に矛盾する財貨の割当てがあったと評価されるからこそ、その矛盾状態は不当利得によって解消されることになる。他方で、破産法における開始時現存額主義が求償権をも対象としていることのみを理由として、実体法上も一部代位における原債権者優先主義が原債権にかかる弁済者代位の範疇を超えて求償権にまで一般化されるとみることも早計であろう。そのため、この問題が民法改正の経緯のなかで一部議論されつつ改正民法に反映されなかったことは、議論の成熟度からして妥当な判断であったと考える。しかし、基礎的な当事者関係の共通性を考慮するときには、倒産法下の議論を受け止めつつ、一般的な実体法秩序の枠組みのなかで一部代位の規律が求償権にも影響を及ぼすべきかどうかについて研究を進める必要があるといえよう。⁽⁸²⁾

Ⅶ 結びに代えて

本稿では、民法上の一部代位について、従来の議論状況を確認しつつ、民法502条の改正経緯を踏まえて、改正民法の規律枠組みおよび関連する

(82) 本稿では、一部代位と求償権の問題には踏み込まない。

諸問題を検討した。さらに一部弁済にかかる倒産法上の開始時現存額主義との関係について考察を加えた。本稿の最後に、弁済者代位制度と一部代位の関係に焦点を絞って、民法上の一部代位の判断構造をまとめておきたい（本稿Ⅱ・Ⅲ・Ⅴの検討を参照）。

そもそも民法上の弁済者代位制度とは、判例・通説によれば、求償権確保による代位者の保護に制度目的ないし趣旨が求められ、その目的・趣旨を達成するために、本来は代位弁済によって消滅するはずの原債権・原担保（原権利）を消滅させず、原債権者から求償権者に原権利を法律上移転させる性質をもった実体法上の法制度であると把握されている。そして、その後の求償権と原権利の関係は主従的競合関係であると説明される。もとより、このような判例・通説による説明は「全額代位弁済」の場面を想定したものである。これに対して、一部代位の場合には、代位者は債権の一部しか代位弁済をしておらず、残額については原債権者に原債権が残存している。そこで、全額代位弁済とは事実状況が異なっており、一部弁済の場合に全額代位を想定した弁済者代位制度はそのまま適用できないところがある。そのため、民法502条が一部代位を規定することによって、一部代位弁済によって生じる求償権を確保して一部代位者を保護するために、一部弁済によって消滅するはずの原権利の一部を消滅させずに一部代位者に移転させる法制度を採用したとみうる。以上の対比からすると、求償権を確保することによる代位者の保護という目的・趣旨および原権利の法定移転という法的性質の点では両場面は一致する。しかし、一部代位では、原債権者と一部代位者の間に原権利の分属が生じることから、両権利者の利害調整を考慮する必要の生じる特殊な場面であるといえる。このように、全額代位弁済では、債権者が原債権全額の満足を得ていることによって、基本的にはその保護を考慮しなくてもよい場面である一方で、一部代位弁済では権利者である原権利者と一部代位者の両者の保護を考慮すべきこと

になるため、制度目的や趣旨を単純に同一のものと考えることはできないといえよう。

このように一部代位では原債権者と一部代位者間で保護のバランスをとる必要が生じるところ、従来の判例・学説が問題としてきたように、両者を同じ権利者として平等に扱うか、または原権利者を優先的に扱うかが争われてきた。民法502条の改正では、従来の一般的見解を採用して、権利行使面および満足面のいずれにおいても原債権者優先主義を中核に据えた規律が立法的に明確になった。ここで詳細は繰り返さないが、もともと複数の担保を付した債権者が権利者として残っている一部代位の場面では、原債権者が義務者の側面の残る一部代位者よりも優先的に保護されるべきである。そのため、いずれの規律も妥当な改正であると評価できる（本稿ⅡおよびⅢ）。さらに、民法改正によっても解決されなかった課題について、とりわけ抵当権以外の原権利一般に対象を拡張することから派生する問題を中心に一定の検討を加えた（本稿Ⅳ）。その結果、いくつかの問題は残るものの、民法改正において一般の原権利への拡張を否定する根拠とはなりえないものであった。以上から、一部代位に関する民法502条の改正による規律枠組みは基本的に妥当なものと評価できる。

他方で、複数債権の一部全額代位弁済の問題については（本稿Ⅴ）、一部代位の場面とは事案を異にしており、判例・多数説の見方と同様に、全額代位弁済による本来の弁済者代位の事案として処理すべきと考える。既述の通り、同一当事者間の複数債権を実質的に1個と評価すべき例外的な場合を除いて、法的評価の基礎単位としての「債権」という権利の枠組みを重視すべきであり、債権者が複数債権にひとつの抵当権を付したからといって安易に評価枠組みを崩すべきではない。そして、あくまで一部代位では、一部代位者が履行義務を完遂していないために1個の債権に分属状態が生じる特殊事案であることに対して、本事案では代位者は自己の担保

する債権全額を代位弁済していることから1個の債権の履行義務を完遂したといえる。したがって、債権者が複数債権にひとつの担保を付したため、一部全額代位によって担保権の分属が生じたからといって、1個の債権につき自己の義務をすべて果たした代位者の不利益のうえに債権者を優遇すべきではない。複数債権のうちの1個の債権が第三者に譲渡された場合と同じく、債権者と代位者による抵当権の準共有状態が生じるとみて、両者は平等の割合で配当を受けると考えるべきである。なお、債権者に結果として生じる事実上の不利益は、債権者が代位者との間で代位権不行使特約を締結することで解消を図るべきであろう。

最後に、倒産法制との関連については（本稿Ⅵ）、基本的には倒産法の予定する場面および手続上の特殊性を勘案すると、事案の共通性があるとはいえ、原則としてそれぞれ別異の規律として解釈枠組みを構築すべきである。もっとも、実体的な一般規律である民法の基本枠組みおよび議論状況は、事案の共通性を踏まえるならば、倒産法における一部弁済の議論に敷衍できる部分がある。そこで、具体的な相違を踏まえつつ、両場面を対比して検討する従来の方向性は支持されうる。これに対して、倒産法下の特別事情を基礎とする議論を民法下の一般的な議論に敷衍できるかどうかは慎重な姿勢が要求される。そのため、開始時現存額主義の手続的な規律は民法の一部代位には直截には参照できない部分が多いと考える。もっとも、一般的な実体法秩序の枠組みのなかで一部代位の規律が「固有の求償権」に及ぼす影響を探るためには、基礎的な当事者関係の共通性を踏まえた倒産法下の議論からの指摘を受け止める必要が感じられる。このような具体的な倒産法下の議論との比較検討は、今後の課題のひとつとしたい。

Der Übergang der Hauptforderung und der akzessorischen Nebenrechte (cessio legis) bei Teilleistung des Bürgen – Japanische BGB § 502

Tsutomu WATANABE

In Japan hat der Bürge nach J-BGB § 499 dem Gläubiger gegenüber ein Recht darauf, mit der Befriedigung des Gläubigers in dessen Rechtsstellung einschließlich etwaiger Nebenrechte einzurücken. Die Teilleistungen des Bürgen bewirken auch einen teilweisen Übergang der Hauptforderung nach J-BGB § 502. Dabei handelt es sich um das Verhältnis zwischen der Bürgen und dem Gläubiger bei der Geltendmachung oder bei der Befriedigung hinsichtlich der verbürgten Forderung und der akzessorischen Nebenrechte. Ich referiere über die Rechtsprechung und den wissenschaftlichen Meinungsstand in Japan.

- I Einführung
- II Das Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger bei der Geltendmachung
- III Das Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger bei der Befriedigung
- IV Die Probleme über die Erbringung von Sicherheitsleistungen
- V Die Voll-leistung einer von Mehrheitsforderungen
- VI Die Teilleistung des Bürgen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Hauptschuldners
- VII Zusammenfassung