

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 —

森 永 淑 子*

I. はじめに

1. 債務者以外の第三者が債務者のために弁済をした場合には、いわゆる「弁済による代位」が生じうる。こんにち、その意義は、弁済者が債務者に対して取得する求償権を確保するために、法の規定により弁済によって消滅すべきはずの債権者の債務者に対する債権（以下「原債権」と記す）及び担保権を代位弁済者に移転させ、代位弁済者がその求償権の範囲内で原債権及び担保権を行使することを認めるものと解されている⁽¹⁾。

この弁済による代位は、債権の一部について弁済があったにとどまるときにも生ずる。いわゆる一部代位である。この一部代位につき、民法502条1項は、「代位者ハ其弁済シタル価額ニ応シテ債権者ト共ニ其権利ヲ行フ」と規定する。周知の通り、本条にいう「債権者と共に権利を行使する」ことの意義についてはかねてより解釈が分かれていた⁽²⁾。

すなわち、(ア)一部代位者は、代位取得した権利（特に抵当権）を単独で行使できるか(イ)担保権から満足を受ける際に、一部代位者と債権者は同順位

* 福岡大学法学部

(1)

で、弁済額と残債権額の割合に応じて配当を受けることになるか、である（以下、通例に従い、(イ)につき肯定する立場を平等主義、債権者は全額の満足を得るまで優先的に満足を受けられるとする立場を債権者優先主義と記す）⁽³⁾。

2. この点に関するこれまでの議論を振り返っておこう。

立法段階に遡ってみると、ボアソナードはフランス民法の採用する債権者優先主義を正当ではないとし、当時のイタリア民法にならって平等主義を採用したとされる⁽⁴⁾。法典調査会の議論においても、債権者優先主義を採るべきでないかとの意見が出されたものの、起草委員らは平等主義を妥当として、現行502条が規定された⁽⁵⁾。

民法制定後の学説も当初は平等主義を是とするものが多くを占め⁽⁶⁾、大審院もまた、抵当権付債権につき一部弁済し抵当権に代位した保証人が、単独で競売申立をした事案において、一部代位者は債権者と共同ですることなく弁済額の割合に応じて代位取得した権利を行使しようとした⁽⁷⁾。(ア)の点について肯定したのである。ここに至り、一部代位者と債権者を完全に平等に扱うこととなったかにみえた。

しかし、この判示に対して、債権者の有する担保権の価値を害するとの批判が現れた⁽⁸⁾。さらにその後、学説では、平等主義を採ると債権者の利益が害される場合があるとして、債権者を優先させる見解が支配的になっていった。その根拠としては、代位弁済制度の目的は求償権の保護につきるのであるから、債権者を害してまでこれを認めることはその目的を逸脱することと、担保権の不可分性が挙げられている。そして民法502条の解釈論としても、「債権者ト共ニ」という規定は、一部代位者は債権者と共同でなければ担保権を行使できない意味に解するべきであり、満足面では債権者が優先すべきであるという見解が通説となるに至った⁽⁹⁾。他方、下級審においても、昭和50年代から、債権者優先主義を採用するものが現れた⁽¹⁰⁾。

このような状況の中、最高裁昭和60年5月23日判決（民集39巻4号535頁。以下「最高裁60年判決」という）は⁽¹¹⁾、物上保証人が担保権の実行を受けて一部弁済が生じていたケースにつき、次のように判示した。曰く、「債権者が物上保証人の設定にかかる抵当権の実行によっ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」と。

3. 現在、最高裁60年判決は、債権者優先主義を採用することを明らかにしたものと位置づけられている⁽¹²⁾。しかし、一部代位が生ずる場合一般に債権者優先主義が妥当するのか、債権者が優先して満足を受けられるとするための理論構成をどうするかなど、残された問題が多いことが指摘されている⁽¹³⁾。

なお、最高裁60年判決が出たことで優先主義に関する議論に決着がついたわけではない。債権者優先主義は立法者意思に反する、平等主義を採っても債権者の利益が害されることにはならない、あるいは一部代位者の利益を保護する必要があることなどを根拠として、平等主義が今なお有力に主張されている⁽¹⁴⁾。

このような状況に鑑みると、一部代位における債権者優先主義の正当化根拠や妥当範囲を再検討する必要があると考えられる。

4. ところで、従来議論においては、基本的に、(根) 抵当権の被担保債権につき一部弁済があった場合が念頭におかれてきたようである。しかし、近年、それ以外の権利についても、一部代位の対象となるか・債権者優

先主義が妥当するかが論じられている。とりわけ、破産法24・26条等の解釈をめぐる議論の中で、一部代位者と債権者の、原債権行使における優劣関係に言及されていることが目をひく。思うに、債権者優先主義の是非だけではなく、このような議論も取り込みつつ、一部代位の法理の全体像を明らかにすることが必要となっているのではないだろうか。

5. そこで、本稿では、一部代位の法理を再検討するための予備的考察として、まずは債権者優先主義に関する議論の現状を明らかにすることとした。一部代位については、冒頭にみたように、権利行使面（上記ア）と満足面（上記イ）という2つのトピックがあり、一部代位の全体構造を考えるにあたっては両者を併せて論じることが望ましいと思われるが、本稿は、さしあたり満足面の問題を対象とする。それは、先にみた最高裁60年判決がこの満足面に関するものであり、502条の解釈について最大の対立点となっているのもこの満足面についてであると解されるからである。

債権者優先主義について論ずべき点が多いが、まずは既に指摘されている課題のうち、債権者優先主義の正当化根拠や妥当範囲・「優先」の理論構成・一部代位の対象となる権利の4点を取り上げ、これまでの議論を整理する。その上で、関連する判例・裁判例も視野に収めつつ、若干の検討を加えることとする⁽¹⁵⁾。

なお、一部弁済という用語については、従来、債権の一部について満足が生じた場合一般を指し、それが任意の支払か担保権の実行によるのか、また債権の一部弁済か複数個ある被担保債権の一部の弁済か等を区別しないで用いられることが多いようであるが、本稿では、必要に応じて、「担保権の実行の結果としての一部弁済」「複数個ある債権の一部の弁済」等と可能な限り区別して叙述する。

(1) この理解は、最判昭和59年5月29日（民集38巻7号885頁）以降、通説と

なっている。

- (2) この問題を詳しく論じている主な文献として、貞家克巳「弁済による代位」金法500号35頁以下(1968)、石田喜久夫・注釈民法(12)352頁以下〔磯村哲編〕(有斐閣、1970年)、味村治「一部弁済による代位」加藤一郎ほか編・銀行取引法講座(中)225頁以下(金融財政事情研究会、1977)、船越隆司「弁済者の代位」星野英一編集代表・民法講座4337頁以下所収(有斐閣、1985)、岩城謙二「弁済による代位の諸問題(2)(3)」NBL318号14頁以下・325号30頁以下(1984-1985)、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)85頁以下(金融法学会、1987)、斉藤和夫「弁済者一部代位の法構造」慶応法学研究60巻2号159頁以下(1987)、秦光昭「一部代位をめぐる判例・学説の現状と展望」金法1143号19頁以下(1987)、奈良次郎「一部弁済の効力」堀内仁編・判例先例金融取引法〔新版〕360頁以下(1987)、椿寿夫編・【新版】代位弁済—その実務と理論—(以下、「代位弁済」で引用)(経済法令研究会、1995年)所収の諸論文、大塚龍児「弁済による代位と破産法24条・26条・27条、和議法45条(上)(下)」曹時51巻10号2361頁以下・11号2595頁以下(2001)などがあり、本稿はこれらに多くを負っている。
- (3) この2点を分けて論じる視点は既に我妻栄・新訂債権総論255項(岩波書店、1964)にみられるが、特に山下孝之「保証人の代位請求」(法時45巻9号193-187頁(1985))以降、通例となっており、本稿もそれに倣った。
- (4) ボアソナード氏起稿再閣修正民法草案註釈第二編・人権ノ部下巻76頁以下(ボワソナード民法研究会編・ボワソナード民法典資料集成・後記I-II・ボワソナード氏起稿再閣修正民法草案註釈第二巻692頁以下〔雄松堂出版、2000〕参照)。
- (5) 法典調査会民法議事速記録三 日本近代立法資料叢書3・312頁以下(商事法務研究会、1979)、高橋眞・潮見佳男「<資料>債権総則(45)」民商95巻5号768頁以下(1987)参照。
- (6) 梅謙次郎・民法要義三債権編(復刻版)318頁以下(有斐閣、大正元年版)、岡松参太郎・註釈民法理由(中)債権編313頁以下(有斐閣、明治30年)、石坂音四郎・日本民法第三編債権総論中(合本版)1296頁(有斐閣、大正13年)など。もっとも、鳩山秀夫・日本債権法総論358頁(岩波書店、大正5年)以降、立法論的には批判されていたという(近藤英吉ほか・註釈日本民法〔債権編総則〕〔下巻〕245頁(巖松堂、1936)など)。
- (7) 大決昭和6年4月7日民集10巻9号535頁。主債務者Aの債権者Bに対する分割払債務につき、A所有の不動産に抵当権が設定され、またXが保証人となった。Xは期限の到来した分割払債務の一部を弁済したが、Aが償還に応

じないため、抵当権実行申立。裁判所はこれを却下。抗告審では、残存債務についての期限未到来等により債権者が抵当権を実行できない間は一部代位者も抵当権の実行をなしえないとして抗告棄却。大審院は、502条1項の趣旨につき、一部代位の場合において、その権利が分割行使可能なときには債権者と別に独立してこれを行行使できるとし、また同条項では代位者の権利行使につき何の制限も設けていないことから、残存債務の期限到来の如何を問わず、一部代位者は債権者の権利を行行使できるとした。

- (8) 吾妻光俊・判民昭和6年度56事件評釈（有斐閣、1955）。
- (9) 代表的なものとして、我妻栄・新訂債権総論255頁（岩波書店、1964）、柚木馨＝高木多喜男・判例債権法総論〔補訂版〕457頁以下（有斐閣、1971）、於保不二雄・債権総論〔新版〕388頁以下（有斐閣、1972）。
- (10) 名古屋高決昭和51年5月24日判時825号60頁、東京地判昭和59年3月30日金法1085号39頁などがある。
- (11) 本判決の解説・評釈・研究として、門口正人「判解」曹時38巻11号244頁（1986）、最判解昭和60年度13事件、ジュリ845号69頁（1985）、小林資郎「判批」昭和60年度重判解（ジュリ862号）67頁（1986）、堀内仁「判批」手研375号62頁（1985）、森井英雄「判批」季刊民法研究（判タ598）82頁（1986）、安永正昭「判批」金法1141号6頁（1986）、山田二郎「判批」金法1125号23頁（1986）、佐久間弘道「判批」手研384号4頁（1986）・金法1421号66頁（1995）、村田利喜弥「判批」手研401号22頁（1987）、西尾信一「判批コメント」手研401号32頁（1987）、関沢正彦「判批」金法1180号50頁（1988）、斉藤和夫「判批」判評370号36頁（1989）、伊藤進「判批」椿寿夫編集代表・担保法の判例Ⅰ112頁（1994）、塚原朋一「判批」金法1433号124頁（1995）・金融判例100（金法1581）196頁（2000）、内田貴「判批」民法判例百選Ⅰ〔第四版〕84頁（有斐閣、1996）、石田剛「判批」民法判例百選Ⅰ〔第五版〕192頁（有斐閣、2001）がある。
- (12) 前掲注(11)の評釈・研究のほか、奥田昌道・債権総論〔増補版〕547頁（悠悠社、1992）、淡路剛久・債権総論553頁（有斐閣、2002年）、潮見佳男・債権総論〔第2版〕254頁以下（信山社、2001）など、一般的な理解である。
- (13) さしあたり、残された課題を指摘するものとして、秦・前掲注(2)19頁、寺田・前掲注(2)100頁、村田・前掲注(11)31頁以下、潮見・前掲注(12)255頁以下、鈴木正和「債権の一部代位弁済と根抵当権」金法1172号5頁（1987）などがある。
- (14) 前田達明・口述債権総論第三版475頁以下（成文堂、1993）、伊藤進「判批」民法判例百選Ⅱ〔第五版〕91頁（有斐閣、2001）、最近のものでは大塚・前掲注(2)2371頁以下など。また、債権者優先の解釈にためらいを示すものと

して、安達三季生・債権総論講義〔第4版〕299頁（信山社、2000）、貞家・前掲注(2)43頁、石田・前掲注(2)355頁などがある。

- (15) 債権者優先主義あるいは平等主義の是非それ自体はひとまず措く。そのほか、一部代位がかかわる論点は多岐にわたるが、それらをも考慮した本格的な検討は他日を期したい。なお、最高裁昭和60年判決が出されるまで、金融実務においては、一部代位が生じる場合について、いわゆる代位権不行使特約（「保証条項」）が結ばれることが通例であった。裁判例においてもかかる特約が存在していたケースが多く、その有効性や第三者効も問われているが、本稿ではこの特約も検討の対象外とする。

II. 債権者優先主義に関する判例・裁判例

ここでは、債権者優先主義の根拠や妥当範囲・理論構成にかかわる判例・裁判例を概観する。

なお、複数の論点に関わる判決があるため、原則として判決年月日順に配列する。ただし叙述の便宜上、控訴・上告されたものについては下級審から上級審まで連続して紹介する。

【1】名古屋高決昭和51年5月24日（判時825号60頁、金商503号35頁）⁽¹⁶⁾

旧根抵当権の事案である。AがYから融資を受けるにあたり、C・Dが連帯保証人となり、またB所有の甲不動産に根抵当権（元本極度額300万円）が設定された。Cは根抵当権の元本確定前に債務の一部を弁済、元本確定後にDは確定債務のうち308万円余を弁済。C・Dは各々根抵当権一部移転の登記を経由。YがAに対して有する残債権81万円余につきYが抵当権実行の申立をしたところ、Bより甲不動産を譲り受けたXから異議申立。YはDより既に元本極度額以上の弁済を受けているのだから、Xは、Yから残金の弁済のために甲不動産につき根抵当権を実行される理由はないというにある。これに対して本決定は次のようにいう。

「……本件のように債権の一部弁済による代位においては、一部代位者は単独で代位した権利を行使し得るのではなく、債権者（……）がその権利を行使する場

合にのみ債権者と共にその権利を行うことができるものであり、弁済についても債権者に劣後するものと解するのが相当である。けだし、右のように解しないと抵当債権者が自己の意思に反して抵当権を実行され、将来にわたる担保の持つ作用を失うなどの不利益を受けるとともに、按分比例で配分することは抵当権の不可分性（……）に反することになるからである。また債権者を害してまで求償権者を保護する必要はないというべきである。」

【2】東京地判昭和59年3月30日（金法1085号、金商710号22頁）

複雑な事案であるが、債権者優先主義にかかわる範囲で要約すると、次のようなケースであった。

AはYと信用金庫取引を開始し、この取引から生ずる債務を担保するため、Aの所有不動産につき、根抵当権1（極度額1500万円）、根抵当権2（極度額1500万円）を設定した。更にXが連帯保証するとともにX所有の株券につき質権を設定、Yにこれを引き渡した。その後、元本確定し、Yは質権を実行してその売却代金から2300万円をAの債務の弁済に充てた。そして、訴外Bの申し立てにより本件不動産は任意競売。YのAに対する債権の元本総額は5000万円余であった。売却代金5600万円のうち、Yに極度額相当3000万円を交付する計算書が作成されたが、Xから、Yに交付されるべき金員のうち2300万円につき根抵当権実行を禁止する旨の仮処分がなされ、2300万円は供託された。Xは主位的請求として、一部代位弁済を理由として供託金還付請求権を有することの確認を求めたが、本判決はこれを棄却した。

「…… [X] が本件質権を実行されることにより…… [Y] に弁済した2300万円は[A]に対する [Y] の債権の一部の弁済であるから、[X] は本件根抵当権[1] [2]について一部代位を生ずるところ、抵当権の不可分性（……）に鑑みると、本件不動産の競落代金からの弁済を債権者たる [Y] と一部代位者たる [X] との按分比例にすることは右不可分性に反し、また、債権者を害してまで求償者を保護する必要もないというべきであるから、[X] の立場は [Y] に劣後するものと

解するのが相当である」。

【3】東京地判昭和59年3月23日（判タ528号201頁、金商711号27頁）⁽¹⁷⁾

YはAに対し2口の貸金債権（以下債権1・2と記す）を有しており、これらの債権を担保するためA所有の甲不動産に極度額3000万円の根抵当権の設定を受けた。Aが債権1の支払を怠ったため、根抵当権の元本確定。債権2につき信用保証協会Bから全額弁済がなされ、根抵当権一部移転登記経由。Yは債権1（合計3882万円余）回収のため甲不動産を任意競売、売却代金3000万円から執行費用を控除した2941万円余をYに交付する計算書が作成された。甲不動産の後順位根抵当権者（極度額2000万）であるXから配当異議の訴え提起。Xは次のように主張する。即ち、Bの一部弁済によりYの有する根抵当権はBに一部移転したから、Yは極度額3000万円から代位弁済額を控除した残額を限度として優先弁済権を有するにすぎない。しかもBのAに対する求償債権は売却代金交付期日までに消滅したから、Bに一部移転した根抵当権も消滅している。代位弁済相当額はXに交付されるべきである、と。

本判決は、次のように述べている。すなわち、Bの代位弁済により本件根抵当権の一部が移転し、YとBの法律関係は、民法502条の規定により、右根抵当権をその有する債権額に応じて準共有しているとするが、Bの求償債権消滅により準共有権も消滅し、その結果、Yのみが根抵当権の極度額3000万円の範囲内で優先弁済権を有するに至ったと解するべきであるという。

【4】東京高判昭和60年3月28日（判時1153号173頁、金商718号33頁）⁽¹⁸⁾

[【3】の控訴審]

控訴審においては、第1審より詳細な判断が示されている。即ち、根抵当権の一部が分割譲渡された場合には根抵当権が譲受人に絶対的に移転するが、「これに反し、一部代位弁済による根抵当権の一部移転は、根抵当権の共有状態を作出し、原根抵当権者と一部代位弁済者の両者が根抵当権全部を共有するに至るのであるから（民法502条1項）、一部代位弁済者の債権が消滅した場合（……）にお

いては、民法264条、255条の類推適用により、一部代位弁済者の有した根抵当権の共有権は原根抵当権者に帰属し、原根抵当権者は、根抵当権の極度額の範囲内で被担保債権につき優先して売却代金の交付を受けることができるものと解すべきである」とし、控訴棄却。

【5】最判昭和62年4月23日（金法1169号29頁）⁽¹⁹⁾【3】【4】の上告審]

「債権の一部について代位弁済がされた場合、右債権を被担保債権とする抵当権の実行による売却代金の配当については、債権者は代位弁済者に優先するものと解すべきである（……）から、債権者は、代位弁済者の求償権が消滅したと否とにかかわらず、自己の有する残債権額及び被担保債権額の限度において後順位抵当権者に優先して売却代金の交付を受けることができるものというべきである」として、上告棄却。

【6】最判昭和60年5月23日⁽²⁰⁾【最高裁60年判決]

（下級審では一部代位の点を論じていないため、割愛した⁽²¹⁾）。

複雑な事案であるが、一部代位に関する範囲で要約すると次のようなケースであった。

AのXに対する債務につき、A所有の建物を含む甲不動産および物上保証人B・Cら所有の乙不動産に、まず1番共同根抵当権1（極度額1億5500万）が設定された。他方、YがB他2名に対して有する1000万円余の貸金債権の担保として、乙不動産に2番抵当権が設定された。更に、Xは甲不動産につき3番・乙不動産につき2番の根抵当権2（極度額2億7000万円）、甲不動産につき4番・乙不動産につき3番の根抵当権3（極度額3億3000万円）の設定を受けた。

その後、Xは1番根抵当権に基づき任意競売の申立（Xの債権額は約7億2000万円）。まず乙不動産が競売、第1順位のXに全額（約1782万円）配当。次いでAの所有不動産が6億円で競売、配当表が作成された。それはYの抵当権をXの根抵当権2・3より優先するとして1000万円余を交付するものであった。Xから異議申立がなされたが第1・2審とも請求棄却。Xは、X－B間の代位権不行使特約の

存在と、Xは乙不動産から回収した分を除く残債権につき甲不動産からYに優先して弁済を受けるべきこと等を主張して上告。最高裁は、一部代位の点に関しては、Iでみたように判示し、Xの主張を認めている。しかし結局、X・Yへの配当額には変わりはないからXに異議を述べる利益はないとして、上告棄却。

【7】東京高判昭和60年9月26日（判タ586号74頁、金商750号37頁）⁽²²⁾

債権者Yは主債務者Aと継続的取引契約を締結し、継続的信用金庫取引により負担する債務を担保するため、Aの所有不動産に根抵当権が設定された。またYはAに対し4口（債権1・2・3・4）の貸付をしたが、債権1・2につき信用保証協会Bが保証するとともに、BがAに対して取得しうる求償債権についてXが連帯保証した。その後、元本確定し、BはYに債権1・2につき残金全額を代位弁済し、根抵当権の一部移転登記がなされた。その後、B-Y間の合意に基づき、Bに移転した持分について、BからYへの順位譲渡登記経由。その後、XからBに全額代位弁済。そこでXはB・Yに対し順位譲渡登記の抹消及びBの有する根抵当権持分移転登記を求めて訴え提起。原審ではXの請求棄却。本判決は、根抵当権持分移転登記請求は認めたものの、順位譲渡登記の抹消は認めなかった。

本判決では、まず後順位者が先順位者に順位譲渡をすることはできないことを前提に、一部代位が生じた場合には、配当段階において債権者優先主義によるべきであるから、後順位者たる一部代位者から先順位者たる債権者への抵当権順位譲渡は本来できないという。しかし、債権者優先主義について争いがあり判例も明確でなかったことに鑑み、順位譲渡契約および順位譲渡登記の合意も一部代位者が劣後する地位にあることを明らかにすることを約したものであり、順位譲渡登記は一部代位弁済により法律上取得した現在の地位（権利内容）に合致しこれを表示するものとしてもとより有効とする。さらに、Xとの関係については、「右のような債権の一部代位弁済者の地位は法律上当然に生ずるものであるから、債権者と代位弁済者との間における前記のような抵当権の順位譲渡の合意は何ら新たな物権変動を生ずるものではなく民法375条所定の抵当権の処分には当たらず、

また抵当権に加えた制限にも当たらないものであって、これにより対抗の問題を生ずる余地はなく、右一部代位弁済者に対し更に代位弁済した者（以下「第二弁済者」という。）も当然これを承認せざるをえない」として、順位譲渡の登記により不利益を受けるわけではないから、Xの抹消登記請求は認められないという。

【8】東京高判平成11年11月29日（金商1085号15頁）

債権者Xが主債務者Aに対して有する不動産の売買代金債権の担保として、当該不動産につき代物弁済予約がなされた上、Yが連帯保証人として債権の一部保証をしていたケースである。Xは代物弁済予約を原因とする所有権移転請求権仮登記を経ている。Aが支払を遅滞したため、XはYに連帯保証債務の履行を請求したところ、Yは、Xが適時に予約完結権を行使しなかったことは民法504条所定の担保保存義務違反であるとして免責を主張。一部代位との関連では、代物弁済予約上の権利は債権者が担保保存義務を負う「担保」（即ち、法定代位権者が代位に対する期待を持ち得た担保）にあたるかが争われた。

この点につき、原審は、Yは本件債権の一部の連帯保証人であり、法定代位権者としてXに弁済できるのは本件債務の一部である。他方、代物弁済とは、特定の債権額の全体につき、一括して特定物をもって弁済とする旨の約定であると解すべきであるから、弁済者が債務の一部についてしか代位弁済をしないときは、弁済者は、代物弁済予約上の権利を取得することはできないといわなければならないという。そしてそもそも代物弁済予約上の権利につきYは代位に対する期待をもちえなかったとして、Yの主張を否定。本判決は原審の判示をほぼそのまま引用した上、次のように述べてYの控訴を棄却した。「……債権者が代物弁済予約上の権利を有する場合における一部弁済者は、債権者の有する右代物弁済予約上の権利を全く取得できないのは、均衡を失するかのように解される余地がないではないが、右の代物弁済という制度の性質に照らせば、やむをえない（…）」。

(16) 本決定に関する研究として、吉井直昭「判研」金法813号23頁(1977)があ

る。

- (17) 本判決に関する解説・研究として、大西武士・判例金融取引法上巻391頁（ビジネス教育出版、1990）、堀内仁・手研369号54頁（1985）がある。
- (18) 本判決に関する解説・研究として、織田博子「判研」法時58巻5号139頁（1986）、堀内仁「判批」手研375号61頁（1985）がある。
- (19) 本件に関する解説・研究として、大西武士「判批」椿寿夫編集代表・担保法の判例Ⅱ233頁（有斐閣、1994）、堀内仁「判批」手研405号66頁（1988）、野原薫「判批」債権管理7号32頁（1988）がある。
- (20) 本判決に関する文献については、前掲注(11)を参照。
- (21) なお、第1・2審の交付表の計算には不明な点があるが、山田・前掲注(11)27頁に簡潔な説明がある。
- (22) 本判決に関する解説・研究として、岩城謙二「判批」法令ニュース21巻7号61頁（1986）、大西・前掲注(17)382頁、副田隆重「判批」季刊民事法研究16（判夕619号）48頁（1986）、堀内仁「判批」手研383号60頁（1986）がある。

Ⅲ. 学説の状況と検討

1. 債権者優先主義の妥当範囲

一部代位に関する議論において、通説は、一部代位者が誰かという点や一部弁済の態様について特に詳しく論じてはいない。このことからすると、債権の一部弁済がなされた場合には、広く債権者優先主義が妥当するべきであるとされてきたようである⁽²³⁾。

しかし、債権者優先主義の妥当範囲については弁済者の地位や弁済の態様に依じて制限的に理解すべきだとの主張もしばしばなされてきた。以下、この制限的解釈に関する議論を弁済者ごとに概観する。なお、これは、債権者が一部代位者に優先することの根拠を何に求めるかという問題ともふかく関わるため、必要に応じて、論者が債権者優先主義の根拠をいかに解しているかという点にもふれる（(1)）。

ところで、従来の議論では、債権の一部弁済と、根抵当権の複数の被担保債権の一部が弁済されたときとが区別されていないが、両者を同様に扱って

よいかという点についても疑問が投げかけられている。そこで、(1)の補論としてこの点に関する議論も取り上げる。

さらに、一部代位の対象となる権利についてみると、従来の議論では(根) 抵当権が念頭におかれており、それ以外の権利についてはあまり論じられてこなかったようだが、近年、(根) 抵当権以外の権利に対する一部代位をどう解するか・債権者優先主義が妥当するかということも問題となってきた。この点に関する議論は項を改め(2)においてとりあげる。

(1)債権者優先主義が妥当する一部代位者の範囲

この点については、かねてから議論があり、見解は分かれている。

通説の見解のように、代位弁済者につき特に制限しない見解のほか、任意代位者については平等主義・法定代位者については債権者優先主義が妥当すると解する見解、任意代位者のほか、法定代位者の一部についても平等主義が妥当すると解する見解がある。後者はさらに、全部義務者のみが債権者優先主義によるとするもの、全部義務者・物的責任負担者（あるいはその一部）につき債権者優先主義によるとするものに分かれる。

債権者優先主義が妥当するメルクマールも論者により異なる。A. 一部弁済後も一部代位者が債権者に対して義務や負担を負う場合には債権者優先主義によるとするもの⁽²⁴⁾、B. 弁済者が債権者との関係で何らかの法的な拘束を受けていたり法律上劣後する地位にある場合には債権者優先主義によるとするもの⁽²⁵⁾、C. 債権者は債務の本旨に反する一部弁済は拒絶すべきであり、それを承認した以上は、一部代位者と平等に扱われてもやむをえないが、一部弁済を拒否しえない場合には債権者優先主義によるとするもの⁽²⁶⁾、D. 一部弁済が、債権者が予定していた価値の実現にすぎないものであるときは、一部代位者に平等の割合で配当を認めることは債権者にとって回収の減少にほかならず「債権者を害する」ものであるから債権者優先主義による

が、一部弁済が債権者にとって予想外の利益であるといえるときは平等主義によつてするもの⁽²⁷⁾などがある。

以下、議論の状況を、問題となりうる弁済者ごとにみていく。

①任意代位者

任意代位者について債権者優先主義が及ばないとする説は比較的多い。その理由としては、(a)そもそも立法者が502条の制定にあたり、平等主義によるべき場合として任意代位を想定していたと解されること⁽²⁸⁾、(b)任意代位の場合は、債権者の承諾を得て代位するわけであるから、債権者が代位を承諾した以上、優先権の主張を放棄したものと解されなくはないこと⁽²⁹⁾、(c)平等主義によつても、債権者は一部弁済によりそれを受けない場合に比して明らかに多くの満足を得られるはずである。それなのに任意代位者が債権者に劣後すると解するならば、任意代位者にとって酷である（公平を欠く）こと⁽³⁰⁾が挙げられている。

②全部義務者

i. 全部義務者・特に保証人が一部弁済した場合については、債権者優先主義が妥当すると解する説⁽³¹⁾が古くからあり、現在も比較的多くの賛同を得ている。

その理由は、保証債務または連帯債務が残存しているにもかかわらず、債権者と平等に、同順位で代位権を行使できるとすれば、債権者の満足を妨げることとなり、保証債務または連帯債務の本旨に反する。又、元々債権全額を弁済すべき義務があるのだから、債権者の優先を認めても全部義務者にとって酷ではないという点にある⁽³²⁾。

これに対して、平等主義の側からは、次のような反論がある。即ち、保証人の一部弁済についても、債権者は、一部代位弁済者が受け取る競売代金を差し押さえれば債権回収を図ることができるのであるから、債権者を不当に害することにはならない⁽³³⁾というのである。だが、この点については、一

部代位者の配当要求権を差し押さえる手続を債権者に要求することは行き過ぎであるだけでなく、一部代位者に対する他の債権者からの差し押さえの可能性が生じ、債権者を害するとの再批判もある⁽³⁴⁾。

ii. なお、保証人の一部弁済に際して債権者優先主義が妥当するとしても、元々保証が債権の一部分についてのみなされていた場合や保証人が分別の利益を有する場合に、彼が保証債務あるいは負担部分につき弁済したときは、債権者優先主義は妥当しないとする見解がある⁽³⁵⁾。

すなわち、このときには、保証人は自ら負担する債務を全部履行しているため、債権者にもはや弁済義務を負っていない。もし、債権者優先の根拠を債権全額につき弁済義務があることに求めるならば、逆に、一部弁済をした結果債権者との関係で免責された者については、債権者優先主義によるべきでないことになるからである。しかし、かかる見解については、債権の全額回収のために保証人を徴求した債権者の期待を裏切ることになるとの批判もある⁽³⁶⁾。

③物上保証人・抵当不動産の第三取得者

物上保証人や抵当不動産の第三取得者の一部弁済についての見方は、弁済の態様に応じて、大まかに2つに分かれるようである。すなわち、任意弁済・担保権実行いずれの場合にも優先主義が妥当とするもの、任意弁済の場合には平等主義によるとするものの2つである⁽³⁷⁾。

(③-1)常に債権者優先主義によるとするもの

この見解には、物上保証人は全部義務者である保証人と同視でき、また任意弁済は物的責任の履行の変形とみることができ、いずれにせよ債権者優先主義によるとするもの⁽³⁸⁾、債権者との関係で劣後的地位にあることを理由とするもの⁽³⁹⁾などがある。

(③-2)任意弁済は平等主義とするもの

この見解は、先に見たD（一部弁済により債権者が予想外の利益を得ているときには平等主義による）の立場を前提としている。債権者にとって、物上保証人らからの任意弁済は、予定外の利益であると評価できるから、平等主義によることとなるという⁽⁴⁰⁾。

④後順位抵当権者など

従来あまり議論されていないところであるが、この場合にも債権者優先主義によるものとするものと、平等主義によるものがある。

前者は、後順位者はもともと先順位者である債権者に法律上劣後する地位にあるということを理由とする⁽⁴¹⁾。

後者は、先のC（債権者が一部弁済を拒絶できた場合は平等主義による）又はDの見解を前提とするものである。すなわち、後順位者から満足を受けることは、債権者が原債権回収のために予定していたものではない、あるいはこの場合には一部弁済を拒絶できたのだから、任意代位者の場合と同様に扱うべきだということになる⁽⁴²⁾。

〔補論〕根抵当権の被担保債権の一部の弁済

債権の一部につき代位弁済がなされたときに債権者優先主義が妥当するとしても、それは根抵当権の被担保債権の一部が弁済されたときには妥当しないのでないかという議論がある。

すなわち、根抵当権は複数の債権を被担保債権となしうるが、根抵当取引においては、これら被担保債権群の一部のみが保証の対象となることも多い。このような保証に基づき複数個ある債権のうち1個（ないし数個）が弁済されたケースと、1個の債権の一部が弁済されたケースとは、区別されるべきではないかというのである⁽⁴³⁾。もっとも、この議論はさほど詳細には展開されていない。保証人としては自己の義務を全部履行しているのだから債権者と平等に配当に与っても公平を欠くことにはならない・502条の文

理・一部代位者の保護に欠けるといった指摘のほか、元本確定後の根抵当権と普通抵当権をまったく同じに取り扱ってよいのかという問題提起がなされるにとどまっている。

ただ、これらの見解の背後には共通して、このケースで債権者優先主義を認めると、一部代位者が全く義務や責任を負っていなかった債権についてまで、一部代位者に負担を負わせる結果となることへの疑問が伏在しているように思われる⁽⁴⁴⁾。

⑤検討

i. 上記のような議論をふまえて判例・裁判例をみってみる。

まず弁済者に関していうと、判例・裁判例において債権者優先主義がとられているのは、一部代位者が連帯保証人（【1】・【2】〔兼物上保証人〕・【3・4・5】・【7】・【8】）・物上保証人（【6】）のケースであり、任意代位者や、後順位抵当権者などの法定代位権者についても優先主義がとられるかどうかは未だ明らかでない。

また弁済の態様に関しては、物上保証人が担保権の実行により債権者に一部の満足を与えた場合（【6】）・保証人が一部保証に基づき弁済した場合（【8】）にも、債権者優先主義が認められているのが目につくが、事案や判示をみる限り、今の所、債権者優先主義が妥当することが確定したといえるのは物上保証人が担保権の実行を受けたケースについてのみといってよい。

もっとも、最高裁60年判決の理由付けは、一部代位全般にあてはまりうることから⁽⁴⁵⁾、弁済者・弁済の態様の両面において、通説的見解のように優先主義が広く認められる可能性はあり、今後の判例の展開が待たれるところである。

ii. なお、根抵当権の被担保債権の一部弁済に関して、裁判例においては、債権の一部が弁済されたときと同様に扱う傾向が顕著である。特に、

【5】が、複数の被担保債権中の一部の代位弁済のケースにつき、債権者優先主義が妥当することを示している点が注目されるが、これが判例理論として定着したといえるかどうかは定かでない⁽⁴⁶⁾。付言するならば、かかる場合に債権者が優先弁済を受けられるのは、たしかに根抵当権制度の趣旨に適っているともいえよう。しかし、複数取引の一部のみを保証していたようなケースにおいて債権者の優先を認めることは、自らが負担する債務以外の債務についても保証人に責任を負わせることになり公平を欠くのではないか、あるいは当初の根抵当権者である債権者を優遇しすぎることにならないか。根抵当権に関する理論も併せた、慎重な検討を要するところであろう。

(2)一部代位の対象となる権利

民法501条では、代位弁済者は「自己ノ権利ニ基キ求償ヲ為スコトヲ得ヘキ範囲内ニ於テ債権ノ効力及ヒ担保トシテ其債権者カ有セシ一切ノ権利」を行いうるとしている。その意義については、代位弁済者が債務者に対して取得する求償権の範囲内で、原債権及び担保権が移転すると解されている。そして弁済による代位により取得しうる権利としては、債務者に対する債権（原債権）及びその効力としての履行請求権・損害賠償請求権・債権者取消権等、またこれを担保するものとして、保証債権・抵当権・代物弁済予約上の権利⁽⁴⁷⁾などが一般的に挙げられている。

それでは、一部代位を生ずる場合には、いかなる権利が代位の対象となるか。この点につき、502条2項において解除権が代位の対象から除かれているほかは、「債権者ト共ニ」行使しうる権利について特に条文上の制限はない（なお、解除権が一部代位の対象にならない理由は、解除権の不可分性によると解するものと、解除権が契約当事者の地位に付随するものだからだと解するものがある⁽⁴⁸⁾）。それに対応してか、学説においても、一部代位により代位者が取得しうる権利について詳細に論じられることは少ない⁽⁴⁹⁾。以

下、議論に現れたものを分説する。

① 抵当権・確定根抵当権

これらが一部代位の対象となることは疑いない。そして、通説はこれらへの一部代位につき債権者優先主義を認めるべきだとしてきた。

なお、この(根) 抵当権が一部代位者と債権者とにいかに関係するかという点については、一般に、「準共有」関係が生じると解されてきたようである⁽⁵⁰⁾。

しかし、近年、債権者優先主義を前提としつつ、(根) 抵当権の(準) 共有関係を観念する必要はないとするもの⁽⁵¹⁾、準共有ではなく一部代位者への担保権の一部移転・あるいは分割帰属という構成を主張するもの⁽⁵²⁾も現れている。

② 原債権・保証債権

i. まず、可分な権利については、民法典制定直後から、当然一部代位の対象であると解されてきた⁽⁵³⁾。また前出の大決昭和6年4月6日(本稿注(7))も、可分な権利について、一部代位者はこれを弁済額の割合に応じて分割行使できるとしていた。

このことからすると、可分債権である原債権・保証債権は一部代位者に弁済額に応じて移転し、一部代位者はこれらの権利を独自に行使でき、債権者が全額の満足を受けているかどうかを問わずに弁済を受けられるということになる⁽⁵⁴⁾。即ち、担保権からの配当はともかく、一部代位者が債務者や保証人から一部弁済分を回収する場合については、平等主義によるということになりそうである。この点、従来の議論では当然とされていたのか、立ち入った検討はなされていないが⁽⁵⁵⁾、近年、債権者優先主義が最高裁で採用されたことを機縁として、かかる理解も再検討されており、債権者が全額の弁済を受けない限り、債権は一部移転しないと主張する見解もある⁽⁵⁶⁾。

ii. もっとも、債務者や保証人の資力が十分である限りにおいては、債権者優先主義を採っても平等主義を採っても実際上の差は生じないであろう。問題は、彼らの財産状態が危殆化し破産等の手続が開始したときにも、一部代位者と債権者は、これらの債権につき弁済額と残債権額の割合に応じて平等に配当を受けることとなるかどうかである。

この点につき、債務者が破産宣告を受けた場合に関してであるが、現行破産法の解釈上は、一部弁済の時期が破産宣告の前か後かにより結論が分かれるようである。すなわち、近年、主債務者の破産宣告後に保証人や物上保証人が債権者に一部弁済をした場合に、債権者は従来の債権全額をもって配当に与ることができるか、あるいは一部弁済者は自己の求償権（あるいは代位取得した原債権）を破産債権として行使できるかが、破産法24条・26条の解釈論の問題として、盛んに論じられている⁽⁵⁷⁾。詳しい議論には立ち入らないが、最高裁は、保証人についても物上保証人についても、債務者が破産宣告を受けた場合に、債権全額を破産債権として届け出た債権者は、宣告後に一部弁済を受けても、届け出た債権全額の満足を得ない限り、届出債権の全額につき破産債権者としての権利を行使できるとしている⁽⁵⁸⁾。そしてその判示においては、「弁済による代位制度の趣旨」が根拠の一つとして挙げられている。また学説においても、債権者と一部弁済者の優劣関係につき、502条の解釈論がしばしば援用されており、この問題と502条における債権者優先主義との関係をいかに解すべきかが論じられている。他方、破産宣告前の一部弁済については、その弁済額につき一部弁済者は破産債権として届け出ることが予定されているというのが通説であるが、近時、この場合についても、一部代位者が劣後するものとして扱うべきではないかという主張もなされている⁽⁵⁹⁾。

③代物弁済予約上の権利

代物弁済予約上の権利は全部代位の対象となるが、一部代位の場合どうか。

学説においては、一部弁済による移転それ自体、あるいは少なくとも債権者と一部代位者が共同しての予約完結を否定するもの⁽⁶⁰⁾、502条2項により予約完結の意思表示は債権者しかできないと解しつつ、その効果としての権利帰属については(a)平等主義によるなら、債権者と一部代位者が債権額の割合に応じて共有持分の登記ができる(b)債権者優先主義によるなら、目的物に対する支配権は債権者のみにあるとして、所有権移転登記は債権者のみがなしえ、一部代位者は、債務者に対する債権を回収するためには、債権者が債務者に提供する清算金を差し押さえるほかない、と解するものがある⁽⁶¹⁾。少なくとも、予約完結権については一部移転は生じない・あるいは一部代位者は完結権を行使できないとする点で学説は一致しているようであり、これ以外の見解は見あたらない。

④検討

まず(根) 抵当権についてであるが、これが一部代位の対象となっていることは疑いない。また権利の帰属態様については、裁判例においても「根抵当権の(準)共有」構成がとられているが(【1】【3・4】)、この担保権の「準共有」の内容についてはなお未解明の部分があると考えられる。

というのも【4】では、一部代位者の「準共有権」が求償権の消滅により債権者に帰属するに至ったことを共有の弾力性から説明している。しかし、その上告審であり債権者優先主義を前提とする【5】は、根抵当権の一部移転と準共有という構成や、共有の弾力性により「準共有権」が債権者に復帰したとの理解にふれていない。ここでは、「求償権が消滅したと否にかかわらず残債権額及び被担保債権額の限度で優先弁済を受けられる」というのみである。これは、債権者優先主義をとる以上、債権者が残債権につき優先

弁済を受けられるとするのは当然の帰結であり、原審のように準共有構成を前提として共有の弾力性を持ち出す必要性はなくなったからだと考えられよう。この点を捉えると、一部代位者の求償権が消滅する前の、一部代位者と債権者の法律関係がいかなるものであったか、原審の理解を認めているのか否かについて【5】は態度を明らかにしていないと考えられる⁽⁶²⁾。そうすると、債権者優先主義のもとで、(根) 抵当権が債権者と一部代位者にどのように帰属しているか、(根) 抵当権の準共有という解釈をとるとしても、通常の(例えば、被担保債権の一部譲渡が生じた場合のような) 準共有と全く同質のものか否かは最高裁レベルでは未確定であり、なお検討の余地があるのではないか⁽⁶³⁾。

次いで、原債権については、原債権の行使に関する一部代位者と債権者の優劣関係が問題である。破産宣告後の一部弁済に関する議論は破産法固有の考慮や根拠に基づくものとすべきか、それともそもそも原債権の行使に関して債権者優先主義が妥当する余地があるとすべきなのかが検討されるべきであろう。この問題は債権者優先の理論構成ともかかわるものであるが、破産法上の議論も視野に入れつつ、議論をつめなければならないであろう。

最後に、代物弁済予約上の権利については、【8】が予約完結権は移転しないとしており、これは学説の議論とほぼ一致する。

もっとも、疑問点は残っている。ひとつは、予約完結権の行使について債権者優先を認めるのではなく、そもそも予約完結権が移転しないとする根拠である。この点、学説では、民法502条2項で解除権が移転しないことから予約完結権についても同様に解しようとしている。しかし、かかる理解には疑問が残る。というのも、通説によれば、解除権が移転しない根拠は契約上の地位に付随するものだからであり、全部代位のときにも解除権は移転しないと解されているのである。他方、代物弁済予約上の権利は、全部代位のときには代位の対象となることが認められている。それにもかかわらず、一部

代位のときにはこれが移転しないとする根拠については、解除権のときとは異なる説明が必要なのではないだろうか。

もうひとつは、権利帰属の点である。【8】は、一部代位者が取得しうる権利に関して、控訴審での「一部代位者は予約完結権を行使しえないとしても、清算金を差し押さえる権利を有するから、自分は代位の期待を有していた」という一部代位者の主張を一切容れていないことに注意したい。本判決は、一部代位者は代物弁済予約上の権利に関して何も取得できないと解しているが、この点については、代物弁済という制度の性質に言及するのみで詳しい説明を与えていない。このような説明の妥当性は検討を要しよう。

2. 優先主義の根拠論

(1)学説の状況

Iでもふれたように、債権者優先主義が通説的見解となっているが、その根拠としてどのようなものが挙げられているか。それは平等主義からの批判に答えるものになっているのだろうか。

まず、代表的な学説で挙げられる論拠は、①弁済者代位制度の趣旨。代位制度は、あくまで、求償権を確保するために認められるものであるのに、一部代位弁済を受けたために債権者が不利益を被るというのでは、制度本来の目的を逸脱するといわざるをえない。②担保権の不可分性。債権者は、残債権が残っている限り、その回収について担保権の全部を利用できる、の2つである。他にも、③平等主義によったとしても、一部代位者が求償権を回収できるかどうかは、債権者がどの順番で請求するかにより変わってしまう。このような偶然により左右される代位者の利益は保護に値しない。また、債権者が債務者に対する担保権を実行した後で第三者から一部弁済がなされたときには、一部弁済者は代位するべきがない。このこと自体が、一部代位の局面において弁済者は債権者と平等の立場で権利を行使するのではないとい

う解釈を裏付けている⁽⁶⁴⁾、⑤「其弁済シタル価額ニ応シテ」とは、代位者の弁済額が多くなれば分配を受ける額も多くなることを示しただけで、債権者が債権残額について満足を受けない間に分配を受けることができるということまで規定した趣旨ではないと解する余地はある⁽⁶⁵⁾、⑥債権確保のために、より多くの者から担保を徴求した債権者の利益保護⁽⁶⁶⁾、⑦法体系上の整合性。賠償者代位や保険代位においては債権者優先主義が採られている⁽⁶⁷⁾、といった論拠が挙げられている。また、III 1(1)でみた債権者優先主義の制限的解釈を採る見解においては、債権者に対する未履行の義務や責任の存在・債権者自身が一部弁済を拒絶できなかったことなどが挙げられている。

しかし、これらの論拠については、次のような批判も提出されている。まず、①については、平等主義によっても、債権者は一部弁済を受けていることにより、それがなされなかったときよりも多くの利益を得ることになるのだから、一部代位者に平等の地位での配当を認めても債権者の利益を害することにはならない。また、一部代位者の保護を考える必要があるのではないか。②については、一部代位者に一部移転した担保物権についても不可分性を問題にしなくてはならないはずであるから、決定的な根拠とはなりえない⁽⁶⁸⁾、という。

(2)検討

既に述べたように、債権者優先主義をめぐる議論は、主に抵当権付債権の一部が弁済された事案を念頭においているため、論拠もそれに対応したものになっていることが多いことに留意しつつ、若干のコメントを付しておこう。

IIでみた裁判例のうち【1】【2】や代表的な通説は①②を論拠として挙げるが、このうち②は債権者優先主義の論拠として適当ではなくなっていると考えられる。そもそも②はかなり有効な批判を受けており、最高裁60年判決も根抵当権に対する一部代位の事案であるのに②を援用していない。こ

これらのことを考えると、②を債権者優先主義の論拠として維持することはできないであろう⁽⁶⁹⁾。

それでは、最高裁60年判決が論拠とする①についてはどうか。平等主義説は、これを否定せず、むしろこれを前提として債権者優先主義説に反対していることを考慮しなければならない。両説の対立点は、一部代位者が債権者と平等に按分で配当を受けることを債権者の「不利益」と評価するか、一部代位者の保護をどう考えるかという点に移行しており、債権者が受け取る金額のプラスマイナス以外の点に、決め手が求められているのである。平等主義はここで、立法者意思を援用する。そうすると、債権者優先主義の側でも、弁済者代位制度の趣旨以外の所に論拠を求める必要があろう。

債権者優先主義の論拠は妥当範囲の問題ともかかわりうるため、なお掘り下げた検討が必要であろうが、詳しくは改めて論じることとしたい。

3. 優先の法律構成

(1)学説の状況

債権者優先主義をめぐる議論は、従来、(根) 抵当権への一部代位が生ずる場合を念頭においてきた。そこでは、一部代位により原債権は弁済額の割合に応じて分割取得され、(根) 抵当権は準共有となると解されてきた。

ところで、この説明は、視点を変えてみると、抵当権の被担保債権が一部譲渡されたときと同様のものである。そうすると、一部代位の場合にも、被担保債権の一部譲渡がなされた場合と同じく、一部代位者と債権者は各自担保権を実行でき、配当については弁済額と残債権額の割合による按分比例によるとするのが自然な理解であるということになりそうである。

このことからすれば、(根) 抵当権の被担保債権につき一部代位が生じた場合に、(根) 抵当権の準共有が生じると解する一方で、配当段階では債権者が優先するとするのであれば、それは何故なのか。またそれはいかなる法

律構成によるのかを明らかにする必要がある(70)。

この点については、今のところ次のような構成が示されている。ひとつは、一部代位者と債権者は抵当権を準共有しているが、彼らの間には物権的な優劣関係が存在すると解するものである。つまり一部代位者をあたかも後順位抵当権者であるかのようにみることになる(71)。

今ひとつは、債権者と一部代位者の間の優劣関係は彼らの中で相対的に(債権的に)生ずると解するものである(72)。ただ、このように解するならば、代位取得した抵当権を、一部代位者が第三者に譲渡した場合には、配当段階において債権者が優先権をこの第三者に対抗できるかどうかが問題になる可能性がでてくる。そこで、債権者と一部代位者の間の優劣関係を物権的に確定するためには、順位譲渡登記が必要なのではないかと指摘されている(73)。

さらに進んで、一部代位の場合に、債権者との関係では、そもそも債権の一部移転が生じていないとみる構成も主張されている(74)。原債権の一部移転が生じているならば、担保権もまた附従性によりその範囲で移転していなければならないはずである。そうすると、債権者優先主義を採るのならば、原債権がそもそも移転しないと解するのが自然だというわけである(75)。

(2)検討

この点に関し、裁判例をみると、【7】が、一部代位者と債権者との間に法律上の順位関係が生じており、それは第二弁済者に対しても効力を生ずるとしているのが目をひく。この判示が、一部代位者と債権者との間に物権的な順位関係があることを示唆するものかどうかは定かでないが、順位譲渡登記の必要性は全くないのだろうか。だとしたら、それは何故なのか。疑問は残る。

はたして債権者優先主義を採る結果、法律上いかなる効果が生じるか、それは第三者との関係でも効力を生ずるのかという問題も、今後考えていかな

ければならない点であろう。

- (23) 佐上善和「一部代位弁済により移転した担保権の実行による競売」手研307号86頁(1981)は、「通説は誰が一部代位者であるかにたいして注意を払ってこなかったようである」という。なお、債権者優先主義の代表として挙げられる我妻説をみるかぎり、抵当権付債権につき一部弁済がなされたケースを念頭においていたと思われるが、叙述は一般的である。
- (24) 石井真司＝伊藤進＝上野隆司「＜鼎談・金融法務を語る13＞一部の代位弁済にまつわる法的問題」(以下、「鼎談」で引用)手研467号32頁以下[上野発言]を参照。
- (25) 齊藤・前掲注(2)195頁以下、岩城・前掲注(2)NBL325号36頁、林良平(安永正昭補訂)＝石田喜久夫＝高木多喜男・債権総論[第三版]294頁(青林書院、1996)。
- (26) 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」代位弁済149頁。同旨、近江幸治・民法講義IV〔債権法総論〕第二版350頁(成文堂、2000)。
- (27) 秦・前掲注(2)23頁以下、寺田・前掲注(2)98頁。
- (28) 寺田・前掲注(2)98頁。
- (29) 大西・前掲注(26)149頁、榎本恭博「判批」金法965号19頁(1981)、このほか大塚・前掲注(2)2374頁も同旨か。
- (30) 榎本・前掲注(29)19頁。
- (31) 岡村玄治・全訂債権法総論315頁(第四版、厳松堂書店、1943)。
- (32) この点を明示するものとして、寺田・前掲注(2)98頁、齊藤・前掲注(2)195頁、野田宏「保証と法定代位」遠藤浩ほか監修・現代契約法大系第6巻104頁(有斐閣、1984)、吉井・前掲注(16)26頁などがある。ただ、厳密に言えば、一部弁済してもまだ義務が残っているから債権者の優先を認めてもよいということと、保証人は元々全部義務を負担しているから優先を認めても酷ではないということは、意味が異なるであろう。前者は、一部弁済「後」の(義務の残存という)法律関係に注目している一方、後者は、一部弁済「前」の、弁済者の認識(負担の覚悟)に注目している。
- (33) 榎本・前掲注(29)19頁ほか、立法段階からこの主張はなされていた。前掲注(5)民法議事速記録三・316頁以下〔梅発言〕参照。
- (34) 寺田・前掲注(2)99頁。
- (35) 吉井・前掲注(26)頁以下、大塚・前掲注(2)2374頁以下など。
- (36) 野田・前掲注(32)104頁は「平等弁済とすると、たとえば、債権額の一部の

保証の場合には、保証と抵当権とをあわせて債権額を超える額の担保を確保していたはずの債権者の期待が裏切られることが生じうる」という。また沖野眞己「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」曹時54巻9号2381頁(2002)は、一部保証の場合にも債権者優先の判断をする余地があるという。

(37) なお、物上保証人や抵当不動産の第三取得者は、物的有限责任を負担するにすぎないから、担保権実行の結果、売却代金が被担保債権額に満たなかったために一部弁済となったとしても、彼は債権者との関係では免責される。

もし、債権者優先主義の根拠を、全部義務者の箇所述べたような、「一部弁済をしても、債権者との関係では残部についてなお法律上の義務や責任を負っている」という点に求めるのであれば、担保権実行の結果として一部代位が生じた場合には、物的責任負担者はなすべきことはなしたのだから、債権者との関係で劣位に置かれるべき理由はない。それゆえ債権者優先主義が妥当しないことになるのではないか、という疑念が生じないではない(参考として、「鼎談」前掲注(24)37頁〔上野発言〕)。もっとも、今のところ、502条の解釈論においてこの見解を主張したものは見あたらないようである。

(38) 岩城・前掲注(2)NBL325号36頁。第三取得者については明言されないが、同様に解する趣旨であろう。

(39) 齊藤・前掲注(2)195頁。

(40) 秦・前掲注(2)23頁、寺田・前掲注(2)99頁。

(41) 齊藤・前掲注(2)195頁、岩城・前掲注(2)NBL325号36頁。なお、林=石田=高木・前掲注(25)も同旨か。

(42) 大塚・前掲注(2)2374頁、大西・前掲注(26)149頁、寺田・前掲注(2)99頁、秦・前掲注(2)23頁。

(43) 伊藤・前掲注(14)91頁、西尾・前掲注(11)33頁、秦光昭「債権の一部代位弁済と被担保債権の一部の代位弁済」金法1150号5頁(1987)、寺田・前掲注(2)102頁以下、野田・前掲注(32)104頁以下、「鼎談」・前掲注(24)33頁以下〔上野発言〕など。

(44) なお、これは、一部保証に関する議論や、元本確定の効果、元本確定時の債権額が極度額を超えている場合における一部代位弁済の効果の問題などとも関連する。特に3つ目の問題については、以前から議論があるが(岩城・前掲注(2)NBL318号19頁以下、寺田・前掲注(2)103頁以下参照)、ここでは問題の指摘にとどめ、根抵当権の理論も併せた検討は今後の課題としたい。

(45) 石田剛・前掲注(11)193頁。

(46) もっとも、「鼎談」前掲注(24)34頁〔伊藤発言〕では、この場合にも債権者が優先するというのが理論的に行き着くところではないかとの予測がなされ

ている。

- (47) 予約完結権が代位の客体になりうることについて、かつては争いがあったが、最判昭和41年11月18日民集20巻9号1861頁はこれを承認している。
- (48) 通説は後者であり、解除権は全部代位の対象にもならないとするが、この点については疑問を呈するものもある（石田・前掲注(2)355頁など）。
- (49) この点に関し、貞家・前掲注(2)40頁は、「債権者の優先が認められるのは、一部弁済された債権が先取特権または抵当権によって担保されている場合に限られるかどうかという問題がある」と指摘する。続いてフランスの議論状況が紹介され、フランスの判例はこれを制限的に解していること、その債権が無担保のものであれば、債権者と代位者とは、その債権額に応じ、すべての債権者にとっての共通担保たる債務者の総財産の上に平等の立場で権利を行使するのが当然と解されている旨が述べられており、興味深い。
- (50) 寺田・前掲注(2)96頁など。なお、大西・前掲注(19)234頁は逆に、学説では（準）共有という表現を用いる説は少ないという。
- (51) 鈴木・前掲注(13)5頁
- (52) 寺田・前掲注(2)96頁以下。なお、齊藤・前掲注(2)189頁以下は、債権者のための抵当権と一部代位者のための抵当権という二種の抵当権が準共有的に併存するという。これも分割帰属とする見解に近いであろうか。なお、これらの主張は主に抵当権実行申立を一部代位者が単独でなすという主張と結びつけられているため、権利帰属のあり方については別稿を期したい。
- (53) 門口・前掲注(11)最判解215、218頁注(11)参照。なお、最近のものでは、平井宜雄・債権総論第二版208頁（弘文堂、1994）。
- (54) ボアソナードもこのように解していたようであるが（寺田・前掲注(2)86頁参照）、学説でこの点を明示するものとして、とりあえず奈良・前掲注(2)362頁、鈴木正和「抵当債権の一部代位と優先権」金法1085号5頁（1985）。なお、原債権も準共有となる見解もかつてはみられたようである。
- (55) なお、齊藤宏「債権の一部について代位弁済をなした者の権利行使について」判タ147号54頁（1963）〔近藤完爾・浅沼武・民事法の諸問題Ⅱ134頁（判例タイムズ社、1966）〕は、債権者優先主義は、原債権や保証債権の行使についても妥当するかという点につき疑問を呈されるが、結論は明らかにされていない。他方、沖野・前掲注(36)2372頁は、原債権・保証債権についても最高裁60年判決の判断が妥当しうるとする。
- (56) 秦・前掲注(2)24頁。
- (57) この点に関する文献は数多いが、さしあたり大塚・前掲注(2)、沖野・前掲注(36)2347頁以下を参照されたい。
- (58) 保証人につき、最判昭和62年7月2日金法1178号37頁、物上保証人につき

最判平成14年9月24日民集56巻7号1524頁参照。

- (59) 滝沢孝臣「判批」金法1622号24頁、清水正憲「主債務者の破産と物上保証人の一部弁済」河本一郎=仲田哲編・会社法・金融取引法の理論と実務314頁(2002)参照。なお、このような解釈に疑問を呈するものとして、村田利喜弥「判批」手研389号39頁(1986)。
- (60) 椿寿夫「代物弁済予約判例法9」法時40巻9号59頁(1968)、石田・前掲注(2)354頁。なお、谷口茂榮「判研」金法479号15頁(1967)は、予約完結権は分割行使されるべきものでないから、一部弁済の場合には、代物弁済予約上の権利は一切移転しないとする解釈を示唆する。
- (61) 榎本・前掲注(29)19頁以下。予約完結の意思表示につき同旨、佐上・前掲注(23)85頁。秦亘「代物弁済の予約と債務一部の代位弁済」金法416号22頁(1965)も、予約完結権は債権者のみが行使でき、予約目的物の所有権も債権者に帰属するという。
- (62) 勿論、一部代位者の求償権が消滅してしまっているため、この点について判示する必要はないとも考えられるから、判示がないのは当然ともいえる。
- (63) なお、債権者優先主義を採る場合における抵当権の準共有関係に関して検討を加えているものとして、織田・前掲注(18)139頁以下がある。
- (64) 味村・前掲注(2)236頁以下、門口・前掲注(11)217頁。
- (65) 味村・前掲注(2)239頁、門口・前掲注(11)217頁。
- (66) 佐上・前掲注(23)85頁、秦亘・前掲注(61)416頁、塚原・前掲注(2)金法1433号125頁、1581号197頁など。ただし、これは原債権に関する代位については援用することができない。
- (67) 齊藤宏・前掲注(55)54頁〔民事法の諸問題II 134頁〕。
- (68) 味村・前掲注(2)238頁をはじめ、多くの論者がこの点を指摘する。なお、潮見・前掲注(12)253頁も参照。
- (69) また、これは優先主義の妥当範囲の問題ともかかわるが、仮に、将来的に、一部代位の対象となる権利の範囲を広く解し、可分な権利についても優先主義を適用するとすれば、②を優先主義の根拠として援用することはできないであろう(林=石田=高木・前掲注(25)もこの点を指摘する)。
- (70) 秦・前掲注(2)19頁、鈴木・前掲注(13)5頁。
- (71) 村田・前掲注(11)29頁
- (72) 秦・前掲注(43)5頁。これは、他の第三者(第二代位者)が残債権につき更に債権者に代位弁済した場合には、担保権の行使・配当に関して第一代位者と第二代位者との関係は平等であると解すべきだから、第一代位者と債権者の優劣関係は絶対的に生ずるわけではないはずだという理解を前提とする。
- (73) 秦・前掲注(13)5頁、「鼎談」前掲注(24)38頁〔上野発言〕。

(74) 秦・前掲注(2)24頁。

(75) 秦説は、かかる理解は名古屋高判昭和60年6月26日（金商727号3頁。破産宣告後に一部弁済した者は、一部代位により取得した原債権を破産債権として届け出ることができないとした）の趣旨とも合致するという。ただ、この説による場合には、破産宣告前の一歩弁済者の取扱いが問題とならうか。

IV. むすびに代えて

以上、一部代位における債権者優先主義について、その妥当範囲・正当化根拠・理論構成の点に焦点を絞って、従来の議論の整理と若干の検討を試みた。債権者優先主義を採る最高裁判決が出ているとはいえ、一部代位の法理において未解明の部分は多く、本稿では問題点の指摘と今後の課題を改めて提示するにとどまった。なかでも、原債権や担保権の帰属のあり方など、一部代位の基礎的な構造に関わる部分は、喫緊の課題であろう。

なお、一部代位の法的構造を解明する試みはこれまでもなされてきたものの⁽⁷⁶⁾、その際、比較法的な検討はあまり詳細にはなされてこなかった。これは、立法者が明らかにフランス法やドイツ法の採る債権者優先主義を排除し平等主義を採用したという経緯も影響しているのかもしれない。しかし、最高裁60年判決が債権者優先主義に門戸を開いたことにより、債権者優先主義を運用しているフランスやドイツの議論、平等主義に関するイタリアの議論などを改めて検討することも試みられてよい状況になったのではないだろうか。これらは筆者の次の課題としたい。

(76) 寺田・前掲注(2)、斉藤・前掲注(2)が詳しく論じている。

(了)