慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	弁済者代位の法定担保性と被代位債権の専属性
Sub Title	Subrogation personnelle, sa nature de la sûreté légale et la possibilité de subrogation sur la créance inhérente au créancier
Author	平野, 裕之(Hirano, Hiroyuki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2015
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.88, No.1 (2015. 1) ,p.285- 311
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	池田真朗教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20150128-0285

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

弁済者代位の法定担保性と被代位債権の専属性

平野裕之

一　はじめに
二　弁済者代位制度の趣旨、目的及び構造
三　労働債権の弁済者代位について
四　共益債権の弁済者代位について
五　租税債権の弁済者代位について
六　おわりに

一　はじめに

①「弁済による代位」（以下、弁済者代位という）は、「弁済」の規定の中に埋もれているが（民法四九九～五〇四条）、保証人等の求償権の「確保」を目的とした法定の債権「担保」制度として位置づけられるべきである（→後述平成二三年判決①②）。②法定の担保といっても、新たな担保権を成立させ他の債権者を害してまで保証人

等を保護するものではない。他の債権者に不利益変更を生じさせないことを前提条件として、求償権のために、弁済を受けた原債権を存続させその担保等と共に保証人等に「移転」[1]させるという、他に類似の例をみない特殊な法定の担保制度である（→後述昭和五九年判決）。③このように、既存の原債権とその担保を「移転」させる形態の特殊な担保制度であるとしても、担保制度である以上は求償権に対する「付従性」が認められる（→後述昭和六一年判決）。

本稿では労働債権と租税債権における弁済者代位を検討するが、そこでは右の②と③をめぐって次のような議論がある。ⓐまず、③の付従性をめぐって、求償権が破産手続や更生手続による権利行使ができるに過ぎないのに、代位債権者は財団債権や更生債権である原債権を行使することが許されるのかが議論されている。これは、次のⓑの議論の俎上には載らない共益債権にもあてはまる議論である。ⓑまた、②の「移転」をめぐっては、売主や請負人でなくても売買代金債権や請負代金債権またその先取特権を代位取得できるが、労働債権や租税債権のように労働者や国家という主体に着目して特別の保護が用意されている場合にも、原債権の代位取得が認められるのかが議論されている。[2]

昭和六一年判決は求償権の存在を必要とし及び求償権の額に限界づけられることを付従性として問題としたが、「求償権の効力制限」（自然債務等）が付従性の問題として残された。その残された領域が議論されたのがⓐの問題である。平成二三年判決①②は、担保のついた原債権の行使を無担保の求償権のために認めることは、弁済者代位の「担保」制度という観点から何も問題がないことを認めた（①の「担保」制度を強調）。そして、ⓑの問題も原債権の担保権の行使というだけならば、同様に問題なく承認されるはずである。しかし、労働債権や租税債権にはそれに尽きない問題があった。求償権に認められない原債権の特別の保護を保証人等が代位取得して享受しうるのか、付従性と紛らわしいが（そのために混乱された）、労働債権や租税債権またそれらの優先権（担保）

が労働者や国家等にしか帰属しえないのかという「専属性」が問題となったのである。

本稿では、右の弁済者代位制度の本質論（付従性）、及び、被代位債権の専属性の二つの観点から労働債権及び租税債権の弁済者代位について検討していく。[3] 債権の効力の制限（自然債務等）は弁済者代位の付従性により原債権に及ぶが、無担保ということは債権の効力の制限ではなく、無担保の求償権のために担保のついた原債権を行使することを認めるのは、弁済者代位の「担保」制度からして全く問題はない。したがって、問題の核心は被代位債権の専属性であることを冒頭に確認しておこう（本稿は労働債権、租税債権のいずれについても弁済者代位を認める立場である）。

二　弁済者代位制度の趣旨、目的及び構造

(1)　弁済者代位制度の根拠ないし正当化

(a)　消滅すべき債権を担保等と共に取得させる制度である

(ア)　法定の担保制度＋α――「担保」に止まらない

❶「他の債権者等を害さない」特殊な法定の担保　弁済者代位は、保証人等の求償権を保護する制度である。法定の「担保」制度であるが、①他の債権者等に不利益変更を生じさせることは避け、新たな担保（一般先取特権等）を成立させるのではなく、②原債権またその担保等をそのまま存続させ、求償権の回収のために行使できるに止めた特殊な担保制度である。

❷　他の債権者の棚ぼた的利益の回避など　弁済者代位により原債権とその担保等を存続させることの意味は、①ⓐ他の債権者等を害しないという制限をクリアしつつ、ⓑ求償権の保護を図るという点に尽きない。②ⓐ

保証人の求償リスクの負担という犠牲のもとに、[4] 他の債権者が棚ぼた的利益を受ける不公平の回避（❶の議論と表裏の関係）、また、ⓑ債権者が債務者と保証人のいずれから債権を回収するかによって、破産手続また民事再生手続が異なってくる不合理を回避することも、その趣旨ないし根拠である。

(イ) 「担保」としての帰結

❶ 担保としての付従性　担保制度である以上、①被担保債権に対応する求償権の成立・存続が必要になり、また、②「求償権の債権額の限度で」原債権及びその担保等の行使が認められるに過ぎない（付従性）[5]。③問題は、債権の「効力制限」であり、この点は後に詳しく論じる。また、求償権の譲渡に対する原債権の随伴性も認められる。

❷ 担保としての本来の効果――債権回収の可能性の強化　担保制度であるので、無担保の求償権のために原債権の担保等の権利行使を認めそのための手続によることは何ら問題ではなく、むしろそれを認めることが担保制度としての意義である。これまで付従性を理由に否定したら、弁済者代位制度自体が成り立たない。

(ウ) 弁済者代位の法的構成　弁済者代位は、①弁済により本来消滅すべき原債権を保証人らに移転させ、②債権に伴う「権利」――ⓘ「債権の効力」としてその債権者が有していた「権利」、及び、ⓘⓘ「債権の……担保」としてその債権者が有していた「権利」――を併せて取得させる制度である（債権移転説[6]→後述昭和五九年判決）。求償権保護だけであれば求償権に②の権利を結びつけるだけでよいはずであるが、「他の債権者等を害さない」という条件をクリアしなければならないので、苦渋の構成として原債権を被担保債権として存続させ、原債権と共にこれらの権利が移転すると考えられている。

(b) 弁済者代位制度の必要性と許容性という観点から

(ア) 制度の必要性　保証人等の求償権の保護、他の債権者の棚ぼた的利益取得の回避また破産手続や更生手続

に差が生じることの回避のほかに、更には、求償権が保護されることによって、保証人らの代位弁済を促進することになり、債権者保護にも寄与することも指摘できる。

(イ) 害される者はいない（制度の許容性）　しかし、弁済者代位は債権者等を害してまで、保証人等の求償権を保護するものではない。弁済者代位は、他の債権者等を害さないという前提条件――あくまでも前提条件に過ぎず、「債権者等に棚ぼた的利益を一切与えない」という要請ではない（→注4）――のもとに特殊な制度設計がされたものである。付従性との関係については後に述べる。

(c) まとめと問題の再確認　各所で述べた弁済者代位制度の必要性ないし根拠をまとめておこう。①それにより誰も害される者がいないという条件の下に、保証人等の求償権を保護することが中心的根拠である。②保証人らの弁済が促進されることにより、債権者保護にもつながる。③他の債権者が「保証人の求償不能という犠牲の下に棚ぼた的な利益を受ける」（単なる棚ぼた的利益が問題ではない→注4）ことを避けられる。④更に、債権者が債務者と保証人のいずれから債権回収をするかという偶然により、破産手続や再生手続が変わってくることも避けられる。労働債権や租税債権にもこれらの趣旨があてはまる。しかし、それ以外の弁済者代位を否定すべき何かが、労働債権や租税債権にはあるのであろうか。この点、労働債権の判例では被代位債権の専属性ではなく、付従性という観点から議論がされているので、被代位債権の専属性を検討する前に、付従性についての判例の確認をしておきたい。

(2) 判例の立場の確認――弁済者代位制度の法的構成等

(a) 求償権「確保」のための債権移転（昭和五九年判決）　最判昭五九・五・二九民集三八巻七号八八五頁（以下、昭和五九年判決という）が弁済者代位の法的構成について初めて債権移転説を明言した。同判決は、「弁済

による代位の制度は、代位弁済者が債務者に対して取得する求償権を確保するために、法の規定により弁済によつて消滅すべきはずの債権者の債務者に対する債権（以下「原債権」という。）及びその担保権を代位弁済者に移転させ、代位弁済者がその求償権の範囲内で原債権及びその担保権を行使することを認める制度であり、したがつて、代位弁済者が弁済による代位によつて取得した担保権を実行する場合において、その被担保債権として扱うべきものは、原債権であつて、保証人の債務者に対する求償権でない」、と判示する[7]（傍点は筆者による。以下判決文の傍点は同様）。

(b) 「附従的な性質」（昭和六一年判決）　代位弁済者は求償権と原債権とを取得するが、これは選択債権でもなく請求権競合とも異なる[8]。最判昭六一・二・二〇民集四〇巻一号四三頁（以下、昭和六一年判決という）は、求償権と原債権とは「別異の債権ではあるが、代位弁済者に移転した原債権及びその担保権は、求償権を確保することを目的として存在する附従的な性質を有し、①求償権が消滅したときはこれによつて当然に消滅し、②その行使は求償権の存する限度によつて制約されるなど、求償権の存在、その債権額と離れ、これと独立してその行使が認められるものではない」（①②は追加）、と判示している。前記判決文①②から、弁済者代位のいわば付従性が認められる[9]（「担保」という表現は後述の平成二三年判決①②で初めて登場）。ところが、この付従性が①の求償権の存在を必要とし、②の求償権の額に限界づけられるというほかには考えられないのかが問題になる。③この点、求償権に「効力制限」（自然債務等）があるのに、その制限のない原債権を行使してこれを回避できるのかが問題として残された。なお、単に「他の債権者に棚ぼた的利益を与えない」（他の債権者等を害しないということと表裏）というのであれば、①～③の付従性を否定してボーナス的な利益を保証人等に与えることも考えられるが、弁済者代位制度は「保証人等の保護」ではなく「保証人等の求償権の保護」のための「担保」制度という縛りがあるので（→注4）、付従性が優先されるべきである。

最高裁が労働債権の弁済者代位をめぐりこの問題を扱う判決を出しているので、以下では判例を紹介しつつ検討してみたい。

三　労働債権の弁済者代位について

(1)　労働債権の優先権の根拠と問題点

民法三〇八条は、「給料その他債務者と使用人との間の雇用関係に基づいて生じた債権」につき一般先取特権を認め、破産法九八条は、一般先取特権のある破産債権を「優先的破産債権」として、他の破産債権に優先させている。また、破産法一四九条一項は、「破産手続開始前三月間の破産者の使用人の給料の請求権は、財団債権とする」と規定する。これは労働者の生活保障といった政策的観点によるものであり、弁済者代位により労働者以外の者に労働債権が帰属するに至った以上はもはやこの趣旨はあてはまらなくなるはずである。ところが、租税債権とは異なり、労働債権の弁済者代位をめぐる判例では、労働債権の専属性は議論されず、弁済者代位の付従性が論じられた。

(2)　平成二三年判決①について

最判平二三・一一・二二民集六五巻八号三一六五頁（以下、平成二三年判決①という）は、代位取得した労働債権に依拠してなされた破産手続外の権利行使を否定した原審判決を破棄している。[10]

(a)　原審判決（否定説）の根拠　　原審判決が否定説を採用した根拠は以下の三つである。②③は弁済者代位制度の理解の問題であり（③は付従性の議論）、①は被代位債権の専属性の問題である。

①もはや債権者は労働者ではなく、労働者の生活維持という政策的趣旨があてはまらない。
②労働者ではないのに債権者に破産手続外の権利行使を認めることは、他の債権者を害する。
③弁済者代位は求償権を保護するための従たる存在であり、求償権以上の保護を認めることはできない。

(b) 最高裁判決　最高裁は、原審判決の根拠②③を批判して次のように肯定説を採用する。[11] 学説も概ね優先権肯定説を支持している。[12]

「弁済による代位の制度は、代位弁済者が債務者に対して取得する求償権を確保するために、法の規定により弁済によって消滅すべきはずの原債権及びその担保権を代位弁済者に移転させ、代位弁済者がその求償権の範囲内で原債権及びその担保権を行使することを認める制度であり……、原債権を求償権を確保するための一種の担保として機能させることをその趣旨とするものである。この制度趣旨に鑑みれば、求償権を実体法上行使し得る限り、これを確保するために原債権を行使することができ、求償権の行使が倒産手続による制約を受けるとしても、当該手続における原債権の行使自体が制約されていない以上、原債権の行使が求償権と同様の制約を受けるものではない」。「他の破産債権者は、もともと原債権者による上記財団債権の行使を甘受せざるを得ない立場にあったのであるから、不当に不利益を被るということはできない。以上のことは、上記財団債権が労働債権であるとしても何ら異なるものではない」（田原睦夫裁判官の補足意見がある）。[13]

本判決は、原審判決の根拠③を、昭和六一年判決までにはなかった「一種の担保」ということを付け加えることによりいとも簡単に否定している（根拠②の否定はおまけ的）。付従性が問題となる債権の効力制限（これを否定する趣旨ではあるまい）ではなく、債権の効力を強化する「担保」への代位が問題となっていると理解して、担保制度である弁済者代位の観点から問題はないとして解決したものといえる。原審判決の根拠③を中心論点と

し、同②は付随的な確認論点とし、最も重要なはずの根拠①については、弁済者代位を認める結論だけを述べ専属性を否定する理由を説明していない。

(3) 検討と私見

筆者は平成二三年判決①の結論に賛成であるが[14]、同判決が被代位債権の専属性を否定する結論につきその理由を示さず、問題の解決を将来に持ち越したことは残念であったと考えている。

(a) 弁済者代位の付従性　求償権の存在・債権額の限度という弁済者代位の付従性が認められることは疑いない。問題は債権の効力の制限である。例えば、自然債務であればその担保権も実行できず、保証人も付従性から主債務の自然債務性を援用できる。ここでも付従性を問題にできる。では、例えば、保証委託の際に保証人が支払っても徳義上任意に返済してくれればよいと求償権について自然債務の合意がある場合に、代位取得した原債権を行使して履行の強制が許されるであろうか。代位弁済がなければ強制力のあった債権を債権者が有していたのであり、代位取得そしてその行使を認めても、他の債権者や債務者は害されない。ところが、「債権者等を害しない」というのはあくまでも消極的要件に過ぎず、「保証人等の求償権の保護」という目的が最上位の命題とされ、逆に保証人等に棚ぼた的利益も与えないという制約も弁済者代位制度から導かれると考えるべきである。債権の「効力制限」についても付従性を認めるべきである。したがって、保証人は原債権の行使に対しても、求償権の自然債務を援用して、その行使を拒むことができる。

ところが、求償権が無担保であるというのは債権の効力制限ではなく債権の原則形態であり、むしろ「担保」によって債権の効力が強化されることになる。弁済者代位が「担保」制度である以上、担保のついた原債権の行使を認めて、保証人等が求償権の効力強化の利益を享受できるのは当然である[15]。平成二三年判決①がいとも簡単

に「担保」ということで問題を解決したのは、こう考えれば納得のいくところである。

(b) 平成二三年判決①に残された問題――被代位債権の専属性　弁済者代位の付従性の問題をクリアしたため、被代位債権の専属性（原審判決の根拠①）が真の争点であることが判明し最高裁は専属性を否定したが、その理由を説明していない。学説は分かれる。

❶ 優先権否定説　山本和彦教授は、労働債権への財団債権性付与の根拠が労働者保護――「労働者の生活維持の必要性及び即時救済の必要性」――にある以上、債権譲渡も含めて、労働者に該当しない代位弁済者に労働債権が移転した場合には（移転は認める）、「破産手続上、財団債権という特別扱いを例外的に認める根拠は失われるのであり、本来の性質である破産債権として実体法上の優先秩序に適合した取扱いがされれば足りる」として、財団債権性の承継を否定すべきことを主張している。[16]

❷ 優先権肯定説　しかし、平成二三年判決①を支持する見解が多数説ないし通説である。[17] ①まず、肯定説によるならば、代位弁済が促進され、それはひいては労働者保護につながるため、間接的に労働者保護に資する。[18] ②また、他の債権者を害していない（むしろ他の債権者に棚ぼた的利益を与える必要はない）。[19] ③更に、使用者（債務者）が弁済するか保証人（第三者）が弁済するかにより、破産手続や更生手続での取扱いが異なってくるという不合理を避けられる。[20] 筆者も優先権肯定説を支持するが、租税債権の箇所で述べる。

四　共益債権の弁済者代位について

(1) 被代位債権の特殊性（専属性）という共通項はない

共益債権の弁済者代位について、平成二三年判決①の二日後に、最判平二三・一一・二四民集六五巻八号三二

一三頁[21]（以下、平成二三年判決②という）が出されている。請負契約の報酬の一部が前渡金として支払われた後、請負人が再生手続開始の決定を受け、その再生管財人が民事再生法四九条一項に基づき請負契約を解除した。再生手続開始前に請負人の前渡金の返還債務を保証していたXが注文者に前払金を支払い、請負人の再生管財人Yに対して、弁済者代位を理由に前渡金の返還請求権を共益債権たる再生債権として、更生手続によらずに行使した。そのため、求償権は再生債権ではないのに、共益債権たる原債権を行使して再生債権として再生手続外で債権の回収ができるのかが問題とされた。労働債権のように債権の専属性は問題にならず、弁済者代位の付従性が議論されただけである。[22]

(2) 平成二三年判決②について

(a) 原審判決　原審判決は、「求償権につきその発生や額の制限といった実体法上の制約が存する場合には、原債権は当該実体法上の制約のもとで行使し得るに過ぎない」が、「本件では、求償権につき実体法上の制約ではなく手続法上の制約が存する場合であるところ」、「民法五〇一条柱書の解釈として、債務者が原債権を行使する代位弁済者に対し、求償権の行使に手続法上の制約が存することをもって対抗できると解するのは相当でない」とした。[23] 債権の存在、額といった実体法上の「制約」は（債権の効力制限は列挙しない）、付従性を有する弁済者代位制度に影響を及ぼすが、更生債権という処遇を「担保」であり付従性の制限にかからないというのではなく、「手続法上の制約」に過ぎないから問題にならないというだけである。

(b) 最高裁判決　最高裁は、更生手続外の原債権の行使を肯定する結論を維持しつつも、原審判決の説明によらず「担保」を強調した理由づけをする。弁済者代位制度は、「原債権を求償権を確保するための一種の担保として機能させることをその趣旨とするものである。この制度趣旨に鑑みれば、弁済による代位により民事再生

法上の共益債権を取得した者は、同人が再生債務者に対して取得した求償権が再生債権にすぎない場合であっても、再生手続によらないで上記共益債権を行使することができる……。以上のように解したとしても、他の再生債権者は、もともと原債権者による上記共益債権の行使を甘受せざるを得ない立場にあったのであるから、不当に不利益を被るということはできない」という（金築誠志裁判官の補足意見がある）[24]。平成二三年判決①同様に、「担保」の代位取得の事例と位置づけて、弁済者代位制度の付従性には抵触しないというわけである。

(c) 若干の検討　何度も述べたように、「他の債権者等を害しない」、「他の債権者等に棚ぼた的利益を与えない」という制限は、前提条件ないし消極的要件に過ぎない。保証人等の求償権の保護という中心的な目的から求償権による縛り（付従性）が導かれるのである。原債権の利息が求償権の利息よりも大きい場合に、原債権の利息を請求してもよい、原債権が一〇年の時効期間であれば、求償権が商事時効の五年にかかる場合であり求償権が時効消滅しても原債権の行使を認めてもよい、ということにはならない。求償権の規律を覚悟したはずの保証人等に逆に棚ぼた的利益を与えないことも、代位弁済制度の要請であることは先に述べた。

したがって、求償権の効力制限ではなく、無担保の求償権のために原債権とその担保の行使を認めるという「担保」目的の実現であれば、弁済者代位に支障はない。本判決の判旨は、平成二三年判決①の判旨とほぼ同じである。確かに弁済者代位の付従性の問題があてはまるかという点では共通しているが、本稿の議論の核心をなす被代位債権の専属性が問題となる事例ではない。にもかかわらず、平成二三年判決①②に共通の一般原則の説示が作成されたために、平成二三年判決①では労働債権の特殊性（専属性）の検討がスキップされた可能性が高い。「担保」という議論に満足してしまった嫌いがある。他方、下級審判決しかないが、租税債権では被代位債権の専属性が問題とされており、次に租税債権について検討してみよう。

五　租税債権の弁済者代位について

(1) 租税債権の優先権の根拠と問題点

(a) 租税債権の優先権とその根拠　租税債権は、「国税は、納税者の総財産について、この章に別段の定がある場合を除き、すべての公課その他の債権に先だつて徴収する」と規定した国税徴収法八条（国税優先の原則）、また、二六条（国税及び地方税等と私債権との競合の調整）、地方税法一四条（地方税優先の原則）により優先権が認められている。これらの規定を受け、破産法九八条一項は、「一般の優先権がある破産債権」として租税債権を優先的破産債権とする。また、同一四八条一項三号は、「破産手続開始前の原因に基づいて生じた租税等の請求権」で、「破産手続開始当時、まだ納期限の到来していないもの又は納期限から一年……を経過していないもの」を財団債権とする。また、民事再生法一二二条一項も、租税債権を一般優先債権とし、一一九条に該当する限りで共益債権とされ、「再生手続によらないで、随時弁済する」ものとする（一二一条一項）。なお、租税債権に優先権が認められる根拠は、租税が公共サービスを提供するための資金として強い公共性を持っていることに求められている。[25]

(b) 租税債権の弁済者代位についての問題　租税債権は国及び地方公共団体（以下「国等」という）に専属し、弁済者代位により私人に移転することはありえないのであろうか。代位弁済後は、①支払われるのはもはや「租税」ではなく、また、②それが回収できなくても国家財政には影響はない。

求償権にはない原債権の「担保」（優先権）をその規律に従い行使できるのは、弁済者代位の「担保」制度としての性格からして当然である。この点は平成二三年判決①②により既に解決済みである。そのため、残された問題は、平成二三年判決①が理由を説明しなかった被代位債権の特殊性（専属性）の問題である。

(2) 否定的な下級審判決――平成二三年判決①②の前の判決

租税債権の代位をめぐっては、①神戸地判平一四・一・二三裁判所ｗｅｂ掲載、②東京地判平一七・三・九金法一七四七号八四頁、③東京地判平一七・四・一五判時一九一二号七〇頁等、④東京高判平一七・六・三〇金判一二二〇号二頁等、及び、⑤東京地判平一八・九・一二金法一八一〇号一二五頁の五つの下級審判決があり、[26] いずれも代位弁済者に租税債権の優先権の行使を否定する。しかし、その根拠は分かれる。

(a) 租税債権の特殊性＋弁済者代位制度に根拠を求める判決　④判決は、租税債権の優先権を「租税が国又は地方公共団体の存立及び活動の財政的な基盤となり、高度の公共性を有することから、租税を公平、確実に徴収すべきであるという公益的な要請」に根拠付け、「私人が民法五〇一条の代位による弁済によって租税債権を取得した場合には、もはや当該私人にまで租税債権としての優先的な効力を付与すべき理由がなくなる」という。更に加えて、「また、そもそも、……代位弁済者に移転した原債権は、求償権を確保することを目的として存在する附従的な性質を有し、求償権の存在やその効力と独立してその行使が認められるものではない」として、「弁済による代位によって取得したと主張する本件租税債権も、破産債権である求償権の限度でのみ効力を認めれば足りる」という。

(b) 租税債権の特殊性に根拠を求める判決

❶ 租税債権の代位取得（債権の移転）自体を否定する判決　まず、①判決と②判決は、そもそも租税債権の代位取得を否定する。①判決は、租税債権に優先債権としての性質は、「国と納税義務者の間の税金の徴収という特殊な関係においてのみ認められ……、租税を第三者が支払ったからといって、弁済による代位の結果、優先債権としての租税債権が弁済者に移転するという法的効果を認めることはできない」という。また、②判決も、「国税通則法四一条及び同施行令一一条は、抵当権に限って代位を認める趣旨であると解されること、租税債権

が、倒産法制上優先的な地位を与えられている根拠は、租税が、国又は地方公共団体の存立及び活動の財政的な基盤となるものであり、租税を公平、確実に徴収するという政策的、公益的要請からである」ため、「本件租税債権を弁済による代位により取得することはできない」という。

❷ 租税債権の代位取得は認めるが優先権の行使を否定する判決　他方、③判決は、租税債権優先の根拠を「租税は、国家存立の財政的基盤であることから、再生会社に対する租税債権を債権者平等原則の例外である一般優先債権であるとして、随時の弁済を受けられるものとすることによって、租税収入の確保を図るという点にある」として、「とすれば、……本件代位弁済により、東京税関において、その租税収入の確保を図ることができた以上、租税債権を一般優先債権とした趣旨は既に達成されており、それ以上になおも本件代位債権を、一般優先債権として扱う必要性は、もはやない」という。必ずしも明確ではないが、租税債権の移転自体を否定はせず優先権のみを否定する趣旨と考えられる。⑤判決も、「専ら国又は地方公共団体の租税債権ゆえに旧破産法の手続上付与された優先的な効力」であり、私人に帰属した以降は「優先的な効力を付与すべき理由がなくなる」と説明する。租税債権の代位取得自体は否定せず、代位後は優先権のない単なる金銭債権に変質することになる。

以上から分かるように、租税債権については、労働債権についての平成二三年判決①の原審判決の根拠②③のように弁済者代位の法理を根拠にすることはなく、同①の被代位債権の専属性を直截に問題にして議論がされているのである。そして、平成二三年判決①が労働債権につき専属性を否定したもののその理由を説明していないことを考えると、平成二三年判決①により租税債権の弁済者代位の問題まで一挙に解決されたとはいえないのである。換言すれば、平成二三年判決①の射程は租税債権には及ばないと考えるべきである。

(3) 本稿の立場——労働債権も併せた検討

(a) 租税債権の代位取得は可能か　租税債権は、③判決がいうように、「租税収入の確保を図る」ために一般的優先債権とされている。租税が支払われたならばそれが第三者弁済であったとしても、もはや「租税徴収」という目的は達成されている。では、租税債権は代位取得がありえず消滅すると考えるべきであろうか。

この点、担保権（優先権）は理論的に代位取得が不可能ではなく、その可否は法律によりいずれとも解決可能な政策的問題であり、法律に規定がない場合には判例法の創造に任されると考えるべきである。この点を明確に規定した法律はないが、関連する規定として国税通則法四一条二項があり、この検討は必須である。

(ア) 学説の議論状況

❶ 代位取得否定説　国税通則法の解説書は、「国税の効力として国が有していた権利（例えば優先権や滞納処分の執行権）につき一般私人が代位することを認めるわけにはいかないし、人的担保についても、その執行方法が滞納処分による等の特異な内容を含むから、同様に代位が認められない。そこでそのような障害のない抵当権に限り、代位を認めることにしたものである」と説明している（傍点引用者）[27]。平成二三年判決①②についての調査官解説は、これに従い、租税債権が第三者たる私人に移転することを否定する[28]。また、平成二三年判決①の田原補足意見は、そのア①の括弧書きにおいて「租税債権のごとく、弁済による代位自体がその債権の性質上生じない場合は別である」と述べている。

❷ 代位取得肯定説　しかし、租税債権の代位取得自体は肯定する主張が多い。例えば、濱田弁護士は、「租税債権について国が有する特権のうち確定権（賦課権）や徴収権を一般人に行使させるべきではない（必要性も許容性もない）のはむしろ当然であって、単純な金銭債権としての性質もある租税債権に一般私人が一切代位できないと断ずる理由付けとしては十分ではない。むしろ、代位の付記登記にあたり国が代位者に協力すべき義

務を負うことから（……）、国税通則法四一条二項が抵当権の取扱いについて特に確認的に規定をしたと解するほうが妥当ではあるまいか」という。[29] また、杉本准教授は、「原債権たる租税債権を取得するか否かと、租税債権の持つ優先権も代位者は取得するのか否か、そして代位者は優先権を行使し得るか否かは別問題と考えるべきであり、法定代位による代位弁済制度が民法に規定されている以上、原債権たる租税債権自体は取得するものと思われる」という（但し、後述のように優先権は否定）。[30]

(イ)「移転」可能性についての検討　確かに確定権（賦課権）また徴税権は国家権力の行使であり国家にしか帰属しえず、[31] 租税債権を「成立」させること（延滞税の徴収）、また、裁判手続によらない自力による強制的「回収」（滞納処分）は、国家等に専属する権限である。しかしながら、租税債権は国家等にしか帰属しえないものではなく、前記の専属的な権限をそぎ落とした[32]――優先権までそぎ落とすべきかは次に検討する――「金銭債権」として租税債権の代位取得は可能というべきである。

否定説は国税通則法四一条二項の反対解釈を根拠としているが、この点は疑問である。弁済者代位は、原債権を取得しそれに随伴して原債権の抵当権を取得するものであり、租税債権は取得させずに「抵当権」だけ取得することを認めたというのは、民法法理と抵触する。[33] どのように考えて作られた規定かは措き、現在民法理論と整合的に考えれば確認規定に過ぎないと考えるべきである。

(b)　優先権の取得・行使の可否　では、租税債権の弁済者代位による移転に際して、確定権（賦課権）また徴税権といった国家等に専属する権限と共に優先権まで取り払われるべきであろうか。

❶　優先権否定説　平成二三年判決①以前のものであるが、杉本准教授は、租税債権また優先権の代位取得を認めるが、取得した「優先権の行使」を否定する。即ち、「租税徴収の促進は既に果たされているので、公共性ゆえの優先権を行使する理由を代位者は有していない」こと、また、租税債権を保証した金融機関である原告

は、リスクを勘案した上で保証料に関する取決めを行っていたのであり、「リスク引き受けの程度はかなり強い。したがって、本来租税債権がリスク引き受けの程度の弱さゆえに優先権を付与されていることを考慮すれば、この意味での優先権を行使する理由はない」。「今回の保証人たる金融機関は上に述べた理由から通常の破産債権者と区別して優先的に扱う必要性が低く、優先権の行使を認めることで債権者間の衡平が実現されるとは考えにくい。よって、今回の事例においては、債権者平等原則の例外を認めるには至らないと思われ、優先権を行使することはできないと考える」、という。[34]

また、長谷部教授は、「租税債権や労働債権の実体法上の優先権は、租税徴収の確保という公益の保護や労働者の生活保障のために認められたものであるから、弁済による代位により原債権の帰属主体が変更した場合には承継されない……という主張は、弁済による代位により租税債権や労働債権を取得した者に財団債権としての権利行使を否定する扱いと整合するものである」と、結論の明言を避けるが、否定説に好意的な書きぶりである。但し、否定説に対しては「租税債権や労働債権の代位弁済を著しく阻害する結果となる、という反論が考えられる。そうした議論が実証されるのであれば、理論的一貫性よりも実践的妥当性を優先させ、代位弁済者に実体法上の優先権の主張を認めることもやむをえないであろう。現時点ではこの点についての結論を出すのは、尚早であるように思われる」と付け加えている。[35]

❷ 優先権行使肯定説　上原教授は、後述のように否定説では種々の不合理が生じることを指摘するが、問題を理論・実務の両面から掘り下げて検討することが今後の課題であると指摘し、肯定説に好意的ではあるものの最終的結論は控えている。[36] 労働債権では肯定説に立つ判例に賛成する学説が多かったが、租税債権については「租税」・国家権力といった背景に躊躇して言及しても結論を明言しない論稿が多い。その中にあって、栗田教授は、①社会的要請、②代位弁済者の貢献、③実定規定（国税通則法四一条二項本文）に表明された政策判断等から、

否定説に立つ下級審判決を批判し、租税債権の弁済者代位につき肯定説を展開する。[37]

(c) 本稿の立場

(ア) 平成二三年判決①の射程　被代位債権の専属性については平成二三年判決①は労働債権であっても変わりない＝労働債権については専属性を否定する結論を述べるだけであり、そこでなされた説明が租税債権にもあてはまるのかを検討することはできず、労働債権も含めて白紙で検討するしかない。

この点、既に述べた点、即ち、①保証人等の求償権の保護の必要性があること、また、②優先権を認めることで保証人による代位弁済を促すことになり債権回収＝租税の回収に寄与すること、[38] ③もし優先権を認めないと保証人の求償不能の犠牲の上に他の債権者に棚ぼた的利益を受け不公平になること、[39] また、④保証人が支払うか納税義務者が支払うかという偶然で破産手続や再生手続が大きく変わってくることなど、[40] 結果の妥当性を見れば租税債権と労働債権とで差はない。労働債権では肯定説が通説であり、問題は租税債権である。

(イ) 租税債権と弁済者代位

❶ 国家に専属する権利か　租税債権の国家権力と結びついた特殊性（滞納処分、延滞税の徴収の権限）は、租税債権の存続のための不可欠の要素ではなく、この国家に専属する権限を取り払って私人への移転を認めることは可能である。他方、優先権は徴税権や執行権とパラレルな国家「専属性」が認められるべき権利とはいえず、政策的に認められる権利に過ぎない。

❷ 法律の明文規定はどうなっているか　国税通則法四一条が代位否定説の根拠として援用されているが、同規定は決定的ではないことは先に述べた通りである。明確な法律が制定されていない以上、司法による法創造に任されているといってよい。

❸ 租税債権は既に目的を達しているという点　では、政策的に考えて結論はどうあるべきか。直接の国家

財政確保に限定すれば、第三者納付によるとしても租税を回収した以上、優先権を付与した目的は達している。否定説の根拠の柱はここにある。しかし、租税債権であろうと右の㋐①～④があてはまることに変わりはない。直接の租税回収ということがこの問題についての唯一無二の決め手と考えるべきではなく、間接的な租税回収への寄与も含め、前記の種々の理由から優先権を債権譲受人や代位弁済者に保持させることは必要である。国家に専属する権利部分を捨象して考える以上、労働債権との差別化は必要ではなく[41]、労働債権と租税債権のいずれについても弁済者代位によるその担保権（優先権）の取得を認めるべきである。

六　おわりに

労働債権や租税債権と弁済者代位をめぐっては、弁済者代位の付従性は障害にはならず、被代位債権の専属性が議論すべき問題点である。確かに形式的に見れば、私人に「租税債権」、労働者でもないのに「労働債権」の保護を認めるのは違和感がある。しかし、優先権自体政策的考慮の産物であり、代位取得についても政策的考慮を及ぼすことはあり得る選択肢である。そして、いずれとも決めた法律はなく、立法府に代わり司法府が判例法により決められると考えるべきである。既に労働債権については代位弁済者を肯定する最高裁判決が出されているものの、被代位債権の専属性という核心的論点の説明を欠いており、未だ判例法として確立しているとまではいえない。国家権力と結びついた専属的な権限を捨象して考える限り、租税債権と労働債権とをパラレルに考えることが許され[42]、五に論じたように、労働債権、租税債権のいずれについても肯定説が適切であり、肯定説による判例法の創造が望まれるところである。

（1）　債権の法定の譲渡担保というべきものではない。実質担保の取得ではないというだけでなく、原債権の取得自体に意味はなく（被担保債権を変更させないため）、その担保等債権回収に寄与する権利を取得し行使できる点に意味があるからである。弁済者代位については、高橋眞『求償権と代位の研究』（平八）参照。また、原債権と求償権の関係については、潮見佳男「求償制度と代位制度」中田裕康他編『金融取引と民法法理』（平一二）二三五頁、同「倒産手続における弁済者代位と民法法理」『加賀山茂先生還暦記念・市民法の新たな挑戦』（平二五）三二一頁、渡邊力「求償権と弁済者代位」名法二五四号（平二六）三九三頁参照。

（2）　被代位債権に譲渡禁止特約があっても代位取得は可能であり、恩給など法律により譲渡・担保権の設定が禁止されていても、脱法的な場合でなければやはり代位取得は可能というべきである。なお、扶養義務等の履行請求権は、金銭債権でも間接強制ができるが（民事執行法一六七条の一五）、これが代位取得後も引き継がれるかは問題となる（否定すべきか）。

（3）　関連判例の総合研究として、栗田隆「求償権者が代位取得した原債権の財団債権性・共益債権性」関法六二巻一号（平二四）一四八頁がある。

（4）　他の債権者等の棚ぼた的利益の回避が主たる目的ではない。例えば、求償権の利息より原債権の利息が大きい場合に、原債権の利息を甘受したのに、求償権の限度に制限されるという棚ぼた的利益を、他の債権者また債務者は受けられる。保証人等の求償権の回収不能というリスクは回避できているので、容認されてよい棚ぼた的利益である。

（5）　現代語化以前の「求償ヲ為スコトヲ得ヘキ範囲内ニ於テ」という文言は、旧民法また現行民法の原案にもなく、原案を作成した富井政章の提案により付け加えられたものであり、原債権が求償権の制限を受けることを示すための追加であった。その後、原債権が求償権確保のための付従的な性格を持つことが柚木博士により明らかにされ（柚木馨「保証人の求償権をめぐる諸問題（下）」金法一二六三号［昭三六］九六頁以下）、我妻博士により求償権の存在を前提とし、その債権額により限界づけられることが確立される（我妻栄『新訂債権総論』［昭三九］二四九頁）。

（6）　原案起草者である富井政章の債権移転説に対して、梅謙次郎は法典調査会において債権及び担保を弁済者との関係で存続しているものと擬制するという反対説を主張している（前田達明監修『史料債権総則』［平二二］六一八頁参照）。梅謙次郎『民法要義巻之三債権篇』（大元年版復刻［昭五九］）二九九～三〇〇頁で再説する。前田達明『口

述債権総論（第三版）』（平五）四七〇頁、松岡和久「弁済による代位」『民法の争点』（平一九）一八四頁がこれを支持する。

（7）注（6）の学説だと、労働債権では労働者に帰属したままになるので本稿の問題について利点があるようであるが、その行使により利益を受けるのが代位弁済者である以上、代位行使を認めるべきかという問題を避けえない（「移転」という構成を回避しただけでは問題は解決されない）。

（8）渡邊・前掲論文は、求償権と原債権の関係につき請求権競合に示唆を得た分析・再構成を行っている。

（9）最判平七・三・二三民集四九巻三号九八四頁では、「付従的な権利」という表現が用いられている。これは、一方の権利が他方の権利を制約するといった意味ではなく、むしろ他方の権利の保全に寄与するものとして用いられていると、高橋教授により指摘されている（高橋眞「『自己の権利に基づいて求償することができる範囲』（民法五〇一条柱書）と民事再生手続」金法一八八五号［平二一］一三頁以下）。

（10）それ以前に、横浜地川崎支判平二二・四・二三判タ一三四四号二四四頁（独立行政法人労働者健康福祉機構による立替払いの事例）があり、「被告による上記立替払は、最終的には優先的に支払われる賃金債権について、早期に支払うということで上記労働者保護の目的に合致している」として、肯定説を採用している。

（11）本判例の評釈として、富永浩明「判批」NBL九六七号四頁、杉本和士「判批」金判一三八七号二頁、杉本純子「判批」税経通信六七巻一〇号一六〇頁、野村秀敏「判批」金判一三九四号八頁、田中壮太「判批」NBL九七五号九六頁、榎本光宏「判批」ジュリ一四四四号九二頁、生熊長幸「判批」民商一四六巻六号五一二頁、山本和彦「判批」金法一九五三号五二頁、園田賢治「判批」判時二一六六号一五七頁、千葉恵美子「判批」ジュリ一四五三号（重判）七七頁、中西正「判批」ジュリ一四五三号（重判）一三九頁、冨上智子「判批」判タ一三八六号四一頁、高橋眞「判批」リマークス四六号三〇頁、八田卓也「判批」金法一九六七号三五頁、下村信江「判批」法教三八九号別冊付録二三頁、河野憲一郎「判批」法教三九〇号別冊付録三二頁、中島弘雅「判批」『倒産判例百選（第五版）』九八頁、榎本光宏「最判解説」曹時六六巻一号二二四頁。

（12）本判決に賛成するものとして、栗田・前掲論文一六二頁以下、高橋・前掲論文一〇頁、伊藤眞「財団債権（共益債権）の地位再考」金法一八九七号［平二二］一二頁、上原敏夫「判批」判評六一八号（判時二〇七八号）一一頁

（後述の租税債権と同様の不合理を問題とする）、加藤哲夫「判批」判評六三二号（判時二一二〇号）二一頁、中西元「判批」銀行七二七頁四〇頁以下等。杉本純子・前掲判批一六四頁は、後述の保証人の倒産リスクの引受という観点から平成二三年判決①に反対である。

(13) 「弁済による代位により求償権者に移転する原債権と求償権との関係は、求償権を担保するべく原債権が移転するもので、その移転の法的構成は、譲渡担保に類するものと解されるのである」という。弁済者代位を債権譲渡担保とパラレルに位置付ける発想は、高木多喜男「判批」金法一八九〇号二二頁の「保証人の求償権確保のための債権の譲渡担保に類似する」という記述、更には、塚原朋一「最判解説」『最高裁判例解説民事篇昭和五九年度』二八五頁の「いわば、債権……という権利の譲渡の方式による法定担保制度」との記述に発想を得ているものと思われる。

(14) 本判決後、評釈を中心として議論がされ概ね肯定説に好意的であるが、疑問視するものもある（熊田裕之「判批」白山法学六号［平二二］一一五頁、長谷部由紀子「弁済による代位（民法五〇一条）と倒産手続」学習院大学法学会雑誌四六巻二号［平二三］二二三頁、杉本純子「判批」速判解九号一九九頁［既述の論稿のあてはめ］など）。

(15) 原債権の法定移転と原債権は求償権の担保という点をいくら実体法理として強調しても、これだけでは平成二三年判決①②の結論を正当化することは困難であるという評価もされている（潮見・前掲論文［加賀山還暦］三四〇頁注39）。

(16) 山本和彦「労働債権の立替払いと財団債権」判タ一三一四号（平二二）七頁以下（同『倒産法の現代的課題』［平二六］所収）。批判として伊藤・前掲論文一八頁以下参照。

(17) 肯定説は、①弁済者代位制度の担保としての性質、②他の債権者を害さないこと、③逆に優先権を認めないと他の債権者に棚ぼた的利益を与えること、また、④債権者が債務者と保証人のいずれから回収するかで手続が変わってくること等の不合理を根拠にしている。民法学者は①を、倒産法学者は②③④をそれぞれ中心としたアプローチをする。

(18) 不真正連帯債務である共同不法行為者間において、求償を認めないと誰も支払わず被害者救済に支障を生じるが、政策的に求償を認めれば賠償が促進され被害者救済に資することから、求償を認めるのと同様である。

(19) 伊藤・前掲論文一四頁は、「一般優先債権の地位を否定するとすれば、他の再生債権者としては、租税債権者が

一般優先債権として満足を受ける場合よりも、再生債務者財産が減少しないという意味での利益を受ける結果となる。しかし、この利益は、再生手続開始前後に第三者が代位弁済をしたという偶然的事実によって生じたものであり、保護されるべきものということはできないのではなかろうか」という。また、同一九頁は、否定説に対する批判として、「他の同種の財団債権者としては、本来の財団債権者がその権利を行使した場合であっても、破産財団が不足である限りは、按分弁済に甘んじざるを得ないのであり、財団債権性の承継を認めることによって、それらの者の利益が本質的に害されるとはいえない」という。

(20) 後述の上原論文がこの点を強調する。高部眞紀子「判批」金法一九四七号五〇頁も、「破産法や民事再生法は、債権間の優先権秩序を定型的に予定しているものであるところ、否定説を採用すると、そのような規律のもとで、予め付与されていた財団債権性や共益債権性といった優先性を、債権者が交替したことを理由として事後的にはく奪することになり、公平とはいいがたい」という（同五一頁も参照）。

(21) 判例評釈として、平成二三年判決①と共通の判例評釈及び高部・前掲判批のほか、伊東成海「判批」ビジネス法務一二巻五号六五頁、下村信江「判批」『民事判例Ⅳ』一四四頁、森田修「判批」法協一二〇巻一〇号一九九頁。

(22) それ以前の下級審判決には、大阪地判平二三・三・二五金判一三六六号五四頁とその控訴審判決である大阪高判平二三・一〇・一八金判一三七九号二二頁があり、いずれも否定説によっている。

(23) 第一審判決の評釈として、高木多喜男「判批」金法一八九〇号二〇頁、熊田・前掲判批がある（求償権についての実体法的制約のみならず手続法的制約にも服するとした、第一審判決を支持する）。原審判決の評釈としては、松下淳一「判批」金法一九一二号二〇頁（原審判決に反対）、田頭章一「判批」金法一九二九号五二頁がある。

(24) 「それでは代位弁済によって共益債権を取得することが実際上意味を持たなくなってしまい、代位弁済者を余りにも不利な地位に置くことになるという感を拭えない。その反面、他の再生債権者は、本来、共益債権を行使されて、その分、弁済の引当財産が減少することを覚悟すべき状況にあったのに、いわば棚ぼた的に利益を得ることになるのである。これは、公平とはいい難い」と述べている。法廷意見のように他の債権者を害さないというのではなく、代位権者の保護また他の債権者が代位権者の犠牲のもとに棚ぼた的利益を得ることの不合理性を強調する。

(25) 金子宏『租税法（第一九版）』（平二六）七三九頁（二次的理由として、租税債権は直接の反対給付を伴わないた

め、任意の履行可能性が低いことも挙げられる）。杉本純子「優先権の代位と倒産手続―日米の比較による一考察」同志社法学五九巻一号＝通巻三二〇号（平一九）一八四頁は、租税債権優先の根拠を、①政策的見地と、②リスク引受けの弱さとに求めている。

(26) ③判決の評釈として、杉本純子「判批」金判一三六一号五二頁、④判決の評釈として、山本研「判批」金判一三六一号五八頁、佐々木修「判批」銀行六七六号五六頁、濱田芳貴「判批」金判一二四五号一二頁、石毛和夫「判批」銀行六五〇号四九頁。

(27) 志場喜徳郎ほか『国税通則法精解（平成一九年改訂）』（平一九）四五〇頁。田中二郎『租税法（第三版）』（平二）二三八頁も同様（↓注33）。

(28) 榎本光宏「時の判例」ジュリ一四四四号（平二四）九五頁、同「最判解説」曹時六六巻一号二三六頁も同旨。

(29) 濱田・前掲判批一四頁。栗田・前掲論文一七二頁、山本研「判批」金判一三六一号五九頁も肯定。

(30) 杉本純子・前掲論文一八九～一九〇頁。その他、高橋・前掲判批三三頁も、「租税債権に認められる自力執行権等は、債権それ自体に付着した属性ではなく、債権者の属性に伴うものであって、私人には継承されないと考え、代位による債権の移転自体は肯定できるのではないかと考える」という。

(31) この点には異論はない（濱田・前掲判批一五頁等）。

(32) 佐々木・前掲判批五九頁等同旨。栗田・前掲論文一七二頁は、「租税債権が全部の効力を保持して移転するのではなく、通常の私債権の効力を超える部分をそぎ落とし、私債権に認められる効力のみを保持して代位債権者に移転すると言うべきである」といい、正当である。

(33) 田中・前掲書二三八頁が、「民事債権の場合とは異なり、租税債権そのものが特定人のために存続するのではなく、第三者納付による求償権が発生し、法律（通則法四一条）の定める限度でその代位が認められるに止まり、求償権行使に当たっては、租税の優先徴収権や滞納処分の規定の適用はない」という説明は、租税債権の代位取得なしに例外的に抵当権だけの代位取得を認めたといった理解である。

(34) 杉本純子・前掲論文一九二～一九三頁（同・前掲判批五三頁も同旨）。アメリカの連邦倒産法では、租税債権を代位取得できるがその優先権までは代位取得できないという処理がなされており、これを参考にした考えである（杉

本純子・前掲論文二二三頁以下参照）。

(35) 長谷部・前掲論文二五四頁。その他、高橋・前掲判批三三頁は、既述のように租税債権の代位取得自体は肯定しつつも、「自力執行権等」は私人には継承されないと考えるが、優先権も含める趣旨と考えてよいであろうか。

(36) 上原敏夫「納税義務者の民事再生手続における租税保証人の地位についての覚書」『民事手続と商事法務』（平一八）二一一頁。佐々木・前掲判批五八頁以下も、優先権の代位を認めても他の債権者を害することはないこと、保証人の代位弁済へのインセンチブが失われることなどの疑問を提起しており、結論を控えているが（代位弁済の従たる性格が誤解されていた時代の評釈）、判例には批判的である。濱田・前掲判批一五頁も、保証人に租税債権につき一般優先債権としての代位行使を認めるが、詳細の検討を今後の課題とする。

(37) 栗田・前掲論文一七〇頁以下（但し、私債権として認められる限度の効力に限る）。

(38) 上原・前掲論文二〇八頁も、「租税保証人ができる限り任意弁済を避けて滞納処分の開始を待った方が利益になるというのでは、人的保証制度の一般的な趣旨に反する上、国税通則法が租税債権の円滑な回収を目的として租税保証を制度的に認めている趣旨にも、反することになるのではなかろうか」と述べる。その他、同二〇八頁は、「下級審判決を前提とすると、徴収権者が納税義務者と租税保証人のどちらから弁済を受けるか、という偶然的な選択の結果が、更生手続の成否に影響を及ぼすことになり、問題があろう」、また、同二一〇頁は、「倒産手続の開始後に生じた、偶然的な事実の如何によって利害関係人の地位が大きく変動してしまうのは、規律として合理性を欠き、そのような結果をもたらす法解釈には疑問が残る」とも指摘する。

(39) 上原・前掲論文二〇六頁も、「更生債務者、実質的には同人に対する他の債権者が、優先権に対応する負担を免れてしまうは、他の債権者に予期せぬ不当な利得をもたらすもので、不合理ではなかろうか」と、優先的処遇を否定することの不合理性を指摘している。なお、濱田・前掲判批一五頁は、「租税が破産手続開始前の破産者の経済活動の結果であり、それを破産債権者が共同で負担すること自体が合理的であるとするならば、それは共益費用の先取特権が破産手続において優先的破産債権として扱われる実質的根拠と異ならないのではなかろうか。……租税債権に代位した者につき、少なくとも共益費用の先取特権に代位する者と同等の地位を認め、破産手続上は優先的破産債権者として処遇すべきものと解釈する余地もあるものと思われる」という。

(40) 労働債権についての民法上の先取特権（民法三〇八条）は代位取得され（否定説として、道垣内弘人『担保物権法（第三版）』［平二〇］七七頁）、それとのバランスも問題になる（濱田・前掲判批一五頁）。

(41) 森田・前掲判批二一〇頁は、「いずれもその優先権の付与は、債権者の属人的な性格に着目したものという点で共通である」、平成二三年判決①の「射程が租税債権に及ばないとすることは理論的に難しい」という。

(42) 下村・前掲判批一四四頁は、平成二六年①及び②の考え方からすれば、「租税債権を代位取得した者についても倒産手続外で原債権を行使することが認められることになりそうである」と評する。

《後記》池田先生のライフワークである債権譲渡に少しでも関連するテーマをと考え、債権の移転という点で関連する弁済者代位制度を取り上げた。献呈に値いするものを書けたかは心許ないが、池田先生のご海容をお願いしたい。研究会などではいつも池田先生の話術に感心し聞き入るばかりであったが、池田先生という看板を失うことは私にとっては大きな打撃である。導きの星を失い、慶應民法学がカオスの状態にならないよう、池田先生には今後ともご教導をお願いすると共に、先生の一層のご活躍をお祈りしたい。