

判例研究

破産手続開始後になした無委託保証債務の弁済により
保証人が取得した求償権とそれを自働債権とする相殺の可否
(平成24年5月28日第二小法廷判決、民集66巻7号3123頁)

河野正憲

【判示事項】

- 1 保証人が主たる債務者の破産手続開始前にその委託を受けないで締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合に保証人が取得する求償権の破産債権該当性
- 2 保証人が主たる債務者の破産手続開始前にその委託を受けないで締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合に保証人が取得する求償権を自働債権とする相殺の可否

【判決要旨】

- 1 保証人が主たる債務者の破産手続開始前にその委託を受けないで締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合において、保証人が主たる保証人である破産者に対して取得する求償権は、破産債権である。
- 2 保証人が主たる債務者の破産手続開始前にその委託を受けないで締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合において、保証人が取得する求償権を自働債権とし、主たる債務者である破産者が保証人に対して有する債権を受働債権とする相殺は、破産法72条1項1号の類推適用により許されない。

(1、2につき補足意見がある。)

平成24年5月28日第二小法廷判決（平成21年（受）1567号、預金返還請求事件）、

一部破棄差戻し、一部却下、民集66巻7号3123頁、判タ1375号97頁、金融法務1947号54頁

原原審：大阪地方裁判所平成20年10月31日判決

原 審：大阪高等裁判所平成21年5月27日判決

【事実関係】

A、B、C、D、E、F（以下適宜「Aら」という）は、銀行業を営むY（被告、被控訴人、被上告人）との間でそれぞれ当座勘定取引契約を締結していた。他方でYは、Aら6名の委託を受けないで、平成18年4月28日、Aらの取引先であるS商事株式会社との間で、Aらが同日から平成19年4月27日までの間にそれぞれがS商事に対して負担する買掛債務及び手形債務につき、極度額を定めてそれぞれ保証する旨の保証債務（以下「本件保証債務」という）を締結していた。その極度額は、Aについては2400万円、Bについては1200万円、Cについては800万円、Dについては200万円、Eについては200万円、Fについては200万円であった。

Aらは、いずれも平成18年8月31日、破産手続開始の決定を受け（以下、適宜「破産者Aら」という）、Tらがそれぞれ破産管財人に選任された。

Yは、平成19年3月27日、及び同月28日に、本件保証契約に基づく債務の履行として、S商事に対して、破産者Aの債務2400万円、破産者Bの債務723万0438円、破産者Cの債務270万2700円、破産者Dの債務73万2615円、破産者Eの債務47万0985円、破産者Fの債務200万円をそれぞれ弁済した。

Tらは、平成19年5月9日にそれぞれ本件当座勘定取引契約に定められた手続により、本件当座勘定取引契約を解約した。Tらは、Yに対して上記解約による残金を、解約金として支払うよう求めて訴えを提起し、同訴状は平成19年6月12日にYに送達された。

Yは、平成19年6月12日、Tらに対して、前記弁済により取得した求償権と本件各当座勘定取引契約に基づき破産者AらがYに対して有する債権とをそれぞれ対当額において相殺する旨の意思表示をした。

破産手続開始後になした無委託保証債務の弁済により保証人が取得した求償権とそれを自働債権とする相殺の可否（河野）

原審は、Yの破産者A及びCに対する債務のうち破産手続開始後に負担したことにより相殺禁止にふれるなどの理由で受働債権とすることができないと認定された部分を除き、上記各債権がそれぞれ対当額で相殺されると、相殺によって消滅する部分は、破産者Aに係る債務につき23万9509円、破産者Bに係る債務につき721万3218円（保証債務の履行に当たらない部分を除く）、破産者Cに係る債務につき41万9052円、破産者Dに係る債務につき73万2615円、破産者Eに係る債務につき47万0985円、破産者Fについては200万円であるとして、この相殺によって消滅した部分を除くTら（原告）の請求を認容した。

Tらは、この判決を不服として控訴したが、控訴審でYが原審で敗訴した部分について支払に応じたことにより、Tらは本件請求を減縮した。原審は本件控訴を棄却した。

Tらが上告受理申立（なお原審口頭弁論終結後にTらは破産管財人を辞任し、新たにXらが破産管財人に選任された）。上告受理申立の理由は、委託のない保証人がした弁済により取得した求償権を自働債権とする破産手続開始後の相殺は許されないという点にある。

上告審は、相殺により消滅したと判断された部分の原審判断を破棄差戻し、その余の上告受理申立を却下した。

【判決理由】

「3 原審は、本件各相殺の効力につき次のとおり判断するなどして、Tらの請求をいずれも棄却すべきものとした。

(1) 保証人が、主たる債務者の破産手続開始前に締結された保証契約に基づき同手続開始後に弁済をして取得するに至った求償権は、当該保証契約が主たる債務者の委託を受けないで締結されたものであっても、破産債権となる。

(2) 破産法72条1項1号にいう破産債権の取得とは、将来の請求権の場合には、現在化する前の将来の請求権を取得することをいうと解されるところ、Yは、将来の請求権としての求償権をAらの破産手続開始前である本件各保証契約の締結時に取得したと解すべきであるから、本件各相殺につき、同号は類推適用されず、Yによる本件各相殺は許される。

4 しかしながら、原審の上記3(1)の判断は是認することができるが、同(2)の判断は是認することができない。その理由は、以下のとおりである。

(1) 保証人は、弁済をした場合、民法の規定に従って主たる債務者に対する求償権を取得するのであり(民法459条、462条)、このことは、保証が主たる債務者の委託を受けてされた場合と受けないでされた場合とで異なるところはない(以下、主たる債務者の委託を受けないで保証契約を締結した保証人を『無委託保証人』という)。このように、無委託保証人が弁済をすれば、法律の規定に従って求償権が発生する以上、保証人の弁済が破産手続開始後にされても、保証契約が主たる債務者の破産手続開始前に締結されていれば、当該求償権の発生基礎となる関係は、その破産手続開始前に発生しているといえることができるから、当該求償権は『破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権』(破産法2条5項)に当たるものというべきである。したがって、無委託保証人が主たる債務者の破産手続開始前に締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合において、保証人が主たる債務者である破産者に対して取得する求償権は、破産債権であると解するのが相当である。

(2) 次に、このような破産債権による相殺の可否について検討する。

ア 相殺は、互いに同種の債権を有する当事者間において、相対立する債権債務を簡易な方法によって決済し、もって両者の債権関係を円滑かつ公平に処理することを目的とする合理的な制度であって、相殺権を行使する債権者の立場からすれば、債務者の資力が不十分な場合においても、自己の債権について確実かつ十分な弁済の弁済を受けたと同様の利益を得ることができる点において、受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た機能を営むものである(最高裁昭和39年(オ)第155号同45年6月24日大法廷判決・民集24巻6号587頁参照)、上記のような相殺の担保的機能に対する破産債権者の期待を保護することは、通常、破産債権についての債権者間の公平・平等な扱いを基本原則とする破産制度の趣旨に反するものではないことから、破産法67条は、原則として、破産手続開始時において破産者に対して債務を負担する破産債権者による相殺を認め、同破産債権者が破産手続によることなく一般の破産債権者に優先して債権の回収を図り得ることとし、この点において、相殺権を別除権と同様に取

破産手続開始後になした無委託保証債務の弁済により保証人が取得した求償権とそれを自働債権とする相殺の可否（河野）

り扱うこととしたものと解される。

他方、破産手続開始時において破産者に対して債務を負担する破産債権者による相殺であっても、破産債権についての債権者の公平・平等な扱いを基本原則とする破産手続の下においては、上記基本原則を没却するものとして、破産手続上許容し難いことがあり得ることから、破産法 71 条、72 条がかかる場合の相殺を禁止したものであると解され、同法 72 条 1 項 1 号は、かかる見地から、破産者に対して債務を負担する者が破産手続開始後に他人の破産債権を取得してする相殺を禁止したものである。

イ 破産者に対して債務を負担する者が、破産手続開始前に債務者である破産者の委託を受けて保証契約を締結し、同手続開始後に弁済をして求償権を取得した場合には、この求償権を自働債権とする相殺は、破産債権についての債権者の公平・公正な扱いを基本原則とする破産手続の下においても、他の破産債権者が容認すべきものであり、同相殺に対する期待は、破産法 67 条によって保護される合理的なものである。しかし、無委託保証人が破産者の破産手続開始前に締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をして求償権を取得した場合についてみると、この求償権を自働債権とする相殺を認めることは、破産者の意思や法定の原因とは無関係に破産手続において優先的に取り扱われる債権が作出されることを認めるに等しいものといことができ、この場合における相殺に対する期待を、委託を受けて保証契約を締結した場合と同様に解することは困難というべきである。

そして、無委託保証人が上記の求償権を自働債権としてする相殺は、破産手続開始後に、破産者の意思に基づくことなく破産手続上破産債権を行使する者が入れ替わった結果相殺適状が生ずる点において、破産者に対して債務を負担する者が、破産手続開始後に他人の債権を譲り受けて相殺適状を作出した上同債権を自働債権としてする相殺に類似し、破産債権についての債権者の公平・平等な扱いを基本原則とする破産手続上許容し難い点において、破産法 72 条 1 項 1 号が禁ずる相殺と異なるところはない。

そうすると、無委託保証人が主たる債務者の破産手続開始前に締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合において、保証人が取得する求償権を自働債権とし、主たる債務者である破産者が保証人に対して有する債権を受働債権とする相殺は、破産法 72 条 1 項 1 号の類推適用に

より許されないと解するのが相当である。」

裁判官須藤雅彦の補足意見・略

裁判官千葉勝美の補足意見

「2 無委託保証契約における事後求償権と相殺

<略>

委託保証契約と無委託保証契約との違いは、前者は、債務者の関与・意思によりされるものであり、契約締結によって一定の場合事前求償権が発生している点からみても、債務者が与信の付与のために望んだものであり、将来、必要が生ずれば相殺処理を想定したのもでもあって、一種の担保的機能を債務者が容認したものといえる。主債務者に破産手続の開始等の倒産状態が生じたとしても、前者により生じた求償権を相殺処理することは、他の破産債権者も容認せざるを得ないと考えるのは、このような理由からである。破産法 67 条は、このような考えの下で、法廷意見が述べるとおり、相殺に対する期待は保護される合理的なものであるとして、相殺処理が可能であるものとしたものと解される。

ところが、後者の無委託保証契約では、そもそも事前求償権は生ぜず、一定の条件が整った場合に事後求償権が生ずるだけであり、前記のとおり、主債務者の関与していない領域の出来事であり、債務者が自己の責任の及ぶことを自覚している経済活動とは評価できないものであるから、債務者にとっては、結果的に自己の利益になることはあっても、将来必要が生ずれば相殺処理されることを想定していたり、担保的機能を初めから容認しているとはいえず、その点で他の破産債権者も、これを容認せざるを得ないものとは考えないというべきである。破産手続においては、破産財団からすべての破産債権者に全額の配当がされることは期待できない場合がほとんどであるから、一般の破産債権者同士では、一部の者のみが優先的に債権回収をすることは許されず、お互いに、平等取扱いを要求するものであって、そこでは強い平等原則が支配する場面である。そして、無委託保証契約による事後求償権については、その相殺処理は他の破産債権者にとって容認できないという強い不平等感を抱くはずであり、これは、単なる破産債権者の感情や願望ではなく、破産手続の基本原則に背馳する処理となることから生ずるものであって、その点で、無委託保証契約による事後求償権と法的な扱いに差を設ける合理的な理由があるというべきである。」

3 破産法 67 条と同法 71 条、72 条の規律領域

〔[略] 本件事後求償権による相殺については、前記のとおり、委託委託保証契約の事後求償権と異なり、相殺処理を認めない処理をする合理的理由があるとしても、それが破産法 67 条による規律の領域ではなく、相殺を禁止している同法 71 条、72 条の規律領域に入るということが、67 条の立法の基礎にある考えについての理解のみからではなく、条文の解釈論としていえなければならない。〕

そこで、特に根拠となり得る破産法 72 条 1 項 1 号についてみると、これは、破産債権者が破産手続開始後になって破産者の意思に基づくことなく他人の破産債権を取得し、その結果、破産者に対する債務と相殺適状を生じさせて相殺処理をすることは、破産手続における公平・平等取扱い原則に反するものであることから、これを禁ずるものである。そして、本件については、破産者に対して債務を負担する無委託保証人が破産手続開始後になって保証債務の弁済を行い、それによって事後求償権を取得し、その結果、相殺適状を生じさせたものであり、その構造は、破産手続開始時には受働債権とは相殺適状にはないのに、法廷意見が述べるとおり、正に、破産者の意思に基づくことなく破産手続上破産債権を行使する者が入れ替わった結果相殺適状を作出させたものである。この点において、破産者に対し債務を負担する者が、破産手続開始後に他人の債権を譲り受けて相殺適状を作出した上、同債権を自働債権として行う相殺に類似するものであって、破産債権者の公平・平等な扱いを基本原則とする破産手続上許容し難い点において、同胞 72 条 1 項 1 号が禁ずる相殺のケースと異なるところがない。このように考えれば、本件の相殺の許否は同法 67 条ではなく同法 72 条 1 項 1 号の規制領域に入るものと考えらるべきであろう。〕

【研究】

1 本件は、債務者から委託を受けないで保証人となった者（以下、適宜「無委託保証人」という）が、債務者の破産手続開始後に当該保証債務を弁済したことによって取得した求償権を自働債権とし、自らが債務者に対して負担していた債務（当座取引勘定による金銭返還債務）を受働債権として相殺をすることができるかが争われた事案である。

保証人は、主たる債務者に破産手続が開始した後に当該保証債務を履行した場合には、主たる債務者である破産者に対して求償権を取得する。この求償権を自働債権とし、別途破産者に負担している債務を受働債権とした相殺ができるためには、その前提として、①保証債務の弁済により取得する求償権がそもそも〈破産債権〉に該当するものでなければならない（破77条1項）。その保証契約には債務者との関係で委託を受けて締結された場合（委託保証債務）の他に、委託を受けない場合（無委託保証債務）があるが、本件は後者の場合であり、無委託保証人が破産手続開始後に債務を弁済したことにより取得した求償権がそもそも破産債権に該当するのかが問題とされた。当該求償権がそもそも破産債権に該当しないのであれば相殺の可能性自体が存在せず、相殺の可否を問題にする余地もない。また例えば破産債権に該当しても、更に、②この債権を自働債権とする相殺が破産法の定める相殺禁止規定（破71条）に反しないことが必要であり、無委託保証人が弁済によって取得した求償権を自働債権とした相殺が可能であるか否かは相殺禁止規定との関係で別途問題となりうる。本件原審は、①②について共に肯定し、Yの相殺は有効だと判断した。これに対してXは上告受理申立をして本件相殺の有効性を争った。上告受理申立の理由は、本件無委託保証人の求償権がそもそも破産債権に該当せず、従って本件相殺は無効だとする。最高裁は、①を肯定し、②については相殺が禁止されると判示した。

本件の保証契約は、債権者が取引先の倒産等により発生する可能性がある債権回収の困難というリスクを回避するために、金融機関などとの間でその取引先（債務者）による委託を受けることなく（金融機関の保証ビジネスの一環として）締結したものである。この場合に、保証人である金融機関は、保証債務を履行することによって求償権を取得するが、債務者が別途当該金融機関に預金債権等の債権を有している場合に、これを受働債権とし求償権を自働債権とした相殺処理をすることができれば、当該求償権は他の破産債権者に優先した回収が見込める。これは保証人にとって極めて有利であり魅力的で、債権回収の実効性を確保するうえでも重要な意味を持つ。しかし、本件で最高裁は、そのような相殺処理は他の債権者との関係で不平等であり、その相殺は無効だと判示した。これは金融実務上影響の大きい判断である。本件により、今後はこれを前提とした金融ビジ

破産手続開始後になした無委託保証債務の弁済により保証人が取得した求償権とそれを自働債権とする相殺の可否（河野）

ネスの確立が求められる（本件千葉補足意見参照）。本件最高裁の判断は結論的には大方の賛同を得ているが、なおその理論的明確化が必要であると思われる。

2 (1) まず、主たる債務者に破産手続が開始した後に無委託保証人がその保証債務の弁済をした場合に発生する求償権はそもそも＜破産債権＞（破2条5項）に該当するか否かが問題となる。破産法は一般に、「破産手続の開始決定前の原因に基づいて生じた」債権を＜破産債権＞だと定義した（破2条5項、旧破産法15条を継承）。破産手続の開始後にこの債権を行使するには、破産法上特別の定めがない限り破産手続によらなければならない（破100条）。

破産手続でのこの破産債権の行使には「破産手続に参加」をすることが必要であり（破103条1項）、この手続によって初めて破産手続上の配当に与ることができ、また、全部履行義務を負う者が数人ある場合にその全員又は数人もしくは一人について破産手続開始決定があったときは、破産債権者は破産手続開始時に有する債権の全額についてそれぞれの手続に参加できる（破104条1項。いわゆる「手続開始時現存額主義」）。もっとも、この場合に履行義務者が主債務を消滅させる行為をしても、それによりその債権全額が消滅した場合を除き、債権者はなおその手続開始時に現存した債権全額の行使が可能である（同2項）。更に、債権者が破産手続に参加している場合でも、破産者に対して将来行うことがある求償権を有する者が債権者に弁済をしたときは、債権者の債権が全額消滅した場合に限り、求償権者はその求償権の範囲内で債権者が有した権利を破産債権者として行使することができる（同4項）。

以上とは別に＜破産債権者＞は、破産手続開始時において破産者に債務を負担するときは、破産手続によらないで相殺をすることができるが（破67条1項）、他方で相殺が禁止される場合を定めて（破71条、72条）、破産債権者の相殺権行使につき破産債権を手続内で行使すべしとの破産手続上の債権行使方法の例外としている。

このいずれの場合にも、主債務者が破産した場合の債権行使にはその前提として当該債権がそもそも＜破産債権＞に該当する必要がある。そこで、保証人が債権者との間で主たる債務者への破産手続開始前に保証契約を締

結し、手続開始後に保証人がその保証債務を履行したことによって主たる債務者に対して求償権を取得した場合、債務者からの委託がある場合はもとより保証委託がない場合にも、保証人に破産者との関係で生じる求償権（民459条、462条）が〈破産債権〉としての性質を持つかが明らかにされなければならない。本件最高裁は、これを肯定し、「無委託保証人が弁済をすれば、法律の規定に従って求償権が発生する以上、保証人の弁済が破産手続開始後にされても、保証契約が主たる債務者の破産手続開始前に締結されていれば、当該求償権の発生基礎となる関係は、その破産手続開始前に発生しているということができる」と説明した。

ところで、本来保証契約は専ら債権者と保証人の間で成立するから、例えそれが主債務者の委託を受けて締結されたのであっても、保証を委託した主債務者自身は保証債務関係には直接関係しない。保証委託関係は、保証契約とは別に債務者が保証人との間で取り交わした保証委託契約（内部関係）により成立するものと観念される。その結果、委託保証人は過失なく債権者に弁済をすべき旨の判決を受け又は主たる債務者に代わって弁済をした場合やその他の財産で債務を消滅させる行為をしたときは、主たる債務者に対して求償権を取得する（民459条）。こうして求償権が現実化するのには、一般には保証契約に基づいて保証人による弁済が実際になされ、債務者の債務が一部又は全部消滅した場合である。もっとも民法はそれに加えて、委託保証人には〈事前求償権〉を与えている（民460条）。この事前求償権は破産手続との関係についても、「主たる債務者が破産手続開始の決定を受け、かつ、債権者がその破産財団の配当に加入しないとき」（同条1号）等、同条各号に列举の場合に行使することができる。この規定の文言上は、主債務者に破産手続が開始した場合に委託保証人に生じる事前求償権は、「破産手続の開始決定前の原因に基づいて生じた」債権だとはいえないことになろう。

他方、無委託保証人については別の定めをおき、実際に債務者に代わって弁済をなし、その他自己の財産をもって主たる債務者にその債務を免れさせた場合にはじめて、主たる債務者はその当時利益を受けた限度で償還義務を負う（民462条1項）。主たる債務者との関係では、たとえ保証人によって自己に代わる弁済がなされても予め委託がなければ、この無委託保証人による保証債務の履行は、主たる債務者との関係では、実質的には

破産手続開始後になした無委託保証債務の弁済により保証人が取得した求償権とそれを自働債権とする相殺の可否（河野）

事務管理の性質を持つ（民 702 条参照）といわれる（我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店・1964）487 頁）。そこで、この場合に発生する求償権自体は、その文言上又その一般的な説明によれば、破産手続開始後になされた弁済により初めて発生するから、そもそも破産手続での行使の前提となる〈破産債権〉にはあたらないように見える。

いずれにしても、わが国の民法の規定上保証人の求償権に関する文言自体は、直接には破産手続との関係で、必ずしも破産法が定める〈破産債権〉に整合する定めにはなっていない。そこでこれを破産手続との関係でどのように理解すべきか、問題を残していた。

(2) このように民法の文言と破産法の規律の関連性が必ずしも明確でないことを反映してか、保証人の求償権と破産手続との関係、特にその〈破産債権〉への該当性について、これまで学説上見解が一致していなかった。

まず前提として、破産法が定める〈破産債権〉の概念自体については、それが当該債権を破産手続で行使をする前提要件であるが、破産手続開始前に当該請求権自体が成立する必要はなく、その基礎である発生原因が破産手続開始前に生じていれば足りると理解するのが一般的である（一部成立説。山木戸克己『破産法』（青林書院・1974）90 頁、竹下守夫他『大コンメンタール・破産法』（青林書院・2007）20 頁〔小川秀樹筆〕、伊藤眞『破産法・民事再生法〔第 3 版〕』（有斐閣・2014）261 頁）。このような理解を前提に、保証人の求償権についても、従来当該求償権自体が完全に発生する（手続開始前に現実に求償権行使が可能である）必要はないと考えられてきた。

このような前提のもとで、保証契約に基づく求償権につき、それが破産債権と解しうるかが問われたが、見解は分かれていた。一つは、一般に保証契約の成立があればよいとする立場であり、この見解では委託の有無を問わず、求償権自体は将来の請求権として「破産債権」としての性格を有するとされる（山木戸克己『前掲書』90 頁）。その結果、これを自働債権とする相殺も委託の有無を問わず許されるとするのが一般であった（本件原審はこの立場による）。

これに対して、〈破産債権〉の成立は、委託保証人については債務者と保証人間（内部関係）で保証委託契約がなされる必要があり、その後に保

証人が債権者に弁済をすることでこの委託契約が履行されたと見る見解がある（栗田隆「主の債務者の破産と保証人の求償権」関大法学 60 巻 581 頁以下、これに賛成するのは、伊藤眞『前掲書』262 頁注 55）。この見解は、保証契約締結が通常は保証人と主債務者との間で締結された委託契約に基づいてなされることから、この委託契約の成立時点が基準となるとする。これに対して、無委託保証の場合には破産手続開始前にはそもそもこのような保証委託契約が存在しないこと、（事後）求償権は（破産手続開始後になされた）弁済によって初めて発生することから〈破産債権〉ではなく、従ってこれを自働債権とした相殺権の行使もできないとする。またこの見解は、保証契約説では委託契約が締結され、未だ保証契約が締結される前に破産手続が開始すれば、保証人の求償権は破産債権ではなくなり、破産手続での行使ができずに不当な結果となるとも主張する（栗田隆『倒産判例百選〔第 5 版〕』（有斐閣・2013）140 頁以下）。ここで立論の中心におかれているのは専ら委託契約であり「保証契約」自体ではない。保証人の弁済により発生する事後求償権は、委託がある場合にはこの委託契約の結果と理解されるが、委託契約がない場合には事務管理としてなされる弁済であり、その求償権は〈第三者弁済による求償権〉であると見られているようであり、〈破産債権〉には該当しないから、そもそも相殺は許されず相殺禁止等の問題も生じない。結論は本件最高裁と同じだが、その理解には保証契約につき根本的な違いがある（以下（3））。

また、これとは別に、最高裁（最〔2小〕判平成 7 年 1 月 20 日民集 49 巻 1 号 1 頁）が和議認可決定後の弁済により取得した求償権について示した判断との関係から、無委託保証契約に基づく弁済によって生じた求償権は破産債権ではないとする見解も主張されていた（増市徹「保証人の事後求償権と相殺」倒産実務交流会編『争点・倒産実務の諸問題』（青林書院・2012）268 頁）。これは、連帯保証人の一人が和議認可決定を受けた後に、他の連帯保証人が保証債務の弁済をしたことから、求償権の行使をした事例であった。原審は、弁済により発生した求償権につき、連帯保証人負担部分は和議認可決定により、和議条件により変更した限度で支払いを命じたが、最高裁はこれを破棄差戻し、「和議手続開始決定の後に弁済したことにより、和議債務者に対して求償権を有するに至った連帯保証人は、債権者が債権全部の弁済を受けたときに限り、右弁済の代位によって取得する

破産手続開始後になした無委託保証債務の弁済により保証人が取得した求償権とそれを自働債権とする相殺の可否（河野）

債権者の和議債権（和議条件により変更されたもの）の限度で、右求償権を行使し得るにすぎないと解すべきである。ただし、債権者は債権全部の弁済を受けない限り、和議債務者に対し、和議開始決定時における和議債権全額について和議条件に従った権利行使ができる地位にあること（最高裁昭和60年（オ）第589号同62年6月2日第3小法廷判決・民集41巻4号769頁参照）からすれば、連帯保証人は、債権者が債権全部の弁済を受けるまでの間は、一部の弁済を理由として和議債務者に求償することはできないというべきであり、また、和議制度の趣旨にかんがみても、和議債務者に対し、和議条件によって変更された和議債権以上の権利行使を認めるのは、不合理だからである。」と説明し、原審がこれらを確定しないままに判断を下したのは違法だとしていた。この見解は、このような説明は、無委託保証人の求償権が、手続開始後の保証債務の履行によって初めて発生し、破産債権（和議債権）ではないと見る立場と整合的だとする。

もっとも、このような理解がこのケースとの関係で正鵠を得たものかは疑問である。このケースは、手続開始後に保証債務を完済したのではあるが、その時期は和議認可決定後であり、求償権の請求は和議手続終了後に和議債務者に対してなされたものであった。〈破産債権〉（旧破24条）や、これを承けた〈和議債権〉（旧和議41条）は、それぞれの手続に参加して権利を行使することができる地位の明確化のために設けられており、手続終了後に（残余の）債権を行使する場合の定めではないからである。

(3) 無委託保証契約では、例え保証契約自体が破産手続開始前に締結されていても、破産債務者と保証人の間の委託契約がない以上保証人が手続開始後の弁済により取得した（事後）求償権がそもそも〈破産債権〉に該当しないのだとすれば、弁済をした保証人は、例え債務を全額弁済しても、最早当該求償権を破産手続内で行使することはできないことになる。

保証人が保証契約の履行としてなした弁済は、この見解によれば、第三者弁済としては扱われても、破産手続との関係では「保証人としてなした弁済」としての側面は無視されている。しかし、保証人は債権者に対しては債務者からの委託の有無にかかわらず「保証債務」を負い、債権者からの保証債務の行使を迫られる負担を常に有している（保証人のこれに対する対抗策〔民452条、453条〕は限定的。ただし連帯保証の場合には制約はない）。このような保証人の保証債務から生じる負担からの解放をどの

ように位置づけるべきかは保証契約を巡る基本問題の一つであった（フランス法における支払前の求償権と事後求償権との共通性を説く貴重な研究として、國井和郎「フランス法における支払前の求償権に関する一考察」『阪大法学』145・146号245頁以下）。

保証人は、破産手続開始前に債権者から請求されて保証債務の弁済をすれば、委託の有無にかかわらず、またそれが全額であれ一部であれ弁済部分について債権者の債権は消滅し、その部分は弁済をした保証人に移ることになる（民501条参照）。これに対して、手続開始後に弁済を求められた保証人は、債権者との間で－保証委託契約の有無にかかわらず－保証人が保証引受をビジネスとする場合その全額を支払うことを約束し、債権者の破産手続参加を留保するように求めることは稀でないであろう。ここでは債権者と保証人の間では、保証人が債務者から保証の委託を受けたか否かは問題とならない。これに対して、無委託保証人が手続開始後に弁済をした場合、委託がないことによって保証人が取得する求償権が＜破産債権＞に該当しないとす取り扱いは、（無委託）保証人と破産手続との関係は無視することになる。はたしてそれが根本的に保証債務の性質に適合するかが問題となろう。

3 (1) 保証契約に基づいて保証人に発生する求償権を破産手続との関係でどのように取り扱うべきかを検討するにあたっては、その実体的な基礎となる民法規定の理解につき、それが前提とする破産法規定との関連を明らかにする必要がある。本来、保証契約は債務者がその負った債務を本旨に従って弁済をしない場合あるいはその経済的な困難により弁済をし得ない場合に生じるリスクを分散する制度であり、債務者の経済的困難、そしてその極致である経済的破綻に際してその機能を発揮する。こうして、債権者と保証人間での保証契約の履行を巡る問題は、常に債務者の経済的破綻に対処する破産制度との連携を無視することは許されないと言ふべきである。

翻ってこの観点からわが国の破産法制の歴史を顧みると、そこには実体法規定である民法の規律との関係で大きな影響を及ぼしうる法制変革を経ていることに留意する必要がある。

周知のように、わが国の現行破産法の基礎となった旧破産法（大正11

破産手続開始後になした無委託保証債務の弁済により保証人が取得した求償権とそれを自働債権とする相殺の可否（河野）

年公布、大正 15 年施行）は、それまでのフランス破産法制に基礎をおく明治 23 年商法破産編からドイツ破産法制へと大きく転換した。明治 23 年商法破産編では、商人破産主義を採用し、破産制度は専ら商人のみに適用され、それ以外の一般人への適用はなく、一般人については強制執行による他はなかった。商法の定める破産手続は責任財産につき膨張主義を採り、これに対応して手続開始時に「破産債権」を固定することもなかった。これに対して旧破産法はドイツ破産法（Konkursordnung von 1877）に依拠し、破産法の適用対象を商人に限定せず、一般人に拡張した。また、この破産法は、破産手続の開始（破産宣告）により、債務者の有する責任財産を固定し（固定主義）、これを破産財団とすると共に、その後に債務者が取得した財産は「新得財産」として区別してこれを破産手続における清算の原資とはしない建前を採用した。これに対応して、この破産財団から回収することができる債権を特に概念上「破産債権」（旧破 15 条）として区別した。この「破産債権」の概念は、実体法の債権関係とは別に専ら破産手続との関係で破産法が特に設けた目的概念であり、特に破産手続における債権行使に特化した概念である（『破産法案理由書』（日本大学日本法政学会・1922）11 頁）。

他方、わが国民法の保証に関する実体法規定は、フランス法制を前提としていたが、この民法規定は旧破産法制定に際しても根本的な見直しが行なわれたわけではなかったから、その民法規定が前提とした破産制度は旧破産法成立後も基本的にはフランス型の破産法制であったといえる。それまでの法制では商人以外の者については破産法規の適用がなく、その者の経済的破綻については「家資分散」の宣告が行なわれたにすぎない（「家資分散法」（明治 23 年 8 月 21 日公布 [法律 69 号]、大正 11 年 4 月 25 日廃止 [法律 71 号]）。この「家資分散法」は、フランス法における *deconfiture* を、江戸期以来のわが国のこれに対応した制度であった家資分散に範を得て立法化したものであった。その規律内容は極めて簡単であり、それ自体格別の手続が定められていたわけではない。債務者に対する強制執行が財産不足で満足し得ない場合に、裁判所は職権又は申立により家資分散の宣言をするに過ぎないものであった。この制度は、旧破産法の成立に至るまでその効力を有した。

(2) さて、わが国の保証契約に関する委託保証人の事前求償権を定め

た民法 460 条は、沿革的にはフランス民法 2032 条（現行法 2309 条）に由来する（わが国民法 460 条の沿革につき、山本克己「求償義務者倒産時における求償債権者の地位」631 頁以下）。同条は、「保証人は、弁済前であっても、次の場合には債務者にその補償を求めることができる」と定め、その第 2 号に債務者が破産し（*faillite*）、又は支払不能の宣言（*deconfiture*=家資分散）になった場合を挙げている。このフランス法規定によれば、主債務者が破産状態に陥った後に初めて保証人は事前求償権（補償請求権）を行使できることになる。もっともその際当然に、弁済をした保証人の求償権行使に制度上の制約はなく、債務者が商人であれば破産手続においても債権者として債権を届け出て行使することができ、その他の場合には破産手続は適用されないから後の求償権行使が否定されるわけではない。

(3) これに対して、ドイツ民法は保証人に保証債務からの〈解放請求権（*Befreiungsanspruch*）〉を定める（ド民 775 条）。同条は、「(1) 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をなし、又は事務管理の規定に基づき保証を引き受けたことにより主たる債務者に対する受託者の権利が存在するときは、次の場合にはこの保証からの解放（*Befreiung*）を求めることができる。」と定め、続いてその第 1 号は、「主たる債務者の財産関係が著しく変化した場合」を挙げている。従ってこのような民法規定と主債務者が破産手続開始決定を受けた場合の関係については、委託の有無を問わず既にこの解放請求権が発生していることになる。しかし、主債務者破産の破産手続で保証人がこの解放請求権を破産債権として届け出ることは、債権者自身が届け出ている限り債権の二重行使となりできない。保証債務の弁済によって取得する求償権（ド民 774 条。保証人の債務弁済により債権者の債権は保証人に〔法律上当然に〕移転する。）は、その完全弁済が破産手続開始後であっても、学説上、条件付破産債権であるとされる。そしてそれは、債権者を満足させた者には債権者が有した責任法上の地位を受け継がせるという目的に奉仕するものだと説明されている（So, Jaeger/ Henckel, *Konkursordnung*, 9. Aufl. 1977, § 3 Rdnr. 57）。こうしてドイツ法上は、保証債務について発生する求償権は、それが委託を受けたか否かにかかわらず〈破産債権〉に該当し、破産手続での行使が認められている。

(4) 本件で最高裁は、保証人の求償請求権に関して、保証契約が委託を受けて締結されたか否かにかかわらず、専ら保証契約の締結時を基準に、

破産手続開始後になした無委託保証債務の弁済により保証人が取得した求償権とそれを自働債権とする相殺の可否（河野）

それが破産手続開始前であれば〈破産債権〉に該当すると判断した。法廷意見はその根拠につき、「保証人は、弁済をした場合、民法の規定に従って主たる債務者に対する求償権を取得するのであり（民法 459 条、462 条）、このことは、保証が主たる債務者の委託を受けてされた場合と受けないでされた場合とで異なるところはない（略）。このように、無委託保証人が弁済をすれば、法律の規定に従って求償権が発生する以上、保証人の弁済が破産手続開始後にされても、保証契約が主たる債務者の破産手続開始前に締結されていれば、当該求償権の発生基礎となる関係は、その破産手続開始前に発生しているということができるから、当該求償権は『破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権』（破産法 2 条 5 項）に当たるものというべきである」と説明する。これに対して千葉補足意見は、無委託保証契約の場合であっても、保証契約の締結により「弁済前に弁済を条件とする事後求償権（条件付債権）が発生していると指摘し、「発生原因も（委託保証契約と同じく）保証契約と捉えるしかなく、保証債務の弁済であるとするのは、根拠がない」と言う。このような方向は、保証委託の有無にかかわらず、債務を完済した保証人に破産財団への求償権を認める点で実体法上の扱いとしては適切なものと見うる。

4 (1) 以上の実体規定との関係で、更に破産法が定める〈破産債権〉の意義を確認する必要がある。現行破産法は〈破産債権〉を、「破産者に対し破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権」（破 2 条 5 号）でなければならないと定める。この規定は、固定主義を採用する旧破産法、更にその母法であるドイツ破産法の立法原則を受け継いだものであり、そこでは破産手続による清算の基礎となる責任財産（破産財団）を〈破産財団〉として固定し、これに対して実行することができる債権者を破産債権者として手続的に明確化したものであった。破産手続において破産財団に対して行う権利行使は、競合する破産債権者の債権の確定手続を経て平等弁済が行われるのが原則であり、〈破産債権〉の第一義的な意味は、そもそも破産財団への弁済要求により破産清算の基礎となる責任法上の参加権限を承認しうる地位にあるか否かの明確化にある。

(2) 保証債務の弁済により保証人が取得した求償権を破産債権として行使するに際しては、債権者が破産手続で債権行使をしている限りそれを

優先させ、求償権の行使は補完的な地位を与えられてその手続上の行使権限が制約されるのが原則である。ここでは、債権の実行を担保する債務者の責任財産が総債権者の債権の満足に不足していることから債権者の権利行使の強制的な平等取り扱いが求められることを前提に、債権者の権利と保証人の求償権との調整が不可避となる。その際両者の破産手続内での行使を無条件で認めれば結局一個の債権につき、総債権者への満足に不足する破産財団に対して二重の権利行使となり、不当な結果を生じるからである。もっとも、主債権者が権利行使をしない場合、又は保証人が手続開始後に主債務の全額を（手続外で）弁済すれば、このような破産手続上の制約要因は消滅する。そして債権者の債権は法律上当然に保証人に移転するから、債権届出期間内であれば保証人が債権者に代わって破産手続において債権の届出をし、債権確定手続を経て他の破産債権者と共に割合的弁済を得ることができる。

直接破産手続への参加により破産手続を介して回収することができなかった残余の債権は、破産者が自然人である限り、破産手続上確定した債権表が確定判決と同じ効力を持ち、それを債務名義として、手続終了後に債務者に対して強制執行をすることができる（破 221 条）。もっとも、自然人破産の場合、破産免責決定の確定によりこの残余債務が免責される（破 253 条）。また、法人破産の場合には債務者である法人は破産手続開始決定により解散し、その法人格は破産手続による清算の目的の範囲内で破産手続終了まで残存するに過ぎないから（破 35 条）、結局当該残余債務も消滅することになる。こうして、無委託保証であっても、当該債権を「破産債権」としなければ、このような事後求償権自体を行使する方法が排除されることになる。

(3) こうして保証人が保証契約の履行として行った弁済により主債務者に対して取得した求償権は、債務者に破産手続開始決定がなされた場合にも、少なくとも弁済を受けた債権者と同等の立場で（他の破産債権者と平等の地位で）行使ができることが必要である。保証人は、債権者との関係では保証契約の締結について、債務者から委託を受けたか否かにかかわらず、保証債務の履行を求められる。そしてそれを、債務者に破産手続が開始前であれば当然に、その弁済分について求償権が発生しその部分について保証人は破産債権者として債権届をすることができる。破産手続開始

破産手続開始後になした無委託保証債務の弁済により保証人が取得した求償権とそれを自働債権とする相殺の可否（河野）

後に弁済をなした場合についても、保証人が債務者から保証委託を受けたか否かで異なった取り扱いをすることの合理性はないと考えられる。保証人は、保証債務を締結すればその効果として債権者から保証債務の履行を求められることに違いはないからである。

こうして求償権が現実化するのには保証人の弁済によってであるにせよ、その求償権の発生は保証契約の成立により、弁済を条件として発生する（停止条件付）の債権だと理解するのがわが国では妥当である。現行実体法規定はこの点について、破産手続との沿革上の問題から適切性を欠いて不明確であるが、これを補う解釈上の方策を示した最高裁の説示はその意味で極めて大きな意義を持つ。

5 (1) 以上のように無委託保証人が、主債務者の破産手続開始後に債務を完済したことによって取得した求償権が〈破産債権〉に該当するとしても、これを自働債権とし、主債務者が保証人に対して有する債権を受働債権とした相殺権の行使が許容されるか否かは別途考察が必要である。特に、保証人の取得する求償権が、債務者からの委託の有無にかかわらず〈破産債権〉であり、その破産債権としての成立が保証契約の成立時であり、保証義務による債権の完済が破産手続開始後であっても、それが（停止）条件付債権だとすれば、その条件は弁済によって成就し、相殺権行使が許される（破 67 条）のではないかが問題となりうる。他方で保証人の求償権に〈破産債権〉としての性質が認められたとしても、それは他の破産債権者と平等の地位で破産財団からの割合摘便債を受けうる可能性が認められたに過ぎない。しかし、当該求償権が〈破産債権〉として破産財団からの債権回収権能を有するにしても、相殺による回収の可能性は破産者が有する債権を受働債権とした双方の債権の「対当額」での消滅という形での権利行使が承認されることを意味する（民 505 条）。ここでは破産手続における平等弁済の拘束を受けない点で、通常の〈破産債権〉が破産手続において割合的弁済であるのとは大きく異なる。従って、その相殺可能性は、保証人の取得した求償権が他の破産債権とは異なった特別の取り扱いを承認しうる根拠を有するか否かに係る。

(2) 本件最高裁の法廷意見は、相殺の可能性を否定したが、その際、①その議論の出発点としてそもそも相殺制度の趣旨につき、「相殺は、互

いに同種の債権を有する当事者間において、相対立する債権債務を簡易な方法によって決済し、もって両者の債権関係を円滑かつ公平に処理することを目的とする合理的な制度であって、相殺権を行使する債権者の立場からすれば、債務者の資力が不十分な場合においても、自己の債権について確実かつ十分な弁済の弁済を受けたと同様の利益を得ることができる点において、受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た機能を営むものである（最高裁昭和39年（オ）第155号同45年6月24日大法廷判決・民集24巻6号587頁参照）」と説明する。その上で、②破産手続との関係につき、「上記のような相殺の担保的機能に対する破産債権者の期待を保護することは、通常、破産債権についての債権者間の公平・平等な扱いを基本原則とする破産制度の趣旨に反するものではないことから、破産法67条は、原則として、破産手続開始時において破産者に対して債務を負担する破産債権者による相殺を認め、同破産債権者が破産手続によることなく一般の破産債権者に優先して債権の回収を図り得ることとし、この点において、相殺権を別除権と同様に取り扱うこととしたものと解される。」と言う。他方で、③破産手続における相殺制限につき、このような相殺権行使も「破産債権についての債権者の公平・平等な扱いを基本原則とする破産手続の下においては、上記基本原則を没却するものとして、破産手続上許容し難いことがあり得ることから、破産法71条、72条がかかる場合の相殺を禁止したものであると解され、同法72条1項1号は、かかる見地から、破産者に対して債務を負担する者が破産手続開始後に他人の破産債権を取得してする相殺を禁止したものである。」と言う。このような前提のもとで、手続開始前に債務者から委託を受けて保証契約を締結し、手続開始後に債務の弁済を求償権を取得した場合は例えその弁済が手続開始後になされても、その相殺は「破産債権についての債権者の公平・公正な扱いを基本原則とする破産手続の下においても、他の破産債権者が容認すべきものであり、同相殺に対する期待は、破産法67条によって保護される合理的なものである。」と言う、これに対して無委託保証人の「求償権を自動債権とする相殺を認めることは、破産者の意思や法定の原因とは無関係に破産手続において優先的に取り扱われる債権が作出されることを認めるに等しいものということができ、この場合における相殺に対する期待を、委託を受けて保証契約を締結した場合と同様に解することは困難とい

破産手続開始後になした無委託保証債務の弁済により保証人が取得した求償権とそれを自働債権とする相殺の可否（河野）

うべきである」と言う。そしてそれは、「破産手続開始後に、破産者の意思に基づくことなく破産手続上破産債権を行使する者が入れ替わった結果相殺適状が生ずる点において、破産者に対して債務を負担する者が、破産手続開始後に他人の債権を譲り受けて相殺適状を作出した上同債権を自働債権としてする相殺に類似し、破産債権についての債権者の公平・平等な扱いを基本原則とする破産手続上許容し難い点において、破産法 72 条 1 項 1 号が禁ずる相殺と異なるところはない」と言う。

(3) この法廷意見の結論は賛成しうるにしても、その理由付けにはなお問題がある。

まず、①における相殺制度の趣旨について、本件判決法廷意見は最高裁判昭和 45 年判決を引用し考察の出発点にしており、①の部分はまさにこの大法廷判決が相殺の趣旨につき述べた説示そのものであった（この判決については、数多くの研究がある。参照、河野正憲『別冊ジュリスト・民事執行法判例百選』154 頁）。また、②では①を前提に相殺の破産手続における取り扱いにつき別除権と同様の扱いがなされているという。もっともその相殺の担保的機能については、「債務者の資力が不十分な場合においても、自己の債権について確実かつ十分な弁済の弁済を受けたと同様の利益を得ることができる点において、受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た機能を営む」とする。しかし、破産手続開始という債権者平等が強く要求される状況の中でなぜ相殺の場合に他の破産債権者と異なった優先的取り扱いが正当化されるのかを問うているのに、その根拠を明らかにすることなく、ここではそれが認められた結果として担保と同視できる旨の言及がなされているに過ぎず、必ずしも説得的ではない。

本来、破産手続における別除権（Absonderungsrecht）は、破産財団内に存在する特定の財産に対して設定された物的担保権につき、担保目的物を他の一般財産から別除・分別し、それを破産手続外での担保権実行手続により行使することを承認し、破産手続でもその売却益から担保権者の債権の優先的弁済を承認する制度であった。これに対して、相殺権の行使においては破産債権者の有する特定（破産）債権の回収を確保するために、受働債権とされる破産者の破産債権者に対する債権を拘束して相殺権行使を確保するわけではない。その基本は、破産手続開始前に発生した相殺適状に基づき破産手続開始後に相殺権行使ができることを破産法が承認するも

のであり、それはそもそも相殺が受働債権と自働債権の「対当額」での消滅を生じさせることから（民 505 条）、破産債権の届け出による割合的弁済の対象外とする。その限りでこれは相殺の簡易決済機能の結果だともいえよう。しかし、例えば破産手続開始前に相殺適状が発生しても、それが常に相殺によって処理されるために維持されるわけではない。受働債権につきその弁済や、相殺適状の競合により破産債権者の相殺権行使に対して他の債権者の相殺の意思表示が先行すれば、破産債権者の相殺の可能性は消滅する。（転付債権者と第三債務者の相殺の対抗につき、相殺の意思表示の先後によるとするのは、最判昭和 54 年 7 月 10 日民集 33 巻 5 号 533 頁、河野正憲「判例研究」『北九州大学法政論集』8 巻 2 号 377 頁以下）。相殺による優先的決済の期待は必ずしも盤石ではない。この意味で、相殺権者の「期待権」を中心とした担保的機能の説明は十分とはいえないであろう。もっとも千葉補足意見はこのような説明が十分に説得的でないと考えたためか、より実質的に、債務者と保証人との関係を分析している点が注目される。

（４）ところで相殺制度には幾つかの機能があると指摘される。それは、①まず、債権行使に対して債務者側から見れば防御機能があるとされる。民法が相殺を、相殺の単独意思表示により自己の債務を消滅させる債務消滅原因として規定している（民 505 条 1 項）のは、この観点による。また、②相殺には、相殺権行使者から見れば自己の債権を行使し強制的に回収することができることから、攻撃的機能があるともいわれる。さらに、③相殺は、相殺適状発生時に遡及してその効果が発生することから（民 506 条 2 項）、債務者の経済的な破綻により、それぞれの債権の実質的価値について差異が生じた場合にも、相殺による決済では後発的な不平等関係を捨象して、両債権の＜対当額＞での公平な処理を維持する機能がある。

相互に債権債務関係にある当事者の一方に破産手続が開始した場合、その債権者は一般に＜破産債権者＞として他の債権者と平等の地位により割合的な弁済で満足しなければならない。しかし、この場合にあってこの債権者が破産手続が開始した債務者に対して債務を負っている場合には、破産手続が開始する前であれば、両者の債権債務は相殺により「対当額」で消滅し、自己の相手方に対する債権（自働債権）と債務（受働債権）について全く等しく対当額で弁済を免れることができる。他方で、相手に破

破産手続開始後になした無委託保証債務の弁済により保証人が取得した求償権とそれを自働債権とする相殺の可否（河野）

産手続が開始したことによりこの破産債権者が、自己の債務については全額弁済を強いられるが相手方に対する債権は破産手続での確定を経て他の債権者と共に割合的な弁済に甘んじなければならないとすれば、それはこの債権者にとって極めて衡平を欠く扱いだといえる。破産法が破産手続開始後においても相殺権行使を認めたことの第一義は、このような、破産手続開始前において破産者との間で債権・債務関係の対立による相殺の可能性があった者が相殺権を行使し得たのにそれをしないうちに一方当事者に破産手続が開始して、この破産手続内での他の債権者との平等弁済が強制されることがかえって不衡平感を生じるからに他ならない。ドイツ破産法立法者は、このような破産法の相殺に関する取り扱いについて、「それは債権者にとって留置権又は質権に対応する。これら三者はいずれも信用供与者のための担保手段である。それらに共通する思想は、債権者は破産財団のために本旨に従った引渡をすべきだが、彼の債権は破産債権者として主張させるのは不公平だという思想による」と述べるのは（Vgl. *Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, Bd. 4, 1881, Neudr. 1983, S. 216）このことを指摘するものだといえる。このような観念によれば相殺を基礎づける根本は、双方の債権の平等取り扱いを認めることこそが衡平だと考えられる点にある。これに対して相殺禁止事例（破71条、72条）は、これから外れて相殺の衡平の性質を濫用した場合に該当する。

(5) 無委託保証人が、保証契約自体は破産手続開始前に締結しながら、その債務弁済を手続開始後に行った結果取得する破産者に対する求償権は、確かに<破産債権>として、破産手続での平等弁済の対象となりうる。しかし、更にこの債権で、既に破産者が保証人に対して有している債権に対抗するには、破産財団に属する破産者の受働債権との関係が具体化していなければならない。それはまさに債務者（破産者）と保証人の内部関係であり、これは委託保証契約の場合には既に手続開始前に保証委託をすることによって生じる。委託者には、この委託契約が履行されることによって受託者である保証人に負うべき債務が発生している。委託者はこれを満足するためには、自己が有する債権を対当額で提供することが衡平にかなう扱いである。

これに対して、無委託保証の場合には、債務者である破産者には保証人に対してこのような負担が存在しない。それにもかかわらずこの場合に相

殺を認めることは、債務者について破産手続が開始し、そこでの平等弁済による他の債権者との割合弁済が強いられているのにそれを無視し、自己の求償債権の優先的行使を強制することになる。確かに、この場合においても求償債権は〈破産債権〉として、条件付債権であると見られる。しかし、この場合の条件関係は専ら〈破産債権〉としての破産手続での求償債権の平等弁済の確保にあった。これに対して、委託保証の場合に保証人が弁済したことにより発生する求償債権は、委託者と保証人間の内部関係における直接の債権関係についての条件であり、それは委託者の負うべき債務との強い牽連性を示している。そして、この委託保証人の弁済によって発生する求償債権は、破産手続開始前に締結された保証委託関係の履行に伴い法律上当然に発生する結果である。無委託保証人の場合には、このような関係はなく、本件判決がこれを破産法72条1項1号による相殺禁止と同視するのは正当である。もっとも、同条同項2～4号については、保証債務の弁済による求償債権の取得は「法定の原因」(同条2項1号)にあたり(民462条)、同条の相殺禁止に該当しないことはいうまでもないであろう。