

判例研究

破産手続開始時現存額主義と債権の一部を 弁済した物上保証人の求償権と配当手続 (最(3小)判平成29年9月12日民集71巻7号1073頁)

河野正憲

【判示事項】

破産債権者が破産手続開始後に物上保証人から債権の一部の弁済を受けた場合における、破産手続開始時の債権の額を基礎として計算された配当額のうち実体法上の残債権額を超過する部分の配当方法

【決定要旨】

破産債権者が破産手続開始後に物上保証人から債権の一部の弁済を受けた場合において、破産手続開始の時ににおける債権の額として確定したものを基礎として計算された配当額が実体法上の残債権額を超過するときは、その超過部分は当該債権について配当すべきである。(補足意見がある。)

平成29年(許)第3号。配当表に対する異議申立て却下決定に対する抗告審の取消決定に対する許可抗告事件

抗告棄却

原原審：大阪地方裁判所堺支部平成28年6月16日決定

原審：大阪高等裁判所平成29年1月6日決定

【事実関係】

Aは平成23年9月に破産手続開始決定を受けた破産会社であり、Aの破産管財人としてY(抗告人、相手方、相手方)が選任された。

A に対して B 信用金庫は甲乙 2 口の貸金債権を有しており、平成 23 年 10 月 21 日、これらを破産債権として届け出た。その総額（甲乙 2 債権の残元金、利息（開始前）及び損害金（開始前））は 5683 万 8735 円であった。

X（相手方、抗告人、申立人）は、A が B 信用組合に対して負担する上記 2 口の借入金銭債務の保証をしており、平成 23 年 10 月 28 日、将来の求償権として総額 5635 万 4904 円を破産債権として届出をしたが（残元金合計 5622 万 0000 円 + 利息合計（開始前）13 万 4904 円）、その際手続開始後から代位弁済日までの金融機関未収利息及び求償権元本に対する代位弁済日の翌日からの損害金が、それぞれ劣後的破産債権として付加される旨を記載した。X は、平成 24 年 1 月 5 日、B 信用組合に対し、その元本金額並びに破産手続開始の決定の日の前日までの利息全額及び遅延損害金の一部として合計 5651 万 1233 円を A に代位して弁済し、事前求償権として届出していた金額を事後求償権に変更すると共にその届出金額の総額を 5624 万 0102 円と修正（2 債権残元金総額 5622 万 0000 円 + 甲債権分利息（開始前）2 万 0102 円）した。B は、乙債権の損害金（開始前）を除く全額を取下げた。

他方、C は、A の X に対する保証委託取引に基づく債務を担保するためその所有不動産に極度額 3000 万円の根抵当権を設定していたが、平成 24 年 10 月 25 日に当該不動産の売却代金をもって X に対して 2593 万 9092 円を弁済として支払った。その債務充当の結果、X の求償権の実体法上の残額（求償権元本合計）は 3057 万 2141 円（甲債権分求償権元本 885 万 0079 円、乙債権分求償権元本 2172 万 2062 円）となった。C は、平成 27 年 8 月 19 日、予備的届出として、「破産債権者表（個別）」（以下「本件破産債権者表」という）記載のとおり、求償債権 2593 万 9092 円の届出をした。

Y は、本件債権調査期日での認否において、X 届出の破産債権のうち一般破産債権部分に当たる 5624 万 0102 円について全額を認めたが、配当額を決定するにあたり X が現実に有する債権額のうち劣後的破産債権である開始後の損害金を控除した求償債権元本合計 3057 万 2141 円を上限として X に配当することとし、X に対する計算上の配当額がこれを超過する部分は C に配当することを内容とする配当表を作成した（配当率 80.236%）。これに対して X は、X 及び C に対する配当額につき更正を求めて本件異議を申し立てた。

原原審は、手続開始後に破産者以外の全部義務者が弁済したことにより超過配当が生じうることが破産管財人に明らかな場合にまでこれを全く考慮しないのは不当であり、超過部分を全額 X に配当すると、X が相当額の劣後部分を有していることから、事実上この劣後部分に充当されて不当な結果となること、超過部分を破産財団に帰属させ一般債権者への弁済に充てるとすると、本来この超過部分は C の求償権に対応するにかかわらずそれが一般の債権者の配当原資となり不当だと理由で、この部分（超過部分）について、物上保証人 C（求償権者）に配当すべきだとした破産管財人 Y の作成した配当表（本件配当表）による C への配当を正当とし、X の異議申立てを却下した。

X 抗告

原審は、超過部分を上記求償権者に配当することはできないとし、「破産手続開始の時における債権の額として確定したものを基礎として計算された配当額のうちの一部の配当により当該債権が消滅する以上、超過部分は、当該債権について配当すべきではなく、その他の破産債権について配当すべきである。」と判断して、原原審決定を取り消し、本件を原原審に差し戻した。

Y 許可抗告申立て（原原審決定が正当だとする）。

【決定理由】

「4 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

同一の給付について複数の者が各自全部の履行をする義務を負う場合（以下、全部の履行をする義務を負う者を『全部義務者』という。）について、破産法 104 条 1 項及び 2 項は、全部義務者の破産手続開始後に他の全部義務者が弁済等をしたときであっても、破産手続上は、その弁済等により債権の全額が消滅しない限り、当該債権が破産手続開始の時における額で現存しているものとみて、債権者がその権利を行使することができる旨を定め、この債権額を基準に債権者に対する配当額を算定することとしたものである。すなわち、破産法 104 条 1 項及び 2 項は、複数の全部義務者を設けることが責任財産を集積して当該債権の目的である給付の実現をよ

り確実にするという機能を有することに鑑みて、配当額の計算の基礎となる債権額と実体法上の債権額とのかい離を認めるものであり、その結果として、債権者が実体法上の債権額を超過する額の配当を受けるという事態が生じ得ることを許容しているものと解される（なお、そのような配当を受けた債権者が、債権の一部を弁済した求償権者に対し、不当利得として超過部分相当額を返還すべき義務を負うことは別論である。）。

他方、破産法 104 条 3 項ただし書によれば、債権者が破産手続開始の時ににおいて有する債権について破産手続に参加したときは、求償権者は当該破産手続に参加することができないのであるから、債権の一部を弁済した求償権者が、当該債権について超過部分が生ずる場合に配当の手続に参加する趣旨で予備的にその求償権を破産債権として届け出ることとはできないものと解される。また、破産法 104 条 4 項によれば、債権者が配当を受けて初めて債権の全額が消滅する場合、求償権者は、当該配当の段階においては、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ないものと解される。

そして、破産法 104 条 5 項は、物上保証人が債務者の破産手続開始後に債権者に対して弁済等をした場合について同条 2 項を、破産者に対して求償権を有する物上保証人について同条 3 項及び 4 項を、それぞれ準用しているから、物上保証人が債権の一部を弁済した場合についても全部義務者の場合と同様に解するのが相当である。

したがって、破産債権者が破産手続開始後に物上保証人から債権の一部の弁済を受けた場合において、破産手続開始の時ににおける債権の額として確定したものを基礎として計算された配当額が実体法上の残額債権を超過するときは、その超過する部分は当該債権について配当すべきである。

5 以上と異なる原審の判断には、法令の解釈適用を誤った違法がある。

しかしながら、以上説示したところによれば、相手方の異議申立てを却下した原々決定は不当であるから、原々決定を取り消して本件を原々審に差し戻した原審の判断は、結論において是認することができる。」

裁判官木内道祥の補足意見

「1 本件における配当表は、相手方の確定破産債権の額を配当手続に参加することができる債権の額とし、その額を基礎として各債権に配分した額を配当額とするべきであり、C の届け出た求償権（以下『C の求償権』

破産手続開始時現存額主義と債権の一部を弁済した物上保証人の求償権と配当手続(河野という。)については、配当手続に参加することができる債権の額、配当額とも0円とすべきである。

その理由は、基本的には、配当額の計算の基礎となる債権額と実体法上の債権額とのかい離を認める破産法104条1項及び2項によるものであるが、配当手続との関係においても、配当表は上記のとおりのもとならざるを得ない。

2 相手方の配当手続に参加することができる債権の額と配当額

相手方の届出債権(本件破産債権)合計5624万0102円は、債権調査において確定し、破産債権者表に確定債権額として記載されている。

破産法198条1項ないし3項は、異議等のある破産債権、停止条件付債権又は将来の請求権である破産債権、別除権付債権について配当手続に参加するための要件を規定しているが、これらの債権とは異なり、確定した破産債権は、破産債権者表の確定債権額としての記載が確定判決と同一の効力を有しており、債権者は確定債権額をもって配当手続に参加することができる。

したがって、配当表において、相手方の配当手続に参加することができる債権の額とされるべきものは相手方の確定債権額であり、その配当表に対する異議において、債権調査手続において述べるべき主張を事由とすることはできない。確定した破産債権者表の記載を変更する手続は破産手続内に備えられておらず、手続外で行われる請求異議の訴えなどによって確定判決と同一の効力が覆されない限り、確定債権額を配当手続に参加することができる債権額とする配当表が変更されることはないし、全部義務者から破産手続開始決定の後に弁済を受けた債権者については、破産財団に属する財産で外国にあるものによって破産手続開始決定の後に弁済を受けた債権者に対するような配当調整の規定(破産法201条4項)も設けられてはいないのである。

各債権者に対する配当額は、配当することができる金額(総額)を破産法194条の定める順位で割り振った額であり、本件では、本件破産債権はその他の一般の破産債権と同順位であるから、債権額の割合に応じて按分した額が配当額でなければならない。

Yの作成した配当表は、Xの配当手続に参加することができる債権額をXの確定債権としつつ、Xに対する配当額を按分額から1455万2667円を減額した3057万2141円としているが、そのように減額し得る法的根拠は存しない。

3 Cの債権の配当手続への参加の可否

Cの債権は、予備的なものとして届け出られ、Yは『本件破産債権が配当によって全額消滅することによる、破産法104条4項に基づく求償権の範囲内での原債権の代位行使という性質において』として、これを認めた。

予備的とする届出の趣旨、また、Yが認めるとした趣旨は必ずしも明らかではないが、本件破産債権が配当によって全額消滅することを停止条件とする債権が届け出られ、債権調査において認められたとしても、この債権をもって配当手続に参加するには、配当除斥期間内に停止条件が成就していなければならない。配当除斥期間内に配当が実施されるはずがなく、本件破産債権が全額消滅することもないから、配当除斥期間内の条件成就はあり得ない。Xが残債権を全額消滅させるに足る配当請求権を取得することが停止条件であると解しても、Xが配当請求権を取得するのは、破産管財人からの配当通知によってであり、それは配当表が確定した後になされるのであるから、その条件が配当除斥期間内に成就することもあり得ない。

また、前項で述べたように、Xは、本件破産債権の全額をもって配当手続に参加することができるのであるから、請求異議訴訟などによってそれが変更されない限り、Cの債権は、予備的あるいは条件付とされるのがいかなる趣旨であったとしても、これをもって本件破産債権と並んで配当手続に参加することはあり得ないのである。」

抗告棄却

【研究】

1 本件は、債務者に対する破産手続が開始した後に、破産債権の物上保証人がその担保不動産を売却した代金をもって債務の一部を弁済として支払い、それにより求償債権が発生したことからこれを破産債権として予備的に届け出たが、後の破産債権の配当手続で算出された破産債権者への配当額が、確定破産債権としての残額を超えて余剰を生じる結果となることから、管財人が余剰金を物上保証人に配当するとした配当表の適否が問題となったケースである。

原原審は、余剰金を求償権者に配当すべきだとした本件管財人作成の配当表を承認した。しかし、原審はそれを否定して、余剰金を他の破産債権

破産手続開始時現存額主義と債権の一部を弁済した物上保証人の求償権と配当手続(河野)

者への弁済の原資として破産財団に組み入れるべきだとした。これに対して本件最高裁は、そのいずれの処理方法をも否定し、それを、弁済を受けた破産債権者へ配当すべきであり、それによって当該債権者が届け出破産債権を越えた額を取得してもやむを得ないとしたうえで、その調整は破産手続外での不当利得請求に委ねられるべきだとする。従来この点について問題点の指摘はなされていたものの、立ち入った本格的な検討がなされていたとも言い難く、本件でも各審級でそれぞれに異なった見解を採用している点からも、そこには実務の混乱が反映されていたといえる。

本件決定は、破産債権の行使に際して基本となる原則である〈破産手続開始時現存額主義 (Nennwertprinzip = 手続開始時の債権名目額主義)〉の理解とそれから派生する問題につき、最高裁がその基本を示した判例である。しかし、本判決でそのすべてが解明されたわけではなく、なお不明確な点も残されている。本件最高裁決定で採用された立場からは直接に示す必要がなかったにせよ、付随して生じる配当手続外での劣後債権の取扱い等、具体的事件処理の上で生じうる破産手続外の実体的な処理等についてもなお明確化が求められる。これらをトータルに解明するには、それがこの基本原則自体の理解に深く関連することから、全体を整合的な取り扱うための方向性と基本的指針を明らかにする必要がある。そのためには、単に本件で直接問題となった、剰余金の配当先といった破産手続上の処理だけでなく、関連する求償権の処理についても、この原則の理論的基礎に遡っての検討が不可欠である。

2 (1) さて、一般に債務者への破産手続開始決定があると、(破産)債権者(破2条6項、5項)がその債権を行使するには、原則として破産手続への参加によらなければならない(破100条1項)。破産債権者が破産手続に参加するには、当該債権を「破産債権」として手続上届け出る必要がある(破103条1項、111条)、届け出られた債権については破産債権確定手続を経て、破産財団からの配当を受けることができる(破193条1項)。

その際、特に破産債権に数人が各自全部の履行をする義務を負う場合については、破産法は特別の規定を設けている。それによれば、債権につき数人が各自全部の履行をする義務を負う場合にその全員又はそのうちの数人若しくは一人について破産手続開始の決定があったときは、債権者は破

産手続開始の時に有する債権の全額についてそれぞれの破産手続に参加することができることと定め（破 104 条 1 項）、この場合に、他の全部義務者が破産手続開始後に債権者に対して弁済その他の債務を消滅させる行為をした場合にも、その債権の全額が消滅した場合を除き、債権者は、破産手続開始の時に有する債権の全額についてその権利を行うことができると定める（破 104 条 2 項）。そして、この規定は物上保証人が存在する場合についても準用されている（破 104 条 5 項）。

これは、いわゆる〈（破産）手続開始時現存額主義〉といわれる原則であるとされている（もっともこの原則の本来の適用領域は、伝統的には 1 項のみであったが、わが国の現行破産法では旧破産法上の支配的見解に従いその対象を拡張し、破産法 104 条 2 項を付加した。後述、3（1）参照）。それによれば、手続開始後に手続外でなされた全部義務者からの破産債権者への弁済は、実体法上はそれによって破産債権が減少するとともに、その分は弁済者からの破産財団に対する求償権に転化するはずであるが、当該破産債権者が破産手続での破産債権の届出による行使をしている限り、破産手続外での弁済によって破産債権全額が消滅する場合を除き、破産債権者の債権届出額には影響せず、手続開始時に有した名目額を維持して配当にあずかりうる（手続開始時現存額）とされる。

この規定の趣旨は、一方で、複数の全部義務者によって保護された債権者を破産手続においてもできるだけ保護する必要があること、また他方で、当該債権につき全部義務者が行った弁済がなお債権の一部であることから、このような債権者保護のためになお債権者に手続開始時に存在した債権額での手続上の行使をみとめつつ、他方では、無条件で破産手続上も当該求償権者の求償権行使を認めれば、破産手続上は、両者は一個の債権としての価値を有するに過ぎないのに結果的に主債権者と求償権者とに重複した債権行使と配当がなされ、重複した価値を承認する可能性が生じ、他の一般債権との関係で不公平となることから、このような破産手続上での重複行使を禁止し、その行使を一本化したものと理解されている。そのような不都合を回避するため、この原則によれば、手続外での弁済の結果としてなお未弁済部分が残っている限り、その弁済は後の当該破産手続での配当では考慮されないとされる。この原則を採用した結果、全部義務者が手続開始後に手続外で一部弁済をしても、それは手続上に反映されない

破産手続開始時現存額主義と債権の一部を弁済した物上保証人の求償権と配当手続(河野)

ことになるから、場合により手続外でなされた弁済金額と、破産手続上当該破産債権者になされることとなる本来の配当額を合算すると、債権者が取得し得るはずの本来の破産債権額を超過する事案が生じうる。このような現象は、特に破産手続外での他の全部義務者による弁済が、破産手続での配当に先行して行われた場合に生じうる現象である。これに対して、当該破産手続での配当が先行し、その後に全部義務者が手続外で弁済をする場合は、全部義務者はその配当後の残額を弁済することになるにすぎないからこの問題は生じない（その際の手続外でなされる弁済額は、手続開始後に実体法上発生する利息や損害金を含み、破産手続上一般債権として届出た金額に限定されない。）。これを単純な事例で示せば以下ようになる。

例：破産債権者 A の破産手続開始時の破産債権額を 1000 万円とする。その手続開始後に、この債権の連帯保証人（又は物上保証人）B が債権額の一部である 700 万円の弁済をしたと仮定する。その後の破産手続での A への配当額が 500 万円と決定した場合、そのままこれを A に配当すると、A は総計 1200 万円を取得する結果、本来有した債権額を超えた利得をすることになることからこの超過分 200 万円をどのように処理するかが問題とされてきた（配当手続が先行すれば、保証人は債権者に残額 500 万円を弁済すればよい。ただしその際、これは専ら実体法上の処理であるから、当然にその間に生じた利息等もまた弁済をしなければならないことになる）。

本件最高裁は、この、手続外で物上保証人が弁済したことにより、なお残された債権残額に対して破産手続上算定された配当金額を合算すると、当該破産債権者が実質的に取得する金額がその本来の債権総額を超過することになる場合に、その超過部分をどのように取扱うべきかにつき判断したものである。それによれば、手続外での弁済結果は無視して、この原則どおりに適用して、手続上確定した破産債権に基づいて（あるいはその限りで）破産債権者に配当すべきであること、それを配当手続において、手続外で弁済をした求償権者に直接配当することも、これを破産財団に組み入れて他の一般債権者への配当を行うこともできないとした。その結果、実体法上は破産債権者（本件では、債権者 B が Z 債権の損害金を除く全額を取下げたため、求償権者たる保証人 X）が配当によって受け取る金額

と手続外で弁済を受けた金額の総計が結論的には本来の債権額を超えることになるが、その超過部分の調整について本件判決は〈なおお書き〉で、「なお、そのような配当を受けた債権者が、債権の一部を弁済した求償権者に対し、不当利得として超過部分相当額を返還すべき義務を負うことは別論である。」と述べ、求償権者への調整は破産手続における配当手続では行わず、破産手続外で専ら、直接に物上保証人から破産者に対する不当利得の返還請求権行使によって調整すべきだとする。従来、争われた点に一定の解決準則を示した点で破産手続上重要な意味を持つ。

(2) この問題の取り扱いに関して、従来学説は割れていた(従来の学説の詳細な紹介と分析は、山本研「手続開始時現存額主義により生ずる超過配当額の処理」『伊藤眞先生古稀祝賀論文集・民事手続の現代的使命』(有斐閣・2015) 1203頁、1208頁以下)。従来主張されてきた見解を、配当先を基準としてみれば大別して次の三説であった。

- ① 超過した余剰金をそのまま破産債権者への配当金とすべきとする見解(以下、適宜「破産債権者配当説」という。伊藤眞=松下淳一=山本和彦編『新破産法の基本構造と実務(ジュリスト増刊)』(有斐閣・2007)(以下『基本構造』) 368頁、370頁〔田原発言〕、竹下守夫編集代表『大コンメンタール・破産法』(青林書院・2007) 442頁〔堂園幹一郎筆〕、山本研「前掲論文」1203頁) この見解の基本的な考え方は、配当金は手続開始時に破産債権者が有する確定破産債権を基準として算定された額を配当すべきであり、手続開始後になされた弁済がその一部にとどまる限り、それは配当手続では考慮しないという原則を貫徹し、この場合に債権者について生じうる余剰金は不当利得返還請求権により手続外で、弁済をした求償権者と債権者との間で処理すべきとする。
- ② 超過部分につき求償権者への配当を認めるべきとする見解(以下適宜「求償権者配当説」という。旧法上は、会社更生法に関して、兼子一監修『条解会社更生法(中)』(弘文堂・1973) 364頁。現行法に関して、『基本構造』 365頁〔沖野眞己発言〕、367頁〔山本和彦発言〕、松下淳一「開始時現存額主義に関する若干の覚書」『高橋宏志先生古稀祝賀論文集・民事訴訟法の理論』(有斐閣・2018) 1315頁) この見解の基本は、実体法上手続外の弁済により、本来、債権者の債

権は弁済をした全部義務者に移転しているが、破産手続上は債権者が優先して弁済を受け得るものの、債権者が完全弁済を受けた以上、超過部分は求償権を有する全部義務者に配当することが実体権を反映しており適切だとする。この見解は、超過部分の取り扱いもまた破産手続上の配当手続に取り込むことが、実体的権利関係との齟齬を解消する必要から妥当だとする。もっともこの取り扱いが認められるには、求償権者が破産手続上でその求償権についての届け出をしなければならないが、果たしてそれは可能なのか、またその方法については様々な提案がなされているが、それらにはなお手続上不明確な部分が残されている。また、この見解に対しては、その前提とする実体法上の権利関係とのかい離の解消が適切だとし、それを求償権者への配当によって実現するというが、その場合に予定する「実体法上の権利関係」がどのように把握されているのか、その前提がそもそもこの基本原則と適合的であるか等の基本的な点についてもなお検討の余地がある（この点につき、後述、2（3）末尾、3（2））。

- ③ 余剰金は破産財団に帰属するものとして他の破産債権者をも含めた配当をすべきとする見解（以下適宜「破産財団帰属説」という。旧法上は、谷口安平『倒産処理法〔第2版〕』（筑摩書房・1985）168頁。現行法では、松下満俊「破産手続における開始時現存額主義をめぐる諸問題」岡正晶＝林道晴＝松下淳一監修『倒産法の最新論点ソリューション』（弘文堂・2013）133頁、伊藤眞『破産法・民事再生法〔第3版〕』（有斐閣・2014）286頁） 超過部分を債権者に配当するとその部分は他の債権者や破産財団との関係で不当利得となるから、管財人はこれを債権者には配当せず、また配当した後でも破産管財人に返還させて他の一般債権者への配当原資とすべきだとする。また、「単一ないし複数の倒産手続を通じて債権全額を超える弁済がなされてしまったときは超過分は最後の手続との関係で不当利得（債権者に故意・過失あれば損害賠償）となる」との理由付けもある（谷口安平『前掲書』168頁）。この見解は、専ら手続外の弁済が倒産手続で行われたことを想定しており、そこでの全額での債権行使は是認されるが、最後の（当該）倒産手続での配当に際しては、債権者は余剰部分を辞退することが必要だとの見解であ

ろう。なお、旧法では新法2項に該当する規定はなく、当該破産手続外の弁済はもっぱら倒産手続が前提であった（以下、3(1)参照）。本件で各審級裁判所が採用した見解はそれぞれで異なり、上記各立場に分かれた。原原審は②の見解を採用したが、原審はこれを取り消して③の見解を採用した。これに対して本件最高裁は、①が正当であるとした。

(3) この、超過部分の処理方法をめぐっては、すでにいくつかの観点の違いと問題点が指摘されている。

第一は、名目上配当を受ける権限を有する破産債権者がその現に有する債権額以上の弁済を受けた場合、そもそも誰との関係で不当利得となるのかという点である。①及び②はいずれも、手続外で弁済をした求償権者との関係で不当利得が成立するとするのに対して、③は、当該破産手続における破産財団（その一般破産債権者）との関係で不当利得を認める。

求償権者との関係で不当利得を肯定する見解によれば、手続開始時現存額主義は、そもそも手続上での配当を問題とするのであり、それは、確定した破産債権額が基準となる。手続外でなされた弁済が一部である限り、実体法上求償権者に移転した部分についても債権者が破産手続上で権利行使を継続し得るから、管財人は配当に当たって超過の有無を問題とする必要はない（また超過がなければそもそもこの問題は生じない）、したがって最終的にそれを破産財団に留保すべきではなく、求償権者との関係で不当利得を認めるべきだとする（山本研「前掲論文」1216頁以下）。

第二に、超過部分が求償権者との関係で不当利得になるとした場合、その処理を破産手続内で行う必要はなく専ら債権者と求償権者との間で、手続外で行うのか（前記①）、あるいはそれを、破産手続内での配当手続において、破産管財人の主導のもとに行い、破産管財人がその処理義務を負うのか（前記②）が問題とされる（山本研「前掲論文」1221頁以下）。

債権者への配当額と、全部義務者等から手続外で一部の弁済を受けた金額を合算するとその総額が債権者の有する債権残額を超えることになった場合、求償権者は、債権者の債権が全額消滅することによって初めて破産手続でその求償権を行使し得るから、配当によってはじめて債権者の債権が全額消滅することになるこの場合には、求償権者は、もはや届出名義の変更により手続に参加することはできないと理解するのが一般である（本件、木内道祥意見はこの点を指摘して、②の見解を否定する。同旨、山本

破産手続開始時現存額主義と債権の一部を弁済した物上保証人の求償権と配当手続(河野)

研「前掲論文」1223頁)。この見解によれば、手続上管財人が配当手続で超過部分の調整をする必要はなく、またそれはそもそもできないことになる。

これに対して、②の見解は、その調整義務を破産管財人が負うべきだとするが、その立論の前提は、破産手続開始後手続外でなされた一部弁済により弁済者には求償権が発生するが、これを求償権者が手続上で行使できないのは、債権者がいまだ全額の弁済を受けていないことから同一の債権につき重複の債権行使を排除する限度で求償権行使が禁止されるにすぎないのであり、債権者が全額弁済を受けたそれ以上の配当が不当利得となるのに更に配当するのは不当で、最早求償権者の求償権行使を否定する理由はなく、むしろそれを手続上も許容するのが実体権に沿った手続処理方法だとする(松下淳一「前掲論文」1325頁以下)。

第三に、以上の各観点は、求償権者の求償権行使を前提とするが、そのような求償権行使を破産手続上で承認するには、すくなくとも手続上その扱いが認められなければならない。②の見解では、求償権者が破産手続上で自己の求償権を行使する方法を明示する必要があることからそのさまざまな提案がなされてきた。またこの点について③の見解は、調整権限を求償権者ではなく破産管財人に課しているが、そのうちで少なくとも旧法上主張されていた見解は、そもそも求償権行使が考えられない平行した破産手続の事例を念頭に置いた(手続開始時現存額主義の基本形。旧破産法24条、現行破産法104条1項)とみられる。この場合は、新法で拡張された同条2項とはやや異なる点があり、その扱いは別途検討を要するといえよう。

第四に、本件最高裁判決は、超過部分の処理を専ら債権者と求償権者との間での、破産手続外での不当利得による処理に委ねた。したがって、この場合には、求償権者が弁済により取得した求償権を破産手続上で行使する場合の権利関係と、破産手続外での債権者との直接の関係で生じる権利関係とでは別個の取り扱いがなされることから、両者は別個の検討が必要である。前者は、破産手続上の権利行使に伴って生じる手続上の関係であり、そこでは専ら他の債権者との債権者平等に伴う破産手続上の制約が反映されなければならない。これに対して後者は、そのような他債権者との債権者平等扱いという手続的制約はなく、むしろ専ら債権者が複数の全部義務者により取得している実体法上の優越的地位を主張することに伴う調整ができることとなるはずである。

(4) いずれにせよ、本件では、手続外で弁済をした者は物上保証人であり、また、その者が破産手続上で予備的にせよ求償権を行使したケースであった。手続開始時現存額主義と、その結果発生する求償権の取り扱いをトータルに見渡すためには、今一度この原則に立ち返り根本的な検討が必要である。

3 (1) そこで、破産手続開始時現存額主義を定める現行破産法 104 条について、今一度その基本を確認しておこう。

同条は、旧破産法（大正 11 年 4 月 25 日法律 71 号）24 条及び 26 条を一体化し、更に一部を補充したものである。同条 1 項は基本的に旧法 24 条を基礎としており、「数人が各自全部の履行をする義務を負う場合において、その全部またはそのうちの数人若しくは一人について破産手続開始の決定があったときは、債権者は、破産手続開始の時において有する債権の全額についてそれぞれの破産手続に参加することができる」と定めて、規定の文言上直接には、全部義務者の数人又は一人について破産手続が開始された際の手続参加につき手続開始時の名目額で参加することができる旨を定め、主として割合的弁済によるリスクの軽減を念頭に置いた規定である。この規定はドイツ旧破産法（Konkursordnung vom 10. Feb. 1877 in der Fassung vom 20. Mai 1898）68 条（同草案 61 条）に倣ったものであり、これが＜手続開始時現存額主義＞といわれる原則を定めた規定の祖型である。また、わが国現行破産法 104 条 2 項は、今回の立法に際して挿入された新設規定であり、1 項を承けて、「他の全部の履行をする義務を負う者が破産手続開始後に債権者に対して弁済その他の債務を消滅させる行為（以下この条において『弁済等』という。）をしたときであっても、その債務の全額が消滅した場合を除き、その債権者は、破産手続開始の時において有する債権の全額についてその権利を行使することができる」と定めた。この場合は、全部弁済の可能性も期待できる点で異なる。ドイツ旧破産法やわが国旧法ではこの点について規定がなく、破産手続によらない「弁済」まで含まれるかは不明確であった。

ドイツ旧破産法立法時には、この点につき議論があり、破産手続開始後の他の義務者についてはその全員につき破産手続による配当による必要があるのではないかが問題とされた。しかし、ドイツの立法者は、当時の各

破産手続開始時現存額主義と債権の一部を弁済した物上保証人の求償権と配当手続(河野) 国の比較法的検討により、この原則の適用範囲につき、すべての全部義務者について破産手続が行われる必要はなく、そのうちの一人でも破産手続が開始すればこの原則の適用があるとする中間的立場を採用し、それが公平にかなっていると説明していた (Vgl. *Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 4 Materialien zur Konkursordnung, Begründung der Entwurf, S. 267*)。

しかし、わが国では、手続開始後に他の全部義務者が行った「弁済等」を破産手続における配当のみに限定することに十分な合理性を見出すことも困難だと理解のもとに、この原則の適用につき、そのような他の破産手続の開始を要するとする限定は設けない見解が一般的であったことから、現行破産法では一般的な「弁済等」についてもこれと同趣旨の規定を置いて同1項と同一取り扱いをすることを明示したとされる。さらに同条3項は、旧法26条を踏襲し、保証人への権利行使とその求償権行使について定める。4項は旧法26条2項を若干修正して規定し旧法上の規定の不備を補足して明確化を図った。また、同条5項は、直接債務を負担しない物上保証人を全部義務者と同視したが、これは、同趣旨の最高裁判決(最判平成14年9月24日民集56巻7号1524頁)を立法化したものである、と説明されている(以上の点に関する立法担当者の解説につき、小川秀樹編著『一問一答・新しい破産法』(商事法務・2005)151頁以下)。このような現行法の立場は、債権回収につき実体法上の優先的地位を有する破産債権者に、破産法上も優先的地位を承認したことになる。

本件は、破産手続外で物上保証人が破産手続開始後に担保物件の売却により「弁済」をしたケースであることから、現行法において新たに明文規定で補充された104条4項及び同2項にかかわる事案であった。一般の理解によれば、この場合についても<手続開始時現存額主義>が適用される事例であることに変わりはないが、ここでは特に求償権の問題がクローズアップされる。とくに、手続外で全部義務者または物上保証人が弁済をした場合にはこの者の求償権に基づく事後調整の問題が重要な論点となりうることから、破産手続による弁済の場合とを単純に同一視して論じることができないであろう。

(2) この<破産手続開始時現存額主義>を定めたドイツ旧破産法68条(草案61条。わが国現行破産法104条1項参照)の適用については幾つか

の前提があった。

まず、ドイツ旧破産法には、破産手続で行使し得る「破産債権者」 (§ 3 KO)、「破産債権の順位」 (§ 61 KO) についての規定と共に、「破産債権」に含まれるものは元本債権だけでなく、①手続開始前に債権者に生じた費用、②契約上の違約金、及び、③手続開始までに発生した利息は、主たる債権と同一の地位を有すること (§ 62 KO, § 55 Entw. KO = 「付随的債権」) を明示する規定があった。そしてそれとの関係で反対に、「破産手続で主張することができない債権」として、①手続開始後に発生した利息、②個々の債権者がその破産手続に参加するために要した費用、③罰金、④破産者が生前又は死因贈与から生じた債権を挙げており (§ 63 KO, § 56 Entw. KO = 「手続から排除される債権」)、手続上行使することのできる破産債権について、特に配当との関係で明示の規定を置いていた。

もっとも現行ドイツ倒産法はこれらの諸規定を再編した。それは、新法が財団財産から破産債権の割合的弁済を主目的とする破産手続だけでなく、債権債務関係を再生計画により調整する再生手続をも含んだ規定となったこと、破産免責規定が導入され、劣後債権を破産債権としてその対象とする必要があること等から、破産債権の概念が劣後債権を含んだものに拡張されたため、「破産手続で主張することができない債権」といった概念は消滅している。その結果、破産手続開始時現存額主義を定める新倒産法 43 条に続き、同 44 条では、「全部義務者及び保証人は、債権者の満足によって将来取得する可能性のある債権を、債権者がその債権を主張しない場合に限って、倒産手続で主張することができる。」と定める規定を新たに置いた。この規定は、ドイツ旧和議法 33 条に依り、手続開始後、手続外で行われる弁済によって発生する可能性のある将来の求償権行使を限定付で承認し、債権者の破産債権行使との関係で、当該債権の重複行使を禁止するものである (Vgl. Kübler-Prütting Hgg., Das neue Insolvenzrecht, Bd. 1, RWS-Dokumentation, 1994, S. 212)。これは、わが国の旧破産法 25 条と同趣旨であり、現行破産法 104 条 3 項に対応する。

破産手続内の処理のみを念頭に置いた場合、そこでは債権者の債権を完全に満足するのに不十分な破産財団からの割合的配当を前提としていることから破産債権者間では債権者平等原則が働き、これとの関係で、各破産債権者が破産手続上行使しうる債権額の基準は限定され、それぞれが実体

法上有する債権の行使は制限されざるを得ない。また、破産手続における破産債権の確定手続構造も、個別的破産債権につき、その実体的権利につき裁判所が個別的に判断をするシステムを取ってはならず、各破産債権者による破産債権の届出と、他の破産債権者及び破産管財人からの異議の有無を前提とする集団の手続構造となっている。このような手続構造のもとでは、そもそも手続上、個々の破産債権者が届け出によりその差権を行使するためには、破産債権の行使要件が形式上明確である必要がある。このような観点から見れば、ドイツ旧破産法が明示した上記基準は、〈破産手続で行使しうる「破産債権」の範囲〉を明示しており、なお今日でも十分にその意義を有する。

第二に、破産手続開始時現存額主義は、破産債権につき複数の〈全部義務者〉がいる場合の処理方法に関する基本原則である。そこで前提とされた「複数の全部義務者がいる場合」においては、債権者は当該債権の回収につき、他の一般的な場合のように単一の債務者の責任財産が担保となるのとは異なって、複数の者の複数の責任財産で担保された実体法上有利な地位が保障されている。本決定は、その趣旨及び機能について、「複数の全部義務者を設けることが責任財産を集積して当該債権の目的である給付の実現をより確実にするという機能を有する」点にあると説明する。債権者は、特定の債権につきその他の者の責任財産をも引き当てにすることによって、特に債務者に破産手続が開始したことによって発生する自己の債権の完全回収の困難（割合弁済の甘受）を回避し、より確実に債権の回収が可能となる。その結果、債権者の債権行使は、破産手続においてなす債権回収と、破産手続外の債権回収とでは大きな相違が生じる。破産手続での債権回収の場合、債権者は、破産手続での債権届出にあたり、債権は破産手続開始時に存在する現存額に限定されるから、手続開始後に増大した債権部分はそもそもその回収の対象にはなりえない。これに対して、手続外で他の全部義務者に弁済を求める場合にはそのような制約はなく、その場合の弁済充当も一般的な実体法に基づいて行われるから、具体的弁済の時までに発生した利息も当然に弁済充当の対象となりうる。また、手続外で弁済に応じた求償権者からの求償債権においては、その弁済によって実体法上求償権が発生し、本来の債権が法上当然に移転したものとみなされる。しかし、その求償権を破産手続上配当手続で行使する場合には、債権

者が求償権者から手続外で取得した弁済のすべてがその対象となるのではなく、あくまでも破産債権者が届出をした額が基準であり、それが「債権の全額」である。それが手続外で弁済されれば、破産債権者は当該債権を破産手続上で行使しうる地位は残されていないから、求償権者に、実体法上移転した求償権を破産手続で行使することを認めても、一個の債権の価値を重複して行使することにはならない。こうして求償権者が手続上行使しうる金額は債権者の「届出債権額」が直接の対象であり、それは実際に弁済した金額とは実体法上、権利関係がかい離している。したがって、手続上で求償権者に対して余剰金を配当することによる不当利得の調整が可能とする場合には、あくまでも、この手続開始時現存額主義によって発生し、特に債権者平等との関係で課される、重複配当の禁止との関係で発生する限度での「実体法上の権利関係とのかい離」を解消することが念頭に置かれている。しかし、この調整はなお一面的である。

これに対して、債権者と求償権者との間で直接に発生する実体的権利関係と、この原則の適用によって発生する権利関係との「かい離」は、より根本的である。そこでは債権者は、本来破産法が破産手続において採用する〈手続開始時現存額主義〉を考慮することなく、他の全部義務者に対してその弁済時に現存する債権全額を請求しうるはずである。この純粹に実体法上の権利関係と、手続上予定された手続開始時現存額主義によって発生する権利関係とのかい離現象は、この制度の採用によって制度上当然に発生しうるものである。

このようなかい離現象と、その解消のための処理は、手続上の処理か破産手続外での処理かで異なる意味を有し、二元性を有する。この二元性は、特に求償権行使が問題となる場合に発生し、破産法 104 条 2 項の明文化によってクローズアップされてきた問題である。

4 (1) 〈破産手続開始時現存額主義〉のもとにおいては、当該破産手続外での全部義務者の一部「弁済」により、債権者はその有する債権全額を超えた配当額の発生の可能性は当然に存在する。このような余剰部分発生の可能性につき、すでにドイツ旧破産法立法者はそれを認識して、次のように説明していた。

「〔破産手続上の配当により〕満足を受けた債権者の手元に、あるいは財

破産手続開始時現存額主義と債権の一部を弁済した物上保証人の求償権と配当手続(河野)

団の一つに余剰金が残される場合、連帯債務者間に存在する法律関係に基づいて、求償権が生じる。同じ求償権は、それに対して債権者が届出をしなかった財団に対しても生じる。一般には、手続終了後に債務者間で引き続き行われる調整は留保しつつ、上述の諸立法 [略] は、破産財団間での求償権を明文規定で排除している。しかしこのような規定は、ここではまさに前条の [理由] 末尾で示したように、あるいは不要であるとともに有害でもある。」という (Hahn, aaO. S. 268)。またそこで指摘する前条の箇所では、保証人又は共同債務者が弁済をしたことによる求償権については、一般規定により判断されると述べるとともに、「主債務者財産につき生じた破産が保証人への法律関係に対して及ぼす法律関係の効力は、破産手続の外にあり、したがって破産法の領域には属さない。」と説明していた (Hahn, aaO. S. 264)。

(2) <破産手続開始時現存額主義>が、他の全部義務者の一部弁済につき、それを破産手続に限定せず、一般化して「弁済等」に拡張する場合、求償権の取扱いがより重要な意味を持つことになる。

超過金の発生による求償権の取扱いは旧法上は例外事例であったが、現行破産法 104 条 2 項により破産手続外での弁済等をもこの原則に含めて明文化し、この原則の拡張が制度的に明確になった結果、超過金の発生による求償権処理を要する事例も無視しえないものとなった。その場合にも、本件最高裁の意見のように、その処理を専ら破産手続外での実体的権利関係に基づいて行うのだとすれば、最早その処理を破産手続内に組み込む必要はなく、専ら、債権者と求償権者との関係に委ねれば足りる。本件もこのような立場であり、それは、ドイツの立法者が破産手続開始現存額主義を採用した際の観念にも適合した理解であったといえる (もっともここでは求償権行使が稀な、破産手続間の調整が前提であったが)。

他方で、余剰金が発生した場合についても、それを破産手続内で考慮すべきだとする場合には、本件木内意見が述べるように、その破産手続上の整合性が問題となりうると共に、そこで調整される<実体的権利関係>の意味もまた問題となりうる。

ここで問題の余剰金の発生は、当該破産債権につき、当該破産者以外にも全部義務者を持つ債権者が、破産手続での最終配当がなされる前に (したがって破産手続での配当金額が未だ確定していない時期に)、破産手続

外で他の全部義務者から残金の一部を回収したが、後になされた破産手続における最終配当によって、配当されるべきとされる名目額を合算した額が、当該債権者の債権総額を超えて余剰が生じる結果となる場合である。破産手続内での処理を主張する見解は、最終配当によって発生する余剰金の処理において、手続外で弁済をした全部義務者の有する求償権のために、当該破産手続内でその行使を許し、配当手続への参加をみとめることが、この原則の適用の結果発生した「かい離」現象の解消のために有益だと主張する。その場合に、専ら調整の対象とされているのは、手続開始後に手続外で債権者への弁済に応じた全部義務者の弁済により発生した求償権のうち、破産手続で行使可能な求償権行使である。その場合の債権の「全額弁済」は、前述のように、債権者に破産手続で行使することが許された、手続開始時に現存する債権額に限定される。求償権者は、この金額を弁済充当の後債権者に完済したと認められる場合に初めて、債権者に代って破産手続内で求償権を行使することができることになる。

確定した最終配当案によって初めて明らかになった、債権者取得分の余剰金を、当該配当手続内で考慮することには、やはり手続上の困難がある。配当は、破産債権として確定した破産債権額につき、その債権者と債権額とを基準にしてなされる以上、そのような取り扱いは、論理矛盾であることは、木内意見の指摘する通りである。

もっとも、破産管財人は、債権者の自認や求償人からの問い合わせ等により、債権者には余剰金が発生するとの見込みがある場合の手続外での適切な処理のために、弁済をした全部義務者にその旨を通知し、その不当利得請求権行使を促す必要がある（参照、野村剛司編著『実践フォーラム・破産実務』（青林書院・2017）391頁以下）。

(3) これに対して、債権者と求償者との関係では、手続上の制約が発生しないから、その調整の対象は、専ら実体法上の権利関係である。したがって、弁済者からの不当利得請求に対し、債権者は、手続上は行使しえなかった劣後部分についてもその弁済を要求し、相殺処理をすることも可能となる。これは、まさに、債権者が債権回収のために全部義務者を設け、複数の責任財産による回収の可能性を設けたことによるメリットであり、他の破産債権者との債権者平等原則とは無関係である。

5 本来手続開始時現存額主義において、当該破産手続外でなされた弁済が他の破産手続における配当によるものであり、それと当該破産手続での配当額の総額が破産債権者の届出債権額を超える場合のその超過金の処理については、求償権行使による調整のみにゆだねることはなお問題がある。その剰余金は、別の既に配当をした破産手続との関係で、破産者に当該破産手続開始後に新たに発生した「新得財産」として処理しうるのである。また、法人破産により法人自体が消滅した場合、管財人は追加配当として処理しなければならないのか、あるいはそのような手続外での求償権処理が不可能だとしてそれを断念し、当該破産手続上で発生した財産として、破産管財人により追加配当のための原資とした処理がなされるのが問題となるからである。

従来、旧法上で主張されていた、前掲③の見解は、主としてこのような局面を念頭にその処理方法として、破産管財人は他の破産債権者のために、配当案の修正又は追加配当をすることが念頭に置かれていたようにも思われる。このことは、剰余金を受け取った破産債権者につき、その部分が不当利得になるにかかわらず、破産手続外での剰余金の処理の可能性が極めて薄い場合であることから、破産管財人がその部分の処理につき、破産財団に属する財産として追加配当の対象とすることは、それなりに理由があるともいえる。

本件最高裁決定は、求償権者が存在する場合につき、剰余金の処理を破産債権者と求償権者との手続外の処理に委ねたが、それを超えて、このような求償権行使自体が見込めない場合にまで、本件の判断の射程が及ぶとも考えにくい。これは、今後に残された課題であるが、この場合にはなお、破産管財人の剰余金に対する処理義務は残されていると解される。

〔補記〕

本件については、平成30年1月26日に開催された、全国倒産処理弁護士ネットワーク・九州ブロックの研究会において、染谷翼弁護士の極めて詳細で示唆に富んだ報告とその後の会員の活発な実務上の経験に基づく討論に接した。本稿の大筋は、その際、筆者が行ったコメントを基礎とし敷衍したものである。

