

判例研究

共同企業体の構成員の和議申立ておよび和議開始決定の前後にわたって他の構成員が取得した求償権をもってする相殺の可否

渡 邊 力

最高裁判平成一〇年四月一四日第三小法廷判決（平成六年（ホ）第二一三七号精算金請求事件）

（民集五二卷三号八一三頁、判例時報一六三九号一二二頁、判例タイムズ九七三号一四五頁）

【事実の概要】

X（原告・控訴人・被上告人）とY（被告・被控訴人・上告人）は、ともに建築工事の請負等を目的とする株式会社であるが、昭和六一年六月三〇日に、両者の損益分配（工事に要する費用負担を含む）の割合を各自二分の一とする特定工事の請負を目的とした共同企業体（以下、本件共同企業体とする）を結成した。同年八月七日に、本件共同企業体と訴外A組合との間で病院増改築工事の一部を代金三億六四〇〇万円で請け負う旨の契約が締結され、本件共同企業体によって当該工事は着工さ

れたが、工事完成前の昭和六二年二月二十七日に、構成員Xが本件共同企業体から脱退するに至った。Xは、翌二八日に和議開始の申立てをなし、その直後に、YはXの和議開始申立ての事実を知った。同年七月一四日、Xにつき和議開始決定がなされ、同年一〇月一九日、和議償権の一部免除等を和議条件とする和議認可決定がなされた。

そこで、Xは、同年二月二〇日頃、本件共同企業体からの脱退に際して、X・Y間で清算の合意——YがXに対して、X脱退の翌二八日の時点での出来高相当代金の二分の一を支払う旨の

合意——が成立していたと主張して、Yに対して出来高相当代金（一億七六二万七五二〇円）の二分の一（五三八一万三七六〇円）のうちの未払分（三四二六万三七六〇円）およびこれに対する遅延損害金の支払を求めて訴えを提起した。これに対して、Yは、Xの主張する清算合意の成立自体を争うとともに、予備的抗弁として、仮に当該清算の合意が認められ、YがXに対して支払うべき金銭債務が成立しているとしても、当該債務を受働債権とし、YがXに対して有する貸付金債権（三〇〇〇万円）および求償債権（九二四万八七四一円）を自動債権として対等額で相殺する旨主張した。なお、この求償債権は、本件共同企業体が下請会社などに対して負う工事代金債務のうち、本来Xが負担すべき部分をYが代わりに支払ったことによつて生じたものであるとされた。

第一審（岐阜地裁平成五年七月九日判決）は請求を棄却した。

Xより控訴。

原審（名古屋高裁平成六年七月一四日判決）は、Xの主張する清算合意の成立を認めた上で、Yの主張する相殺の抗弁のうち、貸金債権を自動債権とする相殺についてはこれを認めた。しかし、Xの和議申立てを知った後にYが弁済により取得した求償債権については、和議法五条により準用される破産法一〇

四条四号本文によつて許されないとし、貸付金債権（三〇〇万円）と和議申立てを知る前の弁済によつて取得した求償債権（六万三三〇〇円）の限度でYによる相殺の抗弁を認めて、Xの請求を一部認容した。これに対してYは上告したが、その理由は以下のようなものである。

和議申立て後になされたYの弁済は、その和議申立て以前の
本件共同企業体協定により導かれる連帯債務という法的性質に基づくものであるから、その結果として当然に生じるYのXに対する求償債権は、和議法五条により準用される破産法一〇四条四号但書にいう和議開始の「申立アリタルコトヲ知りタル時ヨリ前ニ生シタル原因」に基づく和議債権の取得に該当し、右求償債権による相殺は有効である。

【判旨】

破棄差戻。

① 構成員に会社を含む「共同企業体の各構成員は、共同企業体はその事業のために第三者に対して負担した債務につき、商法五一一条一項により連帯債務を負うと解するのが相当である。」

② 「連帯債務関係が発生した後に連帯債務者の一人が和議

開始の申立てをした場合において、他の連帯債務者が和議開始の申立てを知った後に債権者に債務を弁済したときは、右弁済による求償権の取得は、右にいう「和議開始の申立てを知る前の原因に基づく」ものと解するのが相当である。ただし、右の場合には、和議開始の申立ての前に求償権の発生の基礎となる連帯債務関係が既に発生しており、右のような求償権による相殺を認めても、和議債権者間の公平を害することはなく、和議開始の申立てを知った後に取得した債権による相殺を禁止する和議法五条、破産法一〇四条四号本文の趣旨に反しないからである。」

③ 「連帯保証人の一人について和議認可決定が確定した場合において、和議開始決定後の弁済により右連帯保証人に対して求償権を取得した他の連帯保証人は、債権者が全額の弁済を受けたときに限り、右弁済によって取得する債権者の和議債権（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することができる」と解されること（最高裁判平成三年（注）第四九一号同七年一月二〇日第二小法廷判決・民集四九卷一頁一頁）、右の理は、連帯債務者間の求償関係についても変わるところはないから、連帯債務者の一人について和議認可決定が確定した場合において、和議開始決定後の弁済により右連帯債務者に対

して求償権を取得した他の連帯債務者は、債権者が全額の弁済を受けたときに限り、右弁済によって取得する債権者の和議債権（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することができる」と解される。そして、右にいう求償権の行使には、和議債務者に対する履行の請求のみならず、求償権を自働債権として和議債務者の債権と相殺することも含まれるといふべきであり、右の限度で相殺を認めることは、和議開始決定後に取得した和議債権による相殺を禁じた和議法五条、破産法一〇四条三号の規定に反するものではない。」

【研究】

一 本判決の意義

本件の事案は、建設会社が建築請負を目的とした共同企業体を結成した場合に関するものであり、その構成員たる建設会社同士が訴訟当事者となっている。この点につき、本判決は、判示事項第二および第三点の前提として、共同企業体の負う債務の性質について、構成員が会社である場合には構成員の連帯債務となる（商法五一一条）とする（判示事項第一点）。具体的には、共同企業体は民法上の組合の性質を有するものとし、共同企業体の財産が共同企業体として負う債務の引き当てになる

とともに、各構成員は自己固有の財産をもって弁済すべき債務を負うところ、構成員が会社である場合には、構成員としての会社が共同企業体の事業を行う行為は、会社の営業のためにする行為（付属的商行為）に当たるとして、商法五一一条によって各構成員の連帯債務になるものとしている。以上の点について、下級審レベルで連帯債務と判断されたことはあったが、最高裁で判断されたことはなく、実務的にも重要な意味を有する判決である。

他方で、本判決は、以上の判断を前提としつつ、連帯債務者の一人が和議開始決定の下された他の連帯債務者に対して有する求償権を自動債権として、当該連帯債務者に対して負っている金銭債務と相殺することの可否について判断した最初の最高裁判決である（判示事項第二および第三点）。連帯債務者の一人が連帯債務の弁済をなした場合には、民法四四二条によって他の連帯債務者に対して求償権が認められる。そして、この場合において、弁済した連帯債務者（求償権者）が他の連帯債務者に対して金銭債務を負っているのであれば、相殺要件（民法五〇五条以下）を充たす限り、民法上の相殺は許される。しかし、他の連帯債務者が和議申立てをなし、その開始決定がなされた場合には、和議法五条の準用する破産法一〇四条による相

殺禁止との関係が問題となる。本判決は、この点について、求償権の発生時期を和議申立て認識後開始決定前（判示事項第二点）と和議開始決定後（判示事項第三点）とに分けた上で、和議（破産）法上の相殺禁止の例外に該当するとして、相殺を認める判断をなしている点で重要な意味を持つ。具体的には、前者の時期に発生した求償権については、和議債権であるということ为前提として、和議法五条、破産法一〇四条四号但書の場面に該当するとし、他方で後者の時期に発生する求償権については、和議債権とはならないことを前提としつつも、和議債権たる原債権との関係で行使要件・範囲をたてて、和議法五条、破産法一〇四条三号に反しないとして、いずれも相殺を認める判断を下すものである。その際、後者（判示事項第三点）について、最高裁昭和六二年六月二日第三小法廷判決（以下、昭和六二年判決とする⁽²⁾）の流れに沿った平成七年一月二〇日第二小法廷判決（以下、平成七年判決とする⁽³⁾）を引用し、連帯保証の場面で連帯保証人の一人が和議を申請した場合における、他の連帯保証人の求償権の行使要件・範囲についての判断をそのまま踏襲している点で、本判決は当該平成七年判決の判示内容をより定着させたことを示すものといえる。ただし、平成七年判決に対しては、学説より少なからず批判が寄せられていること

ろであり、本判決においても同様の問題が生じる可能性が存し、平成七年判決との関係を踏まえた上での検討が必要となる。

なお、周知のように、平成一二年一月二二日に民事再生法が公布されたが、その附則第二条で和議法および特別和議法の廃止が規定されている。そこで、本判決が今後同様の事案に及ぼす影響が問題となる。この点につき、本件で問題とされた条文に限ってみると、破産法二四条および二六条は民事再生法八六条二項で準用されており、また相殺の規定については、破産法一〇四条各号が民事再生法九三条各号にそのまま引き継がれている。したがって、本件事案に関して和議法下で存した問題状況については、民事再生法の下でも変わらず存在するものといえ、本判決および研究の意義も変わらないものと考えられる。⁽⁴⁾

二 判例研究

1 共同企業体の負う債務の性質について

特定の建築請負を目的とする共同企業体の負う債務の性質がその各構成員の連帯債務となるとする判示事項第一点は、最高裁としてのはじめての判断であり、共同企業体が結成された場合の法律関係を確定していく上で重要な判断であるといえる。

しかし、本稿においては、連帯債務者の求償権と和議法上の相殺禁止との関係についての判断（判示事項第二および第三点）に重点を置いて検討することとし、その前提たる共同企業体の法律関係については簡単に触れるにとどめたい。⁽⁵⁾

まず、本判決がその判断の前提として、共同企業体は民法上の組合の性質を有するとした点については、従来の最高裁判決を踏襲したにすぎない。⁽⁶⁾ この点に関して、学説上は組合説⁽⁷⁾、権利能力なき社团説⁽⁸⁾および民法上の組合に類似した法人格なき団体とする説⁽⁹⁾とが対立しているが、その中では組合説が通説であるとされている。⁽¹⁰⁾

本判決は、共同企業体の法的性質が組合であるところから組合員たる構成員の個人責任を導き、さらにその構成員が会社であるということから共同企業体のためにする行為は附屬的商行為であるとして、商法五一一条によって各構成員は連帯債務を負うとするものである。この判断について、共同企業体が組合そのものであるとして民法上の組合の規定をすべて適用するという趣旨ではなく、本件共同企業体の構成員の数とその結合関係を重視し、共同企業体の実態を考慮しつつ、構成員の個人責任を認めるために「基本的には組合の性質を有する」と述べているとみて、その個人責任を民法六七五条の解釈から

導いているとすれば、十分可能な理論構成であると思われる。さらに、構成員の個人責任の点については、民法上の組合の場合、通常その組合員は自然人を予定しており、各組合員が個人的に分割債務を負うと解されるところ、本件共同企業体においては構成員が建築工事の請負等を目的とする株式会社であるので、商法による修正が加えられ、各構成員が商法五一一条によって連帯債務を負うとする点についても、実態に即した解釈であると思われる。なぜなら、商法五一一条の趣旨は、商取引における債務の履行を確実にし、取引の安全を図ったものであるとされるところ¹⁰¹、本件共同企業体は構成員が建設会社であるので取引の相手方を保護する必要があるといえ、本条の趣旨に沿うものといえるからである。また、本条が適用されるためには、数人の債務者は一つの行為すなわち共同の行為によって債務を負担したことを要するとされるところ、本件共同企業体は単一の建築工事を共同で行っていたと認められるものであり、共同行為によって債務を負担したと考えられるからである。

以上より、判示事項第一点目については問題ないものと考えらる。

2 相殺の可否と範囲

それでは、共同企業体の各構成員が対外的に連帯債務を負うということを前提として、連帯債務者の一人が和議を申請した場合に、当該連帯債務者（和議債務者）が他の連帯債務者に対して有する金銭債権につき給付を請求したことに對して、他の連帯債務者が連帯債務を弁済したことによって生じる求償権をもって相殺の抗弁を主張しうるかという点について検討する。

(1) 総説

本判決は、まず共同企業体の構成員X、Y両者が連帯債務を負うということを判示した上で、YがXの和議開始決定の前後にわたって連帯債務を弁済したことにより、Xに對して「弁済額の二分の一の求償権を取得したと認められる」とする。

そもそも、連帯債務者のうちの一人が連帯債務の弁済をなした場合において、他の連帯債務者に對してその負担部分に応じて求償権が発生することは、民法四四二条から明らかである。したがって、和議開始決定の前後を問わず、民法の問題としては、連帯債務の弁済によって求償権を取得し、行使しうることになる。また、弁済をなした連帯債務者につき法定代位（民法五〇〇条）が成立すると解することが判例・通説とされる¹⁰³。な

お、連帯債務者間の求償権の成立要件として、負担部分をこえる弁済が必要であるか否かについては争いがあるが、本件におけるYは連帯債務の全額を弁済しているのであり、この点は問題とならない。他方、求償権者が当該求償権を自動債権とし、求償義務者が求償権者に対して有する債権を受働債権として相殺することも、民法における相殺の要件を充たす限りにおいて、民法上は問題がない。

以上のような民法の原則に対して、本件のように連帯債務者の一人が和議の申立てをなし、さらに開始および認可決定が下されたような場合には、和議法による規律に服することになる。本判決は、民法の規定によって求償権が発生しているということを前提としつつ、その求償権を自動債権として和議法上の相殺をなしうるか、そして相殺をなしうるとした場合にどの範囲で相殺を認めるか（和議条件に服するか）、という点について判断を下すものである。この際、求償権が和議債権となるか否かという観点から、和議開始決定の前後に分けて求償権による相殺の可否を検討しているものと思われる。具体的には、和議開始決定前に生じた求償権については、和議開始決定前に連帯債務が弁済されていることから、債権者の和議債務者への債権は和議開始決定の時点ですでに消滅しており、弁済者の

有する和議債務者への求償権のみが和議債権となりうるということである。これに対して、和議開始決定後の求償権については、和議開始決定の時点では債権者の和議債務者への債権は消滅しておらず、手続上この債権が和議債権となりうるものであり、和議開始決定の時点でいまだ生じていない求償権が和議債権となることはない、ということである。⁶⁴そこで、以下においても求償権の発生時期を和議開始決定の前後に分けて検討することにする。

なお、本判決は、和議開始決定後に生じた求償権の場面でのみ、平成七年判決を引用するものである。これは、平成七年判決において、和議開始決定後に生じた連帯保証人の求償権のみが問題となったからではない。後に検討するが、平成七年判決では、和議開始決定前に生じた求償権が和議債権となること、すなわち和議条件によって修正された範囲でのみ行使しうるということが当然の前提とされたことよって、和議開始決定後に生じた求償権の行使要件・範囲のみが、和議債権となるか否かという点に関連して正面から問題とされたということである。同様のことは本判決の事案についてもいいうることであって、先述したように、和議開始決定前の求償権が和議債権となることは当然の前提とされているといえる。そこで、和議開始

決定前に生じた求償権の行使について、平成七年判決がえて引用されることはなかったということができようであろう。ただし、平成七年判決と本判決とでは求償権の「行使」が問題となつていてという点では同様であるが、その行使の形態が履行請求と相殺の主張である点で異なっている。そこで、本判決では、平成七年判決で問題とならなかった点として、和議開始決定前の場面において、和議法五条・破産法一〇四条四号との関係が特に問題となったものといえる。

以上のことから、まず、和議開始決定前に生じた求償権の場面においては、当該求償権が和議債権となり、和議条件の範囲内で行使しうるということを前提として、本判決に独自の問題点である相殺の可否および範囲について検討を加える。次に、開始決定後の求償権の場面においては、平成七年判決との関係を考慮に入れつつ、求償権の行使要件および範囲についてまずは検討し、続けて、相殺の可否および範囲について検討することにした。

(2) 和議開始決定前に生じた求償権での相殺の可否

a 本判決は、他の連帯債務者が和議開始の申立てを知った後に債権者に債務を弁済したときは、右弁済による求償権の取

得は和議の「申立アリタルコトヲ知りタル時ヨリ前ニ生シタル原因ニ基ク」もの（和五条、破一〇四条四号）と解するのが相当である、とする。

先にも触れたように、和議開始決定前に生じた求償権が和議債権となることにはさしたる問題はなく、求償権者は当該求償権を和議債権として行使しうるのはずである。このように、和議条件によって修正を受けた和議債権としての求償権の範囲で相殺をなしうるということは、本来であれば和議債権者間の平等の視点に反することはないはずである。しかしながら、和議法においては、相殺の簡易決済機能および担保的機能を尊重するという視点に立つて、和議法五条によって準用される破産法九八条によつて、和議手続によらない相殺が認められている。このような「相殺の担保的機能への期待」と「和議債権者間の平等」との間の緊張関係を調整するために、和議法五条によって準用される破産法一〇四条各号において、一定の場合に相殺を禁止するとともに、同条二・四号但書において相殺を認めてもよい場合を規定している。

ここで判断の対象とされる求償権は、和議開始決定前に生じた求償権のうち和議開始申立てを知った後に取得したものであり、和議法五条によつて準用される破産法一〇四条四号に当た

場面である。⁰⁴このような求償権によってなされる相殺は、同条同号本文によって原則として禁止されるが、同条同号但書の要件を充たせば例外的に相殺をなしうることになる。本件において問題となるのは、求償権の取得が和議の「申立アリアルコトヲ知りタル時ヨリ前ニ生シタル原因」に基づいてなされたといえるか否かである。

b この点につき原審が否定の判断を下したことに對して、本判決は、このような求償権による相殺を認めている。その理由は、「和議開始の申立ての前に求償権の発生の基礎となる連帯債務関係が既に発生しており、右のような求償権による相殺を認めても、和議債権者間の公平を害することはなく、…和議法五条、破産法一〇四条四号本文の趣旨に反しない」というものである。理由の前半部分は、「①連帯債務関係とそこから生じる求償権との関連性について判断するものであり、後半部分は、②当該期間に取得された求償権で相殺を認めるにあたって実質的な判断をなすものである。」

(a) まず前半①の点について、繰り返しになるが、連帯債務関係を基礎として求償権が生じることについては民法四四二条より明らかである。確かに連帯債務者間に求償権が発生するこ

との実質的根拠については争いが存するとしても、その要件についてはほぼ争いはないといつてよい。これに對して、破産法上の観点からは、同法一〇四条四号但書にいう「前に生じた原因」に基づく債権取得をいかに捉えるかについて争いが存する。一方では、危機時期について悪意となる以前に生じた相殺への期待を保護するために、「前に生じた原因」を限定的に解して、債権取得を基礎づける直接の法律関係でなければならぬとする見解⁰⁷がある。これに對して、相殺の担保的機能を重視する立場から、担保のために自働債権を有するという当事者の意思に着目して、必ずしも直接的な債権取得行為には限られず、債権者の有する相殺の担保的機能を保護するに値する程度具体的な原因であればよいとして、「前に生じた原因」をある程度緩和して捉える見解⁰⁸がある。後者の見解によれば、債権者の有する相殺への期待の有無が判断規準とされることになり、連帯債務より生じる求償権についても、そのような期待が認められれば「前に生じた原因」に基づいて取得したということになる。他方、前者の見解によつたとしても、破産者に対する保証人が保証債務の履行に基づく求償権を自働債権として主張するときにも、保証契約は直接の法律関係とみなされるとしている。担保的機能を有する点で保証と連帯債務とを區別す

る必然性が認められないことに鑑みれば、前者の見解によつたとしても、連帯債務を弁済したことによる求償権の取得は直接的な債権取得行為に当たるといふことにならうから、本件事案の解決にあつても、連帯債務は「前に生じたる原因」に含まれることになり、両見解で差はなくなるものといえよう。したがつて、求償権の取得について、本判決が和議開始の申立て前に存する連帯債務関係を、当然に和議開始の「申立アリアルコトヲ知りタル時ヨリ前二生シタル原因」と判断していることについては問題ないものと考ええる。以上のように、いずれの見解をとるとしても、債務の発生を基礎づける法律関係が一義的に定まるものではなく、結局のところ、相殺を認めるべきか否かという実質的判断が重要となるといえよう。

(b) そこで、実質的な判断の点(後半②の判断)についてであるが、これは和議債権者間の公平という和議法上の基本理念との整合性を考慮するものである。そもそも破産法一〇四条四号但書によつて例外的に相殺を認める趣旨は、当該場合には債権者が危機時期にあることを知つて実価の下落した債権を取得したとはいえず、危機時期について悪意となる以前に生じた相殺への期待を確保するといふところにあるとされる。本件においては、共同企業体の負う債務(構成員の連帯債務)はXの和

議開始申立て前にすでに生じているものであり、Yがこれを全額弁済したことによつてXに対する求償権を取得しているのであるから、実価の下落した債権を取得したとはいえないであらう。

また、本件共同企業体は訴外A組合に対して請負代金債権を有しているが、これは共同企業体の代表者であつたと思われるYに対して一括して支払われることが予定されていたといえる。このYがXの部分をも含めて一括して代金を得ているという事実からすると、Yが共同企業体債務(連帯債務)を全額支払つたことも、これにより生じる求償権とYがXに対して支払うべき代金分とを相殺することを期待していたからであるといふるのではなからうか。このように、本判決の実質的な判断根拠も本件におけるYの有する相殺への期待にあつたと考えるならば、Yに相殺を認めても破産法一〇四条四号但書の趣旨には反しないものと思われる。

c 以上のように相殺が可能であるとしても、和議手続においては、自働債権の額がどの範囲で相殺に供されるのかを問題とすべきである。すなわち、自働債権たる求償権が和議債権となることを前提として、和議条件による修正を受けた範囲内で

相殺されるのか、あるいは和議手続外で全額相殺が認められるのか、という問題である。これは、和議法五条によって破産法九八条がいかなる場合に準用されるかという問題である。

これについて、本判決は「和議開始の申立てを知った後の弁済により取得したものは……相殺の自動債権とすることができると解される」とするのみであって、相殺をなしうる自動債権の範囲については言及していない。

この点につき、大審院時代の判決であるが、相殺に関する破産法の規定は、和議債権に関しては、和議認可決定の確定前に限り準用しうるものである、すなわち、和議認可決定の確定後は、相殺は和議条件によって変更せられた和議債権を前提としてのみ可能であるとするものがある。その理由は、もし、和議認可決定後も和議条件にかかわらずその債権全額をもって相殺できるとするならば、当該和議債権者のみ和議条件によらないで弁済を受けることになるだけでなく、和議条件は根底より破壊され、その円滑な履行は不可能となるというところに求められている。

学説では、当該大審院判決と同様の見解をとるものもあるが、相殺の担保的機能を重視する立場から、別除権者が和議条件に拘束されないのと同様に、相殺権者もまた和議条件に拘束

されないとする見解がある。後者の見解は、破産法九八条を和議認可決定の前後を問わず準用するものである。

以上に関して、すぐ後で触れるように、再建型の和議法と清算型の破産法との違いを強調するときには、極力相殺を認めない方向で議論すべきであり、たとえ相殺を認めるとしても、制限的に認める方向で考えるべきではないであろうか。本件において、先に検討したようにYの有する相殺への期待を尊重して相殺を認めるとしても、その範囲に関しては、前者の見解の方向に従い、他の和議債権者との平等の観点から、和議条件による修正を受けた範囲内で相殺を認めるべきものと考えられる。これは、履行期間の猶予に関する和議条件に従わない相殺を認めつつも、和議債権の減免に関する条件には従い、それにより修正された範囲内で相殺しようということである。

d 以上①②の点について、連帯債務関係が和議の申立て前に成立していれば、和議開始決定前に連帯債務を弁済することによって生じる連帯債務者の求償権は、民法上、当然に生じているものであり、さらに和議法上の観点からも、その取得が和議法五条・破産法一〇四条四号但書にいう和議の「申立アリタルコトヲ知りタル時ヨリ前ニ生シタル原因」に基づいて生じた

といえるものと思われる。したがって、和議開始決定前にその申立てを知ってなしたる弁済によって取得した求償権を自動債権とする相殺について、これを許容するという判示事項第二点については妥当なものと考えられる。ただし、相殺しうる自働債権の額については、本判決からは明らかでないが、和議債権額の減免に関する和議条件による修正の範囲内でのみ相殺が認められると考えるべきである。

なお、以上の議論は、和議法が破産法の多くの規定をそのまま準用していることから導かれる結論であって、和議法と破産法との違いを強調するときには、再建型の和議に清算型の破産の規定をそのまま準用することに疑問が呈されることになる。²³とりわけ相殺の規定を準用する場合には、和議債務者の再建を阻害する危険が大きいものと思われる。²⁴したがって、このような視点からは、そもそも相殺を認めるという結論自体に疑問がわくこととなる。この点については、先に述べたように、和議法五条による破産法九八条の準用の問題など、可能な限り解釈面に反映されるべきではあるが、最終的には倒産処理法の改正という立法的な課題となるべきものであり、もとより本稿において詳細な検討をなしうるものではない。²⁷

(3) 和議開始決定後に生じた求償権での相殺の可否

和議開始決定後に連帯債務を弁済したことにより和議債務者に対して生じた求償権での相殺について、本判決の判示内容判示事項第三点を簡単にまとめると次のようになる。まず、①和議開始決定後の求償権の行使要件および範囲について、平成七年判決をそのまま引用し、次いで、②当該平成七年判決における求償権の行使要件・範囲についての判断を相殺の場面にも適用するという二段構成の判断である。前者①の点は、本件のような連帯債務の事案に、連帯保証人間の求償権についての判断をそのまま踏襲するものである。これは、連帯債務者の一人が和議認可決定を受けた場合に、和議開始決定後における他の連帯債務者の弁済によって取得された求償権の行使要件・範囲について、最高裁がはじめて判断を下したことになる。また、この①の点を踏まえて、当該求償権の行使に相殺をも含める判断をしている②の点についても、最高裁としてのはじめの判断であり、和議法五条・破産法一〇四条三号との関係が問題とされている。そこで、以下では、まず①の点について平成七年判決を参照しながら和議開始決定後の求償権の行使要件・範囲について検討し、次いで②の相殺の可否について検討

する。

a 和議開始決定後に取得した求償権の行使要件・範囲について

まず、平成七年判決における求償権行使要件とその範囲について、その内容を具体的にみていきたい。詳細については、多数の判例評釈が出ていることからそちらに譲り、本判決との関連で重要と思われる点に絞ってまとめたい。事案の概要と判旨は次の通りである。

(a) 債権者Aが債務者Bに金銭債権を有しており、X、Y、Cの三名がそれぞれBの連帯保証人となっていた。その後、主債務者Bが事実上の倒産状態に陥った。他方、Yについて和議開始決定および認可決定がなされ、Cが無資力であったことから、XがYの和議開始決定の前後にわたって債務の弁済をした。以上の状況の下で、XがYに対して、民法四六五条一項の準用する同法四四二条・四四四条に基づいて、当該弁済により取得した求償権の行使を主張したというものである。

原審は、求償権の発生時期を区別することなく、和議開始決定の前後に生じた求償権について、一括して本件和議条件に服すると判断し、Xの請求を一部認容した。

これに対して、最高裁は、「連帯保証人の一人について和議認可決定が確定した場合に、和議開始決定後の弁済により右連帯保証人に対して求償権を取得した他の連帯保証人は、債権者が債権全部の弁済を受けたときに限り、右弁済による代位によって取得する債権者の和議債権（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することができる」旨の判断を示した。⁸⁹

この判決は、連帯保証人の一人が和議開始・認可決定を受けた場合における他の連帯保証人の求償権について、その行使要件および範囲について判断した最初の最高裁判決である。具体的には、和議開始決定前の弁済により取得した求償権を和議債権として行使しうることを当然の前提としつつ、和議開始決定後の弁済により取得した求償権の行使要件について、昭和六二年判決⁹⁰を参照して、債権者が債権全部の弁済を受けたときに限り行使しうるとしている点、およびその範囲について、弁済による代位の構成を用いて、和議条件により変更された債権者の和議債権の限度で求償権を行使しうるとした点で注目される。

以上をより実質的に捉えると、和議開始決定後に取得された求償権が和議債権とはならず、仮にその全額の行使が可能であるとするならば、一般の和議債権者との公平を害する結果とな

る。このような結果を回避するために、当該求償権の全額行使を認めず、原債権への和議条件による修正を「代位構成」を用いることによって求償権にも及ぼそうとするものであるといえる。

(b) 以上の点に関しては、当該判決を支持する評釈もあるが、疑問を呈しているものも少なくない。その要点をまとめる。と次のようになる。

まず、「債権者が債権全部の弁済を受けたときに限り」という求償権の行使を制限する要件の部分について、当該平成七年判決が昭和六二年判決を参照している点で、論理の飛躍があるというものである。この昭和六二年判決は、各自全部の履行義務を負う数人の債務者の全員または一部の者が和議開始決定を受けた場合に、「一部弁済」を受けた和議債権者が権利を行使しうる範囲について判断している。その判示内容は、和議法四五条の準用する破産法二四条の現存額主義との関係で、和議法四五条の準用する破産法二六条一項および二項の解釈に関し、全部義務を負う債務者から一部弁済があったとしても、債権の全額の弁済があるまでは、債権者は和議債権の全額を行使しうるというものである。この昭和六二年判決は、あくまでも「一部弁済」の場面で「債権者の側」に立って判断を下している。

とに對して、平成七年判決は、全部義務者の一人が「全額弁済」をなした場合において、「弁済者の側」に立って、求償権の行使要件を問題としているといえる。したがって、昭和六二年判決を妥当な理由付けもなく平成七年判決の事案にもつてくるのはおかしいという批判である。

他方、求償権の範囲の点に関する批判がある。民法上は、原債権と求償権とは別個の債権であつて、弁済による代位は求償権を確保するために原債権を弁済者に移転させる制度であるとの理解に立って、原債権は求償権の範囲に限定されると解することが一般的である。しかしながら、当該平成七年判決においては、原債権についての和議条件による修正が求償権に影響を及ぼすとされているのであり、民法上の通説的理解と和議法に関する当該判決とは矛盾が生じることになるといえるのである。すなわち、「求償権」の範囲が「原債権」の行使範囲に影響するという民法上の一般的な理解に対して、当該平成七年判決では、「原債権」の範囲が「求償権」の行使範囲に影響するとされている点に矛盾が生じないか、という批判である。

この点に関しては、実際の金額を想定して、求償権の範囲についての判断に疑問を呈する見解もある。上記平成七年判決の事案において、仮にBがAに対して二〇〇万円の金銭債務を負

っており、XとYがこれを連帯保証したとする。そして、Yへの和議条件が①四割免除、または②六割免除であったとする。この場合において、Xが二〇〇万円の全額をAに対して弁済したとすると、XはYに対して一〇〇万円の求償権を負うことになる。当該最高裁判決の理論構成からすると、AのYに対する債権が弁済による代位によってXの下へと移転し、先の和議条件の限度（①の場合には一二〇万円、②の場合には八〇万円）で行使しうることになる。この際に、①の場合には一二〇万円の原債権の限度で求償権を行使しうるので、XはYに対して一〇〇万円全額について求償権を行使することになる。これに対して②の場合には、八〇万円の原債権の限度で求償権を行使しうるので、八〇万円しか求償権は行使しえないこととなる。以上のことからすると、①の場合には、求償権行使範囲は何ら制限を受けないのに対して、②の場合には、求償権の範囲は二〇万円の制限を受けることになる。これでは、和議条件の免除割合によって、制限されたりされなかつたりするということになる。他方で、このような結論は、Xが和議開始決定前に全額Aに弁済した場合には求償権が和議債権となるので、①の和議条件であれば六〇万円、②であれば四〇万円しか求償できないことと均衡を失うことになるという批判である。

(c) 以上の問題をまとめるならば、民法上の求償権および代位についての一般的な理解と、平成七年判決で示された和議法上の求償権の行使要件および範囲に関する判断との間に齟齬が生じているという点にあるといえよう。さらに、具体的に金額を想定して検討を加えれば明らかとなるように、和議条件における免除の割合によって制限の有無が生じるということ、および和議開始決定後の求償権の範囲の方が和議開始決定前の求償権の範囲よりも大きくなるということから、具体的妥当性を欠くということになる。

そこで、平成七年判決に批判的な学説の方向性としては、結論のみを捉えれば、和議開始決定後に取得された求償権自体に直接和議条件による制約を課すべきであるという点でほぼ一致しているように思われる。

(d) それでは、本判決が和議開始決定後の求償権の行使要件・範囲について、平成七年判決をそのまま引用している点についてはどうか。上記の平成七年判決について問題とされた点について少しも明らかにされていない以上、和議開始決定後に生じた求償権の行使要件・範囲について、本判決においてもまったく同様の問題が生じることになるであろう。本判決の理論構成の下で相殺が認められるとすると、とりわけ相殺

の認められる範囲の点で、先の(b)で述べたような不均衡が生じることとなり、他の一般の和議債権者との実質的な公平が達成されないこととなる。したがって、この点についての本判决の結論は妥当でないものといえよう。

b 相殺の可否について

本判决は、上記のaで検討した判示事項を前提として、「右にいう求償権の行使には、和議債務者に対する履行の請求のみならず、求償権を自働債権として和議債務者の債権と相殺することも含まれるというべきであり、右の限度で相殺を認めることは、和議開始決定後に取得した和議債権による相殺を禁じた和議法五条、破産法一〇四条三三号の規定に反するものではない」と判示している。しかしながら、この判示内容についても疑問が存するところであり、以下において検討を加えることとする。

(a) 和議開始決定後に取得した他人の和議債権を自働債権として相殺することは、和議法五条によって準用される破産法一〇四条三号によって許されない。この場合には、先に述べた破産法一〇四条四号による相殺禁止の趣旨がより一層妥当するのであり、同条三号では但書による例外は認められていない。破

産法一〇四条三号で相殺を禁止する実質的理由については、「これを許せば、その倒産債権者に対しては、全額の弁済することになって、倒産者の財産を減少させるし、すでに実価の下落している倒産債権を、券面額より廉価に買い受けて相殺することによって、自己の債務の履行を不当に回避する行為を誘発するから」であるとされる。また、「債務者が、その倒産債権を現実に券面額より廉価に買い受けたると否とを問わない」とされ、その理由は「倒産者の財産を不当に減少させる点では、異ならないからである」とされている。さらに、この点について、「また破産の宣告によって破産者の債権は処分が禁止され、差押を受けたと同様な拘束状態に置かれるから、その後破産者に対する他人の債権を取得しても、その取得者（破産者の債権者）に相殺を許す必要はない」という側面があることが指摘されている。⁶⁹⁾

以上のような趣旨から破産法一〇四条三号は規定されたものであるが、同条同号は自働債権の対象を「他人の破産債権」と限定している。この「他人の破産債権の取得」をいかに解するかについては争いがある。この点、本来的には債権譲渡など取引による場合を念頭に置いたものであるが、相続などの法定の原因に基づくものでもよいとされている。⁶⁷⁾

(b) そこで、本判決について具体的に考えてみると、本件の事案は債権譲渡などで和議開始決定後に他人の和議債権が取得されたような場面ではなく、和議債権者に弁済することで生じる求償権と弁済による代位で取得する原債権とが問題となっているものである。本件におけるこのような「求償権」の取得は、連帯債務者の一人が債権者に弁済をなすことにより生じる固有の請求権とされることが一般的であることからすると、「他人の和議債権」の取得とはいえず、そもそも破産法一〇四条三号の適用対象外ということになるのではないであろうか。他方、弁済による代位については「原債権」の法定移転とみるのが一般的であることからすると、「原債権の取得」については本条本号にいう「他人の債権の取得」に該当しうるとも考えられる。しかしながら、「原債権」の取得のみが本条本号に該当するということになれば、求償権では相殺が可能であるにもかかわらず、原債権については相殺が禁止されるということになる。このような解釈は求償権と原債権との関係を実質的に考慮するときには、妥当であるとはいえないように思われる。

いずれにしても、「他人の和議債権」の取得には、少なくとも固有に発生する「求償権」の取得は含まれないはずである。そうであるならば、本判決が、和議開始決定後の「求償権」に

よる相殺を認めることについて、破産法一〇四条三号の規定に反しないと述べていることは、条文の解釈上当然のことを述べたにすぎないのであるか。この点については理由が明示されているわけではないので、最高裁の意図は明らかでない。なお、仮に本判決がこのような見解であったとすると、先に検討したように、本判決が和議開始決定後の求償権の行使について代位構成を前提としていることからすると、「原債権」での相殺の可否について考慮する必要があったように思われる。

(c) この点に関して、「破産法一〇四条三号、和議法五条は、和議開始決定後に取得した和議債権を自働債権とする相殺を全面的に禁止しているが、右規定の趣旨は、実価の下落した和議債権を取得して券面額どおりで相殺することを禁止することにあり、和議条件による変更後の額（実価）で相殺することまで禁止するものではないと解されるからである」との調査官解説がある。しかしながら、この見解は、本条本号がそもそも原債権や求償権の取得については適用対象としていないこと（少なくとも求償権は適用対象外であること）を見誤っているのではないであろうか。先に述べたとおり、和議法五条、破産法一〇四条三号が相殺禁止の対象としている債権は「他人の和議債権」であり、和議開始決定後の「求償権」は含まれないからで

ある。

(d) 以上の点について、破産の事案ではあるが、参考になると思われる下級審判決がある。それによれば、破産財団に対して債務を負担する者が、破産宣告後に破産債権者に対して「第三者弁済」をなしたことによって破産財団に対する求償権を取得した場合には、形式的には他人の債権の取得とはいえないが、実質的に見れば「これはあたかも破産宣告後に他人の破産債権を取得し、これを自働債権として相殺をなす場合と異ならないのであってかかる相殺は破産法一〇四条三号により禁止されていることが明らかである」とされている。破産宣告後に取得した求償権を自働債権とする相殺である点に着目すれば、本件の事案とある程度の共通性を有しうるものである。当該場面に破産法一〇四条三号を直接適用することには無理があるが、類推適用とみれば可能な解釈であり、結論としては、求償権での相殺は禁止されることになる。

(e) 他方、この点に関して異なったアプローチによって、破産宣告後（和議開始決定後）の求償権による相殺を認めようとする見解がある。それは、「破産者の保証人が破産宣告後の保証債務の履行により取得した求償権を自働債権として破産財団に対する債務と相殺する場合については、将来の請求権（破二

六条一項参照）が現実化したものとして（破一〇〇条参照）、相殺が許される」という見解である。⁴²⁾これは、和議開始決定後の求償権も和議債権とする見解であると思われるが、詳しく検討された文献は見当たらない。当該求償権が和議債権であると考ええるならば、「和議開始決定後の求償権は和議債権ではない」という従前の議論の前提と抵触することになると思われる。また、このような見解をとるためには、和議法四五条によって準用される破産法二四条の破産宣告（和議開始決定）時現存額主義との関係を明らかにしなければならないであろう。このアプローチについては、私見を交え、項目を改めて検討したい。

(f) 以上の点について、先の(e)で検討した見解は、保証人の求償権での相殺を認めようとするものである。これに対して、先の(d)で検討した下級審判決は、第三者弁済により取得された求償権について破産法一〇四条三号類推により相殺を認めないものであり、前者の考え方と矛盾が生じるようにも思われる。これについては、実質的には保証人が破産宣告時において求償権を自働債権とする相殺への期待をもっていることが相殺を許す根拠であると考えられる。⁴³⁾そこで、このような相殺に対する期待が、本件のような連帯債務者間の求償についても認められるのであれば、保証の場面の解釈と同様、相殺を認める余地は

出てくるであろう。

この点について、一般的には、連帯債務の目的は、債権者の債権回収の便宜と人的担保とに求められる。この後者の点について、他の連帯債務者の負担部分を相互に保証しあっているという相互保証の性質を考えるとときには、連帯債務の人的担保としての側面が強調されることになる。そこで、保証の場面と同様に、連帯債務が約されるときには、自己の負担部分を超える部分については、将来的にその弁済をなした場合に他の連帯債務者に対して求償するということを当然に念頭においているというるのであり、その者に対して反対債権を有していたとすると、当該求償権を自働債権とし、反対債権を受働債権とする相殺を期待していたといえるであろう。さらに、本件の事案に即して実質的に考えると、本件共同企業体の構成員であるYの有する相殺への期待は、和議開始決定前の相殺の場面と同様に存しているものと思われる。すなわち、共同企業体の構成員であるYが、その代表者として金銭の出入を一括して行っているという事実が認められるところ、この事実は、Xに対する求償権が履行されない場合には、Xに対して負担する金銭債務と相殺すればよいという期待となって現れているということである。そして、このような相殺への期待は、和議開始決定の前後

で変わるものではないというであろう。

以上より、連帯債務者の求償権が和議開始決定後に発生したとしても、和議開始決定前から有している他の連帯債務者（和議債務者）への債務との相殺の期待を保護すべき必要性があるものと思われる。それと同時に、本件のような共同企業体の構成員間で求償が問題となっている場合には、金銭の出入における特殊性から、より相殺の期待を保護すべき必要性があるものと思われる。そこで、相殺される範囲の点を除けば、その法律構成には疑問が残るものの、本判決が相殺の必要性を認めているということ自体については是認することができるものと考ええる。

c 異なったアプローチからの検討

最後に、判示事項第三点に関して、aで検討した和議開始決定後に生じた求償権の行使要件および範囲についての検討をも踏まえつつ、和議開始決定後（破産宣告後）の求償権と破産債権との関係につき本判決とは異なったアプローチから検討してみたい。

破産法二四条は連帯債務に代表される全部義務を負う共同債務者の全員または数人が破産宣告を受けた場合に、債権者は破

産宣告時に現存する債権の全額について破産債権者として権利を行使しようと規定する。そして、この規定は破産宣告後に他の全部義務者から破産手続外で任意に一部弁済がなされたとしても、手続参加した当該破産債権の額には影響を及ぼさないと理解されている⁶⁴⁾。さらに、このような理解を前提として、債権者が債権全額を破産債権として行使した場合には、破産法二六一条一項但書によって同条同項本文は適用されず、将来の求償権は行使できないと理解されている。その理由としては、同一の債権について二重の権利行使を認める結果となつて他の一般の破産債権者の利益を損なうということと、債権者の権利行使を優先すべきであるということがあげられている⁶⁵⁾。そこで、本件についてみると、和議開始決定時において、債権者はその有する債権全額の届出をなしているものと思われ、判例・通説によれば、その後には弁済をなしたことから取得した求償権は和議債権として行使できないということになるはずである。

しかし、そもそも保証や連帯債務などは人的担保としての機能を有しているものであり、このような機能は主たる債務者や他の全部義務者の資力が悪化した場合に効力を有するものであつて、まさに和議、破産などのいわゆる倒産といわれる事態に際して顕在化する機能であると思われる。そうであるとするな

らば、このような倒産といった事態に際してこそ全部義務を全うさせるべきであり、全部義務を果たした者には求償権を確保すべきであるといえよう。以上のように考えることは、全部義務を履行した者の保護に資するのみならず、債権者の債権回収機能をさらに強化することにもなるといえる。なぜなら、仮に破産者・和議債務者に対して求償権が確保されないとすると、他の全部義務者は極力自己の負担部分を超える債務の履行を避けようとするのが実情であると思われるところ、他人の負担部分について求償権が確保されるのであれば、全部義務を履行してもよいと考えることにつながるであらうからである。したがつて、和議、破産などの場合においても、極力全部義務者の求償権を保護、強化すべき必要性があるであらう。

そこで、先の破産法二六一条一項但書は、債権者保護のために全部義務者にその負担する債務の全額を弁済させようとする趣旨であり、全額の弁済をなすまでは求償権の行使を制限するが、求償権自体は同項本文によって発生しているものと考えてはどうであらうか。そして、破産法二四一条との関係については、同法二六一条一項本文は求償権の有する機能の重要性に鑑みて、破産宣告時にいまだ発生していない求償権であっても例外的に権利行使を認めたものであると考えるべきではないであらう

か。破産法が将来の求償権について特別に詳細な規定を設けていることも、このような求償権の重要性を意識しているからであるといえるのではないであろうか。以上の点については、破産債権の二重行使をさせないための措置を講ずる必要など手続上の問題が生じるが、ここでは立ち入らない。

そこで、当該アプローチをとりうるとした場合には、破産法二六条の解釈と関連して、「将来の求償権」と「受託保証人の事前求償権」との関係、さらには「事前求償権」と「事後求償権」との関係について、明らかにすべき必要性が出てくることになる。まず、民法上は受託保証人にしか事前求償権が認められていないことに対して、破産法二六条は連帯債務者などの全部義務者の場合にも拡張的に事前求償権を認める趣旨であるとされる⁴⁷⁾。具体的には、破産法における「将来の求償権」とは将来生ずべき事後求償権のことをさし、同法二六条がこのような事後求償権の事前の発生および行使を創設的に認めるといふことである。これに関しては、「事前求償権であれば現在行使できる⁴⁸⁾ので、文言上は含まないとの理解も十分に成立しよう」との意見もあるが、破産法二六条一項本文が「将来行フコトアルヘキ求償権ヲ有スル者ハ其ノ全額ニ付破産債権者トシテ其ノ權ヲ行フコトヲ得」としていることからすると、将来行うこと

あるべき求償権（事後求償権）について破産債権として事前の行使を認める規定であると捉えることが素直であるように思われる⁴⁹⁾。ただし、民法上の事前求償権自体に争いが存するところであり、破産法二六条が事前求償権を認める規定であるとしても、そのような請求権の法的性格については、民法上の事前求償権についての議論とあいまって今後明らかにされる必要があるといえよう。なお、本件においては、連帯債務者の一人が連帯債務の弁済をなし、すでに事後求償権が生じているので、求償権の事前行使は問題とならないといえる。

それでは、破産法二六条に連帯債務者の事前求償権が含まれるとして、このような事前求償権がいつ発生しまたは消滅するかという問題が生じる。とりわけ、事後求償権が発生した場合に、事前求償権が消滅するか否かは重要な問題である。仮に、事前求償権が存続すると考えた場合には、事後求償権と代位による原債権との三本の債権が同一の原因によって併存的に生じていることになる。これらの点については、事前および事後求償権の根拠をいかにとらえるかといった問題とともに民法上も様々に争われている問題であり、今後の課題としたい。

以上のことから、解決されるべき問題は多いが、和議法四五条によって準用される破産法二六条は、「将来の求償権」（事後

求償権)の発生および事前行使を「事前求償権」として拡張的に認められた規定であり、かつ破産債権を創設したものであると捉え、破産債権者の原債権の行使と抵触しない限りで、その行使が認められるものと考えたい。なお、このような求償権での「相殺」が必要とされるのであれば、破産法上の相殺規定に従って相殺をなしうるものと考えられる。

d 小括

(a) 以上の検討から、本件においては、和議開始決定後に取得した求償権での相殺につき保護に値する期待が存しており、和議(破産)法に基づいて相殺を認めるべきである。ただし、相殺を無条件に認めるのであれば、弁済をなした連帯債務者にとっては有利であろうが、他の一般の和議債権者との関係を念頭に置くときには不当な結果となろう。そこで、一般の和議債権者との関係で不均衡とはならない限度で求償権を認めることが、実質的な判断としては妥当であると思われる。先のaで検討したことであるが、本判決にいうような代位構成をもとにして和議条件による修正を加えた「原債権」の範囲内で求償権を自動債権とし和議債務者の債権との相殺(場合によっては全額行使しうることになる)を認めるのではなく、「求償権」自体

に直接和議条件による修正を加え、その限りで相殺を認めるという方向で考えるべきであろう。これについては、和議開始決定後の求償権も、和議法四五条・破産法二六条により創設される求償権(事前求償権)として和議債権となりうるものであり、求償権の重要性に鑑みて、和議法四五条・破産法二四条の現存額主義の例外をなすものであると考ええる。なお、このように当該求償権も和議債権になると考えるならば、相殺については和議法五条・破産法一〇四条三号の問題ではなく、和議開始決定前に生じた求償権の場合と同様に、破産法一〇四条四号の問題となるはずである。さらに、相殺が認められる範囲の点については、和議開始決定前に生じた求償権の箇所を検討したように、和議認可決定後の相殺に対しては和議法五条により破産法九八条は準用されず、和議条件により修正された和議債権の範囲で相殺が認められることになる。

(b) 以上より、和議開始決定後の求償権について、求償権者が全額弁済した場合に限り和議条件により修正を受けた原債権の範囲内で相殺を認めるという部分に関する本判決の判断(判示事項第三点)には疑問がある。とりわけ、平成七年判決に対して、求償権と原債権との関係について民法上の理論と和議法上の処理との間に齟齬があると指摘されていたところ、本件に

おいても同様の問題が生じるにもかかわらず、この点が顧みられていない。これは、実際に金額を想定して検討したことから明らかのように、求償権につき和議条件が正当に及んでいないという点に現れているといえよう。さらに本判決では、求償権行使の一場面として相殺が問題となっているところ、和議条件を尊重しつつ相殺を認めるといふ方向性については妥当であるといえる。しかしながら、そのための法律構成としては、和議法五条・破産法一〇四条三号の対象を明確にしていないう点、および相殺の範囲の点で和議法五条・破産法九八条について言及していないという点で不明確であるといえるであろう。

三 まとめ

最後に、再度本判決の意義と問題点をまとめてみる。

本判決は、建築工事の請負等を目的とする株式会社が共同企業体を結成した場合に、その共同企業体の負う債務の性質について、構成員間の連帯債務となると判示したはじめての最高裁判決であり、今後の共同企業体と債権者との関係について実務上大きな影響を与えるものである。この点についての最高裁の判断は妥当なものであると考える。

他方で、本件のような共同企業体の構成員間の場合にはもちろんのこと、連帯債務者の求償権一般について、連帯債務者の一人が和議の申立てをなし、和議開始・認可決定を受けた場合に、他の連帯債務者が債権者に弁済をなして取得する求償権を自動債権として、和議債務者の有する債権と相殺することについて、その求償権の発生時期を和議開始決定の前後に分けて、一定の要件・範囲のもとで認めたはじめての最高裁判決である。とりわけ和議開始決定後の求償権の行使要件・範囲の点で、原債権への和議条件が当該求償権に影響を及ぼすという平成七年判決の判示事項を重ねて判示するものであり、判例としての定着性を示すものといえ、実務への影響にも多大なものがある。

以上の点について、和議開始決定前の求償権での相殺の可否につき、当該求償権が和議債権であるということ前提とした上で、共同企業体の負う債務を弁済した求償権者の有する相殺への期待を保護すべき要請が強いということから、積極に解する本判決の判断は妥当なものであると思われる。ただし、相殺の認められる範囲の点で、和議法五条がいかなる場合に破産法九八条を準用するかが明示されておらず、自動債権としての求償権に和議条件が及ぶか否かが不明確である点に問題があると

考える。他方で、和議開始決定後の求償権での相殺の可否については、相殺の必要性を認めつつその範囲の点で和議条件による修正を及ぼそうとする方向性には賛同しうる。しかし、当該求償権の行使要件・範囲について平成七年判決において提起された問題点に答えていないということ、とりわけ当該求償権が破産債権とはならないことを前提とした「代位構成」では求償権の行使範囲について不均衡が生じるということ、さらに和議・破産法上の相殺の可否という本判決に特有の問題についても、破産法一〇四条三号の解釈に問題があるということから、その結論および法的判断の点で疑問が残る。この点については、和議開始決定後の求償権についても、いわゆる全部義務者の有する求償権の重要性に鑑みて、和議法四五条・破産法二四二条の現存額主義の例外として、和議法四五条・破産法二四二条によって創設された「事前求償権」として和議債権となりうるものであり、和議条件による修正が直接及ぶものと考えられる。

最後に、以上の問題点と関連することであるが、本判決は、求償権と原債権との関係について、さらには事前求償権と事後求償権との関係について、和議法上のみならず、民法上の議論についても再検討の機会を与えてくれるものである。その意味で、平成七年判決と同様、学界や実務に与える影響は大きいもの

のと考えられる。

注

- (1) 東京地判平成九年二月二七日判時一六四八号一五一頁。
- (2) 民集四一巻四号七六九頁、判時一二七五号一二二頁、判タ六六五号一四六頁。
- (3) 民集四九巻一頁、判時一五二三号七七頁、判タ八七四号一三三頁。

(4) 平成一一年一二月二二日官報(号外二五二号)一三頁以下参照。

(5) 共同企業体の法的性質については、その対内関係および対外関係を確定する上で重大な問題を含んでおり、より具体的な事情に即した解決が望まれるところである。また、共同企業体の法的性質について考察することは、古くから問題となっている団体の本質論についても再考の余地を与えてくれるように思われる。ただし、原審において、共同企業体の結成にあたって損益分配をどのように行うかという特約につきその存在が争われたものの、本判決においては当事者間で共同企業体の法的性質が正面から争われたわけではない。すなわち、本件における上告人の主張は、相殺をなしうる求償権の

- 範囲にあったといえる。そこで、本件の評釈という性格上、これらの問題点への踏み込んだ考察はまたの機会に譲りたい。
- (6) 最大判昭和四五年一月一日民集二四卷二二号一八五四頁、判時六一号一九頁、金法六〇号二五頁。下級審レベルで組合と判断されたものとしては、鹿児島地判昭和四八年六月二八日判時七二〇号八六頁、東京高判昭和五六年四月二七日金法九九〇号一〇六頁、前掲東京地判平成九年二月二七日がある。
- (7) 平井一雄「ジョイントヴェンチャー」『現代契約法大系八巻国際取引法(一)』（有斐閣、一九八三年）三三六頁、同「建設共同企業体の法的性質」ジュリ八五二号（一九八六年）二〇五頁以下参照。
- (8) 栗田哲男「建設業における共同企業体の構成員の倒産」判タ五四三三号（一九八五年）二五〇二八頁参照。
- (9) 内山尚三・仁瓶五郎「ジョイント・ベンチャーの法的構造と実務上の問題点(三)」建設総合研究二巻三号（一九七二年）一三頁以下参照。
- (10) 福永有利「建設業におけるジョイント・ベンチャーと倒産法」判タ六四三三三号（一九八七年）三四〇三七頁、秦光昭「本件評釈」NBシ六六四号（一九九九年）六八〇六九頁参照。
- (11) 大隅健一郎「商行為法」現代法律学全書（青林書院、一九五八年）三七頁、田中誠二「新版商行為法」（千倉書房、再全訂版、一九七〇年）九二〇九三頁、平出慶道「商行為法」現代法律学全集一七（青林書院新社、一九八〇年）一二四〇一二五頁、田邊光政「商法総則・商行為法」（新世社、第二版、一九九九年）一八二頁参照。
- (12) 大隅前掲書同頁、田中前掲書同頁、平出前掲書同頁、田邊前掲書同頁。
- (13) 林良平ほか「債権総論」現代法律学全集八（青林書院、第三版、一九九六年）二八六頁（該箇所につき石田喜久夫執筆）参照。
- (14) この点について、本判決は、和議開始決定後に生じた求償権を破産法一〇四条三号にいう「他人の和議債権の取得」の問題として扱っており、和議開始決定後の求償権を和議債権とは捉えていないものと思われる。このことは、和議法四五条の準用する破産法二四条の現存額主義の解釈からも導かれるところである。
- (15) なお、仮に和議開始決定後の弁済によって生じた求償権が和議債権（和四一条）であると考えることが可能であるなら

- ば、和議開始決定の前後で区別することなく、原審のように和議法五条によって準用される破産法一〇四条四号のみが問題とされ、同条三号は問題とならないはずである。これに関して、後述するように、和議開始決定後に生じた求償権を将来の求償権（破二六条）との関係で和議債権とみる見解がある。しかし、いずれにしても、事後求償権と破産法二六条による求償権とはその扱いが異なるであろうから、原審のように和議開始決定の前後で全く区別なく取り扱うことは妥当でない。そこで、本評釈においても、便宜上、本判決の分類に従うこととする。
- (16) ただし、当該求償権とは別に事前求償権（破二六条）が生じているとすれば、破産法一〇四条の適用場面ではないともいうことになる。この点については、後に検討する和議開始決定後の求償権の箇所であわせて検討したい。
- (17) 伊藤真『破産法』（有斐閣、全訂第3版、二〇〇〇年）三二六頁参照。
- (18) 谷口安平『倒産処理法』現代法律学全集三三（筑摩書房、第二版、一九八二年）二四〇頁、奏前掲「本件評釈」七一頁参照。
- (19) 伊藤前掲書三二五～三二六頁参照。
- (20) 松下淳一「本件評釈」ジュリスト平成一〇年度重要判例解説（一九九九年）一三六頁、山本和彦「本件評釈」金法一五五六号（一九九九年）六八～六九頁参照。
- (21) 大判昭和一〇年一月一六日民集一四卷一号二二頁。
- (22) 加藤正治『和議法要論』（有斐閣、一九三五年）一〇九頁、斉藤常三郎『日本和議法論下』（弘文堂、一九三四年）二八六頁。
- (23) 麻上正信Ⅱ谷口安平編『注解和議法』（青林書院、改訂版、一九九三年）六〇～六一頁（該当箇所につき鈴木重勝執筆）。
- (24) 谷口前掲書二四二頁、深谷格「本件評釈」法教二一九号（一九九八年）一三一頁、同「本件評釈」西南法学三二卷三号（一九九九年）四二～四三頁、梅善夫「本件評釈」法時別冊一八号・私法判例リマックス一九九九上（一九九九年）一五五頁参照。
- (25) たとえば、破産は手続内での清算を目的とするものであるから、手続に則つてなされる限り、相殺という即時の決済方法を認めても、破産者および他の一般の破産債権者にとつてそれほど不当ではない。これに対して、和議においては、和議債務者の再建を目的とするものであり、債務の一定割合の免除と弁済期限の延長がなされることが一般である。そし

て、たとえ相殺が不当なものではないとしても、相殺によって即時に決済されることになる、債務についての期限の延長が認められないことに等しく、和議債務者にとって入るべき収入が実際には入ってこないことになる。そうすると、和議債務者の事業の継続は困難となり、再建という和議の目的が達成されないことにもなりかねない。

(26) 本判決の意義で見た通り、民事再生法における相殺の規定については、和議法とほぼ同様に規定されており、当該問題点については解決されていない。

(27) このような破産と和議との相違については、次に検討する和議開始決定後の求償権の場面においてもあてはまることであるが、同様に検討の対象外に置くこととする。

(28) 民集四九卷一号一頁。

(29) 事件の概略をまとめると、約束手形の振出人と裏書人それぞれについて和議が開始、認可された事実において、全部義務者の全員または一部の者が和議開始決定を受けたときは、その開始決定時に債権の全額を届け出た債権者は、和議開始決定の後に当該和議債務者に対して将来行うことのあるべき求償権を有する全部義務者から債権の一部の弁済を受けても、届出債権全部の満足を得不い限り、右債権の全額について

て和議債権者としての権利を行使することができる、というものである。

(30) 住吉博「判批」判時一五四〇号二〇八頁・判評四四一号（一九九五年）六二頁参照。小林昭彦「判批」判タ九一三三号（一九九六年）二七七頁も、当該判決に好意的であるように思われる。

(31) 潮見佳男「判批」銀行法務21・五一四号（一九九五年）二二―三三頁。深谷前掲法教「本件評釈」同頁参照。

(32) 潮見前掲「判批」一一頁。平林美紀「判批」名法一六五号（一九九六年）四三〇―四三二頁参照。

(33) 大西武士「判批」金商九七七号（一九九五年）四二―四六頁、中西正「判批」民商一一五卷二号（一九九六年）八八頁、秦光昭「判批」（別冊NBL四五号）実務取引法判例「平成六、七年」（一九九七年）二四六頁参照。

(34) おそらく、最高裁は②のようにある程度制限を受けうる場面を想定しているであろうが、和議条件における免除の割合によっては、①のようにまったく制限を受けない場面が生じることになる。

(35) 青山善充「倒産法における相殺とその制限」〔金法九一一号（一九七九年）八頁〕。

- (36) 斎藤秀夫「麻上正信」林屋礼二『注解破産法上』(青林書院、第三版、一九九八年)七二二頁(該当箇所につき斎藤秀夫執筆)。
- (37) 伊藤前掲書三二三頁、青山前掲論文九頁、麻上「谷口前掲『注解和議法』」五八頁参照。
- (38) ただし、このように考えるからといって、ただちに当該求償権による相殺が認められるということではない点に注意が必要である。なぜなら、先に検討したところであるが、和議開始決定後の求償権を行使しうるか否かということが問題となるからである。なお、本判決は代位構成によって原債権の範囲内で求償権を行使できるとするものであるが、この点が妥当でないことについては先に検討したとおりである。
- (39) そもそも求償権と原債権とがまったく別の債権であると考えるのであれば、原債権での相殺は禁止されるが、求償権での相殺は許されると考えることも可能であろう。しかしながら、先に述べたとおり、平成七年判決においては、代位構成によって、原債権への和議条件による修正が求償権にも影響を及ぼすものとされており、このことは本判決も踏襲するところである。そうであるとすれば、原債権による相殺を主張しえないことの影響が求償権にもおよび、結論的には求償権でも相殺はできないとすることが論理的に整合するように思われる。
- (40) 山下郁夫「本件評釈」ジュリ一四〇号(一九九八年)一八頁。同旨のものとして、梅前掲「本件評釈」一五五頁、深谷前掲法教「本件評釈」同頁、松下前掲「本件評釈」同頁。
- (41) 名古屋高判昭和五七年二月二二日判時一〇七三号九一頁。
- (42) 徳田和幸「相殺の要件(相殺権の拡張と制限)」判タ八三〇号(一九九四年)一八九頁、青山前掲論文九頁、伊藤前掲書三三四頁、深谷前掲西南法学「本件評釈」五〇～五一頁参照。
- (43) 伊藤前掲書三二四～三二五頁、同旧版「破産法(新版)」(有斐閣、一九九一年)二七八～二七九頁参照。
- (44) 斎藤「麻上」林屋前掲『注解破産法上』一四四～一五〇頁(該当箇所につき加藤哲夫執筆)参照。
- (45) 斎藤「麻上」林屋前掲『注解破産法上』一五七頁(該当箇所につき加藤哲夫執筆)参照。
- (46) たとえば、債権者と求償権者による債権共同行使の手続などが考えられる。
- (47) 斎藤「麻上」林屋前掲『注解破産法上』一五四～一五五頁

（該当箇所につき加藤哲夫執筆）参照。

(48) 山本前掲「本件評釈」七〇頁。

(49) なお、破産法二六条について事後求償権の発生のみを事前に認めた規定であると捉えるならば、同法一〇〇条にいう「将来の請求権」に同法二六条の「将来の求償権」が含まれ、本件の場合にも同法一〇〇条が適用されることとなる。これに對して、同法二六条が事後求償権の事前行使をも認めた規定であると捉えるならば、「将来の求償権」は「事前求償権」という「現実の請求権」となり、同法一〇〇条にいう「将来の請求権」には当たらないということになるように思われる。