

手続開始後における破産債権の変動を どのように処理すべきか（1）

——破産者の共同義務者の弁済による
破産債権の権利変動を中心にして——

栗 田 隆*

目 次

- 1 はじめに
 - 1.1 問題の所在
 - 1.2 本稿の課題
- 2 実体的問題
 - 2.1 受託保証人の求償権——事前求償権と事後求償権 (以上、本号)
 - 2.2 破産者の共同義務者による手続開始後の弁済をめぐる論点
 - 2.3 立法の経過と学説・判例
 - 2.4 問題の解決
- 3 手続的問題
- 4 ま と め

1 はじめに

1.1 問題の所在

一般に、金銭債権の強制的満足の手続は、対象財産の固定、換価そして配当の3段階に区分される。対象財産の固定は、強制執行にあっては差押えにより、破産にあっては破産手続開始決定によりなされる。では、強制的満足を受ける債権の確定はどの段階でなされるのであろうか（本稿では、「債権の確定」の語は、債権者間で既判力をもって確定されるか否かを問わずに用いることができるものとする）。それは、強制的満足の手続によって異なる。強制執行にあっては、その代表である不動産の強制競売を例にして言えば、配当の段階で

* くりた たかし 関西大学法学部教授（特別契約教授）

なされる。すなわち、執行裁判所が配当を受けるべき各債権者について債権額・配当順位・配当額を定め（民執法85条1項）、それを記載した配当表を裁判所書記官が作成し（同85条5項・6項）、その配当表に対して異議の申出（同89条）がなければ、その配当表に従って配当がなされ、異議の申出があれば、それに続く配当異議の訴え等（同90条）の訴訟手続を通じて満足を受けるべき債権が確定される。他方、破産手続にあつては、手続開始後の間もない時点から破産債権確定のための手続が開始される。すなわち、破産手続開始決定と同時に債権届出期間が設定され（破産法31条1項1号。以下、現行破産法（平成16年法律75号）については、特に必要のない限り、法令名を省略する）、債権届出期間の満了後に破産債権者表が裁判所書記官によって作成され（115条1項）、これに記載された破産債権について債権調査が行われ（116条）、破産管財人及び他の破産債権者からの異議等がなければ、調査対象たる破産債権は確定し（124条1項）、確定した事項についての破産債権者表の記載は、破産債権者の全員に対して確定判決と同一の効力を有する（124条3項）。この場合の「確定判決と同一の効力」は、既判力である¹⁾。この既判力は、配当を受けた破産債権が不存在であった場合に生じ得る破産債権者間の紛争（不当利得返還請求の紛争）を防止することに主眼がある。そして、破産配当は、既判力をもって確定された破産債権に対してなされるのである²⁾³⁾。

満足を受ける債権の確定を強制執行の場合のように配当の段階で行う建前を「配当時確定主義」と呼ぶことにしよう。破産の場合のように配当の前に行う建前を「事前確定主義」と呼ぶことにしよう。いずれが良いかは、手続の特性を考慮して判断されるべきことであり、一概にいうことはできない。

-
- 1) 破産債権者間では、執行力は問題にならない。破産手続終了後に破産者の財産に対する強制執行を破産債権者表の記載に基づいて行うことができるという意味で執行力はあるが、その効力は、221条1項で別途規定されている。
 - 2) 配当時点で債権確定のための手続が終了していない破産債権があれば、それに対する配当額は供託される（202条1号）。
 - 3) 大正11年破産法では、一般の債権調査終了前には破産管財人は換価を行うことができないとの原則が定められていたが（196条1項）。この規定は、現行法には承継されていない。

手続開始後における破産債権の変動をどのように処理すべきか（1）

しかし、それでも、満足を受けるべき債権の内容や帰属が時の経過の中で変わって行くことを重視するならば、それに適切に対応しやすいのは配当時確定主義であると言うことはできよう。そして、強制執行においては、手続に参加する債権者の数はそれほど多くないので、配当時確定主義も実行しやすい。

他方、破産の場合には、次のことを考慮して事前確定主義が採用されているものと思われる：（ α ）債権者間の衡平を図るために破産手続開始の時点を基準にして破産債権額を算定するものとされ（103条2項参照）、その基準時にできるだけ接近した時点で満足を受ける債権の存否・内容を確定する方がよいこと；（ β ）手続に参加する債権者の数が多くなりがちであり、満足を得る債権の確定に多くの時間が必要となりやすいこと；（ γ ）破産手続においては、破産者のほとんど全部の財産が換価され、換価完了までに時間がかかることを考慮すると、破産手続開始から換価完了までの時間の有効活用という点から、満足を受けるべき債権の確定を手続の早い段階で行うことが破産債権の満足の迅速化につながる。ところで、事前確定主義の下で破産債権が確定した後で破産債権の内容が変化すること（特に配当基準となる債権額の減少）が皆無であるとするならば、事前確定主義はまことに理想的な立法主義であるが、後述のように、実際には皆無ではない。ただ、それでも、（ δ ）破産債権確定後の権利変動は、いわば例外現象であり、例外現象に対しては例外的措置を講ずれば足りることも、事前確定主義を採用したことの一つの根拠になっていると思われる。

現行破産法もその前身である大正11年破産法も、事前確定主義を採用し、そのための手続規定を十分に用意している。しかし、破産債権の確定後に権利変動が生じた場合にどのようにするかについての規定は少ない。主要な規定として、次の規定が用意されている：（ α ）破産債権が他者に移転した場合について、届出名義変更の届出に関する規定（113条）；（ β ）不足額責任主義の下で（108条1項）、別除権者が最後配当の手続に参加するためには別除権を行使しても満足を受けることができない金額（不足額）を破産管財人に証明すること

が必要であるとする規定（198条3項）等、（γ）外国で弁済を受けた破産債権者の破産手続参加に関する規定（109条）。これだけで十分かといえば、そうではない。

（a）破産法は、破産者がある債権者に対して全部義務を負っている場合に、破産手続開始後に破産者以外の全部義務者（以下「破産者の共同義務者」あるいは単に「共同義務者」という）から弁済等があっても、その債権者は破産手続開始時の債権額を基準に配当を受けることができるとの建前（開始時現存額主義）を採用しているが、この建前との関係でいくつか議論が必要な場合が生ずる。以下では、配当時に現存する債権額を「配当時現存額」ということにする。

例えば、受託保証人について破産手続が開始された後で、主債務者の財産から債権者に一部弁済がなされ、そのことが保証人の破産管財人に通知された場合に、どうすべきかを考えてみよう⁴⁾。破産手続開始時の債権額を基準にした配当額が配当時現存額以下である場合には、特に問題はない⁵⁾。では、その配当額が配当時現存額を超過する場合はどうか。以下では、その超過する金額を指して「超過額」ということにする⁶⁾。超過額の処理について破産法は別段の

4) 主債務者について破産手続が開始されているか否かは重要でないが、議論を単純にするために、主債務者についても破産手続が開始されていて、債権者が主債務者の財産上に設定されていた担保権を実行して部分的満足を得、その旨の通知が主債務者の破産管財人から保証人の破産管財人に通知され（民法463条2項参照）、残債権額が僅少になっている場合を想定することにしよう。なお、本稿では、民法の規定は、原則として、平成29年改正後のものを引用する。

5) ただし、この場合には、債権者への配当額は配当時現存額を基準にすべきであるとの見解も主張されている。本稿ではこの問題には立ち入らずに、この場合でも開始時現存額を基準にして配当すべきであるとの多数説を前提にして議論を進める。栗田隆「開始時現存額主義と配当時現存額主義（不足額主義）——破産手続中における配当財団以外の財産からの満足を破産配当においてどのように考慮すべきか——」関西大学法学論集63巻6号（平成26年）25頁以下、同「全部義務者の破産と民法改正——一部代位弁済の場合の原債権と求償権の規律を中心に——」関西大学法学論集65巻5号（平成28年）101頁以下参照。

6) 精確には次のようになる。[開始時現存額]をa、[開始後の弁済のうち普通破産債権部分の消滅をもたらす額]をb、[開始時現存額を基準とする配当額]を μ

手続開始後における破産債権の変動をどのように処理すべきか（1）

規定を用意していないから、104条1項を単純に適用して、破産管財人は超過額も当該債権者に交付すべきであるというもの、一つの解決である。しかし、その超過額は、破産者（保証人）の損失において当該債権者が得た不当利得である以上、破産管財人は当該債権者に対して返還を請求することができてしかるべきである。超過額を当該債権者に交付してから返還を請求するのは迂遠な解決であるから（あえていえば、愚鈍な解決であるから）、保証人の破産管財人は超過額の交付を拒むことができるとすべきであろう。この見解を「破産手続内処理説」⁷⁾ということにする。

では、主債務者の財産からの満足額について争いがあり、保証人の破産管財人あるいは他の破産債権者と当該債権者との間で超過額について争いが生じた場合には、どのように解決すべきであろうか。債権調査が終了していることを前提にすると、超過額に関する争いを解決する手続はまったく用意されていないと言うべきことになる。この規定未整備状況に鑑みるならば、破産管財人は、超過額もいったん債権者に交付して、その後には不当利得返還請求の訴えを提起し、返還された金員を追加配当の原資にすべきであるという見解も成り立ち得る。この見解を「手続外処理説」と呼ぶことにしよう。

規定が不備であることは確かである。しかし、それでも、債権者も無資力の状況にある場合（典型的には破産手続が開始されているような場合）を想定すると、手続外処理説は採用することができない。規定の不備を解釈により補いつつ、手続内処理説を採用すべきではなかろうか。

(b) 同様な問題は、停止条件が成就するまで金額が確定しない停止条件付

↘ q とする。

$$[\text{配当時現存額}] = a - b$$

$$[\text{超過額}] = q - (a - b) = (q + b) - a$$

7) ここでいう「手続」は「破産手続」の省略形であるが、その「破産手続」は比較的広い意味である。破産債権に対して異議等が出された場合に行われる査定手続はもちろん、査定異議訴訟などの破産債権確定のための訴訟手続も含む意味である。「破産手続内処理説」といわずに、「破産手続又はこれに附随する手続で処理すべきとの説」という方がよいのかもしれないが、冗漫である。これに相当する簡潔な語も思いつかないので、「手続内処理説」ということにした。

債権についても生ずる。そのような債権として、例えば、敷金返還請求権がある。これについては、別稿⁸⁾で論じた。その外に、破産手続開始後に弁済をなす保証人の事後求償権（104条3項の「将来行うことがある求償権」）がある。すなわち、主債務者について破産手続が開始されたが債権者はこれに参加しない場合に、保証人は将来発生することのある事後求償権⁹⁾を破産債権として破産手続に参加することができる（104条3項本文）。債権調査の対象となるのは将来の求償権であり、その債権額は保証人が保証債務を履行するまで確定できない。普通破産債権額として確定できるのは、その最大限度額、すなわち破産手続開始時に債権者が有する債権額である（保証人が債権者に弁済をした場合に、弁済金は破産手続開始後に生ずる利息・損害金にまず充当されるべきであるが、これに充当された金額は、求償権の普通破産債権額には含まれないと解すべきである。そうしないと、債権者自身が破産手続に参加した場合と比較して他の破産債権者が不利益を受けるからである）。債権調査において将来の求償権額の最大限度額が確定しても、保証人への配当の基準となる債権額は、保証人が実際に保証債務を履行した後に定まる事後求償権額（現在の権利となった事後求償権の額）である¹⁰⁾。その事後求償権額について破産管財人と保証人との間で争いが生じた場合についても、その解決のための手続を定める規定は置かれていない。

1.2 本稿の課題

本稿の主たる課題は、(a)の場合の処理を検討することである。すなわち、(α) 余剰額が生ずる場合に、破産実体法上、それは最終的に誰に帰属すべき

8) 栗田隆「停止条件付債権と破産法——敷金返還請求権、現金決済型 CDS 及び保証人の求償権を中心にして——」関西大学法学論集67巻6号（平成30年）1頁。

9) 民法460条の事前求償権は、主債務者の破産手続開始とともに行使することができる権利であり、破産法104条3項にいう「将来の求償権」には該当しない。以下にいう「将来の求償権」は「将来の事後求償権」を指す。

10) 保証人が一部弁済をしたにとどまる場合に、彼は未弁済額について事前求償権を行使し得るが、これについては、民法461条で一定の制約が課せられている。

手続開始後における破産債権の変動をどのように処理すべきか（1）

か、（ β ）債権者以外の者に帰属すべきであるとするならば、それはどのような方法ないし経路を経て帰属させるべきかを論ずることである。その際に、事前確定主義（及び全部義務履行請求権について開始時現存額主義）をとる現行法が、破産手続開始後の権利変動、特に破産債権確定後の権利変動について、十分な規定を用意していないと認識しておくことは重要である。十分な規定が用意されていないことは、法の欠缺であり、欠缺は解釈により補充されるべきであると考えるか否かは、（ α ）と（ β ）の問題の解決にも影響する。本稿は、その認識を前提にする。したがって、（ γ ）破産債権確定後の権利変動を手続的にどのように処理すべきかを検討することも、本稿の主要な課題の一つである。

前記（b）で指摘した債権のうち、将来行うことがある求償権も取り上げることにしよう。将来行うことがある求償権は、敷金返還請求権と同様に、停止条件が成就するまで金額が確定しない債権の範疇に含めることができる。ただし、債権額が不確定である理由は、敷金返還請求権の場合とやや異なる。すなわち、将来行うことがある求償権が金銭債権であることを前提にすると、それは、一部についてのみ停止条件が成就することが可能な債権であり、最後配当の除斥期間満了時まで停止条件が成就することが可能な債権であり、最後配当の除斥期間満了時まで停止条件が成就する（保証債務が履行される）部分が不確定だからである。ただ、理由はどうであれ、これも「停止条件成就まで債権額が確定しない破産債権」の一種と位置付けられることに変わりはない。この債権の取扱いは、それほど難しくないので、第2節の最初の方で取り上げることにする。

2 実体的問題

2.1 受託保証人の求償権——事前求償権と事後求償権

（1）事前求償権と事後求償権

受託保証人は、主債務者について破産手続が開始された時点で保証債務を履行していなくても、破産手続において、その開始前に締結された保証委託契約に原因のある2種の求償権を行使することができる。一つは、民法460条が規

定する事前求償権¹¹⁾であり(同条1号)、もう一つは、将来保証債務を履行することにより生ずる事後求償権(民法459条1項)である。両者は、発生原因と権利内容を異にする別個の権利と考えられており¹²⁾、保証債務の履行により前者が後者に転化するという関係にあるわけではない¹³⁾。両者の違いは、本稿との関係では、特に次の点に現れる：事前求償権は、民法461条による制約はあるものの、主債務者について破産手続が開始された時点で現在の権利として行使することができる¹⁴⁾；他方、事後求償権は、保証債務の履行により初めて発生する停止条件付債権でしかなく、打切主義(198条2項)に服す。

もっとも、いずれの求償権も、債権者が破産手続に参加すれば、その行使を認められない。その根拠は、事後求償権については、二重の権利行使の禁止(二重に行使された場合には債権者の権利行使が共同義務者の求償権行使に優先すること)である。事前求償権についても、その根拠は、究極的には二重の権利行使の禁止にあるとすることができるが、事前求償権制度の目的から次の

-
- 11) 事前求償権の沿革については、次の文献を参照。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——わが国の事前求償権との関連において——」阪大法学145=146合併号(昭和63年)245頁、西村重雄「保証人の事前求償権——民法四五九条のローマ法的沿革——」『鈴木祿彌先生古稀記念・民法学の新展開』(有斐閣、1993年)221頁、福田誠治「事前求償制度の目的となるリスクの内容——求償リスクと出捐リスク——(上・下)」上智法学論集53巻4号(平成22年)19頁・54巻1号1頁。
- 12) 最判昭和60年2月12日民集39巻1号89頁(消滅時効期間の進行開始時点について)。
- 13) 栗田隆「主債務者の破産と保証人の求償権——受託保証人の事前求償権と無委託保証人の事後求償権を中心にして——」関西大学法学論集60巻3号(平成22年)53頁以下も参照。
- 14) 最判昭和34年6月25日民集13巻6号810頁は、求償権を被担保債権とする抵当権が設定されている不動産が他の債権者の申立てにより競売された事件において、競売により担保権はまもなく消滅するが、保証人が保証債務を履行していないため事後求償権はまだ発生していなかった場合に、保証人は事前求償権を有することを理由に配当要求をすることができるかが問題となった事案である。最高裁は、「民法460条2号は主債務が弁済期に在るということだけで保証人の求償権の事前行使を可能としている」と説示して、配当要求を認めるべきであると示した。もっとも、谷口安平『倒産処理法2版』(筑摩書房、1981年)172頁は、民法460条1号の求償権を「将来の求償権」と理解する。

手続開始後における破産債権の変動をどのように処理すべきか（1）

ように言うこともできよう：事前求償権は、保証人が将来 保証債務履行後に事後求償権を行使する段階では債務者の財産が散逸していて、求償を得ることができなくなるリスク（求償不能リスク）、あるいは自己の財産から出捐（代位弁済等）を強いられること自体のリスク（出捐リスク）を軽減することにある¹⁵⁾；そのようなリスクは、債権者が主債務者に対して適切な時期に権利行使をしないことにより生ずる；したがって、債権者が主債務者の破産手続においてすでに権利行使をしている以上、事前求償権の行使を認める必要はない。

破産手続開始時に履行をしていない共同義務者の破産者に対する事後求償権は、破産法上は、「将来行うことがある求償権」（104条3項）と呼ばれる。この概念は開始時現存額主義の内容の一つをなす二重権利行使の禁止を規定する上で有用である。しかし、「将来行うことがある求償権」を代表例とする「将来の請求権」（103条4項）¹⁶⁾の語を「停止条件付債権」の語と並列的に用いる意義は、それほど大きくはない¹⁷⁾。「将来の請求権」も停止条件付債権の一種（法定の停止条件付債権）と位置付けることができるのであるから、「将来行うことがある求償権」も停止条件付債権の一種であると説明すれば足りるからである。

15) 事前求償制度が受託保証人をどのようなリスクから保護する制度であるかについては、議論のあるところである。福田誠治『保証委託の法律関係』（有斐閣、2010年）1頁以下参照。

16) 破産法上の「停止条件付債権」は、停止条件付法律行為に因り生ずるものに限られず、「請求権の成立が条件に係る場合」一般を含む（井上直三郎『破産法綱要第1巻（実体破産法）』（弘文堂、大正14年）63頁）。

17) 例えば、ドイツの1877年破産法の条文には、「将来の請求権」に相当する語はない（67条・154条参照）。破産者の共同義務者の求償権は、停止条件付債権の一つとしてあげられているにとどまる。Vgl. Menzel = Kuhn = Uhlenbruck, Konkursordnung, 9. Auflage, S. 82, S. 565. 1994年倒産法44条は、「連帯債務者又は保証人が債権者を満足させることにより債務者に対して将来取得することのある債権」の概念を用いて日本の現行破産法104条3項に相当する規定を定めているが、「将来の請求権」の概念は用いておらず、44条所定の債権（将来の求償権）も停止条件付債権の概念の中に含まれている。Vgl. Münchener Kommentar zur InsO, Bd. 2, S. 1452 (§ 191 RdNr 13).

それにもかかわらず、「将来の請求権」が大正11年破産法23条2項¹⁸⁾であえて用いられた理由を、井上直三郎『破産法綱要第1巻（実体破産法）』・前掲（注16）63頁は、次のように説明している：「惟ふに普国破産法に於て、連帯債務者の行ふことあるべき求償権の如きを破産債権とせざりしに對し、之をも破産債権とするの意味に於て、広く停止条件付債権に付き規定した独逸破産法に一歩を進め、更にその趣旨を明確にしたものであらう」。大正11年破産法26条は、1項において現行法104条3項に相当する規定を置き、2項において、債権者が破産手続に参加した場合でも、将来の求償権者が債権者に弁済をしたときは、その弁済割合に応じて債権者の権利を取得することを定めていた。同項について次の理由説明がなされていた：「将来ノ求償権者因果シテ自己ノ債務ヲ弁済シタルトキハ将来ノ権利ハ変シテ現実ノ求償権ト為リ債権者ニ代位スヘキハ当然ナルモ其ノ権利ハ弁済ノ時即チ破産宣告後ニ生シタル権利ナルヲ以テ果シテ破産債権タルコトヲ得ヘキヤ否疑義ナキヲ得ス。本条第二項ハ明文ヲ以テ求償権者ハ〔中略〕破産債権者トシテ債権者ノ権利ヲ取得スヘキコトヲ明ニス」¹⁹⁾。この理由説明は、「破産手続開始後の弁済により生じた求償権も破産債権になることを明示した」という点で、1項の理由説明の補完の意義を有するといつてよいであろう²⁰⁾²¹⁾。

18) 大正11年破産法23条1項は、条件付の破産債権の額が無条件債権と同様に定められることを規定し、同2項が「破産者ニ對シテ行フコトアルヘキ将来ノ請求権」に1項の規定を準用することを定めている。したがって、同条2項は、現行破産法103条4項のうち「将来の請求権」に関する部分に相当する規定である。

19) 法律新聞社編『改正破産法及和議法精義』（大正12年）177頁。読点を追加した。なお、古い字体の漢字は、現在通常用いられる字体のものに適宜置き換えた。他の古い史料ないし文献の引用についても同じ。

20) 解釈上の争いを避けるための規定という意味では、現行破産法57条と同様の注意規定である。同条につき、栗田隆「破産法57条・60条の破産債権と相殺制限」関西大学法学論集61巻4号（平成23年）89頁参照。

21) この説明は、受託保証人や連帯債務者の求償権については、特に問題はない。しかし、委託を受けない保証人の求償権については、その発生原因を何と見るかという問題がある。最判平成24年5月28日民集66巻7号3123頁は、「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）」と述べ、これを前提にして、主債務者の破産手続開始前に

手続開始後における破産債権の変動をどのように処理すべきか（1）

そして、将来の求償権者が破産法104条3項本文により破産手続に参加した場合でも、配当手続に参加するためには、停止条件が成就していること、すなわち保証債務を履行していることが必要である（198条2項）。他方、事前求償権については198条2項の適用はない。規定の文言に素直に従う限り、受託保証人は保証債務履行前であっても事前求償権を現在の破産債権として行使することができ、主債務者の破産管財人は、民法461条所定の権利を行使することができるだけである²²⁾。主債務者の破産管財人は、(α) 同条所定の権利を行使することなく配当金を受託保証人に交付することもできるが、(β) 破産者が破産手続終了後も債権者に対して債務を負う場合には、破産者が二重払を強いられる虞があるので、その回避のために、同条所定の権利のうちどれをどのように行使するのがよいかを思案することになろう。この問題については、債

ㄨ主債務者の委託を受けることなく保証人となった者の求償権も、当然に破産債権になるとした。しかし、保証人の求償権が主債務者の破産手続において破産債権となるためには、求償権が《破産手続開始の時点で主債務者に主張することができる法律関係》から生ずることが必要であるというべきであろう。無委託保証は、一般に主債務者のための事務管理行為であると位置付けられており、そのような位置付けが可能な範囲では、事後求償権の発生原因は、主債務者に主張することができる法律関係たる事務管理行為が原因であるということができる。しかし、前記最判の事案の保証は、主債務者のためになされたのではなく、保証人の利益獲得行為（リスクへの投資）としてなされたものであり（栗田隆「信用リスクの移転と破産法——CDS、指名債権の譲受人による相殺、双方未履行契約としてのリスク引受契約」立命館法学2016年5・6号181頁以下参照）、かつ、主債務者に内密にしてなされたものである。そのような保証行為を主債務者のための事務管理と評価するのは適切ではなく、その履行として生ずる求償権の《破産者たる主債務者に主張することができる発生原因》は、保証の履行としての代位弁済であるとみるべきである。栗田隆・関西大学法学論集62巻6号（平成25年）306頁、同・倒産判例百選〔第5版〕（別冊ジュリスト216号、平成25年）140頁、同・私法判例リマークス47号（平成25年）134頁参照。

ただ、本稿でこの問題に立ち入る必要はない。本稿では、無委託保証の全部ではなく、そのうちで主債務者のための事務管理であると評価できるものを議論の対象にする。

22) ただし、現実に事前求償権を破産債権として行使することが問題になった公表先例はなく、また文献上の議論も少ないので、一般にこのように考えられているとまで言うつもりはない。

権者が破産手続に参加していないことが前提になっていることを考慮すると、民法461条2項の規定により、破産管財人は事前求償権への配当額に相当する金銭を債権者に交付することにより償還義務を免れると解するのがよいであろう²³⁾。

(2) 破産法104条3項の位置付けに関する見解の対立

ところで、104条3項の意義については、2つの異なる説明がなされている²⁴⁾。一つは、(α)破産手続開始後の弁済により生ずる事後求償権であっても、停止条件付債権の一つとして破産債権になることを明確にし、その行使要件(同項ただし書)を定めた点に意義があるとする説明(以下「停止条件付債権説」という)である²⁵⁾(198条2項所定の打切主義の適用があることを明らかにしている点でも重要である)。もう一つは、(β)「事前求償権を全部義務者すべてに認めたという意義をもつ」という説明である²⁶⁾。学説上は、後者が古くからある説明である(以下「事前求償制度拡張説」という)。後者の見解の中には、さらにすすんで、(γ)「もし事前求償を認めないと、保証人が債務を履行した後に求償しようとしたところ、主たる債務者について破産手続が終了し、免責を得てしまっていると、求償の余地がなく不利益を受けるからであ

23) 栗田・前掲(注13)45頁参照。

24) 澤野芳夫「近時における破産・和議の諸問題——破産と保証人の求償権、和議の履行状況を中心として——」金融法務事情1507号(1998年)12頁、栗田・前掲(注13)46頁注2参照。

25) 竹下守夫編集代表『大コンメンタル破産法』(青林書院、2007年)444頁(堂菌幹一郎)。なお、石川明『破産法』(日本評論社、1987年)125頁は、本文後述の(β)の説明の直後に(α)の説明を述べている。両者の違いはあまり意識されていないようである。

26) 中田淳一『破産法・和議法』(有斐閣、昭和45年)194頁、山木戸克己『破産法』(青林書院、1974年)93頁、斎藤秀夫=鈴木潔=麻上正信・編『注解破産法』(青林書院、1984年)118頁(加藤哲夫)、伊藤真『破産法・民事再生法(第3版)』(有斐閣、2014年)288頁(本文の引用は、これによる)。規定の趣旨あるいは位置付けの問題であり、分類に迷う説明もあるが、次の文献もこれに含めてよいであろう。加藤正治『破産法要論』(有斐閣、昭和27年)81頁(「民法に於て保証人に予め求償権を行ふことを許したと同一の趣旨に基き、破産法は多数の共同全部義務者相互の関係に於て予め求償権を行ふことを許したのである」)。

手続開始後における破産債権の変動をどのように処理すべきか（1）

る」との理由を付加するものもある²⁷⁾。この見解によれば、将来の求償権が104条3項本文の規定により行使された場合には、受託保証人の事前求償権の行使の場合と同様な結果が得られるべきであり、従って打切主義の適用はなく、かつ民法461条の類推適用がないことを前提にすると、求償権者に配当がなされるべきであるとの結論に至ることになろう（以下「事前求償権転化説」という）²⁸⁾。

事前求償権と事後求償権の内容の違い、特に破産法上の行使要件の違いを考慮すると、事前求償制度拡張説の説明は採り得ない。また、破産法104条3項は、将来の事後求償権に関する規定であり、これを民法460条1号の事前求償権と同様に扱うことには特段の理由付けが必要であり、かつ、主債務者が破産免責を受けない個人である場合には、保証人が事前求償金を得たにもかかわらず保証債務を履行しないという事態を防止する措置を講じておくべきである。現在主張されている事前求償権転化説は、その点についての言及²⁹⁾もない。停止条件付債権説の説明が正当である³⁰⁾。以下ではこれを前提にしよう。

（3）具体例による検討

破産法104条3項本文と民法460条1号本文との関係を具体例に即して考えてみよう。もちろん、それぞれの規定のただし書の要件が充足されないこと（債権者が破産手続に参加していないこと）を前提にする³¹⁾。

27) 加藤哲夫『破産法〔第6版〕』（弘文堂、平成24年）288頁（本文の引用は、これによる）、三上威彦『倒産法』（信山社、2017年）163頁。

28) この可能性を指摘するものとして、栗田・前掲（注13）46頁注2末尾参照。山本和彦＝中西正＝笠井正俊＝沖野眞巳＝水元宏典『倒産法概説（第2版補訂版）』（弘文堂、2015年）166頁は、 (α) と (γ) の見解の対立を描いている。 (β) の見解は、結局 (γ) の見解に至ると見ているのであろう。本稿では、後二者を別個の見解とみた。

29) この言及は、104条3項又は打切主義を定める198条2項のうちの少なくとも一方に関連してなされるべきであろう。

30) 大正11年破産法の立案者の説明もそうであることにつき、注19に引用の文献参照。

31) たとえば、保証債権の担保のためにHの不動産上に抵当権が設定されていて、保証債権は抵当権を実行すれば十分に回収できるが、天災等の影響でHは資金繰りが苦しく、直ぐには保証債務を履行することができないものとしよう。GがHとの

〔設例〕例えば、債権者Gの主債務者Sに対する元本1000万円の貸付金債権をHがSの委託を受けて保証したとする。主債務の利率は年5%とし、弁済期を貸付から1年後の日（1年分の利息を徴収できる日）とし、弁済期の翌日にSについて破産手続が開始されたとする。普通破産債権となるのは、1050万円である。議論の単純化のために、法定重利に相当する約定がGとSとの間でなされていて、遅延損害金に関する特別の約定はなく、したがって年5%であるとする。Hは、Sの破産手続開始後に保証債務を履行する予定であるが、直ぐには弁済資金を用意することができず、まだ保証債務を履行していないものとする。

（a）保証人Hが将来の事後求償権のみを破産債権として届け出た場合 この場合には、Hが保証債務を全部履行する場合に生ずべき求償権が破産債権となる。ただし、保証債務が全部履行されたと言えるためには、別段の合意がなければ、破産手続開始後の利息・損害金も保証の対象になっているので、保証人は、この部分も債権者に弁済しなければならない。問題は、この部分の弁済による求償権が普通破産債権になるのか、劣後的破産債権になるのかであるが、99条1項1号による劣後化³²⁾が破産債権者間の衡平を図るためのものであることを考慮すると、劣後的破産債権部分について弁済をしたことによる求償権は、劣後的破産債権とすべきであろう。劣後的破産債権部分への配当は通常はなされないもので、以下ではこれへの言及は、省略することにしよう。

Hが将来の求償権1050万円を普通破産債権として届け出、これに対して異議等が出されなかったために、この破産債権が確定したとする。Hが配当金の交付を得るためには、最後配当の除斥期間の満了までに実際に保証債務を履行していることが必要である。では、Hが除斥期間の満了までに弁済した額が劣後的部分に充当される部分を除くと500万円である場合はどうなるのか。500万円部分についてのみ停止条件が成就したのであるから、Hは500万円を基準にし

↘これまでの取引状況及び将来性を見込み、保証債務の履行を猶予し、かつ、Sの破産手続に参加する労力の節約のために、自らは参加せずに、Hに参加させるということは、あり得ない話ではなからう。

32) いわゆる額の現在化の一部である。

手続開始後における破産債権の変動をどのように処理すべきか（1）

て配当を受けるべきことになろう。債権調査手続において1050万円の停止条件付債権が確定していたといっても、それは、Hが取得する破産債権額の最大限度額を確定したことを意味するにすぎない。実際の債権額は停止条件が成就するまで確定していなかったと言わざるを得ない。それは、金額未確定の停止条件付債権の一種であり、その取扱いは、別稿³³⁾で敷金返還請求権について検討した。その検討結果は、将来の求償権にも妥当する。すなわち、停止条件が成就した債権額の確定に他の破産債権者を関与させる必要はなく、破産管財人と停止条件付債権者との間で、必要であれば破産債権査定手続に準ずる手続あるいは訴訟手続により確定させれば足りる³⁴⁾。

（b）保証人が事前求償権のみを破産債権として届け出た場合　保証人が最後配当の除斥期間満了前に保証債務の履行のための資金を調達することができないと判断すれば、彼はこの選択肢をとるであろう。この場合の処理も別稿³⁵⁾で論じた。破産管財人は、無条件で事前求償に応ずることもできないわけではないが、保証人が保証債務を履行しない場合のことを慮って³⁶⁾、通常は民法461条の権利を行使することになろう。同条の定める権利のうち、どれを行使するのが適切な解決をもたらすかと言えば、通常は、同条2項の「保証人に免責を得させて、その償還の義務を免れる」権利であろう。それは、具体的には、保証人への配当額を債権者Gに交付することである（Gが受領しない場合には、破産法202条3号の規定により供託する）。

（c）保証人が事前求償権と将来の事後求償権の双方を破産債権として届ける場合　保証人が、最後配当の除斥期間満了までに保証債務をある程度履行することができるが、どの程度履行できるかは破産債権届出の時点では不確実であると考えられる場合には、彼は双方の破産債権を届け出ざるを得ないであろうし、それは許容すべきである。もちろん、彼は、双方の債権の関係を明示し

33) 栗田・前掲(注8)1頁。

34) 栗田・前掲(注8)14頁以下参照。

35) 栗田・前掲(注13)49頁以下。

36) この配慮は、主債務者が無限責任を負う社員がいる法人である場合、あるいは主債務者が破産免責を得る見込みのない個人である場合に特に重要である。

て届け出るべきであり、以下では、そうしているものとする。保証人が保証債務の一部を履行すれば、その限度で事前求償権は消滅すると言い切つてよいか
が問題になり、いろいろ注釈を付す必要はあるが³⁷⁾、当面の問題との関係では、
そのように考えてよいであろう。これを前提にすれば、事前求償権は、保証人
が保証債務を履行することを解除条件とする債権である³⁸⁾。これらの破産債権
の確定後に保証人が除斥期間の満了までに弁済した額が劣後的部分に充当され
る部分を除くと500万円であるときは、500万円に対する配当額は保証人に交付
され、残りの550万円に対する配当額は債権者Gに交付されることになる。

上記の設例に典型的に現れるように、保証人が破産手続開始の時点で履行し
ていない保証債務に係る事前求償権は、現在の求償権であり、事後求償権は、
将来の請求権（停止条件付債権）である。両者は、基本的に同じ目的を有する
が、法的性質を異にする請求権である。

（続く）

37) 例えば、保証人が事前求償権のみを届け出たが、破産債権届出期間経過後に保証債務を全部又は一部履行した場合に、それにより生ずる求償権は事後求償権であり、既に届け出られている事前求償権とは別個であるから、新たな届出が必要であり、その債権調査の費用は保証人の負担になると考えるべきであろうか。事前求償権と事後求償権とが別個の債権であるといっても、当該債権の行使によって達成させるべき目的は、「主債務者のために出捐する又は出捐した保証人の財産の回復」という点で基本的に同じであり、また、求償権額が増加する場合は別として、そうでない限り他の破産債権者に不利益が生ずるわけではないから、新規に債権調査が必要となる債権届出には当たらないと考えてよいであろう。

38) 別の法律構成として、事前求償権は本文で述べたような解除条件付債権ではないが、保証人は、保証債務の履行により事後求償権が発生することを解除条件として事前求償権を届け出たと考える余地もある。ただ、この法律構成と本文で述べた法律構成のいずれが良いかをここで議論する必要はなからう。