

# 被保証債権者優先の視点から見た 破産手続開始時現存額主義

栗 田 隆

## 目 次

- 1 はじめに
- 2 被保証債権者優先主義及び開始時現存額主義に関する判例
- 3 主債務者について破産手続が開始された場合の開始時現存額主義
- 4 保証人の破産手続開始後における主債務者の弁済と開始時現存額主義

## 1 はじめに

一人の債権者が複数の債務者から弁済を受けることができる場合に、債権者が受領することのできる全体額について各債務者が債務を負うとき、各債務者を全部義務者という<sup>1)</sup>。代表例は、連帯債務者である。主債務者が債権者に対して負っている債務の全部を保証人が保証している場合も、主債務者と保証人は、全部義務者である。

### 当初債権額主義と手続開始時現存額主義

債権者Gが全部義務者S<sub>1</sub>、S<sub>2</sub>に対して100万円の債権を有していて、S<sub>1</sub>が20万円を弁済した段階でS<sub>2</sub>について破産手続が開始されたとしよう。この場合に、Gがその破産手続において当該債権を破産債権として行使できる債権額をどのように定めるかについては、2つの立法主義がある。

一つは、(α) 当初の債権額100万円であるとするものであり、スイス法がこ

---

1) 全部債務の語は、不真正連帯債務の意味で使われる場合もあるが(例えば、内田貴『民法3 債権総論・担保物権 [第3版]』(東大出版会、2005年)374頁)、破産法の世界では、全部債務ないし全部義務の語は、本文に述べた意味で用いられる。

れを採用している。これを当初債権額主義と呼ぶことにしよう。

他の一つは、(β) 破産手続開始時における現存債権額80万円であるとする立法主義であり、日本法、ドイツ法、オーストリー法がこれを採用している<sup>2)</sup>。S<sub>2</sub>の破産手続中にS<sub>1</sub>がさらに20万円を弁済すると、Gの債権額は60万円になる。この場合に、GのS<sub>2</sub>の破産手続における破産債権額をどのように定めるかについては、2つの選択肢が考えられる。一つは、(β<sub>1</sub>) 破産手続中における破産者の共同義務者による弁済額を考慮することなく、破産手続開始時の債権額80万円とする選択肢である。他の一つは、(β<sub>2</sub>) 破産手続開始時におけるGの破産債権のうちの破産手続中における弁済額20万円は弁済者S<sub>1</sub>に移転し、Gが破産債権として行使できるのは、たとえば配当時における債権額60万

2) ドイツ倒産法は、次のように規定している。

第43条（複数の者が責任を負う場合）：「1人の債権者に対して複数の者が同一の給付について全部の責任を負う場合には、その債権者は、各債務者に対する倒産手続において、全部の満足を得るまで、手続開始の時において彼が請求することのできる全金額を行使することができる。」

第44条（全部債務者及び保証人の権利）：「全部債務者及び保証人は、債権者の満足により債務者に対して将来取得することのある債権を、倒産手続において、債権者がその債権を行使しない場合にのみ、行使することができる。」

オーストリー破産法は、次のように規定している。

17条（破産財団に対する共同債務者及び保証人の権利）：「(1) 破産者の非分割的共同債務者及び保証人は、破産開始の前又は後に債権に給付した支払について、破産者に対して求償〔権〕を有する限度で、破産手続においてその賠償の要求を届け出ることができる。」

(2) 前項の者がその責任によりなすことがありうる支払に関しては、債権が債権者によって破産手続において行使されていない場合にその請求権〔将来の求償権〕を破産手続において届け出る権利が共同債務者に留保される。

(3) 破産開始後、破産者の共同義務者は、債権者から又は共同義務者に対して遡求権を有する後者 (Nachman) から債権を受け戻すことができる。」

18条（共同義務者に対する債権者の権利）：「(1) 数人の者が同一の債権について債権者に非分割的に (zur ungeteilten Hand) 責任を負っている場合には、債権者は、完全な満足を得るまで、破産している各債務者に対して、破産開始の時にまだ残存している債権の全額を行使することができる。」

(2) 債権者の全部の満足の後に余剰が生ずる場合には、この余剰額まで、求償権が一般の法律の規定に従って行使される。」

円とする選択肢である。後者の選択肢は、全部義務者に対して債権を有する者の立場が弱くなってしまい、全部義務を認めた趣旨にそぐわない。そこで、 $(\beta)$  と  $(\beta_1)$  の組合せが採用されることになる。この組合せは、「(破産) 手続開始時現存額主義」と呼ばれる。縮めて「開始時現存額主義」あるいは単に「現存額主義」とも言う。「現存額」に代えて「残存額」の語を用いる場合もある<sup>3)</sup>。

100万円の債務を負っている主債務者  $S_1$  とその委託を受けてその全額を保証している連帯保証人  $S_2$  にこの開始時現存額主義を適用すると、次のようになる（なお、議論を単純にするために、主債務は、 $S_1$  又は  $S_2$  の破産手続開始前にすでに弁済期にあるものとする。また、 $G$  は  $S_1$  の破産手続に参加するものとする）。

(a) 主債務者  $S_1$  について破産手続が開始された場合に、(a<sub>1</sub>) 手続開始前に保証人  $S_2$  が20万円を弁済していれば、債権者  $G$  は、手続開始時の債権額80万円を破産債権として行使でき、 $S_2$  は、 $S_1$  の破産手続開始時に生じていた事後求償権20万円を破産債権として行使できる（破産法104条1項）。(a<sub>2</sub>)  $S_1$  の破産手続開始後に  $S_2$  がさらに20万円を弁済しても、 $G$  の破産債権額と  $S_2$  の破産債権額は (a<sub>1</sub>) で示した金額のままである（104条2項）。その反面、開始後に一部弁済をしたにとどまる保証人は、通常であれば代位により取得する被保証債権の一部を、破産手続との関係では、債権者が全額の満足を得るまでは自己の権利として行使することができず（104条4項）、また、破産手続開始後の弁済により取得した求償権も行使できない（これを認めれば、104条2項により債権者に認められている開始時現存額での権利行使と重複した権利行使が生ずるからである）。

(b) 保証人  $S_2$  について破産手続が開始された場合に、(b<sub>1</sub>) 手続開始前に主債務者  $S_1$  が20万円を弁済していれば、債権者  $G$  は、手続開始時の債権額80万円を破産債権として行使できる。主債務者が保証人に求償権を有すること

3) 後掲先例 [8] [9] の補足意見において、田原陸夫裁判官が使用している。なお、旧法下では、宣告時現存額主義と呼ばれていた。

はないので、 $S_1$ が $S_2$ の破産手続に参加することはない。(b<sub>2</sub>)  $S_2$ の破産手続開始後に $S_1$ がさらに20万円を弁済した場合でも、 $G$ の破産債権額は変わらない(104条2項)。

物上保証人についてはどうか。(a') 主債務者が破産した場合には、上記の規律(a)が妥当する(破産法104条1項・5項・2項・4項)。他方、(b') 物上保証人について破産手続が開始された場合には、債権者は破産債権を有せず、担保権を破産手続外で行使することができるにとどまる(破産法2条9項・65条1項。別除権)。主債務者が破産手続開始後に被担保債権の一部を弁済すれば、それは担保権実行手続の中で考慮される。そこには、開始時現存額主義の適用の余地はない。

#### 被保証債権者優先の視点と開始時現存額主義

ところで、保証人等が債務者に代位して債権者に一部弁済をした場合に、債権者が有している担保権の実行により得られる売却代金の分配に関し、弁済者が代位により取得する債権よりも原債権者(被保証債権者)の残債権が優先して弁済を受けるべきであると考えられている。「原債権者優先主義」と呼ばれる考えであり、本稿では「被保証債権者優先主義」の語も用いることにしよう。ここで債権者に残存する原債権と比較されているのは、弁済者代位により取得された原債権の一部(以下では「被代位債権」という)であり、保証人が債務者に対して取得する求償権ではない(本稿では、事前求償権の問題を取り扱わないので、事後求償権を指して単に「求償権」という)。

この考えを、破産の場面に拡張することを考えてみよう。すなわち、

- 債権者の残存債権と競合する債権を「被代位債権」から「被代位債権及び求償権」に、
- 債権者に優先的に分配されるべき資金を「担保権の実行により得られる売却代金」から「破産債権への配当に充てられる金銭(配当財団)」

に置き換えると、次の命題が得られる。「破産手続において、破産者である主債務者に対して保証人が有する被代位債権及び求償権よりも、保証を受けた債

権者（被保証債権者）の債権が優先して配当を受けるべきである」。

この命題を原債権者優先命題と呼んでおこう。この命題は、手続開始後の弁済に係る被代位債権及び求償権については、開始時現存額主義の中で実現されている（被代位債権について破産法104条4項。求償権との関係は明示的ではないが、事後求償権であっても債権者の債権との競合行使は許されないとの原則を当然の前提にして（将来の求償権との競合行使を否定する104条3項参照）、104条2項が債権者に開始後の弁済にかかわらず開始時の債権全額での権利行使を認めていることから導くことができる。また、被代位債権に関する104条4項が当然の前提にしていると説明することもできよう）。しかし、破産手続開始前の弁済に係る求償権及び被代位債権については、この命題は実現されておらず、したがって「現存額主義はこの命題を実現するためにある」とまで言うことはできない。また、「現存額主義はこの命題によって正当化されるのであり、この命題が妥当する範囲を超えて機能すべきではない」と言い切ることもためられる。この2点を考慮すると、この命題は、開始時現存額主義を定める破産法104条を根拠付けるとともに、これによって実現されている法原則であるとは言えない。その外にも、この命題を採用しているとみることのできる実定規範は見いだすことはできない。そこで、本稿では、この原債権者優先命題を「被保証債権者優先の視点」と言い換えておくことにしよう。この視点から開始時現存額主義を眺めると、次の2つの問題を指摘することができる。

第1に、主債務者が破産する前に保証人が一部弁済をした場合（前記a<sub>1</sub>の場合）に、保証人の求償権と被保証債権者の債権とが同順位の破産債権になるため、被保証債権者優先の視点からは、不備が感じられる。

第2に、保証人が破産した後で主債務者が一部弁済をした場合に、主債務者は保証人に対して求償権を有しないから、被保証債権者優先の視点から開始時現存額主義を根拠付けることはできず、そうだとすれば、開始時現存額主義を維持する必要はないのではないかという疑問が生ずる。

本稿では、この2つの問題を取り上げることにしよう。なお、破産法104条は、全部義務者に一般に適用される規定であると解されている。同条の解釈論

を展開するに当たっては、全部義務者一般を想定して議論するのが本来であるが、本稿では、議論を単純にするために、議論の対象を全部義務者が保証人と主債務者である場合に絞ることにしよう。そして、破産法104条5項が主債務者の破産の場合に物上保証人にも開始時現存額主義を準用することを定めているので、「被保証債権者優先の視点」の中の「保証」には人的保証のみならず物的保証も含めることにしよう。両者には、人的保証人は保証債務を負うが、物的保証人は債権者に対して債務を負わないという点で差異があり、その差異が被保証債権の弁済に充てられるべき財産の範囲の差異をもたらす。しかし、いずれも、被保証債権の弁済について自己の財産を充てる責任を負っているという点では共通している。

## 2 原債権者優先主義及び開始時現存額主義に関する判例

本稿は、被保証債権者優先の視点から開始時現存額主義を眺めることを目的としている。そこで、まず、前者と関係の深い原債権者優先主義に関する判例と、後者に関する判例を、最高裁判例を中心にして簡単に確認しておこう。

### 2.1 原債権者優先主義に関する判例

保証人や物上保証人が1つの被保証債務（物上保証の場合には被担保債権）を部分的に満足させた場合には、被保証債権は彼と原債権者とに帰属する。これを被担保債権とする主債務者の不動産上の抵当権も両者に帰属する（抵当権のこの帰属関係は、しばしば、準共有と言われる）。その抵当権が実行された場合に、売却代金は、原債権者と保証人とに平等に分配されるべきかの問題が生ずる。古くは、平等に分配されるべきであるとされていた。債権者と代位弁済者とに平等に分配すべきであるという意味で、平等主義と呼ばれる。しかし、現在では、原債権者に優先的に分配されるべきであると解されている。

このことを最初に承認した最高裁判例が〔1〕最判 昭和60年5月23日・民集39巻4号940頁<sup>4)</sup>である。物上保証の場合について、次のように説示してい

4) 本件については多数の判例研究がある。すべてを代表して、次の文献を引用す。

る。

「債権者が物上保証人の設定にかかる抵当権の実行によつて債権の一部の満足を得た場合、物上保証人は、民法502条1項の規定により、債権者と共に債権者の有する抵当権を行使することができるが、この抵当権が実行されたときには、その代金の配当については債権者に優先されると解するのが相当である。けだし、弁済による代位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の制度であり、そのために債権者が不利益を被ることを予定するものではなく、この担保権が実行された場合における競落代金の配当について債権者の利益を害するいわれはないからである。」。

この法理は、物上保証人のみならず、保証人にも及ぶ。理由付け部分の文言をそのまま受け止めれば、代位弁済者一般に及ぶ。その意味で、適用範囲の広い法理である。

[2] 最判 昭和62年4月23日・金融法務事情1169号29頁<sup>5)</sup> は、被保証債権者と保証人との関係が問題になったのではなく、後順位抵当権者との関係が問題になった事案である。本稿の問題に直接関係があるというわけではないが、次の先例[3]の原審がこれを援用していたので、取り上げておこう。2口の債権を担保している一個の根抵当権が確定した後で、そのうちの一口の債権を保証人が全部弁済し、保証人が代位により原債権を取得すると共にこれを担保する抵当権の一部を取得したが(抵当権について、原判決は保証人と被保証債権者との共有に属すると見ている)、その後求償権の全額が担保権の実行以外の方法により(推測するところ、求償権の保証人からの弁済により)満足を受けたと考えられる場合について、原債権者は後順位抵当権者に優先して売却代金から残存債権の弁済を受けることができるかが問題となった。裁判所は、先

ゝるにとどめる：門口正人・法曹時報38巻11号244頁、同・最高裁判所判例解説民事篇昭和60年度203頁。

5) 本件の判例研究等として、次のものがある。鈴木正和・金融法務事情1172号4頁、大西武士・ジュリスト増刊・担保法の判例2(1994年)233頁。

例〔1〕を引用しながら、次のように説示した。

「債権の一部について代位弁済がされた場合、右債権を被担保債権とする抵当権の実行による売却代金の配当については、債権者は代位弁済者に優先するものと解すべきである（中略）から、債権者は、代位弁済者の求償権が消滅したと否とにかかわらず、自己の有する残債権額及び被担保債権額の限度において後順位抵当権者に優先して売却代金の交付を受けることができるものというべきである。」。

〔3〕最判 平成17年1月27日・民集59巻1号200頁<sup>6)</sup>は、複数の債権が根抵当権ではなく、普通抵当権によって担保されていて、そのうちの一部の口の債権のみを保証している保証人がその全額を弁済した場合について、次のように説示した。

「不動産を目的とする1個の抵当権が数個の債権を担保し、そのうちの1個の債権のみについての保証人が当該債権に係る残債務全額につき代位弁済した場合は、当該抵当権は債権者と保証人の準共有となり、当該抵当不動産の換価による売却代金が被担保債権のすべてを消滅させるに足りないときには、債権者と保証人は、両者間に上記売却代金からの弁済の受領についての特段の合意がない限り、上記売却代金につき、債権者が有する残債権額と保証人が代位によって取得した債権額に応じて案分して弁済を受けるものと解すべきである。なぜなら、この場合は、民法502条1項所定の債権の一部につき代位弁済がされた場合（先例引用略）とは異なり、債権者は、上記保証人が代位によって取得した債権について、抵当権の設定を受け、かつ、保証人を徴した目的を達して完全な満足を得ており、保証人が当該債権について債権者に代位して上記売却代金から弁済を受けることによって不利益を被るものとはいえず、また、保証人が自己の保証し

6) 本件についても多数の判例研究がある。すべてを代表して、次の文献を引用するととどめる：中村也寸志・法曹時報59巻10号257頁，同・最高裁判所判例解説民事篇平成17年度(上)91頁。

ていない債権についてまで債権者の優先的な満足を受忍しなければならない理由はないからである。』。

反対の見解を採った原判決が援用していた先例〔2〕との関係については、事案を異にし、本件には適切でないとした。

## 2.2 開始時現存額主義に関する判例

旧破産法の開始時現存額主義に関する規定の文言は幾分明瞭性を欠いていたが、これについては、〔4〕最判 62年7月2日・金融法務事情1178号37頁、〔5〕最判 平成14年9月24日・民集56巻7号1524頁<sup>7)</sup>が、先例〔1〕等を援用しながら、次のように説示した。

「債務者が破産宣告を受けた場合において、債権の全額を破産債権として届け出た債権者は、破産宣告後に物上保証人から届出債権の弁済を得ても、届出債権全部の満足を得ない限り、なお届出債権の全額について破産債権者としての権利を行使することができるものと解するのが相当である。」

「法26条2項にいう「其ノ弁済ノ割合ニ応シテ債権者ノ権利ヲ取得ス」の意味は、複数の全部義務者による一部ずつの弁済により、債権者に届出債権全部を満足させてなお配当金に余剰が生じた場合に、その余剰部分について、その全部義務者が各自の弁済額の割合に応じて債権者の権利を取得する旨を定めたものであって、債権の一部を弁済したにすぎない全部義務者において直ちに届出債権額に対する弁済額の割合に応じて債権者の権利を取得する旨を定めたものではない（先例引用略）。

そして、物上保証人は、全部義務者と異なり、担保に供した特定財産の価額の限度において責任を負うにすぎないが、物上保証人も連帯保証人等

---

7) 本件についても多数の判例研究がある。すべてを代表して、次の文献を引用するにとどめる：三村晶子・法曹時報56巻11号195頁、同・最高裁判所判例解説民事篇平成14年度(下)665頁。

の全部義務者も、債権者が債務者から債権の完全な弁済を受けられない場合に備えて、有限又は無限の責任を負担するものであって、責任の集積により債権の効力の強化を図るという点においては異なるものではないから、法26条3項において同条2項を準用する場合についても、上記と別異に解する理由はない。」

こうした動きを受けて、現行破産法は、破産手続開始後の保証人等による一部弁済によっては、債権者の破産債権額が影響を受けない旨を明示することにより、手続開始時現存額主義を明瞭な文言で規定した（104条1項・2項・4項）。ただ、複数口の債権について人的保証あるいは物上保証が付されている場合に、そのうちの一部の口についてのみ全額弁済がなされたとき、複数口債権全体については全額弁済がなされていないことを考慮して、破産手続開始当時の複数口債権の総額をもって破産債権とすることができるように、開始時現存額主義を拡張すべきかが問題となった。この問題については、関連する2つの事件において、大阪高裁の異なる部が正反対の判断を示していた。すなわち、

[6] 大阪高判 平成20年4月17日・金融法務事情1841号45頁<sup>8)</sup> は拡張を肯定

8) 裁判所は、まず、複数債権について人的保証が与えられた場合に開始時現存額主義が適用されるべきことから説き起こし、次のように説示した：「上記各条文〔破産法104条2項・4項〕は、全部義務者の履行は、債権者にとってその全額が履行されて初めて債権者の利益が実現されることになり、全部義務者も当初の契約時にそのような状況を認識、了解して履行義務を負担したのであるから、かかる状況が実現されていない段階では、全部義務者の利益よりも債権者の利益が優先されてもやむをえないとの見地から、有限の破産財団からの平等配当を目的とするため債権が実債権としての価値を失い、全額の弁済を受けることが期待できない破産手続において、複数の債務者の一般財産を集積し債権の強化を図った目的を全うするために規定されたものといえる。

そして、複数の債務についての全部義務者が、そのうちの一部の債務について全額弁済した場合においても、全部義務者からすると、全額弁済した債務以外の他の債務が残存している以上、当初約束した全部履行義務を果たしたとはいえず、債権者からしても、全部義務者が約束した利益が実現されるには至っていないのであるから、1個の債務についての全部義務者がその一部について弁済した場合と、利益状況は異なるものではない。したがって、複数の債務の全部義務者は、他の債務者について破産手続が開始された後、そのうちの一部の債務を全額弁済しても、当

し、[7] 大阪高判 平成20年5月30日・金融法務事情1839号41頁<sup>9)</sup> は、拡張を否定した。先例[6]の上告審は、最近、拡張否定説を明示した。先例[6]判決の理由付けは非常に詳細で示唆に富むが、この問題は本稿が直接対象とする問題ではないので、ここでは、上告審判決を紹介するにとどめよう。

[8] 最判 平成22年3月16日(平成20年(受)第1202号)(裁判所 Web 判例データベース)は、債権者の主債務者に対する複数の債権について根抵当権をもって物上保証人となった者が、主債務者の破産手続開始後に担保不動産の任意換価により複数の債権のうちの一部のみを完済したが、複数の債権の全部の弁済には至っていない場合に、債権者は当該完済された債権を破産債権として行使することができるのかが問題になった事例である。最高裁は、次のように説示して、行使できないとした。

破産法104条「1項及び2項は、上記の趣旨に照らせば、飽くまで弁済等に係る当該破産債権について、破産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って、同項にいう「その債権の全額」も、特に「破産債権者の有する総債権」などと規定されていない以上、弁済等に係る当該破産債権の全額を意味すると解するのが相当である。そうすると、債権者

---

「該弁済した分について債権者に代位することはできず、債権者は上記弁済分を控除しない金額で破産債権を行使することができる(破産法104条2項が適用される。)と解するのが相当である。」

続いて、上記の法理が根抵当権による物上保証人についても妥当すべきことを詳述して、開始時現存額主義の適用が適用されるべきであるとの結論を導いた。

この大阪高判については、次の判例研究等がある。亀井洋一・銀行法務21 695号42頁、片岡雅・金融法務事情1852号34頁、畠山新・金融法務事情1855号75頁、石井教文・金融法務事情1846号21頁、印藤弘二・金融法務事情1847号4頁、片岡宏一郎・富大経済論集54巻3号341頁、藤本利一・阪大法学58巻6号155頁。

9) 本件の判例研究等として、次のものがある。加々美博久・金融法務事情1843号10頁、片岡雅・金融法務事情1852号34頁、杉本和士・金融・商事判例1305号21頁、畠山新・金融法務事情1855号75頁、片瀬敏寿・判例タイムズ1282号22頁、石井教文・金融法務事情1846号21頁、印藤弘二・金融法務事情1847号4頁、片岡宏一郎・富大経済論集54巻3号341頁、藤本利一・阪大法学58巻6号155頁、笠井正俊・金融法務事情1876号52頁。

が複数の全部義務者に対して複数の債権を有し、全部義務者の破産手続開始の決定後に、他の全部義務者が上記の複数債権のうちの一部の債権につきその全額を弁済等した場合には、弁済等に係る当該破産債権についてはその全額が消滅しているのであるから、複数債権の全部が消滅していなくても、同項にいう「その債権の全額が消滅した場合」に該当するものとして、債権者は、当該破産債権についてはその権利を行使することはできないというべきである。

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決定の後に破産債権である被担保債権につき債権者に対し弁済等をした場合において、同条2項を準用し、その破産債権の額について、全部義務者の破産手続開始の決定後に他の全部義務者が債権者に対して弁済等をした場合と同様の扱いをしている。したがって、債務者の破産手続開始の決定後に、物上保証人が複数の被担保債権のうちの一部の債権につきその全額を弁済した場合には、複数の被担保債権の全部が消滅していなくても、上記の弁済に係る当該債権については、同条5項により準用される同条2項にいう「その債権の全額が消滅した場合」に該当し、債権者は、破産手続においてその権利を行使することができないものというべきである。」

先例〔7〕は、人的保証人の破産手続開始後に主債務者から一部の口の債権について全額弁済がなされた事例について、開始時現存額主義の拡張を否定した。その理由付けは、最高裁の先例〔8〕と基本的に同じであり、これに引き継がれたと言ってよい。先例〔7〕事件は、人的保証人の破産手続中に主債務者が1つの債権の一部弁済をした場合にも開始時現存額主義が適用されるかも問題となり得たが、裁判所は特に説示することなく、開始時現存額主義の適用を認めている。この点については、後述のように、反対の見解も有力になってきている。

先例〔7〕は多数の論点を含むが、その上告審の〔9〕最判平成22年3月16日（平成20年（受）第1459号）（裁判所 Web 判例データベース）では、弁済

充当特約に基づく債権者の指定権の行使のみが問題にされ、最高裁は次のように説示して上告を棄却した。

「本件弁済充当特約は、民法488条1項に基づく弁済者による充当の指定を排除するとともに、同条2項ただし書に基づく弁済受領者による充当の指定に対する弁済者の異議権を排除することを主たる目的とする合意と解すべきであり、本件弁済充当特約において、債権者において任意の時期に充当の指定ができる旨が合意されているとしても、上記合意に基づき弁済受領後いつまでも充当の指定をすることが許されるとすると、充当の指定がされるまで権利関係が確定せず、法的安定性が著しく害されることになる。

記録によれば、中小企業金融公庫〔筆者注：被保証債権者〕は、本件各弁済を受けてから1年以上が経過した時期において初めて、本件弁済充当特約に基づく充当指定権を行使する旨を主張するに至ったことが明らかであり、上記の時期に本件弁済充当特約に基づく充当指定権を行使することは、法的安定性を著しく害するものとして、許されないというべきである。」

田原陸夫裁判官が補足意見において次のように主張している：「弁済充当合意は、不動産競売手続における配当手続では、その効力を有せず、配当金は民法489条ないし491条の規定に従って数個の債権に充当されるとするのが判例である（先例引用略）。この理は、破産手続における担保権消滅請求手続において実施される配当手続についてもそのまま妥当するものと解される。」；「このように、弁済充当合意は、法定の換価手続における配当手続においては、その効力を主張し得ないものであるところ、破産管財人によって別除権の目的財産の受戻しがなされて、その際に別除権者に弁済がなされる場合も、同手続は、一般執行手続たる破産手続の一環として行われるものである以上、やはり同様に、弁済充当合意の効力を主張することはできないものというべきである。」。この見解は、今回は法廷意見になっていないが、将来法廷意見に高められる可

能性は十分にあると見てよいであろう。

### 3 主債務者について破産手続が開始された場合の 開始時現存額主義

日本の現行破産法が採用する開始時現存額主義の下では、例えば、Gが主債務者 $S_1$ に対して100万円を貸し付けるに当たって、 $S_1$ の委託を受けた $S_2$ が連帯保証人になり、 $S_1$ について破産手続が開始される前に、 $S_2$ がGに20万円を弁済したとすると、 $S_1$ の破産手続に、Gは債権額80万円でもって参加することができ、 $S_2$ は、20万円の求償権をもって参加することができる。2割配当がなされる場合には、Gは16万円、 $S_2$ は4万円の配当を受ける。これは、被保証債権者優先の視点と整合的でない。では、どうしたらよいのか。一つの解決方法は、被保証債権者は、主債務者の破産手続に、当初の債権額（保証人による一部弁済額を控除しない債権額）で参加することができるとする方法である（当初債権額主義）。スイスの債務取立・破産法が一般的な形でこの立法主義を採用している。もう一つの解決方法は、開始時現存額主義を前提にして、被保証債権者が保証人の有する償還請求権の配当金からも満足を得ることができるように、債権者と保証人との間で適当な合意をしておくことである。日本法の解釈論としては、第2の方法によらざるを得ないが、その検討に入る前に、スイスの当初債権額主義を一瞥しておこう。

#### 3.1 スイス法の当初債権額主義<sup>10)</sup>

スイスの債務取立・破産法 (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs)

10) 遺憾ながらスイス法について十分な資料を集めることができず、簡単な紹介となるが、ご容赦いただきたい。ドイツ語の文献として、次の文献（概説書・注釈書）を参照した：Jaeger, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Bd. 3, Schulthess, 2001；Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Helbing & Lichtenhahn, 1998；Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, Schulthess, 1993；Hunkeler, SchKG, 2009；Kurt Amonn, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Staenmpfli & Cie, S. 339 f. ↗

は、217条1項において、次のように規定している：「債権者が債務者の一人の共同義務者からその債権について一部の満足を受けていたときでも、債務者の破産において、共同義務者が債務者に対して償還請求権を有するか否かにかかわらず、その債権はその当初の全額において受け入れられる」（なお、ここに言う債務者（Schuldner）は、破産者を意味する。1994年の改正前は破産者（Gesamtschuldner）の語が用いられていた）。

いわゆる当初債権額主義である。その基礎にある考えは、次のような考慮である：債権者は、各共同義務者に対して全額の弁済を求める権利を有している；債権者は、破産において、たいていの場合に、その債権の全額を得ることなく、破産配当金で我慢しなければならないことを考慮すると、債権者が完全な満足を得る前に共同義務者が償還を得ることは、阻止すべきである<sup>11)</sup>。この規定が適用されるための要件は、債権者が破産者の共同義務者から一部弁済を得ていることである。共同義務者でない第三者あるいは破産者自身から破産前に一部弁済を受けている場合には、適用されない<sup>12)</sup>。この規定にいう当初の債権額は、一部弁済額を控除しない元本額を意味し、利息については、破産手続開始時の利息額が破産債権額に含まれる<sup>13)</sup>。

ㄨ 条文の邦訳として、次の文献がある：法務大臣官房司法制度調査部『スイス債務取立・破産法——スイス債務取立・破産法に関する連邦裁判所規則——』（法務資料第420号、昭和49年）（債務取立・破産法の訳者は、上谷清判事）。日本語での紹介として、次の文献等がある。斎藤秀夫＝伊東乾・編『演習破産法』（青林書院、昭和48年）240頁以下（小室直人）、斎藤秀夫＝麻上正信＝林屋礼二・編『注解破産法〔第3版〕上巻』（青林書院、平成10年）145頁（加藤哲夫）。

11) Jaeger, a.a.O. (N 10), S. 289 (Art. 217 Rz 2); Fritzsche/Walder, a.a.O. (N 10), S. 177 (§ 42 Rz 45); Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O. (N 10), S. 2044; Hunkeler, a.a.O. (N 10), S. 874 (Rz 1).

12) Jaeger, a.a.O. (N 10), S. 287 (Art. 217 Rz 2); Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O. (N 10), S. 2044. スイス法では、破産者の財産上の担保権については、その破産手続外での行使は認められておらず、換価は破産管財人が行い、換価代金から優先弁済を受けるにとどまるが（SchKG 198条）、ともあれ、全部債権のために破産者の財産上に担保権が設定されている場合には、担保権からの優先弁済額を差し引いた残額（不足額）のみが破産債権になる（Jaeger, a.a.O. (N 10), S. 291 (Art. 217 Rz 17)）。

13) Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O. (N 10), S. 2044. ↗

同項に言う共同義務者の範囲は、216条にいう共同義務者の範囲と同じであり、次のものがこれに該当するとされている<sup>14)</sup>。

- 債務法50条以下により連帯責任を負う者。真正の連帯責任であるか、不真正の連帯責任であるかを問わない。
- 連帯債務者（債務法143条）<sup>15)</sup>
- 連帯保証人（債務法496条）<sup>16)</sup>
- 一つの手形から同時に義務を負っている者：振出人、裏書人、引受人、手形保証人

ㄨ なお、配当順位表 (Kollokationsplan) には、債権者の債権がその全額において記載されるのみならず、共同義務者の給付済み一部支払額、及び、もしあるのであれば求償権も言及されるべきである。主債権者の外に保証人も債権の届出をすることができるが、保証人は、主債権と並べて求償権を行使できるわけではない。保証人のみが届出をした場合には、保証人は、債権者に証拠方法を要求することができ、主債権が棄却又は減額されたときには、彼は、配当順位表に不服を申し立てる資格を有する。保証人が主債務者の破産手続開始前に一部弁済した金額（例えば1000フラン）と、当初債権額（1200フラン）を基準にした配当額（25%配当で300フラン）との合計額（1300フラン）が当初債権額を超える場合には、余剰（100フラン）は、保証人が求償権を有する限りで、保証人に支払われる（SchKG 217条3項。負担部分が平等な連帯債務を設例にした説明が、Jaeger, a.a.O. (N 10), S. 292 ff. にある）。

14) Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O. (N 10), S. 2044.

15) スイス債務法143条は、次のように規定している：

「1 複数の債務者間の連帯は、各人が債権者に対して全債務の履行について責任を負うとの意思表示を彼らがしたときに成立する。

2 そのような意思表示がなければ、連帯は、法律によって定められた場合にのみ生ずる。」

16) スイス債務法496条は、次のように規定している：

「1 『連帯して』の語または他の同意義の表現を付して保証人として義務を負った者は、主債務者が履行を遅滞しかつ催告されたが効を奏しなかったか、又は支払不能であることが明らかである場合には、主債務者に先立って、また土地担保の換価に先立って請求され得る。

2 動産担保権及び債権担保権の換価前にあっては、連帯保証人が請求され得るのは、それらが裁判官の評価に従えば債務の全額をカバーしないと見込まれる場合、又はそれが合意されているとき若しくは主債務者が破産に陥り若しくは和議による猶予を得た場合のみとする。」

## 被保証債権者優先の視点から見た破産手続開始時現存額主義

- 主債務者が破産している場合の主債務者の義務と単純保証人の義務（債務法465条）
- 債務法181条により，すべての積極財産と消極財産を含めて事業が承継された場合には，譲渡人も譲受人も，承継当時に存した事業債務について支払義務を負い，これも216条1項・217条1項の適用範囲内に入る。

コメントールでは，このほかにも多数の共同義務関係が挙げられているが，ともあれ，本稿との関係では，（ $\alpha$ ）連帯保証人が一部弁済をした後で主債務者について破産手続が開始された場合，及び（ $\beta$ ）主債務者が一部弁済をした後で履行遅滞に陥り，そして連帯保証人が破産した場合に，それらの破産手続において当初債権額主義が適用されることを確認しておけば足りる。もっとも，（ $\beta$ ）の場合についてまで当初債権額主義が適用されることを具体例を用いて説明する記述には接しておらず，また，手続開始時現存額主義に慣れ親しんだ目から見ると幾分不安も感ずるが，債務取立・破産法217条1項に，「共同義務者が債務者に対して償還請求権を有するか否かにかかわらず」の文言があること，及び，文献における共同義務者の例示に鑑みれば，（ $\beta$ ）の場合にも当初債権額主義の適用があると理解してよいであろう。このことは，スイスの当初債権額主義が，「被保証債権者の主債務者に対する債権は保証人の求償権に優先する」との原則だけからは説明できないことを意味する。スイス法は，複数の全部義務者から弁済を受ける債権者の地位を一人の義務者の破産の場合にできるだけ強化しようとしているのである。

### 3.2 主債務者の破産の場合における被保証債権者優先の実現

#### 社会的需要の存在と妥当性

前述のように，日本法の下では，被保証債権者優先の実現（当初債権額主義と同等な結果をもたらすこと），すなわち，破産手続開始前に一部弁済をした保証人に配当すべき金額からも債権者が満足を受け得るようにすること（あるいは，債権者に破産手続開始時における債権額と保証人の求償額との合計額で破産手続に参加することができるとの地位を与えること）は，当事者間のそ

の旨の特約に委ねざるを得ない（その特約の中には、債権者が残存債権額を超えて配当を受ける場合には、剰余額は保証人に償還されるとの条項も含まれるべきである）。

#### 被保証債権者優先の実現のための特約

では、被保証債権者優先の実現のためにどのような特約を締結したらよいであろうか。この問題に取り組もうとした当初は、かなり困難な問題になることを予想していたが、いくつかの方法を列挙していくうちに、この問題は比較的単純な方法で解決できることに気が付いた。それは、保証人が取得する将来の求償権の上に、被保証債権を被担保債権とする質権を設定する方法である。ただ、この結論にたどり着くのに若干手間取ったことに免じて、それ以外の方法も検討することをご容赦いただきたい。

(1) 破産手続開始後の求償債権譲渡 前記の問題を破産手続開始後の合意により解決する方法を考えてみよう。例えば、100万円の債務を負っている主債務者  $S_1$  の破産手続開始前にその一部（例えば20万円）を弁済していた保証人  $S_2$  が手続開始後に、手続開始時に有する求償権（20万円）を被保証債権者  $G$  に譲渡し、債権者がその求償権の行使により破産配当を得ることができた金額（例えば、1割配当として2万円）の範囲でその求償権を確定的に買い取り、残りの部分（18万円）は保証人に再譲渡（あるいは当初の譲渡契約の一部解除）をし、《確定的に買受けた求償権の代金》と《破産手続終結時における保証債権の残存額（72万円＝破産手続開始時における80万円－配当額8万円）》とを対当額（2万円）で相殺するとの特約を締結する方法が考えられる。最も原始的な方法であるが、保証人について破産手続が開始されることがなく、かつ、求償権の譲渡の前に保証人の他の債権者が求償権を差し押さえる等の事態に至らなければ、この方法でも、被保証債権者優先は実現できよう。もちろん、保証人が有する求償権を債権者が譲り受けたことを破産手続において主張することができるようになるためには、債権譲渡の対抗要件を具備することが必要である。

(2) 破産手続開始前の債権譲渡の予約 次に、保証契約締結時（従って、主債務者について破産手続が開始される前）に、前記のような債権譲渡の予約（予約完結権を債権者に与える合意）をし、その予約の通知を融資時点で主債務者に対してし、破産手続開始後に譲渡の通知をすることが考えられる。しかし、この方法は、次の先例を考慮すると、債権譲渡の通知前に保証人が破産手続開始決定を受けた場合や、その求償権を他の債権者が差し押さえた場合には、有効ではない。結局この方法は、(1)の方法と同程度の実効性しかない。

[10] 最判 平成13年11月27日・民集55巻6号1090頁<sup>17)</sup> これは、指名債権の一種であるゴルフ会員権の譲渡が会員権の差押債権者に対抗できるかが問題となった事例である。裁判所は、次のように説示した：「民法467条の規定する指名債権譲渡についての債務者以外の第三者に対する対抗要件の制度は、債務者が債権譲渡により債権の帰属に変更が生じた事実を認識することを通じ、これが債務者によって第三者に表示され得るものであることを根幹として成立しているところ（中略）、指名債権譲渡の予約につき確定日付のある証書により債務者に対する通知又はその承諾がされても、債務者は、これによって予約完結権の行使により当該債権の帰属が将来変更される可能性を了知するに止まり、当該債権の帰属に変更が生じた事実を認識するものではないから、上記予約の完結による債権譲渡の効力は、当該予約についてされた上記の通知又は承諾をもって、第三者に対抗することはできないと解すべきである」。

(3) 将来の事後求償権の譲渡（譲渡担保） 保証契約締結の時点においては、事前求償権も事後求償権も未だ発生基盤はあるが、未だ発生していない将来の請求権（法定の停止条件付請求権）である。将来の請求権を譲渡して対抗要件を具備することが可能かの問題については、次の先例がある。

[11] 最判 平成11年1月29日・民集53巻1号151頁<sup>18)</sup> これは、将来支払わ

17) 本件の判例研究として多数のものがあるが、すべてを代表して、次の文献を引用するにとどめる：富越和厚・法曹時報54巻10号180頁、同・最高裁判所判例解説民事篇平成13年度703頁。

18) 本件の判例研究として多数のものがあるが、すべてを代表して、次の文献を引用するにとどめる：八木一洋・法曹時報52巻6号、同・最高裁判所判例解説民事篇ノ

れるべき診療報酬債権を目的とする債権譲渡契約のうち譲渡開始から6年8月目以降1年間に関する部分の効力が肯定された事例である。裁判所は、次のように説示した。

「(一) 債権譲渡契約にあっては、譲渡の目的とされる債権がその発生原因や譲渡に係る額等をもって特定される必要があることはいうまでもなく、将来の一定期間内に発生し、又は弁済期が到来すべき幾つかの債権を譲渡の目的とする場合には、適宜の方法により右期間の始期と終期を明確にするなどして譲渡の目的とされる債権が特定されるべきである。」

「将来発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約にあっては、契約当事者は、譲渡の目的とされる債権の発生基礎を成す事情をしんしゃくし、右事情の下における債権発生の可能性の程度を考慮した上、右債権が見込みどおり発生しなかった場合に譲受人に生ずる不利益については譲渡人の契約上の責任の追及により清算することとして、契約を締結するものとするべきであるから、右契約の締結時において右債権発生の可能性が低かったことは、右契約の効力を当然に左右するものではないと解するのが相当である。」

(二) もっとも、契約締結時における譲渡人の資産状況、右当時における譲渡人の営業等の推移に関する見込み、契約内容、契約が締結された経緯等を総合的に考慮し、将来の一定期間内に発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約について、右期間の長さ等の契約内容が譲渡人の営業活動等に対して社会通念に照らし相当とされる範囲を著しく逸脱する制限を加え、又は他の債権者に不当な不利益を与えるものであると見られるなどの特段の事情の認められる場合には、右契約は公序良俗に反するなどとして、その効力の全部又は一部が否定されることがあるものというべきである。」

今問題にしている将来の求償権については、譲渡対象である債権の特定性の点でも、社会的不当性等の特段の事情が存在しない点についても、異論はなか

---

↘平成11年度79頁。

ろう。保証人の求償権は、通常、主債務者の不履行を前提としているので、求償権が将来発生する可能性はそれほど高いとは思われないが、この点について、先例 [10] は、不発生により譲受人に生ずる不利益は彼の責任において回復すべきものであり、不発生の可能性があること自体は将来の債権の譲渡の効力を左右するものではないとしている。そして、主債務者の債務不履行にも拘わらず保証人の求償権が発生しないという事態は、保証人の保証債務不履行の場合に生ずることであり、この場合には、被保証債権者は保証人に対して保証債務履行請求権を行使するだけであるので、譲渡対象の債権の不発生により譲受人が受ける不利益は、法学的にはほとんどないといってよい。したがって、将来の求償権についても、その発生前において譲渡すること及びその対抗要件としての通知を保証契約の時点ですることは、許容されよう。

(3a) 債権譲渡登記 将来の求償権の譲渡の通知が保証契約の時点で債務者にされることは、債務者からすれば、未だ現実化していない法律関係についての通知であり、彼を戸惑わせることもありうる。特に懸念されるのは、現実に求償権が発生してから保証人の他の債権者がその求償権を差し押さえた場合に、債務者が融資時点でなされていた譲渡通知を失念していると、混乱が生ずるおそれがあることである。その点からすると、債務者への通知は、求償権が現実化してからなされる方が好ましいといえることができる。したがって、保証人が法人である場合には、動産・債権譲渡特例法所定の債権譲渡登記の制度を利用すること、すなわち、保証契約の時点では将来の求償権の譲渡登記をして、保証人の他の債権者あるいは求償権の譲受人との関係で対抗力を確保するに留め（同法4条1項）、債務者との関係では、求償権が現実に発生した後で債権者（求償権の譲受人）から通知することにより対抗力を獲得すること（同法4条2項）の方が望ましいであろう。

(4) 債権質権の設定 最後に、将来の求償権に質権を設定することが考えられる。被担保債権は、被保証債権（被保証債権者の主債務者に対する債権）である。典型担保であり、特に問題はないであろう。あえて指摘すれば、利息債権を度外視して言えば、将来の求償権が現実の求償権となった時点で、その金

額だけ被保証債権額も減少していることになるから、担保財産の増加にともない被担保債権が減少するという珍奇な担保である。

### 小 括

以上のように、保証債務の一部履行後に主債務者について破産手続が開始された場合に、現行法の開始時現存額主義を前提にしても、被保証債権者が主債務者の破産財団から保証人に優先して配当を受けることは可能である。その手段として、本稿では4つの方法を検討した。その内で、最初のものは、破産手続開始後における保証人と被保証債権者との合意による方法であり、确实性を欠く。2番目の方法は、対抗要件具備の遅れが被保証債権者にとってリスクとなる。これらを除く2つの方法が确实である。それらに共通することは、将来の求償権の担保化である。

最も簡明な方法は、融資契約及び保証契約の締結時に、被保証債権（債権者の主債務者に対する債権）を被担保債権として、保証人が主債務者に対して将来取得することのある求償権上に質権を設定することである。対抗要件は、融資契約の時点で得ることができるのであるから、コストはほとんどかからないであろう。こうした簡便な方法があることを考慮すれば、全部義務者が主債務者と保証人である場合については、立法論として当初債権額主義を採用すべき必要性はあまり高くない。

最後に、当初債権額主義の意義を検討しておこう。当初債権額主義は、主債務者の破産手続開始前に保証人が一部弁済をした場合に、その一部弁済にもかかわらず被保証債権者が当初の債権額で主債務者の破産手続において破産債権を行使することができるとする点で、それを否定する手続開始時現存額主義よりも被保証債権者の保護に厚い。したがって、両者の間には大きな差異があるかのように見える。しかし、当初債権額主義と同じ結果は、手続開始時現存額主義の下でも、保証契約の締結の時点で、保証人が将来取得することのある主債務者に対する求償権を担保としてとれば（典型的には将来の求償権上に質権の設定を受ければ）、十分に可能である。その点からすれば、両立法主義の差

異は見かけほど大きくない。通常、被保証債権者はそのような担保化に利益を見だし、保証人もそれを許容するであろう。そうだとすれば、将来の求償権の担保化が当事者の通常の意味と見ることもできる。もちろん、それが当事者の通常の意味となるかどうかは、各国の各時代の社会状況に依存することである。スイス法は、それを通常の意味と見て、質権の設定の手間をかけずに当事者の意思が実現されるように当初債権額主義を採用したと理解することも可能であろう<sup>19)</sup>。

しかし、当初債権額主義の機能は、これに尽きるものではない。(α)全部義務者に対する債権が契約により生ずる場合には、その契約の締結の際に、求償権を債権者のために担保化することが可能であるが、契約以外の原因によって生ずる場合（例えば、共同不法行為による場合）には、担保化は困難である。当初債権額主義と現存額主義との間の超えがたいに壁は、この場合に現れよう。(β)全部義務者が契約によって生ずる場合でも、全部義務者の一方（主債務者）が他方（保証人）に対して求償権を有しない場合に、その他方について破産手続が開始されたときには、当初債権額主義と開始時現存額主義との間の差を当事者間の特約により埋めることは困難である。しかし、その差を埋める必要性は、必ずしも大きくないであろう。

ともあれ、全部義務者に対する債権が契約により生ずる場合を念頭におく限

---

19) もっとも、将来の求償権への質権の設定は、その求償権のために主債務者の財産上に担保権が設定されている場合には、大きな意味をもつ。例えば、債権者の主債務者に対する1000万円の債権を保証人が保証し、将来の求償権の担保のために主債務者の2000万円の不動産に1番抵当権が設定されている場合に、主債務者がまったく債務を弁済しないために、保証人が500万円の一部弁済をした段階で主債務者が破産したときに、保証人の求償権上に質権を得ている被保証債権者は、求償権のために設定されている抵当権を自ら実行して完全な満足を得ることができる（保証人が残保証債務を履行するだけの流動資産を有しない場合に、大きな意味をもつ。保証人が保証債務をまったく履行していない段階で主債務者について破産手続が開始された場合には、債権者が事前求償権（民法460条）の上にも設定された質権を行使することの一環として、事前求償権を被担保債権とする抵当権を行使することができるかが問題となるが（民法461条参照）、債権者が弁済を受けることが確実な場合であるので、肯定してよいであろう）。

り、当初債権額主義にも開始時現存額主義にも、当事者の合意によっては超えがたい不都合があるようには見えないことを考慮すると、いずれを採用するかは、それぞれの国の経済社会の状況を考慮して選択されるべき微妙な立法政策的判断であると思われる。

#### 4 保証人の破産手続開始後における 主債務者の弁済と開始時現存額主義

破産法は、保証人について破産手続が開始された場合を手続開始時現存額主義の適用範囲から除外する明文の規定をおいていない。そのため、この場合でも、手続開始後における主債務者の弁済は、被保証債権者の破産債権（保証債権）の額に影響を与えないものと解されてきた<sup>20)</sup>（この見解を、この場合にも現存額主義の適用が肯定されるという意味で、「肯定説」と呼ぶことにしよう）。

しかし、最近では、保証人には負担部分がなく、主債務者は保証人に対して求償権を有しないことに鑑み、手続開始時現存額主義の適用を否定する見解も有力になっている（この見解を「否定説」と呼ぶことにしよう）。否定説の根拠は、次の点にある<sup>21)</sup>：(α) 主債務者は保証人に対して求償権を有しないので、保証人の破産手続開始後に主債務者が一部弁済をした場合に、手続開始時現存額主義の適用を否定して、配当時における現在額（手続開始後の主債務者からの弁済額を控除した現在額）をもってのみ破産債権者になるとすれば、保証人の一般債権者の負担が軽減される；(β) 上記の事情を考慮すると、保証

20) 山本和彦 = 中西正 = 笠井正俊 = 沖野眞已 = 水元宏典『倒産法概説〔第2版〕』（弘文堂、平成22年）172頁以下（沖野眞已）は、この場合にも手続開始時現存額主義の適用があることを認めつつも、それは、「一部代位の法律関係の反映という理解からは説明しにくい帰結」であり、「手続開始時現存額主義の及ぶ範囲を限定する解釈論の展開を考えることも」できるとする。

21) 杉本純子「複数口債権の一部の全額弁済と開始時現存額主義の適用」同志社法学60巻7号（332号、2009年）1274頁以下、亀井・前掲（注8）47頁。片岡（宏）・前掲（注8）369頁は、保証人の破産手続開始後に主債務者の財産上の担保権の実行により債権が回収された場合について、開始時現存額主義の適用を否定すべきであるとする。

人の破産手続において手続開始時現存額主義を適用することは、一般債権者の利益を害することになるので、否定すべきである。

これに対する反論も有力になされている<sup>22)</sup>。

私も、現行法の解釈論としては、肯定説を支持したい。なぜなら、(α) 債務保証制度の趣旨からすれば、主債務者の無資力の場合には、保証人は、主債務者に代って弁済（保証債務を履行）して主債務者に対する求償権を取得し、その求償権の行使により弁済金を回収するという形で、主債務者の無資力から生ずる損失の危険を引き受けるべきである。

(β) 問題は、いつの時点の債権額について保証人は主債務者無資力の危険を引き受けるべきかである。保証人は、保証契約締結時においては、当初の債権額について主債務者無資力の危険を引き受けたのであるが、その後に主債務者が順次分割弁済をなすことにより主債務額が減少していけば、その時々々の現存額について危険を引き受けたと評価することができる。保証人について破産手続が開始されるに至ったときには、この開始時点を基準にして破産者の財産関係を整理するという建前からすれば、開始時点における主債務者の無資力のリスクを保証人に負わせてよいというもの、一つの合理的な選択肢である。そのことは、保証人の破産手続開始後に主債務者が弁済しても、債権者は開始時の債権額をもって保証人のリスク引受けの責任を追及することができることを意味する。それはとりもなおさず、保証人の破産の場合にも開始時現存額主義を採用することである。ともあれ、現行破産法が保証人の破産の場合について別段の規定を置かなかつたことは、この場合にも手続開始時現存額主義を適用し（104条1項・105条）、保証人の破産手続開始時における債権額について保証人に危険を引き受けさせることが妥当であると判断した結果であると理解すべきであろう。

(γ) 否定説は、保証人が引き受ける危険を配当時における債権額に限定し

22) 片岡(雅)・前掲(注8)39頁以下(本来ならば、私見を述べる前に、先行する見解としてその内容を紹介させていただくべきであるが、私見の(α)(ε)(ζ)中に取り込ませていただいた。ご海容を賜りたい)。笠井・前掲(注9)55頁も、解釈論として否定説に慎重な姿勢を示す。

ようとするものであり、立法論としてそれが可能であることは認めなければならない。しかし、解釈論としては、その見解は特に105条の文言と整合的でない。保証人の一般債権者の利益を強調するのであれば、被保証債権者は、まず主債務者に弁済を求めるべきであり、主債務者から回収できなかった債権額についてのみ、保証人の破産手続において保証債権を破産債権として行使できるとすべきことになろう。これは、単純保証人については、105条によって排除されたはずの検索の抗弁権の復活であり、連帯保証人については、民法454条によって否定された検索の抗弁権の再生となる。

(δ) 否定説を徹底させると、主債務者と保証人の双方について破産手続が開始されている場合には、債権者は、まず主債務者の破産手続において配当を受けるべきであり、不足額についてのみ保証人の破産手続において破産債権者として権利を行使すべきであることになる。さらに、債権者が主債務者の財産上に担保権を有している場合には、その担保権を行使して、その不足額が保証人の破産手続において破産債権として行使されるべきことになる。いわば、主債務者の財産に対する担保権及び破産債権が、保証人の破産手続との関係で、不足額主義の適用を根拠づけることになり、その意味で準別除権となる。しかし、破産法111条3項・108条2項は、これらの権利を準別除権としていない。もちろん、拡張解釈の余地はある。また、(γ)と(δ)の点は、そこまで徹底しないと否定説は意味がないというわけではない。しかし、現行法の文言との整合性という視点から否定説と肯定説とのどちらを選択するかを判断する際には、(γ)や(δ)も考慮してよいであろう。現行法は、肯定説と親和的であると考えたい。

(ε) 以上のことを前提にすると、現行法の現存額主義は、被保証債権者優先の視点から要求される以上の保護を被保証債権者に与えることになるが、それは、後者が満たそうとしている需要を超える社会的需要の存在により正当化される。すなわち、債権者は、複数の全部義務者に対して債権を有する場合であっても、義務者の一人について破産手続が開始されるときには、他の全部義務者から全額の弁済を受けることができるとは限らないから、その債権の強化

のために、破産手続開始時の債権額でもって破産手続に参加することができ、その後の他の債権者の弁済によっては影響されないとする規律を求める社会的需要（責任財産の集積による弁済確保の需要）があると見るべきである。それは、保証人について破産手続が開始された場合には、その限度（破産手続開始後の主債務者による弁済によっては保証人の責任は軽減されないという限度）での附従性（民法448条）の後退である。それは、破産という非常時における一般規定の修正である。

（ㇵ） 保証債務についてそのような修正がなされていることを前提にして自己の債務者（保証人）の財産状態を判断すべきであるとしても、それは保証人の一般債権者の利益を不当に害するものではない。

公平の視点から、全部義務制度の効力を弱めることは可能であるが、破産の場面における現行の全部義務の効力の設定（開始時現存額主義）も、十分な合理性を有しており、少なくとも解釈による修正を必要とするほどに不合理であるとは思われない。