

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——

栗 田 隆

目 次

- 1 はじめに
- 2 受託保証人の事前求償権
- 3 無委託保証人の事後求償権
- 4 ま と め

1 はじめに

債権者Xが主債務者Yに対して融資をし、Yの債務について保証人ZがXと保証契約を締結した後で、Yのみについて破産手続が開始された場合に、保証人Zの法的地位はどのようなものになるのであろうか¹⁾。議論を単純にするために、破産手続開始前にYもZもXにまったく弁済していないことを前提にしよう。ZがYの委託を受けた保証人（受託保証人）である場合には、Zの法的地位は、現行破産法（平成16年法律75号）の下で、比較的明瞭である。彼は、

1) 本稿で取り上げる問題を検討する際に影響を受けた文献をまとめて挙げておこう。山本克己「求償義務者倒産時における求償権者の地位——立法論的考察——」（『石川明先生古稀祝賀 現代社会における民事手続法の展開』（商事法務，2002年）631頁以下，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頁以下。事前求償権について，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・民事法学の新展開』（有斐閣，1993年）221頁以下），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頁以下，高橋眞『求償権と代位の研究』（成文堂，1996年）。

破産手続開始後に保証債務を履行することにより求償権を取得することになるが、その発生原因は保証委託契約の中にあると考えられ、求償権は破産債権にあたる（破産法2条5項）。それは、破産手続開始の時点では、法定の停止条件の付いた請求権（将来の請求権）である。受託保証人は、それを破産債権として行使することができるが、債権者Xがその破産手続に参加したときは、この限りでない（同法104条3項）。そして、停止条件付破産債権は、停止条件が最後配当の除斥期間の満了までに成就しなければ、配当から除斥され（同法198条2項）、このことは将来の求償権にも妥当する（議論の分かれる点ではあるが、これが近時の多数説であるとしてよく、本稿もこれに従う²⁾。した

2) 澤野・前掲（注1）12頁以下、山本・前掲（注1）631頁、竹下守夫編集代表『大コンメンタール破産法』（青林書院、2007年）443頁以下（堂園幹一郎）に従う。破産法104条3項本文およびその前身の旧破産法26条1項本文の規定の趣旨については、次のような説明がなされている。

第1は、将来の事後求償権は、103条4項に規定する「将来の請求権」に該当するが、破産手続開始後の弁済に基づく求償権が破産債権と言えるか否か疑義が生じうる上に、現実には弁済をするのに時間を要する場合もありうるので、将来の請求権のまま破産債権として届け出ることを許容する趣旨であるとの説明である。この理解に従えば、104条3項の求償権も将来の求償権として、破産法198条2項や214条1項4号等の規定の適用を受けることは当然である。104条3項の規定自体も、本文に意味があると言うよりも、主債権者が権利行使をする場合には求償権を行使することができないとすることにより、破産者がなすべき一つの給付について異なる者から二重に権利行使がなされることを排除する点に意味があることになる。

第2は、民法460条1号の趣旨を受託保証人以外の全部義務者に拡張する規定であるとの説明である。この説明は、代位弁済前の求償権（104条3項の「将来の求償権」）は、民法460条1号の事前求償権と同様に同法461条の制約には服するが、ともあれ現在の求償権であり、破産法198条2項や214条1項4号等の規定は否定されるとの趣旨を含むものであると理解する余地もないわけではないが、その趣旨まで含んでいるとは言い切れない。むしろ、この説明をしつつ破産法198条2項や214条1項4号等の適用を肯定する見解もあり、この見解にあつては、破産法104条3項は民法460条1号と類似の機能（求償権を有することになる全部義務者の保護）を果たす規定であるという意味で民法460条1号を引き合いに出しているにすぎず、破産手続開始時において将来の求償権である事後求償権が事前求償権と同様に扱われるべきであるとの趣旨を含まないと見るのが穏当であろう。しかし、破産法104条3項の規定の趣旨は、主債務者の破産手続終了後に保証債務を履行した保証人が主債務者（特に法人である主債務者）の財産から求償を得ることができないといふ

がって、保証人は、最後配当の除斥期間満了までに保証債務を履行して停止条件を成就させなければ、事後求償権に基づいて配当を得ることはできない。

問題設定

しかし、次の問題の処理は必ずしも明瞭ではない。

(1) 受託保証人は、主債務者について破産手続が開始された場合に、保証債務の履行前であっても、主債務者に求償することができるが（民法460条1号）、この求償権（事前求償権）は、主債務者の破産手続においてどのように扱われるのか。彼が、事前求償権を破産債権として行使することができるのは明らかであり、また、破産手続中（正確には、最後配当の除斥期間の満了まで）に保証債務を履行できない場合には、事前求償権を破産債権として行使せざるを得ないが、問題は、民法461条により主債務者に与えられた対抗手段をどのように扱うかである。なお、この問題との関係で、議論を簡明にするために、Zは連帯保証人であるとしよう（ただし、記述を簡潔にするために、「連帯保証人」と書かずに、単に「保証人」とのみ記すが、ご了解いただきたい）。

(2) 主債務者の委託を受けない保証人が破産手続開始後に保証債務を履行した場合に、彼の事後求償権は破産債権にあたるのか。換言すれば、委託を受けない保証人の事後求償権の原因（破産法2条5項）は、破産法上、どの時点にあると見るべきなのか。もし、債権者との保証契約を締結したことが原因であると解すると、(α) 委託を受けない保証人が主債務者に対して破産手続開始前から債務を負っている場合には、破産手続開始後に保証債務を履行して将来の求償権を現在の求償権にした後で、破産財団に所属する自己に対する債権と相殺することが可能となる。しかし、破産者あるいは他の破産債権者がそのような保証契約の存在を知らず、従って保証人が取得する求償権を自働債権とする相殺を予期していない場合には、破産財団に属する財産（保証人に対する債権）がこのような形で消滅することは、不意打ちとなろう。そこで、委託を受

う不利益を被らないようにするための規定であるとする見解もあり、この見解あっては、将来の求償権は、198条2項や214条1項4号等の規定に服さないことになろう。

けない保証人の求償権の原因は、保証人が債務者のために弁済した時にあると解することが考えられる。しかし、そうなると、(β) 彼には破産法104条3項の適用がないとの結論が引き出されやすくなる。また、弁済者代位による原債権者の権利の取得は、求償権の行使を確実にするために認められていることを前提にすると、求償権が破産債権でなく、したがって破産手続において行使できない場合に、代位取得した原債権を行使できないとの結論に至りやすくなる。しかし、これらの結論は受け容れがたい。さらに、(γ) 主債務者が個人であって免責決定を得た場合に、免責決定の効力は破産債権でない求償権には及ばないとの結論も出てきそうであるが、これも容認しがたい。このように混沌とした問題が生じてしまうが、結論を迷うのは、(α)の相殺の問題であろう。(β)と(γ)の問題は、結論に迷うことはない。選択肢は、次のように整理される：

(α)の問題について相殺肯定説をとる。この場合には、その前提として、求償権は破産債権であることが肯定される。そこから、(β)と(γ)の問題の結論を容易に引き出すことができる。

(α)の問題について相殺否定説をとる。この場合には、その前提として、彼の事後求償権の原因は代位弁済の時点にあり、したがって破産債権ではないと解することになる。それを前提にして、後二者の問題について法学的な説明に工夫が必要になる。もちろん、解釈論として許容される範囲内の説明が付かないのであれば、相殺肯定説を選択せざるを得ない。

天王山となる争点は、相殺の可否である³⁾。

3) 主債務者の破産手続における無委託保証人の地位の問題は、従来あまり議論されてこなかったように思える。おそらく、実務においてその数が多くなかったからであろう。しかし、アメリカ合衆国の住宅ローン・バブルが崩壊して、2008年にリーマン・ショックが生ずるまでの過程において一躍有名になった CDS (Credit Default Swap) は、多様な類型を含むが、その中には無委託保証に相当するものもある。本来ならば、CDS 契約も検討対象にしたいところであるが、なにぶんにもその契約内容を十分に把握するに至っていないので、本稿では検討対象に含めることはできない。ただ、本稿の検討結果は、無委託保証に相当する類型の CDS 契約にも妥当しよう。なお、CDS および CDS を取り込んだシンセティック CDO にノ

用語について

冒頭の設例のXは、通常「債権者」と呼ばれ、多くの場合にそれで十分に了解できるが、ただ、Xの地位を少しでも明瞭にするために、本稿では、外国の用語例にならい、「主債権者」と呼び、「主債権者の主債務者に対する債権」を「主債権」と言うことにする。もっとも、「主債権者」に代えて「被保証債権者」、「主債権」に代えて「被保証債権」と言うこともある。また、「主債務者の委託を受けない保証人」を「無委託保証人」と、「代位により取得した権利（原債権）」を「代位した権利（原債権）」と短く言うことにしよう。幾分見慣れない表現を使うことになるかもしれないが、ご容赦いただきたい。

2 受託保証人の事前求償権について⁴⁾

2.1 これまでの議論の整理

(1) 事前求償権の法的性質⁵⁾ 主債務者が債務を履行しないときに、保

について、下記の文献を参照。大久保勉 = 井伊謙一「クレジット・デリバティブとその影響」NBL 602号（1996年10月1日）15頁以下、杉原慶彦 = 細谷真 = 馬場直彦 = 中田勝紀「信用リスク移転市場の新たな展開——クレジット・デフォルト・スワップとCDOを中心にして——」日本銀行金融市場局『マーケット・レビュー』2003-J-2（2003年1月）1頁以下、中山貴司 = 河合祐子「クレジット市場の発展に関する一考察～クレジット・デリバティブ市場を中心に～」日本銀行『日銀レビュー』No. 2005-J4（2005年）1頁以下、日本銀行「BIS グローバル金融システム委員会報告書「ストラクチャード・ファイナンス市場における格付の役割」（日本銀行解説、2005年）。日銀関係の文献は、日本銀行のサイトに掲載されている。

4) 「民法（債権法）改正検討委員会」（委員長：鎌田 薫・早稲田大学教授）が2009年3月31日に公表した「債権法改正の基本方針」では、現民法460条の廃止が提案され [3.1.7.11]、その理由として、次のことがあげられている（民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』（別冊 NBL 126頁、260頁以下）。

- 事前求償権の発生は、当事者間の特約にゆだねれば足りる。
- 改正法では、主債権者に適時執行・破産参加義務を課し、その懈怠の効果として、保証人の責任の軽減を予定しており（3.1.7.06）、現民法459条前段・460条1号の機能は、これによってまかなわれる。

しかし、保証契約は、主債権者が主債務者に対する強制執行の負担を保証人に引き受けさせる趣旨を含めて締結されることもあり、そうした社会的需要は多いであろう。その点を考慮すると、適時執行義務は保証契約の中の特約により排除され

証人は、主債務者がなすべき給付を主債務者に代わってしなければならない。この給付は、債権者との関係では保証人自身の債務（保証債務）の履行であるが、主債務者との関係では主債務者の債務の履行であり、この給付による出捐（財産の減少）の償還を主債務者に求めることができる（事後求償権）。保証債務の履行前でも、一定の事由があれば、あらかじめ求償権を行使することができる。事前行使できる求償権は「事前求償権」と呼ばれ、その制度目的及び法的性質や事後求償権との同一性が問題にされている。

事前求償権の法的性質については、多くの議論があるが、本稿との関係では、次の2つの見解を紹介しておけば足りよう。第1は、この制度の目的論に特に言及することなく、あるいは弁済費用の確保が目的であると見て、受任者の費用前払請求権（民法649条）と同性質のものであるが、保証委託契約の特質を考慮して459条から461条の規定が置かれているので、民法649条は保証委託契約には適用がないとする見解である⁶⁾。

第2は、受託保証人の事前求償権の制度目的は、保証債務の履行が求められる状況に達したにも拘わらず、主債務者が主債務を履行しないことにより保証人が損害を受けるおそれがある場合に、その損害を避けるために認められた権利であり、本来ならば、保証人への担保の提供や主債務の履行等による保証人

、ことが多いであろう。適時破産参加義務が契約実務でどのように処理されるかは予想しがたいが、ただ、保証契約が融資契約と一体となって締結される場合には、主債務者と主債権者の力関係に影響されて、保証契約中の特約により排除されることが多くなると思われる。結局、事前求償権に現在期待されている機能は、保証委託契約の中で事前求償権を定める特約をおくことによって賄われることになろう。ただ、その保証委託契約が消費者保護法の適用を受ける場合に、そのような特約（適時破産参加義務を排除する特約及び事前求償権を発生させる特約）は、同法10条により無効とされる余地があろう。

ともあれ、適時執行・破産参加義務を定める規定は、理論的に見れば、保証人（特に個人の保証人）の利益を図る合理的な規定である。

- 5) 以下で問題にするのは、民法459条前段・460条所定の事前求償権である。保証委託契約中の特約による「求償権の事前行使」については、別途考察が必要である。
- 6) 古積健三郎「保証人の事前求償権の法的性質」中央大学・法学新報113巻7=8号（平成19年）47頁以下（事前求償権を免責請求権と見ることに反対する）、内田貴『民法3 債権総論・担保物権 [第3版]』（東大出版会、2005年）355頁など。

の責任の免除を主債務者に請求する権利と構成しても足りるところであるが、日本法は、求償金を保証人に支払うことを求める権利と構成した上で、保証人が代位弁済を行わない場合に主債務者が損害を受けることがないように主債務者に一定の対抗手段を与えているにすぎず、その法的性質は、事務処理費用の前払請求権ではなく、損害回避のための金銭支払請求権、担保請求権あるいは解放請求権であるとする見解である⁷⁾。

沿革的に見れば、事前求償権制度の目的は、保証人が主債務者から費用の償還を得られないことから生ずる損害を回避することにあると見るべきであろう⁸⁾。その場合に、損害回避のために保証人に与える権利の構成方法には、次の2つの方法がある。第1は、日本法が採用しているような方法、すなわち、保証人は、主債務者に対して、保証債務の履行に必要な財産の抛出を求めることができるとしつつ、主債務者が二重払いの危険を負わないようにするための手段を主債務者に与えることである。第2は、保証人は、主債務者に対して、事後求償権の担保を求めることができ、保証債務が履行期にあるときは、さらに進んで、保証債務からの解放ないし免責（例えば、弁済による主債務の消滅）を求めることができることとするのである。

フランス法は、法文上は第1の方法を規定しているかのようであるが、解釈により第2の方法に縮小されているとのことである⁹⁾。ドイツ法やスイス法は、第2の方法をとった¹⁰⁾。

7) 國井・前掲（注1）270頁以下、高橋・前掲（注1）87頁以下、潮見佳男『債権総論Ⅱ [第2版]』（信山社、2001年）429頁（「解放請求権の一種」と名付けている）など。

8) 事前求償権の沿革については、ローマ法の変遷について西村・前掲（注1）、フランス法について國井・前掲（注1）、日本法について潮見佳男「〈史料〉債権総則（29）」民商法雑誌88巻6号878頁以下参照。

9) 國井・前掲（注1）253頁以下。

10) ドイツ法につき、高橋・前掲論文（注1）80頁以下参照。スイス法については、債務法506条が次のように規定している。

「次の場合には、保証人は、主債務者に対して担保及び、主債務が弁済期にある場合に、保証からの解放を求めることができる。

1. 主債務者が保証人との合意に違反する場合、特に一定の時点までにするとノ

に限られる場合もあろう。事前求償権の発生要件を重要な要素にして様々な状況を設定し、何が適切な対抗手段（保証人と主債務者の双方のバランスがとれた無駄のない手段）であるかを検討すべきである。

（２） 事前求償権と事後求償権との関係 両求償権の間についても、議論は紛糾しているが、本稿では、判例に従う。次のことを確認すれば足りよう。

（a） 両求償権はその発生要件を異にし、事前求償権には、事後求償権にない抗弁権が付着し、消滅原因が規定されている（民法461条参照）ことに照らすと、両者は別個の権利である。事後求償権は、保証人が免責行為をしたときに発生し、その消滅時効は、その時から進行する¹³⁾。

（b） 保証人が保証債務を履行する前にあっては、事後求償権は将来の求償権（法定の停止条件付債権）である。他方、事前求償権は、民法459条前段又は460条の要件が充足されている限り、現在の債権である¹⁴⁾¹⁵⁾。

13) 最判 昭和60年2月12日・民集39巻1号89頁。判例研究として、次のものがある。石田喜久夫・昭和60年度重要判例解説〔ジュリスト臨時増刊862号、1986年〕58頁、柴田保幸『最高裁判所判例解説民事篇（昭和60年度）』26頁以下（3事件）、村田利喜弥『ジュリスト増刊（担保法の判例Ⅱ）』（1994年6月）243頁、小杉茂雄・民商法雑誌93巻4号（昭和61年）581頁、高橋眞・香川法学6巻3号（1986年）113頁、大坪稔・鹿児島大学法学論集22巻2号（1987年）77頁、石井眞司・判例タイムズ583号（1986年）30頁、前田陽一・法学協会雑誌108巻6号（1991年）1028頁、鈴木正和・判例タイムズ638号（1987年）80頁、高山満・金融法務事情1421号（平成7年）94頁、山田誠一・金融法務事情1433号（平成7年）96頁、同・金融法務事情1581号（2000年）126頁。

14) 最判昭和34年6月25日民集13巻6号810頁がこの趣旨を述べている。これは、保証人の求償権を被担保債権とする抵当権の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、競売により担保権はまもなく消滅するが、保証人は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した。本件の判例研究・解説等として、次のものがある。林良平・法学論叢67巻1号96頁、稲本洋之助・法学協会雑誌78巻5号557頁、倉田卓次・最高裁判所判例解説民事篇昭和34年度98頁、倉田卓次・旬刊金融法務事情217号8頁。

15) 事前求償権は、その発生要件が充足されれば、直ちに行使することができる現ノ

(c) 主債務者が保証人に対して債権を有していて、それが主債務者の債権者によって差し押さえられた後に、保証人が保証債務を履行して事後求償権を発生させた場合に、これを反対債権にして被差押債権と相殺することができるかが問題となるが、相殺を否定する下級審先例がある¹⁶⁾。異論のある点であるが、この先例に従う限り、この局面では、主債務の履行期が差押え前に到来していれば保証人が事前求償権を取得していることは重要である。なぜなら、保証人は、民法461条1項の抗弁権を消滅させた後で、事前求償権を反対債権にして相殺することができるからである。

ㄨ 在の請求権であることが確認された意味は大きい（ただし、主債務者が民法461条所定の対抗手段を行使すれば、事前求償権は、その行使が制限されあるいは消滅する）。しかし、このような事例において事前求償権を持ち出さなければ保証人が保護されないかと言えば、現行の民事執行法の下では、そうでもない。被担保債権が停止条件付債権である場合にも配当に加えられることを前提にして、停止条件付債権者に配当される金銭を供託すべきものとされているからである（民執法91条1項1号）。事後求償権は、保証人が保証債務を履行することを停止条件とする求償権と考えられており、91条1項1号の適用対象になると考えられるからである。

なお、通常は、保証人は、最後配当の除斥期間満了までに保証債務を履行するであろうし、それができないのであれば、彼自身について破産手続が開始されているであろう。ただ、主債権者が保証債務の履行について猶予を与えつつ、主債務者の破産手続にも参加しないということも、あり得よう（少なくとも理論的にはあり得るし、主債務者と保証人は日本国内に本拠を有しているが、債権者が外国に本拠を有していて、日本国内に足がかりがない場合には、こうしたことが生じ得よう）。このような場合を想定すると、民法460条1号と破産法104条3項とは同趣旨の規定であり、前者の規定による破産手続参加の場合にも、最後配当の除斥期間内に保証債務を履行していることが必要であると規律することはためられる。民法460条の規定の文言通りに、同条の事前求償権は、保証債務履行前においても現在の請求権であり、したがって破産法198条2項等の適用を受けないとするのが、条文解釈としては素直である。

- 16) 東京地判昭和58年9月26日・判例時報1105号63頁が次のように説示している：「相殺をなし得るには、差押がなされた時点において自働債権が発生していることを要し、単に自働債権発生の原因たる法律関係が発生しているだけでは足りない」と解するのが相当である」。受託保証人が、主債務者の自己に対する債権の差押え前に事前求償権を取得し、差押え後に保証債務を履行することにより事前求償権に付着していた抗弁権を消滅させた場合に、事前求償権と被差押債権とを相殺することができることとされた事例として、次の先例がある：京都地判昭和52年6月15日・判例時報877号83頁。

ただし、本稿の問題との関係では、事前求償権と事後求償権とが別個の権利であるか否かの問題は、説明の問題にとどまろう。両権利を一つの権利と見る立場に立っても、本稿の結論は変わらず、説明の仕方が異なってくるに過ぎない。

2.2 山本克己教授による立法提案

山本教授は、事前求償権も事後求償権もこれを破産債権として行使することを認めることにより様々な困難な問題が引き起こされることを指摘した上で、フランス法を範にして、立法論として、主債権者が破産手続に参加しない場合には、保証人が主債権者の代理人として主債権を届け出ることができるとする規律を提案している¹⁷⁾。

一つの合理的な規律として、特に次の理由により評価したい。(α) 破産法は、破産者の財産関係を破産手続開始時を基準にして清算しようとしている。破産手続開始時において保証債務が履行されておらず、事後求償権が現在の債権となっていない場合には、現在の債権である主債権を基準にして解決されるべきである。破産手続開始後に保証人が保証債務を履行した場合でもこのことは変わらないとすべきであり、たとえ求償権に付された約定利率あるいは遅延損害金利率が主債権のそれよりも高いとしても、破産債権としての求償権の行使は主債権の範囲に限定されるべきである(ただし、劣後的破産債権に配当してもなお余剰がある場合には、求償権のうち主債権を上回る部分についても配当がなされるべきである)。換言すれば、破産手続開始時点において事後求償権が現在の請求権になっていない場合には、将来の求償権の行使を認めるよりは、主債権の行使を容易にする方が合理的である。(β) 別の解決方法として、主債権者に破産手続参加義務を課すことも考えられる。しかし、金融業務の分業化の点から見ると、預金の獲得と融資業務は同一の金融機関が行うのが適当であるが、任意弁済が困難となった債権の法的手段による回収は別個の業務として分業化することができ、これと保証業務を組み合わせると一つの機関が行う

17) 山本・前掲(注1)646頁以下。

という需要が高いように見える。もっとも、個人が無償で保証人になった場合には、個人の債権回収能力が高くないこと、慣れない事務にエネルギーを消耗させるよりも、そのエネルギーを彼の職業に注ぐことができるようにするのが、社会・経済的には合理的であろう。その点からすれば、法人が保証人になる場合と個人保証の場合（法人である保証人の求償権について個人が保証人になる場合を含む）とを分けて規律する方がよい。しかし、どちらか一方を選択するとなれば、法人保証をターゲットにし、前述の分業の可能性を開いておくべきである（当事者の合意により可能になれば足りる）。

2.3 問題の検討

主債務者の破産手続に主債権者が参加せず、受託保証人も最後配当の除斥期間内に保証債務を履行することができない場合を想定して、その場合の保証人の利益保護を考えてみよう。彼にとって破産法104条3項による保護は役に立たず、彼は事前求償権のみによって自己の利益を守ることができる状況にあるものとする。この場合に、保証人は事前求償権を破産債権として届け出ればよいのであるが、問題は、民法461条をどのように適用するかである。

思考実験

一種の思考実験として、《主債務者に対して主債権者（被保証債権者）に弁済することを請求する権利》を保証人に与えてみよう。この請求権の強制的実現は、第三者（主債権者）への給付を命ずる判決の強制執行によりなされる¹⁸⁾。主債務者について破産手続が開始されている場合には、保証人は、主債権者への配当を請求することができるはずであろう。第三者への配当を求めるための破産手続参加は、ほとんど議論されていないが、しかし、これを認めるべ

18) 第三者への給付を命ずる判決の強制執行においても、同様に、配当又は弁済金交付の最後の段階において当該第三者を手続に登場させれば足りる。それ以前においては、債権者が執行債権者として、執行異議や執行抗告あるいは請求異議・第三者異議・配当異議訴訟等の当事者となるべきである（Vgl. Rosenberg=Gaul=Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl., S.89 f.）。

き場合は、次に述べるように、他にもある。当該第三者が配当金の受領に来ないことは十分予想されることであるが、そのこと自体は前記の考えの障害とはならない。破産法202条3号が、「破産債権者が受け取らない配当額」を破産管財人は供託しなければならないと規定しており、そこにいう「破産債権者」を「配当金受領権者」と読み替えて類推適用すれば解決できる問題だからである。

破産債権行使者以外の者に配当金を交付する場合

現行法の下で、破産債権を行使すべき者以外の者に配当金を交付する場合として、次のような場合がある（ここで、「交付」は、「支払または供託等のために金銭を引き渡す」という広い意味で用いる）。

(1) 破産債権が差し押えられている場合　例えば、債権者Aの債務者Bに対する金銭債権の全額をAの債権者 X_1 と X_2 が同時に差し押さえ、 X_1 と X_2 のBに対する取立訴訟において供託を命ずる判決（民執法157条4項）が確定した後で、Bについて破産手続が開始されたとしよう。このように場合には、執行債権者 X_1 と X_2 が執行債務者Aの第三債務者Bに対する破産債権を行使する（破産債権を届出て、債権調査に参加し、債権確定のための訴訟が提起されれば、それを追行する）ことになるろう。

配当金は、 $X_1 \cdot X_2$ に直接支払われるのではなく、供託の方法で支払われる（配当金は直接には供託所に交付される）。この場合に、どの規定により、どの供託所に供託すべきであろうか。破産手続における配当金の支払場所は、「破産管財人がその職務を行う場所」であり（破産法193条2項）、破産法202条3号の規定により供託する場合には、破産管財人の事務所の所在地の供託所に供託することになる。他方、民事執行法156条2項に言う「債務の履行地の供託所」は、本来は、民法等の規定によって定まる義務履行地であり、通常は、債権者（ここでは執行債務者A）の現在の住所地となる（民法484条）。両者が異なる場合の処理が問題となるが、第三債務者が破産手続開始決定を受けたことにより、破産配当の方法で弁済がなされる場合については、民執法156条2項所定の債務履行地は、破産法193条2項の配当金支払場所に変更されると解し

てよく、破産管財人は、自己の事務所の所在地の供託所に供託すれば、民執法156条2項の供託をしたことになると解すべきであろう。破産管財人は、その点も含めて、同条3項の届出をすべきである。

(2) 第三者への給付を求める請求権が破産債権である場合¹⁹⁾ 当事者の一方が他方に対して第三者への金銭給付を求める請求権を有するという法律関係は、さまざまな原因によって生じうるが、その請求権が契約によって生ずる場合には、その契約は第三者のためにする契約と呼ばれ、別段の合意がなければ、第三者が受益の意思表示をしたときに、第三者の権利が発生する(民法537条)。この場合に要約者(債権者)の諾約者(債務者)に対する権利(第三者への給付を求める権利)がどうなるかは、契約において自由に定めることができることであるが、ここでは、要約者の履行請求権は消滅しない場合を想定しよう。そして、要約者は、第三者との関係で、諾約者の義務の強制的実現の責任を負うとされることも十分にありうることであり、ここではそのような責任を負担しているものとしよう。

上記の場合に、諾約者(債務者)について破産手続が開始されたときに、要約者(債権者)は当該債権を破産債権として届け出ることができる。その場合には、彼が破産債権者であり、彼が債権確定手続に関与し、債権者集会において議決権を行使することになる。しかし、配当金は、第三者(受益者)に交付されるべきである。第三者が配当金を受け取りに来ない場合には、供託することになる(破産法202条3項)。破産手続では、配当金支払債務は取立債務である。そのことは、債権者と第三者との間で債務者が第三者の現在の住所地で給付することが予定されている場合(持参債務とされている場合)には、債権者と第三者との間で債権者の義務不履行の問題を生じさせることがあるかもしれない。しかし、その問題は、破産手続外の問題として、債権者と第三者との間で解決を図るべきであろう。例えば、債権者が第三者から配当金の受領につい

19) 第三者のためにする契約一般につき、次の文献を参照：春田一夫『第三者のためにする契約の法理——権利取得授權(Erwerbsermächtigung)を手がかりに——』(信山社、2002年)。

て代理権を得て、債権者が配当金を第三者に持参することが考えられる。

なお、第三者が受益の意思表示を破産管財人に対してすることにより、自己の諾約者に対する請求権の発生を確定させるとともに、要約者を給付の強制的実現の負担から解放したと見ることができるときには、第三者（受益者）と要約者は、共同して、破産者がなすべき同一の給付について請求権者が交替したことを届け出ることができ、その届出以降は、受益者が破産債権者として扱われるとしてよいであろう。

解釈論——破産管財人がとるべき対抗手段

現行民法は、「主債権者への給付をなすことを主債務者に請求する権利」を受託保証人に与えていない。しかし、保証人が事前求償権を行使した場合に、主債務者の破産管財人が求償金相当額を主債権者に支払って保証人を免責することにより、事前求償権を消滅させる選択肢は残されており（民法461条2項）、それは前述のような形で可能である。破産管財人は、特に妨げがなければ、この方法をとるべきであろう。

他の対抗手段がよりよい解決をもたらすかを検討しよう。（a）破産管財人が民法461条所定の対抗手段をとることなく配当金を保証人に支払うことも、規定上は認められている。しかし、この方法は、保証人が保証債務を履行しない場合、あるいは自らが破産手続開始決定を受けること等により主債務者の破産財団からの配当金分の保証債務の履行さえもできない場合に、不当な結果となりやすい。特に、主債務者が破産によって消滅する法人ではなく破産手続終了後も存続する個人である場合には、とるべきではない。

（b）民法461条2項では、保証人のために担保を供し、あるいは供託をして事前償還義務を免れることができるとされている。このうちで、担保を提供する方法は、主債務者が金銭以外の財産を有していて、それを担保に供することができる場合には大いに意味があるが、破産財団所属財産がすべて換価されて金銭に換えられた段階では、保証人を免責するために主債権者に金銭を交付する方が単純明快である。金銭を保証人のために供託する方法は、担保提供の一

つの方法であり、被担保債権である求償権の債権債務関係が破産財団の関係する法律関係として残存してしまう。破産手続を終結するのであるから、残存する法律関係はできるだけ少ない方がよく、その点からすれば、主債権者に交付する方法の方が好ましい。もっとも、主債権の流動性が高く、主債権者を特定することが困難である場合に、もしその理由により破産法202条3号の供託が困難になるのであれば、そのときは、いわば次善の策として保証人を被供託者とすることも考えられる。ただ、そのときでも、保証人による保証債務の履行が確実であるのならば、破産管財人は事前求償に応ずる方がよいであろう。

(c) 民法461条1項の処理は、迂遠であり、鈍重である。例えば、同項が規定する「保証人に担保を供させる」という方法では、破産管財人が保証人から担保の提供を受けるのと引換えに最後配当の配当金を交付することになるが、最後配当の後で、破産手続終結決定をして破産管財人の職務を終了させようとする時期に担保を受領することは、結局のところ、破産手続の終結を遅らせることになる。もっとも、保証人が主債務者に対して債務を負っている場合に、破産管財人がその債務の履行を請求したところ、保証人が事前求償権との相殺を主張し、破産管財人が有する461条1項の抗弁権を喪失させるために担保を提供してきたときには²⁰⁾、破産管財人は、その担保を受け入れざるを得ない。

山本教授の立法提案との比較

前記の検討結果は、事前求償権に関しては、結局のところ、保証人が主債権者の代理人として主債権を破産債権として届け出ることができるとする山本教授の立法提案とあまり変わらない。しかし、主債権者と保証人の地位は、山本教授の立法提案と私見の解釈論とはかなり異なる。すなわち、山本提案にあっては、主債権者が破産債権者であり配当金受領者である。保証人はその代理人である。私見では、「破産債権を届け出て、債権調査及び債権確定のための手続に関与し、債権者集会において議決権を行使する者」という意味での破

20) 大阪高判昭和43年11月25日・判例時報561号57頁（ただし、物上保証人の事前求償権による相殺が問題となった事例）、東京高判昭和56年3月26日・金融法務事情991号46頁参照。

産債権者は保証人であり、主債権者ではない。主債権者は、配当金受領者になるだけである。

このことは、債権調査手続において異議等が出され、その確定のための訴訟手続が開始された場合に、大きな違いが生ずる。すなわち、山本教授の提案では、訴訟物となるのは主債権であり、その存否・内容が既判力をもって確定される。他方、私見では、訴訟物となるのは事前求償権であり、これについて判断した判決の既判力は主債権には及ばず、当事者になっていない主債権者に及ぶこともない。

3 無委託保証人の事後求償権

3.1 問題点

無委託保証人は、事前求償権を有せず、事後求償権のみが認められている。その内容は、保証が主債務者の意思に反するか否かで区分され、意思に反する場合には、主債務者は、現に利益を受ける限度において償還義務を負うにすぎないが（民法462条2項）、そうでなければ、保証人が弁済等の免責行為をしたときに利益を受ける限度で償還義務を負う（同条1項）。前者は、民法702条3項に対応するものであり、後者は同条1項に対応するものである。いずれの場合であっても、無委託保証人の求償権は事務管理者の費用償還請求権の性質を有すると考えるのが多数説である。

この多数説を前提にした場合、無委託保証人が主債務者の破産手続開始後に保証債務を履行したときに、これによる事後求償権が破産手続開始前に原因のある債権ということができるかは、次の問題と関連する。

(α) 無委託保証人が破産者に対して債務を負っている場合に、これと破産手続開始後の弁済による事後求償権との相殺が許されるか。

この問題を否定的に解する前提として、無委託保証人が破産手続開始後に保証債務を履行したことによる求償権は、破産手続開始後に原因のある債権として考えるならば、さらに次の問題が生ずる。

(β) 主債務者の破産手続開始後から例えば2ヶ月以内に無委託保証人が保

証債務を履行して、事後求償権を取得することが確実であり、主債権者が主債権の届出をしない場合に、無委託保証人は、将来取得することのある求償権又は弁済により代位する主債権を予め破産債権として届け出る必要があるが、それは認められるか。認められるとして、その根拠規定はどれか。

(γ) 個人である主債務者が免責許可決定を得た場合に、免責許可決定の効力は破産債権でない求償権には及ばないとの結論が出てきそうであるが、これは容認しがたい。否定の結論をどのように説明するのか。

3.2 従前の議論

前記の問題は、これまであまり議論されて来なかった問題である²¹⁾。判例をみると、この問題を最初に扱った公表先例は、平成20年の大阪地裁判決（後掲先例 [4]）であろう。参考になりそうなものを含めて、先例を時系列的に見ていこう。

[1] 東京地判昭和34年4月6日・下民集10巻4号706頁　これは、主債務者の連帯保証人が、主債務者の破産後に保証債務を履行した後で、その求償権を自働債権とし、主債務者（破産者）の保証人に対する債権を受働債権として相殺をした場合に、その効力が問題となった事案である。保証人が主債務者の委託を受けていたか否かは判然としないが、賃料債務についての保証であり、委託を受けずに保証するような事情も伺われないので、委託を受けていたと見てよいであろう。裁判所は、判決理由の中で、自働債権を当初は求償権ととらえつつも、最終的には弁済者代位により取得した原債権ととらえて相殺の可否を論じ、次の理由で相殺は許されないとした：旧破産法「第26条第2項の規定は、主たる債務者が破産宣告を受け債権者がその全額につき破産債権者として権利を行使した後連帯保証人が右債権者に対して債務の弁済をなした場合には

21) 山本和彦ほか『倒産法概説（第2版）』（弘文堂，平成22年）257頁（沖野眞巳）が相殺権を認めることに慎重な姿勢を示している。

連帯保証人は主たる債務者たる破産者に対して取得する求償権の範囲において債権者に代位してその権利を取得する旨を定めており、かかる場合においては、右連帯保証人の取得する権利は前記同法第104条第2号〔筆者注：現72条1項1号〕の趣意からして、他人の破産債権を取得したのものとして同号の適用を受けると解するを相当とする。〕

〔2〕 名古屋高判昭和57年12月22日・判例時報1073号91頁　これは、下請会社が孫請会社（訴外山本組）に対して負っていた請負代金債務を元請会社が、下請会社の破産宣告後に、下請会社に代って孫請会社に弁済した場合に、それは事務管理として弁済したものであり、これにより元請会社は破産者に対して求償権を取得するが、この求償権と元請会社が破産会社に対して負っていた請負代金債務とを相殺することは許されないとされた事例である。次のように説示している：「右のような破産宣告後の事務管理に基づく求償権債権を自働債権とする相殺を有効と認めるならば、訴外山本組の有する破産債権は破産手続によらずして弁済されたのと同じ結果を容認することになる上、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104条3号〔筆者注：現72条1項1号〕により禁止されていることが明らかであるからである。〕

〔3〕 最判平成平成10年4月14日・民集52巻3号813頁²²⁾　これは、建築共同企業体の構成員の一人が和議開始の申立てをした場合に、この者に対して請負報酬代金の分配債務を負っている他の構成員は、(α) 右申立前の共同企業体の債務を申立て後・開始決定前に弁済したことによる求償権をもって相殺することができ、また、(β) 和議開始決定後の弁済による求償権による相殺

22) 本判決については、次の判例研究等がある：山下郁夫『最高裁判所判例解説民事篇〔平成10年度（上）〕』（平成13年）434頁，松下淳一・平成10年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊号1157号，平成11年）135頁，河野玄逸＝曾我幸雄・金融法務事情1581号（2006年）210頁，山本和彦・金融法務事情1556号67頁，秦光昭・NBL 664号（1999年）66頁，深谷格・法学教室219号（1998年）130頁，梅善夫・私法判例リマークス1999年（上）（1999年）152頁。

を和議条件により変更された原債権の限度ですることができるとされた事例である。後者の点について、次のように説示している：「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ところ（最高裁平成3年（オ）第491号同7年1月20日第二小法廷判決・民集49巻1号1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5条、破産法104条3号の規定に反するものではない。」。

[4] 大阪地判平成20年10月31日・判例時報2060号114頁　これは、銀行が主債務者から委託を受けることなく、主債権者から保証料を徴して保証人となり、主債務者について破産手続が開始された後に代位弁済したことにより取得した事後求償権（自働債権）と破産者の預金債権（受働債権）との相殺をした事案である（主債権者は、主債務者に営業用商品を販売している業者である）。銀行（無委託保証人）に対する破産管財人からの預金払戻請求訴訟において、相殺の可否が問題となった。裁判所は、次のように説示して、相殺を有効とした：「本件各保証契約に基づく保証債務を履行したことにより生じた事後求償権は、その主たる発生原因である本件各保証契約が破産者マイソフィアらの破産手続開始前に締結されているから、破産債権である」。本判決は、原

告の主張を逐一検討して、示唆に富む説示を多く含んでいるが、ここでは、次の説示を紹介するにとどめよう：「仮に委託を受けない保証人が取得する事後求償権が破産債権でないとする、同保証人は保証債務を履行しても、これにより取得する事後求償権を主たる債務者の破産手続において一切行使することができないことになるし、上記事後求償権は免責の対象にならないことになるが、このような結論が妥当であるとは認められない」。

[5] 大阪高判平成21年5月27日・金融法務事情1878号46頁　これは、先例[4]の控訴審判決であり、原判決の判断を肯定し、控訴を棄却している。添削型の上級審判決であり、理由の一部を大幅に改めたが、その要点のみを引用しておこう。

「保証人の主たる債務者に対する事後求償権の法的性質は、主たる債務者の委託を受けて保証した場合は委任契約（保証委託契約）に基づく事務処理費用償還請求権であり、主たる債務者の委託を受けないで保証した場合は事務管理に基づく費用償還請求権とみるべきであるが、いずれの場合でも、上記事後求償権が、保証契約に基づき、保証人による弁済等を法定の停止条件として発生することに変わりはなく、主たる債務者の委託を受けたか否か、また主たる債務者の意思に反するか否かは、上記事後求償権の範囲及び限度を画する事実に基づきすぎないと解すべきである」。「そして、破産法は、保証人の主たる債務者に対する事後求償権は、主たる債務者の委託の有無にかかわらず、保証人が弁済等をする前であっても、破産債権であることを当然の前提としていると解される」。

3.3 問題の検討

視点の設定

AがBに対して債権を有している場合に、Bがその債権を自己のAに対する債権との相殺によって消滅させることができるか否かは、Aにとって、通常は、相殺の簡易決済機能が利用されるか否かの問題であり、それほど大きな問題で

はない。しかし、Aの財産状況が悪化して債務の減免交渉を行う必要が出てくるような場合には、相手方(B)からの相殺によって消滅させられることのない財産が自己にどれだけ残されているかは、Aにとって非常に重要となる。それは、私的整理が行われる場合でも、再建型倒産処理手続が行われる場合でも、再建の可能性を判断する上で重要である。清算型倒産処理手続である破産手続が開始される場合には、相殺により消滅させられることのない財産がどれだけ残っているかは、債務者自身にとってはもはやそれほど重要な事柄ではないが、他の債権者にとっては重要である。理念的には、各破産債権者は、相殺により消滅させられることのない財産(換言すれば、責任財産)が破産手続開始の時点でどれだけ存在するかを破産者を通じて知ることができるべきである。破産財団に属する財産(債権)が破産者の関知しない原因に基づいて破産手続開始後に発生する債権との相殺により消滅させられることは、この当為命題を害し、破産債権者一般の利益を損なう。

一般に、ある者と他の者との間の債権債務関係は、債務者となるべき者の関与の下に生ずる。契約から生ずる債務はもちろんのこと、不法行為による債務もそうである。例外として、事務管理があるが、こうした例外は少ない方がよい。債権譲渡によっても、債務者の関与なしに、債務者と債権の譲受人との間に債権債務関係が生ずることになるが、その関係を譲受人が債務者に主張することができるためには、債務者に対する通知又は債務者の承諾が必要であり²³⁾、その対抗要件の具備があつて、初めて、相殺が可能となるのである。破産手続開始後にその対抗要件が具備された場合には、その譲受債権を破産債権として届け出ることにはできるが、その債権を自働債権とする相殺により破産財団に属する債権を消滅させることは許されない(破産法72条1項1号)。したがって、債権譲渡により譲受人と債務者との間に債務者の関与なしに債権債務関係が生ずるとはいえ、その債権との相殺により債務者の譲受人に対する債権を消滅さ

23) 債権の譲渡人が破産手続開始決定を受けた場合に、譲受人が債権の取得を他の破産債権者に主張するに際して、債務者に対する対抗要件まで備えている必要はないが、今問題にしているのは、譲渡された債権の債務者について破産手続が開始された場合である。

せるためには、債権譲渡の対抗要件具備という形で債務者に知らせておく必要があり、債務者について破産手続が開始される場合には、その対抗要件の具備は破産手続開始前になされていなければならない。

ところが、先例 [4] や [5] によれば、主債務者の関知しない保証契約の締結により、保証人は、主債務者の自己に対する債権を相殺により消滅させることのできる反対債権を手に入れることができるのである。それは、異例のことと言うべきであろう。異例のことを正当化するための実定的根拠が必要であろう。無委託保証人の求償権が事務管理の費用償還請求権の性質を有することを前提にするならば、求償権の原因は、主債務者のための事務管理と評価される行為の中に求められなければならない。

無委託保証人の求償権の原因

上記の視点から保証人の行為のどれが主債務者のための事務管理に該当するかを考えてみると、その候補として、次の2つをあげることができる。(α) 保証契約と (β) 保証債務の履行としての代位弁済である。代位弁済が主債務者のための事務管理にあると評価することには問題はなかろう。ただ、この場合でも、民法699条の通知は直ちになされるべきである。

問題は、保証契約の締結を主債務者のための事務管理と評価できるかである。先例 [4] [5] は、この点の吟味をすることなく、保証契約を求償権の発生原因と解しているが、賛成できない。(α) 保証契約自体は主債権者の保証人との間の契約であり、それが主債権者の保証人に対する保証債権の原因になることに、異論はない。しかし、主債務者は保証契約に関与していないのである。これが主債務者に対する求償権の原因になるためには、一段の説明、すなわち、保証契約の締結自体が主債務者のための事務管理にあたることの説明が必要である。(β) 保証契約は、一般に、主債権者の利益を守るために締結されるものである²⁴⁾。これを主債務者のための事務管理と評価するためには、

24) 主債権者が主債務者の倒産リスクを考慮して、保証人に保証料を支払うような類の保証はそうである。この場合には、取引社会では、保証料率は主債務者の倒産ノ

保証契約が締結されないと、主債務者に不利益が生ずるという関係が必要であろう。例えば、主債務者が主債権者に対して保証人を立てる義務を負っているにもかかわらず、それができないために期限の利益を失うような場合に、第三者が主債務者の委託を受けることなく保証人になり、この結果、主債務者が期限の利益を喪失することがなくなったような場合には、保証契約の締結自体が事務管理に該当すると評価して良いであろう。この場合でも、事務管理者（無委託保証人）は直ちに本人（主債務者）に事務管理の開始（保証契約の締結）を通知しなければならない（民法699条）。(γ) 保証契約の締結が主債務者のための事務管理と評価できない場合には、求償権の発生原因は、事務管理行為としての代位弁済と解すべきである。以下では、これを原則的な場合と見て議論を進めることにしよう。

破産手続開始後の保証債務の履行により生じた求償権を自働債権とする相殺の可否

(1) 保証契約の締結自体は主債務者のための事務管理と見ることができない通常の場合には、無委託保証人が破産手続開始後に保証債務を履行したことにより取得する求償権は、破産手続開始後に原因のある債権であり、破産債権にはあたらない。したがって、これを自働債権にして彼が主債務者（破産者）に対して負っていた債務と相殺することは許されない（破産法67条1項の要件を満たさないので相殺は許されない）。

この結論は、次の理由により、政策的にも妥当であろう。主債務者の一般債権者から見れば、破産財団に属する債権を受働債権とする相殺により、主債務者の特定の財産（保証人に対する債権）が一般債権者の満足に充てられるべき財産から特定の者（保証人）の満足にのみ用いられる財産になるのである。こ

↘リスクを反映したものであると評価されるので、保証料率が公表され、それが高くなればなるほど主債務者は倒産リスクの風評により不利益を被ることがあり得る（もちろん逆のこともあり得る）。そのような事実的効果をもちうる保証契約の締結自体が主債務者のための事務管理であると評価することはできない。したがって、通常の場合には（特に、既存の債権の保証の場合には）、無委託保証人の求償権は、彼が保証債務の履行により現実に主債務を消滅させた時に求償権の原因があると見るべきである。

の責任財産性の変更は重要なことである。そして、主債務者が関知しない無委託保証契約が破産手続開始後に履行された場合に、それによる求償権の原因は保証契約締結の時に発生しており、それゆえ無委託保証人が破産者に対して負っている債務との相殺は許されるとしたのでは、破産者である主債務者にとっても、主債務者の財産から配当を得ようとする破産債権者にとっても、いわば不意打ちとなろう。

この不意打ちは、保証人が保証契約締結後にその事実をただちに主債務者に通知すれば回避でき、その一方的な通知の時に求償権の原因があると見ることも考えられないわけではない。しかし、その通知のみでは、責任財産性の変更の根拠付けとして弱すぎよう。

(2) 他方、保証契約の締結自体が主債務者のための事務管理と評価することができる場合には、その後における保証債務の履行による求償権の発生原因は、破産法上、保証契約の時点にあると見てよいが、ただ、各人は、自己の財産を適切に管理するために、自己の債務者からの相殺により自己の債権が消滅することを認識できなければならない。自己の関知しない事由により自己の債務者が自己に対する債権を取得して相殺することができるという状況が生ずることは、できるだけ少なくされるべきである。この一般命題を当面の問題に適用すると、無委託保証人による保証契約の締結自体が主債務者のための事務管理と評価できる場合であっても、少なくとも破産67条以下との関係では、その求償権の原因の発生時点は、保証契約の締結時ではなく、保証契約の締結が主債務者に知らされた時点あるいは主債務者がそれを知った時点と解すべきであろう。

以下では、無委託保証人の求償権の発生原因が破産手続開始後の保証債務の履行時にあると評価される場合について、残りの問題を検討しよう。

無委託保証人が将来代位する主債権の届出

相殺との関係で無委託保証人の求償権の発生原因は保証債務の履行の時にあり、従って主債務者について破産手続が開始された後の保証債務の履行による

求償権は破産債権にならないと解するのであれば、破産法104条3項との関係でも、その求償権は破産債権ではないと解することになる。

それでも、無委託保証人は破産手続開始後の保証債務の履行により主債権者の有する被保証債権を代位により取得するのであり、全額弁済をした後で、この債権について破産手続に参加することは104条4項により認められるべきである。もっとも、同項は「求償権の範囲内において」と規定しているので、求償権が破産債権でない場合に、代位した原債権を破産債権として行使できるのかという疑問は生ずるが、同項はそれを許容する趣旨を含んでいると理解してよいであろう。すなわち、破産手続開始後でも破産債権の譲渡や第三者の弁済による代位は一般に許容されていることであり、これらの者よりも無委託保証人を不利に扱う必要はない。無委託保証人が破産者に代わって弁済をした以上、彼が原債権を破産手続において行使することを認めるべきであるが、その内容は、同項より、原則として、民法462条・463条1項で規律された求償権の範囲内に制限されると見るべきである。

また、保証債務の履行前でも無委託保証人が主債権を代位により取得する法的基盤はあるのであるから、無委託保証人が一般の債権調査の終了後に保証債務を履行する予定の場合に、代位により将来取得することのある主債権の行使を容易にするために、主債権者が主債務者の破産手続に参加していない場合には、求償権の範囲で主債権について破産手続に参加することを認めておくべきであろう。破産法104条3項は、明示的には将来の求償権についての規定であるが、この規定の趣旨は、将来の求償権のみならず、全部義務者が将来代位する原債権にも妥当する。したがって、同項の類推適用により、無委託保証人は、保証債務の将来の履行により取得することのある主債権について破産手続に参加することができるかと解したい。もちろん、主債権者が破産手続に参加している場合は、この限りでない。

破産手続開始後に原因のある求償権と免責決定の効力

破産法は、個人債務者の経済生活の再生（破産法1条）のために、免責制度

主債務者の破産と保証人の求償権

を用意しているが、免責許可決定の効力は、破産債権にのみ及ぶ（同法253条1項柱書本文）。破産手続開始後に破産者が新たに負った債務には及ばない。無委託保証人が破産手続開始後に保証債務を履行したことによる求償権は破産手続開始後に原因がある債権であるとする、これには免責許可決定の効力は及ばないとの結論が引き出されそうであるが、この結論はもちろん許容できない。許容できない理由は、主債務者が自己の行為によって負ったのは主債務であり、その主債務が破産手続開始前に原因のある債権として免責決定の効力を受けるからである。

ここで、「保証人の求償権は、原債権よりも大きな効力を持ち得ない」との命題を定立することができるのであれば、当面の問題は、この命題を適用して解決できそうにも見える。しかし、受託保証人の求償権は、原債権よりも大きな権利になることは認められているのであるから（例えば、主債権の利息・損害金よりも高い利率を求償権について約定することができる）、この命題の定立は諦めた方がよいであろう。

前記の命題中の「保証人」を「無委託保証人」に限定してみよう。無委託保証人の求償権は、主債務者の関与なしに発生する権利である以上、それが主債権よりも大きな効力をもつことは許されるべきではないから、「無委託保証人の求償権は、原債権よりも大きな効力を持ちえない」との命題は、妥当性の高い命題である。この命題のコラリーとして、「免責許可決定の効力が原債権に及ぶ場合には、無委託保証人の求償権が破産債権であるか否かにかかわらず、その効力はこれにも及ぶ」としてよいであろう。

被保証債権が非免責債権である場合には、破産手続開始後になされた保証債務の履行による求償権に免責許可決定の効力は及ばないことを原則とすべきであり、前記命題は、これを妨げるものではない。

類似の場合との比較による検証

以上の結論の妥当性は、類似の場合と比較することにより検証する必要がある。比較の対象として思いつくのは、（1）破産手続開始後に共同義務者でな

い第三者が破産債権を代位弁済することにより破産債権を取得した場合（先例〔2〕の事案）、（2）連帯債務者の一人について和議手続ないし民事再生手続が開始された後に他の連帯債務者が連帯債務を弁済することにより求償権を取得した場合（先例の〔3〕の事案）、及び（3）破産手続開始前になされた債権売買予約により、破産手続開始後に破産債権が買い取られた場合である。

（1）先例〔2〕は、下請業者が孫請業者に対して負っている工事代金債務について、下請業者について破産手続が開始された後で、元請業者が事務管理として弁済をした事例である。この事例において、元請業者が「弁済をするについて正当な利益」（民法500条）を有していたか、代位弁済が「本人の意思に反して」（同法702条3項）なされたものかについては、議論の余地があるが、弁済について正当な利益を有し、かつ本人の意思に反するものではなかったと見てよいであろう。また、代位弁済額は、下請業者が孫請業者に対して負っている債務額を超えていないものとしよう。この場合に、事務管理の時点で仮に破産手続が開始されていなかったとすれば、事務管理者である元請業者が下請業者に対して有する有益費償還請求権の額は、代位弁済した額である。破産手続開始後に代位弁済した場合でも、その金額は変わらないと考えてよいであろう。そのことの正当性は、下請業者が会社ではなく個人であり、かつ免責許可決定を得なかった場合を想定すれば、わかりやすい。

この事務管理としての代位弁済が破産手続開始後になされた場合に、それが破産法148条1項5号の事務管理に該当するかと問われれば、否定すべきである。破産財団に属する家畜が逃げ出した場合に、その保護と飼育が事務管理としてなされた場合であれば、その事務管理は、破産財団に属する財産の減少を阻止したという点で破産財団に利益をもたらすものであり、その費用（有益費）は、破産財団から財団債権として償還されるべきである。しかし、事務管理として破産債権の代位弁済がなされた場合には、従前の破産債権が有益費償還請求権に置き換わるだけであり、破産財団に利益をもたらさないからである²⁵⁾。

25) 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）123頁ノ

この場合に、当該破産債権への配当予想額の範囲で、同号の事務管理の成立を認めるのも、妥当ではない。破産債権を財団債権に置き換えることになるからである。

このように、破産手続開始後になされた事務管理のすべてが破産法148条1項5号の事務管理に該当するわけではない。破産財団に属する財産の管理の視点から見て有益な事務管理のみが同号の適用を受けると解すべきである。この立場からすれば、先例〔2〕が事務管理の有益費償還請求権と事務管理者が破産者に負っている債務との相殺を否定したのは、正当である。

破産手続開始後に代位弁済した者が有する償還請求権は、破産手続開始前に原因のある債権でもないから、破産債権にあたらぬ²⁶⁾。しかし、それでも、代位による債権取得は、譲渡による債権取得と実質的に等価である。他人の破産債権が破産手続開始後に取得された場合に、譲受人がその破産債権を行使することができるように、代位者にもその破産債権の行使が認められるべきである。この場合に、代位により取得した原債権は、償還請求権行使を確実にする

は、事務管理により生じた債権が財団債権となる根拠を次のように説明している：「財団は積極的には増加されたるには非ざるも、之に因りて財団を保全し又は管理費用を節約し得たるべきが故に、この場合にも亦、破産債権者は利益を得たと見られるのである」。事務管理により生じた債権は、この説明が妥当する範囲でのみ財団債権性を肯定されるべきであろう。

- 26) 伊藤眞『破産法・民事再生法〔第2版〕』（有斐閣、2009年）377頁は、次のように述べる：純然たる第三者が破産手続開始後に代位弁済したことによる求償権は、「原債権の存在という破産手続開始前の原因にもとづく破産債権とされる」。この求償権を自働債権とする相殺については、72条1項1号の類推適用により制限されると述べているところからすると、原債権の発生原因をもってこの求償権の発生原因とするようである。私見と説明の仕方はかなり異なるが、結論の点では差違はなく、説明のわかりやすさの問題に帰着すると見てよいであろう（この求償権に免責許可決定の効力が及ぶことの説明は、私見の説明の方が幾分複雑になる。先例〔3〕は、和議手続開始後に弁済をした連帯債務者の他の連帯債務者に対する求償権を和議債権として扱うことを否定しており、これとの親和性は、私見の方が高いと言ってよいであろう）。なお、山本克己「倒産法上の相殺禁止規定（1）」民商法雑誌89巻6号（1984年）44頁注9は、「立法論としては、倒産手続中に倒産債権を代位弁済した第三者の求償権は弁済額全額につき倒産債権となる旨を定めればよい」と述べる。その他の法律構成についても、同所参照。

ための従たる権利であり、「自己の権利に基づいて求償をすることができる範囲において」のみ行使することができる（民法501条柱書1文）。すると、償還請求権は破産債権にすらならないのに、従たる権利を破産債権として行使できるのかという問題が生じてしまうが、「求償することができる範囲」の中に「破産債権として行使できる範囲」を持ち込むことが不適切なのであろう。民法501条は、破産手続外で行使される求償権と被代位債権との関係を規定したものであり、基本的には、「求償権が存続する範囲で、かつその金額の範囲で」の意味と理解すべきである。

以上のことは、無委託保証人にも適用される破産法104条4項にも妥当しよう。同項に言う「求償権の範囲」は、基本的に、民法501条柱書の「自己の権利に基づいて求償をすることができる範囲」を指し、求償権が破産債権でない場合でも、被代位債権を破産債権として行使することは可能であると解すべきである。そして、無委託保証人による破産手続開始後の代位弁済は、債権者との保証契約の締結自体が事務管理行為になる場合は別として、破産者との関係では、共同義務者でない第三者による代位弁済と同様に扱うべきである。後者についての先例〔2〕の判断は、前者にも妥当する。

（2）先例〔3〕は、次の命題を説示した：「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、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ことができ、その限度で和議債務者に対する債務との相殺もなしうる」（単純化のために「債権者が全額の弁済を受けたときに限り」は省略した）²⁷⁾。

27) ここに言う「右弁済によって取得する債権者の和議債権」は、和議手続開始時に債権者が有している債権全額であり、民法501条1号により求償権の範囲内でのみ行使できるとされた部分ではない。例えば、AとBとがCに対して100万円の連帯債務を負っている場合に、Bについて和議手続が開始された後でAが100万円全額の弁済をしたときには、Aは、Bに対して50万円の求償権を取得するとともに、100万円の原債権を代位取得するが、和議条件で定められた弁済率が20%の場合には、100万円を基準にして、その20%である20万円の範囲で求償権を行使でき

主債務者の破産と保証人の求償権

この命題の中の「連帯債務者の一人」（破産者）と「他の連帯債務者」（求償権者）をそれぞれ「主債務者」と「無委託保証人」に置き換えると、次の命題が得られる：「主債務者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主債務者に対して求償権を取得した無委託保証人は、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、その限度で和議債務者に対する債務との相殺もなしうる」（派生命題1）。

先例〔3〕が示した命題の中の「和議」を「破産」に、そして「和議債権（和議条件により変更されたもの）の限度」を「破産債権が配当を受ける限度」に置き換えると、次の命題が得られる：「連帯債務者の一人について破産手続が開始され配当がなされる場合において、破産手続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、右弁済によって取得する債権者の破産債権が配当を受ける限度で右求償権を行使することができ、その限度で破産者に対する債務との相殺もなしうる」（派生命題2）。

上記2つの置換えを同時に行うと、次の命題が得られる：「主債務者の破産手続において配当がなされる場合において、破産手続開始決定後の弁済により右主債務者に対して求償権を取得した無委託保証人は、右弁済によって取得する債権者の破産債権が配当を受ける限度で右求償権を行使することができ、その限度で破産者に対する債務との相殺もなしうる」（派生命題3）。

派生命題2及び派生命題3における相殺は、「配当金請求権と破産財団所属債権との相殺」を意味し、その相殺は一般的に許容される。そして、これら2つの命題は、破産手続開始後に（主）債権者に弁済したことによる求償権あるいは代位取得した破産債権と破産財団所属債権とを対当額で相殺することは許

ゝる。50万円を基準にして、その20%である10万円の範囲で求償権の行使を認めるべきであるとの見解もあるが、その見解は、弁済率が60%の場合に妥当な結果をもたらさない。この場合には、AはBの負担部分50万円全額の求償をすることができる筈だからである。この点については、佐久間弘道「共同企業体の構成員の和議と他の構成員の求償権行使の限度」（金融法務事情1542号（1999年）9頁以下（特に10頁）の説明が明瞭である。

されないということを意味することになる。

先例〔3〕の示した説示からこれらの派生命題がストレートに根拠付けられるわけではなく、また、正当な命題として承認されるか否かは定かではない。しかし、単純な置き換えによって得られた派生命題3が本稿の結論と不整合でないことは確認しておいてよいであろう。また、(α)連帯債務者相互の結びつきと(β)無委託保証人と主債務者との結びつきとを比較すると、前者の方が高いと言うべきであろう。したがって、連帯債務者の一人の破産手続開始後に弁済をした他の連帯債務者が有する求償権の保護は、主債務者の破産手続開始後に弁済をした無委託保証人の有する求償権の保護と同等以上であってよく、もし前者の保護の方が少ないのであれば、バランス上の問題が生ずる。その点からすれば、単純な置き換えによつて得られる派生命題2の保護と本稿が認める結論とは同等であり、バランス上の問題は生じない。

(3)債権を保有する者に予約完結権を与える債権売買予約(買取価額は額面額とする)は、保証契約に近い機能を果たす。予約に係る債権の債務者について破産手続が開始された後で予約完結権が行使された場合に、買取義務者が破産者に対して債務を負っていたとき、買取義務者は買い取った破産債権と破産者に対する債務とを相殺することができるかは、破産法72条の適用問題となる。その相殺は、同条1項1号に該当し、許されない。この場合に、相殺予約の通知が破産手続開始前に債務者になされていても、結論は変わらない(最判平成13年11月27日・民集55巻6号1090頁参照)。「似たものを似たように扱う」との視点から見ると、この結論は、無委託保証人が主債務者の破産手続開始後に弁済をしたことによる求償権を自働債権とする相殺を否定する本稿の立場と整合的である。

4 ま と め

受託保証人の事前求償権

主債務者が事前求償に応ずる場合に最も注意すべき点は、受託保証人が求償金を主債務の弁済に充てないという事態の回避であり、民法461条はそのため

主債務者の破産と保証人の求償権

の規定である。同条では主債務者に多様な対抗手段が与えられているが、主債務者の破産管財人はそのうちから最善の対抗手段を選択すべきであり、それは、通常、受託保証人の事前求償権への配当金を主債務の弁済に当てて、保証人を免責することである。民法では持参債務が原則であるので、弁済費用の問題が生ずるが、破産という特殊な場面において保証人をどのように免責するかの問題であるから、弁済費用の負担が通常の場合と異なることも許容されるとしてよい。破産管財人は、民法461条2項の免責行為の一環として主債権者を配当金受領者に指定することができ、この者に配当の通知をすれば民法461条2項の免責行為をしたことになり、主債権者が配当を受け取らない場合には破産法202条3号の供託をすれば足りるものと解すべきである。

無委託保証人の事後求償権と相殺

無委託保証人が代位弁済により取得する求償権（民法462条・463条1項）は、事務管理者の費用償還請求権の性質を有するとされているのであるから、無委託保証人のなす行為（保証契約の締結及び保証債務の弁済）のうちのどれが主債務者のための事務管理行為にあたるかを判断すべきであり、事務管理行為と評価される行為が求償権の原因にあると解すべきである。主債務者が保証人をたてる義務を負っている場合等には、委託を受けることなく保証契約を締結することが主債務者のための事務管理と評価してよい場合も確かにある。しかし、一般的には、主債務者から委託を受けない保証契約の締結は、主債権者のためになされるのであって、主債務者のための事務管理には当たらないと評価すべきである。その場合には、事務管理行為と評価されるのは、保証債務の履行行為（主債務者のための代位弁済）であり、求償権の原因は、その行為の中にあると考えるべきである。したがって、そのような保証契約に基づく代位弁済が主債務者の破産手続開始後になされた場合には、求償権は破産手続開始後に原因のある債権となり、これを自働債権として破産財団所属債権と相殺することは許されない（破産法67条1項の要件を充足しない）。

求償権が破産債権ではなくても、代位により取得する原債権は、破産債権で

あり、彼は、求償権の額の範囲で、これを破産債権として行使することができると解すべきである。しかし、これを自働債権とする相殺は、破産法72条1項1号により許されない。

代位により取得した原債権は、求償権を確保するための権利であるが、他方で、無委託保証人の求償権は、主債務者の関与なしに発生するのであるから、主債務者の関与の下に発生する原債権を超えることは許されない（たとえば、原債権が時効により消滅すれば、求償権も時効により消滅する）。したがって、免責許可決定により主債務者が原債権の責任を免れる場合には、求償権の責任も免れる。