

負担部分のある全部義務者の求償権と 被代位債権

——弁済者の共同義務者について倒産手続が
開始された場合の取扱い——

栗 田 隆

目 次

- 1 はじめに
- 2 判例と学説
- 3 弁済をした全部義務者の求償権と被代位債権
 - 3.1 破産手続開始後に弁済がなされた場合
 - 3.2 民事再生手続開始後に弁済がなされた場合
 - 3.3 倒産手続開始前に弁済がなされた場合
- 4 ま と め

1 はじめに

主債務者について破産手続が開始され、受託保証人が破産手続中に債権者に全部弁済をした場合に、保証人が取得する事後求償権と原債権（被代位債権）の取扱いは、比較的明瞭である。その一つの理由は、彼に負担部分がなく、事後求償権と原債権の金額が基本的に同じであり、彼が求償権を確保するために原債権全部を破産債権として行使できるからである。

ところが、各自の負担部分がゼロでない複数の全部義務者の一人について破産手続が開始され、その手続中に他の全部義務者が債務の全額を弁済した場合に、彼の求償権と代位取得する原債権の取扱いは、破産法（平成16年法律75号）104条4項の「求償権の範囲内において」の文言をどのように理解するかの問題に依存し、必ずしも明瞭ではない。破産手続ではなく民事再生手続が開始された場合には、そもそも再生手続開始後の弁済による求償権が再生債権に

該当するかの問題も生ずる。再生計画において、権利変更の一般的基準が定められたが、原債権についてはこれと異なる変更が定められた場合には¹⁾、不明瞭さは一段と増す。求償権者が再生債務者に対して債務を負っている場合に、彼は求償権とその債務とを相殺することができるかも問題となる。

上記の問題は、民事再生法（平成11年法律225号）の前身である和議法（大正11年法律72号）の時代に、最高裁判例によって一応の解決が与えられた問題であるが、学説上は異論もある。その後に和議法が廃止されて再生法が制定された際に、最高裁判例が前提にしていた規定の一部が変更されている。したがって、（α）再生法の下で求償権と原債権がどのように扱われるかを改めて検討する必要がある。（β）破産手続が開始された場合にどのように処理されるかも確認しておく必要がある。検討に際して、（γ）再生手続の場合の処理と破産手続の場合の処理との相互関係ないし一貫性にも留意すべきであろう。

本稿では、これらの問題に取り組むことにしたい。

設例による問題の設定

債権者Gが全部義務者SとTから全部で1000万円の金銭を受領することができる場合に、Gに弁済をしたS又はTが他方に対してどれだけ求償することができるかは、内部的な負担割合に依存する。内部的負担割合は、様々でありうるが、本稿では、両者の負担割合は平等であるとしよう。そのような全部義務者の例として、連帯債務者がある（民法442条1項により、「各自の負担部分について」求償することができる）。分別の利益を有しない共同保証人（以下では単に「共同保証人」という）の一人が保証債務を履行した場合に、共同保証人間の求償も同様である（民法465条1項により、自己の負担部分を超えた弁済についてのみ他の共同保証人に求償することができる）。他方、主債務者と保証人のように、全部義務者のうちの一人の負担部分がゼロである場合は、本稿の対象ではない。

1) 田原陸夫「判例研究（後掲先例〔2〕）」金融法務事情1460号45頁・46頁が指摘する問題である。

債権者Gが全部債務者SとTに対して1000万円の給付請求権を有している場合に、Tが1000万円全額の弁済をすると、Tは、実体法上、Sに対して500万円の求償権を取得するとともに、この求償権の確保のために、XのSに対する1000万円の債権を代位取得することができる（民法500条・501条²⁾）。

(a) Tが代位取得した原債権を行使することができる範囲については、(α) 原債権全部を代位取得して、500万円の求償権の満足を受けるまで原債権を行使できるのか、それとも(β) 求償権が500万円であるから代位取得する原債権も500万円に限られるのかが問題となる。この問題は、その後Sについて倒産手続が開始された場合には、重要な問題となる。これは、民法501条の解釈問題である。

Sについて破産手続又は和議手続若しくは民事再生手続（以下これらをあわせて「倒産手続」という）が開始された後、TがGに債務の全額を弁済した場合はどうであろうか。

(b) Tは、求償権を倒産債権として行使することができるのであろうか。

(c) Tは、代位した原債権を自己の倒産債権として行使することができるのであろうか。できるとして、その範囲はどうか。これは、破産の場合について言えば、破産法104条4項の解釈問題である。民事再生の場合には、再生法86条2項によって準用される破産法104条4項の解釈問題である。

(d) 倒産手続が開始される前からSがTに対して債権を有している場合に、Tは、この求償権ないし原債権を自働債権にして相殺することができるであろうか。

上記の設例は、比較的シンプルである。Tが債務の全額を弁済している限り、彼が取得するSに対する求償権は、弁済額の半分であり、S・Tが連帯債務者であっても、共同保証人であっても変わらない。そこで、SとTを全部義務者

2) 連帯債務者あるいは共同保証人については、それらの者の間の求償権を確保するための代位を明示的に認める規定がないために異論のあり得るところであるが、これらの者についても代位の利益が肯定されている（我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、昭和44年）249頁・262頁、山田誠一「求償と代位」民商法雑誌107巻2号（1992年）188頁など）。

として議論しよう（状況に応じて、連帯債務者あるいは共同保証人とするところもある）。また、債権者Gを「全部義務債権者」と呼び、彼が有する債権を「全部義務債権」と呼ぶことにしよう。

2 判例と学説

2.1 和議法と民事再生法の関連規定

和議法41条は、「債務者に対し和議手続開始前の原因に基きて生したる財産上の請求権はこれを和議債権とす」と規定した（原文はカタカナ書である。本稿では、古い法律及び判例のカタカナ書は、すべて、ひらがな書で表記する）。また、同法5条は、和議債権者の相殺権について旧破産法（大正11年法律71号）98条ないし104条を準用していた。旧破産法98条は、「破産債権者か破産宣告の当時破産者に対して債務を負担するときは破産手続に依らずして相殺をなすことを得」と規定し（現行破産法67条1項に相当）、旧100条は、「停止条件附債権又は将来の請求権を有する者か其債務を弁済する場合に於ては後日相殺を為す為その債権額の限度に於て弁済額の寄託を請求することを得」と規定していた（現70条に相当）。

民事再生法の下でも、上記の枠組みは基本的に変わらないが（再生法84条1項が和議法41条に、再生法86条2項が和議法5条に相当する）、ただ、(α)相殺に関し重要な変更がなされている。すなわち、92条1項が、相殺適状の発生及び相殺の意思表示の終期を債権届出期間の満了時とした。「再生手続の開始後も再生債権者による相殺を全く制約しないものとするれば、再生債務者の有する積極財産及び消極財産の範囲を明確にすることができず、再生計画案の作成等の手続の進行に支障を来す」からである³⁾。(β)和議債権の届出は、議決権の確定との関係で重要であるが、届出をしなくても、和議認可決定が確定すると和議条件に拘束されるだけであり、和議条件に従って変更された後の和議

3) 深山卓也ほか『一問一答民事再生法』（商事法務研究会、平成12年）122頁、伊藤眞ほか『注釈民事再生法【新版】上』（きんざい、2002年）295頁。

債権の弁済を受けることができた。しかし、再生法では、「再生計画の履行の確実性」を損なわないようにするために、再生計画に免責効が部分的に認められた⁴⁾。すなわち一般の再生債権については、届出がなかったために再生計画の定めによって認められなかった再生債権は、181条1項各号に掲げられているものを除き、再生債務者は責任を免れるとされた（178条。届出期間に関する94条・95条も参照）。免責効の及ばない非届出債権は、一般的基準に従って変更される（181条1項柱書）。

2.2 和議法の下での議論

判 例

全部義務者のうちの一人について和議手続が開始された場合に関する先例を見ていこう（全部義務者の一人が内部的に負担割合を持たない事案の先例も1件含める）。

[1] 最判昭和62年6月2日・民集41巻4号769頁⁵⁾ これは、約束手形の振出人と手形裏書人が所持人に対して全部義務を負っている場合に、振出人について和議手続が開始された事案である。和議手続開始後に裏書人が遡求権者である所持人に対して一部弁済をした場合でも、所持人は和議手続開始当時の債権額全額でもって和議条件に従った弁済を受けることができるかが問題となり、最高裁は、次のように説示して、開始時現存額主義を採用した。

「数人が各自全部の履行をする義務を負う場合において（中略）、その全員又は一部の者が和議開始の決定を受けたときは、和議開始決定時における当該

4) 深山ほか。前掲（注3）238頁以下参照。

5) 本件については、次の判例研究等がある。瀬戸正義『最高裁判所判例解説民事篇昭和62年度』（法曹会、平成2年）337頁（法曹時報42巻6号に初出）、瀬戸正義・ジュリスト914号（昭和63年）130頁、青山善充・判例タイムズ677号（昭和62年度主要民事判例解説）（1988年）302頁、宗田親彦・判例時報1291号（判例評論359号）（昭和64年）226頁、谷口安平・ジュリスト910号（昭和62年度重要判例解説）（昭和63年）145頁、谷口安平・別冊ジュリスト106号（新倒産判例百選）（1990年）108頁、笠井正俊・別冊ジュリスト163号（倒産判例百選 [第3版]）（平成14年）98頁。

債権の全額を和議債権として届け出た債権者は、和議開始決定後に、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ない限り、右債権の全額について和議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」。

〔2〕最判平成7年1月20日・民集49巻1号1頁⁶⁾ これは、共同保証人間の求償権が問題になった事案である。すなわち、連帯保証人Sについて和議手続が開始された場合に、他の連帯保証人Tが開始決定の前後に複数回にわたって債権者に保証債務を履行していたときに、Tの和議債務者Sに対する求償権の行使はどのようになるのかが問題になった。

原審は、和議開始前の弁済額、開始後の弁済額、開始時における債権者の和議債務者に対する債権額を確定することなく、弁済をした連帯保証人の弁済額に和議債務者の負担割合を乗じた額を求償債務額として、それが和議条件に従って変更された範囲で求償請求を認容した。しかし、この事案では、和議債務者の共同義務者が債権者に最後に弁済したのは、和議認可決定が確定して、和議条件に従った分割弁済がすでに3回もなされていた時であった。最高裁は、次のように説示して、原判決を破棄した。

(α) 「連帯保証人は、自己の負担部分を超える額を弁済した場合は、民法

6) 本件については、次の判例研究等がある。八木良一『最高裁判所判例解説民事篇平成7年度』(平成15年)1頁(法曹時報50巻2号(平成10年)197頁)、八木良一・ジュリスト1067号(1995年)117頁、大西武士・金融・商事判例977号(1995年)42頁、住吉博・判例時報1540号(判例評論441号、平成7年)206頁、潮見佳男・銀行法務21・514号(1995年)10頁、加藤哲夫・私法判例リマークス12号(1996年)140頁、秦光昭・NBL 592号(1996年)62頁、秦光昭・金融法務事情1424号(平成7年)4頁、田原陸夫・前掲(注1)43頁、平林美紀・名古屋大学法政論集165号(1996年)417頁、中西正・民商法雑誌115巻2号(1996年)254頁、八田卓也・法学協会雑誌114巻2号(1997年)207頁、佐久間弘道・金融法務事情1443号(平成8年)14頁、荒木隆男・ジュリスト1091号(平成8年)119頁、山野目章夫・別冊ジュリスト163号(2002年)100頁、山野目章夫・別冊ジュリスト184号(2006年)88頁、小林昭彦・判例タイムズ913号(1996年)276頁、高橋英一・金融法務事情1476号(1997年)14頁。

465条1項、442条に基づき、他の連帯保証人に対し、右負担部分を超える部分についてのみ、求償権を行使し得る」にとどまり、「弁済した全額について負担部分の割合に応じて求償することができるものではない」。

(β) そして、最高裁は、和議開始決定の前に発生した求償権とその後発生した求償権とを区別し、前者については、次のように説示した：「連帯保証人の一人について和議開始決定があり、和議認可決定が確定した場合において、右和議開始決定の時点で、他の連帯保証人が和議債務者に対して求償権を有していたときは、右求償権が和議債権となり、その内容は和議認可決定によって和議条件どおりに変更される」。

(γ) 和議開始決定後に発生した求償権については、先例[1]で確認された開始時現在額主義に立って、次のように説示した：「和議開始決定の後に弁済したことにより、和議債務者に対して求償権を有するに至った連帯保証人は、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、右求償権を行使し得るにすぎないと解すべきである。けだし、債権者は、債権全部の弁済を受けない限り、和議債務者に対し、和議開始決定当時における和議債権全額について和議条件に従った権利行使ができる地位にあること（《判例引用略》）からすれば、連帯保証人は、債権者が債権全部の弁済を受けるまでの間は、一部の弁済を理由として和議債務者に求償することはできないというべきであり、また、和議制度の趣旨にかんがみても、和議債務者に対し、和議条件により変更された和議債権以上の権利行使を認めるのは、不合理だからである」。

[3] 最判平成10年4月14日・民集52巻3号813頁⁷⁾ これは、建築共同

7) 本件については、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（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（平成11年）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・私法判例リマックス1999年(上)（1999年）152頁。

企業体の構成員 S 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 T は、この分配債務を (α) 申立て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り S に対して取得する求償権と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との相殺を和議条件により変更された限度ですることができることとされた事例である。裁判所は、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（《先例 [2] 引用略》）、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」。

本稿の問題に関連する先例は、民事再生法及び破産法の下では見あたらない。

文 献

文献をみると、先例 [1] は大方の賛同を得ている。しかし、先例 [2] と [3] を巡って様々な議論がなされている。

(1) その主要な論点を見る前に、民法 501 条の解釈を確認しておこう。同条は、「債権者に代位した者は、自己の権利に基づいて求償をすることができる範囲内において、債権の効力及び担保としてその債権者が有していた一切の

権利を行使することができる」と規定している。この規定については、連帯債務者Tが債権者に1000万円全額を弁済して、他の連帯債務者Sに対して500万円の求償権を取得する場合に、(α) 求償権500万円の範囲で原債権を代位取得するのか、(β) 弁済額1000万円の範囲で原債権を取得し、その行使により求償権500万円の範囲で弁済を受領することができるのか、という解釈問題を立てることができる。規定の文言は前者の解釈に有利であり、一般にそのように解されていると言われている⁸⁾。しかし、この問題を明示的に論じた文献の中には、後者の解釈を主張するものもあり⁹⁾、本稿もこれに従う。

(2) したがって、倒産手続開始前に全部義務者の一人によって全部弁済がなされると、彼は求償権の範囲で原債権を取得するにすぎず、原債権のために担保権が設定されている場合などは別として、通常は、代位により取得した原債権は、求償権への弁済額の増加に役立たない。その後、和議手続が開始された場合には、(γ) 代位取得した原債権も和議債権になるのであるから、和議条件によって変更された原債権を求償権の範囲で行使できると主張する実益はなく、(δ) 単に求償権が和議債権になり、和議条件によって変更された債権として行使すれば足りることになる。ところが、和議開始後に弁済

8) 八田・前掲(注6)212頁以下(我妻・前掲(注2)262頁、内田『民法3 債権総論・担保物権[第3版]』(2005年)78頁は、この趣旨であるとする)。

山田・前掲(注2)188頁以下は、前者の解釈を採用し、次のように述べている：AとBとが連帯保証人で、Aが全額弁済をした場合に、「Aは、Bに対する連帯保証債権を、全部取得するのか、割合的に取得するのかという点について、501条但書各号に定めがない。一切の権利を行使できると同条本文に定められているところからは、全部取得が原則であって、但書各号に例外として定めがない限り、原則が適用されると考えられなくもない。しかし、物上保証人を兼ねた連帯保証人がいるときは、規定に根拠がなくとも、頭数に応じた割合による代位が認められていることを考え合わせるならば、連帯保証人間に限って、規定に根拠がないことを理由として、割合的代位をしりぞける解決は妥当ではない。したがって、「代位者相互間の利害を公平かつ合理的に調整する」ために、頭数に応じて平等の割合で、したがって、二分の一の割合で、Aは、Bに対する連帯保証債権を取得することになると考えることができる」。

9) 福永有利「代位弁済により取得した原債権・保証債権の取立訴訟の諸問題」ジュリスト866号(1986年)113頁。

がなされた場合について、先例〔2〕は、(ε)「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」求償権を行使しうるとした。そこに言う求償権を「和議条件によって変更される前のもの」と読み、「代位によって取得する債権者の和議債権」を「弁済額に応じた額の原債権」と読む限り¹⁰⁾、和議手続開始前に全額弁済がなされた場合の規律（前記（γ））と大きく異なることになる。この問題点が多くの論者によって指摘されている¹¹⁾。

(3) 先例〔2〕は、「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、右求償権を行使し得るにすぎない」としている。(α) この命題における「求償権」は和議条件によって変更されたものであるか否かの問題と、(β) 求償権自体を和議債権として行使することができるかの問題とは区別する必要があるであろう。前述(2)の理由により、前者の問題について、見解が分かれている。

一方において、原債権のみならず求償権も和議の効力に服し、和議条件により変更されるとする説がある。これを「両債権変更説」と呼ぶことにしよう¹²⁾。法律構成は異なるが、「連帯保証人がその負担部分を超えて保証債務を履行する場合には、債務者に対する関係では全額の代位弁済であるが、他の連帯保証人に対する関係では、負担部分を超える部分についてのみの代位弁済として取り扱い、その範囲でのみの代位を認める」べきであるとする見解¹³⁾も、金額的には、同じ結果に至るであろう。「連帯保証人が自己の負担部分を超えて弁

10) 八田・前掲（注6）212頁以下，秦・前掲（注7）69頁以下等は，最高裁はそのように考えているとみる。後述のように，反対の見解はある。注13の本文参照。

11) 秦・前掲（注6）金融法務事情1424号5頁，大西・前掲（注6）46頁以下，山本・前掲（注7）70頁

12) 判旨の理解の点は別として，このような結論を支持するものとして，次のものがある：中西・前掲（注6）261頁以下，秦・前掲（注6）NBL 592号66頁，平林・前掲（注6）432頁（和議開始後の弁済による求償権も，開始決定当時において将来の求償権として和議条件に服すると解すれば足り，「和議制度には，和議開始決定の後の弁済による求償権行使に原債権（和議債権）を基準とする制約を課することを制度上内包している」との調査官解説の説明を経る必要はないとする）。

13) 秦・前掲（注6）金融法務事情1424号5頁，大西・前掲（注6）46頁以下。

済したことにより代位取得する原債権（連帯保証債権）の範囲については、求償権の割合に応じて取得する」との見解¹⁴⁾も、債権者に全額の弁済がなされた場合には、同じ結果になろう。

他方において、「和議条件により変更された後の原債権（連帯保証債権）を求償権の限度で行使しうる」（求償権は和議条件による直接の変更を受けない）の意味に理解すべきであるとする見解がある¹⁵⁾。これを「原債権単独変更説」と呼ぶことにしよう。

違いは、特に、次のような形で現れる。Sについて和議開始決定がなされた後で、Tが債務1000万円を全額弁済し、Tが500万円の求償権を取得したが、和議債権の3割を免除する和議を認可する決定が確定したとしよう。両債権変更説によれば、Tは、変更後の原債権700万円の範囲で、変更後の求償権350万円を行使することができることになる。他方、原債権単独変更説によれば、Tは、変更後の原債権700万円の範囲で求償権500万円を行使することができることになり、結局、求償権全額を回収することができる。

(4) Tが相殺に供する自働債権及びその額については、前記の原債権単独変更説と両債権変更説の対立がそのまま反映されることになる。前者の説により定まる求償権で相殺することができるとする説を「和議条件により変更された原債権により制約された求償権をもって相殺することができるとする説」という意味で、「制約付求償権相殺説」と呼んでおこう。後者の説により定まる求償権で相殺することができるとする説を「和議条件により変更された求償権をもって相殺することができるとする説」という意味で、「変更後求償権相殺説」と呼んでおこう。その外に、手続開始時の将来の求償権が和議債権となり、相殺制限に関する規定（旧破産法104条、現破産法72条）の準用はなく、弁済により現実に求償権が発生した時点で、当然に全額相殺できるとする説があ

14) 田原・前掲（注1）45頁。

15) 佐久間・前掲（注6）16頁、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）12頁、住吉・前掲（注6）209頁。先例〔2〕はこの趣旨であろうとしつつ、これに反対する文献もある：田原・前掲（注6）46頁。

る¹⁶⁾。この見解を「求償権全部相殺説」と呼んでおこう。

3 問題の検討

ルールが比較的明瞭な問題から検討していこう。倒産手続開始前の弁済による求償権と被代位債権（代位取得される原債権）との間の関係の問題は、開始後に弁済がなされた場合とのバランスが問題になるので、これは最後に議論しよう。民事再生手続あるいはその前身である和議手続が開始された後の弁済による求償権と被代位債権の取扱いの問題よりは、破産手続が開始された後の弁済による両債権の取扱いの問題の方が、議論がしやすい。これを最初に議論しよう。

3.1 破産手続開始後に弁済がなされた場合

負担部分のない全部義務者の求償権等についての確認

議論の出発点を確実にするために、主債務者について破産手続が開始された後で、受託保証人が債権者（以下「主債権者」という）に全額の弁済をしたことにより求償権を取得するとともに、主債権者の主債務者に対する債権（以下「主債権」という）を代位取得した場合の法律関係を確認しておこう。

(a) この場合の保証人の事後求償権は、破産手続開始の時点では未発生であるが、将来の求償権として破産債権になり、破産手続開始後に主債権者に弁済をすることにより法定の停止条件を成就させれば、現在の求償権になる。その弁済が、最後配当の除斥期間満了前になされ、かつ、そのことを破産管財人に証明すれば、配当金を受領することができる。もし、受託保証人が破産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（破産法71条1項の相殺制限に抵触しない債務であることを前提とする。以下同じ）、求償権を現在の債権とした後に、求償権全額を以て自働債権額として相殺することができる。

(b) これとともに、主債権者が主債権をもって破産手続に参加している場

16) 山本・前掲（注7）70頁。

合には、保証人は、破産手続開始後の全額弁済により、破産債権として行使されている主債権を代位取得し（主債権が債権調査を経て確定済みの場合には、確定済みの主債権を代位取得し）、それを求償権の範囲内で行使することができる（破産法104条4項。届出名義の変更について同113条）。

この局面では、受託保証人が求償権自体を破産債権として行使しても、代位取得した主債権を破産債権として行使しても、基本的な違いはない。求償権額と代位取得した破産債権額とは基本的に同じだからである（全く同じかといえ、そうではないが、本稿ではこの点について立ち入らないことにする）¹⁷⁾。

保証人が破産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、破産手続開始後に代位取得した主債権を自働債権として相殺することは、破産法72条1項1号により許されない。

負担部分のある全部義務者の求償権

SとTとがGに対して1000万円の連帯債務を負っていて、かつ、連帯債務の発生の当初からSとTが相互に他方が自己の共同義務者であることを認識できるという極ありふれた場合を考えてみよう。Sについて破産手続が開始され、その後にTがGに全額の弁済をする場合に、GのSに対する債権及びTのSに対する求償権（破産手続開始時においては将来の求償権）に、破産法104条1項から4項が適用されることについて、異論はないであろう。

すなわち、TのSに対する求償権は500万円であり、Tは、この500万円の求償権をもって破産手続に参加することができる（破産法104条3項本文）。それとともに、500万円の求償権の範囲内において（求償権の満足を確実にするために）、代位取得した主債権を破産債権として行使することができる。

17) 保証債務履行請求訴訟において保証人が主債務者に訴訟告知をしたにもかかわらず、その訴訟における防御が不適切であったために、主債権者が主債務者に対して直接主張することができる主債権額を超える金額の保証債務の支払を命ずる判決が確定し、保証人もその金額について求償することができる場合に、問題が生じよう。本稿では、こうした問題に立ち入ることを避けるために、破産債権としての主債権額と破産債権としての求償権額とは同一であることを前提にする。

求償権を破産債権として行使する場合と、原債権を破産債権として行使する場合とで、結果は同じかが問題となる。破産手続において配当率が7割になることはほとんどないが、しかし、皆無ではない¹⁸⁾。その場合に、求償権自体を破産債権として行使すれば、350万円の配当となる。問題は、代位取得した原債権を破産法104条4項の規定により破産債権として行使する場合である。次の2つの考え方が可能であろう。

一つは、Tが破産債権として行使することができる原債権の金額は、求償権額と同じ500万円であるとする考えである。これによれば、配当金額は350万円となり、求償権自体を破産債権として行使した場合と同じ結果になる。

もう一つは、Tは、原債権を弁済額の範囲で代位取得し、それを求償権の満足に至るまで行使することができるとの考えである（注9に引用の福永論文113頁参照）。これによれば、TがGに1000万円全額を弁済した場合には、原債権全額について代位し、原債権全額を破産債権として行使することができ、彼への配当額は本来は700万円であるが、受領することができるのは求償権500万円の範囲内に限られるので、500万円の配当金を受けることになる。

これら2つの見解は、破産法104条4項の「求償権の範囲内において」の文言の解釈に関わる。第1の見解は、求償権者が破産債権として行使できる原債権額を求償権額に制限する考えであり、これを「行使債権額制限説」と呼ぶことにしよう。第2の見解は、求償権者が受領できる配当額を求償権額に制限する考えであり、これを「受領金額制限説」と呼ぶことにしよう。

破産法104条4項の文言は、(α)全部義務者Sの破産手続開始後にその共同義務者Tが債権者Gに全額の弁済をする場合について、行使債権額制限説に有利なようにも見える。しかし、この考えは、次の場合とのバランスが悪く、おそらく実際上の不都合を招くであろう。すなわち、(β)Tが破産手続中に弁済せずについて、Gが1000万円全額を破産債権として行使すれば、Gは、破産財

18) 1990年をピークとする不動産バブルの頃は、破産手続が進行している内に破産会社が保有する不動産の価格が上昇し、そのような高配当率になった事例があるという話は、ときおり仄聞する。

団から700万円の配当を受けることができ、Tは、Gに残りの300万円を弁済するとともに、Sの破産管財人からの求償請求に応じて、200万円を支払えばよいのであるから、Tは、Gにそのように行動するように依頼するであろう。あるいは、(γ) Tは、破産手続開始後にさしあたり自己の負担分500万円を弁済し、Gには、104条1項の規定により1000万円の金額で破産手続に参加するように依頼するであろう。この場合には、Gへの本来の配当額は700万円であるが、Gは、破産手続中にTから500万円の弁済を受けているので、残債権額500万円の範囲で配当を受けることができるだけである。TとSとの間には、求償の問題は生じない。

行使債権額制限説をとれば、(α)の場合と、(β)(γ)の場合との結果の不均衡が大きい。そのため、Tに(β)又は(γ)の行動を取らせることになり¹⁹⁾、それに必要なGとの交渉をTに強いることになる。これは、社会的には無用な負担というべきである。しかも、前者と後二者との結果の違いを正当化する事由があるとも思われない。

他方、受領金額制限説をとれば、Tが破産手続中にGに1000万円全額を弁済する場合も、500万円だけを弁済する場合も、破産手続中は弁済せずにその後には弁済する場合も、結果は同じである。無用な交渉をせずにすむ。

したがって、「受領金額制限説」が採用されるべきである。破産法104条4項の文言に即して言えば、そこにいう「求償権の範囲内において」は、《代位取得した原債権を「求償権の満足に至るまで」行使することができ、かつそれを超えては行使することができない》との趣旨と解することになる²⁰⁾。

19) 八田・前掲(注6)220頁が夙に指摘する問題である。

20) 《債権者に弁済をした共同債務者は、弁済をしていない共同債務者に対して求償権を取得すると共に、弁済者代位の規定により債権者が有していた原債権を求償に必要な範囲で行使することができる》というのは、請求権競合に似た現象であるが、しかし、複数の債権間に主従関係がある点で、典型的な請求権競合とは異なる。一方の債権の満足のために別の債権を行使することができるという点のみを取り上げれば、債権者代位権により債務者の第三債務者に対する債権を行使する場合と類似性がある。しかし、債権者代位の場合には、主たる債権(代位債権者の債権)とその満足のために行使される従たる債権とで、帰属主体と債務者が異なるのに対し、

求償権者は、もともと求償権を確保するために原債権の行使が認められているのであるから、求償権の全額の満足に至るまで、弁済により取得した原債権を行使できてよい。破産法も開始時現存額主義を採用しており²¹⁾、原債権が開始時現存額で行使されても他の破産債権者との公平は害されないとの立場に立っているのであるから、その原債権を行使する者が破産手続開始後に原債権

＼弁済者代位により行使される従たる債権にあっては、その債務者が主たる債権のそれと同一であり、債権の帰属主体も通常行われている説明では同一である。その点で両者に相違があるが、今は、その点の差異を無視して、債権者代位権により、債権者は被代位債権をどの範囲で行使できるかを見てみよう。

通常の教科書の説明によれば、AがBに100万円の債権を有していて、BがCに1000万円の債権を有している場合に、代位債権者Aは、債務者Bの第三債務者Cに対する債権をその全額1000万円において行使することができるのではなく、自己の債権額100万円の範囲内でのみ行使することができ、Cに請求することができるのは、100万円のみであるとされる。しかし、この説明であれば、Cについて破産手続が開始されて、1割配当が行われるとすれば、Aは、10万円の配当を受けうるとどまることになる。

同様の問題は、差押債権者が取立権に基づき執行債務者の債権を行使する場合にも生ずるが、民事執行法は、第三債務者が無資力になることも想定して（その他に、他の債権者が配当要求してきた場合にそなえて）、146条1項において、「執行裁判所は、差し押さえるべき債権の全部について差押命令を発することができる」と規定し、155条1項において、「金銭債権を差し押さえた債権者は、債務者に対して差押命令が送達された日から1週間を経過したときは、その債権を取り立てることができる。ただし、差押債権者の債権及び執行費用の額を超えて支払を受けることができない」と規定している。したがって、第三債務者について破産手続が開始されて1割配当がなされる場合には、差押債権者は破産財団から100万を受領して執行債権の全額の満足を得ることができる。何れが妥当であるかといえ、後者であろう。債権者代位権についての説明も、改められるべきであると考えたい。なお、競合債権者が存在しないために第三債務者に供託義務が生じない場合に、執行債権者が第三債務者を被告にして提起した取立訴訟の判決主文をどのようにすべきか、すなわち、155条1項の規定の趣旨を実現するのにふさわしい主文形式はどのようなものが問題となるが、本稿では、155条1項の文言形式をそのまま生かせばよいものとしよう。すなわち、「被告は、原告に対して、金1000万円を支払え。ただし、原告は、別紙記載の執行債権及び執行費用の額を超えて受領することができない」との形式である。

21) 開始時現存額主義と他の主義との比較検討は、加藤正治「破産ニ於ケル連帯債務ノ効力」『破産法研究第1巻』（昭和10年）245頁（初出は明治41年）が詳しい。

者から求償権者に交代しても、他の債権者との公平は害されないと説明することができる。

なお、破産手続における配当率が5割以下の場合、例えば1割配当であれば、500万円の求償権を破産債権として行使すると、配当金は50万円である。原債権を破産債権として行使すると、受領金額制限説に従えば、100万円の配当金を求償権額500万円の範囲内で受領することになり、従って、Tが受領する配当金は100万円である。

共同義務者以外の者が弁済した場合の求償権と原債権

ここで、破産者の共同義務者以外の者が破産手続開始後に破産債権者に弁済した場合の求償権の取扱いを検討しておこう。(a)この求償権に、破産法104条4項の適用ないし類推適用はあるのか、(b)この求償権を破産債権と位置付けるのか、破産手続開始後に原因のある債権と位置付けるのかが問題となる²²⁾。

(a) 104条4項は1項を受けた規定である以上、そこにいう「求償権」は、破産手続開始時において「破産者に対して将来行うことがある求償権」であり、破産手続開始前に原因のある求償権である。しかし、規定の趣旨は、破産手続開始後に第三者が代位弁済した場合にも妥当するものであり、そのような場合にも類推適用されるべきであろう。そうであるとすると、同条4項との関係では、「求償権」が破産手続開始前に原因のあるものか開始後に原因があるものかは、それほど重要ではない。

(b) 破産者の共同債務者以外の者が破産手続開始後に破産債権者に弁済した場合の求償権を「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」とする見解がある²³⁾。ただし、この見解は、この求償権を自働債権とする相殺については、破産法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ので、特殊な性格の破産債権である。体系的的位置付けの問題であるので、

22) 破産手続開始後に生ずる債権であり、破産法148条1項5号の財団債権に当たるとする余地もないわけではないが、そのような位置付けが不当であることは、言うまでもない。

23) 伊藤 眞『破産法・民事再生法 [第2版]』(有斐閣, 2009年) 377頁。

そのような位置付けの仕方もあり得ることは認めつつも、私は、その求償権を破産手続開始後に原因のある債権としつつ、個々の規定の適用あるいは類推適用の有無は、当該規定の趣旨を考慮して論ずべきであると考えたい（104条4項の類推適用は、前述のように肯定される）。その点はともあれ、破産手続開始後に共同債務者でない第三者が代位弁済により取得する求償権を破産債権と位置付ける立場に立っても、この求償権は、破産法104条1項の場合には該当しないから、同条4項がこの求償権に適用されるのではなく、類推適用されると表現すべきことには変わりないであろう。

定式化

以上の議論では、求償権者に属することになった求償権額500万円と原債権1000万円の違いは無視しうる程度に他の破産債権額が十分に大きいことを前提にしてきた。以下では、他の債権額がそれほど大きくない場合にも妥当するように、少しだけ一般的な形で求償権者が受領することのできる配当金額を定式化しておこう。

配当財団の金額が a 円で、全部義務債権者 G の破産債権額が g 円であり、 G 以外の破産債権者の破産債権額が h 円であるとする。 G に対して全部義務を負う破産者 S とその共同債務者 T と間で、 S の負担割合を r 、 T のそれを $1-r$ とし ($1 > r > 0$)、 S の破産手続開始後、 T が G に全額の弁済をして破産手続に参加し、弁済の事実を最後配当の除斥期間の満了前に破産管財人に証明したとする (T の参加前に G が破産債権の届出をしていた場合には、届出名義の変更手続の中で弁済の証明をしていたとする)。 T が S の破産手続において行使できる求償権額は、 G への弁済額に負担割合を乗じた金額であることを前提にしよう (連帯債務の場合である)。すると、

(a) T が求償権を破産債権として行使する場合には、彼が受領することのできる配当金額は、次のようになる。

$$a \times \frac{r \times g}{r \times g + h}$$

(b) Tが破産法104条4項により原債権を行使する場合に、行使債権額制限説をとれば、上記(a)の場合と同じであるが、受領金額制限説をとれば、次の2つの金額の内の小さい金額である。

- $a \times \frac{g}{g+h}$ (原債権への配当額) ……(1)
- $r \times g$ (求償権の範囲内で配当金受領) ……(2)

(1)が(2)よりも大きくなるのは次の場合である。

$$r \times g < \frac{a \times g}{g+h}$$

$$r < \frac{a}{g+h}$$

この場合 (Sの負担割合よりも原債権全額が破産債権として行使されたと仮定した条件の下での配当率の方が大きい場合) には、Tへの配当額は、求償権の額に抑制される。

破産者Sの共同義務者Tが破産者に対して債務を負っている場合の相殺

本稿では、全部義務関係が全部義務者の共同の法律行為 (又は同時的な法律行為) により生じ、相互に相手が自己の共同債務者であることを認識できることを前提にしている。この場合には、破産者Sの共同義務者Tが債権者への弁済により現在の債権にした後の求償権は、破産手続開始前に原因のある債権と位置付けられ、求償権全額をもって破産者に対する債務と相殺することができることに問題はなかろう²⁴⁾。

24) ところで、SとTとの共同債務関係は、SがGに対して債務を負った後で、Sの関与なしに、TとGとの法律行為により生ずる場合もある。例えば、Gがある者に対して有している債権について、Sが連帯保証人になり、その後にTも独立して (Sの関与なしに) 連帯保証人になる場合がそうである。Sがそのことを知らない場合でも、一般論としては、SのTに対する債権は、TがGに弁済することにより生ずる求償権との相殺に服することになる。しかし、Sについて破産手続が開始された後でTが弁済をすることにより求償権を取得した場合に、その相殺を許してよいかは問題である (無委託保証人の求償権に関しても同様な問題が生ずるが、これについては、拙稿「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 (平ノ

原債権による相殺の可否

Tが債権者Gに債権全額の弁済をして原債権を取得した場合に、それを破産債権として行使して配当を得ることは、破産法104条4項あるいは1項により許される。しかし、その原債権の取得が破産手続開始後であるときは、これを自働債権とする相殺は許されない（同法72条1項1号）。

この場合でも、その破産債権について中間配当がなされるときに、配当金請求権を自働債権とする相殺は、債権者間の公平を害することにはならず、許されるべきである²⁵⁾。配当金は、配当財団を破産債権者に公平に分配した結果生ずる金銭であり、配当金請求権を自働債権とする相殺は、単に簡易決済機能を有するにすぎず、他の破産債権者との公平を害しないからである。

ところで、破産財団に対する配当金請求権は、和議手続において和議条件により変更された原債権の支払請求権と同等なものと措定することができる。その措定が可能であることを前提にすると、和議事件に関する先例〔3〕の判旨は、破産手続にも妥当すると言うことができる。

3.2 民事再生手続開始後に弁済がなされた場合

求償権は再生債権にあたるか

民事再生手続が全部義務者の一人であるSについて開始された場合に、その後Sの共同義務者Tが債権全額を弁済したことによりSに対して取得する求償権は、再生法84条1項にいう「再生手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権」に該当するかが問題となるが、破産手続の場合と同様に、手続開始前に原因のある債権とみるべきであり、したがって再生債権になり、これも

↘成22年) 61頁以下参照)。本稿では、この問題には立ち入らないことにする。

25) この場合には、旧破産法の下でも、破産財団に属する債権の弁済期が到来していれば、破産管財人から相殺することができることと解されていた。大判昭和9年9月17日民集13巻1705頁、加藤正治『破産法研究第9巻』(有斐閣・巖松堂、昭和11年) 326頁以下(前掲大判の評釈)・333頁以下、山木戸克己『破産法』(青林書院、1974年) 257頁、斎藤秀夫=鈴木潔=麻上正信・編『注解破産法』(青林書院、昭和59年) 517頁(斎藤秀夫)など。

再生計画で定められた権利変更の適用を受けるとすべきである。

先例〔2〕の調査官解説は、和議開始決定後の弁済により取得する和議債務者に対する求償権に和議条件を適用することはできないとし、その理由として次のことをあげている：本件の場合に、求償権者Tが債権者に最終回の弁済をした時点では、和議条件に従った分割弁済の履行期がすでに3回も進んでいる²⁶⁾。確かに、和議において斟酌されなかった債権がその後にサブマリーンのように浮上すると、和議の履行が困難になる。そのことを考慮すると、この求償権は和議債権ではないとすることにも一理あろう。しかし、和議債権の届出・調査・確定は、債権者集会における議決権を定める上で意味があるが、届出をしなくても、和議条件に従って変更された内容の債権として和議債務者から弁済を受けうることを考慮すると、和議条件に従った弁済が進んでいることをもって、和議開始決定後の弁済による求償権を和議債権でないとする理由になりうるのかは、疑問である。とりわけ、和議開始決定後・債権届出期間満了前の弁済により停止条件が成就することになった求償権には、前述の理由は妥当しないはずである。

和議法の後身である民事再生法の下では、届出がなかったために再生計画において考慮されなかった債権のサブマリーン問題は、完全ではないが免責効に関する規定によりかなり是正されるようになった。その点はともあれ、再生手続開始前に原因のある債権は、たとえ手続開始時点において将来の債権であっても、再生債権になりうるのである（84条1項・87条1項3号へ、86条2項により準用される破産法104条）。再生債務者の共同義務者が再生手続開始後の弁済により取得する求償権も、再生債権である。重要なことは、それが届け出られて、再生計画を定める際に考慮されることであり、再生手続開始後の弁済により求償権が現在の債権になったか否かではないはずである。

ところで、再生手続開始後の弁済による求償権を再生債権とみても、再生法により準用される破産法104条4項の規定により「求償権の範囲内において」原債権を行使することができることに変わりはない。したがって、求償権自体

26) 八木・前掲（注6）『最高裁判所判例解説』10頁以下。

を再生債権として行使するのと、原債権を求償権の範囲内において行使するのとどちらが有利かの問題が生ずる。この問題は、「原債権を求償権の範囲内において行使する」ことの意味をどのように理解するか依存する。

共同債務者が全部義務債権者に全額の弁済をすることを前提にして、この問題を検討してみよう。破産の場合と同様に、民事再生の場合にも受領金額制限説が採用されるべきであり、受領金額制限説に従えば、求償権者が受領すべき金額は、次の2つの金額の内の小さい金額である（[求償権額]は、[再生計画に従って変更される前の求償権額]の意味で用いる。[原債権額]も同様な意味で用いる）。

(α) [再生計画に従って変更された原債権額]

(β) [求償権額]

[求償権額]については、次の2つが考えられる。一つは、本来的な求償権（再生手続の開始により変容される前の求償権）である。これについては、開始時現存額主義による変容もなく、再生手続開始後・弁済までの間に全部義務債権に生じた利息も、共同の免責を得た日以後の法定利息等（民法442条2項）も含まれる。もう一つは、再生債権としての求償権であり、これについては開始時現存額主義が適用されるので、前者と区別する必要がある。受領金額制限説にいう求償権を何れとすべきかの問題には立ち入ることができないので、[求償権額]のままにして、後者の求償権の額を[再生債権としての求償権額]ということにしよう。すると、

• [再生計画に従って変更された再生債権としての求償権額] < [再生債権としての求償権額] ≤ [求償権額]

である。また、再生債権としての求償権の額は、原債権額のうちで再生債務者の負担部分であるから

• [再生債権としての求償権額] < [原債権額]

である。したがって、通常は（一般的基準に従って変更がなされる限り）、

• [再生計画に従って変更された再生債権としての求償権額] < [再生計画に従って変更された原債権額]

である。したがって、[再生計画に従って変更された再生債権としての求償権額] よりも [(α) (β) のいずれか小さい金額] の方が大きい。求償権者は、求償権そのものを再生債権として行使するよりも、原債権を再生債権として行使する方が有利である。

先例 [2] の命題との関係

ところで、先例 [2] は、和議開始決定の後に弁済したことにより和議債務者に対して求償権を有するに至った連帯保証人は、(α') 「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」、(β') 「右求償権」を行使し得るにすぎないと解すべきであるとした。要するに、行使される債権が何であるかの点を度外視して、金額だけを問題にすれば、和議債務者 S の共同義務者 T は、S から、(α') の金額と、(β') の金額のうちの小さい額の弁済を受けることができるのである。そして、舞台を和議手続から再生手続に移せば、(α') は (α) になり、(β') は (β) になる。

したがって、先例 [2] の命題は、再生法86条2項によって準用される破産法104条4項の後段（「求償権を有する者は、その求償権の範囲内において、債権者が有した権利を破産債権者として行使することができる」）を受領金額制限説に従って解釈した結果と同じである。端的に言うならば、先例 [2] の命題は、破産法104条4項を受領金額制限説に従って言い換えた命題といえることができる（和議開始後の弁済による求償権を和議債権と見なかったために生じた言換えであるが、結果的には、行使債権額制限説を採用しないことを明らかにする表現になったと評価してよいであろう）。

先例 [2] のように、「原債権（和議条件あるいは再生計画により変更されたもの）の限度で求償権（和議条件あるいは再生計画により変更される前のもの）を行使することができる」と表現するか、「求償権（和議条件あるいは再生計画により変更される前のもの）の限度で原債権（和議条件あるいは再生計画により変更されたもの）を行使することができる」と表現するかは、多分に趣味の問題であろうが、「代位取得された原債権は、求償権を確保するために

ある」との一般的説明を前提にすると、後者が素直な表現であり、前者の表現は、意外性のあるものである。

求償権による相殺の許容

先例〔3〕は、求償権の全額を自働債権額とする相殺に言及していない。むしろ、否定したと見てよいであろう。その理由は、判然としないが、再生92条1項のような相殺の時期的制限の規定をもたない和議法の下で、和議債務者Sの共同債務者であるTによる弁済が債権届出期間後になされた場合に、求償権の全額を自働債権額とする相殺を許すと、和議の履行が困難になるとの政策的判断に基づくものと推測したい。この政策的判断は妥当であり、尊重されるべきである。

しかし、民事再生法は、再生計画の立案及び実行を容易にするために、再生債権者からの相殺に時期的制限を設けているのであるから、前述の危惧はこの規定により解消される。Tが再生債権届出期間内にGに弁済することにより将来の求償権を現在の求償権にして相殺適状を生じさせた場合には、この求償権が再生手続開始前に原因のある債権であることに鑑み、届出期間内の相殺の意思表示を許すべきである。

原債権による相殺の許否

再生手続開始後の弁済により取得した原債権の全額を自働債権とする相殺は、再生法93条の2第1項1号（和議の場合には、和議法5条、旧破産法104条3号）により許されない。しかし、再生計画に従って変更された後の原債権額は、破産の場合の原債権への配当額に相当するものであり、「債権者の再生債権（再生計画により変更されたもの）」を自働債権とする相殺は許してよい。

先例〔3〕は、こうした考えに立って、和議条件によって変更される前の求償権を自働債権とする相殺を「債権者の和議債権（和議条件により変更されたもの）」の限度で許容したと理解してよいであろう。先例〔3〕の表現によれば、自働債権となるのは求償権自体である。しかし、同じ結果は次のように説明しても得られる：債権者の再生債権（再生計画により変更されたもの）は、

再生法93条の2第1項1号の相殺制限には服さず、これを自働債権とする相殺は求償権（再生計画により変更される前のもの）の満足に必要な範囲で許される。

3.3 倒産手続開始前に弁済がなされた場合

最後に、倒産手続開始前の弁済による求償権と被代位債権の関係について考えてみたい。

SとTが債権者Gに1000万円の全部義務を負っていて、Sについて再生手続が開始される前にTがGに全額の弁済をした場合に、Tは、Sに対して500万円の求償権を取得する。その後にSについて再生手続が開始されたときに、弁済率40%の再生計画が認可されると、Tは、Sから200万円の弁済を受けうるにとどまる。他方、再生手続開始後にTがGに全額の弁済をしたのであれば、先例〔2〕の考えに従えば、再生計画により債権額が1000万円から400万円に変更された後の原債権の範囲内で求償権500万円を行使することができるから、400万円の弁済を得ることができることになる。

この弁済時期がいつであるかという偶然によって、結果が大きく異なるのは妥当でないとの指摘がなされている。適切な指摘であろう。この問題は、民法501条の解釈問題であろう²⁷⁾。同条柱書が「求償することのできる範囲内において」代位することができる」と規定しているため、求償権額の範囲内で原債権を代位取得すると一般に理解されている。その解釈がもたらす解決は、(α) 償還義務者であるSが十分な資力を有する場合には、たしかに不当ではない。Tは、求償権を行使して、その全額の満足を得ることができ、そもそも代位取得した原債権を行使する必要もない。(β) 原債権を被担保債権とする抵当権がSの財産上に設定されていて、抵当権の実行により、代位取得した原債権全

27) 求償権と代位権との関係について、福永・前掲（注9）山田・前掲（注2）、渡邊力『求償権の基本構造 統一的求償制度の展望』（関西学院大学出版会、2006年）93頁以下参照。

額（＝求償権額）の満足を受けることができる場合も、同様である。

しかし、(γ) 抵当権の順位の放棄（民法376条1項）等により同順位抵当権者が複数いて、その順位の抵当権への配当額が不足する場合には、Tは、Gに全額を弁済していても、求償権の範囲で原債権を取得するために、これを基準にして他の同順位債権者と配当原資を分け合うという不利益を受ける。例えば、Gの同順位抵当権者をAとし、GとAの被担保債権額がそれぞれ1000万円であったとしよう。TがGに弁済をする前に競売がなされ、その結果、900万円の配当原資が得られたとしよう。Aは、これをGと1：1の比率で分け合うことになり、Aは、450万円を得るだけである。ところが、TがGに全額の弁済をした後で競売がなされ、同じ配当原資が得られたとすると、Aは、それをTと2：1の比率で分け合い、600万円を得ることになる。Aからすれば、Aの債務者のS自身が弁済したのではないにもかかわらず、したがって本来は順位の昇進（ここでは、Tが代位取得した同順位抵当権の被担保債権額の減少）を期待すべき状況にはないにもかかわらず、自己への配当額の増加という利益を受けるのである。他方で、Tは、代位取得した抵当権の被担保債権額が原債権額（弁済額である1000万円）から求償債権額（500万円）に減少させられるために、求償金を300万円しか回収できないという不利益を受けるのである。

この結果を不当とする立場からは、民法501条は、次のように解すべきことになる：弁済者Tは、債権者Gへの弁済額の範囲で共同義務者Sに対する原債権を代位取得し、Sに対する求償権の満足を受けるまで原債権を行使することができる（受領金額制限説）。

このように解すると、その後にSについて破産手続が開始された場合でも、Tは、Sの破産手続においてGがSに対して有していた原債権1000万円で破産手続に参加し、例えば配当率が40%であれば、求償権額の範囲内である400万円の配当を受けることができる。弁済率が60%であれば、原債権への配当額は600万円であるが、求償権額が500万円であるので、500万円の配当を受けることができる。

Sについて民事再生手続が開始された場合には、再生計画により変更される

前の求償権の満足を確保するために、原債権を代位取得したと考えるべきである。したがって、再生計画により弁済率が40%とされた場合には、Tは、Sから500万円の求償を得るために、再生計画により変更された原債権を行使して400万円の支払を受け、これを求償権の満足以に当てることができる。これは、TがSの再生手続開始後にGに全額弁済をした場合に、判例理論に従って得られる結果と同じである。

受領金額制限説は、償還義務者Sやその債権者との利害の調整の点からも支持される。すなわち、償還義務者の償還すべき金額が増加するのではないから、この者の利益を害することにはならない。彼の債権者は、原債権者が原債権を行使することを覚悟すべき立場にあったのだから、弁済者が代位により原債権の全部を取得して、求償権の満足以に至るまでそれを行使しても、不測の損害を受けることにはならない。

受領金額制限説をとると、求償権者の地位は強まる。償還義務を負う共同義務者の数が多ければ多いほど、求償金の回収は確実になる。極端な例を挙げれば、債権者に1000万円を給付すべき全部義務者が100人にて、その負担割合が平等な場合に、債権者の地位も強固なものになるが、債権者に対して1000万円全額を弁済して求償権を取得した者の地位も強い。彼は、他の共同義務者に対して各10万円の求償権を取得し、10万円の求償権の満足以に必要な範囲で各償還義務者（及び競合する債権者）に対して1000万円の原債権の行使を主張することができる。これでは求償権を取得した共同義務者の地位が強くなりすぎると非難するよりも、次のように肯定的にとらえるべきであろう：全部義務の制度は、債権者の地位を強め、分割義務の場合に比較して、共同義務者を不利な地位に置いているが、その半面で、債務を弁済した全部義務者に、弁済額に応じた原債権を与え、各償還義務者に対する各求償権の満足以に至るまでその全部を行使することができるという強い地位を与えている。

しかし、上記の解釈が民法501条の解釈として受け容れられるかは、同条柱書後段との関係で微妙である。(α) 同条柱書後段3号から5号の規定を、代位権の行使により受領することができる金額の上限を定めた規定と解すれば、

受領金額制限説は受け容れられる余地がある。他方、(β) それらの規定を弁済者が取得する原債権の額（償還義務者の他の債権者に対しても主張することができる額）を定めた規定と解すれば、倒産手続開始前の弁済について受領金額制限説をとる余地はない。そして、民法（債権法）改正検討委員会は、次の規定を提案している：「保証人（物上保証人を兼ねる場合を含む）の一人は、その数に応じて、他の保証人に対して債権者に代位する。この場合において、保証人の一人は、他の保証人に対して取得する求償権の範囲内においてのみ、原債権を主たる債権とする保証債権を行使することができる」（【3.1.3.13】〈3〉〈ウ〉）²⁸⁾。

先例〔2〕の説示との関係

先例〔2〕は、開始決定前の弁済による「求償権が和議債権となり、その内容は和議認可決定によって和議条件どおりに変更される」としている。このこと自体は、正当である。そして、この命題は、「原債権（和議条件によって変更されたもの）を求償権（和議条件によって変更される前のもの）の範囲で行使することができる」との前述の結論を否定しているようにも見える。しかし、先例〔2〕では、民法501条の解釈は説示されておらず、先例〔2〕はこの問題に立ち入っていないと見ておきたい。

4 ま と め

(a) 債務者Sの倒産手続において、Sの共同義務者Tの求償権は、Sが共同債務関係の成立に関与している限り、Tが債務を弁済する以前にあっては、共同債務関係の成立の時点に原因のある将来の求償権である。このことは、倒産手続が破産手続であっても再生手続であっても同じである。Tは、倒産手続開始後の弁済によって、この求償権を破産債権として行使して配当を受け、又は再生計画に従った権利変更後の求償権について再生債務者から弁済を受ける

28) 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅲ』（商事法務、2009年）30頁。

こともできる。しかし、それよりは、後述（b）のように、原債権について配当又は弁済を受ける方が有利であるので、そのようにすることになる。

（a'） TのSに対する求償権が倒産手続開始後の弁済によって現在の求償権になった場合には、破産法71条1項1号の相殺制限に服することなく、その全額をもって相殺に供することができるかと解すべきである（求償権全部相殺説を支持する。判例との相違点）。後述（b'）のように、原債権に基づく配当金請求権又は権利変更後の弁済金請求権を自働債権として相殺することもできるが、それよりは、求償権自体を自働債権とする相殺の方が通常は有利であるので、そのようにすることになる。

（b） Tは、倒産手続開始後に債務を全部弁済することにより、原債権の全部を代位取得する。この原債権は、求償権の満足に至るまでSに対して行使することができる（受領金額制限説。判例を支持する）。

（b'） この原債権は、Sの倒産手続開始後にTが取得した倒産債権であるので、そのままではSに対する債務と相殺することはできない。しかし、破産手続においてこの原債権が配当金請求権になった後、あるいは、再生手続において再生計画に従い権利変更を受けた後は、他の債権者との公平を害することなくその全額（配当額又は変更後の額）の弁済を受けることができる債権であるので、Tはその全額をもって求償権の範囲内でSに対する債務と相殺することができる（判例の立場を肯定する）。しかし、求償権全額での相殺も肯定されるので（前述（a'））、Tは、この相殺を選択するであろう。

（c） 民法501条は、次のように解すべきである：弁済者Tは、債権者Gへの弁済額の範囲で共同義務者Sに対する原債権を代位取得し、Sに対する求償権の満足を受けるまで原債権を行使することができる。このように解することにより、倒産手続開始後に倒産者の共同義務者が弁済した場合と開始前に弁済した場合とで、弁済により生ずる求償権の回収に差がなくなる。民法501条柱書後段の規定との関係で、この解釈に困難な面があることは否めないが、その困難は乗り越えるべきである。

