

受託保証人の破産

——保証委託者の損害賠償請求権と債権者の
損害賠償請求権と保証債権——

栗 田 隆

目 次

- 1 問題の所在
- 2 主債務者が代保証人を立てる義務を負う場合
- 3 主債務者が代保証人を立てる義務を負わない場合
- 4 ま と め

1 問題の所在

主債務者の財産状態が健全であっても、保証人について破産手続が開始されると、(α) 債権者は、破産手続に参加して、保証債権を破産債権として行使することができる。しかし、保証人に対して破産債権として行使することができる債権は、これだけではなかろう。(β) 受託保証人が主債務者から保証料を受け取っていて、主債務者が代保証人を立てなければならない場合には、主債務者は、代保証人との保証委託契約の締結に際して再度保証料を支払う必要に迫られるのが通常であろう。そのようなときには、主債務者が代保証人に支払うべき保証料相当額の出捐は、受託保証人の責めに帰すべき事由により保証委託契約が履行不能になったことにより生じた損害であり、主債務者は受託保証人に対して損害賠償請求権を有してしかるべきであり、これも破産債権となりえよう。(γ) 主債務者が代保証人を立てる義務を負わない場合には、債権者は自らの負担において新たな保証人と保証契約を締結する必要に迫られるのであるから、保証契約の不履行による損害賠償請求権が成立する余地がある。もっとも、この損害賠償請求権は、保証債権を行使して満足を受ければ行使する必要

のない債権であり、その意味で、保証債権によってカバーされる。保証人の破産手続において、債権者が保証債権を行使する場合には、この損害賠償請求権の行使は許されない。しかし、それでもこの損害賠償請求権が観念的に成立する余地のあることは、肯定されるべきであろう。

問題は、これら3つの権利がどのような関係に立つかである。余り議論されることのない問題であるが、本稿では、この問題を次のような事例について論ずることにしたい。

事例の設定

債権者Gが主債務者Sに100万円を貸与し、Sが10年間の年賦により返還することを約し（各回の弁済において、元本部分について10万円と残存元本に対する利息を支払うものとし、初回弁済日は貸付の日から1年後とする）、この返還債務についてSがHに保証人となることを委託し、保証料として借受金額の2%の保証料（100万円について2万円）を借受時に1回だけ支払うことが合意されたとしよう（この設例におけるGは、通常「債権者」と呼ばれるが、この呼称は一般的すぎるので、以下ではGを「主債権者」、GのSに対する債権を「主債権」と呼ぶことにする）。

融資の実行後に、Sが債務の履行を怠っていない状況で、Hについて破産手続が開始されたとする。この場合に、(α) Gの保証債権と保証委託契約の不履行を原因とするSのHに対する損害賠償請求権とは、どのような関係に立つか。(β) Gの保証債権と保証契約の不履行を原因とするGのHに対する損害賠償請求権とはどのような関係に立つか。

議論の単純化のために、もう少し制約条件を加えておこう。

(a) 保証人が主債務者に対して取得することのある将来の求償権について、主債務者は、担保を提供していないものとする¹⁾。なお主債権の担保のために、主債権者は主債務者の所有する不動産上に抵当権の設定を受けていても受けて

1) この場合については、栗田隆「受託保証人の破産——求償権とこれを被担保債権とする抵当権について——」関西大学法学論集60巻1号（平成22年）1頁以下参照。

受託保証人の破産

いなくてもよいが、受けていることもあるものとする。

(b) 保証人について破産手続が開始される時点で、主債務者の財産状況は健全であり、契約通りに債務の年賦払を続けているものとする。

(c) 貸付債権に利息の約定がないとすると、中間利息の控除の問題が生ずる。議論を単純化するために、年5%の割合による利息の支払の合意があるものとし、貸付の時から1年経過して、主債務者が最初の年賦金10万円と利息の5万円を支払った直後に破産手続が開始されたものとする。

(d) 保証人は、単純保証人であっても連帯保証人であってもよいが、ひとまず、単純保証人であるとしよう。したがって、主債権者が保証人の破産手続に参加することの根拠規定として、第一次的に、破産法105条を挙げることになる²⁾。

(e) 主債権者の主債務者に対する代保証人請求権（代保証人を立てることを請求する権利）については、それが肯定される場合と否定される場合の双方を想定することにする。すなわち、保証人について破産手続が開始されると、彼は民法450条1項2号の保証人の要件を満たさず、主債権者は主債務者に対して代保証人を立てることを請求することができるが、保証人が主債権者によって指名された者である場合には、請求できない（民法450条2項・3項）。もっとも、主債権者が保証人を指名した場合でも、代保証人を立てる義務を主債務者に負わせる旨の特約を融資契約の中に置くことはできよう。その特約があっても、主債務者が消費者であり、当該融資契約が消費者契約である場合には、その特約が「民法第1条第2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの」と評価されるのであれば、消費者契約法10条により無効とされる余地がある。主債務者が主債権者に対して代保証人を立てる義務を負うか否かは、主債務者の保証人に対する保証料返還請求権又は損害賠償請求権と絡む問題であり、本稿にとっては、重要である。ただ、どのような場合に

2) 連帯保証人には破産法105条の適用がないとする文献も多いが、私見は、適用を肯定する（栗田・前掲(注1)3頁以下参照）。この問題は、具体的な問題の結論に影響することのない形式的問題（位置付けの問題）であり、本稿で論ずる保証人を単純保証人としたのは、この問題に立ち入ることを避けるためである。

主債権者が主債務者に対して代保証人請求権を有するかの要件論には立ち入る必要はなく、消費者契約法10条の要件を充足するか否かの問題にも立ち入らないことにする。抽象的に、その義務を負う場合と負わない場合とに分けるにとどめる。主債権者が代保証人請求権を有する場合には、その権利が行使され、主債務者は代保証人を立てる義務を負うものとする。

(f) 保証人は、保証委託契約中の明示的又は黙示的合意により、主債務者に対して、保証能力を維持する義務を負っていて、保証人は破産手続開始決定を受けたことによりこの義務を履行することができなくなったと評価されるものとする。

(g) 本稿の議論は、保証人が金融機関であるか個人であるかに左右されない(保証人が個人である場合には、保証料を収受しないことも多いが、その場合は本稿の対象外である)。しかし、議論の意義を高めるために、保証人は金融機関であり、同種の保証委託契約及び保証契約を多数締結しているものとする。そして、保証委託契約及び保証契約においては、前記(e)(f)の点を除けば、保証人の破産は特に想定されておらず、保証人について破産手続が開始された場合の法律関係の処理に関する特約はないものとしよう。

2 主債務者が代保証人を立てる義務を負う場合

最初にいくつかの前提事項を確認しておこう。

保証料の支払を伴う保証委託契約の法的性質

保証委託契約も委任契約の一種と解されている。保証委託契約により保証人が負った義務の内容については、見解が分かれている。多数説は、次のように説く：保証委託契約により、受任者は、債権者と保証契約を締結する義務を負うのみならず、委任者である主債務者が債務を履行しないときに、主債務者に代わって債務を弁済することも委託されている³⁾。他方、少数説は、次のように

3) 鳩山秀夫『増訂改版日本債権法(総論)』(岩波書店, 昭和9年)323頁, 我妻栄『新訂債権総論(民法講義IV)』(岩波書店, 昭和44年)488頁, 我妻栄=有泉ノ

説く：保証委託の内容は当事者の合意により定まるが、原則型は保証契約の締結のみであり、受任者が委任者である主債務者に代わってその債務を弁済することは、保証委託契約の内容には含まれず、それは保証契約の履行である；従って、事前求償権も事後求償権も、委任事務費用の支払請求権の性質を有しない⁴⁾。

本稿との関係では、主債務者が保証人に代位弁済を委託しているか否かという点よりも、保証人は、主債務者が主債権者から代保証人を請求されることのないように、資力を維持する義務（以下「保証能力維持義務」という）を負っているかが重要であり、本稿ではその旨の特約があることを前提にしている。

双務契約としての委任契約

一般に、報酬の支払が約束されている委任契約は、双務契約である。委任契約が双務契約であっても、受任者について破産手続が開始された場合に、破産法53条1項の適用はなく、委任契約は当然に終了する（民法653条2号）。その根拠は、委任契約一般に関しては、委任の基礎となる信頼関係が失われることに求められるが、保証能力維持義務を伴う保証委託契約に関しては、保証人は、破産手続開始決定を受けることにより、保証人の要件を充足しなくなるのであるから、保証委託契約を履行することができなくなり、したがって将来に向けて当然に終了すると説明することもできよう⁵⁾。

ㄨ 亨 = 清水誠『コンメンタール債権総則 [新版]』（日本評論社，1997年）228頁，林良平 = 石田喜久夫 = 高木多喜男『債権総論』（青林書院，1980年）407頁（高木），鈴木祿彌『債権法講義（三訂版）』（創文社，1995年）443頁，川井健『民法概論3（債権総論）』（有斐閣，2002年）257頁，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，高橋眞「事前求償権の法的性質」『求償権と代位の研究』（成文堂，1996年）83頁以下など。

4) 米倉明「判例批評」法学協会雑誌109巻4号（1992年）709頁以下。

5) 訴訟委任を受けた弁護士が破産手続開始決定を受けた場合に、彼が弁護士資格を喪失するために委任契約が履行不能になるから訴訟委任契約が終了すると説明する立場がある（『注解破産法（上）』（青林書院，平成10年）340頁（吉永順作），『大コンメンタール破産法』（青林書院，2007年）240頁（三木浩一））。本文の説明も、これに近い。

破産により委任契約を履行できなくなった受任者の損害賠償義務

委任契約が受任者の破産により終了した場合に、受任者に前払いした費用及び報酬があれば、委任者は、その返還を請求することができてしかるべきである（受任者が事務処理に着手していない場合であれば、その全額の返還を請求でき、事務処理を一部行った場合には、委任契約の趣旨に従って部分的な事務処理に支払われるべき報酬額及びそれに費やされた費用額を控除した残額の返還となる）。さらに、委任者は、新たな受任者に対して事務処理を委任する必要に迫られることによる追加費用があるのであれば、その支出額は、受任者の破産により委任契約が終了したことによって生じた損害と評価することができ、その損害の賠償を請求することができてよい。

もっとも、双務契約が一方当事者の破産手続開始により終了する場合に、相手方が損害賠償請求権を取得するかは、契約類型により異なる。雇用契約については、民法は、使用者について破産手続が開始された場合に、労働者と破産管財人の双方に解約権を認めているが、解約によって生じた損害の賠償請求権を認めていない（民法631条後段）。請負契約については、注文者が破産手続開始決定を受けた場合に、その破産管財人にも相手方（請負人）にも解除権が認められていて、解除された場合には、請負人はすでにした仕事の費用およびこれに含まれない報酬の支払請求権を破産債権として行使することができるが（民法642条1項）、損害賠償は、破産管財人が解除した場合における請負人に限り請求できるとされている（同条2項）。

委任契約についても、同様に損害賠償請求権を制限すべきかが問題となるが、双務契約の性質を有する有償委任契約に関する限りは、別段の規定がない以上、損害賠償請求権は肯定されるべきであろう。

（a）有償委任契約が双方未履行の状態にある場合については、次のように説明することができる：民法653条2号は、この場合については、破産法53条1項の特則である；破産管財人が後者の規定により双務契約を終了させた場合に破産法54条1項の規定により相手方が損害賠償請求権を破産債権として行使できるのと同様に、前者の規定により委任契約が当然に終了した場合にも、有

償委任契約の相手方は、損害賠償請求権を破産債権として行使できる。

(b) 有償委任契約について、一方の義務が履行済みの状態でいずれかの当事者に破産手続が開始された場合については、場合分けをして考察することが必要となろう。(α) 受任者が委任事務を完了した後で委任者について破産手続が開始されたときには、報酬請求権をそのまま破産債権としてよいであろう。この場合に、委任契約が終了したから報酬請求権も消滅するとして、不当利得の問題に転換することは、適当とは思われない。他方、(β) 委任者が費用および報酬を前払いして、その委任者について破産手続が開始されたときには、破産財団に属する財産の管理処分権が破産管財人に専属するので(破産法78条1項)、委任者の財産に関する受任者の代理権及び事務処理権限が消滅し、委任者の受任者に対する委任事務処理請求権も消滅する(民法653条2号・111条2項)。そして、前払いされた費用および報酬の返還の問題は、委任契約の終了による法律関係の清算の問題(不当利得の返還)の問題として処理される。(γ) 問題は、委任者が費用および報酬を前払いして、受任者について破産手続が開始された場合の処理である。(γ₁) 委任事務処理請求権自体は当然には消滅しないとした上で、委任事務が代替執行に親しむものであれば、委任事務処理請求権そのものが破産債権になり、破産法103条2項1号イに該当する債権として評価額(代替執行に要する費用相当額)をもって破産債権額とし、他方、委任事務が代替執行に親しまないものであれば、履行不能による損害賠償請求権が破産債権になると構成する余地もある。しかし、(γ₂) 代替執行に親しむか否かの判別も微妙であり、かつ、受任者について破産手続が開始された場合に委任契約が終了することが原則とされた理由の一つは、契約の履行(委任事務の処理)の困難に求められていることを考慮すると、委任事務が代替執行に親しむ場合も含めて、一律に、債務不履行による損害賠償の問題としてよいであろう。

なお、前払いされた費用および報酬の不当利得返還請求権と債務不履行による損害賠償請求権との関係が問題となるが、本稿では、前払いされた費用および報酬の返還を含む損害賠償請求権を観念し、両者は部分的に請求権競合の関

係に立つとの理解を前提にして、不履行による損害賠償請求権のみを問題にする。

保証委託者（主債務者）の損害賠償請求権

本稿で想定されている保証委託契約にあっては、委託者は保証料支払義務を負い、受託者は、保証契約締結義務及び保証能力維持義務を負っている（1(f)参照）。保証委託者の保証料支払義務は破産手続開始前に履行済みである。保証人の保証契約締結義務も履行済みである。保証能力維持義務は、残存しているが、彼が破産手続開始決定を受けたことにより履行不能になった。

保証委託契約自体は、保証人について破産手続が開始されたことにより将来に向けて当然に終了しているが（民法653条2号）、保証能力維持義務が遡及的に消滅するわけではない。保証人の義務不履行により、保証委託者は、主債権者の請求により代保証人を立て、代保証人に保証料を支払うという損失を被る。この損失を中心として、代保証人を立てることにより生ずる費用は、保証人の保証能力維持義務の不履行により生じた損害と評価すべきであり、民法415条により賠償請求権が認められるべきである。そして、保証人の義務不履行による損害賠償請求権は、破産手続開始前に締結された保証委託契約に原因があるから、破産債権になるとしてよい。

賠償されるべき損害は、保証受託時に保証人が有していた程度の資力を有する代保証人を破産手続開始時に立てることに通常要する費用（代保証人に支払う保証料や契約締結費用）であると見ることができる。そのように見れば、破産した保証人に支払った保証料額（破産手続が開始されるまで保証が有効になされていたことにより償却されたと見られるべき部分があるのであれば、その部分を控除した額）の返還請求権は、損害賠償請求権に吸収され、代保証人を立てることに要する費用のみを考慮すればよいことになる。契約締結のための費用は少額であるから無視しうるものとすれば、次のようになる。なお、以下において、[主債権額]、[保証債権額]は、それぞれ破産手続開始時の金額を意味するものとする。

$$[\text{保証委託者の損害}] = [\text{主債権額}] \times [\text{新規保証料率}]$$

主債務の弁済期到来前に発生した事後求償権の履行期と利率

主債権者が保証債権をもって保証人の破産手続に参加し、これに配当がなされると、配当額に相当する額の求償権が破産財団に属することになる。破産管財人は、これを換価しなければならない。

本稿では、破産手続開始当時に主債務者が割賦弁済すべき債務の履行を怠っていないことを前提にしており、その意味で、主債務の弁済期は未到来である。この段階で生ずる求償権の弁済期と利率を確認しておこう。

主債務者が履行遅滞に陥って、保証人が保証債務を履行した場合には、主債務者は主債務の期限の利益を失い、求償権についても直ちに弁済をしなければならない。しかし、主債務の履行期が到来する前に保証人が何らかの事情で保証債務を履行した場合はどうであろうか。保証人が主債権者の請求に応じて任意に保証債務を履行したと思われる事件において、大判大正3年6月15日民録20輯476頁は、次のように説示している。

「債務者カ弁済期ニ在ラサル債務ノ弁済トシテ給付ヲ為シタルトキハ其弁済ノ有効ニシテ債務ノ消滅ヲ生スルコトハ民法第706条ノ規定ニ徴シテ疑ヲ容レス而シテ保証債務ハ契約ノ成立ト同時ニ他日履行ス可キ義務ヲ発生セシムルモノナレハ本件ノ如ク債務者ノ委託ヲ受ケタル連帯保証人カ債権者ノ請求ニ応シ弁償ヲ為シタルハ主タル債務ノ弁済期前ニ在ルトキト雖モ其弁済ハ有効ニシテ主タル債務ハ之ニ因リテ消滅シ保証人ニ於テ求償権ヲ有スヘキハ当然ナリ但保証人ハ主タル債務者ノ期限ノ利益ヲ害ス可カラサルニ依リ債務ノ弁済期前ニ在リテハ主タル債務者ノ承諾ヲ得テ弁償ヲ為シタル外保証人ニ於テ求償権ヲ行フコトヲ得サルモノトス」⁶⁾。

この理は、保証人について破産手続が開始され、債権者が保証債権を破産債

6) 学説もこれを支持している。於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣，昭和48年）278頁，我妻・前掲（注3）488頁以下など。

権として行使して、これへの配当により求償権が発生する場合にも、妥当しよう。したがって、本稿で問題にしている設例にあっては、保証人が代位弁済により取得した主債権の履行期はまだ到来していないので、求償権も主債権の履行期が到来するまでは行使できない。のみならず、主債権が割賦払の場合には、主債権者に属する主債権が先に弁済を受けた後で求償権の割賦弁済期が到来するとすべきである。

求償権（及び求償権の範囲内で行使できる原債権）の換価の方法としては、取立てと売却の2つが考えられるが、最終弁済期が9年後であるような債権を破産管財人が取り立てるのは、多くの場合に現実的でないであろう。したがって、その求償権の売却が問題となる。

債権の売却価額の算定にあたっては、債権の利率が問題となる。求償権については、主債権の約定利率あるいは遅延損害金の利率よりも高い利率が約定されていることが多い。主債務者が履行を怠ったために保証人が代位弁済した場合に、これにより生ずる求償権にその利率が適用されることに問題はない。しかし、今問題にしているのは、保証人について破産手続が開始されたために保証債務について本来の弁済期前に弁済がなされたことにより発生する求償権である。これについて主債権の約定利率以上の利率による利息を請求することは許されるべきでない。この求償権の利率は、主債権の利率と同じであるべきである。利息は、求償権発生時から発生するとしてよいであろう⁷⁾。

主債権者の保証債権と保証委託者の損害賠償請求権

問題は、主債権者の保証債権と主債務者の損害賠償請求権の双方の行使を認める必要があるかである。破産法104条3項ただし書及び4項は、破産者の一つの給付義務について主債権者と保証人の双方が給付請求権を有する場合に、

7) その代わり、主債権者は、主債務者との関係では、自らすすんで配当金相当額の元本の繰上弁済を受けたと評価されうるので、配当金の受領（又は供託）の時からその元本額についての利息を請求することができないとすべきであり、その利息請求権は、代位弁済をした保証人が求償権の確保のために行使することができるべきである。栗田・前掲(注1)12頁も参照。

受託保証人の破産

それらの二重行使を禁じている。この規定が今問題にしている場合に直接適用されないことは、言うまでもない。そのことを前提にして、この規定に表明されている「複数債権者による二重の権利行使の禁止」の趣旨が及ぶべきか否かが問題になる。

本稿の設例にあっては、被保証債権の残元本額は、90万円である。主債務者からの損害賠償請求権の額は、新規保証料率に依存し、また新保証委託契約の締結のための費用も含めるべきであるが、基本的には旧保証料（残存元本額を基準にすれば、1万8000円）を若干上下する程度であろう。90万円と1万8000円とでは、金額が違いすぎるから、双方の権利行使は、破産者がなすべき一つの給付に対する権利の二重行使には当たらないようにも見える。しかし、保証人が保証債務を履行すれば、彼は、主債務者に対して、同額の求償権を取得し、これを換価することにより破産財団の負担を軽減することができる。したがって、保証債権が行使されることにより保証人が実質的に負担すべき金額をXとすると、

$$\begin{aligned} X &= [\text{主債権者への配当額}] - [\text{求償権の換価額}] \\ &= [\text{求償権額}] - [\text{求償権の換価額}] \end{aligned}$$

である。

求償権は履行期未到来の債権であり、かつ、主債権が割賦弁済される場合には、主債権への弁済が完了した後の賦払期に求償権の履行期が順次到来する。その点が主債権との比較で求償権の換価額を低下させる要因になりうる。しかし、求償権の利率（すなわち、主債権の利率）が金融市場における固定金利の利率に相応するものである限り、履行期が未到来であること自体は債権の価格を下げる要因とは言い難い。少なくとも理論的にはそのように考えてよく、ここではそのように考えておこう。

しかし、求償債権を買い取る者は、主債務者の弁済能力が低下することがありうることを考慮すると、その債権について保証を委託することがあり得る。その保証料分だけ換価額が減少することは、やむを得ないであろう。すると、

$$[\text{求償権の換価額}] = [\text{求償権額}] - [\text{求償権の新規保証料額}]$$

である。これを上記の式に代入すると、

$$\begin{aligned} X &= [\text{求償権額}] - ([\text{求償権額}] - [\text{求償権の新規保証料額}]) \\ &= [\text{求償権の新規保証料額}] \\ &= [\text{求償権額}] \times [\text{新規保証料率}] \\ &= [\text{保証債権額}] \times [\text{配当率}] \times [\text{新規保証料率}] \\ &= ([\text{保証債権額}] \times [\text{新規保証料率}]) \times [\text{配当率}] \end{aligned}$$

開始時現存額主義（破産法105条）及び保証債務の附従性の原則（民法448条）により、 $[\text{保証債権額}] = [\text{主債権額}]$ であるので、

$$X = ([\text{主債権額}] \times [\text{新規保証料率}]) \times [\text{配当率}]$$

前述の理由により、 $[\text{主債権額}] \times [\text{新規保証料率}] = [\text{保証委託者の損害額}]$ であり、これが破産債権として行使され得るので、

$$X = [\text{保証委託者の損害額}] \times [\text{配当率}]$$

となる。すなわち、保証債権への配当とこれにより生ずる求償権の売却により破産者（保証人）が実質的に負担する金額は、保証委託者の損害賠償請求権への配当額に等しい。そして、主債務者によって代保証人が立てられる以上、主債権者は、破産した旧保証人に対して保証債権を行使する必要はなく、保証債権の行使を否定しても、彼の利益が害されることはないと言ってよいであろう。

小 括

結局、(α) 主債権者が保証債権を行使することにより破産財団に実質的に生ずる負担（配当額と求償権の換価額との差額）と、(β) 主債務者が保証委託契約の不履行を理由とする損害賠償請求権を行使することにより破産財団に生ずる負担とは、実質的にみて同一のものである。したがって、これら2つの権利

の同時行使を許すべきではない。

そして、主債務者が代保証人を立てる場合には、保証人について破産手続が開始されたことにより主債権者に生ずる損失は実質的でないから、保証債権の行使は、別段の合意がなければ、許されない。その対称形として、主債権者が保証債権を行使する場合には、主債務者に保証委託契約の不履行による損害が生じないように、主債権者は代保証人請求権を放棄しなければならない、とすべきである。

主債務者と主債権者のいずれが破産債権者として破産手続に参加するかは、両者の協議で決めさせてよいが、主債権者が代保証人請求権を放棄しない限り、保証委託契約の不履行を理由とする主債務者の損害賠償請求権の行使のみを許すべきである。主債務者が現実に代保証人を立てることを条件にする必要はないであろう。代保証人を立てなければ、彼は、期限の利益の喪失（繰上弁済の強要）という不利益を受け、この不利益も前記の損害賠償請求権によって償われるべきだからである。もっとも、主債権者が保証債権を破産債権として行使しつつ代保証人請求権を行使することができるかは、主債権者と主債務者間の問題であり、両者間の合意によりそれを認める余地はある。その場合には、主債務者が損害賠償請求権を破産債権として行使することは許されず、主債権者が保証債権を行使する。

3 主債務者が代保証人を立てる義務を負わない場合

保証人が破産手続開始決定を受けたにもかかわらず、主債務者が代保証人を立てる義務を負わない場合（従って期限の利益も失わない場合）に、破産者である保証人が保証委託契約上の債務を履行しないことになるか否かは、保証委託契約により彼が負った義務をどのように理解するか依存するが、その点をどのように解するにせよ、彼が主債務者（保証委託者）に対して損害賠償義務を負うことはないと解してよいであろう。すなわち、(α) 保証人が保証委託契約に基づき債権者と保証契約を締結すれば、保証人は委託契約上の義務の履行を完了するのが原則であると考えた立場に立てば、その原則的な場合について、

保証人は、その後に破産手続開始決定を受けても、主債務者から保証委託契約上の義務の不履行を問われることはない。他方、(β) 保証人が主債務者（委託者）に対して負う保証委託契約上の義務は、保証契約の締結に尽きるものではないとの立場に立っても、主債務者が債権者のために代保証人を立てる義務を負っていないのであれば、主債務者に生ずる損害はないと言ってよい。彼が破産手続に参加することを認める必要性は乏しい。

したがって、この場合に、破産手続に参加することができるのは主債権者のみであるとしてよい。彼が保証債権を破産債権として行使することになる（破産法105条）。破産財団から主債権者の有する保証債権について配当がなされると、主債務者に対する求償権が破産財団に属し、破産管財人がこれを換価しなければならない。

事後求償権を主債権者に売却すること

求償権の換価の一つの方法として、その求償権を主債権者に買い取らせることを考えてみよう。主債権者は、買い取った求償権に保証を付す必要を感じずであろう。主債務者に対して代保証人を請求し得ないことが前提にされているので、今度は、自己の負担で保証料を支払わなければならない。破産管財人としても、保証人が存在しなくなった求償権を保証人の存在していた主債権と同等の価値のある債権として買い取れることを主債権者に求めることはできない。したがって、破産管財人が主債権者に求償権を《その元本額（主債権者への配当額）から主債権者が新保証人に支払うべき保証料を控除した金額》で売却することは、正当なことである。

求償債権の価格

一般に、債権の市場価格は、市中金利と当該債権の利率との乖離にも影響される。貸付債権の利率が貸付当時は市場実勢に合致するものであり、その元本額で売買され得たとしても、その後に市中金利が上昇すれば、その債権の取引価格は元本額を下回る。今問題にしている求償権についても、それを第三者に

受託保証人の破産

売却する場合には、市中金利の変動に伴う価格変動は認めなければならない。

しかし、(α) 市中金利上昇期に主債権者が求償権を買い取る場合に、市中金利の上昇による債権価格低下による損失を保証人に負担させることが妥当かは、疑問である。主債権者が保証人に求めたのは、主債務者の支払能力の補完である。金利変動による債権価格の下落の補填は、本来、保証契約の内容には含まれないはずである。本稿では、主債権者がこの点を納得して、市中金利の上昇に伴う債権の価格の低下は、買取価格に影響しないものとしよう。他方、(β) 市中金利の下落により求償権の価格が上昇し、破産管財人が求償権を第三者へより高く売却できるのであれば、それを阻止する必要はない。

以上を前提にして、かつ(β)の場合を度外視すると、主債権者が保証債権をもって破産手続に参加して、配当後に生ずる求償権を買い取る場合に、彼が破産財団から最終的に受領する金額 Y は、次のようになる。

$$\begin{aligned} Y &= [\text{保証債権への配当額}] - [\text{求償権の買取額}] \\ &= [\text{保証債権への配当額}] - ([\text{求償権額}] - ([\text{求償権額}] \times [\text{新規保証料率}])) \\ &= [\text{保証債権への配当額}] - [\text{求償権額}] + ([\text{求償権額}] \times [\text{新規保証料率}]) \end{aligned}$$

[求償権額] = [保証債権への配当額] = [保証債権額] × [配当率] であるので、

$$\begin{aligned} Y &= [\text{保証債権への配当額}] - [\text{保証債権への配当額}] \\ &\quad + ([\text{保証債権への配当額}] \times [\text{新規保証料率}]) \\ &= [\text{保証債権への配当額}] \times [\text{新規保証料率}] \\ &= [\text{保証債権額}] \times [\text{配当率}] \times [\text{新規保証料率}] \\ &= ([\text{保証債権額}] \times [\text{新規保証料率}]) \times [\text{配当率}] \end{aligned}$$

開始時現存額主義（105条）及び附従性の原則（民法448条）により、[保証債権額] = [主債権額] であるので、

$$Y = ([\text{主債権額}] \times [\text{新規保証料率}]) \times [\text{配当率}]$$

となる。

最初の二つの項目の積は、[保証人が破産手続開始決定を受けたことにより保証契約が履行されなくなったことによる損害]（主債権者が自らの費用負担で新規に保証人を立てざるをえなくなったことによる損害）と解釈することができる。したがって、主債権者は、保証債権を届け出ることによって（正確には、「保証債権を届け出ると共に、これへの配当により生ずる求償権を買い取ることに代えて）、保証契約の不履行により生ずる損害の賠償請求権を破産債権として行使することも認められてよいであろう。この場合には、保証人が主債務者に代わって主債務を弁済したのではないから、主債務者に対する求償権は発生せず、主債権の一部が破産者に移転して破産財団に属することもない。保証債権が破産債権として行使される場合よりも、法律関係は単純になると言ってよい。

損害賠償請求権を破産債権として行使することが適当な場合

もちろん、破産法が明示的に規定しているのは、保証債権の行使のみである。また、主債務者についても破産手続が開始されるような場合には、保証契約不履行による損害賠償請求権の行使はかえって問題を複雑にしよう。

したがって、保証債権の行使に代えて保証契約の不履行による損害賠償請求権を破産債権として行使することは、實際上、次のような場合に限定されよう。まず、(α) 主債務者が債務不履行の状況になく、主債権者が主債務者のための新保証人を市場において見出すことができる場合であることが必要である（ただし、新保証人を見出すことができない場合でも、旧保証料率をもって新保証料率として、損害額を算定することを許容してよいと思われる）。かつ、(β) 保証債権への配当により発生する求償権を主債権者が買い取ることが破産管財人又は主債権者にとって望ましいことが必要である。そのような場合として、例えば、(β₁) 破産管財人が求償権の換価の難渋を予想して、主債権者による買取りを望む場合、あるいは(β₂) 主債権者が主債務者の財産上に担保権を有していて、第三者が求償権を買い取ると、被担保債権（求償権の確保のために保証人が代位取得した原債権）が主債権者と当該第三者に分属し、担保権が

準共有状態になるが、主債権者がこの状態の発生を嫌う場合が考えられる。

手続的要件

手続的要件を検討しよう。まず、(a) 主債権者が保証債権を破産債権として行使し、これにより発生する求償権を破産管財人が主債権者に売却すること自体は、許される。ただし、破産財団に属する債権の譲渡には、破産法78条2項8号により、原則として（すなわち、同条3項に該当しない限り）裁判所の許可が必要である。破産管財人が求償権を新規保証料額に相当する金額だけ差し引いた金額で売却することの妥当性は、第一次的には、破産管財人の裁量的判断に委ねられるとともに、裁判所の許可が必要な場合については、許可の際の裁判所の判断に委ねられる。一般論としては、差し引き後の価額での売却は許容されたい。

(b) これと同様な手続的要件の下であれば、すなわち、(α) 求償権の売却の合意に相当する破産管財人の同意と (β) 裁判所の許可がある場合には、保証契約の不履行を理由とする損害賠償請求権を破産債権として行使することも許容されたい。これが他の破産債権者の利益を害することもないであろう。なぜなら、保証債権が破産債権として行使される場合には、他の破産債権者は、求償権の売却価額について直接的に干渉する機会を有しないが、損害賠償請求権が行使される場合には、債権調査手続の中でその債権額に異議を述べることにより、実質的にみて保証債権額のみならず求償権の売却価額についても争う機会を得ることになるのであるから、他の破産債権者の手続的地位は強化されると見ることができからである。

(c) 問題は、破産管財人の同意と裁判所の許可の要件を不要とすることができるかである。破産法自体は、保証債権の行使を認めているのであり、保証契約の不履行による損害賠償請求権については何も語っていないのであるから、これらの要件を不要とすることは、ためらわれる。しかし、重要なのは、損害額をどのように評価するかであろう。破産管財人は、債権調査において、その破産債権額を認めないことにより、その金額を争う機会を有している（破産法

124条1項・125条1項参照)。認めることは、(b)で述べた「求償権の売却の合意に相当する同意」に近い。しかし、同じではない。破産管財人が次のように考えることもあろう：主債権者に保証債権を破産債権として行使させて、これにより生ずる求償権を自分が換価するのが破産法の建前である；保証契約の不履行を理由とする損害賠償請求権を破産債権として行使すること自体に同意できない。その考えをどの程度尊重すべきかに迷うが、ともあれ、損害賠償請求権を破産債権として行使することは、破産法が予定しているとは言えない代替的権利行使であるから、この権利行使方法の選択自体についても、破産管財人が認めることが必要であるとしておき、主債権者としては、第1次的に損害賠償請求権の行使を選択し、破産管財人がこの権利行使方法を認めない場合には、第2次的に保証債権を行使するとの予備的併合の届出もすることができるとしておく方が、解釈論としては確実であろう。「代替的権利行使を認めるとの破産管財人の陳述が必要である」という要件設定の効果をどのようにするかも問題になる。選択肢としては、次の2つが考えられる：(α) 債権確定訴訟等の手続において、裁判所が権利行使方法の選択の妥当性を判断することができるとする；(β) 裁判所の判断権をも排除する絶対的な要件とし、破産管財人が賠償請求権の行使を認めると述べなければ、主債権者は保証債権を届け出るしかないとする。迷うが、裁判所の判断権限を否定するのが適当とも思われないので、(α)の選択肢を採用すべきであろう。ただし、実際上は、配当後に生ずる求償権の換価に悩む破産管財人の方から主債権者に対して、保証債権の行使に代えて損害賠償請求権の行使の勧誘があるものと予想している。

破産財団所属財産の譲渡についての裁判所の許可（破産法78条2項）は、破産債権者の一般の利益を守るために必要とされているものである。財産譲渡の要素を内包する代替的権利について、裁判所の許可を不要とすることには躊躇を感ずるが、しかし、他の破産債権者は、債権調査手続において、損害額を争う機会を有するのであるから、裁判所の許可は不要としてよいであろう。

なお、主債権者が主張する損害額は、基本的に、(α) 保証債権額と(β) 新規保証料率によって決定されるが、(γ) 市中金利が低下している時期であるため

受託保証人の破産

に、求償権を他に譲渡すれば有利に売却できる場合であれば、そのことも加味することができるとしてよいであろう。主債権者が保証債権自体を行使する場合と比較すると、 (β) と (γ) が破産債権額の算定を困難にする要素となる。しかし、これらの要素は、破産管財人が求償権を売却する場合に、その適正価額を算定する際にも問題となることである。主債権者が行使する破産債権を保証債権自体としても、保証契約の不履行を理由とする損害賠償請求権としても、これらの困難要素は、どこかで顔を出すことになる。保証債権への破産配当がなされたことにより生ずる求償権の換価には、その算定の困難の外にも、買手の発見の困難といったいくつかの困難が予想される。おそらく、求償権の換価の方が、損害賠償請求権の額の算定よりも困難であろう。

4 ま と め

主債務者の財産状態が健全で、主債務について不履行がない段階で受託保証人について破産手続が開始された場合に、主債権者が保証債権を行使すると、それへの配当により生ずる求償権が破産財団に属する。しかし、主債務者の期限の利益を害することはできないので、この求償権は、主債務の履行期の到来まで行使することができず、その換価は容易ではない。求償権を発生させない権利行使の道が検討されてよい。

主債権者が主債務者に対して代保証人請求権を有する場合には、主債務者が代保証人を立てる限り、保証人の破産が主債権者の地位に与える影響は小さい。この場合に、主債務者が代保証人に支払う保証料は、従前の保証人が破産手続開始決定を受けたために保証委託契約が履行されなくなったことにより生ずる損害であり、彼は、その損害賠償請求権を破産債権として行使することができる。主債務者のこの損害賠償請求権と、主債権者の保証債権とを二重に行使させるべきではない。主債務者が代保証人を立てる義務を負う限り、主債権者と主債務者間で別段の合意がなければ、委託契約の不履行を理由とする主債務者の損害賠償請求権の行使のみを許すべきである。

主債権者が主債務者に対して代保証人請求権を有しない場合には、保証人が

破産手続開始決定を受けたことにより保証委託契約が終了しても、これにより主債務者に生ずる損害はない。主債権者のみが保証人の破産手続に参加できるとしてよい。主債権者が保証債権を破産債権として行使して、配当により生ずる求償権を主債権者が買い取ることと、保証契約の不履行による損害賠償請求権を破産債権として行使することとは、経済的に見てほぼ等価であると言いうことができる。したがって、主債権者が保証債権の行使に代えて損害賠償請求権を行使することも許すべきである。この場合には、保証人が主債務者に代わって主債務を弁済したのではないから、主債務者に対する求償権は発生せず、主債権の一部が代位により破産者に移転して破産財団に属することもない。