

## 〔判例研究〕

# 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ことによる 求償権の破産債権性と相殺制限

栗 田 隆

最高裁判所平成24年5月28日第2小法廷判決（平成21年（受）第1567号）預金返還請求事件，金融商事判例1397号20頁・金融法務事情1954号100頁・判例時報2156号46頁・判例タイムズ1375号97頁<sup>1)</sup>

第一審 大阪地方裁判所平成20年10月31日第3民事部判決（平成19年（ワ）第6131号）金融商事判例1309号40頁・金融法務事情1866号107頁・判例時報2060号114頁・判例タイムズ1292号294頁

原 審 大阪高等裁判所平成21年5月27日第7民事部判決（平成20年（ネ）第2971号）金融法務事情1878号46頁

---

1) 本判決については、すでに次の研究がある：渡邊博己・銀行法務21第747号12頁，遠藤元一・銀行法務21第747号18頁，吉本利行・銀行法務21第747号24頁，岡昌晶・金融法務事情1954号65頁，藤原彰吾・金融法務事情1954号4頁。控訴審判決について，次の研究がある：佐々木修・銀行法務21第723号26頁。本稿の問題を直接取り扱った文献は少ないが，第一審判決以前に公表された論説として，次のものがある：増市徹＝坂川雄一「保証人の求償権と相殺」銀行法務21第689号（2008年）24頁（倒産実務交流会編『争点倒産実務の諸問題』（青林書院，2012年）267頁以下に所収），中西正「委託を受けない保証人の求償権と破産財団に対する債務との相殺の可否」銀行法務21第689号（2008年）35頁（倒産実務交流会編・前掲276頁以下に所収）。控訴審判決後に公表された論説として，次のものがある：栗田隆「主債務者の破産と保証人の求償権——受託保証人の事前求償権と無委託保証人の事後求償権を中心にして——」関西大学法学論集60巻3号（2010年）45頁。なお，上告理由を記載した判例報道誌を入手できていないため，遺憾ながら，本稿では上告理由を紹介できない。

## 【事件の概要】

平成18年8月31日の同一時刻に、大阪地裁において、B社ほか計14社の破産手続が開始された。Xは、これらの破産者の破産管財人である。これに先立って、A社は、前記14社のうちの6社（以下「Bら」という）の各々に対して取得する債権について、Y銀行に根保証を依頼していた。同年4月28日、Yは、Bらが同日から平成19年4月27日までの間にAに対して負う買掛債務及び手形債務の元本について、Bらの委託を受けることなく、Aから保証料を徴して、保証人になった。主債務者であるBらについて破産手続が開始された後に、Aからの通知を受けて、Yは保証債務を履行した。これにより、Yは、民法500条・501条によりAがBに対して有していた原債権を取得するとともに、民法462条により事後求償権を取得した。Xが<sup>2)</sup>、BらとYとの間の各普通預金契約又は各当座勘定契約を解除して、預金の払戻しを求めたところ、Yは、Bらに対する事後求償権との相殺の意思表示をした。Xは、この相殺は許されないと主張して、本件預金返還請求の訴えを提起した。その理由付けは多岐にわたり多彩であるが、本最高裁判決との関係では、次の点が重要である。(α) YはBらの委託を受けずに保証人になったのであるから、破産者との関係では、事後求償権は破産手続開始後に原因のある債権であり、破産債権ではないから、破産法67条1項の要件を満たさない。仮にそうでないとしても、(β) 破産法72条1項1号の類推適用により、相殺は許されるべきではない。

第一審裁判所は、大要、次のように説示して、相殺を有効とした。(α') 「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B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」。「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」。(β') 「保証債務を履行したことにより取得する事後求償権と、上記履行により代位行使が可能になる原債権とは別個の権利であるから、被告が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取得した事後求償権は、破産者Bらの破産手続開始後に取得し

---

2) 当事者目録を見る限り、原告となっている破産管財人は、X一人である。しかし、判決文では、「原告ら」と表記され、複数として扱われている。各破産者ごとに破産管財人を数えたものと思われる。本稿では、破産管財人となっている特定の弁護士を表すために「X」を用いるので、「Xら」ではなく「X」と表記する。

た他人の破産債権には当たらず、破産法72条1項1号の適用を受けない。また、同号にいう取得とは、将来の請求権の場合には、将来の請求権の現実化ではなく、現実化する前の将来の請求権を取得することをいうと解されるどころ、被告が将来の請求権としての事後求償権を取得したのは、破産者Bらの破産手続開始前の本件各保証契約の締結によってであると解すべきであるから、同号を準用又は類推適用することもできないというべきである。』。

控訴審は、次のように説示して、Yによる相殺を有効とした。(α)「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ずに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。」「(β) Xの「主たる債務者に知らせずに締結された保証契約に基づき、保証人が主たる債務者の破産手続開始後に弁済したことにより取得した事後求償権を自働債権とする相殺が許容されるとすれば、主たる債務者ないし破産管財人にそれについての予見可能性がないため、実務上重大な支障を生じ、不当である」との主張に対しては、次のように答えた：「しかしながら、以上に説示したとおり、破産法上は上記相殺も認められていると解すべきであって、上記のような支障が生じるおそれがあるとしても、そのことをもって別異に解することはできない。』。

Xが上告した（破産管財人の交替があり、訴訟承継が生じているが省略する）。

**【判旨】** 上告審は次のように判示して、原判決を破棄して、事件を原審に差し戻した。

(1) **破産債権性** 「保証人は、弁済をした場合、民法の規定に従って主たる債務者に対する求償権を取得するのであり（民法459条、462条）、このことは、保証が主たる債務者の委託を受けてされた場合と受けずにされた場合とで異なるところはない（以下、主たる債務者の委託を受けずに保証契約を締結した保証人を「無委託保証人」という。）。このように、無委託保証人が弁済をすれば、法律の規定に従って求償権が発生す

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ことによる求償権の破産債権性と相殺制限

る以上、保証人の弁済が破産手続開始後にされても、保証契約が主たる債務者の破産手続開始前に締結されていれば、当該求償権の発生の基礎となる保証関係は、その破産手続開始前に発生しているということが出来るから、当該求償権は、「破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権」(破産法2条5項)に当たるものというべきである。したがって、無委託保証人が主たる債務者の破産手続開始前に締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合において、保証人が主たる債務者である破産者に対して取得する求償権は、破産債権であると解するのが相当である。】。

(2) 相殺の可否 「ア 相殺は、互いに同種の債権を有する当事者間において、相対立する債権債務を簡易な方法によって決済し、もって両者の債権関係を円滑かつ公平に処理することを目的とする合理的な制度であって、相殺権を行使する債権者の立場からすれば、債務者の資力が不十分な場合においても、自己の債権について確実かつ十分な弁済を受けたと同様の利益を得ることが出来る点において、受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た機能を営むものである(最高裁昭和39年(オ)第155号同45年6月24日大法廷判決・民集24巻6号587頁参照)。上記のような相殺の担保的機能に対する破産債権者の期待を保護することは、通常、破産債権についての債権者間の公平・平等な扱いを基本原則とする破産制度の趣旨に反するものではないことから、破産法67条は、原則として、破産手続開始時において破産者に対して債務を負担する破産債権者による相殺を認め、同破産債権者が破産手続によることなく一般の破産債権者に優先して債権の回収を図り得ることとし、この点において、相殺権を別除権と同様に取り扱うこととしたものと解される。

他方、破産手続開始時において破産者に対して債務を負担する破産債権者による相殺であっても、破産債権についての債権者の公平・平等な扱いを基本原則とする破産手続の下においては、上記基本原則を没却するものとして、破産手続上許容し難いことがあり得ることから、破産法71条、72条がかかる場合の相殺を禁止したものと解され、同法72条1項1号は、かかる見地から、破産者に対して債務を負担する者が破産手続開始後に他人の破産債権を取得してする相殺を禁止したものである。

イ 破産者に対して債務を負担する者が、破産手続開始前に債務者である破産者の委託を受けて保証契約を締結し、同手続開始後に弁済をして求償権を取得した場合には、この求償権を自働債権とする相殺は、破産債権についての債権者の公平・平等な扱いを基本原則とする破産手続の下においても、他の破産債権者が容認すべきものであり、同相殺に対する期待は、破産法67条によって保護される合理的なものである。しかし、無

委託保証人が破産者の破産手続開始前に締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をして求償権を取得した場合についてみると、この求償権を自働債権とする相殺を認めることは、破産者の意思や法定の原因とは無関係に破産手続において優先的に取り扱われる債権が作出されることを認めるに等しいものといえることができ、この場合における相殺に対する期待を、委託を受けて保証契約を締結した場合と同様に解することは困難というべきである。

そして、無委託保証人が上記の求償権を自働債権としてする相殺は、破産手続開始後に、破産者の意思に基づくことなく破産手続上破産債権を行使する者が入れ替わった結果相殺適状が生ずる点において、破産者に対して債務を負担する者が、破産手続開始後に他人の債権を譲り受けて相殺適状を作出した上同債権を自働債権としてする相殺に類似し、破産債権についての債権者の公平・平等な扱いを基本原則とする破産手続上許容し難い点において、破産法72条1項1号が禁ずる相殺と異なるところはない。

そうすると、無委託保証人が主たる債務者の破産手続開始前に締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合において、保証人が取得する求償権を自働債権とし、主たる債務者である破産者が保証人に対して有する債権を受働債権とする相殺は、破産法72条1項1号の類推適用により許されないと解するのが相当である。」。

**補足意見** 須藤正彦裁判官と千葉勝美裁判官が補足意見を書いた。

**【研究】** 判旨に賛成する（ただし、破産債権性については別の考えも可能であるとの留保を付す）。

## 1 問題点

本件の問題は、従来あまり議論されておらず、本件の第一審及び原審の判決を除けば、公表された下級審先例もない。その状況の中で、本件の事案において、本判決が《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て取得した求償権による相殺は許されない》としたことは、重要である。その重要性は、何よりも、次の趣旨の実質的価値判断にある：無委託保証人のこの求償権による相殺を認めることは、「破産者の意思や法定の原因とは無関係に破産手続において優先的に取り扱われる債権が作出されること」を認めるに等しく、許容しがたい。それは、「主たる債務者に知らせずに締結された保証契約に基づき、保証人が主たる債務者の破産手続開始後に弁済したことにより取得した事後求償権を自働債権とする相殺が許されるとすれば、主たる債務者ない

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ことによる求償権の破産債権性と相殺制限

し破産管財人にそれについての予見可能性がないため、実務上重大な支障を生じ、不当である」との原告Xの主張を受け容れたものと見ることができる。もちろん、Xの主張では、求償権の発生基盤となる無委託保証契約が主債務者に知らされていないことが問題にされており、本判決では、「破産者の意思」と無関係であることが強調されており、微妙な違いがある。こうした違いは、本判決の実質価値判断の射程距離を見定める上で重要となろう。

そこで、本稿では、議論の対象を次のように広めに設定することにしよう：破産者の債務者又は債権者が、破産手続開始前に生じた破産者非関知原因（破産者の関知しない原因）により、破産手続開始後に破産者に対する債権を取得し又は債務を負担し、その債権をもって破産者に対して負っている債務と相殺すること、または、その債務と破産者に対する債権と相殺することは許されるか。

以下に紹介する先例も、広めに取り上げることにする。

## 2 先 例

[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。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ものと解するを相当とする。』。

この先例は、もし保証人が主債務者から委託を受けていなかったのであれば、本判決と同類型の事案についての先例となり、理由付けの点は別として、本判決と同じ結論をとった点で評価することができる。もし保証人が主債務者から委託を受けていたのであれば、保証委託契約に原因のある求償権による相殺を認めるべきであり、不当な判決と

いべきである。いずれの事案であったのかが明らかでない点が惜まれる。

[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る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。」。

この判決は正当なものであり、異論はなかろう。無委託保証人の求償権の原因が保証契約時ではなく代位弁済時にあると考えると、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、この判決の事案と同様な事案になり、相殺は許されないことになる。

[3] 最判平成10年4月14日・民集52巻3号813頁<sup>3)</sup>　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を和議条件により変更された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

3) 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）〕』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）135頁，河野玄逸＝曾我幸雄・金融法務事情1581号210頁，山本和彦・金融法務事情1556号67頁，秦光昭・NBL664号66頁，深谷格・法学教室219号130頁，梅善夫・私法判例リマークス1999年（上）152頁，吉田光碩・判例タイムズ986号132頁。

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ことによる求償権の破産債権性と相殺制限

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] 最判平成23年9月30日・金判1381号22頁　これは、消費者金融会社Aに対して過払利息金返還請求権を有する顧客Xが、この返還債務について併存的債務引受をした親会社Yに対して、過払利息金の返還を訴求した事案である。すなわち、消費者金融業を営む子会社Aの再編のためにその完全親会社が子会社との間で業務提携契約を締結し、その中で「子会社の顧客に対する過払利息返還債務を含む一切の債務について、親会社も連帯して債務を負い、親会社の内部的負担割合はゼロとする」旨の合意がなされた。この合意は第三者のための合意であることを前提にして、XがYからの勧誘に応じて貸出債権の債権者をAからYに変更することを申し出たことの中に受益の意思表示が認められるかが問題となった。最高裁は、次のように説示して、これを肯定した。

「XとYとは、本件切替契約の締結に当たり、Yが、Xとの関係において、本件取引1に係る債権を承継するにとどまらず、債務についても全て引き受ける旨を合意したと解するのが相当であり、この債務には、過払金等返還債務も含まれていると解される。したがって、Xが上記合意をしたことにより、論旨が指摘するような第三者のためにする契約の性質を有する本件債務引受条項について受益の意思表示もされると解することができる。』。

併存的債務引受については、これを第三者のための契約と見て、受益者である債権者の受益の意思表示が必要であると解すべきか否かについては、見解が分かれている。本稿との関係では、最高裁が必要説を前提にしたことが重要である。

### 3 検 討

#### (1) 相殺の可否

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とBにとって、通常は、相殺の簡易決済機能を利用することができるか否かの問題にすぎない。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、Bにとっては、相殺は、自己の債権を相手の債権から確実に回収する手段となり、相殺は担保的機能を有すると言われる。二人の者の間で相殺可能な債権が対立した時点で、お互いに自己の債権の満足のために、相手の債権の上に担保権になぞらえることのできる権利をもったということができる。この権利を「債権対立による担保的権利」あるいは単に「担保的権利」と呼ぶことにしよう。

一般に、各人は自己の財産を自由に管理処分することができる。Aの財産上に法定担保権以外の担保権を発生させるためには、Aの意思に基づく担保権設定行為が必要であり、A以外の者の意思に基づいてAの財産上に担保権が成立したとすれば、それはAの財産管理権の侵害である。ところが、債権対立による担保的権利は、Aの意思に基づくことなく、債権譲渡や弁済者代位の制度を通して、他人の意思に基づいて生ずることがある。このことは、受働債権について併存的債務引受がなされる場合と比較するとよくわかる。債務者と債務引受人の合意による併存的債務引受は、第三者のための契約と解され、判例は、債権者の受益の意思表示が必要であるとしていると解されるので（先例〔4〕参照）、債権者は自己の債権上に担保的権利が発生することをコントロールする機会を与えられている。ところが、債権譲渡や弁済者代位では、そのような機会は債務者に与えられていない（債権譲渡については、債務者は、譲渡禁止特約を付すことにより債権対立をコントロールすることができるが、目的に比して手段が過大である）。

Aの意思に基づくことなくAの有する債権上に担保的権利が成立することは、Aの財産管理の自由の一種の侵害であり、これによりAの財産管理の予測が害されることになるから、少ない方がよいとの主張を立てることができる。それを「財産管理権尊重論」と呼ぶことにしよう。Aの有する債権上に担保的権利がA以外の者の意思に基づいて成立することは、Aの財産状況が悪化する以前においては深刻な問題が生ずるわけではなく、債権譲渡や弁済者代位の制度がある以上、是認せざるを得ない。しかし、Aの財産状況が悪化した後の債権対立による担保的権利の成立は、簡単に是認することはできな

い。Aにとっては、相手方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が重要となるからである。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（有効な責任財産）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。

受働債権者について破産手続が開始された場合でも、相殺の担保的機能は承認されているが（破産法67条）、その濫用の防止及び債権者間の公平を確保するために、破産法71条・72条が一定の制限を課している。従来議論では、その制限は、破産者の相手方が有する相殺期待が合理的であるか否かの視点から論じられ、相手方の相殺期待が不合理な場合には相殺を許すべきではないという判断枠組みで相殺が制限されてきた（合理的相殺期待論）。しかし、本件において、無委託保証人である被告の相殺期待は、次のことを考慮すると、必ずしも不合理とは言えない：（ $\alpha$ ）将来発生する債権についての根保証であり、保証人は販売業者である債権者を通して間接的に主債務者に信用を供与したと評価することも可能であり、その信用供与により生ずる債権のために主債務者の保証人に対する債権上に担保的権利を得ることを期待することは不合理とは言えない；（ $\beta$ ）破産法72条1項によって阻止されるべき典型的な事例は、破産者の債務者が破産手続開始後に他の者から破産債権を安く買い入れて自己に対する破産財団所属債権と相殺して不当な利益を得ることであるが、本件の保証人は、保証債務履行額に見合った求償権を自働債権として相殺するのであり、相殺により不当な利益を得るわけではない。

合理的相殺期待論と財産管理権尊重論とは対立するものではなく、債権譲渡により担保的権利が成立する場合のように、両方の議論が妥当する場合もある。しかし、本件では財産管理権尊重論の方がよりよく妥当する。法廷意見では、破産債権者の「相殺に対する期待」の語も見られるが、「破産者の意思や法定の原因とは無関係に破産手続において優先的に取り扱われる債権が作出されること」は許されないとの説示は、財産管理権尊重論の視点からの論述とみてよい（千葉裁判官の補足意見には、この視点からのさらに明瞭な説示がある）。以上の利益衡量的判断により、本判決の相殺不許の判旨は支

持されるべきである。

ただ、自働債権である求償権を破産手続開始前に締結された保証契約に原因のある債権（将来の請求権）とした上で破産法72条1項1号を類推適用したことに意外性を感じざるを得ない。しかし、破産法の相殺制限の規律において受働債権を有する者の財産管理の利益が考慮されているとは言い難いこと、その利益を適切に考慮する必要があると新たに認識されるようになったのであるから、法の欠缺の解釈による補充であり、解釈論として許容範囲内というべきであろう。

## （2） 求償権の発生原因

破産債権は、「破産者に対し破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権」であることが必要である（破産法2条5項）。そこにいう原因は、債権の発生原因の全部である必要はなく、一部ないし基本的な部分で足りると解されている（一部具備説）。受託保証人の求償権については、控訴審判決は保証契約を発生原因と見るようであるが、保証契約に先立って保証委託契約が締結されるという通常の場合を前提にすると、保証委託契約が発生原因であるとするべきであろう。他方、無委託保証人の求償権については、それが事務管理による費用償還請求権の性質を有することを前提にして、どう解すべきかが問題となる。発生原因の候補となるのは、（ $\alpha$ ）保証契約と（ $\beta$ ）保証債務の履行としての代位弁済である。前者と見る見解を保証契約時説、後者と見る見解を代位弁済時説と呼ぶことにしよう。私は後者に与する<sup>4)</sup>。

（A）保証契約時説の論拠は、本判決に的確にまとめられている。保証契約時説を前提にすると、破産法72条1項1号に、破産者の財産管理権を害する相殺を抑制する機能も担わせる必要が生ずる。本判決は、この機能を果たさせるために、「債権者の公平・平等な扱い」の原則に依拠して、破産法72条1項1号を類推適用した（この法律構成を「公平原則説」呼ぶことにしよう）。相殺の可否に関する判旨(2)は、一般性の高い規範の判示と見るべきである。そこには、「特段の事情がない限り」の留保文言はない。しかし、そのことは例外を許さない原則であることを意味しないであろう（後述4(2)参照）。最終的には公平原則という抽象度の高い原則によって類推適用の可否を判断するのであるから、留保文言を付す必要はないと考えられたものと理解したい。

（B）代位弁済時説の論拠は次のようになろう。（ $\alpha$ ）一般に、ある者と他の者との

4) 栗田隆・前掲（注1）67頁以下。

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、指名債権については、譲渡人と譲受人間の合意だけではならず、対抗要件としての債務者に対する通知又は債務者の承諾が必要であり（民法467条1項。債権譲渡登記がなされた債権については、動産債権譲渡特例法4条2項参照<sup>5)</sup>、その対抗要件の具備があって、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ができるが、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。この段階では、受働債権から配当を得ることに利益を有する破産債権者は民法467条にいう第三者にあたり、債権の譲受人が破産手続開始後に相殺をするためには、同条2項の確定日付のある通知又は承諾が破産手続開始前になされていることが必要であると解すべきである）。（β）本判決では、債権者と無委託保証人との間で保証契約が締結されると、保証債務の履行を停止条件とする事後求償権（将来の事後求償権）が成立すると考えられている。しかし、債権譲渡の合意だけでは、債権の移転を債務者に主張することができず、債務者の破産手続においては無視されるのと同様に、債権者と無委託保証人との間で保証契約が締結されただけで将来の事後請求権が発生するとしても、それは債務者に主張できる筋合いのものではないはずであり、債務者の破産手続においては無視されるべきものであろう。破産法2条5項にいう債権発生「原因」は、破産者に主張することができる権利を発生させるのに足る原因と解すべきであり、破産者に内密になされた他人間の合意などは、それが破産者に対する法定債権を発生させる場合は別として、同項にいう「原因」とはなり得ないと考えるべきである。（γ）将来の事後求償権が保証債務履行前において債務者に対して主張することができるものになるためには、保証契約自体が債務者のための事務管理に当たると評価されることが必要である。その評価ができない場合には、保証債務の履行としての代位弁済が事務管理になり、事後求償権の発生の時点で初めて破産者に主

5) 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。

張できる権利となる<sup>6)</sup>。したがってまた、この場合には、保証契約は、72条2項2号・3号にいう原因にもなり得ない。(δ) 無委託保証契約の締結自体は債務者のための事務管理と見ることができない場合に、主債務者の破産手続開始後に代位弁済をした保証人の求償権は破産債権でないことになるが、それにより不当な結果が生ずることはなく、また生じうるとしても、関係する規定の解釈により回避することができる。(δ1) 保証人は、代位取得した原債権を相殺のために用いることはできないが、配当を得るために破産債権として行使することができ、これにより求償権の回収を部分的に図ることができる。(δ2) 代位弁済前に主債権者が破産手続に参加しない場合には、破産法103条3項の類推適用により、無委託保証人は、代位弁済により取得することが予定されている原債権をもって破産手続に参加することができると思えばよい。(δ3) 代位弁済により生ずる求償権の内容・属性は弁済された原債権の内容・属性を考慮して決定されるべきであり、原債権が破産手続進行中に手続外での権利行使を制約されるのであれば、求償権もその制約に服し、原債権が免責決定の効力を受けるのであれば、求償権もその効力を受けると解することができる。

両者の比較 無委託保証人が破産手続開始後に代位弁済をしたことによる求償権に付与されるべき法的規律については、代位弁済時説と本判決の採る保証契約時説との間でほとんど差異はない(104条3項との関係で若干の差異が生ずるが重要ではない)。本判決の採る保証契約時説との違いは、説明の違いであろう。代位弁済時説は、破産債権の原因といっても破産者との関係で意味のある原因でなければならず、債権者と無委託保証人との間の契約は、主債務者の関与なしに(時には秘密裏に)なされるものであり、破産者との関係で意味のあるものと考えすることはできないから破産債権の原因にならないと主張する。この最後の点について、本判決は、主債務者の関与はなくても、「法律の規定に従って求償権が発生する」から保証契約は破産者との関係でも意味のある原因ととらえ<sup>7)</sup>、その上で、破産法72条1項1号の文言からは離れることになるが、公平原

6) 無委託保証契約が事務管理に該当しない場合に、無委託保証契約の締結を債務者に通知(民法699条参照)することにより将来の事後求償権を債務者に主張することができるとしてよいかも問題になる。しかし、無委託保証契約の締結自体が債務者のための事務管理と評価できない場合に、その通知をしたからといって、その無委託保証契約が事務管理に転化するわけではなく、民法702条の費用償還請求権は発生していないのであるから、将来の事後求償権を債務者に主張できるものとする必要もなからう。

7) 求償権の原因として遡ることができるのは、ここまでであろう。例えば、Aのノ

則に基づき同項の類推適用を認めた。同号の類推適用が可能であることを前提にすれば、この説明も受け容れ可能である。

したがって、両説のうちで、政策的考慮により確定される結論を簡明に説明することのできるのはいずれの説かが問題となる（その判定に際しては、政策的考慮が法律構成に適切に反映されているか、類推適用による説明が少ないかが重視されよう）。保証契約時説では、類推適用による説明が必要となるのは、現在のところ、72条1項1号である。将来、破産手続開始前の危機時期に代位弁済がなされた場合について、72条1項2号以下・2項2号・3号の適用関係が問題となろうが、どのような結論がとられるべきかが確定していない。この問題について、公平原則説を伴う保証契約時説は、柔軟な解決が可能になるという利点と、結論が曖昧であるとの欠点を併せ持った状態にあるといえることができる。他方、代位弁済時説は、この問題について考慮されるべき要因をその説明の中に取り込んでおり、無委託保証契約が主債務者のための事務管理と評価できない場合にはその保証契約は破産法72条2項2号・3号の原因になり得ないとの結論は明確である。しかし、その結論の正当性がもし否定されれば、この説は放棄せざるを得ないであろう。相殺以外の場面では、代位弁済時説も、破産手続開始後における無委託保証人の代位弁済による求償権を代位取得された原債権との組合せにより破産債権と同様に扱っているが、同様な処理は、破産手続開始後に保証人でない第三者が代位弁済した場合の求償権についても必要になることであり（先例〔2〕の事案を参照）、異例のことではない。

#### 4 本判決の射程距離

本件判旨のうち、無委託保証人の求償権の原因を保証契約時にあるとする点については、特に射程距離を問題にする必要はなからう。射程距離が問題になるのは、破産法72条1項1号の類推適用の点である。

(1) 本件では、Y銀行（保証人）が顧客A（破産者への商品納入業者）に対し、「販売先には、Yが保証をしていることは分かりません」などと告げて保証取引の勧誘を

---

↳債権者Bのために、Bの債権者CとDとの間で、DがBのAに対する債権について無委託保証人になる旨の契約（第三者Bのための契約）が締結され、その後Bが受益の意思表示をしたとしよう。DのAに対する事後求償権の原因の成立時点は、CD間の契約締結の時点か、それともBの受益の意思表示によりDがBに対して保証債務を負った時点かと問えば、後者とすべきであろう。

し、各破産者は本件各保証契約の存在を知ることすらできなかったという事情がある(第一審において原告がそのように主張し、被告から反論がない)。したがって、主債務者が無委託保証契約の存在を知らされていた場合は、本件判旨の直接の対象ではなく、本件判旨の射程範囲内に入るかが問題となる。判旨は「破産者の意思」や「法定の原因」を問題にしているが、破産者(主債務者)の知・不知は問題にしていない。債権対立による担保的権利の成立について受働債権者(主債務者)の財産管理権を尊重すべきであるとの立場からすれば、破産手続開始前に受働債権者が無委託保証契約の締結及び自働債権(求償権)の将来の発生の可能性を知らされていただけでは不十分と言うべきである。この考えは、もし保証人が求償権による相殺の期待を確実にしたいのであれば、彼は、主債務者の委託を受けて保証人になるべきことを意味するが、それは政策的に見て不合理ではない。保証委託契約を締結することにより、主債務者自身も自己の置かれている状況を正確に把握することができ、将来の法律関係の予測可能性が高まるからである。これによって無委託保証制度が機能不全に陥ることもないであろう。無委託保証人は、保証債務履行後に求償権又は代位取得した原債権を行使して自己の出捐を回復することができるのであり、それを前提に合理的計算をして無委託保証契約を締結することができるからである。

(2) もっとも、限界的な事例として、無委託保証契約の締結自体が主債務者との関係で事務管理と評価できる場合もあろう(例えば、破産法72条2項2号・3号所定の時期に保証契約が締結された場合に、保証契約が締結されないと主債務者に対する商品供給が停止されたり債権者がただちに担保権を実行して主債務者の経済活動が破綻するようなときで、保証契約が締結されることを主債務者が容認あるいは希望しているが、保証委託契約の締結があったとまでは言えないときがこれに当たると考えられる)。この場合には、その無委託保証契約による求償権は事務管理による求償権(民法702条)に該当し、契約締結の時点で本件判旨にいう「法定の原因」があると考えてよいと思われる(それが破産法72条2項1号の「法定の原因」と評価されるかは、別個の問題となろう)。

(3) 無委託保証人以外の者の求償権についてはどうであろうか。それは、判旨(2)イの中の「破産者の意思や法定の原因とは無関係に破産手続において優先的に取り扱われる債権が作出される」の部分、あるいは「破産手続開始後に、破産者の意思に基づくことなく破産手続上破産債権を行使する者が入れ替わった結果相殺適状が生ずる点において」の部分における「破産者の意思」や「法定の原因」をどのように理解するかの問題となる。

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ことによる求償権の破産債権性と相殺制限

(a) 委託を受けない物上保証人の求償権（民法351条・462条）にも本件判旨は及ぶとしてよい。

(b) 連帯債務者間の求償権 連帯債務関係が破産者を含む当事者の意思に基づいて生ずる場合には、破産者は求償関係を含めて連帯債務関係を発生させたとしてよく、本件判旨を及ぼすべきではない。

(b) 共同不法行為による不真正連帯債務者については、その相互間で求償権を認めるべきかの問題はあるが、求償権が認められる場合には、本件判旨を及ぼすべきかが問題となる。共同不法行為による連帯債務関係は債務者（加害者）の意思に基づくものではないが、彼の行為を一つの要素として生ずるものであり、かつ、自己の共同不法行為者が誰であるかは通常は認識可能であると思われる。この限定を付して、判決文中の「破産者の意思」は「破産者の行為」に拡張してよいと思われる。この場合にも判旨は及ばないとしてよいであろう。

(c) 共同保証人間の求償権（民法465条1項） 複数の保証人が共同して（相互に連絡をとって同時に）連帯保証人になり、その内の一人が保証債務を履行し、主債務者から求償を得ることができないため他の保証人に求償する場合についても、「破産者の意思に基づくことなく」に該当しないから、本件判旨は及ばないとしてよい。

(c) ある者Aが連帯保証人になった後に他の者Bが連帯保証債務についてAと併存的債務引受契約をする形で連帯保証人になり、債権者が受益の意思表示をした場合には、AとBのいずれが破産者になっても、他方が破産手続開始後に債権者に弁済したことによる求償権は、併存的債務引受契約中の破産者の意思に基づくものと評価されるから、本件判旨は適用されないとしてよい。

(c) AとBとが独立して連帯保証人になった場合はどうか。最も判断しやすい事例としては、次の場合を挙げることができる：Aが連帯保証人になった後に同一の被保証債権についてBが債権者との契約により連帯保証人になり、Aの破産手続開始後に保証債務を履行してAに対して求償権を取得するのであるが、Bが連帯保証人になったことをAが破産手続開始時まで知らずにいた場合。この場合の求償権はAの意思に基づくとは言えず、かつ、AはBの自己に対する求償権による相殺を予期できないのであるから、本件判旨は及ぶとすべきである。

(4) 本判決の判旨が、民事再生事件（民再法93条の2第1項1号）及び会社更生事件（会更法49条の2第1項1号）に及ぶことに問題はなかろう。むしろ、再建型の手続に

においてこそ、再生債務者が予定した再建資金確保のために本件判旨を及ぼす必要がある。

ここで、連帯債務者間の求償権に関する先例〔3〕との関係を検討しておこう。民事再生手続においては、再生計画の履行を確実にするために、債権届出期間満了までに相殺の意思表示をすることが必要とされ、その前提として相殺適状の発生が要求されている（民再法92条1項）。例えば、債権届出期間満了前に、再生債務者と共に連帯債務を負う者が債権者に弁済をして、これにより取得した求償権をもって相殺の意思表示をする場合には、求償権全額との相殺が許される（本件判旨は及ばない。前述(3)(b)参照）。他方、届出期間満了後に相殺の意思表示をする場合には、求償権全額との相殺は許されず、再生計画によって変更された求償権との相殺しか許されない。また、弁済をした連帯債務者は求償権の確保のために原債権を代位取得するので（民法500条・501条）、（再生計画によって変更される前の）求償権の満足に必要な範囲で、再生計画によって変更された原債権を自働債権にして相殺することが許される（先例〔3〕（ $\beta$ ）の定式化とやや異なるが、実質は同じである）。先例〔3〕は、民事再生法の前身である和議法の時代の先例である。同法は、民再法92条1項に相当する規定を有していなかった。先例〔3〕は、同規定がある場合と同等の結果を実現するための苦心の作である。先例〔3〕の判旨のうち和議開始決定後の弁済に関する部分は、民再法92条1項が基準時として採用している再生債権届出期間満了時を和議開始決定時にしており、今から見れば、必要以上に相殺を制限している。その点を補正して読む必要がある（「和議開始決定後の弁済」は、「再生債権の届出期間満了後の弁済」に置き換えられるべきである）。連帯債務者の一人について再生手続が開始された後に他の連帯債務者が債権者に弁済したことにより取得する再生債務者に対する求償権による相殺は、民再法92条1項の制限は受けるが、本件判旨の射程範囲外であり、再生法92条の2第1項1号は類推適用されるべきでない。そのことと先例〔3〕（の補正後の判旨（ $\beta$ ））と抵触するものではない。

(5) 無委託保証人による保証債務の履行時期が主債務者の破産手続開始前である場合には、破産法72条1項1号の適用はなく、2号以下及び2項の適用が問題になりうる。保証債務の履行による事後求償権取得の時期が1項2号以下に該当する場合に、どのような判断がなされるかは、本判決から容易に推測することはできない。破産財団に属する債権に担保的権利が成立することについての破産者のコントロール権は尊重されるべきであるとの議論は、この場合にも妥当させてよいと思われるが、他方で、本判決により無委託保証人の求償権の原因は保証契約の時にあるとされたことの趣旨もふまえて、無委託保証

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ことによる求償権の破産債権性と相殺制限

制度の機能をどの程度に生かすべきかも重要な視点となるからである。本判決が保証契約時説＋公平原則説をとったのは、当面の判断対象を、破産手続開始後の代位弁済により現実化する事後求償権による相殺の可否に限定しようとした趣旨と見ることができる。本判決は、危機発生後・破産手続開始前の代位弁済による求償権をもってする相殺の許容性については、判断を留保しているとみるべきである（前述3(2)「両者の比較」参照）。

## 5 関連問題

破産法72条1項1号を破産者とその債務者との間で直接生じた債権のうちの一定範囲のものにも類推適用しようとする見解は、本判決以前からあるが、深い議論が戦わされているとは言い難い。ただ、本判決が無委託保証人の事後求償権——破産手続開始前に原因があると明示された破産債権——について詳細な理由を付して類推適用を認めたことに刺激されて、今後、議論が深まるものと予想される。従来文献において類推適用が言われていたもの<sup>8)</sup>、あるいは、旧破産法98条（現67条1項）の解釈として破産宣告後に発生した破産債権による相殺は許されないとの見解の下に自働債権になりえないとされていたものは<sup>9)</sup>、現破産法97条1号から4号（いずれも劣後的破産債権）を除くと、次のものである。

- a. 双方未履行の双務契約が破産管財人により解除された場合の相手方の損害賠償請求権（現54条1項，旧60条1項）
- b. 市場の相場のある商品の定期取引が一方の当事者の破産手続開始により当然に解除されたとみなされる場合の差額清算金請求権（条文上は損害賠償請求権）（現58条2項・3項，旧61条1項・2項）
- c. 交互計算が一方の当事者の破産手続開始により当然終了した場合の相手方の残額請求権（現59条2項）
- d. 為替手形の振出人について破産手続が開始された場合に善意で手形を引き受けた者の求償権等（現60条，旧57条）

8) 伊藤眞ほか『条解破産法』（弘文堂，平成22年）531頁・532頁注1。

9) 斎藤秀夫ほか編『注解破産法（第3版）上巻』（青林書院，平成10年）721頁（斎藤秀夫）。旧法下の文献であり、本文のリストにおいて旧規定が挙げられているものが類推適用の対象になると述べる。なお、同所では、「破産宣告時に相殺適状にある場合に限り」相殺権を行使することができるとの帰結が旧98条から引き出されているが、旧99条（現67条2項）の存在を考慮すれば、その解釈は無理であり、「破産宣告時に存在している場合に限り」の趣旨に善解すべきであろう。

- e. 委任者について破産手続が開始された後に受任者がそれを知らずに受任事務を処理したことによる債権（費用・報酬請求権）（旧65条（現57条））
- f. 詐害行為が否認された場合に悪意の受益者がした給付により生じた利益が破産財団中に現存しない場合の反対給付の価額の償還請求権等（現168条2項2号・3号，旧78条2項）。

しかし、dとeの破産債権は、破産手続開始後に現実には発生するとはいえ、その原因は破産手続開始前の委任契約やその一種である支払委託契約にあり、これに破産法72条1項1号を類推適用するのは妥当ではない<sup>10)</sup>。

また、オーストリー倒産法<sup>11)</sup> 20条1項1文は、日本破産法71条1項1号及び72条1項1号を一まとめにした規定であるが、次のように規定している：「破産債権者が破産開始後にはじめて破産財団の債務者になった場合、又は破産者に対する債権が破産開始後に初めて取得された場合には、相殺は許されない」。日本破産法72条1項1号と比較すると、破産手続開始後に取得される破産債権が「他人の破産債権」の場合に限定されていない点で日本法よりも適用範囲が広い。しかし、オーストリー倒産法20条3項は、「破産開始後に第21条から第25条までに基づいて生ずる請求権又は第41条第2項により復活する請求権は、相殺されることができると規定している、そのうちの21条は日本破産法53条・54条1項（54条2項に相当する規定はない）に、22条は日本破産法58条1項・2項におおむね相当する規定である。そして、ある注釈書は、双方未履行契約が破産管財人によって履行されない場合に相手方が取得する損害賠償請求権を自働債権とする相殺が20条3項によって許されることについて、次のように述べている：「破産者の相手方に属する履行請求権に代えて、彼に損害賠償請求権が破産債権として認められている。この損害賠償請求権は、破産手続開始（及び破産管財人の相応の意思表示）を（法定）条件にして、破産開始前に成立したものであるので、相殺はすでに19条2項

10) 詳しくは、栗田隆「破産法57条・60条の破産債権と相殺制限」関西大学法学論集 61巻4号（2011年）89頁以下参照。

11) 1914年「破産法」が2010年の改正で「倒産法」に改名された。また、従前の「破産者」が「債務者」に改められているため、わかりにくい面もある。本文で試訳したのは、改正前の条文である。同法については、村松和徳編著『オーストリア倒産法』（岡山大学出版会、2010年）がある。試訳にあたって参考にした。なお、同書44頁で、「本条第3項は、わが国でいういわゆる財団債権をもってする相殺について定めたものといえる。」と述べられているが、私の理解はこれと異なる（「財団債権」ではなく、「破産債権」である）。

[日本破産法67条2項に相当] に従って許されるであろうものである<sup>12)13)</sup>。

同様な論理は日本法にも妥当しよう。前記 a から e の破産債権については、「破産手続開始後に生じたものであるから72条1項1号を類推適用すべきである」と言うことは難しい。そして、日本破産法72条1項1号は、「破産手続開始後に他人の破産債権を取得したとき」と規定している。その文言からは、破産法54条1項等の規定により破産債権とされている債権は、現実の債権となるのは破産手続開始後であっても、その原因は基本的に破産手続開始前にあるものであるから、その債権が破産手続開始後に取得された（現実化した）ものであることを理由にその債権による相殺を禁ずる必要はないとの判断を読み取ることができる。そして、実際にも、a から e の債権の発生原因は、破産手続開始前に破産者と相手方との間の直接の法律関係（双務契約や委任契約等）にあると見ることができる。したがって、これらの破産債権には、破産法72条1項1号は類推適用されないと考えたい（f については、別途検討が必要である）。

---

12) Konecny & Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (Manz, 1998) § 20 Rz 66 ([ ] 内は、栗田の注である)。同様な説明は、Bartsch, Pollak & Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht Bd. 1 (Springer, 14. Aufl., 2000) S.307 (§ 20 Rz 34) にも見られ、そこでは次の説明も付加されている：賠償請求権による「相殺の許容は、ともあれ、それが破産管財人の法的行為により発生するものであり、それゆえ20条1項が阻止しようとする濫用の危険が存在しないことによって正当化される」。

13) ドイツ法については、履行期未到来債権・停止条件付債権に係る相殺の規律に関して、現行倒産法の規定（95条1項）が日本法のそれ（67条2項）と異なるので、それを参考にするのは難しい。日本法と同様の規定を置いていたドイツ旧破産法は、オーストリー倒産法20条3項に相当する規定を有せず、双方未履行契約について破産管財人が履行を選択しなかった場合の相手方の損害賠償請求権による相殺について見解は分かれていたが、手許にあるコンメンタールから知ることができる範囲内では、オーストリー法20条3項の根拠付けに見られたのと同様の論理により相殺を肯定する見解も有力であったとすることができる。Vgl. Mentzel, Kuhn & Uhlenbruck, Konkursordnung, 9. Aufl. (Vahlen, 1979) S. 461 (Rz 6): Münchner Kommentar, Insolvenzordnung, Bd. 1, 2. Aufl., 2007, S. 2381f. (後者は現行法のコンメンタールであるが、旧法に関する記述がある)。