

破産手続における不足額責任主義の拡張

栗 田 隆

目 次

- 1 はじめに
- 2 不足額主義
 - 2.1 日本法の流れ
 - 2.2 学説と判例
- 3 不足額主義の拡張
 - 3.1 破産債権者が破産債権に関連する担保権を自ら行使することができる場合
 - 3.2 破産債権者が破産債権に関連する担保権を自ら行使することができない場合
- 4 ま と め

1 はじめに

別除権 抵当権を代表とする物的担保権には、担保財産を換価する権能（換価権）と換価金から優先弁済を受ける権能（優先弁済受領権、略して、優先弁済権）が認められている。担保制度の機能を発揮させるためには、担保財産の帰属主体について破産手続が開始された場合でも、優先弁済受領権は承認しなければならない。換価権能は、これを破産管財人に付与する余地もあるが、破産法は、破産管財人の職務負担を軽減し、担保権者が迅速に換価金から満足を受けることができるようにするために、担保権者に別除権（破産法2条9項）、すなわち、「破産財団に属する財産上の担保権（特別の先取特権・質権・抵当権）を破産手続外で行使して、当該財産（担保財産）から優先的弁済を受ける権利」を認めた¹⁾。概念内容を減らして、「担保権を破産手続外で行使す

1) ドイツでは、普通法時代に、特定の財産上の担保権に優先する債権が存在していたためあって、担保権者も破産手続に取り込まれ、別除権（担保権を破産手続外で行使する権利）は否定されていた。しかし、1877年破産法は、本文に述べた

ることができる権利」あるいは「破産財団に属する担保財産から優先的満足（別除的満足）を受ける権利」ということもできる。別除権は、担保権そのものからは区別され、「別除権が認められている担保権（破産手続外で行使することのできる担保権）」あるいは「別除権（別除的満足を受ける権利）の基礎となる担保権」は、「別除権に係る担保権」という（同法108条1項参照）。本稿においては、「担保権」の語は、「別除権が認められている担保権」を指すものとして用い、主として抵当権を念頭において議論する。

不足額責任主義 S（債務者）がB（債権者）から1000万円の融資を受けるにあたり、Bに対して負う貸金債務の担保のために、自己の不動産に抵当権を設定したとしよう。その後Sについて破産手続が開始された場合に、別除権者Bは、抵当権を破産手続外で行使することができるとともに（破産法65条1項）、破産手続にも参加することができる（同法111条1項・2項）。しかし、彼が抵当権を実行して、例えば500万円を回収した場合に、破産手続開始当時の債権額1000万円を基準にして配当を受けることは、他の破産債権者との公平を欠くと考えられる。そこで、別除権者と一般の破産債権者との公平を図るために、別除権者は、担保権を実行して回収できなかった金額（不足額）についてのみ破産債権者として権利を行使することができる（同法108条1項）。例えば、前記の例では、Bは、不足額の500万円を基準にして配当を受けることができるだけである。このような規律を「不足額責任主義」といい、略して「不足額主義」という。そして破産法は、不足額主義を実現するための手続規定として、別除権者の配当受領の要件を加重する規定を置いている（最後配当の場合について198条3項、中間配当の場合について210条1項）。

限定説と例示説 破産法108条1項の定める不足額主義は、その要件に関する文言に忠実に従えば、別除権者が被担保債権を破産債権として行使する場合に限って適用される。別除権者が被担保債権とは異なる債権を破産債権として行使する場合には、たとえそれが被担保債権と関連性を有するものであって

↘ような理由等により、別除権を肯定した。栗田隆「ドイツ普通法の破産訴訟について」『阪大法学』39巻3=4合併号（平成2年）529頁・542頁以下参照。

も、適用されない。そのように解する立場は、《破産法108条1項は、不足額主義の適用範囲を限定的に定めた規定である》と見る立場であり、これを限定説（あるいは拡張否定説）と呼ぶことにしよう。しかし、不足額主義は、別除権者と一般債権者との公平を確保しようとする規定であるとすれば、不足額主義が適用されるべき場合は、他にもありえるはずであり、《同号は、不足額主義が適用されるべき典型的な場合を例示したにすぎず、破産財団所属財産上の担保権から利益を得る破産債権者とそうでない破産債権者との公平を確保する必要がある場合には、同項の類推適用も許される》との解釈も可能であろう。そのように考える立場を例示説（あるいは拡張肯定説）と呼ぶことにしよう。あまり議論されていない問題であり、上記の2つの見解の対立も、現に存在する対立というよりも、議論を深めれば生ずるであろうと想定される対立である。破産法108条1項の不足額主義の拡張の必要性が感じられるのは、多くは保証が関係する場合であり、この場合について、議論が少しずつ始まっている。

若干の用語について 以下では、BのSに対する債権をCが保証する場合に、(α) Sを「主債務者」と呼ぶことに対応して、Bを「主債権者」と呼び、(β) CのSに対する求償権と区別する意味も込めて、BのSに対する債権を「主債権」ということにする。なお、Cが主債権を代位取得した場合に、しばしば、「主債権」は「原債権」と呼ばれ、「主債権者」は「原債権者」と呼ばれる。この用語も適宜に用いることにする。

一般に、法解釈によりある規定をその規定で定められている要件に該当しない場合に用いるとき、「適用」とは言わずに「類推適用」という。「不足額主義」の語を破産法108条1項で定められた制度の意味で用いると、同条1項所定の場合については「適用」といい、同条2項の場合には「準用」といい、それ以外の場合については、「類推適用」と言うべきことになる。しかし、そのような区別立てをしていると、議論がしにくくなる。本稿では、「不足額主義」の語をもっと一般的な意味で用いることにしよう。すなわち、「破産者の特定の財産上に設定されている担保権が実行されることにより、当該特定財産（担保財産）が特定の破産債権またはこれと密接に関連する債権の満足に優先的に

破産手続における不足額責任主義の拡張

用いられ、その結果、破産債権の金額が減少することになる場合に、担保財産を除く破産財団は、当該特定の破産債権への比例的満足について、担保財産からの支払後も残存する金額（不足額）を基準にした配当額以上の負担を実質的に負うことがないようにすべきであるとの建前」の意味で用いることにし、この意味に拡張された不足額主義の適用を問題にすることにしよう。破産法108条1項・2項前段は、この意味での不足額主義に包摂される（しかし、同条2項後段は包摂されない）。当該特定の破産債権が被担保債権でない場合も包摂される。さらに、当該特定の破産債権を有する者と担保権者とが別人である場合（例えば、主債権者が破産債権者で、保証人が求償権について担保権を有する場合）も包摂されうる（そのように広く定義したつもりである）。

本稿の目的 このように広く定義された不足額主義の適用範囲をどのように設定し、法的効果を具体的にどのように定めるかを論ずることが本稿の目的である。

課題A（破産債権者が破産債権に関連する担保権を自ら行使することができる場合）

設例A1（求償権と原債権の担保権） SがBに対する1000万円の債務の担保のために自己の600万円の財産上に担保権を設定し、その後にCがSの委託を受けることなくBのSに対する主債権を保証し、Cが保証債務を全部履行した後でSについて破産手続が開始された場合を考えてみよう。保証人Cは、代位弁済により、主債務者Sに対して求償権を取得するとともに、求償権の確保のために主債権及び担保権を取得する（民法500条・501条）。CがSの破産手続に求償権を破産債権にして参加するときに、不足額主義の適用はあるのか。すなわち、（ α ）破産債権は求償権であり、被担保債権は主債権であり、両者は異なるから不足額主義の適用はなく、Cは、担保権を実行して主債権を600万円回収するとともに、破産手続開始時の求償権額1000万円を基準にして配当を受けると考えるべきなのか、それとも、（ β ）代位取得された主債権は求償権を確保するためにあるのであるから、実質的に見れば、破産手続開始後に担保権の実行により破産財団所属財産から破産債権（求償権）の優先的弁済を得

たことになり、したがって不足額主義の適用が肯定されるべきであり、Cは不足額の400万円を基準にして配当を受け得るにとどまると解すべきなのか。

設例A2（保証債権と主債権の物上保証） BのAに対する主債権について、SがAの委託を受けて保証人になるとともに、自己の財産上に主債権を被担保債権とする担保権を設定した場合を考えてみよう。主債務者Aが債務不履行に陥った後で、保証人Sについて破産手続が開始された場合に、主債権者Bが担保権を実行して主債権の回収を図るとともに、Sの破産手続に保証債権を破産債権として参加するときに、不足額主義の適用はあるのか。すなわち、破産手続開始時の保証債権額1000万円を基準にして配当を受けるのか、それとも、破産手続開始後の担保権の実行により主債権が400万円に減少したことを考慮して、保証債権についても400万円を基準にして配当を受けるのか。

他にもいくつかの設例が問題になりうるが、それは本論で議論することにしよう。上記の設例に共通することは、被担保債権とは異なるがこれと関連する債権を担保権者自身が破産債権として行使していることである。次のことが問題になる：破産法108条1項は、被担保債権自体が破産債権として行使される場合にのみ適用されるのか（本稿では、「この場合にのみ適用される」は、「他の場合に類推適用されることはない」を含意するものとする）；それとも、同一でなくても密接な関連性があれば類推適用されるのか、どの程度の関連性があれば類推適用されるのか。次の課題Bで取り上げる設例と比較すると、比較的単純な問題類型である。

課題B（破産債権者が破産債権に関連する担保権を自ら行使することはできない場合）

設例B1 SがBから1000万円の融資を受けるにあたり、SがCに保証人になることを依頼し、Cが求償権の担保のためにSの不動産上に抵当権が設定されることを条件にこれを引き受け、この保証委託契約に従ってCがBと保証契約を締結し、BがSに融資を実行したとしよう。その後主債務者Sについて破産手続が開始された場合に、主債権者Bには、次の2つの選択肢がある。一つは、(a) Sの破産手続に参加して配当を受け（破産法104条1項）、不足

額を保証人Cに請求することである（以下「ケース1」という）²⁾。もう一つは、(β) Sの破産手続に参加することなく、Cに保証債務の履行を請求することである。この場合には、(β1) Cは、保証債務履行前であっても、将来の求償権を有する者としてSの破産手続に参加することができる（同法104条3項本文）（以下「ケース2」という）³⁾；ただし、Cが実際に配当を受け取るためには、最後配当に関する除斥期間の満了前に保証債務を履行し、事後求償権を現在の債権にしておくことが必要である（同法198条2項）。また、(β2) Cは、保証債務を履行した後で、求償権ではなく、代位取得した原債権（主債権）を破産債権として行使することもできる（以下「ケース3」という）。

問題点 CのSに対する求償権のためにSの財産上に抵当権が設定されているのであるから、ケース2の場合に、Cの求償権に不足額主義が適用されることに問題はない。では、保証人Cの求償権のために抵当権が設定されていることを理由に、Bの主債権に不足額主義を適用することは可能であろうか。これについては、誰が主債権を破産債権として行使するかから、Cの代位弁済前にB自身が行使する場合（ケース1）と、代位弁済により主債権を取得したCが行使する場合（ケース3）とに分けておく必要がある。

ケース2とケース3においては、Cは求償権を回収しようとしているのであり、実質的な差異はないから、いずれの場合にも不足額主義を適用してよいようにも思える。しかし、そうなると、主債権を行使するのがCではなくBであるケース1においても不足額主義を適用しないと首尾一貫しなくなるであろう。ところが、ケース1において、Bは、Cの抵当権を自ら実行して自己の債権の

2) この場合に、Cは、保証債務履行後に現実化する求償権を抵当権の実行により回収することになるが、その不足額についてSの破産手続に参加することができない（破産法104条3項ただし書）。

3) Cが保証債務履行前に破産手続に参加する場合に、Cは受託保証人であるので、事前求償権（民法460条1号）を現在の請求権として届け出することもできるが、ここでは、事後求償権を届け出のものとしよう。事前求償権の行使については、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（平成22年）45頁以下参照。

満身に充てることができるわけではなく、また、Cから適時に保証債務の履行を受けるとは限らないのであるから、不足額主義を適用するといっても、不足額を証明させる方法でこれを適用することはできない。また、抵当権の被担保債権はCの求償権であり、破産債権として行使されるのは現にBに帰属している主債権であるから、解釈論としては、この場合には不足額主義の適用はないとするのが素直な結論であろう。この結論を是認すると、ケース3においても、Cが行使する主債権に不足額主義を適用することはできないというのが素直な結論になりそうであるが、それでは、ケース2とバランスを欠くことになる。この逡巡をどのように解決すべきかが、第2の課題である。

ケース1とケース2を具体例で示して、問題点をもう少し明らかにしておこう（なお、説明の便宜のために、ここでは、利息や遅延損害金は無視しうるものとし、また、破産管財人が自ら抵当不動産の競売を申し立てることはないものとする）。

- ケース 1 BがSの破産手続に参加して300万円の配当を受け（3割配当）、その後Cに対して保証債務の履行を求め、700万円の弁済を受けたとする。Cが抵当権を実行し、求償権について500万円の満足を受けたとする³⁾。破産者の財産からの支出額は、一般財産からの300万円と抵当不動産からの500万円の合計額800万円である。Cの負担額（損失額）は、200万円である。
- ケース 2 では、BがSの破産手続に参加せずに、Cに保証債務の履行を求め、Cがその全額を履行した後でSの破産手続に参加する場合は、どうなるか。Cは、求償権1000万円を破産債権として届け出ることができるが（破産法111条1項・2項）、この破産債権について抵当権が存在するため、抵当権の実行により回収することができない金額（不足額）についてのみ、権利を行使することができる（同法108条1項本文）。したがって、抵当権の実行により500万円の満足を受ければ、残額の500万円を基準にして配当を受けることになる。Bの主債権額が破産債権全体に

破産手続における不足額責任主義の拡張

占める比重が十分に小さければ、BがSの破産手続に参加した場合と同様に3割程度の配当であると仮定してよく、そうなると、配当金額は150万円ほどである。破産者の財産からの支出額は、一般財産からの150万円ほどと抵当不動産からの500万円の合計額650万円ほどである。Cの負担額（損失額）は、保証債務履行額1000万円から650万円ほどを控除した350万円ほどである。

上記の結果の差異をどのように評価するかが問題となる。(α) いずれも、BやCに許容された自由な行動の結果であり、是認されると考えれば（そして、ケース3を無視して言えば）、Cにとっては、Bを説得してBに主債権全額を破産債権として行使させることが賢明な選択となる。また、保証人が主債権者の関連会社（典型的には、子会社あるいは親会社）であるような場合には、主債権者も保証人からのこの説得に応ずることになる。(β) 他方で、主債権は、債務者の財産上に設定された抵当権の被担保債権でないとしても、抵当不動産の換価金は保証人の求償権を介して結果的に主債権の弁済に充てられることを考慮すると、何らかの形で不足額主義を適用して、破産財団の負担を軽減すべきであると考えられることもできる。

2 不足額主義

2.1 日本法の流れ

議論の準備として日本法における不足額主義の流れを一瞥しておこう⁴⁾。

民法394条1項は、直接には抵当権に関する規定であるが、同項における「抵当権」を「担保権」に拡張すると（民法341条・361条参照）、「担保権者は、担保財産の代価から弁済を受けない部分についてのみ、他の財産から弁済を受

4) 原田慶吉『日本民法典の史的素描』（創文社、昭和29年）131頁は、次のように述べている：民法394条の規定は、ローマ法思想（総財産の抵当権と特定財産の抵当権を有する者は、先ず特定財産の抵当権より開始することを要する）を汲むものではなく、ドイツ固有法思想（当初は担保物のみが責任を負うとする）の余影である。

けることができる」との規範を得ることができる。これも不足額主義を定めた規定と見ることができる。そこで、民法394条1項の前身規定を最初に見ることにしよう。

明治23年民法と明治29年民法

明治23年民法は、施行されずに終わったが、その債権担保編247条は、次のように規定していた⁵⁾：

- ① 不動産の売却代価を以て全部の弁済を受けざる抵当債権者は其残額に付ては無特権債権者たり。
- ② 若し不動産の売却に先たちて動産有価物の配当をなすときは抵当債権者は其債権全額の為無特権債権者として仮に其配当に加入す。
- ③ 其後に至り抵当不動産の代価の配当あるときは抵当債権者は動産有価物に付き何等の弁済をも受けさりしか如く其配当に加入す。然れども此配当に於て全く弁済を受く可き者は動産の配当にて受取りたる金額を控除するに非されは其抵当の配当額を受取ることを得す。その控除したる金額は動産財団中に之を返還す。
- ④ 不動産の代価の配当に於て一分のみの弁済を受くることを得べき者に付

5) カタカナはひらがなに改め、漢字は現在通常に用いられているものに適宜に置き換えた。また、句点も付け加えた(読点は、どこに入れるべきかの判断が人により異なることが多いことを考慮して、加えなかった)。本稿において、以下同じ。

宮城浩蔵『民法正義債権担保編卷之貳』(新法註釋會、明治23年)の復刻版(信山社、平成7年)206頁によれば、明治23年民法247条は、フランス商法552条ないし555条を範とするものである(552条以下の当時の日本語訳は、翻譯局譯『仏蘭西法律書』(印書局、明治8年)767頁以下に掲載されている。552条以下は、第3編「家資分散の事並に通常の倒産及び詐偽の倒産の事」の中の規定である)。フランスにおいては、商法中のこれらの規定は民事には適用がないと解されていたが、明治23年民法の立法者は民事に適用するのが妥当であると判断して民法の中に取り込んだとの由である(宮城・前掲書206頁)。なお、法典調査會「民法草案担保編議事筆記(自第82回至第84回)」(日本學術振興會)では、債権担保編247条は、1261条として議事が記録されている(同書民担16ノ111頁以下)。議事の多くは字句の修正であり、実質的な議論は見られない。

なお、4項2文は、「但」で始まっているが、「この場合に、」に置き換えて読む方が分かりやすい。

ては其残額に従ひ其動産財団に対する権利を定む。但此割合外に受取りたるものは之を動産財団中に返還す。

- ⑤ 右の返還金額は純粹の無特権債権者と有益に配当に加入するを得ざる抵当債権者及び債権の一分のみに付き之に加入したる抵当債権者との間に於て更に之を配当す。

第1項は、直接的ではないが、不足額主義を宣明したものと理解することができる。第2項以下が、抵当不動産の売却代金からの配当前に他の財産（動産）から配当がなされる場合の不足額主義の実現方法を規定している。第3項は、抵当不動産から抵当権者が被担保債権の全額の満足を受ける場合の処理を規定し、第4項が部分的な満足しか受けられない場合の処理を規定している。第4項中の「残額」は不足額を意味し、但書部分は、例えば抵当不動産からの配当額が債権額の2/3（不足額が債権額の1/3）の場合には、動産財団からの配当額のうち2/3を動産財団に返還すべきことを規定している（「此割合」は、不足額の割合である1/3を指し、「此割合外」は2/3である）。不足額主義のこのような実現方式を「仮配当方式」と呼ぶことにしよう。

この規定は、明治29年民法394条に受け継がれた（平成16年改正後の現行法も同内容である）。もっとも、かなりの修正を受け、かつ規定の構成も文言も洗練されたものになった。『未定稿本/民法修正案理由書』⁶⁾ 322頁以下⁷⁾は、修正の理由を次のように述べている：「既成法典は仏国商法の規定に倣ひ極めて公平に債権者を保護せんと欲したるものなりと雖も其計算煩雜に過ぎ實際の手續を勞すること少なからざるべきを以て本案に於ては力めて簡易を旨としたるなり」⁸⁾。規定事項の対応関係を見ると、旧2項に相当することが現394条2項1文で規定され、旧1項・3項・4項・5項で定められていた事項が現1項及

6) 廣中俊雄『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣，昭和63年）59頁以下に収録されている。本稿において引用するにあたっては、原書の頁数を用いた。

7) この段階では、現行法394条に相当する規定は393条であった。

8) 明治23年法の第1項は「教訓的体裁を免かれ難く」と批判され、5項については「邦文の体を失し且第1項と重複するの嫌を生ず」批判された（『未定稿本/民法修正案理由書』323頁）。

び2項2文に分けて規定されたと見てよいであろう⁹⁾。

内容上の重要な変更は、抵当不動産の売却代金からの配当の前に他の財産（旧法では、「動産有価物」，「動産財団」）から配当がなされる場合の処理にある。旧法は、仮配当方式を採用したが、現行法394条2項は、他の財産からの配当に際して、一般債権者から請求があれば、抵当権者への配当金を供託する方式を採用した。配当金の供託は配当の留保と見ることができるので、これを「配当留保方式」と呼ぶことにしよう。現行法の規定の構成が簡素になっているのは、配当留保方式を採用したことに大きく負っている¹⁰⁾。

明治23年商法第3編破産

目を破産法の規定に転ずることにしよう。明治23年民法と同時期に作られた実質的意味での破産法は、明治23年商法第3編破産である¹¹⁾。同法は、「別除権」の章において次のように規定している。

997条 債務者の動産又は不動産に対して抵当権、質権其の他の優先権を有する債権者は財団より先つ弁済を受けたるに非されは其担保物の売払代金

9) ただし、『未定稿本／民法修正案理由書』323頁は、「本条第2項の場合に付ては毫も規定する所なき……」と述べて、現2項の新規性を誇っている。

10) もっとも、他の財産からの配当に際して一般債権者が供託を請求しなかったため抵当権者に債権全額を基準にして配当がなされた場合に、明治23年法とは違った結果が生ずる。不足額主義の点から見て好ましくない結果が生ずるのみならず、不足額主義は脇に置いても、不動産の代価からの配当において、「他の財産からの配当がなかったとしたならば抵当権者に配当されるべき金額」が被担保債権の現存額（他の財産からの配当後の未弁済額）を超過する場合の処理が規定されておらず、後順位抵当権者が存在すれば、彼が超過額から優先弁済を受けてしまう点が問題である。明治23年民法は、一般債権者の供託請求がなくても好ましい結果が実現できるようにしたために規定が若干複雑になり、現行民法は、好ましい結果の実現を一般債権者の意思（供託請求）に係らしめ、かつ配当留保方式を採用したので規定を簡潔にすることができたと言える。もし、一般債権者が好ましい結果の実現のために常に供託請求を述べるものと仮定するならば、明治29年民法が採用した配当留保方式と破産法が採用する不足額証明方式との間に、実質的差異はないと見てよいであろう。

11) 明治23年商法第3編破産及び大正11年破産法について、園尾隆司『民事訴訟法・執行・破産の近現代史』（弘文堂、平成21年）248頁以下、278頁以下参照。

破産手続における不足額責任主義の拡張

より費用、利息及び元金の支払を受くる為別除の弁償を請求することを
得¹²⁾。若し其売払代金の剰余あるときは買主之を財団に払込む可し。

999条 優先権を有する者其担保物の売払代金より完全なる弁償を受けざる
ときは其未済の債権は他の債権者と平等なる割合を以て財団に対して主張
することを得。

当時のある概説書をみると、担保権実行後の不足額を破産債権として行使す
ることができる理由については、《それを認めないと、担保権が債権の効力を
強めるはずの権利であるにもかかわらず、かえって債権の効力を弱めてしまう
ことになる》と、比較的詳しく述べている¹³⁾。しかし、破産債権として行使で
きるのは不足額に限られる理由については、「論を俟たざるへし」と述べるに
とどまる¹⁴⁾。

また、現行破産法では、別除権者が不足額について破産財団から配当を得る
ためには不足額の証明が必要であるが、これに相当する規定は明治23年商法第
3編8章配当の中に見あたらない（ただし、999条の解釈として、不足額の証
明が必要であるとの結論を得ることは可能であろう）。

破 産 法（大正11年法と現行法）

大正11年破産法は、96条において不足額主義を規定し¹⁵⁾、さらに97条におい

12) なお、997条前段の規定は、破産財団から配当を受けていないことが担保財産から優先弁済を受けることの要件になっているかのようにも読めるが、磯部四郎『大日本新典商法釋義卷之四』（長島書房、明治26年）の復刻版『日本立法資料全集別巻17』（信山社、平成8年）3813頁によれば、そこにいう弁償は、被担保債権全額の弁償（したがって、担保物の受戻し）の意味である。また、「費用、利息及び元金の支払を受くる」の部分は、この順で弁済充当がなされるべき趣旨を含むとの由である（磯部・前掲3814頁以下）。

13) 磯部・前掲（注12）3818頁。

14) 磯部・前掲（注12）3819頁。

15) 司法省編纂『改正破産法理由』（中央社、大正11年）は、57頁以下で、当然の規定であると述べるのみである。法律新聞社編纂『改正破産法及和議法精義』（法律新聞社、大正12年）331頁以下に収録されている96条に関する議事録では、同条但書について、《この規定は実際上必要があるとは思われないが、外国にも同趣旨の規定はあるのか》との質問がなされ、政府委員から、《ドイツ破産法（64条）と

て、破産債権者が破産者の自由財産に担保権を有する場合にも不足額主義を適用することを定めた（準別除権）¹⁶⁾。これらの規定が、現行法である平成16年破産法108条1項・2項に受け継がれた。そして不足額主義の実現の方法として、不足額証明方式が大正11年破産法277条において明規され、これが現行破産法198条3項に受け継がれた。明治23年商法よりも、規定が格段に整備された¹⁷⁾。

「イギリス法に同趣旨の規定がある」との答弁がなされている程度である。262条及び277条についても、目立った議論はない（同書562頁以下・579頁以下参照）。

- 16) 司法省・前掲（注15）57頁以下は、その理由を次のように簡単に説明する：準別除権者は、その不足額についてのみ「破産債権者としてその権利を行ふことを得しむるを公平とす」。
- 17) オーストリア倒産法（1914年に *Konkursordnung* として制定され、2010年に *Insolvenzordnung* に改名されたもの）も別除権者の破産債権について不足額主義を採用しているが、その実現方法について、日本法とは部分的に異なる点があるので、2010年改正直後の法文に基づいて、簡単に紹介しておこう（同法について、松村和徳編著『オーストリア倒産法』（岡山大学出版会、2010年）があり、参考にした。なお、2010年改正前には「破産者」の語が用いられていたが、改正後は「債務者」に置き換えられた。しかし、これではわかりにくいので、本稿では「倒産債務者」ということにする。「倒産債務者の一定の物から別除的満足を受ける請求権を有する債権者（別除権者）は、その債権の範囲で、それらの物（特別財団）からの支払から倒産債権者を排除する」（48条1項1文）。ここにいう「特別財団（*Sondermasse*）」の概念は、日本法に対応するものがないので幾分戸惑うことになるが、別除権の対象財産の集合である。特別財団の特別の管理・換価・配当の費用は、特別財団に属する物の収益及び売得金から別除権者に先立って支払われる（49条1項）。また、特別財団の特別の管理・換価・配当について、倒産管財人は特別の報酬を受ける（82d条1項柱書1文）。倒産管財人は、別除権が存する物を、彼が意図している売却について別除権者に教示し、別除権者が14日以内に有効に異議を述べなかった場合にのみ、裁判上の売却以外の方法で換価することができる（120条2項1文）。急迫の場合、特に減価のおそれがある場合には、倒産管財人は、倒産裁判所の許可を得てその物を裁判上の売却以外の方法で換価することができる（同項5文）。このように、倒産管財人が別除権の目的財産を任意売却する道が、日本法よりも広く開かれている。倒産裁判所の許可を得て倒産財団に属する物について裁判上の売却がなされる場合には、その売却には執行法の規定が準用されるところ、倒産管財人は差押債権者の地位に就き、また、特別財団の譲渡のための倒産管財人の費用補填は82d条に従う（119条2項1号・4号）。裁判上の売却においては、執行裁判所が売却と別除権者間での売得金の配当を行う（同条3項）。 ↗

留意点

以上の法律において、不足額主義を本稿で検討するような形で拡張することを根拠付ける規定がないことは、言うまでもない。

明治23年民法債権担保編247条及び現行民法394条では、不足額主義は、担保財産（抵当不動産）から優先弁済を受ける者が被担保債権の不足額についてその余の財産から弁済を受けることを制限する制度として規定されている。他方、

ㄨ 以上のことを前提にして、別除権者が同時に倒産債権者であり、特別財団からの売得金の配当に先だって一般財産から配当がなされる場合について、彼は、この配当において「その債権の全額をもって斟酌される」と規定されている（132条1項）。この場合に、彼に配当されるべき金額が寄託されるべき旨の規定は見あたらず、したがって配当金も彼に交付されるものと理解してよいであろう。その後特別財団からの売得金の配当がなされる場合に、その債権者が実際の不足額に従って算定される分け前を超えた金額を先の配当で得ていたことが判明したときは、超過額は、特別財団から一般財団に直接返還される（同条2項）。1項が問題なく適用されるのは、2項所定の直接返還が可能な場合と見てよいであろう。それが可能でない場合については、特別な手当が必要となる。「倒産債権者が、その請求権の担保のために、倒産債務者の特定の財産、特に帳簿債権（Buchfordrung）を取得している場合、又は倒産債務者の不動産であって内国に所在しないものにその債権のための質権を有する場合には、彼は、予定不足額をもってのみ斟酌されるものとする」（132条4項1文）。この予定不足額については疎明が必要であり（同項2文）、配当額は裁判所に寄託され（133条1項）、最後配当においては、不足額は証明されなければならない（137条3項）。なお、132条4項の倒産債権者にも同条2項の適用があり、また、彼が実際の不足額に従って算定される配当額よりも少ない配当を受けていたときには、差額が一般財団から補填される（同条5項）。

オーストリア倒産法は、132条4項が適用される場合については、日本法と同様に、不足額証明方式を採用していると言っているが、それ以外の場合については、日本の明治23年民法が採用したのと同類の「仮配当方式」を採用していると言ってよいであろう。もっとも、別除権者が一般財団から配当を受けた後で特別財団から配当がなされる場合に、超過配当部分は、特別財団から一般財団に直接返還されることが明規されており、別除権者が超過配当額を返還することは予定されていないのであるから、一般財団から別除権者になされる配当を「仮配当」と呼ぶのは適切ではないであろう。特別財団からの配当に先立って一般財団から配当がなされる場合に、別除権者は債権全額を基準にした配当を先行的に受ける点にちなんで、「先行配当方式」と呼ぶことにしよう。仮配当方式も先行配当方式も、一般債権者の利益を害することなく別除権者にも一般財団から迅速に配当を与えるという点に利点があると評価することができる。

現行破産法108条1項では、不足額主義は、担保権と破産債権とが同項所定の関係にある場合に破産債権の行使を制限する制度として規定されている。しかし、同項にあっても、「担保権の実行により担保財産から優先満足を受けことができること」が不足額主義を根拠付けることに変わりはない。重要なのは、担保権と破産債権との関係ではなく、担保財産と破産債権との関係であることを強調しておきたい。

2.2 学説と判例

学 説

不足額主義を破産法108条所定の場合以外にも拡張して適用すべきかについては、あまり議論は見られない¹⁸⁾。同条所定の場合に限って適用されることは、当然のことと考えられているのであろう。設例A2の事例について、明示的に否定説を述べる文献が目につく程度である¹⁹⁾。

その中であって、野村剛司ほか『破産管財マニュアル（第2版）』²⁰⁾は、保証人が破産手続開始後に保証債務を履行して原債権（主債権）を代位取得した場合について、保証人が求償権に担保権が付されているときに原債権を破産債権として届け出ても（設例B1ケース3の場合）、原債権に担保権が付されているときに求償権を破産債権として届け出ても（設例A1はこの場合に包含される）、原債権が求償権の確保のために存在することを根拠に、不足額主義を適

18) 次の文献の不足額主義を扱った下記のページには、この問題についての言及はない。竹下守夫ほか編『大コンメンタール破産法』（青林書院，2007年）455頁以下、中島弘雅『倒産法体系1』（中央経済社，2007年）293頁以下、伊藤眞『破産法・民事再生法（第2版）』（有斐閣，2009年）336頁以下、伊藤眞ほか『条解破産法』（弘文堂，2010年）734頁以下、山本和彦ほか『倒産法概説（第2版）』（弘文堂，2010年）135頁。大正11年法につき、斎藤秀夫ほか編『注解破産法（第3版）』（青林書院，1998年）680頁以下（斎藤秀夫）。

19) 全国倒産処理弁護士ネットワーク『破産実務Q & A150問』（金融財政事情研究会，2007年）138頁・150頁（兼光弘幸）（拡張されないことについて、特段の理由付けはなされていない）。

20) 野村剛司 = 石川貴康 = 新宅正人『破産管財マニュアル（第2版）』（青林書院，2013年）445頁。

用すべきであるとしていることが注目される。後述のように、この見解は、支持されるべきであろう。

判 例

千葉地判平成25年2月26日（平成24年（ワ）第2498号）²¹⁾は、設例A2と同型の事案である。A会社に対するB銀行の貸付債権について、A会社の代表者であるSが連帯保証人になり、かつ自己の不動産Lに根抵当権を設定して物上保証人になった。これと並行して、C信用保証協会がBの前記債権について保証人になった。AとSについて破産手続が開始され、Cが保証債務を履行し、特約により、CがBのAに対する原債権全部を代位取得し、これにともない、Bが有していた根抵当権とSに対する連帯保証債権6934万円余を取得した。Cは、Sの破産手続において、連帯保証債権全額を破産債権として届け出た。Sの破産管財人X（以下単に「X」という）は、不動産Lを任意売却し、その代金から3853万円余を被担保債権（原債権）の弁済にあてた。Xが、Cの破産債権について、不動産Lの売却代金からの弁済額を控除した金額が破産債権額になるべきであると主張して、異議を述べた。しかし、破産債権査定手続において、Cの破産債権額は、Cが代位弁済により取得した連帯保証債権全額であると査定された。

Xが査定異議の訴えを提起し、次のことを主張した：(α) 物上保証に供されたSの財産からの弁済には破産法104条2項は適用されず、したがって、Sの破産手続開始後における同財産からの弁済も考慮されるべきである；(β) 民法501条に関し、物上保証人兼人的保証人について判例は一人説を採用しており、それは、この者が担保権の設定により責任を負った債務（主債務）と一般財産により責任を負った債務（保証債務）が「実質的に一つの債務」と見られるべきことを意味し、不足額主義との関係でも同様に見られるべきである；(γ) 保証債権が破産債権として行使される場合に、保証債権自体について担

21) 刊行物に未掲載のようである。2013年7月に原告（大島有紀子弁護士）から第一審判決、控訴審判決を送付していただいた。

保権が設定されているときは破産法108条1項が適用されるのであるから、これとの権衡上、被保証債権について担保権が設定されているときにも同項が準用（類推適用）されるべきである。しかし、裁判所は、いずれの主張も容れなかった。（γ）の主張について、次のように説示した：破産法108条1項は、「文言上、不足額主義が適用される債権を別除権の被担保債権に限定している」；民法も、394条1項の文言からみて、「不足額主義の適用を受けるのは被担保債権であることを定めたものと解される」。

Xが控訴し、（γ）の論点について、次の趣旨を主張した：「法108条は、別除権者と一般債権者との利害調整を図るという立法趣旨に照らして解釈されるべきである」；抵当権設定者が主債務者である場合には不足額主義が適用されるのに、抵当権設定者が保証人で、被担保債権が主債権である場合には、別除権者が保証債権を破産債権として届け出ることにより不足額主義の適用を回避することができるとして、保証人の一般債権者を主債務者の一般債権者よりも不利な立場に立たせることに合理的理由はない。しかし、東京高判平成25年6月12日（平成25年（ネ）第1999号）は、第一審判決を支持した。（γ）の点については、《第一審判決の説示のとおり、破産法108条1項の適用又は準用の余地はない》、とだけ述べた。

3 不足額主義の拡張

3.1 破産債権者が破産債権に関連する担保権を自ら行使することができる場合

3.1.1 破産者が主債務者である場合

設例A1の場合において、そもそも無委託保証契約がなされていなければ、主債権者への配当は、不足額主義の適用により、不足額の400万円を基準になされていたのである。ところが、無委託保証人が主債務者の破産手続開始前に代位弁済をして、破産手続開始後に求償権を破産債権として行使すると共に代位取得した担保権を行使する場合に、その被担保債権（主債権）が破産債権として行使されているわけではないとの理由で不足額主義の適用を否定すると、Cは、1000万円を基準にして配当を受けることになってしまう。しかし、この

破産手続における不足額責任主義の拡張

結果は是認しがたい。その理由として、次のことを挙げることをできる。

主債務者の意思に基づかない権利変動であることを根拠とする拡張

(α) 民法500条・501条の代位制度により、主債務者の意思にかかわりなしに主債権と担保権が代位弁済をした無委託保証人に移転すること自体は、是認しなければならない。しかし、この法律関係の変動により、主債務者の他の債権者の地位が害されることは、特段の必要がない限り、避けられるべきである。すなわち、無委託保証人の代位弁済がなければ、主債権者自身が被担保債権を破産債権として行使することになり、不足額主義が適用され、これにより主債権者の配当基準額が減少し、他の破産債権者の配当額が増加するはずであったのに、主債務者の関与しない無委託保証人の代位弁済により不足額主義の適用が排除され、その結果他の破産債権者の配当額が減少することになるのは不当である。したがって、無委託保証人は、他の破産債権者の利益を害することがないように、代位取得した権利を行使すべきである。それは、彼が求償権を破産債権として行使する場合でも、彼が代位取得した担保権の実行により被担保債権（主債権）を経由して求償権の満足を得ることができる金額を控除した不足額の部分についてのみ破産配当を受けるべきことを意味する。これは、「主債務者の意思に基づかない権利変動であることを根拠とする不足額主義の拡張」と呼ぶことができる。

しかし、この拡張の妥当範囲は、それほど広くない。受託保証人が代位弁済する場合には、その根拠が妥当しないからである。不足額主義を一般的に拡張しようとするれば、債務者の委託を受けた者が代位弁済した場合にも妥当する理由を見出さなければならない。

二重の権利行使の禁止を根拠とする拡張

(β) 代位弁済がなされる前に、主債務者の破産手続において主債権者が主債権を破産債権として行使すれば、保証人は、将来の求償権を破産債権として行使することはできない（破産法104条3項ただし書）。「二重の権利行使の禁止」と呼ばれる原則である。この原則は代位弁済後にも妥当する。代位弁済者

が主債務者の破産手続に参加する場合に、彼は、破産債権として求償権を行使することも、これの確保のために主債権を行使することもできるが、両者を並行的に行使することは許されず、いずれか一方のみを行使しなければならない。では、主債権に担保権が付されている場合はどうか。担保権の実行も被担保債権の行使であるから、代位弁済者が担保権を実行して主債権を行使した場合には、求償権を破産債権として行使することは、もはや許されないという形でも二重の権利行使の禁止を貫徹すべきかが問題となる。意見は分かれよう。

一方で、担保権は破産手続外で実行することができるのであるから、担保権の実行により主債権を行使しても、それは破産手続における主債権の行使とは言えず、したがって、担保権を実行しつつ、求償権をその全額において破産債権として行使することは禁止されない、と考えることができよう。他方で、別除権者は破産手続外で担保権を実行することが許されているといっても、それは、破産管財人の職務負担の軽減と担保権者の迅速な債権回収のために認められているのであり、それらの理由は、他の破産債権者の実体法上の地位に影響を及ぼすことを正当化するようなものではなく、他の破産債権者との関係では、破産手続外での担保権の実行も破産者に属する財産からの債権回収であることに変わりはなく、二重の権利行使の禁止に服し、担保権を実行して主債権を行使すれば、もはや求償権をその全額において破産債権として行使することは許されない、と考えることもできる。

どのように考えるべきか迷うところであるが、次の理由により、後者のように考えておきたい：その方が、主債権者が担保権を実行して、不足額を破産債権として行使し、それでも回収できない残額を保証人に請求する場合と結果（破産者の一般財産から不足額を基準にして配当がなされること）が同じになり、整合的である；不足額主義が破産者の意思から離れて担保権を有する破産債権者とそうでない破産債権者の間の公平を図ろうとする制度であることを考慮すると、主債務者の委託により保証契約が締結されたことは、前記の結果を他の破産債権者に不利に変更することを正当化するほどのものとは思われない。したがって、担保権付き主債権の全額を代位弁済した保証人が、代位取得した

破産手続における不足額責任主義の拡張

担保権を保持したまま、求償権全額を破産債権として行使する場合には、破産管財人は、これに異議を述べることができ、担保権を放棄するか又は被担保債権（主債権）を破産債権として行使するかを保証人に迫ることができると解したい。

(β') 上記のことを基本にしつつも、遅延損害金利率の差により求償権額が原債権額を上回る場合には、その超過額については、原債権の行使と並行して求償権の行使を許す必要がある。そうであるならば、求償権者が原債権の行使をその一部（一定額）にとどめ、それを超過する部分についてのみ求償権を行使することも許してよく、そこにいう一定額を「原債権に付された担保権の実行により回収することができる金額」にし、この金額を原債権を経て求償権の回収に充て、残余の求償権を破産債権として行使することも許されるべきである。それは、(β'') 保証人が原債権に付された担保権を放棄することなく求償権全額を破産債権として届け出てきた場合に、原債権に付された担保権の存在を根拠にして求償権に不足額主義を適用することと同じである。この法律構成も肯定されるべきであろう。これは、「二重の権利行使の禁止を根拠とする不足額主義の拡張」と呼ぶことができる。

実質的担保関係を根拠とする拡張

上記の(β'')は、不足額主義の適用のある被担保債権（主債権）と担保権が代位取得された場合に、原債権の行使の一環として担保権を実行するのであれば、求償権の行使は「二重の権利行使の禁止」により制限されるべきことを根拠とする。それ故に、この法律構成は、破産法108条1項について限定説をとったとしても、受け容れやすいと思われる。ただ、この結論が正当であるならば、破産法108条1項は、不足額主義が適用されるべき場合の例示であると解し、不足額主義の一層の拡張に進むことができよう。その立場から(β'')の結論を別の方法で説明すると、次のようになろう。

(γ) 代位取得された原債権は求償権を確保するために存在し、担保権は原債権を担保するために存在するのであるから、担保権は、間接的ではあるが、

実質的にみて、求償権を担保するために存在し、当該求償権は、実質的に、破産法108条1項にいう「担保権によって担保される債権」であるということができ、同項及び111条2項・198条3項等が類推適用されるべきである²²⁾。不足額主義のこの拡張は、「実質的担保関係を根拠とする不足額主義の拡張」と呼ぶことができる。

この法律構成では、「二重の権利行使の禁止」が根拠として用いられていないので、設例A2に不足額主義を適用することも、法律構成の一層の工夫により、不可能ではなくなる。(β)等の法律構成にとどまった場合には、それが可能でなかったのであるから、(β)等と(γ)の理由付けの違いは大きい。両者の間には、判例・学説の現状を考慮すると、飛び越えるのに勇気のいる川がある。しかし、飛び越えることにしよう。(γ)から引き出される結論自体は、少なくとも設例A1については正当であり、また、この法律構成が他の場合に不当な結論を導くようには思えないからである。

なお、不足額主義は、担保財産から優先弁済を受けることができる破産債権者とその他の破産債権者との公平を図る制度であるので、前述の「実質的担保関係」において重要なのは、「担保権が破産債権を実質的に担保する関係」というよりも、「担保財産と破産債権の関係」(担保権の設定されている財産(担保財産)の換価金が最終的に破産債権の優先弁済に用いられること)である。前者の関係が成立する場合には、後者の関係が成立するので、「実質的担保関係」を後者のように解することは、実質的担保関係を根拠とする不足額主義の拡張をより広くすることになる。以下では、この意味での実質的担保関係を根拠にして不足額主義をどこまで拡張することができるかを検討しよう。ただ、その前に、(γ)の論拠の妥当範囲を見定めておこう。

なお、以下で検討するA3からA5までの設例との関係では、「担保財産と破産債権の関係」を問題にすることと、「被担保債権と破産債権の関係」を問題

22) 野村 = 石川 = 新宅・前掲(注20) 445頁の見解と本文の(β^{''})や(γ)の説明との間の位置関係をどのように把握すべきかは微妙である。ここでは立ち入らないことにする。

にすることとの間に実質的な差異はないので、論述を簡潔にするために、「被担保債権が破産債権を担保する関係にあるか」を問題にすることにしよう。

実質的担保関係を根拠に不足額主義を拡張することができない場合

設例A3 CがDに対して1000万円の債権（ α 債権）を有し、その担保のために、Sの600万円の財産上に担保権Hを有している（物上保証）。BがSに1000万円の融資を実行して貸金債権（ β 債権）を取得した後で、 β 債権の担保のために α 債権の上に質権を得た（物上保証）。Sの破産手続開始後に、Bが質権の実行として α 債権を行使し、その一環として担保権Hを実行し、600万円の配当を得、これが最終的に β 債権の満足に充てられる。

この場合に、不足額主義を適用することは正当であろうか。Bによる質権実行がないとすれば、Cは、 α 債権の行使の一環として破産財団所属財産上の担保権Hを実行することができる。Sは、 α 債権について代位弁済をしたことになるので、Dに対して求償権を取得し（民法372条・351条）、破産管財人がこれを行行使することができる。破産財団所属財産上の担保権Hの実行により、破産財団の積極財産は減少するが、それに見合った代替財産が生ずる。こうしたことを考慮すると、Sの破産債権者Bが自己の破産債権でない α 債権上の質権の実行の一環として破産財団所属財産上の担保権Hを実行して、結果的に自己の破産債権（ β 債権）について優先弁済を得たからといって、彼は不足額を基準に配当を受けるとすべきではなかろう。

設例A4 CがSに対して1000万円の債権（ α 債権）を有し、その担保のために、Sの600万円の財産上に担保権Hを有している（非物上保証）。BがSに1000万円の融資を実行して貸金債権（ β 債権）を取得した後で、 β 債権の担保のために α 債権の上に質権を得た（物上保証）。Sの破産手続開始後に、Bが質権の実行として α 債権を行使し、その一環として担保権Hを実行し、600万円の配当を得、これが最終的に β 債権の満足に充てられたとしよう。

この場合には、設例A3の場合と異なり、担保権Hが実行されても、担保財産に代わる財産が発生するわけではない。しかし、質権者Bではなく、債権者

C自身が α 債権を行使するとすれば、担保権Hの存在を理由に α 債権について不足額主義が適用される（破産法108条1項）。Cは、 α 債権について、担保権Hにより回収する600万円を控除した不足額（400万円）を基準にしてのみ配当を受けることができ、例えば、1割配当であれば40万円の配当を受け、合計で640万円を回収することになる。このことは、Bが質権者として α 債権を行使する場合でも同じでなければならない。すなわち、Bは、 α 債権上の質権の行使として640万円を得るとともに、 α 債権自体は破産財団に属さないのであるから、自己の破産債権について、その全額を基準にして配当を受けることができるべきである。

設例A1と設例A3・設例A4との区別 したがって、設例A1の場合に、「担保権は、間接的ではあるが、実質的にみて求償権を担保するために存在する」ということだけでは、不足額主義の拡張を根拠付けるには不十分である。設例A1と設例A3・A4とは、次のことにより区別されるべきである。（ α ）前者にあつては、原債権（被担保債権）が求償権（破産債権）を確保するという限定された目的で法律の規定により代位弁済者に移転する；代位取得された原債権は本来的に求償権を確保するという目的のためにのみ存在し、いかなる原因によるのであれ（例えば、時効により消滅するのであれ）求償権が消滅すれば、原債権も消滅する；代位取得された被担保債権と破産債権との間のこのような関係の要点は、「破産債権者のもとで、被担保債権が破産債権を本来的に担保するために存在する」ことにある。これに対し、（ β ）後者にあつては、 β 債権（破産債権）のために α 債権（被担保債権）上に質権を設定するという事後的な合意によって初めて α 債権が β 債権を担保することになる；また、例えば β 債権が時効によって消滅した場合に、そのことは、 α 債権上に設定された質権の消滅をもたらすが、 α 債権自体の消滅をもたらすものではない；つまり、「破産債権者のもとで、被担保債権は破産債権を本来的に担保するために存在する」とは言えない。

実質的担保関係を根拠にして拡張された不足額主義

以上のことから、「実質的担保関係を根拠にして拡張された不足額主義」は、次のように定義される：(α) 破産債権者のもとで、被担保債権が破産債権を本来的に担保するために存在する場合には、その破産債権は、実質的に、破産法108条1項にいう「別除権に係る担保権によって担保される債権」ということができ、(β) 破産債権者は、別除権の行使によって被担保債権の弁済を受け、その弁済額により回収することができない金額についてのみ破産債権を行使することができる。

この定義の前半部分にいう「本来的に担保するために存在する」の一つの例は、前述のように、「代位取得された原債権が求償権を確保するために存在する」ことである。これ以外にどのような例があるかを見てみよう。

設例A5 BのSに対する1000万円の債権(β債権)について、CがSの委託を受けて保証人になり、BのCに対する保証債権(α債権)のためにSの600万円の財産上に担保権Hが設定され(物上保証)、その後にSについて破産手続が開始された場合に、Bがβ債権を破産債権として行使するとともに、Cに対する保証債権の行使として、破産財団所属財産上の担保権Hを実行して、α債権の一部を回収し、これによりβ債権の一部(600万円)を回収するものとしよう²³⁾。

この場合にも、Bは、β債権を破産債権として行使するのであるが、担保権Hの被担保債権はα債権であるから、108条1項の要件は満たされない。しかし、そのことを理由に不足額主義の適用を否定すると、債権者は、債務者に保

23) この場合に、Sは、α債権について代位弁済をしたことになるので、Cに対して求償権を取得することになるが(民法372条・351条)、同時にCもBに対する保証債務を履行したとみなして、Sに対して求償権を取得すると見るべきであろう(民法459条1項。同項の「自己の財産をもって債務を消滅させるべき行為をした」と言いかの問題になるが、一般論としては(すなわち、物上保証人が主債務者以外の者である場合を想定すれば)、物上保証人に対して償還債務を負担したことが「自己の財産をもって」に当たると解すべきであろう)。そうすると、両求償権が相殺されると、SはCに対して求償権を有しないことになる。この点で、設例A5は、設例A3から区別されるべきである。

証人を立てさせ、保証債権のための担保権を債務者の財産上に設定させることにより、不足額主義を潜脱することができることになろう。そして、破産債権として行使される β 債権について、債権者Bは、保証債権(α 債権)を經由して、破産手続開始後に破産財団所属財産から優先的に満足を受けているのであり、それにも関わらず、破産手続開始時における β 債権の現存額が1000万円であることを理由にその全額を基準にして配当を受け得るとしたのでは、Bと他の破産債権者との公平が害されよう。その点は、 β 債権について保証人を立てさせることなく、B自身が β 債権についてSの財産上に担保権の設定を受ける場合となんら変わらないというべきである。

上記のことは、保証が何層に重なるようとも変わらない。すなわち、 β 債権をC1が保証し、BのC1に対する保証債権(α 1債権)をC2が保証し、BのC2に対する保証債権(α 2債権)をC3が保証し、BのC3に対する保証債権(α 3債権)を担保するために、Sの財産上に担保権が設定された場合でも、Bが破産手続開始後にこの担保権を実行して、 α 3債権・ α 2債権・ α 1債権を經由して、破産財団所属財産から β 債権の優先的満足を得ている場合には、Bは、 β 債権について、不足額を基準にしてのみ配当を受けられるべきである。

設例A6 BのSに対する給付訴訟において、第一審の仮執行宣言付認容判決に対してSが控訴を提起するとともに執行停止を申し立て、控訴審がSに担保を立てさせて、本案訴訟の控訴審判決があるまで第一審判決に基づく強制執行を停止する旨の決定をし、その後にSについて倒産手続が開始された場合を考えてみよう。

担保が金銭又は有価証券の供託の方法で提供された場合に、Bが供託物に対してどのような権利を有するかについて、Bは「質権者ト同一ノ権利」を有すると規定していた大正15年改正後の民訴法の下で(同法512条・513条3項・113条)、法定質権説(Sが供託所に対して有する供託物取戻請求権の上にBが法定質権を取得すると解する説)と還付請求権説(Bが供託物の還付につき優先的権利を有し、還付された金銭又は有価証券から優先弁済を受ける地位を有

すると解する説) とが対立していたが、還付請求権説が多数説になった。これを受けて、平成8年民事訴訟法は、77条において、「他の債権者に先立ち弁済を受ける権利を有する」との表現を採用した(77条が、405条2項により、執行停止のための担保に準用される)²⁴⁾。そして、最決平成25年4月26日(平成24年(許)第15号, 裁判所 Web) は、供託者(執行債務者)について会社更生手続が開始され、被供託者(執行債権者)が執行債権は届け出たが、執行停止による損害賠償請求権(被担保債権)は届け出ていなかった事案において、次の趣旨を説示した：(α) 仮執行宣言付判決に対する上訴に伴い、金銭を供託する方法により担保を立てさせて強制執行の停止がされた後に、債務者につき更生手続開始の決定がされた場合、その被担保債権である損害賠償請求権は、更生担保権ではなく、更生債権に当たる；(β) 仮執行宣言付判決に対する上訴に伴う強制執行の停止に当たって金銭を供託する方法により担保が立てられた場合、被供託者は、債務者につき更生計画認可の決定がされても、被供託者が供託金の還付請求権を有することの確認を求める訴えを提起し、これを認容する確定判決の謄本を供託規則24条1項1号所定の書面として供託物払渡請求書に添付することによって、会社更生法203条2項にいう「更生会社と共に債務を負担する者に対して有する権利」として、供託金の還付請求権を行使することができる²⁵⁾。この説示は、Sについて破産手続が開始された場合にも妥当しよう。

本稿の課題に合うように、設例の事案にもう少し手を加えておこう。

設例 A6 a Bがその所有不動産を不法占拠するSに対して明渡請求の訴えを提起し、第一審の仮執行宣言付請求認容判決に対して控訴審がSに600万円の担保を提供させて執行停止の決定をし、執行停止による損害額が1000万円

24) 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』(商事法務研究会, 平成10年) 75頁以下参照。

25) ここから、「供託所は、担保権利者に対して負う債務の内容が供託物の還付に限定された一種の保証人である」と位置付けることも、考えられないわけではない。しかし、そのように見るのは適当ではなからう。供託の法的性質については古くから議論があるが、一般には寄託と解されている。そして、担保のための供託制

に達した時点でSについて破産手続が開始された。

前記最決によれば、供託所は、「破産者と共に債務を負担する者」にあたる。敷衍して言えば、供託所は、担保権利者に対して供託物の還付という債務を負うにすぎず、保証人ではないが、それでも、「破産者と共に債務を負担する者」と同等の地位にある。そして、供託物が金銭である場合には、「金銭は、所持者が所有者である」との原則に従えば、供託された金銭自体はもはや供託者の財産ではなく、彼に属するのはその取戻請求権であるが、担保のために供託された金銭であることを考慮すれば、実質的には、「供託金は担保義務者の財産である」とみてよい。以下では、これを前提にして議論を進める。

設例A6aにおいて、最後配当の除斥期間満了前に供託物から600万円を回収できたときは、Bは、破産手続開始時点で有する1000万円の損害賠償請求権を基準にして配当を受けることができるのではなく、残額の400万円を基準にして配当を受けることができると考えるべきである。その意味で、不足額主義が適用されるべきである（前記最決の事案は、被担保債権が届け出られていない事案であるので、同決定は、このように解することを排除するものではない）。では、担保の提供が最高裁判所規則で定める方法（民訴規則29条2項・1項）、すなわち、金融機関との支払保証委託契約によりなされた場合はどうか。

設例A6b 前記の設例において、Sが、金融機関Cとの間で、CがBのために600万円を限度に支払保証をすることを内容とする支払保証委託契約を締結し、CがSに対して将来取得することのある求償権の担保のために、SのCに対する600万円の預金債権に質権を得たとしよう。

〳度は、《当事者の合意がない状況において、将来生ずるかもしれない債権の担保のために金銭や有価証券を担保物として機能させるためには、中立的な第三者（供託所）が担保物を保管し、被担保債権の存否が確定した段階で、その結果に従い担保物を担保権利者又は担保義務者に引き渡すとするのが一つの合理的方法である》、という考えに基づいて設けられた制度であり、担保のための供託にあつては、供託所（受寄者）は、会社更生法203条2項との関係で、《担保義務者と共に被担保債権の満足をもたらす給付をなす義務を負担する者》に該当すると考えれば足り、供託所を担保義務者の保証人とする必要もない。

破産手続における不足額責任主義の拡張

担保提供の方法として支払保証委託契約が用いられる場合に、支払保証人が将来取得することのある求償権のために委託者が担保を提供することは、支払保証委託契約の不可欠の要素ではないが、通常は担保が提供され、支払保証人が預金を受け入れる金融機関である場合には、預金債権が担保に用いられる。預金債権を担保に供して支払保証委託をすることの主たる意義は、金銭の供託の方法による担保提供と比較すると、次の点にある：第1に、預金残高を維持することができる；第2に、常にというわけではないが、《供託金に付される利息》よりも、《預金（特に定期預金）に付される利息から保証料を控除した額》の方が高い場合に、支払保証委託契約の方法による担保提供の方が債務者にとって有利である²⁶⁾。すなわち、担保提供方法として支払保証委託契約が許容されようになった基本的な理由は、担保提供方法を多様化し、担保提供義務者の選択の自由を広げる点にあったと見てよく、実際上は、裁判上必要となる担保の仲介業務ないし保証業務の民間開放である。機能的にみれば、支払保証人の役割は、供託所の役割と同じであり、求償権の担保のために提供された財産は、供託された金銭あるいは有価証券に相当するものである。少なくとも、次のように言うことができる：支払保証委託の方法による担保提供は、供託の方法による場合と比較して、担保義務者の破産債権者が不利益を受けることを正当化するような要因に基づいて認められたのではない。

そして、民訴規則29条の支払保証委託にあっても、担保提供義務者が破産手続開始決定を受ける前には、担保権利者（主債権者）は、保証人ではなく担保提供義務者（主債務者）を被告にして支払保証に係る損害賠償請求権（主債権）について給付の訴えを提起して給付判決を得るか、又はこれに代わるもの（その他の債務名義、若しくは主債権の存在を確認するもので、確定判決と同

26) 供託法3条・供託規則33条1項により、供託金には年0.024%の利息を付すことになっている。ただし、昭和57年4月1日より昭和66年（平成3年）3月31日までの間は、供託法3条の規定に拘らず利息を付さないとされていたこともある（供託法附則15条）。もっとも、現時点（平成25年時点）において、預金利率は極めて低いので、預金債権が担保になっていることを考慮して保証料が相当に低くされない限り、支払保証委託の方法による担保提供の利点は大きくないであろう。

一の効力を有するもの)を得れば、支払保証人から弁済を受け得ることが制度的に保障されている(民訴規則29条1項1号)。担保提供義務者について破産手続が開始された後には、担保権利者は、破産管財人を被告にして、保証限度額の範囲内で、支払保証に係る請求権(破産債権)を有することの確認の訴え(明示の一部請求の訴え)を提起し、これを認容する判決²⁷⁾を支払保証人に提示して弁済を受けられることができると解すべきである(限度額を超える部分は、破産債権になり、届出と債権調査を経ることが必要である)。

したがって、上記の設例において、Bの損害賠償債権額が1000万円である場合に、最後配当の除斥期間満了前にCから損害賠償金の一部にあたる600万円の支払を受けていた場合には、Bは、残額の400万円を基準にして配当を受けられることができるとすべきである。600万円の支払を受ける前であっても、金融機関である支払保証人Cから600万円の支払を受けられることが確実である以上、保証限度額を超える部分(不足額)を基準にして配当を受けるとすべきである。この場合には、破産財団に属する財産である預金債権に設定された質権の被担保債権は支払保証人の求償権であり、不足額主義の適用が問題となる破産債権は債権者の損害賠償請求権であり、両者は別人に属する別個の債権である。それにもかかわらず、破産財団に属すべき預金が支払保証人を経て損害賠償請求権の優先弁済に充てられるという実質に基づき、不足額主義が適用されるべきである(根抵当権に関する破産法196条3項・198条4項の類推適用も肯定すべきである)²⁸⁾。

27) この判決は、確認判決であるので債務名義にあらず、また、確定判決そのものであるので「確定判決と同一の効力を有するもの」に該当するということも認められる。しかし、民訴規則29条1項1号は、債権者が担保提供義務者に対して給付判決を得ることができる通常の場合を前提にした規定であり、担保提供義務者について破産手続が開始されたことにより、給付判決を得ることができない場合については、確認判決でもよいと解さざるを得ず、「確定判決と同一の効力を有するもの」の中には「確定判決」そのものも含まれると解すべきである。

28) 損害賠償請求権のうち限度額を超える部分は直ちに破産債権として行使することができるので、最後配当の除斥期間満了前に限度額内の賠償金が支払保証人から支払われていること、あるいは破産管財人との間の損害賠償請求権確認訴訟が終了していることも必要ない。もっとも、後者の確認訴訟が提起されている場合には、

破産手続における不足額責任主義の拡張

この場合には、「被担保債権が破産債権を担保する関係にある」ということはできないので、設例A6bは、設例A1や設例A5とは異なる類型と言わざるを得ない。しかし、破産者が担保に供した特定財産（担保財産）が破産手続外で破産債権への優先弁済に充てられることが予定されている点では共通している。優先弁済がなされる経路に相違があるにすぎない。設例A1にあっては、破産債権者自身が担保権者であり、自ら担保権を実行して担保財産から破産債権の優先的満足を受けることができるのに対し、設例A6bでは、破産債権者は保証人から優先弁済を受け、保証人が担保権を実行して担保財産から優先弁済を受けることが制度的に保障されている。担保財産から優先弁済を受ける破産債権者とそうでない破産債権者との間の公平を図ろうとする不足額主義との関係では、この経路の相違は重要ではない。設例A6bの場合にも、実質的担保関係を根拠とする不足額主義の拡張を肯定すべきである。

小 括

以上のことから、次のように言うことができる。主債務者の財産上に担保権が設定されている場合には、不足額主義は、（ α ）被担保債権が破産債権として行使されるときのみならず、（ β ）被担保債権が担保権者の行使する破産債権を本来的に担保する関係にあるとき、すなわち、（ $\beta 1$ ）被担保債権が代位弁済者（典型的には無委託保証人）によって取得された主債権で、破産債権がこれにより確保される関係にある求償権であるとき、あるいは（ $\beta 2$ ）被担保債権が保証債権で、破産債権がこれにより保証される関係にある債権である場合にも、適用されるべきである。

以上は、不足額主義の適用原因となる担保権が不足額主義の適用を受ける破産債権者自身に帰属している場合であるが、そうでない場合であっても、不足額主義の適用が肯定されるべき場合がある。すなわち、（ γ ）保証人が主債権者に支払うべき金額が主債権者と主債務者との間で確定すれば、主債権者が保

↘前者の破産債権についても、その存否・額が訴訟により確定されることになると予想され、その場合には、両者は併合審理されるのが好ましいであろう。

証人から支払を得ることが制度的に保障されていて、保証人が求償権の担保のために主債務者の財産上に担保権を有している場合には、破産債権として行使される主債権について不足額主義が適用されるべきである。

これらの場合には、(1) 破産者が提供した担保財産は、本来的に破産債権の優先的満足に用いられることが予定されている。そして、(2) 破産債権者自身が、担保権を行使することができるか、又は、彼自身は担保権を行使できないとしても、破産債権者が破産者との関係で破産債権額を確定しさえすれば、担保権を有する者を介して担保財産から優先的満足を得ることが制度的に保障されている。(α) から (γ) の場合には、これら2つの要因により不足額主義の適用が正当化される。

3.1.2 保証人が破産者である場合

では、設例A2の場合（人的保証人兼物上保証人Sが破産者である場合）は、どうであろうか。意見は分かれよう。拡張否定説の立場からは、次のように言うこともできよう：「BがSと保証契約を締結してSの一般財産を主債権の責任財産とするとともに、Sの特定の財産上に主債権を被担保債権とする担保権の設定を受けた」という事実関係の中に認めることのできる「主債権の回収を確実にしようとするBの意思」を尊重すれば、不足額主義をこの場合に適用すべきではない；破産債権者が「自己への優先弁済に充てられる担保財産」と「全ての債権者への比例弁済に充てられる一般財産」とを責任財産として集積する場合に、契約の工夫により不足額主義の適用を受けない形で責任財産を集積することも契約自由の範囲内のことであり、その場合に不足額主義を適用することは契約自由の侵害となる。

しかし、問題になっている場面は、「契約自由の原則」ないし「自由に締結された契約の効力」を利害関係人間の公平のために制約する必要がある倒産の場面である。不足額主義は、「破産財団に属する特定の財産に設定された担保権により破産債権の一部を優先的に回収することができる債権者」と「その他の破産債権者」との間の公平を確保するための制度である。不足額主義を定め

破産手続における不足額責任主義の拡張

る破産法108条1項が直接規定している適用範囲は、確かに、被担保債権が破産債権として行使される場合であるが、その適用範囲の拡張の必要があることは、設例A1・設例A5・設例A6bが示している。

とは言え、設例A2の場合については、不足額主義の適用を否定すれば非常に不都合な結果が生ずるとか、他の場合との均衡を著しく失するという形で、その適用を理由付けることは容易ではない。むしろ、公平の観点から不足額主義を適用すべきであると決断するか否かの問題になろう。不足額主義を排除する形で責任財産を集積することを許すことも一つの政策的判断であることを認めつつも、公平の視点からの決断として、次の理由により、不足額主義を適用すべきであると考えたい。

(a) 議論の準備 主債権者が保証人(破産者)に対して有している保証債権と保証人の財産上に存する物上担保権は、ともに主債権を担保するという共通の目的を有し、一方の権利の行使により主債権が完全な満足を受ければ、他方の権利は消滅する関係にある。また、担保権の行使により主債権が部分的な満足を受ければ、保証債権はその範囲で減少し、一般財産の責任負担も減少する。保証債権の責任財産となる保証人の一般財産と担保財産との間には、このような関係がある。

以下では、担保財産とそれを除外した一般財産との間にこのような関係があることを論拠の一つにして不足額主義の適用範囲の拡張を論ずることになる。そこで、言葉の定義を追加しておこう。財産Aが終局的にある債権Fの満足のために用いられることが本来的に予定されている場合に、債権Fを責任財産Aの「終局的目的債権」と呼ぶことにする。財産Aが債権Eの責任財産であり、債権Eへの弁済金が終局的に債権Fの満足に充てられる場合に、債権Eを「責任財産と終局的目的債権との間に介在する債権」と呼び、短縮して「介在債権」と呼ぶことにしよう²⁹⁾。

29) 介在債権が破産者に対する債権である場合に、終局的目的債権は、破産者に対する債権のときもあれば、第三者に対する債権の場合もある。前者に該当するのは、保証人が、破産者(主債務者)に対して原債権(介在債権)と求償権(終局的目

(b) 不足額主義の適用範囲の拡張 主債務者が破産者である場合には、実質的担保関係を根拠にして、不足額主義を拡張することが広い範囲で可能になった（設例A5及び設例A6b参照）。しかし、破産者が保証人である場合については、この拡張だけでは不十分である。担保財産から優先弁済を受けることのできる破産債権者とそうでない破産債権者との間の公平を、破産者が主債務者である場合と同程度に図ることができない。不足額主義をさらに拡張することが必要である。

担保財産と一般財産の終局的目的債権が本来的に同一であり、破産手続外において終局的目的債権が担保財産から優先的満足を受けることにより一般財産から満足を受ける債権（終局的目的債権又は介在債権）が消滅する関係にある場合には、破産手続においても、一般財産から満足を受ける債権は、残存額（不足額）を基準にして配当を受けるべきであり、不足額主義はこの場合にも拡張されたい。

これは、「終局的目的債権が同一であることを根拠とする不足額主義の拡張」と呼ぶことができる。この拡張は、「実質的担保関係を根拠とする不足額主義の拡張」が適用される場合を包摂する（前者は後者の拡張である）。すなわち、「実質的担保関係」は、「担保財産が破産債権の優先的満足に充てられることが本来的に予定されていること」を指し、一般財産と担保財産との共通の終局的目的債権が破産債権として行使される場合を適用範囲に含むが、一般財産と終局的目的債権との間に介在する債権が破産債権として行使される場合を含まない。後者の場合も不足額主義の適用範囲に含めるべきであるとするのが「終局的目的債権が同一であることを根拠とする不足額主義の拡張」である。

(c) 妥当性の検証 主債務者が破産者である設例A1や設例A5の場合は、破産債権（求償権や主債権）が終局的目的債権であり、担保財産は被担保債権（原債権や保証債権）を介して破産債権の満足に用いられる場合である。「終局

目的債権)を有するときである。後者に該当するのは、主債権者が、破産者(保証人)に対する保証債権(介在債権)と第三者(主債務者)に対する主債権(終局的目的債権)を有するときである。

的目的債権が同一であることを根拠とする不足額主義の拡張」が妥当であることは、この場合にはわかりやすいであろう。

他方、設例A2の場合は、主債務者以外の者（人的保証人兼物上保証人）が破産者であるが、担保財産の終局的目的債権は主債権であり、一般財産も保証債権を介して主債権の満足に充てられるのであるから、両財産の終局的目的債権は共通している。しかし、破産債権として行使されるのは、終局的目的債権ではなく、一般財産と終局的目的債権（主債権）との間に介在する保証債権である。この最後の点をどの程度重視すべきかが問題となるが、次の理由により、不足額主義を排除するほどに重要なものではないと考えたい。

（ α ）人的保証契約も物上保証契約も、主債権の満足を確実にするという同一の目的のために締結されるのである。主債権者は、主債権の満足という同一の目的のために、一方で破産者の特定の財産に設定された担保権を行使して優先的満足を得、他方で破産者の一般財産から比例的満足を得るのであり、利益状況は、設例A1や設例A5の場合と異ならず、不足額主義の適用を排除するだけの理由（主債権者の利益保護の必要）があるとは思われない。

また、（ β ）主債権者は、主債務者との関係では不足額主義を排除する自由を有しないのに、保証人との関係では、保証人の財産上に設定を受ける担保権の被担保債権を主債権にしさえすれば不足額主義の制約から逃れることができるというのでは、保証人の一般債権者が主債務者の一般債権者よりも不利な立場に立ってしまい、均衡を失する。主債権者が保証人と物上保証契約を締結することは自由であるが、その契約を通じて保証人の一般債権者をそのような不利な地位に立たせる自由まで認めることは不当である。

（ γ ）まったく副次的なことではあるが、不足額主義の適用が肯定される場合には、破産管財人が担保財産を少しでも高額に任意売却して求償権への弁済に充てれば、それだけ破産債権額が減少して配当率が上昇するので、破産管財人は、担保不動産の任意売却についてやりがいを感ずるであろうことにも留意してよいであろう。

3.2 破産債権者が破産債権に関連する担保権を自ら行使することはできない場合

問題の再設定

本稿の「1 はじめに」で挙げた設例B1では、配当率が曖昧な部分がある。この点の精確性を高めて議論するために、設例を次のように設定しておこう(設例B1では、主債権者Bが主債務者Sの破産手続に参加した場合の配当率を3割としたが、実際の事例ではこれよりも配当率が低いことが多いので、次の設例では1割になるようにした)。

設例B2

1. 主債務者Sの破産手続開始時における主債権者Bの破産債権額は、1000万円である。これをCが保証している。Cは、Sに対する求償権の担保のために、Sの所有不動産上に被担保債権額を1000万円とする抵当権の設定を受けている。
2. Bの破産債権を含めた普通破産債権の総額は、1億円である。
3. 保証人Cの求償権のために担保権が設定されている不動産の売却代金から費用を控除して配当に充てることのできる金額(配当可能額)は、500万円である。議論の単純化のために、他に担保権者・優先債権者は存在しないものとする。
4. 担保不動産を除く破産財団所属財産を換価して得られる金銭から財団債権への弁済額を控除して得られる「破産債権者への配当に充てることのできる金額」(破産配当可能額=配当財団)は、1000万円である。したがって、担保不動産を含めた全部の破産財団所属財産を換価して得られる配当可能額は、1500万円である。

ケース1 BがSの破産手続に参加した場合には、Bは、100万円の配当を受け(1割配当)、その後にCに対して保証債務の履行を求め、900万円の弁済を受ける。Cは、求償権900万円について抵当権を実行し、500万円の満足を受ける。この場合に、Cは、求償権の不足額についてSの破産手続に参加す

破産手続における不足額責任主義の拡張

ることができない（破産法104条3項ただし書）。

破産者の財産からの支出額は、一般財産からの100万円と抵当不動産からの500万円の合計額600万円である。Cの負担額（損失額）は、400万円である。

ケース 2 BがSの破産手続に参加することなく、Cに対して保証債務の履行を求め、Cが直ちに保証債務を履行して、事後求償権1000万円をもってSの破産手続に参加する場合には、Cは、この破産債権について抵当権が存在するため、抵当権により回収することができない金額（不足額）についてのみ、権利を行使することができる（108条1項本文）。したがって、抵当権の実行により500万円の満足を受ければ、残額の500万円を基準にして配当を受けることになる。破産債権の総額は、9500万円であり、配当財団は1000万円であるので、

配当率は、 $1000/9500=0.105263=10.5263\%$ になり、

配当額は、 $500万円 \times (1000/9500) = 52万6316円$ になる。

破産者の財産からの支出額は、一般財産からの52万6316円と抵当不動産からの500万円の合計額552万6316円である。Cの負担額（損失額）は、447万3684円である。

ケース 3 BがSの破産手続に参加することなく、Cに対して保証債務の履行を求め、Cが直ちに保証債務を履行し、代位取得した原債権1000万円をもってSの破産手続に参加する場合にはどうなるか。被担保債権は求償権であり、破産債権として行使されているのは原債権であるから不足額主義の適用はないと考えるべきか。もし、そう考えれば、破産財団の負担は、ケース1と同じになる。それとも、原債権が求償権の確保のために存在することを考慮すると、Cが破産債権として求償権を行使するのか原債権を行使するのかで結果が異なるのは妥当ではないから、ケース2と同じ結果がもたらされるような法律構成を模索すべきか。

ケース3の処理の法律構成

設例A1で述べた議論は、ここでも妥当しよう。すなわち、(1) 求償権と原債権との二重行使は許されないのであるから（破産法104条3項ただし書）、求償権の行使として担保権を実行すれば、原債権の行使は許されるべきでない。設例A1では、このように考えてもそれほど問題は生じなかった。ただ、今問題にしている場合には、原債権が優先的破産債権であることも想定しなければならない³⁰⁾。その場合に、(1)の構成にとどまっていたのでは、担保権実行後の不足額の回収のために優先的破産債権である原債権を利用することができなくなる。求償権の不足額と同額の範囲では、原債権を破産債権として行使することを認めるべきであろう。したがって、(2) 求償権を担保権の実行に必要な範囲で行使し、担保権の実行により優先弁済を受けた後の求償権の残存額のために原債権を破産債権として行使することも許されるが、求償権が消滅すれば原債権も消滅する関係にあること、担保権の実行によりすでに求償権が行使されていることを考慮すれば、原債権を破産債権として行使することができる金額は、求償権の不足額の範囲内に限られるべきである³¹⁾。ケース3については、

- 30) 想定しているのは次のような場合である：国立大学法人の発行する債券の債権者や一般電気事業者たる会社の社債権者（短期社債権者を除く）には先取特権が認められているが（国立大学法人法33条4項・5項、電気事業法37条）、その債権に保証が付され、保証人が債務者所有の不動産に担保権を有している場合。もっとも、先取特権の認められている債権についてさらに保証人を立てることは少ないであろうし、国立大学法人や一般電気事業者たる会社の倒産の例は、仄聞したことさえないから、想定している場合が実際に生ずることは、稀であろう。
- 31) ここで、考慮要素の中に「担保権の実行によりすでに求償権が行使されていること」を含めたのは、破産債権として行使することができる原債権額を求償権の不足額と同額にすることを正当化するためである。そうしないと、次のような議論が展開されることになることになると危惧されるからである：求償権が消滅すれば代位取得された原債権も消滅する関係にあるから、担保権の実行により求償権が部分的に消滅すれば、それに応じて原債権も消滅すると解すべきである；ここで、「それに応じて」にどのような意味を与えるべきか、求償権の消滅額と同額で原債権も消滅するとすべきなのか、求償権の消滅比率と同じ比率で原債権も消滅するとすべきなのか、それともこれらの選択肢以外か。この問題に立ち入ると議論が長くなる。本稿では、負担部分のある弁済者の求償権までは取り扱わないので、この問題を回避しておくのが賢明である。

破産手続における不足額責任主義の拡張

さらに設例A2で述べた議論（終局的目的債権が同一であることを根拠とする不足額主義の拡張）も妥当する。

これを前提にすると、原債権が普通破産債権である通常の場合については、前記(1)により、ケース2の結果とケース3の結果とは同じである。以下では、ケース1とケース2のみを考察の対象にすることにしよう。

ケース1とケース2の比較

ケース2の場合には、破産者の財産からの支出額は、一般財産からの52万6316円と抵当不動産からの500万円の合計額552万6316円である。Cの負担額（損失額）は、447万3684円である。ケース1の場合と比較すると、Cの破産債権額が不足額主義により減少し、その分だけ配当率が上昇する。その結果、他の破産債権者への配当額は増加する。その増加量は、本設例のように配当率が低い場合には大きくないが、配当率が高まれば大きくなることであり、結果の差異を無視すべきではなからう。

ケース2において主債権の満足のために破産財団が支出した額は、担保権が主債権自体のために設定された場合と同じである。ケース1では、その場合よりも破産財団の負担が増加する。その意味で、ケース1におけるB及びCの行動を「別除権の間接化を利用した不足額主義の潜脱」と呼ぶことができる。

不足額主義を拡張すべきか

今問題にしている設例B2（ケース1）は、主債務者が破産者で、主債権が破産債権として行使され、保証人が求償権の担保のために破産者の財産上に担保権を有している点で、設例A6bと基本構造を共通にしている。後者について不足額主義の適用を肯定するのであれば、前者についてもそれを肯定するのは当然のようにも見えるが、ただ、次の重要な差異がある。設例A6bでは、主債権者が主債務者の破産管財人との間で被保証債権額を確定させれば、保証人から同額の弁済を得ることが制度的に保障されている。これに対し、設例B2ではその保障がない。そのため、保証人が破産手続開始後に保証債務を速やかに履行しない場合には、主債権者が主債権の全額を破産債権として行使する

ことを認めざるを得ないであろう。それを前提にすると、主債権者が破産財団から配当を受けた後で、残額について保証人が保証債務を履行し、その求償権の実現のために担保権を行使する段階で調整を行わざるを得なくなる。ここでは、不足額主義の適用範囲の拡張のみならず、不足額主義の実現方法の拡張（破産法所定の不足額証明方式とは異なる方法の採用）も必要となり、そもそもそれが可能かが問題となる。それが可能でなければ、ケース1について不足額主義の実現は諦めざるを得ず、それに連動して、ケース3（保証人が代位取得した主債権を破産債権として行使する場合）にも不足額主義の適用を諦めるべきではないか、との迷いが再び生ずる。

そこで、ケース1について不足額主義を拡張することの当否を一から再検討することにしよう。選択肢としては、次の2つが考えられる。

A. 拡張否定説 主債権者は、自らは別除権者ではないから、主債務者の破産手続に手続開始時の債権額で参加して配当を受けることができ、残額について、保証人に対して保証債務の履行を求めることができ、この場合には不足額主義の適用の余地はない。もちろん、破産手続に参加することなく、保証人に対して保証債務の履行を求めることもできる。いずれを選択するかは、主債権者の自由である。

B. 拡張肯定説 主債権者は、自らは別除権者ではないが、主債権の保証人が求償権を被担保債権とする抵当権を破産財団に属する財産の上に有しているので、別除権の対象である特定の財産から優先的満足を間接的に得る立場にある。したがって、不足額主義の趣旨に基づき、主債権者は、保証人に保証債務の履行を求めることを本則とし、保証人の求償権について不足額主義が完全に適用されるように努めるべきである。

拡張否定説の根拠としては、次のことを挙げることができよう。

(a₁) 拡張肯定説を根拠付ける明文の規定はなく、そのこと自体が拡張を否定すべきことの根拠となる。

(a₂) 主債権者は本来主債務者に弁済請求すべきであり、そのことは、単純保

証人には催告の抗弁権（民法452条）と検索の抗弁権（同法453条）が認められていることに現れている。これらの抗弁権は、主債務者の破産の場合には行使できない性質のものであるが³²⁾、それでも、主債権者は主債務者から弁済を得るのが本来であることに変わりはない。

(a₃) 保証人は民法500条により主債権者に代位することができる者であり、504条の適用を受け、主債権者は保証人に対して担保保存義務を負っている。この義務は、「主債権者が保証人に負担を掛けないように自己の権利を適切に行使すべき義務」の表れの一つと見るべきである。主債権者が主債務者の破産手続に参加して配当を受けることにより債権額を減少させることは、「保証人に負担を掛けないように自己の権利を行使すべき義務」に包摂されると考えるべきである。

拡張肯定説の根拠としては、次のことを挙げることができよう。

(b₁) 受託保証人は、主債務者が指名することもあるが、主債権者が指名することもある（民法450条3項参照）。後者の場合に、主債権者が金融機関であるときは、主債権者の子会社が保証人になる例も世情よく見られる。そのような場合に、拡張否定説を採ることは、実質的に見て、不足額主義の潜脱（有名無実化）を容易にすることになる。

(b₂) 破産法における不足額主義は、破産財団に属する特定の財産から優先的に満足を得ることができる破産債権者とそうでない破産債権者との間の公平に係る建前である。主債権者は保証人の負担を軽減するようあるいは負担が増加しないよう行動する義務を保証人に対して負っていることを前提にしても、破産という特別な状況にあっては、そのような主債権者・保証人間の行動義務よりも、不足額主義により達成されるべき債権者間の公平が優先すると考えるべきである。保証人が求償権のために設定された担保権を行使して特定の担保財産から優先的満足を得れば、その満足は結局主債権者の満足に使われるのであるから、主債権者は、主債務者の破産手続に参加することなく保証人に保証債務の履行を求め、保証人の求償権について不足額主義が実現され

32) 民法452条ただし書及び453条の資力要件参照。

るように努めるべきである。

(b₃) 主債権者と保証人との間で別段の合意がない限り、主債務者について破産手続が開始された場合に、主債務者は破産手続に参加することなく保証人に保証債務の履行を求めることができ、保証人はそれを拒むことができないことは、言うまでもない。それは、不足額主義の拡張を認めても、保証人に不利益が生ずるとは言い難いこと、あるいは不利益が生じても保証人はそれを甘受すべき立場にあることを意味する。

(b₄) 保証人の利益保護が必要であるならば、それは、保証契約において保証限度額を担保財産の価値よりも低く設定する等の方法により図るべきであり、不足額主義の適用を否定して他の破産債権者に不利益を及ぼす方法で図るべきではない。

パンドラの箱を開けることにならないかとの不安が幾分残るが、保証人の求償権とその担保権との間で妥当する不足額主義は、主債権者が主債権を破産債権として行使する場合にも拡張されるべきであると考えたい（少なくとも、保証人が主債務者から保証料を徴収している場合、又は、保証人が主債権者の子会社あるいは親会社である場合には、保証人は不足額主義の拡張から生ずる不利益を甘受すべき立場にあると言うべきであり、不足額主義の拡張を肯定すべきである）。

不足額主義の拡張の実現方法

保証人が求償権のための担保権を破産財団所属財産上に有する場合に、不足額主義をどのような方法で実現するかを検討しよう。次の2つの方法が考えられる。

A. 主債権者は、保証人に対して保証債務の履行を求めるべきであり、破産手続に参加することができないとすることにより不足額主義を実現すべきである。これは、主債権者の破産手続参加を排除するという意味で、「主債権者排除方式」と呼ぶことができる。

B. 不足額主義は、保証債務を履行した保証人が求償権を破産債権として行

破産手続における不足額責任主義の拡張

使する場合以上に破産財団が主債権者と保証人に支払をなす必要はないとすることにより実現することができるから、主債権者の破産手続参加を一律に排除する必要はない。主債権者が破産手続に参加して配当を得た場合には、残額を支払った保証人が求償権に付された担保権を実行する段階で調整すればよい。すなわち、主債権者が破産手続に参加することなく保証人に保証債務の履行を求め、保証人が保証債務を履行したと仮定した場合に、担保権の実行による回収金と不足額を破産債権として行使することによる回収金との合計額を「基準負担額」とし³³⁾、主債権者がその破産債権全額で破産手続に参加した場合の配当金と不足額について保証人が弁済をした後で担保権を実行して彼に与えられる配当額との合計額を「不足額主義の拡張がない場合の負担額」とし、後者から前者を控除した差額を「超過配当額」とし、これを適当な方法で破産財団に帰属させればよい。これは「別除権行使段階での調整方式」と呼ぶことができる。

第1の解決方法（主債権者排除方式）は、保証人が保証債務を適時に全額履行することができる場合にはよい解決方法になりうるが、そうでない場合にやっかいな問題³⁴⁾を引き起こすので、採用できない。第2の解決方法（別除

33) 前述のように、主債権が優先的破産債権である場合には、不足額の範囲で原債権を破産債権として行使することが認められるべきである。したがって、基準負担額の算定について、(α) 保証人が保証債務を全部履行して求償権の確保のために原債権を破産債権として行使する場合を想定して算定しても、(β) 主債権者自身が担保権を有している場合を想定して算定しても、結果は同じになるはずである。

34) 保証人についても破産手続が開始された場合に、主債権者が主債務者の破産手続と保証人の破産手続の双方に参加することを許さなければならず（破産法104条1項）、主債権者排除方式は、機能しえない。また、保証人が主債権の全額を保証しながら主債務者の破産手続開始後にその一部しか弁済できなかった場合の処理にも窮する。なぜなら、この場合に、主債権者に破産手続開始時の現存額で破産手続に参加することを認めたのでは、出発点である債権者排除方式と整合しない；主債権者は未弁済額でのみ破産手続に参加できるとの規律を設けることは、破産法104条2項に反し、しかも、主債権者の破産手続参加を制限することの裏返しとして、一部弁済をしたにすぎない保証人に一部弁済により生じた求償権をもって破産手続に参加することを許容することを認めざるを得ないが、それは破産法104条4項に反するからである。主債権者排除方式は、解釈論としてはもちろん、立法論として

権行使段階での調整)をとるべきであろう。これであれば、主債権者自身が求償権のために設定された担保権を行使することができないということから生ずる問題も回避することができる。また、主債権者が主債務者の破産手続に参加する場合に、破産管財人は、主債権者と保証人に対して、保証人による別除権行使の段階で調整がなされることを説明し、保証人が保証債務を履行した上で求償権を破産債権として行使するように要請することができる。

「別除権行使段階での調整方式」の具体的構成

保証人による別除権行使の段階での調整をどのように行うかについても、いくつかの選択肢が考えられる。一つは、(α)不足額主義の拡張の結果、保証人への超過配当額は民法703条の不当利得に当たると評価されうることを前提にして、破産管財人が保証人に対して超過配当金について不当利得返還請求権を取得すると構成することである(明治23年民法債権担保編247条が採用した方式がモデルになる)。これは、一般的に承認されてよい。

しかし、これだと、保証人の財産状況が悪化した場合に、返還不能のリスクが主債務者の破産財団に及ぶことになる。そこで、もう一つの方法として、(β)破産管財人は、民事執行の配当手続において、超過配当額を保証人に代位して受領することができるとするのが考えられる。類似の制度としては、民法392条2項の代位制度を挙げることができよう。同項の類推適用による代位を認めても、求償権者(保証人)に配当されるべき金銭に関する彼と破産管財人との間の取合いの問題にとどまり、民事執行の配当手続に参加する他の債権者への配当を妨げるわけではないことを考慮すると、類推適用を認めてもよいように思える。ただ、民法392条2項の代位は、登記簿に登録されている権利者間の代位である。超過配当金に対する破産管財人の権利は登記簿から読みとることができるわけでない。民法392条2項の類推適用を根拠付けるほどの共通性があるかについて、評価は分かれよう。

以下では、問題の少ない(α)を前提して検討を進めることにしよう。

↘も採用しがたい。

保証人が得ることのできる求償金額の一般的考察

主債権者が主債務者の破産手続に参加した場合に、不足額主義の拡張の下で保証人が保持することのできる求償金額を、次のような事例について一般的に考察しておこう。

設例 B3

- 主債権者 B の主債務者 S に対する主債権について、受託保証人 C がその全額を保証し、事後求償権の担保のために主債務者の財産上に担保権の設定を受けている。議論の単純化のために、この設例では、破産手続開始後に生ずる利息及び遅延損害金（以下「損害金等」という）は無視しうるものとする。保証人の求償権についての遅延損害金も、無視しうるものとする。
- 主債務者 S に対する破産手続開始時の主債権額（普通破産債権額）を p 円とする。
- 他の破産債権者の普通破産債権の合計額を q 円とする。
- 保証人 C の求償権のために担保権が設定されている不動産を除く破産財団所属財産（一般財産）の配当可能金額を r 円とする。
- C の求償権のために担保権が設定されている不動産（担保財産）の配当可能額を s 円とする。議論の単純化のために、他に担保権者はおらず、また C に優先する債権者もないものとする。不足額主義の拡張が問題になるのは、 $s < p$ の場合である。
- B が S の破産手続に主債権額 p 円で参加して配当を受け、不足額を保証人に求償し、保証人が担保権を実行し、不動産の配当可能額 s 円から求償権の回収を図るものとする。担保財産の換価は、最後配当の除斥期間満了までに完了しないものとする。

この設定において、不足額主義の拡張は、保証債務を全部履行した保証人が求償権をもって破産手続に参加したと仮定した場合を基準にして、これと同等の結果が生ずることを目標とする。基準となる場合に破産財団が最終的に負担すべき金額を基準負担額と呼ぶことにしよう。

$$\begin{aligned} [\text{基準負担額}] &= [\text{別除権行使による負担額}] + [\text{不足額に対する配当額}] \\ &= s + r(p-s)/(p-s+q) \end{aligned}$$

保証人の保証債務履行前に主債権者が主債権全額で破産手続に参加する場合に、破産財団に生ずる負担は、次のようになる。

主債権者は、破産債権 p 円を届け出て、 $rp/(p+q)$ 円の配当をうける。

主債権者は、不足額 $p - (rp/(p+q))$ 円について保証人から弁済を受ける。

保証人は、これと同額の求償権を取得し、これを担保権の実行により回収することになる³⁵⁾。担保権実行手続において保証人に交付される弁済金額は、担保不動産の配当可能額 (s 円) と求償権額 ($p - (rp/(p+q))$ 円) のうちの小さい方の額である。

- $s < p - (rp/(p+q))$ の場合 (保証人が担保権の実行により求償金全額を回収することはできない場合) には、それは s 円である。破産財団は、合計で、 $rp/(p+q) + s$ 円を支出することになるが、これと基準負担額との差額について、保証人に償還請求することができるべきである。したがって、

(1) 返還請求額 (超過配当額)

$$\begin{aligned} &= (rp/(p+q) + s) - (s + r(p-s)/(p-s+q)) \\ &= rp/(p+q) - r(p-s)/(p-s+q) \\ &= r(p/(p+q) - (p-s)/(p-s+q)) \end{aligned}$$

である。

- 他方、 $p - (rp/(p+q)) \leq s$ の場合 (保証人が担保権の実行により求償金全額を回収することができる場合) には、担保不動産から $p - (rp/(p+q))$ 円が保証人に支出される。破産財団は、合計で、

$$rp/(p+q) + \{p - (rp/(p+q))\} = p \text{ 円}$$

を支出することになるが、これと基準負担額との差額について、保証人に返還請求することができるべきである。ただし、 $p < s$ の場合は、主債権

35) この場合に、破産法104条3項ただし書により、主債権者Bが参加している破産手続に保証人Cは参加することができないことに注意。

破産手続における不足額責任主義の拡張

者が破産手続に参加することなく保証人から全額 (p 円) の弁済を受けたとしても、保証人が担保権を実行すれば求償権 (p 円) に不足額が生じない場合であり、これは考察の対象外にしてよい。 $s=p$ の場合も同様であるが、境界線上にあるので、考察の対象に含めることにしよう。したがって、 $s \leq p$ の条件を置いておくことにする。破産管財人は、次の金額を保証人に返還請求することができる。

(2) 返還請求額 (超過配当額)

$$\begin{aligned} &= p - (s + r(p-s) / (p-s+q)) \\ &= (p-s) - r(p-s) / (p-s+q) \\ &= (p-s) (1 - r / (p-s+q)) \end{aligned}$$

ここで、 $p=s$ の場合は、保証人が主債務の全額を代位弁済して取得する p 円の求償権を担保権の実行により全額回収することができる場合であり、破産管財人の保証人に対する返還請求額はゼロになる。

設例 B3において、破産債権額は設例 B2と同じままにし ($p=1000$ 万円, $q=9000$ 万円), 破産配当可能額 r を2000万円に増加させた上で、抵当不動産の配当可能額 s をいろいろに変えて、返還請求額を確認しておこう。

例 1 抵当不動産の配当可能額が500万円になる場合には、破産財団の基準負担額は、次の金額の合計額605万2632円である。

抵当不動産からの配当額が500万円

不足額500万円に対する一般財産からの配当額

$$\begin{aligned} &= 2000\text{万円} \times (500\text{万円} / 9500\text{万円}) \\ &= 105\text{万}2632\text{円} \end{aligned}$$

ところが、主債権者が主債権1000万円で破産手続に参加して200万円の配当を受け、残額800万円について保証人から弁済を受け、保証人が求償権800万円を被担保債権にして担保権を実行し、500万円の配当を受けると、破産財団の負担額は700万円になってしまう。これと基準負担額との差額は、700万円 - 605万2632円 = 94万7368円であり、破産管財人はこの金額を保証人に

不当利得として返還請求することができる。

前述の一般的な計算式では、この場合に破産管財が保証人に返還請求することができる金額は、(1)の数式により計算される（万円の記載を一部で省略した）。

$$\begin{aligned} & r(p/(p+q) - (p-s)/(p-s+q)) \\ & = 2000 \times (1000/(1000+9000) - (1000-500)/(1000-500+9000)) \\ & = 2000 \times (1/10 - 5/95) \\ & = 94万7368円 \end{aligned}$$

結果は合致する。

例 2 抵当不動産が予想外に高く売れ、その配当可能額が800万円であったとしよう。すると、破産財団の基準負担額は、次の金額の合計額843万4783円である。

$$\begin{aligned} & \text{抵当不動産からの配当額} \quad 800万円 \\ & \text{不足額200万円に対する一般財産からの配当額} \\ & = 2000万円 \times (200万円/9200万円) \\ & = 43万4783円 \end{aligned}$$

ところが、主債権者が主債権1000万円で破産手続に参加して200万円の配当を受け、残額800万円について保証人から弁済を受け、保証人が求償権800万円を被担保債権にして担保権を実行して800万円の配当を受けると、破産財団の負担額は、1000万円になってしまう。

これと基準負担額との差額は、1000万円－843万4783円＝156万5217円であり、破産管財人はこの金額を保証人に不当利得として返還請求することができる。

前述の一般的な計算式では、この場合に破産管財が保証人に返還請求することができる金額は、(2)の数式により計算される（万円の記載を一部で省略した）。

$$(p-s) (1 - r/(p-s+q))$$

破産手続における不足額責任主義の拡張

$$\begin{aligned} &= (1000 - 800) \times (1 - 2000 / (1000 - 800 + 9000)) \\ &= 200 \times (1 - 2000 / 9200) \\ &= 156万5217円 \end{aligned}$$

結果は合致する。

例 3 抵当不動産がさらに高く売れ、その配当可能額が1000万円であったとしよう。破産財団の基準負担額は、次の金額の合計額1000万円である。

抵当不動産からの配当額が1000万円

不足額はゼロであるので、一般財産からの配当額もゼロになる。

ところが、主債権者が主債権1000万円で破産手続に参加して200万円の配当を受け、残額800万円について保証人から弁済を受け、保証人が求償権800万円を被担保債権にして担保権を実行して800万円の配当を受けると、破産財団の負担額は、両者の合計額である1000万円になる。これと基準負担額との差額は、1000万円 - 1000万円 = 0円であり、破産管財人が返還請求することができる利得は、保証人に生じていないことになる。

前述の一般的な計算式では、この場合に破産管財人が保証人に返還請求することができる金額は、(2)の数式により計算される（万円の記載を一部で省略した）。

$$\begin{aligned} &(p - s) (1 - r / (p - s + q)) \\ &= (1000 - 1000) \times (1 - 2000 / (1000 - 1000 + 9000)) \\ &= 0 \times (1 - 2000 / 9000) \\ &= 0円 \end{aligned}$$

結果は合致する。

以上のことから、次のことを言うことができる。主債権者が主債権全額をもって破産手続に参加して配当を受け、保証人から残額の弁済を受け、保証人がこの弁済額に相当する求償権額を被担保債権にして担保権を実行した場合に、これにより、破産財団が本来負担すべき金額（基準負担額）以上の支出をすることになるときは、その差額は容易に算出することができるから、破産管財人

がその差額を保証人に返還請求することができるという方法で、不足額主義を実現することができる。

返還金を原資とする追加配当

例1や例2の場合に、破産管財人が保証人から返還を受けた金額は、配当の原資になる。ここでは、それが追加配当の原資になる場合を考えてみよう。主債権者は既に保証人から全額の満足を得ているので、彼が配当を受けることはない。他方、保証人は、基準負担額を算出する過程で算出された不足額を基準として配当を受けることができるとするのが本来である³⁶⁾。ただ、追加配当は、最後配当の配当表よってなされるので（破産法215条3項）、保証人が求償権を破産債権として届け出ていることが前提になる。ところが、実際には、主債権者が主債権を破産債権として行使しているので、保証人が求償権を届け出ることとはできない（破産法104条3項ただし書）。したがって、保証人が追加配当に与かることはできない。この結論を是とするか否かについては、意見は分かれよう。

(α) 否とする立場からは、次のように言うことができよう： $(\alpha 1)$ 主債権者が破産手続に参加しているため、保証人は将来の求償権を破産債権として届け出ることができなかつたのであるから、彼が届出をしなかつたことについての帰責性は小さい； $(\alpha 2)$ 保証人に吐き出させた超過配当額の分配が問題となっているのであるから、手続上の理由によりその分配から彼を排除することは不公平に感じられる。

他方で、(β) 是とする立場からは、次のように言うことができよう： $(\beta 1)$ 他にも追加配当の原資がある場合に、それについても最後配当表に記載されていない保証人を追加配当に与からせるのは問題である； $(\beta 2)$ 破産法215条3

36) この不足額を基準にした保証人への配当額を予め控除して不当利得返還請求額を算定することも考えられるが、追加配当に要する費用が財団債権になり、それを予め確定することができないことを考慮すると、その控除はできないと解する方がよいであろう。

項は、追加配当の手続をできるだけ単純化するための規定であり、追加配当の原資が保証人に吐き出させた金銭である場合にも、貫徹する方がよい；(β3) 主債権者が保証人に保証債務の履行を請求していることを前提にすれば、保証人は、主債務者の破産手続開始後に速やかに保証債務を履行して、求償権又は代位取得した原債権を破産債権として行使できたはずであり、保証人が主債務者の破産手続に参加できなかったことに帰責性がないとは言えず、むしろ、彼を追加配当から排除することを正当化するだけの帰責性はあると言うべきである。

迷うところであるが、(β)の立場を取るべきであろう。いずれの立場をとるにせよ、追加配当にはコストがかかるので、主債権者が主債務者の破産手続に参加する場合には、破産管財人は、主債権者と保証人に対して、保証人が保証債務を履行して、保証人が破産手続に参加することを要請する方がよい。

破産手続開始後の利息・損害金の考慮

以上の議論では、破産手続開始後に生ずる損害金等の債権は考慮しなかった。以下では、これも考慮することにしよう。議論の前提として、(α)別除権者は破産手続開始後に生ずる損害金等も別除権の行使により回収することができ、かつ、(β)不足額主義との関係でも同様であるとしよう。ただし、(β)の点については、異論の余地もあろう。もしも、破産手続開始後の損害金等は不足額主義との関係では考慮されないことを前提にするならば、以下の議論は不要となる(既述のことで足りる)。この点については、私見も固まっているわけではなく、(β)の前提を置けば以下のようなになるという意味の前提である。

(a) 主債権者が主債権について担保権を有している場合(前提の議論) 損害金等のうち、破産手続開始前に現実化したものは、破産手続との関係でも、元本と同様に行使することができるので、これと元本との合計額を債権額(前記p)に含めて考えれば足りる。他方、破産手続開始後に生ずる損害金等は、破産手続においては劣後的破産債権になるが、別除権の行使手続において被担

保債権の一部として優先弁済を受けることができ（担保権が根抵当権の場合には極度額の範囲内で、普通抵当の場合には民法375条の制限の範囲内で優先弁済を受けることができ）、別段の合意がなければ、民法491条により元本に先立って弁済金の充当を受ける³⁷⁾。保証人との関係についても、基本的に同様に考えてよいであろう。

(b) 保証人が求償権について担保権を有する場合 この場合にも、(a)で述べたことの多くが当てはまるが、ただ、次のことが追加的に問題になる。(α) 保証人の有する担保権が普通抵当権である場合には、被担保債権額がどのように定められているかが問題になる。被担保債権である求償権の金額は、代位弁済がなされるまで確定せず、抵当権設定契約の時点で後日発生する求償権の額を予測して、当事者の合意で定めることができるからである。実務上は、原債権の元本相当額をそのまま被担保債権額とする例が多いが、原債権の元本額に一定の掛け率を乗じて被担保債権額とする例もあるとのことである³⁸⁾。主債務について分割弁済がなされる場合には、主債務者が債務不履行に陥って期限の利益を失い、遅延損害金が残債務額に加わったとしても、代位弁済時の主債務額が当初の主債務元本額を下回ることもあり得よう。その点からすれば、被担保債権額を原債権の当初元本額と同額にすることも、不合理ではない。そこで、以下では、保証人の求償権のために設定された普通抵当権の被担保債権額は、主債権の元本額と同額であることを前提にすることにしよう（もちろん、議論を複雑にしないようにするためでもある）。(β) 受託保証人が破産手続開始後の損害金等も含めて主債権の全額を代位弁済した場合には、破産手続開始後の損害金等にかかる部分についての求償権は劣後的破産債権になるとするの

37) 伊藤眞ほか『条解破産法』（弘文堂、2010年）471頁。明治23年商法989条は、この点を次のように明規していた：「財団に対しては破産宣告の日より利息を生ずることを止む。但抵当権、質権その他の優先権を以て担保せられたる債権はその担保物の売払代金に満つるまでを限として利息を生ずることを得」。同条につき、梅謙次郎『改正商法講義』（明法堂・有斐閣、明治26年）の復刻版（信山社、平成9年）719頁以下、磯部・前掲（注12）3765頁以下及び（997条に関する）3814頁以下参照。

38) 新潟県弁護士会『保証の実務（新版）』（新潟県弁護士会、平成24年）427頁。

が正当と思われる。さらに、代位弁済後の求償に必ずべき債務（以下「求償債務」という）の履行遅滞による遅延損害金³⁹⁾も破産債権になるが、これも劣後的破産債権になる（破産法97条2号・99条1項1号）。以上のことを前提にした上で、不足額主義の拡張をさらに一般的な形で示しておこう。

設例B4 設例B3に、次の事情を付加する。

- 主債権について、破産手続開始後・保証人から代位弁済を受けるまでの間に損害金等として u' 円が発生し、主債権者は保証人に対して $p+u'$ 円の支払を請求し、保証人が同金額を代位弁済したものとする。議論の単純化のために、保証人の有する担保権が普通抵当権である場合には、 $p+u'$ 円は、被担保債権額の範囲内に収まるものとする。
- $p+u'$ 円の求償権に対する遅延損害金額を v' 円とする。議論の単純化のために、保証人の有する担保権が普通抵当権である場合には、抵当権の実行は代位弁済後2年以内に完了し、求償債務の不履行による遅延損害金は民法375条の制限内に収まるものとし、また、根抵当権の場合には、 $p+u'+v'$ 円は、極度額の範囲内とする。
- 保証人が $p+u'+v'$ 円の求償権の回収のために抵当権を実行した場合に、抵当不動産の配当可能額を s 円とする。 $s > p+u'+v'$ の場合には、不足額主義を問題にする必要はないので、 $s \leq p+u'+v'$ であることを前提にする⁴⁰⁾。

(a) 主債権者が破産手続に参加することなく保証人に被保証債権額 $p+u'$ 円の支払を求め、保証人が代位弁済後に担保権を実行したと仮定した場合に、別除権行使により破産財団に生ずる負担額は、 s 円となる。このうち $u'+v'$ 円は普通破産債権部分の弁済に充てられないので、普通破産債権の不足額は、

39) 求償権については、即時の履行が約定されていることを前提にし、約定利息の発生余地はないものとした。

40) ここで、 u と v にダッシュを付したのは、これから検討するケース1との関係で、それが仮定の数字になるからである。

$p - (s - u' - v')$ 円 $= p + u' + v' - s$ 円となる。したがって、

$$\begin{aligned} [\text{基準負担額}] &= [\text{別除権行使による負担額}] + [\text{不足額に対する配当額}] \\ &= s + r(p + u' + v' - s) / (p + u' + v' - s + q) \end{aligned}$$

である。不足額主義の適用により破産財団の負担を最小にするために、主債権者が上記のように行動することが期待される。

(b) 上記の期待に反して主債権者が、普通破産債権額 p 円を届け出て、 $rp / (p + q)$ 円の配当を受け、保証人から不足額の弁済を受ける時点で破産手続開始後の損害金等の額が u 円であるとしよう。主債権者は、不足額 $(p + u) - (rp / (p + q))$ 円について保証人から弁済を受け、保証人が同額の求償権を取得することになる。これに対する遅延損害金額を v 円としよう。

保証人は、 $(p + u) - (rp / (p + q))$ 円の求償権とこれに対する v 円の遅延損害金債権を取得するが、破産法104条3項ただし書により破産手続に参加することができないので、その全額を担保権の実行により回収しようと試みることになる。回収金額は、 s 円と $(p + u + v) - (rp / (p + q))$ 円のうちの小さい方の額である。

- $s < (p + u + v) - (rp / (p + q))$ の場合（保証人が代位弁済額 $(p + u)$ 円と遅延損害金額 (v) 円の合計額の全部を担保権の実行により回収することはできない場合）には、破産財団は、一般財産からの支出額（配当額） $rp / (p + q)$ 円と担保財産からの支出額 s 円の合計額を支出することになるが、これと基準負担額との差額について、保証人に返還請求することができるべきである。したがって、

(1) 返還請求額

$$\begin{aligned} &= \{rp / (p + q) + s\} - \{s + r(p + u' + v' - s) / (p + u' + v' - s + q)\} \\ &= rp / (p + q) - r(p + u' + v' - s) / (p + u' + v' - s + q) \\ &= r\{p / (p + q) - (p + u' + v' - s) / (p + u' + v' - s + q)\} \end{aligned}$$

である。

ここで、 u' 、 v' は、仮定の場合の数値であり、かつ、実際に得られる数値 u 、 v に近似することを考慮して、 u 、 v で置き換えることが許されるものとしよ

う。すると、

返還請求額

$$= r(p/(p+q) - (p+u+v-s)/(p+u+v-s+q))$$

- $(p+u+v) - (rp/(p+q)) \leq s$ の場合（保証人が代位弁済額 $(p+u)$ 円と遅延損害金額 (v) 円の合計額の全部を担保権の実行により回収することができる場合）には、破産財団は、一般財産からの支出額（配当額） $rp/(p+q)$ 円と担保財産からの支出額 $\{(p+u+v) - (rp/(p+q))\}$ 円の合計額 $p+u+v$ 円を支出することになるが、これと基準負担額との差額について、保証人に返還請求することができるべきである。ただし、 $p+u+v < s$ の場合には、ケース2においても保証人が全額を回収することができる場合であり、これは考察の対象外にしてよいので、 $s \leq p+u+v$ の条件を置くことにしよう。破産管財人は次の金額を保証人に返還請求することができる。

(2) 返還請求額

$$\begin{aligned} &= (p+u+v) - \{s + r(p+u'+v'-s)/(p+u'+v'-s+q)\} \\ &= (p+u+v-s) - r(p+u'+v'-s)/(p+u'+v'-s+q) \end{aligned}$$

ここで、 u' 、 v' は、仮定の場合の数値であり、かつ、実際に得られる数値 u 、 v に近似することを考慮して、 u 、 v で置き換えることが許されるものとしよう。すると、

返還請求額

$$\begin{aligned} &= (p+u+v-s) - r(p+u+v-s)/(p+u+v-s+q) \\ &= (p+u+v-s) (1 - r/(p+u+v-s+q)) \end{aligned}$$

ここで、 $p+u+v=s$ の場合は、主債務者の破産手続開始後に保証人が保証債務を全部履行して別除権を行使した場合に、遅延損害金を含む求償金の全額を担保財産から回収することができる場合であり、返還請求額はゼロになる。

4 ま と め

破産法108条1項は、破産財団に属する財産上に担保権を有する破産債権者

とそうでない破産債権者との間の利益の調整のために、その被担保債権は、別除権の行使によって回収することができなかつた残額についてのみ破産債権として行使され得る旨を規定している。同項が規定しているのは、被担保債権が破産債権として行使されるという単純な場合であるが、保証人が存在する場合には、状況はかなり複雑になる。なぜなら、 (α) 破産者となり得るものとして主債務者と保証人の2つがあり、破産債権者となり得るものとして主債権者と保証人の2つがあり、破産債権として行使され得るものとして主債権と保証債権と求償権の3つがあり、同様に、被担保債権となり得るものとして主債権と保証債権と求償権の3つがある；そして、 (β) 破産債権として行使される権利が被担保債権となっている訳ではないが、他の権利を介して実質的に担保財産から優先的満足を得ることができる場合、あるいは、破産債権が被担保債権の満足に奉仕することを目的としている場合があり、これらの場合に、破産債権に不足額主義を適用すべきかが問題となりうるからである。問題状況が多様であるので、解釈論として不足額主義の適用を主張できる程度も問題状況によって異なってくる。

どのような根拠により破産法108条1項の不足額主義の適用範囲の拡張が可能かを検討すると、解釈論として次の4つの可能性がある： (α) 「主債務者の意思に基づかない権利変動であることを根拠とする拡張」、 (β) 「二重の権利行使の禁止を根拠とする拡張」、 (γ) 「実質的担保関係を根拠とする拡張」、 (δ) 「終局的目的債権が同一であることを根拠とする拡張」。拡張される範囲は、上記の順に広がっていき、狭いものほど受け容れられやすく、広いものは強い抵抗にあうことになる。

拡張が可能な具体例を示すと、次のようになる。

(1) 破産者が主債務者であり、その財産上に担保権が付いている主債権を無委託保証人が代位弁済により取得した場合に、彼は、主債務者の関与しない保証によって原債権と担保権を取得したのであるから、彼は、求償権を破産債権として行使するときでも、原債権に付されている担保権の実行によって満足を得ることができなかつた不足額を基準にして配当を受けるとすべきであると

強く主張することができる（前記(α)が妥当し、かつ、他の3つの拡張も妥当する）。

(1a) 受託保証人が代位弁済によって原債権と担保権を取得し、求償権を破産債権として行使する場合にも、不足額主義の適用を強く主張することができる（前記(β)(γ)(δ)が妥当する）。

(2) 破産者が主債務者であり、保証人が求償権について破産者の財産上に担保権を有していて、主債権者が破産管財人との間で被保証債権額を確定すれば保証人から弁済を得ることが制度的に保障されている場合（法令で規定された支払保証委託の場合）には、主債権を破産債権として行使する主債権者は、保証人が担保権を実行して主債権への弁済に充てることのできる金額を控除した残余额についてのみ配当を得ることができると強く主張することができる（前記(γ)(δ)が妥当し、さらに、供託制度とのバランスを根拠にすることができる）。

(2a) 保証人が求償権について破産者（主債務者）の財産上に担保権を有しているが、前記のような制度的保障がない場合にも、保証人が代位取得した主債権（原債権）を破産債権として行使するときに、不足額主義の適用を主張することができる（前記(β)(δ)が妥当する）。保証人が破産債権として行使することができる原債権額は、担保権の行使により回収することができなかった求償権額（不足額）の範囲に限定される。

(2b) 前記(2a)の場合で、主債権者が主債務者の破産手続に参加し、配当を得ることができなかった残額について保証人から代位弁済を受け、保証人がこれにより取得した同額の求償権の行使として担保権を実行するときには、困難な問題が生ずる。このときは、「破産者の一般財産から主債権者に支払われた金額と担保財産から保証人に支払われた金額の合計額」と、「主債権者が破産手続に参加することなく保証人から弁済を受け、保証人が破産手続に参加したと仮定した場合に、不足額主義の適用の下で、破産者の担保財産と一般財産から保証人に支払われるであろう総額」とを比較して、前者が後者を上回るときは、破産管財人は、担保権を実行した保証人にその差額の返還を請求するこ

とができるとする方法により解決するのがよいであろう。

(3) 破産者が主債務者であり、主債権者が破産者の財産上に保証債権のための担保権を有する場合にも、主債権に不足額主義を適用すべきであると主張することができる(前記(γ)(δ)が妥当する)。

(4) 破産者が人的保証人兼物上保証人であり、主債権者が保証債権を破産債権として行使する場合にも、主債権のために破産者の財産上に担保権が設定されていることを根拠に不足額主義を適用すべきであると思われる(前記(δ)が妥当する)。

いずれも、現行法の解釈論である。