

開始時現存額主義と配当時現存額主義 (不足額主義)

——破産手続中における配当財団以外の財産からの
満足を破産配当においてどのように考慮すべきか——

栗 田 隆

目 次

- 1 はじめに
- 2 議論の準備
 - 2.1 立法の流れ
 - 2.2 開始時現存額主義の適用範囲に関する学説
 - 2.3 開始時現存額主義の適用範囲に関する判例
- 3 問題の検討
 - 3.1 相殺による部分的満足と任意弁済による部分的満足
 - 3.2 人的保証人兼物上保証人の破産の場合
- 4 結 論

1 はじめに

破産管財人は、破産者の財産のうち破産財団に属する財産を換価・処分し、必要に応じて否認権を行使して破産財団所属財産を増殖し、破産債権者への配当に充てるべき金銭（配当財団）を得る。破産者の財産が外国にある場合に、その財産も破産財団に含まれ、日本の破産手続において選任された破産管財人の管理処分権はその財産にも及ぶが（破産法¹⁾ 34条1項かっこ書）、その外国が日本の破産管財人の管理処分権を認めない場合には、日本の破産管財人は、その財産を換価して配当財団に組み込むことはできない。また、その外国が日本の破産管財人の管理処分権を認める場合でも、日本の破産管財人が外国に出

1) 本稿において単に「破産法」というときは、現行の破産法（平成16年法律75号）を指す。現行破産法の条文の引用に際しては、法令名を省略することを通例とする。

かけて在外財産を換価しようとしてもコスト倒れになるようなときには、その財産も配当財団に組み込まれないことになろう。本稿では、「配当財団」は、日本の破産管財人が現実には換価することのできる財産の換価金から財団債権への弁済金を控除した後に残る配当原資を指すものとしよう。

破産手続外で行使できる担保権（特別の先取特権、質権、抵当権）が破産財団に属する財産の上に存在する場合に、その担保権者は別除権者と呼ばれる（2条10項）。別除権に係る担保権が設定されている財産も、破産財団に属する財産であるが、その換価金のうち別除権者が優先弁済を受けることができる範囲のものは、配当財団に組み込まれない。そこで、担保権の設定されている財産を「担保財産」と呼び、そのうちで別除権者の優先弁済に充てられる部分を「別除部分」と言うことにしよう。また、破産者が破産債権者に対して有している債権が破産財団に属する場合に、破産債権者が破産債権をもってその財団所属債権と相殺することができる場合、その財団所属債権は相殺によって消滅する範囲で配当財団に組み込まれない。これを「相殺対象部分」と呼ぶことにしよう。破産財団所属財産のうちで別除部分と相殺対象部分を除いたものを「一般財産」と呼ぶことにする。配当原資となるのは一般財産の換価金であるので、配当財団は、日本の破産管財人が一般財産を換価して得られる金銭から財団債権への弁済金を控除した後に残る金銭であると言うことができる。別除部分及び相殺対象部分が存在すると、その分だけ一般財産・配当財団が減少し、一般債権者への配当が減少する。したがって、別除権あるいは相殺権により優先的満足を受ける者と一般債権者との間には利害の対立があり、利害の対立をどのような形で公平に解決すべきかが問題になる。

ところで、破産手続中に、ある破産債権者が破産債権の一部について配当財団以外の財産（破産者の財産又は保証人等の第三者の財産）から満足を受けた場合に、そのことは、破産配当との関係でどのように考慮すべきであろうか。この問題の立法的な解決の方法としては、次の3つが可能である。（α）破産手続開始後の満足を考慮することなく、当該破産債権者は、破産手続開始時の現存額を基準にして配当を受けるとする方式。これは、一般に、「開始時現存

額主義」あるいは「開始時残存額主義」と呼ばれる方式である。（ β ）破産手続開始後の満足も考慮し、当該破産債権者が最終的に受ける配当額は、最後配當時の現存額（「破産手続開始時の破産債権額」から「配当財団以外の財産から得た弁済額」²⁾を控除した金額）を基準にして定まるとする方式。これを「配当時現存額主義」と呼ぶことにしよう。（ γ ）配当財団以外の財産からの弁済金を配当財団に組み込んで、日本の破産手続における配当金と見なす方式。これは、「配当組込主義」³⁾とされる方式である。なお、破産手続開始前に得た満足をどのように考慮するかについては、（ α ）誰からの満足を問わずに全て考慮する方式（開始時現存額主義）の外に、（ β ）破産者から得た満足の

2) 劣後的破産債権への配当がなされない通常の場合を前提にすると、ここにいう「弁済額」は、普通破産債権の満足に充当される弁済額を意味し、破産手続開始後の利息・損害金等の劣後的部分に充当された金額は除外される。ただし、他の債権者との公平が問題となる場面であるので、劣後的部分に充当された金額もここにいう「弁済額」に含めるという解釈の余地もあり、結論は留保したい。

3) その実現方法としては、（ α ）破産債権者が受領した弁済金を破産管財人に引き渡すという方法と、（ β ）弁済金を当該債権者に保持させたまま、「他の同順位の破産債権者が自己の受けた弁済と同一の割合の配当を受けるまでは、最後配当を受けることができない」とする方式とが考えられる。後者の方式をとった場合には、他の破産債権者が「同一の割合の配当を受ける」に至らなかった場合の処理（他の破産債権者への配当率を超えて受領した弁済金を破産財団に引き渡させるべきか否か）が問題になる。破産財団からの配当率が当該債権者の得た弁済率を上回る場合には、いずれの方式によっても結果は同じである。

民事再生法190条は、再生計画の履行完了前に再生債務者について破産手続開始の決定がなされた場合に、「再生計画によって変更された再生債権は、原状に復する」と規定し（1項）、「再生債権であった破産債権については、その破産債権の額は、従前の再生債権の額から同項の再生計画により弁済を受けた額を控除した額とする」と定めつつ（3項）、再生計画により弁済を受けた破産債権者について、「従前の再生債権の額をもって配当の手続に参加することができる債権の額とみなし、破産財団に当該弁済を受けた額を加算して配当率の標準を定める。ただし、当該破産債権を有する破産債権者は、他の同順位の破産債権者が自己の受けた弁済と同一の割合の配当を受けるまでは、配当を受けることができない」と規定している（4項）。この4項本文は、前記（ α ）の方式を計算上採用することを明らかにし、ただし書は（ β ）の方式を採用している。再生計画に従い現になされた弁済率以上の率での配当が破産手続においてなされる場合に関する限り、同項の本文とただし書は、実質的には同じことを2つの方法で表現しているにすぎない。

みを考慮し、破産者の共同義務者から得た満足は考慮しないとする方式、したがって、破産者が破産手続開始前に満足を与えていない場合には、共同義務者が弁済していても、当初の債権額で破産手続に参加することができるとする方式（当初債権額主義）もある。

破産法は、破産債権者が破産者以外の者（保証人や連帯債務者のような共同義務者）の財産から満足を得る場合について、当初債権額主義と配当時現存額主義を排除して、開始時現存額主義を採用している（104条1項・2項）⁴⁾。破産債権者が外国で開始された破産手続において配当を得る等の方法で在外財産から満足を得た場合については、配当組込主義を採用している（109条・201条4項）。破産債権者が別除権者である場合については、別除権の行使によって弁済を得ることができなかった金額（不足額）を基準にして配当を受けることができるという不足額責任主義（略して「不足額主義」という）を採用している（108条1項）。この不足額主義は、最後配当の除斥期間満了前に別除権の行使によって受けた満足を考慮して配当基準となる債権額を定めるのであるから、配当時現存額主義の一種といえることができる。配当時現存額主義の実現の方法には、いくつかの方式が考えられるが、現行破産法は、別除権者については、最後配当の除斥期間満了前に別除権の行使を完了して不足額を証明しなければ、最後配当の手続に参加することができない（したがって、配当を受けることができない）との方式を採用している（198条3項）。中間配当の段階では、別除権の目的財産の処分に着手したことを証明し、予定不足額を疎明すれば、中間配当の手続に参加することができるが、不足額の証明がない限り配当金は寄託される（210条1項・214条1項3号）。別除権者は不足額確定責任を負っており、別除権者に適用される不足額主義は、配当時現存額主義と不足額確定責任の賦課との結合であると説明することができる。

4) スイス法は、当初債権額主義を採用しているが、日本の破産法は、破産手続開始前に破産者の共同債務者が債権者に与えた満足を考慮することにした。現行破産法は、104条1項で、当初債権額主義ではなく開始時現存額主義を採用したことを宣明し、2項で配当時現存額主義ではなく開始時現存額主義を採用したことを明規しているのである。

本稿の目的

設例1 主債権者Bの主債務者Sに対する主債権1000万円について、CがSの委託を受けて保証人になり、かつ、自己の不動産の上に主債権のために一番抵当権を設定した。主債務者Sと人的保証人兼物上保証人Cについて同時に破産手続が開始され、その時点における主債権額が1000万円であるとする。Bが保証債権を破産債権としてCの破産手続に参加するとともに、債権調査の終了前に抵当権を実行して、600万円の満足を得、最後配当の除斥期間満了前に不足額を証明することができるとする。附従性の原則により、破産手続開始時における保証債権額は、主債権額と同額であり、Bが抵当権を実行して主債権の一部を回収した後の保証債権額も、その時点における主債権額と同額であるとする⁵⁾。Bは、開始時の保証債権額である1000万円を基準にして配当を受けるのか、それとも配当時の保証債権額400万円を基準にして配当を受けるのであろうか。

保証債権は主債権に附従し、主債権が一部消滅すれば保証債権もその範囲で消滅する。破産者の財産からの支出により保証債権が減少したのであるから、保証債権への配当は、配当時の現存額を基準にすべきではないのかとの疑問が湧く。この場合に直接に適用され、この疑問を直ちに解決する実定規定があるようには見えない。破産法108条1項は、破産債権が別除権に係る担保権の被担保債権であることを要件としている。前記の設例1の場合には、破産債権は保証債権であり、被担保債権はこれとは異なる主債権である。したがって、108条1項の直接の適用はない。他方で、次の理由により、104条5項・2項の適用要件を充足しているとも言い難い：同条2項は、破産者とともに全部義務を負う他の者が破産手続開始後に一部弁済をした結果実体法的には破産債権額が減少する場合でも、破産債権者は開始時の破産債権額を基準にして配当を受けることができるとするものである；そこには、破産者以外の者の財産からの

5) 保証債務の履行遅滞による損害金について特別の約定（民法447条2項）がなされている場合には、これと異なる状況も生じ得るが、ここでは、そのような特別な約定はなされていないことを前提にする。

弁済によって破産債権額が減少したことを考慮することなく配当をしても、他の破産債権者との関係で不公平ではないとの考慮を読み取ることができる；同条5項は、この規律を物上保証人に準用する；したがって、104条2項と5項にあっては、「他の全部の履行をする義務を負う者」及び「第三者」は、重要な要件要素であり、破産者自身の財産上の担保権が実行されたことにより破産債権額が減少する場合は、104条5項・2項が直接の対象としているとは言い難い。108条と104条のうちのいずれかの規定を拡張的に適用する（類推適用する）ことにより問題の解決を図るべきであろうが、いずれを選択すべきであろうか。

検討の視点 私は、上記の問題を、前稿⁶⁾では、不足額主義の拡張的適用の問題ととらえ、108条1項を類推適用して、Bは、担保権を実行して主債権（被担保債権）の一部の満足を受けたことにより減少した保証債権額についてのみ、破産債権者として権利を行使することができるとすべきであるとの結論を出した。この結論は、本稿でも変わらないが、本稿では、視野を広げて、「破産手続中に破産者の財産又は他者の財産からの出捐により破産債権額の減少がもたらされた場合に、そのことは破産債権への配当に際してどのように考慮されるべきか」という視点から検討することにしよう。

2 議論の準備

2.1 立法の流れ

最初に、共同債務者の一人又は複数人について破産手続が開始された場合に、債権者はどの時点の債権額を基準にした配当額を最終的に得ることができるのか、という問題を取り上げることにしよう。この問題について、日本法の沿革を要約すると、次のようになる：明治23年商法は、商人破産について開始時現

6) 栗田隆「破産手続における不足額責任主義の拡張」関西大学法学論集63巻4号（平成25年）104頁。本稿の議論の対象が前稿の対象の一部と同じであるため、本稿の論述が前稿の論述と一部重複する部分がある。ご容赦を頂きたい。本稿の論文としての独立性を維持しつつ、重複はできるだけ少なくなるように努めた。

存額主義を採用した；他方，一般法である明治23年民法は，非商人の財産の清算について，開始時現存額主義を基本としつつも，同時に清算手続が開始された連帯債務者相互間では配当時現存額主義を採用した；しかし，明治29年民法はこれを放棄して開始時現存額主義を採用した；その後，破産手続開始前における共同義務者からの弁済を考慮しない当初債権額主義の利点も認識されるようになったが，大正11年破産法は，開始時現存額主義を維持した。

現行破産法104条に至るまでの歴史については，次の大作がある：杉本和士「破産における「現存額主義」と一部弁済処遇の関係に関する覚書」⁷⁾（以下では，杉本・前掲論文として引用する）。

明治23年民法

明治23年3月27日に裁可された民法債権担保編の中に，連帯債務の効力に関する規律の一環として，連帯債務者の財産が清算される場合に関する規定（67条から69条）が置かれている。そこにいう「清算」が何を指すのかは明瞭でないが，当時は商人破産主義が採用されることになっていたので，そこにいう「清算」は，商人の破産を含みうるとしても，中心となるのは，非商人の総財産の清算（明治23年8月20日に裁可された家資分散法（法律69号）1条により家資分散者宣告を受けた者の財産の清算）であると考えてよいであろう（明治23年民法は施行されないままとなったが，明治29年民法施行法2条では，「民法に於て破産と称するは民事については家資分散を謂う」と規定されていた）。商人の破産との関係では，民法の規定に優先して商法第3編破産の規定が適用されることになる。したがって，「破産」の語を広く「総財産の清算」の意味で用いることが許されずとしても，家資分散法では換価・配当手続が用意されていなかったことを考慮すると，債権担保編における「清算」を「破産」と読

7) 杉本和士「破産における「現存額主義」と一部弁済処遇の関係に関する覚書（1）～（6完）」早稲田大学大学院法研論集112号（2004年）71頁・113号75頁・115号111頁・116号127頁・117号141頁・119号（2006年）107頁。なお，明治の法典編纂期における倒産処理制度について，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頁以下参照。

み替えることには躊躇を感ずる。しかし、現行法との比較を容易にするために、本稿では、その読替えをすることにしよう。

明治23年民法債権担保編67条は、連帯債務者の一人が破産した場合について、次のように規定していた（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。句点も挿入した。以下、本稿において同様である）。

第1項「何等の弁済も有らざる前に連帯債務者の一人の無資力と為りたるときは債権者は其債権の全額に付き清算に加はることを得。」

第2項「此場合に於て弁済の残額は他の債務者之を負担す。但其債務者の自己の部分外に負担したるものに対する求償は其清算に加はりたる他の債権者を害することを得す。」

68条は、連帯債務者の一人が破産する前に一部弁済がなされていた場合に関する規定である。

「債務者の一人の無資力と為りたる前に一分の弁済ありたるときは債権者は弁済残額のために非されは其清算に加はることを得す。又一分の弁済を為したる他の債務者は第63条に従ひ自己の受取る可きものを弁償せしむる為め清算に加はることを得。」

69条が、複数の連帯債務者が破産した場合について、次のように規定していた。

第1項「何等の弁済も有らざる前に総ての連帯債務者又は其中の数人の無資力と為りたる場合に於て債権者は其債権の全額に付き各清算に加はることを得。」

第2項「然れども債権者が清算の一に於て配当金を受取りたるときは他の清算に於て其債権の全額に従ひ債権者に充てたる新配当金は以前の配当に於て未だ受取らざるものの割合に応するに非されは債権者之を受取ることを得す。」

第3項「受取の残額は各清算に之を返還す。但各清算の弁済したるものの割合に従ふ。」

これらの規定を立法の流れの中で位置づけるにあたっては、現行民法と比較するのが本来ではあるが、ここでは、規定が詳細な現行破産法と比較することにしよう。

（a）破産手続開始前に一部弁済がなされた場合　債権担保編69条1項と68条1文とは、両者相俟って、破産法104条1項と同趣旨の開始時現存額主義を定める規定であるといえることができる。債権担保編68条2文に相当する規定は、現行破産法には置かれていない。同条2文は、当然のことであり、不要であるということもできるが、丁寧に規定しているという評価も可能である。

（b）破産手続開始後に一部弁済がなされる場合　債権担保編67条2項2文は、この場合に関する規定である。その根拠について、次のような説明がある：他の連帯債務者が一部弁済をして無資力者に対して求償することができる場合に、その連帯債務者は、債権者が参加しているのと「同一の清算中に加はることを得す」；「此求償権は未だ分配に係らざる無資力債務者の財産上又は其初項の清算以来獲得したる財産上に非されは行はるゝを得ざるなり。何となれば若し債権者未だ皆済を受けざりしならば更に此分配に参加するを得へければなり」。したがって、67条1項は、2項2文に裏打ちされて、破産法104条2項の意味での開始時現存額主義を定める規定でもあるといえることができる。

（c）破産法104条4項に相当する規定は債権担保編には置かれていないが、債権担保編67条2項から引き出すことは可能であろう。

（d）順次破産の場合　連帯債務者の一人の破産（清算）が終了した後で別の連帯債務者が破産するという形で連帯債務者が順次に破産していく場合はどうか（以下では、このような形の破産を「順次破産」という）。特に規定が置かれているわけではないが、破産配当も債権の満足という点で任意弁済と同等であること、債権担保編69条が同時破産の場合の規定であることを前提にすると、68条（開始時現存額主義）により処理されることになるだろう。

（e）同時破産の場合　では、複数の連帯債務者が同時に破産した場合はどうか。この場合について、69条1項が《債権全額での参加》を認めつつも、2項は、《後行の破産配当において、先行の破産配当額を控除した残額を基準

とする配当額のみを受領することができる》という形で、配当時現存額主義を採用した。例えば、甲・乙・丙が債権者に対して1万円の連帯債務を負っていて、甲・乙・丙の各清算手続における配当率がそれぞれ5割・3割・2割である場合には、甲の清算手続からは5000円、乙の清算手続では残りの5000円の3割である1500円の配当を受け、丙の清算手続では残りの3500円の2割である700円の配当を受ける；1万円を基準にすれば乙の清算手続で得るはずの3000円と実際の配当額との差額1500円、1万円を基準にすれば丙の清算手続で得るはずの2000円と実際の配当額との差額1300円の合計額2800円は、甲・乙・丙の清算（清算財団ないし清算手続）に5：3：2の比率で返還され、各清算手続の参加債権者の配当に充てられる。明治29年民法の起草者から強く批判された規律であるので、起草者（ボアソナード）の注釈を、若干の敷衍を含めながら、紹介しておこう。（ α ）債権担保編69条2項・3項は、実定規定としては前例がない。ただ、2項の定める規律は、フランス法の発展の中で主張されたことがある。しかし、2項だけであると、各破産手続の管財人が配当を遅らせることにより連帯債務者の債権者への配当を減らして他の債権者の配当を増加させることができることになり、配当遅延競争が生ずるとの指摘がなされていて、これを回避しようとするのが3項である。（ β ）2項の規律に対しては、債権者が複数の共同義務者の破産手続に参加して全額の満足を得る道が閉ざされてしまうとの批判があるが、連帯債務者の中に無資力でない者がいれば債権者はその者から弁済を得ることができるから、重要なのは連帯債務者の全員が無資力になって破産する場合であり、この場合には、2項の定める範囲で配当に与ることができる 것으로 十分である。債権者が損失を分担することにより利益を受けるのは、債務者ではなく、各破産手続に参加する他の債権者である。2項・3項により、各連帯債務者の負担の平均化が図られる。また、順次破産の場合には、後行破産手続における債権額は、先行破産手続における配当額を控除した金額になるのであるから、同時破産の場合にも同様な結果がもたらされることが望ましい。（ γ ）同時破産の場合に開始時現存額主義を採用することは、「連帯の法則の極端に走りたる」ものというべきであり、そのことは、

債権者が債権額以上の配当を受領することが生じうる点に現れる。もちろん、それはその後補正されるべきことであるが、一時的に生ずること自体が問題である。(δ) 清算（文脈からして、配当の意味である）が同一時になされる場合には69条は適用できないが、この場合には原則規定である63条により処理すべきである。なお、(ε) 商人の破産の場合について商法がどのように規定するかについて、我輩（ボアソナード）は未だ了知していないが、商法がフランス商法と同様に同時破産の場合に開始時現存額主義を採用しようとも、「民法が普通法として我輩が発案せる通りに」規定することは、妨げられない⁸⁾。

明治29年民法

しかし、明治23年民法が採用した同時破産の場合における配当時現存額主義は、明治29年民法の草案では採用されなかった。法典調査会で審議された草案442条は次のように規定していた。

第1項「連帯債務者一同又は其中の数人が破産の宣告を受けたる場合に於て

- 8) (b) について、ボワソナード氏起稿『再閱修正民法草案註釋第4編』の復刻版（雄松堂、2000年）269頁以下参照。井上操『民法詳解』（岡島寶文館、明治25年）の復刻版（日本立法資料全集別巻232、信山社、平成14年）370頁以下も参照。(d) については、68条により処理されるべきことが、同時破産の場合の取扱いに関連してボワソナード氏起稿・前掲287頁以下に記されている。なお、債権担保編69条が同時破産の場合の規定であることは、ボワソナード氏起稿・前掲272頁において、「其財産同時に清算に係りたることを仮定す」とあるところから、認めることができる。もっとも、そこにいう「同時 *simultanément*」が文字通りの意味での同時なのか、同時期の場合（最初に破産した連帯債務者の破産手続において破産配当がなされていないうちに、最後に破産した連帯債務者の破産手続が開始された場合）を含むのかは明瞭でないが、本稿では、その点に立ち入らなくてもよいであろう。(e) の設例は、ボワソナード氏起稿・前掲282頁以下に記載されているものである。同様な設例は、宮城浩藏『債権担保編』（『民法正義第5冊（第2版）』（新法註釋会、明治24年）所収）371頁以下などにも挙げられている（同書については、復刻版がある：宮城浩藏『民法正義・債権担保編第壹巻』（日本立法資料全集別巻60、信山社、平成7年））。(e) については、ボワソナード氏起稿・前掲の次の頁を参照：(α) について、273頁以下、(β) について、前段につき275頁以下、中段につき286頁、後段につき287頁以下、(γ) について、278頁以下（278頁末行の「第二説」は「第三説」の誤記であると判断した）、(δ) について、289頁以下、(ε) について、293頁。

は債権者は其債権の全額に付き各破産の清算に加はることを得。」

第2項「債権者か各破産の清算に於て受くべき配当は其債権の全額に従ひて之を定む。但総額に於て其債権額以下を受けることを得す。」

2項2文は、「但総額において其債権額を超えて受けることを得す」あるいは「但総額において其債権額以下を受けることを得」となるべきものであろう⁹⁾。

草案442条は、法典調査会での白熱した議論を経て、最終的に明治29年民法441条になった。同条は、次のように規定するにとどめた：「連帯債務者の全員又は其中の数人か破産の宣告を受けたときは債権者は其債権の全額に付き各破産財団の配当に加入することを得」。これが、平成16年法律147号による改正により、現在の文言になったが、内容上の変化はない。明治23年民法債権担保編の規定と比較すると、69条1項に相当する事項のみが規定され、2項以下の内容は採用すべきでないとして削除され、67条・68条は当然のこととして省略された。

その理由について、『未定稿本／民法修正案理由書』¹⁰⁾ 365頁以下は、次のように述べている：債権担保編69条第1項は正当なものであり、修正案もこれを採用している；「然れども其第2項は極めて当を得ざる規定なりと謂はざるを得ず。此規定に依るときは債権者か全部の弁済を受くることを得べきときと雖も決して全額を受くることを得ざるなり。凡そ債権者をして債権の全額に付き清算に加はることを得せしむる所以は之をして成る可く完全なる弁済を受くることを得せしめんか為なり。然るに今全部の弁済を受くることを得べきに係はらず之を受くることを得せしめざるは前後相抵触するものと謂ふ可し。草案の説

9) 本文に記した462条は、法典調査会『民法議事速記録3』（日本近代立法資料叢書3，商事法務，昭和59年）206頁の書記朗読の原案をそのまま転記したものであるが、富井政章委員の説明（同書208頁）によれば、上記のように修正しないと、つじつまが合わない。

10) 廣中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣，昭和62年）に所収（法典調査会で審議された草案442条は、この理由書では440条である）。法典調査会・前掲（注9）206頁以下の富井政章委員の同趣旨の説明も参照。

明を見るに若し右の規定なきときは債権者は債務者か無資者とならざる場合よりも多額の弁済を受くることなるへしとあり。然れども債権者か其債権額を超へて配当を受くること能はざるは一般の原則に依りて明なるのみならず破産法の規定に依りても亦更に疑を生ぜざる所なる可し。亦既成法典は連帯債務者か順次に無資力となりたる場合のみを想定して規定を設けたるを以て其の同時に無資力となりたる場合に付ては原文の適用極て困難なるへし¹¹⁾。之を要するに連帯債務者の数人か同時又は順次に無資力となりたる場合に付き區別を為すことなく債権額を超へざる限度に於て債権者に対する配当額を定めざるへからざるなり。』。

民法441条は、債権者が「その破産債権の全額について」各破産手続に参加することができる」と規定しているので、当初債権額主義を宣明した規定のようにも読めなくはないが、開始時現存額主義を前提にして、連帯債務者の同時破産の場合を規律した規定である（少なくとも立法当初においては、そのように解されていた）¹²⁾。

11) この説明には疑問を感ずる。明治23年民法債権担保編69条1項は、「総ての連帯債務者又は其中の数人の無資力と為りたる場合」としており、これには同時に無資力になった場合も含まれるからである。もっとも、2項は、配当が順次になされる場合を想定した規定であり、同時になされる場合を想定していないので、理由書の「順次に無資力」「同時に無資力」を「順次に配当」「同時に配当」に読み替えれば（善解すれば）、2項に対する批判にはなりえよう（もっとも、明治23年民法の項の（d）（δ）に記したように、起草者は債権担保編63条の適用という答えを用意している）。なお、「原文」の語は、この理由書では、「既成法典（明治23年民法）の法文」の意味で使われており、ここでは、「債権担保編69条2項の法文」を指す。

12) 開始時現存額主義が前提になっていることは、次の文献の記述から明らかである：法典調査会・前掲（注9）207頁（富井政章委員が、明治29年民法に明治23年民法債権担保編68条の内容を取り込まなかった理由を次のように述べている：同条第1文の内容は「分り切つたことであると思ふ」、第2文の内容は「当然のことであらうと思ふ」）；『未定稿本／民法修正案理由書』・前掲（注10）365頁（「債権担保編第68条の規定も亦特に之を置くの必要なし。蓋し一部の弁済を受けたる債権者か全額に付き清算に加入するときは前後二重に債権の弁済を求むるの結果を生ずべく又一部の弁済を為したる債務者は無資力と為りたる債務者に対して求償を求むることを得べき債権者に外ならざるか故に其清算に加入することを得るは論を俟たざる所なればなり。」）；松波仁一郎＝仁保亀松＝仁井田益太郎『帝国民法正解第5巻』ノ

配当時現存額主義と開始時現存額主義との対比

明治23年民法債権担保編69条が配当時現存額主義を採用した理由について、『未定稿本／民法修正案理由書』は、破産債権者が債権額以上の弁済（過剰弁済）を受けないようにする点に主眼があると解しているかのようである。明治29年民法の起草者が批判するように、これだけでは説得力のある説明とはいえない。しかし、明治23年民法は、前述のように、これだけを理由にしたのではなく、次のことも理由にしている：連帯債務者について破産手続が順次なされる場合に、後行手続においては、先行手続での配当により減少した債権額を基準にして配当をすることになる；それとの権衡上、同時破産の場合にも、配当が先行する手続での配当額を考慮すべきである。

もっとも、明治23年民法は、任意弁済（及び強制執行）による満足について

（日本法律学校、明治30年）の復刻版（日本立法資料全集別巻99、信山社、平成9年）295頁（「連帯債務者の一人が破産宣告を受けた場合に於て債権者か其債権の全額に付き破産財団の配当に加入して一部の弁済を得たる後に至り他の連帯債務者か破産宣告を受けたときは債権者は其債権の残額に付きてのみ財団の配当手続に加入して其残額に対する弁済を受けることを得べきものなること敢て論を俟たざる所なり」）；梅謙次郎『民法要義（卷之三債権編）』（有斐閣、大正1年訂正増補第33版・昭和59年復刻版）123頁；岡松参太郎『註釋民法理由下』（有斐閣、明治30年）151頁。鳩山秀夫『増訂改版日本債権法（総論）』（岩波書店、大正14年改版第1刷・昭和9年19刷）260頁以下は、民法441条では開始時現存額主義が採用されているのか当初債権額主義が採用されているのか疑義があるが、この疑義は大正11年破産法24条により解決されたとしつつ、これにより「債権の効力を確實ならしめんとする連帯債務の目的は多少為に害せらるゝの虞なしとせず」と述べる。我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店、昭和44年）410頁は、民法441条は開始時現存額主義を定めた規定であるとするのが多数説であるとしつつ、立法論としては当初債権額主義も考慮の余地があるとする。

これに対し、法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」（平成25年4月、PDF版）198頁は、次のように説明している：「民法第441条と破産法第104条第1項との関係については、民法第441条は債権の全額が破産債権となる旨を規定するのに対し、破産法第104条第1項は債権の全額ではなく破産手続開始時における現存額が破産債権となる旨を規定し、これによって、民法第441条を制限するものであるとされている」（潮見佳男『債権総論Ⅱ〔第2版〕』（信山社、平成13年）481頁もこれに近い説明をする）。この説明では、『民法441条は、本来は、当初債権額主義を定めた規定である』と解されているかのようである。

は満足額を破産債権額から控除するか否かの基準時を破産手続開始時としつつ、同時破産についてはその基準時を配当時とし、かつ、破産手続において開始時現存額を基準にして受けるべき配当額の合計と配当時現存額を基準にして受ける配当額との合計額との差額を各破産手続に再配分することになっているのであるが、これを説得力ある形で根拠付けるには、前記の理由だけでは不足している。この点については、次の理由も付加されている：連帯債務者中に一人でも破産していない者がいる場合には、債権者はその者から残額の弁済を得る余地が残されているが、全員が破産する場合には状況は異なり、これら2つの場合を同列に扱うべきではない；また、順次破産の場合と同時破産の場合とで結果に差が生じないようにすべきである。すなわち、 (α) 連帯債務者の一人について開始された清算手続における配当が完了した後で他の連帯債務者について清算手続が開始されるか、それとも (β) 連帯債務者の一人について開始された清算手続における配当が完了する前に他の連帯債務者について清算手続が開始されるかは偶然のことであり、偶然に左右されることなく、いずれの場合も同じように処理されるのがよい；そのために、 (β) の場合も (α) の場合と同様に処理されるように、配当時現在額主義が採用された。他方、開始時現存額主義では、債権者が受け取る配当額がこの偶然に左右されてしまう。

ところで、同時破産の場合に、連帯債務者のうちどの者の破産手続において最初に配当がなされるかは、偶然である。配当時現存額主義を採用した場合に、この偶然が配当額に影響を与えないかが気になる。例えば、前述の設例で、甲・乙・丙の順で配当が行われる場合と、丙・乙・甲の順で配当が行われる場合とで、債権者の受領する配当額が異なるのであれば、配当時現存額主義は結果が偶然に左右され易いルールということになるが、その点はどうであろうか。配当の順番を逆にして、確認してみよう（債権担保編69条1項の規定により、配当がなされる順番は、各破産手続における配当率に影響を与えないことに注意）。債権者は、丙の破産手続で債権1万円の2割の2000円の配当を受け、乙の破産手続で残額8000円の3割の2400円の配当を受け、甲の破産手続で残額5600円の5割の2800円の配当を受けることになり、受領する総額は、7200円で

ある。結果は同じである¹³⁾。

ボアソナードが提案した配当時現存額主義は、結果が偶然に左右されることが比較的少ないルールと言ってよいであろう。

明治23年商法（第3編破産）

明治23年3月27日に裁可された商法（第3編破産）にあっては、1030条が次のことを規定した：主たる債務者が破産して協諧契約（大正11年破産法の強制和議に相当するもの）が締結された場合であっても、債権者は破産者以外の共同義務者に対して債権全額の弁済請求をなしうる（主として協諧契約がなされた場合を対象とした規定であり、典型的には、債権者と破産者（主たる債務者）との間の協諧契約が債権者の他の共同義務者（保証人等）に対する権利に影響を及ぼさない（保証債務の附従性の原則の例外になる）ことを明らかにする点に意義があり、民事再生法177条2項と同趣旨の規定である）；保証人その他の共同義務者は、主たる債務者の破産において求償権を届け出ることができる；共同義務者の破産者に対する求償権は、主たる債務者のためになされた協諧契約の効果に従う。

そして、1031条が次のように規定していた。

第1項「2人以上の共同義務者か破産したときは其各義務者の破産に於て債権の全額を届出つることを得。」

第2項「各自の破産財団の間に於ける償還請求権は之を主張することを得す。

然れども債権者か受取る割前の額が主たるもの及び従たるものを合せた

13) もう少し一般的な形で確認しておこう。連帯債務者 $S_1 \cdot S_2 \cdot S_3$ に対する債権額を a 円とし、各連帯債務者の破産手続における配当率を $p \cdot q \cdot r$ とする。

$S_1 \cdot S_2 \cdot S_3$ の順で配当がなされた場合に債権者が受ける配当金総額は、次のようになる。

$$ap + (a - ap)q + (a - ap - (a - ap)q)r = a(p + q + r) - a(pq + qr + rp) + apqr$$

$S_3 \cdot S_2 \cdot S_1$ の順で配当がなされた場合に債権者が受ける配当金総額は、次のようになる。

$$ar + (a - ar)q + (a - ar - (a - ar)q)p = a(p + q + r) - a(pq + qr + rp) + apqr$$

結果は同じである。

る債権の総額を超過するときはその超過額は共同義務者中他の共同義務者に対して償還請求権を有する者の財団に帰す。」

これらの規定について、杉本・前掲論文116号139頁以下・117号141頁以下が、豊富な史料を基にした丹念な歴史的研究を行っている。その研究成果に導かれながら説明していこう¹⁴⁾。

（a）破産手続開始前に破産者又は他の共同義務者が弁済をしていた場合に、債権者はどの時点の債権額で破産手続に参加することができるかを定める明文規定は置かれていないが、開始時現存額主義を採用したと理解すべきであろう。この点は、商法に別段の定めがないときは、民法の規定が適用され则认为られていたとすれば、債権担保編68条の適用によって説明することができる。

（b）共同義務者が同時に破産した場合に、他の破産手続における配当額を控除する必要はなく、開始時の債権額でもって配当に与ることができることは、商法1031条の規定上明らかである。

（c）問題は、商法1031条が同時破産の場合のみならず、順次破産の場合にも適用があるか、すなわち、後行破産手続においては、先行破産手続における配当額を考慮することなく開始時債権額を定めるべきかである。（α）この当時、共同義務者Sの破産手続の開始前に債権者が共同義務者Aの財産から満足

14) 杉本・前掲（注7）116号139頁以下・117号141頁以下参照（頁番号は、横書用のものである）。その他に次の文献も参照：（a）について、井上操『改正商法破産法述義』（岡島書店、明治26年）の復刻版（日本立法資料全集別巻236に収録、信山社、2002年）97頁（「普通法に従ひ債権者はその残額に付いてのみ届出をなすことを得」）、松岡義正『破産法講義』（明治大学出版部）77頁（出版年は不明であるが、明治35年法典調査会案が引用され、大正10年に公表された破産法案が引用されていないので、その間に発行されたものであろう）、加藤正治『破産法講義』（巖松堂、大正3年）102頁；（c）（α）について、加藤・前掲101頁（ただし、同書自体は、任意弁済と破産配当とをこのように区別して扱うことには反対している）、加藤・後掲（注18）248頁；（β）について、ロエスレル氏起稿『商法草案・下巻』（司法省）963頁及び Hermann Roesler, “Entwurf eines Handelsgesetzbuches für Japan mit Commentar”, Bd.3, 1884, S. 336 f.（直接的な記述があるわけではないが、文献の引用状況に注意）；（γ）について、加藤・前掲102頁、加藤・後掲（注18）250頁以下参照。

を得ていた場合に、その満足が任意弁済であるか、破産配当であるかで区別し、任意弁済であれば、これによる満足額を控除した額をSの破産手続における債権額とし（開始時現存額主義）、破産配当であれば、これによる満足前の債権額をSの破産手続における債権額（当初債権額主義）とする考えもあった。破産配当と任意弁済とを区別する理由は、次のように説明されていた：「破産的配当に依りて受けたる弁済は任意に之を受領したるにあらず破産に因り已むを得ず受くるに至りたるものなるか故に斯る弁済部分は債権を消滅せしめす」。しかし、私にとっては、こうした形式的な説明よりも、実質的な説明がなされる方が解りやすい。例えば次のような説明が考えられる：破産配当は少額になりやすいので、複数の共同義務者について破産手続が開始されていく状況では、同時破産の場合のみならず順次破産の場合でも、債権者を保護する必要が高く、先行破産手続での配当額を控除する前の債権額が後行破産手続での破産債権額とされるべきである。（β）問題は、明治23年商法がこの考えを前提にしていたかである。杉本・前掲論文116号146頁以下・117号145頁以下は、明治23年商法を起草したロエスレルの草案は、この考えを前提にしており、共同義務者の破産の同時性を商法1031条の要件とする趣旨ではなかった、と主張する。（γ）しかし、成立した商法1031条については、同時破産の場合にのみ適用があり、順次破産の場合には適用がないと解釈されるようになった。

（d）同条1項の規定は、明治29年民法441条と比較すると、「連帯債務者」が「共同義務者」に拡張されている点を除けば同様の文言であり、明治29年民法と同様に、同時破産の場合に、債権者は全ての破産手続に各手続の開始時現存額で参加することができ、開始後の満足には影響されないとの趣旨を定めた規定である。それは、商人破産主義の下で商人の破産に適用される特則規定であり、非商人の清算に関する一般規定である明治23年民法債権担保編69条の規律と大幅に異なっていた。

当初債権額主義

ところで、スイス法（債務取立・破産法）は、他の全部義務者の弁済等は考

慮しない債権額（当初債権額）でもって破産手続に参加することができるとしている（問題となっている破産手続が行われている全部義務者自身の弁済額は債権額から減じられる¹⁵⁾¹⁶⁾。これを「当初債権額主義」あるいは「成立時債権額主義」という（「全額主義」ともいう¹⁷⁾）。

例えば、1000万円の債権について5人の債務者が連帯して弁済義務を負っていて、その5人について破産手続が開始され、どの破産手続においても2割の配当がなされるとした場合に、当初債権額主義の下では、5人の連帯債務者について同時に破産手続が開始されても、一人の債務者の破産手続が終結してから別の債務者の破産手続が開始されるという形で順次に破産手続が開始されても、債権者は1000万円全額を回収することができる。

スイスの債務法は、明治29年民法の起草段階ですでに参照されているから、同国の1889年（明治22年）債務取立・破産法の定める当初債権額主義も、起草者に知られていたと思われる。明治40年には、その内容を比較的詳しく紹介した加藤正治「破産ニ於ケル連帯債務ノ効力」¹⁸⁾が発表された。

大正11年破産法

大正11年破産法は、当初債権額主義を採用することなく、連帯債務を含む共

15) 純然たる第三者が弁済した場合には、破産債権者を第三者に優先させる理由はなく、第三者の求償権の確保のために、代位弁済にかかる部分は第三者に移転するので、この部分についても当初債権額主義の適用はない。

16) 栗田隆「被保証債権者優先の視点から見た破産手続開始時現存額主義」関西大学法学論集60巻2号（平成22年）48頁以下参照。

17) ただ、「当初債権額主義」といった名称の適否は問題である。この名称からは、《破産者自身が破産手続開始前に一部弁済した金額は、破産債権額から控除される》ことが読み取りにくいからである。しかし、他に適当な名称も思いつかないので、本稿では「当初債権額主義」の語を用いることにする。

18) 初出は、国家学会雑誌21巻11号（明治40年）67頁であるが、本稿では、加藤正治『破産法研究第1巻』（有斐閣、昭和10年）245頁に所収のものを引用する。この論文は、全部義務者について破産手続が開始された場合の処理に関する立法主義を比較検討するものである。法典調査会において、富井政章委員は、開始時現存額主義の規定を民法に置くべき理由付けとして瑞西債務法を援用しているが（法典調査会・前掲（注9）208頁）、当初債権額主義には言及していない。

同債務一般について、ドイツ法にならい、開始時現存額主義を採用した。すなわち、破産手続開始前に誰が弁済等の債務消滅行為をしたかにかかわらず、当初の債権額からその弁済等による消滅額を控除した残存額（破産手続開始時の現存額）でもって債権者は各債務者の破産手続に参加することができ、破産手続中における他の全部義務者から弁済等があっても、開始時の現存額でもって配当を受けることができるとされた（同法24条）。

また、ある全部義務者Sの破産手続開始後に他の全部義務者Bが弁済をなすことにより取得することのある求償権について、その将来の求償権による破産手続参加を原則として許容するとともに、債権者が参加する場合には、二重の権利行使の回避のために、Bは参加することができない旨を規定し、これを物上保証人に準用した（同法26条1項・3項）。

開始時現存額主義の下では、（ α ）5人の連帯債務者について同時に破産手続が開始されれば、債権者は各破産手続に1000万円の債権額で参加して、各2割の配当を受けて、1000万円全額の回収をすることができるのに対し、（ β ）ある連帯債務者の破産手続の終了後に別の連帯債務者の破産手続が開始されるという形で順次に破産手続が開始されると、最初の破産手続では1000万円の2割の200万円を回収し、次の破産手続では残額800万円の2割の160万円を回収していくことになり、最終的に全額の回収を図ることができなくなる。

「偶然の出来事」に結果が左右されるべきでない

明治40年に発表された加藤・前掲論文は、開始時現存額主義の欠点として、次の2点を指摘している。第1は、前記（ β ）の場合に全額の回収ができないこと自体であり、第2は、全額の回収ができるか否かが「偶然ノ出来事（Chance）」に依存することになり、「誠ニ不公平」な結果を生じさせることである¹⁹⁾。《したがって、当初債権額主義の方が優れているから、これが採用さ

19) 第1点・第2点とも、加藤・前掲（注18）250頁。第2点は、直接には順次破産の場合と同時破産の場合とで結果が異なることについて述べたものであるが、破産者の共同義務者が破産手続開始前に任意弁済をした場合と開始後に任意弁済をした場合にも妥当することは言うまでもない。

れるべきである》との結論が出されてよいはずであるが、加藤・前掲論文は、そこまでは踏み込まず、次の趣旨のことを述べる：共同義務者Sについて破産手続が開始される前に共同義務者Bが債権者に任意弁済をした場合に、BはSに対して求償権を有し、債権者はこの求償権を差し押さえてSの破産手続に参加することができるから、結果的にスイスの当初債権額主義と「大差なきに至る」²⁰⁾。

この最後の主張は、結果が「偶然ノ出来事」に依存することから生ずる不公平の補正可能性を指摘するものであり、それ自体は正当である。しかし、BのSに対する求償権を債権者が差し押さえても、Sの破産手続で配当がなされる前にBについて破産手続が開始されると、求償権に対する強制執行は効力を失い、求償権はBの破産管財人が行使し、その配当金はBの配当財団に組み入れられることになるから、当初債権額主義と「大差なきに至る」と言いうるかは微妙であり、評価の分かれるところとなろう²¹⁾。その点はともあれ、「結果が偶然に左右されてはならない」という論法と「総合的に考慮すれば、結果が偶然に左右されることは補正可能である」という議論の展開は、記憶にとどめるに値する。本稿も、「3 問題の検討」において、このうちの最初の論法を用いることにする。

20) 加藤・前掲（注18）250頁以下。なお、スイスの当初債権額主義について、栗田前掲（注16）48頁以下参照。

21) 求償権の差押えとともに転付命令を得れば、このリスクはなくなるが、他方で、転付された求償権の券面額分だけ債権額が減少し、債務者が一人（償還義務者）になってしまうので、全部義務制度のメリットが失われる。これを避けようとする、一部弁済を受けると共に求償権上に質権の設定を受けべきことになる。しかし、その方策も、Bからの取立てが強制執行によりなされるときには、困難であろう。また、保証人Bが先に破産して、その破産財団から債権者に中間配当がなされ、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も、債権者はBのSに対する求償権を差し押えることができない（Sの破産手続における開始時現存額は、Bの破産手続における中間配当額を控除した残額であることを前提にする）。当初債権額主義と同様な結果を得るためには、全部義務を発生させる時点で将来の求償権の上に質権の設定を受けておくのがよいであろう（栗田・前掲（注16）52頁以下参照）。

もちろん、取引社会において結果が偶然に左右されることは多々ある（そもそも、人の生も死も偶然に支配されている）。経済活動も、競争相手がいつ出現するかという偶然に左右されることが多い。そして、社会の進歩のために競争が奨励される場合には、競争相手の出現という偶然によって取引行為の成否が左右されることも是認される（例として、民法177条を挙げることができる）。

「結果が偶然に左右されてはならない」というのは、法的規律を定める際の一つの考慮要素にすぎない。「各人の法的行為の結果の予見可能性を高めるためには、重要でない偶然に結果が左右されないことが望ましい」と言い換える方がよいであろう。「重要でない偶然」は、トートロジーになることを恐れずに言えば、「結果を左右するに値しない偶然」と言い換えることができる。

破産法の領域において、「重要でない偶然に結果が左右されるべきではない」との考慮が重視されていることが時折ある。一例を挙げれば、否認権を制限する現行破産法166条を挙げることができる。前身規定である大正11年破産法84条は、「破産宣告ノ日ヨリ1年前ニ為シタル行為ハ支払停止ノ事実ヲ知リタルコトヲ理由トシテ之ヲ否認スルコトヲ得ス」と規定し、「破産宣告の日」を基準時にしていた。しかし、現行破産法166条は、基準時を「破産手続開始の申立ての日」に改めた²²⁾。「旧法第84条の規律によると、破産の申立て後破産宣告がされるまでの間の審理期間の長短によって否認権の成立範囲が異なることとなって相当ではない」との指摘に応えた変更である²³⁾。

当初債権額主義と開始時現存額主義との対比

当初債権額主義の下では、債権者Aの破産者Sに対する破産債権額は、Sが破産手続開始前に弁済をしていない限り、Sの共同債務者Bによる弁済の有無に拘わらず、当初の債権額のままであり、（ α ）全部債務を認めた制度趣旨に

22) 民事再生法131条も、同様である。

23) 小川秀樹・編著『一問一答・新しい破産法』（商事法務、2004年）234頁。次の文献等にも、発想を同じくする議論が見られる：上原敏夫「納税義務者の民事再生手続における租税保証人の地位についての覚書」新堂幸司＝山本和彦編『民事手続法と商事法務』（商事法務、2006年）209頁、山本和彦・金融法務事情1556号70頁；最判平成5年3月24日民集47巻4号3039頁における味村治裁判官の反対意見。

沿った保護が債権者に与えられる点で優れている。のみならず、(β) 開始時現存額主義の下では、Aの破産債権額は、Bの弁済時期（Sの破産手続開始前に弁済したのか開始後に弁済したのか）という「偶然の出来事」に依存することになるが、当初債権額主義のもとでは、そのような「偶然の出来事」に依存することはない。

では、開始時現存額主義の利点はないのか。次のことを利点として挙げる事ができよう。すなわち、債権者Aの主債務者Sに対する1000万円の債権の保証人BがSの破産手続開始前にAに600万円を弁済すれば、その時点でBはSに対して求償権600万円を取得し、それを財産として利用することができる（他に売却したり、担保として利用することができる）。他方、当初債権額主義の下では、AがSの破産手続に当初の債権額1000万円で破産手続に参加するのであるから、BがSの破産手続開始前に取得した求償権600万円の行使は、AがSの破産手続において1000万円を基準にして受ける配当額が残存債権額400万円を超える場合に、その超過額についてのみ許される²⁴⁾。それは、破産手続開始時におけるAの残存債権額600万円とBの求償権額400万円の合計額に対する配当枠の中で、BがAに対してなお弁済義務を負っていることを理由にして、Bの求償権をAの債権よりも劣後させる措置である。この「債権者Aとの関係での劣後化」が予定されていることにより、Bの有する求償権は、Sについて破産手続が開始される前であっても、その財産的価値を著しく低下させることになる。Sの共同義務者BがSの破産手続開始前に一部弁済したことによりSに対して取得する求償権をどの程度尊重するか判断が、開始時現存額主義と当初債権額主義のいずれを選択するか分岐点になるように思われる。現行法は、共同義務者の一人Sの破産手続開始前に他の共同義務者が一部弁済をしたことにより破産者Sに対して有する求償権の財産的価値を尊重すべきことを理

24) 例えば、AがSの破産手続において当初債権額1000万円を基準にして5割の配当を受ける場合には、配当金500万円とBからの弁済額600万円との合計額が1000万円を超えるので、その差額100万円はBに与えられるべきである。もっとも、求償権の遅延損害金利率が主債権の損害金利率を上回る場合には、もう少し複雑な議論が必要になる。

由の一つにして、開始時現存額主義を採用したものと理解したい（この立法的判断の当否は、別個の問題である）。

現行破産法

現行破産法は、全部義務者の破産の規律について、大正11年破産法を基本的に踏襲した（104条。修正された部分もあるが、本稿で問題となる範囲では、このように言うことができる）。破産債権について物上保証人が存在する場合については、物上保証人が手続開始後に弁済等をしたときでも、全額が弁済されない限り、債権者は開始時の破産債権額で権利行使をすることができることが追加的に明規された（同条5項による2項の準用）。〔1〕最判平成14年9月24日民集56巻7号1524頁の次の見解を採用したものである：「物上保証人は、全部義務者と異なり、担保に供した特定財産の価額の限度において責任を負うにすぎないが、物上保証人も連帯保証人等の全部義務者も、債権者が債務者から債権の完全な弁済を受けられない場合に備えて、有限又は無限の責任を負担するものであって、責任の集積により債権の効力の強化を図るという点においては異なるものではないから、法26条3項において同条2項を準用する場合についても、上記と別異に解する理由はない。」；「物上保証人は、届出債権の一部を弁済して求償権を取得しても、債権者が届出債権全部の満足を受ける前に、債権者に一部代位して破産財団からの配当により求償権の満足を受けるいわれはないから、届出債権の一部を弁済した物上保証人は、法26条3項において準用する同条2項の規定により、債権者が届出債権全部の満足を受けた後の配当の余剰部分について債権者の権利を取得するにすぎず、債権者は、届出債権全部の満足を受けるまでは、届出債権の全額について破産債権者としての権利を行使することができるというべきである。」。

ま と め

（a）全部義務者が破産した場合に、その債権者にどの範囲で権利行使を認めるべきかは、全部義務制度の機能確保の要請と他の破産債権者の利益保護の

要請との間で、判断の分かれる点であり、立法例も多様である。とりわけ、複数の全部義務者が破産した場合について、（ α ）明治23年民法が、順次破産のときと同じ結果に至るように同時破産について配当時現存額主義を採用し、（ β ）杉本・前掲論文によれば、明治23年商法第3編破産の起草者は、同時破産について採用された開始時現存額主義を順次破産に延長することを意図していたことは、印象的である。

（b）明治23年以来の立法において、設例1の場合が検討対象になったことを示す史料は見あたらない。設例1の場合について、開始時現存額主義を採るべきか配当時現存額主義（不足額主義）を採るべきかは、立法過程で解決済みの問題ではないので、（a）の場合と同様に、判断は分かれよう。

2.2 開始時現存額主義の適用範囲に関する学説

保証人の破産手続開始後に主債務者が一部弁済した場合

破産法104条の開始時現存額主義は、主債務者について破産手続が開始された後で保証人が一部弁済をした場合のように、弁済した共同義務者が破産者に対して弁済額全部に相応する求償権を有する場合については、『破産債権者に対してなおも弁済義務を負っている弁済者の求償権よりも債権者の破産債権を優先させるべきである』との考慮によっても根拠付けることができる。この考慮を重視すると、逆に、保証人について破産手続が開始された後で主債務者が弁済した場合については、主債務者は保証人に対して求償権を有しないのであるから、開始時現存額主義は妥当性を有しないのではなかろうかとの疑問が生ずる。この疑問を出発点にして、この場合について、開始時現存額主義の適用を否定し、債権者は配当時における現在額（手続開始後の主債務者からの弁済額を控除した現存額）をもってのみ破産債権者になる、と主張する見解も可能となる（この見解を、「開始時現存額主義は求償権の存在を前提とする制度である」という意味で、以下「求償権前提説」という）²⁵⁾。

25) この趣旨を説く見解が現実に存在すると見るべきかは微妙である。杉本純子「複数口債権の一部の全額弁済と開始時現存額主義の適用」同志社法学60巻7号 ↗

人的保証人兼物上保証人について破産手続が開始された場合

人的保証人兼物上保証人の破産手続に主債権者が保証債権を破産債権にして参加した場合に、開始時現存額主義が適用されるべきかの問題については、議論はまだ少ない。その中であって、兼光弘幸「保証人兼物上保証人の破産手続において、担保権が実行された場合における破産配当上の取り扱い」²⁶⁾（以下では「兼光・前掲解説」として引用する）が、保証債権が破産債権として行使されている場合には、保証債権は被担保債権ではないから破産法108条1項の適用（及び類推適用）がないことを前提にして、104条の定める開始時現存額主義との関係を論じていることが注目される。同解説は、次のように述べる：

「人的担保等による実体法上の債権強化の効力を破産手続上に体现させるという手続開始時現存額主義の趣旨に照らせば」、債権者の主債権について担保権を有する者としての地位と保証債権者としての地位は、破産手続上も保護されるべきである；「このような手続開始時現存額主義の趣旨からは、破産者が保証債務と物上保証人としての責任を二重に負担しているときに、物上保証人としての立場で行った弁済等は、他の全部義務者が行った弁済等と同視できるものと言えます。したがって、破産法104条5項及び2項の適用により、破産管

ㄨ(2009年)1273頁以下は、複数個の債権についてSが保証をするとともに、主債務者Bが担保権を設定し、かつCが物上保証人になっている場合に、このような複数個の債権は一体的に扱われるべきことを前提にして、(α)主債務者Bの破産手続の開始後に、物上保証人Cの財産から一部弁済がなされたときについては、全部の債権について開始時現存額主義を肯定し（ただし、主債務者の財産上の担保権の実行による満足については不足額主義が適用される）、(β)保証人Sの破産手続の開始後に、主債務者Bの財産から一部弁済がなされた場合については、主債務者が保証人に対して求償権を有することはないことを根拠に、「主たる債務者による弁済分についてまで適用を認めると、一般債権者の利益を害することになるため、開始時現存額主義の適用は否定すべきである」（1275頁）と述べる。(β)の主張は、直接には、1個の債権について一部弁済がなされた場合についてなされているわけではないが、複数債権の一部弁済の場合に、1個の債権は一部弁済にとどまるのが通常であることを考慮すると、(β)は、1個の債権について一部弁済がなされた場合をも視野に入れた主張と見てよいであろう。

26) 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）150頁。

財人は、一部弁済等による債権減額を主張することはできないもの解され」る。この問題についての先駆的な見解表明であり、賛否は別にして、傾聴されるべき見解である。

2.3 開始時現存額主義の適用範囲に関する判例

[2] 千葉地判平成25年2月26日（平成24年（ワ）第2498号）²⁷⁾ は、人的保証人兼物上保証人の破産手続に主債権者が保証債権を破産債権にして参加した場合（設例1）と同型の事案である。すなわち、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、Cの申立てによる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、破産法104条5項・2項が適用されるべきでないこと、108条1項が準用されるべきことを主張したが、第一審は、この主張を受け容れず、査定決定を認可した。理由の要点は、次の点にある：(α) 複数の全部義務者の責任財産を集積することにより給付の実現を確実にするという全部義務制度の機能を尊重して、破産法104条は、全部義務者の破産の場

27) 平成25年7月に、第一審判決及び控訴審判決を原告（大島有紀子弁護士）から送付していただいた。まだ判例報道誌には掲載されていないようである。その後、上告理由書及び上告受理申立て理由書も送付していただいた。

合に、開始時現存額主義を採用しているところ、「全部義務者である連帯保証人（兼物上保証人）が破産し、同人が物上保証人として担保目的物をもって被担保債権たる主債務を一部弁済等した場合を考えると、実体法上は附従性により連帯保証債務も一部消滅することになるものの、保証人の保証債務の全額が消滅したわけではないから、上記開始時現存額主義の趣旨が当てはまるといえる」；（ β ）本件のような場合に開始時の破産債権額（保証債権額）でもって配当を受けることができることは、「被担保債権の保全のために連帯保証とは別に物上保証をも求めた債権者の期待にも沿うものである」；（ γ ）破産債権である保証債権は、別除権に係る抵当権の被担保債権ではないから、「法108条1項の適用はなく、法104条5項、2項により破産手続開始の時ににおいて有する債権の全額についてその権利を行使できるというべきである」。

控訴審である〔3〕東京高判平成25年6月12日（同年（ネ）第1999号）は、主として前記（ γ ）とほぼ同じ理由を説示して控訴を棄却した²⁸⁾。Xは、上告及び上告受理申立てをした。

X（大島有紀子弁護士）の主張は、第一審以来、基本的な点で一貫しているが、その理由付けは徐々に拡充され精緻になっている（特に、配当時現存額主義に関する主張が明瞭になっている。本稿は、これに啓発され、これを支持するものである）。そこで、本稿では、最終段階の上告受理申立て理由書に基づいて、Xの主張の概要を紹介することにしよう。（ α ）破産者の財産からの出捐により破産債権が減少した場合には、配当時の現存額を基準にして配当がな

28) 控訴審の判決理由において、原告の主張として、次のように記されている：法104条2項は、開始時現存額主義を採用しているが、「破産手続全般にわたって破産債権は破産手続開始時の金額に固定されるとの原則（一般論）が採用されているわけではない」。しかし、原告のこの主張が控訴審によって正しく受け止められているかは、疑問である。控訴審の判決理由の中でこの主張にもっとも接近していると思われる説示は、次の説示である：「法104条における開始時現存額主義の適用が、誰の債務の弁済がされたのかではなく、誰の責任財産による弁済がされたのかによって決せられるべきなどとする控訴人の主張は、連帯保証人兼物上保証人である本件破産者の債務と責任を混同し、かつ、実定法の根拠を欠いた独自の見解というほかはない」。

されるのが原則とされるべきである。そのことは、別除権者について108条が明示的に規定している。しかし、明文の規定がなくても、破産債権と破産財団所属債権との相殺により破産債権が減少する場合にも、配當時の現存額を基準にして配当がなされるべきことは、当然のことである。配當時現存額主義は、破産者の財産から部分的満足を受ける債権が破産債権自体である場合のみならず、満足を受ける債権と破産債権とが実体法上密接な関係があり、一方の消滅が他方の消滅をもたらすこと（消滅の附従性）が肯定される場合にも適用されるべきである。（β）破産法104条2項・5項は、破産者以外の者（破産者の共同義務者等）の財産から破産債権の弁済・配当等がなされた場合に関する規定であり、破産手続中に破産者の財産からの出捐により破産債権が減少した場合を対象する規定ではない。この場合にまで同条を拡張的に適用することは許されない。（γ）保証人兼物上保証人について破産手続が開始され、担保権の実行により主債務が減少する場合には、主債務額の減少に附従して金額が減少する保証債務についても、破産法108条1項の不足額主義が適用されるべきである。なぜなら、（γ1）《担保権者に不足額主義を適用することにより一般債権者の利益を保護すべきである》との基本的利益衡量を基礎とする民法394条によって保護された一般債権者の利益は、保証人兼物上保証人の破産の場合にも保障されるべきである。（γ2）保証人兼物上保証人の破産の場合にも不足額主義の適用を認めないと、債務者自身が担保を提供した場合との権衡を失する。そのことは、夫が主債務者になり、妻が保証人になって、その共有不動産に主債務のために担保権が設定され、夫婦双方について破産手続が開始された場合に顕著に現れる（債権者は、主債務者である夫の破産手続では不足額を基準にしてしか配当を受けることができないのに、保証人である妻の破産手続では開始時の保証債権額全額を基準にして配当を受けることができるとするのは、不合理である）。（γ3）最判昭和61年11月27日民集40巻7号1205頁は、民法501条との関係で、「民法501条但書4号、5号の基本的な趣旨・目的である公平の理念に基づいて」、保証人兼物上保証人を一人と扱うべきであるとしている。それは「物上保証人たる負担は、保証人たる負担に包摂される」ことを前提にし

ていると言うべきである。物上保証人の資格と保証人の資格とを別個のものと見て破産法104条5項を適用することは、この最高裁判例の趣旨にそぐわない。

3 問題の検討

破産債権が配当財団以外の財産から満足を受ける場合

破産債権は破産手続によらなければ行使することができない。しかし、破産債権者が破産手続中に配当財団以外の財産から部分的満足を受け、これにより破産債権額が減少することは、次のように多々ある。

- (1) 担保権の行使により破産財団所属財産から被担保債権である破産債権の満足を受ける場合（108条1項。別除権）。
 - (1a) 担保権の実行により破産者の自由財産から被担保債権である破産債権の満足を受ける場合（108条2項。準別除権）²⁹⁾。
- (2) 破産者の共同債務者からの弁済等により満足を得る場合（104条2項）。
 - (2a) 破産者の物上保証人からの弁済等により満足を得る場合（104条5項・2項）。
- (3) 破産管財人が配当財団に組み込むことができない在外財産から満足を得る場合（109条・201条4項）。
- (4) 相殺権の行使により満足を受ける場合。
- (5) 破産者の自由財産から任意弁済を受ける場合。

29) 破産法108条2項前段の適用が生じ得る場合としては、民法311条以下の規定による動産先取特権が差押禁止動産上に生ずる場合、差押禁止動産（特に民執法131条4号以下の動産）に担保権が設定された場合、差押禁止財産である各種年金受給権を担保にして貸付けがなされ、破産手続中に破産者が死亡した場合（独立行政法人福祉医療機構法12条1項12号・13号参照）などが考えられるが、それでも、その適用範囲は広くないとみてよいであろう。破産手続開始前から破産者が有する自由財産（留保財産）の範囲が狭いので、その財産上に破産債権のための担保権が発生していることが少ないからである。なお、華族制度が存在していた時代に、大正5年華族世襲財産法により、華族世襲財産は差押禁止財産であり（18条1項）、破産財団には含まれ得なかったが、例外的に一定範囲の債権のための差押えが許され、差し押える権利を有する者が世襲財産から部分的満足を得た破産債権については、不足額主義の適用が規定されていた（大正11年破産法97条1項2文前段）。

- (6) 破産債権と他の債権との間に密接な関係があり、その密接な関係に基づいて他の債権の消滅が破産債権の消滅をもたらす場合に、破産債権者が担保権の実行・相殺・任意弁済により破産者の財産から当該他の債権の満足を受けるとき。

破産手続中に破産債権者がこうした方法で部分的満足を得た場合に、そのことを破産配当においてどのように考慮するかは、部分的満足の各方法毎に異なる要素を考慮した政策的判断の下に、各方法毎に決定されるべきである。そのうちの幾つかのものについては、どのように考慮するかが既に法規で明確に定められている。前記(1)から(3)がそうである。以下では、それ以外のものについて検討することにしよう。

3.1 相殺による部分的満足と任意弁済による部分的満足

相殺による部分的満足

破産債権者が破産者に対して債務を負担していて、破産者の有する債権が破産財団に属する場合に、破産債権者は、これとの相殺によっても破産債権の満足を得ることができる（67条1項）。この場合について不足額主義を定める規定はないが、相殺後の残額を基準にして破産配当に与えることができること（配当時現存額主義が適用されるべきこと）に異論はないであろう。のみならず、相殺権を有する破産債権者は相殺権行使によって不足額を確定させるべきことを本則とすべきであり、不足額主義の適用があるとすべきである。

設例2 債権者Bが破産者Sに対して1000万円の代金債権bを有し、SがBに対して200万円の貸金債権sを有していて、後者の履行期が破産手続開始時から3年後であり、破産管財人が破産手続開始の時から2年後に中間配当をしよう。破産債権者は破産債権bについて、1000万円を基準にして配当を受けることができるか。

この設例の場合に、(α)不足額主義の適用がないとすると、次のような不都合が生ずる。(α1) Sの破産管財人は、破産法102条により相殺をしようとしても、破産財団所属の自働債権sが履行期未到来であるので債権bと相殺す

ることができない。また、破産管財人が破産法73条1項本文によりBに対して相殺権行使の催告をすることも、同じ理由によりできない。したがって、Bは、債権bによる相殺を後回しにすることができ、配当時現存額主義によっても中間配当時の債権額1000万円で配当に与かることができる。(α2) 破産管財人は、債権sの弁済期の到来を待ち、その取立て完了後に最後配当をしようとしても、債権sの弁済期が到来した時点でBから相殺がなされると、債権sの取立金を得ることはできない。したがって、破産管財人が債権sの弁済期の到来を待っても、それは時間の浪費でしかない。

この場合に、(β) 不足額主義の適用を認めても、破産債権者Bに不利益が生ずるとは思われない。なぜなら、通常であれば、Bの有する債権の利率がSの有する債権の利率よりも高い場合には、Bは、自己の債権の弁済期が到来した後でも、相手方の債権の履行期が到来するまで相殺を控え、相手の債権の履行期が到来してから利息及び遅延損害金が増大した自己の債権で相殺することに利益を有する。しかし、Sについて破産手続が開始された後では、破産債権者Bが相殺に供することのできる自働債権額には破産手続開始後の利息・遅延損害金債権（劣後的破産債権）は含まれないからである（68条1項。明規されているとはいい難いが、103条2項2号の債権と同項1号の各債権及び68条2項の適用を受ける債権との均衡から、一般にそのように解されている）。このことは、破産財団所属債権が期限付債権の場合のみならず、解除条件付きの期限付債権の場合にも妥当する。他方、それが停止条件付債権の場合には、67条2項2文により相殺は可能であるが、破産債権者に相殺を強いることはできず、不足額主義を単純に適用することはできない。この場合には、債権bの全額を基準にして中間配当をし、その後に債権sの停止条件が成就して相殺がなされる段階で、債権bには相殺後の残額を基準にして配当がなされるべききであった金額を算出し、その金額と実際の配当額との差額を返還させる方法あるいはその差額相当分について相殺を否定する方法により調整を行うこと等が考えられる。

したがって、破産債権者が相殺により破産財団所属債権から破産債権を回収

することができる場合には、彼はまず相殺をなすべきであり、彼は相殺後の残額を基準にして配当に与えることができるべきである。相殺権は別除権ではないが、利益状況の類似性からすれば、上記のことは、破産法108条1項本文・198条3項等の類推適用として説明してよい（類推適用が不適當というのであれば、108条1項本文等に表明されている不足額主義の適用と説明される）。

相殺後の残額の確定 相殺権は、形成権であり、相殺の一方的な意思表示によりただちに効力が生じ、その時点で相殺後の残額は確定する。その点で、別除権の場合のような不足額の証明の問題は生じにくい。しかし、全くないというわけではない。（ α ）まず、受働債権は無条件であるが、破産債権者が受働債権を認識していない場合に、債権調査の終了後に破産管財人が受働債権を主張してきたときが問題になる。この場合には、相殺後の残額がいくらであるかは、受働債権額に依存する。債権調査の終了前に相殺の意思表示がなされたときには、債権調査においては、相殺後の不足額が調査されるべきであるが、債権調査終了までに相殺の意思表示がなされていないときには、相殺前の破産債権額を調査対象にせざるを得ない。相殺前の債権額が債権調査において異議なく確定し、その後に破産財団所属債権と相殺される場合に、受働債権額について争いがあるときには、相殺後の残額は、破産管財人との間の訴訟で確定せざるを得ない。（ β ）受働債権が停止条件付であり、直ちに相殺の意思表示をすることを破産債権者に期待することができず、かつ、受働債権額について破産管財人と破産債権者との間で争いがある場合にも、同様な問題が生ずる。この場合も、（ α ）の場合と同様に解決されるべきであろう。

任意弁済による部分的満足

破産手続中に破産債権者が破産者に対して自由財産からの任意弁済を要求することは許されない（100条1項）。この問題と、破産者が自由財産から任意弁済をすることまで禁じられるかの問題は、密接に関連するが、別個の問題である。後者の問題については、判例は肯定説に立っている。すなわち、[4] 最判平成18年1月23日民集60巻1号228頁が次の趣旨を判示している：破産手続

中、破産者がその自由な判断により自由財産の中から破産債権に対する任意の弁済をすることは妨げられない；ただし、自由財産は本来破産者の経済的更生と生活保障のために用いられるものであり、破産者は破産手続中に自由財産から破産債権に対する弁済を強制されるものではないことからすると、破産者がした弁済が任意の弁済に当たるか否かは厳格に解すべきであり、少しでも強制的な要素を伴う場合には任意の弁済に当たると言うことはできない³⁰⁾。学説は分かれているが、現在では肯定説が多数説であると見てよいであろう³¹⁾。

これを前提にして、破産者が破産手続中に自由財産から任意弁済をしたことにより金額が減少した破産債権を破産配当においてどのように扱うかが問題と

30) この問題に関する先例ではないが、次の先例にも注意したい：最判平成2年11月26日民集44巻8号1085頁。会社の住宅財形融資規程に則り住宅資金として会社並びに銀行及び労働金庫から住宅資金を借り入れた労働者が、自己破産の申立てをせざるをえなくなったため、退職を決意して、借入金の連帯保証人になっている同僚に迷惑をかけないように退職金で残債務を一括弁済することを申し出、その旨の同意書ならびに債務返済についての委任状を会社に提出して9月15日に退職し、同月22日に会社が一括弁済のための手続をとり、10月6日に労働者が自己破産の申立てをして同月19日に破産宣告を受け、会社が退職金債権と貸付金の一括返済請求権及び金融機関への返済のための費用前払請求権とを相殺した場合に、破産管財人が会社による相殺を否認して退職金の支払いを求めた。裁判所は、相殺が否認の対象にならないことを判示するとともに、次のように説示した。「労働基準法（昭和62年法律第99号による改正前のもの。以下同じ。）24条1項本文の定めるいわゆる賃金全額払の原則の趣旨とするところは、使用者が一方的に賃金を控除することを禁止し、もって労働者に賃金の全額を確実に受領させ、労働者の経済生活を脅かすことのないようにしてその保護を図ろうとするものというべきであるから、使用者が労働者に対して有する債権をもって労働者の賃金債権と相殺することを禁止する趣旨をも包含するものであるが、労働者がその自由な意思に基づき右相殺に同意した場合においては、右同意が労働者の自由な意思に基づいてされたものであると認めるに足る合理的な理由が客観的に存在するときは、右同意を得てした相殺は右規定に違反するものとはいえないものと解するのが相当である」。

31) 否定説：山木戸克己『破産法』（青林書院、1974年）34頁、高田賢治「判例研究」北海学園大学法学研究37巻3号（2002年）764頁。肯定説：原強「判例解説」倒産判例百選〔第5版〕（別冊ジュリスト216号、2013年）91頁、遠藤曜子「判例研究」金融・商事判例1247号（2006年）5頁、上江洲純子「判例研究」沖縄法学35号（2006年）246頁、竹下守夫ほか編『大コンメンタール』（青林書院、2007年）419頁以下（堂蘭幹一郎）、伊藤眞ほか『条解破産法』（弘文堂、2010年）702頁。

なる。

全額弁済の場合 まず破産者が特定の破産債権の全額を弁済した場合を考えてみよう。(α) 破産者による自由財産からの任意弁済を第三者による破産債権の買取りと同様に扱ふとすれば³²⁾、破産者が任意弁済の範囲で破産債権を取得し、配当を受けることになる。(β) 破産者による自由財産からの任意弁済を第三者による代位弁済と同様に扱い、破産者は原債権を代位取得すると考える場合には、原債権は求償権の範囲内でのみ行使することができるとされているので、求償権の成立が問題となる。(β1) 破産財団の帰属主体としての破産者と自由財産の帰属主体としての破産者とを別個のものと考え、求償権の成立する余地も生じうるが、(β2) そのような考えを採らなければ、求償権の成立の余地はなく、従って原債権の代位取得の余地もない。破産債権者が不十分な満足しか受けることができないことを考慮すると、(α) や (β1) の考えは採用しがたく、(β2) のように考えるべきであろう。そうであるならば、自由財産の帰属主体としての破産者に第三者性を肯定する必要もなく、(β) の考え自体を否定してよいであろう。したがって、破産者が特定の破産債権者に対して自由財産から全額の弁済をする場合には、その破産債権は消滅する。これにより、その分だけ破産債権の全体の額が減少するので、配当率が上昇し、他の破産債権者も若干の利益を受けることになる。

一部弁済の場合 では、破産者が特定の債権について一部弁済をしたにすぎない場合には、どのようにすべきであろうか。その破産債権者は、(γ1) 弁済後の残額を基準にして配当を受けるとすべきなのか（配当時現存額主義）、それとも、(γ2) 破産手続開始時の債権額を基準にして配当を受けるとすべきなのか（開始時現存額主義）、あるいは、(γ3) 配当組入主義を採用すべきなのか。債権者間の公平の観点からは、(γ2) よりも (γ1) の方がよい。破産

32) もっとも、こうした結果は、破産者自身が直接弁済するよりも、信託のできる親族を介在させ、親族に破産債権を買い取らせ、その資金を破産者が自由財産から提供し、親族が買い取った破産債権について配当を受け、配当金を破産者に引き渡す方法の方が達成しやすいであろう。ただし、それを一種の脱法行為として他の破産債権者との関係で無効とすべきかの問題は、なお残る。

者の自由財産は、破産管財人が換価することのできない財産という点では、配当組込主義が採られる場合の在外財産（財産が所在する外国が日本の破産管財人の管理処分権を認めない場合等の在外財産）にある程度類似する。その点からすれば、(73)の選択肢も棄てがたい。しかし、(71)(73)の選択肢の下では、任意弁済を受ける債権者の満足をできるだけ多くするために、破産者は最後配当が終了してから任意弁済をすることになるであろうから、これらは潜脱容易な選択肢であり、破産者の任意弁済を遅らせる機能しか有せず、あまり意味のない選択肢となろう。そして、破産者は、当該特定の破産債権者にだけは迷惑をかけたくないという意思で任意弁済をするのであろうから、その意思を尊重すれば、(72)の選択肢をとるべきことになろう。したがって、私見は、(72)の選択肢に強く惹かれる。

しかし、ここでは、いずれの選択肢を採用すべきかには立ち入ることなく、破産者手続中に破産者の自由財産から任意弁済があった場合に、そのことは破産配当に際してどのように考慮されるべきかが問題になることを確認するととどめることにしよう。

配当時現存額主義と配当組込主義との使分け

ある破産債権者が破産手続中に破産者の財産から部分的な満足を受け、そのことが破産配当において考慮されるべき場合に、考慮の仕方として、配当時現存額主義と配当組込主義の2つが考えられるが、両者はどのように使い分けられるべきであろうか。一部弁済を受けた破産債権者にとっては、配当時現存額主義の方が配当組込主義より有利である³³⁾。そして、配当組込主義は、結局の

33) 例えば、破産手続外で一部弁済を受けた債権者Aの債権額が1000万円で、破産手続外での弁済額が100万円であるとし、他の破産債権者をひとまとめにしてBとし、その債権額が9000万円であるとし、破産管財人が配当に用いることができる現金（配当財団）が9000万円ある場合を考えてみよう。

- 不足額主義の下では、Aの不足額は900万円であるので、彼は、100万円＋ $(9000万円 \times 900万円 / 9900万円) = 100万円 + 818万1818円 = 918万1818円$ を得る。
- 配当組込主義の下では、AとBは同率の満足を与えられるべきであり、破産債権の満足以に充てられる原資は、9100万円であり、破産債権の総額は1億円でノ

あるので、Aは、 $9100万円 \times 1000万円 / 10000万円 = 910万円$ を得る。

破産手続外で一部弁済を受けた債権者Aの債権額が1000万円で、破産手続外で弁済額が600万円であるとし、他の破産債権者Bの債権額が9000万円で、配当財団が2000万円ある場合はどうか。

- 不足額主義の下では、Aの不足額は400万円であるので、彼は、 $600万円 + (2000万円 \times 400万円 / 9400万円) = 600万円 + 85万1064円 = 685万1064円$ を得る。
- 配当組込主義の下では、Aは、他の破産債権者への破産配当率以上の弁済を破産手続外で受けているので、弁済金の持ち戻しをすべきかが問題となる。持戻否定説を前提にすると、Aは、600万円の弁済金を維持できるが、配当財団から配当を受けることはない。持戻説に従えば、破産債権の満足に充てられる原資は2600万円であり、これを各債権者に債権総額1億円を分母にして分配することになるので、Aが最終的に受ける満足は、 $2600万円 \times 1000万円 / 10000万円 = 260万円$ であり、破産手続外で受領した弁済金600万円のうちこの260万円を超える部分（340万円）は、破産管財人に返還しなければならない。

より一般的に考察してみよう。債権者Aの債権額をa円とし、この債権者のみが破産手続外でp円の弁済を受けたとする。他の債権者をひとまとめにしてBとし、その債権額をb円とする。配当財団をq円とする。不足額主義の下で債権者Aが保持することのできる満足をx円とし、配当組込主義の下で債権者Aが保持することのできる満足をy円とする。破産手続外でAが受けた弁済率が他の債権者に対する配当率を上回る場合には、配当組込主義の下では、たとえ持戻否定説に従っても、債権者Aが最終的に受ける満足は、不足額主義の下でAが開始時現存額（ $a-p$ ）を基準にして受ける配当分だけ小さく、持戻説に従うと債権者Aが最終的に受ける満足はさらに小さくなるので、 $x > y$ であることは明らかである。以下では、持戻しは問題にならないことを前提にしてyを計算する。

$$x = p + \{q \times (a-p) / (a-p+b)\} \quad \text{以下では乗算記号を省略する。}$$

$$= (pa - pp + pb + qa - qp) / (a-p+b)$$

$$= (ap + aq + bp - pp - pq) / (a-p+b)$$

$$y = (p+q)a / (a+b)$$

$$= (ap + aq) / (a+b)$$

である。両者の差をとると、

$$x - y$$

$$= (ap + aq + bp - pp - pq) / (a-p+b) - (ap + aq) / (a+b)$$

$$= \{(aap + aaq + abp - app - apq + abp + abq + bbp - bpp - bpq) - (aap + aaq - app - apq + abp + abq)\} / \{(a-p+b)(a+b)\}$$

$$= (abp + bbp - bpp - bpq) / \{(a-p+b)(a+b)\}$$

$$= bp(a+b-p-q) / \{(a+b-p)(a+b)\}$$

破産手続開始原因が支払不能の場合であっても、通常は、債務者は債務超過の状態にあるとみてよい。したがって、不足額主義の下で破産配当に与かる債権の総額（ $a+b-p$ ）は、配当財団の金額（q）よりも大きいことを前提にすることがで

ところ、破産手続外で得た弁済金を少なくとも計算上は破産財団へ吐き出させることであるので、債権者間の平等が維持されることになる。他方、配当時現存額主義では、破産手続外での弁済金を債権者に独占させることになる。こうしたことを考慮すると、配当組込主義は、債権者間の平等が要請される場合に用い、配当時現存額主義は、破産手続外での満足の独占が許容されるべき場合に用いるのが妥当であると言えることができる。一般債権者が在外財産から弁済を受ける場合に配当組込主義が用いられ、別除権者が破産財団所属の担保財産から優先弁済を受ける場合に配当時現存額主義が用いられるのは、この点から是認することができる。破産法108条2項前段が破産者の自由財産上に担保権を有する者について不足額主義を規定していることも、同様に是認できる。他方、破産法108条2項後段が再破産の場合に第1破産手続に参加している破産債権者について、第2破産手続において不足額主義を規定していることについては、第1破産手続に参加した破産債権者の既得的地位（第1破産手続の開始後の債権者を排除して配当を得る地位）を保護する必要があるが、それは持戻否定説を前提にした配当組込主義によっても達成可能であることを考慮すると、前記の視点から積極的に是認することができるように思われる。しかし、この規定は、第1破産手続に参加した破産債権者の既得的地位を保護するものとして、立法論として不当というわけではなく、立法的決断として是認することができる。

ま と め

破産法が別除権者について不足額主義を採用したのは、他の破産債権者との公平を図るためであるとされているが、それは、次の趣旨に理解すべきである：破産配当は、破産者の限られた財産を債権額に応じて分配するものであるから、ある破産債権者が破産手続中に破産者の財産から部分的満足を得た場合、

ゝきるから、 $a+b-p>q$ であり、 $a+b-p-q>0$ である。また、 $a\geq p>0$ 、 $b>0$ であるから、 $a-p+b>0$ である。したがって、 $x-y>0$ である。

$a+b-p-q=0$ の場合には、不足額主義の下でも、配当組込主義の下でも、Aは債権全額の満足を得ることができる。

特に他の破産債権者を排除して部分的満足を得た場合には、その破産債権者には、配当時の破産債権額を基準にして配当を与えることが債権者間の公平に合致する。

不足額主義のこの趣旨は、破産債権者が破産財団所属債権との相殺により破産債権の優先的満足を得る場合にも妥当する。

重要でない偶然 次の議論の準備のために、次のことを指摘しておきたい：担保権の実行や相殺権の行使により破産手続外において破産債権者が破産者の財産から部分的な満足を受けた場合に、その満足にもかかわらず破産手続開始時の債権額を基準にして配当することになると、その満足が破産手続開始前に生じたのか、その後に生じたのかによって大きな違いが生ずる。前者であれば、満足後の残存額を基準にして配当を受けることになり、後者であれば、満足前の債権額を基準にして配当を受けることになるからである。担保権の実行や相殺権の行使は、破産手続開始の前後にかかわらず許されるのであるから、それによる満足が何時生ずるかは、本来、重要なことではないはずである。「重要でない偶然によって結果に大きな違いが生ずることは、避けられるべきである」との考えは、この場合にも妥当する³⁴⁾。

3.2 人的保証人兼物上保証人の破産の場合

では、人的保証人兼物上保証人について破産手続が開始され、主債権者が保証債権を破産債権として行使する場合はどうか。人的保証人が保証する債権（被保証債権）と、物的担保権の被担保債権とは同一であり、物的担保権の実行により破産者の財産から主債権（被担保債権兼被保証債権）に部分的な満足が与えられれば、それに応じて破産債権である保証債権も減少することになる。

34) 破産者からの任意弁済が破産手続開始前になされたか、その後になされるのかも、偶然といえば偶然であるが、破産手続開始後に破産者が破産財団所属財産から任意弁済をすることは許されないこと、一定の時期を基準にして破産債権額を確定して破産債権額に応じた配当を行うことにしないと収拾がつかないことを考慮すると、任意弁済が破産手続開始前になされたか否かは、「重要でない偶然」とは言えず、「結果（破産債権額）を異ならせるのに足る偶然」というべきである。

破産債権額の減少の原因は、破産者の財産からの出捐にあり、他者の財産からの出捐にあるのではないから、破産法104条2項・5項が直接適用されるべき場合でないことは、[2]事件の原告が主張するとおりである。他方で、破産債権（保証債権）自体が被担保債権になっているわけではないので、108条1項の直接の適用があるとも言い難い。したがって、この場合に配当時現存額主義を適用することについては、その妥当性の慎重な検証が必要になる。

妥当性の検証

開始時現存額主義を、求償権前提説の説くように、破産手続開始後に弁済をした共同義務者が破産者に対して求償権を取得することを前提にして、その求償権よりも債権者の破産債権を優先させるべきことを根拠とする規律であると考えれば、破産債権と競合することになる求償権が発生しない場合には、その破産債権については、配当時現存額主義が適用されるべきことになる。人的保証人兼物上保証人について破産手続が開始され、担保権の実行により主債権の満足が図られ、これにより、破産債権である保証債権が減少した場合に、この破産債権と競合する求償権（破産者である人的保証人に対する求償権）は存在しない（物上保証人は、主債務者に対して求償権を取得しても、自己に対して求償権を取得するわけではない）。したがって、この場合には開始時現存額主義の適用はない、との結論が比較的容易に導かれる。

しかし、私見は、保証人と主債務者の双方について破産手続が開始され、保証人の破産手続における配当前に主債務者の破産手続において配当がなされた場合でも、保証債権について開始時現存額主義の適用を肯定する立場にある。開始時現存額主義は、求償権の存在を前提とするものではなく、破産者以外の者の財産から弁済等がなされた場合に開始時現存額主義を採っても他の破産債権者が不利益を受けることはないことを根拠の一つにするものであると解する³⁵⁾。

以下では、上記のことを前提にして、問題を検討することにしよう。

35) 栗田・前掲（注16）35頁参照。

（１）兼光・前掲解説は、「人的担保等による実体法上の債権強化の効力を破産手続上に体现させるという手続開始時現存額主義の趣旨」を根拠にして、同一人が物上保証人と人的保証人を兼ねる場合でも、物上保証人の立場と人的保証人の立場とを分離し、いわば、物上保証人を第三者と見立てて、104条5項・2項の適用を肯定して、開始時現存額主義を根拠付けている。しかし、同条は、直接には、破産者以外の者の財産から破産債権に満足が与えられる場合に関する規定であり、破産者の財産からの出捐により破産債権が減少する場合をも当然の対象とするものではない。破産者の財産からの出捐により破産債権が直接または間接に減少する場合には、他の破産債権者との公平（1条参照）に配慮する必要がある、これは104条では考慮されていない要素である（前述2.1参照）。この要素を無視すべきではないとする立場からすれば、同一人に帰属する人的保証人の立場と物的保証人の立場とを分離することは、利益状況の把握を歪める原因になると批判されるべきである。そして、人的保証人兼物上保証人が破産者である場合に、破産債権（保証債権）と被担保債権（主債権）とが異なることは、配当時現存額主義（不足額主義）を排除して開始時現存額主義を適用することを根拠付ける程に重要であるとは思われない。主債権者は、担保権の実行により他の破産債権者を排除して破産者の財産から主債権の優先的満足を受け、これにより、一方において、破産債権である保証債権が存在目的を部分的に失って減少し、他方において、他の破産債権者はその優先的満足の分だけ配当原資が減少することを甘受させられるのであるから、優先的満足の結果債権額が減少した破産債権（保証債権）に配当時現存額主義を適用することが他の破産債権者との公平に合致する。

（１′）上記の批判は、先例〔2〕の理由付けのうちの（α）にも当てはまる。敷衍しておこう。先例〔1〕は、物上保証人からの弁済等にも開始時現存額主義の適用があることを理由付けるに際して、次のように説示している：大正11年破産法24条（現行破産法104条1項・2項）の趣旨は、「債務者は債務の履行につきその一般財産を引当てにして無限責任を負担すべきところ、有限の破産財団からの平等配当を目的とする破産手続においては債権全額の弁済が期待で

きないことから、全部義務者から債権の一部の弁済を受けても、全部義務者の責任を集積した目的に照らし、届出債権全部の満足を得るまでは債権者が破産宣告時における債権額を行使することを認めたものと解することができる。』。そこにいう《全部義務者の責任の集積》は、《全部義務者である破産者と破産者以外の者の責任財産の集積》である。そして、前記説示からは、他者の財産からの弁済等は配当財団を減少させるものではないから、その弁済等を受けた債権者に開始時の債権額を基準に配当を受けさせても、「有限の破産財団からの平等配当」という破産手続の目的が害されるわけではない、との政策判断を読み取ることができる。

同一人が他人の債務について人的保証人兼物上保証人になることは、一見したところ、一般財産と担保財産を責任財産として提供したことになり、あたかも責任財産を集積したかの外観を呈するが、担保財産も破産財団所属財産のうちの担保権が設定されたものにすぎない。それは、責任財産の集積と言うよりも、責任財産の部分的優先化（責任財産の一部を特定の債権者への優先弁済に充てる財産にすること）と言うべきである。したがって、物上保証と人的保証による責任財産の集積といっても、他人の同一債務について複数人が物上保証人あるいは人的保証人になることにより責任財産を集積した場合と、同一人が物上保証人兼人的保証人になることにより責任財産の部分的優先化を行った場合とでは、利害状況は異なるというべきである。104条は、複数人の責任財産が集積された場合に、破産者以外の者の財産からの弁済等により破産債権額が減少する事態に関する規定でしかない。同条の適用範囲に、責任財産の部分的優先化がなされた場合まで含めるのは、不当である。後者の場合には、他の破産債権者との公平を図る必要があり、この必要の前では、部分的優先化の恩恵を受ける債権（被担保債権）と破産債権とが形式的に異なることは重要ではなく、両者の間に本来的に密接な関係があり、消滅の附従関係がある限り、108条を類推適用すべきである。

先例〔2〕の理由付け（ α ）から離れて、次のことを付言しておきたい。ある債権 α の主債務者と人的保証人兼物上保証人の双方について破産手続が開始

され、両者の破産手続開始後に物上保証人が提供した担保財産から弁済がなされた場合に、主債務者の破産手続において破産債権 α の債権額は開始時の現存額のままである。ここから、「保証債権の債権額も主債権額と同額であるから開始時の現存額のままである」との結論を引き出すのは、不当である。なぜなら、主債務者の破産手続においては、破産者以外の者の財産から一部弁済を受けた特定の破産債権者と破産財団から配当を受ける他の破産債権者との利害関係が問題になるにすぎず、当該特定の債権者への一部弁済が他の破産債権者への配当額を減少させることはないからである；これに対して、保証債権額は人的保証人兼物上保証人の破産手続において問題になり、当該特定の破産債権者はこの破産者の財産の一部である担保財産から優先的満足を得、その結果、他の破産債権者は配当財団の減少という不利益を受けており、両者の公平を図ることが必要になるからである。

先例〔2〕の理由付け（ β ）は、「債権者の期待」を根拠とする。しかし、債務者自身が担保権を設定して融資を受ける場合でも、債権者は債権を確実にするという期待をもち、破産手続開始後に担保権を実行して債権を回収したときでも、破産手続開始時の現存額を基準にして配当を受けることを期待したいところである。しかし、破産法は、他の破産債権者との公平を図るために、破産債権者のそのような期待に沿うことはしなかった。また、破産者の自由財産上の担保権が破産手続開始後に実行されて特定の破産債権者（準別除権者）が部分的満足を受けた場合に、その部分的満足は配当財団の額を左右せず、他の破産債権者は不利益を受けるわけではないが、破産法は、破産者の財産からの部分的満足である以上は他の債権者との公平を図る必要があるとの価値判断の下に、準別除権者のより多くの満足を得たいとの期待を無視して、不足額主義を適用しているのである。したがって、人的保証人兼物上保証人について破産手続が開始された場合にも、同様に、その債権者の期待よりも他の破産債権者との公平が優先すべきである。

（2）人的保証人兼物上保証人は、同一の債権（主債権）のために、人的保証を通じて一般財産を担保に供し、物的保証を通じて特定の財産を担保に供し

ている。そして、いずれの保証を通じてであれ、破産者である保証人の財産から主債権に満足が与えられれば、他方の保証は減少する関係にある（人的保証は、附従性の原則（民法477条1項）により保証債権額が減少し、物的保証は、被担保債権額が減少する）³⁶⁾。この関係は、破産債権のために担保権が設定されている場合に、担保権の実行により破産債権者が部分的満足を受ければ、破産債権が減少することに近い関係である。

（3）破産手続開始前に物的担保権が実行され、主債権について満足が与えられれば、破産手続開始時における破産債権（保証債権）の額もそれに応じて減少する。担保権は、破産手続開始前でも開始後でも行使することができるのであり、担保権の実行による満足が破産手続開始前であるか開始後であるかは「重要でない偶然」である。「重要でない偶然」により重要な結果の差異（破産債権額の算定に当たって担保財産からの満足を控除すべきか否か）が生ずることは避けられるべきであるとの論理は、この場合にも妥当する。

（4）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。先例〔2〕事件の原告のこの趣旨の指摘は正当である。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。

以上の理由により、人的保証人兼物上保証人について破産手続が開始され、保証債権が破産債権として行使される場合にも、その債権者が別除権に基づき破産者の財産から主債権の一部満足を受けたことの結果として保証債権額が減少したことは、保証債権への配当に際して考慮されるべきである。

36) 物的保証については、不可分性の原則（民法296条・305条・350条・372条）があるので、担保権自体が減少するとは言えないが、被担保債権額の減少は、優先弁済受領権の縮小を意味するので、それを担保権の効力の減少と観念することができる。

法律構成

この結論を導くことができるように配当時現存額主義は、次のように定義されるべきである：破産配当は、破産者の限られた財産を債権額に応じて分配するものであるから、ある破産債権者が破産手続中に破産配当外で破産者の財産から破産債権の部分的満足を得た場合、あるいは、破産債権とは異なる債権について部分的満足を受けたのであるが、満足を受けた債権と破産債権との間に本来的に密接な関係があり、かつ、その満足により破産債権も減少する場合には、その破産債権への配当に際してそのことを考慮すべきであり、その部分的満足が優先的権利に基づくときには、債権者にその満足を保持させつつ、配当は配当時の現存額を基準にしておこなうべきである³⁷⁾。

相殺による満足への適用

上記の命題は、破産債権者が相殺権の行使により部分的に満足を受けた結果、破産債権額が直接または間接に減少する場合にも妥当する。人的保証人兼物上保証人に関するものではないが、次の事例で確認しておこう。

設例 3 S に対して債務（ α 債務・600万円）を負っている B が S の委託を受けて、A の S に対する債権（ β 債権・1000万円）について、A との間で保証契約を締結した。主債務者 S の破産手続開始後に、保証人 B が 1000 万円を主債権者 A に支払って保証債務を履行すると、破産手続開始前に原因のある B の

37) 上記の命題中の「満足を受けた債権と破産債権との間の本来的に密接な関係があり」の部分、次のような場合には配当時現存額主義が適用されないことを明らかにするためである：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（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（物上保証）、S について破産手続が開始され、B が β 債権を破産債権として行使するとともに、質権の実行の一環として担保権 H を実行する場合等（栗田・前掲（注 6）125 頁以下参照）。このような場合には、B の破産債権のために C の有する α 債権の上に担保権が設定されているのであり、破産者 S の財産上に担保権が設定されているわけではないから、その理由により配当時現存額主義の適用対象にならないと割り切ることができるのであれば、前記の「満足を受けた債権と破産債権との間に本来的に密接な関係があり」の要件は不要となる。しかし、いわば安全装置としてこの要件を付加しておくのがよいであろう。

Sに対する事後求償権（ γ 債権・1000万円）が現在の債権になり、Bはこれと α 債権とを対当額で相殺することができる。これとともに、Bは、AのSに対する原債権（ β 債権）を代位取得する。Bが γ 債権と α 債権との相殺後に β 債権を破産債権として行使するときに、配当の基準となる債権額は、いくらか。

この場合にも、破産債権額は開始時の債権額1000万円とすべきではなく、配当時の現存額400万円とすべきである。前述の命題にしたがって説明すれば、

- ・代位取得された後の β 債権と γ 債権との間には、前者は後者を確保するために存在するという本来的に密接な関係があり、
- ・ γ 債権が消滅すれば、 β 債権も消滅するという関係にあり、
- ・Bは、破産財団所属財産である α 債権（600万円）から γ 債権の部分的満足（600万円）を得ている。
- ・したがって、 γ 債権が部分的に消滅したことにより β 債権が部分的に消滅することは、破産債権として行使されている β 債権への配当の際に考慮されるべきであり、Bは相殺により優先的満足を得たのであるから、配当時の β 債権額が400万円であることを前提にすると、Bは、この金額を基準にして配当を受けるべきであり、かつ、Bは相殺後の不足額を確定させる責任を負うとすべきである。

相殺については、破産法108条1項のような明文の規定はないが、破産法は、前述の意味での配当時現存額主義を当然の前提にしていると解すべきであり、かつ、相殺後の不足額の確定責任を破産債権者に負わせてよいので、不足額主義の適用があるというべきである。

4 結 論

破産配当は、破産者の限られた財産を債権額に応じて分配するものであるから、次の規律を設定することができる：

（ α ）ある破産債権者が、破産手続中に、破産配当外で、破産財団所属財産から、（1）破産債権自体について部分的満足を得た場合、あるいは、（2）破産債権とは異なる債権について部分的満足を受けたのであるが、満足を受けた

債権と破産債権との間に本来的に密接な関係があり、かつ、その満足により破産債権も減少する場合には、破産配当においてそのこと（破産債権額が減少していること）を考慮すべきである。

（β）その部分的満足が破産手続開始前に発生した権利関係に基づき特定の債権者に優先的に与えられるべきものである場合には、債権者にその満足を保持させつつ、配当は配当時の現存額を基準にしておこなうべきである。配当時現存額主義と呼ぶことのできるこの規律は、別除権を有する破産債権者については、破産法108条1項本文により明文化されている（108条2項前段により、破産債権者が破産手続開始前に発生した担保権の実行により破産者の自由財産から満足を得ることができる場合にも拡張されている）。さらに、別除権を有する破産債権者には、担保権を実行して不足額を確定させる責任（不足額確定責任）が負わされている（198条3項等）。

配当時現存額主義は、明文の規定がなくても、次の場合にも適用されるべきである。

（a）破産者の財産からの満足が相殺の方法でなされる場合。この場合に、破産債権者は、最後配当の除斥期間満了までに相殺の意思表示をして不足額を確定させるべきことを本則とすべきである。

（b）人的保証人兼物上保証人の破産手続に主債権者が保証債権を破産債権として参加するとともに、主債権の回収のために別除権を行使する場合。破産者の財産からの満足が担保権の実行の形でなされるので、不足額確定責任も課すべきであり、破産法108条のみならず、198条3項・196条3項等の類推適用も認めるべきである。