

停止条件付債権と破産法

——敷金返還請求権，現金決済型 CDS 及び
保証人の求償権を中心にして——

栗 田 隆*

目 次

- 1 はじめに
 - 1.1 本稿の課題（1）
 - 1.2 本稿の課題（2）
- 2 金額未確定の停止条件付債権としての敷金返還請求権
 - 2.1 問題となる場面の設定
 - 2.2 別除権者の不足額の確定
 - 2.3 敷金返還請求権額の確定
- 3 現金決済型 CDS
 - 3.1 法的性質
 - 3.2 分割払型の場合の取扱い
 - 3.3 全額前払型の場合の取扱い
- 4 破産手続開始後の弁済による保証人の求償権
 - 4.1 問題となる事例
 - 4.2 論点の整理
 - 4.3 立法の経過と学説
 - 4.4 問題の検討

1 はじめに

大学生 X とその叔父 Y との間で、「X が 3 年以内に司法試験に合格したら、Y が X に金時計を贈与する」という内容の契約が締結された。この契約から生ずる X の債権は、停止条件付債権の古典的な（今となっては古めかしい）例である（以下では、説明の便宜上、この贈与契約が書面よりなされたものとし、

* くりた たかし 関西大学法学部教授（特別契約教授）

また、約束された金時計は20万円ほどで市販されているものとしよう)。では、その贈与契約がなされてから半年後に債務者であるYが、取引先の倒産に連鎖して、破産手続開始決定を受けたとしよう。前述の停止条件付債権は、破産手続開始前に原因のある債権として破産債権になるが、Yの破産手続においてどのように処遇されるであろうか。

一般に、ある者の財産関係を清算する手続において、その者に対する停止条件付債権をどのように取り扱うかについては、基本的に2つの立法主義がある。一つは、停止条件成就の可能性を考慮して評価額を定め、その評価額に応じて配当ないし弁済（以下「配当等」という）をする主義であり、これは「評価主義」と呼ばれる。他の一つは、清算手続の終了前の一定の時期までに停止条件が成就するか否かを見定め、成就すれば配当等に加え、成就しなければ配当に加えないという建前であり、これは「打切主義」と呼ばれ、「条件確定主義」¹⁾ということもできる。評価主義は、的確な評価をなすことが容易な場合については妥当な解決をもたらすが、それが難しい場合もあり、その場合には評価作業自体が負担になり、かつ、不適切な評価がなされると妥当な解決を得ることができない。打切主義は、評価作業を省略することができるという点で簡便であるが、打切時点以降に条件が成就した場合に、停止条件付債権者が何らの弁済も得られないという不当な結果が生じやすい²⁾。大正11年破産法（以下「旧破産法」という）は打切主義を採用し、最後配当の除斥期間満了時を打切時点とした。民法は、限定承認がなされた場合の配当弁済について、裁判所が選任した鑑定人の評価に従って弁済するという評価主義を採用した（930条2項）³⁾。

1) 栗田・後掲（注6）195頁では、「条件確定主義」の語を用いたが、本稿では「打切主義」の語を用いることにする。

2) 破産者が有限責任の法人の場合及び個人であっても破産免責がなされる場合に、不当な結果に至る。個人の破産者が破産免責を与えられなかった場合には、債権者は停止条件成就後に弁済を請求することができるので、それほど不当ではない。大正11年破産法が制定された当時は破産免責制度はなかったため、破産者が個人や合名会社・合資会社である場合を念頭に置く限りでは、打切主義はそれほど不都合な制度はなかった、とすることができよう。

3) 財産分離が命じられた場合も同様である（民法947条2項による930条2項の準

停止条件付債権と破産法

現行破産法（平成16年法律75号）は、旧破産法にならい、同様な打切主義を採用した。

したがって、冒頭の事例の停止条件付債権は、次のように処理される。Xは停止条件付債権をもって破産手続に参加する（破産債権として届け出る）ことができる（破産法103条4項⁴⁾）；その債権は、非金銭債権であるので、その債権額は破産手続開始時における目的物（金時計）の評価額であり（103条2項1号イ）、ここでは20万円であるとしよう；最後配当の除斥期間の満了までにXが司法試験に合格すれば、20万円に応じた配当を得る；除斥期間の満了までに合格しなければ、その直後に司法試験に合格したとしても、Xは配当に加えられない⁵⁾。

1.1 本稿の課題（1）

考察の対象とする停止条件付債権

現行破産法が採用する打切主義は、最後配当の除斥期間満了後に停止条件が成就する場合に停止条件付債権者が十分な保護を受けることができないという問題があるが、それは立法的決断の問題と考えてよく、打切主義の当否を一般的に問題にする必要はないであろう。ただ、次の2つの場面では、現行法の打切主義の修正が必要のように思われる。

(1) 一つは、敷金返還請求権が問題になる場合である。破産法は、破産債権の額を破産手続開始時を基準にして定めるものとしており、停止条件付債権についてもそのようにしている。そして、その債権額は債権調査において調査される。しかし、返還されるべき敷金額は、建物の明渡しがあった後で確定するものであり、それ以前に、端的に言えば、建物の明渡し前に債権調査手続が終了することを前提にした場合に、その金額を債権調査の対象とするのが妥当で

用。明治31年民法第5編以来の伝統である（限定承認につき同法1032条、財産分離が命じられた場合につき1047条3項参照）。

4) これ以降においては、特に必要がない限り、破産法の条文には法令名を省略する。

5) 贈与契約で定められた3年の期間が除斥期間満了前に徒過した場合には、停止条件の不成就が確定する。ここでは、それ以外の場合を前提にしている。

あろうか。もちろん、差し入れられた敷金額は調査の対象となり得るが、敷金から控除されるべき賃借人の債務額などは、建物の明渡し前においては調査対象にしようがないであろう。そこで、賃借人の債務額はどのような方法で確定するのがよいのかが問題になる。これと同様な問題は、他の種類の停止条件付債権についても生じ得ると思われるが、その例はそれほど多くないであろう。また、敷金返還請求権についても、それほど頻繁に生ずる問題でもなさそうである。したがって、それほど重要な問題というわけではないが、それでも、検討しておく価値はあるであろう。

(2) もう一つは、現金決済型の CDS⁶⁾、すなわち、典型的には、ある債務者（参照債務者）について一定の信用事故（クレジット イベント）が生じた場合にその債権者に生ずることのある損害を補填ないし補償するために、その債権者と他の者（リスク引受人）との間で、リスク引受人が債権者に予め定められた金額又は予め定められた方法により算出される金額を支払う旨の契約から生ずる停止条件付債権の取扱いである。以下では、リスク引受人を「信用保護の売手」と呼び、その契約相手である者を「信用保護の買手」と呼ぶことにする。信用保護の買手は、典型的には参照債務者に対して債権を有する者であるが、それに限られない。ただ、このようなリスク引受契約ないし信用保護契約が公序良俗に反すると評価されることを回避するためには、信用保護の買手は、参照債務者について信用事故が発生することにより損失が生ずる立場にあり、その損失回避のために CDS 契約を締結したことが好ましいであろう。以下では、信用保護の買手はそのような立場の者であるとする。現金決済型のリスク引受契約も、通常は、対価の支払を伴い、それゆえ双務契約である。その対価は、「プレミアム」と呼ばれることが多いが、本稿では「リスク引受料」と呼ぶことにしよう。リスク引受料の支払が完了していない段階で信用保護の売手について破産手続が開始され、かつ、まだ信用事故が発生していない場合には、破

6) 栗田隆「信用リスクの移転と破産法——CDS、指名債権の譲受人による相殺、双方未履行契約としてのリスク引受契約——」『立命館法学』2016年5・6号（通巻369・370号，2017年）171頁参照。

停止条件付債権と破産法

産管財人は信用保護契約を53条の規定に従って処理することができる。他方、破産手続開始の時点ではリスク引受料の支払が完了していて、かつ、信用保護期間が残存する場合には、その信用保護契約は、売手の履行は未了であるが買手の履行は完了しているので、53条の適用対象にはならない。買手の債権が破産債権として存在するだけである。その債権は、参照債務者について信用事故が生ずることを停止条件とする債権であると考えられる。現行破産法によれば、この停止条件付債権についても打切主義が適用されることになる。ただ、CDS取引が広まりつつある現在では、信用保護の買手の地位ないし買手が有する権利の評価額を定めることが容易な場合があり得る。すなわち、その権利自体が市場で売買されている場合には、市場での売買価額をもって評価額とすることができる；また、権利自体は売買対象とされていない場合でも、当該参照債務者について新規のCDS契約を締結する場合のリスク引受料から評価額を算出することが比較的容易な場合もあり得よう。そうした場合にまで打切主義を貫くことが妥当かが問題になり、むしろ評価主義を採用する方がよいように思える⁷⁾。

検討課題

これらの停止条件付債権は、冒頭に挙げた停止条件付債権と対比させると、次のような特徴がある。(1) 敷金返還請求権は、停止条件成就前においては金額が確定しておらず、かつ、その金額を評価することも困難であるし適当でもない、という特徴がある。(2) 現金決済型のCDSから生ずる停止条件付債権は、多くの場合に評価が比較的容易であり、かつ、評価が容易な場合については、評価主義を採用する方が好ましい結果がもたらされるという特徴がある。

こうした特徴を考慮しながらこれらの停止条件付債権の破産法上の取扱いを検討することが、本稿の第1の課題である。

7) 栗田・前掲(注6)195頁以下では、現行法の条文に従って打切主義を前提にして議論した。本稿は、それを修正する解釈論を展開するものである。

1.2 本稿の課題（2）

もう1つの課題は、最決平成29年9月12日の事件で持ち上がった問題である⁸⁾。すなわち、主債務者の破産手続に債権者が開始時の債権額で参加した後で物上保証人の財産から一部弁済がなされ、開始時現存額を基準にした配当額が配当時現存額を上回る場合に、物上保証人がその超過額（〔配当額〕－〔配当時現存額〕）⁹⁾の交付を受けるために、代位弁済後に求償権を破産債権として予備的に届け出ている事案において、破産管財人はその超過額を誰に交付すべきかが問題になった（以下では、問題の一般化のために、「物上保証人」に代えて「保証人」の語を用いる）。

超過部分を保証人に交付すべきであるとの結論であれば、この事件からは、本稿で取り上げるべき問題は生じない。しかし、最高裁は、債権者に交付すべきであるとした。そのため、本稿で取り上げるべき問題が生じた。裁判長の木内道祥裁判官は、その結論の理由付けの一つとして、補足意見の中で次の趣旨を述べた。保証人の予備的届出は、債権者の破産債権が「配当によって全額消滅することを停止条件とする」ものであり、求償権が「債権調査において認められたとしても、この債権をもって配当手続に参加するには、配当除斥期間内に停止条件が成就していなければならない。配当除斥期間内に配当が実施され

8) 執筆の時点では、まだ判例報道誌には掲載されておらず、裁判所の Web ページに掲載の決定文を基にした。原決定は大阪高決平成29年1月6日金法2071号99頁であり、第一審決定は大阪地（堺支）決平成28年6月16日金法2071号106頁である。いずれの決定にも興味深い議論が含まれているが、その紹介と検討は、本稿では省略する。なお、主債務者に対して債権を有する者を「債権者」といっただけでは分かりにくいので、本稿では、「主債権者」といい、主債権者の主債務者に対する債権を「主債権」ということもある。もっとも、本文で取り上げた問題は、各自が負担割合を負う連帯債務者の一部の者について破産手続が開始された場合にも生じ得ることであり、この場合の債権者を「主債権者」というわけにはいかない。そこで、連帯債務者に対して債権を有する者と主債権者の双方を含めて、単に「債権者」ということもある。

9) 本稿においては、「超過額」の語は、専らこの意味で用いる。ただし、「配当時現存額」の算定に際して破産手続開始後に生ずる利息・損害金（現行法の下では劣後的破産債権部分）も含めるべきかが問題になるが、さしあたりは未解決のままとする。私見は、含めるべきであるとの立場である。

るはずがなく、本件破産債権が全額消滅することもないから配当除斥期間内の条件成就はあり得ない」。この論理の当否が問題になる。

この問題は、責任財産の集積により債権の回収を確実にすることを目的とする全部義務制度の下で、ある全部義務者の破産手続開始後にその共同義務者の財産から債務の消滅をもたらす出捐（弁済が代表例であるので、以下では弁済をもって代表する）がなされたが、債権の全部の消滅に至らない場合に、弁済をなした共同義務者は債権者に対してなお弁済義務を負っているのであるから、共同義務者が破産者に対して求償権を取得する場合であっても、その求償権よりも債権者の全部義務履行請求権を優先させてよいとの考慮の下に非控除準則が採用されている法状況のもとで生ずる¹⁰⁾。債権者が配当時現存額を超過する配当を受けたとしても、その超過額は不当利得になり、破産手続外で弁済した全部義務者（典型的には保証人）の求償権の満足のために彼に帰属すべきである。問題は、求償権者が超過額を配当手続の中で受領できるとすべきか、それとも、一旦債権者が受領して、求償権者は債権者から不当利得の返還という形で受領できるとどまるとすべきかである。前者を直接受領方式あるいは手続内処理方式、後者を間接受領方式あるいは手続外処理方式と呼ぶことにしよう。（ α ）前記最高裁決定が取り扱った主たる問題は、超過額を最終的に誰に帰属させるべきか、その際いずれの方式を採るべきかである。ただ、これに関連して、（ β ）木内裁判官によって指摘された論点（全部義務者の破産手続開始後にその共同義務者が一部弁済したことにより生ずる求償権にも破産法198条2項の規律が及ぶか）が派生的に生じ、これが本稿のテーマに含まれるのも

10) 平成29年民法改正において、「代位弁済は債権者を害せず」との立場から、一部弁済による代位の場合に、「債権者の権利は、代位者が行使する権利に優先する」ことが明規された（民法502条3項）。この規定が債権者に対して弁済義務を負わない者による代位弁済の場合にも適用され、その考えが破産法104条の解釈に取り込まれ、同条2項・4項がその場合にも類推適用されるようになる可能性がないとはいえない。もしそうならば、本稿で取り上げる問題は、全部義務者の破産手続開始後にその共同義務者が一部弁済をした場合に限定されないことになる。ただ、現時点では、議論の対象を破産法104条が直接適用される場合に限定しておいてよいであろう。

確かである。後者の問題の議論に必要な範囲で、前者の問題も論ずることによよう¹¹⁾。

2 金額未確定の停止条件付債権としての敷金返金請求権

2.1 問題となる場面の設定

敷金返還請求権は、賃貸借契約が終了して賃借人が建物を返還した後で、敷金によって担保されるべき賃借人の債務が残存しているのであれば、その敷金をその債務の弁済に充当し、その後になお残余がある場合に生ずる停止条件付債権であると考えられている¹²⁾。以下では、建物明渡後に金額が確定した敷金返還請求権を「具体的敷金返還請求権」、それ以前のを「抽象的敷金返還請求権」ということにし、「敷金返還請求権」の語は、通常は前者を意味するものとする。

具体的敷金返還請求権自体が破産債権として行使されて、配当を受けることは、実際にはそれほど多くはないであろう。なぜなら、建物の賃貸借の場合には、賃借人への建物の引渡しがあれば、賃借人はその後に建物について権利を取得した者に対して賃借権を対抗することができ（借地借家法31条）、かつ、そのような場合には破産管財人は賃貸借契約を破産法53条により解除することができないとされている（56条）。これを前提にすると、(a) 破産手続中に建物の賃貸借契約が終了すること自体が少ない。そして、(b) 破産管財人が賃貸建物を賃借権付きのまま売却すると、敷金関係は賃貸借契約に附随する法律関係として建物の買主に引き受けられるので¹³⁾、敷金返還請求権が破産債権として行使されることはない¹⁴⁾。

11) この問題については、受託保証人の事前求償権は問題にする必要はなく、事後求償権のみを問題にすればよい。以下では、事後求償権の意味で、「求償権」の語を用いる。

12) 最判昭和48年2月2日民集27巻1号80頁。

13) 最判昭和44年7月17日民集23巻8号1610頁。

14) もっとも、敷金関係は賃貸借契約に附随するが別個の法律関係であること及び敷金返還請求権が破産債権であることを重視すると、(α) 建物の買主に引き受けられるのは敷金へ配当されるべき金額に限られ、それを超える金額（[約定の敷金

停止条件付債権と破産法

したがって、敷金返還請求権が破産債権として行使されるのは、破産手続開始前又は破産手続中に賃貸借契約が終了し、賃借人が賃借建物を破産管財人に明け渡す場合に限られよう。破産手続中に賃貸借契約が終了する場合について言えば、それは、破産管財人が賃貸建物を換価する前に次の事由が生じた場合に限られよう：定期借家権の期間の満了；賃借人の債務不履行を理由とする破産管財人からの解除；破産管財人からの正当事由を伴う解約申入れ又は更新拒絶；賃借人からの解約申入れ又は更新拒絶。

これらの場合でも、敷金額が賃料に比して過大でなければ、賃借人は、破産手続開始後の賃料支払に際して、支払賃料の寄託を請求し、建物の明渡後に返還されるべき敷金額が確定した後で、敷金と寄託された賃料とを対当額で相殺する旨の意思表示をすればよく（70条後段）、破産債権者からの相殺については、自働債権額が債権調査を経て確定していることは一般に要求されていないので、敷金返還請求権額を債権調査を経て確定する問題は生じない。

したがって、本稿で取り上げる「債権調査時に金額が確定していない停止条件付債権への配当の前提としての債権額の確定の問題」が生ずるのは、賃借人が破産管財人に賃料を支払う際に寄託を請求することを忘れていた場合¹⁵⁾や、

ㄨ額] - [敷金返還請求権へ配当されるべき金額]については、賃借人が建物の買主に新規に提供する必要があるとの解釈も考えられないわけではないが、その考えは、56条の規定の趣旨にそぐわないであろう。また、建物の換価は最後配当の前になされる必要があり、その時点では敷金へ配当されるべき金額の算定は困難であるから、建物の買主に引き受けられる敷金額の算定も困難である。したがって、この考えは実行困難である。(β)さらに進んで、破産管財人が賃貸建物を売却した場合に、賃貸借契約は買主に引き受けられるが、賃貸借契約に密接に関連するが付随的契約でしかない敷金契約に基づく返還債務は建物の買主には引き受けられず、賃借人は賃貸借契約に際して付随的に合意された敷金額を建物の買主に新規に提供しなければならない、その半面で賃借人は敷金返還請求権を破産債権として行使しなければならない、との解釈も考えられないわけではない。しかし、従来から賃貸借契約を建物の買主に対抗できる場合には敷金関係も買主に引き受けられると考えられており、その際に、賃借人（所有者）自身による売却の場合と破産管財人による売却の場合とで区別がなされているわけではない。そのことを考慮すると、この(β)の解釈も本稿の議論の前提として採用しにくい。

15) 寄託請求をしておかないと、その後に停止条件が成就しても相殺はできないと➤

寄託請求はしていたが、差入敷金額が賃料に比して高額なため敷金返還請求権と賃料債権とを相殺してもなお返還されるべき敷金が残存する場合¹⁶⁾で、かつ、敷金から充当されるべき賃借人の債務の存在が債権調査終了後に明らかになる場合である。

以上のことから明らかになるように、「停止条件付債権としての敷金返還請求権の金額は、配当の前提として、どのように確定すべき」ということが実際に問題になることはそれほど多くはないが、それでも、予め検討しておく意義はあろう。しかし、その点についての議論は、管見の範囲では見受けられない。

2.2 別除権者の不足額の確定

まずは、金額未確定の停止条件付債権と比較的類似性の高い債権で、破産法が配当の際の処遇を明確に定めているものについて、その処遇を見ておこう。それは、別除権の被担保債権¹⁷⁾の処遇である。

ゝ解されている。これに対して、再生手続においては、敷金返還請求権は、賃料の6ヶ月分に限ってではあるが、再生手続開始後に弁済期が到来する賃料の弁済額の範囲で共益債権となるので（民再法92条3項）、寄託請求の失念のような問題は生じない。破産法70条の規定を知らない賃借人も多くいるであろうことを考慮すると、賃借人保護の視点からは民事再生法が定める共益債権化の処理の方が好ましい。

16) 保証金名目で賃借人が賃貸人に差し入れた金員が多額である場合には、その全額が敷金と評価されるのではなく、一部のみが敷金と評価されることもあろう。この場合に、敷金と評価されなかった部分については、建物が譲渡されたときに、その返還義務は建物の買主に引き受けられないという点では敷金と異なるが、賃貸借契約終了後に賃借人が建物を明け渡した後でなお賃貸人に賃料債務・損害賠償債務を負っているのであれば、その弁済に充当されるという点では敷金と同じ扱いを受ける。この場合の保証金返還請求権も、建物の明渡しまで金額が確定しない停止条件付債権といえることができる。

17) 「別除権」は微妙に異なる2つの意味で用いられるが、本来の意味は、「担保権を破産手続外で行使することができる権能」である。「別除権」の語をこの意味でのみ用いることにすると、「別除権の被担保債権」は、「別除権が認められた担保権の被担保債権」（108条1項参照）の省略表現ということになる。「別除権」は、前記の意味での外に、「別除権が認められた担保権」の意味でも用いることができることを前提とすると、「別除権の被担保債権」は正常な（省略的ではない）表現で

停止条件付債権と破産法

別除権者は、被担保債権全額を破産債権として届け出ることができ（111条2項柱書）、債権調査の手続で確定するのは、被担保債権全額である。しかし、彼が配当手続に参加することができる金額は、別除権の行使によって弁済を得ることができなかつた金額（不足額）に限られる（108条1項本文）。不足額を債権調査の手続で確定することは予定されておらず、別除権者が不足額を破産管財人に対して証明することで足りるとされている（198条3項）。

一般には、どれだけの金額が弁済されたかは、債務者が証明責任を負う。担保権の実行による被担保債権の消滅についても同様である。しかし、破産法は、別除権者に不足額の証明責任（主張立証責任）を負わせている。したがって、別除権者は、不足額の主張に際して別除権を行使して満足を得ることができた金額を陳述するが、その金額を超える満足を得ることができなかつたことについて証明責任を負うことになる。

これは、一種の証明責任の転換であるということができ、その妥当性が問題となる。それは、次の事情により正当化されよう：（ α ）債権者間の公平が要求される場面であること；（ β ）他の破産債権者は別除権の行使による満足額の確定に関与することができないこと；（ γ ）別除権者は、別除権を行使する際に、別除権の行使による満足に関する証拠を収集すればよく、またその機会には十分にあること¹⁸⁾。

ゝある。ともあれ、本稿では、「別除権の被担保債権」を上記の意味で用いることにする。

18) 最後の（ γ ）について敷衍しておこう。実際問題としても、別除権の行使が国家の執行機関を経てなされる場合（不動産や動産の担保競売の場合）には、証拠の収集は容易であろう。それ以外の場合はどうであろうか。例えば、別除権が認められる担保権が債権質権である場合には、第三債務者から不完全な弁済を得たとき（例えば、100万円の破産債権のために、破産者の第三債務者に対する100万円の債権について質権が設定され、第三債務者が資力を欠くために40万円しか弁済を得ることができないとき）には、弁済額を超える部分について質権を放棄することにより、108条1項ただし書により、残額について破産債権者として配当を受けることができよう（別除権者が第三債務者から一部弁済を受領する際に、弁済額が当該金額にとどまることの確認書を第三債務者から得ておくことが望ましいであろう）。その意味で、この場合にも、不足額の証明は、容易と思われる。

2.3 敷金返還請求権額の確定

では、敷金返還請求権の金額は、どのような手続で確定させたらよいであろうか。

可能な選択肢

選択肢としては、次のことが考えられる：

(a) 破産手続開始時に金額が客観的に確定していない債権の原則的な算定方法は、破産手続開始時における評価である。債権調査時に停止条件が成就していない敷金返還請求権（すなわち控除されるべき金額が確定していない敷金返還請求権）についてもこの算定方式を用いてよく、そうすれば配当の基準となる敷金返還請求権額について異議を述べる機会を他の破産債権者に与えることができる。

(b) 敷金返還請求権の額は、停止条件成就前には客観的に定まっているとは言えず、その段階で無理に債権調査に服させるのは適切ではない。停止条件が成就して金額が客観的に定まってから、その金額を算定すべきである。その具体的な方法としては、次の3つが考えられる：

(b1) 一般の債権調査手続終了前に停止条件が成就した場合には一般の債権調査に服させ、その後成就した場合には特別の債権調査に服させる。

(b2) 返還されるべき敷金額が客観的に確定するまで、すなわち、建物の明渡しが完了するまで、敷金返還請求権の調査を保留する。

(b3) 別除権者の不足額請求権については、破産手続開始時の被担保債権額は債権調査手続により確定されるが、別除権の行使により弁済を得ることができなかった不足額は、別除権者が破産管財人に証明すれば足りるとされている。敷金返還請求権もこれと同様に扱ってよい。

選択肢の評価

(a)の選択肢は、金額評価の時点と停止条件成就の時点との間隔が短く、停止条件成就時の債権額を事前に比較的容易に合理的に推定することができる場合には妥当であろう。しかし、そうでない場合には、評価額と停止条件成就後に判明する客観的債権額とが異なったときに、この方法の合理性が疑われるこ

とになる。

(b)の選択肢の中では、(b1)の選択肢が他の破産債権者にとって最も好ましい。しかし、特別の債権調査に要する費用が賃借人の負担となり、彼の負担が重くなりすぎよう¹⁹⁾。(b2)の選択肢は、期日における債権調査の方法(121条以下)が採られる場合に、破産管財人が認否を保留して期日を続行するという形で行なうことができる。しかし、最終的な確定のためには続行期日を開かなければならないし、続行期日において他の破産債権者が返還されるべき敷金額の確定になお関心をもっているだろうかという疑問があり、他の破産債権者が関心を持たないであろうことを前提にすると、結局の所、(b3)の選択肢と大差がない。そうであるとすれば、(b2)よりも(b3)の方が好ましいであろう。

解決方法の選択と具体化

したがって、(b3)の選択肢が相対的に見て最も合理性の高い選択肢であり、これを採用すべきである。賃借人は、差し入た敷金額でもって敷金返還請求権を破産債権として届け出、債権調査においては、その金額を調査すべきである²⁰⁾。賃借人が最後配当の除斥期間満了前に建物を明け渡した場合には、賃借人の未履行債務額(義務不履行により賃貸人に生じた損害額および未払賃料債務額)を控除した残額が配当の基礎となる破産債権額になる。

証明責任の分配 賃借人が建物の明渡し時に差入敷金の全額の返還を請求し、これに対して、破産管財人が賃借人に未履行債務があることを主張して、それを控除した金額についてのみ返還義務があることを主張するのが通常の流れとなるが、証明責任はどのように分配されるべきであろうか。別除権者の不

19) 最後配当は破産管財人が建物を換価した後でなされ、賃借人の建物明渡しは換価前になされるので、敷金返還請求権の停止条件が最後配当の除斥期間満了間際に成就することは通常はない。しかし、もし仮に敷金返還請求権以外の停止条件付債権で除斥期間満了間際に成就し、その時に客観的金額も定まるものがあれば、その債権について特別の債権調査を行うことは現実的ではないであろう。

20) 敷引特約がある場合には、特約に従い控除された後の返還されるべき金額が確定されるべきである。もちろん、敷引特約の有無及びその有効性も、前提問題として調査の対象となり得る。

足額の場合と異なり、一般原則に従うとしてよいであろう。すなわち、(α) 通常の使用による損耗を超える毀損による損害の発生及び損害額については、賃貸人の破産管財人がその証明責任を負い、(β) 賃料支払債務に関しては、債務の発生については破産管財人が証明責任を負い、賃料の支払については賃借人が証明責任を負う。

破産管財人・賃借人間で協議が調わない場合の処理 返還されるべき敷金額について合意が得られない場合には、その金額の確定のための裁判上の手続をどのようにすべきかが問題となる。次の選択肢が考えられる。

(a) この紛争を直接 訴訟で解決する方法。当事者となるのは、破産管財人と賃借人である。問題は、提訴責任(125条1項・127条・129条で規律されている手続開始責任に対応する責任)を誰に負わせるかである。次の選択肢が考えられる。

(a1) 別除権者の不足額請求権については、別除権者が不足額を破産管財人に証明して初めて不足額について配当を受領することができることとされているので、別除権者の主張する不足額を破産管財人が争う場合には、別除権者が不足額請求権の確認の訴えを提起すべきことになろう。これと同様に、賃借人が破産管財人に対して具体的敷金返還請求権の確認の訴えを提起すべきであり、責任を果たさなければ配当を受領することができないとすべきである。

(a2) すでに、抽象的敷金返還請求権額(差入敷金額)が債権調査により確定していることを考慮すれば、破産管財人に提訴責任を負わせてよい。すなわち、破産管財人は、債権調査により確定した破産債権がその後の事情変更(控除されるべき金額が客観的に確定したこと)により返還されるべき敷金額が減少したことを主張して、その金額を超えて敷金返還債務が存在しないことの確認の訴えを提起すべきである。

(b) 直接的に訴訟で解決するのではなく、破産債権査定手続(125条1項)に準ずる手続を前置することも考えられる。この査定手続の開始責任についても、(b1)賃借人に負わせる選択肢と、(b2)破産管財人に負わせる選択肢の2つが考えられる。

停止条件付債権と破産法

訴訟の数をできるだけ減ずるべきであるとの政策的視点から、(a)ではなく(b)の選択肢が採用されるべきであろう。賃借人は、原則的には差入敷金の全額の返還を請求できる立場にあるものの、破産管財人が賃借人に対して敷金によって担保される債務の弁済を求めたときには、賃借人は敷金からの充当（あるいは敷金返還請求権との相殺）をもって対抗し、その残額を基準にした配当を求めざるを得ないことを考慮すると、(b2)ではなく、(b1)の選択肢が採用されるべきものと思われる。

抽象的敷金返還請求権から具体的敷金返還請求権へ

そして、抽象的敷金返還請求権について一般の債権調査が行われている途中で賃貸借契約が終了し、具体的敷金返還請求権が発生した場合には、抽象的敷金返還請求権の調査を継続する必要性は乏しい。調査対象を具体的敷金返還請求権に変更することを認める方がよいと思われるが、その主導権は、第一次的に、賃借人が負うべきであろう。他方、破産管財人も、具体的敷金返還請求権が発生したことを主張して（その額が抽象的敷金返還請求権の額よりも小さい場合には、そのことを主張して）、債権調査の対象をこれに転換することができるとしてよいであろう。債権調査の対象となる敷金返還請求権は、破産管財人又は賃借人のいずれかから明示的な申し出がある場合にのみ、抽象的なそれから具体的なそれに転換されることになる。

抽象的敷金返還請求権が債権調査の対象となり、異議等があったために査定手続を経て、債権の確定のための訴訟が係属し、その訴訟係属中に具体的敷金返還請求権が発生した場合に、確定訴訟の対象を抽象的敷金返還請求権から具体的敷金返還請求権に変更することができるかを検討してみよう。

(a) 破産手続開始前に抽象的敷金返還請求権の確認訴訟が係属していた場合 この場合には、そもそも抽象的敷金返還請求権を確定することについて訴えの利益の有無が問題となるが、賃貸不動産の譲受人との間で差入敷金額について争いが生じた場合について、訴えの利益が肯定されている²¹⁾。賃借人自身との間で差入敷金額についての争いが賃貸借契約の終了前に生じた場合にも、

21) 最判平成11年1月21日民集53巻1号1頁。

同様に確認の利益を肯定してよい。その訴訟の係属中に貸貸人に破産手続が開始されて、開始決定によりその訴訟が中断し（44条1項）、債権調査において異議等が出されたために、その訴訟が確定訴訟として受継された（127条1項・129条2項）ものとしよう。その訴訟の係属中に具体的敷金返還請求権が発生した場合に、訴訟物を後者に変更することは、第一審では肯定してよいであろう。控訴審では、審級の利益の問題との関係で迷うことになるが、控訴審においても請求の基礎に変更がなければ訴えの変更が許されるのであるから（民訴法297条・143条）、許容してよい。他方、具体的敷金返還請求権が発生した後では、抽象的敷金返還請求権を確定する利益はなく、訴えの変更をしなければ訴えは却下されるとしてよい（したがって、訴訟物を変更する責任は、確定訴訟の原告が負う。ただし、被告も反訴によりその確定を求めることもできる）。

（b）破産手続開始時に抽象的敷金返還請求権の確認訴訟が係属していない場合 この場合には、まずは、査定手続が行われる。査定決定に対する異議訴訟の係属中に具体的敷金返還請求権が発生した場合にも、上記の政策的判断をそのまま通用させ、異議訴訟において具体的敷金返還請求権について審理裁判してよいと思われる。他方、異議訴訟において可能な裁判は、査定決定の認可又は変更とされている（126条7項）。両者の関係をどのように説明するかが問題になる。次のように考えたい：この場合には、異議訴訟では、抽象的敷金返還請求権について査定決定でなされた判断の当否をまず判断し、その結果を考慮して、査定手続を経ていない具体的敷金返還請求権について裁判をすることも、査定異議訴訟の裁判として許されるとすべきである。その技術的な表現方法としては、次の2つが考えられる（ α ）査定決定の変更の裁判の形とする；（ β ）査定決定を取り消して、判決で具体的敷金返還請求権の確定の裁判をする。いずれでも実際上の違いはないと思われるが、審判対象の違いを明確にするという点で、（ β ）の表現方法が好ましいと思われる²²⁾。

22) ただし、（ β ）の選択肢の場合には、126条7項の解釈によって修正されることを是認ないし受忍しなければならない。その難点を厭うのであれば、（ α ）の選択

3 現金決済型 CDS

3.1 法的性質

信用事故発生前にリスク引受人（信用保護の売手）について破産手続が開始された場合には、リスク引受契約（信用保護契約）の法的性質が重要な問題となる。ここでは、現金決済型の信用保護契約、その中でも定率給付型、すなわち、実際の損失額にかかわらず、元本の一定割合の損失が生ずるものとみなして、元本額に定率の損失見込率を乗じて算出した金額を給付することが約束され、リスク債権は信用保護の買手（以下「原債権者」という）が保持したままになる契約を想定して、その法的性質を確認しておこう。

（ア） リスク引受料全額前払型

問題をさらに単純化するために、契約の成立ないし発効のためにはリスク引受料の全額支払が必要であることが合意されているものとしよう。このタイプのリスク引受契約がどのような双務契約に該当するかの点はさておき、リスク引受料が全額前払され、原債権者に未履行部分はないので、53条の適用はない。原債権者が有するのは、信用事故の発生を停止条件とする金銭給付請求権であり、198条2項をストレートに適用すれば打切主義に従い処理される。

（イ） リスク引受料分割払型

例えばリスク引受期間は5年であるが、引受料は、1年ごとに分割払されるものとする特約が付されているものとしよう（分割引受料の支払時期は、契約で自由に定めることができるが、契約の特質を考慮すれば、各1年の開始までに支払われるべきことが本則となり、以下ではそれを前提とする）。この契約は、破産法との関係では、どのように理解したらよいであろうか。原債権者が負担する債務は引受料の分割払の義務であり、これが未履行であることは明らかである。リスク引受人の債務は、参照法人について信用事故が生じたときに一定額の金銭を支払う義務である。この義務は、リスク引受期間（5年）内に信用事故が生ずる場合には約定の金銭を支払った時に消滅し、信用事故が生じ

、肢をとるべきであろう。

ない場合にはリスク引受期間の満了時に消滅し、それまでは消滅しない。両者の義務は対価関係にあるから、このリスク引受契約は双務契約である。破産手続開始時に信用事故がまだ生じていない場合に、リスク引受人の金銭支払義務はまだ現実化していないが、「信用事故が発生すれば一定額の金銭を支払う債務」が消滅したということはできない以上、リスク引受人の債務は未履行であるといつてよいであろう。すると、信用事故発生前にリスク引受人について破産手続が開始された場合には、53条1項の規定により破産管財人はこの契約を解除することができることになる。

他方、リスク引受料の最後の分割払いがなされた後では、信用保護の買手の履行が完了しているので、53条の適用はない。その取扱いは、全額前払型の場合と同じである。

3.2 分割払型の場合の取扱い

議論の準備として、分割払型の信用保護契約が破産手続開始時に双方未履行の状態にある場合の取扱いを見ておこう。信用保護の売手の破産管財人は、53条1項により契約の履行を選択することもできるが、その場合には、リスク引受料を収受できるとはいえ、万一にも信用事故が発生すれば、約定の現金を信用保護の買手に支払わなければならない、その支払請求権は148条1項7号により財団債権になるので、履行の選択はリスクが極めて高い。したがって、破産管財人は、特別の事情がなければ、解除を選択すべきであろう。その場合に相手方には、解除により生じた損害の賠償請求権を破産債権として行使することができる(54条1項)、また、破産手続開始前に破産者に支払ったリスク引受料の返還請求権を財団債権として行使することができる(54条2項)。しかし、信用保護契約は、一定期間(以下「信用保護期間」という)における参照債務者の信用リスクからの保護を目的とするものであることを考慮すると、リスク引受料と信用保護期間との対応関係を観念することができ、信用保護期間のうち破産手続開始前の期間についてはリスク引受人はいわば履行済みであり、信用保護の買手はその期間について信用保護の給付を受けていて、かつ、その原

状回復は不可能であるから、それに対応するリスク引受料の返還を求めることができないと考えてよいであろう²³⁾。すると、信用保護の買手が返還請求できるリスク引受料は、破産管財人による契約解除後の期間に対応するものに限定される。その上で、信用保護の買手は、残りの期間について、別の者と新たに信用保護契約を締結することになるが、そのリスク引受料と破産者との間で締結した契約に定められた信用保護料とを比較して、前者の方が大きければ、その差額が損害額になり、それを破産債権として行使することができる。

3.3 全額前払型の場合の取扱い

全額前払型にあっては、53条の適用はない。破産手続開始前に信用事故が発生していた場合に、約定金額の支払請求権が破産債権になるように、破産手続開始後・最後配当の除斥期間満了前に信用事故が発生した場合にも、約定金額の支払請求権は、破産手続開始前に締結されたリスク引受契約に原因のある債権として、破産債権になるだけである。したがって、万一にも信用事故が発生しても、そのことにより財団不足の事態が生ずるわけではない。しかし、それでも配当を受けるべき破産債権の総額は大きく膨らみ、他の破産債権者が圧迫されることになる。そのリスクは、できれば回避することが好ましいであろう。信用リスクの買手としても、破産した売手からの約定金額の支払を頼りにするわけにはいかず、他の者と新たな信用保護契約を締結する必要に迫られよう。そうであるならば、彼としては、停止条件付債権としての約定金額支払請求権に打切主義が適用されるよりは、評価主義が適用されることが好ましいであろう。その方がその請求権への配当の確実性が高まり、配当金を他の者と締結す

23) このように考える前提として、信用事故の発生する確率は、信用保護期間の内のどの部分期間についても同じであること（信用事故の発生確率の時間的均質性）が必要である。その前提が満たされない場合、例えば、信用保護期間の最初の1年よりも最後の1年の方が信用事故の発生確率が格段に高い場合には、本文記載のように考えることはできない。ただ、信用保護の発生確率の時間的均質性がないことが明らかな場合は別として、そうでない限り、法的処理の単純化のために、時間的均質性を仮定してよいであろう。

る新たなリスク引受契約の引受料に充てることが可能になって、好都合であると思われるからである。要するに、評価主義を求める社会的需要があると考えられる。

そして、破産者（信用保護の売手）との間で締結した信用保護契約の残存期間について、これと同等な内容の信用保護契約を他の者と比較的容易に締結できる程度に活発に CDS 取引が市場においてなされているのであれば、破産手続開始時に他の者と新たに同等の信用保護契約を締結したならば必要となったであろうリスク引受料が、破産者との間の信用保護契約から生じた停止条件付債権の破産手続開始時における評価額ということが出来る。その評価額の決定が容易であるならば、打切主義に拘泥する必要はなからう。

解釈論としての法律構成

問題は、現行破産法が打切主義のみを規定していることを前提にして、前述の場合について、評価主義を解釈論としてどのように実現するかである。

(a) 例えば、次のような方法が考えられる。

1. 停止条件付債権を有する者は、打切主義を前提にして停止条件付債権を破産債権として届け出ることができるが、そのほかに、他の破産債権者・破産管財人から異議等がないことを条件にして、評価主義を前提にして自ら定めた評価額で届け出ることができる。
2. 現行法が打切主義のみを定めている以上、評価主義を前提とした届出は例外であり、停止条件付債権が評価額による無条件債権として確定するためには、債権調査において異議等が出されないことが必要であるとすべきである。そして、評価主義を前提にした債権届出に対して異議等がまったく出されない場合には、停止条件付債権は評価額での無条件債権として確定することを認めるべきである。それは、破産管財人と他の破産債権者の全員の承認による「停止条件付債権の無条件債権への転換」ということができる。
3. 無条件債権への転換について異議等がない場合でも、評価額自体には異議等が出されることはあろう。後者の異議等は、通常の方法により、すな

停止条件付債権と破産法

わち第一次的には破産債権査定決定（125条）により解決されるべきである。

4. その査定手続においては、無条件債権への転換の許容性自体を争うことができないとすべきである。

この方法は、一見したところよさそうにも見えるが、打切主義と評価主義のいずれが適用されるかの選択を第一次的には停止条件付債権者に委ねることになり（上記1）、さらに、第2次的に破産管財人・他の破産債権者からの異議等に係らせることになるので（上記2）、それぞれの側でいいところ取りをすることを許容することになりやすいという問題がある。すなわち、停止条件付債権者は、破産手続開始後・債権調査終了までの間に信用事故が発生すれば打切主義の適用を求め、それ以外の場合には評価主義の適用を求めることになり、他の破産債権者等はその逆の適用を求めることになろう。

（b）したがって、打切主義が適用されるか、評価主義が適用されるかは、停止条件付債権の特質を考慮して予め定まっているものとする方がよい。破産法が打切主義の規定のみを置いているところで、一定の停止条件付債権については、その債権の特質により評価主義が適用されるべきであると主張することには相当の勇気が必要であるが、そのように主張してよいであろう。その理由は次の点にあり、それがまた評価主義の適用要件になる。（ α ）一般論として、打切主義であると最後配当の除斥期間の満了までに条件が成就する場合とそうでない場合とで、破産配当率が大きく異なることになりやすく、他の破産債権者の配当を得る地位も不安定になるので、評価主義の方が好ましい；評価主義を採用する上での難点は、評価の困難にあるのであるから、取引市場における取引状況により評価額が定まるものについては、評価主義を採用することが好ましい。（ β ）停止条件付債権の中には、破産者との契約から得た停止条件付債権と同等のものを破産手続開始後に迅速に市場において他から調達することが当該破産債権者にとって必要であるのが通常であると考えられる種類のものがある；そのような停止条件付債権については、評価額の算定が容易であるならば、評価主義を採用すべきである。

評価主義が適用されるための要件は、上記の2点に尽きる。58条1項の文言に多少なりとも近づけて言えば、次のように言うことができよう：取引所の相場その他の市場の相場のある契約から生ずる停止条件付債権で、債務者について破産手続が開始された後は同等のものを市場において調達する必要が高い種類のものについては、打切主義は適切でなく、評価主義を採用すべきである。すなわち、相場価格を考慮して定められる評価額をもって停止条件付債権の評価額とし、破産手続開始後・最後配当の除斥期間満了前に停止条件が成就したか否かにかかわらず、その債権者はその評価額を基準にして配当を受けることができるべきである。

4 破産手続開始後の弁済による保証人の求償権

4.1 問題となる事例

最判平成29年9月12日の事案は、次のようなものであった。X（信用保証協会）は、SがG（信用金庫）に対して負う債務について保証人となった；S社が平成23年9月に破産手続開始決定を受けた；Xは、破産手続開始後に元本全額と破産手続開始の前日までの利息の全額・遅延損害金の一部を弁済し、これによりXが破産者に対して取得した求償債権（5651万1233円）を破産債権として届け出た；この求償権について物上保証をしていたAがその後一部弁済（2593万9092円）をし（第一審決定によれば、弁済資金は担保不動産の売却代金である）、この求償権をAが破産債権として予備的に届け出た；破産管財人は、「Xには残債権額に満つるまで配当し、超過部分をAに配当する」旨の配当表を作成した；これに対してXが異議を述べ、破産管財人作成の配当表を正当とする第一審決定に対してXが即時抗告をした；抗告審（原審）が超過部分は他の破産債権者への配当に充てるべきであるとして第一審決定を取り消して、事件を第一審に差し戻す旨の決定をした；これに対して破産管財人が許可抗告を申し立てた。最高裁は、Xの破産手続開始時における債権額を基準にして得られた計算上の配当額（4512万4808円）がXの残債権額（3057万2141円）を上回る場合でも、その金額全部をXに配当として交付すべきであり、Xの残債権

停止条件付債権と破産法

額を超える部分（1455万2667円）をAに配当すべきでないとした。

信用保証協会が絡む事案であり、やや複雑であるが、物上保証人Aの視点から単純化して言えば、この事件における信用保証協会が主債権者であり、その求償権が主債権であり、その物上保証人が主債務者の破産手続において求償権を予備的に届け出た事例である。物上保証人は、104条1項から4項の準用を受け、これらの規定との関係では保証人と同様に扱われるので、以下では、説明の単純化のために主債権者の主債務者に対する債権を保証人が保証していた場合に引き直して論述を進めることにする。最高裁は、前記の結論を次のように理由付けた。

「破産法104条1項及び2項は、複数の全部義務者を設けることが責任財産を集積して当該債権の目的である給付の実現をより確実にするという機能を有することに鑑みて、配当額の計算の基礎となる債権額と実体法上の債権額とのかい離を認めるものであり、その結果として、債権者が実体法上の債権額を超過する額の配当を受けるという事態が生じ得ることを許容しているものと解される（なお、そのような配当を受けた債権者が、債権の一部を弁済した求償権者に対し、不当利得として超過部分相当額を返還すべき義務を負うことは別論である。）。

他方、破産法104条3項ただし書によれば、債権者が破産手続開始の時ににおいて有する債権について破産手続に参加したときは、求償権者は当該破産手続に参加することができないのであるから、債権の一部を弁済した求償権者が、当該債権について超過部分が生ずる場合に配当の手続に参加する趣旨で予備的にその求償権を破産債権として届け出ることはできないものと解される。また、破産法104条4項によれば、債権者が配当を受けて初めて債権の全額が消滅する場合、求償権者は、当該配当の段階においては、債権者が有した権利を破産債権者として行使することができないものと解される。」

4.2 論点の整理

この事件において、破産管財人は「Xには残債権額に満つるまで配当」する

としたが、そこにいう残債権額は、破産手続開始時の債権額から一部弁済額を控除した金額である²⁴⁾。最高裁による事案の要約からは明瞭ではないが、Xは、破産手続開始後の遅延損害金についてもAに優先して配当金を受領することができるべきであると主張して、破産管財人の作成した配当表に異議を述べた（第一審決定・金法2071号108頁参照）。以下では、開始時現存額に開始時から配当時までの利息・損害金も加味し、他の全部義務者からの弁済額を控除した残額を配当時現在額ということにする²⁵⁾。

検討課題 他の破産債権者との公平の観点からは、主債権への配当額は、破産手続開始時の現存額を基準とすべきであるが、その配当額を主債権者と保証人との間でどのように分配すべきかの問題については、(α) 一部弁済をしたにとどまる保証人が主債権者に対して保証債務をなお負っていることを考慮すると、主債権の配当時現存額（劣後的部分を含む）に満つるまで主債権者が優先的に配当を受けるべきものと思われる。最高裁決定が採用した解決方法によれば、それが実現可能である。その限りでは、最高裁決定には正当なものが含まれているが、他方で、開始時現存額を基準にした配当額が配当時現存額を上回る場合に、その超過額を主債権者に配当すべきであったこと（手続外処理方式を採用したこと）は、行き過ぎであろう。保証人は、主債務者に対す

24) Xは破産手続開始後の損害金請求権も劣後的破産債権として届け出ているが、破産管財人は、Xが現実には有する債権額から劣後的破産債権額（開始後の損害金）を除いた求償権元本額（最高裁決定にいう「残債権額」）を上限として残債権額に満つるまで配当するとした（第一審決定・金法2071号107頁参照）。すなわち、Xの残債権額（3057万2141円）＝破産債権として届け出た求償債権（5651万1233円）－破産手続開始後のAの一部弁済額（2593万9092円）。

25) もう少し精確に言えば、主債権者は主債務者の破産手続開始の日以後の利息・損害金も保証人に請求することができるのであるから、保証人の一部弁済額をまず一部弁済時までの利息・損害金に充当し、残りを元本に充当する；残存する元本とこれに対する翌日以降配当時までの利息・遅延損害金との合計額が配当時現存額になる。ただし、これは単利計算を前提にした説明である。重利で計算すべき場合にはもう少し複雑になるが、ここでは省略してよいであろう。なお、第一審は、本文記載の「配当時現存額」に相当する語として「実債権額」の語を用いているが、そこでは劣後部分は除外されている。

停止条件付債権と破産法

る求償権の範囲内で、主債権者に対して不当利得返還請求をすることになり、主債権者が倒産する場合には、そのリスクを負わされることになるからである。したがって、(β) 保証人が主債務者（破産者）に対する求償権を確実に回収することができるように配慮がなされるべきである。

目指されるべき解決は、前記 (α) を実現しつつ (β) を実現することである。求められていることは、両者を同時に実現することが新たな問題を引き起こすことなく可能かを検討し、可能であるならばその実現のための解釈論を展開することである。

4.3 立法の経過と学説

明治23年破産法

大正11年破産法の前身である明治23年商法第3編破産を便宜上明治23年破産法と呼ぶことにしよう²⁶⁾。同法は、全部義務者の破産の場合について、次のような規定を置いていた（一部の漢字を現在通常に用いられているものに改めた。古い時代の資料について、以下同じである。また、句点を追加した）。

1031条 二人以上ノ共同義務者カ破産シタルトキハ其各義務者ノ破産ニ於テ債権ノ全額ヲ届出ツルコトヲ得。

各自ノ破産財団ノ間ニ於ケル償還請求権ハ之ヲ主張スルコトヲ得ス。然レトモ債権者カ受取ル割前ノ額カ主タルモノノ及ヒ従タルモノヲ合セタル債権ノ総額ヲ超過スルトキハ其超過額ハ共同義務者中他ノ共同義務者ニ対シテ償還請求権ヲ有スル者ノ財団ニ帰ス²⁷⁾。

例えば、債権者Xの主債務者Yに対する1000万円の債権についてZが保証人

26) 明治23年商法第3編は商人を対象としていた。非商人を対象とする実質的な意味での破産法として、家資分散法があった。

27) 明治23年破産法1031条は、ロエスレルが作成した商法草案では1085条である。草案では、項が分かれていない。Roesler, Entwurf eines Handlungs-Gesetzbuches für Japan mit Commentar, 3. Bd (1884) の復刻版（新青出版、1996）S. 51, S. 335 f., ロエスレル氏起稿『商法草案下巻』（司法省、1884年1月29日脱稿、出版年不明）961頁を参照。

になり、YもZも何らの弁済をすることなく同時に破産宣告を受けたとしよう。議論の単純化のために、破産宣告の日の前日に弁済期が到来する無利息債権であるとする（遅延損害金も発生しないとの特約がなされていたものとする）。XがZの破産手続において宣告時から1年後に60%の配当（600万円）を受けるとすると²⁸⁾、その600万円が元本の弁済に充当され、残元本額は400万円になろう²⁹⁾。議論の単純化のために、Zの破産手続における配当の翌日にYの破産手続において7割の配当がなされるものとする、Yの破産手続においてXが受ける「割前」は700万円である。他方、Yの破産手続の配当時における「債権ノ総額」は400万円である³⁰⁾。その差額である「超過額」の300万円はYに対して償還請求権（求償権）を有するZの破産財団に帰属することになろう。

超過額が「他ノ共同義務者ニ対シテ償還請求権ヲ有スル者」の財産に最終的に帰属すべきことは規定上明らかである（以下では、そのような者を「償還請

28) 明治23年破産法989条が次のように規定していた。「財団ニ対シテハ破産宣告ノ日ヨリ利息ヲ生スルコトヲ止ム。但抵当権、質権其他ノ優先権ヲ以テ担保セラレタル債権ハ其担保物ノ売払代金ニ満ツルマテヲ限度トシテ利息ヲ生スルコトヲ得。」。こうした規定が具体的にどのように適用されるのかがよくわからないので、本文のような設定にした。

29) 1030条が次のように規定していた。「主タル債務者ノ破産ニ於テ届出テタル債権ハ協諧契約ノ場合ト雖モ保証人其他ノ共同義務者ニ対シ其全額ニ付キ之ヲ主張スルコトヲ得。又保証人又ハ共同義務者ハ主タル債務者ノ破産ニ於テ其償還請求ヲ届出ツルコトヲ得。然レトモ主タル債務者ノ為メニスル協諧契約ノ効果ニ従フ。」。保証人であるZの破産手続との関係では1030条の規定は適用がないが、主債務者であるYの破産手続との関係では、同条の適用があり、債権者は保証人に対してなお同条1文にいう「其全額」を請求することができる。その中に、破産宣告後の利息・損害金も含まれるのかどうか明瞭でないが、ここでは含まれるものとして考えを進めることにした。それを前提にして、1031条2項2文の「主タルモノ及ヒ従タルモノヲ合セタル債権ノ総額」の中に破産手続開始後の利息・損害金債権が含まれるかが問題となるが、この点に立ち入る資料も見いだすことができなかつた。

30) 磯部四郎『商法釋義』（長島書房、明治26年）の復刻版『日本立法資料全集別巻17・商法〔明治23年〕釈義第2編7章～第3編』（信山社、平成8年）3951頁以下にこうした例が挙げられているとよいのであるが、具体例は挙げられていない。しかし、この設例の場合には、本文で述べたような結論になろう。

求権を取得するほどに多額の弁済をした者」という意味で「多額弁済者」あるいは「償還請求権者・求償権者」ということにする)。問題は、それを実現するプロセスであり、具体的にはYの破産手続において超過額を受領するのは誰かである。(α) 超過額が生ずる場合には1031条2項本文が適用されないことを前提にして、Zの破産管財人がYの破産手続に参加して直接受領することができるのか、それとも(β) この場合にも2項本文が適用され、Zの破産管財人はYの破産手続に参加することができず、Xが超過額も受領して、Zの破産管財人がXに対して不当利得返還請求をすることができるにとどまるのか。いずれかが認められるべきであろう。また、(α) が認められる場合であっても、(α') 何らかの事情でZの破産管財人がYの破産手続に参加しなかったときには、Zの破産管財人がXに対して不当利得返還請求をすることが認められるべきであったであろう³¹⁾。

この点について、加藤正治「破産ニ於ケル連帯債務ノ効力」加藤・破産法研究第1巻(有斐閣、昭和10年。初出は明治41年)245頁は、次のように述べている：「債権者ニ其債権額以上ノ配当ヲ為スノ必要ナキカ故ニ各破産管財人ニ於テ互ニ気脈ヲ通シスカル点ニ付キ互ニ注意ヲ為スハ勿論若シ過分ノ弁済ヲ為シタリトスルモ其超過額ハ共同債務者中他ノ共同債務者ニ対シテ求償権ヲ有スル者ノ財団ニ帰スルカ故ニ其財団ヨリ之カ返還ヲ債権者ニ対シテ請求シ得ヘキナリ」。(α') を認める趣旨であることは明らかである。また、「各破産管財人

31) Roesler (N 27) S. 336 で次のように述べられている：「この超過額は、他の破産財団に対して償還請求権を有する破産財団、従って例えば主債務者の破産財団に対しては保証人の破産財団、他の手形義務者らに対しては最後の裏書人の破産財団に帰す(zufallen)べきである」。これだけでは、本文の(α) が認められるのか判然としない。しかし、これに続いて次の注釈が記されている：「同様に、債権者がまったく届出をしていない破産財団に対して償還請求をすることができるのは自明である；そうでないと、この破産財団は他の破産財団の負担において利得を得ることになるからである」。この部分は、償還権利者の破産財団が償還義務者の破産財団に償還請求権を破産債権として届け出ることができることを前提にしないと、無意味である。そうであれば、同様に、超過額が生ずる場合にも、2項本文の規定にかかわらず、償還権利者の破産財団は償還義務者の破産財団の破産手続において超過額の範囲で償還請求権を破産債権として届け出ることが許されると思われる。

ニ於テ互ニ気脈ヲ通シ」は、(α)を認める趣旨であらう³²⁾。以下では、明治23年破産法は、このように解されていたものとして議論を進めることにする。

上記の例で、Zについて破産宣告がなされない場合に、Yの破産手続開始後にZが一部弁済をしたときにどうなるかを直接規律する規定は見あたらない。しかし、その場合でも同様に、XがYの破産手続において受ける「割前」のうち配当時の「債権ノ総額」を超過する部分は、Zに帰すことになり、1031条2項ただし書が仮に前記(α)の趣旨の規定であるとすれば、Yの破産手続においてZが求償権の範囲で超過額を受け取ると解するのが合理的であろう。

大正11年破産法

大正11年破産法では、全部義務者のうちの全部又は一部の者が破産宣告を受けた場合に、債権者は各破産手続にその開始時の債権額で参加することができることが明確にされた(24条)。しかし、明治23年破産法1031条2項ただし書(「然レトモ」で始まる規定)に相当する規定は置かれなかった³³⁾。その理由は、貴族院特別委員小委員会の議事録の大正11年破産法24条に関する部分でも、衆議院委員会会議録の24条に関する部分でも述べられていない³⁴⁾。

32) 次の文献を参照したが、明瞭ではない：Roesler (N 27) S. 335 f.、ロエスレル氏起稿・前掲(注27)961頁以下、磯部・前掲(注30)3956頁。

なお、磯部・前掲(注30)3956頁は、「此超過額ノ請求ハ届出ヲ要セズ」と述べる。(α)届出をしていなくても償還権利者の破産財団は、超過額の範囲内で、償還義務者の破産手続において配当を受けることができるという趣旨なのか、それとも、(β)届出をしていなくても償還権利者は超過配当を受けた債権者に対して不当利得返還請求をなし得るとい趣旨なのか、判然としない。もし前者であれば、償還義務者の破産管財人は償還権利者の存在をどのように知るのが問題になり、もし後者であれば、当然のこのように思える。

33) 26条で、「破産者に対して求償することができる全部義務者は、破産宣告後に債務を全部弁済した場合に、求償権を破産債権として行使することができる(複数の全部義務者が一部ずつ弁済をして、その合計額により全部を弁済した場合には、弁済割合に応じて求償権を破産債権として行使することができる)」旨の規定は置かれた。しかし、これは明治23年破産法1031条2項ただし書が規律している場面と異なるし、貴族院委員会議事速記録でも、衆議院委員会議録でも同項ただし書と同趣旨である旨の説明はない(次注の文献参照)。

34) 『帝國議會貴族院委員会議事速記録17』(臨川書店、昭和60年復刻版)176頁から178頁、『帝國議會衆議院委員会議録33』(臨川書店、昭和60年復刻版)237頁-238頁

同法に関し、加藤正治『破産法講義』（巖松堂、大正13年）105頁以下は、明治23年法の下での見解を維持した。説明は一層明瞭になっており、例えば「各破産管財人ニ於テ互ニ気脈ヲ通シ」の部分は、「各破産管財人ハ互ニ通知ヲ為シ」に改められている。齋藤常三郎『日本破産法』（弘文堂、昭和9年）155頁も、同趣旨を述べた。したがって、この時期には、 (α) 超過配当はなされるべきではなく、超過額は多額弁済者（求償権者）に帰属すべきこと、 (β) その実現のために、 $(\beta 1)$ 第1次的には、超過配当がなされる破産手続に多額弁済者（の破産管財人）が参加して超過額を求償権の範囲内で受領することができ（多額弁済者が存在しない場合には、超過額が生ずる破産手続の破産財団に超過額が帰属すべきであるので、単純に超過配当をしないことができ）、 $(\beta 2)$ 第2次的には、すなわち超過配当がなされてしまった場合には、多額弁済者が債権者に不当利得返還請求をすることができるかと解されていた、とすることができる。

しかし、このような趣旨の記述は、その後体系書から消えていった³⁵⁾。そのことは、加藤正治『破産法要論（16版）』（有斐閣、昭和27年）78頁以下に如実に表れている。問題の提示さえもない。その理由を資料で裏付けることはできないが、前記の見解に特段の不都合があるとは思えず、単に実務上問題になることが少なく、記述の必要性が低かったからであると推測してよいであろう。

その後、谷口安平『倒産処理法（第2版）』（筑摩書房、昭和56年）168頁において、「単一ないし複数の倒産手続を通じて債権全額を超える弁済がなされてしまったときは超過部分は最後の手続との関係で不当利得〔割注略〕となる」と説かれた。齋藤秀夫＝鈴木潔＝麻上正信・編『注解破産法』（青林書院、昭和60年）114頁以下（加藤哲夫）も、これを引用して同趣旨を説くのであるが、加藤（正）・前掲論文および加藤（正）・前掲書も同趣旨を述べる文献として挙げられた。確かに、《超過額は債権者に帰属すべきものではない》という

↘頁を見た。

35) 中田淳一『破産法』（有斐閣、昭和45年）194頁（第1刷は昭和34年）山木戸克己『破産法』（青林書院、昭和49年）92頁参照。

点では両者に共通性があるが、多額弁済者（求償権者）に帰属すべきか最後の破産手続の破産財団に帰属すべきかの点で異なっており、その相違は重要である。この点で加藤説と谷口説との結論が一致するのは、最後の手続の破産者以外の者で求償権を有するものが存在しない場合に限られる。谷口説がその場合を想定した見解であるのであれば、谷口説と加藤（正）説とを同列に置くことができるが、谷口・前掲書にその想定を示唆する記述は見あたらない。そして、伊藤眞『破産法 [全訂第3版]』（有斐閣，2000年）172頁注73が「債権全額の行使を認める結果として、債権全額を超える配当がなされたときには、超過分は不当利得として破産財団に返還しなければならない」と説いた（最初の「債権全額」は開始時のそれ，2番目の「債権全額」は配当時のそれを指すものと思われる）。

平成16年破産法

平成16年破産法が制定されてまもない時期に開催された研究会において、超過配当の問題が取り上げられた。その記録が伊藤眞＝松下淳一＝山本和彦・編『新破産法の基本構造と実務』（有斐閣，ジュリスト増刊，2007年）364頁-370頁である。そこでは、従前の見解として谷口説や伊藤説は取り上げられているが、加藤（正）説への言及はない。それでも、加藤（正）説と同趣旨の見解は複数の参加者（沖野眞己，山本和彦）によって主張された。明治23年破産法1031条2項ただし書の精神及び加藤（正）説は、学説の中で、今も生きているのである。

この研究会以降、超過配当の問題が活発に論じられるようになった。多数の文献があるが、山本研「手続開始時現存額主義により生ずる超過配当額の処理」『伊藤眞先生古稀祝賀記念論文集・民事手続の現代的使命』（有斐閣，2015年）1203頁が詳しい。その後の文献では、山本和彦「手続開始時現存額主義の現状と将来——改正民法の弁済による代位の規律も踏まえて」（岡伸浩＝小畑英一＝島岡大雄＝進士肇＝三森仁・編著『破産管財人の債権調査・配当』（商事法務，2017年））578頁・584頁以下が重要である。種々の見解が主張されているが、主要な論点は、次の2つである：（ α ）超過額は債権者に帰属すべき

停止条件付債権と破産法

ではないことを前提にして、それは最終的に誰に帰属すべきか（求償権を有する多額弁済者が存在する場合に、その多額弁済者か、それとも超過額が生ずる破産手続の破産財団（以下「破産財団」と略す）か）；(B) 超過額は、どのような方法で最終帰属者に帰属させるべきか（破産手続内でなされるべきか、それとも破産手続外でなされるべきか）である。これらの組合せにより4つの見解が可能になる。超過額を破産財団に帰属させるべきであるとしつつ、それを破産手続外で実現する（いったん配当した後で破産管財人が債権者に対して不当利得返還請求をする）というのは、かなり迂遠であるように思え、また、それゆえにこの見解を除いて3つの見解に整理されることが多いが、「破産法194条2項により、同一順位の債権については債権額の割合に応じた配当を行うものとされている」ことを理由に、松下満俊「破産手続における開始時現存額主義をめぐる諸問題」（岡正晶＝林道晴＝松下淳一・監修『倒産法の最新論点ソリューション』弘文堂、2013年）113頁がこの見解を主張しているので、4つの見解に整理しておく方がよいであろう。求償権者に帰属させるべきとの見解（求償権者帰属説）にあつては、その第1次的な実現方法は、求償権者が破産手続に参加していることを前提にして議論することになる。その前提の下でも債権者に超過金を交付して、求償権者が債権者に不当利得返還請求をすべきであるとするのが「手続外処理説」であり、破産管財人が超過金を求償権者に求償権の範囲内で交付すべきであるとするのが「手続内処理説」である。4つの見解を「求償権者帰属・手続外処理説」（他の文献では「不当利得説」と呼ばれる）、「求償権者帰属・手続内処理説」（「共同義務者帰属説」ともいう）、「破産財団帰属・手続外処理説」、「破産財団帰属・手続内処理説」（「破産財団帰属説」ともいう）と呼ぶことにしよう。

加藤（正）説と山本（和）説は、求償権者帰属・手続内処理説である³⁶⁾。伊藤説は破産財団帰属・手続内処理説であり、谷口説もその趣旨と解されている。

36) 求償権者が破産手続に参加した場合の処理が明示されているわけではないが、竹下守夫ほか編『大コンメンタール 破産法』（青林書院、2007年）442頁〔堂蘭幹一郎〕もこれに含めてよいであろう。

松下（満）説は破産財団帰属・手続外処理説である。山本（研）・前掲論文は、求償権者帰属・手続外処理説であり、手続外で処理すべき理由を次のように述べる：「超過部分を求償権者に帰属させるにあたっての配分調整については、原則として債権者と求償権者間の不当利得返還請求による破産手続外での処理に委ねる方が、手続的簡明性、無用な紛争が破産手続に持ち込まれることの回避、破産管財人の負担軽減という観点から妥当である」（1225頁）。本判決は、求償権者帰属・手続外処理説を採用したが、その理由付けは条文の機械的適用にとどまり、山本（研）説が述べるような実質的理由付けが不足している。

4.4 問題の検討

超過額を最終的に求償権者に帰属させるべきことの検討は別稿で行うことにして、ここではそれを前提にして、その実現方法を検討することにしよう。平成29年の最高裁決定は、手続外処理説（超過部分は債権者が受領し、破産者に対して求償権を有する者が債権者に対して不当利得返還請求をするという方法で償還を得なければならないという考え）を採用した。その理由付けとして、破産法104条1項・2項を持ち出し、「債権者が実体法上の債権額を超過する額の配当を受けるという事態が生じ得ることを許容しているものと解される」と述べた。

しかし、104条1項・2項は、保証人の破産手続開始後に主債務者が債務の一部を弁済した場合にも適用される規定である。したがって、例えば主債務が1000万円である場合に、保証人の破産手続開始後に主債務者が900万円を弁済し（元本充当部分が800万円であるとする）、その直後に5割の配当があるときは、主債権者は、配当時の残存債権が200万円であるにもかかわらず、破産手続開始時の債権額を基準にして500万円の配当金を受領することになる³⁷⁾。主

37) 一部弁済の時と最後配当の時との間があいている場合には、一部弁済後に残存する元本に対する利息・損害金債権の取扱いが問題になる。それらは、保証人の破産手続内においては劣後の破産債権であるが、主債務者の破産手続内においては開始時の現存額を基準にして算出される配当額の範囲内で普通破産債権と同様にその配当額から充当を受けることを肯定すべきか否かの問題である。それは、破産債権

停止条件付債権と破産法

債権者は300万円の不当利得を得ることになるが、それを吐き出させるのは誰か。主債務者は損失を受けている訳ではないので、不当利得返還請求権を有しない。そうなると、保証人は、実体法的にみれば配当時に200万円の保証債務を負っているにすぎないので、500万円の配当がなされたことにより300万円の損失を受けたことになり、主債権者に対して同額の不当利得返還請求権を有する。それは、破産者の自由財産ではなく破産財団に属すべき財産であるから、保証人の破産管財人が返還を請求することになる。

同様な問題は、連帯債務者Y・Zが債権者Xに対してZの破産手続開始時に1000万円の債務を負っている場合にも生ずる（YとZの負担割合は平等であるとする。また、この1000万円を便宜的に元本ということにする）。Zの破産手続開始後にYが900万円を弁済し（開始後の利息・損害金に100万円、元本に800万円が充当されたとする）、その直後に9割の配当があるときは、Xは、配当時の残存債権が200万円であるにもかかわらず、破産手続開始時の債権額を基準にして900万円の配当金を受領することになる。Xは、700万円の不当利得を得た。700万円のうちどれだけがYに帰属すべき金銭と考えるべきかについては厳密な検討が必要であるが、ここでそれをする余裕はないので、暫定的に、350万円がYに帰属すべき金銭であると考えことにしよう。YはXに対して350万円の不当利得返還請求をなし得る。しかし、残りの350万円部分は、Zに属すべき財産であるので、Zの破産管財人がXに対して不当利得返還請求をすることになる。

これらの帰結（破産管財人が超過配当を受けた債権者に対して不当利得返還請求をすること）が迂遠であることは明らかである。したがって、104条1項・2項の規定に関わらず、債権者は、破産手続開始時の債権額を基準にして配当を受けるが、その配当額が配当時現存額を超過する場合には、その超過額

↘者間の公平の問題であり、その公平問題は責任財産の集積を根拠とする開始時現存額主義の採用により解決されていると考えることができよう。そうであれば、上記の問題は肯定的に答えられるべきである。本文の設例では、この問題が生じないように状況を設定した。

を受領することはできないと解すべきことになる。換言すれば、超過配当肯定説は、超過配当について不当利得返還請求することができる弁済者が他に存在し、破産者自身は超過配当について不当利得返還請求権を有しない場合にのみ妥当な解決となり得ると言ってよいであろう。最高裁判決は、そのことに何ら言及していない点で問題である。

さらに、手続外処理方式は、債権者が無資力である場合（例えば、債権者自身についても破産手続が開始されている場合）に、そのリスクを求償権者に負わせることになる。実体法的には、債権者は超過配当を受ける権利を有さず、求償権者は超過配当部分について求償権の範囲内で破産財団から償還を受ける権利を有しているのであるから、求償権者は債権者無資力のリスクを負わされるいわれはない。こうした実体的な権利関係を104条1項・2項を根拠に歪めるべきではない。それらの条項は、全部義務者の全部又は一部について破産手続が開始されたため債権者が債権回収に不安が生じた場合に、債権回収を確実にすることを第1の目的とする規定であり、その第1の目的からは、ある全部義務者の破産手続において超過配当を受けることを正当化する根拠は引き出され得ない。正当化のためには、104条が他の副次的目的を有することが必要である。そのような副次目的としては、配当手続の単純化ということが考えられ、前述のように山本（研）・前掲論文がこの点を強調し³⁸⁾、また、この実質的理由により、求償権者が存在しない場合に手続内処理を行うことが正当化される（この場合にいったん超過配当をしたうえで、破産管財人が債権者に対して返還請求をするという手続外処理を行うのでは、かえって破産管財人の負担が重くなる）。

債権者は配当時現存額を超えて配当金を受領することができず、それを超える余剰額は破産者（又は他の共同義務者）に対して求償権を有する者に求償権の範囲で与えるべきであるとの規律を定立すると、（ α ）破産手続内で配当時現存額を確定する必要性が生じ、かつ、（ β ）破産手続開始後に代位弁済をした求償権者の求償権額を確定する必要性が生ずる。それが一つの手続上の負担にな

38) 開始時現存額主義には、責任財産集積の機能の外に、手続の単純化の機能もある。杉本和士・金商1305号27頁以下がこの点を強調する。

停止条件付債権と破産法

るのは確かである。しかし、平成29年決定の事案では破産管財人は、その負担をもつともせず、債権者が受領できる配当額の上限を実債権額（劣後的部分を除く）とし、かつ余剰を求償権者に与える配当表を作成した（この上限の算出が幾分負担となるが、大きな問題ではなかろう）。彼にとっては、手続上の負担よりも実体的法律関係の尊重の方が重要であったのである。一つの事例を一般化することは危険であるが、この事例に示されるように、前記2つの負担はそれほど大きくないと考えてよいのではなかろうか。それは、次の理由による。

（a）前記（a）（β）は、他の破産債権者を関与されて確定する必要がある事項であるかが問題になるが、その必要はなかろう。なぜなら、破産手続開始後に弁済した者が求償権を有する場合に、配当時現存額を超える剰余額を誰に交付すべきかは、基本的に、債権者と求償権者の間のパイの取合いの問題である；開始時現存額を基準にして定まる配当額が債権者に行くのか求償権者に行くのかは、他の破産債権者の利益に影響しない；そして、開始時現存額は、すでに他の破産債権者の関与の下で確定しているからである。

（a'）これを前提にすると、債権者の配当時現存額、超過額及び求償権者の求償権額については、他の破産債権者を関与させて確定する必要はなく、破産管財人と債権者と求償権者との間で確定させれば足りる。

（b）配当時現存額に関する基礎資料は、求償権者が求償権を破産債権として届け出ることにより、あるいは代位取得した原債権の届出名義の変更の届出（113条1項、破産規則35条）をすることにより得られるのであるから、その収集は破産管財人にとって負担にならない。そもそも、求償権者が存在しない場合（典型的には、保証人の破産手続開始後に主債務者が一部弁済をした場合）には、破産管財人は、必要であれば他の全部義務者に照会をした上で、配当前に配当時現存額を破産手続内で確定すべきものである。したがって、求償権者が存在する場合にも、求償権者からの求償権の届出ないし超過額の範囲での原債権の届出名義の変更の申出とそれとともない提出される資料に基づき超過額と求償権額を確定することについての手続的負担を破産管財人は受忍すべきであるとしてよいであろう。他方、求償権者が債権を届け出ないため、破産管財

人が超過額も債権者に支払った場合に、破産管財人の債権者への支払行為は適法行為と考えてよく、破産管財人は求償権者に対して損害賠償義務などを負わないと考えるべきであろう³⁹⁾。

(c) 債権者と弁済者との間で破産手続開始後の弁済額について争いがある等のために債権者の配当時現存額に争いがある場合には、どうすべきか。同様な問題は、主債務者の破産手続開始後に保証人が債務の全額を弁済したと主張して届出名義の変更を申し出、債権者がこれを争う場合にも生じうることである。いずれの場合にも、破産管財人が弁済者・債権者の紛争に巻き込まれるとなると、配当手続が渋滞するのは確かである。しかし、一方の主張が正当と認められる場合には、破産管財人は、その主張に従って配当手続を進めるべきであるが、いずれの主張が正当であるか確信できない場合には、両当事者間で争いのある金額については債権者を確知できないのであるから、債権者不確知を理由に供託し、その他の部分を受領権を有する者に交付すべきである。したがって、配当時現存額について争いがある場合であっても、破産管財人に生ずる負担は供託をなすべきか否かの判断及び供託をなすことにとどまり、大きなものではない。

(c') なお、債権者が有する債権が破産者を連帯債務者の一人とする債権であり、弁済者にも負担部分があるため、弁済者が超過額の全部を受領することができず、一部は破産者に帰属すべき場合には、破産管財人は配当時現存額に関する争いに関与する必要がある。必要であれば、訴訟当事者になっても債権者の配当時現存額の確定に関与すべきである。それは彼の本来の職務の範囲内というべきである。彼は、破産財団に留保される金額を少しでも多くし、そ

39) このように解しても、求償権者は債権者に対して求償権の範囲で不当利得返還請求をなし得るのであるから、求償権を破産債権として届け出ることを怠った弁済者に生ずる不利益は大きくない。なお、杉本和士・金法2078号41頁は、最高裁決定を「超過配当が生じ得る事態において、当該届出破産債権に対して破産管財人が超過分を含めて必ずしも配当しなければならない旨を判示したのではなく、ただ超過配当の対象となる届出破産債権が既に確定していれば、破産管財人がこのような配当を行うことを許容した判例である」と見る。

停止条件付債権と破産法

れによって他の破産債権者への配当額を少しでも多くするためにそうするのだからである。

破産法198条2項との関係

以上のことを前提にして、全部義務者の破産手続において開始時現存額を基準にして配当すると配当時現存額を超過する配当がなされる場合に備えて予備的に弁済者が求償権の届出あるいは債権届出名義変更の届出をするとき、それを破産法上どのように位置付けるべきかを考えてみよう。平成29年決定の事件では、保証人は、主債務者の破産手続開始から4年近くたってから、代位弁済により取得した求償権を予備的に破産債権として届け出た。この予備的届出は、(α)破産管財人により、「本件破産債権が配当によって全額消滅することによる、破産法104条4項に基づく求償権の範囲内での原債権の代位行使という性質」を有するもの解された⁴⁰⁾。これを前提にすると、保証人の届出は「原債権の届出名義の変更の届出」である。他方、(β)木内補足意見は、「本件破産債権が配当によって全額消滅することを停止条件とする債権が届け出られ」と理解した。この理解にあつては、届け出られた債権は求償権であろう。求償権自体は実体法上は代位弁済の時点ですでに発生しているのであるから、届出時においては停止条件付債権ではない。しかし、104条4項の法意に照らせば、弁済者がこの求償権を破産手続上行使することができるようになるのは、超過額が生ずる場合である。そして、破産手続外であれば行使することができる既発生債権であっても、破産法上行使することについては一定の条件の成就が必要な債権（行使について停止条件が付された債権）も、広い意味で停止条件付債権ということは許されよう（以下では、このような債権も「停止条件付債権」と呼ぶことにする。正確には、「広義の停止条件付債権」と呼ばれるべきものである）。木内補足意見の理解では、保証人は、上記の意味での停止条件付求償権を届け出たのである。

40) 保証人の債権届出の時点では債権届出期間はすでに経過しているものと推測されるので、破産管財人によるこの解釈ないし取扱いは、不当ではない。求償権自体が債権調査により確定されたかは明瞭ではないが、おそらく確定されていないであろう。

いずれの理解も可能である（いずれの理解でも、「届出は予備的になされている」ということができる）。保証人が予備的届出をした時点では債権届出期間は既に経過しているのであるから、通常は、届出名義変更の届出をすることが合理的であり⁴¹⁾、明示的に求償権自体が届け出られた場合でも、破産管財人が届出名義の変更の届出として取り扱うことは許容されよう。ただ、ここでは、停止条件付求償権が予備的に届け出られたことを前提にして議論を進めることにする。問題は、この停止条件付求償権も198条2項の適用ないし類推適用（以下では両者を併せた意味で「適用」という）を受けるかである。木内補足意見は、適用されるとした。

しかし、この事件においては、停止条件の成就・不成就は、開始時現存額を基準にして算出される配当額の一部が保証人に交付されるか否かの問題に影響を与えるが、他の破産債権者への配当額を左右しない。そのような停止条件付債権に198条2項を適用する必要性は乏しく、適用すべきではなかろう。なぜなら、(α)適用すれば、前述のように債権者が超過配当を受けることになる；(β)これによって生じた不当利得の是正は、破産手続外で求償権者が債権者に不当利得返還請求をすることにより実現可能であるが、それは迂遠であり、かつ、債権者（不当利得返還義務者）の無資力のリスクを求償権者に不当に負わせることになる；(γ)もし条件成就の有無の問題が判断の難しい問題であり、それに破産管財人が巻き込まれることを回避したいのであれば、求償権者と債権者との間のパイの取合いが問題になっているにすぎないのであるから、破産管財人は債権者不確知を理由に求償権者と債権者を被供託者にして供託（平成29年改正前民法494条2文、改正後494条2項）をすればよいからである⁴²⁾。

41) 求償権者は代位取得した原債権を求償することができる範囲内で行使することができるにとどまるので（平成29年改正前民法501条柱書き、改正後同条2項）、届出名義変更の届出に併せて求償権も届け出ることが必要かが問題になる。求償権は破産管財人に証明すれば足り、求償権の届出と債権調査は必要ないと解してよいであろう。栗田隆「全部義務者の破産と民法改正——一部代位弁済の場合の原債権と求償権の規律を中心にして——」関西大学法学論集65巻5号97頁以下参照。

42) 供託所は、民法495条1項により債務の履行地の供託所であるが、破産配当金を供託するのであるから、破産法193条2項により破産管財人が職務を行う場所が

停止条件付債権と破産法

[補論] 大正11年破産法が打切主義を採用した経緯を探ろうとしても、私の手許で利用できる資料が不十分なためもあって、たいした成果を得られるわけではないが、一応見ておこう（以下の引用においては、漢字は、現在通常に用いられている字体のものに適宜置き換えた）。

破産法案は、和議法案と共に、大正11年1月18日付けで政府提出法案として、帝國議會（第45回議會）に提出され、両者は1月23日から一括して審議された（『大日本帝國議會誌13巻』13頁・14頁、『帝國議會貴族院議事速記録40』（東大出版会、昭和57年復刻版）37頁）。その23条1項において、「条件付債権ハ其ノ全額又ハ前条ノ規定ニ依ル評価額ヲ以テ破産債権ノ額トス」と規定された。中間配当の段階では、破産管財人が寄託すべき債権の一つとして、「停止条件付債権及将来ノ請求権」が挙げられた（271条4号）。最後配当の段階での処遇については、次のように規定された：「停止条件付債権又ハ将来ノ請求権カ最後ノ配当ニ関スル除斥期間内ニ之ヲ行使スルコトヲ得ルニ至ラサルトキハ其ノ債権者ハ配当ヨリ除斥セラル」（275条）。いずれも、明治23年商法第3編破産にはない新規定である。

審議は、まず貴族院で始まり、同年1月23日に第1読会が行われ、審査を担当する特別委員が選出された（前掲『貴族院議事速記録40』68頁）。大正11年1月27日に「破産法外1件特別委員会」が開かれた（『帝國議會貴族院委員会議事速記録17』（臨川書店、昭和60年復刻版）141頁）。この日は政府委員・山内確三郎による議案の説明がなされた後、小委員会の設置が決定された（同145頁）。小委員会は、大正11年2月1日から2月17日にかけて10回開催された（同149頁から261頁）。第9回小委員会において、破産法案は一部修正可決、和議法案は政府案通りに可決となったが（同257頁以下）、破産法につきさらに追加修正が提案され、第10回委員会において修正された（同261頁）。第10回小委員会の終了後、引き続き、第2回特別委員会が開催され、小委員会での修正が承認されて、特別委員会での議事は終了した。修正されたのは次の条であり、停止条件付債権の処遇に関係しない：12条（相続財産の破産）、31条（相続財産及び相続人の破産と破産債権者）、42条（相続財産破産における相続債権者の優先）、51条（財団不足の場合の弁済方法）、61条（取引所の相場のある商品売買）、314条（相続人の強制和議の議決権者）。

第3回小委員会において、停止条件付債権の評価について、政府委員 山内確三郎が次のように述べている。「条件付債権ヲ行使セシムルニ評価シテ行クト云フコトニ付テ、民法等ハ評価シタルヨウニナツテ居リマスガ、評価スルト云フコトハ正確デナイカラ、破産手続ハ随分長ク続クノデアリマス、条件付債権デアレバ条件ヲ先ヅ無視

、義務履行地になり、その地の供託所に供託すべきである。

シテ置イテ、例ヘバ斯ウ云フ条件デアッたら一万円ノ金銭ヲ支払フト云フ債権デアレバ、一万円ヲ以テ破産債権ノ額トスル、斯ウ云フコトニナルノデ、其結果ハドウ云フコトニスルカト云フト、結局實際ノ配当ハシナイ、停止条件付デアレバ、ソレニ応ズル配当額ハ一々他ニ寄託ヲシテ、先ヅ管財人ニ於テ預ッテ置クコトニナル、途中デ条件ガ不成就ニナレバ、全ク債権ナシト云フコトニナリマスカラ、其時ニハ供託シタ所ノ金、是ハ他ノ債権者ニ配当スルト云フコトニナル、ケレドモ先ヅソノ標準ヲ定メマスニハ、目的ノ評価額ガ破産債権ノ額、之ニ依テ先ヅ配当ノ標準ヲ定メルト云フコトニナルノデス、ソレカラ将来ノ請求権ト云フノハ、前に申シタヨウナ将来給付ヲ求メルヤウナ権利デア、結局停止条件付ト同ジヤウナコトニナル」(同176頁)。政府委員のこの説明に対して、質問は出されなかった。

第7回小委員会において、停止条件付債権について打切主義を採用したことについて、271条の説明の中で、政府委員・池田寅二郎が次のように述べている。「其最終ノ配当ヲ致シマス際ニモ、マダ此停止条件付債権ダトカ或ハ将来ノ請求権ト云フヤウナモノガ、結局ドウモ其配当ノ期間マデニ実行シ得ベキコトニナラナクッタ、停止条件ガ成就セズト云フヤウナコトデアリマスレバ是ハ致方ガアリマセヌカラ、其配当関係カラ之ヲ全ク離レマシテ、ソウシテ破産手続ノ外ニ之ヲ置クト云フコトニナルノデアリマシテ、後ハ結局各個ノ関係ニ於テ権利ヲ行使スルト云フコトニナル訳デアリマス」(228頁)。委員会においては、271条を含む第8章配当については、質問がまったく出されなかった。

大正11年2月28日に衆議院において第1読会が行われた(『大日本帝國議會誌13巻』836頁・844頁以下)。政府委員・山内確三郎から提案理由の説明がなされたが(同859頁)、骨子に関わる説明であり、打切主義を採用したことについての説明はもちろんない。第1読会では、破産法案と和議法案を一括して審査する委員を議長が指名することが提案され、異議なく承認された(同859頁)。委員の数は「特に18名」とされた。専門的知識が必要な大部な法案だからであろう。

委員会は、大正11年3月2日から3月17日にかけて、7回開催された(『帝國議會衆議院委員会議録33』(臨川書店、昭和60年復刻版)223頁-271頁)。破産債権についても、配当についても、突っ込んだ議論がなされているが(同237頁以下、246頁以下)、停止条件付債権の取扱いについての議論は見あたらない。

大正11年3月17日付けで、破産法案委員長 前田米蔵から「本院に於て可決すべきものと議決致候」との報告書が衆議院議長に提出され(『大日本帝國議會誌13巻』1153頁)、同月18日の本会議でその報告がなされ(同1143頁参照)、その理由が説明された(同1153頁以下)。小破産制度の新設や膨張主義から固定主義への移行といった重要事項についての説明はあるが、打切主義の採用についての説明はない。