

# 破産宣告後に物上保証人等から一部弁済を受けた 破産債権者の権利行使の範囲

小原 将 照

## 〈目 次〉

### 一、問題の所在と本論文の目的

#### 1 問題の所在

#### 2 全部義務者に関する二四条および二六条二項の解釈問題

#### 3 物上保証人等の場合の見解の対立

#### 4 破産法の改正と本論文の目的

### 二、従来の学説・判例

#### 1 学説・下級審裁判例

#### 2 最三平成一四年九月二四日判決

#### (一) 事案の概要

#### (二) 判旨

#### 3 従来の議論の視点

三、新たな試み

1 従来とは異なる視点

2 従来の議論に対する疑問

四、二四条と二六条二項の制度趣旨

1 出発点

2 二四条の制度趣旨

3 二六条の制度趣旨

(一) 二六条一項本文

(二) 二六条一項但書

(三) 二六条二項

4 小括

五、検討

1 二六条の対外的規律と対内的規律

2 二四条の対外的規律

3 今回の破産法改正が残す問題

## 一、問題の所在と本論文の目的

### 1 問題の所在

債務者の破産手続において債権全額を届け出ている債権者が、破産宣告後に物上保証人等の全部の履行義務を負わない者から債権の一部の弁済等を受けた場合、その債権者および物上保証人等は、各自、債務者の破産手続においてどのような権利を行使することができるのか、という問題がある。このような破産手続開始後の物上保証人等からの一部弁済等がなされた場合の取扱いについて、現在の破産法（以下、条文番号のみ引用する。）の規定に忠実に従えば、二六条三項が準用する同条二項により弁済等を行った物上保証人等は「弁済ノ割合ニ応シテ債権者ノ権利ヲ取得ス」ることになるが、二六条二項の解釈問題が大きく関係するために、この規定の意味するところが問題となる。

### 2 全部義務者に関する二四条および二六条二項の解釈問題

そもそも、二六条二項は、連帯保証人などのいわゆる全部義務者の将来の求償権の取扱いに関する規定である。この規定の解釈で問題となるのは、連帯保証人などのいわゆる全部義務者の一人または数人が破産した場合において、債権者は、その破産手続に破産宣告時の債権全額をもって破産債権を行使することができる、と定めている二四条の規定との関係である。つまり、債務者の破産手続において債権全額を届け出ている債権者が、債務者の破産宣告後に全部義務者から債権の一部の弁済等を受けた場合に、その債権者および全部義務者は、各自、債務者の破産手続においてどのような権利を行使できるのか、という問題である。

この二四条と二六条二項の関係については、二六条二項の文言に忠実に、債権者が破産債権全額の満足を受けな

い段階で弁済をした全部義務者が債権者の権利を割合的に取得し、その限りで二四条は修正を受けると解する見解<sup>1</sup>と、そのような権利取得を許せばそれに対応する部分について債権者は届出債権全額の行使をできないことになって、債権の一部の満足しか得ていないにもかかわらず代位の割合によって縮減された額を基準とした配当しか受けられず債権者を害する結果となり、それゆえ、全部義務者が、破産宣告後一部弁済をしたにとどまるときは、債権者の届出債権額に影響を及ぼさないと解し、二六条二項については、破産債権者が全額の弁済を受けた時に、一部弁済をした各求償権者間の行使する権利の割合を定めた規定であると解する見解<sup>2</sup>が対立していた。判例は、これらの規定の関係について、「数人の全部義務者の弁済等により債権者が破産債権全額の満足を受け、そのために配当金に余剰を生じる場合の余剰金の配分に関する定めであり、一部弁済をしたにとどまる場合には、弁済者が債権者の権利を取得し破産債権者として権利を行使することはできない」と判示し、後者の見解を採ることを明らかにした。学説も一部判例に反対する見解<sup>4</sup>はあるものの、現在の通説・判例は後者の見解である。<sup>5</sup>

### 3 物上保証人等の場合の見解の対立

さて、このようないわゆる全部義務者の場合に関する二四条と二六条二項の關係に関する判例・通説の解釈を前提にして、破産手続開始後の物上保証人等による一部弁済等の取り扱いの問題について立ち返ると、二四条には、二六条三項のように物上保証人等の全部の履行義務を負わない者に関する準用規定が存在しない。このことから、物上保証人等に関する二六条二項の解釈について、次のような二つの見解が対立している。一つは、物上保証人等の場合については、二四条が準用されていない以上、二六条二項の文言に忠実に「弁済ノ割合ニ応シテ」債権者の権利を取得し、その一部弁済を受けた部分について破産債権者の権利は減額されるとする見解（減額説、峻別説あるいは二四条類推適用否定説<sup>6</sup>）である。もう一つは、物上保証人等の場合についても二六条三項が同条二項を準用

している以上、前述した全部義務者に関する判例・通説の解釈はそのまま妥当するのであり、したがって、破産債権者が届出債権全額の満足を得ない限り、物上保証人等は破産債権者の権利を代位取得し行使することはできず、また、破産債権者も一部の弁済にとどまる限り、届出債権全額で権利を行使することができるとする見解（非減額説、非峻別説あるいは二四条類推適用肯定説<sup>⑦</sup>）である。このように議論が分かれている状況に対して、最高裁は、平成一四年九月二四日判決<sup>⑧</sup>で後者の見解を採ることを明らかにし、今時の破産法改正にも影響を与えることとなった<sup>⑨</sup>。

#### 4 破産法の改正と本論文の目的

平成一五年九月一〇日に法制審議会総会で決定された「破産法等の見直しに関する要綱」<sup>⑩</sup>（以下「改正要綱」とする。）では、二六条二項について、判例・通説の見解を明らかにすることとし、同条三項で物上保証人についても同様の取り扱いとするものと述べている<sup>⑪</sup>。これにより、単純に考えるなら、この問題について立法上の解決が図られるように思われる。

しかしながら、近時、この問題に関して、後述するように新たな方向からの検討が試みられており、この検討の方向から考えると、この問題に関する従来の議論は、十分に尽くされていたとはいえないのではないかと、さらには、そのように十分な議論が尽くされていないために、改正要綱で示された形でなされたとしても、本当にこの問題が解決されるのか、という疑問が生じる。

そこで、本論文では、債務者の破産手続において債権全額を届け出ている債権者が、破産宣告後に物上保証人等の全部の履行義務を負わない者から債権の一部の弁済等を受けた場合、その債権者および物上保証人は、各自、債務者の破産手続においてどのような権利を行使することができるのか、という問題について、近時の新たな試みと

同様、二四条と二六条二項の制度趣旨からの検討を試み、今時の破産法改正により残される問題を明らかにすることとする。

## 二、従来の学説・判例

### 1 学説・下級審裁判例

この問題に関する従来の学説は、前述したように減額説と非減額説とに分かれており、見解の一致をみない。この二つの見解は、それぞれ次のように主張する。まず、減額説は、二四条が物上保証人等に準用されていないまさにそのことを論拠とする。また、非減額説の立場に立ち、仮に、減額されないとすると、物上保証人等が全責任を履行したとしても求償できない場合が生じその保護に欠けることを理由として挙げる。この見解は、全部義務者と物上保証人等の全部の履行義務を負わない者の責任の違いに着目し、その違い故に、二六条二項の解釈も異なるべきであるとする<sup>12)</sup>。

これに対して、非減額説は、二六条三項の準用する同条二項の解釈は、担保されている債権の全額が弁済されていることにより債権者の権利を代位して行使できるというものであるから、物上保証人等の全部義務を負わない者にもこれがそのままではまると主張する。そして、債権者の債権を満足させるために物上保証人等が担保を提供したのであり、債権者の配当を減らしてまで物上保証人等を保護する必要はなく、減額説の立場に立ち、仮に減額できると考えるなら、債権者が物上保証人等に対する担保権実行の時期を任意に選択できる以上、債権者の担保権実行の時期によって物上保証人等の保護に違いが生じてしまうので好ましくないと減額説を批判する。また、民法五〇二条の判例法理が債権者が代位弁済者よりも優先するとの見解を採っていることとの整合性を考えると、破産手続においても債権者優先を貫くべきであると主張する<sup>13)</sup>。

このような学説の対立状況は、これまでの下級審裁判例にもそのままではまり、全部義務者と物上保証人等の責任の違いを根拠として減額説を採る事案<sup>14</sup>と、責任の違いはあるものの担保されている範囲は、物上保証等であっても被担保債権全額におよぶことに違いがないことから、全部義務者と区別する必要がないとして非減額説を採る事案<sup>15</sup>とに分かれていた。このような議論に一つの解決を示したのが、最三平成一四年九月二四日判決である。<sup>16</sup>

## 2 最三平成一四年九月二四日判決

### （一）事案の概要

A（破産会社）は、平成一一年三月二日に破産宣告を受け、Y（被告、被控訴人、被上告人）が破産管財人を選任された。X（原告、控訴人、上告人）は、Aに対して有する手形貸付金債権につき、平成一一年四月一六日に、破産宣告時における残元本七〇六九万八六五八円（以下「本件破産債権」とする）及びその遅延損害金を破産債権として届け出た。

Xは、Aの連帯保証人であるB、C所有の不動産（以下「本件不動産」とする）に、Aに対する一切の債権を被担保債権とする極度額五〇〇〇万円の第五順位の根抵当権（以下「本件根抵当権」とする）を有していた。本件不動産については、平成一〇年四月頃に売買によりB、CからDへ所有権が移転した。そして、破産宣告後の平成一一年五月六日に、XはDより本件根抵当権の放棄と引き換えに、三五〇万円の弁済を受けた。この弁済受領時に、XはDから代位権放棄に関する念書を受領している。

このような事情の下、Yは平成一一年八月三〇日の債権調査期日において、本件破産債権のうちDより弁済を受けた三五〇万円について異議を述べた。そこで、XはYに対して債権確定訴訟を提起した。

第一審は、「破産法二四条は、その文言に照らし、破産宣告後に、破産者以外の他のいわゆる全部義務者から破産

手続以外の弁済を受けた場合には、破産債権者（原告）の債権は影響を受けないものとする趣旨を規定したものと解すべきであって、本件のように、いわゆる全部義務者以外の者からの弁済は、破産債権者（原告）の債権に影響を与え、その債権を減少させるものというべきである」と述べ、Xの請求を棄却した。これに対して、Xが控訴。

原審は、「破産法二四条は、…複数の全部義務者の存在を前提とし、この種の破産債権の効力を破産手続上強化することを目的とした規定である。…物上保証人は、その全財産をもって債務者の履行の責任を負うのではなく、債権の担保として物的担保を提供し、担保として提供した物件の限度でのみ責任を負う者であって、全部義務者とは性格が異なるから、破産法二四条が前者を含まないものとしたことに理由がないとはいえない。以上の次第で、物上保証人及び担保物件の第三取得者のした弁済に破産法二四条は準用ないし類推適用されないというべきである。」と述べ、Xの控訴を棄却した。これに対して、Xが上告受理の申立てを行い、受理決定されたのが本件である。

## （二）判旨

最高裁は、以下のように述べ、破棄自判した。

「（一）債務者が破産宣告を受けた場合において、債権の全額を破産債権として届け出た債権者は、破産宣告後に物上保証人から届出債権の弁済を得ても、届出債権全部の満足を得ない限り、なお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ものと解するのが相当である。

その理由は、次の通りである。

ア 債権の一部を弁済した物上保証人は、債務者に対して求償権を取得し、債権者の権利を弁済の割合に応じて代位行使することができる（民法五〇二条）、破産手続においては、債権の全額を届け出ている債権者に対しその届出債権を弁済した物上保証人は、全部の履行義務を負う者（以下「全部義務者」という。）がした届出債権の



弁済についての規定の準用により、弁済の割合に応じ、破産債権者の権利を取得するとされている（法二六条二項、三項）。

イ 弁済による代位は代位弁済者が債務者に対して取得する求償権を確保するための制度であり、そのために債権者が不利益を被ることを予定するものではないから、債権の一部を弁済した物上保証人は、同債権を被担保債権とする抵当権の実行による競落代金の配当について債権者に劣後する…。

ウ 法二六条二項にいう「其ノ弁済ノ割合ニ応シテ債権者ノ権利ヲ取得ス」の意味は、複数の全部義務者による一部ずつの弁済により、債権者に届出債権全部を満足させてなお配当金に余剰が生じた場合に、その余剰部分について、その全部義務者が各自の弁済額の割合に応じて債権者の権利を取得する旨を定めたものであって、債権の一部を弁済したにすぎない全部義務者において直ちに届出債権額に対する弁済額の割合に応じて債権者の権利を取得する旨を定めたものではない…。

そして、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を図るという点においては異なるものではないから、法二六条三項において同条二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。

エ また、法二四条は、その文言上、複数の全部義務者に対する各破産手続において、債権者が各破産宣告時における債権額をそれぞれ行使することを認めたものであるが、その趣旨は、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。

オ 物上保証人が届出に係る破産債権の一部を弁済することにより債権者の有する破産債権の額は減少し、物上保証人は、本来、弁済した価額に応じて債権者と共にその権利を行使することができるものであるが、以上のとおりの弁済による代位制度の趣旨、法二六条二項、三項の解釈、物上保証の性質を考え合わせれば、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、法二六条三項において準用する同条二項の規定により、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ふべきである。また、既に説示した法二四条の趣旨に照らしても、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、届出債権の全額の満足を得るまで債権者が破産宣告時における債権額を行使し得るとすることは、物上保証の目的に沿うものといふべきである。

(2) 以上説示したことは、物上保証人から抵当不動産を取得した者が、破産宣告時における債権の全額を破産債権として届け出た破産債権者に対し、その一部を弁済する場合であっても、同様といふべきである。」

### 3 従来の議論の視点

このような従来の議論は、全部義務者と物上保証人等の全部の履行義務を負わない者の責任の違いをどのように考えるのか、ということ的前提とし、次いで、債権者と求償権者間の権利の優劣をどのように考慮するのか、ということを中心に展開されてきたと思われる。この点で、従来の考え方を端的に表していると思われるのが、森判事の示した次のようなモデルである。<sup>17)</sup> XがYに対して四〇〇〇万円を貸し付け、その際、A所有の甲不動産に抵当権

を設定した。Yが破産宣告を受け、その後Aに対する抵当権が実行されて三〇〇〇万円がXに配当された。その後に形成されたYの配当財団が一〇〇〇万円であり、他に破産債権者がいないものとする。

非減額説では、Xが抵当権実行で得た三〇〇〇万円は減額されず、四〇〇〇万円のままで権利行使できるので、配当財団から一〇〇〇万円を得ることになり、四〇〇〇万円の債権全額を回収することができる。これに対して、AはYから物上保証による三〇〇〇万円を全く回収することができないことになる。

これに対して、減額説では、Xの残債権一〇〇〇万円、Aが抵当権実行によって代位取得した三〇〇〇万円を行使できるので、この割合に従った配当により、Xは二五〇万円、Aは七五〇万円の配当を受けることになり、結果的に、Xは三二五〇万円を回収し、Aは七五〇万円の配当を受けることになる。

そして、最三平成一四年九月二四日判決の判旨も「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を図るという点においては異なるものではない」と述べ、両者の責任の違いに着目しつつも、その機能の面の同一性を重視し、非減額説に与しているが、従来の学説・判例の議論の中心に即した形で展開されており、その視点は、従来の議論の範囲内であると思われる。

さて、このような従来の議論の終着点としての最三平成一四年九月二四日判決、そしてそれを踏まえた改正要綱によりこの問題は決着するようにするのが一般的であろう。しかし、最近、この物上保証人等からの破産手続開始後の一部弁済等の問題について、二四条と二六条二項を関連させて論じる従来の視点からの議論ではなく、それぞれの条文の根拠に着目して、この問題を検討するという新たな試みが存在しており、このような視点から検討を進めると、この問題の解決の方向に別の可能性を示唆するものと思われる。そこで、まず、このような新たな試みが

どのようなものであるのかを紹介する。

### 三、新たな試み

#### 1 従来とは異なる視点

このような新たな試みとして、最初に登場したのが、伊藤教授の見解である。<sup>(18)</sup> 伊藤教授は、従来の二四条の根拠の捉え方に対して、「人的担保を持つ破産債権者が破産者と他の全部義務者の責任財産を一体のものとして把握していることについては、疑いがなく、破産債権者にはそれぞれの責任財産から最大限の満足を与えられなければならないが、同時に、破産債権者のもつ法律上の利益が人的担保である以上、破産者を含めた各債務者の責任財産については、他の一般債権者と平等に取り扱われるべきであり、特別の扱いをすべきではない。破産宣告後の弁済等に限定しても、すでに実体上債権が一部消滅しているにもかかわらず、宣告時の全額をもって破産債権額として認めることは、他の一般債権者に対して平等な取扱いとはいえない。一般債権者に対する平等な配当を目的とする破産手続が人的担保をもつ破産債権者についてのみ、このような特別の取扱いをするのは、不合理といわざるをえない。」<sup>(19)</sup>と述べ、従来の通説の見解では、現存額主義の根拠として十分な説得力を持ったものと考えられないと批判する。そして、このような現存額主義の根拠として、「たとえ弁済等による破産債権の減額を要求しても、減額分については、弁済を行った全部義務者が求償権または弁済によって取得した原債権の一部を破産債権として行使することが予想され、したがって、他の一般債権者としては、手続開始時の破産債権額については、それが本来の債権者によってのみ行使されるか、それともその一部が求償権者によって行使されるかについて特別の利害関係をもたず、問題は、もつばら当該破産債権者と求償権者の内部問題にすぎない。」<sup>(20)</sup>と述べ、このような根拠を前提として、二四

条の物上保証人への類推適用を認め、非減額説に与する立場をとっている。<sup>(21)</sup>

次いで登場したのが、沖野教授の見解<sup>(22)</sup>である。沖野教授は、二四条と二六条二項の意義や両者の関係について詳細な分析を行い、二四条を準用する規定が存在しないことが、この問題の解決の決め手にならないこと<sup>(23)</sup>、物上保証人の問題についても、民法上の法律関係について、判例が債権者優先主義を採用している以上、基本的には、債権者優先主義が物上保証人についてもおよぶべきと考えるのが素直である旨指摘し、非減額説の方が理論的に優れている旨を主張する<sup>(25)</sup>。しかし、沖野教授は、そもそも従来の二四条および二六条についての判例・通説の立場自体に疑問を呈し、二四条と二六条二項のゼロサムの形での連動ではなく、そもそも階層の異なる規定ととらえるべきであると指摘する。すなわち、二四条は他の一般債権者との関係で権利行使の範囲を定める規定であり、二六条二項はその内部関係を定める規定であり、その役割が異なっている以上、常に連動して機能するものではないと説く<sup>(26)</sup>。

この二つの見解に共通するのは、いわゆる全部義務者と物上保証人等の全部義務を負わない者との責任の違いを考慮しつつ、二四条や二六条二項の制度趣旨からこの問題の解決を試みる点である。そして、このような制度趣旨から考えるなら、従来の議論に対しては次のような疑問が生じることとなる。

## 2 従来の議論に対する疑問

従来の議論は、債権者と物上保証人等の権利行使の範囲、つまり債権者の債権の回収を優先するのか、それとも物上保証人等が弁済した割合に応じて権利を行使できるのか、という点を中心に検討されていた。しかし、本来的には、二四条や二六条二項の制度趣旨を検討した上で、二四条の制度趣旨が、物上保証等の全部の履行義務を負わない者から担保を得ている債権者の権利行使の場合にも妥当するのかどうかを検討すべきではないのか。つまり、第三者に対して物上保証等を有する債権者に破産手続上どのような範囲での権利行使を認めるのか、ということ

考えるべきであり、この点が従来の議論には欠けていたように思われる。

そこで、以下では、このような疑問を踏まえて、まず、二四条と二六条二項の制度趣旨を検討し、一つの整理を試みることにする。

#### 四、二四条と二六条二項の制度趣旨

##### 1 出発点

二四条および二六条二項の制度趣旨を考えるためには、二六条一項も含めて考える必要がある。つまり、出発点は、数人が全部義務を負ういわゆる共同債務関係が存在する場合に、その共同債務者の全員または数人が破産宣告を受けたときに、債権者がこのような全部義務者の破産手続においてどのような権利行使をすることができるのか、ということ（二四条の規律対象）と、数人が全部義務を負ういわゆる共同債務関係が存在する場合に、その共同債務者の全員または数人が破産宣告を受けたときに、このような全部義務者がその相互に有する事後求償権は、全部義務者の破産手続において、どのような権利行使をすることができるのか、ということ（二六条の規律対象）である。

##### 2 二四条の制度趣旨

連帯債務では、債務者の一人に対して、または同時もしくは順次に、その債務者全員に対して、債務の全部または一部の履行を求めることができる（民法四三二条）、いわゆる連帯債務者に対する債権者の請求の独立性が認められている。このような特質を反映して、連帯債務者の全部または数人が破産した場合に、債権者は、それぞれの連

帯債務者についての破産手続に、いかなる額によって参加できるのかについて、民法四四一条は「連帯債務者ノ全員又ハ其中ノ数人ハ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ債権者ハ其ノ債権ノ全額ニ付キ各財団ノ配当ニ加入スルコトヲ得」と規定し、債権全額により参加できることを明らかにしている。

この民法四四一条の規定は、連帯債務者の全部または数人について同時に破産宣告がなされた場合には、それぞれの破産宣告の段階での債権全額をもって各破産手続に参加できることを明らかにしたものと理解できるが、連帯債務者の全部または数人が順次に破産宣告を受けた場合に、先行する破産手続において配当を受領した後に、別の連帯債務者に対して破産宣告があった場合、この後行の破産手続においていくらの債権額で手続参加できるのか、また、後行の破産手続において配当がなされた場合に、先行の破産手続における権利行使の範囲は影響を受けるのか、ということについて疑問が生じることになる。そこで、二四条は、それぞれの破産手続に、その宣告時の債権の現存額により参加することができるといういわゆる宣告時現存額主義を採ることを明らかにした規定とされている。これにより、責任財産の集積により一つの責任財産の不足による危険を分散するという実体法における趣旨を破産手続にまで貫徹しようとする趣旨である。<sup>27)</sup>

このことから宣告時にすでに弁済等を受けている場合には、債権者の債権額は減額され、宣告後に弁済を受けたとしても、届出債権額全額での債権の行使が可能となる。しかし、前述した伊藤教授の指摘にもあるように、以上のような説明では、実体法上債権が消滅しているにもかかわらずこのような権利行使を認めることは、他の一般債権者との間で取扱いが不公平といわざるを得ない、という疑問が生じる。それゆえ、このような取扱いが認められるのは、他の一般債権者を害するおそれがない、という前提があるからこそ認められていると解するのが妥当であろう。

### 3 二六条の制度趣旨

#### (一) 二六条一項本文

連帯債務者等の全部義務者は、対外的には債権者に対して全部義務を負うとともに、対内的には他の全部義務者に対して相互に求償権を有している（民法四四二条、四三〇条）。したがって、数人の全部義務者の全員または一部の者が破産した場合、他の全部義務者は求償権を破産債権として手続に参加することができる。ただし、原則として弁済をしなければ求償できないのであり（事後求償）、破産手続が進行して破産者が免責を得てしまっている場合には、求償権者が満足を得ることは困難となる。そこで、委託を受けた保証人の事前求償権を破産手続上、他の全部義務者一般に拡大し、将来の求償権を破産債権として行使することを認めたのが、この規定の趣旨であるとされている<sup>(28)</sup>。

#### (二) 二六条一項但書

ある全部義務者が破産した場合に、債権者が債権全額について破産債権者として権利を行使し、二六条一項本文により将来の求償権者も破産債権者として破産宣告時の全債権額での手続参加を認めると、同一の債権について二重の権利行使を認める結果となり他の破産債権者を害することとなる。また、債権者の利益と将来の求償権者の利益とは、債権者の利益を優先すべきと考えられる。そこで、このような権利の二重行使を防ぎ、債権者と将来の求償権者間の利益調整をするためにこの規定がおかれているのである<sup>(29)</sup>。

#### (三) 二六条二項

二六条一項により将来の求償権者は、債権者が債権全額を破産手続で行使していない限り、その求償権を破産手



続において行使することができない。しかし、破産宣告後に求償権者が債権者に弁済等をした場合にどのように取り扱うのが問題となる。そこで、事後求償を認め、債権者の権利行使と求償権者の権利行使が破産財団に対する二重の権利行使とならないように、弁済等を受けた債権者に代位し「弁済ノ割合ニ応シテ債権者ノ権利ヲ取得」することとされている。<sup>⑩</sup>

さて、求償権者が債権者に全額を弁済したときに求償権者が破産債権者となることに問題はないが、一部の弁済にとどまる場合、本条の趣旨および二四条との関係をめぐって議論があることおよび最高裁の判断が示されたことは前述した。そして、改正要綱で示されたように、二六条二項の趣旨は、数人の求償権者がそれぞれ一部を弁済し、結果として債権者に対して全額が弁済された場合に、その弁済の割合に応じて各求償権者が破産債権を行使することを認めたものと解することになる。

#### 4 小括

このような二四条と二六条の規定の趣旨を前提とすると、その機能面から次のような分類が可能となる。まず、二四条と二六条一項本文は、それぞれ人的担保を有する一般破産債権者の破産財団に対する権利行使の範囲と求償権者の破産財団に対する権利行使の範囲を定めた規定であると理解できる。ただし、他の破産債権者との間で公平な取扱いを欠かない範囲で、債権者および求償権者の権利行使を認めたものである点に留意すべきである。これを検討の便宜上、「対外的規律」と呼ぶ。

次に、二六条一項但書および同条二項は、二四条と二六条一項本文が存在することによる破産財団に対する権利の二重行使を防ぎ、他の破産債権者を害さないようにするために存在する債権者と求償権者間の利益調整規定であると理解できる。これらの規定は、二四条と二六条一項本文とは異なり、主たる債権者と全部義務者間を規律する

ものであるので、これを検討の便宜上、「対内的規律」と呼ぶ。

そして、これら二つの規律の關係を見ると、機能面では異なるが、制度趣旨を見ると、対外的規律は、他の破産債権者との公平を欠かない範囲で権利行使が認められていること、対内的規律は、権利の二重行使を防ぎ他の破産債権者を害さないために設けられていることに見られるように、他の破産債権者を害さないことを前提としており、また、それが相互の関連性から生じていることをみると、全く關係のない規定と見ることはできない。したがって、これら二つの規律は、確かに機能は異なるが、全く関連性のない關係ではないと思われる。<sup>①</sup>

以上のような理解を前提として、債権者と物上保証人等の全部の履行義務を負わない者の権利行使の範囲について検討する。

## 五. 検 討

### 1 二六条の対外的規律と対内的規律

物上保証等の場合について、二六条三項により同条一項および二項が準用されているのは、物上保証人等もまた債務の弁済や担保権の実行による所有権の喪失により保証債務の規定に従って債務者に対して求償権を有し（民法三五一条、三七二条、四五九条、四六五条）、債務者が破産宣告を受けた場合の物上保証人等の求償権の行使についても、全部義務者の場合と同様の理由から、事前求償権としての権利行使を破産財団に対する権利の二重行使とならない範囲で認めたものと解することができる。したがって、二六条のもつ対外的規律および対内的規律は、物上保証等の場合にもあてはまるといえるよう。

そして、今回の改正要綱で示された二六条二項の規定の在り方から考えるなら、債務者の破産手続において債権

全額を届け出ている債権者が、破産宣告後に物上保証人等の全部義務者でない者から債権の一部の弁済を受けた場合には、一部弁済をした物上保証人等は債権者が全額の弁済を受けた場合に、その一部弁済の割合に従って権利を行使できるにすぎない、と解することになる。したがって、一部弁済等をした物上保証人等の全部の履行義務を負わない者は、対内的規律により、つねに債権者に劣後することとなる。残る問題は、第三者に対する物上保証等を有する債権者の権利行使の範囲である。

## 2 二四条の対外的規律

従来の議論から考えるなら、一部弁済をした物上保証人等が破産宣告後の一部弁済により取得した権利を行使できないとなると、債権者が全額での債権の行使をすることができると考えるのが一般的である。しかしながら、なぜ、そのような権利行使が認められるのか、ということについてはほとんど議論されていない。二六条二項の全部義務者に関する考え方をそのまま物上保証人等の場合にもあてはめるために、二四条は当然類推適用されるべきと考えられているのであろうか。そこで、物上保証等を受けている債権者に対する二四条の対外的規律の適用の可否について検討する必要がある。

前述したように、二四条の対外的規律は、全部義務者に関する実体法の規定をうけたものであるが、物上保証人等には、このような規定が存在しない。したがって、二六条のような物上保証等の場合に関する準用規定が存在しないのである。しかし、従来の減額説が述べるように単純にそれを理由としてこの規律の適用を排除すべきではない。二四条の制度趣旨に含まれる、責任財産の集積により一つの責任財産の不足による危険を分散する、という目的を破産手続においても貫徹する、ということが物上保証等の場合にも妥当するのかどうかを考える必要がある。

この制度趣旨に照らすと、全部義務者の場合と物上保証人等の場合を区別する理由はなく、逆に、物上保証等を

受けている債権者の債権が、実体法上、債権回収において有利な地位にあることに鑑み、そのような債権者にも、他の破産債権者との公平を害さない範囲で破産宣告時の額での権利行使を認めるべきであると考えられることは可能である。

しかし、他の破産債権者との公平から考えるなら、物上保証等を受けている債権者も当該破産者の破産手続においては、単なる一般債権者にしかすぎず、破産者の総財産に対して優先的な地位にあるわけではない。ただ、従来の議論からするなら、求債権者が求債権を行使するのか、債権者がその権利行使をするのか、という違いがあるだけで、他の一般債権者の権利には何ら影響を及ぼさない、と主張される。それゆえ、物上保証等を受けている債権者であっても、消滅した債権を利用しての債権回収を認めても差し支えないと主張される。しかし、このような主張については、次のような疑問が残る。

債権者が物上保証人等から債権全額について弁済を受ける可能性は確かに存在するが、逆に、全額の弁済を受けない場合も存在する。具体例としては、担保目的物の価値が被担保債権額よりも低い場合に、担保権を実行した場合である。このような場合、担保設定者が自己の責任を果たした以上、それを超える部分について債権者が優先回収を見込めるかどうかは定かではない。そうすると、本来、債権者が優先的に弁済を受けられることが見込まれるのは、担保目的物の価値相当額についてであり、それを超える部分については、担保設定者等からの弁済等がない限り、優先的な回収を見込めないはずである。したがって、物上保証人等からの弁済が担保価値部分を超えない場合には、全部義務者と同様に責任財産の集積による危険回避の理はあてはまるが、物上保証人等からの弁済が担保価値部分を超える場合には、本来優先的な回収は期待できない部分である以上、危険回避の理は必ずしもあてはまるとは言い難い。このように考えると、後者の場合に、なぜ、全部義務者の場合と同様の取扱いができるのかについて説明の必要があると思われる。

また、破産手続において、事実上類似した地位にある者と考えられる、別除権者兼破産債権者である者の破産手続上の処遇との差も疑問が残る。破産法は、このような者の破産債権者としての権利行使について、別除権を行使した上で、弁済を得られなかった額についてのみ、その権利行使を認めるという不足額責任主義（九六条本文）を採用している。これにより、別除権者兼破産債権者は、担保価値を超える部分についての回収に際して、消滅した債権を利用できないことになる。<sup>32</sup>これに対して、第三者に対して物上保証等を有する債権者の場合には、仮に二四条の対外的規律をそのまま適用したとすると、宣告時に現存する債権額での手続参加となり、別除権者兼破産債権者よりも有利な地位に立つことになると思われる。

したがって、二四条の類推適用あるいは法改正による準用がなされたとしても、物上保証等を受けている債権者の権利行使の範囲については、検討しなければならない問題が残されることになると思われる。<sup>33</sup>

### 3 今回の破産法改正が残す問題

さて、今回の改正要綱でも二六条二項と三項については、その在り方が示されているが、二四条に関しては全く触れられていない。<sup>34</sup>それゆえ、今回の改正がなされた後に、物上保証等を受けている債権者の権利行使の範囲について、大きく分けて二つの取扱いの可能性が存在し、それぞれに問題を残す結果となる。

第一の取扱いは、従来の非減額説の考え方をそのまま踏襲することである。二六条二項と三項の改正は、従来の非減額説の見解を採用したものと素直に考えるなら、二四条の規律が当然に適用され、物上保証等を受けている債権者は、全額の満足を受けるまで届出債権全額での権利行使を認められることになる。しかし、その根拠は何であるのか。前述したように二四条の制度趣旨から考えるなら、単純にその取扱いを決められないのではないか、という疑問が残る。この問題は、二四条に物上保証等の場合への準用規定がおかれたとしても残る問題である。

第二の取扱い、二四条に物上保証等への準用規定がおかれないことを素直に考えるなら、物上保証人等の取得した求償権の行使だけが制限されることになり、物上保証等を受けている債権者は、弁済により消滅した債権については権利を行使することができない、と考えることになり、従来全く考えてこられなかった取扱いになることになる。<sup>35)</sup> それゆえ、このような取扱いの妥当性をめぐって議論が活発化し、二四条の類推適用の可否が論じられることになると予測される。

いずれにせよ、物上保証等を受けた債権者が破産宣告後に一部弁済を受けた場合の権利行使の範囲については、議論が残ることとなる。

#### 引用文献

- (1) 青木徹二「破産法説明(実体規定)」(大一一、厳松堂書店) 八二頁、加藤正治「破産法要論」(昭二七、有斐閣) 八二頁、小野木常「破産法」(昭二五、有信堂) 一四六頁、林屋礼二・上田徹一郎・福永有利「破産法」(昭五五、青林書院新社) 九一頁、宗田親彦「配当」「裁判実務体系(6)」(昭六〇、青林書院) 四二九頁。
- (2) 兼子一「強制執行法・破産法(新版)」(昭三七、弘文堂) 二二六頁、三ヶ月章ほか「条解会社更生法(中巻)」(昭四八、弘文堂) 三六三頁、山木戸克己「破産法(現代法律学全集24)」(昭四九、青林書院新社) 九三頁、谷口安平「倒産処理法(第二版)」(昭五五、筑摩書房) 一七三頁、伊藤真「判批」判評三三八号二二頁(昭六二)など。
- (3) 最判昭和六二年六月二日民集四一卷四号七六九頁、最判昭和六二年七月二日金法一一七八号三七頁。
- (4) 宗田親彦「判批」判評三五九号六四頁(昭六四)。また、弁済による代位制度に関する判例理論を批判する立場から反対する見解として、大塚龍児「弁済による代位と破産法二四条・二六条・二七条、和議法四五条(上)(下)」曹時五一巻一〇号一頁、同一号一頁(平一一)がある。
- (5) 青山善充「判批」判タ六七七号三〇二頁(昭六三)、稻田龍樹「判批」判タ七〇六号三〇六頁(平元)、霜島甲一「倒産法体系」

- （平二、勁草書房）二〇九頁、四宮章夫「松井敦子」判批 金法一四二一七〇頁（平七）、斎藤秀夫「麻上正信」林屋礼二（編）『注解破産法（第三版）（上巻）』（平一〇、青林書院）一六〇頁（加藤哲夫）、青山善充ほか『破産法概説（新版増補二版）』（平一三、有斐閣）一〇二頁、伊藤眞『破産法（全訂第三版補訂版）』（平一三、有斐閣）一七七頁、笠井正俊「判批」青山善充「伊藤眞」松下淳一（編）『倒産判例百選（第三版）』（平一四、有斐閣）、菅野佳夫「破産法二四条と二六条をめぐる疑問」判タ一〇八九号五八頁（平一四）など。
- （六）霜島甲一「倒産法総合判例批評（４）」志林八六巻二号二六五頁（昭六三）、高木新二郎「主債務者の破産と保証人等の地位」宮脇幸彦「竹下守夫（編）」『破産・和議法の基礎（新版）』（青林書院新社、昭五七）一一六頁、野村秀敏「主債務者の破産と保証人等の地位」判タ八三〇号一六八頁（平六）、吉岡伸一「破産宣告等の後における全部履行義務者からの債権の一部回収と債権届出の一部取下げの要否」金法一五九二号三一頁（平一二）、伊藤・前掲注（五）一七五頁、片岡宏一郎「判批」金法一六四一八二頁（平一四）。
- （七）坂口彰洋「破産宣告後における連帯保証人・物上保証人からの債権の一部回収」銀法五七二七〇頁（平一二）、滝澤孝臣「判批」金法一六二二四頁（平一二）、佐々木修「主債務者の破産宣告後における連帯保証人兼物上保証人からの一部回収」銀法五九〇号八〇頁（平一三）、森宏司「物上保証人と破産法二四条」『倒産実体法（別冊NBL六九号）』（平一四、商事法務）四二頁、清水正憲「主債務者の破産と物上保証人の一部弁済」河野伸一判事退官・古稀記念「会社法・金融取引法の理論と実務」（平一四、商事法務）二二九頁、菅野・前掲注（五）六四頁。
- （八）民集五六巻七号一五二四頁。
- （九）『破産法等の見直しに関する中間試案と解説（別冊NBL七四号）』（平一四、商事法務）一四〇頁。
- （一〇）民情二〇五号三六頁以下参照。
- （一一）同五九頁、「第三部 倒産実体法 第三 多数債務者関係」参照。
- （一二）前掲注（六）掲載文献参照。
- （一三）前掲注（七）掲載文献参照。
- （一四）大阪高判平成一一年一〇月八日金法一五六五号八九頁、大阪高判平成一二年二月二五日金法一五八二号三五頁、同平成一二年八月二三日金法一五九三六九頁。

- (15) 東京高判平成二年一月二日金法一六〇〇号八六頁。
- (16) 本判決に対しては、次に掲げる評釈が存在する。村田利喜弥「判批」金法一六五七号一頁(平一四)、中原利明「判批」金法一六六六号四頁(平一五)、加藤哲夫「判批」同六頁(平一五)、石毛和夫「判批」銀法六一五号六〇頁(平一五)、佐藤鉄男「判批」判評五三二号一八八頁(平一五)、田頭章一「判批」ジュリ二四六号一三三頁(平一五)、滝澤孝臣「判批」ZB七六三号六五頁(平一五)、牧山市治「判批」金法一六七九号二七頁(平一五)、田原睦夫「判批」金法一六八四号六四頁(平一五)。すべて本判決に賛成している。
- (17) 森・前掲注(7)四〇頁。
- (18) 伊藤眞「現存額主義再考―物上保証人による弁済への適用可能性」河野正憲Ⅱ中島弘雅(編)『倒産法大系』(平一三、弘文堂)四六頁。なお、この論稿により、伊藤・前掲注(5)一七五頁で示されていた見解を改めている。
- (19) 同五二頁。
- (20) 同五三頁。
- (21) 同五七頁。
- (22) 沖野眞己「主債務者破産後の物上保証人による一部弁済と破産債権の行使―議論の整理のために―」曹時五四巻九号一頁(平一三)。
- (23) 同二二頁。
- (24) 同二五頁。
- (25) 同四五、四六頁。但し、絶対的なものではない点を留保している。
- (26) 同四六頁以下。
- (27) 中田淳一「破産法・和議法〔法律学全集37〕」(昭三四、有斐閣)一九四頁、兼子・前掲注(2)二二六頁、山本戸・前掲注(2)九一、九二頁、霜島・前掲注(5)二〇二頁、西澤宗英「ここからはじめる破産法」(平八、日本評論社)八九頁以下、中野貞一郎Ⅱ道下徹(編)『基本法コンメンタル破産法〔第二版〕』(平九、日本評論社)五七頁上田徹一郎、斎藤Ⅱ麻上Ⅱ林屋・前掲注(5)一四四頁(加藤哲夫、青山ほか・前掲注(5)一〇〇頁、伊藤・前掲注(5)一七四頁など。
- (28) 中田・前掲注(27)一九四頁、兼子・前掲注(2)二二六頁、山本戸・前掲注(2)九二、九三頁、霜島・前掲注(5)二〇七



頁、西澤・前掲注（27）九一、九二頁、中野Ⅱ道下・前掲注（27）五九頁「上田徹一郎」、斎藤Ⅱ麻上Ⅱ林屋・前掲注（5）一五四頁「加藤哲夫」、青山ほか・前掲注（5）一〇一頁、伊藤・前掲注（5）一七六頁など。

（29）中田・前掲注（27）一九四頁、霜島・前掲注（5）二〇七、二〇八頁、西澤・前掲注（27）九二、九三頁、中野Ⅱ道下・前掲注（27）六〇頁「上田徹一郎」、斎藤Ⅱ麻上Ⅱ林屋・前掲注（5）一五四頁「加藤哲夫」、青山ほか・前掲注（5）一〇一、一〇二頁、伊藤・前掲注（5）一七六、一七七頁など。

（30）中田・前掲注（27）一九四、一九五頁、兼子・前掲注（2）二二六、二二七頁、山木戸・前掲注（2）九三頁、霜島・前掲注（5）二〇九頁、西澤・前掲注（27）九三、九四頁、中野Ⅱ道下・前掲注（27）六〇、六一頁「上田徹一郎」、斎藤Ⅱ麻上Ⅱ林屋・前掲注（5）一五四、一五五頁「加藤哲夫」、青山ほか・前掲注（5）一〇二頁、伊藤・前掲注（5）一七七頁など。

（31）両条の関係を分離してとらえる考え方は、沖野・前掲注（22）四六頁以下から多くの示唆を受けた。そこで示された捉え方とはやや異なるが、私見も基本的には分けて捉える考え方に賛成する。

（32）同様の疑問は、清水・前掲注（7）三一二頁にも示されている。ただし、この疑問は、第三取得者の場合を分離すべきことから出発しており、その点、物上保証人全部を含めた本論文の疑問とは若干異なる。

（33）実務上の取扱いの簡易さから考えるなら、物上保証等の場合を全部義務者の場合と区別しない方向が望ましいと思われる。

（34）改正要綱の「第三部 倒産実体法 第三 多数債務者関係」では、二四条に関する記述が全くみられなかった。

（35）結論の違いを明確にするため、次のようなモデルを設定する。破産者（Y）に対して四〇〇〇万円の債権を有する者（X）が、物上保証人（A）から三〇〇〇万円の価値を有する不動産による物上保証を受けている。Yの配当財団が一〇〇〇万円であり、Xの他に一〇〇〇万円の債権を有する債権者（Z）が一人存在する。

従来の非減額説に従えば、破産宣告後、XがAから二〇〇〇万円の任意弁済を受けたとしても、不動産に対する担保権を実行したとしても、Xは届出債権額四〇〇〇万円全額で権利行使し、Aは権利行使できず、Zが一〇〇〇万円の権利行使をするので、配当は、X八〇〇万円、A〇円、Z二〇〇万円となる。

五の2で述べた疑問から、二四条の適用を担保価値部分の弁済を受けるまでに制限したとすると、破産宣告後に、XがAから二〇〇〇万円の任意弁済を受けた場合には、Xは担保価値相当部分について未だ弁済を受けていないので、届出債権額四〇〇〇万円全額での権利行使が可能であり、配当は、X八〇〇万円、A〇円、Z二〇〇万円となる。しかし、不動産に対する担保権を実行し

て三〇〇〇万円を回収したとすると、担保価値相当部分についての債権回収がなされたのであるから、Xの権利行使の範囲は、一〇〇〇万円に減額され、ただし、Aは権利行使はできないので、配当は、X五〇〇万円、A〇円、Z五〇〇万円となる。

そして、立法が、第二の取扱いを考えているのであれば、破産宣告後に、XがAから二〇〇〇万円の任意弁済を受けた場合には、Aは二六条三項が準用する同条二項により権利行使をできないが、Xは弁済を受けた額だけ権利行使の範囲が減額されるので、二〇〇〇万円に減額され、配当は、X六六六万円、A〇円、Z三三三万円となる。また、不動産に対する担保権を実行して三〇〇〇万円を回収したとすると、同様にXの権利行使の範囲は、一〇〇〇万円に減額され、配当は、X五〇〇万円、A〇円、Z五〇〇万円となる。

\* 金沢大学で開催された第一三三回民事法研究会において、この問題を報告する機会を得た。その報告の席において、多くの先生方より貴重なご意見を伺うことができ、本論文の検討に際して大いに参考になった。末尾ではあるが、報告の機会を与えていただいたこと、および貴重なご意見を提示していただいた多くの先生方にお礼を申し上げます。

\* 本論文は、「平成一五年度北陸大学特別研究助成金」による研究である。

\* 脱稿後に、伊藤一夫「判批」銀法六二六号三四頁(平一五)を見る機会を得た。実務の立場からの貴重な意見であるが、本文に引用することができなかった。