



Title	別除権行使による主たる債務の弁済と手続開始時現存額主義：大阪高判平成二〇年五月三〇日判タ一二六九号一〇三頁、大阪高判平成二〇年四月一七日金法一八四一号四五頁
Author(s)	藤本, 利一
Citation	阪大法学. 2009, 58(6), p. 155-175
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/54757">https://doi.org/10.18910/54757</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

別除権行使による主たる債務の弁済と手続開始時現存額主義

——大阪高判平成二〇年五月三〇日判タ二二六九号一〇三頁、

大阪高判平成二〇年四月一七日金法一八四一号四五頁——

藤 本 利 一

【事案の概要】

I 大阪高判（第一四民事部）平成二〇年五月三〇日判タ二二六九号一〇三頁について（以下、甲事案ないし甲判決という。）

1 当事者等

Aは、ダンボール類の加工販売を業とする有限会社Bの代表取締役である。中小企業金融公庫Yは、Bに対し、融資を行った債権者であり、この融資に際し、Aは連帯保証人となっている。その後、AおよびBは、大阪地方裁判所堺支部（以下、「堺支部」という。）において、破産手続開始の決定を受け、両事件の破産管財人としてXが選任された。

2 根抵当権設定契約

平成一〇年九月一〇日当時、BとCは持分二分の一ずつで土地を共有していた（以下、「本件土地」という。）。また、Bはこの土地上に建物を所有していた（以下、「本件建物」という。）。平成一〇年九月一〇日、BおよびCは、Yを根抵当権

者とする根抵当権を本件土地および本件建物に設定し、同月一八日にはその旨の設定登記がなされた。その内容は、極度額が一億五千万円、債権の範囲が証書貸付取引、債務者がBであり、Bが債務を履行しないとき、本件土地および本件建物を法定の手続によらず、一般に適当と認められる方法、時期、価額等により自由に処分し、債務の一部または全部の弁済に充てることのできるの特約が付されていた。

### 3 金銭消費貸借契約

中小企業金融公庫Yは、Bに、以下の貸付1から貸付5までの五口合計一億八千万円を貸し付けた（以下、「本件各貸付」といい、貸付の順に従い、それぞれ「貸付①」、「貸付②」、「貸付③」、「貸付④」、「貸付⑤」という。なお、利息等は省略した。）。本件各貸付には、Bが支払を停止したとき、またはBに破産手続等の開始申立てがあったとき、貸主Yからの通知催告がなくとも当然に期限の利益を喪失するという条項が付されていた。また、Aは、弁済により取得する代位権を行使せず、また弁済によっても債務の全額が消滅しないときには、Yが適当と認める順序と方法によって任意の時期に充当することを認める趣旨の合意がなされていた。（以上、金銭消費貸借契約書裏面特約条項第一二条。）

①貸付日 平成一〇年九月一〇日

金額 六〇〇〇万円

償還期限 平成一七年八月三一日

②貸付日 平成一一年二月二六日

金額 一五〇〇万円

償還期限 平成二二年二月二八日

③貸付日 平成一一年二月二六日

金額 四五〇〇万円

償還期限 平成一八年二月二八日

④貸付日 平成一一年九月二九日

金額 三五〇〇万円

償還期限 平成一八年九月三〇日

⑤貸付日 平成一三年一月一七日

金額 二五〇〇万円

償還期限 平成一九年二月三一日

4 連帯保証契約

Aは、Yに対し、本件各貸付について、それぞれの貸付日に、BのYに対する各債務を連帯して保証する旨を約していた。

5 期限の利益喪失

平成一七年一月一〇日、Bは、手形交換所の取引停止処分を受け、堺支部に対し、破産手続開始を申し立て、同支部は、同年一二月一二日午後五時、Bについて、破産手続を開始する旨の決定をし、Xを破産管財人として選任した。併せて、同支部は、Aについても、破産手続を開始する決定をなし、破産管財人として、Xを選任した。こうしてBは本件各貸付について期限の利益を喪失した。

6 破産債権の届出および根抵当物件の任意処分

平成一八年二月六日、Yは、Aの破産手続において、以下のようにBに対する本件貸付債権の保証債権を破産債権として届け出た。(以下、「本件破産債権」という。)

貸付① 三五二八万円

貸付② 一一一九万四〇〇〇円

貸付③ 二九七八万円

貸付④ 二六〇八万八〇〇〇円

貸付⑤ 二二四四方四〇〇〇円

(利息等は省略)

平成一八年三月二十八日、本件土地および本件建物が任意売却され、Yは、これらの弁済金を、以下のように、本件貸付債権に対する弁済として受領した。(本件土地のB持分の売却代金からの弁済を「弁済金①」、本件土地のC持分の売却代金からの弁済を「弁済金②」、本件建物の売却代金からの弁済を「弁済金③」という。)

弁済金① 四八一七万八四四三元

弁済金② 四八一七万八四四四円

弁済金③ 二八七八万一九二八円

Yは、別除権の行使として、これらの弁済金のうち、弁済金①と弁済金③の合計額である七六九六万〇三七一元を、本件貸付債権およびその遅延損害金等に以下のように充当した。

充当…本件貸付債権遅延損害金 六八四万一三九八円

本件貸付債権約定利息 三五万二八一五円

貸付①元本金額 三五二八万円

貸付②元本金額＝一一一九万四〇〇〇円

貸付③元本一部＝二三二九万二一五八円

平成一八年四月一〇日、Yは、Aの破産手続において、任意処分で回収を受けた金七六九六万〇三七一円を控除した残額五五〇一万九八四二円を不足額債権として届け出た。同年七月六日、Xは、債権調査期日で、本件破産債権全額について異議を述べた。

#### 7 破産債権査定申立ておよび査定決定

平成一八年七月二八日、Yは、堺支部に対し、本件破産債権の額の査定を申し立て、同年一〇月二四日、同支部は本件破産債権額を一億二六六七万五九五五円と査定決定をした（以下、本件原決定という）。その理由はこうである。本件破産手続開始決定当時、YがBに対して有していた債権は、五口の金銭消費貸借契約に基づく債権であったが、本件不動産の売却による支払額は、その売却当時の残債権額全額を満足させるものではなかったのであるから、一部弁済を受けたにとどまると解するのが相当であり、破産法（以下、「法」という。）一〇四条二項および同条五項に基づいて、本件破産手続開始決定時に破産債権として届け出られた金額をもって権利行使ができる、と。なお、同条五項の趣旨については、最三小判平成一四年九月二四日民集五六卷七号一五二四頁を引用している。

#### 8 債権査定異議の訴え―第一審判決（大阪地堺支判平成一九年六月一五日）

Aの破産管財人Xは、Yを相手方として、本件債権査定異議の訴えを提起した。堺支部は、次のように判示し、Yの破産債権額を七八三一万二〇〇〇円とし、査定決定を変更した。

第一審は、破産法一〇四条二項、四項およびこれを準用する五項が、手続開始時現存額主義の対象を、原則として個別の債権の一部のみが弁済された場合と認めつつ、「しかしながら、債権者の破産者に対する債権を担保するために根抵当権を設定した物上保証人が、その破産手続開始後、別除権の行使によって主債務者及び主債務者の連帯保証人に対する求償権を

取得した場合に、複数の被担保債権のうちの一部の債権は全部消滅しているものの、全部の被担保債権は消滅していない債権者に優先して、主債務者及び連帯保証人の破産手続において、債権者が有した権利を破産債権者として行使できるとすることは、前述した破産法一〇四条二項、四項及び五項の趣旨に反する結果となる上、担保物件の価値全部を当該根抵当権の被担保債権全部の満足のために供することとした根抵当権設定当事者双方の合理的期待にも背くことになることにかんがみると、このような場合には、当該根抵当権の被担保債権である複数の債権全部が弁済されない限り、宣告時現存額主義が適用されると解すべきである」とした。そのうえで、弁済金①および③の充当により、貸付①および②の元本総額と貸付①から⑤の遅延損害金等が全部消滅し、これらに対応する保証債権は附従性の原則から消滅するため、手続開始時現存額主義は及ばないと解した。この充当により残った債権額は、貸付③の一部と貸付④および⑤の元本総額であるが、弁済金②によっては、これらをすべて消滅させることができないため、手続開始時現存額主義の適用により、Yの破産債権届出額は、貸付③から⑤の元本総額である七八三二〇〇〇円となる、とした。

9 控訴審判決（大阪高判（第一四民事部）平成二〇年五月三〇日判タ二二六九号一〇三頁）

XおよびY双方が原判決を不服として、本件各控訴を提起した。控訴審は、X敗訴部分を取り消し、堺支部の査定決定につき、Yの届出債権額を二二四万四〇〇〇円に変更し、Yの控訴を棄却した。その理由はこうである。

はじめに、控訴審は、開始時現存額主義の対象が、個別の債権の一部が弁済された場合であると解している。すなわち、法一〇四条一項の文理上からは明らかではないが、趣旨の規定である民法四四一条が個別の債権を前提にしていること、また、法一〇四条二項が開始時現存額主義の適用を排除する場合につき、「その債権」と規定し、破産債権者の「総債権」とは定めていないこと、さらに、民法四四一条および法一〇四条は、民法五〇二条一項で定める債権の一部について代位弁済があった場合を念頭において破産手続関係者間、一般的には求償権者と債権者との利害調整を図るものであるという理由からである。

問題は、このような開始時現存額主義を、債権者が複数口の債権を有する場合に拡張して同様の処理ができるか、という

ことである。控訴審は、この論点について、別除権実行による主債務の弁済があった場合と、物上保証人財産の任意売却による主たる債務の弁済があった場合に分けて検討している。

まず、別除権実行による主債務の弁済があった場合について述べられている。控訴審は、法一〇五条により、保証債務の補充性が排除され、その附従性も後退させられることを認めつつも、複数の債権のうち一部の債権が全額弁済された場合には、開始時現存額主義の適用はなく、附従性が機能するとされ、この理は本件のような連帯保証債務についても同様であるとする。

そこで、開始時現存額主義の拡張適用の当否が問題となるが、控訴審は、本件のように連帯保証人が破産し、主債務者による弁済があった場合には、この者による求償は考えられず、その結果、Yのような破産債権者の届出に開始時現存額主義の拡張適用を認めることは、他の一般の破産債権者との利害対立を生ぜしめるとし、以下の理由から、拡張適用を否定した。すなわち、「人的物的担保を有する破産債権者が破産者その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以上、破産債権者はそれぞれの責任財産から最大限の満足が得られるべきであるが、破産法一条は……単に債権者だけでなく、債権者その他の利害関係人との利害の調整を図ることを目的としているところ、破産手続開始決定後の弁済等についてみると、数口の債権がある場合、既に実体上のうちの一部の口の債権が消滅しているにもかかわらず、開始決定時の数口の債権額全額をもって破産債権確定の手続において債権額と認めることは、一般破産債権者に対して平等な配当を目的とする破産手続としては、衡平な結果を欠くと考えられる。すなわち、保証人破産の場合において主たる債務者からの弁済により複数口の債権のうち一部の口の債権が弁済されているときでも、なお総債権について弁済がなければ債権者が総債権全額の権利行使を認められるとするならば、破産手続においては、本来、平等に取り扱われるべき当該債権者と他の一般債権者との均衡が大きく崩れ、他の一般債権者の保護に欠ける憾みがあるといわざるをえない。」と。

次に、控訴審は、物上保証人財産の任意売却による弁済金②の充当方法について、Yが特約合意によって認められた指定充当権を控訴審段階まで行使しなかったことを問題にし、控訴審で任意に充当を行うことは信義則に反するとした。その結

果、本件では、弁済金②は、YがBに対して有する別除権の行使後充当した残債権に法定充当された。すなわち、貸付⑤の一部のみが主債務として残ることになった。

控訴審は、物上保証人財産の任意売却による弁済について、主債務者の破産との関係についても検討を加えている。ここでも、開始時現存主義の拡張適用が問題とされている。「破産法一〇四条の規律は、平時において一部代位がなされた場合（民法五〇二条一項）の法律関係が倒産処理場面に反映したものであるという側面があるため（旧破産法下、物上保証人からの一部弁済について現存主義の適用があることを示した〔前述の：筆者註〕平成一四年最高裁判例が、民法五〇二条に関する昭和六〇年最高裁判決〔最一小判昭和六〇年五月二三日民集三九卷四号九四〇頁：筆者註〕等を援用するのがその顕著な例である）、平時の一部代位での利益衡量と対比する必要がある。この場面の利益衡量は、債権者と求償権者との関係でみるべきである」とし、一方で最一小判平成一七年一月二七日民集五九卷一号二〇〇頁を引きつつ、「破産債権として届け出られた複数口の債権の一部の口債権が全部義務者によつて弁済された場合においても、債権者はその全部弁済された債権については完全な満足を得ていることは明らかであり、かつ全部義務者が当該債権に代位して破産配当に加入しても債権者が不利益を受けるとはいえないというべきである。本件においても、Yは、貸付③、④の各債権については完全な満足を得ており、かつ物上保証人であるCが当該債権に代位してもYが不利益を被るとはいえないから、Cは、Yに代位して破産手続に参加でき、反面、Yは物上保証人Cにより全部弁済された債権額を控除した額を破産債権として行使することができる」と考えるのが、平成一七年最高裁判決の利益衡量に整合すると「解する。他方、「本件の場合においては、Yは、配当の原資となるBの一般財産に対しては何ら優先的な地位を有していないのであるから、昭和六二年四月最高裁判決〔最一小判昭和六二年四月二三日金法一一六九号二九頁：筆者註〕の利益衡量を援用することは相当ではない。」とする。さらに、「Cは物上保証人として担保物件の価値全部を被担保債権全部のために提供しているのであるが、全部義務者であった場合以上に、不利益に扱われる理由はないし、むしろ物上保証人は担保物の価値の限度においてのみ責任を負うものであるところ、本件土地のC共有持分についての担保権は実行されてしまっており、負担する責任をすべて果たしているという関係にある。し

たがって、債権者が担保物の交換価値を超えて被担保債権全部の満足を得るまで、物上保証人は債権者に劣後するとみるのは妥当ではないし、またそれが当事者双方の合理的な期待であるともいえない。」とし、以上から、開始時現存額主義の拡張適用を否定した。

そのうえで、Cの「財産が売却されてその代金四八一七万八四四円が主たる債務であるBに対する貸付③ないし⑤に法定充当され、主たる債務のうち貸付③、同④は全部消滅し、同⑤だけが一部残っている。ここで全部消滅した貸付③、同④については、債権者であるYは、その全額について満足を得たことになるから、YとAとの関係では、連帯保証債権についてもはや権利行使は認められないと」解するのである。

II 大阪高判（第二三民事部）平成二〇年四月一七日金法一八四一号四五頁について（以下、乙事案ないし乙判決という。）  
1 事実の経過

基本的に、甲事案と同様であるので、割愛する。本件は、Bの破産手続との関係が問題となった事案である。

2 第一審判決（大阪地塚支判平成一九年六月一五日）

規範定立の部分、甲事案第一審判決と同様である。その点を前提に、Cによる弁済金は、貸付③から⑤の元本全額の合計額を消滅させるのに足りないから、Yの届出額は、貸付③から⑤についての元本合計額とした。

3 控訴審判決（大阪高判（第一三民事部）平成二〇年四月一七日金法一八四一号四五頁）

Xが原審を不服として控訴を提起した。控訴審である大阪高裁第一三民事部は、以下の理由から控訴を棄却し、本件の債権届出額を五五〇一万九八四二円とした。Xが上告受理の申立てをしている。

まず、控訴審は法一〇四条二項と四項の趣旨を次のように理解する。すなわち、これらの「各条文は、全部義務者の履行は、債権者にとってその全額が履行されて初めて債権者の利益が実現されることになり、全部義務者も当初の契約時にそのような状況を認識、了解して履行義務を負担したのであるから、かかる状況が実現されていない段階では、全部義務者の利

益よりも債権者の利益が優先されてもやむをえないとの見地から、有限の破産財団からの平等配当を目的とするため債権が実債権としての価値を失い、全額の弁済を受けることが期待できない破産手続において、複数の債務者の一般財産を集積し債権の強化を図った目的を全うするために規定されたものといえる。」と。

この点をふまえ、複数の口の債務を負担する全部義務者が、そのうちの一部の口の債務について全額弁済した場合にも、開始時現存額主義の適用を肯定する。すなわち、「全部義務者からすると、全額弁済した債務以外の他の債務が残存している以上、当初約束した全部履行義務を果たしたとはいえず、債権者からしても、全部義務者が約束した利益が実現されるに至っていないのであるから、一個の債務についての全部義務者がその一部について弁済した場合と、利益状況は異なるものではない。したがって、複数の債務の全部義務者は、他の債務者について破産手続が開始された後、そのうちの一部の債務を全額弁済しても、当該弁済した分について債権者に代位することはできず、債権者は上記弁済分を控除しない金額で破産債権を行使することができる（破産法一〇四条二項が適用される。）と解するのが相当である。」と。

こうして、「本件破産債権の合計残額は、弁済金①及び③（Bによる弁済分）が充たされた結果、五五〇一万九八四二円となる」ところ、弁済金②（物上保証人であるCによる弁済分四八一七万八四四円）は、貸付③の残額六四八万七八四二円及び貸付④の二六〇八万八〇〇円を全額弁済し得る金額ではあるが、本件破産債権の合計残額すべてを消滅させるには足りないものであるから、本件破産債権の合計残額から上記貸付③の残額及び貸付④の金額を更に控除することはできない。したがって、YがBの破産手続において行使し得る本件破産債権の額は、五五〇一万九八四二円となる」とする。

【評釈】甲事案の第一四民事部判決を支持する。

はじめに

本件甲乙両事案では、金融機関であるYが、破産した会社であるBに対して、五口の貸付債権を有し、これらの貸付債権

の担保のため、BおよびCの共有土地とB所有の建物に根抵当権が設定され、さらに、Bの代表者であるAが連帯保証をしていた。AおよびBがともに破産手続開始決定を受けた後、別除権の実行として本件不動産の売却があり、その代金が上記貸付債権に充当されたのであるが、AおよびBそれぞれの破産手続において、Yはいくらの債権届出を行うべきかが争われた。こうした論点について、確定した最高裁判例は存在しないため、本稿で取り上げ、検討を行う。

本件甲乙両判決で問題とされている破産法一〇四条は、その第一項で手続開始時現存額主義を規定し、第二項および第四項で一部弁済代位の処理を、第五項でその規律を物上保証人にも準用している。これは、旧法下の判例（最三小判昭和六二年六月二日民集四一卷四号七六九頁、最三小判平成一四年九月二四日民集五六卷七号一五二四頁）をふまえ、また、民法五〇二条一項の規定を意識して定められたものとされる。<sup>1)</sup>

その意味で、本件の甲乙二つの控訴審判決を検討する前提として、甲乙両判決の問題点を整理したうえで、民法五〇二条一項に基づく弁済代位の構造を本件各事案の内容と対比させながら確認しておく。その後に、開始時現存額主義の意義を問い、一部債権の全額弁済とされる場合の破産手続における債権査定の方々に分析を加えることとする。

## 一 問題の所在

本件両控訴審判決は、【**事実の概要**】で確認したように、その事実関係を実質上同一にするものであり、かつ争点もまた共通するものと理解できる。ここでは、以下の検討のため、当事者の主張をふまえて、問題点の整理を両事案共通のものとして試みる。

そもそも、Yは、別除権の実行による本件不動産の売却で弁済を受けたことで、貸付①と貸付②の債権について届出を当初していなかった。破産管財人であるXが問題としたのは、残った貸付③から貸付⑤の債権全額をBの破産手続において届け出たことである。Xの認識としては、物上保証人による弁済を含めれば、貸付③と貸付④の債権は消滅するため、Yが届け出ることのできる債権は貸付⑤のみであるということであったようである。一方、YはAの破産手続において、貸付①か

ら⑤までの五口の債権すべてについて債権届出を行っている。

以上から、本件両事案の共通の争点はこうなる。すなわち、債権者が債務者（破産者）に対し、複数口の債権を有し、債務者の破産手続開始後、たとえば物上保証人による弁済により一部の債権を消滅させた場合、債権者は複数口全額をもって債権届出をすることができるか、換言すれば、開始時現存額主義（法一〇四条）の適用があるか、ということである。

## 二 民法上の一部弁済代位の規律と本件各控訴審判決

### 1 民法五〇二条による一部代位弁済の処理

民法五〇二条によれば、一部代位弁済者は、「弁済をした価額に応じて」、債権者と「ともに」原債権を行使できるとする。起草者意思によれば、この規定は、満足面での債権者優先主義を否定し、案分主義を採用したものであるとされる。<sup>(2)</sup> すなわち、原債権について担保が実行された場合、換価金は原債権者と一部代位弁済者に案分比例で分配すべきこととなる。これに対して、従来の通説は、担保物権の不可分性故に、満足面では債権者優先主義を採用していた。<sup>(3)</sup>

### 2 判例における債権者優先主義の採用

こうしたなか、最高裁は、原債権者優先主義を採用することを明らかにしたともいえる判決をなした。これは、物上保証人がその設定にかかる抵当権の実行により、一部弁済を債権者になしたときに、債権者が有する抵当権とともに実行できるとしたものの、その代金配当については、債権者が優先するというものであった。<sup>(4)</sup> その理由は、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されたものではなく、競落代金の配当について債権者の利益を害するいわれはない、というものである。<sup>(5)</sup> このケースを本件事案では、XY双方ともに、債権者優先主義を採用したものとして引用している。

この判決に続いて、貸金債権者が債務者所有の不動産上に抵当権を有し、また、この主債務に連帯保証人が存在し、この者が一部弁済をした事案で、最高裁は、「昭和六〇年判決」を引用しつつ、債権の一部弁済の場合には、抵当権実行の売却

代金につき、債権者優先主義が妥当することを明らかにした。<sup>(6)</sup>この「昭和六二年判決」については、甲事案のYの主張で取り上げられ、第一審判決においては、法一〇四条二項と四項との関係で引用されているが、乙事案控訴審判決では言及されていない。

### 3 本件各控訴審判決における債権者優先主義の位置づけ

債権の一部代位弁済については、上記のように議論されてきたが、一部の債権が全額代位弁済された場合の処理については、あまり論じられてこなかったと評価される。<sup>(7)</sup>この問題について、嚆矢となったのが、東京高判平成一六年二月二四日金法一七一八号六九頁である。これは、一個の抵当権で数個の債権を担保する場合に、そのうちの一個の債権についてのみ保証人となった者がその自己の保証債務を全額弁済した後、上記抵当権の換価金をどのように分配するかが問題となった事案である。東京高裁は、従来の一部代位弁済の議論と同様に、債権者優先主義を適用したが、最高裁は、これを覆し、債権者と保証人は、案分比例で配当を受けると結論した。<sup>(8)</sup>この場合は、民法五〇二条一項の適用事例とは異なり、保証人の弁済により、債権者は当該債権については満足を得ており、保証人が売却代金から弁済を得ても、不利益を被ることはないからである。

この判決は、一部代位弁済の場合に、債権者優先主義が妥当する範囲を限定した点で重要な意義を持つとされるが、その行論の中で「保証人が……」として限定を付しており、あらゆる一部債権の全額代位弁済事例に適用されるとまでは述べていない。そのため、全部代位弁済をした法定代位権者がどのような地位に基づいてそれをしたか、また弁済後、原債権者とのような利害関係に立つかにより、個別的な検討が必要になると理解されている。<sup>(9)</sup>

では、本件各控訴審裁判所はこの「平成一七年判決」の射程をどのように解したか。まず、甲事案で第一四民事部は、複数口の債権の一部の債権について全額弁済されたときには、開始時現存額主義の適用はそもそもないと理解している。それゆえ、主たる債務の全部が弁済されたときには、保証債務の附従性が機能するというのである。そして、Yは、開始時現存額主義を、複数口債権の一部の口債権に対する全額弁済があった場合に「拡張」適用を主張しているものと解したうえで、

斥けている。主債務者による弁済には保証人への求償が考えられず、そのため、Yの債権届出額は他の破産債権者への配当額に影響を及ぼすことを重視するからである。また、物上保証人の弁済により主債務が弁済される場合にも、開始時現存額主義の（拡張）適用はないと解されている。法一〇四条の規律は、平時において一部代位がなされた場合（民法五〇二条一項）の法律関係が倒産処理場面に反映したもののゆえ、平時の一部代位での利益衡量と対比する必要があること、Cの代位による破産手続への参加とYのCによる弁済額を控除した額での破産債権行使を認めることが「平成一七年判決」の利益衡量と整合的であること、物上保証人Cは、責任のみを負い、債務を負担しないため、全部義務者以上に不利益に扱われる理由がないことを強調している。

一方、乙事案の控訴審である第一三民事部では、本件と「平成一七年判決」では事案が違うことを指摘し、Xの主張を認めなかった。このことは、第一三民事部が「平成一七年判決」のように、物上保証人と債権者間の利益衡量を、とくに前者の立場に配慮した衡量を採用しなかったということの意味する。

第一四民事部が注目したのは、「平成一七年判決」ではなく、別の判決であった。<sup>(10)</sup>すなわち、まず、破産法一〇四条二項・四項は、全部義務者の利益よりも、債権者の利益を優先する見地から、破産手続において、複数の債務者の一般財産を集積し債権の強化を図った目的を全うするために規定されたとする。そして、複数の債務についての全部義務者が、そのうちの一部の債務について全額弁済しても、当初約束の全部履行義務を果たしたとはいえず、一個の債務について一部弁済した場合と、利益状況は異ならないという。したがって、複数の全部義務者は、そのうちの一部の債務を全額弁済しても、当該弁済部分について債権者に代位することはできず、債権者は弁済部分を控除せず破産債権を行使することができる（破産法一〇四条二項が適用される）。そして、物上保証人についても、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、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異ならないとし、この「平成一四年判決」を示唆したのである。

4 いわゆる債権の一個性について

「平成一七年判決」において、代位弁済が一個の債権の一部についてなされた場合と、複数口の債権のうちの一個の債権の全額についてなされた場合を区分し、前者については原債権者優先説の適用を認める一方で、後者については抵当権からの配当額を按分する按分配当説が適用された。このような「債権の一個性」の問題が有力な研究者により指摘され、また、この問題が法一〇四条二項にいう「債権の全額」の解釈につながるものであることが予言されていた。<sup>(11)</sup>

この問題について、堺支部の債権査定決定によれば、甲事案では貸付①から⑤までの元本全額と利息等の債権額全額が保証債権として認められ、乙事案では、Yの主張の通り、貸付③の一部、貸付④と⑤の元本総額が認められた。その根拠で重要と思われるのは、法一〇四条二項にいう「その債権の全額」を個々の債権ごとに評価しないということである。複数口の債権を一体として理解していることになる。

Xによる債権査定決定異議訴訟における、その主たる論拠は、弁済者代位の効果として、債権者優先主義にふれつつも、その適用範囲を一個の債権についての一部弁済の場合に限定することにある。<sup>(14)</sup>つまり、複数個存在する債権のうち、一個の債権についてであれ、全部弁済がなされるのであれば、複数個すべての債権について開始時現存額主義の適用はないといえる。<sup>(15)</sup>物上保証人であるCは数口の債権全額について弁済の義務を負う者ではないこと、また、本件の各届出債権の発生原因や償還期限、約定利率等が異なる別個の債権であることが指摘されている。

これに対し、Yは、ここでも「平成一四年判決」を強調している。すなわち、この判決は、複数口の債権の一部の口について全額弁済がなされた場合にも債権者優先主義が妥当する趣旨を述べていると解すべきであり、破産法一〇四条は、この判決を受けた規定であるから、同条一項、二項の「債権の全額」が「口ごとの全額」を意味するものではないことは明らかであるとする。<sup>(16)</sup>

この点について、乙事案の控訴審判決の見解を支持する評釈もある。<sup>(17)</sup>本件が極度額にみつるまで被担保債権を満足させる趣旨で設定される根抵当権であること、根抵当権を設定した当事者の合理的意思、手続着手の先後による回収額の不均衡の

回避、金融機関の与信業務の見地等から、複数の被担保債権の実質的一個性を肯定する。<sup>(18)</sup>

しかし、破産手続の形式からすれば、根抵当権の被担保債権であれ、それが確定し、破産債権として行使される場合には、各個別の債権として届出が行われることは無視できない。現状の手続形式からすれば、複数の被担保債権を実質的に一個として処理する方法はないように思われる。とはいえ、議論の実質は、債権の一個性を通じて、弁済代位の構造を如何に考えるか、あるいは、開始時現存額主義をどのように理解するか、ということにあると思われる。<sup>(19)</sup> つぎに、この問題を破産手続における開始時現存額主義の問題として考えてみたい。

### 三 開始時現存額主義の適用について

破産法一〇四条一項、二項、四項および五項は、いずれも、一部代位弁済の事案を念頭において規定されたものである。このような規定が、複数債権のうち一部の債権が全額弁済を受けた場合にも適用されるかが、本件各事案での問題である。

#### 1 破産法一〇四条の趣旨<sup>(20)</sup>

第一審裁判所は、法一〇四条二項、四項およびこれらを準用する五項が開始時現存額主義の対象とするのは個別債権の一部弁済の場合だとしながら、破産者の債務を担保するために根抵当権を設定した物上保証人の場合、全部の被担保債権が消滅していないのに、破産手続において破産債権者として権利行使できるとするのは、法一〇四条二項、四項および五項の趣旨に反する等とし、開始時現存額主義の適用を肯定した。また、Xの引用する「平成一七年判決」について、査定決定と同様に本件とは事案が異なるとした。

控訴理由のなかで、Xは、第一審判決が複数の債権のうち一部が全部消滅していても、開始時現存額主義を適用したことを批判する。この場合に開始時現存額主義を適用すれば、他の一般の破産債権者と比べて、特定の破産債権者に過剰な保護を与えることになるとする。また、全部義務者ないし物上保証人と債権者との関係性にも言及する。全部義務者の代位が非難されるのは、残債務についてなお履行する義務を負っているにもかかわらず、債権者の権利に代位することで、債権者の

満足を低下させる点である。これに対し、物上保証人にはそもそも残債務の履行義務はない、というのである。

法一〇四条二項は、いわゆる開始時現存額主義を定めたものであり、破産手続開始後に他の全部義務者から一部弁済を受けても、全額が消滅しない限り、開始時の債権額につき破産手続参加が認められるというものであるが、「人的な担保」の存在による債権の効力強化の現れと説明される<sup>(21)</sup>。この債権の効力強化を主張するのが、Yの立場であろう。たとえば、原判決のいう「根抵当権設定当事者双方の合理的期待」とは、「平成一四年判決」にいう「物上保証人も連帯保証人等の全部義務者も、債権者が完全な満足を受けられない場合に備えて、有限また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」ということと同旨とされる。また、Xのように物上保証人と全部義務者を区分しない。そこそが法一〇四条五項の規定の趣旨ということになるのである。

ここでの議論のように、人的担保の設定は債権の効力強化のためであるというテーゼをどこまで強く認めるか、が問題である。この点が、「債権の総額」の解釈につながっているのである。

## 2 開始時現存額主義の適用の可否

本件問題点の結論については、甲判決を支持あるいはこれに好意的なものが少なくない<sup>(22)</sup>。その意味で、ここでは、乙判決の論理を今一度確認しておきたい。

乙判決は、人的担保の重要性や債権の効力強化を説き、原債権者の利益を優先させている。もともと、本件のように、根抵当権を設定した場合、複数の債権が担保の対象となることは実務上よくあることのようにあり、その場合には、各債権は実質上一個とみなされるようでもある。乙判決も、「複数の被担保債権の一部について全額弁済をした物上保証人の状況は、一個の債権の物上保証人がその債権の一部弁済をした場合と同様のものと考えられ(る)」という。また、BCとYには、任意充当の合意がある。こうした、Yの側からみた債権回収にかかわるリスク回避の期待というものが、乙判決では、抵当権設定者の合理的期待として表現されている。

こうした論理は、平時における債権者と全部義務者の間でのみ考えるのであれば、合理的ともいえる。全部義務者が一部

弁済をただけでは、その債務を完全に履行したことにはならず、債権者の利益を害するような形で弁済による代位を行うことは好ましくないからである。しかし、本件各事案のような破産手続との関係ではどうか。破産手続の場合、一般の破産債権者の利益を考える必要がある。<sup>(23)</sup>破産管財人は、そのために行動するのであり、こうした一般の破産債権者への配当を大きくする責務があるともいえる。それゆえ、債権の効力強化のために設定された人的「担保」とはいえ、破産債権者の利益を考慮する可能性があるのであれば、破産手続のかかる目的のもと、解釈による制約を受け得ると解される。

これを甲事案で見ると、そもそも、この事案では、Yの別除権行使により、主債務者Bによる一部弁済が行われている。かりにBが全額弁済をYにしたとしても、BはCに対する求償権を持たないため、Cの破産手続で自己の権利を行使することはできない。とすれば、一部弁済であったとしても、その論理は同様であり、Bが弁済して消滅した部分は、Yの届出額から控除し、一般の破産債権者への配当に充てるべきではなからうか。これを弁済代位と充当の枠組みでいえば、債権の個性にこだわるということに親和的になり、破産手続との関係では、法一〇四条二項の「債権の総額」を個別に考えていくことになる。

乙事案の場合にはやや問題である。法一〇四条五項からすれば、一般に、物上保証人が破産手続開始後に一部弁済をした場合には、開始時現存主義の適用があることになる。また物上保証人は、全額を弁済したり、債権者が破産債権を届け出なければ、破産手続において自ら権利を行使することができる。とすれば、一般の破産債権者への配当を考えることが難しくなるともいえる。しかし、物上保証人にあるのは責任のみであり、自己の供出した担保目的物が売却され、その代金により弁済がなされれば、それ以上、義務を負うことはない。また、物上保証人が破産者の関係者である場合には、そもそも求償権の行使を事前に放棄していたり、あるいは事実上これを行わないことが多いともいわれる。そうであれば、物上保証人による権利行使が考えられない場合には、一般の破産債権者の利益の斟酌についてそれを尊重すべきようにも思われるのである。こうした利益衡量から、この事案においても、「債権の総額」を個別に考え、充当していくことが適切であると思われる。

以上から、本件各事案で開始時現存額主義を形式的に適用することは妥当でなく、甲事案の第一四民事部の判決を支持したい。

#### 四 任意充当の合意について

一部代位についての民法の態度は、任意規定とされているようであり、そうであれば、甲判決のように、信義則でその任意充当合意を封じることができれば格別、事前に金融機関は、こうした特約を締結し、適時にまた個々の債権が消滅しないように、適切に充当を行うであろう。その意味で、判例法理が、かりに甲判決の方向で固まったとしても、実務上、人的担保をとった債権者が事実上優先する可能性は高いと思われる<sup>24)</sup>。しかし、甲判決のように、主債務者による弁済の場合には、債権者に代位して破産債権を行使する求償の前提を欠くのであり、弁済した部分を一般債権者への配当に充てることを構想すれば、充当合意の特約の有効性をなお検討する必要があるようにも思われる。

#### お わ り に

本件両事案においては、債権の効力強化のために設定された人的担保を破産手続との関係でどのように評価すべきかが問われた。担保設定による利益を受ける側からすれば、まさに倒産時においてこそ、その効力の恩恵を受けたいと考えるであろう。しかし、破産債権者の利益を考慮し、財団の価値最大化を考える必要が生じた場合には、そのような期待も後退せざるを得ない場合があり得る。このことは、破産手続を如何に理解し、位置づけるかということにかかわる。本評釈では、破産手続の優位性を、手続開始時現存額主義の適用場面において、破産債権者の利益を考慮要素として加えることで表現した。また、こうした考えを詰めていけば、事前の充当合意のあり方に対する破産手続における修正の可能性もあり得ると思われるが、この点については、紙幅の関係もあり十分な検討ができていない。

(1) 小川秀樹編著『一問一答新しい破産法』一五一頁以下(商事法務、二〇〇四年)。

- (2) この章については、とくに潮見佳男「複数債権のうちの一部債権の全額弁済と破産債権査定——一部債権の全額弁済と破産手続における『手続開始時現存主義』」NBL八九一号(二〇〇八年)一二頁以下、一三頁—一五頁に負う。
- (3) 我妻栄『新訂債権総論』二五五頁(岩波書店、一九六四年)等。
- (4) 最一小判昭和六〇年五月二三日民集三九卷四号九四〇頁(以下、「昭和六〇年判決」という。)
- (5) もっとも、この判例については、債権者優先主義を一般的に承認したのではなく、事案の特殊性(債務者と物上保証人の各土地がいわば共同抵当になっていた事案で、どちらの担保権を先に実行するかで、債権者の満足に差異が生じるのは適切でない。)に配慮してなされたものであるとの指摘がある(門口正人「判批」最高裁判所判例解説(民事編)△昭和六〇年度)二〇三頁以下、二二七頁)。
- (6) 最一小判昭和六二年四月二三日民法一六一九号二九頁(以下、「昭和六二年判決」という。)
- (7) 潮見・前掲註(2)論文一四頁。
- (8) 最一小判平成一七年一月二七日民集五九卷一号二〇〇頁(以下、「平成一七年判決」という。)
- (9) 潮見・前掲註(2)論文一五頁。
- (10) 最一小判平成一四年九月二四日民集五六卷七号一五二四頁(以下、「平成一四年判決」という。)
- (11) 森田修「判批」法協一一三卷六号一二三頁、一二六—一二七頁。
- (12) 森田・前掲註(11)「判批」一四四頁。
- (13) ここでは「昭和六〇年判決」の法理が前提されている。
- (14) Xは「平成一七年判決」を引用している。これは、数口の債権のうち一部の債権について全部弁済された場合に、債権者優先主義を適用しないとした事案であった。ちなみに、本件査定決定では、本事案とは事例を異にするものと評されている。一方、債権者が複数の債権届出をしている場合に、物上保証人により全額弁済がされた一個の債権について、届出を認めないとする下級審裁判例として、東京高判平成一二年一月二二日民法一六〇〇号八六頁も引用されている。
- (15) 大阪地裁第六民事部編集『はい六民ですお答えします 破産・個人再生の実務Q&A』三〇頁(大阪弁護士協同組合、二〇〇三年)

- (16) 東京高判平成二二年一月二日金法一六〇〇号八六頁は、約束手形金の回収により消滅しなかった二つの債権に着目し、物上保証からの充当によれば、いずれかの債権が消滅するにもかかわらず、両債権の元本合計額が和議弁済の対象となるという点を強調した。
- (17) 島山新「判批」金法一八五五号七五頁、八四—八五頁。
- (18) この実質的一個性を肯定する他の見解については、中村也寸志「判批」最高裁判所判例解説（民事編）平成一七年（上）〇九一頁以下参照。
- (19) 債権の一個性の問題を開始時現存額主義の評価の問題であると理解する文献として、石井教文「開始時現存額主義の適用範囲——異なる立場に立脚した二つの大阪高裁判決を契機として——」金法一八四六号二二頁以下、二八頁。
- (20) 近時、開始時現存額主義を考察する注目すべき文献として、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『倒産法大系——倒産法と市民保護の法理』四六頁参照（弘文堂、二〇〇一年）。
- また、丹念に比較法研究を行う文献として、杉山和士「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（一）（六・完）」早稲田大学大学院法研論集一一二号七一頁（二〇〇四年）、同一一三三七五頁（二〇〇五年）、同一一五号一一頁（二〇〇五年）、同一一六号二二七頁（二〇〇五年）、同一一七号一四一頁（二〇〇六年）、同一一九号一〇七頁（二〇〇六年）。
- (21) 堂蘭幹一郎「法一〇四条」竹下守夫編集代表『大コンメンタール破産法』四三九頁以下（青林書院、二〇〇七年）。
- (22) 甲判決を支持ないしこれに好意的な文献として、潮見・前掲註（2）二二頁、石井・前掲註（19）二二頁、加々美博久「判批」金法一八四三号一〇頁、印藤弘二「判批」金法一八四七号四頁。これに対し、乙判決に好意的なものとして、酒井廣幸「判批」金判一三〇三三号一頁、島山・前掲註（17）七五頁。
- (23) 伊藤・前掲註（20）五三頁以下参照。
- (24) 石井・前掲註（19）二九頁。