

Title	保証債権による再生手続参加について
Sub Title	Claim against surety and its treatment under the civil rehabilitation proceedings
Author	濱田, 芳貴(Hamada, Yoshitaka)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2011
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.19 (2011. 3) ,p.151- 178
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	豊泉貫太郎教授, マキロイロバート教授, 退職記念号 = Essays Commemorating the Retirement of PROFESSOR TOYOIZUMI KANTARO, PROFESSOR ROBERT MCILROY Presented by Their Colleagues and Former Students 論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20110325-0151

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

保証債権による再生手続参加について

濱 田 芳 貴

- 一 はじめに
- 二 保証債権の行使と破産手続参加に関する一般論
 - 1 保証債権の行使について
 - 2 破産手続参加について
- 三 保証債権による破産手続参加
 - 1 保証人の破産と全部義務者の破産
 - 2 破産手続参加における個別的課題
- 四 再生手続における保証債権の処遇
 - 1 再生手続参加と破産手続参加の異同
 - 2 保証債権に係る権利変更等における課題

一 はじめに

民事再生法（以下、「再生法」という。）の規定によれば、再生債権者は、「その有する再生債権をもって再生手続に参加する」ことができる（再生法86条1項）。ここに再生債権とは、「再生債務者に対し再生手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権」であるが（再生法84条1項）、債権者に対して「主たる債務者がその債務を履行しないときに、その履行をする責任を負う」旨を約した保証人について（民法446条1項参照）、後に再生手続開始の決定がされた場合には、その保証債務に係る債権は、再生手続上、再生債権として処遇されることになる。

ところで、保証債務の内実は、「主たる債務者がその債務を履行しないときに、

その履行をする責任を負う」ところにあり、つまりその目的は主たる債務の履行を担保することにあるから、主たる債務が本旨に従って履行されている限りは、現実の保証履行を要せず、主たる債務が完済されたならば、保証の責めは消滅することになる。そうすると、主たる債務について不履行を生じていない状態において保証人が再生手続開始の決定を受けた場合、いまだその債権保全につき現実的な必要に迫られているわけではない債権者として、保証人に係る民事再生手続において、いかように保証債権を行使できるのか、疑義を生じることになる。

もっとも、保証債権による再生手続参加については、破産法の規定が準用されているため（再生法86条2項）、その趣旨の理解はさておき、文言上、「保証人について再生手続開始の決定があったときは、債権者は、再生手続開始の時において有する債権の全額について再生手続に参加することができる」（破産法105条参照）との規律に従っておけば大過ないだろう、というところまでは誰にでも解る。

さてここで、債務者財産の解体清算による金銭配当を目的とする破産手続にあっては（破産法1条参照）、破産債権となるべき雑多な財産的請求権は、非金銭債権の金額化、期限付債権の現在化、条件付債権の無条件化、といった法定の等質化（ある種の擬制）を経て、財産換価金を原資とする配当手続の対象とされ、もしくは配当から除斥され、もって、手続を完了するものとされている（同法103条2～4項、198条2項、201条3項、220条1項ほか）。そして、主たる債務からの回収に問題を生じていない保証債権についても¹⁾、関係法条の適用を経て、ともかくも、半ば自動的に破産手続の中に位置づけられていくことになる。しかしながら、債務者の経済的再生を目的とする再生手続にあっては（再生法1条参照）、破産におけるような形で再生債権を等質化する規定はなく、む

1) 経済的には、主たる債務者が約定どおりに履行している場合のほか、そうでない場合であっても、その弁済能力に著しい支障がなく、あるいは他に十分な担保を徴求しているといった状況が想起される。もっとも、法的には、主たる債務者において期限の利益を喪失しているか否かにより、問題状況は異なることになる。

しろそうした権利変更の内容は再生計画の定めに従う建前であり（再生法154条1項1号、179条1項ほか）、保証に係る権利関係の調整（なかんずく弁済条件の整理）についても、再生計画での規律次第ということになる。そしてその弁済原資も、債務者財産の稼働力や収益力や信用力を引当として、単純な換価解体にはみられない諸々の仕組みと相応の時間軸の中で捻出されてくるものであり、もとより、破産的な割り切りに馴染むものではない。しかるに、再生計画による権利変更の内容については、「再生債権者の間では平等でなければならない。ただし（中略）差を設けても衡平を害しない場合は、この限りでない」という一般的な規定が設けられるにとどまり（同法155条1項）、そこに保証債権である再生債権の処遇に関する個別具体的な処方箋はない²⁾。

本稿は、ある現実の事業再生案件・民事再生事件において、再生計画の立案にあたり、上述したような課題に直面した際に、様々に苦心したことを契機として³⁾、あらためて自省を試みたものであるが、ここでは具体的事案の処理からは少し離れて理論面に重心を寄せつつ、また、思考整理の便宜上、基本的には企業金融に係る企業保証の場面に照準を合わせることにし⁴⁾、以下、まずは

2) こうした問題状況は、株式会社である債務者について適用可能性のある会社更生法（以下、「更生法」という。）においても、基本的には同様である（たとえば、更生法135条2項は再生法86条2項と同様に破産法105条の規定を準用している）。本稿は再生法を念頭に論ずるものではあるが、その趣旨は更生法にも基本的に妥当するものである。

3) その事案を要約すると、子会社における対外的な借入債務につき親会社が連帯保証をしていたところ、その後、親会社は民事再生を申請したが、子会社は手続外で自立経営を継続し、親会社に係る再生計画の立案の時点において、子会社として借入返済は未了ながら、先々の見通しとしては完済が十分に可能、といった状況にあった（しかも、その保証債権の額が、他の多くの再生債権との関係で、弁済計画の立案上、無視し得ない規模でもあった）ものである。実際に直面した課題の処理および本稿の成立については、実務と理論の両面にわたり菅野百合弁護士の尽力と示唆に負うところ大であり、ここに記す次第である。

4) すなわち、基本的には、本稿の直接の契機となった事案（前注参照）に即して、事業会社である親会社が子会社の対外的借入債務につき連帯保証人となった場合に焦点を絞り（商法511条2項参照）、信用保証協会を保証人とする場合や（いわゆる機関保証に固有の問題があるかもしれない）、会社代表者による個人保証の場合など（免責制度等との関係が問題となるかもしれない）、ひとまず脇に置くこととしたい。

平常時における保証債権の行使、そして破産手続参加の一般論について、基本事項を確認した上で、保証債権による破産手続参加について省察し、最後に、その再生手続参加に係る特質や留意点について考察することとしたい⁵⁾。

二 保証債権の行使と破産手続参加に関する一般論

1 保証債権の行使について

(1) 保証債務履行請求の要件

いささか迂遠ではあるが、まずは平常時における保証債権の行使の手順について（つまり保証人の破産等といった事態は捨象して）、あらかじめ確認しておきたい。保証に係る法律関係（保証契約）は、保証人となる者と債権者との間で、主たる債務者が債務を履行しないときには保証人が履行する責任を負う旨、合意した場合に成立するものであり（民法446条1項参照）⁶⁾、主たる債務の内容には様々あり得ようが⁷⁾、本稿では先にも触れたとおり、企業取引上よく見られる類の貸金債権を想定しておきたい。

現在ごく一般に説かれている見解に従えば、債権者が保証債務の履行を求める場合に主張すべき事実（給付訴訟における請求原因事実）は、①主たる債務の

5) なお念のため、法的整理と保証をめぐる論題としては、「保証人の法的整理における保証債権による手続参加」よりもむしろ、「主たる債務者の法的整理における保証人の求償権による手続参加」についての議論のほうが喧しいものであり、相互に密接に関連する論点も少なくないが、本稿での課題は基本的に前者に限定し、いろいろと難題を含む後者については他日を期す所存である。

6) なお、民法（債権法）改正検討委員会の取りまとめた「債権法改正の基本方針」（検討委員会試案）および同「提案要旨」によれば、保証の成立につき、債権者と保証人との間で締結される「保証契約」に加え、債務者と保証人との間で締結される「保証引受契約」を認める旨の提案がされている（債権法改正の基本方針【3.1.7.01】（保証の意義）参照）。

7) 主たる債務は、他人が実現可能な内容でなければ保証人が履行を保証することもできないが、代替的債務の場合に限らず、不代替的債務を内容とするものであっても、その不履行によって変ずる損害賠償について保証することは可能である。もっとも、主たる債務との給付内容の同一性を保証の本質的要素と考えるか否かについては、議論がある（中田裕康『債権総論』（岩波書店、2008年）459頁ほか参照）。

存在、②①の債務に関する保証の合意、③②が書面によってされたことであり⁸⁾、主たる債務について先の想定に従えば、①の内訳は、(1)金銭の返還および弁済期の合意、(2)金銭の交付、(3)弁済期の到来ということになる⁹⁾。これらのうち、そもそも保証の成立に争いがある場合（つまり、①(3)以外の要件が問題となるような場合）は別格として、そうでなくとも、債権者からの請求に直ちに応じねばならないのかという点は、保証人一般にとって、（その言い分が否認になるのか抗弁になるのかは別として）強い関心事となるはずである。

(2) 保証債務の補充性の実際

この点、主たる債務者が債務を履行しないときに履行の責任を負うという保

-
- 8) 本稿では深く立ち入らないが、厳密には、主たる債務（本文①）にかかる主張立証責任については、まず、その対象となるのは債務の存在か、債務の成立か、それとも債務の発生原因事実なのか、そして、その主張立証の責めに任ずるのは債権者と保証人のいずれであるのか、という議論がある（その詳細については、倉田卓次監修『要件事実の証明責任 債権総論』（西神田編集室、1986年）320頁以下〔春日偉知郎〕参照）。
- 9) 弁済期の合意およびその到来にかかる証明責任の分配については、かねて議論のみられるところである。より分析的には、確定期限の合意がある場合には合意された期日とその到来が、不確定期限の場合には期限到来の事由とその発生が、弁済期の合意がない場合（または弁済期を催告の時とする合意がある場合）には相当期間の催告とその経過（または催告期間の末日の到来）が、それぞれ問題となる。本稿では深く立ち入りはしないが（この議論の詳細については、倉田卓次監修『要件事実の証明責任 契約法上巻』（西神田編集室、1993年）464頁以下〔松本博之〕参照）、大審院判例によれば、契約の成立により発生する返還請求権との関係で、その期限の未到来（催告の不存在等）について借主が証明責任を負うとされる一方（大判大正2年2月19日民録19輯87頁ほか）、消費貸借を継続的契約関係とする学説によれば、契約の終了を要件とする返還請求権との関係で、期限の到来（相当期間の催告等）について貸主が証明責任を負うとされる（我妻榮『債権各論 中巻一（民法講義Ⅴ₂）』（岩波書店、1957年）ほか）。この点、貸借型契約の成立を主張する者が返還時期の合意に係る証明責任を負担すべきものとする「貸借型理論」（司法研修所編『増補民事訴訟における要件事実第1巻』（法曹会、1998年）257頁ほか）が、実務教育の現場で採用されていることにも影響されてか（厳密には論旨を異にするはずの上記学説の結論を事実上補強して）、本文見解が一般に支持されているように思われるが、この「貸借型理論」の考え方については、民法学の立場から厳しく批判のされているところでもある（潮見佳男『プラクティス民法 債権総論〔第3版〕』（信山社、2007年）73頁以下参照）。

証債務の補充性との関係では、法律上は主に催告の抗弁権と検索の抗弁権が問題となるが（同法452条・453条）¹⁰⁾、実際上は、企業金融の界限で連帯の特約（同法458条参照）を欠く保証はまず見られないこと、商行為に係る保証については特約なくして連帯性が認められること（商法511条2項）¹¹⁾、そして、そうした連帯保証については催告および検索の抗弁が排除されることから（民法454条）¹²⁾、議論に見合った活躍は見られない。

これらとは別途、そもそも保証債務は主たる債務の履行を担保するものであり、その成立や存続等について主たる債務に附従するため、その附従性の内容ないし帰結として、保証人として主たる債務者の有する抗弁（権）を援用することは可能と解される。たとえば、主たる債務者の有する反対債権による相殺、主たる債務に係る消滅時効の援用などが想起される。が、これらは主たる債務（者）に偶々そうした事由がある場合に履行拒絶ができるというにすぎない¹³⁾。

そうすると、結局のところ、債権者が主たる債務に係る弁済期の到来を前提に（そのことを請求原因として主張立証して）保証履行請求を行う限り、主たる債務者が債権者から期限の猶予を受けたような場合を除けば¹⁴⁾、保証人として

10) なお、「債権法改正の基本方針」および同「提案要旨」（前掲注6）参照）によれば、民法452条の定める催告の抗弁については、なお存続させるべきだとの意見を併記しつつ、その削除が提案されている（同基本方針【3.1.7.05】（検索の抗弁）参照）。また、検索の抗弁の効果について定める民法455条の規定については、別途、債権者に適時執行義務を認め、その不履行の効果として規定することが提案されている（同基本方針【3.1.7.06】（適時執行義務）参照）。

11) 債務が主たる債務者の商行為によって生じた場合、または、保証が商行為である場合。後者につき、債権者のために付属的商行為である場合を含むとした大審院判例が見られるが（大判昭和14年12月27日民集18巻1681頁）、学説上はむしろ批判が強い（西原寛一『商行為法』（有斐閣、1960年）133頁ほか）。

12) この催告および検索の各抗弁は、訴訟上の攻撃防御の構造としては、保証履行請求の請求原因に対する抗弁（訴訟上の権利主張または訴訟外行使の事実主張）として提出され、これに対し、催告や検索を行ったこと、または、連帯の特約や商行為に伴う連帯性が再抗弁とされ、さらに、連帯の解除が再々抗弁となり得る。もっとも、この点については、単純保証と連帯保証は別個独立の契約類型で請求を異にするとの立場からは、別異の考え方となる（その議論の内容については、前掲注8）317頁以下参照）。

基本的にはこれを拒む術を欠くということになる。しかしこれとは反対に、主たる債務の弁済期の到来（期限の利益の喪失）前に保証債務の履行を求めたとしても、「あらかじめその請求をする必要がある場合」でない限り（民事訴訟法135条）、適法に訴訟係属しないということにもなる¹⁵⁾。

2 破産手続参加について

(1) 破産手続参加と個別的権利行使禁止

破産法の規定によれば、破産債権者は、「その有する破産債権をもって破産手続に参加することができる」とされている（破産法103条1項）。破産債権を有することが破産手続における参加適格を基礎付けることになり、しかもその破産債権は、破産法に特別の定めがある場合を除き、「破産手続によらなければ、行使することができない」ものであるから（同法100条1項）、いくら破産手続参加が任意的であるからといって、基本的に破産手続外での個別的権利行使の道があるわけではない。破産債権者には、手続参加の機会と内実とが可及的に保障されねばならない。

(2) 破産債権の意義

ここに「破産債権」とは、「破産者に対し破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権（略）であって、財団債権に該当しないもの」をいうと

13) こうした類の履行の拒絶は権利抗弁と目されるのに対し、たとえば主たる債務に対して弁済がされたとの事実があれば、附従性により保証債務も消滅することになるから、この場合には、保証人として主たる債務者の弁済の抗弁を援用するのではなく、主たる債務の弁済消滅に附従しての保証債務の消滅につき、みずからの抗弁として提出することになる（前掲注8）329頁（注（18））参照。

14) 奥田昌道『債権総論（増補版）』（悠々社、1992年）396頁。もっとも、これが履行拒絶の権利抗弁となるのか、それとも附従性により保証人みずからの抗弁となるのかについては、議論の余地もあると思われる（前注参照）。

15) 仮に訴えの利益が認められ、かつ、請求認容の判決を受けた場合であっても、その主文には履行期が示されることになるから、現実には強制執行ができるのは、その履行期の到来後となる（民事執行法30条1項）。

ころ（破産法2条5項）、その要件のうち「破産手続開始前の原因に基づいて生じた」か否かの判断に関しては、債権発生原因のうち全部の具備を要するか、その主たる一部を具備すれば足りるかにつき、かねて議論があり、この点、多くの見解は後者の考え方を妥当とし、これにより、期限付債権、条件付債権、将来の請求権なども、破産手続開始前に発生の原因が存する限りは破産債権として扱われるとされてきた¹⁶⁾。たしかにそうであるとして、開始決定時における破産者の総財産を手続的な拘束下に置きつつ（同法34条1項）、これを引当とする総債権者を可及的に平等に処遇しようとする手続的特質に勘案した場合、制度設営と個別事案のいずれにおいても、ここで重視されるべきは、ある財産的請求権について、その「主な原因」が手続開始前に発生していたか否かという形式論理の整合もさることながら、その背後にあるであろう価値判断の実質、すなわち、手続開始までに明らかに「すべての原因」を備えていた財産的請求権との対比において、手続開始時における破産者の総財産を引当とした経済的信用が同様に供与済みであったといえるのか、総債権者間における公平感に係る可及的な納得性ではなかろうか。

（3）手続参加の内実

次に「破産手続（に）参加（すること）」（同法103条1項）の意義についてであるが、この点、定義規定こそ設けられていないものの、権利関係の適切な調整と財産の適正かつ公正な清算という破産制度の目的との関係で（同法1条参照）、手続開始決定により個別的な権利行使（個別執行）を禁止される破産債権者に対しては（同法100条1項、42条1項参照）、集団的な権利行使（包括執行）への可及的な参画が許容されて然るべきことに鑑みて、その内実は、手続的には、債権届出を経て破産債権の存否および内容につき公権的な確定を仰ぎ¹⁷⁾、かつ、法定の議決権¹⁸⁾、申立権ないし異議権、情報収集権、その他の権能¹⁹⁾

16) 伊藤眞＝岡正晶＝田原陸夫＝林道晴＝松下淳一＝森宏司『条解破産法』（弘文堂、2010年）30頁、竹下守夫編集代表『大コンメンタール破産法』（青林書院、2007年）20頁〔小川秀樹〕ほか参照。

を行使できる地位であり、実体的には、そのようにして内容等の確定された破産債権に対して破産配当を受ける権利であり（同法193条1項参照）²⁰⁾、総じて、そのような破産手続上の当事者としての一定の地位に就いて、破産債権となる実体的請求権および手続的諸権能を順次行使していくこと意味するものと解される。

17) より詳細には、債権者が破産債権の届出を行うと（破産法111条1項）、その届出内容（額および原因）の過誤ないし虚偽につき、破産管財人は認否の職責を負い、届出債権者には異議を提出する機会が与えられ（同法117条1項・118条1項・121条1項2項）、その結果、異議等がない場合にはそのまま、異議等がある場合には債権査定の裁判等を経て、その存否および内容（そして議決権の額）が確定され、その破産債権者表への記載は確定判決と同一の効力を有するに至るものである（同法124条3項・131条各項・221条1項。民事執行法22条7号参照）。

18) 債権者集会の法定決議事項は現行法への改正にあたり大幅に整理されており（とりわけ必要的決議事項については、債権者集会の開催の任意化とも相まって他の制度に代替されるなどして廃止されたため）、わずかに、破産者等（相続人等）に対して破産に関し必要な説明を求める決議（破産法40条・230条）と、管財人に財団の状況の報告を求める決議（同法159条）が存置されるにとどまる（かつては、管財人の解任を裁判所に求める決議（旧法167条）、破産者の営業の廃止または継続に関する決議（旧法194条）、管財人において価値がないとして換価しなかった財産の処分についての決議（旧法281条）などが法定されていた。改正の経緯については、別冊NBL97号『新破産法の実務Q & A』（2004年）143頁〔拙稿〕ほか参照）。また、その可決要件も、出席議決権者の議決権総額の2分の1超の同意にまで緩和された（同法138条）。もとより、他の法的整理の場合と異なり、債権者集会における決議により配当計画案の成否が決められる等の制度もなく、破産債権者にとって、その議決権に大きな意義があるかといえば、實際上、そうでもない。

19) 議決権以外の手続上の権能としては、たとえば、破産事件に関する文書の閲覧等を請求すること（破産法11条）、債権調査手続において異議を述べること（同法118条1項・121条2項）、（一定の要件のもとで）債権者集会を招集して破産管財人に報告を求めること（同法135条1項3号・159条）、裁判所に対して破産管財人の解任を申し立てること（同法75条2項）などが認められている。

20) もっとも、破産財団をもって破産手続の費用を支弁するのに不足する破産廃止（破産法216条・217条）の事案は数多く、この場合、破産債権者の配当を受ける権利といってみても、その実際は虚しいものとなる（実務上、異時廃止に至る事案の場合には、破産債権者における納得性という観点から、破産管財人には「情報の配当」への工夫や配慮が求められるところである）。

三 保証債権による破産手続参加

1 保証人の破産と全部義務者の破産

(1) 全部義務者の意義と保証人の該当性

冒頭でも指摘したとおり（前記一参照）、条文上、債権者は、保証人について破産手続開始の決定があると、その「破産手続開始の時に於て有する債権の全額について破産手続に参加」することができるものとされている（破産法105条）。もっとも、その前条において、「数人が各自全部の履行をする義務を負う場合において、（略）そのうちの（略）一人について破産手続開始の決定があったときは、債権者は、破産手続開始の時に於て有する債権の全額について（略）破産手続に参加することができる」旨、そしてこの場合において、「他の全部の履行をする義務を負う者が破産手続開始後に債権者に弁済（略）をしたときであっても、その債権の全額が消滅した場合を除き、その債権者は、破産手続開始の時に於て有する債権の全額についてその権利を行使できる」旨が定められており（同法104条1項・2項）、債権者との関係では主たる債務者と保証人とは各自全部の履行をする義務（いわゆる全部義務）を負う関係にあるから、かようにして債権者が保証人に係る破産手続に参加できることは、既に本条項により明らかにされている（と説かれている）²¹⁾。

(2) 手続開始時現存額主義の意義

全部義務者の破産において手続開始時の債権額で手続参加が認められる（他

21) この点についてはさらに、「連帯債務者の全員又はそのうちの数人が破産手続開始の決定を受けたときは、債権者は、その債権の全額について各破産財団の配当に加入することができる」とする民法の規定（441条）との関係が問題となるが、破産法104条1項は、手続に参加する債権額の基準時が手続開始決定の時であることを明確にし、かつ、その処遇を連帯債務に限らず全部義務一般の場合に及ぼし、また、同条2項は、手続開始後に他の全部義務者が弁済等をした場合の法律関係を明確にしている点に独自の意義がある等と説かれている（山本和彦＝中西正＝笠井正俊＝沖野眞巳＝水元宏典『倒産法概説 第2版』（弘文堂、2010年）162頁〔沖野〕ほか）。

の全部義務者による事後的な一部弁済等による影響を受けない) という、この手続開始時現存額主義の根拠については、通常、「実体法上、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ことが保障されている場合に、この実体法の趣旨を破産手続においても貫徹させ、債権者が完全な満足に到達するため各破産手続から可及的に多くの満足を得られるよう、一般原則を修正するものである」等と説明されている²²⁾。全部義務者の複数化による責任財産の集積、その「人的担保」の履行確保機能を強調するものであるが²³⁾、これをさらに強調していけば、手続開始の先後を問わず、誰からの弁済であろうが一切を考慮せず、当初成立時の債権額にて最後まで手続参加を認めるとの制度に至りそうである。しかし他方、法的整理の基本原則である債権者平等を旨として立論していけば、手続開始の先後を問わず、誰からの弁済であろうと一切を考慮して、常に実体的な債権額の範囲でのみ手続参加を認めるという制度に至りそうでもある。つまり、考え方としては、それらを両極としつつ、その両翼の内であって、弁済者が他の全部義務者か任意の第三者か、その弁済時期が手続開始の前か後かについて、適宜に組み合わせていくことにより、幾通りかの制度を設計できることになる。そうした基礎的な条件のもとで、かの開始時現存額主義とは、概ね中庸の立場と評し得るものであり、しかしそれゆえに、政策的な色彩を帯びたものであり、人的担保の効力と債権者平等の実現と、いず

22) 園尾隆司＝小林秀之『条解民事再生法〔第2版〕』（弘文堂、2007年）369頁〔山本弘・山田明美〕、兼子一監修『条解会社更生法(中)』（弘文堂、1973年）351頁ほか参照。

23) 前掲注21)「倒産法概説」161頁。なお、これに関連して、「人的担保」による債権の効力強化という観点からは、そのような実体法上の効力が民法441条に体现されていると説明することになろう」とも指摘されているが（同162頁）、「債権法改正の基本方針」および同「提案要旨」（前掲注6）によれば、その民法411条については、「全部の履行をする義務を負うものが数人ある場合等の手続参加」については、破産法104条が、さらにくわしい規定を置いており、現民法441条の独自の意義は存在しない。そして、この規律が、連帯債務の性質から演繹的に決定されるかといえ、そうでもなく、破産手続を含めた倒産手続における債権者間の公平の観点から決せられるべき事柄である」として、その削除が提案されており（同基本方針【3.1.6.15】（連帯債務者についての破産手続の開始）参照）、そうなると、当否は格別、先のような指摘の仕方はできなくなりそうである。

れの関係においても一定の緊張を孕むものである²⁴⁾。

（3）手続開始時現存額主義の実質的根拠論

ところで、複数の全部義務者のうちの一部の者が債権者に対して弁済を行うと、その弁済者は、自らの負担部分を超えた範囲については、いずれ他の全部義務者に対して求償すべきことになるが、かような求償を受けることとなる全部義務者の立場から観察すれば、同人の責任財産が引当となるべき債務の弁済負担につき、その弁済先となるべき債権者が、当初の原債権者のみに留まるか、暫定的に原債権者と求償権者とに分化するか、さらに求償権者のみに移行するか、という状況変化はあり得るにせよ（経済価値的には、あたかも債権の一部ないし全部が譲渡されたかのような様相を呈することになるのだが²⁵⁾、そのことが直ちに、当該債務者に対する他の一般債権者の利害に影響を及ぼしはしない²⁶⁾。かような認識ないし理解を前提として、ある全部義務者が破産した場合における破産債権の行使について整理してみると、破産手続参加には、実体的な権利の手続的な確定と実現という複合的な要素が内包されているものであるから（前記二2(3)参照）、手続開始前に既に一部弁済がされ実体的に原債権者と求償権者が併存していたならば、その債権額に応じた各別の手続参加適格が認められることに不自然はないし（むしろ原債権者に求償権の部分まで手続上の権利行使

24) 前掲注22)『条解民事再生法』370頁参照。なお、諸外国の立法例につき、斎藤秀夫＝麻上正信＝林屋礼二編『注解破産法(第3版)上巻』(青林書院、1998年)145頁以下〔加藤哲夫〕ほか参照。

25) ここでの論旨は、ある全部義務者が他の全部義務者に求償権を取得する（ないし、その行使ができるようになる）という段階までの話であり、その求償権者が原債権者に代位できるか否かという話とは、一応区別される。さらに話を進めていけば、求償権者の「破産債権行使」について、求償権によることを認めるか、原債権者に限定すべきか、という議論があり、近時は後説も有力に唱えられているところである（沖野眞巳「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」法曹時報54巻9号30頁ほか）。

26) 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＝中島弘雅編『倒産法大系』(弘文堂、2001年)51頁以下参照。

をさせるほうが不自然であり)²⁷⁾、しかし、手続開始以後にそうした状況に至る場合には、人的担保による履行確保機能に対する債権者の合理的期待に勘案し、さしあたり（全部の満足を得られるまで）原債権者のみに手続参加適格を認める（表裏して求償権者の手続参加適格には一定の制限を加える）ことも不合理ではなかろう²⁸⁾ ²⁹⁾。むろん、手続開始後の一部弁済が全部義務者以外の者からされた場合には、もともとそこには人的担保による履行確保機能に対する合理的期待はないのであって、債権の一部譲渡がされた場合と同様に、手続参加資格は債権者と弁済者に分属するに至るものと解される³⁰⁾。

27) 人的担保の履行確保機能を一層強調していけば、当初の債権額による破産手続参加を認めるべきことになりそうであるが、平常時において、債権者として、ある全部義務者からは債権の一部回収を済ませておきながら、他の全部義務者に対しては当初債権額にて訴訟上の請求（個別的権利行使）をして、その全額について債務名義を取得することはできないはずであり、そうしたことを破産（包括執行）の局面でのみ特に受容すべき理由もないであろう（手続開始決定の時点における破産債権者の破産債権が、手続上の実体的確定の対象とされ、権利関係の事後的変動に伴う必要な調整は、配当表に対する異議（同法200条1項）や、請求異議の訴え（民事執行法35条1項）などに委ねられるべきものと解される）。

28) この点、仮に手続開始後の一部弁済により弁済者に事後的な手続参加適格を認めていくとしても、そこで行使される（または原債権の代位行使の基礎となる）求償権に対しては、全部の満足を得ていない原債権者として差押えが可能であり、結局、かような求償権（者）につき原債権（者）を抑えてまで手続上の積極的処遇をする実益が少ない、ともいえる（山本克己＝山本和彦＝瀬戸英雄編『新破産法の理論と実務』（判例タイムス、2008年）370頁〔勅使河原和彦＝杉本和士〕参照）。

29) こうした場合における手続参加適格いかんは、まずは債権調査手続（債権認否）の段階で問題となり、求償権に依拠した破産債権の（予備的）届出につき、破産管財人として、これを単純に認める旨の認否はできない、ということになる。ここでは、いわゆる予備的参加、すなわち、届出債権の内容は条件つきではないが、届出自体が条件つきである場合（債権者甲の債権が届出されないこと等を条件とする債権者乙の債権の届出）につき、その手続内での処遇が問題となるものである（前掲注22）『条解会社更生法（中）』403頁参照）。

30) 前掲注28）371頁参照。なお、この点に関連して、破産手続を念頭に置いたものではないが、再生債権の一部移転と手続参加適格の分属等については、かつて論じたことがある（濱田芳貴＝菅野百合「再生債権となる請求権の一部移転と再生手続における処遇について」金融・商事判例1331号（2010年）4頁以下参照）。

2 破産手続参加における個別的課題

（1）破産債権の現在化との関係

平常時における保証債権の行使、破産手続参加の一般論、そして手続開始時現存額主義との関係について、これまで述べてきたところを踏まえつつ、ここで保証債権による破産手続参加について省察してみたい。

保証人に係る破産手続において債権者が破産債権として行使しようとする保証債権は、もとは主たる債務の履行確保を企図するものであり、その履行状況に問題がなければ即時に行使されるべくもないが、保証それ自体は、主たる債務者に対して債権者が供与した信用を補完するために、予め保証人の責任財産を引当として信用の供与が成立しているものであり、事後的に否認の対象となるような事案も皆無ではなかろうが³¹⁾、一般論としては、それは破産債権として処遇されるべき要件を備えるものといえる（前記二2(2)参照）。

とはいえ、主たる債務の弁済期が未到来である場合には、その到来が保証債務の履行請求における請求原因を構成することから、将来給付を現在請求する必要性が特に認められる場合を除けば、その訴訟上の請求は排斥されることになるところ（前記二1(2)参照）、これが破産手続参加の場合であれば、そのような制約もなく（あるいは将来の給付を待てない状況となり）、むしろ破産債権の要件にさえ該当すれば一律平等に手続的拘束下に取り込まれることとなり、さらには、破産手続開始時に弁済期が到来したものとみなされることにもなる（破産法103条3項³²⁾）。

すなわち、破産手続開始の時における破産者に対する財産的請求権の中には、期限未到来の期限付債権のほか、条件未成就の条件付債権、将来の請求権、

31) 義務なく提供された保証が無償行為として否認の対象となるかについては、かねて議論の重ねられてきたところであり、判例はこれを肯定し（最判昭和62年7月3日民集41巻5号1068頁。しかし、2つの反対意見がある）、学説上なお論争はあるが、いずれにせよ、そこでは、保証の提供（保証債務の負担）は責任財産（共同担保）を毀損し総債権者の利益を害し得るということを前提に、求償権の対価性など、行為の無償性いかに問題とされているものである。

非金銭債権や金額未確定債権などが含まれ得るところ、破産手続内においてすべての破産債権者に対して破産財団の換価金を不平等なく分配し遂げるためには、その配当に参加させるべき破産債権の総体および各別の破産債権の割合が同一の経済的基準（通貨の額）により事前に測定される必要があり、この場合において、仮に条件や期限その他による留保のない金銭債権のみを配当対象とするならば、金額評価上の恣意性は排除されるであろうが、それでは、同じく破産者の責任財産を引当として破産開始前に原因を生じていた財産的請求権の一部が類型的に配当対象から脱落することとなり、全く妥当とはいえず、さりながら、附款を伴う金銭債権や非金銭債権等の各別について、権利内容を変更（無条件化、現在化、金額化）するために、個々の債権者と破産管財人の個別合意を要することとすれば、そのような制度の運用はおよそ非現実的であるし、そこまででなくとも、破産原因（支払不能等）が認められる究極の経済的窮境に陥った債務者をめぐる財産関係の最終処理を旨とする破産手続において、再生型法制的整理のようにして弁済計画案によって権利変更や清算配当の内容を法定多数決で決するという仕組みとて、実情に馴染みはしない（否決された先の行き場がない）のであって、そうした背景事情ないし前提条件のもとにおいてなお、恣意性や不平等を可及的に排除しつつ迅速かつ円滑な破産的清算の完遂を制度上担保しようとするれば、そこに自ずと、破産手続において実体的かつ手続的に行使される破産債権の内容を均質化すべく、法的に一種の擬制を施していくほかない。

もっとも、先に指摘した期限未到来の債権の現在化は、破産的清算処理の目

32) そのようにみなされはするが、破産手続開始後の利息等については、他の破産債権者との公平を図るべく劣後的破産債権とされている（破産法99条1項2号・3号参照）。また、弁済期が到来したものとみなされることにより相殺適状を生じたならば（民法505条1項参照）、これを自働債権とする相殺も可能となる（同法67条2項。もっとも、それは相殺に対する合理的な期待を超えて、こうした形で相殺権が債権者に認められることに対する立法論的な批判がある。水元宏典『倒産法における一般実体法の規制原理』（有斐閣、2002年）246頁以下）。

的の完遂との関係で、基本的に当該債権者の意思にかかわらず施されるものであり³³⁾、破産手続外において権利内容を実体的に変更するものではない³⁴⁾。また、破産者以外の第三者に効力を及ぼすものでもない³⁵⁾。

33) 破産法103条3項との関係では、債務者の破産により、破産手続開始時に期限が到来したものとみなされ、債権者として期限の利益を喪失させるか否かの選択をする余地はなく、しかし手続開始後の利息も請求することができる（ただし前注参照）。これに対し、民法137条1号によれば、債務者の破産により、債務者は期限の利益を主張することができなくなるが、債権者が主張するか否かは任意であり、しかし、期限の利益を喪失させたならば期限の到来と同様の効果を生じ、本来の期限までの残余の利息を請求することはできないことになる（前掲注16）『大コンメンタール破産法』434頁〔堂蘭幹一郎〕ほか）。なお、「債権法改正の基本方針」および同「提案要旨」（前掲注6）によれば、期限の利益に関する規律は基本的に踏襲されるものの、「債務者について破産手続開始決定がされた場合の破産債権の期限については、破産法103条3項の規定に委ね、財団債権の期限については解釈に委ねることとして、本提案(3)から、債務者についての破産手続開始決定がされた場合を除いた」等とされており（同基本方針【1.5.64】（期限の利益）参照）、そうなると、当否は格別、ここに述べた従来の理解を維持できなくなるように思われる。

34) 問題になるのは、破産手続の終了後の破産者に対して、この現在化の効力が及ぶかどうかであり、有力な見解によれば、債権調査手続を経て確定した破産債権（かつ、破産者が特に異議を述べていない場合）については、破産債権者表の記載が破産者に対して確定判決と同一の効力を有することとなることから（破産法221条）、この限りで効力が維持されると解している（前掲注24）『注解破産法上巻』128頁以下〔石川明＝三上威彦〕ほか）。もっとも、破産という究極的な清算処理を経た後において、この解釈論いかにが實際上深刻な課題となることは、まずないであろう。

35) 保証人が弁済資力を喪失した場合につき、主たる債務者が契約または法律の定め（民法650条2項など）により債権者に対して代保証を立てる義務を負う場合がある。この場合の保証人はいわゆる適格保証人である必要があり（同法450条2項1号2号）、この義務を果たせない場合には、結局、主たる債務者が期限の利益を喪失するに至る可能性がある（同法137条3号）。そうなった場合、主たる債務に係る期限の利益喪失の効果は、附従性により保証債務にも及ぶものであり、破産手続上の現在化とは別次元において、実体的に期限が到来することになる。なお、この点は破産よりもむしろ民事再生との関係で、その再生スポンサーに対して新保証人への就任（保証人の交代）を求める等の場面において、重要な問題となる。

(2) 手続開始時現存額主義との関係

かようにして保証債権をもって破産手続に参加する場合、法律上、破産手続開始の時に於いて有する債権の全額について権利行使できることについては、先にも指摘したとおりであるが（前記三1(1)参照）、ここで破産法104条と同法105条の関係について検討しておきたい。この点、一般に説かれているところによれば、保証人もいわゆる全部義務者であるから、前者の規定により債権者が破産手続参加できることは既に明らかであり、それに加えて後者の規定が設けられた趣旨は、保証人が催告および検索の抗弁権を有する場合であってもなお、保証債務の補充性を排し、債権者が直ちに保証人の破産手続に参加できる（破産管財人は当該各抗弁権を行使できない）ことを明らかにする点にあるとされる³⁶⁾。しかしそうすると、先にも指摘したとおり、大多数の保証関係は特約または法律の規定により連帯性が認められるものであり（前記二1(2)参照）、同条が活躍する余地は実際にはほとんどないということにもなる。

また、手続開始時現存額主義について先に述べたところを反芻してみるに、その実質的な根拠が、ある全部義務者の破産手続開始後に他の全部義務者から一部弁済がされても、破産者が負担すべき債務の総量に変化がない（原債権が行使されても求償権が行使されても、それ以外の債権者に影響が及ばない）ことを前提に、人的担保による履行確保機能を端的に認める（原債権者と求償権者の関係においては前者を優先させる）という点にあるのだとすれば、保証人について（のみ）破産手続が開始された場合、その後に主たる債務者から一部弁済が

36) 前掲注16)『条解破産法』729頁ほか。当該各抗弁を認めると、「債権者は主たる債務者への催告、主たる債務者の財産についての執行をしなければ保証人に対し権利行使をできないことになるが、この間に保証人の破産手続が進行すると、結局債権者は保証人の破産手続において権利を行使する機会を失いかねない」等と説明される（前掲注21)『倒産法概説』172頁〔沖野〕）。なお、あえて言うまでもなかろうが、主たる債務者もまた破産手続開始決定を受けている場合には、その弁済の資力も執行の容易性も証明しかねるはずであり、民法の適用からして既に催告および検索の抗弁は認められないことになり、なおかつ、「数人の」全部義務者が破産した場合として、破産法105条を待たず104条の適用対象となるものである。

されると、保証債務の（消滅における）附従性を媒介として、保証人（破産財団）が負担すべき債務の総量は変化する（主たる債務者の保証人に対する求償権というものはない）のであって、それでもなお現存額主義による取扱いを維持するということは、弁済や配当により実体的に一部消滅したはずの（しかもそれに代わる求償権も生じない）債権について、依然として手続参加を認めるという状況を是認することにもなるため、この点をどのように解していくかが問題となる。

（3）破産法105条の意義・再考

解釈論としては、ここに2つの課題を生じるであろう。すなわち、まず第1に、そもそもこの場合に手続開始時現存額主義をそのまま維持することが許容されるか、そして第2に、仮に許容されるとして、その趣旨を破産法104条の解釈の中に読み込むことができるのか。

まず第1の問題については、一応、次のように解される。現存額主義による取扱いを維持した場合には、債権者は手続開始時の債権残高をもって保証人に係る破産手続に参加する（期限があったとしても現在化される）ことになるものの、事後、主たる債務に対する弁済が進捗した場合、当初債権額を超えてまで弁済金を受領できる立場にはない。一方、保証人に係る破産手続において債権者に対する配当が実施されると、その対当額において（破産財団に帰属する、主たる債務者に対する）求償権が行使されるべきことになる。そして、手続外にある主たる債務者において原債権あるいは求償権に対する弁済が逐次完遂されるならば、途中経過としては破産配当の形で破産財団の一部が流出することがあったとしても、少なくとも事後的には求償権からの回収により破産財団が補填され、最終的には破産財団の帳尻は合うことになる。そしてこのことは、手続開始時現存額主義を維持するか否かにかかわらず同様であり、つまり、原債権者が全部の満足を得るまでの間は、観念的には、破産財団からの第一次配当の実施、配当に見合う求償、求償により形成された配当財団からの第二次配当の実施、また求償、そしてまた配当、という振り子の弧を描くことになる。

しかし、現実的には、その間に別途、主たる債務者による弁済が進められ、あるいは、破産財団の収集（配当原資の形成）が限界を迎える時機において、この振幅も必ずいつか尽きるところとなる。そして、人的担保による履行確保機能に対する債権者の合理的期待にも勘案すれば、これにより暫く求償の迂遠を生じはするが、総じて破産的清算の完遂される方向に収斂していくものではあり、この場合についても、一種の割り切りとして、やはり手続開始時現存額主義による取扱いが維持されてよいものと解する³⁷⁾。

次に第2の問題についてであるが、以上のような利益状況のもとで現存額主義の取扱いを認めると、破産法104条が典型的に予定しているであろう利益状況と比較してみた場合、弁済等により実体的に一部消滅しても対当額の求償権を他に生じさせない債権の債権者をして、最後まで全額での手続参加を認めてしまう点において、いくら最終的に矛盾が解消される理屈であるにせよ、やはり保証債務の附従性に対する抵触の著しさは否定しがたい³⁸⁾。こうした事情を捉えてか、裁判例の中には、破産法105条について、「同条は、保証人の破産時に、催告の抗弁権や検索の抗弁権の行使を許さず、保証債務の補充性を排除するものであるが、同時に、破産開始決定後に、主たる債務者から一部任意弁済を受けたり、あるいは主たる債権者に対する強制執行により一部の満足を得て

37) 他の破産債権者における不公平感ないし不利益感は、正当に保証を徴求した債権者に向けられるべきものではなく、しかし債務者が破産前に提供した当該信用リスクの補完策そのものが債権者を害しているようであれば、別途、否認により解決されるべきであろう（注31）参照）。

38) この点については、「保証人につき破産手続開始後に主債務者が一部弁済をした場合（より厳密には破産者である保証人に対し求償権を有せず、したがって弁済による代位により権利を取得しない者が一部弁済をした場合）も、手続開始時現存額主義が及び、債権者は一部弁済による消滅前の手続開始時の現存額を基準として配当加入できる（破104条2項）。一部代位の法律関係の反映という理解からは説明しにくい帰結であり、この限りでは、「人的担保」ある債権の効力と説明せざるをえない（もっとも、逆に、手続開始時現存額主義の及ぶ範囲を限定する解釈論の展開を考えることもできよう）」といった指摘もされているところである（前掲注18）『倒産法概説』173頁〔沖野〕。なお、前掲注22）『条解民事再生法』371頁参照）。

も、債権者の保証債権である届出債権の額には影響がないこととなることをも定めたと解される。この点では開始時現存額主義は保証債務の附従性を後退させる意義を含むと考えられ、(略)しかしながら(略)、主たる債務の全額が弁済されたときには保証債務の附従性が機能するものといわなければならない」と判示するものも見られる³⁹⁾。立法の経緯や沿革からは多少離れそうであるが、同法104条とは相応に異なる場面を規律することとなるゆえ、同法105条に対し、より積極的な理解ないし位置づけを与えようとする当該判示には、一理あるように思われる（この点については、追ってさらに検討してみたい。後記四2(2)参照）。

四 再生手続における保証債権の処遇

1 再生手続参加と破産手続参加の異同

保証人に係る民事再生手続において、保証債権が再生債権として処遇されることについては、破産手続の場合（前記三2(1)）と基本的に同様に考えられる⁴⁰⁾。そして、その再生債権による再生手続参加の意義についても、基本的には破産手続の場合（前記二2(3)）と同様に考えられるが⁴¹⁾、その特異性として指摘されるのは、まず制度上、再生債務者として債務を認識するが債権者が届出をしない場合について、再生債権の自認が求められ、再生計画による失権効に例外が定められていること⁴²⁾、そして實際上、再生債権者の権利（再生債権となる財産的請求権）は再生計画に定められた条項に従い内容が変更されるため、そ

39) 大阪高判平成20年5月30日金融・商事判例1298号（2008年）28頁。同事件の上告審である最判平成22年3月16日（平成20年（受）1459号）同誌1339号（2010年）26頁以下は、「複数の債権の全部を消滅させるに足りない弁済を受けた債権者が、上記弁済を受けてから1年以上が経過した時期に初めて、弁済充当の指定に関する特約に基づいて充当指定権を行使することは、許されない」旨を判示するものであり、手続開始時現存額主義の適用範囲の論点に関する上告受理申立は不受理とされた由である。なお、破産法105条と趣旨を同じくする改正前会社更生法109条につき、同条は保証債務の附従性を一部修正していることになる旨に言及する文献として、前掲注22)『条解会社更生法(中)』358頁参照。

40) 破産法2条5項と同様の要件を定める再生法84条1項の解釈として、前掲注22)『条解民事再生法』353頁参照。

の計画案の内容自体、そして決議における議決権が極めて重要な意義を有すること⁴³⁾、大要この2点である。

とりわけ後者の点について、すなわち、再生債権となる財産的請求権（再生債権者の権利）そのものについては、手続上、債権届出や調査を経て、その存否や内容が確定されるものであるが、そのようにして確定された権利の内容は、再生計画の定めるところに従い変更されること（減免、猶予、その他）が予定されており、こうした再生計画による規律を経由するゆえ、再生計画の履行（権利変更後の再生債権に対する弁済）を進めるにあたり、それに先立ち、法律上当然に再生債権の内容を配当に適した形に変容（均質化）させねばならな

41) すなわち、権利関係の適正な調整と事業等の再生という民事再生制度の目的との関係で（再生法1条参照）、手続開始決定により個別的な権利行使を禁止される再生債権者に対し（同法85条1項、39条1項参照）、集団的な権利行使への可及的な参画が許容されるべく、債権届出を経て再生債権の存否および内容については公権的に確定され（同法94条1項〔届出〕、101条1項〔認否〕、102条1項〔異議〕、104条3項・111条各項・180条各項〔効力〕ほか）、手続上の諸権能が付与され（同法87条・169条2項・170条2項・171条1項〔議決権〕、16条〔文書の閲覧等〕、102条〔債権調査での異議〕、114条〔債権者集会招集等〕、163条2項〔再生計画案の提出〕など）、そのようにして内容等の確定された再生債権について再生計画の定めによる権利内容の変更を経て、計画所定の弁済がされるものである（同法154条1項1号・155条1項・179条各項ほか）。これらのうち、破産手続には見られないものとして、手続上、再生計画が立案・付議・決議・認可されて権利関係の調整が図られることとの関係で、再生債権者に（も）認められる再生計画案の提出権がある。必ずしも多用される権能とはいえないが、この提出権をめぐる諸問題については、かつて論じたことがある（拙稿「再生債権者による再生計画案の提出について」慶應法学12号（2009年）193頁以下）。

42) 自認債権の制度につき、再生法101条3項・102条1項・104条1項かつこ書・157条1項・179条1項、失権効の例外につき、同法181条1項3号・同2項の定めがある。つまり、再生手続においては、再生債権者が届出せずして弁済を受けられる余地もあることになり、この点を捉えて、再生手続参加の意義は、破産手続参加（および更生手続参加）の場合とは異なり、債権届出を通じて議決権を行使する（破産配当や計画弁済を受ける権利を含まない）と指摘する見解もある（前掲注22）『条解民事再生法』368頁）。しかし、こうした例外のあることは認識しつつも、「手続参加」の意義については破産（会社更生）の場合と同様に理解しておく方が、倒産法制全般の体系的理解に資すると思われる。

43) 関係条文については、注41)参照。なお、注18)参照。

い、といった必然性や要請はない。つまり、期限未到来の期限付債権、条件未成就の条件付債権、将来の請求権、非金銭債権や金額未確定債権など、いずれもそのままの状態で再生手続に参加し、再生計画の履行との関係で必要がある場合には、その必要に応じて権利変更の内容を再生計画に定めればよい、ということになるのであって、破産法の場合と異なり、民事再生法には破産債権の等質化に相当するような規定が設けられてはいない（再生法86条2項は破産法103条を準用していない。その他、前記三2(1)参照）。ただ、そうではあるが、所要の定めを設けた再生計画によって実際に権利内容の変更を行うためには、再生債権者の法定多数による可決を経ることが不可欠であるところ、その局面で行使されることとなる議決権との関係では、各再生債権に対して、恣意性や不平等が可及的に排除された議決権が付与される必要があるから、その限りにおいて、破産法におけると同様の発想をもって、議決権の決定における再生債権の均質化（議決権割合にかかる金額化）が施されるものとされている⁴⁴⁾ ⁴⁵⁾。

44) 具体的には、再生法87条の規定による。例えば、再生手続開始後に期限が到来すべき確定期限付債権で無利息のものは、期限が到来してはじめて元本額の請求が可能となるものであり、未到来の間は期限までの中間利息を控除した金銭の価値しかないことから、議決権額の算定につき中間利息を控除することとされているとか、非金銭債権、条件付債権、将来の請求権については、再生手続開始時における評価額で議決権額が算定されるといった要領である。なお、更生法136条も同旨の規定である。

45) 前掲注22)『条解会社更生法(中)』280頁。なお、同書404頁には、「このように、金銭化・現在化は、議決権の算定の基礎を定めることを第一義的な目的とするが、実際には、その均質化の結果が、更生計画における実質的な参加の範囲・態様を決するためにも利用されることになる。すなわち、議決権の行使も、計画への参加も、他の権利者との関係での公平な処遇を要求されるから、同一の均質化の基準を用いることが自然でもあるし、また、議決権への手続的な参加の比率に応じて計画への実質的な参加を認めること自体が手続的正義の立場から要求されることにもなる。このように議決権の算定のための均質化は、計画への参加の比率を決するという実質的な意味をもつことを忘れてはならない（もっとも、このことは、繰り返し述べているように、計画によって実体的に均質化の内容どおりに権利が変更されることを意味するものではない）」とも指摘されている。保証債権に係る権利変更等について本文で以下検討する際の視座といえる。

2 保証債権に係る権利変更等における課題

(1) 緒論

保証人について再生手続開始の決定があったときは、債権者は、再生手続開始の時ににおいて有する債権の全額について再生手続に参加することができる（破産法104条および105条を準用する再生法86条2項参照）。そのようにして再生手続参加のされた保証債権を含め、諸々の再生債権を対象として再生計画に定められる権利変更の内容については、再生債権者の間では平等でなければならないが、これらの者の間に差を設けても衡平を害しない場合には、例外も認められる（再生法155条1項）。

ここでもし、主たる債務者について既に、経済的窮境の末に再生手続開始がされており、あるいは少なくとも期限の利益が失われているという場合には、その保証債務についても、（破産におけるような債権の現在化がなくとも）実体的に即時の履行を求められる状態となり、なおかつ、主たる債務者の弁済能力の欠乏により求償権の実効性が期待されないならば、仮に手続開始時現存額主義による取扱いや保証債務の附従性に対する制限・抵触・後退（前記三2(3)参照）を杓子定規に認めたとしても、保証人に係る再生手続における弁済（求償）計画の全体が不安定になるほどの不都合や支障を生じることは、一応ないものと考えられる。

しかし他方、冒頭にも指摘したとおり（前記一参照）、保証は主たる債務の履行を担保することを目的とするものであるから、主たる債務が本旨に従って履行されている限りは、本来は現実の保証履行を要せず、結果的に主たる債務が完済されたならば、保証の責めもまた消滅して然るべきものである。しかるに、主たる債務者についての再生手続開始はおろか、その債務についての不履行すら生じていない状態において、保証人のみが再生手続開始の決定を受けた場合を想定してみると、いまだその債権保全につき現実的な必要に迫られているわけではない債権者に対して、保証債権に係る法律上の等質化も図られない中で、手続上どのような処遇を与えることが平等原則に適うのか、一義的に明らかとはいえないし、破産的清算のためには致し方ない措置ないし割り切りが、経済

的再生との関係では看過しがたいものとなる可能性もある⁴⁶⁾。

（2）破産法準用における基礎事情

ここで、あらためて破産法105条の適用場面について振り返ってみるに、破産手続においては、一律の金銭配当の前提として破産債権の等質化が法定されており（同法103条参照）、これにより即時の配当受領が可能な状態とされた保証債権の存在を所与の前提として、手続開始時における債権額による手続参加、および参加後における債権額の維持（つまり、主たる債務に対する事後的な弁済等があればその範囲で債権額の減額が導かれるはずの、保証債務の附従性に対する一定の制限）について、配当実施と求償請求の右往左往は少々あるものの、人的担保による履行確保機能に対する債権者の合理的期待に勘案し、破産的清算を完結させていくための割り切りの措置として、これを容れるというものであった（前記三2(3)参照）。

しかし、再生法86条2項は、破産法105条こそ準用するものの、上述のような同条解釈の基礎事情をなしていた同法103条は準用していない。この点、感覚的には、手続開始現存額主義は倒産法制の基本原則であり、これを堅持するためには、保証債権者にも手続開始時の全額でもって手続参加の機会を与え、他の倒産債権者と同等の条件にて当初から配当ないし弁済を実施しなければな

46) 破産配当の場合には一応の合理性の見いだされる手続開始時現全額主義と附従性の制限につき、債務者の再建案に機械的に適用することの不都合性については、和議法の当時から既に指摘がされていたところである。曰く、「長期の割賦債務の保証人について和議、会社更生手続が開始された場合を考えよう。主債務者が資力を喪失せず、順調に割賦債務を弁済しているのに、倒産した保証人は、手続開始時に弁済期の到来していない債務の全体につき、主債務者の債務弁済を計算に入れずに再建計画によって弁済することになる。計画による弁済期が本来の債務弁済期より早期であるときは、債務弁済期まで倒産者は求償しえず、逆に本来の債務弁済期以後で、主債務者が弁済した部分があるときは、次期以降の割賦分の繰上げ弁済をすることになる。以上の不都合を除くには、保証債務の附従性を回復させ、主債務者に不履行があった場合の保証債務の扱いを再建計画で個別的に定めるほかないことになる」（霜島甲一『倒産法体系』（勁草書房、1990年）205頁）。そのように定めてよいのか、どのように定めればよいのか、というのが本稿の課題といえる。

らず、それは破産配当でも再生計画による弁済でも異なりはしないようにも思えてしまうのだが、そこにはやはり些かの錯覚が潜むのではなからうか。

すなわち、もともと現存額主義自体が政策的な色彩を帯びた制度設計の産物である上（前記三1(2)参照）、再生債権の等質化が法律上当然に図られることなく、条件付債権や非金銭債権なども姿を変えずに実体的な確定がされる再生手続にあって、議決権の付与という手続上の技術的な局面はともかくとして、権利内容の変更や弁済条件の設定という実体的な利害が頗る尖鋭となる局面において、たとえば、期限未到来の場合と到来済みの場合とで全く同一の規律を適用することは、その異同をどう捉えるかによもよるが、常に形式的平等に合致するとは即断できないであろうし、また、事案ごとの裁量の余地や程度の問題はあろうが、常に実質的平等に合致するとも論断できないであろう。法律上の等質化を経ない各種債権に対する行き過ぎた十把一絡げは、再生債務者の公平誠実義務（再生法38条2項）に抵触しないとも限らない。遠からず債務者財産の解体清算と金銭配当を完遂せねばならない破産の場合と異なり、再生を目的として経済活動が継続される民事再生の場合には、その再生計画の定めにおいて常に必ず保証債権を均質化させた上で機械的に弁済を促進していかなければならないほど、切実な要請は見いだされないように思われる⁴⁷⁾。

（3）権利変更条項の実際例に関する若干の検討

ただ、総論が以上のとおりであるとしても、実際に再生債権である保証債権に対する権利内容の変更や弁済条件の設定をする場合における「差を設けても衡平を害しない」基準というものが、各論として直ちに明らかになるわけではない。

しかるに、ここで、先に破産債権である保証債権による破産手続参加を検討したところまで立ち帰って反芻してみるに（前記三2(3)参照）、その際に咀嚼した内容は、主たる債務に係る弁済期（期限の利益）を先回りして保証債権に対する破産配当が実施されると、事後、求償と配当の間で振り子が弧を描いて往復するということであり、さりながら、それは破産手続であればこそ、保証債

権の等質化により自ずと励振が開始されるが、いずれ求償も細り破産財団が手続費用や配当原資との均衡に至れば振幅も収束する、ということでもあった。しかして、これを再生手続に置き直してみた場合、経済的再生を企図して企業存続していく以上、その振幅の収束は破産的清算のようには見込めず、しかしそもそも保証債権のあえて等質化しなければ励振は開始しない、ということでもある。主たる債務の履行が進められている限り、無闇に振り子に弧を描かせないほうが、弁済（求償）計画の予測可能性やその履行事務の簡素化にも資することとなろう。

とはいえ、再生計画による弁済期間が中長期に及ぶ場合、将来のある時点（たとえば、再生債権に対する分割弁済の数回目ないし数年後といった頃）において、

47) 少し視点を変えて眺め直してみたい。すなわち、期限の利益を喪失した主たる債務者が改めて期限を猶予された場合、元来、即時の履行を求める債権者に対し、保証人としては、これを拒み得るところ（前記二1(2)、注14）参照）、ここで仮に、主たる債務について期限の利益が残存する状態において、「何らかの法規ないし法理」により保証債務についてのみ即時に履行すべき状況が招来されるという法律状態を想定してみると、この場合、経緯はともかく現象面では同様ともいえる前者と後者とで履行拒絶の可否について帰結を分かすべき根拠があるとすれば、それは「何らかの法規ないし法理」の中にあり、その趣旨ないし射程が検討されるべきことになる。ところで、民法446条は、保証人の負担が主たる債務より重い場合には、その負担を主たる債務の範囲に減縮する旨を定めるところ、その基礎にある保証債務の内容に関する附従性の趣旨については、「保証債務成立時点での主たる債務と同一内容の給付を保証するものであるから、保証契約成立時の意思に基づかないで保証人に不利益を強いるべきではない……（略）……債権者と保証人との間で、内容に関する付従性を否定する旨の特約をすることは可能……（略）……この場合には、付従性を有しない独立の損害担保約束がされており、したがって、主たる債務とは独立の債務を負担したものと解すべき余地がある……」等と説かれている（潮見佳男『債権総論〔第3版〕Ⅱ』（信山社、2005年）444頁）。ここに述べられた「内容に関する付従性を否定する特約」や「付従性を有しない独立の損害担保約定」は、先に述べた「何らかの法規ないし法理」の一例をなすわけであるが、本文での議論に戻ると、保証人に係る民事再生において、再生債権である保証債権について均質化（現在化）が（常に）図られるべきとすれば、こうした特約や約定に比肩する何かが認められねばならないはずである。しかして、破産手続の場合には、破産法105条および103条の各規定が相まって、その「何らか法規ないし法理」に相当すると解し得るわけであるが、再生手続の場合に、果たして（常に）そうした何かが認められようか。

かねて約定弁済が的確に履行され債権残高も漸減してきた主たる債務者が、急にその不履行を生じて期限の利益の喪失に至る、といった事態もまた優に想定し得るところであり、そうした事態に至ってなお、保証債権者が再生債権者としての権利行使を一切なしえないような再生計画の条項では、「差を設けても衡平を害しない」との基準から逸脱すると言わざるを得ないであろう。

それでは最後に、これまで述べてきたところについて、再生計画における権利変更条項に係るターム・シート的に、まとめ直してみたい。まず、①主たる債務について期限の利益がある限り、債権者として実体的に保証債務に対する即時履行を求め得ない以上、再生計画の定めによる現在化はしない（既に履行期にあることを前提とした期限の猶予も求めない）。しかし、②主たる債務について将来的に期限の利益が喪失されるという事態もあり得ることに鑑み、そうした事態に備えて、事後的に他の再生債権者との間で実質的な平等が保たれるような特則が設けられる必要がある。そして、③（本稿が想定する）保証債権も金銭債権という意味では他の通常の再生債権と異ならないため、免除率や分割弁済条件については、基本的に他の通常の再生債権に関する規律と同一の基準が適用されるべきである⁴⁸⁾。もっとも、④その権利変更の対象となる債権の「額」について、何を基準とすべきか、たとえば、手続開始時現存額主義の取扱いをそのまま移入するか、手続開始後に実施された主たる債務者からの弁済等を考慮に入れるか、手続開始時において将来のデフォルト確率などを勘案した現在価値評価を算定して用いるか、ごく雑駁に手続開始時現存額の半分とか

48) なお、本文①ないし③に関連して、「連帯保証人（保証人）に再生手続が開始した後も主債務者が約定どおりに弁済をしている場合は、連帯保証人が主債務者に先立って弁済をする理由がないし、仮に弁済をしても連帯保証人は主債務者に求償できるから、求償に依ることができる限りは、かかる取扱いは迂遠である。そこで、連帯保証人を再生債務者とする再生計画では、主債務者が遅滞なく弁済を続けている間は再生計画に基づく弁済はせずに留保し、主債務者が弁済を怠り期限の利益を喪失する等の事実が生じたときにはじめて、開始時の債権額を基準に権利変更した金額を弁済する旨の定めをすることが許されるし、現にそのような再生計画は少なくない」等と解説する文献がある。才口千晴＝伊藤眞監修『新注釈民事再生法(上)〔第2版〕』（きんざい、2010年）463頁〔中井康之〕。

3分の1といった評価を下すか、という点は残された課題となる。この点、本稿の契機となった事案では、主たる債務者が期限の利益を喪失した日における債権元本額をもって、保証債権に係る確定再生債権の額とみなし、権利変更の一般条項を適用した上で、以後、同条項に則り、再生計画に基づく弁済を実施する、という構成を採用した。そうではあるが、そもそもの再生債権の額の多寡、主たる債務に係る弁済の進捗状況や保証外の保全状況、再生計画における弁済は一括方式か分割方式か、再生計画に定められた弁済時期と主たる債務に係る弁済期限の相互関係、再生債権に対する弁済率の多寡、保証債権者の意向など、個別具体的な事案との関係で考慮すべき事情は多岐に亘るものであり、上記事例の構成が唯一の正解でないこともまた、論を俟たないところである⁴⁹⁾。

49) その他の事例等を紹介する文献として、今中利昭＝今泉淳一＝中井康之『実務 倒産法講義〔第3版〕』（民事法研究会、2009年）377頁以下参照。