

Title	〔最高裁判事例研究 四三四〕平二四2(民集六六卷七号三一二三頁) 1.保証人が主たる債務者の破産手続開始前にその委託を受けずに締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合に保証人が取得する求償権の破産債権該当性 2. 保証人が主たる債務者の破産手続開始前にその委託を受けずに締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合に保証人が取得する求償権を自動債権とする相殺の可否(最高裁平成二四年五月二八日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	村田, 典子(Murata, Noriko) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2013
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.86, No.8 (2013. 8) ,p.125- 144
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20130828-0125">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20130828-0125</a>

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.

# 〔最高裁判事例研究 四三四〕

平二四二（民集六六卷七号三一・二三頁）

1. 保証人が主たる債務者の破産手続開始前にその委託を受けないで締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合に保証人が取得する求償権の破産債権該当性

2. 保証人が主たる債務者の破産手続開始前にその委託を受けないで締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合に保証人が取得する求償権を自働債権とする相殺の可否

預金返還請求事件（最高裁判平成二四年五月二八日第二小法廷判決、平成二二年（受）第一五六七号、一部破棄差戻し・一部上告却下）

## 〔事案の概要〕

A、B、C、D、E、Fは、Y銀行（被告・被控訴人・被上告人）との間で、それぞれ当座勘定取引契約（以下、「本件各当座勘定取引契約」という。）を締結していた。

平成一八年四月二八日、Yは、Aらの委託を受けないで、Aらの取引先であるGとの間で、Aらが同日から平成一九年四月二七日までの間にそれぞれGに対して負担する買掛債務および手形債務につき、極度額を定めてそれぞれ保証する旨の保証契約（以下、併せて「本件各保証契約」という。）を締結した。極度額は、Aについて二四〇〇万円、Bについて二二〇〇万円、Cについて八〇〇万円、D・E・Fについてそれぞれ二〇〇万円であった。

Aらは、いずれも平成一八年八月三十一日に破産手続開始決定を受け、Xら（原告・控訴人・承継前上告人）がそれぞれ破産管財人に選任された（なお、Aらの破産手続開始決定を受けて選任された破産管財人Xは、控訴審の口頭弁論終結後に辞任したため、弁護士Xが新たに破産管財人に選任された。）。

Yは、平成一九年三月二七日および同月二八日、本件各保証契約に基づく保証債務の履行として、Gに対し、Aの債務二四〇〇万円を、Bの債務七三万〇四二八円を、Cの債務二七〇万二七〇〇円を、Dの債務七三万二六一五円を、Eの債務四七万〇九八五円を、Fの債務二〇〇万円をそれぞれ弁済した。

Xらは、平成一九年五月九日、それぞれ本件各当座勘定取引契約を解約したとして、Yに対して解約金債務に相当する金額の払戻しおよび以上の各元金に対するそれぞれ確定遅延損害金ないし未確定遅延損害金の支払いを求めて訴えを提起した。Yは、平成一九年六月一二日、Xらに対し、前記弁済により取得した求償権と本件各当座勘定取引契約に基づき破産者AらがYに対して有する債権とをそれぞれ対当額において相殺する旨の意思表示をした。

第一審（大阪地判平成二〇年一〇月三一日判時二〇六〇号一四一頁<sup>(1)</sup>）と原審（大阪高判平成二二年五月二七日金法一八七八号四六頁<sup>(2)</sup>）は、大略次のように述べて、Xの主張を退け、Yによる相殺を有効とした。まず、Yが取得した事後求償権の破産債権該当性について、事後求償権の主たる発生原因は弁済の事実ではなく保証契約の締結であるから、本件各保証契約がAらの破産手続開始前に締結されている以上、Yが保証債務を履行したことにより生じた事後求償権は破産債権であるとす。そして、本件各相殺が禁止されるかについては、

Yが保証債務を履行したことにより取得した事後求償権は、Aらの破産手続開始後に取得した他人の破産債権にはあらず、破産法七二条一項一号の適用はなく、また、同号にいう取得とは、現実化する前の将来の請求権の取得をいうと解される。Yが将来の請求権としての事後求償権を取得したのは、Aらの破産手続開始前の本件各保証契約の締結によつてであると解すべきであるから、同条を準用または類推適用することもできないとした。

### 〔判旨〕

一部破棄差戻し・一部上告却下

I. 「無委託保証人が弁済をすれば、法律の規定に従って求償権が発生する以上、保証人の弁済が破産手続開始後にされても、保証契約が主たる債務者の破産手続開始前に締結されていれば、当該求償権の発生基礎となる保証関係は、その破産手続開始前に発生しているということができるから、当該求償権は、『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』（破産法二条五項）に当たるといふべきである。したがって、無委託保証人が主たる債務者の破産手続開始前に締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合において、保証人が主たる債務者である破産者に対して取得する求償権は、破産債権であると解するのが相当である。」

II. 「破産者に対して債務を負担する者が、破産手続開始前に債務者である破産者の委託を受けて保証契約を締結し、同手続開始後に弁済をして求償権を取得した場合には、この求償権を自働債権とする相殺は、破産債権についての債権者の公平・平等な扱いを基本原則とする破産手続の下においても、他の破産債権者が容認すべきものであり、同相殺に対する期待は、破産法六七条によって保護される合理的なものである。しかし、無委託保証人が破産者の破産手続開始前に締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をして求償権を取得した場合についてみると、この求償権を自働債権とする相殺を認めることは、破産者の意思や法定の原因とは無関係に破産手続において優先的に取り扱われる債権が作出されることを認めるに等しいものといえることができ、この場合における相殺に対する期待を、委託を受けて保証契約を締結した場合と同様に解することは困難といふべきである。

そして、無委託保証人が上記の求償権を自働債権としてする相殺は、破産手続開始後に、破産者の意思に基づくことなく破産手続上破産債権を行使する者が入れ替わった結果相殺適状が生ずる点において、破産者に対して債務を負担する者が、破産手続開始後に他人の債権を譲り受けて相殺適状を作出した上同債権を自働債権としてする相殺に類似し、破産債権についての債権者の公平・平等な扱いを基本原則とする破産手続上許容し難い点において、破産法七二条一項一号が禁

ずる相殺と異なるところはない。

そうすると、無委託保証人が主たる債務者の破産手続開始前に締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合において、保証人が取得する求償権を自働債権とし、主たる債務者である破産者が保証人に対して有する債権を受働債権とする相殺は、破産法七二条一項一号の類推適用により許されないといふのが相当である。」

#### 須藤正彦裁判官の補足意見

「債権者の相殺についての合理的期待は保護されるべきであるといわれるが、取引界の支配的通念に照らして実質的平等に合致するとみられる場合が合理的期待がある場合に当たるといえる。また、そのことよりすれば、逆に実質的平等に合致しない結果を生じさせるとみられるような場合については、形式的には同「破産」法六七条に該当するようにみえても、合理的な期待を有しないものとして、同条は適用をみないといふべきである。」

破産手続開始時において破産者に対して債務を負担する破産債権者による相殺は、多くの場合、取引界の支配的通念から実質的平等であるとして容認されるための正当化根拠を見出すことができ、相殺に対する期待は合理的で同法六七条が適用されるといえるが、本件はそのような場合と同様に解することは困難である。すなわち、①Aらの破産手続開始時に

は Y の弁済による求償権は現実化していないため、同種の債権の対立の現実化という前提が欠けており、また、② A らは Y に保証を委託していなかったのであるから、債務者である A らが自らの意思により自己の保有する預金債権を求償権を自働債権とする Y による将来の相殺のために供したという前提も欠けており、さらに、③ 無委託保証人が受働債権を有し、これを引当てにして保証をしているという慣行が定着している事情もうかがえないから、Y が破産手続開始後に弁済したことにより取得した求償権を自働債権とする相殺については、取引界の支配的通念で実質的平等があるとして容認されるための正当化根拠が見出されえない。

千葉勝美裁判官の補足意見

「無委託保証契約であっても……契約締結により一定程度債務者に対する与信の付与の効果は生ずるのであり、事務管理という観点からみても、保証債務弁済の時ではなく、保証契約締結の時点で主債務者のための事務管理がされたといわざるを得ない」。無委託保証契約の場合の「事後求償権は、委託保証契約の場合と同様の構造で発生するのであるから、その発生原因も同様に、保証契約と捉えるしかなく、無委託保証契約の場合に限って、その発生原因を保証契約でなく、保証債務の弁済であるとするのは、根拠がない……。」本件事後求償権の発生原因は、無委託保証契約であり、破産手続

開始前に債権発生の原因があるので条件付破産債権である。「無委託保証契約では、そもそも事前求償権は生ぜず、一定の条件が整った場合に事後求償権が生ずるだけであり、……主債務者の関与していない領域の出来事であり、債務者が自己の責任の及ぶことを自覚している経済活動とは評価できないものであるから、債務者にとっては、結果的に自己の利益になることはあっても、将来必要が生ずれば相殺処理されることを想定していたり、担保的機能を初めから容認しているとはいえず、その点で他の破産債権者も、これを容認せざるを得ないものとは考えないというべきである。」

〔評釈〕

1. 本判決の意義

保証人が保証債務の履行として、主債務者に代わって債権者に弁済をすると、保証人は、債権者の主債務者に対する債権を代位取得するとともに（民四九九条・五〇〇条）、主債務者に対して求償権を取得する（民四五九条、四六二条）。破産手続開始前に保証契約が締結され、破産手続開始後に保証人が保証債務を履行した場合に、保証人が代位取得する原債権を自働債権として行う相殺は、破産法七二条一項一号の「破産手続開始後に他人の破産債権を取得したとき」に該当して許されない。これに対して、保証人が

求償権を自働債権として破産手続においてする相殺は一般に有効と解されてきた。もつとも、そこでの議論は、一般に、委託を受けた保証人（以下、「委託保証人」という。）を念頭においたものであり、委託を受けない保証人（以下、「無委託保証人」という。）についてはこれまであまり意識して論じられてこなかったように思われる。そのような状況において、本件では、無委託保証人の事後求償権が破産債権に該当するか、および当該求償権を自働債権とする相殺が認められるかが問題となり、本件第一審・原審を契機としてこの点について議論がされるようになった。

破産者に対して債務を負担する者が、破産手続開始後に破産者が他の破産債権者に対して負う債務を弁済したことにより取得する求償権を自働債権とする相殺について、弁済者が委託保証人である場合には、前述のように、破産手続開始時に有していた将来の請求権（破産債権）が現実化したものとして有効に相殺をすることができる<sup>(3)</sup>と解されてきた（破七〇条参照）。これに対し、純然たる第三者が弁済した場合（民四七四条）には、そもそも求償権が、「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」（破二条五項）にあたる<sup>(4)</sup>といえるかが問題となるが、原債権の存在を破産手続開始前の原因として、求償権は破産債

権に該当すると解すれば、<sup>(4)</sup>この場合の求償権を自働債権とする相殺は、破産法七二条一項一号の相殺禁止に触れると解されている（類推適用）<sup>(5)</sup>。裁判例においても、破産手続開始後に、破産債権者が他の破産債権を弁済したことにより破産者に対して求償権を取得した事案で、名古屋高判昭和五七年一月二二日判時一〇七三号九一頁は、<sup>(6)</sup>「破産宣告後の事務管理に基づく求償権債権を自働債権とする相殺を有効と認めるならば、訴外A〔第三者弁済を受けた破産債権者…筆者〕の有する破産債権は破産手続によらずして弁済されたのと同じ結果を容認することになる上、これはあたかも破産宣告後に他人の破産債権を取得し、これを自働債権として相殺をなす場合と異ならないのであってかかる相殺は破産法一〇四条三号〔現破七二条一項一号〕により禁止されている…」<sup>(7)</sup>として、相殺を否定している。

本件のような無委託保証人の事後求償権を自働債権とする相殺は、委託保証の場合と純然たる第三者弁済の場合との中間に位置付けることができよう。無委託保証人は、保証債務を負担しているという意味では委託保証人に類似することから、保証人の側からみれば、保証債務を負担した時点で、保証債務の履行によって現実化する求償権を自働債権とする相殺を期待して保証契約を締結しているものと

みることもでき、そうであるとすれば相殺の期待があるとも言いうる。他方で、無委託保証人は、そもそも保証債務を負担する義務を負っていないから、保証債務を負担する行為が、破産手続開始決定後に任意に自働債権を発生させようとする行為にあたる<sup>(8)</sup>とみることもでき、この場合には第三者弁済と同視することが可能となる。無委託保証のこのような性格に照らし、無委託保証人による事後求償権を自働債権とする相殺の可否については見解が分かれていた。

本判決は、無委託保証人が破産手続開始前に締結した保証契約に基づき、破産手続開始後に弁済した場合に破産者に対して取得する求償権は破産債権に該当するとした上で、かかる「求償権を自働債権とする相殺を認めることは、破産者の意思や法定の原因とは無関係に破産手続において優先的に取り扱われる債権が作出されることを認めるに等しい」として、無委託保証人が求償権を自働債権とする相殺を否定した<sup>(8)</sup>。本判決は、合理的相殺期待の有無という観点から、委託保証の場合と無委託保証の場合とで求償権を自働債権とする相殺の可否を別異に解すべきことを明らかにした初めての最高裁判決であって、理論的に大きな意義を有するとともに、実務に与える影響も大きい。

以下では、まず無委託保証人が破産手続開始後に保証債務を履行したことにより取得する求償権を自働債権とする相殺の可否に関する見解を整理した上で、本判決について検討を加えることとした。

## 2. 議論の整理

### (1) はじめに

破産手続開始前に保証契約を締結した無委託保証人が、破産手続開始後に保証債務を履行して弁済することにより有する求償権を自働債権とする相殺の可否を検討するに際しては、無委託保証人は弁済額全額について優先的回取を図ることができるのか、およびこの問題をどの段階の問題として捉えるのかという視点から分析することが有用と考えられる。後者については、(a)無委託保証人の事後求償権は破産債権に該当するか、あるいはそれ以外の扱いを受けるかという局面と、(b)事後求償権を自働債権とする相殺が認められるかという局面に分けることができる。

以上のことを念頭に、特に相殺の局面に着目して、無委託保証人の事後求償権の破産手続上の取扱いを概観すると、一般に次の場合が考えられよう。まず、①無委託保証人の事後求償権は破産債権に該当するとした上で、(ア)弁済額全

額につき相殺権の行使を認める立場、(イ)事後求償権の額は主債務者が利益を受けた限度に止まるとして(民四六二条)、無委託保証人は弁済額全額ではなく主債務者が利益を受けた限度でのみ求償権を有すると解し、それを自働債権とする相殺を認める立場、(ウ)相殺を認めない立場が考えられる。次に、②無委託保証人の事後求償権は財団債権に該当するとした上で、(ア)弁済額全額についての相殺を認める立場、(イ)主債務者が利益を受けた限度での求償権を自働債権とする相殺を認める立場が考えられよう。また、③端的に無委託保証人の事後求償権は破産債権に該当しないと見る見解もみられる。このうち、①(ア)および②(ア)は、無委託保証人が弁済額全額について優先的回収を図ることを認めるのに対し、①(イ)・(ウ)および②(イ)は、無委託保証人に弁済額全額についての優先的回収は認めないことを意味しており、それぞれ理論構成は異なるものの、無委託保証人、主債務者、他の破産債権者をめぐる利益状況は大きくは異ならないとみることができる。

(2) 弁済額全額について優先的回収を認める立場  
 無委託保証人の事後求償権は破産債権に該当するとした上で、弁済額全額について相殺による優先的回収を認める立場がある(①①(ア))。すなわち、事後求償権は保証契約を原因として発生するものであるから破産債権に該当するとし、破産法七二条一項一号という破産債権の取得とは、現実化する前の将来の請求権を取得することを意味するところ、無委託保証人が将来の請求権として事後求償権を取得したのは、保証契約が締結された破産手続開始前のことであるから、無委託保証人が事後求償権を自働債権とする相殺に同条の適用はないとする見解である。本件の第一審判決および原判決の採用するところであり、この見解を支持するものもある<sup>10)</sup>。

(3) 弁済額全額について優先的回収を認めない立場  
 ① 破産債権としつつ求償権の範囲を限定して相殺を認める見解  
 無委託保証人の事後求償権は破産債権に該当するとした上で、無委託保証人が主たる債務者の破産手続開始後に保証履行した場合の求償権の範囲は、弁済等の免責行為をした当時に主債務者が利益を受けた限度、あるいは求償時において現に利益を受けている限度であって(民四六二条)、



無委託保証人が主たる債務者の破産手続開始後に保証履行をした場合、求償債権の範囲は、保証履行当時またはその後の求償当時の利益にとどまると解する。そして、破産財団が利益を受けたのは、破産債権の額面相当額ではなく、配当予定額と考えるべきであって、無委託保証人は、配当予定額に相当する債権（事後求償権）と預金債務を相殺できるとどまるとする<sup>(11)</sup>。この見解によれば、無委託保証人は、破産配当予定額の限度でのみ求償権を取得するにとどまるため、弁済額全額につき優先的回収を図ることは認められない。この場合、預金を全額返金して原債権にかかる配当金を受領すると、同じ結果に至ることになる<sup>(12)</sup>。

② 破産債権であるとしつつ相殺権の行使を認めない見解

無委託保証人の事後求償権は破産債権に該当するとしつつ<sup>(13)</sup>、これを自働債権とする相殺は認めないとの立場には<sup>(14)</sup>、(1)①(ウ)、理由付けを異にする複数の見解がある。

まず、(一) 相殺権を行使するにあたっては、基準時における自働債権の存在を厳格に確認する必要があるとして、保証人が主債務者の破産手続開始後に代位弁済したことによって取得する事後求償権は、基準時後に取得した債権であって、破産法七二条一項一号の類推適用により原則とし

て相殺は禁止されるとする見解である<sup>(14)</sup>。この考え方を前提とすれば、委託保証の場合であっても同様に相殺が禁止されることになる<sup>(15)</sup>。相殺期待が合理的かどうかで判断することによる予測可能性の不明確さを排除する見解といえよう。

次に、(二) 相殺の可否を合理的相殺期待の有無にかからしめ、委託保証と無委託保証の場合を峻別し、主債務者が破産手続開始時に自己の有する債権が将来発生する事後求償権の満足に充てられることを予期していたか否かを、合理的相殺期待の有無の判断基準とする見解がある。すなわち、委託保証の場合には、保証委託契約の締結により、保証人および主債務者は事後求償権が将来発生することを予期すべき法的地位に立つから、保証人は、主債務者の自己に対する債権をもって将来発生する事後求償権の満足に充てられることを期待し、他方で主債務者も、破産手続開始時に、その有する債権が将来発生する事後求償権の満足に充てられることを予期しうる立場にあったといえる。そうすると、保証人には、将来発生する事後求償権と破産財団所属債権との相殺について合理的期待が存するものといえ、破産手続開始後の保証履行により発生した受託保証人の事後求償権を自働債権とする相殺権の行使は、破産手続上保護されるべきであるとする<sup>(16)</sup>。これに対し、無委託保証の場

合は、主債務者は保証履行およびその通知がない限り、事後求償権の発生を了知しえないから、保証人は、主債務者の破産手続開始時において、主債務者の自己に対する債権をもって将来発生する事後求償権の満足に充てることを期待しうる立場にある一方で、主債務者は、破産手続開始時に、その有する債権が将来発生する事後求償権の満足に充てられることを予期しうる立場にない。そうすると、主債務者の破産手続開始時において事後求償権が発生していない限り、破産財団に対して債務を負担する保証人には、事後求償権と破産財団所属債権との相殺についての合理的期待が存するとは認められず、無受託保証人が破産手続開始後に保証履行して事後求償権を取得した場合は、破産法七二条一項一号の類推適用により相殺が禁止される<sup>(17)</sup>。

さらに、(iii) 合理的相殺期待がある場合にのみ破産法上の相殺を可能とする見解がある<sup>(18)</sup>。相殺権は、担保権（別除権）と同様の扱いを受けるのであるから、相殺権の保護の根拠は担保権のそれと同様に解されるべきである。すなわち、より低い費用による信用供与、より長期間の信用供与、より信用度の低い債務者に対する信用供与などを可能にする機能が相殺権にはあり、これを保護しなければならぬから、倒産法上、相殺権も保護されると解されるべき

である。よって、合理的相殺期待が認められるためには、保証人の主債務者に対する債権が、信用供与の結果生じた場合、主債務者の保証人に対する債権が信用供与の担保となりうる程度に条件成就の蓋然性を備えている場合であると解すべきであるとする<sup>(19)</sup>。そして、無受託保証人の事後求償権に関しては、本件のように、債権者の主債務者に対する信用供与が完了しており、主債務者と保証人間の合意（交渉）も存在しない場合には、主債務者・保証人間の債権に合理的相殺期待を成立させたとしても、債権者が主債務者に対して（有利な）信用を供与する可能性、あるいは保証人が主債務者の債務不履行リスクより有利な条件で引き受ける可能性は定型的に存在しないから、この対立に合理的相殺期待を認めるべきではないとする<sup>(20)</sup>。

③ 財団債権になるとした上で破産債権の実価での相殺を認める見解

無受託保証人の弁済を事務管理（民六九七条）と解するならば、破産手続開始後の弁済に基づく求償権は、破産法一四八条一項五号の財団債権になるが、その求償権の額は、消滅させた破産債権の実価にとどまり、相殺もこの実価の限度でなしうるとする考え方である（①②イ）。敷衍すると、停止条件付事後求償権を付与する目的は、主債務者に

信用を供与した保証人の地位を保全する点、すなわち、保証人が主債務者の債務不履行リスクを引き受ける条件をめぐって両者の間で交渉が行われた結果として保証人に付与される法的地位を保護することにある。そうすると、保証人に担保的地位(合理的相殺期待)を認める正当化根拠もなく、保証人と主債務者が交渉した結果として保証人の地位が決定したという過程が存在しない場合には、無委託保証人に停止条件付事後求償権を認める必要はない。よって、本件のような場合は、保証人に担保的地位(合理的相殺期待)があるとはいえず、無委託保証人は、保証債務を履行した時点で無条件で期限の到来した求償権が初めて成立すると解すべきである。この求償権は、財団債権(破一四八条一項五号)であり、その額は破産債権たる債権者・主債務者間の債権の実価と解されるとする<sup>(22)</sup>。

求償権が財団債権になるとすれば、一般に、財団債権と破産財団所属債権との相殺が認められることから、無委託保証人の事後求償権を自働債権とする相殺が認められることになりそうである<sup>(24)</sup>。もともと、この見解によると、かかる場合に保証人が行使できる債権の額は、消滅させた破産債権の実価にとどまり相殺も実価の限度でのみ可能である<sup>(25)</sup>とし、財団債権を自働債権とする相殺を認めるものの、無

委託保証人に弁済額全額についての優先的回収を認めるものではない。

(4) 破産債権に該当しないとする考え方

そもそも無委託保証人の事後求償権は破産債権に該当しないと見る見解も見られる<sup>(26)</sup>。(1)(3)。その理由として、保証人の求償権発生の主たる原因は主債務者・保証人間の委託契約に基づくものであるところ、無委託保証人の場合はこの委託契約が存在しない。そうすると、事務管理行為とされる保証人の弁済行為が求償権発生原因となり、これが破産手続開始決定後になされた場合には、これにより生じた求償権が破産手続開始前の原因に基づくもの(破二条五項)とは言えないとする<sup>(27)</sup>。

ここでは、事後求償権が破産債権にあたらぬとして、それが破産手続上どのように扱われることになるのかについては必ずしも明確ではない。破産債権該当性を否定し、無委託保証人の事後求償権は破産手続開始後に発生した債権として、自由財産に対してのみ行使可能な債権であると解する余地もある。しかし、保証人の弁済がなければ債権者の権利は財団の負担となっていたのに対し、弁済があったことにより財団の負担が減り、逆に自由財産の負担が増大するといったように、財団の負担と自由財産の負担

が破産手続開始後の外在的事情により変動することは、破産手続開始時を基準時とする原則に反するのではないかという批判がありうる<sup>(28)</sup>。また、自由財産に対する債権であるとするれば、破産者が法人である場合には、事実上求償権についての弁済をほぼ見込めず、破産者が個人である場合には、免責の対象とならずに、債務者の自由財産から場合によつては満額の弁済を受けうることになりかねず落ち着きが悪いと言えよう。

#### (5) 小括

無委託保証人の事後求償権を自働債権とする相殺の可否については、事後求償権が破産債権に該当するとして、その弁済額全額について相殺による優先的回収を認める見解<sup>(2)</sup>のほかは、事後求償権を破産債権と解するにせよ、財団債権と解するにせよ、破産法上の相殺権の行使を認めるか、相殺権の行使を否定して破産配当を受ける地位に置るか、あるいは財団債権として破産債権の実価での相殺を許容するか、その構成は種々あるが、結局、無委託保証人は、弁済額全額について優先的な債権回収を行うことはできず、弁済の対象となった破産債権の実価（あるいは破産配当額）での弁済を受ける地位しか認められない。その意味で、無委託保証人、破産財団、他の破産債権者をめぐる

利益状況は実ほども変わらないうことが出来る。これらは、どの段階で問題を処理するか、どのような枠組みで判断を行うのかという違いに帰着する。

事後求償権を同じく破産債権と解しつつ、これを自働債権とする相殺を認めない見解<sup>(3)(2)</sup>においても、その構成は異なる。(i)の見解は、基準時における自働債権の存在を厳格に解し、当該債権が基準時後に取得した債権か否かで判断を行い、相殺期待の有無あるいはその合理性の判断には踏み込まない。これに対し、その考慮要素は異なるものの(ii)・(iii)の見解は、相殺期待の合理性とすることを正面から問題とする。(i)の場合は、委託保証の場合の事後求償権と無委託保証のそれとを同じく扱うことを求めらるることになり、委託保証の場合には事後求償権を自働債権とする相殺が認められるという現在の扱いに変更を加えざるをえなくなる可能性を含んでいる。他方、(ii)・(iii)の場合は、より柔軟な扱いができるものの、相殺期待が合理的か否かの判断に多くの比重を置くため、相殺の許容性に対する予測可能性が立ちにくいという批判が向けられることが予想される。以上を踏まえて、以下では、本判決の判示を検討していきたい。

### 3. 検討

#### (1) 破産債権該当性

破産債権とは、破産者に対して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であつて、財団債権に該当しないものをいう(破二条五項)。無委託保証人の事後求償権の発生原因を、保証人と債権者との保証契約に求めるならば、求償権は破産債権に該当すると解することもできるし、これを保証人の弁済行為に求めるならば、当該求償権は破産債権に該当しない(財団債権に該当する)との見解も成り立ちうる(前述2③③および4参照)。理論的には両方ありうると考えられるが、本判決は、主債務者の破産手続開始前に保証契約が締結されていれば、無委託保証人による弁済が破産手続開始後にされても、当該求償権の発生の基礎となる保証関係は破産手続開始前に発生しているとして、無委託保証人の事後求償権の破産債権該当性を認めた<sup>(29)</sup>。この結論は広く支持されているといえよう。

無委託保証人の事後求償権の破産手続における処遇を検討するにあたっては、(a)これが破産債権に該当するかで処理する考え方と、(b)将来の請求権を広く捉え、それを自働債権とする相殺の可否の段階で処理する考え方の二つを想定することができる。本判決は、これを主に(b)の問題とし

て処理したものといえる。以下では、無委託保証人の事後求償権は破産債権に該当するとの判断を前提に、かかる事後求償権を自働債権とする相殺の可否について検討していくこととしたい。

#### (2) 相殺の可否

##### ① 本判決の判断枠組み

破産法は、破産債権者が破産手続開始時において破産者に対して債務を負担するときは、破産手続によらずに相殺をすることを認めており(破六七条一項)、破産債権者の相殺に対する期待を保護している。さらに、破産債権者の有する債権が停止条件付債権または将来の請求権であるときは、停止条件が成就するまでは相殺適状に至らず、その段階では相殺をすることはできないが(破六七条二項前段参照)、後の相殺に備えて、停止条件付破産債権を有する債権者が、自己の破産者に対する債務を弁済する場合には、相殺に供しうる自己の債権額の限度において弁済額の寄託を請求することができる(破七〇条)。一般に、停止条件付破産債権を有する債権者は、破産手続中に停止条件が成就した場合には、それを自働債権とした相殺をすることができる<sup>(30)</sup>。したがって、無委託保証人の事後求償権は破産手続開始前の保証契約により成立した停止条

件付債権であると捉えらるると、破産手続開始後の弁済により取得した事後求償権を自働債権とする相殺も許されると解することができる。

しかしながら、本判決は、次のような理由から無委託保証人の事後求償権を自働債権とする相殺を認めなかった。すなわち、委託保証の場合には、事後求償権を自働債権とする相殺は、他の破産債権者が容認すべきものであり、同相殺に対する期待は破産法六七条によって保護される合理的なものである。しかし、無委託保証人の事後求償権を自働債権とする相殺を認めることは、破産者の意思や法定の原因とは無関係に破産手続において優先的に取り扱われる債権が作出されることを認めるに等しいものといえることができるから、この場合における相殺期待を委託保証の場合と同様に解することはできない。そして、無委託保証人が事後求償権を自働債権としてする相殺は、破産手続開始後に破産手続上破産債権を行使する者が入れ替わった結果相殺適状が生ずる点において、破産者に対して債務を負担する者が、破産手続開始後に他人の債権を譲り受けて相殺適状を作出した上、同債権を自働債権としてする相殺に類似するから、破産法七二条一項一号の類推適用により、かかる相殺は許されないとした。

無委託保証人の事後求償権を自働債権とする相殺の可否の問題を、本判決は主として合理的相殺期待の有無で判断する枠組みを採用している（前記2③②（ii）の見解に近い。）といえることができる。

## ② 相殺の合理的期待

無委託保証人の立場からみれば、保証債務を負担しているという意味で委託保証人の場合に類似することから、保証債務負担時に、保証債務の履行により現実化する求償権を自働債権とする相殺に対する期待があるとみることでもできる。しかしながら、本判決は、事後求償権を自働債権とする相殺を、他の破産債権者が容認すべきものであるか否かを問題とし、容認すべきと評価できない場合には、自働債権の債権者による相殺に対する期待は合理的なものといえないとする。そして、無委託保証人の場合には、破産者の意思の関与が欠けていることから、求償権を自働債権とする相殺に対する期待が破産法によって保護される合理的なものとはいえないと述べる。ここでいう破産者の意思の関与とは、補足意見を加味すると、債務者自らがその意思により自己の保有する債権（受働債権）を将来相殺に供することを容認したことを意味する。

無委託保証契約は、保証人と債権者の間で締結できるこ

とから、破産者（主債務者）に対して債務を負う者は、主債務者の関与のないままに、主債務者の破産手続開始前に保証契約を締結し、主債務者の破産を機に、自身の判断によつて主導的に相殺適状を作り出し、他の債権者に先立つて優先的な債権回収を図る状況を生じさせることができる。たしかに、無委託保証であつても主債務者の信用供与に資する側面があるともいえるが、保証人が、破産手続開始後、任意に相殺権を行使できる状況を生み出しうることは、破産手続開始後に財団所属財産について特定の破産債権を被担保債権とする担保権を設定するに等しいとみることも可能であり、そうであるとすれば、かかる相殺を認めないとの判断も妥当と評価できよう。また、停止条件付債権あるいは将来の請求権を自働債権とする相殺の場合は、破産手続開始時に債権・債務の対立が現実化しているとはいえず、これらの債権を自働債権とする相殺に対する期待はそれほど高くないと判断しうることから、この結論を支持できると思われる。そして、破産法七二条一項一号の趣旨は、財団所属財産の上に特定の破産債権を被担保債権とする担保権を破産手続開始後に設定する行為を禁止することにあるとすれば、<sup>(32)</sup>破産財団に対して債務を負担する者が、他人から破産債権を取得した場合だけでなく、破産手続開

始後に新たな破産債権を取得した場合も本条一項一号の類推適用があると解される。

③ 債務者（破産者）の意思の関与

本判決を、破産法上の相殺権（破六七条）を行使するためには合理的相殺期待が必要であり、それは債務者（破産者）の意思の関与があるか否かによつて判断されると判示したものと読むと、債権・債務が対立している場合には、一般的に相殺期待があるものとして相殺権の行使を認めてきた従来の一般的な考え方<sup>(33)</sup>とは異なる立場が示されたものとみることでもできる。このように破産者の意思の関与の有無を相殺の可否の判断基準とすることに対しては懸念も強い。<sup>(34)</sup>しかしながら、須藤裁判官の補足意見によると、破産手続開始時に既に同種の債権が対立し弁済期にある状態（相殺適状）が現実化している場合には、そこに実質的平等であると容認されるための正当化根拠があつて、相殺の合理的期待が認められることとなる。この場合には、特に債務者の意思は問題とされていないことから、本判決を前提としても、相殺権を行使するにあたり、常に債務者の意思の関与あるいは受働債権を将来の相殺に供する意思が必要であるということにはならないであろう。破産者の意思を問題とするのは、破産手続開始時には債権・債務の対立

が現実化していないため、相殺期待が通常の場合よりも低いと評価できるような停止条件付債権あるいは将来の請求権を自動債権とする相殺の場合で、しかも、そのような債権を自動債権とする相殺が取引界において広く認められていないような状況と考えられる。

#### 4. おわりに

本判決は、無委託保証人の事後求償権について弁済額全額についての優先的な債権回収を認めず、その理論構成としては、無委託保証人の事後求償権を破産債権としつつ、合理的相殺期待の有無という観点から相殺権の行使を否定した。この後、無委託保証人は事後求償権を破産債権として届け出て、破産配当を受けることになろう。

前記第2章で検討したように、弁済額全額について優先的回収を認めない見解としては、本件のように、事後求償権を破産債権としつつ相殺権の行使を認めない方法のほか、(a)事後求償権を破産債権としつつ求償権の範囲を限定して相殺を認める見解、(b)財団債権になるとした上で破産債権の実価での相殺を認める見解、(c)破産債権に該当しないと考える方がありうる。(c)は、前述のようにその後の処理に問題が生じるため首肯することは難しい。(a)・(b)は、い

ずれも求償権の額を、無委託保証人の弁済時に主たる債務者が利益を受けた限度で、あるいは主たる債務者が現に利益を受けている限度でのみ生じるものとし(民四六二条)、これを主債務者が破産配当を免れた額と解して、破産債権の実価でのみ破産手続によらない債権回収を認めるものである。(a)のように解した場合、そもそも求償権が破産債権の実価でしか生じないとすれば、保証人が事後求償権を自動債権とする相殺を行わず、これを破産債権として届け出て破産配当を受けた場合には、配当の段階で当該債権が重ねて縮減されるという事態も生じかねない<sup>(35)</sup>。また、(b)のように事後求償権の発生原因を無委託保証人による弁済(事務管理)と捉え、これを財団債権と解することは理論的にはありえようが、純然たる第三者による弁済によって生じる求償権も破産債権として扱って相殺禁止にかからしめている現在の一般の見解の下では、無委託保証人の事後求償権を財団債権ではなく破産債権として扱うことの方に、処理の一貫性が見出しうるものと考えられる。これらのことを考慮すれば、本判決の理論構成は穏当なものと評価することができよう。

本判決は、委託保証人の事後求償権を自動債権とする相殺については、「同相殺に対する期待は、破産法六七条に



よって保護される合理的なものである」とする一方で、無委託保証人のそれについては、破産法七二条一項一号の類推適用によりこれを否定しており、破産法六七条と七二条の関係をどう捉えるかについては明示していない。<sup>(36)</sup> 本判決は、相殺権の保障(破六七条)と相殺禁止(破七一条・七二条)との関係について論じる契機となろう。<sup>(37)</sup>

- (1) 第一審の評釈として、亀井洋一「判批」リージョナルバンキング五九巻五号(二〇〇九年)五二頁、内田義厚「判批」別冊判タ二九号(二〇一〇年)二三八頁がある。また、第一審判決に触れるものとして、黒田直行「保証人の求償債権による破産者の預金債権との相殺(破産法上の相殺禁止)」J・A金融法務四五四号(二〇〇九年)四六頁がある。
- (2) 原審の評釈として、佐々木修「判批」銀法21第七二三号(二〇一〇年)二六頁がある。
- (3) 竹下守夫編代『大コンメンタール破産法』(青林書院、二〇〇七年)三二三頁「山本克己」、伊藤眞「破産法・民事再生法」『第二版』(有斐閣、二〇〇九年)三七七頁、山本和彦ほか『倒産法概説』『第二版』(弘文堂、二〇一〇年)二五七頁「沖野眞己」など。
- (4) 伊藤・前掲注(3)三七七頁、山本和彦ほか・前掲注

- (3) 二五七頁「沖野眞己」。山本克己「倒産法上の相殺禁止規定(一)」民商八九巻六号(一九八四年)八二〇頁注(9)も参照。
- (5) 竹下編代・前掲注(3)三二三頁「山本克己」、伊藤・前掲注(3)三七七頁、山本和彦ほか・前掲注(3)二五七頁「沖野眞己」、山本克己編著『破産法・民事再生法概論』(商事法務、二〇一二年)二八〇頁「畑瑞穂」。
- (6) 本判決に言及するものとして、山本克己・前掲注(4)八一八頁がある。
- (7) この判決が、この求償権の性質をどのように解していたのかは定かではない。事務管理に基づくすると財団債権に当たるとも考えられるが、そうすると、後述のように破産法上の相殺禁止規定は問題とならないとも考えられる。
- (8) 本判決の評釈・解説として、石毛和夫「紹介」銀法21第七四六号(二〇一二年)六〇頁、藤原彰吾「判批」金法一九五四号(二〇一二年)四頁、岡正晶「判批」金法一九五四号(二〇一二年)六五頁、宗宮英俊ほか「判批」NB L九八七号(二〇一二年)八七頁、田高寛貴「判批」民事判例V二〇一二年前期(二〇一二年)一三三頁、力石剛志「判批」ビジネス法務二〇一二年二月号六九頁、野村秀敏「判批」法支一六八号(二〇一三年)二四頁、栗田隆「判批」関法六二巻六号(二〇一三年)三〇六頁、古里健治「判批」法務研究(日本大学法科大学院)一〇号(二〇

- 一三年) 一一七頁、渡邊博己「判批」京園七〇号(二〇一二年) 五九頁、田村陽子「判批」判評六五〇号(判時二一七五号)(二〇一三年) 一一二頁、中島弘雅「判批」ジュリ一四五三号(二〇一三年) 一三九頁、伊藤眞「松下淳一編『倒産判例百選』第五版」(有斐閣、二〇一三年) 一四〇頁「栗田隆」がある。また、本判決を取り上げた特集記事として、渡邊博己「本最高裁判決の検討」銀法21第七四七号(二〇一二年) 一二頁、遠藤元一「本最高裁判決が相殺の実務にもたらす影響」同一八頁、吉元利行「委託のない保証の実情」同一四頁があり、また、本件を素材に論じるものとして、宇都木旭「破産手続開始前の無委託保証人が、破産手続開始後の弁済により取得した求償権と貯金解約返戻金債務を相殺することは可能か」JA金融法務五〇〇号(二〇一二年) 四〇頁、小林信明「主たる債務者の倒産後における、委託なき保証人の求償権と相殺」ジュリ一四四八号(二〇一二年) 七六頁がある。
- (9) ①㉞について、相殺を認めないとしても、破産手続において、弁済額全額での債権届出を認めるか、主債務者が利益を受けた限度の額のみでの債権届出を認めるかという問題がある。後者の場合、そもそも届出をする求償権の額が倒産債権の評価額に縮減されているにもかかわらず、配当の局面でさらに縮減の対象となってしまうという問題も生じかねない。
- (10) 本件第一審の評釈である亀井・前掲注(1) 五五頁、内田・前掲注(1) 二三九頁。
- (11) 岡・前掲注(8) 七〇—七一頁。パネルデイスカッション「倒産と相殺」事業再生と債権管理一三六号(二〇一二年) 四二頁「水元宏典発言」が示唆するところでもある。
- (12) 岡・前掲注(8) 七一頁。
- (13) この見解は、求償権の額について明確に触れているわけではないが、保証人の弁済額全額について求償権が発生することを前提にしているものと考えられる。
- (14) パネルデイスカッション・前掲注(11) 四〇頁「服部敬発言」。なお、論者は、破産法七〇条の規定自体に疑問を呈する。同二五—二六頁。
- (15) パネルデイスカッション・前掲注(11) 四〇頁「服部敬発言」。もともと、委託がある場合は、遅くとも主債務者の破産と同時に、あるいは支払承諾取引約定によるならばもつと前に事前求償権が発生するため、これを自動債権とする相殺を認めることはできるとする。なお、事前求償権を自動債権とする相殺については議論がある。山本克己「求償義務者倒産時における求償権者の地位——その権利行使方法に関する立法論的考察——」石川明古稀「現代社会における民事手続法の展開」下(商事法務、二〇〇二年) 六三一頁参照。
- (16) 坂川雄一「保証人の事後求償権と相殺——相殺権行使

の可否の観点からの考察——」倒産実務交流会編『争点倒産実務の諸問題』(青林書院、二〇一二年)二七七—二七八頁(初出、銀法21第六八九号(二〇〇八年)三一—三二頁)。

(17) 坂川・前掲注(16)二七九—二八〇頁。縣俊介Ⅱ清水靖博「相殺の制限規定等」東京弁護士会倒産法部編『倒産法改正展望』(商事法務、二〇一二年)三七九—三八〇頁も、無委託保証が債務者の関与も予期もいまま一方的に行われることに鑑みると、このような相殺期待は合理的な期待であるとは認められないという。

(18) 中西正「委託を受けない保証人の求償権と破産財団に対する債務との相殺の可否」前掲注(16)書二八三頁以下(初出、銀法21第六八九号(二〇〇八年六月)三七頁)(以下、中西「相殺の可否」として引用)、中西正「いわゆる『合理的相殺期待』概念の検討」事業再生と債権管理一三六号(二〇一二年)五一頁(以下、中西「合理的相殺期待」として引用)も参照。

もっとも、論者は、停止条件付事後求償権を付与する目的は主債務者に信用を供与した保証人の地位を保全する点にあるが、本件のような場合には、主債務者のデフォルト・リスクを引き受けた保証人に担保的地位(合理的相殺期待)を認める正当化根拠はなく、保証人と主債務者が交渉して合意により保証人の地位を決定する過

程もないから、無委託保証人に停止条件付事後求償権を認める必要はなく、求償権は財団債権(その額は破産債権たる債権者の主債務者に対する債権の実価である。)になるとする(後述③参照)。中西「合理的相殺期待」・前掲注(18)五一頁。

なお、合理的相殺期待概念については、中西正「破産法における相殺権」法学六六卷一号(二〇〇二年)七頁以下参照。

(19) 中西「相殺の可否」・前掲注(18)二八四—二八五頁、中西「合理的相殺期待」・前掲注(18)四七—四八頁。

(20) 中西「合理的相殺期待」・前掲注(18)五〇頁。中西「相殺の可否」・前掲注(18)二八五—二八六頁も参照。

(21) なお、第三者弁済の場合の求償権が財団債権となりうる余地に言及するものとして、山本克己・前掲注(4)八一—八頁、山本克己「相殺権と相殺禁止の見直し」ジュリー一一一号(一九九七年)一一〇頁、山本克己編著・前掲注(5)二八三頁注(27)「畑穂穂」。また、民事再生手続の場合、このような求償権が共益債権になりうるとするものとして、才口千晴Ⅱ伊藤眞監修・全国倒産処理弁護士ネットワーク編『新注釈民事再生法「上」』(第二版)。(金融財政事情研究会、二〇一〇年)五三九頁「中西正」。もっとも、純然たる第三者が弁済する場合、求償権の根拠が破産財団のための事務管理にあたることを前提としつつも、破産債

権に対して完全な満足を与えることは破産手続上予定されてい  
ないことから、この場合の求償権は財団債権とはならず、原債権  
の存在という破産手続開始前の原因に基づく破産債権になると  
する見解もある。伊藤・前掲注(3)三七七頁。

(22) 中西「合理的相殺期待」・前掲注(18)五一頁。中西「相殺の可否」・前掲注(18)二八六頁も参照。

(23) 伊藤・前掲注(3)三六一頁、山本克己編著・前掲注(5)二〇二―二〇三頁「長谷部由起子」。

(24) 第三者弁済の場合について、山本克己・前掲注(4)八一八、八二〇頁注(8)、山本克己編著・前掲注(5)二八三頁(注27)「畑瑞穂」。

倒産手続開始後に第三者が倒産者の債務を弁済し、任意地位によつて取得した求償権を自動債権とする相殺を認めないとするものとして、青山善充「倒産法における相殺とその制限(2)」・金法九一一号(一九七九年)九頁。

(25) 中西「相殺の可否」・前掲注(18)二八六頁。

第三者弁済の場合について、このような解釈をとると、民法七〇二条三項の解釈として、要件論的に問題があるし、その評価額を決定しうるか否かも検討を要するし、また、民法四六二条二項本文の求償権(倒産債権である。)に右解釈の及ぼす影響、民法四七四条の利害関係の範囲が手続開始により変化を受けるか否かなどの検討も

必要であると指摘するものとして、山本克己・前掲注(4)八二一頁注(9)。

(26) 栗田隆「主債務者の破産と保証人の求償権——受託保証人の事前求償権と無委託保証人の事後求償権を中心にして——」・関法六〇巻三号(二〇一〇年)六八頁、増市徹

「保証人の事後求償権と相殺——破産手続における事後求償権の属性の観点からの考察——」・前掲注(16)書二七四頁(初出、銀法21第六八九号(二〇〇八年)一九九頁。後者は、いずれにしても、「原債権の限度」という制約のもとにのみ行使が認められるとする(二九九頁)。

(27) 増市・前掲注(26)二七三―二七四頁。

(28) 山本和彦「倒産手続における求償権の処遇」・関西法律特許事務所編「民事特別法の諸問題第四卷」(第一法規出版、一九八〇年)二六九―二七〇頁。

(29) 事後求償権の発生原因および破産債権該当性の検討については、栗田・前掲注(8)三一六頁以下が詳しい。同論文は、本件の問題を本文中次の(a)の問題として処理することを妥当とする。

(30) 竹下編代・前掲注(3)三〇三頁「山本克己」、山本和彦ほか・前掲注(3)二四六頁「沖野真己」、伊藤真ほか『条解破産法』(弘文堂、二〇一〇年)五一―五頁。

(31) 無委託保証は、継続的な取引関係の中で、主債務者の信用維持の役割をにない、主債務者を利するものたりうる

から、これには一定の有用性が認められ、また実際に用いられていることから、無委託保証人は相殺を期待してよい立場にはないとの判断は早計であると述べるものとして、

脱稿後、木村真也「委託なき保証人の事後求償権と破産手続における相殺」金法一九七四号（二〇一三年）三二頁に接した。

田高・前掲注(8)一三四—一三五頁。

(32) 竹下編代・前掲注(3)三一、三〇六頁「山本克己」、伊藤ほか・前掲注(30)五三二頁参照。

(33) 実務的には、破産法「六七条は相殺の期待を全面的に保護する規定であり、七二条に該当しない限りは相殺が可能である」と捉えてきたとされる。藤原・前掲注(8)五頁。

(34) 遠藤・前掲注(8)二一—二三頁、田高・前掲注(8)一三五頁。藤原・前掲注(8)五頁も参照。

(35) 事務管理の場合の費用償還請求権(民七〇二条三項)についても、影響が生じる余地が出てこようか。

(36) 須藤裁判官と千葉裁判官の補足意見の間にも、破産法六七条と七二条の関係の捉え方に若干の相違があるように思われる。須藤裁判官は、基本的に破産法六七条の適用の有無を問題とするのに対し、千葉裁判官は、本件は破産法七二条一項一号の問題であるとす。

(37) この点については、小林・前掲注(8)七九—八〇頁に検討がある。

村田 典子