



## 最高裁判所民事判例研究(民集49巻1号)

八田, 卓也

---

(Citation)

法学協会雑誌, 114(2):207-221

(Issue Date)

1997-02

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90004119>



# 最高裁判所民事判例研究

東京大学判例研究会

## 民集四九卷一号

一 複数の全部義務者のうち何れかの者に和議が成立した場合において、他の全部義務者が債権者に対し手続開始の前に弁済をしたことにより求償権を取得した場合には、その求償権は和議条件どおりに変更される。当該全部義務者が手続開始の後に弁済をしたことにより求償権を取得した場合には、この求償権の行使は、債権者が債権全額の満足を受けた場合にのみ認められ、且つ、当該全部義務者が弁済による代位によって取得する債権者の和議債権（和議条件により変更されたもの）を超えることは許されない。

和議法四五条、破産法二六条一項・二項、民法四六五条・四四二条・五〇〇条

平成七年二月二〇日第二小法廷判決（平成三年（才・第四九二号・政本光男）外一名対成瀬好英 求償債権請求事件）民集四九卷一号一頁

〔事実〕 Y（被告・控訴人・上告人）につき、昭和六〇（一九八五）年三月六日に和議開始決定が下り、以下の内容の和議条件で和議を認可する旨の決定が同年六月一二日に確定した。すなわち（一）和議債務者Yは和議債権者に対し、認可決定確定の日から六ヶ月を経過した日（即ち昭和六〇（一九八五）年十二月二日）を第一回とし、以後一年目毎に合計一五回にわたり、それぞれ和議債権元本の四パーセント相当額を支払う（総計六〇％）。（二）以上の支払が終えられた時には、残余の和議債権・遅延損害金等は免除される。

ところで、Yは、訴外Aが代表者を務める株式会社訴外Bの訴外Cに対する債務（貸付金債務）につき、X<sub>1</sub>（原告・被控訴人。控訴審係属中に死亡）およびAとともに連帯保証をしていたものであるところ、X<sub>1</sub>はCに対し、昭和五六（一九八一年）年一〇月三十一日から昭和六三（一九八八）年一〇月二〇日に渡り合計四五九七万円余を支払った。すなわち、X<sub>1</sub>は本件和議開始決定の前から認可決定確定の後に渡ってCに対する弁済を行ったわけである（ただしCの債権金額が弁済されたかどうか、何時幾ら弁済されたかは原審では認定されていない）。上記弁済によりX<sub>1</sub>は、Yに対し弁済金四五九七万円余の半額の二二九八万円余の求償権を取得したとして（以下、これをYの債務として本件求償債務と称する）、この支払を求め訴えを提起した（B社は事実上倒産しAは無資力である）。これが本件訴訟である。

第一審はいわゆる欠席判決でX<sub>1</sub>の請求を全部認容。これに対しYが控訴し、本件和議の成立を抗弁として主張した（ほかにも抗弁として主張した事由があるが、省略する。なお、控訴審中にX<sub>1</sub>死亡により、X<sub>2</sub>・X<sub>3</sub>（被控訴人・被上告人）が訴訟を受継している）。第二審は、本件和議の成立を認定したうえ、YのX<sub>1</sub>に対する本件求償債務を和議開始決定前後で特に区別せず一体として、本件和議条件によって変更されたとし、YがX<sub>1</sub>に対し、本件求償債務の元本につき、X<sub>1</sub>からYへの本件訴訟提起による催告後の最初の和議債務支払日である平成元（一九八九）年二月二日を第一回としてそれから平成一二（二〇〇三）年まで毎年二月二日に四％ずつ支払い、合計六〇％を支払った場合には残余の債務は免責されることになるが、Yがこの条件にしたがった支払をしなかった場合には、Yは残余の債務の免責の利益を失い、その全額につき平成一五（二〇〇三）年二月一三日に支払をする義務が生ずることになるとした上で、YがX<sub>1</sub>らに対し上記第一回分の支払を期日に為した旨の主張立証が無い事を理由に、和議条件の通りの支払がなかったとして、第一回分の支払を直ちに、第二回から一五回までの支払をその通りに、残余の債務についての支払を平成一五（二〇〇三）年二月一三日になすように命じる判決を下した。

これに対しYが上告（最高裁は上告理由に直接答えていないため、上告理由は省略する）。

〔判旨〕 上告人敗訴部分につき破棄・差し戻し。

一 「連帯保証人は、自己の負担部分を超える額を弁済した場合は、民法四六五条一項、四四二条に基づき、他の連帯保証人に對し、右負担部分を超える部分についてのみ、求償權を行使し得るにとどまり、〔最判昭和四十六年三月一六日民集二五卷二号一七三頁〕、弁済した全額について負担部分の割合に應じて求償することができるとではない。」

二 「そして、連帯保証人の一人について和議開始決定があり、和議認可決定が確定した場合において、右和議開始決定の時点で、他の連帯保証人が和議債務者に対して求償權を有していたときは、右求償權が和議債權となり、その内容は和議認可決定によって和議条件どおりに変更される。」

三 「右の場合、和議開始決定の後に弁済したことにより、和議債權者に対して求償權を有するに至った連帯保証人は、債權者が債權全部の弁済を受けたときに限り、右弁済による代位によって取得する債權者の和議債權（和議条件により変更されたもの）の限度で、右求償權を行使し得るに過ぎないと解すべきである。」

四 「けだし、債權者は、債權全部の弁済を受けない限り、和議債務者に対し、和議開始決定当時における和議債權全額について和議条件に従った權利行使ができる地位にあること（最判昭和六十二年六月二日民集四一卷四号七六九頁）からすれば、連帯保証人は、債權者が債權全部の弁済を受けるまでの間は、一部の弁済を理由として和議債務者に求償することはできないというべきであり、また、和議制度の趣旨にかんがみても、和議債務者に対し、和議条件により変更された和議債權以上の權利行使を認めるのは、不合理だからである。」

〔評釈〕 判旨疑問。なお、本評釈において本件の事案の数字は、便宜上Cの連帯保証債權を一〇〇〇万円（簡便にするため利息は無視する）X、Yの負担部分を一対一、Yの和議における和議条件を四〇％弁済（破産に置き直した場合には四〇％配当）と簡略化して表記することとする。

一 数人の全部義務者の内の一人につき和議・破産等の倒産手続が開始した場合に、債權者に対して弁済をした他の全部義務者が倒産債務者に対して行使しうる債權としては、（イ）弁済者自身の倒産債務者に対する求償權、（ロ）弁済による代位によって取得した債權者の債權の二つがある。

本判決は、このうち、和議の場合に求償権の行使がいかなる範囲で許されるかにつき、手続開始前の弁済の場合と手続開始後の弁済の場合（これはさらに債権の一部についてのみ満足がなされている場合——以下一部弁済の場合という——と、債権全額につき満足がなされている場合——以下全部弁済の場合という——の二つの場合に分けられている）のそれぞれにつき、初めて最高裁判所としての立場を明らかにしたものである。これらのうち、手続開始後の一部弁済の場合については、破産に関しすでに最高裁判所の判例がある（最判昭和六二年七月二日金融法務事情一一七八号三七頁）が、手続開始前の弁済の場合・手続開始後の全部弁済の場合については本判決が破産・和議を通じて初めての最高裁判例である。なお、最判昭和六二年六月二日民集四一巻四号七六九頁が手続開始後の弁済に基づく弁済者による債権者の権利の取得に関し判示している。

二 手続開始後の弁済による求償権の行使については、和議に関し大審院および下級審による先行判例があり、これとの関係が問題となる。また債権者の権利の取得につき判示した右記最判昭和六二年六月二日が本判決にいかなる影響を及ぼしているか、および破産における一部弁済の場合の求償権の行使に関する右記最判昭和六二年七月二日と本判決がいかなる関係に立つか、も検討を要する。以下、一部弁済の場合、全部弁済の場合にわけて考察する。

（一）手続開始後の弁済による求償権の行使に関し、先行判例は、一部弁済の場合・全部弁済の場合を特に区別せず、他の全部義務者が原債権の免責部分を超える額の弁済をした場合には、その限度（これは債権者が本来行使できるはずの和議債権から実際に和議債権として弁済を受ける額を引いた残りに相当する。以下便宜上「余剰分」と称する）で求償権の行使を認めるとの枠組を取ってきたと見られる（大判昭和五年二月二四日民集九巻一二〇五頁がリーディングケースであり、それを東京地判昭和四五年八月一八日判例時報六一四号七七頁・高知地判昭和六二年一月二五日判例時報二二七八号一二八頁が踏襲した。なお高知地判昭和六二年一月二五日は最判昭和六二年六月二日後の判例である）。これらの判例では債権者の債権は全額弁済されている。また、いずれも保証人等が和議債務者たる主債務者に求償した事案で、判示内容も保証人から主債務者に対する求償に限定されたものとなっている。

これに対し、最判昭和六二年六月二日は、手続開始後の弁済による債権者の権利の取得に関し、一部弁済の場合・全部弁

済の場合を区別し、前者の場合には弁済者は債権者の権利を取得できず債権者が債権全額を行使でき、後者の場合は他の全部義務者は「余剰分」の限度で債権者の権利を取得できる、との判断を下した（もともと正確には最判昭和六二年六月二日自体は、破産の場合の取扱につき「将来の求償権を有する複数の全部義務者による一部ずつの弁済により、又は右の弁済と破産財団からの配当により、届出債権全額を満足させてなお配当金に余剰を生じた場合に、右剰余部分について、右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」と判示した上で「以上に述べたことは、和議法四五条によって右各規定が和議債権について準用される場合にも異なるところはない」としか述べていない。また、当判決で直接問題になったのは手続開始後に他の全部義務者から一部弁済を受けた債権者の権利行使の範囲であり、当該判示部分は判決の結論には影響ない部分である。なお同判決にいう「右剰余分」が、破産の場合の上記「余剰分」に当たる。和議債権者を振出人とする手形の裏書人による一部弁済の事案だったが、判旨は数人の全部義務者が同一債権者に債務を負う場合一般を対象としている。

(二) 大判昭和五年二月二四日・東京地判昭和四五年八月一八日・高知地判昭和六二年一月二五日はすべて全部弁済の場合の事案であるため、大判昭和五年二月二四日の枠組により一部弁済の場合に弁済者に認められる求償権行使の範囲は必ずしも明らかでなかったが、「余剰分」の限度で求償権の行使ができるとする抽象的な判示内容からは、以下の三通りが考えられた…①弁済者の「余剰分」に関する求償権行使は債権者に劣後する（すなわち結局は債権者が債権全額の満足を受けるまでは権利行使はできない）、②弁済者は債権者と並んで権利行使ができ、その分債権者の受領する分割弁済額が減少する、③弁済者は債権者と並んで権利行使ができるが、債権者の受領する分割弁済額はこれにより減少しない（なお③の扱いによっても和議債権者の負担は全体としては増加しない点に注意を要する。ただ個々の分割弁済期の弁済額が増加し、弁済が早期化される。最判昭和六二年六月二日は、一部弁済の場合にも債権者の権利行使額は減少しないとしたため、これにより上記の内②が否定された（最判昭和六二年六月二日の原審は大判昭和五年二月二四日をかように理解したと思われる）。③は最判昭和六二年六月二日によっても理論上はとりうるが、個々の弁済期において本来の和議債権以上の負担を債務者に強いることになる。本判決はこれを不当とする立場から、最判昭和六二年六月二日の一部弁済の場合にも債権者の権利行使額は減少しない

とする判示を論理的前提として、③の取り扱いを否定し、①の立場をとったと言える（最判昭和六二年七月二日は破産の場合に一部弁済の場合の求償権の行使を否定しており、本判決によりこの限りでは破産と和議で共通の取扱が為されることが明らかとなった）。以上からすれば本判決は、大判昭和五年二月二四日の枠組を明確化したものと位置づけられるが、大判昭和五年二月二四日は、弁済者による債権者の権利の取得に関する破産法二六条二項が同法二四条との関係で一部弁済の場合にも適用があるかという問題が提起される前の判例であり、かかる問題が判示上も意識されていない。これに対し本判決はかかる問題を踏まえた上で手続開始後の一部弁済の場合の求償権の行使を否定したものであり、その意味では枠組を変更したと言うに等しい意義を有すると評価できよう。

なお、本来の和議債権以上の負担の不当性は、複数全部義務者の場合一般に言えることであり、本判決の射程は複数全部義務者間の求償一般に及ぶと見るべきである。

（三） 全部弁済の場合の求償権の行使に関する本判決を判示を先行判例の中に位置づけるにあたっては、まず、判旨三の意味内容を確定する必要がある。判旨三は二点においてその意味するところ、必ずしも一義的でないからである。第一点は、判旨三にいう「弁済による代位によって取得する債権者の和議債権」としていかなる範囲のものが念頭に置かれているか、であり、第二点は、本判決が手続開始後の弁済による求償権自体も和議債権として和議条件通りの権利変更を受けると解しているか、である。

Ⅰ 第一点から検討する。先述の通り本件 $X_1$ ・ $Y$ は債務者 $B$ の連帯保証人であり、 $X_1$ が債権者 $C$ に対する弁済による代位によって取得する和議債権は、 $C$ の $B$ に対する原債権を担保するものとしての $Y$ に対する連帯保証債権である（判旨も連帯保証人から連帯保証人への求償を対象とした判示となっている）。この場合、 $X_1$ は原債権はその全額につき代位取得するが、連帯保証債権については代位取得は負担部分の割合によるとるか、あるいは、 $X_1$ の $Y$ に対する求償権の範囲だとするのが、学説上の一般的理解である（民法五〇一条但書との平仄による。山田誠一「求償と代位」民商法雑誌一〇七巻二号（一九九二）一八九頁、奥田昌道『債権総論増補版』（一九九二）五四八・五四九頁、内田貴「民法Ⅲ」（一九九六）七三頁、我妻栄『新訂債権総論』

(一九六四)二六二頁等)。しかし、明確ではないが、本判決は、 $X_1$ が代位取得するのは $X_1$ の弁済額に相当するCのYに対する連帯保証債権全額と考えていると見るべきであろう。本判決が求償権の行使が代位取得された和議債権の限度という制約を受けるべき根拠とするのは「和議条件により変更された(債権者の)和議債権以上の権利行使を認める」(括弧内筆者)ことの不合理性である。即ち、本判決の意図は和議債務者が債権者の和議債権以上の負担を負うのを防ぐ点にあり、その論理構成として「代位によつて取得する債権者の和議債権(和議条件により変更されたもの)の限度」という表現を用いただけであると考えられるからである(代位取得が負担部分の割合によるか、求償権の範囲だと解した場合には、その代位取得権(和議条件により変更されたもの)がいかなる範囲で行使可能なものか、問題が生じる。代位取得額が単純に和議条件通りに縮減される」と、和議債務者Yも一定額の弁済をしている場合には、債権者の債権が二重に評価され、「和議債務者に対して和議債権以上の権利行使を認める」ことが起こりうる)。

従つて、本判決にいう「弁済による代位によつて取得する債権者の和議債権(和議条件により変更されたもの)」は、「余剰分」に相当すると考えられ、この点、最判昭和六二年六月二日の判示した弁済者による債権者の権利の取得の範囲と一貫する。

□ 次に、第二点。本判決は、上述の通り弁済者(連帯保証人)の和議債務者に対する求償権の行使に、「余剰分」の限度という制約を課したと思われるが、この他に弁済者の求償権自体が和議条件通りに変更されるか否か明示していない。本件において $X_1$ がCに対し手続開始後に一〇〇〇万円を弁済した場合、上記の通り判旨によれば $X_1$ はCの和議条件により変更された連帯保証債権四〇〇万円(一〇〇〇万円 $\times$ 四〇%＝四〇〇万円)を代位取得する。 $X_1$ のYに対する求償権は五〇〇万円であるが、これが和議条件通りの変更を受けないとすると上記四〇〇万円の限度で行使可能なものとなるのに対し、求償権も和議条件通りの変更を受けるとすると五〇〇万円 $\times$ 四〇%＝二〇〇万円のみ行使可能なものとなる。すなわち、代位取得する和議債権の限度、という制約を前提としてもさらに求償権自体が和議条件通りの変更を受けるか否かで弁済者の最終的に行使できる求償権の額が異なってくる。従つてこの問題は本件の解決に影響する事柄であり、この点の判旨の考えが問題となるが、結論から言えば、本判決はこの点については何も述べていない、ブランクに残したと見るべきだと思う。

本判決に対する評釈は概ね、本判決は求償権自体は和議条件により変更を受けないと考えていると解している（後掲評釈③④⑥⑦）。⑤もおそらくそうであろう。なお八木良一「最判平成七年三月二三日民集四九卷七号九八五頁解説」ジュリスト一〇七二号（一九九五）一二二頁参照）。その根拠は明示されていないが、恐らく①求償権に対する和議条件による変更に触れていないこと、②本件において求償権は代位取得する債権者の債権を下回るため、求償権も和議条件通りに変更されるとすれば、変更後の求償権は変更後の代位取得債権を下回るはずであり、求償権が変更後の代位取得債権の限度で行使し得る、という構成は導き得ないこと、に求められるのではないかと考える。しかし、①については、求償権が和議条件により変更されるのを当然と解したためにこの点に触れていないと考えることもできる（和議法四五条が破産法二三条を準用していることからすれば、手続開始後の弁済による求償権も和議債権となり和議条件通りに変更されると考えるのがむしろ当然ともいえる）。②については、求償権も和議条件通りの変更を受けると解しても、和議債務者も一定の弁済をしているような場合には代位取得される和議条件による変更後の和議債権を上回ることがある（例えば、仮に本件においてYがCに対して三五〇万円を弁済し残りの六五〇万円をX<sub>1</sub>が弁済したとすれば、X<sub>1</sub>のYに対する求償権は一五〇万円であり、これが和議条件により変更されると六〇万円になる。一方X<sub>1</sub>が代位取得するCの連帯保証債権は四〇〇―三五〇＝五〇万円となり、X<sub>1</sub>のYに対する求償権を下回ることになる。なお、YがCに一部弁済した旨の認定は原審では為されていないが、差戻審でYがかかる主張をすることは許され得るだろう）。

結論としては、本判決の判示は、①手続開始後の弁済による求償権は和議条件による変更を受け原則その限りで行使が可能であるが、それが「余剰分」を上回る場合にはその限度という制約を受ける、②手続開始後の弁済による求償権は、そのまま「余剰分」を超えない限りで行使が可能である。という二通りの理解が可能といえる。なお、手続開始後の弁済による求償権の行使が「余剰分」の限度という制約を受ける、という点は上記の何れの理解によっても異ならない。そして、この点の判示が根拠とする債権者の和議債権以上の負担の不当性は、複数の全部義務者間の求償につき一般に当てはまるものと考えられるので、本判決のこの点の射程も複数全部義務者間の求償一般におよぶと考えられる。

手続開始後の弁済による求償権の行使に関する大審院判決および二つの下級審判決では、弁済者は和議債務者を主債務者

とする保証人であり、求償権の額が原債権の額を下回ることはなく、また判示も保証人から主債務者への求償を念頭に置いた内容となっており、その意味では本判決と単純な比較はできない。が、本判決の論理を複数全部義務者の場合につき一般化し、求償権の額が原債権の額を下回らない場合に適用した場合には、「余剰分」の限度での権利行使が認められると考えられ（例えば甲の乙に対する債権一〇〇〇万円を丙が保証している、乙に関し四〇％弁済とする和議が開始・成立し乙が甲に一〇〇万円弁済した所で丙が残額九〇〇万円を弁済した、という場合に丙が乙に対し求償出来るのは九〇〇万円でも、その四〇％分たる三六〇万円でもなく、甲の和議債権の「余剰分」たる三〇〇万円のみとなる）、その意味では本判決は大判昭和五年二月二十四日に沿うものともいえる。しかし、先行大審院判決では、「余剰分」の限度での求償権の行使を、求償権自体が将来の請求権（破産法二三条・和議法四五条）として受ける破産法三二六条一項・和議法五七条による和議の効力に基づく権利変更の問題として捕らえたのに対し、本判決は、端的に和議法の趣旨に基づく利益考慮によりその行使を制限する、という枠組を取った点は注目される（求償権が将来の請求権としてうける権利変更としては、和議条件通りの弁済（四〇％弁済なら四〇％弁済）というのが自然と考えられ、「余剰分」の限度という権利変更は和議の効力としては説明が難しい。本判決はこの点を考慮したものであろうか。なお、本判決が手続開始後の求償権を「将来の請求権」として明示していないことが、本判決がこの求償権を和議債権と扱わないと考えていることの根拠にならないことについては前述（二）（三）□参照。

三（一） 先述の通り、和議において手続開始後の求償権が、「余剰分の限度」という行使の制約のほか、それ自体和議条件通りの変更を受けるか否かについては、本判決は沈黙している。しかし、これは本件事案の結論に影響する問題であり、本判決がこの点をブラंकに残したのには疑問を覚える。そして、結論から言えば、手続開始後の弁済による求償権自体も和議条件通りの変更を受けると解するべきであろう。求償権の発生自体は手続開始後である。しかし、破産法二六条一項本文により認められる他の全部義務者の事前求償権は破産債権とされる（破産法二三条・二六条一項。『注解破産法改訂第二版』（二九九四）一四頁「石川明・三上威彦」等）。そして事前求償権が届け出られても配当金は寄託されるのみで、実際に交付されるのは現実には弁済がなされた時であること（同上・一二六頁「加藤哲夫」）を考えれば、この事前求償権と破産手続開始後

に実際に弁済がなされたことにより生じる事後求償権は異なるものではなく、後者は、前者が法定条件が成就したことにより具体化したものであり（このことは債権者の債権届出により事前求償権の行使が制限されている場合にも異なることはない）、破産手続では手続開始後の弁済による事後求償権は破産債権となると解するべきである。これは和議手続でも同様であろう（和議法四五条は破産法二三・二六条一項を準用している）。即ち、破産手続では破産債権として割合的配当を受け、和議手続では和議債権として和議条件通りの権利変更を受けることになる（実質論的に見ても、弁済が手続開始前に行われる場合も、手続開始後に行われる場合も、その原因となる保証契約等はいずれも手続開始前に生じている以上、両者の間で異なる扱いをする合理的理由は見当たらない。なお、佐久間・後掲評釈⑦一七・一九頁は、いわゆる「宣告時現存額主義」を根拠に、手続開始後の弁済による求償権の方が手続開始前の弁済による求償権よりも優先するべきだとするが、宣告時現存額主義は債権者の権利行使に関するものであり、求償権者の権利行使の場合の不均衡の根拠とはならないだろう）。これは、求償権が連帯保証人相互間の求償権（民法四六五条一項）であると、それ以外の全部義務者（破産法二六条一項）間の場合であると問わない。

（二） 本判決によれば、和議につき、「余剰分」の限度でのみ行使できる、との制約が更にかかることになる。

本判決がその拠り所とするのは、和議債務者に和議債権以上の負担を強いるべきでない（換言すれば「一つの和議債権を二重以上に評価するのは妥当でない」との利益衡量であるが、本判決はその利益衡量の根拠を「和議制度の趣旨」に求めている（判旨四「また」以下）。破産の場合も債権の二重評価は妥当でないとされる（債権者が債権全額を届け出ている場合に将来の求償権者が求償権を届け出ることを禁ずる破産法二六条一項はこの趣旨に出たものと一般にいわれる（『注解破産法改訂第二版』一二七頁「加藤哲夫」、伊藤眞『破産法新版』（一九九一）一三六頁等）。また名古屋高判昭和六〇年六月二六日判例時報一一七〇号一四二頁（最判昭和六二年七月二日の原審）参照）が、その根拠は、他の破産債権者を害することになり妥当でないことに求められている。すなわち、破産の場合、個々の破産債権者が受領する配当金の額は、破産財団に積極財産の総額と破産債権の総額との割合により決まるため、一つの破産債権が二重評価されればその分だけ各破産債権に対する配当金は減少することになる。この不当性が破産の場合に債権の二重評価を否定する根拠とされているのである。しかし、和議の場合の債権の二重評

価の不当性の根拠はこれとは若干異なってくる。なぜなら、和議の場合には破産と異なり、各和議債権者の受領する弁済額は和議条件に依存し、一つの和議債権が二重に評価されたとしても、直ちに他の和議債権への弁済額が減少することにはならないからである。例えば本件においても $X_1$ が手続開始後にCに六〇〇万円弁済し一〇〇万円の求償権を取得したとする。

仮にYに対する関係で、Cに一〇〇〇万円の権利行使を許した上で $X_1$ に一〇〇万円の求償権の行使を許した場合、Cは一〇〇〇万円の四〇％である四〇〇万円の弁済を受け、 $X_1$ は一〇〇万円の四〇％の四〇万円の弁済を受けることになり（手続開始後の弁済に基づく求償権も和議債権となるという前提である）、 $X_1$ の受領する四〇万円分だけ債権を二重に評価することになるが、他の債権者の受領する弁済額は依然その債権の四〇％であり、 $X_1$ が受け取る四〇万円の分だけ減少することはない。

もっとも、弁済すべき和議債権の総額が増加することにより和議条件作成の段階で弁済率が低くなる、あるいは和議債務者の負担の増加により弁済が滞るないし不可能になるなどの形で、他の和議債権者に不利益を及ぼすことは考えられるが、これらは何れも破産の場合に比べれば間接的である。むしろ和議の場合、直接の影響を受けるのは和議債務者である。すなわち、上記の例でいえば、和議債務者たるYの負担する債務が、二重評価された四〇万円分だけ増加することになり、その分だけ更生が阻害され、和議が失敗し破産に移行する可能性が高くなる。和議の場合には破産と違い、債権の二重評価の否定の根拠を求めるとすれば、この更生阻害・和議失敗の助長の不当性ということになろう（判旨が「和議債権以上の権利行使の不当性」という論じ方をしたのはかかる理由によると思われる。また、判旨の言う「和議制度の趣旨」は、和議債務者の更生・破産の回避を意味すると解される）。すると、和議の場合、求償権の行使に「余剰分」の限度という制約を課すべきかは、弁済者と和議債務者間の利益衡量により定まるといふべきであるが、和議債務者の更生を強調する立場からは、この点の判旨の結論は是認できるのではないかと思う（手続開始後の弁済による求償権は、手続開始後に発生する以上和議債権ではない、とする立場によってもこの点の考慮は異ならないであろう。なお、判旨の利益衡量からすれば、潮見・後掲評釈④一四頁、秦・後掲評釈⑦六六頁が言うように直接求償権に対する和議条件の適用を問題とするだけでは、解決にならないことになろう）。

ところでひるがえって考えると、和議の場合の「和議債権以上の負担」の不当性が、和議債務者を軸にすえた利益衡量か

ら導かれるのに対し、破産の場合には他債権者との利害関係から導かれるとすれば、破産の場合には異別に取り扱い、求償権に対する割合的配当をそのまま与えることを認める余地もあるのではないか。そうすると一つの債権を二重に評価している、との批判にさらされることになるが、求償権は債権者の債権とは別個の債権である。求償権に対する割合弁済により、元々の債権者の債権に対する配当以上の負担を破産財団が強いられるとしても、それを「一つの債権の二重評価」と批判することは必ずしも出来ないのではないか。また、破産の場合その不当性は他の破産債権者との利害関係から導かれている。

しかし破産債権者間の関係を重視するならば、求償権者和其他の破産債権者との間で受領する配当の割合が異なることをむしろ不当とすることも不可能ではない。破産法二六条一項の理解、手続上の取り扱い等つめるべき点が多いが、破産において求償権の行使を制限することを当然視してきた今日までの理解は少なくとも再検討はされてよいのではないかと考える。

(三) (一) の記述によれば、本件の $X_1$ が手続開始後に一〇〇〇万円を弁済したとすると、求償権を行使した場合には、

五〇〇万円の四〇%たる二〇〇万円のみ行使が可能ということになる(破産に置き直せば、二〇〇万円の配当金のみ交付される)。しかし、 $X_1$ が代位取得した債権者の債権(ここでは判旨に従い、弁済額全額に相当する債権が代位取得されると解する)を

行使した場合も二〇〇万円の限度でしか行使できない(破産の場合は二〇〇万円の配当金しか受けられない)か、は別問題である。民法上、求償権者が代位取得債権を行使する場合には、求償権の限度という制約を受けるとされる(最判昭和六二年二月二〇日民集四〇巻一号四三頁)。これからすれば、求償権の行使(による配当金)が二〇〇万円しか認められない以上、代位取得された債権を行使した場合も同様に二〇〇万円の限度での行使(配当金)しか認め得ないということになりそうである。しかし、代位取得債権の行使を制限するのは元々の求償権だと解するのも不可能ではないだろう。そうすると上記の例の場合元々の求償権五〇〇万円の限度で、和議条件により変更された代位取得債権四〇〇万円を行使できる(ないし代位取得債権に対する配当金四〇〇万円を受領できる)と解する余地も出てくる(和議の場合には法律論としては多少無理が伴うかもしれないが、特に破産手続における配当は実体的権利の変更を意味しないとすれば、破産の場合にはかかる帰結は比較的容易に導かれよう。すでに福永有利「代位弁済により取得した原債権・保証債権の取りたて訴訟の諸問題」ジュリスト八六六号(一九八六)一一三頁の指摘

がある（これに対する反論として住吉博「最判昭和六一年二月二〇日判例評釈」判例評論三三二号（一九八六）四五頁）。かかる立場を取れば、弁済が手続開始前に行われた場合（この場合の求償権が和議債権・破産債権になることに疑いはないだろう。判旨二参照）にも同様に元々の求償権の額までの権利行使を認めることになろう（もともと本文の立場を取っても、手続開始前の弁済の場合には、いわゆる「宣告時現存額主義」により①一部弁済の場合でも代位取得債権の行使が可能である、②「余剰分」の限度での行使でなく、代位取得した債権に対する割合弁済を受けられる、という点で手続開始後の弁済の場合と比べ、若干の差異は残る）。

（四）なお、上記（二）で触れた問題は複数の全部義務者間の権利行使一般に通ずる問題であるが、（一）・（三）で扱った問題は、弁済者が代位取得した債権者の債権の額が求償権の額を上回る場合に限って生じる問題である。そして、本件のように連帯保証人が他の連帯保証人に対して代位取得した連帯保証債権を行使する場合は、代位取得債権の額が求償権の額を上回る典型的な事例と考えられる（但し、代位取得される連帯保証債権は、負担部分の割合ないし求償権の額により画されると解する余地もあり、これらの方が学説上は通説的見解とされていることは前述した（二）（三）イ）。この立場によれば連帯保証人の他の連帯保証人に対する求償の事例が代位取得債権の額が求償権の額を上回る場合の典型とは言えなくなる）が、特に以下の二点に留意が必要である。

第一に、連帯保証人が債権者に対して弁済をした場合、彼は他の連帯保証人に対して負担部分を超えた限りでの求償権を取得するほかに、主債務者に対しても弁済額に応じた求償権を取得する。そして一般に代位取得された債権（この場合は主債務者に対する原債権とそれを担保するものとしての他の連帯保証人に対する連帯保証債権）の行使は「求償権」の行使の制限を受けることされるが、ここで念頭に置かれている「求償権」は主債務者に対する求償権である。すなわち弁済をした連帯保証人が他の連帯保証人に対し代位取得した連帯保証債権を行使する場合に、この行使が主債務者に対する求償権の制限の他に、当該連帯保証人に対する求償権の制限を受けるかは必ずしも明らかではない（山田誠一・前掲論文一八九頁、塚原朋一・最高裁判所判例解説民事篇昭和六一年度四六八～四六九頁は制限を受けるべきだとする。安永正昭「協会と他の保証人および物的担保」金融法研究資料編（七）（一九九一）五三頁はかかる解釈は無理だとする。また石田喜久夫「原債権と求償権の関係」金融法研究資料編

(三) (一九八七) 五九頁は制限を受けないという前提に立つ。なお塚原・前掲解説四六七頁はこの点に関する議論の希薄性を指摘する。連帯保証人に対する求償権の制限も受けるとすれば、和議・破産においても代位取得債権の行使に対する(弁済者の和議債権者に対する)求償権の制限の範囲を論じる実益があるが、制限を受けないとすれば論じる実益は消える。

第二に、手続開始後の弁済による求償権は和議条件どおりの変更を受けるとし、かつ代位取得債権の行使も和議条件により変更された求償権の限度でのみ認められるとすると、他の連帯保証人の不弁済を誘発する余地がある。本件の例をとれば、連帯保証人X<sub>1</sub>が債権者Cに対し一〇〇万円全額を弁済してしまうと、Yからは二〇〇万円(自己の求償権五〇〇万円の四〇%)の限度でしか弁済を受けられず三〇〇万円分を求償しそこなうが、Cに対する弁済を拒みつづければ結局CがYから四〇〇万円の弁済を受ける可能性があり、その場合には残りの六〇〇万円をCに対して弁済すればよく、自己の負担部分を超える損失分は一〇〇万円で済むことになるからである(同様の不均衡は破産手続でも起きる。もっとも以上の記述は債権者の債権に関する手続開始後の利息を無視したものであり、これを考慮に入れると特に和議債務者からの弁済の完了に相当の時間を要するのが通常である和議の場合には他の連帯保証人としては必ずしも弁済を拒みつづけることが得策ともいえない)。また手続開始後の弁済による求償権は和議債権にならないとし開始前の求償権に対し優遇すると、同様に手続開始まで弁済を遅延させた他の全部義務者に有利になる。これらの不均衡をやむを得ないものとして容認するか、不当なものとするか、検討が必要となる(佐久間・後掲評釈の一八頁もこの問題を指摘するが、この現象をさしてどちらが先に弁済したかにより負担部分が異なることになると批判するのは賛同できない。なお、この不均衡を不当とする立場としては、和議債務者・破産管財人が債権者に二〇〇万円以上の弁済・配当をすれば、その超える額につき和議債務者・破産管財人がX<sub>1</sub>に求償出来るという立場も取りうるが、学説上これを唱えるものはない)。

四 (一) 以上の様に、求償権と代位取得債権の関係が倒産手続においてどのように解されるべきか、特に求償権が代位取得債権を額において下回る場合の扱いをどうするべきかは、今後も議論を要する重要な問題であろう。従来の判例では求償権の額が債権者の債権を下回る事案はなく、本判例で初めてその問題が如実に露呈されたといえる。その意味で本件は重

要な意義を有するが、議論の出発点となるべき、手続開始後の弁済による求償権が和議債権となるや否やの問題について判旨が沈黙してしまったのは残念である。

(二) 本判決の射程は、連帯保証人間の求償に限らず、数人の全部義務者のうちの一人につき和議が成立した場合一般に及ぶと考えるが、特に和議手続開始後の全部弁済の場合の求償権の行使の制限に関する判示(判旨三・四)は破産の場合には射程は及ばないと考えるべきである(もつとも手続開始後の一部弁済の場合の求償を否定した最判昭和六二年七月二日・「破産手続に伴う求償権の行使の制約を考慮すれば届出債権額が求償権の額を下回る場合においても、右届出をした保証人は、特段の事情のない限り、求償権全部を行使する意思を明らかにしたもの」と見る「ことができ」とした最判平成七年三月二三日民集四九巻七号九八五頁には留意する必要がある)。また本判決によつても、弁済者が代位取得した債権を行使した場合にいかなる範囲でその行使が認められるかは手続開始前の弁済の場合・手続開始後の弁済の場合を合わせ、別途考察する余地があると考ええる。

本判決には以下の評釈・解説がある。

- ① 八木良一・解説・ジュリスト一〇六七号(一九九五)一一七頁
  - ② 住吉博・評釈・判例評論四四一号(一九九五)六〇頁
  - ③ 秦光昭・評釈・金融法務事情一四二四号(一九九五)四頁
  - ④ 同・評釈・NB L五九二号(一九九六)六二頁
  - ⑤ 大西武士・評釈・金融商事判例九七七号(一九九五)四二頁
  - ⑥ 潮見佳男・評釈・銀行法務21五一四号(一九九五)一〇頁
  - ⑦ 佐久間弘道・評釈・金融法務事情一四四三号(一九九五)一四頁
  - ⑧ 加藤哲夫・評釈・私法判例リマックス二二号(一九九六)一四〇頁
  - ⑨ 荒木隆男・評釈・平成七年度重要判例解説(ジュリスト一〇九一号(一九九六)一一九頁
- なお脱稿後、校正中に田原睦夫・本件評釈・金融法務事情一四六〇号(一九九六)四三頁に接した。