

## 判例評釈

## 〔商事判例研究〕

早稲田大学商法研究会

64 破産終結決定がされて法人格が消滅した会社を  
主たる債務者とする保証人が主債務の消滅時効  
を援用することの可否

(最2判平成15・3・14金判1170号20頁)

柴 崎 暁

## 1 事 実

訴外 A (丸豊製函株式会社) は、昭和56年12月10日、訴外 B (株式会社大垣共立銀行) から金350万円を利息年9.8%、損害金年14%の約定で、昭和58年9月20日、訴外 C (岐阜信用金庫) から金500万円を利息年8.5%、損害金年14%の約定でそれぞれ借入れを行なっている。

X (原告・控訴人・上告人、岐阜県信用保証協会) は、これらの借入に際して、各貸付日頃、A から、「X が代位弁済したときは代位弁済額に対する弁済の日の翌日から年14.6%の割合による損害金を支払う」との約定で、保証を委託され、それぞれ B との間および C との間に、これら貸金債権を被保証債権とする保証契約を締結した (B の融資について昭和56年12月8日、C の融資について昭和58年9月19日)。

同時に、Y (乙川一郎) は、X との間に、この保証委託契約に基づき A が X に対して負担すべき求償債務を被保証債務とする連帯保証契約を締結した (日付不詳)。

昭和58年12月13日、A は破産宣告を受けた。

昭和58年12月15日、X は、B に対して、上記昭和56年12月10日に発生した貸付金の残元利金240万9665円を、C に対して、上記昭和58年9月20日に発生した貸付金の残元利金498万9467円を、それぞれ弁済した (完済)。

昭和59年1月10日、X は A の破産手続において、上記各貸付金の残元金と破産宣告の日の前日までの利息金について債権の届出をなし、債権調査期日において破産管財人から異議がなかったため、その旨債権表に記載された。

平成元年 4 月 14 日、A の破産手続は最後配当を終え、破産終結決定がされ、平成元年 5 月 2 日その旨の公告がされている。

X は、B に保証債務を弁済したことにより A に対して行使しうる求償債権について、Y から、昭和 59 年 7 月 3 日から平成 7 年 4 月 28 日までの間に第 1 審判決別紙「損害金計算書 1」のとおりに求償元金の支払を受け、C に保証債務を弁済したことにより A に対して行使しうる求償債権について、Y から、昭和 59 年 7 月 3 日から平成 7 年 9 月 30 日までの間に第 1 審判決別紙「損害金計算書 1」のとおりに求償元金の支払を受けたが、それぞれの求償損害金（前者については 206 万 0463 円、後者については 375 万 6557 円）の支払を受けていないとして、Y に対して求償損害金合計額の支払を請求した（平成 10 年 11 月 18 日訴提起）。

第 1 審裁判所は、請求を棄却した（岐阜地判平成 12・7・3 金判 1123 号 49 頁）。

Y は抗弁として、X の A に対する求償債権に基づく債権について、商事債権としての 5 年の消滅時効にかかるころ、代位弁済のあった昭和 58 年 12 月 15 日から 5 年が経過していることを援用した。X は、昭和 59 年 1 月 10 日、A を破産者とする本件破産事件において、A に対する求償債権を破産債権として届出し、管財人等からの異議なく確定し、破産事件終結の平成元年 4 月 14 日まで時効が中断し、中断後の時効期間は 10 年となった（破 242（当時<sup>①</sup>）、民 174ノ2）ことを再抗弁として主張。Y は、求償債権の届出を否認（X が届出したのは代位取得した B・C らの A に対する貸金債権である〔から中断の効果が及ばない？〕）。

裁判所は、①破産債権届出書に記載された債権の種類としての「代位弁済金債権」という表現をとらえ、その利息の計算に用いられている利率等から、届出の対象となったのは貸付債権である（求償債権ではない）と認定するとともに、②〔仮に求償債権について時効中断の基礎となる権利行使があるとみたとしても？〕破産事件終結後の債権に破 242（前述）・民 174ノ2 を適用しないとの解釈を示し、よって③平成元年 4 月 14 日より 5 年の経過をもって貸付債権の消滅時効は完成し、求償債権も時効消滅しているとの解釈を示した。

控訴審は一部認容（名古屋高判平成 13・1・30 金判 1123 号 44 頁）。Y は予備的主張として平成 5 年 11 月 18 日以前に発生した遅延損害金債権については消滅時効が完成していると追加主張した。裁判所は、原判決の①については、代位弁済者が代位弁済後に債権を届出の場合には、特段の事情がない限り、届出債権に求償権を含める意思があるものと解し、原判決の判旨の②については、破産事件終結後の債権に破 242、民 174ノ2 を適用するとしたうえ、③昭和 58 年 12 月 13 日以降 15 日までの利息部分は届出がなく、同債権届出（昭和 59 年 1 月 10 日）以降に発生した求償損害金も届出がないので債権表に記載されず、消滅時効期間が 10 年に延長されたことにならないのでこれに相当する部分は時効の中断が生じていないものとし、④支分債である遅延損害金債権は元

（1）平成 16 年新破産法第 124 条第 3 項に相当。

本債権の時効期間の延長にもかかわらず独立して5年の時効期間に服するとした上で、訴提起時点で時効期間が経過していなかった主債務たる遅延損害金を9万2550円として（金判1123頁48頁の計算書参照）この部分についてののみ請求を認容した。

X 上告。上告受理申立て理由は、「法人について破産手続が開始された後破産終結決定が行われた場合、当該法人に対する債権は消滅するが、破産法第366条の13の趣旨を類推して、右債権を担保するために設定された根抵当権の効力には影響を及ぼさず、その場合、独立して存続することとなった根抵当権については、被担保債権乃至その消滅時効を観念する余地はない」とする東京高判平成11・3・17、同趣旨を示した最判平成11・11・9を引用しつつ、主債務の消滅時効を観念する余地のない本件についてその中断事由を主張させる原審は不当であるとしている。

## 2 判 旨（X 敗訴部分の破棄差戻）

「会社が破産宣告を受けた後破産終結決定がされて会社の法人格が消滅した場合には、これにより会社の負担していた債務も消滅するものと解すべきであり、この場合、もはや存在しない債務について時効による消滅を観念する余地はない。この理は、同債務について保証人のある場合においても変わらない。したがって、破産終結決定がされて消滅した会社を主債務者とする保証人は、主債務についての消滅時効が会社の法人格の消滅後に完成したことを主張して時効の援用をすることはできないものと解するのが相当である。」

ところが、原審は、これと異なる見解に立ち、破産終結決定がされ主債務者の法人格が消滅した後に主債務の一部が時効消滅し、被上告人の保証債務の一部もこれに伴って消滅したものと判断し、この消滅時効の援用を認め、上告人の被上告人に対する請求を一部棄却した。この原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違背がある」。

この他、Y が主たる債務の消滅時効とともに、保証債務自体の時効を主張している和解する余地があること、X は Y が保証債務の「時効中断事由として」承認を主張していることも記録上明かであり更に審理を尽くさせる必要があるとした。

## 3 評 釈

判旨賛成。

〔1〕序 説 保証人はその債務の付従性により、主たる債務の消滅時効を（保証債務自体ではない）援用することができる。そのことは主たる債務の効力が完全なものであるときには何ら問題を生じない。ところで、主たる債務者が強制和議により一部全部の免責を受けた場合にも、破産免責を受けた場合にも、保

証人は免責を援用することができず債務を支払わなければならない(破326、破366ノ13〔新破253II〕)<sup>(2)</sup>。この場合にも保証人は同様に主債務時効の援用を許されるであろうか。破産免責の効果を「債務」の消滅と見るか「責任」の消滅と見るかによって理解が異なってくる。「債務」そのものが消滅すると解するなら消滅した債務に時効を観念することができないので、否定に解され、「責任」のみが消滅すると解するなら、援用の余地があるというのである。そもそもこの破産法の規定は、保証債務の付従性(民448)の原則に対する例外と見るべきであるが、主たる債務が消滅してしまうのではなく自然債務(ないし責任なき債務)化するものとして説明する学説が支持され<sup>(3)</sup>、その結果「責任」のみの消滅を観念する構成が支配的になっているのであるという。

では、さらにすすんで、主たる債務者の法人格が消滅してしまったような場合にはどうであろうか。この場合には債務の消滅を宣言してよいように思われる。これを示したのが本判決である。

**〔2〕保証人による主債務時効の援用権** 主たる債務者について時効が完成したときは、保証人もこれを援用できると解されている<sup>(4)</sup>が、その理論的根拠について、有力学説は、物上保証人についてこの種の援用権を認めないと見られる

(2) 第159回国会内閣提出法案41号として可決成立し平成16年6月2日公布となった「破産法」(以下「新破産法」)では、強制和議の制度が廃止となったが、免責の制度は従来と変わらず用いられ、366ノ13と同旨の規定である新破産法253条2項となる。以下の行論では、本件判決当時の破産法の条文と同時に〔 〕で新破産法の条文を示す。また、平成17年会社法が制定され、商法会社編が廃止されるが、これについても便宜のため〔 〕で会社法条文を示す。

(3) 例えばいずれも破産免責を受けた主債務者の保証人による消滅時効援用が問題となっている最判平成7・9・8金法1441号29頁、最判平成11・11・9民集53巻8号1403頁は、いずれも「主たる債務が消滅した」とは解しておらず、債務は存続し、ただ、その消滅時効の起算点を観念し得るかどうかという点で前者はこれを肯定し、後者はこれを否定しているものである。なお、平成7年判決は、破産終結決定を経ているケースであるが、残余財産のある(法人格の残存しうる)場合であるのかどうかについては明瞭でないようである。この点、松並重雄「本件判批」ジュリ1254号224頁は、「原審確定事実を照らし、異時廃止の一般的な場合、と解される」としている。

(4) 大判大正4・7・13民録21輯1387頁、大判大正4・12・11民録21輯2051頁、大判昭和8・10・13民集12巻2520頁、我妻栄・新訂民法総則(1965年、岩波書店)446頁、奥田昌道・債権総論〔増補版〕(1992年、悠々社)395頁。主債務者が時効利益を放棄しても保証人の主債務時効援用権に影響しない(大判昭和6・6・4民集10巻401頁)。主債務者が援用した後に保証人が弁済した場合には求償ができないが、主債務の消滅時効完成・援用とともに保証債務が消滅し非弁弁済となったためである(奥田・前掲396頁)。

大判明治43・1・25民録16輯22頁の態度を批判しつつ、時効「援用制度の趣旨」として援用権者の範囲は、「時効によって直接権利を取得または義務を免れる者の他、この権利または義務に基づいて権利を取得し義務を免れる者をも包含すると解するのが正しい」とする<sup>(5)</sup>。しかし、「この権利または義務に**基づいて**権利を取得し義務を免れる」とは一見内容が不明確な概念である。保証人が自らの保証債務についてではなく主たる債務について生じた事由に基づき「義務を免れる」のは、主たる債務者が弁済をする等債権者の満足が得られる場合か、解釈上「履行拒絶権」が与えられる場合（主たる債務の無効・取消）でなければならないが、時効完成の抗弁の援用権は、保証の付従性に根拠づけられるようである<sup>(6)</sup>。

ところで、付従性という原理が妥当するのがなぜかといえば、保証人は、主たる債務について完成した消滅時効を援用することにより、主たる債務者に対して求償権の行使できない状況での弁済を回避することに利益があるからである。そのような利益がなくなった保証人において時効の援用はいかなる意味があるのかを考えなければならない。

(5) 我妻・前掲総則446頁。この解釈を示唆する立法例としてフランス民法典2225条が援用されている——*Les créanciers, ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer, encore que le débiteur ou le propriétaire y renonce.* 時効が得られることに利益を有する債権者その他すべての者は、債務者または所有者がこれを放棄してもなお、時効を以て対抗することができる——。なお、民法証拠編93条1項「時効ハ総テノ人ヨリ之ヲ援用スルコトヲ得」。この表現には梅謙次郎・日本民法証拠編講義（2002年復刻、新青出版）265頁によると「其行文甚ク惡シ本條ヲ文字ノ如クニ解ストキハ總テノ人ヨリ援用シ總テノ人ニ對シテ進行ストアル故ニ例ヘハ全ク關係ナキ人…ヨリモ援用スルヲ得ルカ」のように思われるのが不都合であるとの批判がなされ、「免責時効」ならば「債務者自身ニ非ス其相續人ニテモ…援用スルヲ得ルヲ云」うものと解すべきであることが示されている。

(6) 「主タル債務カ時効ニ因リテ消滅シタルトキハ保證債務モ亦消滅ス而シテ此場合ニ保證人カ保證債務ノ消滅ヲ主張スルカ爲メニハ單ニ時効期間ノ經過セルヲ以テ足り主タル債務者カ自ラ時効ヲ援用セルト否トハ關スル所ナシ」と解されている点を付従性の現れと見る石坂音四郎・日本民法債權編第三卷（1913（大正2）年）1080頁、同旨、鳩山秀夫・日本民法総論（1930（昭和5）年）594頁。フランス法学説では、保証人が付従性の帰結として援用可能な抗弁をさらに債権者の満足を伴うものと伴わざるものとに分類した上で、その後者の代表的な例として主たる債務の消滅時効の完成を掲げ、「債務に固有の抗弁」（*exception inhérente à la dette*）であると解する。SIMLER (Philippe), *Cautionnement et garanties autonomes*, 3 éd., 2000, Litec, no 689. なお「債務に固有の抗弁」の表現は民法典2036条。なお、同条の日本民法への継受史については、柴崎暁「民法四四九条の成立と付従性なき人的担保」（研究ノート）山形大学法政論叢（山形大学法学会）24・25合併号（2002年8月31日）53—79頁。

〔3〕主債務者免責の効果に関する二つの理解 主たる債務者が強制和議により債務の一部ないし全部を免責され、または、免責決定を経て免責されるような場面では、主たる債務者は届出られた債務については責任を解除されてしまっているにもかかわらず保証人はなお義務を負いつづけるため(破326Ⅱ、366ノ13〔新破253Ⅱ〕)、保証人が弁済をしても、主たる債務者においては、免責前の状態における保証人による弁済が与えるような債務から免れるという経済的な利益を得たわけではなく、保証人からの求償に応じるべき義務もなく、反面保証人は回収の期待はなく、最終的な負担は保証人に帰することとなる<sup>(7)</sup>。

しかし、それでもなお主たる債務者の権利能力が存し、主たる債務は請求力・擲取力を欠く債務として存在し、依然として消滅時効が進行するものと考えられ、保証人としてはその完成を援用し得べき地位にあると考えられてきた。これは、免責後も、主たる債務者は自然債務または責任なき債務を負いつづけているとの観念によるものとされ、自然債務であれ責任なき債務であれ、債務が存在している以上はその消滅時効の中断手続も観念し得るということになる。論者はこのような立論に「責任消滅説(債務存続説)」の名を与えている。

これに対して、強制和議ないし免責にあつては単に責任が消滅するのみではなく、債務そのものが消滅するとの理解に立ち、保証人はもはや付従性のない人的担保の債務者となっているという理論が主張されている(債務消滅説)<sup>(8)</sup>。

主債務者法人格消滅の場面における問題を扱う前に、まず、主債務者免責の場面を解析したい。

〔4〕強制和議をめぐる立法史・理論史的抄察 破産法326条2項〔新破にて削除〕の前身である商法(明治23年公布、26年施行、大正12年廃止)1030条は、

「主タル債務者ノ破産ニ於テ届出テタル債權ハ協諧契約〔破産法の強制和議を示す〕ノ場合ト雖モ保證人其他ノ共同債務者ニ對シ其全額ニ付キ之ヲ主張スルコトヲ得  
保證人又ハ共同義務者ハ主タル債務者ノ破産ニテ其償還請求ヲ届出ツルコトヲ得然レトモ主タル債務者ノ爲メニスル協諧契約ノ効果ニ從フ」

(7) 保証人は、将来の求償権者として破産債権者として権利行使を認められるものの、債権者が全額につき破産債権者として権利を行う場合には適用されない(破26〔新破104Ⅲ〕)。責任消滅説の立場では、保証人は破産手続外で主たる債務者に対して自然債務ないし責任なき債務の債権者として求償権を行使し得ることになり、この求償金については給付保持力を有することとなろう。この点、債務消滅説では、保証人が求償金を受領すると不当利得になるのであろうか。

(8) 伊藤眞・破産法〔第4版〕(2005年、有斐閣)532頁。



と定めている<sup>(9)</sup>。この規定の解説書は、この準則の根拠として、

「元來債權ニ對シテ保證人ヲ要シ又ハ多數ノ共同義務者ヲ要スルモノハ若シ主タル債務者カ辯償ヲ爲サ、ルトキ又ハ之ヲ爲シタルモ充分ナラサルトキニ於テ債權者ニ安全ヲ與フルノ目的ニ出ツルニ外ナラス故ニ保證人又ハ共同義務者ハ債權者カ破産者ノ爲メ和解ヲ爲シタルニ因リ自己ノ義務ヲ免カル、ノ理由ナキハ昭々然トシテ明カナリ」<sup>(10)</sup>

とのみ述べている<sup>(11)</sup>。後の大判大正11年同様、保証の機能といった面に着目するだけで、自然債務にも付従性にも言及がない。

この規定は、それ自体としては現在の破326条等と径庭なきようであるが、それが持つ意味は当時の商法破産編の構造のために違った地位を持っていた。協賛契約による免責は債務の消滅を意味しなかった。それは自然債務であるが、強制力のある債務として説明されている。

「協賛契約ニ因リテ債務ノ免除ヲ得ルモ其ノ免除ヲ得タル部分ニ付債務ハ完全ニ消滅セス自然義務トシテ存続ス故ニ破産者カ復権ヲ得ルコト能ハス（舊商一〇五五條<sup>(12)</sup>）而シテ復権ヲ得サル間ハ破産者ハ直接ニハ舊商法一〇五四條<sup>(13)</sup>ニ規定セル身上ノ結果ヲ受ケ間接ニハ諸種ノ特別法ニ定メタル選舉權ヲ失フ故ニ是等ノ身上ノ結果又ハ選舉權ノ喪失ハ何レモ債務ノ辯償ヲ強制スル間接ノ強制手段トナルモノナリ故ニ此場合ノ自然義務ニ付テハ訴權又ハ強制執行權コソ無ケレ國家ノ保護ノ手段全然缺如セルモノト謂フヘカラス隨テ自然義務タルニ毫モ欠クル所アラサルナリ蓋シ全然強制

(9) なお明治35年草案315条は、「強制和議ハ破産債權者ノ全員ノ爲メ且其全員ニ對シテ其效力ヲ有スノ強制和議ハ破産債權者カ破産者ノ保證人竝ニ他ノ共同債務者ニ對シテ有スル權利及ヒ第三者カ破産者ノ爲メニ供シタル擔保ニ影響ヲ及ホサス」。

(10) 磯部四郎・大日本商法破産法〔明治26年〕釈義〔日本立法資料全集別巻10〕（1996年、信山社）213頁。

(11) この種の説明は本件に関しても言及される。保証はそもそも制度の趣旨として、「主債務者が破綻した場合にこそその機能發揮を期待されている」。田頭章一「本件判批」法教276号91頁。

(12) 商法（明治26年）第1055条 復権ヲ得ルニハ協賛契約ノ調ヒタルト否トヲ問ハス破産者カ元債、利息及ヒ費用ノ全額ヲ債權者總員ニ辦償シタルコト又所在ノ知レサル爲メ未タ辦償ヲ受ケサル債權者ニ全額ヲ辦償スル準備及ヒ資力アルコトヲ證明ス可シ

\* なお、この規定はその直前の1054条とともに、「第10章 破産ヨリ生スル身上ノ結果」の一條である。

(13) 第1054条 破産宣告ヲ受ケタル債務者ハ復権ヲ得ルニ非サレハ會社ノ無限責任社員、舊商法ノ規定ニ從ヒテ設立シタル合資會社ノ業務擔當社員、株式會社ノ取締役若クハ監査役、清算人、破産管財人又ハ商業會議所ノ會員ト爲ルコトヲ得ス（明治32年改正）

手段ヲ欠ク場合ニ於テスラ自然義務タルヲ妨ケサルモノナルニ此場合ニ於テハ國家ノ間接ノ強制手段存在スルモノナルヲ以テナリ」<sup>(14)</sup>。

この説明からいえば、「債務消滅説」は採り得ざる立場とも思われるが、昭和27年の破産法改正により、免責決定・強制和議認可決定の確定・同時破産廃止決定の確定等の事由により当然復権が認められるとの主義（破366ノ21〔新破255〕）が導入されたことにより、復権前の破産者を履行に導く強制的契機は失われた。さらに、法人の場合にはそもそも公権剥奪も想定できず、そのサンクションは解散に尽き、昭和27年改正以前の強制和議後の破産法人の免責された部分の債務を弁済に導く強制はもともと存在していない。

〔5〕（承 前） 同論者は、責任制限のある主たる債務者の保証人の責任に関しては、責任の範囲における付従性を強調し<sup>(15)</sup>、「主タル債務以上ニ全部ノ辯済ヲ爲サシメントセハ特ニ法律ノ明文アルコトヲ必要トスルナリ」<sup>(16)</sup>としてドイツ民法典768条<sup>(17)</sup>末段に言及、日本民法の規定の欠缺を批判し、

「我破産法ニテモ協諾契約ニ因リ債務一部ノ免除アリタル場合ニハ明文アリ保証人ハ全額辯済ノ責任アリ（舊商一〇三〇條）斯ノ如ク明文無クンハ保証人ハ主タル債務カ有限責任タル場合ニ於テ全額辯済ノ責任ナク主タル債務ノ責任制限ノ限度ニ於テ亦其ノ責任ヲ免ルルモノナリ（川名博士法學協會雜誌二八卷十二號四七頁以下）」<sup>(18)</sup>

(14) 加藤正治「債務ト責任」破産法研究第二卷（第三版）（大正13年、有斐閣＝巖松堂）71頁。

(15) 海産委付した船主・限定承認した相続人等の保証人を例に挙げて、「責任ノ制限ハ即チ債務ノ内容ノ制限ニシテ有限責任ノ限度ニ於テ債務モ亦當然消滅スト解ス而シテ保證債務ハ主タル債務ノ限度ニ從フモノナルカ故ニ（民四四八條）主タル債務有限責任ニシテ消滅スルトキハ保證債務亦從テ消滅スト解スルナリ」。加藤・前掲書72頁。

(16) 加藤・前掲書72頁

(17) Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Stirbt der Hauptschuldner, so kann sich der Bürge nicht darauf berufen, dass der Erbe für die Verbindlichkeit nur beschränkt haftet./ Der Bürge verliert eine Einrede nicht dadurch, dass der Hauptschuldner auf sie verzichtet.（保証人ハ主タル債務者ニ屬スル抗辯權ヲ實行スルコトヲ得。主タル債務者が死亡シタルトキハ、保証人ハ相續人が其ノ義務ニ付制限的ニノミ責ヲ負フ旨ヲ援用スルコトヲ得ズ。／保証人ハ、主タル債務者が其ノ抗辯權ヲ拋棄スルコトニ因リテ之ヲ喪失スルコトナシ（神戸大學外國法研究會・獨逸民法（II）債務法（1955年・復刻版、有斐閣）747頁〔柚木馨〕。）」

(18) 加藤・前掲同所。



と述べていることに注意しなければならない（法定責任説？）<sup>(19)</sup>。

このような特例は、付従性を以ってその本質とする保証に関しては、法令の規定により強制的に生じる態様の転換であり、民法448条を前提に契約した当事者の意思を超える効果というべきである<sup>(20)(21)</sup>。このような要件が具備された以上は、債権者は保証人からのみ回収することが許される<sup>(22)</sup>。

(19) もしこの説明が正しいとすれば、主たる債務者の法人格の消滅は当然に保証人が援用し得べき債務の消滅原因となろうか。しかし、破産法の規定のために、そのような解釈が排除されているのである。

(20) これと類似する制度に、民法449条に基づく「独立ノ債務」（ドイツ法では損害担保契約 Garantievertrag、フランス法では請合 porte-fort に相当する債務負担行為である）がある。主たる債務者が行為能力制限を理由に債務を取消した場合であっても、名目額の支払義務を負うという約束は無効ではない。そこで「保証」という用語を用いても、当事者は付従性を本質とする支払約束をしているのではなく、本人の能力制限のために本人が義務を負っていない場合でも支払うとする「独立ノ債務」である。それは担保という機能に拘束を受けている限りにおいて、完全な無因的債務負担行為とは異なる。また、他方で、この“主債務”は破産免责を得た債務のように、一旦は有効に発生した債務とは異なり、もともと無効なのであり、この「独立ノ債務」における「主債務」のいわば「仮設性」は破産免责債務よりもかなり強力である。むしろ、後に述べる主債務者法人消滅後の保証に近い。

(21) 金山直樹「破産免责・法人破産と民法理論」民法学の軌跡と展望（2002年、日本評論社）515頁は、責任消滅説に立つてかく論じる。「主債務が免责という変容を被ったのに、保証債務は微動だにしない、そのようなことは民法上、当事者の合意のみによって達成できる事柄である。…免除にもかかわらずに保証債務だけを残存させるには、保証人の承諾が必要であって、その場合、保証人は、債務者に対し右免除部分については附従性を有しない独立の債務を負担するに至ると解されている…要するに、免除は保証人もも解放するのが原則なのである。そのことは、附従性の原則からいっても、また保証債務の履行によって発生する求償問題の処理を考えても、当然だといえる。とすると、破産免责制度は、この免除に関する民法上のルールに関しては債務者更生の名の下に修正を加えたものとみるべきかもしれない」。また、同論文は、破産法366条ノ13〔新破253Ⅱ〕が、免责は破産債権者が保証人に対して有する権利に「影響ヲ及ボサズ」としている文理からすれば、免责後の主債務の消滅時効の完成の保証人による援用を不可能とする判例の理解に異を唱えざるを得ない（同様の指摘は、強制和議についての破326〔新破にて削除〕についても妥当する）としている。免责は少なくとも、主債務の履行強制の可能性に必ず影響を与えるのであるから、保証人の義務のありようにあたかも何等の影響が生じないかのように表現するこの文言自体に不合理性が宿っているように思われる。

(22) フランス法の場合、1807年商法典527条ならびに1967年7月13日の法律49条のもとでの強制和議（concordat）、さらに1985年1月25日の法律のもとでの更生計画（plan de redressement）は、主たる債務者に期限が与えられても免除が行われても、保証人の債務（obligation）を完全に存続せしめる（SIMLER, op.cit., no717, no718.）。そもそも強制和議とは、資産の委付（abandon）による、負債の一部を弁済する約束を伴う、部分的無資力の裁判上の確認行為である。論者は、保証に関して、強制和議が〔付従性の原理に対する関係

判例は、理論としてはあくまでも、主債務者免責決定後における保証人による主債務時効完成援用権を否定はしていない。最判平成 7・9・8 金法 1441 号 29 頁では、主債務者の破産廃止確定で免責決定がなされた後に、主債務の「責任なき債務」(?)としての存続を前提に、保証人による主債務消滅時効の完成の援用を認め<sup>(23)</sup>、他方最判平成 11・11・9 はその前提を否定することなく、そもそも時効の起算点はいつなのかを決定し得ないという点を取り上げることによって結論を逆転させたに過ぎない<sup>(24)</sup>。したがって、責任消滅説の説くように、債務者

で] 異例の性質を持つのは、保証人が行使しうる求償権の局面においてであるという。強制和議は保証人に対して対抗力を有するので、保証人が主たる債務者に求償しようとするれば、債権者の地位を代位して請求できる配当の範囲でしか、回収ができないという点を注目すべきであるという (ibid.)。また、裁判上の更生手続の開始決定後・清算判決または更生計画認可判決までの「観察期間 (periode d'observation)」段階では、保証人に対する請求が禁止される (L. 621—40 条、2005 年 7 月 26 日以降の L. 622—28 条)。主たる債務者の期限の利益享受とは無関係に保証人自身の期限の利益を喪失させる条項の効果については破産院判決 1995 年 1 月 24 日がこれを無効としている (能登真規子「フランス倒産法における保証人の法的地位 (2)」彦根論叢 352 号 84—85 頁)。手続中に即時の請求を許すと、期待された更生の妨げになるからである (DELEBECQUE (Philippe) et GERMAIN (Michel), *Traité de droit commercial par RIPERT et ROBLOT*, tome 2, 17e édition, 2004, LGDJ, no 2968—1.)。観察期間終了後については、商法典 L. 621—65 条第 2 項 (改正後の L. 631—20 条) は、連帯保証人および共同債務者が更生計画認可判決を援用できないものと定めている (DELEBECQUE et GERMAIN, op. cit., no 3177.)。この規定に関しては、主債務者の免除が保証人を解放する旨を定める民法典第 1287 条第 1 項との関係が問題となるが、判例 (破産院判決 1992 年 11 月 17 日)・学説ともに更生計画における免責は債務の一般的消滅原因の免除と性質が異なることを理由に同条の適用を排除する考え方で一致しているようである (能登・前掲 98 頁)。なお、2005 年 7 月 26 日の法律第 2005—845 号は、「債務者が克服できない、支払停止を導くであろう性質の困難」を疎明する債務者の申立により開始され、経済活動の継続、雇用の維持、負債の決済を可能にするための企業の再編を容易とする目的を持つ企業救済手続 (procédure de sauvegarde) を創設したが、認可判決を得た企業救済計画の (免除等の) 条項を、保証人・人的担保義務者 (ただしそれらが法人である場合を除く) も援用できるものとしている (改正後の商法典 L. 626—11 条)。他方、従来から存在した企業更生計画の段階になると、やはり同様に更生計画の条項を援用できないものとしている (改正後の商法典 L. 631—20 条)。

(23) 上告棄却判決である。その原審東京高判平成 7・2・14 金法 1417 号 58 頁は、「主債務の時効完成后に保証人が保証債務を履行した場合でも [事案では保証人が分割払で一部を弁済していた—引用者注]、主債務が時効により消滅するかどうかにかかわらず保証債務を履行するという趣旨に出たものであるときは格別、そうでなければ、保証人は、主債務の時効を援用する権利を失わないと解す」べきものとしている。

(24) 免責決定の効力を受ける債権は、債権者において訴えをもって履行を請求しその強制的実現を図ることができなくなり、右債権については、もはや民法 166 条 1 項に定める「権利

が免責された主債務の保証人であっても、付従性の帰結を最大限尊重する限りは、主たる債務者がもはや援用の必要も可能もない消滅時効完成であっても、これを保証人が、いわば「免責されなかったとしたら主債務者の援用し得たであろう消滅時効」に基く自己に固有の抗弁として援用することを許してもよいように思われる<sup>(25)</sup>。最判平成11・11・9は時効の起算点を問題とするが、免責された責任なき債務の「履行期」は依然として観念し得るし、弁済があれば給付保持力だけは与えられるということを期待してよいという(きわめて消極的ながらも)そこにはなお債権者の「権利」が存在しているといえるのであって、そこに消滅時効を観念することは可能なのではないか。免責後の債務でも、時効が完成すると自然債務となる。一般に自然債務は、訴求力もない、とされており、責任なき債務とこの点で区別される<sup>(26)</sup>。免責を受けた段階では、いちおう、訴求力があり、ただその強制執行が許されないという段階にとどまるのである。

しかし、主債務者法人格消滅の場面では、別の考慮が必要となろう。即ち、主体の存在しない「(責任の伴うか否かを問わず)債務」は可能か、という問題になる<sup>(27)</sup>。

## 〔6〕では主債務者法人格消滅の場合は… 破産者免責を保証人が援用でき

ヲ行使スルコトヲ得ル時」を起算点とする消滅時効の進行を観念することができないといふべきであるから、破産者が免責決定を受けた場合には、右免責決定の効力の及ぶ債務の保証人は、その債権についての消滅時効を援用することはできないと解するのが相当である。…

(25) この帰結を認めると、時効中断の相手方の問題を生じるとの批判があるが、保証が連帯保証である限りにおいては、保証人への請求によってこれを中断するという道がある(請求の絶対効・民434。金山・前掲510—511頁)。

(26) 自然債務という性質決定を批判する論者(例えば大久保邦彦「自然債務否定論」前田達明編・奥田還暦民事法理論の諸問題上巻(1993年、成文堂)323頁)は、自然債務弁済の給付保持力の根拠を贈与とみることで正当化できることの例として破産免責の場合を挙げる。自然債務の観念は近代国家の理念からいえば望ましくない自力救済と表裏一体であるというのである。後掲最判平成11・11・9につき、水元宏典「批判」法教237号147頁は、このような場面における主たる債務を存続するとみることが、給付保持力を期待して半ば自力救済的にあるいは債務の承認を要求するなどして債務者の再生を妨害する弊を許す結果に至ることを指摘する。しかし、破産免責ではまだ自然債務にまで至っておらず、「責任なき債務」の段階であるに過ぎない。裁判所の履行を命じる判決という威嚇は、たとえそれが裁判所の作用が人心に与える魔術的效果のみに依存するものであれ、心理的な圧迫が存する以上、法社会学的にはなお重要であって、そのような効力を伴うものと、まったく国家から債権者が見放されて自力救済に走る場面とは違う、というのは過言であろうか。

(27) ひとまず、「主体のない債務ないし責任、これは何人も認めることができない」との指摘が妥当する。金山・前掲526頁。

ないことが法定の効果として説明され消滅するのは債務であると考えるとき、主債務者法人格消滅の場面は、理論的には、保証人をも解放することになるはずである<sup>(28)</sup>。しかし、大審院のリーディングケースが、このことを許さなかった。

#### 大判大正11・7・17民集1巻460頁

明治40年4月20日、Y（上告人・被控訴人・被告、大原慶一）は、A（株式会社神國銀行）がX（被上告人・控訴人・原告、株式会社安曇銀行）に対して負担する預金元金債務2万3,000円につき「整理シタル結果其ノ資産ヲ以テ辯済ニ不足ヲ生ジタル場合ニハ」支払うとの約旨で保証人となった。同年6月から大正2年まで、Aは元利金中2万3,753円88銭を弁済していた。大正6年10月23日東京地裁は、Aに対して破産宣告。Xは支払停止の事実を知らずながらAより右弁済を受領していたとして管財人から否認権の行使として取戻訴訟が提起された（大正8年3月28日）。Xは一方でYにこの訴訟の事実を通知し、保証債務の履行を求めている（大正8年4月10日）。その後Xは管財人と示談し4500円を返還し否認は取下（大正8年8月4日）。Xは当該預金債権を破産財団に届出ていない。その後、破産手続は終結しAの法人格は消滅するに至る。

第一審でYは、Aが破産宣告を受けた本件では、右約旨を以て定められた「整理の結果無資力である場合」に該当しない、本件で問題の預金は被保証債務ではない、仮にそうであっても完済されていること、否認により復活した預金債権は既に商事時効により消滅した、など主張し、Xの請求は棄却され控訴、控訴審でYは、配当申立の権利を放棄したのであって債権そのものを放棄したわけではないこと、否認権行使の方法は裁判によるべきこと、したがって弁済の有効であること等を主張したところ、裁判所これを容れず請求認容、Y上告。

上告理由中、否認権は裁判上行使すべきこと、否認権行使がなされた弁済によって消滅するはずであった債権が、否認権の行使によって復活した場合には、復活時点を消滅時効の起算点とする原審の解釈は誤っていること、そして第三に、「保証債務ハ主タル債務ニ従タル債務トシテ主タル債務ノ消長ニ従ヒ或ハ減縮シ或ハ消滅スルハ其本質上疑ナキ處ニシテ主タル債務消滅ノ原因ハ其ノ如何ヲ問フコトナシ然リ而シテ原判決ノ右事實認定ニ依レハ原判決言渡時既ニ已ニ適法ナル破産手続ノ終了ニヨリ主タル債務者Aハ法人即チ株式会社トシテノ存在ヲ絶對ニ喪失シ人格ノ消滅ヲ來シタルモノト云フヘシ凡ソ債務存続ノ要件トシテ債務者ナル人格ノ存在ヲ必要トスルハ何人ト雖異論ナキ所ナレハ或債務ノ債務者ノ人格消滅シ又其ノ人格ヲ承繼スル人格者ノ存在シ得サル場合ニ於テハ該債務ハ其ノ要件ヲ缺如シ從テ債務自體モ亦消滅スルノ他ナキナリ」と主張している。

大審院は上告を棄却。（第一点、第二点のいずれについても論旨を採用せず、第三点に付い

(28) 「債務者其人ヲ失ヒ消滅スルモノト解スヘキナリ是レ猶ほ債權〈原文ママ〉者タル法人格消滅シタルカ爲メニ其債權消滅スルカ如キナリ然レトモ會社ハ消滅スルモ會社ノ爲メニスル保證人ノ責任ハ消滅セサルモノトス」。加藤正治「株式会社ノ破産」破産法研究第五卷（大正12年、有斐閣＝巖松堂）135頁。

ては)「保証債務ハ從タル債務ナルヲ以テ主タル債務ノ消滅シタルトキ亦同時ニ消滅スルモノト爲スヲ原則トスレトモ主タル債務者ノ人格消滅ニ因リ主タル債務ノ消滅スル場合ニモ亦保証債務ノ消滅スルモノト爲スハ保証債務ヲ認メタル法律ノ精神ニ副ハサルモノト爲ササルヘカラス蓋シ保證人ハ主タル債務者カ其ノ債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其ノ履行ヲ爲ス責ニ任スルモノナルニ主タル債務者ノ人格消滅ノ爲保証債務モ亦消滅スルモノト爲サハ債權者ハ何人ヨリモ債權ノ辯済ヲ受クルコトヲ得サルコトナリ保証ノ利益ヲ全然失フコトナルヲ以テナリ故ニ株式會社カ破産手續終了ノ結果其ノ債務ヲ辯済スルニ至ラスシテ其ノ人格ヲ失フニ至リタル場合ノ如キハ寧ロ主債務者カ其ノ債務ヲ履行セサル場合ニ該當スルモノト解スルヲ相當トスル」旨を述べてその理由とした。

この判決に関して学説が述べたところが、後になって「債務存続説」と呼ばれる立場の根拠になっている。

「主たる債務者が会社であって破産の結果解散するときは、残債務についての保証はどうなるであろうか。保証人の責任を免かれさせるべきではないから、会社は、残債務の主体たる範囲において権利能力を持続し、保証される債務の存続を維持すべきであろうと思う」<sup>(29)</sup>。

このような説明が、文字どおり本当に会社が権利能力者として存続しているという意味であるとすれば、果してそれを実定法上根拠づけることは可能であろうか。

〔7〕破産者法人格が残存する場合とは 破産の終了には①配当による終結・②強制和議による終結・③破産廃止の3つに大別でき、さらに破産廃止の場合は財団不足による同時ないし異時の廃止と、同意廃止とがある。破産者が法人である場合、それぞれの結果として法人格が消滅する場合としからざる場合とに分類できる<sup>(30)</sup>。

①最後の配当が実施された後、計算報告のための債権者集会が開かれ、計算が承認されると管財人は免責され、破産終結決定〔新破220では「破産手続終結の決定」〕に

(29) 我妻栄・新訂債権総論(岩波書店、1964年)485頁。このほか、「会社は、残債務の主体たる範囲において権利能力を持続し、保証される債務の存続を維持すると解するのが適当であろう」(奥田昌道・債権総論〔増補版〕(1992年、悠々社)401頁)。「債務存続説」の呼称は一般に用いられる。ほんの一例であるが、例えば、下村信江「本件批判」判タ1136号89頁、松並重雄「本件批判」ジュリ1254号222頁など。

(30) また片岡宏一郎「批判」(東京高判平成11・3・17)判タ1016号35頁以下参照。

至る。この手続では残余財産が存しないのが通常であると考えられており、破産法人は破産終結決定の公告を以って消滅する。しかしなお残余財産が存する場合には、破産管財人は裁判所の許可を得て追加配当を行い（破283 I（新破215））、これが存しなくなったとき会社の法人格は消滅する<sup>(31)</sup>。

②強制和議による破産終結の場合には、期日手続前に法人は継続するか清算するかを決することになっており、債権者集会による決議の後、強制和議認可決定の確定を経て破産法人は財産管理権を回復し、清算する場合には清算終了によって法人格が消滅する。

③財団不足による破産廃止の場合には、破産廃止決定の確定により、破産者は財産管理権を回復するが、残余財産がない場合には、破産法人は清算手続に入り清算終了によって法人格が消滅する。

以上のとおり、強制和議の場合であれ、破産廃止の場合であれ、会社が清算を行うことになる場合には、依然会社は清算の目的の範囲内において法人格を有する<sup>(32)</sup>。破産終結決定後も、なお残余財産が存し、清算の必要が残存する限りは、依然この破産法人は存在していることになる<sup>(33)</sup>。したがって、被保証人が破産終結の後も、依然として権利能力を有する場合があると説明することは荒唐無稽でも何でもない。

〔8〕「債務の存続」公式の真意　しかし、事実として完全に清算が終了し残余財産も存しない場合にまで、問題になっている民法学説のように「会社は、残債務の主体たる範囲において権利能力を持続し、保証される債務の存続を維持する」というのであれば、それは表現として適切でない。「債務存続説」の根拠とされつづけてきた前掲学説の表現は、慎重に取り扱わねばならないと思われる。上記引用の箇所は、保証の付従性の原則と矛盾しないように保証の独立的な存続を正当化しようとするための苦しい説明に思われ、法人が真実権利能力者として存続している趣旨ではない、と解するべきではないのか。上記列举の破産ないし清算の目的が終了した時点を超えて、なお「権利能力がある」とするのは、実定

(31) 斎藤＝麻上＝林屋・注解破産法第三版（1999年、青林書院）613—614頁。破 4（新破35）。

(32) 清算事務が終了すると清算終了の登記が行われるが、これは創設的効力のない登記で、他の商業登記同様、これを以って善意の第三者にも対抗しうる効力を付与されるというだけである。上柳＝鴻＝竹内・新版注釈会社法（1）総則・合名会社・合資会社（1985年、有斐閣）513頁〔米沢明〕。

(33) 債務存続説への批判として、残余財産の存続といった客観的に判別し難い事情により法律関係が影響を受けるのは望ましくないことがあげられる（例えば下村・前掲判タ1136号90頁）。実定法上の制度の帰結への非難である以上、この指摘は立法論と読むべきか。



法の正しい説明ではない。むしろ、「保証とは付従性のある制度である」という観念との間に一貫性をもたせようとして試みた単なる比喻なのではあるまいか<sup>(34)</sup>。

〔9〕では債務消滅なのか 評釈の幾つかは、「従来は、免責決定の場面と破産終結の場面とを明確に区別しないまま、…議論されてきた嫌いがあった」ところ「最高裁は上記2つの場面を区別する立場をとった」<sup>(35)</sup>と解釈している。

前掲最判平成11・11・9が時効の起算点はいつなのかを決定し得ないという点を取り上げることに拘泥し、免責後の債務にもいちおう時効の観念は存在するかのように含みを持たせているのと比較すると、本件判決は、主債務者法人格消滅の場合に限ってであれ、明快に債務消滅説を採った点で評価されるというのである。

〔10〕反対説 これに対して、右有力学説のような比喩的に権利能力者であるという表現にとどまるのではなく、その法学的内容をより精密に描写しつつ、主債務者法人の破産終結後の債務存続をも認めようとする主張がある。すなわち、破産終結決定後の破産法人につき「もっぱら権利義務の観念上の基点を設けるためだけ」に認められる「主債務の単なる名義人としての主体性」を承認しようというのがこれである<sup>(36)</sup>。論者は、これを、相続財産法人（民951）に類似的性質を持つ制度と見ているようである。さらに重要なことは、論者は、破産法4条〔新破35〕、民法73条、商法116条〔会476〕そのものの内容の一つとして、この場合を列挙しようとしているのである<sup>(37)</sup>。即ち、「会社ハ解散ノ後ト雖モ清算

(34) 我妻・前掲の引用同所には「自然債務」ないし「責任なき債務」の文字はない。

(35) 田頭・前掲法教276号91頁。下村・前掲判タ1136号90頁中段も同旨か。

(36) 金山・前掲527頁。なお、手形法はその7条で、仮設人の署名があっても手形を無効にしないとの規定を置いている。仮設人を振出人とする手形が裏書された場合に、現実振出人の営業所が支払地内に存することはないのであろうし、支払場所として任意の銀行を選んで記載したとしても、振出人が仮設人なら、「取引なし（該当口座なし）」を理由とする不渡となることは明らかであるが、所持人は証券に記載された支払場所において呈示（手38）を行い、拒絶証書（手44）を作成しさえすれば、裏書人の責任（手15Ⅰ）を追及できる。仮設人であれば振出人が形式上存在することが裏書人の行為の効力との関係では必要とされるのである。この扱いは、もともと手形が要式証券であり、法の要求を満たす形式的条件のもとで一般私法で認めないような結果も許す（独立の原則）という有価証券法に特殊な準則の結果であって、これらの処理と、破産終結後の保証人を同列に扱うことはできない。消滅時効に関していえば償還義務者の場合満期の日から1年（手70Ⅱ）とされ、時効の援用についてもはじめから独立性が保障されているのである。

(37) 同・529頁。

ノ目的ノ範囲内ニ於テハ仍存続スルモノト看做ス」とある商法116条に則していえば、会社の保証人が依然として義務を負い、債権者が満足を得ていない以上は、そして、保証人と債権者との関係は、会社と無関係に発生したのではない以上は、会社をめぐる法律関係の清算は完全に終結したわけではなく、清算は、社員を巻き込むことはなくとも、保証人と債権者との間でなお続行しているというべきことになり、したがって、かれらの間では会社の法主体性を承認すべきであるというのである。

〔11〕 反対説への批判      ただ、相続財産法人は、相続財産が国庫帰属（民959）に至るまでの、公益性の強い暫定的な財産管理・相続人搜索手続遂行の根拠として観念された法人であって、その法主体性は当該法人の財産そのものが右のような手順のなかを運動するための基盤である。これに対して、論者の主張する消滅法人の法主体性は、その法人自体の活動のためではなく、保証人という、法人にとって他人である者の活動のためだけに存在が要請されるという点ではなお両者の異質性に越え難い断崖が存するのではなかろうか。また、破産終結後法人として主債務者は法的に存在しなくなるから、主債務を観念してもその訴求力はなく、弁済者がいないから任意の弁済についての給付保持力を付与する実益もなく、その存在は「自然債務以下」であり、これについて保証しているという状態を給付することの結果主たる債務者が与信を受けるなどの方法で受益しているという状況も存在しないから「担保」という働きもそこには存しないという点で、民法449条の「独立ノ債務」における「主債務者」よりもはるかに存在が希薄である。

〔12〕 結論—法定の「独立の債務」者としてのいわゆる《保証人》      したがって、少なくとも破産終結決定の後の保証人の義務は、強い独立性を有しているということになり、主債務の消滅時効の援用は最早望むことはできないと解すべきではないのか。物上保証人による法人格が消滅した主債務者の時効の援用に関する東京高判平成11・3・17を評釈するある論者は、このような場面では「付従性は働かず、物上保証債務の独立性が発揮される」と解する<sup>(38)</sup>。本件における保証人の債務も、同様のことがいえるであろう。このような保証はもはや保証ではない。これは付従性のない人的担保たる、法定<sup>(39)</sup>の「独立の債務」である<sup>(40)</sup>。

(38) 片岡・前掲判タ1016号39頁。

(39) 民449の「独立ノ債務」はそのような契約がなされたものと「推定」する規定であり、これに対して破326・366ノ13〔新破253Ⅱ〕そのような債務負担行為と看做す趣旨であるというべきであろうか。

（おわり）

---

(40) この考え方に支持は決して少なくない。片岡・前掲同所の他、下村・前掲91頁、吉岡・前掲15頁など。民法449条の前身は民法（明治23年）債権担保編では9条および25条であり、その被継受法であるフランス民法典2012条および2036条の19世紀注釈学派的理解と同様、「自然債務の保証」と解されてきたが、やがて、フランス法でもこれを自然債務の保証ではなく、付従性のない人的担保、「請合」（porte-fort）として解するようになり、このような思潮を（やや前後するようにも思われるが）反映して現行の姿に改正されたものである（詳細は柴崎・前掲論説）。いずれにせよ、そこでの主たる債務者は、実在する人でなければならない。なぜならば、それは「担保」という機能を担った債務負担行為であり、たとえ責任を負わせることができない「本人」であっても、その者が何らかの地位を受益することが当該担保的債務負担行為の原因 cause となっているからである。本人が受益しない場面では、cause の欠缺を理由に、「独立ノ」債務者は履行を拒み得る。なお、人的担保の cause とは何かについて、柴崎「手形保証の付従性・独立性・有因性」獨協法学62号1—53頁、特に17頁参照。これとの比較で、破326等の定める独立の債務は、担保というはたらきさえ失ったまま存続する制度なのである。