

判例評釈

民事手続法最高裁判例研究  
民事手続法最高裁判例研究会  
(代表者 松村 和 徳)

最三小決平成29年 9 月12日民集71卷 7 号1073頁

西川 佳代

## 破産手続における開始時現存額による 届出破産債権に対する超過配当の処理 (最三小決平成29年9月12日民集71巻7号1073頁)

1. 事案の概要
  2. 決定要旨
  3. 評釈
- 
- 

### 1. 事案の概要

(1) A株式会社(以下「破産会社」という。)は、平成23年9月21日、破産手続開始決定を受け、Y(相手方、相手方、抗告人)が破産管財人に選任された。

(2) X保証協会(申立人、抗告人、相手方)は、破産会社のB信用金庫に対する借入金債務2口を保証していたため、これを将来の求償権として破産債権の届出をした後、B信用金庫に対しその元本全額並びに破産手続開始の決定の日の前日までの利息全額及び遅延損害金の一部(合計5651万1233円)を代位弁済し、従前の届出を求償権に変更した(以下、この求償権の元本を「本件破産債権」という)。なお、その変更等の届出においては、開始後から代位弁済日までの金融機関未収利息及び求償権元本に対する代位弁済日の翌日からの損害金がそれぞれ劣後的破産債権として付加される旨が記載されている。

(3) CはXとの間で、破産会社のXに対する求償金債務を担保するため、自己の所有する不動産に根抵当権を設定していた。平成24年10月26日、Cは上記不動産の売却代金から2593万9092円を本件破産債権に対する弁済としてXに支払った。この代位弁済の結果、本件破産債権の残額は3057万2141円となった。

(4) Cは、平成27年8月、破産会社の破産手続において、前記(3)の代位弁済により取得した求償権2593万9092円を予備的に破産債権として届け出

た。

(5) 破産管財人 Y は、破産債権の調査において、本件破産債権の額を認め、前記(4)の C の求償権について、「本件破産債権の残額が配当によって全額消滅することによる、破産法104条4項に基づく求償権の範囲内での原債権の代位行使という性質において認める」旨の認否をした。

(6) 破産管財人 Y は、X が破産手続開始の時の債権の額として確定したものを基礎として計算された配当額のうち、実体法上の残債権額を超過する部分(以下「本件超過部分」という。)を C に配当すべきものとして配当表を作成した(以下「本件配当表」という。)。本件配当表には、本件破産債権について、配当をすることができる金額として前記(3)の残額と、備考欄に「計算上の配当額は4512万4808円であるが、本件破産債権の残額は3057万2141円であり、これを超えての配当はできないため」との旨が、それぞれ記載されていた。また、本件配当表には、C の前記(4)の求償権について、配当をすることができる金額として1455万2667円が、備考欄に「本件破産債権の残額が配当によって全額消滅することによる、破産法104条4項に基づく原債権の代位行使に対する配当として(本件破産債権の計算上の配当額と残債権額との差額の配当として)」との旨が、それぞれ記載されていた。

(7) X は、本件配当表の更正を求めて異議を申し立てた。主として争点となったのは、本件超過部分の取扱いである。原々審は、超過部分は債権の一部を弁済した求償権者 C に配当すべきであるなどとして、本件配当表に対する X の異議申立てを却下した。これに対し原審は、破産手続開始の時の債権の額として確定したものを基礎として計算された配当額のうちの一部の配当により当該債権が消滅する以上、超過部分は、当該債権について配当すべきでなく、その他の破産債権について配当すべきである超過部分を上記求償権者に配当することはできないとして、原々決定を取消し、本件を原々審に差し戻した。これに対して Y が抗告許可の申立てをしたところ、原審はこれを許可した。本決定は以下の通り判示して、原審の判断を結論において是認し、抗告を棄却した。

## 2. 決定要旨——抗告棄却——

「破産法104条1項及び2項は、複数の全部義務者を設けることが責任財産を集積して当該債権の目的である給付の実現をより確実にするという機能を有す

ることに鑑みて、配当額の計算の基礎となる債権額と実体法上の債権額とのかい離を認めるものであり、その結果として、債権者が実体法上の債権額を超過する額の配当を受けるという事態が生じ得ることを許容しているものと解される（なお、そのような配当を受けた債権者が、債権の一部を弁済した求償権者に対し、不当利得として超過部分相当額を返還すべき義務を負うことは別論である。）。

他方、破産法104条3項ただし書によれば、債権者が破産手続開始の時ににおいて有する債権について破産手続に参加したときは、求償権者は当該破産手続に参加することができないのであるから、債権の一部を弁済した求償権者が、当該債権について超過部分が生ずる場合に配当の手続に参加する趣旨で予備的にその求償権を破産債権として届け出ることとはできないものと解される。また、破産法104条4項によれば、債権者が配当を受けて初めて債権の全額が消滅する場合、求償権者は、当該配当の段階においては、債権者が有した権利を破産債権者として行使することができないものと解される。」

そして破産法104条5項から、「物上保証人が債権の一部を弁済した場合についても全部義務者の場合と同様に解するのが相当である」と指摘した上で、「したがって、破産債権者が破産手続開始後に物上保証人から債権の一部の弁済を受けた場合において、破産手続開始の時ににおける債権の額として確定したものを基礎として計算された配当額が実体法上の残債権額を超過するときは、その超過する部分は当該債権について配当すべきである。」

#### 木内道祥裁判官の補足意見

「……確定した破産債権は、破産債権者表の確定債権額としての記載が確定判決と同一の効力を有しており、債権者は確定債権額をもって配当手続に参加することができる。

したがって、配当表において、Xの配当手続に参加することができる債権の額とされるべきものはXの確定債権額であり、その配当表に対する異議において、債権調査手続において述べるべき主張を事由とすることはできない。確定した破産債権者表の記載を変更する手続は破産手続内に備えられておらず、手続外で行われる請求異議の訴えなどによって確定判決と同一の効力が覆されない限り、確定債権額を配当手続に参加することができる債権額とする配当表が変更されることはない……。〈中略〉

また、前項で述べたように、Xは、本件破産債権の全額をもって配当手続に参加することができるのであるから、請求異議訴訟などによってそれが変更さ

れない限り、Aの債権は、予備的あるいは条件付とされるのがいかなる趣旨であったとしても、これをもって本件破産債権と並んで配当手続に参加することはあり得ないのである。」

### 3. 評釈

#### (1) 問題の所在

本件においては、破産手続開始決定後に物上保証人Cから債権の一部の弁済を受けた破産債権者Xが、破産手続開始時における債権の額として確定したものを基礎として計算された配当額を得た場合には実体法上の残債権額を超過する部分（以下「超過部分」という。）が出るため、それを破産手続においてどのように取り扱うべきかが問題となった。

この問題については、現行破産法制定当初から議論があったものの、これまで最高裁の立場は明確ではなかった。本決定は、最高裁として初めてこの問題につき判断を示したものである<sup>(1)</sup>。

なお、破産手続開始後の遅延損害金を劣後的破産債権として届出ている場合に、この劣後的破産債権をどう取り扱うかという問題については、原々審および原審においては争われていたものの本決定においては判断されていない。

#### (2) 学説・先例

##### 1) 学説

超過部分の取扱いに関する学説には大きくわけて以下の①～③の3つがある<sup>(2)</sup>。

まず、超過部分がそもそも誰に属するかについて、求償権者とする考え方と破産財団とする考え方に分かれる。

次に、超過部分が求償権者に属するとする考え方には、①破産手続において破産管財人は、手続開始時の現存額を基準として算出された配当額を債権者に

(1) 伊藤眞ほか編『新破産法の基本構造と実務』(2007年、有斐閣)364頁。

(2) 伊藤眞ほか『条解破産法 [第2版]』(弘文堂、2014年。以下「条解破産法」とする。)769頁、園尾隆司=小林秀之編『条解民事再生法 [第3版]』(弘文堂、2013年)447頁 [杉本和士執筆]、山本和彦「手続開始時現存額主義の現状と将来—改正民法の弁済による代位の規律も踏まえて」岡仲浩ほか編著『破産管財人の債権調査・配当』578頁 (商事法務、2017年)。

配当すれば足り、超過部分については債権者と求償権者との間の不当利得返還請求による処理に委ねるとする見解（以下、「不当利得説」とする<sup>(3)</sup>）と、②求償権者は弁済による代位が可能であることから、破産手続において破産管財人は、求償権者に対して超過部分を配当すべきとする見解（以下、「共同義務者帰属説」とする<sup>(4)</sup>）がある。

超過部分が破産財団に属するとする考え方は、③超過部分は他の破産債権者や破産財団との関係で不当利得となるため、破産財団に帰属し、この超過部分を他の破産債権者に対する配当原資とすべきとする（以下、「破産財団帰属説」とする<sup>(5)</sup>）。この立場では、手続的には破産管財人に超過配当を認めた上で超過部分を破産財団に返還しなければならないとするか、破産管財人はこれを配当しないとするかの違いはあるが、いずれにしろ、超過部分は他の破産債権者に対する配当財源となるとする<sup>(6)</sup>。

## 2) 先例

破産手続における超過配当の問題について直接判断した裁判例は、公刊物上見当たらない<sup>(7)</sup>。

(3) 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）442頁 [堂園幹一郎]、全国倒産処理弁護士ネットワーク編『破産実務 Q&A200問 362頁』（金融財政事情研究会、2012年。以下「破産実務 Q&A」とする。） [兼光弘幸]、豊島ひろ江＝上田純「破産債権・再生債権の確定後の債権消滅・変更に対する処理」銀法766号37頁、山本研「手続開始時現存額主義により生ずる超過配当額の処理」高橋宏志ほか編『伊藤眞先生古稀祝賀論文集・民事手続の現代的使命』1208頁。

なお、以下の「不当利得説」「共同義務者帰属説」「破産財団帰属説」との呼び方は、山本（和）前掲注2論文585、586頁による。

(4) 伊藤ほか編前掲注1書366頁 [沖野眞巳発言]、367頁 [山本和彦発言]、園尾＝小林前掲注2書447頁。

(5) 伊藤ほか編前掲注1書369頁以下 [伊藤眞発言・松下淳一発言。なお、松下淳一「開始時現存額主義に関する若干の考察」（高田裕成ほか編『民事訴訟法の理論—高橋宏志先生古稀祝賀論文集』1315頁（有斐閣、2018年）においては、破産法104条4項の意義の再考により、②説に改説されている。]、松下満俊「破産手続における開始額現存主義をめぐる諸問題」岡正晶ほか監修『倒産法の最新論点ソリューション』（弘文堂、2013年）112頁、廣瀬正剛「開始額現存額主義の結果、本来の債権額を超える配当等がされた場合の超過部分の取扱い」実務研究会編『倒産と担保・保証』（商事法務、2014年）715頁、伊藤眞『破産法・民事再生法 [第3版]』（有斐閣、2014年）286頁。

(6) 伊藤前掲注5書286頁。

本件原々審は、超過部分は求償権者に帰属すべきとし破産管財人がCに配当した配当表を支持しているので②説を、また、原決定は破産財団に帰属すべきとし③説をとるものと理解できる。

それに対して本件最高裁は、()書きにおいて「なお、そのような配当を受けた債権者が、債権の一部を弁済した求償権者に対し、不当利得として超過部分相当額を返還すべき義務を負うことは別論である」として、超過部分の本来の帰属については求償権者にあることを認めつつ、手続的には破産管財人は破産手続開始時の額をもって配当すべきとしており、①説に立つものと考えられる。

### (3) 本件判決の検討

#### 1) 破産法104条の規律

破産法104条1項は、不可分債務(民430条)、連帯債務(民432条)、不真正連帯債務、連帯保証債務(民454条、458条)など数人が各自債務全部の履行をする義務を負う場合(以下、これらの債務を負う者を「全部義務者」という。)に、そのうちの数人もしくは1人について破産手続が開始した時に、債権者がそれぞれの破産手続において行使できる破産債権の額を、破産手続開始の時に有する債権の全額と規定する(手続開始時現存額主義)。これにより複数の全部義務者を有する債権者に破産債権の行使につき他の一般債権者と比して有利な地位を認めることになるが、これは同一給付について数人の債務者が重畳して履行義務を負うことにより義務の履行を確保するという実体法上の機能を、破産法も尊重しているものと考えられる<sup>(8)</sup>。

他の全部義務者が弁済をした場合については、弁済の時期が破産手続開始決定の前か後かにより取扱いが異なる。破産手続開始決定前に他の全部義務者が一部弁済などをした場合には、債権者はそれを控除した額、つまり開始時現存額を破産債権として行使する(現存額準則<sup>(9)</sup>)のであるが、破産手続開始後に

(7) 民事再生手続に関しては、再生計画に基づく第1回弁済においてある債権者について保証人等による弁済があるため超過額が発生する場合につき、直ちに当該債権者の他の再生債権に対する弁済に充てることはできず、その後の計画弁済の弁済原資とされるべきとしたケースとして、東京地裁平24・11・28(金法1971号97頁)がある。

(8) 前掲注2条解破産法763頁。

(9) 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

他の全部義務者が一部弁済等をしたとしても、債権の全額が消滅したものでなければ、債権者は引き続き破産手続開始の時に有していた債権の全額について——つまり、弁済を受けた額を控除することなく——破産債権として行使することができる（非控除準則<sup>(10)</sup>。破104条2項。なお、物上保証人については5項により準用）。

次に、全部義務者の数人もしくは1人について破産手続が開始した時に、他の債務者は将来の求償権を破産債権として行使することが可能であり、求償権者はその全額について破産手続に参加することができる（104条3項本文）。しかし、この場合、権利としては求償権は原債権と別個のものであるとはいえ、経済的には実質を同じくするものであるから、全部義務者の破産手続参加を無条件に認めると二重に権利行使がなされることになり、他の破産債権者の利益を害することになる。そこで、債権者が破産手続開始の時に有する債権について破産手続において権利行使をしたときは、求償権者は破産手続に参加することはできないとされている（104条3項但書）。

また、求償権者が破産手続開始後に債権者に対して一部につき弁済等をしたとしても、そのことは債権者の破産債権行使に影響を与えない<sup>(11)</sup>。ただし求償権者が債権全額について弁済等をした場合には、求償権者は債権者が有した権利を破産債権として行使することができる<sup>(12)</sup>（破104条4項、5項）。

使」曹時54巻9号2347頁。特に2364頁。

- (10) 非控除準則とは、手続開始時現存額主義のうち、破産法104条2項により、破産手続開始後の一部弁済によっても原債権者の破産債権額が減額されず、また、同条4項の反対解釈により、求償権者は破産手続において権利行使できないことを指す。山本克己＝瀬戸英雄＝山本和彦編『新破産法の理論と実務』（2008年、判例タイムズ社）370頁（勅使川原和彦・杉本和士執筆）。旧法時代には明文の規定がなかったが、最判昭和62・6・2（民集41巻4号769頁）および学説（伊藤眞『破産法〔全訂第3版補訂版〕』（有斐閣・2001年）175頁など）はこれと同様に解していたところである。
- (11) 破産法104条4項は、原債権者優先主義を明確にした最判昭和60・5・23（民集39巻4号940頁）、非控除準則を確立した最判昭和62・6・2（民集41巻4号769頁）および物上保証について非控除主義を適用した最判平成14・9・24（民集56巻7号1524頁。以下「平成14年判決」という。）の趣旨を明文化したものであるとされている。小川秀樹ほか『一問一答新しい破産法』（商事法務、2004年）151頁。
- (12) この場合、手続的には破産法113条および破産規則35条の規定に従い、届出名義の変更届出書を提出する。なお、求償権者が単独でこの届出をするこ



以上によれば、債権者が破産手続に参加した場合には、全部義務者が債権全額を弁済しない限り、債権者は手続開始時の現存額をもって権利行使を維持することができるのであり、配当においても手続開始時の債権額を基準として配当額が算出されることになる。このような破産法104条の規律を前提とすると、破産手続開始決定後に他の全部義務者から一部弁済があった場合には、その弁済額を控除した実体法上の残債権額を上回る配当がなされる可能性、つまり超過配当の可能性が出てくる。本件決定も「破産法104条1項及び2項は、複数の全部義務者を設けることが責任財産を集積して当該債権の目的である給付の実現をより確実にするという機能を有することに鑑みて、配当額の計算の基礎となる債権額と実体法上の債権額とのかい離を認めるものであり、その結果として、債権者が実体法上の債権額を超過する額の配当を受けるという事態が生じ得ることを許容しているもの」とし、他方、「破産法104条3項ただし書によれば、[中略]債権の一部を弁済した求償権者が、当該債権について超過部分が生ずる場合に配当の手続に参加する趣旨で予備的にその求償権を破産債権として届け出ることとはできない」として超過部分も原債権者に配当すべきことを明らかにした。

これにより、破産管財人は開始時の債権額を基準として配当をすれば足り、配当時の実体債権額の多寡を考慮する必要はなく、配当手続が簡明となると考えられる<sup>(13)</sup>。

## 2) 超過部分の取扱いをめぐる学説の対立

2(1)で見たように、従来、超過部分の取扱いに関する学説は①～③の立場に分かれている。以下では設例を使って各説を検討する。なお、本件においてCは物上保証人であるが、本決定は「物上保証人が債権の一部を弁済した場合についても全部義務者の場合と同様に解するのが相当である」としているので、以下の設例ではまずはこれを前提とし、連帯保証人の例で考える。

債権者甲、主たる債務者(破産者)乙、連帯保証人丙について、甲が乙に対して有する債権は乙の破産手続開始時に100万円であり、破産手続開始後に丙が80万円弁済したとする。まず、甲は破産手続開始時に現存する100万円の破

とができるのか、債権者と連名によるのかという問題があり、代位弁済の事実を証する資料が添付されていれば求償権者単独でもできるとの見解が有力である。澤野芳夫「近時における破産・和議の諸問題」金法1507号(1998年)12頁、前掲注3竹下ほか編書443頁(堂園執筆)。

(13) 中井康之「開始時現存額主義と超過配当」金法2076号1頁(2017年)。

産債権届出が可能であり、丙の弁済によっても全額弁済を受けているわけでないからその届出額を維持することができる（破産104条2項）。仮に破産手続における配当率が30%となった場合、甲は破産手続において30万円の配当を受けることになり、すでに丙から受けた弁済を合わせると計110万円を得ることとなる。つまり、実体法上10万円の超過部分が生じることになる。

この超過部分の取り扱いについて①の不当利得説は、まず破産管財人による甲への超過配当を認め、10万円については、甲と丙との間の事後的調整の問題であるとする。すなわち、甲への超過配当により、丙は甲に対して不当利得返還請求権を取得し、配当後の解決はこの両者間の処理に委ねられる<sup>(14)</sup>。この立場では、そもそも破産財団との関係においては損得は生じていないと考えることになる。というのもいずれにしろ破産債権としては計100万円であるのだから、配当が甲に30万円、丙に0円であったとしても、あるいは、実体法上の権利に従って甲に6万、丙に24万円であったとしても、破産財団から30万円を支出するということには変わりがないからである。

次に②の共同義務者帰属説では、甲が手続開始時現存額主義のもと届出債権たる原債権が丙の一部弁済と破産手続における配当額の合計によって全額の満足を得られる場合で、それを破産管財人が知っているならば、破産法104条4項に基づき原債権者甲と求償権者丙の二者間の調整関係において、破産管財人は20万円のみを甲に配当し、甲が債権全額を回収した後の残りの10万円は丙が甲の有していた届出債権を代位行使することで丙へ配当されるとする<sup>(15)</sup>。

この立場の論拠としては以下のように複数あるが、いずれも実体法との整合性を重視していると考えられよう。つまり、実体法上は弁済による代位によって甲の債権が丙の求償権を確保するために移転しているが、破産手続との関係では、債権者がまず優先して弁済を受けることとされているのであり、甲が債権全額の満足を得た以上、超過部分は丙に配分されるという処理が実体関係を反映した処理として妥当であること、次に、丙の弁済の結果、丙は求償権を獲得し、その担保として原債権を行使できるのであり、甲の100万円の債権は、

(14) 前掲注3 破産実務 Q&A275頁、363頁 [兼光執筆]、豊島=上田前掲注3 論文39頁。

(15) 破産法104条4項は、求償権の存在を前提としており、保証人破産の事例で主債務者が弁済をしても求償権は生じない。そのためこの場合には共同義務者帰属説は妥当せず、破産財団帰属説による処理がなされるべきと指摘するのは、山本(研)前掲注3 論文1203頁。

実体法上は消滅することなく丙の求償権を担保するものとして残っているのであるから、超過部分については丙に配当されるべきであること<sup>(16)</sup>、そして、破産法104条3項但書が丙による破産債権の行使を認めないのは、破産財団に対する経済的負担の観点から実質的に同一視されるべき債権の二重行使を防止する趣旨によるものであり、甲が配当の一部により債権全額の満足を得た場合には丙に対して超過部分を配当することには何ら問題はないこと<sup>(17)</sup>、などが主張されている。

③の破産財団帰属説では、超過部分を甲に配当することは、他の破産債権者や破産財団との関係で不当利得となるから、破産管財人は②説と同様に20万円のみを甲に配当し、また、超過部分10万円を甲に配当した後であっても破産財団に返還させ、他の債権者に対する配当財源とする<sup>(18)</sup>。

この立場の論拠としては、手続開始時現存額主義の趣旨は甲の保護であり、甲が債権全額の満足を得た場合には手続開始時現存額主義は役割を終えるので超過部分は甲が受領すべきものでなく特定の誰のものでもないから破産財団に戻すというものである<sup>(19)</sup>。

### 3) 若干の分析

学説の分かれ目のポイントは、超過部分が本来誰に帰属すべきか、従ってどの主体間で不当利得が成立するのかという実体的観点と、あるべき帰属者にどのような手続で配分するのかという手続的観点であろう。超過部分の実体法的帰属については、①説と②説は求償権者丙に帰属するとし、③説では全債権者・破産財団へ帰属すると解している。また手続的には、丙の何らかの行為——どのような手続とすべきかが問題となるが——により破産管財人が超過発生を既知であることを前提として、②③説は破産配当によって超過部分のあるべき帰属を実現し、①説では破産手続ではなくそれ以降の当事者間の調整に任せる点で異なっている<sup>(20)</sup>。どちらにしる超過部分の発生を破産管財人が知ることがなければ、仮に実際には超過部分が発生していたとしても、30万円の配

(16) 伊藤ほか編前掲注1書367頁(山本発言)。

(17) 山本(克)ほか編前掲注10 372頁[勅使川原・杉本執筆]、山本研「本件判批」ジュリ1518号(2018年)140頁。

(18) 谷口安平『倒産処理法[第2版]』(筑摩書房、1980年)168頁、伊藤眞『破産法[第4版補訂版]』(有斐閣、2006年)203頁。

(19) 伊藤ほか編前掲注1書367頁(松下発言)。

(20) 超過部分は丙に帰属することを前提としつつ、手続的には①説または②説

当をせざるを得ないし、それで十分であることはどの説でも変わりはない。しかし実体的に正当な破産配当をめざすべきと考えるのであれば、いかにして丙の債権届出を可能とするかが問題となる（後述（c））。

#### (a) 超過部分の帰属

超過部分の帰属について、③説からは①②説に対して、求償権者が他の債権者より保護される結果となることにつき疑問が呈される<sup>(21)</sup>。しかし、この点については、むしろそもそも超過部分が生じるのは丙の出捐によるものであり、丙は債権者との間では保証債務を履行する義務を負うが、他の一般債権者との関係ではそのような義務を負うものではなく、③説が超過部分を破産財団に帰属させ、他の破産債権者に対する引当とすることは「タナボタ」的であるとする批判がある<sup>(22)</sup>。この立場では、人的担保を有する債権者を優先するという手続開始時現存額主義の機能から<sup>(23)</sup>、原債権者が全額満足を得た段階で破産手続において実体関係に修正を加える必要はなく、弁済による代位によって移転した原債権の行使によって超過部分は求償権者に帰属することになる。

本件においては、超過部分の帰属について原々決定は求償権者に、原決定はその他の破産債権者に配当すべきであったとしたが、本件最高裁決定は事件を原々審に差し戻した原決定を破棄して自判し、原審が原々決定を取り消して事件を原々審に差し戻したという結論自体は是認することができるとしている。このことから本件最高裁決定は、超過部分の実体法上の帰属についてはともかく、破産配当においては届出債権者へ配当すべきとしていると考えられる。特

---

のいずれかによるべきとするものとするのは、山本克己ほか編『新・基本法コンメンタール破産法』（日本評論社・2014年）245頁〔青木哲執筆〕。

- (21) 伊藤ほか編前掲注1書369頁以下〔松下発言〕。松下（満）前掲注5論文133頁も、求償権者（全部義務者）は全部弁済をすれば権利行使をできたにも関わらずこれを行わなかった点から不利益を受けてもやむを得ないとする。
- (22) 山本（研）前掲注3論文1219頁。ただし、同1220頁は、全部義務者に超過部分を帰属させることが妥当でない場合として、弁済を行った全部義務者に求償権が生じない場合、求償権額が超過配当額を下回る場合、求償権が実体法上劣後的債権である場合があるとする。
- (23) 破産法104条は一般債権者の利益が害されないことを前提として破産手続開始決定時を基準時として、一部弁済をなした他の全部義務者の利益よりも人的担保をもつ原破産債権者の利益を優先させたものと解すべきとするのは、伊藤眞「現存額主義再考」河野正憲＝中島弘雅編『倒産法体系』（弘文堂、2001年）53頁。

に、本件最高裁決定は関連する先例と考えられる平成14年判決と最判平成22年3月16日<sup>(24)</sup>(以下「平成22年判決」という。)を参照していないのであるが<sup>(25)</sup>、両判決の射程を踏まえるとすれば、まず、本件におけるCの弁済は2つの債権のそれぞれについてその一部弁済にとどまり元本の一部を残す結果となっているのであって、複数の被担保債権のうちの一部の債権につきその全額を弁済したケースである平成22年判決の射程は及ばないと考えられる。また、旧法時代の平成14年判決は、債権の全額を破産債権者として届出た債権者は、「債務者に対する破産宣告後に物上保証人から届出債権の弁済を受けても、その全部の満足を得ない限り、届出債権の全額について破産債権者としての権利を行使することができる」として一部代位が届出債権者に劣後して認められるにすぎないとしている。この趣旨は破産法104条4項に結実しているが、本件最高裁決定は同条同項および5項をあげて「破産債権者が破産手続開始後に物上保証人から債権の一部の弁済を受けた場合において」として全額弁済をなし得ていない物上保証人の場合には、超過部分は当該債権について配当すべきであると、このような物上保証人は届出債権者に劣後することを明らかにしている。

確かに破産法104条4項、5項からはこのような帰結になると考えられるが、全部義務者と異なり元来、担保物の限りで責任を負うべき物上保証人の場合にはそもそも全額を弁済する義務を負うわけではなく、担保物の処分により弁済をすることが求められるのみである。そうだとすれば、自分の負っている義務をすべて果たした物上保証人が、債権者との関係でなぜ劣後することになるのか、また全部義務者と比較して劣後するのかについては、疑問が残るところである。

#### (b) 不当利得の成否

本件最高裁決定は、()書きにおいて「なお、そのような配当を受けた債権者が、債権の一部を弁済した求償権者に対し、不当利得として超過部分相当額を返還すべき義務を負うことは別論である。」と指摘している。このことから本件最高裁決定は①の不当利得説の立場をとるものと考えられる。

しかし、本件において破産手続外で不当利得が成立するかどうかについては問題があるだろう。すなわち、本件においてXは本件破産債権のほか、代位弁済額に対する代位弁済の日の翌日からの遅延損害金等を有し、これを劣後

(24) 民集64巻2号523頁。

(25) 原決定は平成14年判決、原々決定は平成22年判決を参照している。

的破産債権として届出ている（なお、本件原々審決定当時、破産債権査定異議の訴えが係属中のようであるが、その帰結は明らかではない）。

この点、破産手続においては破産法104条4項に基づき全部義務者が原債権者に代位するための要件としての「債権の全額の消滅」について、本件原々決定は一般破産債権部分の全額の消滅で足りるとし、原決定は劣後的破産債権も含めた消滅が必要であり「債権の全額」には開始後利息および開始後損害金を含むとするが、本決定は特にこれについては触れていない。とはいえ、破産手続において、超過部分を含む配当が劣後的破産債権に充当されるとすれば、物上保証人の事後求償権は、一般破産債権であるにもかかわらず原債権者の劣後的破産債権に後れることになるので、そのような処理は破産法上は取り得ないと考えられる<sup>(26)</sup>。

また、破産手続外においては実体法上の論理が妥当するため、超過配当を受け取った債権者が求償権者である保証人に対する未払利息や遅延損害金等を相殺する可能性があり<sup>(27)</sup>、その場合には不当利得が成立し得ないということも考えられる<sup>(28)</sup>。これについては、配当はあくまでも一般の破産債権である本件破産債権についてされたものであり、超過部分は実質的には求償権者に移転した原債権についての配当といえることができるものであるから、配当の対象となっていない劣後的破産債権の存在を理由に不当利得の成立を否定することはできないと考えることもできよう。

いずれにしろ、不当利得の成否、成立するとしてもその範囲について、債権者と求償権者との間の争いとしては継続するのであり、本件のように不当利得をめぐってさらに争いが予測される場合に、債権者に配当した上で破産手続外での処理を期待するのみでよいのか、また、その場合、求償権者側から不当利得返還訴訟を提起するという負担を負わせるという処理でよいのかはさらに検討されるべきであろう。

このように本件最高裁決定には、実体法との齟齬を破産手続外での事後処理の問題とする点につき、そしてまた、実体法上「不当な利得」の形成に破産手続という裁判所の手続が協力する結果になることについて問題がある<sup>(29)</sup>。し

---

(26) 杉本和士「本件判批」金法2078号34頁。特に37頁。同「破産手続における『現存額主義』の歴史的系譜とその根拠・機能」民訴雑誌62号135頁（2016年）。

(27) 前掲注3 破産実務 Q&A363頁 [兼光執筆]。

(28) 山本（和）前掲注2 論文586頁（注17）も同旨。

かし、破産手続との関係、つまり破産管財人の行為規範としては、兼ねてより争いがあった超過配当が生じる場合の処理としては、開始時の債権額を基準とに配当すれば足り配当時の実体債権額を考慮する必要はなく、簡明な方法であると評価されよう<sup>(30)</sup>。破産手続の迅速性および破産管財人の負担の面からは評価できるが、その後の処理を当事者の負担としている点で問題は残ると考えられる。

### (c) 破産手続への参加方法

①説では裁判所の手続によって不当利得が発生することを批判する立場、特に②説の立場からは、丙の破産手続への参加手法が問題となる。しかし、そもそも破産法104条3項但書からは求償権者が債権届出をすることができないため、このこととの整合性が問われることになろう<sup>(31)</sup>。この点について②説は、破産法104条3項但書の実質的根拠は、原債権と求償権の二重行使が他の債権者を害することから認められないという点にあるので、二重行使の問題が生じないルールを形成できればよいとする。そこで②説は、原債権者が債権全額の弁済を受けることを条件に、求償権者は（求償権の届出ではなく）原債権者の破産債権を行使する旨をあらかじめ届け出る、——すなわち予備的な届出名義の変更（破113条）——をし、これに応じて裁判所は原債権者に対する配当の残額を求償権者に配当することができるとする<sup>(32)</sup>。

この問題については、前述のように、そもそも何らかのかたちで破産管財人が超過部分の発生を確知しなければ配当段階でその帰属を問題とすることにはならず、破産債権の届出に従い甲に配当されるだけのことである。また、超過部分が発生しそれを破産管財人が確知した場合でも、届出額や届出名義の変更（破産113条1項）があれば<sup>(33)</sup>、配当段階において超過部分を振り分けることが可能となる。

よって問題となるのは、債権者と求償権者の間に「その債権の全額が消滅」

(29) 山本（和）前掲注2論文587頁。

(30) 前掲注2条解破産法770頁、中井前掲注13論文1頁。

(31) 前掲注2条解破産法770頁。

(32) 山本（和）前掲注2論文588頁。なお、従前は求償権者に求償権の届出を求めるという説であったが（伊藤ほか編前掲注1書369頁〔山本発言〕）、破産法104条4項の趣旨を妥当させるため、ここで改説されている。

(33) 実務上、破産管財人としては配当により超過が生じないか債権者の保証人からの回収額には注意を払い、配当により超過が生じることを知れば破産裁判所に報告して対策を協議するべきであるし、債権者に過大な利得が生じな

したかどうかなどについて争いがある場合や、配当によって債権者の債権全額が消滅すると同時に超過配当額が生じる場合であって届出名義の変更が不可能な場合などであろう。後者の問題については前述のように②説では予備的な届出名義の変更によって対処することが可能となると考えられるが、仮に原債権者と求償権者の間に弁済等について争いがあるときも、裁判所は一応の判断をして届出名義の変更の可否を定めれば足り、なお争いが残る場合には不当利得等の訴訟に委ねることが主張されている<sup>(34)</sup>。

しかし本件最高裁決定は、予備的届出を行っておくという措置について否定するとともに、破産債権者表において届出破産債権が確定した後については、配当表作成段階において②説による処理を配当表の備考欄に記載して超過分を調整する対処も認めない。また、配当の実施により超過配当が見込まれるものの、まだ配当を受けておらず債権の全額が消滅していない段階においては、破産法104条4項により求償権者が超過分について代位する余地がないと指摘している。

さらに木内裁判官の補足意見は、確定した破産債権者表の記載を変更する手続は破産手続内に備えられておらず、手続外で行われる請求異議の訴えなどによって確定判決と同一の効力（破産124条3項、131条）が覆されない限り配当表が変更されることはないし、他に配当調整の規定は設けられていないと指摘する。この点、配当によって実体債権額を超過する場合には、確定判決と同一の効力を有する破産債権者表を、破産手続外の請求異議訴訟などによって変更すればそれが可能となるという指摘とも考えられるが、このような請求異議の訴えの「流用」が認められるべきかについては慎重に検討する必要がある<sup>(35)</sup>、この点が明確にならない限りは破産手続内における破産管財人による調整の方が实际的であるように思われる。

---

いよう②説の意図する実体上の権利関係に沿う調整を図ることが望ましく、できる限り債権者と保証人間の調整を行い、超過部分の破産債権については保証人に届出名義を変更させるよう促すべきである（113条1項、破産規則35条）と指摘するのは、豊島＝上田前掲注3論文39頁。

(34) 山本（和）前掲注2論文588頁。

(35) 民事執行の場面での請求異議の訴えの拡張傾向を指摘し、債務名義の種類や異議事由により訴えの構造が変わりうることを指摘するものとして、松村和徳『民事執行救済制度論』（成文堂、1998年）220頁。また、破産管財人が破産債権者表の記載に対する不服申立てとして請求異議の訴えを提起できるとする理解に対し、本来的な適用とは言い難いとしつつ、破産債権の行使範



#### 4) おわりに

本判最高裁決定は、従来、明らかでなかった破産配当において超過部分が生じる場合の破産管財人の処置として、超過配当を認める点に意義がある。これにより破産管財人の負担は軽減され、破産手続が迅速に進行することが期待される。他方、実体法との齟齬については、それを事後的に調整する負担が、特に不当利得の成否、弁済額等に争いがある場合には、誠実に義務を履行した全部業務者や物上保証人に課される点、また、その手続が必ずしも明らかではない点に問題がある。

さらに、原債権者の権利を代位権利者の権利に優先することを明文化した改正民法502条<sup>(36)</sup>との関係においては、破産法104条の解釈あるいは立法問題が指摘されており<sup>(37)</sup>、今後の議論が注目されるところである。

---

用を調整するための「流用」であることから、「超過部分の原債権者への配当を許さない」旨の請求異議の訴えの応用可能性を指摘するものとして、松下（淳）前掲注5論文1337頁。

(36) 民法改正時の議論の詳細については、栗田隆「全部義務者の破産と民法改正」関西大学法学論集65巻5号（2016年）65頁。

(37) 破産法104条の解釈論、立法論を試みるものとして、山本（和）前掲注2論文592頁以下。