

# 破産法104条における 口単位説の判例上の位置づけと 関連する特約の効力について

鹿 島 久 義

- 1 はじめに
- 2 A判決及びB判決
- 3 関係する条文
- 4 関連する最高裁判例
- 5 口単位説を採用したA判決の位置づけ
- 6 特約について
- 7 結びにかえて

## 1 はじめに

最高裁判所は、平成22年3月16日破産法104条の解釈に関して二つの判決を言い渡した（最高裁平成22年〔受〕第1202号及び〔受〕第1457号<sup>(1)</sup>。以下、前者を「A判決」、後者を「B判決」という）。これらの判決は実務に大きな影響を与えるものであると考えられるところ、本拙稿は、これらの判決に接したことを契機として、破産法104条2項所定の「その債権の全額」の解釈につき、いわゆる口単位説を宣言したA判決の判例上の位置づけを検討し、同説を前提として、B判決の判断事項にかかる

---

(1) いずれも金商1339号26頁。

破産手続開始決定後の弁済充当特約等の特約の効力について、ささやかな考察を行おうとするものである。

なおA判決、B判決は、いずれも破産手続における債権査定異議訴訟の上告審判決であり、前者は主たる債務者を破産者、後者はその連帯保証人を破産者とする各破産手続に関連して言い渡されたものである。

## 2 A判決及びB判決

### (1) 事案の概要

Aは、平成10年9月10日当時本件土地をCと共有し、同土地上の本件建物を所有していたところ、ACは、同日、Yに対し、本件土地・建物に根抵当権を設定した（以下、ここで設定された根抵当権を「本件根抵当権」という）。Yは、Aに対し、本件根抵当権の被担保債権として、同日から同13年1月17日にかけて合計1億8000万円を5口に分けて貸し付けた（以下、これらの貸付債権を順に「貸付1」……「貸付5」等という。また、これらを合わせて「本件各債権」という）。Bは、Yに対し、本件各債権発生各期日に、本件各債権全部につき連帯保証する旨約した。またACは、上記各期日にYに対し、借入金債務及びこれに付帯する一切の債務の弁済として数個の給付をする場合又はYのAに対する債務が他にもある場合において、債務の全部を消滅させるに足りない弁済がなされたときは、Yが適当と認める順序方法により任意の時期に充当することができ、それに対しACは、異議を述べない旨約した（以下、この特約を「本件充当特約」という）。

大阪地裁堺支部は、同17年12月12日ABにつき破産手続を開始する旨決定し、Xを双方の破産管財人に選任した（以下、Aを破産者とする破産手続を「A手続」、Bを破産者とする破産手続を「B手続」という）。Yは、本件各債権を、約定利息及び損害金を含めて、A手続において別表1届出債権額記載のとおり各債権額を届け出、同時にB手続においても別表2届出債権額記載のとおり債権額を届け出た。

## 破産法104条における口単位説の判例上の位置づけと……

本件土地・建物は、同18年3月20日任意売却され、Yは、本件建物及び本件土地のAの共有持分の売却に係る弁済として、合計1億2513万8815円を受領（以下、これを「別除権受領分」という）し、本件各債権につき、A手続において別表1別除権分充当額欄記載の各金額につき充当指定をし、同時にB手続においても別表2別除権分充当額欄記載の各金額につき充当指定をした。さらにYは、本件土地のうちCの共有持分の売却に係る弁済として合計4817万8444円を受領（以下、これを「物上保証受領分」という）した。なお、A手続における破産開始時の本件各債権の残額は別表1届出債権額欄記載の各金額であり、B手続における破産開始時の本件各債権の残額は別表2届出債権額欄記載の各金額であった。

Xは、A Bいずれの手続の債権調査においても、貸付5を除く各届出債権全部につき異議を申し立てた。Yは、A手続の債権査定手続において、本件各債権の債権額は別表1破産裁判所の査定額欄記載の各金額である旨主張し、B手続における債権調査においても、本件各債権の債権額は別表2破産裁判所の査定額欄記載の各金額である旨主張したのに対し、Xは、A手続の債権査定手続において、本件各債権の債権額は別表1 X主張の査定額欄記載の各金額である旨主張し、B手続における債権調査において、本件各債権の債権額は別表2 X主張の査定額欄記載の各金額である旨主張した。

### (2) A判決の原判決及びA<sup>(2)</sup>判決の判断

A判決の原判決は、まず別除権受領分の本件各債権への充当については、破産法108条1項で規定された別除権付破産債権における不足額責任主義は、同法104条2項における開始時現存額主義を排除するとの解<sup>(3)</sup>

---

(2) 大阪高判平成20年4月17日金商1339号37頁。

(3) この点に関する解釈については、破産法108条1項、198条3項等の規律から問題ないと思われる。石井・開始時現存額主義の適用範囲・金法

積のもとに、Yの充当指定のとおり別表1別除権充当額欄記載の各金額が充当され、その結果、貸付1、同2、約定利息及び損害金全部の債権が消滅するとした破産裁判所の査定を追認した後、物上保証受領分については、同項所定の「その債権の全額」とは、開始時における当該破産債権者の総債権額であるという総債権説を採用し、貸付3の別除権受領分の充当後の残額と同4、5の開始時における残額の合計額に満たないため、同条5項で準用された同条2項により、Yは、A手続において、貸付3ないし5の各債権については、これらの各債権の開始時における債権額全額をもって権利行使できるとして、別表1破産裁判所の査定額欄記載の各金額のとおり査定した。

これに対しA判決は、同項所定の「その債権の全額」とは、弁済等に係る当該破産債権の全額を意味すると解すべきであるとする口単位説を採用し、物上保証受領分の貸付3ないし5への充当の結果、貸付3ないし5のうち、どれかの債権の全額が消滅した場合には、Yは、A手続において、当該破産債権の権利行使ができない旨判断して、Yのその余の主張につき審理させる必要があるとして、原判決を破棄して事件を原審に差し戻した。

(3) B判決の<sup>(4)</sup>原判決及びB判決の判断

B判決の原判決は、別除権受領分の本件各債権への充当については、Yの指定どおりに充当されるが、物上保証受領分についてYは、破産債権確定手続が始まった段階で本件充当特約に基づく充当指定権を行使せずに、控訴審になって充当を留保する旨主張することは信義則上許され

---

1846号24頁参照。

(4) 大阪高判平成20年5月30日金商1298号28頁。この判決とA判決の原判決に対しては多くの評釈がある(笠井・破産債権者が複数のうち1部の債権の全額について、根抵当権の目的不動産の任意売却により弁済を受けた場合の現存額主義の適用範囲・金法1876号52頁、潮見・複数債権のうちの一部債権の全額弁済と破産債権査定・NBL 891号12頁等)

破産法104条における口単位説の判例上の位置づけと……

【別表1】 A判決の届出・充当・査定の詳細

届出債権の内訳	届出債権額	別除権分充当額	別除権分充当後残額	X主張の物上保証分充当額	X主張の物上保証分充当後の残額	X主張の査定額	破産裁判所の査定額
貸付 1	35,280,000	35,280,000	0				
貸付 2	11,194,000	11,194,000	0				
貸付 3	29,780,000	23,292,158	6,487,842	6,487,842	0		6,487,842
貸付 4	26,088,000	0	26,088,000	26,088,000	0		26,088,000
貸付 5	22,444,000	0	22,444,000	15,602,602	6,841,398	22,444,000	22,444,000
約定利息	352,815	352,815					
損害金	1,537,140 未定	6,841,398					
合計額	126,675,955	76,960,371	55,019,842	48,178,444	6,841,398	22,444,000	55,019,842

【別表2】 B判決の届出・充当・査定の詳細

届出債権の内訳	届出債権額	別除権分充当額	別除権分充当後残額	X主張の物上保証分充当額	X主張の物上保証分充当後の残額	X主張の査定額	破産裁判所の査定額
貸付 1	35,280,000	35,280,000	0				35,280,000
貸付 2	11,194,000	11,194,000	0				11,194,000
貸付 3	29,780,000	23,292,158	6,487,842	6,487,842	0		29,780,000
貸付 4	26,088,000	0	26,088,000	26,088,000	0		26,088,000
貸付 5	22,444,000	0	22,444,000	15,602,602	6,841,398	22,444,000	22,444,000
約定利息	352,815	352,815	0				352,815
損害金	1,537,140 未定	6,841,398	0				1,537,140
合計額	126,675,955	76,960,371	55,019,842	48,178,444	6,841,398	22,444,000	126,675,955

ないから、このような場合には法定充当による充当がなされるべきであるとして、物上保証受領分は、別表2 X主張の物上保証分充当額欄記載のとおり充当されると解して、さらに破産法104条2項所定の「その債権の全額」の解釈においては、A判決と同じ解釈のもとに、本件各債権の査定額は、別表2 X主張の査定額欄記載のとおり金額になる旨判

断した。

B判決は、Yが挙げた種々の上告理由のうち、Yが物上保証受領分に対して本件充当特約に基づく充当指定権を行使することは許されないとした原判決の判断は法令違背である、とした点だけを採用あげたうえで、Yが物上保証分受領後1年以上経過した時点で本件充当特約に基づく充当指定権を行使することは許されないと、これを排斥した。

### 3 関係する条文

民法441条は、連帯債務者の全員又は数人に破産手続が開始されたときは、債権者は、その債権全額について各破産財団の配当に加入できる旨規定し、同法430条は、441条を準用している。破産法104条は、全部義務者が数人ある場合等の手続参加につき、1項は、上記の場合の債権者は破産手続開始時における現存額によって手続参加できる旨<sup>(5)</sup>、2項は、手続開始後に上記の債権者が破産者以外の全部履行義務者から弁済等を受けたときでも、債権の全額が消滅した場合を除き、手続開始時の現存額の全額について権利行使できる旨、他方、3項は、全部履行義務者が破産者に対して将来行うことがある求償権を有する場合、債権者が手続開始時に有する債権につき手続参加した場合を除き、その全額につき手続参加できる旨、4項は、将来行うことがある求償権を有する者が手続開始後に債権者に弁済等をしたときは、その債権全額が消滅した場合に限り、その求償権の範囲内において、債権者が有した権利を破産債権者として行使できる旨、5項は、物上保証人が手続開始後に債権者に弁済

(5) ここでいう全部義務者とは、不可分債務者、連帯債務者、不真正連帯債務者、連帯保証債務、手形における合同債務者などである（例えば、伊藤眞「破産法・民事再生法〔第2版〕（有斐閣）215頁）。

(6) 伊藤・前掲216頁は、破産法104条1項と民法441条、430条の関係について、破産法104条1項は、①連帯保証債務等の他の全部義務者に民法441条の取扱いを及ぼし、反面、②破産債権になるのは、本来の債権全額ではなく開始時における現存額になる旨制限した、と整理している。

破産法104条における口単位説の判例上の位置づけと……

等をした場合に2項を、物上保証人が破産者に対して将来行うことがある求償権を有する場合に3・4項を各準用する旨、それぞれ規定している。

なお旧破産法24条は、全部義務者の一人が破産宣告に至った場合、債権者は、破産宣告時において有する債権全額につき、各破産財団に対して権利行使できる<sup>(7)</sup>旨、同法26条1項は、全部義務者の全部又は一部が破産宣告を受けた場合、債務者への求償権を有する他の全部義務者は、債権者が破産債権を行使しない範囲で将来の求償権を破産債権とすることができる旨、同条2項は、債権者の破産債権を弁済した他の全部義務者はその割合に応じて債権者の権利を取得する旨、同条3項は、1項・2項は、物上保証人にも準用される旨、各規定していた。

#### 4 関連する最高裁判例

(1) 債務者の不動産と物上保証人の不動産に共同根抵当権を設定していた債権者が物上保証人設定にかかる根抵当権の実行によって被担保債権の一部の満足を得た場合、物上保証人は民法502条1項により、債権者と共に債務者が設定した根抵当権に係る権利を行使できるが、この根抵当権が実行されたときの配当に係る債権者と物上保証人の優劣関係につき最判昭和60年5月23日民集39巻4号940頁（以下「60年最判」という）は、債権者が優先すると判断した。判旨は、その理由として、弁済による代位は代位弁済者が債務者に対して取得する求償権を確保するための制度であり、そのために債権者が不利益を被ることを予定するものでないことを挙げている。<sup>(8)</sup>

---

(7) 旧破産法24条は、破産宣告を受けていない全部義務者等からの一部の弁済やその破産手続における配当がなされた後に他の全部義務者が破産宣告を受けた場合であっても、債権者がなお債権全額でその手続に参加できるかどうかの論争に決着をつけるものとして規定された（三村・最高裁判例解説民事篇・平成14年度下672頁）、とされている。

(8) 60年最判は、本文で述べたとおり、やや特殊な事案であったが、その

(2) 旧和議法45条は、旧破産法24条、26条を準用する旨規定していた<sup>(9)</sup>ところ、数人の全部義務者の一人である約束手形の振出人に和議開始決定がなされ、和議開始決定時における約束手形上の債権全額を和議債権として届け出た債権者が、同開始決定後に、債権者に対して遡及義務を負担していた同条所定の全部義務者である約束手形の裏書人からその一部の弁済を受けたとき、なお届出債権全額につき当該和議手続において権利行使できるかどうかについて最判昭和62年6月2日民集41巻4号769頁（以下「62年最判」という）は、旧破産法24条及び26条2項の解釈につき、①債権者が全部義務者からの弁済によって全額につき満足を得ない限り、破産債権者として、なお届出債権全額につき権利行使できる、他方、②弁済して債務者に対して求償権を有する全部義務者は、上記の弁済と破産財団からの配当によって債権者が満足を得て、なお配当

---

後の最判昭和62年4月23日金法1169号29頁（原審・東京高判昭和60年3月28日金法1097号84頁）は、その設定を受けた根抵当権の確定時に存在した2口の被担保債権のうち一口の代位弁済を保証人から受けた債権者を保証人から被担保債権の一部につき代位弁済を受けた債権者であると捉え、60年最判を引用し、同債権は、根抵当権実行に係る配当において、保証人の代位弁済に係る求償権が消滅したかどうかにかかわらず、同根抵当権の後順位根抵当権者に優先する旨判示した。17年最判後のこの判例及び60年最判の位置づけは、論者により異なる。例えば、17年最判の担当調査官は、60年最判を主債務者が設定した抵当権の被担保債権が1個で、そのうちの一部につき代位弁済がなされた場合の判例、上記の昭和62年最判を主債務者が設定した根抵当権の被担保債権が数個で、そのうち1個の残債務の代位弁済がなされた場合の判例であるとする（中村・最高裁判例解説民事篇・平成17年度上110頁）が、潮見・17年最判の判例解説・銀法21・645号54頁は、60年最判は債権の一部代位における満足面での債権者優先主義を確立した判例であり、上記の昭和62年最判は、抵当不動産上の先順位根抵当権者と後順位抵当権者が存在する場合において、先順位根抵当権の被担保債権について代位弁済がなされても、目的不動産の売却代金は、その被担保債権の残額及び極度額の範囲内で、先順位根抵当権者に優先して交付されることを判示した判例であるとしている。

(9) 民事再生法86条2項も、破産法104条を準用している。

に余剰がある場合に限り、弁済額に応じて債権者の権利を取得できるにすぎない旨説示して、当該和議債権者の届出和議債権全額における権利行使を肯定した。判旨は、②の理由として、全部義務者が一部の債権の弁済をしたときに代位により取得した届出債権の一部を権利行使できるとした場合、当該債権全額の満足を得ていない債権者の利益を害することになり、これが不当であることを挙げている。<sup>(10)</sup>

(3) 旧破産法24条は、同法26条とは異なり、文理上、物上保証人についての準用規定を欠いていたところ、破産宣告時における債権全額を破産債権として届け出た債権者が、破産宣告後に物上保証人から届出債権の一部の弁済を受けた場合、当該債権者が届出債権の全額につき破産債権者として権利行使できる旨主張して破産債権確定訴訟を提起したケースで最判平成14年9月24日民集56巻7号1524頁（以下「14年最判」という）は、①弁済による代位の制度は、求償権確保のための制度であって、債権者が不利益を被ることを予定することものではないとした60年最判を引用し、②旧破産法26条2項は、全部義務者による破産宣告後の弁済と破産財団からの配当によって債権者が満足を得て、なお配当に余剰が

---

(10) その後、破産事件において破産宣告後に連帯保証人から債権の一部につき弁済を受けた破産債権者が、破産宣告時に届け出た債権全額につき権利行使できる旨主張して提起した破産債権確定訴訟において最判昭和62年7月2日金法1178号37頁は、旧破産法24条、26条2項の解釈につき62年最判の解釈を踏襲し、同債権者の主張どおりに当該債権の債権額を確定した。さらに、和議開始決定後に弁済したことにより和議債務者に対する求償権を取得した連帯保証人の権利行使につき、最判平成7年1月20日民集49巻1号1頁は、和議債権者が債権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和議債権者の和議債権の限度で、右求償権を行使し得るにすぎないと解すべきであるとしたが、その理由として、62年最判を引用して、和議債権者は和議債権全部の弁済を受けない限り、和議債務者に対し、和議開始決定時における和議債権全額について和議条件に従った権利行使できる地位にあること等を挙げている。

ある場合に限り、債権の一部を破産宣告後に弁済した全部義務者は債権者の権利を取得する旨定めたものであるとした62年最判を引用し、この解釈は、同条26条2項・3項により、債権の一部を破産宣告後に弁済した物上保証人は、同人による破産宣告後の弁済と破産財団からの配当によって債権者が満足を得て、なお配当に余剰がある場合に限り、債権者の権利を取得するにすぎないと解され、さらに③同法24条は、破産債権者において全部義務者の責任を集積した目的に照らし、破産債権者において届出債権全部の満足を得るまでは破産宣告時における債権額を行使することを認めたものと解されるから、債権者は、破産宣告後に破産債権の一部を物上保証人から弁済を受けた場合でも、届出債権全額の満足を受けるまでは、届出債権の全額について権利行使できる旨判断して、債権者の債権額は届出債権の全額である旨確定した。

(4) 債務者が債権者に対し、自己の所有する不動産に数個の債権を担保するために抵当権を設定し、そのうちの一個の被担保債権につき連帯保証した保証人が、債権者に対して、連帯保証した債権の残額全部を弁済して、上記抵当不動産に設定された抵当権の代位弁済を原因とする一部移転登記を受けた後、債務者に会社更生手続が開始し、その更生管財人が上記不動産を任意売却したところ、その売却代金が債権者の被担保債権の残額と保証人が代位弁済した金額の合計額全部を消滅させるに足りない場合につき最判平成17年1月27日民集59巻1号200頁（以下「17年最判」という）は、債権者と保証人の間で売却代金からの弁済につき特段の合意がない限り、上記売却代金につき、債権者の有する残債権額と保証人が代位により取得した債権額に応じて弁済を受ける旨判断した。判旨は、その理由として、債権者は、被保証債権については保証人を徴した目的を達して完全な満足を受けていること、保証人において、自己が保証していない債権についてまで債権者の優先的な満足を受忍すべき理由がないことを挙げ、60年最判とは事案に異にすると判示している。

## 5 口単位説を採用したA判決の判例上の位置づけ

(1) 破産法104条2項は、破産債権者が全部義務者から破産手続開始後に届出債権の一部の弁済を受けて当該破産債権の一部が消滅した場合でも、全額消滅しない限り届出債権全額について当該破産手続において権利行使できるとしているから、同義務者の弁済によって当該破産債権全額が消滅した場合には、当該破産債権者は当該破産債権について権利行使できないことになる。その趣旨につきA判決は、当該破産債権者が全部義務者を設けることは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、この機能を破産手続において重視したためであると判示している<sup>(11)</sup>。

全部義務者が債権者に当該破産債権を代位弁済してこれを消滅させた場合、破産者に対して、①消滅させた全額につき求償権を取得するケース<sup>(12)</sup>、②求償権を取得しないケース、③消滅させた一部の金額につき求償権を取得するケースがありうる（甲を債権者、乙を破産者、丙を代位弁済者とする、乙が主たる債務者で丙が保証人であるケース等が①、乙

---

(11) この点については破産法104条2項について通説の立場を述べたものである（例えば、堂園・大コメ〔青林書院新社〕439頁等）。

(12) この場合に全部義務者たる代位弁済者が取得する求償権は、契約によって取得した自己の債権が弁済により現実化したものであるが、他方、民法500条により代位弁済者には、弁済することによって債権者の債権（原債権）が移転する。求償権と代位により移転した原債権は、概念上は別個のものであるが、破産法104条4項の規律によると、代位弁済者は、破産手続内で権利行使する場合においては、代位により移転した原債権のみの権利行使が可能であると解される（三村・前掲675頁参照）。しかしながら、代位弁済者がこれを自動債権として破産管財人に対して相殺権を行使する場合等、破産手続外で権利行使をするときには、別の考慮が必要になると思われる（伊藤・前掲377頁参照）。なお求償権と移転した原債権の関係につき最判昭和61年2月20日民集40巻1号43頁は、弁済による代位の制度は、求償権の確保を目的とした制度であるから、弁済者が弁済によって移転した原債権を行使する場合には求償権による制約を受ける旨判示している。

が保証人、丙が主たる債務者であるケース等が②、乙丙が連帯債務者であるケース等が③に該当する)。債権者における権利行使において、口単位説と総債権説の差は、破産者が債権者に対し数口の債務を負担する場合に、全部義務者から、そのうちの1個以上の債務については全部消滅するが、総債務を消滅するに足りない弁済を受けた場合に現れるが、両説のうちいずれを採用すべきかを考えるとき、①のケースでは、代位弁済者丙が当該破産手続に参加した場合においては、破産債権者甲と丙の利害調整だけの問題になり、甲と他の破産債権者の間では利害が対立せず、③のケースで代位弁済者丙が当該破産手続に参加した場合には、甲と丙、他の破産債権者双方との間で利害調整の問題が生じ、その他のケース、即ち、②のケースと①③で丙が当該破産手続に参加しないケースでは、甲と丙の間で利害の対立は発生せず、甲と他の破産債権者の利害調整だけが問題になる。このように、ここでの破産法104条2項の解釈においては、債権者と代位弁済者の利害対立と債権者<sup>(13)</sup>と他の破産債権者の利害対立の双方が問題になるのに対し、民法502条1項は、債権者と代位弁済者に関する規律であるため、ここでは債権者と代位弁済者の利害対立が問題になる点においては破産法104条2項と共通するが、債権者と他の債権者等との間における利害対立は生じないという点では同項<sup>(14)</sup>における利害対立とは異なる。

(13) 特別座談会・A B判決の射程と実務対応・金法1902号24頁の印藤発言は、原債権者と当該全部義務者の利害調整が問題になる事案を「コップの中の嵐」、原債権者と他の破産債権者の間の利害調整が問題になる事案を「コップの中の嵐でない」と比喻し、A判決の事案は前者であるのに対し、B判決のように保証人破産における開始後に主たる債務者が弁済したような事案は後者であるとする。

(14) 60年最判の担当調査官は、民法502条1項所定の「債権者ととともにその権利を行使する」における解釈は、債権者と代位弁済者のいずれを保護すべきかの利益衡量的問題に帰着するとしている（門口・最高裁判例解説民事篇・昭和60年度218頁）。

(2) 民法502条1項所定の「債権者とともに権利を行使する」の解釈につき、債務者所有の財産に対する担保権実行にかかる配分につき、60年最判の判旨は、既述のとおり「弁済による代位は代位弁済者が債務者に対して取得する求償権を確保するための制度であり、そのために債権者が不利益を被ることを予定するものでない」として代位弁済者に対する債権者の優位を強調していたところ、数口の債権につき抵当権の設定を受けた債権者がそのうちの一口だけについて保証した保証人から被保証債権の残額全部につき代位弁済を受けた場合の、抵当権実行に係る配当の配分につき、17年最判の原判決は、60最判の上記のカッコ書きの部分の説示を引用し、このようなケースでも債権者の優位を導いたのに対し、17年最判の判旨は、60年最判とは事案を異にするとして、上記配当については、保証人が代位によって取得した債権額と債権者の残債権額との按分によって弁済を受けるとして、債権者の優位を制約した結論を導くものである。<sup>(16)</sup>

---

(15) 東京高判平成16年2月24日金法1718号69頁。

(16) 17年最判の担当調査官は、この判例の射程として、債務者所有の不動産を目的とした抵当権に係る数個の被担保債権のうち一個を保証した保証人が、被保証債権の残額全部を弁済して代位したケースに関する判例と狭く捉え、①債務者が設定したのが確定した根抵当権のケースでは、数個の被担保債権を実質的に1個の債権と捉え、この場合には代位弁済した保証人は債権者に劣後するとし、②抵当権の被担保債権全部についての保証人がそのうち一個の同債権の残債務全額を消滅させたケースでも債権者に劣後するとしている（中村・前掲110頁）が、①の点について、多くの学説が疑問を呈している（例えば、森田・法学協会雑誌123巻6号138頁は、根抵当権の被担保債権が「実質的に」1個と見ることに疑問を呈している）。次に②の点につき、潮見・前掲銀法57頁は、1個の抵当権で担保された数個の債権のうち1個の債権につき、全部代位弁済がなされた事例については……一律に……抵当権の準共有の法理で処理すべきであるとの準則に共感を覚える、とされている。なお①の点に関連して、福岡高判平成19年1月18日判タ1246号195頁は、数口の債権を被担保債権とする確定した根抵当権の実行による売却代金の配当において、被担保債権のうちの一口的み保証人がその被保証債務の残額全部を代位弁済した場合、保証人は債権者

(3) 破産宣告後に全部義務者から破産債権の一部の弁済を受けた破産債権者の破産手続上の手続参加について、破産債権者の宣告時現存額主義を宣言した旧破産法24条（現行破産法では104条1項がこれに対応する）の解釈における62年最判は、なお届出債権全額につき権利行使できるとして、現行破産法104条2項の文理と同旨を説示するが、このことは当然のこととして格別な理由を付することはなく、さらに代位弁済者の債権者の権利取得に関する旧破産法26条2項の解釈として、民法502条1項に関する60年最判の判旨と同じく代位弁済によって破産債権の一部を取得した全部義務者の権利行使によって破産債権者が害する結果となるのは妥当ではない、という理由を付加している。次に、破産宣告後に物上保証人から破産債権の一部の満足を受けた破産債権者の破産手続上の手続参加に関する14年最判は、まず代位弁済において取得した債権者の権利の行使が債権者を害することがあってはならないとした60年最判を引用し、旧破産法26条2項の解釈につき62年最判を引用した後、旧破産法24条の解釈につき、同条が破産債権者における全部義務者の責任財産を集積した趣旨から、このようなケースでも届出債権の全額につき権利行使できるとしている。即ちこれらの2つの最判は、債権者と代位弁済者の利害対立では民法502条1項の解釈における60年最判で採用された代位弁済の制度趣旨<sup>(17)</sup>を理由に挙げて債権者の優位を導き、他方、破産債権者と他の破産債権者の利害対立においては、宣告時現存額主義を全部義務者における責任を集積した債権者の立場を重んじて、やはり破産債権者の優位を導くものである。

破産法104条2項の解釈について総債権説を採用したA判決の原判決

---

に劣後するとするが、これは、17年最判の射程を前記の担当調査官のように捉えたものである。

(17) 62年最判の担当調査官は、この点についてはほとんど争いがないとしている（瀬戸・最高裁判例解説民事篇・昭和62年度340頁）。

(18) 当時の通説である（潮見・債権総論Ⅱ〔信山社〕・294頁等）。それまでの判例学説の状況につき門口・前掲215頁。

## 破産法104条における口単位説の判例上の位置づけと……

は、以上の62年最判、14年最判の流れに沿ったものである。即ち、同判決は、まず、同条2項につき破産債権者が全部義務者の責任を集積した趣旨を破産手続において全うするための規定であると捉え、数個の債務についての全部義務者がそのうち一個の債務を全額弁済した場合においても、他の債務が残存していることから、全部義務者が義務を全部履行しているとはいえず、このことは同義務者が債務の一部を弁済した場合と同じ利益状況にあり、また債権者においても全部の満足を得ていないことから、なお届出債権の総額につき権利行使できると解するのが相当である等として総債権説の立場を導き、このことは債権者が物上保証人の財産から債権の一部の弁済を受けたにすぎないケースにも妥当する旨続け、さらに数口の被担保債権のうち一個の債務の保証人が被保証債務の残額全部を弁済し、その義務を全うした場合の民法502条1項の解釈における17年最判とは事案を異にするとしている。同判決では、全部義務者や物上保証人をとった破産債権者と他の破産債権の関係については、破産法104条2項に趣旨についての62年最判、14年最判と同じ解釈から破産債権者の優位を導き、他方、破産債権者と代位弁済者との関係では、代位弁済の制度が債権者に不利益与えることを予定していないとする60年最判、62年最判、14年最判の考え方を推し進め、物的有限責任を全うした物上保証人に対しても破産債権者の優位を導き、債権者の利益を制約した17年最判の射程を狭く捉えたものである。

これに対し同判決を破棄したA判決は、破産法104条2項所定の「その債権の全額」の解釈につき、まず同項の立法趣旨についての伝統的解釈論を説き、全部義務者から破産開始決定後に債権の一部の弁済を受けた債権者につき「飽くまで弁済等にかかる当該債権について、破産債権額と実体法上の債権額の乖離を認めるものであって」と続けた後に債権者の利益を制約する口単位説の立場が相当である旨判示し、さらに一部の弁済をしたのが物上保証人であった場合でも同様であるとしている。第一に代位弁済者との関係で債権者の優位を制約する結論は、民法502

条1項に解釈における17年最判を想起させ、第二に上記のカッコ書きの部分は開始時（宣告時）現存額主義の適用範囲に関する最高裁判例に見られなかった説示であることが目を引く。

第一の点について、現存額主義の適用範囲を考えると、62年最判、14年最判等これまでの判例が債権者の優位を認めた60年最判を引用する等民法502条1項の解釈論と密接な関係にあったところ、数個の被担保債権の抵当権の実行にかかる配当において、そのうち一個の保証人が被保証債務の残額全部を弁済した場合の保証人と債権者が対等の立場であるとして債権者の優位を制約した17年最判の射程を、数個の被担保債権の「根抵当権」からの配当における、同債権「全部」についての「物上保証人」が被担保債権のうちの何個かの残額全部を弁済したケースについても広げるべきであるという解釈論を、A判決は前提にしている、少なくともそのような解釈論と親和的である。

第二の点について、判旨の文理は、現存額主義を採用したことから生ずる破産債権者が行使できる債権額が実体法上の債権額と乖離するという結果だけに触れるものであるが、その直後に債権者の利益を制約することになる口単位説を導いていることからすると、破産債権者が行使できる債権額と実体法上の債権額の乖離という結果は債権者に有利になりすぎて必ずしも好ましいものではない、という発想がその根底にあるように思われる。このような発想は、現存額主義を採用したことから生ずる上記の乖離という結果は、破産手続における破産債権者相互間の平等原則に悖るものであるが故に、伝統的な立場からの説明は十分な説得力をもっているとはいえないとして、これを一般の破産債権者が害されないことを前提にして、破産宣告時（破産手続開始時）を基準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債権者の利益を優先させたものと理解すべきであるとする近時の有力説<sup>(19)</sup>を連想させ

(19) 伊藤真・現存額主義再考（河野正憲＝中島弘雅編『倒産法体系』（弘文堂）所収）。伊藤・前掲218頁は、破産法104条2項の解釈において、口

破産法104条における口単位説の判例上の位置づけと……

るものである。<sup>(20)</sup>60年最判、14年最判で採用された現存額主義についての理解は、代位弁済者たる全部義務者、物上保証人に対する債権者の優位を一つの根拠とする点では有力説と共通する面をもつが、一般債権者に対する人的担保や物上保証人をとった債権者の優位を現存額主義についての伝統的な立場からこれを当然であるとする点において、このような解釈論は十分な説得力がないとする有力説とは発想を異にするものであったのに対し、人的担保等をとった債権者の権利行使を制約する結果を導く口単位説を採用して破産手続における破産債権者平等の原則に対する例外を緩和するという結果をもたらすA判決は、有力説と親和的であるといえよう。

(4) 以上によると、破産法104条2項の解釈において口単位説を採用した<sup>(21)</sup>A判決は、代位弁済をした全部義務者、物上保証人とこれらの担保をとった債権者との関係において、民法502条1項の解釈における17年最判で採用された原債権者の優位を制約すべきであるという趣旨を押し広げるべきことを示唆するものであると同時に、人的担保、物上保証人をとった債権者と他の一般債権者の関係において、現存額主義を採用したことから両者の間で生ずる不平等な結果を当然のものと捉えて人的担保等をとった債権者保護に傾斜していた従来<sup>(22)</sup>の最高裁判例とは一線を画し、この不平等な結果を少しでも緩和すべきであるという考え方に立脚

---

単位説を採用したB判決の原判決を正当とし、総債権説を採用したA判決の原判決には賛成できないとされている。

(20) 前掲特別座談会25頁の印藤発言は、A判決につき有力説が考慮されたと想像し、石井発言もA判決につき有力説の影響を指摘する。

(21) B判決の原判決も口単位説を採用したが、その理由として、民法441条と破産法104条2項所定の「その『債権』の全額」という文理を強調し、これを債権者の総債権へ拡張して適用することは、担保をとった破産債権者と他の破産債権者との均衡が大きく崩れることから相当でないとしている。

したものである、と位置づけることができる。

## 6 特約について

B判決は債権者と債務者・物上保証人の中で締結された本件充当特約による債権者における充当指定権の行使の効力につき判断したものであり、A判決が採用した口単位説を前提としていることは当然である。そこで同説を前提にして、以下、第一に、このような弁済充当特約の破産手続開始決定後の効力について、第二に、A事件・B事件においても、債権者と物上保証人及び連帯保証人の中で締結されていた代位権不行使特約の破産手続開始決定後の効力について検討する。

### (1) 弁済充当特約について

弁済者が数口の債務を負担する債務者の債務を弁済した場合に、その全部を消滅させるに足りない弁済がなされた場合に、各債務にどのように充当されるかについて、民法488条、489条によると、まず①弁済者が指定し、これをしない場合に②債権者が指定し、③弁済者は②の指定に直ちに異議を述べることができるとされ、これらの規律により有効適法な指定がなされないときには、④民法489条所定の法定充当による充当がなされる。A・B判決の事案において債権者Yと債務者A・連帯保証人B・物上保証人Cとの間でなされた本件充当特約は、B判決が説示するとおり、弁済者の①の指定権と③の異議権を排除することを主な目的としたものであり、民法488条は任意規定と解されているから、このような特約は一般的には有効適法であり、<sup>(22)</sup>B判決もこのことを前提としている。

B判決は、Bの破産手続におけるYC間において締結された本件充当特約に基づく充当指定権行使の効力に関するもので、本件充当特約がY

---

(22) 例えば、内田・民法Ⅲ（東大出版会）73頁。

における任意の時期に充当指定権を行使できる旨の合意を含むものであっても、Yは、弁済受領後に1年以上経過した時期における充当指定権の行使はできないと判断したが、そうすると、この場合の充当関係は、B判決の原判決が説示するとおり法定充当によることになる。その理由として、Yにこのようなケースでも充当指定権を行使できるとした場合には、法的安定性が著しく害されることを挙げ、信義則を理由としてその行使を制限したB判決の原判決は、これと同旨をいうものであるとしている。任意規定を排除した特約に基づく充当指定権行使の効力を法的安定性の著しい欠如を理由に、ないしは信義則等の一般条項によって制限できること<sup>(23)</sup>については異論がないと思われる。今後は、破産手続開始後に債権者の特約に基づいてなした充当指定権行使の効力につき、①法的安定性が著しく害されるのは、債権者における弁済受領後、どの程度の期間経過後をいうのか、②口単位説を意識した債権者の充当指定権行使の効力をどう考えるべきか等が問題になるとと思われる。①の点については、今後の判例の集積に委ねられることになるが、②の点については、債権者と弁済者間の特約の内容が明確かつ著しく不合理ではないケース、例えば、債権者は、弁済受領時において数口の債権の元本債務が残存し弁済額がその全部を消滅させるに足りないときは、数口の債権の残元本に按分して充当指定をすることができる旨の特約を予め締結し、これに基づいて債権者が充当指定権を行使した場合等は、その充当指定権行使の効力を有効適法と解してよかろう。本件充当特約と同種の特約のもとで債権者が上記のような按分充当の指定をした場合の効力については、このような指定も必ずしも恣意的であるとはいえないとして有効適法と解すべきか、口単位説を採用した判例法理を潜脱するものとして無効と解すべきかについては難問であるが、後者と解してよくはないか。このあたりが、バランスのとれた解釈であると思われる。

---

(23) 前掲特別座談会36頁の笠井発言は、このような解釈論について、任意規定が強行規定的に働くことになると表現している。

ところでB判決の田原裁判官の補足意見は、破産手続開始決定後の債権者と破産者以外の者の間のこのような特約の効力についての判断には法廷意見に賛同するが、破産者と別除権付債権者の間の同種の特約に基づく充当指定権行使の効力につき、これを有効と解した場合には同債権者と他の破産債権者との間に著しく不均衡な結果をもたらす可能性があるが故に、破産管財人に対しては原則として無効であり、その結果、このようなケースでは法定充当による充当が擬制されると解すべきである旨述べておられる。しかしながら破産法108条1項、198条3項等の規律から、別除権付破産債権についての不足額責任主義は破産法104条2項にかかる開始時現存額主義を排除すると解されているので、同意見が挙げられるケースについて上記の可能性はない。例えば、主たる債務者甲、保証人乙を、各破産者とする破産事件が競合して係属し、甲と別除権付破産債権者丙の間にこの種の特約があり、開始決定後に別除権の目的不動産が任意売却された場合で、売却代金額が全債務を消滅にさせるに足りないとき、現存額主義は附従性の原則を排除すると解されるので、丙の充当指定権行使の結果如何によっては、乙を破産者とする破産手続における丙と他の一般債権者との間で不均衡が生ずる可能性がある。一般的には有効適法と解される甲丙間の特約に基づく充当指定権行使の効力について、たまたま乙に破産手続が開始し丙と乙における他の破産債権者との間で不均衡が生ずる可能性があるが故に、甲を破産者とする破産手

---

(24) 滝澤・A B判決の判例研究・金商1349号8頁は、この点に関する田原補足意見に賛成している。

(25) 別除権が執行手続によって実現された場合には、予めこの種の特約が合意されていても、配当による弁済に債務者又は債権者の意思表示が予定されていないことから、法定充当によることになる（最判昭和62年12月18日民集41巻8号1592頁）。田原補足意見は、この判例法理の射程を倒産手続が開始された場合にも広げようとするものであるが、この種の特約が一般的には有効適法であると解される以上、任意売却の売却代金による弁済のように当事者の充当指定権の行使を介在させることができる場合にまで、この判例法理の射程を広げるのは相当でないと思われる。

続ないしは乙を破産者とする破産手続において一律に法定充当による充当が擬制されると解することは相当であるとはいえない。但し、当該特約の内容に鑑み丙の充当指定権行使が敢えて乙の一般の破産債権者との関係で口単位説を採用した判例法理を潜脱することを目的としたものであると認められる場合には、前段で述べたとおり例外的に、特約に基づく充当指定権行使を無効であるとして、法定充当による充当が擬制されると解すれば足りると思われる。この種の特約がどの当事者間で締結されたのかではなく、特約の内容との関係で債権者がどのような目的で特約に基づく充当指定権を行使したのかを問題にする必要があり、かつ、それで足りるというべきである。

以上によると、破産手続開始後におけるこの種の特約による充当指定権行使の効力は、別除権付破産債権者と破産者の間のこの種の特約による充当指定権行使のケースを含めて、一般的には有効適法と解されることを前提にして、それに基づく充当指定権行使の効力を、時期の点や当該特約の内容との関係における充当指定権行使の目的の点から、信義則等の一般条項によって制限すべき場合がありうる、と解するのが相当である。

## (2) 代位権不行使特約について

B判決の原判決によると、債権者Yと物上保証人Cとの間で、物上保証契約締結時にはCが債務の一部を弁済してYに代位する場合、①Yの承認を受けた場合を除き、代位により取得した一切の権利を行使せず、②Yの請求により、その権利及び順位を無償でYに譲渡する旨合意していたものであるが、このような代位権不行使特約は、銀行取引において

---

(26) 田原補足意見も、破産債権者が保証人等の間でこの種の特約をしている場合、主たる債務者を破産者とする破産手続においては、同債権者における特約に基づく充当指定権の行使を妨げるものではない旨述べておられる。

日常的に締結されているといわれている。<sup>(27)</sup>この点につきB判決の原判決は、上記の特約を一個の債権の一部について弁済がなされた場合を想定したものであると解し、その理由は挙げていないが、おそらく破産法104条2項の解釈として口単位説を採用する以上、このように想定するのが当然のことであるという趣旨であろう。当事者、特にYの意思に反する解釈であるが、<sup>(28)</sup>このように解すべきであるとすれば、代位不行使特約は、同項の文理から、破産手続開始後の弁済については意味を持たないことになる。

例えば100万円の $\alpha \cdot \beta$ 債権の2個の債務を保証した保証人乙が、債権者丙との間で、総債務額の一部を弁済して丙に代位する場合、①丙の承諾を受けた場合を除き、代位により取得した一切の権利を行使せず、②丙の請求により、その権利及び順位を無償で丙に譲渡する旨の特約を予め合意し、主たる債務者甲を破産者とする破産手続開始時において全くの弁済がなかったが、乙が破産手続開始後に $\alpha$ 債権の債務全部と $\beta$ 債権の債務のうち50万円の合計150万円を弁済した場合に、丙は、上記の破産手続において、 $\alpha$ 債権及び $\beta$ 債権の双方につき権利行使できるであろうか。法定代位者の権利を定めた民法501条は任意規定であるから、上記の特約は有効適法であると解されるところ、口単位説を前提にすると、丙は、破産法104条2項により乙の上記弁済の結果、破産手続において $\beta$ 債権については全額の権利行使ができるが、 $\alpha$ 債権について権利行使することはできず、乙は、同条4項により、破産債権者として $\beta$ 債

---

(27) 内田・前掲80頁。代位弁済者たる保証人が債権者に代位して、債権者が設定を受けた抵当権の一部移転を受けた後の当該抵当権実行にかかる配当について17年最判は、保証人と債権者の間で「特段の合意」がない限り按分されるとしたが、上記の特段の合意につき潮見・前掲銀法57頁は、抵当不動産の売却代金の配当に関する合意を含む必要があり、通常代位権不行使特約はこれに該当しない、とされるが、このような解釈論は、債権者に少し酷であるように思われる。

(28) 前掲特別座談会38頁の中井、石井発言は、この点を指摘している。

## 破産法104条における口単位説の判例上の位置づけと……

権全額の権利行使ができる筈であるが、上記特約の①により、丙の承諾がない限りこれができず、他方、上記特約の②により、丙は、乙に対する請求により、乙が代位弁済によって丙から取得した $\alpha$ 債権についても再び丙に移転することになり、これについても権利行使できることとなる<sup>(29)(30)</sup>。

Y C間の上記特約をいわゆる総債権説のように解釈すれば、前段における設例の特約を合意した場合と同じ結果になり、これが当事者の意思に忠実な解釈といえるが、反面、債権者としては予め上記設例の特約のように内容が明確な特約を合意する等の対抗手段をとることができるので、B判決の原判決がY C間の上記の特約は一個の債権の一部について弁済がなされた場合を想定したものであると解したことも理解できないわけではない。A判決の受差戻審における、この点に関する判断が注目される。

## 7 結びにかえて

口単位説を採用したA判決は、これまでの破産法104条の解釈論における最高裁判例が人的担保等をとった破産債権者の保護に傾斜したもので

---

(29)  $\alpha$ 債権の乙から丙への再移転を破産管財人に対抗できるかどうかという問題があるが、乙が破産管財人に対して確定日付ある証書による譲渡通知をするか、債権譲渡登記ファイルに移転の登記をすれば、この点もクリアできる。丙に $\alpha$ 債権につき破産債権者としての権利行使を認めることができると解しても、乙に替わって権利行使する以上、他の破産債権者を害することにはならない。

(30) 前掲特別座談会40頁の石井発言は、代位権不行使特約を、代位による債権の移転を認めない特約であると解することができるとして、本文の設例における丙による $\alpha$ 債権の権利行使の根拠を破産法104条2項に求める。簡明な法律構成ではあるが、同項の反対解釈から、乙による $\alpha$ 債権の残額全部の弁済により、丙は $\alpha$ 債権の権利行使ができないと解される以上、丙における $\alpha$ 債権における権利行使は同条4項による、と解する方が無理がないように思われる。

あったことに鑑みると、斬新なものであったが、これは、これまでの同条に関する学説、民法502条1項についての判例や学説の成果を踏まえたものであったといえよう。実務は、今後、口単位説により動くことになるが、そうすると、このことを前提とした当事者間の特約に基づく充当指定権行使の効力や代位弁済によって移転した権利の再移転を理由とした債権者の権利行使の当否が問題になることが予測され、これらの判例の動向に注目が集まることになろう。