

破産法104条（開始時現存額主義）のもとでの 超過配当部分の処遇

鈴木 尊 明

最高裁第三小法廷平成29年9月12日決定

（平成29年（許）第3号、配当表に対する異議申立て却下決定に対する抗告審の取消決定に対する許可抗告事件、民集71巻7号1073頁）

（原 審）大阪高裁平成29年1月6日決定（平成28年（ラ）第721号、民集71巻7号1124頁）

（第1審）大阪地裁堺支部平成28年6月16日決定（平成23年（フ）第1251号、民集71巻7号1112頁）

本件は、破産法104条が定める開始時現存額主義を前提に、配当において超過部分が生じた場合の処理が問題となった事案である。破産法104条によれば、破産手続の中で一部弁済を受けて、それによって債権の一部が実体的に消滅していたとしても、破産手続開始時点でまさに現存していた債権全額によって配当に参加できる。これを開始時現存額主義というが、配当の基礎となる破産債権の額が、債権の実体的な残額よりも大きくなるために、配当率が高率になった場合、債権の実体的な残額を超過する配当がなされる可能性がある。これが超過配当である。

超過部分の処理については、大別3つの立場が主張されているところ、原々決定・原決定・本決定と、いずれも異なる立場を採用したものと評価されている。破産法104条の解釈から結論を導いているのは共通でありながら、異なる立場・異なる結論に至っているため、興味深く、重要な決定である。

加えて、本決定で残された問題につき判断を示した後続裁判例が現れたため、それも含めて枠組を整理したい。

《事実の概要》

Z株式会社（破産会社）は、平成23年9月21日、破産手続開始決定を受け、Y（抗告人）が破産管財人に選任された。

X信用保証協会（相手方）は、ZのAに対する借入金債務2口（甲・乙）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、その後、A信用金庫に代位弁済して、届出を現在の求償権に変更した（以下「本件破産債権」という。）。なお、こ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の記載がある。

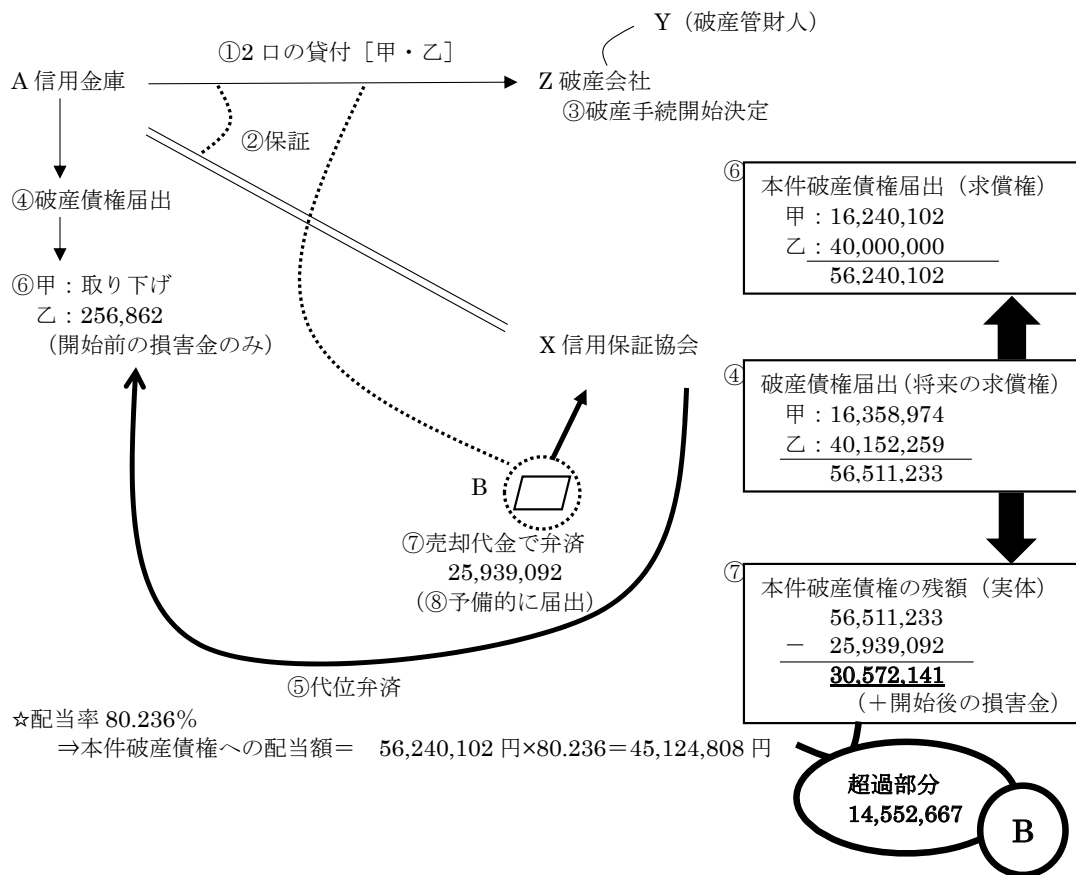
一方、AのXに対する求償金債務を担保するため、自己所有の不動産に根抵当権を設定していたBは、当該不動産の売却代金をもってXに本件破産債権に対する一部弁済をした(本件破産債権の実体的な残額を「本件破産債権の残額」という)。Bは、代位弁済により取得した求償権を予備的に破産債権として届け出た。

Yは、債権調査において、本件破産債権の額を認め、Bの求償権については、「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。

Zの破産手続における配当率は80.236%となり、Yは、本件破産債権について、配当金額を本件破産債権の残額と記載し、それを超過する部分はBに配当する配当表(以下「本件配当表」という。)を作成した。本件配当表の備考欄には、●本件破産債権の残額を超過しての配当はできないこと、●Bに超過部分を配当するのは、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であることが記載されていた。

Xは、本件配当表に対する異議申立てをした。

事実の順序については下図の①~⑧、具体的な債権額については下図の記載を参照されたい。



《決定要旨》

1、原々決定：大阪地堺支決平成28年6月16日民集71巻7号1112頁

原々決定は、Xの異議申立てを却下した。その理由について、後述する3つの立場のそれぞれを検討し、後掲（b）共同義務者帰属説／求償権者説が妥当であるとして、超過部分は共同義務者、すなわち求償権者たるBに帰属させるべきと判示した。

「本件においては、上記③（筆者注：後掲〔a〕不当利得説）の方法を選択すると、Xが相当額の劣後部分を有していることから、Bとの関係のみならず、それ以外の一般破産債権を有する債権者との関係においても、一般部分に対する超過配当額が事実上劣後部分に充当される結果、実体法上の不当利得とはならないと解さざるをえず、結局、他の一般破産債権が全額の満足を得ていないにもかかわらず、これに優先してXが劣後的破産債権を回収できる結論になり、破産手続上の優劣関係や債権者平等に反し不当である」。

「また、上記①（筆者注：後掲〔c〕破産財団帰属説）の方法を選択すると、超過配当額は、実質的には開始後に弁済を行った求償権者（本件におけるB）の求償権に対応するものであるにもかかわらず、これを債権者全体の配当原資とすることになるが、このような結果は、破産法104条の目的を超えて求償権者の権利を制限することでそれ以外の債権者が利益を得るに等しく、債権者平等に反して相当ではない。さらに、本件においてBの配当参加を認めずに超過配当額を配当原資とすると、Bを除く一般破産債権者に対しては100パーセント配当となるため、結局、Bの有する一般破産債権に優先してXが劣後的破産債権を回収できる結論にならざるを得ない・・・から、その不当性が上記③（筆者注：後掲〔a〕不当利得説）の方法の場合と変わらない」。

「本件の場合において、Xが一般部分について優先して全額の回収を行うことができる限り、一般破産債権を有する求償権者であるBとの関係では破産法104条の目的は果たされているといえるから、破産手続上の債権者平等の原則と同条の目的の調和の観点からして、上記②（筆者注：後掲〔b〕共同義務者帰属説／求償権者説）の方法を選択することが相当である」。

2、原決定：大阪高決平成29年1月6日民集71巻7号1124頁

原決定は、原々決定を取り消し、原々審に差し戻した。

「破産法104条1項及び2項の『破産手続開始後において有する債権の全額』並に同条2項及び4項の『その債権の全額』にはいずれも開始後利息及び開始後損害金が含まれるものと解するのが相当である」。「したがって、破産手続において債権の全額（開始後利息・損害金を含む。）を破産債権として届け出た債権者は、債務者に対する破産手続開始後に物上保証人から届出破産債権の一部の弁済を受けても、届出破産債権の全額の満足を受けない限り、届出破産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ものというべきである」。「他方、物上保証人は、債権者が届出破産債権の全額の満足を受けない限り、破産手続において、債権者が有した権利について、破産債権者（求償権者）として権利を行使することができない」。

「そうすると、Xは、本件最後配当時において、届出破産債権の全額の満足を受けていな

いから、届出破産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」。そのため、「Bは、本件破産手続において、Xが有した権利について、破産債権者（求償権者）として権利を行使することができない」。

そして、80.236%での配当は、「破産債権者の一般破産債権に対して行われるべきものであるから、一部の配当によりXの実体法上の一般破産債権残額が消滅する以上」、Yは本件超過部分を「一般破産債権に対するものとしてXに配当すべきではないし、Xもこれを受領することができない」。「Xは、配当により一般破産債権が消滅した後も、劣後的破産債権（甲・乙の開始後損害金）を有し、これを破産手続において行使しており、債権の全額が消滅してはいない。したがって、Bは、X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というべきであるから、本件超過配当部分をBに配当することはできない」。

「以上によれば、本件超過配当部分は、まず、他の一般破産債権者・・・の届出に係る一般破産債権に対する配当に充てるべきである」。

そして、「劣後的破産債権の届出をしているのは、Xのみである」ので、超過部分は、それに対する配当に充てるべきである。

3、本決定：最三小決平成29年9月12日民集71巻7号1073頁

本決定は、原審の判断（原々決定取消、原々審に差戻）を結論において是認し、抗告を棄却した。

「同一の給付について複数の義務を負う者（以下、全部の履行をする義務を負う者を『全部義務者』という。）について、破産法104条1項及び2項は、全部義務者の破産手続開始後に他の全部義務者が弁済等をしたときであっても、破産手続上は、その弁済等により債権の全額が消滅しない限り、当該債権が破産手続開始の時ににおける額で現存しているものとみて、債権者がその権利を行使することができる旨を定め、この債権額を基準に債権者に対する配当額を算定することとしたものである。すなわち、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に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項は、物上保証人が債務者の破産手続開始後に債権者に対して弁済等をした場合について同条2項を、破産者に対して求償権を有する物上保証人について同

条3項及び4項を、それぞれ準用しているから、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。

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、破産手続開始の時点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」。

そして、木内道祥裁判官の補足意見が付されている。

「相手方は、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、B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」。

《研究》

1、本決定をめぐる前後状況と叙述の順序

本決定は、開始時現存額主義のもとでの超過配当部分をどのように処遇するのかについて、最高裁として判断を示したものである。超過配当部分の処遇問題は、新破産法制定の法制審議会メンバーの間で行われた座談会で取り上げられ議論がなされていた。その時点で既に現在の学説状況と同様の整理が示されていたものの、結論はその後の学説の議論に委ねられていた¹。

では、本決定で超過配当部分の処遇に関する議論が決着を見たのかということ、なお残された問題が存在していた（後掲〔a〕不当利得説を採用した後、返還にあたっては民法704条にしたがって利息を付すのかどうか）。その点について、大阪高判令和元年8月29日金法2129号66頁が判断を示したところである。

そこで本稿では、本決定に至った判例準則及び学説を整理し、本決定の位置づけを行った上で、後続裁判例が示した判断とさらになお検討を要する課題を指摘することとしたい。

2、判例・学説

（1）判例

（a）原債権者優先と開始時現存額主義

まず、開始時現存額主義のもとでの超過配当部分の処遇について判断した従来の裁判例は、再生計画に関するもののみとされる。すなわち、東京地判平成24年11月28日金法1971号97頁が、再生計画に基づく第1回弁済において、特定の債権者に保証人による弁済があるため超過部分が生ずる場合には、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すべきと判断した。これは、後掲（c）破産財団帰属説の結論と同旨である。

新破産法制定の段階から、開始時現存額主義を採る限り、超過配当部分が生じる可能性は意識されていた。しかし、超過配当が生じるほどの高い配当率になることが稀であったため、

1 伊藤眞ほか編『新破産法の基本構造と実務』（有斐閣・ジュリ増・2007年）364-373頁。

あくまで可能性の問題にとどまっていた。

とは言え、開始時現存額主義は、債権の全額について満足を得られない場合、つまり債権の一部が弁済された場合に生じる民法502条1項の一部代位と関連して検討される問題である。この一部弁済においては、判例が原債権者優先の立場を明確にしているため、破産法上の開始時現存額主義もこれと関連づけて考察すべきであろう²。最一小判昭和60年5月23日民集39巻4号940頁は、民法上の一部代位における代位権利者の地位について、「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はない」と判示している。また、最三小判昭和62年4月23日金法1169号29頁は、「債権の一部について代位弁済がされた場合、右債権を被担保債権とする抵当権の実行による売却代金の配当については、債権者は代位弁済者に優先するものと解するべきであるから、債権者は、代位弁済者の求償権が消滅したと否とにかかわらず、自己の有する残債権額および被担保債権額の限度において後順位抵当権者に優先して売却代金の交付を受けることができる」と述べている。いずれも、代位の場面における原債権者優先の立場を採用している。

そして、一部代位の場面における原債権者優先の立場と関連して、民事再生の前身たる和議の局面で、仮に一部弁済をした全部義務者に対して弁済額の割合に応じた権利行使を認めると、「債権者が届出債権全部の満足を得られない場合にも、残債権につき履行する義務を負っている右全部義務者が破産債権者としての権利を行使し得ることとなり、債権者を害する結果となって妥当でない」と述べたのが最一小判昭和62年6月2日民集41巻4号769頁である。ここでもやはり原債権者優先の立場が採用されており、これがまさに倒産法全般における開始時現存額主義へと結実した。これは破産でも同旨であり、最一小判昭和62年7月2日金法1178号37頁で明確にされている。

(b) 他に言及される判例

実際のところ、本決定に直接関係する判例は上記(a)で尽くされる。しかし、本決定の判示から、次の2つの判例の影響が見て取れ、評釈・解説類も言及していることが多い。

まず1つ目は、最三小判平成14年9月24日民集56巻7号1524頁である。これは、物上保証人を、連帯保証人に代表されるいわゆる全部義務者と同様に扱えるかについて判断を示したものであり、「物上保証人は、全部義務者と異なり、担保に供した特定財産の価額の限度において責任を負うにすぎないが、物上保証人も連帯保証人等の全部義務者も、債権者が債務者から債権の完全な弁済を受けられない場合に備えて、有限又は無限の責任を負担するものであって、責任の集積により債権の効力を図るという点において異なるものではない」と述べたものである。この判例が破産法104条5項に結実し、物上保証人も変わらぬ処遇を受けることとなった³。

もう1つが、破産法104条が破産債権額と実体的な債権額とのかい離を認めるものであると判断した最三小判平成22年3月16日民集64巻2号523頁である。「破産法104条1項及び2

2 杉本純子「複数口債権の一部の全額弁済と開始時現存額主義の適用 - 民法上の一部代位から見る破産法上の開始時現存額主義」同法60巻7号(2009年)1249頁。

3 小川秀樹ほか『一問一答新しい破産法』(商事法務・2004年)151頁。

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かんがみ、この機能を破産手続において重視し、全部義務者の破産手続開始の決定後に、他の全部義務者が弁済等をした場合であっても、破産手続上は、その弁済等により破産債権の全額が消滅しない限り、当該破産債権が破産手続開始の時における額で現存しているものとみて、債権者がその権利を行使することができる旨（いわゆる開始時現存額主義）を定め、この債権額を基準に破産債権者に対する配当額を算定することとしたものである。同条1項及び2項は、上記の趣旨に照らせば、飽くまで弁済等に係る当該破産債権について、破産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って、同項にいう『その債権の全額』も、特に『破産債権者の有する総債権』などと規定されていない以上、弁済等に係る当該破産債権の全額を意味すると解するのが相当である」と述べ、開始時現存額主義の制度趣旨を確認している。

前者は、本決定での共同義務者が物上保証人たるBであったことから紹介されるのであろう。後者はより直接的に、本決定が「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」と明らかに最判平成22年を意識した判示をしていることから言及されるのだと思われる。

ただ、物上保証人の扱いについては破産法104条5項で明文をもって規定されているところであり、それにつながった最判平成14年を紹介すべき必然性はないと考える。また、最判平成22年は、複数口の債権のそれぞれに一部弁済がされた場合の扱いについて判断されたものであり、本件とは問題の所在が異なる。確かに本決定の判示は最判平成22年を意識したものであるが、こちらについても、本決定に必ずしも直接関係したものではないと考える⁴。

そのため、一部代位における原債権者優先と、破産の局面での開始時現存額主義から、超過配当が生じる場合をどのように処遇すべきか検討すればよいといえよう。

（2）学説

前述のように、破産法104条の規定する開始時現存額主義を前提に、配当額が実体的な債権の残額を超える場合の超過部分の処遇については、新破産法制定当初から議論が積み重ねられてきた。これについては、従来、3つの立場が対立していたところであり⁵、各種文献で設例を用いて整理されているので、本稿でも次のような設例を置く。

4 おそらくそれを考慮して、本決定は最判平成22年を引用はしていないのだと思われる。

5 学説の紹介と分析は山本研「手続開始時現存額主義により生ずる超過配当額の処理」伊藤真古稀『民事手続の現代的使命』（有斐閣・2015年）1208頁以下に詳しい。各節の検討については、河野正憲「本件判批」名法278号（2018年）304頁以下も参照。

PがQに貸金債権を有していたところ、Qが破産手続開始決定を受けた。開始決定時にPの残債権額が1000万円であった。ここで、RがPに800万円を弁済した。一部弁済にとどまるので、開始時現存額主義によりPの破産債権額は1000万円のままであった。破産手続における最後配当の配当率が30%と見込まれたため、Pは300万円の配当を受ける結果、 $800+300=1100$ 万円を受け取り、実体法上の債権額を100万円超過してしまう。

まず、超過する部分は求償権者すなわち全部義務者に帰属すべきものであるが、破産手続においては超過部分も含めて債権者に配当した上で、求償権者の債権者に対する不当利得返還請求による処理に委ねる見解がある。(a) 不当利得説⁶と呼ぶ。この見解によれば、設例においては、破産管財人は、Pに超過部分を含めて300万円を配当し、RがPに対して超過部分100万円を不当利得として返還請求することになる。

次に、超過する部分は求償権者に帰属すべきものであり、破産法104条4項に基づき、破産債権を代位行使することで超過部分を求償権者に配当する見解がある。(b) 共同義務者帰属説／求償権者説⁷と呼ばれる。この見解によれば、800万円の弁済によって、実体的にはRがPに代位できる地位を取得しているので、破産管財人は、超過部分100万円をRに配当することになる。

最後に、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から、破産管財人はこれを債権者に配当せず、また配当した後でも破産財団に返還させ、他の破産債権者に対する配当財源とする見解がある。(c) 破産財団帰属説⁸と呼ばれる。この見解によれば、破産管財人は、超過部分100万円をそもそもPに配当せず、配当した後でも財団に返還させることになる。

これら3つの見解には、2つの分岐点があるとされている⁹。

まず、【超過する部分は誰に帰属させるべきか】という実体的観点につき、(a) 不当利得説と(b) 共同義務者帰属説／求償権者説は手続外で弁済した求償権者であると考え、(c) 破産財団帰属説は、手続における破産財団、すなわち一般破産債権者への配当に充てるべきと考える点に大きな分かれ目がある。(a) 不当利得説は、超過部分の範囲等に関する争いが手続に持ち込まれることを回避し、超過部分をめぐると争いは不当利得の問題として手続外で処理すべきことを基礎としている。(b) 共同義務者帰属説／求償権者説も、(a)と同様、超過部分は求償権者に帰属することを前提としているが、その配分にあたっては、実体法上の権利関係を反映した処理を手続内において実現すべきことを基礎としている。(c) 破産財団帰属説は、超過部分は求償権者に帰属するのではないことを前提とする点で、(a) (b)とは

6 山本研・前掲注(4) 1203頁、伊藤ほか・前掲注(1) 368、370頁 [田原睦夫]、竹下守夫(編代)『大コンメンタール・破産法』(青林書院・2007年) 442頁 [堂園幹一郎]。

7 伊藤ほか・前掲注(1) 365頁 [沖野真己]、367頁 [山本和彦]、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]、山本和彦「手続開始時現存額主義の現状と将来」岡伸浩ほか(編)『破産管財人の債権調査・配当』(商事法務・2017年) 587頁以下、松下淳一「開始時現存額主義に関する若干の覚書」高橋宏志古稀『民事訴訟法の理論』(有斐閣・2018年) 1315頁。

8 松下満俊「破産手続における開始時現存額主義をめぐると諸問題」岡正晶ほか(監)『倒産法の最新論点ソリューション』(弘文堂・2013年) 133頁。

9 2つの分岐点を実体的観点・手続的観点として整理した西川佳代「本件判批」早稲田大学法務研究論叢3号(2018年) 291-292頁に拠った。

出発点が異なる¹⁰。

そして、(a) と (b) を分けるのが、【不当利得の処理はどこで行うのか】という手続的観点である。(a) 不当利得説は手続外で債権者と求償権者の間で行うとするのに対して、(b) 共同義務者帰属説／求償権者説は、手続内で管財人が行うとする。ただ、本決定の木内補足意見が指摘するように、求償権者は、債権者の債権が全額消滅することではじめて破産手続内で求償権を行使することができるので、配当によって全額消滅する場合には、求償権者は手続に参加できないはずであるから、そもそも (b) は採り得ないとも思われる。しかし、その調整も破産管財人に担わせることを主張する見解もあり¹¹、(b) の立場への根強い支持が見て取れる。

3、本決定の位置づけ

(1) 各決定が採用した見解

本件が興味深いのは、原々決定、原決定、本決定の3段階において、それぞれ異なる見解が採用されたことである。原々決定は (b) 共同義務者帰属説／求償権者説、原決定は (c) 破産財団帰属説、本決定は (a) 不当利得説によったというのが一般的な評価である。

まず、原々決定は、明示的に3つの立場について検討し、(b) 共同義務者帰属説／求償権者説を採用した。これについては疑いがないだろう。

それに対して原決定は、(c) 破産財団帰属説に立ったと思われるが、その見解の当否以外の点への批判が少なくない¹²。原決定は、X が開始後の利息及び損害金も行使しておりその限りでは完全な満足を受けていないため、破産財団ではなく、X の劣後的破産債権部分への配当を指示している。これは純粋な (c) 破産財団帰属説とも言い得ない。このような判断がなされた理由について原決定は、前提として、「破産法104条1項及び2項の『破産手続開始後において有する債権の全額』並に同条2項及び4項の『その債権の全額』にはいずれも開始後利息及び開始後損害金が含まれるものと解するのが相当である」と解釈したことを述べる。しかし、開始時現存額主義が適用対象とする「破産手続開始時において有する債権」は、破産手続開始時における破産債権（＝破産法2条5項のいう「破産手続開始前の原因に基づいて生じ」る破産債権）を意味するので、開始後の原因から生じる利息や損害金のような劣後的破産債権（破産法99条1項1号、97条1号・2号）が含まれることはない¹³。そもそも、破産法104条1項・2項は一般破産債権の中での優劣について定めるものであって、手続開始後の利息及び損害金という劣後的破産債権にまで対象を広げたことから失当であったと考える。原決定は、判示事項の冒頭で本来異なるはずの劣後的破産債権まで含めたところから判決全体へ誤りが波及したものと理解したい。

それを受けた本決定は、(a) 不当利得説を採用した。「破産債権者が破産手続開始後に物

10 (c) 破産財団帰属説に対しては、求償権者による代位弁済がなければ、計算上の配当額が全額債権者に配当され、他の破産債権者がその配当を受ける余地はなかったものであり、超過部分を破産財団に帰属させることは、求償権者の負担で他の破産債権者に「棚ぼた的利益」を得させることになるとも批判されている（山本研・前掲注〔4〕1219-1220頁）。

11 松下淳・前掲注（7）1325頁。

12 杉本和士「本件判批」金法2078号（2017年）37頁、佐藤鉄男「本件判批」リマークス57号（2018〈下〉）131頁。

13 杉本・前掲注（12）37頁。杉本は、開始時現存額主義の歴史的系譜や、倒産手続における債権の優先性秩序から原決定に批判的である。

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」と述べ、開始時現存額主義を徹底することを宣言している。これは、一部代位における原債権者優先の立場をも徹底することの宣言であり、これまでの判例の流れに沿ったものと評価できよう。

(2) 本決定の理解

しかし、本決定が最高裁として (a) 不当利得説を採用したと評価できるかについては、「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」としつつも、なお書きにおいて、「(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。)」と述べるに留めているため、慎重な検討が必要である。少なくとも、本決定は、結果として不当利得で処理することになるだけであって、破産手続外の問題とすることを述べただけだと理解する方が穏当かもしれない¹⁴。

筆者の見限り、(c) 破産財団帰属説はともかくとしても、(b) 共同義務者帰属説／求償権者説の可能性を模索しようという学説はなお少なくないように思われる。これは、手続によってなされる配当が超過配当であったからといって法律上の原因なく「不当利得」と評価されてしまうことへの違和感¹⁵や、超過部分の返還を手続外で処理させるより1回の手続で済ませる簡便さへの意識があるからであろう。(b) 共同義務者帰属説／求償権者説に拠るためには、破産法104条2項・4項をクリアしなければならない。すなわち、「その債権の全額が消滅した場合」に該当しなければならない。あくまで一部弁済・一部代位であることからすれば、その場合に明確に該当するとは言い切れず、全額消滅の蓋然性が高まったから、のような理由を挙げるほかない。倒産手続において債権の優劣を決定する場面において蓋然性を根拠とするのは難しいように思う。また、(b) ならば紛争を1回で解決できることがメリットとして挙げられるが、必ずしもそうとも言い切れない。(b) に拠る場合、求償権者への配当額は破産管財人が確定しなければならず、その手間が手続全体に影響を及ぼす。求償権者と原債権者に争いがなければ大きな問題とはならないが、争いがある場合にこれを破産管財人が調整するのは相当な労力がかかり、確実に手続は長引くことが予想される。まして、複数の全部義務者がいるような場合はなおさらである。とりあえず超過部分を配当してしまい、その返還は手続外に出してしまえば、手続1回で全体を解決することはできないが、結果としては迅速に進めることができると思われる。

(3) 本決定を受けての対応

前述のように、本決定は (a) 不当利得説を正面から採用したとまで断言できるかはなお

14 杉本・前掲注(12)41頁は、本決定は、「超過配当が生じうる事態において、当該届出破産債権に対して破産管財人が超過分を含めて必ずしも配当しなければならない旨を判示したものではなく、ただ超過配当の対象となる届出破産債権が既に確定していれば、破産管財人がこのような配当を行うことを許容した判例である」として、限定的な理解を示す。

15 山本和・前掲注(7)587頁は、「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は、容認できない」と述べている。

検討を要しようが、破産手続外の問題として処理するならば、どのように解決すべきであるうか。

論者によって様々な方法が提案されているが、不当利得返還による前に、超過配当が見込まれる場合には、債権届出の一部取り下げを促したり一部異議を述べたりするといった事前対応であることが主張されている。和解的な解決と言えよう¹⁶。中間配当の実施も提案されている¹⁷。

しかしより大きな問題なのは、債権者と求償権者の間での不当利得の問題として処理するとしても、債権者が元本以外に遅延損害金債権を有している場合には、超過部分への配当を受け取り、不当利得返還する前に別債権に充当することができるのである¹⁸。肯定する立場¹⁹もあるが、破産法104条が、債権者が有する一般破産債権に対する配当額について、実体法上は求償権者に移転している部分を含む手続開始時の一般破産債権額を基準として算出し、その配当額を債権者と求償権者間で内部的に分配するにあたり、まずは債権者を求償権者に優先すべきことを定めていることから、債権者が優先されるのは一般破産債権の範囲にとどまり、超過部分を劣後的破産債権に充当することは許されないと否定する立場が支持されている²⁰。

これについては、本決定の後に現れた大阪高判令和元年8月29日金法2129号66頁が、本件とほぼ同一の事案のもと、本決定のなお書きで言及されていた超過配当部分の最終的な処理方法について示した判断の中で方向性を示した。すなわち、「本件超過部分が一般破産債権である本件破産債権に対する配当から生じたものである以上、本件破産債権において一般破産債権に劣後するものとして配当がされなかった本件遅延損害金にこれを充当することは、一般破産債権と劣後的破産債権とを峻別し、配当において前者を後者に優先した破産法の趣旨等に照らして許されず、Y（信用保証協会）がこれをX（求償権者）に交付しないで保持することについて法律上の原因はないというべきである」。そして、本決定である最決平成29年の後も、「Yが本件超過部分を劣後的破産債権に充当することを認める旨の学説が有力であったとはいえないことからすれば、Yは、本件超過部分を保持することについて、・・・受領の時点から悪意であったと認められる。したがって、Yは悪意の受益者とし

16 山本研「本件判批」重判解平成29年度（2018年・ジュリ臨増1518号）141頁は、

「債権者と求償権者の間で合意ができる場合には、超過部分についての配当受領請求権を求償権者に譲渡するという方法」を提案している。これについては、末川民事法研究会での報告後質疑応答の際に、合意による配当受領請求権譲渡ではなく、超過配当部分を悪意の不当利得と法性決定し、フランス民法がこれを事務管理として処理することから、委任の規定を用いることができないか議論がなされた。しかし、譲渡を根拠づける規定がなくとも、債権者が超過部分を受領すると悪意の受益者として利息の支払い義務を課されることからすれば、それを交渉材料に配当受領請求権の譲渡を合意させることは難しいことではないと考えられるため、このような解釈論は不要であろう（後掲大阪高判令和元年8月29日金法2129号66頁も参照）。

17 木村真也「本件判批」新・判例解説 Watch22号（2018年）208頁。山本研・（16）141頁は、破産管財人の負担の軽減、配当の迅速・簡明な実施という視点から見ると疑問であり、配当受領請求権を求償権者へ譲渡するよう債権者に促す手法で足りるとする（田頭章一「本件判批」金融判研28号〔2018年・金法2097号〕47頁も同旨）。

18 本決定後の残された問題の全体像については、中井康之「開始時現存額主義と超過配当」金法2076号1頁が整理している。

19 山本和・前掲注（7）589頁。とは言え、実体法上の不当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っていいのかという問題も指摘し、（b）共同義務者帰属説／求償権者説を支持する（同586頁）。

20 齋藤毅「本件判解」曹時70巻7号（2018年）222頁、岡正晶「本件判批」1529号（2017年）1頁、山本研・前掲注（16）141頁。また、改正民法502条3項は、劣後的破産債権への充当まで認めるものではないので、それは「法律上の原因なく」に該当し、不当利得の成立を認めるとの指摘もされている（伊藤真『破産法・民事再生法〔第4版〕』〔有斐閣・2018年〕309頁、伊藤真ほか『条解破産法〔第3版〕』〔弘文堂・2020年〕795-797頁）。

て、・・・民法所定の年5分の割合による民法704条の利息の支払い義務を負う」²¹。

そうすると、最後に残される問題は、遅延損害金ではなく、劣後するのが保証債務履行請求権の場合である。超過配当部分の不当利得返還請求権との相殺を認めると、この場面では劣後的破産債権への充当を認めたのと同じ結果となってしまふ。これについては、開始時現存額主義とは別個の実体法上の帰結であるとして許容する見解が示されているが²²、民法をはじめとした実体法の責任にかからせてよいのかはなお検討が必要であろう。

(平成国際大学 専任講師)

[追記]

校正段階において、沖野眞己「主債務者破産後の物上保証人による一部弁済と手続開始時現存額主義－劣後的破産債権と不当利得をめぐる」中田裕康古稀『民法学の継承と展開』(有斐閣・2021年) 877頁に接した。本稿と関連して検討を加える必要があるが、他日を期したい。

21 杉本和士「判批(大阪高判令和元年8月29日金法2129号66頁)」リマークス61号(2020〈下〉)141頁は、今後の実務では和解的解決を志向するだろうと述べられている。

22 山本研・前掲注(16)141頁。藤原正則「判批(大阪高判令和元年8月29日金法2129号66頁)」金融判研30号(2020年・金法2145号)50頁も、「求償権者が保証人なら、債権者は劣後的部分に関しても、保証人に対する債権を有している。だから、保証人の不当利得返還請求に対して、債権者が相殺を主張する可能性は排除できない。しかし、それは、債権者と求償権者の間の実体法上の法律関係によるものであり、破産法上の配当の帰属とは別の問題であろう。」と述べている。松下満・前掲注(8)132頁、尾河吉久「本件判批」金法2089号57-58頁も参照。