

---

---

**論 説**

---

---

# 倒産手続における劣後債権の位置付け

河 野 憲一郎

目次

- I. 序
- II. 劣後化される債権
- III. 比較法からの示唆
- IV. わが国における劣後債権をめぐる問題
- V. 結語

## I. 序

近時の企業金融においては、いわゆる劣後ローンが注目されている。とりわけ、今般の新型コロナウイルス感染症の発生・拡大により、企業活動にとって先が見通せない状況が続く中で、これに対する企業の側からの需要はますます高まっている。通常の融資が、貸借対照表上、負債に位置付けられるのに対して、劣後ローンの場合には、資本とされる点に大きな特色がある。金融を受ける企業の側にとっては、劣後ローンには、利息の返済を滞りなく続けることができる限り、元本を返済することなく融資を受けられるというメリットがある。また、貸出し難に苦しんできた銀行にとっても、通常の貸付けの場合よりも高利であるのが通常であり、メリットがあるとされる<sup>(1)</sup>。さらに、急激な経済的変動に対する企業への救済融資の新しいスキームとしても活用される。このような現実の企業金融上

## 論 説

の必要性にもとづいて今日急速に需要が増加した劣後ローンであるが、債務者企業が倒産した場合には、その特異な性格のゆえに、一般の倒産債権とは異なる規律、すなわち、約定劣後破産債権（破99条2項）、約定劣後再生債権（民再35条4項）、約定劣後更生債権（会更43条1項1号）としての規律に服する。すなわち、破産手続が開始された場合には、合意どおり、約定劣後債権は配当順位が劣後的破産債権よりも下位とされ（破99条2項）、また、約定劣後債権者は議決権を有しないものとされている（同142条1項）。他方で、民事再生や会社更生のような再建型の倒産手続が開始された場合には、後述のごとく、その資本としての面が顕在化して、一般の再生債権者や更生債権者には劣後するものの、再建計画においてその権利の性質に即した救済が与えられうる。

倒産手続においては、債権者平等原則ないし債権者平等取扱原則が妥当とされる<sup>(2)</sup>。しかし、これに対して、より実質的な観点からの調整が求められる場合がある。たとえ無担保の債権であり、形式上は同一順位の債権と評価されても、例えば子会社倒産における親会社の債権や倒産会社に対するメインバンクの債権のような債権については、「衡平」（会更168条1項柱書但書、民再155条1項）の観点から、他の一般債権に対して劣後化を図るべしとの議論がわが国でも有力に論じられている。そこで、劣後ローンの倒産手続における取扱いの問題は、これらとの関係でどのように位置付けられるのかも問題となる。

本稿は、このような問題関心に基づき、約定劣後ローンについての検討を試みる。以下では、まず、（約定によらない）劣後的倒産債権を含めて、債権の劣後化一般についてのわが国の立法を中心とした現状を確認する（Ⅱ）。次に、この問題に関して議論の蓄積のあるアメリカ合衆国とドイツにおける理論状況を確認する（Ⅲ）。そして、この比較法的研究に示唆を得て、わが国における劣後債権をめぐる問題をいくつか取り上げて論じ（Ⅳ）、最後にまとめとする（Ⅴ）。

## II. 劣後化される債権

### 1. 劣後的倒産債権と約定劣後倒産債権

倒産者に対し倒産手続開始前の原因にもとづいて生じた財産上の請求権を「倒産債権」といい、これは破産手続における〈破産債権〉(破2条1項5号)、民事再生手続における〈再生債権〉(民再84条1項)、会社更生手続における〈更生債権〉(会更2条7項柱書)を総称する概念である<sup>(3)</sup>。ある債権者が、倒産債権者であるということは、一般に、実体的には優先債権者への配当がなされた後の責任財産による、他の(普通)倒産債権者と按分弁済を受ける地位に甘んじなければならず(債権者平等取扱い)、また、手続的には倒産手続へ参加することによってのみ、その実体的地位の実現が可能となるにすぎないことを意味する。しかし、このような取扱いは、本稿で取り扱う劣後的倒産債権や約定劣後倒産債権については、「倒産債権」とされながらも、必ずしも同様には妥当しない。

劣後的倒産債権や約定劣後倒産債権は、そもそもわが国倒産法制がその当初から有していた概念ではない。前者については、戦後、破産法及び和議法の一部を改正する法律(昭和27年6月7日法律第173号)により劣後的破産債権、新たに制定された旧会社更生法(昭和27年6月7日法律第172号)により劣後的更生債権なるものが定められ、現行法制に至っているものである。後者については、平成倒産法改正に際して、改正破産法(平成16年6月2日法律第75号)により約定劣後破産債権、「破産法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」(平成16年6月2日法律第76号)により約定劣後再生債権、約定劣後更生債権という形で創設されたものである。したがって、これらがどのような経緯で規定されたものなのかをまずは簡単に振り返っておくことが必要である。

### 2. 旧破産法・旧会社更生法における劣後債権の導入

劣後債権という概念がわが国倒産法に導入されたのは、第2次世界大

## 論 説

戦後のことであった。すなわち、従来の（破産法の）規律では、破産宣告後の利息債権などに関しては、「之ヲ破産債権トセズ」と定められていた（旧破産法38条1952年改正前規定）ところ、戦後アメリカ合衆国の強い影響の下、旧会社更生法が制定され、これに平仄を合わせる形で、昭和27年に自然人については免責制度が導入されるに伴って、前述の諸債権をいちおう全部を破産債権としながら、これら宣告後の利息や中間利息にあたる部分を劣後的破産債権とする取扱いに変更したのである<sup>(4)</sup>。もっとも、ここでは劣後的破産債権者は破産手続における配当に与れないのが通常であり、加えて、本稿でもっぱら念頭に置く法人破産の場合には法主体が消滅することから、当然にこれらの請求権は、手続終了後には追及されえないのであり、自然人の場合以上に、旧38条が破産債権から除外していた諸債権を劣後的破産債権と改めたことの実際上の意味は、ほとんどなかったといつてよい。これに対して、旧会社更生法に関して置かれた劣後債権の規律（旧会更121条、同125条、同132条、同143条、同159条、同180条、同228条）は、より重要な意味をもつ。けだし、ここでは通常の更生債権には後れるものの、株主よりは優先する地位に置かれているのであって、株主は劣後的更生債権を満足せしめた後でなければ、手続上利益を享受することができないとされたからである。

また、会社更生手続の場合には、更生計画において、公正・衡平な差等を設けることが明文をもって定められており（旧会更228条1項 [=現168条1項但書、同3項]）、一部の債権者（いわゆる内部者等）に関しては劣後的に取扱った方が衡平に資する場合があることが指摘されていた。そこでそのような取扱いの可否が問題とされ、会社更生手続に関しては、債権の劣後化を認めた裁判例が散見された<sup>(5)</sup>。これに対して、破産手続にはこれに対応する条文はなく、明文の根拠を欠くことを理由に劣後的な取扱いを退けた裁判例もある一方<sup>(6)</sup>、信義則に反するとして債権の行使を否定した裁判例もあった<sup>(7)</sup>。他方、学説上は、債権の劣後化について肯定的な見解が有力であった。劣後化の議論については、前回の倒産法大改

## 倒産手続における劣後債権の位置付け

正時の倒産法制に関する改正検討事項（1997年）第4部第2、2（3）エにおいて、親会社や内部者の債権の劣後化の考え方が示され、肯定的な意見が多かったものの、立法化は見送られた。

### 3. 約定劣後倒産債権

その後、平成倒産法改正に際して、新たに約定劣後債権の規定が置かれるに至った<sup>(8)</sup>。破産手続の改正の際には、民事再生手続および会社更生手続に関しても、「破産法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」(平成16年法律第76号)で約定劣後債権の制度が創設された<sup>(9)</sup>。

旧法下では、劣後ローンに関する規定が存在しなかったため、これらの債権を一種の停止条件付債権として、具体的には、破産等の事由が生じた場合には、劣後ローンの支払請求権の効力がいったん停止し、上位債権者が全額の支払いを受けることを条件に劣後ローンの支払請求権が発生するもの、として取り扱うことによって、劣後的取扱いを実現していた。しかし、BIS規制等との関係において、劣後ローンの取扱いに関する法的安定性をより高めるため、各倒産処理手続において劣後ローンが劣後的に取り扱われることを規定上明確化することが望ましいとの指摘や、従来の停止条件構成の取扱いについては、破産手続においては、普通破産債権の完済がほとんど不可能なことから、前記の停止条件が成就する可能性が極めて低いにも関わらず、中間配当では、停止条件が成就した場合に備えて配当額に相当する金銭の寄託を要求されることになるなど（旧破271条4項）、およそ合理的とはいええない処理を要求されることになるといった問題点の指摘がなされていた<sup>(10)</sup>。そこで、新法（現行法）では、約定劣後債権の制度を創設して、劣後ローンの劣後性に従った処理をすることを直截に認めたのである。

### 4. わが国の従来の議論の問題点

このようにわが国では、劣後的倒産債権、約定劣後倒産債権が制定法上

## 論 説

承認されたが、必ずしも倒産手続における劣後化の実質的根拠が、倒産手続の構造に即して明らかにされているとは言い難く、その結果、その倒産法上の取扱いについても、十分な理論的見通しがきく状態にはなっていない。

すなわち、債権者が親会社である場合や内部者である場合、あるいは、内部者ではなくても、例えばメインバンクの債権を劣後化するという場合、その必要性和ともに、これを正当化する実質的根拠が明確にされなければならない。また、それとの関連で、そうした劣後化される債権者が、手続上どのような取り扱いを受けるのかも、とりわけ会社更生手続や民事再生手続の場合を中心に検討されなければならない。今日の金融実務で重要になっている劣後ローンは、倒産手続においては約定劣後倒産債権として取り扱われるはずであるが、その具体的規律は、劣後的倒産債権の規律との連続性を意識して統一的になされるべきところであるにもかかわらず、理論的明確を欠いているのが現実であろう。

### Ⅲ. 比較法からの示唆

#### 1. 検討の意義

いわゆる債権の劣後化に関しては、古くから、アメリカ合衆国法においてディープ・ロック理論が展開され、わが国でも比較的早い段階から、注目がなされてきた<sup>(11)</sup>。また、(西)ドイツ法においても、わが国旧破産法の母法である旧破産法の下で、有限会社法上、資本代替的社員貸付の法理が展開され<sup>(12)</sup>、1994年のドイツ倒産法制定に際しては、劣後的倒産債権の概念を導入し、罰金等の請求権と並んで資本代替的社員貸付についても、これに含まれるものとした。

そこで、今一度これらの国の議論に立ち返ることが、劣後ローンをめぐるわが国の議論の比較法的な位置付けを明らかにし、解釈論にとっての示唆を得る上で非常に有益と思われる。

## 2. アメリカ合衆国

まず、債権の劣後化に関するアメリカ合衆国の議論を、必要な限度で確認しておこう。これは、大きく衡平法上の劣後化とそれ以外のものに分けられる<sup>(13)</sup>。

### (1) 衡平法上の劣後化

1978年に制定されたアメリカ合衆国連邦破産法510条(c)(1)は、「裁判所は告知と聴聞を経た上で、衡平の原則にしたがって、認容された債権若しくは権利の全部又は一部に対して、配当の関係において劣後させることができ」る旨を規定する。

衡平法上の劣後化の理論は、既に1930年代から40年代にかけてのアメリカ合衆国連邦最高裁判所の判例において承認されていた。すなわち、アメリカ合衆国連邦最高裁判所は、1939年の*Taylor v. Standard Gas & Electric Co.*<sup>(14)</sup>の判例において、いわゆるディープ・ロック理論 (Deep Rock doctrine) を宣言し、子会社の倒産手続において親会社の債権の劣後化を認めた。また、同年末には、*Pepper v. Litton*<sup>(15)</sup>において同様の原則を適用することにより、優越的かつ支配的株主が、破産会社の事務を自己の利益に操作することで不衡平に行動していたとして、この者の債権を劣後化した。そして、その後も、裁判所は、衡平法上の劣後化権限を再確認している<sup>(16)</sup>。

アメリカ合衆国連邦破産法510条(c)の規定は、このような衡平法上の劣後化の理論を明文化したものである。この理論は、わが国倒産法上の議論にも大きな影響を与えるものであったが<sup>(17)</sup>、そこでは係る劣後化のためには当該債権者の行為が「不衡平な行為 (inequitable conduct)」であることを重視している<sup>(18)</sup>。

### (2) その他の劣後化

連邦破産法は、衡平法上の劣後化のほかにも、劣後化についての規定を

## 論 説

置いている<sup>(19)</sup>。

まず、510条が、2つの場合を規定している。第一は、劣後化合意 (subordination agreements) である<sup>(20)</sup>。すなわち、同条(a)は、「債権を劣後化させることの合意は、破産法以外の法によってその効力を認められる限りにおいて、本法による手続においても効力を認められる」と規定するが、劣後化合意は、債権者間で、その債権の相対的な優先性に関してなされるものである。したがって、同じく合意によりある債権を劣後化させるものであっても、わが国の約定劣後倒産債権が、倒産債権者と倒産者との間において合意がされた債権 (破99条2項、民再35条4項、会更43条4項1号) であるのとは、その現れ方が異なる。また、(b)は、証券の購入もしくは販売の取消しから生じる債権、損害賠償請求権、償還請求権または出資請求権は自動的に劣後する旨を定める。

他方、連邦破産法第7章 (清算事件) の諸規定は、特定の類型の債権を効率的に劣後化させている。724条(b)は、租税優先権 (tax liens) は、一定の優先債権に劣後する旨を定め、また、726条(a)(3)は、後れて届け出られた債権について、その遅れが債権者の過失がないのに生じた場合でない限り (726条(a)(2)(C))、劣後させられると規定し、最後に、726条(a)(4)によれば、罰金 (fines)、制裁金 (penalties) もしくは没収 (forfeitures) または2倍3倍賠償 (multiple damages) もしくは懲罰的損害賠償 (punitive or exemplary damages) は、それらが現実の金銭的損失に関する填補ではない限度で劣後化される (726条(a)(4))。

### (3) 小括

以上見てきたアメリカ合衆国の議論においては、早い段階から、衡平法上、一定の債権者を他の債権者に劣後させる取扱いがなされてきた。

さしあたり、ここでは、わが国でも度々参照される連邦破産法510条(c)の場合において、「不衡平な行為 (unequitable conduct)」であることが重視されていることのみを再確認しておくにとどめる。それを信義則ととら

## 倒産手続における劣後債権の位置付け

えるならば、そのような大きな枠組み自体は、わが国でも採りうるであろう。とはいえ、これは他の債権者との関係で順位を劣後させるという考慮にもとづくとするならば、もっぱら競合する債権者間の関係での信義則の問題ということになる。しかし、そうだとすると、今日の連邦破産法510条(c)の衡平上の劣後化とそれ以外の種類の劣後化の関係は必ずしも明らかではない。もっとも、アメリカ合衆国においては、それらの関係を明らかにする必要があるがそもそもなかったのではないかと、とも考えられる。したがって、衡平による劣後化という観点は、約定による劣後化という取扱いの手続上の妥当性を求める本稿の議論にとっての示唆は、なお限られたものといえよう。

### 3. ドイツにおける劣後的倒産債権

#### (1) 立法史

次に、ドイツで最初の統一倒産立法であり、わが国旧破産法の母法でもあるドイツ破産法 (Konkursordnung; 以下「KO」とする。1877年成立、1898年に改正。) とその後の大改正により成立した倒産法 (Insolvenzordnung; 以下「InsO」とする。1994年成立。) について見ておこう。

まず、KO63条 (1898年改正前56条) は、わが国旧破産法の38条改正前規定に対応する、いわゆる除外債権 (Ausgeschlossene Forderungen) に関する規定を置いていた<sup>(21)</sup>。

#### 【KO63条】

次に掲げる債権は、破産手続においてこれを主張することができない。

- 1 手続開始以後に生じた利息
- 2 個々の債権者にその者の手続参加により生じる費用
- 3 罰金、過料、秩序金及び強制金並びに金銭の支払いを義務付けるような可罰行為又は秩序違反の付加的制裁
- 4 破産者の生存中又は死因による気前のよい行為 (Freigebigkeit) によって生じた債権

## 論 説

このようにKO63条は、わが国でもなじみのある1号から3号に掲げられた債権、さらには4号の「破産者が生存中又は死因による気前のよい行為（≒贈与等）によって生じた債権」についても、破産手続においては主張できないものとしていた<sup>(22)</sup>。

これに対して、InsO39条は、次のような規定を置いた。

### 【InsO39条】

- ① 以下の債権は、同一順位では金額に応じて、以下の順序で、倒産債権者の残余債権に後れてこれを支払う。
  - 1 倒産手続開始以後に生ずる倒産債権者の債権の利息
  - 2 個々の債権者にその者の手続参加により生じる費用
  - 3 罰金、過料、秩序金及び強制金並びに金銭の支払いを義務付けるような可罰行為又は秩序違反の付加的制裁
  - 4 債務者の無償の給付を求める債権
  - 5 社員の出資した消費貸借目的物の返還を求める債権又はこれと同等の債権
- ② 債権者と債務者の間で倒産手続における劣後を合意した債権は、疑いがあるときは、第1項に定める債権に後れてこれを支払う。
- ③ 後順位倒産債権者の債権の利息及び後順位倒産債権者に手続参加により生ずる費用は、後順位債権者の債権と同一順位とする。

以上のような変更について、改正倒産法の政府草案理由書は、次のように説明していた。すなわち、「たしかに倒産手続の中で清算された財産を債権者に分配する場合には、ほとんどの場合、本規定中に列挙された債権の債権者が、劣後的な満足を求める権利を有するか、あるいは、その者が完全に手続参加から除外されるのかは、実際のな意味を持たない。けだし、違いは、倒産手続がその他すべての債権者の満足に至り、かつさらに余剰が出るという稀有な事例においてのみ生ずるからである。この場合、手続の中で発生した倒産債権者の債権に対する利息および費用債権、罰金、無償の給付を求める債権、資本代替的社員貸付に基づく債権、約定劣後債

## 倒産手続における劣後債権の位置付け

権（Die Forderungen mit vertraglichem Rangrücktritt）が弁済されないときは、残った余剰を債務者に返還しないのが適切であると思われる」と<sup>(23)</sup>。これは、清算手続において余剰が出た場合の取扱いに関するものであったが、これに続けて、立法者は、さらに再建手続についても述べている。「これらの債権を有する債権者を組み入れることによって、計画〔手続〕の場合に、和議および破産における強制和議の現行法〔当時〕において妥当するよりも適切に、これらの債権者の法的地位を規定することが可能になる」と<sup>(24)</sup>。

以上のようなInsOの立法者が述べているところを見る限りでは、劣後的倒産債権の創設は、もっぱら实际的な考慮によって理由づけられているにとどまる。例えば、InsOが新たに規定した社員による会社への貸付により発生した債権の劣後化（InsO39条1項5号）は、もっぱら債権者の属性によるものというべきなのであろうか。もし仮にそうだとするならば、社員以外の者が倒産者に貸し付けた債権についてはこれに該当せず、劣後化は認められないということになるであろうが、はたしてそれで充分なのだろうか。逆に、約定劣後倒産債権については、あくまでも債権者がそのような合意をしたことのみ、その根拠は求められよう。この場合には、上記の説からみる限り、当該債権の資本としての側面を法的取扱いに生かせるかははっきりしない。

## (2) 解釈論上の道具立て

かくして、ドイツ法において、劣後的倒産債権の取扱いを実質的に基礎づけるための明確な理論が問題になる。この点については、ドイツの一部の破産（倒産）法学説が重要な示唆を与えうる。

### ① ヘンケルの責任法的割当としての破産手続

まず、1970年代にヘンケルが「責任法的割当」という観点から破産手続を体系化したのが、注目される<sup>(25)</sup>。筆者がかつて紹介したことの繰り返しであるが<sup>(26)</sup>、こうである。

## 論 説

ヘンケルは、破産手続全体の法律構成につき、かつてコーラーにより有力に主張された「差押権 (Beschlagsrecht)」という法律構成を取り上げて、そもそも法律構成それ自体は関連を明らかにする以上の価値をもたず、正しい結びつきを確立しうるかどうかは、法的な評価が真に理解されるかどうかにかかっていると、彼自身の方法論の一端を示す<sup>(27)</sup>。彼は、差押権という概念に対して、それは体系的連関と基礎づけられるべき評価を十分に言い表すには無色にすぎるとして<sup>(28)</sup>、これに代えて、「破産の開始によって、破産債権者は、固定され、限界付けられた財産を責任法的に割り当てられる」という命題に置き換えるべきと主張するのである<sup>(29)</sup>。この見解が「責任法的割当説」と呼ばれるものである。学説において有力に支持され、そのことはInsO立法後も妥当してしているといえよう<sup>(30)</sup>。

## ② ヘーゼマイヤーによる債権者平等取扱いの分析

ヘンケル説に依拠しつつも、それがなお不十分であることを指摘して、さらなる展開を試みたのが、ヘーゼマイヤーである。ヘーゼマイヤーは、1982年に出された「破産債権者の平等取扱い」と題する論文の中で、次のように論ずる<sup>(31)</sup>。たしかに(ヘンケルの主張する)総債権者に対する破産者財産の責任割当は、適切に、破産財団——破産管財人——差押権 (Beschlagsrecht) の諸概念を言い表すであろうが、それはまさに債権者間の平等取扱原則に対する解釈論上の結び付きを欠いている、と<sup>(32)</sup>。ヘーゼマイヤーは、債権者間の平等取扱原則は、今日の破産法の解釈論の説明から明らかに脱落したものであり、それが次第に価値を下げているのは偶然ではない、しかし、破産を秩序と平和のために責任の清算に奉仕する単なる手続として理解しようとするだけでなく、その中に実体的な割当ての基準が実現されていると見るのであれば、たとえそれがあまりにも難しい観念を持たされるのだとしても、破産財団の責任から平等取扱原則への解釈論的橋渡しを避けてはならないのだという<sup>(33)</sup>。

ヘーゼマイヤーによれば、実定法において平等取扱原則が妥当している

## 倒産手続における劣後債権の位置付け

にもかかわらず、その債権者平等取扱いの解釈論的取扱いは明らかに無視されておろそかにされてきた<sup>(34)</sup>。彼は、この欠陥を補う必要があるが、同時にまずは展開された考えを解釈論的説明へ組み入れなければならない、すなわち、「平等取扱原則は、破産債権者間の適切な調整の原則として統合されなければならない」、という<sup>(35)</sup>。平等取扱原則は伝統的に配当上の原則（Verteilungsprinzip）と理解されているが<sup>(36)</sup>、この従来支配的であった考え方は、重点をあまりに破産財団と破産者の債務に関する責任に置き、かくして、平等取扱いの価値の低下にも手を貸してきたと指摘する<sup>(37)</sup>。かくて、ヘーゼマイヤーは、平等取扱いを債権者間の影響（責任 [Verantwortung]）を調整するものとしてとらえるのであれば、それは解釈論上も、破産債権者間の関係において記述しうるものでなければならないとし<sup>(38)</sup>、その関係を「調整責任（Ausgleichshaftung）」<sup>(39)</sup>として位置付け、解釈論を展開するのである<sup>(40)</sup>。

以上のようにヘーゼマイヤーが債権者平等取扱原則を（破産という）手続との関係で語ろうとしている点は、たしかに非常に重要な指摘と思われる。しかし、ヘーゼマイヤーが、そこで妥当する評価を「調整」という観点に求め、もっぱらこれにもとづいて破産債権者間の規律を論じようとしたことには、大いに疑問が残る。先に見たように、ヘンケルは、法的評価を明らかにする命題として、「破産の開始によって、破産債権者は、固定され、限界付けられた財産を責任法的に割り当てられる」との定式を打ち出していたが、ヘーゼマイヤー自身は、責任法的割当（責任割当）をヘンケルの意図とは異なり、もっぱら、あるいは主として、破産手続に参加する債権者間での破産債権行使の際の調整を念頭に置くことで、より一般的な倒産手続全体の中での「責任」の持つ意義や、それらの各局面で倒産手続固有の価値的関連を示す基準を示す機能を見落とし、法的な評価的を含まない概念として矮小化してしまったのではないか<sup>(41)</sup>。「調整」という概念は、結局、手続構造全体をとらえることができないものであり、むしろ基準としては不明確になる。むしろ「破産の開始によって、破産債権者は、

固定され、限界付けられた財産を責任法的に割り当てられる」という命題の妥当性を確認することが重要であろう<sup>(42)</sup>。

### ③ InsOの下での視点

以上の議論は、KOの下でのものであったが、現行のInsOの下においては、さらなる検討を要する。その際、次の三点が重要であると考えられる。

第一に、KOでは、わが国の破産法と同様に、固定主義が採られていた(KO 1条)。これに対して、InsOでは、同法35条において「倒産手続の効力は、債務者が手続開始の時において有し又は手続の係属中に取得する一切の財産に及ぶ(倒産財団)」と定められて膨張主義が採られており、新得財産もまた倒産財団に組み入れられる。この点は、ドイツ法の劣後的倒産債権の取扱いとの関係で、一定の説明を要する。

例えば、ウーレンブルックのコンメンタールで、ヒルテは、InsO39条について次のように説明する<sup>(43)</sup>。「InsO39条は、とりわけこの新得財産の組入れに応じたものである。すなわち、新得財産は、かつては倒産から自由な財産の一部として、KO63条、VglO29条、GmbHG32a条1項2文により倒産手続から除外された債権者に責任法的に割り当てられていた。〔しかし、〕新得財産は、もはや債務者の倒産から自由な財産には属さないもので、その倒産手続外での満足の見込みは明らかに悪化させられるであろう。これに対して、かつてKO63条、VglO29条、GmbHG32a条1項2文によって倒産手続から除外されていた債権を〔InsO〕39条による倒産債権の領域に受け入れることによって、これらの債権者は、倒産手続内での(理論上の)満足の可能性を獲得する」と。劣後的倒産債権について定めるInsO39条は、とりわけこの新得財産を組入れたことに対応したものであるというのである。

しかし、このことは、「倒産の開始によって、倒産債権者は、固定され、限界付けられた財産を責任法的に割り当てられる」という命題に照らして見るならば<sup>(44)</sup>、他の債権者に対する関係での劣後的倒産債権者の地位を

## 倒産手続における劣後債権の位置付け

決定的に変更しようというものではないとも見うる。すなわち、本来の破産債権者が破産者の「責任」の範囲内にある債権者であるのに対して、これにあたらぬ債権者というものがあり、そのような者が、除外債権者であり、あるいは、劣後的倒産債権者であるとの理解が成り立ちうるからである。このような「責任」の範囲は、開始決定の時点において確定される。このことは固定主義を採っていたKOにおいてより明らかであるが、膨張主義を採るInsOにおいても決して変更されているわけではないというべきである。

第二に、InsOが膨張主義に移行したことも関連しているが、元来KOは、その本体がもっぱら個人破産をモデルに手続構築していたのに対して、InsOは、個人と法人のハイブリッド型の手続に移行しているとともに<sup>(45)</sup>、KOとは異なり、清算型手続と再建型手続の統一手続方式を採用した。その結果、InsOの立法者は、かつての破産財団と破産債権者の関係に関する構造を、債務者の将来的な収益からの弁済が問題となっている再建型手続にも貫徹した。

第三に、InsOにおいて新たに定められた劣後的倒産債権者は、従来の除外債権者とは異なり、倒産手続に組み込まれることになるわけであるが、一般の債権者とは、手続参加権との関係で重要な規律の相違がある。すなわち、倒産裁判所が招集する債権者集会につき、法は、「全ての別除権者、全ての倒産債権者、倒産管財人、債権者集会の構成員及び債務者は債権者集会に参加する権限を有する」と規定した上で（InsO74条1項2文）、InsO39条の劣後的倒産債権者は、原則的に38条の意味における非劣後的倒産債権者と同様の参加権限と協力権限をもつものとされている。しかし、非劣後倒産債権者とは異なり、劣後的倒産債権者は議決権を有さず（InsO77条1項2文）、債権者集会決議の取消に際しての非劣後債権者に認められた権利は認められず（InsO78条1項、2項2文）、倒産処理計画案に関して投票する際の倒産債権者の議決権については、InsO77条1項1文、2項および3項1号が準用され（InsO237条1項）、また、計画手続において、

劣後債権者の一定の組の同意は、一定の要件が存在する場合にはじめて付与される (InsO246条)<sup>(46)</sup>。

#### 4. 比較法からの示唆

以上のアメリカ合衆国およびドイツ法の例を参考にするならば、アメリカ合衆国法は、成立にあたり一般債権として成立した債権を劣後化することを「不衡平な行為」という理由づけによって正当化しているのに対して、ドイツ法では、立法者は、例えば社員による貸付けといった形で、債権者の属性による区別をしているものと見うる。他方で、ドイツ学説では、「倒産の開始によって、倒産債権者は、固定され、限界付けられた財産を責任法的に割り当てられる」という命題が、倒産（破産）手続の基本構造を言い表すものとして有力に主張されていた。このような観点からすれば、債権の劣後化を正当化する根拠は、債務者に対する関係での債務者の行為や債権者の属性にではなく、手続開始決定によって固定され、限界付けられた債務者の責任財産をめぐって競合する他の債権者との関係で、劣後的倒産債権の後発的な成立が加害的には作用しないことに求められよう。そして、約定劣後債権の取扱いの正当化根拠は、当該債権者が倒産手続における責任法的割当から自らの意思で抜け出ること、そのことが他の債権者の法的地位に何らの不利益を及ぼさないがために許されているのだということにあると見うる。ある債権が劣後債権としての手続的取扱いが許されるのは、このように他の債権者との関係で劣後を正当化させる根拠があることに求められる。

### IV. わが国における劣後債権をめぐる問題

#### 1. 検討の出発点

さて、劣後ローンは、まさに債権者が倒産手続における顕在的（または潜在的）な責任財産の処分にとらぬことを自らの意思で承認した上で発生

## 倒産手続における劣後債権の位置付け

させた債権であり、約定劣後倒産債権としての規律に服する。しかし、わが国におけるその取扱いについては、必ずしも理論的に明確な整理がなされているわけではなかった。ここでは、前節での簡単な比較法研究からの成果を踏まえて、わが国の倒産手続における劣後ローンの取扱いを明らかにすべく、いくつか問題局面について検討してみよう。具体的には、手続の開始の局面、配当の局面および再建計画手続の局面である。

その際、まず次の点を確認しておく必要がある。第一に、わが国の問題を検討するにあたって、「倒産の開始によって、倒産債権者は、固定され、限界付けられた財産を責任法的に割り当てられる」という命題が、解釈論の指標をなす。この命題の要点が、開始時点で「固定され、限界付けられた財産」の責任法的割当にあると見うること、そして、倒産債権者を後の債権者から区別する1つの指標となること（破2条5項、6項、民再84条、会更2条8項）に照らせば、今日のドイツ法が膨張主義を採用し、日本法が依然として固定主義を採っていることは、必ずしも決定的な問題ではない。けだし、InsOにおいても、同38条が「倒産財団は、倒産手続開始の時点で生じていた債務者に対する財産上の請求権を有する人的債権者（倒産債権者）の満足に供される」と規定しているように、倒産債権は手続開始時に発生している債権とされているからである。

第二に、むしろ上に述べた命題は、わが国の再建型の倒産手続においては、清算価値保障原則という形で、具体的には現れていると見うる<sup>(47)</sup>。すなわち、一般の債権者が期待するのはあくまでも清算価値の範囲内での満足（憲29条）である<sup>(48)</sup>。換言すれば、更生計画における債権の減免の定めの際して、他の債権者がこの清算価値保障原則による保護を受けるのに対して、劣後債権者や約定劣後債権者の場合にはそもそも「清算価値」が観念できないということである。

これらを出発点に、以下、若干の個別問題を見よう。

## 2. 債務超過の判断

株式会社については、支払不能と並んで、債務超過、すなわち「債務者が、その債務につき、その財産をもって完済することができない状態」が、破産手続開始原因とされている（破16条）。倒産（破産）手続開始申立てにあたって、劣後債権は、ここにいる債務に含められるのか、それとも「破産債権」であるにもかかわらず、（少なくとも破産手続開始原因の審査においては）債務としては計上されないのかが、問題となる。

約定劣後債権については、そもそも開始決定時の責任財産を引当てとはしていない点に着目する必要がある。破産手続の場合には、終局的には破産財団、すなわち債務者の責任財産を金銭に換価し、これを債権者に分配することを目的としている。その際、劣後ローンは、破産手続において劣後的な取扱いのなされるものであり、そもそも他の相互に競合し合う一般債権者への配当に影響を及ぼすものではないし、また、それゆえに金融を必要としている企業にも金融の道を開くことができる。そうだとすると、破産手続開始原因の審査においては債務としては計上されないものとみるべきであろう<sup>(49)</sup>。したがって、当該債権により会社に流入した価値は、「資産」として評価されなければならない。

## 3. 破産配当

破産手続において、劣後ローン債権者は配当には与れないのが、通常である。このことは、一般債権者に満額の満足を与えられない以上は当然のことである。本稿がもっぱら念頭に置いている法人企業（特に株式会社）破産の場合には、破産手続開始決定後に破産者が事業を継続すること（破36条）によって得られる新得財産も破産財団に取り込まれ<sup>(50)</sup>、また、破産清算の終了によって当該法人債務者の法主体性が消滅してしまう結果、責任は法人の破産財団の範囲内に限られる<sup>(51)</sup>。したがって、劣後ローン債権者は、債務者財産に対する責任法的割当からその意思によって除外された倒産債権者であり、もはや破産手続上での権利の追及はできないのは、

## 倒産手続における劣後債権の位置付け

その自己責任によるリスクの負担とみるべきである。もっとも、この債権は、平時には利息等において特別の利益が与えられることが多い点に、以上のリスクに対するカウンターバランスがみられる。

#### 4. 再建計画手続

##### (1) 再建計画の作成

本来、再建計画においては、権利の変更に関する条項を定めなければならない。具体的には、更生計画においては、「全部又は一部の更生債権者等又は株主の権利の変更に関する条項」を（会更167条1項1号）、再生計画の場合にも、「全部又は一部の再生債権者の権利の変更」（民再154条1項1号）の関する条項を定めなければならないとされている。その際、更生計画の内容は、「同一の種類の権利を有する者の間では、それぞれ平等でなければなら」ず（会更168条1項本文）、再生計画の内容は、「再生債権者の間では平等でなければならない」（民再155条1項本文）。ただし、同一の種類の権利を有する者の間、あるいは、再生債権者間で差を設けても衡平を害しない場合は、この限りでないとされている（会更168条1項但書、民再155条1項但書）。したがって、ここでは「約定劣後更生債権」や（会更168条1項4号）や「約定劣後再生債権」（民再155条2項）について、一般の倒産債権者との差異を顧慮することが求められている（会更168条1項本文、民再155条2項）。

本稿で論じている劣後ローン債権者は、会社更生手続では約定劣後更生債権者、民事再生手続では約定劣後再生債権者とされるものであるが、その具体的処遇について、法は、権利変更に際しての最低限の基準を定めているものの、その枠内にある限り、会社の安定性・将来性を考えて上で、関係人の交渉による自由な処理を認めていると見うる。すなわち、約定劣後倒産債権者は、倒産法における責任法的割当から除外された債権者として位置付けられるものであったが、一般の倒産債権者に対して、憲法の保障する清算価値の保障がなされる限りにおいて、それよりも下位の者＝約

## 論 説

定劣後倒産債権者に一定の救済を与える余地を法は残しているのである。将来の会社の再建の成否は、再建計画の内容で決まるわけであるから、会社の安定性・将来性を考えた上で、劣後ローン債権者の扱いは決めることができよう。こうしてみたときに劣後ローン債権は資本としての面を有することから、その債権者に、例えば、会社の株式を割り当てるなどすることによって、会社の資本を強化するといった措置も考えられよう。そして、その場合には約定劣後倒産債権者よりも下位に立つ優先株主に劣後しない取扱いをしなければならない。

### (2) 手続

再建計画にかかる手続についても、必要な範囲で簡単に述べておく。

#### ① 会社更生手続

まず、会社更生について見ておく。約定劣後更生債権であり、一般の更生債権と残余財産の分配に関する優先株の間に位置する類型とされている(会更168条3項)。

したがって、更生計画面案の決議に関しても、原則として、1つの独立した種類の権利を有する者として議決権を行使しうるものとされているもの(会更196条1項)、手続開始時における更生会社財産をもって約定劣後更生債権に優先する債権の全額を弁済することができない状態(=債務超過)にあるときは、約定劣後更生債権を有する者は議決権を有しないこととされる(会更136条3項)。また、約定劣後更生債権に対しては許可弁済をすることはできず(会更47条6項)、手続開始時における更生会社財産をもって約定劣後更生債権に優先する債権の全額を弁済することができない場合には、債権者の手続保障の観点から求められている通知等制度の適用を除外することとしている(会更43条4項1号、同44条3項、同46条3項1号、同202条2項1号)のもこのような位置付けを反映させたものである。

## ② 民事再生手続

次に、民事再生である。一般の再生債権と約定劣後再生債権とでは再生計画における取扱いが大きく異なることから、再生計画の決議に関しても、約定劣後再生債権の届出がある場合には、一般の再生債権を有する者と約定劣後再生債権を有する者とに分かれて議決権を行使することとされ（民再172条の3第2項）、再生計画の決議に関し組分けがされた場合には、一般の再生債権の組と約定劣後再生債権の組のそれぞれについて法定の可決要件を満たしている場合に限り、再生計画案の可決がされることになる（同条6項）<sup>(52)</sup>。

このように一般の再生債権と約定劣後債権とを組分けすることにしたことに伴い、権利保護条項に関する規定を設けることとしている（民再174条の2）。すなわち、再生計画案の決議において一般の再生債権と約定劣後再生債権とを組分けした場合において、そのいずれかに法定の可決要件を満たす同意を得られなかったものがあるため再生計画案が可決されなかった場合であっても、裁判所は、同意を得られなかった種類の債権を有する者のために、破産手続が開始された場合の配当見込額を支払うことその他これに準じて公正かつ衡平に当該債権者を保護する条項（権利保護条項）を定めて、再生計画案の認可をすることができるものと定めている（民再174条の2第1項）。また、一般の再生債権と約定劣後再生債権の組それぞれについて法定の可決要件を満たす同意を得られないことが明らかなのであるときは、裁判所は、再生計画案の作成者の申立てにより、あらかじめ権利保護条項を定めて、再生計画案を作成することを許可することができることとしている（同条6項）<sup>(53)</sup>。

## IV. 結語

以上、本稿では、近時急増している劣後ローンを念頭に置きつつ、劣後的倒産債権の位置付けについて論じた。本稿では、わが国倒産法上の規律

論 説

を考へるにあつても、「倒産の開始によつて、倒産債権者は、固定され、限界付けられた財産を責任法的に割り当てられる」というドイツの有力な見解が主張する命題が妥当することを、わが国破産手続の基本構造と民事再生手続や会社更生手続を支配する清算価値保障原則との関係で明らかにした上で、債権の劣後化を正当化するものは、あくまでもこのような倒産手続の属性であることを論じた。そのような基本的理解に立つた上で、劣後ローンにおける債務と資本の二重的性格を念頭に置きつつ、わが国におけるいくつかの問題について若干の検討を加えた。その具体的な展開については他日を期すこととしたい。

〔完〕

【付記】本稿は、平成30-33年度科学研究費補助金基盤研究(C) (研究代表者・河野憲一郎)「事業再生の多様化とその理論的基礎——法的最低要求は何か?」(課題番号・18K01341)による研究成果の一部である。

註

- (1) 企業救済のための資本注入に関する現在の状況につき、例えば、日本経済新聞2020年(令和2年)5月14日朝刊第1面、同2020年(令和2年)11月3日朝刊第9面、同2021年(令和3年)1月27日朝刊第15面。
- (2) ここで問題となっているのは、債権の属性としての一般債権者の平等ではなく、あくまでも手続との関係での平等であるとみるべきであるから、「債権者平等取扱原則」と呼ぶ方が正確かと思われる。

このこととの関連で最決平成29年9月12日民集71巻7号1073頁が、非常に興味深い。債務者に対する破産手続が開始した後に、破産債権の物上保証人がその担保不動産を売却した代金をもって債務の一部を弁済として支払い、それにより求償債権が発生したことからこれを破産債権として予備的に届け出たところ、後の破産債権の配当手続で算出された破産債権者への配当額が、確定破産債権としての残額を超えて余剰を生じる結果となることから、管財

## 倒産手続における劣後債権の位置付け

人が余剰金を物上保証人に配当するとした配当表の適否が問題となった事案である。最高裁は、「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」との判断を示した上で、括弧書きで「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」とも付言している（いずれも傍点筆者）。破産手続が債権の属性としての一般債権者の平等を追求するものではないことを示すものといえよう。これにつき、参照、河野正憲「判批」法政論集（名大）278号（2018年）295頁。

- (3) それらのうち、破産手続の場合には〈財団債権〉にあたるもの、民事再生手続では〈共益債権または一般優先債権〉であるもの、会社更生手続では〈更生担保権または共益債権〉に該当するものを除く。
- (4) これについては、中田淳一『破産法・和議法』（有斐閣、1969年）28頁など参照。
- (5) 東京高決昭和40年2月11日下民集16巻2号40頁、福岡高決昭和56年12月21日判時1046号127頁。
- (6) 東京地判平成3年12月16日金判903号39頁。
- (7) 広島地福山支判平成10年3月6日判時1660号113頁。
- (8) 小川秀樹編著『一問一答新しい破産法』（商事法務、2004年）146頁。
- (9) 小川編著・前掲注（8）379頁。
- (10) 小川編著・前掲注（8）146頁。
- (11) 古くは、三ヶ月章ほか『条解会社更生法（下）』（弘文堂、1974年）555頁以下においても、ディープ・ロック理論を紹介し、親会社や支配株主が存在する場合に、株式をほとんど所有しているか、資本に比して多額の貸付けをしているか、不当な経営、搾取をしていたかという点を考慮して、内部債権を劣後させる取扱いを提案する。
- (12) 上原敏夫「会社の倒産と内部債権の劣後的処遇——西ドイツにおける資本代替的社員貸付の法理（上）（中）（下）」判時1277号3頁、1280号3頁、1283号3頁（いずれも1988年）等参照。なお、1999年1月から施行されているドイツ新倒産法では39条1項5号にかかる明文規定が置かれている。
- (13) *Tabb, Law of Bankruptcy, 4th edition, 2016, p. 723.* 以下の叙述は、主として同書に依拠している。

## 論 説

- (14) 306 U.S. 307 (1939). ちなみに、ディープ・ロック理論 (Deep Rock doctrine) という言葉は、この事件で登場する子会社の名称 (Deep Rock Oil Cooperation) の名称に由来する。
- (15) 308 U.S. 295 (1939).
- (16) この時期の判例については、*Herzog and Zweibel, The Equitable Subordination of Claims in Bankruptcy*, 15 *Vanderbilt Law Review* 83 (1961), p. 83 ff.
- (17) 例えば、広島地福山支判平成10年3月6日判時1660号113頁 (前注(7)) では、被告らはディープ・ロック理論にもとづく主張をしている (同117頁)。また、前記Ⅱ. 2で言及した「倒産法制に関する改正検討事項」において示された親会社や内部者の債権の劣後化の議論。

なお、近時は、連邦破産法105条(a)を根拠とする債権の属性の読み替え (recharacterization) の理論が紹介され、これとの関係が議論されている。債権の属性の読み替えとは、特定の (ローン・貸付) 債権を資本的な拠出金と読み替えて実質的に当該債権を劣後化する理論である。議論の詳細は、倉部真由美「倒産手続における債権の劣後化について」同志社法58巻6号 (2006年) 2191頁、川中啓由「破産手続における債権の劣後化の一側面——アメリカ連邦倒産法の議論を参考に——」比較法学46巻3号 (2013年) 1頁参照。

- (18) *Tabb*, supra (note 13), p.713 f. 連邦破産法施行直前に第5巡回区裁判所は、*In re Mobile Steel Co.* (563 F.2d 692, 700 [5th. Circuit Court]) において衡平法上の劣後化を行うにあたって必要とされる要件として、①債権者がある種の不衡平な行為に関与していること、②当該行為が、倒産者の債権者を害し、または、債権者に不公平な利益を与えるものであること、③衡平法による劣後化が連邦破産法の諸規定と矛盾しないものであること、の3つに要約する。この判断は、たしかに旧法下のものであるが、連邦破産法の下でも、強い支持を集めている (*Tabb*, p.714.)。1990年代初頭の一連の判例は、不衡平な行為は、衡平法上の劣後化にとって必ずしも常に必要ではないと考えていたが、1996年の *United States v. Noland* (517 U.S. 535 [1996]) は、この実務を突然取りやめ、これは *United States v. Reorganized CF & I Fabricators of Utah, Inc* (518 U.S. 213 [1996]) でも確認された (*Tabb*, p.715.)。
- (19) *Tabb*, supra (note 13), p.716 f.
- (20) *Tabb*, supra (note 13), p.716 f.
- (21) 和議法 (Vergleichsordnung; 以下「VerglO」とする。1935年成立) 26条にも同様の規定があった。また、法律上の規律はなかったが、有限会社法 (GmbHG) 32a条1項1文に規定された資本代替的貸付の払戻請求権や約定

## 倒産手続における劣後債権の位置付け

- 劣後債権についても、これは準用された。Kübler-Prütting (Hrsg.), Das neue Insolvenzrecht, RWS-Dokumentation Nr. 18, Bd. 1, 1994, S. 209.
- (22) KO63条4号は、無償行為に対する一般的な民事法規定の弱い評価を倒産法上に反映したものである。こうしたドイツ法の規律については、河野正憲「判批 (最判平成29年11月16日民集71卷9号1745頁)」法政論集(名大)283号(2019年)299頁(「無償行為によって発生した債権が手続開始前にすでに履行されている場合には、これに対して否認権の行使によって対抗することになるものとし、他方で、いまだこの債権が履行されていない場合、債権者が当該債権を倒産債権として手続に参加することはできない。」)。
- (23) Kübler-Prütting (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 21), S. 209.
- (24) Kübler-Prütting (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 21), S. 209.
- (25) Henckel, Von Wert und Unwert juristischer Konstruktion im Konkursrecht, in: Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag am 19. Mai 1975 (1975), S. 237 ff.
- (26) これについては既に、河野憲一郎「倒産法の基礎理論」立命館法学369/370号(2016年)1457頁。
- (27) なお、ヘンケルの方法論については、河野正憲=河野憲一郎共訳「ヴォルフラム・ヘンケル『訴訟法と実体法』(1)」熊本法学149号(2020年)30頁(河野正憲執筆)に指摘がある。すなわち、「方法論に関して、ヘンケル教授は、学生時代にフィリップ・ヘック教授の利益法学の影響を強く受けたと述べている。もっとも、方法論についてのヘンケル教授のモットーは、『方法論を有する者はそのことについて書く必要はない。ただそれを適用すべきである。』というのであった」。
- (28) Henckel, Wert und Unwert, S. 251.
- (29) Henckel, Wert und Unwert, S. 251 f.
- (30) 例えば、Uhlenbruck/Hirte/Vallender-Hirte/Praß, Kommentar zur Insolvenzordnung, 15. Aufl. 2019, Bd.1, S. 614は、ヘンケルの主張する命題を引用し、議論を展開する。
- (31) Häsemeyer, Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, 507 ff.; ders., Insolvenzrecht, 4. Aufl., 2007, S. 32 ff. にもこれを踏まえた記述がある。
- (32) Häsemeyer, KTS 1982, 507, 510 f.
- (33) Häsemeyer, KTS 1982, 507, 511.
- (34) Häsemeyer, KTS 1982, 507, 521.
- (35) Häsemeyer, KTS 1982, 507, 521.

## 論 説

- (36) *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 515.
- (37) *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 521.
- (38) *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 521 f.
- (39) *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 528. ヘーゼマイヤーは、この箇所です端的に、破産債権者らは相互にその破産債権でもって、破産財団からの満足につき責任を負わなければならないのだと述べている。すなわち、破産財団は、破産債権者らに第一次的に破産債権の履行についての責任を負っており（その限度ではヘンケルらの説明を十分に正当とする）、破産債権の側は、債権者相互の関係において、全ての破産債権者が破産財団から満足させられることについての、第二次的な、対象の限定された責任に服するとし、後者を「調整責任」と呼ぶのである。
- (40) *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 529 ff.
- (41) 前注 (27) 参照。
- (42) *Henckel*, *Der Gegenstand des Verfahrens zur Feststellung von Konkursforderungen*, in: *Pawlowsky/Wieacker* (Hrsg.), *FS für Karl Michaelis*, 1972, S. 158 (Fn. 11) と本文のこれに続く部分は、ヘンケル説が、破産手続における破産債権者間での破産債権行使の問題に十分な目配りをしていたことを示している。〔同論文の翻訳として、河野憲一郎訳「ヴォルフラム・ヘンケル『破産債権確定手続の対象』」商学討究61巻1号291頁以下（該当箇所は、304頁以下）がある。〕
- (43) *Uhlenbruck/Hirte/Vallender-Hirte*, a.a.O. (Fn. 30), S. 737. なお、新得財産の組入れは、新たに導入された免責（InsO 286条以下）および債務清算計画（同305条以下）から帰結される債権者にとっての不利益を、少なくとも部分的に相殺するものでもあるという（S.634）。
- (44) 前記Ⅲ. 3. (2) ①、さらに、前注 (30)。
- (45) このことについては、河野憲一郎「裁判上の企業再建手続の構造に関する一試論」熊本ロージャーナル10号（2015年）3頁以下。
- (46) *Uhlenbruck/Hirte/Vallender-Knof*, a.a.O. (Fn. 27), S. 1099.
- (47) 河野・前掲注 (45) 13頁。
- (48) すなわち、清算価値の保障された範囲において——したがって、開始時に固定された——責任財産が一般債権者には割り当てられ、一般債権者はこの責任財産に対して競合する形になっている。
- (49) ドイツにおける、社員貸付を債務超過判定の際どう取り扱うべきかという問題につき、吉原和志「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護（2）——より実効的な規制への展望——」法学協会雑誌102巻5号（1985年）962頁は、

## 倒産手続における劣後債権の位置付け

いわゆる劣後を条件として貸付けをなせば、債務超過を除去するという解釈論を示す。

これは本稿で展開している議論からは、責任法的割当から脱落した場合には債務としては扱われないということを含意する。

- (50) 河野・前掲注(45) 7頁。
- (51) 河野・前掲注(45) 13頁。自然人の場合には、伝統的に破産手続終了後に債務者の固有財産を責任財産として回収する途が残されており、ただ免責手続により免責される限りで、その責任は免除された。ただし、破産法97条6号の定める「罰金等の請求権」に関しては免責されない(破253条7号)。
- (52) したがって、この取扱いは、再生手続においては議決権の行使につき組分けをする必要のない簡素な制度設計がされていることの例外をなすものである。小川編著・前掲注(8) 389頁。
- (53) これらの条項は、会社更生法200条と同様の趣旨に基づくものである。小川編著・前掲注(8) 391頁。