

Title	ドイツ倒産法における更生融資枠制度
Sub Title	Der Sanierungskreditrahmen in der deutschen Insolvenzordnung
Author	鈴木, 貴博(Suzuki, Takahiro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2002
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.75, No.5 (2002. 5) ,p.27- 62
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	研究ノート
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20020528-0027">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20020528-0027</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# ドイツ倒産法における更生融資枠制度

鈴木 貴博

一 はじめに

二 ドイツの融資枠制度——倒産法二六四条を中心として——

三 ドイツ倒産法における別除権者の法的地位

1 一般手続における別除権者の法的地位

2 倒産処理計画手続における別除権者の法的地位

四 ドイツの倒産処理計画手続における融資枠内融資と別除権者の法的地位

1 融資枠制度における「倒産債権者」概念の目的論的解釈

2 融資枠債権者の優先と別除権への介入

3 倒産処理計画における別除権者の劣後と融資枠債権者の法的地位

4 倒産法体系における融資枠債権者の位置づけ

5 融資枠優先規定に基づく別除権への介入に関する憲法に基づく制限の有無

一 はじめに

現在、わが国においては、法制審議会倒産法部会による

倒産法制の見直しについての検討がなされている。そして、

平成九年二月にその中間段階での審議の結果を踏まえて「倒産法制に関する改正検討事項（以下、「検討事項」と略す）<sup>(1)</sup>が公表された。その後、関係各界に意見照会が行われ、その結果を踏まえて平成一〇年七月より、審議が再開された。<sup>(2)</sup>そして、検討事項の第一部 第二章 第一三

(二)カ d では、新再建型手続における担保権付債権の取扱いについて以下のような具体的事項が示され、それらの当否が問われていた。<sup>(3)</sup>すなわち、(ア)別除権を有する債権者は、新再建型手続によらずに、その有する担保権を行使することができる、その際、不足額が生じた場合には新再建型手続内で弁済を受けることができるものとする。(イ)新再建型手続の開始決定後、債権者一般の利益に適合し、担保権者に不当な損害を及ぼす虞がないと認められるときには、裁判所は担保権の実行としての競売の中止を命ずることができるものとする。(ウ)再建計画の作成に当たり必要があると認めるときには、別除権を有する債権者の参加を求めることができるものとする、というものである。これらの検討事項は、担保権の取扱いにつき、現行破産法による別除権としての取扱いをふまえたものであると考えられる。しかし、担保権の取扱いについては、様々な可能性が考えられる。たとえば、わが会社更生法において更生担保権として扱うという規定(会更一二三条以下)にみられるように、その効力を手続の枠内に制限しようとする<sup>(4)</sup>ことも担保権の取扱いをめぐる一つの選択肢といえよう。そして平成二二年四月一日から施行された民事再生法(以下、条文引用に際しては民再と略す)では、担保権者に対しては別除権が

認められており、手続によらない優先弁済権の行使が可能となっている(民再五三条一項・二項)。そして、別除権の行使によっても弁済を受けることができない債権の不足額部分については、再生債権者として民事再生手続内で弁済を受けることができるものとしている(民再八八条)。

その一方で、担保権の効力を無制限に認めることは、債務者の事業の継続に必要な財産までも逸出させ、ひいては債務者の再建を困難にするおそれがある。そこで、そのような事態を回避するために、担保権の実行としての競売手続の中止命令の規定を設けるとともに(民再三二条)、事業継続に不可欠な物件については、一定の金額を納付することによって担保権そのものを消滅させるという、従来の倒産法制にはなかった担保権消滅請求制度を導入した(民再一四八条以下)。<sup>(5)</sup>

ところで、わが破産法の母国たる、ドイツでは一九九四年に倒産法 (Insolvenzordnung vom 5.10.1994) が成立した。<sup>(6)</sup>そこには、倒産手続における債権の扱いについていくつかの興味深い規定が盛り込まれている。そのうちの一つが同法二二四条の「融資枠 (Kreditrahmen)」<sup>(7)</sup>という制度である。これは、一定の枠内において、倒産処理計画 (Insolvenzplan) の履行の監視中に倒産者の更生のた

めの融資（以下更生融資という）をした債権者の債権を、既存の倒産債権者の債権に優先して弁済をするというものである。このような制度は、更生融資債権者を保護することによって、倒産者の再建にとって必要な資金調達を可能にし、倒産者の更生を容易にしようとするものである。しかしこのような債権の優先扱いを一般的に認めることは、とくに別除権者の有している担保権の効力を損なうことにはならないかという疑問が出てくる。したがって、ドイツ倒産法においては、別除権者の有する優先弁済権と、債務者の更生のための融資枠という制度との調和点を見いだすことが重要な課題となってくるであろう。

そこで、本稿は、ドイツの倒産法における融資枠制度につき、その存在意義や問題点などを紹介することにより、このような制度のわが国の倒産法制への導入の可否を検討する際の基礎資料を提示することを目的とするものである。すなわち、わが国においても、特に再建型の倒産処理手続においては、再建計画が認可された後も、債務者の事業が再建されるまでは、その再建計画に従った履行が必要であると同時に、事業の継続に際しては一定の資金を必要とする（会更一一九条の三、民再一一九条等を参照）。そして、その資金を賄うためには他からの融資を仰ぐことも当然必

要になる場合がある。そして債務者が、いったんは倒産し財産状態が芳しくない状態にある者であることを前提とすれば、その信用力は十分とはいえず、融資提供者を見出すためには、その者に何らかの優先権を付与することが必要となるが、その場合には、それらの優先権と他の権利者との優劣関係が必然的に問題とならざるを得ない。このような、いわゆるDIPファイナンス<sup>8)</sup>に関しては、アメリカ連邦倒産法では債務者の再建のために融資した者に対しては、共益債権にも優先する強力な地位が与えられている<sup>9)</sup>。

その点、ドイツでは、このような優先関係をめぐって、アメリカとは異なつた角度からの議論が行われている<sup>10)</sup>。その意味で、わが国倒産法における、このような債務者の再建のために融資した者の法的地位を考えるに際して、アメリカ法上の議論に加え、ドイツでの議論を参照することでより多くの成果が得られるように思われる。

よって、以下では、まず、ドイツ倒産法における融資枠制度を概観した上で（二）、別除権者の法的地位を明らかにする（三）。そして、最後にこの融資枠制度による更生融資債権の優先的扱いに際して、別除権との関係で問題となる点を概観したいと思う（四）。

## 二 ドイツの融資枠制度

——倒産法二六四条を中心として——

債務者の更生を目的とする倒産処理計画が認可<sup>(11)</sup>されれば、それに従って再建手続が行われることになる。そこでは、債務の弁済のほか、債務者の更生に不可欠な資本をいかにして確保するのかということが問題となる。しかし、再建手続が開始された場合、債務者の財産はすでに多くの担保を負担している場合が多く、債務者がその資産を自由に活用することはできないという場合が少なくない<sup>(13)</sup>。そこで、倒産法二六四条一項一文は、債務者が監視期間中に受入れた借入金、及びその他の融資から生じた債権、または財団債権で監視の期間中に配当原資に充当されないままのよう<sup>(14)</sup>な貸金その他の融資による債権を有する債権者（更生融資提供者）に対して、倒産債権者が劣後する<sup>(15)</sup>ということを倒産処理計画の形成部分<sup>(15)</sup>に規定することができる旨規定している。そして、このような優先的保護を融資提供者が受けるための要件として法は、融資として合意されうる上限となる融資総額（融資枠）を倒産処理計画において確定すること（同条一項二文）を要求しており、しかも、その融資枠は倒産処理計画の認可後に現存する積極財産（vorhan-

dene Aktivvermögen<sup>(16)</sup>）を超えることはできないとしている（同条一項三文）。また同条二項は、融資枠を設けるに際しては当該融資の元本、利息、費用のどの額が融資枠の範囲内にはいるのかということ<sup>(17)</sup>を債務者と融資提供者の間で厳密に合意することを要求し、しかも、融資枠が十分であり、かつ取り決めた合意が明確な内容を有しているかどうかを倒産管財人が調査し、書面によつて承認（Befatigung）すべきことを要求して法的明確性を確保しているのである。さらに倒産法二六四条三項において、資本代替的社員貸付による債権、およびそれと同置される倒産法三九条一項五号による債権の劣後性は、融資枠において排除されない<sup>(17)</sup>という。その条文は以下の通りである。

### 倒産法二六四条（融資枠）

(1)倒産処理計画の形成部分においては、債務者又は引受会社が監視期間中に受け入れ、または財団債権者が監視期間中を通じて存続させているような消費貸借及びその他の融資から生じた債権を有する債権者に対して倒産債権者が劣後する旨を規定することができる。この場合には、同時にこの種の融資の総額を確定しなければならない（融資枠）。この総額は、計画案の財産目録（Vermögensübersicht）

(二二九条一文)に記載された財産目的物の価値を超えてはならない。

(2)第一項による倒産債権者の劣後 (Nachrang) は、供与された融資が融資枠の内部に入る旨、およびその元本 (Hauptforderung)、利息、費用のいかなる額が融資枠に入るかにつき合意した債権者であり、かつそれらの者に対し倒産管財人がその合意を書面で承認した債権者に対してのみ生じる。

(3)第三九条一項五号は、その適用を妨げられない。

まず、倒産法二六四条第一項は、監視期間中に受け入れたり、存在したままであるような消費貸借、その他の融資から生じた債権を有する債権者に対して、従来の倒産債権者が劣後するということを倒産処理計画の形成部分に規定することができる旨を規定している。そして、融資提供者が優先的保護を受けるための要件は、融資として合意される上限となる融資総額を倒産処理計画において確定しなければならぬ (倒二六一一条一項二文) ということである。そして、融資枠の合意後、形成部分に融資枠を確定した旨の公告をしなければならない (倒二六七条二項三号)。それによって融資枠は明確に設定されることになる。また、

この融資枠は、倒産処理計画の財産目録 (倒二二九条<sup>(18)</sup>) に記載された債務者の財産目的物の価値を超えてはならない (倒二六四条一項三文)。これは一般債権者および更生融資債権者を保護するために、融資枠の上限が倒産した債務者企業の積極財産の枠内において定められることにして、過剰な融資受入を抑制しようとする意図に基づくものである。したがって、この融資枠を超えるような融資をしても、その債権が、他の倒産債権者に優先することはないのである。

つぎに、同条第二項は、更生融資提供者が債務者ないし引受企業と融資枠の設定に関して十分な合意に到っており、かつこれが管財人によって書面で承認されているという場合<sup>(19)</sup>のみ、優先権が融資提供者に与えられるということの規定している。優先権をめぐるこのような要件は、債務者の過度の融資受入を阻止することに資するであろうという点で、再建処理の取消や失敗の場合にも債権者の満足を害するような事態が避けられることによって、関係人の保護に役立つものであるということが出来る。しかもそのような要件の審査を管財人の職権に係らしめることによって、煩雑な承認手続を排し手続係属中における債務者の信用力の低下を避け、迅速な融資調達を可能とする途を拓いているといえる。したがって、管財人は、監視期間中は、新融

資の借入について融資枠が本当に足りているかどうかについて継続的に審査を続けることになる。<sup>(20)</sup>そして、管財人は、融資受入が当該計画の履行を危険にさらしたり、不可能にするというような場合には、債権者委員会、ないし倒産裁判所に遅滞なく告知をしなければならない(倒二六二条)。さらにまた、倒産処理計画の形成部分に、債務者又は引受会社の特定の法律行為に関して、監視期間中に管財人による同意が得られたときに限って有効となる旨の規定が盛り込まれていた場合には(倒二六三条)、この管財人の有する同意(Zustimmung)の権限は、債権者委員会の決定によっても、倒産裁判所の命令によっても代替できないものとされる。<sup>(21)</sup>ただ、管財人がその同意を不法に拒んだり、またそのことが手続の精神や目的に違反するときは、裁判所がその監視義務の枠内でこれに対して厳格な措置をとるべき義務を負うものとされる。<sup>(22)</sup>このような管財業務をめぐる諸規定の明定によって、債務者の再建に必要な融資調達の確保が債権者にとっても分かりやすく迅速に行われるよう期待されているのである。

さらに同第三項は、たとえば会社などの法人が破産した場合に、法人の内部者が法人に対して有する貸付債権(内部債権)を、外部債権と比較して劣後的に処理しようとする

際に問題となるような資本代替的社員貸付(Kapitalersatzende Darlehen)<sup>(23)</sup>における返還請求権のような、倒産法三九条一項五号によって劣後的債権とされているような債権、ないしはそれと同置されるような債権は融資枠内に受入れることはできないということを規定している。<sup>(25)</sup>このような明文規定を設けることによって、立法者は、倒産処理計画案作成にあたって劣後的な融資債権に優先権を与えるような条項を計画に盛り込み、倒産処理計画において融資枠として設けられた融資装置を潜脱・濫用することによって一般債権者を害することのないようにし、計画通りに融資装置が円滑に運用されることを目指したのである。<sup>(26)</sup>

以上のような諸規定は、「債務者への新たな融資がなされるのは、更生計画の失敗によって融資提供者が更なる損失を被らないということが確実に見込めるような場合に限られるべきである」という考慮に基づいて、更生のための融資をした者を保護しようとするものである。

また、融資枠債権者は、自身の優先弁済権を単に従来継続してきた手続における倒産債権者に対してのみ要求できるというだけではなく、監視期間中に初めて成立したような手続開始後に債務者と取引に入った新債権者などよりも優先的地位に立つことができる。<sup>(28)</sup>すなわち倒産法二六五条は、

同法二六四条の基準によって受け入れられた、監視期間中に基礎づけられたその他の契約上の請求権を有する債権者もまた更生融資債権者に劣後する旨を規定している。その条文は以下の通りである。

倒産法二六五条（新債権者の劣後）

第二六四条の基準により受け入れられ、または生ぜしめられた融資から生じた債権を有する債権者に対しては、監視期間中に基礎づけられたその他の契約上の請求権を有する債権者もまた劣後する。債権者が監視の開始後に告知をなした最初の期日後の期間について、監視の前に契約によって基礎づけられた継続的債務関係から生じた請求権も同様の請求権とみなされる。

以上のような二つの規定によって、更生融資提供者の優先的地位は、倒産処理計画手続の全体を通じて極めて強化されることになっているといえる。

このような更生融資債権者の優先的扱いは、場合によっては担保権を有する債権者の有する担保権の効力を損なうことが予想される。なぜなら、そもそも担保権は、取引の相手方が返済不能に陥ったときに備えての権利なのであつ

て、手続法の制約を受けることなく権利行使することができるものと考えられている。その意味では、担保権はむしろ相手方破産の局面においてこそ、その機能を発揮するものといつてよい。そして、そのような担保権は、例えばわが破産法上も別除権として手続の制約を受けることなく優先的満足を請求するために権利行使することが認められている。それにもかかわらず、債務者の更生に必要な融資を提供したからといって、その強度の共益性の故に、更生融資提供者の地位が担保権を有する債権者よりも法律上当然に優先的に保護されると解することができるとしたら、本来担保権が有しているはずの、上述のような制度趣旨に著しく反し、その効力を十全に発揮することができないことになりかねないからである。そこで、債務者の更生のための融資枠という制度を考えるに際しても、無制限に更生融資債権を担保権に優先させることはできないのであり、別除権者の有する優先弁済権との調和点を探る必要がある。以下ではその前提として、倒産法における別除権者の扱いについて概観することにする。



### 三 ドイツの倒産法における別除権者の法的地位

#### 1 一般手続における別除権者の法的地位

別除的満足を請求することのできる債権者（別除権者）については、倒産法五〇条以下に規定されている。それによれば、別除権者とは倒産財団内の目的物に対して法律行為による質権（ein rechtsgeschäftliches Pfandrecht）、差押によって獲得された質権（ein durch Pfändung erlangtes Pfandrecht）なごし法定質権（ein gesetzliches Pfandrecht）を有する債権者（倒五〇条一項・二項）、およびこれらの者と同様に、担保のために動産を譲渡されたり、権利を譲渡されたりした債権者や各種留置権者などである（倒五一一条）。

新しい倒産法による倒産手続において欠損が生じた場合の別除権者の法的地位は、旧破産法における扱いと同様、不足額責任主義をとっている。すなわち、倒産法五二条によれば、債務者が別除権者に対して人的責任を負っている場合には、別除権者は倒産債権者であり、この債権者は、<sup>(29)</sup>別除的満足を放棄するかまたは別除的満足に際して欠損が生じたときに限って、持分に応じた倒産財団からの配当を

請求することができる。<sup>(30)</sup>

それに対し、倒産法においては、別除権が生じている目的物に関しては、旧破産法（旧破一二六条）とは異なり、原則として倒産管財人が管理・処分権を有するのであり（倒一六五、一六六条）、旧破産法では認められていた、別除権者の任意の換価権（旧破一二七条）は制限されている（倒一六五条から一七三条までの規定を参照）。そして別除権の確定と担保目的物の換価のために、管財人は別除権者に対して目的物の強制引渡・譲渡を求める場合があり、そのために要した費用は手続分担保金として換価売得金から拠出しなければならないことになっている（倒一七〇、一七一一条）<sup>(31)</sup>。

#### 2 倒産処理計画手続における別除権者の法的地位

つきに倒産処理計画手続における別除権者の法的地位については、倒産法二一七条によれば、別除権者の満足を倒産処理計画手続においては倒産法の規定と異なって定めうるということが明文で規定されている。そして倒産処理計画において別除権者の権利の内容を変更して規定するといふ場合には、倒産法二二三条第二項の要件を満たさなければならぬ。すなわち、別除権者に関して、いかなる配当額について権利を縮減するのか、いかなる期間について支

払を猶予するのか、または他のいかなる規律に服するべきかについて、倒産処理計画の形成部分において明示しなければならぬ<sup>(32)</sup>。このような、別除権を有する債権者の権利に対する干渉は、旧破産法は規定していなかったものであろう。それではそのような干渉によって別除権者の法的地位はどのような影響を受けることになるのだろうか。

倒産処理計画は、管財人ないし債務者によって作成されるものであるから（倒二一八条一項）、これらの者が倒産処理計画に別除権を縮減するという条項を盛り込もうとすることを、別除権者が直接阻止することはできない<sup>(33)</sup>。しかし非合理的な計画案が作成され、それが認可され成立することによって、別除権者の法的地位が侵害されることを予防するために、別除権者には計画案作成に影響を与える可能性が与えられている。すなわち、別除権者が倒産法二二条第一項一号により、別除権者独自の組を形成する場合には、当該計画案による権利変更に関する投票が組単位で行われる（倒二四三條）<sup>(34)</sup>。そして組内の多数決により別除権を有する債権者の多数が、彼らの権利の制限に満足しないときには、彼らは倒産法二四四條第一項一号の要件を充たすこと<sup>(35)</sup>によって、倒産処理計画案可決のために必要な多数派が成立することを阻止することができるのである。

このように計画案に関する討議期日および議決期日において債権者の多数が計画案の修正に同意するような場合には、別除権者が倒産処理計画の成否に影響を与える可能性が生じる余地がある。

しかしながら別除権者の多数派による計画案の拒絶は、逆に倒産法二四五條（妨害禁止規定）<sup>(36)</sup>によって阻止される可能性もある。すなわち、組単位での投票において投票した各債権者が、倒産処理計画がない場合よりも当該計画案によって不利になることがない場合で、かつ、各債権者がその計画に基づいて関係人として獲得するべき経済的価値に適切に関与するであろうような場合には、投票した組の当該計画案に対する拒絶の意思は無視されて、当該計画案に同意したものと扱われることになるのである（倒二四五條）。このように倒産法は、計画案が不当に関係人の地位を不利にしたり、その計画に基づいて関係人として獲得するべき経済的価値に適切に関与する機会が不当に奪われていると考えられるような場合でないかぎり、当該計画案に対する拒絶の意思表示は議決権の濫用になると評価しているのであり、合理的な計画案の成立を妨害する行為は排除されるのである。

さらにまた、倒産処理計画に基づいて定められた処理案

によって、ある組が不利にならないとしても、それだけでは個々の別除権者の保護として不十分な場合もありえよう。そこで倒産法二五一条は、計画がなければ立っていたであろうような地位よりも不利な地位に後退したというような債権者の保護について規定している。すなわち、そのような債権者が適時に異議を申立てたときには、倒産裁判所は当該倒産処理計画の申請を却下しなければならぬ旨規定している。この規定は、個々の別除権者に、その所属する組の多数者が倒産法二四四条一項に従って計画に同意した場合、少数派となった個々の別除権者にとって不利な倒産処理計画の認可を妨げることを可能にする。このような少数派保護の規定は、関係者全体の利害にかかわる計画案の成否が多数決によって決することについて、少数派の意見が計画案に反映されないことになれば、それは場合によっては妥当性を欠くことになるのではないかという事情を考慮したものと考えられている。<sup>37)</sup>

#### 四 ドイツの倒産処理計画手続における融資 枠内融資と別除権者の法的地位

### 1 融資枠制度における「倒産債権者」概念の目的論的 解釈

倒産法二六四条一項は、倒産債権者<sup>38)</sup>が更生融資債権者に劣後する旨を規定している。ところで、債務者の再建・事業の存続に必要な財産が別除権者による担保権行使によって倒産財団から逸出することになるならば、債務者の更生に必要な融資の提供を動機づけるのに障害となりかねず、場合によっては再建に必要な資金調達は極めて困難になるであろう。これでは資金調達をし易くするという目的に反することになるし、債務者の効果的な再建は覚束ないことになる。また、更生のための融資提供後に倒産処理計画が失敗したり、倒産処理計画にもとづく融資を撤回するという場合に、このような事態の事後処理のために二次的に費用が必要となる可能性がある。その際、別除権者は、倒産法一七〇、一七一条の手続分担金以外にも相当な費用を応分に負担することになるのか、それとも同条等によって法定の手続分担金を負担した以上は、法律上当然にそれ以外の負担を負わないことになるのかという疑問が生じる。仮りに、別除権者が融資枠債権者に対して劣後すると考えるならば、それは、このような事後処理に要する費用について別除権者が応分の負担を強いられるということを肯定する考え方に繋がると思われる。そこで、このような場合の倒産処理計画における別除権者の法的地位と更生融資債

権者の法的地位の關係の解明が有意であると思われるので以下に見ていくことにする。

まず、別除権者については倒産法五二条が規定している。同条は、倒産者の財産に担保権を有していると同時に倒産者が人的責任を負っているような別除権者は、別除的満足を放棄するか又は別除的満足以際して除外されたときには、倒産債権者として持分に応じた弁済を倒産財団に請求することができ旨規定する。同条によれば、倒産者が人的責任を負っているような別除権者は、場合によっては倒産債権者として倒産処理手続に参加することができるとする。

このような倒産債権者としての性質をも併有する別除権者は、その倒産債権者性ゆえに倒産法二六四条一項という倒産債権者の概念に含めて考えることができる。同条によつて更生融資債権者は別除権者よりも優先することになる。前述のとおり、倒産法二二三条は、別除権者の権利の変更を計画案に盛り込むことができる旨を規定しており、それによつて別除権者が劣後する場合もありえようが、別除権者と倒産法二六四条との關係はどのように解するべきであろうか。

倒産法は、倒産債権者と別除権者を別個独立した存在と考えていることは明文の規定（倒三八、四九、五〇、二二

三、二二四、二三七、二三八の各条は別除権者と倒産債権者とを区別して規定しているし、同二二二条一項一号は別除権者に固有の組を作るべきことを規定する）からも容易に想像できる。これに対して、Braunは、倒産法五二条は、倒産債権者は、追加的な別除権が成立しているにもかかわらず、その債権を全額において主張することができるということを示しているにすぎないという。すなわち、本来同条は倒産債権者が追加的に別除的満足を請求できる場合についての規定として読むべきなのに、恰も倒産債権者と別物の別除権者の存在を前提視するかのような文言になっているとして、倒産法五二条の規定は、不幸に (unglücklich) 規定されているという。そして、同条を倒産債権者とは別物の別除権者の存在を規定するものと解するとき、倒産法二六四条は、融資枠債権者が倒産債権者に優先する可能性を規定したものにはすぎないのであつて、同五二条にいう、別除的満足を請求することができる債権者は、ここでいう倒産債権者ではないことになるから、そのような別除権者は同二六四条によつても劣後させられることはない<sup>(39)</sup>と解されるのである。

たしかに別除権者は、その別除権を放棄するか、別除権の行使によつても弁済を受けられなかった額についてのみ、

当該手続内で倒産債権者として権利行使をすることができ  
る(倒五二、一九〇条)。したがって、別除権者が、別除  
権を放棄せず、また担保権を実行するかぎり、具体的倒  
産債権は発生しないともいえる。そしてそのように考える  
ならば、Braun や Flesner のいうように、五二条の文言  
からいえば、別除権者と倒産債権者は別物であるから、二  
六四条にいう「倒産債権者」には含まれない別除権者は、  
更生融資債権者に劣後しないことになりそうである。

しかしながら、担保権者の担保権行使による別除的満足  
といっても、被担保債権の存在が前提となっている。すな  
わち別除権者が担保権を行使したときに欠損が生じた場合  
には、残額分について倒産債権者として倒産手続上扱われ  
ることになっているのは、このような倒産債権たるべき被  
担保債権の存在を前提視するものであって、潜在的な倒産  
債権者性を肯定しているといつてよいと思われる。よって  
別除権者が担保権行使を放棄した場合に倒産債権者になる  
というのは、担保権を有する債権者が担保権の行使を放棄  
したにすぎず、その結果、従来から存在していた被担保債  
権を倒産債権として行使することが可能となるということ  
を意味する、と解されるのである。つまりここでいう別除  
権者とは、担保権を行使したときには別除的満足を請求す

ることのできる債権者であるが、それを行使しなくても、  
放棄しなくても被担保債権の存在は否定できず、觀念的に  
は倒産債権者であると考えらるべきなのである。<sup>(41)</sup> そのように  
解しても倒産法三八条にいう倒産債権者の概念に反しない  
と思われる。したがってここでいう「倒産債権者」に別除  
権者も含まれると思われ。

とくに債務者の再建にとつて障害となる事情は、融資提  
供者にとつては融資提供の是非を決定するに際して大きな  
不安材料ということになる。そしてそのような不安材料を  
抱えた債務者に対しては、融資提供者はその融資提供を躊  
躇する可能性は高い。<sup>(42)</sup> これでは債務者の再建に必要な融資  
の調達は極めて困難なものとなってしまい、融資枠制度を  
債務者の再建のために効果的に活用することはできなくな  
ってしまう。債務者の事業継続を前提とする再建型手続に  
おいては、担保権者の担保権行使を認めることによつて債  
務者の事業体としての一体性が解体されるならば、債務者  
の効果的な再建は不可能になってしまいかねないため、そ  
のような別除権行使は安易に認められるべきではない。こ  
のように債務者の効果的な再建を可能ならしめようという  
立法趣旨に照らしても別除権者の劣後を肯定する解釈の意  
義は少なくともないと思われる。

## 2 融資枠債権者の優先と別除権への介入

倒産法二六四条における倒産債権者という概念が、上述したように、とにかく倒産債権になりうる被担保債権を有している者を意味すると解することができるとするならば、少なくとも二六四条の解釈論として、更生融資債権者は倒産者に対して被担保債権を有している別除権者にも優先すると理解することは不可能ではないことになる。しかし、そのように解したとしてもなお、Braunのいうように倒産者に対して人的責任を問えないような場合、すなわち、たとえば物上保証人が倒産した場合の別除権者は、ここにいう「倒産債権者」には含まれないことになり、更生融資債権者に劣後しないことになりそうである。前に見たようにBraunは、倒産法五二条は、別除権を有する債権者に対して債務者が人的責任を負っているかぎり、当該別除権者が倒産債権者として権利行使することができる旨を明示したものと解すべきであるとする<sup>(44)</sup>。たしかに物上保証人が倒産した場合の担保権者は、当該手続による影響を受けることなく優先弁済権を行使することができる(倒四九、五〇条)。しかも、このような担保権者は物上保証人たる倒産者に対しては何ら被担保債権を有していないから<sup>(45)</sup>、倒産法二六四条にいう倒産債権者ではない。したがって、同条

の解釈として、仮りに更生融資債権者を倒産者に対して被担保債権を有する担保権者に優先させると解することができるとしても、物上保証人が倒産した場合はそのような場合には当たらないことになるから、別除権者が更生融資債権者に劣後するという結論は出てこないということになる。

しかし、そのように解してしまうと、倒産手続開始時には倒産者の財産のうち資産価値が高く、その事業の維持・存続、再建にとって必要不可欠な物件の殆どが物上保証に供されているような場合には、更生融資債権を別除権に優先させることはできないことになってしまう。それでは、結果的に融資枠制度の趣旨に反して、単に債務者が担うべきであった経済的リスクを融資提供者に転嫁するだけということになりかねず、そのような危険を冒してまで債務者の再建のために必要な融資は得られないであろう。

その結果、倒産者の再建ないし経済的活動を充実させることは不可能ないしは非常に困難なものとなる。その点を考慮するならば、立法政策上、物上保証人の倒産の場合であっても、更生融資提供者が別除権者よりも優先的な保護を受けられるような法制度が正面から認められるべきであったといえよう<sup>(46)</sup>。その意味で、担保権者と更生融資債権者

との関係につき、更生融資債権者の債権を、倒産者に対して被担保債権を有する別除権者だけに優先させるように解しうる倒産法二六四条の規定は立法政策的に見て不十分な規定であるといわざるを得ないであろう。

### 3 倒産処理計画における権利変更条項による別除権者の劣後と融資枠債権者の法的地位

前にみたように、倒産処理計画において別除権者の権利につき別段の扱いをする旨が規定されている場合には、倒産法二二三条二項による別除権者の権利に関する諸条件、すなわち、どれだけの配当額について権利を縮減するのか、いかなる期間について支払を猶予されるのか、当該権利は他のいかなる規律に服することになるのかといったことを計画上明示しなければならぬ。すなわち、別除権に介入することが倒産処理計画において規定されていないかぎり、別除権者は、倒産法二二三条一項によって、倒産処理計画とは無関係に自由に権利行使をなしうるのである。そのように解するならば、融資枠債権者に対して「倒産債権者」だけが劣後して別除権者は劣後しないのだから、Braun がいうように「倒産法二六四条は明らかに倒産債権者だけを対象とする介入規範である」といってよいように思われる。しかしながら、倒産法二六四条一項は、倒産処理計画

の形成部分において介入を受けることによって内容を変更する権利については、前述したような諸条件を明示しなければならぬ旨を明文で規定しているほか、同法二二三条二項により、倒産処理計画の形成部分（倒二二一条）に、当該別除権がその他のいかなる規定に服することになるのかについて明示しなければならない旨も規定されている。

さらに、倒産法二二〇条により、更生のために提供される融資に関連してなされるであろう介入につき、説明部分において詳細に揭示しておくことが規定されている。これらの規定は、結局、倒産法二六四条の解釈を前提として、倒産者に対する被担保債権を有している別除権者の権利についての規定であると理解すべきである。つまり、融資枠制度は融資枠債権者が倒産債権者に対してのみ優先するということだけでなく、形成部分において当該権利に介入規定が定められた別除権者に対しても融資枠債権者が優先することを予定しているものと考えられる。このように、形成部分における別除権への介入規定（倒二二三条二項）との連動<sup>(17)</sup>によって、融資枠制度はより有効に機能することが期待できるものと思われる。

たしかに、債務者の再建がかなえば別除権者にとっても利益になるのだから、債務者の再建に必要な融資を調達す

るという目的の前では、物上保証人に対する別除権者も含めて、あらゆる別除権者が後退すべきであるという考えも想像できる。しかし、別除権者は、まさに相手方が支払不能などの非常事態に陥った時に備えて担保を得ていたのであって、担保権者の落ち度などとは無関係な債務者の倒産処理計画手続の申立てという非常事態に直面して、担保権者としての権利行使が制限されるというのは、担保権への信頼は動揺し、ひいては担保制度の根幹を揺るがしかねないことになろう。それはまた、仮りに、更生融資提供者は別除権者にも優先するという明文規定があったとして、債務者が担保権者の知らない内に任意で倒産処理計画の形成部分に担保権者の権利を変更してしまうことができるというのでは、担保権者に酷である。もちろん、その際にも担保権者は議決権を行使したり、異議申立てをするなどして、計画の認可を阻止できればいいではないか(例二二二、二二八、二五一、二五三条)、ということが考えられるが、そのように解したとして、担保権者の劣後を前提視するならば、倒産処理計画の認可に際して、たとえば監視期間中に債務者の更生に必要な融資を提供した者は担保権者よりも優先して保護されて、手続開始申立て以前の時点で危機的状况にあった債務者と取引した担保権者は保護されない

ということになりかねず、極めて衡平を失った結果となる。これでは、経営に行き詰まってしまって危機的状况に陥っている債務者と取引に応じる第三者などいなくなってしまういかねない。あるいは倒産法二六四条は、このような事情を考慮して、更生融資提供者が原則として倒産債権者よりも優先すると規定するに止めて、常に必ずあらゆる関係人に優先するとは規定しなかったのではないだろうか。

#### 4 倒産法体系における融資枠債権の位置づけ

ドイツ倒産法は倒産財団の範囲について膨張主義をとる(例三五条)ことを明らかにしたため、融資枠のような制限がない場合には、倒産処理計画手続開始後に同手続が奏功したかに見えながらも、債務者の収益力が若干回復したのちに倒産処理計画手続が破綻した場合には、当該融資分だけ増大した負債は他の手続関係人にとって損害として負担を強いる結果になりかねない。その意味では、融資限度を計画の認可後に存在する積極財産に設定して、再建の見込みの予測可能性が立つ範囲で債務者の再建を図るために過剰な融資受入を制限することも有意義であると思われる。しかし、その反面で、債務者の事業の維持・存続および更生の必要があるにも関わらず、必要な融資を得られないために再建を断念しなければならぬような場合に備えて、



更生のための融資提供の動機付けを融資提供者に与えるためには、何らかの保護措置を更生融資債権者に与える必要があると思われる。

融資提供者の保護措置の変遷について倒産法二六四条の立法の経緯を尋ねてみると、まず同条の理由書によれば、同条はドイツ旧和議法一〇六条に類似した機能を果たすことが期待されていた。<sup>(48)</sup> ドイツ旧和議法一〇六条は、和議手続が破綻して牽連破産に移行了した場合に、和議開始後の消費貸借による債権者の請求権は財団費用 (Massekosten)<sup>(49)</sup> として他の破産債権よりも優先して弁済を受けることができるということの規定していた。<sup>(50)</sup> Braun は、この規定の意義は、更生融資債権者に対し、牽連破産手続において財団債務として優先権を与えようとする点にこそ認められると述べている。<sup>(51)</sup> そしてその後、<sup>(52)</sup> 倒産法委員会は第一報告書の二一三―一八項で更生融資債権者は、財団債務中最後順位に置かれるべきであるとして、更生融資債権者のための融資枠を創設しようとしていた。<sup>(53)</sup> 理由書によれば、これが委員会多数説であったのであり、むしろ旧破産法五九条一項一号のような第一順位の財団債権者の位置を与えるべきであるとする見解は少数派だったのである。<sup>(54)</sup>

これに対して倒産法二六四条は、前述のとおり、更生融

資提供者は他の倒産債権者よりも優先的保護を受けることを明定している。これについて Braun は、後続的倒産において融資枠債権を財団債務として分類することは、当該手続の開始以前の時点からの債権に対して、手続開始後のみ成立しようするような財団債務として、体系に反して財団債務適格を付与するということにはならないであろうと<sup>(55)</sup> いう。たしかに更生融資は、倒産処理計画手続のすべての関係人にとって債務者の再建という有益な結果をもたらすことが期待されている。それは債務者の事業の維持・存続および更生に必要な原資であるという点で、恰も倒産財団の管理・維持に要する費用 (倒五五条一項一号・ないしはわが会社更生法における共益債権、会更二〇八、二〇九条) に類似の性格を有しているといえる。このように極めて共益性の強い性格に鑑みるならば、その共益性の高さは、財団債務 (倒五四条二号、五五条一項一号) に比肩するものといつてよいと思われる。<sup>(56)</sup> その意味では、更生融資債権の保護が他の倒産債権よりも優先すべきであるという考え方には一定の理解を与えることができる。<sup>(57)</sup> しかし、債務者更生のための融資を導入したものの、最終的に更生の実を挙げられなかったという場合、当該融資提供者の保護はどのように考えられるべきであろうか。

そもそも、更生融資債権は、倒産処理計画によって監視期間中に生じた債権であるということからすれば、倒産処理計画手続終了後における扱いに関する特段の定めがない限り、単に債務者対債権者との関係における債権・債務であるにすぎないということは否定できないはずである。すなわち、再建手続が途中で廃止され、破産に移行しないということになると更生融資債権は一般債権と事実上同様の扱いを受けることになってしまいかねず、その意味では、更生融資債権の保護に不十分な点があることは否めない<sup>(58)</sup>。それにもかかわらず更生融資債権が前述のような高度の公益性を有するからといって、破産移行後は財団債務として保護するという一方で、事後手続の処理として問題はないのであろうか。たとえ当該更生融資が債務者の再建のために必要不可欠なものであったとしても、ひとたび倒産処理計画手続が失敗したならば、結果的にそれは債務者の再建にとつて役立たなかつた融資であつたことになる<sup>(59)</sup>。しかも財団債権は、倒産財団から倒産手続によらずに倒産債権者に優先して弁済を受ける権利である<sup>(60)</sup>。そのゆえにまた手続が失敗した場合にも、結果の不当性に関わらず、前述したような強度の公益性を強調して、計画案作成時の評価に基づいて更生融資債権者は財団債務の弁済を受けるこ

とができるとするのは、結果的に他の債権者を不当に不公平に扱うことになろう。そしてそれによって、他の債権者の配当原資が減少することになるならば、結果的に不要な融資に基づく配当によって増大した負担を他の債権者に転嫁することになりかねないのである。つまり融資枠融資は手続が奏功しなかつたという場合には、公益性が高いとはいえないだけでなく、他の債権者に犠牲を強いするという意味では有害ですらあるのである。思うに倒産法二六四条が、更生融資債権者について、それが倒産債権者のみに優先すると規定するに止めて財団債権としての保護を与えなかつた理由は、そのような結果の不当性を回避するという考慮もなされたためではないだろうか。しかも、財団債権としての保護は、手続に要した費用が高んで財団不足の場合には、財団債権の満足に関する他の財団債権との配当順序(倒二〇九条)が問題となることも予想されることから、実際には計画案策定時にそのようなことまで当事者間で合意した旨管財人の承認を得ておく必要があるということになるが、具体的に財団不足の場合を予め予見して計画案を策定するということは手続を著しく煩雑なものにすることが予想される。

以上のように見てくると、手続が破綻した場合の事後手

続における融資枠債権者の位置づけについて、債務者の再建に役立つという公益性を重視して財団債権としての保護を考へることも分からなくはないが、融資枠債権者が別除債権者に優先することができない制度であるとするならば、そこまで強く保護する必要があるのか、しかも手続が失敗してしまえば結局債務者の更生のために役立つていなかっただということになるのにもかかわらず財団債権として保護してしまっているのか、という疑問は残る。

### 5 融資枠優先規定に基づく別除権への介入に関する憲法に基づく制限の有無

上述のように、別除権者も場合によっては更生融資債権者に劣後すると考えられるとして、そのことが妥当かどうかということにつき、憲法上の問題が議論されている。<sup>62</sup>すなわち、このような扱いは、基本法一四一条一項による所有権の保障に反するのではないかという問題である。<sup>63</sup>

そもそも、担保権は、債務者の任意の履行がない場合に備えて、債権回収の途を確保しておく手段であって、その意味では、債務者の倒産という事態は担保権者にとって最も切実に債権回収の期待を抱かせる事態の発生であるといえる。しかしながら他方では、倒産処理手続における別除債権者の優先的な扱いは、他の債権者の利害に直接に影響を

及ぼす問題であるといつてよい。ところで、倒産処理計画手続において別除権が基本法一四一条一項の保護を受けることについて争いはないが、<sup>64</sup>更生融資債権者もまた、倒産者の再建のために危険を承知で融資の提供に依じているのだから基本法一四一条一項の財産権的保護が与えられるべきである。すると、両者が衝突し、更生融資債権者が優先するというためには、両者の利益に関する比較衡量が問題となる。<sup>65</sup>たしかに別除権者が融資枠優先規定によって不当な制限を受けていると認められる場合には、当該規定は基本権に照らして解釈されなければならず、場合によっては公序良俗に反するものとして基本権侵害が問題になる場合もありえよう。しかしながら、別除権者は清算型手続において別除権行使によって、必ずしも満額の満足を得られるとは限らないのであるばかりか、別除権者は、清算型手続においてすら倒産法によって任意の別除権行使が制限されているのである(倒一六五、一六六、一六七条)。ましてや

再建型手続においては、債務者の効果的な再建を不可能にするような別除権の行使は総債権者の利益に反し安易に許されるべきではないのである。また債権者側としても目先の利益を重視する余り、多少の欠損を承知の上で担保割れのまま短期間で回収するよりも、再建に協力しながら長期

間かかっても多くを回収することの方が有益であるという場合もありえよう。しかも再建が成功すれば、別除権者の有する債権は完全に満足を得ることも可能となるばかりか、その後の取引関係の継続による利益獲得という将来への期待も見込まれるのである。そのように解するならば、債務者の効果的な再建の可能性を高め、総債権者の利益が確保されるような場合には、融資枠優先規定によって別除権者が劣後することになっても、そのことが直ちに別除権者の基本権侵害にあたるということにはならないと思われる<sup>66)</sup>。

このような理解を踏まえて倒産処理計画の全体の構成からみると、融資枠については、その範囲が計画の申立てに際して添付されるべき財産目録に記載された財産の総額を上限として、どの融資とどの財産が対応するのかについて明示しなければならぬとされているし（倒二六四、二二九条）、弁済を猶予しようとする場合には、その期間を明示しなければならぬとされている。しかも、それらに関しては管財人の承認が必要とされている。このように倒産処理計画の形成部分における権利関係の変更は、窮境にはあるが再建の見込みのある債務者について利害関係人全体の利害を調整しつつ、その事業の維持継続を図ることを目的とするものとなっているのである。

たしかに更生融資債権者が別除権者よりも優先すると解するならば、別除権者の有している財産権が制限されることは明らかである。しかし、融資枠制度によって別除権者が被る財産権の制限は、債務者の更生という目的を果たすために必要であり、かつ不可避的なものと思われる。しかも、倒産法は、倒産処理計画が裁判所の監督の下に、法定の厳格な手続に従って行われることを定め、特に計画案は綿密な規定に従って関係人による討議・議決期日を経た上、さらに裁判所の認可によって効力を生ずるものとし、その計画案の可決に必要な要件を倒産法二四四条以下に詳細に定めるなど、前記目的が達成されるように周到かつ合理的な諸規定を設けているのである。したがって、これらの点を考慮するならば、更生融資債権者が倒産債権者に優先することを定めた規定は、公共の福祉のために憲法上許容された、必要かつ合理的な財産権の制限を定めたものと解するのが相当であり、よって上述のような憲法上の疑義は生じないものと考ええる。

## 五 おわりに

以上、見てきたように、ドイツ倒産法二六四条の解釈と

して、更生融資債権者が別除権者よりも優先しうると解する余地もあることが明らかとなった。その際、倒産法における別除権者なる概念は、従来の別除権者についての理解とは異なっており、「場合によっては別除的満足も請求するところのできる倒産債権者」として捉え直す必要があると思われる。また特に別除権者への介入は、ひとり倒産法二六四条によるものではなく、それ以外の諸規定（倒二二三、二三七、二三八、二四五条など）との連動によって、融資枠債権者の優先を肯定する解釈を通じて融資枠制度のより効果的な運用を図ることができるといえることが確認された。

このように、別除権者よりも優先する地位を更生融資提供者に与えて保護することを可能とするような制度として融資枠制度を理解することによって、融資枠制度本来の目的である倒産者の更生のために必要な融資を受け易くすることが可能になる。そして、融資の限度額を定めて、その内のどの融資とどの財産が対応するのかを明確に示しておくことによって、他の手続関係人にとっても債務者が過剰な融資を受けることによる更生手続失敗の場合の被害の拡大を未然に回避することに繋がるし、更生手続が破綻した場合までも含めた予測可能性の確保にも役立ちうるという利点がある。

ところで、初めに述べたように、わが国で現在進行中の倒産法改正に関する「倒産法制に関する改正検討課題」においては融資枠制度のような提案はなされていない。たしかに融資枠制度を債務者の効果的な更生のために必要な融資調達制度としてみるならば、更生融資提供者と別除権者との関係について不十分な規定になっているといわざるを得ず、倒産法二二三条と連動して担保権者の権利の縮減などの債務者の再建のための環境整備と融資調達のための諸条件（倒二六四条）について具体的に合意に至るまで交渉する煩雑を思えば、わが国の会社更生法における更生担保権（会更一二三条）や民事再生法の担保権消滅請求制度（民再一四八条）、および債務者の再建に必要な不可欠な資金調達によって生じた債権を共益債権として保護するというような制度（会更一九九条の三、民再一九九条）の方が合理的かもしれない。<sup>67</sup>しかし、融資枠のような制度は、債務者にとって受け入れ可能な融資の上限を財産目録等で確認して管財人による承認を受けるなどして確定すべきことを要求することによって、債務者の更生手続を通しての財務内容や事業実態などの経営状況の情報を開示し、手続の不透明性を払拭することに資するであろうし、資金繰りのめどが立たないために更生を断念しなければならないような

債務者にとつては、その事業の維持・存続および再建に必要な財源の調達が行いやすくなるであろう。このことはまた、信用力の低下した債務者のみならず、債権者や更生融資提供者等の債務者をめぐる関係人にとつても有意であると思われる。すなわち、明確な設計に基づく倒産手続の柔軟且つ適正な規模での計画的処理を、しかも迅速に行うことを可能にする制度として関係人全体にとつての予測可能性を高める利点があるからである。このようにみえてくると、民事再生法の成立した今日においてもなお、冒頭に指摘した近時のDIPファイナンスの議論に鑑みると、これらの利点は、我が国でも考慮に値するのではないだろうか。

(1) 法務省民事局参事官室編『倒産法制に関する改正検討課題』(商事法務研究会、別冊NBL四六号、一九九八年)。

(2) 各界意見の概要については、NBL六四七号から六五一号(いずれも一九九八年発行)にかけて紹介されている。また、その後長引く景気の低迷を反映して各方面から倒産法制の早期整備が求められたことから、審議期間を一年間短縮することが決定され、とくに、平成一〇年九月には、企業倒産の著しい増加に鑑み、中小企業等を対象とする再建型手続については、特に緊急の整備が必要であると考えられて、倒産法制全体の見直しから切り離して集中的な審

議が進められることになった。そして、平成一〇年八月二十六日に要項(金法一五五七号四一頁以下(一九九九年)参照)が策定・答申され、民事再生法(平成一一年一二月法律第二二五号)が可決成立した。その詳細については、深山「花村」筒井「菅家」民事再生法の要点(1)(2)(3)(4・完) NBL六八〇号三四頁以下・同六八一号三三頁以下・同六八二号四二頁以下・同六八三号四五頁以下(いずれも二〇〇〇年)、および深山「花村」筒井「菅家」坂本「一問一答民事再生法」三頁以下(商事法務研究会、二〇〇〇年)を参照。

(3) 前注(1)二二頁。なお、加藤哲夫「法人再建型手続——新再建型手続を中心に」ジュリ一三四号一三頁(一九九八年)、および座談会「倒産改正の方向と検討課題(1)・(2)」NBL六三四号一三頁・同六三五号三〇頁(いずれも一九九八年)における山本(完)発言も参照。

(4) ドイツと同じ時期に法改正を行ったフランス倒産手続(「企業の裁判上の更生と清算に関する法律」Loi n.85.98 du 25 janvier 1985・ただし同法の四〇条は、手続開始判決以後に生じた債権の優先的保護を規定していたのが、一九九四年改正でその優先は更生手続に限定されることになった)においてもわが国の会社更生手続における共益債権と更生担保権の扱いと同様の扱いがなされている。山本克己「フランス倒産手続における担保権の処遇」民商一二〇

卷四・五号六六頁(一九九九年)は、このような状況を「フランスの企業更生手続と我国の会社更生手続が、ともに担保権付きの倒産債権を手続に取り込んでいることの結果であると言ふことができよう」という。なお、フランス倒産法一九九四年改正については、西澤宗英「一九九四年フランス倒産法改正について」青法三六卷二・三合併号一八九頁以下(一九九四年)、特に本稿との関係では一九〇、二〇四頁参照。

(5) 民事再生法(新再建型手続)における担保権の扱いに関する最近の文献として、森恵一「別除権に関する新制度の導入について」判タ九八二号四頁以下(一九九八年)、同「別除権に関する新制度の導入について」判タ九九一号五頁以下(一九九九年)、木内道祥「新再建型手続における担保権の取扱」判タ九九一号二頁以下(一九九九年)、山岸洋「倒産法改正の論点と課題」金法一五五号一三頁以下(一九九九年)、小笠原浄二「金融機関の民事再生手続に対する応接・今後の実務対応」銀法五七五号二八頁以下(一九九九年)、山宮慎一郎「担保権消滅請求の対象となる担保権の範囲」銀法五七五号三三頁以下(一九九九年)、滝澤平城「民事再生手続における不足額責任主義」銀法五七五号三八頁以下(一九九九年)、福永有利「担保権消滅請求制度―その解釈・運用上の諸問題―」『民事再生法―理論と実務―』金判増刊号(二〇八六号)五八頁以下

下(二〇〇〇年)などがある。

(6) ドイツ倒産法については多くの文献があるが、その概要については、三上威彦「ドイツ倒産法改正の軌跡」(成文堂、一九九五年)、木川裕一郎「ドイツ倒産法研究序説」(日本評論社、一九九九年)、田代雅彦「ドイツ連邦共和国における倒産実務の研究(上)(中)(下)」曹時五二卷一頁以下(特に同六〇頁以下に参考文献が掲記されている)、同巻二二三頁以下、同巻三三四頁以下(いずれも二〇〇〇年)など参照。

(7) Kreditrahmen の訳語について、法律委員会の第一報告書における二三八項に関して、W・ヘンケル(河野正憲訳)「西ドイツにおける倒産法の改正」判タ五九八号一六四頁以下(一九八六年)では「信用枠」、また上原敏夫「西ドイツ倒産法改正要綱(第一報告書)試訳」一法二〇号一三五頁(一九八九年)では「借入枠」の訳語をあてており、さらに三上威彦(前注6)二二六頁によれば、参事官草案三〇〇条を「信用枠」と訳されていた。そして吉野・木川「ドイツ倒産法試訳(四)」東海二〇号四六頁(一九九八年)では、倒産法二六四条を「借入枠」と訳されている。思うに、わが会社更生法一九九条の三「資金の借入れ」や同法二〇八条五号「資金の借入れ」、および民事再生法一九九条五号の「資金の借入れ」や同法二〇〇条一項の「資金の借入れ」等の既存法規の語との言語的関連から

「借入」の語は受け入れやすいが、受動行為的な印象が強く、Kreditrahmenによって優先的保護を受ける債権者側の能動行為的な側面をも含めたものという印象に欠けるように感じられる。また当該制度の制度趣旨に鑑みるならば、同制度が債務者の信用力低下による資金調達困難さを回復・補充するために、一定の条件を満たした融資提供者（債権者）を優遇しようとするものであるという点や、債務者企業の不採算部門の整理清算による購入代金や原材料の供給という形式での信用供与、および財団債権者の手つかずのままの債権等を弁済期間の猶予などによって存続させる場合にも後に優先弁済を受けられるようにしているなどのような、この制度が有するKreditの多義性や能動的信用行為と受動的信用行為（山田晟『ドイツ法律用語辞典』二二八頁（大学書林、一九八一年）による）の双方を併せて表現するには、「信用枠」の語の方がより幅広い内容を包摂する語として適当なように思われる。しかし、本稿においては、与信契約（Kreditöffnungvertrag）や証券業務における信用取引との混同を避ける意味で、またKreditrahmenは債務者の再建に必要な融資（Finanzierung）を調達するために融資提供者の優先的保護を盛り込んだものであるという趣旨を強調する意味でとりあえず「融資枠」の語をあてている。なお、倒産法二六四―二六六条の諸規定は、更生計画の融資（Finanzierung von

Sanierungsplänen）を容易にするはずであるという。

Flesser, in Eickmann (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 1999, § 264 Rn.1. 参照。

- (8) わが国においても近時DIPファイナンスについて関心が高まっている。DIPファイナンスの意義・有用性および課題については、寺澤「荒井」石坂編『民事再生法を活かす鍵』一―三頁以下（寺澤達也）、一四―一頁以下、一五―三頁以下（金融財政事情研究会、二〇〇〇年）、および藤原総一郎『企業再生とM&A』一九四頁以下（東洋経済新報社、二〇〇〇年）が詳しい。また、前記寺澤「荒井」石坂編「コンフランス」『民事再生法への期待』七八頁以下（園尾発言）も参照。さらに藤原総一郎「日本におけるDIPファイナンスの可能性」金法一五八九号一二頁以下（二〇〇〇年）、田井雅巳「再生手続申立会社に対する新規融資」金法一五八九号一八頁以下（二〇〇〇年）、中村廉平「民事再生手続とDIPファイナンス」銀法五八一―号八四頁（二〇〇〇年）を参照。
- (9) アメリカにおけるDIPファイナンスについては、合衆国連邦倒産法三六四条(a)項から(d)項に、場合分けして規定されており、とくに、同条(d)項は、既に担保権が設定されている債務者財産について、DIPファイナンスに対して同順位または先順位の担保権を設定することも認めている。なお、アメリカのDIPファイナンスについて



は、以下の文献を参照。谷口安平『現代法律学全集三三 倒産処理法』一四九頁以下（筑摩書房、第二版、一九八〇年）、小林秀之『再建型倒産手続の再編成（上）——わが国の会社更生法への貴重な示唆』判タ五〇八号四〇頁（一九八三年）、渡辺光誠「チャプター・イレブンにおける担保付債権者の対応」事件開始から終結まで（『際商二〇巻一二号一四六頁（一九九二年）、同『最新・アメリカ倒産法の実務』六六頁以下（商事法務研究会、一九九七年）、高木新二郎『アメリカ連邦倒産法』一一頁以下（商事法務研究会、一九九六年）、寺澤＝荒井＝石坂編（前注8）二〇八頁以下（石坂弘紀）、田作朋雄「DIPファイナンスの意義——アメリカにおける現状——」金法一五八九号六頁以下（二〇〇〇年）などである。

(10) 融資枠を規定する倒産法二六四条の運用に関して、再建計画に則って組織再編される企業の自主再建に必要な資金調達について同条が投げかけているような問題は、ドイツのみに固有の問題ではなく、アメリカの連邦破産法第一章B C手続の実務においても同様の問題がある。これに *cfr.* Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz 1997, S.645. 参照。また、西澤（前注4）一九三頁によるとフランスの一九九四年法改正に際して「更生手続開始後に融資した債権者の地位を改善すること」についての立法提案がなされていたという。なおフランスの一九九四年法改

正以前の担保権者を含む倒産債権者の扱いについては、クロード・ウィッツ（西澤宗英訳）「フランス倒産法における債権者の地位」法研六二巻二号四一頁以下（一九八九年）、特に五二頁以下参照。

(11) 倒産処理計画を提出する権限は、債権者および倒産管財人が有している（倒二二八条一項）。倒産処理計画は、とるべき措置の概要を記述しておくべき「説明部分」と（倒二二〇）、手続関係人の法的地位の変更について明示しておくべき「形成部分」とからなる（倒二二一条）。Kerstin, Die Rechtsstellung der Gläubiger im Insolvenzplanverfahren, S.38f. (1999). は、倒産処理計画手続を「再建型計画 (Sanierungsplan) 手続、譲渡型計画 (Übertragungsplan)」、弁済猶予型計画 (Moratoriumsplan)」、清算型計画 (Liquidationsplan) の四類型に分類しているが、ここでは特に再建のために利用される倒産処理計画手続を概観する。

(12) 倒産処理計画の申立てがあると、債権者の議決権について討議し、計画につき議決する討議・議決期日（倒二三五条）を経て、倒産裁判所によって倒産処理計画の認可決定がなされる（倒二四八条）。そして倒産処理計画の認可が確定すると直ちに、倒産裁判所は倒産手続の終結決定をする（倒二五八条）。

(13) Schmerbach, in Wimmer (Hrsg.), Frankfurter

Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., 2000, § 1 Rn. 14ff, 16, 17. によれば、倒産した債務者の手元にある財産の五分の四近くが取戻権や別除権を有する第三者の負担を負っていたため、担保権を有する債権者の担保財産への権利行使によって、殆どの企業財産は活用できなくなっていたのであり、そのため企業の操業継続や譲渡再建は不可能となっていたという。また倒産法の機能喪失については、特にドイツでは、債務者の財団欠乏により破産手続や和議手続が十分に機能しないことが、一九七〇年代のオイルショックを契機として生じた景気後退による倒産事件の増加に際して指摘されていた。そして、そのような状況を称して「倒産法の危機」(Uhlenbruck, Zur Krise des Insolvenzrechts, NJW 1975, 897, 899ff.) とか「破産の破産」(Kilger, Der Konkurs des Konkurses, KTS 1975, 142ff.) なる標語で言い表された。なお、このようなドイツの状況について紹介・言及するものには、以下のものがある。本間法之「破産手続における担保権の効力制限の必要性について——西ドイツ倒産処理法委員会の破産法改正提案に関連して——」早稲田法学会誌三六卷一四九頁以下(一九八六年)、中西正「ドイツ倒産手続における担保権の処遇」民商二〇巻四、五号五七七頁(一九九九年)、霜高甲一「西独の倒産法制の現状と改正点について(一)」判タ三七〇号五頁(一九七九年)、三上威彦「西ドイツ倒産

法改正論議について——倒産法委員会の報告書における担保権の取扱を中心として——」民商九九卷三号二九七頁(一九八八年)(同・前掲書(前注6)一九頁以下)。(14) 債権者に生じている債務者に対する請求権が履行されているか否か、そして当該計画の遂行状況について、倒産管財人が監視すべき旨を倒産処理計画の形成部分に規定することができる(倒二六〇条)。監視期間中は、管財人は履行の状況、および将来の見通しについて債権者委員会や倒産裁判所に報告しなければならない(倒二六一條、二六二條)。監視の廃止以前に債務者企業に関する倒産手続が開始されなければならないような場合、更生融資提供者の優先権は当該倒産手続の終了後、最長三年という期間について有効とされている(倒二六八條一項二号)。このような期間制限によって、自由競争における機会均等が損なわれるということを継続的に回避することができる。また、倒産処理計画実行の監視が行われるのはどれくらい期間かということ、手続関係人にとって重要な関心事であるが、Braun „Der Kreditrahmen gem. § 264 InsO als Finanzierungsinstrument des Sanierungsplans“ Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, Rn. 16 (S. 865). によれば、たしかに監視は強行規定ではないが、おそらく通常の場合、倒産処理計画の実務において監視を決定することになるであろうという。

(15) この形成部分において別除権者の満足を法律の規定と異なつて規定することができる(倒二二七条、二二三条二項)。

(16) Schmerbach, a.a.O. (前注13), Frankfurter Kommentar, §1 Rn.19 (S.103). は、譲渡更生 (übertragenen Sanierung) の場合に、積極財産と消極財産を区別することによつて、債権者は企業の継続付加価値 (Fortführungsmehrwert) へも、更生の結果にも関与することを排除されることになつたのであつて、とくに有株式会社 (GmbH) の自主再建の場合、積極財産部分だけが引受企業に譲渡されて破産へと至ると述べている。このような見方からすると、ここにおいて積極財産とは、すでに受信済みのものでなく、主として金融機関などによつて行われる融資に際して与信可能な財産や、債務者の信用力を裏付ける資産価値のある財産のことと考えてよいように思われる。なお、倒産法一五三条は、倒産手続の開始時を基準とする倒産財団の目的物と債務者の債務を相互に対照的に整理して表示した財産目録の作成とその倒産処理計画への添付を倒産管財人に義務づけているが、その際、債務者の財産状態を対照的に整理するために、積極財産 (Aktivvermögen) と消極財産 (Passivvermögen) を区別して財産目録を構成する場合がある。その概要については Jaffé, in Wimmer (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zur In-

solvenzordnung, 2. Aufl. 1999, §229 Rn. 13f (S. 1359), を参照。

(17) Hess/Obermüller, Insolvenzplan, Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenz, Heidelberg 1997, Rn. 324. 参照。

(18) 倒産法一五三条は、倒産手続の開始時を基準として倒産財団の目的物及び債務者の債務を相互に対照的に整理して表示した財産目録の作成とその倒産処理計画への添付を倒産管財人に義務づけている。そして、同法二二九条は、倒産処理計画が奏功し、債権者が満足を得る場合は、いかなる出費及び収益が、債権者が満足するまでの期間について予想されるか、およびいかなる収入と支出によりその期間中の債務者の支払能力が保証されるのかについて、補充的に記載していかなければならないと規定している。Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, 2. Aufl. Düsseldorf 1999, Begründung des Regierungsentwurfs zu §273 [§229 InsO], S.480. 参照。

(19) Harneyer/Wützke/Föster Handbuch zur InsO, Rn. 55 (S. 689). 参照。また Jaffé, in Wimmer (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 1999, §264 Rn. 33f (S. 1484). は、倒産管財人は書面による承認に際して、爾後の紛争を予防するために、融資の合意について、融資枠に関してだけでな

元本、利息や費用などの融資内容・条件に關しても明確な内容を有しているかどうかという点に配慮しなければならぬといわれる。なお、わが会社更生法五四条三号は、裁判所の許可を要する行為として、この種の融資を管財人が借り入れる場合をあげている。

(20) Flessner, a.a.O. (前注7), Heidelberger Kommentar, Rn. 7 (S. 765). 参照。なお、Otte, in Kübler/Pritting (Hrsg.), Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. II/2000, § 264 Rn. 12. は、新融資の受入に關する融資枠の範囲は新債権者をも保護すべきであるという。というのは、このような債権者は倒産処理計画が認可されて融資枠融資が導入された後にはじめて債務者と取引に臨んだのであって、当該計画の策定に關与していないからである。

そして、そのような保護を確実にするために監視期間中、管財人がどのような融資受入がなされたのか、融資枠の限度までの余裕の有無や融資枠の合意内容の確認を怠らないようにすべきであるという。Braun/Uhlenbruck, a.a.O. (前注10), S. 535. も同旨。

(21) Jaffé, a.a.O. (前注61) Frankfurter Kommentar, Rn. 35 (S. 1484). 参照。

(22) 倒産法五八条第一項は、倒産裁判所が、管財人に対して、手続の状況や業務遂行に關する情報・報告を求めることができるとしている。そして、同条第二項によれば、管

財人がその義務を履行しないときは、裁判所は事前通告をした後で強制金(五万マルク以下)の徴収を決定することができる旨規定されている。

(23) 資本代替的社員貸付の法理とは、ドイツでは判例によって形成され、その後立法にも取り入れられた。それは、たとえば、結合企業において子会社が破産した場合における親会社の子会社に対する貸付債権、あるいは、破産した会社の経営者が個人として会社に対する債権者になっている場合など、支配株主や債務者と関係の深い金融機関などの、いわば内部債権者によって、すでに回収の見込みが立たない債務者に対して、本来出資として行われるべき資金提供等が、債務者を救済する融資の形を取りながら行われることによって(後注26も参照)、後日債務者が破産した場合にこのような内部債権が一般債権と同等の配当順位では、一般債権者の配当の期待を不当に害する虞があるため、外部の一般債権者保護のために、内部債権を劣後的に(自己資本化して)処理しようとするものである。特にドイツ倒産法との関連では以下の文献を参照。霜島甲一「西独の倒産法制の現状と改正論について(2)」判タ三七二号一二頁(一九七九年)、伊藤眞「債務者更生手続の研究」二七七頁(西神田編集室、一九八四年)、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)」判時二二七七号三頁、

- 同一二八〇号三頁、同一二八三号三頁(いずれも一九八八年)。また、新規融資の優先扱いと内部債権の劣後的処理との関係に言及する最近の文献として、金子由芳「タイの倒産法改革動向(一)——「アジア危機」の克服過程——」*広島法学*二三巻四号七八頁、および八五頁以下(二〇〇〇年)も参照。
- (24) Uhlenbruck, „Gesellschaftsrechtliche Aspekte des neuen Insolvenzrechts“, Köhler Schrift zur Insolvenzzordnung, 1997, Rn. 27 (S. 894).
- (25) Deutscher Bundestag Drucksache (BT-Drucks.) 12/2443 von 15. 4. 1992, S. 216.
- (26) BT-Drucks., a.a.O. (前注25) 12/2443, S.216. たゞは、もはや回避不可能な債務者の支払不能の状態を引き延ばして、その間に他の債権者に先立ってできる限りの満足を得ようとして、さらに債務者の他の財産に担保を設定させて債権者が融資を提供するような場合を破産遷延(Konkursverschleppung)とらうが、このような事態が生じることのないように考慮したものと思われる。破産遷延については、野田和裕「過剰担保の規制と担保解放請求権——ドイツ法の分析を中心に——」*民商*一一四巻二号三六頁(一九九六年)、特に同頁注35の引用文献を参照。
- (27) Balz/Landfermann, a.a.O. (前注18), Begründung des Regierungsentwurfs zu § 311 [§ 264 InsO], S. 522.
- (28) この場合、劣後しうるのは、契約による債権関係から生じた請求権を有する債権者だけであり、たとえば不法行為による債権者は劣後しないのである。Balz/Landfermann, a.a.O. (前注18), Begründung des Regierungsentwurfs zu § 312 [§ 265 InsO], S. 523ff. 参照。
- (29) RGZ 126, 306. 参照。
- (30) ただし倒産法一九〇条によれば、遅くとも同一八九条第一項に定められた除斥期間内(公告後二週間以内)に倒産管財人に対して、別除的満足を受けることができる債権者は、別除的満足の放棄や別除的満足に際して不足額が生じた旨、およびどのような金額について放棄し又は不足額が生じたのかを証明しなければならず、その証明が適時になされないときには、確定された債権がそのまま配当されなくなる場合があるという。
- (31) 別除権者の費用負担に関する倒産法制定の経緯については、中西正(前注13)五九三頁以下、三上威彦「ドイツ連邦共和国倒産法改正法参事官草案の特色とその評価」*法研*六六巻九号三三三頁以下(一九九三年)(同・前掲書(前注6)所収、とくに八三頁以下)を参照。
- (32) Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Köln 1997, Rn. 865 (S. 454). は、融資枠制度が果たす機能について「倒産処理計画は、融資提供者にこのような融資を存続させたままにしておくことを

強制するものではないのであって、むしろ当該計画が融資提供者に優先的地位 (Des Vorrangs) の創設によって、弁済期限の猶予 (Prolongation) に同意を表明するため の刺激を与えるものである」と述べている。

(33) 倒産法一五七条二文は、債権者集会が倒産処理計画の作成を倒産管財人に委託し、且つ管財人に対してあらかじめ計画の目的を設定することができる旨規定する。また同七四条一項によれば、別除権を有する債権者は債権者集会に参加することができる」とされており、別除権者は債権者集会を通じて計画案作成の目的設定に影響を及ぼすことができる可能性はある。しかし管財人が自身の企図する目的を盛り込んだ計画案を提出するならば、報告期日における決定を経た後は、別除権者が債権者集会に参加することによって計画案作成の目的設定に影響を及ぼすことができる」といっても、その影響の程度がどの程度の実効性を有するかについては疑問が残る。Braun, a.a.O. (前注14), S. 888. (Fn. 31). 同旨。

(34) このような処理は、わが会社更生法における更生担保権 (会更二三三条、一五九条) のような扱い方に類似するものと思われる。ただし Schmidt-Ränsch, Insolvenzordnung mit Einföhrungsgesetz, Köln 1995, Teil 1, Einföhrung, Rn. 188, ㊦ Balz/Landermann, a.a.O. (前注81) Die neuen Insolvenzgesetze, S.XXXVI.

Einföhrung 4.3. によれば、ドイツ倒産法の立法に際して、合衆国連邦破産法 (第一章手続) についても参照したことが窺われるので、あるいはその影響があるのかもしれない。なお(後注36)参照。

(35) 倒産法二四四条一項一号は、計画案可決のための要件として、議決に参加したすべての組において投票した債権者の過半数がその計画に同意していることを要求し、また同条項二号はすべての組において同意した債権者の債権額の総額が投票した債権者の債権総額の過半数に達していることを要求している。

(36) Schmidt/Uhlenbruck, a.a.O. (前注32), Rn. 843 (S. 444). によれば、「倒産法二四五条の妨害禁止の規定はアメリカの更生法 (amerikanischen Reorganisationsrechts) の規定に倣ったものである」といふ。

(37) Balz/Landermann, a.a.O. (前注81), Begründung des Regierungsentwurfs zu § 266 [§ 223 InsO], S.474. 参照。

(38) 倒産法三八条は、倒産債権者とは債務者に対して倒産手続開始時に財産的請求権を有する人的債権者のことであると規定している。

(39) Braun, a.a.O. (前注14), Rn. 36 (S. 872ff.) 参照。また Braun/Uhlenbruck, a.a.O. (前注81), S. 645f. は、倒産処理計画に別段の定めがない限り、別除権

者が当然に劣後するとはならず。Hess/Obermüller, a.a.O. (前注17), Rn. 436. 同註。Flessner, a.a.O. (前注7), Rn. 10 (S. 766)。も、倒産法二六四条による劣後計画によって変更されずに存在し続ける別除権には及ばないという。

(40) 前注(39)参照。特にBraun, a.a.O. (前注14), Rn. 36 (S. 872)。は「倒産債権者」だけが劣後して、「別除権者」は劣後しないのだから、倒産法二六四条は明らかに倒産債権者だけに關する介入規定である」という。

(41) Braun, a.a.O. (前注14), Rn. 40 (S. 873)。は「一方の別除権者性と他方の倒産債権者性との明確な区別によって、倒産法二六四条における倒産債権者という概念の目的論的解釈は、別除権者としてのその潜在的な地位へは可能ではないし、それどころか人的債権をもたない別除権者への拡大によって法律の解釈は捨て去られるだろう」という。Jaffé, a.a.O. (前注61), Rn. 52 (S. 1486)。も、Braunに賛同する。またFlessner, a.a.O. (前注7), Rn. 10 (S. 766)。は、Braun/Uhlenbruck, a.a.O. (前注10), S. 645f. を引用した上で、倒産法二六四条による別除権者の劣後は後続的倒産手続において生じた債権の放棄部分、または債権の欠損部分(例五二条二文)のみを対象とするものであるとして、右のBraunのような別除権者と融資枠債権者に関する議論を不必要に問題化するものであるとしている。

(42) Jaffé, a.a.O. (前注61), Rn. 53 (S. 1486)。は、Braun, a.a.O. (前注14), Rn. 43 (S. 874)。を引用した上で「融資枠が別除権者を取り込めないのでは、融資提供者に融資提供を動機つける根拠として十分ではないという危険がある」と述べている。

(43) わが国においても、別除権者の不足額(残額)責任主義に關して、破産者が他人の債務のためいわゆる物上保証をしている場合の担保権者は、破産債権者ではないと説明されるのが通説的見解であるとされる。兼子一編『現代法學演習講座 破産法』三二頁(青林書院新社、一九五六年)、山本戸克己『現代法學全集二四 破産法』九〇頁(青林書院、一九七四年)、谷口安平『現代法學全集三三 倒産処理法』二二九頁、二二二頁(筑摩書房、第二版、一九八〇年)、伊藤眞『破産法』二八六頁(有斐閣、全訂第三版、二〇〇〇年)、斎藤＝麻上＝林屋編『注解破産法【第三版】(上巻)』六五五頁以下(遠藤功)(青林書院、一九九八年)等参照。

(44) Braun, a.a.O. (前注14), Rn. 36 (S. 872)。によれば、このような別除権者は倒産債権者ではないのであって、単に倒産法五二条は不幸に(unglücklich)規定されているだけであるという。Obermüller/Hess, Insolvenzordnung, Heidelberg 1995, Rn. 305。も同註。

(45) 今日、民法解釈学において、普通に認められている見

解によれば、他人の債務を担保するために抵当権を設定した者（民三六九参照）、すなわち、抵当権設定者たる物上保証人は、抵当権者との間に債権債務関係を有せず、単に抵当権という物権の負担を忍ばなければならない立場に置かれるにすぎないと考えられており、このような場合を称して「債務なき責任」を負うものの例に挙げられる。我妻栄『新訂債権総論（民法講義IV）』七五頁（九三）（岩波書店、一九六四年）、於保不二雄『債権総論（新版）』七八頁（有斐閣、一九七二年）、奥田昌道『債権総論』九九頁（悠々社、増補版、一九九二年）、星野英一『民法概論III（債権総論）』三三頁（良書普及会、補訂版第六刷、一九九二年）、近江幸治『民法講義IV債権法総論』二七頁（成文堂、一九九四年）。しかし、近時、このような「債務と責任」をめぐる見解（通説）に対して、物上保証人は担保物の価額を限度として担保権者に対して弁済すべき債務（物上債務）を負うものであるとの見解（物上債務説といわれる）が展開されている。鈴木祿弥『債務なき責任』について「担保物権法総論断章」『法学四七巻三号一頁以下（一九八三年）、同『物権法講義』一五八頁（二七八）（創文社、三訂版、一九九一年）、およびそれを紹介する山下孝之「物上保証人および第三取得者の地位」米倉ほか編『金融担保法講座I巻 担保制度一般・抵当権』一五三頁以下（筑摩書房、一九八五年）参照。ただ、本稿において

は物上債務説の是非を論ずることが主目的ではないので、ここではその紹介と問題の指摘に止めることにする。同説の位置づけについては、さしあたり高木多喜男『担保物権法』九八頁（有斐閣、新版、一九九三年）。なお、物上債務説を詳細に検討するものとして、山野目章夫「物上債務論覚書（上）、（中）、（下）」『亜大三三巻一四九頁以下（一九八八年）、同二三巻二二頁以下（一九九〇年）』参照。そして同「倒産と債権の効力の実体的変動」『倒産手続と民事実体法』一一五六頁以下（商事法務研究会、別冊NBLNo.60、二〇〇〇年）参照。特に同書一六〇頁注（10）参照。また、保証人と物上保証人の類似性を指摘する淡路II新見II椿（久）「保証法理の物上保証人への適用可能性（一）」（椿久美子）『金法一二三三頁以下（一九九〇年）』参照。  
 (46) その意味では、前述した「倒産法五二条は不幸に規定されている」とするBraunの指摘（前注44）は一応理解することができる。また、前記（前注45）物上債務論に関する見解にみられるように、物上保証人が破産した場合の担保権者（別除権者）が特殊な物上債権を有すると解して、そのような別除権者には倒産債権者性を読み込むことができることになるとするならば、それによって更生融資債権者に劣後すると解することも不可能ではなくなるのではないかと思われる。ただし（前注41）参照。



- (47) Jaffé, a.a.O. (前注 61), Rn. 55 (S. 1486). は、別除権者の権利は介入されるべきであり、別除権に介入することができるようになるために、議決期日における別除権者の固有の組を強制的に組織させなければならぬとしている。そして、そのための要件として、介入を受けることになる別除権者の同意か、もしくは倒産法二四五条による同意の代わりとなる擬制を活用すべきであるとされている。(前注 36) 参照。なお、日独の再建型手続における担保権者の扱いの異同に関して言及する、霜島甲一「西独の倒産法制の現状と改正論について(七・完)」判タ三八九号二三頁参照。
- (48) Balz/Landfermann, a.a.O. (前注 8), Begründung des Regierungsentwurfs zu § 311 [§ 264 InsO], S. 522. 参照。なお Ote, (前注 20), § 264 Rn. 1.; Flessner, a.a.O. (前注 7), Rn. 1 (S. 764). 参照。また W・ヘンケル(河野正憲訳)(前注 7)一六四頁参照。
- (49) ドイツ旧破産法は、財団費用 (Masseschulden : 一般の破産手続費用) と財団債務 (Masseschulden : 主として破産財団と第三者との取引によって生ずる債務) とを区別する立場をとり、破産財団が両者を弁済するのに不足な場合には財団債務は財団費用に優先する(下破六〇)としていた。斎藤・麻上編『注解破産法(改訂第二版)』一六七頁(斎藤秀夫)(青林書院、一九九四年)参照。しかし、Balz/Landfermann, a.a.O. (前注 8), Begründung des Regierungsentwurfs zu § 62 [§ 53 InsO], S. 265. によれば、倒産法では、旧法のような財団費用と財団債務というような財団債務の分類を改めて、倒産手続の費用とその他の財団債務に分類することになったという。そして同書 § 321 [§ 209 InsO], S. 450. によれば、倒産法二〇九条は財団債務の等級に関して倒産手続の費用を配当順位的第一位に掲げるなどして新たな分類を採用しており、現行法は旧法からは内容的に変更されることになった。
- (50) 和議手続においては、事後手続、もしくは旧和議法九六条によって和議の認可後廃止までの間も続行中の和議手続においても管財人の同意を得てなされた消費貸借による請求権は、旧和議法一〇六条の明文の規定によるほか別段の定めがないかぎり、牽連破産においては破産手続開始前の債権と解されることから、手続法上の優先的保護を享受しえなくなり、それらの請求権は債権者対債権者の関係における単なる債権・債務になると解されている。Schmidt/Uhlenbruck, a.a.O. (前注 5), Rn. 722 (S. 387); Böhle - Stamschröder/Kilger/Schmidt, Insolvenzgesetz 17. Aufl. 1997, VglO § 106 Anm. 1 (S. 778); Bley/Mohrbuter, VglO Großkommentar, 2. Bd. 4. Aufl. 1981 § 106 Rn. 9 (S. 295); Obermüller, „Kredite im Vergleichsverfahren“ ZIP 1983, S. 21. 参照。なお、神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書

- (13) 獨逸民事訴訟法(IV)「破産法和議法」(和議法一〇六条)二〇三頁以下(有斐閣、一九五六年)参照。ところで、わが国においても、会社更生手続において牽連破産になった場合には、共益債権が財団債権になる旨の規定があるが(云更二四)二六条)、更生手続開始申立てが第一審で棄却された場合には、共益債権は財団債権とはならず一般債権として扱われるというのが通説とされている。詳細は、青山=清水=菅野=竹内「座談会・企業再建手続から破産手続への移行に伴う諸問題(一)」金法九〇一号八頁以下(一九七九年)、および長谷部ほか「会社更生法の立法論的再検討(第三回)」判タ一四七号二五頁(一九六三年)も参照。これに対して、民事再生法一六条四項には、そのような場合(第一審棄却の場合)についても、手続が開始されれば共益債権になったであろう債権が財団債権になる旨を明定している。「研究会・民事再生法―立法・解釈・運用―(2)」ジュリ一八四号七五頁(二〇〇〇年)(松下発言)は、「これは相手方から見ると、一審で棄却になるのか抗告審で棄却になるのかという偶然的事情に左右されずに安定して信用供与ができる。したがって、保全段階での債務者による信用の獲得を非常に楽にするのではないかと思」うとしている。
- (51) Braun, a.a.O. (前注14), S. 869 (Fn. 35). 参照。
- (52) その後の草案は概ね同様の内容を引き継いでいくことになったが、すでに倒産法委員会の第一報告書では現行規定の基本構造を、旧和議法とはかなり異なるものとして構想していたのである。Ote, a.a.O. (前注20), §264 Rn. 1. 参照。
- (53) Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Köln 1985, S. 213f. ならBork, in Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 1991 S. 51ff., 63; Kämpfer, Die Stellung von Sanierungskrediten in der Insolvenz, 1993 S. 143, 165. も同旨。法律委員会の第一報告書における二一三八項については、上原(前注7)一三五頁以下、およびW・ヘンケル(河野正憲訳)(前注7)一六五頁に訳出されている。特に後者は、同一六四頁において、更生計画の履行を監視するための事後手続における信用供与の獲得の必要性との関連で同項が提案に盛り込まれた経緯について言及している。
- (54) Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), a.a.O. (前注53), S. 17, 213f. なお、再建手続における担保権の取扱いに関する委員会提案については、三上威彦(前注13)三三四頁以下(同・前掲書(前注6)所収、とくに三五頁以下)を参照。
- (55) Braun, a.a.O. (前注14), Rn. 36 (S. 869). 参照。
- (56) わが会社更生法一一九条の三は、裁判所の許可を得て

なされた資金の借入れ、原材料の購入その他会社の事業の継続に欠かせない行為による債権は共益債権になると規定しているが、そのような共益債権の牽連破産の場合における扱いについては議論があったことについて、および民事再生法における共益債権の扱いについては(前注50)参照。

(57) Balz/Landfermann, a.a.O. (前注81), Begründung des Regierungsentwurfs zu § 311 [§ 264 InsO], S. 522. によると、「計画によって、監視の期間内に受け入れられた融資から生じた債権に対して、倒産債権者に生じた債権が計画の規定によって劣後させられるという可能性を創造した」と述べられているように、融資枠債権者は財団債権者ではないが、単なる倒産債権者と同順位の保護しか与えられないというわけでもないのである。

(58) そのような事態の発生に備えて、計画案に周到な規定を盛り込んでおくか、または更生融資債権保護のため、牽連破産に確実に移行させるような手続の運用が必要となる。わが民事再生法における扱いに関連して、寺澤「荒井

「石坂編(前注8)一四頁以下(藤原総一郎)を参照。

(59) 倒産法二六四条の範型とされる旧和議法一〇六条に關して、優先的保護を享受するために、新融資の適用目的は、当該融資が企業の維持または和議の成立に役立つものでなければならぬという和議法一〇六条の制度趣旨に合致していなければならないという Schmidt/Uhlenbruck, a.a.

O. (前注32), Rn. 715 (S. 384). 参照。

(60) 斎藤「麻上」林屋編(前注43)〔吉永順作〕二〇八頁参照。なお、ドイツ倒産法については、Balz/Landfermann, a.a.O. (前注81), Begründung des Regierungsentwurfs zu § 62 [§ 53 InsO], S. 265. 参照。

(61) 更生の成否はもとより、計画案策定時の資産評価の精度については疑問の声がある。Otte, a.a.O. (前注20), § 264 Rn. 13. は、倒産法二二九条は「ある基準日(Sichtag)に継続企業価値(Fortführungswerten)に關連して資産価値を算出することにより、実際には超過債務保証(Überschuldungssicherung; 責任財産額が被担保債務額を上回ってしまっている)によっては有効な債権者保護は保証されないはずであるから、同法二六四条一項三文が目標とする保護は、不十分なものであるという。さらに、同条による融資枠債権者の保護は、債務者の財産や債務をその清算価値(Liquidationswert)で見積り、評価するという場合にのみ当てはまる」として Braun/Uhlenbruck, a.a.O. (前注9), S. 535 (Fn. 331), 同頁。

(62) Braun, a.a.O. (前注14), S. 870ff.

(63) 倒産法改正に關して、特に担保権の扱いをめぐる憲法問題は、すでに倒産法委員会の第一報告書における提案に対して提示されていた。それは以下のようなものである。すなわち、別除権を有する債権者の手続分担保金の拠出を定

- めた規定に関して、基本法一四条二項二文による所有権の内容と限界を定めた規定を正当化し得るような公共の利益ないし公共の福祉というような根拠は成立しえないということを主張する Seuffert, Verfassungsrechtliche Fragen zu den Reformvorschlägen der Kommission für Insolvenzrecht, ZIP 1986, S. 1157, 1163. や、一方で倒産財団の強化と、無担保債権者への配当を増大させるために、無占有動産担保権の効力を厳しく制限しながら、他方で占有動産質権には手を触れないという委員会提案は基本法一四条基本権の保障に違反ではないかとの疑問を呈示する Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. VI, 1986 S. 858. や、不動産につき動産と異なした扱いをすることを内容とする委員会提案について合理的な理由がなごとの Drobnig, „Die Kreditsicherheiten im Vorschlag der Insolvenzrechtskommission“ ZGR 2/1986, S. 269. などである。なお、このような点はすでに三上威彦(前注13)三二〇頁以下〔同・前掲書(前注9)所収、とくに三八頁以下〕で紹介されている。
- (64) Baur/Stürmer, Insolvenzrecht, (Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Bd. II.) 12. Aufl. 1990, Rn. 36, 37. 参照。
- (65) Baur/Stürmer, a.a.O. (前注64), Rn36, 37. は、このような場合、「立法者は、新規定による広範な形成の余地があるということになるだろう」という。
- (66) 更生計画の認可決定後、当該計画の規定または法律によって認められた権利を除いて、計画に定めのない権利や会社財産上の担保権等は消滅すると規定する、わが会社更生法二四一条について、このような失権効は憲法二九条の定める財産権の保障に反しないかが問題となっている。最高裁は違憲ではないと判断している。最大決昭四五・二一・一六民集二四卷一三号二〇九頁。
- (67) 債務者の更生に必要な融資を提供した者の法的地位について、わが会社更生法一九九条の三は、このような者が有する債権を共益債権として扱うことを規定しており、牽連破産の場合にも同法二五条以下により財団債権として扱われる。詳細は、兼子一編『条解会社更生法(中)』四四七頁以下(弘文堂、一九七三年)参照。また民事再生法一九九条は、会社更生法と同様に共益債権として扱うことにしており、破産手続に移行了た場合は同法一六条四項・五項により財団債権として扱われる。三宅〓池田編『実務解説一問一答民事再生法』四〇八頁以下(青林書院、二〇〇〇年)、深山〓花村〓筒井〓菅家〓坂本著(前注2)一五二頁以下、高木〓山崎〓伊藤編『民事再生法の実務』一四七頁以下(きんぎょ、二〇〇〇年)など参照。なお、(前注50)参照。

(平成一三年一月一日脱稿)

〔付記〕 本稿脱稿後、以下に掲げるようにDIPファイナンスに関する多数の文献が公刊されている。たとえば、藤原総一郎「新しい企業再生手法の活用と課題」債管九四号二〇頁以下、園尾隆司「東京地裁にみる民事再生法による企業再生手続の現状と課題」債管九四号二七頁以下、井辺國夫「日本型DIPファイナンス導入の意義とガイドライン」債管九四号三八頁以下、桜井和人「事業再建法制の一層の充実に向けて」債管九四号六二頁以下、川畑正文「アメリカ合衆国における倒産手続の実務(3)」NBL七一〇号四六頁以下、高木Ⅱ園尾監修『民事再生法と金融実務』二六〇頁以下(金融財政事情研究会)、「DIPファイナンス研究会報告書(第1部)」、(第2部)、「(第3部)」NBL七一六号六四頁以下、同七一七号五四頁以下、同七一八号七一頁以下、三木浩一「会社更生法見直しの基本的視点」銀実五〇九号八頁以下、田作朋雄「ガイドライン(中間報告)とDIPファイナンス」銀実五〇九号四六頁以下、高木新二郎「DIPファイナンスとデット・エクイティ・スワップ」金法一六二七号一九頁以下、同「会社更生法改正の問題点」NBL七一二号八頁以下、櫻井和人「事業再建法制およびこれに対する利害関係人の関与のあり方について」銀法五九五号八六頁以下、田中Ⅱ福森「再生会社が望む再生資金調達(DIPファイナンス)のあり方(上)、(下)」

金法一六二九号三六頁以下、同一六三〇号三六頁以下、経済産業省経済産業局産業組織課編「会社更生法改正の方向」三二頁以下(商事法務研究会、別冊NBL六四号、高木Ⅱ伊藤編「民事再生手続運用の実情」一〇九、一一二頁および一四一頁以下(商事法務研究会、別冊NBL六五号)）。また「NBL情報・法制審議会倒産法部会(第九回会議)、第二読会を終える」NBL七二七号七四頁、および編集部「法務の話題・会社更生法改正に向けての第二読会を終了——「担当者素案」作成へ——」金法一六二九号三四頁以下、同「法務の話題・会社更生法の全面改正に向けて審議が進む」金法一六二四号三五頁以下は法制審でDIPファイナンスについて審議された様子を伝えている(以上、すべて二〇〇一年刊行)。また、わが国におけるDIPファイナンスをめぐる法制度・実務状況を詳細に紹介する藤原総一郎『DIPファイナンスの実務』(金融財政事情研究会、二〇〇二年)があり、「資料・会社更生法改正要綱試案」NBL七三三号一一頁、法務省民事局参事官室「会社更生法改正要綱試案補足説明」同誌二八頁以下、高木新二郎「新倒産法制の課題と将来」一八一頁以下(商事法務、二〇〇二年)などに接した。ただ、事務上の都合で、原稿提出から印刷までに長時間を要したために、本稿ではそれらの文献を校正段階において引用して論じることができなかったことをお断りしておきたい。