

論 説

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——

川 中 啓 由

- I はじめに
- II 連邦倒産法にみる債権の劣後化
- III 日本法への示唆とその検討
- IV むすびにかえて

I はじめに

倒産手続における実体的優先権について“優先性は債務に付着するものであり、債権者たる人に付着するものではない”といわれることがある⁽¹⁾。

もちろん債権の優先性の正当化根拠を考えると、債権者が誰であるかを軽視することはできない。そして、もし債権者たる“人”に優先権が付着するとするならば、たとえば労働債権が従業員から第三者に譲渡されたとき、権利行使者が従業員ではなく第三者になった以上、当該債権に優先権を付与する必要性はないと考えることもできる。

しかし、実体的優先性は債権自体の属性に鑑みて客観的に予め付与されているというべきであり、行使される請求権自体に実体的優先性を正当化するに足る性質が備わっているのであれば権利行使者が従業員であろうと第三者であろうと、債権の属性が変わらない以上、優先性を認めてよいと

(1) Shropshire, Woodliff & Co. v. Bush, 204 U. S. 186 (1907).

考える。なぜなら、そもそも倒産処理の目的は一般債権者の債権回収、すなわち配当の最大化と倒産による経済的波及の最小化に求めることができる⁽²⁾、破産のように複数の利害関係人の緊張関係の中で倒産処理を遂行するためには、債権の属性を踏まえて関係人の利害を適切に調整し、その序列を予め客観的に確立することが重要であり、それが手続の安定にもつながるからである。

したがって、たとえば租税債権や労働債権が財団債権であると性質決定された場合、原則として個別・具体的かつ主観的な事情によって基本的な序列が変動するようなことがあってはならないというべきである。

なお、このように考えると財団債権が破産財団を圧迫し一般債権者を害するのではないかとの疑問もある。しかし、予め客観的な序列が確立しているのであれば、一般債権者は当該債権の総額について自己の債権の引き当てとして予定することは無いはずであるから、かかる解釈によって一般債権者が特に害されることはない⁽³⁾と考える。また、債権譲受人が財団債権性を主張する場合はもちろん、近時の最高裁判例において明らかにされたように代位弁済者が（求償権の破産債権性にもかかわらず）原債権の財団債権性を主張する場合であっても、通常は一般債権者との間で衡平を害するような事情は見当たらず、債権の帰属の変動にかかわらず財団債権性を維持することに別段問題はない⁽³⁾と考える。

(2) 谷口安平『倒産処理法〔第二版〕』153頁（筑摩書房・1981）は、「倒産処理法とは、これら〔一般私〕債権の債権者をどう処遇しつつ清算または再建を遂げるかということに関する」と指摘している。

(3) 最一小判平成23年11月22日金商1380号12頁（破産）、最一小判平成23年11月24日金商1380号27頁（民事再生）。これらの事件は倒産手続における手続的な制約と原債権と求償権の関係が問題とされているが、関連事件（東京高判平成17年6月30日金商1220号2頁）につき、債権譲渡との類似性から代位弁済者の財団債権行使を肯定する見解が主張されていたところである（伊藤眞『破産法・民事再生法（第2版）』227頁注106（有斐閣・2009）、佐々木修「判批」銀法676号56頁（2007））。これに対して、杉本純子「優先権の代位と倒産手続」同法59巻1号173頁（2007）はこの場合は“代位”であるとして、連邦倒産法507条（d）を参照しつつ優先権を否定する（もっとも、この見解は労働者健

そうだとすると、倒産手続における債権の優先順位は、まず債権の属性によって客観的に決せられるのが原則ということになり、債権者の性質のような主観的ないし個別・具体的事情はあくまで二次的な考慮要素にすぎないというべきである⁽⁴⁾。

たしかに、具体的事案のもと当該債権者の性質によって債権回収の必要性が変わってくる場合もあろう。しかし、そのような主観的な事情は、債権の客観的な属性が決定した後、一般債権者との衡平を調整する場面においてのみ考慮されれば足りると考える。反面、衡平法上順位を劣後的に変動させる場合には一般債権者との衡平に照らし、主観的な特段の事情が要求されることになる⁽⁵⁾。ここに主観的な特段の事情を二次的に考慮する典型的な例として内部者債権の劣後化を挙げることができる。

康福祉機構による立替払い（賃確7条）は“代位”ではなく“譲渡”とみて優先権を肯定している。）。この限りにおいて本稿の問題意識とも関わる。

- (4) これに対して、三木浩一「財団債権の意義と範囲」山本克己＝山本和彦＝瀬戸英雄編『新破産法の理論と実務』165頁（判例タイムズ社・2008）は、中西正「財団債権の根拠」関学40巻4号362頁（1989）を引用して「債権の性質から財団債権性を定義するのは困難である。…かりにできたとしても、その範囲は不明確とならざるを得ないから、定義としては適切に機能しない」と指摘している。また、伊藤眞＝松下淳一＝山本和彦編『新破産法の基本構造と実務』343頁〔山本発言〕（ジュリ増刊・有斐閣・2007）でも、「租税債権・労働債権の財団債権性というのは、…債権の性質もちろんあるわけですが、債権者、それを請求している人の性質ないし公益性、あるいは社会的な要保護性というものに着目している部分もある」。「第三者が租税債権を弁済したからといって、それが財団債権になるとか、あるいは労働債権を代位弁済したからといって、労働者でない人が取得した債権が財団債権になるというのは…ちょっと納得できない」との指摘がなされている。しかし、たとえば一般私人が代位弁済した場合と労働者健康福祉機構が代位した場合で保護の程度が変わるとすれば、真に債権者平等が確保できるといえるかどうかは疑問もある。
- (5) 債権者平等については、中西正「債権の優先順位」ジュリ1273号71-73頁（2004）、霜島甲一『倒産法体系』189頁（勁草書房・1990）、高橋宏志「債権者の平等と衡平」ジュリ1111号156頁（1997）、鈴木祿弥「『債権者平等の原則』論序説」曹時30巻8号12頁（1997）参照。また、井上治典「債権者平等について」法政59巻3＝4号366頁（1993）にいう「債権者相互間のかかわり方のフェアネス」も示唆に富む。

我が国の倒産法をみると、再建型手続については再生計画における劣後化（民再155条1項ただし書き）や更生計画における劣後化（会更168条1項ただし書き）が認められ、相対的優先（後順位への価値配分）を許容しているが、破産手続においては法定の劣後的破産債権（破99条1項）と約定劣後破産債権（破99条2項）が認められているにすぎない。後述するように若干の例外を認める裁判例もあったが、信義則や権利濫用のような一般条項を介しての救済にとどまっている。このような状況をうけて、アメリカ連邦倒産法510条（c）に関する議論を踏まえつつ事例のパターンに応じた劣後化を検討する研究がなされているが⁽⁶⁾、これとは若干視点を変えて債権の属性の客観的な判断・認定による劣後化の可能性について検討するのが本稿の目的である。

II 連邦倒産法にみる債権の劣後化

1 衡平法上の劣後化と Deep Rock 理論

連邦倒産法510条は（a）項で合意による劣後化を、（c）項で衡平法上の劣後化をそれぞれ定めており⁽⁷⁾、とくに後者については多くの論稿で詳細な研究がなされているところであるから⁽⁸⁾、本稿では必要最小限度の言

（6） 倉部真由美「倒産手続における債権の劣後化について」同法58巻6号25頁以下（2007）。なお、柏木昇「債務者を経営支配する株主でない債権者の債権と衡平法上の劣後化」新堂古稀『民事訴訟法理論の新たな構築 下巻』492-493頁（2001）は、「アメリカでは、……劣後化を要する事例のパターンに応じて分析されていない」し、「劣後化のパターンに応じてどのような支配が必要か、という劣後化のパターンに応じた分析もされていない」としつつ、「〔日本も信義則や権利濫用の法理を利用した『粗い救済』ではなく、〕衡平法上の劣後化の根拠となる条文を設け、より木目の細かい処理をすべきである」と示唆している。

（7） なお、特定の証券取引から生じた債権の劣後化について（b）項に規定がある。

（8） さしあたり倉部・前掲注（6）1頁以下。同条の制定経緯と衡平法上の劣後

及をするにとどめる。

そもそも債務者が経済的な窮境に陥った場合、内部者のような特殊な地位にある特定の債権者がその地位を濫用して債務者を支配する危険性があり、これを牽制しなければならないので、その手段として債権の劣後化が議論される⁽⁹⁾。

債権の劣後化のうち衡平法に基づく連邦倒産法510条(c)は、子会社が破産した場合に親会社が当該子会社に対して有する債権の劣後化を認めた Taylor v. Standard Gas & Electric Co. 事件⁽¹⁰⁾と支配株主の信認義務を根拠に労働債権の優先的な回収を否定した Pepper v. Litton 事件⁽¹¹⁾により、「会社の破産または会社更生手続等において、その会社の支配株主・親会社あるいは姉妹会社等がその会社に対して有する債権……を、他の一般会社債権者（または少数株主）の利益保護のため、手続への参加から排除し、あるいはそれらを第三者の権利に対して劣後的にとりあつかう」⁽¹²⁾

化がいわゆる貸手責任（lender liability）にかかわるとの指摘として畑宏樹「倒産債権の劣後的処遇について（一）」上智40巻2号144頁以下（1996）参照。

- (9) 親会社・子会社間の債権の取扱いについては田村諄之輔『会社の基礎的変更の法理』198頁以下（有斐閣・1993）が、親会社債権、子会社債権、親会社・子会社が相互に債権を有する場合の3つに分けて詳細に分析している。同書は上記債権を内部債権と呼び、第三者の債権（外部債権）と区別する。そして、外部債権の処遇は債権者の地位の交差性、親会社・子会社の手続的・実体的一体性の問題に収斂すると指摘している。特に、同書212頁の「会社更生の場合には親子会社であったということのみを重視して一義的な議論をすることには疑問もある。親会社・子会社に別々のスポンサーがついて別々に再建の道を歩む場合、内部債権はまったく劣後的に扱ってよいかどうか、まして親会社・子会社の資産を共通なものとして考えて扱うことには問題がある」との指摘は示唆に富む。結合関係にある会社の倒産を適正に処理するための規律を考察するものとして、松下淳一「結合企業の倒産法的規律（一）～（四・完）」法協107号1761頁（1990）、同107号2022頁（1990）、同110号295頁（1993）、同110号419頁（1993）も参考になる。

- (10) Taylor v. Standard Gas & Electric Co., 306 U. S. 307 (1938).

- (11) Pepper v. Litton, 308 U. S. 295 (1939). なお、Baird は衡平法上の劣後化の法理の原点はこの Pepper v. Litton 事件にあると指摘している（DOUGLAS G. BAIRD, ELEMENTS OF BANKRUPTCY 5th 156 (2010)）。

といういわゆる Deep Rock 理論が形成され、それが1978年法で明文化されたものと考えられる⁽¹³⁾。

また、これと時期を同じくして1977年の Benjamin v. Diamond 事件⁽¹⁴⁾において、第5巡回区上訴裁判所は、衡平法上の劣後化が認められるためには当該債権者に不衡平な行為が認められること、当該行為が他の債権者を害したあるいは当該債権者に不衡平な利益をもたらしたこと、衡平法上の劣後化が倒産法の他の規定に抵触しないこと、という3要件(“three-part test”あるいは“three-prong test”と呼ばれる。)をみたす必要があるとした。もっとも、この要件(とりわけ“不衡平な行為”)の不明確性が指摘されるとともに議論の焦点は不衡平な行為の類型化にむけられてきた⁽¹⁵⁾。

ここで本稿との関係において確認されるべき点は、“不衡平な行為”が要求されていることの意味である。

衡平法上の劣後化は当該債権が単に内部者債権だから認められるわけではない。あくまで衡平の原則に照らして劣後化が正当化されるからこそ劣後的な取扱いが認められるのである。すなわち、劣後化の法理は内部者であることに対する制裁ではなく、あくまで他の一般債権者のための救済(remedy)であると考えべきである。もちろん債権者は原則として他の債権者に対して信認義務を負っているわけではないから⁽¹⁶⁾、劣後化のための要件はある程度厳格に設定されるべきである⁽¹⁷⁾。劣後化にあたり“不衡平な行為”が要求されるのもそのあらわれであり、この点が貸手責

(12) 江頭憲治郎『法人格否認の法理』292頁(東京大学出版会・1980)。

(13) 倉部・前掲注(6)7頁参照。制定については、See S. Rep. No. 989, 95th Cong., 2d Sess. 74 (1978)。

(14) Benjamin v. Diamond (*In re Mobile Steel Corp.*), 563 F. 2d 692 (5th Cir. 1977)。

(15) 要件の不明確性については、さしあたり BAIRD, *supra* note 11 at 158。

(16) 畑・前掲注(8)154頁。

(17) 4 COLLIER ON BANKRUPTCY 16th ¶510.05 [1] 510-18 (2011)。

任 (lender liability) の倒産法上の発現と評される所以であろう⁽¹⁸⁾。

しかし、たとえば外部からの信用が得られないような経済的窮境にある債務者にとって内部者等が唯一の財政的支援者であり事業再生の鍵となるような場合に、そのような者の債権まで劣後化されるべきではない。メインバンクによる誠実な（救済）融資も同様に考えることができる。このように、債権の劣後化について検討するにあたっては内部者の債権がどこまで保護されるべきかという視点についても留意される必要がある⁽¹⁹⁾。

では Deep Rock 理論をさらに進めて、“不衡平な行為”が認められない非内部者の債権の劣後化についてまでその射程を拡張することはできないのであろうか。

この点については参考になる連邦最高裁の判例があるので、以下紹介する。

2 関連する連邦最高裁判例

(1) Noland 事件⁽²⁰⁾

“不衡平な行為”の認められない非内部者の債権の典型例は、内国歳入庁 (Internal Revenue Service) のような国家機関の有する公的請求権である。本件もこの IRS の有する公的請求権の処遇が問題となった。

事案の経緯は以下の通りである。債務者 (First Truck lines, Inc.) が連邦倒産法第11章手続による救済を求めるも、その申立後も租税債務を支払わなかったため、その後第7章手続に移行するまでの租税債権とその利

(18) 畑・前掲注(8) 145-146頁参照。もっとも、*In re Structurlite Plastics Corp.*, 224 B. R. 27 (6th Cir. B. A. P. 1998) のように不衡平な行為がなくとも劣後化を許容する裁判例もあり、むしろ Benjamin v. Diamond 事件の three-prong test の限界にも注意しておく必要がある。

(19) Matthew Nozemack, *Making Sense Out of Bankruptcy Courts' Recharacterization of Claims: Why Not Use § 510 (c) Equitable Subordination?*, 56 WASH. & LEE L. REV. 719 (1999).

(20) United States v. Noland, 517 U. S. 535 (1996).

息、加算税について IRS が債権の届出 (proof of the claim) をし、連邦倒産法503条 (b)、同507条 (a) (1)、同726条 (a) (1) に基づいて管財費用 (administrative expenses) としての優先順位を主張した。

倒産裁判所は、IRS の債権は管財費用にあたり第 1 優先順位が認められるが、政府に“不衡平な行為”が認められる場合のみならず法定の優先順位のカテゴリーの調整の場合にも連邦倒産法510条 (c) の射程が及ぶとして、加算税について衡平法上の劣後化の対象とされたとした⁽²¹⁾。オハイオ州南部地区地方裁判所、第 6 巡回区上訴裁判所もこれを維持した。しかし、連邦最高裁は、倒産裁判所がエクイティ裁判所として衡平法上の劣後化法理の形成についてある程度の裁量権を有していることを認めつつも、立法議会の定めた優先順位を倒産裁判所が衡平法によって実質的に変更して債権の劣後化をすることはその裁量の範囲外である旨判示した。

従来から、破産手続における加算税の処遇についてはその劣後化の可能性が議論されてきた。すなわち、連邦倒産法507条 (a) (8) (G) は現実の財産的損失の填補に関する加算税に優先権を認めているが、それ以外の手続開始前の制裁金については優先権を認めていないので、非財産的損失についての加算税については衡平法上の劣後化が認められるとする見解が有力に主張されていたところであった⁽²²⁾。

本判決は、Deep Rock 理論における“不衡平な行為”の要否については判断するまでもないとして明言を避けているものの、エクイティ裁判所でも議会の定めた優先順位に拘束されると判示した点には意義が認められ

(21) GRANT W. NEWTON & GILBERT D. BLOOM, *BANKRUPTCY AND INSOLVENCY TAXATION* 2d, 411 (1993) も、加算税について連邦倒産法510条 (c) による劣後化を肯定している。

(22) *Id.* at 412. これを肯定する裁判例もある。*In re Justin COLIN*, 44 B. R. 806 (Bankr. S. D. N. Y. 1984); *In re Virtual Network Services Corp.*, 902 F. 2d 1246 (7th Cir. 1990); *Schultz Broadway Inn v. United States*, 912 F. 2d 230 (8th Cir. 1990); *In re Burden v. United States*, 917 F. 2d 115 (3rd Cir. 1990) etc. これに対して、*In re The Mansfield Tire & Rubber Co.*, 942 F. 2d 1055 (6th Cir. 1991) は、立法議会の判断を重視してこれを否定する。

る。また、本件は衡平法上の劣後化の制限事例として整理されているが⁽²³⁾、わが国のような成文法主義の国にとってはより積極的な意義を有しており、債権の劣後的処遇についても立法者の意思と法定の優先順位を重視すべく原則として法文の解釈によって債権の属性が客観的に定められる必要があるといえよう。

（２） CF & I Fabricators of Utah 事件⁽²⁴⁾

また、同様に IRS の有する公的請求権の劣後化の可否に関するものであるが、上記の Noland 事件で問題となった債権以上に制裁金としての性質が強い請求権の処遇が問題とされた事件がある。

事案の経緯は以下のとおりである。CF & I（とその子会社）はふたつの年金を運営していたが、CF & I は従業員退職所得保障法（the Employee Retirement Income Security Act of 1974: ERISA）⁽²⁵⁾ に基づく制度年度の最低積立拠出金を支払わずに、連邦倒産法第11章手続を申し立てるに至った。

これに対して、内国歳入庁（IRS）は内国歳入法4971条（a）に基づく（特定の年金制度への）積立不足分の10%の加算“税”について“租税”として債権の届出をした。その際、優先権の根拠は507条（a）（7）（E）の“間接税（excise tax）”ないし同条（a）（7）（G）にいわゆる財産的損失の填補としての加算税に求めたが、CF & I は当該債権が連邦倒産法510条（c）に基づいて劣後化されるべきであると主張した。

倒産裁判所は IRS の債権を認容するも、連邦倒産法507条（a）（7）⁽²⁶⁾ の優先権は否定し、連邦倒産法510条（c）による劣後化を認めた。ユタ州地方裁判所も“間接税”には該当しないとしつつ、債権の劣後化を認め

(23) BAIRD, *supra* note 11 at 157.

(24) United States, Petitioner v. Reorganized CF & I Fabricators of Utah, Inc., 518 U. S. 213 (1996).

(25) 29 U. S. C. §1001, *et seq.*

(26) 現行法では第 8 優先順位である。

た。また、第10巡回区上訴裁判所も同様に劣後化を認めている⁽²⁷⁾。

しかし連邦最高裁は、IRS の債権は“間接税”に該当せず、また衡平法上の劣後化も認められないとした。その理由は、“～税”という文言の如何にかかわらず、内国歳入法4971条は明らかに懲罰的な制裁機能を有しており、“間接税”の賦課とは性質を異にしている点に求められている。また、Noland 事件と同様に、債権者間の適切な優先順位付けないし再序列化 (reordering) は、裁判所の権限の範囲を超えて立法議会によってなされるべきものであるとの指摘もなされている。

本判決の意義は、まずひとつは Noland 事件の判断が確認された点、つぎに債権の属性の判断・認定は形式的な“～税”という文言にとらわれず、客観的かつ実質的になされるべきであるという点、そして ERISA に基づく加算“税”の制裁金的な性質から本来的な意味での“租税”との区別がなされた点にあると考えることができる。

もっとも本件についていえば、劣後的処遇が認められないということは、当該公的請求権が制裁金的な性質を有しているにもかかわらず、これを一般債権者の負担に帰するということを意味するので、この点については注意が必要であろう⁽²⁸⁾。

(3) 小括

以上のように、連邦最高裁は司法権による法定の優先順位の再序列化の限界について判示するも、“不衡平な行為”が認められない非内部者に

(27) See also NEWTON & BLOOM, *supra* note 21 at 397 f. f.. 同様の争いは、消費税 (sales tax) について City of New York v. Feiring, 313 U. S. 283 (1941) がああるほか、*In re Unified Control Systems, Inc.*, 586 F. 2d 1036 (5th Cir. 1978); *In re The Mansfield Tire & Rubber Co.*, 942 F. 2d 1055 (6th Cir. 1991) などでもみることができが、たとえば *In re The Mansfield Tire & Rubber Co.* 事件で第 6 巡回区上訴裁判所は立法議会の意図を重視しており、結論は分かれている。

(28) Simonson, *Trustee in Bankruptcy v. Granquist*, District Director of Internal Revenue, 369 U. S. 38 (1962) の反対意見も参照。

Deep Rock 理論の射程が拡張されるか否かについては周到に言及を避けている。

しかし、“不衡平な行為”が認められない非内部者の有する債権の劣後化の議論と Deep Rock 理論とは次元を異にする問題と考えることはできないであろうか。すなわち、前者がいわば債権の客観的な属性の判断・認定の問題であるのに対して、後者は“不衡平な行為”を行った者に対する非難可能性といった主観的な事情を考慮して、二次的ないし例外的に債権の劣後化を認めるものだからである。

そこで以下では、“不衡平な行為”の存在を要求されることなく債権の客観的な属性を判断・認定する手法として、債権の属性の読み替え（re-characterization）に着目して債権の劣後化の本質について検討していくことにする。

3 債権の属性の読み替え（recharacterization）

（1）意義

債権の属性の読み替え（recharacterization）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⁽²⁹⁾。その根拠は、倒産裁判所がエクイティ裁判所として有する広い裁量権に求めることができる（連邦倒産法105条）⁽³⁰⁾。たとえば、LBO

(29) Nozemack, *supra* note 19 at 705; Brighton, Jo Ann J., *Capital contribution or loan?* 21-5 A. B. I. J. 1 (2002). なお、アメリカのような債権の属性の読み替えではないが、たとえばドイツではこの種の劣後的な処遇は明文で規定されている。すなわち、InsO39条は劣後的倒産債権者について規定しており、その1項5号によれば出資者の資本代替的な貸付け（kapitalersetzenden Darlehens）の返還についての債権は劣後的に処遇されるという（Andres/ Leithaus/ Dahl, *Insolvenzordnung*, 1. Aufl., S. 126 Rdn. 8, 2006）。資本代替的な貸付については、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（1988）、判時1280号3頁（1988）、判時1283号3頁（1988）参照。

(30) 4 COLLIER, *supra* note. 17 at ¶1510. 02 [3] 510-6. See also *In re Georgetown Building Assocs*, 240 B. R. 124 (Bankr. D. C. 1999); *In re Cold Harbor*, 204

(leveraged buyout) の際に利用される買収資金についての融資が金銭消費貸借としての外観を有するにもかかわらず、その実質は資本的な性質を有する拠出金であるとみて、融資者を株主らと同列に処遇する例などが考えられる⁽³¹⁾。

このような債権の属性の読み替えは、衡平法上の劣後化が問題とされる状況と類似しており、また、その効果についても同一であることから、両者はしばしば混同されがちである。すなわち管財人は特定のローン・貸付債権について「融資のような外観を有してはいるが、実は資本的な拠出金にすぎないので、当該債務は不存在であり認容されるべきではない」と主張することが考えられるところ、これは実質的には株主のレベルにまで債権の序列を下げることを意味する。これによって配当順位が実質最下位になるのであるから、債権の劣後化と同様の効果がもたらされるわけである⁽³²⁾。

もっとも、衡平法上の劣後化が債権の属性はそのままに、主観的な事情を二次的に考慮して優先順位の変更を裁量的に認めるのに対して、債権の属性の読み替えは属性そのものを認定によって変える点に特徴があるから、両者のアプローチは明確に異なっており区別されなければならない⁽³³⁾。

(2) 債権の属性の読み替えにあたり考慮される要素

そして、すでに述べたとおり倒産手続における債権の優先順位は、まず債権の属性によって客観的に決められるべきであり、債権者の性質のよう

B. R. 904 (Bankr. E. D. Va. 1997); *In re Fett Roofing and Sheet metal Co.*, 438 F. Supp. 726 (Bankr. E. D. Va. 1977).

(31) 柏木昇「LBOと米国倒産法(1)」NBL448号6-7頁(1990)。

(32) Nozemack, *supra* note 19 at 706; Jules S. Cohen, *Shareholder Advances: Capital or Loans*, 52 AM. BANKR. L. J. 259 (1978).

(33) *In re Autostyle Plastics, Inc.*, 269 F. 3d at 748 (6th Cir. 2001) も、その機能や劣後化の範囲に相違がある旨指摘している。

な主観的ないし個別・具体的事情はあくまで二次的な考慮要素にすぎないと考えるところ、債権の属性の読み替えは当該債権自体の属性を裁判所が客観的に判断・認定する一場面に分類することができるのであるから⁽³⁴⁾、衡平法上の劣後化において主観的ないし個別・具体的事情を考慮するよりも前の段階に位置づけられるものといえる。実際、裁判所は管財人が債権について異議を述べた場合には、当該取引が債権の属性の読み替えの契機を含むものであるかどうかを検討するのが通常であるとの指摘がなされている⁽³⁵⁾。もっとも、その反面で裁判所が債権の属性の読み替えをするか否かについての明確な判断基準も存在しない⁽³⁶⁾。

では、債権の属性の読み替えのためにどのような考慮要素が考えられているのであろうか。この点については、大きく（１）契約の形式（２）契約時の財務状況（３）債権者と債務者の間の関係の３つに分けて整理されているが⁽³⁷⁾、具体的には以下の11の要素がよく挙げられる⁽³⁸⁾。

ア 債権者と株主の間の持分比率の一致

たとえば、株主が自身の株式持分比率（支配率）に見合った割合で貸付

(34) ただし、債権の性質の読み替え（recharacterization）は、あくまでも読み替えなのであり性質決定（characterization）の問題とは異なると指摘する裁判例もある（*In re Georgetown Building Assocs*, 240 B. R. at 137）。

(35) Nozemack, *supra* note 19 at 705; Cohen, *supra* note 32 at 259.

(36) Nozemack, *supra* note 19 at 707. もっとも、これは裁判所に広範な裁量権が留保されていることをも意味する。

(37) Nozemack, *supra* note 19 at 709.

(38) いわゆる eleven-factor test である。これは *Roth Steel Tube Co. v. Commissioner*, 800 F. 2d 625 (6th Cir. 1986) において提示された基準である。また、*In re Autostyle Plastics, Inc.*, 269 F. 3d 726 (6th Cir. 2001) は、*Roth Steel Tube* 事件にいわゆる11の考慮要素をひとつずつ当てはめて検討しており参考になる。See also Cohen, *supra* note 32 at 264 f. f.. なお倉部・前掲注（6）15頁以下は、株主の資本への貸付の割合、株主の支配する額と程度をも考慮要素に含むとする（Brighton, Jo Ann J., *Is It a Capital Contribution or a Loan?* 22-10 A. B. I. J. 18 (2003) も同旨。）。性質の読み替えは各要素を総合考慮のうえ判断されるから、これらの要素が付加されることに異論はない。

けをしたとすると、この場合には資本的な拠出であると考え余地もある。しかし、そのような比率と全く関係のない割合での貸付けがなされたのであれば、それはもはや単なる貸付けであると強く推認されることになる⁽³⁹⁾。

イ 資本の十分性

たとえば、深刻な過小資本の場合で、債務に対する資本の比率が極端に低いときには、ローンないし貸付けと考えるよりもむしろ資本的な拠出であると考えることに対する強力な証拠となりうる⁽⁴⁰⁾。なぜなら、このような場合には当該貸付けを新たな資本調達行為と評価する方が自然かつ合理的だからである。

ウ 弁済原資

たとえば、弁済の期待が単に借り手の事業のその後の推移ないし成功に依存しているのだとすると、それは当該貸付けが資本的な拠出であることのあらわれであるといえる⁽⁴¹⁾。これに対して、通常の貸付けであればリスケジュールリングの可能性はあるとしても、基本的には借り手の事業の推移の如何に関わらず弁済を期待することになるであろう。

エ 証書のタイトル

債権の属性の判断・認定において、まず検討されるべきは証拠となる証書のタイトルであろう。Roth Steel Tube 事件では 4 番目の考慮要素として挙げられていたが、Autostyle Plastics 事件では 1 番目の考慮要素として提示されている⁽⁴²⁾。ここでは基本的にその形式が重視されることにな

(39) Roth Steel Tube Co. v. Commissioner, 800 F. 2d at 630.

(40) *Ibid.*

(41) *Id.* at 631.

(42) 法的には順番に大きな意味はないが、4 COLLIER, *supra* note 17 at ¶1510.02 [3] でも 1 番目の考慮要素とされている。

る。

もっとも、注意すべきなのは、Roth Steel Tube 事件において指摘されているように、証書が不存在の場合には貸付けではなく資本的な拠出であることが強く推認されるという点である⁽⁴³⁾。

オ 満期と弁済計画の有無

通常の貸付けであれば満期の定めがあり債務の内容も明確であると考えられる。しかし、これに対して満期の定めや弁済のスケジュールの不存在という事情が認められるような場合には資本的な拠出であることが推認されることになる⁽⁴⁴⁾。

カ 利率と利息の支払の有無

たとえば、利率の定めや利息の支払が無い場合には、これを単なる貸付けということは困難であり、資本的な拠出であるとの強い推定が働くことになる⁽⁴⁵⁾。これも形式が重視される判断要素であり、仮に利率や利息の支払についてリスケジュールリングがなされることになったとしても、それによって単なる貸付けから資本的な取引にその属性が変更されたと評価するべきではない。

キ 貸付けに対する担保

貸付けにあたり担保を徴求することは貸し手としてごく自然かつ合理的な行動である。そうだとすると、貸付けに対する担保が徴求されていないということは、それが資本的な拠出であることを強く推認させることになる⁽⁴⁶⁾。

(43) Roth Steel Tube Co. v. Commissioner, 800 F. 2d at 631.

(44) *Ibid.*

(45) *Ibid.*

(46) *Ibid.*

ク 外部から資金を借り入れる能力

たとえば、貸付けを業とする他の者から融資を断られたというような場合であるにもかかわらず、不合理な貸付けがなされたときには、それが資本的な拠出金であることを強く推認させることになる⁽⁴⁷⁾。

なお、外部からの資金調達能力を判断するにあたっては、借り手の財務体質だけではなく、借り手が何らかの保証を準備できたかどうかといった外部的な要因も考慮されて良いものと考えられる⁽⁴⁸⁾。

ケ 貸付債権が外部債権者に劣後する程度

たとえば、他のすべての債権者が満足を得た後の弁済を合意したという場合のように、劣後的な取扱いを許容する事情がある場合には、それが単なるローン・貸付けではなく、資本的な拠出であるということを推認させる⁽⁴⁹⁾。貸し手がこのような劣後的な取扱いを合意するようなことは不自然かつ不合理であり、単なる貸付け以上の別の意図があると考えの方が自然だからである。

コ 償還のための減債基金の有無

負債償還のための減債基金 (sinking fund) を創設することができなかった場合、それがローン・貸付けではなく資本的な拠出であることの証拠となりうる⁽⁵⁰⁾。

サ 資本財産を得るために貸付金を用いた程度

たとえば、借り入れた資金が資本財の購入ではなく日々の業務に利用されていたという事情がある場合、その資金は経常運転資金として必要であ

(47) *Ibid.*

(48) *In re Autostyle Plastics, Inc.*, 269 F. 3d at 752.

(49) *Roth Steel Tube Co. v. Commissioner*, 800 F. 2d 625.

(50) *Id.* at 632.

ったと考えることができるので、資本的な提出ではなく、真の意味で借入れであったことが推認される⁽⁵¹⁾。

債権の属性の読み替えにあたっては、これらの要素を総合的に衡量して事案ごと個別に判断されることになるが、これは要するに対等な独立当事者間でなされた合意が資本的な提出としての意味を有していたのか単なるローン・貸付けの意味にすぎなかったのかを客観的に判断・認定しているにほかならないものと考えることができ、やはり衡平法上の劣後化の延長線上で議論される問題ではないというべきである⁽⁵²⁾。

（３） 若干の具体例

債権の属性の読み替えが認められた具体的な事例としては、たとえば *Diasonics v. Ingalls* 事件⁽⁵³⁾ を挙げることができる。

その事案の概要はつぎのようなものである。*Diasonics* は *Synergetics*（債務者）の無担保債権者である。債務者は第11章手続を申し立てるも、*Diasonics* は、*National Plastics* と *Ingalls* の債権を、債権の属性の読み替えあるいは連邦倒産法510条（c）に基づく衡平法上の劣後化によって劣後的に取り扱うことを裁判所に求めた。これに対して、裁判所は、*Ingalls* は *National Plastics*（資金を *Ingalls* から債務者に供給するためだけに存在する。）というパイプを通して、債務者を所有・支配していると判断した。また *Ingalls* は当該資金供給を長期のローン・貸付けとして取り扱い、その税金還付に際してもローンとして申告していたと認定した。その結果、裁判所は *Ingalls* の行為について、“不衡平な行為”の証明は不十分であるからこれを認めることはできないとして衡平法上の劣後化は否定

(51) *Ibid.*

(52) ただし *Brighton*, *supra* note 38 at 18は、衡平法上の劣後化の契機となる行為の定義の検討と読み替えのための要素の検討は軌を一にしている旨を指摘している。

(53) *Diasonics, Inc. v. Ingalls*, 121 B. R. 626 (Bankr. N. D. Fla. 1990).

するも、本件貸付けはローンというよりはむしろ資本的な拠出金であったとして債権の属性の読み替えを認めている。

なお、このような裁判例に対して、立法議会の定めた連邦倒産法の規定を重視して、法は債権の額とその認否 (the allowance or disallowance) の決定を裁判所に委ねてはいるが、債権の属性の決定までは認めていないとして、債権の劣後化はあくまで連邦倒産法510条 (c) によって実現されるべきであるとする裁判例もある⁽⁵⁴⁾。もっとも、このような裁判所の判断に対しては、債権の属性が資本的な拠出金であることが明らかである場合には、倒産裁判所はその読み替えをする権限を有するといふべきであり、そのように解さなければ (その当否にかかわらず) 当事者が合意した属性に倒産裁判所が拘束されることになってしまい、裁判所が取引の実態を判断することができず妥当でないという批判が考えられる⁽⁵⁵⁾。

(4) 小括

このように債権の属性の読み替えの理論は、その適用範囲や方法に争いもあるが実務上も有用な解釈手法であることは間違いない。ただ、債権の属性を読み替える必要のある場面が衡平法上の劣後化の場面と類似するために両者が混同されているのは問題であり、やはり両者は明確に区別されるべきである。その意味で、事例を債権の属性の読み替えだけで処理することも、債権の劣後化をする場合に必ず連邦倒産法510条 (c) によらなければならないと解することも、いずれも極端であって妥当ではないと考える。

実際の手続においては、まず債権の存在とその属性が客観的に確定される。そして債権の存在が客観的に確定してはじめて、個別に衡平法上の劣

(54) Unsecured Creditors' Comms. of Pacific Express, Express, Inc. v. Pioneer Commercial Funding Corp. (*In re Pacific Express, Inc.*), 69 B. R. 112 (9th Cir. B. A. P. 1986); *In re Pinetree Partners, Ltd.* 87 B. R. 481 (Bankr. N. D. Ohio 1988).

(55) Nozmack, *supra* note 19 at 717.

後化を正当化するに足りる事情の存在と連邦倒産法510条（c）の適用が検討されることになるのである。両者の理論的な次元の違いと機能の違いは明確に認識されなければならない。

以上のように考えてみると、債権の劣後化の議論は、ひとつには連邦倒産法510条（c）にみるような衡平法上の事情の考慮による文脈と、もうひとつには債権の属性の読み替えに通じる裁判所の判断・認定権限に関する文脈のふたつがある。そして、この枠組みは我が国の破産法の解釈においても同様に妥当するものと考えることができる。

たしかに、債権の属性の読み替えはローン・貸付けを資本的な拠出金に読み替えるという場面に限定して論じられてはいるが、これを債権の属性の客観的な判断・認定の一場面であると考えるならば、我が国における破産手続においても債権の属性の客観的な判断・認定は必ず必要とされといえる。そして、そのような判断・認定がなされる場合に契約書などにあらわれる形式的な属性も判断要素として重要であることは間違いないが、裁判所はそのような外観だけに依存することなく実質的な債権の内実を客観的に判断し、その属性を認定することが肝要である。そして、衡平法上の劣後化にあたる議論は、このような議論の後に別途検討されるにすぎないのである。

以下では、このようなアメリカ連邦倒産法の議論を参考に、我が国における債権の属性の客観的な判断・認定のいくつかの場面について検討してみることにする。

III 日本法への示唆と検討

1 我が国における劣後化の視点

まずはじめに、我が国の破産法のもとで劣後化がどのように議論され、どのように認められる余地があるのかを確認しておくことにする。

我が国の裁判例のなかで債権の劣後化を認めた数少ないものとして広島地裁福山支決平成10年3月6日判時1660号112頁を挙げることができる。

その事案は、原告が破産宣告（当時）を受けた破産会社の借入金債務を代位弁済したことによる求償金債権を破産債権として届け出たのに対して、被告らが債権者として債権調査期日において異議を述べたことによる破産債権確定訴訟に関するものである。この訴訟において被告らは、Deep Rock 理論を援用し、届出債権に対し、会社の倒産手続上支配株主や親会社の権利を一般債権者の権利よりも劣後的に扱うべきであると主張した。

これに対して、本決定は、「我が国の破産法上、……〔Deep Rock の〕法理論と同旨の規範を直接根拠づける条項はなく、むしろ明文上規定されている優先破産債権、劣後的破産債権及びその他の一般破産債権の区別を除くと、各同順位の破産債権は平等に扱うものとされている」ので、Deep Rock 理論については主張自体失当であるが、「〔理論〕の背景にあるとされる（公平（衡平）の原理）は我が国の破産手続においても妥当するものであって、形式的には一般破産債権者とされる者であっても、破産者との関係、破産者の事業経営に対する関与の仕方・程度等によっては、破産手続上他の一般破産債権者と平等の立場で破産財団から配当を受けるべく債権を行使することが信義則に反し許されない場合もある」として信義則による処理を認めた。そして、「原告は、資本関係では破産会社の親会社には該当しないものの、破産会社を自社の専属的下請企業とし、平成五年以降は資金面においてもこれを全面的に支援していたのみならず、同年五月以降はその経営全般を管理支配する一方で、破産会社の経営がすでに危機的狀態にあり、倒産が不可避であることを認識しながら、受注工事の継続という自社の都合から破産会社の延命をはかる間、外注先に破産会社振出の約束手形を受け取らせて損害を与える結果となった」という事情のもとでは、「原告が故意に破産会社の倒産の原因を発生させたとはまでは認められないが、倒産のタイミングを計っていたという限りでは破産会社

を『計画倒産』させたとさえなくもない」のであって、このような事実関係に照らすと、他の一般破産債権者の届出債権さえ満足させることのできない破産財団から原告が他の一般債権者と同等の立場で配当を受けるべく、本件届出債権を行使することは信義則に反し許されない」とした。このような信義則による処理は主観的ないし個別的事情が二次的に考慮される場合の典型であるといえる。

しかし、これを理論として一般化することは困難であり、その類型化にも限界がある。むしろ、成文法国家である我が国において重要なのは、アメリカ連邦倒産法における recharacterization にみられたような債権の属性の読み替えあるいは債権の属性の客観的な判断・認定ではなかろうか。

我が国の破産法の立場を確認しておく、いわゆる絶対的優先原則（APR）のもとでも上位者が下位者に対してその優先権を合意に基づいて与えることは問題ないとされており⁽⁵⁶⁾、これを受けて約定劣後破産債権は明文で許容されている（破99条2項）が⁽⁵⁷⁾、それ以外の債権の優先権の序列は法律で客観的に定められるべきであり、債権の優先劣後の問題はその客観的な序列のうちどこに含まれるかという判断・認定にあると考えられる。

(56) なお、再建手続における絶対優先原則の下での権利分配の方法については、山本慶子「再建型倒産手続における利害関係人の間の『公正・衡平』な権利分配のあり方」金融研究（日本銀行金融研究所）2008年12月号111頁以下が参考になる。田村・前掲注（9）149頁以下も参照。また、倒産法についての契約型モデルと倒産合意の可能性については、See Ziad Raymond Azar, *BANKRUPTCY POLICY, LEGAL HERITAGE, AND FINANCIAL DEVELOPMENT: AN AGENDA FOR FURTHER RESERCH*, 24 EMORY BANKR. DEV. J. 401 (2008).

(57) この点についての立法に向けた当時の議論として山本克己「新再建型手続における倒産実体法の考察」NBL664号29頁（1999）、山本克己「債権劣後化の約定と倒産処理手続—立法論的検討」ジュリ1217号53頁以下（2002）が参考になる。なお、実務的な視点としていわゆるメザニン・ローンの法的な位置付けについての江口直明「日本における MBO ファイナンスの法律的側面（上）」金法1623号31頁（2001）、江口直明「日本における MBO ファイナンスの法律的側面（下）」金法1624号29頁（2001）も参照。

アメリカ連邦倒産法における債権の属性の読み替えの議論は、当事者間でなされた合意の真の意図が資本的な金銭の拠出にあったのか、単なるローン・貸付けにあったのかを客観的に認定するものであった。これに対して、Noland 事件や CF & I Fabricators of Utah 事件にみるような加算税などの公的請求権については、強制金としての性格から当事者間の合意は観念できない。しかし外観にとらわれることなく、その強制金賦課の制度趣旨等から債権の属性を客観的に認定していくことは可能であろう。

そこで、以下では我が国の破産法の立法経緯を確認しつつ、当時から問題とされていた附帯税の処遇ならびに近時問題とされている独占禁止法における課徴金請求権の処遇を素材として、それらの債権の劣後化について検討してみることにする。

2 破産手続における附帯税債権の処遇

(1) 現行法における加算税等の処遇

現行破産法の立法にあたり租税債権の財団債権性の見直しは大きなテーマとされたが、それと並行して制裁金的な性質を有する附帯税についても議論がなされた。

まず確認すべきは、Noland 事件で問題となったような加算税について明文で劣後的破産債権として処遇することが示されている点である（破99条1項1号，同97条5号⁽⁵⁸⁾）。これは立法担当者によれば「これらが申告納税制度に伴う申告義務または源泉徴収による税の納付義務が適正に履行されない場合に課される附帯税であり，制裁金としての性格を有することを考慮し，罰金等の請求権と同様，破産手続開始前の原因に基づくものも含めて劣後的破産債権としている」⁽⁵⁹⁾と説明されている。加算税等は本来破

(58) 破産法97条5号は加算税，過小申告加算税，無申告加算税，不納付加算税及び重加算税又は加算金の請求権は他の破産債権（約定劣後破産債権を除く）に後れる旨規定している。なお同6号は罰金，科料，追徴金，過料等の請求権（「罰金等の請求権」）について定めている。

(59) 小川秀樹『一問一答 新しい破産法』195頁（商事法務・2004）。

産者が負担するべきものであって、破産債権者に転嫁される筋合いのものでないことからみて妥当であろう。特に注目すべきは、“租税”という言葉から形式的に優先権を定めるのではなく⁽⁶⁰⁾、その内実、すなわちこの場合であれば制裁金としての性格に着目することで劣後化を実現した点であろう。これにより法律レベルで劣後化が実現したのであるから、Noland 事件の問題意識は我が国では明文で解決されているといえる⁽⁶¹⁾。

もっとも、近時、旧法下の事案であるが破産手続開始後の破産管財人の報酬について源泉所得税及び不納付加算税の納税義務が存在しないことの確認を求めるとともに、予備的に当該債権が財団債権ではないことの確認を求めた実質的当事者訴訟に関する最二小判平成23年1月14日民集65巻1号1頁が注目された⁽⁶²⁾。この判決において最高裁は「破産管財人の報酬は、破産手続の遂行のために必要な費用であり、それ自体が破産財団の管理の上で当然支出を要する経費に属するものであるから、その支払の際に破産管財人が控除した源泉所得税の納付義務は、破産債権者において共益的な支出として共同負担するのが相当である。したがって、弁護士である

(60) 金子宏『租税法〔第14版〕』617頁（弘文堂・2009）によれば、そもそも附帯税は国税の附帯債務であり、本来の意味における租税ではない。

(61) 倉部・前掲注（6）13頁。

(62) 本件は、破産管財人の報酬のほか、破産会社の元従業員ら270名（破産手続開始と同時に退職）を債権者とする退職金債権についても問題とされているが、最高裁は「破産者が雇用していた労働者との間において、破産宣告前の雇用関係に関し直接の債権債務関係に立つものではなく、破産債権である雇用関係に基づく退職手当等の債権に対して配当をする場合も、これを破産手続上の職務の遂行として行うのであるから、このような破産管財人と労働者との間に、使用者と労働者との関係に準ずるような特に密接な関係があるということはない」、 「破産宣告前の雇用関係に基づく退職手当等の支払に関し、その支払の際に所得税の源泉徴収をすべき者としての地位を破産者から当然に承継すると解すべき法令上の根拠は存しない」として、所得税法199条の「支払をする者」に含まれず、源泉徴収義務も負わない旨判示した。なお、退職手当等についての源泉徴収税に関する平成12年8月分の不納付加算税の賦課決定は、別訴の取消訴訟が認容されたため当初から発生しなかったことになり、本件確認の利益を欠くとして却下されている。

破産管財人の報酬に係る源泉所得税の債権は、旧破産法47条2号ただし書にいう『破産財団ニ関シテ生シタルモノ』として、財団債権に当たる」としたうえで、「不納付加算税の債権も、本税である源泉所得税の債権に附帯して生ずるものであるから、旧破産法の下において、財団債権に当たる」と判示した。

本稿との関係では、この判例の加算税に関する判断の射程が現行法にも及ぶかどうかについて議論の余地があると考えられる⁽⁶³⁾。

たしかに、従前のように本税と附帯税を一体的に捉える考え方をベースにするならば、本判決のような解釈も可能ではある。

しかし、そのような解釈は旧態依然としており、加算税についてその制裁金としての性質に鑑み手続開始の前後を問わず劣後化するとした現行法の立法趣旨に照らして疑問があるといわざるを得ない。また、ここにいう“制裁”は破産管財人の（自己の）報酬についての源泉所得税の不納付に対するものであるが、加算税の財団債権性の肯定により破産管財人の責任が一般債権者に転嫁させられることになり、それを正当化する根拠も乏しい。

したがって、請求権の内実をみて客観的にその属性を決定しなければならないと考える本稿の立場からすると本判決の加算税についての判断の射程は現行法には及ばないと考えられるべきであろう。

（２） 手続開始前の原因に基づく租税債権に生じる開始後の延滞税等の処遇

ア 立法段階における議論

以上のように、加算税等については現行法において立法的な手当がなされたのであるが、附帯税のカテゴリーにはその後も残されている問題があると考えられる。それは破産手続開始前の原因に基づく租税債権に発生す

(63) 金春「本件判批」ジュリ1440号140頁（2012）は肯定か。

る手続開始後の延滞税等の処遇である。これは立法段階でも大きく議論がなされていたテーマのひとつであり、『検討課題』⁽⁶⁴⁾では「破産宣告前の原因に基づいて生ずる租税債権について破産宣告後に生ずる延滞税等の附帯税は、劣後的破産債権とする」⁽⁶⁵⁾との提案がなされていた。その趣旨は「破産宣告後の破産債権の利息や債務不履行による損害賠償と実質的には同様の性格を有することから、これらの債権が劣後的破産債権とされることが（破産法第46条第1号及び第2号）と同様に、劣後的破産債権とする」⁽⁶⁶⁾という点にある。

これに対して、『検討課題』を受けつつも『中間試案』⁽⁶⁷⁾は、「（1）〔破産宣告前の原因に基づいて生じた租税債権の取扱い〕により財団債権となる租税債権の附帯税は財団債権とし、（1）により優先的破産債権となる租税債権の附帯税は劣後的破産債権とするものとする」とした。この取扱いが多分に徴税実務を意識した結果とおもわれるが、「附帯税の発生の基因となる租税債権が財団債権となるものについては、当該租税債権につき随時に弁済を受けられる地位にあるのであるから（第49条）、その弁済が遅延したことに伴って生ずる破産宣告後の附帯税についても、財団債権とするのが相当であると考えられることによるものである。他方、附帯税の発生の基因となる租税債権が優先的破産債権となるものについては、その附帯税部分は宣告後の利息・損害金に相当するものであるから、他の優先的破産債権についてと同様、劣後的破産債権とするのが相当である」⁽⁶⁸⁾と

(64) 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 倒産法制に関する改正検討事項とその補足説明』別冊 NBL46号（1998）。

(65) 『検討課題』・前掲注（64）52頁。

(66) 『検討課題』・前掲注（64）97頁。なお、そこでは「附帯税には、…延滞金…利子税…加算税…等があり、それぞれ性格が異なるものであるから、その性格に応じて、異なる取扱いとすることも検討する必要がある」との指摘もなされている。

(67) 法制審議会倒産法部会決定／法務省民事局参事官室『破産法等の見直しに関する中間試案と解説』別冊 NBL74号（2002）。

(68) 『中間試案』・前掲注（67）127頁以下。

説明されている。

イ 現行法上の取扱い

では、現行法上、どのように解されるべきであろうか。

まず、学説の一般的な考え方は、『中間試案』を受けて、財団債権とされる租税債権について発生した附帯税（利子税、延滞税）は本税に準じた地位にあるとして財団債権となると解している。

たしかに、財団債権とされる租税債権について発生した、破産手続開始前の延滞税であればこのように解するべきであろう。しかし、財団債権とされる租税債権について発生した破産手続開始後の附帯税までも財団債権として扱わなければならないものであろうか。

この点についても支配的な見解は、「利子税、延滞税などの附帯税については、…同97条本文から（財団債権であるものを除いている）、財団債権になると解される」⁽⁶⁹⁾として破産法97条柱書きの括弧書きを根拠に財団債権になるとする。ここで、なぜこのような附帯税が当然のように破産法97条本文の括弧書きに含まれるのが問題となるが、これは破産管財人が本税につき随時弁済をしなかったという不作為によって生じた債権であると考え、破産法148条1項4号の「破産財団に関し破産管財人がした行為によって生じた請求権」にあたるために財団債権とされると構成することになる⁽⁷⁰⁾。

しかし、ここで問題になっている延滞税等の内実に目を向けると、それは『検討課題』において指摘されていたように破産手続開始後に生じた債務不履行に基づく損害賠償請求権や利息請求権にほかならない。そうだと

(69) 中西正「債権の優先順位」ジュリ1273号69頁（2004）。

(70) 小川・前掲注（59）194-195頁参照。このように解すると、延滞税の免除（税通令26条の2第1項）・地方税法にいう延滞税の減免・納税猶予等の場合の延滞税の免除（税徴63条5項・6項）の余地があるにとどまる（日本弁護士連合会倒産法制検討委員会『要点解説 新破産法』166-167頁（商事法務・2004）参照）。

すると、解釈としては破産法97条1号や2号と同様に3号での劣後化が認められる余地があるのではなかろうか。すなわち、3号は「破産手続開始後の」延滞税等（破97条3号）を劣後的破産債権（破99条1項1号）とするのみ規定しているのであるから、財団債権として取り扱われる租税債権の附帯税であっても、破産手続開始後に発生する延滞税等をすべて劣後的破産債権として取り扱うことも可能であり、「破産手続開始後の利息の請求権」（破97条1号）や「破産手続後の不履行による損害賠償又は違約金の請求権」（同2号）と同じ性質の請求権として、これらとともに劣後的に取り扱うと解することが可能であるようにおもわれる。（破99条1項1号）⁽⁷¹⁾。

もっとも、このように解すると、その限りにおいて本条柱書きの括弧書きが死文化することになるが、この点については破産管財人への責任追及（破85条参照）の問題として議論するのであれば格別、一般債権者への転嫁をすべきではないからそれもやむを得ないと考える。また破産手続開始前の租税債権に生じる延滞税等は、本税とともに財団を圧迫するに十分な金額となることが多く、破産手続開始後に生じたものについてだけでも劣後化して破産財団の維持増殖を図ることができるのであれば、「破産の破産」

(71) 倒産実体法研究会「倒産実体法の立法論的研究（四）」民商114巻6号134頁〔伊藤眞〕（1996）、浦野雄幸「最近破産事情（7）事件処理の改善策と法改正に望むもの」NBL358号55頁（1986）、山内八郎「破産法上の租税請求権等の取扱い」判タ514号138頁（1984）、上野久徳「破産と税金処理」判タ209号114頁（1967）、桃原健二「破産手続における租税債権の取扱いをめぐる諸問題」税法536号46・55頁（1996）等参照。また、岡正晶「個人破産と所得税一昭和四三年一〇月八日判決の再検討一」金子古稀『公法学の法と政策（上）』344頁（有斐閣・2000）も三宅省三「破産法の一部改正を望む」自由と正義34巻1号108頁（1983）を引用しつつ「破産宣告後の延滞税などは、公平感からみても、劣後的破産債権を規定する破産法四六条第一号の『破産宣告後の利息』の文言からみても、劣後的破産債権と解釈すべきであるし、またその解釈も可能」としつつ「しかしよりはっきりさせるために立法で解決すべきであろう」と指摘する（これに対して、村松圭「破産法にいう財団債権とされる租税の範囲について」税大論叢12号167頁（1978）は反対。）。

防止という政策目的にも資するというべきである。これは近時指摘されている「〔現行法においても〕依然として倒産手続全体における租税債権のプライオリティは高く設定されすぎて……〔おり、〕現代社会における倒産手続の目的や社会的要請を考慮した上で、再度租税債権の優先的取扱いについて検討を行い、その他の労働債権や商取引債権を保護するために租税債権の優先権を制限する場面があっても良い」⁽⁷²⁾との改正提言の問題意識とも平仄のあう議論ではなかろうか。

なお、優先的破産債権として取り扱われる部分に発生した破産手続開始後の附帯税は、『中間試案』の文言通り現行法においても破産法97条3号、同99条1項1号により劣後的破産債権として取り扱われている⁽⁷³⁾。

(3) 小括

以上、立法段階から議論されてきた附帯税の処遇について試論として述べた⁽⁷⁴⁾。ここでの特徴は請求権の内実を目を向けることにより、債権の属性を客観的に確定して、解釈により劣後化を実現することができるという点にある。その意味では、従来から述べられてきたような衡平法上の債権の劣後化とはその次元を異にしている。

ところで、近時、これと類似の問題として課徴金請求権（独禁7条の2）の処遇を如何に考えるべきかという問題が指摘されているので、以下あわせて若干の検討を試みる。

3 破産手続における課徴金請求権の処遇

(1) 問題の所在

債権の属性を客観的に確定することが必要となるものとして、上記のよ

(72) 杉本純子「倒産手続におけるプライオリティ体系修正の試み—租税債権・労働債権・商取引債権について—」倒産法改正研究会『提言 倒産法改正』17頁（きんざい・2012）。

(73) 小川・前掲注（59）195頁参照。

(74) 伊藤眞＝松下淳一＝山本和彦・前掲注（4）332頁〔花村発言〕は反対。

うな附帯税のほか、独占禁止法や金融商品取引法にいわゆる課徴金請求権がありうる。

独占禁止法上の課徴金と金融商品取引法上のそれとは、いずれもその目的において共通点が認められるが⁽⁷⁵⁾、賦課手続等も含めて考えると相違もあるので一応分けて論ずる必要がある。本稿では、近時制裁金としての性質を強くしつつある独占禁止法上の課徴金請求権について取り上げることにする。

後述するように独占禁止法上の課徴金制度はその趣旨に争いがある。すなわち、ひとつの考え方は“違反行為による不当利得の剥奪、吐き出し”であり、もうひとつは“制裁”である。両者は必ずしも択一的なものとはおもわれないが、いずれを重視するかによって破産法上の取扱いに違いが生じ得るし、また課徴金の額が相当大きくなる可能性も考慮すると、これを客観的に確定しておく必要が大きい。そこで、以下では課徴金請求権の性質について若干の検討をしてみたい。

（２） 課徴金請求権の法的性質

2005年の独占禁止法改正はいわゆる課徴金減免制度（leniency program）を導入したことで知られているが、同時に課徴金算定率の引き上げもひとつの大きな柱とされ、これに関連して課徴金請求権の法的性質の変容に注目が集まった⁽⁷⁶⁾。すなわち、従来から課徴金制度では不当利得

(75) 金融商品取引法における課徴金の法的性質については、さしあたり山下友信＝神田秀樹『金融商品取引法概説』446頁以下（有斐閣・2010）参照。なお、同448頁は「金融商品取引法の課徴金についても平成20（2008）年改正に際しては、利益の額にとらわれるべきではないかどうかは議論されたが、結論は出ず、利益の額を基本とする考え方は維持しつつ、算出方法を見直し、課徴金の額の水準が実質的に引上げられるにとどめられた。しかし、金融商品取引法でも……違法な利益の剥奪という性格はやはり崩れつつある」と指摘している。導入当時の議論としては、橋本博之「証券取引法における課徴金制度の導入」商事1707号4頁（2004）、森田章「証券取引法上の民事救済としての課徴金制度のあり方」商事1736号16頁（2005）等参照。

の剥奪、利得の「吐き出し」（「やり得」の防止⁽⁷⁷⁾）という趣旨が重視されてきたが、2005年改正法の算定率の引き上げにより、違反行為によって得られた不当な利得相当額以上の金銭を徴収する仕組みを採用したことになったため、課徴金請求権の法的性質が変容したのではないかというのである。

課徴金請求権の法的性質は刑事罰との併科が二重処罰の禁止（憲39条後段）に反しないかという議論と密接に関係し、「刑罰は刑法規範的非難の実現形式であり、その内容は法益の剥奪である。これに対して、課徴金は、独禁法違反行為により取得した利益を国家が剥奪するもので、非難としての性格を有しない。……したがって、刑罰と課徴金は二重処罰には当たらない」⁽⁷⁸⁾として否定されるのが一般的であった。2005年改正法は、課徴金算定率の引き上げと同時に課徴金と刑事罰の間の調整規定を設けているものの⁽⁷⁹⁾、「〔課徴金の〕『法律的な性格』自体は、刑法の没収に類するような『剥奪』ではなく、あくまで金銭的不利益を課す『行政上の措置』である」⁽⁸⁰⁾ことが確認されているので、改正後も同様の考え方は維持しよう⁽⁸¹⁾。

では、ひとまず課徴金が“刑罰”でないとしても⁽⁸²⁾、その法的性質は

(76) 改正の概要はさしあたり、諏訪園貞明編著『平成17年改正独占禁止法—新しい課徴金制度と審判・犯則調査制度の逐条解説』（商事法務・2005）参照。

(77) 金井貴嗣＝川濱昇＝泉水文雄編著『独占禁止法〔第3版〕』477頁（弘文堂・2010）。

(78) 野村稔『経済刑法の論点』36-37頁（現代法律出版・2002）。東京高判平成5年5月21日高刑集46巻2号108頁も参照。

(79) 立法論としては、行政制裁金一本化論もあり得た。その概要については土田和博「行政制裁金制度」『独占禁止法改正』経法26号65頁以下（2005）参照。

(80) 諏訪園貞明「改正独占禁止法の解説」商事1733号5頁（2005）。

(81) 金井ほか・前掲注（77）479頁同旨。

(82) 佐伯仁志「独禁法改正と二重処罰の問題」『独占禁止法改正』経法26号56頁以下（2005）の指摘によれば、制裁プラス α で刑事責任の問題になるのである。何をもってプラス α と考えるか、要するに程度問題であるともいえる。

いかなるものと考えるべきであろうか。

この問題を検討するにあたっては、改正前の2003年に公表された独占禁止法研究会（公正取引委員会所管）による「独占禁止法研究会報告書」が参考になる。

当該「報告書」によれば、課徴金制度を「違反行為による社会の経済的厚生への損失を負担又は補償させることで社会的公正を確保し、また、将来に向かって違反行為の不作為義務の履行を促すなどの行政上の目的を達成するための行政上の措置として位置付け」⁽⁸³⁾ つつ、「経済的不利益の水準が不当利得を超える金額の徴収へと変更される……〔と〕、課徴金制度の性格が変わり、社会的にみて制裁としての機能が強まる」⁽⁸⁴⁾ ことが指摘されている。

これに対して、「報告書」を課徴金制度の趣旨の変更であるとみる見解から「課徴金率の引上げのためだけに、四半世紀運用してきた課徴金制度自体の趣旨と性格を変更することは適切か、……千差万別の『社会的損失』に一律の平均値をとることは適切か、またその客観的な算出と擬制ができるか」⁽⁸⁵⁾ などの問題点が指摘されたが、結局、「報告書」のように課徴金の算定率の引上げが2005年改正法においてなされ、「改正後の課徴金制度については、不当利得相当額以上の金銭を徴収する仕組みとすることで行政上の制裁としての機能をより強めた」⁽⁸⁶⁾ と説明されている。なお、

(83) 独占禁止法研究会（公正取引委員会所管）「独占禁止法研究会報告書」13頁（2003）。当該報告書の概要については、さしあたり諏訪園貞明「独占禁止法研究会報告書と措置体系の見直し」商事1680号16頁以下（2003）参照。

(84) 「独占禁止法研究会報告書」・前掲注（83）17頁。なお、金井貴嗣「総論・課徴金制度の改正」『独占禁止法改正』経法26号18頁（2005）は「研究会報告書の考え方は、現行法が、違反行為による『利得』を基礎として課徴金の水準を考えていたのを、違反行為がもたらす『社会的損失』を基礎にしている点で、大きく異なっている」と指摘している。

(85) 伊従寛「独禁法研究会報告『措置体系の見直し』の問題点」商事1684号15頁（2003）。

(86) 金井ほか・前掲注（77）478頁。白石忠志『独占禁止法〔第2版〕』498-499頁（有斐閣・2009）、根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説〔第3版〕』330頁

「“不当な経済的利得の剥奪による社会的公正の確保”という考え方は、制度の趣旨・目的としては明確に否定され、違反行為の抑止に一本化されることになった」⁽⁸⁷⁾との指摘も併せて参考になる。

また、改正前から指摘されているところであるが、「独占禁止法が、課徴金によって剥奪しようとする不当な経済的利得とは、あくまでカルテルが行われた結果、その経済的効果によってカルテルに参加した事業者に帰属する不当な利得を指すものであり、しかも、同法は、現実には、法政策的観点から、あるいは法技術的制約等を考慮し、具体的なカルテル行為による現実の経済的利得そのものとは一応切り離し、一律かつ画一的に算定する売上額に一定の比率を乗ずる方法により算出された金額をいわば観念的に、右の剥奪すべき経済的利得と擬制しているの……に対し、民法上の不当利得に関する制度は、専ら公平の観点から権利主体相互の利害の調整を図ろうとする私法上の制度であって、前示の課徴金制度とはその趣旨・目的を異にするものであり、両者が、その法律要件と効果を異にするものであることはいうまでもないから、実質的観点からも、不当利得制度の下において返還を求められている利得の具体的な内容が、賦課される課徴金と同一の性質のものとして、重複する関係に立つとみるべきか否かは、これを一般的、抽象的に論ずることはできず、個別的、具体的な検討を加えたうえ、判断することを要する」⁽⁸⁸⁾とされているように、不当利得といっても一般私法上の不当利得とはその意味合いが異なる点には注意が必要である。また、課徴金納付命令が非裁量的な行政処分であり国庫に納付されるという点でも民法上の不当利得とは性質を異にするといえよう⁽⁸⁹⁾。

(有斐閣・2006)、村上政博『独占禁止法〔第4版〕』381頁(弘文堂・2011)も参照。

(87) 岸井大太郎「課徴金制度の強化—平成17年改正の意義と評価」『独占禁止法改正』経法26号26頁(2005)。

(88) 東京高判平成9年6月6日判時1621号98頁。その上告審である最三小判平成10年10月13日裁集民190号1頁も同旨。

(89) この点で、同様に制裁金としての性質を有するも裁量的命令であるとされる

（３） 破産手続における課徴金請求権の処遇

このように検討してみると、破産手続における課徴金請求権の性質について次のように整理することができる。

まず、課徴金納付命令は刑罰ではないので、罰金に準じるものとして破産法97条6号に含まれると解することはできないが、制裁金としての性質があることは間違いない。また、違反行為を繰り返す事業者が少なくないなかで、「一般消費者の利益を確保し、また、我が国の国際競争力を回復するなど我が国経済の再生を図って行く上では、独占禁止法違反行為〔カルテル・入札談合等〕に対する執行力・抑止力を十分なものとしていく必要があ〔る〕」⁽⁹⁰⁾といわれる最近の傾向として、その制裁金としての性質が徐々に強調されつつあるものと考えることができる。

つぎに、課徴金の趣旨について“不当利得”という言葉は使われているが、請求権者は国であって、また支払われた課徴金は国庫に帰属するにすぎないのであるから、「市民同士の、いわば積極的な、表側の法的関係について、これを裏側から検討する場合に、表側の解決だけでは利益の帰属と損失の負担が公平を欠き、これを是正しないと市民法として堪えられない不公平・不公正が認められるときに、これを除去するという働き」⁽⁹¹⁾をする一般私法における不当利得返還請求権とはその性質も異なる应考虑すべきであろう。そうだとすると、仮に破産手続開始後に破産財団に生じた不当利得額が観念できるとしても、破産法148条1項5号によって財団債権とすることもできないと考えられる。

以上を踏まえてみてみると、課徴金請求権の処遇が問題になるとすれば、破産手続開始前の独占禁止法違反行為について課された場合であろうから、破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として破

付加金（労基114条）とも対照的である。付加金については、さしあたり菅野和夫『労働法〔第7版〕』91頁（弘文堂・2005）参照。

(90) 「独占禁止法研究会報告書」・前掲注（83）9頁参照。

(91) 我妻榮＝有泉亭＝清水誠＝田山輝明著『我妻・有泉コンメンタール民法・総則・物権・債権』1208頁（日本評論社・2005）。

産債権に該当すると考えてよい。しかし、課徴金の支払の意味を破産手続との関係で改めて捉え直してみると以下のような特殊性がある。すなわち、そもそも破産手続は一般債権者の債権回収と配当の最大化、そしてその経済的波及の最小化にあると考えるところ、課徴金は国が権利者となって制裁を課すだけであるから、本来破産者が受けるべき制裁を一般債権者に転嫁することを意味する。しかも、国は制裁者としての立場しか有していないにも関わらず、一般債権者の配当財源から一定の金銭を確保することになるが、同列とはいえ、その“利益”を受ける正当化根拠は破産法的には脆弱である。

そこで、何らかの解釈をもって課徴金請求権の劣後化を検討する必要がある、それは破産法97条5号を類推適用することによって実現可能なのではないかと考える。

たしかに、倒産手続における債権の優先順位は、債権の属性によって客観的に決せられるのが原則と考えるべきであるが、これは文言解釈しか認めないということを意味しない。類推解釈によって債権の客観的な属性の決定ができるのであればそれも可能というべきである。

これを課徴金請求権についてみるならば、国庫に帰属する制裁金としての性質を有する国の債権であることは明らかであるから、加算税等に関する破産法97条5号の類推の基礎は十分にあると考える。

(4) 小括

以上のように考えてみると、課徴金請求権の性質は、その趣旨に照らして一義的には定まらないが、不当利得として一般債権者に転嫁できる性質のものではないこと、近時の傾向として制裁金としての性質を強くしつつあることが明らかになった。

そこで、破産法97条5号の類推適用をすることで、破産法99条1項1号により劣後的破産債権として取り扱われるものとする。

このように解すると、国は制裁金を確保することができなくなるが、そ

のかわりに一般債権者による手続のコントロールの可能性が徒らに害されるおそれもないのであるから、破産による経済的な波及の最小化の視点からみるならば妥当である。また、課徴金請求権の劣後化を見越して破産手続開始前に違反行為を行う者が増えるのではないかという懸念もないではないが、企業継続を念頭におくカルテル・入札談合等についてかかるインセンティブは生じにくいようにおもわれるし、なによりそのような懸念があるとしても、破産手続において破産者から一般債権者に責任を転嫁することは破産手続の実効性確保の要請に照らして認められるべきではない。

IV むすびにかえて

以上、本稿では債権の劣後化の一側面について検討してきた。

すでに述べたとおり従来から債権の劣後化について多くの研究がなされてきているが、その多くはいわゆる衡平法上の劣後化に関わるものであった。しかし、これに相当する明文規定をもたない我が国においては、信義則や権利濫用といった一般条項を介した救済の問題とするほかに、その理論的な一般化や類型化には一定の限界がある。そのことは、たとえば近時公表された「①実質的衡平を確保するために、劣後的倒産債権の規定を設ける〔倒産債権の劣後化の趣旨とおもわれる〕。②劣後化される債権の範囲は、いわゆる内部者債権に限らないが、非内部者の債権を劣後化する場合は、当該債権者が債務者を支配する関係にあることを要件とする。③劣後化の要件は、（ア）内部者又は会社を支配する者であること、（イ）これらの者の不衡平な行為があることとする。なお、実質的な判断が不可避であることからすると、条文の文言はある程度抽象的なものとせざるを得ないのではないと思われる。④上記の倒産債権の劣後化は、実質的平等を図るものであり、更生法168条1項ただし書及び再生法155条1項ただし書と共通性を有するものであるが、これらの規定については、倒産債権の劣後化の新設にかかわらず、変更を加えないこととする。」⁽⁹²⁾との改正提

言からも窺い知ることができる。

そこで本稿は、若干異なる視点からの検討を試みたわけである。

その特徴は次のような点にある。すなわち、成文法国である我が国では、アメリカ以上に債権の劣後化のために明文の根拠を重視すべきところ（その意味では、上記の衡平法上の劣後化の明文化を志向する提言に異論はない。）、現行の破産法が劣後的破産債権について比較的詳細な規定を有していることに着目し、債権の客観的属性の判断・認定による債権の劣後化の可能性を模索した点である。つまり、従来から債権の劣後化は主観的ないし個別的事情を考慮した二次的な考慮の問題として議論されてきたのであるが、本稿はその前段階にあたる債権の属性の客観的な判断・認定のレベルにおいて債権の劣後化の可能性を検討したわけである。

具体的には、まず附帯税のうち、立法で劣後的破産債権として扱われることが明らかにされた加算税等の処遇について指摘した。これは従来からの徴税実務にならない解釈の余地がないようにおもわれた点について、その趣旨に遡ることで客観的な属性を改めて検討する余地を生じた好例である。

これと同様のアプローチは、たとえば手続開始前の原因に基づく租税債権に生じる開始後の延滞税等の処遇や独占禁止法7条の2にいわゆる課徴金請求権の処遇についても可能である。

また、このほかに貸付けを資本的な拠出金に読み替えるという recharacterization で問題とされた状況も客観的な属性の判断・認定の一場面といえよう。この問題は、当事者間でいかなる合意がなされたかという主観的な事情をも考慮している点に特徴があるが、これはあくまで当該債権の客観的な属性の確定のためにその意図を判断材料とせざるを得ないのであって、主観的事情から債権の劣後化を認めるという衡平法上の債権の劣後化とは次元を異にする点で注意を要する。

(92) 小島伸夫「倒産債権（内部者債権）の劣後化」東京弁護士会倒産法部『倒産法改正展望』492頁（商事法務・2012）。

もっとも、両者はつぎのような共通点もある。すなわち、衡平法上の劣後化が内部者に対する制裁ではなく一般債権者に対する救済と考えるべきであることはすでに述べたとおりであるが、債権の属性の判断・認定による劣後化も一般債権者の救済となりうる。なぜなら、債権の劣後化の問題に衡平法上の劣後化だけでなく、債権の属性の判断・認定による劣後化という新たな柱を設けることは破産手続における一般債権者による手続コントロールの可能性を広げることにもつながるからである。

以上のように、破産手続における債権の劣後化の一側面を検討することは、一般債権者による手続コントロールの可能性を模索することにもなり、重要な意義を有しているのである。