

Title	民事再生手続における保全処分の機能と展開 (二)
Author(s)	藤本, 利一
Citation	阪大法学. 2014, 64(1), p. 51-71
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/71485
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

民事再生手続における保全処分機能と展開(二)

藤 本 利 一

四 アメリカ法の実務——申立後(開始後) 弁済の必要性と *Kmart* 判決の衝撃

債務者は、とくにDIP型の倒産手続を申し立てた後、その管理処分権や事業遂行権を失うことはない。しかし、まったくの「白紙委任」⁽⁷⁾がなされているわけではなく、どのような行為をすることができるのか、その規律を考へることは重要である。前章において見たように、民事再生手続の保全段階における中核的処分は、弁済禁止の保全処分であった。申立後、ただちに保全措置が取られているわが国の現状からすれば、倒産手続開始決定の効果の発生をできる限り申立時に近づける実務が一般化していると評価できるのではないか。そこで、本稿では、とくに、債務者の弁済行為について焦点を絞り、分析を進めたい。保全段階を持つわが国の民事再生手続と異なる点はあるにせよ、それが事実上極小化している今日において、申立てについて直ちに手続開始の効果結びつけるアメリカ合衆国連邦倒産法の検討にも、それなりの意義はあると思われる。本稿が弁済について注目することから、そこでの地における「弁済の必要性に関するルール (Necessity of Payment Rule)」⁽⁸⁾ および *Critical Vendor Orders* について、その展開を俯瞰し、日本法への一定の示唆を考えてみたい。本章では、まず、アメリカ法の実務の展開を概

観し、Kmart判決⁽⁷⁹⁾の登場、とくにEisenberg判事の意見が提起した、理論的にも重要な問題を確認する。

1 プライオリティ・ルールに関する前提

ここでは、まず、Tabb教授の分析を借りて、アメリカ連邦倒産法におけるプライオリティ・ルールの基本的な仕組みを確認しておく。連邦議会は、倒産事件における債権の弁済について、かなり具体的なスキームを定めている⁽⁸⁰⁾。担保権はその目的物の価値の範囲で弁済され、一般債権は、担保権への弁済後、残った倒産財団から弁済される⁽⁸¹⁾。一般債権は、さらに、優先的なものと劣後するものに分類される⁽⁸²⁾。第七章手続において、優先債権は、一般債権が弁済される前に、弁済されなければならない(連邦倒産法七二六条^(a)⁽⁸³⁾)。一般債権は、残余財産から、按分比例で弁済を受ける(七二六条^(a)⁽²⁾、^(b)⁽⁸⁴⁾)。

第一章手続において、再建計画が認可されるためには、優先債権が全額弁済を受けていなければならないが(連邦倒産法五〇七条、一一二九条^(a)⁽⁹⁾)、一般債権に対してそうした弁済を強制するルールは存在しない⁽⁸⁵⁾。一般債権者は、各人が、清算価値以上のものを弁済されなければならない(連邦倒産法一一二九条^(a)⁽⁷⁾⁽⁸⁶⁾)。利害関係のあるすべての組が同意するのであれば、一般債権は、計画において、別々に分類され、かつ組によって異なった扱いを受けることが可能となる⁽⁸⁷⁾。一つでも反対する組があれば、計画が認可されるために、当該計画が「不公平な差別をすることなく、公正かつ衡平なものでなければならぬ」(連邦倒産法一一二九条^(b)⁽⁸⁸⁾)。

Tabb教授の解説において、何よりも重要なことは、連邦倒産法が、債権のプライオリティ・ルールを変更したり、新たなプライオリティを作り出す権限を、倒産裁判所には付与していないということである⁽⁸⁹⁾。

2 債務者による「弁済」の正当化根拠

連邦倒産法上、手続開始前の原因に基づく一般債権に弁済したり、プライオリティ・ルールを変更する明文の規定がないにもかかわらず、多数の倒産裁判所は、同法一〇五条(a)に基づく衡平法上の権限を行使して、第一章手続開始直後における、一般債権への弁済を許可してきた、とされる⁽⁹⁰⁾。弁済の対象となる債権は、通常、申立前の、債務者従業員のみ未払い賃金と、重要な取引先の売掛債権である⁽⁹¹⁾。

こうした弁済を基礎づける根拠はこうである。まず、これらの重要な債権は、債務者の再建の機会を保障するために、弁済される必要がある⁽⁹²⁾。また、事業の再建は、最重要の目的であり、それは、いかなる手段も正当化するものである⁽⁹³⁾。従業員や取引先がもし申立前の未払いの債権について弁済を受けないとすれば、彼らが、債務者のために働くことをやめ、債務者との取引を中止して、債務者の再建の機会を損なうのは、間違いないであろう、というのである⁽⁹⁴⁾。このことは、それらの債権者が開始後の債権について全額の弁済を受けたとしても変わらない、とされる⁽⁹⁵⁾。要するに、労働債権者と重要な取引債権者は、債務者に対して強い影響力を有しているのである⁽⁹⁶⁾。彼らは、債務者に、連邦倒産法のプライオリティ・ルールに違反し、他の債権者に優先した弁済を「強要する」ことすらできる、との強い表現が用いられている⁽⁹⁷⁾。

この種の「必要な」債権を弁済する実務は、「弁済の必要性に関するルール」ないし「必要性の原則 (Doctrine of Necessity)」と呼ばれてきたものであり、そして、今日、それは「Critical Vendor Orders」という見出しでたびたび論じられている⁽⁹⁸⁾。

3 「弁済の必要性」に関するルール (Necessity of Payment Rule) の意義

「弁済の必要性に関するルール」は、一九世紀末において、鉄道企業の事業再建を扱う、連邦のエクイティ・レシーバーシップに由来する⁽⁹⁹⁾。このルールは、鉄道会社に提供された物やサービスの対価のうち重要なものについて未払いのものがあれば、申立後直ちに弁済することを許可するものであるけれども、従業員の未払いの給与の支払いは適用されなかったことには留意するべきである⁽¹⁰⁰⁾。また、このルールは、外国債権者にも、不法行為債権者にも適用されなかった⁽¹⁰¹⁾。こうしたルールについて問題となるのは、債権者の処遇に関する不平等さである。このルールの適用に際し、エクイティ裁判所は、経済的制裁を課することをちらつかせ、弁済を強要していた債権者に屈したのだ、という強い表現が「Tabb教授によりなされている⁽¹⁰²⁾。いずれにせよ、債権者間の不平等を正当化するため、鉄道会社の事業継続の「公益性」に重きを置いた説明がなされていたようである⁽¹⁰³⁾。

「弁済の必要性に関するルール」と同じように、鉄道事件の破綻処理のなかで発展したルールとして、「六ヶ月ルール (Six Months' Rule)」と呼ばれるものがあつた⁽¹⁰⁴⁾。この「六ヶ月ルール」は、鉄道会社に提供された物やサービスに関する債権について、倒産手続開始の申立ての六ヶ月前になされた場合に限り、公益債権として弁済することができる、というルールであつた⁽¹⁰⁵⁾。

「弁済の必要性に関するルール」は、「六ヶ月ルール」とよく混同されたといわれる⁽¹⁰⁶⁾。両者ともに、事業再建の目的のため、再建計画によることなく、早期に一般債権を弁済することでは共通している⁽¹⁰⁷⁾。Tabb教授いわく、「弁済の必要性に関するルール」は、プライオリティの変更に関するルールではなく、弁済の可否に関するルールである、とされるが、この点には注意を払うべきであろう⁽¹⁰⁸⁾。すなわち、このルールについては、管財人が当該債務をもし弁済しないとすれば、債権者は、鉄道会社の事業継続に不可欠な物やサービスの提供をやめてしまう、とい

う理由付けがなされていた⁽¹⁰⁾。これに対し、「六ヶ月ルール」は、プライオリティの変更を認めるルールであった点で異なるものとされる⁽¹¹⁾。このルールは、エクイティ上の原状回復法理 (equitable restitution) に基づくものであり、その理論的基礎は、申立時の債務者財産は、申立前六ヶ月までになされた信用取引の引き当てとなる、というものであった⁽¹²⁾。

この「六ヶ月ルール」は、連邦倒産法に明文化されたが、その適用は鉄道会社事件に限定された (連邦倒産法一一七一条^(b))⁽¹²⁾。一方で、連邦倒産法には、「必要な弁済ルール」は規定されなかった⁽¹³⁾。にもかかわらず、Kmart 判決が二〇〇四年になされるまで、連邦倒産法一〇五条^(a)に基づき倒産裁判所に認められるエクイティ上の権限を根拠として、「必要な」弁済は、一般に、許可されてきたのである⁽¹⁴⁾。

ハワード、Douglas G. Baird 教授の指摘を踏まえ、商取引債権について、「必要」とされる弁済の典型例を確認しておく。右に述べた諸ルールの前提となるのは、次のような事例であった。鉄道会社の事業は、当時も、数千マイルに及ぶものであり、その鉄道が施設された各土地に供給業者が存在していた。その重要な供給物は、石炭と水である⁽¹⁵⁾。そうした供給業者の債権は、通常、鉄道事業の巨大さに比較すれば、少額なものであった⁽¹⁶⁾。そしてより重要なことは、辺鄙な場所であるけれども、しかし、鉄道が通っている小さな町にある、そうした (いわば唯一の) 業者は、鉄道会社の事業を停止させるような力を持っていたことである⁽¹⁷⁾。そうした田舎にある小さな会社が、鉄道会社の命運を握っていた。必要な燃料 (石炭と水) が供給されなければ、汽車が止まってしまい、しかもその影響は、全米の列車運行に影響を与えるからである。レシーバーには、こうした業者へ弁済する権限が与えられていた⁽¹⁸⁾。もつとも、そうした弁済の根拠や基準は明らかではなく、ただ、それが、「必要だから」ということとどまるものであった⁽¹⁹⁾。数百万ドルといった鉄道会社の負担する総債務額からすれば、全米のあちらこちらに存在するとはい

え、二、三〇〇〇ドルといったきわめて小さな債務の弁済の可否に、頭を悩ませることは意味のないこととされたようである⁽¹²⁾。しかし、Baum教授によれば、このことについて、中小企業の事案では、事情が異なる可能性がある⁽¹²⁾と示唆される。なぜなら、こうした企業は、現金取引などの手法を用いて、新しい業者と取引をすれば足りるからである⁽¹²⁾。以上の指摘は、日本航空の会社更生手続事件における商取引債権への弁済に関する論点を想起させるとともに、民事再生手続が主として念頭におく中小企業の事案でも、有益なものであろう。

4 Critical Vendor Ordersの実務とその問題性

Critical Vendor Ordersは、当たり前の実務として、各地域で行われていたようである。しかし、実際には、多数の連邦控訴裁判所が、それに対して批判的な判断を繰り返していた。いったいどのような問題がそこに潜んでいたであろうか。本節では、実務の展開を踏まえつつ、その点を明らかにしたい。

(1) 前 提

欧米では、商取引債権の弁済の問題はそれほどセンセーショナルな問題ではないといわれる⁽¹³⁾。その理由は、日本とは違って欧米では売掛金のサイトが格段に短いため、商取引債権の金額が少ないからであるとされる⁽¹³⁾。たとえば、アメリカ合衆国では、売掛金のサイトは、物の受渡後一五日から六五日程度であるとされ、平均すれば四〇日程度といわれる⁽¹³⁾。それゆえ、未払いの商取引債権の存在が倒産手続開始後の資金繰りに対して及ぼす影響は、日本と比べて格段に低いとも評される⁽¹³⁾。こうした前提のもと、連邦倒産法第一章手続を日常的に取扱う専門裁判所（倒産裁判所）は、長い間、違和感なく当然のこととして商取引債権の支払継続を許可してきたようである。そして、その主たる根拠は、先に述べたように、連邦倒産法一〇五条(a)項に基づく裁判所の包括的裁量権限であった。

(2) Critical Vendor Orders の展開とその問題

優先権のない倒産債権を再建計画によらず申立直後に弁済する実務について、その沿革と問題点につき、主として、Baird 教授の分析に依拠して概説する⁽¹²⁷⁾。この実務は、一九世紀、鉄道会社の再建のために用いられたレシーバシップの手続にその起源が認められる⁽¹²⁸⁾。当時の鉄道会社は、歴史上初めての巨大企業であった⁽¹²⁹⁾。鉄道会社は、複雑な資本構造を持ち、その鉄道事業は数千マイルに展開するものであった⁽¹³⁰⁾。そのため、供給業者も同様に全米に存在した⁽¹³¹⁾。こうした事情から、供給業者の有する債権は、当時、全体からみれば、取るに足らないものと解されていたようである⁽¹³²⁾。しかし、供給業者の多くは、鉄道会社の事業を妨げるような力を持っていた⁽¹³³⁾。たとえば、小さな田舎町で、鉄道会社に石炭や水を供給する人は、鉄道の運行に十分な脅威を与えることができた。ただ、その有する債権額は、何億ドルもの債務を処理するスキームからすれば、きわめて少額であり、その債務を弁済するかどうかを問題にすること自体、価値のないことである⁽¹³⁴⁾。

もともと、中小企業の再建については、事情が異なる。典型的な中小企業の再建事件において、取引債権者は債務者の債務全体の中で大きな割合を占めており、先の例に示された水等の供給業者のような存在ではない⁽¹³⁵⁾。また、債権者は、現金取引をすることで、その取引先を変更し、新たな供給業者と取引することもできる⁽¹³⁶⁾。その結果、鉄道会社以外の事件において、「必要性の原則」は、確固たる地位を獲得することができなかった⁽¹³⁷⁾。要するに、取引債権者には簡単に弁済がなされることはなかったというところである⁽¹³⁸⁾。

連邦倒産法制定前において、そうした取引債権者への弁済がなされることもあったとされるが、その許容性について訴訟で争われることはほとんどなかったとされる⁽¹³⁹⁾。連邦倒産法が制定されたときも、すでに述べたように、その法律の中に明文の規定が置かれることはなかった⁽¹⁴⁰⁾。

しかしながら、連邦倒産法（一九七八年法）制定後、第一章手続の事件において、Critical Vendors に対して再建計画によらず、早期の段階で弁済する実務が発展した⁽¹⁴¹⁾。次第に、裁判官と弁護士は、Critical Vendor Orders を発令し、かつそれを獲得することに慣れ親しむようになり、弁済総額が巨額になるようになった⁽¹⁴²⁾。その結果、抜け目のない供給業者は、債務者に対して、自己を Critical Vendor として処遇するように求め始めたが、それに抵抗するインセンティブは、債務者企業の経営者にはほとんど存在しなかった⁽¹⁴³⁾。また、倒産裁判官も、異議が出ない限り、それに反対することはあまりなかったとされる⁽¹⁴⁴⁾。Baird 教授によれば、倒産裁判官の中には、自分が「有害な裁判官」というレッテルを貼られることをおそれたり、かつ、第一章手続の大規模倒産事件から外されることをおそれる者がいた、という⁽¹⁴⁵⁾。

一九九〇年代に Critical Vendor Orders の件数と規模は拡大したが、その根拠を連邦倒産法に結びつけて論じることがほとんどなかったとされる⁽¹⁴⁶⁾。連邦控訴裁判所は、どんなに定着した実務であっても、法に基づくものであるべきだと警告を発していたようであるが、そのことが省みられることはなかったようである⁽¹⁴⁷⁾。Tabb 教授の指摘を借りれば次のようなことになる。多数の倒産裁判所が、債務者企業の再建を実現するため、「必要な」弁済を許可する権限⁽¹⁴⁸⁾を一般的に有すると判示していたが、第七巡回区連邦控訴裁判所が Kmart 判決をなすまで、この論点を検討した連邦控訴裁判所は、みな、倒産裁判所が、手続の開始後早い段階で、特定の一般債権者への弁済を許可して、連邦倒産法のプライオリティ・ルールに干渉する権限を何ら持たない、と判示していた⁽¹⁴⁹⁾。債権者への弁済について判断するのは、「立法機関」の中核的権限であり、倒産裁判所により事後的に判断されるものではないということである⁽¹⁵⁰⁾。連邦最高裁判所は、その判決において、「倒産手続における債権の取扱いについての判断は、エクイティの法理によって定まるものではなく、プライオリティの変更は、立法機関が考えるレヴェルの事柄であり、司

法権の範囲を逸脱するものである⁽¹⁵⁾、と強調していた⁽¹⁶⁾。

要するに、上級裁判所レビュールでは、「必要性の原則」や Critical Vendor Orders は、法に違反するとして、一貫して問題視されていたのであり、それを考慮することなく、実務が進んでいたことになる。こうした傾向にインパクトを与える判決が、第七巡回区連邦控訴裁判所から生まれた。いわゆる Kmart 判決である。

5 Kmart 判決の衝撃

Kmart 判決は、裁判実務と法に示されていることが完全に乖離していたことを明確に判示した興味深い事件である⁽¹⁸⁾。この判決はそれにとどまらず、理論研究者の注目を集めるような理論的提言を含んだものであった。

(1) 事案の概要

Kmart 社は、第一章手続を申し立てたその日に、Kmart 社の事業継続に必要な不可欠な取引先 (Critical Vendors) に対する倒産手続開始前の原因に基づく商取引債権について、総額で三億ドルを弁済することの許可を倒産裁判所に求めた⁽¹⁹⁾。同社の CEO によれば、取引を継続するために、現金取引などを行うつもりはまったくなく、取引先は、今後二年間、通常のサイト (信用供与期間) で商品を供給することに同意することを条件とした⁽²⁰⁾。

シカゴの倒産裁判所判事である Susan Pierson Sonderly は、Kmart 社が提案した必要不可欠な商取引債権者への弁済について、許可命令を発した⁽²¹⁾。この許可に際し、Critical Vendors とされなかったその他の債権者には、告知聴聞の機会が与えられず、上記商取引債権への弁済により、その他の債権者らがより多くの利益を得るという事実を示すことも求められなかった⁽²²⁾。たんに、その弁済が「債務者、債務者財産、債権者の最善の利益」にかなうということ、連邦倒産法一〇五条(a)を根拠に述べただけであった。

こうした許可の帰結はこうである。Kmart社は二、三三〇の商取引債権者に全額弁済（総額三億ドル）を行い、二〇〇〇あまりの「必要不可欠」であるとされなかった商取引債権者と、四三、〇〇〇の無担保債権者には、一〇%の弁済を行っただけであった。⁽¹⁵⁹⁾

(2) 連邦地裁判決とその帰結

Critical Vendors とされなかった債権者 (Capital Factors 社) が、Sonderby 判事の弁済許可命令について、シカゴ連邦地裁判所に不服申立てをした。二〇〇三年四月に、同裁判所は、倒産裁判所には Critical Vendors に弁済を許可する制定法上の、あるいはエクイティ上の権限は存在しないという、一連の連邦控訴裁判所の判決に従い、かかる許可命令は違法であるとしてそれを破棄した。⁽¹⁶⁰⁾ 「連邦倒産法が定めるプライオリティ・ルールを無視することはできない。本件弁済は、連邦倒産法によって正当化されない。連邦議会は、倒産手続開始前の原因に基づく債権について、必要性の原則を定めてはおらず、再建計画によらない弁済を認めてもいない。」⁽¹⁶¹⁾

この判決に対して、第七巡回区連邦控訴裁判所へ事件が上訴された。同裁判所は次のように判示した。倒産裁判所は、連邦倒産法一〇五条(a)に基づき、その衡平法上の権限を行使し、制定法上のプライオリティ・ルールを変更することができるできない、と。⁽¹⁶²⁾ しかし、同裁判所は、それに続けて、傍論ではあるが、「Critical Vendor Orders」の権限は、通常の事業の範囲外で、管財人に財団所屬財産の使用、売却、または賃貸を認める三六三条(b)(1)に基づいて認められる、とした。⁽¹⁶³⁾ しかし、連邦控訴裁判所は、たとえ三六三条(b)(1)により Critical Vendor Orders が理論上正当化されるとしても、裁判所に提出された記録によれば、本件ではそれを許可するに十分な証明がなされているとはいえない、と判示した。⁽¹⁶⁴⁾

(3) Frank Easterbrook 判事の意見

第七巡回区連邦控訴裁判所による Kmart 判決の影響は、きわめて大きいものであった。それは、従前の倒産実務に対して、手厳しい判断を突きつけただけではなく、理論研究者に対しても、安易に債権者平等原則に依拠することを許さない、大きな問題提起を行うものであった。ここでは、そうした重要な Kmart 判決を書いた Frank Easterbrook 判事の意見を紹介する。

まず、Easterbrook 判事は、連邦倒産法一〇五条(a)は、倒産法のプライオリティを変更する権限までを裁判所に与えているのではないとして、同条を根拠にしてきた従前の実務に対して、鋭い警句を發した。それまで特定の重要な商取引債権への弁済は、「必要性の原則」という名の下に行われてきたけれども、そうした原則は、控訴審裁判官を説得するには不十分なものであり、「連邦倒産法を修正する権限を付与するための」著名なラベルにすぎないものである、とした。⁽¹⁶⁵⁾ 連邦倒産法一〇五条(a)は、倒産裁判官に、同法の諸規定を実現するために必要な命令等を与えず権限を付与しているが、それは、実体法上の権利を創設する権限までも与えるものではなく、たんに、連邦倒産法の実体規定を適用する権限を認めただけ過ぎない、という。⁽¹⁶⁶⁾ 同条項によっても、倒産裁判官は、自己の持つ正義や公正の考えに基づいて、自由裁量権を行使できるのではないのである。⁽¹⁶⁷⁾

そのように述べて、連邦地裁の判断を支持したのであるが、彼の判決理由はここで終わらなかつた。Critical Vendors への弁済をする権限の根拠を、連邦倒産法上の別の規定に求めたのであった。その規定とは、管財人が通常の営業の過程によらずに財団を使用・売却できると定めた連邦倒産法三六三条(b)(1)である。すなわち、本件のような商取引債権への弁済は、三六三条(b)(1)が認める、財団財産の「利用」なのである。⁽¹⁶⁸⁾ しかし、こうした弁済は、連邦倒産法が定める債権者平等原則を侵害するおそれがある。⁽¹⁶⁹⁾ そこで、Easterbrook 判事は、契約や連邦倒産法に

より定められるプライオリティ・ルールをできる限り侵害しないよう、慎重に三六三条(b)(1)を適用するべきであると述べた。⁽¹⁷⁾ それゆえ、三六三条(b)を通して商取引債権への弁済が許されるとしても、連邦地裁が本件弁済許可を否定することは可能であった、とした。⁽¹⁷⁾ たとえば、倒産裁判官は、本件の一部の債権者が「Critical」であることを十分に検討していない、というのである。⁽¹⁷⁾ そして、重要な要件を示した。(1)直ちに申立前債権の弁済をしなければ取引を停止されてしまうこと、⁽¹⁷⁾ (2)優先弁済をすること、その他の一般無担保権者の分け前は優先弁済しないケースと同等かそれ以上になること、⁽¹⁷⁾ および(3)一般債権者に対する平等違反が、事業の再建を実現する唯一の手段であること、⁽¹⁷⁾ である。

Eastbrook 判事の理論は、従前の実務に対して、「けじめ」をつけただけでなく、商取引債権者への弁済という、再建型倒産手続では避けて通れない手段について、その理論的正当性をあらためて問う、重要な提言であった。

6 小 括

プライオリティ・ルールは、たとえば、連邦倒産法に定められているが、何よりもまず確認しておくべきことは、倒産裁判所には、そうしたルールを変更する権限はない、ということである。しかし、アメリカ合衆国の倒産実務では、連邦倒産法一〇五条(a)を根拠にして、第一章手続申立直後に、一部の倒産債権に弁済を行ってきた。こうした弁済の対象となった債権は、沿革上、主として、従業員に対する未払いの賃金債権と重要な取引先の売掛債権(取引債権)であった。債務者の事業を再建する必要性から、こうした弁済は正当化されていたが、連邦倒産法の実務では、その根拠が一〇五条(a)という裁判所の権限を定めた一般的な規定であったため、その正当性はたえず疑問にさらされ、上級審の判断も、こうした実務には厳しいものであった。もともと、倒産実務は、そうした批判に

耳を貸そうとはしなかったようである。

「必要な」弁済のルールについては、大きく、二つのものが存在した。一つは、鉄道事件の破綻処理のなかで発展した「弁済の必要性に関するルール」ないし「必要性の原則」と呼ばれてきたものであり、今日の「Critical Vendor Orders」につながるものである。今一つは、「六ヶ月ルール」と呼ばれるものであり、これも同様に鉄道事件の破綻処理のなから生まれたものである。この「六ヶ月ルール」によれば、鉄道会社に提供された物やサービスに関する債権については、倒産手続開始の申立ての六ヶ月前までになされた場合に限り、共益債権として弁済をすることができた。重要なことは、これら「必要性」の議論において前提とされていたのは、鉄道会社の列車運行に不可欠な石炭と水を供給する会社が持つ少額債権に対する弁済であった。こうした会社（取引先）は全米各地に多数存在し、鉄道会社の命運を握っていたともいわれる。日本航空事件の航空機燃料の確保の問題と同様、他に選択肢（他の供給会社へ乗り換えること）が選べない状況であった。もともと、このことを、現金取引などの手法を用いて、比較的簡単に、他の供給業者と新たな取引をすることができる、中小企業一般にあてはめてよいかは問題であると思われる。

これら二つのルールは、よく混同されたといわれる。もともと、Tabb 教授によれば、前者は「弁済の可否」に関するルールであり、連邦倒産法には規定されなかったのに対し、後者はプライオリティ・ルールを変更するものであり、連邦倒産法一一七一条(b)に規定された。そのため、連邦倒産法制定後、「弁済の必要性に関するルール」が、同法一〇五条(a)を根拠にした商取引債権の弁済との関係で議論されることとなった。

こうした Critical Vendor Orders の問題を検討した連邦控訴裁判所は、みな、手続の開始後早い段階で、特定の一般債権者への弁済を許可して、連邦倒産法のプライオリティ・ルールに干渉する権限を倒産裁判所は何ら持たな

い、と判示していた。債権者への弁済について判断するのは、「立法機関」の中核的権限であり、裁判所により事後的に判断されるものではないということである。連邦最高裁判所は、その判決において、「倒産手続における債権の取扱いについての判断は、エクイティの法理によって定まるものではなく、プライオリティの変更は、立法機関が考えるレヴェルの事柄であり、司法権の範囲を逸脱するものである」と強調していた。

こうした中、従前の実務を正面から否定した、第七巡回区連邦控訴裁判所による *Kmart* 判決のインパクトは強烈であった。二〇〇〇年代初頭、*United Airlines* 事件、*Conseco* 事件等の大規模倒産事件は、通常、第七巡回区が管轄するシカゴの倒産裁判所に申し立てられていた。しかし、皮肉なことに、*Kmart* 判決以降、誰もシカゴの倒産裁判所に申立てをしなくなった。⁽¹⁷⁶⁾シカゴの倒産裁判所が「倒産」したとも揶揄されている。とはいえ、*Easterbrook* 判事の判決理由の登場によって、従来から存在した *Critical Vendor Orders* を巡る問題は、それほど重要なものではなくなったと評価されている。⁽¹⁷⁷⁾実務上、倒産手続の申立前に、どの債権者に弁済をしておくか、注意深く事前のプランを立てるようになったとされ、また、二〇〇五年の連邦倒産法改正における新しいルールの導入によって、*Critical Vendor Orders* の必要性は劇的に減少した、⁽¹⁷⁸⁾という。

実務での *Critical Vendor Orders* の影響低下の一方、理論研究者たちは、なお、この問題について、*Kmart* 判決および *Easterbrook* 判事の理論を取り上げつつ、真剣な討議を進めている。たとえば、*Lynn M. LoPucki* 教授は、「倒産法の歴史上、もっとも重要な法原理」である債権者平等原則が害されるとして、批判的な検討を行っている。⁽¹⁸¹⁾また、*LoPucki* 教授は、こうした問題が倒産裁判所間の事件獲得競争によってもたらされていると警鐘をならし、その結果として、*Critical Vendor Orders* を經由して、*DIP* である債務者企業の経営者に過剰な権限が付与されてしまっているとも評される。⁽¹⁸²⁾*Tabb* 教授は、*Easterbrook* 判事の理論を詳細に検証しつつ、彼の提示した *Critical*

Vendor Orders 正当化の理論が、⁽¹⁸⁷⁾ Cross-Collateralization Orders のそれと同じ構造を持つことを指摘され、清算価値保障やクラム・ダウンの問題との関連を論じる。⁽¹⁸⁸⁾ また、Baird 教授は、Kmart 判決において、Easterbrook 判事が示した判決理由により、Critical Vendor Orders の問題はほぼ収束したとの認識を示し、彼の理論がより一般的な事例においてどのように適用されるのか、ということを考究する必要性を示唆している。⁽¹⁸⁹⁾ たとえば、不法行為債権への弁済や航空会社のマイルーজの取扱い⁽¹⁹⁰⁾、訴訟上の和解の選択等の問題事例が検討されている。これらの背景として、近時、金融危機を背景にした倒産法基礎理論の見直しも進んでいる。流動性を高める装置として倒産法を見直し、Thomas Jackson 教授らの Creditors' Bargain 理論を批判的に検討しつつ、実体法の変容、プライオリティ・ジャンプの必要性等が提案されている。⁽¹⁹¹⁾ 次章では、これら理論的分析を主として取り上げ、論を進めていきたい。

[本稿は、二〇一〇年度全国銀行協会研究助成金による研究成果の一部である。]

(77) 本稿では、申立後の弁済について扱っているが、そのほかにも、計画外事業譲渡（拙稿「計画外事業譲渡は『濫用』か？」銀行法務21七七-1号三四頁（二〇一四年）参照）や、保全段階における債務者社企業の取締役の善管注意義務など、検討すべき問題は多岐にわたる。

(78) これらのルールないし法理をいち早くわが国に紹介した貴重な文献として、杉本純子「事業再生とプライオリティ修正の試み——Critical Vendor Orders にみる商取引債権優先プロセスの透明性」同志社法学六〇巻四号一四一—三頁（二〇〇八—二〇〇九年）がある。

(79) *In re Kmart Corp.*, 359 F3d. 866 (7th Cir. 2004).

(80) Charles J. Tabb, THE LAW OF BANKRUPTCY (3rd 2013), at 1070. 後述する Tabb 教授の分析からも明らかである。

が、プライオリティ・ルールの策定に権限を持つのは、裁判所ないし司法ではなく、連邦議会ないし立法府である。

(81) *Id.*

(82) *Id.* 債権の優先性については、連邦倒産法五〇七条に規定される。

(83) *Id.*

(84) *Id.*

(85) *Id.*

(86) *Id.*

(87) *Id.*

(88) *Id.* いわゆるクラム・ダウン条項である。

(89) *Id.* at 1070-1071. ただし、衡平の観点から、債権を劣後させることは可能である（連邦倒産法五一〇条^(c)）。

(90) *Id.* at 1071. ナックした許可命令は、しばしば、First Day Orders の一部に含まれるものであるとされる (*Id.*)。これは、申立てとほぼ同時になされる裁判所の各種の命令である（さしあたり、福岡真之介『アメリカ連邦倒産法概説』二九頁

（商事法務 二〇〇八年）参照）。

(91) *Id.*

(92) *Id.*

(93) *Id.*

(94) *Id.*

(95) *Id.*

(96) *Id.*

(97) *Id.*

(98) *Id.*

(99) *Id.*

(100) Russell A. Eisenberg and Frances F. Gecker, *The Doctrine of Necessity and Its Parameters*, 73 Marq L. Rev. 1, at 4 (1989).

- (101) *Id.*
- (102) Tabb, *supra* note 80 at 1071.
- (103) *Id.* 444 Miltenberger v. Logansport, C. & S. W. Ry. Co., 106 U. S. (16 Otto) 286, at 312 (1882). 446 Thomas Finletter, THE LAW OF BANKRUPTCY REORGANIZATION 379 (1939) 参照。
- (104) Tabb, *supra* note 80 at 1072. 444 上のナールの法註はこうして Eisenberg and Gecker, *supra* note 100 at 2-5. 444 杉本・前掲註(8) 一五七頁以下参照。
- (105) Eisenberg and Gecker, *supra* note 100 at 3-4, Tabb, *supra* note 80 at 1072.
- (106) Eisenberg and Gecker, *supra* note 100 at 4.
- (107) *Id.* at 1.
- (108) Tabb, *supra* note 80 at 1071. 444 同様に上の点を明示する 444 Eisenberg and Gecker, *supra* note 100 at 4.
- (109) Eisenberg and Gecker, *supra* note 100 at 4.
- (110) Tabb, *supra* note 80 at 1072.
- (111) *Id.*
- (112) *Id.* 上のルールはチャンドラー法七七条(b)においても規定されていた。
- (113) *Id.*
- (114) *Id.*
- (115) Douglas G. Baird, *Bankruptcy from Olympus*, 77 U. Chi. L. Rev. 959, 961 (2010).
- (116) *Id.*
- (117) *Id.*
- (118) *Id.*
- (119) *Id.*
- (120) *Id.*
- (121) *Id.* at 961-962.

- (122) *Id.* at 962.
- (123) 野村資本市場研究所「各国の事業再生関連手続きについて——米英仏独の比較分析——」四三頁（二〇一一年）（http://www.meti.go.jp/medi_lib/report/2011fy/E001739.pdf（二〇一四年四月一五日付））。
- (124) 野村資本市場研究所・前掲註(123)同頁。
- (125) 野村資本市場研究所・前掲註(123)同頁。
- (126) 野村資本市場研究所・前掲註(123)同頁。
- (127) Baird, *supra* note 115 at 959 (2010).
- (128) Baird, *supra* note 115 at 961. 以下、*Miltenberger v. Logansport Railway Co.*, 106 US 286, 293-94 (1882) の判決に「*スコットは、* 杉本・前掲註(8)一五七頁—一五八頁参照」。
- (129) アンバーハーンシップの沿革については、Jeffrey Stern, *Railed Markets and Railed Solutions: The Unraveling Formula* of *The Corporate Reorganization Technique*, 90 *Column. L. Rev.* 783 (1990) 等参照。
- (130) Baird, *supra* note 115 at 961.
- (131) *Id.*
- (132) *Id.*
- (133) *Id.*
- (134) *Id.*
- (135) *Id.*
- (136) *Id.* at 961-962.
- (137) *Id.* at 962.
- (138) *Id.* の例外として、*Dudley v. Mealey*, 147 F.2d 268, 271 (2d Cir. 1945). 参照。
- (139) *Id.*
- (140) *Id.*
- (141) *Id.* の総論については、Charles Jordan Tabb, *Emergency Preferential Orders in Bankruptcy Reorganizations*, 65 *Am*

- Banker L. J. 75, 98-102 (1991).⁷⁴ Eisenberg and Gecker, *supra* note 100 at 11-17, 参照。
- (142) Baird, *supra* note 115 at 962.
- (143) *Id.*
- (144) *Id.* at 962-963.
- (145) *Id.* at 963.
- (146) *Id.*
- (147) *Id.*
- (148) 同氏は、連邦倒産法一〇五条(a)に基づき、エクイティ上認められる倒産裁判所の権限である。
- (149) Tabb, *supra* note 80 at 1072.
- (150) *Id.*
- (151) *United States v. Noland*, 517 U. S. 535 at 541 (1996).
- (152) Tabb, *supra* note 80 at 1072.
- (153) Tabb, *supra* note 80 at 1073.
- (154) *In re Kmart Corp.*, 359 F.3d 866, 868-69 (7th Cir. 2004), この判決のごときは、杉本・前掲註(8)一七二頁—一七五頁参照。
- (155) *Id.* at 873.
- (156) *Id.*
- (157) *Id.*
- (158) Tabb 教授は、「何人かへの 'Critical Vendors' がいる場合」と指摘された (Tabb, *supra* note 80 at 1073.)。
- (159) *Id.*
- (160) *Id.* at 1074.
- (161) *Capital Factors, Inc. v. Kmart Corp.*, 291 B. R. 818, 822 (N. D. Ill. 2003).
- (162) 359 F.3d 871.

- (163) *Id.* at 872.
 (164) *Id.*
 (165) *Id.* at 871.
 (166) *Id.*
 (167) *Id.*
 (168) Baird, *supra* note 115 at 963.
 (169) *Id.*
 (170) 359 F3d 871, at 872.
 (171) Baird, *supra* note 115 at 963.
 (172) *Id.* at 964.
 (173) 359 F3d 871, at 873.
 (174) *Id.* at 874.
 (175) *Id.*
 (176) Baird, *supra* note 115 at 960. Easterbrook 判事が従前の実務を明確に否定したことで、シカゴの倒産裁判所は、一部の利害関係人にとって魅力的なものではなくなったともいえる。しかし、Baird教授は、個別事件の処理ではなく、明確な（一般）法理を語り、公正な実務のための基準を育むことこそが、控訴審判事のなすべきことである、とする。倒産手続の担い手として、何をなすべきか、という視点がそこにはある。近時、中井康之弁護士は、民事再生事件数減少の理由を、自主再建型スキームの激減（山本和彦「山本研編『高田賢治』『民事再生法の実証的研究』（商事法務、二〇一四年）一五四頁以下）を前提に、利害関係人（経営者、債権者）にとっての魅力の喪失に求め、基本に戻り、DIP型の長所を活かすことで、民事再生手続の再生を図るべきであるという（同「民事再生手続の再生」事業再生と債権管理一四四号（二〇一四年）一頁）。申立代理人、債権者代理人ないし監督委員（すなわち、倒産弁護士）の立場からの示唆として重要であろう。
- (177) *Id.* at 965.

- (178) 立法的手当として、(1)申立日から二〇日前以降に納入した物品についての売買に対する代金債権が管財(共益)費用債権とされ、(2)手続開始前四五日以内に債務者に引き渡された商品について売主の返還請求権が認められた(野村資本市場研究所・前掲註)⁽¹²⁸⁾四七頁―四八頁)。二〇〇五年法の影響について、もしもあたり、Tabb, *supra* note 80 at 1079.
- (179) Baird, *supra* note 115 at 965.
- (180) 現在のアメリカの実務では、Critical Vendors のロング・リストは添付せずに、DIPファイナンスを受けられる金額などを考慮して総支払額の上限を設けて包括的な支払い許可を得ているようである。そして、債務者代理人弁護士が個別に交渉して、従来通りの取引を継続するかどうかなど、取引条件について合意ができた債権者に支払いをしており、その一方で、裁判所に異議申立てをする債権者は多くないとされる(野村資本市場研究所・前掲註)⁽¹²⁸⁾五一頁)。
- (181) Lynn M. LoPucki, COURTING FAILURE, at 163 (2005).
- (182) *Id.* at 164-165.
- (183) Tabb, *supra* note 80 at 1074-1078.
- (184) Baird, *supra* note 115 at 965.
- (185) *Id.* at 965-968.
- (186) *Id.* at 968-969.
- (187) Kenneth Ayotte & David A. Steel Jr, *Bankruptcy Law as a Liquidity Provider*, 80 U. Chi. L. Rev. 1557 (2013), Mark J. Roe and Frederick Tung, *Bankruptcy Priority: How Rent-Seeking Upends The Creditors' Bargain*, 99 Va. L. Rev. 1235 (2013) 等参照。