慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	ドイツにおける近時の判例にみられる倒産管財人の選択権 : 倒産法103条をめぐって
Sub Title	Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters (§103 InsO) im Lichte der neuen Rechtsprechung
Author	Prutting, Hans(Mikami, Takehiko) 三上, 威彦
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2006
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.6 (2006. 8) ,p.303- 320
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	翻訳
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20060815-0303

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.

翻訳

ドイツにおける近時の判例にみられる倒産管財人の選択権

――倒産法103条をめぐって――

ハンス・プリュッティング
三　上　威　彦／訳

Ⅰ．はじめに
Ⅱ．倒産法103条の要件
　1．倒産手続の開始
　2．双務契約
　3．完全な履行がないこと
　4．中間的結論
Ⅲ．倒産法103条の効果
Ⅳ．ドイツにおける判例の展開
　1．存続説〔Fortbestehenstheorie〕（1988年まで）
　2．消滅説〔Erlöschenstheorie〕（1988年から2002年まで）
　3．貫徹力喪失説〔Die Theorie vom Verlust der Durchsetzbarkeit〕（2002年から今日まで）
Ⅴ．論争の評価
　1．解釈か法形成か〔Auslegung oder Rechtsfortbildung〕
　2．債権者の利益状態
　3．倒産財団の利益状態
　4．今日の状況から見た利益状態
Ⅵ．結論

Ⅰ．はじめに

債務者が、支払不能であるか（倒産法17条）もしくは支払不能のおそれがある（倒18条）か、または債務超過にある場合（倒19条）には、申立てに基づいて

倒産手続が開始する。この倒産手続は、必然的に、すでに、生じている倒産原因に関して、債務者の全体の経済的および法的な領域への根本的な転機となる。それゆえ、法律は、そのような〔倒産原因が存在するような〕場合において、強制的に、倒産手続の開始と倒産管財人の選任〔をなすべき旨〕を規定しているのである（倒27条・56条）。そしてこの倒産管財人は、債務者の許にある全倒産財団を占有管理し（倒148条）、かつ、そのほかに、なお存在している財産を保全し、換価し、〔それでもって〕最終的に債権者に支払いをするよう努めなければならない。

この関係において、ドイツ倒産法〔以下「倒産法」という〕においては、必然的に、継続的な法律行為の処理が引き起こすあらゆる問題に対して一定の規定が必要となるのである。原則としてその際には、倒産の開始が、債務者と債権者との間に成立している契約関係にどのような効力を及ぼしうるのかということにつき**3つの可能性**がある。すなわち考えられる第1の可能性は、契約関係が消滅するということである。第2の可能性は、それは原則的に存続するということである。さらに第3の可能性として、管財人が法形成行為によって〔durch einen rechtsgestaltenden Akt〕契約関係に一定の効力を及ぼす権能を有するということもある。ドイツの立法者は、さまざまな方法で、存在する契約関係に対し効力を及ぼす〔上記〕3つの形態をすべて用いている。たとえば、雇用関係は、倒産開始にもかかわらず原則として存続する（倒113条）。それに対して、債務者がなしていた委任〔Aufträge〕、事務処理契約〔Geschäftsbesorgungsverträge〕および債務者が与えていた代理権〔Vollmachten〕は、法律によって消滅するのである（倒115条・116条・117条）。さらに、例えば売買契約のような通常の双務契約に対しては、もちろん原則として、倒産管財人の〔履行を選択するか、あるいは履行を拒絶するかという〕選択権に服するということが妥当する（倒103条）。

双務契約が存在する場合における倒産管財人の選択権についてのそのような規定は、ドイツ法においてはすでに同じような形で〔以前から〕存在していた。1877年のドイツ破産法〔以下単に「破産法」という〕においては、倒産管財人

のこのような選択権〔と同様の内容〕は、破産法17条において規定されており、〔旧〕東ドイツ諸州の包括執行法〔Gesammtvollstreckungsordnung〕においてもその第9条に規定されていた。倒産法103条は、これらの規定を1999年以降全くそれらと同様に継受したのである。

ただ、ここで指摘しておくべきことは、日本の破産法53条および民事再生法49条ならびに会社更生法61条においても〔ドイツ倒産法と〕非常に似た規定が設けられているということである。そして、より詳細な比較法的分析をすることにより、立法者によって規定された管財人の選択権〔という制度〕の背後には、倒産手続にとって適切でありかつそれ故に立法者に対してほとんど必然的に要求された確固とした実体的論理〔Sachlogik〕が存在するという結論に至ることができるであろう。

ドイツ法の規定は、偏見のない読者には、その実体的論理においてかつ法律条文によれば明瞭であるように見えるのである。明らかに、双務契約は〔倒産手続の開始により当然に〕消滅するのではなく、一方では、管財人の選択によって、なお両当事者の側で履行されるべきものとなるが、その際には管財人が債務者に代わって履行をしなければならない（倒103条1項、55条1項2号）。しかし他方で、管財人が契約の履行を拒絶する場合には、契約相手方は不履行による債権を倒産債権者として主張することができる（倒103条2項）。

法律規定の理解のためには、もちろん、はじめに〔いろいろな場合を〕区別をすることが必要である。つまり、〔第1に〕契約当事者双方が契約をすでに完全に履行していた場合には、もはや請求権は生じない。後に倒産が開始されても、このことは何ら変らない。倒産法103条はこの場合には適用されない。〔第2に〕同じく倒産法103条が適用できないのは、契約の一方当事者が完全に履行をしているが、他方は未だ履行していない場合である。すなわち、契約の一方当事者の一方的先履行というこのような場合においては、一般的規定が適用される。よって、債権者が先履行をした場合には、彼は請求権を倒産手続の枠内においてのみ有することになり、それに対し、債務者が先履行した場合には、管財人は債権者に反対給付を請求することができるのである。このうち、債権

者が先履行していたという問題のある場合においては、債権者にとっては〔自己の給付は完全に履行しなければならないにもかかわらず、その債権は単なる一般の倒産債権としてしか権利行使ができないという〕大きな危険が生じるのである。それゆえ、立法者はドイツ民法（以下「民法」という）320条の実体法において未履行契約の抗弁の原則〔わが国の同時履行の抗弁権に対応〕を規定し、かつ倒産法においては当事者双方によって履行が〔全く〕なされていないかまたは完全には履行がなされていない契約がある場合について、倒産法103条を規定しているのであるが、この規定は、未履行契約の抗弁が倒産法においてたしかに継続していることを示すものである。

それゆえ、核心において、一方において、相手方契約当事者が倒産すると債権者は自らの給付は完全になさなければならないのに、倒産した債務者はその給付はもはやなすことができず、よって反対債権は倒産債権として割合的な満足が与えられるにすぎないということに対して、引換給付によって保護されうる債権者およびすべての契約当事者の保護ということが問題となる。しかし他方では、倒産法103条においては倒産財団の利益もまた問題となる。継続している契約の履行を選択するという管財人の権限によって、彼には、とくに、そのような契約をさらに継続するか、あるいは終了させるかという、財団にとって特別に有利になるような可能性が与えられているのである。

全体として、この柔軟な法律規定は合理的でありかつ明瞭である。それゆえ、〔選択権をめぐる〕問題が、実際、ドイツ倒産法の困難な問題領域に属することは驚くべきことである。

Ⅱ．倒産法103条の要件

倒産法103条１項は、倒産管財人の選択権の適用のために３つの要件を挙げている。すなわち、倒産手続の開始および双務契約の存在ならびに契約が両当事者によって未だ完全には履行されていないことである。そして第４の（消極的）要件として、倒産法104条ないし128条は、それらがあると倒産法103条が適

用されないかまたは部分的にしか適用されないような様々な例外的法律要件を規定している。

1．倒産手続の開始

なかんずく倒産法103条は、倒産手続が倒産法27条によって開始していることを前提としている。手続開始前および仮倒産管理〔vorläufige Insolvenzverwaltung〕の時期においても倒産法103条は適用されない。手続開始の時点は、手続開始の厳密な日と厳密な時刻を含む裁判官の手続開始決定によって定まる（倒27条２項３号）。

2．双務契約

倒産法103条に関係するのは、手続開始の時点ですでに締結されていた双務契約〔gegenseitige Verträge〕だけである。双務契約とは、両契約当事者にとっての契約上の義務を含んでいる法律行為をいう（それに対立するのは、たとえば、保証〔Bürgschaft〕、贈与といった一方のみが義務を負担している契約〔der einseitig verpflichtende Vertrag〕である）。両当事者のこれらの契約上の義務は、双務契約においては、純然たる依存関係に立たなければならない。それはドイツ法においては、通常「双務性〔Synallagma〕」という技術的概念でもって言い表わされる。その意味するところは、契約当事者のそれぞれの義務は、反対給付を得んがためにのみ引き受けられるということである。このことは今日では、すべての純然たる給付義務について受け入れられている。したがって、そこから除かれるのは、単に、双務的な給付義務を含まずドイツ法においては「不完全双方契約〔unvollkommenen zweiseiteige Verträge〕」と呼ばれるような双方契約（たとえば、使用貸借、委任）のみである。

3．完全な履行がないこと

最後に、倒産法103条は、双務契約が倒産開始の時点において債務者および債権者双方によって完全には履行されていなかった、ということを要件として

いる。そのような完全な履行とは、契約当事者における履行結果の実現を前提とする。よって、なお履行行為がなされるべき場合、部分的にのみ履行がなされている場合、およびたとえば損害賠償義務のような副次的な給付義務がなおなされるべき場合、または、すべての履行行為が存在しているにもかかわらず終局的な履行結果がなお生じていないような場合には完全な履行はない。このような場合とは、典型的には、売主が売買目的物を買主にすでに引き渡したが、所有権を留保しているような場合に生じる。〔それとの関係で〕いわゆる所有権留保の場合においては、以前は、破産法17条の適用〔の有無〕が大いに争われていた。今日では、ここで、法律上、倒産法107条において、売主の倒産においては倒産管財人の選択権は排斥されるというという例外が規定されている。

4．中間的結論

これまでの概観によって、倒産法103条は一方のみが義務づけられた契約（保証、贈与）には適用されず、同様に、双務的義務〔gegenseitige Verpflichtungen〕を含まない双方契約〔zweiseitige Verträge〕（使用貸借、委任）にも適用がないことが示された。さらに一方の契約当事者がその契約から生じる全部の給付請求権を完全に履行していない双務契約〔gegenseitige Verträge〕もこれには含まれない。また最後に、倒産法104条以下における明文の例外規定が示しているような契約（たとえば、定期行為、所有権留保売買、使用賃貸借・用益賃貸借関係、雇用関係など）も、倒産法103条には含まれないのである。

Ⅲ．倒産法103条の効果

倒産法103条の公式の見出しおよび第１項の文言（「倒産管財人は請求することができる。」）によれば、この規定は、法的な効力として管財人に、双方の契約当事者の履行を求めるか否かの選択権を与えている。それに加えて、同条２項１文は、契約の履行が拒絶された場合の法律効果を規定している。そして最後に第２項の２文および３文は、この〔いずれを選択するかという〕問題につい

ての迅速な解答に至るための可能性を規定している。

この法律上挙げられた規範的効力〔Normwirkung〕も明瞭であるように見える。しかし実際は、管財人の選択権が結果としていかなる法的な効果を生じるかということは、すでに破産法17条について大いに争われていたのである。この争いは倒産法103条の下でも継続されている。その争いは、その都度判例が、破産法17条について下されたか、包括執行法９条について下されたのか、はたまた倒産法103条について下されたのかということは重要ではなく、今日まで続いているのである。このことは認められており、かつ、判例においてはしばしば上記３つの〔法律〕規定が共通に引用されることによっても明らかである[1)]。それに対して、以下の考察にとって特別に意味のあるのは、倒産法につき管轄権を有する第９民事部の裁判官および裁判長が、長い間Gerhard Kreftであったという事実である（彼は、1988年以来連邦通常裁判所〔Bundesgerichtshof. 以下BGHと略記する。〕の判事であり、1995年以降は副部総括判事であり、2000年からは部総括判事となり、職務の終了は2004年であった）。彼は同時にミュンヘン倒産法注釈書（第２巻、ミュンヘン2002年刊）〔Münchner Kommentar zur InsO（２. Band, München 2002）〕の第103条の注釈者である。2002年および2003年におけるBGHの中心的な判例[2)]は、この〔Kreftの〕文章を引用しており、そこにおいては、〔判例の〕展開の理解にとって中心となる規定の説明〔Norm-erläuterung〕が見て取れるのである。

判例および実務の複雑な展開のより立ち入った理解および現在の状態の説明のために、〔以下では〕判例の基本的な路線が３つの大きな歩みにおいて示される。その際には、両方の契約当事者によって未だ履行されていない（また部分的にも履行されていない）契約の原則から出発される。そのほかの一部給付がある場合の困難な問題は、倒産法105条において、特別の法律規定がなされているので、ここでは切り離しておくことができる。

1）BGHZ 155,87,96 und 97.

2）BGHZ 150,353; BGHZ 155, 87.

Ⅳ．ドイツにおける判例の展開

１．存続説〔Fortbestehenstheorie〕（1988年まで）

長年にわたって確定していた判例および文献は、何十年にもわたって、倒産開始の効力はなかんずく継続的契約には触れることはないであろうというところから出発していた[3)]。個別的にはこのことは、破産管財人には破産法17条によって、法形成的な権能〔rechtsgestaltende Funktion〕が付与されているのであり、彼は、それ自体存続している両契約当事者の履行請求権を履行拒絶によって変更しうる、ということを意味する。しかしこの履行拒絶も、完全な通説によれば、契約を破棄する〔aufheben〕ものではなく、双方的な履行請求権に代えて、不履行による損害賠償についての債権者の一方的な請求権が生じるという方法において変形する〔umgestalten〕のである[4)]。この場合においては、破産管財人にも相手方契約当事者にも契約上の履行請求権は生じることはなかったのである。このことは、判例の見解によれば、一方または他方の契約当事者が、倒産開始前にすでに一部給付をしていた場合にも妥当する。よって結果として、通説的見解によれば、破産法17条には、それ自体存続している履行請求権を永久に損害賠償請求権に変更しうる破産管財人の形成権が含まれていたということになる。

もちろん破産管財人が契約の履行を決断すると、全くの通説によれば、債権者の新たな請求権が生じることはない。彼のためには、単に破産上の制限が課せられるだけである。それに対応して、債権者は、その請求権を破産財団に対して財団債権として（§59 Abs. 1 Nr. 2 KO=§55 Abs. 1 Nr. 2 InsO）請求できたのである。債権者のこの履行請求権はもはや財団に向けられたものではないにもかかわらず、それは、債務者に対する当初からの履行請求権と同一なものとみなされたのである。

3）BGHZ 48,203, 205; BGHZ 68, 379, 380; BGH, NJW 1982, 768.

4）BGH, NJW 1962, 153; BGHZ 89, 189; BGHZ 96, 392; BGHZ 98, 160.

文献においては、もちろんすでに約30年前に反対説が唱えられていたが、それによれば、破産管財人の履行拒絶の中には形成的効力は含まれてはいないのであり、破産管財人は、単に、履行選択によってそれ自体すでに生じている債権者の破産債権を財団債権へと変更する可能性を有しているにすぎない、というのである[5]。

2．消滅説〔Erlöschenstheorie〕（1988年から2002年まで）

1988年には、それによって破産法17条についての〔従来の〕判例の根本的な変更がもたらされたBGHの第９民事部の２つの判例が現れた[6]。〔これらによれば〕もはや、債務者とその契約相手方との法律関係は、倒産開始によって、契約からそれまで生じていた履行請求権が消滅するという方法で変形される〔umgestalten〕というのである。そして、〔それらによれば〕それまで存続していた双務契約に代わって、不履行による損害賠償を求める債権者の一方的な請求権（§26 KO=§103 Abs. 2 InsO）が倒産債権として生じるのである。もちろん破産管財人が履行を選択する限り、なかんずく消滅していた請求権は履行選択の時点でもって完全に新しく発生し、かつ同時に財団債務となるのである（§59 Abs. 1 Nr. 2 KO=§55 Abs. 1 Nr. 2 InsO）。それでもってBGHは、明確に、破産管財人の履行拒絶は、法形成的に契約関係の変更を導くという見解を放棄したのである。もはや、履行拒絶は宣言的効力〔deklaratorische Wirkung〕を有するにすぎず、かつ、すでに法律によって生じている状態を確認するだけにすぎない。法形成的効力〔rechtsgestaltende Wirkung〕は、この判例によれば、もはや単に倒産管財人の、その後の履行請求に〔dem späteren Erfüllungsverlangen〕のみ与えられるにすぎないのである。この判例についてとくに目立つのは、倒産管財人の履行請求によって債務者によって締結された契約が再び生じるのではなく、管財人の宣言によって古い内容を伴った新たな

5）Vgl. etwa Marotzke, JR 1977, 572; Musielak, AcP 179（1979）, 89.
6）BGHZ 103, 250; BGHZ 106, 236.

請求権〔neue Ansprüche mit altem Inhalt〕が生じたということである。

この判例もまたもちろん文献においては様々な批判を浴びた[7]。

3．貫徹力喪失説〔Die Theorie vom Verlust der Durchsetzbarkeit〕（2002年から今日まで）

文献における批判や判例における一定の示唆によって、BGHは2002年４月25日の原則判決〔Grundsatzurteil〕において、その独自の消滅説を放棄し、継続的契約の処理を新たな基礎の上に構築した[8]。2002年に出されたこの原則的な裁判は、多くの未解決のままになっている問題や理由付けにおいてミュンヘン倒産法注釈書におけるKreftの注釈を参照するよう指示し、かつ、部総括判事〔＝Kreft〕のそこにおいてなされている解説を裁判の解釈のために援用しうる旨を明らかにしたのである[9]。

この新しい判例でもって、BGHは、倒産開始によって契約の変形〔Umgestaltung des Vertrages〕は生じるものではなく、それゆえ、倒産開始はそれ自体〔per se〕法形成的効力を有するものではないことを判示したのである。〔この見解によれば〕生じている履行請求権〔Die bestehenden Erfüllungsansprüche〕はさらに存続する。しかし、それらは、倒産においても効力を有する民法320条の相互的な抗弁権（同時履行の抗弁権）のゆえにその貫徹力〔Durchsetzbarkeit〕を失なうのである。このことは、両方の側で履行請求も損害賠償請求もなされていない場合には、契約の処理は、それが倒産手続の開始前だったとしたら契約の終了は決して生じることはないというように行われるのである。それに対して債権者が損害賠償を欲するならば、彼は履行請求権の代わりに、この損害賠償を倒産法103条２項によって請求することができ

7）Vgl. z.B. Bork, Festschrift für Zeuner, 1994, S. 297, 305; Gerhardt, Festschrift für Merz, 1992, S. 117, 129; Marotzke, Gegenseitige Verträge im neuen Schuldrecht, 3. Aufl. 2001, Rdn. 3.44.

8）BGHZ 150, 353; さらに、BGHZ 155, 87.

9）Münchner Kommentar-InsO/Kreft, §103 Rdn. 11 ff.

るのである。この損害賠償は、通常の倒産債権であり、債権者はこれについては倒産割合〔に応じた満足を〕を得る〔にすぎない〕のである。もちろん注意すべきは、主張されうる倒産債権の額は、その請求権の不履行に基づく損害賠償請求権〔の額〕に限定されるということである。

倒産管財人が彼の側で契約の履行を拒絶する限り、このことは契約の存続や内容に何ら影響を与えるものではない。履行拒絶は単に宣言的に、手続開始と共にいずれにせよ生じる法律効果に留まる旨を明らかにしたにすぎないのである。

それに対して契約の履行を請求する倒産管財人の選択〔権の行使〕は法形成的効力を有する。この場合には、いまや、双務的履行請求権には、財団債務〔Masseverbindlichkeiten〕および財団債権〔Masseforderung〕という新しい法的性質が付与されるのである（§ 103 Abs. 1, 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO）。それゆえ倒産管財人の履行選択によって新たな財団債権および財団債務が基礎づけられるが、それらは当初の履行請求権と内容的には同等であるが法的な同一性は有していないから、この場合において当初の履行請求権は消滅し、かつ、新しい請求権によって置き換えられなければならないのである。

すでに一部履行が契約当事者によってなされている場合には、新しい判例によるとさらに複雑な効力が生じる。〔しかし〕これらの特殊問題の一つ一つについてはここでは立ち入ることができない。

Ⅴ．論争の評価

1．解釈か立法か〔Auslegung oder Rechtsfortbildung〕？

唖然とするほどのかつ容易には理解できない幾重もの判例の変遷は、規範の文言に基礎を置くものではないし、また、それは歴史的または体系的な解釈によって理解されうるようなものでもない。〔そこでは〕明らかに、一定の利益衡量の基礎に基づく立法だということである。そこで、規範の補充解釈と形成とはもっぱら目的論的な性質を有するのである。

2．債権者の利益状態

人が最初に唱えられた存続説から出発するならば、これはまったく明白に債権者の保護に資する。民法320条による同時履行の抗弁権による、彼の双務契約における実体法的な保護は、倒産の場合にも、破産法17条および倒産法103条において続いているのである。

それに対して当初の見解〔存続説〕は倒産財団には不利益をもたらす。けだし、後の倒産債務者の彼に帰属する履行請求権についての処分は、そこから後に生じる財団への履行についての破産管財人の請求権をも含むからである。破産管財人のこの請求権に対しては、したがって、たとえば、倒産債権でもって相殺されうるのである。倒産財団に対するさらなる不利益は、債権者が手続開始前に一部履行をしていた場合に明らかになる。この場合においては、破産管財人はBGHの以前の見解によれば、統一的な契約を全部としてのみ履行するか拒絶するかが〔選択〕できたにすぎない。よって履行請求は原則として分割できないものであった。この見解はそれゆえ、以前の破産財団にとっては問題であった。なぜならば、管財人は、履行選択の場合には、債権者の反対請求権も、倒産開始の前になされた一部履行に充てられるべき、かつそれゆえに財団にではなく債務者に属すべき財団債務として完全に弁済しなければならなかったからである。

3．倒産財団の利益状態

1988年の判例の変更によって、明らかに倒産財団をより強力に保護する試みがなされたのである。つまり消滅説は、倒産の開始前に生じた権利の移転〔Abtretungen〕は法律の根拠に基づいて（§15 KO=§91 Abs. 1 InsO）、目的物がなくなり、かつさらに倒産債権を自働債権とする債権者の相殺も法律上の制限によって（§55 Nr. 1 KO=§96 Abs.1 Nr. 1 InsO）挫折するという帰結を導いたのである。

そのほか、簡単に、BGHが1995年５月４日の判決[10]によって、一部給付の場合に契約の分断へと導く追加的な展開をしたということが指摘されなければ

ならない。つまり、消滅説からの法律効果は、その実質から、倒産開始の時点ではなおそれに対応する債権者の反対給付が対立していなかった履行請求権〔すなわち、倒産開始後の請求権部分〕に制限されたのである。判例のこの補充もまた、異なった利益状態からのみ理解することができるし、また、さらなる体系の立法的補充を示しているのである。

4．今日の状況から見た利益状態

消滅説と今日通説たる貫徹力禁止説〔Theorie vom Verbot der Durchsetzbarkeit〕との中心的な差異は、倒産開始の法律効果についての異なった評価にある。2002年以前の判例が、双務的履行請求権が〔倒産〕手続開始と共に消滅することを受け入れたのに対して、今日〔の判例の立場では〕では契約は手続開始によっては実体法的に変形されない。つまり、債務者と債権者の履行請求権は、むしろ存続するのである。手続開始は単に履行請求権の貫徹力の消失を導くだけである。しかし、この貫徹力のない履行請求権は、管財人の履行の選択によって自動的に再び履行可能になる〔erfüllbar〕わけではない。むしろ新しい説によっても、法形成的にこの貫徹力なき請求権は財団債務へと変形されるべきものである。その意味では、やはり履行請求権の変換〔Auswechslung der Erfüllugsansprüche〕が、それと結びついている。しかし、それに含まれるのは手続開始時には消滅していた請求権ではなく、履行選択まで存続していた請求権なのである。

文献の中で、この見解が、消滅説に対して実務的な結果の点で何ら変更がないことを理由として批判される限り、利益状態の新たな評価も考慮されることはない。もちろん人が、当初の履行請求権は維持されており、単に財団債務へと変形されたにすぎないというところから出発するならば、これもまた、再び債権者の利益は部分的な考慮を見出したという結論を導きうるのである。人が、異なった体系を発展させたが、ここではあまり詳しく説明されなかった一部給

10）BGHZ 129, 336.

付の場合についてのBGHの判決を加えるならば、判例の展開は〔契約当事者の〕双方の側の利益が可能なかぎり正当に評価されるようにする試みによって刻印されていることが明らかになる。今日の判例によれば、倒産法103条は、つまり、財団にとって、それが債務者によってすでになされた給付に対する反対給付でない限り、有利な契約において、契約相手方のなお未履行の給付を、契約の有利な条件にするという目的に貢献している。逆に、契約の分割〔Aufteilung des Vertrags〕により、また倒産事件における民法320条の適用可能性も、債権者の保護に資するのである。よって、ひっくるめてみれば、双務契約の契約当事者間の厳格な等価性の原則〔Prinzip einer strikten Äquivanlenz〕が明らかになるのである。

この展開と利益状態の評価は、判例の変更が困難であることを少し理解できるようにするものである。明らかに、債権者の利益と倒産財団の利益との合理的な衡量を見出すということが判例の目的なのである。

Ⅵ. 結論

両当事者の側で全くないし完全には履行がなされていない双務契約における倒産管財人の有名な選択権〔をめぐっての論争〕は、すでに〔以前から〕困難な問題を投げかけていた。この選択権の効力についての判例は、ドイツにおいては様々なドラマティックな変遷をたどった。この展開に対しては文献においてはその都度非常に批判的に対応がなされた。判例の転換は、人が、そこでは、本質的に法制度の目的に添う立法的処分〔rechtsfortbildende Massnahmen〕が問題となっていることを認識している場合にのみ理解できるのである。当初の存続説によっては、まず第一に債権者の利益が基準になっていたが、消滅説によって、なかんずく倒産財団の保護が目指されたのである。判例の様々な展開は、最終的に、人は、今日においては、少なくとも、両方の利益状態を可能な限り調和させるという判例の試みを認識しなければならないということを導いたのである。

それと切り離して答えられるべき問題は、この法形成〔Rechtsfortbildung〕が正当なもの〔legitim〕とみられるか否かということである。なぜならば、判例が今日行っている非常に区々となっている評価が、法律自体から取り出されえないということについてはほとんど争いはないからである。文献における批判に対して、法形成の枠内において根本的な利益対立の評価および衡量も正当なものとみなされるべきであるということが、承認されるべきである。

【訳者後書き】

本稿は、2005年10月４日に慶應義塾大学大学院法務研究科において行われた、ケルン大学ハンス・プリュッティング教授を囲む倒産法セミナーにおける報告原稿（Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters（§103 InsO）im Lichte der neuen Rechtsprechung）を翻訳したものである。

本稿は、ドイツ倒産法103条に規定する、管財人の選択権行使の法的性質と、未履行の双務契約の行方について、ドイツのBGHの判例の変遷を簡潔に提示しつつ、それが当事者にいかなる利益状況をもたらすかという観点から評価したものである。その意味では、ドイツにおける倒産法103条をめぐる法教義的な議論が分かりやすく書かれている。

ただ注意しなければならないのは、このようなドイツでの議論を日本にストレートに導入することはできないということである。すなわち、ドイツの倒産法103条とわが国破産法53条（民再49条１項、会更61条１項も同旨の規定である）とは非常に似た条文であるが、両者の間には決定的な違いが存在する。すなわち、ドイツでは、管財人の選択権は、履行を選択するか、履行を拒絶するかという間の選択権である。それに対し、わが国では、履行を選択するか、契約を解除するかという選択権なのである。よって、わが国で、契約が解除された場合には契約は当然のこととして消滅するのであり、ドイツで争われているような双務契約が存続する、という議論が生じる土壌はない。その点が、わが国でこの問題について活発な議論が行われてこなかった大きな理由になっていると思われる。

その意味ではわが国での議論は、ドイツで唱えられていたいわゆる消滅説に立つものといえよう。そして、本報告では、ドイツにおいて、いわゆる消滅説が批判を浴びた結果、現在では貫徹力禁止説が採用されるにいたっている経過を明らかにし、それに続いて、両説によった場合の利益状況の差異も明らかにされている。そこにおいて、我々は消滅説の弱点を理解することができる。その点において、本報告は比較法的にみて興味深い視点を提供するものであるといえよう。

プリュッティング教授には、短期間の日本滞在というお忙しい中で、時間を割いて報告をしていただき、またそれに引き続いて行われた討論においては、セミナーを有意義な議論の場とすることにつき大いに貢献していただいた。また、セミナーに同席されたプリュッティング教授の助手である、ブリンクマン弁護士には、絶妙のタイミングで、教授の見解を補充・解説していただいたり、新たな視点を提供するなど議論の深化に大いに貢献された。これらの点について、両氏に対し、心から感謝する次第である。

なお、本セミナーの開催については、慶應義塾大学小泉基金からご援助をいただい。記して感謝申し上げる次第である。

最後に、訳文中、（　）内は、原文に付された部分であり、〔　〕内は、理解の便宜のために訳者が自己の責任において適宜補った部分および、訳語が熟していないと思われる部分につき原語をそのまま引用した部分であることをお断りしておく。

【参考条文】

倒産法55条〔その他の財団債務〕

⑴　以下の債務も、財団債務とする。

2．双務契約に基づく債務で、その履行が倒産財団に対して求められるか、または倒産手続開始後に生ずべきもの

倒産法91条〔その他の権利取得の排除〕

⑴　倒産財団の目的物についての権利は、倒産手続の開始後には、債務者の処分および倒産債権者のための強制執行に基づかないときにも、これを有効に取得することはできない。

倒産法96条〔相殺の禁止〕

⑴　以下の相殺は不適法である。

1．倒産債権者が倒産手続の開始の後にはじめて倒産財団に対してなんらか

の債務を負担した場合

倒産法103条〔倒産管財人の選択権〕

⑴　双務契約が、倒産手続の開始の時点において、債務者およびその相手方によって履行がなされていないか、または完全には履行がなされていないときは、倒産管財人は、債務者に代わってその契約を履行し、かつ相手方に履行を請求することができる。

⑵　管財人が履行を拒絶するときは、相手方は、不履行に基づく債権を倒産債権者としてのみ主張することができる。相手方が管財人にその選択権の行使を催告したときは、管財人は、遅滞なく履行を請求するか否かを意思表示しなければならない。管財人がこの意思表示を怠るときは、管財人は、履行を主張することができない。

民法320条〔未履行契約の抗弁〕

⑴　双務契約から生じた義務を負担している者は、反対給付がなされるまでは自己のなすべき給付を拒むことができる。ただし、先履行の義務を負っているときはこの限りではない。給付が複数の者に対してなされるべきときは、それぞれの者は、全部の反対給付がなされるまで、その負担している部分について履行を拒むことができる。第273条の規定は適用しない。

⑵　一方の側で履行がなされたときは、履行拒絶が、とくに未履行の部分が比較的軽微であるといった事情により信義誠実に反するような場合には、反対給付を拒むことはできない。