

Title	一九八九年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
Sub Title	Über den deutschen Referentenentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts von 1989
Author	三上, 威彦(Mikami, Takehiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1993
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.66, No.9 (1993. 9) ,p.18- 56
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19930928-0018">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19930928-0018</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.

# 一九八九年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

三 上 威 彦

- 一 はじめに
- 二 改正の必要性——破産法と和議法の機能喪失——
- 三 参事官草案成立までの沿革
- 四 倒産手続の開始
- 五 倒産法草案の目的設定と統一的倒産手続
- 六 物的担保権者の法的地位
- 七 倒産管財人と倒産裁判所の関係
- 八 否認権
- 九 倒産計画
- 一〇 自己管理
- 一一 免責
- 一二 おわりに

## 一 はじめに

本稿は、一九八九年一月一日にドイツ連邦共和国司法省から発表された倒産法改正法参事官草案（以下「参事官草案」とい<sup>(1)</sup>）にみられる特色を明らかにし、それにつき比較法的見地からわが倒産法制を考える上で参考になると思われる点につき若干の評価を行うことを目的とするものである。なお一九九〇年九月一日にドイツ連邦共和国司法省から、国際倒産法規定を中心に規定する倒産法改正法施行法参事官草案〔Bundesministerium der Justiz, Referententwurf Einführungsgesetz zum Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, 1990〕<sup>(2)</sup>が公表されているが、国際倒産規定は独立した体系として把握することができるから、本稿では、もっぱら前者の国内倒産法規定に焦点を合わせ、右一九九〇年の倒産法改正法施行法参事官草案に規定され、そのまま倒産法政府草案に入れられた国際倒産に関する規定は考察の対象としない。また、労働者の処遇に関する規定についても、ドイツとわが国では労働法制が大きく異なるからここでは考察の対象からはずすことにする。

ところでこの参事官草案は、その前に発表された倒産法改正法準備草案〔Bundesministerium der Justiz, Diskussionsentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, 1988〕<sup>(3)</sup>以下「準備草案」とい<sup>(4)</sup>を改定し、内容的に発展させた性質を有するものであり、重要な意味を有する。たしかに本草案は、現実重視の観点から、倒産法委員会〔Kommission für Insolvenzrecht〕<sup>(4)</sup>の斬新な提案からみればかなり後退した面がないわけではない。しかし、ここには無占有動産担保権の制限や、今までドイツ法にはみられなかった免責の制度など数々の新機軸を盛り込み、かつ、従来の破産法と和議法という二本立ての法制度に代わる統一的手続を創設するという、将来の一つの新しい倒産法の姿が具体的な法文の形で現れているのである。この意味において、わが国においても倒産法制度の抜本的な見直しが改正日程に掲げられている現在、わが国の将来の倒産法制度のあり方を考えるためにも、わが倒産法の母法国たるドイツにお

けるこのような倒産法制との比較検討は避けて通れないところであろうし、その際には数々の有益な示唆を得られることは疑いのないところでもある。

ところで、この草案が公表された後も、立法作業は精力的に継続され、一九九二年一月三日付けで、国際倒産法規定をも含んだ三九九条からなる連邦政府草案[Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf einer Insolvenzordnung]が連邦参議院に提出された。これは、倒産法改正法参事官草案および倒産法改正法施行法参事官草案をほぼ全面的に踏襲したものである。<sup>(5)</sup>これに対して、ドイツ連邦参議院は、四一点にまとめた意見を付して、一九九二年二月一四日の第六三九回本会議において草案を議決した。それに対しては連邦政府は、連邦参議院の意見に対する反論を付した上で、一九九二年四月一五日付けで草案を連邦議会に提示した。<sup>(6)</sup>この法律草案に関するドイツ連邦議会における第一読会は同年六月はじめに開催される予定である。よって、本稿でも可能な限り、この政府草案にも言及する予定であるが、以下で述べられることは基本的には政府草案についても当てはまる。

そこで、以下ではまず参事官草案が作られる背景となった事情を概観し(二)、ついで、参事官草案に至るまでの沿革を概観する(三)。さらに、参事官草案の内容を、倒産手続の開始(四)、参事官草案の目的設定と統一的倒産手続(五)、物的担保権者の法的地位(六)、倒産管財人と倒産裁判所の関係(七)、否認権(八)、倒産計画(九)、自己管理(一〇)、免責(一一)に分けてそれぞれ検討していきたい。

## 二 改正の必要性——破産法と和議法の機能喪失——

ドイツ(一九九〇年の統一までの事項に関しては、とくに断らない限り旧西ドイツのことをさす)においては、改正の必要性が叫ばれた背景には二つの事情があったように思える。すなわち、一つには破産手続と和議手続が実務上、その本来

の機能をはたしていないのではないかと疑問がもたれたことであり、二つ目は、破産法と和議法という二本立ての倒産法制度が、規定政策上欠陥があるのではないかと疑われたことである。

### 1 破産法と和議法の機能不全

一九八五年から一九九〇年までにおいては、破産手続の開始申立の七五%が財産の不足のために棄却された。<sup>(8)</sup>一九五〇年にはその割合はわずか二七%、一九六〇年には三五%、一九七〇年には四七%であったことを思えば、この割合の伸びは異常ともいえるものであろう。また非優先的債権者は、今日では、平均するとその債権額のおよそ五%を得るにすぎないといわれている。<sup>(9)</sup>このような状況は和議手続に際してもほぼ同様に妥当する。すなわち、裁判所によって認可された和議の件数が一九五〇年にはなお倒産の三〇%であったものが、一九六〇年には一二%、一九七〇年には八%、そして一九八三年以来は一%以下という状態である。<sup>(10)</sup>

近年ドイツにおいては、年間一六〇〇〇件ないし一八〇〇〇件の倒産事件が記録されているが、それらはなかならず、ドイツ企業の自己資本調達率が低いことなど倒産法以外の原因に帰せられるものもある。<sup>(11)</sup>その意味では、倒産件数が多いことならびに財団不足により破産申立が棄却される件数が多いことが、必ずしも直接に倒産手続の機能喪失を示すものではない。<sup>(12)</sup>しかし、とくに財団不足により倒産手続が開始されないという倒産実務の中心的欠陥が、公示性のない担保権の拡大と増大する財団債務および財団費用にあること<sup>(13)</sup>もまた確かなことであらう。このような事情が機能しうる倒産手続の創設の必要性を強めたのである。

### 2 二本立て倒産法制度の欠陥

現在のドイツにおける倒産法制は、破産回避のための和議手続を破産手続に優先させているが、それは、債務者を

経済的に更生させることはそれを葬り去ることよりも善であるとの考え方に基づく。しかし倒産状態にある債務者が否認権を認めていない和議手続を選択することにより、債務者の財産の不誠実な処分によって債権者の利益を害するおそれがある。しかも、債務者は和議手続を選択するだけで自己の企業を継続することができ、それに対し債権者は、債務者の協力なくしては債務者財産の継続的価値を維持することはできない。その結果、債務者に真に更生の意欲がない限り、時間の浪費をした上で結局牽連破産になり、債権者の権利は大幅に侵害されることになる。さらに、手続に關与する者の権利は、破産手続と和議手続とは区々に扱われ、選択された手続如何によりこれら権利者の地位は著しく不安定になる。また現行和議法においては、和議締結のための硬直的な三五％または四〇％という最低配当率が法定されており（ドイツ和議法七条）、それが債務者財産を計画的に債権者の満足のために用いるという債権者の自由を、経済的な合理性なく狭めている。また、現行法上許されている清算和議も実際上機能しておらず、いわゆる譲渡再建は実務上破産財団からの企業の包括譲渡の方法によってのみ行われている。<sup>14</sup>これらの問題は結局、二つの倒産制度がお互いに無関係なものとして並存していることによるものであり、これらの難点を回避するためには、互いに有機的関連性を有する統一的な倒産制度の樹立が必要となるのである。

### 三 参事官草案成立までの沿革<sup>15</sup>

ところで、ドイツ帝国の法典のうちもっとも成功したものとして「ライヒ司法法の真珠」といわれた一八七七年の破産法もその施行後間もなくして既に改正努力の対象となっていた。しかしこの法典をめぐってはこれまでさまざまな改正論議がなされてきたにもかかわらず、現在に至るまでその基本的な枠組みを変えることはなかった。

しかしドイツ連邦共和国においては、一九五五年に Bergs が破産と和議を包括する新しい倒産法制の考え方を提

唱<sup>(16)</sup>して以来にわかに改正論議は活発化した。その後の経済発展により一時改正論議は下火になったものの、一九七三年のいわゆる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ともない、再び改正論議が活発化し、一九七八年に社会民主党(SPD)政権の下で倒産手続の機能不全を解決することを目的として倒産法委員会が設置された。この委員会は、一九八二年の政権交代にも関わらずその活動を続行し、第一報告書および第二報告書を提出し、手続分担金の導入など種々の重要な提案をなし、その使命を立派にはたして解散した。

この委員会の提案をめぐってはさまざまな議論が活発に戦わされたが、連邦司法大臣 Engelhard は一九八六年に、倒産法委員会の提案趣旨を取り入れつつも、それに対してなされた批判を考慮しつつ、現実重視の立場から基本構想を明らかにし、これに基づき Landfermann が新たなモデルを提示した。<sup>(19)</sup>そしてこれを受けて一九八八年八月三〇日に、この改正モデルに近い形でまとめられた準備草案が連邦司法省から発表され、これはさらに一九八九年七月に発表された準備草案の第二巻によって大幅な補充・改訂がなされた。そしてこの準備草案を基礎として、その条文に削除、変更、追加をなすという方法において、いわば準備草案の改訂版ともいえる形で、参事官草案が成立し、一九八九年一月一日に連邦司法省から発表された。

たしかに、ドイツの倒産法改正論議においては、倒産実務の立場から、あるいは少数説として、倒産法改正は倒産法と議法の個別の変更(いわゆる「小」改正)により十分に現状に対処し得るとする見解も唱えられている。<sup>(20)</sup>しかし右に述べたように、統一的な倒産法の必要性は大きく(二を参照)、さらに趨勢としても、破産法と議法を統合して全面的な新規定を作るという方向(いわゆる「大」改正)で作業が進行している。この改正作業にあたっては、アメリカ合衆国やヨーロッパ諸国の倒産法制度を参照しているほか、わが国の倒産制度も参照されている。<sup>(21)</sup>そして、企業の再建を可能ならしめるために債権者ならびに裁判所に対して企業に対する会社法上の介入権を広範に認めること、種々の優先権の否定、物的担保権者の倒産手続への取り込みなどといったこれらの法制度においてみられる構想は、

この参事官草案の内容決定に対しても大きく影響したと考えられる。

以下では、参事官草案にみられる中心的な内容を個別的に概観し、かつ検討する。

#### 四 倒産手続の開始

##### 1 概観

参事官草案はその目的の一つに、倒産手続を容易かつ適時に開始できるようにすること、をあげている。<sup>(22)</sup>そして、手続を容易に開始できるようにするために、まず財団不足により申立が棄却される事態をできるだけ防ぐような処置がとられている。すなわち財団が報告期日までの手続費用を償うことができる見込みがあれば倒産手続が開始できることとされているほか（二七条の反対解釈）、会社につき倒産開始申立の義務を負う者が、その義務に違反して申立をしなかった場合には、その者に立替費用の償還義務を認めている（二七条三項）。さらには、手続前に成立していた労働契約や利益契約から生じた財団債務も、原則として、管財人が相手方の反対給付を請求するときのみ新たな財団債務として扱われることとし（三一〇条）、財団不足が生じる事態をできるだけ回避しようとしている。

また容易な倒産手続の開始のために、倒産開始原因の拡大が図られている。すなわち、参事官草案は、現行法と同じく「支払不能」を一般的な倒産開始原因としながらも（一九条一項。なお同条二項は支払停止は支払不能と看做すと規定している）、債務者が倒産手続の開始を申し立てるときには、「差し迫った支払不能」も倒産原因としている（二〇条）。また法人については、それに加えて債務超過も倒産原因としている（二二条）。相続財産については、債務超過のほか支払不能も開始原因とされており、また相続人、相続財産管理人、その他の遺産保護人、もしくは遺言執行者が申立人であるときは、差し迫った支払不能も開始原因とされている（三五一一条）。



## 2 債務者による倒産手続開始申立の場合

参事官草案は、債務者が倒産手続の開始を申し立てるときには、差し迫った支払不能も倒産原因としている。これは、倒産法委員会の提案にもみられたが、参事官草案では委員会提案と異なり、債務者またはそれと同視し得る者が申し立てる場合だけに開始原因となる。これに対しては Schlosser は、アメリカの立法を参考に、債務者の申し立ての場合には、倒産原因は不要とすることを提案している。<sup>23)</sup>

確かに、本人が倒産手続の開始を申し立てる限り、種々の制限がかかってくるのは承知しているのであり、これを否定する必要はない。また債務者が単に免責を得るためにだけ倒産手続の開始の申立てをすることも考えられないではないが、逆の面からみれば、債権者にとっては手続の早期開始によって少しでも有利な満足が受けられることを意味するのであり、この者にとっては不利にはならない。また仮に債務者が免責を得るために手続開始申立をしたとしても、参事官草案の免責規定によれば、七年間の態度良好期間があり、その間債務者には数々の重い義務が課せられており（これらについては後述一一参照）、この点からも申し立ての濫用ということは考えられない。それに、早期手続の開始を実現するためならば、実体的開始要件を不要とした方がより効果的である。さらには、「差し迫った支払不能」については、「債務者が生じている支払義務を満期の時点において履行できないであろう公算が大である場合」という解釈規定をおいているが（二〇条二項）、この開始原因があるか否かという認定は必ずしも容易ではなく、倒産裁判所に負担をかける恐れがあるろう。よって、「差し迫った支払不能」というのを倒産開始原因とすることは立法政策上妥当ではなく、むしろ Schlosser の主張に賛成したい。

## 3 債務超過という倒産原因

参事官草案は、現行破産法の破産原因と同じく、法人については、「債務超過」を倒産開始原因としている（二一条）。

参事官草案は、これを定義して「債務者の財産が、生じている債務を償うことができなない場合は債務超過とする」としている（二二条二項）。これに対して、倒産法委員会提案は、もっと詳しく、「清算価値で評価した財産が既存の債務を弁済するのに不足し（計算上の債務超過）、かつ近い将来の収益力が保障されているようにも見えないし将来収益力が回復可能でもない（収益力の見通し）場合」としている（E・B一―二一六）。結局この要件は、企業継続の見込みが否定的であることの兆候であり、その意味からいえば、参事官草案の規定は漠然としており、倒産委員会の提案の方が適切であろう。これに対し Schlosser は、そもそもコンツェルンの傘下にある子会社や孫会社においては、営業の継続性の有無はコンツェルンの親会社の意思によって決定されるようなコンツェルンの発展に鑑み、資本金と人的会社や自然人との間の倒産法上の違いを、破産原因として債務超過と支払不能という形で区別していくことは妥当ではないとする。しかも債務超過ではあるが支払不能ではないというような事態はほとんど存在しないということを前提に、法人にも支払不能のみを倒産開始原因とすべきであると主張している。<sup>(24)</sup>

たしかに Schlosser が指摘するように債務超過がある場合は、多くの企業は支払不能の状態にあることは容易に想像できる。しかし、すべての企業がコンツェルン化されているわけではなく、コンツェルンに属していないごく一般的な資本会社にあつては、その会社財産しか債権者の引き当てとなるものはないのであり、債務超過であるという状態は、当該企業の継続の見込みがないことの有力な徴表であつて、早期の倒産手続開始により、倒産債権者の利益を保護する必要がある。しかも一般的にみて、債務超過の判断は支払不能のそれよりも容易であり、経済的危機にある企業に対して、より早期の倒産手続の開始を可能ならしめる。これらの点に鑑みれば、債務超過を支払不能とは別個の独自の倒産原因とすることは十分に意味のあることであり、その内容を倒産法委員会提案のように明瞭にした上で、支払不能とは別個の倒産原因とすることに賛成したい。

## 五 倒産法草案の目的設定と統一的倒産手続

### 1 目的設定

参事官草案一条は、新しい倒産手続の目的として「倒産手続は、債務者の債権者に共同的に満足を与え、債務者の財産を整理し、かつ債務者の債務を一掃することに奉仕する。関係人は、その請求権につき倒産計画において法律規定と異なった定めをすることができる。」と規定している。ここでは、倒産手続の目的として、債権者の共同的満足と債務者の財産の整理および債務者の債務の一掃ということが明確に規定されている。ここでは倒産法委員会の提案とは異なり、もはや、企業の再建ということは、倒産処理手続の第一義的な目的としては考えられておらず、同じく、最善の満足を得るといふ債権者の利益に資するための一手段として位置づけられているのである。<sup>(25)</sup> 倒産法が資本主義社会における法制度であるところから出発するならば、倒産法手続もできるだけ、市場経済原理に忠実であるべきは当然であり、市場原理からすれば解体が避けられない企業の経営を、国家や関係人の負担において継続するのは妥当ではないといふべきであろう。このような観点から、多くは参事官草案（準備草案も同様である）のこの目的設定には賛成している。<sup>(27)</sup>

また、債務者の債務の一掃という目的は、今回の改正の大きな目玉として、免責制度の導入の根拠を与えるものである。この点については免責の項（後述一）で触れる。

さらに、参事官草案は一条二文において、倒産手続の関係人の、その請求権を倒産計画において法律規定とは異なって規定することができるという自由を強調している。これがいわゆる「非規定化 (Deregulierung)」といわれるものであり、再建型手続をとるかまたは清算型手続をとるかという判断をはじめ、債権者の権利内容等も法律とは異なって定めることができる。これは、計画による倒産処理が破産式の強制換価よりも経済的な最良条件に接近することを

可能にするという考え方から導入されたものである（A）二一頁）。このような考え方に対しては批判が多く、裁判所の関与が少ないだけ、権利保護に欠ける恐れがあり、<sup>(28)</sup> 法治国家の原則から、手続を関係人の処分任せにすべきではなく、参事官草案第一条二文はいずれにせよ制限が必要であるとか、<sup>(29)</sup> 倒産計画にはあまりに不確定的要素が大きく、必ずしも草案が説くような手続目的を達成するのには馴染まないとか<sup>(30)</sup> といったさまざまな点が指摘されている。

しかし、本来私権の処理は私人に任せて差し支えない領域であり、倒産に至った場合であってもその性質が変わるものではない。また、わが国の状況に鑑みると、圧倒的な数の倒産処理は、いわゆる私的整理として行われている。これは、その手続が迅速性・簡易性・低廉性という大きなメリットを有しているからであり、この点は決して過小評価すべきものではあるまい。さらにこのような柔軟な手続による場合には、関係人の間に実状にあった納得のいく解決をもたらしうことができるといふ点も見逃せない。もしそうであるならば、法定の手続も、当事者の主導による柔軟なものであることがより妥当な解決を導くと考えられるのであり、その方向にある、参事官草案の目的は決して不当ではないと考える。たしかに、参事官草案の予定しているメカニズムが、倒産処理に関し十分に機能しうるものであるかについては、後に論じるように、若干疑問がなくなはないが、だからといって、「当事者自治による倒産処理手続の非規定化」という基本的方向が間違っているということはできないと考える。

## 2 統一的倒産手続

参事官草案は、従来の破産・和議という二本立ての倒産法制を改め、両制度を一本化した統一的倒産手続を創設した。これは既に長年異口同音に唱えられてきた改正要求の実現であり、倒産法委員会も既に同様の提案をなしていた。<sup>(31)</sup> ただ、倒産法委員会の提案は、いわゆる事前手続〔Vorverfahren〕において、具体的な倒産手続を開始する前に予め清算型手続と再建型手続のうちいずれかを選択する方式を採用した結果（EB—1—1、1—1—3—1—14）、状況の変

化に必ずしも十分に対応できないうらみがあった。

これに対して参事官草案は、倒産処理を市場原理と調和させるといふ第一の改正目的の実現のために、倒産処理手続は、債務者財産のできるだけ有利な換価と、倒産企業の財産を経済的にもっとも生産的に利用するものでなくてはならないという基本的立場から、倒産処理の選択肢を柔軟性をもたせて規定している。これによって、債権者のためにふさわしい換価の種類を探索するための行動の余地は、倒産法委員会の提案と比較して格段に広がったといえるであろう。<sup>(32)</sup> すなわち、手続の初期の段階で採るべき倒産処理の手続の種類を固定してしまおうのではなく、関係者はまず「倒産手続」開始申立をなし、その後、同等なものとして位置づけられた清算、企業の再建および譲渡再建といった倒産処理の種類の間を選択を自由になし得るとしたのである。すなわち、債権者は手続の開始後三カ月以内に開かれる報告期日において、倒産管財人の報告に基づき手続を続行するか否かについて決議をなすが（三三条一項二号）、ここでは債権者集会は、債務者の企業を閉鎖するか、仮に継続するかを決議し、管財人に倒産計画の作成を依頼することになるが、この時に確定した手続目的を後の期日において変更することも認められている（一六六条）。債務者企業につき仮の継続が決議された場合は、換価は更生計画についての判断がなされるまで延期される。これに対し債権者集会が債務者財産の清算を決議したときは、原則として倒産法の規定によるが、債権者集会において多数決で他の清算方法をとることで一致したときは、この限りではない。<sup>(33)</sup> 管財人はこの報告期日でも、債権者委員会および倒産裁判所の同意を得た上で、債務者の企業を閉鎖することができる（一六七条）。しかし、報告期日前には財団所屬財産の換価をしてはならない（一六八条反対解釈）。しかしいづれにせよ、参事官草案は統一的な手続と統一的な実体倒産法を規定している。

また手続の統一性は、手続開始原因が統一されているほか（一九条一二条）、手続開始と共になされる倒産管財人の任命に関しても見られる（二八条二項二号、六一頁以下）。さらにこの原則は、倒産裁判所の裁量による保全処分（二

二条以下）、倒産財団の範囲（三九条）、管理処分権の管財人への移転などの倒産手続の開始の効力（八六条以下）、また法律行為の履行に関する規定（二二一条以下）についても、また倒産否認に関する規定についても（二三四条以下）貫かれており、再建型手続と清算型手続とは手続規定ならびに実体規定を異にしていた倒産法委員会の提案よりもかなり簡素なものとなっている。なお以上の諸規定は、一九九二年の政府草案においてもそのまま踏襲されている。

このような統一的倒産手続に対しては Henckel や Gerhardt は、確かに手続規定の統一的運用がなされるべきであるとしても、清算と再建では手続目的は異なるのであり、同じ実体法上の行為でもそれに応じた評価がなされる余地があり、実体倒産法規定まで統一することについては疑問を呈しているほか、債権者企業の継続の可否の判断を債権者集会の権限に委ねたことに對し、それではすべての権利者の利益の適切な保護はおぼつかないのであり、むしろ手続選択の主導権は管財人に認めるべきであり、その判断は倒産裁判所の同意にかからせるべき旨を主張する<sup>(34)</sup>。

思うに、倒産処理は、関係人の利益を最大限に配慮し、その時々状況に合った適切なものであるべきであり、ある時点における事情を前提とした固定的なものであってはならない。その意味では、参事官草案が倒産法委員会の提案とは異なり、倒産手続中の状況の変化に対応できるように、清算型手続と再建型手続との間の移行を柔軟に規定したことは高く評価すべきであろう。また、この草案では倒産処理手続の選択において、債権者集会の権限が強化され（たとえば六二条参照）、倒産管財人はその執行機関的な地位に置かれている。しかし、倒産手続が債権者の共同的満足を図ることが大きな目的である以上（二二条）、この意向を無視しては倒産手続は成り立たないのであり、やはり倒産処理手続の選択については債権者集会がまず主導権を行使すべきである。その結果もし仮に債権者集会が決議した倒産手続が失敗に帰するとしても、それは自らが負うべきリスクであるともいえるのであり、Henckel等の主張するように、倒産管財人に第一次的な主導権を与えるべしとする点に関しては首肯しがたい。ただ、倒産手続の選択については、全ての関係人の利益の適切な調整という観点から、倒産手続の処理機関としての倒産裁判所の同意にかからしめるべ

きであらう。

## 六 物的担保権者の法的地位

### 1 無占有動産担保権の取扱

(1) 倒産法の改正論議のはじめから、動産担保権への介入が必要であることが強調されていた。<sup>(35)</sup> 参事官草案の第五四条および第五五条にみられる無占有動産担保権に対し、一律に別除権を与えるという取扱も、その方向を忠実に文化したものと評価できよう。そしてこれは、現在の通説が単純所有権留保の所有権者に取戻権(ドイツ破産法四三条)を与えているのとは異なるが、参事官草案の規定は広範な賛同を得ている。しかし、参事官草案は、倒産法委員会提案が無占有動産担保権については、取戻権のみならず別除権まで否定していたのに比べれば(EB一―二一〇(3)、二一四―四一―一、三―三―一(1))、取引の実状を考慮して若干後退したものとなっている。しかし政府草案五八条ではさらに後退し、単純所有権留保権者に別除権しか認めていなかった参事官草案の規定(五五条一項一号)を削除している。その結果取戻権の原則規定(五二条、政府草案五四条)に返って、単純所有権留保権者にはドイツの通説と同様取戻権が認められることになるであらう。

参事官草案のこのような立場に対しては、賛否を含めて、実にさまざまな見解が唱えられている。ある見解によれば、参事官草案の規定はあまりに控えめであると解するのに対し、<sup>(36)</sup> 他の見解は、それは担保債権者の権利への重大な干渉であると評価している。<sup>(37)</sup>

たしかに、破産者の財団不足は深刻であり、その原因が主として債務者財産が多くの物的担保権の負担を負っていることに帰着する限り、<sup>(38)</sup> 何らかの制限を加えざるを得ない状況にあることは疑いない。たしかに、既に実務上これら

の担保権には別除権が認められている現状に鑑み、参事官草案のような規定に留まるかぎり担保債権者の権利をあらたに制限することになるのかという点については疑問なしとしない。<sup>(39)</sup>しかしさりとて倒産法委員会提案のように取戻権と別除権の双方を否定することは、債務者への融資の道を閉ざす可能性もあり、参事官草案の規定はやむを得ない妥協案であったと評価できよう。これに対し、政府草案の規定では、所有権留保については従来の保守的狀態に戻ったといわざるを得ない。ドイツの場合取戻権を与えられた留保所有権者は、清算義務を伴わない目的物の丸取りが認められているから、その目的物が債務者企業の再建に必要である場合には不当な結果を生じるであろうし、被担保債権の額よりも目的物の価額のほうが高額であるような場合には、債権者に不当な利得を得させることになるであらう。

(2) 参事官草案一八二条はいわゆる債権者の買取権を規定している。これによれば、倒産管財人が別除権の目的となっている動産を換価のために第三者に譲渡する際には、別除権者に対し、返答のための一定の期間を定めて、第三者への売却条件で売り渡すことを提案するものとされている。しかし、この規定は債権者の利益を一方的に考慮するものでありその妥当性は大いに疑問である。まず、この買取権によって、買取権付きの動産を譲り受ける者は大きなリスクを負うことになり、また、特に流通過程におかれた担保目的たる動産を売却する場合などいちいち債権者の意向を聞かなければならないことになり、換価を不必要に困難にするであらう。また、管財人が目的物を換価する際には、別除権者に対して買取の提案に対する承諾の為の期間をおかねばならないことから迅速な換価を妨げる。<sup>(40)</sup>さらに、複数の留保物が加工されたり、または商品供給者と、期待権の先行譲渡を受けている銀行とが競合する場合、別除権はこの両者が有することになるが、この両者に共通する買取権というものを観念するとき、法律関係は極度に複雑になるであらう。また、管財人が営業または営業部分をそこにある担保物と一緒に譲渡する場合、管財人は債権者になるその譲渡を通知し、それに対し、債権者がより有利な換価の可能性を証明した場合には、それを利用するか、債権者



を経済的にそれを利用したのと同じ地位に置かなければならない(一八二条三項)。しかし、売却の際に個々の価格が定まっていない以上、実際問題として、このような判断は不可能であろう。むしろ、管財人に対しては、現行ドイツ破産法一三五条に規定されているような通知義務を認め、それに違反した場合には当該譲渡を否定することができる旨の規定を置くことで十分ではないだろうか。<sup>(41)</sup>

(3) 参事官草案一八五条によれば、目的物およびこの物の上の権利の確定費用として換価金の5%、目的物の換価費用としての換価金の5%をそれぞれ支払うべきものとされている。これは、倒産法委員会提案によって動産担保権者に課すべきものとされた二五%の手続分担金(E B三—三—二)よりは低額の負担となっている。参事官草案が提案する換価金の一〇%という金額は、おそらくは *Drohbig* の提案に大きく影響されたものと考えられ、その意味では、統計的裏付けもあり、説得力ある数値であるといえよう。<sup>(42)</sup> しかも、一〇%という数字を固定的なものとするのではなく、同条三項において修正の余地をもたせていることはより妥当なものである。ただ、このパーセンテージが、総売上額を基準にするのか、純売上額を基準にするのかについては、倒産法委員会提案では(E B三—三—二)総売上額を基準とする旨が明言されていたのに対して、参事官草案では不明である。しかしこの点は、担保債権者の満足にとって大きく影響する事項であるから、明確に規定しておく必要がある。<sup>(43)</sup>

また、担保権を広範に制限することは、配当財団を増加させようという点では望ましいことであるが、他方で、そのようなことは国民経済への重大な侵害なくして可能なのだろうかといった疑問も提起されている。<sup>(44)</sup>

ただ、このような負担金の制度を導入した場合、それをカバーするために債権者が超過担保を要求するという問題が生じる可能性がある。これに対し *Stürner* は、分担金額総額を被担保債権額から差し引き、かつ超過換価金額を財団に残しておくことが妥当であろうとしている。<sup>(45)</sup>

(4) 倒産法改正の本質的な目的としては、従来から、優先権、特に国庫優先権の廃止ということがいわれていた。

そして実務上は、この国庫優先権とならんで、とりわけ担保物の換価の際に売上税が財団債権として扱われることはるかに深刻な問題であった。<sup>(46)</sup> 準備草案はこの問題を十分に認識しており、その一九〇条において、担保物の換価の際の国庫の売上税債権を単純破産債権に位置づけていた。しかし参事官草案は、その提案を受け入れることなく、この条文を削除した結果、この債権を財団費用として位置づけることになった（六〇条一項一号参照）。たしかに、このような措置は国庫優先権の廃止に対する大蔵大臣の反対を緩和するための妥協という面がないが、<sup>(47)</sup> 参事官草案は、この点で、優先権の廃止という自ら定めた目標<sup>(48)</sup>に忠実ではなくなったのである。政府草案でも右条文は復活していない。

(5) 参事官草案によれば、管財人の別除権の目的となっている動産を自ら換価することができ（一八一条）、換価が遅延した場合に別除権者を保護するために、倒産開始決定から三カ月以内に開かれるべき報告期日（三三条一項二号）以降生じている利息を財団から支払うべきものとされている（一八三条三項）。たしかに、別除権の目的物が倒産企業の更生のために用いられるような場合にはこの利息支払は正当化されるであろう。また、このような利息の支払義務を認めることによって、換価を促進する効果も期待できる。しかし、他面、長期にわたってこれらの利息をすべて破産財団から支払うことは、企業の清算価値を減少させることになり、また債務者の再建の可能性をも減少させることになる。そこで、これら双方の事情に配慮するならば、利息の支払期間をもっと短くする方が妥当な結果をもたらすと考えられる。その意味で、無利息期間を六カ月に伸ばすという提案<sup>(49)</sup>は説得力を有する。

(6) 参事官草案によれば、管財人は担保の目的物を倒産財団のために使用すると同時に、それによる担保価値の減少については倒産手続の開始から倒産財団から債権者への継続的な支払によって補償すべき旨を規定している（一八六条）。このような規定は、銀行の意向に大いにそうものであるが、<sup>(50)</sup> ここでも一八三条による利息の支払の場合以上に、財団の極度の消耗という問題が生じる。そのような難点を少しでも回避するために、一定の支

払義務の免除期間を設けることが提唱されているが、<sup>(51)</sup>利息の支払の場合と同じく六カ月間とすべきであろうか。

(7) 参事官草案は、特に無占有動産担保権の目的物の換価につき、管財人の権限を大幅に認めている。たとえば、管財人は担保の目的物を占有しているときには自由にこれを換価することができ(二八一条一項)、また担保として譲渡された債権を取り立てたり、債権譲渡が第三債務者に通知されていないときは他の方法で換価できるものとされている(二八一条二項)<sup>(52)</sup>。これは、財団のために管財人が責任を持ってその財産を処分することを認めたものであり、この権限が個々の債権者が従来有していた自己換価権(現行破産法二七条)によって侵害されるようなことがあってはならないとの考慮に基づくものである。その意味では、管財人にはこの場合には排他的な換価権がある旨を明文で規定しておく必要がある。

その他換価権をめぐることは、管財人が差押質権を負担した目的物を譲渡した場合のこの譲渡と先行する差押えの効力との関係が参事官草案では明らかではないこと、占有質権や差押えられた債権・権利に関しては債権者は換価権を有しているが(一八九条、債権譲渡担保と債権差押とを区々に取り扱うことが妥当であるかどうかという点、ファイナンスリースにつき参事官草案五五条二項においては所有権留保や譲渡担保と同置されているがその理由が明確ではないこと、等につき疑問が呈せられている。<sup>(53)</sup>

## 2 不動産担保権の取扱い

不動産担保権者は別除権を有し、その強制競売および強制管理は、従来と同様倒産手続外で債権者または管財人の申立により行われる(五三条・一七六条)。ここでもまた動産担保の場合と同じく、報告期日からまたは手続の最初の停止から遅くとも三カ月を経た時点からの利息支払義務(一七八条一項)と、猶予期間なく生じる目的不動産の利益による価値喪失に対する補償義務(一七八条二項)が問題となる。さらに土地の従物は抵当権の責任に服し(BGB一一二〇

条その意味で参事官草案の意味における不動産である（五三条）。しかしBGB一一二一条によれば、従物は土地の差押前は自由に用益しかつ譲渡してもよいことになるから、用益による従物の価値喪失はどの範囲で補償すべきかといった問題や、そもそも管財人は土地の差押前に従物を自由に譲渡してもいいのか否か、それは破産開始からは債権者の買取権が生じる（一一一・一一二条）動産とみなすべきか否かといった問題も指摘されており、<sup>(54)</sup>これらの点についての明確化が求められよう。

## 七 倒産管財人と倒産裁判所の関係

倒産裁判所と倒産管財人との関係については、倒産法委員会提案では、管財人は倒産裁判所の指揮監督に服するものとされていた（EB—三—一）。この倒産法委員会の提案に対しては実務界から厳しい批判がなされ、<sup>(55)</sup>参事官草案の規定はそれを考慮したものである。その中で特に注目すべきは、参事官草案六二条において、債権者集会に対して、選任された倒産管財人に換えていつでも他の者を選任する権限が付与され、裁判所はこの者が職務の引き受けに適していない場合にしかその選任を拒絶できないとされ、拒絶に対してはすべての倒産債権者に即時抗告の権限が認められたことである。また参事官草案一六九条も倒産管財人が倒産手続にとって特別に意味のある法律行為を行うときには債権者委員会の同意を得ることを要求しており、債権者の権限を強化している。しかし他方では六六条において、職権による管財人の職務の剝奪が可能である旨を規定して、裁判所の権限を強化している。

しかし、特に六二条に関していえば、たしかに一定限度において管財人の選任を関係人の自治に任せるといふ、いわゆる「非中央化」という方向性は肯定できるが、このようにあまりに強力な権限を債権者集会に認めることに対しては、既に指摘されているように、これが戦術として、ある操作のために利用されるおそれがあるし、また管財人の

選任・罷免に関して、債権者の利益が偏重され、債務者の利益が考慮されていない恨みがある。手続の遂行に大きな影響をもつ管財人であるからこそ、その選任や罷免にあたっては債権者の利益のみならず、債務者の利益にも配慮するような法的な枠組みが必要となるのである。<sup>(57)</sup> その点で、債権者集会が一旦選任された倒産管財人を換えるときには、決議につき特別多数を要求するなどの処置が考えられるが、このような手当をしても債務者の利益保護には必ずしもつながらない。むしろ、一旦選任された管財人を変更する場合には、そのための要件をかなり厳格に法定しておく必要があるように思える。

また六二条二文における過度に制限的な規定により、裁判所は債権者集会で選任された者の任命を、この者が職務の引き受けに不適合な場合にしか拒絶できないことになるのである。適性が欠けているというメルクマールは、あまりに露骨かつ現実性のないものであり、適性が欠けているというだけで任命の拒絶をするようなことは実際上ほとんど考えられないように思える。<sup>(58)</sup> しかしこれらの疑問にも関わらず、これらの規定は政府草案でも基本的には変わっていない。

六六条一項は、重大な理由に基づいて倒産管財人からその職務を剥奪する権限を倒産裁判所に付与している。これによって、六二条によってあまりに強化された債権者の権限に対して一定の歯止めをかけることができ、それと同時に、裁判所の権限の行使の際には債務者の利益も反映させることができるから妥当な規定といえるべきであろう。しかも、裁判所の権限行使については「重大な理由に基づいて」という制限がなされており、手続が中央集権化することもある程度防がれているといえよう。それに対して、六六条二項は、職務剥奪の申立が拒絶された場合に債権者に即時抗告を広く認めているが、職務剥奪の有効性をめぐり長期の手続停滞が生じる可能性があり、妥当な立法とはいえないであろう。<sup>(59)</sup>

なお倒産裁判所は、管財人が裁判所や関係人に対する義務を履行しないときには、職権または関係人の申立により

決定でもって、義務の履行を強制することができるものとされている（六五条）。これに対しては、一部に、この規定は管財人を倒産裁判所に依存させることになるが、それは私的な関係人の受託者としての管財人の地位とは調和しないとの批判がなされている。<sup>(60)</sup>しかし、倒産管財人に課せられた職務の不履行が存在することを前提として考えるならば、これを是正する権限が倒産裁判所に認められたからといって、倒産手続に裁判所が不当に介入する道を開くものとは思えない。

## 八 否認権

参事官草案における否認権の規定は、倒産法委員会提案の原則に基づくものであり、否認権を先鋭化することにより、倒産財団の増殖と、手続開始の容易化を図るものであるとされる。<sup>(61)</sup>そして債務者財産の清算手続が法律規定によるか倒産計画によるかに関わらず否認権の行使が認められる点で、和議手続における否認が不可能な現行法と比較して否認の適用範囲が拡大されている。また否認の対象となる行為がなされた時期について、一律に倒産手続開始の申立から逆算することにして、破産開始、支払停止、開始申立といった様々な算定基準を有する現行法から生じる不都合を回避している。<sup>(62)</sup>また、新たに支払不能や適法かつ理由のある開始申立の時点を確認する新たな手続も導入されており（一四七条・一四八条）、これによってさまざまな否認訴訟においてこの法律要件が区々に確定されることが回避されることになった。また否認権の主張は従来は破産手続開始から一年で排斥されていたが（ドイツ破産法四一条一項一文、新たにその期間は二年に延長された（一五五条一項））。

このような否認規定に関しては、参事官草案一三四条一項二項につき文言上の疑義が呈示されたほかは、結果として否認権の行使をより積極的なものにするものであり、文献において広範な賛成を得ている。<sup>(64)</sup>

## 九 倒産計画

### 1 倒産計画の提出

倒産計画というアイデアは、倒産法の改正目的の一つである「倒産処理の市場との調和」という基盤の上に構築されたものである。すなわち、市場経済秩序というものは、経験から得られた私的自治的な判断は法律による規定化よりも経済的効率を高めるものであるという観点からも、倒産処理も「非規定化」の方向でなされるべきであるという価値判断に基づくものである<sup>(65)</sup>。そして参事官草案にみられる倒産計画手続は、現行法や倒産法委員会の提案と比べてみれば、柔軟性にとんでいるだけでなく、関係人に対する内容形成の自由をも提供している<sup>(66)</sup>。

まず参事官草案は倒産管財人をはじめ、別除権者・債権者・債務者といったすべての関係人に対し計画提出権〔Planinitiativrecht〕を認め、しかもその提出期限は最後の期日まで延長されていることよって（二四四条・二四五条、関係人が計画という手段により債務者財産の最良の換価について競争することを可能ならしめているのである<sup>(67)</sup>。このことにより、できるだけ有利な換価が期待できる合理的な構造になっているといえよう。また参事官草案はアメリカ法に範をとって組の形成をより自由なものとしているが（二五五条、これも倒産法委員会の硬直した提案（EB二二一―一六）よりも、よりうまく債権者平等〔parconditio creditorum〕に資するものといえよう<sup>(68)</sup>。

しかしこのような倒産計画手続については学界や実務界から多くの批判がなされた。ある者は、債権者の権限をあまりに強く認めることにより、裁判官の権限が不均衡な拘束を受けるとい<sup>(69)</sup>、ある者は、倒産計画が広範な形成可能性を与えていることに対し、法的不安定性や手続の遅延をきたし、かつ法的な争いを生ぜしめるという<sup>(70)</sup>。また計画手続は広範にアメリカ法を基礎にしているが、これはドイツ法の伝統的な思考範疇には異質なものであるとして、倒産計画手続の提案に対しては否定的な態度をとっている者もある<sup>(71)</sup>。

思うに、根本的な革新は、その導入に際しては常に異質なものであり、異質であるがゆえに拒絶されるべきものではない。たしかに、計画の立案から意見陳述期日・討議期日・報告期日・決議期日・計画の認可等一連の手続を見れば、手続遅延の可能性は否定できないにしても、それによって得られる関係人間の相互理解によって倒産処理が円滑に進むという大きなメリットもあるのである。しかも、すべてを倒産裁判所主導型による処理をすることにも限界があるのではあるまいか。また、自由な組の形成についても、債権者平等の原則を取りながら各組の間で異なった取扱いをすることが可能になることに對し、手続が複雑になったり操作の手段として使われる可能性が指摘されている。<sup>(72)</sup>しかし現行ドイツ和議法八条はすでに参事官草案の規定と類似した扱いを認めており、参事官草案の規定が従来の法制度とは異質なまったく新たな制度を導入するものではないし、和議の実務においては、指摘されているような都合はあまり生じていないのではないかと思われる。

以上の観点から、倒産計画の提出権者や組の形成に関する規定は合理的な改正であるといえよう。

## 2 倒産計画の可決と妨害禁止

倒産計画の可決に關し参事官草案二七九条は、倒産計画に反対する債権者に合理的な反対理由がないと評価されるような一定の条件が満たされた場合には、ある債権者の組の賛成が可決に必要な数を満たさないうきにも、同意があったものとみなしている。これは、一部の債権者が倒産計画によって特別に不利益を被ることがないにも関わらず、計画に同意しないことよつて合理的な内容を持った倒産計画の成立を妨害するといふような事態を防止するといふ意図を実現するものである。<sup>(73)</sup>このような制度理念は高く評価できるものであるが、具体的な実現の面で問題が多いように思える。

この妨害禁止規定が適用されるための要件としてたとえば同条一項一号「倒産計画がない場合よりも不利な地位に



おられない場合」、二号「計画に基づいて与えられる経済的価値につき適切に関与する場合」等、判断が必ずしも容易ではない種々の内容が規定されている。しかし裁判所に、清算手続によつた場合と倒産計画によつて与えられる経済的価値を厳密に判断したり、計画に基づいて与えられた経済的価値に適切に関与したか否かを判断するように要求することは、裁判所に対し極度に困難な任務を負担させることになり、またそれによつて手続の遅延を生じさせることにもなる。同条第二項では、適切な関与があつた場合につきいくつかの看做し規定を置いているが、これとても複雑な倒産計画においては正確に判断することはほとんど不可能であり、結局、訴訟によつて解決されることがしばしば前提視されているのである。<sup>(73)</sup> それではせっかく、債権者の理性的かつ「市場と調和した」判断を信頼し、迅速かつ柔軟な手続を進めるといふ参事官草案の基本的立場は崩れるのであり、やはりこれは妥当な立法とはいえないのであるまいか。その意味ではむしろこの種の規定を設けないで、同意拒絶権の濫用があれば、その都度対処するのが妥当ではあるまいか。

### 3 少数者保護

また、参事官草案二八七条は、申立人が計画によるとより劣悪な地位におかれる場合(同条一項二号)には、その申立に基づいて倒産裁判所は倒産計画の認可を拒絶することができる旨を規定している。しかしここでもまた、裁判所は複雑な経済的衡量をするという過大要求がされるのである。<sup>(76)</sup> それに申立人が議決期日に計画に対し異議を述べていた場合になぜ計画の認可を拒絶しなければならないかも疑問である。けだし、ひるがえつて考えてみれば、倒産計画は申立人の利益の実現のためだけにあるのではなく、これによつて他の関係者の権利の調節が図られるという面もある。よつて、計画の内容が合理的であるかぎり、たとえそれが申立人にとって不利になるとしても倒産計画の成立を妨げる理由はないからである。

一〇 自己管理

倒産法委員会提案では、強制和議の見込みがある小倒産について倒産管財人なしの倒産処理を規定していた（Z B 六一―三二二）。これに対し、参事官草案は監督人の付いた、またはその付かない自己管理の手續を規定している（三三〇条以下）。前者は特に、債務者が管理処分権を保持できるという従来の和議の手續の長所を新法に活かしつつ、債務者の知識や経験を利用することにより手續の費用を軽減するという意味があり、さらには監督人の下での自己管理を認めることで債務者は経営から排除されることがないことから、適時に倒産手續の開始申立をするよう刺激を与えることにもなる。<sup>(76)</sup> また後者の手續は、とくに営利活動をしていない債務者の小破産の場合においては、管財人や監督人をおくことは費用倒れになるおそれがあり、これを克服するための簡易かつ低廉な倒産処理を意図している。<sup>(77)</sup>

これらのうち特に、和議手續に範にとった監督人の下での自己管理に対して厳しい批判がなされている。たとえば参事官草案は、倒産を回避できなかった債務者には、原則として倒産財団を最適に換価したり倒産手續を債権者の利益を自己の利益に優先して追行するようなことは期待できないことを看過していることや、<sup>(78)</sup> 濫用の原因となる債務者の管理権と換価権の存在をほぼ無条件に認めたことや、債務者の再建の見込みや再建する価値があることを自己管理手續の要件とすることをはじめから放棄していること、この手續が債権額による単純多数によって決定されることなどにも批判がなされている。<sup>(79)</sup> そして結局、債務者の知識や経験を倒産手續に利用する目的ならば、倒産管財人の事務の遂行に債務者を協力させることで十分であり、このような問題の多い制度を設ける必要はないとして、監督人付の自己管理の制度は削除すべきであるとする。<sup>(80)</sup>

思うに、批判はあるが全体として、費用の低額化により倒産した労働者や消費者の倒産手續へのアクセスを容易にするこのような簡易倒産処理手續の導入は歓迎すべきである。ドイツで和議手續が機能不全に陥った原因のひとつは、

三五%ないし四〇%という高額の最低配当率をもって和議の提案をしなければならなかったところにある(ドイツ和議法七条)。倒産状態においてこのような要求をすることは非現実的である。またこの手続は状況に応じた倒産処理を可能にするものであり、必ずしも再建を図るために用いる必要もない。また小規模な倒産事件においては、再建を図るにしろ清算するにしろ、基本的には関係者の合意による処理の方が関係人にとっても納得が得やすいし費用もかからず合理的であろう。しかも、監督人が付せられた場合、彼は和議管財人とは異なり否認権を行使し得るし(三三〇条)、経済状況の調査権や監督権(三二四条二項三項)や債務者が新たに債務を負担する際の協力権(三二五条)などにより、関係者同士のまったくの自治的な倒産処理よりも手続遂行の正当性が担保され易いといえる。もっともこの場合、ただでさえ小規模な破産であるから、監督人の報酬の支払(三二四条一項)により費用倒れになるおそれは否定できず、その点が問題となるが、それについては国庫からの報酬支払なども検討する必要がある。

## 一一 免 責

1 参事官草案は、手続の目的として「債務者の債務の一掃」ということを掲げているが(一条、これは、倒産手続において免責の制度の導入を提唱するものであり、準備草案・参事官草案を通じての改正の目玉の一つである。これは、現行ドイツ破産法一六四条が、あくまで債務者の責任の履行の観点から、手続終了後も依然として債権者が債務者に対して権利行使をすることを認めており、また倒産法委員会の第二報告書が明示的に免責の制度を否定していたことからみれば(ZB六―三)、まさに一八〇度の基本方針の転換といえよう。これは英米法系の免責制度に影響を受けたものであるが、これにより、倒産手続は、従来のような債権者の共同的満足を實現するということのほか、債務者の新たな再出発をする利益にも考慮を払うべきことが要求されることになるのである。免責については政府草案

でも、参事官草案の規定がほぼ踏襲されている。<sup>(9)</sup>

2 参事官草案においては、免責には二つの方法が可能である。

(1) 一つは、二二五条以下の免責規定によるものであり、他の一つは、倒産計画において免責について法律規定とは異なった免責規定が掲げられる場合である（一条）。

法定の手続による場合、債務者はまず報告期日の終了前に書面を倒産裁判所に提出するか事務課の調査への表示により、免責の申立をするが、これには倒産手続終了後七年間、雇傭関係から生じる給与に関する差押え可能な債権またはこれに代わり得る継続的な給与を、裁判所が任命する受託者に譲渡する旨の宣言を付さなければならぬ（二二六条）。これに対して倒産裁判所は、わが破産法三六六条の九類似の免責拒絶原因がないときは、決定により、二三四条の債務者の義務に従う場合には免責を得る旨を確定する（二三〇条）。債務者は、七年の間、適切な生業を営み、その住所または職場を変更する場合すべて倒産裁判所および受託者に届け出、要求があれば裁判所および受託者に生業に関する情報を与えなければならぬ。また倒産者の満足のための支払は受託者に対してのみなし、いかなる倒産債権者にも特別の利益を供与してはならない。さらに債務者が、独立した活動を営む限り、受託者への支払によって、倒産債権者を、債務者が適切な雇傭関係についての場合に有するのと同様な地位につけることを要する。

(2) 他の一つは、倒産計画による免責である。これは関係人の自治による倒産処理の方法であり、そこでの解決は必ずしも法律の規定によらなくてもよい（一条）。したがって、免責が倒産計画によってなされる場合、いわゆる「態度良好期間〔Wohlverhaltensperiode〕」も七年以下でもよいし、差押え禁止財産以上の額の財産を債務者の下にとどめておくような内容も可能である。

ただ、倒産計画が議決されるためには、関係人の間に作られた各組の議決が必要であり、その際には、計画に債権者の頭数の過半数が賛成し、かつ賛成した債権者の請求権額が投票請求権総額の過半数でなければならぬ（二七七

条、二七八条。

(3) このような参事官草案にみられる免責制度は、アメリカにおける免責制度とは異なり、誠実な債権者にのみ免責を認めるものであり(参事官草案二二五条以下)、その点では、手続の基本的性格としては、債権者の満足という観点の方により重点が置かれた構造を有しているといえよう。たしかに、免責の制度は、個々の債権関係に国家が強制的に介入する制度であり、本参事官草案が目指す「倒産手続の市場原理との調和」ということは相容れない。<sup>(82)</sup>しかし、参事官草案の起草者は、そのことは既に意識しており、免責の制度は市場経済秩序からは完全に基礎づけることはできないが、倒産手続の社会的な形成の一環として認められると説明しているのである。<sup>(83)</sup>

たしかに、批判者が指摘するように、免責の制度は理論的には、参事官草案の目的設定とは必ずしも完全に一致するものではないが、法政策的にみて、経済的に破綻した債務者に対し新たな再出発の道を開いておくことも意味のあることであり、また、もし免責の制度がなければ、企業が倒産した場合、同じような企業活動をしていた場合でも、法人企業では法人格が消滅するために事実上免責があったと同様の結果になるのに対し、個人企業にあっては、いつまでも債務の拘束から逃れられないという不公平な結果もでてくるのである。その意味では、免責制度の導入は、世界の倒産法制の趨勢にも合致するものであり、かつその合理性も肯定できるので、ドイツの改正草案が、免責の制度を導入したことは評価できるのである。

参事官草案にみられる以上のような免責手続については、部分的には文献によって賛成されているが、<sup>(84)</sup>倒産実務の側から、債務者は免責の要件によってみれば、いわば「保護観察行為者」としての烙印を押されることになり、それゆえに正当な免責申立ての地位をみずから放棄してしまうであろうから、免責の手続が実務上の意味を持ちはしないのであるまいかとの疑問が呈せられている。<sup>(85)</sup>たしかに、この批判にみられるように、参事官草案によって提案された債務者の免責の方法は、實際上実現困難なものでありかつ債務者の肉体的精神的な負担と結びついている。<sup>(86)</sup>しかし他

方では、債権者が免責の判断に関与しない以上、債務者に課せられたこれらの負担は、債権者の利益において必要なのである。このような考慮によって、参事官草案は、免責というものを英米法に見られるような債務者に親切な規定とは意識的に離れた規定を置いているのである。<sup>87)</sup> またこのような規定を設けた背景には、アメリカにおいて、免責制度の濫用の結果二度にわたる法改正を余儀なくされたという事情もあると思われる。

しかしそのような意図は理解できるようにしても、やはり参事官草案は債権者の利益をあまりに偏重した提案をしたと評価せざるを得ない。免責制度が、債務者の経済的再出発を図ることを第一義とするならば、免責の要件を加重するにしても、もう少し緩やかな内容にすべきであったと考える。その意味から言えば、参事官草案二二九条の他に二二三五条のような条文を設ける必要があったか否かは疑問である。もっともこの点は、免責が倒産計画によってなされるならば、当事者間で要件の緩和をはかることは可能である。

また、草案二二六条二項にみられるような、将来の債権を受託者に譲渡するような処置は、倒産財団を構成する財産と、自由財産となる新たな取得物とは分けるべきであるとする倒産手続の原則を破ることにのみならず、後に債務者に対し融資をする者に不利益を与えることになろう。<sup>88)</sup>

## 一一二 おわりに

以上見てきたように、この参事官草案にはなお多くの法的小および事実上の問題点が指摘されている。しかし、参事官草案が倒産法委員会の提案を改善し、さらに準備草案の改良の上に成立したものであることもまた疑いのないところである。また、ここに提案されている種々の新機軸は、継続する価値のある企業の存続を援助し、債権者により多くの満足を与えるための枠組みを示し、債務者の経済的再出発の道を開いているのである。これは少なくとも将来の

あるべき倒産法制の基本的枠組みを提示したものととして高く評価されるべきものである。

そこで最後に、このような参事官草案をめぐる議論からわが国倒産法制の改革につき参考になると思われる点を以下に簡単にまとめておきたい。

――債権者が倒産手続を申し立てる場合、「差し迫った支払不能」という倒産原因を要求するよりも、そもそもこの場合には倒産原因を不要とすること。ただし、めぼしい財産がなく単に免責を得るためだけに自己倒産の申立がなされる可能性があるから、免責の要件を厳密にする必要がある。

――倒産原因の内「債務超過」の意味内容を明瞭にする定義規定を置くこと。

――破産・和議といった二本立ての倒産法制を改め、倒産手続を一本化し、清算型手続と再建型手続とを含んだ「倒産法」を作り、両者の手続の間の選択には柔軟性を持たせること。またその選択については債権者集会が主導権を握るべきであること。

――倒産手続は市場原理と調和したものであるべきであり、清算型手続と再建型手続との選択は、市場原理に従って随時にできるものであること。

――倒産処理の内容決定は倒産計画といった制度の導入により、関係人の意思が反映したものにする、すなわち「非規定化」の方向をとること。

――担保権者の権利行使を制限すること。とくに無占有動産担保権者の権利はその実質に鑑み、別除権を与えるべきこと。これにつき別除権まで否定してしまうことは、金融の道を塞ぐことになり妥当ではないこと。

――債権者の買取権を認めることは、担保目的物の換価を困難にするので妥当ではないこと。

――担保目的物の換価費用および権利の確定費用として、確定額として目的物の換価金の一〇%の金額を権利者に課すべきこと。但し、この金額は絶対固定的なものとするのではなく、修正の余地を持たせること。またこの割

合算定の基礎となる換価金につき定義すること。

—— 国庫債権の優先権を否定すべきこと。

—— 担保目的物の換価が遅れた場合の利息および担保目的物の使用により減少した担保価値の補償はそれぞれ倒産財団から支払うこと。ただし、財団の負担ができるだけ少なくなるように、一定の支払免除期間を設けること。

—— 担保目的物の換価は倒産管財人の専権とすると。

—— 管財人の選任・罷免につき債権者ないし債権者集会の権限をあまりに強力なものにしないこと。

—— 小規模破産について、自己管理の制度を導入すること。

—— 免責制度を導入すること。ただ、参事官草案にみられる倒産計画によらない場合の免責の条件は厳しすぎるのであり、もう少し緩和すべきである。

(1) 拙稿「ドイツ連邦共和国倒産法改正参事官草案について」(二)(三)(四)「法学研究六四巻四号八一頁、六四巻五号六〇頁、六四巻六号六〇頁、六四巻七号五九頁の参事官草案についての解説及び翻訳を参照されたい。なお、本稿と同じテーマで、異なった観点からまとめたものとして、拙稿「一九八九年のドイツ連邦共和国倒産法改正法参事官草案の基本構想とその評価」(以下では「基本構想」という)「横浜市立大学論叢社会科学系列四一巻三三〇一六七頁以下がある。

(2) 拙稿「統一ドイツ連邦共和国倒産法改正法参事官草案について」「法学研究六四巻八号五三頁。

(3) これは「Bundesministerium der Justiz, Diskussionsentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, 1988」と「その追補版としての Bundesministerium der Justiz, Diskussionsentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Band II Ergänzungen, 1989」の二巻本として公刊されている。このうち前者につきその内容を紹介するものとして、上原「西ドイツ倒産法改正草案について」(上)(下)「判例タイムズ六九三三三頁以下、同六九四三三頁以下がある。なおその後、第二巻において、倒産管財人・債権者委員会の構成員・受託者の報酬規定が補充されたほか、上原教授が指摘されていた第一巻に欠けていた相続財産に対する倒産手続に関する規定も補充されたほか、関連諸法の改正についても既に第一巻にあった条文の第四編ないし第一五編は、第二巻において新たに作成された第四編ないし第二五編によって全面的に置き換えられ、これによって必要な関連諸法の改正点のうち重要なものはかなり網羅されている。



なお草案の訳語に關してであるが、ドイツの立法作業では、通常、Diskussionsentwurf、それを改訂した Referentenentwurfを経て、それを基にして議会提出用で作成されかつ閣議決定を受けた Regierungsentwurf が成立するという段階を経る。よって、それぞれ、「準備草案」「参事官草案」「政府草案」と訳すことにする。

(4) この委員会は、第一報告書 [Bundesministerium der Justiz, Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1985]・第二報告書 [Bundesministerium der Justiz, Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1986] の二つの報告書において、倒産法の改正につき積極的な提案を行い、以後の議論の出発点を提供した。以下では、第一報告書をEB、第二報告書をZBと略記する。

第一報告書の内容を紹介するものとして拙稿「紹介」〈Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht〉民事訴訟雑誌三三三号一九九頁以下が、また第一報告書の提案(改正要綱)の全文を翻訳したものと上原「西ドイツ倒産法改正要綱(第一報告書) 試訳」一橋大学法研年報(法学研究二〇)九五頁がある。なお、シケル(河野訳)「西ドイツにおける倒産法の改正」判例タイムズ五九八号一五二頁以下は、第一報告書に先だつて改正の基本方針を説明した論文である。

(5) これは Deutsches Bundesrat Drucksache 1/92 von 3.1.1992 として配布されたが、国際倒産規定に關しては倒産法改正法施行法参事官草案をそのまま踏襲している。なおこの政府草案と参事官草案との内容的な異同については、担当参事官である Landfermann 氏の解説がある (Landfermann, Regierungsentwurf einer neuen Insolvenzordnung vom 21.11.1991—Änderungen gegenüber dem Referentenentwurf—, ZIP 1991, 1660 ff.)。これによると参事官草案五五八条(新五八条。以下同)・七〇条(七四条)・八三条(八七条)・一〇二条(一〇七条)・一一二条(一一八条)・一一六条(一二三条)・一二一条(一二七条)・一八四条(一九五条)・一八五条(一九六条)で文言の削除・追加があり、参事官草案一四条と一五条の間に第二一条〔所有権留保〕が入れられた。また免責については Prütting 教授の解説があり (Prütting, Resschuldbefreiung, ZIP 1992, 882)。これによると、参事官草案二一九条(新二三九条。以下同)・二三二条(二四一条)・二三三条(二四二条)・二三四条(二四四条)・二三六条(二四七条)・二三八条(二四九条)で若干の削除・追加があり、参事官草案二三五条の後に第二四六条〔受託者の最低報酬の補償〕が入れられている。

(6) Deutscher Bundestag Drucksache (BT-Drucks.) 12/2443 von 15.4.1992.

(7) これは倒産法改正の担当参事官である Landfermann 博士の筆者宛の私信による。このような見通しに關連して、特に労働省から本草案に対しては重大な留保が生じており、今時の立法期間においては、せいぜい連邦議会における第一読会までしか行かないであろうとの観測もなされている (Gerhardt, Zielbestimmung und Einheitlichkeit des Insolvenzverfahrens, Insol-

venzrecht im Umbruch (Hrsg. Leibold), S. 1.)<sup>8)</sup>

- (10) BT-Drucks. 12/2443 (社9), S. 72; Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1990.
- (11) BT-Drucks. 12/2443 (社9), S. 72; Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1990.
- (12) BT-Drucks. 12/2443 (社9), S. 72; Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1990.
- (13) Reuter, Welche Maßnahmen empfehlen sich, insbesondere im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, um die Eigenkapitalausstattung der Unternehmen langfristig zu verbessern. Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages, Band 1 (Gutachten), Teil B, 1984, 7 ff.
- (14) 報告第116号を契機として Graf Lambsdorff, Wirtschaftspolitische Aspekte einer Insolvenzrechtsreform, ZIP 1987, 809 (810). 44 K. Schmidt, Das Insolvenzverfahren neuer Art-Kernprobleme der Insolvenzrechtsreform nach den Vorschlägen der Kommission für Insolvenzrecht, ZGR 1986, 178 (180) 参照。
- (15) Kliger, Der Konkurs des Konkurses, KTS 1975, 142 (165); Hansch, Zur Reformbedürftigkeit des Konkurs- und Vergleichsrecht, ZRP 1977, 1 ff.
- (16) ユーエックにおける二本立ての倒産法制度が政策的にも欠陥があることを批判して BT-Drucks. 12/2443 (社9), S. 72-75 は本文に述べた事項のほか種々の例をあげている。
- (17) これに関して、EB 四頁以下、拙稿「西ドイツ倒産法改正論議について―倒産法委員会への報告書における動産担保権の取扱を中心として―」民商法雑誌九九巻三号二九六頁以下、および、拙稿「基本構想」横浜市大論叢(注1)一六九頁以下参照。
- (18) Berges, Große oder kleine Insolvenzverfahren, KTS 1955, 49 ff. 前掲拙稿・民事訴訟雑誌三三号二〇〇頁以下参照のこと。
- (19) とくにごの委員会の新しい提案をめぐる論争については、前掲拙稿・民商法雑誌九九巻三号二九六頁以下、同「西ドイツ倒産法改正論議について」私法五〇号一五九頁以下参照。
- (20) Engelhard, Politische Akzente einer Insolvenzrechtsreform, ZIP 1986, 1287 ff. など、前掲拙稿・民商法雑誌九九巻三号三三五頁参照。
- (21) Landfermann, Die Rechtsstellung der dinglich gesicherten Gläubiger im künftigen Insolvenzverfahren, KTS 1987, 398-409.

- (20) たゞし、Böhle-Stamschräder, Reformbedürftigkeit des Konkursrechts, KTS 1959, 66 ff.; Gravenbrucher Kreis, Große Insolvenzrechtsreform gescheitert, ZIP 1990, 476 (479). なお、この Gravenbrucher Kreis は、同法廷議院の Funke による見解に批判を加えた (Handelsblatt von 4.5.1992) の「大い」 Gravenbrucher Kreis, „Große“ oder „kleine“ Insolvenzrechtsreform?, ZIP 1992, 657 ff. 以下は、正確な引用である。
- (21) 641-642頁以下。なお、註文は、アメリカ合衆国の制度に関する Flessner, Sanierung und Reorganisation: Insolvenzverfahren für Großunternehmen in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Untersuchung, 1982, S. 33 ff., 85 ff. の一コメントによる。Jelinek, Das neue österreichische Verfahren, ZIP 1984, 495 ff. ノットンによる。Klopp, Aus deutscher Sicht interessierende Schwerpunkte der französischen Insolvenzrechtsreform, KTS 1988, 267 ff. 英國による。Cork/Graham, Insolvenzrechtsreform in England - Erläuterungen zum Cork - Report, ZIP 1982, 1275 ff. や、ドイツ参事官による。
- (22) 参事官草案の論理的説明 (以下「A」を略記する) 一九頁参照。
- (23) Schlosser, Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, Insolvenzrecht im Umbruch (Hrsg. Leipzig), S. 9 (12 ff.). なお、同書一三頁以下には、デビントークとスウェーデンでは、債務者自身が手続開始を申し立てる場合では、実体的倒産開始原因を放棄しなくてはならない。
- (24) Schlosser, a.o., S. 14 ff.
- (25) Balz, Die Ziele des Reformentwurfs, Neuordnung des Insolvenzrechts (Hrsg. Kübler), S. 1 (5); Gravenbrucher Kreis, Große Insolvenzrechtsreform gescheitert, ZIP 1990, 476 (477).
- (26) Balz, a.o., S. 17.
- (27) Ulmer, Die gesellschaftlichen Aspekte der neuen Insolvenzordnung, S. 119 (132); Baur/Stürmer, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Band II Insolvenzrecht, 12. Aufl. 1990, S. 35; Gravenbrucher Kreis, Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines Insolvenzrechtsreformgesetzes, ZIP 1989, 468 (472). なお、参事官草案の作成に際して、Balz 博士は、倒産法を市場原理とは異なる目的の貫徹のために利用するべきであると強く拒絶した (Balz, Aufgaben und Struktur des künftigen einheitlichen Insolvenzverfahrens, ZIP 1988, 273 (275)).
- (28) Uhlendruck, Grundzüge des Entwurfs einer neuen Insolvenzordnung, BB 1989, 433 (441) は、この「大い」 „weniger Gericht auch weniger Recht“ を表現した。



- venzordnung, Neuordnung des Insolvenzrechts (Hrsg. Kübler), 1989, S. 135 (153).
- (45) Baur/Stürner, aO., S. 36.
- (46) Gravenbrucher Kreis, aO., ZIP 1990, 476 (479).
- (47) Gravenbrucher Kreis, aO., ZIP 1990, 476 (479).
- (48) 参事官草案 [A] 三〇頁以下。
- (49) Gottwald, aO., Insolvenz im Umbruch, S. 202; Baur/Stürner, aO., S. 36.
- (50) Vgl. Bernhard, Die Insolvenzrechtsreform aus der Sicht der gewerblichen Spezial-Banken, Fachtagung zur Insolvenzrechtsreform vom 3.10. 1985, Schriften des Vereins zur Förderung der Wettbewerbswirtschaft, Heft 24, 1985, S. 31 (34 ff., 37).
- (51) このことは、補償決定の免除期間について報告書に於いて三六頁以下に於いての (Serrick, Mobiliarsicherheiten im Diskussionsentwurf zur Reform des Insolvenzrechts-Möglichkeiten der Enteignung von Vorbehaltspfandanten zum Nulltarif, ZIP 1989, 409 (418)) の「六月を主張する」の (Gottwald, aO., Insolvenz im Umbruch, S. 203; Baur/Stürner, aO., S. 36.) のみである。
- (52) なお参事官草案 [A] 五四頁以下参照。
- (53) Gottwald, aO., Insolvenz im Umbruch, S. 198-199.
- (54) Gottwald, aO., Insolvenz im Umbruch, S. 204.
- (55) Gravenbrucher Kreis, Stellungnahme zu den Reformvorschlägen der Kommission für Insolvenzrecht, BB 1986, Beilage 15 zu Heft Nr. 29, S. 15.
- (56) Heinze, Das Verhältnis zwischen Insolvenzverwalter und Insolvenzgericht, Insolvenz im Umbruch (Hrsg. Leipold), S. 31 (35).
- (57) Vgl. Heinze, aO., Insolvenz im Umbruch, S. 36. なお同書四〇頁は、倒産法委員会提案または準備草案の規定に戻ることや主張を主張している。
- (58) Heinze, aO., Insolvenz im Umbruch, S. 36.
- (59) 六六条の規定の委譲は「閣下」が Heinze, aO., Insolvenz im Umbruch, S. 37 ff. の「閣下」。
- (60) Kübler, Die Stellung der Verfahrensorgane im Lichte der Gläubigerautonomie, Neuordnung des Insolvenzrechts (Hrsg.

Kühler), 1989, S. 61 (66).

- (16) 参事官草案〔4〕四三頁参照。
- (17) 同上(1)参事官草案〔9〕一四一頁～一四三頁参照。
- (18) Henckel, Insolvenzanfechtung, Insolvenz im Umbruch (Hrsg. Leopold), S. 239 ff.
- (19) Vgl. Uhlenbruck, Zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Insolvenzrechts, ZRP 1988, 471 (475); Baur/Stürner, aaO., S. 37; Rümker, aaO., Neuordnung des Insolvenzrechts, S. 155.
- (20) 参事官草案〔4〕一〇四頁に参照せよ。
- (21) Hax, Die Ökonomische Aspekte der neuen Insolvenzordnung, Neuordnung des Insolvenzrechts (Hrsg. Kühler), 1989, S. 21 (30).
- (22) Drukarczyk, aaO., ZIP 1989, 342; Vgl. auch Baur/Stürner, aaO., S. 35. 44 Stürner, Aufstellung und Bestätigung des Insolvenzplans, Insolvenz im Umbruch (Hrsg. Leopold), S. 41 (42 f.) 44 註面裁判官の報告に於ては全面的に裁量を取つて得べき。
- (23) Baur/Stürner, aaO., S. 49 f.
- (24) Vgl. Henckel, aaO., KTS 1989, 477 ff.; Baur/Stürner, aaO., S. 35, 38.
- (25) Grub, Handlungsspielräume des Insolvenzverwalters, Neuordnung des Insolvenzrechts (Hrsg. Kühler), 1989, S. 79 (91 ff.). 44 45 Hanau, Generalbericht, Neuordnung des Insolvenzrechts (Hrsg. Kühler), 1989, S. 162 46 註面裁判官手続の非字種別を考慮してのべきであるとの見解を述べたが、同様にすべきである。同種手続による裁量は、同種別の手続による裁量と異なる。
- (26) Gravenbrucher Kreis, aaO., ZIP 1990, 477. 44 45 Grub, aaO., Neuordnung des Insolvenzrechts, S. 92-95 46 同頁を。
- (27) Henckel, aaO., KTS 1989, S. 491; Grub, aaO., Neuordnung des Insolvenzrechts, S. 92.
- (28) 参事官草案〔9〕二八八頁以下参照。
- (29) 妨害禁止の制度は、同様に、同種手続を妨ぐべきである。Gravenbrucher Kreis, aaO., ZIP 1990, 477; Baur/Stürner, aaO., S. 35 f.; ders., aaO., Insolvenz im Umbruch, S. 46 ff.; Drukarczyk, aaO., ZIP 1989, 349. 44 45 Uhlenbruck, aaO., BB 1989, 441 44 45 裁判官の権能であるべきである申張りを受ける手続は、同様に、同種手続である。
- (30) Gravenbrucher Kreis, aaO., ZIP 1990, 477. 44 45 Rümker, aaO., Neuordnung des Insolvenzrechts, S. 154 46 同頁を。

- (76) 参事官草案〔B〕三三〇頁参照。
- (77) 参事官草案〔B〕三四二頁。
- (78) Leipold, Eigenverwaltung mit Sachverwalter und die Eigenverwaltung bei Kleinverfahren, Insolvenz im Umbruch (Hrsg. Leipold), S. 165 (168). Vgl. auch Grub, aO., Neuordnung des Insolvenzrechts, S. 90.
- (79) Leipold, aO., Insolvenz im Umbruch, S. 169.
- (80) Leipold, aO., Insolvenz im Umbruch, S. 171 f. また同書一七九頁以下においては、監督人の付かない自己管理の制度にも反対し、倒産管財人による小規模倒産手続によればよいとする。
- (81) 政府草案における免責制度については、Uhlenbruck, Die Restschuldbefreiung nach dem Regierungsentwurf einer Insolvenzordnung, DGVZ 1992, 33 以下註文。また Prütting, aO., ZIP 1992, 882 ff. を参照せよ。
- (82) この旨を強く指摘するのは、Gerhardt, aO., Insolvenzrecht im Umbruch, S. 2 f.; ders., Insolvenzverfahren für Verbraucher aus der Sicht der Wissenschaft, FLF 1989, 99 ff. また、これは、免責が債権者の多数決を要件としながら裁判所によってなされることも批判している。
- (83) 参事官草案〔A〕三四頁。
- (84) Uhlenbruck, aO., BB 1989, 433 (441). Vgl. auch Baur/Stürner, aO., S. 37; Smid, Restschuldbefreiung, Insolvenz im Umbruch (Hrsg. Leipold), S. 139 (143).
- (85) Graftenbrucher Kreis, aO., ZIP 1990, 478.
- (86) Wochner, Die neue Schuldknechtschaft, BB 1989, 1354 などの題名によるように、長期にわたって債務を弁済し続けなければならない状態を「新たな債務奴隷」と名づけている。
- (87) 参事官草案〔B〕三三二頁以下。
- (88) Smid, aO., Insolvenz im Umbruch (Hrsg. Leipold), S. 139 (144 f.) はさらに、参事官草案のモデルは、費用を増大せしめる旨を指摘し、修正として、①債務者が参事官草案三三〇条による免責の告知後に取得した財産から、譲渡した給与債権や給料債権を償還した場合に申立により免責を認めること、②債務者は申立に際しては、倒産手続終結後は双務契約から生じる義務を負担していない旨を宣誓に代わる表示を付すること、③第一項による免責の付与には債権者の同意を要する、という三個の条文を、参事官草案二三八条の後に入れることを提案している。

〔後記〕 本稿は、平成四年六月六日に関西大学で開かれた第五回比較法学会総会における報告原稿を基礎とし、その後入手した資料をも加えて加筆訂正の論文形式にしたものである。なお学会報告の要旨は、比較法研究第五四号九七頁以下に掲載されている。

△平成五年二月二五日脱稿▽