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

Title	倒産法改正への提言
Sub Title	Proposal for Revision of Insolvency Act
Author	宗田, 親彦(Soda, Chikahiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1995
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.68, No.12 (1995. 12) ,p.219- 249
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	石川明教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19951228-0219

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.

倒産法改正への提言

宗田親彦

一、はじめに
二、倒産法改正の必要
三、倒産法改正の動向
四、具体的課題
1 手続の種類と法規
2 倒産手続の申立と対象
3 手続の開始原因
4 保全処分
5 倒産手続開始の効果
6 手続の機構と補助機関
7 債権届出と債権確定の要否
8 倒産処理計画
9 否認権の要件と効果
10 典型担保と非典型担保
11 契約関係の処理
12 取戻権・相殺権
13 渉外倒産
14 免責手続
15 私的整理手続
16 消費者倒産法

一、はじめに

倒産法を全面的に改正して新法を制定すべきであろうか。倒産法改正や新法制定の動向の世界的潮流はどのような方向に動いているのであろうか。そして倒産法は我が国の現状からみてどのようにすべきであるのか。これらを踏ま

えて具体的課題について検討を試みようと思う。

石川明教授が慶應義塾大学を定年で退かれる。小稿は同教授に感謝して記すものである。石川教授は、比較法、なかでもドイツ強制執行法についての研究を中心に進められ、同法の改正法も含めて最もよく研究しておられるが、さらに破産法の概説書や論文も発表しておられるところから、倒産法について世界の主要各国で新倒産法制が出揃った時期でもあるので、わが倒産法の改正に視点を合わせて検討してみることとする。

従来から弁護士として多数の倒産処理手続を担当し、理論と実務の両面から倒産法のあり方を研究してきた者として、わが国法制上および実務上解決しなければならない問題は多数存在するが、それらの主要な点について本稿で検討するものである。

二、倒産法改正の必要

1　わが国の倒産法制は、周知のように倒産五法ともいうべき破産法、和議法、会社更生法、商法の会社整理と特別清算から成り立っている。破産法、和議法が大正一一年につくられてから八〇年以上も経つし、会社更生法は戦後の昭和二七年であるとはいってもこれも四〇年以上も経っている。現在までに右の各法律は商法上の制度も含めて大小の改正をしてはいるものの、各々独立の法規と制度という建前は動かしていない。この五つの法制度は再建型と清算型に分けられるがそのグループ毎の共通立法すらなされていない。

2　現在では社会情勢および法解釈の状況が立法当時とは大きく変化し、多様で複雑な事態は昔日の比ではないし、倒産の規模等も飛躍的増大し、関係者も世界的であるし、また自然人の自己破産が極めて増加したこと等々から、世界主要各国の近時の新倒産法との整合性を考慮しつつ戦後五〇年の節目として新しい時代の倒産の状況に適合した倒

産法を制定する必要があると考えられる。(1)

倒産法の分野は、当事者の利害がせん鋭化し厳しく対立するところから、新しく解釈論をリードし、運用に工夫を要する場合が多い。たとえば譲渡担保の解釈やその他の変型担保の効力等をめぐる解釈論、請負人の破産の二分説、賃貸人破産の解釈等や免責手続審理などにおける運用による処理や渉外倒産の処理等々がある。ここからも明らかなように倒産法には解釈と運用による現実の解決を要する場合が他の法分野よりも極めて多くかつ緊急を要するのである。改正法を必要とする理由である。

3　改正を要するとしても、根本的な検討を要するのは、倒産処理政策をいかなる理念に基づいて画定するかという点である。改正法の制定に際して、新法が現在及将来の社会によく適合するか否かの基本はここにあるといえる。

そこでこの政策の基礎には、倒産企業もしくは自然人は社会経済活動における自然淘汰であり優勝劣敗は自由主義経済の下では当然のことであって、かえって倒産する者があってこそ社会の自浄機能が働き健全な社会が築かれるのであるという認識と、社会秩序維持の観点から弱者保護、福祉の重視が必要であり、企業等の保護、指導および育成、そうしてこれらの管理をして倒産の防止や倒産からの再建を図るべきであるという認識とがある。

倒産処理政策とは、処理の方策のことであるから、社会の構成員のニーズを充分に把握しなければならない。しかし現代社会のニーズは多種多様であり、かつてのように右の二つの認識のように自由のみが重要であるとか、社会秩序こそ第一義的であるとかと明快に割り切れないのである。現在においては、人には合理的な面も不合理な面もあり、理性も感情もあって、それぞれが存在していて他を否定することはできないというべきである。そうして人が組成するのが社会であるから、社会についてもこのことはあてはまるといわなければならない。すなわち、人と社会には合理的なニーズもあり、不合理なそれもあり、かつ理性的なニーズも情動的なそれもあるのである。そうして、この判断基準と判断者は人間そのものであるということがいえる。これらの様々の異なったニーズに適合する法制を考えな

ければならないのである。

倒産処理には多数の利害関係人が存在するが、この者たちの多様なニーズに対応する処理は従来どのようになされてきたかといえば、実体法や手続法が、人の意思を尊重し自由主義的な考え方を基本として制定されたものが、その後次第に社会秩序、福祉、弱者救済という要請に対応してきている状況から、自由を基本とするがそれに対する妥当な関わり方を検討しながら、これを修正し変容してきたといえるのである。

そこで今後の倒産処理の方策を考えると、まず倒産処理手続における種々様々なニーズとして、具体的には、債権者の受ける弁済の額・時期・方法、担保権者の権利行使の方法、変型担保の権利の保護の有無と順位、相殺の可否の判断基準、否認の相手方の利益の得失、従業員の職場の確保と権利の保護、そして倒産者の地位と再建の可能性等について合理・不合理、理性・情動によった多様な立場や地位、権利からくるそれぞれ異質の要請が認められ、これらの利害関係人の諸要請を相互に調整することが必然的に求められるのである。そうして実務の経験から、現実に倒産に関わる利害関係人は、各々の権利の実現(従来は倒産手続を債権者の権利の実現方法であることだけ考えていた。)に目的の重点を置いているというよりは、倒産手続がいかに適正に、各関係人の利害関係を調整してくれるかに関心があり、この利害関係の調整の結果、たとえ自己の権利が現実されないかもしくは大幅に制約を受けることになってもそれはそれで納得するのである。その意味で倒産手続は(訴訟手続においてもその側面があるといえる。)、利害関係人の納得のプロセスと称することができるのである。すなわち倒産処理の指導理念は利害関係人間の調整にあり、倒産処理はこれを目的とするということができるのである。このことは筆者が従来から説いてきたところである。(2)

4　現行の破産、和議、会社更生、会社整理、特別清算の各倒産手続(いわゆる倒産五法)を理論的に検討し、かつ現実の倒産事件の処理の中から、従来努力して解釈と運用で解決してきたが、これらについて検討すべきであると考えられる点をみると主要な点だけでも左記のものがある。この他にも多数存在するがそれについては紙数の関係で留

保しておく。

まず、倒産手続を単独の倒産法によるか、複数の手続・法典によるのか、申立権者と申立裁判所について、破産手続開始の申立原因を支払不能を基本に据えておいてよいか、開始前の保全処分に保全管理人の選任を一般的とすることはどうか、倒産手続開始の効果をどのようにするか、管財人などの手続の機構と債権者委員会などの補助を設けるべきか、債権調査と債権確定手続を必要とするか、再建か清算か、それはどの時期までにどのような方法で決めるべきか、否認権の要件はどう拡大すべきか、否認の効果はどうあるべきか、典型担保権の実行行為は誰が何時どのようにして行うべきか、非典型担保権はどうか、倒産手続開始時に存在していた双務契約はどう処理するべきか、賃貸借契約や請負契約などはどうすべきか、譲渡担保や所有権留保は別除権とすべきか取戻権とすべきか、効力はどうすべきか、相殺権のメカニズムはどうすべきか、渉外的倒産では、わが国の倒産手続の外国での効力と外国倒産手続とをどう扱うべきか、免責手続はどのように整備すべきか、私的倒産処理は裁判所の許可や監督を与えるべきか、そうして消費者倒産法を設けるべきか否か等々である。

三、倒産法改正の動向

倒産法は世界的に現在どのように改正され、どのような方向にあるといえるか。これらに共通している一つの特徴は倒産処理についての再建型から清算型までを単一の倒産法によって処理する点であるといえる。

1　アメリカ合衆国では一九七八年に新連邦破産法が制定され、第七章で清算を第一一章で再建を規定し単行法で倒産処理を扱う。従前のチャンドラ法当時から統一の倒産法であった。破産式債権確定制度はない（一一一条a、五〇一条）。

2　フランスでは一九五五年法、一九六七年法を経て一九八五年に新法が制定され、統一倒産法として再建手続を先行し、観察期間後に再建か清算かを決定する。しかし大多数が清算事件であった。そこで最近では一九九四年六月一〇日の「企業の窮状の予防に関する法律」(九四－四七五号)で手続の簡素化(観察期間を経ずに清算開始)、債権者の権利処理の改善(届出の簡易化、共益債権者は再建でのみ担保権者に優先、所有権留保売主の取戻権の拡大)およびインサイダーによる企業譲受の禁止等が改正されている。そして再建と清算の別々の手続等が議論されている。なお債権届出と主任官による債権承認の決定手続(一〇一条)がある。

3　イギリスでは一九八六年一二月に新統一倒産法が施行された。法人と自然人を共通に対象とし、倒産処理士(Practioner)を設け、担保権を制限するなどし、新法ではまず任意整理、ついで更生命令、清算手続としてのレシーバーシップ、その他強制清算、任意清算がある。イギリスでは債権届出や債権確定の制度はない。

4　中国では、一九八六年一二月二日採択の中華人民共和国企業破産法(試行)が同日公布された。これは国営の全人民所有制企業に適用があり、その他の企業や個人にはない。これは重大な欠損と支払不能を開始原因とし、再建と清算が同一手続で進められる。債権届出と債権者会議はあるが、債権確定手続はない。一九九五年には法人非法人を問わず企業全部(消費者を除く)に適用のある新破産法を検討している。

5　ドイツでは一九九四年一〇月五日 Insolvenzordnung として統一倒産法が成立し、一九九九年一月一日から施行されることとなった。清算型と再建型を統一法で処理し、新法制定の準備の倒産法委員会の報告書は革新的なものであったが、参事官草案から政府草案を経て後退し、新倒産法は保守的な姿勢を示している。新法は、申立原因に支払不能と債務超過を据えるが、前者は債務者申立のときは「さし迫った」支払不能でよいと拡大した。債権者集会で清算か再建かを決め、債権届出と債権確定方法が規定され、無占有担保権者の別除権処理は削除され、倒産(処理)計画を集会の過半数で可決し担保物の売却には換価金から確定費用(四%)と換価費用(五%)として財団の収入を図り、

本旨弁済の否認や故意否認において支払不能を基準に用い、債務者の申立による免責を認め、受任者に七年間（二八七条二号）収入を預ける方法と倒産処理計画による免責とを規定している。財産の自主管理についても規定する。[3]

四、具体的課題

1　手続の種類と法規

倒産手続の種類は、現在でも講学上清算型と再建型に分けて考えられているが、さらに企業倒産手続と個人（消費者）倒産手続とで分けるべきか否か、企業倒産手続内を大規模倒産と小規模倒産に分ける必要があるか[4]否か、そうして倒産に関する法律は単行のたとえば「倒産法」という法典にすべきか、現行法のように数種類の法律があってもよいかどうか、また倒産処理を裁判所に担当させることの是非と担当させるときの方法・範囲等について検討を要する。

(1)　倒産処理を清算型と再建型に区別することは従来からこのように称されてきたところである。清算型と再建型の基礎には、理念として再建型を清算型よりも優位におくという姿勢、すなわち現在あるものの再建をこれを消滅させることよりも尊重しようという認識があるといえる。[5]そして現行法においては概ね会社更生、会社整理、和議、特別清算、破産の順序での優先順位が存在すると考えられる。[6]現行法ではこの順位のうち、上順位のものへは下順位のものから移行できる（たとえば破産から会社更生の移行につき（会社更生法三一条））けれども、逆の方向へは自由に移行できない（牽連破産のみである。会更法二三条、二六条）のである。[7]これらの結果は実際からの要請として不便である。たとえば会社更生開始決定があると、会社整理には自由に、もしくは牽連によっても移行できないのである。会社更生法の厳重な手続から簡易な再建手続としての会社整理へは変更ができないのである。また更生開始決定があると特別清算へも移行できないのである。これもニーズに対する処置が片面的であり不便であるといえる。不便であっても、

それでも守るべき理念や利益があり、それが優先するのであれば格別であるが、倒産事件は、様々な状況において一定の固定した順序による処理の方法に拘束されるべきではなく、それぞれの倒産事件の性格や社会的位置付けは多様であるので、これにマッチさせるためには右の優先順位は不要であるといえる。

そこで、清算型と再建型の区別を解消し、これらを統一して両者の手続上の互換性をもった倒産法を設けることを提言したい。つぎに清算型と再建型に手続上の互換性があれば単行の倒産法でなくてもよいのではないか、という点については、ばらばらでは手続の開始原因、予納金の重複納付、保全処分、債権届出、その他の手続の処理が重複することになり複雑になって再び相互の調整を必要とすることになる。明瞭で判り易い手続でなければならないから複数の手続を設けるのではなく、一つの倒産法で処理し、その中で様々なニーズに対応できる処置を講じておくことが妥当である。

(2) 倒産処理を企業倒産手続と個人(消費者)倒産手続というように区別するべきか否かについてであるが、これは区別するべきである。アメリカ連邦破産法第一三章には定期的収入のある自然人の倒産処理が規定されているが、単一の法典の中でこのように区別してもよいが、簡易な単行法を設けるのがよいと考えられる。自然人の自己破産が増大し、破産部はそれの対応に追われ、管財人や関係人との連絡や協議もスムーズに行かないのが現状であるので、これを解消するためにも個人(自然人)倒産処理手続を企業のそれと区別することが妥当である。では、どのように区別するべきかといえば、個人(自然人)倒産は負債総額も、債権者数も債務者の財産規模も企業のそれよりも少ないのが通常である点と、企業の倒産が、倒産による消滅や、第二会社もしくはM&Aなどの方法で当の企業そのものが消滅していくことが多いのに対して、自然人は、倒産してもそれ以後の人生を全うしなければならないのである。なるほど企業もそれ自体再建する場合には右と同様であるが、自然人はこれが必然の関係にあるのである。自然人の破産の免責もあるが、そこでも一部免責や条件付免責が出現してきているので残部の債権については右と同様にいえる。免

責が認められる場合でも、それの可否や、その範囲についての調査を必要とする。そこで、一つは自然人のための簡易な倒産手続を設けることと、つぎにそこでは破産裁判所や管財人とは別に倒産調査員制度を設けて、調査員が清算か再建か、弁済案の当否、免責の可否等について調査することとし、裁判所等はこれを経て判断することとし、かつ、この調査員は後述の私的整理手続の報告の受理と調査等も担当するようにすることが妥当である。

(3) 企業倒産手続の中で大規模手続と小規模手続の区分を設けるべきであるか否かという点については、直接的にこの区分を単一の倒産法の中で設けるべきではないと考えられる。現行破産法にも小破産の制度があるが、これは利用されていないし、せっかく清算型と再建型を統一し、再建型の中でも会社更生、会社整理、和議という区別を廃止して流動的にして機動性を与えるのであるから、その中を再度大規模と小規模で分けるのは逆行することに成りかねない。むしろ関係人集会の自治を前提として、省略できる部分を設けておき具体的事件毎に利用するか否かをきめられるようにしておけばよい。現在の実務の運用でもすでにこれを実行している。例えば、集会の決議に代わる裁判所の許可、配当の回数や集会期日の併合や省略等々である。これとは別に、昨今の金融機関やその他公共的性格の強い企業の倒産についての、監督官庁の申立の勧告、管財人の推薦、短期間での処理等の特則を設けることを提言したい。

2 倒産手続の申立と対象

(1) 倒産手続の申立は、債権者と債務者その他のどの範囲で認められるべきか、そして倒産手続の対象はいかなるものであるべきかについてであるが、申立権は債権者と債務者に与える点及び準債務者(理事、取締役、業務執行社員等)に認める点で破産の場合と同様であってよいと考えられる。法人の場合に構成員(株主等)に申立権を付与するか否かについては、現行の会社更生、会社整理、特別清算にあってはこれを肯定しているが、理事や取締役および業務執行者たる構成員に申立を認めれば、株主等の構成員は、資本と経営の分離のみならず、出資者の企業所有意識が希薄化

し、現実には利益享受意識のみといえるので、株主等の申立権は不要であるし、株主に申立を認めると経験上企業の内部紛争を助長することにもなりかねないので賛成できない。ドイツ新倒産法一四条一項は債権者に、二項は債務者に申立権を付与している。

(2) 申立の対象は、自然人、法人(株式会社に限定せず、信用金庫、信用組合、公益法人、特殊法人、学校、宗教法人、病院、幼稚園などすべてを含ませるべきである。)、権利能力なき社団もしくは財団である。相続財産については、民法上の限定承認が実際は清算手続として用いられており、第一種、第二種の財産分離制度もあって、現行の相続財産の破産は利用されることが少ないところから、新倒産法には設けなくてもよいと考えられる。しかしドイツ新倒産法一一条一項二号は相続財産の倒産手続を認めている。これを設けるには相続制度がイギリス相続法のように清算してから相続するという制度であることが受け容れ易くする前提となるように考えられる。

(3) 倒産手続の申立は、債務者の住所地もしくは主たる営業所所在地及び補充的に財産所在地の地方裁判所に行うようにし、この管轄は合意管轄や応訴管轄のように申立人と相手方の都合で自由にできるのではなく、利害関係人等を考慮すると専属管轄でよいが、裁判所の裁量による移送を認めるべきである。なぜなら倒産事件の規模、関係者の地域的分布、財産の所在等の関係から裁量移送を認めるほうが迅速、的確な処理が期待できるためである。

ついで倒産事件の担当を裁判所にさせるか行政庁にさせるかであるが、たしかに倒産事件は非訟事件であるから、一種の行政事件であり、通産省等に委ねることも一つの案ではあろうが、従来から裁判所が担当してきたこと、世界各国でも裁判所が担当していること、そして法律的な判断事項が多数存在すること等から裁判所の担当とすることが妥当であると思料する。また、裁判所についても、特別の倒産裁判所、倒産裁判官を設けるか否かであるが、そうした方が専門的かつ機動的であろうが、施設や人員確保等の観点から従来の地方裁判所と裁判官をあてることが妥当であると考えられる。アメリカでの右の制度は、にわかに我が国では賛成できない。しかし前途の調査員などの倒産裁

判所の補助員の制度を拡充して迅速かつ実情にフィットした手続を確保しなければならない。

3 手続の開始原因

倒産手続の開始原因は、伝統的に英米法系の列挙主義と大陸法系の概活主義の潮流があるが、今日ではアメリカ連邦破産法では acts of bankraptcy（破産行為）に代えて generally not paying を破産原因として概活主義になっている。[8] 概活主義においても支払停止を一般的な破産原因とすると、[9] 債務者の行為をとり上げるために外部からは明確に把握し易いが、支払停止は支払不能であることを外部に示す債務者の行為もしくは挙動であるから、必然的に支払不能を問題にせざるをえないという関係にあるところから、この概念そのものに問題があるといわざるをえず、かつ支払不能でないのに錯誤で支払停止をしたときの、支払不能でないことを立証することによってする支払停止の排除を考えると、支払不能を基本に据えるのが本来的であると考えられる。

(1) 支払不能については、これは弁済期にある債務が支払えない状態であり、「弁済期」の到来が要件であったが、果たしてこれを要求することが倒産手続開始の要件として妥当であるかが検討されなければならない。

実務における倒産処理手続の申立の準備は、近い将来（多くは二週間から一ヶ月位先）の弁済期の支払いができないことが確実であるという状態において開始されるのが通例である。もちろん手形不渡事故を起こしてから申立の準備をする場合もあるが、この場合には再建手続を採用する余地はほとんどないといっても過言ではない。なぜなら運転資金の確保、関係者との協議、弁済案及びスポンサーとの折衝等をする余裕がほとんど失われるからである。この前者の場合には、その時から弁済期までの間には取引はなく支払いもない状態を生じ奇妙に静かな状態が生じる。これを「嵐の前の静けさ」と呼んでいるが、現在ではこの時期における倒産手続の申立は、弁済期が未到来であるので支払不能でないために、これを行えないのである。この時期に申立が許されれば右の再建への検討をする余地も生じかつ

手続もスムーズになるのである。そこで支払不能の概念を、「さし迫った弁済期に支払えない状態」というように改めるか[10]、もしくは支払不能概念は従来と同一にしておいて、債務者のする倒産手続の申立は右の「さし迫った支払不能」時期において可能というようにすべきである。ドイツ新倒産法一八条一号は債務者によるこの時期の申立を認めている[11]。

(2) 支払停止は、債務者が真に支払不能であるときに支払不能である旨を外部に表示したときは、法律上の推定という立証の軽減以外に意味はないのであり、意味があるのは債務者が真に支払不能でないのに支払不能である旨を外部に表示したときでも、破産宣告の要件としては債務者が支払不能でないことを立証しない限り破産宣告されてしまう点である。破産宣告の要件以外の支払停止概念、たとえば危機否認の要件と相殺禁止の要件としての支払停止は、右の立証責任の軽減の意味をもたないのである。けだし、否認、相殺の要件では、支払不能を探る道具としての支払停止が、真に支払不能ではない状態で支払停止すなわち支払不能として扱われることは否認や相殺禁止の要件として妥当ではないからである[12]。妥当でないという理由は、否認や相殺禁止における支払停止は真に支払不能状態であるために、否認して債務者等の行為の結果を除去し財団に回復して平等弁済に充てるべき状態を探る手だてがここにおける支払停止であり、また相殺の禁止についても同様であることによるのである。本来は、破産宣告の要件としての支払停止も真に支払不能である場合の支払停止に限るべきである。支払不能でない債務者に支払不能でないことを立証できなかったということだけで破産宣告を受けさせるべきではないからである。破産宣告は申立人たる債権者と相手方たる債務者間の二当事者間の問題だけではなく、広く倒産利害関係人間に効力を及ぼす多数の者のための制度であるから、立証責任の結果により処理されるのは妥当でないのである。

そこで立法論としては、「支払停止は支払不能と看做す。」というように反対の立証は許されないようにすると(現行ドイツ破産法一〇二条は、「anzunehmen」としている。)[13]、明確にはなるが真実と相違する場合までも債務者を倒産に追い

込むことになるので妥当とはいい難く、支払停止は支払不能の徴表の一つであり、これを事実上の推定にとどめておいて債務者の防禦は反証で足り、債権者になお本来の立証責任を課しておくべきではなかろうか。なお、さらに、これは「特別の事情」で支払不能でないことを債務者が立証することにより破産宣告を免れることにすることが妥当である。ドイツ新倒産法一七条二項は、支払停止は in der Regel（通例は）支払不能とする。債務者の申立について同法一八条一項は支払不能のさし迫った時期における申立を認めている。

(3) 債務超過は、従来から立法論的な批判が強い。法人とくに株式会社などの営利法人においては長期借入金が多額であることが通例であるところから債務超過が常態化している。そこで債務超過を倒産原因からはずすべきである。存在の基礎を財産におくものの倒産原因として債務超過を申立原因からはずすことには異論もあろうが、その場合でも支払不能でなければ倒産させず、かつ支払不能（またはそれがさし迫った状態）であれば債務超過でなくても手続の申立ができる（後者は現行法でも同じである。）というようにすることが妥当である。[14] 平成七年一月の阪神大震災の特例法として一定期間、当該地方の企業の債務超過を破産原因から外していることも右の事情を基礎として震災による倒産防止対策によるものといえる。

4 保全処分

倒産手続開始申立後開始決定までの間に保全処分を必要とすることはいうまでもない。現行各倒産手続においても債務者の財産について仮差押、仮処分、強制執行停止の仮処分等が認められているが、これに加えて保全管理人の選任（会更法四〇条）を一般的に認めるべきである。ドイツ新倒産法は二一条、二二条で仮管財人の選任を認めている。そして仮管財人は管財人と同一の義務を課せられている（同法六〇条）。

わが法では保全管理人は前述のように会社更生手続においてのみ法律上認められており、他の和議、会社整理、特

別清算および破産には制度としてはないとされているものの、たとえば解釈によって、破産法一五五条一項の「その他の必要なる保全処分」として保全管理人の選任は認められると解される。新法では保全管理人を認めるべきである。その権利、義務は管財人のそれと同一でよい。これによって、個別の債務者の財産の処分禁止、債務者の一定の行為の禁止および債権者の強制執行の停止だけではカバーできない一般的な保全処分が与えられ、また保全処分最大の問題の、保全処分の効力について善意の相手方の保護についても、保全管理人選任公告後は、一律にこれに反する行為を無効とすることが可能となり、個別の保全処分に比して混乱が防止できる。

保全管理人と並んで有効な措置として監督員の制度がある。これは会社更生（同法四二条）と会社整理（商法三九七条）にあり、債務者が裁判所の指定した行為をする場合には監督員の同意を必要とする（商法三九七条二項）のであるが、この制度を一般化して、保全処分の一態様として監督員を設けることが有効である。すなわち保全管理人の選任により管財人と同一の広汎な管理・処分権限を保全管理人に移転させてしまうよりも、事業の継続等（取引の相手方や従業員関係者等）の関係から従来の債務者（もしくは代表者）が担当している方が妥当な場合（後述の管財人選任の適否にも関わる。）があり、このときに同意権を有する監督員を選任しておくことでスムーズに処理できるであろう。

5　倒産手続開始の効果

(1)　倒産手続開始の効果がどのようなものであるべきかについては、管財人が必ず選任される点と債権調査と確定等の点を除けば、手続としては現行の破産と会社更生が整備されているので、これを基本としてよいと考えられる。現行の和議は、別除権行使の制限がなく、優先債権等の議決権も認められず、債務者にのみ申立権と財産管理権があり、認可後の監督が不充分であり、否認権も特殊すぎて機能的でない等不充分な点があるが、債権届出のみあって債権調査と確定手続が省かれているのは機動的であり実際にマッチしている。財産管理権が債務者に認められる点（債

務者のみにある点は問題である。）も実務上申立に際して経営のイニシアチブを喪失しないですむというメリットから好意的に受けとめられている。会社整理は管理人が選任されたとき（商法三八条）は管財人と同様に財産管理処分権は管理人に帰属するが、選任が任意的なのは妥当であるが、債権者等の集会の決議のない点が欠点であった。特別清算は清算人の監督機関と否認権がない点及び担保権に行使制限がない点等が問題であった。

(2) 倒産手続開始の債権者や債務者および利害関係人に及ぼす効果については、債権者等に及ぶ効果としては、個別執行が禁止され、届出債権については配当を得ることは当然であるが、担保権の実行については、破産と和議ではこれを禁止せず、会社整理（商法三八四条）と特別清算（商法四三三条・三八四条）では担保権の実行の中止が認められ、会社更生では担保権も手続に組み込んで担保権の実行を許さないのであるが、とくに再建手続においては、担保権の実行により債務者の主要な資産が競売に付されてしまうと再建が不可能となるのである。そこで新しい倒産法では担保権の実行を禁止し、更生担保権と同様に取り扱うことが妥当である。つぎに債権の現在化、金銭化、無条件化は認められてよい。ドイツ新倒産法では四一条（現在化）、四五条（金銭化）、無条件化（四二条）を認めている。債権については、一般債権のほかに、共益債権（財団債権）、優先債権、劣後債権の区別を設けることが妥当であり、共益債権には、倒産手続のための裁判費用や手続開始後の租税公課や管財人の行為によって生じた費用、管財人の報酬、契約を手続開始後履行する債務等が含まれ、優先債権には、開始前の公租公課、開始前の未払給料債権や一般の先取特権および別除権として規定されなかった非典型担保について管財人に換価権を与え優先的な（しかも担保権や共益債権よりも劣後する）弁済をすれば足りるとするのが妥当である。これは倒産手続開始前に努力して非典型担保権を取得した者の保護と典型担保権等とのバランスからくる処置である。ドイツ新倒産法五一条は動産譲渡担保を別除権として認める。しかし所有権留保については草案にあった規定を削除している。

債務者に及ぼす影響としては、倒産管財人による手続開始時の債務者の財産及びそれ以後に取得した債務者の財産

(固定主義を排除)の管理と換価、又は債務者にこれらを管理させる方法が妥当である。倒産企業の大小、債権者や利害関係人と債務者との関係、再建か清算か等によって債務者の財産管理・処分権を管財人に専有させるか、債務者に残すかを弾力的に選択できるようにすることが望ましい。わが会社更生法導入時にも管財人を付けるものと然らざるものとの区別を設ける見解が有力であったし、新アメリカ連邦破産法では再建手続では管財人を付けない倒産手続を認めている(アメリカ破産法一一〇七条)。管財人のいない場合は前述の監督員を選任するようにしておくべきである。固定主義を排し、膨脹主義にすることは、再建型では当然であるが。清算型でも退職金の四分の一相当額を財団に組み入れ易くなるし、配当率の上昇にも資する。

また開始決定正本によって債務者財産への執行ができるように明文を設けるべきである。ついで開始決定によって債務者は債権者等に弁済することが禁じられ、法律行為、法律的行為その他事実行為をすることが禁じられるようにすべきである。これらは倒産管財人の専権もしくは監督員の承諾にかかわるようにしておくべきである。また債務者には協力義務、情報提供義務、郵便物の開披等の義務が課せられるべきである。

(3) 手続の開始決定がなされて、倒産管財人が選任されても倒産した企業の清算か再建かは直ちには決定できない。現行のいわゆる倒産五法の欠陥は以下の点にあったのである。すなわち法的倒産手続を申立てるに際して、清算か再建かを明日手形不渡が出るという時期に、もしくは手形不渡が出た直後に速やかに決定して、しかも破産か和議か、特別清算か会社整理か又は会社更生かという特定の手続の選択をも同時にしなければならないのである。そこで事前の協議(担保権者との、もしくは企業のスポンサー候補者との協議)の必要に迫られることになるが、これがこの時期には大変困難である。

そこで、申立をし保全処分を得て、手続の開始決定後一定期間(三ヶ月ないし六ヶ月程度)の間に調査し、検討し、最終的には利害関係人の自治的な集会における決議によって清算か再建かを選択できるようにすることが望ましい。

フランス新倒産法の方法である。フランスでは新法施行後試行的に制度を運用して具合の悪いところをどんどん改正していくという印象を受けるが、これも新しい法制度の現実的な対応の仕方と評価できる。

6　手続の機構と補助機関

(1)　手続の機構については、前述の地方裁判所を倒産裁判所とし、倒産管財人を選任しもしくは選任しないときは監督員の同意を要するものとし、担保権を含めて債権届出を一定期間内に倒産裁判所に提出して議決権算定のための債権額を倒産裁判所が決定し、倒産利害関係人集会において重要な事項の決議をし（財産の管理・処分、管財人や監督員の解任、債権者委員会の設置等の決議、倒産処理計画の承諾、管財人等の報告を受けること、倒産手続の廃止の決議等）、そうして倒産裁判所もしくは利害関係人集会が選任する委員による債権者委員会を設置すべきである。

(2)　債権者委員会は古くから中規模以上の倒産においては、わが国の実務上任意の債権者委員会が倒産手続の申立前から、もくしは申立後に組織されて、手続の申立や開始後においては管財人と債権者をはじめとする利害関係人との連絡、協議や調整等を通して管財人の補助および監督を行ってきている。どの倒産においても、その倒産企業の所属する業界毎に特色のある取引先との調整、金融機関との協議、スポンサー候補の選定、従業員との関係の処理等を必要とする。これらを予めストックしてある倒産裁判所の人材では必ずしも充分にフィットしないおそれがあるので、各倒産事件ごとに担保権者、債権者、従業員等を含めた債権者委員会を設置し、ここで協議すべきである。(15)

(3)　倒産管財人の法的地位については、現在破産について破産財団代表説、破産団体代表説および破産管財人管理機構人格説等が有力であるが、いずれも債務者とは別の独立の法主体を構想する点は共通である。法律関係を明瞭にし簡潔な解決を目的とするものである。それぞれの論者において倒産処理手続を執行手続的性格を有するか、それをもたずに清算手続的性格だけであるかという見解の対立はあるものの、右の利害関係人（債権者）の立場を差押債権者

と同様に、もしくは第三者たる団体が成立する実体から差押債権者の立場と同様に扱うべきであるという認識の下に、第三者として法主体性を認めることになる。そうしてこの第三者性は、民法九四条二項(虚偽表示)、同九六条三項(詐欺)、同五四五条一項但書(解除)の第三者に該当するということができる。[16] また管財人の当事者適格の規定や管財人選任の公告を対抗要件とする規定を設けるべきである。

7 債権届出と債権確定の要否

(1) 現行の倒産手続は、破産、和議、会社更生、特別清算において債権届出の制度があり、特別清算が清算人に債権の申出をすることを除いて他の三種はいずれも裁判所に債権の届出をする。しかし会社整理にはこの債権届出の制度はないのである。これは会社整理では原則として全債権者の同意を必要とするとされているところから債権者集会の決議を要しないためである。すなわち債権届出の制度は、債権額によって債権者集会における議決権行使額を裁判所、整理委員、管財人、清算人などが決め、これで集会の法定多数の存否を判断するためにある。

(2) 債権届出制度を持つ右の倒産手続のうち、債権調査期日における債権者等の自治的な債権調査の結果を債権表に記載することにより実体的に債権が確定するという破産式債権確定の制度を有するのは破産と会社更生だけであり、和議と特別清算等には債権確定の制度は存在しないのである。

(3) そこでまず新倒産法における債権届出制度の設置であるが、これは届出制度のない会社整理で全債権者の同意を要するとする点が不合理であると実務からの批判があるのであるから、会社整理でも債権届出と債権者集会での法定多数決を定めたほうが良いのである。ここから債権届出制度を新倒産法において設置し、倒産裁判所等が議決権の行使額を決定し、そして債権者集会で法定多数で可決し反対債権者を拘束して解決を図るのが妥当である。その法定多数の可決の要件については、出席債権者の過半数でかつ総債権額が担保者につき四分の三、債権者と株主等の法人

の構成員は過半数とすることが妥当である。同一の集会でこれを行ってよいと考える。可決の要件が現行法よりも軽いのは機動性を持たせるためである。問題は、現在破産実務でも異和感のある集会の定足数であるが、右のように出席債権者と総債権額とから限定を設けるだけで、定足数を設けない方法もあるが、定足数を設ける方が債権者等の出席を確保でき、関係人の意見をより反映させ易くなるので定足数を設けるべきである。定足数は株主総会の場合と同様に過半数とし、議決権の代理行使も可能性としておくことが妥当である。

(4) つぎに、債権確定手続の要否であるが、現在も債権調査期日に異議を述べるのは管財人が大多数であり、債権者が他の債権者の債権調査を行う例は多くない。また債権者集会の議決権の行使額決定と結果的にはほとんど変わりがないのである。倒産手続を債権の実現方法として把握し、強制執行的側面に重点を置くと、その前提として債権確定は必須の手続ということになるが、倒産手続を利害関係人間の財産関係の調整を目的とする清算であると解すると、この債権確定手続は必要とはいえないのである。そうして実務での債権調査が右の通りであり、異議が出されれば債権表に記載した上で、別に債権確定訴訟を要するのであるから、争いのある債権に対しては、債務者でも他の債権者等でも、倒産手続とは別立ての異議訴訟等を可能にしておき、また議決権行使を認められなかった届出債権者は確定訴訟を提起できるようにしておけばよいであろう。世界の新しい倒産法の動向をみても手続内の債権確定を設けていないのが英米流の処理である。(17)

8 倒産処理計画

(1) 倒産手続を一つの手続にするときは、倒産処理の内容として清算型か再建型か等を決定する必要がある。これを従来は申立時に決定していなければならなかったが、申立時にはこれを決定しなくてよいとすれば、手続開始後にこれを作成することになる。そして、その時期を開始決定後六ヶ月程度の間に決定するのを原則とするのが妥当であ

る。この計画案は債権者、担保権者、債務者、管財人等が作成して提出し、それを利害関係人の集会で可決し、倒産裁判所が認可するということが基本的な方向といえる。これは現行の会社更生法の更生計画の作成手続を参考にし、それを簡易・迅速化できるようにすることが妥当である。

(2) それを清算型における倒産処理計画では、膨脹主義に従って債務者財産をもって弁済する対象債権の性質、額、弁済する方法、時期、態様等について定めることになる。弁済の優先順位は絶対的でなく相対的でよい旨を規定するべきである(アメリカ新連邦倒産法参照)。法人は弁済し手続の終了により原則として消滅するが、消滅しない法人(労働組合等)と自然人は、将来の収入を確保し、その前提として継続的に収入のある職業への就職の確保等を検討しなければならず、再建型における倒産処理計画では倒産前に原因を有する債権の支払開始時期、額、方法等(清算型・再建型ともに裁判所の許可による事前の見込配当制度等々)と倒産後の債権の支払原資の確保や再建の方法(自主再建、第二会社、合併等)、事業計画の策定の問題、取引先や従業員の承継等の問題、さらに金融機関からの運転資金の借入の問題、増資や社債による資金の獲得の問題等を決定することになる。

9 否認権の要件と効果

否認権について改正すべき点についてみると、否認権の対象を倒産者の行為という文言を改めて単に行為もしくは端的に効果を対象とする旨を明確にする必要がある。ドイツ新倒産法一四〇条一項は法律的行為は法的効果発生時とし、二項で登記を要するものは登記時とする(わが国でも登記等の対抗要件も制限なしに否認できるとするべきである)。法的効果を基準にして否認の対象も法的効果とし、債権者や受益者の行為も対象としうることになる。そうして執行行為や、担保権設定のみならず担保権の実行行為も否認の対象とし、相殺も否認できるようにするべきである。ついで支払停止は、真実に支払不能である支払停止のみを否認の時期的基準として用いるべきであるから、(18) むしろ支払不能

もしくはさし迫った支払不能を基準として置き換えることが妥当である。ドイツ新倒産法一三三条一項後段では受益者が債務者に支払不能が差し迫っていることと債権者に不利益を与えることの両方を知っていたときは債務者の故意(Vorsatz)を知っていたものと推定する(vermuten)と規定して故意否認を認めている。また本旨弁済の否認が申立前の時期において認められるべき旨を規定すべきである。ドイツ新倒産法一三〇条はこれを規定している。会社更生法における否認請求の制度は結局否認訴訟に持ち込まれるので実効性がなく廃止した方がよいと考えられる。否認権が形成権であること、否認権行使を裁判外でも認めること、否認の効果が物権的であること、否認後の受益者の債権の復活、転得者の否認の転得者・受益者間の事後処理の規定等を設けるべきである。

10　典型担保と非典型担保

(1)　担保権の処理については、現行法で会社更生法が更生担保権として届出をさせた上で手続に組み込んで更生計画の中で支払をするというシステムをとっていることを別とすれば、会社整理での中止命令(商法三八四条)と特別清算での中止命令(商法四三三条・三八四条)で担保権実行の中止制度があるだけで、破産・和議には担保権の実行ついて右のような制限がない。担保権の実体法上の目的物の価値の排他的・優先的把握という地位の尊重を考えると、倒産法手続における担保権実行の制限は慎重でなくてはならない。

しかし担保権の実行を無制限に許すと、債務者の財産に対して競売を認めることになり財産は散逸してしまう。また担保権者は競売の自由を奪われる(これを「縛られる。」といっている。)のを嫌い、倒産手続に伴い競売申立を留保することに同意しないのである。再建型(たとえば和議)の場合に、たとえば工場や本社屋等主要な物件が競売されると再建が不可能になってしまうのである。しかし昨今のバブル経済の崩壊による長期の不況で不動産の市価がピーク時の三分の一にも下落しているところから、任意売却では下位担保権者の同意等の問題(下位に悪質な担保権者がいることを

考えるとよく解る。)があり処分できないので、かえって競売によって下位の担保権者の自動的消滅を図り(短期賃貸借権の弊害は、近時の判例で抹消しやすい傾向を生じている。)、競売の目的物を関係者(スポンサーなど)に競売させて、再度債務者が賃貸借を設定するか買受ける方法等があった。しかし最近は金融機関のする不動産取得等のための融資が厳しい状況にあるので右の競売代金の用意ができないことが多くなっている。現状では不動産の処分は極めて困難といわざるをえない。そこで再建のために必要な物件について担保権者の独自の競売によるのではなく、担保権者も倒産手続において届出をして利害関係人として前述の法定多数で反対者を拘束して倒産処理計画の中で弁済を得させるのが妥当であると考えられる。従来実務が編み出した手法の、弁済額から換価費用等として総換価金の一〇パーセント程度を財団へ支払う旨の規定を設けるべきである。ドイツ新倒産法ではこの種の規定が一七一条にある。

(2) 具体的な方法としては右の届出、集会の決議に加えて、換価権を原則として倒産管財人に与えるのが妥当である。現状の破産管財業務もまず管財人が任意処分の努力をし、然る後に担保権者の競売という順序で行われているので、この実務を追認し、まず管財人に任意及び競売による換価権を与え、その後補助機関としての債権者委員会で検討した上で、利害関係人集会で換価権を与える旨の決議をし、それを倒産裁判所が認可したときは担保権者が競売の申立をすることができるとするのが実際的である。

(3) 典型担保と非典型担保間で区別すべきであるか否かについては、現行倒産法制では別除権(会社整理のみ「担保権」という商法三八四条)として特別の先取特権、商事留置権、質権、抵当権、(根抵当権)が認められているが、非典型担保の仮登記担保は、現在特別法(昭和五三年法律第七八号)で、譲渡担保は規定(破産法八八条、和議法四条、会更法六三条)と解釈で担保権として典型担保と同例に扱っているが、新法では清算期間、清算権と清算義務、受戻権等について規定を設けるべきである。所有権留保も典型担保と同列に処理し、清算についても右と同様に規定すべきである。しかしいずれも倒産開始時に公示手段を経て対抗要件を具備していなければならない。ドイツ新倒産法五一条は一項で動

産譲渡担保（動産売買先取特権についても同様にすべきである。しかし最高裁判所昭和五九年二月二日判決は反対である。）につき質権と同一（gleich）である旨を定めている。典型担保ですら届出と管財人の原則的な換価権及び倒産処理計画による弁済によるのであるから、典型担保と同様であるとして認知された右の非典型担保も同様にすべきである。

問題は、相殺予約、振込指定、代理受理、リース契約[19]等の右のパターンの非典型担保とまでは認められないが、生成中の非典型担保とでもいうべき、いわゆる事実上の担保的機能を有するとされるグループの処理であるが、倒産という事態に至らないときは担保権と同様に優先回収が認められているこれらを、倒産の場合に公示や対抗力がないために全く優先効を無視して一般債権として扱うことに対する異和感の解決を図るべきであるという認識から、これを優先債権として倒産処理計画の中で弁済するというようにするのが妥当であると考えられる。

(4) 商事留置権については、現行倒産法では劣後的な特別先取特権として位置づけられており（破産法九三条一項）、留置的効力の有無が議論されているが[20]、現行法の解釈としては反対説はあるが留置的効力を否定せざるを得ない。現行ドイツ破産法四九条一項本文・三号・四号「質権と同一」（gleich）としており、ドイツ新倒産法五一条三項も商事留置権者に質権と同一の効力を与えている。そこで商事留置権にも留置的効力を認めると、この者に最優先の弁済をしなければ目的物の引渡しが受けられないところから、いくら劣後化しても事実上最優先権者になるので、それを回避するために、留置的効力を認めず、事実上の優先弁済権を否定し、他の別除権者と同一の弁済順位しか与えない旨を規定すれば解決されるのである。この問題の根は実は留置権について民事執行法制定当時にこれの実体法上の地位を含めて充分に議論しなかったために、現在まで解釈に疑義を引きずっているのである。それゆえ右のような規定を設けて明確にすべきである。

11 契約関係の処理

(1) 倒産手続の開始当時に継続する法律関係についての処理は、双務契約につき現行法は破産法五九条、会社更生法一〇三条で規定し、他の手続では規定がないが、管財人の履行と解除の選択権と相手方の催告権と解除(履行)で処理しているが、新倒産法はこの制度を基本的に承継すべきである。現行法の規定は相手方に催告権しかなく双務契約は本来同時履行の関係で担保視している点からすると相手方に不利益であると批判されているが、倒産処理手続を迅速に処理する必要からは、一方当事者にイニシアチブを与えなければならず、自己の利益を追及する相手方よりも利害関係人全体を考慮する立場にある管財人にイニシアチブを与える制度の方がより妥当である。

(2) 賃貸借契約については、賃貸人破産の場合と賃借人破産の場合につき、現行法は後者につき民法六二一条で管財人と賃貸人の双方に解約権を認めているが、前者につき規定がなく、ここから解除ができないという見解が有力であるが、破産以外には会社更生でも右の民法六二一条のような規定はないことでもあり、賃貸人の倒産と賃借人の倒産の双方につき現行破産法五九条の規定のような双務契約の一般規定(相手方の催告後の処理は解除)で処理し、いずれの場合でも賃貸人からの解約には正当事由を必要とするとすべきである。また、解約による損害賠償請求は可能とすべきである。ドイツ新倒産法一〇九条一項はこの損害賠償請求を可能とする。

(3) 請負契約については、従来は請負とは請負人の一身専属的な性格を有するとした上で破産法六四条の適用がなされていたと解されるが、問題となることの多い現在の建築請負契約は大多数が法人企業で請負われている実態をみると、右の処理は現実にマッチしてないところから、請負契約を二分して企業のよるもの(代替的作為義務型)と一身専属的な個人の労務によるもの(代替的作為義務型)とに分けて、前者は双務契約の一般規定で、後者は破産の枠外で処理するという見解を生じ、これをさらに精練して請負契約に清算を伴う型と清算を伴わない型とに分ける二分説が説かれている[21]。新倒産法ではこのように分けて規定するべきである。実際はほとんどの請負は清算を伴うのであるか

ら、原則的に右の(1)の双務契約の規定によることになる。

(4) 雇用契約については、使用者の倒産と従業員の倒産とに分けて、前者は労働法上の配慮が必要だが、倒産は労働法二〇条一項但書前段の「やむをえない事由」に該当するので使用者から解約できると解されることから、この趣旨を新倒産法では規定するべきである。また労働協約（実務では倒産解雇の場合には退職金を三倍支払うという協約もある。）も右(1)の双務契約の一般規定で解約も継続もできると解されるが、新倒産法では明示の規定を設けておくべきである。

(5) 委任契約については、近時反対説はあるが現行破産法におけると同様に、各々委任者・受任者の倒産で終了する旨を規定し、受任者が倒産を知らない間の事務処理や緊急事務処理の規定も設けるべきである。

12 取戻権・相殺権

(1) 取戻権については、現行法は破産法八七条、会社更生法六二条、和議法四条に規定があり、第三者のする倒産者の財産からの引渡請求権は新倒産法においてもみとめられるべきである。これは倒産管財人に対抗できるものでなければならない。譲渡担保、所有権留保、仮登記担保等は変型担保として別除権として処理されるので取戻権としては扱わなくてよい。隔地者間の売買の取戻権や問屋の取戻権、および代償的取戻権も認められるべきである。なお仮登記には一号仮登記で所有権移転の実質があるときは、倒産手続開始後仮登記のままで対抗でき、本登記請求ができる旨の規定を設けるべきである。

(2) 相殺権については、基本的に新倒産法の規定は現行破産法九八条以下および一〇四条の規定と同趣旨のものを必要とする。相殺には債権届出を不要とすることや相殺権行使の時期を債権届出期間満了まで等とする制限規定が必要である。相殺については債務者の財産的危機状態において債権者が債務を負担したり、債権を取得してする相殺の濫用の基準としての「支払停止」は真実に支払不能である状態での支払停止でなければならないので、その旨を明示

するのがよいと考えられる。ドイツ新倒産法参事官草案一四七条では支払不能時期の確定という方法を設けていた。

また、相殺については、同行相殺等に対する相殺禁止の規定も検討されてよい。相殺の否認については、否認を法的効果の否認とし、執行行為や担保権実行行為も否認できるとするところから、債務者の行為でない相手方たる債権者の行為によって債務者の財産逸失の効果が生じるのであるから、相殺の否認を認める規定を設けるべきである。

13 渉外倒産

渉外倒産については、今日の国際化時代にあっては、例外的な現象ということはできず、渉外的要素を含む倒産事件は非常に多数にのぼっている。新倒産法で対処しなければならない点として以下の事項は欠かせない。また倒産条約が多国間で締結される必要がある。一九九五年九月二五日にはEU倒産条約(Convention on Insolvency Proceedings)が仮署名されている。

(1) まず、外国法人及び外国人の倒産能力については、相互主義の破産法二条但書を廃止し、本文のみとして会社更生法三条のように完全平等主義にすべきである。倒産手続の管轄は、住所地、営業所、財産所在地で認めてよいと考えられる。

(2) 属地主義に関しては、わが国で開始された倒産手続の効力は外国で承認されるもの以外は、外国において効力を有さない。外国の国家主権が在する以上これを当然に侵す効力は規定できない。条約での承認、または承認手続を経るべきである。

外国の倒産手続は、わが国では執行判決までは不要であるが、民事訴訟法二〇〇条の規定(四号の相互の保証は不要)に合致し、裁判を受ける権利(憲法三二条)を侵害していない場合には、わが国でも効力を有する旨の規定を設けるべきである。

(3) 並行倒産については、外国人に対してわが国で倒産手続が開始し、同時に外国でも倒産手続が開始したときに、双方の管財人には優劣の関係はなく各自に独立した権限を有する旨を規定すべきである。

(4) わが国の倒産手続が外国で承認され、または外国倒産手続がわが国で承認されたときは、いずれも手続法および実体法についても当該外国倒産法によるべき旨を規定すべきである。規定のない現在は実体法についての国際私法における準拠法の考え方に引きずられて、たとえば担保権は不動産の所在地法によると解する考え方があるが、外国倒産法が承認されたときは手続法も実体法も当の外国倒産法の適用を受けることになるべきである。

14 免責手続

免責手続は、現代において市民がこれを倒産の機能として認知したことによって膨大な数の利用がなされている。そこから実務の必要から改正すべきポイントが浮き彫りにされている。

(1) 免責の申立の要否については、新ドイツ倒産法二八七条一項は債務者の申立てを必要とするが、自然人の倒産で免責を希望しない者は、まずいないのであるから、倒産手続の開始時に免責の申立てがあったと擬制してよい。

(2) 倒産手続の終了は免責手続の終了と一致するように改正することで、破産終結後免責許可決定確定までの間にした強制執行の効力に関する問題は生じないので、これは解決できる。(21)

(3) 倒産手続は非訟手続であるから、その一つとして免責の裁判も決定でなされてよいと考えられる。免責の審理については、債務者のみならず不利益を受ける債権者の審尋も憲法三二条の要請の適うように充分に尽さなければならない。もちろん倒産管財人の調査・報告・審尋以外に調査員による方法も考えられてよい。審尋は、証人尋問も公開の法廷で可能なようにしておくべきである。(22)

(4) 一部免責と条件付き免責については、個別的一部免責も割合的一部免責も可能である旨規定することが妥当で

ある。[23] 条件付免責については、免責が非訟事件であるからといって、裁判所が無限定に免責に条件を付せるものではないから、倒産債権の弁済についての条件に限るべきである。また一部免責で免責しない債務の弁済期や利息までも新しく裁判所が設定することは許されないと解する。

15 私的整理手続

倒産した企業や自然人の債務等の処理について、現在ではその七〇パーセント以上が私的整理手続で処理されており、法的倒産処理は僅かな数にすぎない。一ケ月に負債一〇〇〇万以上の倒産が一〇〇〇件から一五〇〇件あり、これが一年で一万二〇〇〇件から一万八〇〇〇件、このうち法的倒産処理は四～五〇〇〇件あり、これとは別に個人破産事件は三万五〇〇〇件位あるというのが実情である。大多数を占める私的倒産処理について私的整理契約の成立と効力、整理担当者、整理屋対策、詐害行為、優先債権と平等弁済の確保等々の手続の公正の確保と、私的整理の実効性（債務の分割弁済や第二会社の支払保証の履行）の確保の点から、裁判所への私的整理契約の届出と許可（これに調査員の調査を用いてよい。）及び履行完了までの監視（たとえば前記の監督員や債権者委員会の監督）を必要とすることは従来から提唱されている事柄でもあり、これを提言したい。

16 消費者倒産法

自然人の自己破産が極めて飛躍的に増加し、年間約三万五〇〇〇件程度も存在し、伴せて免責の申立をしているから、破産裁判所の事務量は膨大となりパンク寸前であるのが実情である。東京地裁では二つ分の書記官室をAとBに分けて対応しているが渋滞気味である。

消費者倒産についても管財人の選任、財団の確保、債権届出、債権調査・確定を必要とするので、一年～二年以上

の期間を要するが、これを簡略化し、管財人を廃止し、債務者の財産管理権を認め、これに監督員や調査員を付し、債権届出と議決権額の認定は必要であるが、従来の債権確定手続と固定主義を廃止し、膨脹主義を採用して債務の長期の分割支払による処理という従来弁護士事務所が担当してきた私的整理としての債務整理手続を、一回の債権者集会で決定して裁判所が認可するという簡易な消費者倒産法の制定を提言したい。(24)

(1) 青山善充「民事手続法制」(特集戦後法制五〇年) ジュリスト一〇七三号一五三頁以下、一六一頁参照。

(2) 宗田親彦・全訂破産法概説(全訂五版) 一頁、五頁。

(3) 宗田「倒産法改正の視点」上野久徳企業の整理、再建実務著述集三四八頁。アメリカ一九七八年連邦破産法については、霜島甲一「一九七八年のアメリカ合衆国破産法改正法(翻訳)(1)〜(4)」法学志林七九巻二号・三号・八〇巻一号・二号各巻末一頁、高木新二郎・米国新倒産法概説参照。イギリス倒産法については、Ian Fletcher and Letitia Crabb, Insolvency Act 1986. ドイツ新倒産法については、Joachim Kraemer, Das neue Insolvenzrecht 1995; Haarmyer/Wutzke/Fors, Insolvenzordnung InsO/EGInsO kommentrirte Textausgabe. 山本弘「ドイツ連邦共和国における倒産法改正の試み」三ヶ月章先生古稀祝賀・民事手続法学の革新下巻五二九頁、ドイツ参事官草案についての解説として、三上威彦「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」法学研究六六巻九号一八頁以下参照。なおイタリア破産法については、中村寿宏「イタリア共和国の破産法」(H)国際商事法務、VOL. 23, No. 10. 一〇八三頁以下参照。なお、国際金融倒産につき石黒一憲ほか・国際金融倒産(平成七年) 参照。最近のフランス法改正については、西澤宗英「一九九四年フランス倒産法の改正について」慶應義塾大学民事訴訟法研究会平成六年一〇月二六日報告参照。

(4) 宗田・前掲概説(全訂五版) 二〇頁、同・倒産のはなし四頁参照。

(5) 宗田・倒産のはなし二一一頁、二一三頁、二一六頁。

(6) 宗田・倒産のはなし二一二頁。

(7) 宗田・倒産のはなし二一四頁。

(8) アメリカ連邦破産法303条(h)(1)、イギリス倒産法(Insolvency Act) 123条(1)、(2)、は更生命令の開始要件にunable to pay debtsを入れている。破産行為について、宮川知法・債務者更生法構想・総論一頁以下参照。最近のアメリカ破産法の改正についての解説として、国生一彦「一九九四年改正米国破産法の概要」銀行法務21五〇五号三四頁以下、藤平克彦・ナタナ

エルラーソン「米国連邦破産法の改正について」金融法務事情一四〇五号二四頁。

(9) フランス倒産法三条二項、九条で裁判所は支払停止日を定める決定ができる。

(10) 宗田「詐害行為取消権と否認権」宗田・破産法研究一〇四頁以下一〇八頁。

(11) Insolvenzordnung § 18.

(12) 宗田親彦・否認権の対象一二七頁、青山善充「支払停止の意義および機能」新実務民事訴訟法講座(13)六七頁、六八頁。中西正「危機否認の根拠と限界(一)」民商法雑誌九三巻四号五一六頁、五三九頁。宗田・注解破産法(改訂第二版)三八六頁(七二条)。なお西沢宗英「支払停止の『二義性』について」法学研究五九巻一二号三三三頁、三四五頁参照。伊藤真・破産法[新版]四七頁、四八頁は、管財人の負担を重くすることを理由に反対。

(13) 宗田・前掲論文一〇九頁。

(14) 三上・前掲論文二六頁反対。債務超過について野村秀敏「債務超過とその確定」判例時報一四三四号三頁以下。

(15) 宗田「破産管財人の補助機関」法学研究四五巻一二号七〇頁。

(16) 宗田・前掲概論(全訂五版)四三頁

(17) アメリカ破産法では、債権確定手続はなく、イギリス倒産法にも存在しない。フランス法では、債権確定手続があり、中国法では、届出のみで債権確定手続はない。ドイツ新倒産法一七七条、一七八条は債権確定手続を認めている。

(18) 前掲(12)の各論文参照。

(19) リース契約につき、最判(三小)平成七年四月一四日は、ユーザーの会社更生につき一〇三条の解除も、開始後の不払の解除もできないとする(金融法務事情一四二五号六頁)。

(20) 宗田「破産宣告と商事留置権」宗田・破産法研究一二一頁。

(21) 宗田「破産免責と強制執行」宗田・破産法研究三一二頁、免責については林屋礼二「破産と免責」三ヶ月章先生古稀祝賀・民事手続法の革新下巻四七九頁以下(平成三年)参照。

(22) 宗田「免責手続規定と憲法三二条」宗田・破産法研究三〇三頁。

(23) 宗田「一部免責」宗田・破産法研究三四三頁。

(24) 消費者破産研究会「消費者債務等調整法試案(中間案)・解説」ジュリスト八〇一号一四頁(昭和五八年)、サラ金問題研究会・消費者破産の諸問題(昭和六〇年)、五十嵐豊久「『消費者和議手続試案』の骨子について」都立大法学会雑誌二七巻二号

三七頁以下（昭和六一年）、日本弁護士連合会・消費者破産に対応するための破産法一部改正に関する意見書（昭和六三年）、長谷部由起子「消費者債務整理手続の将来」新堂幸司編紛争処理と正義三三九頁以下（昭和六三年）、シンポジウム消費者信用と裁判制度・民事訴訟雑誌三三号一四五頁（昭和六二年）、同一五〇頁（宗田発言）参照、池田辰夫「消費者破産日米比較―一九八〇年代前半まで―」三ヶ月章先生古稀祝賀・民事手続法学の革新下巻四五五頁参照（平成三年）。