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

Title	消費者倒産：住宅ローン債権の処理について
Sub Title	Consumer bankruptcy
Author	宗田, 親彦(Soda, Chikahiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2003
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.76, No.1 (2003. 1) ,p.231- 280
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	金子晃教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20030128-0231

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.

消費者倒産

——住宅ローン債権の処理について——

宗田親彦

一　はじめに
二　民事再生と自己破産及び特定調停
三　外国の消費者倒産手続
四　住宅ローン債権の処理について——民事再生法上の問題と解決——

一　はじめに

1　消費者倒産が激増している。平成一二年（二〇〇〇年）には、破産の申立件数が一四万五八五八件のうち自然人の自己破産の申立てが一三万九二八〇件に上り、民事再生の申立ては平成一二年（二〇〇〇年）四月一日から可能となり同年一二月までの九か月間で六六二件であり、特定調停は平成一二年二月一七日施行であるので

同年一二月までの一〇か月余で二一万〇八六六件（簡裁が二一万〇七八五件、地裁が八一件）である。平成一三年（二〇〇一年）は、破産の申立件数が一六万六八一一件のうち自然人の自己破産が一六万〇四五七件であり、民事再生が一一一〇件、小規模個人再生が一七三二件、給与所得者等再生が四四七八件で、特定調停が二九万四四八五件（簡裁二九万四四二六件、地裁五九件）である。

自然人の自己破産の申立ては平成二年（一九九〇年）には一万一二七三件であったものが、平成一〇年（一九九八年）に一〇万五四六八件と一〇万件を突破して以来毎年一〇万件を超えている。このような自然人の自己破産の申立ての飛躍的な増加は、バブル経済の崩壊による大不況と消費者信用市場の拡大によるものということができる。このうち前者のみでも、また後者のみでも自然人の自己破産の申立てが増加する要因となるが、この両者が重り、かつ法的手続の利用者が制度のメリットを知って破産のスティグマ（stigma・汚名）意識が減少したことにより、一〇年間で一〇倍に増加するという状況になっているということができる。[1] なお、個人再生手続における再生計画での再生債権の減免率は六〇ないし八〇パーセントが最も多く、住宅資金特別条項を利用する者は、約四分の一にのぼる。[2]

2　わが国の消費者信用における販売信用額及び消費者金融額の合計は、平成一二年（二〇〇〇年）で七三兆五八六八億円であり、昭和五四年（一九七九年）の一八兆〇二五〇億円から二一年間で四倍超となっている。これは日本国民が約一億二五〇〇万人であるから、国民一人当たり約五九万円の消費者信用の債務があることなる。これを消費者金融業者からみると、大手消費者金融業者五社の総口座数は約一九一九万口座であり（平成一二年度）、これらの大手業者に中小業者を加えたクレジットカード発行総数は二億三一六八万枚である（平成一二年度）。これは国民一人当たり二枚弱のカードを保有していることになる。このクレジットカードによるショッピングやキャッシングによる残高は金二八兆八二三二億円となっている（平成一二年度）。[3]

3　消費者信用業務における信用の供与に際し、審査を厳格にすれば多重債務者の発生率は低下するが、厳格な審査によって消費者信用の顧客が減少するから、コストは増加するので、それによる収益の減少を阻止するために金利の上昇等を招かざるをえなくなる。消費者信用の利用が市民において拡大しているということは、生活上の利便や決裁システムの進歩、商取引の拡大と方法の変化、対象商品の増大等の社会的ニーズに支えられているのであるから、消費者信用が広い範囲の消費者に利用でき、安価な費用でクレジット商品が提供されうるという状況が必要である。すなわち消費者と信用業者の両者が適正に発展していかなければならないのであって、業者が強者で悪であり、消費者が弱者で善であるという単純な図式ではなく、適正な業者があるのに対して、背信的な消費者もあるから、信用業者の与信審査や回収方法等のシェイプアップと共に、消費者の自己責任の自覚や自主性が必要であり、そのための啓発が必要であることになる（消費者契約法三条参照）。また、消費者保護の必要を借地借家法の借地人や借家人にたとえることも可能ではあるが、適当ではなかろう。なぜなら、現在における借地権の評価の増大、借家人の営業権やいわゆる居住権の強大さを考えれば、これらは強者対弱者という割り切り方では解決できないことを教えているからである。

4　このように消費者という用語が抵抗なく用いられているものの、消費者概念は確固として定立しているものではない。消費者は事業者に対するものとして規定されている（消費者保護基本法第一条、消費者契約法第一条、第二条一項・二項（後者は平成一二年法律第六一号・平成一三年法律第一二九号改正））。事業者には法人事業者と個人事業者が存するのに対して、消費者は個人とされる（消費者契約法第二条一項、二項）。事業は、一定の目的をもってなされる同種の行為の反覆継続的遂行であるが、この事業には、営利事業のみならず公益事業（最近ではボランティア団体等の、特定非営利活動促進法・平成一〇年法律第七号等）があり、中間法人（中間法人法・平成一三年法律第四九号）もあるから営利事業に限定されないことは疑いがないが、個人が消費者であるためには、事業と

して又は事業のためにするもの以外の個人をいうとされている（消費者契約法第二条一項）。この「事業として又は事業のために」という意味は、自らの事業として又はそのためにということであり、また事業のためとは、事業の目的より広く事業の用に供するものであるが、それは、反事業的なことが明白でない限り限定のない広いものである。そして、この事業者が消費者と区別される基準は、消費者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差に求められる（消費者契約法一条）[4]。

そこで問題となるのは、ある個人が事業者であるか消費者であるかの区別である。個人が自らの事業のためにするのではない場合で、その個人が右の識別基準の情報と交渉力において事業者と格差がない場合（たとえば、電器製品のメーカーの当該商品の製造専門者が、他社の同種の電器製品を購入する場合等）は、その個人は右の消費者とはいえないと考えるべきである。この主張・立証責任は、消費者契約法二条一項の規定の仕方から、相手方事業者にあると解される。逆に、購入する者が事業者であっても、情報・交渉力のない場合は消費者に含められてよいと考えられる。この主張・立証責任は当該商品を購入等する事業者にあるとしてよい。このように解されるのは、この区別は実質的になされるべきであって、形式的な事業者・消費者の区分によるべきではないからである。

これに関連して、倒産法の分野における後述のドイツ消費者倒産手続では、その適用の可否を一九九九年施行の新倒産法で消費者と事業者の区別に従っていた（同法三〇四条一項）。しかし、そこでは、前日までは事業者であったが、申立日には事業をしていない者は、消費者に入るか否かという問題を生じた。これは本来、消費者倒産制度の実質的目的によって区分するべきであるが、ドイツではこれにつき後述（三2）のように二〇〇一年法（二〇〇二年一月一日施行）で三〇四条を改正した。そこでも消費者・事業者の区別は維持され、一九九九年施行の新法でも、二〇〇一年改正法でも、消費者につき、被用者、職業人でない者、小商人、農業者、自由業者と解

されている。[5]

消費者概念は、これを形式的に定めるのではなく実質的にみなければならず、また消費者は、わが憲法二五条一項の下で人の生活のうち消費経済的側面が認められる利益の帰属者であるが、重要なのは、その利益のうち法的保護が与えられるのは何人であるかを探ることである。このような視点からすると、従来消費者としては、製品や生産物について考えられてきたが、そのほかにサービス等もあるので、事業者の用語は「供給者」に、そして消費者の用語は「(最終)利用者」ないし「(最終)需要者」に代えられるか、もしくはその趣旨で理解されるべきであり、これらの受けるべき利益は何か、その内容、レベル等が検討されなければならない。(なお、国のする「消費者保護」も、国家の役割としては利用者・需要者をサポートすることであると考えられるので、同様に「(最終)利用者(需要者)の支援」とするのが妥当であろう)。

5　そこで法的な倒産処理についてみると、法的倒産処理制度としては、わが国では消費者ないし需要者に固有の倒産制度が用意されているとはいえないのである。現行法による倒産処理制度は、法人と個人とで分けており、法人の利用できる倒産制度として、破産、特別清算、会社整理、民事再生、会社更生があり、このうち特別清算、会社整理、会社更生は株式会社に限られる(なお金融機関等の更生手続の特例等に関する法律により信用協同組合、保険会社等に更生手続が用いられるようになった。改正につき平成一二年法律第一二八号)。これに対して個人に用いられる法的倒産制度としては、破産、民事再生が存する。そのため破産と民事再生は、法人と個人の両者に適用することができるのである。

消費者倒産の適用区分を、右の消費者ないし需要者の概念に従ってすると、消費者倒産と称せられるものは、個人であっても事業者は消費者ではないところから、事業者でない個人の倒産を指すことになる。しかし、右の倒産法制度における個人倒産には、消費者倒産のほかに個人事業者の倒産も存する。そのため、倒産法における

消費者は、そのうち個人事業者でない個人が倒産した場合が、消費者契約法等の消費者と一致することになる。

消費者倒産を事業者倒産と区分して設ける理由は何か、すなわち消費者倒産制度の実質的目的は、何かといえば、それは憲法二五条一項の下での消費者たる債務者の保護（債務者の支援）である。これには、手続的にも、理由なく不利益な立場に置かれず適正な方法で債権の回収がなされ、かつ債務者の再建計画が進められることが含まれるのである。そしてそれは、人の生活は倒産により消滅することはなく継続するのであるから、個人の経済的再建をし最低生活の保障を図ることによって、個人を構成員とする社会の崩壊を防止する点にあるといえる。なお、倒産法手続を個人と法人で分けることと、消費者倒産と事業者倒産に分けることの長短は後述（三2ロ）する。

つぎに消費者法の目的は何かといえば、消費者法における消費者と事業者との区別の識別基準が事業者との情報と交渉力の格差であるから、この格差を補うための消費者の保護（支援）が、消費者法の目的ということになる。この消費者の保護（支援）という点で消費者法と消費者倒産法は共通ということができる。(6)

それでは、なぜ消費者は保護（支援）されなければならないか。社会は、各個人が自立し自己責任を果たしてこれを構成するのであるが、その個人が崩壊して社会を構成することが困難な状況になると、市場における事業が成り立たず事業者も崩壊するために、この両者で成り立つところの社会そのものが崩壊するのである。すなわち社会の崩壊を防止するのに必要な限度で個人は支援されるのである。(7)

このように個人の崩壊による社会の崩壊を防止するということが、消費者倒産法と消費者法における共通の基盤をなすということができる。

消費者倒産法と消費者法が右のように共通の基盤を有するとしても、それぞれの性格にマッチした支援策が必要であることは多言を要しない。そこで、支援のあり方であるが、支援の必要性と支援の限界、支援内容の質と

量、そして濫用についての配慮等が検討されなければならない。そのためには、消費者倒産法や消費者法のあり方（封建時代のように生かさず殺さずではなく、国民が活き活きと自主的に生きるためでなければならない。）や、資金と仕事のない者の再生手続の可否や、貧困度テストによる破産申立てのセレクト、さらに自己責任に反する消費者や怠惰な消費者等々についての対処、そして問題を生じる前後を通じたアドバイス・システムやカウンセリング制度等々の問題を検討する必要がある。

6　さて、本稿のテーマは以下の点にある。すなわち、消費者倒産の債務者で、家庭を持つ者の多くが、住宅ローン債権を被担保債権とする抵当権をその居住用建物に設定しており、この住宅ローン債権を月々の分割支払の方法で支払中である。最近激増する民事再生申立事件で、申立時に既に右の分割支払を遅滞している者は、小規模個人再生手続では申立てに際して、通常再生手続では再生計画提出に際して、各々住宅ローン債権の支払に関する住宅資金貸付債権特別条項の申出及び記載（民事再生法二二一条三項三号・四号、二〇〇条一項）をしなければならず、それをしない者は、再生計画によって右の特別条項に基づく支払をすることができないのである。

申立時に分割支払を遅滞していないために、小規模個人再生の申立時に右の申出をしなかった者は、住宅ローン債権が再生債権の性質を有するところから、民事再生手続開始決定があると、法律的にこの分割支払をすることができないのである（民事再生法八五条一項）。債務者としては経済的には分割支払ができるのに、これをすることができず徒らに付遅滞に陥るのである。これをどのように解決するべきであろうか。近時の民事再生法における問題点であり、これが本稿の課題である。これについて消費者の各倒産法制度及び海外主要国の倒産処理を検討した上で解決策を提示しようと思う。

二　民事再生と自己破産及び特定調停

わが国の倒産法は、消費者の倒産については、民事再生と破産がカバーするが、両者とも個人をその対象とするために、事業者とともに消費者もその対象となるという扱いであり、特に消費者倒産という法制度があるわけではない。法的処理以外にも私的倒産処理として、各債権者と債務者の合意に基づく方法があり、これが倒産処理の多数を占めることは従来から現在まで変わらない状況である。私的整理には再建型、清算型があるが、いずれも法的処理をモデルとしたもの、もしくはその変型である。[8] ここでは主として消費者倒産についての法的倒産処理制度について検討する。すなわち、消費者の民事再生、消費者の自己破産及び消費者の特定調停である。

1　消費者の民事再生

個人の倒産のうち、再建型のものに民事再生法による民事再生があり、これは平成一二年四月一日から施行されている（平成一一年法第二二五号）。前述のようにこの利用状況は盛況である（従来から存在した和議制度の利用数よりも断然多い。これは、使い勝手のよいスピーディーな制度として作られていること等によると考えられる。）。民事再生法は、個人について、その後以下のように改正された。住宅ローン債権の処理と、小規模な倒産についてである。

平成一二年一一月二九日公布された「民事再生法等の一部を改正する法律」（平成一二年法第一二八号）が右の民事再生法に付加されて平成一三年四月一日から施行されている。この法律の要点は以下のとおりである。これは、大別して二つに分けられる。第一に、住宅資金貸付債権に関する特則と、第二に、小規模個人再生及び給与所得者等再生に関する特則である。給与所得者等再生は小規模個人再生の一つのパターンである。消費者民事再生では、小規模個人再生の要件に合致しないものは、通常民事再生の適用がある。それゆえ消費者民事再生は、

通常民事再生、小規模個人民事再生、この中に給与所得者等再生があり、そしてこれら三者に住宅資金貸付債権に関する特則の適用があるというバラエティーに富む手続となったのである。

（1）住宅資金貸付債権に関する特則についてみると、以下のように処理される。

これは、（民事再生法第一〇章、一九六条から二〇六条に定めるもので、住宅ローンを抱えて経済的に破綻に瀕した個人債務者が、住宅（自己の生活の本拠として居住（床面積の二分の一以上）の用に供する建物。現に供していなくてもよい）を手放さないで経済生活の再生が図れるようにするため、再生債務者だけが、再生計画において、住宅ローン（リフォーム・ローンを含む。住宅資金貸付債権を担保する抵当権（保証会社の求償権を被担保債権とするものを含む）が設定されているものに限る）の弁済の繰り延べを内容とする住宅資金貸付債権特別条項（保証人等が代位取得（民法五〇〇条）したものを除く。なお、保証会社の支払い後六か月以内の民事再生の申立てにより債権は従前の債権者に復帰する）を定めることができ、計画の効力を住宅に設定された抵当権等に及ぼし、計画により弁済を継続している限り抵当権の実行を回避することができるようにしたものである（一九六条、一九七条）。通常の民事再生では再生計画案に住宅資金特別条項を定めればよいが、後述の小規模個人再生では債務者が申し立てるときは申立時に小規模再生を求める申述をしなければならず（二二一条二項）、その申述をするには、住宅資金特別条項を利用しようとする申立債務者は、住宅資金貸付債権（同条三項三号）と住宅資金特別条項を定めた再生計画案を提出する意思のあること（同条三項四号）を書面で提出しなければならない（同条三項本文）。そして、この点は後述の給与所得者等再生でも同様である（二四四条・二二一条三項三号、四号）。再生計画の住宅資金特別条項による権利変更の内容は厳格なものであり、第一に、原則的に、住宅ローンの分割払いの弁済期が既に到来している部分（元本・利息等全額）は、他の再生債権と同様に最長五年以内に支払い、弁済期未到来のものは住宅資金貸付契約における約定に従って支払うというものである（一九九条一項）。これは期限の利益を喪失している場合

に期限の利益の回復を図るものである。この担保権予定不足額があっても、第四の例外を除いて、期限の猶予をすることを越えて、減免はできない（一九九条一項）。第二に、つぎに、第一の見込みがない者は、リスケジュールして最長一〇年かつ七〇歳まで住宅ローンの分割払い（元本・利息等全額）を延長するという（弁済期、方法等の基準は概ね従前のローン債権のものを基準とする）ものである（一九九条二項）。そして第三に、第二の計画を遂行できる見込みもない場合は、最長一〇年かつ七〇歳までローン分割期間を延長するとともに、住宅ローン以外の一般の再生債権の弁済期間（最長五年）は、住宅ローンの弁済額を少なくするというリスケジュールを認める（一九九条三項）。さらに、第四に、住宅ローン債権者の個別の同意があるときは、第一、第二、第三の枠組みを超えてもよいのである（一九九条四項）。債権調査手続におけるこれに対する他の債権者の異議は、一定の時期までで失効し（二〇〇条二項）、小規模再生の場合は住宅ローン債権については他の債権者は異議を述べることができない（二二六条五項、二三八条による二〇〇条二項の排除）から債権調査はされないことになる。

これらの再生計画案は、再生債務者のみが提出でき（二〇〇条一項）、住宅ローン債権者（保証会社を含む）は債権者集会での議決権を持たない（二〇一条一項）。裁判所は、この再生計画については積極的に遂行可能であることが認められるときにだけ認可する（通常の再生計画と逆であり、厳しくなっている。二〇二条二項二号）。また住宅に租税の滞納処分がされていて公売が行われる見通しや債務者の敷地の先順位の抵当権の競売が見込まれていて法定地上権の成立の余地もないときなども不認可とされる（同項三号）。

しかし、住宅資金貸付債権に関する特則による再生計画は、附従性の原則どおり住宅や住宅の敷地の抵当権（さらに住宅ローンのための物上保証人の住宅の敷地の抵当権）にも及び、かつ保証人にも及ぶ。これらは通常の再生計画の効力の例外である。またこの効力は連帯債務者にも及ぶ（民法四四〇条の例外）（二〇三条一項）。

そして、この再生計画認可の取消しは、二つの点で通常の取消しと異なる。第一に、住宅ローン債権者は不履

行による再生計画取消しの申立てはできない（二〇六条一項）。これは、この再生計画の期限の利益喪失条項で対処させるためである。第二に、再生計画取消しの申立ての一〇分の一の債権額の中に、この住宅ローン債権を含めない（同項）。これは住宅ローン債権額が他の一般の再生債権より巨額であるため一般の再生債権者の取消しの申立てのチャンスが奪われることを回避したものである。債権調査は、住宅ローン債権も含めて調査の対象となり、住宅ローン債権が債権調査手続で認められれば、住宅資金特別条項を定める。しかし、この特別条項を定めない再生計画が可決される可能性がなくなったときまでに住宅ローン債権が確定しないときは当該異議手続を打ち切ることを原則とする（二〇〇条二項）。ただし、債務者に異議があって確定手続に移ったときは、これの結果を待つためなお当該手続は継続する。しかし、他の債権者の異議は再生計画の決議の可能性がなくなるときまでに確定しないと失効する（二〇〇条二項。失効しても確定の効果を生じるわけではない（三項）。なお四項参照）。

（2）小規模個人再生及び給与所得者等再生に関する特則（第一三章、二二一条から二四五条）についてみると、以下のようになっている。これは、第一に、小規模個人再生についてみると、この利用対象者は、将来における継続的な収入の見込みがある個人債務者で、無担保再生債権の総額が三〇〇〇万円を超えないもので、申立てに際して、債務者がこの手続によることを求めた場合である（二二一条）。債務者の申立てにより、この要件にあたらない債務者で、移行を希望しないとき以外は、この手続開始前に限り通常再生手続へ移行する。小規模個人再生手続でも右（1）の住宅資金特別条項を使えるが、それには、債権者一覧表に住宅資金特別条項の申立ての意思を記載しないと、その特別条項は利用できず、これをせずに特別条項のある再生計画案を出しても不認可となる。またこの申立てをして、債権者一覧表に住宅ローン債権を記載しても、特別条項の記載のない再生計画案を出したときも不認可となる。小規模個人再生の手続開始の効果は、訴訟手続が中断しないこと以外は通常の再生手続と同一である。機関については監督委員、調査委員はなく、職務内容が最小限の個人再生委員の制度によ

る。債権者は債務者がこの手続の申出に際して必ず提出する債権者一覧表記載の内容に異議がなければ、債権額・議決権額の届出は不要（記載のないものは届出を要する）であり、債権調査は個人再生委員のした調査結果に基づいて裁判所の決定で評価し再生手続内でのみ債権の存否、額を確定する（他の債権者は住宅ローン債権に異議を述べられない。二二六条五項、二三八条）。また再生計画による弁済期間は三年（特別の事情で五年）で、この間三か月に一回以上（実務の運用で、計画認可後一か月目に一回目の弁済をするように工夫されている。債権者の同意を得やすくするためである。）の割合の分割弁済をしなければならない。この弁済総額は破産配当額を上回るものでなければならず、かつ無担保再生債権額の総額の五分の一（それが一〇〇万円を下回るときは一〇〇万円、三〇〇万円を上回るときは三〇〇万円）以上の額でなければならない。再生計画案の決議は常に書面決議で、反対の意思を表明した者が議決権の総額の半数に満たず、かつ、反対の者の議決権額が総議決権額の二分の一を超えないときは、可決されたものとみなされる。この計画の認可決定の確定で、小規模個人再生手続は終結する。しかし終結後やむを得ない事由で計画遂行が著しく困難となったときは、二年を限度として弁済期限の延長をすることができる（二三四条一項）。また再生債務者の責に帰さない事由で計画遂行が極めて困難となったときは、再生計画による弁済の四分の三以上の弁済が終了していること等を要件（二三五条一項）として、その残額について免責を得ることができるのである（ハードシップ免責）。

第二に、給与所得者等再生についてみると、この利用対象者は小規模個人再生の利用対象者のうち、サラリーマンのように将来における収入の額を確実かつ容易に把握することのできる者（給与、定期的収入で変動の幅が小さい者（二年前の五分の一未満の変動））に限定されている（二三九条）。再生債務者の手取収入から本人・被扶養者の最低限度の生活費を控除した額（可処分所得）の二年分以上を再生計画による弁済に充てることが、再生計画の認可条件に加わる。[9] しかし再生債権者の再生計画案の決議を省略し、債権者の意思に関係なく裁判所は認可

できるが、但し債権者の意見聴取は必ず行う（二四〇条）。この点で第一の小規模個人再生よりも簡素化している。その他は小規模個人再生と同様である。この手続を求めた者が、要件を満たさないときは、開始前に小規模再生に移行する。給与所得者等再生による再生計画を遂行した者やハードシップ免責（二四四条・二三五条一項）を受けた者は、再生計画認可決定の日から一〇年間、また破産免責を受けた者は、その確定の日から一〇年間は、それぞれ給与所得者再生を再度利用することはできない（モラルハザード防止）。なお、前述のとおり給与所得者等再生でも、住宅資金特別条項（第一〇章）は利用できるのである。

2　消費者の自己破産

（1）　消費者の破産は、債権者申立てによるものと債務者申立てによるもの（自己破産）があるが、実務では自己破産が圧倒的に多いことは前述の統計が示している。破産宣告を受けることによって、破産者は債権者の個別執行を免れることができ、また破産者が宣告後新たに取得した財産は自由財産であり、これにより経済活動を再開することができ、免責制度が採用されたため、破産終結後に配当されない残額債権についても弁済する必要がないのである。すなわち債務者が自ら破産を申し立てて（自己破産）、その事業や全財産を投げ出せば、破産になっても経済的更生を図ることができるのである。破産においては、今日ではその指導理念として、利害関係人の財産関係の調整と並んで、債務者の保護（支援）が認められているのである。[10]

（2）　破産者の免責は、昭和二七年（一九五二年）の改正により当時のアメリカ破産法に倣って、破産配当後の残債権について免責される制度を導入したが、なお破産アネックスとはいえ免責には免責の申立てを要するとした点でアメリカ法と異る。これについては、破産は破産宣告当時の債務について宣告当時の財産をもって清算する制度であると把握し、そこから、免責は免責の申立てをすることによって、妥当な破産者が得られる制度と

解することができる。[11]

消費者破産においては、実際上、自己破産とともにこの免責を得ることが破産の目的とされているといえる。免責の本質については、従来は誠実な債務者に与えられた制度と考えられていたが、妥当な債務者に与えられた権利[12]と解することによって、一部免責が根拠づけられるのである。すなわち誠実性を債務者の人格の内容として把握すると、誠実か誠実でないかという entweder, order にならざるをえないが、人は多面的であり、かつ多様性があるから、当の破産者が誠実とまではいい切れないものの免責を得ることは妥当であるという範囲があり、かつ破産者の相手方によっても免責の妥当性は変わるものであるので、免責を得ることが妥当か否かを基準とすることによって一部分の債権者についての免責や一定割合の免責というものが認められる。

免責の最近の問題点のひとつに、この一部免責の可否等がある。[13] これは個別的一部免責と割合的一部免責に分かれ、個別的一部免責は、破産債権のうち特定の債権者の債権について免責し、他の者には免責しないとするものであり、割合的一部免責は、破産債権全体について一定割合は免責し、残額は免責しないとするものである。これら両者をミックスした混合型もありうる。これらは実務でも少数ながら行われている。これは免責の根拠につき、右のように免責を得ることが妥当か否かを基準とすることにより可能であることになる。

さらに免責の問題点として、条件付免責の可否がある。[14] これには、免責許可決定主文の中で、破産者が一定額を一定時期までに支払ったときは残額を免責するというものから、その他裁判所が諸々の条件をつけるものであるが、条件には多種多様なものがあり、不明確になるおそれがあるので、これは許されないと解する。

平成一四年（二〇〇二年）一二月現在法務省は、倒産法改正の一環として、民事再生法、会社更生法の改正に続いて、破産を含む倒産実体法の改正作業を進めている。その中で免責不許可事由の検討、すなわち免責を与えるべきか否かの要件について、従来は誠実な債務者であるか否かを基準とし、要件を実体的な不誠実さと手続的

な不誠実さとによって構成していたが、これについての見直しをし、また免責後に免責対象債権への任意弁済の可否と限界等について検討している。破産者が免責許可決定後に経済的に更生しようとしたときに、その活動資金の入手先は再び破産前の貸主債権者であることが、実務の経験から明らかである。これは、人は一生において生きられる業界、交流できる人間に限りがあり、破産者は全く別の世界で生きる覚悟とその実行が伴った場合を別とすれば、大半は破産前と同種もしくは類似の世界で再出発し、元の債権者に融資を求めるのであるから、免責の効果を責任のみの消滅とし、債務については自然債務として残るとすると、これへの任意弁済が可能であるから、元の債権者は任意弁済をすれば新規融資に応じるとか、新規融資額をAとすればAを貸し付け、かつ準消費貸借契約をすることによって、その債務額を、そのAと従来の債権の破産配当後の残額Bの合計額（A＋B）として返済の合意をするという形態が跡を断たないのであり、免責の効果を責任の消滅のみでなく、債務そのものの消滅をすること[15]によってこの弊害を除くことができるので、かような立法が望まれる。

3　消費者の特定調停

これは、平成一二年二月一七日から施行されているもので、特定債務等の調整の促進のための特定調停に関する法律（平成一一年法律第一五八号、以下特定調停法という。）に基づく調停手続である。筆者は、この法律の前提となった「不動産に関連する権利等の調整に関する臨時措置法案」について、ある団体の依頼で法律の素案を提供したが、それは、行政委員会のする調停手続で、対象が事業者であり、担保権の目的物の効果的な処分の促進を税制上の特例（売却代金によっては回収できずに放棄した残債権の無税償却）により事業の再建を図るというものであった。これは平成一〇年の国会に提供されたが、調停は裁判所ですべきである、対象を事業者のみならず個人債務者も含めるべきである、債権放棄の税法上の特例は大企業に対する徳政令である等を理由に成立しなかっ

た。そこで、その後議員立法で、これらの批判をとり入れた法律として成立したのが右の特定調停法である。[16]

同法の内容は、その目的を支払不能に陥るおそれのある債務者等の経済的再生に資するため金銭債務に係る利害関係の調整におき（一条）、民事調停法の特例法として位置づけられ（一条）、この調停の申立てをすることができる者は、申立時に本法の適用による調停を求める申述をした（二条二項）特定債務者（金銭債務を負う支払不能に陥るおそれのある者もしくは事業の継続に支障を来すことなく弁済期にある債務を弁済することが困難である者又は債務超過に陥るおそれのある法人（二条一項））である（三条一項）。申立人は原則として申立てと同時にその財産状況を示す明細書、関係者一覧表等を提出しなければならない（三条三項）。また当事者は債権、債務の発生、内容、変更（担保を含む。）の事実を明らかにする義務が課せられている（一〇条）。この調停の申立ては簡易裁判所にするが、土地管轄の規定にかかわらず、他の裁判所（地方裁判所を含む（五条））に移送し又は自庁処理ができ（四条）、同一申立人が複数の債権者を相手方とするときは、できるだけ併合しなければならず（六条）、裁判所は特定調停の成立を不能もしくは著しく困難にするおそれがあり又は調停の円滑な進行を妨げるおそれのあるときは、民事執行手続の停止を命ずることができる（ただし給料等債権によるものを除く。）（七条）。裁判所は、調停委員には法律、金融等の専門家を指定でき（八条）、調停委員会は、当事者・参加人に文書等の提出を求めることができ（一二条）、職権による証拠調べをすることができる（一三条）。また、関係官庁の意見を求めることができる（一四条）。関係権利者（特定債務者に対して財産上の請求権を有する者又は同債務者の財産の上に担保権を有する者）は調停委員会の許可なくこの手続に参加でき（九条）、調停委員会は調停条項を示すことができ（公正かつ妥当で経済の合理性のあるもの）（一五条）、当事者が出頭できないときで予め調停条項を受諾する書面を提出していたときは、その当事者が欠席しても他の出席当事者が受諾したときは調停は成立したものとみなされる（一六条）。そして、申立人と相手方当事者の共同の申立てがあるとき（一七条一項）は、調停委員会は事件解決

のための調停条項（内容の制約は一五条と同一）を示して、それで当事者間の合意が成立したものとみなされる（一七条六項）。ただし、この調停条項は期日前に当事者に告知されるが（一七条四項）、それ以前であれば、当事者の一方は相手方の同意なしに右の第一項の申立てを取り下げることができる（一七条五項）。また民事調停法一七条により、調停委員会は調停に代わる決定をできるが、これは、その告知の日から二週間以内に当事者が異議を申し立てたときは効力を失う（二二条・民事調停法一七条、一八条）。合意の成立の見込みのないときや合意が一五条の要件を満たさないときなどは、裁判所は調停を不成立として終了させることができる（一八条）。その他規定のないものは民事調停法の適用がある（二二条）というものである。

4　消費者の民事再生、自己破産・免責、特定調停の関係

（1）　これら三者についてみると、そのうち特定調停では、成立には当事者の合意が必要である。前述のように特定調停法一七条の調停条項や民事調停法一七条の調停に代わる決定があるが、調停委員会や裁判所の強権的な解決処理ではなく、前述の制約は設けられたものの、最終的には各当事者間の合意がなければ成立しないところにとどまっている。迅速かつ機能的な解決のためには、当事者の合意がなくても、ある段階まで納得して手続に応じてきた者には調停委員会の定める調停条項で解決したものとするのが効果的ではあるが、バラエティに富んだ倒産処理手続の一つとして、最終的には当事者の合意に基づく解決という制度として特定調停が存在することになったことを評価するべきである。調停はあくまで当事者の合意によるというテーゼは守られてよい。

特定調停で成立する調停条項は、公正かつ妥当な経済合理性を持つもの（一五条）であることを基準とするから、一方的に債権者に有利なもので債務者の事業や生活が維持できないものであってはならず、また逆に債務者に有利すぎて破産価値以下の弁済しかしないものも許されないのである。債権者、債務者その他の関係者全員か

らみて経済的合理性があり、公正で妥当なものである必要がある。

つぎに特定調停の実務上の問題点として、第一に、物上保証人（担保提供者で、連帯保証人等債務者になっていない場合）が申立人として認められない点である。重複し、かつ複雑な担保が設定されている担保目的物所有者が特定調停を利用して複数の担保権者を相手方として担保権の迅速かつ効果的な処分を希望し、それが特定調停法の規定にも目的にも合致するのに、この申立てがみとめられないのである。第二は、特定調停は当事者の合意によって成立するから、五人の債権者がいたとき、四人とは調停が成立したが、一人とは成立しなかった場合にどうなるかといえば、特定調停手続では実務の運用と裁判所、調停委員会が精力的かつ集団債務整理手続であるという認識から、債権者に対し調停成立に向けて積極的に働きかけてはいるものの、当の債権者が不合意であれば、その債権者との間では調停は不成立に終る。そうすると、他の債権者は合意して成立した調停条項に拘束されるが、不合意の一人の債権者は、フリーハンドとなって自由に強制執行などができることになる。しかし、その債権者一人がした回収は詐害行為になるし、かつその回収により合意した四人の債権者への支払が不可能となれば、債務者に破産原因を生じ、破産手続による処理に至るのである。これがこの手続の弱点であるといわれるが、しかし、これは特定調停手続の特色とみるべきであろう。その場合には、この手続では手続のプロセスが重要となり、そこにおける当事者の説得と納得が課題ということになる。右の例で不合意の一人の債権者に対して右のような破産になったときのデメリット（時間、費用及び債務者の財産は清算処分価額となるための回収額の低下）を説き、かつ債務者が破産しない状態で回収することのメリット（右の調停条項が破産清算価値以下であってはならないという要請はここから生じる。また一五条も同様であるといえる。）を説いて、納得を得る必要がある。感情を別とすれば、債権者は誠実な対応と合理的な説明と情報の公開によって納得するのである。感情も人の重要な本質のひとつであるが、高ぶった反感を持つ債権者でも自己が特定調停手続に乗った多くの関係者の中の一人とい

うことを知り、かつ債務者の公開された財産状況という現実の下での解決手続であるということを認識し、そして債務者が陳謝と誠意を示すことにより、また裁判所・調停委員の熱意と解決への姿勢が示されることによって、合理的な案に同調し始めるのである。

なお、特定調停法は、法人でも個人でもよく、事業者でも消費者でもよい点で破産、民事再生と共通であり、また債務者の再建型の債務整理手続としても清算型の債務整理手続としても利用でき、再建型のときは民事再生に近く、清算型のときは破産に近くなるが、多様な方法が認められてよい。いずれにしても特定調停は、各当事者の合意に基づく倒産処理手続ということができる。

（2）　これに対して、消費者の民事再生と自己破産・免責は、以下のとおりである。まず民事再生は、原則を債権者の債権者集会の出席者の過半数で議決権総数の二分の一以上の同意（民事再生法一七条四項）という法定多数で反対者を拘束して進める再建型手続である。これに対して破産・免責は、破産では債権者の法定多数で弁済案を同意するというシステムはなく、弁済は一律に強制的な配当によるので、消費者の破産では免責を得られるか否かが焦点となるが、これは強制的清算における特色ということができる。

そうすると、特定調停は各債権者との合意、民事再生では再生計画についての法定多数の合意、そして破産・免責では合意不要と振り分けられることになる。[17]

（3）　消費者倒産においては、右のように個人再生（前述のとおりバラエティーに富む手続となった。）と自己破産・免責及び特定調停という三本立ての倒産処理手続が存在することになった。これら三本立ての手続が存することについては、とくに民事再生の導入に際して議論があり、自己破産・免責より前に個人再生を必要的に前置すべきであるという立場[18]があったが、現行法はこれらの各制度を併立させて選択を可能にしている。民事再生を必要的前置とする見解は、その根拠を、消費者信用供与実務は債務者の将来の収入に着目して信用を供与してい

るから、債務者の将来の収入の一部を債権者に割り当てる方法が公平であるとしていた。これについては、特定調停では再建型も清算型もありえ、かつ当事者間で合意のできた範囲での金銭債務のみの債務整理であるから、直接には民事再生前置の問題とならないが、破産においては、この問題が顕在化する。

具体的な例として、弁護士、裁判官などの公務員そして医者及びサラリーマンの場合について、破産すると弁護士は資格を喪失する（免責を得るまでの間）が、公務員（裁判官など）、医者、サラリーマン等は法律上資格や職を失うことはない。そうすると公務員、医者やサラリーマン等は、自己破産をして宣告時に有した差押禁止財産以外の財産を破産財団に提出すれば（固定主義）、翌日から高額の収入を得ても債権者へ弁済する必要がなく、そして免責を得ればこれが確定的になるが[19]、これが不合理ではないか、これでは債権者や、ひいては一般の信義に反するのではないかというところから、このような結果になる前に民事再生での再生計画により債権者へ弁済する途を選ぶべきではないかという問題であった[20]。

しかし、破産と民事再生とを比較すると、破産では、（1）債務者の財産管理は第三者たる破産管財人が行い、債務者はこれについてアンタッチャブルとなる。破産財団が組成できる管財事件の場合はこのようにいえる。ただし差押除外財産の範囲を拡大し、アメリカ倒産法のように一定の住居や車輌を財団に組入れないようにする（このためアメリカでは破産手続は瀕死の状態といわれている（注23参照）。）と、現状での自己破産の多くが財団不足の同時廃止であることを考えると、破産財団より差押禁止の自由財産の方が多くなるということになりかねない。（2）破産すると、破産者には財産管理に関する信頼が定型的に失われるから、これを基礎とする職業では資格を喪失する。ただし、弁護士、公認会計士、税理士、取締役等にはこういえても、それ以外の公務員、自営業者、サラリーマン等にはこれは妥当しない。しかし事実上、破産者は、従来の団体や組織に勤務等を継続し難くなっているといえる。（3）破産は、現行法では固定主義を採用しているので、宣告時の原則として全財産を破産財

団に提供する必要がある。宣告後に破産者の取得した新得財産は自由財産として破産財団に組み入れる必要はないが、しかし破産者は宣告時の全財産を提出しなければならないのである。（4）つぎに破産は、わが現行法では必然的に住宅をも破産財団に提出しなければならず、破産者は住居を失うことになる。市民としてのわが国の一般通念でもあるといえるものに、住宅の確保と子弟の教育がある。大多数の者はこの二点のために人生を費しているということができ、その者の時間と金銭をこれに献上しているという事実がある。果たしてこれでよろしいかという議論もあるし、考えなければならない点ではあるものの現実はこうである。破産は、子弟の私立教育や高等教育が困難になるとともに住宅を失うことになる。住宅にローンが設定されていれば、破産は根抵当権の確定事由（民法三九八条ノ二〇第一項五号）であるから、住宅について担保権の競売を受ける。（5）破産は免責を受ければ、前述のように残債務が消滅ないし責任が消滅するが、しかし、免責には破産アネックスとして免責の申立てを要し、原則として免責が受けられるとはいえ、裁判所により免責不許可事由のチェックを受ける必要がある。

これに対して民事再生では、（1）債務者の財産は債務者の自主管理（D・I・P）が原則であるから、住居を含めて現状の生活そのものは維持される。（2）民事再生には、資格において欠格事由とされるものはない。ただし破産も民事再生もクレジット事業の信用情報に登載されるから、当の業者団体の判断で再開可能となるまでの間は、カードの利用や信用供与等は受けられない。（3）民事再生では破産と異なり膨張主義を採用するから、開始決定後の将来の債務者の収入も再生計画での弁済の原資としなければならないが、破産のように全財産を提出し、それへの管理等は全く許されないという状況にはならない。（4）民事再生では、住宅資金貸付債権に関する特則の申出をすることで住宅を失わなくても済む。後述のように、開始後は住宅ローン債権も再生債権であるため、弁済が禁止されるが、現在の金融実務では六か月の遅滞で競売申立てとなるが、民事再生の五か月

ルール（五か月で再生計画の認可決定まで終わらせる。）で再生計画が認可されれば、六か月以内であるので競売は避けられる。しかし、その間の遅延損害金は加算して支払う必要を生じる。(5) 民事再生では、再生計画が認可されて確定すると、そこで定めた弁済金額以外の残債務は当然に免責を受けるのである。

つぎに、特定調停では、住宅ローン債権者は容易に月々の支払額の減額や期限の延長などの変更に従来は応じなかったのである。しかし、民事再生で住宅資金貸付債権に関する特則が民事再生法一九六条以下に設けられたこともあって、それに対応して金融機関は一定の要件（収入の減少、可処分所得額、ただし住宅ローンの分割支払の遅滞が六か月未満の場合に限る。）の下で、条件的には右の民事再生よりも債務者のために緩和した任意の制度を設けて住宅ローンの各月の支払額や期間の延長等ができるようにしているのである。[21]

このようにみてくると、破産・免責と民事再生とを比較すると、破産のほうが破産者の新得財産からの弁済がなされない点で、民事再生よりも債務者の保護が厚いといえるが、破産者と民事再生債務者について、右の (1) ないし (5) の各点を総合して比較すると、破産者には民事再生債務者よりも多くのデメリットがあるということができる。

破産と民事再生は、それぞれの性格とニーズに従った両制度であり、債権者等の利害関係人を含め、その者に相応しい手続が選択されることを前提として、バラエティーに富んだ制度が債務者支援のために用意されているといえるので、特定調停を含めた、これらの制度の併立は合理的であるし、民事再生を必要的に破産に前置させなくてもよいのである。そして、実務の運用で、右の弊害を生じるケースでは、相談の段階から民事再生の方向をアドバイスや説得する等して、当のケースに適した選択に努めている。その債務者にどの手続が妥当であるかの決定は、関係者とくに弁護士の力量が問われるということができる。

（4）消費者倒産の実態は、民事再生法が債権者集会での再生計画可決の法定要件が出席者の過半数、議決権総額の二分の一と軽減されたこと、担保権の中止命令、監督委員が再生計画認可後三年間存続する等旧和議法の欠陥を補ったことから、また債務者の財産の自主管理（D・I・P）をチャームポイントと感じた者が多く、ここから多くの者が民事再生の申立てをするようになったのである。採算のとれる事業をもち、かつスポンサーが速かについた企業や債務者は実務の運用によって作り出した前述の五か月（一五〇日）ルールで再建できる。しかし、筆者の弁護士実務の体験からみて、企業についても妥当する点もあるが、とくに消費者倒産において、右（3）の問題とは逆に、再建できる方策（仕事とスポンサー等による資金）が無いのにもかかわらず民事再生の申立てを希望する者が多いのである。このことは企業については、このことは理解できようが、消費者については果してそういえるかという疑問を生じよう。なぜなら、消費者たる自然人は倒産しても生活と人生は継続するから、進むべき将来の生活の糧は、何らかの仕事をするか企業に就職すること等によって得られるはずだからである。しかし、これが、そうはいかないのが現状である。手に職をもつことで、古くは芸は身を助けたが、昨今の経済不況下においては企業のリストラ等による人員削減、設備投資の低調、発注の減少等々によって仕事が得られないのである。たとえば、中高年のサラリーマン、とくに建築等の下請負業者、内装業者、それらの従業員、カメラマン、グラフィックデザイナー、フリーター等々である。そして、これらの債務者が住宅ローンを抱えていれば、月々のローンの不払により債務不履行に陥り競売を受けることになるのである。この住宅ローン債務は、民事再生においては再生債権であるが、担保権付債権であり、小規模個人再生の要件の再生債権三〇〇〇万円の枠外に位置づけられているという特殊な取扱いがなされている。後述四、で論じるが、たとえ住宅ローンの支払が遅滞していない債務者で住宅資金貸付債権特別条項の適用の申出をしていても、また逆にこれをしていなくても、民事再生手続開始決定により再生債権には弁済できないので、上記の五か月ルールによっても、ローン債務

の不払による債務不履行に陥るのである。

このように再建できないのに再生手続を希望する者に対しては、実務では自己破産・免責や清算型の私的処理による再出発を勧めており、それらで解決している。すなわち、民事再生の実態的な要件が右のように仕事と資金であるため、これの有無がこの区分の基準となるのである。多重債務者といえども、例外を別として、生き抜きたい、仕事をして働きたいという意欲は認められるから、これを前提として、その上で仕事と資金の有無が民事再生か破産かの区別の基準となるのである。もし民事再生手続を必ず破産の前に試みなければならないとすると、仕事と資金が得られて再建できる者についてはよいが、仕事と資金のない者については民事再生を試みることは無意味なものとなる。この者については民事再生によらず破産等の清算型の処理を早く的確にしなければならない。そうしないと債権者をはじめとする利害関係人との間及びそれら相互間に混乱を生じ、債務者も疲弊し、フレッシュ・スタートは覚束なくなり、その結果ひいては社会が頼るべき構成員を失うことになるのである。

三　外国の消費者倒産手続

ここで、外国における消費者倒産手続と住宅ローン債権の処理についてみることにする。

1　アメリカ

イ、アメリカ連邦倒産法（一九七八年法及びその後の改正）では、消費者倒産について、そのひとつとして第一三章の定期的収入のある個人の債務整理手続がある。これは、消費者たる債務者のみならず個人事業者も利用可能である。これがわが個人民事再生手続に該当するが、第一三章手続は住宅を唯一の担保とする債務については、開始時に期限の利益を喪失していても、それを期限の利益喪失前の状態に復して（deaccelerate）、計画案に基づ

いてする弁済を可能としている（アメリカ連邦倒産法一三二二条）。これは住宅の譲渡抵当の受戻権喪失手続によって住宅が売却されるまでできる（一三二二条（C）（1））。そして住宅債権の弁済条件は、住宅債権の契約によるのと同一条件によることを原則とするが（一三二二条（e））、もとの契約の弁済終期が計画案の弁済終期より前に到来するときは、計画案の終期まで住宅債権の弁済終期を延長することができる（一三二二条（C）（2））。

ロ、つぎに、この第一三章手続に対して、第七章清算手続があり、これがわが破産手続に相当する。アメリカにおける破産件数は、法人及び個人の合計数が一九九五年には八五万一〇〇〇件であったものが、一九九八年・一四二万九五〇〇件、一九九九年・一三九万二〇〇〇件、二〇〇〇年・一二七万六九〇〇件と推移しており、一九九五年と比較して大幅に増加しており、約二倍もしくは二倍以上に増加している州が一一州ある。メイン州、デラウェア州、ユタ州、ウエストバージニア州の増加が目立つ。[22]

この第七章手続と第一三章手続の振り分けを巡って、アメリカでは一九九七年後期に連邦議会（下院）で保留中の改正法の中心問題として困窮度テスト（means testing）があり、[23] これにより債務者が第七章と第一三章の選択をすることになる。すなわち、債務者に相応しい救済をすべきであり、この困窮度テストにより債務者に免責を認める必要性を判断するのである。そしてさらにクレジット・カウンセリング制度の前置主義、債務者の教育、差押禁止財産の見直し等が検討された。[24]

その後の現行七〇七条（b）は、第七章事件の申立てに重大な濫用（substantial abuse）があると申立てを棄却（dismissal）できる旨定めており、また一九九八年改正で、慈善寄附をしたか、しているものは棄却において考慮しないこととされた。この重大な濫用か否かについて最近の判例をみると、いずれのケースもこれを否定している。[25]

2　ドイツ

イ、ドイツでは一九九九年には支払不能件数が三万三八七〇件で、そのうち、事業者の支払不能が二万六六二〇件、消費者の支払不能が二四五〇件、二〇〇〇年には支払不能件数が四万〇四〇〇件で、そのうち事業者が二万七五〇〇件、消費者が九〇〇〇件である。消費者には小規模事業者が含まれる。[26] 一九九一年の支払不能件数が一万三三二三件であったから、一〇年間で三倍以上に増加している。

ロ、ドイツでは、一九九四年一〇月五日公布の新倒産法が一九九九年一月一日から施行されているが、消費者倒産については、第九編消費者倒産手続及びその他の小倒産手続において、同法三〇四条以下三一四条までで定めていた。そこでは、消費者倒産手続の適用対象を「債務者が独立した経済活動を営まないか又はその活動を小規模に営むにすぎない自然人」（三〇四条）としていた。しかし、ここでは小規模事業者の概念が明確でなかったことと、過去に事業者だったが申立時には事業者でない者はすべて消費者倒産の対象となるが、これは本来事業者の倒産処理（通常手続）でなされるべきであることが多いところから妥当でなかった。

そこで二〇〇二年一月一日施行の二〇〇一年改正法は、三〇四条を改正して第一項を「独立した経済活動をしていないか又はしていなかった者」（第一文）と改め、第二文に「経済活動をしていた場合には、その財産関係が要約可能（überschaubar）で、かつ雇用関係の債権を生じていない場合に第一文を適用する。」と加入した。そして第二項を改正し、第一項第二文の掌握可能の文言につき「申立時に二〇名未満（weniger als 20）の債権者の場合」とした。[27]

わが国の個人倒産に適用される破産法と民事再生法は、自然人であれば事業者でも消費者でも適用可能であるが、ドイツ倒産法は、事業者は通常倒産手続、消費者は消費者倒産手続と区分したため、その概念に含まれるか否か、疑義を生じるのは当然であった。そこでドイツ法は改正をしたが、それでもなお問題は完全には解決され

ない。すなわち、申立時において事業をしていれば、その規模の大小にかかわらず通常手続によることの問題（改正前は、「申立時に経済活動を小規模に営むにすぎない者」を消費者倒産手続の適用対象としていた。）や、改正法でも、かつて経済活動をしていた者が、申立時に雇用関係の債権はないが二〇名のクレジット等の消費者金融債権者がいる者は、消費者倒産手続の適用が受けられないという問題が残る。[28]

ここから、適用対象を消費者と事業者とで区分する方法よりも、わが国のように自然人であれば事業者でも消費者でも適用が受けられるという制度の方が妥当であるようにみえる。ただし、後述するように、わが民事再生法の住宅ローン債権の処理については、現行法の方法には問題を生じている。

ハ、ドイツの消費者倒産手続では、債務者は申立てと同時に又は遅滞なく「債務整理計画案」（Schuldenbereinigungsplan）を他の必要書類とともに裁判所に提出し、[29] その計画案には担保が計画案によって影響を受けるか否か及びその範囲を記載しなければならない（三〇五条一項四号）とされ、その計画案につき債権者の異議がないか（三〇八条一項）、債権者の同意と置き換えられたとき（三〇九条一項、債権者の頭数の過半数かつ総債権額の過半数の同意）は、その債務整理計画案は承認されたものとみなし、それは和解の効力（民事訴訟法七九四条一項一号）を有する（三〇八条一項）。住宅資金貸付債権を被担保債権とする抵当権もこの債務整理計画で処理されるが、アメリカ法や日本法のように期限の利益喪失の回復や分割弁済期限の特別条項はないから、他の担保権と同一条件となる（三〇四条一項・一条・二二六条一項、ただし担保権のグループの全員の同意があるときは別個に扱うことができる。二二六条二項）。[30]

ドイツでは一九八〇年代後半から持ち家政策が推進されており、持ち家の住宅建築費は、その二〇パーセントが自己資金により、八〇パーセントは金融機関からの借入金によるとされる。一九九三年のドイツの全住居数は約三二〇〇万戸（日本の一九九八年のそれは約五〇〇〇万戸）、そのうち持ち家はドイツでは約四〇パーセント、賃

貸が約六〇パーセントである（日本の一九九八年のそれは持ち家が六〇パーセント、賃貸が四〇パーセント）[31]。

ニ、ドイツ消費者倒産手続では、第九編の申立ての前提要件として、債権者との間の裁判外の合意の試みを必要とし、それが申立前六か月以内に行われたが効果がなかったことの証明書を添付してはじめて申立てができる（三〇五条一項一号）。この合意の試みは「適切な者又は機関」（eine geeignete Person order Stelle）によるとされ、この裁判外債務調整手続の必要的前置主義は、消費者相談機関の負担増や債権者の態度等からすると、果たして充分に機能しうるかが問題であるようにみえる[32]。

3　フランス

イ、フランスでは、それまで複数の個別の法が存在していたものを体系化して一九九三年に消費法（code de la consommation）が制定された。消費者倒産は同法で処理される。消費法は、それ以前に存在した一九八九年のいわゆるネイエルツ法（推進担当官のヴェロニーク・ネイエルツ夫人の名から、こう呼ばれる。同法は一九九〇年三月一日から施行されていた消費者倒産法であった。）が一九九一年の民事執行法の改正を経て成立したものである[33]。

ロ、フランスでは、倒産処理手続の対象は、法人のほか、商人、職人、農民及び有責理事への拡張に原則としてとどまっていた。そして、それらには企業倒産法の適用があり、ネイエルツ法の適用はなかった。消費法三三一―二条は、自然人で、債務多重（surendettement）で、誠実な債務者の業務外の債務で、弁済期の到来したもの及び弁済期の到来するもの全てを支払うことが明らかに不可能な状態を開始要件としている[34]。

ハ、フランスにおける右の消費者倒産の対象についての処理は、ドイツ法が消費者と事業者を区分したのに対して、前記のように倒産手続の拡張対象とされない個人を対象とし、その個人の業務外の債務が多重なこととして、債務の性質により対象を区分している。ドイツ法では消費者と事業者と分けて、昨日の事業者であったもの

が、事業を閉鎖して申立日は消費者であるという問題を生じたが、フランス法では、業務外の債務としたことにより、業務上の債務か業務外の債務かという区別の方法に問題を有している。すなわち、個人が業務のために用いる借入金であっても、借入時には業務以外の借入金であったが、その借入金が業務に用いられるものか、個人生活に用いられたかという使途についての区別は明確ではなく、また、借入時における使途の区別も明確にすることは困難であり、重り合うことが多く境界は不明瞭である。それゆえ、フランス法における処理の方法も明確なものとはいえないのでる。

ニ、そしてフランス一九九五年改正後の消費法第三巻負債、第三編多重債務状態の処理、第一章三三一―六条(2)では、調停と債務整理計画の内容について定めており、三三一―一条で定める各県に設けられる多重債務委員会（メンバーは、政府・地方自治体の公務員及びその他の者）が、債務者と主要な債権者の同意に基づく債務整理計画を作成するために当事者を調停し（(1)項）、長期債務への転換、担保の設定又は差し替えを内容とすることができる旨定めている（2項）。この調停が成立すると、その内容に従って処理される。

これに対して調停が不成立の場合には、右の委員会は、三三一―七条（1）項で、以下の全部もしくは一部を勧告（recommander）することができるとし、その一号で、租税等を除き猶予又は分割支払の期間が八年（九八年に改正、旧は五年）等とし、四号で、債務者の住居について、金融機関による強制売却後の残額（売却代金は元本に充当。九八年改正）について分割支払と減額を定め、また任意売却の場合は、その目的と方法が債務者と金融機関との合意による場合に、これと同様に処理できるとする。しかし、いずれも四号では売却から一年以内でなければならず、かつ、この勧告には当事者は一五日以内に執行裁判官に異議を申し立てることができ、右の異議がないときは執行裁判官は執行力を付与する（conférer force exécutoire）ことになる。なお、一九九八年改正により三三一―七―一条で収入のない多重債務者に免責制度を導入した。

4　検　討

アメリカ、ドイツ、フランスの消費者倒産処理制度及び住宅資金債権の処理方法は右にみたとおりであるが、ドイツでは消費者と事業者と分けるが、この区別に困難があり、フランスでも同様の問題と、業務外の債務の不明確さが残る。アメリカ法はわが国と同じく法人と個人で分けるので、ドイツ、フランスのような困難はない。そして、アメリカ法では日本の小規模個人再生のように申立てに際して住宅ローン特別条項の申出を必要としないので、この申出をしなかった者の処理のトラブルは生じない。

アメリカ倒産法一三章手続では、住宅ローンを含んだ担保権も手続に服す点で、わが会社更生法と同様の構造をとる（同法一〇三条、三六二条）が、わが民事再生法は、破産法と同じく担保権を別除権として手続の外に置きながら、被担保債権の住宅ローン債権については、手続の申立てに際してその利用の申出をさせる又は再生計画に記載させることで手続に組み込むという措置にしたところに問題の芽があったといえる。立法者は、これを利用する者は、申立時に住宅ローン債権の分割支払を遅滞しているものと想定していたようであるが、現実には遅滞していない者も申立てをしているので問題を生じている。住宅ローン債権は再生債権であるから、申立てに際して再生債権として記載しないことを原則とする現行法の方が異例といえる。住宅ローン債権とその担保権を自動的に手続に組み込むようにするほうがよいと考えられる。

四　住宅ローン債権の処理について——民事再生法上の問題と解決——

1　個人再生、自己破産及び特定調停における債務者が、家庭と家族を持つ場合に、例外を別とすれば、住宅

ローン債権（多くは保証会社の求償権）を被担保債権とする抵当権を居住用建物（戸建もしくは区分所有建物）等に設定しており、このローン債権を月々の分割支払にしていて住宅ローン債権を負担している者が多いのである。

この住宅を持つことは、前述のように家庭をもつ個人にとって人生の目的の一つと称することができ、賃貸住宅の費用対効果の合理性などが唱えられたり、核家族化で住宅が分散化した後、少子化で住宅の需要が少なくなったといわれているものの、なお住宅願望は根強いものがある。この住宅所有願望は、国民的なものといってよく、衣と食は、住に比べれば得られやすい少額であるのに対して、住の取得には相当の金額を要するので、住宅を所有するための住宅ローンによる長期間の分割支払が一般的なものとなっている。

2　さて、住宅ローン債務者は、他の債務も含めて弁済期における支払が不可能になる等破産原因たる事実を生ずるおそれがある場合に、裁判所に個人民事再生の申立てをすることができ（民事再生法二一条一項、二項）、この債務者が支払不能や支払停止という破産原因たる事実を生じていれば破産の申立てをすることができる（破産法一二六条一項、二項）。また前述のように金銭債務を負担し、支払不能に陥るおそれのある者等は、特定調停の申立てをすることができる（特定調停法三条一項）。債務者が破産宣告を受けると、抵当権は別除権として破産手続によらずに行使されるから（破産法九五条）、住宅は抵当権により競売を受けるか、破産管財人により任意処分（破産法一九七条一号、一九八条一項、二項。実務では同条二項但書の裁判所の許可によるものが運用として原則化されている。）される。破産の場合でも別除権者は民事再生と同様に届出に別除権不足額を、もしくは別除権を放棄して被担保債権を一般破産債権として届け出て配当を受けることはできるが、破産宣告によって破産債権の弁済は禁止され（破産法一六条）、保証会社の求償権に担保権が設定されているときは、住宅ローン債権そのものは一般債権であるから当然に弁済が禁止され、この弁済禁止は別除権付債権についても妥当するから、破産者は、たとえその債権のために抵当権がつけられていて、それが別除権付債権であっても住宅ローン債権の分割弁済だ

けを継続して支払うことはできないのである。破産がフレッシュ・スタート（fresh start）であるという機能を有してはいても、破産が財産をスクラップ化して清算するものであることを考えれば、このことは当然といえる。

3　これに対して民事再生は、再生計画の可決と認可によって弁済計画が確定して（民事再生法一七六条、一七七条、一七九条、一八〇条一項、二項、三項）、計画に従った弁済をすることによって再生債務者は残額について免責され（民事再生法一七八条）、こうして法律上も経済上も債務者は再建できる制度であるといえる。特定調停でも、調停条項に各債権者が合意すれば、それに従った分割弁済等をして再建する途が開かれている。

しかし、住宅ローン債権については、特定調停では、住宅ローン債権者が調停条項に合意しなければならないし、個人再生手続においては、再生債務者が再生計画案にその旨を規定する等の要件を充足したとき（民事再生法二〇〇条）に住宅資金貸付債権に関する特則（平成一二年法第一二八号により新設、平成一三年四月一日施行の民事再生法第一〇章一九六条以下二〇六条）の適用が受けられる。この再生手続に定める住宅資金特別条項では最長五年（他の再生債権と同様）の期間に、再生計画認可決定確定時の未払元本及びそれらの約定利息、遅延損害金と計画確定後の約定利息の合計額を分割払とし、これにより期限の利益喪失効を回復し、再生計画による弁済部分の支払が終了したときは再び旧住宅ローンの約定に復して分割弁済をする。しかし債務の減免はされない制度である。その他住宅ローン債権については、前述二、1、(1) のような処理がなされる。また住宅ローン債権者に対しては開始決定前でも中止命令で抵当権の競売を中止することができる（民事再生法一九七条一項）。この制度の趣旨は、個人再生債務者が、住宅を手放さずに経済的再生を果たすことができるようにすることにあるということができる。このように、民事再生では住宅ローン債権を支払って住宅を確保しつつ、他の再生債権の弁済も行って再建を図るのである。

4　民事再生法施行後一年（平成一三年四月一日施行）で、この住宅ローン債権の処理について問題を生じてい

る。これは全国的に生じている問題であり、同業の弁護士や各方面から問い合わせや質問等もある。それは、民事再生の申立時には住宅ローン債権の分割払は遅滞を生じていないので、再生計画に前述の住宅資金特別条項はいらないと考えていたが、民事再生手続開始決定があると再生債権の弁済が禁止されるために（民事再生法八五条一項）、民事再生手続を五か月一五〇日間で申立てから認可決定まで済ませようという実務の運用によっても、前述の再生計画認可決定確定時までに五か月を要するから、この間住宅ローン債権の弁済は禁止される。そのため五か月間分の分割支払の遅滞を生じることになる（ただし現在では民事再生の申立てによって住宅ローン債権者は期限の利益を元本全額について喪失させる取扱いはしていない。後掲注42参照。）というものである。民事再生申立時に住宅ローン債権の分割払が遅滞に陥っている者においては、住宅ローン特別条項を活用すれば立法者の予定通りとなるので問題は生じないが、申立時に遅滞を生じていない住宅ローンを抱えた再生債務者においては、予定外の事態であり上記の問題を生じるのである。

これに実務はどのように対応しているかといえば、住宅ローン債権に対して再生債務者は支払いはしないが、ローン支払月額を住宅ローン債権者に預金（別段預金、本人もしくは申立代理人による）しておくか、または、住宅ローン債権には連帯債務者や連帯保証人がついているのが通常であるから、この連帯債務者や連帯保証人、さらに親族などに民事再生法八五条一項で弁済が禁止される期間中、立替払をして住宅ローン債権者との間で分割支払が遅滞しないようにして処理して、再生計画としては住宅資金特別条項のつかない一般の再生計画によっているのである。しかし、連帯債務者は当然に支払い義務があり、連帯保証人は将来の求償権者であって、利害関係を有するから立替払は可能であり、また親族の支払は再生債務者の意思に反することはないから立替払は可能ではあるが（民法四七四条一項、二項）、民事再生の法制度として予定しないところといわなければならない。

5　これを、解釈や運用によって解決することができるであろうか。

（1）これについては、開始決定により民事再生法八五法一項で弁済禁止の対象となる債権に住宅ローン債権は含まれないという見解がある。[35] それは、住宅ローン債権は一般の再生債権と異なり再生計画による減免の対象とならない（民事再生法一九九条一項、二項、三項）ので、一般の再生債権とは別扱いされている（二〇五条参照）。住宅ローン債権には一般の再生債権につき行われる債権調査手続は行われない。住宅ローン債権者は、意見聴取はされるものの債権者集会で議決権を行使できない（民事再生法二〇一条一項）。住宅ローン債権について以上の取扱いがなされているが、これは、共益債権や一般優先債権と共通するものである。ただ、共益債権や一般優先債権は随時弁済が認められるが（民事再生法一二一条一項、一二二条二項）、住宅ローン債権は再生計画中の住宅資金特別条項により弁済される点が異なるが、住宅ローン債権が減免の対象とならない点は債権者平等の原則の例外であり、住宅ローン債権は、共益債権や一般優先債権と同様に民事再生法八五条一項の弁済禁止の適用はないとする。ここからこの見解は、住宅ローン債権への支払が許されると解することはできないであろうかとされる。そして住宅ローン債権には住宅資金特別条項により特殊性が付与され、特殊な債権として扱われる結果、再生計画によらずして弁済が許されるとする。こうしても住宅ローン債権以外の債権者に不利益でなく、むしろ住宅ローンの弁済額が増えない分だけ利益でもあるとし、将来民事再生手続が廃止したり、再生計画が不認可となり、その後破産になった場合については、不認可等の時点で上記住宅ローン債権に付与された特殊性が将来に向って失われると考えれば、住宅ローンの支払が無効とされたり偏頗弁済になることはないと考えられるとする。

しかし、これについては、以下のように考えるべきである。すなわち、住宅ローン債権が、民事再生計画で減免の対象にならないこと、他の再生債権と同一の債権調査によらないこと（小規模個人再生の二二六条五項、六項、二四四条。通常再生では債権調査で異議は出せるが、二〇〇条二項、三項、四項、一〇四条一項、三項の処理）、そして債権者集会で議決権が認められないことはその通りであるが、それらには各々理由があることであり、まず、減

免されないのは、担保権付債権であり、担保権は本来別除権として民事再生手続に乗らずに、別除権の目的物の価値の範囲で優先的に回収されるべきものであるからであり、また他の再生債権と同一の債権調査の対象とならないのは、一般の再生債権は再生計画で割合的弁済をするための分母たる債権額の確定が必要なために債権調査の必要があるが、これに対して住宅ローン債権には一〇〇パーセント弁済するのだからその必要がないためであり、議決権が認められないのは、住宅ローン債権が巨額であることと右のように一〇〇パーセント弁済を受けること等に鑑みて政策的に他の一般の再生債権者の意向を尊重するためにした措置である。それゆえ、これらから住宅ローン債権が住宅資金特別条項が付されると、共益債権や一般優先債権と同様に随時弁済されるという「特殊な債権」という法的性格を付与されるものではない。確かに他の一般再生債権とは異なった取扱いがなされるという点で「特殊」ではあるが、そのことが住宅ローン債権の性格を格上げして共益債権や一般優先債権化するものではない。また、右の見解が再生手続廃止や再生計画不認可の時点で、住宅ローン債権の特殊性が失われ、再び将来に向かって法的性格を変えるとするのも理論的な根拠を見出しにくい。住宅ローン債権が特殊な取扱いがされるのは、担保権付の債権であること、住宅ローンは、特別条項で従来とは異なった分割払にしてでも満額の弁済をさせて不履行による担保権の競売を回避し、もって再生債務者の住宅を維持させることが、再生債務者が再生するための政策として、債務者の精神的な面でも今後の経済取引という面でも必要であることによると考えられるためである。

ただし右の見解の立論に共鳴する点は、再生債務者に住宅ローン債権を従来どおりの条件の分割弁済ができる途を開くべきであるという点である。立法による解決が望まれるが、現状では、どのような解釈によって同様の結論に至ることが許されるかが問題となる。

（2）　そこで、検討する。

イ、住宅ローン債権の性質について検討すると、担保権付債権の倒産手続上の取り扱いは、大別して、A、別除権として手続の埒外において独自の実体法上の実現方法により、別除権による回収予定不足額を一般債権とし、破産のように手続の終結（破産では最後配当の除斥期間内）までに現実の回収不足額を証明しなければならないとしたり、同じく手続の外には置くが、民事再生のように、未確定の別除権不足額があるときは再生計画に適確な定めをする（民事再生法一六〇条一項）方法と、B、手続に組み込んで担保権として裁判所に届け出て優先的な弁済を受ける方法（未確定な更生担保権については更生計画に適確な措置を定める。会社更生法二一五条）とがあり、前者が破産・民事再生であり、後者が会社更生である。

破産と民事再生では、債権者と担保権者が同一人である場合はその者が、これが分れて別人であるときは、担保権者が別除権者となる。これは住宅ローン債権とその担保権についても同様であり、住宅ローン債権では通常債権者ではない保証会社の求償権を被担保権として担保権が設定されているので、保証会社が別除権者となり、住宅ローン債権者は一般債権者となる。

会社更生では、右の区分に従って担保権者が更生担保債権となり、更生担保権（会更法一二三条一項）は更生担保権調査手続を経て確定し、更生計画の定めによって認められた権利は、更生計画が認可されると、それは関係者に確定判決と同一の効果を生じる（会更法第二四五条一項）。

すなわち、これにより担保権は更生計画に定めた権利となるのであり、実体法上の担保権としての性質は失われ（会社は担保権につきその責を免れる。会更法二四一条）、会社更生法上の優先弁済権たる性質に変じるのである。

民事再生においては、住宅ローン担保権が、会社更生と同様に更生担保権が優先弁済権に性格を変ずるという処理は認められていない。

ロ、債務者が、民事再生手続との関係で住宅ローン債権の分割弁済をするときに、債権者と担保権者が別々で

ある場合（左記bの場合）と、債権者が同時に担保権者である場合（左記cの場合）とがあり、後者は別除権者へ被担保債権を弁済することになるが、これらが許されるか。とくに否認の対象となるであろうか。検討を要する。

a、別除権者がする目的物の価値の実現方法は、競売もしくは譲渡担保等の非典型担保等における当事者の合意による換価方法に限られる。このように、別除権といえども、それは法律上認められた換価等の方法でのみ、かつその目的物についてだけ、その価格の限度で優先的に弁済が受けられるという制限を受けた権利である。[36]

一方、別除権は、目的物の価格を優先的に把握するものであるが、しかし、その目的物が債務者（設定者）の全体財産を構成するものであることは疑いない。

そのために、住宅ローン債権を有する別除権者に対して被担保債権を弁済することは、右の別除権の行使方法による弁済ではないのである。すなわち別除権の被担保債権の回収方法が別除権に認められた方法によるものではなく、その弁済は一般債権への弁済と同様であり、否認の対象になるのである。

b、住宅ローン債権については、保証人たる保証会社の求償権が抵当権の被担保債権とされているのが通例である。この場合の住宅ローン債権者への弁済は、別除権者への弁済ではなく一般債権者への弁済ということになり否認の対象となるのである。

c、債権者と担保権者が同一である場合に、別除権者へする弁済は、右aのように別除権の回収方法として認められていないものであるが、これに対して否認の基準の基本ルールは債務者の財産の減少の有無であるから、[37]問題は、別除権者への弁済が、一般財産の減少（弁済率の低下）を伴うか否かである。ここで債務者の財産が八〇、債権額（別除権の被担保債権及び一般債権等の合計額）が一〇〇としたときに、別除権の被担保債権を二〇として、債務者がこの二〇分を現金で支払ったとすると、その後の財産状態は資産が六〇、負債が八〇になり、弁済前に八〇パーセントの弁済率を有しているものが、弁済後は七五パーセントとなり、五パーセント弁済率が低

下するので、債務者の財産の減少を生じ債権者を害することになる。これが、弁済を受けた債権が一般債権であるときの弁済の否認の論拠である。[38]

d、しかし、これとは逆に、弁済を受けた債権が別除権付債権であるときは、別除権の目的物も債務者の財産を構成はするが、別除権者がその価値部分を設定時から優先的に把握しているところから、右の二〇の債権に対して二〇弁済した部分は債務者の財産に加算するべきでなく、弁済後の資産六〇、負債八〇が、当初からの財産状態であったと考えるべきであるとすると、別除権の被担保債権への弁済は否認できないようにみえる。民事再生法が、別除権付債権について不足額主義を採用しているところからも右のようにみえる。

だがしかし、別除権つき再生債権の別除権不足額主義は、被担保債権の行使上の制約であって、債権の性質は再生債権であるし、別除権は、その目的物に限って、しかも競売等によって回収するときにのみ優先回収が認められるのである。弁済された現金は別除権の目的物ではなく、回収方法が別除権の行使として許されない方法であるから、この弁済に別除権の優先効は働かないのである。また現金の弁済により目的物上の担保権の抹消を受けたとしても、近時のように不動産価格の暴落と売却が困難な状況にあっては、不動産の代わりに現金が債務者の財産から逸脱することは現実の配当の観点からも大変な不利益である。ここから否認の可否の区分は、財産的危機時期以後に弁済した額と被担保債権の残額の合計額よりも不動産の価値が少額のときは、その差額分が否認されることになる。しかし、別除権の目的不動産の価額に余裕があって被担保債権額以上であるときは、弁済を否認できないと解する。右で、弁済した二〇分相当額について、なお破産者の財産として担保財産が担保権の行使を逸れて残存するからである。すなわち、否認の基準の破産者の財産の減少の有無に照らし、財産の減少がないからである。前記注（36）の判例も同様である。また担保目的物の売却代金による弁済や、合理的価額での代物弁済も同様に否認できないと解する。[39]

6　そうすると、さらに前記4の問題について解決策が考えられなければならない。それは、すなわち、以下のとおり、第一に保全処分命令によって弁済禁止の解除（弁済許可）をする方法、第二に民事再生法四一条一項一〇号による方法、そして第三に運用により申立てに際しての住宅ローン債権特別条項利用の申出の凝制による方法である。

（1）　まず、第一に保全処分による方法である。民事再生法三一条では、担保権の実行としての競売を保全処分で相当の期間を定めて中止することができる。これは民事再生手続では担保権のうち別除権と認められるものは、再生手続によらずに個別に権利行使ができる（民事再生法五三条）が、再生債権者の一般の利益に適合し、競売申立人に不当な損害を及ぼすおそれがない場合に、裁判所が保全処分で競売を中止するものである。これは、別除権者に全く自由に権利行使を認めると再生のために必要不可欠な財産を奪われることを厳格な要件の下に防止しようとするものである。これは会社整理に同様の制度があり（商法三八四条）、手続開始前ばかりでなく開始後の期間も効力を有するものである。

住宅資金貸付債権の求償権を担保するための抵当権については、その実行としての競売手続の中止命令制度が民事再生法一九七条に規定されている。これは再生計画案に住宅資金特別条項の定めがある場合の措置である。この特別条項の定めがある場合もない場合も含めて、両者ともに後述のように住宅ローン債権の弁済許可ができるか否かが問題である。

右の民事再生法三一条の中止命令についてみると、民事再生法八五条一項では再生債権の弁済禁止を定めているが、それは、一般の再生債権を対象とし、別除権、共益債権及び一般優先債権は、この八五条の弁済禁止に服さないので自由に権利行使が許されているが、とくに債務者の再生という制度の目的に適う場合に、裁判所が命令することによって担保権者の権利行使を制限した制度（ただし三一条一項但書で、共益債権、一般優先債権である

担保権の競売は中止できない。）がこの中止命令である。

（2） そこで、住宅ローン債権の弁済禁止の解除が、この中止命令と同様に、再生申立後の裁判所の弁済禁止の保全処分（民事再生法三〇条一項、六項）の解除として許されるであろうかという点が問題となる。さらに、この弁済禁止保全処分がなされていない申立段階で、裁判所は住宅ローン債権の弁済を可能とする保全処分がなせるであろうかという点も問題となる。前者については、再生申立後に裁判所のする弁済禁止の保全処分は利害関係人の申立て又は職権でなしうるので（三〇条一項）、この保全処分の解除が許されるかということに帰する。これは、一定の支払をしなければ取引の継続が困難で、ひいては再建できない危険が高い場合（たとえば産業廃棄物業者、製品の材料・部品の納入業者への支払）など。）や、賃加工型の業務の人員派遣を請負契約で行っているような実質上労働債権に近い債権（筆者が中小企業庁倒産防止委員会の委員当時に調査した結果では、下請負業の実に約七五パーセントが実質的に労働債権と同視できるものであった。）等の場合等には弁済禁止の保全処分の解除が認められてよいと解することができる。住宅ローン債権の存在は裁判所や監督委員に情報開示されるし[40]、それへの弁済は、前述のように再生債権者の利益にもなるので、この解除を認めることが相当であると考えられる。つぎに、後者の弁済禁止の保全処分のなされていない場合であるが、裁判所は職権で弁済禁止の保全処分をすると同時に保全処分の主文の中で住宅ローン債権の弁済を許可する保全処分を発令することができ、その要件は前者の場合と同様でよいと解する。

（3） 住宅ローン債権の弁済禁止の解除の保全処分と、担保権実行中止命令は、両者とも保全処分命令である点と、民事再生法八五条一項の範囲を逸脱している点では共通である。ただ、後者は担保権者の権利行使が本来自由であるものを制限したものであり、前者は本来民事再生法八五条の弁済禁止の効果に服す債権につきこの制限を緩和して弁済を可能とするものである点で、両者は相違する。しかし再生債務者の再生の必要という点では

両者は再び共通である。民事再生法八五条と異なる効果を有する保全処分は、開始決定後もその効力を維持することができるのである。そうでないと保全処分の目的を達せられないからであり、このことが後者の保全処分では前述のように既に認められているのであり、同様の理由で前者の保全処分も開始決定後も効力を維持すると解してよい。すなわち、前者の弁済禁止の解除効も開始決定前の保全処分の段階から開始決定後の段階で裁判所が定める時期（たとえば再生計画認可決定の確定等）までその効力は維持されてよいのである。[41]

なお、否認の可能性についてみると、保全処分で住宅ローン債権の弁済が認められたとしても、民事再生が不成功に終わり、後に破産宣告を受けたとすると、管財人によりその弁済は担保不動産の価額に余裕がないと否認される可能性があるといえる。前述5、（2）、ロで検討したところである。前述5、（1）の見解のように「特殊な債権」として優先権を認めれば否認の可能性は減少しようが、なお否認の可能性は消滅しない（それに優先する債権が存在する場合がある。）。そうすると、保全処分で弁済禁止の解除を命ずるとしても、前述5、（2）、ロ、bとdのように、いずれも否認の余地があるのであるから、再生手続で再建される可能性が高く、かつ住宅ローン債権へ分割弁済しないことで遅延損害金が高額になることを回避する等保全の必要性が高い場合に許されることになる。

この否認の可能性は、保全処分による場合や下記の開始決定後の弁済において共通であることになる。

（4）　以上は、保全処分によって住宅ローン債権の弁済が許された場合であるが、つぎに第二に、保全処分段階ではこの解除をしないで、開始決定があった後に住宅ローン債権の弁済禁止を解除することはできないであろうか。

これについて考えられるのは、民事再生法四一条一項一〇号の適用の可否である（会社更生法五四条一〇号にも同様の規定がある。）。これは、債務者にできることを裁判所の許可にかからせたものであるので、住宅ローン債

権という再生債権の弁済は民事再生法八五条一項で債務者にできないのであるから、これを民事再生法四一条一項一〇号で裁判所の指定する行為として弁済することの許可はできないようにみえる。しかし、右のように裁判所の保全処分命令によってもなしうるのであり、裁判所が指定行為につき許可をするに際して、住宅ローン条項を定めた再生計画の認可の見込みがあることを認定した上で許可をすることでよいと考えられる。弁済許可の規定の新設が望ましいが、それのない状況では、個別の保全処分によらず開始決定後一般的に利用できる点から、この方法が妥当な処理方法といえる。

（5）つぎに、第三に運用による解決方法である。すなわち、小規模個人再生及び給与所得者等再生では、前述の住宅資金貸付債権特別条項の利用は、申立てに際して債権者一覧表に記載して（民事再生法二二一条三項三号、四号・二四四条）かつ利用の意思のある旨の書面を提出することを要し、さらに再生計画案にも記載することを要し（二〇〇条一項）、また通常民事再生では、再生計画案に記載することを要する（二〇〇条一項）。

右の問題の解決方法として、運用として、申立時に住宅ローン債権の分割支払に遅滞を生じていない者も、申立てに際して必ず住宅ローン債権特別条項の申出をするようにし、また、これをしなかった者については、これを黙示的に記載した（二二一条三項三号、四号の緩和）として扱い、その後の再生計画案の記載一本で処理するという方法が充分ではないが、当面の解決方法といえよう。通常民事再生、小規模個人再生・給与所得者等再生で、再生計画案に債務者が右の特別条項を記載しなかった場合は、確定的にその意思がないと処理されてもやむをえないが、民事再生申立てに際して右の特別条項の利用の申出を債権者一覧表に記載することを要する小規模個人再生や給与所得者等再生では、申立時の要件を厳格にせずに、黙示の記載という処理をしてもよいのではなかろうか。しかし、こうしても、また全国銀行協会の通達のように遅延損害金の範囲を限定しても[42]、再生手続中の分割支払は禁止されるから、右の第一、第二の方法のほうが解決策としては効果的であるが、第三の方法も運用と

して利用されてよい。

なお、脱稿後、平成一四年一二月一三日公布の同年法第一五五号（施行は平成一五年四月予定）で、民事再生法一九七条三項が新設された。そこでは、開始決定後、再生債務者等の申立てで、裁判所は住宅ローン条項を定めた再生計画の認可の見込みがあるときに、住宅ローン債権の一部の弁済を許可することができるとしている。右の第二説と同様である。本稿は、新規定の根拠と解釈を示したことになる。

（1）いずれも司法統計年報による。なお園尾隆司「東京地裁における破産事件の実情と課題」金融法務事情一六四四号六頁等参照。

（2）畑野健＝岩波秀明「個人再生事件の概況」ＮＢＬ七四一号一七頁以下。

（3）社団法人日本クレジット産業協会編・日本の消費者信用統計（二〇〇二年）五七頁ないし一二一頁。

（4）経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編・逐条消費者契約法（二〇〇〇年）四一頁。

（5）Braun/Bearbeiter InsO, 2002, § 304 Rdn. 6.

（6）消費者の権利につき、正田彬・消費者の権利（一九七二年）参照。消費者法につき、長尾治助・消費者私法の原理（一九九九年）一九頁以下参照。大村敦志・消費者法（一九九八年）二五頁は消費者の保護を「支援」とされる。倒産法につき宗田親彦・新訂破産法概説（二〇〇一年）七頁、一七頁は「債務者の保護」とする。

（7）消費者法制において、国家が個人を支援する方策としての国家行政による方法（事前規制を導きやすい）と、そうではなく市場原理に委ねる方法（事後的救済と親和性を有する）とがあるが、そのいずれにおいても、規制や市場の各々に失敗はあるし、行政規制によるから消費者を支援し、市場原理によるから消費者を支援しないということも妥当でない。また規制緩和策として、事後的救済のためには、行政による事前介入を排除するには事前のルールが必要であるとして、その実は規制の強化になるということがあってはならない。すなわち、行政規制によって逆行して国家主義に戻ってはならず、さりとて、過度のルール化は国民の生活の活力を失わせることになるし、市場原理によるとしても、刹那主義に陥ったのでは明日なき社会となって、継続するべき社会が崩壊するので妥当でない。国家規制も市場原理も国民の継続的な生活（しかも快適な生活）を維持しなければならないのであるから、要は、社会の継

続的な維持（sustainable）のための政策を探し出さなければならないのである。市場原理によれば市場に勝者が残り、退場した敗者の代わりに必ず次の出場者が登場し、見えざる手によって妥当な解決が図られると考えるのは、古典的すぎるか、もしくは一時期のアメリカ金融界のユーフォリア（euphoria・陶酔状態）のように、余裕のある限られた市場にのみ妥当する見解といわなければならない。すなわち、社会は個人によって維持されるが、個人が社会を構成し得ない状況になると、市場における事業者も消費者がいなくては存立できなくなり市場は維持できなくなって社会は崩壊するのである。

今日、市場原理が強調されているが、そこにおいても消費者の自己責任に基づく自立と向上は必要であるし、制度を濫用する悪質な消費者や怠惰な消費者は、故意や過失により制度を破壊するものとして支援するのに値しないことはいうまでもない。

このことは、消費者倒産についても同様に妥当するといえる。すなわち、国は連鎖倒産を防止しなければならないけれども、倒産する消費者をいたずらに支援しなければならないものではないが、さりとて市場原理に放任して弱肉強食の結果、敗者たる消費者が生活できなくなれば社会は崩壊することになるから、そうならずに社会が維持されるために消費者倒産制度があるということができるのである。

消費者法については、多数の論考があるが、鎌田薫「『消費者法』の意義と課題」岩波講座現代の法13消費生活と法（一九九七年）三頁以下、松本恒雄「消費者保護基本法三〇周年と消費者法の構造転換」法律時報七〇巻四号二頁以下、落合誠一「消費者法の課題と展望」ジュリスト一一三九号四頁以下、岡谷直明「欧州における消費者保護法制の最近の動向について」国際商事法務 Vol. 30. No. 6 七三五頁以下等。なお、独禁法との関係で金子晃「不況対策と独占禁止法」法学研究五七巻五号一頁以下、同「消費者問題からみた公正取引保護」法律時報六六巻四号三九頁以下、同「規制緩和と独禁法」ジュリスト一〇四四号四三頁以下等参照。

消費者倒産法についても多くの論文等があるが、山本和彦「消費者倒産立法の論点（上）判例タイムズ九二九号四一頁以下、同（下）判例タイムズ九三一号四二頁以下、畫間文彦「消費者信用と消費者倒産」クレジット研究二一号一五頁以下、伊藤眞「多重債務問題と個人債務者更生手続（仮称）」クレジット研究二二号三一頁以下等。

（8）宗田・前掲新訂概説六頁、同編・やさしい倒産法（二〇〇〇年）四頁（宗田）。

(9) 可処分所得の計算方法については、民事再生法二四一条三項が額を定める政令とするものは、平成一三年三月一六日公布の政令第五〇号であり（同政令の解説に髙山崇彦・同政令の概要ＮＢＬ七一〇号六頁）、それによると、例えば、平均的な家庭をサンプルとしてみて、再生債務者四〇歳、年収手取り五五〇万円、妻三八歳、子（一三歳）、子（一〇歳）で、東京都世田谷区在住の場合と札幌市在住の場合に分け、また各々の賃貸住宅と住宅ローンの場合に分け、世田谷区の場合の各々につき年一九二万円支払うとし、札幌市の場合の各々につき年一二〇万円支払うとして、こうして算出すると、可処分所得が世田谷区の場合は一年間一三一万三〇〇〇円、札幌市の場合は一五五万九〇〇〇円となる。再生計画総額の最低はルール上二年分である。

(10) 宗田・前掲新訂概説七頁、一七頁。

(11) 兼子一「破産免責の法理」民事法研究第二巻（一九六三年）一三三頁以下、酒井一「一部免責の可否と基準について」判例タイムズ八四四号三〇頁以下は、免責の根拠につき、生存権と幸福追求権とする。これも否定できないが、消費者倒産の目的として前述したように、それは究極は社会の崩壊防止に求められるが、免責も同様であると解する。また、免責は破産者の申立てを必要とし、免責をすることが妥当であるかの審理を受けてはじめて許可されるのであって、免責を受けられることが当然の権利とはいえない。宗田・前掲新訂概説四三四頁。

(12) 宗田・前掲新訂概説四三四頁、同「一部免責」破産法研究（一九九五年）三四三頁、三五四頁。

(13) 宗田・前掲新訂概説四四〇頁、同「一部免責」前掲研究三五三頁、酒井一「一部免責の可否と基準について」判例タイムズ八四四号三〇頁、松下淳一「一部免責決定について」法学会雑誌（学習院大学）三二巻一号四五頁（一九九六年）以下。

(14) 宗田・前掲新訂概説四四一頁。

(15) 宗田・前掲新訂概説四四二頁、同「一部免責」前掲研究三五二頁。

(16) 山本和彦「特定調停について」銀行法務21五七五号四四頁。

(17) 安西明子「特定調停手続の倒産処理機能」河野＝中島編・倒産法体系（二〇〇一年）三三八頁以下、三四七頁参照。多比羅誠「『私的整理に関するガイドライン』と特定調停手続の利用」金融法務事情一六二九号二八頁以下参照。

(18) 松下淳一「個人債務者再生手続の理論上の諸問題」東京弁護士会編・入門個人再生手続（二〇〇一年）一一一頁

以下、園尾＝小林＝山本（和）編・解説個人再生手続（二〇〇一年）七〇頁（中西正）。

(19) 破産終結後、免責許可決定確定前の強制執行の可否については、宗田「破産免責と強制執行」前掲研究三一二頁、最判平成二年三月二〇日民集四四巻二号四一六頁は積極説をとる。

(20) 伊藤眞「多重債務問題と個人債務者更生手続（仮称）」クレジット研究二二号三五頁。三上威彦「日本における消費者倒産の処理」横浜市立大学論集五一巻一・二・三号一二五頁以下、一三八頁（二〇〇〇年）。後者は、両手続の併存は認めるが、将来の定期的収入の見込みのある者は債務者更生手続のみを認めるという。

(21) 住宅金融公庫の新特例によれば、①債務者が倒産などの勤務先等の事情により、②収入倍率（分母を公庫への年間総返済額とし、分子を年収とした割合）が四倍以下、又は収入月額が世帯人口×六万四〇〇〇円以下で、③返済条件の変更で今後の返済を継続できる者については、返済期間を最長一〇年に延長し（返済月額は減少するが返済総額は増加する）、又は失業者か前年の収入が前々年の収入より三〇パーセント減少した者については、支払の据置期間（最長三年）を設け、その後の返済期間を最長一〇年まで延長することになっている。

(22) U. S. Census Bureau, Statistical Abstract of the United States: 2001, Business Enterprise p. 491.

(23) H. R. 833, H. R. 2500（ただし H. R. 3150 で破棄）and S. 1301. See, Gordon Bermant & Ed Flynn, Does means testing justify an uncertain end: Consumer vetting in H. R. 833. Norton Bankruptcy Law Adviser August 2000 Issue No. 8 p. 1. そこでは、Testing for Abuse rather than Per Se elgibility, Gross Income tests, Net or Disposable Income Tests, Percent of Unsecured Debt Test 等として検討されている。

(24) 川畑正文「アメリカ合衆国における倒産手続の実務（4）」NBL七一三号四九頁以下参照。

(25) In re: Tanenbaum, 210 B. R. 182; 1997 Bankr. (June 26, 1997). In re: Attnasio, 218 B. R. 180; 1998 Bankr. (February 6, 1998).

なお、中西正「アメリカ合衆国における消費者倒産法制」自由と正義五〇巻一一号七二頁以下参照。アメリカでは二〇〇二年六月の時点では改正法は成立していないが、改正が進められている。しかし、改正案は豪邸や高級車、子弟を私立学校へ通わせる等できる等富裕な債務者の救済するものだと指摘され、消費者破産は、ここ数年来瀕死の状態にあるとされている。See, Chales Jordan Tabb and Alice Curtis Campbell, The death of consumer Bank-

ruptcy? Norton Bankruptcy Law Adviser June 2002 Issue No. 6 p. 1.

(26) Michael Brez, Deutschlands Insolvenzen im Jahre 2000, ZInsO, 2001, S. 20.

(27) Gesuz zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze である。この条文についてはZInO, 2001, S. 601. なお、改正の経緯と検討につき三上威彦「ドイツ倒産法における消費者倒産規定の改正について」現代社会における民事手続法の展開（石川明教授古稀記念論文集）（下巻）五三七頁以下。

(28) ドイツやオーストリーにおいては、カードによる購入や金融はあるが、一回払い（マンスリークリヤー方式）が多く、多数月の分割払い（リボルビング方式）は普及していないという状況とされている。佐藤辰弥＝鷲見和人「米・独の消費者倒産法制から日本の破産法改正を考える」自由と正義五〇巻三号二八頁以下。

ドイツでは、資本会社（株式会社等）の代表者は消費者倒産によるべきか、通常倒産手続によるべきかという問題が論じられており、見解が分かれている。前者に、Fucks, Verbraucherinsolvenzverfahren und Restschuldbefreiung, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 1679, 1682 があり、後者に、Hess/Weis/Wienberg, InsO, 2Aufl. 2001, § 304 Rdn. 12. がある。Schmittmann, Verbraucher-order Regelinsolvenzverfahren für organschaftliche Vertreter einer Kaptalgesellschaft? 2002, S. 742. は商法上の商人概念、民法上の事業者概念等から検討している。二〇〇二年一月公布のドイツ民法新一三条で消費者、新一四条で事業者について規定している。

(29) Braun/Bearbeiter a. a. O § 304 Rdn. 9 参照。

(30) Stefan Smid (Hrsg), Insolvenzordnung § 305 Rdn. 21, 22; Thomas, Jürgen, Mindestguote als Voraussetzung für die Restschuldbefreiung, Kölner, Schrift zur Insolvenzordnung, 2 Aufl, 2000, S. 1763ff.

(31) 加藤雅彦他・事典現代のドイツ（大修館書店一九九八年）四五二頁、四五四頁。本文中の日本の数字を除く。

(32) 三上威彦「ドイツ改正倒産法における消費者倒産の取扱いについて」中野貞一郎＝石川明編・民事手続法の改革（一九九五年）三五二頁以下、木川裕一郎「ドイツにおける消費者倒産制度の改革」東海法学一五号（一九九七年）二四七頁以下二八〇頁注(31)参照。

証明すべき債権者との合意は、それを試みただけでは足りず、全債権者との間で解決されたことの書面による証明が必要である。Bindemann, Handbuch Verbraucherkonkurs, 2002, S. 64, 66.

(33) フランス倒産法については、西澤宗英「フランスの消費者倒産立法について」杏林社会科学研究九巻一号（一九九二年）一頁以下、山本和彦「フランスにおける消費者倒産の処理と予防―いわゆるネエルツ法の紹介を中心として―」法学五七巻六号一一一頁（一九九四年）、町村泰貴「試訳・フランス消費者倒産処理法」商学討究四七巻一号二六九頁（一九九六年）、同「フランス消費者倒産の実務（上）」商学討究四七巻二・三号（一九九七年）二五三頁（一九九六年）、同（下）商学討究四九巻二・三号七三頁参照（一九九八年）。なおフランス消費法の草案の翻訳については、池田＝片山＝北居「フランス消費法典草案」法学研究六〇巻四号五六頁以下参照。

(34) 誠実な債務者については、西澤宗英「フランスの消費者倒産法における『誠意のある（de bonne foi）』債務者の概念」中野貞一郎＝石川明編・民事手続法の改革（一九九五年）三一九頁。

消費法三三一―二条のこの部分は、一九九五年改正法（一九九五年二月八日司法改革のための法律（消費者倒産は二七条から三三条）でも変わらず、一九九八年改正で追加された部分があるが、変更されていない。Calals-Auloy, Code de la Consommation, 2002, p. 239.

(35) 河合裕行「個人再生申立てと住宅ローンの支払」銀行法務21五九四号四頁、及び小松＝森＝田原＝木内・座談会「最近の大阪地裁の倒産実務について」銀行法務21六〇五号六頁以下二五頁。なお園尾隆司「個人債務者再生手続に関する東京地裁の運用方針と解説及び基本書式」銀行法務21五八七号五頁以下一三頁。

(36) 判例は、弁済額よりも登記した抵当権の目的不動産の価額が大である場合について、大審院昭和四年三月二日判決（大審院裁判例（三巻）民事三六頁）は、「弁済ヲ受ケタル債権者カ弁済当時債務者所有ノ不動産上ニ登記シタル抵当権ヲ有シタリトセハ右ノ弁済ナクシテ破産宣告ノアリシトスルモ破産財団ニ属スヘキ其ノ不動産ニ付別除権ヲ行使シテ右ト同様ノ弁済ヲ受ケ得ヘキカ故ニ結局右弁済ハ破産債権者ノ弁済ニ充ツヘキ破産財団ヲ減少セシムルコトナク破産債権者ヲ害スルノ結果ヲ生セサル」としてこの状態での否認を否定する。その他大阪地裁大正六年九月一九日判決（評論六巻上民法九七一頁）も同様の場合に、弁済によって「破産財団ヲ組織スヘキ資産ヲ減少シ破産債権者ノ権利ヲ害スヘキ筋合ニアラサル」として右と同様に説く。

東京高裁昭和五八年九月二七日（判例時報一〇九三号一三二頁）は、支払停止以前の本旨弁済につき担保手形の返還を受けた場合も否認を肯定するが、これが融通手形であり他から手形金の支払を受けられない場合であった。同判

決の評釈として、大西武士・判例金融取引法（上）（一九九〇年）五六三頁以下五六七頁。

大審院昭和四年判決について加藤正治・破産法研究九巻一四〇頁は、右の判例理論に賛成される。なお、右判例の事案は、抵当権の仮登記の目的物の売却代金の弁済であり、判決の結論は否認を肯定している。

(37) 宗田・前掲新訂概説二三二頁、二三九頁、二四〇頁。

(38) 宗田・前掲新訂概説二三五頁、二三七頁。

(39) 別除権の目的物を当の別除権者に代物弁済に供した場合は、目的物の価額と被担保債権の間に合理的な均衡があれば否認されない（宗田・前掲新訂概説二三五頁、譲渡担保の目的物につき最判昭和三九年六月二六日民集一八巻五号八八七頁、動産売買先取特権の目的物につき最判昭和五三年五月二五日金融法務事情八六七号四六頁）。また別除権の目的物を売却して、売却代金を弁済したときも代物弁済の場合と同様であるので否認されないと解する（同旨、大阪地判昭和三三年六月一三日下民集九巻六号一〇六三頁）。

(40) 園尾隆司「再生手続開始決定」民事再生法の理論と実務上（二〇〇〇年）二一九頁以下二三〇頁参照。

(41) 再生手続開始決定の主文で住宅ローン債権の弁済の可能を示す方法は許されるであろうか。これを可能にする方法としては、再生手続の開始決定の主文において、住宅ローン債権の弁済は弁済禁止効（民事再生法八五条一項）の例外として弁済を許可するということが考えられるが、これが許されるであろうか。これは許されないと解する。法改正をして、民事再生法八五条二項（再生債務者を主要な取引先とする中小企業者の再生債権）や、五項（少額債権）と同様に住宅ローン債権の弁済可能条項があれば、裁判所の許可で弁済が可能となる。この場合でも裁判所の許可は必要である（共益債権、一般優先債権の場合も弁済の前提として裁判所の許可が必要である。民事再生法四一条一項八号）が、いずれにしてもこれは立法論の域を出ない。

(42) 多くの銀行が民事再生申立てを期限の利益喪失事由としているため、期限の利益喪失時点から再生計画認可決定までの間に発生する遅延損害金が高額になるので、それが再生計画の遂行可能性にマイナスの影響を与えることと、八五条一項による再生債権の弁済禁止効からローン債権の不払いによる上記の遅延損害金から生じることについて、全国銀行協会は、平成一三年九月二八日全企会第二四号の「個人債務者の民事再生手続における運用上の問題点とその対応について」とする書面を会員宛に通知し、その対応策として、遅延損害金を残額本全額により計算するのでは

なく、認可決定確定時までの約定返済分の元本部分に対する遅延損害金の計算により遅延損害金の額を計算する方法によることとしている。これにつき、阿部耕一「金銀協『個人債務者の民事再生手続における運用上の問題点とその対応』について」金融法務事情一六二六号四五頁参照。しかし、これによっても住宅ローン債務の従来どおりの分割弁済は禁止されることになる。また立法的解決があったほうがよいという発言として伊藤真他・座談会「東京地裁における民事再生手続の実情」NBL七四六号八頁以下、三〇頁。