

Title	ドイツ倒産法における消費者倒産規定の改正の近時の動向：改正政府草案を参考にして
Sub Title	Die neue tendenz der reform der regelungen zur verbraucherinsolvenz in der deutschen insolvenzordnung
Author	三上, 威彦(Mikami, Takehiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2010
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.83, No.1 (2010. 1) ,p.247- 280
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20100128-0247">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20100128-0247</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.

# ドイツ倒産法における消費者倒産規定の改正の 近時の動向

——改正政府草案を参考にして——

三 上 威 彦

- 一 はじめに
- 二 政府草案に至るまでの沿革
- 三 二〇〇七年八月二二日の政府草案の主な改正点
- 四 政府草案に対する評価
- 五 おわりに——日本法の視座からの若干のコメント

## 一 はじめに

現行ドイツ倒産法は一九九九年一月一日より施行されたが、消費者倒産制度については、その直後からさまざまに批判がなされており、その二年半後には早くも、二〇〇一年の倒産法改正法<sup>1)</sup>により、かなり大幅な改正がなされた。その際に消費者倒産に関する規定の見直しもなされたが、それについては、筆者は、すでに、その内容の紹介と改正法に対する評価とを明らかにした。<sup>2)</sup>

本稿は、それを受けて、消費者倒産に関する右改正法以降、初めての大幅な改正となる、ドイツで企図されている、新しい消費者倒産規定の改正の主要点を紹介すると同時に、その若干の評価を試みるものである。筆者は、そのことにより、わが国における消費者倒産法制のあり方を考えるための、比較法的基礎資料を提供しようものと考えている。

ところで、前回の二〇〇一年の法改正では、その改正点は、①消費者倒産手続の対象者の明確化、②裁判外の合意手続の規定整備、③債務除去計画手続の規定の整備と費用削減、④無資産の債務者の消費者倒産手続へのアクセスのための、手続費用の導入、⑤簡易倒産手続と免責手続の規定整備、という五点に集約された<sup>3)</sup>。今回の改正の意図は、現行倒産法における消費者倒産制度を抜本的に変更するというよりも、これらの基本的枠組みは維持しつつ、とくに、国庫の費用節減という観点から、これらを部分的に改廃しようとするものである。

なお、本稿で紹介・考察の対象とするドイツにおける新しい消費者倒産法規定とは、二〇〇七年八月二二日の「資産のない者の免責および債権者権の強化ならびにライセンスの倒産耐性の規律に関する法律の政府草案」<sup>4)</sup>によるものである。したがって、未だ法律として成立しているものではないが、個々的には、以下にみるように疑問が提示されているにもかかわらず、その評価は比較的好評であり、これが法律となる可能性は高いと思われる<sup>5)</sup>。したがって、近時のドイツにおける消費者倒産規定改正の動向を知る上では不可欠のものといえよう。なお、標題から明らかのように、この草案は、消費者倒産に関する改正のみならず、債権者の権利の強化やライセンス権の保護についても改正提案をしている。ただ、本稿の目的からして、以下では、もっぱら消費者倒産についての改正点に焦点を当てて論じる。

以下では、まず、今回の改正提案がなされるまでの沿革をたどった上で、個々の改訂提案の内容を紹介しつつ、それらをめぐる議論状況を明らかにする。なお、とくに断らない限り、草案とは、この政府草案を指し、条

文は、ドイツ倒産法（二〇〇九年一月現在）ないしドイツ倒産法改正法政府草案のそれである。また、条文の訳出にあたっては、一文の途中が「:」で区切られており、和訳すると二つの文にみえるような場合（いわゆる半文〔Halbsatz〕）には「:」を用いて半文であることを明らかにした。

## 二 政府草案に至るまでの沿革

倒産手続における免責の制度はドイツにおいては無縁であった。しかし、免責制度の導入をめぐる長い議論<sup>(6)</sup>の末、ついに、一九九四年一〇月五日の現行ドイツ倒産法<sup>(7)</sup>によって、ドイツにおいて初めて免責の制度が導入された。しかし、この法律の施行直後から、手続の費用を調達できない債務者と、手続費用を支払うために十分な資金を使える債務者との間の平等を打ち立てる広範な「改正の改正」が叫ばれており、それに応えるものとして、上述の二〇〇一年一〇月二六日の「倒産法およびその他の法律の改正に関する法律」が制定され、消費者倒産規定につき改正がなされた。

これに対しては、若干の裁判官と司法補助官が、倒産法の機能回復や消費者倒産手続において、残債務免責を倒産法の外での時効モデルによって代替すべしとする急激な変更を求めた。しかし、連邦司法省は、二〇〇三年四月に出された討議草案〔Diskussionseurwurf〕において、実務からの声を一部取り上げたものの、時効による残債務免責といった倒産手続外での解決による「免責手続の過激な新方針」を企てることはなかった。その後、消費者倒産件数の増加に直面して、二〇〇四年九月の連邦政府の法律草案は、手続の軽減を図ると共に、職権による残債務免責を規定した<sup>(9)</sup>。

しかし、資産のない者の残債務免責が倒産手続と結合されていることに対しては、債権者に何ら収益をもたら

さないことが初めから予測できるにもかかわらず、公告・送達・期日指定等の制度を墨守することは、費用のかかる形式主義であり、倒産裁判所、ひいては、各連邦州に対し多大な人的および物的な費用を招来するものであるとの批判が根強くあった。<sup>(10)</sup>それを汲む形で、二〇〇四年一月月に開催された州司法大臣秋期会議において、「消費者免責に関する連邦＝州＝ワーキンググループ [Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Reform der Verbraucherentschuldung"]」が設立された。このワーキンググループは、「残債務免責への新たな道」と題する報告書において、受託者を選任しない免責手続モデルを提示した。<sup>(11)</sup>しかし、このモデルは強い拒絶に遭ったため、<sup>(12)</sup>連邦司法省は、受託者モデルを踏襲しつつも、その強制的設置を緩和し、二〇〇七年一月二三日に財団不足の倒産手続の改正に関する参事官草案 [Referentenentwurf]<sup>(13)</sup>を提示した。そして、二〇〇七年八月二二日の政府草案は、その内容を大幅に踏襲するものである。ただ、参事官草案が、誠実行為期間における財産の確定や配当に執行官を用いるというモデルを採用していたことに対して批判がなされたため、<sup>(14)</sup>政府草案では、執行官モデルに代えて、仮受託者モデルを採用した。

この草案においては、消費者手続や残債務免責手続をより柔軟かつ効果的に、しかも低廉な費用で形成する規定と並んで、債権者権の強化に資する倒産手続の改正、およびライセンスの倒産耐性のための規定も含まれている。この草案に対しては、二〇〇七年一月一二日の連邦参議院の意見表明が<sup>(15)</sup>されており、ここでは圧倒的賛成を受けたが、草案で新たに置かれることになっている免責手続における仮受託者 [vorläufiger Treuhänder] の費用は債務者が引き受けるべき旨が強調された。それに対し、二〇〇七年一月五日付けで連邦政府の反対声明<sup>(16)</sup>が出され、二〇〇八年二月一四日に開かれた第一読会では、議員からさまざまな立場が表明された。<sup>(17)</sup>

三 二〇〇七年八月二二日の政府草案の主な改正点

(一) 免責手続の新しいコンセプト

現行法によれば、三〇四条の基準に従って消費者倒産手続を遂行する場合、強制的に債権者と裁判外において合意を試みなければならない(三〇五条一項一号参照)。しかし、手続の複雑性から、多くは、債務者相談所 [Schulderberatungsstelle] の支援を仰がなければならず、債務者が無資産のため債権者への弁済ができない場合の、いわゆる「ゼロ計画」によって手続が終了する場合、債務者相談所を運営する公的資金はますます枯渇することになる。また他方では、一九九四年に成立した現行倒産法における免責制度の導入以来、債務超過の状況にある者に対し、免責によって経済的な再出発の可能性を与える必要性については、今日ほとんど異論は見られない<sup>(18)</sup>。しかし、この残債務免責は、債務者の差し押さえうる収入および財産が換価され、かつ、売上金が適切な手続において債権者に平等に配当がなされる場合のみ正当化される。したがって、このことから、とくに資力のない債務者の倒産処理に当たっては、公的資金の投入と、免責付与の必要性とのバランスを取ることが要求されることになる。

そこで政府草案は、債権者と債務者の利益の適切な衡量が必要であるとしたうえで、債務者が無資産であることが明らかな場合、倒産手続の遂行は不要であるとする<sup>(19)</sup>。このような場合、債権者の利益にとっては、彼らの債権の価値の維持や将来の満足についての見込みを可能にするような、債務者の財産の慎重な調査がなされれば十分である。また、債務者は、可能な限り簡易な手続で免責を得ることに利益を有しているが、その際には、①「契約は守られるべし」という原則を無価値にしないように、誠実な債務者に対してのみ免責が与えられるべきこと(倒産法一条二文)と、②手続費用さえ調達できない債務者にのみ免責が与えられるべきであることが要求

されている。

## (二) 三つの解決モデルの検討

そのような考慮から、政府草案の理由書は、三つの可能性を挙げて検討する。まず第一に、現行法が採用している手続費用の猶予の制度（倒産法四 a 条、四 d 条）を検討し、これは、一方で無意味であることが明らかな手続を遂行させるため多大な公的資金を投入するものであり、他方では、債権者にとっては無意味であった手続であるにもかかわらず、債務者には事後的に猶予された費用の支払いが要求される点で妥当ではないとする。<sup>(20)</sup> 第二には、既に今日ではほとんど支持されていない消滅時効による解決モデルも、債権者の利益を正当に評価していない点、および、誠実行為期間において債務者に対し、債権者の満足のために可能な限りの努力をするためのインセンティブを与えるものではないとして、この可能性も否定する。<sup>(21)</sup> そして第三に検討の対象としたのは、「消費者免責に関する連邦州ワーキンググループ」の、残債務免責と並んで執行する独自の免責手続を構想する提案であった。その提案によれば、手続費用すら調達できない債務者は、国家資金によって費用が賄われる手続を継続すべきではなく、経済的な再出発は独自の免責手続において達成すべきものとする。たとえば、債務者相談所における債務者の財産関係の調査において、債務者が無資力であることが判明した場合、債務者は直接免責手続を申し立てることができ、かつ、宣誓に代わる保証の枠内でその財産関係を公開する。そして、免責の拒絶がない限り、倒産裁判所は、免責の効力が八年後に生じる旨の裁判をするというものである。しかしこれでは、現行の残債務免責手続が六年間で免責の効果が生じる（倒産法二八七条二項・二九一条一項・三〇〇条一項参照）のに対し、免責まで八年の経過を要することになり二つの免責制度の間でバランスが取れないことのほか、この手続構想においては、免責の効力は、債務者によって挙げられた債権のみにしか及ばないことや、免責手続中の執行

が許されるとされていることなどの点で批判されている。<sup>(22)</sup>

### (三) 政府草案による新しい免責モデルの特色

上記ワーキンググループ提案に対するダブルスタンダードであるという非難を回避するために、政府草案は、従来の残債務免責手続〔Restschuldbefreiungsverfahren〕と同様、債務者および債権者に対して等しい効力を有する免責手続〔Entschuldungsverfahren〕を導入するものである。しかしそこには、従来の手続には見られなかったいくつかの特色がある。

(1) この手続の特色の第一は、通常倒産手続と消費者倒産手続とを区別しているが、財団不足の場合には両者の手続は一元化されるということである。すなわち、後述の特色の第三点とも関連するが、消費者倒産手続の場合と通常倒産手続の場合とを問わず、財団不足の場合には、不必要となる倒産手続（従来の裁判上の債務除去計画手続）を開始することなく、一律に、残債務免責手続を開始するものとしたのである。

政府草案によれば、債務者が通常倒産手続の申立てをした場合でも、財団不足により申立てが却下されるような場合には、不必要となる通常の倒産手続は開始されず、直接、免責手続に移行する（草案二八九a条）。その際、無資力であることの証明のため、債務者は、裁判上の合意の見込が初めからないような場合には、倒産法三〇五条に掲げられている証明書と関連した目録を裁判所に提出しなければならないし、残債務免責のための特別の書式に記入しなければならないとされている。<sup>(23)</sup>

政府草案によれば、現行倒産法第三〇五条は以下のようになる。<sup>(24)</sup>

① 第一項第一号は以下のように変更される。

「1. 適切な者または機関により〔von einer geeigneten Person oder Stelle〕交付され、かつ、計画案を基礎にした



債務除去〔Schuldenbereinigung〕に関する債権者との裁判外の合意が開始申立前の最後の六月以内に試みられたが成功しなかった旨、または、明らかにその見込がなかった旨を明らかにした証明書・債権者が債務除去の枠内においてもはや彼の債権の一〇〇分の五は取得しないであろうと予測できる場合、または、債権者に二〇名以上の債権者がいる場合には、合意は明らかに見込がないものとする…各州は、いかなる者または機関が適切なものとみなされるべきかを定めることができる。」

② 第一項第四号は以下のように変更される。

「4. 債務除去計画、または、明らかにその見込がないことの証明書…なお、債務除去計画には、債権者の利益および、債務者の財産関係および収入関係並びに家族関係を考慮して、適切な債務除去を行うのに適したすべての規律を含ませることができる…この計画には、債権者の保証、質権並びにその他の担保がその計画により影響を受けるか否かおよびいかなる範囲で影響を受けるかを記載しなければならない。」

③ 一項に次のような五号を追加する。

「5. 同意の代替〔Zustimmungsersetzung〕の申立て（第三〇五a条）、または、同意の代替は申し立てられるべきではないとの宣言」

④ 第三項は以下のように変更される。

「債権者が第五項による公式の書式〔amtliche Formulare〕を完全に記載して提出しないときは、倒産裁判所は債権者に対し、欠けている箇所を遅滞なく補充するように要求する。債権者がこの要求につき一月以内、第三〇六条第三項第三文の場合にあつては三月以内、に従わないときには、申立ては不合法として却下しなければならない。この裁判に對しては、債権者は即時抗告をすることができる。」

⑤ 第四項第一文は以下のように変更される。

「債権者は、第一項第一文の意味における適切な者または適切であると承認された機関の所屬員により倒産裁判所で代理されることができる。」

⑥第五項第一文は以下のように変更される。

「連邦司法省は、法規命令により、連邦参議院の同意を得て、消費者倒産手続の簡素化のために、関係人に、第二項第一号ないし第五号により提出すべき証明書、申立書、目録および計画のための書式を導入する権限を有する。」

(2) 第二には、現行法に規定されている、手続費用のいわゆる猶予モデルを廃止し(倒産法四a条~四d条の削除)<sup>(25)</sup>、それに代わり、債務者をして手続に真剣に協力せしめ、かつ公的財政の負担を図るために、債務者は手続費用分担金〔Verfahrenskostenbeitrag〕を負担することとされたことである。従来の猶予モデルでは、免責付与があるまでは手続費用の支払いが猶予されるが(倒産法四a条一項)、免責付与の後には、猶予された金額を自己の収入および財産から支払うことになっている(倒産法四b条一項参照)。そこで、草案によれば、無資産の債務者がいわば無料で残債務免責を得ていたのに対し、爾後、免責を得るためには一定の財政的な協力が要求されることになる。<sup>(26)</sup>これによると、手続開始に当たって負担すべき二五ユーロに加え、受託者の最低報酬として、売上税を含めて年間一〇〇ユーロと立替金の支払いが要求される。ただ、この額は、月額一三ユーロ(年額一五六ユーロ)を超えてはならない。理由書によれば、この額は、低額であり、倒産した債務者にも無理なく調達できるものであり、人間の尊厳の保護、および基本法三条の一般的平等原則に対する違反といった憲法上の問題も生じないという。<sup>(27)</sup>

(3) 第三は、残債務免責手続と消費者倒産手続についてかなり大幅な改正がなされた点である。そこでは、①手続が裁判所および手続関係人にとってより費用がかからない手続として形成されること。②残債務免責の濫用的申立てを困難にすることにより、債権者権を強化すること、という二つの理念が挙げられている。<sup>(28)</sup>

①の点についていえば、とくに無資力の債務者申立ての倒産事件の場合、裁判上の合意手続がさしたる成果を上げることなく、多くのコピーや送達などを伴う費用のかかる手続を遂行することは無駄である。そのため、二

〇〇一年一〇月二六日の法律 (BGBl 2001 S. 2710) によって、強い制限はあるが、債務除去計画手続は裁判所の裁量とされて以来 (倒産法三〇六条一項三文)、倒産法三〇七条以下の基準による裁判上の免責手続は、広範にその意味を失っていた。<sup>(29)</sup> すなわち、多くの消費者倒産事例においては、裁判上の免責手続の成功の見込がない旨が申し立てられ、實際上、法律上の債務除去計画手続が行われることはほとんどなかったのである。また、他方では、裁判外の合意の試みが高い成功率を上げているとの調査もあった。そこで、草案では、一方で、裁判所における債務除去手続が廃止され、他方では、裁判外での合意手続の強化が規定された。そして前者の措置により浮いた資源は、裁判外の手続の側面的支援のために実り多いものとなり得るし、また、部分的に裁判所の手続と裁判外の手続とを融合させることで、協働効 [synergetische Effekte] が獲得され得るとされた。また後者についていえば、裁判外の手続において、たとえ債権者が裁判所に行く前に債務者相談所の主導によって作られた債務除去計画に反対していても、一定の場合には、裁判所は、拒否する債権者についてもその計画に同意したものとすむといわゆる同意の代替の制度が導入されたのである。<sup>(30)</sup>

同意の代替の制度については、政府草案は次のように規定している。<sup>(31)</sup>

① 第三〇五 a 条の改正

「第三〇五 a 条 [同意の代替の申立て] (1) 債権者が債務除去計画 (Schuldenbereinigungsplan) に対し、何も表示しないか拒否した場合には、債務者は、倒産裁判所による同意の代替を申し立てることができる。裁判外での債務除去についての交渉 [Verhandlung] がなされた後に債権者が強制執行を行った場合には、債務除去計画の拒否があったものとみなす。

(2) 同意の代替の申立ては、債務除去計画に掲げられた債権者の半数以下が明示的に拒否した場合、および、拒否した債権者の請求権の額が、掲げられた債権者の請求権の額の半数以下の場合にのみ適法である。申立てには、債権者の

届いている意見および、財産概要および債務除去計画がそこに掲げられているすべての債権者に対し、裁判所に提出されている様式において送付された旨の宣言を添付しなければならない。」

②第三〇六条第一項の改正

「(1) 債務者が同意の代替の申立てをしたときは、倒産手続の開始についての手続は、同意の代替についての裁判が確定するまで中止する。この期間は三月を超えてはならない。」

③第三〇七条の改正

「第三〇七条〔債権者への送達〕 同意の代替の申立てが適法であるときは、倒産裁判所は、債務除去計画および財産目録〔Vermögensübersicht〕を債務者によって掲げられた、債務除去計画に同意しなかった債権者に送達し、かつ、一月の除斥期間内に債務除去計画および同意の代替の申立てにつき、意見を表明すべき旨を要請する。債権者には、目録が関係人の閲覧に供するために倒産裁判所に備え置かれていることにつき、指摘しなければならない。それと同時に、債権者には、第三〇八条の法律効果についての明確な指摘と共に、第一文の期間内に、第三〇九条第一項第二文および第三項による同意の代替に対立する事実を疎明する機会が与えられなければならない。」

④第三〇八条の改正

「第三〇八条〔債務除去計画の採用〕 (1) 第三〇七条第一項第一文による期間内に、債務除去計画において挙げられた債権者が意見表明をしないときは、債務除去計画に同意したものとみなす。それにより、すべての債権者が債務除去計画に同意をし、または、欠けた同意が第三〇九条により代替されたときは、倒産裁判所は、債務除去計画の採用を決定により確定する。その他の場合には、裁判所は同意の代替の申立てを棄却する。」

(2) 決定に対しては、債務者および同意が代替される債権者は、即時抗告をすることができる。

(3) 債務除去計画は、民事訴訟法第七九四条第一項第一号の意味における和解の効力を有する。債権が債務者の目録に含まれていない場合、債権者は債務者にその履行を請求することができる。債権者が、債務除去計画が送付され、かつ、債権が期間の経過前に生じていたにもかかわらず、その債権に関して、倒産裁判所に閲覧のために備え置かれた債

権者表において、法定期間内に異議を述べなかった場合は、この限りではない…その限りで債権は消滅する。倒産手続の開始および残債務免責の付与の申立ては取り下げられたものとみなす。」

⑤第三〇九条第一項第一文・第二項・第三項の改正

「(1) 債務除去計画に掲げられた債権者の過半数が同意し、かつ、同意した債権者の請求権の額が、掲げられた債権者の請求権の過半数に達したときは、倒産裁判所は、決定において、債務除去計画の採用の確定につき、債務除去計画に対する債権者の異議を同意により代替する。

(2) 第一項第二文による同意の代替に対立する事実は、疎明しなければならぬ。

(3) 債権者が、債務者によって挙げられた債権が生じているか否か、あるいは、挙げられたよりも高額または低額であることにつき真剣な疑いを生ぜしめる事実を疎明した場合、および、債権者が他の債権者との関係において適切に関与したか否かということが争いの出発点にかかっているときは(第一項第二文第一号)、債権者の同意を代替することはできない。」

(4) 第四には、財団不足が見込まれる手続において、仮受託者〔Vorläufiger Treuhänder〕の任命の規定が新設された。これは、債務者の財産が倒産手続の費用を賄うのに十分ではないと見込まれるすべての場合に、強制的に倒産裁判所が仮受託者を任命するというものである(草案二八九a条)。政府草案によれば、仮受託者は、免責手続において中心的な役割を果たすものとして構成されている。すなわち、彼は、債務者財産が手続費用を賄うのに十分であるか否かを調査するほか、債務者を目録の作成において支援し、宣誓に代わる保証につき教示し、誠実行為期間の開始まで債務者に付き添うのである。また、その権能は、開始手続における鑑定人や仮倒産管財人のそれをカバーするものである<sup>(32)</sup>。

仮受託者に関して、政府草案二八九a条は次のように規定している<sup>(34)</sup>。

「二八九a条〔仮受託者の任命〕(1) 債務者が残債務免責の付与の申立てをし、かつ、彼の財産が倒産手続の費用を

（随うために十分ではないことが予測できるときは、裁判所は、第二二条、第五六条、第五八条ないし第六六条が準用される仮受託者を任命しなければならない。その任命は、第二三条による処分制限の命令と同様、公告しなければならない。受託者の任命と並んで第二一条第二項第一文第一号による処分は不適法である。

（2）免責手続の開始 [Einleitung des Entschuldungsverfahrens] のための費用が支払われないときは、仮倒産管財人の任命は行わない。この場合、倒産裁判所は、債務者に、その費用を二週間以内に支払うよう勧告する [aufordern]。債務者がこの勧告に従わないときは、その残債務免責の申立ては取り下げられたものとみなす。

（3）仮受託者は、とくに鑑定人に代わって、手続費用が賄われるか否かを調査する。彼は、存在している現金 [Barmittel] を確保し、裁判所の同意を得て、手続の費用のためにそれを使わなければならない。さらに、もし債権が、第三〇二条により残債務免責から除外されるときは、彼は、債務者に対して請求されている債権により、この者にその結果につき教示しなければならない。

（4）債務者が第三〇四条第一項に掲げられている人的範囲に属しているときは、仮受託者は、彼と第三〇五条一項第三号による目録を討議し、宣誓に代わる保証の意味について教示し、かつ、債務者が目録や第二八七条第一項による表示においてなした申告が正しくかつ完全であることにつき書面で宣誓に代わり保証をする旨を指摘しなければならない。

（5）債務者に対し第九編の特別規定が適用されるときは、仮受託者は、彼に、第二八七条第一項による目録の記入に際して援助をし、宣誓に代わる保証の意味について教示し、かつ、債務者が目録や第二八七条第一項による表示においてなした申告が正しくかつ完全であることにつき書面で宣誓に代わり保証をする旨を指摘しなければならない。仮受託者はその報告において、否認要件についても意見を述べなければならない。

（6）仮受託者の報酬および立替金については、債務者の財産がそのために十分でない限り、彼には、国庫に対して請求権が生じる。」

（5）第五に、政府草案は、免責拒絶事由に関する規定の改正を提案している。<sup>(35)</sup>

政府草案の理由書によれば、この改正は、従来、免責拒絶の申立ては、最後の期日に出頭して申し立てる必要

があったのを、書面でもなし得るものとし手続の軽減化を図ったほか、法的安定性の観点から、誠実な債務者にのみ与えられるべき免責であることに鑑み、その誠実性の概念を、拒絶事由をカタログ化することで明確にしたものである<sup>(36)</sup>。これによって、多くの事件において、早期の申立てや手続の開始、および公法上の債権者の法的地位の強化へと導くことができるとされている<sup>(37)</sup>。また政府草案によれば、職権による免責拒絶も規定されており(二九〇条一項柱書き)、しかも、草案二八九c条三項によれば、「免責拒絶の申立てに対する決定に対しては、債務者および申立てをした債権者」に対して即時抗告権が認められており、職権による免責拒絶に対しては不服申立権は認められていない。これはおそらく、職権による免責の拒絶は、草案二九〇条一項一号および三号による拒絶事由がある場合のみ許されることがその理由であると思われる<sup>(38)</sup>。

① 政府草案第二九〇条第一項の柱書きを次のようにする。

「以下の場合には、残債務免責は、職権または遅くとも最後の期日においてなされた倒産債権者の申立てにより、第二八九条による決定において拒絶しなければならぬ。」

② 第二九〇条第一項第一号の次に、以下の第一a号を付け加える。

「a. 有罪判決の基礎をなす犯罪構成要件が所有権または財産の保護に資すべきことが規定されている場合、債務者が申立てをした倒産債権者の不利益になされた犯罪行為により、確定力をもって、少なくとも九〇日の日割罰金 [Tagessätzen] または、自由刑の有罪判決を受けたとき… 公課法 [Abgabenordnung] 第三七〇条、第三七三条、および第三七四条による租税犯罪行為についてもまた同じである。」

③ 第二九〇条第一項第三号の次に、以下の第三a号を付け加える。

「a. 倒産手続の開始の申立ての前の最後の三年間またはこの申立ての後、債務者に第二九〇条第一項第五号または第六号により残債務免責が拒絶されたとき… 事後的な拒絶が第二九〇条第一項第五号または第六号の根拠によって支持されているときは、第二九七a条の場合においてもまた同じである。」

- ④ 第二九〇条第一項第五号は以下のように改正する。  
「債務者が、故意または重大な過失により本法による情報提供義務もしくは協力義務に違反した場合」
- ⑤ 第二九〇条第一項第六号は以下のように改正する。  
「6. 債務者が、第二八七条第一項第三文、第三〇五条第一項第三号により提出すべき債務者の財産および、債務者の収入、債務者の債権者、および債務者に向けられた債権の目録を、故意または重大な過失により、不実にまたは不完全な記載を行ったとき、または、
- ⑥ 第二九〇条第一項第六号の次に以下のような第七号を付け加える。  
「7. 会社の代表権ある機関 [vertretungsberechtigtes Organ] として、または、社員 [Gesellschafter] としての債務者が、義務に違反しまたは責めに帰すべき事由により、倒産手続開始の申立てをせず、または適時にしなかったとき」
- ⑦ 第二九〇条に以下のような第三項を付け加える。  
「職権による拒絶は、第一項第一号または第三号による拒絶事由がある場合に限り行う。」
- ⑧ 第二九七条の次に、以下のような第二九七a条を付け加える。  
「第二九七a条〔事後的に明らかになった拒絶事由〕(1) 倒産裁判所は、債権譲渡の意思表示継続期間中に、第二九〇条第一項による拒絶事由が存在したことが明らかになったときは、職権または倒産債権者の申立てにより残債務免責を拒絶する。申立ては、拒絶事由が債権者に明らかになったときから、六月以内にのみすることができ、申立ては、第一文および第二文の要件が疎明されたときのみ適法である。  
(2) 職権による拒絶には、第二九〇条第三項を準用する。拒絶は、拒絶事由が裁判所に明らかになったときから六月以内に限つてのみすることができる。」
- (6) 以上のほか、第六に、政府草案は第二九二a条の追加を提案している。これは、誠実行為期間中に債務者が新たな財産を取得した場合の処置を規定するものである。すなわち、このような財産は最後の配当表には表示



されてはいないから、これをどのように配当すべきかについては、問題が生じる。これにつき、連邦州州ワーキンググループの草案によれば、この場合、その財産が手續費用を賄えるものであれば、常に倒産手續を開始するものとされており、この点が、手續を錯綜させるといふ点で強い非難を浴びた。そこで、政府草案は、書面による簡易な債権確定手續を導入し、もし、その財産が低額の配当しかもたらさないものであるときには、債権確定手續を無視しうることを規定して、迅速な処理手續を提案している。<sup>(39)</sup>

すなわち、政府草案は、以下のような二九二a条を追加している。<sup>(40)</sup>

「第二九二a条(特別の確定手續に基づく配当)(1)最後の配当表 [Schlussverzeichnis] が提出されていないときは、受託者が債権譲渡によって取得した金額およびその他の給付 [Leistung] は、まず受託者の報酬の支払いのために、次いで手續のその他の費用の支払いのために支出しなければならない。受託者は、裁判所に、一年に一度、取得した金額の高を報告し、かつ、その際には債権譲渡の表示の経過期間の終了までに、特別の確定手續の費用をも考慮して、金額が、債権者への配当のために使えるか否かを申告する。これが確定した場合、裁判所は、特別の確定手續の遂行を命じるが、この手續は通常、書面によって遂行されなければならない。

(2) 特別の確定手續の命令についての決定の中で、裁判所は債権者に対し、その債権を、第一七四条を遵守して、三ヶ月の除斥期間内に受託者に届け出る旨を勧告する。命令は、公告をし、かつ債権者および債務者に特別に送達しなければならぬ。第八条第三項はこの場合に準用する。特別の確定手續の遂行のためには、第一七四条ないし第一八六条を準用する。残債務免責の付与についての裁判は特別の確定手續の遂行を妨げない。

(3) 配当のためには、第二九二条第一項第二文ないし第四文を、最後の配当表を受託者が第二項の手續にしたがって作成した配当表 [Verteilungsverzeichnis] と読み替えて、適用する。配当表に対する債権者の異議は、第二項第二文による公告から三週間が経過するまでに倒産裁判所に提起しなければならない。裁判所がこの期間の経過の後に配当に同意した場合にのみ、配当を開始することができる。その他、第一八八条ないし第一九一条、第一九三条、第一九四条

第二項および第三項、ならびに第二〇一条を準用する。

(4) 裁判所は、特別の確定手続が、費用を控除した後に配当すべき金額の低さに鑑み、適切と思われる場合には、その命令を下さないことができる。事後的な確定手続が遂行されないときは、金額は、手続の終了後に債務者に引き渡さなければならぬ。

(5) 免責手続が第二〇七条または第二一一一条による手続廃止に関連して遂行されるときは、第一項ないし第四項の規定を、すでに第二九二条第一項による配当の基礎となる第一八八条による配当表が提出されている場合は、特別の確定手続の遂行は行わないと読み替えて準用する。」

#### 四 政府草案に対する評価

(一) 財団不足の場合に、直ちに残債務免責手続に移行できるとしたことについて

ハイアーは、財団不足の場合にまで、裁判上の倒産手続に固執することは、形式主義であり、その意味で、合意が初めから明らかに見込めない場合に手続の実施を放棄するという政府草案のアプローチは有意義なものであると評価する。<sup>(4)</sup>しかし、政府草案三〇五条一項一号が、債権者の債権の一〇〇分の五以上を取得することができる公算が大きい場合、および、債権者が二〇名以上いる場合を、合意の見込がないとするのみなし規定を置いていることに対しては、硬直的であると批判する。すなわち、実務上、五%の満足を下回るような合意の試みも絶対に存在するし、もしこのような場合、裁判外の債務除去手続を拒否されることになる、当該債務者には、結局司法に対する不必要な負担を課する裁判上の倒産手続開始を申し立てる以外の選択肢は与えられないことになってしまうからである。その意味で、彼は、「原則として」という文言を入れた柔軟な規定にすべきことを主

張する。

また、政府草案によれば、債権者が二〇名以上存在するときには、債務者の相談も相談義務も規定することなく、合意不成立の証明書を出すことになっている。現在、高い資質をもって活動している多くの債務者相談所が、このことによって単なる捺印所〔Stempelstelle〕に墮す可能性があり、裁判外の債務除去の質に対する危険度が増すほか、このような債務者相談所の職務範囲の縮小に伴い、予算の削減がなされる可能性もあり、相談所の活動が全体的に不確実なものになるとの危惧を表明している。<sup>(42)</sup> この問題は連邦参議院も認識しており、政府草案に対する意見表明において、「適切な者または適切な機関により、個人的な相談および債務者の経済関係や財産関係の適正な調査に基づいた証明書……」という文言にすべき旨を要求した。<sup>(43)</sup> しかし、連邦政府はこれに対する反対意見において、債務者相談所の乏しい財源への思いやりという利益と新たな仮受託者の地位を根拠として、「適格ある終結証明書〔qualifizierte Abschlussbescheinigung〕」の付与を維持したい旨を明らかにした。<sup>(44)</sup>

## (二) 猶予モデル<sup>(45)</sup>を廃止し、手続分担金の制度を導入したことについて

猶予モデルの廃止は、大方のコンセンサスを得ていると思われるが、この点を詳細に検討し、強く批判するのが、連邦通常裁判所 (Bundesgerichtshof) 判事であるパーペである。<sup>(47)</sup> すなわち、債務者は、政府草案によれば、最大で毎月一三ユーロを支払うことになるが、毎月一三ユーロを六年間に及ぶ誠実行為期間を通じてコンスタントに調達するということは、彼らにとっては困難である。<sup>(48)</sup> 結局このモデルは、廃止したはずの猶予モデルと同じ構想に基づき、債務者による原資の事後的な調達によって手続の調整を図るものであり、その金額の調達が不可能な多くの債務者にとってはアウトを意味するものであって、それゆえ最終的には、債務者に債務のない再出発を可能にするという残債務免責の根本思想の実現は疑問視されるというのである。<sup>(49)</sup> また、彼は、そもそも確実に

支払われることが予測できない月額一三ユーロの費用徴収が意味を有するのか、また、その分担金を上回る管理費用は生じないのか、さらに、そもそも、遅かれ早かれ頓挫してしまうような手続を債務者に提供することがよいのか、といった根本的な疑問を投げかけている。<sup>(50)</sup>

また、アーレンスは、政府草案四条二項が憲法上疑問がなくはない方法において、債務者に対し、訴訟費用扶助を原則的に遮断したとし、その結果生じる免責手続へのアクセス障害は、基本法三条一項・二〇条一項が要求する効果的な権利保護の保障と衝突するという。そして、債務者の追加的な手続費用の負担を課す際には、免責モデルは、憲法違反の恐れから失敗に帰するのではないかとということが危惧されるとする。<sup>(51)</sup>

### (三) 債務除去計画手続の新規定について

裁判外および裁判上の債務除去計画の統合による債務除去計画の新規定は、二〇〇三年の討議草案〔Diskussionsentwurf〕<sup>(52)</sup>に遡るものである。とくに、同意の代替の制度については、裁判外の合意の試みを強化するものであり、過去において、圧倒的な賛同を受けていた。<sup>(53)</sup>ハイアーも、政府草案に規定された新規定は、裁判外の合意の試みを強化し、かつ、全体として、債務除去計画手続を有意義に引き締めるものであるとして評価している。<sup>(54)</sup>

ただ、問題は、この同意の代替の制度において、裁判外での合意手続において計画作成に関与した債権者の手続保障が十分になされるか否かという点である。すなわち、政府草案三〇七条によれば、倒産裁判所は、債務除去計画および財産目録を債務除去計画に同意しなかった債権者に送達し、かつ、一ヶ月の除斥期間内に債務除去計画および同意の代替の申立てにつき、意見を表明すべき旨を要請するにすぎない。したがって、計画に賛成した債権者には、債務除去計画や財産目録は送達されず、その結果、意見表明の機会も与えられないことになる。

そのために、債務除去計画、財産目録や債権者表に誤りがあるような場合でも、その訂正を申し立てることは不可能となる。ハイアーは、このようなことは、憲法上の法的審問請求権の保障に反するのではないかとの疑問を呈しており、少なくとも、倒産裁判所には、すべての債権者に対する通知義務を課すべきであるとする<sup>(55)</sup>。

#### (四) 仮受託者の任命について

仮受託者の最も重要な任務は、債務者財産が手続費用を賄うのに十分であるか否かを調査することである(草案二八九a条三項)。もしその財産の確定が信頼するに足りるものでなければ、いったん手続が開始されれば、債権者にはその債権に欠損が生じるし、しかも、残債務免責手続においては倒産手続にみられるような処分禁止効が認められていないことから、債務者の財産を債務者自身が処分することによって、債権者の権利が侵害されるおそれがあるからである。その意味で、このような機関の設置は必ずしも不当なものではない。しかし、政府草案が提案している仮受託者の義務的任命の制度に対しては、数多くの疑問ないし批判がなされている。

まず第一に、仮受託者の任命の要件が問題となる。すなわち、政府草案二八九a条一項は、その要件として、債務者の「財産が倒産手続の費用を賄うために十分ではないことが予測できるとき」を要求しているが、この財困不足はいかなる原則の下に確定されるのか、ということである。草案は、この判断は、裁判所によるより詳しい調査なくして容易になし得ることを仮定しているように思える。たしかに債務者が無資力である場合には、多くの場合、その仮定は正しいであろうとの想像は容易にできる。しかし、たとえば、否認の対象たり得る債務者の行為があったり、財産の債務者への帰属の判定が困難であったりする場合もまれではない。そのような場合を考えれば、倒産法五条と草案二八九a条との関係は未だ明確とはいえない。すなわち、草案二八九a条が倒産法五条に対して特別規定になるのか、あるいは、両方の規定は互いにその効力を有するののかということである。政

府草案の理由書において、その権能は、開始手続における鑑定人や仮倒産管財人のそれをカバーするものであって、鑑定人の投入はこの手続段階においては不適法である<sup>56</sup>とされているところからみれば、特別規定とみているようにも解される。しかし、倒産手続の申立てがあつた場合にまず選任が考慮されるのは、鑑定人であり、仮受託者が任命されることはないことからみれば、二八九a条が特別規定に当たると解することもできない。また、仮に、もつぱら仮受託者ののみを選任すべきだとしても、比較的低額な報酬<sup>57</sup>とあいまって、しかも主として簡易な調査のみをなすことが前提とされている仮受託者に、上記のような複雑な事案における調査ができるのかという疑問もある。仮にできるとして、その報酬は適切なのか、ということも問題となろう。また、仮に、両者の規定が特別規定・一般規定の関係にはなく、両者はそれぞれ独立した規定だとすると、倒産法五条の枠内で財産状況について調査を命じ、場合によっては、鑑定人を依頼し、この者が財団不足の事例であるとの結論に達した場合にも、結局ほとんど同じ調査調査権能をもつ仮受託者が義務的に任命されることになる危険がある<sup>58</sup>。いずれにせよ、この両規定の関係を明確に規定する必要がある。

第二に、社会扶助を受けているような債務者の消費者倒産手続においては、無資力は最初から明らかであり、このような場合にまで仮受託者を任命して、債務者の財産関係を調査することがそもそも必要であるのかという問題がある<sup>59</sup>。ハイアーによれば、今日のドイツにおける実務の趨勢は、裁判所は、消費者倒産手続においては鑑定人の任命なくして裁判しているとのことである。財産関係が単純であれば、通常は、提出された一覧表によって書類の状況から、そしてやむを得ない場合には債務者の追加的な審尋に基づいて確定されるものであり、鑑定人による広範囲にわたる鑑定は必要ではない。もし、将来、これらすべての手続において義務的に仮受託者が任命されなければならないとすると、不必要な費用を生じさせ、かつ、改正によって意図された各州の費用負担の軽減という目標を著しく害することになるといふ<sup>60</sup>。

また、パーベは、参事官草案で提案されていた執行官を用いるモデルが放棄され、より費用を生ぜしめる仮受託者の制度を導入することは理解が困難であるとす<sup>(61)</sup>。そのほか、草案二八九a条において仮受託者が負うものとされる任務は、既に、倒産法三〇五条一項一号による裁判外の手続の不成功につき証明書を作成する適切な者または機関によって既に引き受けられているのであり、不必要な任務の重複が生じるし、草案二八九a条一項の規定に従う限り、仮受託者が任命されるのは、手続費用が賄えないことが予見できる場合であるのに、手続費用がカバーされるか否かを調査することが仮受託者の優先的任務であるというのは矛盾しているとい<sup>(63)</sup>。さらには、草案二八九a条で規定されている仮受託者の債務者への援助義務が、求められている仮受託者の中立性と調和するの<sup>(64)</sup>か否かという問題もあろう。

たしかに、多くの消費者倒産事件にあつては、法律関係は単純であり、そもそも財産の保全も問題にはならないであろう。したがつて、政府草案が仮受託者の義務的任命を規定するについて主として念頭においているのは、財産関係が複雑と考えられる、通常倒産手続の規定が適用される従来の独立した者(倒産法三〇四条参照)の手続においてであろう。しかし、この場合、倒産手続にとって重要な事情を職権で調査するのは、倒産裁判所の生来の権限であり(倒産法五項一項)、この場合、複雑な法律関係の調査には、鑑定人の方が相応しい(しかし、上記ハイアーの指摘にあるように、鑑定人が任命される事例は多くない)。結局、この場合、仮受託者を任命するとしても、それは裁判所の権限の代理行使をさせるためであるに過ぎない。また、政府草案二八九a条四項五項に規定されている、宣誓に代わる保証についての債務者への教示という仮受託者の職務も、消費者倒産手続における適切な者または適切な機関によつても引き受けることができるのであ<sup>(65)</sup>つて、仮受託者の任務とする必要は必ずしもない。そうであるとするならば、仮受託者の任命は義務的である必要はなく、むしろ、受託者の任命は倒産裁判所の羈束裁量に委ねられるべきであ<sup>(66)</sup>らう。これに対してハイアーは、これとは異なり、そもそも執行官および

仮受託者を投入することは必要ではなく、鑑定人の投入の可能性を残しておけばよいのであり、それにかかる費用は、受託者の投入の費用よりも低額であろうとする。<sup>(67)</sup>

しかし、いずれにせよ、政府草案の規定通り仮受託者が任命された場合を想定すると、たとえ債務者の負担する額が少なくとも(三三)、無資力の債務者からその費用を回収するのは不可能であると思われ、結局、その費用は国庫が負担することになる(政府草案二八九a条六項)。しかしこれは、公的資金負担を軽減するという政府草案の基本的コンセプトには反する結果となるであろう。

#### (五) 免責拒絶事由の改正について

免責拒絶事由についてはハイアーが詳細に検討している。彼によれば、書面による免責拒絶の申立てが認められたことは手続の軽減という観点から評価する。しかし、このような軽減にもかかわらず債権者が拒絶申立てをしない場合に、自治的な債権者決定を侵害してまで免責拒絶をすることは裁判所の任務ではないとして、職権による免責拒絶の制度の導入を批判している。<sup>(68)</sup> また草案二九〇条一項一a号で、罰金刑に最低限度が規定されているのに、自由刑にそれが無いことも問題であることを指摘している。さらに草案同条二項三a号は同項五号および六号による拒絶のみを対象としているが、同二号および四号の場合にも、拒絶効を及ぼすべき旨を主張している。<sup>(69)</sup> また同七号については、規定の趣旨自体は正当と評価しつつも、二九〇条一項一号とは異なり、債務者の確定力ある有罪判決がなされていることが要求されていないことが問題であるとする。<sup>(70)</sup> さらに、草案二九七a条が事後的に拒絶事由が明らかになった場合には、免責の言い渡し後であっても免責を拒絶できるとする点について賛意を表している。ただ彼は、すべての免責拒絶事由につき事後的にその主張を認めることは広すぎる旨を指摘している。<sup>(71)</sup>



これに対し、パーベは、拒絶事由が明らかな場合に、職権での免責拒絶の制度を一般的に導入したことについては大いに歓迎している<sup>(72)</sup>。しかし、具体的な免責拒絶事由に関し、とくに申立義務違反行為については、倒産手続との関係において考えられるべきであり、時的限界が引かれなければならないことのほか、申立て義務違反の有無を倒産裁判所に判断させるのは、倒産裁判所が、刑事上の捜査手続の可能性もそれに対応する調査の時間も有していないことを考慮すれば、過大な要求であるとし、倒産引延しによる有罪の確定判決と結びつける場合のみ、新しい拒絶事由は妥当なものになるといふ<sup>(73)</sup>。

また、ヴァレンダーは、職権による免責拒絶の場合、利害関係人に即時抗告権がないこと、および拒絶事由の判断が裁判所に負担をかけることを問題としている<sup>(74)</sup>。

#### (六) 誠実行為期間中に債務者が新たな財産を取得した場合の処置について

新たに差し押さえ禁止財産額を超える収入を得たり、相続などによって、誠実行為期間中に配当財団たる財産が生じた場合、これらの財産を債権者に配当するためには一定の根拠を要する。これにつき、代替草案は、簡素な配当表という手段を提案した。すなわち、免責の付与と共に債権者の債権は自然債務に変わっており、それゆえ、債権届出や債権調査の支出はできるだけ押さえるべきであり、それは、単に誠実行為期間の間の配当の根拠であればよいというのである<sup>(75)</sup>。しかし、政府草案は、このような考え方は採っていない。すなわち、政府草案二九二a条一項は特別の確定手続を書面によるものとして、手続の軽減を図ってはいるが、同条二項四文は、倒産法一七四条ないし一八六条を準用している。その結果、政府草案によれば、以前開始された手続による債権届出・債権調査・債権確定といった各手続をほとんど無制限に誠実行為期間にも移している<sup>(76)</sup>のであり、ハイアーは、その点で、司法負担の軽減にはならないと批判している。これに対してパーベは、草案二九二a条の債権の調査

制度についての提案は十分に練られたものではなく、明確性に欠ける旨を指摘しながらも、二九二a条二項の規定を義務的なものとするにより、予期しない金額の流入があった場合の配当や、非免責債権の存在の問題に對し、信頼に足る基礎を構築することになるといふ。また、同条四項のような規定も、いかなる限界において、流入した金額が債権者に渡るかといったことについての裁判が節約できるとして、一定の評価を与えている。<sup>(77)</sup>

その他、特別の確定手続には、非免責債権の確定の手続も規定されておらず、また、届出債権について異議が出された場合、通常倒産手続と同じく訴訟上の手続によることになるから、手続の長期化も懸念されるであろう。<sup>(78)</sup>

## 五 おわりに——日本法の視座からの若干のコメント

(1) 以上詳しく紹介したように、ドイツの消費者倒産法制度は、財政的負担の緩和の要請と、正義の実現のための手続の確保の狭間で揺れ動いているように思える。

第一に、財団不足の場合にまで、裁判上の倒産手続を遂行することは無駄であるという認識が今回の草案では法文化された。しかし、ドイツの倒産法制度においては、我が国の同時破産廃止のような手続は取らず、その後さらに六年間の誠実行為期間において、差し押さえ可能な財産を債権の弁済に当て続けなければならぬのである。本当に財政負担の軽減というのなら、我が国の同時廃止といった制度、そこまで行かないにしても少額管財手続なども一考の余地はあるはずであるが、草案は、手続分担金なる制度を提唱した。しかし、既に指摘されているように、無資力の債務者にそのような分担金の支払いがコンスタントにできるか、という問題がある。本当に債務者に経済的な再出発を保障するというのであれば、一切の債務から解放するという発想の転換が必要であろう。しかし、近年になってやっと免責制度が初めて法文化されたドイツにおいては、やはり債務は最後まで弁済され

るべきなのであり、正義の観点から、そのような発想の転換は当分望めないであろう。

第二に、同意の代替の制度は合理的な内容を有するものであり、歓迎できるであろう。しかし、やはり、既に指摘されているように、とくに、裁判外で作成された債務除去計画に賛成した債権者の手続保障は考える必要はあろう。

第三に、仮受託者モデルの導入も、債務者の財産状況調査の慎重さの要請と、費用のかかる鑑定人の選任モデルとのせめぎ合いの中で、折衷的に、財政的問題を解決するための手段として提案されたものである。しかし、既に指摘されているように、これも、理論的な面および司法負担や財政負担の軽減の観点から実効性があるか否かについては疑問なしとしない。ただ、うがって考えれば、我が国で行われている、いわゆる少額管財手続のようなものが構想されているようにも思われるが、それにしては、仮受託者の権限・義務は広すぎるのであり、この点ではなお議論がなされる余地があるであろう。ただ、逆に、ドイツの制度から見れば、確固とした法律制度によらず、実務の運用に主導されている我が国のような制度で、果たして、債権者の納得が得られるような、債務者の財産関係の調査が行われうるのか、という疑問はあろう。

第四に、免責拒絶手続において、職権による免責拒絶の制度を導入したことである。これは、とくに債権者が免責拒絶を主張していないような場合、既に指摘されているように、債権者自治を害する恐れがある。しかし、ドイツ倒産法の長い伝統が「契約は守られるべし」との法諺に忠実であって、長い間免責を認めてこなかったという事情に鑑み、ドイツにおいては、免責が付与されるための「誠実性」という要件は非常に重いものとして受け取られているものといえよう。そのような観点からすれば、このような批判にもかかわらず、この点は、むしろ積極的に評価される可能性もある。<sup>(79)</sup>この点、我が国の破産法二五二条二項は、たとえ免責拒絶事由があっても免責付与の可能性を認めており、きわめてフレキシブルな法制度を採用している。このような法制度の下では、

職権による免責拒絶という発想は出にくいのではないか。また、事後的に免責拒絶事由が明らかになった場合、いったんなされた免責許可決定を覆すといった発想も出てきにくいのではないか。その意味で、誠実性の捉え方にも、彼我、大きな開きがあるといえよう。ただ、我が国の免責拒絶事由は、犯罪行為については、ドイツと異なり確定した有罪判決があることを要求しておらず、この点では、ドイツとは逆に、免責拒絶の要件が緩和されているといえよう。その反面、わが国においては、パーベが指摘しているような、それらの認定につき、裁判所に負担をかける恐れはあるであろう。

(2) なお、本草案は、二〇〇八年二月一四日の連邦議会における第一読会の段階まで進んでいたが、その後、立法作業は中断していた。<sup>(80)</sup>そして、本年(二〇〇九年)九月末に、ドイツで総選挙が行われた。選挙の結果、連立与党のキリスト教民主同盟(CDU)が第一党となったが、従来の連立与党を形成していた社会民主党(SPD)は後退し、自由民主党(FDP)と連立を組むのではないかとこの予想がなされている。

そのような政治的状况により、この草案の提案する規律についての立法作業は完全に振り出しに戻った。これから、立法作業がどのように推移するかは不透明であるが、ただ、本草案がCDUの連立政権の下で作られたものであり、また、本政府草案に対しては、個々の制度的修正を図ることの必要性が指摘されながらも、大枠において賛成する見解が多数と見られることに加え、政治的路線対立に関わるような制度提案がなされているとも思えないことから考えれば、なお、本草案が、立法化される可能性はあるといえよう。<sup>(81)</sup>

(1) Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze von 28.6.2001. 1)の条文は、ZInsO 2001, S. 601 ff.に掲載されている。また、最終的には、1)の法律は、Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze von 26.10.2001, BGBl I 2001 S. 2710 として成立している。

- (2) 拙稿「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 (石川明先生古希祝賀) 下巻五三七頁以下。
- (3) 拙稿・前掲石川古希五四〇頁以下。
- (4) Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfähigkeit von Lizenzen. 日本法律家協会編「NZI Beilage zu Heft 10/2007 S.1 ff.」に掲載されている。
- (5) 本草案はドイツの大法官法田やれつおり、以下のような多くの紹介およびコメントが公表されている。Pape, “Altbekanntes und Neues zur Entschuldung mittelloser Personen – Anmerkungen zum Regierungsentwurf vom 22.8.2007”, NZI 2007, S. 681; ders, “Entwicklung der Rechtsprechung zum Verbraucherinsolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren in den Jahren 2007 bis Mitte 2009–Teil I”, ZInsO 2009, S. 1369; Vallender, “Erfolg beim dritten Anlauf? – Der Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfähigkeit von Lizenzen”, NZI 2007, S. 617; ders, “Restschuldbefreiung mittelloser Personen in einem künftigen Entschuldungsverfahren”, Insolvenzrecht – Aktuelle Schwerpunkte aus Gläubigersicht (Sladek/Hefner/Graf Broeckdorf Hrsg.) 2008, S. 413; Schmerbach, “Konkrete Änderungsvorschläge zum Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfähigkeit von Lizenzen”, NZI 2007, S. 710; Grote, “Verbraucherinsolvenz und Entschuldungsverfahren: Neuer Regierungsentwurf – Eine erste Einschätzung der wichtigsten Änderungen”, ZInsO 2007, S. 918; Frind, “Preiswert ist immer noch nicht gerecht – Neuordnung des Klein- und Verbraucherinsolvenzrechts – Anm. zum RegE v.22.8.2007 (Teil 1)”, ZInsO 2007, S. 1097; Ahrens, “Die Entschuldung mittelloser Personen im parlamentarischen Verfahren”, NZI 2008, S. 86; Graf-Schlicker/Kexel, “Erneute Reformen im Insolvenzrecht – der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfähigkeit von Lizenzen”, ZIP 2007, S.1833; Heyer, “Forum: Aktuelles zur Reform des Ver-

- braucherinsolvenzrechts”, 9. Leipziger Insolvenztage – Beiträge aus Wissenschaft und Praxis zu Problemen des Insolvenzrechts (Berger/Bähr/Melchior/Stum/Winderlich Hrsg.), 2008, S.92; Schleich/Götz, “Gesetzesentwurf zur Änderung der Insolvenzordnung – Zur Insolvenzfähigkeit von Lizenzverträgen”, DZWIR 2008, S. 58 usw.
- (6) ハルツヒンリッヒ・ウレンブルック/ヴァレンダー, Insolvenzordnung, 12. Aufl., 2003, Vor § 286 Rdnr. 7 ff.
  - (7) Insolvenzordnung von 5.10.1994, BGBl I S. 2866. ハルツヒンリッヒの長い周知期間の後、一九九九年一月一日から施行された。
  - (8) Vgl. Hausschild, Inso – Anhörung in Berlin, ZInso 1999, S. 564 f.
  - (9) Vgl. Vallender, aO., Insolvenzrecht S. 415.
  - (10) Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 8.
  - (11) Vallender, aO., Insolvenzrecht S. 416; Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 9. グラフ・シュリッカー/ケッセル, aO., ZIP 2007, S.1834. ユーダ・シュリッカーの『債権者保護の法』ZVI 2006, Beilage I zu Heft 3. に詳細が述べられている。
  - (12) Vallender, “Brauchen wir ein Entschuldungsverfahren? – Überlegungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung völlig mittelloser Personen und zur Änderung des Verbraucherinsolvenzverfahrens –”, NZI 2006, S.279.
  - (13) ハルツヒンリッヒ NZI Beilage zu Heft 3/2007 S.1 ff. に詳細が述べられている。
  - (14) Schmerbach, “Die geplante Entschuldung völlig mittelloser Personen”, NZI 2007, S. 198, 200; Graf-Schlicker/Kexel, aO., ZIP 2007, S.1834.
  - (15) BR-Drucks. 600/07.
  - (16) BT-Drucks. 16/7416 Anlage 4 S. 148.
  - (17) Vallender, aO., Insolvenzrecht S. 416.
  - (18) Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 8.

- (19) Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 9.
- (20) Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 9.
- (21) Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 9.
- (22) Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 9.
- (23) Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 9 f.
- (24) Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 4 f.
- (25) Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 14 ff. これらの条文の廃止について「免責手続の導入により、倒産手続の手続費用を減調達すべきなら無資産の者にも免責を通して経済的な再出発を取得する可能性が開かれた。よって、手続費用の猶予はもはや必要ではない。手続費用が賄えない場合は、倒産法二六条に於いて財団不足による却下がなされる。」と説明している。
- (26) Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 10.
- (27) Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 10.
- (28) Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 11.
- (29) Vallender, aO., Insolvenzrecht S. 419; Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 11.
- (30) Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 11.
- (31) Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 5.
- (32) 仮倒産管財人〔vorläufiger Insolvenzverwalter〕には「保全管理人の訳語が当てられる」ともある。
- (33) Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 18. したがって、仮倒産管財人が任命されたときは、鑑定人や仮倒産管財人を選任するにとどまらなう。
- (34) Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 3.
- (35) Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 3 und 4.
- (36) Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 20.

- (37) Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 12.
- (38) Vgl. Vallender, aO., NZI 2007, S. 619.
- (39) Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 10.
- (40) Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 4.
- (41) Heyer, aO., S. 94.
- (42) Heyer, aO., S. 95.
- (43) Vgl. Heyer, aO., S. 95.
- (44) Vgl. Apel, "Bericht zum Forum(Aktuelles zur Reform des Verbraucherinsolvenzrechts)", 9. Leipziger Insolvenztage – Beiträge aus Wissenschaft und Praxis zu Problemen des Insolvenzrechts (Berger/Bähr/Melchior/Stum/Winderlich Hrg.), 2008, S. 114.
- (45) これについては、拙稿・前掲石川古希五七七頁以下を参照のこと。
- (46) 手続費用の猶予モデルの廃止を強く批判する。パーペであるが、猶予モデルの廃止は、大方のコンセンサスを得て、その廃止は認められる。(Pape, aO., NZI 2007, S. 682)。
- (47) Pape, aO., NZI 2007, S. 681 ff.
- (48) Pape, aO., NZI 2007, S. 681.
- (49) Pape, aO., NZI 2007, S. 682.
- (50) Pape, aO., NZI 2007, S. 682. なお、ローマンは弱くが、Grote, aO., ZInsO 2007, S. 918 の点については批判的である。
- (51) Ahrens, aO., NZI 2008, S. 87.
- (52) NZI 2003, S. 311.
- (53) Heyer, aO., S. 95.
- (54) Heyer, aO., S. 95.
- (55) Heyer, aO., S. 96; vgl. Apel, aO., S. 115. なお、連邦参議院はその意見表明において、すべての債権者と



債務者に債務除去計画およびその受諾の確定についての決定の正本を送達する旨を提案したようであるが、ハイアーによれば、それはあまりに素っ気ないものであり、また、同意の代替手続において賛成した債権者の情報は遅きに失するところ。

(56) Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 10 und 18; s. dazu auch Ahrens, aaO, NZI 2008, S. 87 は、通常の鑑定人の選任を制限するためには、いかなる線引きをするかという問題が生じる旨を指摘している。

(57) 倒産法上の報酬規則〔die Insolvenzzrechtliche Vergütungsverordnung〕の政府草案 (Art. 8 des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen) 第一四〇条一項 (NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 7) によれば、倒産法二八九 a 条四項の行為については二五〇ユーロ、同五項の行為については四五〇ユーロを得、債権者五人ごとに五〇ユーロが加算されることになっており、実際の支出とは無関係に一括化されている。これにつき、Heyer, aaO, S. 98 は、単純な性質の事件ではこれで十分であるかも知れないが、難しい事件では、窮屈な算定になるといえる。また、Vallender, aaO, NZI 2007, S. 619 は、国庫が実際に費用を節約しようと欲するならば、将来の免責手続における巨大な数の仮受託者の任命という観点から見て、規定されている報酬額に制限すべきであるとする。

(58) このことを指摘するのは、Heyer, aaO, S. 96.

(59) Vallender, aaO, Insolvenzzrecht S. 422.; Heyer, aaO, S. 99; Pape, aaO, NZI 2007, S. 683.

(60) Heyer, aaO, S. 99. なお、政府草案によれば、消費者倒産手続のために一億一五〇〇万ユーロ、通常倒産手続のために五三〇〇万ユーロの節約可能性があることから出発しているが (Begründung des Regierungsentwurfs, NZI Beilage zu Heft 10/2007 S. 45 ff.)、ハイアーによれば、これまで手続費用の猶子によって開始されたのと同じ数 (九万六〇〇〇件の八〇%に当たる、七万六八八〇件の消費者倒産手続) を基にすれば、直ちに、各手続ごとに四五〇ユーロ、全体として三四五〇万ユーロの費用が、客観的には必要ではない仮受託者の任命によって生じるであろうとする。

- (61) Pape, aAO, NZI 2007, S. 685 は、執行官モデルよりも費用は五割増しになるという。
- (62) Pape, aAO, NZI 2007, S. 685.
- (63) Pape, aAO, NZI 2007, S. 686.
- (64) Pape, aAO, NZI 2007, S. 686.
- (65) Vgl. Ahrens, aAO, NZI 2008, S. 87.
- (66) Vallender, aAO, Insolvenzrecht S. 423. なお、これによれば、連邦政府も、仮受託者の義務的な任命が実務上の必要性にマッチしないことに気づいていたようであり、それ故、連邦政府は、連邦参議院の意見書に対する反対意見 (Anlage 4 zum RefE-InsO, BT-Drucks. 16/7416, S. 145) において、立法手続のさらなる経過において、自由選択的任命も可能か否かが調査されるべきであるとする見解を述べているとされている。これに関し、また、Ahrens, aAO, NZI 2008, S. 86 も参照のこと。なお、ハイアーは、仮に仮受託者の任命が四分の一だけでも必要がないと仮定してみると、草案の義務的任命に比べ、五〇〇万ユーロが節約可能であるとする (Heyer, aAO, S. 100)。
- (67) Heyer, aAO, S. 100.
- (68) Heyer, aAO, S. 101. これに対し、Vallender, aAO, NZI 2007, S. 621 は、草案二九〇条一項一号および三号の拒絶要件は、多くの場合、手続書類から倒産裁判所には明らかであるのに対し、債権者にはその調査が困難であることから、債権者自治が後退することもやむを得ないとする。
- (69) Heyer, aAO, S. 102.
- (70) Heyer, aAO, S. 103.
- (71) Heyer, aAO, S. 103 f. 彼によれば、免責拒絶事由の事後的主張は、草案二九〇条一項五号および六号については正当化できるが、同条一項一号ないし四号の場合には、債権者は、これらの事由を適時に認識しかつ主張することは妨げられていないのであり、彼は、そこまで事後的主張を許すことには疑問を呈している。
- (72) Pape, aAO, NZI 2007, S. 686.
- (73) Pape, aAO, NZI 2007, S. 687.
- (74) Vallender, aAO, NZI 2007, S. 619 und S. 622.

- (75) Vgl. Heyer, aAO, S. 104.
- (76) Heyer, aAO, S. 105. また、Vallender, aAO, Insolvenzrecht S. 427 は、配当には倒産法二九二条一項二文ないし四文が準用され、そのために、受託者は、少なくとも三〇〇ユーロの報酬を得るので、裁判所としては、特別の確定手続を命ずる前には、この費用が確保できていることに注意を払わなければならないとしている。
- (77) Pape, aAO, NZI 2007, S. 683.
- (78) Vgl. Vallender, aAO, Insolvenzrecht S. 427; ders, aAO, NZI 2007, S. 620; Pape, aAO, NZI 2007, S. 683.
- (79) 現に Pape, aAO, NZI 2007, S. 687 及びの点を積極的に評価している。
- (80) その理由の一つとして Pape, aAO, ZInsO 2009, S. 1369 は、一応評価されている費用猶予の制度の廃止を内容とする政府草案に対するリアリメンタのためと説明している。なお、Graf-Schlicker/Kexel, aAO, ZIP 2007, S. 1837 は、草案の審議は二〇〇八年の前半には終了するであろうという予測を立ててきた。
- (81) これに対し近時 Pape, aAO, ZInsO 2009, S. 1369 は、現在機能している制度への、その効力につき予測のつかない草案の介入は重大であり、法律の改正は現在のところ時宜にかなったものではないように思える、と悲観的な立場を表明している。