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

Title	倒産法による計画手続
Sub Title	Das Planverfahren nach der Insolvenzordnung
Author	Lüke, Wolfgang(Mikami, Takehiko) 三上, 威彦
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2019
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.92, No.12 (2019. 12) ,p.83- 101
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20191228-0083

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.

資料

倒産法による計画手続

ヴォルフガング・リュケ
三上威彦／訳

Ⅰ．前書き

計画手続〔Planverfahren〕は、倒産法〔Insolvenordng＝InsO〕の創設に際しては新法の中心的な要素であった。立法者は、それについて相当な効果を期待していた。しかし、そのようなことにはならなかった。それでも最近の倒産法の〔幾度かの〕改正によって、この手続はより興味深いものとなった。ただ、依然として、計画手続は、純粋に事実上、原則として、一定の規模〔bestimmter Zuschnitt〕を前提としている。なぜならば、さもないとその手続と結びついた負担は割に合わないものとなるからである。

企業の容易な再建のための法律〔das Gesetz zur erleichterten Sanierung von Unternehmen〕（いわゆるESUG）による法律改正は、なかんずく、その財産に倒産手続が開始された会社の持分権者〔Anteilseigner〕の〔倒産手続への〕取込みを可能にするものであった。それによって、倒産法は純粋に財産関連性を有するというドイツ倒産法の基本原則が部分的に放棄されたのである。そして、倒産法一条が、倒産手続の優先的手続目標として倒産債権者の最大の満足を定め、かつ、計画手続を「企業の維

持のための」手段としてこの目標の下に位置づけるときにも、それに添うものであった。

さらに、上述した発展が、若干の問題領域を手掛かりとして示されるべきである。それと同時に、その論述は、未だ多くの重要な部分において解決されたとはみなされ得ない、それに伴って生じる問題〔Folgeprobleme〕があるという印象を与えるに違いない。

〔本報告においては〕この法制度の基本的観念を簡潔に示した（Ⅱ）後に、倒産計画手続の進行について概観する（Ⅲ）。それに続けて、個々の問題領域の考察を行う（Ⅳ～Ⅹ）。そして、まとめ（Ⅺ）でこの考察を終了する。

Ⅱ. 倒産計画の基本構想

〔ドイツ倒産法においては、〕アメリカ合衆国連邦倒産法第一一章を模範とし、法律上の通常手続と並んで、倒産計画による手続形成が現れた。法主体の自由市場からの脱退を規定する手続法は、広範に形成される手続の可能性をも含んでいなければならない。すなわち、利害関係人は、内容的な法律上の基準によって制限されることなく、最良の解決を追求する者でなければならない。つまり、利害関係人によって見出された解決は、正規の手続において〔in einem geordneten Verfahren〕拘束力あるものと宣言され得るのである。したがって、倒産計画は、もちろんその濫用に対しては、それに対応する手続法的保障により保護される〔べきであるが、〕私的自治的な手続を提供するのである。その手続は、法律上の通常手続とならんで、同等のものである。出発状態――とくに開始原因としての実質的な倒産状態――においては、両方の手続は同等である。実務においては、計画手続は、なかんずく再建に用いられている。もちろん、たとえ債務者財産の清算が通常は法律上の通常手続において行われるとしても、〔倒産計画手続による〕清算計画もまた適法であることは指摘しておくべきであろう。

Ⅲ. 計画手続の流れ

倒産計画〔Insolvenzplan〕は、債務者のほか、倒産管財人も、倒産裁判所に提出することができる（§218 InsO）。裁判所は、倒産法における本質的な規定が遵守されていない場合、または、同意の見込みもしくは〔計画の〕遂行の見込みがない場合には、計画を却下しなければならない

（§ 231 InsO）。倒産計画が却下されないときは、倒産裁判所は、それを利害関係人に送付〔zuleiten〕する（§ 232 InsO）。さらに裁判所は、債権者集会の討議期日および決議期日を開催する（§§ 235, 241 InsO）。

決議のためには、債権者が異なる法的地位を有しているかぎり、〔それぞれの〕組が作られなければならない。そして、組は、同じ法的地位を有する債権者のために作ることができる（§§ 222, 243 InsO）。計画が債権者の組による決議によって承認されたときは（§§ 244, 245 InsO）、倒産裁判所による認可を必要とする（§ 248 InsO）。計画の承認のためには、債権者の組のすべてにおいて多数を得ることが必要である。その際には、法律は、その都度、二重の多数を要求している：すなわち、決議する債権者の頭数の多数〔Mehrheit der abstimmenden Gläubiger nach Köpfen〕と、決議する債権者の請求権の額の過半数〔mehr als der Hälfte der Summe der Anspruüche der abstimmenden Gläubiger〕である（§ 244 InsO）。

そのほかに、計画は、裁判所の認可を必要とする（§ 248 InsO）。そして、規定が遵守されていない場合、計画の承認が不正な方法で行われた場合、または、債権者が、その計画によると、倒産計画なくしてなされる清算および売上金の分配よりも不利な地位におかれると主張することができる場合には、この認可は拒絶されなければならない（§§ 248a Abs. 4, 253 Abs. 2 Nr. 3 InsO）。説明部分と形成部分とからなる（§ 219 InsO）認可された倒産計画は、すべての利害関係人のために、およびそれらの者に対する効力を伴う法律状態〔Rechtslage〕を形成し、かつ、執行名義となる（§§ 254, 257 InsO）。倒産計画の遂行の監督については、計画の形成部分においてその旨が規定されている場合には、倒産管財人によっても可能である。

Ⅳ．倒産計画の内容

原則として契約自由の原則があるにもかかわらず、倒産計画の規定対象には限界が画されている。これは、倒産法二一七条、二二五ａ条から明らかである。それによれば、倒産計画の枠内では、以下のことが可能であるとされている。

—倒産債権者または別除債権者の満足、
—倒産財団の換価と利害関係人へのその分配、
—手続の進行〔Verfahrensabwicklung〕および
—倒産手続の終了後の債務者の責任を規定することが

できる。

―さらに、倒産計画は、債務者が自然人でない場合には、〔その構成員の〕社員権および持分権〔Mitgliedsschafts- und Anteilsrechte〕を規定することができる。

これらを列挙してみると、倒産計画による規定権限の限界も明らかになる。そして、連邦通常裁判所〔BGH〕は、二〇〇九年の判例[1]において、投資会社の倒産において、債権者の債権がどのように計算されるべきかということも定めていた計画の有効性を扱わなければならなかった。具体的には、計画は、債権者の債権は、株式プレミアムをも含み、受け取った既払額を控除した実際上の個々の実績を考慮して算定されなければならないと規定していた。そして払込みで始まる、確かめられた預金残高は、それに続く月々について、手続開始の時点まで三％の利息がつくというものであった。また、出資者ではなかった債権者の債権は、通常倒産手続の規定によって調査されるべきものとされていた。

倒産裁判所は、この計画の認可に対して債権者によって提起された抗告を棄却した。そのほかに、債権者は、債権の考慮についての規定によって不利益を受けると主張していた。これ〔抗告棄却の決定〕に対してなされた即時抗告は認められ、BGHは、法律抗告〔Rechtsbeschwerde〕の裁判所としてこの裁判をしたのである。たしかに倒産計画は、利害関係人に対し、債権者の最大の満足という利益において、手続を可能な限り柔軟に形成する可能性を与えるべきである。〔そのための〕要件はもちろん、常に、倒産手続の利害関係人の処分に任されるべき規定対象が問題となっているということである。〔倒産計画における〕ある規律が利害関係人の処分に服しているか否かという問題に際しては、裁判所は、倒産法二一七条をみて判断するのである。そこでは、規定対象は、〔逐一〕挙げられているわけではない。よって、その規律も、倒産計画の内容〔そのもの〕ではあり得ないのである。

不可欠な規定〔unabdingbare Bestimmungen〕には、なかんずく債権者の債権の確定についての条文〔Vorschriften〕も属する（§§ 174 bis 186 InsO）。債権者は、届け出られた債権が、いかなる範囲で倒産債権表〔Insolvenztabelle〕に記載されるかということを多数決によって決議してはならない。倒産法一七四条以下の意味は、債権者に、その債権を正式な調査手続において確定させ、かつ異議が出た場合には、その債権を裁判上追求する権能

が与えられるという権利を保障するものであろう。この権利は、倒産計画によって債権者から奪うことはできない。反対説は、多数決によって、個々の債権者ないしは債権者のあるグループが、債権を完全に、一部分を奪い取るという危険をはらんでいる。そのほか、競合するその他の債権者が〔当該債権者が届け出た〕債権に対して異議を申し立てる可能性が生じなければならない。

基本的には歓迎されるべきこの判例は、倒産法二一七条の規定が列挙している事項は限定的なものであり、かつその規定の解釈に際しては、常に、倒産法は、いかなる程度において、多数決による債権者の干渉からも、手続法的な立場を守ろうとしているのかということが考慮されなければならないということを明らかにしている。この境界は原則として、債権者によって顧慮されるべきであり、かつ、基本法一四条の所有権の保障を侵害する危険なしには、立法者によっても――これは補充的ではあるが――変更され得ないであろう。

また、たとえば、別除債権者の満足、または、新債権者〔Neugläubiger〕の扱いも、財団不足が生じていない限り（これについては、倒産法二一〇a条を見よ）、その他の財団債権者の満足と同様、倒産計画による規律権限には含まれない。しかしここで、個々の問題においては、判例においてどうしても争いが生じる。これはたとえば、倒産手続の費用の規律について当てはまるが、それは絶対的な多数説[2]によれば、いずれにせよ倒産計画における規律の対象たり得ないものである。

既に説明されたように、法律は、倒産計画の構成を強行的に規定している（§ 219 InsO）。計画の説明部分は、利害関係人および裁判所が正しい判断をする可能性を有するように、これらの者に対し、十分に情報提供しなければならない。倒産計画のこの部分は、決議行動についての債権者の判断にとって、また裁判所による計画の認可にとって意味のある、計画の基礎および効果についてのあらゆる報告を含んでいなければならない。法律の広範な規定は、計画作成者に対し、具体的な個別事例のために妥当な解決を見出すことを可能にするものでなければならない。それに対して、計画内容の〔あまりに〕厳格な基準化は、この要求の履行が単なる形式主義に堕し、かつ、それによって立法の目的を誤るという危険と結びついている。

Ⅴ．組の形成の根拠づけ

形成部分においては、なかんずく、規律が十分に特定しているか否かが問題となる。計画においては（ＢＧＨは、計画のふたつの部分〔すなわち、説明部分と形成部分〕のどちらにおいてであるかについては明言していないが）、計画が、法律上定められた組〔分け基準〕から乖離している場合には、組の形成も十分に根拠づけられなければならない。法律は、最低限の要求という意味で、以下のような債権者の組を〔作ることを〕強行規定として規定している：

—非劣後的倒産債権者、

—その債権が、倒産法二二五条によって免除されたものとみなされない場合には、順位等級〔Rangklasse〕によって位置づけられた劣後的倒産債権者（§ 39 InsO）、

—計画によってその権利に干渉がなされる場合には、別除債権者、

—その持分権または社員権が計画によって干渉される場合には、債務者への出資者。

右の基準を超えて、計画は、それ以外の組の形成を規定することができる。この場合においては、計画は、いわゆる任意の組（§ 222 Abs.2 InsO）を形成するためには、なぜ、そのほかの組にまとめられた倒産債権者が、様々な倒産に関連する経済的な利益を有しているか、したがって彼らは異なった組に位置づけられるべきであるということを説明するものでなければならない。そこでは、なかんずく〔組の形成に際して〕選択された境界づけの基準が説明され、かつ根拠づけられなければならない。この点については後に立ち返りたいと思う。

Ⅵ．裁判所の認可に際しての調査範囲

計画は、提出権限がある者によって、倒産裁判所に、事前審査の目的のために提出されなければならない。提出権限を有するのは、倒産法二一八条一項によれば、債務者および倒産管財人のみである。彼等はしばしば再建を試みるであろう。債務者が再建の必要性を認識したときは、彼は、再建計画を既に〔倒産手続開始の〕申立ての前に作成させ、かつ、それを既に倒産手続の開始の申立てとともに提出することにより、時間を節約することができるのである（§

218 Abs.1 S.2 InsO)。さらに、彼は、ESUGが立法されてからは、特別の要件と結びついてはいるが、倒産法二七〇b条によるいわゆる保護措置（Schutzschirm）をも利用することができる。保護措置の期間中は、債務者は、それに対応する裁判所の決定により、三カ月まで執行の延期を得ることができる。これは、債務者に対して、債権者に邪魔されることなく、再建計画を準備することを可能にするものである。そのための要件は、もちろん、自己管理〔Eigenverwaltung〕の申立てと並んで、この再建計画が成功する見込みを有していなければならないというものである。

倒産計画の事前審査の枠内においては、倒産裁判所は、計画の提出に関する規定が遵守されているか否かを審査しなければならない。それをこえて、裁判所は、計画の説得性と実現性を確定しなければならない（§ 231 Abs.1 Nr.2 und 3 InsO）。倒産裁判所の審査権の厳密な範囲については、長い間争いがあった。これについて、BGHは、二〇一五年の判例において、立場を明らかにした。(3)

その見解によれば、二つの領域が分けられている。すなわち、一つは、計画の内容的な問題であり、もう一つは、その形式的な要件である。後者の領域については、審査権は、たとえば、明らかな法的瑕疵に限定されるものではない。〔それに対して〕計画内容（§ 231 Abs.1 Nr.2 und 3 InsO）に関しては、審査権能は制限される。すなわち、倒産裁判所は、計画が経済的に合目的的に形成されているか否かを調査してはならない。同様のことは、計画が成功の見込みを有しているか否か、および倒産計画の枠内において行われる財団目的物の評価が適切であるか否かという問題にも妥当する。これらの問題は、〔計画の事前審査手続においては〕裁判所の審査権限からは奪われているのである。

そのほかの点では、裁判所は、提出権に関する法律規定の遵守および計画の内容を、あらゆる法的な視点の下に調査しなければならない。倒産計画の形成部分においては、倒産裁判所は、利害関係人に関わる規律が、直接的な形成効や執行力のために立てられるべき要求を満足させるものであるか否かを調査する。確定力をもって認可された計画それ自体は、倒産債権者表（Insolvenztabelle）への〔債権の〕記載と結びついて、執行力ある判決と同置される。このことは、倒産法二五七条一項から明らかである。(4)

また、裁判所は、組の形成の調査に特別の注意を向けるであろう。まず第一に、義務的組〔Pflichtgruppen〕の形

成が確認されなければならない（§ 222 Abs.1 S.2 InsO）。さらに、既に説明した、任意の組の形成に際しての要件が遵守されているか否かを調査しなければならない。その調査の目的は、組分けが決議の戦術的な考慮に支配され、かつ平等扱いの原則に違反することを回避することにある。したがって、特に必要なことは、すべての者が同種の経済的利益によってまとめられており、かつ、組どうしが互いに適切かつ跡付けできるように境界づけられ得るということである。計画がこれに違反し、あるいは、もっぱらその種の説明が欠けているときには、裁判所は、その計画を倒産法二三一条一項により、倒産法二二二条二項三文に違反するものとして却下しなければならない。ただ、その調査は、顯出された事実を手掛かりとして行われるべきである。すなわち、裁判所は、たとえば、もしかすると、当該組分けにとっての基準や根拠があるかも知れないということを職権で調べてはならない。〔そこでは〕むしろ弁論主義〔Beibringungsgrundsatz〕が支配するのである。

組の形成に際しての瑕疵と並んで、いわゆる救済条項（salvatorische Klauseln）や届出遅滞者（Nachzügler）の排斥条項（Auschlussklauseln）に際しての過誤が問題となりうる。同じく不適法とみなされるのは救済条項である。それは、たとえば、倒産管財人が計画の明らかな過誤を訂正することを委任され得るとする倒産法二二一条二文の規律には服すものではなく、最終的には、民法一三九条[5]をも失効させてしまうのである。すなわち、計画手続の枠内においてはその適用の余地はない。なぜならば、その限りで倒産法の規定のみが適用されるからである（§§ 231, 248, 250, 254 ff. InsO）。

Ⅶ. 届出遅滞者の特別の問題

倒産法二二九条三文によれば、倒産計画の基礎をなす財政計画は、その作成の際に知られているすべての債権者を考慮に入れたものでなければならない。このことは、その債権を届け出なかった債権者についても妥当する。彼らもまた、彼らの〔有している〕種類の債権につき、倒産計画で確定された計画配当割合を主張することができるのである。それに対して、計画が、それとは異なって、これらの者を排除する規律を規定しているときは、ここに〔倒産計画〕却下の原因が存在することになる。それによれば、倒産債権者が、争いある債権の債権者表への確定を適時に行わなかった場合には、彼らは確定された満足の順位から排

除されるとする条項の合意は不適法である。

届出遅滞者は、そのような場合、討議された倒産計画にとっての重大な問題を提示することができる。〔すなわち、そのような場合として〕手続へのより早期の参加のための費用と時間の消費をおそれるがゆえに、計画の認可の直前に手続に関与した債権者が問題となる。彼らが計画手続および期待しうる満足割合を知っていたときは、彼らは、計画の成果に与かるために、〔認可の直前に〕短期間で彼らの債権を債権者表に届け出るであろう。これは原則的に可能である。なぜならば、計画の成果の額〔Bezug von Planleistungen〕は手続への〔債権者の〕従前の協働にかかるものではないからである。また、参加するについての法律上の排除期間〔gesetzliche Ausschlussfristen〕もない。しかし、このような債権者を取り込むことは、考慮すべき追加的な債権が一定の量に達した場合には、全体の計画に危険をもたらす可能性がある。

そのような債権者に対する期限を切った執行保護を規定する倒産法二五九a条の導入や、計画の確定力ある認可から一年の消滅時効の導入（§ 259b InsO）がなされた後においても、計画において排除期間を規定することは許されるのである。それはたとえば、次のように規定をすることができる。すなわち、計画の成果の額は、決議期日および討議期日までに、債権者表において査定されかつ争いがなかった債権の債権者のみが記載される配当表への記載を前提とする、というようにである。

そのような、原則として許される排除期間[6]は、しかし、実体法上の法的地位の喪失ないし倒産法一七四条以下による調査権と結びつけられてはならない。

よって債権者は、多数決によって、いかなる範囲で、届け出られた債権が倒産債権者表に記載されるべきかということを決めてはならないのである。

二〇一五年に出された判例[7]において、BGHは、計画における実体的な排除条項〔materielle Ausschlussklausel〕は不適法であるとした。その条項によれば、倒産手続に参加していなかった債権者は、その債権でもっては、計画において当該債権につき承認された割合〔festgeschiebenen Quote〕においても排除されるとするものであった。そのような条項は、それぞれの組の内部においては、すべての利害関係人には同等の権利が提供されなければならないという原則（§ 226 Abs.1 InsO）に違反するのである。そのような条項は、もっぱら、適時の債権届出という事情に基づいてのみ、結果として、同じ法的地位にある倒産債権者

の不平等扱いを生じるのである。債権の届出に際しての遅延は、債権者の手続法上の地位の喪失のみを導くことが許されるのである。したがって、遅延した届出は、実体法上の法的地位に触れるものではない。

それに加えて、〔そこにおいては〕異なった取扱いをするために必要な、異なった経済的利益といったものは確定され得ないのである（§ 222 Abs.2 S.1 InsO をみよ）。最終的に、届出期間の懈怠の結果としての債権の喪失〔という効果〕は、倒産債権者の所有権者の権利への重大な干渉をも意味するが、そのような干渉が許されるためには、少なくとも明確な法律上の基礎を必要とするのである。しかしここではそれが欠けている。そのほか、既に倒産法二五九 a 条は、届出をしない倒産債権者の法的な制限の可能性を規定している。それによれば、倒産裁判所は、債務者の申立てにより、このような債権者による強制執行の処分を全部または一部取り消し、または、最長で三年間差し止めることができるのである。これは、もちろん、そうしなければ手続終結後に計画の遂行が危うくなるということを前提とするものである。

Ⅷ．倒産裁判所による認可後の手続の進行

倒産計画は、あらかじめ定められるべき期日において討議される。この期日〔討議期日〕は遅くとも、その期日の公告の後一月以内に開かれなければならないが、大部分は調査期日と併合される（§ 236 InsO）。決議自体は、議決権のある各々の組においてなされる（§§ 222, 243 InsO）。少なくとも三つの組のうちの一つにおいて決議が不成功に終わるときには、計画は原則として却下される。しかし、少なくとも二つの組が賛成している限り、それにもかかわらず計画は承認されることがある。なぜならば、いわゆる妨害禁止については、賛成が、その擬制により代替されることがあるからである〔倒産法二四五条〕。このことは、賛成が事柄とは関係のない動機によって拒絶された場合にも妥当する。

決議された倒産計画は、なお、倒産法二四八条により、倒産裁判所の決定による、裁判所の認可を必要とする。この決定は、規定に適合した〔倒産計画の〕成立（§ 250 InsO）が確定された場合、および付されることがある計画条件の履行が証明された場合（§ 249 InsO）、ならびに、

少数者の権利に対する侵害がなかった場合（§ 251 InsO）には、その期日において言い渡されなければならない。それ以外の場合には、特別の言渡期日が定められなければならない。

裁判所の認可決定に対しては即時抗告をなし得る。即時抗告は、債権者および債務者が申し立てることができる（§§ 253, 6 InsO）。認可決定の確定後は、倒産管財人は、未払いの財団債務を弁済し（ないし、担保を供するか、または、納得のいく財政計画を提出しなければならない）、かつ、計画において放棄されていない限り、終了計算書を提出しなければならない（§ 66 Abs.2 InsO を見よ）。それに続いて、倒産計画がそれ以外の事項を規定していない限り、倒産手続は終結される（§§ 258, 259 InsO）。それにより倒産管財人の職務は終了するが、彼には、もちろん、倒産計画の履行の監督が委託されることがある。

Ⅸ. ESUG〔企業の容易な再建のための法律（7.12.2011）〕による倒産手続の変更

倒産法の立法者によって設けられた規律の本質的な弱点とみなされたのは、計画手続においてさえも、持分権者はそのような者として手続には参加せず、その結果、その法的地位にも介入がなされ得なかったということであった。一つには、債権者が再建の目的で彼らの債権の一部を放棄したが、同じことが持分権者によっては行われなかった場合には、それは不当なものとみなされた。このことは、結果において、計画手続中には価値がなかった持分が、再建が成功した場合には再び価値をもつようになるが、これは単に債権者の貢献によってのみもたらされるということを意味するのである。よって持分権者は、古典的な便乗者（Trittbrettfahrer）だったのである。そのほか、旧規定は、持分権と負債との交換の適法性や資本減少の可能性が問題となった場合には、法的不安定性をもたらした。しかし両者は再建を遂行する可能性としてみられるものである。

しかし今では、立法者は、持分権者を計画手続に取り込むことによって、持分権ないし社員権へ介入する可能性を生み出しているのである。この規定の射程は過大評価されてはならないが、しかし、持分権者の権利に直接に形成的に介入することを可能にするものではある。ただ原則としては、債務者に出資している者の持分権および社員権は、手続には影響されないままである。なかんずく、この点では何も変わってはいない。彼らの権利への介入がなければ、

固有の決議グループとして計画手続に参加する必要もなく、また、倒産計画の説明部分において彼らの法的地位について何らかの説明をすることも不要になるのである。この点において、確実に、倒産手続への参加なくしてその債権自体が消滅するにもかかわらず、〔それについては倒産計画の説明部分において〕説明がなされなければならない劣後的倒産債権者のための法律規定との矛盾がみられるのである。

彼らの持分権ないし社員権への介入がなされる場合には（§ 222 Abs.1 Nr.4 InsO）、持分権者は、固有の決議の組を形成する。したがって、持分権ないし社員権は、債権者権〔Gläubigerrechten〕と同置され、かつ、そのようなものとして手続に取り込まれ得るのである。既にＥＳＵＧによるこの改正の前に、ＢＧＨは、彼らを劣後的倒産債権者とみていた。[8] 倒産法二一七条二文によれば、この考え方が、結局、法律上固定されたのである。そして好ましくない効果〔Weiterungen〕が倒産法二二五ａ条において規定されている。

部分的にはこの関係において、適切にもパラダイムシフト〔発想の転換〕であるといわれている。今日までこの法改正の効果は完全には見極めることができていない。〔したがって〕現在の関係においては、これは単に素描ができるにすぎない。法改正の目標は、債権者に対して、ある会社の「継続企業価値」への介入を可能にすることであった。これは典型的には持分において反映される。〔たしかに、介入の対象を〕企業財産およびその換価に固定することは、あまりに強力に介入可能性を制限するものである。それと同時に、もし再建処分が持分権にも関係する場合には、持分権者が常にこれに対して反対するようなことは妨げられるべきである。

そのような計画規律についての古典的な例は、持分権と債務との交換である（いわゆるデット・エクイティー・スワップ）。そのような変換は、たしかにＥＳＵＧの前にもまったく適法であるとみなされていた。しかしそれは、新しい規定とは異なり、持分権者の意思に反しては不可能であった。債権から持分権へのこのような変換は、再建においては、しばしば用いられる処分に属する。それは自己資本の強化に資するものである。それを越えて、それは、もちろん倒産法一九条二項による債務超過状態に対しても影響を与える収支の再建的効果〔bilanzsanierenden Effekt〕を有している。債務者の支払能力状態〔Liquiditätslage des Schuldners〕は、利息や弁済負担が将来にわたってな

くなることと関係している。他人資本（Fremdkapital）と自己資本（Eigenkapital）との関係は、自己資本の利益のために変化する。それと同時に、信用力が周知の指数と結びついている場合には、その信用力も向上する。計画においては減資や増資、現物出資の履行または新株引受権〔Bezugdrecht〕の排除も規定することができる。それによって計画作成者は、資本再編（Kapitalabschnitt）のあらゆる手段が自由に使えるのである。それによって、設立資本ないし創立資本〔Grund- oder Stammkapital〕が、〔債務者企業の〕価値の減少ないし喪失により消耗してしまった金額について、名目上のないし簡易な資本減少に至ることになる。増資は、債務者会社に対する債権の出資（Einlage）によって生じる。これはドイツ会社法によれば、従前の社員の生じうるかも知れない新株引受権の排除の下に生じる現物出資である。

その種の手段の実務的な意味は、ここで最終的に判断することはできないが、大変有意義であるとしても、これは重大な問題と結びついている。この法改正に対しては、それは憲法上疑問であるとの多くの批判的な見解が唱えられている。〔それというのも〕持分権者は（広範に）その持分権を失うであろう〔との危惧があるからである〕。これは、倒産の場合においては、支払不能ないし債務超過という要件の下では〔やむをえないものとして〕正当化されるかも知れないが、差し迫った支払不能の場合には、そのような規定の憲法上の許容性についての問題が生じる。〔このような手段によって〕企業価値は、それまでの持分権者から債権者へと移転されることになる。たしかに倒産法二五三条二項三号は、認可決定に対する抗告は疎明で足りると規定している。しかし、〔倒産〕計画によって、持分権者は「根本的により劣悪な状態に置かれる」であろう。〔持分権者の地位が〕根本的により劣悪な地位に制限されることにおいて、固有の疑問を主張する可能性は、むしろ制限されるのである。それにかかわらず、持分権者は、これ〔すなわち、根本的により劣悪な地位に置かれるということ〕を倒産計画に対して持ち出すことができる。なぜならば、彼らは、おそらく、当該計画によって、そのような計画がなかったときよりも劣悪な地位に置かれてはならないからである（§ 245 Abs.1 Nr.1 InsO）。むろん、ここで適用されるべき通常手続における清算との比較基準が妥当であるか否かは、少なくとも疑わしいようにみえる。もし、そのような処置により企業の継続価値がまさに維持されるべきであり、それにもかかわらず、持分権者が再建と結び

ついている持分権の価値の上昇につき明らかに関与すべきでないとするならば、それは根本的に矛盾している。結局のところ、〔改正された〕法律上の解決は、それ以前の法状態に対して反対の極を示している。すなわち、旧法によれば、この価値増加の一部を、債権放棄やそれと類似したことによって〔債務者企業の〕再建のために不可欠の貢献をした債権者に与えることを、持分権者に強制することはできなかったのである。

立法者はこの問題を絶対に認識していたが、しかし彼はその解決を、交渉の方法において、債権者と持分権者との間における妥協が見出されなければならないというところに見つけたのである。それゆえ、圧倒的に、それは、会社法において倒産の外でも妥当するメカニズムによって、持分権者の権利を守る可能な方法であるとみられている。典型的には、これは、持分権者の新株引受権である。そして、持分権者の固有の価値原理〔Wertprinzipien〕および優先〔Präferenz〕の原則の下、個々の持分権者には、一定の条件の下に、利害関係人の多数によって決議される、倒産した法主体〔insolventer Rechtsträger〕の再建に参加するか否かを決めることが許されている。この解決が、実際上、どの程度持分権者の助けとなるのかということについては、ここではさらに探求することはできない。それでも、彼らの出発状態が、倒産計画の交渉の枠内においては、考え得るのは劣悪であるとしても、人は、一つには「劣化禁止〔Verschlechterungsverbot〕」のための基準を、また他方では、法律自体が、引受けについてのその種の要求を規定していないという事実を見るのである。

X.「ズーアカンプ事件」の例にみる、以上に連なる問題

倒産法の純然たる財産に関連した使命には、そのほかの結果が結びついている。このことは、もっとも有名なドイツの出版会社であるズーアカンプ出版事件における社員間の対立との関係において即座に明らかになっている。ここでは、少数派社員と多数派社員とが和解不可能な状態で対立していた。この対立の個々の理由については、ここでは詳細には報告しないが、きわめて複雑であったのはその利益状況であった。〔この事件においては〕少数派社員が会社に対して支払名義〔Zahlungstitel〕を取得したが、その後、多数派社員は、利益配当を決議し、かつ、差し迫った支払不能および債務超過を理由として、会社の財産につい

て倒産手続開始の申立てをした。そして、それと同時に、自己管理〔Eigenverwaltung〕と保護措置手続〔倒産法二七〇ｂ条〕を申し立てた。その目的は、有限合資会社（GmbH & Co. KG）という法形態における企業から、株式会社を作ることにあった。〔それに対して〕少数派社員がまさに、これを阻止しようと試みたのである。法形態のそのような変更は、多数派社員にとっては会社法上の手段によっては達成できないものであった。そして、合資会社からの社員の排斥を求めるいわば相互的な訴えは功を奏さなかった。結局、社員が、会社法上の方法においては、商法一三三条による会社の解散を訴えの方法において求めるよう指示されることになるとしても、彼らは会社を維持しようとすることになるであろう。いずれにせよ、両派の社員間の紛争は、かれらの存在を脅かすものであったことに疑問の余地はない。むしろこのことは、財産状態として、倒産申立てを正当化するものである。

この事例との関係では、会社法が倒産法の影響を受けないのかという問題だけではなく、ここではそもそも倒産法が適用されるべきなのか否か、あるいは、社員が、社員間の紛争を解決するために、その手続を濫用的に用いているのか否かということも問題になる。〔ここでは倒産手続開始の〕申立ては、差し迫った支払不能に基づいている。法律は、そのこと〔すなわち差し迫った支払不能〕を、債務者は、存在している支払義務を満期の時点において履行できる地位にはないであろうという見込みと結びつけているのである。この、債務者に限定された倒産開始原因は、倒産手続の開始を、既に実質的な倒産の成就の前に可能にするものである。しかしそれとともに、債務者にとっては、倒産手続の開始に積極的な効果が結びついている場合には、彼がこの手続をとるべきか否かという問題が生じる。

まさに、そのことが、ズーアカンプ事件の手続においてもいろいろと問題になったのである。〔両派の〕社員の間にくすぶる紛争は、交渉の方法においては解決することはできなかった。多数派社員は、――最終的にはその通りになったのであるが――倒産手続の開始により彼らの法状態の向上を望んだのである。

たしかに、結局、権利濫用も倒産開始申立ての不適法性を導き得るということに争いはないが、自己申立て〔Eigenantrag〕に際しては、もちろん、これらの事例は、ほとんど根拠とはならない。〔それに対して〕とりわけ他者による申立てに際しては、それによって競争相手を競争から排除するための目的だけを追求するような場合には、

そのような濫用〔があること〕は認められる。[9] そのような事案においては、債権者は、同時に後の倒産債務者〔すなわち倒産会社〕の社員であったのであり、倒産法一三五条の枠内において社員貸付として格付けされるべき債務の満期を設定すること〔Fälligkeitsstellung〕によって、倒産債務者の支払不能を引き起こし、かつ、その際には、間接的に、競争相手と格付けされるべき倒産債務者を完全に除外するという目標を追求したのである。このような決定的な動機にもかかわらず、BGHは、[10] 権利濫用があるとはみなさなかった。なぜならば、倒産申立てでもって、少くなくとも、貸金債権の一部の満足のために投下された資本を還流することも追求されているからである。それゆえ、〔そこには〕もっぱら倒産目的に違反する動機状態というものがないのである。

ここでの場合、すなわち、倒産法二七〇b条による保護措置手続申立てと結びついた自己申立ての場合においては、倒産目的に違反した動機の証明をすることはより困難であった。何年にもわたって続いたこの事件の続編を、ここでさらに説明することはできない。ひとは、その事件を、持分権者を取り込むことが難しい問題設定へと導く最初の例とみなすに違いないであろう。なぜならば、それによって会社法の全領域およびその倒産におけるその効力も問題になるからである。手続の続行については、裁判所によって認可された倒産計画を阻止しようとする試みも、最終的には失敗するということだけが指摘される。それによって、結果において、〔債務者会社の〕再建は、債務者を株式会社へと変更するによって、少数派社員の置き去りを導くことになる。

その種の手続における倒産法上の不服申立ての関係〔das Verhältnis der insolvenzrechtlichen Rechtsmittel〕が、それ以外の問題の分野を形成する。これについても、少数派社員が、会社からの経済的な排除を妨げるために、即時抗告から憲法異議を経て仮処分に至るまであらゆることをした事例が、わかりやすい例を提供している。ただ、簡単に言うと、これらなされたことはすべて、何の助けにもならなかった。

ここで前述の問題に立ち入ることができないとすれば、特にわかりやすい次のような視点が強調されるべきである。すなわち、倒産法が、たとえば、会社法上の制限や限界を超える可能性をもたらす場合には、倒産を、裁判外の――これまで規定されることのなかった――再建と並んで現れてくる戦術的な手段として理解するという追加的な刺激が

存在する。このことは、そのほかの規律を手がかりにして根拠づけられるであろう。再建計画が、倒産計画手続の枠内においては多数決によって成立するのに対して、いまだに妥当するＢＧＨの判例[11]によれば、和解を妨げるには、裁判外の行動において、そのような合意に至るために、全員一致を必要とする。個々の債権者が合意に抵抗するときは、最終的には二つの選択肢のみが存在する。すなわち、再建を断念するか、あるいは、抵抗する債権者に完全な満足を与えることによって、再建を決議するそのグループから彼らを排除するということである。社員に関しては、状態はそれほど劇的ではない。ここでは、少なくとも再建措置についての賛成を求める貫徹し得る請求権はあり得るからである。もっとも、これが再建の時間的な必要性にとって十分であるか否かは、少なくとも疑問である。

倒産においてその限りで生じているこの有利な状態という観点からは、債権者は、手続と結びついた多額の費用にもかかわらず、この法的結果を導くために、当該手続を開始することを試みることはできるであろう。

また、たとえ、そのようなものとして労働関係が、事業の取得とともに不可避的に〔事業取得者に〕移転するとしても、倒産からの事業の取得者が、過去からの労働関係の枠内においては、債務者の義務につき責任を負う必要がないという限りにおいては、労働法の領域においても法律状態は変わる。つまりここでは、このような効果を規定する民法六一三ａ条は、判例によって、倒産財団の換価を可能にするために制限されるのである。

Ⅺ．まとめ

以上の説明は、計画手続は企業の再建の効果的な道具立てとして発展してきたことを示した。ＢＧＨによる争われた法律問題の明確化と並んで、それに加えて、なかんずくＥＳＵＧによる改正が出てきた。再建という視点の下、これは確かに一つの歓迎すべき結果である。もちろん、そのような再建はますます前面に出てきて、それによって〔債権者に対する〕最大の満足ということは、最終的に、手続の副次的な目的であることを示しているとの印象を受ける。たしかに、そのような再建は、それに加えて計画につき決議した債権者には増加価値を生じうるが、しかしこれは、再建の利益の中心に立つものではない。むしろ、再建というものは、通常は、経済的および社会政策的な衡量なのであり、立法者によって当初考えられていたような、市場か

らの脱退手続としての倒産手続という考え方は、背後に退くものである。

社員総会ではなく債権者集会が、再建するか否かまたどのように再建すべきかについて判断することによる、再建の枠内における持分権者の〔手続への〕取込みおよびその解除は、もちろん持分権者の側からは、遮断の克服とみなすことはできる。しかしそれは、前者が後者を破るという原則でもっては簡単に答えることができない、倒産法と会社法との関係の非常に困難な衡量問題へと導くのである。まさにこの問題領域が文献および判例によっても将来的に扱われることが期待されるべきである。

（1） BGH, Beschluss vom 5. Februar 2009 – IX ZB 230/07, NJW-RR 2009, 839.

（2） Lüer/Streit, in: Uhlenbruck, InsO, 14. Aufl., 2015 Rn.19; Spliedt, in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl., 2016, § 217 Rn. 20; Braun, in: Nerlich/Römermann, InsO, Loseblatt, Stand 30. EL 07/2016, § 217 Rn. 25.

（3） BGH, Beschluss vom 7. Mai 2015-IX ZB 75/14, NZI 2015, 697.

（4） Lüer/Streit, in: Uhlenbruck, InsO, 14. Aufl., 2015, § 224 Rn. 5.

（5） その文言は、「法律行為の一部が無効であるときは、その無効な部分なくしてもなされるであろうとみなされない場合には、全部の法律行為が無効である。」である。

（6） 時間を失わないために、討議期日と決議期日の決定も、意見の送付とともに行うことができる。倒産法二三五条一項三文。

（7） BGH, Beschluss vom 7. Mai 2015 – IX ZB 75/14, NJW 2015, 2660.

（8） BGH, Urteil vom 15. April 2010 – IX ZR 188/09.

（9） BGH, Beschluss vom 19. Mai 2011 – IX ZB 214/10, NJW-RR 2011, 1411.

（10） BGH, Beschluss vom 19. Mai 2011 – IX ZB 214/10, NJW-RR 2011, 1411, 1412.

（11） BGH, Beschluss vom 12. Dezember 1991 – IX ZB 178/91, NJW 1992, 967.

【訳者後書き】

二〇一七年三月二八日に、慶應義塾大学でドレスデン工科大学（当時、現在はライプチヒ大学）法学部ヴォルフガング・リュケ教授を囲んでセミナーが開催された。本稿は、その時のリュケ教授の報告原稿（Das Planverfahren nach der Insolvenzordnung）の翻訳である。本稿は、ドイツ倒産法における一つの柱であるいわゆる計画手続について、その中

心的な問題点を端的に指摘するものであり、大変興味深いものと思われる。その意味で、この翻訳が、ドイツ倒産法についての理解を深めるための一助となれば幸いである。お忙しい中、我々の招聘に快く応じて頂いたリュケ教授をはじめ、セミナー当日に御参加頂いた方々に対し、心からお礼申し上げる次第である。

なお、訳文中（　）を付したものは、原文をそのまま訳した部分であり、〔　〕を付したものは、訳しにくい言葉につき原語を入れたほか、読者の理解のために、訳者の責任において適宜補った部分である。

リュケ教授の招聘に当たっては、石川明教授記念手続法研究所から多大なご援助を賜ったことに対し、記してお礼申し上げる次第である。