

《翻 訳》

新倒産法の一般的手続き諸原則

ケルン大学教授
ハンス・プリュッティング 著
森 勇 訳

目次

- A はじめに
- B 一般的手続き諸原則の意義
- C 手続き諸原則の類型
- D 憲法上の手続き諸原則
 - I 法治国家原則
 - 1 その基礎
 - 2 法への拘束
 - 3 作法にかなった司法
 - 4 実効的（効率的）な権利保護
 - 5 フェアな手続き
 - 6 武器平等
 - 7 冗長な手続きの禁止
 - II 法定裁判官
 - 1 その基礎
 - 2 その内容
 - 3 新倒産法におけるその発現
 - III 法的審問請求権
 - 1 その基礎
 - 2 その内容

- 3 新倒産法におけるその発現
 - Ⅳ 権利保護の保障(司法保障請求権)
 - Ⅴ 恣意的対応の禁止
 - Ⅵ 実体基本権の保護
 - Ⅶ 情報に関する自己決定権
- E 一般的手続き諸原則
 - Ⅰ 手続き開始と手続きの支配権(処分権主義)
 - 1 その概念
 - 2 この原則と手続きの開始
 - 3 手続き対象の処分と手続きの終了
 - Ⅱ 訴訟資料の収集(職権探知)
 - 1 その概念
 - 2 新倒産法における規律
 - Ⅲ 手続きの進行(職権進行)
 - Ⅳ 口頭主義
 - Ⅴ 直接主義
 - Ⅵ 公開主義
 - Ⅶ 互譲による解決の促進
- F 倒産法独特の手続き諸原則
 - Ⅰ 債権者平等満足の原則
 - Ⅱ 企業の再生(再組織)
 - Ⅲ 人的普及主義と国際的普及主義
 - 1 人的普及主義
 - 2 国際的普及主義
 - Ⅳ 金銭による清算の原則
 - Ⅴ 形式主義の原則
 - Ⅵ 債権者自治の原則
 - Ⅶ 免責と破産終結後の債権存続の原則
 - Ⅷ 手続きの統一性・一体性

A はじめに

ドイツ倒産法学においては、従来、手続き上の諸原則が詳しく取り上げられることは、滅多になかった。かつての破産法・和議法に関してみるなら、パウアーとシュトルナー (*Bauer/Stürner*) 著の教科書が、唯一の貴重な例外である⁽¹⁾。倒産法においては、手続き諸原則のもつ意味は少ないと映ることの理由の一部は、次の点にあることは確かである。すなわち、その理由とは、現代の倒産手続きも同じではあるが、古典的な破産というものは、判決手続きと個別執行という通常の手続法の分類との関係では、ある種特別の位置にあるということである。なるほど倒産法は、その多くの領域を争訟的事件に分類することができる。すなわち、確かに一部では、倒産法においても法的なケア (*Rechtsfürsorge*) という考えが協調されてはいるが⁽²⁾、決して非訟事件ではないのである⁽³⁾。これは、倒産法が、それが依って立つ諸原則からすると、包括執行であり、したがって対立的な手続きの性格を維持しているということを示し、明らかに見落としたものである。とは言っても、破産法は、その争訟の手続きについてみて、判決手続きおよび（それが基本的には類似する）執行手続きに比べ、民事訴訟上の諸原則を包括的に取り入れることなどできないほど非常に多くの特殊性を有しているのである。

新倒産法自体にも、同じく、一般的な手続き原則を詳しく定めた規定はない。とまれ、新倒産法には、ふたつの重要な実定法上の拠り所がある。すなわち、新倒産法5条は、従前破産法73条および75条において規定されていたのと同じように、職権探知主義および手続きの口頭主義に関して規定する。そしてこれにくわえ、新倒産法4条（破産法72条）は、倒産手続きにおいては、特に規定がないときは、民事訴訟法の諸規定が適用されると定めている。

言うまでもなく、民事訴訟法においても、手続き諸原則の問題は、大いに取り上げられてはいるが、しかしながら、大いに争いのあるところでもある。いずれにしても、民事訴訟法自身も、新倒産法と同じく、一般的手続き原則をはっきりとリストアップしているわけではない。むしろそこでは、重要な観点

は、特別の規律や相互の関連からしか引き出すことはできないのである。

これに対して、1950年11月4日の人権と基本的自由の保護のための条約（以下では、ヨーロッパ人権条約）6条では、重要な手続き原則がはっきりと規定されている。ちなみにドイツにおいては、この条約は、憲法上の保障と同じではなく、通常の法律と同ランクにしかすぎないが、直接適用される現行法である。ドイツの民事訴訟法や倒産法と異なり、ヨーロッパの他の国の手続法は、その多くが、たとえばフランスの新民事訴訟法1条、4条そして6条にみられるように、重要な手続き諸原則に関わる規律を、実定法上定めている。ギリシャ新民事訴訟法もまた、その第8章において、基本的な手続き原則を、はっきりと実定的に規定しているところである。

これに対し、ドイツにおける規範の状況は、一般的手続き原則の探求を、大幅に法学の手にゆだねているのである。

B 一般的手続き諸原則の意義

各裁判所手続きとその進行の一般的な構成と、そしてまた、そこにあらわれている重要な手続き諸原則は、各手続法の根幹をなしている。人が、手続きにおいて正義を実現しようとし、単に個々の技術的な規律の流れ（進み方）だけを確定しようとするのでないなら、このような一般的諸原則を欠く手続きなどありえない⁽⁴⁾。それ故、手続き諸原則を探求していくと、手続法の全体構想と立法者の正義の基準が示されることになる。これは同時に、手続き諸原則を探求するということは何なのかを、すでに示している。すなわち、それぞれ手続きは、その根幹をなしているものを探求し、そしてそれを個々にリストアップすることができる、ある一定の一般的構想の上に成り立っているのである。このようにして解明されるある手続きの構造は、それによって法の現実のあらゆるものを説明できるという性格のものではない。しかし、これによって、個々の手続法をかたちどる立法上のプランの根底にあるものに、依って立つことができるようになるのである。スローガン風に表現されるこの手続き諸原則により、個々の手続法のおおまかな構造が示されることになるが、これにより、そ

それぞれの手続法の本質をめぐる議論と、そしてまた、具体的な個々の問題の理解が容易となる。すべての比較法は、各手続法に、このような構造上の特徴があることを前提として行われるのである。そして、方法的なある手続法の発展もまた、このような構造上の特徴のうえに成り立っているのである。つまりその探求は、手続きをどう構成するかにあたり立法者が下した一定の基本的な判断を明らかにし、そしてこれにより同時に、(たとえば類推による)法の継続的発展の基礎を示してくれる。したがってまた、克服されたかに見える「主義思考」に向けた批判が、少し前に民事訴訟法学においてなされたものの⁽⁵⁾、それが、そう時を経ずに再び全面的に陰をひそめてしまったことは、驚くに値しないのである⁽⁶⁾。

C 手続き諸原則の類型

倒産法の一般的諸原則を詳細にみていこうとする本稿は、新倒産法の手続きの流れおよび手続きの目標の双方に切り結んで、倒産法の一般的手続き原則を詳細に明らかにし、そしてそこから、重要な構造上の要素を明らかにするものである。この際、その意義、内容そしてその法的基礎に従って、以下では、手続き諸原則を三つのカテゴリーに分けてみていく。まず第一に、憲法に由来する手続き諸原則をみていくこととする(以下「D」)。次いで、類型的には民事訴訟手続きにおいてもまた論じられるような一般的手続き諸原則を概観してみていく(以下「E」)。最後となる手続き諸原則の第三のカテゴリーは、もっぱら倒産法特有の観点に基づくもので、争訟的事件に関するほかの手続き規律中には類型的にみいだすことのできない種類のものである(以下「F」)。

D 憲法上の手続き諸原則

I 法治国家原則

1 その基礎

法治国家原則は、すべての手続法にとってもまた、中心的な憲法上の基礎の一つである。この原則は、基本法20条3項および28条1項に規定されており、そしてこの原則は、連邦憲法裁判所の判例をつうじて、憲法異議をもって不服申立てができる憲法問題と位置づけられた、数多くの個別的な手続法上の原則を発展させてきたのである。もちろん、判例および支配的見解は、しばしば、法治国家原則とともに、他の憲法上の基礎を、憲法に由来するこれらの手続き諸原則の根拠としている。たとえば、基本法3条1項、19条4項、92条、97条そしてまたヨーロッパ人権条約6条がそれである。

2 法への拘束

判例そしてまた実務にとり重要なのは、法治国家原則から導き出され、さらには、基本法20条3項および97条1項においてもダイレクトに示されている、裁判所は法に拘束されるという原則である。もちろん、裁判官は法に拘束されるという原則は、方法論的によく考え抜かれ、かつ許される範囲での裁判官による法の継続形成を否定するものではないことは、認められている⁽⁷⁾。

3 作法にかなった司法

法治国家原則から導かれる実務上非常に重要なもう一つの要請は、手続きに関する法的安定性と予測可能性の要請であり、これはまた、一部では、「作法にかなった司法 (Justizformigkeit)」というとらえかたもなされている⁽⁸⁾。手続きに関する法的安定性と予測可能性は、他の法治国家原則の発現したものと重なり合うところが多いのは確かだが、しかし、そのかなりの重要性和独自の性格は、しばしば過小評価されている。たとえば、この関連では、判例変更による遡及的効果を徹底させることは、この憲法に由来する要請に基づき制限する必要があるかといういまだ未解決の問題がある⁽⁹⁾。

4 実効的(効率的)な権利保護

今日では一般に、基本法19条4項と連動させて、法治国家原則から、実効的(効率的)な権利保護の要請が導かれている⁽¹⁰⁾。この要請は、裁判所へのアク

セスは平等でなくてはならないという要請(「司法保障請求権」)と密接に結びついている。この要請の中核は、管轄する裁判権によって、すべての法的行為をできる限り有効にコントロールすることである。個別的にみるとこの要請は、立法者は、明快な出訴方法に関する規定および管轄規定を定めて、権利保護に欠けるところがないようにしなくてはならないということの意味している。この憲法上の観点からすると、さらなる権利保護の可能性を考慮して、当事者に対し上訴が認められることを常に教示することもまた必要かもしれない⁽¹¹⁾。特に、法によって認められた裁判官の裁量は、常に、実効的(効率的)な権利保護の要請に照らして、解釈されなくてはならない⁽¹²⁾。適切な時間内での権利保護の保障もまた、この原則の一部である。最後に、この原則の下では、裁判所へのアクセスが、個々の場合において甘受できないまでに困難となつてはならないし、また、手続き利用の要件が、甘受できないまでに厳格とされてはならないのである⁽¹³⁾。

したがって、訴訟法における迅速化の原則⁽¹⁴⁾なるものは、しばしば独立の原則としてあげられることがあるが、正しい理解からすれば、これは、実効的(効率的)な権利保護の要請の一部である。それゆえ、迅速な手続きを進めるのに有益な期間の定めや申立ての必要性そして失権の可能性は、スムーズでかつまた法治国家の観点からみて適切な手続きにおけるこのような実効的(効率的)な権利保護の一部をなすものとして、憲法上問題ない。わけても、倒産開始手続きは、緊急を要する手続きなのである⁽¹⁵⁾。

新倒産法287条による債務者の免責のためには、期間が限定されかつ特別の申立てが必ず必要とされていること、そして、消費者倒産手続きの開始にも特別の申立てが必要とされていること(新倒産法304条参照)を、ここでは、実効的(効率的)な権利保護の保障の例としてあげることができるが、このような規律では、債権者と債務者間における利益衡量がすでに行われているのである。倒産裁判所の裁判に対する即時抗告を認めることも、これを新倒産法が予定している限りにおいては(新倒産法6条参照)、実効的(効率的)な権利保護の一部をなしている。確かに、法治国家原則および基本法19条4項からは、一定の裁判所や複数の審級を設けよということにはならない。しかしながら、法

律が認める上訴の枠内においては、同じ枠組みでかつ手続きにかなったかたちでの構成が必要であり、そして新倒産法では、これがはかられているのである。

5 フェアな手続き

連邦憲法裁判所は、実体的基本権と法治国家原則を合わせみて、フェアな手続きを求める請求権を展開させた⁽¹⁶⁾。この原則は、実務では主として刑事訴訟においてその意義をえてきたが、個別の重要な問題にあたっては、連邦憲法裁判所は、民事訴訟にもまたこれを適用してきた⁽¹⁷⁾。したがって、個々の場合では、倒産法についてもこの原則が意義をもつことを肯定しなくてはならない。

そういうことで、連邦憲法裁判所は、フェアな手続きを求める請求権から、裁判官に対する次のような要請を発展させてきた。すなわちそれは、当事者が、**かなりな実質的損失を被る危険にさらされている**ときは、裁判官は、当事者に対し法律状態について**特別に教示しなくてはならない**というものである⁽¹⁸⁾。証拠法のフェアな運用および証明責任の配分、そして、とても期待できない程度の立証を求めてはならないということも、フェアな手続きを求める請求権により保障されているのである⁽¹⁹⁾。さらにこの原則は、裁判所が矛盾した行動をとることを禁じるものでもある⁽²⁰⁾。最後に、長年行われてきた裁判実務が、法律によらずに変更されるときは、フェアな手続き違反になることがある⁽²¹⁾。

6 武器平等

訴訟上の武器平等の原則は、法治国家原則と基本法3条1項とを組み合わせで展開されてきた。この原則は、双方当事者が、同じように敗訴の危険および訴訟費用を負担することを求めるものである⁽²²⁾。くわえて、裁判所の判断にとり重要なものすべてを当事者は提出できることが、手続き中で保障されていなくてはならない⁽²³⁾。

7 冗長な手続きの禁止

最後に、法治国家原則からは、手続き期間が冗漫になることの禁止が導かれる⁽²⁴⁾。この冗長な手続きの禁止ということは、ヨーロッパ人権条約6条1項においても、明文上認められているところでもある。

II 法定裁判官

1 その基礎

基本法101条1項2文は、法定裁判官の保障を定めている。その意味するところは、個々の事件の管轄裁判所と裁判官は、できる限り一義的に、一般的規範からあらかじめ分かるようではなくてはならないというものである。抽象的な実定的規定が、個別的に言うと、裁判所構成法、各訴訟法そしてまた補充的には事務配分計画からはっきりしていなくてはならない。そのために、事務配分計画には特段の要件がかせられているのである。こうして、法定裁判官の要請は、権限のない者が司法に介入することを防止し、そして、裁判所の公平さとその事に即した対応（Sachlichkeit）に対する当事者および公衆の信頼を維持することに奉仕するものである。基本法101条1項2文により、わけても裁判所組織内での操作が防止されるのである⁽²⁵⁾。

2 その内容

ようするに、基本法101条1項2文は、わけても管轄規範を、その原則についても、そしてまた、できる限り明瞭かつ特定された個々の規律に関しても、保障しているのである。これに加え、法定裁判官の要請は、裁判官が司法を独占することを保障しており、その結果、行政庁が裁判官の任を担うことを排除する⁽²⁶⁾。このことは、基本法92条において具体化され、各連邦裁判所に関して特別の実定的規律がなされている。もっとも、手続き瑕疵により、本来は管轄権のない裁判官が事件を担当しても、それだけでは101条1項2文違反とはならない。このような場合に憲法違反となるには、たとえば、管轄規範の恣意的な適用、忌避申立ての恣意的な却下あるいは恣意的な原審への差戻しなど、裁判所の恣意的な行為がなくてはならない⁽²⁷⁾。

3 新倒産法におけるその発現

倒産裁判所の活動に関しても、法定裁判官の原則がはたらく。この点に異論はない。したがって、倒産裁判所についても、事物、土地、職分管轄ならびに事務配分計画は、きっちりと規律されなくてはならない。個別的にみると、新倒産法2条1項により、区裁判所に専属事物管轄が与えられている。土地管轄も同じく専属管轄とされ、新倒産法3条1項1文で、債務者の普通裁判籍によるとされている。職分管轄は、司法補助官法3条2号eおよび18条により、一部は司法補助官が、また一部は裁判官が行使する⁽²⁸⁾。事物および土地管轄を有する区裁判所の内部では、事務配分計画に基づき、倒産手続きを担当するとされた部が倒産裁判所となる。

法定裁判官という憲法に由来する要請が、管轄の法定とならんでさらに必須のものだとしている裁判所の公平性と事に即していること(Sachlichkeit)は、新倒産法では、裁判所構成員の除斥および忌避に関する規律によって担保される(新倒産法4条、民訴法41条および42条)。ここでの問題点が何かは、1987年に連邦憲法裁判所が下した裁判によってはっきりとなった⁽²⁹⁾。破産裁判官と破産管財人間の個人的緊張関係を理由に、偏頗の恐れに基づいてその裁判官の忌避の申立てがなされた。連邦憲法裁判所は、ついには、基本法101条1項2文に違反するという異議について、判断しなくてはならなかった。連邦憲法裁判所は、偏頗の理由が、その権利が手続きにおいて具体的に問題とされている手続き関与者にかかわる場合のみ、その手続きにおいてこれを顧慮できるとの判断を示した。したがって、破産管財人と破産裁判所との間の緊張関係があっても、自動的に裁判官に偏頗ありということには必ずしもならない。破産管財人が、たとえばその立替費用償還請求権など自己固有の請求権を主張する場合は、話は別である⁽³⁰⁾。

Ⅲ 法的審問請求権

1 その基礎

基本法103条1項に規定されている法的審問請求権は、歴史的にも、そして

また今日的視点からしても、群を抜いて中心的な訴訟上の基本権である。連邦憲法裁判所は、基本法103条1項を次のように性格づけた。すなわち、この原則は、裁判の事実的な基礎の解明にだけ奉仕するものではなく、これはつまるところ人間の尊厳をも保障するものである。したがって、各当事者に対しては、司法の作法にかなった手続きが当事者に通常のこととして突きつけるようなむずかしい状況にあっては、事実および法的問題について議論をつくすことのできる機会が与えられなくてはならないとしたのであった。つまり、法的審問というものは、訴訟に関する根元的な人権と理解されているのである。さらに連邦憲法裁判所は、この原則を、憲法上すべての裁判所手続きにとって不可欠であり、したがって原則的に欠くことが許されない客観法的な(objektivrechtlich)手続き原則であるととらえているのである⁽³¹⁾。

2 その内容

法的審問請求権の内容は多種多様であり、より細かに具体化できる。個別的にみると、当事者には、オリエンテーションを求める権利、つまり、手続きが開始したことの通知および他の関与者の陳述内容の通知を求める権利、そして記録を閲覧する権利が認められなくてはならない。さらに法的審問の原則は、意見を表明する権利をも認めるものである。最後に、裁判所はこの原則の下、当事者の提出したものを受けとめ、これを顧慮する義務を負う。憲法の下位にある個別的な法の解釈にあたっては、基本法103条1項に由来するこれらすべての側面が顧慮されなくてはならない。連邦憲法裁判所は、法的審問のこのような基本的な観点から、多数の個別的な訴訟法上の要請を導き出してきた。たとえば、すべての手続き関与者には、申立てをし、事実のおよび法的主張をなし、くわえて証拠方法を提出する権利が認められなくてはならない。これに対応して、相手方には、先の手続き関与者が行ったことを知り、そして、これに対して自らの側から意見を述べる権利が認められなくてはならない。裁判所は、訴訟関与者が表明したものを受けとめ、これを顧慮するとともに、申出のあった証拠を取調べ、さらには、当事者の法的見解と取り組む義務を負っている。もっともこの義務は、裁判所が、自己の見解を完全にオープンにした上

で、当事者と広範な法的討論をしなくてはならないというところまでいくものではない⁽³²⁾。

3 新倒産法におけるその発現

憲法上保障された法的審問請求権が、破産法そしてまた新倒産法においても認められることに異論はない。というのは、連邦憲法裁判所の判例によれば、この根元的基本原則は、争訟事件でも非訟事件でも同じように妥当するとされているからである。同じく、手続きが、職権探知主義に立つ職権的な手続きであるか、純粹の当事者主導型手続きであるか、はたまた両者の要素を合わせもった手続きであるかも関係ない⁽³³⁾。これに対応して、すでに従来から、破産法における法的審問の保障をめぐる個別問題に関しては、数多くの詳細な研究が発表されている⁽³⁴⁾。法的審問のくわしい内容は、立法者にゆだねられていることを、これらの研究は認めている。したがって、適切な裁判を緊急にする必要性、審問を受ける権利者から聴取すれば、執行ないしは保全処分が失敗する危険のあること、そしてまた、失権規定による係属手続きの促進という、法的に承認された目的などの優先的な公的利益に照らし、法的審問の事前の保障を見送り、あるいは、特別の場合には、全面的に法的審問を保障しないことも許される⁽³⁵⁾。さらに、その内容と結果が、(たとえば、それが準備のためという性格をもつために) 関係者に不利益をもたらすことのない処分を裁判所がする場合にも、法的審問を見送ることが考えられる。

新倒産法における法的審問の様々の発現のスペクトルのひろがりには、事前聴取の原則から、審問請求権者を事後的に聴取する可能性をへて、個別の場合における聴取の見送り(新倒産法10条参照)におよんでいる。法的審問の保障の原則は、広範な通知および情報提供の義務、また、特段の申立てないしは同意の必要性、そして色々なところで手続き関与者の聴取が必要とされていることをつうじて、様々な形であらわれている。たとえば、倒産開始手続きに関しては、新倒産法14条2項により、債権者より適法な申立てがなされたときは、債務者を聴取しなくてはならないとされている。他の場合も同様であるが、ここでの法的審問の保障を見送ることができるのは、新倒産法10条1項1文によ

り、債務者が外国に滞在しているために、聴取を行うと手続きが遅延するか、あるいは、債務者の居所が不明な場合に限られる。つまり、この規範においては、法治国家ということから求められる手続きの迅速性という原則が、法的審問と関連づけられているのである。この場合の法的審問見送りの根拠は、外国に滞在しあるいはその居所が不明な債務者は、倒産手続きを免れようと試みている可能性があるという点にある。この限りにおいては、新倒産法10条は、法的審問の失効という考えをはらんでいるのである⁽³⁶⁾。憲法との関係では、新倒産法10条もまた、基本法103条の内制的制約と行うことができる⁽³⁷⁾。

連邦憲法裁判所は、民事訴訟法に基づく執行処分に関して、裁判あるいは保全処分が緊急を要するものであるときは、法的審問の事前保障は見送ってよいという原則を立てた。新倒産法では、たとえば、その21条による一般的な処分禁止命令あるいは保全倒産管理命令は、破産者をあらかじめ聴取しないでこれを発令することができるとして、この原則を考慮している。このことはすでに、破産法106条に関し認められていたところである⁽³⁸⁾。ただし、(破産法106条に関して)必要な保全処分が、破産申立てをした債権者より申立てられたときは、正当にも例外とされていた。このような場合には、保全処分の発令は、裁判所の職権による探知の結果に基づくものではないからというのがその理由である⁽³⁹⁾。新倒産法21条と破産法106条が内容的には同様となっていることに照らすと、破産法106条に関して従来学説が主張してきた見解は、新倒産法21条にもそのまま当てはめることができるであろう⁽⁴⁰⁾。

倒産裁判所が新倒産法5条に基づく職権探知の枠内で諸処分を行うに際しては、次の点を考慮しなくてはならない。すなわち、一般の見解によれば、債務者に法的審問が保障されなくてはならないのは、職権探知の結果から債務者にとり不利益な裁判が下されることになる場合だけと理解されているということである⁽⁴¹⁾。

これに対して、たとえば、倒産管財人の任命(新倒産法21条1項2号、27条、56条および57条)や債権者委員会の設置(新倒産法67条1項)のような、いわゆる倒産裁判所の**管理的処分**に際してや、債権者集会の召集・指揮(新倒産法74条ないし76条)との関係では、**関与者の聴取は不要**とする見解⁽⁴²⁾が正し

い。このような倒産裁判所の処分に関係する者は、個別執行の際の執行機関の管理的処分に対してと同様、規定されている不服申立てをすることで、事後的に審問を受けることができる。

倒産裁判所の監督処分に関しては、多様な規律がなされている。すなわち、倒産管財人を新倒産法59条1項1文により解任するときは、同2文により、あらかじめこれを聴取しなくてはならない。これに対して、新倒産法78条1項による債権者集会の決議取消しに関係する債権者(新倒産法78条2項)は、新倒産法78条2項1文により即時抗告が認められることで、事後になってはじめて法的審問を受けることができる。

手続き関与者および第三者の記録の閲覧もまた、特別なかたちの法的審問の一つのあらわれとみることができる⁽⁴³⁾。記録の閲覧は、憲法上保障されている法的審問請求権の一部ととらえられなくてはならないことは、連邦憲法裁判所も認めている⁽⁴⁴⁾。このことは、当然のことながら、手続きに関与する者についてのみ言いうることである。たとえば民事訴訟法229条2項が保障している第三者の記録の閲覧権は、基本法103条1項に含まれるものではない。と言うのは、この限りでは訴訟関与ということは、まさしく存在しないからである⁽⁴⁵⁾。新倒産法上、同時に閲覧権を規定している個々の規律がある。わけても新倒産法175条は、関係者の閲覧について一覧表を設けている。これにくわえ、倒産法における閲覧権は、民事訴訟法299条に連動して新倒産法4条により定まることが認められている⁽⁴⁶⁾。この規定によれば、民事訴訟法299条1項による関与者の閲覧権と、同299条2項の第三者の閲覧権とは、厳に区別されなくてはならない。と言うのは、2項は、その保障が裁判所の裁量にかかる請求権のみを認めているにすぎないからである⁽⁴⁷⁾。ただ、倒産手続きが財団不足で廃止され、そこで倒産申立人が今度は記録の閲覧を申請し、その際、もし手続きが続いていれば、自分は倒産債権者になったということを疎明した場合には、1項と2項が重畳することがありうる。この場合には、民事訴訟法299条1項の閲覧権を認めなくてはならないであろう⁽⁴⁸⁾。

Ⅳ 権利保護の保障(司法保障請求権)

基本法19条4項は、ダイレクトに、公権力による権利侵害に際しては、すべての人に権利保護が保障されると規定している。しかし今日では、この規範の文言を越えて、さらに民事紛争に関しても、かなり幅広い権利保護の保障が認められており、これらは、法治国家原則とからめて、同じく基本法14条4項から導き出されている。これにより認められた、民事法の領域における裁判所への自由なアクセスと広範な権利保護は、しばしば、司法保障請求権と呼ばれている⁽⁴⁹⁾。すなわち、このような権利保護の保障をつうじて、広範にわたり、かつまたできる限り落ちのない権利保護が追求されそして保障されているのである⁽⁵⁰⁾。もっとも、この広範な権利保護を求めうる請求権は、現行の各訴訟法の枠内でのみ認められるものであり、したがって、そうすることで、裁判所へのアクセスが、受認しがたいまでに、つまり、事に即しているということからはもはや正当化されないまでに困難となってしまう限り、これら訴訟法が、裁判所へのアクセスを、一定の形式的要件にかからせていることは許される。

個々の場合には、広範な権利保護の保障から、暫定的な権利保護をはかる機会を設けることが要請されることもある⁽⁵¹⁾。しかし、基本法19条4項は、一定の審級制度を保障するものではない⁽⁵²⁾。同じく、この権利保護の保障は、必要の口頭弁論を求める請求権を保障するものではない⁽⁵³⁾。

Ⅴ 恣意的対応の禁止

周知のように、連邦憲法裁判所は、基本法3条1項の一般的平等原則から、恣意的対応の禁止ということを導き出してきた⁽⁵⁴⁾。実体法におけるその特段の意義とならび、恣意的対応の禁止は、手続き規範の具体的形成にとってもまた、しばしば成果をあげてきた。倒産法独自の手続き原則である債権者平等の原則とその個々の発現は、他の側面とともに、恣意の禁止ということと関係させることができる⁽⁵⁵⁾。

さらに基本法3条1項からは、法治国家原則と組み合わせて、すでにあげた武器平等の原則を導くことができる(D I 6参照)。また、憲法により保障され

ているものとして、訴訟費用救助の原則的保障がある。これは、倒産法では、民訴法114条以下を準用する新倒産法4条から導かれる⁽⁵⁶⁾。最後に、立法者が、原則としては法律相談扶助を受けられるとしていながら、個々の法分野でこれを排除している場合は、基本法3条1項違反となる⁽⁵⁷⁾。

VI 実体基本権の保護

連邦憲法裁判所は、一連の裁判において、関係する個々の実体基本権から、それだけを根拠にしている場合もあれば、その他の手続法的に重要な憲法上の原則ともあわせての場合もあるが、手続法および手続法上の保障に関する具体的結論をダイレクトに導き出してきた。たとえば、基本法14条の所有権の保障から、訴訟費用救助の保障に関する具体的結論⁽⁵⁸⁾や強制執行の仕組み⁽⁵⁹⁾に関する具体的結論を導き出した。基本法13条2項の住居の不可侵を求める基本権からは、強制執行の方法に関する結論を導き出した⁽⁶⁰⁾。また、基本法12条の職業選択の自由の観点から、弁護士がそなえなくてはならない訴訟能力の審査についての具体的要件を導き出したのであった⁽⁶¹⁾。

特に消費者倒産手続きの枠内における債務者に対する訴訟費用救助の保障については、かなりの意見の対立がみられる。多数は、—— いずれにしても裁判上の免責手続きについてみる限り —— 訴訟費用救助を認めるべきではないとしている。憲法上の理由に加え、新倒産法4条における法律上の規律に照らしても、これには賛成できない。

VII 情報に関する自己決定権

すでにふれたように、連邦憲法裁判所⁽⁶²⁾は、基本法2条1項と連動させて同1条1項から、情報に関する自己決定権を発展させた⁽⁶³⁾。これによれば、すべての人は、いつ、そしてどの限度で各人の生活諸関係を公表するかを、自分で判断する権限が認められる。このような基本権への介入は、該当者の同意があるか、あるいは法律上認められていなくてはならない。法律上の根拠は、規定としての明瞭性を備え、かつまた、目的に結びついていることという原則に適合したものでなくてはならない。この憲法上の諸原則を敷衍して、立法者は、

情報保護法を制定した。もっともこの法律は、個人に関するデータの取り扱いをその対象とする特別の法規定との関係では、二次的なものに止まるという原則に立脚している。一般的な見解によれば、民訴法299条に基づく記録の閲覧の保障は、この特別の法規定の一つであるとされている⁽⁶⁴⁾。新倒産法の諸規範が、他のものとの関連で、データ収集、データ保存そしてデータの他への交付につながっているときは、これらの規定も、同じく法領域固有の特別規定であり、情報保護諸法の諸規範は二次的であるという原則に従い、情報保護諸法の諸規範に優先する。争いはあるが、同じことは、新倒産法26条による財団不足を理由とした却下の公告およびその債務者名簿への登載についても当てはまる⁽⁶⁵⁾。

E 一般的手続き諸原則

I 手続き開始と手続きの支配権(処分権主義)

1 その概念

どのような手続きでも、だれが手続きの開始をうながし、そして、手続きが進行する中で、だれが処分行為をつうじて手続き対象を処分し、あるいは手続きを終了させることができるのかということが問題となる。これらがもっぱら手続き関与者の問題とされているのであれば、このような枠組みは、処分権主義と呼ばれる。これとは反対の、手続きの開始、手続き目的の決定および手続きの終了が職権でなされる場合を、**職権主義 (Offizialprinzip)** と呼ぶ。

2 この原則と手続きの開始

職権主義が典型的にあらわれているのは、刑事訴訟、そして一部ではあるが非訟事件である。これに対して、民事訴訟は、処分主義によって色どられている。処分権主義は、ここでは、実体法における私的自治が訴訟上に投影したものである。

倒産法が民事訴訟法によっているのは、始めの部分だけである。ともかく、

申立てがなくては、手続きは始まらない。すなわち、手続きの開始に際しては、処分権主義がもっともはっきりとあらわれている。しかしながら、訴訟対象及び訴訟終了にわたる当事者の支配権を詳細に調べてみると、倒産法は、全体としては、かなり減縮された範囲でのみしか処分権主義に依ってないことが分かる。言うまでもないことではあるが、まずはここに、倒産に際しては私的自治に基づく行為を一定範囲制限する必要があることが、反映しているのである⁽⁶⁶⁾。

さきに述べたように、いずれにしても倒産手続きの開始については、処分権主義が全面的に妥当する。新倒産法13条1項により、倒産手続きは、債権者あるいは債務者の申立てによってのみ開始する⁽⁶⁷⁾。職権による倒産手続きというものはないし、また、倒産手続きの前段階においては、裁判所が職権で何らかの行為をすることはない。また、倒産手続きの開始が問題とされている局面では、倒産申立てを取り下げることもし得る。すなわち、新倒産法13条2項は、倒産手続きが開始し、あるいは申立ての却下・棄却が確定するまでは、取下げができると規定しているところである。

3 手続き対象の処分と手続きの終了

倒産手続きの終了は、さきにあげた新倒産法13条2項による申立ての取下げおよび倒産裁判所の決定によるその取消し(200条1項)とならんで、わけても、手続きの廃止によって生じることもある。この際、新倒産法207条による財団不足に基づく廃止は、職権で行う。これに対して、倒産原因が消滅したことを理由とする新倒産法212条に基づく取消しは、債務者の申立てが必要である。最後に、新倒産法213条により、同意に基づいて手続きを廃止することができるが、これもまた、債権者の同意をえた債務者の申立てが必要である。新倒産法は、債権者に対し、手続き終結のイニシアチブをとる権利を認めていないのである。

倒産手続きの手続き対象の枠内では、周知のとおり、債権者の債権、つまりは消極財団の探知と、清算された債務者の財産(倒産財団)からのその満足が問題となる。この際、倒産財団の範囲は、新倒産法35条以下により、法律上確

定されている。倒産管財人は、倒産裁判所の監督の下、「法定財団」になるべく近づけるように、それを詳細に特定し清算する責務を負っている。この限りにおいては、債務者の処分権限は排除され、そしてまた債権者の処分自由も、大きく後退させられている⁽⁶⁸⁾。

消極財団の探知の枠内では、どの債権をどの額で届けるかは、債権者の自由である(新倒産法174条および175条)。倒産処理計画あるいは債務処理計画の枠組みの中で、債権を放棄することもできる。

最後に、新倒産法は、**債権者の自主管理**(Selbstverwaltung)の原則によって立っている。債権者たちは、集団として、債務者の倒産によりもたらされる恐れのある財産の損失を効率よく少なくするべく、法律上倒産手続きをリードすることができる。このような枠組みに、つまりは債権者側の処分自由の倒産法上の発現形態である債権者の自主管理の原則が、その姿をあらわしているのである。特にあげておくべきは、報告期日になされる倒産手続きの進行に関する債権者集会の決定(倒産法29条1項1号)および倒産計画の承認に関する決議(倒産法235条)である。

II 訴訟資料の収集(職権探知)

1 その概念

手続きにとって必要な事実資料の収集と提出という問題については、弁論主義と職権探知主義という二つの原則があい対立する。事実資料を手続きに顕出し、証明の必要を生じさせ、そしてまた証拠の申出を当事者の責務とするときは、これをを指して、弁論主義(よりわかりやすくいえば、提出主義)という。この反対をなすのが職権探知主義(糾問主義)である。倒産についてみると、訴訟資料の収集は、裁判所の責務であり、事実の顕出および証拠調べのいずれにあっても、申立て、否認、自白あるいは双方当事者が一致してなす提出に拘束されることはない。

2 新倒産法における規律

大方が弁論主義によっている民事訴訟とは異なり、倒産手続きの性格は、か

なり強く、監督と後見によって特徴づけられている。したがって、**新倒産法5条1項**が、明文をもって、倒産裁判所に、すべての事情を職権で探知する任を負わせていることは、驚くにあたらない。これによって、**職権探知主義**をとることが、法律上明定されているのである。新倒産法5条1項の新たな文言は、破産法75条よりもかなり詳細である。倒産裁判官は、必要と考える限り、職権で探知する義務を負っていることを、この規定ははっきりとさせているのである。職権による探知の対象は、必要なすべての事情におよび、わけても、倒産裁判官は、官庁に照会をし、そして重要な書面を提出させ閲覧することができる。証拠調べに関しては、職権による証人尋問および鑑定人尋問が明文上認められている。しかし、同条にある「わけても」という文言と、新倒産法4条が民訴法を準用するとしていることは、当然のこととして、すべての事情の探知のために、職権で文書の取調べおよび検証ができることを示している。債務者自身を、民訴法445条以下の規定によって、当事者として尋問できないだけである。当事者尋問についてみると、民訴法の対席的な手続きは、倒産手続きに適さない⁽⁶⁹⁾。もっとも、債務者を証人として尋問することもできない。債務者は当事者だからである。したがって、新倒産法5条を直に根拠として、当事者を職権により尋問することが認められることとなろう。債務者には、証言拒絶権は認められない⁽⁷⁰⁾。裁判所が命じたときは、債務者は**宣誓の上証言**しなくてはならないかにつき、破産法下では争いがあった。一部の学説は、和議法69条を類推して、これを肯定していた⁽⁷¹⁾。新倒産法下では、問題は98条1項によって解決された。本条により、必要な場合には、宣誓に代わる担保を命じることが法律上規定されている。

立法者は、手続き関与者に協力義務をかす（たとえば、債務者については、新倒産法20条、97条参照）ことによって、倒産裁判所による職権探知をある程度容易にした。このような関与者の協力義務は、職権探知主義を補完するものであるが、決してこの手続き原則を真に制限するものではない。なぜなら、すべての重要な事情の探知については、倒産裁判所が最終責任を負うことにかわりないからである。また倒産裁判所には、協力義務を強制的に果たさせる権限が与えられている（新倒産法98条）。

Ⅲ 手続きの進行(職権進行)

実務では、不明確な用語使いがまま見受けられるが、形式的な手続きの開始と進行は、手続き処分および訴訟資料の収集という基本問題とは厳格に区別しなくてはならないはずのものである。したがって、職権進行というのは、期日指定、呼出、送達、公告および登記・登録を職権で行なわなければならないという、倒産裁判所にかせられた任務であると理解するのが正しい。このような理解の職権進行は、破産法についてはすでに当初から採用されていたし、今日では、民事訴訟法においても、かなり広く認められている。この限りでは、新倒産法においても、なんら本質的に変わるところはない。送達については、新倒産法8条、公告については同9条において、職権によることが規定されている。また、職権による期日指定は、たとえば新倒産法29条、74条、197条および235条に規定されているし、登記・登録については、同31条以下により、職権によって行われることになっている。

職権進行の反対(つまりは当事者進行)は、民訴法ではいまだ一部にみられる。しかし、そこでもまた、これは実践的な意義をもっていない。

Ⅳ 口頭主義

裁判所と当事者の訴訟行為が成立するための方式については、対立する原則である口頭主義と書面主義によって、その詳細が定まってくる。民事訴訟では、周知のとおり、口頭主義が原則として妥当している(民訴法128条1項)。これは、裁判所は、口頭弁論に基づいてのみ裁判することができ、そしてこの際、口頭弁論において提出されたもののみをその裁判の基礎とすることができるということを意味している。もっとも、この口頭に依らなくてはならないとの原則は、憲法上要請されているものではなく、かえって、手続きの合目的性と実効性(効率性)の問題である。ヨーロッパ人権規約6条1項も、必ず口頭によらなくてはならないとはしていない。

これに対応して、倒産法の領域においては当初から、手続きの口頭性を必要のとすることは有益ではないとされていた。そこで新倒産法5条2項は、一般

的に、倒産裁判所の裁判は、口頭弁論なしで下すことができると規定している。つまり、新倒産法は、**任意的な口頭主義の原則**に依っているのである。これにより立法者は、次のことをはっきりとさせたのであった。すなわちそれは、倒産法では、ある裁判に関係する手続き関与者が、何らかのかたちで認識し意見を述べる機会をもてれば、それで足りるということである。若干のところ(たとえば新倒産法14条2項)では、法律自らが、債務者の聴取を明文上規定しているが、これもまた、その場合には必ず口頭弁論を開かなくてはならないということを意味しているわけではない。債務者を必ず聴取しなくてはならないというのは、基本法103条1項に基づく法的審問の要請である。そしてまた、法的審問請求権は、口頭弁論を絶対に必要とするものではなく、かえって、書面による聴取でもかまわないのである⁽⁷²⁾。

V 直接主義

直接主義の原則は、口頭主義の原則と密接に結びついてはいるが、独立の手続き原則であることが承認されている。したがって、倒産法では、通常取り上げられることはない。

直接主義とは、口頭弁論、わけでも証拠調べは、判決を下す裁判所の面前で直接行われなくてはならないということの意味している。民事訴訟では、これは、口頭弁論については民訴法128条1項に、証拠調べについては民訴法355条1項に、そして裁判の言渡しについては民訴法309条に示されている。すなわち、裁判所は、**橋渡しをする裁判官**を決して介在させてはならず、自ら手続きを進行しなくてはならない。

倒産法は、口頭主義を必要的なものとはしていないので、この限りでは、直接主義の原則を厳格に貫くことはできない。もちろん任意的に口頭主義の原則がとられる限りにおいては、民訴法が定めている直接主義の基準が適用されなくてはならない。民訴法自身についても、その限りではあるが、民訴法309条および受命・受託裁判官による証拠調べについての民訴法361条ならびに362条は、直接主義の重要な例外を定めている。手続きが開始されれば、管財人が権限を握るので、直接主義の原則は、まったくはたらかなくなる。

VI 公開主義

公開主義の原則は、証拠調べおよび裁判の言渡しを含め、判決裁判所の面前での口頭弁論の範囲内において、すべての人が裁判所の審理にアクセスできることを保障するものである。通常裁判権については、これは、裁判所構成法169条1文に規定されている。これにくわえ、ヨーロッパ人権規約6条1項においても、これが保障されている。

もっとも、公開を必要とするれば、必要的口頭弁論の原則を前提とすることになる。倒産法におけるように、新倒産法5条2項より、任意的な口頭主義の原則がとられるところでは、公開ということも、任意的にのみ認められるに止まる。したがって、新倒産法により、倒産手続きにも裁判所構成法169条が準用されると言ってみたとところで、やはり有益ではあまりない。なぜなら、裁判所構成法169条以下およびヨーロッパ人権規約6条1項のいずれも、より高次元の法的利益の保護のために、色々な観点から公開原則の例外を設けることができているからである。そうだとすると、公開主義（そしてまた口頭主義）の制限に対しては、しばしば疑念が呈されてはいるが⁽⁷³⁾、これは説得力があるとは思われない。

裁判所の面前における争訟的な口頭弁論とは異なって、**債権者集会**は、原則として**非公開**である⁽⁷⁴⁾。これに反対する見解は、債権者集会参加者の行動は公の関心の対象であると主張する。このことを否定することはできない。しかし、債権者には、債権者集会において、外部からの影響を受けることなく、議題わけても倒産計画について議決権を行使できるという利益がある。当然のことではあるが、これが公開に対して反対にはたらく利益として衡量されなくてはならない⁽⁷⁵⁾。これに対し、倒産裁判所の裁判の告知は、公開される（新倒産法23条、30条、252条）。

VII 互譲による解決の促進

一般的に承認され、したがってすべての私法をめぐる手続きにおいて原則的な意義をもっているのは、互譲に基づく解決がはかられるよう努めなくてはな

らないという、裁判官に対する要請である。この原則は、民事訴訟に関してみると、民訴法279条1項に定められている。これは、裁判官は、決して法と法律に従った厳密な裁判のみにねらいを定めてはならず、むしろ法的紛争を互議に基づき解決して、法的平和を確保すべき義務を大きく負っているということである。これとならんで、互議に基づく合意の促進という原則は、手続きの迅速化にもまたしばしば奉仕する。これは、幾分かは負担軽減・紛争予防の機能もっており、そしてまた、一定範囲では、費用の節約となる。さらに、互議による規律は、フレキシブルであるという点も、そのメリットとしてあげることができる。

民訴法の279条の基本的考えは、新倒産法4条により、倒産法にも同じく持ち込むことができる。これに加え、立法者は、新たに創設した消費者倒産手続き(新倒産法304条以下)において、特別の規律を作った。すなわち、新倒産法305条1項1号により、債務者は、その申立てとともに、債務の整理について債権者と裁判外での合意を試みたがうまく行かなかったことを示す証明書を提出しなくてはならない。もっとも法が、このような合意の努力を必ずしなくてはならないとしているのは、特別の消費者倒産手続きの枠内のみである。新倒産法のその他の部分では、このような法定の圧力はかけられていない。もっとも新倒産法は、他の局面で、かなり強力に、債権者もまた和解の用意がなければならぬとしている。すなわち、新たに規定された異議の禁止(倒産計画に関しては、新倒産法245条、債務整理については同309条)によって、債権者の同意に代えることができるとされているのである。

F 倒産法独特の手続き諸原則

I 債権者平等満足の原則

債権者は平等に満足を受けるという原則(Parconditio creditorum = 債権者の平等(満足)の原則)は、倒産法においては、それを担いかつまた支配する原則であるととらえられている。この原則は、倒産の場合には、すべての債権

者が共同して満足を受ける。そして債権者は、(いずれにしても原則としては)平等の弁済を受ける。さらに、この債権者が受ける満足は、完全な満足ということはまず不可能なので、割合により行われる、ということを示している。債権者平等の原則は、倒産手続きの中心的な側面であるにもかかわらず、これは、法律中では、暗示的に規定されているにすぎない。すなわち、新倒産法1条1項には、はっきりと**共同の満足**が規定されている。個別執行を禁止する規定(新倒産法89条1項、294条参照)から、**平等の満足**の原則を導くことができる。そして最後に、新倒産法38条、187条、188条、195条および196条から間接的に、**割合的満足**ということがでてくるのである。

債権者平等の原則により、**個別の強制執行に対する倒産手続きの中核的な違い**もまた同時に示されている⁽⁷⁶⁾。個別強制執行では、強制執行を行った債権者には、全額満足を受けられる希望がまだあるが、倒産手続きでは実際上ありえない。したがって、個別強制執行では、各債権者がその権利を全面的に実行することができるとし、そして、多数の債権者によって同じ対象に対して差押えがなされたときは、優先主義(民訴法804条3項参照)を採用しても、正当だとしてよいわけである。他方倒産のケースでは、このような優先主義は、決して適切な配当基準でありえないことは明らかである。それゆえこの場合には、債権者の先駆け競争に代えて、共同し、そしてまた平等かつ割合的な満足というやり方がとられなくてはならないのである。

したがって、経済的な観点からみると、この債権者平等の原則は、相当な倒産財団があり、それゆえ意味ある配当ができるということを前提としている。そのことから、かつての破産法および平等な配当手続きが実現されていないことに対する中心的な非難の根は、まさに、多くの倒産手続きでは財団不足となっていたことにあった。財団不足により破産開始が認められないことがしばしばあり、そして、手続きが行われても配当率は平均3パーセントであったために、単純な債権者にとっては、経済的な観点からすれば、もはや債権者平等の原則は、妥当していないという結果になっていた。そのために、倒産法の改正は、正当にもこの点に一つの重点をおいたのであった。様々な倒産優先権の廃止、財団債権の再構成、膨張主義の採用、否認権の強化、そしてまた、担保

債権者の手続き費用負担の下での倒産管財人による担保物の換価により、財団がかなり膨らんで配当の公平性が高まることが期待されているが、この期待は正当である。すなわち、新倒産法の目標は、**債権者平等の原則の復興**ということができる。

他方で、見過ごしてはならないのは、**新倒産法**もまた、はっきりと**債権者の格付け**をしているということである。この格付けの順は、取戻権（新倒産法47条）から始まって、別除権（同49条以下）、財団債権（同53条以下）そして通常の倒産債権者（同38条）、最後に劣後倒産債権者（同39条）となっている。倒産法が、いかなるときでも様々な格付けをし、わけても優先的な債権者を認めてきたし、そしてまた新倒産法も認めているという事実は、しばしば、債権者平等の原則の（重大な）例外そしてまた破断であるとみられている。これに対し、バウアー／シュテルナー⁽⁷⁷⁾は、正当にも、このような見方は正しくはないと指摘している。というのは、債権者平等の原則に内包されている一般的な平等原則は、単に、同一事実関係は同一に取り扱うことを求めているだけでなく、違うものは違う扱いをすることも求めるものだからである。一定の合意もしくは法定の法効果から、ある財産上に、倒産管財人がまず第一に弁済すべき特別の権利が存するところでは、実体的な公正性という理由から、異なる取扱いをすることが必要である。極端に言えば、理性的に法定された債権者の順位付けは、債権者平等の原則に、特別なかたちで奉仕しているのである。これに対し（かつての法の下におけるように）、通常の倒産債権者が、経済的にみて意味のある平等の満足を受けられる可能性がもはやないのは、比重の置きかたに間違いがあり、かつまた倒産優先権の数が多すぎることを物語っているのである。平等な満足の原則に反するのは、このような比重の置きかたの間違いであって、債権者の格付け自体ではない⁽⁷⁸⁾。

II 企業の再生（再組織）

倒産手続きは、ほかに色々とその目的はあるが、（少なくとも部分的には）債権者に満足を受けさせるための執行の一形態である（新倒産法1条参照）。このような執行はまた、結局のところは債務者財産（倒産財団）を換価するこ

とをその前提としている。しかしながら、破産法と異なり、新倒産法は、このような手続きを貫徹するために、統一的な手続きのなかで、並列的かつ同格の二つの道を開与者に開いている。すなわち、債務者財産の清算か、それとも再生(再組織)かである。すでに新倒産法1条から、この二つは、個別事件ごといずれに行くかを判断できる、同格かつ並列的な手続き目的だということがわかる⁽⁷⁹⁾。

更生の基本的な考えは、直面する経済的難点を克服し、企業を機能できる状態でふたたび市場に参加させるために、様々な方策を施して、企業を維持しようというものである。しかし更生は、いわゆる譲渡による更生の方法で行うこともできる。この場合には、企業ないしはその一部門が、他の法主体に譲渡されることになる。まま見受けられる次のような事情が、このようなやり方の基本的出発点をなしている。すなわち、大規模企業では、これを各種の部門に分けることができ、そのうちのいくつかは、状況によっては経済的にはまったく健全に活動することができるが、他の部門は、唯一清算により換価するしかないという事情がこれである。

譲渡による再生を含め、再生は、だれもが認める新倒産法の重要な目標の一つであり、これは、改革の努力においても、非常に重要な意味をもっていた。再生によって雇用を確保することができ、そして、健全な企業ないしは企業の一部を市場に残すことができ、さらに、このような場合には、清算によるいちじるしい減価の危険が避けられるということは、想像に難くない。これらすべての理由から、再生の可能性を広げることは、立法者の重要な関心事の一つだったのであったし、また今でもそうなのである⁽⁸⁰⁾。容易に再生を考えられるようにし、そしてこう考えることを促進するために、立法者は倒産法改革をとりまく領域に、再生の障害となりうるものを除去する諸規律を設けたのであった。特に挙げておくべきは、有限会社における簡易な減資の方法である(有限会社法58条a以下)。さらに指摘しておくべきは、民法419条による財産譲受人の法定責任の廃止である。最後に、この関連で挙げておくべきは、倒産計画(新倒産法217条以下)である。これは、法律の定めているところからはずれることを認め、そして債権者自治を強化することで、再生にとり有益となりうる

あらゆる規律と合意を容易にし、そして促進するものである。

再生の実施は、債務者企業を継続できる可能性があるかどうかの審査というかたちで、開始手続きにおいてすでに始まっていることもある。仮管財人を任命することで(新倒産法21条2項1号)、開始申立てについての裁判がなされるまで、その企業を継続することができる(新倒産法22条1項2号参照)。さらに仮管財人は、倒産裁判所の委任にもとづいて、どの程度債務者企業は継続の見込みがあるかを、鑑定人として評価することができる(新倒産法22条1項3号)。同じく、倒産手続き開始後についてみると、企業に再生の能力があるかを審査し、更生のためのあらゆる手段を講じることは、管財人の任務である。このことは、新倒産法1条に定められている原則的な目的とならんで、わけても、倒産管財人は、報告期日において、再生もしくは譲渡による再生のチャンスについて報告しなくてはならないと規定する新倒産法156条からも明らかである。

Ⅲ 人的普及主義と国際的普及主義

その内容について、一部異なった理解がなされている倒産法上の原則の一つが、普及主義の原則である。この原則は、内国倒産法上では、債権者たる人格を集約するもの(人的普及主義)と把握されているが、国際倒産法上は、債務者国の領域を越える倒産手続きの効力(国際的普及主義)を指すものである。

1 人的普及主義

倒産法は、人的普及主義(債権者普及主義)に立っている。この原則の下では、すべて債権者は、そのランク付けいかんにかかわらず、倒産手続きに参加しなくてはならず、また、個別強制執行によって個別的に満足を受けることが禁じられることとなる(新倒産法87条、89条)。取戻権という法的制度(新倒産法47条)があることは、この原則と矛盾するものではない。すなわち、物的あるいは人的権利を根拠に、目的物が倒産財団に属しないと主張する者は、もしそうなら倒産債権者ではなく、したがって、取戻請求権を倒産手続き外で行使することができる。その地位およびその権利の内容からして、当然のことなが

ら、この者を、金銭による割合的満足に依らせるべきではない。したがって、この者は、倒産手続き外におかれて当然である。もっとも、人的普及主義が本当に破断していたのは、破産法が、別除権（破産法47条以下）となり、同じく破産手続き外においてその権利を行使できる（破産法4条2項参照）各種の優先権を認めていた点であった。新倒産法は、この点につき、人的な普及主義の強化・再興をもたらした。もはや、別して満足を受けることを請求できる債権者も、いずれにせよ、債務者がこの者に対し人的にも責任を負っている限り、倒産債権者である（新倒産法52条）。これに加え、別除権の対象となっているものすべての換価は、今や倒産管財人により行われることになった（新倒産法165条以下）。このような改正により、破産法上の規律に対してなされてきた批判に答えたのであった。

2 国際的普及主義

国際倒産法の領域においては、国境を越える倒産手続きの意義という問題にかかわる二つの基本原理が対立している。すなわちそれは、**属地主義**と**普及主義**である。スローガン風にいえば、ここでの問題は、果てしてドイツの倒産手続きは、国外にもその効力をおよぼすのか、そして、外国の倒産手続きは、ドイツでもその効力が生じるのかである。従来の破産法237条および238条によれば、この二つの問題に対する答は、原則的にはノーであった。これに対応して、長い間判例および実務は、ドイツ倒産法は属地主義によっていることをその出発点としてきた。しかし、1983年および1985年に下されたかの有名な二つの連邦通常裁判所の裁判⁽⁸¹⁾は、この問題について根本的な転機をもたらした。この二つの裁判以降、ドイツ倒産法は、内国のものであれ外国のものであれ、破産手続きは原則として国境を越えてその法的効果をおよぼすとする普及主義に依って立っていることが承認されている。立法者はこの見解を、新倒産法施行令102条に取り入れた。同条は、国際倒産法の非常に基本的な事項を規律しているだけということは別として、こうして、原則的には連邦通常裁判所の新たな判例が立法化されたのであった⁽⁸²⁾。1995年11月23日に調印された「倒産手続きに関する条約」は、近いうちにその施行が見込まれるが、これにより、E

U加盟国内における普及主義の詳細が定まるはこびとなっている。この条約は、その16条で、すべての条約国を拘束する普及効を、倒産開始の時点から認めている（さらにこの条約の27条以下も参照されたい）。

IV 金銭による清算の原則

さきに述べた債権者平等の原則（前出 F I）は、倒産法が個別強制執行法とはもう一つ根本的に異なることを余儀なくさせる。個別強制執行では、各請求は、その内容どおりに実現される。すなわち、意思表示を求める請求権あるいは物の引渡し請求権は、金銭化という方策によらずに履行される。現物執行（Naturalvollstreckung）の原則がとられているのである。倒産法が、平等かつ割合に応じた満足という原則を終始貫こうとするなら、このような原則を採用することはできない。そこで倒産法は、債権者のすべての請求権の金銭請求権への転化（金銭化）をその当然の前提とする、金銭による清算の原則をとる。このような金銭化によってはじめて、債権の価値を比較し、割合に応じた満足をはかることができる。したがって、金銭による清算の原則は、債権者の平等な満足に奉仕するものであり、これによりはじめて、倒産手続きを実効的（効率的）に行うための実践的な前提が整うのである。

したがって、金銭債権でないものは、個別的に金銭評価されなくてはならない（新倒産法45条）。同じく履行期未到来の債権、解除条件付債権、あるいは定期的な給付を求める債権も、履行期にある、金額が確定した無条件の債権に転化させなくてはならない（新倒産法41条、42条および46条）。この金銭による清算という考えは、倒産手続きの枠内では個別強制執行ができないとされていることにより（新倒産法87条および89条）、担保されている。

新倒産法は、わずかではあるが、金銭による清算の原則の例外を認めている。たとえば、仮登記により担保されている請求権をもつ債権者から、その物的な法的地位を、金銭による清算の原則に照らして奪うことは許されない（新倒産法106条）。同じことは、所有権留保付きでの物の取得にもあてはまる（新倒産法107条）。広い意味ではさらに、双方未履行ないしは履行が完了していない状態にある双務契約も、倒産管財人が履行を選択したときは（新倒産法103

条1項)、この例外にあたる。

V 形式主義の原則

倒産法は、個別強制執行法と同じく、最終的には債権者の満足に奉仕するものである。すなわち、その核の部分は執行法なのである。どの種の強制執行も、一般に承認されている見解によれば、実効性（効率性）と法的安定性のために、方式に厳格に縛られていなくてはならない。執行処分は、常に厳格な形式的要件を必要とするが、これに対し実体権の審査は、この範囲内では原則として問題とならない。またこのことによって、わけても、各執行機関への審査権限の振り分けが、実にはっきりなされることになる。すなわち、個別強制執行の枠内においては、債権者の請求権が実体的に存在しているかどうかの審査は、執行官あるいは執行裁判所の任務ではないのと同様に、争いある債権につき別個の確定手続きを実施することは、倒産管財人あるいは倒産裁判所の任務ではありえない。

したがって、倒産法においても、実効性（効率性）と法的安定性からすると、形式的基準をもって債権者の実体権限の審査に代える手続き、ないしは、実体権限の審査は、倒産手続き外の別個の争訟手続きでなされるような手続きしかありえない。個別的には、新倒産法174条以下の債権確定手続きがこれに奉仕する。これによれば、債権者は、その債権を、個別的にその原因と金額を特定して、書面により倒産管財人に届け出なくてはならない（新倒産法174条）。届け出られた債権が債権表に記載されると（新倒産法175条）、債権者としての地位の形式的基礎がえられる。債権の届出は、主張された債権がすでに債務名義をえているかどうかとは無関係である。調査期日においては、届出に対して異議を述べることができる。だれも異議を述べないときは、届け出られた債権は確定したものとなる（新倒産法178条1項）。他の債権者または倒産管財人から、届出された債権に対する異議がなされた場合のみ、立ち入った実体的な審査が必要となる。この審査は、倒産手続き外においてのみなされる。この場合には、通常手続きによる訴えを、争訟裁判所に提起しなくてはならない。

すなわち、倒産手続きの形式化により、法的安定とともに、わけても、争訟

裁判所と倒産裁判所間での有意義な任務分担もまたはかられることになり、そしてこれによって、倒産手続きは、実体法上の紛争から解放される。現代の執行手続きおよび倒産手続きは、形式化という原則なくしては、うまく行かないのである。

VI 債権者自治の原則

今時の倒産法の改革は、債権者自治の原則とそれを強力に貫徹することにも特段の重点をおいていた。できるかぎり市場原理と調和した倒産処理、倒産手続きにおける公正な配当の強化ならびに再生の機会の改善ということとの密接な関連の下、手続きの進行がひろく債権者自治という観点から決定されることで、積極的な効果が上がることを、法律は期待しているのである。利益状況が部分的には多様であり、くわえて、さまざまな債権者グループ間には明らかな利益対立がありうることに照らすと、これは、同時に、所与の利益対立を手続き中で克服できるということの意味してはならない。

個別的にみると、債権者集会（新倒産法74条以下）および債権者委員会（新倒産法67条以下）に参加し意見を述べる権利は、この債権者自治のあらわれである。さらに、自治的な倒産処理の中心的手段は、倒産計画の作成である。これは、個々の場合の経済的状况を特に正しく見極め、そして、債権者の特段の考えを実現することができるものである。もちろん、このような倒産計画の提示は、倒産管財人と債務者にしかできない。債権者が、その考えを倒産計画の枠組みの中で実現したいときは、債権者集会が、倒産管財人に対して倒産計画の策定を委任しなくてはならない（新倒産法218条2項）。債権者自治はまた、倒産計画を受け入れるかどうかを、該当する債権者が決めるということによって確保されているのである。もっとも、このような同意権としてあらわれている債権者の自律的判断は、次の場合には制限を受ける。すなわちそれは、倒産裁判所がその独自の審査に基づいて倒産計画を却下し（新倒産法231条）、あるいは、必要とされる多数の同意がえられなくとも、いわゆる異議の禁止の枠内で、ある債権者グループの同意が擬制される場合である（新倒産法245条）。これに対し、倒産計画に対する債務者の同意は必ずしも必要ではない（新倒産法

247条2項)。

Ⅶ 免責と破産終結後の債権存続の原則

新倒産法のもう一つの中心的関心事は、残債務免責の原則である。この原則は、従来破産法の下で妥当した債権存続の原則と対照をなすものである。原則として、倒産手続きは、その終了後債務者の最終的な免責をもたらすことになるのか、あるいは、倒産手続きで実際に弁済がなされなかった債権すべてについて、責任はそのまま残るのか。いずれかしかない。ドイツ法は常に、後者の選択肢の意味での完全な債務存続の原則をとってきた(破産法164条1項)。そしてこの際、債権表の抄本は債務名義となるとすることで(破産法164条2項)、将来の執行はより容易になっていた。今や残債務免責の可能性が新倒産法の枠組みの中で実現されたが、これは、全面的な債権存続の原則を変更するものではない。破産法164条1項の基本的な規律、そしてまた、債権表の抄本の債務名義としての位置付けは、なんらの変更を受けずに、新倒産法201条において規定されている。すなわち、残債務免責の原則が強調されそして(わけても政治的に)特記されてはいるが、倒産法は、将来にわたっても、自由に行使できる債務存続の原則に立脚しているのである⁽⁸³⁾。

債務者が、倒産手続き終結後7年以上たってから、独立した残債務免責手続きをとった場合には、債務者には例外的に残債務免責が認められる(新倒産法286条以下)。破産終結後の独立の手続きということが強調されている(新倒産法287条)のは、すでに、今後もドイツ法上残債務免責は倒産の直接の効果ではなく、かえって、そのための特別の手続きが倒産手続きにつけ加えられただけということを示している。すなわち、新倒産法1条2文において、残債務免責を「倒産手続きの目標」の中に置いたのは、誤りである⁽⁸⁴⁾。個別的にみると、残債務免責は、倒産手続きの後に生じる効果だということができる。すなわち、立法者は、これを、新倒産法ではなく別の法律中で規定することもできたのであった⁽⁸⁵⁾。新倒産法286条以下の規律により、結果的に立法者は、長きにわたってなされてきた法政策上の要請に応えようとしたのであった。その要請とは、すなわち、債務者に「債務の山」から逃れることを可能とし、こうして

彼に、経済的な再出発の機会を与えるべきだというものである。

残債務免責が認められる要件は、個別的には、債務者が自然人であり（新倒産法286条）、かつその申立てを適時にしたこと（新倒産法287条1項）である。さらに債務者は、7年間、その労働収入としての債権で差押えができる部分を、裁判所が任命した受託者に譲渡しなくてはならない（278条2項）。これに加え、法定の拒絶自由があってはならない。わけても、破産犯罪に基づく有罪判決を受けていてはならないし、債務者が真摯であることを排除する同様の観点（新倒産法290条、296条、297条および298条参照）が見受けられてはならない。かえって債務者は、7年の期間内、つまりはいわゆるよい行状が求められる局面においては、一定の義務を守らなくてはならない（新倒産法295条1項）。この要件を充足するということは、債務者は適切な仕事につき、あるいは少なくともつく努力をしているということ、まずは意味している。これに対し、残債務免責のためには、一定の最低割合での債務の弁済がなされることは必要ではない。最近10年以内にすでに一度残債務免責を受けていたか、あるいは残債務免責が新倒産法296条または297条により拒絶されていた場合には、残債務免責手続きは行われぬ（新倒産法290条1項3号）。したがって、債務者は、その人生中に何回も残債務免責を受けられるわけである。

Ⅷ 手続きの統一性・一体性

最後に、規範的にも理論的にも、手続きの統一性・一体性が追求され、それが達成された点に、新倒産法の手続き的にみて重要な原則の一つをみてとることができるといってよい⁽⁸⁶⁾。規範上の統一性というのは、わけても次の点にある。すなわちそれは、新倒産法が、破産法と和議法が別個の法律として並存していたのを解消し⁽⁸⁷⁾、そしてまた、宣言されていた目標に従って、全ドイツの倒産法の統一をはかった点である。100年以上にわたり施行されてきた破産法とならび、旧東ドイツ圏の各州のための包括執行法もまた、新倒産法にとって代わられたのである。

しかしながらまた、このような長い間望まれてきた倒産法の規範上の統一性ととも、手続きの一体性もまたもたらされたのであった。というのは、従来

の法とは異なり、破産を申し立てるかそれとも和議を申し立てるかという基本的な判断を、清算かそれとも再生かという選択にとって経済的に重要な観点をいまだ最終的に判断できない時点までにする必要がなくなったからである。新倒産法により、債権者の破産申立てと和議法46条の停止効をもつ債務者の和議申立てが競合するということが、解消された。かえって、新倒産法の下では、もはや、一体的な申立てと次のような一体的な手続きしかない。すなわちそれは、なるほど、さまざまな方向へいく多くの可能性をもち、そして債権者自治に広い余地を与えているが、しかしながら、倒産申立てがなされても、いまだなお清算か再生かが決まっているわけではない手続きである。

* 原典は *Hanns Prütting*, *Allgemeine Verfahrensgrundsätze der Insolvenzordnung*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, hrsg. vom Arbeitskreis für Insolvenz und Schiedsgerichtswesen, 2. Aufl., 2000, S.221ff. 本論文の翻訳を快諾して下さった出版社 (Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis) および出版社との仲介の労を執っていただいたケルン大学 *Hanns Prütting* 教授に心より感謝したい。この翻訳では、倒産法制という意味の *Insolvenzrecht* と法律としての *Insolvenzordnung* を区別するため、前者は倒産法、後者は新倒産法と訳出させていただいたことをお断りしておく。なお、ドイツ倒産法の条文については、木川裕一郎・ドイツ倒産法研究序説 (成文堂, 1999年) 267頁以下に訳出されているので参照されたい。

注

- (1) *Baur/Stürner*, *Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht*, Band II, *Insolvenzrecht* 12. Aufl. 1990 S. 38ff.. *Gottwald (Hrsg.)*, *Insolvenzrechts-Handbuch*, 1990, S. 71 (§ 676 ff.)において、*Uhlenbruck* は、もちろん当時の和議手続に関してであるが、一般手続原則に関する一節をもうけている。
- (2) 最近のものとしては、*E. Habscheid*, *Grenzüberschreitendes Insolvenzrecht der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland*, 1998. S. 306 ff. 参照。
- (3) Vgl. BayObLG, NJW 1989, 44m. w. N.. 反対、*Nerlich/Römermann-Becker*, *InsO* § 5 Rn. 5. *Smid*, *InsO*, § 4 Rn. 2 ff. und § 5 Rn. 7 sowie § 44 Rn. 7
- (4) 手続的正義については、*Henckel*, *Vom Cerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen*, 1966; *Bierbrauer u. a.* (Hrsg.), *Verfahrensgerechtigkeit*, 1995;

- Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, 1992 参照。
- (5) この点の批判については、*Bomsdorf*, Prozeßmaximen und Rechtswirksamkeit, 1971; *Weyers*, Über Sinn und Grenzen der Verhandlungsmaxime im Zivilprozeß. Festgabe für *Esser*, 1975 S. 193 参照。
- (6) 倒産法固有の手続諸目的と諸構成の機能については、*Smid*, InsO, § 1 Rn. 15 ff. 参照。
- (7) BVerfGE 13, 164; BVerfGE 34,286; BVerfGE 49,320; 裁判官による法の継続形成に関する手続法上の基礎については、*Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995 参照。
- (8) BVerfGE 2, 403; BVerfGE 49,164.
- (9) この問題についての最近のものとしては、BGH, ZIP 1996, 745 参照。そこでは、長きにわたって通用してきた最上級裁判所の判例の変更は、自明のことながらずっと以前に締結された契約を巻き込むものであり、唯一信義則に基づいてのみそれを制限できるとされている。
- (10) BVerfGE 40,275; BVerfGE 42, 132; BVerfGE 51, 156 BVerfGE 57, 21 BVerfGE 61, 109; BVerfGE 67, 58; BVerfGE 77, 284.
- (11) BVerfGE 51, 284; BVerfGE 54, 299; BVerfGE 57, 22 参照。
- (12) BVerfGE 49, 226; BVerfGE 74, 234.
- (13) BVerfGE 3S, 274; BVerfGE 40, 274; BVerfGE 51, 156; BVerfGE 77, 284; BVerfGE 79,84.
- (14) これについては、*Smid*, InsO, §5Rn. 7 参照。
- (15) Vgl. *Gottwald-Uhlenbruck*, Handbuch, § 13 Rn. 29.
- (16) この点については特に、*Vollkommer*, Festschrift für *Bruns*, 1980, S. 195; *Dörr*, Faires Verfahren, 1984; *Karwacki*, Der Anspruch der Parteien auf einen fairen Zivilprozeß, 1984 参照。
- (17) BVerfGE 46, 325; BVerfGE 49, 220; BVerfGE 51, 150; BVerfGE 52, 131; BVerfGE 69, 387; BVerfGE 78, 126.
- (18) BVerfGE 42, 64; BVerfGE 46, 325; BVerfGE 49, 220 und 252; BVerfGE 51, 150.
- (19) BVerfGE 52, 131.
- (20) BVerfGE 69, 387.
- (21) BVerfGE 78, 126.
- (22) Vgl. BVerfGE 52, 151; BVerfGE 74, 92 und 94.

- (23) BVerfGE 55, 94; BVerfGE 69, 140.
- (24) BVerfG, NJW 1999, 2582; *Schlette*, Der Anspruch auf gerichtliche Entscheidung in angemessener Frist Berlin 1999.
- (25) Vgl. BVerfGE 4, 416; BVerfGE 10, 213; BVerfGE 17, 299; BVerfGE 22, 258; BVerfGE 24, 54; BVerfGE 30, 152; BVerfGE 48, 254.
- (26) BVerfGE 22, 73.
- (27) Vgl. BVerfGE 29, 49; BVerfGE 29, 207; BVerfGE 31, 164; BVerfGE 34, 115; BVerfGE 37, 75; BVerfGE 58, 45.
- (28) 倒産手続の職分管轄について詳細に論じるものとして、*Holzer*, Die Entscheidungsträger im Insolvenzverfahren, 1996. S. 5 ff. 参照。
- (29) BVerfG, KTS 1988, 309.
- (30) BVerfG, KTS 1988, 309, 310.
- (31) 全体につき、BVerfGE 55, 16 参照。
- (32) 法的審問に関する判例及び文献を鳥瞰するのはほとんど無理に近い。その立ち入った分類をしたものとしては、*Waldner*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 1989 参照。
- (33) BVerfGE 7, 56 und 281; BVerfGE 9, 256; BVerfGE 10, 193; この点についてはさらに、*Uhlenbruck*, Festschrift für *Baumgärtel*, 1990, S. 570; HK-InsO/Kirchhof § 5 Rn. 17 も参照。
- (34) Vgl. insbesondere *Uhlenbruck*, Festschrift für *Baumgärtel*, 1990, S. 569; *Maintzer*, KTS 1985, 617; *Quack*, RPflegler 1975, 185; *Skrotzki*, KTS 1956, 105.
- (35) 例えば BVerfGE 9,100; BVerfGE 36, 98; BVerfGE 55, 94; BVerfG 65, 233; BVerfGE 69, 136 を参照。
- (36) *Hess*, InsO, § 10 Rn. 8 も同様である。
- (37) Vgl. *Nerlich/Römermann-Becher*, InsO § 10Rn19. *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch, S. 190 f. も同旨。
- (38) Vgl. *Uhlenbruck*, Festschrift für *Baumgärtel*, 1990, S. 573; *Maintzer*, KTS 1985, 611.
- (39) 従前の学説の状況については、*Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl., 1994, § 106 Rn. 1 参照。
- (40) Vgl. *Wimmer*, InsO, § 5 Rn. 29 und § 21 Rn. 24; HK-InsO/Kirchhof, § 21 Rn. 26; *Nerlich/Römermann-Mönning*, InsO, § 21 Rn. 111.

- (41) Vgl. *Uhlenbruck*, Festschrift für *Baumgärtel*, 1990. S. 579; さらに、*Wimmer-Schmerbach*, InsO, § 5 Rn. 28 und § 10 Rn. 1 も参照。
- (42) *Maintzer*, KTS 1985, 618.
- (43) *Smid*, InsO, § 5 Rn. 25 も同旨。
- (44) Vgl. BVerfGE 18,405; BVerfGE 63,60.
- (45) MünchKomm-ZPO/*Prütting*, § 299 Rn. 2.
- (46) 倒産法における記録の閲覧についての最近のものとして、*Haarmeyer/Seibt*, RPFleger 1996, 221; *Heil*, Akteneinsicht und Auskunft im Konkurs, 1995 参照。また、詳細なものとして、*Uhlenbruck*, KTS 1989, 527 を参照されたい。
- (47) この点については、Vgl. OLG Köln, ZIP 1999, 1449; BGH, ZIP 1998, 961. さらに、OLG Brandenburg. EWiR § 299 ZPO, 1/99. S. 87 (m. Anm. *Pape*).
- (48) Vgl. OLG Frankfurt, MDR 1996, 379.
- (49) Vgl. BVerfGE 18, 212; BVerfGE 21, 195.
- (50) BVerfGE 8, 326; BVerfGE 25, 265; BVerfGE 30, 25; BVerfGE 51, 185; BVerfGE 54, 41; BVerfGE 67, 58.
- (51) Vgl. BVerfGE 35, 274 und 401; BVerfGE 37, 153; BVerfGE 79, 74.
- (52) これは、連邦憲法裁判所の確定した判例である。BVerfGE I, 437; BVerfGE 49, 343; BVerfGE 83, 31; BVerfGE 87, 61 参照。このような一節は、何らの検討なしにしばしば繰り返されているが、言うまでもなく、最近の学会での議論を反映したものとはなっていない。つまり、仔細に検討してみると、中核的なところでは、上訴のような再審査の可能性がなくてはならないことがわかる。いずれにしても、あらゆる上訴審をすべて廃止することは、その結果唯一裁判にあたることになる第一審が、主な部分が単独判事に依ることとされるなら、基本法19条4項および実効的(効率的)な権利保護の要請に抵触すると思われる。この点については、*Prütting*, festschrift für *Nakamura*, 1996, 457, 471 参照。
- (53) BVerfGE 11, 324.
- (54) BVerfGE I, 52; BVerfGE 68, 250; BVerfGE 71, 53.
- (55) 債権者平等(満足)の原則の個別論点については、後記F I 参照。
- (56) BVerfGE 22, 86; BVerfGE 51, 302; BVerfGE 56, 143; BVerfGE 63, 394; BVerfGE 85, 347; さらに、*Uhlenbruck*, ZIP 1982, 288; *Pape*, ZIP 1989, 692; *Hess/Obermüller*, Die Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligung nach der InsO, 1996. Rn. 431 参照。
- (57) BVerfGE 88, 12.

- (58) BVerfGE 35, 348.
- (59) BVerfGE 42, 64; BVerfGE 46, 325; BVerfGE 49, 220 und 252 BVerfGE 51, 150.
- (60) BVerfGE 51, 97; BVerfGE 75, 327.
- (61) BVerfGE 37, 67.
- (62) 画期的だったのは、いわゆる国勢調査判決 (Volkszählungsurteil) と呼ばれている裁判 (BVerfGE 65, 1) である。
- (63) 情報の自己決定権の訴訟上の位置づけと意義については、わけても *Prütting*, ZJP 106 (1993), 427 ff. 参照。
- (64) Vgl. *Prütting*, ZJP 106 (1993), 427, 455.
- (65) 同旨 *Kuhn/Uhlenbruck*, a. a. O. (注39), S 107 Rn. 5d; *Prütting*, ZJP 106 (1993), 446, 449. 反対 *Liebscher*, Datenschutz bei Datenübermittlung im Zivilverfahren, 1994, S. 216.
- (66) (包括) 執行という倒産法の性格もまた、処分権主義の制限を正当化する。
Stürner, Festschrift für *Hanisch*, 1994. S. 257ff. 参照。
- (67) 倒産申立ての詳細については、*Delhaes*, Der Insolvenzantrag—Verfahrens—und kostenrechtliche Probleme der Konkurs—und Vergleichsantragstellung Frankfurt 1994 insbesondere S35ff., 38 f. 参照。
- (68) これについては、*Baur/Stürner*, a. a. O. (注1), S. 41 参照。
- (69) Vgl. *Kuhn/Uhlenbruck*, a. a. O. (注39), § 75 Rn. 6 m. w. N.
- (70) *Kilger/K.Schmidt*, KO, 16. Aufl., 1993, § 75 Anm. Ib m, w. N.
- (71) *Kuhn/Uhlenbruck*, a. a. O. (注39), § 75 Rn. 6a.
- (72) Vgl. BVerfGE 5, 10, 11. これについては、*Nerlich/Römermann—Becher*, InsO, § 5 Rn.41 参照。
- (73) Vgl. *Baur/Stürner*, a. a. O. (注1), S. 44.
- (74) *Kuhn/Uhlenbruck*, a. a. O (注39) § 72Rn. 1 *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch zur InsO, 2. Aufl. 1998, S. 531f.; a. A. *Baur/Stürner*, a. a. O. (注1), S. 45.
- (75) フランクフルト地方裁判所、ZIP 1983, 344 によれば、報道については、裁判所構成法175条2項1文に従い、公開原則に対応する例外が認められるべきだとされている。*Kuhn/Uhlenbruck*, a. a. O. (注39), § 72 Rn. 1; *Baur/Stürner*, a. a. O. (注1), S. 45 は、これと同調する。このような裁判官による法の継続形成は、新倒産法の立法者が、この点を問題にしなかったことからして、疑問に思わ

れる。

- (76) 倒産法と一般民事法ならびに個別執行法との間の関係およびその間の違いについては、特に、*Henckel*, *Konkursrecht und allgemeines Zivilrecht*, in: *Lüke* (Hrsg.), *Grundfragen des Privatrechts, Vorträge anlässlich des Symposiums zum 65. Geburtstag von Prof. Dr. Günther Jahr*, Köln 1989, 1 ff. 参照。
- (77) *Baur/Stürner*, a. a. O. (注1), S. 49.
- (78) この点については、特に、*Häsemeyer*, *KTS* 1982, 507; *Stürner*, *ZZP* 94 (1981), 269; *Baur/Stürner*, a. a. O. (注1), S. 49 参照。*Smid*, *InsO*, § 1 Rn. 34 もまた参照のこと。
- (79) 同旨、*Wimmer*, *InsO*, § 286 Rn. 6; *Smid*, *InsO* § 1 Rn. 47; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, *Handbuch*. S. 474.
- (80) この点については、*Smid*, *InsO*. Einl. Rn. 5 und § 1 Rn. 38 ff. 参照。
- (81) *BGHZ* 88, 147; *BGHZ* 95, 256.
- (82) 個別問題を詳細に論じるものとして、*Kemper*, in: *Kübler/Prütting*, *InsO*, Bd. II, Art. 102 EG *InsO*, Rn. 7 ff. 12 ff. 参照。特にドイツとUSAとの間の問題点については、*E. Habscheid*, a. a. O. (注2), S. 298 ff. 参照。
- (83) 同旨 *Wimmer*, *InsO*, S. 286 Rn. 2.
- (84) すなわち、残債務免責は、不当にも、しばしば、責任の実現とならぶ倒産の目的だとされている。数多くあるうち、代表的なものとして、*Dorndorf*, *Festschrift für Merz*, 1992. S. 38 参照。
- (85) 立法手続の枠組み内での残債務免責の位置については、*Landfermann*, *Festschrift für Henckel*, 1995. S. 520 f. 参照。
- (86) 特に、*Smid*, *InsO*, § 1 Rn. 38 参照。
- (87) 例えば、1985年の社会計画法のような特別法が組み込まれたことも、これにあたる。その全容については、*Landfermann*, a. a. O. (注85), S. 515 ff. 参照。