

## 《翻 訳》

## 新倒産法のめざすところ

元法務省参事官・弁護士・法学博士

マンフレッド・ブアルツ 著

森 勇 訳

## 目次

- A なぜ目的にこだわるのか？
- B 新倒産法の立法上の理念 —— 倒産処理の市場適合性
- C 改革がめざしたもの —— 各論
  - I 倒産処理の規制緩和
  - II 財産に軸足をおいた手続き
  - III 権利の価値評価変更の放棄
  - IV 情報シンメトリーの調整
  - V 債務者財産すべての清算
  - VI まじめな債務者のための債務免除
  - VII 手続き開始の容易化と否認の可能性の改善
- D 立法過程における妥協
  - I 倒産計画についての変更点
  - II 第二次破産に関する規律の簡略化
  - III 債権者集会における意思形成
  - IV 譲渡による更生に関する規律
  - V 担保債権者の扱いに関する変更
  - VI 概括的社会計画の放棄
  - VII 一般倒産手続きに関するその他の重要な変更点
  - VIII 消費者倒産に関する規律の根本的変更

## K 管財人報酬に関する原則

## E 展望

## A なぜ目的にこだわるのか？

倒産法の目的をめぐる争いは、文言をめぐる意味のない争いでは決してない。どのような法律も、その文言だけで機能しているわけではない。法の適用は、決して機械的な当てはめ（包摂）ではない。かえってそれは、どのような場合であれ、全法秩序と個々の規範の基礎となっている社会モデルが織りなす、意味深長な諸原則に立ち帰ることを必要とする<sup>(1)</sup>。新倒産法は、多くの個別の規律において、破産法および和議法の文言を取り入れている。このことから、新倒産法の適用にあたって、今までずっとおこなわれてきた問題解決や問題への取組みそしてまた問題設定を、無反省に取り入れてしまう危険がもたらされている。倒産法政策の転換は<sup>(2)</sup>、まったく予期していなかったことだが、多くの点でまったくあい異なる考えや要望が持ち出されてきたことをその特色とし、そして、なお長い間、法適用にあたる者の先験に刻み込まれることになるとされる数10年にわたる改革の議論に、パラダイムの転換をもたらした。このことによってまた、改革の目的が見失われてしまう危険が生じている。最後に、立法者自身も、司法とそしてまた声の大きい一部の倒産実務家が、立法プロジェクトに対し、おそらくは前例をみないアタックをかけたために、一部で改革の原則的事項をはっきりさせることをあきらめ、そうしたことで、いわば後ろ向きの解釈を、後押しすることになってしまったのであった<sup>(3)</sup>。

この点は問題である。そうしたわけで、果たして新倒産法は、今までもやっていたことをより簡単にするのかということだけが、様々に問いかけられ、果たして実務は変わるはずか、という問いかけがなされることはない<sup>(4)</sup>。わけでも問題だったのは、このような調子で、新倒産法は、「復興過程にある」旧東ドイツ各州には適さないもの<sup>(5)</sup>、つまりは、「調子のよい時を前提とした法律」だとされた点である。

必要に応じ、社会の現実と法の実務を、単に些末な点のみ修正するだけでは

なく、それを根本から新たに作り直すことは、民主的な立法者の職責である。新倒産法は、このような要求をかかげるものである。法の実務は、立法の目的を受けとめて、法の適用にあたっては、これが貫徹されるよう支援しなくてはならない。政府草案は、理由書の総論部において、改革の目的を、今までのドイツの立法のなかでは並外れた強い調子と意味深長さをもって説示している。この説示のほとんどは、いままってもなお妥当する<sup>(6)</sup>。

このように、改革の目的を認識し、そしてこれを自らのものとするのが大切であるが、同じように大切なことは、どのような改革の構想が放棄され、そしてまた、どのような改革にかけた期待が、意識的に裏切られたのかをはっきりさせておくことである。債権者の権利を減縮・カットすることで、できるだけ多く更生をはかり、したがって、一定範囲で、次のような私的経済の緊急事態体制を導入しようという構想は、拒否された。すなわち、そこでは、恐らくのところは一般の利益にかなうと思われる、既存の企業家の生き残りをはかるために、全ての人に対して、受け入れることがまだできる犠牲を強いる体制である。同じくまた、例えば担保債権者と非担保債権者といった異なる債権者の地位を平準化すること、および、共通の危険共同体を形成することが、新倒産法が追い求める破産の理想型だという考えも、退けられた。最後に、今時の改革は、新たな倒産手続きは、旧法上のはっきりとした不具合を除去するのみならず、旧法下ではもはや何も無くなっているような場合でも、適正な形で財団を作るものとなる、そう期待した人々を裏切ることとなったのであった<sup>(7)</sup>。

## B 新倒産法の立法上の理念 —— 倒産処理の市場適合性

会社法の改革を除くと、戦後の民主主義の下にある立法者が、ある法分野をその根本から新たに立法し直したのは、これが初めてのことである。立法は、単なる編集作業ではないし、すでに知られた法資料を、分かりやすいように新たに整理するだけのものではない<sup>(8)</sup>。強調する形で言えば、立法とは、全体が、個々の部分の総和よりもより多くを語る形で、重層をなす諸々の原則をその共通の深層とし、かつまた共通の指導理念に服する諸規範を集成するもので

ある。私法の歴史をみると、重要な諸立法は、同じようにある社会モデルに依って立っていることがわかる。新倒産法が依って立つ社会モデルは、次のようなものである。すなわちそれは、構造転換に対応ができ、生産の向上、諸要因配置の効率そして生産諸要因の動員ということにその軸足を置いた市場経済秩序であり、そしてまた、既存の企業の市場からの撤退は、それにとり、新たな企業体の市場への参入と同じような重要性を持っている経済秩序に依って立っているのである<sup>(9)</sup>。

新倒産法の立法上の理念は、市場の法則にしたがって、倒産処理が行われるように倒産法を設計することである<sup>(10)</sup>。各部門の個別的な目的のかなりな部分は、ここからときほぐされたものである。同じくまた、改革に先立つ議論において今時の改革に期待された新倒産法の諸々の規律目的のうち、あるものは無視され、はたまたタブーとされたのは、この様な理念の結果なのである。

市場原理との適合性ということは、交渉を通じてできるだけ幅広く協調していくことが求められる関係者が、合同して行為をする余地を、かなり多くとることを求める。倒産手続きは、倒産計画ができないときに始まる法定の清算をバックグラウンドにして、私的自治に基づく交渉のための枠組みを定めるものである。それは、裁判所外での倒産処理という展望を取り込んだものである<sup>(11)</sup>。これにより初めて、破産になかった清算を規律する法定の通常手続きを定める法は、任意法規、正確には倒産計画の枠組みにおいては任意法規となったのである<sup>(12)</sup>。この手続きは、法に拘束されたものではあるが、市場経済秩序自体と同じく多様な結論がありうる探求過程であり、言うなれば、「もっともよい換価の仕方をめぐる競争」のなかで<sup>(13)</sup>、経済的にみて正しい解決を可能とする「探査手続き」なのである。

## C 改革がめざしたもの —— 各論

### I 倒産処理の規制緩和

市場経済における理想的な条件が備わっていれば、つまり、関係者が合理的

に対応し、かつ情報が完全であれば、関係者は、他のどの選択肢よりも関係者のだれもをより不利にすることなく、加えて、少なくとも1名の関係者にとっては、より有利となる解決が見つかるまでは、交渉を続けることになる(いわゆる *Pereto* 最適条件の法則)<sup>(14)</sup>。効率性というものは、冷徹な計算だけの単純な経済性を追求するものではない。市場経済においては、その財務上の利益とともに、非金銭的な利益(たとえば、雇用、工業立地の維持という利益、安定した物品等の供給を確保するという利益、あるいは、破綻の影響を社会的に緩衝するという利益)を追求し、交渉の中で貫徹していくかどうかは、原則として関係者の自由委ねられている。もっともそのためには関係者は、唯一財政的な関心だけをもっている者に対し、その対価を支払わなくてはならない。反対に、関係者の利益を強制的に均質なものすることは、満足を感じる状態を失わせることになる<sup>(15)</sup>。

それでは、そもそものところ、倒産手続きがなぜ必要なのだろうか<sup>(16)</sup>。

- (1) 法的な結びつきを欠いた多数の関係者が、法的に構造化されていない交渉をすると、かなりの交渉コストが生じ、その結果、関係者のための債務者財産の価値が、かなり食いつぶされてしまうことにもなりかねない。そしてまた、このような形の交渉は、かなりの時間をくってしまうが、企業の危機の克服にあたっては、この時間こそが、もっとも制約を受けている原資なのである。
- (2) 集合的な交渉を強制しないと、債権者は、交渉するかわりに、ドッグレースをしてしまうことになる。その権利の態様が(たとえば有名義か無名義か、あるいは物権的に担保されている債権かそうでない債権かといった具合に)異なっているので、すべての債権者が、支払ストップを任意に受け入れることは期待できない。
- (3) 個々の債権者に、個別的な取り立てを認めると、配当に当てられる財産を減価させる、すなわち、継続利益(コーピング・コンサーン・バリュウ)を損ない、個別的な清算価値だけしか残らなくなる。倒産は、共同のプールという課題を生み出すが、そこでは、強制的な集合的交渉のほうが、構造化されていない交渉よりも、経済的により効率的であること

は、かなり確実である<sup>(17)</sup>。

- (4) 個々の関係者の一定の非金銭的な利益、たとえば、単なる嫌がらせとか競争者の排除ができるという利益、あるいはまた、妨害的行為がもたらす利益（ニューサンス・メバリュウ）を最大化できる利益といったものは、秩序政策やフェアネスを理由に、これを無視し、またうまくかわせるようではなくてはならない。交渉手続きが法的に統制されていないと、倒産では、債務者の運命が、次のような個々の債権者の手に委ねられることにもなりかねない。すなわちその債権者とは、債権の取得にあたり、そのための「対価を支払って」いない権利によって、独り占めができてしまうことにもなりかねない債権者である。

- (5) 最後に、構造化されていない交渉は、たとえば債務者の財産内容やその清算価値、さらには、更生させた場合におそらくは増加するであろう価値について、関係者間の情報配分が非対称となっていることで挫折する。

以上の事実すべては、法的に構成されていない交渉を通じての「自由な」倒産処理では、**市場原理が働かない**ということを示しているのである。

世界的に広く認められている、古典的な倒産手続きを構成している個々の要素は、この様な市場原理の機能障害を是正することに向けられたものである。**執行をストップすることは、集合的な交渉を余儀なくさせる。**信用保証が幅をきかせている現代の信用経済がかもしだす諸条件の下にあっては、担保債権者をもまた集合的な手続に引き込み、個別的な取立てを禁止しなくてはならないことは、明らかである。それは例えば、平等原則が、異なった権利を、できるかぎり同じく扱うことを求めているからではない。そうではなく、唯一このようにすることでのみ、共同の責任財産の価値を維持し、それを最大化することができるからである。情報の非対称は、管財人等の職にあるものおよび裁判所がこれを調整する。債権者集会等そしてまた和解や計画の採決は多数決によることで、邪魔しようという個々の債権者のポテンシャルを押さえ込むことができる。多数決による決定ということの意味は、唯一この点にあるのであって、たとえば、政治にまねた民主主義に基づくとか、あるいは、債権者が団体法的に結合している（「危険共同体」）と想定できるからでは決してな

い<sup>(18)</sup>。

債務者の財産に対する責任追求の集合化にあたり、新倒産法は、この他に、三つの重要な点で、古典的な規律のレパートリーを超えるものとなっている。まず第一は、すべての関係者に、関係者の権利の清算価値の額を限度に、**少数者保護**が例外なく保証されている点である<sup>(19)</sup>。それから、多数決の原則は、公正に形成された採決のためのグループ内だけではたらく。すなわち、**債権者利益の強制的な均質化は制約されている**のである<sup>(20)</sup>。第二の点は、グループ分けに際しては、債権の清算法上の順位が考慮されなくてはならないが、これに加え、債権者のさまざまな利害関心をも考慮することができるとされている点である。債権者の地位の安定を減じてしまうような均質化は、大幅に避けられている。たとえば、かつて別の機会に、私がマルチプル・オーナー・シップケースと呼んだことのある<sup>(21)</sup>、同時に債務者企業の所有者でもある債権者を、外部債権者と一緒にはしてはならない。まずは企業が存続することに関心を抱く従業員を、商品の供給者と一緒にはすべきではない。そして最後に、新倒産法は、グループの少数派が、債務者財産の価値にそれ相応にあずかることとなっているにもかかわらず、ある計画に対し異議をとなえるときは、その**同意を補完**することを認めている。ここでは新倒産法は、かなりなそしてまた生産的な簡素化をしたうえで、まちがいがなく有益でしかも経済的にみてうまく機能しているアメリカの更生法の諸々の構成要素（少数者保護としてのベスト・インテレスト・テスト<sup>(22)</sup>、グループ分けに際しての**分類基準**<sup>(23)</sup>および**異議を禁止する際のクラム・ダウンの原則**）<sup>(24)</sup>を取り入れているのである。

規律の仕方という点からすると、確かに単純とは言えないこの枠組みの中で、清算のメカニズムとは違う形での財団の換価および配当についての交渉を行うことができるし、また行わなくてはならない。**規制緩和**とは、こういうことであり<sup>(25)</sup>、たとえば、強者がその力を制約されることはないとか、あるいは、破産管財人がやりたいようにできるということを意味するものではない。交渉の枠組みを作り上げるにあたって、整序のために要するコストがかなりになることは明らかであるが、管財人そしてまた裁判所による、手続きの舵取りは少なくなる<sup>(26)</sup>。

## Ⅱ 財産に軸足をおいた手続き

倒産手続きの論理は、**集合的に責任を実現すること、その一点にある**<sup>(27)</sup>。責任の担い手は、**債務者の財産**である。重要なのは、個別的な追求により無統制にずたずたにされてしまうことから、債務者の財産を守り、そしてすべての出資者の利益のために、それを最大化することである。

債権者には、たとえば、人的責任を負う社員が、将来にわたり責任の引受けを請け負うことを求める権利や、債務者企業がその組織を変更しあるいは社員の範囲を変更することを求める権利とか、はたまた、ある企業の暖簾や組織が、所有者の意思に反して倒産手続きを生き抜いていくことを求める権利などない。債権者は、譲歩することで、企業所有者が更生中の企業に残ってその役割をさらに続けて果たし、あるいはさらに、新たな資本を導入することを促せるだけである。したがって、倒産手続きは、財産にその座標軸をおいているものであり、**組織にその座標軸をおくといったものではない**<sup>(28)</sup>。新倒産手続きは、倒産法改革委員会も求めていた企業組織法に手をつけることを、放棄したのであった。つまり、**会社法の自律権および経済的結社の自由を尊重するもの**となっているのである。

しかしながら、他方では、新倒産法は、企業家の役割ないしは債務者の組織を、責任追求が財産にもたらす結果から守るものでもない。倒産法の意味は、更生の場合であっても、**責任の実現**であり、債務者を債権者から保護するか、あるいは、債権者と債務者間の「調整」を図るものでもない。したがって、所有者の権利の減価を示す倒産においては、バラバラにして清算するというやり方が放棄されるとき**の規律内容の特徴は、企業の更生ということであって、企業体の更生ではない。新倒産法が構想する更生の範例は、譲渡による更生**であり、債権者と債務者間の和解ではない<sup>(29)</sup>。

手続が財産にその座標軸をおいているということから、一連の重要な結論が導き出されてくる。

- (1) まず第一は**手続きの一体性**である<sup>(30)</sup>。もし、最良の責任の実現のために**集合的な財産を最大化することが、承認されている唯一の倒産手続きの機**



能だとするなら、関係者の関与権および満足を受ける権利を、手続きの行き着く先は何かにより、異なったものとするとは許されないはずである。(個別的清算、譲渡による更生、債務者の更生)という換価の諸形式のうちの一つを、手続きの構造上他のものよりも優れているとし、優遇する理由は何もない。この倒産手続きは、同じ法的条件下で達成可能な手続き結果すべてにむけた舵取りができる、**中立的な法的枠組み**を用意すべきものであり、そしてまたこの手続きは、それが実際の手続き状況に照らすとまだ可能である限り、どの段階においてもその目標を変更できるものでなければならない。倒産計画は、財団換価<sup>(31)</sup>のやり方すべてに用いることができる。つまり、債務者の更生と譲渡による更生のいずれにも使えるが、しかしまた、たとえば財団の換価・配当にあたり、法律に規定されたものとは異なるやり方をしようとするときは、単純な清算のためにもこれを用いることができるのである。

- (2) 財産にその座標軸をおいたことで、**すべての種類の債務者**に対する手続きが同じ構造となるという意味でもまた、手続きの一体性がはかられている。その信用力が、主として労働に基づく収入、つまりはその人的資本の上に成り立っている債務者に関してだけ、ほんのわずかな特別の規律が必要なのである<sup>(32)</sup>。
- (3) さらに、財産に座標軸をすえたことから、手続きの進行および結果が、裁判所もふくむ**財務的には関係がない者の「政治的な」影響**<sup>(33)</sup>をできる限り受けないものとなっている。この手続きは、ミクロ経済学的な判断枠組みであり、決して国民経済的なそれではない。このことは、部外者、たとえば地域団体は、債権者と同じく、その非金銭的な利益を手続きに持ち出すことは許されないということではない。もっとも、これらの者の関与は、金銭という媒体を通じて行われなくてはならないし、またこれに対する対価を支払わなくてはならない。**被雇者は**、債権者である限り、あるいは、将来に向けた企業の負担軽減をつうじて債権者のために収益力を増大させることができる限り、手続きの進行に影響を与える<sup>(34)</sup>。**管財人は**、たとえば、死に絶えた工業部門の雇用の場をできる限り救わなくてはならな

い、何をやってもよいソーシャル・エンジュニアではない。管財人は、債権者に金を出している者の代弁者であり、その調整役以外の何者でもない。裁判所は、手続きを監視する者であり<sup>(35)</sup>、それ以上の何者でもないのである。

### Ⅲ 権利の価値評価変更の放棄

倒産手続きは、民事法上の財産的責任を貫徹すべきものであるが、倒産前の法的地位の価値を変更すべきものではない。それは、財産を再分配するものではなく、債権者相互間、あるいは債権者と債務者ないしは所有者間の関係において、財産の移動をもたらすべきものでもない<sup>(36)</sup>。

すなわち、担保債権者の手続きへの組み入れに関してであるが、新倒産法は、これに先立つ改革議論と比較してみると、その視角を転換している。担保債権者が受け入れられる改善ないしは手続きへの寄与をどのようなものにするかをめぐる議論のために、改革は何年も遅れてしまったし、経済界を守りの姿勢に追い込んでしまった。現在担保債権者の手続きへの組入れが規定されているのは、唯一それが（価値の最大化は集合的な取り扱いによってのみ可能となるという）共同のプールの課題を克服するために必要だからであり、担保漬けを緩和するとか、あるいは、倒産、つまりは担保が出番となるときに、（たとえば、担保動産の占有がないといった）信用担保権の法律上の欠陥を、担保債権者に埋め合わせさせる必要があると考えられたからではない<sup>(37)</sup>。

優先権の廃止を正当化する根拠のうちで、もっとも説得力があるのは、同じくまた、倒産特有の私権の評価変更は法政策上タブーだというものである。草案理由書の総論部分<sup>(38)</sup>が言っているところの、確かにポピュラーではあるが、ほとんどその先の説明がつかなくなる公正な配分という理念ではない。もし仮に、何の責任もないのに債権の喪失を受け入れなければならないのなら、優先権の創設とその廃止のいずれも、社会的に公正な配分というものをダイレクトに生み出すことはない。もし、ある特定の種類の債権者の保護の必要性を示す社会的指標を取り入れようというのであれば、その債権者の債権を、一定の限度額まで、あるいは —— 社会計画法および新倒産法の社会計画についての規

律にみられるように——、倒産財団の一定限度割合まで、手続きをとおして常に他の単純な倒産債権と異なる乗数を(例えば、第1分類の債権は2乗、第2類型のものについては、1.5乗といった具合に)もって乗じ、このようにして、評価ということとはそもそもあいられない、「オール・オア・ナッシング」という伝統的な順位付けの仕方をさけるべきである<sup>(39)</sup>。これによりまた、優先権というやり方がかかえるそのほかの複雑さや不具合、たとえば、債権者集会における投票にあたっての優先債権者と単純債権者の構成分け、ある計画を立てる場合におけるグループ分けの必要性などなどを回避することができる。もちろんこのようなシステムもまた、倒産前に成立した権利の価値を変更し(あるいは再評価し)てしまうという欠点を持っていると思われる。

優先権を廃止したことで、債権の分類のない破産ということになったわけではない。廃止されたのは、一般の民事法に基づかない順位の差のみである。民事法に基づく一定分類の債権の劣後性は、—— 従来のように(破産法63条)手続き参加を認めないとするのではなく——、倒産法下では、責任実現をはかり、加えて倒産前に成立した法的地位であることに照らして、手続き中で処理されることになっている<sup>(40)</sup>。

手続き中時間が経過するうちに、関係者間で財が移動してしまうこともできるだけ避けなければならない。たとえば担保権者のような価値のある権利をもつ関係者は、いずれにせよ無価値の権利しかもたず、失うものはなにもなく、反対にえるものばかりの関係者、たとえば(企業)所有者、劣後債権者、そして通常の場合には単純な債権者などに比べると、手続の遅延により多く苦しまなくてはならない。このことは、はっきりしている<sup>(41)</sup>。例えば、暫定的な企業継続が問題となり、あるいは、必然的に時間を要する再建計画の交渉が行われるときは、所有者や単純な債権者は、担保債権者に比べ、危険を引き受けるポテンシャルが高い。手続きの市場原理との適合性および手続きの座標軸を財産にしていることは、このような利害の対立は、原則としては交渉もしくは法律上の手当によって調整がはかられることを求めているのである。新倒産法は、倒産財団(つまり経済的にみれば、非担保債権者、劣後出資者および企業所有者の総体)に、報告期日の時から次のような利息を負担させる169条を

もって、重要な一步を踏み出した。すなわち、その利息とは、仮に担保価値がそこまでカバーするものでなくとも、被担保債権につき被担保債権者に支払われなくてはならないものである。関係者には、手続きの進行に関する判断についてであっても、その債権額ではなく、権利の**経済的価値**（実際の価値）に応じて**発言権**および**関与権**が認められるべきであった<sup>(42)</sup>。しかしながらこの点についてみると、後に述べるように、新倒産法は、改革に求められたところにはほど遠いものとなっている。

最後に、手続きが財産をその座標軸としていることから導きだされるのは、**だれも**、自分が関心のない手続き結果のために、さらなる —— 1978年以来的の改革をめぐる議論において、好んで用いられた言葉である —— **犠牲をはらう必要はない**ということである。わけでも、関係者に対し、更生のため、国民経済の構造転換を損ないつつも、犠牲を強いることで、関係者にとっては清算よりも不利になる更生に駆り立てることが、倒産手続きの任務だなどということはない。だれに対しても、**清算割合を受けとる権利を**、更生に**再投資**するよう強制はできないはずである。それゆえ、倒産計画に異議を述べたすべての関係者は、その権利の清算価値（つまり、想定配当額）に相当する給付を求める権利が与えられているのである（**清算価値の額での少数者保護**）<sup>(43)</sup>。

#### Ⅳ 情報シンメトリーの調整

そこにすべての情報が集まる管財人をおくだけでも、関係者間の情報の不均衡の調節に大きく寄与する。執行をストップしてしまえば、当事者が、自分のもっている情報を、一方的に利用することをかなりの程度防止できる。倒産計画は、関係者に開示されなくてはならない。

いうまでもないが、**判断にとり重要な事実の開示**についてみると、新倒産法は、アメリカ法が求めている「ディスクロージャー」には遠くおよばない。構造的に「疑いがある」場合においては、情報の不均衡の調整はいっそう重要なはずである<sup>(44)</sup>。この点について政府草案は、**譲渡による更生の際の市場価格の計算**および倒産財団からの**インサイダーの利得の取り扱い**に関する、先進的で国際的にも非常に注目される一連の規律を予定していた<sup>(45)</sup>。そしてこの規律

は、譲渡による更生というやり方の明かな欠点（ゴーインク・コンサーンを下まわる価格での企業の売却。みじかな者による**資産の略奪**）を克服するはずのものであった。しかし、以下でみるように、これらのかなりの部分は、法務委員会の唱える簡素化の必要性と、管財人となる人々からの哀願をうけてほうむりさられたのであった。

## V 債務者財産すべての清算

新倒産法は、わけでも、*K.Schmidt* とその弟子である *W.Schulz* が求めたところ<sup>(46)</sup>をうけて、**債務者の財産すべての清算**をめざしている。新倒産法にとりこれは、単に、学者サイドから求められた全積極財産の清算のみならず、すべての**財務的な寄与の始末**、つまりは劣後債権者および自己資本提供者の財務的な寄与の始末も、倒産手続き内でつけることを意味している。劣後債権の組み込みについては、新倒産法の立法者は、他から改革に対する目立った反対を受けることなく、まったく新たな道を歩んだのであった。

会社は、原則的には、**解散の機が熟する**ところまで清算される<sup>(47)</sup>。まずもってこれは、整序をはかる法内在的な目標である。すなわち、これは、不経済で換価と矛盾することになる倒産による清算と、会社法上の清算との重複を避けようということである。そのために、新倒産法は、会社財産はすべて換価し、残額があれば、債務会社の出資者に配分すべしと定めている<sup>(48)</sup>。この、すべての清算という目的は、財団を形成できる倒産の場合には、おおむね達成できるが、財団不足の倒産では達成できない<sup>(49)</sup>。

**放棄**に関してみると、新倒産法は、完全な清算および会社財産と財団の一致を唱える者に追従しなかった。すなわち、将来にわたっても、放棄が認められることになっている<sup>(50)</sup>。最良の責任実現という債権者の利益と、個別執行と包括執行の平行性は、完全な清算という、整序という観点からの利益に優先するというのが、立法者の考えである

完全な清算は、一面では、単なる技術的な整序という観点からの目標に止まるものではなく、実質的にも、手続きの市場原理との適合性および財産に軸足を置いていることとも関係している。すなわち、従来手続きに組み込まれな

かった債権<sup>(51)</sup>を財団を引き当てとする債務としたこと、そして、これら**将来の劣後債権**<sup>(52)</sup>のランク付けを導入したことである。これらの債権は、最終的に清算になろうが更生計画が立てられることになるが、統一的なスキームに服することになっている。債務者または債務者の社員は、すべての債権者が満足を受けた場合、わけても、手続き中に発生した利息をも払った場合にのみ、財団から財産を返却してもらえることになる。

## VI まじめな債務者のための債務免除

債務免除という手続目標は、市場原理との適合性という考え方により、そのすべてを正当化することができるものではない。確かに、**現代の債務の塔**を破壊することは、そもそものところのっぴきならない社会の関心事ではある<sup>(53)</sup>。免責は、明らかに、債権者と債務者の地位を、倒産法固有の形で転換する。このことは、わけても**給与を担保としている際のその制限に妥当する**。もっとも、これには、正当かつ市場経済からみてもっともだと言える理由がある<sup>(54)</sup>。

実際に、将来に向けての免責制度の導入は、一種の**自然人の責任制限**である。すなわち、これは、法人の場合と同じく、倒産において初めて本当に役に立つ。有限会社制度の創設や一人会社の承認の際と同じく、まずは、市場経済的な交換過程に先立つ**原初的な法的地位の配分**の問題であり、これは、決して市場経済という観点から完全に正当化できるものではなく、常に法倫理的な評価に依拠しているものである<sup>(55)</sup>。

消費者倒産の特色は、**責任の基礎**が、ほとんどの場合には現有財産ではなく、**期待される将来の収入**、一定範囲では人的資本だという点にある。将来の収入は、基本的には債務者のやる気にかかっている。通常給与の譲渡およびその入担が行われている結果、消費者破産の場合には、責任の土台である人的資本を、共同の換価に服させることはまったくできなかった<sup>(56)</sup>。新倒産法は、給与の譲渡・入担を制限して、ようやくにして債務者の将来の収入を包括執行のために取り込んだのであった<sup>(57)</sup>。

**善行期間中**やる気をおこさせる法定の処置および免責の見込みが立つことで、債務者は、現在のスキームの下でより、より多くの収入をえ、その債務を

より多く弁済するということが達成されるはずである。後になって自由に債権を行使できる権利があっても、それは、闇の市場あるいは長期にわたる失業に逃げ込んでしまった債務者に対しては、何の価値もない。法定の免責は、理性的に行動しかつ平等な債権者なら、任意の債務弁済計画において合意するであろうものと同じようになっているのである<sup>(58)</sup>。

## Ⅶ 手続き開始の容易化と否認の可能性の改善

倒産法の立法者と同様、債務者が財政危機に陥った場合には、債権者が集合して行動することが経済的にみて有利であると考える者は、倒産手続きが開始される場合は非常にわずかで、多くの倒産では、法の不備から財団不足となってしまうことを見過ごすことはできない。新倒産法は、——「ここではいちいちあげるまでもないが<sup>(59)</sup>」—— 多くの手続きの改良、そしてまた多くの実体倒産法を改正することで、手続きの開始を本質的に容易なものとし、そして、市場原理と適合する手段によってできる限り倒産財団を増殖させることをその目的とし、そしてこれを達成している。言うまでもないが、責任実現の集合化という市場経済的にみて中心的な機能に関連しているのは、否認権の強化<sup>(60)</sup>と責任請求権を財団に帰属させること、そしてまた、どのような手続きの結末が模索されているかとは無関係に、これらの規律が一律のものとなっていることである。

## D 立法過程における妥協

新倒産法の政府草案は、わずかな削除と修正を受けただけで、議会の立法手続き、つまりは連邦衆議院の法務委員会における非常に慎重かつ突っ込んだ審議を持ちこたえた。もっとも、立法者による改革の要点は、推測に基づく実践性という利益のために、木目の粗いものとされてしまった。すなわち、「倒産計画をもてあそぶこと」に対するあるグループ (*Gravenbrucher Kreis*) からのポーレーミッシュな警告<sup>(61)</sup>、そしてまた、たとえば *Uhrenbruck*<sup>(62)</sup> など裁判官により表明された、「過度に司法に下駄をあずけてしまう」ことに対する憂慮は、そ

の効果を発揮した。いくつかの領域では、改革のコンセプトの原理的構想が、破棄されたわけではないにしても、希釈され、そして不明確なものとしてしまった。もちろん、いくつかのところではその反対に、立法者は、改革の目的を、連邦政府が提案したよりもより明確かつ断固としたかたちで実現している<sup>(63)</sup>。

以下では、各種の例をいくつか見ていこう。

## I 倒産計画についての変更点

まずもって、政府草案が、一部外国の先例をわが国に適合する形で取り入れて、一部では根本に立ち入った議論の結果、新天地に足を踏み出すことになった倒産計画および譲渡による更生についてみると、その規律は、最終的には、交渉および判断過程の市場原理との適合性という意味では、明らかに木目の粗いものとなっている。

倒産計画の立案権は、管財人と債務者にのみ認められることになった<sup>(64)</sup>。債権者および企業所有者グループの計画提案権<sup>(65)</sup>は、取り入れられなかった。ここでは、法務委員会は、明らかに、実りのない「計画案のもて遊び」と不慣れた任務、そしてまたおそらくは影響力の喪失を恐れる裁判官サイドの憂慮および経験を積んだ倒産管財人の言うことに影響を受けたのであった。私は、このような憂慮には根拠がないと考える。すなわち、政府草案は、時間のロスと費用が避けられるように構成されていたのである。倒産手続きが、うまい方法の探知手続きおよび最善の換価方法の競争としてのなしうるところは、このような変更により制約されてしまう。債権者グループの計画提案権を排除したことで、倒産計画もまた、共同の責任実現という目的に全面的に従うものである、つまり、清算のためと同時に債権者のためのものでもあるという考えが濁ってしまった。改革の意図に反して、倒産計画は、経済的にみて最善の換価についての判断にたどり着くための一つの中立的な方法としてではなく、債務者保護のための手段そしてまた企業家の更生のための手段<sup>(66)</sup>だとする間違った解釈がなされる危険があることは、今や否めない。残念なことに法務委員会は、目的規定である第1条を書き改め、そして、まさしく倒産法の独立した一つの目



的ではない「企業の維持」ということを掲げてしまったことにより、このような誤解にエールを送ってしまったのであった。法務委員会の報告書では、この点につき次のように述べられている。すなわち、「倒産手続きの目的としては、債権者の満足とともに、倒産計画による企業の維持ということも掲げられることとなる」と。不覚にもこのようにして、倒産計画を近代化された和議とする、一見もっともに見えるが、しかしながら誤った理解が紛れ込んでしまったのであったが、このような理解は、政府草案でははっきりと否定されており、そしてまた、新倒産法の個々の規律によっても裏打ちされていないものである。

倒産計画という制度の経済的なロジックに対する同じように重大な介入は、**ある債権者グループの同意の補完**が、他のグループの過半数が計画に同意した場合しか認められないとされたことである<sup>(67)</sup>。この背後には、我が国民独特のものであり、だからこそ、間違いないとは言えない次のような考えが潜んでいる。すなわちそれは、多数の意向は、内容的にも経済的にも正しいことの保証になるという考えである<sup>(68)</sup>。いずれにせよ、多数決が持っている正当化の力に対する信仰は、グループの構成をどうするかについてフレキシブルであることから、意識的にそしてまた合法的にグループの過半数の賛成を作り上げることができるので、新倒産法の下ではかなり克服されている。

政府草案は、より説得力があり、計画に関係してくるグループのひとつだけが現実に同意すればよしとしていた<sup>(69)</sup>。すでに述べたように、手続きが追い求める最良の解決とは、他のすべての選択肢と比べると、ある一つのグループにはより有利で、その他のグループをより不利に扱うことにはならないものなのである。

ほとんど問題がないのは、法務委員会が取り入れた**グループの形成の簡素化**<sup>(70)</sup>である。確かに新倒産法は、法的には同じ地位の関係者でも、経済的利益を異にすれば、決議のためのグループを別に作ることを認めてはいるが、必ずそうしなくてはならないとはされていない。政府草案は、異なる利益を持つ関係者を、別段のグループにすることを必要的としていた。これは、先にあげた意味における手続き結果の最善化に明らかに役立つはずのものであった。グ

ループ分けは、一次的には、(例えば、通常の債権者と企業所有者たる債権者、あるいは商品納入債権者と不法行為債権者といった)各債権者グループをその利益状況にかなった形で取り扱えるようにするものだということを、ほとんど分かってもらえなかったのであった。この修正は、実務にとっては、さして大きな問題ではないし、そしてまた、実務は、グループの過半数の賛成を達成し、計画の承認を受けることができるようにするために、許されているところの、その経済的利益による関係者の振り分というものを、確実に高い頻度で使うことになろう。法務委員会による修正で失われたものは、規律の経済的見地からみた透明性である。すなわち、これは、グループが少ないこと、つまり、関係者の利益を技巧的に同調させることは、実際には効率性を喪失させることにはなるが、まあよいことだという感を与えてしまうことになる。この他に、グループの数の削減は、同意期日における同意の数の多寡を除けば、管財人、裁判所のいずれにとっても、特段の実務上の利点をもたらすものではない。

## Ⅱ 第二次破産に関する規律の簡略化

債権者集会における財団債権者の投票権に関する規定と財団不足の場合の倒産計画つまり「第二次破産」に関する規定<sup>(71)</sup>の削除もまた、確かに実務上の意味はほとんどない。しかしながら、倒産法改革の二つの指標を、はっきりと、そしてまた、他の実践的に重要な諸規律にも輻射する形で示していた諸規定が削除されたことは、やはり残念である。草案におけるこの点に関する提案は、一方では次のことを明確としていた。すなわち、債権者の自治というものは、手続き中での発言権が、関係者の権利の実際の価値により決められる場合のみ、市場原理に適合したプロセスをもたらすことができるということである。そして他方では、あるプランの枠組みの中での交渉によってより有利な解決を達成するチャンスは、積極財産と消極財産の関係、つまりは、債務超過の程度にかかるものではないということがはっきりと示されていたのであった。こうした規律の背後には、和議の成立を、(まったく恣意的でしかない)最低の弁済割合にかからせていた和議法の考え違いがかいまみられる。しかしながら、倒産計画は、更生能力のある債務者だけのために予定されているのではなく、そ

れは、すべての場合において、清算という通常のタイプとは異なる財団換価の方式を提供するものなのである。さらには、債務者企業の企業継続価値が清算価値より大きいかという、更生に際しての決定的問題も、原則的には、清算価値が一定の債務の弁済に充分かどうかとは一切無関係である。当然のことながら、個々の場合においては、企業を継続する計画によって債務者の更生をはかることが、財団債権を全額支払えない場合においても、関係者の利益に添う場合もありうる<sup>(72)</sup>。残念ながら、これはできなくなった。もっとも、実務にとってのこのような損失よりもより憂慮すべきは、ここにおいても、法的なものの考え方が誤った方向へと導びかれてしまう恐れがあること、そしてまた、今時の力あふれる立法を輝かしいものとしている原則の透明性(Prinzipientransparenz)が損なわれてしまっていることである。

### Ⅲ 債権者集会における意思形成

法務委員会は、債権者集会における意思形成を非常に木目の粗いものとし、本質的には現行法を維持した<sup>(73)</sup>。劣後ではない債権者の債権額により計算された多数決で充分とされている。担保債権者と非担保債権者とが、ごちゃまぜにされているのである<sup>(74)</sup>。つまり、市場原理との適合というスローガンから導かれる、影響を与えるチャンスは、関係者の権利の実際の価値によって定められるという原則が守られていない。

今では元にもどって、少数者保護のためには、和議法に由来する倒産債権者の共通の利益の確保という基準でこと足りるものとされているが<sup>(75)</sup>、これもまた、立法者の後ろ向きの判断である。すべての債権者にとり共通の利益などというものはない<sup>(76)</sup>。そうでないなら、倒産計画に対する投票に際して、グループ分けをする必要などないはずである。共通の利益という基準は、手続き終結の際想定配当割合にあずかる利益という意味でしかはたらかない。しかし、危険の多い更生の試みとそれと結びついた時間のロスおよび利息のロスについて、各債権者グループは、相異なる判断を下すということが、ここでは見過ごされている。そのために、政府草案は、正当にも、個々の債権者グループに多く切り結び、非常に個別化した少数者保護を予定していたのであった。こ

れに加え、政府草案では、債権者グループ間での合意による調整ということも予定していたのであった<sup>(77)</sup>。

債権者集会の決議の裁判官によるコントロールにあたり、**債権者グループ間の関係調整のための支払や担保提供を顧慮すること**も、同時に放棄されたが<sup>(78)</sup>、新倒産法が規定する債権者利益の均質化ということからすると、そうしないと一貫しないのである。そうなると今度は、先のような債権者グループ間での合意もまた成立しなくなってしまう。効率性をより多くあげることができたのに、そうはならなかった。

本質的には破産法と同じように、債権者集会における意思形成のあり方は、木目の粗いものとなっているが、これは、倒産計画の際の判断についての規律が木目細かく差異をもうけていることと平仄がよく合っていない。手続きの進行に関する判断の正当化と、その**結末・出口**についての判断の正当化との間には、断層がみられる<sup>(79)</sup>。ちなみに、債権者集会の判断は、個々の債権者グループにとり、倒産計画と同じないしはそれ以上に広範にわたる財務上の結果をもたらすこともあるのである。

#### IV 譲渡による更生に関する規律

譲渡による更生についてみると、法務委員会が採用した法文言は、政府草案に比べると大きく後退したことを示している。政府草案は、仮草案(Vorentwurf)と同じく、倒産財団からの**その価値を下回る価格をもってする営業譲渡**もしくは、関係者(いわゆるインサイダー)への譲渡は、倒産計画に基づく場合のみ認められるとしていた<sup>(80)</sup>。これにより、たとえばK.Schmidtが正当にも非難した、譲渡による更生の際の不都合<sup>(81)</sup>が除去されるはずであった。倒産計画によれとすることで、各債権者は、その法的地位の清算価値の額までは保護され、さらには、更生による企業継続で得られたプラス・アルファに、すべてのグループが適切なかたちであずかれることが保証されることとなっていた<sup>(82)</sup>。新倒産法は、木目の粗い意思形成のメカニズムによっている**債権者集会**だけで正当化されるとしているが<sup>(83)</sup>、これでは上記のことは達成されないし、そして、破産法<sup>(84)</sup>と比べても、なんら大きな前進をもたらすものではない。残

念ながら、法務委員会は、市場価格が形成されることを確保するために提案された処方策の多くを、放棄してしまったのであった<sup>(85)</sup>。

木目の粗い手続きの下での債権者集会の同意のみによって、譲渡による更生が正当化されるとしたことで、その規律が技術的に面倒な倒産計画の方法による更生ということは、はっきりと後ろの方に押しやられたのであった。そしてこれはまた、破産管財人の代弁者たちの望むところでもあった。将来においても、清算価値を下回る価格での企業譲渡がしばしば行われ、そして裁判所によって認可されることとなろう。その結果、「更生」それ自体を目的とする更生が、国民経済的利益のために、促進されることは疑う余地はない。しかし、倒産処理の市場原理との適合性は、ゆるがせにされているのである。

#### V 担保債権者の扱いに関する変更

最後まで争われたこの点に関する変更は、一部は、政策的な理由に基づいた担保債権者の負担軽減をめざすものであり、また一部は、まったくもって歓迎に値する手続きの簡素化である。維持のための費用負担(Erhaltenkostenbeitrag)が放棄されたこと、また、確定のための費用の一括負担額(Feststellungskostenpauschal)が、6パーセントから4パーセントに引き下げられたこと<sup>(86)</sup>は、担保権の配分比率に介入することが、予定通りに放棄されたことに照らすなら、憂慮すべきことではない。そして、負担額の割合の切り下げとともに、—— これまた歓迎に値するものだが ——、担保債権者から、必然的に恣意的にならざるをえない一般手続費用を徴収することが放棄された。さらにまた、積極的に評価すべきは、裁判所に換価の促進を申し出ることができる債権者の権利を認めなかったことである<sup>(87)</sup>。すなわち、債権者は、政府草案と同じく、裁判所の期日の日から、継続的な利息の支払を受けることで、換価の遅滞から保護されている、つまり管財人が、不要な担保物件をできるだけ早く換価するよう刺激を受けるのは当然の成り行きであるから、裁判所の介入はいっさい不要ということである。諸手をあげて歓迎すべきは、単なる形式主義と断定された、第三債務者に対する通知を備えた担保のための譲渡と備えていない譲渡との区別が取り除かれたことである。確定のための費用と換価のため

の費用は、いずれの場合でも同じである。そして、よく知られているところではあるが、新倒産法が動産担保権者を手続きに組み込んだのは、倒産法改革委員会の議論のように、この担保が「占有（公示）を欠く」からではなく、唯一担保物が有利な財団の換価にとり必要だからである<sup>(88)</sup>。動産担保に関するその他のすべての変更もまた、歓迎すべきものである。これらは、裁判所の負担を軽減することになるし、また、政府草案よりも、改革がめざした整序という目標によりかなっている。

種々の団体の圧力の下、すでに政府草案からして、**単純な所有権留保を、倒産法改革委員会報告や準備草案（Discussionseurwurf）のように別除権とせず、取戻権と扱うことにしていたが<sup>(89)</sup>**、残念ながら立法者は、予期した通り、これを修正することはなかった。すべての債権者の集合的な権利追求とこれによる手続きのできる限りの効率化という観点からすると、このことは、倒産法の立法過程の中でもっとも痛みの大きい損失の一つである。

## Ⅵ 概括的社会計画の放棄

法務委員会は、政府草案中の包括的社会計画に関する規定を、あっさりと削除してしまった<sup>(90)</sup>。この規定は、4年以内の期間に限り、将来の企業変更につき、社会計画のボリュームをあらかじめ制限しておくというやり方で、**労働者が独自に更生に寄与することを認めようとするものであった**。これは、労働者を、単なる倒産の犠牲者から、倒産を克服するために働く活動家に変身させるチャンスであったが、残念ながら実現されなかった。

## Ⅶ 一般倒産手続きに関するその他の重要な変更点

手続きの**規制緩和**という意味において、政府草案にはなかった注目すべき一連の新たな規律が導入された。挙げておくべきは、たとえば、多くの外国の破産法においてもよくみられるものであるが、**債権の届出先が、裁判所ではなく、管財人になったこと<sup>(91)</sup>**、そして、**届出が遅れた債権については書面による審査手続きが認められること<sup>(92)</sup>**、さらにまた、**管財人に送達を委託できることになった点<sup>(93)</sup>**である。

さらにあげておく価値があるのは、裁判所による財団債権についての財団不足の確定が放棄されたこと<sup>(94)</sup>、そしてまた、否認目的のために、裁判所が支払い不能あるいは基準となる開始申立てを統一的に確定するということ<sup>(95)</sup>が放棄された点である。このように「精緻さをそいだ」ことは、手続法学者の心を痛めるであろうが、これは、改革の法制策上の目的を損なうものではない。

比較法の観点からすると、倒産手続きの開始と結びついた、契約の解消権の許容範囲は非常に広がっている。と言うのは、これによって管財人の選択権は、骨抜きになる可能性があるからである<sup>(96)</sup>。しかしながら、この点の規律は、次のような秩序政策上の原則に、政府草案<sup>(97)</sup>よりもマッチしている。すなわちその原則とは、倒産は、原則として、倒産前に取得されかつ「支払われた」権利を侵害することになってはならない、つまり、私的自治に基づいて作り上げられた財産価値の再配分をもたらすものであってはならないというものである。

## VII 消費者倒産に関する規律の根本的変更

消費者倒産に関する規律は、法務委員会によってその根本から改められた。この変更により、手続きの一体性とその諸原理がかなり損なわれてしまったのであった。政府草案は、消費者倒産を新たな一体的な手続きに組み込むことを予定していたが、これによって裁判所が過重負担になることが恐れられたのであった。加えてまた、政府草案は、消費者団体の意向を充分にくんだものではなかった。消費者団体は、その相談・助言機能が著しく侵害されるとみていたのであった<sup>(98)</sup>。

管財人となる人たちおよび司法行政の圧力により、明らかに裁判所にとっては少なからざる負担となる可能性がある管財人のいない手続き<sup>(99)</sup>というものもまた放棄された。これにより追求された、関係者の自治ということは、後退したのであった。これらすべての変更は、それ自体としては、いまだ倒産手続きの一体性ということを放棄したものではない。

もっとも法務委員会はさらに、独立の経済的活動をしていないか、あるいはわざわざかきしていない自然人のための、本来の倒産手続きに先行する独特の債

務整理手続き (Schuldenbereinigungsverfahren) を導入した<sup>(100)</sup>。これに加え、この手続きに先立ち、債権者・債務者間で必ず裁判外での和解が試みられなくてはならないとしたのである<sup>(101)</sup>。免責をともなう通常の倒産手続きというのは、消費者にとっては簡素化されたかたちとはなっているが、いまだなお、先行する債務整理の試みが目標を達成しなかった場合に限られる最後の手段とされているのである。

実際のところ、債務整理手続きは、開始申立てと手続き開始の間におかれた、裁判上の和解手続きの基本要素を備えた一種の裁判上の契約締結支援手続きである。承認された債務整理計画は、裁判所の審査およびフォーマルな認可を要せずに成立するが、これは、訴訟上の和解と同じ効力をもつ<sup>(102)</sup>。債権者が、その人数および債権額の過半数をもって債務整理案に同意したときは、次の要件の下、残余の債務者の同意があったものと扱われる。すなわちその要件とは、これらの債権者が、他の債権者に比べ「不適切に」扱われておらず、かつまた、債権者が、免責を伴う倒産手続きが行われた場合より不利とならないことである<sup>(103)</sup>。不適切な取り扱いというのは、新たな基準であり、その内容の輪郭がほとんどはっきりしない基準であるが、いずれにしても、「数字上平等な取り扱い」を求めるものではないはずである。経済的にみて厳格なものを、このような基準から読みとることはできない。

債務整理計画が成立しなかったときは、倒産手続きが始まることになる。受託者は、倒産管財人と本質的には同じ権利をもつが、担保物件を換価する権利は与えられていない<sup>(104)</sup>。破産財団の換価は、債務者が、期待される配当引き当て売得金相当額を財団に支払ったときは、これを見送ってもよい<sup>(105)</sup>。さらに、倒産計画に関する規定は適用されない<sup>(106)</sup>。これもまた、一般的な一体的倒産手続きからの一つの乖離である。

## IX 管財人報酬に関する原則

残念なことに、立法者は、連邦司法省が問題提起をしたような、管財人と債権者委員会の間における報酬契約を認めなかった<sup>(107)</sup>。立法者はむしろ、従来通り、仕事の難しさおよび報酬の範囲に応じたプラス・アルファの算定について



全面的な裁量権を持ち、そして、私見によれば、色々な面で過重負担となっている裁判所に、もっぱら手数料額の決定を委ねたのであった。報酬契約については、法務委員会は、手続きを金のかからないものにするという観点からのみ、ほんのわずかに議論しただけであった。実際には、主として債権者が下すべき、あるいは債権者がその影響を行使すべき（営業継続、倒産計画提出の催告、営業譲渡といった）手続きの経緯に関する判断を、自体正当な管財人に対する財政的刺激とはじめから結びつけておくことの適否が問題なのであろう。管財人の企業家としての役割は、目的を合意しておくことと、あらかじめ特別の功績に対する割増金を定めておくことにより、強化できるのではなかろうか。

報酬は、手続き終結時の倒産財団の価格に応じて通減ないしは按分計算されることになっているが（新倒産法63条）、このような計算の仕方は、手続き経過の中での管財人の企業家としての成果を十分に反映するものではない。このように計算される報酬は、手続き中において価値が増加され、あるいは減価させられてしまったことを、充分考慮していない。

## E 展 望

新倒産法の施行が、1999年1月1日まで引き延ばされたこと、そしてそのことに示されている立法者のある種の優しさによって、改革目標が早く受け入れられることになるのか、それともそれは遅々として進まないこととなるのかは、いまだはっきりしていない。筆者は、後者を恐れている。1995年以降、ドイツの改革は、外国においては、模範例としてかなり注目を集めている。今なおもっともモダンな倒産立法として、ドイツの改革は、初めて、一貫した原理に基づいた一体的な手続きを実現したのである。アメリカの会社更正法を激しく非難する者でさえ、終始一貫した手続きの一体性によって、アメリカ法について問題とされている欠陥を回避できるとみている<sup>(108)</sup>。国際通貨基金は、東欧のいくつかの国、たとえばブルガリア、アルバニアそしてルーマニアに対し、ドイツのモデルとよく似た一体的な手続きを推奨したのであった。

ともかくにも、継続教育業界およびセミナー主催業界は、空前のブームにわいている。ついに、破産法の専門弁護士制度が発足する。弁護士以外の、わけても企業診断士や企業コンサルタントそして税理士といった職域グループは、かなり強力に倒産実務に参入しようと努力している。確固たる地位を築いている管財人業にある人々の多くが、長年にわたって神経をとがらせてきたことを振り返ってみるなら、新たなことに向かう開かれた心とそして勇気が成功を収めることを期待したい。

＊ 原典は *Manfred Balz*, Die Ziele der Insolvenzordnung, Insolvenzanfechtung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, hrsg. vom Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen, 2. Aufl., 2000, S.3ff. 本論文の翻訳を快諾してくださった出版社 (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 *Hans Prütting* 教授に心より感謝したい。本翻訳では、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 (新) 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。

- (1) Vgl. *Balz*, Eigentumsordnung und Technologiepolitik, S. 305; 詳細は、*Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts 参照。
- (2) *Engelhard*, ZIP 1986, 1287 および *Graf Lambsdorff*, ZIP 1987, 809 に、そのことが、非常に意味深長な形で言い表されている。なお、die Äußerungen von Angehörigen des Bundesministeriums der Justiz: *Landfermann*, KTS 1987, 381; *Balz*, Sanierung von Unternehmen oder von Untemehmensträgern? (Beiträge zum Insolvenzrecht, Bd. 1); *ders.*, ZRP 1986, 12; ZIP 1988, 273; ZIP 1988, 1438; *ders.*, Die Ziele des Reformenentwurfs, in: *Kübler* (Hrsg.), Neuordnung des Insolvenzrechts も参照されたい。
- (3) Vgl. *Balz/Landfermann*, Die neuen Insolvenzgesetze, XLIII ff.
- (4) 例えば、*Grub*, WM 1994, 880; ZIP 1993, 393.

- (5) *Haarmeyer* ZIP 1993, 883; *Wustrauer Arbeitskreis Gesamtvollstreckung Potsdam*, HB v.26.6.1991; *Abwicklungsbeirat der THA*, BB 1992, 1734.
- (6) *Balz/Landfermann*, a. a. O. (注 3). S. 4 以下; *Uhlenbruck*, Das neue Insolvenzrecht, S. 223 ff 以下に搭載されている。
- (7) Vgl. bereits *Balz*, ZIP 1988, 273, 274 f.
- (8) Vgl. *Balz*, Die Ziele, a. a. O. (注 2).
- (9) *Engelhalrd und Graf Lambsdorff*, a. a. O. (注 2).
- (10) Allg. Begr. RegE (政府草案理由書 総則). in *Balz/Landfermann*, a. a. O. (注 3), S. 10; *Uhlenbruck*, a. a. O. (注 6), S. 230.
- (11) *Balz*, ZIP 1988, 273, 294.
- (12) Vgl. § 1 Satz 1 InsO.
- (13) Allg. Begr. RegE in: *Balz/Landfermann*, a. a. O. (注 3), S. 12; *Uhlenbruck* a. a. O. (注 6), S. 233; vgl. *Balz*, ZIP 1988, 273, 285.
- (14) この点については、Vgl. *Balz*, a. a. O. (注 13), 279 Fn. 71 m. w. N.
- (15) Vgl. *Balz*, a. a. O.
- (16) 全体については、*Balz*, ZIP 1988, 1438-1439 m. w. N 参照。
- (17) 詳細については、*Jackson*, The Logic and Limits of Bankruptcy Law, S. 10 ff. および *Balz*, ZIP 1988, 1438 ff. (Besprechung des Buches von *Jackson*) 参照。
- (18) *Balz*, ZIP 1988, 273. 278-279.
- (19) Vgl. AllgBegr. RegE, in: *Balz/Landfermann*, a. a. O. (注 3), S. 13, 34-35; *Uhlenbruck*, a. a. O. (注 6), S. 233 f., 258.
- (20) *Balz/Landfermann*, a. a. O. (注 3), S. 33-34; *Uhlenbruck*, a. a. O. (注 6), S. 256.
- (21) *Balz*, Some Capital Market Aspects of Bankruptcy - Asymmetric Information, Multiple Rank Ownership, External Effects and Voting Leverage, in: *Hopt/Wymeersch* (eds.), European Insider Dealing, 287 ff.
- (22) U.S. Bankruptcy Code, s. 1129 (a) (7) (A) (ii).
- (23) U.S. Bankruptcy Code, s. 1122
- (24) U.S. Bankruptcy Code, s. 1129 (b)
- (25) *Henckel*, KTS 1989, 477 は、この点について、非常に批判的である。
- (26) *Balz*, ZIP 1988, 273, 293-294 においてすでに指摘したところである。
- (27) Vgl. Allg. Begr. RegE, in: *Balz/Landfermann*, a. a. O. (注 3), S. 8 f., 11;

- Uhlenbruck*, a. a. O. (注 6), S. 228 f., 231 f.; *Balz*, ZIP 1988, 1438 ff. m. w. N. においてすでに指摘したところである。
- (28) 理由の詳細については、*Balz*, Sanierung, a. a. O. (注 2) の当該箇所参照。
- (29) 詳細については、*Balz*, a. a. O. 参照。
- (30) Allg. Begr. RegE, in *Balz/Landfermann*, a. a. O. (注 3), 19 ff.; *Uhlenbruck*, a. a. O. (注 6), S. 240 f.; vgl. auch *Balz*, ZIP 1988, 273, 277 f.
- (31) 清算配当の再生への再投資もまた、集会的換価である。
- (32) これにより、わけても、企業の担い手のための特別倒産法というものが拒否されたのである。vgl. *Balz*, ZIP 1988, 273, 275.
- (33) Allg. Begr. RegE, in *Balz/Landfermann*, a. a. O. (注 3), S. 15; *Uhlenbruck*, a. a. O. (注 6), S. 236; *Balz*, ZIP 1988, 273, 280.
- (34) Vgl. *Balz*, a. a. O.
- (35) Allg. Begr. RegE, in: *Balz/Landfermann*, a. a. O. (注 3), S. 15; *Uhlenbruck*, a. a. O. (注 6), S. 236; *Balz*, ZIP 1988, 280.
- (36) これが、倒産法政策転換の主導的なモチーフである。vgl. *Engelhard, Graf Lambsdorff, Landfermann und Balz*, jeweils a. a. O. (注 2).
- (37) つとに、*Balz*, Sanierung (注 2), S. 27 Fn. 92 および *Landfermann*, a. a. O. (注 2) の指摘するところである。
- (38) Allg. Begr. RegE, in: *Balz/Landfermann*, a. a. O. (注 3), S. 16; *Uhlenbruck*, a. a. O. (注 6), S. 237 f.
- (39) 筆者は、ロシアの立法者に対して、優先権が社会的な理由から廃止できないときの次善策として、この方法を勧めたことがある。vgl. auch *Balz/Landfermann*, 11 Journal of International Banking and Financial Law (1996), 65. 67.
- (40) Vgl. § 39 InsO.
- (41) 立ち入った検討については、*Jackson*, 60 Am. Bankr. L.J., 399 (1986). この点については、*Balz*, ZIP 1988, 1438, 1441 参照。
- (42) Allg. Begr. RegE, in: *Balz/Landfermann*, a. a. O. (注 3), S. 14; *Uhlenbruck*, a. a. O. (注 6), S. 235 f. このような原則の理由付けの詳細については、*Balz*, ZIP 1988, 273, 1441 参照。これに加え、政府草案は、手続きの進め方とその期間に関する重要な判断に際して、各グループが金銭による調整を合意できることをはっきり認め、そして裁判所が、債権者集会の決議を審査するに際し、これを評価するというやり方を採用しようとしていた。ちなみに、倒産手続きに関する EU 条約は、政府草案の影響の下、その33条において、主倒産手続きの管財人が、二次手続

- きの財団の換価を遅らせたいときは、場合によっては、このような調整をすることを求めている。この点については、*Balz*, ZIP 1996, 948, 954 参照。
- (43) 理由の詳細については、*Balz*, Sanierung, a. a. O. (注 2), S. 19 f., 43 ff.; *ders.*, ZIP 1988, 273, 286 参照。
- (44) この点の詳細については、*Balz*, in *Hopt/Wymeersch*, a. a. O. (注 21) 参照。
- (45) §§ 181, 182 RegE. これに対して、§§ 162, 163 InsO は、そうになっていない。
- (46) Vgl. etwa *Karsten Schmidt*, Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen, 159 ff. m. w. N., und *W. Schulz*, Die masselose Liquidation der GmbH, jeweils für Kapitalgesellschaften.
- (47) *Balz*, in: Neuordnung (注 2), S. 15 f., die Begründung des RegE zu Art. 23 EGInsO, (倒産法施行法23条に関する政府草案理由書) in *Balz/Landfermann*, a. a. O. (注 3), S. 515; *Uhlenbruck*, a. a. O. (注 6), S. 903 も参照されたい。
- (48) InsO §§ 1, 199 および財団不足に関する § 211 参照。§ 207 も参照されたい。
- (49) 代表機関に社団の「埋葬費」を引き受けさせよという筆者の提案 (*Balz*, in Neuordnung, S. 15 f.) は、申立てがその義務に反して後れた場合についてのみ採用された。vgl. § 26 Abs. 3 InsO.
- (50) § 32 Abs. 3 InsO 参照。そこには、放棄があげられている。
- (51) § 63 KO, § 32 a GmbHG. 契約により順位を後退させた債権である。
- (52) § 39 InsO.
- (53) Vgl. *Balz*, ZRP 1986, 12 ff.
- (54) 立ち入った検討は、*Jackson*, 98 Harv. L. Rev. 1393 (1985) 参照。この点については、*Balz*, ZIP 1988, 1438, 1443 f. 参照。
- (55) Vgl. *Balz*, Eigentumsordnung (注 1), S. 64 ff.
- (56) Vgl. *Balz*, ZRP 1986, 12, 17 (注 8) 参照。集合的交渉の欠如のために過少投資下にある「共同の財価」としての債権者の最良の戦略); *ders.*, ZIP 1988, 1438, 1444 ff, und ZIP 1988, 273, 292 ff.
- (57) § 114 InsO.
- (58) Vgl. *Balz*, ZIP 1988, 1438, 1445.
- (59) Vgl. Allg. Begr. RegE, in: *Balz/Landfermann*, a. a. O. (注 3), S. 15 ff.; *Uhlenbruck*, a. a. O. (注 6), S. 236 ff.
- (60) 市場経済における否認権の正当化の詳細については、*Jackson*, The Logic (注 17), S. 68 ff. 参照。
- (61) *Gravenbrucher Kreis*, ZIP 1992, 657, 661.

- (62) *Uhlenbruck* は、GmHR 1993, R 9-10 および KTS 1992, 499 において、それまでの草案に対する非常にポジティブな評価 (ZRP 1988, 471; GmbHR 1989, 101; DB 1989, 433) を改めたのであった。同じく、*Grub.* WM 1994, 880.
- (63) 全体については、Balz, in: *Balz/Landfermann.* a. a. O. (注 3), XLII ff. も参照。
- (64) § 218 InsO.
- (65) § 255 RegE.
- (66) 和解 (Vergleich) と更生 (reorganization) の範例的な区別については、*Balz*, Sanierung (注 2), 5 ff. 参照。
- (67) § 290 Abs. 1 RegE にかえて、§ 254 InsO のようになっている。
- (68) Vgl. *Balz*, ZIP 1988, 273, 278 - 279. 最近のものとして、HK-InsO/*Flessner* § 245 Rn. 4 も参照されたい。
- (69) アメリカ合衆国の会社更生法も、計画に関係しないグループについては、同意擬制で足りるとしている。U. S. Bankruptcy Code 1129 (b) (1) 参照。
- (70) § 222 InsO を § 265 RegE と対比されたい。
- (71) § 323 RegE.
- (72) 自己資本が少なく、営業財産については意味のないものしかないソフトウェア企業のことを考えてみるとよい。このような企業は、再生の見込みが十分あっても、財団債権さえ払えないことがしばしばあるが、だからといって、再生に値しないと、再生能力がないということにはならないであろう。
- (73) Vgl. §§ 76, 78 InsO と §§ 87, 89 RegE を比較されたい。
- (74) § 76 Abs. 2 InsO.
- (75) § 78 InsO.
- (76) Vgl. *Balz*, ZIP 1988, 273, 279, 280.
- (77) § 89. RegE.
- (78) § 89 Abs. 2 RegE と § 78 Abs. 1 InsO を、比較されたい。
- (79) 原則的には、更生を試みる際の手続きの進行と手続き期間そして危険を引き受ける用意に関する判断を正当化する条件としては、倒産計画と同じものを課するのが筋であろう。しかし、実践性という理由から、グループ分け、少数者保護そしてオプストラクシヨンの禁止に照らして、要件の緩和が必要なことは確かである。政府草案は、わけてもグループ間で調整のための給付ができるとすることで、私見によれば、熟慮をめぐらせた妥協をはかろうとしていたのであった。
- (80) §§ 181, 182 RegE.

- (81) *Leipold* (Hrsg), *Insolvenzrecht im Umbruch* 所収の論文参照。
- (82) この点を見て、*Karsten Schmidt*, a. a. O. (注 46) は、政府草案の下での譲渡による再生に対し、何らの疑念も提起しなかったのであった。
- (83) §§ 162, 163 InsO.
- (84) §§ 133, 134 KO に従った債権者委員会による認可。
- (85) § 163 InsO と § 182 Abs. 1 RegE を対比されたい。
- (86) § 171 InsO と § 196 RegE. を対比されたい。
- (87) § 194 Abs. 2 RegE.
- (88) Vgl. *Balz*, ZIP 1988, 273, 291.
- (89) § 51 InsO および政府草案理由書 in *Balz/Landfermann*, a. a. O. (注 3), S. 130; *Uhlenbruck*, a. a. O. (注 6), S. 357 参照。
- (90) § 143 RegE.
- (91) §§ 28, 174, 175, 270 InsO.
- (92) § 177 InsO.
- (93) § 8 Abs. 3 InsO.
- (94) §§ 318, 319 RegE.
- (95) §§ 157, 158 RegE.
- (96) 例えば、U.S. Bankruptcy Code sec. 365 (2) は、契約上の制裁が、債務者の財産状態の悪化、倒産または破産に連動しているときは、清算の場合であれ、再生の場合であれ、管財人に履行か解除かの選択権を、無制約に認めている。
- (97) § 137 Abs. 2 RegE.
- (98) 1992年における議論状況については、*Landfermann*, in: *Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute – der modernde Schuldturn?* (Bd. 3 der Schriftenreihe der bankrechtlichen Vereinigung), S. 113 ff. 参照。
- (99) Vgl. §§ 347 ff. RegE.
- (100) §§ 305 ff. InsO.
- (101) Vgl. § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO. 不調に終わったことの証明が、消費者破産手続きの適法要件とされている。
- (102) § 308 Abs. 1 Satz 2 InsO.
- (103) これは、合衆国破産法第 8 章 (Kap. XIII des amerikanischen Bankruptcy Code (sec. 1325 (a) (4)) が定めている債務整理手続きにおけるクラム・ダウンの要件と、基本的に対応する。
- (104) §§ 313 InsO.

(105) § 314 Abs. 1 InsO.

(106) § 312 Abs. 3 InsO.

(107) 政府草案74条に対する委員会報告は、*Balz/Landfermann*, a. a. O. (注 3), S. 144; *Uhlenbruck*, a. a. O. (注 6). S. 373 参照。

(108) *Thomas Jackson*は、1988年11月に、彼は予定されている一体的手続きに同意することができる書き送ってきてくれた。