

《翻 訳》

倒産手続における共同損害の清算

ラインハート・ボーク 著*

森 勇 監

小田 司 訳

目次

A 序論

I 共同損害清算の原理と基礎

II 類似規定

B 倒産法第92条による共同損害清算の概要

I 事例

II 要件事実

III 法的効果

1 阻止効

2 授権効

IV 特例：「新債権者」の請求権

C 倒産法第93条による共同損害清算の概要

D 個別問題

I 善意者の保護

II 相殺

1 債権者による相殺

2 債務者による相殺

III 倒産債権に対する異議

IV 訴訟手続に対する効果

E 展望

A 序 論

I 共同損害清算の原理と基礎（倒産法第92条）

新倒産法には、債権の回収¹⁾に関連し、破産法には置かれていなかった二つの規定がある。その規定とは、倒産法第92条と第93条である²⁾。この両規定では、倒産管財人が、第三者に対する債権者の債権を回収する権限を有することが重要で、このことに注意を要する。なぜなら、倒産法第80条ないし破産法第6条によれば、管財人には破産者の債権回収のみが許されており、債権者の債権回収は許されていないからである。

判例³⁾は、第三者に対する債権者の損害賠償請求権の主張が問題となる、いわゆる共同損害清算の場合に、すでに旧法において、管財人には破産者の債権回収のみが許されるという原則に対する例外を認めていた。債権者に生じた損害が、いわゆる「破産財団の減少による損害（Massenverkürzungsschaden）」である場合には、破産管財人が、第三者に対する債権者の損害賠償請求権を一括して破産財団に組み込むことに正当性がある。詐害行為は、積極財産、つまり債務者財産の減少、あるいは消極財産、つまり破産者債務の増加をもたらし、このことは、結果として債権者に対する配当の減少を生じさせる。それ故に、「配当損害（Quotenschaden）」とも言われている。損害賠償請求権の履行後、損害がなければ配当できたであろう額の配当を行うことができるように、財団回復の手段として、管財人が共同損害清算の際に全債権者のため、これらの者に代わって配当の減少による損害賠償請求権を主張する。

このような清算方法の基本原理は、とりわけ、加害者が全債権者の損害賠償請求権を満足させることができるかどうか定かではないということを背景とする債権者平等の原則（par condicio creditorum）によるものである。最初に債権を届出た被害者が完全な弁済を受けられるのに対して、債権の届出に遅れた被害者は全く弁済を受けられないというように、配当損害に関する問題の解決を、損害を被った債権者に転嫁することも可能である。しかし、配当損害を補

償するため加害者の責任財産を倒産管財人に回収させ、それを債権者に割合的に配分させることがより公正であるということは明白である。このような方法により、加害者の倒産によるリスクは、全債権者に均等に配分される。

II 類似規定

倒産法第92条と同様に、第三者に対する債権者の請求権を主張する権限を倒産管財人に与える他の規定があり、これらの規定についても概観することが重要であると思われる。

第一に、社員責任に関する倒産法第93条を挙げることができる。この規定は、次のような利害状況から生まれたものである⁴⁾。破産者が合名会社又は合資会社（あるいは、倒産法第11条第2項第1号によれば破産者となりうる民法上の組合）である場合には、債権者は自己の請求権を無限責任社員に対して主張し、そして弁済を求めるであろう。債権者の多くは、大体、このような手段を取るであろう。このような方法は、債権者間の競争をもたらし、この方法による秩序正しい解決を期待することができない。このような状況を阻止するために、倒産法第93条は、倒産会社の無限責任社員に対する債権者の損害賠償請求権は、倒産管財人のみにより主張できると規定している。これと同様な規定として、倒産法第334条があり、これは、共同管理共同財産に関する倒産手続での共同財産の債務に対する配偶者の人的責任についての規定である。倒産法のこの二つの規定は、倒産管財人に第三者に対する債権者の請求権を主張する権限と、債務の履行を財団に組み込む権限を与え、その結果、債務の履行は、配当によってのみ債権者に分配されるという点で共通している。根底にある価値原則は、常に債権者平等の原則（*par condicio creditorum*）である。

同様な規定は、倒産法以外にも存在する。よく知られているのが、倒産法第92条及び第93条の手本となった⁵⁾商法第171条第2項の規定であり、これは、合資会社の倒産の際に、有限責任社員に対する債権者の請求権を財団に組み込む権限を管財人に与える規定である。この規定は、直接的には合資会社の倒産にのみ適用されるものであるが、しかし、有限責任社員の責任追及が問題となる

場合⁶⁾、例えば、かつて合資会社であったが、有限責任社員の退社により合名会社に組織変更された会社の倒産⁷⁾、あるいは、有限合資会社の包括承継人となった有限会社の倒産につき⁸⁾、常に類推適用されている。これらのすべてのケースにおいて、まだ回収されていない有限責任社員の弁済は、最初に債権回収に着手した債権者のみならず、すべての債権者に均等に配分されなければならない。その際、倒産管財人は二つの請求権、すなわち、債権者の損害賠償請求権と定款により負担すべき出資の履行に対する合資会社の請求権を選択的に主張することができる。この出資義務は、通常、合資会社の債権者に対して負担すべき額と一致する。しかし、必ずそうなるというものでもない。なぜなら、出資義務は金銭によらなければならないというものではなく、また、出資額が債権者に対して負担すべき額と異なることは可能であるからである⁹⁾。

民法第1978条第2項によれば、相続債権者に対し、それまで相続財産管理責任を負ってきた相続人に対する請求権は、**相続財産倒産**において相続財産に属するものとみなされる。このことは、相続人に対する請求権を、配当により相続債権者に分配するため、倒産管財人が、相続人に対する請求権を財団に組み込まなければならないということの意味するに他ならない¹⁰⁾。同様のことが、民法第1978条第2項の準用により、民法第1985条第2項第2文に基づく相続財産管財人の責任、及び民法第1489条第2項に基づき、一方配偶者が死亡後も夫婦共同財産制の継続を約した場合の共同財産に関する倒産の際の生存配偶者の責任についても妥当する。民法第1980条第1項第2文に従い、相続人が相続財産倒産手続の開始申立てを遅延したことで負う責任についても、同様に取り扱われる¹¹⁾。新法においては、これらのケースについて、倒産法第92条を直接適用することが可能であろう。

倒産法の立法資料をみると¹²⁾、倒産手続の係属中、倒産管財人に債権者の特定の権利を行使すべきことを命ずる**株式会社法**の規定(株式会社法第62条第2項第2文、第93条第5項第4文、第309条第4項第5文、第317条第4項)が、上記の民法の規定と同様に取り上げられたが、これらの株式会社法の規定は、倒産法第92条のケースには含まれない¹³⁾。これらのケースでは、法律に基づき、倒産手続外で第三者に対する**株式会社**の請求権を回収する権限が債権者に

与えられていたが、この請求権を回収する権限、さらに訴訟追行の権限は、倒産手続において上記の株式会社法の規定により、再び債権者から取り上げられた¹⁴⁾。たとえ、株式会社の請求権を回収する権限が、債権者平等の原則のために定められているとしても、ここでは、債権者の請求権を清算するための権限が問題となっているのではなく、株式会社の請求権を回収するための権限に変更が生じたことが問題になっているにすぎない。ここでは、破産手続外における債務者の法的行為の否認に関する法律 (Gesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen außerhalb des Konkurses) 第16条以下のように、共同清算はそれ程問題にはならない¹⁵⁾。この法律の第16条以下によれば、倒産手続開始前に倒産債権者により申立てられた否認請求権の行使は、倒産手続開始後、倒産管財人の権限に属するとされている。しかし、今日、この規定の意味は、主に個々の債権者の否認権限が倒産手続の開始により消滅するか、あるいは、少なくとも停止することであるとされている¹⁶⁾。すなわち、管財人が個々の債権者の権利を行使するというわけではない。

B 倒産法第92条による共同損害清算の概要

I 事 例

二つの特徴的な事例を用いて解説することにより、倒産法第92条による共同損害清算の原理をより明確にすることができる。

事例 1 :

有限会社の代表者が、倒産手続開始の申立て義務を怠った。本来、倒産手続開始の申立てがなされなければならなかった時から、実際に申立てがなされた時までの間に、有限会社の財産が減少した。その為、債権者は本来可能であった10%の配当を得ることができず、8%の配当しか得ることができなかった。このことから生じる債権者の損害賠償請求権は、有限会社の財産を管理する倒産管財人が、再び10%の配当を可能にするため、有限会社の代表者に、財団回

復のための支払を要求することによって清算される。

事例2：

倒産管財人は、倒産財団に属する物を、過失により価額以下で売却した。そのため、債権者に配当損害が生じた。しかしながら、この債権者の損害賠償請求権は、債権者が個々に主張することができず、共同損害清算の方法により主張されなければならない。つまり、倒産管財人は、財団回復のための損害賠償を支払わなければならない、この損害賠償は配当により全債権者に均等に分配される。但し、倒産法第92条第2文による倒産管財人に対する損害賠償請求権は、新たに任命された倒産管財人のみが主張できる¹⁷⁾。それ故に、個々の債権者は自己の請求権を実行することも、共同損害清算を行うこと、すなわち、倒産財団回復のための全損害額の弁済を要求することもできない。従って、管財人が自主的に支払わない場合には、債権者は個別的に倒産管財人に対して損害賠償を請求するために、倒産手続の終了まで待つか、あるいは、倒産管財人が新たに任命された倒産管財人と交代させられなければならない。解任についての責任を根拠づけるのに十分な義務違反がない場合には、特別倒産管財人が選任されなければならない。

Ⅱ 要件事実

この規定の要件事実、は、ほぼ明確である。倒産法第92条は、請求権を根拠づけるための規定ではなく、すでに理由のある請求権の回収を規定するものである。単に、損害賠償請求権に関する問題であればよく、例えば、倒産手続開始の申立て義務を怠った場合の責任のように、請求権が倒産手続開始前に発生したのか、あるいは、倒産管財人の責任のように、請求権が倒産手続開始後に発生したかは重要でない。さらに、請求権がいかなる請求原因に基づくものであるかということも問題にならない¹⁸⁾。ただし、詐害行為が積極財産の減少、あるいは、消極財産の増加による責任財産の減少をもたらし、結果として、配当損害を生じさせることにより債権者が共同に被った損害、すなわち、共同損害であることが問題でなければならない。しかし、このことは、すべての債権者

が損害を被っていないなければならないということを意味するのではない。債権者の一部が損害を受けていれば、ここでの共同損害とされる。もっとも、これらの債権者に対して、損害賠償請求権の支払いだけで構成され、そして、＝請求権回収費用を差し引いた後＝損害を被った債権者、すなわち、損害賠償請求権の権利者（損害を被った債権者は、共同損害清算の場合にも依然として損害賠償請求権の権利者である。債権者は、損害賠償請求権を独自に回収する権限を失うにすぎない）のみに分配される特別の財団が形成されていなければならない¹⁹⁾。さらに、一人の債権者のみが損害を被っている場合²⁰⁾、あるいは、第三者の財産が損害を被ったすべての債権者に対して弁済するのに十分な場合でも²¹⁾、倒産管財人は共同損害清算のため請求権を回収する権限を取得する。なぜならば、このようなケースにおいては、債権者から請求権を回収する権限を奪い、債権者を倒産手続に関与させることを否定することよりも、倒産法第92条の要件が誤って評価される危険性のほうが大きいからである。

倒産法第92条は、この規定の文言によれば、倒産債権者のみを対象とするものであるが、倒産法第92条が**倒産財団債権者の損害賠償請求権に類推適用される**ということについて言及する必要がある²²⁾。例えば、管財人が財団の不足が判明した後、過失により倒産財団の価値を減少させ、その結果、倒産財団債権者に対する配当が減少する場合には、倒産財団債権者は自己の倒産財団債権により損益共同体を形成する。この場合、配当率の引き上げを目的とする管財人に対する損害賠償請求権に倒産法第92条を適用することは妥当であろう。

Ⅲ 法的効果

倒産法第92条の法的効果は、さしあたり「**阻止効** (Sperrwirkung)」及び「**授權効** (Ermächtigungswirkung)」という用語により理解することが可能である²³⁾。

1 阻止効

「阻止効」とは、債権者が倒産法第92条のケースにおいて、倒産手続の係属中、自己の損害賠償請求権を独自に主張することが阻止されるということ在意

味する。債権者は、権利を失うということではなく、また、完全にその処分権限を失うということでもない。なぜならば、債権者が自己の損害賠償請求権を（管財人が、債権者に分配される共同損害についての配当分を加害者に対して請求することができないという効果を伴う）譲渡又は放棄することについて、誰も対抗することができないからである。しかしながら、**債権者は自己の請求権について、これを回収する権限、さらに訴訟を迫行する権限を失う**。このことは、倒産手続に関与することを望まない債権者についても適用されなければならない。なぜならば、倒産債権者の概念は、法律において（倒産法第38条）、手続法上の（形式的）概念として定義されているのではなく、実体的な概念として定義されているからである。さらに、加害者の倒産の危険を、すべての被害者に対して均等に分配とする倒産法第92条の趣旨及び目的は、**すべての債権者を対象とすることを要請している**。従って、倒産債権者は、倒産手続に関与しないことによって阻止効から逃れることはできない²⁴⁾。

2 授 権 効

阻止効に対して「授権効」とは、倒産管財人が**自己の権利に基づき**、債権者に属する請求権を回収し、この請求権を訴訟上行使する権限を有することを意味する。この権限は、手続に関与する債権者の請求権についてのみ妥当し得る²⁵⁾。そうでなければ、管財人が、手続に関与しない債権者の損害も清算することになり、また、手続に関与しない債権者に分配される配当分を手続に関与する債権者に配当することになるからである。このような結果は、実体的に正当ではなく、また、阻止効が倒産手続の係属中においてのみ生じるということと調和しない。それ故に、手続に関与しない債権者が手続終了後、再び加害者に対して請求権を行使することは阻止されない。確かに、このような見解は、実務においていくつかの問題点を含んでいる。つまり、何人の債権者が債務者財産の減少により実体的に損害を受けたのかということについて、管財人はいかなる方法により知ることができるのかという問題である。この問題は、実務において、すべての被害者が倒産手続に関与しているであろうという推定を管財人に認めることにより解決することが可能であろう。この場合、訴訟におい

て異議を申し立てること、すなわち、管財人により清算することができない共同損害についての取分を有する債権者がさらに存在するということを主張及び立証することは、加害者がすべきことである。加害者もこのような債権者の存在を知らず、手続に関与する債権者に配当する管財人に完全な損害額を支払った場合には、民事訴訟法第836条第2項の類推適用により加害者に善意者の保護を認め、そして、手続に関与していない債権者に対しては、損害賠償請求権によらしめるべきことになろう。

先に説明したように、倒産管財人は、損害賠償請求権を回収する権限とこの請求権についての訴訟を迫行する権限を有する。しかし、この請求権の**権利者**は、依然として**損害を受けた債権者**である。それ故に、この条項に該当する損害賠償請求権は倒産財団に属し、加害者は財団回復のために損害賠償を支払わなければならないとする倒産法第92条についての立法理由の文言に従うことはできない²⁶⁾。むしろ、商法第171条第2項の場合のように²⁷⁾、倒産管財人は信託の受託者として債権者のために職務を遂行するのであり²⁸⁾、倒産財団の配当が、個別清算と同じ結果をもたらす場合にのみ、損害賠償請求権と倒産財団との混合が許されと言わなければならない。このことは、もちろん倒産財団に関する規定、例えば、追加配当(倒産法第203条以下)に関する規定の類推適用を排除するものではない²⁹⁾。

このような問題との関連において、さらに、倒産管財人が**請求権を放棄**することができるのかということも問題である³⁰⁾。私見によれば、放棄は原則として許されない³¹⁾。倒産管財人は、副次的に倒産財団の利益のため職務を遂行するにすぎない。倒産管財人は、第一に、損害を受けた債権者の利益のために職務を遂行するのであるから、損害を受けた全債権者が同意する場合においてのみ放棄が問題となる。法律は、加害者の財産に対する債権者の競争を阻止するために、管財人に「強制的職務(Pflichtaufgabe)」として共同損害清算を要求している。債権者の意思に反する放棄は、このような条項の目的を失わせるであろう。これに対して、倒産管財人が信託的に個々の債権者に共同損害清算を委託すること、すなわち、個々の債権者に財団回復のための請求権を回収する権限を与えることは、許されるであろう³²⁾。

Ⅳ 特例：「新債権者」の請求権

ここでは、再度、第一の事例、すなわち倒産手続開始の申立て義務を怠った場合の有限会社代表者の責任について、より詳細な検討を加えることが必要である。その際、債権者側を分類しなければならない。まずは、有限会社の代表者が倒産手続開始の申立てをしなかった時点において、すでに有限会社に対して債権を有する債権者が存在する。このような債権者は、旧債権者と呼ばれている。旧債権者は、共同損害清算の方法により、いわゆる配当損害の賠償を受ける。つまり、旧債権者とは、ここまで取り上げてきた債権者のことである。次に、旧債権者とは別の新債権者と呼ばれる第二の債権者グループが存在する。新債権者とは、倒産手続開始の申立て義務が発生した後、有限会社に対する請求権を取得した債権者のことである。変更された連邦通常裁判所の判例³³⁾及び近時学説において支配的な見解³⁴⁾によれば、新債権者は、倒産手続開始の申立てが適時になされていたならばこの有限会社との法律行為にいたらなかったであろうということを正当に主張することができるとしている。従って、新債権者は配当損害の賠償を受けるだけでなく、さらに信頼利益を有するとされている。すなわち、新債権者は倒産手続開始の申立てがあったならば有限会社と契約を締結しなかったであろうという扱いを受ける。このような新債権者の請求権は、旧債権者の場合と同様に、有限会社の代表者に対して向けられるものであるから、これは共同損害清算のケースに該当するのか、すなわち、この請求権は将来的に倒産法第92条の適用を受けるのか、あるいは、債権者は個別的に有限会社の代表者に対して措置を取ることができるのかということが問題である。さらに、新債権者に信頼利益に対する賠償請求権のほか、配当損害に対する賠償請求権も認められるのかということについても考えなければならない。

信頼利益に対する賠償請求権のみが認められるのか、あるいは、同時に配当損害に対する賠償請求権も認められるのかという問題について、見解が分かれている。大多数の見解によれば、新債権者には、信頼利益の賠償に対して向けられる損害賠償請求権は認められるが³⁵⁾、配当損害に対する賠償請求権の場合

には、履行請求権が問題となるから認められないとしている。これに対して、カルステン・シュミット (Karsten Schmidt)³⁶⁾は、新債権者には信頼利益に対する賠償請求権のほか、配当損害に対する賠償請求権が認められるのではなく、むしろ、信頼利益に対する賠償請求権に優先して、配当損害に対する賠償請求権が当然に認められるという見解を唱えている。

後者の見解に同意すべきであろう³⁷⁾。倒産手続開始の申立て義務違反の場合には、継続的不法行為が問題であるということを考慮しなければならない。債権者が倒産手続開始の申立て義務が発生した後、有限会社に信用を供与した場合には、この債権者は新債権者となり、契約上の履行請求権を取得する。その後、直ちに倒産手続開始の申立てがなされた場合には、この債権者は一定の配当、例えば10%の配当を得る。有限会社の代表者が倒産手続開始の申立てをさらに引き延ばし、その間に有限会社の財産が減少した場合には、新債権者は倒産手続において少ない配当、例えば8%の配当を得る。この2%の差額は、配当損害であり、新債権者はこの配当損害に対する賠償請求権を有する。すでにそれ以前に、新債権者は適時に倒産手続開始の申立てがなされていた場合には、有限会社と契約を締結しなかったであろうということを主張することができ、そしてそれ故に、信頼利益を請求することができる。このような新債権者の損害賠償請求権は、同一の請求原因によるものであるが、しかし、異なる行為に基づくものであるということが重要である。つまり、信頼利益に対する賠償請求権は、契約締結前の倒産手続開始の申立て義務違反に関連するが、配当損害に対する賠償請求権は、契約締結後の倒産手続開始の申立て義務違反に基づくものである。この二つの請求権は、完全に相互に独立して存在するものであり、その損害額においても両者は異なる。さらに、この二つの請求権の成立は、時間的順序においても異なる³⁸⁾。すでに契約締結の際に、債権者は契約締結時において可能であった10%の配当と倒産手続開始の申立てが適時になされていたならば、この有限会社との取引に至らず、市場において獲得できたであろう額(通常100%)との差額を有限会社の代表者に対して請求することができることは確実である。例えば、債権者が有限会社に市場価格で商品を売却した場合には、有限会社の代表者に対する債権者の請求権は、当事者間で合意し

た売買価格の90%、つまり100%から契約締結時において倒産財団から得ることができた10%の配当額を差し引いた差額に向けられる。有限会社の代表者が、さらに倒産手続開始の申立てを引き延ばし、債権者が財団から10%ではなく、8%の配当しか得ることができない場合には、債権者は第二の損害賠償請求権、すなわち、差額2%の配当損害に対する賠償請求権を取得する。

上記の見解に従う場合、このことは、倒産管財人が少なくとも新債権者の配当損害を旧債権者の損害と同時に清算しなければならないことを意味する³⁹⁾。この場合、新債権者と旧債権者の配当損害の額に関して問題が生ずる。私見によれば＝今日まで連邦通常裁判所も同様な見解に立っていると思われるが⁴⁰⁾＝、学説における支配的な見解のように⁴¹⁾、よく考えないで新債権者と旧債権者を同一に扱うことはできないと思われる。旧債権者は、実際の配当額（例えば8%）と倒産手続開始の申立て義務発生時に可能であった配当額（例えば10%）との差額を得ることができる。これに対して、新債権者の場合には、実際の配当額を契約締結時において可能であったであろう配当額と対比させなければならない。新債権者の配当額は、例えば旧債権者の場合と同様に、10%ということがあり得る。しかし、有限会社の財産がすでに倒産手続開始の申立て義務発生から新債権者との契約締結までの間に、部分的に減少したことにより、この時点で9%の配当しか得られないということもあり得る。この場合、新債権者の配当額は旧債権者と同様の2%ではなく、1%にすぎない。実務において、そもそもこのような数値を正確に割り出すことができるのかということとは問題である。しかしながら、実務における困難を回避するために、新債権者の実質的な不当利得を正当化することは原則として許されない。

上記のような考察方法から、同時に新債権者の信頼利益に対する賠償請求権についても共同損害清算が義務づけられるのかという問題に対する解答を得ることができる。学説の一部は、新債権者の信頼利益に対する賠償請求権を共同損害清算の方法により清算すべきことを主張している⁴²⁾。連邦通常裁判所は、この見解を否定しており⁴³⁾、私見によれば、この連邦通常裁判所の見解は正当であると思われる。信頼利益に対する賠償の際には、新債権者が被った個人的損害が問題である。この新債権者が被った個人的損害は、倒産財団の減少によ

り生じたのではなく、**契約の締結**に基づくものである。損害を生じさせた有限会社代表者の行為は、契約を締結したことであり、倒産財団を減少させたことではない。この契約締結の行為は、有限会社との個々の契約当事者に対してのみ損害を与えるのであり、すべての新債権者が財団の減少により共同に損害を受けるわけではない。すなわち、ここでの損害は、財団の回復または配当の分配により賠償し得るものではなく、同様に、倒産管財人がその賠償額を単独で算定できるものでもない。

上記の考察から、新債権者は倒産手続の終了を待たずに、信頼利益に対する賠償請求権を行使することができるということを結論づけることができる。新債権者の信頼利益に対する賠償請求権について、倒産手続の開始による阻止効は生じない。しかし、ここでは実務的な問題がない訳ではない。すでに言及したように、新債権者が自己の損害賠償請求権の範囲を定めるためには、契約締結時において可能であった配当額に関する情報を必要とする。新債権者は、倒産管財人からのみこの情報を得ることができるのであり、また、この情報は倒産手続の終了間際になって初めて得ることが可能であるから、いつの時点から債権者が自己の損害賠償請求権の範囲を定めることができるのかという全く実務的な問題が残る⁴⁴⁾。

C 倒産法第93条による共同損害清算の概要

倒産法第93条は、商法第171条第2項を範とし、人的会社の倒産に際し、倒産管財人が、すべての債権者に対する無限責任社員の責任を主張することを規定している。ここでは、主に民法上の会社社員の責任、合名会社の社員の責任、合資会社の無限責任社員の責任が重要である。倒産状態にある会社に対して請求権を有する者は、自己の債権を無限責任社員に対しても主張することができる。このことにより、破産法(旧法)においては、早期に会社社員に対して責任を主張した債権者が完全な弁済を受け、会社の財産に関する倒産手続の終了を待った債権者は、倒産手続中に会社社員も支払不能になったことにより、全く弁済を受けられないということがしばしば起こった。さらに、破産法(旧

法)においては、解釈上の問題が数多く存在した。例えば、会社社員の破産債権者は、破産法第153条第1項の類推適用により、会社の破産手続において得ることができた配当の割合を管財人に自ら報告しなければならないのか⁴⁵⁾、あるいは、会社社員の破産債権者は、会社への社員の贈与を、破産手続外における債務者の法的行為の否認に関する法律に従い否認することができるのか⁴⁶⁾、というような問題である。このような解釈上の問題は、倒産法(新法)においては解決された。なぜなら、債権者が独自に会社社員に対して請求権を主張することができないのであれば、否認権は従属的なものであるから、債権者が会社社員に対して否認権を行使することはできないからである。また、立法理由が適切に認めているように、配当の割合を報告しない場合には、会社の倒産手続において会社社員に返却されなければならない余剰分が財団に残るということが生じるため、会社財産の倒産管財人が、会社社員の財産の倒産管財人に配当の割合を明示しなければならないからである。

前述したように、倒産法第93条は主に二つの事項を目的としている。一つは、＝会社社員が支払不能になり得ることを顧慮して＝会社債権者に対する均等な弁済(債権者平等の原則〔*par condicio creditorum*〕)であり、もう一つは、会社の倒産における倒産財団の増殖である(無限責任社員が十分な財産を有している場合に、財団不足を理由に倒産手続の開始が却下されることは阻止されなければならない)⁴⁷⁾。この二つの目的は、無限責任社員が、すべての会社債権者に対して責任を負う場合のみ達成することができる。なぜなら、その他の場合には、特別財団が形成されなければならない、その結果、会社社員の弁済を一般倒産財団に組み込むことができないからである。この場合、手続費用の節約以外に、財団を増殖させるための効果的手段は存在しない⁴⁸⁾。

倒産法第93条の場合にも、＝倒産法第92条による共同損害清算の場合と同様に＝阻止効及び授権効が認められる。債権者は、会社の財産に関する倒産手続の係属中、会社に対する自己の損害賠償請求権を独自に主張することが阻止される(「阻止効」)。その代わりに、解釈論上、債権者からの信託の受託者として位置づけられる倒産管財人が、債権者の請求権を回収し、この請求権を訴訟上行使する権限を持つ(「授権効」)。

D 個別問題

最後に、共同清算に関するいくつかの個別問題、すなわち、共同損害清算と社員責任の清算に関する問題について言及する。

I 善意者の保護

善意者の保護というスローガンの下、加害者又は会社社員が倒産手続の開始及び手続開始の効力を知らずに、阻止効により弁済受領の権限を失った債権者に対して弁済した場合⁴⁹⁾、どのような取り扱いをするのかという問題について検討する。政府草案は、破産者に対する債務者の弁済の場合と同様に、倒産法第82条を準用することにより、加害者及び会社社員を保護することを企図していた⁵⁰⁾。法務委員会は、この問題の解決を裁判所の判断に委ねることにし、倒産法第82条を準用することを削除した⁵¹⁾。裁判所は、完全に善意者の保護を断念するか、民法第412条及び第407条の類推適用による善意者の保護を断念するか、あるいは、倒産法第82条の類推適用による善意者の保護を断念するか、これらのいずれかを選択することができる。民法典と倒産法の規定では、結局、善意に対する要件に相違があるのではなく、証明責任の分配が異なっているにすぎない。私見によれば、善意者の保護について倒産法の規定を準用し、倒産法第82条を類推適用することがより適切であると思われる⁵²⁾。その他の点では、共同損害清算の際の善意者保護について、実務上、大きな意義はない⁵³⁾。なぜならば、配当損害の賠償が問題である場合に、請求権の存在を知るためには、当然に倒産手続の開始について知っていなければならないからである。これに対して、社員責任の場合には状況が異なり、共同損害清算の場合でも倒産法第82条を適用するケースがあり得る。そのようなケースにおいては、善意者の保護を完全に放棄する理由は存在しない。倒産法第82条の類推適用による善意者保護の要件が満たされている場合には、倒産管財人は、弁済を受けていない債権者のために必要な分配額と加害者ないし会社社員に対して請求することができない分配額を、不当利得を清算する方法により弁済を受けた債権者から

取り戻さなければならない。債務者が＝共同損害清算の場合にはほとんど有り得ないであろうが、社員責任の清算の場合には起こることがあるであろう＝倒産手続開始前にすでに債権者に対して弁済した場合には、否認に関する規定の類推適用を顧慮することができる。

Ⅱ 相 殺

善意者保護の問題に加えて、共同損害清算の際に債権者の損害賠償請求権ないし補償請求権を、自働債権あるいは受働債権として相殺することができるのかという問題がある。債権者の損害賠償請求権の相殺は、最小限度の範囲でのみ認めることができる。

1 債権者による相殺

債権者の相殺は、最終的に阻止効により禁止されなければならない。請求権を回収する権限を持たない者は、相殺することも許されない⁵⁴⁾。確かに、共同損害清算の場合、相殺を許すべきであり、共同損害清算の方法により完全に配当損害の賠償を受けた債権者は、例えば、すべての債権者に対する配当損害を賠償するための加害者の財産が不足していることが原因で、完全な賠償を受けることができなかった他の債権者に対して、不当利得を清算する方法により賠償を平等にする義務があるという見解を唱えることも成り立ち得る。社員責任についても、同様なことを主張することは可能であろう。しかし、債権者に相殺の可能性を認めず、割合的に配当することがより明確であり、かつ規定の趣旨により適合するように思われる。立法理由において提案されたように⁵⁵⁾、いかなる場合にも民法第412条及び第406条の規定を類推適用することはできない。なぜならば、この民法の規定は、譲渡された債権の債務者による相殺に関するものであるが、ここでは、譲渡前の債権者による相殺が問題とされているからである。これに対して、倒産法第94条以下の規定の類推適用は考えることができる⁵⁶⁾。

2 債務者による相殺

債務者の相殺は、共同損害清算の場合、多くは民法第393条の規定により禁止される。その他の場合には、以下の二つのケースに分類しなければならない。すなわち、加害者ないし会社社員が**破産者に対する債権**を自働債権として相殺する場合には、相殺できないことにつき、破産者が異議を唱えることを認めなければならない⁵⁷⁾。これに対して、破産者が**債権者に対する債権**を自働債権として相殺する場合には、破産者は民法第412条、第406条及び第407条の規定の類推適用により保護されるのではなく、倒産法第94条以下の規定の類推適用により保護される⁵⁸⁾。従って、相殺は原則として倒産手続開始前に相殺適状である場合にのみできる。会社社員の責任の場合には、さらに債務者が商法第129条第3項により、第一次的に責任を負う会社が相殺権を有することについて主張できる。

Ⅲ 倒産債権に対する異議

倒産債権に対する異議というスローガンの下、加害者ないし会社社員が、債権者は全く倒産債権を持たないのであるから、会社社員に対する配当損害及び損害賠償請求権は発生し得ないということを主張することができるのかということについて考察する。この問題について考察するためには、共同損害清算の場合と会社社員の責任の場合を区別しなければならない。**共同損害清算**の場合には、倒産債権に対する異議は特に重要ではないと言えるであろう。加害行為により倒産財団が減少したということが共同損害清算の場合には重要なのであり、倒産財団の減少により10人の債権者が損害を被ったのか、あるいは11人の債権者が損害を被ったのか、さらに、10人の債権者が関与している場合には配当損害が2%であるが、11人の債権者が関与している場合には配当損害が1.81%であるということは重要ではない。これに対して、**会社社員の責任**の場合には、状況が異なる。会社社員は倒産管財人に対して、倒産債権の一部について主たる債権、すなわち、会社に対する請求権が存在しないということを理由に、その部分の額に対する責任がないことを主張することができる。しかし、私見によれば、会社財産に関する倒産手続において、主たる債権が確定的に確認された場合には、このような異議の主張を会社社員に認めることはでき

ない。なぜならば、倒産手続における主たる債権の確定的確認は、商法第129条第1項に基づき会社社員を拘束するからである。主たる債権の確認手続において、会社社員に対し今日まで実務において認められていた確認を妨げることができる独自の異議権を承認するならば、商法第129条第1項による拘束力は正当である⁵⁹⁾。

Ⅳ 訴訟手続に対する効果

最後に、倒産手続の開始が、**損害賠償請求権ないし補償請求権**に関する訴訟手続に対して、いかなる影響を与えるのかということが問題である。阻止効及び授権効の中に、請求権を回収する権限が、倒産手続の開始によって倒産管財人に移転するということが含まれる。このことは、債権者がすでに取得した債務名義によっては、もはや強制執行することは許されないということを意味する。さらに、債権者は請求権を回収する権限が倒産管財人に移転することにより、訴訟追行権も失う。商法第171条第2項に関して、判例及び学説における多数説は、倒産管財人への権限移転が、加害者ないし会社社員に対する債権者の訴訟手続にいかなる影響を与えるのかという問題について、(権利承継人として管財人に請求権を回収する権限が移転し、訴訟担当者として債権者が継続して訴訟手続を追行するとする)民事訴訟法第265条を根拠に解決するのではなく、破産手続外における債務者の法的行為の否認に関する法律第16条以下の類推適用により解決している⁶⁰⁾。従って、訴訟手続は、倒産管財人が訴訟を引き受けるか、あるいは、倒産手続が終了するまで中断する。政府草案は、これに適合する規定を倒産法に導入することを企図していた⁶¹⁾。法務委員会は、このような詳細な事項については裁判所の判断に委ねることにし=最終的には同一の結果になるが=、この規定を倒産法から削除した⁶²⁾。債権者に訴訟担当者として、継続して訴訟手続を追行させることは、実際、共同清算の趣旨及び目的に適合しない。それ故に、この問題は民事訴訟法第265条により解決することはできず、破産手続外における債務者の法的行為の否認に関する法律第16条の個別的類推か、あるいは、この法律及び民事訴訟法第240条の法的類推によってのみ解決が可能である。従って、訴訟手続は倒産手続の開始により中断し、

倒産管財人は訴訟を引き受けなければならない⁶³⁾。

E 展 望

共同清算の制度は、債権者が平等な弁済を受けられるようにするため、倒産管財人に、第三者に対する債権者の請求権を主張する権限を与えるということにより特徴づけられる。この制度は、現行法中のいくつかの規定、とりわけ、倒産法第92条の中に見出すことができる。さらに、無限責任社員の責任を主張するための共同清算が、倒産法第93条に導入されている。しかし、共同清算の導入を考慮することが必要であるにもかかわらず、未だに導入されていない領域が存在する。例えば、最後の配当の際に見過ごされた債権者の不当利得返還請求権を清算する場合、無限責任を負う相続人の責任を相続財産倒産手続の中に含める場合⁶⁴⁾、従前の会社経営者の倒産において商法第25条に基づき責任を負う会社承継人(引受人)の責任を倒産手続の中に含める場合⁶⁵⁾などである。これらのケースにおいて、将来、倒産法第92条及び第93条の規定を準用することが可能であるのかが、入念に検討されなければならない⁶⁶⁾。

注

* 原典は、*Reinhard Bork, Gesamt(schadens)liquidation im Insolvenzverfahren*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, hrsg. vom Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen, 2. Aufl., 2000, S. 1333 ff. 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 *Hanns Prütting* 教授に心より感謝したい。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。

なお、森勇が監修したこととさせていただいたのは、もっぱら紀要という本誌の性格につきるものであることをお断りしておく。

- 1) 基本的な文献として、*Hasselbach*, DB 1996, 2213 ff.; *Oepen*, *Massefremde Masse*, 1999; *Karsten Schmidt*, ZGR 1996, 209 ff.; *Smid*, DZWIR 1998, 342 がある。

- 2) 倒産法第92条及び第93条の規定は、以下の内容である。

第92条 倒産手続の開始前又は開始後に倒産財団に属する財産の減少により被った損害(共同損害)の賠償を求める倒産債権者の請求権は、倒産手続の係属中、倒産管財人のみが主張することができる。

第93条 法人格のない会社又は株式会社合名会社の財産について倒産手続が開始している場合には、会社の債務に対する社員の無限責任は、倒産手続の係属中、倒産管財人のみが主張することができる。

- 3) BGH, NJW 1986, 1174, 1175; WM 1973, 1354, 1355; RGZ 120, 189, 192; 99, 166; 97, 107, 108 f.
- 4) 政府草案第105条についての理由、BR-Drs. 1/92, S. 140 及び *Karsten Schmidt*, ZGR 1996, 206, 216 ff.; *Uhlenbruck*, Das neue Insolvenzrecht, S. 438 f. 参照。
- 5) 政府草案第103条についての理由、BR-Drs. 1/92, S. 139; *Uhlenbruck*, 前掲書, S. 405 f.
- 6) BGHZ 112, 31, 33; *Heymann/Horn*, HGB, §171 Rn. 38; *Schlegelberger/Karsten Schmidt*, HGB §§171, 172 Rn. 104; *Staub/Schilling*, HGB, §171 Rn. 27; 基礎的文献として *Karsten Schmidt*, JR 1976, 278 ff.; なお BGH, BB 1976, 383, 384 は反対意見を唱えている。
- 7) BGHZ 112, 31, 35.
- 8) BGHZ 112, 31, 35.
- 9) *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, §54 I 2, S. 1557 ff.
- 10) *Erman/Schlüter*, BGB, §1978 Rn. 5; *Jauernig/Stürner*, BGB, §1978 Rn.1; *MünchKomm./Siegmann*, BGB, §1978 Rn.10 Fn. 19; *Palandt/Edenhofer*, BGB, §1978 Rn. 4; *Staudinger/Marotzke*, BGB, §1978 Rn. 36.
- 11) *Erman/Schlüter* (前掲注10), §1980 Rn. 5; *MünchKomm./Siegmann* (前掲注10), §1980 Rn. 10; *Palandt/Edenhofer* (前掲注10), §1980 Rn. 5; *Staudinger/Marotzke* (前掲注10), §1980 Rn. 17.
- 12) 政府草案第103条についての理由、BR-Drs. 1/92, S. 139; *Uhlenbruck*, 前掲書, S. 405 f.
- 13) *Oepen* (前掲注1), Rn. 24 ff., 30 ff., 54 は、部分的に否定する。*Smid*, InsO, 1999, §92 Rn. 1 は、肯定する。
- 14) 株式会社法第62条第2項第2文については、*Baumbach/Hueck*, AktG, §62 Rn. 10, 16; *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff* (=G/H/E/K)/*Hefermehl/Bungeroth*, AktG, §62 Rn. 44, 61; *Großkomm/Barz*, Aktg, §62 Anm. 8, 13;

- Hüffer*, AktG, §62 Rn. 13, 16; *Kölner Kommentar (=KK)/Lutter*, AktG, §62 Rn. 38, 40, 50; 株式会社法第93条第5項第4文については、LG Köln, AG 1976, 105, 106; *Baumbach/Hueck*, 前掲書, §93 Rn. 15, 17 f.; *G/H/E/K/Hefermehl*, 前掲書 (1973), §93 Rn. 68, 81; *Großkomm./Schilling*, 前掲書 (1973), §93 Anm. 42, 53; *Habscheid*, Festschr. f. *F. Weber*, 1975, S. 197 ff.; *Jaeger/Weber*, KO, §§107, 108 Rn. 60; 否定的見解として *Hüffer*, 前掲書, §93 Rn. 32, 35; *KK/Mertens*, §93 Rn. 142, 151; *Zemplin*, AcP 155 (1956), 209, 241 ff.; 株式会社法第309条第4項第5文については、*Baumbach/Hueck*, 前掲書, §309 Rn. 10; *G/H/E/K/Geßler*, 前掲書 (1976), §93 Rn. 41 f.; *Großkomm./Würdinger*, §309 Anm. 11; *KK/Koppensteiner*, 前掲書, §309 Rn. 30, 35; 否定的見解として *Hüffer*, 前掲書, §309 Rn. 23, 24.
- 15) 否定的見解として、たとえば *Jaeger*, Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens, §13 Anm. 2, S. 341 f. 参照。
- 16) BGHZ 109, 240, 249; OLG Karlsruhe, JW 1933, 1147 f.; *Kilger/Huber*, AnfG, §13 Anm. 2 参照。
- 17) このことは、旧法においても支配的な見解であった。BGH, ZIP 1993, 1886, 1887; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, §82 Rn. 5 のみ参照。
- 18) 政府草案第103条についての理由、BR-Drs. 1/92, S. 139; *Schmidt-Räntsch*, InsO, 1995, §92 Rn. 1; *Uhlenbruck*, 前掲書, S. 405 f.
- 19) *Kuhn/Uhlenbruck* (前掲書), §82 Rn. 6.
- 20) 商法第171条第2項について、*Leven*, Zur persönlichen Haftung des Kommanditisten im Gesellschaftskonkurs, Diss. Köln 1966, S. 86; *Jaeger/Weber* (前掲注14), §§209, 210 Rn. 35, S. 786 f.; *Karsten Schmidt*, Einlage und Haftung des Kommanditisten, 1977, S. 136.
- 21) 商法第171条第2項について、*Leven* (前掲注20), S. 87 f.; *Jaeger/Weber* (前掲注14), §§209, 210 Rn. 35, S. 786 f.; *Karsten Schmidt* (前掲注20), S. 137.
- 22) 同旨 *Oepen* (前掲注1), Rn. 201.
- 23) 商法第171条第2項について、*Karsten Schmidt* (前掲注20), S. 126 f. 参照; この専門用語について批判的なのは、*Smid*, DZWIR 1998, 342.
- 24) 商法第171条第2項について、*Schlegelberger/Karsten Schmidt* (前掲注6), §§171, 172 Rn. 107 参照。
- 25) 商法第171条第2項について、*Keuk*, ZHR 135 (1971), 410, 432 参照。
- 26) 政府草案第103条についての理由、BR-Drs. 1/92, S. 139; *Uhlenbruck*, 前掲書,

S. 405 f.

- 27) *Keuk*, ZHR 135 (1971), 410, 430.
- 28) 同旨 *Oepen* (前掲注1), Rn. 171; 反対 *Smid* (前掲注13), §92 Rn. 9.
- 29) 政府草案第103条についての理由, BR-Drs. 1/92, S. 139; *Uhlenbruck*, 前掲書, S. 405 f.
- 30) 商法第171条第2項について、否定的な見解として RGZ 74, 428, 430; *Baumbach/Duden/Hopt*, HGB, §171 Rn. 12 参照。
- 31) 結果的に同旨 *Oepen* (前掲注1), Rn. 180. *Oepen* は、倒産法第213条の類推適用を提唱する。
- 32) 商法第171条第2項について、BGH, BB 1974, 1360, 1361; *Heymann/Horn* (前掲注6), §171 Rn. 28 参照。
- 33) BGHZ 126, 181, 190 ff.; BGH, ZIP 1995, 211, 212; 1995, 124, 125; 1995, 31, 32.
- 34) *Bork*, ZGR 1995, 505, 523; *Flume*, ZIP 1994, 337, 342; *Karollus*, ZIP 1995, 269 f.; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, §64 Rn. 16; *Karsten Schmidt*, ZGR 1998, 633, 663 ff.; その他の多数の文献については、*Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh*, GmbHG, §64 Rn. 26. なお、*Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh*, GmbHG, §64 Rn. 26. は、連邦通常裁判所が判例を変更したことにつき、否定的な見解を示している。
- 35) BGHZ 138, 211, 214 ff.; *Eyber*, NJW 1994, 1622 ff.; *Hirte*, ZIP-Sonderdruck „Abschied vom Quotenschaden“, 1994, S. 1, 6; *Karollus*, ZIP 1995, 269, 271; *Pape*, KTS 1999, 367 ff.
- 36) *Karsten Schmidt*, ZGR 1998, 633, 666 ff.; *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG, §64 Rn. 33; *Schmidt* は、信頼利益に対する賠償請求権を契約締結上の過失により保護することがより好ましいとする。
- 37) 同旨 *Oepen* (前掲注1), Rn. 291.
- 38) *Oepen* (前掲注1), Rn. 291.
- 39) 同旨 *Oepen* (前掲注1), Rn. 291; 反対 BGHZ 138, 211, 214 ff.
- 40) BGHZ 29, 100, 107 参照; *Oepen* (前掲注1), Rn. 292 は、近時、同様の見解を唱えている。
- 41) *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, §64 Rn. 54; *Scholz/Karsten Schmidt* (前掲注36), §64 Rn. 33.
- 42) *Hasselbach*, DB 1996, 2213, 2214 f.; *Hirte* (前掲注35), S. 6; *Uhlenbruck*, ZIP 1994, 1153 ff.

- 43) BGHZ 126, 181, 201; BGH, ZIP 1995, 211, 212 f.; 同調する見解として、*Blersch*, in: *Breutigam/Blersch/Goetsch*, *Insolvenzrecht*, 1998, §92 Rn. 4; HK-InsO/*Eickmann*, §92 Rn. 5; *Oepen* (前掲注1), Rn. 289; *Karsten Schmidt*, ZGR 1996, 209, 213.
- 44) これに対して、*Oepen* (前掲注1), Rn. 293は、配当損害賠償請求権を含めた倒産債権の譲渡に対して、新債権者に信頼利益の完全な清算を認めようとする。
- 45) BGH, ZIP 1994, 1118, 1119 f.; *Jaeger/Weber* (前掲注14), §212 Rn. 9 f. 参照。
- 46) BGHZ 121, 179, 191 参照。
- 47) 政府草案第105条についての理由、BR-Drs. 1/92, S. 140; *Uhlenbruck*, 前掲書, S. 408 f.
- 48) これについて、詳細には *Oepen* (前掲注1), Rn. 225 ff.
- 49) 異見として *Oepen* (前掲注1), Rn. 146, 158, 163.
- 50) 政府草案第103条第2項、第105条第3項; *Uhlenbruck*, 前掲書, S. 405, 408.
- 51) BT-Drs. 12/7302, S. 37 f., 165; *Uhlenbruck*, 前掲書, S. 406 f., 409.
- 52) 同旨 *Smid* (前掲注13), §92 Rn. 11.
- 53) 同旨 *Hasselbach*, DB 1996, 2213, 2216; *Karsten Schmidt*, ZGR 1996, 209, 215 f.
- 54) 同旨 *Blersch*, in: *Breutigam/Blersch/Goetsch* (前掲注43), §92 Rn. 7, §93 Rn. 11.
- 55) 政府草案第105条についての理由、BR-Drs. 1/92, S. 140; 同旨 *Hasselbach*, DB 1996, 2213, 2217; FK-InsO/*Wimmer/App*, §93 Rn. 7; *Uhlenbruck*, 前掲書, S. 409.
- 56) 肯定的な見解として *Oepen* (前掲注1), Rn. 116 ff.
- 57) *Oepen* (前掲注1), Rn. 211 ff.
- 58) これに対して、*Oepen* (前掲注1), Rn. 147, 164は、債権者に対する債務者の弁済だけではなく(注49参照)、債務者の相殺も許されようとする。
- 59) この異議権は、今日まで、破産における会社社員が破産者としての地位にあるということにより理由づけられていた。BGH, KTS 1961, 72, 74; *Häsemeyer*, *Insolvenzrecht*, 1992, S. 765; *Hess*, KO, §209 Rn. 15; *Kuhn/Uhlenbruck* (前掲注17), §209 Rn. 15 参照。倒産法第11条第2項第1号による人的会社は、倒産法の意味における債務者に該当するから、このような理由づけは、現行法においてもはや支持することができない。政府草案第13条についての理由、BR-Drs. 1/92, S. 113; *Bork*, *Einführung in das Insolvenzrecht*, Rn. 33 ff. 参照。

- 60) 旧法について、BGHZ 82, 209, 216; *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985), 42, 56; *Jaeger/Weber* (前掲注14), §§209, 210 Anm. 31; *Schlegelberger/Schmidt* (前掲注6), §§171, 172 Rn. 115; 現行法について、*Oepen* (前掲注1), Rn. 113; *Wimmer/App* (前掲注55), §92 Rn. 7.
- 61) 政府草案第104条、第105条第3項; *Uhlenbruck*, 前掲書, S. 407, 408.
- 62) BT-Drs. 12/7302, S. 37, 165; *Uhlenbruck*, 前掲書, S. 407 f., 409.
- 63) 倒産管財人が請求権を放棄することは許されないから、管財人が訴訟の引き受けを拒否することも許されない。なぜならば、管財人が訴訟の引き受けを拒否すれば、それは事実上、放棄したことと同じになるからである。異見 *Blersch*, in: *Breutigam/Blersch/Goetsch* (前掲注43), §93 Rn. 12; *Oepen* (前掲注1), Rn. 112.
- 64) これについては、*Oepen* (前掲注1), Rn. 277.
- 65) 異なる見解として *Oepen* (前掲注1), Rn. 274 f.
- 66) *Karsten Schmidt*, *Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen*, S. 82 f.; *Wolf*, in: *Leipold* (Hrsg.), *Insolvenzrecht im Umbruch*, S. 113, 123 f.