

翻
訳

クリストフ・トーレ「墓掘り人夫から救世主へ?」
—— 変遷する倒産文化と倒産法 ——

河 野 憲 一 郎 訳

【訳者前注】

本論文は、*Christoph Thole, Vom Totengräber zum Heisbringer? Insolvenzkultur und Insolvenzrecht im Wandel, Juristenzeitung 2011, S. 765–774*の全訳であり、原論文は、二〇一一年五月一三日に開催された著者のチュービンゲン大学教授就任講義 (*Antrittsvorlesung*) を活字化したものである (なお、トーレの略歴については、訳者による商学討究六三卷一号一二二頁の紹介を参照)。

今日の経済社会においては、倒産はただちに債務者の不誠実な行為を意味するものではなく、むしろ企業や個人の経済活動に伴って不可避免的に発生しうる現象と考えられる。そしていったん債務者が倒産した場合についても、債務者の財産を解

体・清算して債権者の満足に充てるよりも、これを一体として動かし、事業を再建した方が、債権者、債務者、さらには社会全体から見ても、有益な結果をもたらすことが決して少なくない。かくて、今日では倒産手続を通じて債務者の経済的再建を可能ならしめることの意味が、ますます大きくなってきている。

わが国においては、アメリカ合衆国法の影響の下に昭和二十七年に旧会社更生法が制定されたことによって、本格的な企業再建手続が導入された。これに対して、わが国破産法の母法国有あるドイツで本格的な企業再建手続が導入されたのは、一九九九年に発効した倒産法の規律する倒産処理計画手続 (*Insolvenzplanverfahren*) によってである。このようにドイツにおける企業再建手続の歴史は比較的新しい。しかしながら、

リーマンショック、さらには金融危機を経た同国においては、企業再建手続の実効性の確保が何度となく重要な政策課題とされており、その後の倒産法改正を中心とした立法に結実している点を看過してはならない。ところで、こうしたドイツにおける倒産法政策の展開は、従来の破産法学ないし倒産法学が基礎を置いてきたパラダイムを大きく転換することをはたして必要としているのであろうか？

ドイツ倒産法学においては、わが国にもまして破産手続ないし倒産手続の目的ないし機能について論じられてきたが、伝統的な立場は、何よりもまず債権者の満足の点に着目して「責任実現機能」に重要な意味を認めてきた。本論文も、基本的にこの責任の実現という伝統的な観念に立つものであるが、一方で、こうした観念に見直しを迫るドイツ（さらにはEU）における倒産法政策を批判的に跡付け、他方で、そこで提起された問題に理論的に切り込んでいく点に特色がある。したがって本論文は、わが国の研究者および実務家に対して、ドイツの倒産法政策のアクチュアルな展開についての概観を与えることは言うまでもなく、さらに進んで今後のわが国の議論にとつての理論枠組みをも提供しうるのはないか。ここにその全文を紹介する次第である。

* * *

倒産法は休むことを知らないと言ってよい。重要な改正計画が出されている。政策は新たな「倒産文化」を提案し、より強力な再生手段としての地位を倒産手続に与えようとしている。本稿は、この提案を批判的に跡付け、その際に倒産文化の史的展開から最近の議論までを射程に収めている。

I 序

二〇一〇年三月一七日のドイツ倒産法大会（Deutscher Insolvenzrechtstag）での式辞において、「ザビーネ・ロイトホイスアー＝シュナレンベルガー」連邦司法大臣は、ドイツでは別の「倒産文化」が必要であると述べた。「次のように言う。」倒産法と倒産手続は、より強力に、企業再生のための機会として把握されなくてはならない。そのためには、さらなる法改正によつて政策によつて提案されうところの考え方の変更が必要である、と。¹⁾

大臣によつて提起された考え方の変更の要求は、「倒産法の継続的構築」が語られる時期に到来している。²⁾一九九九年にようやく発効した倒産法は、既に完全な変更と改正を見た。たしかに若干の改正計画は、まず立法過程において破綻したが、しかし、その後部分的には別な看板の下で再び取り上げられた。³⁾既に、持続している改正の圧力は、法政策的・経済政策的潮流

にとつての倒産法の過敏性と脆弱性を証明している。このことは開かれた、市場経済的に組織化された社会において、また倒産法の経済体制への依存性に鑑みて、たしかに一つの些細な認識ではある。しかし、成功しなかった法改正のための隠蔽手段としてただちに利用されるその意義は、金融危機の時代において尖鋭化する。同時に、予期しなかったやり方で倒産法の意義を増大させたのは、言わずもがな、EC/EU裁判所のセントロス(Centros)判例^(第11)の結果として示唆された資本金社法上の債権者保護システムの改革のごとき、内国法とヨーロッパ法における根本的変動である。それはある程度、それにもとづく法律上の議論を含む多くの経済法の部分の「倒産化」という結果に帰着した。休むことのないと言ってよい倒産実務と倒産〔法〕学のこの前兆の下では、新たな倒産文化、若干の範囲の再生というオプシオンのより強力な強調への要求が存在する。なぜなら、それにしたがえばさらなる改革が予想されるからである。

既に倒産の「文化」という玉虫色の概念は、それ自体倒産法学においては従来ほとんど注目を受けてこなかったが、言わずもがな社会学的・人類学的観点の下では、それに多面的に詳細に取り組まれてきた。プラグマティックなアプローチに限定をするならば、この概念でもって、例えば伝統と確信によつて獲得された倒産手続と倒産法に対する法政策的な立場、ないし倒産手続の価値または無価値、効用と機能の社会的基礎理解への

理解がなされる。司法大臣の提案は、われわれの倒産文化がどのように問題となり、それが要求されたパラダイムの変更を必要とするかどうかを検討するきっかけを与えている。実際上、ここではとりわけ、破産と倒産手続が最大限、そしてあらゆる事情の下で回避されるべき悪と認識されるか、倒産手続の開始は積極的に債務者企業の再建のためのチャンスとしてもとらえられる必要はないか、が問題である。倒産法と手続は傾いた債務者の墓掘り人夫であるか、それとも(コントロールされた)倒産手続は、その限りにおいて、救世主としての機能も認めるのか? この手続は、いかなる目的を追求し、一方で清算という極と他方で再生という極の間で、重点はどのように分配されているのか?

II 倒産法の諸起源——人的執行と破産の欠陥

まず第一に、われわれの今日の倒産文化の起源を探り出すために、倒産文化の変遷を歴史的に描写する必要がある。倒産法の歴史は、信用〔取引〕それ自体と同様に古い⁸⁾。最初の取っ掛かりを提供しているのは紀元前四五〇年頃の十二表法であり、それは第三表の執行法において、より強力に人的執行の原則に結びついていた。既にこの点に今日の倒産法の基礎が置かれていたのか、それとも近代的な特色を伴った倒産法は、それにいつてすぐになお詳細に取扱われるところの財産委付(cession

bonorum) によつてはじめて展開されたのかは、争われうる。¹⁰⁾ 十二表法の基準によれば、債権者に満足を与えなかった債務者は、債権者によつて六〇日まで拘留された。同時に、延滞債務者は三日間の連続した開市日に引き出され、債務額が呼び上げられ、第三者による請け出しが可能とされた。呼び上げが成果を見ず、債務が弁済されないままであるならば、債権者は第三の開市日にこの者を切り刻むことが許された (tertius nundinis partis secanto, tab. III. 6)。このことによつて債権者が債務者を事実上自ら切り刻み、かくして切取り、死体の一部を自らのものとするものが許されたかどうかは、その限りでは明白に法制史家の間で活発に争われている。一方で多数の者たちが、ローマ人がこの意味において実際に行動したと考えるのに対して、¹¹⁾ 別な者たちは、むしろ書かれた法と実際の倫理的な習慣によつても影響された規律の適用とは異なるものであった、実際にはこの手続はおそらく使用されなかった、という理解に与している。¹²⁾ 少なくとも債務者の殺害が、明らかに債権者の復讐心を満足し、事前に債務者をしてその義務を適式に履行する気になせることを忘れさせないという効用以外の何物でもないというようにプラスの材料を提供している。構成員は、その当時妥当した慣習によれば、死体が完全でない場合には、おそらく死体の埋葬を妨げられたという点に、少なくとも付加的な脅しの潜在性が存在したかもしれない。¹³⁾ このことは構成員を、債務者の義務を弁済する、すなわち有意義なやり方で、殺害される前

にそうするように促してきたかもしれない。そもそもそれはまさに後の時代において、誠実義務・道徳義務が、ローマ市民社会において特別な程度で債務者が適時に解放されるということに影響してきたということかもしれない。

規律と同様に実際上も転換され、初期のローマ法がそのものとも厳しい形での清算思考、人的執行を強く信奉していたことが否定されない。債務の弁済をしないことが、債務者を債権者の人的な (ad personam) 擱取から解放した。その限りにおいて、支払不能は重大な債務者の人的違反とみなされた。したがって、ここでは核心において、執行法は実際に墓掘り人夫であり、債務者にとつての救世主または命の恩人ではなかった。コントロールされた倒産については、未だ語ることはできなかった。

ついでだが、その限りでは今日の基準からものと進歩していたのは、既にパピロニアのハンムラビ王 (紀元前一七二八年頃一六八六年) の法典であった。この法典は、債務者の妻子を奴隸として売却し、うまくいけば貸貸する可能性を債務者に与えていた (一一七条)。妻子は、三年間債権者の家で労働し、債務を処理しなくてはならなかった。四年目に残債務が免除された。¹⁴⁾ ここには、われわれが倒産法以来ドイツにおいて知っているような免責手続の起源を見ることができ。債務者がその債務を処理することのできた同様の人的執行の形態は、おそらく少なくともより後の時点では、ローマ法上も存在していた。

ここではないずれにせよわずかしは知られていない。¹⁵⁾

Ⅲ 包括執行への移り変りと現代的な清算手続の生成

1 財産管理命令 (Die nissio in bona)

ローマ法における最初の破産類似の財産執行手続は、三五〇年頃に十二表法により財産管理命令をもって確立された。包括執行手続が問題となっている。もちろん財産管理命令は、支払不能の債務者の事案に限定されてはいなかった。¹⁶⁾ 法務官への申立てにより、債務者の財産が全ての債権者のために差し押さえられ、申立人または管財人 (Kurator) によって管理された。¹⁷⁾ 公的な揭示によって実施されたプロスクリプティオ (proscriptio) が三〇日間経過した場合には、換価手続が開始する。自らの債権を届出た債権者は、清算人 (magister bonorum) を選任するが、この者が債務者財産の譲渡 (財産売却 [venditio bonorum]) を準備し、競売によって最高入札者に実施する。そして最高入札者から債権者はその配当を要求することができる。¹⁸⁾

これによって既に今日の倒産手続の基本的特色が見て取れる。しかし、明白な限りにおいて、法制史の文献に基礎を有している合理性に依拠しないことを探求するのは興味深い、それはまさに債務者財産が既に、われわれが今日「譲渡再生」の名で知っているところの企業または企業の一部の一体としての投資

者への移転、再生手段への面影を含んでいるということである。買主 (bonorum emptor) は、全体としての債務者財産を引き受け、かくして包括承継人となった。¹⁹⁾ 財産は一体として無傷なままであり、このことは当該財産の価値を個別譲渡と分解に對して高める可能性がある。売却 (venditio) の方式をその経済的合理性に還元しようとするならば、既にここでは、割り引いて見て、古代ローマにおいてでさえ盲目的な清算の精神が支配していたわけではなかったということが明白である。人的執行の個別的な形態は、もちろん財産執行と並んで完全には消滅してはおらず、それらもまたその意義を財産執行の影に隠れて目立たなくしてしまったのかもしれないが、詳細はほとんど知られていない。

2 破廉恥 (Die Infamie)

ローマ法の倒産文化により詳細に取り組もうとするならば、債務者の倒産のそのほかの帰結を見ることが欠かせない。この点から倒産という現象の理解がもっとも率直に読み取れる。確実なことは、ローマ法では破産者には破廉恥という効果が生じたということであり、それは人望と名誉の喪失という不統一に定められた効果であり、債務者を、例えば地方官庁を代表する可能性から排除するものである。²⁰⁾ この効果は、無責または幸運に見放された債務者にも生じた。²¹⁾ 良い債務者と悪い債務者の間の区別は、未だ行われてはいなかった。倒産は、債務者

が想定上悪い経済様式によって侮辱をしたとの理由で、いわゆるそれ自体が犯罪行為であった。⁽²³⁾ 法律保護停止 (Ächtung) は、その限りで絶対であった。倒産は最大順位の悪とみなされ、債務者が社会的な死を自らの手によって防がない場合には、債務者には侮辱でもって遇された。後者の事例においては、ただちに相続財産破産が問題であると理解された。興味深いことには、ここでは債権者との相続人の契約および合意による債務整理が、既に当時、相当程度の実際的な重みをもっていた。⁽²⁴⁾

また、その他の点でも、事情はおそらく実際上異なったものである。責任財団としての財産への着目が拡大することは、法から出発した人としての債務者の烙印にとつての必然的な帰結とならざるをえなかった。ユリウス都市法 (Lex Julia municipalis) としての立法観念は、支払不能それ自体はおそらくは依然として法律効果を作動させてはいなかったことから、ある程度の自制によって特徴づけられていた。⁽²⁵⁾ そもそもローマの執行法の厳格性は、債権者たちとの話合いによって中和され、債務者には、場合によって破産恥の烙印が免除された。既に非常に錯綜していたローマの市民社会において、相互的な関係と力の影響によって基礎づけられたバランスを、「クラブ・メンバーの排除」によって妨げることは、ひどく苦勞した。例えば、一部金額の支払い、贈与的な逆譲渡およびその後の債務弁済によるトリッキーな構成に努めた。したがって、その限りにおいても柔軟な「再生のエレメント」と倒産処理計画のエレメント

が既に認められた。債務者の経済的な能力の再定立は、債権者らによっても自らのために求められた。

3 再生手続の萌芽——財産委付とさらなる展開

その後さらなる展開を主導したのは、若干の先触れが言い渡された後に導入された、ユリウス法による財産委付であった。⁽²⁶⁾ それを望むのであれば、再生手続が問題である。債権者が自発的に支払不能を告知し、公的にその財産を債権者に——非技術的に言えば——譲渡した場合には、人的執行と市民的名譽の喪失のごとき倒産の法的帰結が回避され、彼はさらなる權利追求から保護された。一定の要件の下では、例えば執行が既に開始された場合には、それはそのために遅すぎた。したがって、この手続はたかだか既に早期に倒産への道をとるインセンティブとなったにすぎないと言われている。ここでは良い債務者と悪い債務者、過失のない者と経済的な支障によって倒産を勧められた者の間の区別という細かいアプローチが見られる。

そのほかに、おそらくは債権者との自発的な交渉に入る法外的可能性が存在し、既に初期のローマ法は、債務者の保護のためのモラトリアムを知っていた。⁽²⁷⁾ 察するに、財産委付はこのことに帰せられうる。債務者によって開始された財産委付が、ひよっとしたら今日の、債権者追行にも拡大された破産手続の出生時間を意味しているかもしれないということは、今日ますます知られている。とりわけカステイリヤの裁判官サルガド・

デ・ソモツァ (Salgado de Somoza) は、一六五一年の画期的な仕事によって、それはスペイン法に関しては決定的に財産委付の考えを受け入れたのだが、ドイツにおける展開とドイツ破産法 (KO) の手続形成へも少なくとも影響力を与えた。⁽³⁰⁾ これは非常に興味深い認識である。すなわち、現代的に特徴づけられた倒産法は、ひょっとしたら広い意味での再生手続から発生した。

もちろん事柄は再びアンヴィヴァレントな小道へと彷徨い込む。それはしたがって後期中世において現れる。財産委付はますます、とりわけオランダにおいても利用された。⁽³²⁾ しかし同時に、——それはキリスト教の影響と兄弟愛の要請の侵害という考えに還元されるのだが——それによって明らかにになった債務者の拒絶はさらに「恥辱 (Schande)」と宣言され、非常にレッテルとして妥当した。バドヴァのとき北イタリア諸都市においては、債務者は、例えば裸で公共広場に現われ、むき出しにした尻を三回いわゆる「恥辱の石 (Schandstein)」に叩きつけ、その際に大声で「財産を放棄します (Cedo bonis)」と触れ回らなくてはならなかった。とりわけフランスにおいて実施された運用は、教皇令にもとづいて、債務者が緑色の帽子をかぶらなくてはならないという点に存在した。⁽³⁴⁾ 馬鹿げた状況は、次のとおりである。すなわち、丸裸にされてしまつて、ポケットに手をつ込むことのできない人に帽子を残したのである。イングランドでは、とりわけ一五四二年のヘンリー八世の法律

三五によって立法上の一時期を画したのだが、そこではこれに対応して財産委付はローマの制度として拒絶され、不条理と決めつけられた。⁽³⁵⁾ イングランドの債務者たちがもちろんより良い状態だったわけではなく、彼らは時たま破廉恥の徴表として片方の耳を切り取られた。⁽³⁶⁾

ドイツにおいても破産の欠陥が残っていた。⁽³⁷⁾ 一五七一年のアウグスブルクの都市法では、次のように述べられている。すなわち、「破産をした者は、葬式と結婚式の際には後ろに追従し、女性として扱われ、または自宅にとどまらなくてはならない……」。支払不能の者は詐欺師である (Falliti sunt fraudatores)。⁽³⁸⁾ というイタリアの都市法において明示された立場は、ドイツの地域でもさらに妥当した。⁽³⁹⁾ 既に法技術的なアプローチは、大いに意味がある。債務者の取扱いは、時代の諸特徴に対応した秩序法または刑法の領分であり、「破産する」ことは、あからさまに述べられているように、恥辱の儀式を、しかし場合によってさらに人的執行と、例えば有名な債務者監獄への拘禁 (Schuldturm-Haft) を課せられる違反であつた。⁽⁴⁰⁾ このことはドイツについてだけでなく、イングランドについても妥当したのであり、まず一五四二年に、次いで一七〇五年に非常に現代的かつ影響力のある破産法を制定したが、例えば最後に挙げた一七〇五年の法律のタイトルによって法政策的な方向が与えられた。すなわち、「破産者によってしばしば犯されている詐欺の防止に関する法律」。⁽⁴¹⁾

しかし、この時代の法源は、われわれに当時支配的だった精神に関するものだけでなく、全体としての経済的行為、「商人の性格」と経済的行為の道徳性の理解に関しても述べている。¹⁴⁾破産を申し立てた者は、この者が他人に営業上の利益を与えるものとして理解されていたので、その取引を無条件に懈怠したとみなされなくてはならなかったという。こうした態度は、ロビンソン・クルーソーの作者であるダニエル・デフォー(Daniel Defoe)が、一七二六年の作品『イギリス商人大鑑(The Complete English Trades Man)』の中に記述している場合に、例えば文献上も表現されている。すなわち、「全ての愉快の人は、商売に従属すべきである。すなわち、商売を喜びとする人は、決して彼の商売を喜びとすることはない」¹⁵⁾。それにもかかわらず、前述した作品のみならず、一般にも第一の社会的な変遷が喧伝されている。経済的な行為の複雑性と双方向性が認識され、したがって今日の著名な商人が、明日の没落名士で、彼の同業者の好意に依存し、それゆえに債務者を立ち直らせることは債権者の自己利益にも適いいうることが認識された。

これに対応して、詐欺的な債務者と、再出発を可能ならしめるべき幸運に見放された債務者を区別しなければならぬという認識が広まり始めた。ある程度の手続の脱刑罰化が始まった。これに対応する区別は、既に一五四八年の帝国ボリツァイ条例、一七〇八年のフランクフルトの破産者条例および一七五三年の

ハンブルクの破産者条例¹⁶⁾の中に見出される。これらの条例の前文においては、破産はきわめて不経済と記述されている。管財人は、本来の破産手続の前に、まず第一に債務整理を試みるべきであるという。この展開は、既に一五一五年にアントワープの破産法によって始まったヨーロッパ的な傾向に対応している。¹⁶⁾

IV 現代の倒産法における再生という選択肢の意義の増大

かくして弓は今日的な型の倒産法と最近の議論へと引き絞られている。

ドイツにおける状況を見てみると、破産法(KO)および和議法(VGO)ならびに包括執行法(GesO)の指摘と一九九九年に発効した倒産法におけるその集結を指摘することなくしては、このことをすることはできない。破産法は、非常に酷評されていた。それは非常に再生に敵対的で、破壊的な手段であり、担保債権者の優位のゆえに「破産の破産」という結果になった、という¹⁶⁾。ここでは批判を詳細に跡付ける余裕はない。確実なことは、破産法が再生という考えにほとんど余地を認めず、倒産法の立法者はこれを変更することに努めたということである。倒産法一条において手続目的の可能性として再生を掲げたこと、倒産処理計画手続を導入したこと、また自己管理手続の可能性を認めたことは、こうした努力を証明している。たしかに倒産手続の中にはないが、それに接続して提供されてい

る自然人に関する免責の導入によって、倒産法の立法者は同時に「フレッシュ・スタート・ポリシー」という考えに余地を認めた。破産の欠陥⁽⁴⁷⁾は、克服されるべきであるという⁽⁴⁸⁾。かくして歴史的過去に始まった倒産文化の変遷が、今日の倒産法にもなお強い程度で及んでいるということが明らかにになる。これまで倒産法の中で行われてきた法政策的な手法は、債務者の再生を統一的な手続の中で、すなわち倒産手続内部で可能ならしめる点にあった。

しかし、計画手続におけるコントロールされた倒産の可能性は、ほとんど利用されてはいない。昔から知られた計画手続の弱点は、その鈍重さ、厄介な上訴、少数者寄りであることおよび旧社員の妨害の可能性の克服が欠けていることである⁽⁴⁹⁾。いかにしてこの欠如した承認を克服し、より多く再生に向けられた倒産文化の変遷に道を意図することができるのか? この限りにおいて、特に三つの現代的な問題が論じられなくてはならない。

1 倒産前の再生手続か?

第一点目は、倒産前の再生手続の導入にかかる最近の議論に関係している。学説の一部と、その間に政策の一部もまた、独立した再生手続を導入するという観念を展開している⁽⁵⁰⁾。このテーマは、企業再生容易化法(ESUG)によって始まった改正の努力にも関わらず、議事日程に上ったままとなっている⁽⁵¹⁾。そのような手続というのは、既に一九八二年にカルステン・シュミツ

ト(Karsten Schmidt)によって議論された提案で、早く、迅速で、静かであると顧慮されているはずである⁽⁵²⁾。債務者が倒産裁判所で開始する秘密手続へのニュアンスでもって詳細には考えられており、その結果、債務者には再生アドヴァイザーが付くが、この者は支払不能や債務超過の発生する前に既に主だった債権者たちとの交渉に入ることができる⁽⁵³⁾。そのような予防的に作用する再生手続と破産予防手続をめぐる議論は新しいものではなく、反対に既に約三〇年前に破産法の改正に関する議論に際して行われていた。しかし、倒産法に関する第一委員会⁽⁵⁴⁾は、倒産手続の外での再建手続を拒絶した。したがって、当時議論され、現在温め直された再建手続についての考察が、現実に「将来への蓄えにされ」うるかどうかが問われなくてはならない。導入に関しては、倒産手続の烙印を押すイメージが克服されなくてはならないと主張された。倒産手続は、しばしば申立てが遅れてなされるために非常に遅くなってしまう、非常に重苦しく、かつ端的に管財人の選任のゆえに見通しがきかないといわれる⁽⁵⁵⁾。

実際、そのような再生手続の考えにより近づくことができるのであり、それによれば、倒産法の下での再生の実務に実際は欠けた承認を証明しなければならない。例えば、これに対応したモデルがフランスには存在する。倒産手続による事実上のあるいは危惧された烙印押し⁽⁵⁶⁾、したがって破産の社会的な欠陥は、単なる再生手続の場合にはそれほど劇的とは思われない。倒産

予防手続の導入に對して、倒産法はその目的によれば債権者の満足のみに向けられ、しかし倒産回避では満足はまさに問題にはならないことから、綱領上は倒産法の一部ではない、という論拠を立てることもたしかにできない。いずれにしろ決定的なことは、私見によれば、倒産法は既に危険のある場合には介入しなければならぬ公的秩序法であるという反対の論拠ではなく、むしろ私的な責任法としての倒産法には、倒産前の状況への予想、例えば倒産否認が無縁のものではないという考えである。⁽⁵⁹⁾ 倒産の予防は、疑いなく、債権者の満足への最善の道である。

しかし、原則的な諸問題は、ほとんど変更されることはなく、その結果、疑念が付着する。危機の時の心理学的インセンティブの構造は、債務者とそれを指導する機関がしばしば急に方向転換することさえありうるということから、しばしば依然として出発している。かくして彼らは過度に樂觀的に行動している。再生手続の開始を求めて裁判所に行くことは、現実には倒産申立てをもつて倒産裁判官のところに行くよりもはるかに容易であるのかどうかということを疑うかもしれない。それによると、債務者と債権者にとつてのインセンティブを、手続を開始させ、債務整理をうまく実施するというにあるということのように条件づけることは困難である。

さらに、倒産前の再生手続に反対する根本的な疑念もまた存在する。再生手続によって、倒産手続、とりわけ倒産処理計画

手続が取消され、再びその債務者財産の清算という機能に投げ返される傾向にある。⁽⁶⁰⁾ もし倒産前の再生手続が失敗に帰したならば、倒産手続においては多くを行うことは許されないのか。倒産の烙印は、その上なおより大きいかもしれない。もしこの予防的手続における矯正の可能性が、債権者の権利と社員の権利の関連において、よりわずかに仕上げられ、手続が負債を減少させるという任務のみに減縮されるのであれば、たしかにこのことは避けられるかもしれない。⁽⁶¹⁾ その場合には、拘束力のある解決策が見出されうるかどうか、また自由でなく、裁判所によって主導されない再生が費用の点でより割が良いかどうかという問題が残る。

2 企業再生容易化法政府草案による計画手続の改正

これまで倒産前の再生手続について再検討されてきたのに対して、連邦政府は二〇一一年二月二三日に企業再生のさらなる容易化のための法律 (Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen) の政府草案を提出し、これによって倒産処理計画手続が改善され、その承認が高められるはずだといふ。⁽⁶²⁾ この草案は、政府草案二七〇b条その他の中に債務者のための保護傘 (Schutzschirm) という理念を取り入れており、草案理由書によれば自己再生手続に関わる問題であるといふ。⁽⁶³⁾ 債務者が支払不能または債務超過に際して開始申立てをし、自己管理を求めた場合には、当該債務者は自己管

理における三箇月の猶予期間内に倒産処理計画を作成することができ、それがその後計画手続において実行される。

この保護傘という考え方は、たしかに悪い考えではない。債務者が適時にそれを利用するだろうかという問題が残されているにすぎないが、なぜなら手続の利用は、何といつても開始申立てを前提としており、それゆえ非常に遅すぎる開始申立てという心理学的な根拠にもとづく現象が、依然として発生するかもしれないからである。

とりわけ矛盾した法政策的なシグナルが脅威となっている。一方で、手続内での再生が容易化されるべきであり、他方で、政策は独自の倒産前手続における再生を検討しようとしているが、それは倒産手続を再び弱体化する。保護傘手続はどっちつかずの立場を採っており、それはたしかに開始手続によって開始するが、しかしまさにまた開始手続によつてはじめて開始する⁽⁶⁴⁾わけでもあり、その結果、開始原因の審査は免除されておらず、それはかくして計画手続の直列的な接続部分である。

再生という選択肢が多様であることは、たしかに害になるはずはない。しかし、再建手続の重複または多様化は、全ての関係人に混乱をもたらす。ある手続の強化は、ひょっとしたら他を弱体化し、これを空回りさせる。その限りにおいて、政策は統一手続を維持するのか、それともアメリカ合衆国破産法第七章および第一章のモデルと同様に、またイギリス倒産法と同様に、原則的な再生手続と倒産手続の分裂を望むのか、立場を

明確にしなくてはならない。たしかに手続類型の識別は、その必然的な柔軟性に際して、過度に強調されてはならない。それにもかかわらず、さらなる(倒産前の)再生手続とさらなる特別法に取り掛かる前に、実行に移された倒産処理計画手続の変更と、それにとまなう手続内での再生の規律の変更がどのよう⁽⁶⁵⁾に示されるのかを待つことが、優先に値する戦術と思われる。

企業再生容易化法の草案は、少数者の潜在的な妨害を上訴の可能性を適度に削減することによって減少させているので、いずれにせよ正しい方向に進んでいる。その上、草案は社員を計画手続へ共に組み込んでいる。社員は独自の組として計画についての投票に参加することができる。つまるところ草案は社員のある程度債権者と同等にすることによって、その限りで社員の利益に対しておそらくあまりに広く対抗してさえている。すなわち、債務超過が生じるや否や、しかし社員権への強制的介入をあまりにも臆病に回避する必要はない。⁽⁶⁶⁾社員には再生の配当は基本的には帰属しない。

3 モデル提供者としての再編法か?

正式の倒産手続の内と外の再生の間にあるアンヴィヴァレンツは、第三のテーマ領域、最近発効した再編法^(第3章)で明らかにになる。再編法と、いわゆるメガバンク (systemrelevante Banken) の組織だった清算に関係し、それはリーマン・ブラザーズの倒産によって明るみになった困難と金融危機との関係において生

じたといわれる諸問題に対応したものである。⁽⁶⁶⁾ この法律の前提においては、組織だった信用機関の倒産の可能性について、しばしば議論がなされた。あらゆる努力の目標は、ある機関を、可能な限り倒産にもとづく有害な連鎖反応とドミノ効果の発生なしに導くことであつたし、現在もそうである。今や既に、従来、信用制度法 (Gesetz über das Kreditwesen: KWG) の中に存在した監視法上のメカニズムを超えて、多段階的な手続を發展させた。傾いた銀行は、第一に倒産前の再生助言手続、その結果それが失敗に帰した場合には再建手続を実行すべきだという。もしこれら全てが実を結ばなかったならば、銀行とその財産は強制的に承継銀行 (Brückenbank) に譲渡されうる。この法律に対する関心は、二通り存在する。すなわち第一に、実際上は少なくとも特別倒産法も問題となつていゝるにもかかわらず、倒産という概念はあくまでも回避されている。信用制度法四五条一項二文を模範にして規定された再生の必要性と、譲渡命令の可能性にとつて決定的な存続の危機と組織の危機 (信用制度法新四八 a 条一項) という法律中に列挙された開始条件は、いずれにしろ差し迫つた支払不能、倒産法一八条による開始原因から、それほど極端には離れてはならないのではない。⁽⁶⁷⁾ 第二に、再建手続は、倒産処理計画手続に明確に依拠して作られている。それゆえわれわれは実際上メガバンクのための倒産処理計画手続を倒産法の外に有してはいるが、ただそれはそのように呼ばれてはならないのである。したがつて、それによつ

て——おそらく——破産の欠陥がなくなるのではなく、破産自体もなくなる。倒産法は、ある程度自ら自制したのである。

この関連において、法律中に本手続は金融市場の安定性を確保することに奉仕すると掲げられているところの再編手続の目的に立ち入らなくてはならない。問題となつてゐるのは、構造上のリスクからの保護である。銀行部門での国境を越えた危機管理に関するEUの枠組みについての欧州委員会のペーパーが二〇〇九年の終わりに公表されたが、その中では、例えば特別倒産法において国庫収入上および公的な利益のごとき債権者の満足とは異なる目的にも優先を認めるという可能性が考慮されている。⁽⁶⁸⁾ 実際、ドイツの改正論議の中でも、債権者の保護に代えて構造上のリスクからの保護を前面に押し出すことが督促されていた。⁽⁶⁹⁾ これに対しては、二つのさらなる所見が提出されている。すなわち——

第一に、金融部門の特別な脆弱性と経済全体にとつてのその意義を理由としてメガバンクについての特別の規律を展開することは、実際上正しい。それにもかかわらず、そのように作られた特別倒産法が、一般的な倒産法の諸原理からそれほど極端に離れていないということが考慮されなくてはならない。その限りにおいて、手続の目的を一瞥することで、国庫、政策、最後には法外的な利害のための倒産法の開放は、ある程度の憂慮をもつて見られなくてはならない。なぜならそれによつて水門が一般倒産法の目標の観点でも極端に広く押し開けられうるか

もしないからであり、したがってそこに立ち返らなくてはならない。⁷¹⁾

第二に、再編法がコントロールされた再生にとつてのモデル提供者であるばかりでなく、一般的な企業法においてもそうであるかどうかが問われうる。だがその限りでも法状況の分断を回避するために決心すべきであった。もし独自の再編手続と倒産回避手続を信用制度の外にも樹立しようとするのであれば、一般的な再編法の形式に賭けるべきで、したがって一方で倒産前の再生手続について企図しながら、他方で倒産処理計画、すなわち倒産手続内の再生を評価すべきではないという。政策は新たな倒産文化を要求しているが、しかし再編法自体によれば、倒産の概念を用いることを退けている。それにもかかわらず、さらに倒産法と倒産手続自体が再生には不適であり、あるいは少なくとも不可避免的な欠点が避けられないという指摘が依然として示されている。

V 法政策上の論議における再生の目的の独立化

1 倒産手続の目的

さて新たな再生の多幸症と再生の障害の除去をめぐる努力が徹底して擁護されなくてはならない。しかし、私見によれば、議論の中で再生の目的が独立させられてこなかったということを考えてみる必要がある。再生という選択肢に割り当てられた

重要性の背後には、ほとんど明確には認識されてはいないが、倒産手続の目的と機能という法政策および社会政策上の原則問題も隠れている。この手続目的に関しては、債権者の満足が倒産法と倒産手続の最上位の原理 (Maxime) でなければならぬということについて、たしかに基本的な一致がある。⁷²⁾しかし若干の者は、倒産法は債権者の満足とは別の利益に対しても目をぶつっているわけではなく、目をつぶるべきでもないとの見解であり、社会政策的、構造政策的、法政策的または労働市場政策的ならびに国庫財政上の目的と労働者および社員利益をも顧慮しなくてはならないという。⁷³⁾その場合、そこから傾向的に法政策的に広い再生への立場と、債権者にとつての利便性にかかわりなく清算という選択肢との均衡において債務者企業の維持に努める試みへの立場が出てくる。

しかし、この理解はおそらく倒産法において基礎とはなっていない。もちろん多くの観点において不首尾な倒産法一条は、債権者の満足の原則から出発し、かくして古典的な責任の実現手段としての手続の執行機能を基礎に置いている。⁷⁴⁾法政策的にも、債権者の満足とは異なる理由からの再生という選択肢の強調は疑わしい。既に破産 (Konkurs) とどう概念は、関係する債権者から引き出されるのであって、債務者から引き出されるのではない。債務者にとつて債権者は価値の破壊者であり、債権者にとつて債務者は市場経済においては明確な受け皿的機能 (Aufgangfunktion) を持つ。ハイエクの意味における他

人資本の中にカタラクティク（経済的）⁽⁷⁶⁾に結び付けられた債権者は、支払不能の中での様々なリスクの増加の発生後、債務者の残された財産をその満足の目的で取得する。なぜなら、彼らはその信用供与によって市場経済的な債務者の活動をそもそものはじめて可能ならしめたからである。その限りにおいて、倒産手続はまさに信用保護制度である。倒産法は、この責任実現機能のゆえに、さらに債権者保護をも志向しなくてはならない。

再生が自己目的となつてはならないということは、特に整理機能とフィルター機能の中に明らかであり、倒産手続に、そして特に清算に見ることができる。倒産手続は淘汰のメカニズムでもあり、生命力のない企業は、市場から締め出される。経済学者ヨーゼフ・シュンペーター（Joseph Schumpeter）は——資本主義理論の上部のコンテクストにおいて——創造的破壊について語っており、またオイケン（Eucken）とレプケ（Röpke）によつても、競争システムの最重要構成部分としての倒産の中に確認された責任原理の意義についての報告がみられる。⁽⁷⁷⁾たしかに、フレスナーが正当にも明らかにしたように、倒産法にとつての無反省な経済学理論の受容には注意深くなくてはならない。⁽⁷⁸⁾ゲルハルト（Gerhardt）もまた破産に帰せられた整理機能になお破産法の下で反対し、しばしば静かに、したがって倒産手続の外で清算され、手続は財団が欠乏している場合にはまさに開始されず、そして破産はしばしば広範な価値の喪失と取引の相手方と被用者への不利益な影響という結果を導き、そのこと

は破産法にはほとんど任務および手続目的としては記述されない⁽⁷⁹⁾ので、破産にはそれ自体として積極的に認められた整理力・選抜力は認められない、という。

それにもかかわらず、この批判には条件付きでのみ従わなくてはならない。おそらくただちには倒産しえない正直な商人のモデルは、この者が信頼できる商人の態度のみを公表する場合には、とつくの昔に古臭くなつていたということは正しい。倒産手続は、まさに自分で作つたわけではない原因にもとづいて倒産へ滑り落ちた債務者も存在するならば、本来の意味においてはサンクションまたは刑罰としては理解されえない。したがって確かに多種多様な作用を理由とした企業の失敗は、社会全体の影響を伴つた不幸でもある。⁽⁸⁰⁾さらに、再生が決して債務者に対する利他主義から考えられた代替物として問題にされるのではなく、むしろ清算をなしえないからだというのは正しい。⁽⁸¹⁾にもかかわらず、そこから必然的に、そのために経済学の市場理論・発展理論の支持者に依拠するつもりかどうかに関係なく、倒産手続に積極的な（フィルター）機能として理解された任務を付しえないということは出てはこない。

倒産手続のフィルター機能というキャッチフレーズは、単なる倒産手続の存在と差し迫つた清算から積極的な行為のコントロール効果が発現するということを、われわれに教えている。生きている企業の関係主体の行態に影響を及ぼし、経済的な行態は、少なくとも倒産と、例えばそれに結び付いた責任の危険

の回避に向けられているので、倒産法が経済法の消滅点とみなされているのは、理由のないことではない。この倒産の威嚇の規律効果は、まさに金融危機との関連において、またオペル(Opel)のごとき大型倒産に際して強調されてきた。ごく最近声明が出された金融部門における危機管理に関してのEUの枠組みは、常に清算のメカニズムを伴った信用に足る威嚇が必要であるとの考えに従っている。それゆえ、二〇一〇年一〇月二〇日のEU委員会のペーパーにおいて、いかなる銀行も倒産するには大きすぎではないというバルニエ(Barnier)委員によって示された考えを述べていることは慶賀すべきことである。⁽⁸⁶⁾ 同じ考え方は、ついでに言えば、国家の倒産法についての最近の考え方の中にも認められなくてはならない。経済が非合理的な場合に社会の一員として排除されなくてはならないということを考慮に入れなくてはならない国家のみが、有害な行為を差し止めることを励行しなくてはならない。

他方で、悪い資本構成のみが示すのではなく(これは回復される)、全く経済上も生き延びる資格のないような企業のみが清算されるべきであるというのは、實際上経済分析によっても基礎づけられた欠陥である。なぜなら、その場合、そうした企業を営業することによって、資源の浪費が生じるからである(経済破綻対金融破綻)⁽⁸⁶⁾。再生は何か何でも存在してはならないということから反対に、例えば自動車製造業者オペルの危機において当時経済大臣によって述べられた倒産手続の開始という

選択肢が激しい抗議という結果になったときに、社会的な認識と法政策的な議論において従来は忘れられてきたと思われる要求が出てきた。

しかし、再生にとつての基準は、企業と職場の維持というひょっとしたら反映されない希望である必要はなく、債権者の満足のみである。債務者の責任を実現する手続が債務者の利益に奉仕するのであれば、企業を清算するか、再生するかについて決断しなくてはならない場合に、それは——いづれにせよ原則的に——債権者全体という視点のみが問題となりうる。再生の試みは、期待される債権者の倒産配当が上回る場合に初めて奏効してよい。債権者は、全体的な利益の方向付けに拘束され、そもそも競争上の冒険に結び付いた取引上の失敗を負担する。それゆえ、それぞれがフィルター機能と認識された倒産法の理解をアンチ再生と説明するほどのことではない。反対に、シュンペーターの創造的破壊のトポスが、まさにフレッシュ・スタートの機会を暗示している。継続企業価値が清算価値を予期した通りに上回る場所では再生が試みられなくてはならないが、しかしまさにここに限られる。法政策的な任務は、債務者財産が債権者に最大の収益をもたらすように倒産法を形作り、動かすことである。⁽⁸⁷⁾ 企業価値の最大化が問題となっており、そこから最終的に持分権者も利益を得る。⁽⁸⁸⁾

2 債権者自治の強化

責任実現機能から同時に、その者の利益が問題となっている者をこれまでよりも強く、手続形成の中に組み入れるという必然的な努力が出てくる。管財人の任命に際しての債権者の介入権 (Mitspracherecht) は、非常に狭く形成され、倒産裁判官の権限は極めて大きい⁽⁸⁹⁾。それゆえ企業再生容易化法政府草案は、債権者の影響を強化することを、正当にも、そして裁判官層の撤退時の戦闘にもかかわらず、旗印としてきた。債権者自治の問題は、いずれにせよ可否ではなく、態様に関連している。目標の葛藤が、債権者を組み込むという希望と、まさになお早い手続段階における債権者の共働の間で生じる。もし討議草案⁽⁹¹⁾がなお予定していたように、管財人の選任に際しての介入権を「重要な債権者」のみに認めたいのであれば (倒産法討議草案五六条二項)、特別な利益という特典が、公然と明るみに出るかもしれない。正しくは実体的なものとしてばかりでなく、手続的な債権者の共働として理解されなくてはならない平等待遇原則は、危殆化されるかもしれない。確実な、特に大債権者の「優遇」は、いずれにせよあらゆる対立する法政策的な反射作用をもつとせず、それ自体はただちには問題とはならないかもしれない。なぜなら、このような債権者は、この者によって引き受けられたデフォルト・リスクにきわめて強く直面しているからである。問題が生じるのは、職務上の当事者としての管財人がまさに債権者の代理人ではなく、独立して、非党派的に

行動すべきであるということによってのみである。この機能において、管財人は、財団の利益を個々の債権者に対しても、例えば弁済否認にもとづく請求権を主張することによって、防衛しなくてはならない。経済的代理人説が初めてではなく、しかし既に健全な人間の悟性が、管財人がその「準委任者」に対して処置をとらなくてはならないとすると重大なモラル・ハザードの問題が出てくるということを暴き出していた。倒産法の下で非常に成果を示しているところの財団増殖の手段としての弁済否認は、その意義を失ってしまいうるかもしれない。この問題は最終的に、債権者の関係では、「重要でない」倒産債権者の不利益な結果となる⁽⁹²⁾。

それゆえ企業再生容易化法政府草案が、今や、仮の債権者委員会の結び付けと重要な債権者と重要でない債権者の間の区別を抹消することによって、少なくとも一方的に支配された債権者の共働に対する一定の防衛に取り掛かうとしたのは (企業再生容易化法政府草案五六条参照)、アプローチにおいては正当と思われる。それゆえ、結論においては、裁判所の選任の裁量が完全には制約されないとすれば、われわれの「倒産文化」にもよく対応していると認められてよい。実際上ここでは、管財人の選任を債権者の手に委ねるのであれば、いかなる範囲で倒産による清算の民営化を促そうとしているのかという、上位の問題が問題となっている。倒産法による清算の広範な民営化にプラスの材料を提供しているアメリカ合衆国の文献上も、そ

の間に、個々の領域の間で区別をする必要があるということが認識されるに至っている⁹³⁾。

VI 免責と消費者倒産手続についての改正の考察

これまで暗黙に企業倒産のみがテーマとされてきた。さらに、免責と消費者倒産を見落としてはならない。前者は、フレッシユ・スタート・ポリシーと歴史的な変遷の中で緩慢に確立された誠実な破産者と誠実でない破産者の間の区別にとつてのもっとも真に迫った表現である。

ここでは再び矛盾したシグナルが現れる。一方で、政策は免責手続へのアクセスのさらなる容易化と不必要な形式性の回避に努めている。最近の立法期において、無資力者の免責のための法律の草案が議論されたが、それは今やもちろん連続性を欠いたものとなった。その草案は、とりわけ完全な無資力者の場合には、免責手続前の倒産手続の義務的な実施を放棄することを予定していた。このアプローチについては、多くの正当な、詳細における批判にもかかわらず、多くが正しかった。司法大臣は今や——連立の合意にしたがつて——債務者が凌がなくてはならないいわゆる勤勉期間を三年に短縮し、かくして手続をさらに簡潔にする考えを告知したことが注意を引く⁹⁴⁾。かくして確実に免責への道が行政上容易にされたが、実務上は、これがなければ債権者は何一つ受け取らないいわゆるゼロ計画(Nulplane)が

妥当しているからである⁹⁵⁾。確実に、手続は承認に値する目的を追求している。すなわち、絶望的に負債を負った者は、債権者が全ての収益を受け取るとすれば、生業を再開または継続し、あるいは新たな取引のアイデアを実行してみるインセンティブをもち持たない。それにもかかわらず、免責は今日大量手続になっていて、そこでは債務者が現実に誠実に行為したか否かは、もはや入念には審査されえないということが述べられる。これはある法制度の全く驚くべき流れであり、もともとはむしろカーブから飛び出したばかりの起業家が考えられていた。

他方で、債務者のためにハードルをますます容易にしている。免責手続は、責任の原則を内部から崩しているということが、ずっと以前から認識されている。文献上、ポスターのように責任制限のされた自然人が語られる場合には、聞き耳を立ててなくてはならない⁹⁶⁾。早い段階で既に、例えば財産の浪費や倒産法二九〇条四号の基準による債権者との協力の欠如のごとき債権者に関連する拒絶事由は、実際上は鈍刀だと判明しうるかもしれないという懸念が表明されていた⁹⁸⁾。

民間テレビ放送の娯楽番組においてでさえ、どのように債権者には実務上債務者の助言者の援助によって倒産手続の開始前には端数という形で雀が提供されるかが、時折示されており、そこではもちろん屋根の上の鳩ではなく、免責とゼロ計画を伴った倒産手続が待ち受けている。このことはそれ自体悪いわけではないが、なぜなら、債権者は時折軽率な信用供与または債権

回収に際しての迅速性の欠如という効果のみを引き受けなくてはならないからである。倒産に熟する前には、正当にも優先主義が幅を利かせている。しかし、無規律な消費と浪費的な経済という結果が債権者に転嫁する危険は明白である。これに対しては、一般に債務者寄りとみなされているアメリカ合衆国においても、フレッシュ・スタート・ポリシーは、以前から争いのないものとはみなされず、債務者保護の強調は、公然と非難されてきた。実証的研究もまた、そこでは、免責を付与された債務者の大部分が、その後一年に、既に再び決まり切った勘定を返す状態にはないので、債務整理が失敗であったというを示している⁽⁹⁾。

ドイツの第九民事部の判例に、それが債権者の利益と債務者の利益の緊張関係を腰だめのに解決したということが証明されているが、例えば、免責手続が失敗した後の、後続倒産申立て手続の禁止期間についての最近の裁判の場合にそうである⁽¹⁰⁾。

イギリスの高等法院 (*High Court*) が、最近の裁判の中で、イギリスへ住所を短期的に移転することによって、そのためにヨーロッパ倒産規則 (*EU InsVO*) 三条、同四条二項二文k号によって適用されるイギリスの免責の規律を介してイギリスにおける甘い免責規定から利益を得るドイツの債務者の可能性を明示的に制限したこともまた、これに適合している⁽¹¹⁾。実際、自らが負った義務については責任を負うという原則をあまりにも簡単に緩和してはならないということが、ガイドラインとし

て妥当すべきだという。自己責任による行態の責任法的な基礎は、私的自治にもとづく行為者に関係づけられた財産である⁽¹²⁾。まさにそれゆえに、社会的な選好によって方向づけられた倒産法政策は説得力がない。免責手続の改正もまた、この原則に方向づけられることが、依然として期待されなくてはならない。連邦司法省による最近の見解を聞き取るならば、そこでは問題が意識されているように思われる⁽¹³⁾。この認識は、その場合にもちろん、法律における様々な規律の中にも現れていなくてはならない。

VII 展望と挑戦

1 ヨーロッパ的な観点

簡単な指摘は、これまで単にざっと触れたに過ぎないテーマのヨーロッパ的なデイメンジョンに妥当する。われわれは既に今日、二〇〇二年のヨーロッパ倒産規則によってヨーロッパ全体にわたりハーモナイズ (調和) された倒産法を知っているが、いずれにせよそれは管轄、適用法規および承認の諸問題に限定されている。国境を越えた関連のない倒産はほとんど問題にならないことに思いを至らすならば、法の修正が倒産法をその中核においても、したがって倒産実体法において、倒産法に至るのは少なくとも時間の問題のみかもしれない。ここではたしかに、債務法の調和の問題のごとく、それほど嵐のごとく取り掛

することはできないであろう。しかしおそらく、第一段階において手続の基本的な目標と再生という選択肢の位置価値を考えなくてはならないであろう。同様のことはまた、ヨーロッパ倒産規則で既に他のコンテキストにおいても起こっているに違いないかもしれない、そこでは例えばヨーロッパ倒産規則三条二項において、領域的に限定された第二次倒産手続は再生ではなく、清算のみに向けられていなくてはならないということが予定されている。

ある程度倒産法に関する「共通の参照枠組み」にもとづいて意思疎通しえたならば、この前兆の下では実に魅力ある観点かもしれない。したがって、二〇〇三年に私的な研究グループによつてそれと関連したヨーロッパ倒産法原則が展開された^⑧。たしかに法政策的な混入と、言わずもがな民法に対する関連、とりわけ物権法に対するそれがここでは非常に強く出ており、その結果、具体的な修正のプロジェクトに至るまでは前途遼遠である。しかし、展望としては、さらなる倒産法の修正が、依然として維持されるべきであるという。今や要請されるべき銀行倒産に関する規律と、銀行の危機管理に関するEUの枠組みの場合と同様に、法律のより強固な調和は、国際倒産における若干の軋轢の喪失を新たに手助けし、倒産手続の拘束力ある目標を与えうるかもしれない。

2 一貫した倒産法政策の必要性

第二の指摘は、内国における法政策的な議論に当てはまる。倒産法の継続構築が語られるのは、まさに出来て一二年になる法律では、既に驚くべき所見である。^⑨専門雑誌の編集者コラムにおいては、二〇一一年ぐらいいは法律の変更を行いたくはないという、立法者への要望が既に持ち出されている。^⑩継続的なボタリングはいずれにせよ法の一貫性には貢献しないのではないか。典型的にはこのことは国庫の特典において明らかであり、それは今や五五条四項の中に二〇一一年度財政附属法(HaBGG 2011)によつて部分的に再導入されたものであるが、その理由は、それによれば開始手続中に生じた租税債務は広範囲に財団債務と見なされるからである。たしかに強制的債権者の最大限の優遇は特に考えるに値するものかもしれないが、しかしその場合やはり、全ての強制債権者と、とりわけ不法行為債権者についても考えるに値する。一方で企業再生容易化法によつて倒産手続における早期の再生手続を促そうと欲し、他方でしかし国庫のための優先権によつて財団を切り崩し、かくして再生のための試みの余地を減少させるのは矛盾している^⑪。持続的な倒産法政策は、流行語を使うために確実に異なっているように見える。政策は、再生をどのようにして促進するつもりなのかを判断する必要がある、その際に、私見によれば、ごたまぜのものを提供すべきではない。

VIII 要約

われわれは新たな倒産文化を必要としているのか？第一に、倒産手続がいまだなお強く失敗と不都合との呪縛の下にあるということとは正しい。その限りにおいて、再生法の必然的な改善に取り掛からなくてはならない。しかし、新たな倒産文化は、それに成長の時間をも与えて初めて展開される。このことはさらなる改正プロジェクトに際して思慮深くあることを促している。もちろん新たな倒産文化の要請は、時間軸の中に見られたように、それがどのように響こうとも全く革命的なものではない。それは単に再生という選択肢に有利に重点を動かすという要請にすぎない。われわれが見てきたように、倒産法は相変わらず、どれだけの重点を清算と再生の間で分配するか、またどのように倒産手続のチャンスとリスクの間のアンヴィヴァレンツを解決するかという問題の前に直面している。これらのアンヴィヴァレンツは、将来の議論をも規定するであろう。それが重要であると思われれば思われるほど、再生のあらゆる多幸症が、倒産法の機能と目標いかにかわらず、確かめられない。くではない。

〔完〕

【付記】 本稿は、平成二二―二五年度科学研究費補助金若手研

究（B）（研究代表者・河野憲一郎）「実効的債権回収システムの再構築」（課題番号：23730080）による研究成果の一部である。

註

- (1) 以下でダウンロード可能。
http://www.bmj.de/SharedDocs/Reden/DE/2010/20100317_7er_Deutscher_Insolvenzrechtstag.html?nn=1464496
 - (2) ヴァルヴァレンダー NZI 2003, S. V; H. Hess NZI 2008, 582, 583; Pape ZInsO 2011, 10; ders. NZI 2007, 425参照。
 - (3) 好例として、倒産法新五五条四項における特典の導入に至るまでの波乱に富んだ歴史につき、Maroltzke ZInsO 2010, 2163参照。
 - (4) この関連について詳細は、Berges, in: Festschrift 100 Jahre KO, 1977, S. 363 ff.; Gerhardt, in: Festschrift Weber, 1975, S. 181 ff.
 - (5) Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rdnr. 5.01 ff.
- 〔訳注1〕 本判決については、中村民雄＝須網隆夫（編著）『EU法基本判例集』（日本評論社、第二版、二〇一〇年）31事件に紹介されている。

- (9) *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzzrecht, 2010, S. 30 ff.
- (10) *Valender* NZI 2010, 838, 839; *Rajak* ZInsO 1999, 666; 法文化の一般論, *Mankowski* JZ 2009, 321 ff.; *Zimmermann* JZ 2007, 1, 3参照。
- (11) *Levy*, Konkursrecht, 2. Aufl. 1926, S. 2; *Uhlenbruck* DZWIR 2007, 1.
- (12) 破産法の執行の規律は第1表。
- (13) 128; 執行の規律は第1表。
- (14) 128; 執行の規律は第1表。
- (15) *Forster*, Konkurs als Verfahren, 2009, S. 86.
- (16) *Paulus* JZ 2009, 1148, 1150; *Behrends* (Fn. 9), S. 144.
- (17) *Becker* KTS 2008, 1, 6.
- (18) *Becker* KTS 2008, 1, 5.
- (19) *Eilers*, Codex Hammurabi, 5. Aufl. 2009, S. 542 46参照。
- (20) *Kaser/Hackl*, Das römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1996, § 56 IV, S. 387; *Becker* KTS 2008, 1, 6.
- (21) *Kaser/Hackl* (Fn. 15), § 57, S. 388; *Forster* (Fn. 10), S. 388.
- (22) 全体については参照せよ。 *Kaser/Hackl* (Fn. 15), § 57, S. 388.
- (23) *Gaius* 3, 80 f.
- (24) *V. Woelf* SZ 43 (1922), 485, 487; *Pakler*, in: Festschrift Gagner, 1991, S. 327, 328.
- (25) 一般論は参照せよ。 *Kaser* SZ 73 (1956), 220 ff.
- (26) *v. Bethmann-Hollweg*, Der römische Zivilprozeß, Bd. 2, 1864, S. 689; *Völkl*, in: Festschrift Waldstein, 1993, S. 357, 360.
- (27) *Kaser* SZ 100 (1983), 80, 127.
- (28) *v. Bethmann-Hollweg* (Fn. 20), S. 688; *Pakler*, in: Festschrift Gagner, 1991, S. 327, 328. 相繼に執行の解放に際しての債権者の地位について。
- (29) *Finkenauer*, in: Festschrift Wieling, 2006, S. 19.
- (30) *Forster* (Fn. 10), S. 88; *Kroppenberg*, Die Insolvenz im klassischen römischen Recht, 2001, S. 248 ff.; 参照せよ。明瞭に参照せよ。 *Kaser* SZ 100 (1983), 130; *ders.* Sodalitas 7 (194), 3163.
- (31) *Daube*, Collected Studies in Roman Law II, 1991, S. 1424; *Kroppenberg* (Fn. 24), S. 345; 執行実務の基礎的知識については参照せよ。 *Völkl*, in: Festschrift Waldstein, 1993, S. 360, 368.
- (32) *Forster* (Fn. 10), S. 90; *Pakler*, in: Festschrift Gagner, 1991, S. 327, 328; *Kroppenberg* (Fn. 24), S. 315, それぞれは資産の「保有」宣誓 (bonam

- copiam iurare) の關係を見出た。また *Wlasssek*, RE III (1895), S. 1995-を參照。
- (27) *Pakter*, in: Festschrift Gagner, 1991, S. 327, 328; *Völk*, in: Festschrift Waldstein, 1993, S. 355, 365.
- (28) *Uhlenbruck* DZWIR 2007, 1, 3 4⁴ を Fn. 24 に 4⁴ たる 註釋を參照。
- (29) Labyrinthus creditorum concurrentium ad litum per debitorem.
- (30) 註釋 を *Forster* (Fn. 10), S. 230 und 309; *ders.*, in: Gedächtnisschrift Konuralp, Bd. 2, 2009, S. 213 ff.; *ders.*, in: Europa und seine Regionen, 2000 Jahre Rechtsgeschichte, 2000, S. 323; それ を *Köhler* の 註釋 に お き を 參照。強 く 論議を認める を *de Somoza* の 註釋 に 採り留める を *J. Köhler*, Lehrbuch des Konkursrechts, 1898, S. 32, 40.
- (31) *Whitman* 105 Yale L. J. (1996), 1841, 1872 ff. 參照。 それ を *Whitman* の 註釋 に お き を 參照。 それ を *Volmerhausen*, Vom Konkursprozess zum Marktber-
einigungsverfahren, 2007.
- (32) *Whitman* 105 Yale L. J. (1996), 1841, 1877 ff.
- (33) *Whitman* 105 Yale L. J. (1996), 1841, 1874 を *Scaccia*, Tractatus de commerciis et cambio, 1738, S. 324 を 註釋 を 參照。
- (34) *Hellmann*, Lehrbuch des Konkursrechts, 1907, S. 15; *Whitman* 105 Yale L. J. (1996), 1841, 1874.
- (35) *Whitman* 105 Yale L. J. (1996), 1841, 1874.
- (36) Act of 21 Jan. 1, ch. 19 (1623), *Levinthal* 67 U Pa. L. Rev. (1919) 1, 17.
- (37) *Gerhardt*, in: Festschrift Michaelis, 1973, S. 100 の 註釋。
- (38) *Becker* KTS 2008, 1, 10. また *ハウクスブルク* の 註釋 を *Gerhardt*, in: Festschrift Michaelis, 1973, S. 100, 101; *Uhlenbruck*, in: Festschrift Gerhardt, 2004, S. 979, 985 f.; *J. Köhler*, Lehrbuch des Konkursrechts, 1898, S. 14-を 參照。
- (39) *Becker* KTS 2008, 1, 9 m. Nachw.
- (40) 註釋 を *Weisberg* 39 Stan. L. Rev. (1986), 3, 30.
- (41) *Weisberg* 39 Stan. L. Rev. (1986), 3 ff. 參照。
- (42) *Defoe*, The Complete English Tradesman, hier 4. Aufl. London 1738, S. 90.
- (43) それ を *Volmerhausen*, Vom Konkursprozess zum Marktber-
einigungsverfahren, 2007, S. 123; *Uhlenbruck* DZWIR 2007, 1, 3.
- (44) *Becker* KTS 2008, 1, 16; *Uhlenbruck* DZWIR 2007, 1, 3.
- (45) *Paulus* JZ 2009, 1153 f. 參照。 ペギリス シュトメリナ

- 合衆国に於て *Levinthal* 67 U. Pa. L. Rev. (1919), 1; *Tabb* 3 Am. Bankr. Inst. L. Rev. (1993), 5, 6 ff.
- (46) 前掲論文に於て *K. Schmidt*, Gutachten zum 54. DJT, 1982, D.
- (47) *Gerhardt*, in: Festschrift Michaelis, 1973, S. 100.
- (48) 破産の欠陥からコンローラされた倒産への展開に於て *Uhlenbruck*, in: Festschrift Gerhardt, 2004, S. 979.
- (49) 包括的な *Bork* ZIP 2010, 397; *Jaffé/Friedrich* ZIP 2008, 1894 m. N.
- (50) 積極的な態度を示す *Flessner* KTS 2010, 127, 141 ff.; *Bork* ZIP 2010, 397; *Jaffé*, in: Köhner Schrift zur InsO, 3. Aufl. 2009, Kap. 23 Rdnr. 14; *Beisenhitz* ZInsO 2011, 57; 同題九〇／緑の党の党派動議 (BT-Drucks. 17/2008 vom 9. 6. 2010) を参照。批判的な *Eidenmüller*, Finanzkrise, Wirtschaftskrise und das deutsche Insolvenzrecht, 2009, S. 27 ff.; *Uhlenbruck* NZI 2008, 201, 204 ff.
- (51) *ラベリン* 後記 9。
- (52) *Beisenhitz* ZInsO 2011, 57 参照。
- (53) *K. Schmidt*, Gutachten zum 54. DJT 1982, S. D 133.
- (54) *Westphal* ZGR 2010, 385, 387 ff.; *Jacoby* ZGR 2010, 359, 365 ff. (しかし、彼は公式の手続を優先する。S. 371.) 倒産法への倒産前再生の統合と開始の先延べに関する *Hirt* ZGR 2010, 224, 233.
- (55) Bericht der Ersten Kommission für das Insolvenzrecht, 1985, S. 154 ff.
- (56) 注 (50) における論証。
- (57) 詳細に *Flessner* KTS 2010, 127, 130 ff.
- (58) *Flessner* KTS 2010, 127, 143.
- (59) 契約形成への倒産法の事前作用に於て *Thole* KTS 2010, 383, 401 f. 参照。
- (60) *Eidenmüller* (Fn. 50), S. 29.
- (61) *Flessner* KTS 2010, 127, 145.
- (記注 2) 既に立法化されている。この点については、久保寛展「ドイツ企業再建法における企業再建手法としてのデット・エクイティ・スワップ」福岡大学法学論叢五八巻二号 (二〇一三年) 二五五頁 (特に二五九頁以下) に詳しい。
- (62) オンライン可能。
http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE_ESUG_23022011.pdf?__blob=publicationFile.
- (63) Entwurf des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) (Fn. 62) S. 61.

- (64) 批判的な⁶⁴ *Eidenmüller* ZHR 175 (2011), 11, 31 ff., 35.
- (65) *Marotzke* JZ 2010, 763, 770 f.; 穂健な⁶⁵ *Brinkmann* WM 2011, 97, 100.
- (訳注3) 渡辺富久子「ドイツにおける銀行再編基金法の制定——銀行税の導入——」国立国会図書館調査及び立法考査局『外国の立法』（二〇一一年）二四八号三七頁を参照。以下でタウ⁶⁶_ンロー⁶⁷可能。
<http://www.ndl.go.jp/ip/data/publication/legis/pdf/02480003.pdf>
- (66) Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), BT-Drucks. 17/3024, S. 2.
- (67) ⁶⁷ *Binden* ⁶⁸ *Banken* ⁶⁹ *Banken* ⁷⁰ *Banken* ⁷¹ *Banken* ⁷² *Banken* ⁷³ *Banken* ⁷⁴ *Banken* ⁷⁵ *Banken* ⁷⁶ *Banken* ⁷⁷ *Banken* ⁷⁸ *Banken* ⁷⁹ *Banken* ⁸⁰ *Banken* ⁸¹ *Banken* ⁸² *Banken* ⁸³ *Banken* ⁸⁴ *Banken* ⁸⁵ *Banken* ⁸⁶ *Banken* ⁸⁷ *Banken* ⁸⁸ *Banken* ⁸⁹ *Banken* ⁹⁰ *Banken* ⁹¹ *Banken* ⁹² *Banken* ⁹³ *Banken* ⁹⁴ *Banken* ⁹⁵ *Banken* ⁹⁶ *Banken* ⁹⁷ *Banken* ⁹⁸ *Banken* ⁹⁹ *Banken* ¹⁰⁰ *Banken* ¹⁰¹ *Banken* ¹⁰² *Banken* ¹⁰³ *Banken* ¹⁰⁴ *Banken* ¹⁰⁵ *Banken* ¹⁰⁶ *Banken* ¹⁰⁷ *Banken* ¹⁰⁸ *Banken* ¹⁰⁹ *Banken* ¹¹⁰ *Banken* ¹¹¹ *Banken* ¹¹² *Banken* ¹¹³ *Banken* ¹¹⁴ *Banken* ¹¹⁵ *Banken* ¹¹⁶ *Banken* ¹¹⁷ *Banken* ¹¹⁸ *Banken* ¹¹⁹ *Banken* ¹²⁰ *Banken* ¹²¹ *Banken* ¹²² *Banken* ¹²³ *Banken* ¹²⁴ *Banken* ¹²⁵ *Banken* ¹²⁶ *Banken* ¹²⁷ *Banken* ¹²⁸ *Banken* ¹²⁹ *Banken* ¹³⁰ *Banken* ¹³¹ *Banken* ¹³² *Banken* ¹³³ *Banken* ¹³⁴ *Banken* ¹³⁵ *Banken* ¹³⁶ *Banken* ¹³⁷ *Banken* ¹³⁸ *Banken* ¹³⁹ *Banken* ¹⁴⁰ *Banken* ¹⁴¹ *Banken* ¹⁴² *Banken* ¹⁴³ *Banken* ¹⁴⁴ *Banken* ¹⁴⁵ *Banken* ¹⁴⁶ *Banken* ¹⁴⁷ *Banken* ¹⁴⁸ *Banken* ¹⁴⁹ *Banken* ¹⁵⁰ *Banken* ¹⁵¹ *Banken* ¹⁵² *Banken* ¹⁵³ *Banken* ¹⁵⁴ *Banken* ¹⁵⁵ *Banken* ¹⁵⁶ *Banken* ¹⁵⁷ *Banken* ¹⁵⁸ *Banken* ¹⁵⁹ *Banken* ¹⁶⁰ *Banken* ¹⁶¹ *Banken* ¹⁶² *Banken* ¹⁶³ *Banken* ¹⁶⁴ *Banken* ¹⁶⁵ *Banken* ¹⁶⁶ *Banken* ¹⁶⁷ *Banken* ¹⁶⁸ *Banken* ¹⁶⁹ *Banken* ¹⁷⁰ *Banken* ¹⁷¹ *Banken* ¹⁷² *Banken* ¹⁷³ *Banken* ¹⁷⁴ *Banken* ¹⁷⁵ *Banken* ¹⁷⁶ *Banken* ¹⁷⁷ *Banken* ¹⁷⁸ *Banken* ¹⁷⁹ *Banken* ¹⁸⁰ *Banken* ¹⁸¹ *Banken* ¹⁸² *Banken* ¹⁸³ *Banken* ¹⁸⁴ *Banken* ¹⁸⁵ *Banken* ¹⁸⁶ *Banken* ¹⁸⁷ *Banken* ¹⁸⁸ *Banken* ¹⁸⁹ *Banken* ¹⁹⁰ *Banken* ¹⁹¹ *Banken* ¹⁹² *Banken* ¹⁹³ *Banken* ¹⁹⁴ *Banken* ¹⁹⁵ *Banken* ¹⁹⁶ *Banken* ¹⁹⁷ *Banken* ¹⁹⁸ *Banken* ¹⁹⁹ *Banken* ²⁰⁰ *Banken* ²⁰¹ *Banken* ²⁰² *Banken* ²⁰³ *Banken* ²⁰⁴ *Banken* ²⁰⁵ *Banken* ²⁰⁶ *Banken* ²⁰⁷ *Banken* ²⁰⁸ *Banken* ²⁰⁹ *Banken* ²¹⁰ *Banken* ²¹¹ *Banken* ²¹² *Banken* ²¹³ *Banken* ²¹⁴ *Banken* ²¹⁵ *Banken* ²¹⁶ *Banken* ²¹⁷ *Banken* ²¹⁸ *Banken* ²¹⁹ *Banken* ²²⁰ *Banken* ²²¹ *Banken* ²²² *Banken* ²²³ *Banken* ²²⁴ *Banken* ²²⁵ *Banken* ²²⁶ *Banken* ²²⁷ *Banken* ²²⁸ *Banken* ²²⁹ *Banken* ²³⁰ *Banken* ²³¹ *Banken* ²³² *Banken* ²³³ *Banken* ²³⁴ *Banken* ²³⁵ *Banken* ²³⁶ *Banken* ²³⁷ *Banken* ²³⁸ *Banken* ²³⁹ *Banken* ²⁴⁰ *Banken* ²⁴¹ *Banken* ²⁴² *Banken* ²⁴³ *Banken* ²⁴⁴ *Banken* ²⁴⁵ *Banken* ²⁴⁶ *Banken* ²⁴⁷ *Banken* ²⁴⁸ *Banken* ²⁴⁹ *Banken* ²⁵⁰ *Banken* ²⁵¹ *Banken* ²⁵² *Banken* ²⁵³ *Banken* ²⁵⁴ *Banken* ²⁵⁵ *Banken* ²⁵⁶ *Banken* ²⁵⁷ *Banken* ²⁵⁸ *Banken* ²⁵⁹ *Banken* ²⁶⁰ *Banken* ²⁶¹ *Banken* ²⁶² *Banken* ²⁶³ *Banken* ²⁶⁴ *Banken* ²⁶⁵ *Banken* ²⁶⁶ *Banken* ²⁶⁷ *Banken* ²⁶⁸ *Banken* ²⁶⁹ *Banken* ²⁷⁰ *Banken* ²⁷¹ *Banken* ²⁷² *Banken* ²⁷³ *Banken* ²⁷⁴ *Banken* ²⁷⁵ *Banken* ²⁷⁶ *Banken* ²⁷⁷ *Banken* ²⁷⁸ *Banken* ²⁷⁹ *Banken* ²⁸⁰ *Banken* ²⁸¹ *Banken* ²⁸² *Banken* ²⁸³ *Banken* ²⁸⁴ *Banken* ²⁸⁵ *Banken* ²⁸⁶ *Banken* ²⁸⁷ *Banken* ²⁸⁸ *Banken* ²⁸⁹ *Banken* ²⁹⁰ *Banken* ²⁹¹ *Banken* ²⁹² *Banken* ²⁹³ *Banken* ²⁹⁴ *Banken* ²⁹⁵ *Banken* ²⁹⁶ *Banken* ²⁹⁷ *Banken* ²⁹⁸ *Banken* ²⁹⁹ *Banken* ³⁰⁰ *Banken* ³⁰¹ *Banken* ³⁰² *Banken* ³⁰³ *Banken* ³⁰⁴ *Banken* ³⁰⁵ *Banken* ³⁰⁶ *Banken* ³⁰⁷ *Banken* ³⁰⁸ *Banken* ³⁰⁹ *Banken* ³¹⁰ *Banken* ³¹¹ *Banken* ³¹² *Banken* ³¹³ *Banken* ³¹⁴ *Banken* ³¹⁵ *Banken* ³¹⁶ *Banken* ³¹⁷ *Banken* ³¹⁸ *Banken* ³¹⁹ *Banken* ³²⁰ *Banken* ³²¹ *Banken* ³²² *Banken* ³²³ *Banken* ³²⁴ *Banken* ³²⁵ *Banken* ³²⁶ *Banken* ³²⁷ *Banken* ³²⁸ *Banken* ³²⁹ *Banken* ³³⁰ *Banken* ³³¹ *Banken* ³³² *Banken* ³³³ *Banken* ³³⁴ *Banken* ³³⁵ *Banken* ³³⁶ *Banken* ³³⁷ *Banken* ³³⁸ *Banken* ³³⁹ *Banken* ³⁴⁰ *Banken* ³⁴¹ *Banken* ³⁴² *Banken* ³⁴³ *Banken* ³⁴⁴ *Banken* ³⁴⁵ *Banken* ³⁴⁶ *Banken* ³⁴⁷ *Banken* ³⁴⁸ *Banken* ³⁴⁹ *Banken* ³⁵⁰ *Banken* ³⁵¹ *Banken* ³⁵² *Banken* ³⁵³ *Banken* ³⁵⁴ *Banken* ³⁵⁵ *Banken* ³⁵⁶ *Banken* ³⁵⁷ *Banken* ³⁵⁸ *Banken* ³⁵⁹ *Banken* ³⁶⁰ *Banken* ³⁶¹ *Banken* ³⁶² *Banken* ³⁶³ *Banken* ³⁶⁴ *Banken* ³⁶⁵ *Banken* ³⁶⁶ *Banken* ³⁶⁷ *Banken* ³⁶⁸ *Banken* ³⁶⁹ *Banken* ³⁷⁰ *Banken* ³⁷¹ *Banken* ³⁷² *Banken* ³⁷³ *Banken* ³⁷⁴ *Banken* ³⁷⁵ *Banken* ³⁷⁶ *Banken* ³⁷⁷ *Banken* ³⁷⁸ *Banken* ³⁷⁹ *Banken* ³⁸⁰ *Banken* ³⁸¹ *Banken* ³⁸² *Banken* ³⁸³ *Banken* ³⁸⁴ *Banken* ³⁸⁵ *Banken* ³⁸⁶ *Banken* ³⁸⁷ *Banken* ³⁸⁸ *Banken* ³⁸⁹ *Banken* ³⁹⁰ *Banken* ³⁹¹ *Banken* ³⁹² *Banken* ³⁹³ *Banken* ³⁹⁴ *Banken* ³⁹⁵ *Banken* ³⁹⁶ *Banken* ³⁹⁷ *Banken* ³⁹⁸ *Banken* ³⁹⁹ *Banken* ⁴⁰⁰ *Banken* ⁴⁰¹ *Banken* ⁴⁰² *Banken* ⁴⁰³ *Banken* ⁴⁰⁴ *Banken* ⁴⁰⁵ *Banken* ⁴⁰⁶ *Banken* ⁴⁰⁷ *Banken* ⁴⁰⁸ *Banken* ⁴⁰⁹ *Banken* ⁴¹⁰ *Banken* ⁴¹¹ *Banken* ⁴¹² *Banken* ⁴¹³ *Banken* ⁴¹⁴ *Banken* ⁴¹⁵ *Banken* ⁴¹⁶ *Banken* ⁴¹⁷ *Banken* ⁴¹⁸ *Banken* ⁴¹⁹ *Banken* ⁴²⁰ *Banken* ⁴²¹ *Banken* ⁴²² *Banken* ⁴²³ *Banken* ⁴²⁴ *Banken* ⁴²⁵ *Banken* ⁴²⁶ *Banken* ⁴²⁷ *Banken* ⁴²⁸ *Banken* ⁴²⁹ *Banken* ⁴³⁰ *Banken* ⁴³¹ *Banken* ⁴³² *Banken* ⁴³³ *Banken* ⁴³⁴ *Banken* ⁴³⁵ *Banken* ⁴³⁶ *Banken* ⁴³⁷ *Banken* ⁴³⁸ *Banken* ⁴³⁹ *Banken* ⁴⁴⁰ *Banken* ⁴⁴¹ *Banken* ⁴⁴² *Banken* ⁴⁴³ *Banken* ⁴⁴⁴ *Banken* ⁴⁴⁵ *Banken* ⁴⁴⁶ *Banken* ⁴⁴⁷ *Banken* ⁴⁴⁸ *Banken* ⁴⁴⁹ *Banken* ⁴⁵⁰ *Banken* ⁴⁵¹ *Banken* ⁴⁵² *Banken* ⁴⁵³ *Banken* ⁴⁵⁴ *Banken* ⁴⁵⁵ *Banken* ⁴⁵⁶ *Banken* ⁴⁵⁷ *Banken* ⁴⁵⁸ *Banken* ⁴⁵⁹ *Banken* ⁴⁶⁰ *Banken* ⁴⁶¹ *Banken* ⁴⁶² *Banken* ⁴⁶³ *Banken* ⁴⁶⁴ *Banken* ⁴⁶⁵ *Banken* ⁴⁶⁶ *Banken* ⁴⁶⁷ *Banken* ⁴⁶⁸ *Banken* ⁴⁶⁹ *Banken* ⁴⁷⁰ *Banken* ⁴⁷¹ *Banken* ⁴⁷² *Banken* ⁴⁷³ *Banken* ⁴⁷⁴ *Banken* ⁴⁷⁵ *Banken* ⁴⁷⁶ *Banken* ⁴⁷⁷ *Banken* ⁴⁷⁸ *Banken* ⁴⁷⁹ *Banken* ⁴⁸⁰ *Banken* ⁴⁸¹ *Banken* ⁴⁸² *Banken* ⁴⁸³ *Banken* ⁴⁸⁴ *Banken* ⁴⁸⁵ *Banken* ⁴⁸⁶ *Banken* ⁴⁸⁷ *Banken* ⁴⁸⁸ *Banken* ⁴⁸⁹ *Banken* ⁴⁹⁰ *Banken* ⁴⁹¹ *Banken* ⁴⁹² *Banken* ⁴⁹³ *Banken* ⁴⁹⁴ *Banken* ⁴⁹⁵ *Banken* ⁴⁹⁶ *Banken* ⁴⁹⁷ *Banken* ⁴⁹⁸ *Banken* ⁴⁹⁹ *Banken* ⁵⁰⁰ *Banken* ⁵⁰¹ *Banken* ⁵⁰² *Banken* ⁵⁰³ *Banken* ⁵⁰⁴ *Banken* ⁵⁰⁵ *Banken* ⁵⁰⁶ *Banken* ⁵⁰⁷ *Banken* ⁵⁰⁸ *Banken* ⁵⁰⁹ *Banken* ⁵¹⁰ *Banken* ⁵¹¹ *Banken* ⁵¹² *Banken* ⁵¹³ *Banken* ⁵¹⁴ *Banken* ⁵¹⁵ *Banken* ⁵¹⁶ *Banken* ⁵¹⁷ *Banken* ⁵¹⁸ *Banken* ⁵¹⁹ *Banken* ⁵²⁰ *Banken* ⁵²¹ *Banken* ⁵²² *Banken* ⁵²³ *Banken* ⁵²⁴ *Banken* ⁵²⁵ *Banken* ⁵²⁶ *Banken* ⁵²⁷ *Banken* ⁵²⁸ *Banken* ⁵²⁹ *Banken* ⁵³⁰ *Banken* ⁵³¹ *Banken* ⁵³² *Banken* ⁵³³ *Banken* ⁵³⁴ *Banken* ⁵³⁵ *Banken* ⁵³⁶ *Banken* ⁵³⁷ *Banken* ⁵³⁸ *Banken* ⁵³⁹ *Banken* ⁵⁴⁰ *Banken* ⁵⁴¹ *Banken* ⁵⁴² *Banken* ⁵⁴³ *Banken* ⁵⁴⁴ *Banken* ⁵⁴⁵ *Banken* ⁵⁴⁶ *Banken* ⁵⁴⁷ *Banken* ⁵⁴⁸ *Banken* ⁵⁴⁹ *Banken* ⁵⁵⁰ *Banken* ⁵⁵¹ *Banken* ⁵⁵² *Banken* ⁵⁵³ *Banken* ⁵⁵⁴ *Banken* ⁵⁵⁵ *Banken* ⁵⁵⁶ *Banken* ⁵⁵⁷ *Banken* ⁵⁵⁸ *Banken* ⁵⁵⁹ *Banken* ⁵⁶⁰ *Banken* ⁵⁶¹ *Banken* ⁵⁶² *Banken* ⁵⁶³ *Banken* ⁵⁶⁴ *Banken* ⁵⁶⁵ *Banken* ⁵⁶⁶ *Banken* ⁵⁶⁷ *Banken* ⁵⁶⁸ *Banken* ⁵⁶⁹ *Banken* ⁵⁷⁰ *Banken* ⁵⁷¹ *Banken* ⁵⁷² *Banken* ⁵⁷³ *Banken* ⁵⁷⁴ *Banken* ⁵⁷⁵ *Banken* ⁵⁷⁶ *Banken* ⁵⁷⁷ *Banken* ⁵⁷⁸ *Banken* ⁵⁷⁹ *Banken* ⁵⁸⁰ *Banken* ⁵⁸¹ *Banken* ⁵⁸² *Banken* ⁵⁸³ *Banken* ⁵⁸⁴ *Banken* ⁵⁸⁵ *Banken* ⁵⁸⁶ *Banken* ⁵⁸⁷ *Banken* ⁵⁸⁸ *Banken* ⁵⁸⁹ *Banken* ⁵⁹⁰ *Banken* ⁵⁹¹ *Banken* ⁵⁹² *Banken* ⁵⁹³ *Banken* ⁵⁹⁴ *Banken* ⁵⁹⁵ *Banken* ⁵⁹⁶ *Banken* ⁵⁹⁷ *Banken* ⁵⁹⁸ *Banken* ⁵⁹⁹ *Banken* ⁶⁰⁰ *Banken* ⁶⁰¹ *Banken* ⁶⁰² *Banken* ⁶⁰³ *Banken* ⁶⁰⁴ *Banken* ⁶⁰⁵ *Banken* ⁶⁰⁶ *Banken* ⁶⁰⁷ *Banken* ⁶⁰⁸ *Banken* ⁶⁰⁹ *Banken* ⁶¹⁰ *Banken* ⁶¹¹ *Banken* ⁶¹² *Banken* ⁶¹³ *Banken* ⁶¹⁴ *Banken* ⁶¹⁵ *Banken* ⁶¹⁶ *Banken* ⁶¹⁷ *Banken* ⁶¹⁸ *Banken* ⁶¹⁹ *Banken* ⁶²⁰ *Banken* ⁶²¹ *Banken* ⁶²² *Banken* ⁶²³ *Banken* ⁶²⁴ *Banken* ⁶²⁵ *Banken* ⁶²⁶ *Banken* ⁶²⁷ *Banken* ⁶²⁸ *Banken* ⁶²⁹ *Banken* ⁶³⁰ *Banken* ⁶³¹ *Banken* ⁶³² *Banken* ⁶³³ *Banken* ⁶³⁴ *Banken* ⁶³⁵ *Banken* ⁶³⁶ *Banken* ⁶³⁷ *Banken* ⁶³⁸ *Banken* ⁶³⁹ *Banken* ⁶⁴⁰ *Banken* ⁶⁴¹ *Banken* ⁶⁴² *Banken* ⁶⁴³ *Banken* ⁶⁴⁴ *Banken* ⁶⁴⁵ *Banken* ⁶⁴⁶ *Banken* ⁶⁴⁷ *Banken* ⁶⁴⁸ *Banken* ⁶⁴⁹ *Banken* ⁶⁵⁰ *Banken* ⁶⁵¹ *Banken* ⁶⁵² *Banken* ⁶⁵³ *Banken* ⁶⁵⁴ *Banken* ⁶⁵⁵ *Banken* ⁶⁵⁶ *Banken* ⁶⁵⁷ *Banken* ⁶⁵⁸ *Banken* ⁶⁵⁹ *Banken* ⁶⁶⁰ *Banken* ⁶⁶¹ *Banken* ⁶⁶² *Banken* ⁶⁶³ *Banken* ⁶⁶⁴ *Banken* ⁶⁶⁵ *Banken* ⁶⁶⁶ *Banken* ⁶⁶⁷ *Banken* ⁶⁶⁸ *Banken* ⁶⁶⁹ *Banken* ⁶⁷⁰ *Banken* ⁶⁷¹ *Banken* ⁶⁷² *Banken* ⁶⁷³ *Banken* ⁶⁷⁴ *Banken* ⁶⁷⁵ *Banken* ⁶⁷⁶ *Banken* ⁶⁷⁷ *Banken* ⁶⁷⁸ *Banken* ⁶⁷⁹ *Banken* ⁶⁸⁰ *Banken* ⁶⁸¹ *Banken* ⁶⁸² *Banken* ⁶⁸³ *Banken* ⁶⁸⁴ *Banken* ⁶⁸⁵ *Banken* ⁶⁸⁶ *Banken* ⁶⁸⁷ *Banken* ⁶⁸⁸ *Banken* ⁶⁸⁹ *Banken* ⁶⁹⁰ *Banken* ⁶⁹¹ *Banken* ⁶⁹² *Banken* ⁶⁹³ *Banken* ⁶⁹⁴ *Banken* ⁶⁹⁵ *Banken* ⁶⁹⁶ *Banken* ⁶⁹⁷ *Banken* ⁶⁹⁸ *Banken* ⁶⁹⁹ *Banken* ⁷⁰⁰ *Banken* ⁷⁰¹ *Banken* ⁷⁰² *Banken* ⁷⁰³ *Banken* ⁷⁰⁴ *Banken* ⁷⁰⁵ *Banken* ⁷⁰⁶ *Banken* ⁷⁰⁷ *Banken* ⁷⁰⁸ *Banken* ⁷⁰⁹ *Banken* ⁷¹⁰ *Banken* ⁷¹¹ *Banken* ⁷¹² *Banken* ⁷¹³ *Banken* ⁷¹⁴ *Banken* ⁷¹⁵ *Banken* ⁷¹⁶ *Banken* ⁷¹⁷ *Banken* ⁷¹⁸ *Banken* ⁷¹⁹ *Banken* ⁷²⁰ *Banken* ⁷²¹ *Banken* ⁷²² *Banken* ⁷²³ *Banken* ⁷²⁴ *Banken* ⁷²⁵ *Banken* ⁷²⁶ *Banken* ⁷²⁷ *Banken* ⁷²⁸ *Banken* ⁷²⁹ *Banken* ⁷³⁰ *Banken* ⁷³¹ *Banken* ⁷³² *Banken* ⁷³³ *Banken* ⁷³⁴ *Banken* ⁷³⁵ *Banken* ⁷³⁶ *Banken* ⁷³⁷ *Banken* ⁷³⁸ *Banken* ⁷³⁹ *Banken* ⁷⁴⁰ *Banken* ⁷⁴¹ *Banken* ⁷⁴² *Banken* ⁷⁴³ *Banken* ⁷⁴⁴ *Banken* ⁷⁴⁵ *Banken* ⁷⁴⁶ *Banken* ⁷⁴⁷ *Banken* ⁷⁴⁸ *Banken* ⁷⁴⁹ *Banken* ⁷⁵⁰ *Banken* ⁷⁵¹ *Banken* ⁷⁵² *Banken* ⁷⁵³ *Banken* ⁷⁵⁴ *Banken* ⁷⁵⁵ *Banken* ⁷⁵⁶ *Banken* ⁷⁵⁷ *Banken* ⁷⁵⁸ *Banken* ⁷⁵⁹ *Banken* ⁷⁶⁰ *Banken* ⁷⁶¹ *Banken* ⁷⁶² *Banken* ⁷⁶³ *Banken* ⁷⁶⁴ *Banken* ⁷⁶⁵ *Banken* ⁷⁶⁶ *Banken* ⁷⁶⁷ *Banken* ⁷⁶⁸ *Banken* ⁷⁶⁹ *Banken* ⁷⁷⁰ *Banken*

- 775 ff.; *Carlson* 85 Mich. L. Rev. (1987) 1341, 1388; *Gross* 72 Wash. U. L. Q. (1994) 1031 ff., 1039 ff.; *Key* 18 Sydney L. Rev. (1996) 55, 63; 独自の修正されたプロローグを伴った *Korobkin* 91 Colum. L. Rev. (1991) 541, 545 ff.
- (75) 注 (72) における論証を参照。
- (76) *Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 2003, S. 259. [邦訳として『法と立憲法と自由 (1) ~ (3)』西山千明・矢島釣次監修『ハイエク全集第1期 第8巻〜第10巻』(春秋社、新装版、二〇〇七〜二〇〇八年)がある。]
- (77) *Eidemüller* ZIP 2010, 649, 650, 破産法 (KO) 上の議論については *Gerhardt*, in: *Festschrift Weber*, 1975, S. 181, 183 ff.; *F. Weber* KTS 1959, 83 L. 1111 以下に同様の傾向の倒産手続の目的について *Windel*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung*, 2011, § 18, S. 449 ff.
- (78) *Schumpeter*, *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie* (Capitalism, Socialism and Democracy, Harper & Brothers, New York, 1942), hier 5. Aufl. 1950, S. 134 ff.; *ders.*, *Thorie der wirtschaftlichen Entwicklung*, 6. Aufl. 1952, S. 318 ff. 参照。[前者の邦訳として『シムプター (中山伊知郎＝東畑精一訳)』『資本主義・社会主義・民主主義』(東洋経済新報社、新装版、一九九五年)、後者の邦訳として『シムプター (塩野谷祐一＝中山伊知郎＝東畑精一訳)』『経済発展の理論 (上) (下)』(岩波文庫、いずれも一九七七年)がある。]
- (79) *Eucken*, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 4. Aufl. 1968, S. 42, 281; *Röpke*, *Die Lehre von der Wirtschaft*, 8. Aufl. 1958, S. 292. [前者の邦訳として、オイケン (大野忠男訳)『経済政策原理』(勁草書房、一九六七年)がある。]
- (80) *Flessner* (Fn. 74), S. 176 ff. 以下、フレスナーの法源選択に対する批判的な *Binder* (Fn. 67), S. 92.
- (81) *Gerhardt*, in: *Festschrift Weber*, 1975, 181, 183 ff.
- (82) 以下 *Gerhardt*, in: *Festschrift Weber*, 1975, 181, 188.
- (83) *Paulus* ZGR 2005, 309, 311.
- (84) *Paulus* ZIP 2001, 2189; *ders.*, KTS 2000, 239, 248.
- (85) 二〇一〇年一〇月一〇日のプレスリリース、IP/10/1353 参照。
- (86) 以下 *Eidemüller* (Fn. 50), S. 12; *Rasmussen/Skeel* 3 Am. Bankr. Inst. L. Rev. (1995) 85, 88-9 参照。

- (87) Thole (Fn. 6), S. 52 m. Nachw.
- (88) Eidemüller ZHR 175, (2011), 11, 16 f.
- (89) 管財人の選任一般の改革につき最新のものは、Preuß ZIP 2011, 933 m. Nachw. 納入業者の立場からの E U G E R e b e l による債権者の統合について Riggert NZI 2011, 121.
- (90) Heyer ZIP 2011, 557.
- (91) 企業再生のやがなる容易化のための法律についての討議草案。以下でダウンロード可能。
www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Distributionsentwurf_eines_Gesetzes_zur_weiteren_Erleichterung_der_Sanierung_von_Unternehmen.pdf?__blob=publicationfile.
- (92) また、Pape ZInsO 2011, 1 f.を参照。同様の経験は、アメリカ合衆国連邦破産法第一章による自己管理の占有動産担保権者モデル (Secured Party in Possession -Model) に関し、最近「報告をなす」Eidemüller ZHR 175 (2011), 11, 18.
- (93) 典型的なのは、Schwartz 91 Va. L. Rev. (2005) 1199, 1207 ff.; ders. 107 Yale L. J. (1998) 1807, 1841 (「破産の意義」[Privatize Bankruptcy]); また、Hirtle ZGR 2010, 224, 245 f.を参照。
- (94) BT-Drucks. 16/7416; DZWIR 2007, 413以下を注

- されよう。
- (95) 二〇一一年四月七日の第八回倒産法大会での式辞。以下でダウンロード可能。
https://www.bmj.de/SharedDocs/Reden/DE/2011/20110407_Achter_Insolvenzrechtstag.htm?nn=1477162.
- (96) 改正論議について Pape ZInsO 2011, 1, 4; R. Wiedemann ZVI 2004, 645.
- (97) P. Wagner ZIP 2008, 630.
- (98) Schmidt-Räntsch, in Gottwald, Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl. 2006, § 77 Rdnr. 15 (「二〇〇七年の第四版では、多くの書物がある」).
- (99) 傾向的に、Baird/Jackson/Adler, Bankruptcy, 4. Aufl. 2007, S. 564, 572 ff.; Baird/Rasmussen 55 Stan. L. Rev. (2002) 751 ff., 767, 788; dies., 54 Buff. L. Rev. (2007) 101, 112 ff.
- (100) Porter/Thorene 92 Cornell L. Rev. (2006) 67 ff.
- (101) 以下を参照。Uhlenbruck/Vallender NZI 2009, 1, 9による評論。
- (102) BGHZ 183, 13, 15 Tz. 8 = NJW 2009, 3650; BGH NJW-RR 2010, 702 Tz. 6: 情報提供義務および協力義務の侵害を理由とした免責の拒絶後、三年内に新たな申し立てをなす。展開については Pape NJW 2010, 2928を参照。

- (103) *High Court of Justice in Bankruptcy v. 10. 6. 2009* in Re Vitus Anton Mittenfeller, Case-Nr. 10421 of 2008, n. v., zit. nach *Valender VIA* 2011, 17.
- (104) *Häsemeyer* (Fn. 5), Rdnr. 1.13.
- (105) 二〇一一年四月七日ベルリンにおける第八回ドイツ倒産法大会での連邦「司法」大臣ロイターハイサー＝シュナレンベルガーの式辞。
www.bmj.de (Fn. 95) にドイツ文の全文を掲載。
- (106) *McByrde/Flessner/Kortmann* (Hrsg.), *Principles of European Insolvency Law* 2003; 註文を『*Thole* (Fn. 6), S. 632 ff.
- (107) *Pape ZInsO* 2011, 1.
- (108) *Leithaus NZI* 2006 Heft 1/2011, S. V.
- (109) 「の意味は『ドイツ法雑誌』 Wagner, in: *Festschrift Gerhardt*, 2004, S. 1045, 1068 ff.
- (110) 批判的ならんべし『*Marotzke ZInsO* 2010, 2163 ff.; *Jungclauss/Keller NZI* 2010, 808 f.」を参照。