

ヴォルフラム・ヘンケル「執行法と企業法の狭間の倒産法改正」

河野 憲一郎 訳

【訳者前注】

本稿は、*Wolfram Henckel, Insolvenzrechtsreform zwischen Vollstreckungsrecht und Unternehmensrecht, in: Gerhardt/Henckel/Kilger/Kreft (Hrsg.), Festschrift für Franz Merz zum 65. Geburtstag am 3. Februar 1992, S. 197 ff. の全訳である。*

翻訳者は、「裁判上の企業再建手続の構造に関する一試論」熊本ロージャーナル一〇号（二〇一五年）三頁を著し、裁判上の企業再建手続の基本的な構造を明らかにすることを試みた。その際、執筆にあたって（わが国破産法の母法国）ドイツにおける重要な論考として原論文を参照し、大きな示唆を得た。わが国の議論に焦点を当てた前掲拙稿においてはヘンケル教授の議論の十分な紹介はできなかつたこと、またその主張の正確な理解のためにはむしろ全訳による紹介の方が適切と思われる。

とから、ここにその全文を訳出する。

ヘンケル教授については、既にわが国でも周知であろうが、簡単にその略歴を記しておく。一九二五年、ベルリンの生まれ。軍役の後、一九四九年よりハイデルベルク大学法学部にて法律学を学び、一九六〇年にフリードリヒ・ヴェーバー（*Friedrich Weber*）教授の下で教授資格を取得。ハイデルベルク大学で私講師を務めた後、一九六二年にゲッティンゲン大学法学部より教授として招聘を受け、一九九三年の退官まで、多くの招聘を断って同大学にとどまった。その間、一九六六／一九六七年の大学が最も困難な時期に学長に選出されている。主著は、上記教授資格論文を公刊した『民事訴訟における当事者論と訴訟物（*Parteilichre und Streitgegenstand im Zivilprozess*）』（一九六一年）のほか、『訴訟法と実体法（*Prozessrecht und materielles Recht*）』（一九七〇年）がある。また、ドイツに

おけるもつとも歴史と権威のある破産法（倒産法）の大注釈書（*Jaeger/Henckel, Konkursordnung, 9. Aufl., 1977-1997; Jaeger/Henckel, Insolvenzordnung, 2004.*）の編著者でもある。ドイツ民事訴訟法学会会長をはじめとする数々の要職を歴任しており、また現行倒産法の立法にも関与した。その学問上の影響力は、ドイツだけでなく、わが国でも非常に大きい。ヘンケル教授には、七〇歳の誕生日（一九九五年）と九〇歳の誕生日（二〇一五年）に際して、記念論文集が献呈されている。最後に、翻訳にご快諾をいただいたヘンケル教授に心より感謝申し上げます。

※ Hiermit bedanke ich mich herzlich bei Herrn Professor Dr. *Wolfram Henckel* für seine freundliche Genehmigung von der Übersetzung dieser Arbeit.

* * *

Ⅰ 執行法か、それとも企業法か？

エルンスト・イエガー（*Ernst Jaeger*）の原著にかかると破産法の大注釈書第八版の序文で、フリードリヒ・レント（*Friedrich Lent*）は、次のように記述していた。すなわち、「債権者の満足は、破産においては包括執行という方法で行われる。債務者の総財産が、一体として把握され、破産債権者全体にとっての満足のための目的物として奉仕する」。手続形態

における著しい相違と経済的により有利な換価形態にもかかわらず、「破産手続は依然として執行手続の一つにとどまっており、破産債権者の満足という目的のために国家権力の介入によって行われる、企業または財産の強制的な清算が問題となっているのである」と。

カルステン・シュミット（*Karsten Schmidt*）は、「こうした破産法の関係に異議を唱えている。すなわち、「倒産法は、数十年にわたって成長した法発展の中で訴訟法学の領分になり、訴訟法学が達成した成果は功績として残っているが、しかし、この法領域の停滞にも寄与した。今日、破産は包括執行の形態であると教えられるが、その主たる問題が本当に執行法上の態様のものであるかどうか問われることはほとんどない。今や、あらゆる破産手続の執行法的な次元は、いずれにせよ否定されなくてはならないが、同じように、強制執行法という観点で、倒産立法と倒産実務の一部分を顧みることを放棄させているかもしれない」とは、否定されるべきではなからう。それは破産手続と和議手続の一体性を隠蔽している。それは企業倒産の主要問題、すなわち機関、清算および金融の問題を隠蔽している⁽²⁾。破産の目的決定を債務者財産の換価による人的債権者の平等な満足だとすることに付き、カルステン・シュミットは、次のように記述している。すなわち、「倒産法が包括執行以上のものであるということが正しく、したがってとりわけ商事会社およびその他の団体の倒産法が新たによく考えられなくては

ならないということが正しいとするならば、このことは手続の目的への影響なしではいられない。ただし、ここでは債務の清算だけではなくて、法主体の清算も問題となっているからである³⁾。

これらの引用文によって、対照的な立場が明確になっている。それらは、以下で分析され、そもそもそれが維持されるのが審査され、倒産法の改正のために適切かどうかを検討されなくてはならない。その際に、対立するアプローチは、一方で生産的ではあるが、他方では相容れないということが示されるであろう⁴⁾。

まず、何がこれらの対立する立場の背後に隠れているかが問われなくてはならない。この手続を包括執行として理解する古典的な定義は、伝統的な破産手続のモデルを志向しており、それによれば破産手続は清算手続として理解されている。この定義は、実際のところ、和議手続を含めない場合に不十分である。この種の一面性において、それは「破産法と和議法の融和」⁵⁾にとつての、かくして一致した要求である倒産法の一体性にとつての制約になっていたかもしれない。

これに対して、企業法としての倒産法の理解は、まさにこの一体性を道を開けようとするものである。企業法的により良く克服されなくてはならない機関、清算および金融に関わる諸問題は、従来の企業主体 (Unternehmensträger) のもとであれ、企業の譲渡によってであれ、手続を企業の維持に向ける場合に

優先する。

それゆえ企業の清算だけでなく、その維持をも目的に持ちうる統一的な倒産手続を作り出すという法政策的な任務にとつては、企業法的な理解のみが適切であり、あるいは少なくとも企業法的な要素による倒産法の充満が適切と思われる。しかし、このことによって決断が拙速になされてはなるまい。すなわち執行法的な観点は、目的と手段を混同するという誤謬を避けるのであれば、倒産手続の一体性の妨げとはならない。個別執行と包括執行の目的は、債務者の保護に値する利益を顧慮した債権者の満足、換言すれば、適法な権利行使という制約の中の債権者の権利の実現である。この目的での債務者財産の強制管理は、それが達成される一つの手段である。債権者の満足は、他の手段でも、例えば再建された企業の収益、あるいは——アメリカ合衆国法におけるがごとく——企業参加権への債権者の権利の転換によつても達成されうる。

他方で、企業法的な観点は、それが企業の維持と企業の再編という目的を含んでいるという理由のみから要求されるのではない。企業の清算もまた企業法上の手続である。それゆえ倒産手続の企業法的な理解は、いずれにせよ債権者の満足という目的が排除されるということをも必然的に意味するものではない。場合によれば、企業法的な観点は、企業の維持に優先権を与える危険を内包していると言うことができる。とりわけ倒産法の企業法的な理解を支持するカルステン・シュミットは、そのよ

うな努力に断固反対した⁶⁾。したがって、執行法的な観点と企業法的な観点の対立は、ある企業がその債権者の負担で維持されてよいかどうかの判断の先取りを意味するものではない。その限りにおいて、倒産法委員会の改正提案⁷⁾と連邦司法省の諸草案ならびに政府草案は異なるところはない。委員会草案には、次のようにある。すなわち、「再建 (Reorganisation) は自己目的ではない。『再建のための再建』は、経済政策上擁護されるはならないであろうし、再建は「公的資金の必要な企業の維持のための手段でもなければ、非生産的な営業 (事業) における職場の保護のための制度でもない。計画された再建は、市場にはやチャンスのない不採算企業には閉ざされなくてはならない。

そのような企業が、第三者または公衆の負担で、不自然に生かされておいてはならない¹⁰⁾。これに対して、参事官草案の一般的な理由付けは、たしかに圧倒的に市場経済的な考慮によつて議論をしているが、本質において異なることを述べているわけではない。同草案は、「紛争事例において市場原理に反してまで貫徹されるべき企業主体の永続性に対する公的利益、倒産会社——そしてそれは大企業という主体である——の『不滅』に対する……公的利益」を否認している。「とりわけ裁判上の倒産手続は、特に労働者の職場に対する利益を収益率の観点に反して貫徹するために利用されてはならない」。倒産法は、「経済政策、社会政策および労働市場政策に代替することはできない」。それゆえに、執行法的な観点と企業法的な観点という主張さ

れた対立は場合によっては異なった方向性を示しており、しかしだからこそその克服が重要なのである。もし執行法的な観点¹¹⁾が対立させられる場合には、それは企業倒産の特殊な諸問題と、とりわけ会社の倒産のそれをおろそかにしており、破綻した企業の清算とリスクのある投資によつて支払不能になってしまった私人の倒産との間には相違はないと主張しようとしてきたテーズと同様に、極端に過ぎる。

執行法的なアプローチへの一つの批判は、場合によっては、一八七九年の民事訴訟法の立法者の観念をなお拘束力のあるものであるとみれば、正当化されるかもしれない。それによれば、個別執行は債権者が委任し、授權をした執行官または執行裁判所の援助によつてその請求権を実現する債権者の活動であった。しかし、この執行の理解の場合でさえ、債権者は手続の主体であるべきであり、それゆえに経済的に無意味の、債務者の存立を破壊するような処分をしないことは明らかであったということが顧慮されなくてはならない。個別執行においては、経済的に意味のある債権者の満足手段としての債務者の企業の維持は、執行債権者の手中にあったし、現在もある。これに対して、倒産手続においては、権利の追求は総債権者のために行われるという事情が考慮されなくてはならない。それゆえ、本質的な相違は、責任実現の方法についての決断が、この任務のために調整された機関と意思形成のための手続的規律を必要とする債権者団体の手にあるという点に存する。

しかし、われわれの個別執行の法は、もはや一八七九年のそれではない。たしかに債権者は依然として手続の主体である。

しかし、執行機関はもはや債権者の延長された腕ではない。それはむしろ債権者と債務者の間に立ち、双方の利益を適切に調整しなければならぬが、これは一面的に、債権者の確認されかつ実現されるべき権利だけを見ていては見出されえない。債権者を寛大に扱うことは、請求権のやみくもな実現よりも、債権者の現実の利益により良く則している。差押物の換価という威圧の下での債務者によって申し立てられた支払期間の命令を伴った支払猶予の付与が、不確実な収益による即時の換価よりも債権者の満足に奉仕しようということを示すために、さしあたりZPO八一三a条という有効な規定がここでは指摘される必要がある。ZPO八一三a条は、個別強制執行の再生手段として理解される。したがって、再生は個別執行における異質物ではない。それゆえ個別執行と倒産的清算は、原理的に区別されるわけではなく、とりわけ次元において区別されるにすぎない。個別執行においては債務者に個々の対象物がとどめ置かれるか、それともこの者から奪取されるかが問題になるとすれば、倒産的清算の場合には、債務者の総財産が問題なのである。

II 財産上の責任の法としての倒産法

両方の手続は、一つの統一的な法秩序の制度としてのそれら

の任務を理解してはじめて正しく把握される。債務者は、記述されない実体財産法によれば、原則としてその総財産でもってその債務に関して責任を負っており、両方の手続は、法によって付与され、同時に制約された債務者の責任財産からの満足のための債権者の権利行使に奉仕する。両者、すなわち個別執行法と倒産法は、責任の実現に奉仕するのである。それゆえ法政策上の任務は、債務者の財産を——中立的に言えば——債務者の正当な利益を顧慮して——債権者にとつて最大限可能な収益をもたらすように——取り扱うという点に存する。このことは、債務者財産の対象が個々の換価されることによつて、個別執行と倒産において行われる。今一つの方法は、そうすることで、債権者への支払いに代えた債務者の生産力を有利な方法で利用するために、換価の威圧の下にある債務者に対して支払猶予を付与することである。これはZPO八一三a条のモデルまたは支払猶予の和議(Stundungsvergleich)のモデルまたは——現代風に言えば——継続企業の収益からの債権者の満足のための再建というモデルかもしれない。一つの——いづれにせよわれわれの現行の、そして改正のために提案された法によれば——倒産に限定された方法は、これによつて企業の解体か債務者のもとでの企業の継続よりも多くの収益が認められる場合には、企業全体の譲渡である。

もし個別執行において倒産的清算と同様に責任の実現が問題となつていふことを理解しようとすれば、一方で、支払

能力のある債務者または債務超過でない法人の個別債権者がその債権のための弁済を求めるのと、他方で、支払不能の債務者の総債権者の集団的満足が達成されるのとは、責任実現の形式と機関が異なるものでなくてはならないということが自明であるだけではない。同様に、責任実現の方法が擱取の対象によって異なっていないことも自明である。個別執行において、立法者は、債務者の労務に必要な器具への執行がなされるであろう場合（ZPO八一一条五号参照）または貯蓄銀行の貯金への差押えがなされる場合に異なった要求をしている。倒産手続においては、企業主体、とりわけ会社に関わる時には、企業としては活動していない人に対して実施されるのとは異なったメカニズムが命じられている。かくして、見かけ上は対立する理解が交わる点が与えられる。債務者財産の責任の実現が、倒産手続の目的である。この目的は、企業倒産においては、責任対象「企業」の特性を顧慮してはじめて経済的に有意であり、法的に正しく達成されうる。したがって倒産法は、企業からの責任実現の法として、執行法であると同時に企業法でもある。

III 責任実現の機関

1 倒産手続と会社法上の清算

こうした観点から、改正の詳細のための適切な解決を見出す

ことも可能ではなからうか。一面的に強調され、それゆえに誤った執行法的な観点を、それが企業倒産の機関に関する諸問題を疎かにしていると非難することができるのに対して、企業法的な観点は、企業の支払不能の清算と健全な (werbende) 会社の機関およびその会社法上の清算の間に存在する相違を過小評価する危険性を内包している。生きている会社の機関は、裁判外で清算されるべき会社の機関と同様に、第一には社員の利益に向けられている。債権者を満足させるという清算人の義務は、債権者の保護ではなく、⁽²⁾ とにかく人的会社の場合には (BG B 七三三条, HGB 一四九条)、この者が遅くとも清算の終了によってその人的責任から免除されるために、社員の利益に奉仕する。資本公司 (物的会社) の場合には、債権者の危険は、清算人の債務償還義務 (GmbHG 七〇条, AktG 二六八条一項) によってではなく、会社が支払不能または債務超過にある場合の破産申立て義務 (GmbHG 七一条四項, 同六四条, AktG 二六八条二項, 同九二条二項) によって予防される。これに対して、倒産清算の機関はもっぱら債権者の利益によって規定されている。それゆえ倒産的清算に関しては、債権者の利益に応じうるような機関形態を見出す任務が課せられる。破産法と和議法の立法者は、歴史的に受け継がれてきた倒産的清算のモデルに代えて、裁判所のコントロールの下での債権者団体の自己管理を採用した。あらゆる改正提案はこの線上に依然としてあり、それらは裁判所の影響力の大きさに対しての自治

に付与されるべき重みにおいて異なるにすぎない。債権者自治は段階的な機関を要求している。ただし、全ての手続上不可欠の決断が、債権者全体によってなされる必要はないからである。それゆえに、債権者集会のほかに、債権者委員会、倒産管財人の形態における代表的かつ責任ある諸機関とこれら諸機関への適切な任務の分配が必要である。

しかし、個別執行手続と同様に、倒産手続はもっぱら債権者の利益のみには向けられ得ない。むしろ債務者、したがって企業主体の利益、および、例えば未弁済の請求権を有しているわけではなく、それゆえに倒産債権者ではないが、職場を失う場合に手続に関係させられる労働者のような第三者の保護に値する利益もまた顧慮されなくてはならない。それゆえこれらの利益を擁護する手続と機関とが必要である。このことは、手続が法律によって規律され、倒産的清算の機関が法律上与えられてはじめて可能である。短く言うと、倒産手続は法治国家の手続として規格化されなくてはならない。このことは、自治がその限界を裁判所の法的見込みの中に見出すということと、執行機関と監督機関が債権者の手のみに委ねられてはならないということを意味している。両方の対立する業務から、一方で自己管理から、他方で法治国的に命じられた監督から、決断するのが非常に困難な争いが帰結されるが、それは、誰が管財人の選任に際して最後の決着をつけるかである。いずれにせよ債権者集会の決定権限は、会社法上の清算において社員が清算人を決定

することができ、したがって倒産では第一次的に関係する債権者が指名権を持たなければならないかもしれないということによっても、債権者の利害にかかわることから債権者が自律的に管財人を決定しなくてはならないかもしれないことによっても根拠づけられない。法治国的な手続に関する裁判所の責任は、いずれにせよ債権者の多数が管財人の選任によって一方的な利益を追求するという危険の存する場合に、管財人の選任に影響力を及ぼす権限を有しななければならないことを要求している。

2 自己管理機関の任務と法的地位

しかし、機関の形態と執行機関および監督機関の選任だけではなく、その任務と法的地位もまた手続目的に沿わなくてはならない。倒産においては、会社の機関は、倒産管財人が指導的な会社の機関の代わりに現れ、その結果、会社の機関として機能するという態様で継続していなければならない、との要求がなされるのは、近視眼的である。他方で、倒産管財人を倒産手続の執行官と見ようとするのはミスリーディングであろう。倒産管財人は、会社法上の清算人ではない。後者（＝会社法上の清算人）が社員の利益を清算において代表しなくてはならないのに対して、倒産管財人の任務の領域は、フリッツ・パウアー（Fritz Pauw）¹⁾が適切に述べているように、「多面的に他律決

定されている」。この者は、会社とその債権者、さらにはその他の関係人の間に立ち、それが保護に値する限りにおいて、様々な利害の調整のための道を模索しなければならない。実務で行われている職務説は、そこから個別問題の解決を論理的に演繹するのではなく、それをその時々々の利益対立にあわせた解決をする一つの定式にまとめた法的道具立てとして理解するのであれば、このような管財人の任務を正当に評価している。¹⁵⁾

倒産管財人が倒産手続の執行官とみなされてはならないということは、その根拠を、この者が債権者の自己管理へ結び付けられ、その機関であるという点に持つのではない。ただし、執行官もまた個別執行において債権者の指示に——法的許容の限界の中で——拘束されているからである。執行官と倒産管財人の相違は、倒産的清算、就中企業のそれが、さらなる行為の余地、経済志向の換価形態、企業的な決断および対応した能力を要求しているということを顧慮するならば明白である。個別執行手続においては被差押物件の競売が原則であり、裁判所の特別の命令を必要とする、これとは異なった換価形態は例外を意味しているのに対して（ZPO八二五条）、現行破産法は管財人に換価方法を指示してはいない（KO一二七条一項）。管財人が、不動産を任意にまたは破産者の事業もしくは在庫商品を全体として譲渡しようとする特別の場合に限って、この者は債権者委員会の「同意」を必要とする（KO一三四条）。政府草案は、管財人の換価の自由を著しく、さらに制限している。

政府草案二五三条一項によれば、倒産財団の換価は、債権者集会によって可決された倒産処理計画において、法律の規定とは異なって定められてよい。独断的な管財人に対する不信は倒産手続を市場経済秩序に適合して整える努力よりもわずかであることが、このことのために決定的であった。（次のように言う。）市場経済秩序は、経済的な諸経過の公権の規律よりも、私的自治による決断がより高度に経済効率を保証したという経験から得られた洞察に関連している。それゆえに規制緩和という意味において、関係人には倒産の協調的な処理のための最大限の柔軟性が保障されなくてはならない。¹⁶⁾ここでは、倒産とその清算の関係人として、計画およびかくして必要に応じて換価の態様についても投票する債権者の私的自治による決断が述べられている。このコンセプトとその理由付けは、二つの異議を唱えられなくてはならなかった。一方で、意思形成は適切な機関の頭数の多数を必要としている。ある財産換価の細目全てが全ての関係人の多数決を必要としているわけではない。意思形成の適切な手段は代表という方法である。それゆえに決定権限は、その時々々の措置の重点に応じて差異をつけられているのではなくるか。債権者集会には重要な決定、例えば企業が暫定的に継続されるか、それとも完全に譲渡されるべきかについての決定のみが留保されている。重要性の劣る決定は債権者委員会に委ねられており、管財人が個々の換価行為の全てについて債権者集会の同意を得る必要はない。それゆえにKO一三三条と同

一三四条の同意の留保のカatalogueが拡大されるべきかどうか、必要とあれば検討されなくてはならないかもしれない。

他方で、諸草案とその理由書における債権者自治の著しい強調は、倒産手続では債権者の利益だけでなく、債務者の利益も問題となつていくということと対照されなくてはならない。債務者がいかなる限度においてその義務から解放されるかは、換価方法とその収益にも依存している。債務者には、草案によると免責が付与されるということは、こうした利益を無視することを許容しているわけではない。したがって、換価についての決定がもつばら債権者の利益によって決定されるということにはなり得ない。それは全ての関係人、したがって債務者にも責任を負った機関、したがってこれら全ての誤った判断につき責任を負っている機関に関係しなくてはならない。これが債権者委員会と倒産管財人である。政府草案によれば債務者もまた計画案の提出権を、かくして換価方法への影響を有するものとされているが（政府草案二五五条一項二号）、一方で、この計画案が債権者集会の決定によって単純多数決で否決される場合には十分ではないし、しかし他方で、あまりにも極端に走っている。ただし、債務者には、自己管理の枠内における換価方法のための弱い介入権しか与えられないということも、その総財産の責任の実現が問題となっている場合には、不適当だからである。決定が、債務者に責任を負い、この者に誤った判断に関しての責任を負っている機関によってなされること、および

債務者が、その財産の投げ売りに対抗する裁判所の法的監督措置を發動しようということでも十分である¹⁷⁾。

3 責任財産の換価方法

債務者財産の正しい換価方法は、倒産的清算の宿命の問題である。この命題は、財産換価を譲渡に限定しないで理解する場合に、あらゆる手続目的を含んでいる。ただし、企業の解体および企業全体の譲渡だけではなく、従来の企業主体のもとの企業の再生もまた換価形態だからである。ただし、——通例は猶予された——和解金は企業収益から給付され、したがって復元された給付力だからである。いかなる換価方法が正しいものであるかという問いは、抽象的に、あらかじめ定まるものではない。立法者は、いかなる換価方法が具体的な手続において選択されるべきかを決定するために基準を定めなかつたにせよ、うまくやっている。その限りで諸草案は賛同に値する。企業主体のもとの再生か、それとも譲渡による再生が良いかをめぐる争いは、個別事例の中で決定されるかのみが決定的なる方法によって最良の換価結果が達成されるにすぎない。いかたりうる。この二つの再生の態様は長所を有しているが、同時に、両者は危険をも孕んでいる。諸草案は、企業主体のもとの再生に関しては常に（参事官草案二四三条、政府草案二五三条）、譲渡による再生に関しては、譲受人またはその資本につき少なくとも五分の一を占めている者が、諸草案の債務者に親

密な関係にあるとみなしている（参事官草案一四三条・同一四五条、政府草案一五三条、同一五四条）人的領域に属する場合、別除権を有する債権者である場合または大債権者である場合に、あるいは他の譲受人への企業の譲渡が倒産財団にとってより利益になるであろうことが疎明された場合に（参事官草案一七二条以下、同一七五条、政府草案一八一一条以下、同一八五条）、債権者の多数の同意を必要と定めることによって危険を予防しようとした。

倒産法委員会においては、自主再生または譲渡による再生に優先が与えられるかどうかの問題は争われていた。しかし、委員会報告書の序文においては、²⁰営業譲渡——これでもって企業譲渡も述べられている——は、営業部門と職場の維持のために、そして同時に倒産した企業の財産の一つの有利な換価の形態として特別の意味を有しているということが述べられている。営業譲渡または企業譲渡は、清算の手段として理解されるべきであって、再建の手段として理解されてはならないという委員会の理解は、しばしば誤解されている。この中には企業譲渡の低評価は存しない。むしろ企業の譲渡によって財団が換価される、すなわちあらゆる清算の場合と同様に債権者に分配されなければならないところの金銭に変換される、という事情のみが顧慮されるべきではなからうか。同時に、例えば企業の譲受人に対して再建計画の中で義務が課され、ましてや譲受人が手続に関連した監督にさらされるかもしれないということは回

避されるべきではないか。譲受人は代金を支払わなければならないほかは、債権者に対して義務を負わない。この者に保障される猶予、この者が代金債権のために立てなければならぬ担保は、売買契約の内容であって倒産処理計画の対象ではない。このことは倒産管財人が譲渡を可能にし、より適切な価格に到達するために、企業の構造と組織を売却前に変更することを排除しない。しかし、これは委員会提案の意味での再建とは理解されえない管理措置である。譲受人が倒産債権者を直接に満足させる措置を伴った営業譲渡に対して警戒が発せられるにすぎない。この任務に興味を持つ譲受人を見つけ出すことは難しいが、とりわけ譲渡の時点で債権がまだ完全かつ終局的に確定されておらず、したがって譲受人が予期しなかった債権を見込まなくてはならず、あるいは可能性のある求償請求のためには場合によっては不十分な財団に對峙する場合にはなおのことである。譲渡収益の分配は管財人の事柄であり、場合によっては債権者団体が長期の支払猶予の場合に手続を終了させるために選任することのできる受託者の事柄であるが、譲受人の事柄ではない。

4 投票権と多数決

債権者団体の決定権限の範囲が大きければ大きいほど、投票権の正しい配分と必要多数が重要となる。諸草案はここでは、とりわけ換価方法を決定し、譲渡による企業の再生が従来の企

業主体のもとでの再生かが決定されうる倒産処理計画についての投票を一方とし、これと裁判所によって選任された管財人以外による選任(参事官草案六二条、政府草案六六条)、裁判所によって選任された債権者委員会の維持または変更に関する決定(参事官草案七四条、政府草案七九条)または企業の継続または閉鎖に関する決定(参事官草案一六六条、政府草案一七六条)のごとき手続形成的な債権者集会の決定の間で区別をしている。この手続形成的な決定は、全ての(債権者)集会に出席した投票権ある債権者によってなされた投票の過半数によって決定されることになっている。過半数の得票は、債権額によって計算されなくてはならない(参事官草案八三条)。政府草案は、その上頭数多数を要求している(政府草案八七条)。投票権者には別除権を持つ債権者も含むので(参事官草案五七条、同八三条、同八四条、政府草案八七条)、すなわち現行法(KO九六条)とは異なり、その債権全額によるのであって、予定不足額のみによるのではない(政府草案八七条に対する理由説明)。被担保債権が債務者に向けられたものでなければ、投票権は担保権の額に応じて割り当てられる(参事官草案八四条、政府草案八七条二項二号)。このことは、倒産手続が担保権を有する債権者を引き続き取り込んでいくことで理由づけられている²³⁾。しかし、手続形成的な決議がなされた時点においては、通例は担保権を有する債権者が手続によって損失を被るかどうかは依然として全く確定していない。事後の手続におい

て従来の企業主体のもとでの再生が成功すれば、たいていは担保物件の換価は実施されず、その結果、担保権者の費用分担金(Kostenbeitrag)は、換価の場合に關してのみ予定された参事官草案一八四条以下、政府草案一九五条以下によって不要となる。統計的資料における担保権の価値は、財団の八七%を占めているので、担保権者は、無担保債権者に対する関係におけるこの者の損失には対応しないとこの手続形成への影響を獲得する。とりわけ企業の継続か閉鎖かへの利害関係は、担保権を有する債権者と有しない債権者にとって一致しない²⁴⁾。それゆえ担保権者には、手続形成的な決議に關しては完全な投票権が保障されてはならない。

倒産処理計画に關する決議については、一つの適切な解決が見出されている。担保権者らは、倒産債権者の組の中ではその不足額でもってのみ投票する(参事官草案二七〇条一項二文、政府草案二八一条一項二文)。特別な投票の組の中で、担保権者は(参事官草案二五五条、同二七一条、政府草案二六五条、同二八二条)、担保権の額に応じた投票権を割り当てられており、その結果、倒産処理計画によってその権利が侵害される担保権者たちのみに投票権はある(参事官草案二七〇条二項との関連における同二七一条二項、政府草案二八一条二項との関連における同二八二条二項)。なぜこの適切な制限が債権者集会の手続形成的な決議に關しても採り入れられていないのか、あるいは少なくともこの決議の特性に適合させられているのかについ

て、理由書は何も述べてはいない。この決議の時点で手続の開始は以前未解決であるという事実のみでは、担保権者に債権者集会の決議への決定的な影響力を認めることは正当化されない。

倒産処理計画を認可するために、参事官草案によれば妨害禁止〔Obstruktionsverbot〕参事官草案二七九条、政府草案二九〇条）と裁判所による少数者保護〔gerichtlicher Minderheitenschutz〕参事官草案二八七条、政府草案二九八条）を条件として、賛成する債権者の請求権の合計額が賛成債権者の請求権の合計の過半数になる場合に、各投票の組において投票権を有する債権者の単純多数決で満足している（参事官草案二七八条、政府草案二八九条）。単純多数決で満足すべきということは、手続目的を未決定のままにしておき、企業の解体にも、譲渡による再生または自主再生にも優先を認めないという考え方に関連している。もし特別多数を要求するならば、従来の企業主体のもとでの再生は倒産処理計画によってのみ達成されなければならない、しかも管財人の意思に反する譲渡による再生は一本の計画を要求するので、企業の解体に優先が与えることになってしまふであろう。参事官草案とともに——現行法によるのとは異なつて——手続が通常の事例において清算になるのではなく、清算と再建は等価値の手続目的であるべきということに固執するのであれば、単純多数で満足させることが不可避である。いづれにせよ、その場合にはまたそのような多数決がわずかな正当性の保障しか担保しないことが甘受さ

れなければならず、それゆえに諸草案が妨害禁止と少数者保護で予定しているコントロールのメカニズムが不可避である。かくして非常に過大評価された債権者自治は、裁判所のコントロールによつて著しく制約される。特別多数を要求すれば、それは引き下げられるかもしれない²⁴⁾。しかし、その場合には、大多数の倒産した企業の実況に鑑みれば現実的であるかもしれないのだが、債務者財産の清算が通常目的とみなされなければならぬ。

IV 動産担保権

強制執行法との倒産法の対比は、動産担保権の取り扱いに関するさらに重要な一面を含んでいる。諸草案は、動産担保権者を寛大に取り扱っている。既に現行法によれば担保権者の負担となるところの担保物件維持のための費用のほかには、担保権者は通例換価代金の一一パーセントの損失しか、すなわち確定費用のために六パーセント、担保物件の換価のために五パーセントしか差し引かれる必要はない（政府草案一九六条）。手続が従来の企業主体のもとでの再生でもつて終了し、担保物件が換価されなかった場合には、この費用分担金は参事官草案一八四条および政府草案一九五条により担保物件の換価後にはじめて発生するので、それもなくなつてしまふ。さらにこの費用控除は、債権者の計画自治（Planautonomie）から排除され

ない。計画は僅少な費用分担金を予定しうる。一一パーセントの費用分担金を超える担保権の制限は、たしかに計画の中で予定されるかもしれないが、しかし全ての個別担保権者の意思に反して実現されてはならない。ただし、参事官草案二八七条および政府草案二九八条の少数者保護は、担保権者だけが計画によって、計画がないときに置かれるよりも劣位に置かれる場合、既に計画の認可に反しているからである。たしかにその場合に計画が頓挫してはならないが、異議のある担保権者は、その他の関係人の負担で補償されなくてはならない。²⁵⁾

この担保権者の著しい優遇は、倒産手続は財産の移動と富の移動になつてはならず、倒産法は民事法上の法的地位へ干渉してはならないということによって根拠づけられる。後者の論拠は、倒産法がそのほかにも民事法上の法的地位へ、とりわけ無担保権債権者の法的地位へ、無担保債権者の債権をいずれにせよ一般民事法および個別執行法によれば引き受けられる必要のないような手続の費用のゆえに切り詰めることによって干渉するので、そして諸草案の起草者が債権者に免責によってさらなる犠牲を課すこと（参事官草案二二五条以下、政府草案二二五条以下）に疑念を抱いてはいないので、薄弱である。より重要なのは別な事柄である。すなわち立法者は、担保権者を著しく不利益に扱う場合に、実体法上の法的地位へ干渉してはいない。むしろ担保権者は、債務者との契約による合意によって無担保債権者または後順位の担保権者の不利益に特典を作り出すこと

で、倒産手続の制定法上の分配秩序へ干渉している。それゆえ決定的な問題は、立法者が担保権者から何かを奪い取るべきかつ奪い取つて良いかではなく、関係人を参加させることなく、あるいはこれに少なくとも十分な情報を与えることなしに、財団の分配が担保合意によってあらかじめ決定されうるということが正当化されなければならないかどうか、である。他の倒産債権者の不利となる先行する処分を無視するというに、立法者は疑念を抱いていない。したがって、例えば契約によって合意された雇傭契約または労働契約の場合の解約期間は、それが法定の解約期間よりも長い場合には、KO二二条または政府草案二二七条によって顧慮されない。

倒産法上の効果を制限する動産担保の法の変更が、民事実体法への干渉を意味しており、それゆえ倒産法においては余地を持たないのではないかというのもまた正しくない。²⁶⁾つまりは倒産法の外では信用担保法の変更は全く必要ない。ただし、倒産手続の外では、民法および執行法によれば優先主義（Prioritätsprinzip）が妥当しているからである。それゆえに、ここではある債権者が債務者との合意または差押えによって優先性を出し、無担保債権者がこのことを甘受しなければならぬ、ということが正当化されるのである。倒産手続の外では、規律を必要とする衝突は単に担保権者間で発生するにすぎない。それらは、一方で商品供給者の延長された所有権留保（Verlängerter Eigentumsvorbehalt）が包括譲渡（Globalzession）と競合

するとき、この者が信用供与者に対して優遇されるということによつて、他方で加工条項を含んだ所有権留保(Verarbeitungsvorbehalt)が、生産物の所有権を留保買主の經由取得(Durchgangserwerb)なしに売主の手に発生させ、かくして金銭信用供与者の生産物の先行的譲渡担保を無効ならしめることによつて、判例上広範に克服されている。債務者の倒産のみが無担保債権者との担保権者の競合という結果になり、それは、倒産手続外での多数の担保権者の競合同様に、優先主義によつて解決されてはならない。なぜ担保権者は倒産手続の外では保護に値する者に劣後しなければならず、しかし倒産手続では、担保権者に対する関係人の要保護性が問題とされてはならないのかは、よく分からない。倒産手続の外で物的担保権者を無担保債権者の擱取から保護している優先主義は、無担保債権者が何一つ得られないわけではないという前提の下でのみ正当化されるにすぎない。そうでない場合には、優先主義は不公正であるかもしれない。無担保債権者が担保物件への執行をかけることができず、担保物件の差押えに際して第三者異議の訴えにさらされる場合、このことはこの者が他の差押可能な財産を探さなければならないということを意味しているにすぎない。無担保債権者が何も見つけ出せない場合には、この者は倒産手続の申立てをすることができ、かくして優先主義を覆して平等取扱原則(Gleichbehandlungssatz)によつて取って代わられるということを惹起する。動産担保権者が無担

保債権者を顧慮する必要があるかどうかは、それゆえ債務者が倒産した場合にはじめて問題となる。それはひとり倒産法上の問題であり、それゆえ動産担保法が倒産法上の事由のみから改正されてはならないとの理由で回避されてはならない。

この解答がどのようなものであるべきかは、法政策的かつ経済政策的な問題であり、ここで態度決定がなされるべきではない、この解答が信用経済上の考慮を前提とし、かつ企業金融の態様への、しかもとりわけ自己資本と他人資本の適切かつまたは受容可能な関係への適的効果も持つのであればなおのことである。ここで何か示されるべきは、政策的判断の必然性が解釈論上のもつともらしい論証によつて台無しにされるべきではないということ、そしてこの問題を回避し、債務者財産の事前の分配を文句なく承認するような倒産法秩序は、適切な秩序を作り出しえないことである。

ここでは若干の事例で、一面的な解釈論的または経済理論的なアプローチは倒産手続の中で衝突する多面的な利害関係の調整には役立ちえない、ということが示されたにすぎない。むしろ法治国的な責任実現制度としての倒産手続を、それが責任財産のさまざまな目的と構造を顧慮するだけでなく、全ての関係人の対立する利害関係を、法律により与えられた実質的評価とこれに狙いを定めた手続的規律によつて、一つの正当な調和へと導きうるように形成することが不可欠である。

〔完〕

【付記】

本稿は、平成二六―二八年度科学研究費補助金基盤研究(C)(研究代表者・河野憲一郎)「倒産企業の再建に関する新たな理論の構築」(課題番号:26380124)による研究成果の一部である。

註

- (1) *Jaeger/Lent*, KO, 8. Aufl., 1. Bd. bearbeitet von *Friedrich Lent*, 1958, Einleitung III, III, S. LI.
 - (2) *Karsten Schmidt*, Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen, Befunde, Kritik, Perspektiven, 1990, S. 19.
 - (3) *Karsten Schmidt* (FuBn. 2), S. 153.
 - (4) *Karsten Schmidt* (FuBn. 2), S. 122. また、企業法による破産法または和議法の抑圧を警告する。
 - (5) *Karsten Schmidt* (FuBn. 2), S. 22.
- (訳注1)「企業主体 (Unternehmenssträger)」という法概念は、リットナー (*Ritner*) により経済法において使用されてきたが、それは *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, 1. Aufl., 1980 に於いて商法上の中心概念として拡張された。それ以来、裁判実務と学説によって取り上げられることとなり、現在ではおおよそドイツ法上の共通財産をなすこと (*Karsten Schmidt*, 6. Aufl., 2014, S. 95) 。

そこでは次のように説かれている。すなわち、「企業 (Unternehmen)」は、生きた作用的・組織的単位として特別の規律に服し、単なる特別財産 (Sondervermögen) という地位からは区別されるものではあるが、なお法主体であるわけではない。財産の確たる帰属は、企業主体という法的形象を通じてのみ保障される。(S. 93)。要するに、「企業」は法人格を欠き (S. 92)、これに対して、「企業主体」が「企業」あらゆる権利義務の帰属主体なのである (S. 95)。

(6) *Karsten Schmidt* (FuBn. 2), S. 158: 「……再生は、それが債権者の観点からより良い換価方法かつ満足方法を意味する場合にはじめて優先すべきである。」

(7) Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, hrg. vom Bundesministerium der Justiz, Verlag Kommunikationsforum, Köln 1985; Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, hrg. vom Bundesministerium der Justiz, Verlag Kommunikationsforum, Köln 1986. (前者の翻訳として、上原敏夫「西ドイツ倒産法改正要綱(第一報告書)試訳」法学研究(一橋大学)二〇号(一九八九年)九五頁がある。)

(8) Diskussionsentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts - Entwurf einer Insolvenzordnung

- (EInSO), Verlag Kommunikationsforum, Köln 1988, und Band II, Ergänzungen, Köln 1989; Referentenentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts (ReFE InSO), Verlag Kommunikationsforum, Köln 1989; Regierungsentwurf Insolvenzordnung vom 21. 11. 1991 (RegE InSO). [1] § 6 a b 1 九八年に公布された準備草案 (Diskussionsentwurf) の第一卷の内容紹介として、上原敏夫「西ドイツ倒産法改正草案について(上)(下)」判例タイムズ六九三号二三頁、同六九四号三二頁(いずれも一九八九年)が、参事官草案 (ReFE InSO) の翻訳として、『三上威彦『ドイツ倒産法改正の軌跡』(成文堂、一九九五年)一二六頁「初出は、法学研究六四卷四号一七号(いずれも一九九一年)がある。』
- (6) Erster Bericht (FuBn. 7), Begründung zu Leitsatz 2. 1. 2, S. 162.
- (9) Erster Bericht (FuBn. 7), Einleitung vor Leitsatz 2. 1. S. 153.
- (11) Diskussionsentwurf (FuBn. 8), Allgemeine Begründung: S. A 12 f.; 同様『Regierungsentwurf (FuBn. 8), Allgemeine Begründung, S. A 2.
- (21) *Schilling*, in: Grobkomm. z. HGB, 3. Aufl., 1970, § 149 Anm. 24.
- (31) *Karsten Schmidt* (FuBn. 2), S. 106 ff.
- (14) *Baur/Stinner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs-, und Vergleichsrecht, 11. Aufl., 1983, Rz. 10. 1.
- (15) *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl., 1979, § 6 Anm. 10 ff.
- (16) Referentenentwurf (FuBn. 8), Allgemeine Begründung, S. A 20; Regierungsentwurf (FuBn. 8), Allgemeine Begründung, A 3 a cc.
- (訳注2) 原文は参事官草案 (Referentenentwurf) によるが、引用条文 (§ 255 Abs. 1 Nr. 2 RegE InSO) から見て政府草案の誤りである。
- (17) 管財人による明白な目的違背措置の実施は義務違反であり、それゆえ裁判所の監督措置により正当化される。
- Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., 1973, § 83 Anm. 1.
- (22) Referentenentwurf (FuBn. 8), Allgemeine Begründung, S. A 19 f.; Regierungsentwurf (FuBn. 8), Allgemeine Begründung, A 3 a bb; 賛成の26の *Ulmer*, Die gesellschaftsrechtlichen Aspekte der neuen Insolvenzordnung, in: Kühler (Hrsg.), Neuordnung des Insolvenzrechts, 1989, S. 119, 120 f, 132; 批判的26の *Karsten Schmidt* (FuBn. 2), S. 137 ff.; Gravenbrucher Kreis, ZIP 1989, 468, 471; 後注(24)に反対の本本を見よ。
- (61) *Stinner*, Einfachheit und

