

# ドイツ倒産法における「仮管財人」の権限（二）

松 下 祐 記

## 目次

### 序章 はじめに

#### 第一章 一八九八年ドイツ破産法上の保管 (Sequestration) について

##### 第一節 「保管」の意義及び現行美定法上の「保管」について

##### 第二節 民事保全としての保管との関係

##### 第三節 保管の目的と機能

###### 第一款 KO制定後一九四〇年代まで

###### 第二款 一九五〇年代から一九七〇年代前半まで

###### 第三款 一九七〇年代後半以降

#### 第四節 保管人の法的地位・権限について——学説——

##### 第一款 第一期の学説…管理処分権の一般的肯定

##### 第二款 第二期の学説…権限内容の精緻化

- 第三款 ドイツの学説状況についての若干のコメント
- 第五節 保管人の法的地位・権限について——BGH判例——
- 第六節 保管人の関与の下で行われる措置
  - 第一款 債務者の業務の継続、及び閉鎖 (Stilllegung)
  - 第二款 財産換価 (Verwertung)・売却 (Veräußerung)
  - 第三款 営業譲渡
- 第七節 小括 (以上本号)
- 第二章 一九九四年ドイツ倒産法とその後の議論
- 第三章 おわりに

## 序章 はじめに

開始前の倒産手続につき、その開始申立てから開始決定までの期間においても、債務者の財産管理処分等が不適切であれば、財産が散逸したり、継続企業価値が毀損したりするおそれがある。そこで当該期間において債務者の管理処分権を剥奪し、これを管理機関に付与するため、破産法・民事再生法・会社更生法において保全管理命令の制度が認められている(破九一条以下、民再七九条以下、会更三〇条以下)。特に旧破産法・和議法には保全管理命令を認める規定がなく、その適法性が解釈論として議論されていたところ、現行法は明文の規定によって認められたものである。

保全管理人の権限につき、法は、債務者の財産管理処分権が保全管理人に専属するとしつつ、債務者の常務に属しない行為をするには裁判所の許可を必要とし、更に法定の重要事項を裁判所の要許可事項としている(破九三条

一項・三項、民再八一条一項・三項、会更三二条一項・三項)。従って保全管理人の権限の範囲は、保全管理人固有の財産管理処分権に基づきなし得る行為、債務者の常務に属する行為、債務者の常務に属しないが裁判所の許可を得てなし得る行為、(債務者の常務に属するか否かを問わず)裁判所の許可を得なければなし得ない重要な行為、に大別できることになる。この点、(保全管理人と同様に債務者の財産管理処分権が専属する)管財人の権限とは、特に、に属する行為の可否につき差異があるわけで、倒産手続開始決定の前後における機関の地位の違いを浮彫りにしている。

それでは保全管理人の権限の限界はどこにあるのか。旧会社更生法以来、一般に「常務」とされてきたのは、会社の継続的な業務行為、例えば会社として日常的に行われる程度の原料仕入、商品販売、運転資金の借入、弁済期到来の債務弁済、労組との団交、労働協約の締結である。これに対し「常務」に属しないとされてきたのは、新規設備購入やそのための借入、大量の原材料の購入、社債の募集、営業譲渡、人員整理である<sup>1)</sup>。旧会社更生法下の実務では、人員整理、組織の再編成、営業所の統廃合、営業部門の閉鎖・譲渡、子会社の株式の譲渡、子会社の整理、新会社の設立、事業部門の独立、緊急を要する重要な財産の処分、設備投資といった常務に属さない措置を、裁判所の許可を得た上で行っていたようである<sup>2)</sup>。

このように保全管理人の権限については、実務運用を中心に一定の輪郭が形成されてきたものではあるが、その理論的検討が十分であるとはいえない。保全管理人の権限の限界は、保全処分の限界の問題であり、そして開始後の倒産手続との役割分担の問題でもある。保全管理人の権限行使は保全処分の枠内に留まるべきものであるが、それが開始後の倒産手続の円滑な遂行を視野に入れるものである以上、倒産手続の一部前倒しの要素を帯びることは避けられない。どこまでが保全管理人の権限行使として許され、どこからが手続開始後の管財人の権限行使に委ねられるべきものなのか。例えば保全管理人による営業譲渡は許容されるのか、許容されるならばいかなる要件の下で

あるのが、倒産保全処分の一環として選任される保全管理人の権限行使の規律を検討すべき理由は、以上のような考慮に基づく。

折しも旧会社更生法下における解釈として、保全管理人の職務権限は、更生手続開始決定がなされる前の暫定的な管理機関であることを理由に、積極的に再建のための施策を講ずることや会社の事業と財産の充実を図るなどの権限をもつものではないとの見解があった<sup>4)</sup>。しかし新会社更生法下での解釈では、保全管理人の権限を資産劣化の防止と現状維持に限定すべきでなく、リスクを最小限にとどめながらも再建のために積極的な事業経営を進めることも保全管理人の権限の範囲内であるとする見解が有力である<sup>5)</sup>。このような議論状況において、保全管理人の権限行使の規律に関し、解釈論の精緻化を図る必要がある。

本稿は、保全管理人の権限行使のあるべき規律を探索する基礎的作業として、比較法的検討を試みるものである。本稿では、ドイツ法における議論を分析する。我が国の破産法の母法が一八九八年ドイツ破産法であり、我が国旧破産法・和議法における保全処分に関する規定もドイツ破産法を範としているところ、旧法以来「仮管財人」の権限の規律に関する学説・判例の蓄積がドイツにあり、それを参照することは我が国での議論にとっても有益である。以上が、ドイツ法を比較の対象として選んだ理由である<sup>6)</sup>。

ドイツ旧破産法 (Konkursordnung) の下では、保全管理人に相当する機関は法定されておらず、実務上は保全処分の一般規定に基づき「保管人 (Sequester) の選任が行われていた。この保管人は、破産手続開始前の重要な機関と目され、その活動の巧拙如何が破産手続の帰趨を左右するとまで評価されていた。しかし、その権限内容については学説・判例上多くの議論があった。これに対し一九九四年に制定された新たな倒産法 (Insolvenzordnung) (一九九九年一月一日施行) では、仮倒産管財人 (Vorläufige Insolvenzverwalter) が選任され、かつ債務者に一般的処分禁止が課された場合、債務者の財産に関する管理処分権は仮倒産管財人に移転する

(二二条一項一文)。いわばドイツは、一九九四年倒産法において、初めて実定法上の概念としての「保全管理人」をもつに至ったといえる。この仮倒産管財人の規律の形成に旧破産法下の「保管人」に関する議論が参照されたことは言を俟たない。もともと、明文化によって全ての問題が解決されたわけではないし、更に最近の法改正過程では仮倒産管財人による営業譲渡権限の明文化が検討されたところである。

このように旧破産法から新倒産法に至るまで「仮管財人」をめぐって展開されたドイツでの議論の内容を検討することで、我が国の保全管理人の権限の規律に関する視座を提供することが本稿の目的である。

## 注

- (1) 旧会社更生法での文献であるが、兼子一監修・三ヶ月章他著・条解会社更生法(上)(弘文堂、一九七三年)四二二頁、松田二郎・会社更生法(有斐閣、一九七六年)五八頁以下、谷口安平・倒産処理法(第二版)(筑摩書房、一九八〇年)一一五頁、東條敬「倒産法における保全処分」新・実務民事訴訟講座(二三)倒産手続(日本評論社、一九八一年)四四頁、納谷広美「保全管理命令及び保全管理人」判タ八六号九四頁(一九九五年)。
- (2) 東西倒産実務研究会編・会社更生・会社整理(商事法務研究会、一九八九年)九九頁以下、金築誠志「会社更生・整理・特別清算における保全処分」金法一四〇九号三七頁(一九九五年)。この点、旧会社更生法下の実務を踏まえ、保全管理人の権限をより拡大することの必要性が説かれていた。釜田佳孝「田原睦夫「再建型の申立手続及び保全処分について」判タ八八号六四頁(一九九五年)。
- (3) 保全管理人による営業譲渡を論ずる最近の文献として、例えば以下のものがある。民事再生につき、福永有利監修・四宮章夫他編・詳解民事再生法(民事法研究会、二〇〇六年)四三九頁「山本弘」、園尾隆司「小林秀之編・条解民事再生法(弘文堂、二〇〇七年)三三七頁「中島肇」。破産につき、伊藤眞・破産法・民事再生法(有斐閣、二〇〇七年)一一二頁注一四一、園尾隆司他編・新版破産法(新・裁判実務大系二八)(青林書院、二〇〇七年)八八頁「武笠圭志」。

- (4) 三ヶ月他著・糸解会社更生法(上) 四〇九頁。  
 (5) 瀬戸英雄「保全管理命令・保全管理人」新会社更生法の理論と実務六四頁(判例タイムズ社、二〇〇三年)。  
 (6) ドイツの仮倒産管財人の権限と責任に関する議論の紹介として、安達栄司「ドイツ新倒産法における保全管財人の権限と責任」民事再生法及び倒産法改正のための比較的視点——「民事手続法の革新と国際化」(成文堂、二〇〇六年)一〇四頁以下。  
 (7) 後述するように、保全管理命令制度に相当するドイツの制度は、旧破産法においては保管(Sequestration)、現行倒産法においては仮倒産管財人(Vorfällige Insolvenzverwalter)の選任である。本稿の論題には「仮管財人」の語を用いているが、あくまで以上の制度の上位概念としての本稿での用語である。

## 第一章 一八九八年ドイツ破産法上の保管 (Sequestration) について

一八九八年ドイツ破産法 (Konkursordnung, KO) は、一〇六条一項において、破産宣告前の保全処分 (Sicherungsmaßnahmen) について、以下のものに規定した<sup>(9)</sup>：

「裁判所は、債務者の引致及拘留を命ずることができる。裁判所は、財団の保全に付き必要な一切の仮の命令を行うことができる。特に債務者に対し一般的譲渡禁止 (allgemeine Veräußerungsverbot) を発令することができる。」

KOの下におけるドイツの実務では、一〇六条一項三文の明文に基づいて一般的譲渡禁止、及び同項二文の一般規定に基づいて保管 (Sequestration) といふ二つの命令を組み合わせる保全処分が通例であるとされていた<sup>(10)</sup>。このいわば「定型的保全処分」は、(一) 債務者による財産処分や債権者による強制執行を防止しつつ(一般的譲渡禁止)、(二) 保管人が債務者に代わって事業経営を続行し、それによって破産財団のために財産価値を維持する(保管)

ことを意図して行われていたのである<sup>(11)</sup>。

保管は、保管人 (Sequester) を選任し、これに破産開始まで債務者の財産の管理を委ねるものである。この保管人が、財産の管理に際し、いかなる措置——例えば財産換価——を講ずることができるかということがドイツ旧破産法における議論の対象となっていた。そしてそこでの成果が、一九九四年倒産法における仮倒産管財人の規定に結実している。

### 第一節 「保管」の意義及び現行実定法上の「保管」について

保管の概念自体は古く、ローマ法が起源とされている<sup>(12)</sup>。そして、ドイツ普通法やプロイセン法の下でも、講字上あるいは実定法上、保管の概念が用いられている。ここでは、保管は大きく二つの場合に分けられ、訴訟の最終まで勝訴者の利益の確保のために行う係争物の保管<sup>(13)</sup>と、目的物の収益から債権の弁済に充てるという強制執行の一方としての保管<sup>(14)</sup>が想定されていたといふ。つまり、「保管」の中には、係争物に関する仮処分の執行として行う場合、及び強制管理として行う場合が含まれていたわけである。ただ、ローマ法以来「保管」の概念に含まれていたものの共通項を見出すとすれば、それらはいずれも「受託者による目的物の管理及び保管 (Verwahrung)」である<sup>(15)</sup>とされる。

現行法上は、民事訴訟法 (Zivilprozessordnung, ZPO) に「保管」ないし「保管人」の文言を含む規定がある<sup>(16)</sup>。なかんずく、係争物に関する仮処分の執行方法として規定されている保管が重要である。ZPO九三八条によれば、裁判所は自由裁量に従い仮処分の内容を定めることができるが(同条一項)、その一つとして保管人による保管を定めることができる(同条二項)。この保管の定義は、「裁判所の信頼の置ける人物 (Vertrauensmann) による、動産又は不動産の保管 (Verwahrung)・管理 (Verwaltung)」とされている<sup>(17)</sup>。動産の場合は、単純な供託では困

難が生ずるときのみ、保管の発令が必要であるとされる。保管人の任務範囲は、それを選任した本案裁判所が確定する。確定された任務の範囲では、保管人は事務を独立に処理するのであり、裁判所の受任者でも、職務上の当事者でもないといわれる。保管人と当事者との法律関係は私法的性質を有し、報酬請求権も委任または雇用の規定（BGB六七五、六一二条）の準用によって処理する。

## 第二節 民事保全としての保管との関係

破産保全処分としての保管は一般的譲渡禁止と異なり、KOに明文の根拠がない。破産実務の所産である。また、ライヒ破産法理由書の掲げる保全処分の例の中には、保管は挙げられていない。しかし、理由書の立場は、KO一〇六条の保全処分の内容が、ZPOの保全処分概念に組み込まれるものである——ただし、多数の者の権利を保全するという目的のために必要な変容を受ける——、ということである<sup>15)</sup>。従って、ZPO九三八条二項の保管を破産保全処分として発令することは、理由書の立場と矛盾しないはずである。学説でも、立法の当初から破産保全処分として保管を発令できる点については異論がなかった<sup>16)</sup>。

もっとも、動産または不動産の保管に関してはもともとZPO九三八条二項の予定するところであるから、疑問は少ない。問題は、ZPO九三八条二項が本来予定していない対象についての保管である。例えば、営業（gewerbliche Unternehmen）がZPO九三八条二項における保管の対象となるかについては、近時は肯定説が有力と見られるものの、なお帰一するところがない<sup>17)</sup>。一方、営業がKO一〇六条一項二文に基づく保管の対象となることは早くから認められ、異論は見られなかった<sup>18)</sup>。

このように、ZPO九三八条に基づく保管とKO一〇六条に基づく保管との内容に差異があることに關し、Jaegerの説明は特徴的である。以下に要約しよう。

一〇六条一項二文の一般的文言と目的に応じ、将来の破産財団の仮の保護のために、ZPO九三八条二項に基づく仮処分の対象として知られるのと同様、保管が破産手続においても許容されなければならない。保管は、特定の財産を裁判所の選任する信頼の置ける人物の管理のもとに服させることに存する。即ち、土地（例えば賃借家屋）、のみならず、ZPO九三八条一項と異なり、債務者の営業全体も、対象となる。蓋し、それも、破産的差押え（Konkursbeschlagn）に服するからである。更に、債務者の差押可能な全財産が対象となる<sup>19)</sup>。

このように、Jaegerは、ZPO九三八条二項における解釈がどうであれ、営業がKO一〇六条一項二文に基づく保管の対象となり得るとしている<sup>20)</sup>。ここには、保管という概念そのものは民事訴訟法上の仮処分から援用したものであっても、その具体的内容形成に当たっては破産法独自の観点から行うという立場が鮮明に現れている。

かかる立場は、多くの論者に共通のものであるといえる。つまり、保管の実定法上の根拠をZPOにもとめ、かつ「裁判所の信頼の置ける人物（Vertrauensmann）による、動産又は不動産の保管（Verwahrung）・管理（Verwaltung）」という概念を借りつつも、その内容については破産手続の特性に即して形成するのである。従って、保管人の法的地位、権限を議論する際、ZPOの保管における議論はほとんど参照されることはないのである<sup>21)</sup>。

## 第三節 保管の目的と機能

保全処分の基本的目的は、KO一〇六条一項二文から明らかなように、将来破産財団となるべき債務者財産を保全することにあるといえる。保管も当然にこの目的を実現するものでなければならぬ。ただ、一般的譲渡禁止も財産保全のために発令されるものであるが、それとは別に財産保全を目的として保管を発令すべきとすれば、その意義はどこにあるのであろうか。本来、保管を一般的譲渡禁止とは別に発令するのは、法的権限を制限するだけでは債務者による事実上の財産費消の危険を解消できないので、財産の占有を債務者から剥奪してその保全を図るた

めである。もっとも、学説においては、それ以上の機能が保管に期待されている。そして、その内容については、時代によってニュアンスの差異がみられる。

#### 第一款 KO制定後一九四〇年代まで

この時期の多くの注釈書・概説書は、保管が破産保全処分としても発令できること、及びその対象が不動産・動産に限らず、債務者の営業にも及びことを指摘するが、それ以上の記述はほとんど見られなかった。第二節に掲げたJaegerの叙述が最も詳しいものであったと言えよう。

#### 第二款 一九五〇年代から一九七〇年代前半まで

この時期においては、保管によって債務者の業務が継続されるということ強調する見解が登場する。

Mohrbutterは、以下のように説く。

自前の商品倉庫を持たず、その価値が取引関係、商号、未回収金、機械、及び熟練した主力従業員にあるようなサービス企業（Lohnbetrieb）においては、企業の一括譲渡によってのみそれらの価値が破産財団に組み入れられることになるから、破産申立てがあっても業務が中断されることなく継続されねばならない。仮に破産申立後に従来の企業主が何らかの事由で業務を継続できない状態にあるのなら、K.O.一六条に基づく保管を通じて業務の継続への途が採られる。同条の包括的な文言に基づき、特定の財産のみならず債務者の企業全体を信頼の置ける人物（Vertrauensmann）の管理に委ねることが許される。<sup>(26)</sup>

Mohrbutterの示唆するように、業務継続は、破産財団の換価方法として営業譲渡を選択する場合に、最も意義を有する。もっとも、破産法制定以降一九五〇年代に至るまでは、営業譲渡が解体清算と並ぶ財団換価方法である

との認識は、あまり一般的でなかったようである。<sup>(26)</sup>しかし、一九五〇年代に至り、過小資本で設立されさしたる資産も持たない企業においては、暖簾即ち有機的の一体としての企業そのものが一つの価値であり、組織構造を保ったまま営業全体を譲渡することがその価値を体现する一方法であるとされた。<sup>(27)</sup>Mohrbutterの主張も、このような文脈の中で理解できる。

また、営業譲渡に限定せずとも、保管人による業務継続には、財団のために価値を保全する一般的意義を認めることができる。即ち、Weberは、以下のように述べる。保管によって、特に事情によっては債務者の経営が開始手続中に停止に追い込まれ、それによって業務継続により得られたはずの価値が将来の破産財団にとって失われることを防止できる。<sup>(28)</sup>

ここにいう「業務継続により得られたはずの価値」の意義をWeberは明らかにしていないが、例えば製造業の場合であれば、業務を続行し生産ラインを維持して原料・半製品を加工し、製品を完成させることで得られる価値などを指すと考えられる。<sup>(29)</sup>

このように、保管の果たすべき主たる機能を、保管人が債務者の業務を継続することによって財団価値の維持を図ることに見出したのが、この時期の議論の特徴である。<sup>(30)</sup>

#### 第三款 一九七〇年代後半以降

一九七〇年代に入り、財団不足事件の増加による「破産法の危機」が声高に叫ばれるようになる<sup>(31)</sup>、保管人に求められる役割により積極的な要素が加わるようになった。すなわち、保管人は破産手続の機能回復の一翼を担う存在であり、破産手続を開始させかつそれを最後まで遂行させるために様々な措置を講ずる途を開くことが保管の機能であると考えられるようになったのである。その主唱者であるKlingerは以下のように述べる。

動的に行動する (dynamisch handelnde) 保管人の適切に理解されるべき職務は、財産状態の保全にとどまるものではなく、申立の時点ではまだほとんど財団不足の事件を適切な措置を講ずることによって破産開始可能にするという任務が、保管人に義務づけられる。蓋し、倒産法の目的は、支払不能の財産集合体 (insolvente Vermögensmassen) を法的に制御された方法で処理することにあるのであり、倒産申立時において手続遂行に十分な一般財産が現存しないときに屈服して法秩序を否定することにあるのでは決してない。保管人の任務は、債務者財産の保全、集積、更の場合によっては清算をも含むが、それにとどまらず、債務の縮減、あるいは債務の破産手続における順位の変更をも含むのである。<sup>(33)</sup>

ここにいう「債務の縮減」とは、破産宣告後に持ち越して破産管財人が行うと財団債務・財団費用を生み出してしまふような措置について、保管人が宣告前に講ずることによってその債務を破産債権化して、財団債務・財団費用の増加を阻止することである。<sup>(34)</sup> このような議論は、実務の所産であり、保管人の権限に関する厳密な検証を踏まえたものではなかった。財団が費用を賄うのに不足するという一事のみで、整然たる倒産手続による清算を断念し、支払不能の財産集合体を弱肉強食の野に曝すところが悪とされ、それを回避し倒産手続を開始するための手段であればたとえその正当性に一抹の疑念があっても採用するという実務のムードが背景にあったのである。

もっとも、Henckel は大要以下のように述べ、このような議論を批判する。

保管人を利用した財団債務・財団費用回避策は、そのようにしなければ絶望的である倒産法上の状況における、応急手段にすぎない。蓋し、保管人によって先取される破産処理は、法的破産手続を潜脱するものだからである。そもそも保全処分は、法の文言及び趣旨によれば、財団の保全、つまり破産申立に関する裁判中の財産散逸を防止することを目的とするものである。よびが、今日保管として現れているものは、財団保全 (Massesicherung) ではなく、法律の予定する債権者自治 (Gläubigerselbstverwaltung) や破産手続という法律的保障を排除して行われる、財団管理・換価 (Masseverwaltung und -verwertung) なるにすぎない。<sup>(35)</sup>

つまり、実務で行われている財団債務・財団費用回避策は、結局は本来破産手続で破産管財人が行うべき措置を手續開始前に前倒して行うことを意味するのであり、それを無制限に認めれば、破産手続の意義が減少してしまうことになる。即ち、破産手続は破産財団の管理处分権を管財人に移転し、管財人の下で破産財団に係る従来の法律関係を処理し、更に債権者集会や債権者委員会といった債権者自治のシステムの下で財産の清算・配当を行っていく手續であるはずなのに、保管人が管財人の行うべき処理を破産手続前に行えばこのような破産手続という法的保障の意味はなくなってしまう恐れがあるというのである。

このような Henckel などの批判を受けて、一九八〇年代には、「目的が手段を正当化する」式の議論は反省され、第四節以下で述べるように保管人の権限に関してより詳細な議論が行われることになる。ただ、そこでの議論が、破産手續開始に向けた保管人の積極的活動の意義それ自体を否定しようとしたわけではなく、むしろ実際の必要と法律論との調和をいかに図っていくかということに腐心していたことは留意すべきである。

そのこととは、Henckel 自身の以下のような現状認識にも現れている。「実務が示すように、保全保管 (Sicherungssequestration) では破産開始を可能にするのに十分でない。従って、特に保管人による債務者企業の継続にとって必要かつ有意義と思われる動的保管 (dynamische Sequestration) が定着している」。<sup>(36)</sup> ここでいう「保全保管」とは、先の Henckel の表現を借りれば、「財団の保全、つまり破産申立に関する裁判中の財産散逸を防止することを目的とするもの」ということになる。従って、単なる財産散逸の防止のみを主眼としたものでない、より積極的な保管人の活動 (彼のいう動的保管) を解釈論としても許容していく志向が現れているのである。かくして近時では、保管の目的を、「手續開始前の段階で、手續遂行に必要な費用を確保し、それにより破産手續の開始ひいては遂行を可能にするべく、様々な措置を講じること」とする理解は、ほぼ定着していたといえる。<sup>(37)</sup><sup>(38)</sup>

そこで次に、保管人の法的地位・権限に関する学説の議論を見ていくことにする。

## 第四節 保管人の法的地位・権限について——学説——

保管人の具体的な法的地位、権限内容<sup>(39)</sup>については、学説・判例において多くの議論がある。各論は後に見ることとして、まず保管人の権限についての総論的な議論を検討することしよう。視点は（ア）保管人は債務者の財産に關しどのような権限（管理処分権か否か、その内容如何）を有するか、ということのみならず、（イ）その権限を行使するに当たり保管人が単独でできるか、それとも他の者（債務者、債権者、破産裁判所）の同意ないし許可を必要とするか、あるいは権限を行使するのは債務者で保管人はそれに同意を与えるのみか、ということである。

## 第一款 第一期の学説…管理処分権の一般的肯定

保管は、前述の定義からも明らかなように、物の占有（保管）・管理といつことを内包しているから、保管人に財産管理権が認められることは所与の前提である<sup>(40)</sup>。問題は、その「管理」がどのような内容のものであるか、つまり、通常「処分」といわれるようなものまで含むのかである。

この点、従前は、一般的譲渡禁止に保管が組み合わされて発令された場合、債務者から管理処分権が剥奪され、保管人に移転することは、当然のことと考えられていたようである。

例えば Jaeger は、「債務者から処分の法的権限 (rechtliche Macht zu Verfügungen) を剥奪する (entziehen) のが適当と思われる限りで、保管は特別なし一般的譲渡禁止と組み合わせなければならぬ。」と説いている<sup>(42)</sup>。これは、保管が発令されると同時に債務者に対し譲渡禁止が課されることによって、財産（一般的譲渡禁止の場合）は全財産、特別譲渡禁止の場合には特定された対象財産）についての処分権が債務者から剥奪され、保管人に帰属するとの理解であると思われる。

また Klinger は、一般的譲渡禁止及び保管の発令により、債務者は破産財団 (K O 二条) に属すべき全ての債

務者財産につき、処分権のみならず、管理権をも喪失するとする。そして保管人には、財産の通常の用法に従った管理 (ordnungsmaige Verwaltung) に必要であるならば、債務者の財産を換価する義務があるとする<sup>(43)</sup>。Klinger も、保管人に管理処分権限が帰属することを自明のものとしているのである。Klinger は、前述のように（本章第三節第三款）、保管人が財団債務除去のための様々な措置を講ずべきことを主張しているのであるが、それは一般的譲渡禁止及び保管が発令された場合に、保管人への管理処分権帰属を無条件に認める以上のような理解が前提にあるといつてよい。

保管人の権限が破産管財人に近似するとの認識から、保管人を「事前破産管財人」(Vorkonkursverwalter) と称する者もある<sup>(45)</sup>。保管人が破産管財人と同等の管理処分権を有しそれを行使できるならば、管財人の権限事項を破産開始前に実現できるといふ帰結も可能となるわけである。

ただし、これらの見解も、保管人が破産管財人の権限を完全に前倒して行使することを認めるわけではなく、一定の限界を默示的に設定しているようである。例えば、未履行双務契約の処理に關する権限 (K O 一七条以下) あるいは否認権 (同二九条以下) の保管人への準用は、これらの論者によつても否定されている。即ち、保管人によつて行うことのできない、破産管財人固有の権限の領域が存在するわけである（もつとも、その領域をどのようにに限界つけるかは、論者によつて明らかにされていない）。かかる破産管財人固有の権限に抵触しない限りで、保管人はその管理処分権を——財団の保全という自らの任務に反しない限りで——任意に行使できるとするわけである。そこでは、——保管命令以外の——破産裁判所の特別の授權、あるいは債務者・債権者集団の同意等による権限の補完は、必要とされていない<sup>(46)</sup>。

しかし、かかる見解には問題があった。それは、保管人の権限行使によつて実現される措置が、保全処分の内容が最終的なものであつてはならないという、保全処分の暫定性に抵触する恐れがあるからである。例えば、論者は



債務者の業務の閉鎖を一般的に肯定するが（詳細は本章第六節第一款）、業務の閉鎖は従前から保全処分の一時的な暫定性に反する措置として学説で指摘されていたものであった。その点についての論者の釈明はなされていないのである。このように、第一期の論者においては、保管人に管理処分権が帰属するという面ばかりが強調され、その権限行使の結果が保全処分の性質と矛盾抵触を来すことへの問題意識が希薄であった。

## 第二款 第二期の学説…権限内容の精緻化

前述のように、保管人に、破産管財人とほぼ同等の権限を認めることは、保管人による倒産処理の前倒しを可能にし、それは暫定性という保全処分の一般的要件との関係の説明を要することになる。<sup>17)</sup> そうすると、保管人の権限には、破産開始前という手続的段階に応じた限界が設定されるべきということになる。第二期の論者は、破産手続本体と保管との目的・手続構造の差異を考慮して、保全処分段階における利害関係人の利益を適切に反映させるという観点から、保管人の権限の限界を形成するファクターを抽出し、それに基づき保管人の権限内容を構成しようとする。ここでは、代表的な四つの学説を見ていくことにする。

一 Gerhardt の見解——保管人の管理処分権を肯定しつつ債務者同意により補充するアプローチ——  
Gerhardt は、保管人への債務者財産の管理処分権の移転を肯定し、以下のように正当化する。

破産では、破産者は管理処分権を最終的に喪失する。蓋し、破産管財人が清算人として現れるからである。保管の場合には、保管人は清算人ではなく、保持者 (Bewahrer) としてのみ現れる。しかしそのことは、双方の場合において技術的手段が同じであることを変えるものではない。財産の維持及び保全も、債務者から管理処分権を剥奪し、それをその限りで同様に第三者に移転させることのみ、可能となるからである。<sup>18)</sup>

即ち Gerhardt は、財団の維持・保全という任務を負う保管人には、破産管財人と同様に債務者の管理処分権が移転する (KO 六条が準用される) とする。つまり、破産管財人の管理処分権は、確かに最終的には破産財団の清算を目的とするものであるけれど、破産開始当初は財産を債務者の元から切り離しこれを維持保全するために行使されるわけである。そのように債務者財産の維持保全という任務を負うことは、保管人も管財人と変わるところがない。それ故保管人には破産管財人と同様、債務者財産の管理処分権を肯定しなければならないというわけである。しかし他方で、保管人に許容され、有効に行うことのできる法律的行为の範囲は破産管財人と異なる（その意味で管理処分権の内容が異なる）とし、その理由を以下のように述べる。

保管と倒産手続との間に存する差異が基準となる。倒産手続においては、倒産 (Insolvenz) (債務超過、支払不能) ということが債務者にもはや保護すべき固有財産のないことを確定しているのに対し、保管手続の発令はそのような法的に保障された前提に依拠するものではない。それ故、債務者から財産価値を剥奪し、債務者の意図しなかった処分を行うことは、原則として許容されない。というのは、保管手続の開始といふことから反証の余地のないほどに倒産が推論されるわけではなく、そのような少なくとも財産収用類似の措置を倒産の推定に基づいて行うことは許し難いからである。従って私の考えでは、原則として保管人は管理活動に限定され、管理対象の財産の従来目的 (der bisherige Zweck der verwalteten Vermögensmasse) に背馳する財産処分は債務者の同意なくして行うことはできない。債務者の同意の要件を裁判所の同意に代替することは決して正当化できない。蓋し、かかる裁判所の措置を倒産の推定にかからせることはできないからである。<sup>19)</sup>

要するに Gerhardt は、倒産手続開始による債務者の財産管理処分権の剥奪の根拠を、倒産原因が確定されたことで財産に対する債務者の固有の利益が喪失されたことに求める。そして、倒産手続開始前の保管の段階では、倒産原因の存在が確定されていない以上、債務者の財産に対する利益を尊重すべきことを指摘する。それ故に、保管人の権限を、原則として財産管理に限定する。そして、財産処分は財産の従来目的（債務者が倒産手続申立前に

財産に与えていた方向性(Richtung)に合致しているか、もしくは債務者の同意がある場合のみ許容する<sup>(51)</sup>。その場合、債務者の同意を裁判所の同意に代替できないとする点が特徴的である。

それに続けてGerhardtは、具体的に保管人に許容される措置の範囲を「従来の債務者の地位と矛盾してはならない管理権限が、個々の場合においてどこまで及ぶか」という観点から判断すべきであるとす。そして、弁済期が到来した債権の取立及び業務継続(Geschäftsföhrung)を管理権限の枠内にあるとして肯定する<sup>(52)</sup>。他方で、保管人は事前清算人(Vor-Liquidator)ではなく、彼に付与された法的権限は債務者の意思に反して処分をするほどに広範なものではないとして、清算(Liquidation)を行ってはならないとする。それ故に、たとえ財団への損害を回避するために必要であっても、債務者の事業を閉鎖する権限は保管人に認められないという。その権限は、倒産が未だ裁判所によって確定されていないという事実に鑑み、あらゆる場合において、倒産手続開始まで債務者に維持されなければならないとされる。

このように、Gerhardtは破産開始要件の未確定を理由に、債務者の同意のみが保管人の権限を拡大する契機となるとする。ただし、これにも例外があり、債権者集会・債権者委員会の関与が予定されている清算措置(KO一三二条以下参照)については、債権者の利益を保護しようとの努力に基づいているのであるから、債務者の同意で代替せしめることはできないという<sup>(53)</sup>。これは、Henckelの指摘(本章第三節第二款)に示唆を受けたものと思われる<sup>(54)</sup>。

以上のGerhardtの枠組に従えば、保管人の権限は、単独でなし得る措置(財産管理が中心)、債務者の同意があれば(または債務者が財産に与えていた方向性に合致していれば)行うことのできる措置(一定限度の財産処分)、債務者の同意を得てもできない措置(清算的措置)、と段階づけられることになる<sup>(55)</sup>。

## 二 Henckel, Uhlenbruckの見解——同意権を前提とするアプローチ——

Henckelは、保管人に管理処分権が帰属するとしてGerhardt説の前提は、必然的なものではないとして、以下のとおり述べる。

保管人の任務は、一〇六条の目的に基づき、将来の財団を保全することのみ存する。従って、債務者に管理処分権が残り、保管人は単に債務者の管理行為を監督するのみであり、自らは自己名義で処分する権限がないとも解することができる。そうだとすれば、譲渡禁止は別の意義を有することになる：債務者は、保管人の同意を得ず保管財産を処分することを禁じられる、譲渡禁止は債務者が独断で行動するような場合に係ってくるものである<sup>(56)</sup>。と。実務が示すように、保全保管(Sicherungssequestration)とは破産開始を可能にするのに十分でない。従って、特に保管人による債務者企業の継続に必要かつ有意義と思われる動的保管(dynamische Sequestration)が定着している。しかし、保管人を破産管財人と同じ地位に置くことがどうしても必要とわくわけではない。和議法上の仮管財人(Vgl. 一一条以下)、もしくは相続財産保全のための保護人(Pfleger)(BGB一九六〇条)とパラレルに考えることも可能である<sup>(57)</sup>。

このようにHenckelは、Gerhardtの論法、即ち債務者に対する譲渡禁止の発令及び保管人の選任が債務者の管理処分権剥奪・保管人への移転という効果をもたらすという議論に疑問を投げかける。そして、和議法上の仮管財人とパラレルに、債務者に管理処分権が残存し、保管人には債務者の行為に同意を付与する権限が帰属するのみという解釈的可能性があることを指摘する<sup>(58)</sup>。Henckelの見解をGerhardtの見解と比較すれば、債務者の意思が保管人の権限行使に全面的に反映するということになる。これは、破産手続開始前においては、債務者の意思を慮慮しない保管人の行為は適切でないという立場の表明といつてよいであろう。

Uhlenbruckも、債務者に管理処分権が残り、保管人はその同意権を通じて債務者を監督することができるに過ぎないと考える<sup>(59)</sup>。ただしHenckelと異なり、保管人が単独で行うことができる例外的場面を想定する。即ち、債務者が

保全措置に協力しないかまたは彼が逃亡してしまった場合には、保管人は責任財産の価値下落防止のためのあらゆる措置（特に、業務を暫定的に継続すること）をなし得るとする<sup>(58)</sup>。Uhlenbruckの表現によると、以下のようになる。

基本原則は、債務者と保管人の協調（Eingetommen）により、通常の業務執行・事業継続の枠内での法律行為で、債務者の財産維持に必要な全てのことができるということである。これに対し、債務者の同意がないもしくは債務者の意思に反するときは、後の最善の破産処理のために、早すぎる価値下落・責任財産の減少が債権者の負担となるのを防ぐために、絶対不可欠な法律行為・措置のみが許容される<sup>(59)</sup>。

このように債務者の意思を重視する一方で、Uhlenbruckは、破産裁判所による授權には警戒的である。彼によれば、仮処分としての保管の場合と異なり、K.O.六条一項二文に基づいて裁判所が、破産開始手続において保管人の全ての権限を確定する義務を有することにはならない。その理由として、保管人の権限は保管目的から直接明らかになるもので、裁判官による具体化を必要としないからである、という<sup>(60)</sup>。従って、保管人に管理処分権を付与する旨の破産裁判所の決定は、不適法だとするのである。

Uhlenbruck説によれば、保管人の権限は、債務者の意思に反してもなし得る特定の措置（業務の継続など）、及び債務者と協調してなし得る措置に及び、その一方で債務者の意思に反しても裁判所の授權があればなし得る措置というものを認めないことになる。このうち、については、債務者の同意があれば何でもできるという趣旨ではないと思われる。それは、論者が「保管によって、破産の効果を超えるような措置を命じることはできない」としている<sup>(61)</sup>ので、一定の限界——債務者の同意があってもできない措置——は設定するものと考えられるからである。ただし、破産の効果を超えない範囲で破産手続内の措置をどこまで実現できるかについては、K.O.一二三条等に基づき債権者の関与に着目するGerhardtと比較し、Uhlenbruckにおいては明らかにされていない。

### 三 Urbanの見解——破産裁判所の決定のみを基準とするアプローチ——

Urbanの見解は、一般論として保管人に管理処分権を認める点でGerhardtの見解と軌を一にする。しかし、特に「債務者の同意が必要な措置」の余地について言及していない。そして、保管人の管理処分権の法的根拠は、破産裁判所の保全処分決定のみにあることを明示するのであり、債務者の同意によって補われるべき権限というものを想定していない<sup>(62)</sup>。むしろ論者は、破産手続における債権者自治の原則が、保管人の権限の限界を設定する契機となるとする。彼の見解を要約する。

債務者が喪失した管理処分権をそのまま保管人が有するかということとは、自明ではない。破産管財人については、破産者が喪失した管理処分権をそのまま承継する旨の明文規定がある。従って立法者は、債務者に対する処分禁止によって同時に管財人に対応する権利が発生するという前提に、自動的に立っているわけではない。保管の効果は破産開始のそれを超えるものでないという原則によれば、保管人についても同様のことが当てはまる。保管人が財産処分権を有すべきだとすれば、法の規定がない以上、裁判官の決定による特別の権限付与がなければならぬ。

裁判所が暫定的な命令しか発令できないということに、保管人への権限付与の限界が内在する。最終的な規制（endgültige Regelung）は先行して行えない。その場合、最終的な規制とは、破産法の規定全体からのみ理解される。それは債務者財産の破産的清算（Konkursmäßige Liquidation）の「コア」である<sup>(63)</sup>。破産手続開始がまだ確定されていない段階には、破産的清算の保管中の禁止により、債務者の利益にもなる。

保管中には破産的清算が開始されてはならないという推定が正しいということとは、以下の考慮から明らかになる。破産法は清算を法的に根拠づけられた権限を認められた管財人に委ねており、裁判所は厳格に規定された要件の下でのみ介入できる。これに対し保管の場合には保管人に権限を与えるか否かは裁判所の裁量である。裁判所はこのようにして、保管中の破産的清算を制御し、それによって破産法の予定する権限分配を（債権者集会の権限を顧慮しないことによって）全部または

一部潜脱でき得ることになる。しかしこのことから同時に次のようなことが導かれる。裁判所によって広範な権限の認められた保管人でも、管財人と同様の権限（管理処分権）を有し得ず、その限りで管財人の地位よりも弱い。<sup>64)</sup>

Urbanの主張の特色は、破産手続における債権者自治と破産裁判所の授權との関係を明確にした点にある。彼は、裁判所が保管人に付与しうる権限の限界を、最終的な規制すなわち債務者財産の破産的清算におく。破産的清算が保全処分段階で出来ないのは、破産手続開始が未だに確定されていない段階だからであるが、なぜ破産手続開始後でなければ破産的清算が出来ないのか。Urbanは、その根拠を、「破産法の予定する権限分配」におく。即ち、破産法は、重要な清算措置に関する判断を、清算の方法について最も利害関係を有する集団である債権者の機関（債権者集会）に委ねており、裁判所といえどもその意思を無視することは出来ないのである。従って、債権者集会の判断に委ねられている事項を裁判所が保管人に授權することで、破産法の予定する権限分配を潜脱するようなことは認められないということになる。

#### 四 Kochの見解——破産手続における債権者自治を重視するアプローチ——

Urbanと同様に「債権者自治や破産手続という法律的保障」を尊重すべきであるというTenzelの指摘（本章第三節第三款）に着目し、自治システムをそのまま保管人の権限に反映させようとしたのがKochである。

Kochはまず、「保管手続は、債務者財産の清算を目的とする破産手続の開始を保全し、準備するための手続であるから、保管人の権限は和議管財人のそれよりも広範でなければならない」とし、保管人に債務者の処分に対する同意権しか認めない見解は不適切である旨示唆する。<sup>65)</sup>

その上でKochは大意、以下のように説く。

破産法には保管人の地位・権限についての規定がなく、法の欠缺といえる状態なので、要件の類似する法制度、特に破産

管財人の規定の類推が考えられる。しかし、破産法は、事前手続（破産開始の正当性審理）と開始後の手続とを区別している。破産管財人に付与される権限をそれを一括して保管人に付与することは禁じられる。破産管財人の権利義務に関する規定の類推適用のあり方を考える際には、破産開始後の清算手続の構造を斟酌しなければならない。破産法は、債権者が財団の有利な管理・換価に大きな利益を有しているのみならず、財団の有利な管理・換価についての最適任者という観点から、債権者集会（九三条以下）や債権者委員会（八七条以下）によって債権者を手続に關与させる、いわゆる自治（Selbstverwaltung）の原則を採用している。債権者集会は、重要事項について、直接の判断をする（八四条、八七条、九一条、一三一条、一三二条、一三四条ないし一三七条参照）。債権者委員会は、管財人による事務処理の危険から債権者を保護するために破産管財人の持続的な補助及び監督の義務を負い（八八条）、破産管財に關与する（例えば、八四条、八六条、九三条、一〇〇条、一一三条、一二九条、一三二条ないし一三五条）。このような破産法上の自治の原則は、保管において潜脱されてはならない。<sup>66)</sup>

そして、以下のように、特に債権者集会の権限に留保された事項について保管人が行うことができない旨説く。

法が債権者を破産清算に關与させるとき、以下のことを区別しなければならない。債権者集会の専屬的な決定に留保された措置を、保管中に行ってはならないということ。というのは、債権者集会は、破産開始後に初めて招集されるからである。事前手続においては、債権者の範囲は未だはっきりしていない。債権者集会における表決への参加は、破産開始後の調査期日で債権が確定された債権者のみに権限がある。債権者集団の表決手続はあらかじめ算定することはできず、裁判所、保管人、もしくは個々の債権者の判断で代替することもできない。開始手続における裁判所の強力な地位は、債権者集会に裁判所の意思を強制し、債権者集会の決定を既成事実によって潜脱することを、正当化しない。破産開始後の手続においては、裁判所は、かかる支配的な影響力を有していない。保管人は、破産管財人が債権者との関係上行う権限のない措置を、行うことはできない。<sup>67)</sup>

一方、債権者委員会の権限事項については、以下のように処理すべきであるという。

債権者委員会が設置されていないとき、破産法は、債権者委員会の権限を、一部は債権者集会に（一三四条参照）、一部は裁判所に付与し（二二九条一項）、そして一部は破産管財人がその裁量で行動して良いとしている（二二九条一項）。そこで、債権者委員会が選任されないときに、破産管財人が債権者集会の関与を必要とするような事項（二三四条参照）については、保管人は行えない。債権者集会の関与は、裁判所の許可で代替できないからである。裁判所が債権者委員会の代わりになるべきとき（二二九条一項<sup>16)</sup>）は、裁判所が既に事前手続において判断できるといふことに疑いはない。というのは、開始手続においては、開始決定の発令後よりも破産手続に強力な影響力を行使するからである。債権者委員会なきときに管財人がその裁量で行動できるとき（二二九条二項一文、一三三条<sup>17)</sup>）は、保管人に同一の地位を認めることはできない。蓋し、保管人には、破産管財人が破産開始後にその管理処分権に基づき行使するような、決定的な影響力は存しないからである。事前手続の主体は、一〇六条に基づき、必要な保全処分を講ずる裁判所である。その地位は、保管人に、その裁量に基づき判断させるのではなく、その行為を裁判所の関与に拘束させるという価値判断を正当化する。従って、法が債権者委員会の関与を規定しているような措置が必要なが明らかとなったときは、保管人は裁判所の許可を得なければならぬ<sup>17)</sup>。このように、Kochは債権者自治を重視し、代理の本人たる債務者自身の意思は直接問題としない<sup>18)</sup>。以上のKochの枠組からすれば、保管人の権限は、(ア)単独でできる措置、(イ)裁判所の許可によりできる措置(右の(一)、(ウ)裁判所の許可があってもできない措置(債権者集会の決議に委ねるべき措置。右の(一)の三段階に分けられることになる)。

### 第三款 ドイツの学説状況についての若干のコメント

ドイツ破産法の下では、我が国の管理命令そのものに当たる保全処分は想定されておらず、債務者に対する処分

制限としての一般的譲渡禁止命令と、保管人による保管を命ずる命令とが別個に存立していた。これらは、それぞれ単独では債務者の管理処分権を剥奪できないというのが従来の理解であった<sup>19)</sup>。しかし、この二つの保全処分が組み合わされたときに、債務者からの管理処分権剥奪・保管人への管理処分権帰属という二つの効果が生じるかが検討されたのである。Jaeger, Gerhardt, Kilger, Castendiek, Urban, Kochは、二つの保全処分が相俟って二つの効果を生ずるとの立場である。これに対し、保管人には同意権しか帰属しないとするのがHenckelやUhlenbruckである。

更に、保管人の権限のあり方に関して、第一期の学説と第二期の学説とでは問題意識が異なっている。第一期の学説では、保管人の権限が保全処分の枠内で付与されるもので、保全処分の性質に則した制限を受けるという意識が希薄であった。そのような議論状況は、保全処分段階、つまり破産申立後開始前という特殊な手続段階における関係者の利益に配慮する、第二期の学説の登場によって、精緻化された。

第二期の学説においては、一般論として管理処分権を保管人に帰属させるかに関しては、議論がある(Gerhardt, Urban, Kochは肯定、Uhlenbruckは否定)。

ただ、かかる一般論を離れ、具体的に保管人の権限内容をどのように理解するかという点に関しては、第二期の学説には一つの特徴がある。それは、保管人の権限を、単独でできる措置、債務者・債権者・裁判所の同意・許可など、何らかの要件を満たしたときにできる措置に区別することである。そして、については、論者によって多少の違いはあれ、コアの部分はそれほど差異がないようである。つまり、債務者財産の経済的価値の保全のために必要と見られる措置とということである。差異が出てくるのは、この限界をどこに設定するか、における「要件」をどのようにするか、そして、にも含まれない措置と二つのものをどのように理解するか、という点である。そこで鍵となるのは、破産申立後開始前という中間段階において、利害関係人——債務者・債権者の利益——を

どの程度尊重し、それをどのような形で配慮するかということである。Gerhardtにおいては、保全処分段階とは破産原因が未確定であって債務者の財産に対する利益が尊重されるべき段階（債権者の利益も全く考慮しないわけではない）であるのに対し、Kochにおいては、保全処分段階は来るべき破産手続の前段階であって、破産手続における債権者自治をより尊重すべき段階であるということになる。従ってGerhardtにおいては債権者の意思が一方スコアにおいては債権者の意思がそれぞれ保管人の権限行使に当たって重点的に考慮すべきファクターだということになる。

以上のような学説状況を踏まえた上で、次に判例で提示された、保全管理人の権限に関する一般論を見ることにする。

#### 第五節 保管人の法的地位・権限について——BGH判例——

学説の議論を見たところで、保管人の法的地位・権限についての、BGH判例を概観しておくことにする。ただし、ここで見るのは判例の一般的説示部分であり、各判例の事案の参照は最小限に止める（事案に即した検討は、次節で行う）。一般的説示部分の変遷を見ることで、保管人の法的地位・権限に関するBGHの考え方の移り変わりを知ることができよう。

BGHの判例は、保管人の機能と破産管財人の機能とは基本的に異なるとして、保管人に破産管財人と同様の包括的な管理処分権を認めることには消極的である。しかし、そのような原則を維持しつつ、保管人による財産処分範囲を事実上拡大する傾向にある。

(a) 一九六一年三月二七日のBGH判決<sup>74</sup>は、相続財産破産の事案において、傍論ではあるが以下のような判示を行った。

「相続財産である企業の経営を」保管人は相続人の名義とその意思によって、即ち相続人によって付与された権限に基づいてのみ行っているのである。蓋し、裁判所による選任によつては、保管人のかかる権限は明らかにならないからである。破産裁判所はK.O.一〇六条の枠内では保全措置のみを講ずることができ、破産管財人と同様の営業を継続・清算する権限を保管人に付与することはできなかった。<sup>75</sup>

判旨から明らかになるのは、保管人の営業継続または清算の権限は、破産裁判所の保管を命じる決定によって基礎づけることができないということである。<sup>76</sup>この判決の後、保管人の権限に関する判例は暫く現れなかった。判例が多く公表されるのは、一九八〇年代に入ってからである。

(b) 一九八二年一月二二日のBGH判決<sup>77</sup>は、保管人は財団維持・破産目的達成に必要な措置 (die zur Erhaltung der Masse und zum Erreichen des Konkurszwecks notwendigen Maßnahmen) のみを行う権限があり、管財人のような包括的な管理処分権を有しない、と指摘する。<sup>78</sup>ただし、a判決との関係は必ずしも明確ではない。即ち判旨は、本件保管人が債務者の営業を暫定的に維持する義務を負っていたとしているが、それが一〇六条の解釈として保管人の当然の義務とする趣旨なのか、それとも本件事案における破産裁判所の許可によるものかは明らかでない。従つて本件判旨が保管人の業務継続権限に関するa判決の立場を変更したか否かはひとまず措き、「保管人に営業継続の権限ないし義務があったとしても、そのことは当然に管財人のような包括的管理処分権の付与をもたらすものではない」旨を示唆したものと理解すべきであろう。ともあれ、保管人にどの程度の管理処分権が帰属しうるかが未だ明らかではないもの、判例が当時の学説の趨勢（前節第一款でいうところの第二期の学説）に沿い、保管人の管理処分権を限定的に理解する立場に立ったことは明らかである。

(c) 一九八八年四月一日のBGH判決<sup>79</sup>は、保管人による営業譲渡が問題となったケースである。判旨はb判決を参照して保管人に破産管財人と同等の包括的権限を認めることはできないとし、「特に、債権者への配当のた

めの金員保持を目的として債務者財産を売却することは、保管人の権利でも義務でもない。かかる任務は、法一七条の明確な権限分配に基づき、破産管財人のみに留保されている。」と指摘する<sup>(81)</sup>。そしてa判決によれば債務者企業の清算は原則として保管人の権限ではないのだから、営業譲渡も保管人の権限ではないと説く。その理由として、「かかる措置「営業譲渡」筆者注」によって最終的な状態がもたらされてしまいが、それは保管人の権限ではない、蓋し破産手続開始のための要件が未だ審理されていないからである<sup>(82)</sup>、と説くのである。

ただ判旨は、手続開始が確実なものと予見され、かつ債務者財産保全のために不可欠である場合には、保管人の営業譲渡を例外的に認める余地を示唆する。そして権限なくして行われた営業譲渡であっても、権利主体でありかつ(一般的譲渡禁止命令で一時的に権限行使を制限されているとはいえ)処分権者である債務者の同意があれば、有効となりうる<sup>(83)</sup>と指摘する。

判旨は、配当原資としての金員を確保するための財産売却を保管人の権限ではないとすることで、破産管財人の財産処分権との関係を明確にする。そして、債務者財産に最終的な状態をもたらす営業譲渡は原則として保管人の権限ではないとして、a判決を踏襲する旨を明らかにする。かかる判旨の一般的な説示からは、営業譲渡のような究極の財産処分のみならず、業務の通常過程で必要となるような財産の売却をも保管人の権限ではないとの立場にBGHが立っているかのようである。

ただし、判旨は例外を設けている。即ち、手続開始が確実なものと予見されかつ債務者財産保全のために不可欠である場合に、例外の余地を示唆し、そのような例外にも該当せず、その結果無権限で行った営業譲渡であっても、債務者の同意があれば有効となりうるとしているのである。とも本件判旨においては傍論に属するが、

非常に意義のある判示と言える(本章第六節第三款で詳説する)。これらは営業譲渡に関する判示であるが、営業譲渡といういわば究極の財産処分についての要件論は、通常の財産処分についての要件論に有益な示唆を与えるで

あろう。

(d) 一九八八年九月二十九日のBGH判決は、保管人にKOH二条(破産管財人の責任)が準用されるべき理由として、以下のよう<sup>(84)</sup>に説く。

「一〇六条一項第二文に基づき選任される保管人の任務は、原則として、債務者の個々の財産を保持する(Verwahrung nehmen)に止るものではない。本件のように、保管はしばしば、総財産、若しくは営業のような債務者財産の重要な構成要素について発令されるのである。この場合には、将来の破産手続のために債務者の財産を保全し(sichern)、集積し(sammeln)、維持する(erhalten)という保管の目的は、通常、保管対象財産の通常用法に従った管理(ordnungsmäßige Verwaltung)により、実現されるのである。……上記責任原則の適用のためには、破産開始手続における保管人も通常は裁判所の選任する他人財産の管理人である<sup>(85)</sup>ということが確認されれば十分である。」

「保管人は」保管目的の枠内で、債務者財産の維持、保持(Bewahrung)、及び通常用法に従った管理のために必要なあらゆる措置をなす権限があり、義務がある<sup>(86)</sup>」

判旨によれば、債務者の総財産もしくは(営業のような)重要な構成要素について保管が発令された場合、保管人の財産保全・集積・維持の任務は、「通常用法に従った管理」によって実現されるのだという。その意味で、保管人は、破産管財人・和議管財人・和議法上の仮管財人、及び強制管理人と同様の意味での「裁判所の選任する他人財産の管理人」であるという。そして保管人は、保管目的の枠内で「通常用法に従った管理」のために必要なあらゆる措置をなしうる<sup>(87)</sup>といっわけである。

「通常用法に従った管理」が何を意味するのか、判旨は一般的に明示していない。本件事案では、別除権目的物たる営業用不動産に火災保険を掛けることが、「通常用法に従った管理」の一環とされた。不動産に火災保険

を掛けるには保険会社と契約を締結し、保険料を支払わなければならないが、その契約締結・金員拠出は保管人の権限内ということになる。そうだとすれば、財産保全に必要な限りでの債務負担及び財産処分は、債務者の同意を待つことなく、保管人の権限である、ということになる。そうすると、財産処分については原則として債務者の同意を要件とするかのような口吻を示していたc判決と明らかに異なり、少なくとも通常の用法に従った管理の枠内であれば保管人単独で財産処分も認められるということになったわけである。営業を対象とする保管であれば、営業継続のために、債務者の財産（商品、製品等）の処分が不可欠である。そうだとすれば、かかる財産処分は「通常の用法に従った管理」に含まれるということになる。

問題は「通常の用法に従った管理」が、破産裁判所の個別の授権を必要とするものか、また、「通常の用法に従った管理」を超える財産処分の効果はいかなるものか、それが有効となる要件はどのようなものかということである。(e)一九九二年六月一日のBGH判決は、「保管人は、企業の暫定的継続の場合にも、原則として保管目的の枠内で債務者財産の維持 (Erhaltung)、保持 (Bewahrung)、及び通常の用法に従った (ordnungsgemäß) 管理に必要な措置を講ずる権限のみを有する。従来の債務者の処分権は包括的に移転するのではなく、前記目的に必要な範囲で保管人に移転する」と述べてb及びdの判決を踏襲する一方で、「一〇六条に基づく命令の意義と目的に合致しない保管人の処分は、個々の場合において破産裁判所が許可したのでない限り、無効として取り扱う」と述べる。

ここで明らかとなるのは、保全処分の意義と目的に合致しない保管人の処分は、原則として無効と取り扱われること、仮にそのような処分であっても、破産裁判所の許可があれば有効となることである。また、の反面として、保全処分の意義と目的に合致する保管人の処分であれば、破産裁判所の許可がなくとも有効であることも、明らかにされたといえよう。

一方で判旨は、破産裁判所の保管決定における営業継続・清算の授権を否定したa判決との関係について言及していない。しかし、判決bやdと併せて斟酌すれば、BGHは、営業継続に関し、保管人は破産裁判所の許可を要せず行うことができるとの立場に立つものと見て良いであろう。これに対し、「営業の清算」に関しては、少なくとも債務者の同意などの事情 (c判決参照)、あるいは破産裁判所の許可 (e判決参照) なくしては保管人はしないとするものであろう。

以上、aないしeの判例で示された理論をまとめると、「保管人は、債務者の業務を継続する場合においても、管財人のような包括的な管理処分権を有しない。特に配当原資としての金員を確保するための財産売却あるいは営業の清算といった措置は、保管人の固有の権限ではない。ただし、保管目的の枠内で、債務者財産の維持、保管及び通常の用法に従った管理に必要な範囲で、債務を負担し、かつ財産を処分する固有の権限がある。更に、かかる権限に基づく正当な財産処分でも、債務者の同意または破産裁判所の許可があれば有効となる余地がある」ということになる。

債務者の財産に関して、通常の用法に従った管理に必要な範囲を超える処分といえども破産裁判所の許可があれば有効となりうるるとすれば、結局保管人の処分権の範囲は（最終的狀態をもたらず措置でない限り）破産裁判所の裁量次第でどのようにも定まり得るということになる。ただしその場合にも、BGHは、破産裁判所が保管人に一般的に包括的な管理処分権を付与することは認めておらず、個別的・明示的な許可を必要とする趣旨であると思われる。

以上のような判例理論と学説での議論とを対比した場合、判例は第一期の学説——保管人に破産管財人と同等の包括的な管理処分権を認める——とは相容れないが、第二期の学説とは整合的であろう。判例は、「管財人のような包括的な管理処分権を有しない」としているが、これは保管人に全く管理処分権を帰属させないという趣旨で



はなく、保管目的の枠内での一定限度の「管理処分権」の帰属を認めるといふ趣旨である。その意味で、第二期の学説のうちの「管理処分権」を肯定する見解——Gerhardt, Urban——と相容れないものではない。つまり、保管人の固有の権限——保管人が他の機関の授權を要さずなし得る権限——の内容に関しては、第二期の学説と判例とでそれほど大きな差異はないと思われる。

問題は、保管人の固有の権限を超える措置についての適法要件である。判例には、破産裁判所の許可、あるいは債務者の同意を適法要件とする一方で、債権者自治について言及するものはない。即ち判例は、破産裁判所の許可による保管人権限の拡張の余地を認める一方で、債権者自治について直接言及していない。これに対して第二期の学説では、手続における債権者自治が保管人の権限を制限するファクターとして捉えられていたのである。例えば、営業譲渡の問題となったc判決についてみてみよう。営業譲渡は、破産財団の換価方法としては重要な部類に属し、債権者自治を尊重する学説——Urban, Koon——からすれば、最も慎重な対処が必要とされるものである。実際、これらの学説では、営業譲渡は債権者集會に委ねられるもので、裁判所の許可によっても代替できないとしているのである。これに対し、c判決では、債務者の同意の存在、あるいは手続開始の蓋然性といった事情の下での営業譲渡の余地を認めている。また、e判決の趣旨からすれば、破産裁判所の許可があれば有効となることになる。勿論、破産裁判所は、債務者・債権者を含む全ての利害関係人の利益を考慮したうえで許可を与えるべきであるとすれば、見方を変えれば裁判所の許可はあらゆる考慮がなされたことの保証と見られなくもない<sup>93</sup>。学説の側にも、e判決が公表された後は、判例の枠組——破産裁判所の許可あるいは債務者の同意による保管人権限の拡張——を追認するものがしばしば見られるようになっていた<sup>94</sup>。

ともあれ、以上の学説・判例の検討から、保管人の権限に関するイメージが明らかになった。保管人は、破産管財人とは同等ではないものの、一定の範囲で債務者財産に関する管理処分権を有する。そしてその「管理処分権」

の内訳は、ある措置（判例でいうところの通常の用法に従った管理）については自ら単独でなし得る、以外  
の措置については、何らかの要件（債務者の同意又は裁判所の許可、あるいは手続開始の蓋然性）を満たした上で  
なし得る、 以外の措置で、 の要件を満たさずに保管人が行った措置は無効、 の要件を満たしてもなし得  
ない措置がある（最終的狀態をもたらず措置）というものである。問題は、 にそれぞれどのような措置が属し、  
そして、 においてどのような要件を課すかと言うことであり、ドイツにおいて学説・判例の蓄積がある。

#### 第六節 保管人の関与の下で行われる措置<sup>95</sup>

第四節・第五節における学説・判例の検討から、保管人の権限に関するイメージが明らかになった。一般的譲渡  
禁止・保管により、保管人には、債務者財産に関する債務者の権限の一部が移転する。その権限は、破産管財人と  
は同等ではないものの、一定の範囲で債務者財産に関する処分をも含む権限を有する。そしてその権限の内訳は、  
ある措置（判例でいうところの通常の用法に従った管理）については自ら単独でなし得る、 ある措置について  
は、何らかの要件（債務者の同意又は裁判所の許可、あるいは手続開始の蓋然性）を満たした上でなし得る、とい  
うものであった。問題は、 にそれぞれどのような措置が属し、そして、 においてどのような要件を課すかと言  
うことである。ドイツでの議論は、行為類型ごとに個別具体的に行われているので、ここでもそれに倣い行為類型  
ごとに検討することにする。以下では特に、（一）業務の継続・閉鎖、（二）財産の換価、（三）営業譲渡に関して  
検討する。

#### 第一款 債務者の業務の継続<sup>96</sup>、及び閉鎖 (Stillegung)

一 債務者の業務の継続の効用は、主として、企業の組織的一体としての価値（商号、顧客、取引における優遇

条件、熟練された従業員)の維持、(原料・半製品の完成等による)個々の財団所属財産の価値の増加にある。これがひいては破産手続開始後における破産財団の有利な価格での換価、特に営業譲渡を可能にすることになる。このことは、財団の保全という一〇六条一項の趣旨に合致すると同時に、破産財団を最も有利な態様で換価する任務を負う破産管財人に換価方法の選択肢を広げることになり、破産法の手続構造にも合致する。つまり破産法が、破産手続内での業務継続の仕組み(Ｋ〇二九条二項、一三〇条、一三二条一項)を構築していたのは、業務を中心とする破産財団の有利な換価方法を確保するためであるが、業務は一旦停止すると再開が困難であるから、保管人が業務を継続するのは破産管財人による業務継続を可能にすることにつながるのである。

二 先に見たように、保管発令の対象である債務者が業務を営んでいる場合、保管の対象が業務自体に及ぶことは、破産法上の学説では広く認められていた。特に、第一期の論者にとっては、保管人に破産手続開始まで倒産企業の業務を継続する権限があるのは、あたかも当然のごとくであったし、第二期の論者にも、管理の一環として認める者が多い。ただし、第二期の論者の中には、業務の継続は当然に保管人の権限となるものではなく、他の機関による授權が必要とするものもある。例えば、破産手続における債権者自治原則に着目するStoyは、保管人に業務継続の権限を付与するためには、原則として仮債権者委員会の決議(Ｋ〇二九条二項二文準用)、それが選任されていない場合には破産裁判所の命令を要する(Ｋ〇二九条二項一文を準用しない)、と説く。

判例は、当初、破産裁判所は保管人に破産管財人と同程度の業務継続権限を付与できないとしていた。恐らく業務継続に伴う財産処分・債務負担が債務者財産の現状を変更することを慮ったものであろう。

しかしBGHは近時、建設会社倒産の事案で、傍論ではあるが、手続申立前に発注されていた仕事を進行ひいては完成させることは保管人の任務であるとしている。従って、BGHは「債務者財産の通常の用法に従った管理」として、保管人が業務継続を行うことを認める趣旨と思われる。

三 もっとも、業務を継続しようにも資金繰りの途が完全に閉ざされている場合や、業務継続が損失を生むのみで、営業譲渡の見込みも薄いというような場合が多いであろう。むしろ財団の損失を回避するためには、業務を継続するどころではなく、即時に停止しなければならないケースも少なくないと考えられる。

しかし、ドイツの学説においては、KO制定当初から、債務者の業務を閉鎖する保全処分は、保全処分としての暫定性を超えるために、許されないという見解が多数であった。即ち従前の通説は、保全処分の内容が最終的(definitiv, endgültig)なものであってはならないとし、その理由として、保全処分の内容が最終的であれば、仮に破産手続開始に至らなかつた場合に利害関係人に回復しがたい損害を与えることになり不当であると説くのである。これに対し、保全処分の暫定性は時間的な意義で理解すべきであり、破産手続開始まで一時的に効力を有するに過ぎないのなら、業務の閉鎖も保全処分の対象たりうるとする有力説もあった。

保管人の権限としての理解においても、保管人には原則として債務者の業務を停止することができないとする見解が多数である。その理由として、(一)保管段階では破産手続が開始するか否か確定していないので、その段階で最終的な状態を作出してはならない(財産の清算を行ってはならない)、及び(二)営業の閉鎖は債権者集会で決議するというKO一三二条の規定に鑑みれば、破産法は破産手続の開始後も経営が継続されるべきことを前提としている、と説かれている。

しかし、保管中の業務閉鎖の必要は、無視できない。そこで、例外的に業務閉鎖を認めるか、認めるとしていかなる要件の下で認めるかで見解が分かれる。

まずKriegerは、「業務閉鎖は、それが必要不可避の場合にのみなし得る。蓋し、本来業務閉鎖に際しては債権者委員会の関与または債権者集会の決議が予定されているから(Ｋ〇二九条、一三二条一項)、保管人は独断で先取りして判断すべきでないからである」としつつも、財団と債権者の損害を防止するために、保管人には業務を閉

鎖する権限があるとする。それは以下のような場合であるという。即ち、(一)例えば弁済期にある貸金を支払うだけの資金を捻出できないような切迫した事情がある場合、(二)従前から明白な赤字経営であり、業務を継続しても損失の発生のみが予想され、営業譲渡の見込みがない場合である。<sup>(15)</sup>このように、Kriegerは、破産手続における債権者自治原則に配慮しつつも、現実の経済的見地から業務継続が適切ではない場合に、業務停止を認めるわけである。これは、財団の保全という保全処分の本来の目的から演繹的に導いたものである<sup>(16)</sup>。

しかしGerhardtは、保管人に清算の権限がないことを理由に、Krieger説のような資金欠乏あるいは損失発生といった経済的見地のみでは、保管人の業務閉鎖権限を肯定できないとする。そして債務者の同意を要件に業務閉鎖を認める可能性に関しても、清算措置に関して債権者委員会や債権者集会といった債権者の利益を保護するためのシステムが手続内で確立されている以上、それを債務者の同意で代替することはできないとする。<sup>(17)</sup>これは、Kriegerよりも、債権者自治原則に配慮した結果による消極説である。

Kochも、業務閉鎖のような重要でその後の全ての手続を形成するような判断に際しては、債権者の関与及び債務者の保護を考慮しなければならないとして、債権者自治原則に配慮する。その観点から、仮債権者委員会の決議(KO二九条二項一文準用)が必要であるとする。もともと、二一九条二項一文は債権者集会の決議があるまで破産管財人に自己の裁量で業務を閉鎖することを認めているので、保管人は、仮債権者委員会が選任されていない場合であっても、破産裁判所の許可を得ればできるとする。<sup>(18)</sup>結論的に、Kochと同様に、破産裁判所の特別の許可を業務閉鎖の要件とする見解も散見される。<sup>(19)</sup>

これに対しKriegerは、法二一九条二項一文が債権者集会決議前に破産管財人が自己の裁量で業務閉鎖・継続を行うことを認めていることからすれば、業務閉鎖は債権者の関与を要しない緊急措置と理解すべきであるとして、Kochの見解を批判する。<sup>(20)</sup>しかし、業務閉鎖が重大な効果を伴うことに鑑みれば、業務閉鎖には債務者の同意が必

要であるとする。<sup>(21)</sup>

## 第二款 財産換価 (Verwertung)・売却 (Veräußerung)

財団の価値確保という観点からは、迅速な財産換価が妥当である場合が多い。特に、保管人は破産手続において破産管財人にも選任されるのが通常で、後に破産管財人として財産を管理することを視野に入れつつ保管人としての任務を遂行するのであるから、保管中に債務者財産換価の好機があればそれを利用するというのは、ある意味では自然な発想ではある。<sup>(22)</sup>問題は、保管人の下で財産換価を行うことの許容性とその範囲である。財産保全・維持を基本的任務とする保管人が、どの程度、いかなる要件の下で財産換価に関与できるかである。

### 一 学説

1 第一期の論者は、必要に応じて財産換価を認める。例えばKriegerによれば、通常の用法に従った(Ordnungsgemäß)管理に必要であれば、保管人は債務者の財産を換価する義務があるとし、弁済期の到来した債権を取り立てなければならぬ<sup>(23)</sup>とし、更に、債務者の固定資産も換価する義務があり得るとする。固定資産を換価すべき場合とは、例えば債務者の経営が既に保管人選任時に停止されているかまたは保管人によって停止せざるを得ない場合で、(a)当該資産が減損のおそれがある場合または(b)その維持に著しい費用がかかるような場合(例えば、お互いに遠く離れたあちこちの建設現場に大小の機械が散在し、事業停止後はもはやその監視ができず、さりとて一カ所に集めようとしたりその場所に貯蔵しておこうとすれば多くの費用がかかる場合)<sup>(24)</sup>である。更に、好条件を提示する買受人が現れたなら、営業財産全体についても換価する権限があるとし、その理由として破産開始の裁判がまだなされていないときでも、そのことで経済的に有意義な換価が否定されてはならないからで

あるといふ。<sup>(87)</sup>つまり、さし当たり減損や費用の問題がない財産であっても、今換価することが経済的に有利であるというような場合には、保管人の下での換価を認めるということである。

2 これに対し、第二期の論者は、本来破産管財人の権限である財産の換価を保管人に認めるについて、一定の要件を課す。

まず Gerhardt (本章第四節二款一参照) は、保管人には破産管財人のような清算の権限はないのだから、財産の換価についても、債務者の同意を得ずにはできないとする。また、債権者自治に委ねられるような事項については、債務者の同意を得てもできないとする。ただし、例外があるとして、以下のように述べる。まず、債務者が既に事業縮小、または特定の固定資産売却を開始していた、もしくは具体的に計画していたときには、許容される。<sup>(88)</sup>それ以外にも、例えば、余剰在庫の処分 (Abstoßen überflüssigen Gutes)、減価物や不完全換価 (nicht mehr voll verwertbar) 物の順番の売却 (turnusgemäße Veräußerung)、<sup>(89)</sup>あるいは緊急売却 (Notverkauf) を認める。<sup>(90)</sup>その理由は、それらが、通常の用法に従った管理の枠内であるからであるといふ。

要するに、債務者の同意がある場合もしくはそれに準ずる場合、あるいは債務者の同意がない場合でも通常の用法に従った管理に当たる場合には、財産の売却ができることになる。「通常の用法に従った管理」のフレーズは Kiger と共通するのであるが、その内容は、Kiger よりも限定的である。即ち Gerhardt は、Kiger がいふような経済的に有意義であるという点では、財産の換価は正当化できないとしている。<sup>(91)</sup>

次に Uhlenbruck は、原則として、換価の主体は債務者であり、保管人はそれに同意を与えるのみであるとする立場である。彼は、以下のように説く。「特に業務閉鎖の際に財団を減少させる費用を削減するため、個々の場合において、債務者財産の個々の構成部分の売却が正当化されるときがある。一時的な業務継続の費用は営業財産の売却によってのみ調達しうることがしばしばである。特に、在庫品もしくは保管中に完成した製品を、保管人の同

意によって譲渡することができる」。<sup>(92)</sup>そして、保管人自身による換価について、以下のように述べる。「保管人には原則として債務者財産を換価する権限がない。……債務者財産の換価は、K O 一七条一項の明確な文言によれば、破産管財人の中心的任務である。仮に保管人に包括的換価権を認めれば、保管は事実上一種の『事前破産 (Vorkonkurs) となってしまう』。<sup>(93)</sup>もっとも、それに続けて「ただしそのことは、個々の事案において、保管人がその保全任務の枠内で、傷みやすい物 (verderbliche Ware) を売却する」とを余儀なくされるといふことを否定するものではない」とし、「保管人は、緊急を要する措置 (eilbedürftige Maßnahme) の際に、売却に同意しなければならぬ。保管において、通常の管理の枠内で債務者が保管人の同意を得て完成品を売却できるということについては、見解が一致する。同様のことは、傷みやすい物の緊急売却、著しい減価の恐れがある固定資産・流動資産の緊急売却にも当てはまる。ただし、原則として保管人は、営業財産の価値を維持するために緊急措置 (Notmaßnahme) が必要な場合、もしくは売却が債権者集団にとってより有利 (günstiger) であるときに限り、営業財産の換価に着手することができる」と述べる。<sup>(94)</sup>

すなわち Uhlenbruck によれば、通常の営業過程での完成品売却、及び傷みやすい物もしくは著しい減価の恐れのある固定資産・流動資産の緊急売却については、債務者が保管人の同意を得た上で行うことができることになる(二つ目の場合にも債務者のインマニティブを必要とする点では、Gerhardt と異なる)。更に、緊急措置の場合、または債権者集団にとってより有利である場合には、保管人が単独で換価を行うことができるとする。<sup>(95)</sup>最後の「債権者集団にとってより有利である場合」に、どのような場合が含まれるのか (Kiger にいう経済的に有意義な場合を含むのか) は、明らかではない。

第三に Koch は、Gerhardt と類似した考え方を示すが、債務者の同意は顧慮せず債権者自治原則を重視する。彼は、大要以下のように説く。

換価は破産管財人の専権に属し、しかも最終的性格を有する措置で、保管の趣旨にそぐわないものである。しかし、業務の継続の過程で行われる換価、例えば傷みやすい物品 (verderbliche Waren)、及び保存にコストのかかる物品の換価、あるいは保管中の製造による製品の売却であれば、保管の趣旨に反しないので、自ら行うことができる。それ以外に保管人が換価できる場合があるかということだが、まずK O一三三条の対象物件（売却が通常の営業に属せず、かつ売却を先延ばしすることが財団に不利益を及ぼさない物）の売却は、債務者財産の現状をそれほど変更するものではなく、債務者の利益を害さない。仮債権者委員会（K O一三三条類推）、それがなるときは破産裁判所の許可によりなすことができる。次に、K O一三四条一項の物件（不動産、営業・商品倉庫一括譲渡、定期的収入に関する権利）の売却は、債務者財産の現状への著しい介入であり、最終的性格のものであるから、開始後の債権者集会の意思決定に留保すべきものである。従って保管人が売却することはできない<sup>(88)</sup>。

ここでも、Kriegerの説く経済的に有意義な換価は否定されるようである。

## 二 判例

BGH ZIP 1993, 48<sup>89</sup> 及びBGH ZIP 1993, 687<sup>90</sup>は、いずれも債務者会社が保管人の同意を得た上で在庫品及び営業設備を売却したという事案である（いずれの判決も、財産売却は保全措置に当たらず保管人に財産売却への同意権はないとして保管人の責任を認めた原審判決を、破棄した<sup>(91)</sup>）。ここでは、当該物件の売却から生ずる売上税債権について破産配当に甘んじることになった州政府（連邦政府から売上税債権の一部を配分されたこと）で当事者となっている）が、売上税額と実際に得た額との差額について、保管人に対し損害賠償を請求している。いずれも保管人による財産売却の問題について扱った、近時の最も重要な判例である。以下ではBGH ZIP 1993, 48<sup>(92)</sup>についてのみみる。

【事案の概要】 A建設会社は一九八七年三月ないし五月の間に支払困難に陥ったので、B社との間で未完成工事、建設機械・器具、及び労働力の譲渡交渉を行った。交渉は同年七月一五日まで続けられたが、奏功しなかった。A社が七月一五日に破産を申し立てたのを受けて、破産裁判所は同日、一般的譲渡禁止及び保管を発令し、Yを保管人に選任した。Yは財団の維持保全に必要な全ての措置をなす権限を付与された。A社はYの同意の下、七月一五日に未完成工事（当該工事に従事していた従業員をも込みで引受け）を二〇二二二マルクで、七月三〇日に事務所・営業設備を二八〇〇マルクで、及び八月二六日に建設機械を六六九四二〇マルクで、それぞれB社ないしその一〇〇%子会社に売却した。以上の売却で売上税債権約一二万マルクが生じたが、破産手続（八七年九月一日開始、管財人Y）においてYはK O六一一条一項一号の順位の破産債権として処遇した。X（州）は、Yが保管人としての義務に違反して破産手続前の財産売却に同意したことで、本来管財人によって換価されていれは財団債権となつたはずの売上税債権が破産債権となり（破産手続開始前に発生した売上税が破産債権として処遇されるのは確定した判例である）、損害を被ったとして、K O八二条及びBGB八二六条に基づきYに対し損害賠償を請求した。

【判旨】BGHはXの請求を退けた一審判決を支持した<sup>(93)</sup>。

「K O一〇六条一項二文は将来の破産財団の保全を目的とする。破産者や個々の債権者の行為により、全債権者の法に従った満足が挫折されるべきではない。それによって、特に全破産債権者の公平な満足が破産の中核として保護される。通常の管理に対する全債権者の共同の利益、及び債務者の利益の他、保管人は、個々の債権者の特別の利益を、その担保されかつ保護に値する法的地位に關係する限りで、考慮しなければならぬ。他方で法一〇六条は、保管人の行為と關係なくそのための法的要件が発生しているというわけでもないのに、破産債権でなく財団債権として発生させるといふ形で個々の債権者を他に優先させるということ、目的とすべきでない。何人も、それが自己にとってより大きな利益をもたらすとか、あるいはそこからの租税上の結果が彼に有利であるとかの理由から、管財人による——即ちより遅い段階での——売却取引の

締結を要求することはできない。かかる願望は、結果として他の全ての破産債権者の負担において財団を減少させ、法一〇六条の目的にまさに反することになる。」

「Xは、破産開始後でなく破産開始前であるという自らにとって不利である契約締結の時点をとがめる理由として、補足的に、Yが後に破産管財人として行うべき内容的に同一の売却の効果を主張する。……仮に保管人の先行する行為がそれ「自らにとって不利な時点での契約締結」筆者注」の原因となったとしても、そのような単なる収益「破産債権者でなく財団債権者としての地位を得ることによる」筆者注」の見込みは法一〇六条、八二条によって保護された地位ではない。それは現行法の他の規定によっても担保されていない。法五八条二号、五九条一項一号、六一条一項二号は、それぞれの直接の適用範囲を超えて、財団債権者となることの確固たる期待権を租税債権者に保障するものではない。特に財団に対する売上税債権は、管財人が売却取引を行うときに初めて生ずる。かかる行為は管財人の裁量である。管財人がそれら怠っても、租税債権者はK〇八二条によって、売却が行われていれはおかれていたであろう状態を追求することはできない。保管人による売却についても同様のことが当てはまる。売却によって法的に確定された租税上の効果が生ずる。保管人による売却によって、後の管財人が内容的に同一の取引を怠ったのと同じ結果に間接的に至ったとしても、それによってもなお租税債権者の保護された法的地位が侵害されるわけではない。後に売却がなされたのと同じ状態にせよとの要求は、法一〇六条、八二条の保護範囲には含まれない。」

「Xの請求は、BGB八二六条によっても導かれぬ。保管人による換価行為の主な目的が破産財団を売上税債務から解放するJUG (Kilger, KTS 1975, 142, 159参照)であったとしても、そのことで直ちに租税債権者の良俗違反の侵害となるものではない。それは、その行為が決してK〇一〇六条によって裏付けられるものでない場合にも、同様である。同条は、前述したように全債権者の共同の利益に資するものである。将来の破産財団の増殖という目的によって、保管人がその処分権を踰越したとしても、実質的には彼は法の目的を促進しているのである。そのことで同時に、全債権者の平等取扱いの原

則に従って財団を清算するという公益にも合致する。それと対立する個々の債権者の特定の利益は、その利益が法律で特に保障されていない限りは、軽視される。そのことは、六一条一項二号以上の処遇を得るといって租税債権者としての国家の利益についても、当てはまる。」

判旨は、第一段で、財団減少の阻止という全債権者の利益の観点（本章第三節第二款参照）からは、売却を手續開始後まで引き延ばすべきでなく、そのようにして財団債務を生ぜしめることはK〇一〇六条の趣旨に反することを示唆する。従って、保管人が自己の財産処分権の枠内で、積極的に手續開始前に財産売却に關与することは、「財団の保全」という一〇六条の趣旨に合致するのみならず、義務でもあると言えらるわけである。続いて第二段で、「財産売却が破産手續開始後に行われ、それによって財団債権者としての地位を得ること」という租税債権者の利益は、K〇一〇六条、八二条によって保護される利益ではないとしている。

注目すべきは第三段である。即ち、仮にK〇一〇六条によって裏付けられない行為であって、保管人の処分権を踰越する結果となっても、売却がかえって財団の減少をもたらすものでない限り、保管人の売却を財団増殖「全債権者の共同の利益につながるもの」として、租税債権者の利益に優先するとしている。つまり、保管人が自己の財産処分権の枠を超えて財産売却を行っても、それがK〇一〇六条の目的に合致しているのであれば、少なくとも租税債権者との関係では、違法の評価を受けないということであろう。つまり、権限を超える保管人の財産売却が適法とされるのは、正当な利益を有しない債権者の「利益」を否定し破産債権者全体の利益を保全したからであって、仮に破産債権者全体の利益を侵害するのであればやはり違法であるということになる。

ただし、判旨は、本件のYの売却行為が保管人としての権限の枠内であったかどうかについては、（権限踰越を示唆しつつも）直接判断をしていない。つまり判旨は、Xの損害賠償請求が認容できるものかという観点から、Xの権利侵害の有無及びYの売却行為の違法性を検討しているが、売却の有効無効を判断していない。二審判決がY

の売却の一部（未完成工事の売却）については有効、一部（営業設備・建設機械の売却）については無効としていたため、B G Hの判断が注目されていたのであるが、判断は示されなかったわけである。

ただ判旨によれば、本件のように重要な営業財産でその売却が業務継続から生ずるとは言えないものについては、当然には有効となるわけではないということはあるであろう。それがいかなる条件を満たせば有効となるのか、少なくともこの判旨からは明らかではない。

### 第三款 営業譲渡

#### 一 はじめに

破産法は、営業譲渡を、破産財団換価の一方法として許容している（K O一三四条一号。債権者委員会または債権者集会の同意事項）。この、破産財団から企業を一括してまたはその収益力のある部門を切り離して、第三者に譲渡するという手法（いわゆる譲渡による企業更生übertragende Sanierung）は、和議手続よりも有効な企業維持の手段として評価されている。

営業を一体として換価できれば、営業資産を個々に換価するよりも破産財団に多くの収益をもたらすであろう。典型的な財団不足事件においては、めぼしい財産にはほとんど全て担保権が設定されているであろうから、暖簾や顧客関係、熟練した従業員といった個々の財産に還元されない価値を実現して財団にもたらす営業譲渡は、有益な換価手段といえる。あるいは、従業員の職場確保の観点からも営業譲渡が望ましいという考え方もある。その一方で、譲渡による企業更生は、元の破産企業の債権者に企業の解体価値からの割合弁済に甘んじさせることになり、債権者を企業再建の成果から切断し、企業を債権者の犠牲において維持する手段であるとの批判もなされている。

ともあれ、破産手続内での営業譲渡の可能性が、保管人の業務継続の適法性肯定の根拠となっていることは前

述したところである。しかしドイツでは更に、保管人自身が破産手続開始前に行う営業譲渡の可否が議論されている。「保管人による営業譲渡」は、恐らく立法者も伝統的破産法学も想定していない事態であろう。立法者の描く保全処分のイメージは、財団保全に限られた消極的なものであるから、財団保全どころか破産手続のかんりの段階まで処理を進めてしまう営業譲渡は、およそ立法者の意思とは相容れないものである。また、保全処分の暫定性、即ち保全処分の内容が最終的なものであってはならないことを強調し、業務の閉鎖を不適法とするかつての通説からすれば、営業譲渡は保全処分の暫定性に反すると理解されるであろう。また、(二)でみた財産換価を適法とする見解においても、営業譲渡は「通常の用法に従った管理」に当たるものとは言い難いところから、やはりその適法性が問題となる。

もっとも、保管人の営業譲渡に関しては、その適法性もさることながら、適法とした場合の効果についても問題となった。即ち、B G B四一九条・H G B二五条一項（財産譲渡人の債務に関する財産譲受人の連帯責任）、あるいはB G B六一三条a（営業譲受人は譲渡時に存する労働関係から生ずる義務を承継する旨の規定）といった譲受人への責任承継規定の適用の有無である。この点は破産管財人による営業譲渡に関しても問題となったのであるが、この場合には後に見るようにこれらの規定の不適用ないし適用制限を肯定するB G H判例が確定している。この判例の射程が、債務者が保管人の同意を得て破産開始前に営業譲渡を行った場合に及ぶかということが問題となり、ひいては保管人による営業譲渡そのものの可否が問題となったのである。

#### 二 学説

Gerhardtは、営業譲渡そのものについて明示的に言及するものではないが、債務者の営業の清算、あるいは業務の閉鎖を行ってはならないとしており、また債権者自治の対象である事項は債務者の権利で代替できないとして

いることからして、債務者の同意を得ても営業譲渡をできないとするものと思われる。<sup>16)</sup>

Kochも、K O一二四条所定の財産の売却は、債務者財産の現状への著しい介入であり、債務者の保護の必要を  
超え暫定性を逸脱すること、及び、手続開始後における債権者集会による関与を潜脱するものとして、不適法であ  
るとする(本章第四節第二款四参照)。従って、債務者の「業務の全体としての(Geschäft im ganzen)譲渡」つ  
まり営業の全部譲渡は、保管人にはできないとする。<sup>17)</sup>この他にも、否定説と見られる論者は多い。<sup>18)</sup>

このように、否定説の方が有力と思われるが、後述のB G H判決が出た後は、肯定説も出てきている。例えば  
Reichowは、「開始手続中の包括譲渡による財団換価は、それが不意打ちとならず、しかも事前の債権者関与のもの  
とで行われた場合のみ、正当化される」と説く。<sup>19)</sup>基本的視点はKochと同じであるが、「事前の債権者関与」があ  
れば譲渡が正当化されるという。<sup>20)</sup>ただ、「事前の債権者関与」といつのをどのような形で求めるか(例えば、債権  
者委員会を設置させるのか)といった点についての言及がない。

### 三 判例

B G Hの判例は、B G B四一九条・H G B二五条一項・B G B六一三条aの適用の可否を扱う過程で、保管人に  
よる営業譲渡の可否についても検討を行っている。

B G Hはまず、破産管財人による営業譲渡の場合については、B G B四一九条、H G B二五条一項の適用を否定  
する。その理由は以下の通りである。財団所属財産を換価し、債権者にできるだけ最高の配当を行うという破産管  
財人の任務には、H G B二五条一項、B G B四一九条の適用はそぐわない、蓋し、仮に破産をもたらし債務を営  
業譲受人が引き受けなければならないとすれば、實際上破産管財人は、営業を解体し個々の財産ごとに換価するこ  
とを余儀なくされるからである。債権者平等弁済を目的とし、全ての債務及び全ての債権者の完全な包括を保障す

る、整理され裁判所によりコントロールされた手続において譲渡が行われることが、B G B四一九条の制限を理由  
づける。<sup>21)</sup>

これに対し、保管人による営業譲渡の場合にはどうであろうか。この点、下級審判例には、保管人による財産譲  
渡が債務者の同意を得て行われたときには、B G B四一九条を適用しないと判示したものがある。<sup>22)</sup>しかし、以下の  
B G H判決は、H G B二五条一項及びB G B四一九条の適用を肯定する。

(e) B G H Urt. v. 11.4.1988, B G H Z 104, 151 = KTS 1988, 516 = ZIP 1988, 727 <sup>23)</sup>

【事案の概要】 A合資会社につき破産手続が申し立てられたところ、一九八五年一〇月一日に保管が発令され、  
Dが保管人に選任された。Y有限会社(八五年一月四日設立、八六年一月二日登記)は、八六年一月五日に  
DからA社の在庫及び機械を約二六〇〇マルクで購入した。Y社は、A社から数名の従業員を引き継ぎ、従来の  
事務所の一部を利用して事業を行っている。事務所の所有者は、A社のかつての業務執行者でかつ無限責任社員で  
あったBである。BはY社の設立者で、当初の業務執行者でもあった。現在はBの息子で学生であるCが、Y社の  
業務執行者でかつ単独社員である。Bは現在はY社の支配人である。Y社の主張によれば、Y社はA社の営業も商  
号も引き継いでおらず、A社の営業財産のほんの一部(総額約一六万マルク)を引き継ぎ、A社の残りの財産は保  
管人が他の方法で換価したとすることである。A社に関する破産申立ては、八六年二月一七日、財団不足を理由に棄  
却された。A社の取引業者であったXは、A社に対する売掛債権約六〇〇マルクにつき、財産引受(B G B四一  
九条)及び商号継続(H G B二五条)を根拠にYに対し請求した。一審請求認容、原審は原判決取消、請求棄却  
X上告。

【判旨】 原判決破棄、差戻し。

「破産管財人による企業譲渡の際にH G B二五条及びB G B四一九条の不適用を正当化する、このような「債務者財産換



債権者のためにできるだけ高額の収益を追求することが管財人の任務であるという」観点は、保管人には当てはまらない。……債権者への配当に充てるべき金員の確保のために債務者の財産を売却することは、保管人の権利でもなければ義務でもない。かかる任務は、K O 一七条の明確な権限付与により、管財人へのみ留保されている。……保管人は一時的な保全・維持措置に限定されていることから、保管人は原則として債務者に属する企業の清算、従って企業の譲渡の権限も有しない。」

「破産手続開始が確実に予測される際、企業譲渡が債務者財産の保全の観点から絶対的必要 (zwingend geboten) である場合——ただし企業が損失をもたらし続けているというだけでは十分ではない——に、企業譲渡が例外的に正当化されるか否かは、ここでは措くことができる。ただし本件ではそのことは主張されていないからである。」

「それにも関わらず行われた企業譲渡であっても、あるいは、権利主体であり——保管と共に発令される一般的譲渡禁止によって権限行使が一時的に限定されてはいるが——処分権者でもある債務者の同意によって、有効とならなくもない。」

その際、破産開始前保管中に行われる企業譲渡は、法的には、K O 一七条により付与された任務の行使としての破産管財人の譲渡よりも、債務者による譲渡に近似する。そのような場合には、債務者の同意を得て保管人によって行われる企業譲渡は、H G B 二五条一項及び B G B 四一九条の観点の下では、破産管財人による譲渡と同視する内的正当化に欠けることになる。このことはいずれにせよ、本件のように、破産要件の欠缺または十分な財団の不存在のために、破産手続開始に至らなかった場合に当てはまる。このような場合には、保管財産は、費用を控除した後債務者の自由な処分の下に戻される。

このようにして生じた状況は、特に債権者の立場をも考慮すれば、破産手続外の債務者による企業譲渡における状況に相應する。従って、このような場合に H G B 二五条一項、B G B 四一九条を適用しない理由はない。」

本件の事案では判旨に先例的価値を持たせ得るか疑問ではあるが、その点はさておき、判旨の理論構成を分析してみよう。判旨はまず、保管人は債務者財産を維持保全する機能のみを有し包括的管理処分権を有さず、その結果、

配当原資創出のための財産売却はできず、また営業を清算・譲渡する権限もないとする。ただし判旨は、破産手続開始が確実に予測され、かつ債務者財産保全の観点から絶対的に必要である場合についても保管人の営業譲渡権限を否定すべきかについて留保している。更に判旨は、保管人が権限なくして行った営業譲渡も債務者の同意によって有効となりうるとしたうえで、かかる場合の保管人による譲渡は債務者によるそれと同視できる (特に破産申立てが退けられたときには一層当てはまる) として、管財人による譲渡と別異に取り扱う理由とする。

判旨によれば、保管人が権限なくして営業譲渡を行ったときでも、債務者の同意があれば有効となりうる。判旨からは明らかではないが、恐らく、本件がこの場合に該当すること、即ち保管人 D による営業譲渡が A の同意を得て行われたことを前提としているのであろう。この場合には、保管人が債務者の同意を得て営業譲渡を行った場合には、それを債務者自身による譲渡と同視できるとし、特に本件のように破産手続が開始しなかった場合には一層そのことが当てはまるとする。それに基づき、判旨は、H G B 二五条・B G B 四一九条の適用を肯定した。

判旨は、債務者自身による譲渡と同視できることを根拠として、破産開始前の営業譲渡の適法性それ自体は問題としていないようである。しかし、保全処分段階で行われる営業譲渡を、通常の状況下での債務者の譲渡と同視して良いのか。それは、保全処分の暫定性との相克があるからである。判旨は、債務者の同意があれば、保全処分の暫定性を克服できると解しているように思われなくもない。

次に判旨は、破産手続開始が確実に予測され、かつ債務者財産保全の観点から絶対的に必要である場合については、例外的に、債務者の同意の有無に関わらず、保管人の営業譲渡が適法となる余地があるとの口吻を示す。判旨は、この点についての当事者の主張がなく、本件では検討する必要がないとした。ここで問題になるのは、以下の二点である。

第一に、仮にこの場合に営業譲渡が適法となるとすれば、その場合にも H G B 二五条一項・B G B 四一九条が適

用されるかという点である。Grunskyは、そのような場合保管人は破産債権者の利益——企業をできるだけ利潤のあがる形で換価することに対する利益——を考慮して活動するのであり、利益状況としては手続開始後に管財人が換価するのと何ら変わるところがなく、破産債権者はやはり破産リスクを負担すべきであると指摘する<sup>(88)</sup>。

第二に、——順序が前後するが——、このような例外がそもそも認められるか否かである。判旨は、いかなる場合が「手続開始が確実なものと予見されかつ債務者財産保全のために絶対に必要な場合」に当たるといふことを明らかにしていない。ただ、「手続開始が確実なものと予見され」るときは、破産開始による債務者の管理処分権の喪失が確実で、財産に対する債務者の利益を格別に考慮する必要がない場合であると考えられる。そうだとすれば、かかる場合には債務者の同意があるのと同視できるといふことになる<sup>(89)</sup>。その意味でB G Hは、保全処分としての保管が破産開始に結びつくことを重視していると考えられる。もともと判旨は、手続開始の確実性をもつて、完全に債務者の同意に代替できるものとは考えていないようである。蓋し、債務者財産保全の観点から「絶対に必要」であることを併せて要件としているからである。これは、保全の必要性について、債務者の同意が存在する場合におけるよりも、高度なものが要求されるという趣旨である<sup>(90)</sup>。

この点、下級審判例であるが、B G Hにいう「例外」に当たると判断された事案がある。事案は、債務者会社の機械上の譲渡担保権を主張するXが、破産管財人Yが保管人当時に行った営業譲渡への同意によって損害を被ったとして、Yの保管人としての義務違反を理由とする損害賠償請求を求めたというものである。判旨は結論としてYに義務違反はなかったとしてXの請求を棄却した。判旨は理由として、保管人が債務者による営業設備(Betriebsrichtung)の譲渡に同意したことで、(ア)競売手続によつた場合に予想される額の約五倍を上回る売得金が破産財団にもたらされた、(イ)営業譲受人が賃貸借契約を引き受けることで財団が少なくとも一五〇〇〇マルクの賃料債務から解放され、更に在庫品の冷蔵に必要な電気料金の負担からも解放された、そして(ウ)保

管人が譲渡に合意した時点では債務者が既に操業を停止していた、といった事情は、まさにB G Hの示唆する例外的事案に該当すると説く。そしてかかる事情の下では、近々の破産開始が予見される段階での営業譲渡は、「経済的合理性があり、破産債権者のためにまさに絶対に必要な債務者財産保全措置 (eine wirtschaftlich vernünftige, im Interesse der Konkursgläubiger geradezu zwingend gebotene Maßnahme zur Sicherung des Schuldnervermögens)」であると判示する<sup>(91)</sup>。

本判決では、債務者の同意以外の正当化要件として、「経済的合理性があり、破産債権者のためにまさに絶対に必要な債務者財産保全措置であること」を提示した。(ア)ないし(ウ)は、保管人の下での営業譲渡が経済的合理性を満たすための要素として位置づけられている。(ア)は、当該措置が破産手続後に破産管財人によって行われるとしたときよりも多くの利益を財団にもたらすという、積極財産の側から見た要素である。(イ)は、早期の営業譲渡によって破産財団によって負担される債務が縮減されるという、消極財産の側から見た要素である。(ウ)は、やや趣を異にし、保全の必要性が高度であることを示す要素である。各々の要素は等価値ではなく、判旨は(ア)を重視しているように思われる。

## 第七節 小括

本章では、保全処分としての保管により選任された保管人の法的地位・権限に関する議論を検討した。それを簡単に俯瞰すれば以下の通りになる。

保管とは、裁判所の信頼の置ける人物による、財産の保管(Verwahrung)・管理のことである。K O 一〇六条に基づく保管は、Z P O九三八条における民事保全処分としての保管を名を借りながら、その内容は破産法独自の視点において定められる。保管の主たる機能は、債務者の業務の継続等を通じ、破産手続の開始または遂行を可能

にすることである。

債務者に一般的譲渡禁止が発令された際の保管人の権限については、当初は単純に債務者財産の管理処分権であると解する見解が多かったが、近時は破産管財人の管理処分権と対比して保管人の権限の内容を精緻化した議論がなされている。少なくとも、破産管財人ほどの包括的な管理処分権がないということに関しては、コンセンサスがある。そして具体的な権限内容としては、保管人固有の権限としてなし得る措置、何らかの正当化要件を満たすことなし得る措置、及びそのような正当化要件を満たしてもなし得ない措置に区別されている。

判例においても同様である。判例の一般理論は、保管人の権限について、「保管の目的の枠内で、債務者財産の維持、保持、及び通常の用法に従った管理に必要な措置を講ずる権限があり、その目的の範囲内で債務者の処分権が保管人に移転する」とする。

具体的措置として、以下のような議論がある。まず、に属するものとして、債務者の業務の継続、債務者の業務の通常の過程に従った財産の売却、傷み易い物の緊急売却などが挙げられている。に属するかが検討されているものとしては、債務者の業務の閉鎖、売却が急を要さずしかも債務者の業務の通常の過程でないような物の売却、営業譲渡を挙げることができる。

に属する措置を行うための正当化要件として学説・判例でよく掲げられているのは、債務者の同意、あるいは破産裁判所の許可である（債権者の関与を説く有力説もある）。いずれを要件とするかは、破産申立後開始前という手続的段階における利害関係人の利益をどの程度、どのような方法で斟酌するかという点に関する、論者の立場によって異なる。更に、経済的に有意義な措置であることも、正当化要件として指摘されることがある。

最後にこの限界を画するにあたっては、債権者自治を考慮する有力説がある。そして、破産保全処分の内在的制約（最終的狀態をもたらすものでないこと）も意識されている。

注

(8) 一八七七年二月一〇日に制定されたドイツ帝国破産法 (Konkursordnung für das Deutsche Reich) は、BGB施行のため変更・補充の必要が生じたので、一八九八年に改正された。それ以後、一九九八年末まで通用していたのが、一八九八年五月一〇日の公布条文の文書における一八七七年一月一〇日の破産法 (Konkursordnung vom 10. Februar 1877 (RGBl. S. 351) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 (RGBl. S. 612)) である。

(9) 条文の翻訳にあたっては、斎藤堂三郎 (中野貞一郎補遺) 『独逸民事訴訟法 破産法・和議法 (現代外国法典叢書) (有斐閣) 一九五六』を参考とした。

(10) Kilger, Sequestration im Konkursöffnungsverfahren, Einhundert Jahre Konkursordnung 1877-1977 [1977], S. 189, 194 [Zitat Kilger, Einhundert Jahre Konkursordnung, 8 Aufl. [1973] §106 Anm. 12.

(11) Jaeger/Weber, Konkursordnung, 8 Aufl. [1973] §106 Anm. 12.

(12) 栄管の沿革に関する Castendiek, Probleme der durch einstweilige Verfügung und im Konkursöffnungsverfahren angeordneten Sequestration, Dissertation, S. 20ff. (Castendiek, Dissertation 2011) によれば、

(13) ローマン法の場合、ローマン権法 (Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, ALR) 第一冊第一四編 所有権及び権利の維持 (Von Erhaltung des Eigentums und der Rechte) 第九一三条に規定がある。九一三条は九一〇一一条に裁判所の保管 (Gerichtliche Verwahrung) に関する規定、一〇一三条は九一〇八条に保管 (Sequestration) に関する規定である。後者は、生殺しに関する動産 (lebendige bewegliche Sache) である土地に関する特別であり、法的性質は前者と同じである。裁判所の保管の定義規定は、「物に関する所有権または特定の権利に争いがあるとき、紛争の解決時まで、勝訴者の保全のために裁判所の保管に付する」とある。九一一条) 講義上は、裁判所の保管・Sequestration の双方に保管 (Sequestration) であるとし、Castendiek, Dissertation (N. 12), S. 13.)。

446' A 120 の条文は、Hattenauer (Hrsg.), Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, 2. Aufl. [1994] によっている。

(14) プロイセン法では、プロイセン普通裁判所法 (Allgemeine Gerichtsordnung für die preussischen Staaten, AGO) 第一部第二四編一六条以下に Sequestration の規定がある。それに於ては、物 (土地) の収益に対する差押だけでは債権者の満足に十分でないときに、裁判所が保管を命じると、債務者は物に関する利用・処分を排除される。そして、保管人が物の管理を行い、そこから収益を債権者の満足に充てることになる。なお、AGOの条文については、Schubert, Allgemeine Gerichtsordnung für die preussischen Staaten [1822] (1994 復刻), Band I 124f. 。

(15) Castendiek, Dissertation (N. 12), S. 15.

(16) 例えば、ZPO 八四八、八五五条にも「保管人」の文言が用いられている。八四八条は我が国旧民事訴訟法六一七条に、八五五条は同じく六一二五条に該当する。八四八条は、金銭債権の債務者が第三債務者に対し不動産に関する請求権を有するとき、債権者が執行をする準備として、不動産に関する請求権を実現するための措置である。八五五条は、かかる不動産に関する請求権への差押えが競合した場合に、第三債務者のための保管人選任を認める規定である。八四八条の場合、選任された保管人は、不動産引渡しの対象もしくは物権的合意の当事者となり、また債権者のために保全抵当権の登記に同意する。第三債務者が引渡しまたは物権的合意に応じない場合、債権者が第三債務者を相手取り保管人への引渡を請求する。この保管人に目的不動産の管理権は認められていない。

「これについては、本文で掲げた保管の定義には該当するものの、ZPO 九三八条、もしくは KO 一〇六条の想定する保管とは異なる。vgl. Castendiek, Dissertation (N. 12), S. 20ff.

(17) Stein/Jonas/Grunsky, Zivilprozessordnung, 21. Aufl., Bd. 7 [1996], § 938 Rdnr. 21. 以下の説明については、同書に拠った。

なお、Verwahrung と Sequestration の訳語は、前者を保管または寄託、後者を保管とするのが通常のようである (山田晟・ドイツ法律用語辞典 (改訂増補版 一九九一) 五七三、六八六頁参照)。本稿では、「保管」とは Sequestration を指すように、Verwahrung については「保管 (Verwahrung)」と掲記するに留めた。

(18) 破産法理由書では以下のちうに説かれる。全つの許容される保全処分は、仮差押えと仮処分の概念の下に組み込まれる。もちろん保全処分は、個々の債権の保全ではなく、存在する全つの破産債権の保全を目的とする点に、特徴がある。それ故、ZPO 第八編第五章の規定は若干の点において準用されるものの、多くの関係においては、破産手続・事前手続と当事者間の訴訟との差異により、準用がでない。例えば、債務者は保全処分を担保提供 (ZPO 草案七四八条 [ZPO 〇九二三条]、七五八条 [ZPO 〇九三四条])、ちうに取消し消すことはできなく、措置の取消は破産開始の申立の棄却と同時にのみ可能 (ZPO 九八条 [二項参照])、ちうに成り得る。Motive zu dem Entwurf einer Konkursordnung, S. 299ff.

Motive 4, Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 4, Materialien der Konkursordnung und des Antefchtungsgesetzes [1881 (1983 復刻)] 124f.

(19) Meyer/Schiedermaier/Bleyer, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl. [1928], § 106 KO Anm. 1c.; Endemann, Deutsche Konkursverfahren [1889], S. 85; Wilimowski, Deutsche Reichs-Konkursordnung, 5. Aufl. [1896], Anm. 1; Jaeger, Konkursordnung, 1. Aufl. [1902], § 106 Anm. 1; Mentzel, Kommentar zur Reichskonkursordnung, 2. Aufl. [1926], § 106 Rdnr. 2; Böhle-Stamschröder, Konkursordnung, 5. Aufl. [1958], § 106 KO Anm. 2.

(20) Baumbach/Lauterbach/Hartmann, Zivilprozessordnung, 50. Aufl. [1992], 938 Anm. 2B, 4; 商業団体が強制執行に服することを理由に、保管の対象にかなうものがある。ただし、Jaernig 博士のちうに説くように、商業団体が保管の対象となるのは、仮処分においても権利を将来に実現する目的のみが重要であり、その権利の対象が将来の強制執行に服するか否かの問題とはなく、営業譲渡の際に買主の移転請求権は包括的なものであるから、その請求権を包括的に保全するためには、営業全体の保管にかなうなければならない。更に、破産手続や和議手続において営業全体が網羅されるように、ZPO 九三三條に基いて保管は裁判士命令による管理の形態に認められるように、1111 条に於ては、(Jaernig, Der zulässige Inhalt einseitiger Verfügungen, ZZP 79 (1966), 321, 327f.)、4; 4; 更に、Jaernig 教授は、その理由を述べ、Stein/Jonas/Grunsky, ZPO (N. 17), § 938 Rdnr. 23; Baur/Stürmer, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Band 1, Einzelvollstreckungsrecht [1995], 53 Fn. 31; Castendiek (N. 12), Dissertation, S. 32f.

(21) Stiegitz, Konkursordnung [1879], § 98 Anm. 12; Wilimowski, Deutsche Reichs-Konkursordnung, 5. Aufl. [1896],

§ 89 Anm. 1. 例えは、Stieglitz 以下のものに述べる。「保全処分は、財団保全のためにのみ発令することができ、暫定的性格を越えてはならない。かかる理由から、この段階では債務者の業務は閉鎖されてはならない。しかし、許されない術策 (Manipulation) の疑いが明白であるときは、債務者に業務の継続を禁止し (特別の譲渡禁止)、保管人としての第三者にそれを委ねることができ (ZPO 117 条 2 項)」。ZPO 117 条 2 項は、現在の ZPO 118 条 2 項である。立法史的には、一八五五年プロイセン破産法が、債務者の業務の継続を確保するための措置を、破産開始前にも講ずる余地を認めている (一三七条 2 項、一四四条)。ただし、前記文献は、プロイセン破産法については特に言及していない。

(22) Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 6. u. 7. Aufl., 2. Band [1936], 106 Anm. 12.

(23) ただし、保管人の営業継続の権限の有無、その際に保管人に許される措置の限界については、第四節以下で見るように議論がある。

(24) 例えは、Castendiek 氏、仮処分としての保管と破産保全処分としての保管との関係に関し、大要次のように述べる。

KO 106 条の保管にも ZPO 118 条の保管に関する規則を当てはめることが考えられるが、有益な結論を求める際に考慮すべき本質、目的、要件の差異を明らかにすべきである。すなわち、KO 106 条の保管に関しては、破産財団が対象であること、包括執行の保全であること、職権で発令されること、全利害関係人の意思に反してもできること、及び保管対象物の帰属に関して必ずしも紛争があるわけではないことといった特徴がある。また、106 条の保管が破産手続中の措置であることから、ZPO 118 条の保管であれば考えられないような破産法の規定の準用も考慮しなければならぬ。それでも、問題状況の似ている状況もよくあるので、個々の問題の処理に際して ZPO 118 条に当てはまる説明を援用することもあり得る (Castendiek, Dissertation (N. 12), S. 80f.)。

(25) Mohrbutter, Zur kontinuierlichen Weiterführung eines Lohnbetriebes im Konkursverfahren, Der Betrieb 1954, 343; Mohrbutter/Haarman, Zusammenarbeit zwischen Konkursgericht und Konkursverwalter, KTS 1956, 177f. 112 を

対持する ZPO 117 Noack, Der vollstreckungsrechtliche Sequester als verwaltender Treuhänder, KTS 1957, 73, 75; Böhle-Stamschräder, KO, 5. Aufl. [1958], § 106 Anm. 1. Noack 氏、Mohrbutter のような「信託の置ける人物」もなご保管人が、破産裁判所の保管決定における詳細な授權に基づきその監督を受けて活動すべきことを指摘する。

Mohrbutter 氏また、破産裁判所が将来破産管財人に予定している者を保管人として選任し、その者に手続費用を賄うだけの財団の存否 (KO 107 条参照) を調査させることで、現存財産の換価可能性について現実的なイメージを持たせようとするべきことを指摘している。Mohrbutter/Haarman, a.a.O.

(26) Kilger 氏の証言によれば、一九五三年に出版された Böhle-Stamschräder, KO, 3. Aufl. 61130 条「管財人が業務を閉鎖する場合の、破産者に対する通知義務」、11111 条「債権者集会の決議事項 = 扶助料、業務閉鎖または継続など」、117 条「1 項 = 財団の占有・管理・換価、2 項 = 破産者の営業帳簿の譲渡はそれが営業続行に必要な場合のみ、営業譲渡と共に許される」の注釈において、業務継続とそれに続く営業譲渡に関する記述がないことを挙げている。解体清算が倒産処理の原則的形態と考えられていたのだが、その理由を Kilger は「全この債務に対する債務者の責任の実現」という全この倒産手続の目的に求める。即ち、当時の倒産実務においては、債務者の個々の財産の換価こそが責任実現方法であり、業務継続 (及びそれに続く営業譲渡) というのはそれにそぐわない、と考えられていたというのである。そして、そのように考え方が生まれた背景に、一八七七年に、債務者の再建の余地を認めていた従前の破産法 (Gemeinschuldordnung) に代わり、破産法 (Konkursordnung) のみが制定されたことがあるという。これはつまり、営業譲渡はむしろ再建の手段であり、解体清算のための手続である破産手続の趣旨に合致しないと考えられていたというのである。そして右のような状況は、和議法制定後も変化はなかったという。以下、Kilger, Über die Möglichkeit der Geschäftsfortführung insolventer Unternehmen unter dem geltenden Recht und nach dem Diskussionsentwurf einer Insolvenzordnung, KTS 1989, 495f.

(27) Berges 氏註明による、後述注 30 参照。

(28) Jaeger/Weber, KO § 106 (N. 11), Anm. 12. 以下は対持する ZPO 117 Castendiek, Dissertation (N. 12), S. 83f.; Mentzel/Kuhn, KO, 7. Aufl. [1962], § 106 Anm. 6.

Weber はその一九五九年の論文において、イギリス・フランスのような強制清算回避のための手続を前置する倒産制度に示唆を得て新たな統一倒産法を構想しているが、その立論の過程で、イギリスの official receivership 類似の機能がドイツ破産法 106 条に基づいて一般的譲渡禁止及び保管によって実現されていると指摘する。すなわち、財産を保全し、

破産原因を解明し、強制和議を可能にすることがイギリスの official receivership の任務であると認識したうえで、ドイツ破産法における一般的譲渡禁止及び保管によっても強制清算の回避・財産状態の解明が可能になると説いている。強制清算の回避とは、債務者に代わって保管人が業務を引き継ぎ継続することで業績を回復し、支払不能状態を除去することを指す。財産状態の解明については、それによって迅速な破産開始を阻止することになり、ひいては破産裁判官に関する国家責任の発生を防止することになること<sup>(29)</sup>。

このように彼は一般的譲渡禁止・保管の効用を認めつつ、それと同時に、特に費用負担の問題に付き不明確さが残っている点に指摘する(Weber, Fragen der Gestaltung des Konkursverfahrens in rechtspolitischer und rechtsvergleichender Sicht, KTS 1959, 80, 87)。

(29) vgl. Koch, Die Sequestration im Konkursöffnungsverfahren, Diss. [1982] [Zitat Koch, Dissertation 2010(注)] S. 87.

(30) この点に関する議論が現れた時代的背景を、以下の Berges の叙述(要約)から推察する点に留意せよ。今日の調査結果からは、通貨切換(Währungsumstellung)後に他人資本で設立された自己資本不足の(unterkapitalisierte)企業には、債権者の満足に供すべき負担なき財産(freie Vermögensstücke)がもはや存在しないことが明らかになっている。唯一、捕捉困難な執行対象である「暖簾」ちなむ企業そのものに備わる組織価値(Organisationswert)のみが残っている。この組織価値は一般に貸借対照表への計上ができず、それ故物権的な特定性原則が支配するわが強制執行制度においては、個別執行の方法による債務弁済には用い得ない。執行は、組織構造を維持しつつ営業を全体として譲渡するか、または業務継続による企業一団性(Unternehmensgesamtheit)の収益を弁済に充てる点にのみ「なごころ」(Berges, Geschäftsführung in der Vollstreckung, KTS 1956, 113)。

Gastendiek 氏、Mohrbutter, Weber, Berges の見解を踏まえ、業務継続という保管の機能を大要以下のように説明している。企業そのものに備わる組織価値(取引関係、熟練の従業員、社名)が重要な財産を構成しているような企業(サービス業)の場合には、破産配当の実現は、現存する組織価値を破産財団のために維持し、利用することにかかると。利用の手段としては、組織的構造を維持しつつ企業を一括譲渡するか、あるいは事業の成果を財団のために利用しつつ事業を一定期間継続することが考えられる。換価のためには、破産開始時点で組織価値が現存することが条件だが、そのためには

顧客、従業員の流出を防止するために、破産開始まで事業を停止させずに継続することが必要となる。勿論、事業を継続しても更なる損失しか見込まれないような場合には早急に事業を停止すべきである。だが、組織そのものは健全な事業であって、過小資本(Unterkapitalisierung)、企業主の乱脈経営、あるいは重要な取引先の倒産によって倒産に追い込まれることがあり、かかる場合には個々の財産の解体処分よりは、組織価値の処分の方が多くの収益をもたらす可能性がある。事業継続の任を負わせるのは、保管人が適当である。破産を早期に開始して破産管財人に事業継続させることも考えられるが(KO二二九条二項、一三三三條)、迅速な破産開始の恐れがある。債務者独りでは、事業資金も信用もない。保管人ならば、強制はできないものの、事業資金を提供しようという債権者が出てくる可能性がある。これは、そのような債権者が財団価値の維持に利益を有し、かつ債務者から履行を受けることが当該債権者自らの債務の履行にも係っている点が多いからである。(Gastendiek, Dissertation (N. 12), S. 85ff.)

(31) Kilger, Der Konkurs des Konkurs, KTS 1975, 142ff. かつ、担保権や国庫の請求権など優先的権利を原因とする財団不足事件の増加の問題は、既にWeberの一九五九年の論文でも指摘されていた。(Weber, a.a.O. (N. 28), KTS 1959, 80, 83ff.)

(32) Kilger, Einhundert Jahre (N. 10), S. 201f.

(33) Kilger, a.a.O. (N. 31), KTS 1975, 142, 158ff.; ders, Einhundert Jahre (N. 10), S. 189, 201ff. Kilgerは、大要以下の点に説く。保管人が(自らまたは債務者と協力して)行なうことで、将来債務が財団債務として発生するのを防止する措置を講ずることができる。例えば、(そのための資金がないかまたは財団不足となるリスクが非常に大きいために破産手続における完成が確実には見込めないような)未完成建物を既に注文者に引き渡し、それによって売上税課税の対象となる引渡しの事実を生じこめてしまう。すると売上税は、破産開始後にそのようなことを行った場合と異なり、破産債権として生ずる。同様に、債権者に担保のために譲渡され、その余剰が財団に組み込まれることが確実には期待できないような財産価値を、保管人が今換価することができる。それによって、生じた売上税が財団費用ではなく、破産債権として生ずる。そのような措置によって、売上税の領域から破産財団に生ずるような財団費用を、縮減できる。同様のことは、財団債務の相当部分についても言える。とりわけ、継続的債務関係から生じ、KO五九条二号二段に基づき財団

の負担となるようなものについてである。特に、破産申立てが手続開始・企業清算を目的とすることから、破産申立てそのものが「計画された事業変更」(経営組織法一一一条)であり、債務者にその段階で社会計画の作成を義務づける。そのことで、手続の実施を通常不可能とするような非常に巨額の財団債務の発生に、対処できる。こうして、一〇六条に基づいて保全処分が発令は、倒産企業を開始手続中に維持し、将来生じる財団債務そのものを縮小するための措置を講ずる可能性を開く。V (Kilger, a.a.O. (N. 31), KTS 1975, 142, 159f. 同頁) Castendiek, Die Verhinderung künstlerischer Masseschulden und Massekosten durch Maßnahmen im Konkurseröffnungsverfahren, KTS 1978, 9, 14f.)

は、請負仕事中に建築請負会社が破産した場合の売上税の処遇に関する連邦財政裁判所 (BFH) の判決を基礎としている。売上税課税の基礎である仕事完成物引渡がなされたといえるのは目的物についての処分権が注文者に付与されたときであるという。その判決によれば、双方未履行で管財人が履行拒絶したときはその意思表示により注文者に処分権が付与されたことになるので、破産開始前の前払金も課税対象となり、しかも課税事実が破産開始後であるので財団費用 (KOH 五八条 II 前) と同じ扱われるという (Kilger, a.a.O. (N. 31), KTS 1975, 155)。は、譲渡担保目的物の換価の際の売上税負担に関するBFHの判決を基礎としている。その判例によると、破産管財人が目的物を譲渡担保権者に引き渡したかあるいは目的物が破産開始時に担保権者に既に引き渡されている場合で、かつ担保権者が破産手続中に換価したときは、換価収益にかかる売上税については破産管財人に納付の義務が生ずるといふ。そして、その売上税債務はKOH 五八条 II 号の財団費用になるという (Kilger, a.a.O. (N. 31), KTS 1975, 150f.)。は、破産管財人の締結した社会計画に基づく債権 (経営組織法一一一、一二二条) の補償請求権 (一一三条) が、財団債務になるといふ連邦労働裁判所の判例を基礎としている (Kilger, a.a.O. (N. 31), KTS 1975, 153)。

- (34) Gerhardt 著、大要以下のとおり述べる。近時の法的・経済的發展、特に社会計画に関する連邦労働裁判所の判例や、破産手続における措置と租税の関係に関する連邦財政裁判所の見解に照らせば、破産手続に先行する保管手続は非常に有意義であるように思える。破産開始前段階における措置は、財団の負担を軽減する事ができる。私には正しいであるように思われる。それは、退けらるべき法滞脱の試み (Umgehungsversuche) にはなく、破産処理に冷淡な (konkursfremd) 判例を「システム内在的」(systemimmanent) 食う止める (abfangen) 努力による (Gerhardt, KTS 1997, 171, 172).

- Insolvenzverfahren und Einzelzwangsvollstreckung, Einhundert Jahre Konkursordnung [1977], S. 111, 116.)。
- (35) Henckel, Masselosigkeit und Masseschulden, Einhundert Jahre Konkursordnung [1977], S. 169, 177. vgl. Kuhn/ Uhlenbruck, KO, 11. Aufl. [1994], §106 Rdr. 6 (S. 1466).
- (36) vgl. Henckel, Buchbesprechungen zu Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, ZZZ 94 [1981], 347, 349.
- (37) O. Kleiner, Bedeutung und Probleme der Sicherungsmaßnahmen während des Konkurseröffnungsverfahrens- (§106 KO); S. 12 [1993] (Kleiner, Dissertation 2012年用); Koch, Dissertation (N. 29), S. 22ff.; Feuerborn, Rechtliche Probleme der Unternehmensfortführung durch den Sequester und den vorläufigen Insolvenzverwalter, KTS 1997, 171, 172.

- Heilmann/Smid, (N. 104), S. 101f. は保管の機能を (一) 財団を債務者の事実上の費消行為から守る (保全機能)、(二) 鑑定に代って破産開始に関する倒産裁判所の裁判を準備する (説明もしくは鑑定機能)、及び (三) 適切な措置によって財団を維持する (維持機能) とその内容は、経営の継続により企業の価値を維持する (三三) の三つに分類している。

- (38) このような解釈論として実務が成立するについて、当然の前提は、破産申立に関する裁判が行われる手続的段階 (開始手続) がある程度の期間を有することである。一九七〇年代後半のマックス・プランク研究所の実態調査によると、開始手続の期間について以下のちうな結果が出てくる。

| 【開始された手続の最終態様】 |         |            |      |      |      |
|----------------|---------|------------|------|------|------|
|                | 開始された手続 | 開始されなかった手続 | 終結決定 | 廃止   | 強制和議 |
| 平均値 (週)        | 五・一     | 九・一        | 四・三  | 六・一  | 四・一  |
| 最大 (週)         | 四八・〇    | 九〇・〇       | 四〇・〇 | 四八・〇 | 一一・〇 |
| 件数 (件)         | 四五二     | 二九七        | 二二四  | 二〇〇  | 二七   |

報告書は、以上の調査結果について、概ね以下のようなコメントを付している。

開始審理の期間は、破産手続の実施不可能性の傾向と共に、明らかに増加する。即ち、手続が開始した場合に比べ、申立棄却により手続が開始されなかった場合の審理手続の期間は遙かに長い。このような、破産手続の実施不可能性の傾向と共に開始手続の平均期間が明らかに増加するといつことに關しては、さし当たり二通りの説明が可能である。第一の説明は、裁判所が、未だ経済的な解決可能性と破産手続の実施可能性を期待させるような事案について、債務者企業の経営への処置及び鑑定人・保管人の選任を優先させていると言つことである。第二の説明可能性は、資料が存在しないまたは不十分で、経営パートナーの指摘が無く、特に経営が既に破産申立の遙か以前に停止している等の理由で、財団欠乏または財団不足の事案における判断が、現実には困難かつ長期にわたるものであるといつことである。しかし、上記調査結果は、第一・第二いずれの説明にも有利に働くものではない。そこで結局第三の説明が考えられる。それは、開始手続における長期の審理期間と、破産の財団欠乏とが、同様の理由に基づくと見られることである。即ち、多数の担保のために、現存する財産価値から最終的にどれだけ破産財団に組み込まれるかの見通しが容易に立たない、といつことである。

以上のトータ及びトメントは、Gessner/Rhode/Strate/Ziegert, Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, 1978, S. 138-9, 144<sup>9)</sup>。

(39) なお以下では、特に断りのない限り、一般的譲渡禁止と保管の各保全処分が同時に発令された場合を念頭に置いて議論する。保管人の法的地位に関するドイツの議論も、両保全処分が発令された場合を前提として行われている。

(40) Castendiek は、現行実定法上の保管を定義付け、保管とは「特別の命令の実施として、目的物を裁判所の選任する受託者に移転する」とである。それは債権者の満足を目的とせず、単に後の、主たる請求権の強制執行を準備し、保全するにすぎない。この受託者には財産管理権が認められる。Pfeiffer によつて (Castendiek, Dissertation (N. 12), S. 23ff. 回廊 Kilger, Einhundert Jahre KO (N. 10), S. 193.)。

なお、保管人は、破産管財人と同様 (K.O. 一七条参照) (将来の破産財団に属すべき) 債務者の財産をその占有下に置く権限があるといわれる (Baur/Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Band ,

Insolvenzrecht, 12. Aufl. [1990], Rn. 7, 39; Koch, Dissertation (N. 29), S. 74; Häsemeyer, Insolvenzrecht [1992], S. 148; 保管人が債務者の財産をその占有下に置くこと、権限はあくまで、義務を捉える見解もある。Kilger, Einhundert Jahre (N. 10), S. 195.; Kleiner, Dissertation (N. 37), S. 31ff. 以下、Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O. (N. 35), § 106 Rn. 8, 13. = 保管人は破産管財人と異なり当然に債務者財産を占有する権限を有するのではなく、個々の事案における保管の目的を斟酌し、それが必要であることが明らかでない場合のみ、保管人にその財産の占有が義務づけられるといふ<sup>9)</sup>。

財産の引渡を拒む債務者に対しては、保管人は保管命令を (ZPO 七九四条三項の) 執行名義として、物の引渡を求め、強制執行に関する規定 (ZPO 八八三条以下) に従い強制執行することができると解するのが通説である (Noack, a.a.O. (N. 25), KTS 1957, 73, 75f.; Baur/Stürner, a.a.O.; Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O. (N. 35), § 106 Rn. 8; Kleiner, a.a.O.; Lohkemper, Die Zwangsvollstreckung während der Sequestration, ZIP 1995, 1641, 1642ff. 以下、Jaeger/Weber, a.a.O. (N. 11), § 106 Rn. 12. = 物の引渡の執行のための裁判所の決定を改めて得なければならぬことである。また Koch, Dissertation (N. 29), S. 79 ff. 不動産の明渡については保管命令では不十分であり、改めて明渡命令を裁判所が発令する必要があるといふ)。かかる手段も破産管財人と同様である。

(41) Castendiek は、保管人には将来破産財団となるべき債務者の財産を管理 (Verwalten) する権限があるとする。Castendiek, Dissertation (N. 12), S. 93f. その管理権限の内容については、直接明らかにしていない。むしろ、保管人の管理権限に關しては、一般に ZPO 九三八条の保管について述べたところをそのまま当てはまるとしているの、ZPO 九三八条の保管人の管理権限に関する彼の叙述を以下に要約する。

通説は、あらゆる場合において、保管人に物件の保持及び通常 (ordnungsgemäss) 管理をなす任務があるとする。これに対し、保管は保持 (Verwahrung) のみで、管理を伴わないといつ見解は過去のものである。従つて、管理権限の存在は保管のメルクマールである。ただ、その管理権限を行使させるかどうかは事案により、裁判所は場合によっては保管人の権限をより厳格でないもの、例えば物の保持だけに限定することができる。ただし、操業中の営業の保全を命ずる場合のように、任務遂行のために明白かつ疑問の余地なく管理権限が必要であるといつ事案もある。



保管人の管理権限は、それが目的物の通常の管理に必要な限りで、必然的に処分権限を包含する。多くの事案では、例えば路線バス事業の保管のように、処分権限のない保管人でも間に合う。しかし、営業 (Gewerbeunternehmen) の保管では、保管人に通常の営業過程において物品を売却する権限がなければ通常の管理は不可能である。保管人の権限の限界については、保管に準用されるべきBGB一八二条以下〔後見〕に見出すことが可能 (Castendiek, Dissertation (N. 12), S. 36ff.)。

ちなみに、BGB一八二条は土地・船舶等の取引につき、一八二条はその他の重要な法律行為 (営業の有償取得または譲渡、賃貸借その他反復給付義務を負う契約を締結すること、被後見人の信用により金銭を受領すること、他人の債務の引受等) につき、一八二条は営業の開始または廃止につき、それぞれ後見裁判所の許可を必要とする旨の規定である。

Castendiekは更に、保管人と破産裁判所の関係について以下のように述べる。破産管財人の活動については、債権者の自治機関 (債権者集会・債権者委員会) がこれを補助するが、保管人にはそれは存しない。またZPO九三八条の保管人と異なり、KOO六条の保管人は、経済的に健全でない、通常は支払不能の企業を管理するという非常に困難な任務を負っている。従って、KOO六条の保管人には、少なくとも最も重要な判断 (wichtigste Entscheidungen) については確実な後援 (Deckung) を確保するために、破産裁判所との特に緊密な共同作業が必要となる (Castendiek, Dissertation (N. 12), S. 100f.)。ただし、「最も重要な判断」が何を指すのか、また「共同作業」とは何を意味するのか、具体的な説明はなす。

- (42) Jaeger, KO, 6-7. Aufl. [1936], § 106 Anm. 12.
- (43) Kilger, Einhundert Jahre (N. 10), S. 189, 194ff. その具体的内容として、固定資産の売却、全ての営業部門 (Betriebsstelle) の譲渡などが挙げられる。
- (44) Kilger, Einhundert Jahre (N. 10), S. 192f.
- (45) Schönke/Bauer, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 10. Aufl. [1978], § 54 . vgl. Fricke, Zur Prozeßführungsbefugnis des Sequesters gemäß § 106 KO, MDR 1978, 99, 100.

- (46) もっとも、論者にとっては、破産裁判所の明示的命令における権限の補充が必要となる余地を認めるが如き口吻を示すものがある。例えばCastendiekは、そのDissertation公表から一〇年後に、恐らくKilgerの主張に触発されたものと思われるが、保管人による「財団債務回避策」を擁護する論稿を発表している。その立論の過程で、保管人の権限につき以下のように述べる。

保管の唯一の目的は財団保全、すなわち破産開始手続中の債務者財産の縮減から債権者を保護する点にある。私見では、保管人は、その選任に伴い、必要なあらゆる措置を無条件に (ohne weiteres) 行い得る包括的な管理権を有する。しかし、裁判所は少なくとも、必要とあれば追加的命令 (Ergänzungsanordnung) により、必要と思われる全ての措置を彼に与えることができないかもしれない。一般に、開始段階では破産開始後よりも、受託者と裁判所との緊密な共同作業が必要である。保管人は、更に、紛争を回避するために、特に重要な措置について将来の破産者の意見を聞き、できるだけその同意を取り付けなければならない (Castendiek, Die Verhinderung künstlicher Masseschulden und Massekosten, KTS 1978, 9, 14)。

これによると、保管人は「必要なあらゆる措置を無条件に行える包括的な管理権」を有しているにも関わらず、裁判所の「追加的命令」により授權される場合があることになる。そして、紛争回避のために「特に重要な措置」について破産者の意見を聞いておくべきであるという。しかし、いかなる場合に「追加的命令」が必要なのか、「追加的命令」があれば管財人固有の権限についてもなし得るのか、何が「特に重要な措置」なのかの説明は、引用箇所以降の叙述にも見出すことができない。

- (47) vgl. Kleiner, Dissertation (N. 37), S. 10f.
- (48) Gerhardt, Inhalt und Umfang der Sequestersanordnungen, ZIP 1982, 1, 4.
- (49) Gerhardt, a.a.O. (N. 48), ZIP 1982, 1, 7.
- (50) これは例えば整理解雇であれば、債務者が解雇による経営立ち直り (gesundschrumpfen) を既に行っていた場合を指し、債務者財産換価行為であれば、債務者が既に事業縮小、または特定の固定資産売却を開始していた、もしくは具体的に計画していた場合を指す。Gerhardt, a.a.O. (N. 48), ZIP 1982, 1, 7.

(51) Gerhardt は、それ以前の論稿において、以下のように述べていた。保管手続においては、保管人の処分権が、維持・管理機能 (bewahrende und verwaltende Funktion) の背後に隠れている。必要な処分は、個々の措置に限られ、いわば即時救済的性格 (Soforthilfescharakter) を持つべきである (Gerhardt, Einhundert Jahre KO (N. 34), S. 111, 125)。一見、「即時救済的性格」を有する処分であると、債務者の同意がなくてもなすことができると思われる。Gerhardt がこの従前の自説をこの位置でけるのか、明らかにはされていない。

(52) 彼によれば、業務継続は「保管の典型 (Prototyp) であり、それは、「企業または保管対象の経営を規定通りに (bestimmungsgemäß) 継続する法的権限」を意味し、保管人の行動範囲を明確に確定するための特別の裁判所の授権を必要とするべきである (Gerhardt, a.a.O. (N. 48), ZIP 1982, 1, 7)。

(53) 財産の処分であっても、通常の用法に従った (ordnungsgemäß) 管理の範囲に入るものであれば、認められることになる。Gerhardt の挙げる例としては、業務継続には過剰である労働者の解雇、保管人がもはや資金を支払えないような契約を解消する目的とした解約、あるいは、余剰在庫の処分 (Abstoßen überflüssigen Gutes)、減価物・不完全換価 (nicht mehr voll verwertbar) 物の順番の売却 (turnusgemäße Veräußerung)、そして緊急売却 (Notverkauf) である。Gerhardt, a.a.O. (N. 48), ZIP 1982, 1, 7。

(54) Gerhardt, a.a.O. (N. 48), ZIP 1982, 1, 7。

(55) Henckel, Buchbesprechungen zu Festschrift für Werner Fülle zum 70. Geburtstag, ZFP 94 [1981], 347, 349。B G B 一九六〇条は、我が国民法九二二条に相当する。

なお、債務者は対外的には譲渡禁止にもかかわらず制限を受けざるが、保管人の同意によりて補充できる、それ故債務者は企業方針を示すような処分可能性 (Die unternehmerische richtungweisende Dispositionsmöglichkeit) を剥奪されることなく、和議債務者の法的地位よりも制限されることなく、Wessel, Das insolvenzrechtliche Sequestersverfahren nach § 106 KO, BB 1982, 1579, 1580。

(55a) トライニ一九三五年和議法 (Vergleichsordnung, VglO) 上の仮管財人 (ein vorläufige Verwalter) は、和議手続の申立てに裁判所が選任する必置機関であり (VglO 一一条一項)、選任・職務・監督・責任・報酬等につき和議管財人に関する

規定が準用される (同条一項)。保全処分として処分制限が債務者に課される場合、仮管財人には和議管財人と同様の権限が付与されることになる (同二条、五九条ないし六五条)。処分制限は、債務者の全財産に関する譲渡禁止 (一般譲渡禁止)、または特定財産に関する譲渡禁止 (特別譲渡禁止) を内容とする (同五九条、六二条、六三条)。譲渡禁止の対象たる処分についても、仮管財人が同意することによって有効となる (同六四条)。我が国旧和議法の整理委員に相当するが、整理委員については (少なくとも明文規定上は) 処分制限を課された債務者の処分行為への同意権は予定されていないのに対し、ドイツ和議法上の仮管財人にはそのような同意権が明文で規定されている点の特徴である。

(56) 本文に掲げた見解の公表後に、Henckel は、破産管財人が保管人の行為を否認できるといつ B G H 判決 (後掲注 78 参照) について、以下のような批判を行っている。「保管人の任務の範囲は、破産目的達成に必要な措置を講ずる」という保管人の権限を広く解することによって、今日の倒産手続の現実と合致しうる。保管人が債務者の企業を継続する場合には、それが望ましい。破産手続内での企業を全体として譲渡する見込みを確保するためだろうと、生産活動を経済的に有利な形で終了させるためである」と、債務者に企業経営を委ねることなく債務者企業の継続を保全する目的で保管が主に発令されるのであるから、債権者の利益に適合した財団換価準備という保管の目的は、保管人に広く管理処分権を委ねてこそ満たされる。従って、保管人の管理処分権の範囲は、管財人による保管人の行為の否認可能性を認める根拠となるほど、保管人の法的地位と管財人とのそれを分かちものではない。」(Henckel, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 30. 1. 1986, JZ 1986, 694)

このことは、保管人には同意権限のみが帰属するという本文に掲げた見解は、放棄されている。そして、保管人には、破産管財人に接近する、管理処分権が帰属することが示唆されている。

(57) Uhlenhuth は以下のように述べる。保管人の法的地位は破産管財人と強制管理人の中間に位置している。その任務は保全及び管理に限定されるが、管理は債務者がそれをできないかまたは保全目的がそれを必要としている場合に限られる。保管人の権限の態様及び範囲は、破産裁判所による特別の指定を必要とせず、一〇六条から直接明らかになるものである。従って、破産裁判所の保管命令によって債務者ないし債務者の機関が業務執行から排除され保管人がそれに代わるというのは疑問である。債務者が保管人の同意を得たときに、直接義務を負い権限を有することになる。法人の組織上の代表者

が保管人の同意を得て負担した債務についても同様である。保管人は、未だ存在しない責任財産の代表者でも、事前破産管財人でもない (Uhlenbruck, Probleme der Sequestration nach § 106 KO, KTS 1982, 201, 205)。

それ以前にも、Uhlenbruck は「保管人を『事前破産管財人』と解することは、その法的根拠がなく、広範に失すると指摘していた (Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, §. Aufh. [1979], § 106 Rdnt. 6 (S. 676).)」。Uhlenbruck には、実務において破産裁判所が保管人に広範な権限を付与し、それに応じて保管人が破産管財人並の措置を行っていることに対し、相応の警戒感があるように見える。vgl. Uhlenbruck, a.a.O. (N. 57), KTS 1982, 201.

- (58) Uhlenbruck, a.a.O. (N. 57), KTS 1982, 201, 205. 債務者がそのような状態のときに、保管人が措置を講ずることができるのは、事務管理 (BGB 六七七条) の観点、もしくは NZVG 一五二条の準用によるという。NZVG 一五二条は、強制管理人が、土地の経済的状态を維持し、通常の用法に従って利用するために必要な全ての行為をする権利を有し義務を負う旨の規定である。

- (59) Uhlenbruck, a.a.O. (N. 57), KTS 1982, 201, 207.

- (60) Uhlenbruck, a.a.O. (N. 57), KTS 1982, 201, 204. ただし、それ以前には、以下のような叙述をしていた。保管人は、自動的「業務執行者」(Geschäftsführer) になるわけではない。確かに、個々の場合においては、保全目的から債務者企業の信託的続行が必要となりうる。しかし、保管人の権限範囲を明確に確定する裁判所の決定が必要である (Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O. (N. 57), § 106 Rdnt. 6 (S. 676))。恐らく、「この注釈書出版の後に公表された Henckel や Gerhardt の論稿」に示唆を受け、「債務者の意思をより重視する方向に切り替えたのである」。

- (61) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O. (N. 57), § 106 Rdnt. 6 (S. 676).

- (62) Urban は、裁判所による権限付与のない場合の保管人の権限を、事務管理者の管理義務に関する規定から類推すべきとして、以下のように説明する。「かかる特別の権限付与がないとき、保管人の行為の正当化根拠は BGB 六七九条「事務執行がなければ公益に属する本人の義務もしくは法律上の扶養義務が適時に履行されないような場合には、事務執行に反する本人の意思は考慮しない」六七七条「他人の事務を受けないで他人のために事務の管理をなす者は本人の利益に適するように事務の管理をしなければならない」に求めるしかない。同条によれば、保管人は、その実施が公益に属する、

- 即ち将来の破産手続の正常な進行に資し、それを超えて債務者の義務の適時の履行を保全するような措置のみをなす権限がある。それは必要かつ延期不可能な、いわば即時救済の性質を有する措置のみである。」(Urban, Prozeßführungberufung des nach § 106 KO bestellten Sequesters, MDR 1982, 441)。
- (63) ただし、債権回収や個々の財産譲渡が最終的效果を有する措置として禁止され、それ故破産裁判所によって命令され得ないと解するのは、誤りであるように思われる。
- (64) Urban, a.a.O. (N. 62), MDR 1982, 441, 442f.
- (65) Koch, Dissertation (N. 29), S. 56f. 和議法は、債務者「一般的譲渡禁止を課しつつ、和議管財人・仮和議管財人に管理処分権を付与せず、債務者の処分に対する同意権のみを付与する (vgl. § 11 条以下、五八条以下、六四条)」。注 55a 参照。
- (66) Koch, Dissertation (N. 29), S. 26-28.
- (67) Koch, Dissertation (N. 29), S. 29.
- (67a) Koch は「手続開始前」「仮債権者委員会」を選任する余地を認めず。Koch, Dissertation (N. 29), S. 30f.
- (68) KO 一三四条は、以下のような規定である。
- 第一三四条 管財人は、次の場合においては債権者委員会の同意を、債権者委員会を置いていない場合には債権者集会の同意を得ることを要する：

一、不動産を任意に譲渡し、または破産者の業務もしくは倉庫商品を全体として、または定期収入に関する権利を譲渡すべきとき；

二、消費貸借をし、他人の債務を引き受け、財団に属する財産を担保に供し、または土地を競売するとき。

- (69) 一一九条は、以下のような規定である (項番号は便宜的に付した)。

第一一九条 (一) 管財人は、債権者集会の決議があるまで、裁判所の許可を得て、または裁判所が債権者委員会を置いたときはその同意を得て、破産者及びその家族に必要な扶助料を破産財団から給与することができる。

(二) 管財人は、債権者集会の決議があるまで、自己の裁量により、破産者の業務を閉鎖または継続し、かつ裁判所の命令により、貨幣・有価証券及び高価品を供託することを要する。裁判所が債権者委員会を置いたときは、債権者委

員会は、業務の閉鎖またはその継続、貨幣・有価証券及び高価品の供託につき、これを決議する。

- (70) 一三三三条は、以下のような規定である。
- 第一三三三条 管財人は、債権者委員会が置かれた場合には、以下に掲げた行為をなすにはその同意を得ることを要する。一、その売却が財団に対して明らかな損害を生ずることなく延期できかつその売却が業務の継続の過程で行われるものでないような財産を、一般の債権調査期日前が開催される前に、または一般の債権調査期日終了前に申し出た強制和議案が処理される前に、売却すべきとき；
- 二、破産者の法律行為の履行を請求し、訴訟を継続させ、その受継を拒絶し、和解または仲裁契約を締結し、取戻権・別除権または財団債権を承認し、質物を受け戻しまたは債権を譲渡すべきとき、ただし三〇〇マルク以上の価額ある財産に限る。
- (71) Koch, Dissertation (N. 29), S. 31.
- (72) ただし、債務者の意見主張の機会を与えるべきであるとする。即ち、一二九条、一三三三条、一三四条の措置が破産開始手続において命じられるときには、一三〇条、一三五条を準用し、債務者に対する事前の通知を要求し、かつ債務者の申立を受けて裁判所が保管人の措置を差止める機会を保障すべきであるといふ。Koch, Dissertation (N. 29), S. 32.
- (73) なお、保管命令のみによって当然に債務者の管理処分権が剥奪され保管人に移転するとの見解も主張されているが (Herbert, Die Sequestration im Konkursantragsverfahren, Dissertation, 1988, S. 92) 賛同者を見ない。
- (74) BGH Urt. v. 27. 3. 1961, ZR 294/59, BGHZ 35, 13 = NJW 1961, 1305.
- (75) BGHZ 35, 13, 17.
- (76) 本件は、HGB二七条に基づき相続人の責任が問題となった事案である。HGB二七条によれば、遺産に属する商社会社を相続人が継続したとき、相続人は従前の取引債務についても責任を負うことになる(一項、二五条一項)。その際、相続人が遺言執行者や遺産管理人に業務を継続させた場合には、相続人が責任を負うのは、遺言執行者等が相続人の意思に基づき相続人名義で行ったときであるとするのが判例である。本件でBGHは、その判例を保管にも及ぼし、保管人が相続人の意思に基づきその名で業務を継続した場合には、相続人が責任を負うものとしたのである。その際、保管人の業

- 務継続が破産裁判所の命令によるのではなく、相続人の意思に基づいたものであることを明らかにするために、本文掲記のちのな判示を行つたわけである。vgl. Koch, Dissertation (N. 29), S. 88ff.
- (77) BGH Urt. v. 22. 12. 1982, ZR 214/81, BGHZ 86, 190 = ZIP 1983, 191.
- (78) BGHZ 86, 190, 195f. 事案は、同一人物が保管人として行つた電話料金の支払を、手続開始後に破産管財人として否認することの可否が争われたものである。判旨は本文掲記のように述べて管財人と保管人の法的地位の差異を強調し、保管人の行為を否認の対象とするべきを肯定したのである。後掲注師参照。
- (79) BGHZ 86, 190, 196.
- (80) BGH, Urt. v. 11. 4. 1988, ZR 313/87, BGHZ 104, 151.
- (81) BGHZ 104, 151, 155.
- (82) BGHZ 104, 151, 156.
- (83) BGHZ, a.a.O.
- (84) BGH, Urt. v. 29. 9. 1988, BGHZ 105, 230 = JZ 1989, 396 n. Anm. Gerhardt (wozu Anm. v. Lüke, EWiR 1988, 1113. 判旨にちれば、「公に選任された他人財産の管理人は、財産管理の委託に基づく特別の義務を負うべき全ての者に対し、義務を整然と履行する責任がある」という内容の、破産管財人、和議管財人、和議法上の仮管財人及び強制管理人に当てはまる原則のJJJ。
- (86) BGHZ, 105, 230, 233f.
- (87) 従つて担保目的物が担保割れのため財団に利益をもたらさなかつた場合にもその物の管理をしなければならず、それを財団から放棄するべきでない。この文脈である。BGHZ 105, 230, 239.
- (88) Kleiner, Dissertation (N. 37), S. 27.
- (89) BGHZ 118, 374 = NJW 1992, 2483 = ZIP 1992, 1005.
- (90) BGHZ 118, 374, 379 = NJW 1992, 2483, 2484.
- (91) JJJJJJ 破産裁判所の許可によつて保管人の財産処分権の内容が拡大する余地を肯定したものと評価できよう。

vgl. BGH ZIP 1992, 1005, 1007; BGH ZIP 1988, 1411. 上記の判例によれば、破産裁判所が保管人に保管財産の処分権を完全に移転させたことが適法であるかの判断である。

- (92) Onusseit, Zur Umsatzsteuerhaftung des Sequesters wegen sequestrationswidriger Umsätze, ZIP 1992, 1281, 1282.  
 (93) Feuerborn, Rechtliche Probleme der Unternehmensfortführung durch den Sequester und den vorläufigen Insolvenzverwalter, KTS 1997, 171, 181.

(94) Kuhn/Uhlenbruck, KO (N. 35), § 106 Rdnr. 12; Feuerborn, a.a.O. (N. 93), KTS 1997, 171, 175-183. 例えばUhlenbruckは、前出の一九八二年公表の論文では保管人の管理処分権を原則として否定していたのだが、近時においては、破産裁判所の命令によつて保管人に管理処分権が帰属する可能性を認めている。彼の用語法によれば、破産裁判所の命令がないために保管人に債務者の処分に対する同意権のみが帰属する保管形態は保全保管 (Sicherungssequestration)、破産裁判所の命令によつて保管人に管理処分権が帰属するに至つた保管形態は管財保管 (Verwaltungssequestration) として区別され、特に税法上の地位に差異が出づるという。

(95) 「保管人の行う措置」という表現ではなく、「保管人の関与の下で行われる措置」という表現を用いたのは、措置を行う主体が保管人である場合と債務者である場合とがあるからである。即ち、保管人が単独であるいは債務者等の同意を得て行うという場合や、債務者が保管人の同意を得て行うという場合とがあるわけである。特に、判例の事案においては、後者の場合が多い。ドイツの議論においては、その点をいちいち註釈していない。そこで、いずれが主体であるとしても、保管人が関与して行う措置であるという点で、「保管人の関与の下で行われる措置」に関するドイツの議論を検討するところを体裁を採つた。同様の意味で、「債務者側の措置」という表現を用いる。

(96) 三〇一九条、一三三三条等は「Geschäftsführung」(倒産法委員会第一報告書要綱「一、二、三、新倒産法」二二条)に「Unternehmensfortführung」の語が充てられ、その他文献では「Betriebsfortführung」の語が充てられる場合もある。本稿では現代外国法典叢書(一三三)「独逸民事訴訟法、破産法と議法の用語法に就いて」業務継続の訳語を充てるようにした。

(97) Kleiner, Dissertation (N. 37), S. 40.

(98) Koch, Dissertation (N. 29), S. 87; Kübler, Sonderituationen bei Unternehmensfortführung und Unternehmenskauf

im Konkurs, ZGR 1982, 498, 502; Kleiner, Dissertation (N. 37), S. 40.  
 (99) vgl. Berges, a.a.O. (N. 30), KTS 1956, 113.  
 (100) Castendiek, Dissertation (N. 12), S. 85ff.; Kilger, Einhundert Jahre KO (N. 10), S. 196; Baur/Stürmer, a.a.O. (N. 40), Rdnr. 7, 39; Kilger/K. Schmidt, KO/VglO/GesO, 17. Aufl. [1997], § 106 KO Anm. 4.

(101) Gerhardt, ZIP 1982, 1, 7; Uhlenbruck, a.a.O. (N. 57), KTS 1982, 201, 206; Kübler, a.a.O. (N. 98), ZGR 1982, 498, 501; Herbert, Dissertation (N. 73), S. 122f. Uhlenbruckは、業務を継続するのは債務者の義務であり、保管人は債務者の処分を監督するに同意を与えないという原則があるが、業務の継続は責任財産の価値下落防止のための措置であるから、債務者の意思に依つて行う場合とみなすことである。vgl. Uhlenbruck, Probleme der Betriebsfortführung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens, Festschrift für Hanisch [1994], S. 281, 284. ただし、Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O. (N. 35), § 106 Rn. 13aは、業務継続は保全目的を超えらるべき当然に保管人の権限となるわけではなく、それを認める破産裁判所の特別の決定が必要であるという。

(102) Koch, Dissertation (N. 29), S. 86ff. (88). 本章第四節第一、二、四参照。

(103) 前掲注74 BGHZ 35, 13, 17. 判例は、「破産裁判所は三〇一〇六条の枠内では保全措置のみをなすことができ、破産管財人のような業務継続・清算の権限を保管人に付与することはできない」と説く。ただし、先にも述べたように右判示部分に傍証がある。

(104) Heilmann/Smid, Grundzüge des Insolvenzrechts, 2. Aufl. [1994], S. 104 [Heilmann/Smid, Grundzüge des Insolvenzrechts]は、以下のように指摘する。BWHは「見一〇六条の文言のみを保管人に業務継続権限を認めないことの根拠としているわけであるが、その実質的根拠は「保管人は裁判所の保全処分の枠内で活動するのであり、従つて財団の負担となる不可逆的行動 (unumkehrbare Handlung) をやる権限を認めないことはできない」ということにある」。

(105) BGHZ 86, 190ff. (前掲注78参照)。事案は、債務者企業の破産申立てを知つたドイツ連邦郵便局(被告)が電話料金の前払いをしなければ電話接続を解除するとの通告をしてきたので、やむなく保管人が前払いしたところ、被告は「この金員の一部を破産申立前の滞納料金の弁済に充当したので、管財人(保管人と同一人、原告)が右充当を否認して当該金員の

返還を請求したというものである。判言は、電話料金の前払いが保管人によってやむを得ないものであったことを説明する過程で、大要「原告は保管人として、やむを得ず業務を維持する義務を負っていた。債務者企業の建設現場を、少なくとも過渡期の間続行し（fortführen）、場内では完成せざる（abwickeln）こと、右義務に含まれていた。そのため、保管人は電話接続を必要とせず、直轄として（a.a.O. S. 197）」。

(96) vgl. Kilger, Einhundert Jahre KO (N. 10), S. 196. Koch はまた、営業続行のための流動資産が既に動産担保権の対象となるべきであると云うべき事情が、営業停止措置をかけるべき。

(97) vgl. Gessner/Rhode/Strater/Ziegert, Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, 1978, S. 218. (N. 38). 本邦では、破産管理人・和議管理人経験者を対象に行っていた調査では、手続内で業務を継続したことが「全くない」（nie）または「ほとんどない」（selten）と回答した者は、破産手続では八四％、和議管理人でも七一％に上るという結果。

(98) Völderndorff, KO, 2. Aufl. [1885], § 98 Anm.c; Petersen/Kleinfeller, KO, 3. Aufl. [1892], § 98 Anm. 2; Sarwey/Bossert, KO, 4. Aufl. [1901], § 106 Anm. 3; Wilnowski/K.u.A.Kurbaum/Künne, KO, 6. Aufl. [1906], § 106 Anm. 3; Endemann, Das Deutsche Konkursverfahren [1899], S. 85; Meyer, Konkursordnung [1899], § 106 Anm. .

(99) vgl. Völderndorff, KO (N. 108), § 98 Anm. c

(100) Jaeger, Konkursordnung, 1. Aufl. [1902], § 106 Anm. 1; Wolff, Konkursordnung, 2. Aufl. [1921], § 106 Anm. 4. 斐羅回廊<sup>1</sup> Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts [1907], S. 426 Fn. 3; Meyer/Schiedermair/Blener, Konkursordnung, 3. Aufl. [1928], § 106 Anm. 1c.

(101) Uhlenbruck, KTS 1982, 201, 206; Kuhn/Uhlenbruck, KO, (N. 35), § 106 Rn. 13a.; Mohrbutter/Mohrbutter/Ernestus, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 7. Aufl., [1996], Rdnr. . 27 (Mohrbutter/Mohrbutter/(著者註), Handbuch 2 217 附冊); Eickmann, Aktuelle Probleme des Insolvenzverfahrens aus Verwalter- und Gläubigersicht, 3. Aufl. [1985], S. 11 (Eickmann, Aktuelle Probleme 217 附冊); Herbert, Dissertation (N. 73), S. 124; Kleiner, Dissertation (N. 37), S. 85.

vgl. BGH, NJW 1961, 1304 = BGHZ 35, 13 註「破産裁判所は、一〇六条の枠内では保全措置のみを講ずるべきであり、それ以上の業務を継続し、かつ清算手続中の破産管理人と同様の権限を保管人に付与するべきでない」と判示する。「業務の清算」の前提は業務の停止であるわけでは、その権限も保管人に付与できないことになりはしない。

(102) Kilger, Die Finanzierung von Unternehmen in Insolvenzverfahren, ZIP 1988, 409.

(103) Kilger, Einhundert Jahre KO (N. 10), S. 189, 196ff. 回廊<sup>1</sup> Castendiek, Die Verhinderung künstlicher Masseschulden und Massekosten durch Maßnahmen im Konkursöffnungsverfahren, KTS 1978, 9, 13f.; Kilger/K.Schmidt, KO/VglO/GesO (N. 100), § 106 KO Anm. 4.

(104) 回廊<sup>1</sup> 斐羅回廊<sup>1</sup> Kuhn/Uhlenbruck, KO, (N. 35), § 106 Rn. 13a.; Uhlenbruck, a.a.O. (N. 57), KTS 1982, 201, 206; Mohrbutter/Mohrbutter/Ernestus, Handbuch (N. 111), Rdnr. . 27; Herbert, Dissertation (N. 73), S. 126.

(105) Gerhardt, a.a.O. (N. 48), ZIP 1982, 1, 7.

(106) Koch, Dissertation (N. 29), S. 142f.

(107) Uhlenbruck/Delhaes, Konkurs- und Vergleichsverfahren, 5. Aufl. [1990], Rn. 354; Hellmann/Smid, Grundzüge, (N. 104), S. 103.

「本邦では、 $\times$ 〇一三三〇条の存在を根拠として、破産裁判所の許して業務閉鎖権限を保管人に付与するべきではない」と主張する。Kleiner, Dissertation (N. 37), S. 86.

(108) Kleiner, Dissertation (N. 37), S. 86.

(109) 破産法上の根拠として、業務閉鎖の際に破産者への処分方法の通知を破産管理人に義務づける $\times$ 〇一三三〇条一項が挙げられる。Kleiner, Dissertation (N. 37), S. 90. ただし、債務者の同意を得ずに保管人が業務閉鎖を行った場合でもそれは保管人の責任（ $\times$ 〇一三三〇条類推）の問題にすぎない。業務閉鎖の効力に影響はない。これは、業務閉鎖に反対する債権者が自己の経済的地位を希望の観測に基づき判断すべきである。よって考慮を請求することが、債務者によって破産裁判所に對し業務閉鎖の実施の差をつけることは許される（ $\times$ 〇一三三〇条「類推」）。その利益の保護を図るべきではない（Kleiner, Dissertation (N. 37), S. 85f., 90ff）。

- 結論として同様「債務者の同意を必要とするべきだとするもの」(Eickmann, Aktuelle Probleme (N. 111), S. 11, 13.)
- (120) Juhnke, EWiR 1990, 673 (N. 157).
- (121) 保管人には、弁済期にある債務者(将来の破産者)の債権を取り立てる権限があり、同時にその義務があると同解するのが通説である(Kilger, Einhundert Jahre (N. 10), S. 189, 196; Kleiner, Dissertation (N. 37), S. 34f.; OLG Düsseldorf, ZIP 1983, 342 (Kilgerの見解を引用する)。ただしKuhn/Uhlenbruck, KO, (N. 35), § 106 Rn. 13dは「保管命令がある」ても、保管人自身に債権回収の権利があるのではなく、回収権者は債務者であり、保管人は債務者による回収に同意を与えることができるのみ」として。

保管人に債権取立ての権限ないし義務が認められる理由としては、(一)通常の用法に従った管理に必要な場合に保管人は債務者財産を換価する義務があるが、弁済期の到来した債権の取立てもそれに当たるとし、(二)債権の価値が債務者の資力に左右される以上、債権の実現の機会を遅滞なく利用すべきこと、(三)債務者の財産の重要部分を未回収債権が占めていることが多く、破産手続実施に必要な費用の有無に関する裁判所の判断も、通常、未回収債権の回収がほぼ終了した後に行われること、(四)そして保管において緊急に流動資金が必要となる場合、債権の回収がその手段となることが挙げられる。

- ただし、担保の目的で将来の債権が事前に包括的に譲渡された場合、一般的譲渡禁止発令後に発生した部分の債権を取立てることが、譲渡禁止の対象となるかは争われている。これを肯定して、債務者には債権を取立てる権限がないこと、ただし第三債務者としては保管人に弁済すれば免責されるとする有力説として、Henckel, Pflichten des Konkursverwalters gegenüber Aus- und Absonderungsberechtigten, RWS-Seminarskript, 2. Aufl. [1979], S. 12. vgl. Kuhn/Uhlenbruck, KO, (N. 35), § 106 Rdnr. 13e.

- (122) Kilger, Einhundert Jahre KO (N. 10), S. 189, 195f. ただし換価をする場合には、KO 115条を考慮し、債務者に当該措置を通知すべきであるとす。
- Castendiek, 経営資金欠乏のため業務を継続できない場合には、債務の経常的な発生を防ぐために、経営の清算(Liquidierung des Betriebs)に着目せしめを得ない場合があること、(Castendiek, a.a.O. (N. 113), KTS 1978, 9, 14)。

- (123) Kilger, Einhundert Jahre (N. 10), S. 189, 196. 「これを批判するもの」(Uhlenbruck, Insolvenzrecht (N. 10), S. 58. 保管は専ら債権者の保全のために行われるもの、破産的換価を行うべきではない、せよなければ全ての破産手続が保管段階にシフトする危険があること)。

- (124) Gerhardt, a.a.O. (N. 48), ZIP 1982, 1, 7.

- (125) vgl. Kilger/K.Schmidt, KO/VglO/GesO (N. 100), S. 410; LG Bonn ZIP 91, 671 = EWiR 91, 603 (Onusseit).

- (126) Notverkauf 或、Selbstverkauf (自助売却)と同義である。自助売却は、弁済の目的物である動産が供託に適さない場合、かつ、債権者の受領遅滞があるとき、または、債権者に存在する受領遅滞以外の事情または債務者の過失によりない債権者不確知のため債務者がその義務を全くもしくは確実に履行できないとき、物が腐敗する恐れがあるときもしくは保存につき過分の費用を要するとき、(wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist) のいずれかの要件を満たした場合に可能である(BGB 383条「我が国民法四九七条に相当」一項)。自助売却の実行は、公の競売(一般人の参加を許しかつ競売権限のある者によって行われる競売)にちよつて行つ(同条三項)。債務者は、自助売却に基つく売得金を供託すること、元の目的物の代わりとすることができ、商事売買の場合には、目的物が供託に適するか否かを問わず、可能である(HGB 333条一項)。以上の説明は、Crefelds, Rechtswörterbuch, 10. Aufl. [1990], S. 1011 及び権寿夫 = 右近健男編・ドイツ債権法総論(一九八七年)三二〇頁以下をよむ。

保管人が「緊急売却」を行うとしても、本来の自助売却の要件・効果の下で行つていくのではないだろう。債権者の側に存する事由のために債務者が弁済できないという、供託・自助売却の要件が存在する場合ではないからである。従って、保管人の「緊急売却」とは、本来破産手続開始後に破産管財人の下で換価すべきところ、物が腐敗する恐れがあるときまたは保存につき過分の費用を要する、ために破産財団の減耗を防ぐべく緊急に保管人の下で換価していき、売得金は管財人のために保管人の下で保管してあり、ちよつ趣旨に捉えるべきである。

- (127) Gerhardt, a.a.O. (N. 48), ZIP 1982, 1, 8. こまり、債権者自治の対象となるような財産については、たとえそれに債務者の同意があり、かつ今であれば有利な価格で売却できるという場合でも、保管人の下での換価は許されないということ

- 以下に示す。
- (128) Kuhn/Uhlenbruck, KO (N. 35), 106 Rdnr. 13a. 順序の営業課程 (der ordnungsgemäße Geschäftsgang) に於ける売却による売却による。
  - (129) Kuhn/Uhlenbruck, KO (N. 35), 106 Rdnr. 13c.
  - (130) Kuhn/Uhlenbruck, KO (N. 35), 106 Rdnr. 13c.
  - (131) なお、緊急措置による場合、保管人による財産売却を認めざるべしと、Baur/Stürmer, a.a.O. (N. 40), Rdn. 7. 39. また、債権者に有利であるべきを財産売却の要件とするべしと、Mohrbuter/Mohrbuter/Ernestus, a.a.O. (N. 111) Rdnr. . 29 を参照。
  - (132) Koch, Dissertation (N. 29), S. 145ff.
  - (133) 正確に言えば、事業は、債務者が自己の赤字と計算の上で締結する財産売買契約に保管人が同意を与えたことのみであり、保管人自身の財産売却権限とは直接の関係はない。保管人が自己の名で債務者の同意を得て行った場合は異なるわけである。ただ、ドイツでの議論は、この判例を、保管人の財産売却権限について扱ったものと見てよい。
  - (134) なお、BGH Urt. v. 25. 3. 1993, ZIP 1993, 687 (wozu Anm. v. Smid, EWIR 1993, 480 (釈置賛成)) 中、BGH ZIP 1993, 48 中回直の批示を行つたこと。
  - (135) BGH Urt. v. 12. 11. 1992, ZIP 1993, 48 = UR 1993, 162 (m. Anm. Weiss) (wozu Anmerkung v. Uhlenbruck, WuB C. § 106 KO 1. 93 (釈置賛成))
  - (136) BGH は「保管人が、財団の通常の用法に従つた清算及び場合によっては保管企業の継続にかなう限りで財団財産を売却するに当た、国庫との関係では権限があり、他の債権者を考慮すれば義務である」との解釈を採つたものとして理解する評者である (Onusseit, EWIR 1993, 71, 72)。
  - (137) 即ち、その売却が破産債権者を書けるものであれば、やはり違法であること、否認の対象になり得るべし (vgl. Weiss, UR 1993, 164, 165)。
  - (138) BGH が損害賠償責任を否定したというところが、直ちに保管人に一般的に財団所属財産の売却の権限が認められたこと

を意味するものでないことは明らかである。 vgl. Kuhn/Uhlenbruck, KO (N. 35), § 106 Rdnr. 13c.

- (139) OLG Köln, Urt. v. 11. 3. 1992 (24 U 136/91), ZIP 1992, 566 (wozu Anm. v. Frotzcher, EWIR 1992, 585).
- (140) 例えば (二審判決の場合) 財団保全の高度の必要性、あるいは破産裁判所ないし債権者集団の同意とされたものが考えられる。この判決の前に出た BGHZ 118, 374 = ZIP 1992, 1005 は、破産裁判所の許可があれば有効である旨を示唆している。また Feuerborn は、換価が全利害関係人に利益を与えるべきな経済的に有意義である (wirtschaftlich erfolgreich) 場合、また、仮に法的に無効であると評価されるものでも、実際にはそれが手続を完了するものとして指摘すること。 Feuerborn, a.a.O. (N. 37), KTS 1997, 171, 183.
- (141) Kübler, a.a.O. (N. 98), ZGR 1982, 498 注一は、この点に実際の営業譲渡の例が掲げられていない。
- (142) vgl. Kübler, a.a.O. (N. 98), ZGR 1982, 498, 511 Fn. 43. それにちなみ、営業譲受人は税法上の取扱いなど様々な公的優遇措置を望むのが通常であるが、自治体は従業員の仕事維持という観点から譲受人の適性を調査した上で優遇措置の是非を判断するといふ。特に外国の会社の場合、職場維持の保証がないとして自治体が難色を示すものである。
- (143) 譲渡による企業更生を、倒産処理方法としての位置づけるかという点は、ドイツ倒産法改正過程において、倒産法委員会第一報告書と新倒産法とで大きく価値判断が分かれたところでもある。即ち、倒産法委員会第一報告書は譲渡による企業更生を清算と同視して、企業所有者が企業所有権を維持する形で企業を更生させる方法での「再建」に手続構造的に劣後させている。これに対し新倒産法は、解体的清算・譲渡による企業更生及び企業所有権者の再建は等価値の換価方法であり、その中で最適な方法の発見を関係人の自治に委ねることが倒産手続のあるべき姿であるとす。ドイツ倒産法改正作業の過程における、譲渡による企業更生の位置づけに関する議論の流れについては、山本弘「ドイツ連邦共和国における倒産法改正の試み——Übertragende Sanierung の位置づけを中心として——」三月月号先生古稀記念「民事手続法学の革新」(下) (有斐閣、一九九一年) 五二九頁以下に詳しい。
- (144) このように、見方によっては破産手続中の営業譲渡にも勝る法律上の困難があるのに、保管人の下での営業譲渡の例が少なくないといわれているのは、それだけ早期の営業譲渡への要請が利害関係人の間で強いつつたためである。なお、一九九四年新倒産法制定に当たり、BGB 四一九条は今日の法現実にそぐわないとして削除された。一方、HG



- 第115条に於ては、その適用を命ぜられたり排除せられたりすることなく、その旨に於ては、Art. 33 Abs. 16 EGlInsO (Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung), BGBl. 70. vgl. Entwurf eines EGlInsO, BT-Drucksache 12/3803, S. 76.
- (145) Gerhardt, a.a.O. (N. 48), ZIP 1982, 1, 7.
- (146) なる、134条の文言に於て、営業全部の譲渡のみを対象とするものではないと認め、仮令 (Zweigschäft) の譲渡に於ては、債権者委員会など債権者集金の承認を要するものがないが、立法者の意思に於ては、Begründung zu 122 (134 n. F.) KO [Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 7. Band [1898], S. 248].
- (147) Koch, Dissertation (N. 29), S. 147. 同様に Keiner, Dissertation (N. 37), S. 99f; Pape, Zu den Schwierigkeiten des Sequesters ohne Verwaltungsmacht, ZIP 1994, 89, 92.

ただし Koch は、債務者自身が保管人の同意を得て破産開始前段階に営業譲渡を行おうとする場合に、その場合に BGB 六三三条 a の適用の可否が問題となるものとする (Koch は適用肯定説)。何故かかる営業譲渡が有効であるかの説明はなし。

- (148) Kuhn/Uhlenbruck, KO, (N. 35), § 106 Rdnr. 13a und c; Kleiner, Dissertation (N. 37), S. 97ff.; Herbert, Dissertation (N. 73), S. 138.

- (149) Reichold, Die Betriebsveräußerung durch den Sequester: Paradoxon und Paradigma —— Zur Teleologie des Konkursöffnungsverfahrens de lege lata und de lege ferenda, KTS 1989, 291, 308.

- (150) 従来の譲渡による企業更生が、債務者の利益に偏り債権者を不当に害して来たという問題意識を基礎としている。彼は大要次のように述べる。債権者の関与なき譲渡による財団換価は、換価に於て決定的である債権者利益を顧慮しないものであるという推定が働くこととなる。破産手続に決定的な債権者利益が手続的に顧慮されるときに初めて譲渡による企業更生は倒産目的を無視するものではないことになる。保管中は、裁判官による監督のみでは債権者関与に代替できず、従って企業売却の責任法上の優遇をもらし得ない。それにも関わらずなされた譲渡は、KO 八二条類推により、保管人に対する責任を導く (Reichold, a.a.O. (N. 149), KTS 1989, 291, 305f.)。

- (151) BGHZ 66, 217, 228 = NJW 1987, 1019.

- (152) OLG Köln ZIP 1987, 178 = EWIR 1987, 551 (Brehm). 裁判所によりコントロールされた手続であつて、BGB 四一九条の想定するリスク状況とは無縁である点では、保管も破産手続と異ならないことを理由とする。ただし本件では、既に原告債権者の債務者会社に対する債権そのものが存在しないと判断されているので、BGB 四一九条に関する判示は傍論である。また本件では、正確には、債務者が既に締結していた財産譲渡契約を保管人が改めて契約条件を変更した上で締結し直したものである。判旨はかかる事実でも BGB 四一九条の適用を排除した。しかし Brehm は、本来債務者による財産譲渡には BGB 四一九条の適用があり契約締結時点では既に財産引受人の責任が生じているのに、保管人もしくは債権者が新たに締結し直すことで引受人の責任を解消すべきものではないと指摘する。Brehm, EWIR 1987, 551.
- (153) wozu Ann. v. Joost, EWIR § 106 KO 1/88, 81f; Grunsky, WuB, C, § 106 KO 3, 88. 前節で掲げた BGH 判例の理由 (c) に於て。

- (154) 即ち、A 社と Y 社とは実質的に同一の会社と見なせること、総額一六万マルクの資産を二六〇〇マルクで購入するという詐欺的な譲渡であること、そして恐らくその譲渡が原因で A 社についての破産申立てが財団不足による棄却に至ったことを考慮すべきである。してみれば本件営業資産譲渡は X の立場からすれば Y 社の免責を認めがたい、即ち X の請求が認められるべき事案であつた。

- (155) なお、本件は原審に差戻されているが、営業譲渡の有効性を改めて審理させるためではなく、HGB 二五条、BGB 四一九条の要件が具備されているかを審理させるためである。Grunsky, WuB, C, § 106 KO 3, 88.

- (156) Grunsky, a.a.O. (N. 155).
- (157) 上記で、債務者が保管人の同意を得て営業譲渡を行った場合に、BGB 六三三条 a の適用があるかという問題について見ても上記の通り。

経済的に有利な営業の全部または一部譲渡は、BGB 六三三条 a のために不可能となり、かえって全従業員の不利となつてるといわれていた。そこで、連邦労働裁判所 (BAG) は、破産手続中の破産管財人による営業譲渡の場合について、BGB 六三三条 a の適用を制限している。判旨は理由として以下のように述べる。同条の目的の一つに新旧企業主間の責任の調整ということがあるが、破産の場合にそれを賣くと破産手続の目的である債権者間の平等が達成されない。即ち、

譲受人が労働債権を負担するとすればその分だけ買受代金が低くなり、労働者がほぼ完全な弁済を受けるのに対し、他の債権者は不利な配当に甘んじることになる。」<sup>161)</sup>

しかし、この判例が保管人の同意を得た上での債務者による営業譲渡についても、射程を及ぼすかは明らかでなかった。この点、Kochは、破産開始前の段階では未だ現実に全債権者の平等な共同的満足の原則が適用されるか否か明らかでなから、この段階ではBGB六六三条aの責任法上の機能を排除できなから、と説いてきた。同旨、Reichold, KTS 1989, 291, 307.

BAGは一九九〇年二月二二日の判決で、保管人の同意を得て債務者が行った営業譲渡につき、BGB六六三条aの適用制限を認めなかった(BAG ZIP 1990, 662 = BB 1990, 1491 (wozu Anm. v. Johnke, EWIR 1990, 673))。理由として、手続中の営業譲渡における同条の適用制限は、破産者の財産を債権者への配当のためにできるだけ高価で換価するという破産手続の機能に根拠があるところ、保管人の任務は管財人と異なり財産を換価することにはないので、譲受人の負担を軽減して営業譲渡を促進するところが必要がない、と述べる。これは、本文掲記の、HGB二五条、BGB四一九条の適用可能性に関するBGH判決(BGHZ 104, 151 = ZIP 1988, 727)の解釈に依拠したものである。

この判決に対しKilgerは、業務継続の可能性がかなり制限されている現在の状況においては、営業譲渡こそ財団を維持し手続開始を可能にするには保管の目的を達成するものである、それによつて職場維持とこの利益もあるというBGB六六三条aの適用を認めれば買手が付かなくなること批判的である(Kilger, Rechtsanwendung im Konkurs, Festschrift für Franz Merz [1992], S. 253, 261.)。

(158) Grunsky, a.a.O. (N. 155) だが、前述BAG ZIP 1990, 662の事業に関する同様の問題がある。Kilgerは、同該事業がBGHの示唆した基準、即ち「破産手続開始が確実に予測され、かつ財産保全の観点から絶対に必要であった」場合に該当する余地があったとして、BAGが保管人の営業譲渡の適法性を検討しないまま短絡的にBGB六六三条aの適用を認めたのは不可であるという。Kilger, FS Merz (N. 157), S. 253, 262.

(159) Pohlmann, Befugnisse und Funktionen des vorläufigen Insolvenzverwalters [1998], S. 211, Fn. 53.

(160) Reichold, a.a.O. (N. 149), KTS 1989, 291, 302.

(161) 判例は、「企業が損失をきたした(Verlustbringend)」という事情だけではなく、「手続開始が確実なものと予想されかつ債権者財産保全のために絶対に必要な場合」に所たなければならない。BGHZ, 104, 151, 156. 174は、Gerhardtの意見に依つたものである(vgl. Gerhardt, a.a.O. (N. 48), ZIP 1982, 1, 7f.)。

(162) OLG Düsseldorf, Urt. v. 13. 12. 1991, ZIP 1992, 344, 346.

(163) この判例の評者のように、本判決の事実をBGH判決にこの例外的場合に所たると評価することは、Johnke, EWIR 1992, 493, 494.)。