

# ドイツ倒産法における「仮管財人」の権限（二・完）

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

##### 第四節 保管人の法的地位・権限について——学説——

##### 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

##### 第七節 小括（以上五七巻四号）

### 第二章 一九九四年ドイツ倒産法とその後議論

#### 第一節 倒産法委員会第一報告書における仮倒産管財人の地位と権限

第一款 規定内容と立法趣旨

第二款 各項の説明

第二節 一九九四年ドイツ倒産法における仮倒産管財人の地位と権限

第一款 条文

第二款 立法趣旨——保全処分観に関する第一報告書との違い——

第三款 仮倒産管財人の法的地位・権限

第四款 仮倒産管財人の行う措置の具体例

第三節 二〇〇七年改正倒産法成立過程の議論——仮倒産管財人の事業譲渡の可否を巡って

第一款 連邦・州ワーキンググループによる報告書

第二款 二〇〇三年の討議草案

第三款 参事官草案・連邦政府草案・二〇〇七年倒産法改正法

第四節 小括

第三章 おわりに (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

第一節 倒産法委員会第一報告書における仮倒産管財人の地位と権限

倒産法委員会は、「破産の破産」という言葉に象徴される倒産手続の機能不全を解決し、効果的・現代的で、かつ経済に密着し、同時に社会的にも相関的な倒産法のための諸提案を作り上げることが目的として、一九七八年に連邦司法大臣によって設置された、独立の専門家委員会である<sup>1)</sup>。その成果は、一九八五年に第一報告書、一九八六

年に第二報告書として、連邦司法省から刊行された。

そこでは、破産法と和議法を一元化すること、再建型倒産手続を整備すること、優先的破産債権の制度を廃止することなどが提案された。

一九九四年制定・一九九九年施行のドイツ現行倒産法における手続開始前の財産保全(仮倒産管財)の規律の内容は、多くの点で倒産法委員会第一報告書(一九八五年公表)のそれを基礎としている。そこで、先に倒産法委員会第一報告書における規律を検討することにする。

### 第一款 規定内容と立法趣旨

倒産法委員会は、第一報告書の要綱一・二・三において保全処分に関する要綱を設けている。その内容は以下の通りである<sup>2)</sup>。本稿の関心の対象となる部分のみ掲げる。

#### 一・二・三 仮倒産管財 (Vorläufige Insolvenzverwaltung)

(一) 倒産裁判所は、適法な開始申立てに基づき、倒産手続開始前に職権で、財団の保全に資するあらゆる命令、及び倒産手続実施のために不可欠な (unumgänglich) あらゆる措置を講ずることが出来る。

(二) 倒産裁判所は、特に以下の措置を講ずることが出来る

a) b) [略]

c) 債務者に、一般的処分禁止 (allgemeines Verfügungsverbot) を課すこと；

d) 仮倒産管財人を選任すること。

(三) 財産を処分する債務者の権限は、特定の行為に付きまたは一般的に仮倒産管財人の同意を必要とするようにも、制限することが出来る。係属中の訴訟はこれにより影響を受けない<sup>3)</sup>。

(四) 債務者が一般的処分禁止を課され、かつ仮倒産管財人が選任されたときは、処分権 (Vertugungsrecht) は仮倒産管財人に移転する。〔以下略〕

(五) 〔略〕

(六) 債務者に一般的処分禁止が命じられた際に選任された仮倒産管財人は、以下の義務を負う：

- a) 十分な財団が存することの調査；
- b) 財団の保全及び維持；
- c) 企業が未だ企業を閉鎖していない場合に限り、開始に関する裁判があるまで企業の継続を保全すること。

仮倒産管財人の権限は、事前手続における倒産管財人の権限を越えないものとする。仮倒産管財人は、第一項の手続目的に反するいかなる措置も行つてはならない。第三項の権限を伴つて選任された仮倒産管財人の義務は、倒産裁判所が決定する。その義務は、a号ないしc号所定の義務を超えてはならない。

(七) 〔略〕

以上のような仮倒産管財に関する規定を設ける理由について、第一報告書は以下のように説明する。

倒産裁判所は倒産手続開始に関する裁判を迅速に行うべきではあるが、それでもその調査には多少の時間を必要とする。

それ故、申立てから手続開始までの時間における仮の保全処分は、今後重要な役割を果たすであろう。現行KOO六条は、保全処分特に保管 (Sequestration) の実質的意義に適合するものではない。同条は、保全処分に十分な法的基盤を与えるべく、補強を必要とする。それによって、現行規定の不十分さから生じ、手続に著しく負担をかけるような疑問点も回避される。<sup>(5)</sup>

即ち、倒産法委員会報告書における倒産手続は、(仮に自己破産であっても) 手続の申立てにより当然に開始するのではなく、KOOと同様、倒産裁判所による手続開始要件の裁判を必要としている。<sup>(6)</sup> 従って、手続申立てから開

始までの財産保全のための制度が必要となるわけであるが、その際倒産法委員会は、アメリカ法の自動停止のような制度を採用せず、KOOと同様の保全処分制度を維持することにしたわけである。<sup>(5)</sup> その意味では、「仮倒産管財」の名を与えられても、手続開始申立てから裁判までの債務者の財産状態の悪化の防止という基本的目的は、KOOの保全処分と変わるところはない。

ただ、要綱1・2・3の第一項は、「財団の保全」のみならず、「倒産手続実施」を制度の目的としている。前記説明が、「KOO六条が保管の実質的意義に適合的ではなかった」ことを指摘するものも、その点に関わると思われる。即ち、KOO六条は「財団の保全」を目的とするものであった。勿論、同条に基づく保全処分は、破産手続(債権者の平等な満足を達成する手続)を実施するための準備としての意義をも有している。しかしそれだけでは、「破産の破産」を克服し、利害関係人を納得させられる形で手続を実施することはできなかった。勿論、「破産の破産」への對抗策を全て保全処分に求めることはできないが、それでも保全処分の充実は有効な對抗策の一つと考えられたのである。そのために、第一章で見たような議論の展開を見た。しかしいずれにせよ、法的基盤としてのKOO六条の不十分さは否めない。そこで、倒産法委員会は、仮倒産管財の制度を保全処分に十分な法的基盤を与える趣旨で構築し、これに財団保全にとどまらない、手続の実りある形での実施という目的を盛り込んだのである。

そして、仮倒産管財の内容に関しては、報告書は以下のように説明する。即ち、KOOの保管と、VgIO(一九三五年の和議法。Vergleichsordnung) の仮和議管財 (vorläufige Vergleichsverwaltung) とを、統一的倒産手続に適合した制度に発展させるべく、KOO六条、VgIO一条ないし三条、五七条以下、一〇六条を引き継いだ。<sup>(6)</sup> 即ち、仮倒産管財の内容の形成に当たっては、KOO・VgIO双方の規定が斟酌されている。しかし、前述の立法理由からすれば、主としてKOO六条とそこでの解釈論をベースにしたものと考えられる。

## 第二款 各項の説明

以下では、要綱の内容のうち、本稿の関心の対象となるものについて、倒産法委員会第一報告書（以下「第一報告書」と称す）の説明を見ることにする。

## 一 第一項

## 1 「倒産手続実施」のための企業継続

第一項は、K O一〇六条一項二文に似るが、幾つかの差異がある。まず、「倒産手続実施のため不可欠なあらゆる措置」という文言が新たに加わっている。これに関する第一報告書の説明を以下要約する。

統一倒産手続においては、申立後もさし当たり、企業が破産的に清算されるかそれとも更生されるかは未決定である。従って裁判所は、可能性のあるいずれの手続目的をも考慮しなければならない。即ち、清算手続・更生手続のいずれに入るかを問わず、債務者の法的行為や個々の債権者の執行処分によって全債権者の不利益に財団が縮減することを防止しなければならぬ。もっとも、企業の更生能力を維持するためには、それ以上に、可能な限り経営を維持することが必要である。また、清算手続が見込まれる場合にも、原材料や半製品を加工し価値を高めるべく、暫時企業を継続することが、債権者のために望ましいこともある。従って裁判所は「財団保全」のためのみならず、「倒産手続の実施」のため、特に持続的または暫定的な企業継続のために、保全処分を講じることができるべきである。この意味で、第一項は、K O一〇六条一項二文を拡張している。<sup>7)</sup>

この説明からは、保全処分の性格がK Oのそれとはやや異なっていることが明らかになる。即ち、K Oでは、手続の申立てがあれば手続の帰趨は一義的に定まっており、保全処分も清算という一義的な目的に向けて運用すれば足りた。しかし、倒産法委員会の採用する統一倒産手続においては、清算か更生かの手続方針が決定されるのは手続開始後である（要綱一・一・一(二)）。従って、手続申立後開始決定までの段階では、その方針が明らかとなっ

ていないわけである。そうすると、建前としては、保全処分を、清算・更生のいずれかを念頭に置いた形で運用することはできなくなる。従って、保全処分の制度を構築する際にも、現状固定を中心とした消極的な内容のものとしておくことも考えられる。

しかし倒産法委員会は、「持続的または暫定的な企業継続」というコンセプトを打ち出すことにより、管理型保全処分を仮倒産管財制度の中核とした。即ち、更生手続が選択されるのであれば、この段階で業務継続のための措置を講ずべきは自明である。そして、清算手続が選択されるような場合でも、「原材料や半製品を加工し価値を高めるべく、暫時企業を継続することが、債権者のために望ましいこともある」というわけである。このような、清算手続においても業務継続こそが債権者のためになるという考え方は、K Oの下での保管人に業務継続の権限・義務を認める議論（第一章第六節第一款参照）を念頭に置いたものである。

## 2 保全処分の内容的限界としての「不可欠性」

次に、倒産手続実施のために「不可欠な (unumgänglich)」措置（一項後段）というのは、財団保全に「資する (dienende)」あらゆる命令（一項前段）とどうのと、表現を異にしている。これに関する報告書の説明を要約すれば以下の通りである。

仮倒産管財の措置は、倒産財団の存続及び倒産手続の実施という目的によって限定され、手続開始の全ての効果や、手続開始後に初めてなすべき手続目的（清算・更生）に関する判断を先取りするほど広範であってはならない。従って第一項は、倒産裁判所は倒産手続実施のために不可欠な措置のみを講ずることができるとした。<sup>8)</sup>

この説明からは、「不可欠な」という文言が、保全処分の内容的限界を画する要件としての意義を有することが分かる。即ち、手続開始の全ての効果を保全処分によって先取りすることは許されず、また手続目的に関する判断（報告期日における債権者集会による清算・更生の判断）の余地を限定してしまうような最終的な措置を行うこと

も許されないということである。第一報告書の採用する統一倒産手続においては、清算か更生かの判断は手続開始後の報告期日においてなされるところ、手続開始前の保全措置の程度によってはいずれか（特に清算）の道をとるしかないこともある。従って、保全処分に限界を画することは、開始後の倒産手続の意味を失わせないためにも、意義があることになる。

### 3 保全処分の内容的規律

発令すべき保全処分の内容に関し、報告書は以下のように説明する。

裁判所は、その義務裁量に従って保全処分を選択するが、仮倒産管財の保全目的によって制限される。法律によって自動的に効果が発生するのではなく、裁判所の裁量によらしめたのは、個々の事案の特性にできるだけ対応し、同時に必要不可欠な程度に限定することを可能にするようなフレキシブルな規制を行うためである。ただ、不必要に費用のかかる措置や、債権者や債権者の権利を過大に侵害する措置は、避けるべきである。<sup>3)</sup>

報告書は例として、開始手続において（仮）債権者委員会を選任することは、通常は不要であるとする。債権者委員会は、原則、手続開始後の機関として捉えられているのだから（要綱一・三・一・七参照）。ただ報告書も債権者委員会選任の余地を全否定するわけではないので、仮倒産管財で講ずべき措置によっては、債権者委員会を設置しその判断に委ねる余地も否定されたわけではない。

## 二 第二項

第二項は、一般的処分禁止、仮倒産管財人の選任その他の主要な保全処分を列挙する。本項に関する報告書の説明は、以下の通りである。

第一項は、最も重要かつ重大な保全処分を掲げる。それらは、手続開始の個々の効果を開始手続に先取りする点で、共通

する。あらゆる措置は、単独で、または他のものと共に発令することができる。全ての措置を組み合わせれば、仮倒産管財人は、手続開始の効果に接近する。それは、例えば、債権者が逃亡した場合、または債権者が無能である（*untüchtig*）ことが明らかとなった場合に、適切であり得る。他の保全処分（例えば、債権者のパスポートの剥奪）は、適法である。しかし、それは仮倒産管財の保全目的を超えることはできない<sup>10)</sup>。

第一報告書は、二項所定の保全処分がそれぞれ手続開始の効果の先取りであるとし、しかもその全部を組み合わせることで手続開始の効果に接近することを容認している。なかんずく、仮倒産管財人の選任は、それが一般的処分禁止と組み合わせ発令されることで債権者の財産処分権を剥奪することになるから（四項）、まさに手続開始による効果の先取りである。ここに、KOとは面目を一新し、旧法における保管人の権限の不明確さの解消が図られたのであり、それは後に見るように現行倒産法にも受け継がれている。

## 三 第三項

第一報告書は、三項に関し、まず以下のような要旨の説明を行う。

三項一文は、債権者の処分権を、二項cによって一般的処分禁止を課する代わりに、特別または一般的同意留保（*Zustimmungsvorbehalt*）により、制限しつつこれを規定する。倒産裁判所は、個々の場合の状態に応じて、債権者が特定もしくは全ての行為について仮倒産管財人の同意を得てのみ行える旨を命ずることができる。例えば、業務口座（*Geschäftskonto*）に関する全ての債権者の処分を、仮倒産管財人の同意にかからせることができる。従って、債権者の法的地位において、三つの段階があり得る。つまり、特別の同意留保、一般的同意留保、そして一般的処分禁止である。それに応じて、仮倒産管財人の権限が強化される。同意留保と一般的処分禁止との区別は、同意留保の場合には債権者に原則として処分権が残るのに対し、一般的処分禁止の場合にはそれが剥奪される点に存する。ただし債権者は、内部的には同意留



保を顧慮しなければならない。<sup>17)</sup>

この説明で、報告書は、債務者の行為制限のあり方について、特定の行為について仮倒産管財人の同意を要する場合、一般的に仮倒産管財人の同意を要する場合、そして一般的に処分を禁止される場合の三段階があることを明らかにする。同意留保と一般的処分禁止の差異は債務者の処分権剥奪の有無の点にある。

このような債務者の行為制限のあり方、及び仮倒産管財人の権限規律のあり方は、旧破産法下における保管人の権限に関する見解の対立を髣髴させる。すなわち前述したように（第一章第四節第二款）、いわゆる第二期の学説は保管人の権限内容の精緻化を目指していたが、ここでは保管人の管理処分権を肯定するアプローチ（Gerhardt など）と、保管人に債務者行為への同意権のみを認めるアプローチ（Henkel, Uhenbruck）とに大別されていたのである。倒産法委員会のメンバーでもあるこれらの論者の対立がここでの規律に反映したことは想像に難くない。ここに、管理処分権の帰属する仮倒産管財人（「強い仮倒産管財人」と称される）と同意権のみが帰属する仮倒産管財人（「弱い仮倒産管財人」と称される）の区別がなされたわけで、かかる区別はドイツ現行倒産法にも受け継がれている。

#### 四 第四項

第四項は、同意留保の場合の第三項に対応し、一般的処分禁止が発令されかつ仮倒産管財人が選任された場合の債務者・仮倒産管財人の地位について規定する。報告書によれば、この場合、債務者は財産に関する処分権を喪失し、仮倒産管財人に移転することになる。<sup>18)</sup>

債務者に一般的譲渡禁止が発令され、かつ保管人が選任された場合につき、保管人に処分権が移転することの可否に付き前述のように議論があったが、第一報告書は、一般的処分禁止が発令されかつ仮倒産管財人が選任された

場合に、仮倒産管財人へ処分権が移転する旨明示したのである。

この点、倒産手続が開始すると、開始決定は原則として破産法における破産宣告決定の効果を有し（要綱一・二・一〇第一項）、倒産財団所属財産に対する債務者の管理処分権は倒産管財人に移転する（同第二項第二文）。従って、一般的処分禁止の発令及び仮倒産管財人の選任による仮倒産管財人への処分権移転は、倒産手続開始及び倒産管財人選任による倒産管財人への管理処分権移転と対応する関係にある。保全処分が手続開始の効果の前倒しすることになる。

もっとも、そのように断言するには未だ考慮を要する。それは、仮倒産管財人の「処分権」が、倒産管財人の「管理処分権」と同じ内容のものであるかが分らないためである。<sup>19)</sup> KOにおける学説、例えば Gerhardt は、保管人に管理処分権が移転するとして、その管理処分権の内容は保全の目的に限定されたものとしていた。そのため彼は、通常の用法に従った管理を超えるような保管人の処分に債務者の同意を必要とし、また、債権者自治の対象たる事項については債務者の同意でも不十分と解していたのである（第一章第四節第二款一）。このような議論が背景にあるとすれば、仮倒産管財人への処分権帰属を認めるに際しては、処分権の内容に関する説明が望まれるところである。

この点、「処分権」の内容に関する報告書の立場は、後述の第六項第二文に関する説明から窺うことができる。

#### 五 第六項

第六項は、仮倒産管財人の義務、及び権限に関する規定である。

まず第一文は、一般的処分禁止（二項c）が発令された場合の、仮倒産管財人の任務範囲を定める。<sup>20)</sup> b、cは、仮倒産管財の保全目的に対応した義務である。特に、企業の継続を保全するという義務は、保管人について業務継

続の権限を認めるK Oの下での判例・通説(第一章第六節第一款参照)をベースとしているものと思われるが、企業継続を権限にとどまらず義務であると明記した点に、倒産手続の実施を充実ならしめるという倒産法委員会の姿勢が窺える。ただ、企業を閉鎖することが認められるのか、認められるとすればどのような要件によるのかは、明らかではない<sup>16)</sup>。

a、b、c各号の義務は、一般的処分禁止の発令と共に選任された仮倒産管財人については、法律上当然に生ずる義務である。これに対し、同意留保が発令された場合には、仮倒産管財人の義務は個々の事情に応じて、倒産裁判所が指定する(第四文)。このような柔軟な規制にしたのは、同意留保の場合には債務者が基本的に財産処分権を有するので、仮倒産管財人の任務範囲も一般的処分禁止発令時と比べ小さいということがあることを考慮したものだといふ。同意留保の効果がより弱いものであることで、この場合の仮倒産管財人の義務は、一般的処分禁止発令時の仮倒産管財人の義務即ち本項一文aないしcの義務を超えてはならないとされる(第五文)<sup>17)</sup>。

次に、仮倒産管財人の権限については、第二文・第三文が規定する。これに関する報告書の説明を、以下に要約する。

仮倒産管財人の権限は、第二文、第三文において、一般的に限定されている。第二文からは以下のこと明らかになる。

即ち、——既に開始手続において行うことのできる——企業の一部または全部の譲渡の際、仮倒産管財人は、要綱一・三・四・二の手続法上の制限(倒産裁判所の同意、債権者委員会——開始手続において例外的に選任することができる——)の承認を顧慮しなければならないということである。第三文は、仮倒産管財人が、仮倒産管財の保全目的に拘束されることを強調する。彼は、保全目的及び彼に課された義務によってカバーされるような行為のみを行うことができる。ただし、彼がその権限を越えたとしても、第三者に対する関係ではその行為は原則として有効であり、明らかに倒産目的に背馳する行為のみが一般原則に従い無効となる<sup>18)</sup>。

以上の説明のうち、第二文に関する説明が注目される。第二文は、「仮倒産管財人の権限は、事前手続における倒産管財人の権限を超えない」という規定である。

ところで、「事前手続」とは、倒産手続開始後に、更生・清算のいずれを選択するかを決定するために行われる手続である(要綱一・一・一第二項)(これに対し「開始手続」とは、手続申立後開始決定までの手続段階を指す)。

倒産手続開始に際しては倒産管財人が任命され(要綱一・三・一・一)、倒産管財人は手続開始後直ちに倒産財団所属財産を占有・管理し、債権者表を作成し(一・三・一・二第一項)、事前手続中は管理処分権の行使に当たり更生を困難にする可能性のある全ての処分を慎み、また、債務者企業の経営をできる限り継続しなければならない(一・三・一・二第二項)。事前手続は、債務者に更生能力がない場合または更生の見込みがないことが明らかない場合には行われず、この場合には倒産手続開始と同時に破産手続を開始する(要綱一・三・四・三)。裁判所は、管財人が企業の状態及び更生の見込みについて報告する期日を定める(要綱一・三・四・三)。そして、更生の十分な見込みがある場合には更生手続開始決定がなされ、更生の見込みがない場合には破産手続開始決定がなされる(要綱一・三・四・四)。倒産管財人は、事前手続において、裁判所の同意・債権者委員会の承認等の条件の下、企業の全部または一部の譲渡をすることができる(要綱一・三・四・二)<sup>19)</sup>。

第一報告書は、以上のような事前手続における倒産管財人の権限を、仮倒産管財人の権限が超えてはならないとしている。事前手続における倒産管財人の管理処分権は、「債務者企業の経営をできる限り継続」するのに必要な限りで行使するもので、更生を困難にする可能性がある処分は許されない。第四項で仮倒産管財人に移転する「処分権」の内容も、これと同様のものと思われる。もっとも要綱は、六項三文で「第一項の手続目的に反する行為をしてはならない」として、仮倒産管財人の権限行使に独自の拘束をかけている。

第六項二文に関する第一報告書の説明は、続けて、「——既に開始手続において行うことのできる——企業の一

部または全部の譲渡の際、仮倒産管財人は、要綱一・三・四・二の手続法上の制限（倒産裁判所の同意、債権者委員会——開始手続において例外的に選任することができる——の承認を顧慮しなければならない）とする。注目すべきは、この説明が、開始手続において仮倒産管財人のもとで企業の譲渡を行えることを前提にしていることである。この点、事前手続における企業の譲渡の意義について、第一報告書は以下のように説明している。

債務者企業の包括譲渡は、更生の可能性を排除する、破産的清算の一形態である。従って、包括譲渡は、手続目的に関する裁判所の判断を先取りするものである。それ故、包括譲渡は、事前手続においては例外であり、特別の留保に係らせなければならぬ。しかし、企業の包括譲渡は、倒産手続の開始段階においても排除されるべきではない。蓋し、債権者はその際、更生よりも著しく有利な地位を得る可能性があり、かつ、譲渡は製造所 (Produktionsstätte) や職場 (Arbeitsplätze) の維持に至る可能性があるからである。<sup>(23)</sup>

企業の包括譲渡は、それだけで手続の帰趨を決する重要な行為である一方で、時機を逸したときの「逸失利益」も大きいものである。倒産法委員会は、そのために、利害関係人の手続保障に配慮しつつ、早期の企業の譲渡を認めたのである。そしてその趣旨を、倒産手続開始前における仮倒産管財にも及ぼしたのである。つまり企業の譲渡に関しては、開始手続における処分権を有する仮倒産管財人は、事前手続における倒産管財人と同一の地位を有するのである。それ故、仮倒産管財人による企業の譲渡の際にも、事前手続における倒産管財人に対するのと同じ手続上の制限（裁判所の同意及び債権者委員会の承認）がかかることになるといっているのであり、非常に注目すべき立場といえよう。<sup>(24)</sup>

このように、仮倒産管財人の権限内容がある程度明らかにすることができる。ただし、企業の全部または一部譲渡以外の重要な行為、例えば不動産や全倉庫商品の譲渡など、債権者委員会の承認事項となっている行為（要綱一・三・一・八<sup>(25)</sup>）を、仮倒産管財人がなし得るのか、その場合の要件如何といった点は明らかではない。

## 第二節 一九九四年ドイツ倒産法における仮倒産管財人の地位と権限

ドイツの現行倒産法 (Insolvenzordnung vom 5.10.1994) [InsoOと称す。以下、特に指摘しない限り、InsoOの規定は条文番号のみで示す]の立法過程は、一九八八年八月の連邦司法省倒産法改正法討議草案 (Diskussionsentwurf)、一九八九年一月の同参事官草案 (Referentenentwurf) を経て、一九九二年四月一五日に連邦政府による草案 (Gesetzentwurf der Bundesregierung) が連邦議会に提出され、<sup>(26)</sup> 連邦議会法務委員会の勧告等を経て一九九四年四月二二日に連邦議会で可決、更に連邦参議院の批判と両院協議会への委託等を経て、一九九四年一〇月五日に公布されるというものであった。<sup>(27)</sup> 現行法は一九九九年一月一日に施行された。<sup>(28)</sup>

InsoOの優先的目的は、東ドイツと西ドイツにおける法統一の実現と並んで、旧破産法・和議法の規律政策的に欠陥のある構造を取り除くことにあった。即ち、「倒産法の非規制化への道」とか「倒産処理の市場適合性への創造への道」といったスローガンで表現される、倒産処理における関係人の私的自治的判断のできるだけ完全な実現である。<sup>(29)</sup> その背景には、清算か更生かという換価方法に関する関係人の私的自治的判断こそが、裁判官の公権的な規制と異なり、市場に適合的で、より高度な経済効率を保證するという認識がある。

かかる目的を基盤とするInsoOの手続的特徴は、破産・和議という複線性を廃した統一的な倒産手続、手続開始段階における債権者集会による倒産手続遂行の方針（清算か更生か）の決定、及び、倒産計画作成の選択及びその内容形成（従来の経営者を維持したままの更生か、譲渡による会社更生か、清算か）における手続関係人のインシアチブ、といった点に現れている。<sup>(30)</sup> このような趣旨を、InsoOは、「倒産手続は、債務者の財産を換価してその収益を配当し、あるいは倒産計画において特に企業の維持のための異なる規律を定めることで、債務者の債権者に対して共同の満足を与えることを目的とする」という目的規定（一条）を設けることで明らかにしている。

破産法の下で問題とされた財団不足への対処も、InsoOの目的の一つである。そのために、倒産開始原因の拡



大)「差し迫った支払不能」の新設)、否認権の強化、及び担保債権者の法的地位の変更(自己換価権の剥奪、費用分担金の負担)等が、InsOにおいて実現されている。<sup>(28)</sup>

#### 第一款 条文

まず、InsOの保全処分に関する規定のうち、本稿の関心となるものを見ていくことにする。<sup>(29)</sup>

#### 第二条 保全処分の命令 (Anordnung von Sicherungsmaßnahmen)

(一) 倒産裁判所は、申立てに関する裁判で債務者の財産状態についての債権者に不利な変更を防止するために、必要とみられるあらゆる処分を講じなければならない。

(二) 裁判所は特に以下のことをすることができる

- 1、仮倒産管財人を選任すること。この場合には第五六条、第五八条から第六六条までの規定を準用する。
- 2、債務者に一般的処分禁止を課すこと、または、債務者の処分が仮倒産管財人の同意によってのみ有効である旨の命令をすること。

3、[略]

(三) [略]

#### 第三条 仮倒産管財人 (vorläufiger Insolvenzverwalter) の法的地位

(一) 仮倒産管財人が選任され、かつ、債務者に一般的処分禁止が課されたときは、債務者の財産に関する管理処分権 (Verwaltung- und Verfügungsbefugnis) は仮倒産管財人に移転する。この場合、仮倒産管財人は以下のことをしななければならない：

- 1、債務者の財産を保全し、かつ維持すること；

2、債務者の経営する企業を、倒産手続開始に関する裁判があるまで継続すること、ただし、財産の著しい減損を避けるために倒産裁判所が企業の閉鎖に許可を与えたときはこの限りでない；

3、債務者の財産が手続の費用を賄うことができるかを調査すること；裁判所は仮倒産管財人に、開始原因が存在するか否か、及び債務者の企業の継続の見込みがどの程度存するかを、鑑定人としての資格で調査するよう、追加的に委託することができる。

(二) 仮倒産管財人が選任されたが、債務者に一般的処分禁止が課されていないときは、裁判所は仮倒産管財人の義務を指定する。その義務は、第一項第二文に基づき義務を超えるものであってはならない。

(三) [略]

#### 第二款 立法趣旨——保全処分観に関する第一報告書との違い——

二二条に関する立法理由は、大要、以下のように述べている。

倒産手続開始の申立てを受理した倒産裁判所は、KO・VGIOと同様に、まず申立てが適法であるかどうかを審理しなければならぬ。それは、申立人の申立権、裁判所の管轄、及び債務者の倒産能力が存する場合である。債権者申立ての場合には、これらに加えて、手続開始に関する法的利益が存在し、さらに開始原因(支払不能、債務超過)及び申立人の債権が疎明されていることが必要である。これに対し、申立ての理由具備性 (Begründetheit) は、開始原因が裁判所によって確定されることを要件とする。かかる要件が存在し、かつ手続費用が賄われることが確定したときに初めて、倒産手続を開始できるのである。

開始原因及び手続費用を賄う財産の存否の確定には、一定の時間を要する調査が必要になることがある。かかる場合には、裁判所は新法の規定に基づき、その間の債務者の財産状態の悪化を防止するための措置を講ずる可能性を有する。本条に対

応する現行法の規定は、非常に不十分にしか規定のない、KOにおける破産宣告前の保全処分（KO一〇六条一項第一、二文）、及びV&G一〇の仮和議管財（V&G一〇一―一二条）である<sup>10)</sup>。

立法理由は、保全処分に関する規定の目的を、倒産手続開始申立てに関する裁判が行われるまでの債務者の財産状態の債権者に不利な変更の防止とする。InsOも、倒産法委員会第一報告書と同じく、倒産手続開始に際し倒産裁判所による手続開始要件の審理・確定を前提としており、そのために申立てから開始までの財産保全のための制度を必要とするのである。

もっとも、法の文言上は、倒産法委員会第一報告書においては「財団の保全」と「倒産手続の実施」が保全処分の目的とされているのに対し、InsO二一条一項においては「債務者の財産状態についての債権者に不利な変更の防止」が目的とされている。InsOの方が、債権者の利益ということをより強調している。これは先に触れたように、InsOが、「債権者に対して共同の満足を与えること」を目的とし、債権者の利益を前面に押し出していることと無関係ではないであろう。それでは、保全処分の目的は倒産法委員会第一報告書とInsOとで異なるであろうか。一見すると、InsOの掲げる「財産状態の債権者に不利な変更の防止」という目的は、倒産法委員会第一報告書の掲げる目的のうちの「財団の保全」の方に対応するようであり、そうすると「倒産手続の実施」に対応するものがないように思われる。

この点、第一報告書における「倒産手続の実施のために不可欠な措置」とは、後の更生手続または清算手続を視野に入れた、持続的または暫定的な企業継続を目的とする措置を意味していた。この点はInsOも、企業継続を仮倒産管財人の原則的義務としているから（二二条一項二号）、仮倒産管財人が企業継続に向けたあらゆる措置を行うことを予定しているはずである。ただ、InsOの企業継続義務は、倒産法委員会第一報告書のそれからは若干後退しており、債務者の著しい財産の減少を防ぐために倒産裁判所の同意を得て企業の閉鎖をなし得ることになっ

ている（第一報告書では、閉鎖は認められていなかった）。

つまり、InsOにおいては、企業継続は債務者財産の減少との兼ね合いにおいて認められるのであって、継続それ自体に独立の意義があるわけではない。企業継続は、「債務者の財産状態の債権者に不利な変更を防止する」処分の一環に過ぎない。従って、企業継続そのものは、保全処分の目的とはいえないことになる。それ故に、InsO立法者は、「倒産手続の実施」を保全処分の目的として掲げなかったのではないか。

要するに、第一報告書においては保全処分の独立の目的となり得た「倒産手続の実施」即ち企業継続が、InsOでは債務者財産の保全という目的の中に解消されてしまっているのである<sup>11)</sup>。このことから、InsO立法者が、債務者財産の保全<sup>12)</sup> 現状維持のための制度として保全処分を捉えていることが分かる。この点、第一報告書が、倒産手続（特に更生手続）実施の準備のための制度として保全処分を捉えていたのと異なる。そして、このような第一報告書とInsOの立場の違いは、究極的にはその手続理念の違い——企業所有者の再建（企業清算の回避）を優先する<sup>13)</sup>か、全ての換価方法（再建・清算・譲渡による企業更生）を等価値とするか——とも無関係ではないであろう。

このようなInsO立法者の、現状維持のための制度という保全処分観は、後に見るように、仮倒産管財人の権限の内容にも影響を及ぼしている。

### 第三款 仮倒産管財人の法的地位・権限

以下では、具体的にInsOにおける仮倒産管財人に関する規定を検討していく。InsOにおける規定は、KOのそれに比べれば飛躍的に充実している。ただ、規定の中身を見る限りは、InsOの保全処分の枠組は、倒産法委員会第一報告書のそれを基礎としているといつてよい<sup>14)</sup>。特に討議草案においては、同報告書の内容をほぼ忠実

に踏襲していた（その後、参事官草案・政府草案を経る中で、若干の修正が行われている）。

InsOの規定を検討する上での視点は、以下の二つである。

第一に、倒産法委員会第一報告書との関係である。同報告書の保全処分の枠組みは、企業更生と再建の結合（Vernetzung）という基本理念の下に構想された倒産手続の枠内にある。これに対しInsOでは、倒産手続の目的として債権者の共同的満足が掲げられ、企業の再建といふことは倒産処理手続の第一義的な目的ではなく債権者満足の一手段ではない。このように、明らかに基本理念の変更がある以上、InsOの規定解釈の一助として同報告書の立法理由を援用することには注意が必要である<sup>(35)</sup>。

第二に、KOの保全処分に関する法の規定とそれに基づいた議論が、InsOの規定にどのように反映しているかということである。InsOの規定により、Sequestrationに関する破産実務におけるプラグマティックな取扱いが、法的規律に高められたとされている<sup>(36)</sup>。しかし、KOの下での問題点がInsOによって全て解決されたのか、むしろ新たな問題が生じていないか、検討する必要がある。

#### 一 立法理由

倒産裁判所は、債務者の財産状態の債権者に不利益な変更を防止する措置の一環として、仮倒産管財人を選任することができる（InsO二条二項一号）。仮倒産管財人の制度が、KOの解釈に基づく保管人を実定法上の制度とし、その法的地位、権限、義務を法定する意図で設けられたことは明らかである<sup>(37)</sup>。それは、倒産法委員会第一報告書の路線の継承を意味する。

仮倒産管財人の法的地位の詳細——権限・義務——に関しては、二二条が規定する。

仮倒産管財人が選任され、かつ一般的処分禁止が発令された場合、債務者の財産に関する管理処分権

（Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis）は仮倒産管財人に移転する（二二条一項一文）<sup>(37)</sup>。一方、一般的処分禁止が発令されることなく仮倒産管財人が選任される場合は、債務者の財産に関する管理処分権は債権者にどまり、仮倒産管財人には移転しない。この場合には、債務者の処分が仮倒産管財人の同意を得てのみ有効である旨の命令（二二条二項一号）が発令されていれば、仮倒産管財人は債務者の処分に關する同意権を有することになる<sup>(38)</sup>。

このような仮倒産管財人の権限の段階構造は、倒産法委員会第一報告書を踏襲するものである（要綱一・二・三第三項、四項参照）。特に、仮倒産管財人の選任及び一般的処分禁止の発令により、管理処分権（「処分権」のみではない）が仮倒産管財人に移転すると明示的に規定したことは、KOと参照してやはり意義があるといふべきである<sup>(39)</sup>。

では、その場合の仮倒産管財人の「管理処分権」とは、いかなる内容を有するものであるか。仮倒産管財人の管理処分権について、立法理由を見てみよう。

債務者に一般的処分禁止が課された場合には、仮倒産管財人は既に債務者の財産に関する完全な管理処分権限を取得する。

もっとも、仮倒産管財人は、手続開始に関する裁判までの財産保全という目的に必要であるという限りでのみ、管理処分権を行使することができる（一項二文一号参照）。例えば、傷みやすい物品の緊急売却（Notverkauf verderblicher Waren）がこれに属する<sup>(40)</sup>。

以上のような説明によって想起されるのが、保管人の権限に関するBGH判例である。BGH判例における保管人の権限の理解は、「保管目的の枠内で、債務者財産の維持、保管（Bewahrung）、及び通常の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る」というものであった（第一章第五節参照）。かかるBGHの立場を、InsOは踏襲したものと評価が可能であろう<sup>(41)</sup>。少なくとも、かかる権限が仮倒産管財人に認められるという点に対しては、学説においても異論がないものと思われる。



問題は、仮倒産管財人の管理処分権の限界である。立法理由は、仮倒産管財人の管理処分権行使の一例として、「傷みやすい物品の緊急売却」を掲げる。財団の保全及び維持という仮倒産管財人の義務（二二条一項一号）に鑑みると、仮倒産管財人の管理処分権はこのようなものに限られるとも考えられる。<sup>42)</sup>

立法者（正確には政府草案起草者）が仮倒産管財人をこの程度のもので十分であると考えていたとすれば、そこからは、先にも触れたように、立法者の非常に消極的な保全処分観を看取できよう。つまり、仮にできるだけ早期かつ効果的な倒産処理を目指すのであれば、保全処分段階における倒産処理の一部前倒しを容認せざるを得ず、そのために仮倒産管財人に十分な権限を付与しておく必要がある。倒産法委員会第一報告書はまさにかかる考え方に立つのであり、利害関係人の利益保護に配慮しつつ、仮倒産管財人による企業の包括譲渡の可能性を肯定している。しかし、InsOの立法者は、少なくとも表面的には仮倒産管財人にそのような権限を認めていない。これは、保全処分段階における倒産処理の前倒しに消極的だからであるとの推測が成り立つ。

勿論、それは政府草案起草者が誰にも批判を受けないような典型例を示しただけであって、実は起草者は仮倒産管財人の管理処分権の内容をこれに限る趣旨ではなかった、との考え方もあり得ないではない。仮に、そのような考え方に立つとすると、倒産法委員会第一報告書が「事前手続における倒産管財人の権限」を限界としているのに対して、InsOは特別な限界を規定していないことが問題となる。そこで、管理処分権の限界を設定するためには、立法理由にいう「財産保全の目的」の内容をどのように理解するかにかかってくる。この点の検討は、KOの保管人の権限に関するBGH判例が保管人の管理処分権について「保管目的」という限界を設定した後に行われても良かったはずであるが、KOの下では必ずしも本格的にはなされていなかった。

## II Pohmannの見解

InsOの規定に則って「保全目的」の内実を検討したのがPohmann<sup>43)</sup>である。彼は、保全目的(Sicherungszweck)とWertungの意味が内包されているとみる。

即ち、第一に、倒産に関わる全ての利害関係人の利益のために、債務者財産の全体としての価値を維持するといふことである(価値維持利益(Werterhaltungsinteresse))。これは、全ての倒産債権者の平等の満足を目指すといふ、手続開始後の倒産管財人に課される任務に対応するものである。<sup>44)</sup> 通常、保全目的として想定されるのは、価値維持利益の保護である。

しかし、Pohmannによれば、保全目的にはもう一つの意味が加えられるとする。即ち、債務者のために、具体的な財産状態が変更されるはならないといふことである(現状維持利益(Bestandsertaltungsinteresse))。これは、保全処分が発令される段階においては、債務者の倒産が確定されておらず、手続が開始しない可能性があるからである。手続の開始に至らなかったとき、債務者はその財産で従来と同様に業務を継続することが、原則として可能でなければならない。そうだとすれば、仮倒産管財人は原則として、管理財産の目的物を債務者の意思によらずまたはそれに反して換価し、債務者が構築した具体的な財産の現状(konkreter Vermögensbestand)を解体してはならないといふのである。<sup>45)</sup>

このように、手続開始後に倒産管財人が倒産財団所属財産を占有・管理する(InsO一四八条)と比較した場合、この債務者の現状維持利益への配慮が必要となるということが、手続開始前の財団保全の特徴であるといふことになる。<sup>46)</sup> その場合には、債務者が自己の財産に設定していた目的ないし方向性が問題になる。かかる財産の目的・方向性を大きく変える措置を仮倒産管財人が行う場合、債務者の現状維持利益との調整が必要になる。前記立法理由が、特に「傷みやすい物の緊急売却」を管理処分権行使の一例として掲げるのは、かかる債務者の現状維持利益



に鑑みると理解できる。かかる措置は、債務者の設定した財産の目的を大きく変えるものではないからである。<sup>(47)</sup>

以上のPohlmannの議論は、保管人の権限行使の際に斟酌すべきとされた利害関係人（債務者・債権者）の利益を、「保全目的」の中に取り込むものである。<sup>(48)</sup>

このように、保全目的の意味を全利害関係人のための価値維持利益・債務者のための現状維持利益の二通りに解したとき、仮倒産管財人はその権限行使に当たってこれらの利益が不当に侵害されないか吟味しなければならないことになる。しかし、そのように仮倒産管財人の注意義務に解消できる事項ばかりではなく、中には、倒産手続のシステムとして他の機関による掣肘が望ましいと考えられるような重要な事項もある。従って、それぞれの利益に則し、望ましい掣肘のあり方を考える必要がある。この点、KOでの解釈論においても、破産手続における権限分配を、保管人の権限行使に反映させよとの議論が有力であった（第一章第四節第二款参照）。このような議論を、Insoの仮倒産管財人についても当てはめるべきとするのがPohlmannの立場である。<sup>(49)</sup>

Pohlmannの見解による、仮倒産管財人の権限行使のあり方は、大要以下の通りである。

（価値維持利益の観点からの）保全目的に基づき必要とされる措置は、原則として仮倒産管財人が単独でなし得る。

その際、債務者の同意も、倒産裁判所の許可も要しない。蓋し、その場合仮倒産管財人は、その保全任務（Inso二二条一項一文一号）を——二二条一項一文に基づき彼に移転された——完全な管理处分権限に基づき履行しているに過ぎないからである。<sup>(50)</sup>

価値維持利益の観点からの保全目的に基づき必要とされる措置でも、特に重要なものである場合には、倒産裁判所の許可を要する（一六〇条类推）。<sup>(51)</sup> 債務者は、倒産裁判所の許可の前に、仮倒産管財人からなすべき措置についての通知を受け（一六一条一文类推）、<sup>(52)</sup> その措置に対する異議を倒産裁判所に申し立てることができる（一六一条二文类推）。<sup>(53)</sup>

これは、概ね、以下のような考慮に基づくものである。即ち、倒産手続開始の確定していない段階では、債務者の現状維持利益が重視されるため、それを著しく侵害するような措置を仮倒産管財人が行おうとするときは、中立的に全手続関係人を平等に保護する任務を負う倒産裁判所が、債務者の利益を守らなければならない。<sup>(54)</sup> 一方、債権者は開始後の手続においてさえ「特に重要な法的行為」（一六〇条参照）の場合にしか倒産管財人の経済的処分を掣肘できないので、（倒産手続開始が未だ確定していないために）債務者財産が債権者の共同の満足に未だ供されていない開始手続においては、その形式的関与権限は手続開始後よりもより広いということはない（手続開始後ほどの保護を受けるわけではない）。通常は、債務者財産の価値維持の利益は、仮倒産管財人によってのみ保障されているのであり、義務の違反の際に仮倒産管財人の責任を問えるに過ぎない（二二条、六〇条）。<sup>(55)</sup> 従って、債務者・債権者の利益を合理的に保護するために、法技術的には、手続開始後における一六〇条、一六一条の保護システムを参照できる。一六〇条は、債権者委員会もしくは債権者集会の関与を必要としているが、債権者の範囲が確定されていない以上債権者集会の招集は不可能であるし、債権者委員会の設置（六七条一項参照）も手続開始前には認められないと言わざるを得ない。<sup>(56)</sup> この点、立法者は、手続開始後には債権者委員会の同意事項としている（一五八条一項）企業閉鎖を、手続開始前には倒産裁判所の許可事項としているから（二二条一項二文一号）、開始手続における債権者利益の保護は倒産裁判所の任務とする趣旨であると解すべきである。こうして、一六〇条の保護システムに則り、倒産裁判所が全利害関係人——債務者・債権者——の利益を保護すべきである。しかし、それだけではなく、一六一条を援用し、債務者への事前の通知（同条一文）を要求し、かつ債務者の申立てによる措置の仮の差止めの可能性を提供する（同条二文）のが妥当である。それによって、債務者の意見を、仮倒産管財人や倒産裁判所の判断に反映させることができる。<sup>(57)</sup>

（価値維持利益の観点からの）保全目的に照らし必要措置とは言えないが、経済的に有利な措置である場合には、債務者の同意を要する。これは、以下の考慮に基づく。

債務者の倒産が未だ確定しないとき、債務者の現状維持利益は、——たとえそれが観念的性質を有するに過ぎず経済的に

は正当化されないように見えるものでも——、基本的に債権者の換価利益に優先する。かかる原則は、個々の場合に有利な譲渡可能性が存する場合でも、変わるところはない。債務者の同意により初めてその現状維持利益が後退するのであり、そのとき、仮倒産管財人は全利害関係人のために、単なる財産保全にとどまらず財産増殖措置ができるようになる<sup>(89)</sup>。

以上のような Pohnmann の見解は、KO における学説と同様、関係人自治の趣旨を手続開始前の段階にも実現しようとする試みである。先に述べたような InsO における債権者自治の強化に鑑みると、関係人自治の手続開始前への前倒しというのは、筋の通った考え方であるといえる。

ただし、InsO が手続申立てから開始までの手続的段階を、前述のように消極的に捉えているとすれば、かかる解釈論的試みも徒勞に帰す可能性はある。ともあれ、仮倒産管財人の権限行使のあり方について彼の見解が具体的場面でのような結論をもたらすかは、この後で見ていくことにする。

#### 第四款 仮倒産管財人の行う措置の具体例

以下では、管理処分権の帰属する仮倒産管財人を念頭に、主な措置について検討する。

##### 一 企業継続・閉鎖

(一) InsO では、企業継続は、債務者財産の管理処分権が仮倒産管財人に移転した場合の義務の一つである(二二条一項二文二号)。立法者は、特にこの企業継続が、「債務者の財産状態についての債権者に不利な変更を防止する」という保全処分の目的(二二条一項参照)の達成のための中心的な措置であることを示唆している<sup>(90)</sup>。KO の下では、企業の継続によって、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をもたらす、ひいては破産

手続における破産財団の有利な価格での換価——特に営業譲渡——が可能になると説かれていた(第一章第六節第一款参照)。このような企業継続に対する肯定的な価値判断を、InsO も意識していたことは疑いない<sup>(91)</sup>。

仮倒産管財人の企業継続に関する権限は、債務者や倒産裁判所の同意を要件としていない。従って、その権限は直接二二条一項二文二号から導くことができる固有のものである<sup>(92)</sup>。

そして、企業継続に伴い生ずる債務が財団債務とされる旨の明文規定も置かれることになった。即ち、財産管理処分権の帰属する仮倒産管財人によって生ぜしめられた債務は、手続開始後は財団債務となる(InsO 五五条一項一文。企業継続に必要な資金調達のために融資を受けた場合など)。また継続的債務関係に基づく債務は、仮倒産管財人が反対給付を請求した場合には、財団債務となる(同項二文。仮倒産管財人が雇用を継続する従業員の給料債権など)<sup>(93)</sup>。

(二) 以上の企業継続義務は、倒産法委員会第一報告書を踏襲したものである。しかし、InsO では、仮倒産管財人の企業継続義務の例外を認めている。即ち、InsO では、一定の要件の下で債務者企業を閉鎖することができることになった<sup>(94)</sup>。これは、企業継続によって損失が生ずる場合、二二条一項二文一号の債務者財産の維持・保全の義務に反することになるといふ批判を受けたものと思われる。

企業閉鎖は、「財産の著しい減少 (Verringerung) を防止するため」に必要であって、かつ倒産裁判所がそれに許可した場合に限り、適法である。立法理由は以下のように述べる。

仮倒産管財人は、その選任前に経営が停止されていないときには、原則として開始手続の間、債務者の企業を継続しなければならぬ。ただし、個々の場合においては、債権者の利益のために必要な場合には、著しい損失 (Verlust) を計上しかつ再建の見込みのなく (keine Aussicht auf Sanierung) 企業を、開始手続において既に全部または一部閉鎖することが望ましいことがある。それは、裁判所の許可によって、許容されるべきである (一項二文二号)<sup>(95)</sup>。

即ち、条文にいう「財産の著しい減少」とは、「著しい損失を計上し再建の見込みのない」状態を指すことになる。<sup>(87)</sup> 逆に、そのような明白な状態がなければ、企業閉鎖をすべきでなく、企業継続の義務を履行しなければならないというところになる。<sup>(88)</sup> このことは、場合によっては仮倒産管財人に困難を強いる可能性も考えられないではない。<sup>(89)</sup> ともあれ法は、そのような経済的要件を満たし、かつ倒産裁判所の許可という手続的要件を満たせば、企業の閉鎖を認める。この点、KOの下では、確かに破産裁判所の許可を得れば適法に業務閉鎖できるとい見解も相当数存在したが、他方で債権者自治の原則に配慮したり、あるいは業務閉鎖の効果の重大性に鑑み債務者の同意を要求したりする見解も有力であった(第一章第六節第二款)。かかる見解は、InsOの解釈論にも影響を与えるのである。<sup>(90)</sup>

この点、Pohmannは、二三条一項二文二号は開始手続における企業閉鎖に関する独立の完結的な規定であり、債権者も債務者も閉鎖に関する判断に関与することはできないと結論づける。<sup>(91)</sup> まず債権者に関して、以下のように述べる。

確かに企業閉鎖は、報告期日における債権者集会の決議事項で(一五七条)、かつ報告期日前の閉鎖については債権者委員会の同意を要するとされている(一五八条一項)。しかし、債権者委員会が設置されていない場合には、閉鎖の前に債務者に通知すれば、単独で企業閉鎖を行うことができるのである(一五八条一項一文参照)。ただし債務者の申立てにより裁判所の命令で閉鎖措置が取り消されることもある。同二文。これは、企業閉鎖を債権者機関が組織されるまで延期すれば著しい財産損失が生じうるために、企業閉鎖を緊急措置として行うべき場合があるという考慮に基づくものである。この場合には、債権者の利益は倒産管財人が斟酌しなければならず、不当に損害を生じさせれば倒産管財人の責任(InsO六〇条参照)として処理される。このような考慮は、手続開始前の仮倒産管財人による企業閉鎖にも及ぼすことができる。<sup>(92)</sup>

次に企業閉鎖の判断への債務者の関与可能性に関しては、Pohmannは以下のように議論を展開する。

確かに、倒産手続開始が未だ確定していない手続開始前の段階では、債務者の現状維持利益を斟酌しなければならない。しかし、企業閉鎖を債務者の同意にかからせることは、特に同意の拒絶が必ずしも正当な動機から出るものではなく、その結果債権者の利益を害する可能性が高いことから、妥当ではない。債務者の利益は、客観化された基準で判断すべきである。そうすると、仮倒産管財人による企業閉鎖は、債務者自らもたらした状況の経済的帰結、即ち理性的な企業家であれば当然行うはずの判断に基づくものに過ぎない。その判断が不当なものであって債務者を害する可能性はあるが、法は倒産裁判所の関与を必要なものとするので対処している。これは、手続開始前においては手続開始後よりも債務者の利益を保護すべきであるという法の価値判断を表すものである(手続開始後の閉鎖においては、債務者の申立てがなければ倒産裁判所は関与できない。一五八条二項参照)。ただ、債務者に異議を述べる機会を与える意味で、仮倒産管財人に閉鎖前の通知を要求するのが妥当である(一五八条二項類推)。<sup>(93)</sup>

## 二 財産換価

InsOは、KOに比べ、裁判所の保全処分による手続開始の効果の前倒しを広く認めている(二二条二項二号三号、二二条一項一文、二四条一項二項、五五条二項など)。しかしそれは、開始後の手続の全面的な前倒しまで許容するものではない。特に財産の換価は、InsOにおいても、手続開始後における倒産管財人の中心的任務である(一五九条参照)。<sup>(94)</sup> 従って、一般的処分禁止発令の有無を問わず、原則として仮倒産管財人には財産換価は認められない。その理由は、第一に、倒産手続開始が確定しない限り債務者は回復不能な財産喪失から守られるべきであること、第二に、倒産手続開始後の債権者の判断権(InsO一五七条)が先取りされるべきでないことである。<sup>(95)</sup>

前出の立法理由からも明らかのように、仮倒産管財人の管理処分権は、手続開始に関する裁判までの財産保全と



いう目的から必要とされる限りで、行使が可能なものである。立法理由も、仮倒産管財人の管理処分権行使の典型例を、「傷みややすい物の緊急売却」としている。従って、K Oの下における第一期の論者の見解——保管人に包括的かつ独立の換価権を認める——(第一章第四節、第六節第二款参照)は、In s oによって否定されたことになる。<sup>(67)</sup>

それでは、仮倒産管財人の財産換価権を、いかなる内容のものとして解すべきであろうか。まず、前記立法理由に照らせば、保全目的に必要な財産換価であれば、仮倒産管財人はその管理処分権に基づき行うことができる。されよう。それは、二二条一項一文、二文一号から導かれる仮倒産管財人の独立の権限であって、債務者や倒産裁判所の関与を要しないものと見ることができるとする。そのような場合として、例えば立法理由の掲げるような傷みややすい物の緊急売却、あるいは保存・貯蔵等に不当に多額の費用のかかる物の売却も考えられる。<sup>(68)</sup> また、通常の業務の過程で完成した製品の売却も、それ自体は物の価値の保全に不可欠な措置とはいえず、財団のための業務継続の一環として、二二条一項二文二号からその権限を導くことができよう。<sup>(69)</sup>

次に、通常の業務過程にないが、保全目的(価値の維持)のために行う物の売却についてはどうか。Pohmannの前述の枠組に従うとすれば、一六〇条、一六一条のシステムに乗せることになる。つまり、倒産裁判所の許可を要件とし、かつ債務者には通知して異議の機会を与える、ということである。<sup>(70)</sup>

最後に、通常の業務過程になく、しかも価値の維持のために必要というわけではないが、経済的に有利である(価値が増殖される)ことを理由として行う売却についてはどうか。Pohmannによれば、債務者の現状維持利益を害するため、その同意がない限り行えないということになる。<sup>(71)</sup> 即ち、債務者が同意したときには、債務者がその利益を放棄したのであるから、保全目的に内包された現状保護要素による管財人の権限への制約は、消滅したことになる。その結果、価値保全のために必要不可欠というわけではないが、経済的観点から有益である換価措置が、

開始手続においても可能になる。その場合、債権者はそれによって不利益を被ることはない」とPohmannは説く。蓋し、その場合にも勿論管財人は保全目的の価値維持要素に拘束され、特に重要な判断の際には追加的に一六〇条の類推により倒産裁判所の許可を必要とするからである。

仮倒産管財人が一六〇条・一六一条等の制限を逾越した場合であっても、その行為の有効性は影響を受けない(二六四条準用)。また仮倒産管財人は、換価に同意した債権者に対しては損害賠償責任を負わず、その他の債権者に対しては最適でない換価の場合だけ損害賠償責任を負う。<sup>(72)</sup>

### 三 事業譲渡

K Oの保管においては、債務者の同意があるか、または破産手続開始が確実に予測されかつ債務者財産の保全の観点から絶対必要であるという場合でなければ、保管人による事業譲渡が適法となる可能性がない。そのように説くのが、B G Hの判例であった(第一章第六節第三款参照)。これに対し、倒産法委員会第一報告書は、事前手続における倒産管財人と同様の要件、即ち債権者委員会の承認・倒産裁判所の同意などを満たすことで、仮倒産管財人による企業譲渡を認めていた(本章第一節第二款五参照)。

In s oは、仮倒産管財人による事業譲渡の適法性、ないしその要件について規定を置いていないし、立法理由において触れてもいない。この点については、仮倒産管財人の管理処分権に関する立法者のイメージを——緊急売却に限定されるという——消極的なものと理解するとすれば、In s oの下では、事業の譲渡を仮倒産管財人が行うことはできないということになる。<sup>(73)</sup> 確かに、事業譲渡は、立法理由が典型例として掲げる「傷みややすい物の緊急売却」からは、最もかけ離れたものであるし、K Oの下で判例・学説が事業譲渡に関して活発に議論を展開したにもかかわらず、法があえて沈黙しているのは、それを許容しない趣旨であるとの考え方もあり得よう。<sup>(74)</sup>



(一) Gerhardt の見解  
 しかし、InsOの下でも、例外的に許される場合があるとする論者がある。例えばGerhardtは、KOにおける自説(第一章第四節第二款一参照)を踏まえ、大要以下のように説く。

仮倒産管財人の権限制限の目的は、第一に、債務者利益の保全にある、けだし未だ倒産が確定した状態でないから。譲渡に対する債務者の同意によって彼の利益が代表されたことが保障されるので、仮倒産管財人の責任も排除されるだろう。更に債権者の利益との関与に関する問題が出てくる。一六〇条二項一号によれば債権者委員会ないし債権者集会の同意が企業譲渡には必要である。このことは開始手続には援用され得ない。譲渡に同意を与えうる仮債権者委員会は予定されていない。それゆえ債権者の利益は譲渡の際には代表されないだろう。ただ、譲渡が「経済的に裏付けられた、倒産債権者の利益において債務者財産の保全のために絶対に必要なことでありうる」場合、二二条二項二文二号類推適用により、倒産裁判所の許可があれば、債務者の同意を要せずに仮倒産管財人の事業譲渡が認められよう。手続開始前の譲渡によって、手続開始後より高額の収益が可能となる場合には、債権者にとつての損害は生じない。<sup>(87)</sup>

要するに、債務者の同意があれば譲渡ができるし、又は債務者の同意が得られなくとも譲渡が債務者財産の保全にどうしても必要であれば二二条二項二文二号を類推適用して倒産裁判所の許可を得て譲渡ができるということである。<sup>(87)</sup>

#### (二) Pohmann の見解

他方で、債権者の手続保障があれば事業譲渡が許容される旨示唆する論者がある。<sup>(88)</sup> 確かに、事業譲渡は、特に重要な法律的行為の一つとして、手続開始後であれば債権者委員会ないし債権者集会の同意を要する事項であるから(InsO一六〇条二項一号)、手続開始後の債権者自治に委ねるのが法の趣旨ではある。しかし、一六〇条は債権者に対する手続保障を要求する趣旨だと理解すれば、逆に手続保障があれば手続開始前でも行うことができるとの

結論も考えられなくはない。

この関連で、「特に重要な法律的行為」についてInsO一六〇条、一六一条の保護システムを活用するPohmannは、事業譲渡に関しては以下のような議論を展開する。

企業譲渡は原則として、それが経済的に企業閉鎖のマイナス措置(Minusmaßnahme zur Betriebsstilllegung)として理解される場合のみ、考慮される。即ち、二二条二項二文二号に基づく企業閉鎖を避けるべきとすれば、開始手続における企業譲渡も、原則として他のいかなる措置でも不可避免的に企業の閉鎖に至ってしまうような場合にそれを回避する措置としてのみ考慮することができる(予防的企業譲渡)。この場合、二二条二項二文二号の要件が満たされなくてはならない。更に、仮倒産管財人は、譲渡による収益が、少なくとも企業閉鎖の場合の企業の仮定的残存価値(hypothetischer Restwert)に相当するか否かを、調べなければならない。というのは、債務者及び債権者は、企業閉鎖の場合より不利に陥ってはならないからである。このように、企業閉鎖の代わりに予防的に行う企業譲渡が原則の場合であり、その場合に二二条二項二文二号類推に基づき倒産裁判所の許可が必要であるが、債務者の同意は不要である(ただし二六一条二文類推による通知は必要である)。<sup>(89)</sup>

それ以外の場合は、債権者の利益に鑑み、例外的に非常に有利な換価可能性(exorbitant günstiger Verwertungs möglichkeit)があり、債権者機関の同意(一六〇条二項一号)が推定できる場合のみ、債務者の同意及び倒産裁判所の許可の下、仮倒産管財人は企業譲渡をなし得る。以上のような原則は、個々の企業部門の譲渡にも援用される。<sup>(90)</sup>

「企業閉鎖のマイナス措置」としての事業譲渡の位置づけは、他の文献においてもしばしば引用される。即ち、企業閉鎖という激変の緩和措置として事業譲渡を捉えるのであるあり、この措置をとらなければ企業閉鎖の要件が満たされるという場合に、(債務者の同意を必要とせず)倒産裁判所の許可を持つてなし得ることになる。二二条二項二文二号を類推する、巧みな解釈論である。<sup>(91)</sup> この企業閉鎖の要件が満たされない場合には、債務者の同意があ

り、かつ非常に有利な条件での譲渡であるため債権者機関の同意が推定されるとして倒産裁判所が許可する場合のみ、事業譲渡ができるということになる。これはOLG Düsseldorf, ZIP 1992, 344の判示（第一章第六節第三款三参照）を念頭に置いており、この場合には、債務者・債権者双方の利益を斟酌した規律が行われることになる。

### (三) Marotzkeの見解

Pohlmannに匹敵する詳細な議論を展開したのがMarotzkeである。彼の見解の骨子は以下の通りである。<sup>94)</sup>

仮倒産管財人による企業譲渡は原則として、債務者の同意を必要とするということである。法人の場合には常に、その一般的代表機関の同意、事情によっては持分権者の特別な関与行為<sup>95)</sup>を要件とする。<sup>96)</sup>

開始申立てが債権者でなく債務者によってなされていた場合でも、仮倒産管財人は企業を債務者の同意なくして譲渡することは許されない。蓋し債務者は、なかならず、債務を清算しこれまでの企業活動の継続を可能にする内容の倒産計画を提出すべく、倒産手続を申し立てることができるからである。<sup>97)</sup>

仮倒産管財人による企業継続が「財産の減少」をもたらし、かつそれが倒産裁判所が仮倒産管財人に企業閉鎖を許可する（二二条一項二文二号）ほどに「著しい」場合には、債務者の同意は企業譲渡の適法要件ではない。<sup>98)</sup>

債権者の関与のために、手続開始前において仮債権者委員会を設置することも、それを禁ずる法規定はない。<sup>99)</sup> もっとも法は、手続開始前においては、債権者集会・債権者委員会の設置を予定していない。また、仮倒産管財人が債権者のコントロールに一般に服するという明文の規定もない。そこで、仮倒産管財人による企業閉鎖（二二条一項二文二号）を背景とすれば、企業の譲渡もそれに準じて倒産裁判所の許可に係らせることが想定される。しかし、債権者委員会不存在の際に倒産裁判所が企業譲渡の許容性を判断しなければならぬとの観念的な出発点は、法律の意義での必要な厳格性に沿わない。反対に、類推適用や法創造によってかかるコン

トロール機能を倒産裁判所に付与しようとする者は、立法の最終段階で強力になった趨勢——「裁判所の負担軽減と手続簡素化」を根拠に政府草案で予定された倒産裁判所の任務を最小限にまで縮減する——に、逆行するものである。また企業の譲渡は、閉鎖よりも債権者の利益にかなうものと推定される。従って、二二条一項二文二号所定の企業閉鎖への裁判所の許可の要件の類推適用は、企業譲渡の場合には排除される。<sup>100)</sup>

仮債権者委員会が設置されない限り（されればその同意を得る必要がある）、仮倒産管財人は、意図する企業譲渡が債権者の見地からもしも是認される外観を有するか、自ら判断しなければならぬ。その際は、二二条一項二文二号（開始手続）又は一五八条二項二文（開始手続から報告期日までの期間）に基づき企業閉鎖の許容性を判断する際に倒産裁判所が用いるのと類似する、厳格な基準を当てはめなければならず、閉鎖よりも緩やかな基準で譲渡を容認することは認められない。というのは、企業譲渡も、企業閉鎖と同様、企業の運命に関する基本たる判断は報告期日かその後初めて行われる（一五六条以下、一六〇条以下参照）という立法者の指針たる考えから明らかに逸脱しているからだ。仮倒産管財人は従って、譲渡の機会を、全ての事情の慎重な調査に基づき、時機を逸すれば管理財産の「著しい」減少をもたらすであろう（二二条一項二文二号、一五八条二項二文参照）との結論に至ったときのみ、活用してよい。<sup>101)</sup>

開始手続で選任される仮倒産管財人は、真の倒産管財人と同程度には常に組織化もしくは代表された債権者集団の意思に従うものではない。さしあたり広範な固有の責任において、一方で債権者の保全利益、他方で債務者の私的自治との間の中庸を行かなければならないのである。完全な権限を有する仮倒産管財人が選任された場合でも、債務者は開始申立てに関する裁判前には、債権者に対する関係で最終的に財産を喪失したものと扱われてはならない。他方、企業譲渡の際の関与権をも包含するであろう真の債権者自治（一六〇条以下）は、倒産裁判所が開始申立てを理由あるものと判断しかつ債務者財産が責任法上債権者に割り当てられる時期から

初めて主張しえるのである。法的な「効果前倒し」を正当化するような債権者の手続開始への期待権というものも存在しない。真の債権者自治は開始後の手続で初めて存しうるのである<sup>10)</sup>。

Marotzke は「このように論じ、仮倒産管財人による手続開始前の事業譲渡については、原則として債務者の同意を要すること」(一)、例外的に企業閉鎖をもたらすような財産減少のおそれがある場合には債務者の同意を要しないこと(二)、債権者の利益保護のために仮債権者委員会設置の余地を認めるが(三)、仮に設置されない場合であってもセーフティネットとしての倒産裁判所の許可は不要で(四)、仮倒産管財人は自らの責任で譲渡の是非を判断しなければならず、その際には企業閉鎖と同様の状況があるかを吟味すること(五)を指摘する。そして仮倒産管財人の「中庸」的地位、すなわち債務者の利益を尊重しつつ、債権者自治にも(手続開始後ほどではないもの)一定の配慮を示すべきこと(六)を説くのである。

Marotzke の枠組みは、あたりは Gerhardt さん軌を一にするが、あたりで倒産裁判所の関与を排除して仮倒産管財人の自己責任を強調する点が特徴的である。

### 第三節 二〇〇七年改正倒産法成立過程の議論——仮倒産管財人の事業譲渡の可否を巡って

#### 第一款 連邦・州ワーキンググループによる報告書

##### 一 経緯

一九九四年に改正されたドイツ倒産法は、一九九九年一月一日に施行されたが、程なくしてその規定の多くが実務に適合していないとの理由で、改正議論が開始された。一九九九年六月には、ドイツの各州の司法省と連邦司法省で構成される第七〇回司法大臣会議において、連邦及び州の専門家による「連邦・州ワーキンググループ」が設置された。このグループは、一九九四年倒産法の問題点を分析し、改正の可能性を指摘するという任務を課された。

同グループによる消費者倒産手続の調査・報告は、まず二〇〇二年一月一日施行の改正倒産法に結実した。続いて同グループは、通常倒産手続 (Regelinsolvenzverfahren) について調査・審議を行うことになった。審議は、各州と連邦の専門家により、倒産管財人の選任、事業譲渡と財産の処分、倒産における労働法・租税上の問題を検討する部会に分かれて行われた。この部会の審議を踏まえて、通常倒産手続の問題点及び改正の提案を内容とする最終報告書(以下「報告書」と称)がまとめられ、二〇〇二年六月に開催された第七三回司法大臣会議において提出された<sup>11)</sup>。

この報告書を受けて、二〇〇三年四月にドイツ司法省の手になる討議草案が公表され<sup>12)</sup>、その後二〇〇四年九月の参事官草案、二〇〇六年二月の連邦政府草案の公表を経て、二〇〇七年七月一日には改正倒産法として施行されるに至ったのである。

以下では、本稿の問題関心である、倒産手続開始前における仮倒産管財人による事業譲渡に関する提言についてみることにする。

#### 二 ワーキンググループ報告書の内容

##### (一) 問題状況

報告書によれば、ドイツ弁護士会 (Deutscher Anwaltverein) <sup>13)</sup> を含む実務家側から、以下の要望が出されている。すなわち、仮倒産管財人に(あるいは少なくとも報告期日前の倒産管財人に)、譲渡再建の方法で債務者企業を譲渡する可能性を認めるべきである、と。

この点 InsO では、倒産手続の開始決定がなされた後に、選任された倒産管財人が債務者の経営の状況を勘案して倒産裁判所に対して企業の再建の可能性を報告し、この報告に基づき債権者集会において倒産手続の続行が決



定されることになっている（InsO一九条一項一号）。この期日は、開始決定から最長三ヶ月の範囲内で指定される（同）。財産の処分は、この報告期日の後に初めて可能となるのであり（InsO一五九条）、事業譲渡も処分の一環として報告期日の後に初めて可能となるというのが建前である。更にそもそも手続開始前の事業譲渡については、倒産手続開始に関する裁判まで債務者企業を継続する仮倒産管財人の義務（二二条一項二文二号）と抵触を来す可能性がある。そうすると、事業譲渡が許容されるまでは、申立てから数ヶ月が経過しうることになる<sup>108</sup>。

しかし大抵の事案において、早期の手続段階にこそ、特に有利な譲渡のチャンスが存する。この時機を失すると、債務者企業の危機が増大し、取引相手方の信用も一般に失っているので、当初段階で譲受けに関心を示していた者も、譲受けを断念するということもありうる。その際には債務者企業は解体換価されるしかなく、その解体価値は通常、早期の譲渡換価が実現していた場合の譲渡収益よりも著しく低いものとなる。それゆえ早期の譲渡は、個々の場合において、一般に有意義で全関係者の利益に沿うものとなりうるのである。

報告書は、以上のように手続早期段階での事業譲渡の実務上の必要性を説き、それに基づき（ア）手続開始前に仮倒産管財人が行う事業譲渡、（イ）手続開始後報告期日前に倒産管財人が行う事業譲渡の許容性につき、議論を展開する。

#### （二）手続開始前に仮倒産管財人が行う事業譲渡の許容性の検討

報告書はまず、前記（ア）手続開始決定前に仮倒産管財人が行う事業譲渡につき検討し、結論として消極の立場をとる。

報告書がまず指摘するのは、債務者の財産権保障の観点である。すなわち手続開始決定前の事業譲渡は、それがいまだ倒産原因の存在が確定されていない時点で行われるがために、債務者の権利への著しい介入となる。それによって、債務者から最終的に企業の継続可能性を剥奪することになるし、倒産計画の作成・提出や再建の代替案の

提示も不可能となる。それゆえ開始手続中の事業譲渡は、これに関する判断の前に、債務者の権利が有効かつ十分な態様で保障される場合にのみ、考慮されうると報告書は説く<sup>109</sup>。

他方で報告書は、同様に事業譲渡によって著しく影響を受ける債権者の権利保障も考慮しなければならず、債権者集団の内部で十分な意思形成が行われることを確保しなければならぬ旨指摘する<sup>110</sup>。

このように債務者・債権者双方の権利を考慮すべきだとすれば、債務者・債権者の同意を事業譲渡の要件とすることによって権利保障を図ることになる（債権者の同意をとる手段としては仮債権者委員会の設置が考えられるが、その許容性自体も一つの問題である）。しかし、債務者・債権者いずれの同意も、それを得るためには通常、仮倒産管財人による説明等の労を要する。そのための時間も消費されることになる。こうして開始手続を条件付で延期しかつ複雑化することは、可能な限り迅速な開始裁判という目的にかんがみ、非生産的である。それはまた、本来手続開始後に留保されるべき手続段階および重要な判断を、手続開始前に前倒しすることになる。まさに「倒産手続の前の倒産手続（Insolvenzverfahren vor dem Insolvenzverfahren）であり、開始後の手続の本質的な機能の前倒しである。開始手続では倒産原因や倒産の詳細な事情をこれから審理しなければならないのであり、開始手続に重心をかけることは望ましいものと思われず、また倒産法の構造にもほとんど適合しない<sup>111</sup>。

報告書はこのように、債務者・債権者の手続保障を図る場合に開始手続の複雑化・手続開始の遅延を招くこと、及び手続前倒しによる開始後手続の形骸化を理由に、仮倒産管財人による事業譲渡に消極的立場を示すのである<sup>112</sup>。

報告書はまた、事業譲渡を企業閉鎖（二二条一項二文一号）の一態様であるとして同じ規律（倒産裁判所の許可）に係らせるといふ一部論者の主張に対しても、消極的である。債務者・債権者の利益が適切に考慮されなければならない点は前述したところと同じで、閉鎖の判断に事業譲渡の可否の判断を含ませることはいたずらにコストをかけ手続開始を遅延させるものだけである<sup>113</sup>。



(三) 手続開始後報告期日前に倒産管財人が行う事業譲渡の許容性の検討

以上に対し、報告書は手続開始後報告期日前に倒産管財人が行う事業譲渡につき、積極的立場をとる。すなわち、コストのかかる手続段階と判断を前倒しすることで手続を重厚にし遅延させるよりは、開始手続を迅速に進行し迅速に終結すべきである。仮倒産管財人による事業譲渡に関する問題の多くは、手続開始後の譲渡再建の際には生じない。蓋し、開始決定が行われた結果、倒産原因の存在は確定しているからである。譲渡に伴う債務者の権利への介入はそれゆえ、開始手続中の譲渡とは全く異なる、確固たる正当化根拠を有することになる。それに加えて倒産裁判所は、事業譲渡のチャンスがはつきりと現れたならば、関係する債権者権利を保障すべき(六七条一項)債権者委員会を、特に手続を浪費することなく、開始決定と同時に設置することが可能である<sup>115)</sup>。

結論として報告書は、手続開始前の事業譲渡を疑問とし、手続開始後報告期日前の事業譲渡を考慮に値するものとして、提案するのである<sup>116)</sup>。

## 第二款 二〇〇三年の討議草案

### 一 草案の内容

二〇〇三年四月にドイツ連邦司法省によって公表された討議草案は、仮倒産管財人による事業譲渡につき、ワーキンググループ最終報告書と異なり、積極的立場をとっている。

すなわち討議草案は、第一章「倒産法の改正」の七として、以下のような提案を行う。

「七」 第二条第一項第二号につき、「閉鎖 (Stilllegung)」 という文言の後に、「又は譲渡 (oder Veräußerung)」 という文言を挿入する。」

討議草案は、かかる提案を行う理由を大要以下のように述べる。しばしば手続開始の直前に、——最善の財団換

価のために可能な限り利用されるべき——有利な事業譲渡の提案がなされることが、倒産管財人により報告されている。ところが債務者財産に関する管理处分権の移転した仮倒産管財人(いわゆる強い仮倒産管財人)であっても、固定資産の重要な構成要素の譲渡あるいは債務者の事業の全部譲渡は、その換価権限としては想定されていない。もっとも二二条一項二文二号によれば、強い仮倒産管財人には、著しい価値減少 (Wertminderungen) を回避するために、裁判所の許可によって企業を閉鎖することが認められている。特に閉鎖は職場の不可逆的な喪失をもたらすので、その限りで事業譲渡は企業に対する介入としては程度が軽い。それゆえ倒産裁判所が閉鎖の代わりに事業譲渡をも許可しうることとして、早期の事業譲渡の要請を少なくとも限定的に実現するのである<sup>117)</sup>。その上で討議草案は、以下のようにより詳細に論ずる。

申立直後に企業の全部譲渡の特に有利な提案があるということが、実務家から繰り返し報告される。それは非常に理解しやすい、というのにかかる時点まで企業は未だ市場において宣伝力をもって (werben) 活動しており、倒産によって惹起された資力の減少は未だ一般に知られておらず、労働者と取引相手方は未だ企業の側にあるからだ。申立てから数週間経てば事態は完全に違ったものになり得、企業は解体換価されざるを得ないということになり得る。これは倒産法の、できるだけ最善の満足を債権者に実現するという目的設定に反する。その限りで、既に開始手続において譲渡再建を可能にする、重要な根拠が存在する。他方で、倒産原因が未だ最終的に確定していない時点でのかかる措置によって、債務者の権利に対する重大な侵害がもたらされるといふことも、見誤ってはならない。また、倒産計画において場合によってはこれまでの企業主体の再建が実現されるという機会が債務者から奪われるということにも意義が存する。更に、企業がその価値によってのみならずその現在の構成において債務者に帰属しているということも、考慮すべきである。それに加えて、企業が債務者のライフワークを意味しうるといふことに鑑みれば、債務者のどのような重大な利益に係わり得ることが、見易い道理である。

手続開始前の譲渡は、従って、厳格な例外的場合としてのみ許容され得る。例えば学説では、かかる早期の段階における

譲渡再建は債務者の同意に係らせるべき旨が主張されている。一般的には手続開始前の譲渡再建の許容性の問題に関してはこの段階で手続が過重にならないということが考慮されるべきであり、すでにこの点で、一貫した構造をもつ (durchstrukturierten) 倒産手続に留保されるべき多くの判断に係わることが考慮されるべきである。かかる背景において法案は、裁判所が企業閉鎖を許可できる要件の下で事業譲渡を許可すべきである旨提案する。学説での支持に基づき、既に現行法においてもそれは可能であり、従って二条一項二号は単に明確化する意義を有する。従って、企業の経営が費用を賄えず (nicht Kostendeckend) かつ事業の継続が債権者の満足可能性を著しく減退させるということが要件となる。かかる要件の下で、譲渡は、企業閉鎖のマイナス (Minus) である。蓋し企業はその職場を維持するからだ。それに加えて、譲渡代金として受領された金銭は、手続開始後に、迅速に債権者に弁済され得る。<sup>10)</sup>

討議草案はまず、「倒産法の、できるだけ最善の満足を債権者に実現するという目的設定」を重視して手続開始前の事業譲渡に積極的立場を示す。同時に「倒産原因が未だ最終的に確定していない時点での事業譲渡による債務者の権利に対する重大な侵害」にも配慮するのであるが、譲渡を債務者の同意に係らせるのは手続が過重になるとして否定する。その上で、事業譲渡が企業閉鎖のマイナス、すなわち職場を維持する点で企業閉鎖よりもマイルドな措置であることを理由に、事業譲渡を企業閉鎖と同じ要件に係らせて許可する。すなわち、企業の運営が費用を賄えず、かつ事業の継続が債権者の満足可能性を著しく減退させる場合に、裁判所の許可を得ることで事業譲渡が可能となるのである。

## 二 討議草案への反応

討議草案における、手続開始前の仮倒産管財人による事業譲渡の規律は、ドイツ裁判官連盟 (Deutscher Richterbund) の賛成<sup>11)</sup>を除けば、強い批判にさらされた。例えばPapeは以下のように批判する。

第一に、事業譲渡の許容は、仮倒産管財人が倒産財団を換価する権利を未だ有しないという原則に背馳する。  
第二に、手続開始前の事業譲渡は、倒産手続の実施の可否が確定されていないにもかかわらず財団を既に換価するものであり、しかもそれが不可逆的 (unumkehrbar) な措置であることから、手続不開始の場合の処理に窮するようになる。

第三に、事業譲渡を企業閉鎖と同一の要件に係らせることは、もはや経済的には経営が立ち行かない企業を即座に譲り受けよとする利害関係人が存することが前提であるが、それは実務上稀な事態である。逆に継続価値があり継続能力のある企業というまさに経済的に最も有利な場合は、裁判所は譲渡に同意を付与できないことになる。<sup>12)</sup>かかるPapeの批判に同調する者は多く、それが参事官草案における軌道修正をもたらすことになった。

## 第三款 参事官草案・連邦政府草案・二〇〇七年倒産法改正法

二〇〇四年九月に連邦政府によって公表された参事官草案 (Referentenentwurf) は、一転、仮倒産管財人による事業譲渡に消極的な立場を採用した。そしてこの立場を、二〇〇六年一月の連邦政府草案 (Regierungsentwurf)<sup>13)</sup>及び二〇〇七年七月一日施行の改正倒産法も採用したのである。

参事官草案及び政府草案は、以下のよう理由を述べる。

こはしば手続開始の直前に最善の財団換価のために可能な限り利用されるべき有利な事業譲渡の提案がなされるということとが、倒産管財人により報告されている。開始手続において時に営業の全部譲渡の有利な申出がなされるということも前提としても、法案は、仮倒産管財人にかかる換価オプションを開くことを断念した。かかる手続段階では、そもそも倒産原因の存在が、いまだ確実性をもって確定されていない。従って、所有権への係る重大な侵害を正当化する事由がない時点において、債務者からその企業を剥奪するというにもなる。債務者の同意によってかかる換価権を仮倒産管財人に認めると

しても、開始手続における譲渡再建が例外的に許容されるべきかの審査は、裁判所によってなされ、遅延そして手続開始の遅れをもたらし得るだろう。しかし、可能な限り迅速な手続開始を確保することは、倒産法の重要な関心事である。かかる目的が達成されれば、事業は手続開始直後に譲渡され得る。蓋し、かかる時点までにはしばしば既にデューデリジェンスが行われているからである。その他の点でも開始手続における譲渡は譲受人にとつてさほど魅力的ではないだろう、蓋しB G B 61-13 a 及びA O 七五条<sup>10)</sup>に基づく責任が生じているからだ。

すなわち参事官草案・連邦政府草案は、倒産原因の存在が未確定の段階での事業譲渡が債務者の所有権の重大な侵害であること、及び事業譲渡の許容性の審査に伴う手続開始の遅延を根拠に、仮倒産管財人による事業譲渡を否定するのである<sup>11)</sup>。これは、ワーキンググループ最終報告書とほぼ同じ立場に立つことを意味する（但し報告書と異なり、債権者の保護に関する言及がない）。前述のような討議草案に対する強い批判が、起草者をして軌道修正に至らせたのである<sup>12)</sup>。

このように仮倒産管財人による事業譲渡は明示的に否定されたように見えるが、必ずしも法状態の安定がもたらされたわけではないとするのが Ehricke である。

中心の問題は、もともと立法者の予定した、手続開始までの短い審査期間としての事前手続の性格が、時代遅れのものであるということである。開始手続は常に三ヶ月かかり、そして企業倒産ではこの間にしばしば既にあらゆる重要な——もとは財団の維持として意図されていたものを大幅に超えているような——判断がなされているのである。この問題状況は、事前手続の性格が明瞭にされ、この関係で債権者関与の何らかの形態について合意が形成された場合に、初めて解決されるだろう。しかし場合によってはドグマ上、明確な回答を見出せないであろうから、目下開始された議論において既に事前手続で事業譲渡するという仮倒産管財人の必要性が実際にどれだけ切実なものであるのか、検証すべきであろう。有意義な数の負担に耐えうる資料があると強調されるべきなら、債権者平等を背景として、厳格な要件の下で事前手続における事業

譲渡が許容されないべきか否か、更に集中的に議論されねばならないだろう<sup>13)</sup>。

このように Ehricke は仮倒産管財人による事業譲渡の必要性についての実証的研究が不可欠であるとした上で、仮に事業譲渡の必要性が肯定された場合の解釈論的可能性につき、以下のように説く。

あらゆる場合について、そのための要件は債権者の関与であろうが、事前手続における債権者機関が欠けるため、それは裁判所によって保障されねばならないだろう。その際の倒産裁判所の責任リスクは、事業譲渡が関係人にとどのようなチャンスとリスクをもたらすのか裁判所に正確に説明する義務を仮倒産管財人に課すことにより、ある程度縮小され得よう。最後に、譲渡の時点までに手続の不開始の蓋然性があるとの真摯な理由がある場合には、事業譲渡に許可を付与してはならないと「このことが、予定されなければならない<sup>14)</sup>」。

Ehricke はこのように、裁判所の許可を要件として、債権者の利益保障機能をもたせることで、仮倒産管財人による事業譲渡に道を開くのである<sup>15)</sup>。

#### 第四節 小括

本章では、一九九四年制定のドイツ現行倒産法（InsO）の制定過程に始まる「仮倒産管財人」の地位・権限に関する議論を検討した。

現行倒産法は、旧法に比し、保全処分に関する規定を拡充した。とりわけ、仮倒産管財人の選任とその権限・義務が明文化されたことは、旧法とは面目を一新するものである。そして仮倒産管財人の権限につき、仮倒産管財人選任及び一般的処分禁止が発令された場合に、債務者の財産管理処分権が仮倒産管財人に移転し、一般的処分禁止が発令されない場合には仮倒産管財人には債務者の処分に対する同意権のみが与えられる旨、明文の規定が置かれた。このような権限の段階構造は、倒産法委員会第一報告書に始まる一貫した規律であり、旧法下の保管人に



おける権限の不明確性を一掃するとの立法者の意図を看取できる。

ただし、倒産法委員会第一報告書からInnsO制定に至る過程で、保全処分観に多少の容容が生じたこととの関係で、仮倒産管財人の権限についてもその内実に微妙な変化が見られる。即ち、倒産法第一報告書では企業の継続ということが保全処分の主眼とされたため、仮倒産管財人の権限行使も企業の継続に向けた措置と捉えられる。そのためか、倒産手続開始前の事業譲渡を容認する叙述も見られた。これに対しInnsOでは、債務者の財産状態が債権者の不利に変更されるのを防止することが保全処分の主眼であり、企業の継続そのものは財産保全の一手段としてしか捉えられていない。そのため、仮倒産管財人の権限行使も財産保全ないし現状維持ということに重きを置かれ、立法理由において「傷みやすい物品の緊急売却」が管理処分権行使の典型例と位置づけられることにつながった。

しかし、かかるInnsO立法理由の表明があらゆる解釈論の排除に直結するわけではない。この点で、「財産保全の目的」の内実を検討したPolmannの議論が注目される。ことに、「価値維持利益」「現状維持利益」という二つの利益への配慮という観点から、権限行使の態様に応じて利害関係人の手続保障を図る枠組みである。具体的には、価値維持利益の観点からの保全目的に必要とされる措置は、債務者の同意・倒産裁判所の許可を要せず、仮倒産管財人が原則として単独でなし得る、価値維持利益の観点からの保全目的に基づき必要とされる措置でも、特に重要なものについては、債務者の異議申立ての機会を保障した上で、倒産裁判所の許可を得て行うことができる、価値維持利益の観点からの保全目的に照らして必要ではないが、経済的に有利な措置については、債務者の同意を得て行うことができる、というものである。このような立論は、濃淡の差はあれ他の論者にも影響を与えるところ大であった。

さて、仮倒産管財人の権限に関する議論は、特に事業譲渡の可否を巡って最近まで展開されることになった。連邦・州ワーキンググループ報告書から二〇〇七年改正倒産法成立までの過程においては、早期の事業譲渡を可能にという実務家からの要請を背景に、積極・消極に揺れ動くことになった。討議草案では企業閉鎖との対比を契機にブレイクスルーが図られたのであるが、参事官草案では再びワーキンググループと同様の消極的立場が採られたのであった。それでも重視されたのは、利害関係人即ち債務者・債権者の権利の考慮である（特にワーキンググループ報告書において明確である）。倒産原因の存在が不確定である段階での事業譲渡が債務者の所有権の重大な侵害であること、そして事業譲渡によって著しく影響を受ける債権者集団の利益も斟酌しなければならないこと、双方につき手続保障を図るのは開始手続の遅延・複雑化を招くことが、論拠とされたのである。

以上のように、仮倒産管財人の権限を巡るドイツでの議論は尽きることがなく、実務上の必要性と、利害関係人の手続保障の要請とがせめぎあいながら、今後も続いていくことが予想される。

## 注

- (1) 「1」の委員会の構成員には、Kliger, Gerhardt, Henckel, Uhlenbruck, Weber, Eickmannといった人々が名を連ねている。Jürgen Kliger, Gerhardt, Uhlenbruck は「倒産手続及び更生手続の開始」作業部会に属しており、保全処分についても担当したものと想われる。
- (2) 翻訳に当たっては、上原敏夫「西ドイツ倒産法改正要綱（第一報告書）試訳」一橋大学研究年報法学研究二〇号（一九八九年）九五頁、一〇六頁を参考にした。
- (3) Bundesministerium der Justiz, Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht [1985] [以下「EaO」引用] Begründung zu 1.2.3, S.102f.
- (4) 要綱一・二・四によると、裁判所は、適法な申立てに基づき、開始原因（支払不能、差し迫った支払不能、債務超過）が存在するときは遅滞なく倒産手続を開始することになっている。このように、開始原因の存否に関する裁判所の審理を

必要としたのは、手続開始に広範な効果が結びついているからである (Begründung zu Leitsatz 1.2.4, EB S.108)。ちなみに、この手続開始の効果 (要綱一・二一・一〇) は、K.O.による破産宣告決定の効果をも基本としているのである。

- (5) vgl. EB S.103f. 自動停止制度を採用しなかったのは、裁判所の裁量によって個々の事案の特性にだけ対応し、かつ必要不可欠な程度に限定することを可能にするようなフレキシブルな規制を行うためである、と説明されている。
- (6) EB S.103.
- (7) EB S.103.
- (8) EB S.103.
- (9) EB S.104.
- (10) EB S.104.
- (11) EB S.104.
- (12) EB S.105.
- (13) 倒産手続開始の場合には、倒産管財人には、「財産を管理し、かつこれにつき処分する債務者の権利 (Recht des Schuldners, dieses Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen)」が移転する (要綱一・二一・一〇第二項1文)。この場合にも、仮倒産管財人には、「処分権 (Verfügungsrecht)」が移転する (要綱一・二一・三第四項1文)。この場合にも、債務者に財産の管理権が残存しているというのである。しかし、財産の「処分権」のみが移転するなどという見解は、K.O.の下では見当たらなかった。債務者の「管理権」の内容、仮倒産管財人の「処分権」の内容いずれについても、第一報告書に説明はない。
- (14) EB S.105. その場合には、仮倒産管財人は、倒産管財人の法的地位に接近するところ。
- (15) EB S.105.
- (16) 倒産法委員会の立場は開始手続中の企業の閉鎖を許容しないものであると理解され、批判がなされている。vgl. Gravenbrucher Kreis, Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines Insolvenzreformgesetzes, ZIP 1989, 468, 473; Kilger, Über die Möglichkeit der Geschäftsführung insolventer Unternehmen unter dem geltenden Recht und

nach dem Diskussionsentwurf einer Insolvenzordnung, KTS 1989, 495, 497f.

後述のように一九九四年制定・一九九九年施行のドイツ現行倒産法 (InsO) はその批判を考慮し、一定の要件の下での企業閉鎖を認めている。

- (17) EB S.106.
- (18) EB S.106.
- (19) 以下のとおりな規定である。

一・三三・四・二 企業の譲渡

(1) 倒産管財人は、裁判所の同意があるときに限り、企業を全体として譲渡することができる。管財人は、裁判所に対して、債権者委員会の承認 (要綱一・三三・一・八) があることを証明することを要する。裁判所は、判断に先立って、顧問会及び債務者を審尋することを要する。裁判所は、要綱一・三三・四・三の審尋期日前には、判断を遅らせることができない場合にのみ、企業全体の譲渡に同意すべきである。同意の決定によって、清算手続が開始する。

(2) 企業の一部の譲渡については、第五文を除く第一項の規定を準用する。裁判所は、一部譲渡が更生を困難にしないときに限り、一部譲渡に同意する。

なお、要綱一・三三・一・八は債権者委員会の任務を定める。その第二項はK.O.一三四条に相当する規定で、不動産や企業、倉庫商品全体の譲渡等につき、債権者委員会の承認を必要とする旨定める。

- (20) EB S.146f.

(21) ただし実体的要件として、企業譲渡に関する「判断を遅らせることができない場合」、つまり緊急性がある場合でなければならぬ。仮倒産管財は、常に要綱一・三三・四・三の「更生の見込みについての」審尋期日の前であるからである。緊急性のある場合とは、「遅滞によって特に有利な譲渡の機会が潰えるという場合」であるという (EB S.147f.)。

また、手続的要件として、「債務者の審尋」が必要であるが、「債務者の同意」は要件とされていない。この点につき、第一報告書は以下のよう説明する (EB S.147)。

審尋の際、債務者には、その意見を裁判所に述べる機会を与えなければならない。このことは、包括譲渡によって、債務者は自己の

企業を更生によって自らのために救済する機会を失うからだ。裁判所の判断を債務者の形式的な (formlich) 同意に係らせるとは、行き過ぎである。蓋し、更生は最初から見込みがないかもしれないし、あるいはその他の理由で譲渡が更生に比較して有利であるからである。

- (22) これらの行為を、事前手続における倒産管財人が行うことが出来るかということも、明らかではない。第一報告書は、一・三・一・八所定の行為のうち、企業譲渡 (一・三・四・二) のみを事前手続の項 (一・三・四・ないし一・三・四・四) に規定しているからである。一・三・一・八は、「機関」の項 (一・三・一・ないし一・三・一・九) にある規定である。勿論、企業譲渡のような重要な行為をできてその他の行為をできないというのも不自然であり、一・三・一・八所定の行為は当然事前手続においてもなし得る、と解することも可能であろう。この場合には、一・三・四・二は企業譲渡の場合のみ要件を加重する (債権者委員会の承認以外に裁判所の同意等を必要とする) ための規定であるということになる。

(23) Bundestag Drucksache 12/2443.

- (24) BGBl. 2866. 立法の経緯については、ハンス・ブリュッティング (吉野正三郎=安達栄司訳) 「ドイツ倒産法の改正」ジュリスト一〇七二号一三一頁、田代雅彦「ドイツ連邦共和国における倒産実務の研究 (上)」曹時五二巻一号一、五頁 (二〇〇〇年)。

(25) 現行倒産法の近時の運用状況については、三上威彦=中島弘雅「ドイツ倒産法の近時の運用状況について」小島武司先 生古稀祝賀『民事司法の法理と政策』上巻 (二〇〇八) 一〇七三頁。

(26) ハンス・ブリュッティング (三上威彦訳) 「ドイツにおける倒産法のシステム」民事訴訟法学会編『民事訴訟法・倒産法の現代的潮流』(信山社、一九九八年) 一八九頁。

(27) ブリュッティング・前掲論文『民事訴訟法・倒産法の現代的潮流』一九一 一九六頁。

(28) ブリュッティング・前掲論文『民事訴訟法・倒産法の現代的潮流』一九〇 一九一、一九六 一九七頁参照。

(29) 一九九四年 InnsO の条文の翻訳については、三上威彦編著『ドイツ倒産法改正の軌跡』(成文堂、一九九五年) 一一三頁以下、木川裕一郎『ドイツ倒産法研究序説』(成文堂、一九九九年) 二六七頁以下を参考にした。なお二二条二項には、その後の改正により四号・五号が付加された。五号は二〇〇七年改正によるもので、別除権の対象となるような動産

担保権の換価の禁止を保全段階に命じられる旨の規定である。二〇〇三年の討議草案までの改正論議を紹介したものと同一 倉部真由美「ドイツ倒産法における担保権実行の停止」東京都立大学法学会雑誌四四巻一四三〇三頁 (二〇〇四年)。

(30) Begründung zu §25 EInso, BT-Drucksache 12/2443, S.116.

(31) 第一報告書が保全処分の規定に「仮倒産管財人」の見出しを付しているのに対し、EInsoが二条に「保全処分の命令」という見出しを付していること、保全処分の目的に関する考え方の違いを表していることが認められる。

(32) 第一報告書が、国民経済的・社会的観点に鑑み、企業清算の回避を手段理念として認めていること、EB, Einleitung S.7.

(33) Jaeger/Henckel/Gerhardt, Insolvenzordnung, Großkommentar, 1. Aufl. Band I [2004], §22 Rdnr 2 [Gerhardt].

(34) vgl. Smid, Funktion des Sequesters und Aufgaben des Insolvenzgerichts in der Eröffnungsphase nach der verabschiedeten Insolvenzordnung (Inso), WM 1995, 785, 786.

(35) Smid, aa.O., WM 1995, 785, 790.

(36) Häsemeyer, Insolvenzrecht, 2. Aufl. [1998], S.130.

(37) 「強し仮倒産管財人 (Der starke vorläufige Insolvenzverwalter)」と置かれる。

(38) 「弱し仮倒産管財人 (Der schwache vorläufige Insolvenzverwalter)」と置かれる。上記は理論的には、処分禁止も同意留保も発令されない仮倒産管財人が選任されることも可能である。この場合には、裁判所が特に義務を指定しない限り (二二条二項参照)、仮倒産管財人の活動は、調査 (二二条二項三句、三項参照) や債務者への助言にとどまるべきである。Bork, Einführung in das neue Insolvenzrecht [1995], Rdnr. 103 Fn.35.

(39) 上記の EInso の二条に基いて一般的譲渡禁止及び保管の発令に於いても保管人に管理処分権が移転しないことの見解 (第一章第四節第二款 [参照]) 及び EInso の二条に採られたことの意味である。Jaeger/Gerhardt, Inso (N.33) Rdnr. 22.

(40) Begründung zu §26 Regierungsentwurf, BT-Drucksache 12/2443, S.116f.

(41) Uhlenbruck, KTS 1990, 15, 20; Pape, Zu den Schwierigkeiten des Sequesters ohne Verwaltungsmacht, ZIP 1994, 89,



なお、立法理由に「傷みやすい物の緊急売却」は Uhlenbruck や Koch が保管人の権限として認めていたところである。第一章第六節第二款参照。

(42) vgl. Bork, a.a.O. (N. 38), RdNr. 104. 仮倒産管財人の権限に関する Insolvenz 立法理由に関しては、仮倒産管財人の権限を非常に消極的にしか認めていない（傷みやすい物の緊急売却とそれに類する行為を行う権限しか付与しない）との観点から、批判も多い。即ち、InsO のもとでは「動的保管」を実現する余地もほとんどなく、かつ「もてこが (Pape, a.a.O. (N. 41), ZIP 1994, 89, 91f.)」JG 非または管理処分権ある仮倒産管財人といえども企業継続のために有効な手段を講じようがない (Feuerborn, Rechtliche Probleme der Unternehmensfortführung durch den Sequester und den vorläufigen Insolvenzverwalter, KTS 1997, 184) など指摘されている。

(43) Pohlmann, Befugnisse und Funktionen des vorläufigen Insolvenzverwalters, 1998. [以下、Pohlmann 以下に引用する]。InsO の仮倒産管財人の権限・機能について体系的かつ詳細に検討を行った文献である。

(44) Pohlmann, Rz.95.

(45) Pohlmann, Rz.96.

(46) Pohlmann, Rz.99.

(47) Pape 等、JG 中に慎重な立法者の態度は、手続不開始とそれによる管理処分権の債務者への復帰を慮ったものであると指摘する。従って回復が困難であるような措置は、債権者の著しい損害を避けるためにやむを得ない場合に行うべきであると見なされるべきである。Hess/Pape, InsO und EGlInsO: Grundzüge des neuen Insolvenzrechts, S.69 [1995].

仮倒産管財人の権限に関する Insolvenz 立法理由に関しては、その消極性を批判する見解があることは先に触れた。もっとも、Pohlmann のように理解すれば、「傷みやすい物の緊急売却」の部分は、債務者の現状維持利益への配慮を表明したものであって、仮倒産管財人の権限をそれに限る趣旨ではないといえることになる。仮にそのように理解しないとしても、立法者は確たる立場を表明したのではなく、とりえず「コンセンサスの得られるもののみ立法理由に掲げておき、後

は解釈に委ねる趣旨と見ることも可能である。Smid は以下のように述べる。条文の「仮倒産管財人」という文言から InsO では保管人が単なる保全任務の履行のみならず、包括執行（ひいては再建も）の準備のため保管財産を管理する義務を負うということが明らかにされたが、それでも本来の破産管財と保管人による仮管財との境界に関する従来の議論はその非も InsO に引き継がれ、かつ業務の運用に委ねられることになる。V (Heilmann/Smid, Grundzüge des Insolvenzrechts, 2. Aufl. [1994], S.16f.)。

(48) Pohlmann 的議論を支持する G.U. 以下、Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd.1, 2. Aufl. [2007], §21 RdNr. 13 [Haarmeyer]. ただし「現状維持機能 (Bestandhaltungsfunktion)」 「価値維持機能 (Wertehaltungsfunktion)」 という用語を用いている。

(49) vgl. Pohlmann, Rz.603.

(50) Pohlmann, Rz.279. 従って、債権者の利益を管財人は斟酌しなければならず、債務者が損害を受けたときは、損害賠償 (二二条二項一号、六〇条一項) あるいは解任などの監督法上の措置 (二二条二項一号、五八条、五九条) によって対処される。a.a.O.

(51) 一六〇条は、K.O. 三四条に相当するもので、以下のとおり規定である。

一六〇条 特に重要な法律的行为

(1) 倒産管財人は、倒産手続において特に重要な法律的行为 (specially bedeutsame Rechtshandlung) を行おうとするときは、債権者委員会 の同意を得なければならない。債権者委員会が設置されていないときは、債権者集会の同意を得なければならない。

(2) 第一項に於ける同意は、特に以下の場合に必要である。

1、企業 (Unternehmen) あるいは事業組織体 (Betrieb) の譲渡、倉庫商品全体の譲渡、不動産の任意での譲渡、継続的結合が債務者の企業に資するとき他の企業に対する債務者の持分の譲渡、または、帰帰的利益に関する権利の譲渡が行われるとき；

2、倒産財団において著しい負担となる消費貸借がなされるとき；

3、高額の訴訟の訴訟を継続させまたは否認するとき、このおなじな訴訟の受審を拒絶するとき、またはかかる訴訟の解決または回避のため和解または仲裁契約を締結するとき。

- (52) 一六二条は、K.O.三三五条に相当する規定で、以下のとおりなものである。
- 一六二条 法律的行為の仮差止め (Vorläufige Untersagung der Rechtsandlung)
- 第一六〇条の場合において、倒産管財人は、遅滞しても不利益でないときは、債権者委員会または債権者集会の決議の前に、債務者に通知しなければならない。債権者集会がその同意を与えていない限りにおいて、倒産裁判所は、債務者または第七五条一項三号の定める債権者の多数の申立に基づき、管財人の審尋の後、当該法律的行為を仮に差止め、かつ、その実施について決議をする債権者集会を招集するよう努むる。
- (53) vgl. Pohlmann, Rz.604.
- (54) Pohlmann, Rz.280. 「の旨」仮倒産管財人の措置を倒産裁判所でなく債務者の同意にかからせる方法は、債務者が恣意的に同意を拒絶したりして保全目的（価値維持利益の方）を達成できないため、妥当でないとする。vgl. Pohlmann, Rz.154.
- (55) Pohlmann, Rz. 298f., 391ff.
- (56) vgl. Pohlmann, Rz.300-307. 「この点」仮倒産管財人の補助のために、単なる顧問委員会を二二条一項に基づき選任できるが、「この顧問委員会には、全債権者集団との関係で、代表機能を付与することはできない」として、Rz.307, 311.
- (57) Pohlmann, Rz.308f.
- (58) Pohlmann, Rz.284.
- (59) Pohlmann, Rz.296, 390, 393ff.
- (60) 「二二条第一項は、K.O.一〇六条第一文及びVerstoß二二条第一文に依拠したものである。債務者の財産状態の不利益な変更を防止するというのが目的で、債務者の事業が通常は差当り継続されるべきであるというところを包含している（二三条一項「文」参照）。企業の維持が清算かという手続開始後になすべき判断は、できる限り開始手続において先取ることが行われなくてはならない」（Begründung zu § 25 Regierungsentwurf einer InsO, BT-Drucksache 12/2443, S.116.）かつ、最後の一文が示すように、仮倒産管財人の企業継続が、企業の維持が清算かという手続開始後の債権者集会による判断を実態に則したものであるための、企業状態の現状維持という性格をもっていることと、看過すべきではない。

- (61) vgl. Pohlmann, Rz.135, 136, 138.
- (62) Pohlmann, Rz.137f.; Jaeger/Gerhardt, InsO (N. 33), § 22 Rdnr 77.
- (63) Jaeger/Gerhardt, InsO (N. 33), § 22 Rdnr 80-82.
- (64) 「InsOの§ 23」準備草案の段階では、倒産法委員会第一報告書と同じく、企業閉鎖に関する規定はなかった（Diskussionsentwurf § 23.）しかし、参事局草案において企業閉鎖に関する規定が加えられ、それが成文となっている（Referentenentwurf § 23.）が、その修正の理由には、参事局草案理由書には明らかになされていない。
- (65) Gravenbrucher Kreis, Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines Insolvenzreformgesetzes, ZIP 1989, 468, 473; Kilger, Über die Möglichkeit der Geschäftsfortführung insolventer Unternehmen unter dem geltenden Recht und nach dem Diskussionsentwurf einer Insolvenzordnung, KTS 1989, 495, 497f.
- (66) Begründung zu § 26 InsO, BT-Drucksache 12/2443, S.117.
- (67) 「著しい損失」の存在の判断については、vgl. Habermayer/Meeh, Aufgaben des vorläufigen Insolvenzverwalters zwischen Antrag und Eröffnung des Insolvenzverfahrens, DStR 37 (1995), 1442, 1443. 論者によれば、「著しい損失」としては、企業規模、地域で占める当該企業の地位、そして損失額等を考慮した上でケースバイケースで判断し、財産減損が一定のパーセンテージに達したとき「著しい」と判断すべきであるという（ただし、具体的な数値についての言及はない）。その際、この時点での財産価値を比較して損失の程度を判断するか、そして、いかなる財産評価方法により損失額を算定すべきかが問題となるが、まず、これについては、損失は現在までに生じたそれではなく、これから倒産手続開始までに生じるそれについて判断するところ。従って、操業停止の可否について判断する現時点（マ）と、手続開始に関する裁判所の裁判の時点（イ）とで、財産価値を比較するところ（Habermayer/Meeh, a.a.O., S.143.）については、困難な選択を迫られる。操業停止をせずにそのまま経営を続行した場合に生じる損失の程度を判断するわけであるから、アイともに継続企業価値で評価することも考えられる。しかし、仮倒産管財人が操業停止の申立をしたというところは、既に現時点で企業に将来の見込みがないことを彼が認めていることの証左であり、そして手続開始後の債権者集会（一五七条）において企業継続の決議がなされる可能性もまずないと考えられる。そこで論者は、継続企業価値で評価するべき

びないこと、またともに清算価値で評価することである (Heberhauer/Meeh, a.a.O., S.1443f.)。

これに対し、仮倒産管財発令の際に現存する財産の二五%が減少する際に「財産の著しい減少」が認められるとするものとして、Jaeger/Gerhardt, Inso (N. 33), § 22 Rdnr 84.; Münchener Kommentar Inso/Haarmeyer, (N. 48), § 22 Rdnr 114.

(68) Pohlmann, Rz.143-145. 実務では既に、企業継続に対する労働者及び担保権者の圧力が強いために、開始手続において企業を閉鎖するようがほむとなくなりつつあるとこわわつた。Bork, Einführung in das neue Insolvenzrecht [1995], Rdnr.104, Fn.37.

(69) 即ち、企業再建の見込みがないことが明らかで、倒産裁判所から操業停止の許可を得られるようであれば(二二条一項二号)、仮倒産管財人の負担は少ない。他方、操業停止の許可を得られないような場合には、企業を継続しなければならぬ。しかし、仮倒産管財人の管理処分権に関して立法者が消極的に捉えている(傷みやすい物の緊急売却を上限とする)ものとするれば、仮倒産管財人が企業継続のために講ずることがのできる措置も必ずと限定されてくるといつこととなる(Fuerborn, Rechtliche Probleme der Unternehmensfortführung durch den Sequester und den vorläufigen Verwalter, KTS 1997, 171, 184)。企業継続のために有効な措置を講ずることができなくなると中途半端に財団を費消してしまつたとしても、倒産債権者に対して負つべき責任の程度は倒産管財人のそれと同じである(二二条一項一号、六〇条参照)。

仮に、仮倒産管財人の管理処分権の内容をもつ少し積極的に解釈することができたとしても、彼の法律行為によつて生じた債務は、手続において財団債務として処遇される(五五条一項一文)。反対給付を請求した継続的債務関係上の債務についても同様である(五五条二項二文)。これらの財団債務が財団から完全に履行できない場合、仮倒産管財人は当該債権者に対し損害賠償義務を負つこととなる(二二条一項一号、六一条)。これは仮倒産管財人にとって非常に重い負担となる。確かに、債務の発生時点で財団がその履行のために十分でなくなることを予見できなかったという場合には、仮倒産管財人は責任を免れる(六一条二文)。しかし仮倒産管財人の場合には、常に財団欠乏を考慮しなければならぬ地位にあるのである(Uhlenbruck, Probleme der Betriebsfortführung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens, FS Hanisch, S.281, 286)。結局、業務継続にまつて生じる債務——例えば原材料費、賃金、財産売却によつて生じる売上

税——の額を考慮しそれに見合った確実な資金融通手段があるのでない限り、仮倒産管財人としては責任を避けるべく業務を放置するようにはしてはならない(vgl. Grub, Der Regierungsentwurf der Insolvenzordnung ist sanierungsfeindlich, ZIP 1993, 393, 396)。そもそも、仮倒産管財人の適切な選択が手続の帰趨に決定的な意義を有するのであり、最初の数日に入ればたとえ開始後の手続において倒産管財人が努力をしてもほとんど修正できるものではない、とわき説かれてくる(Ulmer, Harmeyer/Wutzke/Frster, Insolvenzordnung Inso/EGInso, S.240f. [1995])。

結局、企業継続の義務化は、仮倒産管財人に過重な負担を課するものとなりうる。むしろ企業継続は仮倒産管財人の権限であると規定すれば、仮倒産管財人は企業継続が財団保全の手段として最も適切なものと思料すればそれを行うはずであり、それを懈怠したために損害が生じた場合に仮倒産管財人の責任を問えば足りるであろう。

(70) Pohlmann, Rz.163.

(71) Pohlmann, Rz.152.

(72) Pohlmann, Rz.154-157. 156f.に、仮倒産管財人の措置を倒産裁判所の許可にかからせる仕組みを「間接的債権者保護のメカニズム」と称している。Rz.158.

(73) 一五九条【倒産財団の換価】倒産管財人は、債権者集会の決議に反しない限りにおいて、報告期日後に遅滞なく倒産財団に属する財産を換価しなければならない。

(74) 一五七条【手続の続行についての決定】債権者集会は、報告期日において、債務者の企業を閉鎖すべきか又は暫定的に継続すべきかを決議する。債権者集会は、倒産管財人に、倒産処理計画の作成を委託し、かつ倒産管財人にあらかじめ計画の目的を設定するようが得る。債権者集会は、その決議をその後の期日において変更し得る。

(75) BGHZ 146, 165, 172f.=ZIP 2001, 296, 298; Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Aufl. [2006], § 22 Rdnr 13 [Kirchhof]. 同註 Gottwald/Uhlenbruck, Insolvenzzrechts-Handbuch, 3. Aufl. [2006], § 14 Rdnr 49.

(76) Pohlmann, Rz.388f.; Kirchhof, in: Berger u. a. (Hrsg.), Erster Leipziger Insolvenztagestag, [2000], S. 9; Jaeger/Gerhardt, Inso (N. 33), § 22 Rdnr 42.

(77) Pohlmann, Rz.399.



- (79) Pohlmann, Rz.400; Heidelberger Kommentar InsO/Kirchhof, (N. 75), § 22 Rdnr 14.
- (79) Pohlmann, Rz.404. 本論では、債権者が財産に存在しなかった資産設定を以てするならば、債権者の同意を特に要しない。
- (80) Pohlmann, Rz.407-409.
- (81) Pohlmann, Rz.402-404. 雑誌回註「Jaeger/Gerhardt, InsO (N. 33), § 22 Rdnr 39f.; Smid/Thiemann, Insolvenzordnung (Kommentar), [2001], § 22 Rdnr 118; Münchener Kommentar InsO/Haarmeyer, (N. 48) § 22 Rdnr 78-81; Heidelberger Kommentar InsO/Kirchhof, (N. 75), § 22 Rdnr 14.
- (82) Heidelberger Kommentar InsO/Kirchhof, (N. 75), § 22 Rdnr 14.
- (83) Uhlenbruck, KTS 1994, 169, 178.; Pape, Zu den Schwierigkeiten des Sequesters ohne Verwaltungsmacht, ZIP 1994, 89, 92; Münchener Kommentar InsO/Haarmeyer, (N. 48) § 22 Rdnr 81.
- (84) Amptertl, Der "starke" vorläufige Insolvenzverwalter in der Unternehmensinsolvenz, [2002], Rdnr 524ff.
- (85) 本注では、仮倒産管財人の企業継続義務を重視し、その結果、事業譲渡を企業閉鎖と同等の債務者企業の方性の変更ではなく、企業継続義務の「潜脱」と見なれなくもするのである。この点については、Pape博士、Pape博士、これらにより仮倒産管財人の主たる義務である企業継続義務と事業譲渡とは相容れなくするのであるから、仮倒産管財人による事業譲渡は許されなくとする。Pape, a.a.O. (N. 83), ZIP 1994, 89, 92

- (86) Jaeger/Gerhardt, InsO (N. 33), § 22 Rdnr 90f. ただし債務者の同意や倒産裁判所の許可を要する場合とは、それを欠く譲渡の有効性を左右せず、単に仮倒産管財人の責任を生じさせるだけであるとする。
- (87) 雑誌回註「Menke, Der Erwerb eines Unternehmens aus der Insolvenz - das Beispiel der übertragenden Sanierung, BB 2003, 1133, 1135ff. [ただし、債務者の同意を得ず譲渡を行った際、倒産裁判所の許可を要せずとする]」  
「ただし、Vallender, Unternehmenskauf in der Insolvenz (I), GmbHR 2004, 543, 545. Vallender博士、民法理由からすれば、仮倒産管財人が換価をなす得ることは「遅延しうる危険」がある場合のみであるとする。そのような危険がない場合、債務者の同意だけで事業譲渡を正当化するとはできない。二二条一項二文二号の例外的性格からすれば換価

行為を倒産裁判所の許可を要しないとするべきと指摘する。

- (88) Reichold, KTS 1989, 291, 307f.
- (89) Pohlmann, Rz.413-416. 「この点、企業閉鎖の要件に求められる理由として、以下のとおり説明されている。  
企業閉鎖の場合における、仮倒産管財人の原則的な継続義務(二二条一項二文二号)は、単なる個別の企業構成要素の総和を超える上位の、経済的に機能する統一体としての企業価値を維持すべき義務である。この義務は、債務者財産の目的方向に関わるもので、二二条一項一号に基く一般的な保全義務の特別のものとして、最優先に顧慮されなければならない。従って、債務者企業を譲渡する場合、仮倒産管財人は、常に二二条一項二文二号に基く企業継続義務に違反すると言えなくもならない。従って、仮倒産管財人の行為可能性は、二二条一項二文二号により設定された枠内により、厳格に制限される。従って企業譲渡は、原則として、企業閉鎖が直前に迫っているとき、それを避ける唯一考え得る可能性であるという例外的場合においてものみ、認められる。従って、立法者が二二条一項二文二号において企業閉鎖を要求する要件を満たされなければならないのは、なぜなら、立法者が二二条一項二文二号において企業閉鎖に要求する要件が満たされなければならないのは、なぜなら、立法者が二二条一項二文二号において企業閉鎖に要求する点で共通であるにもかかわらず、立法者が二二条一項二文二号「一五八条一項[報告期日前の債務者企業閉鎖の際、債権者委員会が設置されているときには、債権者委員会の同意を要する旨の規定]で閉鎖のみを保全のための緊急措置としての性格を付与し、一方で譲渡(一六〇条二項)は、債権者機関の必要的関与の下において行われるべきである。その限りでは、倒産法は、倒産管財人に、単に企業閉鎖に関するのみ単独の判断を認め、譲渡については認めようとするのである。その限りでは、企業譲渡が、倒産裁判所の同意で代替できない、債権者集団による固有の正当化を必要とするのである。債権者機関の同意が一六〇条のあらゆる他の場合において倒産裁判所の同意で代替できるのに対し、企業譲渡はその範囲で特別の地位を有するものである。かかる區別は、企業譲渡と同様に企業閉鎖の目的設定に関わる、企業閉鎖の法律上の取扱としての調和が根拠となる(Pohlmann, Rz.419)。」
- (90) Pohlmann, Rz.418-423. 「これを支持する理由として、Uhlenbruck/Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 12. Aufl. [2003], § 22 Rdnr 33. Pohlmann博士、この点、事業譲渡の場合には通常の財産換価と異なり、将来の債権者機関の同意の不足を要求するのではなく、それは、その理由による。」

- (91) Pohlmann, Rz.424.
- (92) 雑誌回註「Lohkemper, Zur Haftung des Erwerbers beim Betriebsübergang im Insolvenzöffnungsverfahren, ZIP

1999, 1251, 1252 (111条1項1文1号并迅速な開鎖を回避し、再建をりわけ譲渡再建の可能性をできるだけ長期間確保しようとする趣旨)の規定であるが、同規定の存在が有利な事業譲渡の妨げとなるものでない旨(註(8))。Wimmer/Schmerbach, Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, [1999], § 22 Rdnr 25.

(65) Pohlmann, Rz. 421.

(65) Marotzke, Das Unternehmen in der Insolvenz-Fortführung und Veräußerung zwischen Eröffnungsantrag und Beirichtstermin, [2000], Rdnr 43ff.

(65) 株式会社法(Aktiengesetz) 179条a [会社資産全部の譲渡に株主総会の特別多数決を要する旨の規定]なる旨の適用を認めること。JG 451の13号并 Menkeが譲渡を阻むこと。彼は債務者の同意を要件とする立場であるが(註(8))参照) の際会社債権者の同意を要しないこと。即ち、仮倒産管財人による企業譲渡契約の締結に於て、社員の間与の規定(株式会社法179条aなど)は適用がなるところ。その理由として、仮倒産管財人の法的地位は法律(111条)及び倒産裁判所の選任決定に基きて確定するものである。仮倒産管財人が権利主体の執行機関となるわけではなく、その為、仮倒産管財人に対するコントロールは倒産裁判所のみが行使し企業主体の社員が行使するわけではなく、と説くこと。Menke, a.a.O. (N. 87), BB 2003, 1133, 1137.

(66) Marotzke, a.a.O. (N. 94), Rdnr 46-48.

(66) Marotzke, a.a.O. (N. 94), Rdnr 49.

(66) Marotzke, a.a.O. (N. 94), Rdnr 50.

(66) Marotzke, a.a.O. (N. 94), Rdnr 67-79.

(66) Marotzke, a.a.O. (N. 94), Rdnr 80-91.

(66) Marotzke, a.a.O. (N. 94), Rdnr 92-96.

(66) Marotzke, a.a.O. (N. 94), Rdnr 97-109.

(66) Probleme der praktischen Anwendungen und Schwachstellen des Regelinsolvenzverfahrens-Analyse und Änderungsorschläge-Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Insolvenzrecht", zur 73. Konferenz der Justiz-

ministerinnen und Justizminister vom 10. bis 12. Juni 2002 in Weimar [以下、 Abschlussbericht とし引用]。JG 451の13号并 Menkeの13号并註(8)に於て

<http://www.justiz.nrw.de/JM/Justizpolitik/schwerpunkte/insolvenzrecht/abschlussbericht.pdf>

JG 451の13号并註(8)の旨を認め、Graf-Schlicker, Schwachstellenanalyse und Änderungsorschläge zum Regelinsolvenzverfahren, ZIP 2002, 1166。また、假倒産管財人の役割を認め、その旨を認める旨の文書とす。<Topics> 「ユーンに於ける假倒産管財人の職務」をより詳細に説明(110011号)を参照。

(66) 社債持株の区別を認めること。<Topics> 「ユーン倒産法の改正草案の概観」をより詳細に説明(110011号)を参照。

(66) 田中興の假倒産 ([http://www.nichibenren.or.jp/ja/link/directory/data/J05-The\\_German\\_Federal\\_Bar.pdf](http://www.nichibenren.or.jp/ja/link/directory/data/J05-The_German_Federal_Bar.pdf)) に於けるユーン并議士及びユーンの并議士の職業上、経済上の利益の保障、保障、促進を図る旨の旨。非公認団体である。入会を任意である。詳細はユーン并議士のGmbHに於て <http://www.anwaltverein.de> を参照。

(66) コーキンググループの実施した裁判業務に関するアンケートの結果によれば、連邦内における開始手続の平均期間が三ヶ月程度であるとされている。

(67) Abschlussbericht, a.a.O. (N. 103), S.72f.

(67) Abschlussbericht, a.a.O. (N. 103), S.73f.

(67) Abschlussbericht, a.a.O. (N. 103), S.74.

(67) Abschlussbericht, a.a.O. (N. 103), S.74f.

(67) Graf-Schlicker, a.a.O. (N. 103), S.1173.

(67) Abschlussbericht, a.a.O. (N. 103), S.75f.

(67) Abschlussbericht, a.a.O. (N. 103), S.76ff.

(67) Abschlussbericht, a.a.O. (N. 103), S.11。既述のコーキンググループ報告書が公表される前に同旨の提案がなされたこと。Arbeitskreis der Insolvenzverwalter Deutschland e. V., Vorschläge zur Änderung des Unternehmensinsolvenz-

rechts, NZI 2002, 3, 9.  
 (115) なお、手続開始後報告期日前の事業譲渡の許容は、討議草案・参事官草案・政府草案でも維持され、二〇〇七年改正法に結実した。即ち改正法一五八条は以下の新たな規定となった（改正部分に傍線を付した）。  
 一五八条【決定前の措置】

(1) 倒産管財人が報告期日の前に債務者の企業を開鎖又は譲渡しようとする場合は、債権者委員会が設置されようとするときは、この債権者委員会の同意を得なければならない。

(2) 管財人は、債権者委員会が決議の前にはこの委員会を設置されていないときは企業の開鎖若しくは譲渡の前には、債務者に通知しなければならない。倒産裁判所は、倒産財団が著しく減少するようになると閉鎖又は譲渡を報告期日までに延期しようとするときは、債務者の申立により、管財人の審尋の後、閉鎖又は譲渡を取り消すようが出来る。

(116) Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung, des Bürgerlichen Gesetzbuches und anderer Gesetze [Zur Diskussionsentwurf 2011年11月]. ヤンターケナルに閲覧可能である（<http://www.brak.de/seiten/pdf/Gesetzesentwurfe/inso.pdf>）。

討論草案の趣意を要約すると、  
 2011年 11月 27日、Sabel, Änderungen des Insolvenzrechts im Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Änderung der InsO, des BGB und anderer Gesetze, ZIP 2003, 781.

(117) Diskussionsentwurf, a.a.O. (N. 116), Allgemeine Begründung 2 (a) (cc). なお討論草案は、報告期日前の事業譲渡にこの中を認めようとする。討論草案第一九条参照。これはこのように、ローキングクルー最終報告書に回覧の理由だけが述べられている。Diskussionsentwurf, a.a.O. (N. 116), Begründung zu Nummer 19.

(118) Diskussionsentwurf, a.a.O. (N. 116), Begründung zu Nummer 7.

(119) Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung, des Bürgerlichen Gesetzbuches und anderer Gesetze, Nr.4. ヤンターケナルに閲覧可能である（<http://www.drb.de/cms/index.php?id=357>）。手続開始前の事業譲渡を認めようとするが、現存価値を毀損せよとしないことを利用するようである。現代の価値観は、血縁関係に何故か価値を置くことである。

(120) Pape, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung-Erste Anmerkungen zum Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz, ZInsO 2003, 389, 391. Pape 氏時々の仮管財人・仮倒産管財人による事業譲渡に反対している。其（23）参照。

(121) Stellungnahme des Gravenbrucher Kreis zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Änderung der InsO, des BGB und anderer Gesetze, ZIP 2003, 1220, 1222; Vallender/Fuchs, Ein großer Wurf?-Anmerkungen zum Diskussionsentwurf des BMJ, NZI 2003, 292, 293.

(122) Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung, des Kreditwesengesetzes und anderer Gesetze [Zur Referentenentwurf 2011年11月]. ヤンターケナルに閲覧可能である。  
[http://www.brak.de/seiten/pdf/Gesetzesentwurfe/RefE\\_Inso\\_KreditwesenG.pdf](http://www.brak.de/seiten/pdf/Gesetzesentwurfe/RefE_Inso_KreditwesenG.pdf)

(123) Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens, BT-Drucksache 16/3227 [Zur Regierungsentwurf 2011年11月].

(124) Abgabenordnung (租税通则法) 40(1) 15条は、営業譲受人の納税義務を規定する。以下の新たな規定による。  
 (1) 企業又は企業の部門（Gliederung）として別個に経営せられる営業が全体として譲渡される場合は、譲受人は、譲渡が行われた暦年の直前の暦年の最初からその租税が発生した譲受人による営業の届出の後一年が経過するまでの間にその租税が確定せられたことは届け出られたことを条件として、その納税義務が企業の経営に基づき生じる租税及び源泉徴収税額につき責任を負う。責任は、譲渡された財産の現状に限定される。戻り税（Steuervergütungen）の償還請求権は、租税と同等である。

(2) 第一項は、倒産財団からの譲受人、及び執行手続における譲受人には、適用されない。  
 従って、倒産手続開始前の事業譲渡については、第二項の適用がなく、譲受人の納税義務は免除されないことになることである。

(125) Referentenentwurf, a.a.O. (N. 122), Allgemeine Begründung 2 (a) (cc); Regierungsentwurf, a.a.O. (N. 123), Begründung A. 3. 回覧を要するようである。Gottwald/Uhlenbruck, Insolvenzrechtshandbuch, (N. 75), § 14 Rdnr 50.





律を要するという立論が有力であった（以上、第一章第六節第一款）。次に、財産の換価については、「傷みやすい物の緊急売却」を通常の管理の枠内として保管人の固有の権限とする点でコンセンサスがあるが、それ以外の物の売却については、実体的・手続的に一定の規律を課する議論が有力であった（以上、第一章第六節第二款）。そして事業「営業」譲渡については、それが最終的な状態をもたらすものであること、及び債権者自治を潜脱するものであることから、保管人には認められないとする立場が学説上多数であった。しかしBGH判例は、保管人による事業譲渡を原則として否定しながら、「破産手続開始が確実に予測されかつ債務者財産の保全の観点から絶対に必要である」という要件を具備する場合、もしくは債務者の同意という要件を具備する場合には、保管人による事業譲渡が許容されるとの口吻を示す（以上、第一章第六節第三款）。この判例が、現行のInsOにおける、仮倒産管財人による事業譲渡の許容性をめぐる議論の嚆矢になったことは想像に難くない。

二 倒産法委員会第一報告書においては、「仮倒産管財人」という機関の新設が提案された。その権限は、債務者に課す処分権制限の程度に相関して変化するものであり、債務者に一般的処分禁止が課される場合には完全な処分権が仮倒産管財人に帰属するというものであった。その処分権の内実に関する報告書の説明は注目すべきものであり、手続開始後の倒産管財人と同様の手続的規律（倒産裁判所の同意、債権者委員会の承認）の下で事業譲渡を、仮倒産管財人がなし得るというものであった（以上、第二章第一節）。

三 一九九四年倒産法（InsO）においても「仮倒産管財人」が導入された。その権限も、倒産法委員会第一報告書と同じく、債務者に課す処分権制限の程度に応じて変化するというものであって、債務者に一般的処分禁止が課される場合には債務者財産に関する管理処分権が帰属することになった。ただしその管理処分権の内実は、立法者の——倒産法委員会に比して——消極的な保全処分観を反映してか、謙抑的内容となっている。即ち立法理由によれば、仮倒産管財人は手続開始に関する裁判までの財産保全に必要な限りで管理処分権を行使することがで

き、例えば傷みやすい物品の緊急売却が該当するのだという。このような内容は、旧法での議論でコンセンサスが得られていたものを踏まえたことが明らかであるが、仮にそれ以上のものが求められていないのだとしたら、（事業譲渡をも許容する）倒産法委員会の立場からの転換があったといわざるを得ないだろう（以上、第二章第二節第三款）。

以上の立法者の立場を踏まえつつ、（管理処分権の帰属する）仮倒産管財人の行う具体的な措置についても議論がなされている。まず、企業継続ないし閉鎖については明文で規律がなされた。企業継続は仮倒産管財人の義務の一つとなり（InsO二二条一項二文二号）、また企業閉鎖については「財産の著しい減少を防止するため」という実的要件の下、裁判所の許可という手続的要件を具備すれば許容されるようになった（InsO二二条一項二文二号）。次に財産換価については、立法者が既に「傷みやすい物の緊急売却」を典型例として呈示しているため、それを逸脱しない程度のものであることが想定されている。そして事業譲渡については、立法者の立場からは最もかけ離れた措置であるということになる。しかしその中でも、企業の閉鎖に関するInsO二二条一項二文二号を類推して、「債務者財産保全のために絶対必要」といった実的要件の下、倒産裁判所の許可（あるいは債務者の同意）といった手続的要件を具備すれば許容される、といった議論があることが注目される（以上、第二章第二節第四款）。

仮倒産管財人の事業譲渡については、近時の倒産法改正においても検討され、結論が二転するという興味深い過程となった。ワーキンググループ最終報告書においては、債務者の財産権保障・債権者の権利保障が重視され、開始手続においてはその実現が合理的コストでは不可能であることを理由に消極の立場が採られた。これに対し討議草案では、早期かつ有利な事業譲渡の機会を捉える必要性から仮倒産管財人の事業譲渡に積極の立場が採られ、ただし債務者の利益保護の観点から企業閉鎖と同一の厳格な要件の下に許容するとした。ところが参事官草案では反

転して、債務者の所有権保障の観点から、ワーキンググループ報告書と同様の消極的立場が採られ、これが二〇〇七年改正法の立場となったのである。しかしこの改正法を受けても、仮倒産管財人による事業譲渡の許容性を巡る議論は終息の気配を見せない（以上、第二章第三節）。

四 保管人・仮倒産管財人を包含する意味での「仮管財人」の権限の規律については、倒産手続の理念を背景にした各人の保全処分観が反映することになる。かつては「破産の破産」の解決を期待して（保管人に多大な権限を認めていた（第一期の）論者があり、それに対して（第二期の論者による）保全処分の元来の趣旨に立ち返って規律を精緻にしようとする方向への揺り戻しがあった。また、倒産法委員会第一報告書と現行倒産法との保全処分観の違いから来る仮倒産管財人の権限イメージの差異も興味深いところである。事業譲渡を巡る立法者の立場の変化、そしてそれに対する字説の議論も注目すべきものがある。仮倒産管財人の権限に関する今後の議論の動向を更に見守る必要がある。）

ドイツにおける議論を我が国のそれに援用することについては、倒産法制度・倒産実務・金融実務等の差異を考慮すれば、慎重な態度が必要である。もつともそうだとしても、ドイツにおける議論を参照すべき点は少なくない。ことに、仮管財人に重大な措置につき権限行使を認める際に手続開始前の関係人（債務者・債権者）の利害状況を考慮し、それに則した手続保障を考えるという姿勢である。議論の視座は、手続申立後開始決定前の法律状態に関する評価である。この段階では法律上ははまだ倒産原因の存在は確定されていない一方で、開始後の倒産手続の段階でもある。債務者はその財産管理処分権を剥奪されていない一方で、債権者も手続開始後の債権者自治を潜脱させてはならないことになる。そこで、債務者の利益（第二章第二節第三款二の Polmann の表現を借りれば「現状維持利益」と、債権者の利益（同じく「価値維持利益」）の保護をどのような形で図るかが重要になる。その場合に、債務者の手続保障（債務者の同意を要件とするか、それとも債務者の聴取を踏まえての裁判所の許

可で十分とするか）、債権者の手続保障（仮債権者委員会のような組織を想定するか、それとも裁判所の許可で十分とするか）、といったことが考慮されなければならない。このような考慮は、問題となる具体的措置に則して行われるべきであり、特に重要な措置である事業譲渡の可否を巡っては、議論の精緻化を必要とする。更に、そのような手続的規律に、実体的規律をどのように絡ませるかも、重要な課題となる。

以上のような議論は、我が国において保全管理人の権限規律（特に常務に属しない行為の規律）を考える上で、一定の指針を提供するものであろう。序章でも指摘したように、近時は会社更生法下の解釈としても保全管理人に積極的な権限行使を認める見解が有力であるが、それが「裁判所の許可（会社更生法三二条一項但書）を得ればあらゆる常務外行為をなしうる」との方向性を志向するものとすれば妥当ではない。手続開始決定前の利害状況を踏まえた上での実体的、手続的規律を（解釈論更には立法論的に）検討していかねばならないのである。

本稿の検討を踏まえ、我が国における保全管理人の権限規律につき、今後研究を進めることにしたい。

注

- (一) その嚆矢として、拙稿「倒産手続における保全管理人の地位と権限——常務外行為の規律を中心に」民訴雑誌五五号（二〇〇九）掲載予定、同「倒産手続における保全管理人による事業譲渡について」青山善充先生古稀祝賀論文集（二〇〇九）掲載予定。