

## 資料

# ドイツ倒産法の改正とボン基本法

石川 明

### 第一章 序説

### 第二章 郵便の制限

### 第三章 居住義務

### 第四章 結語

## 第一章 序説

わが国において破産法の問題を憲法的視野から照射した  
ものとして破産宣告手続が決定手続であることの合憲性を  
めぐる最高裁判例があり、それに関する判批がみられるに  
すぎない。<sup>(1)</sup> それ以外に破産法の問題が憲法的観点から問題  
視されることはなかった。そこで私は、判例タイムズ九七

九号六〇頁に「ドイツ倒産法と破産法の郵便制限」と題す  
る一文を掲載して、破産者に対する郵便制限の憲法問題を  
論じたことがある。

情況はドイツにおいても日本におけるとそれほど変わっ  
ていたわけではない。<sup>(2)</sup> 一九七五年当時、破産手続に関する  
違憲の疑問が提起されることは殆どなかった。<sup>(3)</sup> 一九八六年、  
Adam が「破産手続における若干の憲法上の問題 „Aus-  
gewählte Probleme des Konkursverfahrens in verfas-  
sungsrechtliches Sicht“」と題する学位論文を出版した  
が、これとてもドイツにおける前記の伝統的状況をなら  
変えるものではなかった。<sup>(4)</sup> 連邦憲法裁判所（以下 BVerfG  
と略す）は、唯一ドイツ旧破産法（以下 KO と略す）四五  
条の規定を基本法（以下 GG と略す）六条一項違反の故を

もって、一九六八年七月二四日の決定で無効と判示したのである。<sup>(3)</sup> KO 四五条は「破産者の妻は、婚姻中取得した物を、それを破産者の費用において取得したものでないことを証明した場合に限り、取戻請求できる」と規定していた。KO 四五条以外にも憲法上合憲性が疑問になる規定がなかったわけではない。しかしそれらの諸規定の BVerfG の憲法違反無効の判断を引出すまでにはいたっていないからなのである。そこで Bonn 大学の Gerhardt 教授は以下において、ドイツの新倒産法 (Insolvenzordnung——以下 InsO と略す——) の立法にあたり、従来提唱された憲法問題をいかなる範囲で立法者が検討したかという点について考察している。彼は特に重要な問題を四つの論点に絞って検討している。すなわち、第一は郵便の制限、第二は居住地制限、第三は説明義務、第四は配遇者の処遇である。以下、本稿では、とりあえず、第一、第二の問題に限定して、順次その論旨を紹介して、日本の破産法について同様の問題が存在することを指摘しようとするのが本稿の目的である。

(1) 中野貞一郎「倒産手続と憲法的保障(1)」、『新倒産判例百選』(I 事件) 九頁(有斐閣、別冊ジュリスト一〇六号、

平成二年)、同『民事手続の現在問題』二七頁以下(判例タイムズ社、平成元年) および斎藤三麻上三林屋編『注解破産法』下巻二六頁以下(青林書院、第三版、平成一年)、及びそこに引用された文献参照。

(2) 本稿は、Walter Gerhardt „Insolvenzrechtsreform und Verfassungsrecht“, Grundrechtverletzungen bei der Zwangsvollstreckung, Eunomia 1965 S. 77ff. に負うところが大きい。

(3) Quack, Rpfleger 1975, 185.

(4) フランクフルト大学において Flessner 教授の指導で作成された学位論文である。

(5) BVerfGE 24, 104ff.

## 第二章 郵便の制限

KO 二二一条一項は、破産裁判所の命じた郵便の制限を規定していた。すなわち、「①郵便局、電報局は破産裁判所の命令により破産者にあてられたすべての小包(Sendungen)、手紙(Briefe)及び電報(Depeschen)を管財人に交付しなければならない。②管財人はそれらを開封する権限を有する。③破産者はその内容が破産財団に

関するものではないとき、それらの閲覧及び引渡を請求できる。」と規定していた。ここでこの郵便の制限は、「**信書の秘密**、ならびに郵便および電気通信の秘密は、不可侵である」とするGG一〇条一項の基本権を侵害しないかという点<sup>(1)</sup>がすでに一九七〇年代に指摘されていたのである。<sup>(2)</sup>特に問題とされたのは私的郵便物も破産管財人に引渡されるということが、憲法上の比例原則からみて問題がないかという点である。<sup>(3)</sup>

これに対してBVerfGは一九八六年六月六日の決定<sup>(4)</sup>においてKO一二一条は合憲であって違憲の疑問の余地のない規定である旨判示している。そしてこの見解が判例・学説の多数説ではある。しかしKO一二一条の合憲性を出発点としながらも比例原則という憲法原則からみて破産裁判所が要件が明記されていないがゆえに、原則として(routinemäßig)郵便制限を課していないという取扱い<sup>(5)</sup>がなされてきた。<sup>(6)</sup>

InSO九九条は以下の<sup>(7)</sup>とく規定している(吉野・木川共訳・東海法学一八号九〇〜九一頁による)。

**第九九条【郵便の制限】**

(1) 債権者〔前掲訳では「債務者」〕とされているが債権

者と訳すべきところなので、本稿では「債権者」と訂正した〕にとつて不利な債務者の法律的行为を明らかにし又は回避するために必要と思われる限りにおいて、倒産裁判所は、倒産管財人の申立てに基づき又は職権により、理由を付した決定によつて債務者に対する特定又は全部の郵便物を管財人に送付すべき旨を命じる。この命令は、個々の事案の特別な事情により命令の目的を侵すことにならない限りは、債務者の審尋の後にこれをおこなう。事前に債務者の尋問がおこなわれなるときは、決定において特別にその理由を付し、かつ、後に遅滞なく審尋をおこなわなければならない。

(2) 管財人は、管財人に送付された郵便物を開封することができ、内容が倒産財団に関係しない郵便物は、債務者に対して遅滞なく送付しなければならぬ。その他の郵便物は、債務者がこれを閲覧することができ

る。

(3) 郵便制限の命令に対しては、債務者は、即時抗告をすることができ、裁判所は、命令の要件が欠缺する限りにおいて、管財人を審尋した後<sup>(8)</sup>にその命令を取消さなければならない。

改正法立法者は、比例原則を考慮して新倒産法において KO 一二一条一項の制限的解釈を前提にした規定をおいたのである。すなわち、InsO 九九条一項一文によれば、債権者が倒産者による債権者に不利益な法的行為を明らかにするか、あるいは回避するために必要と思われる限りにおいて倒産裁判所は、郵便の制限を課することができるものとしている。立法者意思によれば、この種の制限を認めるに足るだけの理由がない場合には、右受取制限は許されな<sup>(7)</sup>いことになる。KO と InsO の相違は原則と例外とが逆転されている点である。郵便制限の命令の要件の存否については、いずれのケースにおいても特に審理されることにならない。ただし郵便の制限は、倒産者の私的生活領域への重大な侵害になるからである。しかし KO においては、郵便等が破産財団に関するものではないことの証明責任は破産者が負担する。これに対し InsO ではそれが財団に関するものであることの証明責任は管財人が負うことになる。さら<sup>(8)</sup>に加えて、倒産裁判所は郵便制限を命じる決定に対しては、理由を付さなければならぬとされている (InsO 九九条一項一文)。新法である InsO の規定は旧法である KO の規定と比較すれば通信の秘密の保護という観点からみて、はるかに進歩したものと解することができることはいうま

でもない。だがしかしその新倒産法の規定の仕方にも全く問題がないわけではない。ただし、その規定の仕方は、例えば裁判所は、適切であり (適切性の原則)、必要である (必要性の原則) 郵便の制限を、次のようなケースでは手段と目的の関係からみて、比例性に反するために拒否できる (狭義の比例性) のではないかという問題が生じるからである。Gerhardt が<sup>(9)</sup>こで挙げている例示は以下の通りである。例えば、ある宝石商の倒産にあたり、右宝石商が五〇DM の価値の銀製ネックレスをその友達に贈与したことにつき手掛かりが存する場合はどうかというのである。債権者の利益をはかるために右銀製ネックレスの所在について知るためにラブレターを検査することは必要ではあっても、狭義の比例性に反することにならないかという問題がある<sup>(9)</sup>とされるのである。このようなケースでは倒産裁判所は、郵便の制限命令の発令を拒否できなければおかしいのではないかというのが同教授の批判である。すなわち、当該制限が不適切、不必要であるか狭義の比例性に欠けると思われる場合に郵便制限の命令は否定されるという解釈がなされなければならないのではないかという疑問があるのである。そこで適切且つ必要ではあっても、狭義の比例性がないケースについてまで制限を認めなければならぬこと

になるが、これは問題であるというのが Gerhardt の見解である。郵便制限で適切且つ必要な場合、比例性とは無関係に制限を許可する、といっているのではなく許可が適切且つ必要な場合でも比例性が欠ければ不許可とすべきではないかというのである。

新法によれば、郵便制限の決定は債務者に送達されなければならぬ。郵便制限の命令に対しては即時抗告を提起することができる（九九条三項）。九九条一項二文は原則として債務者の事前審尋を要することを規定している。しかし郵便の制限の許可前に債務者が審尋されなかったとしても、少なくとも債務者は郵便の制限を知ることが要求される。

郵便の制限の許可前に原則として債務者を審尋すべき裁判所の義務を認めること、且つ事前審尋ができない場合は事後に遅滞なく審尋をすべき旨規定することによって、新倒産法は、GG 一〇三条一項の法的審問請求権を保証している。この点で GG 一〇三条一項の法的審問請求権との関係で新倒産法の郵便の制限について憲法問題は生じないものと解されている。

そこで以上に述べたドイツ法の問題点をわが国の現行破産法に引直して考えてみるとどうなるかという点について、

私は前掲判タの論稿において以下のように述べていることを紹介して結論に代えたいと考える。すなわち、「我が国の現行破産法一九〇条は以下の規定をおいている。——中略——破産法一九〇条第一項は KO 二二一条第二項が郵便等の制限を『裁判所の命令』にかからしめたことよりもより厳しい規定内容であって、まず一方で裁判所が郵便物等の管財人への配達を嘱託することを『要ス』との原則を規定し、他方では例外として第三項で郵便の制限の解除について規定するという形をとっている。ボン基本法一〇条一項にあたる日本国憲法二二条第二項後段の通信の秘密の保護との関係からみて、破産法一九〇条の郵便等の制限に関する原則と例外を InsO 九七条にみられるように、逆転させることが、破産者の通信の秘密をよりよく保護する結果になるのではないかと思われる。通信の秘密の保護という観点からみるならば、InsO 九九条の規定は配慮の行届いた立法として評価されて然るべきである」と。

なお、斎藤秀夫 Ⅱ 麻上正信編『注解破産法』九二二頁（青林書院、改訂第二版、一九九四年）（青田長太郎執筆）は次のように述べるにとどまる。すなわち、「いわゆる信書の秘密は憲法及び刑法の保障するところである（憲二二条、刑一三三条）が、本条はその例外規定であって、破産

裁判所のみこれをする事ができる。

この信書および電報の秘密の侵害は、破産者に苦痛を与えることになるが、破産管財人は善良なる管理者の注意をもって破産財団を管理する義務があり、その職務を全からしめるためである(一六四条)。」とする。この記述は上記の観点からすれば、問題のあるところではないかというの私の率直な感想である。

なお、民事再生法七三条は、第一項で裁判所による郵便物の制限の嘱託について、嘱託することができ旨規定し、第二項で再生債務者の申立て又は職権による嘱託の取消・変更について規定する。これは破産法一九〇条の「要ス」と比較すれば制限が「嘱託スルコトヲ要ス」から嘱託を裁量的にしている点で緩和されている。しかし第二項にみられるように制限が職権により取消されなにかぎり、再生債務者が嘱託の必要性がないことについての証明責任を負うことになると解される点でまだ問題を含むところへきであるう。

(1) InsO 一〇二条でもこの点改正されていない。

(2) Quack, Rpfleger 1975, 185, 186; LG Coburg KTS 1972, 124, 125 は K O 一三二条二項による郵便物受渡しの

制限の取消要件は、就中 K O 一〇条から演繹される旨判示している。これに反して、Jaeger/Weber, KO 8, Aufl., 1973, § 121 Aum. Hf. 34' 55' 一〇条に言及している。Maunz/Dürrg/Herzog, GG 1973, Art. 10 Rdnr. 59, は K O 一三二条に対する憲法上の疑義を提起している。

(3) Quack, Rpfleger 1975, 185, 186.

(4) ZIP 1986, 1336, 1337.

(5) OLG Köln ZIP 1986 658, 659; OLG Naumburg ZIP 1993, 1573, 1575 zur Postsperrre nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 der GesO; Adam, Ausgewählte Probleme des Konkursverfahrens in verfassungsrechtlicher Sicht, Diss. 1986, S. 197ff., 202 参照。なお、Postsperrre に関する反対説としては、Smid/Zenner GesO, 2. Aufl., § 6 Rdnr. 26; Haarmeier/Wutzke/Förster GesO, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 34 がある。

(6) OLG Bremen ZIP 1992, 1757, 1759; LG Stuttgart EWiR 1986, 1127 (Balz); Pape EWiR 1992, 1215, 1216; Kuhn/Uhlenbruck KO, 11, Aufl., § 121, Rdnr. 1 などの同所引用文献参照。および Eickmann in Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 1990, 31 Rdnr. 27, において K O の立法者は、破産裁判所に裁量判断を認めなかった。右立法者は、K O 一三二条二項による Postsperrre の変更の可能性を認めないことについて、ないことはすべての

書簡を閲覧し、且つ私的な通信を引渡すことよつて破産者の利益は十分保護されると考えていたのである。この点に「*Motiv S. 343 = Hahn, Die gesamten Materialien zu Reichsjustizgesetzen, 4. Bd., Materialien zur Konkursordnung, 1881, 5. 310*」を参照。

(7) Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucksache 12/2443, S. 143.

(8) Kuhn/Uhlenbruck KO, 11. Aufl., §121, Rdnr.1 参照。これによる法規が裁判に理由を付することを要求しないかぎり、*Postsperr*の命令は事実上原則として出される結果になるのである。

(9) Gerhardt, a.a.O., S.80.

### 第三章 居住義務

GG 一条一項はドイツ国民がドイツ連邦共和国における移転の自由 (*Freizügigkeit*) を有する旨規定している。移転の自由権は法律によつてのみ制限されうるものである (同条二項)。例えば GG 一条二項によれば疫病 (*Seuchengefahr*)、自然災害 (*Naturkatastrophen*) の危険の回避、犯罪行為の予防等、特定の目的を達成するた

めに制限されうるにすぎない。移転の自由はドイツ国民がドイツ連邦共和国内のいづれの場所においても住居ないし住所を定める権利を有することを意味する。<sup>(1)</sup> KO 一条一項によれば、破産者は、その住所から裁判所の許可があるときに限り離れることが許されるものとされていたが、同規定は、基本法上保障された移転の自由を侵害するものである<sup>(2)</sup>といわれていた。同条は立法者意思によると破産者が手続上負担する義務の履行の恣意的懈怠を防止することを目的としたものとされている。<sup>(3)</sup> この目的設定は、GG 一条の二項の規定の対象、すなわち法律による移転の自由の制限列挙項目のいづれにも該当しない。そこでこの点からみて、KO 一条一項の規定は憲法違反であるとの主張が一部でなされていたのである。<sup>(4)</sup> 他の見解は、破産裁判所が犯罪防止のために滞留 (*Verbleiben*) が必要とされる場合以外は住所を去る許可を破産者に与えることが義務づけられると解することによつて、KO 一条一項を合憲と解釈する見解もあった。その際、許可の留保を制限し、国内における移転の自由を許可の対象から外し、許可対象は外国旅行ないしは外国への移転——それは GG 一条一項の保護範囲に含まれない<sup>(6,7)</sup>——が、破産裁判所の許可にかからしめられると解釈することによつて、同条の制限が G

Gに違反するものではないと解する見方もあった。

倒産法改正委員会は、その第二報告書の中で既にKO一〇一条一項の条文がG・G違反ではないかとの疑問を表明している。<sup>(8)</sup>改正委員会は、居住制限を廃止し、その代わりに債務者に、それが必要とされる範囲において倒産裁判所に、その協力、情報提供を義務づけようとしたのである。こ

こで郵便の制限と同様に原則・例外を逆転しようとしたのである。<sup>(9)</sup>債務者が協力義務・情報提供義務に従わない場合、倒産裁判所は債務者を強制的に、引致(vorführen)又は勾引(verhaften)できるものとしたのである。<sup>(10)</sup>

この提案はInsO九七条三項一文及び九八条二項に成文化された。すなわち、InsO九七条は以下の規定を置いている(訳文は九九条と同じく、吉野・木川共訳による)。

**第九七条【債務者の情報提供義務及び協力義務】**

(1) 債務者は、倒産裁判所、倒産管財人、債権者委員会及び裁判所の命令があるときには債権者集会に対して、手続に関するすべての事情につき情報を提供する義務がある。債務者は、犯罪行為又は秩序違反による訴追を行うのに役立つ事実をも明らかにしなければならない。但し、債務者が第一文によるその義務に従って提

供する情報は、刑事手続又は秩序違反に関する法律による手続において、債務者又は刑事訴訟法第五二条一項所定の債務者の親族に対しては債務者の同意があるときに限り用いることができる。

(2) 債務者は、管財人が職務を遂行するに際して、この管財人に協力しなければならない。

(3) 債務者は、情報提供義務及び協力義務を履行するために、裁判所の命令に基づいていつでも要請に応える準備をする義務がある。債務者は、この義務の履行に反するすべての行為をしてはならない。

**第九八条【債務者の義務の貫徹】**

(1) 真実に合致する陳述を引出すために必要であると思われたときは、倒産裁判所は、債務者が裁判所の求める情報を誠意をもって正確かつ完全に提供した旨を宣誓に代えて調書の上で約束(「宣誓に代わる保証」の意——石川注)することを命じる。民事訴訟法第四七八条から第四八〇条、第四八三条の規定は、これを準用する。

(2) 以下の場合には、裁判所は債務者を強制的に引致し、又は審尋後に勾引することができる。

1. 債務者が情報提供あるいは宣誓に代わる約束

「宣誓に代わる保証」の意——石川注）又は倒産管財人の職務遂行の際の協力を拒否する場合

2. 債務者が情報提供義務及び協力義務を逃れようとする場合、特に逃亡の準備をする場合

3. 情報提供義務及び協力義務の履行に反する債務者の行為を回避するために、特に倒産財団の保全のために、これが必要である場合

(3) 勾引の命令については、民事訴訟法第九〇四条（訳の原文に「条」は記載されていないが読み易くするために挿入した——石川注）から第九一〇条、第九一三条の規定を準用する。勾引の命令のための要件がもはや存しないときは、勾引命令を直ちに職権により取消すものとする。勾引の命令及び勾引命令の取消を求める申立ての命令要件の欠缺を理由とする却下に対しては、即時抗告が認められる。

債務者の準備義務 (Bereitschaftspflicht des <sup>(11)</sup>Schuldners) については、一方では債務者の不必要な居住制限 (Aufenthaltsbeschränkung) を回避し、他方では債務者がたとえその住所外にいても必要があれば情報開示ないし協力義務を履行できるための配慮 (Vorsorge)

がなされているのである。<sup>(12)</sup>

(Gerhardt は InsO 九七条三項一文、九八条二項の新規定は合憲と思われること、その情報提供義務及び協力義務を履行するために裁判所の命令<sup>(13)</sup>に依じる債務者の義務は、移転の自由に関する GG 一条一項の保護範囲の侵害ではないことを説いている。その基本権の保護領域に入る私人の行為を認めようとする国家行為は、直接・間接を問わず、あるいは法的行為・事実行為のいずれによるかを問わず、人権侵害である。<sup>(14)</sup> 倒産裁判所の債務者を利用する権限は事実上ないし間接的に債務者の場所の移転を困難にするが、それを不可能にするものではない。債務者が協力義務・情報提供義務を履行しないときに認められる (InsO 九八条二項) 倒産者拘留 (引致) には、自由剝奪として人身の自由を保障する GG 二条二文および同一〇四条の規定 (法律の規定に基づいて人身の自由を制限できる旨の規定) が適用されることになる。<sup>(15)</sup> 個別執行の枠内で執行の奏功のため債務者の拘留 (引致) が必要であることが認められるものの、その場合に比例性も遵守されなければならぬものとされているが、この点は倒産における総債権者に対する関係でも同じことになる。

ひるがえって我が国の破産法をみると、一四七条が一般



- (13) Gerhardt, a.a. O., 84.
- (14) Bleckmann/Eckhoff DVB 11988, 373 ff.; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 8. Aufl., 1992, § 6 III 2 Rdn. 274; BGH NJW 1980, 2414, 2415 は反対と認められる。この見解によると、直接且つ事実上の侵害はGUGI一条一項の問題ではないとされている。
- (15) Jarass/Pieroth, GG 3. Aufl., Art. II Rdnr. 1. 参照。
- (16) BVerfGE 61, 126, 135f.; Pieroth/Schlink a.a.O., § 10 IV 2, Rdnr. 488.

#### 第四章 結語

以上において、私は、破産者における郵便制限および居住制限を日本国憲法の通信の秘密（二一条三項）および居住移転の自由（二二条一項）との関係とその問題点についてドイツ法と比較しつつ検討した。わが国における新倒産立法においても配慮すべき点ではないかと考える。

なお、本稿で紹介しなかったが、序説において提起した第三、第四の問題については後日検討したいと考えている。