

資料

小規模企業のための特別な倒産手続

——それは望ましいか、あるいは必要でさえあるか？——

シュテファン・マダウス
三 上 威 彦／訳

〔訳者前注〕 本稿は、二〇二四年一月一六日に行われた、

ハレ・ヴィッテンベルク大学のシュテファン・マダウス教授の講演「Besondere Insolvenzverfahren für kleine Unternehmen – wünschenswert oder sogar notwendig?」の原稿を翻訳したものである。この講演会は、石川明教授記念手続法研究所による同教授の招聘によって実現したものであり、同研究所に対しては記して感謝申し上げたい。また、この翻訳および刊行を快諾されたマダウス教授にも感謝申し上げたい。さらには、この講演会の実現に向けて、周到な準備をして頂いただけでなく、当日は司会の労をも執つて下さった慶應義塾大学芳賀雅顯教授にも心から御礼

申し上げる次第である。

本稿は、特に小規模企業や零細企業をターゲットとした簡易な倒産法制を提案するEUの指令提案を素材として、その概要と、問題点等を、EUやアメリカ合衆国、ドイツにおける議論を参考にして明らかにするものである。このEUの指令提案は、小規模・零細企業の為の簡素化された清算型手続のみを提案するものであるが、破綻した小規模・零細企業の破綻処理を考える場合、簡素化された再建型手続をも視野に入れて考えられるべき問題であろう。その点からいえば、本稿で指摘されている点は、小規模・零細企業のための倒産手続を構築する際に留意すべき点を

明らかにしたものといえる。その意味で、小規模・零細倒産手続はどうあるべきかということを考えるうえで、わが国の議論に対しても大いなる参考資料を提供するものであり、マダウス教授の講演内容を翻訳する意味はあるものと考ええる。

なお、翻訳に当たっては、(一)を付した部分は、原文で用いられているものをそのまま記したものであり、「(一)」の部分は、理解の助けのために、訳者の責任で、適宜補充した部分である。更に、訳文中、二箇所ほど、*印をつけて「訳者注」とし、用語について詳しく説明した部分がある。これは、一読しただけでは日本の読者にはわかりにくいと思われる用語につき、マダウス教授に説明して頂いたものを記したものである。ただ、「(一)」内の補充や、「訳者注」は全て訳者の責任において付したものであり、もし不都合があるとするれば、それは全て訳者の責任である。また、本文中頻出する「指令提案」という言葉と「指令草案」という言葉があるが、前者は *Richtlinienvorschlag* の語を訳したものであり、後者は *Richtlinientwurf* の語を訳したものである。マダウス教授の説明によると、EU 委員会とは、指令を提案する権限を有しており、この提案には、立法草案の意味も含まれており、EU の立法過程において、それ

は議論され修正されうるものである。したがって、両者は同じ意味ではあるが、「提案」の意味を強調するときには前者の語を用い、「立法草案」の意味を強調するときには、後者の語を用いたことである。

二〇二二年一月七日付の倒産法の特定の視点の調和に関する指令提案 (*Der Vorschlag einer Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts vom 7. 12. 2022*) は、その第六編に零細企業のための簡素化された清算手続に関する規定を置いている。これは、国連と世界銀行による小規模企業の倒産制度改善の勧告に従ったものであるが、ドイツの専門家の間では懐疑的な見方が広がっている。本稿は、この改革構想 (*Reforminitiative*) の背景に光を当て、ドイツが拒絶する理由の正当性を精査し、かつ、ドイツにおける財団財産のない手続のより良い処理のために、この提案が有している特に有用な改革の刺激を浮き彫りにしようと試みるものである。

I. はじめに

二〇二二年には、ドイツで統計的に記録された全企業の九九・三%が中小企業のグループに分類され(三一〇万社)、八三%(ないし二六〇万社)が零細企業のグループに分類された²⁾。この統計はドイツに特有のものではない。欧州連合(EU)においてもまた、現在、二三〇〇万社の中小企業が企業全体の九九%を占めている³⁾。

経済生活において小規模企業が統計的に優勢になったのは、新しいことではない。とはいえ、国内の倒産制度が堅企業や大企業の倒産だけでなく、小規模企業の倒産にも適切なメカニズムを提供しているかどうかについて、専門的な議論が始まったのは、ほんの一〇年ほど前のことである。以下の論述は、現在のドイツでの議論を手懸かりとして、零細企業における倒産処理に適した改革が望ましいものであることを説明するために、その展開を辿るものである。すなわち本稿は、二〇二二年指令草案(Richtlinienentwurf)の第六編に関する体系的な論評を展開するものではない。むしろドイツの法的状況を考察し、指令草案にみられるそれと関連する規制の考え方が、ドイツ

ツ法にどのような改革の刺激を与えることができるかということを記述するものである。理想としては、ここから、日本の倒産法の査定のための刺激も生じることになる。

II. 小規模企業の倒産のための特別のメカニズム——世界的な議論

まさに、銀行・金融危機(二〇〇七年―二〇一一年)が克服されたかに見えたときにはじめて、倒産処理の一般的なメカニズムが小規模企業の場合において有効なのだろうかという疑問が再び聞こえてきた。

1. アメリカ合衆国の改革議論

この点で影響力を持ったのは、ひとつには、二〇一四年に倒産法(Bankruptcy Code)の評価をめぐってアメリカ合衆国で巻き起こった、小規模企業の倒産のための正しいメカニズムをめぐる議論の再燃であった⁴⁾。その際、アメリカ倒産研究所の委員会(Kommission des American Bankruptcy Institut)は、中小企業が倒産事件を最も多く生み出しているにもかかわらず、そこでの「倒産処理の」メカニズムはそれらの企業のニーズをほとんど満たしてい

ないという結論に達した。そして、「当該委員会は」特に、「アメリカ倒産法」第一章 (Chapter II) の計画手続は、費用がかかりすぎ、長引き、かつ最終的には失敗に終わるため、倒産外での信託的解決のために「正規の」倒産手続が断念されることが稀ではない⁽⁵⁾。改革委員 (Reformkommission) は、決算総額 (Bilanzsumme) が一、〇〇〇万米ドルまでの企業についてこのような不十分な点があることを確認したため、このように定義された「小規模の」 (small businesses) 企業グループのための特別規定を提案したが、それは、特に「倒産法」第一章の計画手続を簡素化することに向けられたものであったが、それはまた中立的な倒産専門家 (estate neutral) の関与をも意図するものであった⁽⁷⁾。

これらの提案は、二〇一九年に、二〇一九年小規模企業再建法 (Small business Reorganization Act 2019) により実現されたが、それは、倒産専門家としての「管財人 (trustee)」の選任を規定すると共に、第一章に、新たに「第五節 (Subchapter V)」を追加したが、その規定は、小規模企業のために、計画手続を著しく簡素化するものであった。倒産専門家は、手続において、また債権者との話し合いの際に小規模企業者をサポートし、さらに、裁判所

に情報を提供し、その限りで債務者を監視しなければならない「ものとされた」。ただ、この情報提供義務は、少量の、当該企業についての本質的な情報に関するものに軽減されている。そこでは、なかならず、農家のための手続 (第二章) や個人のための手続 (第三章) におけるのと同様に、計画による解決が認められているが、それは、残存している債務者財産の清算価値と、小規模の企業が今後数年間、差押え可能な財産でその計画に基づいて支払いを行うことができる予想される能力 (「可処分所得テスト (disposal income test)」をベースにしたものである。このため、企業の評価という難しい問題は大幅に回避されている⁽⁸⁾。

2. 国連国際商取引法委員会 (UNCITRAL) の第五作業部会にける作業

同じく二〇一四年に「UNCITRAL」の第五作業部会は、UNCITRAL の委託に基づき、二〇〇五年の UNCITRAL 倒産法立法ガイドに、零細・小規模企業 (Micro- and Small Enterprises) の倒産のための勧告を追加することを決定した。この決定は、二〇一七年にそれを審議すること (Beratungen) を受け入れることにつな

がったのだが、そのような審議をすることは、単にアメリカ合衆国または作業部会の他の加盟国におけるような改革構想によってのみ支持されたわけではない。それに決定的な影響を与えたのは、一つには、世界銀行や国際通貨基金（IMF）⁽¹⁰⁾の作業文書（Arbeitspapier）であったが、それらの文書は、典型的な「経営」危機状況（Gefahrenlage）を指摘し、かつ、倒産システムの中に小規模企業や零細企業のための特別の規定を入れることを要求した。それに加えて、重要な影響を及ぼしたのは学術的な論文であり、それは、危機状況の分析と並んで特別規定のための規範的な規律アプローチ、すなわち「モジュラー・アプローチ（Modular Approach）」⁽¹¹⁾をも開発したのである。作業部会はこのことを基に審議を進め、二〇二一年末までに、小規模および零細企業のための特別の規定を推奨する、倒産法立法ガイドの新しい第五章を作成した。

この過程で、規模の小さい企業には通常の倒産メカニズムが望むようには適用できない一定の特徴が確認された。その際に中心となったのは、小規模の企業の資産が欠乏している（Resourcenknappheit）と「こう」であった。この欠乏ということは、そのような企業の資金調達の可能性に關係するのであるが、特に、ある倒産において、そのこ

とが、多くの法秩序においては（ドイツでもそうであるが）、しばしば手続費用をカバーする財産が不足しているために、そもそも倒産手続が開始されないということになるのである。この欠乏ということは、また、倒産の処理にとって必要な専門知識や助言を得るための資金調達をする企業経営者の能力をも示しているのである。それゆえ、手続のための資金調達の問題は、企業に関する情報収集の問題と同様に、特別に目を向けるべきものである。小規模企業の経営者も、大規模企業と同様に専門家の支援を必要とするが、その支援を得るための資金調達ができないのである。

資産が欠乏しているということは、また、手続参加の費用が、よりよい満足割合の見込みによつては正当化できないために、關係する債権者にとつては、手続に積極的に参加することは割に合わないという結果をもたらすのである。それゆえ、そのような財団の乏しい手続（massernes Verfahren）に高い費用をかけてまで参加しないというのは合理的な決断である（債権者の消極性〔creditor passivity〕⁽¹³⁾）。そこで、債権者の自律的な決定に依存する倒産システムは、特に計画の承認が問題となる場合には困難に直面する。

また、個々の小規模企業における資産の乏しさは、また、そのような倒産手続を処理すべき国家の司法機関における原資の乏しさにもつながる。経済取引における小規模企業の〔数の上での〕統計的な優位性（九〇―九九％）を考えると、まさに、不況の時期においては、最も効率的な司法システムでさえもブロックしてしまう可能性のあるスケール効果が生じる。それゆえ、できるだけ司法に負担をかけないような、その種の手続の運用も必要となるのである。

最後に、小規模企業の分野では、たとえ企業が、企業主としての会社によって組織されているとしても、企業の運命は、通常、その経営者の運命と密接不可分に結びついていることに注意が必要である。すなわち、通常は、規模の小さな有限責任を負う会社であっても、主要な社員兼会社経営者（der dominierende Gesellschafter und Geschäftsführer）がその債務に対して個人的に責任を負うことによってのみ、資金調達が可能になるであろう。それゆえ、小規模の企業の倒産の規制は、清算事件においても、企業経営者の債務整理や免責の問題に直面することになる。したがって、ここでは、企業倒産と個人倒産の規制システムは重なり合うのである。¹⁴

UNCITRALの立法ガイドは、小規模ないし零細企

業の定義をしてはいない。そしてその立法ガイドは、上述したような制限の下にある企業のみが対象となるような形で規定するかどうかは、各国に委ねている。¹⁵

UNCITRALは、小規模企業や零細企業が、もし可能であれば計画による再編を可能にするような簡素化された倒産手続に確実にアクセスできることを推奨している。¹⁶

それと同時に、企業活動から生じた負債を、たとえそれが単に債務者のみに関係するものだけでなく、他の共同責任を負う人々にも及ぶものであっても、この手続において包括的に整理することも推奨されている。¹⁷

立法ガイドは、倒産専門家が関与することを許しているが、それを強制的なものとは規定していない。¹⁸ 彼らの専門知識は、むしろ、標準書式や電子的支援ツールの利用をも含む支援処分の束へと結びつけられている。¹⁹ それと同時に、例えば公的資金や無料相談サービスにより、倒産財団を超えて費用を賄うよう配慮することも推奨されている。²⁰

〔立法ガイドによる簡素化された倒産手続では〕手続的には、手続の進行は強制的に債権者の決定を得ることから解放され、それと同時に、短い期間設定によって時間的に緊張感あるものとされているのである。²¹ とりわけ、その際に中心となるのが「みなし承認（Deemed Approval）」と

いう概念であるが、それによると、――計画による解決の場合がそうであるように――債権者の承認を必要とする決定は、情報を与えられた債権者が異議を唱えない限り、彼らは合理的に消極的な態度を取ったのであるから、承認されたものとみなされるのである。⁽²²⁾それと同時に典型的な手続の進行は、任意的なものに留まっている。すなわち、管財人 (Verwalter) は必ずしも選任されなければならないというわけではない。また、諸般の事情から、〔債務者の〕財産を換価する価値がない場合にはそれも不要である。⁽²³⁾また、必要があれば、計画を提出し、それを〔債権者集会で〕投票にかけ、かつ〔裁判所の〕認可を得ることも可能である。⁽²⁴⁾いずれにせよ、倒産手続の終了後は、常に企業経営者の迅速な債務免除と結びつけられるべきである。⁽²⁵⁾

3. 更新された世界銀行の原則 (Die aktualisierten World Bank Principles)

UNCITRALの第五作業部会の作業と並行して、また新型コロナウイルスの感染症の大流行の結果の悪い印象の下で、世界銀行もまた倒産制度の基準を改訂し、二〇二一年に、特に小規模および零細企業向けの特別規定を追加した。⁽²⁶⁾これらは、立法ガイドにおける詳細な勧告に広範に

対応している。

Ⅲ. 小規模企業の倒産のための特別メカニズム――ヨーロッパの改革構想

この世界的な領域での進展は、関係者を越えて、ヨーロッパ倒産・再編法委員会の専門家グループにおける審議にも影響を与えたが、同グループは、二〇二一年にEU加盟国における倒産法のさらなる調和に向けた可能な規制対象について協議した。⁽²⁷⁾専門家によって提案された簡素化された倒産手続は、立法ガイドの勧告に従い、清算手続と並んで計画〔手続の〕オプションも規定していた。しかしながら、二〇二二年一月七日の指令提案⁽²⁸⁾ (Richtlinievorschlag vom 7. Dezember 2022) は、その第六編においては、残念なことに、零細企業のための簡素化された清算手続に関する詳細な規制構想しか含んでいなかった。すなわち、簡素化された再編オプションは断念されたのである。ただし、EU委員会は、〔指令提案の〕形成においては、簡素化された倒産手続に関する立法ガイドのアイデアに従っている。すなわち、〔指令提案は〕加盟国は手続の開始を保証し、〔そのための〕資金調達を確保すべきものとし

ている。⁽²⁹⁾ また、管財人の選任や財産の換価⁽³¹⁾は必須のもではなく、それが適切と思われる場合にのみ行われる。そして、手続は短期間で終結⁽³²⁾され、それに続いて、企業経営者、またその他の、企業の債務に対して共同責任を負っている自然人⁽³⁴⁾も含めて、免責を可能にすべきであるとされているが、これについてはもちろん特別な手続の利用が前提となり得るであろう。

IV. 小規模な企業の倒産のための特別メカニズム——ドイツでの議論

指令草案 (Richtlinienentwurf) の三八条から五七条における零細企業のための簡素化された清算手続の提案は、ドイツでは著しい懐疑の目をもって受け取られた。⁽³⁵⁾ それに賛成するコメントは散発的なものにとどまっていた。⁽³⁶⁾ 一部では、それを拒絶する意見が強烈に述べられている。⁽³⁷⁾ まさに「管財人の付かない倒産手続」の可能性そのものが、妖怪 (Schreckgespenst) ⁽³⁸⁾ であるとみられている。各団体や管財人グループ⁽³⁹⁾に属する著者の意見においてもまた、この提案を全体として信用をなくさせるために、ドイツの倒産手続における管財人選任の価値とその必要性を証明するの

に (正当にも) 多くのエネルギーがそがれている。また、裁判官や司法補助官のグループの代表者も、管財人なくしては、小規模な倒産手続を処理することは不可能であると強調している。⁽⁴⁰⁾ これらの反論は正当なものである。ドイツの倒産法が、「一八九八年に公布された」破産法以来、プロイセン法をモデルとして、(企業経営者のように振る舞う) 管財人による倒産手続 (の導入) を決断したことを無視することはできない。倒産裁判所の役割は、その核心において、監督 (Überwachung) に限られているのである。⁽⁴¹⁾ 管財人が付かない手続は、この伝統においては考えられない。すなわち、たとえ自己管理手続においてさえも、管財人は、常に監督人 (Sachwalter) として存在するのである。

指令草案によると、手続上の役割を担う管財人がいない倒産手続が存在することになるが、それにつき懸念はないのだろうか。このような考えが出てくるのは、二つの事情に基づいている。一つには、指令草案二条 (j) 項が、清算手続の適用領域を、二〇〇三年五月二〇日の委員会勧告二〇〇三/三六一/EG における零細企業の定義に従って定義していることである。それによれば、零細企業とは、一〇人未満の従業員を雇用し、かつ、年間売上または年間

バランスシートが二〇〇万ユーロを超えない企業である。

もう一つは、「指令草案」三九条が、倒産手続において倒産管財人の選任を（一般的には）職権でなすことを排除していることである。すなわち、選任は、申立てに基づいてのみ行われ、かつ、選任によって生じる費用が賄えることが前提になっているのである。総じていえば、多数の、すなわち実にドイツにおける企業倒産の大部分において、管財人が選任されない清算手続は不可能であるだけでなく、むしろ政策的には、それは望ましいとされているように見えるのである。しかし、よく見ると、もちろん、このような結論はほとんど維持できるものでないことは明らかである。

1. 標準的な手続

たとえ人が、最新の指令提案をドイツ法へ移植すると仮定するとしても、今日では、手続費用がカバーできる場合に開始され、かつ倒産管財人の助けを借りて処理される標準的な小規模な企業倒産手続のために規定された（「指令草案」三九条の規律は、このような手続がこれからも引き続き行われるように導くのである。たしかに「指令草案三九条によって」管財人の選任が職権では行われることはなく

なった。しかし、「倒産手続開始申立ての場合には」手続費用（それと同時に管財人の費用も（InsO 五四条二号）はカバーされている（ことが前提である）から、第三九条a号により、あとは「管財人選任の」申立てのみが必要になるが、その申立ては、債務者ないし債権者からのもので十分である。もし人が、この申立てを手続の開始申立てと一緒にすることを許すならば、結果として、現行（ドイツ）法との違いはほとんどない。指令提案の批判者が印象的に記述しているように管財人の選任が不可欠であることが現実に即しているのであるならば、それは、常にそのような申立てを動機付けることになるであろう。⁽⁴²⁾そこで同じく述べられた、小規模な企業経営者が自己企業のさらなる（自己）管理には耐えられないということは、個々のケースにおいて自己管理を拒否し、かつ、「指令草案」四三条三項による純然たる第三者による管理（reine Fremdverwaltung）を命じることを正当化するのである。

2. 財団財産のない手続 (Masselose Verfahren)

いずれにせよ、EU委員会の焦点には、費用がカバーされる標準的な倒産手続ではなく、財団財産のない企業倒産が入っていた。そもそも、そのような企業に、積極財産と

消極財産の秩序だった整理へのアクセスを可能にするためには、手続を簡素化し、費用の要素を最少限に抑えなければならぬ⁽⁴³⁾。それゆえ、指令基準 (Richtlinienvorgaben) の適用範囲は、ヨーロッパの立法手続においては、いずれにせよ、そのような手続に限定されることが期待された。

しかるに、「(EU委員会が) 規制の考え方を断念した (Aufgabe der Regelungsdee)」⁽⁴⁴⁾ ということとは認識できない。

ドイツの法律は、財団財産のない手続のための改革努力の焦点になりつつある。財団財産のない企業倒産 (手続) は、ここ「ドイツ法」では、手続費用をカバーするだけの財団財産がないことにより開始されない (InsO 二六条一項一文)。しかしそのことは、もちろん、裁判所の原資が請求されないということ意味するものではなく「むしろその反対である。とにかく、「そのような場合であっても」開始手続は行われるのであり、それは司法予算の費用によってである。債務者としての自然人にあっては、そのような手続においては、場合によっては後の免責の目的での「手続」開始を可能にする手続費用の延納が可能であるが (InsO 二六条一項二文後段) — これは再び司法予算の費用においてなされるのである。管財人ないし受託者の選任は、州の会計がそれらの報酬を保証する限りにおいてなされる。

零細企業という法人としての財団財産のない会社は、単に開始手続においてのみ評価されるのであり、その後 (の処置) は、会社法上の清算ないし登記法上の抹消 (die registrierrechtliche Löschung) に委ねられる。したがって、ここでは、管財人の付されない清算は、ドイツでは日常的なことなのである。

その限りにおいて、指令提案は、原則としてドイツの実務に沿うものである。管財人は、その報酬や費用の償還が保証される場合においてのみ選任される。したがって、財団財産のない手続のためには、管財人の専門知識を活用するために、資金調達システムを必要とする。ドイツにおいては、これは、上述したように、限定的な範囲で州の予算が担っている。指令草案三八条四項は、加盟国に対し、財団財産のない企業につき簡素化された清算手続の費用のための資金調達システムを構築することを義務付けている。指令においては、現行ドイツ法におけるように、倒産した法人の管財人の付かない清算を回避することは、国内の立法者の役割であるとされている。

3. 財団財産の乏しい手続 (Massearme Verfahren)

法政策的に難しいのは、財団財産は手続費用と管財人の

報酬を賄うのには十分ではあるが、それと同時に、手続が終了するまでに生じるであろうその他の財団債務をカバーすることができず、また倒産債権者への配当も期待できないことが予測できるような倒産の法規制の範囲である。まさに、手続費用をカバーすることが、単に、倒産否認の可能性によってしか達成されざるを得ない場合、すなわち、経済的には、関係する債権者の財産から管財人への単なる資金の再配分が行われるにすぎない場合には、ドイツ倒産法一条一文の要求はほとんど認められない。

現行のドイツ法によれば、そのような倒産手続でも開始されなければならない。たとえ、その他の財団債務(InsO 五五条)がカバーできないことが予見され、かつ、ドイツ倒産法二二一条による廃止(Einstellung)が予測できる場合であっても、ドイツ倒産法二六条は手続の開始を許している。⁽⁴⁵⁾

指令提案もまた同様に、そのような倒産手続の開始を要求しているが(三八条三項前段)、管財人選任は、費用をカバーすることが予見できるにもかかわらず、手続関係者の申立権に委ねている(三九条a号)。したがって、管財人が「手続に」関与すること自体に意味があるかどうかは、ドイツ倒産法一条一文により基準となる手続の目的設定の

意味において、個々のケースにおいて、個々の債権者によって評価されうることになる。

4. 小括…おそらく財団財産のない手続に際しての管財人の付かない手続

指令提案は零細企業のために管財人の付かない標準的倒産手続を創設するものではないというイメージが明らかになっている。つまり、手続費用を賄うことができる倒産手続は、引き続き開始され、かつ、倒産管財人によって遂行され(得)るのである。ただ、「指令提案」三九条a号の「管財人選任についての」無制限の申立ての必要性が残るとしても、単に裁判所と管財人の費用は賄えるが、その他の財団債務はカバーできないような手続に際してのみ、「職権による」管財人の選任は疑問であり、個々の手続関係者の申し立てにかかることになるであろう。

指令提案は、また、ドイツの倒産手続における役割分担についても何も変更してはいない。すなわち、倒産裁判所は、自己管理の債務者のみを監督することは要求されていない。また、債権者表の管理は債務者がするのであり、裁判所は、債権確定のみを行う(四六条)。たとえ、財団財産のないあるいは財団財産の乏しい企業において、費用の

負担ができず、または申立てがないために、例外的に、管財人の選任がなされない場合があるとしても、事実を調査するために、鑑定人の選任を含めて職権調査がなされることがある。また、ドイツ強制競売・強制管理法一五〇 a 条をモデルとした機関管理 (Institutverwaltung) も可能である (四三条四項 b 号)。しかし、人がそのような特別な場合を断固として排除しようとするならば、管財人の選任は、職権で可能となり、そのためには、再び「国庫によって」その費用がカバーされなければならないであろう。

V. 財団財産のない企業倒産のための清算手続——ドイツにおける措置の必要性

実際の改革の必要性は、実は、指令草案 (Richlinienentwurf) の第六編の国内法への移植の場合において、「管財人の付かない手続 (verwalterlose Verfahren)」に関して生じるのではなく、常に標準的倒産手続 (Regelinsolvenzverfahren) が開始されることになる財団財産のない企業倒産手続に関して生じるのである。すなわち、現在、ドイツの倒産裁判所で扱われている全倒

産手続の約九〇％に関係している⁽⁴⁶⁾、ドイツ倒産法三〇四条以下における規定と類似して、相当数の企業倒産をカバーするような零細企業のための特別規定が設けられなければならない⁽⁴⁷⁾。しかし、このような大規模な改革は、その正当性についての法政策的な問題を引き起こすきっかけとなる。ドイツの倒産法は本当に改革の必要性があるのであるうか。

1. 会社における財団財産のない企業倒産

企業の法主体が自然人ではなく会社である場合、(適法な) 倒産手続開始申立に基づいて開始手続が行われる。この手続は、倒産原因 (InsO 一六条) の職権調査と並んで、手続費用を賄うだけの倒産財団の存在 (InsO 二六条) を確かめるという目的をも有している。標準的な場合、倒産裁判所は、保全処分の手内において仮倒産管財人 (vorläufiger Insolvenzverwalter) を選任し、彼に、手続費用のカバーに関する財産状況の解明をも義務づけるのである (InsO 二二条一項二文三号前段)。通常、「[仮倒産] 管財人は、裁判所の鑑定人として (als Sachverständiger des Gerichts) [債務者の] 財産状況を調査し、かつ、裁判所に対して、費用がカバーできるかどうか報告をするだけでなく、手続開始の要件の存否を評価することもできる

であろう (InsO 二二条一項二文三号後段)。

十分な財団財産がないために倒産手続が開始されない場合には (InsO 二六条一項一文)、開始鑑定 (Erföfnungs-gutachten) において獲得された情報は失われることになる。また、倒産否認 (Insolvenzanfechtung)、あるいは、ドイツ倒産法九二条や九三条にまとめられた責任追求請求権 (Haftungsansprüchen) の主張もなされ得ない。そして、債務免除も達成されないのである。

なお、管財人の費用については区別が必要である。仮倒産管財人としての職務から生じた報酬および経費は、ドイツ倒産法二六 a 条一項によれば裁判所によって決定されるが、ここでは、ドイツ倒産法二六 a 条二項により、通常、債務者が費用の債務者とされる。しかし、債務者に資産がない場合には、報酬が既に管理されている財団から支出され得なかった限り (InsO 二五条二項)、⁽⁴⁸⁾ここでは通常、この請求権は経済的には無価値になる。しかし「このような場合であっても」、ドイツ倒産法六三条二項の反対解釈として、国の欠損補償責任 (Ausfallhaftung) は存在しないのである。⁽⁴⁹⁾なお、報酬請求権は、その額において、ドイツ倒産法報酬規則 (Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung=InsVV) 一〇条および二条二項による最低報

酬に制限される。⁽⁵⁰⁾ 零細企業にあっては、これは、現在一四〇〇ユーロである。

国庫に対する報酬請求権は、管財人が、職権調査の枠内において鑑定人 (Gutachter) としても選任されたかぎりにおいて、司法報酬・補償法 (Justizvergütungs- und entschädigungsgesetz = JSEG) の基準 (JSEG 八条一項・九条四項) によって生じる (InsVV 二一条四項)。したがって、財団財産のない「倒産」手続における鑑定人の費用 (Sachverständigenkosten) は、今日では、既に司法予算に反映されている。⁽⁵¹⁾ 実務においてたとえば最低報酬額に対応するこれらの費用は、単に、開始申立に対する法形式的な阻止のみを許すにすぎない。すなわち、(差し押さえられた目的物を含む残余財団の換価、倒産否認、責任の実現、債権者表作成) といった効力を伴う倒産手続は、それらの費用を賄うことはできないのである。登録裁判所への届出には、いずれにせよ、ドイツ家事事件・非訟事件手続法 [Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit] 三九四条による登録手続が続く。場合によっては、(管財人なしでの) 会社法上および担保法上の残余財産の清算により財産のない法人が解散すると、

債務者は人格としては存在しなくなるから、少なくとも、債務の除去を結果としてもたらず。なお、倒産〔手続開始〕の前に犯罪行為があった場合には、刑事上の捜査や制裁の可能性が残っている。しかしこのことが抑止力になっていないことは、事務所埋葬 (Firmenbestattung) の実務^{*}が広がっていることが示している。

^{*} 記者注…事務所埋葬の実務とは以下のような状況をいう。すなわち、ドイツには、有限会社をドイツのはるか遠い街に移転し (定款上の住所の変更)、かつそこで直ちに事業活動を停止するために、倒産した有限会社の経営者に、その有限会社を売却するように提案する企業がある。そして、その移転に際しては、通常、すべての営業文書 (Geschäftsunterlagen) は失われる。そうしておいて、その新しい街で、新たな経営者によって、財産がなくかつ証明文書もない有限会社に対して倒産開始の申立てがなされるのである。しかし、財産のない倒産手続は開始されることはないし、可能性としては存在する旧経営者に対する責任追及請求権も行使されることはない。つまり、有限会社は「埋葬される」のである。このような実務はドイツではよく知られており、かつ濫用であるとみなされているが、實際上、有効に防止することはできないでいる。

2. 企業経営者の財団財産のない倒産

企業主体としての自然人、たとえば、商人あるいは自由業者の倒産の場合、ドイツ倒産法四 a 条一項は、免責を可能にする目的で、手続費用の延納を認めている。そして、そこでは、指令提案に規定されているように、管財人の費用が法的に保証されている倒産手続が行われる。財団財産のない企業経営者の場合、費用は新たな収益から調達しなければならぬ。国家が、手続費用についての延納されていた債権につき欠損を被ったときには、その負担は国庫が負うのである。⁽⁵²⁾ 指令草案の三八条四項において要求されている財団財産のない倒産の場合の手続費用の資金調達は、その限りで、既に現行ドイツ法となっている。

しかし残念ながら、この資金調達による解決は、広くすべての財団財産のない企業経営者の倒産に介入するものではない。つまり、「費用の」延納と免責の達成が硬直的に結びついている結果、この資金調達オプシオンは、そもそも、ドイツ倒産法四 a 条一項四文・二九〇条一項一号の免責不許可理由がない場合にのみ利用できるにすぎないのである。また、支配的な先行判例 (Vorwirkungsrechtssprechung)⁽⁵³⁾ は、免責拒絶理由の範囲をドイツ倒産法二九〇条一項一号を超えて、延納時において既に予見できる同

法二八七a条二項・二九〇条によるすべての拒絶理由にまで拡大している。このため、なかんずく、企業経営者が既に以前、別の事業アイデアで破綻し、その際に既に免責を受けていたような場合には、「免責」手続へのアクセスは排除されるが、同法二八七a条二項一号は、最初の免責から一年経過した後には二回目の免責を許している⁽⁵⁴⁾。最後に、費用延納の継続も債務者の行為に依存しており(InsO四c条)、その結果、倒産手続を通じた「継続的資金調達(Durchfinanzierung)」は保証されていないのである。

そのほかにも、企業経営者が、倒産手続の開始前にその事業を既に放棄していたような場合には、ドイツに特有な問題が生じる。すなわち、このような事情は、零細企業における企業倒産を、事情によっては消費者倒産法(InsO三〇四条一項二文)の適用領域へと追いやることになる。ただこのことから、今日では、倒産申立てに先行する裁判外の債務整理の試みの必要性という特殊性だけが生じている(InsO三〇五条一項一号)。

開始された倒産手続において零細企業の事業経営がなお行われているときは、ドイツ倒産法三五条二項において、管財人は、それを「倒産財団から」開放(Freigabe)す

ることが許されているが、その結果、その(継続している)企業の破綻に際しては、さらに、独立の、場合によっては併行して生じる、免責および費用延納のオプションのない倒産手続が行われることを意味する⁽⁵⁵⁾。

3. 財団財産のない企業についての現行ドイツ倒産法の(疑わしい)効率性

「ドイツにおいては」全体として、残念ながら、通常は零細企業である、財団財産のない企業の倒産についての一贯した手続法的な処理は見られない⁽⁵⁶⁾。

事業主体としての会社(Gesellschaft als Unternehmensträger)においては、たしかに、事情によっては倒産申立義務(InsO一五a条)が生じるが、それは、財団不足のために、それに続いて単なる開始手続のみが行われるに過ぎない。そして、残余財産の清算と登記の抹消は、倒産外の規律によってなされるのである。国費による鑑定人は、仮倒産手続においては、たしかに債務者の財産状況を調査する。しかし、それによって得られた知識は、手続が開始されないことによって消えてしまうのである。仮倒産管財人が選任されると、彼は、その報酬請求権に関して全額の欠損が生じる危険を負うことになるので、少なくともそれ

に見合うだけの自由財産を見つけることを望むに違いない。しかし、このような法状態は、関係者にとって満足のいくものではない。すなわち、担保債権者にとっては秩序だった換価手続が欠けており、管財人にとっては確実な報酬の見込みがなく、「企業の」オーナーおよび事業経営者にとってはすべての展望が欠けているのである。そこでは、早期の「倒産手続開始」申立てをすることへのインセンティブが欠けているのである。それとは反対に、倒産引伸しや否認対象となる法的行為があるような場合には、関係者は、倒産手続が開始されない結果として、責任請求権や返還請求権 (Haftungs- und Rückforderungsansprüche) を免れることを望むことができるのである。

会社の財団財産のない倒産、まさに零細企業の倒産の場合には、さらに、—会社法上の共同責任要件 (たとえば、HGB 一二八条) を通じて、—なごしは、保証 (Bürgschaft)、債務加入 (Schuldbeitritt) および保障 (Garantie) とつながった契約上の共同責任引受け (Mithaftungsübernahme) を通じて—通常は、倒産によって企業経営者個人も捉えられるということが観察される。共同責任から生じるこのような債務負担は、開始された倒産手続においても、また、倒産外の清算においても捉えられることはない。それが企

業経営者に過大な要求をするときには、彼も倒産してしまうであろう。そして、手続費用がカバーされ、または、可能性のある免責との関係で、「手続費用の」支払いの延納が認められる限りにおいては、倒産手続は、しばしば消費者倒産手続として行われる。⁽⁵⁷⁾ 上述した理由から、そのような場合でなければ、ドイツ倒産法は、いかなる逃げ道も提供することはできないのである。企業経営者が最初から彼自身、企業の権利実体 (Rechtskörper) であるときも、それと同じことになる。すなわち、「その企業主は」何十年にもわたって負債をかかえ、かつ、不法労働の領域へと至る企業の潜在的能力を喪失するおそれがあるのである。さらに、親しい家族の領域では珍しくないが、藁人形構成 (Strohmann-Konstruktionen) を作り出すインセンティブも生まれるであろう。「そのようなこともあるので」倒産は「救済手段として」肯定的に受け止められてはいない。そして倒産の汚名は固定化するのである。

* 訳者注…企業経営者が倒産すると、その名前は債務者名簿に登録され、自己の名で会社を経営することはできなくなる。しかし、この会社が、とくに建設会社やキオスクのように、一家の生計を支えるものである場合、その経営者

（旧経営者）は、周辺、特に身内から法的な取引上何の障害もない者を経営者（新経営者）とする。そして、実際には、新経営者は、いわゆる蠟人形として旧経営者が交渉し決定したことに署名するだけである。このような、状況を指して蠟人形構成という。

人は、破綻した企業経営者は、企業活動をしないうままでいるのがよりよいことであり、現行法はまさにそのような配慮をしている、と主張することができるかもしれない。しかしそのような評価は、残念ながらドイツにおける企業経営者マインドや起業家文化をむしろむものである。たしかに市場経済においては敗者もまた存在する。ビジネスアイデアの破綻もそれに属するが、破綻から人は学ぶことができるのである。ビジネスアイデアの破綻のリスクという観点から、起業家の勇気が、関係者個人の何十年にもわたる負債と結びつけられなければならないとするならば、スタートアップ促進という枠内における提唱はあまり信用できないことになる。「そのような観点からすれば」起業家は、資産家（vermiegend）であるか無知（ignorant）であるかのいずれかでなければならない。彼らが、まさにスタートアップに際して破綻のリスクが平均以上に高いと計算

するとき、彼らは、彼らの零細企業の死活に関わる危機を適時に克服することについて何ら積極的な応援を提供していないドイツの倒産法に行き当たるのである。企業経営者の見地からは、適時の「倒産手続開始の」申立ては、事業再生（Turnaround）ないし債務整理（Schuldenregulierung）の見込みがある場合にのみ、積極的な意味において魅力的である。しかし、ドイツ倒産法は、その両者を前もって（ex ante）保障することはできていない。それに代わって、ネガティブな刺激、とくに責任追及の脅威の方が優勢なのである。すなわち、負債の脅威である。そして、責任追及の脅威が過大になると、倒産は、脅しとしてしか認識されなくなる。「そのようなところでは」再建の文化はほとんどみられない。経済的に見ると、倒産した企業経営者の取扱いや、そのような取扱いが潜在的能力ある起業家の判断に対して及ぼす作用（Rückwirkung）によって、企業経営者の潜在的能力が浪費されてしまっているのである。

興味深いことに、ドイツ倒産法のようなネガティブなイメージは、世界銀行による世界的な比較においてしばしば言及されているドイツ倒産法の優秀性とも矛盾していないのである。⁵⁸すなわち、ドイツはここ数年、「倒産の解

決 (Resolving Insolvency) (倒産処理) のカテゴリーで素晴らしい第四位につけている。⁵⁹⁾しかし、その「評価の」方法をよく見てみると、「第一に」比較は、「二〇一人の従業員と五〇社のサプライヤー、および不動産担保権で担保された銀行借入を伴った有限会社たるホテル営業」というモデル企業を用いてなされていることが分かるが、それは、財団財産の乏しい零細企業ではない。⁶⁰⁾したがって、この比較には、零細企業のためのドイツの倒産法の効率性についての言及には何の責任も負わせることはできないのである。第二には、世界銀行は、ランク付けのために、不動産担保権によって担保されている銀行の「債権の」配当割合の支払いまでの時間のみを評価しているが、これはドイツでは広く、倒産手続外で生じていることなのである (InsO 一六五条)。したがって、このような「時間 (Time)」と「配当割合 (Recovery Rate)」という基準の下では、倒産手続における無担保債権者の経験は把握されていない。そもそも、倒産法の強靱さというものは、たとえば、単に継続企業価値の維持のためのメカニズムがあるか、また手続決定への債権者の関与のためのメカニズムがあるか、さらには、組の形成や不利益取扱禁止を伴った自己管理ないし計画手続のオプションがあるかといった、一

般的な疑問によってのみ把握されるのである。したがって、こういった「世界銀行が採用した」方法論の観点からは、ドイツのランキングが高いのは驚くに足りない。しかし、その方法論は、また同じ理由から、モデル企業やこれまで把握されてきた一般的な諸点を超える改革の必要性については、発言力を有してはいないのである。とくに、ドイツにおける零細企業の取扱いは、二〇二一年に更新された「効率的な倒産と債権者・債務者管理のための世界銀行原則 (World Bank Principles For Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes)」や、その原則の C18-C20 の中に含まれている零細企業のための効率的な倒産法「の創設」という要求に沿うものではない。また、ここ「[効率的な倒産と債権者・債務者管理のための世界銀行原則のこと]」と、二〇二二年に刊行された UNCITRAL の立法ガイドにおいてさらに発展させられた零細企業のための倒産法の世界標準⁶¹⁾も、いまだドイツ倒産法においては反映されていない。そこで、指令提案の第六編は、ここでは重要な改革の刺激を与えうるものである。

4. 指令草案からの改革の刺激

最も重要な改革の刺激となるのは、小規模の企業やその

経営者の倒産手続に際して、財団不足による手続不開始から決別することである。指令草案三八条一項は、ここでは考慮理由三九(Erwägungsgrund 39)と同様に明確である。そこでは、財産が欠けているにもかかわらず倒産手続へのアクセスを認めるということは、常に、財団によつてはカバーされない手続費用は他の方法で調達するようにと国内の立法者への要求と結びついている。⁽⁶⁾

a) 費用の調達

指令草案は、手続費用がいかにしてカバーされるべきかという点については準則を定めてはいない。また同様に、指令草案は、資金調達の指令が単に裁判所費用のみを含むのかそれとも管財人の費用をも含むのかということも決めてはいない。

たしかに、EU委員会の基本的な考え方は、考慮理由四〇によれば、「小規模企業の倒産の場合には」財産関係については見通しがきき、かつ、債務者がその財産状況についての正確な情報を提供できる地位にあるようなところでは、管財人の選任の必要はないということから出発している。しかし、そのような状況にない場合には、ドイツにおいては、倒産裁判所の職権調査義務が適用され(Inso

五条一項)、鑑定人の選任が国庫の費用でなされることになるであろう。これらの費用は、裁判所費用として、「指令草案」三八条四項により、疑いなく加盟国の資金調達義務に該当する。現在のところ、それについては、司法報酬補償法(JSEG)における費用規定が適用される。

ここからは、ドイツ法では、財団費用がカバーできない倒産手続が開始した場合には(Inso四a条)、いずれにせよ国庫から支払われることになる(Inso六三条二項)管財人の費用へと、資金調達指令を伸張することの小さな一歩にすぎない。とくに、「指令草案」三九条a号における管財人選任の申立権限が裁判所にまで拡張されるような場合、つまりその選任を職権ですることが許されるというような新たな場合には、司法費用の回収は、三九条b号で固定されており、したがって、手続費用に関しても、「同草案」三八条四項により、加盟国の資金調達権限に服さなければならぬのである。

ドイツの倒産管財人にとっては、このことは、「EUの指令(提案)」が、管財人のつかない標準的な倒産手続を創設するものではなく、財団財産のない企業倒産において鑑定人報酬および管財人報酬の確実な資金調達へと導くものであることを意味する。

それとともに、管財人に優しいこの解決が、必然的に司法予算の負担にならざるを得ないかどうかということが明かにされるべきものとして残っている。もし人が、手続費用に対する欠損責任としての国家の資金調達原則、それは既にドイツ倒産法六三条二項において認識できるのであるが、に立つならば、手続費用は、倒産財団から優先的に支払われるべきことになる⁽⁶³⁾。また、管財人選任に十分な利益を有する手続関係者が費用を引き受けるということも考えられないわけではないが、ドイツ倒産法二六条一項二文前段における費用の予納についてのドイツの経験からすれば、このような楽観主義の根拠はほとんどない⁽⁶⁴⁾。

人が、財団財産のない手続においても国家の資金調達を効率的に避けようとするならば、倒産賦課金方式資金調達(Umlagefinanzierungen)を視野に入れなければならない。ひとつには、倒産財団が不十分な場合において、報酬請求権を有する倒産管財人を、法律上、ドイツ社会法第三編(SGB III)一六五条一項の意味における労働者であると宣言し、その報酬請求権を倒産賦課金(Insolvenzgeldumlage)から調達することも考慮されるべきであろう。すなわち、倒産した企業は、一人多くの労働者を抱えることになろうが、そのことは、倒産賦課金資金

調達には根本的な負担とはならず、しかもそれと同時に管財人が関与する財団財産のない倒産手続を可能にするであろう。ただし、その額において、仮倒産管財人や最終的倒産管財人の最低報酬の資金調達は、ドイツ社会法第三編一六七条の枠を超えるものであってはならない。もし人が裁判所費用をもこのような方法で資金調達しようとするときには、管財人は、それを立て替えることができ(しなければならず)、その後、「その立替金を」出費の追加的な費用として請求することができるであろう。

他方で人は、「(起業家から)倒産手続の費用(LiSO五四条)を、(企業)活動のはじめに費用負担金(Kostenbeitrag)を徴収することにより、個々の企業活動のリスクとして織り込むことも考え得るであろう。そして特に、企業に特有の登記簿(企業登記簿、商業登記簿)への登記の費用には、倒産賦課金をモデルとして、財団財産のないそのような企業の倒産のための資金調達をしなければならない司法予算を「填補する」最低限の金額を含ませることができるであろう。裁判所および倒産管財人の費用請求権もまた、ドイツ倒産法六三条二項をモデルとして、倒産財団の欠損が生じた場合には、登記簿への登記からの超過収入を得る司法予算に対してのみ行なわれ、そのこと

によって、改革は、財政によらずに (haushaltneutral) なされうるのである。⁽⁶⁶⁾

b) 債務整理の集中と調整

もし、――「実際には」ほとんど存在しない――積極財産の調整を伴う国際的な機関⁽⁶⁷⁾の勧告の意味において、企業活動から生じる消極財産も対象となる場合には、財団財産のない企業の秩序だった倒産処理の価値は、純然たる秩序政策の視点 (rein ordnungspolitischer Gesichtspunkt) を超えてさらに高まる可能性がある。理想的には、その際には、たとえそれが、零細企業に際しては、共同責任という方法において、企業主体たる会社のみならず共同責任を負う自然人にも関係してくるものであるにしても、一つの倒産手続⁽⁶⁸⁾のみにおいて負債の全体的処理がなされる「べきな」のである。

ドイツの倒産法にとつては、そのようなアプローチは、既に今日、未知のものではない。すなわち、会社の倒産手続で見い出された債務整理を、会社に関係する個人の共同責任にも及ぼすというアイデアは、既にドイツ破産法二二一条およびドイツ和議法一〇九条一項三号に見られたのであり、今日では、ドイツ倒産法二二七条二項に規定されて

いる。

企業の債務免除をその企業に関与した第三者にも及ぼすというアイデアは、原則として、既に、欠損（すなわち倒産）状態に備えて支払能力のある共同債務者を確保し、最終的には自己の欠損を回避するという企業に対する与信者の利益に反することになる。すなわち、共同責任を負う者の債務免除は、それゆえ、融資の担保を困難にし、その結果、企業への融資供給を阻害する可能性がある。それゆえ、融資供給を危険に曝さないような方法で、そのアイデアを実行に移す必要があるのである。

ドイツ法においては、この解決は、原則として、倒産手続において満足が得られなかった債権を、自由な事後請求権 (Nachforderungsrecht) (InsO 二〇一条) を与えるという方法で、影響を受けないようにしておくことによってなされている。しかし、債務整理 (Schuldenregulierung) は、免責手続と倒産計画手続のみに委ねられており、したがって、それが倒産手続の終了によって自動的に生じることはない。さらに、免責も倒産計画も、それらによってもはや訴求できなくなった債権のために、担保権の権利行使もできなくなるといふ結果を生じるものではない (InsO 二五四条二項・三〇二条二五号)。それゆえ担

保債権者の地位は保護されたままである。ただ、それとは異なった扱いがなされるのは、倒産計画において、人的会社 (Personengesellschaft) や株式会社合資会社 (KGaA = Kommanditgesellschaft auf Aktien) のために債務免除がなされる場合だけであり、そこでは、文献における一致した見解⁽⁶⁹⁾は、この例外は、計画による処分のためだけに維持されるのではなく、会社法上の共同責任要件、とくにドイツ商法 (HGB) 一二八条から生じた共同責任にも制限的に妥当するとしているが、他の債務原因、特に、保証から生じる人的に責任を負っている会社経営者の責任引受け (Haftungsübernahme) にあつては、計画決議「による免責」からは保護される「すなわち免責されない」としてしているのである。つまり、集団的な決議「による債務免除」という解決は、債権者が、そのような共同責任権が通常は経済的に無価値となるような結果を生じる倒産計画を支持するような場合のみ、純粹に法律上の共同責任を負う会社経営者に拡張されるのである。まさにそのような場合においては、会社の倒産計画は、会社経営者の倒産が単に共同責任に基づくものであるに過ぎない場合には、その併行倒産を直接に回避することができるものである。

現在の支配的な解釈においては、ドイツ倒産法二二七条

二項の有効領域は非常に明確である。とはいえ、すくなくともドイツ倒産法三三四条二項における併行規定は、効力拡張というアイデアを、会社法上の事実関係に制限するのではなく、共同的に管理されている目的物についての倒産手続における配偶者の人的な共同責任にも関係しうるものであることを明確にしている。つまり、現在のところ、融資供給への懸念の方が、明らかに、倒産した財団財産 (Vermögensmasse) の近接領域における包括的な債務整理の必要性への認識を上回っているということである。⁽⁷⁰⁾なお、ドイツ倒産法二二三 a 条は、二〇二一年以降、倒産計画について、グループ内部での第三者担保 (Drittsicherheiten) への介入を認めており、担保権者グループの賛成がなくても、その経済的価値 (填補義務) まで担保権を減額することができるとしている。この新しい規定の目的は、担保を供与したコンツェルン会社の領域における倒産手続を回避することにある。⁽⁷¹⁾

全体的に見れば、ドイツの現行倒産法には、たしかに、債務免除要件を共同責任を負う者に対して拡大することについては慎重な姿勢が見取れる。しかし、そこには、タブー破壊やパラダイムシフトが見られるわけではない。効率的な新規スタートを提供するという動機づけは、担保供

与者の財産についての不必要な後発倒産を避けることの動機づけと同様に認識されている。介入は、それが一律になされるのではなく、とくに、共同責任請求権 (Mithaftungsansprüche) の経済的な価値の維持に依存して生じる場合には正当性を持つように思える。

指令草案がその五六条におけるその文言において、まさにドイツ倒産法二二七条二項の語調において、会社債務のために人的に共同責任を負っている者の免責 (Befreiung) について述べている場合には、指令草案は、ドイツ法にはよく知られている、会社法上、共同責任を負っている者の特別扱いの試みに従っているといえる。ただし、同草案五条七条における特別規定に関して言えば、第五六条は、会社法上の法的原因に基づく共同責任にのみ向けられており、他の法的な原因に基づく責任には向けられたものではないことは明確に認識することができる。そこでは、この効果の拡大は、会社の計画決議の必要性 (Notwendigkeit) や、したがって、債権者の同意〔の必要性〕や不利益取扱禁止の要請 (Erfordernis) からも切り離されている。そのかわり、指令草案は、その五六条において、考慮理由四六において詳しい説明なくして、二〇一九年の再編・倒産指令 (Restrukturierungs- und Insolvenzrichtlinie von 2019)

の第三編すべての要件を参照するよう指示している。⁽⁷²⁾ それによれば、ドイツにおいて必要なのは、少なくとも、ドイツ倒産法二八六条以下による免責手続であろうが、それは倒産していない共同責任者においては少なくともイライラさせるものであろうし、倒産している共同責任者においては倒産手続の前に接続されるべき手続の必要性についての問題を引き起こすのである。そこでは、常に、効力拡張の主要な目的の一つである二重「倒産」手続の回避ということは達成されないであろう。したがって、ドイツの観点からすれば、これらの要件 (Vorgaben) はきめ細かいものではない。⁽⁷³⁾

そこで、指令草案五七条は、契約により共同責任を負担した者、特に保証人 (Bürgen)、参加人 (Beteiligte)、保障人 (Garanten) のための特別規定を置いている。⁽⁷⁴⁾ これらの特別規定は、零細企業と非常に密接な関係にあり、かつ、彼らが、倒産手続の開始また強制執行処分の開始によっても、その共同責任によって財政的に過大な要求をされていると分かる場合には、たしかに効力の拡張は行われない。ただ、その都度の裁判上の手続は、ただ単に、零細企業についての清算手続と統合するか、または、少なくとも調整がなされるべきである。そして、EU委員会は、

〔指令提案〕五七条における規定によって、非常に慎重な方針を提案している。たとえ契約上の共同責任が、企業環境に経済的に過大要求となり、そこから生じている請求権が極度に経済的に価値が下落するような場合においても、債務免除的解決をするためには、別々の倒産手続を放棄することはできないのである。たとえ、統合や調整がなされるべきだとしても、再スタートは、これらの「倒産」手続に留保されている。ただ、個別の場合に、両者が何を意味しうるのかということは、不明のままである。指令の文言は、その限りで、世界銀行やUNITRAL作業部会の文書にみられる要件を単に逐語的に繰り返しているに過ぎないが、⁽⁷⁵⁾そこでは、これらの文書におけるのとは異なり、実質的な統合は明示的には排除されてはいない。

〔指令提案〕五六条・五七条においてなされている規定提案は、双方ともまだ成熟してはいないように見える。ヨーロッパの立法者には、共同責任が結果として倒産を引き起こし、それゆえ、さらなる手続を回避し、新たなスタートを付与することが要求されるような場合にのみ、その共同責任を排除するという上記で特定された効力についての動機を取り入れることが勧められるべきであろう。その際には、共同責任の法的根拠は重要でないものとして残す

べきであり、そのことにより、「指令提案」五六条と五七条におけるような区分は放棄されうるのである。債務免除の効力を第三者に及ぼすという判断は、ドイツ倒産法二二三a条に倣って零細企業についての倒産手続においては、免除されるべき共同責任が債権者にとって経済的に無価値であり、したがって、同法二二三a条の概念において、補償なくして生じるような場合にのみ、債務者あるいはそれによって利益を受ける第三者の申立てにより生じるものであり、また、それは裁判所によってなされてもよい。⁽⁷⁶⁾すなわち、債権者から人的担保が奪われてもよいのは、いずれにせよ、それが経済的価値をもたない場合だけであり、かつ裁判所の手続によってである。よって、「このような場合である限り」基本法一四条から生じる所有権保護に関する懸念は払拭されるであろう。

VI. 結 語

指令提案はドイツでは、その第六編に関しても、脅威としてではなく、チャンスと改革への刺激として理解されるべきである。それが「(ドイツ国内法として)正しく移植される場合には、管財人のつかない大量の倒産手続はなくな

- University Press 2018, 49; 世界銀行, World Bank Group, Report on the Treatment of MSME Insolvency, 2017, 12.
- (47) *Davies/Madaus/Manzoni/Mevorach/Mokal/Romaine/Sarra/Tirado*, Micro, Small and Medium Enterprise Insolvency: A Modular Approach, Oxford University Press 2018, 51; 世界銀行, Note by the Secretariat, Insolvency of micro, small and medium-sized enterprises, 13 March 2017, A/CN.9/WG.V/WP.147.
- (48) UNCITRAL Legislative Recommendations on Insolvency of Micro- and Small Enterprises, 2022, Recommendation 272 and Commentary, Rn. 31.
- (49) UNCITRAL Legislative Recommendations on Insolvency of Micro- and Small Enterprises, 2022, Recommendation 271, 274 and Commentary, Rn. 28, 34.
- (50) UNCITRAL Legislative Recommendations on Insolvency of Micro- and Small Enterprises, 2022, Recommendation 273 and Commentary, Rn. 33.
- (51) UNCITRAL Legislative Recommendations on Insolvency of Micro- and Small Enterprises, 2022, Recommendation 277, 278 and Commentary, Rn. 46-57.
- (52) UNCITRAL Legislative Recommendations on Insolvency of Micro- and Small Enterprises, 2022, Recommendation 279 and Commentary, Rn. 68-70.
- (60) UNCITRAL Legislative Recommendations on Insolvency of Micro- and Small Enterprises, 2022, Recommendation 280 and Commentary, Rn. 71-74.
- (61) UNCITRAL Legislative Recommendations on Insolvency of Micro- and Small Enterprises, 2022, Recommendation 281-283.
- (62) UNCITRAL Legislative Recommendations on Insolvency of Micro- and Small Enterprises, 2022, Recommendation 288 and Commentary Rn. 91-97, Davies/ Madaus/Manzoni/Mevorach/Mokal/Romaine/Sarra/ Tirado, Micro, Small and Medium Enterprise Insolvency: A Modular Approach, Oxford University Press 2018, 61.
- (63) UNCITRAL Legislative Recommendations on Insolvency of Micro- and Small Enterprises, 2022, Recommendation 326-337.
- (64) UNCITRAL Legislative Recommendations on Insolvency of Micro- and Small Enterprises, 2022, Recommendation 338-353.
- (65) UNCITRAL Legislative Recommendations on Insolvency of Micro- and Small Enterprises, 2022, Recommendation 354-361.
- (66) World Bank Principles for Effective Insolvency and

- Creditor/debtor Regimes, 2021, C18-20.
- (27) Group of experts on restructuring and insolvency law (E03362), <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/expert-groups/consult?lang=en&groupID=3362>.
- (28) Vorschlag einer Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrecht, 7.12.2011, COM (2022) 702.
- (29) 指令草案三八条一項三項。
- (30) 指令草案三九条・四三条。
- (31) 指令草案四九条一項。
- (32) 指令草案五五条一項。
- (33) 指令草案五六条。
- (34) 指令草案五七条。
- (35) 拒絶を表明するものとして、*Frind*, ZInsO 2023, 419, 425; *Lüssner*, ZInsO 2023, 1069, 1072 f.; *Sänisch*, ZRI 2023, 93, 96 ff.; *Smid/Wehdeking*, ZInsO 2023, 198, 208 ff.; *Thole*, ZIP 2023, 389, 396 ff.; *Weizmann*, ZInsO 2023, 757; また *Prüfer/Sattler/Lingens*, DB 2023, 943, 951. 一部は、批判を管財人のごかなくおそれに限定し、財団財産のない手続の開始を歓迎するものとして、*Fritz*, NZI-Beilage 2023, 78, 80; *Grote*, ZInsO 2023, 547, 548.
- (36) *Agstner/Romano*, EuZW 2023, 364, 371; *Kollerbach*, INDat-Report 2023 02, 42; *Leithaus/Riewe*, NZI-Beilage 2023, 73, 78; *Pape/Pape*, ZInsO 2023, 926, 933 f.
- (37) *von dem Hagen*, *Weizmann*, ZInsO 2023, 757, 761 ff.; 「運転許上のなうトースト・ライバー (Geisterfahrer ohne Fahrerlaubnis)」として、ヨーロッパの立法家として、*Lüssner*, ZInsO 2023, 1069, 1073 ff. 「国内の倒産文化の放棄 (Aufgabe nationaler Insolvenzkultur)」を提言する。
- (38) DAV (倒産法委員会), Stellungnahme 13/2023, S. 31, 36 f.; Gravenbrucher Kreis, Stellungnahme vom 13. 2. 2023, S. 6 f.; NIVD, Stellungnahme vom 28. 2. 2023, S. 3 ff.; VID, Stellungnahme vom 9. 3. 2023, S. 13-17 und 80-88.
- (39) *Sänisch*, ZRI 2023, 93, 96; *Smid/Wehdeking*, ZInsO 2023, 198, 203 f.
- (40) *Beth*, INDat-Report 2023 02, 36; *Frind*, ZInsO 2023, 419, 424; *Lüssner*, ZInsO 2023, 1069, 1073.
- (41) 「債権者と破産管財人の手」に於ける破産手続は、非訟事件の私的な清算手続との比較可能性についての議論は、例えば、すでに以下のような者が行った。 *Berges*, KTS 1960, 1 ff. に続き、*Böttcher*, ZZP 86 (1973) 373, 379 ff. ブロイセンとドイツ帝国における企業倒産について、非常に読み応えのある考察をしたものとして、*Falk*, KTS 2023, 3 ff. がある。

- (42) さらに、現時点では、ヨーロッパの立法過程の枠内において、零細企業の定義、および第六編の適用範囲の調整に至ることは排除されておらず、そうすると、第六条の対象となる平均的手続の数は、当初から減少するであろう。
- (43) 指令提案一七頁以下（英語版）ないし二〇頁以下（ドイツ語版）の理由を見よ。
- (44) Szanyi, *Alive and Kicking - The First Year of the Insolvency Harmonisation Proposal of the European Commission*, *Revista General de Insolvencias & Restructuraciones/ Journal of Insolvency & Restructuring* 12/2024, 339, 354-355.
- (45) それが立法者の明確な意思であり（BT-Ducks, 12/2443, S. 118）⁷かつ、まことへの通説である。参照：Mikolins/O/Haarmeyer/Schult, 4. Aufl. 2019, *InsO* § 26 Rn. 23; Uhlenbruck/Vallender, 15. Aufl. 2019, *InsO* § 26 Rn. 9 f.; さらに他の見解として、Römermann/Möning/Zimmermann, 47. EL März 2023, *InsO* § 26 Rn. 51-56.
- (46) 連邦統計局の統計によれば（詳細は、Fachserie 2 Reihe 4.1 Insolvenzverfahren, Dezember 2022, S. 3）⁸、二〇二二年には、開始された九七四一六件の倒産手続のうち、わずか一〇四三二のみが企業であった。同時に、四一五八件の企業関係の倒産申立てが財団不足のため棄却された。
- (47) EU の分類の意味における零細企業は、二〇二二年には、ドイツにおける企業の全体数の八二・二％を占めた（出典：destatis.de）。
- (48) たとえば、K. Schmidt *InsO/Vuia*, 20. Aufl. 2023, *InsO* § 63 Rn. 38 aE.を見よ。
- (49) BGHZ 157, 370 = NJW 2004, 1957; BGH NZI 2013, 351 Rn. 10, 14.
- (50) 欠損の危険にさらせば、たとえば、Uhlenbruck/Vallender, 15. Aufl. 2019, *InsO* § 26a Rn. 24 f.
- (51) また、LG München I ZIP 2022, 2505 Rn. 50 ⁹、この前提が欠けていることを認識しつつ。
- (52) 裁判所費用についてはドイツ倒産法四 a 条三項一文を、管財人費用については同法六三条二項を見よ。
- (53) BGH NZI 2020, 476 Rn. 11 を参照のこと。
- (54) 人が三年間の誠実行為期間を計算に入れるならば、誠実かつ職務にしたがって行動している企業が、第一回目の倒産申立ての結果、費用の支払いが猶予された後に、再び第二回目の支払い猶予の申立てをすることができるとは、少なくとも一四年かかる。また、誠実行為期間も、その後の手続においては三年ではなく五年であり（*InsO* 二八七条二項二文）、ドイツ倒産法においては、倒産計画に従った規律が合意され得ない限り、免責は一六年ごとしか達成されない。正当にも、この法律状態に対する批判を述べるものとして、Grote, *ZInsO* 2023, 943, 956 がある。

- (55) BGH NZI 2011, 633 Rn. 7 ff.
- (56) どのような状況は、広く共有されている。たとえば、
Grote, ZInsO 2023, 943; Kolbach, INDar-Report 2023 02, 42; *Leithaus/Rieue*, NZI-Beilage 2023, 73, 74; *Pape/Pape*, ZInsO 2023, 926, 934 を参照。
- (57) ドイツ倒産法三〇四条の枠内における資本会社の経営者の消費者的特徴については既に、BGH NJW 2006, 917, 918 が指摘している。
- (58) たとえば、*Schmisch*, ZRI 2023, 93, 96 や、*た Lissner*, ZInsO 2023, 1069, 1073 を見よ。
- (59) https://archive.doingbusiness.org/en/data/exploreconomies/germany#DB_pi を見よ。
- (60) <https://archive.doingbusiness.org/en/methodology/resolving-insolvency> を見よ。
- (61) 前出脚注(14)を見よ。
- (62) 三八条四項および考慮理由三九の第三文を見よ。
- (63) これは、三九条b号前段の規定に沿うものである。
- (64) これは、三九条b号後段の規定に沿うものである。
- (65) つれにこつてはたとえば、*Uhlenbruck/Vallender*, 15. Aufl. 2019, Inso § 26 Rn. 31.
- (66) *Fritz*, NZI-Beilage 2023, 78, 80 f. が提案しているように、フランスのモデルにより、すべての倒産財団の中央管理によりその利息収入で財団財産のないう手続の資金調達を
するべきが、ドイツにおいて実施されるか否かは、法政策的に疑わしい。
- (67) UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law Part five: Insolvency law for micro and small enterprises, Wien 2022, Rn. 273; World Bank Principles For Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes, 2021, C18 und C20.
- (68) UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law Part five: Insolvency law for micro and small enterprises, Wien 2022, Rn. 273, 363. # 47 World Bank Principles For Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes, 2021, C198.
- (69) 47 48 *MüKoInso/Breuer*, 4. Aufl. 2020, Inso § 227 Rn. 12; *Uhlenbruck/Lüer/Streit*, 15. Aufl. 2019, Inso § 227 Rn. 18 を見よ。
- (70) 後者は、その効果を拡張する動機となる。たとえば、*MüKoInso/Breuer*, 4. Aufl. 2020, Inso § 227 Rn. 3; *Uhlenbruck/Lüer/Streit*, 15. Aufl. 2019, Inso § 227 Rn. 1 を見よ。
- (71) BT-Drucks. 19/24181, S. 113.
- (72) Richtlinie (EU) 2019/1023 vom 20.6.2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über

Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Schuldensungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), OJ L 172, 18.

(72) 同条の「*insolvent*」は、*Grote, ZInsO* 2023, 943, 946.

(74) 英語版はドイツ語版とは対照的に「personal guarantee」と言っており、単に「Bürgschaft」とだけ言うのではない。したがって、これはすべての人的担保を対象としているのである。

(75) UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law Part five: Insolvency law for micro and small enterprises, Wien 2022, Rn. 273, 363-366; World Bank Principles For Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes, 2021, C198. それでは、世界銀行は、脚注(27)において手続のあらゆる実質的な統合を無条件で排除している。

(76) 考えられるのは、ドイツ倒産法二三三a条の規定概念にしたがい、共同責任を負う者の申立てにより、請求権を個別執行の方法で貫徹できるであろう額にまで減額することとを、裁判所に許すことであろう。