

経営権温存型倒産手続の法政策的検討： ドイツ自己管理手続からの示唆

佐藤 鉄男

あらまし

現在、法制審議会倒産法部会を中心に進められているわが国の倒産法改正作業においては、企業倒産事件の大多数を占める中小企業のための、再建型倒産手続の整備再編が課題の一つとなっている。その際、中小企業の倒産の特質に鑑みて、弁護士等の専門職を管財人に据えて厳格ないし大がかりな処理を進める破産や会社更生とは違った、むしろ従来の経営者が引き続き管理処分権を維持したまま、倒産処理の基本方針を定めて再建を試みることのできる手続の充実が急務とされている。

本論文は、わが国の破産法の母国でもあり、近時、倒産法の全面改正を成し遂げかつ施行に至ったドイツが、管財人による処理に委ねられる通常倒産手続に対する例外として用意した、倒産債務者自身の手による処理である自己管理手続（Eigenverwaltung）を紹介しつつ、わが国の立法政策への示唆を求めようとしたものである。元来、当該企業を倒産に至らしめた従来の経営者に自らの手で倒産の処理を行い再建更生の試みの機会を与えることは、債権者にとってリスクの大きいものであることは疑いない。しかし、中小企業にあっては、その経営者と企業がほぼ一体化しており、その個人的資質を抜きには再建が考えにくいことも少なくない。再建に向かう倒産処理の過程において、一方で債務者すなわち従来の経営者に何を任せ、他方で専門職や債権者にはどのような権限を確保すれば、このような制度が機能するのか。倒産処理制度が経済社会における基本的なインフラと認識されるようになりつつある昨今の倒産時代を踏まえ、その具体的なあり方についての法政策的提言を展開するものである。

1. はじめに

現在進行中の倒産法改正作業において、中小企業や株式会社でない法人等の再建を図る倒産処理手続を整備することが課題の一つとされている。法制審議会の倒産法部会の審議に基づき法務省民事局参事官室が公表した「倒産法制に関する改正検討課題」によれば、その方法として、従来の代表者が引き続き業務を執行することを原則とし、事例に応じ、管理機関の管理によることも可能とするような手続（新再建型手続）の導入が検討されているという。これは、現行の倒産法制にあって従来の経営陣による再建の試みを原則とする和議・商法上の会社整理を、再編整備し、かつより機能を高めようとするものである。と同時に、倒産債務者から管理処分権を剥奪し、必置機関となる管財人がこれを掌握し手続の中枢を担う破産・会社更生の存在を前提にした上で、これらと対置される倒産処理方法の選択肢とならんとするものでもある。

大企業の倒産がマスコミを賑わす昨今とはいえ、わが国の企業倒産の大半は中小企業が占める。倒産した企業が再建を試みうる方法として、現行の倒産法制では、和議、商法上の会社整理、会社更生の三つが存在するものの、選択の幅は乏しいのが現実である。すなわち、後二者が利用適格を株式会社のみに限定する手続とされ、それ以外の法主体にとっては、有限会社はもちろぬ、医療法人、学校法人、社会福祉法人、宗教法人といった広く普及した法人であっても、全く利用可能性のないものとされているという重大な不備（佐藤91）をはじめ、多くの限界が指摘されている。また、利用範囲の広い和議にあっては、和議条件の履行確保の不備から評判

が悪く（青山／中島98、佐藤／町村98）、会社更生はもっぱら大企業の再建を想定した大がかりな手続とされる一方で、商法上の会社整理にあっては多数決原理の不採用のゆえに債権者の数の少ない中小の株式会社しか事実上利用しにくい、といった状況になっていたのである。まさに、実用性のある、中小企業や株式会社でない法人等の再建型倒産処理手続の整備は急務の課題というわけである。

近時における先進諸国の倒産法改革には目覚ましいものがあるが、わが国の破産法の母法であるドイツでも、1994年に倒産法の全面改正を成し遂げ、本年1月1日より施行されるに至っている（Insolvenzordnung。以下では、InsOと略す）。そこでは、従来の破産法（Konkursordnung）と和議法（Vergleichsordnung）を統合し開始段階での窓口を一本化し、管財人を選任しこの者が手続遂行の中心となる、言い換えれば、管財型の倒産手続を原則としつつ、例外として、監視人（Sachwalter）の監視こそ受けるものの倒産債務者自らが倒産処理手続を進める自己管理（Eigenverwaltung）の方式も用意された。この方式は、その実際上の運用こそ今のところ未知数ではあるが、わが国のいわゆる新再建型手続のあり方に多少なりとも参考になるところがあると思われる。本稿では、その紹介をしながら、倒産法立法政策への示唆を求めてみたい。

2. ドイツ自己管理手続の意義と理念

まず、この手続の立法上のスタンスを探ることから始めよう。

2.1 自己管理手続の基本構造

ドイツ倒産法の第7編（§§270～285 InsO）に規定された自己管理手続は、前述のように、通常手続におけるような管財人の選任を行うことをせず、倒産債務者に管理処分権を残したまま、中立の立場の監視人による監視あるいは協力を受けつつ、倒産処理の実務処理を債務者自身がこなすことを基本とする手続である。倒産即、債務者の経営能力不足を意味するものではなく、法の助けを得ることで清算であれ再建で

あれ自力でなしうる能力をもった者も少なくない。また、債務者の業種如何では、債務者に特有の業務能力が倒産処理の過程でも不可欠であることもあるであろう。要するに、債務者の従前の業務上の知識や経験（Kenntnisse und Erfahrungen der bisherigen Geschäftsleitung）を倒産処理の場面で有効活用しようとするものである（Wagner98 S.411）。

さらに、新法が、債務者本人申立てに限り倒産手続開始原因を「支払不能のおそれ」にまで広げることで前倒しを可能にし（§18 InsO）、柔軟な倒産処理を可能とする倒産処理計画（Insolvenzplan）の作成権限を債務者にも認めていること（§218 InsO）、等と自己管理が相まって、債務者の早期の自力再建を促すものとも考えられている（Braun/Uhlenbruck97 S.693）。

2.2 自己管理手続の沿革

債務者に管理処分権を温存する倒産手続は、実はドイツにおいても目新しい方式ではない。従来の和議法による和議手続がこの方式をとっていた（わが国の和議法の直接の母法ではないが、ともにオーストリー法を参考にしている点でわが国のそれと類似する点が少ない）。すなわち、債務者は自分自身が倒産処理機関となり（Eigenorganschaft）和議手続中は和議管財人の監督・協力を得て、和議条件認可後は監視人の監視の下に、倒産処理を遂行するものとされていた。その意味で、新法の自己管理手続は、まずはこの旧来の和議の方式を引き継いだと評することができる。

しかし、ドイツにおいて和議手続は有名無実化してしまっていた。すなわち、1997年の受理件数は35件に止まり（Insolvenzstatistik97, ZIP 98, 82）、しかも近時の実務では、和議管財人の権限を大幅に拡張する（したがって、債務者の権限は縮小される）ケルン方式が主流を占めるようになっていた（Braun/Uhlenbruck97 S.691）。これは、管理処分権を温存させる建前が、事業を破綻に至らしめた債務者に甘すぎるものであり、その手続遂行には債権者の不安があったことによるものであった。それゆえ、今回の改正論議においても、草案段階では存在した「監視人も就かない、文字どおりの自己管理手続の案」

には異論が多く、結局、監視人就きの方式すら実はためらいながらの採用であったとされている（Braun/Uhlenbruck97 S.512）。したがって、管財人が就く通常手続に対する、あくまでも例外として、その要件も厳格に解すべきものとして採用された。

しかし、議論の過程で、自己管理方式の利点も浮き彫りにされた。すなわち、債務者に対する債権者の信頼が残っていることを前提にするものではあるが、これにより、管財人が就く通常手続に比べ、簡素化、促進、安価、等の利点を期待しうるものとされる（Häsemeyer98 S.153）。たしかに、通常手続にあっては、専門知識を有する管財人が倒産処理を遂行する点で、処理の確実・安定性は高まるとはいえ、必然的に、重装備化、処理の遅延、高価（報酬等）といった現象につながざるをえない。すなわち、既存の利害関係との相反を避ける意味で管財人は中立の立場の者が選任される関係上（§56 InsO）、管財人は当該事件には白紙の状態で見任するのを常とするので、事案を把握するのに手間隙を要し、場合によっては関係者との摩擦も避けられない、といったことが予想されるし、監視権限に限定される監視人に比べ、包括的権限をもって倒産処理に当たる管財人の報酬は高くなるであろうからである。もっとも、原則と例外が逆転することへの警戒から、費用節約の点は過度に強調されるべきことではないとされている（Haarmeyer/Wutzke/Förster98 S.694）。これは、改正論議で参照された、アメリカ倒産法の第11章手続が、原則を管財人非選任すなわち経営権温存（Debtor in possession、いわゆるD.I.P.方式）とし、管財人選任が例外であることと一線を画したものと思われる。

むしろドイツ法内のスタンスとして、不動産の強制管理（Zwangsvorsteigerung）において、それが農業、林業、園芸用である場合に、余人を管理人に当てるよりも債務者自身を管理人として収益を確保するのが得策とされている例（§150b ZVG）を比較対象として挙げており、あくまでも自己管理を例外とする意図を窺知させる。

しかしながら、倒産処理が最終的に清算、再建、譲渡による更生、のいずれになるにせよ入り口を一本化した通常手続に対する例外とされている関係で、自己管理手続は再建型処

理のみならず清算型でも使える点は、ドイツの倒産法として新機軸であり、またアメリカ倒産法とも違う、特徴的なものでもある（Häsemeyer98 S.155）。ただ、主として債務者の個人的な能力の活用を意図したところからすると、大型の倒産事件には向かないと見られているし（Braun/Uhlenbruck97 S.696）、小型の事件でも、新法で導入された消費者倒産手続には自己管理は適用されないものとされている（§311 InsO。むしろ、消費者倒産では、債務者助言センター、受託者等のサポートが必須とされている）。

2.3 自己管理者としての債務者の地位

さて、当該事件が自己管理方式で処理されることになった場合、管理処分権が管財人に移行する通常手続と違い、債務者は倒産手続開始後も管理処分権を失うことはない。しかし、こうして倒産債務者の管理処分権は維持されたとしても、それは私的自治の原則に委ねられた従前どおりの自由な管理処分権であるわけではない。すなわち、債務者は手続開始後は倒産処理を行う機関として（Amtswalter）これを保持するものであり（Häsemeyer98 S.155）、したがって、かつて自分の財産であったものも倒産財団（Insolvenzmasse）としてむしろ全債権者のためのものとして、個人的利害関心とはきっぱりと訣別して管理処分に当たるべきものとされる。

だが、これはあくまで観念上の説明にすぎない面をもち、外見としてはむしろ債務者の財産関係に倒産手続開始の影響が現れないのが実際と言える（自己管理の公示の問題については後述）。したがって、自己管理の理念を理解した「真面目な」債務者にこれが利用される分には、この方式のメリットが発揮されるものの、不向きな債務者に利用されればむしろ債権者の被害は広がる可能性が高まる。すなわち、管理処分権が残ることを奇貨として、倒産財団の不適切な管理処分をしないとも限らないからある。言わば、自己管理は悪しき債務者には「猫に鯉節（Bock zum Gärtner）」となりかねないと比喻されることになる（Bork98 S.193）。もちろん、そのために、後で述べるような、本方式利用の要件が定められたと言えるし、監視人を必置機関としたわけである。加えて、新法の一つの基調と

される債権者自治 (Gläubigerautonomie) との関係がここにも現れたとみられ、要するに、自己管理方式の構造とそのリスクを十分に考慮の上、当該事案へのこの方式の採否を債権者自身が自らの責任で決断せよとの趣旨を読み取ることもできる。

なお、自己管理に当たっては債務者が自分自身の利害ではなく全債権者の利害を中心に行動すべきは当然の要請であるが、もちろん、自己管理になったからといってそれだけで債務者固有の利害が現実問題として払拭されるわけではない。つまり、債権者の届出債権に固有の立場で異議を唱えたり、財団から自らの生活のための出費を賄うことが封じられるわけではない (詳しくは、5.1)。その意味では、債務者は、自己管理人として、そして債務者個人として二重の地位にあると解することができよう。

3. 自己管理命令の要件

次に、管財人を選任する通常手続に対する例外として、自己管理方式が採られる場合の要件について考察することにしよう。

自己管理が命じられるのは、法律に定められた形式的・実質的要件 (§ 270(2) InsO) を満たす場合に限られるものとされる。ただ、明文で定められたところは、きわめて不備であり、実際の運用の見通しが効きにくいとの批判がある (Häsemeyer98 S.155)。

3.1 形式的要件

形式的要件は、そもそもの倒産手続の開始の申立てが債務者と債権者のどちらによってなされるか (倒産手続の申立権をもつのはこの両者に限られる、§ 13(1) InsO)。なお、金融機関の場合は、経営陣に支払不能等の通告義務が課せられ、倒産手続の申立権は監督官庁のみがもつ、§ 46b KWG (信用制度法)) で変わってくる。

まず、債務者申立ての場合にあっては、自己管理についても債務者の申立てがあることが要件とされる (§ 270(2)1. InsO)。すなわち、自己管理は、倒産手続開始後もその処理を債務者本人が行おうとする意欲なくしては成り立ちにく

いものであるから、それを示す意味でこの要件が必要となる。したがって、仮に裁判所が債務者に相応の能力があり自己管理に向いていると考えても、職権でこれを命じうるものではない (Haarmeyer/Wutzke/Förster98 S.695)。債務者は、倒産手続の開始申立てに際し、これに付加して、あるいは別途、自己管理を希望する旨を明確にしておくことが必要となろう。

次に、債権者申立ての場合はどうか。条文の規定の仕方からは必ずしもはっきりしないが、債務者の意欲抜きには成り立たないことを考えると、この場合も、自己管理を希望する旨の債務者自身の何らかの申立てが必要と解される。したがって、明示の自己管理の申立書を裁判所に提出するか、少なくとも、債権者のした倒産手続申立ての裁判で債務者に保障された審問の機会に (§ 14(2) InsO)、自己管理の希望を裁判所に述べていることが必要であろう (Haarmeyer/Wutzke/Förster98 S.695)。

さらに、債権者が倒産手続の申立てをしている場合にあっては、自己管理についての債務者の申立てに債権者が同意していることが必要とされる (§ 270(2)2. InsO)。この同意は当該債権者自身によって裁判所に提示されることが必要であり、債務者が自己管理の申立てをする際に「債権者の同意もある」と述べるだけでは足りないと解されている (Haarmeyer/Wutzke/Förster98 S.695)。もっとも、ここでの債権者の同意とは、債権者の全体ないしは多数のそれを意味するものではなく、倒産手続の申立てをしたその債権者の同意であると思われる (なお、債権者の倒産手続の申立てはそれに法的利益 (ein rechtliches Interesse) があり、債権の存在と開始原因を疎明する限り、単独の申立ても適法である (§ 14(1) InsO)。この際、債権者は、監視人の選任と債務者の所定の行為を監視人の同意にかからせる命令の発令 (§ 277 InsO) を自己管理への同意条件とすることも許される (Haarmeyer/Wutzke/Förster98 S.695)。

3.2 実質的要件

さて、自己管理方式採用のために最も重要なのは、以下に述べる実質的要件である。法は、「状況から判断して自己管理が手続の遅延

(Verzögerung) や債権者のその他の不利益 (sonstigen Nachteilen) を生じさせないことを期待させるもの」と表現する (§270(2)3. InsO)。この要件は、改正作業の過程で示された意見を踏まえての立法者の自己管理方式へのスタンスを体现したものと思われる。すなわち、きわめて抽象的な要件ではあるが、あくまでこの方式を例外的なものとする意図であり、したがって厳格に運用すべきものとされる。言い換えると、債権者にとっての不利益の予想が少しでもあれば裁判所はこの方式をとってはならないのである (Haarmeyer/Wutzke/Förster98 S.696)。こう解されるのは、たしかに債務者から管理处分権を剥奪せず、その意味では経営権の温存となり債務者の利益を重視した方式に映るものの (結果として、そうなることはあっても) 制度趣旨は、債務者の能力を有効活用し管財人選任のコストも節約できるという、あくまで債権者の利益を念頭に置いたものであることに由来しよう (Weinborner97 S.466)。

この要件の審査は、裁判所により職権で (vom Amts wegen) 慎重になされるべきものとされるが、まず、債務者が自己管理の開始に足る諸事情の存在を裁判所に示す必要がある (Breuer98 S.135)。具体的には、倒産に至った経緯、債務者の取引知識・経験等が考慮されると解される (Häsemeyer98 S.156, Haarmeyer/Wutzke/Förster98 S.696)。それゆえ、明らかな放漫経営タイプや債権者詐害行為の疑われるような事案にあっては、この実質的要件を満たすことは難しいように思われる。また、手続の遅延に関しては、自己管理方式と管財人方式の長短が比較されることになろう。

この要件の審査は重要な意味をもつので、裁判所は、倒産手続開始決定前の処分の一環として、仮管財人 (vorläufigen Insolvenzverwalter) の選任を命じ (§§21(2)1., 22 InsO) 自己管理の実質的要件の有無を調査させることも可能とされる。但し、この場合も、最終的な判断は裁判所が行うものであり、したがって、自己管理は「これなら大丈夫」との裁判所の確信 (Überzeugung) を前提としなければならないことになると解されている (Haarmeyer/Wutzke/Förster98 S.696)。

4. 自己管理の命令手続と取消の手続

次に、自己管理方式が選択される際のその発令そしてその取消の手続等について検討することしよう。

4.1 自己管理の命令手続

倒産の処理の大半を債務者に委ねる自己管理方式は、3.で述べた要件を満たすとの確信を得た場合に倒産裁判所 (ラント裁判所のある場所の区裁判所 Amtsgericht という具合に倒産管轄の集中が実現した。§2 InsO。もっとも、州による差異が認められ、新法施行時にはドイツ全体で193の区裁判所が倒産裁判所となる予定であり、これはラント裁判所の数116と旧法下の破産・和議・包括執行裁判所の数345の中間である。というも、集中の程度が州により異なるからであり、また企業事件と消費者事件を区別し、前者のみ集中を強化する例もある。Die neuen Insolvenzgerichte, ZIP98, 2183) によって命じられるが、これには二通りのパターンがある。すなわち、倒産手続の開始決定と同時に命じられる場合 (以下、同時命令という) と債権者集会の申立てにより事後的に命じられる場合 (以下、異時命令という) である。

まず、同時命令の場合である。この場合、倒産手続の開始決定に付随して自己管理が命じられるものであり、明示の規定がないため (倒産裁判所の決定に対する即時抗告は明示の規定がある場合に限られる。§6(1) InsO) 自己管理の命令のみを独立して争う方法はないとされる (Haarmeyer/Wutzke/Förster98 S.697。なお、Häsemeyer98 S.157は疑問ありとする)。但し、同時命令の場合にあっては、必ずしも多数の債権者の意向を反映させる手続とはなっていないので、開始後の債権者集会の意向を留保した仮の自己管理という位置づけになるとされる (Haarmeyer/Wutzke/Förster98 S.696)。

次に、異時命令の場合はどうなるか。これは、倒産手続は開始となったものの、自己管理に関する債務者の申立てについては裁判所により棄却された場合の成り行きとして想定されたものである。すなわち、この場合も、自己管理の棄却に対して独立して争うことは認められていな

いものの、開始された倒産手続の第一回債権者集会（§29 InsO）で債権者の多数が自己管理方式に利点を見出すときはその旨を裁判所に申し立てることができるものとされている（§271 InsO）。おそらく、債権者の利益を考慮して裁判所が自己管理を棄却したのに対して、債権者の多数は自己管理でよいと判断したのであるから、言わば債権者自治の精神に則するという意味で、基本的にはこれを尊重して自己管理の異時命令を出すことになる。もっとも、それでも自己管理の要件が欠如していると判断する場合にまで自己管理を命ずる義務は裁判所にはないと解されている（Haarmeyer/Wutzke/Förster98 S.697, Häsemeyer98 S.157）。

4.2 自己管理の取消（Aufhebung）

前述のように、自己管理の命令そのものには独立の不服申立ては想定されていない。しかし、自己管理方式は運用を誤れば債権者の不利益につながるものであるため、法はこれを取り消す途を用意した（§272 InsO）。また、倒産手続そのものが解止すなわち終結・廃止・停止になった時は自己管理もこれに連動して終了することは言うまでもない。

疑わしきは自己管理を認めないのが立法者のスタンスであるから、取消の可能性は多様なものとなっている。

まず、当然取消に至る場合がある。すなわち、

債権者集会（したがって、債権者の多数）の取消申立て（§272(1)1. InsO） 債務者の取消申立て（§272(1)3. InsO）の場合である。これらの場合は、自己管理の要件欠如の実体等を調査することなく当然に取り消すべきものとされる（Haarmeyer/Wutzke/Förster98 S.697, Häsemeyer98 S.158）。というのも、前者は債権者の多数が自己管理に疑問を抱いていることを意味し（この場合の債権者集会は第一回のそれに限られるものではない）、後者は債務者にもはや自己管理の意欲がないことを意味し、いずれも自己管理の要件欠如に直結するものと考えうるからである。

これに対し、個々の債権者（別除権者を含む）にも取消申立てが認められているが（§272(1)2. InsO）、この場合は、取り消すか否かの裁量が倒産裁判所にあるとされる。すなわち、

債権者集会によってではなく、個々の債権者が取消の申立てをする際には、まず自己管理の要件が欠如していることの疎明を要し、さらにこの取消申立ての裁判の前に必ず債務者を審問すべきものとされている（§272(2) InsO）。これは、自己管理による手続の遅延や債権者の損害につき、債権者間の認識が共通化していない段階のものであり、したがって、裁判所としては要件が欠如するに至っているか否か実質審査を要するというわけである。この場合の債務者の審問は、自己管理命令を取り消すとなれば通常手続に移行し債務者から管理处分権を剥奪するがゆえの（§272(3) InsO）審問請求権の充足、加えて事案解明のための証拠調べの一環、という二重の意味をもつものと思われる（倒産手続における審問請求権については、Vallender 97）。また、この場合の取消に関する裁判は実質審査をした上でのものであり微妙な判断を伴うだけに、結論次第で債権者にも債務者にも即時抗告の途が開かれている（§272(2) Satz3 InsO）。

さらに、自己管理の取消を導く過程において監視人の寄与が想定されていることも注目値する。すなわち、監視人の基本的役割の一つとして、自己管理の継続が債権者の不利益となるような事情を発見した時には、直ちにこれを倒産裁判所、債権者委員会（これがない場合は届出債権者）に知らせるべき旨が法定されている（§274(3) InsO）。なお、裁判所も監視人から自己管理要件の欠如の報告を受けるものとされている以上、規定の上からは必ずしも明確ではないが、裁判所が職権により自己管理を取り消すこともありうるように思われる。

4.3 自己管理に関する公示

自己管理の裁判に付随してふれておかなければならないのは、公示（Bekanntmachung）の問題である。自己管理に関する特別の定めとして規定されているのは、異時の自己管理命令、及び自己管理の取消についての公告に止まる（§273 InsO）。これらの場合には管理处分権の変動をもたらすため、取引界に、現在係属中の当該倒産手続にあって管理处分権がどこにあるかを知らしめるものであり（Wagner98 S.413）、その旨連邦官報にて公告されることになる（§30

InsO。なお、商業登記 Handelsregister についても整備されるに至っている。これについては、ZIP98, 2028)。

では、同時の自己管理命令についてはどうなるであろうか。この場合も、公告に関する一般規定に従い、倒産手続開始決定の公告とともに、それが自己管理方式によることも公示の対象になるものと解されている (Haarmeyer/Wutzke/Förster98 S.697)。

しかし、取引の安全の観点で實際上重要な問題は、不動産登記、あるいは不動産類似の登記登録の制度のある船舶、航空機等の登記であろう。これについて、法は、倒産の登記に関する一般規定である 32 条・33 条の自己管理への準用を否定している (§ 270(3) Satz3 InsO)。これは、自己管理方式が債務者の管理処分権の剥奪をもたらさないことに鑑みてのものと解される。しかしながら、もはや債務者の管理処分権は従前の自由なそれではないはずであり、何らかの工夫をしないと不動産等の取引の安全に支障を生じかねないとの疑問が示されている (Häsemeyer98 S.157)。

なお、債務者の所定の行為を監視人の同意にかからせる場合、すなわち債務者の管理処分権に部分的制限があることに関しては、不動産登記簿等へその旨の登記がなされることが明らかにされている (§277(3) InsO)。

5. 自己管理方式の仕組み

さて、自己管理方式の倒産処理においては、これを取り仕切る倒産管財人は選任されない。倒産債務者自身が、倒産手続開始後も管理処分権を保持し、倒産処理の全体をも担うことになる。したがって、この場合の債務者は自分自身の利益だけを考慮して行動しうる存在ではなく、むしろ通常手続における管財人の権限のうち監視人に委ねられた一部の権限を除いたものを行使しうる職務者 (Amtswalter) と考えるべきものである (Häsemeyer98 S.159)。当然、行動指針も自分自身の利益ではなく債権者全体の利益ということになる。もっとも、草案段階で示された監視人を置かない自己管理方式は明確に否定されたので、債務者が債権者利益の実現のすべての責任を負わされるものでなく、監

視人との協働体制 (Kooperationsbereitschaft) が、ドイツ新倒産法における自己管理方式の基本構造であると言えよう (Haarmeyer/Wutzke/Förster98 S.698)。言い換えると、ここでは債務者と監視人との間の倒産処理に関する権限・義務の分配を前提としており、この分配にドイツの自己管理方式の特色が体现されているということにもなる。また、債務者は、倒産手続上重要な行為をするには債権者委員会 (Gläubigerausschuß) の同意を得なければならないともされている (§276 InsO)。以上の点を確認した上で、自己管理方式における債務者と監視人の具体的なあり方を見ていくことにしよう。

5.1 自己管理者としての債務者の具体的権限

まず、法において自己管理者としての債務者の権限・義務とされたところを、Haarmeyer/Wutzke/Förster 98 の分類を参考に列挙してみよう。

倒産財団の管理及び換価並びに換価代金の配当

財団目的物、債権者、財産全体についての各々の一覧表

管財人としての会計報告 (§66 InsO)、商人に課せられた商法・税法上の簿記及び会計報告 (§155 InsO)

債権調査期日における報告 (§281(2) InsO)

債権者集会の依頼における倒産処理計画の作成 (§§218, 284 InsO)

未履行契約関係の処理や経営協議会との協同 (§279 InsO)

財団に関する訴訟の受継 (§§85, 86 InsO)

最終計算書の作成 (§281(3) InsO)

さらに、以上の権限を行使するにつき、債務者は、常時、監視人の監視に服し、必要に応じ監視人の協力を仰ぐべき一般的義務も存しよう。そして、これらの権限の行使に当たっては、自己管理者として、もっぱら債権者全体の利益に従うべき一般的義務があることは言うまでもない (Häsemeyer98 S.160)。

ところで、債務者が職務者 (Amtswalter) の地位に立つとしても、倒産手続における固有の利害関係者としての債務者自身の立場を無視できるわけではない。そのため、自己管理者とし

ての債務者の権限とは別に、債務者個人の固有利益に由来する権限も残されている。その主なものは、以下の三つである。第一に、自己管理中の債務者の私的生活を保障する意味で、債務者は自己及び家族の最低限度の生活のための資金を財団から引き出す権利が認められている（§278 InsO。倒産手続中に得た新得財産も倒産財団に含むとする膨脹主義を採用した（§35 InsO）関係で、この点は旧法に比べ切実な問題となることが予想される）。第二に、届出債権に対して、職務者として異議を述べうる（§283 InsO）とともに、倒産手続終了後の強制執行を防ぐ意味で債務者個人としての異議も認められている（§201 InsO）。第三に、仮に倒産処理計画の作成が債権者集会により職務者としての債務者に依頼されなかったとしても、債務者個人の立場でも固有の作成権限が法定されている（§218(1) InsO）。

このように、債務者は主に職務者として、そして時には債務者個人として、という二重の地位にあることが確認できる（Häsemeyer98 S.161）。とりわけ、前者に関して、高度の専門知識を要することが、自己管理方式を例外とする一つのハードルとなるものと言える。もっとも、倒産債務者といえども事業者としてこれまで事業を営んできたのであるから、大半の債務者につき鼻からこれを否定すべきかどうかは今後の運用をまつことになろう。たとえば、法文あるいは文献でも明らかではないが、弁護士等の専門家の協力を得ることを条件に自己管理方式が多少とも広がる可能性も残されていよう。また、法人債務者の場合にあっては、要するに法人の現経営機構が信頼に値するか否かがポイントであろう（Braun/Uhlenbruck97 S.695、Breuer98 S.135）。それゆえ、仮に不適切な経営で倒産に至った場合でも、その責任のある経営陣が既に退任し、再建に向けて人事を刷新し、新経営陣が再建手段として自己管理方式を選択したというケースにおいては、これが許容されることもあるように思われる。

さて、自己管理者としての債務者は、債権者全体の利益のために倒産財団を管理・換価すべき立場にあるものであるから、その職務上の義務違反については、管財人と同様の損害賠償義務を関係者に負うもの（§60 InsO）と解される。しかし、倒産債務者が十分な賠償能力を有する

ことは期待しがたいのが実態であろうから、何らかの対策が必要となろう。もとより、自己管理者にとっては義務違反が自己管理の取消をもたらしうるということが制御装置となりうるであろうが（Häsemeyer98 S.162）。たとえば、ある程度の損害をカバーする責任保険への加入を義務づけておくといったことも考えられよう（Haarmeyer/Wutzke/Förster98 S.700）。もっとも、倒産処理活動の適正を担保する意味での損害引受（言わばボンド）の問題は、自己管理者に止まらず、管財人等の倒産処理機関に就任する者にも共通することであろう。

ところで、旧法下において、財団の貧困、とりわけ非占有型の動産担保による財団の蚕食は深刻な問題となり、改正論議においても激しい論争的となった。新法は、別除権の目的物についても管財人の換価権が及ぶことを明確にした上（§173 InsO）、費用分担金（Kostenbeitrag）という形で担保権者にも相応の負担（換価代金の9%に及ぶ負担となり、さらに売上税も加算される）を求めることにした（§§170, 171 InsO）。この点は自己管理者としての債務者が換価する場合にも及ぶものであるが、一部修正を施している（§282 InsO）。すなわち、自己管理方式においては、確定費用の負担を担保権者に求めることができず、現実が生じた換価費用（Kosten der Verwertung）に限るものとされた。この限りで、担保権者にとっては、管財人が登場する通常手続よりも自己管理方式に同意した方がいいとの判断に導かれる要因があることになろう。

なお、として挙げた財団に関する訴訟の受継の意味は、自己管理との関係ではややわかりにくいものである。たしかに、同時命令の自己管理にあっては、倒産手続の開始の前後を通じ外形上は債務者の管理処分権に変動はないようにも見える。したがって、その意味は、この場合にも当事者の倒産による訴訟の中断の規定（§240 ZPO）が及び、自己管理者としての債務者は訴訟担当者（Prozeßstandschaft）として受継するということを明らかにするものである（Häsemeyer98 S.160）。

5.2 監視人の具体的権限

次に、ドイツの自己管理方式の必置機関とさ

れた監視人について検討しよう。

前述のように、処理業務の中心を担うのは債務者にほかならないが、監視人の選任・監督・責任・報酬といった法的地位については、基本的に管財人に関する規定を準用するものとされた（§274(1) InsO）。したがって、監視人は、業務に精通し、債権者や債務者から独立した、すなわち中立の自然人が単独で選任されることになる（§56 InsO）。特定の有資格者に限定するものではないが、弁護士（Rechtsanwalt）、公認会計士（Wirtschaftsprüfer）といった専門職から選任されていた従来の実務が引き継がれるものと解される（Wagner98 S.133）。しかし、管財人に比べその職務が限定されていることから、その報酬は低めに設定されることになる（Häsemeyer98 S.163。基本的には、管財人の6割とされた、§12(1) InsVV（倒産報酬法））。

さて、監視人の名称そのものは、旧和議法にあったものを引き継いだものであるが、その役割は、新たな自己管理方式に合わせ独自のものとなった（なお、履行確保に不安の多いわが国の和議手続における事実上の工夫である履行監視委員の役割等については、佐藤96を参照されたい）。その名のとおり、自己管理者として倒産処理に当たる債務者を監視しまた必要な協力をするのが基本的な役割となる。法は、債務者の経済状況を調査し、業務の遂行や生活費の支出を監視するものと規定している（§274(2) InsO）。また、以下に掲げる権限も監視人に専属するものと個別的に規定されている。

全体損害賠償請求権の行使、否認権の行使（§280 InsO）

債権の届出を受け、債権表を作成すること（§270(3) InsO）

届出債権に対する異議権（§283 InsO）

倒産処理計画の履行の監視（§284(2) InsO）

倒産裁判所への財団不足の申し出（§285 InsO）

さらに、事案によっては、監視人の同意を要するとされた債務者の行為について、状況に応じ同意を与え、時にはこれに異を唱えることも監視人の役割とされる。

これらの監視人權限から窺えることは、債務者がいかに自己規律をしたところで、個人的利益が頭をもたげかねない部分を、第三者機関としての監視人に委ねたものであろうことである。

すなわち、¹は論理的帰結というよりは、債務者と結託した債権者のお手盛りの債権届出をチェックする意味で、第三者機関としての監視人の権限とすることをベターと考えた政策的な規定と言えよう。また、²は、監視人による自己管理の推移の客観的フォローに期待するものであろう。そして、³は、通常手続であれば、倒産財団の増殖に向けての管財人の重要な権限となるものを、それが主として債務者自身の過去の行為の洗い出しを伴うものだけに、債務者本人ではなく、監視人に委ねることをベターとしたものであろう（Wagner98 S.417）。なぜなら、全体損害（Gesamtschaden）の賠償（§92 InsO）や社員の人的責任の追及（§93 InsO）は、債務者自身ではおそれかになりかねないし、これを個々の債権者に委ねては債権者間の不公平につながってしまう。さらに、否認権は（§§129ff. InsO）これによって詐害行為という観点で債務者の過去の行為が厳しく問われるものであり、第三者機関に委ねるのが有効と考えられるものであろう。

おそらく、上記のような監視人という制度は、ある意味では中途半端なものと言えなくもないが、特徴のある倒産処理機関のあり方と評することもできよう。しかし、このような形での専門職の倒産事件への関与は、実は裁判外での再建の試みにおけるそれに似てなくもないのであり、自己管理方式は私的整理に法的枠組みを与えたものであるとの興味深い指摘もある（Haarmeyer/Wutzke/Förster98 S.701）。

6. わが国の経営権温存型倒産手続への示唆

さて、以上に述べたドイツの自己管理方式の倒産手続を参考に、新再建型手続として再編整備が検討されている立法論成立後の運用論への示唆を求めてみよう。

冒頭に述べたとおり、このような手続の整備の必要性は疑う余地がないことを再度確認した上で、以下、いくつかの項目に分けて検討してみよう。

6.1 全体的スタンス

この種の手続の適用対象と想定すべきは、基

本的には中小企業ということになる。この場合、法人格の有無にこだわる必要はなく、その他の団体や自然人の利用も妨げる必要はないであろう。しかし、消費者については、管理処分権を剥奪せず調整委員の助力で更生を試みるやり方（個人債務者更生手続）とこの手続は共通する面もあるが、消費者倒産特有の問題も多くあるので、消費者は別建てとし、ここでは除くものとする。

次に、倒産法全体の中では、一応、破産、会社更生と並列して置かれるものということになるが、再建型のみでなく清算型にもこの方式を採用できるかは微妙な問題である。たしかに、破産事件のすべてを管財人方式で進めることは、厳格な清算を確保する点では有用であるが、非効率的かつ高コストとなることが避けられない。清算型にも自己管理方式を及ぼすドイツ法は参考に値しよう。したがって、実際の利用が再建型で多くなるであろうことは当然としても、清算型も取り込むことは検討に値すると考える。もっとも、清算型も取り込むとすれば、倒産法の立法形式が既存のもの、あるいは改正検討事項で想定されたところと異質なものとなることを意味する。すなわち、清算が再建かという処理形態による分類ではなく、商法の大小会社区分の発想を倒産立法の指針とするような債務者態様別の立法となつてこよう。そうなれば、手続間の移行（相互乗り入れ）といった問題も従来と違った形になり、管財人方式と債務者自己管理方式の切り換えが中心問題となろう。当面、清算型の取り込みの検討は別個の課題とし、ここでは、さしあたり、中小企業の再建用として利用されることを念頭において、話を進めることにしたい。

となれば、開始原因としては、現行法にいう支払不能、債務超過に加えて、何らかの形で前倒しを可能とするものを加えるべきことはほぼ異論のないところであろう。

6.2 手続の流れと利害関係者の地位

まず、申立権者について考えてみよう。おそらく、この方式は債務者自身の再建意欲を抜きには成り立たないであろうから、債務者の申立てによって開始するのを原則と考えてよい。問

題は、その上で債権者申立て、あるいは監督官庁の申立て等も許容するかどうかである。破産のように経営破綻の最終受け皿となる制度に比べると、その必要性は少ないように思う。債権者の動向は、こうした自己管理方式での倒産処理の見通しを見極める意味で、むしろ開始の裁判で実質的に審理する事項の一つとすることでよいのではなかろうか。もちろん、債権者が他の倒産手続の申立てをしたのを受け、債務者がこの方式によることを望むというドイツ式の成り行きは、わが国でも肯定してよいだろう。

次に、開始の裁判の段階での問題はどうか。一応、再建用の利用を前提に考えるが、もとより「再建の見込み」を厳格に要求する必要はない。要するに、仮に清算のやむなきに至っても、とにかく債務者のインシアチブで処理を進められるかどうか、債務者の能力・意欲、そしてそれに対する債権者の信頼がここでのポイントとなろう。開始決定前の保全処分等のあり方については、自己管理方式が管財人方式かで大きな差はないと思われるので、ここでは格別の検討はしない。ただ、自力による私的整理の基盤を整えるために保全処分のみを利用することも、自己管理方式との関係ではある程度許容されてもよいと考えるので、厳格な取下げ制限をかけることもしないこととする。

開始の決定がされても債務者の管理処分権に影響はないこととするが、何らかの倒産処理機関による牽制は不可欠であろう。あまり複雑な構成（現行法につき、佐藤97）にすれば、この方式の利点を損なうであろうから、機関はドイツの監視人に倣い、検査機能を併せもった監督機関一本でどうであろうか（したがって、管理機関が必要なケースは、管財人方式への移行で対処するものとする）。問題は誰をそれに当てるかであるが、スリム化と活性化の要請をいかに満たすか、難しいところである。ここでは、中立の第三者である専門職一名（監視委員長）と債権者の代表二名からなる複数構成を提案してみたい。

職務の適正・確実を期す意味で、冷静な専門職の眼は不可欠である。これに対し、債権者の代表を加える意味は、自らの利害関係が監視のインセンティブになるであろうことに期待するものである。また、中小の規模の倒産事件にあつても、機能する債権者集会を確保することは

容易ではないであろうし、かといって常に債権者委員会を制度化するまでの必要性も乏しい。しかし、利害関係者である債権者を手続から疎外すべきではないから、債権者全員とのパイプ役という意味で、その代表二名を加えるわけである。監視委員長となる専門職には管財人に準じた報酬を供するものとするが、その職務が限定されていることから低めでよいであろう。一方、監視委員は、実費弁償は当然としても、たとえば債権額の大きい債権者を当てることとし、自らの活動が債権回収・取引先の確保につながるものであるから、それ以上の報酬は原則として考えなくてもよいであろう。スリム化と活性化の両立の観点からやむをえまい。

6.3 債務者と監督機関の権限分配

監督機関を必置機関としつつ債務者が引き続き管理处分権を維持し倒産処理を行う手続においては、この両者の関係すなわち権限の分配を工夫する必要がある。設置する機関を監督機関と位置づけたこととおおよその関係は決まってくるが、なお工夫の余地があり、ドイツにおける両者の権限分配も一つの参考になろう。

債務者は従前の営業を続けるわけだが、その財産の管理、運用、換価は、もとより個人的利益を背後に退け債権者全体の利益に向けて行うべきことになり、監督機関はこれを監督し、時に助言・協力をはかるとというのが基本的な関係となる。また、監督機関には専門職を一名加えるので、必要に応じ調査・検査権限をもつものとする。

債権の届出先をどうするかは、ドイツは旧法と異なり通常手続の場合も裁判所ではなく管財人としたが（§ 174 InsO。自己管理方式ではこれに代え監視人）、手続の種類とあまり関連性はない。裁判所とするか、倒産機関とするかは、さしあたり破産や会社更生と同じでよいと考える。一方、債権の調査・確定については、簡易化の要請が破産、会社更生以上にあるであろうから、書面調査を原則とするものとする。

重要な問題として、倒産処理の基本方針の策定をどうするかという点がある。再建をめざるのであれば、弁済計画を含む再建計画案の作成権限の如何である。管理处分権の変動を予定し

ない手続においては、これは債務者に限定されざるをえまい。むしろ債務者は、監督機関の助言を得て、債権者を納得させる計画案を作成する義務があるとさえ言える。計画案は事案に即した弾力的なものが許され（会更 229 条）、その可決要件も比較的ゆるやかな多数決にしてよいと考える。

計画案の可決、認可で手続終結とすることは避け、計画案の履行中も監督機関の監視権限が及ぶものとする。この履行監視権限を確保する意味で、債権者への弁済は監督機関を経て行うことを原則としてはどうだろうか。なお、状況の変化で計画案の履行が難しくなったときは、計画案の変更で対応する余地を残しておくが、不履行が著しい場合は、管財人方式、とりわけ破産へ移行させるものとする。その場合、それまでの関与経験を活かせるので、原則として、専門職たる監視委員長を管財人に切り換える。

財団増殖機能をもつ否認権、役員に対する損害賠償請求（査定）は、債務者本人には期待しがたいので、監督機関の権限とする。なお、監督機関がこれらの権限の行使に消極的な場合には、個々の債権者にも行使を認めることとするが、この場合、債権者はその問題に限っての債権者代表という立場に立つものとする。

7. おわりに

以上、ドイツ新倒産法における自己管理方式について紹介した上で、わが国の倒産法改正の焦眉の課題である経営権温存型の倒産手続への示唆を求めてみた。もとより、かかる手続の位置づけは、倒産法全体のグランド・デザインをどのようにするかに大きな影響を受ける。すなわち、ドイツの自己管理方式も、長年の議論を経た上で成し遂げられた全面改正の中の一つにすぎず、本来はもっとこの新法全体との関係も踏まえたわが国への示唆とすべきであろう（イギリス倒産法からのこのような試みとして、中島 98 参照）。

しかし、ドイツ倒産法については、既に多くの、そして深い研究が蓄積されているので、重複を避ける意味で、視野を限定しての考察となった。倒産という現象は、時代そして体制を問わず普遍的なものである（佐藤 95）。とりわけ、

社会に広く存在する中小企業にとっては日常茶飯事の問題とも言える。したがって、合理的に機能し、関係者にとって公平で迅速な倒産処理の確立は、経済社会の基本的なインフラの整備と考えて間違いない。破綻処理制度のあり方をめぐる政策論議は、金融機関の破綻問題によって一気に活性化するに至った（佐藤98）。この上は、日常の中小規模の倒産処理のあり方をめぐっても、よりよい立法をめざし、政策的視点をも意識した実り多い改正論議が展開されることを期待して結びに代える。

（1999年1月、新倒産法が施行になったドイツにて脱稿）

参考文献

（本文中に引用した順による。都合により最小限度に止めた）

- [佐藤91] 佐藤鉄男「現代倒産法の守備範囲と限界」『民事訴訟雑誌』（法律文化社）37号 114ページ、1991年
- [青山 / 中島98] 青山善充 / 中島弘雅「和議実態調査の意義と概要」（青山善充編『和議法の実証的研究』商事法務研究会、1998年）1ページ。
- [佐藤 / 町村98] 佐藤鉄男 / 町村泰貴「和議条件と履行の確保」（青山善充編『和議法の実証的研究』商事法務研究会、1998年）185ページ。
- [Wagner98] H.Wagner, *Insolvenzordnung*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998
- [Braun/Uhlenbruck98] E.Braun, W.Uhlenbruck *Unternehmensinsolvenz: Grundlagen Gestaltungsmöglichkeiten Sanierung mit der Insolvenzordnung*, IDW-Verlag, 1997
- [Häsemeyer98] L.Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, 2. Aufl. Carl Heymanns, 1998
- [Haarmeyer/Wutzke/Förster98] H.Haarmeyer, W.Wutzke, K.Förster, *Handbuch zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. C. H. Beck, 1998
- [Bork98] R.Bork, *Einführung in das neue Insolvenzrecht*, 2. Aufl. J.C.B. Mohr, 1998
- [Weinborner97] U.Weinborner, *Das neue Insolvenzrecht mit EU-Übereinkommen*, Haufe Verlag, 1997
- [Breuer98] W.Breuer, *Das neue Insolvenzrecht*, C.H.Beck, 1998
- [Vallender98] H.Vallender, *Das rechtliche Gehör im Insolvenzverfahren*, *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, 1997
- [佐藤96] 佐藤鉄男「和議履行の一つの試み：私の和議監視委員経験について」（米田實先生古稀記念『現代金融取引法の諸問題』民事法研究会、1996年）
- [佐藤97] 佐藤鉄男「倒産手続における機関の再構成」『ジュリスト』（有斐閣）1111号 187ページ、1997年
- [中島98] 中島弘雅「新再建型倒産手続の一つの方向：イギリス倒産法からの示唆」『ジュリスト』（有斐閣）1141号 130ページ・1142号 95ページ、1998年
- [佐藤95] 佐藤鉄男「各国国内倒産法の比較」（石黒一憲 / 貝瀬幸雄 / 佐藤鉄男 / 弥永真生 / 土橋哲朗 / 真船秀郎『国際金融倒産』経済法令研究会、1995年）
- [佐藤98] 佐藤鉄男「総合政策科学と倒産処理」（大谷實 / 太田進一 / 真山達志編著『総合政策科学入門』成文堂、1998年）

〔付記〕

本稿は、在外研究先のドイツで執筆したため日本の文献の引用が不十分である。また、脱稿時、帰国後の日本でこれほど早く「民事再生手続法」がまとまることも予想しておらず、6.の部分はおはやりの抜けたものになってしまったが、せめて新法成立後の運用に何がしかの参考になれば幸いである。