

国際倒産法(内国法)における普遍主義と内国利益保護

——ドイツ倒産法改正法政府草案からの示唆——

河 崎 祐 子

序

国際倒産法が現代的研究領域として脚光を浴びるようになって、はや十余年の歳月が流れた。以来、特に近年には大規模な国際的倒産事件が相次ぎ、事案の処理に当たっての具体的基準が切実に求められるようになってきている⁽¹⁾。

このような折り、先頃ドイツで、世界で初の包括的国際倒産法の立法化が試みられ、政府草案第九編に具体化した。右草案は最終的には全面的に削除され、倒産法施行法第一〇二条の一条が実現するにとどまったが、このことでその一つの立法モデルとしての意義が損なわれたとは言えない。とりわけ、普遍的な全債権者平等取扱と

いう国際倒産法の理想を、最低限の内国利益の確保と巧みに調和させながら体系化した点は、大いに評価、参照されるべきであろう。さらに、我が日本でも遠からず国際倒産についての何らかの立法措置が講じられうること、ドイツとわが国では国際倒産処理をめぐる法的な問題状況に類似性が見出されることを考えると、現時点でドイツでの成果を検討しておくことには、実際の意義と必要性があると思われる。

そこで本稿では、ドイツ政府草案国際倒産法を上記のような位置づけから、立案過程での議論を参照しつつ紹介し、最後にまとめとして、現段階での若干の立法論的考察を試みたい。

一 立法の経緯

1 立法化への誘因

ドイツには元来国際倒産法という独立の法典はなく、国際倒産処理の基準は、伝統的に現行破産法の規定の解釈から導かれていた。その結果ドイツ国際破産法では、一方で自国破産には国際的な効果が認められ（普遍主義）、他方外国破産の効果は領域的に分断され、国内には及ばない（属地主義）と解されてきた。これに対しては学説から、社会的、経済的に国際化の進む現代においては、このような姿勢はもはや維持できないとして批判が高まり、一般認識として定着するまでに至った。⁽³⁾そこで遂に連邦通常裁判所（以後BGHという）は一九八五年、外国破産開始にも原則として普遍的效果が認められると明言し、これを契機にドイツ国際倒産法は双方的な倒産普遍主義への転換期を迎え、立法による解決の必要性が強く認識されるようになったのである。⁽⁵⁾

2 包括的国際倒産法の構想

ところで、ドイツでは一九七八年に専門の委員会が設置されて以来、倒産法の大規模な改正作業が続けられて

おり、⁽⁶⁾ 国際倒産法の立法もその枠組で検討された。しかし実際の立法作業は、EC（現EU）で進行中であった統一倒産条約作成作業との調和を顧慮して幾度か見合わせられることを経て、一九八九年に連邦司法省が議論のたたき台とすべく予備草案⁽⁷⁾（以後「予備草案」という）を作成したときに始まる。右草案は、国際倒産法立法のための特別委員会（以後「委員会」という）による二度の審議に付され、この際の議論をふまえて一九九二年、政府草案第九編に国際倒産法が編纂されるに至った（以後「政府草案」、その理由書を「理由書」という）。政府草案は全二一ヶ条、三章から成り、新倒産法（以後「新法」という）の一部を構成するものとして位置づけられている。⁽⁸⁾ その立法の目的は、現行法の不備から生じている法的不安定性を最低限解消することであり、問題となる個別的事項の全てを網羅的に規律することまでは予定されていない。⁽¹⁰⁾

3 最終規定

しかしこの包括的法案は、最終局面になって全面的に削除され、一九九四年四月に可決された新法の施行法一〇二条がこれに代わることになった。⁽¹¹⁾ 同条は、二項が倒

産否認について定めるほかは、一般原則を規定するにとどまる。もっともこのことは、政府草案の内容に国内的合意が得られなかったことを意味するものではない。削除の理由は、EUでの条約作成作業に見通しが立ち、しかもそこでドイツ草案の構想がおおむね達成されると見込まれたことにあつたからである。また施行法一〇二条は、ドイツ統一に当たって、旧東ドイツ地域のために経過措置的に用意された総括執行法二二条に酷似しており、この点からも最終規定に期待された役割が推し測られる⁽¹³⁾よう。

二 政府草案の主な内容

ここでは本稿の目的に従い、以下の二つの観点から、すなわち、普遍的姿勢を推し進める要素と、自国利益保護を図ってなお留保された属地主義的要素とに分類して、政府草案の内容を紹介する。このように大原則とごく限定的な例外とを対比させることにより、これらがドイツ草案において巧みに調和されていることが明らかに成为ろう。

1 普遍主義の広範な貫徹

第九編は冒頭の三七九条で「倒産手続及びその効果は、別段の定めのない限り手続開始国の法に従う」と定め、双方向的な普遍主義に基礎を置き、広範囲に渡って倒産準拠法の独占的な規律に判断を委ねるといふ、政府草案の基本原則を表明している。

①手続外での権利行使の全面的禁止

(a)包括執行の手段である倒産手続が開始されると、内国手続であれば、倒産債権者の権利行使は原則として手続内でのみ認められることになるのが通常である(ドイツ現行破産法二二条、日本破産法一六条)。国際倒産事例においても、普遍的効力の認められた手続が開始したときは、同様に全債権者を右の手続規律に従った制限に服せしめるのを原則としなければ、普遍主義の意義は理念的にも実際のにも大幅に損なわれることになる。ところがドイツ現行破産法二二七条一項は片面的に、外国倒産手続が開始した場合にも、内国債権者は右手続の制限を受けることなく、個別的に権利を行使することが許される旨定めている。これに対しては、普遍主義に合致しないと批判が集中していた。

学説の多数は同条を完全に削除すべきであると、前

述の八五年B G H判決も、同条を例外規定と位置づけて制限的に解釈している。このように、二三七条の処遇は今回の立法作業の重要課題の一つであり、また普遍主義貫徹の試金石でもあった。

ところが、司法省が作成した原案である前述の予備草案では、一定範囲の債権者に限定し、他方その権利行使方法に訴えや仮処分をも含ませることによって、ある意味では拡張された形で、この特権付与をなお留保していた（予備草案一七条一項）。特権者とされたのは、強度な内国関連を有するために外国手続への参加を求め得ない債権者（労働者、内国営業所の営業に由来する債権の保持者）、外国手続においては劣後的に取り扱われがちで、さらには参加から閉め出される恐れすらあるドイツ公法上の債権の保持者、ならびに外国倒産手続への参加が認められない債権者である。このような特権保護の規律は、そもそものは九〇年欧州評議会条約一一条二項に範をとるものである。⁽¹³⁾ 同条について委員会は、まず一七条が定めるような一定範囲の債権者への制度的な特権の留保は、完全に削除すべきであるという点に満場一致で合意した。その主な理由には、留保された特権は内国倒産

手続開始によって適及的に失われるため、実際意義に乏しいということが挙げられている。⁽¹⁴⁾ 他方、特別倒産手続、外国の倒産処理計画及び第三者の担保権との関係では、内国債権者救済手段としてさらに議論の余地があった。しかしいづれについても、規定に具体化するまでの結論は導かれなかったようである（後述三一③及び二②参照）。

最終的に政府草案では、委員会の指摘に完全に同意して、個別的権利行使の制度は廃止された。欧州評議会条約との関係については、次のように説明されている。曰く、右条約は完全に普遍主義の立場に立つことを明らかにしたものではないが、他方ドイツの草案は明確に普遍主義の立場に立っており、それゆえこのような特権留保を採用することはできない、また、ドイツの草案において内国利益の必要な保護は、特別倒産手続へのアクセスが容易になっていることによって図られており、これは、優先主義による偶然性に左右される個別的権利行使特権によるよりも適切な方法である、とする。⁽¹⁵⁾

(b) 普遍主義の実効性確保のために、財団の負担において外国で取得された何らかの満足には、不当利得法理に

のたった管財人への返還義務(三八三条一項)または配当の際の算入(同二項)が、明文で双方向的に規定されている。⁽¹⁷⁾ いずれも、ドイツ現行破産法の下で、学説が発展させてきた債権者の満足の調整方法である。特に一項の返還義務は、一九八三年にBGH判決が学説の見解を全面的に取り入れて確立した法理を、さらに適用範囲を拡張して立法化したものである。

②外国倒産手続の原則的承認

政府草案の普遍主義は、外国手続についての次の原則に顕著に具現されている。⁽¹⁹⁾ すなわち「外国倒産手続の開始及びその手続において発せられる裁判は、(1)手続開始国の裁判所がドイツ法に従って管轄を有しない場合、または(2)承認がドイツ法の重要な原則と明らかに矛盾する結果になる限りでは、特に基本権と矛盾する限りでは、承認されない」(三八四条)。

(a)承認要件には国際管轄と公序の二要件しか明示されていないが、大前提として、対象となる《倒産手続》はドイツ法の倒産手続と本質的に同じ目的に資するものに限るとされ(従って免責手続や再建型倒産処理手続は承認対象となるが、倒産の外観を装った公用徴収などは、

そもそも承認が問題とされることはない)、さらに暗黙の要件として、当該外国法上倒産手続開始に普遍的効果が認められていることが求められている。⁽²¹⁾ 開始の裁判が確定していることは、手続の効率性への配慮から要求されていないが、手続開始前の仮処分は原則として認められない(例外の余地は判例に委ねられる⁽²²⁾)。

(b)自動的承認の結果「外国倒産手続の開始により、開始のときに係属しており、かつ倒産財団に関わる訴訟は中断」し、これは「手続開始国法に従って訴訟続行に権限を有する者によって受継されるまで、または倒産手続の終了まで続く」(三九一条)。なお予備草案では、外国管財人の申立があって初めて停止するとする方法が採られていた(一二条。詳細は後述三一②参照)。

(c)外国管財人は、外国手続開始の公告(三八五条)、そして、国内に登録制度に服する不動産等を所有する債権者の処分権が制限されることになる場合には、公簿への記載(三八六条)を求めて、内国倒産裁判所に申立てることができる。ただし申立には、承認のための事実的要件の存在が疎明されることを要する。公告または公簿への記載は、申立を受けた倒産裁判所が承認要件の実際

の存否を職権で調査し、要件の具備が認められた場合に、担当官庁に公告命令または登記嘱託をなすことによって行われる。公告の裁判には不服申立は予定されていないが、公簿への記載には特に即時抗告が認められている。右の裁判を行う裁判所が複数生じる場合には、州政府の裁量または各州の取り決めによって一裁判所に集中させることができる（三八七条二、三項）。

なお、外国倒産手続は上述のように国内で自動的に承認されるのを原則とするが、その執行には執行判決の取得が必要とされる。この裁判の管轄及び審査方法には、外国判決のための執行判決に関する規定が準用される（三九二条）。

従って、外国手続の承認は、手続開始の公示または個別の執行の可否を決する倒産裁判所において、形式的かつ付随的に審査されるに過ぎない。⁽²³⁾

2 必要な内国利益の保護

法廷地法原則にのっとった普遍主義は、内国利益の保護の要請から一定の範囲で制限される。

① 特別の準拠法指定

合目的・社会政策的配慮から、賃貸借（三八〇

条）・労働関係（三八一条）への倒産手続の効果については、國際私法上一般に認められている準拠法が特に指定されている。また倒産否認の要件準拠法は、取引保護の必要性を強調して累積的に指定されている（三八二条）。法廷地法原則の例外である。

② ドイツ倒産法上の保護の保障

倒産手続の効果からの債権者の権利保護で、ドイツ倒産法が認めているものは、國際倒産の場合にも保障されるべきであるという観点から、二つの例外が認められている。

第一の例外は、倒産手続開始による債務者の管理処分権の制限または喪失について善意の第三者の保護である。すなわち、公簿への記載を要する国内の不動産等に関する権利の処分を受けた第三者（三八八条）、ならびに手続開始後に倒産債務者に弁済した第三者（三八九条）の善意には、内国手続における同様の保護が与えられる。後者では、前述の外国手続開始の公告によって善意の証明責任が転換される。⁽²⁴⁾ ただし外国での公告にはこの機能は認められておらず、また、保護の対象となるのは《国内でなされた》弁済のみである。⁽²⁵⁾

第二は、担保物権への効果に関わる。これを定める三九〇条は、新法においても保障されているその経済的価値が、外国法の適用によって損なわれることがないようにとの配慮から、一項で担保物権一般について、二項で特に不動産が関係する場合について、承認されうる外国倒産手続の効果を制限している。⁽²⁶⁾

③ 特別倒産手続制度

普遍主義は制度的にも制限されている。すなわち、ドイツでの構想は、普遍主義を原則としつつも、主に内国債権者の保護を目的に、普遍手続とは完全に別の下位体系の制度として、これに優先する属地的な倒産処理(特別倒産手続)を認めている。

(a) 一般に、「ドイツ裁判所が債務者の全資産について倒産手続開始には管轄を有さないが、債務者が国内に営業所またはその他の財産を有するときは、債務者の内国財産について特別の倒産手続が認められ」(三九三条)、さらに外国倒産手続が承認された場合にも、このことによって「内国財産についての特別倒産手続が排除されることはない」(三九五条)。特別倒産手続ではこのように内国財産のみについての倒産処理が行われるが、右手続

への参加は(内外の)全債権者に開放されている。ただし普遍主義を採用したことを反映して、この手続内での再建型処理は著しく制限される(三九四条)。

(b) しかし単純な並行倒産の発生を放任・助長するものではない。主たる普遍手続が先行する場合には、これがみだりに阻害されることがないように、特別手続の開始から終結後までに渡って、相互の調整をはかる規定が用意されている。すなわち、

(i) 債権者の特別倒産手続開始申立には要件を加重して、『特別手続開始を必要とする法的利益の存在』を求め(三九六条二項)、不合理な特別倒産手続の開始を広範に阻止することが図られている。⁽²⁷⁾ またこの際、普遍手続への参加を期待するのが酷な者には特別な利益を認定することとされており、同項には同時に、小規模債権者や外国で十分な満足を得ることが期待できない別除権者の保護を図る機能が含められている。⁽²⁸⁾

(ii) 普遍手続管財人が特別倒産手続の進行に関与する機会が、協力義務規定によって確保されている。具体的には、普遍手続管財人に権限として、開始申立(三九六条一項)、届出・議決権等の債権者の権利の代理行使(三

九七条）ならびに債権者集会への参加（三九八条二項）を認める一方で、特別手続管財人には情報提供義務を課し、特に内国財産の換価等については、普遍手続管財人に提案の機会を保障することを求めている（同一項）。倒産処理計画の場合にはさらに計画書の送付が義務づけられ、また普遍手続管財人にも計画の発案権を認めている（同三項）。

(ii) 特別倒産手続で生じた余剰金は、外国管財人に引渡すことが特別手続管財人に義務づけられている（三九九条⁽²⁹⁾）。

三 立法過程での議論

政府草案でとられた問題解決方法は、委員会の答申をふまえて予備草案の内容を再考した結果、選択されたものである。そこで次に、特に重要と思われる論題でこれまでに言及しえなかったものについて、審議での議論内容を確認しておくこととする。

1 普遍主義促進をめぐる議論

① 国際倒産管轄

予備草案は、普遍手続の開始管轄は唯一の裁判所のみ

が有すると解しつつ、独立の経済活動の中心と並んで債務者の普通裁判籍を基準とした（一条）。これに対しては、債務者の普通裁判籍は複数生じる可能性があるのが基準として不適切であり、手続開始に最も大きな利益がある場所にこそ照準を合わせるべきであるとの意見が出された。⁽³⁰⁾ 同様の批判は、本来は内国手続のための原則管轄規定を国際管轄にも準用する政府草案にも、当てはまる。⁽³¹⁾ また、必要性を認められて新たに導入された財産の所在に基づく特別手続開始管轄も、過剰であるとして少なからぬ批判を受けた。⁽³²⁾

② 係属中の財団関係訴訟の自動的中断

予備草案では、法的安全性⁽³³⁾と法的明確性を尊重し、同時に普遍主義に基づいて承認された外国手続の利益をなおざりにしないための方法として、外国管財人の申立に基づく内国手続の停止が予定されていた。停止申立は、外国倒産手続が承認されることを要件に、管財人⁽³⁴⁾にのみ認められ、申立を受けた裁判所は、当該外国法の手続の係属中の訴訟への倒産手続開始の効果について調査することになるとされる。これに対して委員会では、破産手続開始により債務者の訴訟追行権限は失われ、管財人に

移転するので、申立を要することなく自動的に中断するとする方が論理的に一貫しているとする点で意見が合致した。³⁵⁾

また個別委員意見書も、訴訟の自動的中断を破産債務者の管理処分権喪失を具現するものととらえ、現行法は法的安定性よりも、中断によって追求される目的こそをより高く評価していると指摘した。そして中断の保護目的を訴訟類型ごとに確認し、破産の目的を正當に評価するためには自動中断の方が適切であるとの結論を導いている。このほか、なお停止申立による方法を維持するならば、債権者にも申立を認めるべきであるとされている。³⁶⁾

③担保物権保護規定をめぐる議論

予備草案三条は担保物権一般について、権利目的物が手続開始時に手続開始国外に存在した限りで、その行使について準拠法原則の例外を認めていた。同条に対して委員会審議では、倒産準拠法が予定する第三者の物的権利への手続開始の効果は、目的物所在地国法の規律に合致する限りで認められるべきであるとする立場から、批判がなされた。この見解は、主に倒産準拠法と所在地国法の累積は困難かつ不明確であるという理由で採用され

なかったが、倒産手続の展開に切実な影響が及ぼされることへの配慮から、別途対応策が検討された。その結果、権利者に目的物の換価を裁判上一定期間停止させておくことを求める倒産管財人の権限を規定する緩衝条項が立案された。³⁷⁾しかし、右の条項は実体規定として形成されるため、内国担保目的物に関わる権利を片面的に制限することになるとの難点が指摘され、結局、当初の規定がほぼそのままに、政府草案三九〇条一項へと引き継がれている。

2 内国利益保護をめぐる議論

①特別倒産手続制度の採用

特別倒産手続の採用は、当初は委員会でも、著しく普遍主義を損なうものであるとして争われた。しかし最終的には、特別倒産手続には以下の三つの内国利益保護機能が認められるがゆえに、正当化することができるとして合意を得るに至った。すなわち、国内で承認されうる普通手続がない場合の代替機能、内国債権者が債務者の内国財産に対して認められている特権的地位に関わる利益が、外国手続においては貫徹し得ないか、または危険にさらされる場合に、これを保全する優先機能、そして

外国手続への参加を求めるのが酷な債権者の権利実現を助ける意味での救済機能である。このような視点からさらに、普遍的な外国手続と並行する内国特別手続の開始も、普遍手続と競合する内国特別手続への全債権者の参加も、委員会多数の同意を得た。⁽³⁹⁾ なお個別委員からは、特別手続参加資格は純然たる内国債権者に限って認められるべきであるとの主張、また合衆国法にあるような普遍手続の補助手続として再構成されるべきであるとの主張もなされたが、結果には反映されていない。⁽⁴⁰⁾

政府草案は、このような評価を得た当初の構想をそのまま引き継いだ。理由書は特別倒産手続の利点として、特に、社会計画に基づく労働債権やドイツ租税債権の回収、営業所での取引上の債権の回収が容易になることを挙げている。⁽⁴¹⁾

② 外国手続における再建型倒産処理の場合の内国債権者保護

この問題は、立法過程ではかなり踏み込んで議論された。その際中心となったのは、外国手続での倒産処理計画に参加する内国債権者保護の方法である。これは、参加強制という結果が生じるのは、成果について何ら法的

保障がないだけに債権者に非常に酷であるという認識に基づく（残債務免除にも同じ発想が妥当する）。

(a) まず、参加強制を回避するための手段が十分に用意されているかが問われた。すなわち、個別的権利行使の特権が完全に廃止されるため、特別倒産手続開始申立がその唯一の手段となるところ、普遍手続が先行する場合には債権者の開始申立要件は加重されている。そこでこの関連では加重要件の再検討も提案されたが、具体化しなかった。⁽⁴²⁾

(b) 予備草案における倒産処理計画（一五条）、残債務免除（一六条）についての各規定は、一項で原則的承認を打ち出した後、二項は、右計画の効果がこれに参加する内国債権者との個別的関係で否定される一定の基準（部分的不承認をもたらす公序要件）を定めていた。これに対して委員会からは、正当化し得ない不平等取扱いは一般的な公序留保条項で十分に対応しうるとの異議が唱えられ、また、いわゆる清算価値の保障を定める一五三条三項も、倒産企業の清算価値と継続価値の算定は困難なことがしばしばであり、これを裁判所の手続で行うのは実際的でないとして、同様に批判された。不平等取扱

を排除するためのより実際的内容に条文を作り替えることも検討されたが、結論にはいたっていない⁽⁴³⁾。

四 政府草案からの立法論的示唆

政府草案は、個別的には問題点も指摘され、また以下でも触れるようにやや柔軟性に欠ける感もあるが、その立法目的に照らせば、現代的な国際倒産の規律として高く評価されるべきものと言える。そこで最後にわが国での立法論として、以上に概観してきた内容から示唆された点を簡潔にまとめておくこととする。

1 普遍主義の貫徹

— 外国倒産手続の自動的承認制度

①承認制度

倒産手続の特殊性を考えると、一定の時点での包括的な承認は極めて困難である。それゆえ、ドイツの選択した個別の執行判決取得等の際の付随的承認審査によらしめる自動的承認の方法は、承認手続にかかる費用のことを考えても、実務的である⁽⁴⁴⁾。一般には裁判の統一性が配慮されなければならないところであるが、個別的審査の際に倒産手続全体の承認の是非が疑われるような判断の

微妙な事例は必ずしも一般的とも思われず、倒産手続の承認の場合にはこうした実際の意義を優先することができのではないだろうか。同一事件について、執行判決が複数の裁判所で並行して求められる場合には、申立に基づきまたは職権で管轄を集中させることによって、大方対応できると思われる。

②承認要件

承認要件として重要な要素は、ドイツ政府草案起草者が掲げた判断基準(文言に現れていないものを含める)に全て掌握されていると言える。しかし、承認要件としての抽象的公序条項のみに、内国債権者保護のための例外的根拠の大部分を求める方法には、不安が残る。内国債権者を利するように緩やかに認定される可能性はそもそも内包されているであらうし、また国際倒産法上の公序の内容は現在必ずしも明確であるとは言えないため、なおさらに恣意的な運用のおそれが拭いきれない。しかも、包括執行を目的とする倒産手続においては、公序違背が認定された結果債権者への本来の手続的制限が部分的に解除されるということは、予定されていた手続の円滑な進行・成果が狂わされることを意味する。場合によ

っては普遍的な債権者間の平等を損なう方向にも向かいかねない。それゆえ、この公序违背認定の影響力、従って公序の認定基準には、通常の判決の承認の場合とは異なつたさらなる配慮を要するのではないだろうか。いずれにせよ、広範な守備範囲が託されるのであればなおのこと、公序条項の具体的内容が明確に示されるのが望ましいであろう。⁽⁴⁵⁾ところで予備草案では、一般規定を具体化する公序規定が別途設けられていた（三二②(b)の議論参照）。内容が重複して一見合理性を欠くようだが、必要に応じて個別的に公序の基準を明示するのも一つの有効な方法と思われる。

③ 国内で係属中の財団関係訴訟への承認の効果

自動承認の制度を採用したドイツ政府草案においては、国内で係属中の財団関係訴訟は、手続開始によって当然に中断する。しかし、訴訟関係者に大きな影響を及ぼす訴訟の中断が、そのときどきの手続の種類に関わらず一律に、自動的に生じるとするのは、余りにも無防備であると思われる。理由書が唯一根拠に挙げているのは、倒産手続開始による債務者の管理処分権喪失であるが、諸外国の倒産法には必ずしもこのように帰結しない例もあ

るため、内国倒産法上の解釈から常にこのように結論を導くのは合理性に欠けるのではないだろうか。他方このことが当てはまる事例においては、停止申立によって初めて停止するとすると、確かに、既に訴訟進行につき無権限の倒産債務者による訴訟の続行を、申立があるまでは容認することになり、その間になされた裁判の有効性、特に倒産財団に対する効力が問題となる。この点は予め明確に定めておく必要があるが、対応としてはそれで足りるであろう。ところで、外国手続開始についての不知をめぐる法的安定性の問題は、手続開始の公告を管財人の権利としての申立によらしめるならば、自動的中断と申立による停止のいずれの方法によっても実際の差違は生じず、決定的に重要な事項とは思われない。もっとも自動中断の場合には、やはり中断の有無、その開始時期及び期間、受継されることになるのか否かが不明確となるので、訴訟相手方にも受継申立権を認める必要があるだろう。

以上のそれぞれの長短所を総合して考えると、手続の無用な混乱を回避するためにも、申立があつて初めて停止するとし、停止申立あるまでの裁判については、裁判

所の停止命令に遡及的效果を認めるとする方法が、最も明確かつ合目的であると思われる。⁽⁴⁶⁾ただし、まず管財人が停止を申し立てない場合に備えて、この申立は管財人のみならず、広く利害関係を有する一般債権者、訴訟相手方、場合によっては倒産債務者にも認め、さらに外国での倒産手続開始を広く知らしめる簡便な方法として、管財人が手続開始と並んで訴訟停止についても公告を求めることを認めるのが、相当ではないだろうか。

2 属地主義の制限的留保

① 属地的な倒産処理制度の採用

ドイツでの構想は、第一次的な普遍手続とは別途に、制度として特別倒産処理を認めている。この制度枠組はわが国での立法に際しても大いに参照されるべきものと思われる。

国際倒産処理は、一般には普遍的に、可能な限り一国法(手続開始国法)の規律に委ねて統一的行われることによって、効率的かつ全利害関係人に公平な結果が期待できると言える。そこでこの場合には、普遍的效果が認められた唯一の倒産手続本来の規律に従った倒産処理を広範に可能ならしめ、一国の利益保護のための例外は、

最小限の合理的範囲に止められるのが望ましい。他面、法的または実的に地域と密接に関連する事例では属地的な倒産処理で足り、さらにはむしろ実態に即していることの方が多く、普遍的な単一手続に固執する必要性はおよそ乏しい。国際的にも、諸国の実体法や価値観の相違の甚だしい現状においては普遍主義と単一主義とは必ずしも一致せず、今日目指しうる国際倒産処理は、普遍主義に基礎を置きながらも一定限度で属地的処理を容認する、柔軟な規律によるものであるという認識が、既に定着しているところである。⁽⁴⁷⁾属地的な倒産手続は、このような属地的処理に適した事案のほか、承認される普遍手続がなくかつ自国に普遍手続開始管轄もないという場合、また外国倒産手続の効果を認めない諸外国と関わることになる場合にも、合理的な倒産処理を可能にする。

次に、倒産普遍主義に依拠しつつ属地的倒産処理をも許容する場合には、同時に、第一次的な普遍的な倒産処理(特に再建型処理)の成果が、これと並んで属地的倒産手続が進行することによっていたずらに脅かされることのないように、十分に配慮されなければならない。そこで属地的倒産処理を制度として位置づけ、明確な基準

を設けるのが妥当と考えられるのである。もっとも具体的にどのような制度として構想するかは、特にわが国の立法の趣旨に応じた独自の判断を要する。なぜなら、既にドイツ政府草案においても問題点を指摘されながら実際の解決には至らなかった事項が少なくなき、さらに、そもそも普遍手続との関係については（その純然たる補助手段とするか、別個独立の倒産処理の一手段とするか）なお検討の余地があるであろうし、その判断の如何によって、具体的な要件や権利関係の内容は、ドイツで選択されたものとは異なってくるからである。⁽⁴⁸⁾

②内国利益保護の範囲及び手段

一内国法によって双方的普遍主義の貫徹を目指す場合には、債権者救済手段の十分な確保が当然に必要となる。普遍手続開始国たる外国法上、内国債権者の権利の実現が困難になる事態に備えるというのみならず、内国倒産手続に普遍的効果を認めない外国と関わり合う場合も想定されなければならない。ドイツ政府草案では、労働関係、不動産に関する法律関係のような、地域と密接に関連しかつその地の法的社会的政策を色濃く反映する事項の規律には、各々の一般的な準拠法を指定するほか、一⁽⁴⁹⁾

般には内国利益の保護は、承認要件としての公序（特に部分的不承認による手続効の解除）と、特別倒産手続開始の可能性の二点のみに委ねられている。ドイツの構想したこのような解決方法は、方向性としては望ましいであろうが、その成果に対していささか楽観的で、他方普遍主義との柔軟な調和に欠けるように思われる。特に以下の二つの難点が挙げられよう。

一つに、単一の抽象的な公序条項に広範な内国債権者保護機能を負わせるのは、やはり問題があると思われる。上述のように、これにはその射程が曖昧になりやすいという危険が伴う。

二点目は、予備草案で予定されていた一定債権者への個別的権利行使特権付与による権利保護が、政府草案では完全に放棄されたことに関わる。⁽⁵⁰⁾このような制度的な特権留保は、諸国倒産法の定めが多様であることを考えると、権利保護の方法として必ずしも適切なものとは思われず、この点での政府草案の判断は極めて正当であると言えよう。しかし、特別倒産手続の開始を個別的権利行使に代わるこの場合の唯一の救済手段とすることには、まず内国債権者保護は本当に十分に図られうるかが問わ

れるほか、手段として適切かという疑念が残る。すなわち、個別的権利行使には(本来的または相対的)弱小債権者保護の機能があるのに比べ、属地的倒産処理制度の採用には、むしろ、情報量と経済力で圧倒的に優位に立つ大口債権者との本来の不平等を制度的に定着させるおそれのあることが指摘されている⁽⁵⁾。また、専ら内国債権者保護の必要性から認める属地的倒産手続は、倒産普遍主義と矛盾しないのか、またはどの限度までなら容認できるか、そしてこの結果普遍手続と並行して行われることになった場合はどうか、問題であろう。いずれにせよ、常に倒産手続の開始によるとするのではなく、簡易に権利関係を調整する方法についても検討される必要があるのではないかと思われる。

結 語

以上、近年のドイツにおける包括的な国際倒産法の構想を紹介、検討してきた。国際倒産処理には多種多様な分野の問題や利害関係が複雑に絡み合っているため、統一的な規律の枠組を設けることは、困難を極める。それゆえこれまで諸国でとられてきた方法は、対象を特定

の事項に限定したり、特殊な手続を定めて変則的な処理を行ったり、あるいは実務慣行を重ねることによって一定の解決基準を定着させたりというような、部分的措置にとどまっていた。これに対して今回のドイツでの試みは、自国法の定めのみに従った国際的な包括執行手続の運営の全体構造を初めて体系立てた、優れて現代的な国際倒産法のモデルを提示するものであった。そしてその実際の内容においては、本稿で浮き彫りにすることを意図したように、国際倒産処理の理想とされる普遍的姿勢がかなり大胆に押し進められており、またそのために、自国利益保護を配慮したこの基本姿勢からの逸脱は、極めて限定された合理的範囲に絞り込まれた。涉外的要素を含む事例を一内国法の立場から単独で規律する場合に、条約によるのとは異なって、そもそも内在的な限界があるところ、ドイツでの構想は、未来に向けて大英断に踏み切ったものとして高く評価するのに値する。今後の国際倒産法における国際調和の可能性が、ここに大きく開かれたと言えよう。

ところで、国際倒産処理をめぐっては、解決の望まれる現実的問題が累積している。それゆえ個別問題を論じ

ることなくしては、今日の研究としての意義は乏しい。この点は筆者の今後の課題であり、今回は紙面の制約上十分に論述することの適わなかった立法論的私見と併せて、他日の報告の機会を期したい。

(1) 国際倒産処理そのものは新しい論題ではないが、現代における問題の重要性、特に現行倒産諸法に散見される関連規定の機能不全が再認識され、より奥の深い解釈論が多種多様に論じられるようになったのは、一成汽船事件を契機とする(一成汽船事件については、松田安正「海運更生会社所有船舶の外国における差押」海事法研究会誌七三号一頁以下(一九八六年)参照)。近時は具体的な立法論的考察に議論の重点が移りつつあり、世界的にも、アメリカ合衆国やスイスが立法措置を講じたほか、大規模な多国間条約作成作業がいよいよ活発化しつつある。

(2) 後注(4)参照。

(3) 第一報告書(Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1986)一四頁参照。なお現在ドイツには国際倒産を律する二国間条約も、オランダとの執行条約(BGBI. 1965 II, S. 27)オーストリアとの破産条約(BGBI. 1985 II, S. 411)のほか、ほとんどない。

(4) BGH II, 7, 1985, BGHZ 95, 256; ZIP 1985, 944 ff. これに数年先行してわが国の裁判所でも、高等裁判所レベルで

ではあるが、属地主義を緩和する解釈を示したものと評価される判断が示されており(東京高決昭和五十六年一月三〇日下民集三三卷一(四号一〇頁)、既存の条文の解釈をめぐり理論状況のみならず、判例の展開においても、ドイツとわが国は歩調を同じくしていると言える。ドイツにおける国際倒産処理の状況について詳細は、貝瀬幸雄『国際倒産法序説』(一九八九年)五九頁以下、野村秀敏「西ドイツにおける国際倒産処理手続」竹下守夫編『国際倒産法』(一九九一年)二八五頁以下参照。

(5) 八五年判決では具体的解決策も、専ら法廷地法の規律に解決を委ねるとする原則(以後「法廷地法原則」という)の適用範囲も示されていない。また、現行法二三七条が例外規定と位置づけられたため、現行法の解釈をめぐり立法措置によらなければ解決されない法的不安性が生じた(予備草案理由書一五頁・一六頁(後注(7)参照)。Vgl. Eberoth, Die Inlandswirkungen der ausländischen lex fori concursus bei Insolvenz einer Gesellschaft, ZIP 1988, S. 121, 148.

(6) ドイツ倒産法の改正をめぐる論稿は枚挙にいとまがないが、その経緯と主な論題について、上原敏夫「西ドイツ倒産法改正草案について(上)(下)」判タ六九三号二三頁以下、六九四号二三頁以下(一九八九年)を引用させていただくにとめる。

(7) Vorentwurf von Vorschriften zur Neuordnung des Internationalen Insolvenzrechts vom 1.3.1989, 右

草案はその理由書とともに Stoll (hrsg.), Stellungnahmen und Gutachten zur Reform des Deutschen Internationalen Insolvenzrechts, 1992, S. 2 ff. に収録されている。同書は、審議に当たった委員会と各個別委員の意見書を、委員会議長である Stoll 教授が編じたものであり、以後本稿では、個別の意見書は《n: Stoll》として著者名と該当頁を記すほか、原則として頁数のみで引用する。なおこの段階でヨーロッパの統一倒産条約作成作業との関係については、作業が長期に渡り、難航していることを考えると、国際調和を目指す近代的かつ実際的なドイツの規律モデルを提案することが望ましい、との判断がなされた(予備草案理由書一六頁)。

(8) Regierungsentwurf einer Insolvenzordnung, BT-Drucks. 12/2443 vom 15.4.1992. (§ 379-399, S. 68 ff.) 政府草案国際倒産法の概要の紹介には、貝瀬幸雄「比較国際倒産法」石黒一憲編『国際金融倒産』(一九九五年)一六一頁以下、吉野正三郎・木川裕一郎「ドイツにおける国際倒産の立法化」ジュリー二〇二〇号一三三頁以下(一九九三年)、また解説に、ハーニッシュ(出口雅久訳)「ドイツにおける判例及び立法による国際倒産法の改正」法時六五巻二号六六頁以下(一九九三年)等がある。

(9) それゆえ、第九編には内国通常(普通)倒産手続の総則規定がない。国際管轄の基準も倒産法上の原則管轄(新法三条)に求められ、また、新法の基本理念はむしろここにも貫かれている。

(10) 理由書二三四頁、予備草案理由書一五頁・一六頁参照。しかし政府草案に対しても、なお判例の発展を硬直化させる危険があるので、規定の大部分を削除すべきであるとする意見もあった(Trunk, Zur bevorstehenden Neuregelung des deutschen Internationalen Insolvenzrechts, KTS 1994, S. 33, 46)。

(11) 同条の翻訳は、貝瀬・前掲注(8)一六九頁に掲載されている。新法はこの後一〇月五日に公布され(BGBI. 1994 I, S. 2866)、一九九九年一月一日より施行されることになっている。

(12) BT-Drucks. 12/7303, S. 117, 118. なお、ここですべて予測された通りに、ドイツ国際倒産法の構想が広範に取り入れられた内容のEU倒産条約が、九五年秋に遂に加盟国の合意を得るに至った。同条約は、高木新一郎「ヨーロッパ連合倒産条約の解説と翻訳」際商二三巻一一号一六八頁以下、一二号一二九頁以下(一九九五年)(調印段階での修正について、二四巻一号八九頁(一九九六年))で紹介されている。

(13) 総括執行法には、新法の構想が極めて簡略化した形で全般的に取り入れられている。Landfermannはこの簡略化を、広く判例の弾力的展開に期待された結果と解する(Landfermann, Elemente der Insolvenzrechtsreform in der Gesamtvollstreckungsordnung, in: FS Merz, 1992, S. 367, 379 ff.; ders., in: Stoll, S. 314, 317)。なお八五年BGH判決以降の判例の動向は、貝瀬・前掲注(8)

一六九頁以下で紹介されている。

- (14) 留保した理由として、特に高く評価される内国利益には、内国手続が行われない場合の権利実現の補助が必要であるとの考えが示されている（予備草案理由書二二頁）。なお同条の反対事例における鏡像的な適用に備えて、同じ範囲の債権者については後述の返還義務が免除されている（予備草案二二条二項）。欧州評議会条約の紹介には、松下淳一＝道垣内正人「ヨーロッパ評議会の国際破産条約（一九九〇年）（上）（下）」NBL四八四号一三頁以下、四八五号五二頁以下（一九九一年）、西澤宗英「ヨーロッパ理事會国際倒産条約」杏林社会学研究七卷二号八〇頁以下（一九九一年）がある。

- (15) Stellungnahme der Sonderkommission, in: Stoll, S. 265, 274, 275.（以後「委員会意見書」と引用する）このほか、特権者の権利主張は外国管財人に向けてなされるとされているが、右管財人のこの場合の受動的訴訟進行権限の根拠が不明確である、また内国普遍手続の場合に外国での取得につき返還義務を放棄すると、後述の八三年BGH判決が導いた結論が大幅に損なわれることになる等が指摘された（Leipold, in: Stoll, S. 72, 84, 86, 87. 特権者の分類につきS. 83）。

- (16) 理由書二三八頁。

- (17) このほか委員会審議では、在外財団財産回収のための管財人の実体的権利や、債務者の協力義務を定める規定の採用も検討されたが、特に後者は内国倒産法上の一般規定

の方がより柔軟な手段であると解されたため、いずれも答申されなかった（委員会意見書二六八頁）。なお三八三条は第一章「総則」中、唯一の実体規定であるが、外国倒産管財人についてもこのような実体的請求権を規定すると、例えば第三国での執行から売得金を得た場合、当地の法も手続開始国たる外国法も予定していなくともその返還を求めることになるので、不適切であるとの指摘がある（Trunk, a. a. O., S. 38）。

- (18) BGH 13.7.1983, BGHZ 88, 147. 他方算入調整については学説に若干議論があった。この理論状況については、貝瀬・前掲注（4）六八頁以下、野村・前掲注（4）二九〇頁以下参照。また、二項の適用対象を外国特別倒産手続までに制限するのは不適切であるとの批判がなされた（Trunk, a. a. O., S. 38; Lüer, in: Stoll, S. 96, 119-123）。
- (19) 理由書二四一頁。Vgl. Landfermann, in: Stoll, S. 317, 318.

- (20) 委員会の答申に従い（委員会意見書二七五頁）、部分的承認の可能性が文言に明示されている。理由書二四一頁。
- (21) いずれも八五年BGH判決が要件として挙げた事項で（BGHZ 95, 269, 270）⁴ 学説の見解もほぼこれと一致する。相互の保証や公告は要件とされていない（理由書二三六頁、二四一頁）。

- (22) 理由書二四一頁。なお同条に対応する予備草案九条では、確定判決またはその他の最終的裁判に基づく手続開始のみを承認の対象としていたが、委員会では有力であった次

のような考え方が容れられた結果修正された。曰く、外国法に従って既に有効であれば、未確定の判決も、管轄裁判所が手続開始後開始の裁判確定までに発する仮の命令も、承認しうる、しかしその執行は、未だ手続開始が確定していない間に認める必要性が疑わしい、緊急の場合には内国裁判所が一般規定に従って仮の命令を発しうる、とする(委員会意見書二七二頁・二七三頁)。

(23) 委員会の圧倒的多数も、承認は目的付随的になされうるとして形式的承認手続を不要とした(委員会意見書二七二頁)。

(24) 他方の三八八条の場合は、手続開始が登録された後はもはや善意は問題となり得ない。なお仮登記された権利にもドイツ法上の効果が認められている(同一項)。このように、公示の意義は、外国倒産手続の普遍的効力を排除する一定の例外事由の契機になるという点に尽きる(理由書二四一頁・二四二頁)。

(25) 外国での履行については手続開始国法の定めによる。《履行地》の意味はドイツ民法によるとされている(理由書二四三頁)。これに対しては、双方向的に抵触法に従って解されるべきであるとの批判がある(Trunk, a. a. O., S. 41)。また善意弁済保護の要件と内容について、ドイツの普通的手続の開始と後述の特別倒産手続との先後関係に配慮を要するとの指摘がある(Thieme, in: Stoll, S. 212, 223)。

(26) 理由書二四三頁・二四四頁。同条には批判が多く、特

に以下の欠点が指摘されている。①文言によればここで保護されるのは「目的物に關しての權利」[das Recht... an einem Gegenstand]のみであり、そのため所有権留保などの特殊な担保権は含まれないことになって、立法趣旨が生かされない。②同条の本来の目的は、ドイツ法が定める《以上の》制限からの保護で足りるはずである。しかも、一項は外国手続の効果を一切排除しているが、この一般の場合以上に特に高く価値評価される不動産に關しての二項では、制限的承認の余地が設けられており、実態に即して、とな(Trunk, a. a. O., S. 42, 43)。なお、このように一般的かつ強力に物権の効果を認めると、普遍的な再建型倒産処理が成果を挙げるのは著しく困難になるであろう(Ygl. Drobnič, in: Stoll, S. 177, 179 ff.)。

(27) しかし反面、専ら技術的観点から、普通手続が先行する場合には倒産原因の疎明は必要とされず(同一項)、この点では特別手続開始は容易化されている。理由書二三八頁。

(28) 理由書二二七頁、二四六頁。

(29) 望ましいはずのこれら《協力》規定は、他面で、普通手続管財人に独立の地位が認められないという結果をもたらしている。それゆえ特別倒産手続の進行に決定的影響は及びえないことになり、特に特別倒産手続の終結に關して問題があることが指摘されている(Thieme, a. a. O., S. 256; 日瀬幸雄『国際化社会の民事訴訟』(一九九三年)六一〇頁以下参照)。なお予備草案三二条は、倒産処理計画

- についての議決または財団の換価及び配当につき、外国管財人の申立に基づく停止を認めていた。政府草案にはこれに対応する規定がなく、そこで三九九条に代えて、普遍手続と並行する特別倒産手続が停止される可能性を認めるべきであるとの意見が出された(Trunk, a. a. O., S. 46)。
- (30) Leipold, a. a. O., S. 75 ff.; 委員会意見書二六六頁。Vgl. Thieme, a. a. O., S. 215.
- (31) Leipold, Miniatur oder Bagatelle: das internationale Insolvenzrecht im deutschen Reformwerk 1994, in: FS Henckel, 1995, S. 533, 537.
- (32) Leipold, in: Stoll, S. 81, 82; Lüer, a. a. O., S. 129-132; Thieme, a. a. O., S. 218 は裁量条項の形式で手続要件の修正を提案していた。
- (33) 外国普遍破産に対内効を認めた八五年判決の後に、外国倒産手続開始による訴訟の自動中断を否定した一九八八年のBGH決定(BGH 7.7.1988, ZIP 88, 2200 ff.; NJW 1988, 3096)がその理由に挙げた点である。
- (34) 予備草案理由書三五頁。
- (35) 委員会意見書一七三頁。
- (36) Leipold, a. a. O., S. 89-93. 委員会意見書一七三頁も、申立権は管財人のみならず訴訟当事者にも認めるべきであるとした。
- (37) 委員会意見書二六八頁・二六九頁・二七〇頁。
- (38) Drobnig, a. a. O., S. 180.
- (39) 委員会意見書二六七頁。なお特別倒産手続が普遍的再建型倒産処理を困難にする可能性については、次注のLüerの個別意見書の他は、特に論議には取り上げられていないようである。
- (40) 前者はThieme, a. a. O., S. 249, 250. 後者はLüer, a. a. O., S. 130 (各々独立の手続による並行倒産を容認すると、全債務者財産の総括執行という目的が妨げられ、特に再建の枠組での企業解体はおよそ困難になると批判されてゐる)。
- (41) 理由書二二七頁。
- (42) 参加強制回避のための特別手続開始申立については、個々の債権者が普遍手続管財人と個別に折衝したがこれが整わないときには、むしろ個別的権利行使によらせる方が、倒産処理には望ましいとの意見が付されている(Flessner, in: Stoll, S. 201, 202)。
- (43) 委員会意見書一七四頁。
- (44) 田頭章一『「国際倒産法関連条文(国内法)改正要綱案」における「承認手続」の検討』岡法四四卷三・四号八二頁以下(一九九五年)参照。EU倒産条約も、正式の承認手続を要さず自動的に承認されるとする方法をとる(一六条一項)。
- (45) 竹下教授を代表とする国際倒産法研究会で具体的に起草された国際倒産法改正モデルである、「国際倒産法関連条文(国内法)改正要綱案」の第四(6)では、承認要件とされる内容を具体的に列挙する方法がとられている(右要綱案は、竹下編・前掲注(4)三八一頁以下に掲載されている)。

る(以後「一橋案」と引用する)。その理由には、裁判所の判断基準の明確化という利点が挙げられている(同書三九一頁・伊藤教授による解説)。他方EU倒産条約は、独立の抽象的公序留保条項(二六条)を設けて、ドイツ政府草案と同様の規律を行っている。

(46) 「一橋案」第四(8)②がこの方法による。もっとも訴訟中断は停止申立によるのではなく、承認決定により内国に及ぶことになる外国倒産手続の包括的効力の一つと位置づけられている(竹下編・前掲注(4)三九〇頁・伊藤教授による解説)。また貝瀬教授は、一貫して訴訟の自動中断が望ましいと主張されているが(「外国倒産と内国訴訟の中断」ジュリ九七七号八六頁以下(一九九一年)、前掲注(8)一五七頁、前掲注(4)五一四頁また五一七頁以下も参照)、「一橋案」のように承認の効果を遡及させるのであれば、承認決定にかかる費用を別にすると、申立による停止によっても財団の効率的管理に支障はない、と評価されている(前掲注(29)六〇二頁・六〇三頁)。他方EU倒産条約一五条は、訴訟が係属している締約国の法のみを適用すると定めている。

(47) いわゆる「コントリロールされた普遍主義」である。Trutman, Westbrock & Gailard, Four Models for International Bankruptcy, 41 Am. J. Comp. L. 573 (1993); Woodland, National Report on EC Law—Cross border bankruptcy in the light of the European law, in: The international symposium on civil Justice in the era

of globalization, 443, 447, 448 (1993); Hanisch, Einheit oder Pluralität oder Ein kombiniertes Modell beim grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren?, ZIP 1994, S. 1 ff.; ders., in: International Insolvency Law, 104, 107, 108 (Fletcher ed. 1992); 貝瀬・前掲注(4)四七七頁等。また田頭・前掲注(44)八二九頁をも参照。「一橋案」も例外管轄に基づく倒産手続の開始を認め(第2(2))、この結果複数の倒産手続が並行して進行する場合の処理を別途に定める(第5)。EU倒産条約も第二倒産手続を認め(三条二「四項」)、さらに第三章でドイツの構想を押し進めた精密な制度の輪郭を定めている(二七条一三八条)。(48) わが国で採用しうる属地的倒産手続、ならびにその結果生じうる並行倒産の調整の構想について、貝瀬・前掲注(4)五二五頁以下、同前掲注(8)二六〇頁以下参照。(49) EU倒産条約も同様に規律している。同条約一〇条(雇用契約)、八条(不動産に関する契約)、五条(第三者の物的権利)、一一條(登録される権利)等参照。(50) EU倒産条約二〇条参照(政府草案三三八条に対応する)。(51) Lber, a. a. O., Fn. 40.