

翻 訳

ドイツ倒産法における否認制度 (2)

ヴォルフラム・ヘンケル
近藤隆司 訳

目 次

- A. 統一的倒産手続における否認制度
 - I. 統一的倒産法 — 様々な手続目的
 - II. 否認制度と様々な手続目的
- B. 否認の要件
 - I. 概観
 - II. 特別倒産否認
 - 1. 本旨弁済
 - a) 客観的要件
 - b) 主観的要件
 - c) 親密な関係にある者への立証責任の転換
 - 2. 非本旨弁済
 - a) 一般的要件
 - b) 時期
 - aa) 開始申立て前の最後の1か月内
 - bb) 開始申立て前の2か月目および3か月目
 - 3. 直接的に害する法律行為およびその他の不利益な法的行為
 - a) 直接的に害する法律行為
 - b) その他の不利益な法的行為
 - c) 倒産法132条と弁済否認との関係、現金取引(以上、第19号*)
 - III. 故意による加害(以下、本号)
 - 1. 客観的要件
 - 2. 主観的要件
 - 3. 親密な関係にある者との契約
 - IV. 無償給付
 - V. 資本代替的貸付金

* 第19号の397(162)頁17行目(本文の最終行)に付すべき脚注が脱落しておりました。以下に付記・訂正いたすとともに、深くお詫び申し上げます。

[本文] ……何一つ変わらない⁽⁷⁵⁾。

[脚注] (75) HK-InsO/Kreft, 前掲注(8), § 142 Rn.9; Smid/Zeuner, 前掲注(16), § 142 Rn.1; 反対説, Paulus, in: Kübler/Prütting, 前掲注(17), § 142 Rn.2; FK-InsO/Dauerheim, 前掲注(27), § 142 Rn.1 (その例として, BGHZ 123, 320ff.を挙げるが, 不適切である)。

- VI. 匿名組合
- VII. 手形金および小切手金の支払い
- VIII. 親密な関係にある者
 - 1. 家族法上の関係
 - 2. 会社法上の関係
- C. 期間の算定および時的確定 (倒産法139条・140条), 執行名義
 - I. 期間の算定
 - II. 法的行為の時的確定
 - III. 執行力のある債務名義および執行行為
- D. 否認の法律効果
 - I. 第一次的請求権
 - II. 第二次的請求権
- III. 否認の相手方の請求権
 - E. 承継
 - F. 消滅時効
 - G. 手続開始後の法的行為
 - H. 自己管理および消費者倒産手続における否認
 - I. 自己管理
 - II. 消費者倒産手続
 - I. 否認のドグマ
 - I. 否認の対象
 - II. 否認理論
 - J. 国際否認権
 - K. 経過規定

III. 故意による加害

1. 客観的要件

倒産法133条は、いわゆる故意否認を定める破産法31条および包括執行法10条1項1号2号に代わるものである。従来と同様、債権者を害する法的行為の存在を要件とする。また、間接的な加害でも足りる。これに対して、倒産手続開始申立て前の10年内またはこの申立て後の法的行為に限るものとした点は新しい。破産法31条の故意否認の場合には、破産法41条1項3文との関係から、否認訴訟係属の時点から遡って30年前までの法的行為を否認することができた。また、包括執行法10条1項1号の故意否認については、時的限界がなかった。この点について、政府草案の提案理由⁽⁷⁶⁾は、それほど長期の期間設定はもはや時代に合わないと述べている。その背景に位置していたのは、債務法改正委員会最終報告書⁽⁷⁷⁾が、民法195条

(76) 倒産法133条に対応する政府草案148条について。

(77) Herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, Köln 1992, S.42ff.

の定める30年という時効期間を——若干の例外を除いて⁽⁷⁸⁾——10年に短縮するよう提案していたことであると思われる。

2. 主観的要件

破産法31条では、加害の意図 (Absicht) とされていたのに対し、倒産法133条では、債権者を害する故意 (Vorsatz) とされたが、その内容について変更はない。なぜなら、判例は、破産法31条における「意図」の概念を「故意」と理解し、学説の賛同も得ていたからである。倒産法133条によれば、どんな種類の故意でもよく、未必の故意でもよい。この点についても変更はない。なぜなら、破産法31条の適用に際し、確かに、古くの判例では、非本旨弁済および廉価売却の場合に限り、未必の故意で足りるとされていたが、しかし、最近の連邦通常裁判所の判例⁽⁷⁹⁾では、常に、未必の故意で足りるとされていたからである。

倒産法133条1項1文における故意の内容は、破産法31条におけるそれと比べて変更はない。そこで、非本旨弁済の場合に管財人が立証すべき債務者の故意について、判例が発達させてきた立証軽減理論⁽⁸⁰⁾も、そのまま引き続き妥当するものと考えられることもできよう。しかし、ここでは、倒産法131条1項3号が、破産法ではいわゆる故意否認でしか捕捉することが

(78) 責問権 (Amtshaftungsanspruchen) (BGB-KE Satz.2, 199条), 被害者が加害者を知らない場合における生命, 身体, 健康または自由の侵害を理由とする請求権 (BGB-KE201条), 絶対的権利に基づく請求権ならびに身分請求権および相続請求権 (BGB-KE203条), 既判力をもって確定された請求権 (BGB-KE205条)。

(79) BGH, NJW 1987, 1268 = WM 1987, 325 = ZIP 1987, 305; 807, これにつき, EWIR § 31 AnfG 1/87, 209 (Balz); BGH, NJW 1991, 2144 = LM Nr.12 § 31 KO = DB 1991, 2659 = KTS 1991, 424 = MDR 1991, 622 = WM 1991, 1273 = ZIP 1991, 807, これにつき, EWIR § 31 KO 1/91, 597 (Gerhardt); BGH, NJW 1993, 1640 = BB 1993, 1688 = KTS 1993, 427 = MDR 1993, 437 = ZIP 1993, 521, これにつき, EWIR § 31 KO 2/93, 389 (Paulus); BGH, LM Nr.16 § 31 KO = KTS 1994, 242 = MDR 1994, 468 = WM 1994, 171 = ZIP 1994, 40 (Berger, ZIP 1994, 173), これにつき, EWIR § 31 KO 1/94, 169 (Haas); その他については, Jaeger/Henckel, 前掲注(11), § 31 Anm.10 und 13.

(80) 最後は, BGH, ZIP 1999, 33(36).

できなかった行為を、故意による加害を理由とする否認の対象領域から除外し、弁済否認の対象領域に取り込んだことを顧慮すべきである。倒産法131条1項3号は、管財人のために故意の立証を軽減した判例を継受し、かつ、これを強化したものである。したがって、非本旨弁済が、倒産手続開始申立て前の3か月内になされていた、あるいはその可能性が与えられていた場合には、倒産法131条1項3号を顧慮すれば足り、倒産法133条1項1文による否認のための立証軽減を顧慮すべきではない。この場合には、債務者の故意を問題とすることなく、倒産法131条1項3号により否認することができるため、もはや立証軽減を働かせる必要はない。しかし、破産法31条に関する判例が発達させてきた立証軽減は、非本旨弁済が手続開始申立て前の3か月より前になされていた場合については、倒産法に継受されなかった。もっとも、これは、判例の趣旨を誤解したものではない。すなわち、連邦通常裁判所は、非本旨弁済の事案を前に、管財人が立証すべき債務者の故意について、常にその立証を軽減してきたわけではないのである。基本判例⁽⁸¹⁾ — その後の判決は繰り返しこれを引用する⁽⁸²⁾ — は、否認の対象となる行為から3か月を経過する前に開始申立てがなされた事案に関するものであった。その後の債権者取消法3条1項1号に関する事案⁽⁸³⁾では、取り消された行為は、取消債権者の掴取 (Zugriff) の直前になされていた。この状況において、連邦通常裁判所は、「財産の欠乏に陥った債務者」が、ある一人の債権者だけに非本旨弁済をなしたという事実を、加害の故意を認定すべき情況証拠とみた。さらに、その後の債権者取消法3条1項1号に関する判決⁽⁸⁴⁾は、自己破産の申立てが財団不足により却下されていた債務者の法的行為に関するものであった (財団不足による却下

(81) BGH, WM 1961, 387.

(82) BGH, KTS 1968, 235; WM 1968, 683; BGH, ZIP 1984, 572, 580; BGH, ZIP 1985, 1008.

(83) BGH, WM 1968, 683.

(84) BGH, ZIP 1985, 1008.

については、破産法107条参照)。破産法31条の否認に関する1992年11月12日の判決⁽⁸⁵⁾では、破産管財人は、牽連破産に至った和議申立て前の3か月内に締結されたプール契約(Poolvertrag)を否認した。つまり、旧法下での判例は、非本旨弁済を、常に加害の故意を認定すべき強力な情況証拠とみたわけではないのである。Marc Zeuner⁽⁸⁶⁾が反対する根拠として挙げる1984年3月26日の連邦通常裁判所の裁判⁽⁸⁷⁾も、判例の変更とみるには十分な例証ではない。この事件では、仮に立証軽減を認めなくても、連邦通常裁判所は、加害の「意図」を肯定したはずである。なぜなら、連邦通常裁判所は、企業存続の危険が確実で、かつ周知の事実であることに鑑みれば、債務者が漠然と再建の見込みを持っていただけでは、債務者が債権者の不利益を認識していたという事実を否定することはできないとし、破産法31条の否認を認めるに足りる未必の故意が存在するものと認めたからである⁽⁸⁸⁾。なお、1997年1月30日の判決⁽⁸⁹⁾において、新たな視点が初めて登場した。この視点は、倒産法133条1項に関する裁判にも影響を及ぼすかもしれない。すなわち、「一般的経験によれば、商取引をしている債務者は、通常、義務あるものとは違うものを給付したり、義務あるものより過大なものを給付することはしない。それなのに債務者がそうした給付をしたときは、通常、そこには特別な動機が存在しているはずである。給付の受領者も、このことを知っている。」ことに、立証軽減の根拠があると

(85) BGH, ZIP 1993, 276; さらに、1997年6月26日判決(ZIP 1997, 1509)および1997年12月4日判決(ZIP 1998, 248)も、開始申立て前の3か月内の法的行為に関するものである。

(86) Die Anfechtung in der Insolvenz, 1999, Rn.200.

(87) BGHZ, 90, 381 = ZIP 1984, 572 = WM 1984, 625.

(88) BGH, ZIP 1998, 248, 252 (文献付き)、これにつき、EWiR § 31 KO 1/98, 225 (Gerhardt) = KTS 1998, 251 = NJW 1998, 1562 = WM 1998, 248: 加害ないし偏頗の意図は、「それにもかかわらず、破産者が、具体的な事柄に基づき、近いうちに債権者に満足を与えることができると確信したときは、否定される」こともある。

(89) ZIP 1997, 513 = LM Nr.22 GesO = DB 1997, 1024 = DtZ 1997, 156 = KTS 1997, 292 = MDR 1997, 562 = WM 1997, 545 = ZIP 1997, 513 = ZMR 1997, 223; 本判決は、1998年4月2日判決(ZIP 1998, 830, 835 = KTS 1998, 473(477ff.))において追認された。

したのである。それは、容易ならない結論に至る。例えば、開始申立ての9年前に債務者から住居の所有権または共有権を譲り受けた配偶者とか、あるいはずっと以前の貸付金につき、追加的にかつ義務なくして、よって非本旨的に、債務者から担保を供与してもらった銀行は、「強力な情況証拠」に立ち向かわなければならないことになる。これを本気で要求するというのであろうか。従来と同様、行為が手続開始申立て前の3か月より前になされていた場合については、債務者がまだ財産の欠乏に陥っていなかったのであれば、立証の軽減を認めるべきではない。むしろここで言えることは、非本旨弁済に関する破産法30条2号の定める10日間は、あまりに短すぎると考えられたこと、さらに、債権者取消しの場合には、破産法上の弁済否認に相当する規定を欠いていることを考慮すべきであるため、破産手続開始申立てが財団不足により却下されたときは、破産法上の否認とさほど変わらない範囲で債権者取消しを認めるべきであると考えられたことから、立証軽減理論が発達し、判例に採用されたことである。つまり、破産法31条に関する判例が、債務者の故意に関する立証軽減をもって手に入れようとしたものは、今や、倒産手続のために、すべて倒産法131条1項2号および3号の中に集約されている。そこで、この否認類型を超え、なお倒産法133条1項1文による否認の範囲内で立証の軽減を認めるべきは、債務者が行為時にすでに財産欠乏の状態に陥っていた場合に限られるのである⁽⁹⁰⁾。

以上と同様に、債務者が自己の財産を廉価売却していた場合についても、故意による加害を理由とする否認の範囲内において、常に管財人のために

(90) 同旨、Paulus, in: Kübler/Prütting, 前掲注(17), § 133 Rn.22; 同じく、HK-InsO/Kreft, 前掲注(8), § 133 Rn.20 は、債務者が行為時にすでに経済的苦境の状態にあった場合に限り、倒産法133条の範囲内で、立証の軽減を認める。これは、1997年1月30日の連邦通常裁判所判決 (ZIP 1997, 513, 515) に対する歓迎すべき条件付けである。この判決は、立証の軽減は、債務者の流動資産の危機的状态にかかわるものではないと述べたものである。Zeuner (Smid/Zeuner, 前掲注(16), § 133 Rn.37ff.)も、破産法31条に関し発達した立証軽減理論を条件付けで支持する。条件を付けないのは、FK-InsO/Dauerheim, 前掲注(27), § 133 Rn.12f.

立証の軽減を認めることは、もはや適当ではない。倒産法132条は、直接的に害する法律行為の否認の対象を、倒産手続開始申立て前の3か月内の法律行為にまで拡大した。そこで、倒産法132条は、破産法の下では廉価売却の事実を根拠に、故意否認のための立証軽減を正当化しえた事例⁽⁹¹⁾についても捕捉することができるようになった。債務者が支払不能ではなく、また倒産手続開始申立てもない場合には、債務者が自己の財産を廉価で譲渡することに文句をつけることはできない。この行為は、加害の故意を示すものではない。もっとも、債務者がすでに倒産手続開始申立て前の3か月より前に財産欠乏の状態に陥っていた場合において、債務者が責任財産を廉価売却していたときは、立証の軽減を認めることができる⁽⁹²⁾。なお、破産法による故意否認および(旧)債権者取消法による取消しに関して発達してきた立証軽減理論を、倒産法施行法1条により新たに公布された(新)債権者取消法3条1項のために維持し、倒産法130条ないし132条に相当する規定を欠くところで利用することができるかどうかは、ここで判断すべきことではない。ただ、倒産手続が財団不足により開始されなかったり、あるいは直ちに中止されたことを理由に、特別倒産否認が機能しない場合には、立証軽減理論が役に立つはずである。

破産法31条および包括執行法10条1項1号と同様に、倒産法133条1項による否認も、否認の相手方が、債務者の行為時に債務者の加害の故意を認識していたことを要件とする。しかし、倒産法133条1項2文による立証責任の分配法則は新しい。すなわち、倒産法133条1項2文の定める推定法則によると、否認の相手方が、債務者の支払不能が差し迫っていること、および債務者の行為が債権者を害するものであることを認識していた場合には、否認の相手方が、債務者の加害の故意を認識していなかったこ

(91) *Jaeger/Henckel*, 前掲注(11), § 31 Anm.13.

(92) 破産法31条に関し発達した立証軽減を無条件で支持するのは、*Smid/Zeuner*, 前掲注(16), § 133 Rn.8.

とについて立証責任を負うということになる。そこで、管財人としては、債務者の支払不能が差し迫っていたこと、債務者の行為が債権者を — 間接的に — 害したことを、および否認の相手方がこれらを認識していたことを立証すれば十分である。もちろん、これらが立証されても、否認の相手方は債務者の加害の故意を認識していなかったと認定される場合もある。それは、否認の相手方が、債務者の加害の故意を認識していなかったことを立証することができた場合である。この立証は容易ではない。なぜなら、内心の事実を立証することは難しく、さらに、消極的な内心の事実を立証することはもっと難しいからである。従来、破産法31条に関する判例は、もっぱら非本旨弁済の場合において、立証責任を転換することなしに、管財人のために立証を軽減してきたが、倒産法133条1項2文の定める推定法則は、さらにその先を行くものである。従来、非本旨弁済は、否認の相手方の認識を認定すべき強力な情況証拠になると評価されていた⁽⁹³⁾。

このような立証責任の転換による否認の容易化は、破産法31条に関する判例が発達させた立証軽減に取って代わるものである。すなわち、判例は、否認の相手方の認識についても、管財人のために立証の軽減を認めてきたのである⁽⁹⁴⁾。今や、立証責任の転換に加え、この立証軽減を維持することはできない。よって、倒産法133条1項の範囲内では、倒産法133条1項2文の推定のための前提事実が存在していない場合、言い換えれば、債務者の支払不能がまだ差し迫っていない場合や、債務者の行為が債権者を害することを否認の相手方が認識していなかった場合には、非本旨弁済の事案であっても、これを否認の相手方の認識を認定すべき強力な情況証拠とす

(93) BGH, DB 1961, 838 = WM 1961, 387; BGH, LM Nr.26 zu § 3 AnfG = DB 1985, 1992 = JZ 1985, 854 = KTS 1986, 93 = MDR 1986, 316 = WM 1985, 923 = ZIP 1985, 1008, これにつき, EWiR § 3 AnfG 2/85, 537 (Henckel); Jaeger/Henckel, 前掲注(11), § 31 Anm.18; Kuhn/Uhlenbruck, 前掲注(11), § 31 Rn.14.

(94) Jaeger/Henckel, 前掲注(11), § 31 Anm.18.

ることはできない⁽⁹⁵⁾。

3. 親密な関係にある者との契約

倒産法133条2項は、破産法31条2号および包括執行法10条1項2号と同様、配偶者等を相手方とする有償契約の否認を容易化するものである。ただし、重要な改正点が2つある。第一に、否認の対象は、従来と同様、倒産債権者を直接的に害する有償契約に限定されたままであるが、今や、倒産手続開始申立て前の2年前に締結された契約をも捕捉することができる。第二に、これに関連して、立証責任の分配法則も、破産法31条2号の定めるそれと異なる。すなわち、否認の相手方の側で、契約が開始申立て前の2年より前に締結されていたことを立証しない限り、否認を妨げることはできない。契約日をめぐる激しい争いも少なくないが、今や、否認の相手方の不利益に作用する。なお、否認の相手方は、従来と同様、債務者の加害の故意を認識していなかったことについても立証責任を負う。また、倒産法133条2項でも、破産法31条2号および包括執行法10条1項2号の「意図」は、故意に代えられたが、その内容に変更はない。親密な関係にある者の範囲は、破産法31条2号に関する判例の結論よりも広範囲であるが、すでに包括執行法10条1項2号に関する判例では承認されていた⁽⁹⁶⁾。

IV. 無償給付

倒産法134条は、破産法32条の無償処分否認および包括執行法10条1項3号の無償財産譲渡の否認に代わるものである。これらの否認は、たいてい——歴史的に——贈与否認と称されてきた。しかし、この概念は、す

(95) *Paulus* in: *Kübler/Prütting*, 前掲注(17), § 133 Rn.22: 反対説, *HK-InsO/Kreft*, 前掲注(8), § 133 Rn.23; *FK-InsO/Dauerheim*, 前掲注(27), § 133 Rn.17; *Smid/Zeuner*, 前掲注(16), § 133 Rn.37, 48.

(96) BGH, KTS 1995, 498 = WM 1995, 1155 = ZIP 1995, 1021, これにつき, EWIR § 10 GesO 2/95, 781(*Henckel*); BGH, NJW 1996, 461 = ZIP 1996, 83, これにつき, EWIR § 10 GesO 1/96, 119 (*Gerhardt*).

でに破産法および包括執行法にとって狭すぎるものであった。倒産法は、条文の見出しも法律の内容とするが、倒産法134条の見出しには、贈与否認の概念を避け、無償給付なる呼称を使っている。すなわち、倒産法は、無償処分概念では当該否認類型を把握しきれないとも考え、破産法32条の無償処分の概念も使わなかったのである。倒産法134条で給付の概念が使われたことで、すでに判例および学説が破産法32条に関して承認し、かつすでに包括執行法10条1項3号から導くことができた点が、確認されたことになる。それは、専門的意味における処分だけでなく、債務者の責任財産の負担において、債務者の権利に影響を及ぼす処分類似行為も、否認の対象とすべきであるとする点である⁽⁹⁷⁾。例えば、民法946条以下などの規定に従い、法律上当然に、他人に所有権を移転させることになる行為である。いずれにせよ、倒産法134条の文言も、債務者の給付とする限りでは、まだ狭すぎる。贈与の約束を実現するための強制執行も含めた文言にすべきであった。これは、すでに破産法32条の下では捕捉することができた⁽⁹⁸⁾。今後もこの結論に留まるには、適当な範囲で「給付」の概念を拡大解釈しなければならない⁽⁹⁹⁾。給付の概念に、債務負担行為を含めないというのも狭すぎる⁽¹⁰⁰⁾。なるほど、破産法32条の否認との関連では、破産者の債務負担行為が存在しても、破産者の相手方は、破産法63条4号により、破産手続に参加することができないため、破産債権者を害することはないのだから、否認の必要性を生じないという正当な見解が主張された⁽¹⁰¹⁾。しかし、倒産法の手続においては、それはもはや適当ではない。なぜなら、無償給付を請求する債権者は、倒産法39条1項4号により、劣後的倒産債

(97) *Jaeger/Henckel*, 前掲注(11), § 32 Anm.24; *Kuhn/Uhlenbruck*, 前掲注(11), § 32 Rn.2.

(98) *Jaeger/Henckel*, 前掲注(11), § 32 Anm.29f.

(99) *HK-InsO/Kreft*, 前掲注(8), § 134 Rn.6.

(100) *Kreft* (*HK-InsO/Kreft*, 前掲注(8), § 134 Rn.6)は、これを狭義の給付に含めるが、これは適切である。

(101) *Jaeger/Henckel*, 前掲注(11), § 32 Anm.29.

権者として手続に参加することができるからである。もっとも、実際において、否認の必要を生じることはほとんどなかろう。なぜなら、否認の必要を生じるのは、倒産法39条1項4号の順位を有する債権者に配当が実施される場合に限られるからである。いずれにせよ、この場合には、資本代替的貸付金の返還を求める債権またはこれと同様とされる債権(倒産法39条1項5号)や、後順位が合意されている債権(倒産法39条2項)は、債務者からの贈与の約束があるだけで害されることになりかねない。そこで、管財人は、それらの債権を有する者のために、否認の抗弁をもって、無償給付の請求を撃退しなければならないのである。

破産法32条の場合と違い、倒産法134条によれば、管財人は、倒産手続開始申立ての4年前までの無償「給付」を否認することができる。その上、立証責任が転換されている。すなわち、否認の相手方に対して、「給付」が開始申立て前の4年より前になされていたことの立証を課しているのである。ここでも、倒産法133条2項2文の場合とまったく同様に、立証責任の転換は、真の日付よりも前の日付を主張して否認を免れようとする仕業を撃退するのに役立つ⁽¹⁰²⁾。期間を4年に伸長したことで、破産法32条2号のような、債務者の配偶者の負担となる特別規定は、必要なくなった。

慣行上の儀礼的贈与は、破産法32条の場合と同じく、否認から免れる。もっとも、例外事由の拡大解釈を否定する必要から、倒産法134条では、僅かな価値の贈与についてのみ適用されるものとされた⁽¹⁰³⁾。なお、否認の可能性は今や4年前に遡るので、「僅かな価値」は相対的に判断しなければならない⁽¹⁰⁴⁾。債務者が景気よく多額の利益を得ていた時期においては、相対的に見て僅かな価値と評価できるものであっても、取引状況が芳

(102) 倒産法134条に対応する政府草案149条の提案理由。

(103) 倒産法134条に対応する政府草案149条の提案理由。

(104) HK-InsO/Kreft, 前掲注(8), § 134 Rn.18; 破産法32条の下での慣行の相対的評価については, Jaeger/Henckel, 前掲注(11), § 32 Anm.46 を見よ。

しくなくなったり、それどころか危機状況が迫ったりした後の時期においては、もはや僅かな価値とみることはできない。

V. 資本代替的貸付金

倒産法135条は、破産法32条 a に代わるものであるとともに、旧東ドイツ地域においても、資本代替的貸付金のために担保または満足を与える法的行為を、否認の対象として認めたものである。包括執行法10条はこれを予定せず、破産法32条 a の類推適用も学説により否定されていた⁽¹⁰⁵⁾。もつとも、ドイツマルク貸借対照表法 (DM-Bilanzgesetz) 56条 e は、従来通りの効力を有する。すなわち、ドイツ統一条約25条 7 項に基づく信用供与 (Kredite) や、受託公社による信用供与については、有限会社法32条 a および b の適用はなく、よって倒産法135条の適用もない。ただし、受託公社が貸付や保証をしたのが、会社資本の再編成 (Neufestsetzung) が確定した後であったときは、その限りではない⁽¹⁰⁶⁾。会社資本の再編成は、

(105) Zeuner, in : *Smid*, Gesamtvollstreckungsordnung, KommTat, Baden-Baden 1991, § 10 Rn. 74, S. 239; *Smid*, Gesamtvollstreckung, München 1992, S.100; *Huber* in Nachtrag „Gesamtvollstreckungsordnung“ zum Insolvenzrechtshandbuch, herausgegeben von *Peter Gottwald*, Kapital III, 7.Abschnitt, Rn.6; *Kilger/Karsten Schmidt*, 前掲注(11), § 10 GesO Anm.2e; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, 前掲注 (35), § 10 Rn.98. *Karsten Schmidt* (*Kilger/Karsten Schmidt*, 前掲注(11), § 10 GesO Anm.2e)および*Haarmeyer/Wutzke/Förster*, 前掲注 (35), § 10 Rn.100 の指摘は、適切である。すなわち、連邦通常裁判所は、旧東ドイツ地域でも効力を有する有限会社法30条および31条を根拠に、資本代替的貸付金の取扱いに関する一般原則を導くが、この一般原則の適用を通じて、包括執行法の不備は治癒される。しかし、ここでも、ドイツマルク貸借対照表法56条 e の適用を認めるべきである。*Weimar*, BB 1993, 1399ff. も見よ。

(106) ドイツマルク貸借対照表法56条eの合憲性の問題については、OLG Dresden DtZ 1994, 374 = GmbHR 1994, 700 = WM 1994, 1749 = ZIP 1994, 1393 (文献付き); OLG Brandenburg ZIP 1995, 1295, これにつき, EWiR § 56e DMBüG 1/97, 787 (v.Gerkan)。ハレ=ザール区裁判所の違憲疑義提示決定 (ZIP 1993, 961, これにつき, EWiR 1993, 669 [Schöne]) に対し, 連邦憲法裁判所は, 裁判上の重要性 (Entscheidungserheblichkeit) を欠くという理由でこれを却下した (ZIP 1995, 393)。*Haarmeyer/Wutzke/Förster*, 前掲注 (35), § 10 Rn.102ff. も見よ。

商業登記に登録された時に効力を生じる (ドイツマルク貸借対照表法56条 b 第6項)⁽¹⁰⁷⁾。

否認の要件に関する叙述について、倒産法135条と破産法32条 a の文言を比べると、破産法32条 a では、有限会社法32条 a 第1項および第3項を参照していたが、倒産法135条では、資本代替的貸付金という一般的概念を使っている。そこで、破産法32条 a の下では捕捉することができなかった、商法129条 a および172条 a の事例や、判例⁽¹⁰⁸⁾により承認された、株式会社に対する資本代替的貸付金の法律効果も、今や、倒産法135条の下で捕捉することができるようになった。資本代替的貸付金と同様とされる債権 (有限会社法32条 a 第3項) のために担保や満足を与えることも、「同様とされる債権」の概念をもって、否認の対象とされた。その概念は、新しいものではなく、すでに一般的な法律理論を表現しただけのものである。

倒産法135条の意味における危機時期も、他の否認類型の場合と同様に、手続開始の時点ではなく、開始申立ての時点から遡って、その始期が定まる点が新しい。また、担保の提供については、倒産法133条における時的制限と同様、開始申立て前の10年内になされていた場合に限り、否認することができる点も新しい。破産法32条 a による否認では、30年前の行為まで捕捉することができた (破産法41条 1 項 3 文)。

従来は、資本代替的貸付金に対して満足を与える法的行為が否認された場合、この債権者は、もはや自己の債権を主張することができず、よって破産手続に参加することができなかった (破産法39条、1998年12月31日まで効力を有する有限会社法32条 a 第1項 1 文)。しかし、現在では、そうはならない。この債権者の債権は、劣後的倒産債権として復活するのであ

(107) BGH, ZIP 1999, 139.

(108) BGH, AG 1992, 123 = BB 1992, 305 = DB 1992, 626 = DNotZ 1992, 727 = GmbHR 1992, 165 = KTS 1992, 426 = LM Nr.36 § 30 GmbHG = MDR 1992, 755 = NJW 1992, 1167 = WM 1992, 270 = ZIP 1992, 242.

る(倒産法144条1項・39条1項5号2項3項, 倒産法施行法48条2号aによる有限会社法32条a第1項1文)。

VI. 匿名組合

商法237条は、匿名組合が匿名組合員に出資金を返還しまたは損失負担を免除していた場合において、それが破産手続開始前の1年内の合意に基づくものであったときは、この返還または免除を否認することができる⁽¹⁰⁹⁾と定めていた。この規定は、倒産法136条に継受された。おそらく倒産法135条と同様の理由からである。ただ、他の否認規定と歩調を合わせるために、変更された点がある。すなわち、倒産法136条も、法的行為の否認を定めた規定であり、単に返還または免除の否認を定めた規定ではない。また、倒産法136条の意味における危機時期も、他の否認類型の場合と同様に、手続開始の時点ではなく、開始申立ての時点から遡って、その始期が定まる。ただ、倒産法136条2項によれば、倒産手続の開始原因が合意後に生じていた場合は、否認できない。この点については、破産に至った事情が合意後に生じたか否かを判断基準としていた商法237条2項の場合と比べて、より広範に判断すべきものとされている⁽¹⁰⁹⁾。倒産法136条2項の意味における開始原因とは、差し迫った支払不能(倒産法18条)を含み、さらに、法人の場合や、自然人たる無限責任社員をもたない会社の場合には、債務超過(倒産法19条)をも含む⁽¹¹⁰⁾。

VII. 手形金および小切手金の支払い

倒産法137条は、倒産債務者が手形金または小切手金を支払った場合について、本旨弁済の否認要件を修正する規定である。すなわち、破産法34条を継受した規定である。手形債権者は、すでに支払不能にある手形債務

(109) 倒産法136条に対応する政府草案151条の提案理由。

(110) 倒産法136条に対応する政府草案151条の提案理由。

者からの支払いを受領しないと、手形法上の遡求権を失ってしまうため、手形債務者が支払呈示期間内に手形金を支払ったときは、手形債権者に否認の制裁を課すことは適当ではない。この場合、手形債権者に代わり、否認の相手方となるのは、最終の償還義務者、またはこの者が第三者の計算において手形を振り出していた場合はこの第三者である。ただし、相手方が手形を振り出または振り出させた時点で支払不能または開始申立てを認識していたことが、否認の要件である。倒産法130条による否認の場合と同様に、支払不能または開始申立てを確実に推認させる事情の認識は、支払不能または開始申立てそのものの認識と同様とされる。親密な関係にある者への立証責任の転換も、倒産法130条の定めるそれに準じる。倒産法137条は、破産法34条⁽¹¹¹⁾と同様、手形金の支払いが手形債権者に対する本旨弁済に属する場合に限り、適用すべきものである。逆に、非本旨弁済に属する場合には、手形債権者の遡求権を考慮することなく、否認は成立する。なお、小切手金の支払いについても、以上に準じる。

VIII. 親密な関係にある者

否認規定の中には、親密な関係にある者の負担になる立証責任の分配法則を含むもの(倒産法130条3項・131条2項2文・132条3項・137条2項2文)、あるいは親密な関係にある者の範囲に属することを否認の要件とするもの(倒産法133条2項。なお、倒産法162条1項1号参照)がある。倒産法138条は、これらすべての否認規定のために、親密な関係にある者について統一的定義を与えるものである。倒産法138条は、家族法上の関係に基づく場合(1項)と、会社法上の関係に基づく場合(2項1号2号)とを区別している。破産法の立法者は、破産法31条2号における立証責任の転換を正当化する根拠として、そこに掲げる者との契約は、「通常、詐

(111) *Jaeger/Henckel*, 前掲注(11), § 34 Anm.13; *Kuhn/Uhlenbruck*, 前掲注(11), § 34 Rn.1; *Kilger/Karsten Schmidt*, 前掲注(11), § 34 KO Anm.1.

欺的なものであることが実証済みである」と述べ⁽¹¹²⁾、よって、故意否認に限り特別ルールを用意したのに対し、倒産法の提案理由は、親密な関係にある者の特別扱いを正当化する根拠として、債務者の経済的事情に関するその特別な情報収集の可能性を挙げている⁽¹¹³⁾。これこそ、危機状態の認識の有無が否認の成否を左右するすべての否認類型に、そのような特別ルールを拡大する正当化根拠になるものである。

1. 家族法上の関係

破産法31条2号と同様に、配偶者（倒産法138条1項1号）、債務者またはその配偶者の尊属および卑属にあたる親族、債務者またはその配偶者の父母の双方もしくは一方を同じくする兄弟姉妹、ならびにこれらの者の配偶者（倒産法138条1項2号）が捕捉される。さらに、倒産法138条1項は、婚姻が行為前の1年以内に解消していたときも、債務者の配偶者と同様とする。この点が新しい。破産法31条2号の下では、民法施行法55条との関係から、婚姻が解消していたときも、離婚した配偶者の親族は捕捉されたが、離婚した配偶者自身は捕捉されなかった⁽¹¹⁴⁾。倒産法138条1項は、そうした矛盾を除去するものである。婚姻の解消後の1年という期間の限定は必要的である。なぜなら、これだけの時間が経過すれば、普通は、特別な情報収集の可能性を失うものと考えられるからである⁽¹¹⁵⁾。破産法32条2号の下では、配偶者の親族および姻族について、そうした期間の限定は用意されていなかった。

配偶者および家族の特別な情報収集の可能性だけを顧慮するのは、ドイ

(112) 1875年破産法草案理由書 (Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung), Reichstagsdrucksache Nr.200 der 2. Legislaturperiode, II. Session 1874, S.132.

(113) 倒産法138条に対応する政府草案153条の提案理由。

(114) *Jaeger/Henckel*, 前掲注(11), § 31 Anm.30; *Kuhn/Uhlenbruck*, 前掲注(11), § 31 Rn.22; *Kilger/Karsten Schmidt*, 前掲注(11), § 31 KO Anm.12.

(115) 倒産法138条に対応する政府草案153条の提案理由。

ツ憲法6条1項に違反するとの疑義を払拭するために⁽¹¹⁶⁾、倒産法138条1項3号は、債務者と家庭的共同生活を送っている、または行為前の1年内にそうであった者も、親密な関係にある者とする。とりわけ、内縁の夫および妻である。

2. 会社法上の関係

破産法は、もっぱら婚姻、親族関係および姻族関係を理由に、親密な関係にある者を規定していた。会社法上の関係は、顧慮されていなかった。判例は、この欠缺を少しずつ治癒し始めていた⁽¹¹⁷⁾。包括執行法は、親密な関係にある者の概念を取り入れ、この欠缺を治癒したものの、その定義を与えていなかった(包括執行法10条1項2号および3号⁽¹¹⁸⁾)。倒産法は、破産法31条2号に関する判例の結論を継受し、かつ、これを拡大するものである。倒産法138条2項に掲げるどの者も、親密とされる関係が債務者の行為時に存在していたことが必要である。行為時にすでに親密とされる法的関係から離脱していた者は、親密であるとはみられない⁽¹¹⁹⁾。

倒産法138条2項1号は、代表機関および監査機関の構成員を挙げる。この概念は、まず最初に、法人に結びつく。例えば、株式会社の取締役および監査役といった構成員、社団の構成員、有限会社の社員が捕捉される。監査機関は、法律で定められたものであることを要しない。定款で定められていれば足りる。

(116) 倒産法138条に対応する政府草案153条の提案理由。

(117) その例につき、*Jaeger/Henckel*, 前掲注(11), § 31 Anm.33ff.; *Kilger/Karsten Schmidt*, 前掲注(11), § 31 Anm.13.

(118) 連邦通常裁判所 (NJW 1996, 461 = ZIP 1996, 83, これにつき, EWIR § 10 GesO 1/96, 119 [Gerhardt]) は、この概念を定立した。もっとも、この概念は、倒産法改正委員会により発達し、倒産法参事官草案143条ないし145条に採り入れられた経緯を有する発達史に基づくものである。

(119) 倒産法138条に対応する政府草案153条に関する連邦議会法務委員会報告書 (Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages) を参照。

代表機関の概念は、合名会社および合資会社における組織代表についても使われる⁽¹²⁰⁾。人的責任社員のみが組織代表者になれるのだが、人的責任社員は1号で別個独立して掲げられている。これは二重の掲記であり、余計である。定款において監査機関が定められているときは、現にそれがどんな関係であろうと、この構成員も、親密な関係にある者である。会社の代表者となっていない人的責任社員、すなわち、合名会社の各社員、今や倒産能力を有する民法上の組合（倒産法11条2項1号）の各組合員も、親密な関係にある者に属する。

会社の形態や責任の態様を問わず、資本の4分の1を超えてその会社に参加する者は、親密な関係にある者に属する。それほどの持分は、社員に情報権（Informationsrecht）を与えるものである。さらに、当該社員は、会社の業務に携わる。この点から出発しても、当該社員に不認識の立証責任を負わせること、倒産債権者を直接的に害する当該社員との契約について特に制裁を加えること（倒産法133条2項）、および当該社員に対する事業または企業の譲渡について債権者集会の同意を要するものとする（倒産法162条）は、正当化される。

倒産法138条2項2号によれば、債務者の部下（Mitarbeiter）として、債務者の経済的事項に関する情報を得る可能性を有する者も、親密な関係にある者に属する。すなわち、部下は、常に、親密な関係にある者となるのではなく、部下が債務者の経済的事項に関する情報を得ることができる場合に限り、親密な関係にある者となる。例えば、支配人や、職務を通じて企業の財政状況を熟知していたり、少なくともそのような状況に近づくことができる指導的従業員（leitender Angestellten）である。これに対して、会社の事務処理を目的とする労務提供契約を基礎として、債務者と関係をもった自営業者は、親密な関係にある者に属しない。例えば、弁護

(120) *Baumbach/Hopt*, HGB, § 125 Rn.2; *Habersack* in *Großkomm.* HGB § 125 Rn.4ff.

士、会計士、税理士である。倒産法138条2項2号は、労務提供契約のみ掲げる。法務委員会の報告書⁽¹²¹⁾を読むと、法務委員会は、債務者の企業で情報を得る可能性を有する者を掲げる政府草案155条1項1号を継受する意向であったことが窺い知れる。そこで、何と云っても、債務者と労務提供契約以外の関係をもつ者が想定されていないのは、不当である。例えば、銀行、納入業者、得意先がそれである。

倒産法138条2項2号は、「同視しうる」会社法上の関係を基礎として、債務者の経済的事情に関する情報を得る可能性を生じる場合でも十分であるとする。同視とは、1号に掲げる者との同視を意味する。すなわち、機関、人的責任または少なくとも25%の参加と同視しうる会社法上の関係で十分であるということである。ただ、この点は、それほど強調すべきではない。なぜなら、多くのものが、同視しうるものになってしまうからである。重要なのは、同視の可否を判断するために調査すべき類似性である。倒産法138条2項2号の成立史によれば、第一義的には、債務者と関係がある、または債務者企業と関係がある企業が想定された⁽¹²²⁾。このような場合には、一般に、豊富な情報収集の可能性という観点から出発して、親密な関係にあることを導くことはできない。そこで、倒産法138条2項2号は、その者が債務者の経済的事情に関する情報を得る可能性をもつことの立証を要求した。ただし、債務者を支配している企業が、すでに倒産法138条2項1号の定める親密な関係にある者に当たる場合には、その立証を要しない。互いに従属し合っている多くの企業(コンツェルン子会社)を互いに親密であると認めることは、意識的に問題とされなかった⁽¹²³⁾。

倒産法138条2項3号は、会社法上の関係と家族法上の関係を結びつけ

(121) 倒産法138条に対応する政府草案153条の提案理由に関して。

(122) 倒産法138条に対応する政府草案153条に関する連邦議会法務委員会報告書、および政府草案154条の提案理由。

(123) 倒産法138条に対応する政府草案154条の提案理由、政府草案153条に関する連邦議会法務委員会報告書。

る。例えば、倒産手続中の株式会社の取締役の妻、娘または父、合名会社の定款に掲げる顧問の構成員の少なくとも1年以内に離婚した妻の父、債務者の支配人と内縁の関係にある者は、親密な関係にある。

C. 期間の算定および時的確定 (倒産法139条・140条), 執行名義

I. 期間の算定

破産法および包括執行法は、法的行為または法律行為が否認の対象となりうる期間について、これを算定するための規定を欠いていた。そこで、民法186条以下の類推適用により対処してきた⁽¹²⁴⁾。これに対して、倒産法139条1項は、明確にその算定方式を定めている。この算定方式は、民法188条2項および3項に結びつくものである。なぜなら、否認規定の定める期間は、今や例外なく、月単位または年単位だからである。

倒産法によれば、法的行為または法律行為が否認の対象となりうる危機時期は、すべて開始申立ての時点から遡って、その始期が定まる。そこで、複数の申立てがなされていた場合に、その基準となる申立てを決定するための規定が必要となる。倒産法139条2項によれば、その申立てとは、倒産手続が二番目以降の申立てに基づいて開始されている場合であっても、最初の適法かつ理由のある申立てである。これに対して、ある申立てが、財団不足(倒産法26条)以外の理由により却下され、それが確定していたときは、この申立ては基準にはならない。手続の開始を決定する倒産裁判官は、申立ての順番に拘束されない。すなわち、倒産裁判官は、複数の申立てのうち、いち早く適法かつ理由のあることを認定しうるものに基づいて手続の開始を決定する。したがって、この申立てより先になされていた申立てが、仮に適法かつ理由のある場合であっても、開始手続においては、

(124) *Jaeger/Henckel*, 前掲注(11), § 30 Anm.186, § 31 Anm.29, § 32 Anm.50.

もはやその点について審査する必要はない。しかし、否認との関係では、その点は重要である。なぜなら、先になされた申立てのほうで計算すると、もっと過去の法的行為も、危機時期に入ることになるからである。先になされた申立てが却下され、それが確定していた場合には、それが倒産法26条を理由とするものであったときに限り、この申立ても基準となりうる。なぜなら、財団の不足は、後になされた申立てに基づく手続において開始原因となった支払不能または債務超過と比べて重要でないわけではないからである。そこで、理論上、興味深い問題が生じる。すなわち、否認訴訟における裁判所は、倒産法26条の却下に至った開始手続における裁判所が、その開始申立てが適法であることを肯定していた、または肯定していたはずであるという点に拘束されるのであろうか。裁判所は、財団の不足が確定していたのであれば、疑いなくその当時債務者は支払不能または債務超過にあり、かつ申立ても適法であったということから出発することになるだろう。なぜなら、倒産原因が存在していたのであれば、申立人の訴訟能力に疑いを抱いただけでは、当該申立人の申立てからの逆算(Rückrechnung)を否定すべきではないからである。いずれにせよ、法律の文言によると、財団不足により申立てが却下された(倒産法26条)後に、倒産原因が消滅したが、その後、再び倒産原因が生じたという場合は、考慮の対象とはならない⁽¹²⁵⁾。それは減多に生じることではなかろうが、ありえないことではない。例えば、債務者にただ一人またはごく少数の債権者がいる場合において、倒産申立てが倒産法26条を理由に却下された後、債務者がこの債権者に債務を免除してもらうのに成功したときや、債務者がこの債権者に何とか満足を与えたときは、倒産原因は消滅する。債務者が再び倒産した場合には、最初の申立ては、もはや期間算定の基準にはならない。先になされた申立てが却下されていないときは、先後の申立ての

(125) HK-InsO/Kreft, 前掲注(8), § 140 Rn.12.

間に倒産原因が消滅したときと同様の問題を生じる。もっとも、倒産裁判官は、もし新たな申立てに基づいて手続を開始する場合であっても、理由のなくなった申立てを却下したり、少なくとも既済と宣言することにより、そのような事例を予防することができるし、また予防すべきである。

II. 法的行為の時的確定

倒産法140条1項は、破産法および包括執行法にはなかった規定である。すなわち、倒産法140条1項は、破産法の下で生じた誤解を生じさせないようにするための規定である。今や明確に、法的行為は、その法律効果が生じた時点になされたものとみなされる。これは、ある行為が手続開始の前後いずれの時点においてなされたものであるかという問題にとっても、また、その行為が関連規定により否認すべき期間内になされたものであるかという問題にとっても、重要である。さらに、否認の相手方の認識にとっても、行為の時点は重要である（倒産法130条1項・131条1項3号・132条1項・133条）。例えば、動産所有権の譲渡は、物権的合意に加え、その引渡しまたは代位物の引渡しがあった時点でなされたものとみなされる（民法929条以下）。将来の債権の先行譲渡は、債権が発生した時点でなされたものとみなされる。行為の時点ではなく、効果の発生に照準を合わせることは、否認の機能と歩調が合う。否認は、行為がなかったものとするべきものではなく、債権者に不利益な効果を除去すべきものである。

行為が倒産債権者に担保または満足を与えることを可能にするものである場合（倒産法130条・131条）には、「可能にすること」が、倒産債権者を直接的に害する効果をもつか否かが問題となる。例えば、債務者が、存在しない請求権を法律行為により承認する場合である（民法781条）。債務者は、そのような承認をすることで、原因なき請求権を相手方にもたらすとともに、以後、この請求権の不存在について立証責任を負うことになる点で、自己の固有の立場を弱めることになる。すなわち、債務者は、この

承認を撤回するには、これが法律上の原因なくしてなされたものであることを立証しなければならない(民法812条)。これに対して、行為が訴訟上の認諾であるときは、債務者の財産の負担になる直接の効果は、まだ生じていない。この効果は、「認諾判決⁽¹²⁶⁾」が成立した時点で生じる。認諾判決は、管財人が相手方の債権を争うときには、管財人の側に起訴責任を課し(倒産法179条2項)、また、手続開始前に確定していたときには、債権の確定において管財人を拘束することになる。

不作為の法律効果は、どんなに早くとも、不作為の法的効果がもはや回避することができなくなった時点で生じる⁽¹²⁷⁾。

倒産法140条2項は、破産法による否認に関する民法878条の意味をめぐる見解の対立に決着をつけるものである。支配的見解⁽¹²⁸⁾は、登記簿への登記を要件とする権利取得も、権利取得の完了の時点、すなわち、登記または登記後の物権的合意の時点までに、否認の主観的要件が生じていたときは、この権利取得を否認することができる⁽¹²⁹⁾と解していた。これに対して、反対説⁽¹²⁹⁾は、民法878条の趣旨に照らし、土地の権利取得者は、合意が拘束力を生じ(民法873条2項)、かつ、登記申請をした時点で、否認に優越する法的地位を得るものと解していた。すなわち、倒産法140条2項は、反対説を取り入れたものである。倒産法140条2項は、法律行為による権利取得に限定している。そこで、権利が強制的に取得されていたときは、法的行為は、登記の時になされたものとみなされる⁽¹³⁰⁾。船舶登記簿、建

(126) HK-InsO/Kreft, 前掲注(8), § 140 Rn.6; 反対説, Paulus, in: Kübler/Prütting, 前掲注(17), § 140 Rn.6; Smid/Zeuner, 前掲注(16), § 140 Rn.16.

(127) 倒産法140条に対応する政府草案159条の提案理由。HK-InsO/Kreft, 前掲注(8), § 140 Rn.6.

(128) BGH, NJW 1995, 659; Ganter, DnotZ 1995, 517; その他の例につき, Jaeger/Henckel, 前掲注(11), § 30 Anm.94.

(129) Wacke, ZZP 82, 377, 396ff.; Jaeger/Henckel, 前掲注(11), § 30 Anm.99 (文献付き); § 31 Anm.17, 21, 40; Kuhn/Uhlenbruck, 前掲注(11), § 29 Rn.10a; § 31 Rn.11; Gerhardt, ZIP 1988, 749ff.

(130) HK-InsO/Kreft, 前掲注(8), § 140 Rn.8; FK-InsO/Dauernheim, § 140 Rn.11; Smid/Zeuner, 前掲注(16), § 140 Rn.19; Paulus, in: Kübler/Prütting, 前掲注(17), § 140 Rn.8; 破産法の下での自説については, Jaeger/Henckel, 前掲注(11), § 30 Anm.102を見よ。

造中船舶登記簿または航空機質権登記簿への登記を要件とする権利取得についても、同様である。仮登記を求める申立てがなされ、それが認められていたときは、この被保全権利を作出した法律行為は、倒産法140条2項2文によれば、仮登記のための民法878条の要件が生じた時点でなされたものとみなされる⁽¹³¹⁾。

倒産法140条3項によれば、条件付または期限付の法的行為については、条件が成就しまたは期限が到来した時点でなされたものとはみなされない。もっとも、ここでは、条件付または期限付の法律行為しか想定することができない。なぜなら、その他の法的行為は、条件付または期限付とはなりえないからである。政府草案159条に関する提案理由⁽¹³²⁾は、条件付および期限付の債権は、倒産手続において、条件が成就しまたは期限が到来する前でも行使しうることを根拠に、倒産法140条3項を正当化する。もっと重要なのは、条件付または期限付の取得は、民法161条2項2文および163条により、倒産管財人の処分行為からも保護されることから、仮登記の場合に類似する「倒産に優越する期待権 (insolvenzfestes Anwartschaftsrecht)」を根拠づけるということである (倒産法106条・107条参照)。

Ⅲ. 執行力のある債務名義および執行行為

倒産法141条は、破産法35条と同様に、法的行為の否認は、この行為をなすべきことを命ずる判決があった場合でも、妨げられないと規定する。否認は、「強制執行において破産者がやむを得ず行為をしたとしても、あるいはそれを可能にする執行名義が得られたとしても、阻止されたり困難とされない⁽¹³³⁾」ものである。否認の相手方は、裁判所が判決で債務者に

(131) すでに破産法の下でそう解していたのは、*Jaeger/Henckel*, 前掲注(11), § 30 Anm.99, § 31 Anm.17, 21, 40.

(132) 倒産法140条に対応する。

(133) 破産法草案理由書 (前掲注(112)を見よ), S.184.

命じた給付なのに、これを是認しない法秩序は許されない、ということに盾に取ることはできない。倒産法141条の定めるもう一点は、否認の対象を執行行為に拡大しようとするものではなく、倒産法130条ないし137条の定める要件に従い否認しようする行為であるなら、いくら強制執行によりやむを得ずなされたものであるとしても、否認から免れないということを強調しようとするだけのものである。さらに、倒産債権者の執行行為も、否認することができる。これは、法的行為の概念からすでに明白である。

D. 否認の法律効果

I. 第一次的請求権

倒産法143条1項1文は、破産法37条1項の文言を逐語的に継受したものである。すなわち、いわゆる「返還」を求める第一次的請求権に関しては、何の変更もない。そこで、返還の概念は、今後も、否認の対象となる行為の態様に応じて異なった解釈がなされなければならない⁽¹³⁴⁾。なお、法的行為は破産債権者に対して無効であるという文言が、破産法29条に含まれ、かつ、破産法37条と強く結びついていたが、倒産法には継受されなかった。このことが否認のドグマにとってどんな意味があるかは、後で述べることにする。

II. 第二次的請求権

倒産法143条1項2文は新しい。これは、不当利得に関する規定を準用することを定めたものである。破産法の下では、否認の相手方に対しその受領した財産の偶然的消滅についても責任を負わせようと解するのが支配

(134) これについては、*Jaeger/Henckel*, 前掲注(11), § 37 Anm.25ff.; *Kuhn/Uhlenbruck*, 前掲注(11), § 37 Rn.11ff.; *Kilger/Karsten Schmidt*, 前掲注(11), § 37 KO Anm.2.

の見解⁽¹³⁵⁾であったが、そのような規律はこの支配的見解との関係を絶つものである。そこで、新法によれば、否認の相手方は、返還の不能につき、法律上の原因の欠缺を認識している不当利得債務者と同様に、すなわち、過失による不能 (verschuldete Unmöglichkeit)⁽¹³⁶⁾についてのみ、責任を負う (民法819条1項・818条4項・292条1項・989条・990条)。また、果実の返還義務および費用の償還についても、不当利得に関する規定を準用し、よって、実定法の定めに従うことになる。そうなると、第二次的請求権を否認制度の目的に適合させる道が遮られてしまう。つまり、民法819条1項、818条4項、292条2項および987条との関係における倒産法143条1項によれば、否認の相手方は、果実を返還し、かつ、たとえ債務者自身が果実を得させようとしたわけではなかったとしても、過失により得られなかった代価を返還しなければならないのである。この場合、債権者に対する債務者の責任財産は、否認の対象となる行為がなかったときよりも増大することになる。破産法の下での解釈は、財団には否認の対象となる行為がなかったときよりも多くのものを与えないというものであったが⁽¹³⁷⁾、今や、法律の文言によれば、もはや成立しえないのである⁽¹³⁸⁾。

倒産法143条2項によれば、善意である無償給付の受領者は、破産法37条2項⁽¹³⁹⁾のときと同じく、善意の不当利得債務者と同様の責任を負う。もっとも、倒産法143条2項は、破産法37条2項とは異なり、否認する倒

(135) すでに反対説として、*Gerhardt*, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, S.162ff.; *Jaeger/Henckel*, 前掲注(11), § 37 Anm.98ff. (支配的見解を含む文献付き)。

(136) *Gerhardt*, 前掲注(38), S.605(607)。

(137) *Jaeger/Henckel*, 前掲注(11), § 37 Anm.117; *Kuhn/Uhlenbruck*, 前掲注(11), § 37 Rn.4; 反対説, *Gerhardt*, 前掲注(135), S.250ff.

(138) 文言に従うのは、HK-InsO/*Kreft*, 前掲注(8), § 143 Rn.19; 破産法のために提唱された解釈に準じて合目的に修正するのは、FK-InsO/*Dauernheim*, 前掲注(27), § 143 Rn.24; 文言に批判的なのは、*Smid/Zeuner*, 前掲注(16), § 143 Rn.8.

(139) 破産法37条2項は、包括執行法10条を補完するためにも適用されるべきである (*Kilger/Karsten Schmidt*, 前掲注(11), § 10 GesO Anm.1a)。

産管財人に対し、否認の相手方の悪意について立証責任を課している。これにより、不当利得責任および占有者の責任（民法987条以下）との歩調も合うようになった。すなわち、悪意は、給付が無償であることと、それが債権者を害するものであることに関するものであり⁽¹⁴⁰⁾、「無償給付が債権者を害することを知っている、または諸般の事情から知らなければならぬ」者が、悪意であると定義されている。これは、すべての過失を意味する表現である。ただ、政府草案の提案理由⁽¹⁴¹⁾は、はっきりとしたものではない。倒産法143条2項は、破産法の下での支配的見解に結びつくものではあろう。しかし、支配的見解によれば、給付が無償であることと、それが債権者を害するものであることを認識しておらず、かつ、重過失によらないでこれらを認識していなかった者のみが、破産法37条2項の意味における「善意」であった⁽¹⁴²⁾。倒産法143条2項は、*Kilger*⁽¹⁴³⁾のみが使用していた表現である。ただ、詳細な理由付けはなされていない。したがって、*Kilger*が支配的見解から離れる意向であったか否かは、*Karsten Schmidt*⁽¹⁴⁴⁾が述べるように、定かではない。破産法37条2項における善意は、どうして民法932条2項における定義と異なって定義づけられたのか。その理由は分からない。したがって、倒産法143条2項の解釈については、立法者は、破産法37条2項に関する支配的解釈との関係を絶つ意向ではなかったと考えるべきである⁽¹⁴⁵⁾。よって、「諸般の事情から知らなけ

(140) すでに、明確な定めがなかった破産法につき、*Jaeger/Henckel*, 前掲注(11), § 37 Anm.129; *Kilger/Karsten Schmidt*, 前掲注(11), § 37 KO Anm.13b; *Kuhn/Uhlenbruck*, 前掲注(11), § 37 Rn.36.

(141) 倒産法143条に対応する162条。これについては、*Gerhardt*, 前掲注(38), S.605, 608.

(142) *Jaeger/Henckel*, 前掲注(11), § 37 Anm.129; *Kilger/Karsten Schmidt*, 前掲注(11), § 37 KO Anm.13b; *Kuhn/Uhlenbruck*, 前掲注(11), § 37 Rn.36.

(143) *Konkursordnung*, 15. Aufl., § 37 Anm.13b.

(144) *Kilger/Karsten Schmidt*, 前掲注(11), § 37 KO Anm.13b.

(145) *HK-InsO/Kreft*, 前掲注(8), § 143 Rn.29ff.; 反対説, *Paulus* in: *Kübler/Prütting*, 前掲注(17), § 143 Rn.63; 疑わしいとするのは, *Gerhardt*, 前掲注(38), S.605, 608 und Fn.10.

ればならない」という文言は、重過失のための聞き慣れない表現であると理解すべきものである。ただし、重過失そのものの定義であると理解すべきものではない。

Ⅲ. 否認の相手方の請求権

倒産法144条1項は、破産法39条を継受したものである。すなわち、否認の相手方がその受けた給付を返還をしたときは、相手方の債権は復活する。より厳密に言えば、この給付が手続開始前になされていなかったならば有していたであろう性質をもって復活する。例えば、倒産法39条に掲げる債権であれば、劣後的なものとして復活する。債権の履行が否認された場合において、その履行により担保権が消滅していたり、あるいは担保物件が所有者に移転していたならば、この担保権は、給付の返還をもって、被担保債権とともに復活する。否認された行為が債権者に担保を与えたものであった場合ならば、担保を求める請求権が存在しかつこれが否認されていないときに限り、この担保を求める請求権が復活する。もちろん、担保を求める請求権が債務法上の請求権であるならば、倒産手続において債権者が得るものは何もない。

倒産法144条2項は、「区別可能な」という言葉を挿入し、よって、破産法38条の文言を改善したものである。もっとも、その内容に変更はない。双務契約が否認された場合において、財団の中に反対給付がなお区別可能な状態で現存しているとき、または反対給付の価額を現に利得しているときは、否認の相手方は、財団債権者⁽¹⁴⁶⁾（倒産法55条）として、その反対給付の返還を請求することができる。これを超える分についての返還請求権は、倒産債権となる。

(146) Jaeger/Henckel, 前掲注(11), § 38 Anm.6; Kuhn/Uhlenbruck, 前掲注(11), § 38 Rn.2; Kilger/Karsten Schmidt, 前掲注(11), § 38 KO Anm.2 を参照。

E. 承継

破産法40条1項によるのと同じく、倒産法145条1項によっても、否認の相手方の相続人に対し、否認を主張することができる。このことがその他の包括承継の場合にも適用されることは、破産法の下で一般に承認されてきたが⁽¹⁴⁷⁾、今や、倒産法145条1項において、明確に記されている。

倒産法145条2項1号は、破産法40条2項1号に対応するものである。すなわち、特定承継人がその取得時にその前主の取得につき否認の原因となる事情を認識していた場合には、この特定承継人に対しても否認を主張することができるとするものである。主観的要件も、破産法40条と比べて変更はない。もっとも、間接的ではあるが、倒産法130条2項、131条2項、132条3項および137条2項2文における主観的要件の変更は、承継人にも影響を及ぼす。つまり、承継人が、その前主が支払不能もしくは開始申立て(倒産法130条2項・132条3項・137条2項2文)または加害(倒産法131条2項)を確実に推認させる事情を認識していたことを知っていただけで足りるのである。前主に対する否認の原因には、主観的要件が含まれていない場合、すなわち、倒産法131条1項1号2号、134条、135条および136条の場合には、承継人が、その前主の取得につき否認の原因となる客観的事情を知っているだけで十分である。

倒産法145条2項2号は、破産法40条2項2号と同様、その取得時において債務者と親密な関係にある者であった承継人に対し、その前主の取得につき否認の原因となる事情を知らなかったことについて立証責任を課すものである。

倒産法145条2項3号によれば、破産法40条2項3号の場合と同様、その取得物を無償で得ていた特定承継人に対しては、それ以外の要件なくし

(147) *Jaeger/Henckel*, 前掲注(11), § 40 Anm.19ff. (文献付き) .

て、否認は成立する。破産法40条3項は継受されていないが、これは変更を意味しない。なぜなら、倒産法145条2項3号に掲げる承継人も、無償給付の受領者であるため、あえて倒産法143条2項を準用する規定を置かなくても、この承継人に適用することができるからである。

F. 消滅時効

立法者は、否認権は形成権であるとの時代遅れの観念から出発し、よって、1898年の破産法の改正時に、破産法41条に定める否認期間を除斥期間とした。その結果、数多くの解釈上の疑義が生じた⁽¹⁴⁸⁾。倒産法は、1877年の破産法の制定時に採用された考え方に立ち返り、その146条をもって、再び正確に、否認請求権 (Anfechtungsanspruch) の消滅時効とした。そこで、民法202条ないし225条の消滅時効に関する規定が直接かつ無条件に適用される⁽¹⁴⁹⁾。これに対して、破産法41条は、民法203条2項および207条しか準用していなかったため、消滅時効に関するその他の規定を否認期間について類推適用ができるか否かの争いを招いてしまったのである⁽¹⁵⁰⁾。また、破産法41条の定める1年という期間は、とくに大規模手続においては短すぎるということが明らかになった。そこで、立法者は、倒産法146条1項において、消滅時効期間を2年に延長することにした。

倒産法146条2項は、破産法41条2項の適用領域を「慎重に⁽¹⁵¹⁾」拡大したものである。「否認の対象となる行為に基づく給付義務の履行」という表現は、否認の対象となる行為と給付義務との関係は間接的なものでも足りること、給付義務は必ずしも債務法上の給付義務に限らないこと、そし

(148) これについては、Gerhardt, 前掲注(135) S.100ff., 130ff.

(149) 倒産法146条に対応する政府草案165条の提案理由; Gerhardt, 前掲注(38), S.605(608).

(150) Jaeger/Henckel, 前掲注(11), § 41 Anm.13ff.

(151) 倒産法146条2項に対応する政府草案165条3項の提案理由。

て給付義務は手続開始前に存在していたことを必ずしも要しない、ということの意味する⁽¹⁵²⁾。そこで、例えば、手続開始後に給付の目的物が管財人の占有に帰した場合や、債務者が民法930条の占有改定により給付の目的物を譲渡したが、その当時債務者の手もとになかったため、手続開始の時点では債務者に対する返還請求権が存在していなかった場合には、管財人は、消滅時効の期間経過後といえども、そうした目的物の引渡しを拒絶することができるのである⁽¹⁵³⁾。

G. 手続開始後の法的行為

債務者の法的行為は、倒産手続の開始後になされたものも、例外的に、なお有効となるときがある(倒産法81条1項・91条2項)。ただ、否認制度の趣旨に照らすと、そのような行為も、倒産法129条に従う倒産法130条ないし146条の適用を受けるものに比べ、決して優遇されるべきものではない。そこで、倒産法147条は、破産法42条の定めを継受する。破産法42条と同様、民法878条を掲げてはいない。すなわち、手続開始後、土地登記簿またはこれと同様とされる登記簿への登記により完了した権利取得(倒産法91条2項)は、手続開始の時点において民法878条の定める要件を満たしていたときは、これを否認することはできない⁽¹⁵⁴⁾。これは倒産法140条2項と調和する。判例⁽¹⁵⁵⁾は、破産法42条が民法878条を掲げなかったのは誤りであるとし、その結果、破産法42条は民法878条の事例に類推適用されてきたのだが、倒産法の立法者は、これを契機とすることなく、

(152) 倒産法146条2項に対応する政府草案165条3項の提案理由。

(153) *Gerhardt*, 前掲注(38), S.605, 609; *Paulus*, in: *Kübler/Prütting*, 前掲注(17), § 146 Rn.9; *Smid/Zeuner*, 前掲注(16), § 146 Rn.15.

(154) *Gerhardt*, 前掲注(38), S.605, 610.

(155) RGZ 81, 424, 426ff.; BGHZ 41, 17f. これにつき, *Oepen/Rettmann*, KTS 1995, 609, 626ff.; *Jaeger/Henckel*, 前掲注(11), § 42 Anm.11ff.

法律において、民法878条を顧慮しないことを明白に宣言したのである。

H. 自己管理および消費者倒産手続における否認

I. 自己管理

倒産法270条に基づいて、債務者による自己管理が命じられた場合には、倒産管財人に代えて、監督人が選任される(倒産法270条3項)。倒産法280条によれば、監督人に限り、倒産法129条から147条までの規定に従い、法的行為を否認することができる。つまり、債務者の自己管理は、否認権限を制限するものではない。監督人による否認については、倒産法129条から147条までの規定が全面的に適用される。

II. 消費者倒産手続

倒産法は、倒産法304条以下の消費者倒産手続における否認につき、おかしな規律を含んでいる。債務者は、倒産手続の開始申立てと同時に、またはこの申立て後遅滞なく、わけても、債務整理計画案(Schuldenbereinigungsplan)を提出しなければならない(倒産法305条)。この計画案に関する決定までの間、倒産手続の開始申立てに関する手続は休止する(倒産法306条)。倒産法による否認は、開始された手続においてのみ可能であり、倒産法88条の執行禁止も、倒産手続が開始された場合にのみ効力を生じるため、否認の対象となる行為により逸失している財産や、開始申立ての直前に差し押さえられた財産は、債務整理計画案に含めることができない。そこで、開始申立て前に、重要な財産について否認の対象となる行為がなされていたり、強制執行が実施されていたときは、通常、計画案の承認を得ることができない。個々の債権者がすでに債権者取消法に基づいて債務者の法的行為を取り消し、よって、特別の利益を得ていたときも、債務整理は難しい。計画案が拒絶され、倒産手続が開始されない限り、

そのような事態を避けることはできない。

債務者は、この規律により、受け入れ難い状況に追い込まれる。すなわち、否認の対象となる行為により逸失した財産を、債務整理計画案に含めたいと考えたとしても、それはかなえられないという理由で、計画案の承認を得られなかった場合には、厳格な清算手続の実施に至ることになる。倒産処理計画に関する規定は適用されない(倒産法312条3項)。これは、7年間という法定期間が経過する前に免責を得ることはないということをも意味する。なぜなら、そのような免責は、倒産処理計画においてのみ予定しうるものだからである。債権者が債権者取消権を行使して多くの財産を得ていた場合につき、債務者がよりよい債務整理計画案を作成することができないようにされたのは、なぜか。これはまったく理解できないことである。

債務整理計画案が拒絶され、統一的倒産手続が開始される場合に、否認権をもつのは、倒産管財人に代えて選任される受託者(倒産法313条1項)ではなく、個々の倒産債権者である(倒産法313条2項)⁽¹⁵⁶⁾。しかし、倒産手続開始申立て前の1か月内に強制執行を通じて取得した担保(差押質権)の無効(倒産法88条)については、それとは逆に、受託者が主張することができ、また主張しなければならない。ある倒産債権者が手続開始前に提起した債権者取消訴訟を、他の倒産債権者が受継たいと望んでいる場合に生じる問題⁽¹⁵⁷⁾と、ある執行処分を通じて倒産債権者が担保(差押質権)を取得したのは、開始申立て前の1か月内か、それともそれ以前かという点に争いがある場合や、返還のために争う権限を有するのは、受託者か、それとも倒産債権者かという点に争いがある場合に生じる問題⁽¹⁵⁸⁾

(156) 訴訟追行権、共同訴訟、既判力および強制執行については、*Henckel, Verbraucherinsolvenzverfahren*, in : FS für *H.F.Gaul*, 1997, S.199, 212ff.

(157) *Henckel*, 前掲注(156), S.199, 214f.

(158) *Henckel*, 前掲注(156), S.199, 211.

は別として、否認権限を有する債権者がその必要な情報を入手するための制度は、何も用意されていない。この情報を最も入手しうるのは、倒産管財人の職務を遂行しなければならない受託者である。しかし、債権者取消訴訟を迫りしようとする債権者は、受託者に対し、情報開示請求権を有しない⁽¹⁵⁹⁾。とにかく法律にはない。債権者集会の情報開示請求権(倒産法79条)は、十分なものではない。そればかりか、否認の対象となる行為により担保を取得した債権者のような否認の相手方が、債権者集会に出席している場合には、その場における情報の提供は、有害ですらある。債権者の否認権限のために倒産法97条を持ち出すわけにもいかない。

1. 否認のドグマ

I. 否認の対象

倒産法も、破産法とまったく同様に、法的行為を否認の対象とする。この考え方は、もはや時代遅れとなったはずの物権的観念に立ち返るものであろうが、それにしても理解に苦しむ。否認権は、行為を除去または解除しうるものではない。否認権は、行為の効力のみを排除または行為者に対し行為の結果を除去すべき義務を課すものである。否認の法律効果は、今日のどの否認理論によっても、行為により生じたまたは生ずべき効力に結びつけられている。すなわち、責任説によれば、否認すべき行為は、債権者に対する責任から免れるような効力をそもそももたらすものではない。また、債務説によれば、否認の相手方は、行為がなければ存在していたであろう法律状態を作出しなければならない。つまり、行為の効力を解除しなければならない。新法を起草するに際して、ドグマ上、破産法の不

(159) *Henckel*, 前掲注(156), S.199, 210f.

正確な表現を変更するための機会があった⁽¹⁶⁰⁾。しかし、それはかなわなかった。そこで、倒産法140条という補正の規定を必要とした。これは、擬制という技法により、その他の諸規定における否認対象の誤った表示を補正するものである。この擬制を分析すると、否認の対象は、行為ではなく、その効力であることが判明する。それにしても、もっと簡単にこれを条文化することは可能だったはずである。

II. 否認理論

倒産法129条は、破産法29条に対応するものであるが、「破産債権者に対しては無効なものとして」という文言を削除した。確かに、この文言は、否認理論において、一定の役割を演じた。しかし、今日では否認の法律効果を相対的無効とみる者はいない。そこで、立法者は、それまでのドグマの発達を顧慮し、この文言を削除したのである。なるほど、*Marotzke*⁽¹⁶¹⁾は、なお相対的無効の概念を使う。しかし、彼は、民法135条および136条の下で理解されるべきことと、どこか違うことを考えている。彼の理論は、その内容からみて、責任説である⁽¹⁶²⁾。その結果、彼は、相対的無効の概念に対する批判を比較的うまくかわしている。もっとも、倒産法に継受されなかった破産法の文言も、今日なお存在する論争において使われよう。例えば、判例や、おそらくなお支配的な見解である債務説に対する、責任

(160) その提案につき、*Henckel, Insolvenzanfechtung in: Insolvenzrecht im Umbruch, Analysen und Alternativen, herausgg. von Dieter Leibold, 1991, S.239ff.*

(161) KTS 1987, 1ff.; ZZZ 101, 472ff.

(162) 責任説に関する文献につき、*Jaeger/Henckel, 前掲注(11), § 37 Anm 11*; 最近主張するのは、*Paulus, in: Kübler/Prütting, 前掲注(17), § 129 Rn.48ff., § 143 Rn.1, 33* と、— いずれにせよ結論において — *HK-InsO/Kreft, 前掲注(8), § 129 Rn.67ff.*

説の論拠として使われよう⁽¹⁶³⁾。もっとも、責任説は、破産法29条の不正確な文言に新たな解釈を施さなければならないが、この文言に頼る必要はない⁽¹⁶⁴⁾。したがって、倒産法129条の新たな文言は、否認理論の争いに対して何の影響も及ぼさなかった⁽¹⁶⁵⁾。このことは、政府草案の提案理由⁽¹⁶⁶⁾の中で強調されている⁽¹⁶⁷⁾。

J. 国際否認権

倒産法施行法102条2項は、近年ますます問題になっているドグマ⁽¹⁶⁸⁾との関係を絶つものである。すなわち、どんな倒産法的効力も手続開始国の法を基準とすべきとするドグマを否定したものである。このドグマは、手続規定に関しては正当である。しかし、倒産手続が実体法上の権利関係に与える影響に関しては正当ではない。否認の法律効果も、その一つに数えられる。なるほど、倒産法施行法102条2項は、依然として、法的行為は手続開始地に適用される法に基づいて否認しうるものでなければならないという点から出発する。これは、条文中の「内国法においても」という文

(163) 例えば, *Jaeger/Henckel*, 前掲注(11), § 37 Anm.24; 論争の詳細につき, 同書の § 37 Anm.2ff. 債務説については, 現在, さらに, *Huber*, in: *Gottwald*, *InsolvenzRHdb.* § 54 Rn.3; *FK-InsO/Dauerheim*, 前掲注(27), § 129 Rn.9; *Jauernig*, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, § 80 II 4; *Smid/Zeuner*, 前掲注(16), § 129 Rn.6; § 143 Rn.1.

(164) *Jaeger/Henckel*, 前掲注(11), § 37 Anm.24.

(165) *Gerhardt*, 前掲注(38), S.605, 606f.; *Smid/Zeuner*, 前掲注(16), § 129 Rn.6.

(166) 倒産法129条に対応する政府草案144条について。

(167) 同旨, *Gerhardt*, 前掲注(38), S.605, 607; *HK-InsO/Kreft*, 前掲注(8), § 129 Rn. 7; 反対説として, *Stürnr* (*Baur/Stürner*, *Zwangsvollstreckungs- Konkurs- und Vergleichsrecht*, Band I Einzelvollstreckungsrecht, Rn. 26.90) は, 債権者取消法11条1項1文の文言の変更をもって, 債務説が確実に記されたとする。しかし, 倒産法施行法11条1項に関する政府草案の提案理由によれば, 否認権の内容に変更はない。

(168) 破産法に関する議論の状況につき, *Arnold*, in: *Insolvenzrechtshandbuch*, herausgg. von *Peter Gottwald*, § 122 Rn.118ff.; *Kuhn/Uhlenbruck*, 前掲注(11), § § 237, 238 Rn.79.

言から明らかになる⁽¹⁶⁹⁾。しかし、そのほか、法的行為の実体的効力を判断するための基準となる法も適用になる。しかも、それは否認権に限ったことではない。つまり、外国倒産管財人がドイツに存する土地の所有権譲渡を否認しようとするときは、否認の対象となる法的行為は、手続開始国の外国法の下で否認しうるものであり、かつ、ドイツ法の下で否認に服するものであるか、またはその他の理由から無効なものでなければならない。ところで、倒産法施行法102条2項は、双面的抵触規範とされた倒産法政府草案382条に遡る。その後、連邦議会の法務委員会の手により修正されたのであるが、この委員会の報告書⁽¹⁷⁰⁾には、片面的抵触規範としようとした形跡がみられない。したがって、倒産法施行法102条2項は、外国倒産および内国倒産の双方に適用すべきものである⁽¹⁷¹⁾。これこそ、この規定の目指すところである。倒産法施行法102条2項は、ある法律行為がその効力の基準となる法律規定の下で瑕疵なく存在しているならば、その法律行為は他国の法律規定によっては無効とはならないという信頼を保護するものである⁽¹⁷²⁾。つまり、内国倒産手続の管財人は、たとえドイツ法により否認しうる法的行為であっても、その効力がその他の理由から外国法に

(169) 倒産法施行法102条2項に対応する倒産法政府草案382条の提案理由を参照。

(170) 倒産法施行法102条に対応する倒産法施行法草案106条aについて。

(171) *Gottwald/Pfaller*, IPrax 1998, 170, 173; *Lüer*, Deutsches Internationales Insolvenzrecht, Teil 7 dieses Bandes, Rn.46; *Kübler/Prütting/Kemper*, InsO, Anh. II Art.102 EGInsO Rn.222; *Mark Zeuner*, Die Anfechtung in der Insolvenz, 1999, Rn.350, 352; 倒産法施行法102条2項 — 後に改正 — に対応する倒産法政府草案382条の提案理由も見よ。反対説, *v.Campe*, Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich, S.395; *Edgar Habscheid*, Grenzüberschreitendes (internationales) Insolvenzrecht der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland, S.502; *HK-InsO/Kirchhof*, 前掲注(8), Art.102 EGInsO Rn.40; おそらく反対説だと思われるのは, *Leipold*, Miniatur oder Bagatelle: das internationale Insolvenzrecht im deutschen Reformwerk 1994, in: FS für *Henckel*, 1995, S.533, 546: 「疑わしきを超える」; 自説はないが, *FK-InsO/Wimmer*, 前掲注(27), Anh. I Rn.352ff. と, *Smid/Smid*, 前掲注(16), Art.102 EGInsO Rn.18.

(172) 倒産法施行法102条2項に対応する倒産法政府草案382条の提案理由。

より判断されるものであり、かつ、その行為がこの外国法により否認することも他の理由から無効となることもないときは、もはや否認することはできない。このような否認の当否の二重判断 (doppelte Beurteilung) は、いずれにせよ、弱点ももつ⁽¹⁷³⁾。それは、否認につき純粹に、どんな倒産法的効力も手続開始国の法に基づくという誤ったドグマから出発するならば、避けることができるものである⁽¹⁷⁴⁾。たとえ外国において否認することができる法的行為であっても、ドイツ法が否認の対象としていないときは、ドイツの管財人はこれを否認することはできない。その理由は理解しかねる。効力国の法によれば、その行為は存在しないものである。法的行為の利害関係人は、このことを計算に入れていたはずである。しかし、この計算しうる法律効果を除去することはできない。なぜなら、他の法律規定、すなわち、ここでは内国のそれであり、かつ倒産手続を規律しているそれは、そのような行為を否認しえないものとみているからである。

K. 経過規定

倒産法は、倒産法施行法110条の定めるところに従い、1999年1月1日に施行された。もっとも、倒産法施行法103条1文によれば、1999年1月1日より前に申し立てられた破産手続、和議手続および包括執行手続ならばこれら効力については、引き続き従前の法律規定が適用される。1999年1月1日より前に申し立てられた和議手続に後続する牽連破産手続についても、同様である (倒産法施行法103条2文)。したがって、1999年

(173) *Hanisch*, in: FS für *Jahr*, 1993, S.455, 471; *Leipold*, 前掲注(171), S.543: 「関係する法の最も弱い点 (最も否認に敵対する点) を原因とする, 最も問題である否認の制限」; *FK-InsO/Wimmer*, 前掲注(27), Anh. I Rn.359ff.

(174) アメリカとドイツの関係に目を向けたものとして, *Edgar Habscheid*, 前掲注(171), S.503f.

1月1日以後に申し立てられる手続について、倒産法が適用される。ただし、否認に関する規定までも無条件に適用されるわけではない。倒産法施行法106条によれば、1999年1月1日より前になされた法的行為については、従前の法の下でも否認を免れなかった、または従前の法の下でのほうがより広範に否認に服した場合に限り、否認の規定が適用される。この規定は、1877年2月10日の破産法施行法9条と同じである。この規定は、従前の法によれば否認を免れている法律状態、またはより緩やかな否認的制裁 (Anfechtungssanktion) に対する信頼を保護するものである⁽¹⁷⁵⁾。

(おわり)

(訳者・本学法学部助教授)

(175) 倒産法施行法106条に対応する倒産法施行法政府草案110条の提案理由。