

ドイツ連邦共和国倒産法草案における免責制度の導入

—わが国における議論の指針を求めて—

まつ した ゆう き
松 下 祐 記

目次

序章 問題の所在	251
第1章 ドイツにおける免責制度採用までの経過	251
第1節 ドイツ免責制度の沿革—都市法, 普通法	251
第2節 1877年破産法 (RGBI. 351) による非免責主義の採用	252
第3節 事後追求権の見直しと免責制度導入の気運の芽生え	252
第4節 消費者破産問題の認識と免責制度の導入	253
第2章 免責制度導入に影響を与えた3つの論稿について	253
第1節 Menzingerの議論	253
第2節 Ackmannの議論	254
第3節 Knüllig-Dingeldeyの議論	255
第3章 倒産法委員会の報告	256
(1) 強制和議の機能の回復	256
(2) 簡素化された債務調整	257
(3) 英米型の免責制度の不採用	257
第4章 ドイツ倒産法草案における免責手続	257
第1節 はじめに	257
第2節 法律上の免責制度	258
第1款 免責制度立法の基本理念	258
第2款 手続の内容	259
第3節 倒産計画制度の新設	263
第5章 草案における免責手続の評価	
—ドイツにおける学説の動向を中心に—	263
第1節 「免責制度は倒産法の問題か」	263
第2節 「免責手続は市場適合性原則に合致するか」	264
第3節 免責拒絶事由及び免責手続中の債務者の義務について	265
第4節 草案の免責手続は手続法的観点から妥当か	266
第6章 近時のわが国の現行破産免責制度の解釈と運用の検証	
—ドイツにおける免責制度採用のわが国にとっての意義	266

第1節 我が国の破産免責制度の近時の一東京地裁を中心とする一運用 …	267
第2節 東京地裁における一部弁済方式，割合的一部免責決定の問題点 …	271
終わりに ……………	275

序章 問題の所在

いわゆる消費者破産—これとって資産のない非事業者たる自然人が支払不能に陥る問題の解決の必要が我が国で叫ばれるようになって久しい。自然人の自己破産事件の新受件数は1993年度に入り多少伸びが緩やかになったものの、なお増加傾向は収まっていない⁽¹⁾。これまでにこの問題への対策は多角的な観点から講じられているが（例えば貸金業規制法とそれに関する大蔵省通達）、その中でも切札的な役割を期待されているのが破産免責制度である。即ち現行破産法の目的は総債権者への公平かつ最大限の満足の提供のみならず債務者の経済的更生への助力という点にもあるとされ、免責制度はそのための手段として考えられているのである⁽²⁾。

しかし現行破産法が事業者破産を念頭に制定されたものである結果、消費者のための手続としては不十分であるとの認識から様々な議論が展開されることになる。そのうちのあるものは消費者倒産制度の立法論的提言に結びついたが⁽³⁾、なお実務を中心に現行法の解釈・運用による対処を模索する立場も有力に存在する。その中でも最も注目を集めているのが東京地裁破産部における近年の免責事件処理であり、特に免責決定前的一部弁済勧告（東京地裁方式といわれる）、及び割合的一部免責決定はその評価が大きく分かれているところである⁽⁴⁾。この東京地裁方式が全国的に伝播しつつあることは、現行免責制度に対する重要な問題提起として把握する必要がある⁽⁵⁾。いずれにしても現行法が消費者破産を処理する法制度としては不十分であるとの認識は学界・実務を問わず共通しており、近い将来破産法の改正が議題に上る時にはこの東京地裁における運用の実態等も踏まえ更に比較法的観点を交じえて様々な角度から望ましい消費者倒産制度の構築が模索されることになるであろう。

本稿はかかる問題意識から、ドイツ倒産法政府草案中の免責制度について検討を加え、我が国の免責制度に関する議論の用に供することを目的と

する。免責に関する論議は政策の論議であり⁽⁶⁾、ドイツにおける免責制度導入までの過程とそれをめぐる議論が我が国における近時の議論にそのまま当てはまらないのは言うまでもない。しかし、我が国の母法であるドイツ法がその伝統を破り免責制度の採用に踏み切ったことは、その制度の内容とともに我が国における解釈論・立法論に多くの示唆を与えると考える。

第1章 ドイツにおける免責制度採用までの経過

第1節 ドイツ免責制度の沿革—都市法、普通法⁽⁷⁾

現行法では非免責主義を採用するドイツにおいても免責の概念そのものは決して新しいものではない。例えば、1753年ハンブルク支払不能者法は「不運な(unglücklich)」債務者に、債務者が帰責性のない財産の消費を文書で明確に証明する限り、債務の完全な支払を目的とする財産委付(cessio bonorum)を認めていた(同法107条)。この財産委付はローマ法を起源とする著名な制度であり、債務を履行できない債務者が自らの財産を任意に債権者に提供して、身上の効果を避けるためのものである。また1862年リューベック破産法135条や1843年ブレーメン債務命令においては「権限たる法律上の恩典(Rechtswohltat der Kompetenz)」という制度があった。例えば後者のブレーメンの債務命令(Debitverordnung)は、破産手続終結後3年以内に債務者に「資力限度の利益(beneficium competentiae)」を与える旨規定していた(同命令244条以下)。

一方、ドイツ普通法においては執行実務においてモラトリアムが考慮されていた。即ち、債務者は皇帝、後に領邦君主、最終的には裁判所によって5年間の支払猶予期間を許可された(国家権力による未回収の承認(Ausstandsbevolligungenn durch Staatsgewalt))。この全債務者或いは特定の債務者クラスにとって有利な一般的モラトリアムについては、「5年間猶予(Quinquennellen)は地獄には欠かせない」と巷間称されるほどであったという。なお、1868年には正義及び人道主義を

根拠に債務者拘留が廃止されている。

以上のように、1877年破産法以前のドイツ法にも免責制度の萌芽といえるべきものが存在した。しかし他方で1855年プロイセン破産法や1869年バイエルン訴訟法のように破産手続で完全な満足を受けなかった破産債権者に破産者の新得財産から無限に満足を受けることを認める法制も並行して存在していた。かくして帝国成立後のドイツ破産法は免責主義か非免責主義かの選択を迫られたのである。

第2節 1877年破産法(Konkursordnung, RGBl. 351)による非免責主義の採用

1877年に制定された破産法は免責主義を採用せず、免責の代わりに規定されたのが現行破産法164条にあたる破産手続終結後の債権者の権利(事後追求権(Nachforderung))である。即ち同条1項では「破産手続終結後は、弁済を受けざる破産債権者は、その債権を債務者に対して無限に行使することができる」と規定し、2項では破産者の異議なき確定債権について債権表に基づき強制執行をなし得る旨が規定されている。

立法理由⁽⁸⁾によれば、破産者に幸福を得させるという理由で事後追求権の制限を説く見解は妥当でない。それは信用制度を破壊すること、及び他の手段(一般的な執行制限)でも生活必需品を賄う権利を確保することができることからである。そのような制限は債権者の権利侵害であり、個別執行により全財産を抛出した債務者に対しても不当な差別である。そして、債権者との協定(Akkord)のみが債務者を救うのであり、それ以外の方法は協定制度と整合しない。立法者はこのように述べ、更にこの規定の成立とともに従前の都市法、普通法上の免責制度を全て廃棄したのである^(8a)。

以上から理解されるのは、事後追求権の無限性(つまり無限責任)という大原則をあくまで確保しようとする立法者の断固たる態度である。普通法や都市法のもとにおける経験は生かされなかったのである。ともかく、このようにして採用された非免責主義=事後追求権の無限性がその後今日まで継続している。

第3節 事後追求権の見直しと免責制度導入の気運の芽生え—事業者破産問題の背景として

現行破産法(KO)164条1項に基づく事後追求権は、強制執行法上の執行制限を除けば無制限とあってよい。即ち民法(BGB)218条1項によれば、破産手続の確定により執行力をもつに至った請求権については、消滅時効期間が30年であり、しかも執行行為等により容易に時効中断されるので(民法209条)、破産者はほとんど一生にわたり破産債権者であった者からの追求を受けることになる。一方、そのような債務者の更生手段としては破産法上の強制和議及び和議法(VerglO)上の和議があるが、成立のための条件が厳しい^(8b)。これは和議が破産者に対する恩恵と考えられていたことからの帰結ではあるが、その結果和議の成立は著しく困難となり、結果として和議制度の機能不全ともいふべき現象を招来している^(8c)。

そのような法制度を見直す嚆矢となったのが1975年のHeilmannの論文⁽⁹⁾である。当時は第一次石油危機、海外との競争の激化、及び政府の高金利政策に伴う事業者(特に建設業、繊維工業者)の倒産が社会問題化していた。Heilmannはこのように個人の過失によらない原因により破産が誘発される場合、有限責任の認められる法人に対し個人事業者の置かれる厳しい立場を指摘し、英米法と同様に誠実な個人債務者の免責を認めるように説く。そしてそれが破産手続を魅力あるものとし、債務者の適時申立てを導くのだとする。

このような議論は立法作業にも影響を与えた。即ち、それ以前から『破産の破産』が叫ばれていたドイツにあっては破産法・和議法の全面的改正が画策され、SPD政権下で連邦司法省により設置された倒産法委員会(Kommission für Insolvenzrecht)⁽¹⁰⁾がその任務を担うことになっていた。改正作業は主に企業倒産手続の整備を主たるテーマとしていたが、同時に免責制度の導入も検討の対象となった⁽¹¹⁾。

倒産法委員会における審議中の1982年から84年にかけて、その後の免責に関する立法作業に影響を与えたと思われる3つの論文が公表された。そ

れがMenzinger, Ackmann, Knüllig-Dingeldeyの各人によるディゼルタチオンである。これらについては第2章で検討することにする。

第4節 消費者破産問題の認識と免責制度の導入

免責に関わる議論は、当初はその多くが個人事業者の破産を念頭に置いていた。しかし消費者信用の飛躍的發展と共に消費者破産問題がクローズアップされ、免責に関する議論も消費者破産を無視しては語れない状況となった。消費者破産は既にドイツに限らず全欧州的課題となっていた⁽¹²⁾。特に欧州では国家統合を契機に法制度の統一が模索されているという事情があり⁽¹³⁾、消費者保護法の制定もその一環として認識されたのである。それを受けて各国における法整備が始まっている⁽¹⁴⁾。ドイツの選択した方法は、消費者信用法(Verbraucher kreditgesetz)の制定⁽¹⁵⁾と共に倒産法改正の中で消費者のための手続を設けることであった⁽¹⁶⁾。

しかし、1986年に公表された倒産法委員会第二報告書においては、消費者倒産手続の中への免責制度の導入は見送られた。その後政権交替を経て、報告書を棚上げする形で改めてドイツ倒産法の改正作業が開始されたのであるが、個人破産問題については重要な立法方針の転換があった。即ち司法大臣Engelhardが有限責任を原則とする法人との均衡を主たる理由として、自然人について免責制度を採用すべき旨提唱したのである⁽¹⁷⁾。それを受けて1988年に司法省から公表された倒産法準備草案(Diskussionsentwurf)⁽¹⁸⁾には免責(Restschuldbefreiung)の規定が挿入された⁽¹⁹⁾。それは参事官草案(Referentenentwurf)⁽²⁰⁾・政府草案(Regierungsentwurf)⁽²¹⁾を通じて若干の修正が施されつつも成立への道歩んでいる⁽²²⁾。

以下、免責制度導入に影響を与えた3つの論文、倒産法委員会報告書の立場、そしてドイツ倒産法政府草案の内容の順に検討を加えていくことにする。

第2章 免責制度導入に影響を与えた3つの論稿について

第1節 Menzingerの議論

Heilmannの論文以降、まず事後追求権の問題につき体系的な研究を行ったのはMenzingerである⁽²³⁾。彼はまずアングロアメリカ流の免責制度の導入を否定したのち⁽²⁴⁾、事後追求権の根拠となる債務者の無限責任に利益衡量的観点を持ち込む：支払不能という破産原因によれば、破産者が破産原因に影響を及ぼしていない不慮のリスクの場合にも生涯にわたって債権者の満足のために責任を負うことになる。破産債権者の、「完全な満足を受けるまで保護される」という利益と、破産者の「抑制できないリスクについてまで無制限にリスクを負う必要はない」という利益との適切な衡量を図らなければならない⁽²⁵⁾。これまで事後追求権の根拠(執行保護、強制和議制度などの存在)⁽²⁶⁾、及び無限責任の根拠⁽²⁷⁾とされていたものに説得力はない。そもそも信用債権者の返還請求権がなぜ債務者の利益より優先するかといえば、信用受供者がその給付能力を保証して返済を保証しているのでそれに対する信用を保護する必要があるからである⁽²⁸⁾。しかしそうだとすると、破産が終結したのちもその満足を受ける利益の無限の優先的保護を認め、それにより債務者のみにリスクを負担することは正当化されない⁽²⁹⁾。特に信用債権者は与信の際に信用調査を行いかつリスクを予想して利息や信用保険を付することができるのだから、破産開始当時の全ての差押可能財産価値を基準に債権者・債務者のリスク分配を図ることが妥当である⁽³⁰⁾。ただしリスク分配が期待できない扶養債権者、不法行為に基づく債権者については請求権の行使に制限を受けないとするのが妥当である⁽³¹⁾。しかし債権者が満足が得られないということが不慮のリスクによるのではなく、我々の経済秩序の原則に基づく行動基準に矛盾する信用債務者の行為に依拠する場合には、債権者の方が優先的保護に値する。その行為基準は犯罪構成要件として具体化しており(刑法265b, 283-283d)、信用債務者

がこの犯罪構成要件のひとつにより有罪となった場合、信用債権者にも満足を追請求する可能性が残されている。以上のような解決は、事業者にとって、その損失リスクを制限し計算を可能にし、制御できない事情によって取引相手に対し一生にわたりその労働力を以て責任を負うことはない、という利益を与える。それにより破産の適時開始も望むことができる⁽³²⁾。Menzingerはこのように、債権者・債務者の利益のバランスという観点から、現行法の解釈により無限責任即ち事後追求権の制限を肯定することによって、債務者の保護を図ったのである。その意味では、破産法の立法者意思に対するのみならず、実体法のドグマそのものに対する一つの挑戦を含んでいた。

第2節 Ackmannの議論

これに対し、普通法時代の都市法や、英米などの比較法的考察を踏まえ免責制度の導入を検討したのがAckmann⁽³³⁾である。この論文は破産免責についての恐らく現代ドイツで初めての体系的研究であり、その業績が評価されている。

彼はまず免責制度の憲法適合性を肯定した後⁽³⁴⁾、自由な事後追求の原則を堅持するか免責制度を導入するかの問題はドグマの問題ではなく、事後追求・免責各々についての法政策的・経済政策的観点からの検討を踏まえて論ずべき問題であることを指摘する⁽³⁵⁾。一方、是正すべきとされる事後追求権にも一定の機能（慎重な経済活動の促進など）及び不利益（債務者の経済的イニシアティブの停滞⁽³⁶⁾など）がある。その態様はケースにより異なり、直ちに事後追求権の制限の可否について一義的に断ずることはできないので⁽³⁷⁾、倒産に陥った事情のグループ分けにより妥当な調整を考えるべきであるとする。

まず犯罪ないし重過失に基づく倒産の場合には免責は拒絶すべきである⁽³⁸⁾。無過失の倒産の場合には債務者の財産の破産的清算により既に債権者・債務者間の利益調整は図られており、人道的配慮から事後追求権のカットによる「損失の社会化」を肯定すべきである⁽³⁹⁾。同様に軽過失の倒産の場合にも免責の可能性を否定すべきでないが、

裁判所が事案に即して決定する一定の条件の履行に係らしめた上で免責を与えるのが利益衡量として妥当である⁽⁴⁰⁾。自然人と有限責任の法人との公平という観点からも、免責を一般的に肯定できる⁽⁴¹⁾。

以上のような見地から一般論として免責を肯定しつつも、Ackmannは、国家の法制度として導入するためには経済全体と債権者に損害を与えるような濫用を防止するような立法をしなければならないとして、更に議論を展開する。即ち法制度としてアメリカ法・イギリス法を比較すると、即時かつ無条件の免責を肯定するアメリカ法は採用し得ない。蓋し無条件の免責は、免責の理念に従えば、帰責性なく窮地に陥ったものの特権であり、それ故経済的に正常な時期には例外的なものであるからである⁽⁴²⁾。一方イギリス破産法においては、破産者は免責を享受する前に、財産の清算にとどまらず、裁判所の命令した新たな支払義務を負うので、濫用を防ぐことができる。この意味で、免責制度としてはイギリス法を範とすべきである。ただし、この場合には破産裁判所が個々の事案の内容に精通し、破産者の保護価値を正しく評価して免責の条件に反映させなければならない⁽⁴³⁾。保護価値の評価は、前述のカテゴリー（犯罪・無過失・軽過失）にしたがって行うことが妥当であるが、特に軽過失の倒産の場合には免責の付与は、債務者の保護に値する利益と債権者のそれとの均衡のとれた斟酌を可能にする、一定の条件の付加を予定する。したがって、正確な評価のためには時間的・人的・物的消費を伴うことになる⁽⁴⁴⁾。特に（消費者倒産のほとんどを占める）財団不足のケースでも手続を開始する必要があり、破産機構（破産裁判所・破産管財人）に対する人的・時間的・費用的コストは重大である⁽⁴⁵⁾。これに比べれば事後追求の原則による不利益はまだ小さい⁽⁴⁶⁾。結局免責制度の導入は否定すべきであり、債務者の救済は民法208条の時効期間の短縮⁽⁴⁷⁾や、和議の法定条件の緩和⁽⁴⁸⁾により図るべきである、とAckmannは結論付ける。

以上のAckmannの主張のポイントは三点に分

けて考えることができる。まず第一点は、免責制度がドグマの問題でなく、政策の問題であること、第二点として、免責の付与の可否及び程度が、債権者と債務者との具体的ケースに応じた利益衡量を通して決定されるべきこと、そして第三点として、免責制度は国家に時間的・人的・財政的な圧迫を加えるものであり、政策として望ましくないことである。このような彼の主張がその後の立法作業、即ち倒産法委員会報告や倒産法草案に与えた影響は少なくなかった。特に消費者破産事件が大量現象として現われることが予想される中で、第三の観点即ち国家の負担への対処ということが立法者が工夫を凝らすポイントとなったとも言えるのである（注73に対する本文参照）。

第3節 Knüllig-Dingeldeyの議論

Knüllig-Dingeldey⁽⁴⁹⁾も債務者の社会的保護の必要、及びリスク分配の必要を説く。それは以下のように論旨を展開する：「債務者の社会的利益（sozialen Belange）は疎かにすることはできない。一方で差押禁止範囲の貧困さ、他方で破産により満足を受けていない債権の額に鑑み、債権者は、一生とは言わないまでも多年にわたり債務者に依存し、彼から収入獲得のあらゆるモチベーションを奪ってしまうことになる。……この経済面のみならず人格面での社会への依存は、我々の時代の社会モデルにもはや合致しないので、社会政策的考慮も事後追求権の改正のために決定的である。倒産法はまた社会立法の一部である。それは…破局発生後の一定の正義をもたらすものである」⁽⁵⁰⁾：「破産はその原因と効果において、公共の事柄として全共同体により克服されるべき、全経済的問題である。それは、企業だけではなく個人についても、たとえ国民経済的影響がないとしても当てはまる。予期できない経済的発展、ないし予見できない個人的事柄は責任のない個人をも破滅に追いやる可能性がある」⁽⁵¹⁾。ただその場合、現行法のもとで事後追求権の制限が可能であるというMenzingerの見解は妥当でないとして、破産において認められるべき免責により、債権者と債権者との間で倒産リスクないし損失のリスクが正当

に配分されるだろうと指摘する⁽⁵²⁾。

更にその場合アメリカ法を範としつつ、過小資本の場合に否認の要件に包摂される財産状態悪化行為がある場合等を絶対的免責拒絶事由とし⁽⁵³⁾、不法行為に基づく債権等を非免責債権として⁽⁵⁴⁾、免責の要件を厳しくすることを提案する。

Knüllig-Dingeldeyの見解は社会政策的見地からのリスク配分を重視しそのための手段として免責制度の導入を考えることはAckmannの見解に類似するが、Ackmannの恐れるアメリカ法における制度濫用の問題を免責の入口を狭めることにより解決しようとする点に特徴が認められる。

また、この研究は免責不許可事由・非免責債権といった制度の細目についても詳細な検討を加えている点が特徴的である（但し事業者倒産を念頭においたものである）。簡単にみてみよう。

まず免責不許可事由は①破産者の重大な責めに帰すべき破産の惹起②破産申立の引き延ばし③破産の切迫を意識しながら行った偏頗的財団減少行為④破産手続における協力義務の懈怠⑤破産犯罪について考慮している⁽⁵⁵⁾。

非免責債権については前提として次のようなコンセプトを提示する。即ち例えば破産開始直前に虚偽の財産関係の申告により信用を得た債務者が免責を申し立てることは倒産の濫用ではあるが、一人の債権者の欺罔という事情だけですべての債権者に対して免責不許可に基づく利益を享受させることは適切でない。そこで債権者及び債務者の利益に適応した折衷案として、一定の債務を免責の効果から除外するべきだと言うのである⁽⁵⁶⁾。この点、債権者の中には債務者を選択できない多くの強制債権者（Zwangsgläubiger）が存在し、彼らは損失のリスクを意識せず、債務者との法的関係を放棄することができず、人的・物的担保を設定しておくことができない⁽⁵⁸⁾。そのような債権の例として①不法行為債権②租税債権③賃金債権④扶養料債権⑤以前の手続で免責の効果を受けなかった債権が考えられるとし、以下のように採否を検討する：

まず①不法行為債権についてはその発生が全く

債権者の意思に基づかないこと、保険でも損害を填補できない可能性があること、及び債務者の行為に非難可能性があることから不法行為の故意過失を問わず非免責債権とすべきであると主張する⁽⁵⁹⁾。

次に②租税債権については、一般的な経済的發展に依拠する倒産及びそこから生ずる損失については、納税者全体で負担することが妥当であり、それ故免責債権とすべきだとする⁽⁶⁰⁾。

③賃金債権については、倒産手続において優先性が認められるなど既に多くの保護があることから、非免責債権とすることは疑問だとする⁽⁶¹⁾。

④扶養料債権について。免責は債務者本人とその家族の経済・社会生活の再構築に資するべきものであるところ、家族として免責を享受する扶養料債権者が扶養料の事後追求により免責の効果を破棄してしまうのはパラドックスである。債務者の破産にできるかぎり共同責任を負うべき配偶者ないし近親者を、取引上の接触しかない債権者よりも優遇すべきでなく、免責とすべき、と主張する⁽⁶²⁾。

⑤以前の手続で免責の効果を受けなかった債権者については、免責拒絶事由の潜脱を防止するため、免責を認めるべきでないとする⁽⁶³⁾。

以上の主張のうち、注目したいのは非免責債権に関する論旨である。即ち第一に、一人の債権者の欺罔が直ちに全債権者に対する免責の否定、即ち免責不許可事由に該当しないとしている点を挙げることができよう。これは免責不許可事由が債務者対債権者全体との関係で導きだされるのに対し、非免責債権が債務者対個別債権者間の利益衡量から演繹されるという観点を示唆したものといえる。この点はわが国破産法366条ノ9条2号との比較の上でも興味深い。しかし後に見るように、倒産法草案ではこの点に関する主張は否定される形になっている。第二に、個々の非免責債権の検討についても、結論はともかくとして参考になる点があろう。例えば賃金債権に関するわが国破産法との結論の相違は、わが国とドイツとの労働政策及び制度の差異を反映したものともいえ、非免責

債権の決定の際に政策全体からみた視点を看過すべきでないことを示唆している。

第3章 倒産法委員会の報告

消費者倒産問題の解決は倒産法委員会の報告の中でも目的の一つとして認識されている。それに関連する提案は第二報告書のなかで行われており、その骨子は、①強制和議の機能の回復（これは事業者の倒産手続にも共通する）②簡易な債務調整計画の導入③英米型の免責制度の不採用、の3点にまとめることができる。

まず、倒産法委員会の提案によれば、支払不能に陥った非事業者たる債務者が利用できる手続は(a)清算手続(b)強制和議(Konkursbeendigung Zwangsvergleich) (c) (手続の費用を賄う財団が存在しない場合の) 簡素化された債務調整手続の3種類である。この内、清算手続終結後の債権者の追求権を回避するための手続は、(b)(c)の2種類である。その点を前提とした上で、以下具体的に倒産法委員会の3点の提案を検討する。

(1) 強制和議の機能の回復

倒産法委員会は強制和議の機能回復を図るべく、現行法(KO173条以下)よりも簡易な要件のもとで強制和議が成立すべき旨を宣言し(ZB, Ls5. 1 (1)), かつ無占有動産担保権者を強制和議に参加させることにした(ZB, Ls5. 1 (2))。

まず強制和議が簡易に成立するように、最低配当率を法定せず(ZB, Ls5. 4 (1)), かつ債務者の主観的事実に基づき強制和議の成立を制限する規定を廃止ないし制限することにした(ZB, Ls5. 4 (2) (3) (4))⁽⁶³⁾。和議が「法律上の恩典(Rechtswohlthat)」であるという観念に依拠するこのような要件は、強制和議が第一に債権者の利益に資するものであるという単一倒産手続の原理のもとと排除されるべきとの理由である⁽⁶⁴⁾。

次に手続に参加する債権者を無占有動産担保権者及び無担保倒産債権者の2組の債権者に分け、それぞれの組に強制和議の議決を委ねる(ZB, Ls5. 5)。可決に必要なとされる数は、無占有動産担保権者の組では、担保権により担保される債権の

合計額の80%、無担保倒産債権者の組では債権の合計額の60%であり (ZB, Ls5. 6 (2))、債権者の頭数は考慮されない (KO182条1項1号参照)。一方の組でしか必要多数に達しなかった場合には、債務者及び倒産管財人は1回に限り、次回期日での議決のやりなおしを求めることができる (ZB, Ls5. 7)。

(2) 簡素化された債務調整

倒産裁判所は、倒産手続の費用を賄う財産が現存しない、継続的な収入を有する債務者の倒産の場合には、倒産手続開始の申立の棄却、ないし財団不足による廃止をすることなく簡易な債務調整を命令することができる (ZB, Ls6. 2. 1 (1))。この命令は債務者の申立が要件であるが、「債務者の経済状態、特にその継続的な収入ないし第三者からの融資の承諾を考慮して、債権者との平穏な合意が可能である」旨の疎明が必要である (ZB, Ls6. 2. 1 (2))。この手続は倒産手続そのものではないが、清算手続の開始と同一の効果を有するので (ZB, Ls6. 2. 2 (1))、債務者の財産管理処分権は制限され、倒産債権者の手続外での取り立ては禁止される (ZB, Ls6. 2. 2 (2))。また、倒産債権者が命令の申立の一月以内に強制執行により取得した差押質権は、命令と同時に無効となる (ZB, Ls6. 2. 2 (3))。手続の内容については上に述べた強制和議の規定が原則として準用されるが (ZB, Ls6. 2. 7)、倒産管財人及び債権者委員会が選任されないことが特徴である (ZB, Ls6. 2. 2 (4))。債務者の提示する債務調整案には債務の一部免除・支払猶予のほか将来の収入の受託者への信託及び配当が定められる (ZB, Ls6. 2. 6 (2))。

(3) 英米型の免責制度の不採用

倒産法委員会は、英米型の免責制度を採用せず、ただ倒産手続終了後の差押禁止財産の拡張、あるいは裁判上の契約保護を債務者の保護の手段として考える余地を残した (ZB, Ls6. 3)。

この免責制度の不採用について報告書は理由のなかで次のように述べている⁽⁶⁵⁾；英米法における免責は委員会の採用する単一倒産手続の根本原

理と調和しない。すなわち清算手続は債務者の責任の実現が目的であり債務免除手続ではなく、また免責は債権者の同意を要しないから (更生手続の理念である) 債権者自治にも反する。次に免責制度は濫用の危険がある。イギリス法の制度ならその危険は減少しようが、裁判所の負担が大きくなる。債務者の保護は民訴法765a, 811, 850条以下の執行保護規定により図られるし、また誠実な債務者であれば倒産手続終了後にそれを超える保護を認める余地もあろう。更に信用受供者として過失なく経済的苦境に陥った債務者のために、裁判所による契約援助 (richterlichen Vertragshilfe) を導入する可能性もある。いずれにせよ倒産法固有の問題ではないので、委員会の検討の対象外である。また、強制和議の簡易化及び簡易な債務調整手続の導入により免責の効果をもたらし得るのであるから、結局のところ免責制度は採用する必要がない、と。

以上のような倒産法委員会の提案は、結論として和議の法定条件の緩和により消費者破産の解決を図っており、その限りでAckmannの見解に沿うものである。更に免責制度導入に伴う国家的負担を回避するという点もAckmannと共通する問題意識である⁽⁶⁶⁾。しかしAckmannが免責を法政策の問題として割り切るのに対し、倒産法委員会の姿勢は倒産手続における債権者自治といったドグマに固執している様子であるところにニュアンスの差異を看取することができる。

更に委員会報告には①定期的収入のない債務者に債務調整の途が閉ざされること②債務調整期間の上限の定めがないこと③手続開始以後に債権発生原因を有する債権者に対する手続の手当てを欠くこと④手続開始以後の事情変更の際の計画修正のための規定を欠くこと、といった難点があることも指摘されている⁽⁶⁷⁾。

第4章 ドイツ倒産法草案における免責手続

第1節 はじめに

冒頭に述べたように、ドイツ倒産法草案は現行破産法の非免責主義と決別し法律上の一債権者の

意思に依存しない一免責制度を導入した。特に草案第1条は、債権者の共同的満足とともに誠実な債務者に免責を与えることを倒産手続の目的として明示的に掲げている⁽⁶⁸⁾。

草案ではその他にも倒産財団の拡大（膨張主義の採用）、財団不足の場合の処理、自己管理手続の導入、賃金債権に設定された債権者の権利の制限など消費者の破産を処理するための重要な手当てを数多く行っているが、本稿では免責手続を中心に検討し、関連する規定は随時参照していくことにしたい。

第2節 法律上の免責制度

第1款 免責制度立法の基本理念

倒産法委員会の免責制度に対する消極的態度にかかわらず、倒産法草案は法律上の（債権者の意思にかかわらず）免責制度を導入した（倒産法草案235-252条）。倒産法草案の理由書では、免責制度導入の根拠を以下のように説明する；すなわち現行法の事後追求権⁽⁶⁹⁾は建前上はすべての債務者に対し行使し得るが、實際上意義を有するのは自然人の破産手続の場合と、会社財産についての破産手続のあとに自然人が会社債務につき責任を負う場合に限られる。しかも事後追求権の経済的価値は名目額の数%に過ぎない。そのような権利が債務者の経済的再出発を妨げ、生涯にわたり差押禁止財産のみの生活を強いるのは不当である⁽⁷⁰⁾。即ち、免責制度の目的を債務者の経済的更生におき、それを正当化する根拠として法人との均衡、及び破産者に対する債権の実質的価値を念頭に置く倒産法草案の立場がここで明らかにされている。

立法にあたっての基本的コンセプトにつき理由書はこのように述べる⁽⁷¹⁾：「ドイツの経済的メンタリティは、現行法の自由な事後追求権という苛酷さと、非常に債務者に有利なアメリカ法との中庸をいくべしというものである。法律上の債務一掃は、典型的には債務者及び債権者に同様に利益となるものであるべきであろう。この限りで破産手続は直ちに免責に至るべきではない。見通しの利く（überschaubar）期間—例えば7年ないし10

年の「善行期間（Wohlverhaltensperiode）」—に、労働力を使用し、期待できる（zumutbar）労働を受け入れ、全ての職場の変更を通告し、差押可能な労働収入を債権者に提供する義務を負うことが要求される。債務者が例えば事業者ないし自営業者であり継続的な収入というものを有していない場合には、彼に期待できる労働関係に彼がついていたとすれば債権者が享受できる地位に債権者をおく必要がある。」

すなわち政府草案の起草者は、英米法ほどに、特にアメリカ法（具体的には第7章手続）ほどに、免責の効力を認めることを意図しなかった。むしろ債務者のために一種の保護観察期間（善行期間、Wohlverhaltensperiode）を設けて、この期間を無事に経た者即ち誠実な（redlich）債務者だけが免責を得られるという方法を導入した。免責の可能性を債務者に与えることにより債務者に誠実かつ債権者に有利な行為をするモチベーションを与えると同時に⁽⁷²⁾、免責付与に厳しい要件を課すことにより免責濫用を阻止し、免責の裁判に伴い追加される倒産裁判所の責任が適度のものにとどまるよう目論まれているのである⁽⁷³⁾。

濫用及び裁判所の負担加重というAckmannの指摘した問題点はここでも明確に認識されている。にも拘らず免責制度を導入し、かつ免責の要件を厳格にすることで濫用対策とする基本的発想は、Knüllig-Dingeldeyのそれに近いように思われるのだが、草案は「善行期間」を予定することで一層厳しい要件を課した形になっている。

起草者は更に、免責の規定を設けたことにより①債務者のモラルへの好影響②適時の倒産申立③正確な倒産手続の遂行、といった効果を期待している⁽⁷⁴⁾。

ただ、免責手続の新設がそのような趣旨のものであったとしても、善行期間を何故7年に設定したのであろうか。この点についてはDrucksacheに付された立法理由（Begründung）からは明らかではない。連邦司法省参事官Landfermannの論文によれば、7年という期間は、『免責は倒産手続における債権者の可能な限りの満足という目的と矛盾

するものであるべきでない』という基本理念に最も合致するという⁽⁷⁵⁾⁽⁷⁶⁾。

第2款 手続の内容

1. 手続の基本的仕組み

(1) 債務者が自然人であるときは、236条から252条の基準により、倒産手続において履行されなかった倒産債権者に対する債務から免れることができる(235条)。まず、申立資格は非事業者のみならず、個人事業者や無限責任社員をも包含する。免責は債務者の申立による(236条1項1文)。申立は遅くとも報告期日までに倒産裁判所に対し書面を以てなす(同第2文)。この申立は倒産手続の開始の申立と併合することができる(同第3文)⁽⁷⁷⁾⁽⁷⁸⁾。

(2) 債務者は、免責の申立をする場合には、雇用関係から得る収入(事業者の場合は、それに代わり得る継続的な給与)のうちの差押可能な金額を、7年間にわたり裁判所が選任する受託者(Treuhänder)に譲渡しなければならない(236条2項)。ただ、この譲渡は、現在ドイツの実務で一般に行われているような債務者の賃金債権の信用供与者への事前譲渡ないし質権設定があった場合には無意味なものになってしまう。そこで草案の起草者は、かかる信用供与者の担保権に対して敢えて相当の制限を加えた。即ち雇用関係からの収入の事前の譲渡及び質権設定は、今後は、倒産手続開始後3年間の期間のみ有効となる(132条1項)。このようにして優先権が無効になった残部の賃金債権につき、譲渡の効力が生ずることになる⁽⁷⁹⁾。

(3) 裁判所は最終期日⁽⁸⁰⁾において債務者の免責申立につき、倒産債権者及び倒産管財人を審尋することを要する(237条)。倒産裁判所は債務者の申立に関し決定により裁判する(238条1項)。決定の内容は、債務者が244条の義務に従う場合には免責を得る旨の予告、及び受託者の任命である(240条)。決定に際しては、債務者及び最終期日において免責の拒絶を申し立てた各倒産債権者は即時抗告をなすことができる(238条2項)。倒産手続はこの決定が確定した後に初めて終結する

(238条3項1文)⁽⁸¹⁾。

2. 免責の拒絶 (Versagung der Restschuldbefreiung)

草案は、免責は誠実な債務者のみに与えられるべきであり、債務者に不誠実な行為の責めを帰すことができる場合には、債権者の申立に基づき免責を拒絶しなければならないとの立場を採っている。ただ、法的安定のために一般条項で規定するのは避けて、限定列举により拒絶事由を定めた(239条)⁽⁸²⁾。これにより、免責についての裁判が倒産裁判所の広範な裁量の下におかれることを防ぐと理由書は説く⁽⁸³⁾。債務者と倒産債権者はいかなる要件の下で免責が付与されまたは拒絶されるかを前以て知ることにより、一定の行動様式の結果を認識し、前以て考慮することができる⁽⁸⁴⁾。拒絶事由に関する裁判所の審理は、倒産債権者の免責拒絶の申立がある場合にのみ行われる。その理由は免責が債権者の債権の喪失に関することだからである⁽⁸⁵⁾。239条は以下のように規定する：

「239条 免責の拒絶

(1) 以下の事情がある場合には、決定において免責を拒絶することを要する。

1. 債務者に対し、刑法283条ないし283条cによる犯罪行為に基づき裁判所の審理または再審手続が係属しており、または債務者がそのような犯罪行為により有罪の確定判決を受けた場合⁽⁸⁶⁾

2. 債務者が倒産手続開始の申立前3年以内に、信用を得るため、または公的基金(öffentlichen Mitteln)から給付を得るため、または公庫(öffentliche Kassen)への給付を回避するために、経済的關係について、故意または重大な過失により文書で虚偽ないし不完全な申告をした場合

3. 債務者が倒産手続の開始の申立前10年以内に免責を得ていた場合

4. 債務者が倒産手続の開始の申立前1年以内に、故意または重大な過失によって、不相当な債務を生ぜしめもしくは財産を浪費しあるいは経済状態の改善の見込みがないのに倒産手続の開始を遅らせることにより、倒産債権者の満足を妨げた場合

5. 債務者が倒産手続中に、故意または重大な過失により、この法律に基づく情報提供義務または協力義務に違反した場合。

(2) 債権者の申立は、拒絶原因が疎明された場合にのみ許される。」

1号は債権者の満足を著しく侵害しあるいは危機に陥れる一定の行動様式を構成要件をとする犯罪である。倒産裁判所が自ら当該犯罪の主観的・客観的要件を再調査する任務を負担することがないように、刑事裁判手続が係属中であるか、有罪判決が確定しているかが考慮に入れられる⁽⁸⁷⁾。

それと同じくらい不誠実であるとされるのが信用を得る目的、社会福祉その他の公的基金からの給付を得る目的、あるいは租税納付その他の公庫への給付を回避する目的でその経済状態に関し故意または重過失で虚偽の申告をなした場合である(2号)。本号は債務者の文書による申告のみを斟酌するとしていることにより、拒絶事由の存否の認定を容易にしている⁽⁸⁸⁾。

次に3号であるが、倒産手続が債務の負担を軽減する手段として繰り返し利用される濫用的形態を防止するためのものである⁽⁸⁹⁾。

4号は倒産債権者の満足の侵害をもたらす一場合によっては免責の付与を見越した一債務者の濫用的行為形態を免責拒絶事由としたものである。故意の不法行為により損害賠償債権を発生させた場合も贅沢な出費(Luxusaufwendung)とされる⁽⁹⁰⁾。また4号では、見通しのない経済的状况にある債務者が倒産手続の開始を遅延して債権者に不利益を与えることを拒絶事由としているが、それによって債権者の引き当てとなるべき倒産財団がこれまでより多くなることが期待されている⁽⁹¹⁾。

5号は本法の情報提供義務・協力義務(109条ないし111条)を債務者に遵守させることがねらいである。特に、場合によっては倒産管財人が手出しをする(zugreifen)ことのできないような在外財産を財団に対し提出することを拒んではならない⁽⁹²⁾。

以上のような免責拒絶事由が認められる場合、

裁判所は決定により免責を拒絶する。注意すべきは、このような免責拒絶事由が存在する場合、免責を「拒絶しなければならない(ist...zu versagen)」とされていることである。このことは少なくとも条文上は裁判所がその裁量により免責を与えることを予定していないことを意味する。

ところで先の立法者の説明から明らかなように、以上のような免責拒絶事由の列挙は債務者の予測可能性の確保及び裁判所の裁量の羈束を目的としている。しかしそのような立法者の意図が貫徹されるかは疑問である。そのことは例えば4号の「不相当な(unangemessen)」債務、「浪費する(verschwenden)」といった評価を含む文言からも明らかであろう。このことと裁量免責の否定とを考えあわせると、各裁判所の解釈次第によって具体的な事案に対する判断に相当の差異が生ずる可能性があり、立法者の言う債務者の予測可能性という目的の達成が疑わしくなる。

また、更に注意すべきは、免責拒絶の審理は債権者の申立のみに基づいて始まり、かつその申立も拒絶原因が疎明された場合にのみ許されるという点である。これはわが国の職権主義とは相異するところである。

3. 受託者

受託者は、債権譲渡により得た金員、及び債務者または第三者のその他の給付を、その財産から分離して保持し、かつ最後の配当表に基づいて倒産債権者に配当する義務を負う(241条1項)。譲り受けた債権と取得した金員は信託財産(Treuhandvermögen)を形成するので、受託者の債権者はそれを引き当てとすることはできない。そのような債権者が当該財産に執行した場合には、すべての倒産債権者が第三者異議の訴え(ZPO771)を提起できる⁽⁹³⁾。債権者集会は更に追加的に、受託者に債務者の義務の履行を監視し、債務者の義務違反を報告すべき任務を与えることができる(241条2項)。

この受託者の資格には制限がなく、弁護士、税理士、執行官、取立業者等さまざまな者がなることができるという。倒産裁判所は受託者を監督し

(241条3項, 68条 [倒産管財人についての規定]), 重大な事由がある場合には解任することもできる (同条3項, 70条1項1文 [同上])。

受託者の報酬の確保はその負担の大きさに鑑みれば看過できない問題である。受託者は執務の時間・量に応じた報酬請求権, 及び立替金償還請求権を有する (242条1項)。報酬の確定については倒産管財人の規定が準用され, 裁判所が決定により行うが (同条2項, 75条), 連邦司法大臣に予め命令により細部を定める権限がある (同条2項, 74条2項)。草案は更に246条に「受託者の最低報酬の弁済」と題する規定を設け, 前年度の活動に対する報酬が最低報酬額を超えない場合には2週間以内の支払を請求し, それでも債務者が支払わない場合には受託者の申立てに基づき決定により免責が拒絶されることになった。7年にわたる任務を無報酬で行うべきことを要求できないとの趣旨から規定されたものであるが⁽⁹⁴⁾, そのために場合によっては差押禁止財産からの出捐が債務者に要求されることもある⁽⁹⁵⁾。

4. 倒産債権者の地位

倒産債権者は善行期間中は, 債務者の継続的収入のみから満足を受けることができる。労働収入に対する執行による取り立て, 及び債務者の他の財産に対する取り立ては, 禁じられる (243条1項)。特定の債権者に特別の利益を与える特別の協定は無効である (243条2項)。ただし扶養債権に基づく執行は可能である (100条参照)。

5. 免責手続中の債務者の義務

債権譲渡期間 (善行期間) 中の債務者の義務を定めた規定が244条であり, 免責の中心的規定の一つとされている。債務者が免責を得るためには, この期間中にできるだけ債権者に多くの満足を与えるように努力することが要求されるのである⁽⁹⁶⁾。244条は以下のような規定である:

「244条 債務者の義務

(1) 債務者は, 債権譲渡の意思表示の有効期間は以下の義務を負う

1. 適切な生業 (Erwerbstätigkeit) を営むこと, 無職の場合には, そのような生業を得ようと

努力し, かつ期待し得ない活動を拒否すること。

2. 死亡を原因として取得した財産, または将来の相続権に鑑みて取得した財産を, その価値の2分の1につき受託者に引き渡すこと。

3. 住所または職場の変更のすべてを遅滞なく倒産裁判所及び受託者に届け出ること, 譲渡の意思表示に含まれている給与及び第2号に規定する財産を隠匿しないこと, 及び, 裁判所及び受託者の要求に応じて生業またはそれを得る努力についての情報, 及びその給与及び財産に関する情報を与えること。

4. 倒産債権者の満足にあてる支払いは受託者に対してのみなすこと, 及びいずれの倒産債権者にも特別の利益を供与しないこと。

(2) 債務者が独立した活動を営む場合には, 彼が適切な雇用関係に立ち入っていたならばその弁済により倒産債権者が得たであろう状態に, 倒産債権者をおく義務を負う。」

注目されるのは中心的な義務を規定する1項1号及び2項である。1項1号に言う「期待し得ること (Zumutbarkeit)」は厳しい要求がなされる, と理由書はいう。たとえば, 専門外の (berufsfremd) 仕事, よその (auswärtig) 仕事, 必要とあれば臨時の仕事 (aushilfs-oder Gelegenheits-tätigkeit) でも受け入れなければならない。無収入者は職場を得るべく努力しなければならず, 職業安定所 (Arbeitsamt) に赴くだけでは足りない。もっとも, 家族のある債務者の義務は斟酌される。たとえば小さな子供を持つ母親には, 生業を営むことを期待できない, というように。また, 債務者の義務は債権者の最高の満足の観点から判断されるので, 期間中により多くの収入が得られる見込みがあるならば, 債務者が資格を取得すべく一時的に学習に専念することも許される⁽⁹⁷⁾。

2項は債務者が善行期間内に自立的活動, 例えば営業を営む場合であっても, 債務者に免責が付与されることを規定したものである。そしてその結果として, 債務者の受けた専門教育 (Ausbildung) 及び以前の活動に相応する雇用関係に入っていた場合よりも, 債権者を不利にしてはならな

いという⁽⁹⁸⁾。

以上の義務に債務者が違反し、かつそれにより倒産債権者の満足が侵害された場合には、倒産債権者の申立により免責を拒絶する(245条1項1文)。ただし債務者が無過失を立証した場合にはこの限りでない(同第2文)。この申立は義務違反が債権者に知れたときから1年以内になさなければならない(同第3文)。申立に関する裁判につき裁判所は、受託者、債務者及び倒産債権者を審尋すべき期日を定める。債務者が出頭しない場合、情報の供与を行わなかった場合には免責を拒絶されることがある(245条2項)。裁判に対しては申立人及び債務者は即時抗告をなすことができる。免責の拒絶は公告する(245条3項)。

免責が拒絶された場合には、善行期間は終了し、債権者の事後追求権(229条)が復活する(予定前の終了[vorzeitige Beendigung], 247条)。

6. 債権譲渡の意思表示の有効期間の終了に伴う免責の裁判

善行期間が予定前の終了なく満了した場合には、倒産裁判所は免責を与えるために期日を定め倒産債権者、受託者、及び債務者を審尋する⁽⁹⁹⁾。この場合にも債務者の出頭義務及び情報提供義務がある(以上248条)。審尋の後、倒産裁判所は決定により免責の付与に関し裁判する(249条1項)。倒産裁判所は予定前の終了と同じ要件がある場合には債権者の申立により免責を拒絶する(249条2項)。決定に対しては債務者または審尋に際して免責の拒絶を申し立てた倒産債権者は即時抗告をなすことができる(249条3項)。決定は公告する(249条3項)。

7. 免責の効力

250条は免責を宣言した決定の法的効果につき規定する。まず、免責が付与されたときは、届出をしなかった債権者を含む全ての倒産債権者に対して効力を生ずる(同条1項)。その内容が2・3項に規定されている。

共同債務者や債務者の保証人に対する倒産債権者の権利、別除権者の権利は免責による影響を受けない(250条2項1文)。ただし債務者は、保証

人その他の求償権者に対しては、倒産債権者に対すると同様に免責される(250条2項2文)。

ある債権者が免責に基づき満足を請求できないにもかかわらず満足を得た場合には、このことは取得したものの返還の義務の根拠とならない(同条3項)。この免責を受けた債務の性質については、実現可能だが強制のできない(erfüllbar, aber nicht erzwingbar)債務、いわゆる不完全債務(unvollkommene Verbindlichkeiten)であると立法者から説明がなされている⁽¹⁰⁰⁾。

2・3項の挿入は、認可された倒産計画の効力についてほぼ同内容の規定(301条2・3項)が置かれたことに関連する。認可された倒産計画の効力に関する規定は現行破産法上の強制和議の規定に相応する⁽¹⁰¹⁾。即ち、301条2項は現行破産法193条に相当するのである。更に、和議において一部免除を受けた部分の債務の性質についても現行法上直接の規定こそないものの、自然債務(Naturalobligation)であるというのが現在の通説・判例である⁽¹⁰²⁾。そこで草案ではそのことを明確にするために301条3項に明文の規定を置いたのである⁽¹⁰³⁾。そして、自然債務(natürliche Verbindlichkeit)として存続する限りは、そのことが完全な満足のための法的根拠を形成するという⁽¹⁰⁴⁾。立法者は免責を受けた債務の性質についてもこれとパラレルに解したものである。

このような草案の立場に対し、連邦参議院は2項即ち保証人等に対する効力に関し意見を付した。即ち、消費者の破産の場合には、債務者の属する家庭全員の利益となるように、免責の効果を債務者個人に限定すべきでない。債務者に経済的に依存する者である限り、配偶者、子、両親や内縁関係にある者に対する関係でも倒産債権者の権利を排除せよ、というのがその意見の骨子である。

これに対し起草者は以下のように反論する：まず保証人や共同債務者にその固有の倒産手続を経ずして自動的に免責を与えるべきではない。免責拡張の効果を受けるべき保証人や共同債務者の範囲を連邦参議院の提案のように限定するとしても、そのために彼らを主たる債務者の免責手続に参加

させ独自に義務違反を審査するとなれば、主債務者と別に倒産手続を行うのと裁判所の負担の点では大差ない。また債務者の家族が不当に共同責任を負わされるという問題は実体法で解決すべき問題であり、倒産法の問題ではない、と⁽¹⁰⁵⁾。

8. 除外される債権 (ausgenommene Forderungen)

免責から除外される債権として、草案は①故意による不法行為から生じた債務及び②罰金及びそれと同視し得る債務 (251条) の2つを規定する。新たに倒産手続を申し立てることによりこれらの債務を免れることはできない。いずれにしても、同様の債務が倒産手続開始時点で存する場合には、239条1項に基づく免責拒絶事由が存するということがしばしばあろう、と理由書で述べられている⁽¹⁰⁶⁾。

9. 免責の取消 (Widerruf der Restschuldbefreiung)

債務者の故意の義務違反、それによる倒産債権者の著しい損害が免責決定後に判明した場合には、決定の確定から1年以内に倒産債権者が申し立てをすることにより、免責が撤回され得る(252条1項)。要件の存在及び債権者が裁判の確定までそれを知らなかったことは、債権者が疎明の義務を負う(同条2項)。裁判の前には債務者及び受託者を審尋し、裁判に対しては申立人及び債務者による即時抗告が許される(同条3項)。免責の取消が債務者にとって著しい不利益であっても、彼の犯した重大な過ちに鑑みて正当化されるという⁽¹⁰⁷⁾。免責の取消により、債権者の事後追求権が復活する⁽¹⁰⁸⁾。

第3節 倒産計画制度の新設

ドイツ倒産法草案の免責制度の位置付けを図るために、同様に新設された倒産計画制度についても簡単に概観することにする。この計画は和議法の和議、及び強制和議の代替として、アメリカの更生計画に範をとり設けられた制度であり、事業者・消費者を問わず通用がある。まず計画案は債務者のみならず債権者にも提出権がある。次に担保債権者の権利制限を計画中に組み込める。債権

者は法的地位・経済的利益に応じたグループに分かれ(265条)、利益が異なればさらに組み分けできる(例えば納入業者、銀行、労働者)。必要多数は、債権者の頭数、及び債権額の単純過半数である(289条)。必要多数に達しないときでも、妨害禁止の規定がある(290条)。少数者保護として、清算価値が保障される(298条)。そして債務者の同意が原則として不要であるところが和議との相違である。

このような倒産計画と法律上の免責制度との関係について、草案は以下のように説明している⁽¹⁰⁹⁾；免責拒絶事由が存する場合でも、債権者との間で債務調整計画が成立すれば、債務者は免責を得ることができる。そのような計画は債務者の自由財産から、または第三者からの追加的支払を内容とすることができるし、特別の収益義務(Erwerbspflichten)ないし弁済義務、あるいは法律上の善行期間よりも長期あるいは短期の期間、さらに受託者を介さない弁済を内容とすることもできる、と。しかし債務者はその意に反して法律上の免責の申し立てをなす場合よりも重い責任を負担させられてはならないとされている(293条参照)。

第5章 草案における免責制度の評価—ドイツにおける学説の動向を中心に—

以上概観した倒産法草案の免責規定について、ドイツにおける評価を中心に、私見を交えながら検討してみたい。ここではいくつかの問題点の指摘に止め詳細な検討は他日を期したい。

第1節 「免責制度は倒産法の問題か」

免責制度に対しては、それが特に消費者破産問題の解決手段として有効なものであることを認めつつ、それが包括執行手続としての倒産制度と整合しないと批判するものが多い。その多くは、倒産法委員会の立場と同様に、免責制度は実体法ないし強制執行法の分野の問題であり、倒産法の問題ではないとする⁽¹¹⁰⁾。その理由は、倒産手続は本来債権者のための公平な配当を行う手続であるところ、仮に倒産法の中に免責手続を設ければ、消

費者の場合、倒産手続が免責を目的としたものに変質してしまうというにある。

従ってこれらの見解によれば、講じることのできる消費者破産対策は倒産法の枠内ならば和議手続の消費者破産の実態にあわせた簡素化ということになる。しかし、そのような消費者和議手続は従来の和議手続の概念を逸脱し、むしろ債務者の教育を目的とした手続であるとして、債務者の経済的な家計運営ないし現実的な生活設計を援助・協力できるカウンセリング機関を手続に組み込むべきであるとの主張がある。こうして受託者の関与に限定する草案の姿勢を批判する見解が生まれることになる⁽¹¹¹⁾。

一方、執行の分野での対処を考える見解もあり、例えば破産手続後の執行禁止部分の拡大規定を設ける方法、即ち旧東ドイツ地域で適用されている包括執行法 (Gesamtvollstreckung) 18条2項3文を参考にすべきであるとの意見もある⁽¹¹²⁾。

第2節 「免責手続は市場適合性原則に合致するか」

ドイツにおいてはイデオロギー色の強い議論が未だ強いことを示す議論と思われる。市場適合性原則は、本来は企業更生手続の内容をいかなるものにするか決する際の立法コンセプトとして草案起草者の理念的支柱とされたものであり⁽¹¹³⁾、免責制度の理念とは一応は区別すべき性質のものであった。ところが倒産法委員会の元構成員を中心として債権者自治を尊重し免責制度不採用の立場を採る論者は、免責制度導入の批判の論拠としてこの市場適合性原則を持ち出してきたのである。即ち彼らによれば倒産手続終結後も価値を有する人的資本（労働力）を国家の命令によりその意思にかかわらず債権者に放棄させるのが免責制度であり、市場適合性原則と齟齬を来すものであるというのである⁽¹¹⁴⁾。

これに対しては、連邦司法省参事官であるBalzが免責制度の正当化を試みる議論を展開している。彼は「市場適合性」との整合性については半ば放棄したような言説を採っているが⁽¹¹⁵⁾、それでも免責制度は市場経済的に正当化されるとして以下の

ような議論を展開している⁽¹¹⁶⁾。

彼はまずアメリカの倒産法学者Jacksonの経済的分析⁽¹¹⁷⁾を援用する。このJacksonの見解の骨子は以下の点である。即ち①人間は現在の欲求の満足を過剰に評価し、将来の欲求の満足を過小評価するため、将来のリスクに対する認識及び準備が不十分となる傾向にある、そのためそのような合理性に欠ける消費者の行動を免責により保護する必要がある、②但し免責に伴うコストが消費者信用の与信の際に跳ね返ってくるので、信用システム維持のために免責権の行使に多少の負担を課すべきである。Balzはこの分析を評価した上で更に以下のような分析を重視する（ただし以下の分析は既にJacksonやAckmannも行っている）。即ち仮に免責を認めず、破産手続後の債権者の自由な追求を許すならば、社会的なコストが拭いがたいものになる、なぜなら人的資本を債務者から分離して換価することはできない上に、人的資本の価値はそれを所持する者の動機づけに左右されるところ、債務を完済する見込みのない者の場合は動機づけを失っており、その労働力は沈滞あるいは闇の経済に投入されることになるからである。債権者が追求する債権の価値は通常は恐らく債権額の数%しかないので、このコストとは釣り合っていない。他方、トンネルの先に光明をみる債務者は経済的に立直るべくあらゆる努力をするから、人的資本の価値はそれだけ大きくなる。それ故、債務者と債権者の利益の均等という観点から、免責制度の導入が正当化される、そのような制度は基本法の社会国家理念にも合致する、と。

このようにBalzは一般的に債権者・債務者間の経済的衡平を保つ免責制度の市場経済的合理性を肯定した上で、更に具体的に草案の免責制度に即して考えれば、免責拒絶事由（239条）、及び善行期間中の債務者の義務（特に7年間の弁済義務）

（244条）が市場経済的合理性を担保するための規定である旨を指摘する。即ち彼は、自己の利益のために理性的に行動する利害関係人が自由に交渉を行った結果達する合意が、ほぼ草案の免責要件に対応するものになろう、と主張する。その理由

として、債権者が私人たる債務者の更生についての計算を行う場合、企業の倒産の場合と同様に将来志向つまり現在の状況から最善のものを生み出すことに関心があるのであり、いかにしてその状況に至ったかに関心があるのではない（但し、過去の行動から判断される債務者の主観的事情を最小限度斟酌することは否定できない）、というのである。

第3節 免責拒絶事由及び免責手続中の債務者の義務について

1. 以下では免責手続の内容に立ち入って検討する。まず免責拒絶事由及び免責手続中の債務者の義務については、その双方が相俟って非常に厳しい行動規範を債務者に課しているように思われる。免責拒絶事由（239条）はわが国の免責不許可事由と重なる点が多いが、例えば2号によれば公的給付や租税との関係で免責が不許可となることも予定されていることや、あるいは裁量免責が否定されていることからするといかにも誠実性の誇張であるとの印象を拭えない。手続中の債務者の義務が厳しいことからすれば、免責拒絶事由という入口でハードルを下げるべきであるように思われる。恐らく要件を厳しくすることで債務者及び債権者が免責手続よりも倒産計画を利用するように仕向け、裁判所の負担を軽減するのが立法者の狙いなのだろうが、免責手続が画餅に帰する恐れがありはしないか。

それに加え、非免責債権が2つしか定められていないことも疑問である。Balzのように「将来志向」を説くのであれば、Knüllig-Dingeldeyが示唆するように一人の債権者に対する不誠実（その効果としての非免責債権化）と全体に対する免責拒絶とを区別すべきではなからうか。

2. 次に免責手続中の債務者の義務について論ずる。244条1項1号ないし2号には二つの意義を見出すことができる。即ち第一に、弁済は「適切な」職業から得られる収入の内からなさねばならないこと、第二に草案の免責手続の申立権者は7年間の「善行期間」を遂行し得る者、即ち継続的収入がある者に限られるわけではなく、弁済の意欲

はあっても職を得ることができない者も「期待可能な」活動をして本条の免責手続中の義務を履行する限り無収入者にも免責の途が開けていることである。特に第二の点は倒産法委員会報告の内容からすれば前進ではある。以上の点からは、立法者が免責手続を債権者の最大限の満足のための手段としてとらえつつ、そのような成果を挙げられなかった債務者にはそれに見合うだけの誠実性を要求していることが看取される。しかし労働する義務（ないし職業を得るべく努力する義務）を法律で課すというのは、現代においてはかなり特異な立法例に属するようにも思われる。不当な苦役の賦課を禁ずる憲法の理念に反するとの批判^(117a)や、結局債務者は債務奴隷の扱いから逃れられないという指摘^(117b)もある。

また、義務として課される労働の内容には「適切な」、「努力」、「期待可能な」といった抽象的な要件が含まれている。その基準についても立法者の説明をみる限り不明確である。この要件の曖昧さは239条の免責拒絶事由におけるのと同様であるが、立法関係者によれば不確定概念は実務の蓄積により捕われるべき旨示唆している^(117c)。これは紛争の発生が当初から予想されているということの意味しよう^(117d)。またその判断も個々の裁判官で分かれる可能性が大きい。就職の「努力」は十分であったか、仮に就職しているとしてもより「適切な」職に就く可能性があるのか、それは関係者の「期待」に沿うものであるのか、といった点の判断は微妙であろう。その判断には裁判官の倫理感、価値観が表に出ることが容易に予想できるので、慎重な運用が望まれる。仮に厳格な判断が行われるならば特に債務者にとっての予測可能性が害される恐れがある。それを防ぐためには事前に裁判所から債務者に義務の内容につき教示すべきであろう。ただそうだとすると債務者の側の経済状況の変化（失業、再就職、年金受領者の転換）の際に弁済の方式について計画修正が不可欠となる。そのための手続は草案では予定されておらず、検討の余地があろう^(117e)。

第4節 草案の免責に関する裁判は手続法的観点から妥当か

Stefan Smidは、免責制度導入を当時の政治的状況とイデオロギーの産物と断じ、取り敢えず政策的観点からの検討を脇に置く。そして、免責手続遂行の際の（特に債権者の）手続保障と手続の効率の要請との緊張関係の中で、草案の手続が憲法・手続法の観点から妥当なものであるかを検討している。

彼は草案239条、245条、249条に基づき行われる免責許可の裁判が基本法14条の保障する財産権の侵害にかかるものであるところ、基本法19条が公権力による権利侵害の際に基本法92条所定の裁判所の裁判を受ける権利を保障していることを根拠に、免責の裁判を受ける債権者にも訴訟手続により争う途を保障する必要があるか、という問題意識から議論を進める⁽¹¹⁸⁾。

まず、倒産法草案は第1条でその目的として債務者の債務免除を掲げている。このことは何を意味するのか。Smidによれば、これは倒産裁判所が中立的第三者としてその本来の司法権—争訟手続において事実を認定し権利の存否を判断する権限—の担い手としてでなく、債務者の債務を一掃するという公益を達成すべく行政権的な役割を果たすべきことを明らかにしたものだという。即ち、免責手続は非訟事件としての性質を帯びるのである⁽¹¹⁹⁾。

更に彼によれば、このような行政目的を主眼とする手続においては手続の効率性・経済性を斟酌することが許される。従って債権者の提出する異議に対し、ある程度定式化した手続で処理を行うことが認められる。そして更に倒産法草案第5条が職権調査という手続原則を規定しているのに呼応して、免責手続の目的に照らし調査範囲を限定することにより倒産裁判所の負担を軽減することを考えるべきであるという。更に進んで、免責制度の行政的性格、及び裁判所の負担軽減ということから、免責許否の裁判の権能のみ裁判所に留保し、免責手続の主体を司法補助官に委ねるべきことを提案する⁽¹²⁰⁾。

しかし、それでも草案の予定する免責の裁判の際の手続（審尋を経て決定による裁判、それに対する不服申立としての即時抗告）が憲法的保障を満たしたものであるか、という問題は依然として残る。法律における一片の目的規定により免責手続の内容を基本法19条4項の予定する実体的司法手続とするのは不可能だからである。そこでSmidは、免責の構成要件事実の存否の確定につき訴訟手続で裁判する専属管轄の倒産紛争部（Insolvenzstreitkammer）を設けることを提案する⁽¹²¹⁾。そしてその手続として、KO146条の債権確定訴訟をモデルとした「拒絶事由確定訴訟」を提案する。この訴訟は免責手続中に全ての手続参加債権者が提起でき、その管轄は倒産裁判所の属する地区内の地方裁判所に属し、倒産裁判所はその判断に拘束され、更にその確定まで免責許否の裁判を中止しなければならないという⁽¹²²⁾。それにより消費者破産事件の効率的処理を倒産裁判所の任務とし、当事者間の権利の規範的基準の定立を確定訴訟を審理する地方裁判所の任務とするのである⁽¹²³⁾。

以上のようなSmidの見解には一定の示唆が含まれているように思われる。彼の説く拒絶事由確定訴訟そのものを肯定するかどうかはともかく、免責により不利益を受ける債権者のための手続的地位の保障を考えるべきこと更にその方法については近時のわが国における最高裁判決に照らし興味深いものであるし、更に免責の裁判の際に債権確定訴訟と同様の利益状況が生ずることを示唆した点も注目すべきである。特に後者は、わが国における割合的一部免責決定の評価に際し一つの視座を提供するように思われる。後に検討することにした（第6章第2節四）。

第6章 近時のわが国の現行破産免責制度の解釈と運用の検証—ドイツにおける免責制度採用のわが国にとっての意義

以上概観したドイツ倒産法における免責制度採用までの流れがわが国の現行破産免責制度の解釈・運用・立法にいかなる示唆を与えるものであ

るか。ドイツ倒産法草案の免責手続が定期的収入を債権者のために提供する手続を免責付与に先行させる方式を採用したことは、わが国の近時の実務にとって非常に追い風となろう。というのは、近時の実務では特に裁判官を中心に全部免責を目的とする自己破産の申立てに対する抵抗感が広がりつつあるように思われるからである⁽¹²⁴⁾。現在注目を集めている東京地裁を中心とする運用もその風潮の一環として捉えることができよう。勿論それが適切な運用として多くの国民の支持を得ることができるならば将来的には立法の重要な指針を提示するものとなろう。しかしその前提として現行法制度の枠組みの中で検証を経る必要があり、その観点からはこの運用は理論的に解決すべき問題が多いように思われる。

そこで本章では、まず近時の東京地裁を中心とする免責実務の運用—一部弁済方式と割合的一部免責決定—を概観し、その問題点を指摘し、なおかつドイツでの免責制度採用がわが国の解釈・運用・立法に対してもつ意義を考えてみたい。

第1節 我が国の破産免責制度の近時の一東京地裁を中心とする一運用

一 一部弁済方式⁽¹²⁵⁾

これは、裁判所が破産者に、その債務の一部を債権者に弁済するように勧告し、その履行状況を見て免責決定をする実務である。このような運用を行う目的は、安易な免責付与による不公平感の是正、及び破産者の今後の経済生活に対する教育的配慮といった点にあるという⁽¹²⁶⁾。

まず、一部弁済が勧告されるのは以下の3つの場合である。①同時廃止処理の条件として一部弁済が勧告される場合②収入が高額で、一部弁済の余力がある場合③免責不許可事由があつて一部弁済が勧告されている場合。①は、債務者に換価容易な財産があり（生命保険契約の解約返戻金、退職金の4分の1相当額）、その財産をそのままにしては同時廃止・免責という処理をすることが相当でない場合であるという。この場合には当該財産相当額を月々の収入から積み立てさせるが、それが長期にわたる場合に同時廃止処理を先行させ、

免責決定時までには積み立てをさせる（ただし弁護士が代理人に選任されている場合）。②は、債務者が破産の申立てをしたことを債権者が知った後に、高給のために債務者に生計上余裕が生ずる場合があり、そのまま同時廃止・免責とすることに債権者との利害調整上問題がある場合であるという。この場合には、免責時まで月々積み立て、債権者に配当し、配当の確認を経て免責決定をする。③は、破産者に免責不許可事由があることが認められる場合に、債務者の一部弁済の努力を裁量免責の判断の一資料とする運用である。ただし不許可事由の存在が明白な事案、及び本人の健康・生計を斟酌して積立の余裕が全くないと認められる場合には一部弁済の勧告を行わないという。

第二に、勧告される一部弁済の割合である。これは本人の弁済余力、負債総額、破産に至った事情の悪質性等の兼ね合いで個別具体的に判断されるが、一応の基準として浪費1—2割、賭博2—3割、詐欺ではそれ以上ということである。

第三に、一部任意弁済の対象たる債権者である。原則的には全債権者に債権額に応じた按分弁済を勧告しているが、その例外もある。即ち、他に免責不許可事由が存在しない場合であつて、破産申立直前の詐欺的借入が問題となるケースについては、それら問題となる債権のみの一部弁済を勧告することもある。その逆に、一部の債権者が弁済から除外されることもある。即ち破産者が免責確定後に個別に弁済を考慮している債権者、非免責債権たる税金、破産に先立つ任意整理で既に相当額の支払いを受けていた者、及び破産者所有の不動産を担保としている債権者である。

最後に、一部弁済の勧告がされる時期である。勧告は同時廃止の債務者審問の際にされることが多いが、免責の破産者審尋後に債権者の指摘等により問題が見つかった場合にはその後に行われることもあるという。

現在のところ東京地裁においては、4割を超える事件について一部弁済の指示がされており、代理人の協力も得られているという⁽¹²⁷⁾。

以上が東京地裁方式と呼ばれる一部弁済方式の

概要であるが、免責の前提として月々の収入から一定期間の積立をする運用はこれ以前にもなかったわけではない。例えば、一定期間積立して破産管財人の費用及び債権者への配当原資を形成しつつ、破産宣告を受けて破産手続での配当を目指す方式が主張されている⁽¹²⁸⁾。しかしこのような運用が東京地裁の判事から公表されたことでそれが恰も「公定的」運用であるかのごとき雰囲気醸し出したことは確かなのである。

二 割合的一部免責決定

東京地裁における割合的一部免責決定は、一部弁済方式を採用したことに伴う実務的必要性から生まれたものである。即ち、一部弁済の勧告をなしたにもかかわらず勧告どおりの弁済をしない債務者に対しては、勧告の趣旨からすれば本来免責不許可の決定をなすべきであろう。しかしそうだとすれば法定の事由⁽¹²⁹⁾がある場合にのみ免責不許可決定をなし得るとする破産法366条ノ9との関係の説明に窮することになる。従って割合的一部免責決定は現行法に背馳せずなおかつ勧告の趣旨を生かすことのできる便利な方法ということになろう⁽¹³⁰⁾。以下では1993年から94年にかけて相次いで出された東京地裁による4件の一部免責決定をみることにする。

①東京地決平成5年7月6日判タ822号158頁。

本件は割合的一部免責に関するリーディング・ケースであり、一般的説示の部分にも理論的に注目すべき点が多いため、少し長めになるが引用してみたい。

〔事実〕Xは寝装用品の販売等を目的とする株式会社Aの取締役として仕入部門を担当しており、昭和58年当時月収が平均約25万円で、賃料月額2万5千円（半額をAが負担）のマンションに居住していた。Xは昭和54年頃から平成3年頃までAの接待交際費として1カ月約10万円をクレジットカードで支出し、更に洋服等をクレジットカードで購入して100万円前後の債務を負担していたところ、Aの業績悪化で給料の遅配や一部カットがなされたので債務の支払いのためにキャッシングによる借入もするようになり、その結果債権者約

11名に対し総額約1161万円の債務を負担することになった。Xは平成4年8月20日東京地裁に自己破産の申立をし、12月18日に破産宣告及び同時廃止の決定を受けた。その後Xが免責を申立てたのが本件である。

〔決定要旨〕(一) 「右事実によれば、Xは自らの財産状態に対し、必要で通常を越えた支出……をし、よって過大の債務を負担したものであるべきであり、Xには破産法366条ノ9第1号、375条1号〔以下では破産犯罪については366条ノ9第1号の表記は省略する一筆者註〕に定める免責不許可事由（浪費）があると認められる。」

(二) 次に、裁量による免責の許否につき検討するに、一件記録及び破産者審尋の結果によれば、破産事件の審問の際、裁判所から総負債額の一割（116万円）に相当する金員を免責の審尋期日までに蓄えて、債権者に負債額の各一割を弁済するよう指示され、Xもこれを実行する旨約束しておきながら、その後事情が変化したとして破産宣告から約5カ月半経過した免責の審尋期日までに全く金員を蓄えず、今後も現在の生活状況からして弁済することができない旨表明しているが、Xの家族に健康の問題がないこと、X及びその妻に現在相当程度の収入があること、破産宣告後も高額賃料の転居先に居住していることを考慮すると、「Xは前期約束遂行のための真摯な努力をしているとは認め難い」。更にXはAの破産事件で労働債権の届出をしていながら免責の審尋の際に債権届出はしていない旨虚偽の陳述をなしていること、加えて総債務額が1161万円と多額であることを考え合わせると、「裁量により破産者に全部免責を与えることも相当でない」。しかし、Xが販売促進のため業務上必要不可欠な接待交際費を借り入れた動機には斟酌できる面もあり、更に本件免責の申立てにつき異議の申立てをした債権者がいないことからすると、「Xに全く免責を許可しないこととするのもXに酷に失する」。

(三) 「そこで、本件のように、免責不許可事由が存在するが、裁量により免責を全部許可することも、全部免責を不許可とするのも相当でない」と

判断される場合には、裁判所は、破産に至る経緯、総負債額、破産者の現在の生活状況、更生の可能性等諸般の事情を考慮して、債務の一定割合部分のみを免責し、残部を免責不許可とすることが許されると解するのが相当である。けだし、免責制度が誠実な債務者に対する特典である以上、多様な誠実性の程度に応じて免責の割合を決することが制度趣旨に合致するものであるし、また条文上も破産法366条ノ9が『免責不許可の決定を為すことを得』と規定して裁判所に免責不許可につき裁量権を与えている以上、部分的な免責不許可決定をすることも裁量権の範囲内に属すると解されるからである」。

(四) 本件の場合の免責不許可割合を検討するに、Xが破産宣告の際弁済約束をしていたこと、及び相当額の収入があり、更により賃料の安い住居に転居して生活費の出費を抑制すべく努力をすれば毎月一定額の貯蓄をすることも不可能ではないと考えられること、その他の事情を考慮すると、「Xには本件免責申立てに際し提出された債権者名簿記載の債権者の債権に関し、本件決定確定時の元利合計金額のうち、利息及び遅延損害金の全部並びに元本の八割に相当する部分については免責を許可すると共に、その余の部分については免責を不許可とし、右不許可部分の存在による再度の破産の危険性を減じるため、同部分について実質的に弁済期限を猶予する趣旨で、右不許可部分（元本の二割）に対する本件決定確定日の翌日から一年を経過する日までの遅延損害金についても免責を許可するのが相当である（なお、右のような免責不許可割合の決定方法によると、現実に免責不許可となる負債額が判然としない点があるが、そもそも免責申立てに際し提出された債権者名簿だけからは元本、利息等の充当関係や内訳がどのようになっているのかについて判断することは困難であり、また免責という非訟手続の性質からも、そのようなことはできず、それらについては通常訴訟による裁判手続に委ねるのが相当であると解されるから、右のような形で特定するしかない）」。

②東京地決平成5年10月15日判時1484号91頁
(③④と同時掲載)

〔事実〕歩合制の委託販売員であるXは、昭和55年頃から生命保険の保険料や子供の学費の支払ができず長期にわたり借入を続け、債権者約18名に対し総額約703万円の債務を負ったため破産を申立て、平成5年3月19日破産宣告及び同時廃止の決定を得た。Xが免責を申立てたのが本件である。

〔決定要旨〕 (一) 「収入が不安定であるにもかかわらず、収入に見合わない額の出費をなし、負債を増加させたことからすれば、Xには破産法375条1号の免責不許可事由があるといわなければならない」。

(二) 裁量免責の可否につき検討するに、破産の原因が長期間の浪費というべき出費であること、いわゆる消費者破産の負債額としてはかなり多額であること、破産宣告後において、負債額の一部を任意に弁済する等の、債務者としての誠実性を示すべき何らの行為もしておらず、生活を改善しようとする意志も認められないこと等の事情からすれば、「Xの免責を許可すべき特段の事情は必ずしも認められない」。

(三) しかし、子供のための出費は親の心情として理解できること、X及びその妻が滞納家賃を月額家賃と併せ毎月15万円支払っていること、債権者Aから家財道具類に対する強制執行を受けたこと、Xが現在の収入から将来破産債権の一部について支払うことは不可能ではないこと等の事情からすれば、「Xに何ら誠意のある行動を求めずしてXの免責を許可することは到底できないものの、Xの免責を全部許可しないことも、Xに酷に過ぎるものといわなければならないところであって、このような場合には、Xに対して、いわゆる割合的一部免責を認めることが相当である」。

(四) 前期のような諸事情を考慮すれば、Xに対しては、負債額元本の二割に相当する部分及びこれに対する本件決定確定後一年を経過した後の遅延損害金については免責を許可せず、その余の部分については免責を許可する。なお債権者Aに対しては、強制執行により債権額の一部の満足を既に得

ていることから、その債権の全額を免責する。

③東京地決平成6年1月17日判時1484号91頁。

〔事実〕会社員X（月収手取り17万円）は、衣服購入や飲酒遊興のためにクレジットカードによる購入及びキャッシングを繰り返し、約200万円の負債を抱えた。Xはこれを一度に返済しようとし、1カ月約20万円を競馬に注ぎ込みそれを1年間続けて負債を増加させた。更に通勤のために約150万円の自動車を購入したりしたので、平成3年1月頃には債務総額は約500万円に達していた。そこで返済のため換金行為を行い新たに約170万円の債務を負った。債務総額が800万円を超え支払不能になったところでXは家出をし日雇い労働をしていたが、約1年4カ月後の平成5年1月7日に自宅に戻り、更に同月29日に破産申立をし、同年5月7日に破産宣告及び同時廃止決定を受けた（負債総額809万円）。Xは同年3月から医療機器販売会社に勤務して月収約20万円を得ており、更に破産宣告後家族の援助も得て約20万円の原資を作り、同年10月までに各債権者に債権額に按分して弁済した。更に最終的には総負債額の二割に相当する弁済を行う意欲を表明している。Xが免責の申立てをなしたのが本件である。

〔決定要旨〕（一）Xには過大な遊興や賭博につき375条1号、換金行為につき375条2号（破産宣告遅延目的の債務負担）の各免責不許可事由がある。

（二）浪費の事情は重大で、破産宣告後の弁済の事情を考慮しても裁量による全部免責は相当でない。

（三）しかしXはかなり反省していること、弁済の能力・意欲があること、及び免責の申立てにつき異議の申し立てをした債権者はいないことからすると、全く免責を許可しないのは酷であり、「むしろXに今後の弁済の努力をさせるのがXの更生に資する」。このような場合には割合的一部免責が相当である（決定①の（三）の説示を引用している）。

（四）破産宣告後の債権者に対する弁済額、Xの更生可能性等を考慮すると、Xには利息及び遅延損害金の全部並びに元本の五割に相当する部分を免責するのが相当である。再度の破産の危険を減じ

るため、不許可部分（元本の五割）に対する決定確定日の翌日から1年を経過する日までの遅延損害金について免責を許可するのが相当である。

④東京地決平成6年2月10日判時1484号91頁。

〔事実〕運送会社勤務のXは手取り約28万円の月収があったが、競艇にのめり込み月に5～6万を費消し約130万円の負債を抱えたため、返済のためにカードによる借入を繰り返し、その結果破産申立時には負債は約2000万円に膨れあがっていた。Xは破産宣告前の審問の際には裁判所から、破産宣告後は破産管財人から給料の一部を積立てて財団に組み入れるよう勧告を受けていた（破産宣告の日付は決定理由からは不明）。更にXの窮状を見兼ねた実兄が破産申立の予納金50万円及び財団への贈与150万円を拠出していたが、破産管財人の再三の説得にも拘らずX自身からの財団の組み入れはなかった。これはXが給料を共済会から受けた住宅資金貸付金の弁済（共済会は破産手続で債権を届出していなかった）、親族からの借入金の返済、及び離婚に伴う養育料の支払いに充てていたことによる。破産事件においては債権届出を経て11名の約1150万円の債権が確定し、1割の配当金が支払われた。また、Xは破産宣告後に退職して別の運送会社に勤務しているが、退職金150万円については実兄の手を通して同僚に対する借金300万円の弁済にあてられた（この債務については破産申立時にXから提出された債権者名簿には記載がなかった）。Xが免責を申立てたのが本件である。

〔決定要旨〕（一）Xの行為は、競艇のための出費（375条1号）、同僚に対し債務を負っていた事実の不告知（366条ノ9第3号ないし382条）、破産財団に属すべき退職金の4分の1相当額につき破産債権者に不利益に処分したこと（374条1号）につき、免責不許可事由に該当する。

（二）免責不許可事由の内容及び程度と、Xの健康状態、年齢、収入等を考慮すると「Xについては、破産債権者に対して一部弁済をする等の誠意を示すことがなければ、裁量による免責を認めることは困難である」。しかしXは生活を切り詰めればある程度の積立が可能だったにもかかわらず、新得

財産からの積立による財団への提供の勧告に従わなかった。配当がなされてはいるがその原資はXの親族からの贈与であるから、やはりXの免責を認めるのは相当でない。

③ 「このように現状のままの状態のもとでは、免責不許可の裁判をすることができない場合について、本人の将来の履行を期待して、債権の一部について免責を認め、他の部分について免責を不許可とする裁判をすることも、現行破産法は容認しているものとする。」

④ Xの不許可事由の内容及びその程度、Xの現在の健康状態及び生活状態を考慮すると、Xについては、元本の一割相当額を除いた部分、利息、損害金につき免責を認めるのが相当である。債務者の更生のために、免責裁判確定時から一年間を経過する日までの遅延損害金についても同様とする。

第2節 東京地裁における一部弁済方式、割合的一部免責決定の問題点

以上概観した東京地裁を中心とする近時の免責の運用に対しては、すでに様々な評価がなされている⁽¹³¹⁾。紙幅の関係もあるので、本稿では私なりに問題点と考えるところを幾つか指摘する。

一 免責不許可事由の安易な認定及び裁量免責の制限

一部の弁済を勧告される事例、あるいは割合的一部免責が与えられる事例の中には、従来ならば免責不許可事由に該当しないと判断された事例が取り込まれていないであろうか。即ち、一部弁済の内容で当事者間の調整を図るのであるという意識が裁判官の中に生まれれば、最終的には当事者双方にとって妥当な解決となるのだからその前段階は多少形式的な判断でもよいという意識に繋がる恐れがある。その結果として、免責不許可事由の厳密な検討をせず、債務者の軽率さやルーズさに目を奪われて、安易な認定・判断を言うことにもなりかねない⁽¹³²⁾。特に上記4決定のいずれにおいても存否が問題となっている375条1号の要件はその恐れが高い。

また、免責不許可事由に該当するとしても、今

までならば裁量により全部の免責が与えられていた事例についても一部の弁済を強いられることになってはいないだろうか。従来は、諸般の事情から債務者の不誠実性が顕れていない場合には免責が許可されるケースが主流を占めていたと思われる⁽¹³³⁾。即ち「不誠実でない」債務者は、「誠実な破産者に対する特典」⁽¹³⁴⁾を享受できた。しかし上記4決定では、①では弁済約束履行の「真摯な努力」、②では一部任意弁済の「債務者としての誠実性」、④では一部弁済の「誠意」といったように、明らかに債務者の誠実性が裁量免責の要件とされている。しかもその「誠実性」は積極的内容をもち、債務の一部弁済とイコールで結ばれる関係となっている。このことは、一部免責決定は裁判官による「誠実性」ある行為の指示であることを意味する。確かにバランス感覚としては首肯しうるし、裁判所や破産管財人の適切な指導教育が行われるならば、債務者の更生という免責制度の理念を実現することにもなる。しかし、現行法の下では何らの明確な基準もなく、裁判官の主観的な倫理観、道徳観が表面に出やすく⁽¹³⁵⁾、債務者間で取扱いの不平等が生ずる恐れもある。

ドイツ倒産法草案は、確かに免責手続期間を「善行期間 (Wohlverhaltensperiode)」と称し、7年間の弁済を経た債務者のみを「誠実である (redlich)」として免責の対象としており、更に免責手続中の債務者の義務設定につき裁判所の裁量権行使を予定している。このことはわが国の実務を展開させるインセンティブを与えることになるかもしれないが、その実態については常に監視する必要がある。

二 勧告に基づく弁済

退職金150万円はあるものの特にこれといって資産のない消費者であると思われるにもかかわらず管財事件として処理して裁判所が一部弁済勧告を行っている④事件については、現行法上大きな問題があると思われる。恐らく④のような決定がなされる背景には、管財事件とすることで、同時廃止決定確定後免責決定前の強制執行を認めた最判平成2年3月20日民集44巻2号416頁を根拠

として一部弁済実施中に強制執行をかけてくる債権者が現われるのを封ずる趣旨があるのであろう。しかしその便宜策は現行法の建前と齟齬するのではなからうか。

すなわち勧告は事実上の行為であってそれ自体法的効果を生み出すものではない⁽¹³⁶⁾。とすれば破産者が破産宣告後破産終結決定前（即ち同時廃止でない場合）に裁判所の勧告に従って宣告後の収入から弁済を行うのは、その自由な意思により自由財産を破産債権への弁済に供することを意味する。この弁済の適法性については破産法6条のみからは明らかではない。

まず自由財産をもって個々の債権者に弁済をなすことの適法性については肯定説⁽¹³⁷⁾と否定説⁽¹³⁸⁾とに分かれる。確かに自由財産は破産者の自由な処分に任された財産ではあるが、これを認めると破産者が破産債権者から裁判外の請求を受けるのみならず、債権者間の平等が潜脱されることになるから、否定すべきであらう。

他方、破産者がその自由な意思によって自由財産を破産財団に委付することは認められるか。確かにこの場合は、配当は破産管財人が行うから債権者平等に反する恐れはないこと、破産宣告後の新債権者の利益は債権者取消権あるいは第二破産における否認権行使により保護されるから肯定してもよいように思われる⁽¹³⁹⁾。しかしそれはあくまで破産者が「自由な」意思により委付した場合に限られると考えるべきである。この点、民事執行法が債務者の承諾による差押禁止の解除の制度（旧民事訴訟法570条4項）を廃止し、6条3項もこれを受けて差押えの承諾のあった物の破産財団への取り込みを認めない内容に改正したことは、債務者に対する事実上の弁済への圧力を慮ったものである⁽¹⁴⁰⁾。債務者が法律上のみならず事実上の不利益に拘束されて意思決定するならば、それは「自由な」意思ではない。「自由な」意思であると評価されるのは、法が自由財産を設けた趣旨—生活保障・経済的更生⁽¹⁴¹⁾—を没却しない場合、例えば莫大な相続財産や宝くじの当選金のように生活保障や更生に関係の薄い財産を抛出するような場

合に限られると解すべきではなからうか。

とすれば、月々の収入の破産財団への委付をしなければ免責に対する債権者の異議、或いは裁判所による免責不許可（全部、一部）が危惧されるような場合には、債務者に「自由な」意思に基づく自由財産の委付というものは考えにくいから、一部弁済の勧告は適法性に疑問がある。やはりドイツのように立法化を図らなければならないであらう。従って、破産者からの財団への抛出がなかったことを理由に裁量免責を認めなかった決定④には問題がある。

三 裁判官の裁量の基準の欠如

一で述べたこととはほぼ重なるが、任意の一部弁済勧告及び割合的一部免責決定は、現行法の下ではその基準となり得るものがなく、裁判所の裁量により行われている。勿論、旧借地法9条ノ2における裁判や差押禁止財産の範囲の変更の裁判の例を引く迄もなく、裁判所が個別具体的な事情に即してその裁量権を行使することは現行法の予定するところではある。しかし、現状では一部弁済勧告や割合的一部免責が全くの裁判所の裁量である点が大きな問題である⁽¹⁴²⁾。ドイツ倒産法草案がイギリス法と異なり免責手続の内容を一定程度法定したのは、裁判所の負担軽減という側面があるにせよ、裁判所の広範な裁量による運用に対する警戒感が背景にあったことは確かである⁽¹⁴³⁾。その立法者の意図が実現するような内容になっているかは別として⁽¹⁴⁴⁾、ドイツ倒産法草案のこのような姿勢は考慮すべきである。本来は立法的に解決すべき問題である。

四 当事者（特に債権者）の手続的な地位の保障

大きな問題であると思われるのは、そのような裁判所の裁量的判断が下されるまでの当事者の手続的な地位の保障という点である。そこで以下ではこの点を敷衍して検討してみたい。

1. 議論の前提として、最初に通常の免責手続に即して考える。まず、現行破産法366条ノ4第1項及び366条ノ8の合憲性について判示した最高裁判平成3年2月21日第三小法廷決定（金法1285号21頁）についてみてみよう⁽¹⁴⁵⁾。これは破産裁判所が

審尋の手續により破産者に対し免責の決定をすることができる旨を定めた破産法366条ノ4の規定及び免責の申立てにつき異議の申立てがあった場合に破産裁判所が異議申立人の意見を聴くことを要する旨を定めた同法366条ノ8の規定が詐欺破産及び過怠破産等の事実について債権者の証言等による立証の機会を奪うもので憲法32条に違反するとの抗告人の主張を退けたものである。

「しかしながら、破産法における破産者の免責は、誠実な破産者に対する特典として、破産手續において、破産財団から弁済できなかった債務につき特定のものを除いて破産者の責任を免除し、破産者を更生させることを目的とする制度である

([免責制度が憲法29条に違反しないと判示した昭和36年の大法廷決定を参照する])ところ、右免責の裁判は、当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定することを目的とする純然たる訴訟事件についての裁判ではなく、その性質は本質的に非訟事件についての裁判であるから、右免責の裁判が公開の法廷における対審を経ないでされるからといって、破産法の右規定が憲法32条に違反するものでないことは、当裁判所の判例([昭和40年6月30日、41年3月2日、45年6月24日の各大法廷決定を引用])の趣旨に照らして明らかである」。

破産宣告決定及びこれに対する抗告事件についての抗告棄却決定が口頭弁論を経ないでなされることについては、本件決定の引用する最高裁昭和45年6月24日大法廷決定(民集24巻6号610頁)が憲法82条に違反しない旨判示している。しかし破産宣告による効果は破産終結決定(法282条)までの一時的な制約を破産債権者に課すに過ぎず(法16条)、破産終結後は債権者による残額の追求が予定されている(287条2項参照)。しかし免責決定による効果は(自然債務が債務消滅かということはともかく)当該破産債権者にとってはいわば終局的なものである。そのようなより重大な効果を生ずる免責についての裁判に関しては、破産宣告決定の場合以上に慎重な検討が必要と思われる。

免責の裁判が、非訟事件と断ずるかどうかはともかく、当事者間の権利の存否を確定する訴訟事

件とは異なる性質を有する事件であるとの認識は恐らく大方の一致するところであろう。しかし、免責の裁判がそのような性質のものだと解した場合でも、裁判の裁量性、簡易迅速な処理の必要性等事件の性質に即してどれだけの審理手續を当事者に保障するべきか、そしてそこでの評価に照らし現行法の規定が妥当なものであるかということが検討されるべき問題である。最高裁はその引用する昭和40年の大法廷決定以来依拠する形式的・画一的基準を本件でも適用しており、批判は免れないところであろう。そこで問題の所在は、免責の裁判に相応しい手續の内容がいかなるものであるかということに移る。

ドイツ倒産法草案においては、免責手續開始の裁判は倒産債権者及び倒産管財人の審尋を経て決定により行い、それに対しては免責拒絶を申立てた各倒産債権者は即時抗告が可能である(237, 238条)。免責手續中の債務者の義務違反に関しては倒産債権者の申立てにより債務者・受託者・倒産債権者を審尋した後に裁判を行い、これに対しても即時抗告が可能である(245条)。更に免責手續終結時に免責許可の裁判をなす際にも同様である(249条)。立法者は、免責申立てに対する倒産債権者の審問は法的審問の原則からの要請であると説明する⁽¹⁴⁶⁾。このような規定に対し前述のようにSmidによる批判がある。彼は審尋・異議申立・即時抗告といった手續では債権者にとって十分でないとし、そこから独立の破産紛争部、および債権確定訴訟をモチーフとした拒絶事由確定訴訟の創設を提唱する⁽¹⁴⁷⁾。

一方、わが国の現行法は、免責の効力を受ける破産債権者に対し、債務者審尋期日に立ち合いその状況及び内容を知る権利(366条ノ4第2項)、免責不許可事由を主張し裁判所の審尋を求める権利(審尋請求権、366条ノ7及び366条ノ8)、免責申立てに関する記録閲覧権(366条ノ6)を認め、債権者名簿から除外されたことによりかかる権利の行使を妨げられた者には免責の効果を及ぼさない(366条ノ12第5号)という、決定手續としては相当完備した手續保障を与えているといえる⁽¹⁴⁸⁾。

のみならず異議申立や、破産者の意見に対し相互が反論しあうことを重ね、免責審理が訴訟事件の口頭弁論のような観を呈しているといわれている⁽¹⁴⁹⁾。しかしこれは裁判所の運用次第で異なってくるものであり、Smidの説くように制度的に対審構造をとる手続を設ける必要があるかを今後更に検討する必要がある。

2. (1)一部免責決定の場合には問題が一層明確になると思われる。まず決定①の四においては、元本、利息等の充当関係や内訳が債権者名簿から明らかでなくその結果現実に免責不許可となる負債額が判然としないことを認めながら、非訟手続である免責手続では判断することはできず、通常訴訟による裁判手続に委ねるべきと説いている。また決定②においては、他の債権につき免責の割合を八割としながら、家財道具への強制執行を行った債権者Aについては全部免責としており、債権者の取扱いに差を設けている。

即ち、債権者にとっては現実に免責不許可となる債権の額が最大の関心事であり、それは各債権の内訳、及び各債権の免責の割合の決定に大きく左右される。現行の実務においては現行法の免責手続の枠内で処理しているが、それが妥当であるかが問題となる。

(2)まず、債権のなかに全部免責の対象となるものと一部免責のもの、及び非免責のものとは分かれよう。これは同一の債権者が複数の債権を有している場合にはその中でも区々であり得る。更に一部免責の対象たる債権のなかでも元本・利息・遅延損害金のそれぞれについてその免責の割合を異にする場合がある。これらの判断の基準が法定されているわけではなく、現場の裁判官が個別事情を斟酌しながら妥当な裁量により決することになる。これは「正当の事由」(旧借地法4条)といった抽象的一般条項の適用について裁判官に求められる活動に相当する。そして現行法を前提とすれば、上のような判断は債務者の提出する債権者名簿及び債務者の審尋、場合によっては債権者の異議申立に基づく意見聴取の結果を資料としてなされることになる(破産管財人が選任される場合に

は破産管財人による調査(366条ノ5)も加わる)。

しかし、一部免責の裁判においては通常の免責許否の審理とパラレルに論じることができない。即ち、免責の許否に関しては全破産債権者において利害が一致し破産者の利益と対立しているといってもよいが、一部免責に関しては破産債権者相互間においても利害の対立が生ずる余地がある。というのはある債権を免責の対象とするか否か、及びその免責の割合をどの程度にするかということはその債権の成立に至る事情等を勘案して個別に決めることになるだろうが、絶対的な基準がない以上他の債権との相対的評価になることは想像に難くない。例えば住宅ローン、自動車ローンとその他の債務とで取扱いを異にする可能性がある。また、免責の対象外たる債務額が多額になればなるほどその迅速な満足は望めないことになる。仮に、裁判所が弁済期間を限定したような場合には弁済原資も限定されることになり、債権者間の利害対立はますます先鋭化しよう。

このようなことを考えてくれば、一部免責の際の利害状況はむしろ債権確定の際のそれに近いように思われる⁽¹⁵⁰⁾。

そうだとすれば、一部免責決定は裁判官の裁量性が非常に高いが、裁量的判断をするにしてもその材料の提供、提供された材料の意味付け等については当事者双方が対等に弁論権をもつことが公正な裁判の確保の点から必要であり、その必要性は現行法の予定する免責の許否の裁判におけるよりも高いと考えることができる⁽¹⁵¹⁾。ただその場合にも、対審による公平の確保以上に簡易迅速性・適時性という点を重視し、対審構造を採用しないという判断があり得る。確かに、集団的な債務処理という事件の性質に鑑みればある程度の効率性を追求することも止むを得ない。しかし、迅速性という観点からは、それが要求されるのは最高裁の認める免責手続中の債権者による個別執行⁽¹⁵²⁾を封ずることが困難であるという事情が大きい。逆に言えば、その障害さえクリアできれば迅速性を確保する必要はそれほど大きくないともいえる。

そこで、例えば効率性の観点から第一審である一部免責の裁判の際には迅速に処理するとしても、抗告審で対審構造をとることによって当事者に手続的な配慮を行うことも可能であるように思われる⁽¹⁵³⁾⁽¹⁵⁴⁾。

このように見てくると、東京地裁の割合的一部免責決定の審理は当事者の手続保障の見地から問題があるように思われる。

終わりに

現在、わが国の破産免責の運用は大きな転換点を迎えている。それは、不誠実でない破産者に免責を与えていた運用から、免責を申し立てる破産者に誠実性—債務の一部弁済という形で実現される—を要求する運用である。それは日々破産者と相対する実務の経験から生まれ次第に形をなしてきたものであるだけに、一定の人々の共感・支持を得ているものと思われる。ましてや母法国が同様の理念から立法をなしたとあれば、運用にインセンティブを与えることは想像に難くない。しかし両国に共通することであるが、債務者に対する裁判官による「誠実性」の要求には十分な警戒が必要である。特にドイツの立法過程は政治的思惑に大きく左右されており、実態を踏まえた十分に実践的な議論に支えられて内容が形成されているとは言いがたい。なおこの先の立法作業および議論の行方を注意深く監視していく必要があるのである。そしてわが国の運用についてもその問題と思われる点は確実に指摘しておくことが肝要である。そのことがよい意味での実務の発展を促し、やがてくる立法作業に有益な資料を提供することに繋がるであろう。

本稿は問題点の指摘に止まり、あるべき消費者倒産制度の構想の提示には私の力不足で至らなかった。また問題点の分析も不十分なのは明らかである。拙い本稿はあくまで第一ステップに過ぎず、更に詳細かつ視野の広い研究を進めることが自らに課された課題と考えている。

註

- (1) わが国の1993年度の破産新受件数の内訳は総数46216件(1992年度45658件)、その内自然人の自己申立によるものが43545件(同43545件)と全体の94%を占める。
- (2) 免責制度の運用の理念につき特典説と更生手段説との対立があることは周知の通りであるが、制度の存在意義そのものを否定する見解は皆無であろう。
- (3) 例えば消費者破産研究会『定期的かつ安定した収入を得る見込みのある誠実な債務者の債務の調整に関する法律の試案(中間案)』ジュリスト801号14頁(1983)、五十部豊久『「消費者和議手続試案」の骨子について』消費者信用と民事司法271頁(1988)。
- (4) 東京地裁方式については第6章で検討する。一部免責の適法性をめぐっては栗田隆教授の論文(「破産者の免責制度について」民訴雑誌32号74, 86頁)を嚆矢として様々の議論が展開されている。裁判例では名古屋地一宮支決平成元年9月12日金法1236号34頁が著名であるが、債務の一定割合を免責除外とする一部免責決定をなしたのは1993年の東京地裁が初めてのようである。これについても第6章で検討する。
- (5) 日弁連が1994年度人権擁護大会において多重債務者の救済をテーマにシンポジウムを行う予定である。その準備として1994.7.30に東京三弁護士会主催で開催された一部弁済方式に関するシンポジウムでも、各地方の弁護士会の会員から東京地裁方式の浸透の実態が報告されている。霜島甲一『倒産法総合判例批評(三)』法学志林85巻3号161頁以下も、債務者の個性とその置かれた環境に応じた免責制度の柔軟な運用を主張する。
- (6) このことを英米法に関し簡潔に指摘したものとして、霜島甲一・倒産法体系165頁(1990年)。
- (7) 本節の記述は、その多くをAckmann, Schuld-befreiung durch Konkurs? (1983), S. 10ff.; Uhlenbruck, Die Restschuldbefreiung nach dem Regierungsentwurf einer Insolvenzordnung (InsO), DGVZ 1992, Nr. 3, S. 33ff. (34)に負った。

- (8) Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 4, 1881, S. 342f.
- (8a) Hahn (Fn. 8), S. 604.
- (8b) 最低弁済率の定め(和議法7条1項2項, なお破産法187条), 担保債権者・優先債権者に対する完全な満足の確保(和議法25・26, 破産法173条参照)など。
- (8c) 1992年の統計によれば, 倒産手続総数14117(うち企業9828)件に対し, 和議成立件数は23(うち企業21)件にすぎない。Insolvenzstatistik Bundesrepublik Deutschland 1992, ZIP93, 1124ff.倒産手続総数も1985年(18876件)をピークに漸減傾向である。
- (9) Heilmann, KTS 75, S. 18f.
- (10) 1978年に連邦司法大臣が改正の準備のために設置した委員会で, 倒産法の実務家と学者が参加している。
- (11) 委員会の審議の成果は, 1985年と1986年の報告書として公表されている。Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Köln (1985); Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Köln (1986) [以下ZBと略]。第一報告書については, 三上威彦「紹介・Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht」民事訴訟雑誌33号199頁以下(1987), 上原敏夫「西ドイツ倒産法改正要綱(第一報告書)試訳」一橋大学法学研究20号95頁以下参照。
- (12) Syndikus Frank Wenzel, Die Restschuldbefreiung in der deutschen und österreichischen Insolvenzrechtsreform, KTS 1993, 187. 1985.4.19にはブレーメンでEC各国とアメリカの実務家・学者による『消費者信用と消費者倒産』と題するシンポジウムが開催されている。その成果は Verbrauchercredit und Verbraucherinsolvenz (Hrsg. Hörmann) [1986] にまとめられている。
- (西) ドイツにおける消費者信用の実態は同書66頁以下に詳しい。それによると消費者信用残高は1950年から67年までは100億マルクに満たなかったが75年には500億マルクに達し, それからの10年で3倍以上に膨張している(更に他の文献によると,

1987年末の西ドイツにおける消費者信用残高は2000億マルク以上(そのうち消費者賦払信用が930億マルク), 西ドイツの一家庭における負債は平均で8200マルクであるという)。その用途は家具(Möbel), 自動車, 信用(Kredite), 住居の順になっている。また年齢別でみると, 20歳代の利用頻度が際立っており, 以下30代, 40代と高年齢層になるに従い低くなる。ただし, このようなデータの存在のみでは消費者破産の正確な実態を知ることは容易でないことも示唆されている。信用債務の弁済に苦しむ消費者を称して, 「現代の債務監獄(modern Schuldturn)」というフレーズがよく用いられている。

- (13) Stefan Smid, Restschuldbefreiung, Insolvenzordnung im Umbruch (Hrsg. Leipold), Carl Heymanns Verlag, 1991, 139, 142.
- (14) 特に従来非免責主義を採用していた大陸法諸国における倒産法改正の動きが顕著である。フランスをはじめオランダ, オーストリア, ノルウェーといった国々である。フランスの消費者倒産立法については西澤宗英「フランスの消費者倒産立法について」杏林社会科学研究9巻1号1頁, 山本和彦「フランスにおける消費者倒産の処理と予防—いわゆるネエルトツ法の紹介を中心として—」法学57巻6号111頁に紹介がある。オーストリアでは1993年に従来の破産法に消費者倒産手続を補足した改正破産法が成立した。Konkursordnung-Novelle 1993, BGBI. 351.そのうちドイツの免責手続にあたる免責を伴う整理手続(Abschöpfungsverfahren mit Restschuldbefreiung)は基本構造はドイツのそれに類似するがかなりの相違点があり興味深い。いずれ検討を試みる所存である。
- (15) Gesetz über Verbraucherkredite, zur Änderung der Zivilprozeßordnung und anderer Gesetze, Vom 17. Dezember 1990 (BGBI. I S. 2840).
- (16) 現行法には債権者側からみた問題もある。即ち, 非事業者(即ち消費者)の場合には引き当てになるべき財産は労働所得であるが, 固定主義(1条1項)をとる破産法のもとでは破産財団に含まれない。そ

- して消費者の倒産の場合、通常は手続費用を賄う資産すらなく、現行破産法・和議法では対応できない。更にドイツの消費者信用の実務のもとでは賃金債権の事前譲渡ないし差押により労働所得を担保とすることが一般化しており、優先主義をとるドイツ強制執行法の下では債権者の公平な満足は確保されないし、これらの担保設定の効力は破産手続ないし和議手続の開始により影響をほとんど受けない。消費者倒産手続を創設することは、公平かつ平等な満足の可能性を消費者信用の債権者に開くことを意味する。Antrag der Fraktion der SPD, Insolvenzverfahren für Arbeitnehmer und Verbraucher, BT-Drucksache 10/6628 [1086. 12. 3]. なお、賃金債権の責任財産性につき比較法的検討を行ったものに山本和彦「消費者信用における賃金の責任財産性の検討—比較法的視点からみた賃金債権の担保化、強制執行・破産における処遇—」民事手続法学の革新（下）279頁がある。
- (17) Hans A. Engelhard, Politische Akzente einer Insolvenzrechtsreform, ZIP 1986, 1287, 1291.
- (18) Diskussionsentwurf Bundesministerium der Justiz Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Entwurf einer Insolvenzordnung (EInsO) (1988). 準備草案については、上原敏夫「西ドイツ倒産法改正草案について（上）（下）」判例タイムズ693号694号参照。
- (19) 倒産法草案中では第1編第5章第3節がRestschuldbefreiungを表題として掲げているが、ここに規定されている制度が通常我々の言うところの免責、即ち債権者の意思にかかわらず裁判所の決定に基づき債務免除の効果が生ずる制度である。しかしドイツでは、この第5章第3節の規定のほか、第6章「倒産計画」の規定に従い、債権者の同意に基づき債務の全部ないし一部の免除を内容とする倒産計画が作成される場合もドイツ倒産法草案中の「免責制度」として説明されることが多い。混乱を防ぐため、ドイツでは前者を「法律上の免責」、後者を「計画に基づく免責」と呼ぶが、本稿もそれにならない、単に「免責」と表現した場合には前者を指す。
- (20) Bundesministerium der Justiz, Referentenentwurf, Gesetzzur Reform Insolvenzrechts (1989). 参事官草案については三上威彦「ドイツ連邦共和国倒産法改正法参事官草案について（一）～（四完）」「続・ドイツ連邦共和国倒産法改正法参事官草案について」慶応大学法学研究64巻4号～8号、同「1989年のドイツ連邦共和国倒産法改正法参事官草案基本構想とその評価」横浜市立大学商学部社会科学研究所41号（政府草案が参議院で議決された後で改めて参事官草案の内容を概観した論稿が同一のタイトルで慶応義塾大学法学研究66巻9号18頁以下 [1993] に所収されている）参照。
- (21) 現在倒産法政府草案(Gesetzesentwurf der Bundesregierung: Entwurf einer Insolvenzordnung (InsO), BT-Drucksache 12/2443 (1992.4.15). 以下「草案〇条」というときは断りのない限りこの政府草案の条文数をさす)は両院協議会(Vermittlungsausschuß)で審議が行われている。草案に対する評価はその公表当時と様相を異にし、特に会社更生に関係する部分を中心に批判が高まりつつあるようである。本草案が法律となることへの危惧を表す向きもある。政府草案の紹介として、吉野正三郎「ドイツ倒産法制の改革(1)—倒産法政府草案の紹介と検討—」判例タイムズ811号50頁 [1993.5.15], ライポルト著 [吉野正三郎・木川裕一郎訳]「ドイツ倒産法の改正」東海法学10号253頁がある。
- (22) これに対し、旧東ドイツ地域においては、1990年に公布された23条から成る包括執行法(Gesamtvollstreckung)の適用を受ける。中でも注目すべきは同法18条2項3文であり、これはスイス連邦破産法265条を範としたもので、包括執行後の債務者の財産に対する個別執行の範囲を限定する規定である。それによれば包括執行を受けた債務者は差押禁止財産に加えて更生に必要な財産を手元に残すことが認められる。
- (23) Menzinger, Das freie Nachforderungsrecht der Konkursgläubiger, Diss. [1982]. この論文では事業者破産を念頭に置いた議論を展開している。
- (24) a. a. O., S. 13ff.
- (25) a. a. O., S. 42ff

- (26) a. a. O., S. 57ff.
- (27) a. a. O., S. 88ff.
- (28) a. a. O., S. 107ff.
- (29) a. a. O., S. 118ff.
- (30) a. a. O., S. 120ff.
- (31) a. a. O., S. 140.
- (32) a. a. O., S. 142.
- (33) Ackmann, Schuldbefreiung durch Konkurs?, Diss. [1983]; Vgl. ders, Lebenslängliche Schuldverstrickung oder Schuldbefreiung durch Konkurs?, ZIP 1082, 1266. Ackmannの見解については、栗田隆「破産者の免責制度について—財産状態の解明と免責決定の柔軟化を中心として—」民訴雑誌32号74頁(81頁)[1986]にもコメントがある。
- (34) a. a. O., S. 93ff.
- (35) a. a. O., S. 110.
- (36) これは、債務者が残債務を完済する見込みがないために、全労働力を使用するというモチベーションを得られなくなることであり、それによって債権者にも経済全体にも消極的影響が及ぶことになるとAckmannは指摘する。
- (37) a. a. O., S. 116f.
- (38) a. a. O., S. 118.
- (39) a. a. O., S. 118f.
- (40) a. a. O., S. 119.
- (41) a. a. O., S. 125f.なお、免責により破産の適時の申立及び破産手続への協力を期待できないことを免責制度導入の根拠として挙げる見解は、財団不足の破産が圧倒的であるアメリカの事情からも疑問であるし、破産を回避することになんらかの利益をもつ破産者はたとえ免責を導入したとしても申立を躊躇するだろう、とAckmannは指摘する。S. 126f.
- (42) a. a. O., S. 128f.ただし、アメリカ破産法の1984年改正はこの論文の出た後であることに注意すべきである。
- (43) a. a. O., S. 130.ただし、イギリス破産法の1986年改正はこの後である。
- (44) a. a. O., S. 131.
- (45) a. a. O., S. 139.
- (46) a. a. O., S. 140.
- (47) a. a. O., S. 141ff.
- (48) a. a. O., S. 144ff.
- (49) Knüllig-Dingeldey, Nachforderungsrecht oder Schuldbefreiung, Diss. [1984].
- (50) a. a. O., S. 106f.
- (51) a. a. O., S. 110.
- (52) a. a. O., S. 112.
- (53) a. a. O., S. 201ff.
- (54) a. a. O., S. 208ff.
- (55) a. a. O., S. 178ff.
- (56) a. a. O., S. 208.
- (57) a. a. O., S. 209.
- (58) a. a. O.
- (59) a. a. O., S. 212.
- (60) a. a. O., S. 213.
- (61) a. a. O., S. 214.
- (62) a. a. O., S. 216.
- (63) 債務者の不誠実性が基準となる和議不許可事由(破産法175条)、和議棄却事由(破産法186-188条)が対象となる。
- (64) ZB, Begründung der Leitsätze 5. 4 (S. 139).
- (65) ZB, Begründung der Leitsätze 6. 3 (S. 162ff.)
- (66) 倒産法委員会のメンバーであったUhlenbruckは、法政策的・全体経済的観点から、倒産法委員会の提案による「免責」の方式は、アメリカのシステムより濫用に対する抵抗力があり、この形式による債務調整がイギリス法におけるより倒産裁判所に対し負担にならない点で優れている、と主張する。Uhlenbruck, “Gesetzesentwurf zur Reform des Insolvenzrechtes: die Restschuldbefreiung als geeignetes Mittel der Entschuldung?” MDR 1990, 4 (6).
- (67) Ackmann, Neue Wege zur Bereinigung von Verbraucherinsolvenzen?, KTS 1986, 555, 597ff.
- (68) 参事官草案は債権者の共同的満足と債務者の債務の一扫を同じ条項に並べて倒産手続の目的として掲げていた。これに対し政府草案は第1項で債権者の共同的満足を倒産手続の目的の一つと定め、更に第2項で「債務者とその家族……の利益は手続

内で顧慮される。誠実な債務者には、残債務を免除する機会が与えられる」としている。

- (69) 草案においても229条が同様の権利を保障するが、免責に関する規定はこれにより影響を受けない(229条3項)。
- (70) BT-Drucksache 12/2443, Begründung, S. 187 f.
- (71) Begründung, S. 100f. (Allgemeines), S. 188 (zu den einzelnen Vorschriften).
- (72) Begründung, a. a. O. (S. 188)
- (73) Begründung, a. a. O.
- (74) Begründung, S. 101.
- (75) Landfermann, Der moderne Schuldturn und das Insolvenzrecht, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute-Der moderne Schuldturn? (Hrsg. Hadding, Hopt, Schimansky), S. 111 (126) [1993].
- (76) しかしより興味深いのは、彼がその脚注で述べる以下の内容であろう。即ち、旧約聖書申命記第15章第2節に「あなたは7年の終わりごとにゆるしを行わなければならない。……。すべてその隣人に貸した貸主は、それを許さなければならない」とのくだりがあるが、これは紀元前7世紀地中海圏において貨幣経済が成立した時代にイスラエルの庶民の間に過剰債務に陥る者が増加してきたため、その対処としてなされた律法である、そこでこの安息の年についての律法を現代の過剰債務現象に即して新たに解釈すべきである、とLandfermannは説くのである。このことにも「誠実性」を要求するドイツの立法者の免責制度に対する考え方の一端が窺えよう。Landfermann, a. a. O. このような考え方には根拠が薄弱であるとの批判が強い。Gerhardt, 後掲注114論文を参照。
- (77) 財団不足により倒産手続開始の申立が棄却された場合(30条1項)、ないし財団不足(mangels Masse, 財団が手続費用を賄うのに十分でないこと)により手続が廃止された場合(317条1項)には、免責手続を利用できない。他方、財団不十分(Massenunzulänglichkeit, 倒産手続の費用は賄えるが弁済期の到来しているその他の財団債務を履

行するためには倒産財団が十分でないこと)が倒産裁判所に確認され(318条)、かつ倒産財団を財団債務への配当にあてた場合にも倒産手続が廃止されるが(324条, 321条)、その場合には免責が付与される(329条2項)。

仮にこれだけなら倒産手続の費用(裁判所の費用, 倒産管財人及び債権者委員会の構成員の報酬と立替金)すら賄えない消費者には免責が与えられないことになるので、草案は債務者及び債権者の申立に基づき倒産管財人の代わりに債務者が自ら倒産手続を行う可能性を認めた(小規模手続における監督人なき自己管理(Eigenverwaltung ohne Sachwalter bei Kleinverfahren), 347条以下)。ここでは裁判所の強力なイニシアティブのもと、債務者が自ら財産目録及び債権者表を作成し(354条)、更に債権の調査・確定・配当を行う(356条)。

- (78) 報告期日とは、倒産管財人の報告に基づき倒産手続の続行に関し債権者集会が決議を行う期日であり、倒産手続開始決定の際に倒産裁判所が3カ月以内の日を設定する(35条1項2号)。財団不足による倒産手続開始申立の棄却は、この日までの手続費用を賄えるか否かが基準となる(30条1項)。倒産手続の申立に免責の申立を併合していなかった場合には、裁判所は倒産手続開始決定の際に債務者に対し、235条から252条の基準によって免責が得られる旨を指摘しなければならない(37条)。
- (79) Begründung, S. 189.
- (80) この最終期日とは、倒産管財人の最後の計算に関する討議、最後の配当表に対する異議の申し立て、及び倒産財団の換価できない目的物に関する債権者の決議のためにあてられる最後の債権者集会の期日のことであり、最後の配当の同意に際して倒産裁判所が定める(225条)。ここにいう最後の配当は、倒産裁判所の同意を条件として、倒産財団の換価が終了したのち直ちになす(224条)。
- (81) これは、通常倒産手続は最後の配当実施後直ちに終結するが(228条)、免責の申立の際には「倒産手続の終結の後」の7年間の債権を受託者に譲渡する旨の意思表示をなすことから(236条)、決定が確定する以前にこの譲渡の意思表示の有効期間が開始

するのを防ぐために設けられた便宜的な規定である。Begründung, S. 189。倒産手続が終結すれば譲渡の効果が生じ、その期間中は債権者の個別的強制執行は許されないことから(243条)、結果として手続中の債権者の個別執行は防止される。

- (82) Begründung, S. 190.
- (83) Begründung, a. a. O.
- (84) Begründung, a. a. O.
- (85) Begründung, a. a. O.
- (86) 本号に関しては、免責拒絶のためには有罪の嫌疑だけでは不十分で有罪判決が確定している場合に限定すべきであること、及び免責手続終結迄の間に有罪判決が確定した場合には債権者の申立てに基づき免責を拒絶するという規定を新設すべき旨の連邦参議院の意見があり、政府もこれに同意している。Drucksache, S. 256, 257 [Stellungnahme des Bundesrates 31, 34], S. 267 [Gegenäußerung der Bundesregierung zu Nummer 31, 34].
- (87) Begründung, a. a. O.
- (88) Begründung, a. a. O.
- (89) Begründung, a. a. O. 期間を10年とすることの根拠については特に触れられていない。
- (90) Begründung, a. a. O.
- (91) Begründung, a. a. O.
- (92) Begründung, S. 191
- (93) Begründung, a. a. O.
- (94) Begründung, S. 193
- (95) a. a. O.
- (96) Begründung, S. 192.
- (97) Begründung, a. a. O.
- (98) Begründung, a. a. O.
- (99) なお、有効期間終了後免責の裁判確定までの債権者の強制執行を禁ずる規定及び受けた満足の返還を命ずる規定は設けられていない。
- (100) Begründung, S. 194 [zu 250].
- (101) Begründung, S. 212.
- (102) Kuhn-Uhlenbruck, Konkursordnung (10. Auflage) S. 1728 [1986]; Kilger, Konkursordnung (15. Auflage) S. 481. 和議の効果が債権に付された担保の効力に影響を及ぼさない旨の規定(破産

法193条第2文, 和議法82条2項)の存在がその根拠とされている。

- (103) Begründung, S. 213 [zu § 301].
 - (104) a. a. O.
 - (105) Gegenäußerung der Bundesregierung, S. 267f.
 - (106) Begründung, S. 194.
 - (107) Drucksache, S. 194 [Begründung zu § 252].
 - (108) a. a. O.
 - (109) Begründung, S. 102.
 - (110) Scholz, Schwerpunkte einer Verbraucher - insolvenz-Regelung, ZIP 1988, 1157 (1159f.); Herbert Hax, Die ökonomischen Aspekte der neuen Insolvenzordnung, Neuordnung des Insolvenzrechts (Hrsg. Kübler) [1989], 29f.; Reifner, Grundsätze zur Bewertung des Verbraucherkonkurs, VuR 1990, 132 (132); Gravenbrucher Kreis, "Große" oder "kleine" Insolvenzrechtsreform?, ZIP 1992, 657 (658); Uhlenbruck, Gesetzentwurf zur Reform des Insolvenzrechtes: die Restschuldbefreiung als geeignetes Mittel der Entschuldung?, MDR 1990, 4 (5).
 - (111) Scholz, Hauptstreitpunkte bei der "Restschuldbefreiung", BB 1992, 2233 (2235). Vgl. Reifner, Grundsätze zur Bewertung des Verbraucherkonkurs, VuR 1990, 132 (134). このような主張に対し、立法者はそのようなカウンセリング機関の利用は債務者・裁判所・受託者など手続に関与する者によるその費用等を勘案した上での判断に委ねるべきであり、少なくとも免責手続の必要的機関として予定すべきではないとする。このような立法者の主張に対しては、裁判所の負担が過大になるとの批判がある。Uhlenbruck, a. a. O., S.10
- 債務者更生のための手続にその更生努力を助ける人物が必要であることは確かである。即ち、その人物には、債務者の家計、消費、労働、資産等に関する資料を揃え裁判所に提出しかつ債務調整の内容の合理性を検討すること、及び債務者の義務遂行の監督をすること、といった活動が望まれる。更に進んでカウンセリングとしての役割をその人物に期待することも考えられよう。その人的資源をどこ

から求めるか、そしてその報酬をいかに確保するかは、債務者の更生過程との兼ね合いを考えれば困難な問題である。このことは裁判官ないし書記官といった裁判所側の人員による場合でも、管財人ないし中立代理人といった債務者側の人員による場合でも変わるところがない。倒産法委員会報告においては管財人を設置せず、配当につき任意的機関としての受託者を予定していた(第3章(2)参照)。倒産法草案でも原則として債務者の収入からの配当のみを任務とする「受託者」を予定し(241条)、更に彼の最低報酬額の弁済を債務者に課し、不履行の場合には免責が拒絶されることになっている(246条)。またわが国のいわゆる消費者債務調整法試案においては調整委員という、弁済計画作成や債務者の財産・収入管理の補佐等を職務とする機関が予定されている(ジュリスト801号22頁の説明を参照)。しかし、実際には受託者ないし調査委員には過大な負担がかかることが予想され、現在のわが国の分割弁済の実務においては債務者の代理人となる弁護士及びその属する法律事務所の事務員の負担は大きいようである(同様の指摘をするものとして、国際消費者破産研究会・消費者破産の国際比較研究114頁)。将来的には国家予算を拡充し消費者のための公的なカウンセリング機関を設置するのが得策なのは明らかであるが、それが直ちに望めない現状でどのように対処するかが課題である。

- (112) Gravenbrucher, a. a. O. 注22でも述べたが、包括執行法は旧東ドイツ地域において1990年に公布された23条からなる法律であり、18条2項3文は包括執行手続で全部の満足を得られなかった債権者が認可された債権表に基づき執行をなす際の規定である。即ち執行は債務者が適当な収入を超える新財産を取得した場合に許され、債務者が手続前または手続中に故意又は重過失により債権者に不利益をもたらした場合にのみその制限がなくなる。スイス債務取立及び破産に関する連邦法(Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Vom 11. April 1889))を範としたものである。ここで言う「新財産」とは、差押禁止財産と更生のために必要な財産の和を超える財産である。

- (113) 企業更生手続導入の際の議論については、山本弘「ドイツ連邦共和国における倒産法改正の試み—Übertragende Sanierungの位置付けを中心として—」民事手続法学の革新(下)529頁以下、同「ドイツ連邦共和国における企業再建手続導入論の動向」民訴雑誌39号157頁以下に詳しい。
- (114) Karsten Schmidt, Das Insolvenzrecht und seine Reform zwischen Prozeßrecht und Unternehmensrecht, KTS 1988, 1 (7f.); Gerhardt, Insolvenzverfahren für Verbraucher aus der Sicht der Wissenschaft, FLF 1989, 99 (99f.); Uhlenbruck, oben (Fn. 110), MDR 1990, 4 (8); ders, Die Restschuldbefreiung nach dem Regierungsentwurf einer Insolvenzordnung (InsO), DGVZ 1992, 33 (36). 以上に対し, Smid, Restschuldbefreiung, Insolvenzrecht im Umbruch (Hrsg. Leipold) [1991] S. 139 (141f.)は, 倒産法草案の免責規定はEC統合に際してのヨーロッパ法体系の統一の要請に基づく政治的妥協の産物であり, そのような法政策とドグマの中間的問題についての議論は無意味であるとする。
- (115) Balz, Aufgaben und Struktur des künftigen einheitlichen Insolvenzverfahrens, ZIP 1988, 273 ff. (294)
- (116) Balz, Schuldbefreiung durch Insolvenzverfahren, BewHi 1989, 103 (105ff.); ders, Logik und Grenzen des Insolvenzrechts, ZIP 1988, 1438, (1443).
- (117) Thomas H. Jackson, The fresh-start policy in bankruptcy law, Harvard Law Review 1985, p. 1393
- (118a) Reifner, oben (Fn. 110), S. 133.
- (118b) Uhlenbruck, oben (Fn. 114), MDR 1990, 10.
- (118c) Jahn, Insolvenzverfahren für Verbraucher—Position der Bundesregierung, "Insolvenzverfahren für Verbraucher—mit oder ohne Restschuldbefreiung?", MIT-standpunkt, Heft 5, S. 20.
- (118d) Uhlenbruck, a. a. O., S. 10.
- (118e) Uhlenbruck, Insolvenzverfahren für Verbraucher aus der Sicht der forensischen Rechtspflege,

- FLF 1989, 11(14).
- (118) Smid, oben (Fn. 114), S. 149f.
- (119) Smid, a. a. O., S. 152ff.
- (120) Smid, S. 153-156.
- (121) Smid, S. 157.
- (122) Smid, S. 160.管轄については、オーストリア破産法43条が否認訴訟につき破産裁判所の専属的管轄としていることになったものという。
- (123) Smid, S. 161.
- (124) 井上薫・破産免責概説 [1991] はその代表格であろう。同書98頁では、ドイツ倒産法草案の姿勢を慎重な態度であるとして高く評価している。学者の側でも西澤宗英「消費者破産と立法」杏林社会科学研究3巻2号69頁,86頁 [1986] が「借りたものは返さなければならないというのは、最低限の社会道德であると思う……免責を目的とする破産などというものを私は認めることはできない」と述べ、同様の抵抗感を示している。
- (125) 東京地裁の判事が相次いで論稿を公表している。田中康久「東京地裁における最近のカード破産・免責事件の取扱い」ジュリスト1014号31頁,同「東京地裁破産部における免責事件処理について」自由と正義44巻12号37頁。神山隆一「東京地裁における自己破産の受付状況と審理の実情」月刊消費者信用1994年5月号46頁。方式の内容に関する叙述は、田中・自由と正義掲載論文による。
- (126) 神山・前掲50頁。
- (127) 神山・同上
- (128) 永尾廣久弁護士の提唱にかかる「永尾方式」ないし「配当方式」である。東京地裁方式では破産手続が行われないので破産債権が確定せず、またそこで隠されていた債権により再度の破産が誘発されるというデメリットがあるとし、それを解消することを主眼とされている。永尾廣久・カード破産から立直る法 [1994, 花伝社], 特に62頁以下。
- (129) 免責不許可事由は制限的列挙と解されている。注解破産法1193頁 [白川和雄]
- (130) 田中・前掲自由と正義44巻12号49頁は、「現時点における積立が困難であることが明らかな事案では、免責を許可するか不許可とするかの二者択一と
- なっている。破産者本人の生活状態,健康状態を総合すると,積立期間を長期にすれば一部弁済が可能と判断される場合もある。このような事案にあつては,……将来の一部弁済を期待して割合的一部免責決定(一部不許可)をすることも可能ではなかろう」と述べている。
- (131) 肯定的見解として,青山善充「免責前の一部弁済と一部免責について—その適法性と問題点の検討—」月刊消費者信用1994年2月号18頁,同「破産免責における裁判所の裁量の基準について」消費者ニュース19号巻頭言 [1994], 木村晋介「カード破産にどう対処すべきか」自由と正義45巻2号106頁 [1994], 酒井一「一部免責の可否と基準について」判例タイムズ844号30頁 [1994], 否定的見解として,尾川雅清・末永久美子「倒産実務に見る消費者金融の問題点」自由と正義44巻12号106, 114頁 [1993], 安保嘉博・飯田昭・武田信裕・野々山宏「多重債務問題の真の解決のために—木村晋介氏論文の批判—」自由と正義45巻7号111頁 [1994] がある。
- (132) 植田勝博「免責をめぐる問題点」自由と正義36巻6号21, 26頁 [1985], 伊藤眞「破産免責と付随的諸問題」法学教室64号57, 60頁 [1986]。
- (133) 例えば大阪高決平成元年8月2日判例タイムズ714号249頁,東京高決平成元年8月22日金法1245号31頁(不許可事由は軽微ではないが,不誠実性は著しくないとして免責)。
- (134) 最決昭和36年12月13日民集15巻11号2803頁。
- (135) 井上薫・前掲316頁の記述を参照。
- (136) 勿論それが事実上の不利益をもたらすことはある。藤木英雄/金子宏/新堂幸司・法律学小辞典[増補版] 113, 167頁。一部弁済勧告に従わないことは免責不許可という不利益を被る可能性があるが,弁済しなくとも強制執行で実現すべき筋合いのものではないであろう。
- (137) 加藤正治・破産法要論69頁,兼子一・破産法77頁,中田淳一・破産法和議法91, 203頁,青山ほか・破産法概説[新版] 115頁(否定したところで個別追求する債権者が激減するとは思われないという理由),霜島甲一・倒産法体系180頁。

- (138) 山木戸克己・破産法34頁, 注解破産法65頁 [小室直人=中殿政男],
- (139) 谷口安平・倒産処理法 [第二版] 134頁, 注解破産法65頁 [小室直人=中殿政男]
- (140) 伊藤眞・破産法[新版]112頁, 基本法コンメンタール破産法36頁 [池田辰夫]
- (141) 基本法コンメンタール破産法36頁 [池田辰夫]
- (142) 青山・前掲消費者法ニュース巻頭言。
- (143) 説得的根拠には欠けるものの, 善行期間を7年間に設定したことはその表れであろう。また, 免責不許可事由に付された立法理由—裁判所の裁量の制約, 法的安定性—もそのことを想起させる。第4章第2節を参照。
- (144) 免責不許可事由や免責手続中の債務者の就業義務(244条1項1号)の内容は曖昧で, 結局裁判所の裁量に委ねられることになる。第5章第3節参照。
- (145) 本件の評釈として, 金馬健二・判タ臨増790号242頁, 宮川聡・ジュリ臨増1002号137頁がある。
- (146) Drucksache 12/2443, S. 189 [zu § 237].
- (147) Smid, oben, S160f.
- (148) 山本弘・法学教室134号76頁 [平3決定解説]
- (149) 司法研修所編・破産事件の処理に関する実務上の諸問題253頁
- (150) 勿論厳密に言えば, 一部弁済方式ないし一部免責決定の際には実体的な債権の存否が確定されるわけではないが, 破産者 [破産管財人] 対破産債権者及び破産債権者相互間の対立という構図, 及び実質的には一部免責決定により債権の内容が確定された場合と異なるところはないことから考えて, 利益状況としては債権確定の場面に擬することができるのではないか。
- (151) 裁量性の度合いと対審構造に親しむ性質との関係について, 新堂幸司「訴訟と非訟」三ヶ月=青山編・民事訴訟法の争点 (新版) 18頁。
- (152) 平成2年3月20日の最高裁の2つの判決 (民集44巻2号416頁, 判時1345号68頁)。
- (153) 山木戸克己教授は, 立法論として, 訴訟手続の手続自体として有する社会的・法的意義ないし価値を尊重しつつ, 今日の世界情勢のもとでの事件処理の

ドイツ連邦共和国倒産法草案における免責制度の導入

迅速性の要請を考慮して, 当事者の申立により判決手続への移行の余地を認める新たな非訟手続の創設を説く (山木戸『裁判手続の多様性—「第三の裁判手続」論に関連して—』講座民事訴訟②訴訟の提起102頁)。示唆に富む見解である。

- (154) 具体的な手続としては, 例えば, 以下のようにも考えられよう。即ち一部免責決定を受けた後, (1)自己の債権のうちの追求可能額につき不服のある債権者, 及び(2)他の債権者の追求可能額につき異議のある債権者は, 裁判所に査定を申立をする。また査定は職権でもできるものとする。査定中は配当もストップせざるを得ないので, 査定を申し立てる債権者に担保の提供を要求することも考慮されよう。査定の手続については, 非訟事件手続法135条ノ50ないし52, あるいは会社更生法72条ないし74条が参考になる。即ち申立原因の疎明, 決定に理由を付すること, 及び決定前の利害関係人の必要的審尋が内容となる。ただ, 審尋に際しては対審構造をとる。利害関係人の範囲は, 上記の(1)の場合には全債権者, (2)の場合には異議をなした債権者と異議を受けた債権者ということになる。更に裁判所も職権調査をなし得るものとする。査定は裁判, 及び査定を申立てを棄却する裁判は決定でなされるが, これに対する不服申立方法としては, 査定は裁判で対審構造をとることの反面として, 査定は裁判に対する異議の訴え (商法394条, 会社更生法75条参照) は認めず, 即時抗告をなし得るにとどめる。

[追補] 本稿は, 1993年12月提出の修士論文を加筆・修正したものである。修正中の1994年7月にドイツ倒産法が議会で可決された上, 成立した (発効は1999.1.1の予定である)。免責制度に関しては, 条文の位置に変更があったがその内容は政府草案のそれがほぼ維持されている。