

講演

国際破産法機能化への道

——最近のドイツの判例，ドイツ＝オーストリア破産条約，並びにヨーロッパ破産条約計画との比較——

ディーター・ライポルト

櫻井孝一 訳
本間法之

- A. はじめに
- B. 最近のドイツの判例における国際破産法
 - I. 内国破産の射程
 - II. 外国破産の内国における効果
- C. ドイツ＝オーストリア破産及び和議条約
 - I. 成立と目的
 - II. ドイツ＝オーストリア破産条約の理念
 - III. 国際管轄
 - IV. 破産管財人の地位と差押えの効果
 - V. 破産準拠法（法廷地破産法 *lex fori concursus*）と外国法の射程
 - VI. 和議手続の承認
- D. ヨーロッパ共同体草案
 - I. 成立と目的
 - II. 理念
 - III. 国際管轄
 - IV. 差押えの効果と破産管財人の地位
 - V. 未履行の契約，所有権留保，及び相殺
 - VI. 優先権，担保，及び財団債権の取扱い
- E. ヨーロッパ評議会草案（ストラスブール草案）
 - I. 成立と目的
 - II. 理念
 - III. 破産管財人の権限の承認

F. 比較しての結論

凡例

() 内は、著者の補足、又は原語。

〔 〕 内は、訳者の補足。

A. はじめに

ドイツ破産法は揺れ動いている。このことは、その国内的次元についても、並びにまたその国際的次元についてもあてはまる。連邦政府によって設置された委員会⁽¹⁾は、多年にわたる作業の後、内国倒産法の詳細な改正提案を提示した。国際法的な側面は、委員会においては除外されたが⁽²⁾、しかし、この点については、他において活発な議論がなされている。そこにおいて、特に重要な意味をもつのが、一方においては最近のドイツの判例であり、他方においては、二国間条約の例たるドイツ＝オーストリア破産条約である。これらと並んで、ヨーロッパレベルで条約による解決を図らんとする注目すべき草案がある。以下の論述の目的は、これらの様々な解決モデルを、その根本的な考え方において、また多くの個別問題において、相互に比較することにある。

B. 最近のドイツの判例における国際破産法

I. 内国破産の射程

1. 原則 ドイツにおいて開始された破産については、すでにかかなり以前から、普遍主義(Universalitätsprinzip)が妥当することが肯定されている。この結論は、まず、破産法〔以下、「KO」とする。〕第1条第1項から導かれる。ただし、同規定によれば、内国にある財産(Inlandsvermögen)と外国にある財産(Auslandsvermögen〔在外資産〕)とを区別することなく、破産者の差押え可能な全ての財

(1) Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz (1985) ; Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz (1986).

(2) Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz (1986), S. 14 f.

これに批判的なものとして Ebenroth, Die Inlandswirkungen der ausländischen lex fori concursus bei Insolvenz einer Gesellschaft, ZZP Bd. 101 (1988), S. 121, 147 ff.

産が破産財団に属するものとされているからである。次に、KO 第238条が根拠とされる。同規定は、一定の要件のもとにおいて、内国にある財産に限定した内国破産の開始を許容している。このことから、これ以外の場合には、内国破産は、破産者の財産の所在地にかかわりなく、その時における破産者の全ての財産を捕⁽³⁾捉する、との結論が導かれる。

普遍主義の原則が妥当する、といっても、もちろんこの命題(Aussage)にあまりにも広い意味を与えることは許されない。その領土内に〔ドイツの〕破産者の財産が存在する外国国家がドイツの破産の効果を承認するかどうかを、ドイツ法(Rechtsordnung)が決定し得ないのは当然である。その限りにおいて、普遍(Universalität)とは、目的観念であり、ドイツ法の意向の表明である。それ故、ライヒスゲリヒト⁽⁴⁾は、簡明に、次のように述べている。すなわち「破産者の財産がどこにあろうとも、破産は破産者の総財産を補捉するものとするのかどうかという問題だけが破産開始国の立法に従うのであり、これに対して、破産が国外にある破産者の財産にも及ぼされ得るのか、そしていかなる範囲にまで及ぼされ得るのか、という問題は、その領土内に破産者の財産の一部が存在する国家の立法がこの問題についていかなる態度をとっているかによる。」というのである。

2. 内国における破産管財人の訴訟追行権能(Prozeßführungsbefugnis) 国内法は、その固有の規制権限に基づき、内国の裁判所に対してのみ、在外資産に関しても破産の効果を承認するように定めることができる。これは、当該財産(Vermögensgegenstand)が存在する外国国家がドイツの破産の効果を承認するかどうかにかかわらず、普遍主義の原則によって認められる。連邦通常裁判所〔以下、「BGH」とする。〕⁽⁵⁾は、複数の被告に対する破産管財人の引渡請求訴訟において、破産管財人によって財団へ〔の引渡しが〕請求された目的物の一部が外国に存在する場合について判断を下さなければならなかった。破産者の在外資産を保管に置いて換価することも破産管財人の任務の一部であるとして、外国に存在する目的物に関する破産管財人の〔ドイツの裁判所における〕訴訟追行権能が肯定された。BGHは、破産管財人が取得する債務名義(Titel)が外国において貫徹され得るかどうかの問題はその前提判断とはなっていなかったことから、これによって外国国家の主権に抵触することはないと見た。

(3) BGHZ 68, 16, 17 ; RGZ 54, 193 ; RGZ 153, 200, 206.

(4) RGZ 54, 193.

(5) BGHZ 68, 16.

3. 外国における破産の目的に反する個別執行と〔平等〕補償請求権 (Ausgleichsanspruch) 内国の破産にもかかわらず、破産債権者が、外国において、強制執行の方法により、破産者の在外資産 (ausländisches Vermögen) から満足を得ることは可能である。内国 (ドイツ) の破産法は、これを妨げることはできない。それどころか、ドイツでの破産にもかかわらず外国国家が個別執行を許容するときは、結局のところ内国の破産法はこれを容認しなければならない。というのも、まさにそれが外国破産の場合におけるドイツ法の態度でもあるからである—KO 第237条。しかしまだ、破産は**直接**の対外的効力 (Auslandswirkung) を有しないとの最終結論を下すには至らない。けだし、破産管財人にとっては、なおこの場合にも総債権者平等の原則を貫くために、ドイツの裁判所において、個々の執行債権者から、〔外国での強制執行によって〕満足を得たものの財団への返還を求めることができるか、が問題となるからである。

ライヒスゲリヒトは、そのような請求権を否定した。その理由は、KO 第14条——破産係属中の個別執行の禁止——は、外国における執行には関係しない、つまり、債権者は外国において違法なことは何も行なっておらず、また、ドイツ破産法は——多くの外国法 (Rechtsordnung) と異なり——債権者に、外国で〔の強制執行で〕満足を得たものの破産財団への返還を義務づける何らの規定も有していない、ということであった。

80年後、法規の状態は変わらぬままに、BGH は全く正反対の判決を下した。⁽⁷⁾ BGH は、内国破産の法効果についての基礎となるこの判決において、次のように判示する。すなわち、外国での個別執行によるそのような満足は、ドイツの破産手続の意義及び目的、つまり総債権者平等満足の原則に反する。外国において (その国の現行法にしたがい) 執行を適法に貫徹したからといって、その取得が KO 第14条の目的に違反し、したがって内国においては適法でない、すなわち、ドイツ破産法によっては是認されないとみなされるべきことには何ら変わりはない。それ故、取立てを行なった債権者は、正当な理由なくして財団の負担において (民法第812条「不当利得 (Eingriffskondiktion)」の形で) 利益を得ているのであり、〔外国での執行で〕獲得したものを財団 (すなわち破産管財人) に返還しなければならない、とする。BGH は、ライヒスゲリヒトとは異なり、不当利得の権利を示すことによって、破産法における明文の規定 (Anspruchgrundlage) の必要はな

(6) RGZ 54, 193, 194.

(7) BGHZ 88, 147 = JZ 1983, 898 (mit Anmerkung Grunsky).

いと考えた。そこで当然に、その結果が KO 第237条といかに調和するのか、という問題が生じるが、これについて BGH は次のように答えた。すなわち（ここでは比較のため逆の場面が考えられているが）、KO 第237条の規定は、内国での強制執行による満足が外国の破産手続において是認されないかどうかに関しては、何ら触れていない、というのである。

結果として、この〔平等〕補償義務（Ausgleichspflicht）により、内国破産の間接的な対外的効力が得られる——このことは、総債権者の平等満足のためには重要な一歩と思われる。

4. 破産の承認に代わる外国での破産者の代理 ドイツの破産の効果が外国国家において承認されないときは、破産管財人は、その国において、破産者の財産を占有し、そして換価するために活動することはできない。しかしながら、これについてドイツでは、注目すべき解決策が考え出されている。すなわち、破産者による破産管財人への代理権（Vollmacht）の授与という方法である。破産者がみずからその授与を行なうときは、それには何ら問題はない。だが、最近のドイツの判例の一部は、さらに一歩進めている。ケルン上級地方裁判所は、その注目すべき判決において、破産者には、破産法にしたがい、破産管財人に、在外資産（当該事例では外国の土地）の処分について代理権を授与する義務がある、と判示した。その数年前には、コブレンツ上級地方裁判所が、破産法における法的基礎を欠くものとしてそのような義務を否定していたにもかかわらず、ケルン上級地方裁判所（註8参照）は、破産者の法律上の説明及び引渡し義務（説明義務につき KO 第100条、引渡し義務につき KO 第117条）を示し、そこから破産者の基本的な協力義務が、したがってまた在外資産についての代理権授与義務も生じる、とした。

ケルン上級地方裁判所の判決に対して提起された憲法異議の訴え（Verfassungsbeschwerde）は、連邦憲法裁判所によって、基本法違反も、並びに裁判官の法形成の権限を超えるものもないとの理由により、訴えの利益（Erfolgsaussicht）を欠くとして、〔本案〕裁判には至らなかった。したがって、事件そのものについて、連邦憲法裁判所の判断は示されなかった。

代理権授与義務に関する解決策は、一見したところでは、洗練されているよう

（8） OLG Köln OLGZ 1987, 69.

（9） OLG Koblenz KTS 1980, 68.

（10） BVerfG KTS 1987, 97.

に思われる——通説もやはりケルン上級地方裁判所と同じ見解である——が、しかし、私はなお疑問を持たざるを得ない。代理権を必要とするのは、外国国家がドイツの破産法による破産管財人の管理処分権を承認しないという理由からだけである。しかし、外国法から見れば、この場合、代理権〔授与〕の強制は、実は意図的な脱法行為である。したがって、外国における代理権も、その国においてその〔授与の〕そもそもの目的が認識されるときは、全く承認されないことは明らかである。さらに疑問に思われるのは、内国の法秩序と外国のそれとの分離は、ドイツ法が、端的に、そのような行動様式についての義務を確立することを正当化するのかどうかである。その限りにおいては、国際法上の主権ないし国際的配慮 (internationale Rücksichtnahme) の原理でもって論証することは、的はずれではないであろう。また、代理権による解決は、個々の場合には解決策として機能するとしても、完全な〔破産の〕普遍性は、関係する法秩序の協働によってのみ達成されるとの視点を見逃してはならないであろう。

II. 外国破産の内国における効果

1. 従来のドイツの判例

a) 1985年までは、ドイツの判例は、外国で開始された破産に、内国においてもその法効果を認めることを否定するものが⁽¹¹⁾通例であった。すでにライヒスゲリヒト⁽¹²⁾によって、その比較的後期の判例において主張されたこの見解の主たる論拠は、KO 第237条であった。この規定は、外国に存在する財産について破産手続が開始された場合にその債務者の内国にある財産に対する強制執行が許される旨を明文で定めている。このことを一般化して、外国の破産はドイツ国内にある財産につき何ら差押えの効力 (Beschlagskraft) を有し得ない、すなわち、外国破産には⁽¹³⁾属地主義 (Territorialität) の原則が妥当する、との結論が導かれた。そこで、BGH は、例えば、オーストリアで開始された破産の破産者に、内国におけるその債権、すなわちドイツに住所を有する債務者に対するその債権につき、引き続き⁽¹⁴⁾処分権能及び訴訟⁽¹⁵⁾追行権能が帰属することを認めた。また、BGH は、ス

(11) しかしながら、すでに普遍主義の原則を承認するものとして OLG Düsseldorf ZIP 1982, 1341, 1342.

(12) RGZ 100, 241, 242; 114, 82, 84. しかし、ライヒスゲリヒトの判例は、全体として不統一であった。詳しくは、BGHZ 95, 256, 261 f. (mit weiteren Nachweisen) 参照。

(13) BGH NJW 1962, 1511, 1512. 同様に、例えば、BGH GRUR 1976, 204; BFHE 123, 406.

ウェーデンで破産が開始された場合について、その故に、破産開始の当時係属中であったドイツの民事訴訟——この訴訟においては、スウェーデンの破産の破産者が相手方訴訟当事者 (Prozeßgegner) に対する債権を主張していた——の中断が生ずべきいかなる理由もないとした（これに対し、内国における破産は、民事訴訟法第240条にしたがい訴訟の中断を導くことになるう）。

b) 外国破産の内国における効力を認めないという従来の通説は、近時、しだいに批判を受けることとなった。すなわち、判例は、破産に陥った**外国の法人**の代表 (Vertretung) に関する限りにおいて、すでに重要な例外を認めた。法人の住所地 (Sitz) において適用ある法律にしたがい、法人の定款上の機関が破産開始によって代表権限を失い、それに代わって破産管財人のみが代表権限を有するとき⁽¹⁷⁾は、かかる代表権限の移転は、ライヒスゲリヒトの見解——これには BGH もしたがっている⁽¹⁸⁾——によれば、ドイツにおいて〔も〕顧慮されなければならない。BGH⁽¹⁹⁾は、次の理由から、この見解は属地主義には反しないと見た。すなわち、問題となっているのは、法人の法律上の代表についてであって、破産における内国財産の差押えについてではない。したがって、KO 第237条の〔債権者〕保護の目的も害されない、とするものである。

2. 1985年の連邦通常裁判所判決による転回⁽²⁰⁾

a) 裁判の対象 1985年に、BGH は、従来の判例を明確に破棄し、判決要旨 (Leitsatz) として、次のように判示した。

(14) BGH NJW 1960, 774.

(15) BGH NJW 1962, 1511. 外国破産による訴訟の中断に反対のものとして、さらに、BGH GRUR 1976, 204 ; WM 1977, 785 ; WM 1978, 978 ; BFHE 123, 406.

(16) そこで、例えば、Müller-Freienfels, Auslandskonkurs und Inlandsfolgen, Festschrift für Dölle, Bd. II (1963), S. 359, 377 f. ; Thieme, Inlandsvollstreckung und Auslandskonkurs, RabelsZ Bd. 37 (1973), S. 682, 689 f. ; Hanisch, Auslandsvermögen des Schuldners im Inlands-Insolvenzverfahren und vice-versa, Festschrift Einhundert Jahre Konkursordnung 1877-1977 (1977), S. 139, 145 ; ders., Parallel-Insolvenzen und Kooperationen im internationalen Insolvenzfall, Festschrift für Bosch (1976), S. 381, 382 f. ; Pielorz, Auslandskonkurs und Disposition über das Inlandsvermögen (1977), S. 24 ff., 65 ; Jaeger-Jahr, KO, 8. Aufl., §§ 237, 238 Rdnr. 196 ff. (とりわけ 210) ; Kuhn-Uhlenbruck, KO, 10. Aufl., §§ 237, 238 Rdnr. 10 ff.

(17) RGZ 153, 200, 106 f.

(18) BGH AWD 1962, 81 (mit zustimmender Anmerkung Hofstetter).

(19) BGH AWD 1962, 81.

「外国における破産開始は、債務者の内国にある財産をも捕捉する。」

裁判の対象は、まず第一に、ベルギーで開始された破産において選任され、ドイツの地方裁判所に提起された訴えによってドイツの会社 (Gesellschaft) に対する破産者の債権を主張する破産管財人の訴訟追行権能であった。破産者がベルギーに本拠をもつ法人であったことから、BGH は、本来は法人の代表についての前述の例外に基づいて、外国破産管財人の代表権を肯定できるはずであったが、当該破産管財人は、破産者の名において ([法人の] 代表において) ではなく、自己の名において、つまり破産管財人として訴えを提起したのであった。そこで [この事件において]、BGH が、その訴訟追行権能に関連してまさに外国破産の効果について言及する契機となったのである。

BGH が答えなければならなかった第二の個別問題は、外国における破産開始後の相殺に関してであった。すなわち、被告は、抗弁として (hilfsweise)、破産者に対する反対債権との相殺を主張した。そこで、破産の開始にもかかわらずその相殺がなお許されるのかどうかという問題は、どちらの〔国の〕法律にしたがって判断されるべきかが明らかにされなければならなかった。

b) 判例変更の基礎 ライヒスゲリヒトも、並びに(1985年までの)BGH も、法律(すなわち KO 第237条)を根拠とすることができると考えていたことは疑いもなく明らかであるから、BGH が、判例の転換をどのようにして基礎づけているのかは、特に注目に値する。BGH は、もはや前述の個別的規定から出発してこれを一般化するのではなく、逆に、破産法の諸原則から出発し、その上で、KO 第237条を、原則としての性格をもたない例外規定として位置づけている。BGH は、まず、内国破産に際しては普遍主義が基礎となること、しかも、国際的に承認されている破産法の根本思想である総債権者の平等取扱いのためにそうであるこ

(20) Urteil vom 11. 7. 1985 (IX ZR 178/84) -BGHZ 95, 256=JZ 1986, 91 (mit Anmerkung Lüderitz). 本判決及び現在の法律状況につき、Hanisch, Die Wende im deutschen internationalen Insolvenzrecht, ZIP 1985, 1233 ; W. Lüke, Zu neueren Entwicklungen im deutschen internationalen Konkursrecht, KTS 1986, 1 ; Lau, Zur Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs über die Wirkung des Auslandskonkurses im Inland, BB 1986, 1450 ; Moltrecht, Inlandsfolgen des ausländischen Konkursverfahrens, RIW 1986, 93 ; Trunk, Dogmatische Grundlagen der Anerkennung von Auslandskonkursen, KTS 1987, 415 ; Ebenroth, Die Inlandswirkungen der ausländischen lex fori concursus bei Insolvenz einer Gesellschaft, ZZP Bd. 101 (1988), 121.

とを詳細に指摘する。そして、内国での外国破産の一般的な不承認はこの原則に反する。また、そこには外国の法秩序とそれを取り扱う機関に対するいわれのない不信感がある、としている。BGHの見解にしたがえば、破産開始が外国国家の高権行為（Hoheitsakt）であるということは、〔外国破産〕承認の妨げにはならない。けだし、その他の外国の高権行為、とりわけ私法形成的内容の高権行為も、特に非訟事件の領域において、広く内国で承認されるであろうとからである。さらに、BGHは、外国破産の承認につき、これによって法人並びに自然人についての統一〔的处理〕ができることを挙げている。

もちろん、外国破産の内国における効果がKO第237条——外国破産開始後の内国における個別執行の許容——といかに調和し得るかという問題が残る。この点につき、BGHは、この規定の創設の際の立法理由（Materialien）にさかのぼり、立法者はその当時でさえ普遍主義の原則から出発しており、KO第237条の規定は債権者保護の理由からのみ創設されたことを確認する。かくて、BGHは、この規定を例外規定とみて、それは個々の債権者の保護に仕えるが、しかし、債権者全体の負担において破産者に対して内国にあるその財産に関する処分権能を維持するものではない、とする。もちろん、それでもなおKO第237条は、一種の異物（Fremdkörper）である——それ故、BGHは、この規定の適用をできるだけ狭い範囲に限定しようとするが、このことについてはなお改めて取り上げなければならない。

法解釈学的考慮と並んで、BGHは、明確に内国における外国破産の承認についての**法政策的根拠**を挙げている。すなわち、総債権者平等取扱いの原則は破産者の財産をその所在地に関係なく捕捉することを要求する、ということである。BGHの見解によれば、特にヨーロッパ共同体においては、属地主義は不利に作用することになる。けだし、普遍主義を採らなければ、居住の自由の権利（das Recht der freien Niederlassung）及び財産取引の容易化が、破産の目的の達成をしばしば不可能にすることがあり得るからである。ここにおいて、BGHは、ヨーロッパ共同体の域内における条約締結の努力を明確に指摘し、それでもって、その目的——ヨーロッパ共同体レベルでの破産の統一及び普遍化——が、すでに先取りの効果をもたらしたことを示す。

c) 外国破産承認の要件 法律の明文の規定がないことから、BGHは、〔外国破産〕承認の要件を、ドイツ破産法の規定及びその法原則の「全体構造（Gesamtgefüge）」から導き出している。これによれば、以下の要件が満たされねばならない。

—外国の手続が(ドイツの法概念からみて)破産[手続](Konkurs)でなければならない。

—さらに、もちろん BGH は必ずしも明確に要求しているわけではないが、外国で開始された破産もその外国の破産法にしたがい**普遍主義**を採用すること、すなわち、破産者の財産をその所在地に関係なく捕捉するものとしていることが必要とされなければならない。⁽²¹⁾

—破産開始地が**国際管轄権**を有していなければならない。その際、国際管轄権は、KO 第71条第1項及び第238条にしたがって(外国判決の承認の際に行なわれるのと全く同様に「鏡像的適用 (spiegelbildlicher Anwendung)」において)調査される。

—**破産開始**がそれ自体として**有効**でなければならない。これについては、破産が開始された国の法律が基準となる。

—破産開始が内国の「**公序** (ordre public)」に反してはならない。

BGH は、**相互性**(つまり、逆の場合における外国国家によるドイツの破産の承認)の要件を、[外国破産]承認の要件として挙げてはいない。私見によれば(もちろん、この点について判決は明確でないが)、この問題は未解決のまま残されたのではなく、BGH の見解にしたがえば、外国破産の承認が**相互の保証**とは関係がない⁽²²⁾とすることは全体の関係から明らかである。また、このことは、賛成に値するといえる。けだし、相互性の要件が、すでに判決の承認の領域においていよいよ法政策的な問題であるとみなされるならば、この要件の妥当領域を拡大するいわれはほとんどないからである。しかし、私は、このことに関しては議論の余地があるということを付け加えておく。

d) 判決の具体的結果 具体的な事件においてその効果が問題となったベルギーで開始された破産につき、BGH は、[外国破産]承認の要件を全て満たしているものとみた。したがって、ベルギーの破産管財人のドイツの訴訟についての**訴訟追行権能**は肯定された。

(21) Ebenroth, ZZP Bd. 101 (1988), 125 ; Trunk, KTS 1987, 415, 426.

(22) W. Lüke, KTS 1986, 1, 16 及び Ebenroth, ZZP Bd. 101 (1988), S. 131 も BGH の判決をそのように理解している。見解を異にするのは、Trunk, KTS 1987, 415, 426 ; Lau, BB 1986, 1450, 1453.

(23) Kuhn-Uhlenbruck, KO, 10. Aufl., §§ 237, 238 Rdnr. 74 も相互性の要求には反対である。しかしながら、Trunk, KTS 1987, 415, 429 f. ; Lau, BB 1986, 1450, 1453 は、見解を異にする。

相殺については、BGHは異なる態度をとった。そこではまず、破産の効果の射程は破産手続に関係するすべての法律効果について統一的に決め得ないことが強調される。相殺の実体法上の効果は、原則として、相殺を受ける主たる債権（Hauptforderung〔受働債権〕）の債権準拠法（Schuldstatut）にしたがって決定される。しかし、内国における外国破産の実体的効果の承認から、相殺に関する破産法上の規定は、その外国の規制がまさにドイツの公序に反しない場合に斟酌すべきであるとの結論が導かれる。ベルギー法は、同一の法律関係から生じる相対立する債権（wechselseitige Forderung）を例外として、破産開始後の相殺を一般的に禁止している。この要件のもとで、主張された相殺は認められない、とする（もちろん、本件の相殺はドイツ破産法によっても許されないとはいえよう）。

3. 関連問題

a) 一般 相殺についてのBGHの見解（Bemerkungen）からすでに明らかにように、普遍主義を採る基本的な判決をもって、直ちに全ての問題が解決されるわけではない。破産から生じる——訴訟上並びに実体上の面で——多くの法律効果に関して、外国の破産開始が、あらゆる点について〔内国において〕効果をもつとは決して言い切れない。この場合、すでに相殺の例が示すように、外国の破産の効果が一般的に受け入れられるのかどうかということのみならず、その効果はもっぱら外国の破産法のみに基づいて決定され得るのかどうか、ということも問題となる。この点について現行ドイツ（自国）法（Das geltende deutsche (autonome) Recht）⁽²⁴⁾には、何らの規定もない。それはともかく、ドイツ自国法（dem autonomen deutschen Recht）には、外国の破産法に対して、いかなる影響をも及ぼす力はないのであるから、ここに、まさに一国の法による普遍主義の弱点の一つが、体系的に内在している。もちろんその相当部分が未解決であるといわねばならない極めて重要な関連問題について、引き続きここで言及するが、その際更に、それらの問題につき、他の規制モデル、つまりドイツ＝オーストリア条約並びにヨーロッパ条約草案においていかなる解決が見い出され得るかを、後で特に取り上げるつもりである。

b) 破産の不統一 BGHの新判例は、確かに破産の普遍性を認めてはいるが、しかし、独自の力で破産の統一を達成することはできない。外国破産は、同一の債務者に関して内国においても破産が開始されることを排除しない。BGHが強調するように、そのような内国破産は、外国破産に優先する。いずれにして

(24) Ebenroth, ZZP Bd. 101 (1988), 147 ff. による改正提案〔がある〕。

も、追加的な内国破産は、KO 第238条の——債務者が内国に営業所(gewerbliche Niederlassung)を有するが普通裁判籍を有しない——場合には許される。もちろん、この場合、内国破産は、内国の財産のみに関係する。しかし、外国法が、その立場で、当該外国破産の効果を、或る程度、内国（ドイツ）の財産に影響を及ぼさないものとするかどうかは明らかではなく、そしておそらく、一般的にはそのようにはならないであろう。

国際裁判管轄権を有する裁判所によって開始された外国破産にもかかわらず、内国においてもなお無制限の（内国の財産に限定されない）破産が開始され得るかどうか（すなわち、内国においても KO 第71条第1項にしたがい国際裁判管轄権⁽²⁵⁾が与えられる場合）は、疑問の余地がある。いずれにしても、そのような場合には、もとより、複数の破産の並存は避けられるべきであり、またその際、異なる複数の外国国家における複数の破産についても考えなければなら⁽²⁶⁾ない。

c) 外国破産、差押えの効果及び破産債権者による内国での権利追求 総債権者平等満足の原則を貫徹させるために、外国の破産に内国における効果を付与する場合、認められるべき最も重要な効果は、破産目的のための内国の財産の**差押え**にあると言わなければならない。外国の破産管財人は、財団目的物を占有し、換価する実体上及び訴訟上の権能を有しなければならない。破産者の側からの返還の強制が問題となる限りにおいては、（いずれにせよ外国法が当該物件（die Dinge）をドイツ法と同様に見るときは）〔破産〕開始決定が破産者に対する債務名義として問題となるであろう。しかし、いずれにしてもこの〔開始〕決定に対しては、まず内国において執行力があるものとの宣言が下されなければならないであろうが、この点については、従来ドイツの制定法には何ら詳細な規定は存在⁽²⁷⁾していない。

全債権者のために生じる差押えの効果に基づき、本来、破産債権者による個別の強制執行は、もはや許されない。にもかかわらず、KO 第237条は、そのような

(25) Kuhn-Uhlenbruck, KO, 10. Aufl. §§ 237, 238 Rdnr.49は、この場合に、KO 第71条第2項を類推適用する。その結果、国際裁判管轄権を有する裁判所に最初になされた〔破産〕申立てが、他の全ての裁判所の管轄権を排除する。これに対し、Hanisch, ZIP 1985, 1236 註30は、そのような場合の内国における破産の開始を可能とみなし、この場合に、その破産〔の効果〕は、すでに破産が行なわれている国にある財産を除いて、在外資産にも及ぶものとしている。

(26) この場合につき、Hanisch, ZIP 1985, 1236 註30は、〔破産〕開始の時点と結びついた〔管轄〕優先原則（Prioritätsprinzip）の適用を提案している。

(27) この問題につき、Hanisch, ZIP 1985, 1233, 1237.

個別執行が許されるものとしている。今日ドイツにおいて認められている普遍主義の原則からみれば、これはまさに特別の規定である。立法者が何らの改正も行なわない限りは、⁽²⁸⁾ KO 第237条の射程を出来るだけ制限することで対蹠しなければならないであろう（そして更に、いずれにせよ当該外国法（Rechtsordnung）が前述の BGH の立場——上述 I 3 参照——と一致するときは、外国の破産管財人が、内国において個別執行をなした債権者から、その〔個別執行によって〕獲得したものを債権者全体の利益のために改めて取り上げることを当てにしなければならないであろう）。

KO 第237条の制限に関して、BGH は、⁽²⁹⁾ まず、すでにライヒスゲリヒトが、第237条にもかかわらず、外国の破産管財人に、**破産開始の後に**内国で取得され、又は内国に持ち込まれた破産者の財産それ自体を（破産財団に）⁽³⁰⁾ 引き入れること、つまりそのような財産への個別執行に異議を述べることを許していたことを指摘する。次いで、むしろなお一層重要な問題は、いかなる債権者が内国における個別執行の権限を依然として有しているのか、である。BGH は、KO 第237条第1項を属地主義の裏付けとして把握する限りにおいては、破産開始の後にはじめて債務名義を得なければならない債権者においても個別執行が許される、と明確に述べる。〔かつては、〕⁽³¹⁾（すでに前で述べたように）このことから、内国における破産者に対する訴えも、その故に依然として許されねばならないし、内国においてすでに係属中の訴訟が外国における破産開始によって民事訴訟法第240条にしたがって中断されることもない、との結論が導かれた。〔しかし〕今や BGH は、——理由付けはないけれども——KO 第237条第1項は、破産開始の当時⁽³²⁾すでに**存在する債務名義**に基づく個別執行のみを許している、との見解を明らかにする。第237条第1項のこの限定的な解釈は、破産債権者平等取扱いの原則を出来る限り広く貫徹するのに明らかに貢献するものである。

(28) 立法者が活動することを提唱するのは、Hanisch, ZIP 1985, 1233, 1243；明確に規定の廃止を唱えるのは、Ebenroth, ZJP Bd. 101 (1988), 135 f.

(29) BGHZ 95, 256, 266.

(30) もっとも、Kilger, KO, 15. Aufl., § 237 Anm. 7 は、ライヒスゲリヒトの判例の再現の中で、**破産管財人が**換価の目的で内国に持ち込み、又は内国において財団の資力でもって取得した財産についての言及している。

(31) BGH NJW 1962, 1511；これ以外の判例（Rechtsprechungsnaehweise）については、前述の註15参照。

そこでまた、内国において係属中の訴訟の外国の破産手続による**中断**を肯定するの**も当然のことと解せられる**⁽³³⁾——この問題に関して、BGH は、裁判する必要はなかったし、またその見解も述べなかった⁽³⁴⁾（恐らくは、他の部の異なる裁判に関して、民事大法廷（Großer Senat für Zivilsachen）に判断を求める必要がないためであろう）。

d) 外国破産法の射程 外国の破産を内国において承認するとき、かかる破産の効果は、原則として、外国の破産法にしたがって、つまり「**法廷地破産法 lex fori concursus**」にしたがって決定されねばならない。しかしながら、この原則が、破産手続法に関してのみならず、破産実体法全体についても妥当するの**かどうかは、決して疑問がないわけではない**。倒産法においては、通常、手続法（formelles Recht）と実体法とが互いに密接に絡み合い、そして内国（倒産）法はその時点におけるその自国の実体法秩序に適合するように整えられていることから困難が生じる⁽³⁵⁾。したがって、多くの点において——一定の法効果ないし法律関係につき——内国法の適用による **lex fori concursus** の制限が認められるべき**か否かが、仔細に検討されなければならない**。しかし、法律上（または条約上）の規制なしにそのような特別な関係を形成することは困難であるし、とりわけ、内国と外国とにおける相異なる判断の危険をそれ自体の中にはらむものである⁽³⁶⁾。

すでに述べた破産開始後の相殺が**いかに判断されるべきか**の問題と並んで、例えば以下の点**が、論究に値すると思われる**。

——内国の動産または不動産上の**担保権**は、破産の開始にかかわらず存続し、そして、担保債権者にその換価が許される**のかどうかは、いずれの〔国〕の法律にしたがって判断されるべきであるのか**⁽³⁷⁾。

——**属地主義の原則の放棄により、破産法上の否認の許容を内国においても肯**

(32) BGHZ 95, 256, 270 (zu I. 6.). 賛成 Hanisch, ZIP 1985, 1233, 1234 ; Lau, BB 1986, 1450, 1452 ; BGH の判決以前にすでにこの見解をとっていたものとして、例えば、Kuhn-Uhlenbruck, KO, 10. Aufl., §§ 237, 238 Rdnr. 83 ; しかしながら、Lüderitz, JZ 1986, 96 は、債権者の利益を指摘して、既存の債務名義への限定に反対する。

(33) W. Lüke, KTS 1986, 1, 12 f. ; Lau, BB 1986, 1450 ; 中断については、例えばまた、Kuhn-Uhlenbruck, §§ 237, 238 Rdnr. 77.

(34) BGHZ 95, 256, 269.

(35) 同旨 Kuhn-Uhlenbruck, §§ 237, 238 Rdnr. 71.

(36) Ebenroth, ZZP Bd. 101 (1988), S. 139. もこのことを強調する。

定するのは当然である。⁽³⁸⁾しかし、それと同時に、例えば、内国で締結された法律行為が問題となるときに、その否認は、いずれの〔国の〕法律にしたがって判断されるべきかという問題が生じる。この場合、原則として破産（開始）国の法律が基準になるとみなされるならば、⁽³⁹⁾少くとも、内国の土地に関する法律行為については、内国法を適用することが考慮されるべきである。

——破産債権者は、いかなる順位において満足を受けるべきか。ドイツ破産法にしたがい優先権を有する債権者は、いずれにしても、ドイツに存在する財産から優先的に満足を受けることを要求できるのか。この場合、とりわけ、ドイツ破産法が比較的最近特に強くその形成に努力してきた労働者の社会的地位（sozialer Besitzstand）⁽⁴⁰⁾を考えなければならない。この問題は、例えば、**社会計画**（Sozialplan）の申出（外国の管財人はこれに協力すべき義務づけられるのか）、及び、社会計画から生じる債権の満足の際に出てくる。

——内国の破産債権者は、その請求権が外国の破産手続において満足を受け得なかった場合に、外国破産手続終結後、いかなる法的地位を有するのか。外国破産において債務免除（Forderungserlaß）を伴う強制和議（またはこれに類するもの）が成立した場合に、その効果は内国においてもあてはまるのかどうかという問題が生じる。なお一層疑問に思われるのは、外国の破産法にしたがい〔破産〕手続の終結によって当然に（von selbst）生じる**債権の喪失**（いわゆる免責 discharge）は、ドイツ破産法がこれまで〔破産手続によって満足を得られなかった部分について〕手続終結後も無制限に請求できる権利（Recht der freien Nachforderung）を認めているにもかかわらず、⁽⁴¹⁾ドイツにおいても斟酌しなければならないのかどうかである。

——これと関連して、外国の**和議または再建手続**（Sanierungsverfahren）が同じく内国において承認され得るのかどうかという問題にも触れなければならない——まさにこの法領域では、各国の法はこの種の手続の形態において

(37) この問題について外国の破産法の適用に反対なのは、Ebenroth, Z郑 Bd. 101 (1988), S. 139 f.

(38) この点につき詳しくは、Hanisch, ZIP 1985, 1233, 1238 ff.

(39) この点につき、Hanisch, ZIP 1985, 1233, 1240.

(40) この点につき、Lau, BB 1985, 1450, 1451 f.; Ebenroth, Z郑 Bd. 101 (1988), S. 140.

(41) この点につき、W. Lüke, KTS 1986, 1, 18.

(42) この点につき、W. Lüke, KTS 1986, 1, 18; 原則として外国破産のそのような効果を承認するものとして、Kuhn-Uhlenbruck, §§ 237, 238 Rdnr. 94.

互いに大きく異なっており、したがって、そのような手続についての普遍主義の承認は、決して自明のこととはいえない。⁽⁴³⁾

C. ドイツ＝オーストリア破産及び和議条約

I. 成立と目的

破産及び和議法の領域におけるドイツ連邦共和国とオーストリア共和国との間の条約 Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich auf dem Gebiet des Konkurs-und Vergleichs (Ausgleichs-) rechts⁽⁴⁴⁾は、1979年5月25日に署名された。同条約は、1985年7月1日に発効した。⁽⁴⁵⁾条約締結に至るまでには、長期にわたる交渉が行なわれ、すでに百年以上も前、すなわち1879年にそれが開始されたものである。⁽⁴⁶⁾交渉の継続が長期に及んだことは、確かにこのテーマ (Materie) の難しさを示す一つの証拠⁽⁴⁷⁾である。

ドイツ連邦共和国にとっては、破産及び和議法の領域におけるはじめての条約であるが、他方、オーストリアにとっては、すでにこれ以前に、ベルギー並びにフランスとの条約が発効しており、イタリアとの条約も、まだ発効はしていないが、すでに署名がなされている。ともかくオーストリアは、国際倒産法の諸問題を解決するために、条約締結に基づく特別の基準を設けている。そこで、オーストリアは、自国法 (autonomes Recht) において、倒産法の近時の改正 (1982年)

(43) この点につき、Hanisch, ZIP 1985, 1233, 1240 ff. Hanisch は、この場合につき、BGH が内国における外国破産の効果の承認について定立したのと同じの原則を適用することに賛成している。

(44) 条約の Text は、BGBl. 1985 II S. 411. 参照。参考文献：Arnold, Der deutsch-österreichische Konkurs-und Vergleichs- (Ausgleichs-) Vertrag vom 25. Mai 1979, KTS 1985, 385 ; ders., Der deutsch-österreichische Konkursvertrag (1987) (Kommentar として引用する。)

(45) 1985年5月7日の公告 BGBl. 1985 II S. 712. 参照。同条約は、〔ドイツ〕連邦共和国については1985年3月8日のドイツ＝オーストリア破産条約施行法 (Ausführungsgesetz zum deutsch-österreichische Konkursvertrag vom 8. März 1985) BGBl. 1985 I S. 535. によって補完される。オーストリアにおいては、施行法は設けられていない。

(46) 成立の歴史につき、より詳しくは、Arnold, KTS 1985, 385.

(47) もちろん、交渉の継続が、深い影響を及ぼした政治的事件—とりわけ、二つの世界大戦、ドイツにおける国家社会主義者による権力の掌握 (1933年) 及び1938年のドイツ帝国へのオーストリアの併合—によって度々中断されたことも考慮に入れられねばならない。

の際に、普遍主義への転換を行なうのではなく、外国破産の承認を、明文で、条約による相互の保証（die staatsvertraglich verbürgten Gegenseitigkeit）にかからしめている（オーストリア強制執行法 Exekutionsordnung 第79条を準用するオーストリア破産法 Konkursordnung 第180条）。

同条約の目的は、双方締約国の一方において開始された破産の他方締約国における承認を担保し、そして一つの統一的な破産手続のみが行なわれることを配慮する点にある。国境を越えての経済及び商取引は、隣国であるドイツとオーストリアとの間では特に活発であり、それ故にしばしば、債権者と財団財産（Vermögensmasse）⁽⁴⁸⁾とが国境の両側にまたがって関係する倒産事件を覚悟しておかなければならない。また、国境を越えての財産の移動または営業活動の移転が、債権者の負担において、まさにドイツとオーストリアとの間で比較的容易に行なわれ得ることも考慮しなければならない。同条約の実際上の意義がいかに大きいものであるかは、もちろん、将来においてはじめて明らかになるはずである。

II. ドイツ＝オーストリア破産条約の理念

1. 破産の普遍性 同条約は、締約国の一方において開始された破産手続の効果は原則として他方の締約国にも及ぶ、ということから出発する。第1条は、次のように定める。

「この条約によって当該裁判所が管轄権を有する締約国において破産手続が開始されるときは、その破産の効果は、この条約の規定にしたがい他方の締約国の領土にも及ぶ。」

この規定から明らかなように、他方の締約国における破産の承認は、もっぱら、〔破産を〕開始した裁判所がこの条約によって国際管轄権を有していたことにかかっている。したがって、同条約の管轄の規律には、特に重要な意義がある。国際管轄権が与えられているときは、承認手続 Exequatur-Verfahren（他方の締約国の裁判所による破産開始決定の執行力宣言）が行なわれることなく、当然に国境を越えて破産の効果が生じる。これによって、とりわけ、他方の〔締約〕国における〔破産〕財団目的物の迅速な捕捉が可能となり、財産の移動または個々の債権者の差押えが防止されることになる。また、第5条第1項に規定される他方

(48) 条約による規制についての実際上の必要性につき、Arnold, KTS 1985, 385, 397 f. 参照。

の締約国での破産開始の公告も（特に、そこに債権者または破産者の財産（Vermögenswert）が存するとみなされる場合）この目的に役立つ。破産開始は、第5条第2項にしたがい、他方の締約国においても、公簿及び登記簿、とりわけ土地登記簿に記入される。

2. 破産の統一(Einheit) 同条約が適用される事件においては、唯一つの破産手続を行なうことしか許されない。すなわち、締約国の一方において破産が開始され、且つ国際管轄権が与えられていたときは、他方の締約国においては、もはやそこに存在する財産に限定した破産を実施することも許されない。むしろ、自国にある財産は、他方の国において開始された破産の破産財団に帰属し、そして債権者が満足を得ようとするときは、破産者の債権者はすべて他方の国の破産手続に参加しなければならない。すなわち、統一的な管理に服する単一の破産財団が存在するのである。この統一の原理(Prinzip der Einheitlichkeit)でもって、条約による解決は、もっぱら自国法の中で〔破産の〕普遍性を導いた前述の最近のドイツの判例とは根本的に異なる。

3. 信託の保護と社会的保護 破産の効果の射程は、条約においてまさに詳細に規定されている。原則として、一方の国において開始された破産の効果は、破産開始国(Eröffnungsstaat)の法律において定められているところにしたがって、非破産開始国(Nichteröffnungsstaat)に及ぶ—第4条。しかしながら、同条約は、これに関して一連の注目すべき例外を認めている。すでに破産開始の効果について、多くの点(破産開始後の土地の善意取得、義務を免れせしめる破産者への免責的給付(befreiende Leistung an den Geminschuldner)、財産所在地国の差押え禁止規定(Unpfändbarkeitsregeln)の適用)において、破産開始国法の適用の例外が設けられている。多くの場合においては、破産者の取引の相手方に対し、破産の場合においても、破産開始前に効力が生じていた権利がそのまま基準になることへの信頼が保護されている。これには、例えば、取戻権及び別除権に関する本条約の規定があり、さらにまた外国の否認権の射程に関する規定がある。以上と並んで、特定の債権者群には、同条約によって、その時点での「自国の(eigen)」法律にしたがう特別の保護が与えられている。ここでは、労働者の法的地位に関する規定、並びに公法上の請求権の満足に関する規定が挙げられる。これらの規制は、すべてが直ちに統一の原理に組み入れられ得るものではなく、とりわけ信託の保護(債権者保護)⁽⁴⁹⁾及び社会的保護が問題となるのである。注目すべきは、全体として適切な差異のある解決がなされていることであり、これが可能なのは、条約による規制の主要な利点の一つであるということである。

III. 国際管轄

1. 目的 破産の統一という目的を達成するために、同条約は、直接的に適用され得る⁽⁵⁰⁾国際管轄の規定(compétence directe internationale 直接的国際管轄)を置く。一般的に、締約国の一方の裁判所のみが管轄権をもつようにするために、同条約によって連結点(Anknüpfungspunkte)の順位が定められた。管轄の要件は、破産が、破産者の財産の大部分並びにまた債権者の大多数が存在するであろうことが予定される締約国においてできるだけ実施されるように定められた。

2. 管轄の基礎 まず第一に、破産の開始については、破産者が「その経済活動の中心(Mittelpunkt)」を有する締約国の裁判所が管轄権をもつ、第2条第1項。すなわち、破産者がその主たる営業所を有する場所が問題となる。会社(Gesellschaften)の場合には、これは一般に主たる経営機関(Hauptverwaltung)の場所となるであろう。破産者がその経済活動の中心を締約国の一方に有しない(しかし、第三国に有している)ときは——連結の第二段階として——破産者の〔定款上の〕住所(Sitz)(会社の場合)または常居所(自然人の場合)が存在する締約国の裁判所に国際管轄権が帰属する、第2条第2項。以上の規定によっても締約国の一方に管轄が定まらないときは、第2条第3項にしたがい(連結の第三段階)、破産者が営業所を有する締約国の裁判所が管轄権をもつ。⁽⁵¹⁾

最後に挙げた場合(営業所に基づく管轄権)においては、破産者が、双方締約国のそれぞれに営業所を有していることから、両方の締約国の裁判所が管轄権を有することもあり得る。そのような(同順位の)管轄権については、第3条第1項によってその優先性が決定される。すなわち、締約国の一方において破産が開始されたときは、その手続が係属する限り、他方の締約国においては、この後の破産手続は許されない。⁽⁵²⁾

3. 破産の射程 同条約により締約国の一方の国際管轄権が定まる場合にはすべて、一方の締約国において開始された破産は他方の締約国に存在する債務者の財産をも捕捉する。このことは、国際管轄権が支店(Zweigniederlassung)だけに基ついており、しかして破産者の〔定款上の〕住所または常居所がその国に存しない場合にもあてはまる。前述の KO 第238条によるのとは異なり、この場

(49) この点につき、Arnold, KTS 1985, 385, 396.

(50) これに対し、土地管轄は、締約国のその時点における国内法にしたがう。

(51) 第2条第3項は、さらに、二国間条約が複数競合する場合についても規定する。

(52) それにもかかわらず(後れて)開始されたドイツの破産の中止(Einstellung)については、ドイツの施行法第3条に詳細な規定がある。

合にドイツにおいて開始された破産は、オーストリア及び第三国にある財産をも捕捉する。本条約が KO 第238条の適用を除外することは、ドイツの〔ドイツ＝オーストリア破産条約〕施行法第1条に明文で定められている。

この管轄の規律から、同時に、どのような破産が一般に同条約によって把握されるのかが明らかになる。にもかかわらず、同条約にしたがって締約国の一方に管轄が定まらないときは、国内法にしたがって国際管轄権が基礎づけられ得る（オーストリアでは財産〔所在地〕の裁判籍を認める。オーストリア破産法第63条第2項）。そして、この破産手続は同条約には服さず、したがって、その効果の射程⁽⁵³⁾ないし他方の国における承認は、その時点での国内法によって規制される。

IV. 破産管財人の地位と差押えの効果

1. 破産管財人の権限；特別破産管財人 第8条第1項にしたがい、破産管財人 Konkursverwalter（オーストリア倒産法ではこれを Masseverwalter という。）は、他方の締約国において、破産が開始された締約国におけると同一の権限を有する。すなわち、管財人の実体的な管理・処分権能も、訴訟追行権能も、それぞれの他方の締約国において承認される。したがって、破産管財人は、他方の締約国においても当然に財団目的物を収集し、管理、換価することができる。

もちろん——とりわけ、大規模な破産、そしてまた地理的に大きく隔っている場合には——破産管財人にとって、実際上の理由から、他方の国において破産の処理のために必要な措置をとるのが困難なこともあり得る。そこで、第9条は、破産裁判所に、他方の国の領土について**特別管財人**（der besondere Verwalter）を選任することを認めている。しかしてこの管財人の法的地位も、破産を開始した裁判所の国の法律にしたがう。すなわち、特別管財人も当該〔破産〕裁判所の監督に服する。さらに、特別管財人の選任は、第二の破産財団の形成に導くものではなく、むしろ、両管財人は、統一的な破産の処理に協働しなければならない⁽⁵⁴⁾ものである。

ドイツ法の叙述の際に言及した、外国の領土において、破産者の側からの財団目的物の引渡し、或いはまたその他の協力行為（例えば、財産目録の提出、または情報の提供）を強制し得るかどうかという問題は、第10条に明文で規定されている。破産裁判所または破産管財人は、みずから、当該措置が行なわれるべき管

(53) Arnold, Kommentar (註44), S. 45.参照。

(54) ドイツの破産裁判所がオーストリアのために特別管財人を任命する場合については、ドイツの施行法第4条が詳細に規定する。

轄区域 (Bezirk) の他方の〔締約〕国の区裁判所 (Amtsgericht) に強制処分の実施を申立てることができる。そのような**執行援助** (Vollstreckungshilfe) の行為 (Akte) を基礎づけるものは、申立てに添付されるべき破産開始決定の正本である。その強制処分の態様は、破産が開始された国の法律にしたがって判断される。

2. 差押えの効果 破産の開始によって、破産者の財産に関しては、それがどちらの国にあらうとも、破産開始国の法律にしたがい、差押えの効果が生じる。いかなる物件が破産財団に属するかは、同様に、破産開始国の法律から明らかとなる。⁽⁵⁵⁾ もちろん、目的物の差押禁止 (Unpfändbarkeit) を判定しなければならない限りにおいては、第11条にしたがい、当該目的物の存在する国の法律が適用される。ここでは、執行保護⁽⁵⁶⁾とその社会秩序 (Ordnung) との密接な関連を考慮しようとしたのである。

3. 訴訟上の効果

a) 訴訟の中断 包括的な差押えの効果及び訴訟追行権能の破産管財人への移行の結果として、係属中の訴訟は、非破産開始国においても中断される。訴訟の中断及び当該訴訟の受継の権限は、破産開始国の法律にしたがって定まる、第14条第1文。これに対し、受継の態様及び方法は、受訴裁判所 (Prozeßgericht) の所在する国の法律にしたがって判断される、第14条第2文。

b) 個別的強制執行 破産債権者につきその個別的強制執行を禁止することも、他方の締約国における破産の包括的承認の一部である。⁽⁵⁷⁾ またその限りにおいて、第4条の原則にしたがい、破産開始国の規定が妥当する。したがって、外国破産の開始にもかかわらず内国において個別執行を許容し、そして前述のように、ドイツの判例の普遍主義への移行以来、所詮は異物であることを示す KO 第237条は、同条約により、その適用範囲につき効力を失ったものである。⁽⁵⁸⁾ 破産の開始がすでに係属中の強制執行手続にどのように影響を及ぼすか(つまり、例えば、破産開始の当時取得していた差押え質権は、破産においても存続するのかどうか、

(55) この点につき、ドイツとオーストリアの倒産法の間には、興味深い差異がある。すなわち、オーストリア法によれば、破産者が破産開始後に取得した財産も破産財団に属するが、これに対し、ドイツ法によれば、かかる財産は破産財団には属さない。Arnold, Kommentar (註44), S. 58. 参照。

(56) Arnold, Kommentar (註44), S. 121. 参照。

(57) Arnold, Kommentar (註44), S. 135. 執行禁止は、ドイツ破産法第14条ないしオーストリア破産法第10条第1項から明らかとなる。

(58) Arnold, Kommentar (註44), S. 40.

また、いかなる要件のもとでそうなの⁽⁵⁹⁾かは、興味深いことに、第15条によれば、強制執行が行なわれた国の法律にしたがって判断される。ここにおいても、すでに獲得した法的地位に対する信頼を考慮する特別な規律への努力が明らかとなる。

V. 破産準拠法（法廷地破産法 *lex fori concursus*）と外国法の射程

1. 未履行の法律行為に対する破産の効果 破産の効果は破産が開始された国の法律にしたがう（第4条）との原則につき、同条約は、未だ完全⁽⁶⁰⁾に履行していない法律行為（とりわけ双務契約）に関して、信頼保護の理由から、重要な例外を定めている。

破産者が非破産開始国に営業所（ないし〔定款上の〕住所または常居所）を有したときで、その営業所との間で（von dort aus）締結された法律行為については、破産の効果（すなわち、例えば、解約告知権又は解除権の発生、履行拒絶権など）は、その国の法律にしたがう、第13条第1項第1号。すなわち、この場合には、法律行為の領土的な場所（der territoriale Standort）が考慮される——契⁽⁶¹⁾約当事者は、外国の破産法に対処することを考える必要はない。

破産準拠法（Konkursstatut）の適用のさらに重要な例外は、労働関係についてある。破産の効果は、労働が通常行なわれる締約国の法にしたがって判断される、第13条第2項。労働関係から生じる請求権の順位の取扱いに関する後述の規制にかけると同様に、この場合には、とりわけ、社会的考慮（soziale Erwägungen）が斟酌された。すなわち、労働者については、労務給付地で妥当する法律が、倒産事件においても引き続き維持されることとなる。

不動産（土地、建物、住居）に関する使用及び用益貸借関係については、破産の効果は、その物が存在する締約国の法律にしたがう、第13条第3項。

2. 取戻権と別除権 信用取引のために、第18条第1項は、取戻権、別除権及びその他の特別の権利（例えば、仮登記の考慮）について、破産開始の当時当

(59) ドイツとオーストリアの倒産法は、この点で本質的に異なる。ドイツ法によれば、そのような法的地位は否認によってのみ取消され得るが、他方、オーストリア法は、遡及的矢効（Rückschlagsperre）を定めている。すなわち、同法によれば、破産開始前最後の60日間に強制執行によって新たに取得した権利は、原則として消滅する。これについて、詳しくは、Arnold, Kommentar（註44）, S. 134.

(60) Arnold, Kommentar（註44）, S. 127, 128.

(61) したがって、契約当事者が破産開始国に〔定款上の〕住所または常居所を有する場合について、再び例外——破産準拠法への「復帰（Rückkehr）」——が定められる、第13条第1項第1号但書。

該財産目的物が存在する国の法律が基準となることを明言している。この非常に重要な規制によって、信用供与者（Kreditgeber）は、自分に提供された担保が、他方の締約国において開始された破産に際して、その国の法律にしたがえば、その担保は全面的（または部分的）⁽⁶²⁾に破産の影響を受けるとの理由により斟酌されないという事態から保護される。

3. 破産における否認 破産法上の否認は、原則として、破産開始国の法律にしたがう、第4条。しかし、この場合にも、他方の締約国の法秩序との密接な関係が、信頼保護の思想と結びついて、重要な例外を導いている。土地登記簿への記入を必要とする不動産に関する権利の取得の否認が問題となる限りにおいては、第16条により、土地登記簿が運用される締約国の法律、すなわち不動産所在地国（Belegenheitsstaat）の法律が基準となる。

破産者が非破産開始国に営業所を有するときは、その営業所との間で(von dort aus)行なわれた法律的行为（Rechtshandlung）の否認可能性は、その国の法律にしたがう、第13条第1項第2号。すなわち、後にその財産に関してオーストリアで破産が開始された会社（Firma）のドイツ営業所と法律行為を締結していた者は、ドイツ破産法にしたがってのみ破産法上の否認を受けるのである。

4. 労働関係から生じる請求権 いかなる請求権が財団債権及び破産債権とみなされ、並びにまたいかなる順位においてかかる請求権が満足を受けるべきかは、原則として破産開始国の法律が決定する、第19条第1項。しかしながら、労働関係から生じる請求権については、社会的な状態の保護（Bestandsschutzes）の理由から、まさに複雑な特別規定が設けられた、第19条第2項第4項第5項。それは、基本的に、破産の場合において、労働者に、その職場（Arbeitsplatz）が存在する国の法律にしたがって有する法的地位を維持することに帰着する。しかしながら、この労務提供地（Arbeitsort）の法律の適用は、破産開始の当時において、労務提供地たる国に存在する財産の価値に限定される。すなわち、この場合には、**計算上二つの破産財団**⁽⁶³⁾が形成されざるを得ない。しかしながら、財産の管理は依然として統一的である。

(62) ドイツ法とオーストリア法とは、物的担保ないし取戻権及び別除権を概ね同じように規制しているとはいえ、それでもやはり、例えば担保的所有権（Sicherungseigentum）や留保的所有権（Vorbehaltseigentum）の評価に際しては、相違がある。例えば、譲渡担保につき、Rauscher, Sicherungsübereignung im deutsch-österreichischen Rechtsverkehr, RIW 1985, 265. 参照。

5. 公法上の請求権 同様な財団の計算上の分離を、第19条第3項は、公法上の請求権、とりわけ租税及び関税に関する請求権について規定している。これらの請求権は、それが発生した締約国の法律にしたがい、その国に存在する財産の価値の限度において、その国において適用ある法律にしたがって財団から優先的に満足を受け得る。ここでは、国庫の利益が考慮されたのである。すなわち、例えば、租税債務者のドイツに存在する財産に関しては、たとえ破産がオーストリアで開始された場合でも、ドイツ国に、ドイツ破産法の定める優先権(KO 第61条第2号)⁽⁶⁴⁾がそのまま認められる。

VI. 和議手続の承認

ドイツ＝オーストリア〔破産〕条約は、第25条により、(ドイツの)破産予防の和議手続 *Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurs* (ドイツ和議法 *Vergleichsordnung* による) 及び (オーストリアの) 和議手続 *Ausgleichsverfahren* (オーストリア和議法 *Ausgleichsordnung* による) をも対象とする。すなわち、これらの手続についても、特に、普遍性の原理と手続統一の原理が妥当する。和議手続をも対象とすることは、ドイツ法とオーストリア法におけるこれらの手続の規制が概ね一致していることによって容易になされたのである。

D. ユーロッパ共同体草案

I. 成立と目的

立案されているヨーロッパ共同体の倒産条約 (*Insolvenzabkommen*) は、民事及び商事事件における裁判管轄及び裁判所の裁判の執行に関する1968年9月27日のヨーロッパ条約 *Europäische Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil-und Handelssachen vom 27. September 1968 (EuGVÜ)* が、破産、和

(63) この点につき詳しくは Arnold, Kommentar (註44), S. 156 ff. この特別規定の射程を把握するためには、その時点での各国破産法における労働者の優先権の規制は、(たとえ議論の余地はあるとしても) 非常に重要であり、社会法及び社会保険法上の請求権—ドイツにおいては「破産損失補償金 (Konkursausfallgeld)」—とも密接な関係があることを考慮に入れなければならない。

(64) ドイツの改正論議においては、他の優先権と並んで国庫のこの優先権も総債権者の平等取扱いのために除去すべしとの提案が度々なされてきた。この点につき、Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht (1985), S. 19, 345 ff. 参照。オーストリアでは、国庫優先権は (これ以外の破産債権者の優先権と並んで) すでに廃止された。Arnold, Kommentar (註44), S. 162. 参照。

議及び〔これらと〕類似の手続には適用されない（EuGVÜ 第 1 条第 2 号）ことを補完するものである。草案作成のために組織され、1960年にその活動を開始した専門家委員会（Sachverständigenkommission）による草案の起草は、長期間を要し、かつ困難であることが明らかとなった。最初の草案は、1970年に提示された。⁽⁶⁵⁾〔そして〕1980年に、これを改訂した「破産、和議及び類似の手続に関する条約草案 Entwurf eines Übereinkommens über den Konkurs, Vergleiche und ähnliche Verfahren」⁽⁶⁶⁾が続いた。以下の叙述は、後者の草案に関するものである。

この草案の目的は、とりわけ、国境を越えた破産に際して、ヨーロッパ共同体加盟国各国の破産法の相違から生じる問題を解決することにある。加盟国の現行法は、一部は普遍主義に基づき、また一部には属地主義に基づくものがあり、その他の点においてもかなりの差異が見られる。草案の起草者は、全般的に⁽⁶⁷⁾、ヨーロッパ共同体の域内において破産法を統一するという試みを企てたのではなく、その時点で適用されるべき一国の法に関して抵触法上の規定の充実を図ろうとしたものである。まさに、起草者によって選択されたこの方法に関して、また同草案の複雑さに関して、かなりの批判が表明された。⁽⁶⁸⁾最終的に同草案を基礎として条約が成立するかどうかは、目下のところ明らかでない。

II. 理念

ヨーロッパ共同体草案は、破産の**統一**及び**普遍**の原理に基づいている。第 2 条によれば、この条約の対象とされる手続は、それか締約国において開始された限りは、他の締約国の領土において直ちにその効果を生じ、その国での〔同一の債務者に関する〕別の破産または和議手続の開始を妨げる。

(65) KTS 1971, 167頁並びに RabelszZ Bd. 36 (1972), 734頁に掲載された。これについては、Jahr, Vereinheitlichtes internationales Konkursrecht in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Rabelsz Bd. 36 (1972), 620 ; Nadelmann, Ausländisches Vermögen unter dem Vorentwurf eines Konkursabkommens für die EWG-Staaten, KTS 1971, 65 ; Stellungnahme des Insolvenzrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins zum Vorentwurf eines Übereinkommens der Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaften über den Konkurs, Vergleiche und ähnliche Verfahren, KTS 1975, 59 ; Schmidt, Französisches Recht für Europa-Der “Konkursdurchgriff” im Vorentwurf eines EG-Konkursabkommens, KTS 1976, 11.

(66) KTS 1981, 167頁及び ZIP 1980, 582, 811頁に掲載された。この草案の報告書（Bericht）（執筆者：Lemontey）は、Bulletin der EG Beilage 2/82, S. 47 並びに ZIP 1981, 547, 673, 791 頁に掲載されている。

(67) 所有権留保付き売買及び相殺につき、後述 V 2 及び 3 参照。

或る締約国において開始された破産は、原則として、〔他の〕締約国の領土に存在する破産者の全財産を捕捉する、第34条第1項。破産の効果は、原則として、破産開始国の法律が規律する、第18条第2項。しかしながら、この規定は、破産開始国の法律と共に、その国の国際私法の規定も適用できる旨を明文で定めている。すなわち、この規制から、一定の破産の効果について、この場合になお他の国の法律 (ein anderes Recht) の適用があり得るということが生じ得る。さらに、同草案自体が、破産開始国の法律の適用についての多くの例外を定めている。破産の処理は、とりわけ、この条約に予定される「計算上の副財団 (rechnnerischen Untermassen)」の形成によって、非常に複雑な形をとる。同草案は、結果的に、抵触法上、破産の統一——すなわち破産開始国の法律の適用——に導くことを概ね放棄し、それどころか、非常に問題のある、多くの異なる実体法の同時適用を導くに至っている。それ故、同草案については、十分な理由をもって、実行可能性の欠如及び法理論上の矛盾が証明されている。⁽⁷⁰⁾

III. 国際管轄

同草案は、破産の開始につき、国際管轄に関する直接の規定をもつ。そこにおいては、まず、債務者の「業務の中心地 (Geschäftszentrum)」に焦点が置かれる、第3条第1項。ただ一つの手続が開始されることを達成するために、債務者の業務の中心地が存在する締約国の裁判所が専属管轄権を有すると明定されている。業務の中心地とは、同草案によれば、債務者が通常その主たる利益を上げている場所である、第3条第2項。会社及び法人の場合には、業務の中心地は、定款上の住所 (Sitz) にあるものと推定される (覆し得る)。優先的管轄権を有する裁判所が、業務地たる国において破産を開始したときは、他の締約国の裁判所は、管轄権のない旨宣言するか、または〔同一の債務者に関する〕その裁判を中止しな

(68) これについては, Lüer, Einheitliches Insolvenzrecht innerhalb der Europäischen Gemeinschaften-Die Quadratur des Kreises? Anmerkungen zum Entwurf eines Übereinkommens über den Konkurs, Vergleiche und ähnliche Verfahren-, KTS 1981, 147 ; J. Thieme, Der Entwurf eines Konkursübereinkommens der EG-Staaten von 1980, Überblick und allgemeine Kritik RabelsZ Bd. 45 (1981), 459 ; Großfeld, Internationales Insolvenzrecht im Werden? Zum Entwurf eines Übereinkommens der EG-Staaten über den Konkurs, Vergleiche und ähnliche Verfahren, ZIP 1981, 925.

(69) 同条約は、第1条第1項及び第2項にしたがい、破産手続並びに和議手続を対象とするものとしているが、その対象となる手続については、条約議定書 (Protokoll) の Art. I の a) 及び b) に詳細に列挙している。

(70) Lüer, KTS 1981, 147, 163.

なければならない、第13条第1項第1文。複数の破産が開始されるに至った場合には、優先的管轄権を有する裁判所の裁判のみが効力を生じる、第57条。これは、異なる判断が下された国においても妥当する。

債務者の業務の中心地が締約国の一つに存在しないときは、〔いずれかの〕締約国にある債務者の営業所がその締約国〔の裁判所〕の国際管轄を導く、第4条第1項。これにしたがって複数の締約国の裁判所が国際管轄権をもつときは、〔管轄〕優先の原則が妥当する、第13条第2項並びに第58条。

IV. 差押えの効果と破産管財人の地位

破産差押え（Konkursbeschlag）は、第20条にしたがい、各締約国において効力を生じ、その国において、個々の債権者による強制執行を含む権利行使を妨げる、第21条。また破産財団に関する係属中の訴訟も、全ての締約国において、破産の開始によって中断される、第22条。破産管財人は、全ての締約国において、破産開始国の法律にしたがって管財人が有する権限を行使することができる、第29条第1項。

差押えの効果は、全ての締約国にある破産者の財産を捕捉する、第34条第1項。債務者が破産開始後に取得する財産は、破産開始国法が当該財産を財団に算入しないときは、取り込まれない、第34条第2項。執行保護（差押え禁止）の理由から、一定の目的物が破産財団に属しないかどうかは、破産開始国の法律ではなく、当該目的物所在地国の法律にしたがって判断される、第34条第3項。

V. 未履行の契約、所有権留保、及び相殺

1. 未履行の契約に対する破産の効果 破産開始国の法律の適用に関して、ここでは若干の注目すべき例外がある。かくて、雇傭契約（Arbeitsvertrag）に対する破産の効果は、その雇傭契約に（一般に）適用されるべき法律（これは締約国の法律に限られる。）にしたがって定まる、第38条第1項。不動産に関する使用及び用益賃貸借契約については、破産の効果は、当該物件が存在している国の法律にしたがう、第39条。物件の所在地（Belegenheit）の法律は、また、不動産に関する売買契約、使用賃貸借売買契約（Mietkaufvertrag）及びリース契約（Leasingvertrag）についても適用あるものとする、第40条。

2. 所有権留保 特に問題のあるものとして、所有権留保の破産法上の取扱いがある。破産において所有権留保が認められ得るのかどうか、及び、いかなる要件のもとでそれらが認められ得るのか、という問題において、ヨーロッパ共同体加盟国の法はそれぞれ非常に大きく異なっている。専門家委員会では、〔この問題の〕解決提案に関して全く合意が得られなかった。⁽⁷¹⁾ それ故、草案は、所有権留

保売買につき、複数の解決策を討議に付している(第41条)、しかも、そのような契約の有効性に関しても、また——とりわけ——所有権留保の破産法上の効力に関しても同様である。所有権留保の効力については、抵触法上の二つの解決策(破産開始国の法律の適用か、または破産開始の当時当該物件が存在する国の法律の適用)と並んで、実体法上(統一法上)の解決策も提案されている。この統一法上の解決提案(第41条第2項並びに Anlage I 第3条)によれば、条約は、各国の法についての最低基準を定める、すなわち、一国の法が、ともかくもいかなる要件のもとで所有権留保を認めなければならないかを、直接定めることになる。

3. 相殺 相殺について、草案は、**最低限の統一法**(Mindesteinheitsrecht)を提案する。すなわち、締約国の法が破産において少なくとも相殺を認めなければならない場合が列挙されている、第36条並びに Anlage I 第2条。とりわけ、相殺される債権と債務が破産開始の時点において同一の財産集団(Vermögensmasse)に属している場合には、破産は相殺に対抗し得ないものとする。

VI. 優先権、担保、及び財団債権の取扱い

最も広範に破産開始国法の適用を排除しているのは、金銭を目的とする優先権、担保、及び財団債権(Vorrechte, Sicherheiten und Masseanspruch, die auf einen Geldbetrag gerichtet sind)に関する章(Abschnitt)においてである。専門家委員会⁽⁷²⁾は、その見解にしたがえば、本来実現に努めるべき解決、すなわち、優先権及び担保に関する各国[法]の規定の統一は、現時点では達成し得ないものとみなし、そしてそれ故に「欠陥の最も少ない(am wenigsten unvollkommene)」解決を図る努力をしたのである。優先権及び担保はすべて、当該財産目的物が存在する国の法律に服することが決定された。そこで、その領土内に換価されるべき破産者の財産が存在する各締約国につき、その地にある財産に基づいて「計算上の副財団(rechnerische Untermasse)」がつくられる、第43条第1項。民事及び商事法上の請求権を有する債権者は、その請求権を、或る締約国に存在する財産に関しては、その国の法にしたがって(1)財団債権として、または優先的破産債権として主張することができる、第44条第1項及び第2項。一般の優先権(第45条)⁽⁷³⁾、担保及び特別の優先権(第46条)も、破産開始の当時当該財産が存在した国の法律にしたがって定まる。これに対し、債権者がどこに居るか、ないしは

(71) Bericht Lemontey (註66), S. 92. 参照。

(72) Bericht Lemontey (註66), S. 95. 参照。

基礎となる法律行為がどこで締結されたかということは、民事及び商事法上の債権については明らかに問題とはならない。

租税債権及びこれと類似の公法上の請求権についての優先権は、締約国の当該官庁(Behörde)によって、その国に存在する財産に関してのみその国の法律にしたがって主張され得る、第44条第3項。

優先権、担保、及び財団債権のこの取扱いは、まさに根本的な批判にさらされている。⁽⁷⁴⁾この取扱いは、結局のところ、破産の抵触法上の統一の放棄を内容とし、個々の国家の法による優先権の累積に帰着する。このことは、優先権のない債権者に残される配当財団 (Teilungsmasse) のより一層の減少という全く望ましくない事態を招くことになる。この点において、そしてその他の点でも、一国の法にその効果を広く持たせたままにしておこうとする草案の意向が明らかとなる。だが、かかる目的の達成は、国境を越えた破産の普遍性を、並びにまたその機能化 (Funktionsfähigkeit) をも疑わしいものにする規制によってあがなわれるものである。それ故、かの有名な「円積法 Quadratur des Kreises [解決不可能な課題]⁽⁷⁵⁾」と同様に見込みのない試みだと称されたのも理由がないことではないのである。

E. ユーロッパ評議会草案 (ストラスブール草案)

I. 成立と目的

ストラスブールのヨーロッパ評議会 (Europarat) は、その加盟国がヨーロッパ共同体のそれよりもはるかに多いのであるが、1980年に、専門家委員会を招集し、同委員会にヨーロッパ破産条約の草案の作成を依頼した。⁽⁷⁶⁾準備草案 (1984年) の後、同委員会は、1986年に、「破産管財人の一定の権限及び外国の債権者への通知に関するヨーロッパ条約草案 Entwurf eines Europäischen Übereinkommens über gewisse Befugnisse des Konkursverwalters und über die Unterrichtung ausländischer Gläubiger⁽⁷⁷⁾」を提出した。

立案された条約のタイトルからすでに察せられるように、これは、ヨーロッパ

(73) 財産目的物の一定のカテゴリーに関連する優先権が考えられている。Bericht Lemontey (註66), S. 96. 参照。

(74) Lütter, KTS 1981, 147, 158 乃至 161 ; Großfeld, ZIP 1981, 925, 927, 933. 参照。

(75) Lütter (註68) の論文のタイトル並びにその164頁参照。

(76) ZIP 1984, 1152 頁において公表された。これについては、Arnold, Der Europarats-Entwurf eines europäischen Konkursübereinkommens, ZIP 1983, 1144.

共同体〔破産〕条約草案よりも控え目な目的を追求している。すなわち、この草案は、国境を越えた破産の若干の——もちろん特に重要な——問題の規律に限定している。このことは、おそらく、同条約の成立を容易にするであろう。この限定は、破産に関する多国間条約をめぐるハーグ会議の努力の失敗の背景を見据えてのものであり、しかしてまた、ヨーロッパ共同体の域内において一個の〔破産〕条約を達成しようという努力がこれまでほとんど実を結んでいないことにも関係がある。この限定的なストラスブール草案 (Straßburger Entwurf) は、まずは、立案されているヨーロッパ共同体〔破産条約〕草案を非加盟国について補うために考えられたものであるが、またそれは、ヨーロッパ共同体の域内における努力が失敗した場合には、その加盟国にとっても利益となり得るであろう。

II. 理念

ストラスブール草案は、**普遍主義**をせめて**部分的に**でも実現するよう試みており、同草案では、破産管財人の権限は、締約国の一つにおいて開始された破産に際して、他の締約国の領土においても承認される。これに対し、破産の全ての効果に原則として普遍的効力 (universelle Geltung) を付与することは、同草案においては定められていない。条約の範囲を越える場合において外国の破産の効果が承認されるかどうかは、その時点における各国の法（または、場合によっては別の国家間条約）にしたがうことになろう。

この限定的な目標の設定に依じて、同草案はまた、破産の**統一**をも出発点とはしていない。すなわち、同草案は、締約国の一つで破産が開始された後に、その破産者の財産に関して他の締約国においても破産を開始することを禁じてはいない。第二の問題として、同草案は、破産開始国外の債権者の地位を上げ、外国債権者に破産への平等な参加権 (gleichberechtigte Teilnahme) を保証する規制を提案している。

III. 破産管財人の権限の承認

すでにドイツの判例で見てきたように、外国の破産管財人が内国においても破産者の財産目的物を擲取できるかどうかという問題が、特に實際上重要である。ストラスブール草案によれば、締約国の一つで開始された破産の破産管財人は、

(77) これについては、Arnold, Straßburger Entwurf eines europäischen Konkurs-
übereinkommens, IPRax 1986, 133. この Text は、知る限りでは、これまで公表
されていないが、しかし、Arnold の前掲論文において、詳細に再現されている。

(78) この点につき、Arnold, ZIP 1984, 1144, 1146 頁 (特にその註10)。

(79) Arnold, IPRax 1986, 133, 135 頁 (その註13) 参照。

この条約の（間接的）管轄規律によって破産開始国に国際管轄権が与えられるときは、破産開始国の法律にしたがって有するその権限を、他の全ての締約国においても行使することができる。

この管轄規律は、第一に、債務者の「主たる利益の中心地（Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen）」と結びつけられている。すなわち、会社の場合には、この中心は、定款に定める住所地にあると推定される。

重要と思われるのは、管財人の権限の承認が、⁽⁸⁰⁾ 特別の承認手続によらないことである。承認されるべきものは、破産管財人の実体法上の管理及び処分権能、並びに訴訟追行権能である。しかしながら、内国において破産又は和議手続が係属しているときは、その手続が外国の破産より後に開始されていたとしても（外国の）破産管財人の権限は認められない。

この努力されている規律がいかに限定的であるかは、破産者についての管理及び処分権の喪失が、他の締約国には拡張されないこと⁽⁸⁰⁾でわかる。債権者については、破産によって生じる〔破産者の〕処分権制限の承認も、個別執行の禁止も定められていない。⁽⁸¹⁾そこで、破産者は実体法上の処分を通じて、また個々の債権者は強制執行処分を通じて、外国破産の管財人に先んずることができる。全体的に実際の規律を獲得するために、やはり差押えの効果も承認されねばならないか否かが、さし迫った問題である。

なおさらに、条約では、外国の破産法に基づく破産否認の承認は、何ら予定されていない。

注目すべきは、同草案が——その限定的な目標設定にもかかわらず——物権及び担保の取扱いを規律していることである。管財人が、他の締約国において活動するときは、その国の法律にしたがって有効に設定された物権及び担保を斟酌しなければなら⁽⁸²⁾ない。したがって、管財人は、所有権留保や担保的所有権（Sicherungseigentum）のような権利も、かりにそれが破産開始国の法律によって破産の影響を受けない（konkursfest）ものではないとされているときでも、尊重しなければならない。この点でも、信用担保の取扱いが国際倒産法の最も重要な問題の一つであることが明らかとなる。これに対し、破産優先権については、（例えば、労働

(80) この点についての批判として、Arnold, IPRax 1986, 133, 137.

(81) 条約草案は、この点について、締約国の追加協定（Zusatzvereinbarungen）を可能にしようとしており、これによって締約国は、個々の債権者の執行差押えを禁止することができる。Arnold, IPRax 1986, 133, 137. 参照。

(82) Arnold, IPRax 1986, 133, 137.

者の債権の取扱いについても) 草案は、何らの規定も置いていない。

F. 比較しての結論

最近のドイツの判例、ドイツ＝オーストリア破産条約、そしてヨーロッパ〔破産〕条約計画の叙述が示しているように、外国破産の効果の承認に達することが、ほぼ一致した傾向である。換言すれば、国際倒産法は、**普遍主義**への途上にある。

しかしながら、このような解決モデルの比較は、外国破産の原則的な承認をもつても、この問題の解決にはほど遠いものであることを非常に明白に示す。さらに求められるべきものは、破産の**統一**である。しかし、この目的は、破産開始の国際管轄に関する個々の国家の現行規定が相互に一致している場合にのみ達成され得る。この点については、本稿で相互に対比されているモデルに、注目すべき一致がはっきりと現われている。これによれば(個別的には異なる字句を用いているが)、国際管轄は、第一に、破産者がその経済活動の重点(Schwerpunkt)をもつ場所に与えられ、他方、これに対して、住所(Wohnsitz)又は定款上の住所地(Sitz)のような形式的な連結点はその背後に退いている。〔締約〕国にある支店(Zweigniederlassung)も、補助的に管轄の基礎として承認されるとすれば、当然に並行破産(Parallelkonkurs)を考慮しなければならない。〔しかし〕それにもかかわらず、この管轄の基礎は、それが〔管轄の〕優先原則と結びつけられるときは、二国間及び多国間条約において意義を持つことは明らかである。この方法で、ともかく、締約国において何ら並行破産は起こらないものとなり得る。

しかしながら、主たる問題は、外国破産の効果はいかなる範囲において承認されるべきか、そして——とりわけ——この効果がどの程度まで破産開始国の法律(lex fori concursus 法廷地破産法)にしたがって測られるべきか、である。ドイツ＝オーストリア〔破産〕条約の例が示すように、各国の倒産法が互いに近似していればしているほど、lex fori concursus の広い適用がなお一層考えられる。しかし、この場合でさえ、特に信用担保の領域では、財産所在地国の法を優先して例外を設ける必要があることは明らかである。さらに付け加わるのが、社会政策上及び国庫上の理由に基づく例外である。というのは、ここで、一国の法秩序は、いずれにせよ内国の財産に関しては、保護されている者(とりわけ労働者)及び国庫に対するその国独自の規制の利益を賭けようとはしないからである。ある程度バランスのとれた解決は、条約によって最も早く達成され得る。しかし、その時点における外国破産法に対する十分な信頼も、そのための前提条件である。すなわち、その時点における自国の破産法の優先の放棄に関して、関係諸国家が、

或る程度の犠牲をいとわないことであるともいえよう。そのような基本姿勢なくして、目的に適い且つ実際に機能し得る条約上の解決は考えられないと思われる。このことは、ヨーロッパ共同体の〔破産〕条約計画において認められる。同条約は、以上のような態度に代えて、広く梓づけられた抵触法をもって問題を解決しようとし、まさにその故に実現の見込みをほとんど持ち得ないのである。

まさにドイツの観点からすれば、一国の法が、普遍主義の原則を基礎として、単独でどこまで機能性ある国際倒産法に倒達し得るか、が依然として問題である。いずれにせよ、最高裁判所の判例だけに基づく〔破産の〕普遍性に対しては、疑いがもたれる。既存の条約ないし草案で選択された実に様々な個別的問題（例えば、破産優先権、信用担保、双務契約、破産法上の否認の判断に際して）の解決策は、これらの問題をすべてただ判例だけに委ねることが——全く不可能ではないにしても——いかに困難であるかを、まさに示している、それにもかかわらず、破産の普遍性が一国の法によって実現されるべきであるとするならば、おそらく立法者は多忙となり、これに引き続いて生じてくる極めて重要な関連問題をみずから規律しなければならなくなるであろう。また、前述の「内国の犠牲（inländische Opferbereitschaft）」がどの程度まで行なわれるべきかの問題は、極めて法政策的な受忍範囲の問題といえる。加えて、国際倒産法の領域における法的安定性の要求も無視されてはならないであろう。

〔訳者あとがき〕

本稿は、フライブルグ大学(西ドイツ)、ディーター・ライポルト教授(Prof. Dr. Dieter Leipold)が、1988年5月26日、早稲田大学比較法研究所公開講演会において行なった講演原稿の翻訳である。講演の当日は、時間の関係でこの要旨をかつまんで話されたが、ここにはその全文の訳を掲載した。その原題名は *Wege zu einem funktionsfähigen internationalen Konkursrecht——ein Vergleich zwischen der neuern deutschen Rechtsprechung, dem deutsch-österreichischen Konkursvertrag und den Projekten europäischen Konkursabkommen——* である。

また、この原文は、その後改めて早稲田大学比較法研究所創立30周年記念論集(Hrsg.) *Institute of Comparative Law Waseda University, Law in East and West / Recht in Ost und West*, Waseda University Press, Tokyo 1988, p. 787 に収められている。ただし、本稿は、講演に際してのライポルト教授のタイプ原稿をもとに訳出したものであるため、とりわけ『註』の記述において、前掲記念

論文集に収められた原文と異なっているところがあるので、この点を指摘しておく。

① p. 6 本文「II. 外国破産の内国における効果」は、前掲記念論文集(p. 791)では「II. Die Prinzipien des deutsch-österreichischen Konkursvertrag」と表記されているが、これは明らかに間違いであるので、タイプ原稿の「II. Die inländischen Wirkungen eines Auslandskonkurses」にしたがった。

② p. 10 本文 9 行目「KO 第71条第 1 項」は、タイプ原稿並びに前掲記念論文集 (p. 795) においても「§271 Abs. 1」と表記されているが、これは明らかにタイプミスであるので、正しい条数になおして訳出した。

③ p. 16 註 (44) において、前掲記念論文集 (p. 801) では、参考文献として、Wiesbauer, Internationales Insolvenzrecht, Die wesentlichen Bestimmungen des österreichischen Rechts und die staatsverträge auf dem Gebiet des internationalen Insolvenzrechts, 1986, が新たに追加されている。

④ p. 16 註 (45) において、前掲記念論文集 (p. 801) では、本稿で訳出した「同条約は、・・・補完される。」の部分が削除されている。また、前掲記念論文集では、「BGB1, 1985 II S. 535」となっているが、これは、本稿で訳出したタイプ原稿の「S. 712」が正しい。

なお、この翻訳は、昭和63年度早稲田大学特定課題研究の一環として行なったものである。