

ドイツにおける倒産管財人による商号変更権

——ドイツ連邦最高裁 2019 年 11 月 26 日決定について——

丸 山 秀 平*

- I はじめに
- II 連邦最高裁決定
- III 本決定に対する論評
- IV 当面の評価

I はじめに

ドイツ連邦最高裁（BGH）は、2019 年 11 月 26 日の決定¹⁾により、倒産手続き開始後の株式会社が、同社の倒産管財人による商号変更の登記申請を区裁判所が拒絶したことで、関係人（Beteiligte）によってなされた法律抗告（Rechtsbeschwerde）を退ける判断を下した。

本稿は、前記連邦最高裁決定および右決定に対する論評を紹介することを内容とする。

* 中央大学法科大学院フェロー，中央大学名誉教授

II 連邦最高裁決定

本章では、前記連邦最高裁決定の「主文」及び「決定理由」を、公表された資料²⁾通りに記述したい（決定理由中に引用されている文献等も同様）。

【主 文】

2017年7月10日の区裁判所第22民事部の決定³⁾に対する関係人の法律抗告は、同人の負担のもとに退けられる。

【理 由】

A.

1. 関係人2は、関係人1、株式会社⁴⁾の財産について2017年3月1日に開始された倒産手続きにおける倒産管財人（Insolvenzverwalter）⁵⁾である。

2. 2017年4月18日に公証人によって認証された宣告⁶⁾の中で関係人2が登記裁判所に申請したことは、関係人1の商号変更の商業登記簿への登記であり、とりわけ以下のように述べられていた。

すなわち、「当職は自らに許容されている処分・管理権能により、当該会社の商号を『A破綻処理株式会社 'A Abwicklungs AG'』に変更し、右商号変更の登記を申請する。……」⁷⁾

「……倒産管財人は、商号若しくは事業目的に関する定款変更決議が必要とされることなく定款変更権を有する。この場合、社員の定款変更権は倒産管財人の管理権に取って代わられる。……つまり定款変更は、謂わば（quasi）会社法外で倒産管財人に認められた特別な管轄権を利用して行われる。」

3. この宣告は、関係人2によって署名された関係人1の新たな定款中に、条文の形で（in Textform）付加されていた。

4. 登記裁判所は、右申請を拒絶した⁸⁾。関係人の抗告は不成功のままに残された。これに対して向けられたのは抗告裁判所によって認められた法律抗告であった⁹⁾。

B.

5. 抗告裁判所の許可（Zulassung）に基づいて認められ、その他、家事事件・非訟事件手続法（FamFG）70条1項、71条によって許容された関係人の法律抗告は、失敗に帰した。

6. 抗告裁判所は、その判断の理由として大凡のところ以下のように述べていた¹⁰⁾。

7. 2017年4月18日の申請に基づく商号変更の登記は考慮されない。必要なことは株式法上の要件を充した定款変更であって、それは関係人2が倒産管財人として行い、かつ商業登記簿への登記のため申請できるものとされる。定款変更の決議は公証人により認証されなければならない。本件では、関係人2が同人によって署名された定款の新たな文案（Satzungsneufassung）を提出しただけなので、この点が欠けている。倒産管財人が定款変更を決定したとの抗告が受け容れられた場合であっても、そのような決定は、株式法241条2号により無効とされる¹¹⁾。

8. 商事会社の場合、その商号は、倒産による押収（Insolvenzbeschlagnahme）に捉えられる。商号の譲渡は、特別な経済的意義を有するものとされ、通例、債務者の商号の変更が必要となる¹²⁾。しかし、このことはそれにも拘わらず定款の変更を見合わせることを正当化するものではない。成る程、原則として、誠実義務（Treuepflicht）から導き出される社員の協力義務（Mitwirkungspflicht）は存するが、しかし、倒産管財人がこれを訴訟の方法で強いるべきものとするとは、倒産手続きの目的に反することになろう。社員の協力義務と倒産管財人の換価権能（Verwertungsbefugnis）とを考慮してみると、相応する定款変更を持ち込む権能は倒産管財人に帰属すべきである。社員の地位が倒産による押収だけで捉えられるものではないことは右の点に反するものではない。例えば定款変更によってその内部関係を変える社員の権利は、倒産の開始によって制限される。倒産管財人は、秩序に適った社員総会の決議をしなければならないので、相応する決議に反対する訴訟を提起することが出来る株主の権利も認められる¹³⁾。

9. II. 以上の論述は、その結論のみ、法的な再検査に耐えられるものである。2017年4月18日の申請に基づく関係人1の商号変更の登記は、それ以上に（hin）考慮される訳ではない。関係人2は、関係人1の商号の変更を、倒産法80条1項により彼（関係人2）に属する権能、倒産財団に属する財産を管理し、それを処分する権能、から引き出すことは出来ない。

10. 株式会社の商号価値（Firmenwert）は、倒産手続きにおける倒産財団の構成要素であり、倒産管財人の管理・処分権能の下に置かれる（vgl. BGH, Urteil vom 27. September 1982- II ZR 51/82, BGHZ 85, 221, 223 f.; Urteil vom 14. Dezember 1989- I ZR 17/88, BGHZ 109, 364, 367; Beschluss vom 8. Juli 2004- IX ZB 589/02, ZIP 2004, 1555, 1556）。倒産管財人がその商号を換価しようとする場合、同人は、従来の商号を、承継関係を示唆する付加語を付け又は付けずに、継続する旨の同意を伴って株式会社の事業を譲渡することが出来る（§ 22 Abs. 1, § 23 HGB, § 80 Abs. 1 InsO）。

11. 抗告裁判所が、資本会社の財産についての倒産手続き中の事業の譲渡及び商号の継

続に関する権利の譲渡に応じて同社の商号の変更が必要とされると認めたことは正当である。そのような必要性（倒産管財人による債権者の利益に相応する倒産財団の換価という観点からも）が存するか、場合によってはどの範囲で存するかは、個々の事案の状況に係ってくる¹⁴⁾。

12. a) 商号の変更が常に生ずべきであったのか、それとも個別的に必要な場合だけに限られるかは争われている。

13. aa) 倒産法に関する以前の判例及び文献で主張されていた見解が前提としていたのは、倒産債務者（*Gemeinschuldner*）のそれまでの商号は、倒産手続きの終了に至るまで継続され、その取得者もまた同じ商号を保持する権能を有するということであった（KG JW 1937, 2976, 2978; BayObLGZ 1979, 65, 67 f.; Weber, KTS 1970, 73, 85; Heymann/Emmerich, HGB, 2. Aufl., § 17 Rn. 41; Meyer-Landrut, GmbHG, § 63 Rn. 14）。商法 30 条は倒産会社の商号と事業取得者によって継続される商号との関係に適用されるべきではないとされていた（KG JW 1937, 2976, 2978; aA Bokelmann, KTS 1982, 27, 45 f.）。会社がその事業を商号ともども第三者に移転した後で、更なる倒産処理（*Konkursabwicklung*）のために新たな商号を引き受けなければならない場合、このことで必然的に定款変更が行われることとなり、倒産の間中でも会社内部の事項として、株主総会ないし社員総会によってのみ決議し得るものとされる。このような（決議の）必要性は、商号の譲渡を非常に困難にし、更なる倒産処理のために新たな倒産債務者の受け入れは必要とされなくなってしまう（Weber, KTS 1970, 73, 85）。文献においては（商法 30 条への示唆と並んで）以下の理由でこれに対して圧倒的に異議が唱えられていた。すなわち、その理由は、倒産した会社は譲渡によって商号を使用する（*Führung*）権利を喪失する、ないし、事業取得者への商号の移転の認知（*Anerkennung*）及び商法 23 条により保証される商号と商号によって識別される企業との結びつきは、商号の二重化（*Firmendoppelung*）という方法での譲渡人による同時の商号継続を排除することになる、というものであった（Grüneberg, *Die Rechtsposition der Organe der GmbH und des Betriebsrats im Konkurs*, 1988, S. 59 ff.; Ulmer, NJW 1983, 1697, 1699 f.）。

14. bb) 連邦最高裁は商号表示の取り違い（*Verwechslung*）の危険の問題に対して以下のように判示した、すなわち、その名称（*Bezeichnung*）とともになされる事業の一部（重要部分であっても）の譲渡は、原則として、当該名称の取り違い若しくは複写（*Vervielfältigung*）となってはならない、何故なら、このことは、前記譲渡が2つの同一の商号名の物的存在に至る場合には、商法 23 条の法規定の目的とそぐわない混同（*Irreführungen*）の危険を基礎付けることになるからである。しかし、このことは、明らかな限定的な範

囲内、すなわち重大な清算の目的 (Liquidationsabsicht) や固有の、清算の終結によりもはや必要とされない名称の放棄のための準備があるような具体的な場合の名称使用の義務的かつ一時的な認容 (Gestattung) を妨げるものではない (BGH, Urteil vom 22. November 1990- I ZR 14/89, WM 1991, 364, 366 f.- Ott International)。

15. cc) 前記判決と関連して商法・会社法の文献では、倒産手続きにおける従来の商号の継続の権能を伴う事業の譲渡のために「二重商号化 (Doppelfirmierung)」の可能性が部分的に肯定されている。ただ、商法 30 条の適用領域内では、倒産会社の商号 (ないし取得者の商号) がそれと区別される付加語を伴って継続されることが求められており (Hopt in Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl., § 22 Rn. 24; Jaeger/Windel, InsO, § 80 Rn. 73; MünchKommHGB/Heidinger, 4. Aufl., § 22 Rn. 90; Ries in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 5. Aufl., § 22 Rn. 61; Schlingloff in Oetker, HGB, 6. Aufl., § 22 Rn. 24; Leuering, NJW 2016, 3265, 3267; Thole/Schädel, GmbHR 2018, 15, 20) あるいは、更なる商号利用者との取得者の同意 (Einverständnis) が必要とされている (MünchKommHGB/Heidinger, 4. Aufl., § 22 Rn. 91; Wamser in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 22 HGB Rn. 19; Priester, DNotZ 2016, 892, 893)。一部では、商法 30 条とは別個に、「二重商号化」は、名称・標識法上の理由 (§ 12 BGB, § 15 Abs. 2 MarkenG [商標法]) に基づく誤導禁止 (§ 18 Abs. 2 Satz 1 HGB) を背景に、あるいは商号と営業との不可分性 (§ 23 HGB) への示唆のもとに、あるいは、実務上ありふれている企業譲渡に関する契約上の義務 (Verpflichtungen) への示唆のもとに、常に (stets) ないし通常 (in aller Regel), 許されないものとされている (Herchen, ZinsO 2004, 1112, 1115; Linardatos, ZIP 2017, 901, 903 f.; Hacker/Lilien-Waldau, NZI 2017, 787, 788; Cziupka/Kraack, AG 2018, 525, 526; Hüffer/ Koch, AktG, 13. Aufl., § 264 Rn. 11; Burgard in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 22 Rn. 69)。上級地方裁判所の新たな判決及び一部の文献では、代替商号の形成は必要なもの (unverzichtbar) とされている。なぜなら倒産会社は譲渡によってその商号を失い、商号なき資本金会社は強行法たる会社法に反するからである (OLG München, GmbHR 2016, 928; OLG Hamm, ZIP 2018, 596, 597; Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl., § 4 Rn. 36; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 4 Rn. 43; MünchKommGmbHG/Harbarth, 3. Aufl., § 53 Rn. 261; MünchKommGmbHG/H.-F. Müller, 3. Aufl., § 64 Rn. 101; MünchKommAktG/Hüffer, 3. Aufl., § 264 Rn. 60; K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl., § 12 Rn. 51)。

16. b) 商号の継続の権能を伴う事業の譲渡に向けた更なる破綻処理 (Abwicklung) のために株式会社の倒産手続きにおいて従来の商号を継続することは、原則として認められないという訳ではない。商号変更の必要性は個々の事案の状況に係ってくる (Rn.11

参照)。

17. aa) 従来の商号の継続の権能を伴う事業の譲渡は、株式会社がまずその定款に定められ、商業登記簿に登録された商号を存続するという点では何ら変わるところはない。連邦最高裁の判決によって問題となったのは、商法 22 条 1 項による「明白な同意 (ausdrücklichen Willigung)」の場合に、ライヒ裁判所がこれを認めていたもの、すなわち自分が更に利用することを止め、当該商号の更なる利用を第三者に認める「認容」(RGZ 107, 31, 33), ではなく、営業の譲渡に関する契約の一部としての商号の譲渡に関する契約上の合意 (Einigung) であった (BGH, Urteil vom 27. April 1994- VIII ZR 34/93, ZIP 1994, 942, 943; aA K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl., § 122 Rn. 43, 56)。ここで引き出されたことは、商号の譲渡によって、その管理権が営業の取得者に移転することである、民法 398 条 1 文, 413 条 (Hopt in Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl., § 22 Rn. 9; Burgard in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 22 Rn. 28; MünchKommHGB/Heidinger, 4. Aufl., § 22 Rn. 32; Heymann/Emmerich, HGB, 2. Aufl., § 22 Rn. 11)。商号を使用する権利の譲渡は、それが更に譲渡株式会社の定款と相応する商号となり、それ自体商業登記簿に登録され、法取引に用いられ、従って実際に使用でき、場合によっては、取得者の法的地位及び / 若しくは商号法上の規定の違反となる点では何ら異なるところはない (Linardatos, ZIP 2017, 901, 902; Hacker/Lilien-Waldau, NZI 2017, 787, 788; Cziupka/Kraack, AG 2018, 525, 526; MünchKommHGB/Heidinger, 4. Aufl., § 17 Rn. 56)。

18. 本法廷が堅持したのは、連邦最高裁の判例である。それによれば、譲渡人の最終的な破綻処理まではいわゆる二重商号化が原則として認められない訳ではない (BGH, Urteil vom 22. November 1990- I ZR 14/89, WM 1991, 364, 367- Ott International)。取引保護の規定として営業譲渡の関係人の処分に委ねられてはいない (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Juli 1966- II ZB 4/66, BGHZ 46, 7, 10; Urteil vom 10. November 1969- II ZR 273/67, BGHZ 53, 66, 70; Beschluss vom 9. Dezember 1976- II ZB 6/76, BGHZ 68, 12, 14; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl., § 23 Rn. 3) 商号法の規定は、営業の取得者と営業の譲渡者とによる同時の商号使用を一般的に排除している訳ではない。

19. (1) 商法 23 条によれば、商号はそのために右商号が使用される営業なしには譲渡され得ない。営業が譲渡される場合には、商号の取得者は商法 22 条 1 項の要件の下に右商号を継続することが出来る。既に同条の文言から明らかなように、同条は、商号と営業とを切り離して譲渡すること (「空 (積み) 譲渡」 "Leerübertragung") を原則的に排除している訳ではなく、商号を孤立させて譲渡することを禁止しており、営業の譲渡に際して当該商号を第三者が継続し得る条件を規定している (BGH, Urteil vom 13. Oktober

1980- II ZR 116/79, ZIP 1980, 994, 995; Burgard in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 23 Rn. 3)。連邦最高裁の判例によれば、商法 23 条に含まれる原理は、営業標識の複写若しくは分割 (Aufspaltung) が問題となるのではなく、妨げられるべきことは、二つの同じ商号標識が物的に存在することである (BGH, Urteil vom 21. März 1985- I ZR 190/82, WM 1985, 1242, 1243- Hydair; Urteil vom 29. April 2004- I ZR 233/01, WRP 2004, 1032, 1035- Gegenabmahnung; Urteil vom 22. November 1990- I ZR 14/89, WM 1991, 364, 367- Ott International)。取得者の商号、名称ないし標識の許容は譲渡人の最終的な破綻処理の目的のため一時的になされるべきであり、それにも拘わらず、商号の複写や分割に向けられた合意ではなく、取得した法的地位が譲渡人による再使用に反してなされてはならないとの宣告を含むものであればよい (BGH, Urteil vom 18. März 1993- I ZR 178/91, BGHZ 122, 71, 73- Decker; Burgard in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 22 Rn. 69; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl., § 23 Rn. 2; aa Linardatos, ZIP 2017, 901, 904 f.; Grüneberg, GmbH-Organ und Betriebsrat im Konkurs, 1988, S. 61; Rödder, Kompetenzbeschränkungen der Gesellschaftsorgane in der Insolvenz der GmbH, 2007, S. 101)。

20. (2)商号標識の二重使用は個々のには商法 30 条 1 項に反するものではない。本法廷は倒産法に関する以前の判例では前記 aa) で示した見解とは逆に、商法 30 条 1 項が会社倒産中の商号の譲渡の場合にも適用されることを前提としていた。その出発点となっていたのは、商号に関する権利と共にする営業の譲渡は、直ぐさま家事事件・非訟事件手続法 394 条 2 文による抹消資格 (Löschungsreife) に至ることになり、その結果、倒産手続きの更なる実施のための法取引の保護に役立つ商法 30 条 1 項の規定の適用が求められることになる。商法 30 条 1 項によって生ずる保護は、勿論、その営業地 (営業所の所在地) 若しくは同一市町村に既に存在し商業登記簿に登録されている商号に関係付けられ、新たな商号を識別する効力 (Unterscheidungskraft) を有している。右規範は、更に、営業の取得者のために同人が獲得した商号が同一の地区で登記されることを妨げる登記障壁を根拠付けている (Bokelmann, KTS 1982, 27, 43; MünchKommHGB/Heidinger, 4. Aufl., § 30 Rn. 18; vgl. auch Linardatos, ZIP 2017, 901, 903)。

21. (3)商法 18 条 2 項 1 文の誤導禁止 (Irreführungsverbot) は、複数の営業主によって商号が同時に使用されることに一様に強制的に関連付けられる訳ではない。成程、法取引における商号の継続が当該企業の規模と種類並びに新たな営業主の業務上重要な個人関係に関する不相応な表象を呼び起こす場合には誤導禁止の制限が生ずるかも知れない (MünchKommHGB/Heidinger, 4. Aufl., § 22 Rn. 3 ff.; Schlingloff in Oetker, HGB, 6. Aufl., § 30 Rn. 2; vgl. für § 24 HGB: BGH, Beschluss vom 8. Mai 2018- II ZB 27/17, ZIP 2018, 1439

Rn. 11)。従来の商号の継続が重要な業務上の関係に関する誤導を引き出すか否かは、個々の事例の問題であり、特に更なる破綻処理の目的でのその営業の譲渡によって倒産債務者が法取引に参加しなければならないかまたどの範囲で参加しなければならないかに係っている。重大な誤導は、商号標識の背後に元々の、市場で行われていた営業がもはや存しないということだけで生ずるのではなく、倒産手続き中にその（残りの）財産が換価される、権利者が隠されてしまうことから生ずるのである。何故なら、商号のない営業の譲渡の場合、倒産債務者の商号は、倒産手続き中に切り詰められずに継続され得るからである。その際の標章として、それが倒産手続き外で会社法 269 条 6 項により株式会社の清算において規定されているような、更なる破綻処理を示唆するような付加語さえ必要とはされない（vgl. BeckOK GmbHG/C. Jaeger, Stand: 1. Februar 2019, § 4 Rn. 30）。むしろ決定的なことは同一の商号の下での倒産債務者と取得者との共同の行動（Auftreten）から見なされる取引分野の誤導が発しているか否かである。

22. (4)最終的に（取得者が倒産株式会社による従来の商号の更なる使用を認めない場合に）当該商号が混同される危険を基礎付ける方法で更に使用される場合、取得者には、商標法（MarkenG）5 条 1 項 2 文、15 条 2 項ないし民法 12 条による実体的商号保護に基づく請求権が帰属することになる（Linardatos, ZIP 2017, 901, 903）。

23. 3. 法律抗告が認めざるを得ないことは、代替商号の申請が必要であると実証される事案において従前の商号の継続は、倒産管財人の管理・処分権に因るものであることである。なるほど倒産管財人は倒産法 80 条 1 項に基づき営業を処分し、それと共に倒産株式会社の商号を処分し、このような方法で営業と共に当該商号の継続使用の権利を取得者に取得させることが出来る。しかし、これと逆に商号の取得者にとって、商号の継続に関する権利の譲渡に関する契約に由来する義務は、同人が更に存在する倒産債務者の許での商業登記簿への登記に関して当該商号の登記を商法 30 条により妨げる場合、懈怠されてしまう（Canaris, GRUR 1989, 711, 712; Homann in Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., Kap. 26 Rn. 33）。それはともかく、個々の場合に債権者の利益に資する倒産財団の換価を、従来の商号をもはや用いないことを取得者に明白に義務付けることと対応させることもできる（Grüneberg, GmbH-Organe und Betriebsrat im Konkurs, 1988, S. 61）。

24. 4. それとは別に、株式会社の商号は、倒産法 225a 条 3 項による倒産処理計画に相応した定款変更が定められていない場合、その財産に関する倒産手続きの開始後も、株式法 181 条 1 項 1 文、179 条 1 項 1 文、23 条 1 項 1 文、3 項 1 号による株主総会の定款変更決議によってのみ変更することが出来る。

25. a) 株式法 23 条 3 項 1 号により商号は、株式会社の定款の強行的な構成要素とされている。定款の実体的内容に関わる変更に関しては、株主総会が一般原則に従い決議をする（株式法 179 条 1 項 1 号）。定款変更権は、株主総会に留保され、株主の社員権と直接結びつく領域に関わるものである（RGZ 169, 65, 80 f.; K. Schmidt, GesR, 4. Aufl., § 21 II 1.）。変更された定款は、株式法 181 条 1 項 1 文により商業登記簿への商号変更の登記のための基礎となる。

26. b) 株式会社の商号に関する定款変更権は、倒産手続き中の商号の換価の場合のために倒産法 80 条 1 項により倒産管財人に移転することは出来ない。同人は、その固有の地位によって定款外で商号変更を持ち込むことも出来ない。

27. aa) 前述の倒産管財人の換価権（Verwertungsrecht）の潜在的侵害に相對して、勿論、判例や文献において主張されてきたのは、倒産管財人は、定款変更なく商号の変更を行うことが出来、登記裁判所にその申請をすることが出来るというものであった（OLG Düsseldorf, ZIP 1989, 457, 458¹⁵⁾; LG Essen, ZIP 2009, 1583, 1584; Burgard in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 22 Rn. 70; MünchKommHGB/Heidinger, 4. Aufl., § 22 Rn. 89 f.; Bäuerle in Braun, InsO, 7. Aufl., § 35 Rn. 106 f.; Kilian in Wachter, Praxis des Handels- und GesR, 4. Aufl., § 3 Rn. 72; Böttcher in Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl., § 33 Rn. 107; Bous in Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Kap. 11 Rn. 109; H.-F. Müller, Der Verband in der Insolvenz, 2002, S. 179; Horstkotte, ZinsO 2016, 1369, 1370; Schultze, EWiR 2016, 553, 554; für das Konkursverfahren: Emmrich, Das Firmenrecht im Konkurs, 1992, S. 47; Raffel, Die Verwertbarkeit der Firma im Konkurs, 1995, S. 57; Schulz, ZIP 1983, 194, 195; Ulmer, NJW 1983, 1697, 1702; 未決のままとするもの OLG Hamm, ZIP 2018, 596, 597）。その理由として掲げられることは、商号に対する倒産管財人の権能は、社員の定款変更に関する権能を押し退ける（verdrängen）ということである（OLG Düsseldorf, ZIP 1989, 457, 458¹⁶⁾; Burgard in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 22 Rn. 70; MünchKommHGB/Heidinger, 4. Aufl., § 22 Rn. 89; H.-F. Müller, Der Verband in der Insolvenz, 2002, S. 179; Bäuerle in Braun, InsO, 7. Aufl., § 35 Rn. 106 f.; Ulmer, NJW 1983, 1697, 1702; Schulz, ZIP 1983, 194, 195）。商号の変更は、商号の換価によって適用対象なきものとなった定款上のそれと異なる規定があるにも拘らず、登記すべきものとされる、何故なら、登記された商号と定款に適った商号とが相容れないことは、倒産手続きの継続のために受け容れられるべきであるからである（LG Essen, ZIP 2009, 1583, 1584; Ulmer, NJW 1983, 1697, 1702）。

28. 以上の状況との関連で一部で主張されていることは、いずれにせよ倒産管財人は、

従来の商号と関連して求めた定款変更を、社員が決議していなくても（定款外で）商号の変更の権能があるということである（Bitter in Scholz, GmbHG, 12. Aufl., Vor § 64 Rn. 136; Schmidt-Leithoff/Baumert in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., Vor § 64 Rn. 260; für das Konkursverfahren: Grüneberg, Die Rechtsposition der Organe der GmbH und des Betriebsrats im Konkurs, 1988, S. 68 f.）。

29. bb) これに対して主張されているのは、代替商号は、資本会社の倒産においても定款変更の方法で形成されなければならないというものである。その問いかけに対する答は様々であり、（抗告裁判所が認めたように）定款変更権は倒産管財人にあるとするもの（Koch in Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 264 Rn. 11; Zetzsche in KK-AktG, 4. Aufl., § 179 Rn. 162, 164; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl., § 17 Rn. 47; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 9. Aufl., § 4 Rn. 36; BeckOK HGB/Bömeke, Stand: 15. Oktober 2018, § 22 Rn. 54; Heckschen in Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl., § 4 Rn. 48; Cziupka/Kraack, AG 2018, 525, 527; Linardatos, ZIP 2017, 901, 908 f.; Hacker/Lilien-Waldau, NZI 2017, 787, 789; Illert/Hennen, EWIR 2017, 751, 752; Podewils, GmbH-StB 2017, 309, 310; Priester, DNotZ 2016, 892, 895; Rödder, Kompetenzbeschränkungen der Gesellschaftsorgane in der Insolvenz der GmbH, 2007, S. 106 f.; Herchen, ZinsO 2004, 1112, 1116; Raffel, Die Verwertbarkeit der Firma im Konkurs, 1995, S. 59; Jousen, GmbHR 1994, 159, 162; Scholz/Cziupka, GmbHG, 12. Aufl., § 4 Rn. 77; MünchKommGmbHG/Harbarth, 3. Aufl., § 53 Rn. 265; MünchKommGmbHG/H.-F. Müller, 3. Aufl., § 64 Rn. 101; Hirte/Praß in Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl., § 35 Rn. 302; BeckOK GmbHG/Trölitzsch, Stand: 1. August 2018, § 54 Rn. 3), そうでなければ倒産手続き中であっても専ら株主総会決議によって行うことが出来るとするもの（Kayser in HK-InsO, 9. Aufl., § 80 Rn. 51; Homann in Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., Kap. 26 Rn. 33; Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, 3. Aufl., § 31 Rn. 101; Wachter, GmbHR 2016, 930, 931; Leuering, NJW 2016, 3265, 3268; MünchKommGmbHG/Heinze, 3. Aufl., § 4 Rn. 125a; Michalski/Hoffmann, GmbHG, 3. Aufl., § 53 Rn. 112; für das Konkursverfahren: Wiedemann in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 179 Rn. 78; Wiedemann in Großkomm. AktG, 3. Aufl., § 262 Anm. 26; Jaeger/Weber, KO, 8. Aufl., § § 207, 208 Anm. 33; Hachenburg/Schilling, GmbHG, 6. Aufl., § 4 Anm. 17; Schmidt/Goerdeler in Hachenburg, GmbHG, 6. Aufl., § 63 Anm. 16; Meyer-Landrut in Meyer-Landrut/Miller/Niehus, GmbHG, § 63 Rn. 14; 未決のままとするもの：OLG München, ZIP 2016, 1222, 1223）がある。

30. cc) 本法廷は、最後に掲げた見解に従う、それによれば、倒産手続き（倒産処理計画外で）中での株式会社の定款の変更は、株式会社の定款変更決議によってのみなし得

るというものである。

31. (1)倒産管財人の決定による株式会社の商号変更の登記は法律に定められておらず、登記法の原理とも一致しない。

32. (a)取引保護の種々の原理及び倒産手続きにおいても妥当する登記の真実性 (Registerwahrheit) の原則 (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2014– II ZB 20/13, ZIP 2015, 88 Rn. 15) は、定款外での商号変更の可能性に反対している。商業登記の有する使命は、技術的なメディアとして法取引にとって重要な事実及び法律関係の告知を配慮することである。それは、重要な企業データに関し公開すべき情報を法取引のために用意しておき、法取引が接近できるようにしておく公示手段、いわゆる情報・公示機能を持つものである。それ故、登記されるべき事項は、信頼でき、完全で欠けるところなく記録されなければならない (BGH, Beschluss vom 3. Februar 2015– II ZB 12/14, ZIP 2015, 1064 Rn. 18)。株式会社の商号は、株式法 23 条 3 項 1 号により定款の重要な構成要素の一つであり、会社の基本情報に属するものであり、法取引においてその明確な識別化が保証されるものである。定款は、株式法 37 条 4 項 1 号により株式会社の登記申請に添付され、また定款変更登記のための基礎ともなっている、株式法 181 条 1 項 2 文。HRV (Verordnung über die Einrichtung und Führung des Handelsregisters (Handelsregisterverordnung) 商業登記法 43 条 2 号 a) により商業登記簿への商号の登記は、それによって定款に定められた株式会社の商号のみを告知するものである。この告知機能は、定款変更以外に当該定款とは異なる商号が商業登記簿に登録されるような場合にそれに反対して向けられる。商法 9 条 1 項 1 文による商業登記簿の閲覧を基礎付けるのは、その都度の登記用紙並びに、登記用紙とは異なった商号を示すように整えられた定款である。開示されるべき情報がそこから明らかにされる場合には、当該商業登記はその情報目的を確実に充しているものとされる。右情報を商業登記外の、通例、法取引にとって接近できないような事情から引き出さなければならない場合には、右要件は充されないものとされる (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Februar 1983– II ZB 8/82, BGHZ 87, 59, 63)。

33. (b)以上のことには、倒産手続きの開始後には倒産会社の定款はもはや実上の重要性がなくなるとの議論 (Schultze, EWiR 2016, 553; Rödder, Kompetenzbeschränkungen der Gesellschaftsorgane in der Insolvenz der GmbH, 2007, S. 106 f.; aA Priester, DNotZ 2016, 892, 895; Grüneberg, Die Rechtsposition der Organe der GmbH und des Betriebsrats im Konkurs, 1988, S. 66 f.) によっても対処することは出来ない。定款外での商号の変更によって生じた商業登記の誤りがどの位続いていたのか (OLG München, ZIP 2016, 1222, 1223), また倒産した株式会社がその事業の譲渡後更なる破綻処理のために如何なる範囲で法取引

に参加しなければならないか、は個々の事案の状況による。商業登記簿に登記された倒産記載（Insolvenzvermerk）も、同様に、法取引の十分な保護を保証するものではない。何故なら、右記載からは、定款に適った、また登記された商号との相違について何らの示唆も引き出されないからである（OLG München, ZIP 2016, 1222, 1223; Linardatos, ZIP 2017, 901, 910）。

34. (c)商業登記簿に登記された商号が定款適合商号と相違することは、定款の重大な欠缺に対する登記裁判所のサンクションという視点からも正当化することは出来ない。家事事件・非訟事件手続法 399 条 1 項及び 2 項 1 文、株式法 262 条 1 項 5 号によれば、なるほど登記裁判所が出来ることは、株式会社の商号に関係する定款欠缺を確定し、それによって会社の解散を招くことであるが、それによって次になされる清算時にたぶん同じように定款と商業登記との矛盾にたどり着くこととなる。しかし、この場合は、株式法 263 条 2 文及び 3 文により、解散だけではなく、解散事由も職権により商業登記簿に登記され、その結果、法取引は定款欠缺に関する情報を受けることになる。そのこととは別に、継続する定款の欠缺は右の規定によりサンクションを受けるが、その結果、右規定が右の理由から定款とは異なる商号の登記の正当化を表わすことにはならない。

35. (2)倒産法 80 条 1 項からも定款外での商号変更に関する倒産管財人の権能も、また定款変更に関する権能も導き出されることはない。右規定は債務者ないしその機関とは独立して倒産管財人に倒産の目的物を管理し、それを処分する法的権力（Rechtsmacht）を入手させるものである。しかし同規定は倒産管財人に法律が定めていない方法で商号を変更する途を拓くものでもなく、同人が倒産法 80 条 1 項に基づく権能と共に定款変更権を有する株式会社の機関として株主総会に代わるという訳でもない。

36. (a)本法廷の判例は、倒産開始後の事業年度の変更に關し（BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2014- II ZB 20/13, ZIP 2015, 88），倒産管財人は、社員の参加なく定款を補正する権能があるという結論を引き出すことは出来ないとしている（反対 Horstkotte, ZinsO 2016, 1369, 1370）。倒産管財人が倒産開始前に適用された事業年度の周期に再び戻すことを決定する場合、問題となるのは定款の変更ではない（本法廷がこの点に照準を合わせていたことは明らかである）（BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2014- II ZB 20/13, ZIP 2015, 88 Rn. 12）。

37. (b)株式会社は、その財産に関する倒産手続きの開始にも拘わらず、その会社が解散し、特別な倒産法上の清算手続きに移行された場合であっても権利主体（Rechtsträger）として留まっている。倒産手続きの開始は、当該会社の構造（Struktur）に何らの影響も及ぼさない¹⁷⁾。倒産手続きの開始後、法人の機関も、その地位を保持しているが、

その任務は倒産財団に関しないものだけに認められる。その限りで、倒産管財人の換価権は、機関の権能を排除するか、ないしそれと重なり合うこととなる（BGH, Urteil vom 26. Januar 2006– IX ZR 282/03, ZinsO 2006, 260 Rn. 6; Beschluss vom 11. Januar 2007– IX ZB 271/04, ZIP 2007, 438 Rn. 21; K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 264 Rn. 13; Drescher in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 264 AktG Rn. 8; MünchKommAktG/Koch, 4. Aufl., § 264 AktG Rn. 43 f.; Jaeger/Windel, InsO, § 80 Rn. 84 f.; für das Konkursverfahren: RGZ 76, 244, 246; BGH, Urteil vom 18. Dezember 1980– II ZR 140/79, ZIP 1981, 178, 179)。

38. (c)全く圧倒的な見解によれば、倒産管財人の権能は、会社の内部領域、これには定款変更の権能が属する、には及ばない（Jaeger/Windel, InsO, § 80 Rn. 78, 81; MünchKommInsO/Ott/Vuia, 3. Aufl., § 80 Rn. 112a; Kayser in HK-InsO, 9. Aufl., § 80 Rn. 51; zur Konkursordnung: Weber, KTS 1970, 73, 81, 85; Ulmer, NJW 1983, 1697, 1701 f.; aA Zetzsche in KK-AktG, 4. Aufl., § 179 Rn. 162)。定款変更若しくはその不作為が目的物の換価への間接的な影響力を持つ場合であっても、倒産管財人は、定款変更権を有する株式会社の機関として株主総会に取って代わるのではなく、同人は専ら自己に委譲された職務に基づいて自己の名で職務を遂行して行くのである（vgl. BGH, Urteil vom 7. Januar 2008– II ZR 283/06, BGHZ 175, 86 Rn. 11; Urteil vom 18. März 2010– I ZR 158/07, BGHZ 185, 11 Rn. 40– Modulgerüst II)。同様に、定款中の規定に留保された業務も同人から引き出されるものは殆どない。というのは、倒産管財人も倒産財団の管理及び換価については法律に規定されている方法によってのみ応対するしかないからである。それによって倒産債務者の会社内部の領域は、倒産処理計画に関する規定を除き、倒産管財人の影響を受けないままに置かれ、会社内部の領域に関係付けられずに倒産財団の換価に間接的に影響を及ぼす措置は、所謂重畳ないし協同領域（Überschneidungs- oder Kooperationsbereich）に関係付けられる、そこでは、求められる成果はその都度の会社機関と倒産管財人とが協同することによってのみ達成されうるのである（vgl. Weber, KTS 1970, 73, 80; MünchKommAktG/Koch, 4. Aufl., § 264 Rn. 44)。倒産管財人に定款変更のために必要な手段が使えない場合には、同人は、自己の商号譲渡権能に基づく「付属的権限（Annexkompetenz）」によることも許されない（MünchKommGmbHG/Heinze, 3. Aufl., § 4 Rn. 125a; Michalski/Hoffmann, GmbHG, 3. Aufl., § 53 Rn. 112; Wachter, GmbHR 2016, 930, 931; Homann in Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., Kap. 26 Rn. 33; Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, 3. Aufl., § 31 Rn. 101; aA Koch in Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 264 Rn. 11; Heckschen in Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl., § 4 Rn. 46 ff.; Cziupka/Kraack, AG 2018, 525, 527; Linardatos, ZIP 2017, 901, 908;

Priester, DNotZ 2016, 892, 895; Illert/Hennen, EWiR 2017, 751, 752)。

39. (d)以上の、既に倒産法に関する文献の中で展開されてきた視点、持分権と社員権の継続を前提とする視点は、2011年12月7日の企業整理の更なる簡易化に関する法律 (BGBl. I S. 2582, nachfolgend ESUG) によって倒産法によって表わされた (vgl. Wachter, GmbHR 2016, 930, 931)。同法 225a 条 1・3 によれば、会社法上容認される措置が存するのでなければ、債務者に参加した者の持分権及び社員権は、倒産手続きの範囲外に留まるとされる (vgl. dazu Haas in HK-InsO, 9. Aufl., § 225a Rn. 9)。以上の可能性が用いられる場合には、倒産法 254 条 1 項、254a 条 2 項 1 文により労働者の倒産処理計画への受け入れの決議は倒産処理計画の承認 (Bestätigung) という法的効果を伴ってなされたものとされる。以上の規制が明らかにしたことは、会社法及び登記法上の基準は原則として倒産手続きにおいて存続し、倒産処理計画手続きに関する規定によってのみ代替ないし修正されるということである (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zum ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 36- zu Nummer 39)。株主総会の権能の受け容れに際しての実際的な問題やできる限りの債権者の満足 (Gläubigerbefriedigung) という目的のため商号の換価が妨げられる危険を指し示すことで、このことを覧れば、本件と異なる結果を理由付けることは出来ない (MünchKommGmbHG/Heinze, 3. Aufl., § 4 Rn. 125a)。

Ⅲ 本決定に対する論評

本章では、筆者が参照できた範囲で、本決定に対する論評を以下 1. ～ 8. で紹介したい。その際、各論評を訳出したものをそのまま掲載するのではなく、その概要を紹介し、本文及び注記で適宜コメントする方式を採ったことをお断りしたい。

1. Philipp Böcker

本件決定について、比較的詳細な検討を行っているものとして Böcker による論評が掲げられよう¹⁸⁾。

Böcker は、本決定について、その入り口となった商業登記法を通じ、倒産法と会社法との関係について、一方で、相対的に古い商法上の、かつ商号法上の判例の一つに戻り、他方で、近年主張されてきた会社法よりも倒産法を優位に置く見解に、いずれにせよ、一つの例外を加えたものとしている。

Böcker は、まず、本決定の枠外番号 32 との関係で、連邦最高裁が、株式法 23 条 3 項 1 号、商業登記法 43 条 2 a 号等を引き合いに出して、商業登記の有する告知機能が、定款外での商号変更により損なわれると判示したことを正当であると評価している。

続いて、枠外番号 35・37 との関係で、倒産債務者である会社の内部領域は（唯一、倒産処理計画手続きに関する規定を留保して）倒産管財人の影響力を引き入れないままにして置かれることを本決定が前提としている点を確認している。この内部領域において、会社法が、倒産法より優越するという連邦最高裁の結論について、Böcker は、それに至る従来の議論を分析し、連邦最高裁の判断を敷衍する形で、株式会社の商号は株主総会の定款変更の決議によってのみ変更され得ること（株式法 179 条 1 項 1 文）、右変更は、商業登記簿への登記のために申請されなければならないこと（株式法 181 条 1 項 1 文、商法 31 条 1 項、29 条）を掲げ¹⁹⁾、枠外番号 32(a) との関係で、右登記は、登記の真正性を貫徹する有効な手段となっており、取引保護（商法 15 条）及び登記の真正性の原理は、財団の利益のために商号を含めた（商法 23 条）商事会社のスムーズな換価を行うことよりもより高く評価されなければならないと述べている²⁰⁾。

さらに Böcker は、商号法上の問題について、商号のみの孤立した譲渡が許されないとした上で（枠外番号 19 参照）、(i) 営業とともに商号を取得した者は商号価値（good will）を取得する点に多大の利益があること²¹⁾、(ii) 「譲渡による再生」（übertragende Sanierung）には、法政策上、商法 25 条が適用されないことで倒産債権者の負担への報いとなること²²⁾、それぞれを重点として掲げている²³⁾。これらの点は、いずれも本決定自体で直接争点とされている訳ではない。ただ、(ii) について、Böcker は、本決定に係る Karsten Schmidt の論評（後記 3.）を引用しており²⁴⁾、Böcker も(ii) について、Karsten Schmidt と同一の観点に立つものと解される。

これに続き、Böcker は、商号の譲渡と、民法上の債権譲渡（民法典 398 条）・債権以外の権利の譲渡（同 413 条）とを比較したうえ²⁵⁾「商号の二重化」の問題を論じている。Böcker によれば、商号の二重化は、取り違いや誤導の危険性（商法 18 条 2 項 1 文）をもたらすが、そのことを法律が明記していない以上、連邦最高裁は、原則として、倒産会社の最終的な清算処理の時点まで、商号の二重化が許されない訳ではないとして、その理由を、商号法の規定が、取引保護規定であり、営業譲渡に関与した者の自由な処理に任せられている訳ではないことに求めている²⁶⁾。Böcker は、前記の危険に対処するため、立法論として（de lege ferenda）、株式法 269 条 6 項（清算人による付加語及び署名の記載）の準用が、求められるとしつつも、現行法上、そのような規定が存しない以上、本決定中で述べられているように、問題状況に対する意見形成は、多様なものとならざるを得

ず、本決定によって連邦最高裁がもたらした一定の法的明確性は、上辺だけのものであり（vordergründig）²⁷⁾、倒産会社の代替商号の形成は、倒産会社にとっても、事業取得者にとっても法的には強制されていない状況にあるとしている²⁸⁾。このことから、Böckerによれば、連邦最高裁は、倒産会社はその商号の譲渡によってその商号を失い、商号のない資本金会社は強行法的な会社法に反するとの見解にも、また、倒産会社の商号の継続は取得者の同意によってのみ承認されるという見解にも与せず、倒産会社の許での商号変更の必要性は、法取引のあり得べき誤導を考慮した個々の場合の具体的状況に係るとの帰結となったとされる²⁹⁾。この点で、連邦最高裁は、多様な見解の中で、倒産法に関する比較的古い判例に結果的に立ち戻っているが、その出発点は、倒産会社の従来の商号が倒産手続きの終了まで継続されており、取得者もまた同じ商号を用いる資格がある場合であるとされている³⁰⁾。ただ、識別可能性（Unterscheidbarkeit）の原理を定めた商法 30 条 1 項が会社の倒産における商号の譲渡の場合にも適用されることを本決定が前提としている点が、従前の判例と異なると Böcker が、指摘していることに注意しなければならない³¹⁾。

以上のことを前提としてなお残る問題として Böcker が取り上げているのは、本決定によって将来のために実際に充分な程度の法的安定性（Rechtssicherheit）が生じたのか否かということである。この点、これまで連邦最高裁が、商号変更の必要性が生じているか否かの判断は、個々の場合の具体的状況により、また何時必要となるかに依拠して来たことに対して、Böcker は、その必要性の判断が出来なかった 1990 年 11 月 22 日の連邦最高裁判決を例として掲げ、同判決を引用している本決定の定式化³²⁾も、法的安定さのある基準としては実務上問題にならない（ausscheiden）としている³³⁾。しかし Böcker は、このような不確実性を除去するために倒産管財人にとって役立つ手段として³⁴⁾、倒産処理計画中に商号変更に関する条項を組み入れることを示唆しており³⁵⁾、その限りで、本決定を評価していると言えよう。

そして、Böcker は、倒産法に会社法よりも基本的な優位性を認めようとする最近の傾向が本決定によって打ち破られることになるか否か熟考する機会が与えられたとして、近年の倒産法と会社法との関係に係る法状況に言及している。まず、1994 年の倒産法、2008 年の有限会社法改正法（MoMiG）そして 2011 年の事業再生簡易化法（ESUG）による倒産法と会社法との関係の強化、また、注目すべき判決として、欧州司法裁判所 2015 年 12 月 10 日判決³⁶⁾が取り上げられている。同判決は、会社の支払不能後に業務執行者の自己の計算で給付された業務執行者の給付が問題となった事案について、国家規範である有限会社法 64 条 1 項を倒産法に係付けたものである³⁷⁾。

更に、Böcker は、多数派社員が「邪魔者（Störenfried）」と感じる少数派社員に圧力をかけようとする状況下での社員間の争いにおいても、倒産処理計画を用いることで、会社法に対する倒産法の優位性が一定の役割を果たしていると指摘している。

引き続き、Böcker は、いわゆる「倒産固定（Insolvenzfest）」に言及している。改正前破産法上の破産固定との関係では、社員貸付け（Gesellschafterdarlehen）の問題が取り扱われてきたが、これまでの判例とは異なり、連邦最高裁 2019 年 2 月 14 日判決³⁸⁾では、本決定とは異なり、倒産法の会社法に対する優位性が示された。しかし、Böcker は、右判決の立場には批判的であり、倒産法 135 条 1 項 1 号の期間内に提供された社員貸付けのための担保が固定されるとの考えは、倒産法 39 条 1 項 5 号、135 条 1 項 1 号の意義及び目的に反している。また、現金取引の優越は、（これまで）連邦最高裁によって、社員の負担の許で狭く解され、会社が危機において行う、中立的な第三者との取引に係付けられるにしか過ぎない。従って、社員は、同人が社員だからという理由だけで、現金取引の優越という保護目的に捉えられてしまうことはないとしている。その点で、Böcker によれば、本決定は、これまでの傾向及び議論の自動化にブレーキをかけ、法規への引き戻しのもとに個々の事例を、正当にも示唆していると評価される。以上の Böcker による方向性、すなわち、これまでの判例が社員貸付けに対して取ってきた固定化の強化の方向性は、既に前記 2008 年改正法によって部分的に打ち破られており、さらに 2020 年 3 月 27 日に認証され、同月 1 日に遡及して発効した「コロナヴィールス 19 の感染によって条件付けられた倒産の場合の倒産申請義務の一時的猶予及び機関責任の制限に関する法律（COVInsAG）」³⁹⁾ 2 条 1 項⁴⁰⁾によっても、具体化されており、この点も Böcker によって指摘されている⁴¹⁾。

なお、Böcker は、本決定の分析との関係で、倒産法と会社法との境界線をどこに設定するかという問題に対して、「経済システムや金融システムという異なる思考の企ては（国家的にもまた世界的にも）社会政策上、以上の法的道具によって見渡せる訳ではない⁴²⁾」として、論評を締め括っているが、本決定に対して、従来から Böcker が取り上げている会社法と倒産法との関係について、近時の判例および立法動向から、本決定の立ち位置を明らかにした点は評価できると思われる。

2. Hans-Joachim Priester

Priester は、本決定で提出されている論点として、商号続用権を伴った営業の譲渡に際して、常に商号の変更が生ずるのか、そうでなければ個別の場合に変更が必要となる

のかという点をまず掲げている。Priester は、連邦最高裁が、商号変更の必要性は、個々の場合の具体的な事情によるものとしたこと、更なる使用を取得者が同意している場合は別として、譲渡人の最終的な処分の時点までは「二重商号」が、原則として許されない訳ではなく、獲得された商号が同一地区で登記される場合にだけ、商法 30 条 1 項が介入することを、本決定の枠外番号 16・20 で述べられている通り確認している。更に Priester は、商法 18 条 2 項による誤導禁止も、複数の事業主による商号の同時使用によって強制的に関係付けられる訳ではないことを確認したうえ、譲渡人による商号の継続のための前記の条件は、事案において公然と (in casu offenbar) 提出されている訳ではないと指摘している⁴³⁾。

次に Priester は、連邦最高裁が重点を置いていることとして、商号変更の権能が、倒産法 80 条 1 項により管財人に移転しないこと、それどころか、商号の変更は、株主総会の定款変更の決議によってのみ生じ得ると判断していることを掲げている。そして、同裁判所が唯一同意しているのは、登記法の原則についてだけであること、すなわち、登記の真実性の原理は、倒産手続き中においても妥当し、株式会社は、倒産手続きの開始後も権利者として存在する、なるほど倒産管財人の処分権能は、機関の権能と重なり合う、しかし、このことは、定款の変更を含む会社内部の領域には当てはまらず、倒産管財人も「付属的権限」を引き合いに出すことは出来ないとした本決定 (枠外番号 38) の内容を評価している。

以上のことを前提に、Priester は、本決定が、その理由付けにおいて全ての範囲を追っている訳ではないとした上で⁴⁴⁾、以下のように論じている。すなわち、明確に妥当とされることは、株主が倒産手続き中にも定款変更の権能を留めていることを掲げている。ただ、その権能は、倒産管財人と関連しない会社関係に限定され、社員総会は、それが倒産目的を危うくしない限り、定款変更の権能を留めているが、その一つの例外は、自己の商号を伴う営業の譲渡とすべきことは勿論であるとしている。そして、Priester は、更に以下の状況を指摘している。すなわち、争いのないことは倒産管財人が当該譲渡について権能があることであり、このことは、連邦最高裁が明確に堅持しているように、商号権をも含む倒産財団に属する目的物についての倒産管財人の処分権能に由来している。しかし、企業の取得者が通例同じ場所で継続使用したいと考えているが、その継続使用について倒産債務者による同意を得られないことで、(連邦最高裁に従えば) その場合にのみ換金性が限定されてしまうという状況がある⁴⁵⁾。Priester によれば、この場合、なるほど倒産管財人は、商号変更へと社員を動かすことは出来る。しかし、社員は、経験上、屢々拒絶したり、延期したりする。株式会社では、通例、多数の社員がいるとい

う理由だけで、社員による商号の変更がうまく行くのはほんの僅かである。そこで最高裁が解決策として提示したのは、相応の措置を含む倒産処理計画の確定力（Rechtskraft）である。しかし（倒産処理計画が全般的に作成される場合には）譲渡は非常な遅延を余儀なくされる。

それ故、Priesterによれば、正しいと思われるのは、管財人に、倒産法 80 条 1 項による譲渡管轄に対する「付属的権限」として、企業のために従来の商号を変更する権能を認めることであり、その際、（本件で選択されたような）「Abwicklungsgesellschaft」という商号の付加語は、非常に穏当な手段となると評価される⁴⁶⁾。さらに、Priesterは、その場合の手続きについて、倒産管財人は（原審がその主文で明らかに認めていたように）定款変更のための必要な要件を全て守らなければならないとして、株式会社の場合、その意味するところは、倒産管財人が、株式法 179 条 1 項、130 条 1 項 1 文により認証された社員決議を行わなければならない、その際、同条 1 項 3 文は、定款変更のために割って入らないが、倒産管財人は、株式法 181 条 1 項により商業登記簿に認証された申請および新たな定款文言に関する公証人の証明書を提出しなければならないが、本件では、それにも拘らず以上の方途は採られていなかったもので、法律抗告の却下は、正当であったと評することになる。

以上のように、Priesterは、本決定について、部分的に倒産管財人の権能などに関する説明を補完しつつも、結果としては、その判断を支持している。

3. Karsten Schmidt

Karsten Schmidtは、本決定に関する論評の冒頭で、本決定の対象が、正しく形式的な商法典の商号法ではなく、企業倒産領域における会社法と倒産法との間の業務分配であると述べている⁴⁷⁾。

続いて、Karsten Schmidtは、本決定で行われた議論の冒頭で記し付けられていることは、連邦最高裁 1982 年 9 月 27 日判決⁴⁸⁾の論議であるとして、同判決で担当部局が判断したこととして、管財人（当時の「破産管財人」）は、自己の処分権能（今日の、倒産法 80 条）に基づき破産した有限会社の事業を、商号を継続する権利と共に、社員および商号に含まれている名称の担い手がこのことに反対して妨げることなく、譲渡することが出来るとしたこと、商号は、分離して押収し得ないとしても（現倒産法 36 条参照）、ある財産客体、すなわち、事業と結びつき、そして倒産手続きの開始によって、事業と共に倒産管理下に置かれる財産に組み込まれること（現倒産法 35 条）を確認している。

Karsten Schmidt は、このような財産法的に向けられた識別方法が実施されており、倒産管財人は、その職権により、清算の目的であれ、例えば受け皿会社を利用する、新たな権利の担い手による事業継続の目的であれ（再建譲渡）、残存債務者の事業を、右債務者を標識付ける商号と共に、事業なき商号をも留めることなく（商法 23 条）譲渡する権能を有するとし、判例は⁴⁹⁾、商法 25 条を適用しないことの結果、倒産債権者が取得会社に対する請求権を差し押さえることができるというこの法政策的に見て曖昧さの少ない戦略を評価していると言及している⁵⁰⁾。

以上の前提に基づき Karsten Schmidt は、本件を商号法的に突き詰めて考える者は、その当時の決定の中で持ち出されていなかった問題、すなわち、開始された譲渡の実際と商号の識別性の規範（商法 30 条）とをどのようにして一致させるべきかという問題に、当該事業が場所及び地域的に移転していない限りで、直ちに突き当たらざるをえなかったとして、Schulz と Ulmer が提唱した見解⁵¹⁾を紹介している。右見解は、財産管理の目的に限定して、事業譲渡の方法で、残存債務者である会社の商号を識別するに充分な方法で変更する権能を管財人に与えるというものである。Ulmer によって「破産法による会社法の重層化」とされた右見解の内容は、一種の包括的解決策（Paketlösung）として、爾来、定款に適った商号の変更に關する管財人に与えられた様々な「付属的権限」に至るものであると Karsten Schmidt は評価し、右見解の方向性を支持している⁵²⁾。

また、Karsten Schmidt は、前記 2. の Priester の見解にも言及している。前記 2. で Priester は、倒産管財人は定款変更のための必要な要件を全て守らなければならない、その意味するところは、認証された社員決議を行わなければならない、その義務を怠って点に問題があるという結論を示している⁵³⁾が、これに対し、Karsten Schmidt は、管財人の「付属的権限」を認めるとしても、それは、定款を変更する株主総会決議、社員総会決議を行う権能ではなく、株主ないし社員意思形成によらない職権による商号変更となるのではないかと疑問を呈している⁵⁴⁾。

いずれにせよ、Karsten Schmidt は、本決定を担当した部局は、倒産管財人の「付属的権限」について、原則的に何も知らずとしておらず、資本会社の商号は、定款の必要構成要素として定款変更のために利用できる手続きのみによって、会社財産の処分を職務とする者によってではなく、変更され得ること、倒産法は、同法 225a 条第 3 項による再建計画という形においてのみその手助けを差し出していること、その手助けがない場合は、倒産手続きにおいても会社法の規定に留まることになることを確認している。

さらに Karsten Schmidt が、前記部局にとって見過ごし得なかったこととして掲げたのは、管財人の商号変更権に關し（支配的な）見解が、倒産に基づく事業譲渡に際し

社員の側からの妨害の危険性のない商号法との互換性を有するものの、しかし簡易な実務の目的を注視してきたことから、倒産管理業務部局が示したのは、倒産管財人が等しく商号法上「罪を犯して (in der Sünde)」過ごすことなく、商号の譲渡とは関係なく、変更のない旧商号による倒産管理を継続することであったことである。また、譲渡による再建やそれと同様の大多数の場合に問題となっているのは、事業譲渡後に、債権者のために事業について得た売買価格で換価することで資本会社という外套を処理することしかないので、前記部局は、商号の識別可能性という商法上の指令を倒産の場合にも全てに渡って命じていた訳ではなく、同部局は、商号の二重使用の禁止について商号法上欺罔禁止と同じ程度の実務上有意な限界線を引いていたことも指摘されている。

最終的に、Karsten Schmidt は、本決定を、会社法的見地から「周到に理由付けられ (solgfaeltig begruendete)、判例及び文献に基づき誠実に評価された典拠を通じて基礎付けられた」ものと評価している⁵⁵⁾。同様に Karsten Schmidt は、前記部局が、実務への関心の目を閉じることなく、簡単に把握できる実践的な議論についても互いに矛盾する法的素材を体系的に自己評価 (systematischer Selbstwert) している点も好意的に捉えており、同部局が、財団からの商号譲渡を伴う事業売買を同様に簡易化しないにしても、そのことは、学問的かつ反動的に非難されるに値するものではないと評している⁵⁶⁾。

4. Ulrich Noack

Noack は、まず、本決定の枠外番号 24 以下との関係で、本決定の担当部局 (民事第 2 部) が優先した会社法的解決において強調されているのは、定款変更権が株主だけにあることを確認している⁵⁷⁾。

続いて、Noack は、本決定の事実関係で、倒産管財人が商号を変更したことについて、「問題のある二重商号による混乱を避け、取得者のために明らかに良い商号標識の排他性を保証するため」と推測している⁵⁸⁾。ただ、この点は事実として認定されている訳ではない。

次いで本決定の結論について、倒産法 80 条により倒産管財人の商号変更権が認められるとの見解に対して「法規定に定めはない」としていることを示している⁵⁹⁾。Noack によれば、そのような見方は、確信できるほどのものではないとして、「問題となるのは、倒産管財人の管理権の法律上の限界を探查することである。右権能の構成部分が列挙されて掲げられていないという所見は陳腐 (trivial) である。そこからは個々の権能の存否が推論される訳ではない。」と批判している⁶⁰⁾。

Noack は、民事第 2 部は、この説得力のない議論をそれ以上続行せず、徹底して集中したのは、商号変更が定款外で倒産管財人によって可能とされた場合に生じている登記の状況であるとし、登記用紙に含まれていたのは、(変更後の) 商号と変更されていない定款であったことが登記の真正性との衝突を導いたのであって、商業登記簿に登記された倒産の記載は、法取引の十分な保護を何らもたらしていなかったとしている⁶¹⁾。

さらに Noack は、定款変更をしなければならない場合に誰がそれを行うのかという問いかけを示し以下のように論じている。すなわち、次のように見解が分かれており、まず、区裁判所も主張していた従来の支配的見解は、商号との関連で定款を変更する権利を倒産管財人に与えているが、株主による決議に固執する民事第 2 部は、それに反対することを明言しており、本決定が際立たせた基本的立場は、会社法の構造に対する倒産法の全般的侵害 (Übergriff) を拒絶することであり⁶²⁾、倒産管財人の権能は、「定款の変更に関する権能がそれに属する会社の内部領域」に及ぶものではなく、その点で、民事第 2 部は幅広い同意に出会っているとしている。

Noack は、ここで、商号に関する定款上の措置の財産的関連の中で存するグレーゾーンに立ち入る問題が生ずるとして、以下のように論じている。すなわち、倒産管財人は、債権者の利益における最大に可能な会社財産の換価のために呼び出され、そして、商号は価値の高いアセットとなり得る、倒産管財人はなるほど商号を商法上共に譲渡しなければならない、しかし、取得者は、倒産会社が空のさやとして、最終的に処分され、最後には消滅に至るまで、同じく商号付けられることについて何回にもわたって同意していた訳ではない (処分が、出来る限り話し合いによって商号を利用しないように進められた場合であっても)、それどころか場合によっては、同一区域 (市町村) での同一商号の登記を妨げる商法 30 条が割り込んでくる⁶³⁾、以上の状況は支払能力にも影響を及ぼし、それについて債権者の負担となる財産の損失として記帳されなければならない、それでも社員は、倒産会社の商号が継続して存するという点で何ら保護されるべき利益を有していない、というものである。

そこで、Noack は、倒産法における文献⁶⁴⁾において、定款条項の以上の財産関連は交差ないし協力領域として印付けられており、民事第 2 部も、右学説に従い⁶⁵⁾、その帰結として意味しているのは、社員は、この場合、税金 (Steuer) を手にすることであるとしている⁶⁶⁾。

そして Noack は、結果的に、管財人には「商号」という議事日程の目的を伴った株主総会の招集権まで認められるとしている⁶⁷⁾。ただ、Noack は、以上の手続きの費用負担の点で、社員数が多いことは、通例より多額の出費を意味することとなり、商号に

関する定款変更を評決させるだけのために、上場株式会社の株主総会を準備することは、その負担と不釣り合いとなるとも指摘している。

そこで、Noack は、倒産処理計画の活用について検討している。すなわち「その計画中には、会社法上認められているあらゆる規定を定めることができる」と倒産法 225 a 条 3 項は述べており、相応する持分権者の決定、本件では商法・定款変更に係る株主総会決議が、「規定されている方式でなされたものと認められる」（倒産法 254 a 条 2 項）が、その一方で、この計画は、債務者の商号の変更と同時になされる当該商号の換価について重大な利害を有しているものは誰か、その限りで、社員の協力が成立されないのはどのような場合か、という困難を引き受けなければならないとも指摘している⁶⁸⁾。

最後に Noack は、民事第二部の決定は、会社法と倒産法との境界線に固執したことによってドグマ的には、うまく理由付けられているが、倒産管財人そして最終的には倒産会社の債権者がそれを歓迎しなかった理由として、右決定には、経済的に必要となる商号の換価と置き換えるための、付加的な支出（倒産財団の負担となる）が伴うことを掲げ、社員が有しているそのオプションは、やはり倒産処理計画の規定を通じて（のみ）克服することが出来るとしている⁶⁹⁾。

5. Annette Spath-Weinreich

Spath-Weinreich は、本決定が、ここ十年来議論されていた法的及び実務的問題を解明したと評価している。先ず、問題となったのは、倒産管財人が、商号を伴った倒産債務者の企業を譲渡し、この方法で倒産債務者の代替商号を調達する権能であるとして、その点に関するこれまでの法状況が解説されている。

Spath-Weinreich は、従来の法状況の中で、未解決のままで残されていた問題として、倒産管財人が社員の協力なく自身で定款変更権を有するかという問題を、取り上げている⁷⁰⁾。倒産管財人による単なる代替商号の商業登記簿への登記申請について、これを否定したミュンヘン上級地方裁判所の判決⁷¹⁾が、定款変更を求めていたことについて、Spath-Weinreich は、右判決に対する Priester の評釈⁷²⁾を引用し、「付随的権限」としての倒産管財人の商号変更権を認めるべきであるとの方向性が示されている⁷³⁾。

続いて、Spath-Weinreich は、2 番目の未解決の問題として、倒産管財人は（換価権能を有するものとして）、どのような形で定款を有効に変更することが出来るのかという問題を取り上げており、この点についても前記 Priester の評釈⁷⁴⁾を引用し、有限会社法 54 条 1 項 2 文により商業登記に提出され、認証された定款証明（Satzungsbescheinigung）

は、文書であること、当該定款変更は商業登記簿への登記のために申請されるべきこと（有限会社法 54 条 1 項 1 文）、倒産管財人がその権能を有するもの（befugt）と見なされるべきことが指示され、2020 年初頭に至るまで、倒産管財人による倒産債務者の代替商号の形成は公証され書面化された形式で定款変更として決議され、続いて倒産管財人により商業登記簿に登記申請されるのが通例であったという法状況が示されている⁷⁵⁾。

そして、Spath-Weinreich は、2019 年 11 月に本決定が公にされたことによって、以上のやり方は、今や「役立たない・無効（hinfällig）」ものとなった、連邦最高裁は倒産においても定款変更権は社員のもとに残されることをはっきりと判断したと論じている⁷⁶⁾。

このことを前提として、Spath-Weinreich は、更に問題となるのは、倒産管財人がなお書面化された形で定款変更決議を行っていた登記裁判所で継続していた「旧事件 „Altfrage“」は治癒（適法化 heilen）されるのかという問題を取り上げている。この点について、Spath-Weinreich は、倒産管財人が定款変更の決議を行う際に社員のための代理権のない代理人として行為したことが明らかでない場合であっても、代理権のない代理人としてそのような行為をしたものと推測されると主張することができ、その場合、当該決議の効力は未定（schwebend unwirksam）であって、無効であるとされる訳ではないとし、重大な無効の場合の社員の私法上の事後的な追認（Nachgenehmigung）は、定款変更の決議を有効とするに十分なものとされようと述べている⁷⁷⁾。

Spath-Weinreich は、本決定が出た以上、今後、倒産債務者の企業の購買に際して代替商号の形成は書面化された社員総会決議によって行われるのは勿論であるとした上、右決議に際して倒産管財人は原則として代理人としても主張することが出来、そのためには少なくとも社員の個人的に書面化された代理権の授与がなされなければならないこと、代替商号を伴った定款変更の申請は、それに続き、その限りで申請権を有する倒産管財人によって行われるが、いずれにせよ定款変更の申請と共に倒産管財人の承認も存すべきものとされることを提言し評論を締め括っている⁷⁸⁾。

以上のように、Spath-Weinreich は、本決定が公にされたことによって、それ以前とは異なる実務上の対応が必要となる点について、いわゆる「旧事件」の取扱いも含めて、考察している。

6. Nils Andersson-Lindström

Andersson-Lindström も、前記 5. の Spath-Weinreich とは異なる視点から、本決定

に対する実務的考察を行っている⁷⁹⁾。

Andersson-Lindström は、まず全体的な視点として、連邦最高裁の判断は、登記義務を有する事業主全体にとって大きな影響力を有しており、それは事業売買に際してどのような契約デザインが可能か、とりわけ重要なことは、売却される商号の登記能力に関し、その基礎にある不安定性が、取得者にとって実際に克服出来るのか、またどうしたら克服できるのかとの問題を提起している⁸⁰⁾。

まず、Andersson-Lindström は、本決定の論述の適用範囲について、本決定が株式会社に関するとしても、その論述中に「資本会社」という用語が使用されていることから判るように、本決定がそれ以外の資本会社（すなわち有限会社・株式合資会社）にも妥当すべき点に何らの疑いはないとした。Andersson-Lindström は、連邦最高裁の要求は、商事人的会社（Personenhandelsgesellschaft）にも適用されるべきであるとし、その理由として、商号変更は、会社契約の一部としての商号の決定に関する持分権者の生来の領域に該当するという、その基礎にある核心的な考察は、合名会社や合資会社にも妥当するからであるとしている⁸¹⁾。

続いて、事業譲渡の場合の関係者の業務行為（Transaktion）について、Andersson-Lindström は、売主は、会社の商号変更に向けて尽力すべきであるが、他方、買主は、商業登記簿における商号変更の登記までかあるいは商業登記簿からの抹消までは従来の登記を使用することを売主に許しているとしたうえ、契約が締結されても、取得者が買い取った商号を実際に利用できるかは、商法 30 条との関係で取得者が、その本店を同一の場所に有さないようにすることに係るとした上、会社の種類により本店所在地に関する規制が異なることを指摘している⁸²⁾。

さらに、Andersson-Lindström は、取得者に対して従来の商号をもはや使用しないという義務を課すること、また、倒産管財人は、倒産債務者の商号をも最大可能に売却するよう尽力しなければならない、この商号売却の義務には、取得者にとって買取価格を最適化するために商号を有用なものとする義務も含まれるのが通例であるとしたうえ、これらの義務に相對する形で、「社員」の協力義務（倒産法 97 条 2 項、101 条 1 項）に係る問題を取り上げている⁸³⁾。

前記の「社員」には、条文上、債務者が自然人でないとき、その代表権を有する無限責任社員も含まれるので、合名会社の社員、合資会社の無限責任社員そしてパートナーシップ会社のパートナーは、協力義務を負うことになる。他方、資本会社の社員は、原則として何らの個人責任や代表権がなく、倒産手続きにおける協力義務も負わない。また、実務上、倒産裁判所が倒産法 98 条 2 項による過酷な強制手段（引致・拘引）を整

えることに対して慎重になっていることからして、Andersson-Lindström は、倒産法上の協力義務は、管財人が具体的に目指している商号変更にとっては「切れ味の鈍い刃 (stumpfes Schwert)」となると指摘している⁸⁴⁾。

また、Andersson-Lindström は、社員の「誠実義務」に基づく社員決議にも非常な法的不安定さがあるとしている。とりわけ問題となる点として掲げられているのは、株式会社について、株式法 121 条 (招集事由) との関係での手続き上の不明瞭性や当該決議についての取消リスクである⁸⁵⁾。

そこで、以上の問題なしに商号変更が可能となる手段として、連邦最高裁が認めているのが「倒産処理計画」であるとして、Andersson-Lindström は、倒産処理計画の評価に至っている。

Andersson-Lindström によって、商号変更が可能なものとして取り上げられているのは「譲渡計画 (Übertragungspläne)」(リソースや無体価値、営業価値も含めた債務者の全事業を局外の第三者に移転し、対象財産を債務者の見地から清算する、右事業の取得は、債権者への持分権の発行によって資金付けられる。)であるとされ⁸⁶⁾、相応する条項が、倒産法 221 条による倒産処理計画の権利変更部分に関する例として掲げられている⁸⁷⁾。Andersson-Lindström は、倒産処理計画の成功は、常に大きな不安定さと結び付いており、倒産処理計画の選択に際し、商号変更に対して気遣われるあるいは事実上存する社員の反対を克服するために最終的に行き着くことは、それ以外のリスク (全ステークホルダー、すなわち、債権者、その後順位の倒産債権者、持分権者、債務者及び裁判所の協力がいないこと) と一つのリスク (持分権者、此处では社員の協力がいないこと) との交換であるとしている⁸⁸⁾。

引き続き、Andersson-Lindström は、会社と社員との二重倒産 (Doppelinsolvenz) について、(通例) 双方の財団について同一の管財人が選任されるが、彼は、社員の財産に関する管財人として自ら商号変更の決議をすることが出来る。商号変更の決議に際して社員と会社との間の法律行為は問題にならないので、その際、管財人は、民法 181 条の自己取引の禁止によって妨げられない。その限りで利益相反は何ら存しないので、社員決議を行うために特別な管財人が定められる必要はない。しかし管財人はまずは債権者委員会⁸⁹⁾ (Gläubigerausschuss) の同意を請うことになる。いずれにせよ、二重倒産について本質的な困難性は存しないとしている⁹⁰⁾。

以上のことに付随して、個人商人の場合の商号変更について、Andersson-Lindström は、次のような方法を掲げている、すなわち、譲渡される商号に対して明らかな限定が担保されるが、それと同時に、さらに取得者の個人名を内容として含めるという方法である。

例えば,

„Max Mustermann Tischlerei e.K.“

から

„Insolvenzabwicklung Tischlerei M. Mustermann e.K.“

である⁹¹⁾。

最後に, Andersson-Lindström は, 商号変更の場合の社員総会の特権に与した本決定の判断に対して「倒産法について管轄権のある第4部が判断した場合には, 別の結果になったとも推測出来る」としている⁹²⁾。その「別の結果」として掲げられていることは, 倒産法80条1項に基づき, 自己の処分権の枠内で企業の商号を売却する権能の「付属的権限」として商号変更権を持つべきであるとするものである⁹³⁾。このことから Andersson-Lindström によれば, 「連邦最高裁は, 倒産手続きの関与者にパンの代わりに石を与えている」⁹⁴⁾とされる。

まとめとして, 本決定の結果, 今後の実務上, 注意しなければならない点が, 幾つか掲げられているが, 筆者として注目したいことは, 「受け取った商号の商業登記簿への登記に至るために, これから投資家は, 現在既取引媒体 (Transaktionsvehikel) となっている有限会社に, より多く投入することになろう」との指摘⁹⁵⁾である。というのは, 有限会社の場合には, Andersson-Lindström が指摘しているように本店所在地にかかる自由な設定が可能であるからである。

7. Daniel Brzoza

Brzoza は, 本決定との関係で, 倒産債務者の商号が譲渡されるとしても, その取得者が債務者の商号を使用したくない理由として, 取得者が「取得した商号の許で活動することになると, 取得者が倒産法上の倒産状態にある倒産債務者と同一であるという関係を示す具体的な危険が存する」ことを掲げ, そこで「実際に通例として求められることは, 倒産債務会社の商号を変更することである」としている⁹⁶⁾。そして, 商号変更が意図される場合には, 登記法上, 株主総会による定款の変更ないし社員総会の枠内の社員契約の変更が必要となり, 相応の決議は, 公証人によって認証されなければならない, 倒産管財人にとってまず必要なのは, 権利者の同意及び協力であるが, 実際には, (現在の) 社員ないし株主の (能動的) 反対若しくは, 場合によっては, (受動的) 非協力によって得られなくなる可能性がある」と指摘したうえ, そのような反対ないし非協力は, 事実上, 商号の換価に関する権能を制限することから, 数多くの見解は, 倒産管財人に

(登記法上の規定とは離れるが)(自給自足で)代替商号を形成し、この代替商号を商業登記簿に登録するための申請をする特別な権能を与えてきたこと⁹⁷⁾を明らかにしている。Brzozaによれば、本決定は、前記の見解を拒み、倒産処理計画における相応する規定によってのみ倒産法上の特別な方法が可能となるが⁹⁸⁾、定款外での商号変更の可能性は、取引保護並びに倒産手続きにおいても適用される登記の真実性の原則を理由として認めるべきではないとした⁹⁹⁾と評価している¹⁰⁰⁾。

そして、Brzozaは、(理論的には)、元の商号を譲渡し、更なる倒産処理活動のために倒産債務会社の商号の変更をしないでおくことも出来ない訳ではないが、実際には、登記裁判所は、取り違いや誤導の危険があることを示唆することによって商号の取得者に右商号の登記を拒む危険性が高く、その結果、倒産管財人は、結局、社員ないし株主の協力の許に商号を変更せざるを得ないとしている。そして、倒産管財人が商号の譲渡に関する交渉の中で強い立場を有している場合であっても、彼が配慮すべきことは、二重使用の認容の危険を取得者に移転することである。それに対して、とりわけ取得者が(彼が強い立場を有している場合に)まさしく注意すべきことは、当該商号に対し合意された買取価格の算定を、取得した商号の登記がうまく行くことに係らしめることである。結局、倒産管財人にとって、取得者との契約交渉のみならず、実施する倒産手続きの種類や方法においても当該商号の譲渡に対する問題性を意識せざるを得ない。当該商号が倒産債務会社の決定的な財産であり、そしてその社員ないし株主が商号変更に関与するか否かに強い疑念がある場合には、個別譲渡による純然たる倒産処理に替わり、倒産処理計画手続きの実施が、所有者の定款変更決議に代わる倒産法 225 a 条 3 項による倒産処理計画における規定によって相応の定款変更を得るために、重要なこととなる¹⁰¹⁾。

8. Michael Hippeli

Hippeliは、本決定の論述の仕方について、極端にまで膨れ上がっており(extrem aufgebläht ist)、決定理由の少なくとも半分は、実際の事案との関連を何ら示しておらず、傍論(obiter dictum)のようであるとしたうえ、解決すべき問題へ導く設定部分は、逆に圧縮されてしまっていると批判している¹⁰²⁾。例えば、倒産管財人は独立して当該株式会社の商号を変えなければならないのか(譲渡との関連性がなくても変えなければならないのか)という問題に対して、その解決策は、既に倒産法 80 条 1 項の文言自体から明らかにされるが、これに対して、純然たる商号変更が、会社の破綻処理とのより良い結びつきのために、なぜ必要となるのかという問題は残されたままであると指摘してい

る¹⁰³⁾。

もっとも、Hippeli は、今般、連邦最高裁は、多くの上級地方裁判所の二つに区分された法的地位を最終的に解明しているとして、それを基礎付ける定款変更の決議のない代替商号の登記という意味での商号変更は、商業登記簿へ登記し得ないというミュンヘン上級地方裁判所の見解¹⁰⁴⁾について、同裁判所が、一方における商業登記の正しさ (Richtigkeit) と、他方における倒産手続きの手軽さ (Leichtigkeit) という、2つの異なった法的地位の間での比較考量について述べたことは正当であり、株主総会による定款変更を伴った問題が与えられる場合であっても、商業登記の正しさを考慮することは優先すべき価値あることであるが、原審 (KG) は、倒産手続きの手軽さを優先していた¹⁰⁵⁾としたうえ、今や実際には、ミュンヘン上級地方裁判所の方向で、最高裁の裁判官としての判断がなされており、連邦最高裁の議論は納得の行くものである (plausibel.) と評価している¹⁰⁶⁾。

Hippeli は、本決定で確定したことは、商号変更の場合、株式会社の株主総会が、それについて定款変更として決議をしなければならないことであるが、倒産に関係する会社法でも右の点は予期されていたとして、その例として、有限会社の最終の取締役が、自身が商業登記簿との調整のような幾つかの事柄のために必要とされるとの理由で、その職務を辞さなかった場合を掲げている¹⁰⁷⁾。Hippeli は、右のような状況でも倒産法 80 条 1 項の意味における倒産管財人の管理・処分権能は会社に対する機関の義務と重ね合わせられておらず、問題とされるのは、何故このことが株式会社に対する株主総会の関係で別個にされるべきかということであるとして、その限りで今や最終的に歓迎すべき同期化 (Gleichlauf) が生ぜしめられるとしている¹⁰⁸⁾。なお、Hippeli は、株主総会の決議による株主の協力妨害は重要なことではないとして、その理由として、株主はいずれにせよ会社に対する「誠実義務」に服しているので、それぞれの決議は株式会社のためにまたその利益においてなされるべきであることを掲げ、このことは、一方で、それによって財団が増大される商号譲渡というような良く生ずる事例に妥当するが、他方では、破綻処理段階で以前から考慮されている代替商号の形成の事例にも妥当するとして、その理由として、この場合には、株式会社にとって以前から役立っている商号の明瞭性というメルクマールが最大限考慮されることを掲げている¹⁰⁹⁾。

IV 当面の評価

本稿は、前記Ⅲで述べたように、筆者が参照できた論評 1. ～ 8. の範囲で記述したに留まるものである。従って、現時点において本稿で参照し得なかった論評や従来の文献の改訂箇所等、更に今後の裁判例を全て把握しなければ、本決定に対する精確な評価をすることは出来ない。従って、本稿のまとめとしては、本稿で紹介した論評の範囲内で、以下①～③として、本決定に対するそれぞれの論評の位置付け及び筆者の意見を示す程度に留めておきたい。

① 本決定が、倒産手続き開始後の倒産債務者である株式会社の商号変更について、株主総会の定款変更決議を必要とした点について、Priester が、株主は倒産手続き中であっても定款変更権を留めているが、その唯一の例外が商号と共にする営業譲渡であり、営業譲渡の権能は倒産管財人にあるという立場を基本としつつ、営業譲渡に伴う商号変更について倒産債務者の協力がなく、倒産処理計画の確定力も直ちに期待できない場合には「付属的権限」としての商号変更権を認めるべきであるとして、結果的に本決定の結論に賛成している¹¹⁰⁾。ただ Priester は、倒産手続き開始によって、株主総会が有していた定款変更権が倒産管財人に移転するという立場をとった訳でもなく、当初から倒産管財人には固有の権能として定款変更権および商号変更権があるという立場をとった訳でもないことに注意すべきである。この点、Karsten Schmidt も「付属的権限」としての倒産管財人の商号変更権を認めているが¹¹¹⁾、Karsten Schmid は、右権能がもともと倒産管財人に与えられた財産管理権能に基づく権利として認められるものであるとしている点で Priester と異なっている。Karsten Schmidt も、定款変更権が倒産管財人に移転するという立場をとっていない点は Priester と共通するが、商号変更権の由来については立場を異にしつつ、「付属的権限」という用語を用いていると考えられる。なお、Spath-Weinreich も、「付属的権限」としての倒産管財人の商号変更権を認める方向性を示しているが、Spath-Weinreich は、この点で Priester を引用しているので¹¹²⁾、Priester と同様の見地から商号変更権を位置付けているものと考えられる。さらに Andersson-Lindström は、Karsten Schmidt とは異なり、倒産管理人の処分権能の「付属的権限」としての商号変更権とする可能性を述べている¹¹³⁾。

② 本決定の理由について、Hippeli は、本決定では、純然たる商号変更が、会社の破綻処理とのより良い結びつきのために、なぜ必要なのかという問題は残されたままで

あるとしている¹¹⁴⁾。これに対して、Böckerは、連邦最高裁が商号変更の必要性について、個々の具体的状況に係るとの帰結となったことについて分析し、倒産会社の代替商号の形成が、倒産会社にも、事業取得者にも法的には強制されていない状況があることから¹¹⁵⁾、連邦最高裁は、倒産会社はその商号の譲渡によってその商号を失い、商号のない資本会社は強行法的な会社法に反するとの見解にも、また、倒産会社の商号の継続は取得者の同意によってのみ承認されるという見解にも与せず、前記の結論となったとしている¹¹⁶⁾。また、Brzozaは、Hippeliの論評に直接対応して述べた訳ではないが、どのような場合に商号を変更せざるを得ないかについて、倒産処理計画の場合は別として、本決定で連邦最高裁が、定款外での商号変更の可能性を、取引保護並びに倒産手続きにおいても適用される登記の真実性の原則を理由として認めるべきではないとした点を評価しつつ¹¹⁷⁾、やはり商号変更の必要性がある場合があることを指摘している¹¹⁸⁾。Noackも、商号に関する定款上の措置の財産的関連の中で存するグレーゾーンに立ち入る問題について検討している¹¹⁹⁾、しかし、この点は本決定の事実との関係で検討されている訳ではない。たとえ、BrzozaおよびNoackの論ずるところが妥当であったとしても、本決定理由中に本件の事実との関係で、商号変更の必要性の有無に関し具体的論述はなされていないとしたHippeliの指摘を無視することは出来ない。

③ 前記②のHippeliは、本判決の記述の仕方について、幾つかの問題提起をしているものの、本決定の議論は納得のいくものであると評価している¹²⁰⁾。また、Karsten Schmidtは、「周到に理由付けられ、判例及び文献に基づき誠実に評価された典拠を通じて基礎付けられた」ものと述べており¹²¹⁾、他の論者も本決定について、個別的な問題は指摘しているものの結論に対して反対を述べている訳ではない。

これに対して、Andersson-Lindströmは、本決定に対して必ずしも好意的でない評価をしている、すなわち、倒産法を担当する部局による判断であれば、結論を異にした可能性がある」と指摘している¹²²⁾。さらにAndersson-Lindströmは、本決定に対して、事後的に生ずる問題提起をしている。事後的という意味は、本決定が公にされたことについて、それを覆すのではなく、今後、本決定を前提として実務が展開される場合に生ずるであろう法状況について論ずるという意味である。この点は、Spath-Weinreichが示した「旧事件」の取り扱い¹²³⁾よりも更に問題対象を拡大しているものといえよう。

Andersson-Lindströmが掲げる問題点の内でも、確かに実際に問題となるべきであると解される点も存する。そこで強調されている点の一つとして、本決定が、株式会社を対象としていたことから、それ以外の事業形態についても同様に扱うことが出来るかという点は確かに悩ましいものといえよう。いずれにせよ本決定で連邦最高裁の判断

が公にされた以上、今後の実務においては、本決定を踏まえた手続きで対応せざるを得ないことになる。

注

- 1) BGH, Beschluss vom 26. November 2019 – II ZB 21/17
- 2) BGHZ 224, 72–89, ZIP 2020, 266–271, DB 2020, 273–278, DStR 2020, 299–304, ZInsO 2020, 301–305, WM 2020, 267–273, NZG 2020, 223–228, MDR 2020, 296–297, ZRI 2020, 134–140, NZI 2020, 234–239, AG 2020, 215–220, NJW-RR 2020, 431–436, GmbHR 2020, 425–431, JZ 2020, 513–517, DNotZ 2020, 768–777.
- 3) KG Berlin, Beschluss v. 10.7.2017 – 22 W 47/17, ZIP 2017, 1564, MDR 2017, 1311, NZI 2017, 813, NZG 2017, 1113, dazu EWiR 2017, 751 (Illert/Hennen), Johannes Cziupka, Jörg-Peter Kraack, AG 2018, 525–535.
- 4) 前注3の区裁判所の決定において、同社は、2014年1月28日以来、ミュンヘン・シャルロットテンブルク区裁判所の商業登記簿に登録されてきた株式会社であるとされている (KG Berlin, aa.O. (Fn.3) Rn.1)。
- 5) 「倒産管財人」という訳語について、ドイツで1994年に公布され、1999年から施行された倒産法 (Insolvenzordnung, BGBl. I S. 2866) は、我が国の法制とは異なり、単一の法典において、破産手続きと並んで再生手続きについても規律するものとなっている (ドイツ倒産法改正の経緯について、木川裕一郎・ドイツ倒産法研究序説1頁以下)。そこで、同法で使用されている „Insolvenzverwalter“ という用語についても、我が国のような「破産」管財人という訳語ではなく、「倒産管財人」とした (木川・前掲書267頁以下〔資料〕参照)。
- 6) 前注3の区裁判所の決定において、当該宣告は電磁的 (elektronisch) な方法でなされたものとされている (KG Berlin, aa.O. (Fn.3) Rn.2)。
- 7) 前注3の区裁判所の決定において、当該申請の理由として述べられていたことは、「関係人1の事業がその商号とともに譲渡され、その結果、今度は (nunmehr) 商号の変更が必要とされている」というものであった (KG Berlin, aa.O. (Fn.3) Rn.2)。
- 8) 前注3の区裁判所の決定において、2017年4月26日が申請を拒絶する決定の日付とされている (KG Berlin, aa.O. (Fn.3) Rn.3)。
- 9) 前注3の区裁判所の決定において、当該決定は2017年5月4日に送達されたが、これに対し、法律抗告は、同月23日付の書面によってなされたものとされている (KG Berlin, aa.O. (Fn.3) Rn.4)。
- 10) Vgl. KG Berlin, aa.O. (Fn.3) Rn.6ff.
- 11) 前注3の区裁判所の決定において、「必要なこと」として示されたのは、株式法179条1項2文による監査役会への権限移譲なき限り、定款変更には、株主総会における基本資本の4分の3による多数決が必要なこと (株式法179条2項2文) および株主総会の決議は公証人による認証が必要なこと (同法130条1項1文) である。関係人1の定款中に右のことに反する内容の規定が含まれていた訳ではないが、定款変更を前提とする商号変更について認証がなかったことは、抗告に伴い関係人2が提出した宣告が右定款変更を前提としている限り、株式法241条2号による無効事由となる (KG Berlin, aa.O. (Fn.3) Rn.7)。
- 12) 前注3の区裁判所の決定において、換価という見地から、商号を共にする事業譲渡の方がより有利に利益を図ることが出来るとした上で、商号変更の必要性について、別の事業主が商号を有することになり、同人が従前の事業主よりもより広範に活動をする場合や、他方、事業が倒産状態にあることを限定付けるために変更が必要となることが掲げられている (vgl. KG Berlin, aa.O. (Fn.3) Rn.10)。
- 13) KG Berlin, aa.O. (Fn.3) Rn.11. では、本文の「……認められる。」と言う部分に続けて、「倒産

- 法 58・59 条による倒産裁判所の監督措置が指示されなければならないということだけでなく (nicht allein)」という点が付加されている。
- 14) この点は、前注 (3) の区裁判所の決定に関する前注 (12) では、典型的な場合が示されていたが、連邦最高裁は、個々の事情によるとしている (Rn.11) (この点を批判するものとして、後記 II (8) Hippeli, jurisPR-HaGesR 2/2020 Anm. 1 C.)。
- 15) 同決定によれば「商号名称は破産財団に属している。それ故、破産手続き開始以前に、債権者を害する意図で商号が変更された場合には、破産管財人は、右の法律行為を取消すことができる」とされている。本件は、ドイツ倒産法以前の破産法 (Konkursordnung) に係る事案である。有限会社の破産手続き開始直前に廃棄された右会社の商号の再使用を破産管財人が認めたことが問題とされた (ZIP 1989, 457)。
- 16) 前記決定は、前注 (15) で示したように、結果的に破産手続き開始決定以前の法状況に戻したものであり、結論としては妥当であるが、法ドグマ的な理由付けが充分とは言えないとの意見も見受けられる (Wolf Schulz, EWIR 1989, 489,490.)。
- 17) Noack によれば、本決定の基本的立場は、会社法の構造に対する倒産法の全般的侵害 (Uebergreif) を拒絶すると云うことになる (Noack, NZG 2020 S.257, 後記 II (4) 注 (62) 参照のこと)。
- 18) Philipp Böcker, Grenzen der Kompetenz eines Insolvenzverwalters oder Ende des grundsätzlichen Vorrangs des Insolvenzrechts vor dem Gesellschaftsrecht?, DZWIR 2020, 333.
- 19) Böcker, a.a.O. (Fn.18), S.334.
- 20) Böcker, a.a.O. (Fn.18), S.335.
- 21) Vgl. Helmut Köhler, Die kommerzielle Verwertung der Firma durch Verkauf und Lizenzvergabe, DStR 1996, 510.
- 22) BGHZ104,151,153f.=JZ.1988974, NJW 1988,1912,1993, BGH NJW 1992,911, BGH ZIP 2020,263, 264. BGH, Urteil vom 24. September 2008- VIII ZR 192/06, ZIP 2008, 2116 Rn. 22; Versäumnisurteil vom 23. Oktober 2013- VIII ZR 423/12, ZIP 2014, 29 Rn. 17; BAG, ZIP 2007, 386 Rn. 9; zur Konkursordnung: BGH, Urteil vom 11. April 1988- II ZR 313/87, BGHZ 104, 151, 153 f. ,BGH, Urteil vom 3.12.2019 - II ZR 457/18
- 23) Böcker, a.a.O. (Fn.18), S.335.
- 24) Böcker, a.a.O. (Fn. 18), S.335, 340, Fn.17). K. Schmidt, Anmerkung,JZ 2020, 518.
- 25) Böcker は、商号の譲渡の場合は「もう一本の蠟燭に点火することが出来る火を灯した蠟燭の場合のように、譲渡に際して名称の使用のための権利が、元火を消すことなく、増やされる (lumen de lumine [光からの光])」との比喩表現を掲げ、商号の二重化の問題を論じている (Böcker, a.a.O. (Fn. 18) 336.)。
- 26) 筆者として、補足すれば、事業譲渡の当事者以外の利害関係人の利益を考慮して、商号の二重化を認めるべき場合もあることが示唆されていると云えよう。
- 27) Böcker, a.a.O. (Fn. 18), S.336.
- 28) Böcker, a.a.O. (Fn. 18), S.336. 340, Fn.23)。
- 29) Böcker, a.a.O. (Fn. 18), S.336f.
- 30) Böcker, a.a.O. (Fn. 18), S.337. 340, Fn.25)。
- 31) Böcker, a.a.O. (Fn. 18), S.337.
- 32) BGH, Beschl. v. 26. 11. 2019 - II ZB 21/17, Rn. 18.
- 33) Böcker, a.a.O. (Fn. 18), S.337.
- 34) ここで、Böcker は、倒産管財人の協力を拒む場合に、取消訴訟等の手段を使用して、社員の「誠実義務 (Treuepflicht)」の履行に努めるべきとしており (Böcker, a.a.O.), 右義務については、Noack (後記 (4)) (NZG 2020, 257) が引用されている。ただ、右引用部分は、精確に言えば、Noack が、Treuepflicht という用語ではなく、「社員の誠実な結びつき (Treuebindung der

- Gesellschafter)」という用語を使用して論じている部分（NZG 2020, 258）であろう。
- 35) Böcker, aa.O.
 - 36) EuGH, Urt. v. 10. 12. 2015 – C-594/14.
 - 37) Böcker, aa.O. (Fn. 18), S.338. ders., Gesellschaftsrecht oder Insolvenzrecht? Keine »Einheit der Rechtsordnung« im IPR, DZWIR 2016, 174-.
 - 38) BGH, Urt. v. 14. 2. 2019 – IX ZR 149/16, BGHZ 221, 100.
 - 39) Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz).
 - 40) 2020年9月30日に至るまでの同法1条による倒産申請義務の一時猶予と並んで、(サーズコロナウィールス2, コロナウィールス19パンデミック及び所謂社会的ロックダウン(外出・接触の遮断)に起因して引き起こされた)コロナ危機に基づいて生じた経済のゆがみに因る企業倒産の波を短期間で阻止するため、同法は、右傾向に沿った社員貸付けや相応の倒産取消の制限に関する規制を含んでいる。同法2条1項は「同法1条1項による倒産申請義務が中断される限度で」(同項柱書)、「右猶予期間になされた新たな信用の2023年9月30日までの返済」等は「債権者を害さないものと見なされる」、「このことは社員貸付けの返済」にも妥当する(同項2号)と規定している。
 - 41) Böcker, aa.O. (Fn. 18), S.340.
 - 42) Böcker, aa.O.
 - 43) Priester, EWiR.S.103.
 - 44) Priester, aa.O. (Fn.43), S.104.
 - 45) Priester, aa.O.
 - 46) Priester, aa.O.
 - 47) Karsten Schmidt, aa.O. (Fn.24), S.517, 518.
 - 48) BGHZ 85, 221, NJW1983,755, ZIP 1983,513. 同判決は、株式会社の商号価値(Firmenwert)は、(当時の)破産手続きにおける破産財団の構成要素であり、破産管財人の管理・処分権能の下に置かれると判示している。
 - 49) BGHZ 104, 151, 153f. NJW1988, 1912, 1913.
 - 50) Karsten Schmidt, aa.O. (Fn.24) S.518.
 - 51) Wolf Schulz ZIP 1983, 194f.; Ulmer NJW 1983, 1697, 1702.
 - 52) Karsten Schmidt, aa.O. (Fn.24) S.518; Ulmer, aa.O. (Fn.51) 1702.
 - 53) Priester, aa.O. (Fn.43), S.104.
 - 54) Karsten Schmidt, aa.O. (Fn.24) S.519.
 - 55) Karsten Schmidt, aa.O. (Fn.24) S.518. Karsten Schmidtは、ここで、Frederick Rieländer, Die Umfirmierung der Kapitalgesellschaft im Insolvenzverfahren ZHR184, 507-543を、発行直前の段階(imErscheinung)で引用している。同論稿は、「付属的権限」としての「社員の誠実な結びつき(Treuebindung der Gesellschafter)」至る帰結を本決定を含め詳細に論じているものである。
 - 56) Karsten Schmidt, aa.O.
 - 57) Ulrich Noack, BGH verneint Firmenaenderung durch den Insolvenzverwalter, NZG 2020, S.257.
 - 58) Noack, aa.O.
 - 59) Noackは、ここで本決定の枠外番号31を引用しているが、枠外番号35(決定理由4(2))の誤りであろう。
 - 60) Noack, aa.O. (Fn.57), S.257.
 - 61) Noack, aa.O.
 - 62) Noackは、ここで本決定の枠外番号37を引用しているが(Noack, aa.O. (Fn.57), S.257)、当該部分に「全般的侵害(Übergriff)」という言葉が使われている訳ではない。ただ、倒産手続き開

- 始後も会社機関の権能と倒産管財人の権能とが重なり合うか、会社機関の権能が部分的に制限されることは、示されているので、その限りで、全般的侵害ではないということが出来る。
- 63) Noack は、ここで本決定の枠外番号 20-23 を引用している (Noack, aa.O. (Fn.57), S.257)。
- 64) Frielich Weber, KTS 1970 23.
- 65) Noack は、ここで本決定の枠外番号 38 を引用している (Noack, aa.O. (Fn.57), S.257)。そこでは、「求められる成果はその都度の会社機関と (倒産) 管財人とが協同することによってのみ達成される」判示されている。
- 66) Noack, aa.O. (Fn.57), S.257)。
- 67) Noack, aa.O. (Fn.57) S.258. Noack は、そのドグマ的基礎として、倒産における債権者の満足に向けられた社員の誠実な結びつき (Treuebindung der Gesellschafter) を掲げている。
- 68) 個人商人の場合は、営業譲渡の際の「商人性 (商人資格)」の喪失が問題となるとの指摘がある。
- 69) Noack, aa.O. (Fn.57), S.258.
- 70) Annette Spath-Weinreich, Keine Befugnis des Insolvenzverwalters zur Satzungsänderung (zugleich Anmerkung zu BGH (II, Zivilsenat), Beschluss vom 26.11.2019 – II ZB 21/17), BWNotZ 2020 S.16. 17.
- 71) OLG München v. 30. 5. 2016 – 31 Wx 38/16 (rk), DNotZ 2016, 948= ZIP 2016, 1222= GmbHR 2016.
- 72) Hans-Joachim Priester in DNotZ 2016, 893, 895.
- 73) Spath-Weinreich, aa.O. (Fn.70), S.17.
- 74) Priester, aa.O. (Fn.72), S.295.
- 75) Spath-Weinreich, aa.O. (Fn.70), S.17.f.
- 76) Spath-Weinreich, aa.O. (Fn.70), S.18.
- 77) Spath-Weinreich, aa.O.
- 78) Spath-Weinreich, aa.O.
- 79) Nils Andersson-Lindström, Keine Umfirmierung durch den Insolvenzverwalter-Zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 26.11.2019 – II ZB 21/17, DB 2020 S.1666.
- 80) Nils Andersson-Lindström, aa.O. (Fn.79), S.1667.
- 81) Nils Andersson-Lindström, aa.O. なお、個人商人について、Andersson-Lindström は、個人商人の場合は、その倒産に際し商号の変更に關する権利も倒産法 80 条 1 項により管財人の管理権能のもとに陥としたうえ、いずれにせよこのことが無制限に妥当するのは、商法改正に基づき個人商人にとっても物的商号及び架空商号の使用が認められた 1998 年以降に形成された商号について妥当するが、右時点以前に形成され、それ故強行的に個人商人の氏名を含むべきものとされた旧商号については、個人商人の商号の譲渡は当該個人商人自らの同意が必要となると判示した、連邦最高裁の判例が適用されることになるとしている (Nils Andersson-Lindström, aa.O.)。
- 82) Nils Andersson-Lindström, aa.O. (Fn.79), S.1668. 商事人的会社 (合名会社、合資会社、欧州経済利益団体) の本店は実際に管理が営まれている場所に応じて定められる。有限会社、株式会社及び株式合資会社の場合、本店の確定の基準となるのは、定款ないし会社契約である (株式法 5 条 1 項、有限会社法 4a 条)。Andersson-Lindström は、商法 30 条 4 項 (州政府による領域拡大の可能性) にも注意すべきであるとしている (Nils Andersson-Lindström, aa.O.)。
- 83) Nils Andersson-Lindström, aa.O. (Fn.79), S.1668.
- 84) Nils Andersson-Lindström, aa.O.
- 85) Nils Andersson-Lindström, aa.O. (Fn.79), S.1669.
- 86) Nils Andersson-Lindström, aa.O.
- 87) 例として掲げられているものは、下記の通り (Nils Andersson-Lindström, aa.O.)。
- § 1 der Satzung der Gesellschaft wird abgeändert und erhält folgende Fassung: „Die Firma der Gesellschaft lautet Peter Pan GmbH“. (当社の定款第 1 条は改正され、以下の条項が受け容れら

- れる。「当社の商号は Peter Pan 有限会社である。」
- 88) Nils Andersson-Lindström, a.a.O.
- 89) 倒産法の成立当時は債権者委員会は、倒産手続き開始後に初めて構成されるものとされていたが、現在は手続き開始以前に機能し得るものとされている（倒産法 21 条 2 項 1a 号）。
- 90) Nils Andersson-Lindström, a.a.O. (Fn.79), S.1669.
- 91) Nils Andersson-Lindström, a.a.O.
- 92) Nils Andersson-Lindström, a.a.O. (Fn.79), S.1670.
- 93) Nils Andersson-Lindström, a.a.O.
- 94) マタイ福音書章 7-9 節。
- 95) Nils Andersson-Lindström, a.a.O. (Fn.79), S.1670.
- 96) Daniel Brzoza, Keine insolvenzrechtliche Sonderbefugnis des Insolvenzverwalters zur autarken Änderung der Firma der Insolvenzschildnerin, jurisPR-InsR 6/2020 Anm. 2, C.
- 97) vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.10.1988- 3 Wx 403/88- ZIP 1989, 457 m.w.N.; Heidinger in:MünchKomm HGB, 4. Aufl. 2016, § 22 Rn. 89 a.E. m.w.N.
- 98) Brzoza は、本決定の枠外番号 30 (cc) を引用している。
- 99) Brzoza は、本決定の枠外番号 32 (a) を引用している。
- 100) Brzoza, a.a.O. (Fn.96) Anm. 2, C.
- 101) Brzoza, a.a.O.
- 102) Michael Hippeli, jurisPR-HaGesR 2/2020 Anm. 1. C.
- 103) この点は、Daniel Brzoza（前記 7.）参照のこと。
- 104) OLG München, Beschl. v. 30.05.2016- 31 Wx 38/16- NZG 2016, 837 m. Anm. Friedel, jurisPR-HaGesR 9/2017 Anm. 5.
- 105) KG, Beschl. v. 10.07.2017 (Fn.4); ebenso OLG Hamm, Beschl. v. 22.12.2017- I-27 W 144/17- ZIP 2018, 596 m.Anm. Cranshaw, jurisPR-InsR 10/2018 Anm. 5.
- 106) Hippeli, a.a.O. (Fn.102), Anm.1.C.
- 107) Hippeli, a.a.O. (Fn.102), Anm.1.D.
- 108) Hippeli, a.a.O.
- 109) Hippeli, a.a.O.
- 110) Priester, a.a.O. (Fn.43), S.104.
- 111) Karsten Schmidt, a.a.O. (Fn.24) S.518.
- 112) ただし、Spath-Weinreich の引用している文献がミュンヘン上級地方裁判所の 2016 年 5 月 30 日判決（前掲（注 71））に対する Priester の論評である点に注意しなければならない。
- 113) Nils Andersson-Lindström, a.a.O. (Fn.79), 1670. ただ、この可能性は、他の部局による判断がなされた場合を想定して論じられている。
- 114) Hippeli, a.a.O. (Fn.102), Anm.1.C.
- 115) Böcker, a.a.O. (Fn. 18), S.336. 340, Fn.23).
- 116) Böcker, a.a.O. (Fn. 18), S.336f.
- 117) Brzoza, a.a.O. (Fn.96) Anm. 2, C.
- 118) Brzoza, a.a.O.
- 119) Noack, Noack, a.a.O. (Fn.56), S.257.
- 120) Hippeli, a.a.O. (Fn.102), Anm.1.C.
- 121) Karsten Schmidt, a.a.O. (Fn.24) S.518.
- 122) Nils Andersson-Lindström, a.a.O. (Fn.79), S.1670.
- 123) Spath-Weinreich,a.a.O. (Fn.70), S.18.