

# 倒産法の基礎理論

河野 憲一郎\*

## 目 次

- I. 序
- II. アメリカ合衆国における倒産の基礎理論
- III. ドイツ破産法・倒産法とその理論的基礎
- IV. わが国における理論定立の試み
- V. 結 語

## I. 序

今日わが国においては、企業活動に伴う失敗を透明に処理するための制度として、裁判上の倒産処理手続にますます関心と期待が向けられている。こうした要請に答えるために、学説では、主としてアメリカ合衆国法を参照することで、一定の解決の方向性を示そうと模索を続ける傾向が顕著にみられる。たしかにこのような試みそれ自体は非常に重要ではあるが、それと並んで、これらの新たな解決策の提案とその説得性を担保する上では、比較法を含む倒産法の基礎理論との関係での基礎付けもまた不可欠であろう。今日では、これまで以上に倒産法の基礎理論の重要性が高まっている。

アメリカ合衆国における問題解決をわが国の参考に供する場合に、そこでの倒産の基礎理論それ自体の紹介・検討という作業が重要なものであることは言うまでもないが、その際に、わが国においてはアメリカ合衆国とは法制度の前提が異なる点をどう評価すべきかの検討もまた怠られてはな

---

\* かわの・けんいちろう 熊本大学大学院法曹養成研究科准教授

らない。倒産法においては、実体的な権利関係の変更は手続を通じて行われるため、手続的な前提条件の違いは捨象できないからである。このように見たとき、わが国の倒産法は、旧破産法以来ドイツ法系の立法に属し、伝統的な倒産法学説が、ドイツ破産法の理論を前提に体系化・解釈論の構築を行ってきたことが非常に重要な意味をもつ。かくてわが国の倒産法の基礎理論を模索するにあたっては、ドイツ法における基礎理論を振り返ること、しかしそれに止まらず、理論の背景にある法的前提を確認することが、今日改めて必要となってこよう。こうした比較法的作業を通じてはじめて、アメリカ合衆国法からの成果を真に評価することが可能となると思われる。

本稿はこのような認識にもとづいて、まず、アメリカ合衆国における倒産の基礎理論、特にわが国の学説に大きな影響を与えているジャクソンの議論を振り返る(Ⅱ)。続いて、ドイツ破産法および倒産法の下での基礎理論と、それが前提としている手続構造や法的前提を確認する(Ⅲ)。その上で、わが国における基礎理論の方向性を提言した上で(Ⅳ)、最後にまとめとする(Ⅴ)。

## Ⅱ. アメリカ合衆国における倒産の基礎理論

### 1. 検討の視点

アメリカ合衆国では、倒産法の個別論点の克服や判例の体系化といった実務的研究は従来から多数存在していたが、倒産法の基本構造にかかわるような理論的な研究は、ほとんど存在していなかった。しかし、1980年代以降、事態は一変し、現在では倒産法の正当性や理念の探求といった極めて理論的な研究が、倒産法学の主要な研究テーマの1つとなっている<sup>1)</sup>。こうした倒産理論を通じて、アメリカ合衆国法における制度と問題解決の

---

1) 水元宏典『倒産法における一般実体法の規制原理』(有斐閣, 2002年) 39頁〔初出は、法協118巻2号187頁, 同5号734頁, 同6号815頁, 同8号1179頁, 同10号1561頁(いずれも2001年)〕。

状況を理解し、位置づけることが出来れば、わが国との比較法研究は飛躍的に容易になるであろうし、非常に有益でもであろう。こうした議論の火付け役となったのがジャクソンの倒産理論であり、わが国では、既に水元宏典教授によって「財産価値最大化理論」として詳細な紹介・検討が行われている<sup>2)</sup>。この理論は近時のわが国の倒産法の理論にも大きな影響を与えているが、アメリカ合衆国法は、あくまでもわが国とは手続構造の異なる倒産法制を有することから、まずは同国におけるこの議論の客観的位置づけにも配慮することによって牽強付会に陥らないように目配りをする 것도、比較法研究をする上で不可欠であろう。以下では、主としてジャクソンの『破産法の論理と限界』に依拠してその理論を再確認するとともに<sup>3)</sup>、その位置付けにも若干の言及をすることとしたい<sup>4)</sup>。

## 2. ジャクソンの議論

はじめに、ジャクソンは、破産法が歴史的に行ってきたのは、個人のために経済的なフレッシュ・スタートを与えることと、ある債務者の財産に

2) 水元・前掲書注 1) 39頁以下。なお、同書は、「倒産法の手続法的側面については、……沈黙という態度をとっている」点で（i 頁）、本稿とは関心を大いに異にしている。

3) *Jackson, Logic and Limits of Bankruptcy Law*, 1986。なお、本書では、有名な「債権者らの交渉理論（the creditors' bargain theory）」については明示的には触れられていない（後注14）の部分。これについては、*Jackson, Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain*, *The Yale Law Journal* Vol. 91, No. 5 (1982), p. 857-907.）。

4) アメリカ合衆国における議論の位置づけを図るにあたっては、*Tabb, Law of Bankruptcy*, 3rd edition, 2013 が有益である。また、同じく英米法系に属するイギリスに関する、*Keay, Insolvency Law: Corporate and Personal*, 3rd edition, 2012 にアメリカ合衆国とイギリスとは状況は異なるようである。すなわち、「イギリス法が発展してきたプラグマティックな態様が原因なのかもしれないが、一般的に言ってイギリス（あるいは英連邦）においては、倒産法を基礎づける学説の発展はわずかであった。学者と実務家らの努力は、何らかの理論枠組みを探り当てることを希求するというよりも、むしろ法律の発展と判例法の上にあった。理論的な視点は、『判例法と制定法の中で述べられた諸原理からの抽象の程度を要求する法の学問的分析』に向けられている。イギリスおよび英連邦における立場は合衆国とは鋭い対比をなしており、後者（＝アメリカ合衆国）においては、多様なアプローチを提案している数多くの学説が存在している」という（p. 26 f.）。

対する債権者の相対的な資格を整序するための強制的かつ集団的なフォーラムを提供することであったということを確認した上で<sup>5)</sup>、前者の経済的なフレッシュ・スタートは、自然人の債務者が問題となっている場合にのみ重要であるが、それも限られたものであるとして、当面の議論からこの問題を除外している<sup>6)</sup>。したがって、ジャクソンが当面の議論の対象として念頭に置いたのは会社(企業)の倒産であり、本稿もこの部分に焦点を当てて論じる<sup>7)</sup>。

では、なぜ破産法は集団的債権回収装置として働くべきなのか<sup>8)</sup>。アメリカ合衆国では、州法が、個々の債権者に執行、債権差押えなど債務者からその債務を回収するための救済を提供しており、この州法上の債権回収の救済は、「優先主義法 (grab law)」であって、「時において優先するものは、権利において優先する」との特徴によって代表される。しかし、個別的な債権者救済システムは、債務者に十分な財産のない場合には債権者集団にとっては決してよいものとは言えない。債権者たちの権利が競合することにより悪い状況をさらに悪化させる傾向があるからである。ジャクソンは、破産法はこの問題にかかわるものであるという<sup>9)</sup>。いわゆる(経済学用語でいう)「コモンプール」問題である<sup>10)</sup>。つまりジャクソンは、破

5) *Jackson*, supra (note 3), p. 4.

6) *Jackson*, supra (note 3), p. 4. 自然人の経済的フレッシュ・スタートの問題は、第10章(p. 225 ff.)に至ってようやく論じている。

7) *Tabb*, supra (note 4) p. 3 も、「清算型破産事件は、債務者の救済と債権者の平等取扱いという2つの独立した目標に奉仕する。前者を第一のものとする向きもあるが、実際には、破産事件の本質にとってはより非・核心的なものである。破産は、何らかの形での債務者救済のなしに存在しえなした、かなりの期間そうであった。……最初のアメリカ合衆国の破産法は1800年に〔議會を〕通過したが、債務者に自己破産の申立てをし、免責という特典を享受することを認めてはいなかった。債権者のみが破産事件を開始することができたのである。1841年法が、債務者に自己破産という選択肢と免責への素早いアクセスを提供した最初のものである」という。

8) *Jackson*, supra (note 3), p. 7.

9) *Jackson*, supra (note 3), p. 10.

10) *Jackson*, supra (note 3), p. 11. これについては、水元・前掲書注 1) 46頁の説明も参照。

産法は多様な個人に対して集団的・強制的な手続を課することによって、一体として行動する道を提供しているというのである<sup>11)</sup>。このコンテキストにおいて、ジャクソンは、個別な債権者救済に対する破産の利点として、より大きな集合的なパイが得られるということ（「清算価値を超える事業継続価値の余剰」<sup>12)</sup>）と債権回収にかかる費用の逓減の2つを挙げた上で<sup>13)</sup>、これらの個別な債権者救済に要するコストが、集団的な債権回収制度の存在を望ましいものとする場合のあることを示唆しているという。かくて、ジャクソンによれば、破産は、信用を与える前に交渉をすることができれば債権者が合意したであろう契約を反映したものであるとされ<sup>14)</sup>、

11) *Jackson*, supra (note 3), p. 12 f., 17.

12) *Jackson*, supra (note 3), p. 14 f. すなわち、(州の債権回収法のような)競争システムの下では、各債権者は、他の債権者が不十分な財産のプールを使い果たす前に債務者の財産を擲取することに時間と費用を費やすインセンティブが働いてしまう。*Tabb*, supra (note 4), p. 4.

13) *Jackson*, supra (note 3), p. 14 f. 債権回収にかかる費用の逓減に関して、*Tabb*, supra (note 4), p. 4 f. は、ジャクソンと同じような次のような例を挙げる。債務者が1,000ドルの財産を有するが、2,000ドルの債務を負担している（4人の債権者たちが各自500ドルの債権を持っているとする）。さらに、各債権者が州の債権回収手続を発動するのに100ドルがかかる。もし各債権者が競争をするのであれば、グループとしての債権者のための純回収額は600ドルしかない。それゆえ各債権者の平均回収額は150ドルとなる。債権者たちのうちの2人は実際上その費用を差し引いた上で完全な満足を受けるが、競争前には勝者のうちの2人になるのか、それとも回収費用を負担して得るものがない状態の2人の敗者になるのかを債権者たちが知る由はない。したがって、事前に見れば、各債権者は150ドルの予定回収額しか想定できない。しかし、もし債権者たちが協力をし、競争を回避するのであれば、彼らはグループとして300ドルをセーブすることができる。ただし、集団的に行動することで、債権者たちは債権回収に一度——代表者または債権者団体に代わって行動する機関によって——100ドルしか支出しなくてよいからである。この場合、全体として900ドルが分配に利用でき、各債権者には、225ドルが支払われる。したがって、この集団的な解決は、各債権者にとっての平均回収見込額を増大させる。合理的にふるまうのであれば、4人の債権者は前もって共に行動することを合意し、集団的なアプローチを利用するはずである、と。

もっとも、*Tabb*は続けて、債権者たちは自発的にはそれをしないと述べた上で、その理由を説明し、強制的な裁判手続としての破産手続の必要性を論じている（p. 5）。この点でジャクソンとは決定的に異なる。後注14)に対応する本文参照。

14) *Jackson*, supra (note 3), p. 17 (Fn. 22). 前注3)も参照。

このような破産というものの特徴として、集団的であることと強制的であることが挙げられる<sup>15)</sup>。つまりジャクソンによれば、破産は所有者(owners:債権者およびその他債務者の財産に対して権利を持つ者)<sup>16)</sup>の権利を整理するための集団的なフォーラムを提供しているのであり、十分な資産がない場合の個別的救済の破壊的な効果に対する保護を与えることから正当化されるというのである<sup>17)</sup>。

以上のような一般論を受けて、ジャクソンは個別問題の検討に入る。すなわち、破産開始前の債権者による回避(opt-out)行動と偏頗行為否認法(preference law)の役割、破産の集団手続の追行およびさらには第11章手続の再検討について論を進める。まず、破産前夜において、債務者の財産状況の悪化を知った債権者は、手続を開始することよりもむしろ集団的な手続が開始される前に貸し付けたものを回収することにインセンティブを持つが、それは集団にとっては事柄を悪化させる。ここでは差し迫りつつある集団手続からの債権者の回避に焦点が当てられるが、これが偏頗行為否認法の核心であり、それは集団化のプロセス自体にとって不可欠のものであるという。この問題は一般に、詐欺的譲渡法(fraudulent conveyance law)という枠組みで論じられてきたが、ジャクソンによれば、それよりも実際には広い<sup>18)</sup>。というのは、偏頗否認法は、集団的手続のために債権者間の関係(特定債権者の優遇)に焦点を当てているのに対して<sup>19)</sup>、詐欺的譲渡法は、債務者による濫用的行為(手続前の債務者による財産移転)から債権者集団を保護しているのであり、「コモンプール問題」の解決には関係しないからである<sup>20)</sup>。かくて、倒産法における詐欺的譲渡法の限界は、むしろ州法上の個別的債権回収手続によって画されなければならないとい

---

15) *Jackson*, supra (note 3), p. 17.

16) この言葉につき、水元・前掲書注1)44頁注20)参照。

17) *Jackson*, supra (note 3), p. 20.

18) *Jackson*, supra (note 3), p. 122 f.

19) *Jackson*, supra (note 3), p. 123 f.

20) *Jackson*, supra (note 3), p. 146.

う<sup>21)</sup>。

また、コモンプール問題に應えるために、破産手続の開始と同時に、執行やこれに類する個別的な債権者の救済は停止を求められるし、さらには担保権者の担保権の行使も停止し、それに代わる価値の保障によって代替されなければならない。これを達成するのが連邦破産法362条の「自動的停止 (automatic stay)」である<sup>22)</sup>。その際、通常の無担保債権者に関しては、債務者が支払不能の場合に自動的停止は破産手続継続中その効力を有するのが通常であるが、それというのはこの組の債権者たちは按分弁済を待たなければならないからである。これに対して、担保権者の場合は自動的停止の存続の正当化は異なり、担保物を流出させないことが債権者集団にとってより良いというのがそれである<sup>23)</sup>。

さらに、第11章手続について、継続企業価値が更生 (reorganization) においてのみ生じるという前提には誤りがあり、同様の価値は第7章の清算 (liquidation) 手続においても第三者である買主に対して財産が一体として売却されることによって達成されるとし<sup>24)</sup>、市場メカニズムによらない継続企業価値の評価は困難であり、その手続には時間と費用がかかる上に裁判所で行う財産評価は不適切な場合があるとして、同手続の廃止を提案する<sup>25)</sup>。

以上に見てきたようなジャクソンの議論の要点は、倒産法は本質的に債権回収装置であるとし、倒産制度は、債権者たちが事前に倒産者との取引に入るに先立ってチャンスを持った場合に（事前に）したであろう交渉を反映しなくてはならないと論じる点にある（いわゆる「仮説的交渉」）。この法と経済学に基礎を置いたジャクソンの理論は、倒産手続を市場のプロセスに類するものとするように努めるものといえよう。

21) *Jackson*, supra (note 3), p. 149 f.

22) *Jackson*, supra (note 3), p. 151-152.

23) *Jackson*, supra (note 3), p. 152.

24) *Jackson*, supra (note 3), p. 211.

25) *Jackson*, supra (note 3), p. 218 ff.

### 3. ジャクソンの理論への批判論

ジャクソンの理論では、「債権者らの交渉」という名称が典型的に示唆するように)債権者に焦点が当てられていて、債務者の倒産によって影響を被りうるその他の者の利害は倒産法の関心事とは考えられていなかった。あらゆる倒産法は、債権者の集団的便益を高めるかどうかという1つの問いによって審査されるのである。ジャクソンによれば、倒産法は公益に関心事とはしていないし、すべきでもない。むしろ彼は、債権者以外の者の利益の保護は倒産法の外でなされるべきであって、倒産法においてそれをする必要はないとの見方を採っていた。

ジャクソンのアプローチは、アメリカ合衆国においてきわめて重要な位置付けを持つが、全面的な支持を得ているわけではなく批判も多い<sup>26)</sup>。主たる問題は、倒産法が単に債権者の権利だけに関わるのか、それとも他の諸利益——それは公益を含む——を取り込むことが許されるかどうかに関係する。しかし、さらにいっそう重要なのは、理論に関する議論の全ての中核が、倒産法システムによって保護されるべきはだれで、何かを決定することを内容とするものだという認識することにある<sup>27)</sup>。

### 4. ジャクソンの理論の評価

ジャクソンの理論については、次の点を指摘しておく必要がある。第一に、この議論が市場経済原理に基づいた規律を打ち出す点は非常に興味深い。1つの政策的な立場を主張するものとみるべきであって、現実の法制度に必ずしも則しているわけではない点を割り引く必要があるということである。このことは第11章手続に関して顕著である。すなわち、ジャクソンは市場経済的な効率性の観点から第11章手続の廃止を主張するが、議

---

26) 例えば、*Gross, Taking Community Interests into Account in bankruptcy: an Essay*, 72 Wash. U. L. Q. 1031 (1994); *Warren, Bankruptcy Policy*, 54 U. Chi L. Rev. 775 (1987) など。これらのものの検討については、別の機会に譲りたい。

27) *Keay, supra* (note 4), p. 27.



会と最高裁は、「ビジネスは死んでいるよりも生きている方がより価値がある、すなわち強制された売却清算よりもゴーイング・コンサーンの方がより価値がある」という「伝統的な」観念に、いまのところしたがっている<sup>28)</sup>。第二に、とりわけ彼は、破産を「信用を与える前に交渉をすることができれば債権者が合意したであろう契約」を反映したものであると説明するが、なぜ破産が裁判所の権限とされているのかについての説明を十分尽くしてはいない。そもそも「破産事件は多くの異なった事項と『手続』によって構成されている。これらの手続は、争訟性のない管理的な仕事から、完全な当事者対立的な訴訟への複雑性を列挙している」<sup>29)</sup>。その際に、こうした多様な破産事件の全てを破産裁判官が処理しえたわけではなかった。けだし、破産裁判官は合衆国憲法第3条の定める裁判官には当たらず<sup>30)</sup>、そのためにこの者が行使できる権限をめぐって違憲判決が下されたのであり（マラトン事件）、これを受けて、破産裁判官が行使できる権限には制約が加えられたからである<sup>31)</sup>。逆に、この手続が裁判権の行使の一部であるということを明確に意識するのであれば、その手続の構造の検討が不可欠である。その際、この手続は日本法とは大きく異なる点に注意する必要がある。まずここでの個別執行との対比は、州法上の、優先主義が採られている手続との関係で論じられているのであって、（平等主義に立つ）わが国の強制執行手続との関係でみればむしろ違和感すらある。また、コモンプール問題を阻止するための制度として自動的停止について論じているが、わが国の制度では自動的停止を認めてはいない。さらに、民事再生

28) *Tabb*, supra (note 4), p. 7: 1023 ff.

29) *Tabb*, supra (note 4), p. 319.

30) 合衆国憲法第3条〔合衆国司法権〕は、「合衆国の司法権は、1つの最高裁及び合衆国議会が随時定め設置する下級裁判所に属する」と定めているが、同時に、第1条〔合衆国議会〕第8節では、合衆国議会は、「最高裁判所の下に下級裁判所を組織する」権限を有するものとしているのである。

31) この点につき、河野憲一郎「倒産手続の手続構造——比較倒産手続法序説——」河野正憲先生古稀祝賀論文集『民事手続法の比較法的・歴史的研究』（慈学社出版、2014年）603頁以下参照。

手続において担保権が「別除権」とされて手続外の行使を認めること(民再53条1項, 同2項)との関係では説明はつかない。結局, それは少なくともわが国の倒産手続の構造に則していない点が過少評価されてはならないのである<sup>32)</sup>。かくてわが国の倒産手続の構造は, アメリカ合衆国法とは厳然とした違いがある。ジャクソンの理論の魅力が経済学的アプローチを倒産法理論の中に採り入れたことにあり, それが新たな視点を提供したことは事実であるが<sup>33)</sup>, その理論をそのままの形でわが国に採り入れるのはむしろ理論の混迷をもたらすであろう。

### Ⅲ. ドイツ破産法・倒産法とその理論的基礎

#### 1. 検討の対象

次に, わが国の旧破産法の母法である1877年のドイツ帝国破産法(以下「KO」とする。)の理論的・法構造的基礎を確認しておこう。具体的には, KOの立法者が提起した私法的破産請求権論, コーラーの差押権説およびヘンケルの責任法的割当説を確認した上で<sup>34)</sup>, それに代わったドイツ倒産法(以下「InsO」とする。)の下での状況を明らかにしたい。

#### 2. ドイツ旧破産法(KO)の下での議論

ドイツ法上破産手続において破産債権者の地位がどのように法律構成によって理解されるかは, 長いこと争われてきた。その処遇を一瞥すると以

---

32) ちなみにイギリスについても, *Keay*, supra (note 4), p. 27 は「アメリカの素材は非常に有用ではあるが, それが異なる法制度——すなわち連合王国においては重要ではないいくつかの特色を投げかけている連邦制度——に向けられているということを忘れてはならない」という。

33) 例えば, *Thole*, Die tatbestandlichen Wertungen der Gläubigeranfechtung, ZJP 121 (2008), 67 ff. [翻訳として, 河野憲一郎訳「クリストフ・トーレ『債権者否認権の構成要件の評価』」商学討究63巻1号(小樽商大, 2012年)121頁がある。]

34) 第二次大戦前までのドイツの破産理論に関しては, 小野木常『破産理論の研究』(弘文堂, 1938年)1頁以下に詳しい。

下のとおりである。

(1) 私法的破産請求権説

KOの立法者は、立法理由書の「実体規定」の「総則」の冒頭において、次のように述べる。

「ある債務者が全債権者に完全な満足を与える状態にないことが明らかになったとき、法律は、誰もが請求しうるはずの満足が財産の廉売、新たな債務負担あるいは個々の債権者の先取り、優遇によって侵害されることから債権者を保護しなければならない。債務者による支払いの不可能と債権者の競合は、以後債務者の全財産が法律の定める配当のために全債権者間で彼らのためにのみ使用されることを求める法的請求権を各債権者に生ぜしめる。この請求権は、全ての債権者が取得し、破産手続を基礎づけ、手続の開始と遂行を通じて実現される。客観的な破産法上の権利と区別するために、破産請求権（Konkursanspruch）と名付けうる」と<sup>35)</sup>。

したがって、破産手続においては、債権者の競合関係の適切な調整が問題となるが、この手続を基礎づけるのが「破産請求権」である。その存在が開始手続を通じて裁判所の裁判によって確認されてはじめて、本来の破産手続が始まる。

KOは、第1条において破産財団の範囲に関して規定し、それを破産開始時に存在した財産に限定し、第2条において、「破産財団は、破産手続開始のときに成立している債務者に対する財産上の請求権を有する人的債権者（破産債権者）への弁済に充てられる」と規定する。立法者は、「破産財団は破産債権者の排他的かつ共同的満足に奉仕する」<sup>36)</sup>との命題を立てる。排他的満足を求める債権者の権利は、他の新たな、破産者の債務負担

---

35) *Hahn/Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 4, 1881 (Neudruck 1983), S. 44. [部分的な翻訳として、荒木隆男「一八七四年ドイツ破産法草案理由書（5）」*亜細亜法学*23巻2号（1989年）81頁がある。]

36) *Hahn/Mugdan*, a.a.O. (Anm. 35), S. 45.

からの財団の分離、破産者の処分権の喪失をもたらす<sup>37)</sup>。他方で、共同的満足の権利は、いかなる債権者も他者を顧慮することなく債務者に対して各人の満足権を追求してはならず、強制執行は個人々人のために実施されてはならず、全ての者の等しい権利は、誰もその請求権を共同的手続以外では行使しないことを要求する、という<sup>38)</sup>。

以上が、KOの基本的な構造であり、立法者は債権者の法的地位を「破産請求権」という概念で言い表した。この請求権は私法上の請求権であると考えられていた<sup>39)</sup>。

もっとも、このKOの「私法的破産請求権」概念は、当時から学説上の十分な支持を集めたわけではなかった。あるいは破産請求権について、これを私法上の請求権と理解することに疑問が提起され<sup>40)</sup>、あるいはドイツ破産法学の泰斗イェーガーによって、それは破産という状況によって要求される債権者間での相互的な制約における債権それ自体と異なるのではないかとの批判が提起されたのである<sup>41)</sup>。しかし、一面において、この立法者の見解が破産手続に伴う破産債権者間の競合関係を的確にとらえるものであったことは看過してはならない。ドイツ法においては、「破産財団に対する債権者の地位」をどのようにとらえるべきかは、KOの手續構造との関係において——つまり私法的破産請求権論を採るか否かに関わりなく——明らかにされなくてはならない問題である。

37) *Hahn/Mugdan*, a.a.O. (Anm. 35), S. 46.

38) *Hahn/Mugdan*, a.a.O. (Anm. 35), S. 47.

39) Vgl. *Jaeger/Henckel-Henckel*, *Insolvenzordnung*, Großkommentar, Band 1, 2012, S. 925.

40) 権利保護請求権の特別な現象形態として破産請求権を公法上のものと捉えるべきだとするのである。こうした見解につき、小野木・前掲注34)14頁以下も参照。

41) *Jaeger*, *Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen* 6/7 Aufl., Bd. 1, 1931, § 3 Anm. 49 (S. 106). 小野木・前掲注34)14頁注13)とこれに対応する本文にも紹介がある。ヘンケルは、こうした批判は、破産の責任法的な効果を度外視し、債権者の権利を単に債権と考える場合の一貫した帰結であるという。*Jaeger/Henckel-Henckel*, a.a.O. (Anm. 39), S. 925.

(2) 差押権説

学説は、債権者の地位を KO の立法者とは異なる法律構成によって理解した。すなわち通説は、20世紀の初頭に至るまで、債権者に破産財団に対する〈共同的破産質権〉または〈物的差押権〉を付与した<sup>42)</sup>。例えば、コーラーはその著書『破産法教科書』の中で詳細な歴史的・比較的研究を展開した上で KO の破産関係を体系化し<sup>43)</sup>、「差押権」という構成 (Konstruktion) を理論の中心に据え<sup>44)</sup>、これによって「破産財団に対する債権者の地位」を論じている<sup>45)</sup>。彼は、ドイツ法では、債務者の財産に対する債権者の権利を望むとすれば質権に類似した物的権利、価値権、換価を目的とする物的権利のみが考えうるところ、実際そのような権利は存在し、それは質権に類似した権利である差押権 (Beschlagsrecht) であるという<sup>46)</sup>。

コーラーは、この差押権の性質につき、次のように述べている。差押権は民事上の処分によって設定された質権とは同一ではないが<sup>47)</sup>、これに類似

42) Vgl. Jaeger / Henckel-Henckel, a.a.O. (Anm. 39), S. 923. こうした立場としては, Kohler, Lehrbuch, S. 99, 102 (以下, Lehrbuch として引用); ders., AcP 81 (1893) 329 ff; ders., Leitfaden des Deutschen Konkursrechts, 1. Aufl., 1893, § 11; Hellmann, Insolvenzrecht, 1907, S. 633 ff.; Seuffert, Zur Geschichte und Dogmatik des Deutschen Insolvenzrechts, 1888, S. 20-49, 76-81, 81-182; ders., Deutsches Insolvenzprozessrecht, 1899, S. 151-155, 385, 434 がある。なお, プロイセン一般裁判所法 (Preussisches AGO) は, 「破産の開始により, 債権者は, 全体として, 破産者の占有する総財産への一般的質権を取得する。」と規定していた (§ 33 Tit 50)。これに対して, 1855年のプロイセン破産法においては, 破産質権という概念はもはや見られない。

43) 同書の序文 (Vorwort) でコーラーは以下のように述べている。「破産関係の構成に関しては, 唯一正当と考える方法を選択した。帰納的に, 可能な解釈をその実際の帰結を検証し, このために多くの課題をともなった国内および外国の実務を引用した。そのようなやり方で基礎が発見されてから, 構成を組み立てることを試みた。けだし, 構成は法の真髄 (Blüte) であり, われわれに法律関係の本質の洞察を可能ならしめる鏡だからである。たとえわれわれがあらゆる法命題を物にしたとしても, 構成なくしては法律関係は未知のものにとどまる」と (Kohler, Lehrbuch, S. III f.)。

44) Kohler, Lehrbuch, S. 98 ff.

45) Kohler, Lehrbuch, S. 98 ff.

46) Kohler, Lehrbuch, S. 99.

するものである。けだし、(i) それは債権の付随物 (Accessorium) であり、(ii) それは物から一定の価値を抽出し、(iii) その金銭的な目的決定を到達しない場合には消滅せしめられ、(iv) 質物 (Pfandstück) の全てをもって不可分的かつ連帯的に担保し、(v) 債務者のこれに反する財産処分が当該財産に関する債権者の地位を動かさないとの意味を持ち、その結果、破産者がかかる対象を譲渡する場合には、その財産は差押権の負担を伴ったまま移転せざるを得ない。すなわち、破産法の用語によれば、破産者の法律行為は破産債権者に対して無効であり (KO 6条)、破産者は破産財団に属する財産について処分する権能を喪失する (KO 5条)。そして、このことは債務者の行為によらずに生じる法律効果についてもいえるし、これらの効果も、第三者の物権を動かしえないのと同様に、差押権を動かしえない。あるいは破産法の用語にしたがえば、質権、抵当権および優先権は、破産債権者に対して拘束的にこれを取得または登記することができない (KO 12条)。最後に、(vi) 差押権は、譲渡または果実の収集によって物の利用を許容する点において質権との類似性を有し、それゆえに物を占有する権利も認められる——質権は、単に譲渡質たるのみならず、利用質たりうるからである、と<sup>47)</sup>。

以上のようなコーラーの差押権説に対しては、このような質権を認めることは、そもそも KO の草案理由書の中で明示的に否定されていたところであり<sup>48)</sup>、現代の担保法を支配する公示の原則および特定の原則——そ

47) *Kohler, Lehrbuch*, S. 102.

48) 草案理由書は、次のように言う。「この見解は、財産管理命令 (missio in bona) というローマ法に由来し、個々の、すなわち古いドイツの立法に採用されていた。質権は、破産開始という行為と、そこに含まれた債務者の全財産に対する差押え (Beschlagnahme) によって生じるとされる。既にこのような黙示的な一般抵当権というものが疑問である。一般抵当権は、破産開始の効力によって債務者の土地、有価証券、債権にも及ぶといわれるが、これ以外の場合に妥当するそのようなものに対する質権取得に関する諸規律と矛盾している。法律が破産手続のためにあらゆる一般抵当権を除去することを強いられたのに対して、破産手続が全ての債権者の一般抵当権に基づくとするのは、そもそも困難であろう。加えて質権は誰が取得したというのか？ 総債権者か？」と。*Hahn/Mugdan*, a.a.O.

これは個々の担保物が個々の特定された請求権のために負担を負うことを表示することを要求している——に明らかに背馳するとの批判が出されている<sup>49)</sup>。こうした批判によって、一般に、差押権ないし破産債権は死滅したものとみなされている<sup>50)</sup>。しかし、今日ではむしろ、コーラーの見解を破産と責任財産との関係を適切にとらえたものとして再評価する向きもある。問題は、これを「差押権」として「法律構成」することの当否にあったといえよう<sup>51)</sup>。

### (3) 責任法的割当説

1970年代に入り、新たな観点から「破産財団に対する債権者の地位」を論じ、明確な方向性を示したのはヘンケルであった<sup>52)</sup>。ヘンケルは、法律構成それ自体は関連を明らかにする以上の価値をもたず、正しい結びつき

(Anm. 35), S. 45. もっとも, Jaeger / Henckel-Henckel, a.a.O. (Anm. 39), S. 924.

49) Jaeger, a.a.O. (Anm. 41), Anm. 48 zu § 3 (S. 104 ff).

50) わが国では強制執行につき平等主義が採られている関係もあり、当初からこの見解は支持されなかった。中田淳一『破産法・和議法』（有斐閣，1959年）83頁注（一），180頁参照。

51) 後記Ⅲ. 2. (3)。

52) Henckel, Von Wert und Unwert juristischer Konstruktion im Konkursrecht, in: Bökelmann / Henckel / Jahr (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag am 19. Mai 1975, (1975) S. 237 ff. (以下, Wert und Unwert として引用)。この方向は、既に ders., Der Gegenstand des Verfahrens zur Feststellung von Konkursforderungen, in: Pawlowsky/Wieacker (Hrsg.), Festschrift für Karl Michaelis, 1972, S. 151-172 [翻訳として, 河野憲一郎訳「ヴォルフラム・ヘンケル『破産債権確定手続の対象』」商学討究 61巻1号（小樽商大, 2010年）291頁がある。]において明確に示されている。今日に至るまでのドイツの通説は、破産債権確定手続の対象は破産者に対する債権とするエーリッヒ・ブライによって提唱された見解に立つ。これに対して、手続参加権限としての破産債権こそが確定の対象だとするのがヘンケルの見解である（「債権調査手続および確定手続並びに〔旧〕KO 146条による確定訴訟の対象は、財団の取り分に応じた責任を実現するための法的救済としての債権者の債権である」という。ders., S. 167; 河野訳・315頁。）。

後者の論稿は、ヘンケル教授が私講師としてヴェルツブルク大学で行った未公開の講演を書き改めたものとのことである（2010年1月29日付のゲルハルト・ヴァーグナー教授からの私信 [Eメール] への引用部分による）。

を確立するかどうかは、法的な評価が真に理解されるかどうかにかかっているとして、従来の方法論に疑問を呈する<sup>53)</sup>。差押権という概念は、体系的連関と基礎づけられるべき評価を十分に言い表すには、無色にすぎず。差押権が質権類似の権利であるならば、このことを概念上も言い表すことを試みるべきではないかという<sup>54)</sup>。すなわち、質権は、排他的な責任法的割当てを基礎づけるところ、責任法的割当てとその機能は、破産債権者の法的地位が質権に近いものであることを基礎づけている。このように論じて、ヘンケルは、差押権という概念を「破産の開始によって、破産債権者は、固定され、限界づけられた財産を責任法的に割り当てられる」という命題に置き換えるべきだと主張するのである<sup>55)</sup>。その際に、ヘンケルは、責任法的割当てを物的な法的地位であるとし、破産債権者のために破産開始とともに共同の法的地位として根拠づけられるが、破産債権者相互の関係にとっては、共同割当てへの取り分が重要であるという<sup>56)</sup>。

以上のように論じて、ヘンケルは、破産債権者が破産財団に対して、共同的な満足を求める権利と排他的な権利を持つこと<sup>57)</sup>を基礎づけたのである。その際に、ここでは、破産手続の開始に伴って「財団」が形成されること、破産債権者はこの特別財産たる「財団」に対して共同的・排他的満足を求める地位にあること、破産財団の範囲と破産債権者の範囲はいずれも開始決定を基準として決定される構造を採っていたことが決定的である。

### 3. ドイツ倒産法 (InsO) の立法と学説の展開

#### (1) わが国における紹介状況と本稿の問題関心

その後ドイツでは1991年1月1日をもって、1877年のドイツ破産法、

53) *Henckel*, Wert und Unwert, S. 251.

54) *Henckel*, Wert und Unwert, S. 251.

55) *Henckel*, Wert und Unwert, S. 251 f.

56) *Henckel*, Wert und Unwert, S. 252.

57) 前注36)とこれに対応する本文参照。



1935年の和議法および旧東ドイツ地区に適用された1991年の包括執行法は、新たな1994年のドイツ倒産法によって取って代わられた。この法律は、清算型の破産手続のほかにも再建型の手続をも含む単一手続を規律するものとして立法された。InsOは、「市場適合的」な倒産処理を志向する点に特徴があり、この理念は、前述のジャクソンの理論に依拠したものであるともいわれる<sup>58)</sup>。もっとも、ドイツ倒産法学が、この「新たな法律」を決してジャクソンの理論にもとづいて体系化しているわけではないこともまた事実である。むしろドイツ倒産法の下での学説は、責任法的割当という命題をなお堅持している<sup>59)</sup>。かくて、市場適合的倒産理論とInsOの関係が改めて検討されなくてはならない<sup>60)</sup>。そのためには、InsOの理論的基礎を改めて確認しておくことが肝要である。

---

58) パルツ参事官による以下の論考を引用しつつ、今次改正の理念がジャクソン理論に依っていることを指摘するのは、水元・前掲書注1)38頁：*Balz, Aufgaben und Struktur des künftigen einheitlichen Insolvenzverfahrens, ZIP 1988, 273 ff.; ders., Logik und Grenzen des Insolvenzrechts – Zugleich eine Besprechung von Jackson, The Logic and Limits of Bankruptcy Law, ZIP 1988, S. 1438 ff.*

59) *Bork, Einführung in das Insolvenzrecht 7. Aufl. 2014, S. 2.*：「法律は、InsO 38条によって倒産債権の満足のために供される、換価可能な債務者の財産を倒産財団と呼ぶ。かくして、倒産手続は財産責任の実現に奉仕する（強調体は原文）。Uhlenbruck/Hirte/Vallender-Hirte, Kommentar zur Insolvenzordnung, 14. Aufl., 2014, S. 628 f.：「倒産手続の開始によって、特別財産としての倒産財団と自由財産への分離が生じる。特別財産としての倒産財団の成立は、倒産差押の効果である。倒産手続の開始により、倒産債権者には、「固定され、限界づけられた財産を責任法的に割り当てられる（筆者注：前注55）に対応する本文にあるヘンケルのテーゼを引用したもの）」。

60) 水元・前掲書注1)38頁は、立法者がジャクソンの理論に依拠しているという事実から、ドイツの「私法的破産請求権説」、倒産法の「市場適合的倒産法理論」の検討に続いて、ただちにアメリカ合衆国の議論の検討に向かわれる。同教授の検討課題との関係で、このような議論展開をされているのかもしれないが、KOおよびInsOの理論的把握に当たっては、責任割当説は無視しえないのではなかろうか。

ちなみに、わが国においてドイツ倒産法が比較法研究の対象に選ばれる際にも、一般的に、責任割当説の詳細について、これまで紹介・検討がなされてきた様子はない。

## (2) 責任法的割当説の展開

ヘンケルは、1991年に公表された「執行法と企業法の狭間の倒産法改正」という論文<sup>61)</sup>の中で、倒産手続を包括執行として理解する古典的な定義と企業法としての倒産法理解とを対置し、それらの倒産改正についての適切性を検討している。ヘンケルは、倒産手続を包括執行として理解する古典的な定義は、伝統的な破産手続モデルを志向しており、倒産法の一体性にとっての妨げとなっていたかもしれないが<sup>62)</sup>、こうした執行法的な観点では、目的と手段を混同するという誤謬を避けるのであれば、倒産手続の一体性の妨げにならないという<sup>63)</sup>。その際に議論の前提として、ヘンケルは、個別執行と包括執行の目的を、債務者の保護に値する利益を顧慮した債権者の満足、換言すれば適法な権利行使という制約の枠内での債権者の権利の実現であるとみる<sup>64)</sup>。彼は、ZPO813a条を引き合いに、個別執行において、執行機関はもはや債権者の延長された腕ではないこと、むしろ債務者と債権者の間に立ち、双方の利益を適切に調整しなければならないということを明らかにする。すなわち、個別執行と倒産の清算は、原理的に区別されるのではなく次元において区別されるにすぎず、前者においては個々の対象物が問題となっているのに対して、後者においては債務者の総財産が問題なのである<sup>65)</sup>。ヘンケルによれば、個別執行法と倒産法はいずれも責任の実現に奉仕する<sup>66)</sup>。それゆえ法政策上の任務は、債務者の財

61) *Henckel*, Insolvenzrechtsreform zwischen Vollstreckungsrecht und Unternehmensrecht, in: Gerhardt / Henckel / Kilger / Kreft (Hrsg.), Festschrift für Franz Merz zum 65. Geburtstag am 3. Februar 1992, (1992), S. 197 ff. [以下、Insolvenzrechtsreformとして引用。翻訳として、河野憲一郎「ヴォルフラム・ヘンケル『執行法と企業法の狭間の倒産法改正』」熊本法学135号(2015年)143頁がある。]

62) *Henckel*, Insolvenzrechtsreform, S. 198. 河野訳・前掲注61)145頁。

63) *Henckel*, Insolvenzrechtsreform, S. 199. 河野訳・前掲注61)145頁

64) *Henckel*, Insolvenzrechtsreform, S. 199. 河野訳・前掲注61)145頁。この点は、ヘンケルが民事訴訟の目的につき、権利行使説を採ることとも関係しよう。ヘンケルの権利行使説については、*Ders.*, Prozeßrecht und materiellem Recht, 1970, S. 61 ff.

65) *Henckel*, Insolvenzrechtsreform, S. 201. 河野訳・前掲注61)147頁。

66) *Henckel*, Insolvenzrechtsreform, S. 202. 河野訳・前掲注61)147頁。

産を、債務者の正当な利益を顧慮して、債権者にとって最大限可能な収益をもたらすように取り扱うという点に存する<sup>67)</sup>。企業倒産においては責任対象「企業」の特性を顧慮することが求められる、という<sup>68)</sup>。

以上のことを踏まえて、ヘンケルはさらに、責任実現の機関につき、議論を進める<sup>69)</sup>。彼は、旧破産法（KO）と和議法の立法者は、裁判所のコントロールの下での債権者団体の自己管理を採用したし<sup>70)</sup>、あらゆる改正提案はこの線上に依然としてあり、それらは裁判所の影響力の大きさに対しての自治に付与されるべき重みにおいて異なるにすぎないという。債権者自治は段階的な機関を要求しており、それゆえに債権者集会のほかに、債権者委員会、倒産管財人の形態での代表的かつ責任ある機関へとこれら諸機関への適切な任務の分配が必要である<sup>71)</sup>。その際、個別執行手続と同様に、倒産手続はもっぱら債権者の利益に向けられるのではなく、むしろ債務者および労働者のような第三者の保護に値する利益もまた顧慮されなくてはならず、それゆえにこれらの利益を擁護する手続と機関とが必要であるということを描している<sup>72)</sup>。彼は、「倒産手続は法治国家の手続と

67) *Henckel*, *Insolvenzrechtsreform*, S. 202. 河野訳・前掲注 61) 147頁。

68) *Henckel*, *Insolvenzrechtsreform*, S. 203. 河野訳・前掲注 61) 148頁。

69) *Henckel*, *Insolvenzrechtsreform*, S. 203 ff. 河野訳・前掲注 61) 148頁以下。

70) KO 以前のドイツにおいては、官憲主義・吸引主義に立つスペイン破産法の影響を受けたドイツ普通破産法が行われていた。これは裁判所の手続として理解され、重大な裁判は裁判官の手にゆだねられ、管財人は裁判所の命令に拘束され、また破産債権の調査および確定と受働訴訟の追行は「異議担当者」にゆだねられた。裁判所での手続は形式化されたものであり、遅延し、しかも厄介なものであったのである（*Jaeger / Henckel-Henckel*, aa.O. (Anm. 39), S. 3.）。これに対して、KO は、1855年のプロイセン破産法に連なる立法として位置づけられる。そこでは古い道筋が完全に放棄され、フランス法の諸原理が要求された。コーラーによれば、「[この]プロイセン破産法は、ドイツの破産立法を〔これまでとは〕別な方向へと舵取りした。〔1807年の〕フランス商法典の諸原理、自助主義（*Prinzipien von dem Selbsthilferecht der Gläubigerschaft*）が採り入れられたのである。これがドイツ破産法にとっての基礎となった」、という（*Kohler*, *Lehrbuch*, S. 63. さらに、*ders.*, S. 22（「このフランスの立法が、われわれの現代破産法の基礎となった。」）。

71) *Henckel*, *Insolvenzrechtsreform*, S. 204. 河野訳・前掲注 61) 148頁以下。

72) *Henckel*, *Insolvenzrechtsreform*, S. 204. 河野訳・前掲注 61) 149頁。例えば、倒産管財

して規格化されなくてはならない」という<sup>73)</sup>。

以上のようなヘンケルの議論は、個別執行法と倒産法がいずれも債務者からの責任実現の法であることを再論するものであるが、その際にいずれの手続でも債務者等の利益の顧慮も必要とされている点を強調し、そのための機関構成を論じている点、倒産手続においては、旧破産法以来、「裁判所のコントロールの下での債権者団体の自己管理」というモデルを採用しており、「倒産手続は法治国家の手続として規格化されなくてはならない」として、手続構造を踏まえた上で裁判所の役割を強調している点が注目される。それは——少なくともドイツ型の手続構造の下では——ジャクソンの「モデル」は採れないことを意味するものでもある。

### (3) 責任実現の法としての倒産法とその位置付け

ヘーゼマイヤーは、ドイツ倒産法に関する彼の浩瀚かつ理論的にも緻密な体系書の中で<sup>74)</sup>「責任法としての倒産法」という立場を明確に押し出している。

まず、彼は、全ての倒産手続は、機能的な局面では〈責任の実現(Haftungsverwirklichung)〉を目標としているという。このことは債務者財産の清算による純粋な債務処理と債務者の生活の救済という両方の作用態様にあり(InsO 1条1文, 2文参照)、いずれも責任法的な包括的処理(Abwicklung)を必要とする。このことは債務処理については明白であり、債務者の債務は彼の財産のみから分配されねばならず、かつされて良いの

---

↘ 財人は、会社とその債権者、さらにはその他の関係人の間に立ち、それが保護に値する限りにおいて、さまざまな利害の調整のための道を模索しなければならない。実務で行われている職務説(Amtstheorie)は、そこから個別問題を演繹するのではなく、それをその時々々の利益対立に合わせた解決を1つの定式にまとめた法的道具立てとして理解するのであれば、このような管財人の任務を正当に評価している、という(ders., S. 205. 河野訳・前掲注61) 149頁以下)。

73) Henckel, Insolvenzrechtsreform, S. 204. 河野訳・前掲注61) 149頁。

74) Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl., 2007, Rdnr. 1.11 ff. (S. 16 ff.)

であり、今日の言葉における財産責任（Vermögenshaftung）が現実化するという<sup>75)</sup>。

続いてヘーゼマイヤーは、倒産手続を責任の実現と機能的に位置付けることは、倒産法の実体的な責任法的構造化に対応するものであり、倒産法は、責任法的な帰結を伴う自己責任による行為、特に私的自治的な決定に対応しているとも述べている<sup>76)</sup>。彼は、私的自治においては自己責任が自己決定のコロラリーをなしているところ、自己責任による行態の責任法上の基礎は私的自治的な行動に関係づけられた財産であることを確認する。それゆえに倒産、ひいては責任競合が生じた場合にも、財産はやはり私的所有物としての属性を失わず、責任競合は特に私法的に、まさに責任法的に規律されなければならないというのである。私有財産は、その所有者の倒産によって、社会的な優先または公的な特権のための処分財団（Verfügungsmasse）に変わるわけではない<sup>77)</sup>。この第二の実体的局面は倒産手続を契機として生じるものであり、債務者はもはや彼の財産関係を自己決定によって処理することができないので、責任法的な包括的処理が求められることになる。かくて職務上の倒産手続によって債務者から管理処分権が必然的に奪われることになる（InsO 80条1項）と論ずる。

以上のようなヘーゼマイヤーの議論は、倒産法が、手続的には責任の実現という機能をもつものであり、実体的には責任法として私的自治の後始末に関わる法であることを明らかにするものであって、わが国の議論にとっても有益な示唆を与える。

#### 4. ドイツ倒産法の構造的特色

以上見てきたところを踏まえて、ドイツ法の議論の背後にある構造的特

75) Häsemeyer, a.a.O. (Anm. 74), Rdnr. 1.12 (S. 17).

76) Häsemeyer, a.a.O. (Anm. 74), Rdnr. 1.13 (S. 18).

77) Häsemeyer, a.a.O. (Anm. 74), Rdnr. 1.13 (S. 18). 旧 KO の下では、このような誤りにより、租税債権の破産法上の優先化がなされていた。

色を整理しておこう。はじめに指摘しておくべきは、ドイツ倒産法の基礎理論の中心にあったのは、KOの成立時から今日に至るまで、破産財団(倒産財団)との関係における破産債権者(倒産債権者)の地位の問題であったということである。すでに見た通り、KOの立法者は「私法的破産請求権」という観念の下でこれをとらえようとしたのに対して、20世紀の初頭に至るまでのドイツの通説は、〈破産質権〉または〈差押権〉として法律構成しようとした。たしかに、こうした破産手続の理論的把握は、一方において鋭く対立し争われてきた。しかし他方で、それらの議論は、いずれもドイツ倒産法(破産法)が一定の手続構造上の特色を有することを前提とした上での議論であるという意味において、共通の基礎の上に立つものでもあった。ここでいう構造上の特色とは、(i) 倒産手続(破産手続)は裁判所の裁判(開始決定)によってはじめて開始されること、(ii) 開始決定により、債務者の財産は管財人の管理する特別財産としての倒産財団(破産財団)と債務者の管理処分服する固有財産である自由財産に切り分けられること、(iii) 倒産財団(破産財団)は、破産債権者(倒産債権者)の排他的かつ共同的満足に奉仕するものとされ、いわゆるこの者たちに責任法的に割り当てられているということの3点に整理することができよう。これらの点は、債務者の責任財産が直接的に配当の基礎となっている破産手続の場合に顕著であるところ、ドイツでは、InsOの立法者は清算型手続と再建型手続の統一手続方式を採ることによって、この倒産財団と倒産債権者の関係に関する構造を、債務者の将来的な収益からの弁済が問題となっている——裏から言えば倒産債権と責任財産との関係が破産におけるほど直接的ではない——再建型手続にも貫徹したと見うる。このように見るならば、InsOの立法過程においてアメリカ合衆国のジャクソンの倒産理論の「理念」が喧伝されたものの<sup>78)</sup>、法改正によってドイツ倒産法の基本構造が変更を受けたわけでもないし、それゆえに、ドイツの学説が、今

---

78) 前注58)とこれに対応する本文を参照。

日なお倒産手続を責任の実現として理解することも、きわめて自然なことと言うことができよう<sup>79)</sup>。また、そのように理解することによって、倒産法の法体系上の位置付けも明らかになるであろう<sup>80)</sup>。

以上のようなドイツ倒産法の構造的特色は、わが国の倒産法（より正確には破産法）にも等しく妥当するところである。そうだとするならば、わが国の理論において、ドイツ倒産法の基礎理論がもつ意味は今日なお色褪せるところはないというべきである。

## IV. わが国における理論定立の試み

### 1. わが国の理論の確認

わが国における理論研究は、旧破産法がドイツの KO を母法としたことから、戦前期の「破産法学」はドイツ法の強い影響の下にあったが、第二次大戦後に GHQ の指導の下で制定された旧会社更生法の成立を契機として「倒産法学」という枠組みがより重要となっているというのが大きな流れである。以下では、今日の破産法（倒産法）理論の体系が確立する前の時期（戦前）を第一期、（戦後の）体系が確立した時期を第二期、新たな倒産法の基礎理論が求められている今日を第三期と便宜上分けて議論を整理し、ふり返る。

#### (1) 第一期の理論

第一期の議論の特色としては、「破産債権者の地位」問題に理論的な光を当てて論じている点が挙げられる<sup>81)</sup>。この戦前期におけるわが国の倒産

---

79) 前注 74) のヘーゼマイヤーの体系書のほか、前注 59) の諸文献など。

80) 前注 76) 参照。

81) 加藤正治『破産法要論』（有斐閣、新訂増補第20版、1957年／復刻2005年）105頁。「破産債権者の地位の問題は破産法上理解説上の根本問題であって、其の解説の如何によりては例へば破産管財人の地位其の他種々なる実際上の適用問題に関し結論を異にするに至る」という。

法(破産法)の基礎理論研究は、当時のドイツの議論の影響を色濃く受けており、しかも研究関心のかなりの部分を破産手続法が占めていた。こうした傾向のもっとも典型的なものとして、小野木常博士による研究を挙げることができよう<sup>82)</sup>。そこでの中心課題は「破産差押理論」の提唱であったが、その際に、ドイツの破産理論を概観した上で、破産事件は非訟事件か、訴訟事件か、破産差押の本質、さらには破産債権の確定といった諸問題につき、ドイツの文献をふんだんに引用しつつ、いわばドイツ法の議論を紹介し、そこからわが国への示唆を引き出す形の研究がなされている。

そこでの議論は破産手続を強制執行(金銭執行)に対比させるものであり、それは当時のドイツの学説の趨勢でもあったが、もはや今日ではほとんど顧みられることはない。周知のごとく、この見解に対しては、破産が一般執行であるとの前提から、破産手続の機構を個別執行の類推によって説明することは、比喩以上の意味をもたないのみか、かえって破産の実体を誤解させる懸念があるとの批判がなされているところである<sup>83)</sup>。このような批判説の指摘は、一面ではきわめては正当ではあるが、他面、強制執行と破産手続が機能的に見ればいずれも責任の実現にあると指摘していた点では、当時の議論の問題意識が今日改めて再評価されるべきであるようにも思われる<sup>84)</sup>。

82) 小野木・前掲書注34)。

83) 批判説は、破産宣告による破産財団の成立を一般的仮差押といってもなんらの現実の執行をともしない法律上の効果であるし、破産管財人を一般執行の機関と呼んでも、執行官のような国家権力を有せず、その財産の管理処分行為は後見人や相続財産管理人と同様もっぱら私法上の行為とみられる。また取戻権や別除権を第三者異議の請求のような破産的差押の解除を求める訴訟法上の異議権と説いてみても、必ずしも訴えの方法による必要はなく、訴えの場合も、債権者ではなく管財人を相手方とする点で、同日には論じられないというのである。兼子・後掲書注85)164頁注。中田・後掲書注85)16頁以下も同旨。

84) 「強制執行の理論的把握に関してその理念的本質よりも寧ろその機能的本質を重視すべきものとするならば、その機能的本質と謂はれるものは強制執行が責任(Haftung)を実現するものたる点に存するものと解しなければならぬ」という(小野木・前掲書注34)140頁以下)。



## （2）第二期の理論

わが国の今日の通説は、破産手続の清算的性質を重視して、体系構築を行っている<sup>85)</sup>。こうした清算的要素を強調する体系は、兼子一博士の教科書および中田淳一博士の体系書によって確立されたものであるが<sup>86)</sup>、もともこの議論は、兼子博士が破産財団に法主体性を認める見解を提唱するにあたり、その前提として唱えられたものであり、いわば同説とセットで通説化した点は看過されてはならない<sup>87)</sup>。

わが国においては、破産手続の清算的性質が強調する立場が通説化した段階で破産財団に法主体性を認める見解が同じく通説化し、その結果、破産財団との関係において破産債権者の地位を明らかにする必要性はなくなったかに見えるに至った。このことは、その後、破産財団の法主体性を否定し、むしろ管理機構としての管財人に法主体性を認める管理機構人格説<sup>88)</sup>が支配的になってからも変わることはなかった。

わが国において、当初は「破産法学」から出発したが、第二次大戦後の

85) 兼子一『新版強制執行法・破産法』（弘文堂、1981年）162頁以下、中田淳一『破産法・和議法』（有斐閣、1959年）11頁以下、山木戸克己『破産法』（青林書院、1974年）19頁以下、谷口安平『倒産処理法』（筑摩書房、第2版2刷、1982年）7頁以下、青山善充＝伊藤眞＝井上治典＝福永有利『破産法概説——倒産処理法の基礎』（有斐閣、新版増補版、2000年）27頁以下（青山執筆）。今日でも、松下淳一『民事再生法入門』（有斐閣、第2版、2014年）9頁以下に明確に見ることができる。

86) 兼子・前掲書注85)、中田・前掲書注85)。

87) 兼子一「破産財団の法主体性」同『民事法研究【第一巻】』（酒井書店、1950年）421頁以下〔初出は、法学協会雑誌58巻6号、同7号（いずれも1940年）〕。その中核にあるのは、次のような認識であった。「総べての清算に於て積極財産の処理が利害関係人の関心事である如く、破産の場合に於ても破産財団が関係人の利害の対立と一致との交錯点を為す」（同書425頁）、「破産財団は〔破産者と〕債権者との緩衝地帯を為し、両者の利益は共に破産財団に反映し、管財人は其の中間にあつて此の利益の調和擁護の衝に当る……。之以外の第三者も管財人の管理する破産財団に対する関係で其の権利を主張したり、財団に関し管財人の法律行為を為して権利を取得し義務を負う関係に立つことが考えられる」と（同書426頁）。

88) 山木戸・前掲書注85)80頁、谷口・前掲書注85)60頁、青山ほか・前掲書注85)163頁（伊藤執筆）など。

旧会社更生法の制定を契機として、「倒産(処理)法学」という枠組みがより重要となっている<sup>89)</sup>。もっとも、そこでの議論は、清算型手続である破産手続に関する議論を再建型手続にスライドさせるものであった<sup>90)</sup>。

### (3) 第三期の理論

倒産法学説は、バブル経済崩壊後、倒産手続に対する社会の期待の増大とこれに対する理論からの対応として取引界における要請を取り込むべく、ますます個別問題についての実践的な解決案の提示にエネルギーを割いている。その際、このような状況を反映して、基礎理論的研究への関心は薄れ、むしろ研究の重点が倒産実体法に関する個別問題に置かれたこと、破産手続というよりもむしろ債務者の再生への関心から特に会社更生手続や民事再生手続に目が向けられたこと、またこのこととも関連して、比較法の対象としてはもっぱらアメリカ合衆国法に目が向けられたという諸点によって特色づけられる。

しかしながら、倒産状況における実体権の変更が手続を通じて行われるのであることに鑑みるならば、わが国の倒産法が本来もっている手続的な前提条件についての掘り下げもまた必要不可欠になってくるのではなからうか。その際に、先にわが国の議論を確認したように、わが国の倒産理論に関しては、その基礎となる破産理論に限っても、必ずしも十分な手続構造の把握や法的評価を明らかにする作業は行われてはいなかった。比較法研究を基礎とした破産理論・倒産理論の構築が望まれるゆえんである。

## 2. 比較法研究からの示唆

今日わが国で多く参照されるアメリカ合衆国の破産法をふり返ると、そ

---

89) 教科書・体系書として、谷口・前掲書注85)、霜島甲一『倒産法体系』(勁草書房、1990年)、青山ほか・前掲書注85)。

90) 「破産モデルの理論」を採ることに大きな疑問を感じさせることにもなる。これについては、河野憲一郎「裁判上の企業再建手続の構造に関する一試論」熊本ロージャーナル10号(2015年)3頁以下にて論じた。

ここでは、4回の断続的な立法の後、1898年にはじめて恒常的な連邦破産法が設けられた。しかも、そこでは破産法は債務者救済法としての性格が強く、手続をトータルに観察する視点が失われているようにみえる。このために、個別執行との比較もパターンのなそれに終始することになってしまっている。

アメリカ合衆国においては、連邦破産法（Title 11 of the U.S. Code）のほかに、これを補完するものとして連邦最高裁判所の規則として破産規則（Federal Rules of Bankruptcy Procedure）が手続を定めているが、これは手続が特別に設けられた破産裁判所に属する破産裁判官によって実施されることによることが大きい（28 U.S.C. §§ 151 [破産裁判所], 152 [破産裁判官]）。換言すれば、そこではドイツのような訴訟と非訟との違い等ではなく、裁判官の違いそのものが問題になっているのである<sup>91)</sup>。このようにアメリカ合衆国の制度は日本のものとは手続的伝統を異にするので、そのことを無視した比較法研究では問題をトータルにとらえきれないことになるのではなかろうか。わが国の立場からの具体的な結論との関連では手続問題とのすり合わせが不可欠である。たしかに、一般には政策問題として倒産が論じられるところでは、そのよって立つ政策を明らかにする上で、アメリカ合衆国法の参照は有用であろう。しかし、わが国の具体的解釈論にとっては、ときに誤解を生ずる恐れがあり、留保が必要である。このような具体的解釈論との関連で見たときには、わが国の破産法の母国であるドイツの議論、殊に近時の責任法的割当説の述べるところが非常に示唆に富むものであった。もっとも、ドイツ法は、わが国とは異なり、統一手続型の立法を採っており、倒産手続開始決定後に、清算手続に行くかそれとも再生手続に行くかが決まる点でわが国と異なる点を見落としてはならない。

---

91) これについては、河野・前掲注31) 587頁。

### 3. 検 討

以上を踏まえてわが国の議論をいま一度顧みると、そこでは責任の実現という面を強調しないが、このことは、一つには、破産が、破産者の財産関係の清算であることを強調する理論が、通説の座を占めたこととも関係があると思われる。しかし、ドイツの学説が、破産財団に対する破産債権者の関係に焦点を当てて、これを責任法的割当という観点から把握するのは、債権と責任財産の関係を正確に、またトータルにとらえるものであり<sup>92)</sup>、わが国でも有用ではないか。このようにとらえることによってはじめ、破産手続法と破産実体法の関係は、統一的にとらえられるであろう。もっとも、ドイツ法は再建型手続についてもこの観点を貫いているが、少なくともわが国に関しては、この観点は貫きえない点は看過されてはならない。けだし、わが国では破産手続以外の場合には、民事再生手続であれ会社更生手続であれ、特別財産としての「財団」は形成されないからである。企業再建手続で問題となっているのは、債務者の将来収益からの弁済であって、〈責任財産〉からの債権者の満足ではない。言い換えると、そこでは責任財産は、二次的な意味を持つにすぎない。むしろ同じく倒産手続であっても、〈財団型手続〉と〈計画型手続〉の二種類があることを前提とした理論の構築が必要であろう。もっともその際に、〈計画型手続〉でも、憲法上の清算価値の保障(憲29条)との関係で責任財産がもつ役割は決して無視されてはならない<sup>93)</sup>。

## V. 結 語

今日のわが国において倒産法の基礎理論の重要性がますます高まってい

92) 債務と責任については、例えば、奥田昌道『債権総論』(悠々社、増補版、1992年)94頁以下、磯村哲「債務と責任」谷口知平=加藤一郎編『民法演習Ⅲ』(1958年)2-3頁。

93) 詳細については、河野憲一郎「裁判上の企業再建手続の構造に関する一試論」熊本ロージャーナル10号(2015年)3頁以下にて論じたところを参照。

る。こうした認識の下、アメリカ合衆国における破産理論の展開を手掛かりとして、ドイツ倒産法手続の基本構造の比較法的考察をし、わが国の倒産法の基礎理論のあるべき基本的な方向性を模索した。もっとも、その具体的展開については、今後の課題としたい。

**【付記】** このたび加波眞一先生は定年により立命館大学のご退職をめでたく迎えられる。誠に拙いものではあるが、本稿を献じることによって、日頃お世話になっている加波先生への心からの感謝とお祝いの気持ちを表したいと思う。

\* 本稿は、平成26-28年度科学研究費補助金基盤研究(C)（研究代表者・河野憲一郎）「倒産企業の再建に関する新たな理論の構築」（課題番号：26380124）および平成28年度熊本大学大学院法曹養成研究科研究科長裁量経費による研究成果の一部である。