

私的自治と国家的強制力のあいだ

——倒産法研究序説——

河崎 祐子 (専修大学法科大学院教授)

はじめに

2021年4月1日付で専修大学法科大学院に着任いたしました河崎です。一橋大学大学院法学研究科修了後、立教大学助手を経て、駿河台大学法学部の専任講師としてスタートしてからちょうど20年、その間には二つの地方国立大学に勤務して、ぐるりと一周してスタート地点に戻ってきた思いです。この新たなスタートを伝統ある専修大学において迎えられた幸運に感謝しつつ、これまでの成果や経験を基礎に研究・教育の活動をさらに発展させ、成熟させていかねばと期している次第です。折からこの貴重な誌面をお借りする機会を頂戴いたしましたので、倒産法研究者としてのこれまでの道筋を振り返らせていただくことといたします。

1. 「法と経済学」の影響——倒産企業の再建プロセスと関係人自治

大学進学当初に私が関心をもっていたのは経済学や社会学であって、法律学はむしろ一番遠い専門領域でした。ところが、やがて法律学の体系性、多様な問題を総合的に取りまとめて一つの絵が描かれる美しさに強く惹かれるようになり、ならばとりわけ多面的で考慮要素の多い民事法学をという観点から倒産法の国際的問題を研究しようと、当時第一人者として知られていた竹下守夫博士に師事すべく一橋大学大学院に進学しました。しかし、なんとか修士論文を書き上げたものの、内国法についての知識・理解があまりにも不十分だとつくづく痛感し、博士課程ではまず日本の倒産法についてもっと研究しなければお話にならない、については、(当時の考え方では修士論文のテーマを発展させるのが王道でしたから甚だリスクな試みでしたが) 博士論文は日本法上の課題をテーマにしようかと決意を固めました。ではどうするか？

当時、日本破産法の母国であるドイツでは、足掛け十年にわたる議論を踏まえた統一倒産法の立法作業が最終段階に向かっていました。それゆえ、様々な改正提案やそれを取り巻く学術的議論がふんだんに展開されていたわけですが、なかでもとりわけ興味を惹かれるテーマとして「事業譲渡による企業再建」がありました。日本でも2000年代にM&A型再建手法として大いに注目を集めるようになったものですが、当時はまだそれほど一般的ではなかったところ、ドイツでの議論を紹介しつつその理論的要点を的確に指摘・考察された山本弘教授の卓越したご論文¹⁾が私にとっての最初の出会いです。事業譲渡を倒産処理の一手段とすることそれ自体は特別目新しいことではないものの、現代的な企業再建の手法として事業譲渡が議論される際には、1970年代以降勃興して日本でも広く受け入れられつつあったいわゆる「法と経済学」の考え方が少なからず影響しており、学際性を高く評価する当時の風潮はもとより、多様な要素の整合的な把握という私自身のもともとの志向性にも強く訴えかけるものがありました。

同じころ、アメリカのロー・レビューをみていて、倒産企業の法的再建のプロセスに対する「適正」なコントロールをいかに及ぼすか、という議論に出会います。より具体的にいえば、アメリカ連邦破産法11章が規定する再建型倒産処理手続は、日本でもチャプター・イレブンの名で知られていますが、倒産債務者が倒産手続開始後も引き続き経営を続行しながら、自らが率先して再建に向けた裁判手続上の活動にあたるというDIP (Debtor in Possession) 制度を特徴としています。ただ、このようなDIP債務者はしばしば利害関係人の利益よりも自分の私的な利益を追求しがちであるので、その自主性を尊重しつつ一定の規制を及ぼすためのガバナンスの制度枠組みをどのように構築するのか、が課題となってくるのです。ここでも、法律学の伝統的な議論が展開される一方で、経済的な効率性や合理性をキーワードとする「法と経済学」の考え方に基づいた議論が積極的に展開されていました。

このようにドイツ法上もアメリカ法上も、倒産処理法をめぐる現代的な議論は「法と経済学」の考え方の影響を直接・間接に多大に受けており、突き詰めれば、その根底には、裁判手続による法的規制の下で倒産処理における関係人自治はどこまでどのようなかたちで実現できるのか（&どのように規制すべきなのか）という問題があるよ

1) 山本弘「ドイツ連邦共和国における倒産法改正の試み——Übertragende Sanierungの位置づけを中心として」中野貞一郎ほか編著『民事手続法学の革新〔三ヶ月章先生古稀祝賀〕(下)』(有斐閣, 1991年) 529頁以下所収。

うに思われました。そしてこれは、大学時代に憲法ゼミを選択していた（民事訴訟法ゼミには非公式の所属でした）私にとって、公的観点からの財産権や自由権の規制の問題としても強く揺さぶられるところがありました。

折しも日本では、民事手続法の大規模な改正作業が進んでおり、倒産法の領域では、不評の噴出していた旧和議法をリバイズして日本で最初の本格的な一般再建法の立法が目指されていました。そこで、企業倒産に焦点を絞り、ドイツ・アメリカを比較法の対象として取り上げながら、日本の新しい一般再建法における関係人自治の可能性を探求してみたのが私の博士（法学）の学位修得論文です。同論文は、脱稿後に成立した民事再生法についての叙述を加えつつ若干手直ししたうえで、2004年3月、ご縁に恵まれた信山社より初の単著²⁾として刊行していただくことができました。

2. 「法と経済学」に対する疑義——再建プロセスから破産手続の研究に

博士論文では、将来的な研究の基盤となる一般的な倒産法研究を目指して、考察の対象を倒産企業に限定していましたので、その後の研究の展望として、当初は、倒産する前の「健全な」企業についての理論と連続させるかたちで発展させていくことを考えていました。ところが、当然のことながら、利潤を追求できる“平時”の企業に関しての法律論は、活動停止を余儀なくされる倒産という“非常事態”を前提に議論されているわけではありませんから、両者の接合は自分が考えていたようには進みません。

のんびり構えているうちに、倒産法を取り巻く状況は劇的に展開していきました。2000年代から2010年代前半にかけての、「法と経済学」の考え方から派生した「事業再生」ブームの到来です。まず、「バブル経済」崩壊後の深刻な不良債権問題に直面してより「効率的」かつ迅速な倒産処理が求められるなか、2004（平成16）年の新破産法成立まで約10年にわたり倒産法制の大改正作業が進められましたが、その過程で、倒産企業の（破産清算ではなく）事業の「再生」を倒産処理の第一次的目的と位置づける強い「再生」志向が顕著となっていきました。これはさらに、倒産状態が公けになることによる企業価値の毀損に対する強い嫌悪感とも結びついて、法的手続の迂回、すなわち裁判手続外での倒産企業の「再生」を法的手続以上に重視する議論へと進展し、

2) 河崎祐子『企業再建手続運営プロセスの法理——倒産処理における関係人自治』（信山社、2004年）。

やがて法的倒産手続が（裁判外での倒産処理を意味する「私的整理」に対応させたかたちでの）「法的整理」と呼称されるまでに至ります。改正作業がひと段落した後も、「再生」のためのさまざまな倒産法改正提言が各方面から提起され続けました。

こうした動きは、行き詰まっていた私の研究に、新たな展開のきっかけをもたらす大変有益な視角を提供してくれました。というのも、私が博士論文のなかで探求してきた倒産企業の「再建」のプロセスにおける関係人自治の可能性とは、あくまでもその公平・公正な「場」としての裁判手続において展開されるものであって、裁判手続を離れた倒産企業の「再生」≒経営問題を扱っていたわけではない、ということを再認識させてくれたからです。いわば、民事手続法の一環としての倒産法を考える必要性を、改めて思い起こさせてくれたのです。

このように、あくまで法的手続として倒産処理を考察することを期したとき、かつて国際倒産をめぐる痛感したのと同様の限界に直面しました。というのは、再建型の倒産処理をめぐる議論は、清算価値保障原則という用語が示唆するように、あくまで破産に代表される清算型の倒産処理を中核として、それとの対比において議論されてきたのであり、再建型手続そのものを直接の考察対象として議論してみても法律論としては発展性がないということに気づくに至ったからです。いわば、債務が弁済できないという意味において財産権が侵害されているという破産の状況において、国家がその法的強制力を用いながら権利義務関係を公正・公平に調整すること、それが制度的に担保されていることこそが、倒産処理法制の中核に位置する破産手続の役割だったのであり、これは歴史的にみても明らかです。そして、倒産処理とは私的自治の原則の下に行われてきた経済活動の一つの重要な節目であり、この規律のあり方を考えることはすなわち、私人の活動と国家との関わりのあり方を探求することを意味します。かくして、私の研究上の問題意識は、博士論文で探求した再建型倒産手続から、しだいに清算型倒産処理の一般法である破産法、そして、そのための法制度上の強制力とこれを発動する主体としての倒産裁判所に向かうこととなりました。

3. 歴史的・理論的研究の模索——破産裁判所の役割を考える

倒産裁判所の役割については、まずは真正面からその法制度上の位置づけについて検討しようと考えました。具体的には、日本倒産法の歴史をたどり、若干の比較法的視点も交えながら、倒産法のなかで裁判所がどのように位置づけられてきたのか、歴

史的に考察しようとしたのです。この初めての本格的な歴史研究は、埋もれた財宝を探すような楽しさに満ちた大変興味深いものではありましたが、内国法に関する十分な知見がまだまだ不十分だったこともあり、理論的には甚だ不出来な結果となりました。恩師から暗に方向違いを示唆されるようなご助言をいただいたこともあり、ならば別の視角から考えてみようと思い立って執筆したのが、『『破産管財人論』再考』³⁾です。破産管財人という、破産手続開始決定時に裁判所から選任され、裁判所の監督の下に実際の財産関係の清算業務（管財業務）を行う破産手続上の機関について、歴史的・理論的に考察すれば、裁判所の役割もおのずと明らかになってくるように思われたからです。

同論文では、旧破産法の成立した大正時代から現代に至るまで、それぞれの時代において通説的な立場を占めた加藤正治、兼子一両博士の理論を中心に、理論の背後にある問題意識と破産手続観に焦点を当てながら、破産管財人の法的地位を分析しました。近年の強い「再生」志向の下では、実践を重視するあまり、ともすれば法的性質を論じることは形式論に過ぎないとの批判にさらされがちではありましたが、ドイツ法からも示唆を受けつつ検討した結果、連鎖倒産の防止という破産法の究極的な目的については各論者が共有しつつも、破産手続の法的性質をめぐっては、それぞれの時代状況に呼応するかたちで、しだいに「執行」から「清算」に変化し、それに対応して破産管財人の法的地位もまた、徐々に変化していったことが明らかになりました。これを裁判所の役割に着目しつつ読み替えてみると、破産手続がしだいに「清算」≒私的領域の拡大を企図してきたことにより、国家の強制力発動のあり方もまた変容したように思われました。

このように管財人の法的地位や裁判所の役割が歴史的・理論的に変化してきたのであれば、同じような変化は裁判所が関わる他の場面でも起こっているはずですが、それは、管財人を裁判所が選任する契機である破産手続の開始決定であり、裁判所の下での強制力ある破産手続の開始を画する概念である破産手続開始原因です。

一般的な破産手続開始原因は「支払不能」とよばれ、現行破産法ではこれを「債務者が、支払能力を欠くために、その債務のうち弁済期にあるものにつき、一般的かつ継続的に弁済することができない状態」（2条11項）と定義しています。もっとも、「支払不能」かどうかは、開始申立てを受けた裁判所が、債務者の資産、稼働力及び信用力

3) 高橋宏志ほか編『民事手続の現代的使命〔伊藤眞先生古稀祝賀論文集〕』（有斐閣、2015年）801頁以下所収。

を総合的に評価してそのような客観的状态にあるかどうかを認定するものであり、債務者以外の第三者、特に破産の最大の利害関係人である債権者がこれを認識することは困難です。そのため、破産手続開始原因をめぐっては、「支払不能」を推定する事実として「支払停止」という概念が古くから認められてきました。「支払停止」とは、手形の不渡りや夜逃げのような、支払不能であることを認識して債務者がとる主観的な挙動をいい、外部からも識別が可能であることから、債権者の破産申立てを可能・容易にするという意味をもちます。このような「支払不能」と「支払停止」の関係に着目しつつ、破産手続開始原因概念が歴史的・理論的にどう変遷してきたのかを議論したのが、「破産手続開始原因の再検討——『支払不能』と『支払停止』の関係を中心に」⁴⁾でした。

一方で「支払停止」を従来通り厳格に解すると、破産申立て以前に裁判外で進められていた私的整理による再建を頓挫させる事態にもなりかねないが、他方で「支払不能」や「支払停止」は、破産法上の否認権や相殺禁止のための基準時としても重要であるため、国家の強制力行使の観点からより厳格に解する必要がある——。強い「再生」志向の下、このような状況に直面して起こったのは、破産手続開始原因概念の相対化とも呼ぶべき現象でした。すなわち、破産法を中核にした手続の下で厳格に解されていた開始原因概念に「未来の可能性」や「経営上の予測」を持ち込んだことで、その法的基準が不明確になっていったのです。ドイツ及びアメリカを対象とした比較法研究を踏まえつつ、これを裁判所の役割に着目しながら読み替えるならば、こうした概念の相対化は、裁判所が国家の強制力を発動する基準をあいまいにし、さらには恣意的にさえする危険性を孕むものだと思われました。

同様の危険性は、破産手続を支配するとされた原則についても指摘することができます。近年、事業再生の文脈で、倒産処理の基本原則、根本原理などと評価され、関心を集めてきた「債権者平等原則」です。というのも、実際に調べてみると、この「債権者平等原則」、法文上に明文規定が見当たらず、それゆえ判例においても、かつては限定的なかたちでしか触れられてこなかったものが、ある種の判例法理として歴史的に形成されてきたものだと分かったからです。すなわち、従来は単に破産手続における「弁済」方法を示すにすぎなかったものが、しだいに破産の前の債権者の期待を、破産の後でも保護するために、破産前の契約関係を破産後にも尊重するものに変化してい

4) 慶應法学28号(2014年)81頁。

ったのです。これは、私的自治の原則が支配する破産前と、裁判所による国家の強制力が行使される破産後の境目が不明確にされることで、結果として国家による強制力行使の基準をあいまいに、あるいは恣意的にしてしまうように思われました。そのような着想から、戦前から戦後にわたる280件余りの関連判例をその傾向に基づいて三つの時代に区分し、そのそれぞれにおいて「債権者平等原則」がどのように取り扱われているのかを分析する作業を通して、同原則の法的性質を明らかにしようと試みたのが『債権者平等原則』の法的性質——破産判例の変遷を中心に⁵⁾です。

4. 強制力行使の法的性質の探求——裁判上の強制力を考える

このように、倒産法制における裁判所の役割を、その開始のあり方(破産手続開始原因)、その手続の遂行者(破産管財人)、そして、その手続を支配するとされた原則(「債権者平等」原則)に注目しながら考えるうちに、私の問題関心はさらに二つの方向に広がっていきました。一つは、裁判手続における国家の強制力に関わるものです。というのも、私的自治の原則に基づいた経済活動の一つの重要な節目を強制的に管理する倒産処理を理解するには、私人に対する国家の強制力行使のあり方を法的にどう考えるのかという、より根源的な問題を解明する必要があると感じたからです。

そこで注目したのが、「訴訟上の和解」でした。訴訟上の和解とは、民事訴訟の当事者が訴訟上の請求についての主張をお互いに譲歩しあつた結果を裁判所に対して訴訟上一致して陳述する行為であり、調書に記載されるとその内容は「確定判決と同一の効力を有する」(民事訴訟法267条)こととなります。この「確定判決と同一の効力」の解釈を巡って学説は分かれているものの、和解調書が、強制執行による国家の強制力の発動を根拠づける債務名義(民事執行法22条7号)となることについては、古くから争いがありません。このような訴訟上の和解は、「和解」という私人間の交渉と、「訴訟」という裁判所による営為とが交錯するものとして、私人の活動とこれに対する国家との関わり方を考えるうえでの最上の素材だと考えられました。こうした視点から再検討するならば、従来、私人間の和解にきわめて近い法的性質を有すると解されていた訴訟上の和解は、私人と国家との緊張関係／共同関係を孕んだ法的性質を持つものだと推測されます。そこで「訴訟上の和解の法的性質——その効力を巡る議論を中

5) 加藤新太郎ほか編『現代民事手続法の課題〔春日偉知郎先生古稀祝賀〕』(信山社, 2019年)543頁以下所収。

心に」⁶⁾では、訴訟上の和解の位置づけや効果をめぐる主要学説の変遷を、民事訴訟の目的論と絡めながらたどることを通して、訴訟上の和解の法的性質について理論的に考察しました。

この訴訟上の和解についての法的性質論は、私的合意と裁判手続に伴う強制性との関係を探求するという意味において、当時いろいろな場面で主張されていた“執行力付与”を求める議論、たとえば、ADRと呼ばれる裁判外での紛争解決手続（Alternative Dispute Resolution、倒産処理においては事業再生ADRとして制度化）についても裁判と同様に合意した内容を現実化する強制力が与えられるべきである、とする立法提言にかかわるものでした。そこで、この現代的課題を視野に入れつつ、執行力とはなにかを考察したのが「執行力概念の再検討」⁷⁾です。同論文では、執行という究極の国家による強制を裏づける執行力という概念について、主要学説の変遷を歴史的・理論的に探求しました。その結果、一面では、私的自治と国家の強制力との関係について様々な理論的説明が可能であることを示しつつ、他面で、時代状況の違いにもかかわらず、その根底には、あるときは国家に積極的な役割を期待し、またあるときはその行き過ぎた干渉を牽制しながら、私人の現実の「生活関係の安定明確」（兼子一）をどのようにして確保するか、という論者の一貫した問題意識を読み取ることができました。その葛藤の行き着く先は、一方で、憲法による国家権力（「企業活動」を通じた国家権力の間接的行使をも含む）の抑制であり、また他方で、国民の権利保障に対する国家の義務の強調です。この権力の抑制と権利保障の促進というしばしば相対立する二つの要請をいかに折り合わせるかが、国家の強制力をめぐって歴史的に繰り返されてきた課題だったのであり、この点を明らかにできたことが同論文の現代的な意義の一つだと考えています。

5. 強制力の「外側」の世界——裁判外手続を考える

さらに、もう一つの研究の方向として、裁判外手続、なかでもADRと呼ばれる裁判外での紛争解決制度があります。既に触れたように、国家による裁判手続について認められている強制力（執行力）をADRにも認めて欲しいという議論は、一定の影響力を持ち始めていました。そこで、裁判上の強制力についての考察にいわば裏側から取

6) 信州大学法学論集27号（2016年）1頁。

7) 信州大学経法論集1号（2017年）113頁。

り組むアプローチとして、この問題を考える契機となったADR自体についても検討することになりました。

倒産法研究者としての主眼は、裁判外での倒産処理（私的整理）に法制度上の基盤を与え準則化したものである「産業活力の再生及び産業活動の革新に関する特別措置法」（その後「産業競争力強化法」が継承）上の事業再生ADRにありましたが、これを理解するにはまず、より一般的に、ADRとはなにか、どのような意図の下に法制度化がすすめられたのかを把握しておく必要があります。「民事手続法としてのADR法——裁判所との関係を中心に」⁸⁾は、こうした目的をもって「裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律」（ADR法）の立法過程で展開された議論を検討し、もって私人間の交渉からなるADRの法制化の試みが、やや逆説的ながら国家による裁判手続の意義を問い直す契機でもあったことを考察したものです。

この一般的理解を前提として、次に取り組んだのが事業再生ADRについての研究であり、その成果は「事業再生ADRの法的位置づけ」⁹⁾に結実しました。事業再生ADRは、その名のとおり、法的手続によらない裁判外での私的な取り組みなのですが、経済産業大臣の認定を受けた「中立な専門家」（認証ADR機関）が、過剰債務に悩む企業の諸問題を解決すべく債権者と債務者との間の調整を行う制度として2007（平成19）年に創設されました。この論文では、その前史ともいべき私的整理ガイドラインに始まる「私的整理の準則化」の議論を辿ることを通して、事業再生ADRの法的意義を明らかにするとともに、翻って、法的倒産手続の果たすべきより普遍的な役割（連鎖倒産の防止）を浮き彫りにしようと試みています。裁判手続のみならず、ADRのような私的な手続をも考察することで、私的な経済活動の果てにある倒産という事象の処理に、なぜ、またどのような方法で、国家が関わりを持つのかという、博士論文以来のテーマについて改めて問い直すことができました。

こうした裁判外手続をめぐる研究を一応締めくくるために取り組んだのが、仲裁制度についての研究です。仲裁に注目したのは、古い来歴があり、当事者間の合意を基礎とした裁判外での紛争解決手続でありながら、もともと民事訴訟法の一部として規定され、裁判所による裁判と同様の強制力を当初から法制度上認められていた点で、等しく当事者間の合意を基礎としていてもその他のADR手続とは明らかに一線を画

8) 一橋法学13巻3号（2015年）29頁。

9) 田邊光政編著『会社法・倒産法の現代的展開〔今中利昭先生傘寿記念論文集〕』（民事法研究会，2015年）648頁以下所収。

すると考えたからです。この研究成果は「仲裁制度の法的位置づけ——『確定判決と同一の効力』の法的意義を手がかりに」¹⁰⁾という論文にまとめました。裁判手続とは性質の異なる裁判外での事柄が、どのようにして法的な裁判手続に連結され、裁判上の事柄として扱われることになるのか、同論文ではこうした問いから出発して、「確定判決と同一の効力」をもって国家の司法制度に接合される仲裁制度がいかなる法的基礎の上にあるのかを探求しています。具体的には、「仲裁の定義」、「仲裁人の（法的）地位」、「仲裁判断の法的性質」という三つの要素に焦点をあてて、日本における主導的な仲裁理論の展開を辿り、仲裁制度が一種の「簡易裁判手続」としての内実を有しているがゆえに裁判手続と接合され、国家による強制力を付与されていることを明らかにしました。

おわりに

このように振り返ってみると、私人と国家の関係に着目した倒産法研究は、倒産裁判所の役割を中核に、一方では国家の裁判所による強制力、他方では私的な裁判外での手続をそれぞれ考察することで、一応の完結をみたように思います。

では、これからどうするのか。専修大学法科大学院に着任し、新たなスタートをきる機会をいただいたいま、私は、研究に関してもまた、博士論文という出発点に立ち返って、第二の研究生活をスタートさせねばならないと考えています¹¹⁾。私人と国家の関係が交錯する「関係人自治」はもともと私の博士論文のテーマであり、当時構想中であった日本初の本格的な一般再建法に期待を膨らませながら、比較法研究の手法により再建型処理における関係人自治の可能性と限界を探求いたしました。その後ほどなく民事再生法が成立して20年がたち、その成果ととともに問題点も次第に明らかになってきています。そこで、今度は倒産処理の基本型である破産手続を対象としてこの問題を改めて考察し、再建型手続も含め、また、日本法が多大な影響を受けてき

10) 『民事特別法の諸問題 第六卷〔関西法律特許事務所開設五十五周年記念論文集〕』（関西法律特許事務所、2020年）967頁以下所収。

11) このような認識の下に、従来からの研究の総括として、また次なるスタートの基礎とすべく執筆したのが、河崎祐子「倒産処理における関係人自治についての一考察」（三木浩一ほか編著・民事手続法の発展〔加藤哲夫先生古稀祝賀論文集〕（成文堂、2020年）377頁以下所収）であり、現行法制における関係人自治の意義を考察するために、旧法下での理論を踏まえうえで法制審議会での審議を辿り、関係人自治をめぐる理論的課題がどのように解決されるに至ったのかを明らかにしました。

たドイツやアメリカのありようとも比較しながら、関係人自治のあり方をよりグローバルな視野から検討していければ、と構想をめぐらせているところです。

経済活動のグローバル化に伴い、倒産事件もその関係人もグローバル化しており、倒産手続の国際的な調整が急務になってきています。また、国内に目を向ければ、裁判手続と裁判外手続とが種々錯綜しており、それらをどのように調整し、統一的に把握するかが理論上の課題だといえるでしょう。専修大学法科大学院では、一方で法曹を志す学生たちとともにこうした問題を考えながら、他方で自ら思索を深めつつ、倒産手続に関わるすべての関係者にとって実際に役立つような倒産法理論の構築に微力ながら邁進して参りたい所存です。そのことをもって専修大学のさらなる発展に少しでも貢献させていただくことができればこれ以上の喜びはありません。みなさまの温かなご指導、ご助言を心よりお願い申し上げます、もって新所員としての自己紹介に代えさせていただきます。