

Title	破産手続開始原因概念の再検討： 「支払不能」と「支払停止」の関係を中心に
Sub Title	Der Begriff des allgemeinen Eröffnungsgrunds in der Konkursordnung und der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung
Author	河崎, 祐子(Kawasaki, Yuko)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2014
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.28 (2014. 2) ,p.81- 105
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	春日偉知郎教授退職記念号#論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20140228-0081

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

破産手続開始原因概念の再検討

——「支払不能」と「支払停止」の関係を中心に——

河 崎 祐 子

はじめに

第一章 概念の歴史的検討

第二章 比較法からの示唆

第三章 新たな議論とその法的意義

むすび

はじめに

破産手続は痛みの多い手続である。債務者は破産手続開始決定と同時に所有財産について管理処分権を全面的に喪失し、債権者も債権者平等原則の下に個別の権利行使を禁じられ、これらと関わりを持つものにもまた実際上の影響が及ぶことになる。このように広範囲にわたって利害関係人の権利を著しく制約する手続であることから、破産手続はそれが必要な場合にのみ適時に開始されるのが理想的であり、その実質的な要件として破産手続開始原因¹⁾を法律上規定することが多い。

1) 「破産手続開始原因」の語は、現行破産法において従前の「破産宣告」の語が「破産手続開始決定」に改められたのに伴い、「破産原因」という呼称から改められたものである（小川秀樹編著『一問一答新しい破産法』（2004年）23-24頁、竹下守男編著『大コンメンタール破産法』（2007年）65頁〔小川秀樹〕参照）。本稿では、以下、破産手続および倒産手続の開始原因をともに「開始原因」という。

これについて日本では、現行の破産法（平成16年法律第75号。以下、「現行法」という）の前身である旧破産法（大正11年法律第71号。以下、「1922年法」という）以来、一般的な開始原因として支払不能を規定するとともに、支払停止を用いたその推定規定を設けて、破産手続の開始を規律してきた。これらの概念については、旧法下において既に一般的理解が定着しており、現行法で新設された支払不能の定義規定は、「これまでの通説的見解に基づ」いたものであると説明されている²⁾。実際、開始原因にかかる概念そのものに異論が投げかけられることはこれまでなかったといつてよい。

ところが近年、その概念の理解をめぐって判例および学説の双方に新しい動きが現れつつある。支払不能と支払停止は、こんにち、破産のみならず民事再生や会社更生の開始要件の基礎をなすとともに、倒産手続一般における否認および相殺禁止の基準時でもあるため、その概念内容の明確化が強く望まれるところである。そこで本稿では、支払不能および支払停止の両概念について、その相互の関係性に着目しつつ改めて検討することで、近年展開されている議論の法的意義を考えてみたい。

そのために、以下ではまず、日本において開始原因概念がどのように形成・確立されてきたのかを歴史的にたどり（第一章）、次いで、日本破産法の母国ドイツおよびこんにち特に密接な関係にあるアメリカを対象として比較法的に同概念の扱われ方を概観することで、考察の視点を相対化する（第二章）。そして最後に、近年の日本における新しい動きを取り上げ、前二章の成果を踏まえた若干の考察を行う（第三章）。なお、本稿では、物的会社についての付加的な開始原因である債務超過については特に取り上げない。また、否認や相殺禁止との関係を別途考慮することもしない。現行法下ではいわゆる二義説は採り難いと考えられている（後述）からである。

2) 小川編著・前掲注1) 30頁。

第一章 概念の歴史的検討³⁾

第一節 形成

日本最初の破産法である1890年旧商法（明治23年法律第32号）第3編破産（以下、「1890年法」という）は商人破産主義を採用しており、それゆえ開始原因も商取引に対する影響を考慮して支払停止とされていた。ただ、新たに海外から輸入された概念である支払停止をいかなる行為と捉えるかについては当初解釈が定まらず⁴⁾、債務者が無資力であるか故意であったか否かを問わず、正当な理由なく弁済期に弁済をなさざる事実をいう、とする大審院判決もあった⁵⁾。

判例におけるこうした支払停止概念の把握に対し、1890年法の起草に携った梅謙次郎博士は深く慨嘆し、支払停止は「支拂ヲ一般ニ停止スルノ已ムヲ得ザルニ至ツタ」ことであって、単なる不履行や不払とは異なるのだと指摘している。すなわち支払停止とは「支拂ニ充ツベキ財産ノ不足ノタメ」「支拂ガ出来ナクナツタコトヲ表示スル」「債務者ノ行爲」であって、状態ではない、と説明するのである。ここでいう「支拂ニ充ツベキ財産」とは、金銭および直ちに換価しうべき財産を意味する⁶⁾。

ところで、梅博士は支払停止は破産手続開始の原則的条件として不完全であると早々に結論して、一般破産主義を標榜する改正破産法案では支払不能を開始原因とする一方で、母法ドイツ破産法とは変えて支払停止を用いた支払不能の推定規定は設けない、との意向を明かしていた。というのも、「支払停止」の語はその字面から誤解を招きやすいうえ、支払不能と支払停止の関係についてはドイツにおけるが如く「多少無理ナル解釋」を採らなければ実際の需要に

3) 歴代の日本破産法の歴史的背景とその特徴については、河崎祐子「倒産手続における裁判所の役割についての序論的考察」法学74巻6号（2011年）783頁以下参照。

4) 梅謙次郎「支拂停止ヲ論ス」法協22巻3号（1904年）315頁。

5) 大決明治36年5月26日民録9輯642頁。このほか1890年法下での支払停止に関する判例については、山本研『「支払停止」概念の形成と具体化』法教390号（2013年）25頁参照。

6) 梅謙次郎「最近判例批評其十六」志林第52号（1892年）8頁、梅・前掲注4）314-319頁。

応じられないと考えられたからである⁷⁾。すなわち、商人破産主義によるフランスにおいて、開始原因たる支払停止の意義をめぐって試行錯誤が重ねられ、やがて支払停止を根拠づける概念として支払不能概念が用いられるようになったところ、この影響を受けたドイツでも、支払停止による支払不能の推定を規定しておきながら、支払停止であるためには支払不能であることを要するとの理解が一般的であった⁸⁾。しかし梅博士からすれば、支払不能ではない（有資力の）債務者が誤解等により支払停止をしたような場合には破産手続を開始すべきでない、というのは明らかに明文規定に反すると思われたのである⁹⁾。

第二節 発展

ところが、梅博士の上記の改正提言は必ずしも引き継がれなかった。というのも、1922年法では、一般破産主義に転じるに伴って支払不能が一般的開始原因とされた一方で（126条1項）、梅博士が廃すべしとしていた支払停止による推定規定は再び復活したからである（同2項）。この推定について、改正破産法理由は「當然」と説明するのみであるが¹⁰⁾、1922年法案の立案に携わった加藤正治博士は、開始申立の便宜とそれによる適時の手続開始を意識していたようである。すなわち、債務者が支払停止をなした場合、十中九分九厘までは支払不能の状態にあるから、支払不能を開始原因とする国では支払不能の状態を認定する「捷徑」としてこれを推定させる「便宜規定」を設けており

7) 梅謙次郎「支拂停止ヲ論ス（完）」法協22巻5号（1904年）678頁。

8) 加藤正治『破産法研究第一巻〔第5版〕』（1924年）122-128頁、西澤宗英「フランス法における『支払停止』概念の『形成』と『変容』」民訴25巻（1979年）162頁以下参照。

9) 梅・前掲注4) 321頁、梅・前掲注7) 679頁。なお、このように開始原因概念としての支払停止を不適当とした梅博士であったが、否認との関係では支払不能ではなく引き続き支払停止を標準とすべきと考えていた。というのは、単に破産債権者の利益だけを見るならばそれが便利であろうが、一定の行為である支払停止とは異なり、支払不能の状態といえれば裁判官の全くの推測をもって定めることができるため、第三者にとっては実に危険であり、取引の安全が甚だ害されることになると考えられたからである。この考慮は相殺権や破産犯罪についても同様である（梅・前掲注7) 679頁）。

10) 司法省編纂『改正破産法理由 附和議法理由』（1922年）72頁。

これは「事宜ニ適スル」、ゆえに日本の破産法草案でも、支払不能を破産原因とするならばその認定のために「斯卡ル規定ヲ設クルヲ必要ト信スルナリ」とその信条が語られている¹¹⁾。

こうして1890年法の下で梅博士が構築した支払停止概念は、支払不能概念ともども、1922年法の下で加藤博士により継承・練磨されることとなる。

まず、破産とは、財産、信用および労務という「出資の目的となり得る（商法七一條）」三者で構成される弁済力全部を応用して、なお支払をなすことができない場合であり¹²⁾、支払不能と支払停止はともにその手続開始時期を画する概念である。ただし、加藤博士は支払不能と支払停止の概念を明確化するために、一度それぞれを異別の概念として位置づける。なぜなら、当時ドイツで展開されていた、前述の支払停止を支払不能で根拠づけるとする「概念的な輪環論法」によれば、両概念は客観的に同一の状態を意味するものとなり、それぞれを規定した意味も、推定規定を設けた意義も失われてしまうからである。そこで加藤博士は、支払停止と支払有能力とは学理上両立しようと考え、支払不能を「債務者が一般に金銭債務の支拂を爲すこと能はざる客観的状态」と定義する一方で、支払停止を「債務者が一般に金銭債務を支拂うこと能はざる旨を債権者に表示したる主観的な行爲」と規定する。したがって、主観的判断の結果である支払停止に比べ、客観的状态である支払不能の方がより証明が困難なものということになる¹³⁾。また、支払停止の具体例としては、「書面又は口頭に依る通知、店頭掲示、廻状又は廣告等により其の表示を爲す」明示的な場合のほか、黙示的になされる場合として「廢業届、閉店、逃亡、隱匿、債務免除又は期限猶豫其の他財産整理の運動等」が挙げられた¹⁴⁾。

11) 加藤正治『破産法研究(1)〔第五版〕』（1924年）166頁。

12) 加藤正治『破産法要論〔訂正三版〕』（1935年）8-9頁参照。

13) 加藤・前掲注11) 128-130頁参照。なお、加藤博士は初期には両概念の区別の三点目として継続性の有無を挙げていたが（同書132頁）、後の定義化に際して、支払停止にも一時的な手元不如意と区別するべく持続性が求められると説を改めている（加藤・前掲注12) 259頁）。

14) 加藤・前掲注12) 258-259頁。

このように、支払不能と支払停止の両概念の明確化を図るために、「一定の財産状態」対「それを表示する行為」、「客観的なもの」対「主観的なもの」という形で一度切り離れた加藤博士は、その関係性を次のように説明することでさらなる明確化を図った。すなわち、支払停止は主観的なものであるから、客観的には支払不能が当然に伴われているとはいえない。したがって、まだ弁済資力のある債務者が悲観して逃亡等をした場合には支払停止を認定せざるをえないものの、支払を停止しても反証を挙げるときは支払不能とはならない¹⁵⁾。反面、債務者自身の主観的確信においては支払をなしうると信じながらも支払をなしえないこともありうる。しかし、支払停止とはそうした将来の新事実までを予想して、絶対に支払をなしえないと信じる場合をいうのではない。それゆえ、債権者の請求にあって現に支払うことができずその旨を表示すれば支払停止にあたるのである。これに対して、債務者が危地に陥りながらも巧妙に支払を継続することもありうる。そのような場合には、客観的な常識判断からして高利貸その他無理算段の事情があるはずであるから、そうした事情から支払不能を推断して破産手続を開始することができる¹⁶⁾。以上が加藤博士の説明であった。

第三節 継承

加藤博士が定式化したこの開始原因概念の定義は、戦後若干の修正¹⁷⁾を経て、やがて通説・判例として定着することになった。

15) 加藤・前掲注12) 260頁。

16) 加藤・前掲注11) 170-173頁。

17) 特に争いがあったのは、加藤博士が支払不能の有無の評価対象となる債務を金銭債務に限定していた点であった。というのも、確かに破産手続の目的は金銭配当ではあるが、非金銭債権でも金銭に見積って届出をすることができるし、反面、債務は不履行によって当然に損害賠償債務に転嫁するわけではないからである（否認・相殺禁止との関係をも顧慮すると、破産手続開始時期は一義的に定まる必要がある）。こうして、この限定を不要とする有力説の理解がやがて広く支持を集め、通説化するに至った。斎藤常三郎『破産法及和議法研究(1)』（1926年）54頁、兼子一編『破産法』（1959年）148頁参照。

例えばある通説的見解によると、支払不能とは「債務者の弁済資力が欠乏し、即時に弁済すべき債務を一般的に、且つ、継続的に弁済することのできない財産状態」であるのに対し、支払停止とは「外部に対して支払の不能なることを表示する債務者の行為（挙動）」と定義されており、加藤博士の説の継承を確認できる。また、その関係性についても、弁済資力があるときは悪意で弁済を拒んでも支払不能にはならないが、弁済資力がないときは、債務不履行が成立する場合には債権者の請求がないときでも特別の事情のない限り支払不能は成立するとされ、弁済期の到来した債務の支払に滞りがなくとも、その支払が高利の借入や高価品の投売等によっているような場合には、支払停止はないが支払不能の成立する場合がある、と説かれるのである。さらには、債務者の行為から支払不能が推断されるならば、債務者による支払不能の認識や現実の支払不能の有無に関わらず、支払停止の存在が肯定されるべきである、ともされていた¹⁸⁾。

同じような継承は、判例法理のなかにもみることができる。例えば東京高裁昭和33年7月5日決定（金法182号3頁）は、通説的な支払不能の意義を踏まえつつ、人の弁済力を構成する財産、信用、労務による収入のそれぞれについて、それまでの経緯・事情と現在債務者が置かれている状況を具体的に検討して支払不能を認定した。また福岡高裁昭和52年10月12日決定（判時880号42頁）は、支払停止を「弁済資金の融通がつかないために、一般的、継続的に債務を弁済することができない旨を明示又は黙示的に表明する債務者の主観的な態度」としたうえで、取引停止処分をもたらす巨額の手形の不渡処分は、信用を重んずべき商人ならばその防止対策に尽力するものであるとして、特段の事情のない限り支払停止が認められるとしたのであった。

そして現在、開始原因についての1922年法の規律とその下での通説的理解は、現行法においてそのまま踏襲されている。特に支払不能について、新たに設けられた定義規定は、支払不能を「債務者が、支払能力を欠くために、その

18) 兼子編・前注147-150頁。

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）としており、前述のように立法担当者はこれを「これまでの通説的見解に基づいたものであると明言している¹⁹⁾。そしてこの定義規定の下に統一的に解釈される以上、1922年法の下で主張されていたような否認や相殺禁止の基準時を開始原因概念とは区別して二義的に解釈するという考え方は、いまや基本的に採りえなくなつたと捉えるのが一般的である²⁰⁾。

第四節 小括

本章において開始原因概念を歴史的に検討した結果明らかになったのは、まず第一に、支払停止と支払不能はその定義にあたりお互いを必要とする緊密な関係にあるということであり、それゆえ第二に、それぞれの概念とその関係性を明確化しようとする努力が重ねられてきたということであった。誤解を招きやすい支払停止概念を推定規定ともども廃して、支払停止とその実質において同義の支払不能を開始原因とすべきという梅博士の考えと、推定規定は適時の破産手続開始に便宜であるとして残しつつ、支払不能と支払停止を異別の概念として構築して、反駁可能な法律上の推定でもって架橋しようとした加藤博士の考えは、その解決策の一例であるといえる。

こうした概念明確化の努力はもちろん日本に限ったことではない。そこで次に、日本法に特に縁の深いドイツとアメリカの現在の状況を概観してみよう。

第二章 比較法からの示唆

第一節 ドイツにおける開始原因概念

日本破産法の母法であるドイツ破産法は、1994年に成立したドイツ倒産法²¹⁾に発展的に吸収され、破産手続の開始原因概念はいまや倒産手続の開始原因の

19) 小川・前掲2) 参照。

20) 伊藤眞ほか『新破産法の基本構造と実務』（2007年）21頁〔小川秀樹〕、伊藤眞『破産法・民事再生法〔第二版〕』（2009年）79頁参照。

一部を構成している。もっとも、再建型手続の選択をも可能とする開始原因として「差し迫った支払不能」が新たに加えられたことを除けば、基本的には旧ドイツ破産法下での開始原因概念が引き継がれている。すなわち、一般の開始原因である支払不能（§ 17 I）が法人についての付加的開始原因である債務超過（§ 19）とともに、実態的倒産に対応する債権者平等取扱いの機能を果たすのであり、この支払不能の間接事実として支払停止が定められている（§ 17 II 第 2 文）。また、支払不能については、法的安定性のために新たに定義規定（§ 17 II 第 1 文）が設けられた²²⁾。

1 開始原因にかかる規定内容

支払不能について § 17 II 第 1 文は、「債務者が、期限の到来している支払義務を履行することができないときは、支払不能となる」と定義している。これを旧ドイツ破産法下での通説的理解である、「弁済資金の不足を原因として、履行期が到来した金銭債務の少なくとも重要な部分を履行する能力の欠如が継続すると見込まれること」²³⁾と比較すると、基本的な部分には変更はない。ただ、倒産法立法者は二点で意図的な変更を加えている。すなわち、従来の支払不能の定義から「(状態の) 継続性」と「(債務の) 重要な部分」という要素を敢えて落としているのである。この意図について政府草案立法理由書は、適時に手続を開始するため、支払不能概念の解釈を過度に限定しようとする旧破産法下での傾向を阻むことにあると説明している。早期の手続開始は更生の機

21) Insolvenzordnung (InsO), v. 5. 10. 1994 (BGBl 1994 I 2866). ドイツ倒産法の概要を紹介する論稿として、ハンス・ブリュッティング (吉野正三郎・安達栄司訳) 「ドイツ倒産法の改正」ジュリ1072号 (1995年) 131頁以下、三上威彦『ドイツ倒産法改正の軌跡』(1995年) 等がある。また、ドイツ倒産法条文の翻訳については、木川裕一郎『ドイツ倒産法研究序説』(1999年) 267頁以下を参照した。

22) Begründung zu § § 20, 21 Regierungs-Entwurf einer Insolvenzordnung (BT-Drucks. 12/2443 v. 15. 4. 1992) (以下、「Begründung zu」と表記して対象条項数を示す) ; Das neue Insolvenzrecht: Insolvenzordnung und Einführungsgesetz nebst Materialien (1994) S. 76.

23) BGH, Urt. v. 22. 11. 1990, ZIP 1991, 39.

会、さらには倒産手続の経済的成果をもよりよいものにすると考えられたからである²⁴⁾。この結果、例えば、債権者が支払要求を継続的かつ十分にできなかった場合に暗黙に認められていた支払猶予はもはや認められないこととなる²⁵⁾。

他方、支払停止については、ほぼ従前どおり「債務者が支払を停止したときは、原則として支払不能があるものと認められる」（§17Ⅱ第2文）と規定されている。したがって、債務者が支払を停止した場合には、原則として支払不能の存在を前提としなければならないのであり、支払停止のない支払不能はありうるが、支払不能のない支払停止は存在しないと解されるのである²⁶⁾。

2 判例法理による調整

(1) しかし、支払不能の定義から「継続性」と「重要な部分」という二つの要素が取れて落とされたことで、大きな問題が生じた。一時的な支払の中断は支払不能を基礎づけるのかという問題である。この点についてBGHは、3週間と10%という「動的組み合わせによる解決策」を提示した²⁷⁾。すなわち、債務者の流動性の欠如が近いうちに完全にまたはほぼ完全に取り除かれ、個々の事件での特別な状況に応じて確実に近い蓋然性をもって債権者に待つことを期待できるならば、期限の到来した支払義務を遅くとも3週間以内に、少なくとも90%まで履行できない場合に、債務者の支払不能を推定することができる、というのである²⁸⁾。そしてその際BGHは、「全く微々たる流動性の欠如は引き続き考慮されるべきでないことはいうまでもない」²⁹⁾という立法者の見解を手

24) Begründung zu § 21.

25) 五十嵐邦正「ドイツ倒産法における支払不能と債務超過の判定」会計168巻2号（2005年）167頁参照。

26) W. Uhlenbruck/H. Hirte/H. Vallender hrsg., Insolvenzordnung (InsO) : Kommentar 13. Aufl., (2010), S. 334f. ; P. Leonhardt/S. Smid/M. Zeuner hrsg., Insolvenzordnung (InsO), 3. Aufl., (2010), S.179. ; K. Wimmer hrsg., FK-InsO : Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung ; mit EuInsVO, InsVV und weiteren Nebengesetzen, 7. Aufl., (2013) S. 321.

27) Wimmer, a. a. O., S. 310, 313. ; Leonhardt/Smid/Zeuner, a. a. O., S. 172（倒産法下でのこれまでの判例や学説上は、2-3週間と5%という限界が有力だったようである）。

がかりに、「支払中断なのか最終的な支払不能なのかは、客観的状況に基づいて答えられなければならない」³⁰⁾として、その根拠を以下のように説明する。

まず3週間は、信用のある者が資金の調達のために必要とすると考えられる期間であり、有限会社 § 64 II (2008年同法改正後はInsO § 15 a) が定める会社経営者の倒産申立義務にかかる法律上の期間に依拠している。次に閾値としての10%については、一義的な規格化を断念したうえで、会社経営者の申立義務との関係において、公権力行使にかかる相当性の原則(比例原則)の下で許容されうる下限値が5%であり、これに近接しすぎた値では経営者の選択権を剥奪することになってしまう、との考慮が示されている。なお、この10%は近似値として用いられており、この値に近づくほど、支払不能の推定を破る特別な事情の要請はより小さくて済むことになる³¹⁾。こうしてBGHは、立法趣旨を踏まえつつ支払不能概念の要素として、数値を用いた「継続性」、「重要な部分」、そしてさらに(確実に近い)「期待可能性」を付け加えたのであった³²⁾。

(2) また、§ 17 II 第1文の定義によれば、支払不能で考慮されるのは期限の到来した債務であるが(この点で、「差し迫った支払不能」とは異なる)、この期限の到来に関してBGHは、債権者による「真剣な請求」が隠れた構成要素として倒産下でも維持されるべきであるとしている。すなわち、倒産法上の期限の到来は、民法上の支払遅延および消滅時効に関する期限の到来とは機能を異にすることから、反論または履行請求をする債権者の自由意思にかからしめられるというのである³³⁾。他方、支払が猶予された債務は支払不能の有無を評価するにあたり顧慮されない。ただし、猶予が明示的になされない場合については、債務者の不払や支払遅延によって債権者が猶予を強制されることがないよう、判例は慎重な姿勢

28) BGH, Urt. v. 24. 5. 2005, BGHZ 163, 134. この基準によれば、例えば、流動性の欠如が10%を超えれば支払不能が認められるが、3週間よりも期間が長くなれば10%より小さい額でも十分ということになる(Uhlenbruck/Hirte/Vallendar, a. a. O., S. 327)。

29) Begründung zu §§ 20, 21.

30) BGH, Urt. v. 24. 5. 2005 (II 2 b)).

31) Wimmer, a. a. O., S. 317, 319.; Leonhardt/Smid/Zeuner, a. a. O., S. 179.

32) Uhlenbruck/Hirte/Vallendar, a. a. O., S. 327.

をとっている³⁴⁾。

第二節 アメリカにおける開始原因概念

以上にみてきた日本やドイツでは、財産状態を示す抽象的な概念で開始原因を規律する概括主義が採られてきたのに対して、英米法系の破産法では、破産手続開始をもたらす債務者の一定の行為（破産行為〔act of bankruptcy〕）を列挙するのが古くからの立法スタイルであった。もっとも、初期のアメリカ連邦破産法では、商人破産主義の下で破産申立権も債権者にしか認められていなかったが、その後幾たびもの改正を経るなかで、自己破産（voluntary case）や原則的な免責制度を備えた寛容な破産手続が形成されてきた³⁵⁾。そしてこんにち、現行の1978年連邦破産法は列挙主義から概括主義に転じるとともに、自己破産と債権者申立にかかる強制破産（involuntary case）のそれぞれについて、特徴的な開始原因の規律を擁している。

1 自己破産の開始原因

1978年連邦破産法は、自己破産については手続開始に特別な開始原因を設けていない。したがって、申立を受けた裁判所は調査や開始決定といった特段の手続を経ることを要さず、債務者による申立の提起は、債務者が利用を望む破産法の各章の事件において救済命令（order for relief）³⁶⁾を構成する³⁷⁾。

こうした規律は、債権者の救済とは別の、債務者の救済を志向したinsolvency

33) Uhlenbruck/Hirte/Vallendar, a. a. O., S. 327, 329. ; Wimmer, a. a. O., S. 316.

34) Leonhardt/Smid/Zeuner, a. a. O., S. 176. ; Wimmer, a. a. O., S. 316. なお、支払不能の定義規定は開始原因としてだけでなく、否認や会社における申立義務との関係とも関わるが、それぞれ支払不能の認定方法を異にする（Uhlenbruck/Hirte/Vallendar, a. a. O., S. 337. ; 五十嵐・前掲注25）169-170頁参照）。

35) アメリカの破産立法の形成および変転については、C. Warren, Bankruptcy in United States History (1994)、比較的最近のものとして、C. J. Tabb, The History of the Bankruptcy Laws in the United States, 3 Am. Bankr. Inst. L. Rev 5, 1995, 1 参照。また、アメリカ連邦破産法における開始原因の形成史については、宮川知法『債務者更生法構想・総論—倒産法新世紀への憧憬と道標』（1994年）1頁以下が詳しい。

の法に由来する。すなわち、初期の英国破産法は、破産者に対し投獄や死刑までも含む過酷な刑罰をもって対処する例が多く、また、免責の制度はあっても稀にしか認められなかったため、債務者の救済のために枢密院（Privy Council）が介入し、和解を進めることがあった。枢密院によるこの手続は、債権者申立しか認められなかった時代にも債務者自ら申し立てることができ、しかも債務者からの申立さえあれば直ちに開始された。この枢密院の管轄は17世紀中頃に廃されたが、こうした債務者救済法の伝統はその後一般的なものとなり、当時イギリスの植民地下にあったアメリカにも引き継がれたのであった³⁸⁾。実際、1841年連邦破産法で自己破産が認められるようになって以後、アメリカで自己破産申立に開始原因が設けられたことはないものであり、その理由について宮川知法教授は、債務者による申立こそが弁済期にある債務を支払えない債務者の経済状態を示す、という考え方に基づくものではないかと分析している³⁹⁾。

2 強制破産の開始原因

前述のとおりアメリカ連邦破産法は現行法の前身である1898年法まで列挙主義によっており、強制破産の開始原因は、債務者の財産状態ではなく、債務者

36) 従来用いられていた「破産宣告（adjudication）」の語は、現行法において侮蔑的ニュアンスの少ない「救済命令」に変更された。この点を除けば、自己破産に関する規律は1938年法以後そのまま継承されている。Collier Pamphlet Edition Part 1 Bankruptcy Code, 2004, 97.

37) Id. このほか、園尾隆司「米国新連邦破産法の下における倒産事件の実務—新破産事件・更生事件の手続を中心として—」曹時33巻9号（1981年）39、43頁、高木新二郎『アメリカ連邦倒産法』（1996年）31頁参照。なお、このような制度の下では濫用的申立の懸念が生じうる。それゆえ判例の中には、7章または11章の申立棄却事由を根拠づける具体的理由の一つ（あるいは11章再建計画の隠れた不認可事由）として誠実性（good faith）の欠如を求めたものもある（高木・同上書36、37頁参照）。誠実性要件の要否やその判断基準をめぐってはこんにちなお議論が尽きない。See L. J. Rusch, Bankruptcy as a Revolutionary Concept: Good Faith Filing and a Theory of Obligation, 57 Mont. L. Rev. 49 (1996).

38) Tabb, supra note 35, at I A 3、宮川・前掲注35) 43-51、64、118頁参照。

39) 宮川・前掲注35) 12頁、22頁注56参照。

による典型的な非行（misconduct）を具体的に列挙するという形で規定されていた⁴⁰⁾。ところが、現行の連邦破産法はこの破産行為の概念を全面的に放棄している。というのも、もともとその支持者がほとんどいなかったうえに、破産行為が立証できなければ破産手続の開始が遅延するといった問題点が指摘されていたからである⁴¹⁾。

そこで現行法は、強制破産は一般の清算（7章）および再建（11章）についてのみ認められるものとするとともに、次のような規律を設けるに至った。すなわち、申立権者から適法な申立が行われ、債務者審尋を経てこれが適時に争われないときは、裁判所は直ちに救済命令を発するが（§ 303(h)第1文）、所定の期間内に争う旨の答弁がなされた場合には、いわゆる支払停止（同(1)）、あるいは財産清算信託の実施（同(2)）のいずれかの存在が認められるときに、救済命令が発せられるとするのである⁴²⁾。

申立が争われた場合の第一の開始原因としてまず§ 303(h)(1)は「債務者が、真正に争われているものを除き、弁済期にある債務を、一般に支払っていないとき」と規定する。これは、旧法下で開始原因とされてきた6つの破産行為がいずれも債務者の財産の内容に関わっているため立証が困難であるとの批判を受けて、従来の破産行為の代わりに導入されたものであり、Equity Insolvency Testといわれる⁴³⁾。こうして、大陸法系の破産法で非常な議論を巻き起こしてきた支払停止概念がアメリカ連邦破産法においても採用されることとなったわけである。もっとも、起草者の予想では従前よりも立証が容易になるはずであり、その解釈は裁判所に委ねられるものの、一時的な手元不如意は「一般的

40) Tabb, *supra* note 35, at I A2. ただし、宮川教授は、この破産行為の性質は、誠実な債務者の救済という目的の下に、債務者の非行から、債務者の財産状態を反映する行為を含むものへと、次第にその性格を変えていったと分析している（宮川・前掲注35）54、64-66、72-73頁参照）。

41) 霜島甲一「アメリカ合衆国連邦破産法改正の背景と草案について」判タ306号（1974年）58頁参照。

42) 園尾・前掲注37）43頁、高木・前掲注37）45頁参照。

43) Collier, *supra* note 36, at 108. 高木・前掲注37）47頁参照。

な」債務の不払や懈怠とは解釈できず、不能または懈怠される債権の数および額が相関的に考慮されるべきであると考えられている。なお、合衆国破産法委員会策定の1973年草案においては、現在規定されている支払停止と並んで、いわゆる支払不能も提案されていたが、支払不能は支払停止という行為からの推定規定を欠いては申立債権者による立証が困難になると懸念されたことから、採用されなかった⁴⁴⁾。

次に § 303(h) (2) は、「債務者財産の実質的全部には達しない財産についてリーエンを実行する目的の下に開始申立の前120日以内に財産を管理するために管理人 (custodian) が選任されたかまたは占有を取得したとき」を二つ目の開始原因として規定する。これは一見すると破産行為の復活を思わせるがそうではなく、債務者がその債務を弁済期に支払えないとの反証不能な推定を意味するものと説明されている。換言すれば債権者には、管理人の選任後であっても、連邦破産法による破産清算を求めるために120日間という十分な時間が与えられることになる⁴⁵⁾。

第三節 小括

本章では、ドイツおよびアメリカにおける開始原因概念の明確化がどのように図られているかをみてきた。まずドイツでは、倒産法立法者が適時の手続開始という実践的意図の下に、従来からの厳格な支払不能の定義の緩和を試みたものの、結局は判例法理によって概念を明確化するための新たな基準を設ける必要に迫られた。またアメリカにおいては、債務者救済の手続として開始原因そのものを廃し、救済されるべき債務者を裁判所が選別する契機が不要とされた一方で、債権者の債権回収の手続としては、申立債権者による開始原因の立証困難という実際の配慮から、新たに支払停止が開始原因とされたのであった。こうしてみると、具体的な現れ方は異なるものの、現代の独米両国における動きは、倒産手続開始にあたっての裁判所の裁量の範囲を限定し、利用者の

44) 霜島・前掲注41) 58頁、宮川・前掲注35) 102、106-108頁参照。

45) Collier, *supra* note 36, at 109.

予測可能性を高めようとする試みであるという点で共通しているということが出来るだろう。

第三章 新たな議論とその法的意義

では、ここまでの歴史的・比較法的検討に照らして考えるとき、近時の日本における新しい動きはどのように意義づけられるだろうか。以下、まず近年の新たな議論を簡単に紹介したうえで、その法的意義を考えてみたい。

第一節 支払不能および支払停止の概念の再構築の試み

1 支払不能概念における未来志向

支払不能とは、「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）と定義され、破産手続開始を根拠づける当座の財産状態を意味する概念として理解されてきた。ところが近時、ここでの対象債務あるいは支払能力に将来の可能性を盛り込むことで、支払不能概念を再構築しようとする試みがみられる。

(1) まず対象債務をめぐっては、債権者の損失を最小限に抑えるという観点から、将来の近い時期に債務不履行になることが現段階で確実であるならば弁済期未到来でも支払不能を認定できるとする考え方がある⁴⁶⁾。というのも、現在の弁済能力の一般的欠乏は、債務者が経済活動等により支払資金を債務の履行期までに調達する可能性の一般的・継続な消滅を意味する⁴⁷⁾ 将来の債務不履行の確実性と同義と捉えるからである。そしてその論証の過程では、“無理

46) 山本和彦「支払不能の概念について―偏頗行為否認の要件を中心に―」新堂幸司・山本和彦編『民事手続法と商事法務』（2006年）168-170頁、伊藤ほか・前掲注20）405頁〔山本和彦〕。なお、現行法の立法担当者は、「弁済期未到来の債務を将来弁済できないことが確実に予想されても、弁済期の到来している債務を現在支払っている限りは、支払不能ではない」と明言している（平16全業会第78号通達Ⅱ）（金法1728号〔2005年〕49頁以下参照）。

算段の手段により支払停止を回避しても、客観的にみれば支払不能を認定しう
る場合がある”とした先人の説示の一節を「無理算段説」と名付け、こうした
資金調達手法が問題とされる根拠を「経済的にみれば無謀な行為の中に顕れ
た、現在の弁済能力の一般的欠乏」に求めたうえで、これは「将来の債務不履
行の確実性」と同義であると独自に読み解き、通説的理解との整合性が主張さ
れる。そうすると残された問題は、この論者によれば、どの範囲までの将来の
事態を想定するかという点に尽きることになり、これは結局、将来の債務不履
行の「蓋然性」の問題に還元されるのだと説明されるのである⁴⁸⁾。

(2) 次に支払能力については、それを根拠づける要素を従来の財産、信用およ
び労務の三要素から“将来にわたる弁済能力の維持”に関わるあらゆる要素に
拡大しようとする議論がある。というのも、この論者が理解する支払不能と
は、「債務の弁済能力を将来にわたって維持するために必要なさまざまな要素
を総合的に判断した結果、支払能力が継続的に欠乏を来している状態」(傍
点筆者)だからである⁴⁹⁾。したがって、この論者によれば、債務者の支払能力
は支払不能の有無を判断する時点から将来に向けて問題とされていることとな
る。

2 支払停止概念における未来志向

一定の財産状態についての評価である支払不能とは異なり、支払停止は外部
から知覚可能な外形的事実であって、概念としての曖昧さが相対的に小さいと
解されてきた⁵⁰⁾。ところが、民事再生法の成立に前後してその意義を問い直
す機運が高まり、その延長線上にこんにち事業再生ADRとの関係で新たな動
きがみられる。

47) 中西正「ドイツ破産法における財産分配の基準 (二)」法と政治43巻3号(1992年)121
頁。山本・前掲注46)169頁。

48) 山本・前掲注46)170-171頁。それゆえ倒産企業の再建計画との関係でも、将来の債務
不履行が高度の蓋然性をもって予測できる例外的場合には、再建計画の成立にもかかわら
ず債務者の支払不能は解消しないとする(同172頁)。

49) 加藤哲夫『破産法〔第6版〕』(2012年)91頁。

(1) この新たな動きはまず、銀行による倒産企業の自主再建支援と否認の関係を問い直すという文脈で、倒産企業が債権者に対し債務免除や期限の猶予（債務免除等）を要請する行為は支払停止にあたるのかという問題提起から始まった。というのも、加藤博士が明確に具体例の一つとして挙げていたように、債務者による債務免除等要請行為は通説的理解では支払停止に該当するのだが⁵¹⁾、そのように解するとこの要請に応じた債権者は「予期しない損害」を受けることとなり、そうしたリスクを恐れた債権者が債務免除等に消極的になれば、収益力回復が見込まれる企業の再建可能性が閉ざされることにもなりかねないからである⁵²⁾。

そこで伊藤眞教授は、債務免除等要請行為が支払停止にはあたらないとの議論を展開した。それによれば、支払停止の特質は「弁済期が到来した債務について、それに対する支払が将来にわたって不可能であることを債務者が自認する点」（傍点筆者）にあり、しかもここで問題となるのは「債務者の客観的弁済資力の有無ではなく、自己の弁済資力に関する債務者の主観的認識と、その認識を外界に表示する行為」であるから、債務免除等要請行為について債務者が「債権者によって受け入れられると信じていた」ならば、「残部について弁済をなしうる」との主観的認識を表明する行為として、支払停止にはあたらないというのである。ただし、債務免除等要請行為を一律に支払停止にあたらないとすると、債務者による否認や相殺禁止の潜脱が行われるおそれがある。それゆえ、「債務者がそのように信じることが合理的な基礎の上に立っている」ことが必要であるとして、債権者による受入可能性等からみた債務免除等要請

50) 伊藤・前掲注20) 80頁、川田悦男「全銀協通達『新破産法において否認権および相殺禁止規定に導入された『支払不能』基準の検証事項について』の概要」金法1728号（2005年）36頁参照。

51) 近年の著作でも加藤博士のこの見解は踏襲されている。例えば斎藤秀夫ほか編『注解破産法〔第3版〕（下）』（1999年）120頁〔谷合克行〕参照。

52) 新堂幸司ほか「座談会・企業の自主再建を支援する銀行と否認権（上）」NBL670号（1999年）6頁、12-13頁、伊藤眞「債務免除等要請行為と支払停止概念」NBL670号（1999年）15頁。

行為の相当性という基準が提示されるのである。この相当性は、具体的には、主要な債権者を相手とする申出、その申出が債権者に受け入れられる合理的蓋然性、以上の二つの事情により根拠づけられるという⁵³⁾。

(2) この伊藤教授の論理は、近年、東京地裁で採用されるに至った。事業再生ADR手続の申請に向けた金融機関に対する支払猶予等の申入行為について、同地裁は「支払の免除又は猶予を求める行為であっても、合理性のある再建方針や再建計画が主要な債権者に示され、これが債権者に受け入れられる蓋然性があると認められる場合には、一般的かつ継続的に債務を弁済できない旨を外部に表示する行為とはいえない」との判断を示したのである⁵⁴⁾。そしてこの見解を首肯するかのよう、その後最高裁は、自然人の自己破産申立に先行して行われた弁護士による債務整理通知送付行為を支払停止にあたるとした判決のなかで、その根拠の一つに「単なる給与所得者であり広く事業を営む者ではない」ことを挙げたほか、須藤正彦裁判長はその補足意見において、「一定規模以上の企業の私的整理のような場合の『支払の停止』については、一概に決め難い事情がある」と事業再生ADRを連想させる表現を用いつつ、再建計画の合理性または実現可能性やそれが合意に達する蓋然性を挙げて、支払停止を認めるべきでない場合があることに取って論及したのであった⁵⁵⁾。これにより、上記東京地裁決定と同様の結論が導かれる余地は、いまや大きく開かれたということができよう。

53) 伊藤・前掲注52) 16-17頁、新堂ほか・前掲注52) 13頁〔伊藤眞〕。

54) 東京地決平成23年11月24日金法1940号148頁、東京地決平成23年8月15日判タ1382号349頁、東京地決平成23年8月15日判タ1382号357頁。東京地裁のこの判断に対しては、債務者による事業再生ADRの利用機会を著しく狭める結果を招くのは適当でないとして、政策的な考慮から妥当なものと評価する声が聞かれる（笠井正俊「判批」事業再生と債権管理138号〔2012年〕15頁）一方で、この基準をどのように具体化させるのかという疑問や債権者平等の観点からの問題提起もなされている（高橋洋行・木村寛則・岩田準平「林原グループ案件における否認請求等」金法1952号〔2012年〕31頁）。

55) 最判平成24年10月19日金法1962号60頁。

第二節 歴史的・比較法的観点からの若干の考察

1 概念の変質とその法的意義

以上に近時の新たな動きをみてきたが、では、これら再構築された概念は従来の通説的見解と比較するときどのような法的意義を持っているのだろうか。

まず一方で、支払不能を「将来の債務不履行の確実性」として捉える立場では、現在の弁済能力についての評価は、「将来の」の弁済有能力の蓋然性だとする読み替えを通して、「将来の」財産状態についての評価に変容している。これを従来の通説的理解と比較してみると、例えば前記東京高裁昭和33年決定が行った詳細な事実認定にあるように、これまでは、一定の未来予測を孕む信用や労務についての評価といえども過去からの実績を踏まえた現在時点での支払能力の評価として行われていたのに対し、将来志向の支払不能概念ではいわば、未来の財産状態に関する現在時点での評価へと時間軸がずらされているように思われる。そしてこの結果、現在の支払能力の評価の拠り所は、過去の実績から将来の蓋然性へと変化することになるのである。しかも、想定すべき「将来」の範囲を含むその「蓋然性」を図る基準については特に言及されていないので、この点は、個別の事案での裁判官の裁量判断に全面的に委ねることとなるのであろう。

他方で、支払停止を「自己の弁済資力に関する債務者の主観的認識」を中心に据えて捉える立場についても、外部に表出した事実を評価する視点が現在の財産状態からそれについての「債務者の主観的認識」へとずらされ、その結果として現在の財産状態についての評価が、未来の可能性を中心としたものへと変容してしまっていることが指摘できる。確かに、支払停止概念を構築した加藤博士は一面では、悲観的な債務者が弁済資力をなお有するにも関わらず逃亡したような場合には支払停止を認めざるをえないとして、一見すると支払停止の成立には債務者の主観が決定的な意味を持つとするかのように論じていた。しかし他面で、主観的には支払をなしうると確信していても支払えない場合について、加藤博士は、支払停止とはそうした将来の新事実までを予想して絶対に支払をなしえないと信じる場合をいうのではなく、債権者からの請求にあっ

て現に支払うことができず、その旨を表示すれば支払停止であるともしているのである。ここから読み取れる支払停止の核心は、債務者の認識そのものではなく、現在の財産欠乏の状態の徴表としての債務者の主観的行為であるといえる。さらに加藤博士の議論からは、将来的な予測ないし可能性の途絶ではなく、現在実際に支払をなさないという現在の財産状態についての評価があくまで支払停止の基礎をなしていることが読みとれる。ところが未来志向の支払停止概念に基づけば、「債務者の主観的認識」が重視されるため、現在の財産状態についての評価は、支払停止への該当性が疑われる行為がなされた際に提示された再建方針・再建計画の「合理性」やそれが債権者に受け入れられる「蓋然性」といった、将来の可能性にかからしめることとされているのである。これは、債務免除等要請行為は原則として支払停止にはあたらないことを明言するという意味では、ある種の予測可能性を高めるものの、そもそも支払停止を認定する「合理性」や「蓋然性」についての評価を裁判官の個別的な裁量判断に委ねることになるため、結果として予測可能性を低下させる側面もあることは否定できない。

このように、支払不能と支払停止の概念は未来志向の下でそれぞれ微妙に変容しており、曖昧さや予測困難さが新たにもたらされていることがうかがわれる。しかも、第一章でみたように、支払不能と支払停止はもともとその定義にあたってお互いを必要とする緊密な関係にあったにもかかわらず、近時の概念再構築の試みではそれが全く切り離された形で議論されており、両概念の関係性も失われてしまっているように思われる。例えば、将来志向の支払不能概念の下では支払停止を観念することは困難となるが、もしそうだとすれば、支払停止による支払不能の推定規定が持つ法的意義はどう考えられているのか。また、未来志向の支払停止概念においては「自己の弁済資力に関する債務者の主観的認識」が重視されているが、では、債務者の財産状態（≡弁済資力）を意味する支払不能が開始原因として定められていることの法的意義はどのように考えられているのだろうか。そのうえ、このように開始原因にかかる概念としての支払不能と支払停止との関係がほとんど顧慮されないまま、専ら否認との

関係でそれぞれの概念の再構築が試みられているのだとすれば、結局、未来志向の概念再構築の試みは実質的な二義説ということになるだろうが、現行法下ではもはや二義説を維持し難いことは、前述の通りである。いずれにせよ、両概念の関係が切り離されることによって、広範囲にわたり利害関係人の権利を著しく制約する破産という裁判上の手続の開始を画する概念につき不明瞭さと不確実性が増すことになれば、それは、決して望ましいものとはいえない。このことはもちろん、取引の安全の観点から明確性が強く求められる否認や相殺禁止の基準時としても同様であろう。

2 未来志向がもたらすもの

(1) そしてその結果、近時の概念再構築の試みは、裁判所の裁量判断の範囲を拡張するだけではなく、裁判所の判断そのものをより難しいものとしてしまっているようにみえる。なぜなら、将来志向の支払不能概念については「将来の債務不履行の蓋然性」を評価する基準が明らかにされておらず、また、未来志向の支払停止概念については確かに一定の判断基準が示されてはいるものの、「合理性」や「蓋然性」は必ずしも一義的に評価しうるものではないからである⁵⁶⁾。これらの評価が一定の価値判断を含むものであることを思えば、その判断基準のさらなる客観化・具体化こそが裁判所の裁量判断を画する基準として強く求められるところであろう。さもなくば、支払不能や支払停止をはじめとする開始原因概念の明確化を図ってきた歴史的な展開や比較法的な流れに対し、近時の日本における概念再構築の試みは、ともすれば逆行するものにもなりかねない。ましてや、一般的な支払停止概念に特定の適用除外を認める趣旨が、事業再生ADRの推進という「政策的な考慮」⁵⁷⁾に基づくものであるなら

56) 井上治典博士は、「合理的かどうかは一義的、客観的には決められない」と指摘して、再建計画に多様な債権者の意見が織り込まれ、調整されているかを重視すべきとしている。新堂ほか・前掲注52) 13頁〔井上治典〕。また特に支払不能について、同様に、「抽象的、相対的かつ不安定な判断を伴う」ことにより「外延が不明確となる」ことを危惧するものとして、栗田口太郎「判批」伊藤真・松下淳一編『倒産判例百選〔第五版〕』（2013年）53頁参照。

ば、それは、破産すべき債務者（あるいは事業再生ADRを利用した債務者）とそうでない債務者とを（法的にではなく）「政策的」に選別することを意味することになる。

(2) このことが持つ法的意義は、これを突き詰めれば、倒産処理上の大原則である債権者平等原則を掘り崩すということである。なぜなら、それぞれの概念再構築の試みはいずれも大口債権者（金融機関など）とそれ以外の債権者とを次のように事実上区別して取り扱う結果をもたらすからである。まず支払不能概念を将来志向で再構築すると、近い将来に債務不履行になる蓋然性が評価されることになるが、この蓋然性が高まるのは一般的に言えば小口の債務についてではなく大口の債務についてであるから、現在の財産状態の評価を未来の可能性に読み替えることにより、結果として大口債権者の意向や利害が時間を前倒して特に考慮されることになる。また、支払停止概念を未来志向で再構築する試みも、事業再生ADRの申請に先立って行われるような債務免除等要請行為を受ける大口債権者による早期の情報取得やそれを生かした特権的地位の取得を容認することとなり、特定の大口債権者が優遇される側面は否定できないだろう。事実、債務免除等の要請を受ける大口債権者が浴しうこうした倒産処理上有利な取引の契機は、それ以外の債権者には与えられないのである。このように、支払不能や支払停止の概念を未来志向で再構築する試みは、結果として、債権者平等という倒産法上の大原則を実質的に掘り崩すことになるのではないだろうか。

むすび

本稿では、開始原因概念を支払不能と支払停止の関係に着目しつつ再検討し、そのための歴史的・比較法的考察のなかで、これら概念を明確化するための努力がいかに重ねられてきたかをみてきた。そこで浮き彫りになったのは、

57) 笠井・前掲注54) 15頁参照。

近年の倒産処理における理論と実践の調整がいかに困難なものとなりつつあるかということであろう。というのも、これまで厳格な破産清算を中心に構築されてきた開始原因概念に未来の可能性や経営上の予測といった不確実な要素を不用意に盛り込もうとするならば、開始原因概念は単なる経営学上の概念に変容してしまうことになりかねないからである⁵⁸⁾。その意味で、開始原因概念をどのように構築するかは、裁判手続としての法的倒産手続と実践としての倒産処理との関係をめぐる試金石であるといってもよい。なぜなら、法的倒産手続は裁判上の手続であり、そこで裁判官は経営学の専門家ではなく法律の専門家として、広範な利害関係人に影響する判断を下す権限を与えられているからである。しかも、加藤博士による開始原因概念とその法的根拠の徹底した明確化、そしてその成果が末長く現行法下にも通説・判例として引き継がれてきたことや、ドイツの裁判所において開始原因の厳格な法的基準化が図られてきたことに思いを至せば、概念や基準の法的な明確化こそは倒産処理の実践にも資するのではないと思われるのである。

このように考えるとき、今後に残された課題として、以下の二つを指摘できるだろう。まず第一に、開始原因概念を評価する判断基準のさらなる具体化、明確化の必要である。例えば支払停止について現在提示されている基準については、もともと推定規定に期待された適時の破産手続開始という機能を損なうことなく、曖昧さを軽減し予測可能性を高める形で、ドイツの裁判所でなされたような「合理性」や「相当性」といった評価概念を計る客観的かつ具体的な指標が明らかにされる必要があるように思われる。とりわけ経済、政治のグローバル化の進むこんにち、異なる法意識や法慣習を持つ利害関係人をも納得させられるような裁判規範がなければ、国内のみならず国際的にも、日本の法廷に対する利用者の信頼は得難いであろう⁵⁹⁾。次いで第二に、裁判外手続との関係、そして裁判所および利害関係人相互との関係において、法的倒産手続をどのように位置づけるのかという問題がある。これについてはアメリカ連邦

58) 西澤・前掲注8) 178頁参照。

破産法の歴史が、法律上の技術や機能以上のものを教えてくれているのではないだろうか。つまり、「理念を避ける者は、結局、概念をも把握しない」⁶⁰⁾ との箴言が示唆するように、開始原因概念を的確に把握するためには、倒産手続の理念に立ち戻った考慮、考察が不可欠であるように思われるのである。

59) 支払不能概念を数値的に画定した2004年のBGH判決は、ドイツ有限会社法の改正を余儀なくした欧州裁判所の相次ぐ判決（早川勝「国際競争と会社法立法—ドイツにおける有限会社法の現代化および濫用に対処するための政府草案（MoMiG）を中心に—」同志社59巻6号〔2008年〕1頁以下参照）に時期的に近接しており、こうしたグローバルな法律環境への意識もあるいは一定程度働いていたのかもしれない。

60) 春日偉知郎『民事証拠方論—民事裁判における事案解明』（2009年）30頁の引用より。