

倒産会社における取締役の責任追及と株主代表訴訟（一）

土 田 亮

目 次

はじめに

- 一 法定の倒産処理手続の概要と責任追及制度
 - 1 倒産手続の概要
 - 2 倒産手続下の取締役の責任追及制度（以上本号）
- 二 倒産手続と債権者代位訴訟
- 三 倒産手続と株主代表訴訟

はじめに

取締役は会社の経営に際して、善管注意義務、忠実義務を負い（商法二五四条三項、民法六四四條、商法二五四条ノ三）、これを怠ると損害賠償の責めに任ずる（商法二六六条一項五号）ほか、資本充実・維持責任（設立につき商法一九二条、一九二条ノ二、自己株式取得につき二〇条ノ二第二項、違法配当につき二六六条一項一號、新株発行につき二八〇条ノ一三、二八〇条ノ一三ノ二）、その他の個別の法定の責任（商法二六六条一項二号、四号）を負っている。取締役がこれらの責任に基づいて損害の賠償もしくは金銭の支払いの責任を負った場合には、その責任を追及する主体は、一次的には会社であり、監査役によって責任追及の訴訟が提起・進行されることとなるが（商法二七五条ノ四）、会社が取締役の責任追及を懈怠する可能性があることに鑑みて、法は株主代表訴訟の制度を設けている（商法二六七条以下）。株主代表訴訟は、取締役が会社に対して負う責任につき、これを株主が訴訟によって追及し、取締役に對して会社に損害を賠償するように求める手続である。この制度は昭和二五年商法改正でわが国に導入され、株主が行使用する監督是正権の一環としての利用が期待されてきた。

株主代表訴訟制度の大きな特徴は、法律上なんらの権利義務関係にない、株主と取締役の間で訴訟が行われ、本来の権利者である会社が基本的には当事者として訴訟にかかわらない点にある。このため、従来から株主代表訴訟をめぐって、原告株主と本来の権利者である会社との実質的な利害の対立が指摘されてきた⁵⁾。他方、株主代表訴訟と会社債権者との関係についての議論は、従来それほど盛んではなかった。これは、会社の財政状態が健全であれば、株主代表訴訟の帰趨によって会社債権者の利益が直接に侵害されるような事態は生じないため、会社債権者の意向と無関係に株主代表訴訟が提起・進行されても特段の問題はないからであろうと考えられる。

しかし、会社の経営状態が悪化している場合においては事態は異なる。仮に会社が債務超過の状態にある場合には、株主代表訴訟の帰趨は会社債権者の利害に直接影響を与えることになる。たとえば、不適切な訴訟追行によって株主側が敗訴し、みすみず損害賠償請求権が失われる場合、もともと勝訴の可能性がきわめて低い株主代表訴訟が提起される場合⁴⁾、勝訴しても支払われる賠償額に比して費用が高い場合には、株主代表訴訟が提起された結果生じる会社財産の減少は、そのまま会社債権者の損失につながる。また、倒産手続開始後において、管財人等が裁判外の交渉等あるいは査定制度の利用によって、最低限のコストで取締役から支払いを求めようとしているにもかかわらず、株主がその頭越しに訴訟を提起することによって、円滑な倒産手続の遂行が阻害されることも考えられる。これも倒産手続の長期化、費用の増大という形で会社債権者を害することになるし、なによりも倒産手続下で個別の権利行使を禁じられている債権者からすれば納得しがたい事態であろう。会社が倒産手続を選択する直前の時期においても、株主が機会主義的な行動を選択する結果として、必ずしも勝訴の可能性が高くない株主代表訴訟が提起され、会社に不必要な出費を強いる危険性が考えられる。これらの場面においては、株主代表訴訟をめぐって、株主と被告取締役、株主と会社間に利害の対立が生じるのみならず、株主と会社債権者の間にも利害の衝突が発生することになるのである。

以上のように株主と会社債権者の経済的な利害が対立するに至った場合に、株主はどこまでその権限を行使して取締役の責任を追及することが許されるのか。このような問題意識に基づき、本稿では、株主と債権者のあいだに利害衝突が生じるような、経営状態が極度に悪化した会社における株主代表訴訟の提起・進行の可否について考察する。考察はさらに二つの場面に分けられる。その第一は法的倒産手続下における株主代表訴訟の提起・進行の可否、第二は法的倒産手続下にはないが債務超過もしくはそれに近い会社における可否である。この二つの場面は相互に関連し合うものであり、理論的な先後関係が存在するわけではないが、裁判上で争われる事案がもつばら第一

の場面についてのものであることから、まずは倒産手続下における株主代表訴訟制度のあり方を検討対象とすることとする。

なお本稿においては議論を単純化するため、特に断らない限り、株主代表訴訟は監査役設置型の株式会社の株主が取締役の責任を追及するために訴訟を提起する場合を想定して議論を進める。平成一八年春にも施行される会社法（平成一七年法律第八六号）の下では、想定する会社は、大会社ではない公開会社であり、取締役会および監査役が設置されている株式会社である（会社法二条五号六号七号九号）。また、引用する条文については、特に断らない限り、会社法関係の法令については、会社法成立前の商法の規定と会社法の条文を併記することとし、倒産法関係については、破産法、会社更生法、民事再生法は「会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」（平成一七年法律八七号、以下整備法という）による改正前の条文を示すこととする。

- (1) 株主代表訴訟制度は、発起人（商法一九六条）、監査役（商法二八〇条一項）、執行役（商法特例法二二条の一五）、清算人（商法四三〇条二項）、通謀新株引受人（商法二八〇条ノ一第二項）、新株予約権の通謀引受人（商法二八〇条ノ三九第四項）、株主の権利行使に関する利益の受供与者（商法二九五条四項）にも準用されている。なお、会社法においては、従来の取締役、監査役、執行役に加えて、新たに設置される会計参与と新たに対象となる会計監査人につき、「役員等の責任」として一括して規定が置かれ（会社法四二三条一項）、この「役員等」と発起人、設立時取締役、設立時監査役、清算人が株主代表訴訟の対象となる（会社法八四七条一項）。
- (2) 株主代表訴訟で追及しうる責任の範囲については、これを、取締役が職務執行によって会社に対し負担する損害賠償債務（商二六六条一項各号、二八〇条ノ一、二九五条等）に限定されるべきと解する見解（限定債務説）と、これに限られず、取締役が会社に対して負う全ての債務を株主代表訴訟によって追及しうるとする見解（全債務説）の争いがある。上柳克郎「鴻常夫」竹内昭夫編『新版注釈会社法』6、三六〇頁「北沢正啓」（有斐閣、昭和六二年）。

- (3) 株主代表訴訟は、会社が有する権利を会社のために会社に代わって行使する制度であるから、株主は会社のために活動するのであって会社と対立するわけではないとも言えそうであるが、筆者の理解では、株主代表訴訟は、取締役の責任を追及しないという会社の経営判断を少数株主が覆す点に意義があるのであり、責任を追及しないと判断した会社と、責任を追及すべしと判断した原告株主の間には本質的な利害対立が存在する。実際上も、会社の被告取締役側への補助参加の可否が議論の末に認められたこと（商法二六八条ノ三第八項、新会社法八四九条一項、濫訴防止という形で原告株主の提訴資格を制限すべしとの主張が経済団体から度々なされること等に鑑みても、株主代表訴訟においては会社と株主の利害が対立する場面がありうることは確かである）。

- (4) 株主が敗訴した場合、勝訴した被告取締役は費用を会社に対して請求できるが（民法六五〇条一項）、費用を支出した会社は悪意の株主に対してしか求償することはできない（商法二六八条ノ二第二項）。
- (5) 勝訴した株主は、訴訟費用以外の、会社に対して訴訟に必要と認められる相当額および弁護士費用の相当額を請求できるから（商法二六八条ノ二第一項）、これらの額が支払われる賠償額を上回れば、結果的に会社の財務状況は悪化することになる。

一 法定の倒産処理手続の概要と責任追及制度

株主代表訴訟の議論に入る前に、各法定倒産処理手続について概観するとともに、倒産法制に特有の査定制度について、会社法現代化による変更点を踏まえて若干の検討を行う。

1 倒産手続の概要

株式会社を対象とする法定の倒産手続については、破産、民事再生、会社更生の三つの手続がそれぞれ個別の立法として存在するほか、⁶⁾ 商法上に会社整理と特別清算の制度が存在する（会社整理は会社法においては廃止される）。

また法定の倒産処理手続ではないが、金融機関を対象とする預金保険法上の金融整理管財人による管理命令という制度が存在する。以下では、各制度について、本稿の検討に必要な範囲で概観することとする。

(一) 破産

破産手続は破産法が規定する清算型の倒産手続である。破産手続は支払不能もしくは債務超過（破産法一六条）を手続開始原因とし、会社債権者（破産法一八条）もしくは取締役（破産法一九条一項一号）を申立権者とする。破産手続開始決定がなされると、債権者による個別の権利行使は禁止される⁸⁸⁾。会社財産は原則として全て破産財団に組み入れられ（破産法三四条）、その管理処分権は破産管財人に専属し（破産法七八条一項）、破産財団に関する訴えの当事者適格も破産管財人が有することになる（破産法八〇条）。

破産法は従来、会社を含めた法人破産に関する特別な規定を有していなかったが、平成一六年の破産法全面改正に際して規定が整備された⁸⁹⁾。すなわち、商法が会社についての破産手続開始を解散事由とする点（商法四〇四条一号、九四条五号）につき、破産手続終了まで破産手続による清算の目的の範囲内での存続を擬制するとの規定を置いたほか（破産法三五条）、民事再生法、会社更生法にならって、法人の役員⁹⁰⁾の責任の査定制度を整備した（破産法一七七条以下）。

(二) 民事再生

民事再生は民事再生法が規定する再建型の手続である。民事再生手続は、破産手続開始原因となる事実の生ずるおそれがあること（民事再生法二二条一項前段）、または債権者が事業の継続に著しい支障を来すことなく⁹¹⁾ 済期にある債務を弁済することができないこと（同項後段）を手続開始原因とし、債権者⁹²⁾ に該当する場合はは

債権者も）を申立権者とする（民事再生法二二条一項二項）。手続開始によって債権者による個別の権利行使が禁じられる点は破産手続と同様であるが、破産手続とは異なり債権者の財産は個別の財団を形成しない。また、債権者の財産の管理については、債権者自身がこれを行う方式（民事再生法三八条一項、以下DIP型⁹³⁾という）と、裁判所が再生管財人を選任する方式（民事再生法六四条以下、以下管財人型⁹⁴⁾という）のふたつの方式が存在する。

(1) DIP型手続

DIP型手続においては、再生債務者自身が引き続き業務を遂行し、財産の管理処分権を有する（民事再生法三八条一項）。再生債務者は、業務遂行、管理処分権の行使に際しては、債権者に対し、公平かつ誠実にこれを行う義務を負う（同条二項）。これを会社について見れば、従前の経営陣が引き続き経営を行いながら民事再生手続を遂行することとなり、会社および会社経営陣の権利義務関係に特段の変更は生じないことになる。ただし、裁判所の職権または利害関係人の申立により監督委員が選任され、裁判所の指定した行為について監督委員の同意が必要とされることがある（民事再生法五四条以下）。

役員⁹⁵⁾の責任追及については査定制度が設けられ、再生債務者のほか、再生債権者も査定の申立てをすることができることとされる（民事再生法一四三条以下）。

(2) 管財人型手続

裁判所は、再生債務者の財産の管理処分が失当である場合、またはその他再生債務者の事業の再生のために特に必要であると認めるときは、利害関係人の申立てまたは職権で管財人による管理を命じる処分（管理命令）を行うことができる（民事再生法六四条）。管理命令が発せられると管財人が選任され、再生債務者の業務の遂行および財産の管理処分権は管財人に専属し（民事再生法六六条）、再生債務者の財産関係の訴えの当事者適格も管財人が有する（民事再生法六七条）。役員⁹⁶⁾の責任の査定の申立権も管財人に専属することとなる（民事再生法一四三条一

項、二条二号)。

(三) 会社更生手続

会社更生手続は、会社更生法が規定する、株式会社にのみ認められた再建型の倒産手続である。会社更生手続開始原因は、破産手続開始原因となる事実が生じるおそれがある場合(会社更生法一七条一項一号)、および弁済期にある債務を弁済することとすれば、事業の継続に著しい支障を来すおそれがある場合である(同項二号)。申立権者は株式会社自身であるが(同項柱書)、に該当する事実がある場合には、資本額の十分の一以上にあたる債権を有する会社債権者、総株主の議決権の十分の一以上の議決権を有する株主も申立権を有する(会社更生法一七条二項)。更生手続が開始されると、債権者による個別の権利行使は禁止され(会社更生法四七条以下)、更生会社の事業経営権と財産の管理処分権は更生管財人に専属するとともに(会社更生法七二条一項)、更生会社の財産関係の訴えの当事者適格も更生管財人が有することとなる(会社更生法七四条一項)。

更生手続が開始されると、更生会社の基本的事項についての変更にも制限が加えられる。すなわち、株式の消却、分割、併合、新株、新株予約権の発行、利益等の配当、株式交換・株式移転、会社分割、合併、資本減少、解散、会社の継続、有限会社への組織変更、は更生計画の定めがなければ行うことができず(会社更生法四五条)、営業の全部または重要な一部の譲渡についても、一定の要件の下で裁判所の許可を得て管財人が行う場合を除き、更生計画に定めがない限り行うことができない(会社更生法四六条)。

役員の実任追及については査定制度を有し、管財人の申立てまたは職権によってこれを行うことができる(会社更生法九九条以下)。

(四) 会社整理

会社整理手続は商法中に規定される再建型手続である。同手続は、民事再生手続の導入によって役割を終えたとして会社法施行と同時に廃止となるが、後述する預金保険法上の管理命令との関係で述べることにする。

会社整理の開始原因は「会社ノ現況其ノ他ノ事情ニ依リ支払不能又ハ債務超過ニ陥ルノ虞アリト認ムルトキ」または「会社ニ支払不能又ハ債務超過ノ疑アリト認ムルトキ」であり、申立権者は、取締役、監査役、六ヶ月前より総議決権の百分の三以上の議決権を有する株主、資本の十分の一以上にあたる債権者である(商法三八一条一項)。整理が開始されると、破産手続、強制執行、保全処分等は中止されまたは失効する(商法三八三条)。

整理手続が開始されても、会社についての業務執行権限、財産の管理処分権限には変動がないのが原則であるが、裁判所が会社の業務および財産に関する管理命令(商法三八六条一項一号)を発すると管理人が選任され、業務の執行ならびに財産の管理処分権は管理人に専属し(商法三九八条二項)、取締役が有する訴訟提起権も同様に管理人に専属することとなる(同条二項)。

会社整理手続は査定制度を有しているが(商法三八六条一項八号)、査定の申立権者については、これを会社に限られるとする見解¹⁰⁾、整理開始申立権を有する株主、会社債権者にも査定の申立権を認めるべきであるとの説がある。このほか、会社整理手続では、取締役、監査役の解任、発起人、取締役、監査役の責任免除の禁止、発起人、取締役、監査役の責任免除の取消、の処分を裁判所が行うことができる¹¹⁾。

(五) 特別清算

特別清算手続は、商法上に規定される清算型の手続であり、清算中の株式会社のみが対象となる。特別清算についても今次の会社法現代化と機を一にして実質改正が行われた。

特別清算手続の開始原因は「清算の遂行ニ著シキ支障ヲ来スベキ事情アリト認ムルトキ」および「会社ニ債務超過ノ疑アリト認ムルトキ」であり、会社債権者、清算人、監査役、株主が申立権を有する（商法四三一条、会社法五一〇条）。

特別清算手続が開始されると、破産手続開始、強制執行、仮差押え等の申立ては行うことができず、既に行われている破産手続、強制執行、仮差押え等の手続は中止される（商法四三三条、三八三条二項、会社法五一五条）。清算会社の業務執行権限および代表権は清算人がこれを有し、特別清算開始後もこの点は変わらない⁸⁰。ただし、手続開始後の清算人は、債権者、特別清算会社、株主に対して公平誠実義務を負う（商法四三四条、会社法五二三条）。役員⁸¹の責任追及に関しては、会社整理と類似の査定制度、責任免除の禁止および取消の処分⁸²が設けられている（商法四五四条一項三号 五号）。なお、会社法においてもこれらの制度が設けられているが、免除の取消についてはこれを裁判所の処分ではなく会社の行使する形成権と構成しなおしたほか（会社法五四四一条）、申立権者について明定し、免除の禁止については債権者、清算人、監査役もしくは株主の申立てを許す一方（会社法五四三一条）、免除の取消権の行使および査定の申立てについては、これを特別清算会社の権限とすることを明らかにした（会社法五四四一条一項、五四五一条一項）。また、会社法においては、これらの責任追及の対象を、取締役、会計参与、監査役、執行役、会計監査人および清算人としている（会社法五四二条一項参照）。

（六）預金保険法上の管理命令

預金保険法上の管理命令は、もともと金融危機に際してのセフティネットとして立法された「金融機能の再生のための緊急措置に関する法律」（金融再生法）で設けられたものである。同法による施策は平成十三年三月三十一日までに集中的に実施されるものとされ（金融再生法三一条）、特に管理命令は同日を限りに行うとされていたが

（金融再生法八一条一項）、平成十二年五月の預金保険法改正（平成十二年法律九三号）において、同法上に恒久的な制度として移管された。本制度の対象は金融機関（預金保険法二一条一項）であり、制度の主たる目的は「預金者等の保護及び破綻金融機関に係る資金決済の確保を図り」、「信用秩序の維持に資すること」である（預金保険法一条）。

同法上の管理命令は、金融機関がその財産をもって債務を完済することができないと認める場合、または、金融機関がその業務もしくは財産の状況に照らし預金等の払戻しを停止するおそれがあると認める場合、もしくは、金融機関が預金等の払戻しを停止した場合であって、①当該金融機関の業務の運営が著しく不適切であること、②当該金融機関について、合併等が行われることなく、その業務の全部の廃止又は解散が行われる場合には、当該金融機関が業務を行っている地域又は分野における資金の円滑な需給及び利用者の利便に大きな支障が生ずるおそれがあること、のどちらかの要件が満たされる場合に、内閣総理大臣⁸³によって発せられる（預金保険法七四一条一項）。また、金融機関から、その財産をもって債務を完済することができない事態が生ずるおそれがあると認める旨の申出があった場合にも管理命令を発することができる（同条二項）。管理命令が発せられると、金融整理管財人が選任され、管財人は被管理金融機関を代表し、被管理金融機関の財産の管理処分権および会社が有する会社法上の訴権の行使権限は金融整理管財人に専属する（預金保険法七五条一項）。また管財人は、裁判所の許可を得て被管理金融機関の取締役、監査役、執行役を解任することができる（結果として法定の員数を欠くようになった場合には同じく裁判所の許可を得て取締役、監査役、執行役を選任することができる（預金保険法八七条三項四項）。

預金保険法上の管理命令には査定手続は存在せず、かわりに、管財人が、被管理金融機関の取締役、監査役、執行役の責任を追及するために訴え提起その他の必要な措置をとるべき義務を負う旨が規定されている（預金保険法八三条）。

この制度は、他の倒産手続とは異なり、裁判所の関与が全く想定されておらず、内閣総理大臣（実際には金融庁預金保険法八条参照）がこれに代わるものとして置かれており、この点で、同制度は法定の倒産手続の範疇からはずれたものといえることができる。しかし、制度の骨格自体は商法上の会社整理における管理命令に類似しており、また預金保険法が、会社整理の申立て、裁判所のなす処分の一部、および管理命令、監督命令について商法の適用を排除していることから（預金保険法八五条）、本制度は会社整理において管理命令が発せられた場合についての特則的な地位にあると考えることもできる。

2 倒産手続下の取締役の責任追及制度

法定の倒産手続下においては、取締役の責任追及制度は大きくふたつに分けられる。ひとつは通常の責任追及制度であり、所定の機関が商法二六六条一項各号その他の規定に基づいて、裁判上もしくは裁判外で取締役の責任を追及することになる。

もう一つの手法は査定制度である。査定制度は法定の倒産手続に特有の、簡易な手続で法人の役員等の責任を追及する制度である。この制度は当初、商法上の会社整理、特別清算手続に設けられていたが、会社更生法、民事再生法においても類似の制度が導入され、破産法にも平成一六年改正で規定が置かれた。

査定制度は基本的に株主の利用は想定されておらず、その意味では本稿の直接の検討対象ではないが、倒産手続下においては株主代表訴訟と競合する可能性のある制度であること、各手続における査定制度横断的に把握することによって、各手続下での株主代表訴訟の取扱いについての異同についての比較対象を見いだしうること、民事再生法定以来の倒産法の整備と会社法現代化によって査定制度自体が変容している可能性のあること、の諸点に鑑み、若干の検討を加えることとする。

(一) 査定制度の概要

査定制度は大枠では各倒産手続について共通である。即ち、職権または損害賠償責任の原因について疎明を行った各法所定の利害関係人の申立てにより、決定手続で査定もしくは申立棄却の決定がなされる。査定決定に対して不服のある取締役には、異議の訴えによる判決手続が保証される。また、査定の前段階の措置として、申立てまたは職権により、査定の対象となる会社の権利について、当該取締役の財産に対する保全処分が認められている。他方、各制度間には申立権者、および査定の対象についての差異が存在する。

(二) 査定の申立権者

前述のように、査定は職権もしくは各法所定の申立権者の申立てによってなされるが、申立権が付与される対象については各法に差異が存在する。

まず、管財人が選任される、破産手続、管財人型の民事再生手続、会社更生手続では申立権は管財人のみが有する（破産法一七八条一項、民事再生法一四三条一項、一条二号、会社更生法一〇〇条一項）。他方、管財人が選任されない手続においては、DIP型民事再生手続では再生債務者と債権者であり（民事再生法一四三条一項、二条二号）、会社整理、特別清算については明文の規定がない（商法三八六条、四五四条参照）。このため、会社整理と特別清算については申立権者の範囲について学説上の争いがあり、通説が申立権者は本来の権利者である会社に限られると解する一方で、商法三八六条二項で取締役の財産に対する保全処分の申立権を認められている一定の株主、会社債権者も申立権を有するとの有力説も主張されていた。会社法は特別清算につき査定の申立権者を会社に限定することを明確にし（会社法五四五条一項）、通説の見解に沿った立法的解決を行ったが、これは妥当な立法であ

ると考える。⁸⁵⁾

(三) 査定の対象

(1) 各手続における査定の対象

査定の対象となる経営陣の範囲および責任原因の種類についても、各倒産手続間で差異が存在する。対象の人的範囲についての各手続の現行の規定は以下の通りである。

- 破産・民事再生……取締役、執行役、監査役、清算人またはこれらに準ずる者（破産法一七七条一項、民事再生法一四二条一項）、
- 会社更生……取締役、執行役、監査役、発起人または清算人（会社更生法九九条一項一号）。
- 会社整理……発起人、取締役又また監査役（商法三八六条一項八号）⁸⁶⁾
- 特別清算……発起人、取締役、監査役または清算人（商法五四五条一項五号）⁸⁷⁾。

会社法のもとでは、新たな機関として会計参与が追加されるとともに（会社法三二六条二項、責任につき四二三条一項）、会計監査人が株主代表訴訟の対象とされることとなった（会社法八四七条、四二三条一項）。これにとまない査定に関する規定も一部改正され、

- 破産・民事再生……改正なし（整備法一四八条、一六〇条）
- 会社更生……発起人、設立時取締役、設立時監査役⁸⁸⁾、取締役、会計参与、監査役、執行役、会計監査人、
- 特別清算……発起人、設立時取締役、設立時監査役、取締役、会計参与、監査役、執行役、会計監査人、
- 清算人（会社法五四二条一項）⁸⁹⁾

となった。会社法制定の前後を通じて、破産法および民事再生法は発起人について規定をおかず、会社法施行後については、両法の査定の規定は会社法施行によって改正を受けないことから（整備法一四八条、一六〇条参照）、会計参与、会計監査人についても明文の規定を置かないことになり、明文でこれらの者を査定対象とする会社更生、会社整理、特別清算とは差異が生じている。

また、対象となる請求権の種類については、会社更生法以外の手続は、取締役等の責任に基づく損害賠償請求権を査定の対象とすると規定するが、会社更生法はこれに加え、発起人、取締役および執行役が負う払込担保責任（商法一九二条、二八〇条ノ二三）⁹⁰⁾、価格填補責任（商法一九二条ノ二、二八〇条ノ一三ノ二）も査定の対象とする（会社更生法九九条二項二号）。

これらの規定上の差異についてどのように理解すべきであろうか。人的範囲については、民事再生法および破産法の「これらに準ずる者」の解釈に、払込担保責任、価格填補責任については、各手続の「損害賠償責任」の解釈によることなると思われる。この点につき民事再生法の立法に際して立法担当者は、発起人の負う損害賠償責任は株式会社発起人に特有の責任に基づくものであること、払込担保責任、価格填補責任は物的会社における資本充実の観点から認められた特殊な請求権であること、実務上、これらの査定の裁判がされる例がほとんど存在しないこと、をあげて、これらの責任を査定の対象とはしない旨を述べている⁹¹⁾。会社整理についても、会社更生法のような文言がない以上、払込担保責任については査定の対象に含まれないとの見解が示されている⁹²⁾。

(2) 検討

以上のように、査定の対象については手続間で差異があり、破産および民事再生においては、他の手続に比して査定の対象が狭く解されている。この点をどのように考えるかであるが、少なくとも会社法から見た整合性という点で問題があるように思われる。

(イ) 発起人を査定の対象から除外した点については、合名・合資会社、有限会社といった会社や有限責任中間法人などの多くの法人において、設立行為は社員によって行われることから、発起人が会社の役員や法人の理事とは異なる特殊な地位にあることはたしかである。しかし、現行商法上、設立時の取締役・監査役は、設立時の調査に関する任務懈怠につき会社に対して損害賠償責任を負い（商法一九五条参照。責任原因自体は商法二六六条一項五号）、発起人の任務懈怠についての調査義務の懈怠であれば、発起人と設立時の取締役・監査役は連帯して賠償の責めに任ずることとされている（商法一九五条）。現行商法の規定上、これは取締役・監査役が負う任務懈怠責任であから、破産、民事再生手続における査定の対象となると解される⁸⁰⁾。ところが、この設立時の取締役・監査役が負う責任は、設立手続の瑕疵という発起人の任務懈怠についての調査義務の懈怠であり二次的な責任にすぎない⁸¹⁾。にもかかわらず、査定の場面で一次的な責任を負う発起人を査定の対象から外し、二次的な責任しか負わない設立時の取締役・監査役を査定の対象とするのは均衡を欠くように思われる。

たしかに有限会社や有限責任中間法人の設立に關与した社員についてこれを査定の対象としないことから、発起人についても同様に解することに一定の合理性はあるようにも思われるが、商法および会社法が発起人につき任務懈怠による損害賠償の規定を設け（商法一九三条、会社法五三条一項）、この責任につき株主代表訴訟の対象としていること（商法一九六条、会社法八四七条一項）からすれば、むしろ、発起人は株式会社においては役員に「準ずる者」であると理解する方が自然ではないだろうか。

加えて、会社法においては、設立時取締役、設立時監査役が新たに定義され（会社法三八条）、これらの者が負う設立事項の調査義務の懈怠の責任についての規定が整備されるとともに（会社法五三条一項）、この責任が会社更生および特別清算における査定の対象とされることが明文で規定された（会社法五四五条一項、五四二条一項、整備法一五七条）。このことは、設立時の監督機関が負う監督責任についても査定の対象となることがより明確化されることを意味する。現行商法下では、設立時の取締役・監査役は会社成立後の取締役・監査役とは異なる存在であつて査定の対象外であると解する余地があつたが、改正後にはそのような解釈は不可能となる。

また会社法では、会計参与および会計監査人が会社に対して負う損害賠償責任については、「役員等」として取締役等と同一条文に規定され（会社法四二三条）、かつ会社更生、特別清算における査定の対象となることとなつた（会社法五四五条一項、五四二条一項、整備法一五七条）。破産および民事再生においては会計参与、会計監査人が査定の対象となるか否かは明文上あきらかではなく、「役員に準ずる者」に該当するか否かの解釈に委ねられることになると思われるが、ここで仮に、会計参与、会計監査人が役員に「準ずる者」に含まれて査定の対象となると解するのであれば、発起人を査定の対象としないこととの均衡が問題となるように思われる。会計参与は、取締役と共同して計算書類、連結計算書を作成するとともに、会計参与報告を作成することをその主たる職務とする業務執行機関であり（会社法三七四条一項）、会計監査人は、会計に関する外部監査を職務とする社外の存在であるが、この両者が負うべき任務懈怠責任について考えてみると、両者ともその責任は、直接に会社に損害を与えたことによるものではなく、会社の財務状況の開示に關しての任務懈怠責任である。これらの責任を査定の対象としつつ、設立行為に關して一次的な責任を負う発起人を査定の対象とするのであれば、現行商法下に比べてさらに均衡を失ふこととなるのではないだろうか。

(ロ) 第二の払込担保責任、価格填補責任の除外についても、特殊な資本充実責任であることは、この責任を査定

から除外する説得的な根拠には必ずしも成り得ないと考える。

法律の文言上、会社更生法以外の査定手続では、査定の対象となるべき責任を、取締役等の負う損害賠償責任としているが、会社更生、民事再生における査定の裁判の多くは取締役の違法配当責任を問うものであり、通説はこの責任を資本充実責任と解している⁸⁶。このことから、条文上で損害賠償責任と規定されている場合であっても、資本充実責任を査定手続で追及しうることは明らかである。問題は「特殊な」責任であるとの説明の理解であるが、価格填補責任は設立時だけでなく新株発行時にも課されるものであることから（商法二八〇条ノ一三ノ二、会社法二二三条一項）、設立時に限定されているという意味で時期的に特殊な責任であるとはいえないし、失権手続（商法一七九条）に関連する払込担保責任はともかく、価格填補責任については現物出資される財産の評価の誤りについての責任であって、無過失責任とされる点は特殊であつても、取締役が責任を負うこと自体にはさほどの特殊性はない⁸⁷。

以上からすると、立法担当者のいう責任の「特殊」性が何を意味するのかが不明確であるといわざるを得ないように思われる。ただ、仮に商法上にこれらの責任についての規定がなかったとしても、株式の割当てに際して株金の払込が不確実な者に対して割当てを行い、もしくは現物出資財産を不当に高価格に評価したのであれば、設立時の発起人や新株発行時の（代表）取締役は任務懈怠による損害賠償責任を負うのであり（商法一七九条、一九二条四項、一九二条ノ二第四項、一八六条参照。会社法五二条も五三条による損害賠償を排除する趣旨ではないと解すべきである）、かつ、この責任は（発起人を人的対象に含めるか否かはさておき）査定の対象となるはずであるから、破産、民事再生において払込担保責任、価格填補責任を査定対象とするか否かは、結局は、無過失責任として責任を追及するか、過失責任として追及するかの差異に帰着するのではないだろうか。

このように考えると、必ずしもこれらの責任を査定の対象とすることに拘泥する必要はなく、任務懈怠責任としての責任を追及すれば足りるようにも思われる。しかしながら、商法上の他の法定の無過失責任が査定の対象とされていることからすると、やはり均衡を欠くものであるといわざるを得ない。むしろ、会社法においては、従来無過失責任とされてきたものの多くが中間責任化されたにもかかわらず、価格填補責任についてはなお無過失責任とされていることに鑑みれば、会社との関係ではこの責任は重大であつて、倒産時にはより追及の必要性が高いとみることができよう。

(イ) 査定制度は倒産手続下において簡易、迅速に責任を追及するための政策的な制度であるから、上記(イ)(ロ)のような議論にもかかわらず、必ずしも商法上の責任と平仄を合わせる形で、会社の全ての経営陣の全ての責任原因を等しく査定の対象としなければならないわけではない。

しかし、きわめて大雑把な区分ではあるが、一定以上の規模の会社——それだけ倒産手続開始前において会社関係法令を遵守していると期待される——の利用に適しているとされる会社更生法において査定の対象となる発起人の責任および払込担保責任、価格填補責任につき、より小規模の会社——大規模な会社に比べて法遵守への期待が相対的に低い——の利用も多く想定される破産法、民事再生法において査定の対象としないとの立法は、政策論としても必ずしもバランスがとれているとはいえないように思われる。殊に小規模閉鎖会社においては、法定の設立手続を遵守せずに、あるいは見せ金的手法を用いた設立や価格不足の現物出資が行われて、結果的に資金不足のまま会社が成立して、倒産時に債権者に損害を与えることは十分に考え得るし、新株発行時においても、不当に高く評価された現物出資が行われる可能性はより高くなると考えられる。

たしかに従来、このような事案での査定申立はほとんどなされてこなかったようであるが、会社更生を選択するような会社においては、現物出資の価格調査は厳格に行われるであろうと予想され、また、このような会社で株式を発行する場合には、実務上、株式の申込みの時点で申込証拠金を徴収することとなっているから、払込担保責任

の問題が生じることは極めて少ない。他方、小規模で、そもそも設立段階から瑕疵のあるような会社が選択しうる倒産手続である破産、民事再生手続においては、会社更生手続と比べても、発起人の責任および価格填補責任を査定の対象とする意義はより高いといつことも可能なように思われる。

(3) 小括

以上、査定制度について、特にその対象についての検討を行ったが、破産法、民事再生法において発起人を査定の対象外とし、また払込担保責任、価格填補責任を除外するとの現在の解釈には疑問が残る。破産、民事再生手続においても発起人は役員に準じる者に含まれると解するのが妥当であり、また、払込担保責任、価格填補責任についても、これを損害賠償責任の範疇に含める方がより妥当であろう。会社法で新たに設けられる会計参与、および役員等として取締役の責任と同一の条文で規定され、新たに株主代表訴訟の対象となる会計監査人についても、解積上、査定手続の対象となると解するのが妥当であると考えらる。

(6) 金融機関については「金融機関等の更生手続の特例等に関する法律」(平成八年法律九五号、以下更生特例法)が、銀行たる株式会社、共同組織金融機関(信用組合等)、保険会社(保険相互会社を含む)、証券会社について、倒産手続の特例を定める。

(7) 取戻権、別除権等の破産手続外で行使できる権利を有する債権者は除く。

(8) 手続開始決定以前であっても、破産法二四九条、二八条の規定によって債権者の個別の権利行使が禁じられることもある。

(9) 破産手続開始決定によって取締役等が自動的にその地位を失うか否かについてはなお争いがある。上柳ほか・前掲注(2)五頁(今井宏)。

(10) 発起人は、査定制度の対象たる「役員に準ずる者」には含まれない。民事再生法上の査定手続につき、團尾隆司「小林秀之『条解民事再生法』三六四頁(中島弘雅)(弘文堂、平成一五年)」。この点は後に検討する(本稿一〇参照)。

(11) 取戻権、別除権を有する債権者を除く(民事再生法五二条、五三条)。

(12) DIP = Debtor In Possession.

(13) 更生特例法においては、株式会社ではない金融機関(信用組合等)、保険相互会社にも更生手続が認められている(更生特例法三条以下、一六八条以下)。

(14) 破産、民事再生と同様に申立て後、手続開始決定までの間に債権者の個別の権利行使が禁じられることもある(会社更生法二四条以下参照)。

(15) 破産、民事再生とは異なり、担保権者、相殺権者も更生手続に取り込まれ、手続外での権利行使は許されない(会社更生法四七条一項、二条五項一三号、四八条、四九条)。

(16) 会社の監督官庁が裁判所に通告し、裁判所が職権で手続開始を命ずることもできる(商法三八一条二項)。

(17) 商法および非訟事件手続法は申立権者について特段の定めをしていないことから、本来の権利者である会社のみが査定の申立てをなし得ると解する。松田二郎「鈴木忠一『条解株式会社法(下)』五九九頁(弘文堂、昭和一七年)」、西原寛一編『注釈会社法(8)の(増補版)』一七一頁(五十部豊久)(有斐閣、昭和五五年)」、田中誠二「山村忠平『五全訂コンメンタール会社法』一四二四頁(頸草書房、平成六年)」。

(18) 谷口安平「倒産企業の経営者の責任」鈴木忠一「三ヶ月章監修『新実務民事訴訟法講座(13)』二四九頁(日本評論社、昭和五六年)」、團尾「小林・前掲注(10)五六六頁(中島)」。

(19) この点についても、申立権者についての問題が存在する。前掲注(7)参照。

(20) 会社法では、特別清算人の解任について、株主および会社債権者に申立権が付与された(会社法五二四条)。

(21) 処分の対象となる金融機関が労働金庫もしくは労働金庫連合会である場合には内閣総理大臣および厚生労働大臣(預金保険法七四条一項)。

(22) 前掲注(7)(8)参照。

(23) 有力説のように、一定の株主に査定の申立権を付与するとの解釈には反対である。なお、管財人に管理処分権が専属しないことから、会社法の下でも、会社債権者が会社の有する査定申立権を代位行使する(民法四二三条)ことは考え得るが、

このような形で代位行使は認めべきではない。

24 執行役が対象に含まれないのは、会社整理手続が委員会等設置会社に適用されない(商法特例法二一条の三六第四項)からであると思われるが、仮に委員会等設置会社が監査役設置会社に定款を変更したのちに整理手続に入ったような場合には、執行役も査定の対象となると考えるべきであろう。

25 会社整理と同様に執行役が査定の対象外であるが、これは会社の解散により委員会等を設置する定款の定めを廃止したものとみなされる(商法特例法二一条の三五第一項)ためであると思われる。しかし、査定は現在その地位にある役員のみを対象とするものではないから、やはり解釈上、執行役も査定の対象に入ると解すべきである。

26 会社法においては、設立に際して取締役・監査役となる者につき、会社成立後の取締役・監査役とは大きく任務が異なることから(相澤哲編。一問一答 新・会社法、四〇頁(商事法務、平成一七年)、これを設立時取締役・設立時監査役として会社成立後の取締役・監査役と区別した(会社法三八条一項)。

27 会社法は査定の対象を、発起人、設立時取締役・監査役、会社法四一三条で通常の会社経営に際して責任を負うとされる「役員等」(取締役、会計参与、監査役、会計監査人、執行役)、清算人、と規定するため、改正前と異なり明文で執行役も査定対象となる。なお、清算が開始されると委員会制度を維持できなくなる点は改正前後で変わらない(会社法四七七条一項二項六項)。

28 会社法においては、設立時における発起人、設立時取締役の引受担保責任、払込担保責任(商法一九二条)を廃止し、現物出資に関する価格填補責任のみを負うこととなった。これにともない会社更生法も査定の対象から払込担保責任を削除した(整備法一五七条)。

29 深山卓也「花村良一」筒井健夫「菅家忠行」坂本三郎。一問一答 民事再生法、一八三頁(商事法務研究会、平成二二年)、小林「團尾・前掲注⑩五六四頁」中島。

30 西原編・前掲注⑴一七一頁「五十部」。価格填補責任の規定は平成二年商法改正で設けられたものであり、この当時には存在しなかった。

31 会社法における設立時取締役・設立時監査役が負う責任については、特別清算、会社更生における査定の対象となること

が明文で定められている(会社法五四五条、五四二条一項、整備法一五七条)。

32 設立時の取締役、監査役は発起人に対する監督機関であり、負う責任も監督責任である。江頭憲治郎『株式会社・有限会社法(第四版)』八一、一〇〇頁(有斐閣、平成一七年)。

33 会社法上、会計参与は「役員」であり(会社法三一九条一項)、会計監査人は役員ではないが、負うべき責任については「役員等」に含まれる(会社法四一三条一項)ことからすると、両者は破産、民事再生における、役員に準ずる者に含まれると解するのが自然であろうか。

34 会社更生における査定事件の公判裁判例として、神戸地姫路支決昭和四一年四月一日下民集一七卷三・四号二二二頁「山陽特殊鋼事件」、東京地決昭和四一年二月二三日判時四七〇号五六頁「サンウェーブ事件」、徳島地決昭和四七年三月七日下民集二三卷一〇四号一〇九頁、東京地決昭和五二年七月一日判時八五四号四三頁「興人事件」、札幌地決昭和四四年五月二〇日判タ三九七号一四五頁、東京地決昭和四四年七月二五日金商五八一号三二頁、大阪地決平成八年二月二〇日判タ九五〇号三三五頁、神戸地判平成三年九月二五日LEX/DBインターネット文献番号二八〇七一三六九(請求異議訴訟、東京地判平成一四年九月二六日判時一八〇六号一四七頁(請求異議訴訟)があるが、このうち違法配当の責任が全く問われていない事案は三件(札幌地決昭和四四年五月二〇日、大阪地決平成八年二月二〇日、東京地判平成一四年九月二六日)のみである。民事再生についての、東京地決平成二二年二月八日金融・商事判例一一一四〇頁「そごう事件」においても、違法配当の責任が追及されている(違法配当に基づく査定に関しては、異議訴訟で配当の違法性が否定され、査定が取り消されている。東京地判平成二六年一〇月二二日判時一八八六号一三三頁)。

35 江頭・前掲注⑳四〇〇頁。上柳ほか編・前掲注⑳二六二頁「近藤光男」。

36 ただし、設立時の取締役、監査役の払込担保責任、価格填補責任については、新株発行において監査役が責任を負わないことと対比すれば明らかのように、単なる監督機関であるにも拘わらず責任を負わせる点で特殊であるといつことはできる。

37 一般に、商法二六六条一項一号から四号は無過失責任と解されている。上柳ほか編・前掲注⑳二六二頁以下「近藤」。

〔付記〕本研究は、財団法人民事紛争処理基金の研究助成によって行われました。ここに深く謝意を記します。