

会社の債務超過または支払不能における取締役 または業務執行者の責任

浦 川 章 司

抄録

日本の会社法は、最低資本金制度を廃止した。そこで、会社の債権者がいかに保護されるべきかは、大きな課題である。特に、会社が、支払い不能または債務超過に至ったら、取締役は破産財団のために会社財産を確保しなければならない。ドイツ法においては、会社の業務執行者または取締役は、会社が倒産する前に破産を裁判所に申し立てなければならないとしている。これは、会社財産の減少を防止し会社債権者の利益を保護するものであり、業務執行者または取締役の義務でもある。この制度は、日本法にはない。

本稿では、会社の債権者のために、この制度を日本法に導入すべきことを論じる。

キーワード

最低資本金、会社債権者、支払不能、債務超過、破産財団、業務執行者、破産、株式会社、持分会社、有限会社、裁判所、破産管財人、破産者、解散、株主総会、取締役会

The Liability of Directors and Executive Members by the Insolvency of Corporation

Urakawa, Shouji

Abstract

The system of minimum capital has abolished in corporation law of Japan. How to protect corporate creditors is a very important matter. A director of corporation shall especially keep and obtain corporate assets for the bankrupt's estate. The director shall demand bankruptcy to court before the insolvency of corporation in Germany. This application is legal obligation. Such a system doesn't exist in Japan. The purpose of this article is to protect interests of corporate creditors. I will particularly suggest introducing this system into Japan.

Key Words

minimum capital, bankruptcy creditor, insolvency, bankruptcy estate, executive members, bankruptcy, corporation, holding company, limited-liability company, court, bankruptcy trustee, bankrupt, dissolution, shareholders meeting, board of director

も く じ

- | | |
|--|------------------------------------|
| I はじめに | IV 業務執行者の倒産手続における情報提供義務
および協力義務 |
| II MoMiG (ドイツ有限会社法の現代化および
濫用抑止のための法律) | V おわりに |
| III ドイツ倒産法15 a 条およびドイツ有限会社法64
条の目的 | |

I はじめに

会社法は、最低資本金制度を廃止した。最低資本金が、会社債権者保護の機能を果たすのか、あるいは会社法がなぜこの制度を放棄したかの論議はさておき、法律は、会社債権者の利益を確保するための手段を講ずるべきである。会社が経済社会で事業活動を展開するにあたり、出資者または経営者は、有限責任制度のメリットを享受している。今日の会社制度において、この有限責任制度の意義は有益であって、疑問視されるものではない¹⁾。

会社が企業活動を遂行するにあたり生じる利害関係者のうち、とくに会社債権者は、この有限責任制度からいかにして保護されるかは論議の余地がある。会社法は、起業促進をはかるべく入り口での1つの条件すなわち最低資本金という障害を取り除いた結果、誰もが事業活動に参加するにあたり容易に会社形態を利用することができることになった。他方、事業活動への参加が容易になったことに伴い、資本金や信用力のせい弱な企業も多く事業活動に失敗する例も多々見られるところである。例えば、最近(2011年2月)の倒産事例や倒産数等を概観すると、資本金別では、個人経営と資本金1,000万円未満が全体の55.3%を占めている。また、中小企業基本法にもとづく中小企業・小規模企業をみると、中小企業は全体の99.9%、小規模企業も全体の85.3%に達している。その倒産要因をみると、販売不振や輸出不振といった不況型が83.6%、それ以外の理由、例えば放漫経営、設備投資の失敗、その他の経営計画の失敗が13.5%になっている²⁾。

本稿では、中小企業者が合同会社または株式会社形態を選択した場合に、所有と経営の一致のもと有限責任の利益を享受するにあたり、事業活動が危機状態に至ったとき早々にそれを回避するか、回避できないときには債権者の利益確保のために会社財産の減少防止を図るべき手段を考察する。とくに、ドイツ倒産法15a条およびドイツ有限会

社法64条を考察の対象とする。これらの条文の目的は、まず会社が債務超過または支払不能に陥ったときは、代表機関の代表者または清算人は倒産手続の開始を申立てなければならない義務を負う。つぎに業務執行者は、債務超過の確定後になした支払いにつき賠償する義務を負う。ドイツ倒産法15a条は、元来ドイツ有限会社法で定められていた規定であったが、2008年のMoMiGの施行によりドイツ倒産法に移行した。したがってこの規定は、閉鎖的会社である有限会社に適用されていたが、今日では全ての法人に適用されることになった。この2つの義務が、有限会社固有の制度であったところに興味がある。通例、有限会社の業務執行者は、経営に参加し会社の資金状況を把握することができるのであるから、会社が債務超過または支払不能の状態であれば、速やかに倒産手続の開始を申立てなければならない地位におかれている。また、ドイツ倒産法は、業務執行者が倒産手続の遂行につき、会社債権者等に対し情報提供義務および協力義務を負うとしている。この情報提供義務および協力義務は、倒産手続の開始の義務と一体化することにより、業務執行者が、少なくとも会社が危機状況にあることを認識して遅滞なく倒産手続の開始の申立てをすれば会社債権者の利益が保護されよう。そこであわせて、ドイツ倒産法で定める業務執行者の情報提供義務および協力義務の有用性を考察する。

日本法では、会社が破産状態、すなわち債務超過または支払不能の状態になったとき、倒産手続の開始の申立ては、取締役、業務執行をする社員または清算人によって行われるが、清算人の場合を除いて権利として位置づけられている。それには義務違反ということはなく、別途議論する取締役や業務執行者の責任問題が取り上げられるにすぎない。

そこで、このドイツ法制度上の申立義務を検討し、日本法でも申立ての義務化が望ましいことを指摘する。ついで、ドイツ倒産法でいう業務執行

者の情報提供義務および協力義務に対応する破産法40条でいう説明義務をとり上げ、その実効性を論じる。さらに、会社の役員である取締役、業務執行をする社員の責任追及も会社債権者の利益保護にとって有益な1つの手段と考えられる。破産法は、通常の訴訟における役員の責任追及とは別に、役員の財産に対する保全処分、および役員の責任の査定の申立ての制度を設けている。この役員の責任追及が、会社債権者の利益のために有効に機能するかを問題にする⁽³⁾。

II MoMiG (Das Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen)

(ドイツ有限会社法の現代化および濫用抑止のための法律)

一 倒産法と会社法の関係

ドイツおよび諸外国における法の発展は、倒産法と会社法の関係にあらたな方向づけを示している。ドイツ有限会社法改正の大きな試みは、1970年に行われた。しかし、それは失敗し、その後1980年に部分的な改正がみられた。最近になって、倒産実務のための法改正が着手されると同時に、有限会社法の改正も進行した⁽⁴⁾。

これは、会社法の資金調達規制および責任規制に関する改正が、倒産処理と同様、倒産に直面する会社の危機管理に影響することに起因する。倒産法の立場からみると、倒産処理がその中心問題となるが、他方で会社の危機管理は無視されてはならない。したがって、実務上および法政策上、この2つは密接に関連している。

そこで、ドイツでは、会社法と倒産法の規制の間に新たに混入すべき機能が必要となった。つまり、本来的に会社法上の多くの資金調達規制と責任規制を倒産法中に移行することが急務となった。とりわけ、資本の保全、融資による資金調達ならびに倒産の引き延ばしおよび倒産惹起の責任

に関する規制があげられる。ただ、このような制度転換が適切であるかどうかは問題とされた。

特に、議論のあったところは、会社法上の責任規制が倒産法に追加されることおよび国内で活動している外国の会社（いわゆる虚偽の外国会社）に手を貸すことになるということについてであった。

二 MoMiG の意義

上記の議論のなか MoMiG は、有限会社の現代化と規制緩和（有限会社の競争能力）ならびに有限責任で行われる濫用に対する保護強化を目的とした。

(1) ドイツ有限会社法自体における改正提案とその現実

① 25,000ユーロの最低資本金の減額

この最低資本金は維持されているが、25,000ユーロに達しない基本資本の会社を設立することを認める。その際、商号中には、「Gesellschaft mit beschränkter Haftung」の表示の代わりに、「Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)」または「UG (haftungsbeschränkt)」の表示を用いなければならない。

このUGは、発起人（設立者）がその基本資本金額を任意に定めることができる。たとえば、1人会社であれば、1ユーロでもよい。商業登記へ申請する前に出資は全額給付され、その給付は金銭でなければならない。さらに、毎年一定の額の法定準備金が積み立てられなければならないなどの条件が必要とされている（ドイツ有限会社法5 a条⁽⁵⁾）。

② 認可義務のある企業目的を有する会社の登記の簡略

会社が、事業目的に国の認可を必要とする場合には、登記の申請にあたりその認可証書を必要としていた。これは、登記申請を困難にする要因となっていたので、MoMiGによってこれ

を定めていたドイツ有限会社法8条1項6号が削除された⁶⁾。

③ 配当禁止の緩和

ドイツ有限会社法30条1項は、基本資本金維持のために必要な会社財産は、これを社員に払い戻すことができないとする資本維持の原則を厳格に守ってきた。

そこで、MoMiGにより、会社が配当支払契約または利益移転契約を履行する場合、社員が会社に対し反対給付請求権または返還請求権を有する場合および社員貸付けまたは社員貸付けに経済上相当する法的取引からの債権の給付には、本条項は適用されないことになった⁷⁾。

④ 持分の流通性の強化

(2) ドイツ倒産法との関係における改正

① 業務執行者が欠落した場合における倒産手続きの処理

会社が業務執行者または清算人を欠く場合に、各社員が倒産開始申請義務を負う（ドイツ倒産法15a条3項⁸⁾）。

② 倒産申請義務の強化

MoMiG 施行前、ドイツ倒産法では、倒産開始手続について申立権者のみが規定され、ドイツ有限会社法では、申立義務者が定められていた。

しかし、ドイツ倒産法で、15a条が設けられ倒産開始手続の義務者が新たに規定されることになり、ドイツ有限会社法64条1項が削除された（ドイツ倒産法15a条1項）。

III ドイツ倒産法15a条およびドイツ有限会社法64条の目的

一 ドイツ倒産法15a条本文

ドイツ倒産法15a条本文は、「法人が支払不能または債務超過になったときは、代表機関の構成員または清算人は、責めに帰すべき遅滞なく、おそくとも支払不能または債務超過の発生後3週間

以内に倒産の申立てをしなければならない」と定める⁹⁾。

この規定は、従来ドイツ有限会社法64条で定められていたものであり、その目的は従前と変わりはない。したがって、本規定は、有限会社の業務執行者または清算人に適用される。すなわち会社の業務執行者または清算人は、会社の支払不能または債務超過が発生した場合に、倒産申立義務を負う。いうまでもなくドイツ倒産法15a条は、有限会社法の業務執行者または清算人は倒産の申立権を有する旨を定めている。

この倒産申立義務の法的性質は、公法上のものでありかつ強行法的なものであって、業務執行者は、社員、会社債権者および倒産債権者等の全ての者の同意があっても免責されない。

この申立義務の目的は、有限責任を負う倒産状態にある会社から会社債権者が損害を受けることを防止することである。会社債権者は会社財産から保護されるのであって、会社が倒産に至った場合も同様である¹⁰⁾。この期間内に倒産の申立てをする目的は、会社の財産状態の悪化から債権者の利益を保護することであるから、この義務違反があれば不法行為にもとづく損害賠償の責任が発生する。

二 ドイツ有限会社法64条

ドイツ有限会社法64条によれば、業務執行者は、会社に対し支払不能になった後または債務超過の確定後になした支払いを賠償する義務を負う。すなわち、業務執行者は、倒産の開始でもって倒産財団を確保し、財団を侵害する支払いを止める義務を負うのである（財産減少防止義務）。この財産減少防止義務は、ドイツ倒産法15a条の倒産申立義務と関連性を有しない。つまり、この義務は、倒産申立義務の履行後に発生するのではない。業務執行者は、この財団を確保する義務に違反すれば、損害賠償の責任を負う。

三 倒産申立義務

(1) 倒産申立義務者

① 業務執行者（取締役）

まず、法律は、申立義務者の名宛人として業務執行者をあげている。業務執行者各人は、定款で代表権を定めているか否かにかかわらず申立の義務を負う。

業務執行者は、会社に倒産事由が発生したかを調査しなければならないので、この申立義務は、会社による継続的な支払いの渋滞、販売の不振、長期にわたる収益の悪化、不良債権の存在など会社の倒産と結びつくような事項と連動する。すでに述べたようにこの申立義務は公法的な特質を有するので、業務執行者は、倒産の申立てにあたり、社員の指示または業務執行者の多数決に依ってはならない。申立義務は個々の業務執行者全員に課せられている。会社内部での職務または権限の分担は、通常、会社においてみられるところではあるが、この義務から特定の業務執行者を解放するものではない。したがって、ある特定の業務執行者に会社の財政や計算につき適切な情報が付与されないような場合には、彼は辞任の権利を有するという¹⁰⁰。

② 清算人

解散した会社の清算人も倒産申立義務を負う。

③ 社員

ドイツ倒産法15 a 条第3項は、会社に業務執行者または清算人を欠くときは、各社員全員が申立義務を負うと定める。ただし、社員が債務超過および支払不能の発生、あるいは業務執行者または清算人が欠けていることを知らないときはこの限りではない¹⁰¹。

(2) 倒産申立ての前提

① 倒産状態

倒産申立義務は、倒産状態が惹起したときに生ずる。

会社が倒産状態であるとは、支払不能または

債務超過の原因があることをいう。つまり、支払不能または債務超過が客観的に存在することをいう（ドイツ倒産法17条・19条）。

申立義務違反の民事上の責任と刑法上の可罰性との関係では、客観的に存在する倒産状態と業務執行者の義務違反の非難可能性という主観的な要件つまり業務執行者の故意または過失が必要である。

② 破産財団の存在

倒産手続に要する費用をまかなうだけの財産が会社に存在することは、倒産開始の申立ての前提条件ではない¹⁰²。倒産裁判所は、債務者の財産が倒産手続の費用を償うのに十分であるかどうかを調査し、もし償うのに十分でないと思込まれるときは、倒産手続の申立てを却下する（ドイツ倒産法26条1項）。これについては、保全管財人が責任を負う。保全管財人が選任され、債務者に一般的な処分禁止命令が課せられるならば、債務者の財産に関する管理および処分をする権限は、この保全管財人に属することになる。保全管財人が、債務者の財産を保全および管理し場合によれば倒産裁判所がこの保全管財人に債務者の財産が手続きの費用を償うか否かの調査を委託することができる（ドイツ倒産法22条1項）。

倒産裁判所が財産財団の不足を理由に倒産開始手続の申立てを拒否したとしても、業務執行者はこの調査について何らの権限を有しておらず、結果的に裁判所が申立ての拒否を決定すれば会社は解散することになる（ドイツ有限会社法60条1項）。

③ 支払不能のおそれがある場合

債務者が破産手続きの開始を申立てたときは、支払不能のおそれも申立開始原因となる（ドイツ倒産法18条）。支払不能のおそれがあるとは、債務者が履行期の到来時に履行することができないと予期することである。支払不能のおそれという倒産原因については、債務者だけが申立

権を有し、業務執行者は、支払不能のおそれがあるという倒産原因を認識したとしても倒産申立義務を負わない⁹⁹。

(3) 期間

① 申立期間

倒産手続開始の申立期間は、会社が支払不能または債務超過になった後3週間である（ドイツ倒産法15 a 条1項）。この3週間という期間は、和議手続との関係で意義を有していたが、今日では和議手続が廃止されているので、倒産状態を回避するための裁判外の処置（再建の余地）の存否の調査考慮期間に意義が求められている¹⁰⁰。しかし、現在では再建の調査は、倒産手続中でも可能であるので、この期間の利用は、会社の再建および存続の見通しが存在し調査が実際に会社、債権者および一般大衆の損失を回避するために真摯に実行される場合に、その意義を発揮するはずである。したがって、3週間の経過前であっても、裁判外で再建の見通しまたは存続が見込まれる計画が存在しないことが明らかになったならば、直ちに倒産開始の手続きの申立てが行われなければならない¹⁰¹。

② 期間の開始

期間の開始は、会社の倒産状態の惹起で申立義務が発生すると積極的に認識したときまたは倒産状態を過失によって認識できなかったときか、議論のあるところである。この問題は、債務超過を認識することが困難である場合に生じ、他方支払不能は客観的に明白であるから議論の対象にならない。したがって、支払不能の場合には期間の開始は、その客観的な発生である。ドイツ倒産法15 a 条1項の文言は、債務超過の場合に、期間の延長を許さない。倒産の申立ては、支払不能または債務超過の発生後、遅くとも3週間内になされなければならない。2008年10月1日の MoMiG の施行以来期間の開始は、債務超過の場合にも倒産事由の発生でよく、

業務執行者が積極的に認識するという条件は不要である¹⁰²。しかし、申立義務が故意または過失によって認識されなかったときは、期間はこのときから開始する。

この期間は最大期間であって裁判外の再建努力によって延長されるわけではないので、業務執行者は裁判外でこの3週間という期間を十分に認識して再建措置を講ずる努力をしなければならない。再建措置が結実しないことが明らかになったならば、責めに帰すべき遅滞なく、倒産開始手続きの申立てをしなければならない。

(4) 倒産申立義務履行および義務の消滅

① 倒産原因の除去

倒産の原因が除去されれば、申立義務も消滅する。申立義務の消滅は、倒産原因を除去すべき措置が3カ月内に講じられたかどうかに関係ない。業務執行者が、3カ月内に申立てをしないでこの期間が経過した後に倒産原因が消滅したとしても、業務執行者はこの義務に違反したことになり、倒産手続開始を引き延ばしたことによって債権者に生じた損害に責任を負わなければならない¹⁰³。

② 申立義務の開始

倒産手続開始の申立義務者が申立てをすれば、その義務は履行されたことになる。ある申立義務者が申立てをすれば、他の業務執行者または清算人の申立義務は免除される。この義務は債権者が申立てをする場合に、倒産手続が開始されるまでの間消滅しない¹⁰⁴。

③ 同意による申立義務の消滅

倒産手続開始の申立義務は、債権者の同意または社員の指図によって消滅しない。ドイツ倒産法15 a 条およびドイツ有限会社法64条の意図は、法的取引全体を保護することであって、とりわけドイツ倒産法15 a 条の義務は公法上のものであって、当事者の合意で変更ないしは廃止することはできない。もちろん、債権者の同意

は債権の放棄となりうるし、同時に倒産理由を除去することになる。

四 ドイツ有限会社法64条による倒産財団の確保の義務

(1) 倒産財団の確保

破産状態が発生した後、新たな負担を負うことによって倒産財団を侵害してはならないし、債務超過のさらなる拡大を阻止する義務は、ドイツ倒産法15 a 条の倒産手続開始申立義務に対して固有の義務である。すなわち、ドイツ有限会社法64条は、倒産財団を縮小することから、会社財産を保護すると同時に会社債権者の利益保護に資する。本条は、破産状態が発生した後の新たな会社債権者を対象としない。

(2) ドイツ有限会社法64条による賠償義務

① 支払い

ドイツ有限会社法64条は、業務執行者または清算人に対し、通常の商人の注意義務をもって予め合意していなかった支払いおよび倒産状態発生後にするあらゆる支払いを禁止する。たとえば、当座勘定を減少する手形・小切手の支払いや銀行口座からの引落しの停止を怠ることである。このようにドイツ有限会社法64条は、財団の縮小を防止し現存の財産を確保することを意図し、会社財産を侵害するような給付を支払いと同置する⁹⁹⁾。

本条に違反して行われた支払いに対する損害賠償請求権は、支払不能または債務超過後に履行された支払いについて生じる。つまり、3週間以内に履行された支払いに関してである。

② 許容される支払い

業務執行者は、通常の商人の注意をもって合意した支払いについては、会社が倒産状態にあっても許容される。これは倒産財団を侵害しない支払いである。たとえば、別除権を有する債権者への支払い、反対給付全額を伴う支払い、倒

産手続の遂行および再建計画を立てるために必要な費用の支払い、社会保障分担金、賃金および賃貸料などの支払いがあげられる。個々の支払いが許容されるかどうかの判断には、会社債権者および公的利益が考慮されなければならない、必ずしも会社の利益を優先的に配慮する必要はない。この支払いの許容性に関する立証責任は、業務執行者側にある。

③ 業務執行者の有責性

ドイツ有限会社法64条の損害賠償請求権は、業務執行者の有責性（Verschulden）を条件とする。それには、過失（Fahrlässigkeit）があればよい。支払不能または債務超過の認識可能性についても、少なくとも過失がある行為が必要である¹⁰⁰⁾。しかし、積極的な認識は不要である。この認識の是非については、支払不能では問題にならない。というのは、秘密裡にされていないからである。通例、債務超過であるかを認識するには困難さがある。この過失の判断は、通常の商人の注意を基準とする。業務執行者は、過失のないことを立証しなければならない¹⁰¹⁾。

④ 損害賠償請求権

業務執行者に対する損害賠償請求権の内容は、支払われた金額に対するものである。つまり、この金額は、倒産財団に組み入れられるべき財産を侵害したものであって、会社債権者が倒産財団に対して配当の割合として保持すべき残高である。

もし、業務執行者の支払いに対し否認権を行使することができれば、倒産管財人は支払われた金員を否認により債権者から取り戻さなければならない。したがって、否認の可能性があれば業務執行者は、倒産管財人に対して積極的に否認の存在を示すべきである¹⁰²⁾。

ドイツ有限会社法64条3文によれば、社員に対する支払いについても業務執行者は同様の責任を負うとしている。この社員への支払いが、会社の支払不能を惹起したに違いない場合で

ある。これは、2008年11月1日に施行されたMoMiGによって入れられたものである。

⑤ 損害賠償請求権者

この損害賠償請求権は会社によって行使されるが、倒産の場合には倒産管財人がこれを行行使する。

⑥ 損害賠償請求権の放棄、和解および時効

ドイツ有限会社法64条4文・43条3項および4項ならびに9b条1項から会社による損害賠償請求権の放棄または和解は、損害賠償の請求が会社債権者への弁済に有効であるときには、その効力は生じない。そして、倒産管財人は、会社による放棄または和解に拘束されない。もちろん、倒産管財人は業務執行者と和解したり、あるいは債権を放棄することができるが、それが明らかに倒産遂行の目的に反する場合には無効となる⁹⁹。

損害賠償請求権の時効は5年であり、その開始時期は許容されない支払いをした時である。

五 ドイツ倒産法15a条およびドイツ有限会社法64条以外の業務執行者の責任

ドイツ倒産法15a条およびドイツ有限会社法64条は、会社債権者の利益のための保護規定である。これらの規定は、会社の倒産状態の発生前に会社と取引関係にあった債権者（旧債権者）だけでなく、倒産状態の発生後に初めて会社債権者（新債権者）になった者もその対象とする¹⁰⁰。

しかし、倒産手続き開始後に初めて会社に対し債権を取得した債権者は、ドイツ倒産法15a条およびドイツ有限会社法64条の保護領域に属さない。会社および社員も同様である。これらに対しては、ドイツ民法典823条2項およびドイツ有限会社法43条が適用される。

六 日本法での問題

(1) 破産手続開始の申立て

① 破産法19条

債権者または債務者は、破産手続開始の申立

てをすることができる（破産法18条1項）。法人（会社）が債務者であるときは、理事、取締役、業務を執行する社員または清算人が申立てをすることができる（破産法19条）。この破産法19条の目的とするところは、債権者の利益を保護するためにより迅速な破産申立てを可能にすることである¹⁰¹。したがって、たとえば株式会社が自己破産の申立てをする場合には、取締役（会）で破産手続開始の申立てをすることを決議し、その決議にもつき代表取締役が申立てをする。その際、取締役（会）全員一致は必要でない。他方、取締役個人が単独でも申立てをすることができるが（準自己申立て）、破産手続開始の原因となる事実を疎明しなければならない（疎明義務）（破産法14条3項）。

破産手続開始の原因は、会社の場合債務超過または支払不能であるが、支払不能の解釈には議論がある¹⁰²。支払不能は、客観的に外部から判断するのは困難である。破産法19条が債権者の利益を保護するためにより迅速な破産申立てを意図するならば、この支払不能の判断基準がどうあるべきかを前提に考察する必要がある。とくに、否認や相殺禁止の要件としての支払不能は、破産手続が開始された後に時間をさかのぼって判断されるため、対象となる行為がなされた時期が支払不能と判断されるかは、関係人の利益に大きな影響を及ぼすから、できる限り明確な判断基準が望まれる¹⁰³。

② 申立権者

破産法は、会社の破産手続の開始の申立てについて、その取締役、業務を執行する社員および清算人が申立てをすることができるとし、申立権という概念を採っている（破産法14条1項2号・3号、2項）。

しかし、清算中の会社では、会社が債務超過である場合には清算人は申立義務を負い、申立義務の懈怠に対し過料の制裁がある（会社法484条1項・656条1項・976条27号）。清算人が破

産手続開始の申立義務を負う場合であっても、再生手続または更生手続の開始の申立てをすれば義務違反は生じない（民事再生法22条、会社更生法18条）。

③ 申立義務

会社が、債務超過または支払不能の場合の破産手続開始の申立てに関して、清算人を除いて、あくまで取締役または業務を執行する社員は、申立ての義務者としてではなく権利者として位置づけられている。関係者の利害調整、とりわけ債権者の利益を保護するために、債務超過または支払不能が発生したときには取締役または業務執行をする社員は、清算人と同じく申立ての義務を負うべきであろう。早期の破産手続の開始を可能にし、会社の事業の停止または財産状態の悪化の放置を防止するために、申立てを義務化すべきである。

(2) 会社役員の実任追及

① 役員の実任に対する保全処分

裁判所は、会社が債務者であって破産手続開始の決定があった場合に、必要があると認めるときは、破産管財人の申立てによりまたは職権でその会社の取締役、執行役、監査役、清算人、またはこれに準ずる者、たとえば株式会社では、発起人、設立時取締役、設立時監査役、会計参与、会計監査人、持分会社では、業務執行をする社員（役員）の責任にもとづく損害賠償請求権につき、それらの財産に対して保全処分をすることができる（破産法177条1項）。

破産法177条の意図するところは、つぎのようなことである。すなわち、会社の事業が破綻する過程をみれば、上述の会社の役員の実任追及等につき違法行為がみられる。この違法行為にもとづく役員に対する会社の損害賠償請求権（会社法423条、民法644条）は、破産財団の財産となるので、破産管財人は、それらを行行使することによって破産財団を増殖することができ

る。ところが、この損害賠償請求権を訴求するにあたり、一般の訴求手続では時間と費用がかかり、また破産手続開始の前後に役員がその財産を隠匿するなどの事態も多く、訴訟による追及が実際の効果を有しない危険もある。そこで、このような可能性や危険に対処するために、つぎに述べる法的手続による損害賠償請求権の査定手続を設け、また破産手続開始前後において損害賠償請求権の実現を担保するための保全処分の制度を設けたのである⁸⁹⁾。

同様の法手続は、民事再生法や会社更生法においても設けられている（民事再生法14条以下、会社更生法99条以下）⁹⁰⁾。

ここで、この制度についての若干の問題点を指摘しよう。まず、この保全処分は破産管財人の申立てによるか裁判所の職権によるというのだが、実務上ほとんど職権で発することはないと⁹¹⁾いう。つぎに、破産管財人が申立てをすることができるのは破産手続開始後であり、破産手続開始前は債務者または保全管理人が申立権者である。通例、保全管理人が選任されるのはまれであり、手続開始前は債権者のみが申立権を有するにすぎず、その実効性が確保されるかははなはだ疑問である。この点で、再生債権者が申立権を有する民事再生法（民事再生法142条3項）と異なるところである。言うまでもなくこれは、民事再生手続開始前における役員の実任に対する保全処分の申立権を再生債権者に与えたのは、再生債務者自身による責任追及が期待できない場合に備えたものであることからみると、破産法においても同様のことがいえよう。もし、破産債権者が裁判所に保全処分を求めるとすれば、別の一般的な訴求手続をとらなければならないことになる⁹²⁾。

② 役員の実任の査定

裁判所は、会社が債権者であって破産手続開始の決定があった場合に、必要があると認めるときは、破産管財人の申立てにより、または

職権で、決定により、役員の責任にもとづく損害賠償請求権の査定（役員責任査定手続）をすることができる（破産生法178条1項）。

この役員責任査定手続の意図は、つぎのとおりである⁹²⁾。すなわち、破産した会社の役員がその会社に対して損害賠償責任を負う場合に、その損害賠償請求権は、破産財団にとって重要な財産となり、その確保・実行は破産管財人にとって重要な職務となる。もちろん、管財人としては、訴えによってこの損害賠償請求権を行使することができるが、そのためには多額の費用と長い時間がかかり清算業務の支障となる。そこで、役員への迅速な責任追及のために、この制度が設けられたのである。

民事再生手続きでは、再生債権者も査定の申立権を有する（民事再生法143条2項）。更生手続では損害賠償請求権だけでなく、会社法上の一定の不足額の支払請求権も認められている（会社更生法99条）⁹³⁾。

この役員責任査定手続についても、前述の役員の財産に対する保全処分に関して同様の疑問点がある。

IV 業務執行者の倒産手続における情報提供義務および協力義務

一 業務執行者の法律で定められている情報提供義務および協力義務⁹⁴⁾

債権者は、倒産裁判所、倒産管財人、債権者委員会および裁判所の命令にもとづき債権者集会に対して倒産手続に関するあらゆる情報を提供しなければならない義務を負っている。そして、業務執行者は、犯罪行為または秩序違反による訴追を行うにつき有用な事実をも明らかにしなければならない。このような情報提供は、刑事手続または秩序違反手続上、債務者またはドイツ刑事訴訟法52条1項で挙げる債務者の親族に対しては債務者の同意が必要である（ドイツ倒産法97条1項）。ドイツ倒産法101条で、同法97条が債務者が自然

人でない場合、つまり会社の場合には、その代表機関の構成員である業務執行者に準用される。また、有限会社の業務執行者は、倒産管財人がその職務を執行するにあたり協力する義務を負う（ドイツ倒産法97条2項）。

さらに、この業務執行者は、いつでも裁判所の命令があるときには、その情報提供義務および協力義務を履行するための準備をしておかなければならない。これ以外に業務執行者は、これらの義務に違反するあらゆる行為をしてはならない（ドイツ倒産法97条3項）。

上記の義務に関連して、業務執行者は、倒産開始手続の申立ての2年前よりも以前に有限会社を退いていなかった場合にも規制の対象とされる。

二 有限会社の倒産開始手続における情報提供義務および協力義務

(1) 倒産裁判所に対する情報提供義務および協力義務

有限会社に支払不能または債務超過もしくは支払不能のおそれがある場合に、倒産開始手続の申立てが、債務者または業務執行者によって行われたか否かにかかわらず、倒産したは有限会社の業務執行者には、倒産手続上、裁判所が倒産申立てを許容したならば包括的な情報提供義務および協力義務が発生する。これは、ドイツ倒産法20条1項および22条3項から導かれる。ドイツ倒産法20条1項によれば、債務者は、倒産裁判所に対して申立てに関する裁判に必要な情報を提供すべき義務を負う。また、同法22条3項によると債務者は、保全管財人に対し必要なあらゆる情報を付与しなければならないという。これは、業務執行者にあつては、有限会社の倒産手続において、すでに包括的な情報提供義務および協力義務が生じていることを示すものである。この義務は、倒産裁判所が倒産申立てを許容した後初めて生じる。この包括的な義務は、倒産裁判所に選任された専門家（鑑定人）にも及び、たとえば債務者会社の取引先銀

行に対する業務執行者の義務（銀行の秘密保持義務を免れさせる義務）に関してである。

（2） 保全管財人に対する情報提供義務および協力義務

債務者は、保全管財人に対して必要なあらゆる情報を提供しなければならない（ドイツ倒産法22条3項）。その結果として、有限会社の業務執行者は、保全管財人に制限なくあらゆる情報を提供しなければならないだけでなく、保全措置および事情によっては一時的に企業存続に協力すべき義務を負う（ドイツ倒産法97条2項）。この場合、保全管財人が同時に専門家（鑑定人）として裁判所に選任されたかどうか、そして倒産事由が存するかどうか（ドイツ倒産法22条1項2文3号）、企業の存続の見込みがあるかどうか、その調査をしなければならないかどうかは問題でない。実務上、倒産裁判所は、債務者（業務執行者）に情報提供義務および協力義務を履行させるために、書面で通常業務を記録作成させ、かつ保全管財人にそれを一定の期間内に提供することを命じる権限を有するとしている⁹⁵。ドイツ有限会社の倒産手続きで業務執行者に負わせる義務の履行および裁判所による命令の実行は、強制引致または拘引をもって強要される（ドイツ倒産法98条2項）。情報提供義務および協力義務を強制するために拘引を必要とするのは、業務執行者の引致が功を奏しなかった場合だけである。つまり、業務執行者が、裁判所による引致があっても拘わらず、情報の提供あるいは協力を拒否する場合である。倒産裁判所は、有限会社の業務執行者が偽装行為をする場合、保全管財人に対し金融機関に情報を業務執行者から知らせてもらうことを授權することができる。しかし、金融機関は情報提供する義務を負わないであろう。というのは、第三者の義務については、何ら法的根拠はないからである。保全管財人は、倒産裁判所の同意を条件に業務執行者から協力義務をもとに（ドイツ倒産法22条3項3

文・101条1項1文・97条2項）、守秘義務を有する金融機関をその守秘義務から免除することを求める権限を有する。倒産裁判所は、真実に合致する陳述を引き出すために必要と考える場合に、業務執行者が裁判所の求める情報を誠意をもって正確かつ完全に提供したことを宣誓に代えて調書で約束することができる（ドイツ倒産法98条1項1文）。

三 有限会社の開始された倒産手続における業務執行者の情報提供義務および協力義務

有限会社の開始された倒産手続において、その財産に対してドイツ倒産法97条および98条が準用される（ドイツ倒産法101条1項）。その結果、業務執行者は、倒産裁判所、倒産管財人、債権者委員会および裁判所の命令による場合の債権者委員会に対して包括的な情報提供および協力義務を負う（ドイツ倒産法97条1項）。とくに、業務執行者は、清算の遂行に際し倒産管財人に協力するだけでなく、倒産裁判所の命令があるときは、いつでもその情報提供義務および協力義務を履行するための準備をしておかなければならない（ドイツ倒産法97条3項・101条1項）。

雇用（委任）関係につき、業務執行者は法定期間内（3カ月以内）に清算に協力する、とくに、倒産管財人が企業存中に活動するにあたり、共に行動する義務を負う。倒産手続の開始後の一定の期間内（3カ月以内）に生ずる報酬請求権は、財団債務となり（ドイツ倒産法55条1項2号）、加重的な財産権上の損害は発生しない。法外な報酬は、この期間内では削減される。解約告知期間3カ月の経過後、業務執行者の労働義務は生じない。しかし、業務執行契約の期間中、ドイツ倒産法97条2項の協力義務は継続する。これは、業務執行者が原則として会社と委任関係であるので、無報酬で清算または企業継続の範囲内で協力しなければならないということの結果である。しかしながら、協力義務は免除されることのない公法上の義

務であるので、一時的でかつ短期間という枠を超えての労働（職務）提供は、それ相応の報酬なくしては要求されないはずである。つまり、倒産管財人が、業務執行者に広範囲な協力と常時の立会いを求めるならば、業務執行者は従前の報酬と同額の報酬を請求できないが、その活動には適切な報酬が支払われるべきである。

四 有限会社の危機状態における業務執行者の辞任の法的効果

実務上、財政的に危機状態にある有限会社の業務執行者は、ドイツ倒産法15a条でいう倒産開始手続の申立て義務を免れるだけでなく、倒産開始後の手続上の義務を避けるために適宜にその地位を退くことができるかが問題である。

通例会社を危機状態に導いたことにより、多くの場合業務執行者は社員総会で解任されるか、または1人会社にあっては唯一社員としての地位において解任される。有限会社が危機に瀕している状態で業務執行者がその地位を退くということは、業務執行者の情報提供義務はなくなるというわけではないが、協力義務は消失することになる。というのは、ドイツ倒産法101条2文によれば、ドイツ倒産法97条1項（情報提供義務）は、倒産開始の申立て2年前に退任していない業務執行者に準用されるが、同97条2項（協力義務）はそうではない。このように、法的に有限会社が危機状態にある中で、その地位を退いた業務執行者は、開始された倒産手続中この義務を免れるというのであれば、それは権利の濫用であって、倒産開始手続中にその地位を辞することは許されない。

五 業務執行者の情報提供義務および協力義務

業務執行者の情報提供義務および協力義務は、強制引致または拘引をもって行われる（ドイツ倒産法98条2項）。拘引の命令は民事訴訟法の定めにもとづいて行われる（ドイツ民事訴訟法904条～910条・913条、ドイツ倒産法98条3項）。しか

し、このような強制手段が、業務執行者の情報提供義務および協力義務違反の場合に有効に作用するか疑問である。というのは、ドイツ倒産法4c条1号で、倒産裁判所による倒産手続費用の支払猶予の取消しが定められている。すなわち、債務者が、故意または重大な過失によって、倒産手続の開始または支払猶予について基準となる事情についての不適正な説明をしたか、または裁判所から要求された債務者の諸状況について説明しなかった場合に、裁判所は支払猶予を取消することができる。しかしながら、業務執行者が、必要な説明を拒否した場合のドイツ倒産法270条以下で定める自己管理についての有限会社の申立ての決定に関しては、手続開始で自己管理を拒否することで足りる。そして、有限会社の業務執行者が、会社のための倒産計画案の提出（ドイツ倒産法218条1項）および倒産計画案に必要な添付書類の作成（ドイツ倒産法230条）を拒否したならば、倒産裁判所は倒産計画案を拒否したものとみなす（ドイツ倒産法248条～250条）。倒産管財人が倒産計画案を提出し、業務執行者がこれについて意見表明を拒否した場合も同様である（ドイツ倒産法232条1項）。このような場合に、倒産裁判所は、ドイツ倒産法98条2項で定める強制命令を発する必要があるか、または会社ないし社員に対する業務執行者の責任となる手続き上の制裁が足りるかどうか判断しなければならない。

六 業務執行者の強制された証言の刑事訴訟上の使用禁止

(1) 強制証言の使用に対する不十分な保護

連邦憲法裁判所は、業務執行者が倒産手続においてなした証言につき一定の制限を付している。連邦憲法裁判所の見解によれば倒産債務者の基本権は、倒産法上の無制限の証言の義務および倒産裁判所の命令による強制的措置から保護されるという⁶⁹。この判決は、ドイツ倒産法97条1項3文の基礎になっている。すなわち、業務執行者は情

報提供義務にしたがって提供する情報は、刑事手続または秩序違反に関する法律による手続きにおいて、業務執行者またはドイツ刑事訴訟法52条1項で定める業務執行者の親族に対しては業務執行者の同意があるときに限って用いることができる。

この情報の使用禁止は、証拠利用禁止以上のものである。使用禁止は、業務執行者が提供した情報が独占した証拠資料の創設のためにさらなる調査の証拠とすることは許されない。ドイツ倒産法97条1項3文は、証拠使用を律するが、証拠収集を含むわけではない。したがって、検察庁は、倒産からあらゆる情報を収集することが許される。それゆえ、専門家（鑑定人）あるいは倒産管財人の意見書の検閲が許される。間接的に収集された証拠資料は、使用禁止に服さないことにもなる。また、業務執行者が、倒産管財人または倒産裁判所による尋問に際し、刑事訴追を免れるために供述を拒否する場合がある。たとえば、業務執行者が、横領した相当額の金員を安全な場所に移して自ら倒産の申立てをし、その後に刑事訴追を免れ、かつ金員を確保するために供述する余地もある。実務上、ドイツ倒産法97条1項3文の情報の禁止により、業務執行者が包括的に供述することによって、倒産手続において検察官の取り調べを免れる余地がある。この余地が生ずるのは、倒産裁判所が倒産の申立てを送達することで業務執行者に包括的な情報提供義務を指摘するからである。今日、倒産裁判所は、たとえ債務者または債務会社の機関の代表者を適切な開示あるいは書面から強制的証言を排除することによって保護することがその任務でないとしても、文書の方式または特別な書面を用いて情報の使用禁止を確保することは困難である。

ドイツ倒産法97条1項3文が保障する保護を用いかつそれを実現することが、業務執行者にとって問題である。とくに、注視すべきことは、有限会社に対する倒産申立てが手続費用を償う財団を欠き却下される場合である。倒産裁判所は、検察

庁に情報提供の義務を負う。会社に財団がない場合は、全ての書類が自動的に検察庁に引き渡される。その際検察官は、まず倒産開始の手続中で、裁判所の選任する鑑定人または保全管財人の鑑定書を見る。債務者は、どのような情報提供を強要されたか不明のときは、鑑定書ないし管財人の報告書を用いる。

(2) 情報の提供および協力

任意の情報の提供および協力は、ドイツ倒産法97条1項3文の使用禁止の対象にならない。同条項の証拠使用禁止は、同時に証拠捜査禁止ということになる。これを基に考えると、捜査決定や差押さえも無効になる。実務上、使用禁止になれば、法律の定めに従い作成しなければならない事業上の書類（書面）は入手できない。これには、貸借対照表や商業帳簿も含まれる。しかし、業務執行者による任意の情報提供は使用禁止の対象にならないが、何が任意で何が強制的な情報提供であるかは確定するのはむずかしい。すでに、破産管財人が、書面からあるいはその他の営業関係書類から知っている情報、または管財人が、書面あるいは営業書類から調査した犯罪行為の事実に関する情報を業務執行者が提供した場合、ドイツ倒産法97条1項3文の使用禁止がその機能を果たすか疑問である。また、犯罪行為あるいは秩序違反が、ドイツ倒産法97条2項の協力義務の履行から発生する限り、使用禁止は何ら機能を果たさない。営業に関する資料および会計帳簿等その他の資料の提出は、情報提供義務の履行ではない。

七 日本法（破産法）における取締役等の説明義務

(1) 破産法40条の定めとその目的

法人（会社）が破産者である場合、破産者の取締役等の破産に関する説明義務は、破産法40条で定められている。同条1項3号によれば、破産者が法人（会社）である場合、その理事、取締役、

執行役、監事、監査役および清算人は、破産管財人もしくは債権者委員会または債権者集会の決裁にもとづく請求があったときは、破産に関し必要な説明をしなければならない。

この説明義務は、破産者の財産の内容や所在、破産に至った経緯などに関する情報を提供させ破産管財人の管財事務遂行の資料とし、また破産債権者が管財事務に対する監督を行うための資料を提供させるためのものである⁴⁷⁾。その目的とするところは、取締役等は典型的に破産管財人の職務の遂行、破産債権者の手続関与等に必要となる情報を有している蓋然性があり、破産手続の適正かつ公正な実施を確保するには、取締役等から破産に関する説明を徴収することが不可欠であり、また債権者が破産手続開始の申立てをする等、債権者と破産者との間に対立関係があるような場合に、破産者の関係者の任意の協力で破産に関する情報を入手することが困難であることから、破産者と一定の関係のある者に破産に関する説明義務を課さなければならないというところにある⁴⁸⁾。

この説明義務は、民事再生法59条および会社更生法77条でも規定されている⁴⁹⁾。

(2) 説明義務者および説明請求者

破産法上、破産者が法人である場合には、その理事、取締役、執行役、監事、監査役および清算人が説明義務者として掲げられ、法人の機関としての業務執行または監督に関する重要な機能を有する者に広く説明義務を課している（破産法40条1項3号）。

そして、説明義務を求められたときに、これら取締役等でなくなった者も説明義務を負う（破産法40条2項）。破産手続の前後を問わず、同条1項3号で定めている者がその地位を退いたら、直ちに説明義務を免れるとすれば、説明義務の実効性ははかれないからである⁴⁰⁾。他方、説明債権者は、破産管財人、債権者委員会、および債権者集会であって裁判所は含まれていない⁴¹⁾。

(3) 説明義務の内容およびその方法

説明義務の内容は、「破産に関し必要な説明」をすることである。たとえば、取戻権、別除権、相殺権、破産債権、財団債権、破産手続に至った事情、破産者の財産状況、否認権、法人の役員責任等についてである。

説明の義務を負うのは、あくまでこの義務を課せられた身分（地位）に関して知っている情報に限られる。破産した会社の取締役として説明義務を負う者が説明しなければならないことは、取締役の業務に関して知っている情報だけである⁴²⁾。

説明は口頭であるのであって、説明義務者が承諾しない限り書面で報告することは許されない。しかし、説明義務者は、説明義務に付随して破産に関する書類等を提出する義務を有する⁴³⁾。

(4) 説明義務違反の効果

取締役等が、説明義務に違反した場合は、免責不許可事由には該当しないで、3年以下の懲役または300万円以下の罰金に処せられ、さらに懲役刑および罰金刑が併科される（破産法268条1項）。

V おわりに

株式会社または合同会社が破産債務者である場合、会社債権者の利益を保護するための手段として、取締役、業務執行役または清算人の破産手続開始の申立義務、説明義務および責任について、ドイツ法と比較検討した。

会社法は、何らかの意義を有していた最低資本金制度を廃止したことにより、所有と経営が一致する会社において会社債権者の利益保護を計るべきことは必然的である。会社制度を利用し、有限責任制度の恩恵を受ける経営者に課せられる義務の必要性は排除されない。

中小の会社にあつては、経営者がその事業資金を借入れするには、自ら保証人としての役割を果たさなければならないのが実際である。会社が倒産すれば、同時に経営者も破産に至ることになる。

とすれば、この経営者である取締役または業務執行者に対する民事上の責任追及は、実効性を有しない。会社債権者が責任追及しようとしても効を奏しないならば、徒労に終わる。ましてや今日の法制度では、この会社債権者による破産法上の責任追及にはその意義を見出せないのであるから、なおさらである。したがって、破産法177条および178条による役員の財産に対する保全処分および役員の責任の査定の申立ては、会社債権者にとって必ずしも好ましい保護手段とはいえないであろう。

そこで、会社に破産状態が惹起したならば、取締役または業務執行者に会社の事業活動を停止させかつ財産状態の悪化を放置させない施策が求められなければならない。そのために、本稿で示したとおり取締役または業務執行者は、会社が債務超過または支払不能に陥った場合に、ドイツ倒産法15 a 条で定めるように破産手続開始の申立てをしなければならないとして、申立ての義務化をはかるべきである。同時に、ドイツ有限会社法64条でいう債務超過の場合における取締役または業務執行者による財団を確保する義務を明文化すべきである。

(注)

- (1) 稲葉・会社法の解説（有斐閣）（2010年）255頁以下、後藤「株主有限責任制度の弊害と過少資本による株主の責任」・私法70号（有斐閣）（2008年）219頁以下。
- (2) 倒産の実態については、今中外・実務倒産法講義（民事法研究会）（2009年）2頁以下、(株)帝国データバンク全国企業倒産集計／2011年2月報 <http://www.tdb.co.jp/report/tosan/syukei/1105.html>、日本経済新聞・平成23年3月8日（夕刊）参照。
- (3) 永石編・倒産処理実務ハンドブック（中央経済新社）（2007年）827頁以下、藤原監修・倒産法全書（上）（商事法務）（2008年）875頁以下。
- (4) MoMiG の報告者草案等については、以下の文献を用いた。本稿では、あくまで、業務執行者の倒産法上の議論に限定して説明する。
K. Schmidt, GmbH-Reform, Solvenzgewährleistung und Insolvenzpraxis-Gedanken zum MoMiG-Entwurf, GmbHHR 2007, (Verlag Otto Schmit) S.1ff;
- Wälzholz, Das MoMiG kommt: E-in Übelblick über die neuen Regelungen mehr Mobilität, Flexibilität und Gestaltungs freiheit bei gleichzeitigen Gläubigerschutz, GmbHHR 2008, S.841ff.; Römermann, Der Entwurf der MoMiG die deutsche Antwort auf die Limited, GmbHHR 2006, S673ff.; Bittmann /Gruber, Limited-Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a InsO: Europarechtlich unwirksam ?, GmbHHR 2008, S. 867ff..
- (5) Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, (Verlag Otto Schmit) 17. Aufl., § 5a Rn2.
- (6) Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 8 Rn7.
- (7) Scholz/H.p.Westermann, GmbHG (Verlag Otto Schmit) 10. Aufl., Nachtrag MoMiG § 30 Rn1ff.
- (8) Lutter/Hommelhoff, a.a.O, Anh zu § 64 Rn42 u46.
- (9) 倒産法 15 a 条は、2008年11月1日に Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) が施行されたことに伴い、ドイツ有限会社法64条1項およびドイツ商法典130 a 条1項を受け継ぎ、すべての法人および権利能力なき団体に適用することになった (Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 17. Aufl., Anh. zu § 64 Rn. 1; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 10.Aufl., Anh. § 64 Rn. 1)
- (10) BGH126, 181 (GmbHHR 1994, 539) (Verlag Otto Schmidt).
- (11) Altmeppen, Probleme der Insolvenzverschleppungshaftung, ZIP 1997 (Verlag Kommunikationsforum Recht) S.11 77.
事実上の業務執行者、すなわち自らが業務執行者でないにもかかわらず、業務執行を事実上行っている者もこの申立義務を負う。だれが積極的に業務執行をするか、そして社員の同意のもとで会社の内外で活動するかは、会社の重大なときに業務執行者の選択を欠いていることを抗弁として主張することは許されず、この事実上の業務執行者は倒産の申立てを怠ることにより、私法上・公法上の責任を負う (Baumbach/Heuck, GmbH-Gesetz, (C. H. Beck) 18. Aufl., § 64 Rn47; Scholz, a.a.O., Anh: Rn23.
- (11)' Scholz/K. Schmidt a.a.O., Anh. § 64 Rn. 24.
- (12) Hachenburg/Ulmer, GmbHG, (W de C) 8. Aufl., § 64 Rnd. 14, Scholz, a.a.O., Anh. § 64 Rnd. 31.
- (13) Altmeppen, a.a.O., Anh. S. 1174.
- (14) Hachenburg/Ulmer, a.a.O., Anh. Rnd. 24, Scholz/K. Schmidt a.a.O., Anh. § 64 Rn. 32.
- (15) Roth/Altmeppen, GmbHG, (C・H・Beck) 5. Aufl., § 64 Rn. 56.
- (16) Scholz/K. Schmidt, a.a.O., Anh. § 64 Rn. 33.
- (17) Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 64 Rn. 31.
- (18) a.a.O., § 64 Rn. 32.
- (19) したがって、支払いだけでなく、会社財産を減少するあらゆる給付、たとえば物品の引渡し、権利の譲

- 渡、役務の提供などが対象となる (Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 64 Rn. 7)。
- ⑳ Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 64 Rn. 14; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 64 Rn. 46.
- ㉑ Baumbach/Heuck, a.a.O., § 64 Rn. 83.
- ㉒ Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 64 Rn. 43; Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 64 Rn. 17.
- ㉓ Baumbach/Heuck, a.a.O., § 64 Rn. 86; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., Anh. § 64 Rn. 75.
- ㉔ いわゆる新債権者が § 64条の対象となるかの議論は、業務執行者が倒産の申立てをすることによって会社の支払不能を予め明らかにしておけば、新債権者に配当額が欠落しないのではないかという点にあった。そうであれば、この新債権者になる者は会社と契約関係に入らないはずである。したがって、債権者の請求権は消極的利益、すなわち債権者がすでに倒産状態に怠っている会社に信用を供与し、また事前給付することによって生じる損害に向けられるものである (Schober, Die Haftung des GmbH-Gesellschafters für die Verursachung der Unternehmensinsolvenz, 2009, S. 69f.)
- ㉕ 福永監修・詳解民事再生法・(民事法研究会) (第2版) (2009年) 166頁。
- ㉖ 債務超過とは、債権者がその債務についてその財産をもって完済することができない状態のことであり (破産法16条1項)、支払不能とは、債権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のことをいう (破産法2条11項)。この支払能力の概念・解釈につき、弁済期の到来した債務の支払いができないことが確実である場合にも支払不能とする見解と、支払能力とは弁済期の到来した債務の支払可能性を問題とする概念であるので、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支払っている限り支払不能ではないという見解が対立している。
- この解釈について最高裁判所の判例は存在していないが、最近の地方裁判所の判決では、つぎのような見解がとられている。すなわち、「破産法における「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のことをいう (破産法2条11項)。支払不能は、弁済期の到来した債務の支払可能性を問題とする概念であることから、支払不能であるか否かは、弁済期の到来しない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支払っている限り支払不能といえることはできない」と判示された (東京地方裁判所平成22年7月8日判決 判例タイムズ1338号270頁)。
- この支払不能をどのように解釈するかは、破産債権者の利益を保護するために、より迅速な破産申立てをすることが不可欠であるという観点からも考察すべであらう (伊藤外・条解破産法 (弘文堂) (2010年) 35頁以下、竹下編・大コンメンタル破産法 (青林書院) (2007年) 21頁以下、66頁以下)。
- ㉗ 才口外・新注積民事再生法 (上) (きんざい) (2010年) 110頁、伊藤外・前掲書129頁。
- ㉘ 伊藤外・前掲書1127頁以下、竹下編・前掲書722頁、伊藤外・破産法・民事再生法 (有斐閣) (第2版) (2009年) 445頁以下。
- ㉙ 福永・前掲書391頁、才口外・前掲書812頁以下。
- ㉚ 竹下編・前掲書723頁。
- ㉛ 竹下編・前掲書723頁。
- ㉜ 竹下編・前掲書726頁、伊藤外・前掲書1135頁。
- ㉝ 伊藤外・前掲書、1130頁、1135頁。
- ㉞ 本章は以下の文献による。Uhlenbruck, Die Auskunftspflicht und Mitwirkungspflichten des GmbH-Geschäftsführers im Insolvenzverfahren, GmbHHR 2002, S. 941ff. ドイツ倒産法の日本語訳については、吉野清三郎・ドイツ倒産法入門 (成文堂) (2007年) を参照した。
- ㉟ LG Duisburg v. 2. 5. 2001 (ZIP 2001, S. 1065)。
- ㊱ 連邦裁判所1981年1月13日判決 (NJW 1981, S1431ff)。
- ㊲ 伊藤外・前掲書124頁。
- ㊳ 竹下編・前掲書153頁。
- ㊴ 民事再生法および会社更生法では、破産法と異なり直接説明義務を定めるのではなく、監査委員や管財人等に一定の者に対する報告請求権を与え、その反面として一定の者に報告義務を負わせている (伊藤外・前掲書310頁)。
- ㊵ 竹下編・前掲書155頁。
- ㊶ 竹下編・前掲書156頁。
- ㊷ したがって、破産管財人が、役員責任査定の対象となった取締役に対しその回収可能性調査のため個人資産の有無内容につき説明請求しても、個人資産の有無内容は取締役の業務に関して知っている情報でないので説明義務の対象とならない (伊藤外・前掲書316頁)。
- ㊸ 竹下編・前掲書157頁。