

ドイツの倒産申立義務違反にもとづく取締役の責任

——会社法429条の取締役の対第三者責任と何がどれくらい異なるのか？

増 田 友 樹

富山大学紀要. 富大経済論集 第64巻第1号抜刷（2018年7月）

富山大学経済学部

ドイツの倒産申立義務違反にもとづく取締役の責任 ——会社法 429 条の取締役の対第三者責任と何がどれくらい異なるのか？

増 田 友 樹

キーワード：倒産申立義務，倒産引延責任，取締役の対第三者責任

- I はじめに
- II わが国の研究
- III ドイツの倒産申立義務
- IV 倒産申立義務についての評価および会社法 429 条との比較
- V おわりに

I はじめに

本稿は、ドイツの倒産申立義務違反にもとづく取締役の責任を検討するものである。

これまでにも、わが国において、ドイツの倒産申立義務に関連するいくつかの研究が公表されてきた。それにもかかわらず、本稿であらためてそのことを検討する理由は、次のとおりである。すなわち、筆者は、「従来の研究において倒産手続の早期申立てを促すものとして考えられてきたドイツの倒産申立義務も、同義務に違反した場合の取締役の責任の具体的な内容をみれば、そのような効果を発揮しているのかは疑わしい」と考えているからである。

実際に、ドイツの連邦統計庁が公表している統計年報 (Statistisches Jahrbuch) によれば、2016 年の有限会社 (GmbH) の倒産申立て 10440 件のうち、約 35% に当たる 3688 件は、財団不足のため手続費用すら捻出できずに却下さ

れている¹。また、同庁から公表されている別の資料(企業と職場(Unternehmen und Arbeitsstätten))によれば、2011年に開始されて2015年末までに終結した有限会社の倒産手続において、無担保債権者に対する配当割合は、平均5.4%である²。これらのデータからすれば³、ドイツの倒産申立義務および同義務に違反した場合の責任が取締役に倒産手続の早期申立てのインセンティブをそれほど与えていない可能性を考えてもよいだろう⁴。

しかしながら、従来の研究、とりわけ倒産申立義務のわが国への導入を主張する論者は、後で詳しくみるように、これとは異なる認識を有しているように見受けられる。むしろ、会社法429条(旧商法266条ノ3)の取締役の対第三者責任による規律付けだけでは債権者の保護に欠けるという問題意識のもと、倒産申立義務によって、より早い段階での倒産手続の申立てを促すことが想定されてきた。近年もそのことを期待して、同義務をわが国に導入しようとする議論が再び行われている⁵。このような状況からすれば、従来の研究が想定するほど、ドイツの倒産申立義務が倒産手続の早期申立てを促すような規律付けに

* 本稿の執筆に際しては、2018年3月14・15日に開催された関西企業法研究会(於:湯布院)の参加者から多くの貴重なコメントを頂きました。深く感謝申し上げます。

1 Statistisches Jahrbuch 2017, S.527. 次のURLから入手できる。 https://www.destatis.de/DE/Publikationen/StatistischesJahrbuch/StatistischesJahrbuch2017.pdf;jsessionid=2D5D88F3241B51EAC7F695D48907555B.InternetLive2?_blob=publicationFile

2 Unternehmen und Arbeitsstätten 2015, S.3. 次のURLから入手できる。 <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/UnternehmenHandwerk/Insolvenzen/BeendeteInsolvenzverfahren.html>

1990年代の数値について、See Andreas Cahn, *Equitable Subordination of Shareholder Loans?*, 7 EUR. BUS. ORG. L. REV. 287, 295(2006), 田代雅彦「ドイツ連邦共和国における倒産実務の研究(上)」法曹時報52巻1号(2000年)6-7頁参照。

3 日本のデータは見当たらず、ドイツとの比較を行うことはできなかった。

4 Vgl. *Schädlich*, Die objektiven und subjectiven Voraussetzungen der Insolvenzantragspflicht (§ 15a abs.1 InsO), Hamburg 2012, S.46-47.

5 東京大阪四会倒産法部シンポジウム「比較法的観点から見た法的整理の再検討(上)」NBL1110号(2017年)62頁[大澤発言]。また、政府の産業競争力会議などでも倒産申立義務が取り上げられたようである(武田典浩「『倒産申立義務』復活論に関する一考察」早川勝ほか編『ドイツ会社法・資本市場法研究』(中央経済社、2016年)344頁参照)。

なっているのか、会社法 429 条による規律付けと何がどれくらい異なるのか、を明らかにすることには意義があると思われる⁶。

以下では、Ⅱで、わが国の従来の研究がドイツの倒産申立義務をどのように論じてきたのかを確認する。これは、本稿の問題意識の前提となるものである。次に、Ⅲで、同義務の内容を検討し、Ⅳで、本稿の問題意識に沿った形で同義務についての評価や会社法 429 条の取締役の対第三者責任との比較を行う。Ⅴでは、本稿に残された課題について簡単に述べる。

Ⅱ わが国の研究

ここでは、ドイツの倒産申立義務に関するわが国の研究を確認する⁷。取り上げる内容は、それらの研究の問題意識および同義務についての評価である。

1 吉原和志

吉原和志は、「経営状態が悪化したときに一とりわけ債務超過が発生した時点以後一、危機を切り抜け会社の維持を図る試みを認めると同時に、倒産処理の遅延による会社財産の一層の減少から債権者を保護するためには、どんな規制が妥当であり必要なのか、このような場合に取締役は会社及び会社債権者に対し、どんな義務を負いまた負うべきなのか」を明らかにするために、ドイツ

6 なお、本稿は、ドイツの倒産申立義務が債権者を保護する手段として望ましいかどうかを検討するものではない。

7 本稿で取り上げたもの以外にも、佐藤鉄男『取締役倒産責任論』（1991年、信山社）165頁以下、ハルトウィヒ・ヘンツェ＝カレン・パウアー（近藤隆司訳）「ドイツ倒産法の施行の前後における有限会社取締役の義務と責任」白鷗法学23号（2004年）1頁以下、園尾隆司「破産者への制裁の歴史と倒産法制の将来」民事訴訟法雑誌61号（2015年）51頁以下、同「債務者の破産申立義務の歴史からみた倒産法制の課題」金融法務事情2012号（2015年）6頁以下などがある。

また、ドイツの倒産申立義務それ自体を検討するものではないが、わが国への同義務の導入の是非を検討したものとして、山本和彦『「ドイツ型倒産法制」導入の是非』ビジネス法務13巻7号（2013年）39頁以下がある。

の倒産申立義務を検討する⁸。その背景には、わが国では、「現実には債務超過破産原因はほとんど機能していない⁹」「…倒産時にはめぼしい会社資産は何もないという場合がしばしばである¹⁰」「物的担保も人的保証も得ていなかった一般債権者は大きな損害を甘受せざるを得ない¹¹」という吉原の問題意識がある。

吉原は、ドイツの倒産申立義務について、「従来これが有効な機能を果たしてきたとはいえない¹²」と指摘しつつも、「支払不能の前段階としての債務超過の意味に着目し、不断の経営状態・財産状態把握義務を結びつけて、早期の危機管理という役割を…期待するようになってきた¹³」と評価する。その上で、このような財産状態を把握する義務は、わが国の「財務状況悪化時における取締役の義務」にも含まれると解されて¹⁴、小規模会社における取締役の責任追及を容易にすることに役立つのではないかと述べる¹⁵。

2 木川裕一郎

木川裕一郎は、「経営が悪化した会社における経営者の適切な業務執行を確保するという観点から、商法(マ)429条1項に関する解釈論を破産手続申立義務という形で位置付けられないか」を検討する¹⁶。このような検討を行う背景には、「経営者の無理な経営に法的な歯止めを掛けるためには、誤解により削除された破産申立義務」に関する「安定した解釈論」が必要であるという木

8 吉原和志「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護(2)」法学協会雑誌102巻5号(1985年)112頁。

9 吉原・前掲注(8)111頁。

10 吉原・前掲注(8)111頁。

11 吉原・前掲注(8)111頁。

12 吉原和志「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護(3・完)」法学協会雑誌102巻8号(1985年)46頁。

13 吉原・前掲注(12)46頁。

14 吉原・前掲注(12)83頁。

15 吉原・前掲注(12)92頁。なお、吉原は、立法論として倒産申立義務を導入すべきだと主張しているわけではない(吉原・前掲注(12)82頁)。

16 木川裕一郎「倒産手続開始申立義務の再生」法学新報113巻9・10号(2007年)159頁。

川の問題意識がある¹⁷。

木川がドイツの倒産申立義務をどのように評価しているのかは必ずしも明らかでないが、「経営破綻（債務超過）したことが判明した段階で、取締役は、債権者の共同担保である責任財産を減少させない義務を負っていると解すべきである」として¹⁸、倒産申立義務は、会社法 429 条 1 項の任務の一部に含まれるとされる¹⁹。

3 早川 勝

早川勝は、わが国において、「財政上の基礎が不安定な会社の設立の危険が存在する²⁰」ことを踏まえて、「事後的な補償を含めた債権者保護を強化することが必要である²¹」との問題意識をもつ。

その上で、早川は、過去にわが国に倒産申立義務が設けられていたときとは異なり、今日では、「取締役は会社が債務超過かどうかという情報をより簡単に手に入れることができる²²」ことから、取締役の注意義務に倒産申立義務が含まれる可能性を指摘する。これによって、「会社の財政上の危機の際に、より早い段階での債権者保護が実施される²³」と述べる。

4 浦川章司

浦川章司は、会社法が最低資本金を廃止したことを踏まえて、「会社債権者

17 木川・前掲注 (16) 163 頁。

18 木川・前掲注 (16) 183 頁。

19 木川・前掲注 (16) 185 頁。

20 Masaru Hayakawa, Wettbewerb der Gesetze und Gläubigerschutz nach dem Gesellschaftsrecht in Japan, 同志社法学 62 卷 1 号 (2010 年) 21-22 頁。以下では、邦語文献と同様に「早川」で引用する。

21 早川・前掲注 (20) 22 頁。

22 早川・前掲注 (20) 28 頁。

23 早川・前掲注 (20) 29 頁。

の利益を確保するための手段を講ずるべきである²⁴」として、ドイツの倒産申立義務を参照する。

倒産申立義務に対する浦川の評価は、会社法 429 条の取締役の対第三者責任に対する浦川の問題意識と結びついている。すなわち、わが国の中小企業の経営者は保証人の地位も兼ねることが多いことから、「経営者である取締役…に対する民事上の責任追及は、実効性を有しない²⁵」とする。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²⁶」として、ドイツの倒産申立義務のわが国への導入を提案する。

5 武田典浩

武田典浩は、次の 2 つの理由を挙げて、日本への倒産申立義務の導入について検討する。

第 1 に、「経営者に対して『ムチ』を与えることにより低生産性企業の退出を促進させることが倒産申立義務の存在意義である」という考え方に対して、「母国たるドイツの倒産申立義務は上記のような趣旨の下で運用されているのかにつき、詳細な検討をする必要」があると述べる²⁷。

第 2 に、「立法論として倒産申立義務を論ずる必要性があるのか」という問題意識から、倒産申立義務の「日本法への導入の方法」を検討する必要性を指摘する²⁸。

その上で、武田は、ドイツの学説や判例を踏まえて、倒産申立義務を次のように評価する。

24 浦川章司「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」近畿大学短大論集 44 巻 1 号 (2011 年) 22 頁。

25 浦川・前掲注 (24) 34-35 頁。

26 浦川・前掲注 (24) 35 頁。

27 武田・前掲注 (5) 345 頁。

28 武田・前掲注 (5) 345 頁。

第1に、ドイツの倒産申立義務は、「強化された業務執行者の自己検査義務…に違反して適切な対応を行うことなくして事業継続を行った業務執行者に対し、倒産を遅延させた責任を課す」という役割があるとされる²⁹。さらに、同義務は、「倒産状況にある会社における取締役の注意義務の判断基準として機能してきた」とも説明される³⁰。

第2に、ドイツの判例の前提として、「倒産適状後であっても、倒産法における債権者保護の道具を機能させることを前提に、一定範囲の事業継続を認めざるを得ない」ことが指摘される³¹。

以上のことから、武田は、イギリス法との比較を行う必要があるとしつつも、「倒産申立義務を取締役の善管注意義務ないしは任務懈怠の任務性の一内容に取り込む方法が、無難な落とし方である」との結論を述べる³²。

6 従来の研究のまとめとその問題

従来の研究（武田典浩を除く）は、会社財産の維持・保全という観点からすれば、取締役の対第三者責任による規律付けだけでは不十分だという問題意識を有しており、そのような問題を改善するための方法としてドイツの倒産申立義務を参照してきた。そこでは、同義務による規律付けが取締役の対第三者責任によるそれよりも、取締役に倒産手続を早期に申し立てるインセンティブを与える、赤字の事業の継続を早期に断念させる、ということが前提とされてきたように見受けられる。

もっとも、従来の研究が（暗黙のうちに）想定しているほど、倒産申立義務による規律付けがドイツで機能しているのかは明らかでない。また、同義務のわが国への導入を主張する研究は、同義務がわが国の取締役の対第三者責任と

29 武田・前掲注（5）353頁。

30 武田・前掲注（5）366頁。

31 武田・前掲注（5）366頁。

32 武田・前掲注（5）368頁。

比べて具体的にどのような点でどれくらい異なるのか、どのようなメリット・デメリットがあるのかを十分に説明していない。

Ⅲ ドイツの倒産申立義務

ここでは、ドイツの倒産申立義務について、学説・判例を通じた検討を行う。まず、同義務の概要を紹介し(1)、その上で、個別の論点について検討していく。具体的には、同義務の内容(2)および損害賠償の範囲(3)である。どちらも取締役の倒産手続の早期申立てを行うインセンティブに影響を与えるものである。

なお、以下では、有限会社の業務執行者の倒産申立義務を取り上げるが、その内容は、株式会社の取締役のそれと変わらない³³。また、検討に際しては、学説の細かい対立や理論構成には深く立ち入らない。それらは、同義務の内容を具体的に明らかにするという本稿の問題意識からは逸れるからである。

1 概要

ドイツにおいて、有限会社の業務執行者の倒産申立義務は、2008年まで旧有限会社法64条1項に定められていた。2008年以降は、倒産法15a条1項1文に、有限会社を含む法人の代表機関に関する倒産申立義務がまとめて規定されている(実質的な内容に変更はない)³⁴。その内容は、次のとおりである。

倒産法15a条1項1文

「法人が支払不能あるいは債務超過になった場合、代表機関の構成員あるいは清算人は、有責な遅滞なく、支払不能あるいは債務超過に陥った後おそくとも3週間以内に、開始申立を行わなければならない³⁵。」

33 本稿で紹介する判例のなかにも株式会社の事案が含まれている。

34 *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff, GmbHG*, 19. Aufl 2016, Anh zu § 64 Rn. 1

35 翻訳について、武田・前掲注(5)345頁を参照した。

有限会社の業務執行者は、会社に支払不能あるいは債務超過という倒産開始原因（Eröffnungsgrund）が生じた場合³⁶、3週間以内に倒産申立てを行わなければならない（倒産申立義務）³⁷。この義務に違反した場合、業務執行者は、民法典823条2項³⁸にもとづく不法行為責任、いわゆる倒産引延責任（Insolvenzverschleppungshaftung）を負うとされる。倒産申立義務の規定は債権者のための保護法規と解されており、債権者は、業務執行者がこの保護法規に違反したことを理由に、業務執行者に対して倒産引延責任を追及できる³⁹。

倒産引延責任が認められるためには、業務執行者の過失が必要である⁴⁰。ただし、倒産引延責任を追及する債権者の側が、業務執行者の過失を証明する必要はない⁴¹。債権者は、ある時点で会社に倒産開始原因が生じており、その時点から3週間以内に倒産申立てが行われなかったこと、そのことによって生じた損害額を証明すればよい⁴²。これらが債権者の側から証明された場合、業務執行者は自身の無過失を証明できない限り、損害賠償責任を負う。

以下では、業務執行者に具体的にどのような義務が課されているのかをみて

36 なお、有限会社の倒産開始原因には、これらに加えて「支払不能のおそれ（drohende Zahlungsunfähigkeit）」もある（倒産法18条1項参照）。ただし、この「支払不能のおそれ」は、業務執行者の倒産申立義務を生じさせる倒産開始原因には含まれない。

37 なお、業務執行者が不在の場合、社員に倒産申立義務が課される（Kleindiek, a.a.O.(Fn.34), Anh zu § 64 Rn.1.）。

38 ドイツ民法典823条2項は、次のとおりである（翻訳について、小笠原奈菜「当事者が望まなかった契約の適正化と情報提供義務：契約関係維持を中心として（3）」山形大学法政論叢54・55号（2012年）47頁注145を参照した）。

「他人の保護を目的とする法律に違反した者も、前項と同様である。法律の内容によれば過失がなくとも違反が生じる場合、賠償義務は過失があるときに限り生じる。」

39 Weiß, Insolvenzspezifische Geschäftsführerhaftung, Köln 2017, S.127.

40 Weiß, a.a.O.(Fn.39), S.128.

41 Bayer/Schmidt, Die Insolvenzantragspflicht der Geschäftsführung nach § 92 Abs.2 AktG, 64 Abs.1 GmbHG, AG 2005, 644, 646.

42 因果関係については、ドイツやわが国の文献をみてもあまり議論されていない。これは、後でみるように、損害の概念自体が倒産申立義務違反から生じたことを前提に考えられているからだと思われる。

いこう。

2 倒産申立義務の内容

ここでは、倒産申立義務の内容を大きく3つの場面に分けて説明する。すなわち、平時（会社の財産状態が悪化していない状況）に会社の財産状態を把握しておく場面（2-1）、会社に倒産開始原因（債務超過）が生じているのかを具体的に検査する場面（2-2）、会社に倒産開始原因が生じていることを認識した後の場面（2-3）、である。これらは連続的なものではあるが、同義務の内容を明らかにするために、このように分けて検討する⁴³。

なお、ドイツの学説において倒産申立義務との関係で倒産開始原因が論じられる場合、支払不能ではなく、債務超過を重点的に取り上げることが多い。本稿でも、倒産開始原因として債務超過を念頭に置いて検討していく。

2-1 平時に会社の財産状態を把握しておく場面

倒産申立義務は、会社の倒産局面において、業務執行者が債務超過を認識した時点で単に倒産申立てを行う義務だとは考えられていない。むしろ、業務執行者には、倒産局面だけでなく、平時から会社の財産状態（経済状況）を把握しておく、いわゆる自己検査義務（Selbstprüfungspflicht）が課されていると一般的に理解されてきた⁴⁴。これによって、会社に倒産開始原因が生じていることやその兆候を早期に発見することが期待される⁴⁵。したがって、業務執行者が会社の財産状態を普段から把握しておらず、会社が債務超過であることを認識できなかった（あるいはその認識が遅れた）場合、業務執行者に過失があったと判断される可能性がある。

もっとも、自己検査義務のように「会社に倒産開始原因が生じていたことを

43 裁判所がこのように場面を分けて、倒産申立義務違反を判断しているわけではない。

44 Haas, Aktuelle Rechtsprechung zur Insolvenzantragspflicht des GmbH-Geschäftsführers nach § 64 Abs.1 GmbHG, DStR 2003, 423, 424.

45 Thiele, Antrag auf Insolvenz in Eigenverwaltung der GmbH-Geschäftsführung und die Pflicht zur Einführung von Krisenüberwachungssystemen, ZInsO 2014, 1882, 1883.

より早い段階で認識しておくこと」が具体的に争われた事案は、少なくとも連邦通常裁判所レベルでは見当たらない。そのため、倒産申立義務に付随する自己検査義務が、倒産手続の早期申立てを促すようなものになっているのか、実際にどのような形で適用されているのかも明らかでない。そこで本稿では、他の論点において紹介する事案を通じて、裁判所が「会社に倒産開始原因が生じていたことをより早い段階で認識しておく」ことをどれくらい厳しくみているのかを確認したい。後に詳しく述べるが、実際の事案において、このような意味での自己検査義務が厳格に適用されてきたとは言いがたい。

2-2 会社に倒産開始原因が生じているのかを具体的に検査する場面

次に、債務超過の検査（Überschuldungsprüfung）について、債務超過をどのような基準で評価するのかという側面（内容面）と債務超過をどのような手続きのもとで評価するのかという側面（過程面）に分けて説明する。

2-2-1 債務超過の基準（内容面）

債務超過の定義は、1999年施行の倒産法によって初めて成文化された⁴⁶。現在、その定義には若干の変更が加えられて、倒産法19条2項1文において、次のように定められている（なお、2008年10月から2014年12月までの間、債務超過の定義は、金融市場安定化法（Finanzmarktstabilisierungsgesetz, FMStG）によって修正されていた⁴⁷）。

46 それまでは、判例によって債務超過が定義されてきた。

47 1999年施行時の倒産法19条2項は、債務超過の定義を次のように定めていた（邦訳について、吉野正三郎『ドイツ倒産法入門』（成文堂、2007年）90頁を参照した）。

「債務超過は、債務者の財産が存在する債務をもちや填補しない場合に存在する。しかし、企業の継続がその状況に応じて確実に見込まれる場合、債務者の財産の評価に際して、企業の継続に基礎を置くことができる。」

以前の定義では、「企業の継続がその状況に応じて確実に見込まれる場合」でもなお、継続企業価値にもとづいて評価された貸借対照表を作成する必要があった。それに対して、現行法では、「企業の継続がその状況に応じて確実に見込まれる場合」には、継続企業価値にもとづいて評価された貸借対照表を作成する必要はない。

倒産法 19 条 2 項 1 文

「債務超過は、債務者の財産が存在する債務をもはや填補しない場合に存在するが、ただし、企業の継続がその状況に応じて確実に見込まれる場合は除く。」

同条による定義のもとでは、債務超過は、2段階に分けて判断される。

まず、企業の保有する資産の価値が負債を下回るかどうかである⁴⁸。このときの資産の価値は、継続企業価値ではなく、清算価値にもとづいて評価される。装置や機械などの固定資産は、基本的に、別々に売却したときの市場価格で算定される⁴⁹。

次に、「企業の継続がその状況に応じて確実に見込まれる」かどうかである⁵⁰。計算上（清算価値にもとづく評価）は債務超過であっても、ただちに法的な債務超過だと評価されるわけではない。これには、一定期間内に債務を弁済することが予想される場合には、その事業活動をまだ終えるべきでないという考慮がある⁵¹。なお、「企業の継続がその状況に応じて確実に見込まれる」ことは、債権者の側ではなく、業務執行者の側から証明されなければならない⁵²。

この「企業の継続がその状況に応じて確実に見込まれる」とは、一般的に、「ポジティブな存続予想（positive Fortbestehensprognose）」があるかどうかで判断される⁵³。ただし、この「ポジティブな存続予想」に明確な基準はなく、

48 *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 8.Aufl., Tübingen 2017, S.58.

49 *Harz/Bornmann/Conrad/Ecker*, Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, NZI 2015, 737, 743.

50 これとは逆の順序で検査することを指摘する見解もある（Vgl. *Institut der Wirtschaftsprüfer*, IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11) (Stand: 29.1.2015), ZinsO 2014, 1136, 1141.)。

51 *Kleindiek*, a.a.O.(Fn.34), Anh zu § 64 Rn.26.

52 *Gehrlein*, Unternehmensinsolvenz in der Rechtsprechung des BGH, 2.Aufl., München 2016, S.41.

53 *Haas*, a.a.O.(Fn.44), 424.

学説においても微妙に異なるニュアンスで説明されている。

たとえば、「ポジティブな存続予想」は、会社が現在および将来の債務を補填できる収益を中期的に達成する確実な見込みがある場合だと説明される⁵⁴。確実な見込みというのがどれくらいなのかは不明だが、50%以上であればよいという見解がある⁵⁵。これに対して、会社の支払能力を強調する見解もある⁵⁶。その理由は、会社が存続するためには、会社が支払義務（債務）を履行できるかどうかが重要だからである。したがって、その支払義務の履行が事業の収益か、あるいは社員からの補償によって行われるのかは重要でないといわれる⁵⁷。ただし、いずれにせよ、「ポジティブな存続予想」は総合的に評価され⁵⁸、そのことについて業務執行者の裁量が認められると考えられている⁵⁹。

それでは、実際の事案において、債務超過は具体的にどのように判断されるのだろうか。以下では、そのことに関する2つの判例をみていこう。

BGH1992年7月13日判決⁶⁰

<事実>

Xは、1989年12月に開始された有限合資会社A社の倒産手続の倒産管財人である。Yは、A社の有限責任社員であった。

A社の事業は、航空機「S」の開発であった。もっとも、A社は航空機の生産を開始するまで収入源を他に有していなかったことから、1988年12月31日のA社の年度末決算は約190万マルクの債務超過であり、メインバンクからの借入りに頼っている状況であった。

54 *Gehrlein*, a.a.O.(Fn.52), S.40-41.

55 *A/G/R-Kadenbach* §19 InsO Rn.23.

56 *Kleindiek*, a.a.O.(Fn.34), Anh zu §64 Rn.34.

57 *Kleindiek*, a.a.O.(Fn.34), Anh zu §64 Rn.34.

58 *Kleindiek*, a.a.O.(Fn.34), Anh zu §64 Rn.32, *Institut der Wirtschaftsprüfer*, a.a.O.(Fn.50), 1141.

59 *Haas*, a.a.O.(Fn.44), 425.

60 BGH, Urt. v. 13. 7. 1992- II ZR 269/91, BGHZ 119, 201.

A社の計画によれば、航空機の開発において、次のようにして資金調達が行われる予定であった。すなわち、それは、自己資本補充的貸付け5300万マルク、連邦貸付け2000万マルク、州貸付け300万マルクなどであった。もっとも、この計画は実現せずに、A社は倒産した。なぜなら、A社の社員間で意見の相違が生まれたからである。

Xは、Yが1989年5月8日に貸付けの返済として受け取った約82万マルクの返還の請求を行った。Xによれば、その貸付けは自己資本補充的なものであったからである。

<判旨>

本判決は、A社が計算上債務超過であったことを認定する。

「A社は確かに1988年12月31日時点で計算上債務超過であった。その当時に存在していた1933486マルクの債務超過は、確かに、1989年5月初めの貸付けの返済が行われた時点までに、1989年5月31日時点の期中貸借対照表の報告にもとづけば1千万マルクの額に達していた。しかし、その数字は継続した帳簿価格による計算上の債務超過を描写したにすぎず、それゆえに、自己資本補充法の意味での会社の債務超過によるその問題についての回答のためには説得力がない。」

その上で、次のように述べてA社の法的な債務超過を否定する。

「該当する新しい理解によれば、隠れた準備金を含む清算価値評価での会社の財産が存在する債務を填補しない（計算上の債務超過）かつ会社の財政力が確実な見込みのもとで中期的な企業の継続に十分でない場合に、その規制（自己資本補充法）の意味における債務超過が話されうるにすぎない。したがって、それは2段階の債務超過概念である。…借方計上されるべきなのは、プロトタイプにまで進められたSの開発を含めた航空機に具体化される保護権利の売却の際に得られる価値である。A社が1989年

5月までのさらなる増加した開発費用を考慮してその価値を借方計上した際に法的に債務超過であったかどうかは、そのような開発プロジェクトの相当な価値を考慮すれば疑わしいように思われる。…ポジティブな将来予測がなければ、A社はさらなる政府の約束によって相当な助成金を獲得しなかっただろう。その上、そのプロジェクトは、1988年12月から1989年5月までの期間において、大量生産に加えて資金調達が行われていたようにみえる。結果においてA社におけるさらなる企画や任務の配分に関して家族社員間で生じた意見の相違は、まだその期間において予測されえなかった。いずれにせよ、上述の期間の近くでも、その理性的な予想の向こう側に、社員間の存在する相違が、社員がそこから予測されるすでに投資された資金と比べてわずかな保証を拒絶し、その結果すべてのプロジェクトが挫折することに至るということがあった。その状況において、A社の業務執行者は、問題となる貸付けの提供や放置の期間に、倒産申立てによって経済的に有望な会社の清算を開始することを義務づけられたり、その権利をあたえられなかった。」

本件は、業務執行者の倒産申立義務違反ではなく、社員貸付けの弁済が争われた事案であるが、その際に、A社が債務超過であったかどうか問題となった。ドイツでは、会社が倒産状態にある状況で社員から行われた（あるいは放置されていた）貸付けは、自己資本補充的貸付けとして、その劣後的取扱いや弁済の取消しが認められてきた⁶¹。

本判決は、A社が計算上大幅な債務超過であることを認定しつつも、法的な債務超過ではないと述べる。その理由として、A社の航空機の開発プロジェクトが順調であり、ポジティブな存続予想のおかげで政府から資金調達も行えていたことが挙げられている。したがって、その後の社員間の意見の相違によっ

61 増田友樹「ドイツにおける社員貸付けに対する規律付け」同志社法学68巻2号（2016年）65-66頁。

てプロジェクトが失敗することは予想できなかったとされた。

このように「ポジティブな存続予想」があれば、業務執行者は、たとえ計算上は債務超過であったとしても、倒産申立てを行わずに、事業を継続することができる。さらに、業務執行者には「ポジティブな継続予想」についての裁量認められており、本件のように、結果的に会社が倒産したとしても、業務執行者はその責任を問われない。

BGH1994年6月6日判決⁶²

<事実>

Yは、有限会社A社の業務執行者であり、1985年以降は唯一の社員であった。A社は、同年12月および1986年1月に、Xに総額98236マルクの注文を行った。Xは、商品の所有権を留保したまま、1986年1月および2月に商品をA社に提供した。

その後、Yは同年3月27日にA社の倒産手続を申し立てた。A社の倒産手続は、同年4月25日に開始された。商品の代金を受け取っていないXは、取戻権(所有権留保)によって、7960マルクに相当する商品を受け取った。さらに、Xは、残りの90726マルクの損害賠償請求をYに対して行った。

<判旨>

本判決は、債務超過の証明責任について、次のように述べる。

「…原則的に、債権者が倒産申立義務の客観的な前提条件の存在について証明しなければならない。会社が決められた日に計算上債務超過であることが確実である場合、もちろん、企業をそれにもかかわらず継続させたことを当時の観点から正当化する状況を説明することは、業務執行者の対象である。このために、業務執行者は、たいていは、会社の将来の見通し

62 BGH, Urt. v. 6. 6. 1994- II ZR 292/91, BGHZ 126, 181.

について重要な状況の知識を有していない当事者以外の債権者よりもよい状況にある。そのような状況の説明は、業務執行者にとって無理のないものである。なぜなら、すでに説明したように、いずれにせよ企業の状況の絶え間ない検査が義務付けられているからである…。」

その上で、本件で債務超過の判断の際に問題となった商品在庫について、次のように述べる。

「…控訴審裁判所は、在庫がすでに1984年12月31日の貸借対照表においてすでにあまりにも高く見積もられていたということに決定的に合わせていた。この誤りは、1985年8月31日時点での期中貸借対照表においても続いていただろう。なぜなら、その期日において、在庫が、棚卸ではなく、1984年12月31日の在庫の更新補正（*Fortschreibung*）によって計算上算定されたものであることは明らかだからである。控訴審裁判所は、その際に、専門家Uから得た、1984年末の貸借対照表上の在庫は、1983年末との比較で49万マルク増加しており、その点でも、…そのような在庫の膨張について、経営学的に必要性がないという事実にもとづいていた…。」

「控訴審裁判所は、短い言及（『Yから説明された倉庫保管の調整にかかわらず』）を除いて取り組まなかった。控訴審裁判所は、単に書面の鑑定書における説明を参照したにすぎない…。…控訴審裁判所の実際の評価にとって、Yが経営学的な観点において理性的に行動したかどうかは、原則的にささいなものであったに違いない。商品在庫を実際に増額していた場合、貸借対照表上の見積もりは正当であり、控訴審裁判所から採用された覆い隠された損害は存在しない。ただし、主張された行動の経営学上の無意味のためにYを信じなかったという控訴審裁判所の説明も理解しうる。しかし、そのような主張の評価は、そのために行われた証拠の確認なしには許容されない。これとの関連で、控訴審裁判所は、明白に議論の余地のない事実、すなわち、1984年12月31日時点での在庫の見積もりは、単

に計算上算定されていただけでなく、棚卸に基づくということに取り組みなければいけなかった…。」

本件は、債務超過の疑いのあるA社と取引を行ったXが、A社の業務執行者であるYに対して倒産申立義務違反にもとづく損害賠償請求を行った事案である。本件は、わが国の研究において、倒産申立義務違反において賠償される損害の範囲が拡大された事案として紹介されることもある⁶³。

本判決は、1985年にA社が既に債務超過であったことを判断するために、1984年12月31日時点のA社の商品在庫に着目した控訴審裁判所の判断に問題があるとする。なぜなら、控訴審裁判所はそのことを専門家の意見（A社の商品在庫の評価はあまりにも高く見積もられている）にもとづいて判断しているが、その専門家の意見は計算上の数字であり、実際の棚卸によって確認された数字ではないからである。したがって、A社の商品在庫は、棚卸によって確認される必要があるとした。

ここでは紹介していないが、本件において、Xは、A社の商品在庫の数字が1986年になって突然大幅に減少し、A社が債務超過に陥ったことを指摘していた。そのため、専門家の意見をもとに、1984年末の時点ですでに商品在庫が高く見積もられていたとするXの主張（および控訴審裁判所の判断）にもそれなりの説得力があった。さらに、XがA社に対して最後に商品を提供したのは1986年2月で、その約1ヶ月後（1986年3月）に、YがA社の倒産手続の申立てを行っている。1ヶ月という短期間でA社の財産状況が大幅に悪化したとは考えにくく、以前から商品在庫が高く見積もられていた可能性は十分にある。少なくとも、自己検査義務を前提にすれば、より早い段階で商品在庫についての適切な評価が行われるべきだったように思われる。

63 木川・前掲注(16)181頁、武田・前掲注(5)354頁。

2-2-2 債務超過を検査する際の手続き（手続面）

債務超過の検査は、期末の決算書の数字ではなく、清算価値にもとづく債務超過貸借対照表（Überschuldungsbilanz）を別に作成することによって行われなければならない⁶⁴。業務執行者は、期中であっても債務超過貸借対照表を作成して債務超過の検査を行う必要がある。その際に、業務執行者が会計等について専門知識を有していない場合、状況によっては、自己と利害関係のない専門知識を有した者からの助言を得なければならない⁶⁵。以下では、この債務超過の検査の手続きに触れた判例についてみていこう。

BGH2007年5月14日判決⁶⁶

<事実>

Xは、株式会社A社の倒産管財人である。Yは、ソフトウェア開発およびその販売を業とするA社の取締役であった。

2001年に作成された2000年12月31日時点の貸借対照表によれば、A社は、約33万マルクの債務超過であった。しかし、2001年8月17日に、公認会計士がその年度末決算を検査したところ、決算日においてA社は、貸借対照表上、法的に債務超過ではないとされた。

A社は、2001年8月7日から2001年10月19日までの期間において、給与所得税ならびに社会保険の従業員部分の支払いを行っていた。その後、2001年11月12日に、Yは、A社についての倒産手続の開始を申し立てた。

Xは、株式法92条2項および3項、93条2項および3項6号にもとづいてYに上述の支払いの返還を請求した。その理由は、A社は、2000年12月31日時点で既に法的に債務超過であったというものである。

64 *Bork*, a.a.O.(Fn.48), S.59.

65 *Thiele*, a.a.O.(Fn.45), 1887.

66 BGH, Urt. v. 14. 5. 2007- II ZR 48/06, WM 2007, 1274.

<判旨>

本判決は、Yの過失の証明責任について、次のように述べる。

「株式会社法 92, 93 条による倒産申立義務の違反についての取締役の責任は、有限会社法 64 条 2 項による有限会社の業務執行者の責任と同じように、倒産申立義務の有責な違反を前提とする。代表機関の責任のためには、倒産成熟を認識できることで十分である。すなわち、取締役あるいは業務執行者の過失が推測される。倒産申立義務に有責的に違反していなかったことについての説明責任および証明責任は、取締役あるいは業務執行者に向けられる。」

その上で、Yの自己検査義務および債務超過の検査の手続きについて、次のように述べる。

「Yは、その主張、言い換えれば機関構成員としての不足する過失の立証を果たした。機関の代表者には、会社の経済状況について常に確かめることが期待される。これには、債務超過や支払不能の検査が必要とされる。必要な情報や倒産申立義務のために必要な認識をタイミングよく手に入れない場合には、そこから過失として扱われる。もし十分に個人的な知識を有していない場合、機関の代表者は、場合によっては外部からの助言を求めなければならない。そのためには、専門的な知識を有することが期待される者のかわりに、機関の代表者の一人のもとでの単純な問いかけは当然に十分でない。むしろ、機関代表者は、会社の状況の包括的な説明および必要な資料の開示のもとで、独立した、明らかにすべき問題に専門的な知識を有する職業人に助言を求めることが必要になる。」

「…代表者が一自身の十分な専門的知識を欠いているにもかかわらず—適切に専門的知識に基づいた助言を得た場合、機関上の代表者に倒産状況の存在の解明のために無関係の専門知識に基づいた助言を手に入れることを要求し、それにもかかわらず、その注意義務に有責的に違反したとして

責任を追及することは正当化されえないだろう。」

本件は、有限会社の業務執行者の倒産申立義務違反が問題になった事案ではなく、株式会社の取締役が倒産状況において第三者に支払いを行った際に、倒産申立義務が既に生じていたかどうかの問題になった事案である。

本判決は、倒産申立義務違反についての無過失の証明責任は、取締役および業務執行者にあるとした。その上で、取締役が会社の経済状況を常に確かめなければならないという自己検査義務を指摘し、適切なタイミングで倒産申立義務の認識のために必要な情報を手に入れないことは過失として扱われるとした。もっとも、本件の場合、十分な専門知識を有していないYは、専門家から助言を得ていることから過失はないとされた。

このように、本件では、専門家からの助言を受けたYの過失は否定されているが、次のような疑問がある。すなわち、会社の経済状況を常に確かめなければならないという自己検査義務からすれば、Yは、より早い段階で専門家から助言を得るべきであったように思われる。なぜなら、本件では、2000年12月31日時点の貸借対照表について、その8ヶ月後に専門家に検査の依頼がなされているからである。本件において、「会社に倒産開始原因が生じていたことをより早い段階で認識しておく」ことが厳格に要求されているようには見受けられない。

2-3 会社に倒産開始原因が生じていることを認識した後の場面

会社に倒産開始原因が生じた後でも、倒産法は、業務執行者に倒産申立てについて3週間の猶予を与えている。これによって、業務執行者には、限られた期間ではあるが、会社の再建について検討することが認められている。ただし、再建の可能性がないということが3週間の期間の前にすでに確定している

場合、業務執行者は即座に倒産申立を行わなければならない⁶⁷。

この3週間の期間は、業務執行者が倒産開始原因を具体的に認識することによって開始する⁶⁸。その結果、業務執行者は倒産開始原因を遅れて認識した場合でもなお、会社の再建について検討することの猶予が与えられる。そのため、このような基準のもとでは、会社財産がさらに減少するおそれがある⁶⁹。以下では、業務執行者が会社に倒産開始原因が生じていることを認識した後の対応について触れた2つの判例をみていこう。

BGH1979年7月9日判決⁷⁰

<事実>

A銀行は、州立銀行であり手形交換所である。Y1およびY2は、A銀行の監査役であった。

A銀行は、多額の外国為替取引における損失によって、1974年6月27日に和議手続きを申立てた。この損失は、1973年中頃から、A銀行の資本金を繰り返し上回っていた。Y2は、1974年6月11日には、銀行内の検査において、1974年5月31日までに、外国為替の先物取引でおよそ6400万マルクの損失が生じていることを認識していた。また、Y2は、このことをY1にも伝えていた。その後、A銀行の再建策についての話し合いがドイツ連邦銀行の社長なども含めて行われたが、うまくいかなかったことから上述の和議手続きが申し立てられた。

Xは、裁判所の手続にも裁判外の手続にも加わらず、Yらに対して、透視責任や株式法の規定の違反および不法行為責任を理由に損害賠償を請求した。

67 *Hass*, a.a.O.(Fn.44), 426.

68 *Bayer/Schmidt*, a.a.O.(Fn.41), 646.

69 *Kleindiek*, a.a.O.(Fn.34), Anh zu § 64 Rn.61.

70 BGH, Urt. v. 9. 7. 1979- II ZR 118/77, BGHZ 75, 96.

<判旨>

本判決は、Yらが倒産申立義務を負っているという仮定のもとで、再建の試みについて、次のように述べる。

「もし、Yらがいったんその事態を引き受けた後で倒産申立義務を守らなければならないということから出発する場合には、Yらは、株式法92条2項の規定によれば単に倒産・和議手続きを有責な遅滞なく遅くとも3週間以内に申し立てることが義務付けられているということを引き合いにだせるかもしれない。それによれば、権限を有する会社機関はその倒産状況の確定の際に絶対にただちに倒産あるいは和議申立てを行う必要はない。申立ては、有責な遅滞なく行われなければならない。それは、その権限や場合によってはそれどころかきちんと誠実な業務執行者の注意深さをもって、別の少し思い切った、会社やその債権者、そして社会の損害を回避する対策が倒産手続よりも有効であるかどうかを検査し、決定する義務を含める。このことによって企業の経営陣に認められる当然の裁量は、その行使のために設けられた3週間を通じてさらに強調されるが制限される。

その結果、法は時間の短く見積もられた再建行動のための裁量を認める。経営陣は、事案の状況に応じて、債権者との交渉や企業を救う新しい資本の調達のように、適切な手段によって試みのための機会を有する。そのような試みは、会社やその構成員の利益だけでなく、とりわけ、早まった倒産開始が諸刃の剣を作るために、職場の維持や一般的な利害の債権者にも役立つ…。」

「慎重な考慮、行為、決定のための遅くとも3週間の算定期間は、本件の債務超過—それについて決定されなければならない—の事案においても、株式法92条2項2文のあいまいな文言（有限会社法64条1項1文も参照）に対して、本件で義務付けられている機関が債務超過の具体的な認識を有した時点でようやく始まる。なぜなら、それゆえに、その機関は再建の試みを可能にするという目的を果たすことができるからである。…業務執行

を行う機関は、それゆえに、場合によっては、倒産状況を過失であまりにもおそく発見し、その点では損害賠償を請求されうる場合であっても、義務に応じた再建努力のための裁量によってその期間を利用してもよい…。」

本件は、銀行の監査役が、倒産申立てをすぐに行わず、銀行の再建を試みたことが問題になった事案である。

倒産申立義務は、会社の取締役や業務執行者に課されるものであり、監査役には課されない。その上で、本判決は、もし監査役の倒産申立義務を問題にするとしても、再建の試みについての裁量が与えられるとして、Yらの損害賠償責任を否定した。また、本判決は、3週間という期間の開始は、業務執行者が債務超過の具体的な認識を有した時点だと述べる。しかも、それは、たとえ倒産状況を遅れて発見した場合でも変わらないとされた。

このように、会社に倒産開始原因が生じた後でも、業務執行者には、会社の再建について検討することの猶予が与えられており、そのことについての裁量も認められる。結果として再建することができなかったとしても、業務執行者の責任は問われない。ただ、本件でも、A銀行は、資本金を上回る損失を1973年頃から計上していたにもかかわらず、1974年6月頃にその対応を協議していた。会社の経済状況を常に確認しておくという自己検査義務からすれば、より早い段階での対応が要求されてもよいように思われる。

BGH2012年3月27日判決⁷¹

<事実>

Xは、有限会社A社の倒産管財人である。Yは、A社の唯一の業務執行者である。2003年8月に、Yは、A社のメインバンクからの助言で、証人E（戦略コンサルタント）にA社の財産状況の検査や再建手段を相談した。Eは、

71 BGH, Urt. v. 27. 3. 2012- II ZR 171/10, ZIP 2012, 1174.

2003年11月9日に見解を提出した。それを踏まえて、Yは2003年12月12日に倒産申立てを行った。A社の倒産手続は、2004年2月に開始された。

Xは、以下のことを主張する。すなわち、A社は少なくとも2003年8月31日以降支払不能の状態であり、旧有限会社法64条2項によれば、Yが2003年9月1日から2003年11月30日までに行った44245ユーロの支払いについて、Yは賠償しなければならないというものである。

<判旨>

本判決は、倒産成熟（Insolvenzreife）を認識するために、専門家の助言を得る必要性について、次のように述べる。

「有限会社の業務執行者には、会社の経済状況について常に確かめることが期待される。このために、とりわけ倒産成熟の検査がある。もし、支払いが行われた日に有限会社がそのような状況でなかったと業務執行者が認識している場合、業務執行者は有限会社の支払能力を清算貸借対照表にもとづいて再検査しなければならない。もし、義務付けられた倒産申立てを行うかどうかを検査するために必要な情報や認識をタイミングよく手に入れなければ、業務執行者は過失のもとで行動している。その場合に、業務執行者が十分な個人的な認識を有していないのであれば、場合によっては専門家に助言をもらわなければならない。」

「会社の状況の全面的な説明や必要な書類の公表のもとで、無関係の解明すべき問題に専門的な資格をもつ者から助言を受けて、それによって倒産成熟がないことの確認がなされた場合に、十分な専門知識を有していない業務執行者は許される。さらに、通常かつ誠実な業務執行者の注意深さは、納得いく検査結果を受け入れることを要求する。」

その上で、本件について、次のように述べる。

「Y自身には倒産成熟の信頼できる専門知識が欠けているのだから、A

社の危機時の出現の際に即座に専門的に助言を得て、A社が助言結果に応じて倒産成熟でなかった場合には、Yは許される。2003年11月9日の証人Eの所見は、その要求を満たすためには適切でない。上告審にある状況や過失推測によってA社が遅くとも2003年8月終わりには支払不能であり、そのことをYが知ることができたということから出発されるのであれば、遅くともその時点以降、賠償義務によって補強される有限会社法64条2項による支払禁止が考慮されなければならなかった。それゆえに、Yの有責的な注意義務違反は、否定されえない。なぜなら、証人Eは、2003年8月に、会社の財産状況や再建可能性の検査を依頼されていたからである。Yが危機時の兆候の際に即座に専門的な資格のある者に、会社が倒産成熟かどうか、倒産申立が行われなければならないかどうかの検査を依頼し、提供された説得力検査に応じて専門的な助言に従って行動していれば業務執行者は許される。しかし、有限会社法64条による支払禁止や倒産法15a条の倒産申立義務の意味や目的からは、そのような検査が専門知識のある第三者によって即座に行われて、業務執行者は即座の依頼で満足してよいのではなく、即座の検査結果の提出を手に入れようと努力しなければならないことが推測される。」

「証人Eの鑑定人の見解は即座でなく、2003年11月9日によく作成されたものであり、それゆえに、もしA社がすでに2003年8月31日時点で支払不能であった場合、2003年9月1日以降の支払に関してYの嫌疑を晴らすことはそれらの根拠から適切でない。」

本件は、A社が倒産状態にある状況で第三者に対して行われた支払いが問題になった事案である。

本判決は、会社が倒産状態にある可能性を認識した場合、Yは専門家に検査を依頼し、その検査結果を即座に得る努力をしなければならないとした。その上で、本件では、Yはそのような努力を怠っているとして、Yの過失が認めら

れた。

本判決は、業務執行者であるYに即座に行動することを要求しており、これまで検討してきた他の事案よりも厳しい判断であるように思われる。Yは、専門家に検査の依頼をしており、その検査結果の受領が遅れたにすぎないからである。ただ、本件でも、Yは自身で会社の財産状況を把握して、専門家に依頼を行ったわけではない。メインバンクからの助言によって初めて検査の依頼を専門家に行っており、「会社に倒産開始原因が生じていたことをより早い段階で認識しておく」ことが厳格に要求されているようにはみえない。また、Xが検査結果を受領した日（11月9日）から実際に倒産申立てを行った日（12月12日）までに3週間以上経過しており、倒産申立義務が厳格に適用されているようにも見受けられない。

3 損害賠償の範囲

倒産申立義務違反において賠償される損害は、ある時点を中心として2つに分けられる。その時点とは、「倒産申立てが行われなければならなかった」時点である。この時点より前に債務者と契約を締結して信用を提供した者は旧債権者（Altgläubiger）、この時点よりも後に債務者と契約を締結して信用を提供した者は新債権者（Neugläubiger）とよばれる⁷²。どちらの債権者に分類されるかで、業務執行者に対して請求できる損害賠償額も異なってくる。

3-1 旧債権者—割合的損害

旧債権者が請求できる損害賠償額は、倒産申立てが行われなければならなかった時点で得られたであろう配当額が倒産申立ての遅延によって減少した部分である。要するに、倒産申立てが行われなければならなかった時点で得られたであろう配当額と倒産手続で実際に得られた（得られるであろう）配当額と

72 Wagner, Grundfragen der Insolvenzverschleppungshaftung nach der GmbH-reform, FS für Karsten Schmidt, 2009, 1665, S.1674.

の差額である。このような損害を割合的損害（Quotenschaden）という⁷³。

たとえば、A社は、倒産申立てが行われなければならなかった時点で、資産80、負債100という財務状況であったとしよう。債権者Bは、その時点でA社に対して10の債権を有していたとする（その他の債権者もすべて一般債権者だとする）。もっとも、A社の業務執行者の倒産申立義務違反によって、実際の倒産手続において、A社の資産は40に減少していたとする。

このとき、倒産申立てが行われなければならなかった時点での債権者Bへの配当額は $80 \times 10\% = 8$ である。それに対して実際に得られた（得られるであろう）配当額は $40 \times 10\% = 4$ になる。その結果、債権者Bが倒産申立義務に違反した業務執行者に対して請求できる損害賠償額は、 $8 - 4 = 4$ となる。以下では、この割合的損害が問題になった判決をみてみよう。

BGH1998年3月30日判決⁷⁴

<事実>

Xは、1988年12月9日に倒産手続が開始された家具用布地を扱う有限会社A社の倒産管財人である。Y1はA社の唯一の業務執行者であり、Y2はA社の従業員として勤務していた。

A社は、販売先の支払いが滞った影響で、1986年10月の終わりに、仕入先に支払条件についての再交渉を行い、合意に至った。もっとも、その合意条件にもとづいた支払いは行われていない。その後、A社は、1986年12月終わりに銀行に借入金を全額返済している。

Xは、Y1に対して、旧有限会社法64条1項の倒産申立義務違反を理由に、約118万マルクの全債権者の割合的損害などを請求した（ここではY2に対する請求は省略する）。

73 *Bayer/Lieder*, Ersatz des Vertrauensschadens wegen Insolvenzverschleppung und Haftung des Teilnehmers, WM 2006,1,1.

74 BGH, Urt. v. 30. 3. 1998- II ZR 146/96, BGHZ 138, 211.

<判旨>

本判決は、割合的損害の算定について、次のように述べる。

「…割合的損害の他に、自己資本維持規定違反や自己資本補充（440000マルク）にもとづくXから主張される会社の（予備的な）請求権は、割合的損害の算定の際に評価されえないという控訴審裁判所の見解は正しくない。現在の財団も仮説的な財団も増加させるということでは確かに正しい。しかし、財団に付属する会社の請求権の存在によって（対第三者であれ、業務執行者自身であれ）変わるであろう正しい割合的損害の評価の際に、それが第三者や業務執行者自身である場合には計算上の重要性はあらわれる。架空の割当ては、旧債権者が倒産成熟の際に利用できた財団との関係からその当時の債権について算定されなければならない。この割当てが、実際の旧債権者の倒産債権に掛けられる。結果として、その債権の倒産債権全体に対する関係から生じる旧債権者に分配されるべき財団部分が差し引かれうる。」

「…確かに、控訴審裁判所は、1986年終わりに、仮説的なA社の財団をその点では的確に懐古的な観点からその当時の手に入れられる情報の考慮のもとで、特に当時の請求権を尊重して算定している。しかし、法的根拠からは、『外側の』当時存在していた旧債権者（破産債権者として）は、自由に処分できる財団について考慮されるにすぎない。そのため、破産法58・59条による優先権を与えられた債権者の割当てに加えて、財団の取戻権や別除権（保全処分も含めて）が同様に控除されなければならない…。控訴審裁判所の査定は、架空の旧債権者の割当ての算定の際にその原理を考慮したようにはみえない。」

本件は、割合的損害の算定が問題になった事案である。

本判決は、倒産申立てが行われなければならなかった時点で得られたであろう配当額を算定する際に、会社がその当時第三者や業務執行者に対して有して

いた請求権はもちろん、取戻権や別除権をも考慮しなければならないとした。

このような判例の考え方のもとでは、割合的損害の算定はきわめて困難な作業となる。なぜなら割合的損害を算定するためには、倒産申立てが行われなければならなかった時点での会社の財務状況だけでなく、その他の権利関係なども厳密に確認しなければならないからである⁷⁵。

3-2 新債権者—信頼損害

新債権者が請求できる損害賠償額は、債権者が債務者の支払能力を信頼して、倒産状態にある会社と契約を締結したことによって生じた損害である。具体的には、新債権者が債務者に提供した財産やサービスなどの価格と倒産手続において実際に得られた（得られるであろう）配当額との差額である⁷⁶。このような損害は、信頼損害（Vertrauensschaden）とよばれる⁷⁷。旧債権者の場合と異なり、業務執行者が適切に倒産手続の申立てを行っていれば、新債権者の場合には、債務者にそもそも財産などを提供しなかったということが前提になっている。

たとえば、A社は、倒産申立てが行われなければならなかった時点で、資産80、負債90という財務状況であったとしよう。もっとも、A社の業務執行者は、倒産申立てを行わずに、事業を継続した。その結果、債権者Bは、A社と新たに取引を行って10の債権を取得した。その後を開始されたA社の倒産手続きにおいて、A社の財務状況は、資産40、負債100になっていたとしよう。

このとき、債権者BがA社に提供した財産やサービスなどの価値は10である。それに対して実際に得られた（得られるであろう）額は $40 \times 10\% = 4$ になる。その結果、債権者Bが倒産申立義務に違反した業務執行者に対して請求できる額は、 $10 - 4 = 6$ となる。以下では、この信頼損害が問題になった判

75 *Weiß*, a.a.O.(Fn.39), S.133.

76 *Wagner*, a.a.O.(Fn.72), S.1675.

77 *Bayer/Lieder*, a.a.O.(Fn.73), 2.

決をみてみよう。

BGH2007年2月5日判決⁷⁸

<事実>

Xは、1980年以降、倒産した有限会社A社のメインバンクであった。YはA社の業務執行者である。1996年12月31日までのA社の決算書によれば、債務超過が約49万マルクに達していた。

1997年10月22日、Xは、A社に対する当座貸越枠を30万マルクにまで拡大した。1997年の終わりから2001年の間に、A社は、当座貸越を15万6千マルクまで繰り返し利用していた。その後の期間において、A社の借入れは、利子を含めて約37万ユーロに達していた(途中で通貨がユーロになっている)。

Xは、民法典823条2項、旧有限会社法64条1項から生じるYの損害賠償責任を主張した。すなわち、Yは、1997年初めに倒産申立てを行わなければならない、もしそれを行っていれば、XはA社に約37万ユーロの信用を提供しなかったであろうというものである。

<判旨>

本判決は、信頼損害の算定のために、Yの倒産申立義務違反がいつの時点で生じたのかを確認する必要性を指摘する。

「…たとえYが1996/97年において有責的に倒産申立義務に違反していたとしても、2003年9月30日までに生じていたXの損害についての責任は根拠づけられない—控訴審裁判所はそのことを同様に見誤っている—。すなわち、A社の当座貸越がXの側で2001年に貸方にまだ計上されていた場合、そのときまでXに損害はまだ完全には生じていない。本来の倒産申立義務の履行の際に生じていなかったであろう根拠によって遅れた債権

78 BGH, Urt. v. 5. 2. 2007- II ZR 234/05, BGHZ 171, 46.

者損害を当該の業務執行者に割り当てるためには、いつか与えられる倒産申立義務では十分でない。むしろ、業務執行者の倒産申立義務の有責的な違反が、会社の取引相手の損害に導いた会社状況においてまだ存在していなければならない。その結果ここでは、2001年以降において、いつから有責的なYの倒産引延責任があったのかどうかが問題になる。そのための確認が欠けている。」

その上で、本件において、Xの信頼損害について次のように述べる。

「…倒産引延しによって引き起こされた破産財団や割合的損害によって生じた旧債権者の割合的損害と異なり、新債権者の損害は、その支払能力を信頼して有限会社が金銭等の対価をとることなしに提供したという点にある。銀行は、有限会社に認めた当座貸越の枠組みにおいて、その残高が倒産引延局面において増加する限りで、その信用提供損害を被る。その点では、控訴審裁判所が冒頭で的確に説明したように、銀行はこのような事案において倒産申立義務の開始以降に有限会社に対して（価値を失った）債権を獲得した。銀行の新債権者の資格にとって、商法典355条の中間決算による負債のありうる更改は重要でなく、実際の倒産申立までに膨れ上がった貸付けと義務に沿って行われた倒産申立の際に生じていたであろう貸付けの差が重要である。その際に、倒産法92条の総債権者の損害は問題にならず、銀行の個別の損害が重要になる。」

「それゆえ本件において2001年以降の期間において有責的な倒産引延責任があった場合、2003年に実際に倒産申立が行われるまでのXから提供された信用の最後の残高…がYに責任を負わせる新債権者の損害となるだろう。なぜなら、A社の当座貸越は、2001年において貸方に（主として）計上されていたからである。後の期間について、Yの（有責的な）倒産引延責任が確認された場合には、任意に選ばれた数字で算定するのではなく、民事訴訟法287条に応じて最後の6ヶ月の間の平均額に応じて見積もられ

た最初の貸付額が残高から差し引かれなければならない。』

本件は、当座貸越枠を設けて継続的に貸付けを行っていたX銀行（新債権者）の信頼損害が問題になった事案である。

本判決は、1996年から97年にかけてYの倒産申立義務違反を証明したとしても、Xの信頼損害を根拠付けないとする。なぜなら、その後の期間において、Xは、当座貸越枠内で返済を受けていたこともあったからである。したがって、Xが主張する約37万ユーロの信頼損害を根拠付けるためには、あらためて当座貸越で貸付けを行った時点でのYの倒産申立義務違反を証明して、新債権者としての損害を明らかにしなければならないとした。

本件のように債権者が債務者と継続的な取引関係がある場合、債権者は、倒産申立義務違反が生じる前に取得した債権とその後で取得した債権の両方を有することも多いだろう。その結果、新債権者が旧債権者としての立場も兼ねることとなる。本判決の立場からすれば、そのような債権者の割合的損害と信頼損害は、それぞれ区別して証明されなければならない⁷⁹。

3-3 不法行為債権者の除外

倒産申立義務違反にもとづく取締役の責任を追及できる者に、非任意債権者、いわゆる不法行為債権者は含まれないとされる⁸⁰。なぜなら、倒産申立義務は、会社が倒産状態に陥った後に生じた不法行為から潜在的な被害者を守るものではないからである⁸¹。

79 Vgl. *Weiß*, a.a.O.(Fn.39), S.134.

80 *Klöhn*, *Der individuelle Insolvenzverschleppungsschaden*, KTS 2012, 133, 136.

81 近時の判例（BGH2014年10月21日判決（II ZR 113/13, ZIP 2015, 267））も、倒産申立義務の目的は契約債権者の信頼の保護であると述べる。

「…倒産申立義務の保護目的の考慮のもとでは、通常、倒産成熟の会社との契約締結のためにその支払能力についての信頼において、適切な価値ある対価や適切な反対給付を手に入れることなく、金銭や商品を前払いとして提供し、それによって信用を提供したり、あるいは契約の締結によって、費用を費やすということによって生じる損害が賠償される。」

3-4 請求権者（損害賠償請求権を実際に行行使する者）

倒産手続において、倒産申立義務違反にもとづく損害賠償請求権を実際に行行使できる者は、割合的損害の場合と信託損害の場合で異なる。

割合的損害の場合、その損害賠償請求権を行行使する者は、個々の旧債権者ではなく倒産管財人である⁸²。割合的損害は、倒産法 92 条⁸³における会社全体の損害に当たると考えられており、倒産管財人だけがそのような損害についての損害賠償請求権を行行使できるからである。本稿で紹介した割合的損害についての事案は、すべて倒産管財人によって訴訟が提起されている。

このように割合的損害についての損害賠償請求権の行使を倒産管財人に委ねることは、「効果の大きいサンクション」と評価されている⁸⁴。なぜなら、個々の旧債権者に損害賠償請求権の行使を委ねても、訴訟に係る費用や時間を懸念して、その損害賠償請求権も行使されない可能性があるからである。

これに対して、信託損害の場合、その損害賠償請求権を行行使する者は、個々の新債権者である⁸⁵。信託損害は倒産法 92 条の会社全体の損害には当たらないと考えられており、倒産管財人は、信託損害に基づく損害賠償請求権を行行使する権限を有しない。

なお、会社が倒産手続に要する費用を支払うことができない、いわゆる財団不足の状況にある場合、裁判所は、倒産手続の申立てを却下する（倒産法 26 条 1 項）⁸⁶。この場合には、業務執行者の責任を追及する倒産管財人もいないこ

82 Stöber, Die Insolvenverschleppungshaftung in Europa, ZHR 2012, 326, 335-336.

83 倒産法 92 条は、次のとおりである（翻訳について、吉野・前掲注（47）110 頁を参照した）。

「倒産手続の開始前あるいは後に倒産財団に属する財産の減少によって倒産債権者が共同で被った損害（共同損害）の賠償についての請求権は、倒産手続の間は倒産管財人からのみ主張されることができる。その請求権が倒産管財人に向けられる場合、新たに任命された倒産管財人からのみ、その請求権は主張されることができる。」

84 Stöber, a.a.O.(Fn.82), 354.

85 Stöber, a.a.O.(Fn.82), 336.

86 A/G/R-Kadenbach, a.a.O.(Fn.55), § 26 Inso Rn.5.

とから、割合的損害の請求権の行使も個々の旧債権者に委ねられる⁸⁷。もっとも、倒産手続の申立てが却下されると、債務者の経済的な再出発も容易になるとの指摘がなされていることからすれば⁸⁸、個々の債権者による損害賠償請求権の行使にはあまり期待できなさそうである⁸⁹。

ただし、2012年以降、倒産法あるいは会社法の規定に違反かつ有責的に倒産手続の申立てを行わなかった者は、倒産手続のために十分な金額の支払いが義務付けられた（倒産法26条4項）⁹⁰。これによって、財団不足により倒産手続の申立てが却下されるケースも減るかもしれない。

Ⅳ 倒産申立義務についての評価および会社法429条との比較

以下では、これまでに検討してきたドイツの倒産申立義務の内容を整理し（1 会社の倒産局面における取締役の義務，2 取締役の過失，3 損害賠償の範囲），それについての評価および会社法429条の取締役の第三者責任との比較を行う。

1 会社の倒産局面における取締役の義務

1-1 ドイツ法

1-1-1 平時から会社の財産状態を把握しておく義務（自己検査義務）

ドイツでは、業務執行者には、倒産局面だけでなく、平時から会社の財産状態を把握しておく義務、いわゆる自己検査義務が課されていると理解されていた（BGH1994年6月6日判決，BGH2007年5月14日判決，BGH2012年3

87 *Weiß*, a.a.O.(Fn.39), S.128.

88 橋爪隆「ドイツにおける倒産犯罪」神戸法学雑誌52巻2号（2002年）81頁。債務者（業務執行者）の目的は、財団不足による倒産申立ての却下に持ち込むことだとされる。

89 倒産申立義務違反の事案ではないが、社員貸付けの劣後的取扱いやその弁済の取消しが争われた事案のほとんどは、倒産手続が開始されている事案で、倒産管財人がその請求権を行使していた（増田・前掲注（61）105頁注101）。

90 *A/G/R-Kadenbach*, a.a.O.(Fn.55), § 26 Inso Rn.50.

月 27 日判決)。

しかし、この自己検査義務が具体的にどのようなものなのか、どの時点でどれくらいの水準で要求されるのかは明らかでない。学説も、債務超過の検査は、会社の危機の程度や段階によると説明しているにすぎなかった⁹¹。さらに、本稿で紹介した判例 (BGH1979 年 7 月 9 日判決, BGH1994 年 6 月 6 日判決, BGH2007 年 5 月 14 日判決, BGH2012 年 3 月 27 日判決) をみても、「会社に倒産開始原因が生じていたことをより早い段階で認識しておく」ことが業務執行者に厳格に要求されてきたとは言いがたい。

むしろ、会社が倒産状態に陥る前の段階では、倒産申立義務の具体的な内容は明らかでなく、その実効性を疑う指摘もなされている⁹²。さらに、実務では、債務超過状況の算定の出発点は、基本的に、直近の商法上の年度末決算あるいは中間決算だとされる⁹³。

以上のことからすれば、自己検査義務が業務執行者に倒産手続の早期申立てを促しているよう機能しているとは考えにくい。また、自己検査義務の内容もそれほど明確でないことからすれば、取締役の責任を追及しやすくなるという吉原和志の指摘や注意義務の判断基準として機能してきたという武田典浩の指摘も疑わしいように思われる⁹⁴。

1-1-2 債務超過の検査

倒産開始原因の 1 つである債務超過は、2 段階に分けて判断されていた。すなわち、清算価値にもとづいて評価された資産の価値が負債を下回るかどうか、そして、事業の継続がその状況に応じて確実に見込まれるかどうか (ポジティ

91 *Kleindiek*, a.a.O.(Fn.34), Anh zu § 64 Rn. 19.

92 *Thole*, Die US-amerikanische Neuschöpfung des „Tort of Deepening Insolvency“ – ein Vorbild für den deutschen Gläubigerschutz?, ZIP 2007, 1590, 1593.

93 *Institut der Wirtschaftsprüfer*, a.a.O.(Fn.50), 1142.

94 野村秀敏「債務超過とその確定 (9・完)」判例時報1446号 (1993年) 5頁は、自己検査義務それ自体は重要でない旨を述べる。

ブな存続予想があるかどうか), である。

このような判断枠組みのもとでは, 業務執行者は, 計算上(清算価値にもとづく評価)の債務超過が認められても, 必ずしも倒産申立てを行う必要はない。ポジティブな存続予想があれば, その事業を継続することができる。このポジティブな存続予想もまた, どのような基準・根拠で認められるのかは明確でないが, 結果として会社が倒産したとしても, 業務執行者はその責任を問われない(BGH1992年7月13日判決)。債務超過の検査において, 業務執行者には事業を継続するかどうかの裁量を与えられているといえる。

なお, 業務執行者が会計等について専門知識を有していない場合, 状況によっては, 自己と利害関係のない専門知識を有した者からの助言を得なければならないとされる(BGH2007年5月14日判決)。

1-1-3 3週間の猶予—再建についての検討

会社に倒産開始原因が生じた後でも, 業務執行者には, 3週間の猶予が与えられていた。業務執行者は, その間に企業の再建について検討することができ, そのことについての裁量も認められていた(BGH1979年7月9日判決)。結果的に再建することができなくても, 業務執行者の責任は問われない。また, 判例は, この3週間という期間の開始について, 業務執行者が会社に倒産開始原因が生じていることについての主観的な認識を有した時点としていた(同判決)。したがって, 業務執行者は倒産開始原因を遅れて認識した場合でもなお, 会社の再建について検討することの猶予が与えられることとなる。これに加えて, 平時の自己検査義務が厳格に適用されていないことも踏まえると, 会社の倒産局面において, 業務執行者には比較的余裕が与えられているように思われる。

1-2 日本法

近年, わが国の学説や判例は, 会社の倒産局面における取締役の義務に関し

て、会社の倒産申立てや再建について検討することを強調する。

たとえば、田中亘は、「株式会社が経営不振により、債務超過またはそれに近い状態に陥った場合、取締役は、善管注意義務を尽くして、会社事業の再建を図るべきである」が、「そのまま事業を続けると会社の資産がさらに減少して会社債権者を害する可能性が高い場合には、取締役は、私的整理または法的整理により、債権者の協力を得て事業再建を図るか、もしそれも困難である場合は、事業の清算を検討するべきである」とする⁹⁵。その上で、「取締役がこうした手段を検討することなく、赤字の事業をそのまま継続し、その結果、会社財産をさらに減少させた場合、…悪意・重過失がある場合には、会社債権者に対しても責任を負うと解すべきである」と述べる⁹⁶。

江頭憲治郎も、「会社債権者の損害拡大を阻止するため取締役には再建可能性・倒産処理等を検討すべき義務が善管注意義務として課されて」いるとする⁹⁷。

近時の裁判例も、同様のことを指摘する傾向にある。たとえば、高知地判平成26年9月10日金融・商事判例1452号42頁は、「債務超過の状態にあるA社の取締役として、同社の事業を継続させるかどうか、同社の再建や清算などの可否も検討した上で、主たる会社債権者であった原告との取引を中止し、A社の事業を整理すべき注意義務（善管注意義務）に違反したかどうか」を問題とする。

このように会社の倒産局面における取締役の義務に関して「会社の倒産申立てや再建について検討すること」を強調すると、それは、細かな点とはともかく、これまでに検討してきたドイツの倒産申立義務と大きく異ならないようにも思われる。先述したように、ドイツでも、会社が計算上の債務超過であっても必ずしも倒産申立てを行う必要はなく、「ポジティブな存続予想」や「3週間の

95 田中亘『会社法』（東京大学出版会、2016年）445頁。

96 田中・前掲注（95）445頁。

97 江頭憲治郎『株式会社法〔第7版〕』（有斐閣、2017年）514頁。

猶予」のなかで、業務執行者には会社の倒産申立てや再建についての裁量が認められてきたからである。しかも、自己検査義務が厳格に適用されていないことから、これらの検討を早期に要求されるわけでもない。以上のことからすれば、会社の倒産局面における取締役の義務に関する日本法とドイツ法の違いは、取締役の事後的な責任を問うなかで会社の倒産申立てや再建について検討したことに着目するのか（日本法）、それとも事前に倒産申立義務を明示的に課しておくのか（ドイツ法）、という点にしかないようにも思われる⁹⁸。

2 取締役の過失

2-1 ドイツ法

ドイツでは、倒産申立義務違反について、業務執行者の（軽）過失でよいとされていた。ただし、業務執行者の側が「（軽）過失がなかったこと」を証明しなければならない（BGH2007年5月14日判決）。

2-2 日本法

会社法429条の取締役の第三者責任は、取締役の故意・重過失を要求する。しかしながら、これまでの判例において、この重過失は簡単に認められてきたことが指摘されている。

たとえば、平成以降の判例を網羅的に検討した前嶋京子は、会社の不法行為が問題になった場合に取締役の対第三者責任が追及された事案では、会社が経済的に破綻していない可能性が高いにもかかわらず、取締役の対第三者責任が簡単に認められていることを指摘する⁹⁹。また、契約債権者に関する事案においても、会社の債務不履行等について、会社自身が資産を十分に有しており、自らその責任を果たしうるのではないかと思われる状況下でも、取締役の

98 Vgl. *Thole*, a.a.O.(Fn.92), 1593.

99 前嶋京子「取締役の対第三者責任—平成期の判決等の傾向—」甲南法学49巻1・2号（2009年）24頁。

対第三者責任が安易に適用されている状況があると指摘する¹⁰⁰。その他の論者も会社法 429 条 1 項の重過失が比較的簡単に認められてきたことを指摘しており¹⁰¹、ドイツの(軽)過失とわが国の重過失に実質的な違いはそれほどないのかもしれない¹⁰²。

3 損害賠償の範囲

3-1 ドイツ法

3-1-1 損害の算定

ドイツでは、倒産申立義務違反において賠償される損害は、割合的損害と信頼損害に分けられていた。もっとも、これらの損害の算定・区分の証明は、債権者の側にとって大きな負担となる。

まず、割合的損害の算定はかなり難しいものであった。なぜなら、債権者の側は、倒産申立てが行われなければならなかった時点でさかのぼって会社の財務状況を正確に算定し、その上で、別除権や会社が有する損害賠償請求権など割合的損害の算定に影響を与えるものすべてを考慮しなければならないからである (BGH1998 年 3 月 30 日判決)。

さらに、債務者と継続的に取引を行っていた者のなかには、旧債権者と新債権者両方の地位を兼ねる者もいる。倒産手続において割合的損害についての損害賠償請求権を行使する倒産管財人は、このような者の割合的損害部分だけを取り出して算定する必要がある (BGH2007 年 2 月 5 日判決)¹⁰³。

以上のようなことから、近年、倒産引延責任は、「死んだ法」とも呼ばれ

100 前嶋・前掲注 (99) 53 頁。

101 高橋陽一「取締役の対第三者責任に関する判例法理は今後も維持されるべきか? (2・完)」法学論叢 178 巻 2 号 (2015 年) 13 頁。

102 ただし、近年は、学説 (たとえば、田中・前掲注 (95) 445 頁) や判例 (たとえば、高知地判平成 26 年 9 月 10 日) において、会社の倒産局面における取締役の義務違反を判断する際にも、経営判断原則のような考慮がなされるとの指摘もなされている。

103 以上の指摘について、Weiß, a.a.O.(Fn.39), S.132-135.

る¹⁰⁴。これまでに倒産管財人が旧債権者の割合的損害をうまく説明したことはないからである¹⁰⁵。

3-1-2 有限会社法 64 条 1 項の利用

このように倒産申立義務違反における損害の算定には難しい問題があることから、実務では、有限会社法 64 条 1 項が利用されるようである¹⁰⁶。同条は、次のとおりである。

有限会社法 64 条 1 項

「業務執行者は、会社の支払不能あるいは債務超過が確定した後に行われた支払いの補充についての義務を会社に負う。このことは、その時点以降であっても、通常の商人の注意義務に反しない支払いには適用しない。業務執行者は、社員に対する支払いについて、そのことが会社を支払不能に陥らせる限りで、会社の支払不能が 2 文に規定される注意義務を遵守していても認識できなかった場合を除いて、同様の義務を負う。43 条 3 項および 4 項の規定は、賠償請求権にも適切に適用される。」

同条によれば、会社に倒産開始原因が生じた後で行った支払いについて、業務執行者はそのことについて無過失でない限り賠償する責任を負う。この責任が問題になる場合、倒産管財人は、割合的損害の算定や信頼損害との区別を行う必要はなく、会社に倒産開始原因が生じた後で支払いが行われたことだけを証明すればよい。そのため、現在の実務では、倒産申立義務違反にもとづく責任追及よりも、有限会社法 64 条 1 項にもとづく責任追及のほうが用いられて

104 Weiß, a.a.O.(Fn.39), S.134.

105 また、割合的損害と比較して証明が比較的容易な新債権者についても、それほど目立つた責任の追及は行われていないとされる (Schädlich, a.a.O.(Fn.4), S.45.)。

106 Weiß, a.a.O.(Fn.39), S.135.

いるようである¹⁰⁷。

3-2 日本法

3-2-1 直接損害と間接損害

会社法 429 条の取締役の対第三者責任において、その損害は間接損害と直接損害に分けて説明される。

会社が損害を被り、その結果第三者に損害が生じる場合を「間接損害」という¹⁰⁸。この損害は、ドイツ法における割合的損害と似ている。割合的損害も、会社の財産の減少によって生じた損害だからである。もっとも、次の2つの違いがある。

第1に、間接損害の場合の債権者に認められる賠償額は、当該債権者の債権全額である¹⁰⁹。したがって、ドイツのように損害額の算定において、大きな問題は生じない。

第2に、間接損害の事案においても、各債権者は個別に損害賠償請求権を行使できる¹¹⁰。これに対して、ドイツでは、割合的損害についての損害賠償請求権の行使は、倒産手続において倒産管財人にすべて委ねられる。

会社に損害がなく、直接第三者が損害を被る場合を「直接損害」という¹¹¹。この損害は、ドイツ法における信頼損害に似ている。信頼損害も、会社自体の損害ではなく、新債権者に直接生じた損害だからである。また、損害賠償請求

107 *Weiß*, a.a.O.(Fn.39), S.135.

108 江頭・前掲注(97)512頁。

109 江頭・前掲注(97)512頁注2。

110 会社法429条の取締役の対第三者責任を各債権者が追及できるのか、それとも倒産管財人が倒産法上の損害賠償請求権の査定の上で申立てを通じて追及できるのかについて、特に明文は設けられていない。裁判所は、いずれも可能であるとの立場をとっているようである。この問題について、武田典浩「取締役の対第三者責任と役員責任査定との関係」落合誠一先生古稀記念『商事法の新しい礎石』(2014年、有斐閣)283頁以下、同「倒産法が道を拓く? 取締役の対第三者責任論のこれから」ビジネス法務(2015年)120頁以下参照。

111 江頭・前掲注(97)513頁。

権の行使は各債権者に委ねられるという点でも、両者は共通している。

3-2-2 不法行為債権者

わが国では、近年、会社法 429 条の取締役の対第三者責任や法人格否認の法理は、非任意債権者である不法行為債権者にとって特に重要であることが強調されてきた¹¹²。不法行為債権者は、事前の交渉や契約によって自衛することができないからである。この場合、取締役の対第三者責任は、不法行為コストの外部化への対処手段の 1 つとして理解される。

これに対して、ドイツの倒産申立義務は、不法行為コストの外部化については対処できない。なぜなら、同義務によって保護される対象に、不法行為債権者は含まれないからである。

4 まとめ

本稿の問題意識を踏まえて、以上の検討をまとめると、次のとおりである。

ドイツでは、倒産申立義務に付随する自己検査義務が厳格に適用されておらず、それほど早い段階での債務超過の検査や倒産申立、再建についての検討が要求されていないことからすれば、倒産申立義務が倒産手続の早期申立てを促しているのかはやはり疑わしい。また、「ポジティブな存続予想」や「3 週間の期間の猶予」のなかで取締役に事業の継続や再建についての裁量が認められてきたことも踏まえると、ドイツの倒産申立義務は、近年のわが国の倒産局面における取締役の義務の内容とそれほど異ならないようにもみえる。

さらに、ドイツの倒産申立義務違反における損害の算定・区分は難しく、同義務違反にもとづく取締役の損害賠償責任を追及することは容易でない。そのため、実際には、同義務違反にもとづく取締役の責任追及はあまりなされていないことが指摘されていた。したがって、ドイツでは倒産申立義務違反にもと

112 後藤元『株主有限責任制度の弊害と過少資本による株主の責任』（2007年、商事法務）496-497頁、高橋・前掲注（101）12頁。

づく取締役の民事責任は十分にエンフォースされておらず、会社の倒産局面において、同義務が規律付けとしてそれほど重要な役割を果たしていない可能性がある。これに対して、わが国の場合、損害の算定においてドイツ法のような問題は生じない。また、会社法 429 条は、ドイツの倒産申立義務と異なり、近年特に強調される不法行為コストの外部化への対処手段としても利用することができる。

V おわりに

本稿では、ドイツの倒産申立義務が倒産手続の早期申立てを促すような規律付けになっているのか、会社法 429 条の取締役の対第三者責任による規律付けと何がどれくらい異なるのか、を検討してきた。これらについての本稿の見解は、上に述べたとおりである。

もっとも、本稿では、取締役の損害賠償責任以外の規律付け、たとえば、刑事罰¹¹³や業務執行者(取締役)以外の責任¹¹⁴については検討していない。これらも、倒産手続の早期申立てに影響を与えている可能性がある。より包括的な検討については今後の課題としたい。

[付記]本稿は、公益財団法人民事紛争処理研究基金の助成を受けたものである。

提出年月日：2018年5月15日

113 ドイツでは、倒産申立義務に違反して、倒産申立てを適切に行わなかった業務執行者には、3年の禁固刑または罰金(過失の場合には1年の禁固刑または罰金)が課される(倒産法15a条4項・5項)。

114 倒産申立義務は業務執行者に課されることから、その違反にもとづく責任も業務執行者に限られる(*Kleindiek*, a.a.o(Fn.34), Anh zu § 64 Rn.55)。したがって、業務執行者以外の者の倒産申立義務違反は原則として問題にならない。ただし、債務者の決算書の作成に関与していた税理士に、会社が倒産状態にあったことを指摘することについて怠ったとして、その損害賠償責任を認めた判例がある(BGH2017年1月26日判決(IV ZR 285/14, ZIP2017, 427))。