

<目 次>

序	はじめに	1 頁
1	会社法規範における債権者保護の要請	4 頁
	(1) 株主利益最大化原則と企業の社会性・公共性	4 頁
	(2) 企業価値の分配に関する経済学的分析と会社法規範の枠組	8 頁
	(3) 取締役の行為規範	9 頁
2	再生債務者の取締役の地位	11 頁
3	取締役の義務	13 頁
	(1) 取締役の会社債権者に対する信認義務の根拠	13 頁
	(2) 取締役の会社債権者に対する信認義務の発生時点	16 頁
	(3) 取締役の義務の相互関係	21 頁
	(4) 公平誠実義務の手續上の意義	23 頁
	(5) 再生手續開始決定前における取締役の義務	27 頁
4	取締役の責任	33 頁
	(1) 取締役の義務違反の判断基準	33 頁
	(2) 取締役に対する責任追及の可否	37 頁
	(3) 取締役に対する責任追及の実現	40 頁
5	結語	42 頁

序 はじめに

会社が倒産した場合、債務超過に陥る以前から債権を取得していた会社債権者の保護はどのような方法によってなされるべきか。この問題については、取締役の第三者に対する責任を規定する商法266条ノ3第1項の解釈と関連して議論の蓄積があり¹、また、倒産処理における経営者責任の問題としても、以前から採り上げられてきたところである²。

しかし、倒産処理に関しては、近時の一連の改正において、再建型手続の一つである民事再生法が債務者自身による業務遂行および財産の管理・処分を基本とするいわゆるDIP型手続を採用し、また、会社更生法もDIP型に近い運用を許容するに至ったというように、倒産処理手続の基本構造について大きな変革がもたらされることとなった。それゆえ、倒産企業の取締役の責任という問題を考える上では、会社法上の規律との関係のみならず、再建型手続、特にDIP型手続を採用する民事再生法の規律との関係についても検討を加え、取締役の会社債権者に対する責務について、整合性のある議論を組み立てていく必要が生ずるといえる。

そこでまず、会社法の規律に関する問題状況をみると、取締役の会社債権者に対する信認義務の存否については、取締役と会社債権者との間には直接的権利義務関係を生じさせるような当事者関係が存在しないので、これを否定するというのが一般的な理解である。しかし、会社が債務超過に陥った時点以降においては、取締役の会社債権者に対する信認義務の存在を肯定する立場も主張されている³。また、手続法たる民事再生法の規律に関する問題状況をみると、後に述べるように、株式会社の取締役は、再生手続開始の時点から、

¹ 商法266条ノ3第1項に関するリーディング・ケースとしては、最大判昭和44年11月26日民集23巻11号2150頁があり、学説上も多数の論稿が存在するところである。

² 渋谷光子「企業倒産と経営責任」ジュリスト662号43頁（1978年）、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・実務民事訴訟講座13』（日本評論社、1981年）241頁、佐藤鉄男『取締役倒産責任論』（信山社、1991年）

³ 黒沼悦郎「取締役の債権者に対する責任」法曹時報52巻10号1頁、26頁（2000年）

手続機関たる再生債務者の機関として、再生債権者に対し公平誠実義務を負う⁴ことになり（法38条2項、以下では特にことわりがない限り、「法」とは「民事再生法」を指すものとする）、公平誠実義務は取締役の手続遂行に関する行為規範として機能することになると考えられるが、ここでいう公平誠実義務の法的性質については、再生債務者の法的地位と関連して学説の対立があり、十分な整理がなされているとはいえない状況にある⁵。

従来の議論においては、取締役の会社債権者に対する信認義務の存否という会社法上の問題と、公平誠実義務の法的性質という民事再生法上の問題とは、別々の問題として扱われており、両者の関連については十分な意識が向けられてこなかった⁶。しかし、債務超過状態における取締役の会社債権者に対する信認義務、および取締役の再生債権者に対する公平誠実義務は、いずれも、倒産状況における会社債権者の保護を目的とする点で共通する。また、会社の実態という点でも、民事再生においては、再生債務者が業務遂行権および財産管理処分権を有することが原則とされ（法38条1項）、DIP型手続が採用されていることから、会社の経営者は、再生手続開始後においても、基本的には手続開始前と同様に通常の経営を続けることになり、会社の実体的活動は維持される。そうだとすれば、従来は別々のものとして扱われてきた二つの義務、すなわち、取締役の会社債権者に対する信認義務、および取締役の再生債権者に対する公平誠実義務の背後には、何らかの連続性が見出せるのではないか。これが本稿の問題意識である。

以上のような認識にもとづき、本稿では、再生債務者の取締役の負う義務、特に公平誠実義務と会社債権者に対する信認義務との関係についての理論的な整理を通じて、倒産状

⁴ 伊藤眞「再生債務者の地位と責務（中）」金法1686号113頁、114頁（2003年）

⁵ 再生債務者の法的地位に関する論稿としては、有住淑子「再生債務者の法的地位」奥島孝康ほか編『櫻井孝一先生古稀祝賀・倒産法学の軌跡と展望』（成文堂、2001年）1頁、加藤哲夫「民事再生法における再生債務者の地位」同21頁、宗田親彦「再生債務者の法的地位」同41頁、田頭章一「再生債務者の「第三者性」」同69頁、田原睦夫「民事再生手続と会社の機関」河本一郎＝仲田哲編『河合伸一判事退官・古稀記念・会社法・金融取引法の理論と実務』107頁、110頁（2002年）などがある。

⁶ 266条ノ3第1項を倒産法学の視点から分析するというアプローチをとるものとして、佐藤・前掲注2があるが、本稿は、議論を民事再生法の場面に絞った上で、取締役の会社債権者に対する義務のレベルにおいて、会社法上の規律と民事再生法上の規律との整合を図ろうとするものである。

況における取締役の会社債権者に対する責務の具体化を目指す。その際の視点としては、通常時の規律、債務超過状況における規律、再生手続開始後の規律という三つの場面に内在する共通性に注意を払い、取締役の会社債権者に対する義務について、全体を連続的に説明するための法的枠組を探求することに焦点を合わせて議論を展開していくことにする。具体的には、まず、1、2では、取締役の義務を論ずる前提として、会社法規範における債権者保護の要請、および再生債務者の取締役の地位について整理する。これらの議論を踏まえ、3では、取締役の会社債権者に対する義務、具体的には公平誠実義務、および再生手続開始決定前における取締役の義務の具体的内容について、信認義務の意義にさかのぼって議論を展開する。そして、4では、これらの義務違反にもとづく取締役の会社債権者に対する責任について検討を加えることにしたい。

1 会社法規範における債権者保護の要請

(1) 株主利益最大化原則と企業の社会性・公共性

株式会社は営利を目的としており（商法52条2項）、そこにいう「営利」とは、対外的企業活動で得た利益を構成員たる株主に分配することをいう⁷。ここから、株式会社においては、対外的企業活動における利潤最大化を通ずる株主の利益最大化が、会社を取り巻く関係者の利害調整の原則になるとされる⁸。その原則の具体的な法的効果として、取締役の善管注意義務・忠実義務（商法254条3項・民法644条、254条ノ3）とは株主の利益最大化を図る義務を意味するものであるということが導かれる⁹。

ア 株主利益最大化原則の根拠の妥当性

株主利益最大化が会社関係者の利害調整の原則とされた根拠について、伝統的学説は、株主が残余請求権者である点に求めてきた。すなわち、会社債権者は会社に対し株主より先順位の一定額の請求権を有するから、株主の利益最大化は、関係者全員の総価値最大化と同値になり、社会の富の最大化をもたらすと考えてきた¹⁰。

しかし、現実には、自己資本の外に借入金に依存することが少なくなく、また、従業員が株式会社の構成要素として軽視し得ないものとなっている¹¹。株式会社という組織は、単に株主の私有物でなく、将来の株主・従業員・会社債権者に対して利害関係を有するものであり、巨大な株式会社においては広く公衆にも重大な影響を及ぼす可能性がある。このような実態に鑑みれば、株主のみがその収益を独占することは許されず、株式会社に

⁷ 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法〔第2版〕』（有斐閣，2002年）15頁

⁸ 落合誠一「企業法の目的 株主利益最大化原則の検討」『現代の法7・企業と法』（岩波書店，1998年）3頁，23頁

⁹ 江頭・前掲注7，16頁

¹⁰ 江頭・前掲注7，17頁注(2)

¹¹ 松田二郎『会社の社会的責任』（商事法務研究会，1988年）10頁

において第三者とされていた債権者や従業員の利益をも考慮すべきといえる。「株式会社は本来私的なものであったとしても、おのずから公的色彩を帯びざるを得ない」¹²のであり、株式会社法に内在する社会性・公共性を正面から捉える必要があるといえる。

また、特に会社が債務超過状態にある場合には、株式の価値は理論上ゼロに近づき、むしろ債権者の有する価値の総額が会社財産に比例することになる¹³。そうだとすると、この場合、会社の利益を増加させることに対する株主のインセンティブは弱まる¹⁴ので、株主利益最大化原則の根拠、すなわち、株主に対し他の利害関係者に優先させて会社意思の決定権を委ねることにより会社利益の最大化を目指すという論理が妥当しないことになる。会社が債務超過状態にある場合であっても、倒産手続に移行しない限り、会社法規範としては同一のノルムが妥当するのであるから、このような限界事例において株主利益最大化原則の根拠が妥当しなくなるというのは、株主利益最大化のみを会社法規範に据えるという一元的な理解に限界があることを示すものといえよう。

したがって、会社法規範としては、株主利益最大化のみならず、社会性・公共性を取り入れた二元的な理解を前提とすべきであると考えられる。

イ 会社法規範と倒産法規範の連続性

さらに、倒産法規範との関係からも、上述のような二元的理解の妥当性を導くことができる。

そもそも「倒産処理の目的は、利害関係人の権利の公平な実現と債務者の経済的更生に集約され」¹⁵、民事再生法の目的は、「当該債務者とその債権者との間の民事上の権利関係を適切に調整し、もって当該債務者の事業又は経済生活の再生を図ること」にある（民事再生法1条）。これを受けて、民事再生法では、債権者集会の決議が規定され（民事再生法

¹² 松田・前掲注11, 19頁

¹³ 黒沼・前掲注3, 20頁

¹⁴ 金本良嗣 = 藤田友敬「株主の有限責任と債権者保護」三輪芳朗 = 神田秀樹 = 柳川範之編『会社法の経済学』（東京大学出版会、1998年）191頁, 195頁

¹⁵ 伊藤眞『破産法〔全訂第3版補訂版〕』（有斐閣、2001年）11頁

171条)、また、労働組合などの手続関与の規定も置かれている(同法42条3項,115条3項,126条3項,168条,174条3項・5項,211条2項,217条4項)。また、会社更生法においても、その目的は、「債権者、株主その他の利害関係人の利害を適切に調整し、もって当該株式会社の事業の維持更生を図ること」にある(会社更生法1条)とされ、これを受けて会社更生法においても、民事再生法と同様に、更生債権者、更生担保権者および株主が相合して「関係人集会」のメンバーとして議決権を有する(会社更生法196条5項)とされ、また新法において労働組合などの手続関与が拡大されている(同法22条1項,46条3項3号,85条3項・4項,115条3項,199条5項・7項)。

このように、再建型手続の規定において会社の社会性・公共性が強く反映されており、再建型手続による企業維持は、決して会社自体の利益のためのみの制度ではなく、企業倒産による社会的損失の防止をも目的とするものといえる¹⁶。そして、再建型手続により「当該債務者の事業又は経済生活の再生」あるいは「当該株式会社の事業の維持更生」が達成された後は、平時における規範たる株式会社法のもとに規律されることになるのであり、再建型手続の目的として強調される社会性・公共性は、会社法規範レベルにおいても連続的に内在しているものと考えべきである。再建型手続においては企業活動の維持が前提とされるのであり、再建型手続に入っているか否かによって会社の存在の捉え方そのものに変化が生ずる解釈論は、理論的一貫性を欠くものといえ妥当ではないだろう。

ウ 会社法規範の二元的理解

以上からすれば、会社法規範としては、株主利益最大化に限られるものではなく、社会性・公共性も取り入れられるべきであり、会社の営利性を前提としながらも、社会的・公

¹⁶ 松田二郎『会社更生法〔新版〕』（有斐閣、1981年）6頁では、会社更生法による企業維持の目的について述べられている。民事再生法も会社更生法と同様に再建型手続法であり、株式会社との関係で見れば、両者は企業維持という点で共通性を有するので、ここで述べられる企業維持の目的に関する議論は、会社更生法のみならず、民事再生法にも妥当するものといえる。

共的見地にもとづく利益概念の修正が図られるものと考えらるべきである。

なお、このような考え方に対しては、各会社関係者の利益をバランスよく考慮する注意義務を取締役に負わせるとの法的ノルムは不明確であり、かえって経営者の裁量権を不当に拡大させる危険を孕むとの批判が可能であろう¹⁷。しかし、現行の会社法のもとにおいても、会社債権者の利益を犠牲にした形でなされる株主利益最大化は一定の場合には違法となり、取締役は第三者たる会社債権者に対して損害賠償責任（商法266条ノ3）を負い得るとされる。すなわち、会社が債務超過またはそれに近い状態である場合に取締役が投機的経営を行うことは、残余請求権者でありかつ有限責任である株主の利益を最大化する方策ではあるが、会社債権者の損害を拡大する蓋然性が高いことから、取締役の任務懈怠となり会社債権者に対する責任を生じさせることになる。このことは、株主利益最大化の原則が他の利害調整原則を排除してどこまでも貫かれるべき性質のものではなく、例外を伴う緩やかな法規範であるにとどまることを示す一例といえる¹⁸。このように、通説的枠組に従ったとしても、ある程度までは株主以外の他の会社関係者の利益をも考慮せざるを得ないのであり、そうだとすれば、むしろこの点を直視した上で、会社法規範としては前述のような二元的な理解を前提としていくべきであろう。

エ 企業の社会性・公共性¹⁹と債権者の保護

冒頭で述べたように、本稿では倒産状況における会社債権者の保護を検討対象としている。上述のように、会社法規範において、株主利益最大化を原則としながらも、社会的・公共的見地から利益概念の修正を図っていくという二元的理解に立つことを前提とした場

¹⁷ 落合・前掲注8, 21頁, なお, 竹内昭夫『企業法の理論』(有斐閣, 1984年)127頁は, 会社の社会的責任に関する一般規定を商法に新設することに反対する理由として, 経営者の裁量権の不当な拡大の危険性を指摘する。

¹⁸ 江頭・前掲注7, 16頁

¹⁹ 「企業の社会性・公共性」については, いわゆる会社の「社会的責任論」との関係で学説上議論がなされているが, 本稿はこれらの議論に深入りすることを直接の目的としていないので, 以下の議論において「社会性・公共性」とは, 会社という組織を中心とする多様な利害関係人の利益一般を包含する概念として用いることにする。

合，会社債権者の利益は，株主以外の他の会社関係者の利益であるという意味において，ここでいう社会性・公共性の概念の一部分を形成するものといえる。

以下では，議論の焦点を絞るため，会社法規範における社会性・公共性の概念については，主として会社債権者の利益を念頭において議論を進めることにする。

(2) 企業価値の分配に関する経済学的分析と会社法規範の枠組

経済学的観点からは，企業価値を最大化させるインセンティブのある者にコントロールを与えるべきことになる²⁰。これを株主と債権者との間における企業価値の分配の場面に当てはめて考えると，会社財産がプラスの状況では株主の利益最大化が企業価値最大化と一致し，他方，債務超過状態では債権者の利益最大化が企業価値最大化と一致するので，債務超過時点を境に取締役の行為規範は株主利益最大化から債権者利益最大化に切り替わると説明されることになる²¹。

しかし，これに対しては，「インセンティブ効果を厳密に考えると会社が債務超過時点を境に取締役の行為規範が株主利益最大化から債権者利益最大化に切り替わるというだけでは」説明が不十分であるとの批判が加えられる²²。「債権者に対してどのような責任を負わせるべきかを考える場合には，債権者・会社・取締役の間で貸付時点においてどのようなリスク配分がなされたか考慮しなくてはならず，単純に行為時点で取締役に企業価値を最大化させるインセンティブを与えればいいというものではな」く，しかも，「債権者と会社（債務者）の間の事前のリスク配分のあり方は，債権者ごとに異なりうる」²³とされる。

そもそも，株主利益最大化の要請と債権者利益保護の要請とは，理論的には別の次元の議論であり，両者は性質上併存する関係にある。特に，会社が債務超過状態に至る時点の

²⁰ 企業価値の分配に関する経済学的分析については，金本＝藤田・前掲注 14，藤田友敬「株主有限責任と債権者保護(1)」法学教室 262 号 81 頁（2002 年）。

²¹ 黒沼・前掲注 3，25 頁

²² 藤田友敬「株主の有限責任と債権者保護(2)」法学教室 263 号 122 頁，133 頁（2002 年）

²³ 藤田・前掲注 22，133 頁

前後という限界場面を想定すると、上述の批判にあるように、債権者保護の要請の程度は個々の債権者ごとにばらつきが生ずるのであり、取締役の行為規範が債務超過時点を境として画一的に債権者利益最大化へと切り替わるという説明は妥当ではない。また、会社が債務超過状態にある場合でも、即時に解散されない限り株式の価値が将来上昇する可能性があるため、株式の価値は理論上ゼロに近くはなるが、ゼロとイコールにはならないとされており²⁴、少なくとも債務超過時点においては、なお株主利益保護の要請が働くことになる。すなわち、債務超過時点という限界場面においては、債権者の利益を保護すべき要請と株主の利益を保護すべき要請との併存が認められるのであり、当該時点を境として形式的・画一的に会社法規範の枠組が転換するという説明は、そもそも理論的に成り立ち得ないものである。

そうだとすれば、むしろ株主利益最大化の要請と債権者利益最大化の要請とを理論的に切り離れた上で、両者の要請が会社の財産状況に応じてどの程度発現するのかというパラメータ的枠組のもとで説明する方が理論的に優れているように思われる。会社の実質的所有権の移動という経済学的観点からの説明は、各場面において、二つの要請のそれぞれがどの程度発現するのかという点を考察する際の一つの方向性を示すものにすぎない。

(3) 取締役の行為規範

では、以上の枠組を前提として、会社の取締役の行為規範についてはどのように考えるべきか。具体的には、株主利益最大化の要請と債権者保護の要請とが対立する場面において、取締役はいかなる理念に従い行動すべきなのか。両者の要請の関係が問題となる。

上述のように、株主利益最大化の要請と債権者利益保護の要請とは、理論的には別の次元の議論であり、両者は性質上併存する関係にある。ただ、株式会社においては、会社法規範として社会性・公共性の観点が加味されるとしても、あくまで会社の中心的目的は営利性の追求にあり、株主利益最大化が第一とされるので、通常時においては株主利益最大

²⁴ 黒沼・前掲注3, 27頁注(59)

化原則が取締役の行為規範とされるべきである。

もつとも、通常時であっても債権者保護の要請は絶えず存在しており、特に会社の経営が悪化して債務超過状態にまで至ると、潜在的に存在していた債権者利益保護の要請が顕在化する。他方、債務超過状態においては、取締役の行為により残余請求権者たる株主の利益が影響を受ける程度は低下するので、株主利益最大化の要請が後退する。株主利益最大化原則も、債務超過状態のもとでは、社会的・公共的観点にもとづく利益概念の調整を受けらるのであり、結果として、株主利益最大化の要請と債権者保護の要請とがともに取締役の行為規範として機能することになるのである。

このように、取締役の行為規範を二元的に理解することを前提とした場合、再生債務者の取締役はいかなる義務および責任を負うのか。次章では、再生債務者の取締役の義務および責任についての具体的検討を行う理論的前提として、再生債務者の取締役の法的地位について検討することにする。

2 再生債務者の取締役の地位

再生債務者の取締役はいかなる地位に立つのであろうか。本章の課題は、再生債務者の法的地位および公平誠実義務の法的性質について整理することで、次章以下の議論の理論的前提となる取締役の地位について確認する点にある。

再生債務者の概念については、実体法上の債務者概念とは区別された手続上の概念であり（法2条1号）、事業の再生、すなわち債務者財産の収益価値を保全し、これを利害関係人に配分するために創設された地位にほかならないとされる。そして、債務者が自然人の場合を別とすれば、民事再生法38条1項が業務遂行権等は再生債務者に帰属するとしているのは、その権限が法人たる再生債務者に帰属することをいう意味であり、業務遂行権等自体を行使するのは、手続機関たる再生債務者の機関にほかならないとされている²⁵。

まず、再生債務者の法的地位について検討する。

この点、民事再生規則1条では、再生債務者による手続の円滑な進行義務（1項）、および手続進行上の重要事項の再生債権者への情報の周知義務（2項）が定められており、これは再生債務者という独立の地位を認めた上で、これらの義務を定めたと解することが可能である²⁶。そうだとすれば、再生債務者の地位は手続開始前の債務者としての地位とは別異の人格として捉えることが理論上妥当である。

次に、再生債務者に帰属するとされる業務遂行権等の行使主体について検討する。

確かに、条文上は「再生債務者が」業務遂行権等を行行使するものとされ（法38条1項）、また、公平誠実義務についても「再生債務者は」「義務を負う」とされており（同2項）、行使主体としては再生債務者が想定されているといえる。このことを前提とすると、取締役などは、その機関として権利を行使し、義務を遂行する立場に立つとする²⁷のが理論的に一貫すると思われる。しかし、債務者が法人の場合、公平誠実義務等の手続上の義務や

²⁵ 伊藤・前掲注4, 114頁

²⁶ 宗田・前掲注5, 53頁

²⁷ 田原・前掲注5, 110頁

責務に対する違反を法人自体に問うことは意味を持たず、「むしろ実際に業務遂行権等を使用する法人の機関についてその違反などを考える必要がある」²⁸。仮に、業務遂行権等の行使主体が再生債務者であり、取締役などはその機関として再生債務者の権利義務を行使する義務を課せられていると構成したとしても、その具体的内容は再生債務者の負う義務と事実上一致するものと考えられ、あえてこのような技巧的説明を施す必要は見出せない。そうだとすれば、債務者が法人の場合、現実を直視し、手続機関たる再生債務者の機関が業務遂行権等の行使主体であると捉えるべきである。

これらを前提に、公平誠実義務について検討すると、公平誠実義務は「再生手続が開始された場合」に再生債務者が負うものであり（法38条2項）、再生手続開始決定の効力として生ずるものであることは明らかである。また、その内容については、条文上、「債権者に対し、公平かつ誠実に、前項の権利を行使し、再生手続を進行する義務」とされており、具体的には、再生債務者自身や第三者の利益と再生債権者の利益とが相反するような場合に再生債権者の利益に反する行為を行ってはならないという手続準則としての誠実義務と、再生債権者は公平に取り扱わなければならない、特定の再生債権者を利するような行為は許されないという準則としての公平義務とに分けて整理することができる²⁹。

そして、前述のように、業務遂行権等の行使主体を手続機関たる再生債務者の機関であるとすれば、かかる行使主体たる取締役などは、公平誠実義務等の手続上の義務や責務についての違反を問われる立場に立つことになり、特に、公平誠実義務についてみれば、その履行主体としての地位に立つことになる。すなわち、業務遂行権等の行使主体たる取締役などは、取締役などの行使主体が再生債務者や取締役といった法人および法人内部者と再生債権者との間に利益相反関係を生じさせるような立場に立つことを禁止する手続準則としての誠実義務、および、取締役などが業務遂行権等を使用するにあたって再生債権者を公平に取り扱わねばならないという手続準則としての公平義務を負わされる地位に立つものといえる。

²⁸ 伊藤・前掲注4, 114頁

²⁹ 加藤・前掲注5, 33頁

3 取締役の義務

会社の取締役は、実体法上、本来の会社の機関としての地位に立っている。そして、再生債務者の地位を手続開始前の債務者としての地位とは別異の人格として捉える立場によれば、会社の取締役の地位については、再生手続の機関としての地位と本来の会社の機関としての地位との併存が認められることになる。

では、手続機関たる再生債務者の機関としての取締役の負う義務と、会社の機関としての取締役の義務とは、いかなる関係に立つのだろうか。この点が本章の課題となる。

取締役の義務の相互関係を明らかにするには、前提として、それぞれの義務の内容を整理する必要がある。後述するように、公平誠実義務と取締役の会社債権者に対する信認義務は、法的性質において差異があるものの、本質的内容において共通性が認められる。それゆえ、取締役の義務の内容を整理するにあたっては、取締役の会社債権者に対する義務についての検討が不可欠といえる。

そこで、以下の論述では、取締役の会社債権者に対する義務に焦点を当て、手続機関としての取締役の負う公平誠実義務、および会社の機関としての取締役の負う会社債権者に対する信認義務の根拠について検討する。その上で、再生債務者の取締役の義務についての整理を示すとともに、両者の義務の具体的内容を検討し、取締役の義務の相互関係を明らかにする。

(1) 取締役の会社債権者に対する信認義務の根拠

一般的に、信認義務は信認関係の存在を前提として発生するとされる³⁰。信認とは、「一方が他方を信認し、あるいは他方に依存し、他方は、自らに依存している相手方に対しそ

³⁰ 樋口範雄『フィデューシャリー〔信認〕の時代』（有斐閣、1999年）24頁

の利益を図る義務を負うような関係一般を指す」とされ³¹，このような意味における依存関係の存在が認められれば，当事者間に信認関係が存在していることになる。

本節の課題は，手続機関としての義務である公平誠実義務，および会社の機関としての義務である取締役の会社債権者に対する信認義務の根拠を探る点にあるが，このことは，各場面において，取締役と会社債権者の間の信認関係の存否を明らかにすることに帰着する。そこで，本節では，手続機関としての取締役の場合，および会社の機関としての取締役の場合に分け，各場合における信認関係の有無を検討する。

ア 手続機関としての取締役の場合

まず，手続機関としての取締役と会社債権者との間の信認関係について検討する。

再生手続が開始されると，債権者による権利実行は制限され，「再生債務者が立案する再生計画によって権利の満足を受けることを強制される。」それゆえ，「債権者の権利実現は再生債務者の機関に依存し，両者の間に信認関係が生じる。」³²

イ 会社の機関としての取締役の場合

次に，会社の機関としての取締役と再生債権者との間の信認関係について検討する。

この点について，伊藤教授は以下のような分析をされる³³。すなわち，取締役と株主との関係については，配当金支払請求権の発生の有無およびその額については，「取締役の業務執行によってどの程度利益が上げられるかどうかなどに関わっており，その意味で，利益配当請求権の実現について株主は，取締役の業務執行に依存する関係にある。」これに対して，会社債権者の場合，「少なくとも法律上の権能としては，履行期が到来すれば，債務者に対して強制履行を求めることができ」，会社「債権者は，株主と異なって，自らの権利の実現について取締役の業務執行に依存する必要はない。」そして，「会社の経営状態が債

³¹ 樋口・前掲注 30，28 頁，178 頁

³² 伊藤・前掲注 4，119 頁

³³ 伊藤・前掲注 4，118 頁

務超過になったとしても、この関係に変化はない」とされる。

しかし、「信認関係とは、契約関係がもつ取引の自由と、身分関係の特色である権力と依存の関係を修正して組み合わせたもの」であるとされる³⁴。すなわち、一方で、信認関係においては、その成否について選択の自由があり、また、内容面でも一定の選択の自由がある。他方で、信認関係は、受認者が裁量権を有するという意味で対等な当事者関係ではなく、また、受認者が受益者に対し忠実義務（*duty of loyalty*）を負うことになるという特色を有するとされており、契約関係に加えて身分関係の特色をも取り込んだ広がりをもった概念として捉えられる。そうだとすれば、信認関係における依存関係の意義については広く解釈すべきであり、具体的には、委託者の利益の運命が事実上受託者に委ねられているという意味における実質的依存関係をいうものと解する。このような解釈に対しては、「法律上の権利と事実上の利益の関係を誤解したもの」であるとの批判も可能であろうが³⁵、そもそも法律上の権利と事実上の利益との区分をどこに求めるのかという限界はあいまいであり、少なくとも信認関係を考える場面においては、法律上の権利か事実上の利益かという区別を強調するのは妥当ではないであろう。

株式会社のような物的会社においては、会社債権者の信用の基礎は会社財産に置かれており、取締役は当該会社財産を運用する地位に立つ。特に、会社が債務超過状態に至った時点以降においては、会社債権者は債権のカットを余儀なくされる地位に立っており、抜け駆け的な債権回収を行えばそれは詐害行為として実体法上の効力が否定されることになる。加えて、前述のように、会社が支払不能に陥った場合には、会社財産の実質的所有権は株主から会社債権者に移動していると考えられ、取締役はこの会社財産を一定期間、保全・運用・管理処分する立場に必然的に立つことになる³⁶。

以上のことからすれば、会社債権者の権利実現は、手続開始前であっても会社が債務超過状態に至った時点以降においては、会社の機関たる取締役に依存していることになり、

³⁴ 樋口・前掲注 30, 38 頁は、Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, 71 Cal. L. Rev. 795(1983) pp.800-801 を引用した上で、信認関係の特色につき、以下のようにまとめている。

³⁵ 伊藤・前掲注 4, 118 頁

³⁶ 前嶋京子「米国における取締役の会社債権者に対する責任」阪大法学 115 号 91 頁, 127 頁（1984 年）

取締役と会社債権者との間に信認関係の存在が肯定される³⁷。このことは、会社の機関としての取締役の会社債権者に対する信認義務の発現を意味する³⁸。

(2) 取締役の会社債権者に対する信認義務の発生時点

ア 問題の所在

前節で示したように、取締役は、再生手続開始決定の時点において、手続機関として再生債権者に対し公平誠実義務を負う。また、手続開始前であっても会社が債務超過状態に至った時点以降においては、取締役は会社の機関として会社債権者に対し信認義務を負っている。これにより、取締役は各時点において、会社債権者に対する受託者の責任を負うことになる。

もっとも、会社の機関としての取締役の会社債権者に対する信認義務がいつ発生するか

³⁷ なお、本稿では、「会社債権者」とは、会社が債務超過に陥る以前から債権を取得していた債権者を指すものとして議論を展開しているが、これとは別に、会社が債務超過に陥った後に新たに会社と取引をなす第三者についても、取締役との間で信認関係が肯定されるかどうかの問題となる。一般に、取引における両当事者は互いに対等の立場に立っており、取締役と取引の相手方との間に信認関係が成立することはないのが原則である。ただ、例外として、極端に経営状態が悪化しているなどの特段の事情があるような場合には、取引の相手方の利益が取締役の行為に実質的依存しているといえ、信認関係の存在を認めることができる。具体的にいかなる場合に特段の事情があるといえるかという点については、会社の経営状態、取引の種類、会社ないし取締役と相手方との関係などに照らして、実質的に依存関係の有無を検討する必要があるだろう。

³⁸ *Geyer v. Ingersoll Publications Co.*, 621 A.2d 784 (Del. Ch. 1992) は、支払不能の時点において信認義務の存在を認めることで、株主という一つの利害関係グループのみならず、企業全体の利益につながる最善の方策を取締役に選択させることを可能とすると述べる。このことは、債務超過状態に至った時点において取締役の会社債権者に対する信認義務の存在を肯定するという考え方が、株式会社の目的において株主利益最大化のみならず社会性・公共性の観点も取り入れて考えるという二元的理解と整合することを示すものといえる。なお、この判例の評釈として、近藤光男「債権者に対する取締役の信任義務」商事法務 1403号 44頁（1995年）がある。

という問題については、別途検討を要する³⁹。取締役は会社の機関として株主に対して信認義務を負っており、これらの義務の相互関係が問題となるからである。

この点については、取締役の会社債権者に対する信認義務は、債務超過の時点をもってはじめて発生するというよりも、むしろ、このときに至って顕在化する、すなわち、会社の債務超過時点の前後において、取締役の会社債権者に対する信認義務の程度がゼロに近い状態から法的責任を問いうるレベルへと上昇すると考えるべきである⁴⁰。

自説の構成を理論的に正当化するには、次の二つの問題を解決する必要がある。一つは、債務超過状態に陥る前の時点において、取締役と会社債権者との間に、潜在的な信認関係の存在を認めることができるかという問題であり、もう一つは、「受託者のジレンマ」と称される⁴¹取締役の義務の衝突についての取扱いの問題である。以下で順に検討する。

イ 取締役と会社債権者との間の潜在的な信認関係について

第一の問題については、次のように説明することができる。

取引の両当事者は、本来的には相互に対等な立場に立っており、両者の間に信認関係が生じないのが通常である。しかし、前述の通り、会社債権者の権利実現は、手続開始前であっても会社が債務超過状態に陥った時点以降においては、取締役と会社債権者との間に信認関係の存在が肯定され、会社の機関としての取締役の会社債権者に対する信認義務が

³⁹ 信認義務の発生時点については、債務超過の判断のメルクマールをどこに求めるのかという問題がある。また、支払不能の時点について、これを制定法上の手続開始時点とするのか事実上の支払不能を問題にするのかという点でも争いがある（近藤・前掲注 38, 46 頁参照）。ただ、本稿では、この点には立ち入らず、債務超過時点において信認義務が発現するものとして議論を進める。

⁴⁰ 前嶋・前掲注 36, 128 頁は、「取締役の受託者的責任は、会社の支払不能という事実を境にこの後はじめて生ずるというよりは、むしろ、このときに至って顕在化するとともに称すべきものである」と述べている。そして、前嶋京子「取締役の責任」今井宏＝田辺康平編集代表『蓮井良憲先生還暦記念・改正会社法の研究』（法律文化社、1984 年）275 頁、276 頁は、この点につき、会社に対する責任と第三者に対する責任との双方を同一理論に統一的に把握する解釈を可能とし、商法 266 条ノ 3 の法的性質に関する一貫した説明を可能にする点で妥当性を有するものであるとの評価がなされている。自説の構成は、かかる主張に示唆を受けたものである。

⁴¹ 四宮和夫『信託法〔新版〕』（有斐閣、1989 年）249 頁

発現する。その根拠は、究極的には、会社債権者の利益を左右する会社経営が会社の機関たる取締役任せられているという会社機関の構造それ自体に求められる。すなわち、株式会社においては、会社という組織を中心に多数の利害関係人が登場するが、他方で、株主有限責任制度が採用されているため、会社債権者に対する担保となるものは会社財産だけであり、しかも会社財産確保のために定められた資本制度の実効性は低い。それゆえ、株式会社においては、その構造上、本来的に会社債権者を保護すべき要請が存在していることになるのである。このような説明は、会社法規範において、株主利益最大化を原則としつつ、社会性・公共性を取り入れるという二元的理解とも整合性を有する。

以上を踏まえれば、債務超過の時点をもってはじめて取締役と会社債権者との間に信認関係が成立するというよりは、むしろ会社が債務超過に陥る心配のない通常時においても、潜在的には取締役と会社債権者との間に信認関係が存在するとした方が、より実態に即した説明であるということができよう⁴²。

ウ 取締役の義務の衝突について

第二の問題については、次のような主張がなされる。

すなわち「取締役が同時に株主および債権者に対して受認者としての地位に立つとすると、双方に対する受認者としての義務は、株主と債権者の利害が対立する局面では必ず衝突する」ことになり妥当ではない⁴³。会社が債務超過に陥る可能性のある経営悪化時においては、「株主と債権者の利害の対立は激化する」が、この場合、取締役が同時に株主と債権者に対して信認義務を負うとするならば、取締役はハイリスク・ハイリターンの選択とローリスク・ローリターンの選択との間で選択に窮することになる⁴⁴。「理論的には、株主は徐々に会社の実質的所有者たる地位を債権者に譲っているのだが、二人の相手方に対す

⁴² もっとも、ここで示した二つの説明は、通常時においてゼロに近い状態の信認関係が存在すると説明するのか、それとも法的な意味における信認関係が存在しないと説明するのかという違いにすぎず、実際上の効果という点で大きな差異を生ずるものではない。

⁴³ 黒沼・前掲注3, 15頁

⁴⁴ 黒沼・前掲注3, 25頁

る信認義務が両立しない以上、債務超過の時点をもって、信認義務の相手方が会社＝株主から会社＝債権者に変更されると割り切る」べきであるとの主張である⁴⁵。

確かに、利害対立関係にある当事者の双方に対して信認義務を負うとすると、理論的には義務履行主体による一方当事者に対する義務の履行が他方当事者に対する義務違反となる場合が発生し、判断に窮する結果となるようにも思われる。しかし、会社が債務超過に陥り、取締役の会社債権者に対する受託者的責任が顕在化したからといって、取締役の株主に対する信認義務が当然に排除されることにはならない。前述の通り、信認関係の特色の一つとして忠実義務の発生が挙げられるが、信認義務の内容として忠実義務が含まれるということは、信認義務の履行それ自体が利害関係人相互の利益衝突を調整する機能をも包含していることを意味する。そうだとすれば、会社が債務超過に陥り、取締役の会社債権者に対する受託者的責任が顕在化したということは、ただ単に取締役が責任を負う相手方に債権者が加わったということの意味するにすぎない。

倒産処理の目的は「利害関係人の権利の公平な実現と債務者の経済的更生に集約され」⁴⁶、民事再生の目的は「当該債務者とその債権者との間の民事上の権利関係を適切に調整し、もって当該債務者の事業又は経済生活の再生を図ること」(法1条)に求められる。このように、手続機関としての取締役の職務執行に関する指導理念として、株主や債権者などを全て含む利害関係人全体の利害を公平に調整することが予定されている以上、取締役の義務のレベルにおいても、その衝突が本来的に想定されているといえる。信認義務の衝突はアメリカ連邦倒産法第11章自体も認めるところであり、取締役の義務を考えるにあたっては、信認義務の衝突を回避することよりもむしろ、株主と債権者の双方に対する信認義務が併存することを前提として、いかにその衝突を取り扱うかを問題とすべきである⁴⁷。

したがって、二人の相手方に対する信認義務が両立しないという反対説の前提は妥当ではなく、倒産処理の指導理念たる公平の理念が妥当する場面においては、取締役の信認義務の衝突を肯定することができるのである。

⁴⁵ 黒沼・前掲注3, 26頁

⁴⁶ 伊藤・前掲注15, 11頁

⁴⁷ Nimmer & Feinberg, Chapter 11 Business Governance : Fiduciary Duties, Business Judgment, Trustee and Exclusivity, 6 Bank. Dev. J. 1 (1989), 32頁

そこで、公平の理念が妥当する場面とはいかなる場面をいうのかが問題となるが、公平の理念が導かれる前提として、倒産状態においてはすべての利害関係人の権利を完全に満足させることが通常ありえないという実態がある⁴⁸ことに鑑みれば、ここでいう公平の理念は、再生手続開始後のみならず、実質的にみて倒産状態と同視できる債務超過状態に陥った時点以降についても妥当する。よって、少なくとも債務超過時点以降においては、取締役の義務の衝突を認めるべきである。それゆえ、債務超過の時点をもって信認義務の相手方が会社＝株主から会社＝債権者に変更されると割り切るといふ反対説の帰結は維持できない。

さらに進んで、会社が債務超過に陥る心配のない通常時についてみると、前述のように、潜在的には取締役と会社債権者との間の信認関係の存在が認められ、取締役の会社債権者に対する信認義務を觀念することが可能である⁴⁹。それゆえ、取締役に対する責任の追及は潜在化しているが、義務のレベルでは対立が存在することになり⁵⁰、觀念的には債務超過時点以降と類似の構造となる。そこで、会社が債務超過に陥る心配のない通常時において公平の理念が妥当するのかが問題となるが、この点については、前述した会社法規範と倒産法規範の連続性から説明することができる。

会社が債務超過に陥る心配のない通常時においても、会社法規範における社会性・公共性の要請は潜在的には存在している。そして、再建型手続の目的として強調される公平の理念と会社法規範における社会性・公共性との間に共通性が見出せることに鑑みれば、通常時の場合であっても倒産処理に関する公平の理念の趣旨が妥当するものといえる。このように、倒産処理における公平の理念は、会社法規範における社会性・公共性の要請との共通性を媒介として、通常時のもとでの取締役の行為規範の内部において潜在的に存在することになり、それゆえ、通常時における取締役の義務の觀念的衝突の存在を理論上肯定することができるのである。

⁴⁸ 伊藤・前掲注15, 7頁

⁴⁹ ここで、觀念的な意味における信認義務の存在を認めるということの意味は、信認義務という一般的義務の存在は肯定するが、これを構成する個別の義務については、なお法的責任につながる程度にまで高まっていないということである。義務の存在と義務の程度を区別するという点で、会社法規範におけるパラメータ的発想と通ずるものである。

⁵⁰ 黒沼・前掲注3, 15頁

以上により，実体法上，取締役は会社債権者に対し会社の機関として信認義務を負っており，このことに由来する取締役の受託者的責任は，会社の支払不能という事実が発生した時点に至って顕在化するものと解するべきである。

(3) 取締役の義務の相互関係

前述のように，取締役の会社債権者に対する信認義務を肯定する立場を前提とすると，再生債務者の取締役は，会社の機関としての地位と再生手続の機関としての地位を併有しており，再生手続の機関として負担する再生債権者に対する公平誠実義務に加え，会社の機関としての地位に由来する義務として，取締役の会社に対する善管注意義務，会社または株主に対する信認義務，さらには会社債権者に対する信認義務を負担することになる⁵¹。

では，これらの義務の相互関係はどのように説明されるのか。

公平誠実義務が再生手続開始決定の効力であることに鑑みれば，再生手続の機関としての公平誠実義務と会社の機関としての会社法上の義務とは理論上分離して考えることができ，両者は理論上並立するものといえる。

そこで両者の義務の内容についてみると，一般的に言って，信認義務の具体的内容については忠実義務（duty of loyalty）と注意義務（duty of care）に分けることができる⁵²。そして，忠実義務とは，受託者がもっぱら受益者の利益のためにのみ行動すべきことを意味するとされ，その中には，受託者個人の利益が信託財産の利益と衝突するような利益相反関係に立つこと，信託事務の処理に際して自己の利益を追求すること，信託事務の処理

⁵¹ 伊藤・前掲注4，116頁参照

⁵² なお，樋口範雄『アメリカ信託法ノート』（弘文堂，2003年）35頁によれば，受託者の義務については，まず注意義務と忠実義務に分けて考えるのが通常であるが，すべての義務をこれら二つのどちらかに分類するというのは困難であるとされる。特に，情報提供義務については「注意義務と忠実義務がそれぞれ履行されていることを確認するために必須であり，二つの義務を実質的に支えるもの」として位置づけた上で，かかる情報提供義務の重要性に鑑み，これを第三の義務として別枠で論じている。本稿においても，情報提供義務については，義務の内容を論ずる際に具体的に検討することにする。

に際して第三者の利益を図ること，を禁止する原則が含まれている⁵³。すなわち，取締役の忠実義務が問題となる場面としては，会社と取締役との間の利益相反のような垂直的利益対立の問題，および利害関係人相互間における水平的利益対立の調整の問題という2つの側面があることになる⁵⁴。

これを，公平誠実義務，および取締役の会社債権者に対する信認義務についてあてはめると，まず，公平誠実義務については，前述のように誠実義務と公平義務とに分けることができるが，ここでいう誠実義務は，垂直的利益対立の場合における禁止原則に対応し，他方，公平義務は，水平的利益対立の場合における禁止原則に対応する⁵⁵。また，取締役の会社債権者に対する信認義務の内容としての忠実義務は，会社や取締役など会社内部の者と会社債権者との間で利益相反関係を生じさせるような立場に立つことを禁止するという垂直的利益対立に関する禁止原則と，会社債権者相互間において特定の会社債権者の利益を図ることを禁止するという水平的利益対立に関する禁止原則という二つの側面をもったものとして説明できる。

このように，公平誠実義務と取締役の会社債権者に対する信認義務は，その内容の本質的な部分においては重なり合いがあるといえ⁵⁶，このことの理論的裏づけを求めれば，それは，両者の義務がいずれも取締役の受託者の地位を根拠として発生しているものである

⁵³ 四宮・前掲注 41，231 頁

⁵⁴ Lawrence E. Mitchell, A Theoretical and Practical Framework for Enforcing Corporate Constituency Statutes, 70 Tex. L. Rev. 579 (1992), 590 頁は，経営者の注意義務につき，垂直的利益対立（vertical conflicts of interest）の場合と水平的利益対立（horizontal conflicts of interest）の場合とを区別しなければならないとする（訳語は，落合・前掲注 8，12 頁による）。これら二つの類型は，本稿においては，いずれも注意義務の場面というよりはむしろ忠実義務の場面に対応するものであるため，以下の論述では，忠実義務の場面における分類として用いることにする。

⁵⁵ 四宮・前掲注 41，248 頁は，公平義務を便宜上，善管注意義務の一種として分類するが，樋口・前掲注 52，165 頁によれば，公平義務を忠実義務のグループに入れて考えるのがアメリカの最近の傾向であるとされており，本稿でもこれに従うことにする。

⁵⁶ 確かに，公平誠実義務には注意義務の側面が含まれておらず，信認義務の内容と齟齬を生ずる。しかし，樋口・前掲注 52，129 頁は，信認義務の特徴がより強く発揮されるのは忠実義務と情報関連義務であり，とりわけ忠実義務こそが信認義務の中核にあるとしている。公平誠実義務と取締役の会社債権者に対する信認義務は，信認義務の中核部分を形成する忠実義務の側面において，内容的な重なり合いを有する以上，両者の本質的部分における共通性を認めることができよう。

ことに帰着することになる。

(4) 公平誠実義務の手続上の意義

以上により，公平誠実義務と取締役の会社債権者に対する信認義務とは，理論的には並立する関係に立つが，本質的内容においては共通性を有するものといえる。では，このように内容面で共通性の認められる義務につき理論的並存を肯定することの意味はいかなる点に求められるのか。

再生手続の機関としての公平誠実義務は，再生手続開始決定の効力として生ずるものであり，再生手続に移行しようとする会社の取締役は，再生手続開始により，本来の会社の機関として負担していた会社債権者に対する信認義務に加えて，再生手続の機関としての公平誠実義務が課されることになる。そこで，解釈論上，公平誠実義務が新たに加重されることの意味が問題となるが，この点については，次のように説明することができる。

民事再生法 38 条 2 項に定められる公平誠実義務は，それ自体としては訓示規定的な色彩が強い⁵⁷。しかし，公平誠実義務は再生手続開始決定の効力として生ずるものであり，業務遂行権等の行使及び再生手続の追行という再生手続全般にわたっての行為規範としての意義を有する。再生債務者が公平誠実義務を負うに至るということは，再生債権の認否，再生債権者への情報開示，再生計画の作成・履行のいずれをも同様に公平・誠実に行わなければならないことを意味するのであり，まさに民事再生法の理念の一つとして位置づけられる⁵⁸。このように，公平誠実義務は，再生手続開始により不可避免的に必要となる債権者の権利調整全般に関する行為規範として，再生手続の機関たる取締役に対し課せられた手続的義務としての性質を有するものと考えらるべきである⁵⁹。

⁵⁷ 伊藤眞編集代表『民事再生法逐条研究』55 頁〔高橋発言〕参照

⁵⁸ 田原睦夫「民事再生法の理念と主要な特徴」才口千春ほか編『民事再生法の理論と実務（上）』（ぎょうせい，2000 年）1 頁，5 頁

⁵⁹ 伊藤編集代表・前掲注 57，207 頁〔深山発言〕は，民事再生法 38 条 2 項が手続を通じた当事者の根本的な行動準則である旨を指摘する。

では、手続機関たる再生債務者の取締役が再生手続開始決定により公平誠実義務を負うということは、具体的にいかなる意味を有するのか。以下では、双方未履行の双務契約の取扱い、再生計画の作成および再生債権者への情報開示の場面を例にあげ、公平誠実義務の意義を検討することにする。

ア 双方未履行の双務契約の取扱いと公平誠実義務

再生債務者等は、再生手続開始当時において双方未履行の状態にある双務契約について契約を解除するかまたは履行するかの選択権を有する（法49条1項）。これは、破産法59条1項および会社更生法61条と同趣旨の規定であり⁶⁰、具体的には、再生債務者等に契約の解除権を認める点にその趣旨が求められる⁶¹。

再生債務者の機関たる取締役に選択権の行使を認めることは自己矛盾の行動を許容するものではあるが、民事再生法はDIP型の手続を採用しており、そこでは債務者自らが業務遂行権や財産管理処分権を有するのが原則とされることから、このような制度が導入された。すなわち、ここでいう解除権は、再生手続開始に伴い、手続機関たる取締役に対し、法が特別に与えた権能であると考えられる⁶²。

このように、双方未履行の双務契約についての解除権の行使は、再生手続開始により不可避免的に必要となる債権者の権利調整の場面に該当するのであるから、再生債務者の取締役は、この解除権を恣意的に行使することはできず、総債権者の利益に資するか否かとい

⁶⁰ 深山卓也 = 花村良一 = 筒井健夫 = 菅家忠行 = 坂本三郎著『一問一答民事再生法』（商事法務研究会，2000年）77頁

⁶¹ 破産法59条1項の趣旨に関する学説の詳細については、伊藤・前掲注15，225頁以下参照。本稿では、同条項の趣旨についての伊藤教授の見解を前提としている。なお、伊藤教授は、法49条2項後段の存在を指摘した上で、双務契約に関する規定を新設した民事再生手続でも、解除権構成が維持されるとしている。

⁶² 破産法59条1項における解除権構成を前提とすれば、同条項における解除権は、「法によって破産管財人に与えられた特別の権能である」ことになる（伊藤・前掲注15，226頁）。再生手続においても同様に考えることができ、本文で述べたように、法49条1項により認められた解除権は、再生手続開始の効力として、手続機関たる取締役に対し、法が特別に与えた権能であるといえる。

う管財人と同様の判断にもとづき解除を行わなければならない。それゆえ、公平誠実義務は、再生債務者の取締役が解除権の行使するにあたっての行為規範として機能することになる⁶³。

イ 再生計画の作成と公平誠実義務

再生債務者および管財人は、再生手続開始決定があり、再生債権の届出・調査・確定手続を経て、弁済すべき再生債権総額が確定した後に、再生計画案を作成して提出しなければならない（法163条1項）⁶⁴。再生計画においては、法の定める一定の条項を記載しなければならない（法154条）、そのうちの絶対的記載事項とされる再生債権者の権利の変更条項（同1項）の内容については、再生債権者の間で平等であることが必要とされる（法155条1項本文）。再生計画の作成は再生債務者の機関たる取締役の義務であり、その記載事項に関する平等原則の定めは、取締役の負う公平誠実義務の現れと評価することができる。また、再生手続の認可の手続において、再生計画が法律の規定に違反し、かつその不備を補正できないものであるとき、再生計画が遂行される見込みがないとき、再生計画の決議が再生債権者の一般の利益に反するときには、再生計画案を決議に付することができず排除され（法170条）、再生計画案が可決されても再生計画不認可となる（法174条2項）が、これらの規定は、取締役による公平誠実義務の履行を手続上担保するものといえる。

このように、再生計画の作成は再生手続開始により再生債務者の機関たる取締役に対し課せられた義務の一つであり、再生債権者の権利調整を行う中心的な場面である。それゆえ、取締役に対しては当該義務の履行に関する行為規範として公平誠実義務が課されることになり⁶⁵、これを受けて、法も再生計画の作成に関する公平誠実義務を具体化する規定

⁶³ 伊藤眞ほか編『注釈民事再生法』（金融財政事情研究会，2000年）〔増市徹〕139頁

⁶⁴ 再生計画案の事前提出も認められている（法164条1項）。

⁶⁵ 伊藤編集代表・前掲注57，206頁〔深山発現〕によれば、民事再生法38条は、主として再生計画を作成する過程を念頭に置いた規定であるとされている。同条2項の公平誠実義務も、再生計画の作成に関する行為規範としての意義がその中心をなすものと考えることができる。

を置いているのである。

ウ 再生債権者への情報開示と公平誠実義務

再生債務者等は、再生手続開始後遅滞なく、財産評定を行い、財産目録等を裁判所に提出しなければならない（法 124 条）。その目的は、再生手続開始時における再生債務者財産の清算価値を明確にし、債権者に対して再生計画案に対する賛否の意思決定のための情報を提供させることにある⁶⁶とされる。また、再生債務者等は、再生手続開始後遅滞なく、報告書を裁判所に提出しなければならない（法 125 条 1 項）。この報告書は、財産状況報告集会の報告の基礎（法 126 条 1 項）、同集会が招集されない場合は、再生債権者に対する周知措置の中心（規則 63 条）となる⁶⁷。その趣旨は、再生債権者等が再生計画案に対する賛否等対処方法を決定するための基礎となる情報、具体的には、再生手続開始に至った事情や再生債務者の業務や財産の現況についての正確な情報を再生債権者等が了知しうるようにする点にある⁶⁸。

このように、法は、再生債権者等による自己決定権の行使の基盤を確保する観点から、再生債務者等に対し再生手続開始の効力として情報提供義務を課している。そして、これら条文で規定される情報提供義務は、再生計画作成に関する行為規範としての公平誠実義務がきちんと履行されるための不可欠な義務としての意味を有する⁶⁹。

再生手続開始前においては、再生債務者等により任意に開催される債権者説明会（規則 61 条 1 項）において、業務及び財産に関する状況又は再生手続の進行に関する情報提供

⁶⁶ 才口千春 = 田原睦夫 = 林道晴執筆者代表『民事再生手続の運用モデル〔補訂版〕』（法曹会，2002 年）23 頁

⁶⁷ 才口ほか執筆者代表・前掲注 66，24 頁

⁶⁸ 伊藤ほか編・前掲注 63〔増田勝久〕，349 頁

⁶⁹ 樋口・前掲注 52，182 頁は、一般的に、情報提供義務が信認義務の内容である注意義務や忠実義務がきちんと履行されるために不可欠な義務としての意味を有するとする。公平誠実義務が本質的には忠実義務としての性質を有するものであり、また、再生債権者等に対する情報開示規定の趣旨が再生計画案に対する賛否決定の基礎となる情報を再生債権者等に提供する点にあることに鑑みれば、本文で述べたように、再生債権者等に対する情報開示義務は、公平誠実義務の前提として位置づけることができるであろう。

がなされるにすぎない。後に述べるように、取締役は会社債権者に対する情報提供義務にもとづき積極的に債権者説明会を開催すべきといえるが、これは民事再生法において手続上要求される義務ではなく、あくまで会社の機関としての取締役に課せられる義務にとどまる⁷⁰。これに対し、再生手続開始により再生債務者等に対し新たに課せられた報告書等の提出義務は、その後に予定されている再生計画案の決議（法169条、171条、172条）の前提として発生するものであり、民事再生法において手続上要求される義務である。再生手続開始により、再生計画作成に関する行為規範として取締役に公平誠実義務が課せられたのに呼応して、その前提たる情報提供義務が条文上規定されたと理解することができる。

エ 公平誠実義務の手続上の意義

以上のように、公平誠実義務は、実体法上の会社の機関としての地位とは区別された再生手続の機関に対して課せられた義務であり、再生手続という手続的制約の中における行為規範としての意義を有するものである。あくまで手続遂行上不可避免的に必要となる再生債権者の権利調整にかかわる場面のみを規律するという点で、会社の機関としての取締役が負う信認義務とは理論上区別されることになる。

(5) 再生手続開始決定前における取締役の義務

では、再生手続開始決定前において取締役が会社債権者に対して信認義務を負っている

⁷⁰ 伊藤編集代表・前掲注57、98頁〔伊藤発言〕は、理屈としてはこれを公平誠実義務の中に含めて理解することが可能であると指摘するが、本文で述べたように、債権者説明会の開催義務と再生債権者等に対する情報開示義務とは別の場面であると考えべきである。また、このような情報関連義務は、公平誠実義務および取締役の会社債権者に対する信認義務に包摂されるものではあるが、あくまでもこれらを支える義務として捉えることができるという意味において、公平誠実義務や信認義務そのものとは理論上区別されるべきである。

ということは、具体的にいかなる意味を有するのか。ここで検討すべき課題は、経営状態が悪化したときに、「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債権者に対し、どんな義務を負いまた負うべきなのか」⁷¹という問題である。以下においては、具体的に、法的整理申立義務と法的整理検討義務、およびその前段階としての財務状況検査義務、そして情報関連義務について検討することにする。

ア 法的整理申立義務について

まず、法的整理申立義務について検討する。

これは、取締役の会社債権者に対する注意義務の一内容として位置づけられる。一般的な理念としてみれば、債権者の利益を保護すべきという要請もあるが、他方で、十分存立能力のある会社に法的整理申立義務を課すことは避けるべきとの要請もあり⁷²、両者の調和を図ることが求められる。立法論としては、なお検討の余地があると思われる。ただ、現行法の解釈としては、条文上の根拠が存在せず、法的整理申立義務自体を肯定することは困難であろう。

イ 法的整理検討義務について

もっとも、債務超過またはそれに近い状態に至った段階で、取締役は会社の再建可能性・倒産処理等を検討すべきであるという法的整理検討義務については、法的整理申立義務自体とは区別して検討すべきである。

前述の通り、債務超過が発生した時点以降における会社の営業活動の継続は会社債権者の損失の危険において行われるものであり、それゆえ、取締役は会社債権者と信認関係に

⁷¹ 吉原和志「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護（二）」法学協会雑誌 102 巻 5 号 881 頁，944 頁（1985 年）

⁷² 吉原・前掲注 71，958 頁

立つ。このような信認関係の存在を基礎として、取締役は会社債権者に対し会社の機関として信認義務を負う。

ここでいう信認関係および信認義務の背後には、会社法規範レベルにおける会社債権者の利益保護の要請がある。特に、債務超過またはそれに近い状態の株式会社は、株主が有限責任の結果失うものがないためイチかバチかの投機に走りやすく、また、営業を継続すれば取締役への報酬支払等により会社の財務状況がますます悪化すること等が予想されるので、会社債権者全体の損害拡大を阻止すべき要請はより一層高まるといえる⁷³。それゆえ、債務超過またはそれに近い状態に至った株式会社においては、会社債権者全体の損害拡大を阻止する観点から、会社の機関たる取締役の会社債権者に対する注意義務の一内容として、会社の再建可能性・倒産処理等の検討を行うという法的整理検討義務の存在を理論上肯定し得ることになる⁷⁴。

そこで次に、実体法上、いかなる要件のもとで法的整理検討義務の発生を認めるのか、言い換えれば、いかなる状況になれば法的整理検討義務の程度が法的責任を問いうるレベルにまで高まるのかという点が問題となる。この点については、倒産処理法の理念に照らして解釈論を展開すべきである。

一般の破産原因は支払不能であり、支払停止は支払不能と推定される（破産法126条）。法人の場合、債務超過も破産原因とされる（同法127条1項）。他方、民事再生法における再生手続開始申立要件は、「債務者に破産の原因たる事実の生ずるおそれがあるとき」または「債務者が事業の継続に著しい支障を来すことなく弁済期にある債務を弁済することができないとき」であるとされており（民事再生法21条1項）、和議法における開始原因が「破産ノ原因タル事実アル場合」とされていた（和議法12条1項本文）のと比較すると、より早期の申立が可能となっている。会社更生法における更生手続開始申立要件の内容も、民事再生法21条1項と共通した内容となっている（会社更生法17条1項）。

⁷³ 江頭・前掲注7, 386頁, 吉原・前掲注71(三・完)102巻8号1431頁, 1480頁(1985年)参照

⁷⁴ 最判昭和41年4月15日民集20巻4号660頁は、支払等ができないことを容易に予見できる状況にありながら取引したことをもって悪意・重過失と評価しているが、任務懈怠の具体的内容は明らかにされていない（江頭・前掲注7, 386頁注(4)）。

再建型手続の目的は、債務者の資産のうち本質的部分を有機的一体のものとして維持しつつ、それによって生み出される収益をもって負債に対する弁済に充てるところにあり、再建型手続は、本来的に、「債務者の経済的破綻が確定する前の段階、すなわち、将来の破綻がかなりの蓋然性をもって予測される段階で開始されるものでなければならない」⁷⁵。民事再生法 21 条 1 項や会社更生法 17 条 1 項が支払不能等となる以前の早い時期における申立を認めるのは、以上のような趣旨にもとづくものといえる⁷⁶。このように、再建型手続においては、その目的である「当該債務者の事業又は経済生活の再生」（民事再生法 1 条）、および「当該株式会社の事業の維持更生」（会社更生法 1 条）を実現すべく、申立要件の緩和がなされており、むしろ、手続申立の要件を具備した段階において早期に手続へ移行することが強く要請されていると考えられる。しかも、民事再生や会社更生などの手続が開始されている事実が破産障害事由とされていることから分かるように、民事再生や会社更生には破産に対する全体的優位性が認められている⁷⁷。

そうだとすれば、取締役は、再建型手続開始申立要件を具備した段階において、少なくとも手続申立の検討を行うべきであり、かかる意味において取締役は法的整理検討義務を負うものと解すべきである。具体的には、債務者の状況を放置すれば支払不能または債務超過となることが客観的に予測されるような場合、破産原因が生ずる以前の状態において弁済資金の調達が可能であるがそのために事業の継続に著しい支障を来すような場合⁷⁸において、会社の機関としての取締役は、会社債権者に対する注意義務の具体的発現としての法的整理検討義務を負うものと解する。

ウ 財務状況検査義務について

次に、財務状況検査義務について検討する。

⁷⁵ 伊藤ほか編・前掲注 63〔伊藤眞〕、2 頁

⁷⁶ 深山ほか著・前掲注 60、12 頁参照

⁷⁷ 伊藤・前掲注 15、71 頁

⁷⁸ 伊藤ほか編・前掲注 63、61 頁〔中村清〕、宮川勝之＝須藤英章編『新会社更生法解説』（三省堂、2003 年）65 頁〔花沢剛男〕

これは債務超過時の法的整理申立義務ないし法的整理検討義務に先行する会社機関の不断の自己検査義務としての意味を有しており⁷⁹、法的整理申立義務等の論理的前提あるいはその付随義務として位置づけられる。

経営が悪化してきた場合、取締役は経営状況を確実に把握するとともに、悪化の原因の分析、今後の収益見通しの予測、資金繰りの計画、経営改善のための対策の立案・実行など必要な措置を講ずることが要請される⁸⁰。後者でいうところの必要な措置を講ずる義務とは、前述の法的整理検討義務に対応するものであるが、このような措置を選択するに先立ち、取締役が会社の経営状況を適切に把握していることが必要となることは当然の前提である⁸¹。それゆえ、財務状況検査義務は、法的整理検討義務の論理的前提あるいはその付随義務として発現するに至り、取締役の会社債権者に対する注意義務の一内容として位置づけられることになるのである。

エ 情報関連義務について

最後に、会社債権者に対する情報の開示・提供の義務としての情報関連義務について検

⁷⁹ 吉原・前掲注 71，973 頁参照

⁸⁰ 吉原・前掲注 73，1513 頁は、このような自己検査義務を取締役の会社に対する義務の一つとして位置づけ、会社債権者に対する関係ではこれを否定する。確かに、新たに会社と取引をする第三者との関係において、取締役が会社の機関として取引を差し控える義務まで認めることはできない。しかし、前述のように、取締役は会社債権者と信認関係に立っているといえ、一定の場合には取締役の会社債権者に対する信認義務の一環として、自己検査義務の存在を肯定することは可能である。黒沼・前掲注 3，10 頁は、「問題把握・対処義務を怠った取締役に債権者に対する責任を負わせるのであれば、そのような義務を取締役が債権者に対して負っていると解するのが自然」であるとする。

⁸¹ このような財務状況検査義務が要請される背景としては、資本維持の原則による債権者保護の実効性の低さも指摘される。吉原・前掲注 71（一）423 頁，424 頁（1985 年）は、現行の資本維持による債権者保護の限界として、資本が損失発生に備えての緩衝器たるととどまること等を指摘した上で、実効的な債権者保護のためには、営業不振による会社財産の減少自体を阻止すること、すなわち債務超過が生じた場合にそれ以上会社の財産状態が悪化しないように配慮することが必要であるとし、経営危機時ないし倒産の前段階での規制に注目する。本稿でも、かかる問題意識を受けて、資本維持の原則とは別に、財務状況検査義務を検討している。

討する⁸²。

民事再生法のもとにおいて、再生債務者等は、再生債権者に対し、業務及び財産に関する状況又は再生手続の進行に関する事項について説明するために、債権者説明会を開催することができる（規則61条1項）。債権者説明会は必要に応じて随時行うことができ、保全処分の発令を得た後直ちに開催することが通例であるとされる⁸³。また、再生手続申立以前の段階においても、申立に先立って事実上の債権者説明会が開催されることもある。

会社債権者に対する情報の開示・提供の義務としての情報関連義務は、信認義務の内容である注意義務や忠実義務がきちんと履行されるために不可欠な義務としての意味を有するものである⁸⁴。とりわけ、債務超過が発生した時点以降においては、取締役と会社債権者との間の信認関係が顕在化するため、信認義務の内容である注意義務や忠実義務の適切な履行が強く求められる。法的整理検討義務が発生した時点以降においては、取締役は、法的整理の検討を進める中で債権者説明会を開催する等の措置を採ることにより、積極的に会社債権者に対する情報の開示・提供の機会を設定していくべきであり、このような意味において、取締役は会社債権者に対して情報関連義務を負うと解するべきであろう。

⁸² 本稿の直接の検討対象ではないが、経営困難時の取引において契約交渉にあたる支配株主・代表取締役等は会社と新たに取引をなす相手方に対して情報関連義務を負うべきであるとの主張がある（江頭憲治郎『会社法人格否認の法理』（東京大学出版会，1980年）244頁）。前述の通り、取締役はこのような第三者との関係でも一定の場合には信認関係に立つといえるので、かかる信認関係に由来する義務として、取締役が取引の相手方たる第三者に対し、情報関連義務を負うこともあり得る。ただ、債務者の資力の把握は基本的には取引当事者の自己責任であり、また、取引時に財務状況を開示する義務を課することは倒産せよというに等しいともいえる（江頭・前掲注7，386頁注(4)）ので、開示義務・情報提供義務の存在が肯定されるのは、例外的な場合に限られるべきであろう。

なお、取引の相手方に対する情報提供義務については、民法上、詐欺・錯誤法理の拡張場面として、あるいは「契約締結上の過失」に基づく責任の一種として理論構成する方向性が検討されている（わが国における学説の議論状況については、横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリスト1094号128頁（1996年）、宮下修一「契約関係における情報提供義務(六)」名古屋大学法政論集197号209頁（2003年））。ここにおいて、情報提供義務の根拠としてあげられることが多いのは、契約当事者間の情報格差を前提とした相手方の「信頼」を保護する必要性という点である。民法上の解釈として展開される議論と信認義務に関する議論とは、その論理的枠組の点では差異があるが、いずれも当事者間の「信頼」を情報提供義務の発生の根拠としている点で共通性があるといえる。

⁸³ 才口ほか執筆者代表・前掲注66，12頁

⁸⁴ 樋口・前掲注52，182頁

4 取締役の責任

(1) 取締役の義務違反の判断基準

前章で示したように、取締役は会社債権者に対し、手続機関としての公平誠実義務および会社の機関としての信認義務を負っている。では、取締役はいかなる場合にこれらの義務に違反したと評価されるのであろうか。経営判断の原則⁸⁵の適用が問題となる。信認義務の履行においては本来的に履行義務者の裁量が広く認められており、義務違反か否かの評価は履行義務者の裁量に基づく判断の適切性という法的問題に集約される⁸⁶。

ア 取締役の注意義務と経営判断の原則

まず、注意義務違反が問題となる場面についてみると⁸⁷、履行義務者の行う具体的な判断の内容としては、経営判断のための事前準備の部分と、それらの資料にもとづく意思表示の部分とに大別することができ、注意義務が問題となるのは主として前者である。前者については、一般企業人としてどれだけの調査と準備をなすべきかを客観的に決定することができ、必要な注意を怠った者を免責すべき理由はないが、後者については、取締役各

⁸⁵ 取締役の経営判断の原則が問題となる取締役の取引類型を分析してその適用を検討したものとして、神崎克郎「取締役の経営判断の原則」『取締役制度論』（中央評論社、1981年）85頁がある。また、商法266条ノ3第1項との関係を論じたものとして、近藤光男「商法二六六条ノ三第一項に基づく取締役の責任と経営判断の法則」民商88巻5号1頁、19頁（1988年）がある。アメリカにおける経営判断の原則に関しては、近藤光男「取締役の責任とその救済（一）～（四・完） 経営上の過失をめぐって」法学協会雑誌99巻6号1頁、7号121頁、9号1頁、12号1頁（1982年）、同「アメリカにおける経営判断の原則の適用限界」神戸法学雑誌32巻4号747頁（1983年）、川浜昇「米国における経営判断原則の検討（一）」法学論叢114巻2号79頁、99頁（1983年）、戸塚登「経営判断の法則（一）（二・完）」阪大法学126号1頁、127号1頁（1983年）、春田博「アメリカにおける経営判断の原則の一考察」早稲田法学会誌35巻343頁（1985年）などがある。

⁸⁶ Nimmer & Feinberg・前掲注47, 34頁

⁸⁷ ここでの分析は、戸塚・前掲注85に示された枠組に従っている。

人が経営能力を発揮すべき分野であり、一般企業人の平均的な判断の基準は妥当しない。それゆえ、経営判断の形成に至る過程（準備面・手続面）には注意義務がそのまま適用されるが、判断自体（判断面）はそれが合理的根拠に裏付けられていれば免責されるというものとして経営判断の原則を理解すべきであるとされる⁸⁸。

もっとも、ここでいう経営判断の原則が民事再生法のもとにおける取締役についてそのまま適用されるかという点については、別途検討を要する。

一般的に言えば、通常時と異なり、倒産ないしはそれに近い状態に入ってからでは会社債権者に対する関係における注意義務が加重されるので、より厳格な「経営判断」の基準が適用されるべきといえる⁸⁹。

これを特に再生債務者の取締役との関係でみると、次のように説明することができる。再生債務者の取締役の職務執行は、「当該債務者の事業又は経済生活の再生を図る」（法1条）という民事再生の目的の実現に向けてなされる必要があり、再生債務者の取締役は、経営の立直しと業績の回復に努めることで再生債権者の犠牲を最小化するという義務を、再生債権者に対する注意義務の一内容として負うことになる。この場合、倒産処理における公平の理念、および会社法規範における社会性・公共性が強く発現し、株主利益最大化が原則とされていた状況下よりも一層慎重な職務執行が要請されるものといえる。それゆえ、再生債務者の取締役の職務執行に関しては、むしろ厳格な「経営判断」の基準が適用されるべきということになるのである⁹⁰。

⁸⁸ 川浜・前掲注 85（一）、99 頁、戸塚・前掲注 85（二・完）、5 頁

⁸⁹ 谷口・前掲注 2、259 頁

⁹⁰ なお、近藤・前掲注 85、19 頁（1988 年）は、閉鎖会社においては所有と経営とが分離していないことが多いため、経営判断の法則の適用について、公開会社の場合と同一に論じるべきではないのではないかと問題を指摘する。その上で、「裁判所が取締役の経営判断の内容を吟味することを認めた上であれば、取締役の経営上の裁量を全く否定してしまうべきではな」く、閉鎖会社の債権者の保護は、むしろ責任財産を十分確保させる立法により対処すべきであるとする。再生手続が中小企業への適用を念頭に置いていることに鑑みれば、ここでの議論は再生債務者の取締役の経営判断の場面にも妥当することになる。もっとも、かかる主張のうち、閉鎖会社について公開会社の場合よりも経営判断の尊重の程度を緩和すべきではないとの部分については賛同できるが、裁判所による経営判断の内容の吟味を前提とする点では賛同できない。本文で述べたように、判断面と準備面・手続面とは明確に分離されるべきである。

では、厳格な「経営判断」の基準とはいかなるものをいうのか。この点については、次の二つの考え方が成り立ちうる。一つは、準備面・手続面については注意義務の基準をそのまま適用しつつ、判断面についてはより厳格に合理性を審査するという考え方であり、もう一つは、判断面については通常と同様に合理的根拠に裏づけられているか否かにより審査し、準備面・手続面についての注意義務の基準をより厳格なものとするという考え方である。これらは、裁判所が判断面の合理性審査にも踏み込むかどうかという点で区別される⁹¹。

そもそも経営判断の判断面において厳格な審査を回避すべきとされる理由は、経営判断それ自体が取締役各人の個性に委ねられるべきところであるという点、および経営判断の内容を事後的に審査することが裁判所にとって容易ではないという点に求められる⁹²。特に、民事再生法における事業の「再生」という目的は、会社財産の増強というパイの拡大のみに集約されるわけではないので、取締役の採り得る選択肢の範囲は広範なものに及ぶことになり、かかる意味において取締役の有する裁量の幅は拡大する⁹³。そうだとすれば、経営判断の判断面において厳格な審査を回避すべきとされる理由は、そのいずれもが再生債務者の取締役の経営判断の場面において妥当するものといえる。

また、民事再生法においてはいわゆるDIP型手続が採用されており、再生債務者の取締役は、再生債権者に対する公平誠実義務による規律の下で、手続開始後も業務遂行権と財産管理処分権を有する（法38条）。このように、再生手続においては、会社更生法のような後見型手続とは異なり、再生債務者の自己決定権が重視される手続構造となっている

⁹¹ アメリカの経営判断の原則は、取締役・会社間に利害対立がないことおよび取締役の意思決定過程に不合理がないことのみを審査し、判断内容の合理性には一切踏み込まないものであるのに対し、日本の裁判例では、裁判所が経営判断の内容までも論評しているという特色があるとされる（戸塚・前掲注85（二・完）、59頁、江頭・前掲注7、360頁注（7））。

⁹² 戸塚・前掲注85（二・完）、44頁

⁹³ 取締役の採り得る選択肢の範囲が広範に及ぶという意味における裁量の幅の拡大と、「経営判断」の基準の厳格さとは、異なる次元の問題である点に注意を要する。選択肢の種類が増加したとしても、実際に経営上の判断として一つの選択肢を選択し、これを取締役の職務執行として行うためには、その前提として準備面・手続面における注意義務の要件を充足する必要があるため、かかる注意義務違反の審査基準が厳格なものとなれば、全体として「経営判断」の基準が厳格化したものといえるからである。

⁹⁴ことに鑑みれば，取締役の行う経営判断の判断面については，基本的には裁判所による審査が回避されるべきであり，かかる帰結こそが民事再生法の理念の要求するところであるといえよう。

したがって，厳格な「経営判断」の基準とは，経営判断の準備面・手続面についての注意義務の基準をより厳格なものにするという意味に捉えるべきである。

イ 取締役の忠実義務と経営判断の原則

では，忠実義務違反についてはどうか。一般受託者の忠実義務違反については，自己の利益を図ることや利益相反の關係に立つだけで違反とされるので，注意義務違反に比べて外形的に容易に判断できるとされる⁹⁵。忠実義務がかかわる判断には経営判断の原則を適用しないというのが一般的理解である⁹⁶。

確かに，一般受託者の場合は受益者相互間に利害の対立が存在しないのが通常であり，利害關係人相互間における水平的利益対立の調整という問題は現れない。しかし，株式会社の取締役の場合には様相が異なる。会社の経営が悪化してくると，受益者の利害は互いに衝突するようになり，受託者たる取締役は，このような利害対立を前提として経営上の判断を行っていく⁹⁷。すなわち，水平的利益対立の調整の場面において，取締役は，公平の理念のもとで自由裁量により経営判断を行い，利害關係人相互間の利益衝突を解決していくことになるのである⁹⁸。

⁹⁴ 田原・前掲注 58，6 頁

⁹⁵ 樋口・前掲注 30，185 頁

⁹⁶ 戸塚・前掲注 85（二・完），5 頁。なお，善管注意義務と忠実義務とは異なる性質のものでないとする立場からは，忠実義務が問題となる事例についても，程度の差はあれ，経営判断の原則の適用があるとされる（上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法(6)』（有斐閣，1987年）〔近藤光男〕279頁）。しかし，少なくとも垂直的利益対立の場面については，経営判断の原則の根拠が妥当せず，かかる場合にまで取締役の責任の軽減を図るゆえんはないとされる（前嶋京子「わが国における経営判断の原則の適用について」下関市立大学論集 25 巻 3 号 1 頁，4 頁（1992年），4 頁）。

⁹⁷ Nimmer & Feinberg・前掲注 47，36 頁

⁹⁸ アメリカ法でも，複数受益者の利害調整という水平的利益対立の場面における企業の経営者の判断について，遺言信託の管財人の場合よりも緩和された基準が適用されており，

この点は、取締役の注意義務と経営判断の原則のところを示した枠組と同様といえる。比喩的に述べれば、取締役による注意義務の履行はパイの拡大に該当するのに対し、水平的利益対立の調整としての忠実義務の履行はパイの分配に該当するが、いずれの場面についても、取締役の義務違反の有無を外形的画一的な判断により評価することはおよそ不可能であり、取締役の経営判断を尊重すべきとされる点で共通性を有する⁹⁹。

したがって、水平的利益対立の調整場面における忠実義務違反の判断にあたっては、注意義務違反の場合と同様に、経営判断の形成に至る過程（準備面・手続面）における合理性を問題とし、判断自体（判断面）についての審査は基本的には回避されるべきである。

(2) 取締役に対する責任追及の可否

前節では、取締役の義務違反の評価基準について、特に経営判断の原則との関係で整理を試みた。そこで、以下では、前章で検討した公平誠実義務および再生手続開始決定前の取締役の義務の双方について、取締役の義務違反の評価基準に対する具体的なあてはめを行うことで、取締役に対する責任追及の可否を検討する。

ア 公平誠実義務について

再生計画作成に関して、取締役は行為規範としての公平誠実義務を負い、さらにこの公平誠実義務の履行を実質的に支える義務として、再生債権者に対する情報提供義務を課さ

これは第11章手続開始後においてはさらに緩和されている（Stephen H. Case, *Fiduciary Duty of Corporate Directors and Officers, Resolution of Conflicts Between Creditors and Shareholders, and Removal of Directors by Dissident Shareholders in Chapter 11 Cases*, In *American Law Institutes - American Bar Association Committee on Continuing Legal Education, Chapter 11 Business Reorganizations: ALI-ABA Course of Study Materials 1 (C371, 1991)*, 31頁）。このことは、水平的利益対立の場面においても、取締役が有する判断面における裁量の幅が拡大することを意味するものといえる。

⁹⁹ 樋口・前掲注52, 174頁

れる。

公平誠実義務のうち、まず、誠実義務についてみると、これは垂直的利益対立の場合における禁止原則に対応するので、誠実義務違反の有無に関しては、いわゆる利益相反の場面において適用されるような基準に従って判断がなされる。

他方、公平義務についてみると、これは水平的利益対立の場合における禁止原則に対応するので、公平義務違反の有無に関しては、前述のような経営判断原則の枠組に従って判断がなされる。

そこで、双方未履行の双務契約の解除、および再生計画作成の場面について検討すると、まず、公平誠実義務それ自体は、解除権の行使、あるいは再生計画作成という判断面の行為規範として働くことになるので、直接的には義務違反にもとづく責任が成立することは考えにくい。もっとも、公平誠実義務の背後には、これに先行する調査義務と情報入手義務が観念され、これらの義務は、解除権の行使、あるいは再生計画作成という判断形成の準備面・手続面の義務として位置づけることが可能である。それゆえ、特定の会社債権者の利益を図る目的があったか否か、公平誠実義務の履行にあたって必要かつ十分な資料と情報を収集していたか否かという観点から、取締役の義務違反の有無を判断すべきである。

また、公平誠実義務を支える義務としての情報提供義務については、その趣旨が再生債権者等による自己決定権の行使の基盤を確保する点にあることから、再生債権者等が再生計画案に対する賛否等対処方法を決定するのに必要かつ十分な内容が盛り込まれていたか否かという観点から、実質的に取締役の任務懈怠の有無を判断すべきである。

イ 再生手続開始決定前における取締役の義務について

再生手続開始決定前における取締役の義務としては、法的整理検討義務、財務状況検査義務、情報関連義務が認められる。これらを経営判断原則の枠組の中で整理すると、経営悪化時における経営判断の内容、具体的には会社の業務遂行の継続や倒産処理への移行といった取締役による判断それ自体（判断面）の形成に至る過程における取締役の義務（準

備面・手続面)として、法的整理検討義務が位置づけられ¹⁰⁰、その論理的前提ないしは付随義務として財務状況検査義務が存在する。これらは、取締役の会社債権者に対する注意義務としての性格を有する。そして、取締役の会社債権者に対する注意義務・忠実義務の双方の適切な履行を支えるものとして、情報関連義務が存在することになる。

このように、前章で検討した取締役の義務は、いずれも判断面の問題ではなく準備面・手続面の問題であり、一般的な注意義務の基準、すなわち善管注意義務の基準がそのまま適用されることになる。そして、再生手続開始決定前という会社の経営が悪化した状況においては、経営判断の基準も厳格なものとなり、注意義務の基準がより厳格なレベルへと引き上げられる。

具体的にそれぞれの義務について検討すると、まず、法的整理検討義務については、再建可能性・倒産処理等の判断を行うのに必要な調査と情報に基づいていたか否かという点が、当該義務違反の有無を判断する際の中核となる¹⁰¹。そして、ここでいう調査義務および情報入手義務は、具体的には、財務状況検査義務、すなわち法的整理検討義務に先行する会社機関の不断の自己検査義務に対応するものである。それゆえ、取締役の義務違反の有無に関しては、まずは、一般企業人として要求される合理的な注意をもって、必要かつ十分な調査および情報入手を恒常的に行っており、調査された事実の認識に重要かつ不注意な誤りが介在していなかったかどうかという観点から、財務状況検査義務に関する懈怠の有無を判断すべきである。特に、会社の財務状況が悪化する兆候が表れた時点以降においては、事実調査に遺漏がなかったか否か、事実認識が適切になされていたかどうかとい

¹⁰⁰ 法的整理検討義務との関連で、倒産手続の種類を選択、法的整理と私的整理との区別が問題となりうるが、これらの問題は、準備面・手続面というよりはむしろ判断面の問題であり、ここでいう法的整理検討義務とは別の次元の問題として位置づけるべきである。私的整理による会社再建を目指すか否かという問題は、法的整理の採用と表裏の関係にあり、取締役の経営判断における判断面と直結する。また、倒産手続の種類を選択については、再生手続や更生手続から破産手続や再生手続、更生手続への移行が可能であるため、仮に不適切な手続の申立がなされたとしても、これを是正することは容易であり、申立段階においては、むしろ取締役の判断を尊重すべきといえる。

¹⁰¹ A L I 試案は、その状況下において適切であると合理的に信ずる程度の調査義務（第 4.01 条(a)(1)）、およびその状況下において適切であると合理的に信ずる程度の情報入手義務（第 4.01 条(c)(2)）を明文化している。

う点について、厳格な審査がなされるべきである。その上で、法的整理を検討する過程において、取締役会の開催や専門家への相談、さらには事実上の債権者説明会の開催等の措置を採り、当該取締役が再建可能性や倒産処理等について慎重かつ十分な検討を行ったか否かという観点から、法的整理検討義務違反の判断をすべきである。

また、情報関連義務については、再建可能性や倒産処理等について取締役が行う判断に関連して、個々の会社債権者が適切にリスクの計算をなし得るように、必要かつ十分な情報が提供されるべきであり、法的整理検討義務の履行の一環として、これらの措置が採られていたかどうかという観点から、取締役の任務懈怠の有無を判断すべきである。

(3) 取締役に対する責任追及の実現

経営者の責任の成立が認められても、さらにこれを追及し実現するための方法について検討する必要がある。

まず、公平誠実義務に違反した場合の責任追及について検討する。

再生債務者の取締役が公平誠実義務に違反して再生債権者に損害を与えた場合について、法は、特別清算人の場合（商法430条2項）と異なり、取締役の賠償責任の規定（商法266条、266条ノ3）を準用していない。しかし、再生債務者の賠償責任については、これらの規定の類推適用ないし不法行為責任（民法709条）により取締役に対する賠償責任の追及を認めていくべきである¹⁰²。

また、再生債務者の取締役が公平誠実義務に違反してなした行為は、「財産の管理又は処分が失当であるとき」に当たるから、管財人による管理を命ずる処分の原因になる（法64条1項）¹⁰³。その趣旨は、債務者の経営者が裁判所の監督に服せず債権者間の公平を害する財産の処分・管理を行ったり、放漫な事業継続により債務者の財産を減少させ事業の継続を困難にさせるおそれがある場合や、債務者の規模やその社会的影響からみて従前

¹⁰² 高木新二郎 = 伊藤眞編『民事再生法の実務〔新版〕』（金融財政事情研究会，2001年）〔須藤英章〕91頁参照

¹⁰³ 高木 = 伊藤編・前掲注102，91頁

の経営者に業務の遂行を認めることが好ましくない場合においては、利害関係人の利益を保護する必要性があることから、例外的に、従前の経営者から業務遂行権および財産の管理処分権を剥奪し、これらを裁判所が選任した管財人に専属させることとしたという点に求められる¹⁰⁴。このように、経営権の剥奪という方法によっても、取締役の責任を実現することが可能となる。

次に、再生手続開始決定前における取締役の義務違反に対する責任追及について検討する。

再生手続開始決定前における取締役の義務違反にもとづく会社債権者の損害についても、商法266条ノ3や民法709条により、取締役に対する賠償責任の追及が認められる。

また、個人営業の中小企業のように取締役が同時に株主でもある場合、会社が債務超過であれば、いわゆる100パーセント減資によって、将来にわたってこれらの者の発言力を封じることにより、倒産責任を実現することが考えられる¹⁰⁵。倒産手続の中で債権者の債権がカットされることとの均衡上、株主にもしかるべき責任をとらせるために資本更生を変更する必要性が社会的に強く主張される場所である¹⁰⁶。もっとも、民事再生手続はDIP型を採用しており、株主は利害関係人としなないというのが原則とされる。その背後には、再生手続では、必ずしも常に従来からの経営者からの経営権の剥奪が行われないことを明らかにすることによって、従来からの経営陣の自発的な再建意欲を喚起させ、より多くの倒産会社について早期に手続開始が申し立てられる方向に誘導するという意図があったものと推測される¹⁰⁷。また、現実問題として、中小企業の場合、旧経営者の統率力や技能等がなければ事業の再建は不可能な場合が多く、100パーセント減資による倒産責任の実現は、民事再生手続の理念に適合しない側面をも有している¹⁰⁸。100パーセント減資が取締役の責任追及の実現として機能する場合は、かなり限られることになるだろう。

¹⁰⁴ 高木 = 伊藤編・前掲注102〔上野保〕, 108頁

¹⁰⁵ 谷口・前掲注2, 261頁

¹⁰⁶ 伊藤編集代表・前掲注57, 167頁〔深山発現〕参照

¹⁰⁷ 中島弘雅「民事再生手続における資本構成の変更」平出慶道先生・高窪利一先生古稀記念『現代企業・金融法の課題（下）』（信山社, 2001年）607頁, 618頁

¹⁰⁸ 民事再生法における資本減少, 100パーセント減資の可否については、伊藤編集代表・前掲注57, 166頁以下で詳細な議論がなされている。

5 結語

本稿では、債務超過以前から債権を取得していた倒産企業の債権者を保護する法的枠組について、特に、会社の機関としての取締役の負う信認義務と手続機関としての取締役の負う公平誠実義務との関係に留意しながら、倒産状況における取締役の会社債権者に対する責務について議論を進めてきた。

従来、取締役の義務の相手方という問題に関しては、商法266条ノ3との関連で論じられることは多かったが、再生手続との連続性の中でこれを論ずるものはあまり見られなかった。しかし、会社の経営状態は連続的に推移するものであり、特に倒産法との連続性の中で、取締役の義務の法的性質や内容を検討することが不可欠といえよう。

また、民法644条における善管注意義務の概念の抽象性に代表されるように、従来の議論においては、義務の存否と程度の問題を十分に区別しないままに議論がなされてきたように思われる。ただ、比喩的に述べれば、義務というコップがあるかどうかという議論とそのコップにどの程度の水が入るべきなのかという議論、さらには実際にどの程度まで水が入れたのかという議論は、全て次元の異なる問題であり、明確に分離されるべきである。そして、義務違反が実際にあったかどうかに関する審査基準の議論は、満たされるべき水準と実際の水面との違いをいかなるモノサシによって測定するのかという問題であるということを十分に認識すべきではなからうか。

以上のような認識にもとづき、本稿では、通常時から再生手続開始後に至る過程全体を連続的に説明する法的枠組として、株主利益最大化の要請、および債権者保護の要請の双方を会社法規範の中に取り入れた上で、両者を理論上分離してパラメータ的に分析していくという二元的理解の枠組を示した。そして、これを前提として、公平誠実義務、および取締役の会社債権者に対する信認義務について、法的性質や内容を再構成し、両者の相違を整理した。

現代社会においては、会社をとりまく利害関係人の種類は非常に多様化してきており、取締役の行為規範を考える上でも、株主利益最大化ないしは債権者利益最大化といった単純化されたノルムにとどまらず、「企業価値」の最大化という包括的なノルムに正面から向

き合うことの必要性が高まると思われる。その際には、本稿で示したような法的義務に関するパラメータ的枠組は、一つの分析の指針を与えるものといえよう。本稿により、取締役の相手方という問題点に対し、何らかの示唆を与えることができれば幸いである。

もっとも、本稿では、会社法と民事再生法との関係に焦点を当てて分析をしたにとどまり、取締役の会社債権者に対する義務について、他の倒産手続との関係で十分な検討をしたとはいいがたい。また、本稿は、取締役が負う個別の義務について網羅的に整理をするところにまでは及んでおらず、冒頭で提示した問題意識のうち的一面を解明したにすぎない。これらの点については、今後の課題として、さらに研究を進めたい。

以 上