

# 商法二九〇条二項の法的性質について

…… 通説に対する疑問と批判 ……

佐 伯 直 秀

## 第一章 序文 問題点の提起

商法二九〇条二項の規定は、株式会社が同条一項の規定に違反してなすところの、違法配当、俗にいう蝸配当（なおこの違法配当は、狹義では、二九〇条一項に違反して、純資産額から同項所定の数额を控除しないで、利益配当をなした場合であるが、広義では、架空売上高の計上、売上原価の格下げ——東京地判昭和三〇・一一・一一下民集六卷一一号二三七八頁——など、資産の不適正評価、架空資産の記載、減価償却の多額の不足、架空負債の記載など、帳簿上の操作を通じて行なわれるところの、粉飾決算なども入る）をなしたときには、（株式会社）資本維持の原則にもとづき、会社は勿論（民七〇三）、会社債権者と雖も、違法配当受領の株主<sup>（一）</sup>に対し、（会社を経過せずに）直接、違法配当金額の返還を求めることができるとしているとしている。

しかしながらこう規定することに対しては、疑問が起らざるを得ない。けだし会社は法人である（商五四）。しかるに本条の規定によれば、会社債権者は、会社を経過せずに（法人原則に違反して）直接、株主に対し違法配当額の返還請求ができることになるからである。これについて通説は、違法配当を看過することは、債権者の唯一の担保ともいべき会社財産の減少を惹起し、ひいては会社債権者に損害を与えることになるので、資本維持にもとづく共同担保の保全を目的と

して、二九〇条二項の規定が、個々の株主に対する、返還請求権を、会社債権者に特別に与えたからである。したがってこれは、会社債権者の権利であつて、会社の有する不当利得返還請求権を、民法四二三条により、会社債権者が（債務者たる）会社に代位行使するという内容のものではない。換言すれば、この権利は、会社債権者が個々の株主に対して有する直接の請求権であつて、したがつて会社の株主に対する不当利得返還請求権の有無に關せず、独立に、この規定にもとづき、与えられたものであるとしている。

ところでこの権利は、系譜的には勿論、債権者代位権制度に由来する<sup>3)</sup>のであるが、さりとて民法の債権者代位権制度とは、その権利行使の要件や客体などの点において、異なるものがある。すなわち、たとえば民法四二三条によれば、その行使の要件として、同条には『自己ノ債権ヲ保全スル爲メ』とあるので、権利行使にあつては、その債権保全上、必要なる所以を立証しなければならないのであるが（もつともこの必要性は、現在、後述の如く、緩やかに解釈されるようになって来ているのであるが）本条の権利行使に当たつては、その必要性立証は不要であり、ただ違法配当の事実を挙げるだけで充分であることであり、また民法のそれとは異なり、（債務者たる）会社の、株主に対して有するすべての債権ではなくして、違法配当（商二九〇I違反）の返還請求権だけに限定されていることである。

かくの如く、実定法上の制度としては、本条の制度が、民法上の債権者代位権制度と、全く同一のものとはいえない。しかしそうかといつて、通説の如く、これとは全然、別個独立のものであるとする<sup>4)</sup>ことには、これまた抵抗を感じる。要するに本条の権利は、二九〇条二項により与えられたとする点では、私見もまた、異議をさしはさむものではない。けだしそうでないと、なぜ本条の権利行使にあたり、その債権保全のための必要性立証の要件を免除されるのかについて、その理由などを説明できないからである。しかしながら本条規定により与えられたというても、その行使の客体たる権利について、通説は、債権者代位権のそれとは、全然別個独立の権利なりとするのであるが、この考え方に対しては賛成できないものがある。

そこで、この違法配当返還請求権なるものの、法的性質如何ということが、次に起る問題となるのであるが、本論文では、この問題について、それに対する通説の、とらえ方に対する疑問ならびに批判を中心にして、検討を試みることにする。そしてそのために、次の第二章においては、先ずその第一節において、通説の如く、この権利が二九〇条二項の規定により、独立に与えられたと解釈することには、問題の存在することを述べると共に、つづいて第二節においては、私見は、通説とは反対に、会社の有する違法配当返還請求権を、会社債権者が代位行使するものであると解釈するのであるが、こう解釈しても、民法の債権者代位権制度との間には、法体系上から来るところの、障害は別に存在しないという点についてふれる。そして筆者は、債権者代位権説を取るのであるが、第三章では、このことは、通説の立場を取ることに比して、会社債権者に取り、必ずしも有利とはいえないのであるが、さりとて現行法制上の解釈としては、止むを得ないものであるとして結ぶことにする。

## 第二章 二九〇条二項の法的性質についての通説に対する批判とその検討

第一章において、既にふれた如く、私見は、二九〇条二項の法的性質については、通説とは異なり、その権利の内容は、あくまでも会社の、株主に対して有する違法配当返還請求権であり、それを会社債権者が、会社に代って行使するのであるという、債権者代位権の見解（以下、これを代位権説と略称する）を取るものである。しかしながら通説の立場は、これとは全く反対の立場に立っているのであるから、そこで私見を述べるに先立って、先ず反対説たる通説には、現行法体系上、克服し難い問題点のあることについて述べることにする。

## 第一節 通説の問題点（法人制と直接責任制）とその検討

既にふれた如く、二九〇条二項の権利については、通説は、これは会社債権者保護のため、法により与えられた債権者の権利であり、会社の有する返還請求権を代位行使するものではないとするのであるが、かく解釈することには、抵抗を感じざるを得ない。そしてそれは、法人たる株式会社制度の持つ間接責任制との関連から来るのである。

ところで、会社は、商法五四条を引用するまでもなく、法人である。そして法人であるということは、会社は第三者との関係においても、また会社対社員の間においても、会社自身が権利義務の主体として認められるということである。換言すれば「会社の活動は、会社代表者が直接、会社の名においてこれを行ない、またその権利は会社に帰属すると共に、その債務は、会社がこれを負担し、要するに団体（会社）にふさわしい簡明かつ確実な処理が認められるということである」<sup>(4)</sup>。従って「法人たる以上、第三者に対して法律関係に立つ者は、法人たる会社であつて社員たり得ず、故に社員は会社の債務につき責に任ずる筈はない」<sup>(5)</sup>のである。換言すれば、社員すなわち株主は、会社に対してのみ、責任を負うものであり、それ故に会社債権者は会社に対してのみ、すなわち会社を通してのみ、間接的に株主に請求できるのであつて、会社を通さずに、すなわち直接的には、個々の株主に請求できない筈のものである。このことは比較法的にも、同様なことがいえるのである。すなわちたとえは、一九六五年の独株式法一条は、その一項で、株式会社は固有の法人格を持つ会社である。会社の義務については、会社財産のみが債権者に責を負うと規定している。したがつて会社の債務に対しては、原則的に責任を負うものは会社財産のみである。そして債権者は（このことは合名会社と鋭く対比することであるが）株主には請求しえないのである<sup>(6)</sup>。また英米法においても会社の負債は、構成員の負債ではなく、株式会社は、それを構成する株主とは別個の法人格として存在し、かつ行為するものとして認められ<sup>(8)</sup>、したがつて会社の権利義務は、会社の、かつ会社のみ権利義務であつて、株主は、その債務については、人的責任を負わないとされている。この点で、組合員が組

合の債務につき、自己の財産をもって人的に責任を負うのとは、区別せられるのである。

勿論、法人制と間接責任制との関係が、以上の如くであるからとしても、この関係を唯無条件、無制約的に、主張することもまた、問題ないわけではない。けだし法人制下に在っても、社員が会社債権者に対し、直接に責任を負担する立法例や、これと類似的効果をもたらす如き法解釈の原理が存在しないわけではないからである。

たとえば、これについて、バラントインは、株主が会社債権者に対し、直接に責任を負う場合として、次のような事例を挙げている。すなわち株式発行に関連して発生する場合の例として、株式の引受価格の支払契約・水割株式、定款または法規定による増価額などに存在する三型式の責任、また株式発行とは別個な原因、たとえば重大瑕疵ある設立手続にもとづく責任、さらに法人格濫用（不適正投資、一人会社、親子会社関係濫用など）に基因する責任などである。<sup>(10)</sup>

また立法例としては、一例として一九三七年独株式法五六条（株主は本法の規定に違反して会社より支払を受領したる限度において、会社の債務につき、債権者に対してその責に任ず）の規定の存在が考えられる（もともとこの規定は、一九六五年法では、後述の如く改正されている）。

このことは、英会社法においても同様である。ここでは、会社の法人格独立の原則に対する侵害が、法により四つもなされている。その中で最も広範な侵害は、課税の立法によりなされて来ている。政府は、脱税のために法人格原理を採用する企図を容認しない。そして実際のところ、一定の場合には、課税は、納税責任を軽減するために、会社制度を使用することは、他の方法を利用する場合よりも、重くなるような規定も、制定されて来ている。さらに法人格原則に対する別個の侵害が、一九四八年会社法の二つの条文、また裁判所による法人格独立原則の無視（公共の利益の保護が非常に重要であり、会社設立が法定責任回避のためになされた場合）などにより、なされている。<sup>(11)</sup>しかしこれらのすべてについてふれることは、紙数の関係で割愛し、ここでは一九四八年会社法の二箇の条文（三二、三三二条）について、述べることにする。先ず三一条についてであるが、これは、会社構成員の員数が、法定数を割ったときの規定である。ところで会社法自身、

会社の構成員は、その員数が規定の最小限を下廻ることが許されるならば、その負債に対しては、直接責任を負う旨を、長い間、規定して来ている。そして本条の規定によれば、私会社の場合は二人、他の種類の会社の場合は七人以下に構成員の員数が減じ、そして六月以上にわたり事業を営むならば、六月経過後も構成員であり、また必要数を欠く員数で会社が事業をしていることを熟知しているものは、その間に締結された負債総額に対し、個別に責任を負う旨が規定されている。そして本条にもとづき、構成員は債権者に対し、個別、直接責任を負うことになり、条文の規定によれば、訴求されることもできるのである。<sup>(12)</sup>ところで直接責任を負う旨の規定は会社法だけでなく、他の法令の中にも存在する（たとえば一九六五年国民保険法九五条など）。<sup>(13)</sup>なお構成員数七名については、ジェンキング委員会はこれを二名に減ずべしと勧告しているのであるが、その狙いは別としても、この勧告は、本条規定の適用範囲（法が直接責任を負うことを認める範囲）を縮小する結果を招来することは否定できない。

次に三三二条について述べる。これは不正取引の場合の規定である。すなわち同規定によれば、会社清算の過程において、営業の遂行が、債権者を欺く意図をもって、または詐欺を目的としてなされるようにみえるならば、裁判所は、破産管財人、清算人、債権者、社員の申立にもとづき、詐欺行為に対する悪意の当事者は、会社の負債、その他の責任に対し、無限に、直接責任を負う旨を宣言できる。ところで本条に対しては「これは三一条の嚴重な制限から解放されている。それは明白に、すべての責任（契約上またはそれ以外の責任たるを問わず）を包含し、また社員と同様、取締役または他の役員にも責任を課している。しかしそれ自身の制約もないわけではない。けだし本条を利用しようとする債権者は、詐欺立証の重い負担を果たさねばならないと規定されているからである」と<sup>(15)</sup>とされている。

もっとも会社の構成員たる社員が、会社債権者に対し、直接責任を負う旨を規定する立法例は、我法にも存在しないではない。すなわち合名会社や合資会社では、社員の直接責任が認められている（商八〇）ので、会社の債権者は、社員に直接請求できるのであり、また増配当を行なったときには、その受けた金額はこれを控除して、出資の価額を定める旨の規定

（一五七）さえある。なお会社法ではないが、同族会社に対する法人税法、特に留保金額に対する特別税率適用（同六七①）また行為または計算の否認（同二三①）の規定もまた、法人形態を排除し、その背後に在る客体たる社員をとらえて、それに適当する税法上の取扱いを定めたものである。これも別な意味での直接責任を課する規定とみることができ。他方、かかる実定法上の規定とは別に、法解釈の原理として、株主の直接責任制と関連するものに、法人格否認の法理がある。これについては、既に多くの研究成果が発表されているので、ここでは、深入りせずに論述を進めることにする。要するに、この法理は、一定の事情が存するときには、特定の場合において、株式会社の法人格が否認され、法人格のあるところに、法人格がないのと同様の取扱いをなすことであり、換言すれば、ある意味で、株主に直接責任を負わすことである。

そこで問題は、ここでいう特定の場合とは、如何なる場合をさすのかということである。これについて、英国では、次のような場合が挙げられている。<sup>(16)</sup>

すなわち(i)構成員数が法定数を下廻ったとき、(ii)会社役員が、会社の商号を記載せずして会社のために（会社に経済的利益を帰属させる目的をもって）為替手形・小切手などに署名する場合、(iii)共同計算の必要なる場合、(iv)詐欺的取引の存在する場合、(v)商務省が関連会社の業務調査をする場合、(vi)会社が単なるごまかしである場合、(vii)会社が株主の代理人として行為している場合、(viii)戦時に、会社が敵性国人により支配されていると信ぜられる場合、(ix)税法上の目的で設立された場合、などである。

また米国においても、会社の設立または法人格取得が、その一般法違反または契約義務違反を容易ならしむるためのものであることが明白なときには、裁判所は、会社の独立の法人格を無視することが、従来よりも、容易になって来た。そしてかかる裁判所の態度は、サンボーン判事の次の言葉に要約できるのである。<sup>(17)</sup>

すなわち会社は、原則として、かつ反対の十分な理由が示されるまでは、法人として認められるが、しかし法人の概念

が公共の便益を打破し、不正を正当化し、詐欺を擁護し、また犯罪を防ぐために利用されるときには、法は、会社を複数の組合と認めるであらうと<sup>(19)</sup>。

ところで前掲の立法例や法解釈原理の検討であるが、先ず立法の諸例を検討して、共通していることは、これらはいずれも、会社の通常、一般的な場合を想定した規定ではなくして、臨時、特例的な場合を想定した規定であるということである。

すなわち一九四八年英会社法三一条の規定は、株主数が法定数を下廻る場合の規定であり、また同三三二条は、会社解散にさいしての規定である。さらに税法の諸規定も、税負担公平の原則にもとづく特例であつて、これら諸規定の立法をもつて、直ちに会社法の一般原則たる間接責任制打破の根拠とはなし得ない。

また法解釈原理としての、法人格否認の法理もまた、その適用される場合は、結局のところ、人が会社を利用して、あるいは法の禁止または命令を潜脱し、あるいは契約を回避し、あるいは第三者を許害する場合に限られるのであつて、これもまた、特別な場合の法解釈原理といふべきであり、しかもそのためには（法律効果を認めるがためには）、ある法律行為がその実質的内容において、法の回避となるというのみでは足りないのであつて、当事者が法の潜脱をなす意図をもつて行動することを要する<sup>(19)</sup>という制約がある。この点において、本条の場合とは、本質的に異なるものがある。

さらにまた前述した我法の合名会社、合資会社における社員の直接責任制（商八〇、一五七工）についても、同様なことがいえる。ただしこの場合は、あくまでも兩種会社、人的会社という特殊性にもとづくための規定であるからである。そしてこの兩種会社について、比較法的に考察すると、日仏法は、これらを法人と認めているのに反し、独米英法は、法人として認めていない、さらにまた法形式上、会社をすべて法人なりとする我国などにおいてさえも、その内部関係については、商法六八条により、民法の組合の規定を準用すべきを規定している。しかもこれに対し、六八条規定の『準用』の語は、むしろ『適用』の語になおすべしとする説<sup>(20)</sup>すらもある（もつとも組合法人も存在するが）。



これに反し、株式会社は完全な意味での法人である（人的会社に対しては、法人格を認めていない独米英ですら、株式会社に對しては、これを法人としている）。したがってその株主の責任は、間接的有限責任である。いうなれば株主は、如何なる意味においても、会社以外の第三者に對しては責任を負わない。換言すれば会社債権者に對しては、直接責任を負うことはないのである。

以上の次第であるので、これを一ぺんの法規（ここでは二九〇Ⅱ）でもって、破ることについては、問題がある。しかるに、通説の見解は、この問題の検討を無視して、これをその論拠の前提とするのである。ここに通説の問題点があるといえる。もっとも、これに對し、「この請求権は、株主の間接責任制に対する例外と目するを得ない。なんとすれば、この請求権は単に株主の不法に受けた配当金の返還を目的とするに過ぎないのであって、株主に別個の責任を負担せしめたものではないからである」とする反論もないではない。しかしながら、不法に受けたものであろうと、なかりうと、とにかく株式会社は、法人であり間接責任である以上、株主と会社債権者との権利義務の直接的交渉はできない筈である（株主と会社債権者との、個人的取引関係より発生した権利義務なら別であるが）。

だがしかし仮りに、一步譲って、法規定でもってこれを破ることができるとしてみても、それには、それなりの根拠と表現とをもった法規定がなければならない。この点、二九〇条二項は、これにこたえうるものを持っているであろうか。また同規定は、一九三七年の独株式法五六条（株主は本法の規定に違反して会社より支払を受領したる限度において、会社の債務につき、債権者に對してその責に任ず）の如き、株主が会社債権者に對して、直接責任を負うことを認める規定に對比することができるであろうか。疑わしいものがある。しかもこの規定ですら、既にふれた如く、一九六五年に改正されている（独株式法六二条）のである。

ところで、この新旧両独株式法の間には、次のような差異がみられる。すなわちその一は、新法は、本条規定を現物出資やその他の現物給付のさいにも適用させるために、法の表題ならびに一項一文および三項における支払（Zahlung）の語を

給付 (Leistung) の語に変更した<sup>(24)</sup>ことであり、その二は、旧法では、不法に受領したものを、会社に返還すべき株主の義務については、明白には表現されていなかったのであるが、新法では、一項一文で新规定として表現していることである。<sup>(25)</sup>すなわち六五年の同法は、三七年法の如く、株主の、会社債権者に対する責任としてではなくして、株主の、禁止された給付を会社に対して返戻すべき義務ということに、表現の重点を置き換えていることである。その三は、さらに一項二文で、善意の概念について、詳細に規定し、また同項三文では、論議の争点となったところの、その立証責任の所在についても、これは株主に存する旨の規定をしていることである。<sup>(26)</sup>

ところで、同規定改正の、経緯の過程の中で、最も注目されることは、三七年の旧法では『株主は会社債権者に対し、責に任ずる』旨を規定して、一定の条件、制約付きとはいへ、会社債権者に対する直接責任を認めたかのような表現を用いていたのに反し、六五年の新法では、株主の、会社に対する返還請求権のみを前面に出し、これについてののみ、規定していることである。そして債権者の権利については、二項において『債権者が会社から弁済を得ることができない限り、会社債権者によっても行使されることができ』と規定して、会社債権者のそれは、あくまでも第二次的補充的<sup>(27)</sup>のものであり、したがって「その主張するのは会社の返還請求権であり、その個人に発生した特殊の請求ではない」旨を規定するに至っていることを考えるべきである。換言すれば、少なくとも、新法は旧法とは異なって、その規定の文言において、株主の直接責任制については、否定的とまではいかなくとも、少なくとも、これを回避している、いえないであろうか。勿論独株式法改正の、かかる経緯のみをもって、直ちに株主の直接責任制云々に持つてゆくことに対しては、いささか、一斑をもって全豹を考察するの嫌なしとはしないかも知れない。しかしこれもまた、株主の間接責任制打破の壁の、いかに厚いものであるかを示す、有力なる一事例と、いえるのではあるまいか。以上、述べ来たったところを要約すると、次の如くにいえる。

すなわち株式会社は法人であり、それ故に、その構成員たる株主は、会社に対してのみ責任を有し、会社以外の、たと

例えば会社債権者などに対しては、なんらの責任を負うものではなく、また負わすべきものでもない。したがって株主の間接責任制をくつがえすことになるような立法や法解釈は、特別な場合を除いて許されないものというべきである。そして二九〇条二項の如き場合が、かかる特別の場合に該当しないことは、上述のことよりして明白であり、また本項規定の文言の上からみても、かかる解釈を引き出すことは、困難ではなからうか。

ところで、通説の見解は、前章で述べた如く、二九〇条二項の規定により、会社債権者に対し、会社、株主に対する違法配当返還請求権を与えられたとするのである。そしてかかる解釈をすることは、二九〇条二項に、株主の間接責任制を侵害する結果を与えることになるのであるから、筆者は、通説には賛意を表するわけには、ゆかないのである。

しかしながら通説の見解を取ることができないからといって、このことから、直ちに反対説たる代位権説を採用すべしとすることには、勿論、ならないのであり、またそう結論付けることは、余りにも論理的に飛躍することである。

そこで次節では、本条に関し、代位権説を取るとは、民法四二三条の債権者代位権制度との間に本質上の矛盾、支障が生じないものかどうかについて検討することにする。

述べるまでもなく、民法四二三条と商法二九〇条二項との間には、（権利行使の前提としての）債権保全のために必要なりという、立証責任を廻って、前者は必要、後者は不要なりとする制度上の相違がある。そこでこの相違は、商法性、会社法性ということでもって、克服または調整できないものかどうか、別言すれば二九〇条二項の場合、債権者代位権行使の要件としての立証責任を免除しても、このことは、代位権制度の上からみて、さしたる支障にはならないものかどうかについて、検討することにする。

## 第二節 債権者代位権説と債権保全立証の必要性について

ところで私見は、既述の如く、商法二九〇条二項の規定により、会社債権者は、債務者たる会社に代って、会社の、株

主に対する返還請求権を、代位行使する権利を与えられたものであると解釈するのであるが、こう解釈することに対しては、二個の問題点が発生して来る。

すなわちその一は、民法四二三条の規定によれば、債権者がこのような権利を行使できるのは『自己ノ債権ヲ保全スル為メ』に必要な場合に限って許されるのであり、そして債権保全の必要ありや否やは、債権者に於てこれを立証すること(28)を要し、したがって第三者(ここでは株主)は、債務者の資力が債権の満足に充分なる旨の反証を挙げて、代位権の行使を拒むことができるのである。しかるに本条の場合には、その立証の必要なくして、ただ違法配当額受領の事実を挙げるだけで行使できることになり、この点で、民法四二三条の要件が緩和または免除されていることである。その二は、株主に對する会社の違法配当返還請求権の如きも、債権者代位行使の對象範圍に包含されるものか否かということである。

先づ前者(問題点の一)より検討する。ところで、二九〇条二項の規定により、債権保全の必要性の立証は不要となるのであるが、この点に、実は本項制定の意義の一つがあるともいえるのである。もつともこれに對し、あるいは民法上、債権者代位権行使の要件が緩やかに解されるようになった(とくに保全の必要性につき)ため、兩規定(商二九〇Ⅱと民四二三)の差異は、それ程、大きくはないとする見解(29)もないではない。しかしこれに對しては、後述の理由でもって、賛成できない。

ところで債権保全に關連して、三個の問題が発生する。すなわち、(イ)保全される債権の範圍はどうか。(ロ)債務者の一般財産、すなわち資力が不十分な場合、換言すれば債務者の無資力を必要とするかどうか。(ハ)債権者代位権以外に、債権の満足をうる手段がある場合にも、債権者代位権によることが許されるか否かということである。しかし問題の性質上、本節では、(イ)、(ロ)の検討を行ない、(ハ)については、次章で述べることとする。

先ず(イ)の場合、すなわち保全される債権の範圍についてであるが、これは前掲問題点の二とも關連するので、ここでは、一しよに考察することとする。そしてこの問題は結局、本稿では、会社の、株主に對する違法配当返還請求権が債権者代

位の目的内に入るか否かということが中心となるのであるから、専らこれについて検討する。

もつともこれに対しては、その債務者に属する権利であれば、一身専属的ものを除いて、原則としてその種類は問われない<sup>(30)</sup>のである。そして債務者に属する権利としては、次の諸要件を具備しなければならない。すなわち(i)それは債務者の権利でなければならないことである。換言すれば債務者の既に取得した権利のみであり、未だ取得していない、したがって法律上の可能、または権能に過ぎないものは、ここでいう権利には入らない。この点、判例も「権利ナラザルモノハ債務者トシテ為シ得ルモノト雖モ、債権者トシテ債務者ニ代位シテ為シ得ヘキモノニ非ズ<sup>(31)</sup>」としている。またこの反面、権利でありさえすれば、判例は債権者代位権そのものをも、その権利の中に含まれるとしている<sup>(32)</sup>。(ii)財産権でなければならぬ。そして財産権でありさえすれば、必ずしも金銭債権でなくとも差し支えない。その反面、たとえその行使の附随的結果として、金銭的利益をもたらすものでも、非財産的権利は、差押えの目的とならず、したがって代位権の目的ともなり得ない。(iii)差押えをなし得べき権利でなければならない。(IV)無形的利益にもとづかない権利でなければならないことである。

ところで本論文で取り上げている違法配当返還請求権は、以上の要件を具備しているので、債権者代位の目的となりうることは、いうまでもない。因みに判例は、合資会社の出資請求権も、弁済期到来すれば、債権者代位の対象となる<sup>(33)</sup>。たり、また未払込の株金払込請求権も、払込確定後の株金払込請求権は、これを譲渡し、また差押えることができるので、一身専属権ではない。従って代位権の目的となりうる<sup>(34)</sup>のである。

次に、(ロ)の場合、すなわち債権保全のためには、債権者の無資力を必要とするか否かの検討に移る。

ところで、ここにいう「債権を保全する必要」とは、債権者が債務者の権利を行使しなければ、自己の債権が完全な弁済を受けられなくなる危険のあることである。そしてこれについては、総債権者の共同担保である責任財産に不足を生ずる、すなわち債務者の無資力のために債権の満足をえられなくなるおそれのある場合をいうのか、あるいは債務者の資力とは

関係なく、特定債権の満足のために債務者の権利を行使する必要ある場合までも、いうのかについては、議論が分れている。そしてこれらの検討にあたっては、先ず債権者代位権の制度は、債務者の全財産に対する総括執行において、財産管理人に債務者の権利を行使せしめた制度から転化したものであることを考慮すべきである。そしてこの制度の沿革および責任財産保全という制度の目的から検討すれば、債務者の無資力を要件とすべきは当然である。<sup>(36)</sup>

したがって我が判例も、曾つては、かかる見解を取り「債権者ハ債務者ノ弁済資力不十分ナル場合ニ非サレハ代位権ヲ行フコトヲ得ス」とした<sup>(36)</sup>のである。しかしその後、これを改め、特に大判明治四三年七月六日が「民法四二三条ハ債権者カ保全セントスル債権ニ付別ニ制限ヲ設ケサルヲ以テ、同条ノ適用ヲ受クヘキ債権ハ債務者ノ權利行使ニ依リテ保全セラレヘキ性質ヲ有スレハ足り其ノ債務者ノ資力ノ有無ニ関係ヲ有スルト否トハ必スシモ之ヲ問フノ要ナシ……債務者ノ資力ノ有無ニ関係ヲ有セサル債権ヲ保全セントスル場合ニ於テモ、苟モ債権者ノ權利行使カ債務ノ保全ニ適切ニシテ且必要ナル限りハ同条ノ適用ヲ妨ケサルモノト解スルヲ以テ相当トスル……債権者ノ無資力ナルコト必スシモ同条適用ノ要件ニアラス」<sup>(37)</sup>として以来、同趣旨の事案、判例が相つぎ、結局、判例は、保全せらるべき債権の目的が債務者の資力の有無に関係あるや否やによって区別し、関係ある場合には、債務者の無資力を要件とするが、そうでない場合には、債務者の無資力を必要としないものと解釈するに至っている。<sup>(38)</sup>すなわち保全の対象が金銭債権であるときには、保全の必要が生ずるのは、債務者の資力が弁済に不十分な場合に限られるのである。したがって債務者が弁済に十分な金銭や不動産を有する場合には、債権者は、債務者の第三者に対して有する貸金債権などを、代位して取り立てるといふようなことは、前掲大判明治三九年一月二一日における如く、許されないものである。また大判昭和一〇年二月二二日は、組合の金銭債権者が組合の有する債権を、代位行使した事案において「組合ニ対シ金銭債権ヲ有スル者ハ仮令組合財産ヲ以テ之カ完済ヲ受ケ得サルトキト雖モ、各組員ニシテ之ヲ完済スヘキ資力ヲ有スル限り、其ノ債権ヲ保全スル為メ民法四二三条ニ依ル代位権ヲ行使シ得ヘキモノニ非ス」<sup>(40)</sup>として、組合の金銭債権者が代位権を行使しうるのは、各組員が無資力なる場合に限

るとしている。また同旨のものとして、最判昭和四〇年一月一二日は、農協に対する金銭消費貸借の債権者が同組合のもつ身元保証契約上の債権を代位した事実に対し、代位権行使の要件として、債務者の資力が十分でないことについては、債権者がこれを立証する責任を負うと解する<sup>(41)</sup>としている。

とにかく判例は、金銭債権を保全するための代位は、債務者の無資力を要件とするという原則で一貫して来ており、またそれで一貫すべきであるといえる<sup>(42)</sup>。したがって前にふれたところの「要件が緩和されて来ているので、両者の差違はあまり大きくない」とする批判は、こと、金銭債権保全に関する限り、必ずしも当たらないのではあるまいか。したがって二九〇条二項が、債権保全のための立証不要を認めているという事実には、大きく評価されるべきものがある。

ところで、ここで問題となることは、本来、会社の、株主に対して有する違法配当返還請求権は金銭債権である。そしてまた金銭債権である限り、前述の如く、判例によれば、債務者無資力の場合にのみ、債権保全の必要を生ずるのである。換言すれば無資力を立証する必要がある。しかるに違法配当返還の場合にだけは、法は債権保全の必要性、すなわち無資力立証を不要としている。それはどうしてなのか。勿論それは、前述の如く二九〇条二項で、そう規定したからである。しかし問題は、まだ残るのである。すなわち、どうしてこの場合にだけ、そのように規定したのか。またそのように規定して、立証不要とすることは、債権保全の必要性を、その文言中に、真正面から掲げている民法四二三条の規定と相容れないことになりはしないのか。この二つのことが疑問として残るのである。

ところで先ず前者に対しては、株式会社制度の大規模化、その機構の複雑化、また社債権者の大衆化して来た現在、個々の会社債権者に、その立証を求めることは、一般債権者の場合と異なり、不可能に近い難事を強いることになるからであるといえる。しかし後者（これが問題である）については、解答は、必ずしも容易ではない。

すなわち債権保全の必要性立証の要、不要の点に関しては、判例は、前述の如く金銭債権と非金銭債権との間に区別をしているのであり、そして多くの学者は、民法四二三条は『自己ノ債権ヲ保全スル為メ』とのみ規定し、債権に制限をし

ていないこと、総債権者の利益に帰するという規定（民四二五と対比）がないこと、また代位権は債務者の権利を行使するものであるから無資力を要件としなくとも第三者に影響するところが少ないこと、これらの理由により、判例に賛成して<sup>(43)</sup>いるのである。しかし他方において、かかる解釈は、この制度の目的を逸脱したものであるとする批判<sup>(44)</sup>もないではない。

しかしまた、この判例理論が登記請求権および不動産利用権の本質に関する困難な問題を正面からは回避しつつも、社会的要請をみたすために重要な機能（不動産利用権の物権性確立）を果たしていることを、評価している学者も多い<sup>(45)</sup>のである。ところで上掲判例の結論であるが、債権者の非金銭債権も、窮極的には金銭債権と同じく金銭換価であるので、両債権間に、かかる差違をおくことは、果たして当をえたことといえるかどうか、また代位権は補充的、二次的のものである点、それ程までに、区別すべきものかどうか疑わしいものがあること、さらに後述の如く、非金銭債権のすべてが立証不要とされているわけではないこと、これらの理由により、立証の要、不要性区別の基準を、判例の如く、金銭債権、非金銭の特定債権の区別におくことは、必ずしも当を得たるものではなく、どうしても、これ以外に、基準を求めなければならぬことになる。

そこで次に、この基準を求めることになるわけであるが、そのさい、留意すべきことは、判例において、立証不要の認められているのは、必ずしも非金銭債権の全部ではなくして、現実には、相次転売の場合における登記請求、および不動産利用権の保全請求の場合についてだけ、特定債権保全のための代位を認めているに過ぎない<sup>(46)</sup>ことである。そして判例の、この態度には、近時多くの学者も賛成している<sup>(47)</sup>のであるが、このことをもっと深く検討してみる必要がある。

そこで上記二つの場合（相次転売のさいの、登記請求、不動産利用権の保全請求）にみられる特色は何であるかということであるが、それは、両請求権の本質、他の一般債権との差異、ならびにこれら請求権を、代位の目的とすることにより、社会的要請をみたす重要機能（たとえば不動産利用権の物権性確立）を果たしているということである。したがってこの判例の考え方を是認し、さらにこれを拡張して考えると、次のようなことになる。すなわちそれは、もしも債権にして、



上記両請求権の如く、その本質上、他の一般金銭債権と異なる特色を持ち、またこれを代位の目的とすることにより、社会的要請をみたすもの（それは金銭債権でもよい）があれば、立証要件不要という要件緩和の利益を与えてもよいのではあるまいかということである。

そこでかかる立場に立って、違法配当返還請求権なるものを考察してみると、この債権には、その本質において、一般債権と異なるもの（たとえば無資力の立証困難、また違法配当であることなど）があり、またこれを代位の目的とすることにより、会社債権者保護の役割りも担当できるということがいえるのである。ところで判例の立場からは、上記両請求権の場合には、立証責任を免除しても、民法四二三条と齟齬しないということになるのである。

かくの如く考察して来ると、判例理論の上からは、二九〇条二項により、会社債権者に、立証不要という権利を与えても、それなりの相当な根拠があれば、四二三条の『債権保全ノ為メ』という建前を崩すことにはならないといえることになる。別言すれば、債権者代位権制度の中には、少なくとも、かかる因素を包含しているとみてもよいことになるのである。以上二個の理由、すなわち違法配当返還請求権は、代位行使の対象内に入りうること、また債権保全の必要性立証の免除も、違法配当返還請求権の場合には、四二三条の建前を崩すことにはならないこと、などにより、民法四二三条を、商法二九〇条二項により、商法的に修正（たとえば債権保全のため必要なことを立証せずとも）しても、換言すれば会社の株主に対して有する違法配当返還請求権を、会社債権者が代位行使できるようにしても、民法四二三条の本質と矛盾したり、またその建前を崩すことにはならないといえる。別言すれば、二九〇条二項の法的性質について、代位権説を取っても、差し支えないことになるのである。

## 第三章 結 語

既述の如く、私見（債権者代位権説）は、二九〇条二項の返還請求権、すなわち会社債権者の、株主に對するそれは、（債務者たる）会社、個々の株主に對して有する返還請求権を、この法規定によつて、会社債権者が、債権者として代位行使する権利であると解釈するのであるが、こう解釈することは、通説（株主に對する会社の返還請求権の有無とは関係なく、会社債権者に独立に与えられたと解釈する）の立場との間に、次のような差異（不利）を生ずる。

すなわちその第一は、株主の、（代位権者たる）会社債権者に対し、對抗できる抗弁は、株主自身の、会社に対抗しうる抗弁に限られることである。けだし代位権説によれば、代位行使の客体たる権利は、あくまでも（債務者たる）会社の有する権利である。したがつて（第三債務者たる）株主は、（債権者たる）会社債権者がその権利を行使するにしても、（債務者たる）会社自身がその権利を行使するときよりも、不利な地位に立たされるべきではないのである。そこで株主は、（債権者たる）会社に対して有する同時履行、相殺、その他の、すべての抗弁を、会社債権者に対しても、主張できることになるのである。<sup>(48)</sup>

これに反し、通説の立場を取ると、会社債権者の権利は、（債務者たる）会社の権利の代位行使ではなくして、会社債権者独自の権利行使である。したがつて對抗されるところの、抗弁は、会社債権者自身に対する抗弁であつて、（債務者たる）会社に対する抗弁ではない。この点において、会社債権者に取つて、事情によつては、通説の立場を取る場合に比べて、債権者代位権説を取る場合の方が、不利となることは、免かれえないのである。

その第二は、私見すなわち代位権説を取れば、会社債権者が代位行使できるのは、たとえば大判昭和七年七月七日が「債務者カ自ら其ノ権利ヲ行使シタルトキハ代位権ヲ行フノ必要ナキヲ以テ債務者ノ権利ヲ代位シテ行使スルニハ債務者カ其

ノ権利ヲ行使セサルコトヲ要ス<sup>(49)</sup>としてゐる如く、たとえ明文の規定がなくとも、（債務者たる）会社が自ら、その権利の行使を拒絶し、もしくは怠つた場合においてのみであるということになる。したがって判例によれば、債務者が既に自ら、権利を行使（たとえば訴の提起など）<sup>(50)</sup>をした場合には、もはや代位権を行使することを得ないし、またその行使が債権者に取つて不利益であつても、もはや、重ねてその権利を行使できない<sup>(51)</sup>。さらにまた債務者の訴訟の方法が不適當にして敗訴した場合でも「何トナレハ若シ然ラサルトキハ債務者ハ債権者ノ不当ノ干渉ヲ受クルニ至ルヘケレハナリ」との理由をもつて代位権を行ないえないとしてゐるのである。もつとも債権者は「訴訟ノ結果ニ付、利害關係ヲ有スル第三者」として、その訴訟係属中、債務者を補助するため、訴訟参加、また場合によっては当事者参加により、自己の権利を保全できるし、事情によっては詐害行為として取消権を行使できる<sup>(53)</sup>ことはいうまでもない。

要するに、債務者たる会社が株主に対し、違法配当返還請求権を行使し、またその方法が不適當であつたり、あるいは第三者と通謀したりして敗訴した場合には、もはや、会社債権者は、本条による権利行使はできないことになるのであるが、その反面、通説の立場では、会社の返還請求権有無の如何に拘らず、会社債権者は、この権利を株主に対し、行使しうることになるのであるから、代位権説の場合のような制約を受けることはないのである。ここに通説の利点があるのであり、したがつて代位権説を取ることは、通説を取る場合に比して、不利たることは、免かれえないのである。

だがしかし、論点を變えて考察すると、既述したところではあるが、代位権説の立場を取ることにより、通説の致命的難点たる、法人制と直接責任制との問題を回避できることになる。これは代位権説の長所であるといえよう。

以上、要するに、二九〇条二項に規定されているところの、会社債権者の、株主に対して有する違法配当返還請求権の、法的性質については、通説に比較すると、私見の取る代位権説には、権利行使上の、若干の不利益の存在することを、認めざるを得ないのである。しかしながら法人制理論の論拠から、筆者は、あえて代位権説を取るものである。

[注]

- 1 悪意の株主のみに限るか、さらに善意株主をも包含するかについては、拙著「株式会社の機関論」一六四頁以下参照。
- 2 実方正雄「利益配当および建設利息の配当」株式会社法講座Ⅳ卷一三一九頁。竜田節「利息の配当」注釈会社法(6)二四七～八頁。田中誠二ほか著「再全訂コンメンタール会社法」一〇八六頁。田中誠二「久保欣哉著「新株式会社社会計法」三六六頁。大隅健一郎著「全訂会社法論」(中)二一九頁など。
- 3 竜田「前掲」二四七頁。
- 4 5。鈴木「会社の社団法人性」松本論集六九～七〇頁。
- 6 Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, 13 Auflage, S.13.
- 7 Ivamy, Topham and Ivamy's Company Law, 14th Edition, p. 1.
- 8 Ivamy, *ibid.*, p.7 ; Ballantine, *On Corporations, Revised Edition*, p. 292.
- 9 Pennington, *Company Law*, 2nd Edition, p.3.
- 10 Ballantine, *op. cit.*, p. 781 *seq.*
- 11 Pennington, *op. cit.*, pp. 42～43.
- 12 Gower, *The Principles of Modern Company Law*, 3rd Edition, pp. 190～191.
- 13 Gower, *ibid.*, p. 190, note 6.
- 14 Magnus and Estrin, *The Company Act 1967*, pp. 11～12.
- 15 Gower, *op. cit.*, pp. 191～192.
- 16 Ivamy, *op. cit.*, pp. 8～11; Gower, *ibid.*, pp. 189～217; Springfield, *The Company Executive and The Law*, 1970, pp. 66～67.
- 17 Pennington, *op. cit.*, p. 47; Ballantine, *op. cit.*, p. 293; Fletcher, *Cyclopedia of The Law of Private Corporations, Permanent Edition*, vol. 1, pp. 135～136.
- 18 大隅「会社の法形態の濫用」会社法の諸問題二五頁。
- 19 鈴木著「会社法」二六四頁は「合名会社は実質的には組合的のものだが、形式的には社団だから民法の組合の規定は、これを会社対社員の関係に引き直して適用するほかになく、それがいわゆる『準用』の意味だと思ふ」とされている。

- 21 大隅著「前掲全訂」(上)六三頁。
- 22 松本丞治著「日本会社法論」三五五頁。
- 23 本条一項は、第一条、第四八条二項の例外規定なりとされてゐる——Fischer, Aktg., Grosskom., 1 Band, S.334.
- 24 Baumbach-Hueck, op. cit., S. 173.
- 25 Godin-Wilhelm, Aktg., 3 Aufl., §62 Anm. 1. S. 306.
- 26 Baumbach-Hueck op. cit., S. 173; Barz, Aktg. Grosskom., 3 Aufl., 1. Band 2. Lieferung, S. 456.
- 27 Barz, ibid., S. 460.
- 28 松坂佐一著「債権者代位権の研究」四〇頁。
- 29 竜田「前掲」二四八頁。
- 30 我妻栄編「判例コンメンタル債権総論」一一四頁。
- 31 大判昭和五・一〇・一〇民集九卷九四八頁。
- 32 大判昭和五・七・一四民集九卷七三〇頁、昭和一二・一二・一四民集一六卷一八四三頁、東控判昭和五・八・五評論一九卷民法一二九八頁など。反対、神戸区決大正五・四・八評論五卷民法四八九頁、大阪地判大正六・一二・二〇新聞一三五四号二五頁など。
- 33 大判昭和三・五・一二新聞二八七三号一四頁。
- 34 大判昭和一七・一〇・二四新聞四八二三号二二頁。反対、熊本地判大正一四・三・一一評論一四卷商法九七頁。
- 35 於保不二雄著「債権総論」一四八頁。
- 36 大判明治三九・一一・二二民録一二輯一五三七頁。同旨、明治三六・七・六民録九輯八八四頁。なお民法施行前に於ては大判明治三一・一・二八民録四輯三八頁は、特定債権保全のためにも、代位権行使を許さなかつた。
- 37 民録一六輯五三七頁。
- 38 賃借権およびその他の債権的利用権を保全するための事例で、無資力を否定するものに、大判大正九・一一・一一民録二六輯一七〇一頁、昭和四・一二・一六民集八卷九四四頁、昭和五・七・一四民集九卷七三〇頁などがある。
- 39 なお特定債権保全といつても、判例は登記請求権と妨害排除請求とを補充する場合に限られている——於保著「前掲」一五一頁。

- 40 判決全集七八四頁。
- 41 民集一九卷一七七七頁
- 42 我妻編「前掲コンメ」一一六頁。
- 43 44 45 46 47 於保著「前掲」一四九、一五〇頁。我妻編「前掲」三五頁、ならびに同三八頁、注七、八、九所掲の諸文献。
- 48 大判昭和一一・三・二三民集一五卷五五二頁。この場合、相殺の意思表示は、代位権者に対してする（大判昭和九・五・二三・民集一三卷七九九頁）。
- 49 民集一一卷四九八頁。
- 50 大判大正七・四・一六民録二四輯六九九頁は「債権者カ訴ノ方法ニ依リ權利ヲ行使セサル間ハ債権者ハ訴ノ方法ニ依ル代位権ノ行使ヲ妨ケラレサルモノトス」としている。
- 51 最判昭和二八・一二・一四最集七卷一三八六頁、大判昭和七・七・七民集一一卷一四九八頁、大正七・四・一・民録二四輯六九四頁、明治四一・二・二七民録一四輯一五〇頁など。
- 52 前掲大判大正七・四・一六、同旨、前掲大判明治四一・二・二七など。
- 53 大決大正一一・七・一七民集一卷三九八頁、長崎控判昭和二・一二・二四法律評論一七卷民訴九三頁。