

【判例研究】

株主代表訴訟の対象となる取締役の責任の範囲

——最高裁平成21年3月10日第三小法廷判決民集63巻3号361頁——

伊 東 尚 美

判例研究

株主代表訴訟の対象となる取締役の責任の範囲

——最高裁平成21年3月10日第三小法廷判決民集63巻3号361頁——

伊 東 尚 美

目次

〔事実の概要〕

〔判旨〕

〔評釈〕

- 1, はじめに
- 2, 学説
- 3, 裁判例
- 4, 本判決の意義
- 5, 残された問題
- 6, 終わりに

〔事実の概要〕

A会社はホテルの経営等を業とする株式会社であり、Xは、6ヶ月前より引き続きA会社の株式を保有している株主である。Yは昭和26年のA会社設立時から現在までA会社の取締役であり、現在は代表取締役である。

Bらは昭和26年から昭和35年にかけて、それぞれ所有する各土地（以下、これらの各土地を総称して「本件各土地」という）を売却し（以下、この売却にかかる売買契約を総称して「本件各契約」という）、本件各土地のいずれにもY名義の所有権移転登記がされて、現在に至っている（以下、「本件各登記手続」という）。

Xは、A会社の監査役に対し、平成16年3月31日到達の書面により、Yに対する本件各土地のA会社への所有権移転登記手続請求訴訟を提起することを請求したところ、その後

60日が経過したが、A会社は訴訟を提起しなかった。そこで、Xは、Yに対して、本件各土地はA会社が買い受け、その所有権を取得したものであるが、本件各土地について、A会社の取締役であるYへの所有権移転登記がされているなどと主張して、Yに対し、平成17年改正前の商法（以下、単に「商法」という）267条1項の規定に基づき、A会社への真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続をすることを求める株主代表訴訟を提起した。

Xは、主位的に、A会社は、Yに対し、本件各契約に基づく本件各土地のA会社所有名義の所有権移転登記手続を委託したところ、Yは、A会社に無断で、Y所有名義の本件各登記手続をしたと主張し、また、予備的に、A会社は、Yに対し、本件各契約に基づく本件各土地のY名義の所有権移転登記手続を委託し（期限の定めのないY所有名義の借用契約）、Yはこれを受けて、Y所有名義の本件各登記手続をしたところ、遅くとも本件訴状のYへの送達により、上記の借用契約は終了したと主張して、A会社への真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を請求した。

一審（大阪地判平成18年5月25日）は、A会社が本件各契約の買主であったことの立証がされたとまでいうことはできないとして、Xの請求を棄却したが、「本件請求は、A会

社の土地所有権に基づく登記請求権であるが、・・・Xの主張によれば、Yが会社の業務として取得した土地を自己の所有名義にしたというものであって、これによればYは取締役任用契約に基づきA会社に対して所有権移転登記手続をすべき義務を負う関係にあることから考えて、本件請求は、・・・商法267条1項にいう「取締役ノ責任ヲ追及スル訴」に当たり、株主代表訴訟の対象となると解される」とする。

原審(大阪高判平成19年2月8日)は以下のように判示して、一審判決を取消し、本件訴えを却下した

「株主代表訴訟は、商法が、株主総会の権限を限定し、取締役の権限を広範なものとするとともに、取締役の特定の行為について、取締役に、会社と取締役との間の委任契約に基づく善管注意義務による責任を越えて、厳格化・定型化された特別の責任を負わせていることを受けて、その責任の履行を確実なものとして、株主の地位を保護するために設けられたものと理解される制度である。そうすると、株主代表訴訟によって追及することのできる取締役の責任は、商法が取締役の地位に基づいて取締役に負わせている厳格な責任を指すものと理解すべきであり、取締役が、取締役の地位に基づかないで会社に負っている責任を含まないと解することが相当である。」

「仮に株主代表訴訟によって、取締役が取締役の地位に基づかないで会社に負っている責任にして、未だ損害賠償責任に転化していない責任(本件訴訟の対象となっている不動産の登記請求権はその一例である。)まで追及できるとした場合には、会社が、何らかの経営判断により、当該責任の追及(権利の行使)を留保している事案にまで、少数株主が会社の経営判断を覆して会社が取締役に對して有する権利を行使することになり、商法が株主の権限を原則として株主総会を通じて多数決原理によって行使するものに限定した趣

旨と矛盾することとなるし、併せて、商法266条が取締役に負わせた厳格な責任の対象が、原則として会社に現に生じた損害とされており(商法266条1項1号、2号、4号、5号)、例外的に他の取締役に對する金銭貸付についてのみ、回収可能性にかかわらず未回収額についての責任を負わせていること(同条項3号)とも整合しない結果となるというべきである。」

「・・・Xの主張事実が認められ、YがA会社に対して本件各土地についての登記義務を負っている場合には、Yは取締役の立場上、A会社に対して、自主的かつ速やかに当該義務を履行すべきであるということもできる。しかしながら、当該義務の履行そのものは、取締役としての職責に含まれるということができないから、株主代表訴訟で追及することのできる「取締役の責任」にはあたらない。また、Yが当該義務(登記名義人が真実の所有者に対して負っている登記義務)以外に、A会社の取締役の地位に基づいて特別の義務を負っているというべき法令上の根拠もない。したがって、本件訴訟は、株主代表訴訟の対象とはならない取締役の責任を追及するもので、不適法といわざるを得ないものである。」

なお、予備的請求については、Xは原審における訴状の送達によって、A会社とYとの間の本件各土地についての登記名義借用委託契約を解除したと主張するが、株主には会社と取締役間の契約を解除する権利はないから、そのような主張は主張自体失当であるとした。

Xが上告した。

〔判旨〕

主位的請求につき、上告棄却。

予備的請求につき、破棄差戻し。

「・・・株主代表訴訟の制度は、取締役が会社に対して責任を負う場合、役員相互間の特殊な関係から会社による取締役の責任追及

が行われぬおそれがあるので、会社や株主の利益を保護するため、会社が取締役の責任追及の訴えを提起しないときは、株主が同訴えを提起することができることとしたものと解される。そして、会社が取締役の責任追及を怠るおそれがあるのは、取締役の地位に基づく責任が追及される場合に限らないこと、同法266条1項3号は、取締役が会社を代表して他の取締役に金銭を貸し付け、その弁済がされないときは、会社を代表した取締役が会社に対し連帯して責任を負う旨定めているところ、株主代表訴訟の対象が取締役の地位に基づく責任に限られるとすると、会社を代表した取締役の責任は株主代表訴訟の対象となるが、同取締役の責任よりも重いというべき貸付けを受けた取締役の取引上の債務についての責任は株主代表訴訟の対象とはならないことになり、均衡を欠くこと、取締役は、このような会社との取引によって負担することになった債務（以下「取締役の会社に対する取引債務」という。）についても、会社に対して忠実に履行すべき義務を負うと解されることなどにかんがみると、同法267条1項にいう「取締役ノ責任」には、取締役の地位に基づく責任のほか、取締役の会社に対する取引債務についての責任も含まれると解するのが相当である」とした。

主位的請求については、「A会社の取得した本件各土地の所有権に基づき、A会社への真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めるものであって、取締役の地位に基づく責任を追及するものでも、取締役の会社に対する取引債務についての責任を追及するものでもないから、上記請求に係る訴えを却下した原審の判断は、結論において是認することができる」とした。

また、予備的請求については、「本件各土地につき、A会社とその取締役であるYとの間で締結されたY所有名義の借用契約の終了に基づき、A会社への真正な登記名義の回復

を原因とする所有権移転登記手続を求めるものであるから、取締役の会社に対する取引債務についての責任を追及するものということができる。そうすると、予備的請求に係る訴えは、株主代表訴訟として適法なものというべきである。これと異なる原審の判断には法令の解釈を誤った違法があ」とした。

〔評釈〕

1, はじめに

株主代表訴訟によって株主が追及できる責任の範囲については、制度導入の昭和25年改正当初から議論があった。平成17年改正前の商法267条は、代表訴訟を個々の株主が「取締役ノ責任ヲ追及スル訴」として規定していたが、ここにいう取締役の責任の意味については、全債務説、限定債務説など見解が分かれていた。また、下級審裁判例も限定債務説に立ったと思われるもの、全債務説に立ったと思われるものに分かれていた。

最高裁は、本判決において初めてこの問題を扱い、商法267条にいう「取締役ノ責任」には、同法が取締役の地位に基づいて取締役にならなければならない責任のほか、取締役が会社との取引によって負担することになった債務についての責任も含まれるとした。

以下、検討する。

2, 学説

(1) 平成17年改正以前

代表訴訟によって追及できる責任が、株式会社資本充実・維持の観点から免除することができないと解されている商法280条ノ13などの資本充実責任、責任の免除には総株主の同意が必要とされる商法266条の損害賠償責任であることには争いがなかった。

見解が分かれていたのは、代表訴訟によって追及しうる取締役の責任は、これらの発生原因において重要、従って免除の困難又は不

可能な責任のみに制限され、したがって代表訴訟の目的はこの範囲内に限定されるのか、それともそれ以外の取締役が負う債務も含むのかについてである。

第1に、代表訴訟によって追及しうる取締役の責任には、前述の責任に加え、取締役が会社に対して負担した取引上の債務も含まれるとする見解⁽¹⁾ (取引債務包含説)がある。その理由は以下の通りである。

①任務懈怠による損害賠償を請求する訴えにおいても取引上の債務履行を請求する訴えにおいても、取締役間の特殊関係に基づく訴え提起の懈怠の可能性は同様であり、請求原因によって区別すべきでない。

昭和25年改正前の商法267条及び268条の規定は、取締役に対する訴えに関する規定であって、取締役の任務懈怠による損害賠償請求の訴えと取引上の債務の履行を求める訴えのいずれにも適用されていたが、昭和25年改正によって導入された代表訴訟についても同様に解するのでなければ、不都合な結果となる⁽²⁾。

②取引上の債務を履行することも、会社に対し忠実義務を負う取締役として当然なすべきことであり、従ってその不履行はやはり取締役の責任の問題と認められる⁽³⁾。例えば、会社から金銭の貸し付けを受けた取締役が弁済しないとき、会社を代表して貸付を行った取締役及び貸付に賛成した取締役はその未弁済額を弁済する責任を負担するのに対し (商法266条1項3号)、当該取締役は消費貸借上の弁済義務を負担するが、その場合、前者に対しては代表訴訟の制度が適用されるのに対し、後者に対しては適用されないのは均衡を欠く⁽⁴⁾。

第2に、代表訴訟によって追及しうる取締役の責任は、損害賠償責任 (商法266条) や資本充実責任 (商法280条ノ13など) などの、発生原因において重要、従って免除の困難又は不可能な責任のみに制限されるとする見解⁽⁵⁾ (限定債務説)がある。以下の理由があげら

れる。

①アメリカ法と異なり、日本においては、会社にみずから提訴するかどうかの裁量権を認めず、会社が提訴しない限り、提訴しないことが不正・不当であると否とに関わらず、株主による代表訴訟の提起を認めるから、代表訴訟によって追及しうる取締役の責任に、取締役が会社に対して負担する一切の債務を含ませることは、株主の代表訴訟を広く認めすぎて不都合である。商法は、その発生原因において特に重要な、従って免除の困難な責任 (商法266条の責任) または免除の不可能な責任 (商法280条ノ13などの責任) について、代表訴訟を認め、その確実な実現を期したと解すべきである⁽⁶⁾。

②提訴懈怠の可能性は支配株主や特殊株主等会社の第三者に対する債権についてもありうる⁽⁷⁾。

③広く代表訴訟を認めることは会社荒しの好餌となる⁽⁸⁾。

第3に、取締役が会社に対して負担する一切の債務について代表訴訟を認める見解⁽⁹⁾ (全債務説)がある。多数説である。

その主たる理由は、株主代表訴訟が認められた趣旨、すなわち、提訴懈怠の可能性は取締役の責任の種類にかかわらず妥当するということである⁽¹⁰⁾。

会社が、取締役に対して貸付をした場合には、貸付を行った代表取締役の責任は会社に対する任務懈怠として代表訴訟の対象になるが、貸付を受けた取締役の責任は取引上の債務としてその対象にならないというのは均衡を欠く⁽¹¹⁾、責任の範囲を限定する規定上の根拠がない⁽¹²⁾との理由も挙げられる。

このほか、全債務説と限定債務説の中間の立場として、取締役の地位にあることに基づく債務、責任であって、かつ監査役 (小会社では、取締役会、代表取締役) に会社経営上の裁量の余地を認めることができないものが、株主代表訴訟の対象とする見解⁽¹³⁾、限

定債務説にたちつつ、取締役がその職務行為との関連において会社に対して、不動産所有権移転登記をなすべき義務、特定の動産の引渡義務等を負担する場合においては、これらの義務の履行を株主代表訴訟において請求することは、取締役の任務懈怠に基づく損害賠償請求権を基礎づける違法な職務関連行為の是正を求めるものと解することができ、職務関連行為であることを類推の基礎として、代表訴訟の対象とする余地があるとする見解⁽¹⁴⁾などがある。

なお、全債務説においては、取締役が会社に対して負担するいさいの債務について株主の代表訴訟を認めるが、取締役就任前に会社に対して負担していた債務も代表訴訟の対象となるとするもの⁽¹⁵⁾と、取締役就任前に負担していた債務は含まれないとするもの⁽¹⁶⁾に分かれる。これに対し、限定債務説の立場からは、取締役としての地位にある間に負担した債務に限って代表訴訟が認められることは当然のこととなる⁽¹⁷⁾。

(2) 会社法

会社法の下でも、株主代表訴訟を役員等の責任を追及する訴えとしていることから（会社法847条1項）、そのままこの議論は引き継がれている。

しかしながら、会社法においては、取締役の責任に関する制度が改正されていることから、これらの見解が、会社法の下でも妥当するののかについては、検討が必要となる。

まず、取引債務包含説があげていた②の理由については、商法266条1項3号が会社法の下では採用されておらず、また、利益相反取引の行為者責任が無過失責任とされた（428条1項）ことから、無意味となった、あるいは、成り立ち得ないとの指摘があり⁽¹⁸⁾、限定債務説からは、会社法の下では、限定債務説が妥当であると主張されている⁽¹⁹⁾。

他方、限定債務説が全債務説に対する批判

として指摘していた濫訴のおそれについては、会社法847条1項但書が、不当な提訴請求を禁止していることから、立法上の手当が一定程度なされたとの指摘がある⁽²⁰⁾。

また、会社法においては、会計監査人・会計参与の責任も代表訴訟により追及できるものとされている点をあげ、この点を考慮すべきことを指摘するものもある⁽²¹⁾。

なお、会社法立案担当者は全債務説をとる⁽²²⁾。取締役間の提訴懈怠の可能性という点では損害賠償請求権と通常の債権とで区別する理由はなく、また、会社法847条3項、5項においては単に「責任」と規定され、特にその範囲については制限が設けられていないことを理由とする。

3. 裁判例

本判決以前の裁判例には以下のものがある。

登記手続に関するものに①東京地判昭和31年10月19日下民集7巻10号2931頁、②大阪地判昭和38年8月20日下民集14巻8号1585頁、③神戸地判昭和54年3月30日高民集32巻2号220頁、④大阪高判昭和54年10月30日高民集32巻2号214頁（③判決の控訴審）がある。

①においては、株主である原告は、会社が建物を買収したが、代表取締役の資格において売買契約を締結した代表取締役が、右建物を自己の個人名義に移転登記をし、さらに他に売却し登記簿上の所有名義を他に移転しようとしていると主張し、右の登記抹消請求権を保全するため、処分禁止の仮処分を申請したところ、裁判所は仮処分決定をしたが、右決定は相当であり、今なお維持する必要があるとして、仮処分決定を認可するとの判決を求めた。

これに対して、①判決は、商法267条にいう責任とは、「取締役が法令または定款に違反する行為をしたときの会社に対する損害賠償責任と会社に対する資本充実責任とを意味するものと解するのが相当である。・・・し

たがって、債権者等主張のような、会社の債務者に対する登記抹消請求権を会社に代位して行使することは、前記代表訴訟の認められる範囲をこえるものとして許されない」とした。なお、本件では、建物の所有権を取得したのはむしろ代表取締役個人というべく、会社であったとは認められないとした。①判決は限定債務説をとったといえる。

②においては、代表取締役が株主総会の特別決議を経ないで会社の重要財産である不動産を譲渡したため、右売買は無効であるとし、株主らが代表訴訟提起権に基づき、代表取締役が買主に有する移転登記の登記抹消手続請求権、不動産の明渡請求権、不法占有に基づく損害賠償請求権を民法423条により代位行使するなどとして、訴えを提起した。

②判決は、原告等の主張するような請求の形態は、法律の趣旨に反するものとして許されないとし、また、会社の当該代表取締役に対する請求権は、同人が取締役に選任されることによって委任の規定に従い会社に対して負担する善管注意義務ないしは忠実義務の履行請求権（商法第254条、254条ノ2）であり、これらが代表訴訟によって追及しうる取締役の責任内容に含まれるものと解するのは相当でないとした⁽²³⁾。

そして、傍論ではあるが、「株主が代表訴訟により取締役に対してなし得る請求の内容は、右取締役の義務履行により、直接に会社財産が維持保全され又は回復されるようなものに限られると解するのが相当である（もとより代表訴訟の目的となる取締役の義務内容は、同人の会社に対する損害賠償義務ないし不当利得返還義務等の金銭給付義務に限られることなく、特定物の返還義務、登記移転義務を含むものといってよいであろう）」とした。また、「訴外会社が前記の登記抹消、占有移転等の請求につき訴えを提起しない場合において、その訴えの相手方が取締役であるとき、株主が会社に代わって右請求訴訟を提

起することと認めるのが、いわゆる代表訴訟である」とした。②判決は限定債務説をとるものではないといえることができる。

③、④において、株主は、代表取締役が会社代表取締役の資格において土地を買い受け、自己名義に所有権移転登記をなしたとして、会社のために真正な所有名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めた。

③判決は、商法267条に規定する「取締役ノ責任」は、取締役が法令または定款に違反する行為をした結果生じた会社に対する損害賠償責任と、取締役の会社に対する資本充実責任とを意味するものと解するのが相当であるとし、本件訴えはいずれも右の範囲に含まれないとした。

③判決の控訴審判決である、④判決は、商法267条にいう「取締役ノ責任」には、取締役が法令又は定款に違反した結果生じた会社に対する損害賠償責任や会社に対する資本充実責任だけでなく、不動産所有権の真正な登記名義の回復義務も含まれるとし、「取締役の会社に対する責任を追及する訴えの提起は元来・・・会社のみがなしうところであるが、とくに第三者である株主においてもなしうることとしたゆえんのもの、取締役間の特異な関係から会社においてかかる訴えを提起することがあまり期待できず、訴提起懈怠の可能性が少なくないことにかんがみ、その結果、会社すなわち株主の利益が害されることとなるのを防止してその利益を確保することにあるところ、取締役間の特異な関係にもとづく訴提起懈怠の可能性は、取締役が会社に対し不動産所有権の真正な登記名義の回復義務を負っている場合でも異なるところはないからである」としている。

③判決は、限定債務説をとる。④は全債務説をとるかは明らかではないが、不動産所有権の真正な登記名義の回復義務も含まれることことから、限定債務説はとらないといえる。

次に、代表訴訟の対象となる取締役の責任に、取締役就任前の行為による会社に対する損害賠償責任が含まれるかどうかが問題となった、⑤東京地判平成10年12月7日判時1701号161頁、⑥大阪地判平成11年9月22日判時1719号142頁がある。

⑤判決は、昭和25年改正においては、「それまで不明確であった取締役の会社に対する責任の発生原因及び損害賠償額等について詳細な規定（同法266条）が設けられ、責任の免除の要件について原則として総株主の同意を要する旨加重がされ（同条5項及び6項）、責任の追及の制度について従来の総会の提訴決議又は少数株主による提訴請求の制度に代えて株主代表訴訟の制度（同法267条）が導入された。・・・前記経過に照らせば、株主代表訴訟において追及の対象となる商法267条1項所定の取締役の責任とは、・・・商法266条所定の責任及び・・・同法280条の13所定の責任を意味するものと解することが相当である」とし、取締役就任前の行為に基づく損害賠償責任は代表訴訟によって追及できないとした。⑤判決は限定債務説をとる。

これに対して、⑥判決は、「株主代表訴訟制度が、株主のいわゆる監督是正権の一つとして設けられた趣旨は、本来会社のみが提起することができる会社に属する権利に係る訴えのうち、取締役等の責任を追及する訴えについては、会社が積極的に提起しないおそれがあることに鑑み、株主に訴えを提起する資格（原告適格）を認めることにより、取締役等の違法行為を抑止し、会社の利益を確保することとしたものである」とし、責任追及がされた取締役のうち、問題となった行為の時点では取締役に就任していなかった者について、「会社が積極的に取締役等の責任を追及しないおそれがある点において、当該取締役が会社に債務を負った時期が取締役等への就任の前であるか後であるかによって異なることはないから、取締役等に就任する以前から

会社に対し負担していた債務についても、株主は株主代表訴訟において請求することができる」とした。

取締役就任前の債務についても株主代表訴訟の対象となるとしていることから、全債務説をとるといえるであろう。

また、⑦東京地判平成20年1月17日判時2012号117頁においては、会社が代表取締役に對し、同社の自己株式を売却したが、主位的に、売却について取締役会の承認がなく、当該株式の株主権は会社にあるとして、株券の返還を求め、予備的に、仮に取締役会の承認があっても、取引価格が廉価であるとして、損害賠償を求めて、株主が当該代表取締役と同社の取締役に對し株主代表訴訟を提起した。

⑦判決は、株主代表訴訟を導入した昭和25年の改正は、「個々の株主に自ら取締役に對して株主代表訴訟を提起する権限を与え、免除につき総株主の同意を要するなど免除困難な責任（旧商法266条1項各号所定の責任）又は免除不可能な責任（資本充実責任）について株主代表訴訟による確実な実現を期する一方、株主代表訴訟の請求原因を上記の各責任の追及に限定し、これ以外の場合には提訴するか否かを会社の決定に一任することによって株主の権限につき一定の制約を課したものである」とし、「このような株主代表訴訟の導入経過に照らせば、旧商法267条1項所定の「取締役ノ責任」とは、同法266条1項各号所定の責任および同法280条ノ13所定の資本充実責任等に限定されると解するのが相当である。そして、同法266条1項が、同項4号（自己取引・利益相反取引）および5号（法令定款違反行為）の責任について、「会社が蒙リタル損害ニ付弁済又ハ賠償ノ責ニ任ズ」と規定し、金銭賠償のみを予定していることに照らすと、同項の責任には株券の引き渡し請求権は含まれない」とした。⑦判決は限定債務説をとるといえる。

以上のように、下級審裁判例においても見

解が分かれていた。①, ③, ⑤, ⑦判決は、限定債務説をとり、⑥判決は全債務説をとる。②, ④の判決は限定債務説をとらないが、全債務説をとるかについては明らかではない。

本判決の一审は、所有権移転登記手続請求を株主代表訴訟の対象と認めていることから、限定債務説をとっていないといえることができるが、それ以外の債務についてどのように考えているかは判決文からは明かではなく、全債務説をとるものかどうかは不明である。

本判決の原審は、株主代表訴訟によって追及することのできる責任を、商法が取締役の地位に基づいて取締役に負わせている厳格な責任に限定しており、限定債務説をとるといえる。

本判決のように、取引債務包含説をとるものは存在していなかったようである。

4、本判決の意義

本判決は、「商法267条1項にいう「取締役ノ責任」には、取締役の地位に基づく責任のほか、取締役の会社に対する取引債務についての責任も含まれると解するのが相当である」として、取締役・会社間の取引により生じた取締役の取引債務についても株主代表訴訟を提起できるとした。したがって、限定債務説はとらない。

会社の所有権に基づく所有権移転登記手続を求める主位的請求については、取締役の地位に基づく責任を追及するものでも、取締役の会社に対する取引債務についての責任を追及するものでもないとして、訴えを却下した原審の判断は是認できるとしており、このような取引とは無関係な所有権に基づく請求については、株主代表訴訟を提起できないという立場をとる。したがって、株主代表訴訟の対象を、取締役の地位に基づく責任と取引債務についての責任に限定しており、全債務説もとらず、取引債務包含説をとったといえる⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾。

最高裁は、理由として、①提訴懈怠の可能性は、取締役の地位に基づく責任が追及される場合に限らないこと、②取締役が会社を代表して他の取締役に金銭を貸し付け、その弁済が為されないときは、会社を代表した取締役の責任(商法266条1項3号)は株主代表訴訟の対象となるが、貸付けを受けた取締役の取引上の債務についての責任は株主代表訴訟の対象とはならないことになり、均衡を欠くこと、③取締役は、このような会社との取引によって負担することになった債務についても、会社に対して忠実に履行すべき義務を負うと解されること、をあげている。

最高裁は、主位的請求に関し、株主代表訴訟の対象を、取締役の地位に基づく責任と取引債務についての責任に限定する判示をしていることから、株主代表訴訟の対象には不法行為債務は含まない⁽²⁶⁾。

また、取引債務については、「会社との取引によって負担することとなった債務」と表現していることから、取引を解除した場合の現状回復義務、取引が無効であった場合の不当利得返還義務、取引によって生じた債務の不履行による損害賠償義務など、取引によって生じた債務の変形または実質的に同一性を有すると認められるものを含むと解される⁽²⁷⁾。それでは、会社法の下で、本判決はどのような意義を持つのであろうか。

前述のように、平成17年改正前の商法266条1項3号は会社法の下では採用されていないことから、理由の②は無意味となった。

①と③の理由は会社法の下でも妥当するが、②の理由が成り立ち得ないなら、代表訴訟による追求が認められる場合を取締役の地位に基づく責任と取締役の会社に対する取引債務に限定する理由はなくなる。取引債務包含説をとる理由はなくなるのではないだろうか。取引債務包含説をとるこの判決が会社法の下でも意義を持つか疑問である。本判決は、主位的請求について訴えを却下した原審の判断

を是認していることから、全債務説もとらない。この判決は全債務説をとらないことに意義があるといえるのかもしれない。この点は会社法の下でも妥当することになるであろう。

①の理由は全債務説にも妥当するものであり、会社法の下では②の理由は無意味となったとすると、今後は、③の理由が重要な意味を持つ可能性もある。③の理由が、会社法上の責任と取引債務のみが株主代表訴訟の対象になることの論拠となるかどうかは疑わしいとし、責任の発生原因にかかわらず、取締役が会社に対して何らかの責任を負担している状況において、取締役は会社に対してその責任を忠実に履行すべき義務を負うと論ずる可能性があり、本判決は取引債務に基づく責任以外の責任についても代表訴訟の対象に含まれる可能性を残していると指摘する見解もある⁽²⁸⁾。

5、残された問題

本判決は、取締役が、取締役就任前に不法行為又は契約により会社に対して負うことになった債務には言及しておらず、この問題は残されたままであるといえることができる。

6、終わりに

昭和25年改正前は、取締役が任務懈怠により会社に対して損害賠償の責任を負うべき場合に、会社がその取締役に対して訴えを提起しないときは、少数株主は株主総会の招集を請求し（昭和25年改正前商法237条）、その総会で訴えの提起を決議しなければならなかった（昭和25年改正前商法267条）。決議が否決されたときは、3ヶ月前から引き続き資本の10分の1以上に当たる株式を有する株主が訴えの提起を監査役に請求することができた（昭和25年改正前商法268条）。

いずれの場合も、原則として会社を代表して訴えを提起するのは監査役であって、総会が他人を選任するか、あるいは少数株主が代

表者を指定することは認められていたが（昭和25年改正前商法277条）、個々の株主が直接訴えを提起することは認められていなかった。

昭和25年改正について、立案担当者は、取締役が大株主を背景としてその地位を保有し、または監査役が取締役と特別関係にあつたり、取締役の傀儡となって監査役の任務を忘れ有名無力となっている場合には、取締役の責任の追及は行われず、株主の利益は不当に侵害されたままとなることから、商法266条の規定を整備して取締役の責任事由を明らかにするとともに、代表訴訟の制度を採用したと説明する⁽²⁹⁾。

この点では、株主代表訴訟の制度が導入されたことにより、株主の法律上の地位の強化がはかられたといえる。

とはいえ、昭和25年改正前は、株主総会において取締役に対し訴えを提起することを決議したときは、会社は決議の日より1ヶ月以内に訴えを提起しなければならなかった（昭和25年改正前商法267条1項）。そして、この訴えについては株主総会の決議によらなければ取り下げ、和解または請求の放棄をすることができなかった（昭和25年改正前商法267条2項）。また、少数株主が訴えの提起を監査役に請求したときは、会社は請求の日より1ヶ月以内に訴えを提起しなければならなかった（昭和25年改正前商法268条1項）。

したがって、昭和25年改正前は、株主総会において訴え提起が決議されるか、少数株主の請求があれば、必ず会社が訴えを提起しなければならなかった。これに対して、改正後は、株主が会社に対して訴えを提起することを請求しても、会社が訴えを提起しないことも認められており、そのような場合に、株主が訴えを提起することとなっている。

改正後は、会社・取締役間の訴訟については、取締役会が定めた者が会社を代表することとなり（昭和49年改正前商法261条ノ2第1項）、株主総会はこの代表者を定めること

ができることとされ(同条2項),その後,昭和49年改正によって,261条ノ2の規定が削除され,原則として,監査役が会社を代表することとなり(平成17年改正前商法275条ノ4)⁽³⁰⁾,株主総会が代表者を定める余地はなくなった。

なお,会社法の下では,監査役設置会社においては監査役(会社法386条1項),監査役設置会社以外の会社では代表取締役(会社法349条4項)または株主総会・取締役会が当該訴えにつき会社を代表する者と定める者が,会社を代表する(会社法353条・364条)。

このように,会社・取締役間の訴えにおける代表者についての規定には変遷があるが,昭和25年改正後は,株主総会の決議,あるいは,少数株主の請求があれば,会社が訴えを提起しなければならないとの規定がおかれたことはない。株主総会あるいは少数株主に代わり,会社が訴えを提起するか否かは,前述の者の裁量に委ねられることとなった。

とはいえ,例えば,限定債務説が対象とする責任の追及の場合など,裁量が認められない場合もあるであろう。

会社が提訴を懈怠している場合に個々の株主に訴えの提起を認めるのが,株主代表訴訟の趣旨である。会社と取締役との間の訴えにおける代表者に,訴えを提起するか否かの裁量が認められる場合には,その代表者が訴えを提起しなくても提訴を懈怠しているとはいえない。このような場合に代表訴訟の提起を認めるのは,妥当とはいえない。反対に,代表者に裁量が認められない場合であるにもかかわらず,訴えを提起していなければ,提訴懈怠の状態にあるといえる。まさにこのような場合に,代表訴訟の提起が認められなければならない。全債務説は提訴懈怠の可能性を根拠とするが,代表訴訟の対象となる責任の範囲を画する基準とすべきなのは,「提訴懈怠の可能性」ではなく,「提訴懈怠の状態にあるか否か」ではないか。そして,「提訴懈

怠の状態にあるか否か」は「代表者に裁量があるか否か」によって決まる。

したがって,中間説のうち,取締役の地位にあることに基づく債務,責任であって,かつ会社(本判決当時は,監査役,小会社では,取締役会,代表取締役)に会社経営上の裁量の余地を認めることができないものが,株主代表訴訟の対象となるとする見解⁽³¹⁾が妥当である。

本件では,代表取締役の資格において土地を買い受けた者が,自己名義に所有権移転登記をなしたことが問題となっている。

このような場合には,会社の取締役は会社との委任契約の受任者として,受取物の引き渡し義務を負っている(会社330条,民法646条1項2項)。

代表取締役が勝手に自己名義で権利を取得したり登記をしたりした場合に,代表訴訟の提起を認めるのは,株主代表訴訟によって委任の本旨に従った履行の請求をすることを認めることとなり⁽³²⁾,妥当ではないとの考えもとりうる。しかしながら,この場合は違法な行為がなされたのであって,是正される必要がある。この場合に訴えの代表者には,取締役の責任追及をするかどうかの裁量は認められないであろう。このように考えると,本件のような場合に代表訴訟の提起を認めて良いのではないかと思われる。

⁽¹⁾ 鈴木竹雄=石井照久『改正株式会社法解説』179頁(日本評論社,1950年),大隅健一郎=大森忠夫『逐条改正会社法解説』297頁(有斐閣,1951年),大隅健一郎=今井宏『会社法論中巻』272頁(有斐閣,第3版,1992年)。なお,昭和25年改正法の立案担当者もこの見解をとっていた。岡咲恕一『新会社法と施行法』95頁(学陽書房,1951年)。

⁽²⁾ 大隅=大森・前掲注(1)297頁。

⁽³⁾ 鈴木=石井・前掲注(1)179頁,岡咲・前掲注(1)95頁,大隅=今井・前掲注(1)272頁。

- (4) 鈴木=石井・前掲注(1)179頁,岡咲・前掲注(1)95頁,大隅=大森・前掲注(1)298頁,大隅=今井・前掲注(1)272頁。
- (5) 北沢正啓『株式会社法研究』293頁(有斐閣,1976年),服部榮三『会社法通論』127頁(同文館出版,第3版,1983年),佐伯直秀「代表訴訟によって追及しうる取締役の責任の範囲」ジュリスト増刊商法の争点143頁(第2版,1983年),江頭憲治郎『株式会社・有限会社法』417頁(有斐閣,第4版,2005年),森本滋「判批」私法判例リマークス39号(2009年〈下〉)81頁(2009年)。不提訴自体が不法とされる場合に限定するものとして,池田辰夫「わが国における株主代表訴訟制度」阪大法学40巻3・4号936頁(1991年)。
- (6) 北沢・前掲注(5)294頁。佐伯・前掲注(5)143頁,江頭・前掲注(5)417頁。
- (7) 佐伯・前掲注(5)143頁は,懈怠可能性という点だけから見れば,会社の支配的大株主,または(取締役と特殊関係にある)特殊株主の場合にもありうるとする。
- (8) 佐伯・前掲注(5)143頁。
- (9) 神崎克郎『商法Ⅱ(会社法)』155頁(青林書院新社,1977年),田中誠二『三全訂会社法詳論(上巻)』702頁(勁草書房,1993年),新谷勝『株主代表訴訟と取締役の責任』58頁(中央経済社,1994年),鈴木竹雄=竹内昭夫『会社法』300頁(有斐閣,第3版,1994年),前田庸『会社法入門』409頁(有斐閣,第10版,2005年)。鈴木=竹内300頁は,取締役が会社に負担する一切の債務を包含し,従って取引上の債務履行の請求についても代表訴訟が認められるとする。
- (10) 神崎・前掲注(9)155頁,田中・前掲注(9)702頁,前田・前掲注(9)409頁,鈴木=竹内・前掲注(9)300頁。
- (11) 田中・前掲注(9)702頁,新谷・前掲注(9)58頁,前田・前掲注(9)409頁。
- (12) 前田・前掲注(9)409頁。
- (13) 大塚龍児「株主権の強化・株主代表訴訟」鴻常夫先生古稀記念『現代企業立法の軌跡と展望』57頁(商事法務研究会,1995年)。土田亮「株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲」大宮ローレビュー6号74頁以下(2010年)も同旨。大塚58頁は,具体的には,限定債務説の説く商法266条や,280条ノ13等の資本充実責任であることが多いが,それに限らず,違法な競業取引により奪取権を行使したときの取締役の得た利益の引渡義務(商法264条3項),代表取締役が委任の実行として自己の名をもって取得した権利の引渡義務(商法254条3項,民法646条2項)も含まれるとする。
- (14) 森本・前掲注(5)81頁。
- (15) 神崎・前掲注(9)155頁,田中・前掲注(9)703頁。なお,田中・前掲注(9)703頁は,取締役が原始的に負担した債務に限らず継的に負担した債務をも含むと解する。
- (16) 鈴木=竹内・前掲注(9)300頁,前田・前掲注(9)409頁,新谷・前掲注(9)53頁。
- (17) 北沢・前掲注(5)295頁。
- (18) 森本・前掲注(5)81頁,根本伸一「本件判批」速報判例解説(法セ増刊)5号130頁(2009年),奥島孝康=落合誠一=浜田道代編『別冊法学セミナー新基本法コンメンタール会社法3』〔山田泰弘〕395頁(日本評論社,2009年),田中庸介「本件判批」法と政治60巻3号617頁(2009年),藤原俊雄「本件判批」判例時報2057号196頁(判例評論611号26頁)(2010年),宮本航平「本件判批」法学新報118巻1・2号652頁(2011年),近藤光男「最近の株主代表訴訟をめぐる動向〔上〕」商事法務1928号10頁(2011年)。北村雅史「本件判批」民商法雑誌142巻2号189頁(2010年),吉原和志「株主代表訴訟によって追及し得る取締役等の責任の範囲」関俊彦先生古稀記念『変革期の企業法』97頁(商事法務,2011年)も,商法266条1項3号の責任が会社法では廃止されたことをあげる。
- (19) 森本・前掲注(5)81頁。
- (20) 川島いづみ「本件判批」商事法研究73号5頁(2009年),田中・前掲注(18)615頁,日下部真治「本件判批」金融・商事判例1333号22頁(2010年),宮本・前掲注(18)652頁。また,藤原・前掲注(18)196頁は,平成13年商法改正での和解に関する規定の導入(会社法では850条),会社法における不提訴理由通知制度の導入(会社法847条4項)等によって,限定債務説の論拠としての基礎が崩れたといえないわけではないと指摘する。
- (21) 弥永真生「本件判批」ジュリスト1380号65頁(2009年),根本・前掲注(18)130頁,藤原・前掲注(18)196頁。
- (22) 相澤哲=葉玉匡美=郡谷大輔編著『論点解説

新・会社法』348頁(商事法務, 2006年)。

⁽²³⁾ 学説上も, 取締役が善管注意義務・忠実義務を尽くして会社の業務を執行すること自体を代表訴訟によって請求することはできないと考えられている。服部栄三「判批」ジュリスト344号132頁(1966年), 久留島隆「判批」金融・商事判例603号54頁(1980年), 岸田雅雄「判批」商事法務976号842頁(1983年), 大塚・前掲注(13) 56頁, 伊藤靖史「判批」商事法務1628号128頁(2002年)。

⁽²⁴⁾ 最高裁の理由付けは, 取引債務包含説をとる根拠としては不十分であると指摘されている。鳥山恭一「本件判批」法学セミナー655号121頁(2009年), 根本・前掲注(18) 129頁, 福島洋尚「本件判批」ジュリスト1398号(平成21年度重判解) 123頁(2010年), 日下部・前掲注(20) 21頁, 北村・前掲注(18) 197頁, 宮本・前掲注(18) 646頁。

⁽²⁵⁾ 限定債務説も全債務説もとらないことについて, 高橋讓「本件判解」ジュリスト1421号97頁(2011年)は, 限定債務説では, 株主の法律上の地位の強化を意図した昭和25年改正の趣旨にそぐわないし, 金銭の貸付けを受けた取締役以外の取締役は代表訴訟による責任追及を受けるのに, 貸付けを受けた取締役が代表訴訟による責任追及を受けないという限定債務説の結論は均衡を失っており, 解釈として妥当でなく, また, 会社による損害回復の方法としては, 金銭賠償を求めるよりも, 取引上の債務それ自体の履行を求める方が有効かつ適切であるが, 他方で, 忠実義務を負う取締役の責任の問題と認められない債務, 例えば, 取締役が職務遂行とは関係なく不法行為に基づいて会社に対して負うに至った債務などについては, 取締役が取締役として負っている責任の範囲からは外れると解するのが自然であるとする。

⁽²⁶⁾ 森本滋「株主代表訴訟における「取締役の責任を追及する訴え」」商事法務1932号15頁(注51)(2011年), 江頭憲治郎『株式会社法』458頁(有斐閣, 第4版, 2011年)。不法行為責任を追及する場合を否定する趣旨ではないとするものとして, 弥永・前掲注(21) 65頁, 石山卓磨「本件判批」金融・商事判例1332号6頁(2010年)。

⁽²⁷⁾ 福島・前掲注(24) 123頁。

⁽²⁸⁾ 吉原・前掲注(18) 99頁。

⁽²⁹⁾ 岡咲・前掲注(1) 94頁。

⁽³⁰⁾ 小会社では, 商法特例法24条に改正前商法261条ノ2と同旨の定めが設けられた。

⁽³¹⁾ 前掲注(13) 参照。

⁽³²⁾ 前掲注(23) 参照。吉原・前掲注(18) 109頁は, この点を指摘するが, 取締役がその職務に関連して負担した, 会社の有する物権的請求権に基づく責任も株主代表訴訟の対象になると考えるべきであるとする。

[追記] 脱稿後, 高橋讓・法曹時報64巻4号146頁に接した。