

株主による責任追及等の訴えで 追及できる役員等の責任の範囲

山 田 泰 弘*

目 次

1. はじめに
2. 最高裁平成21年判決
 - 2-1. 事 案
 - 2-2. 判 旨
 - 2-3. 最高裁平成21年判決の論理構造；その不明確さが持つ問題点
 - 2-3-1. 論理構造の不明確さ
 - 2-3-2. 事実認定の問題
 - 2-3-3. 最高裁平成21年判決が提示する問題と本稿の検討対象
3. 平成17年改正前商法から会社法への移行による法状況の変化
 - 3-1. 平成17年改正前商法下の責任規定
 - 3-2. 会社法下の責任規定
 - 3-3. 会社法への移行による変化
4. 株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲を巡る問題状況
 - 4-1. 下級審判例の状況
 - 4-2. 学説の状況
5. 検 討
 - 5-1. 判例・学説の分析
 - 5-2. 取締役会・代表取締役等の裁量の有無はメルクマールとなるか
 - 5-2-1. 手続法的観点から
 - 5-2-2. 会社法的観点から
 - 5-2-3. 小 括
 - 5-3. 代表訴訟による追及しうる範囲を判断する基準；会社に対する債務を忠実に履行すべき取締役の義務
 - 5-3-1. 取締役が会社に対して負担することになる債務・義務
 - 5-3-2. 取締役が会社に対する債務につき忠実に履行すべき義務を負う場合
6. むすびにかえて

* やまだ・よしひろ 立命館大学大学院法務研究科教授

1. はじめに

株主による責任追及等の訴え(会社法847条。以下では、「株主代表訴訟」とする)により、株主が追及できる役員等の責任(会社に対する債務・義務)に制限があるか。この問題については以前より議論がなされ、下級審判例・学説においても争いがある。株主代表訴訟によって追及しうるのは会社法(平成17年改正前は商法)に規定される役員等の責任群に限定されるべきという極と、役員等の会社に対する債務の一切を含むと解する極との間で、様々な見解が提示されている。最判平成21年3月10日¹⁾(以下では最高裁平成21年判決)は、この点につき最高裁判所がどのように判断するか的一端を初めて示した。もっとも、最高裁判所の理解が示されたことにより、従来の議論に終止符が打たれたかといえ、必ずしもそうでもない。最高裁の判断の理由付けと結論との関係が曖昧であり、解釈の余地が大きいためである。

本稿は、最高裁平成21年判決の意義を明確化するとともに、株主代表訴訟により追及しうる役員等の責任の範囲を確定することを目的としている。その際、会社法からの分析だけでなく、手続法の観点からも検討を加える。

なお、平成17年改正前商法の下では、取締役(平成17年改正前商法267条)以外に、発起人(同法196条)、監査役(同法280条)、清算人(同法430条)、取締役と通謀して著しく不公正な価額で新株を引き受けた者(同法280条ノ11)、取締役と通謀して著しく不公正な価額で新株予約権を引き受けた者(同法280条ノ39第3項、280条ノ11)、株主権行使に関し利益供与を受けた者(同法295条4項)、執行役(平成17年廃止商法特例法21条の21第2項)についても、株主代表訴訟制度が準用されるという体制がとられていた。他方、会社法下ではこれらの者に加え、会計監査人と会社法で

1) 最高裁判所民事判例集63巻3号361頁、判例時報2041号139頁、金融・商事判例1319号40頁、判例タイムズ1295号179頁、資料版商事法務306号105頁。

新設された会計参与も含めて、横断的に株主が会社のために責任追及する訴訟として株主代表訴訟制度が設計された（会社法847条1項）。このため、平成17年改正前商法の下では、会社の取締役に対する債権の実現を求める株主代表訴訟の性質や理念とその他の者に対する株主代表訴訟の性質や理念を必ずしも同一と扱う必要はなかったと考えられる²⁾。しかし、現行会社法の下では、全ての対象者につき共通する性質や理念を示さなければならぬ状況へと変更されていることには留意が必要である。本稿では、まず株主代表訴訟の対象が取締役である場合を検討した後、その他の者についても若干のコメントを行うことにする。具体的には、最高裁平成21年判決を紹介した後、分析を加え、問題点を明らかにし、下級審判例・学説の分析を通して検討を加えることにしよう。

2．最高裁平成21年判決

2-1．事 案

経緯は詳しくはわからないが、昭和26年～昭和34年の間にA会社取締役Y（現在は代表取締役）が第三者との間で土地（以下で本件土地）の売買契約（4件）を締結し、取得した。訴訟係属時である平成16年当時では、本件土地売買契約をYが自身のために締結したか、A会社のために締結したかは不明であるが、本件土地はY名義で登記された。

この本件土地につき、株主XがA会社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Yに求めて提起したのが本件株主代表訴訟である。

原告株主Xは、主位的請求として次のように事実関係を述べ、主張をしている。A会社（当時の代表取締役B（XとYの父））がYに対し、本件土地購入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

2) 山田泰弘『株主代表訴訟の法理 生成と展開』（信山社，2000年）58～59頁。

をした。よって、A会社の所有権に基づき、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と主張した。他方、予備的請求として次のように述べる。A会社(代表取締役B)は、Yに対し、本件売買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、被告所有名義の本件各登記手続をしたところ、遅くとも本件株主代表訴訟の訴状の被告への送達により、上記の借用契約は終了した。よって、借用契約終了に基づき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と主張した。

第1審(大阪地判平成18年5月25日)³⁾は、Xの請求によれば「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」株主代表訴訟の対象となるものと解されることを前提として、Xの主張の当否を判断した。具体的には、本件契約当時Yが本件各契約の売買代金に充てるべき資金を有していたか否かにつきこれを客観的にうかがわせる証拠がなく、本件土地売買契約がA会社の計算において行われたことを直接示す証拠もない。このような状況の下で、譲渡あるいは登記手続の推移から、直ちにその所有権がA会社に帰属していたとの証明があったということとはできないとして、Xの請求を棄却した。これに対してXが控訴した。

原審(大阪高判平成19年2月28日)⁴⁾は、次のように述べて、第1審判決を取消し、本件訴えを却下した。すなわち、「株主代表訴訟は、[平成17年改正前]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

3) 最高裁判所民事判例集63巻3号370頁、金融・商事判例1315号51頁、資料版商事法務306号114頁。

4) 最高裁判所民事判例集63巻3号381頁、金融・商事判例1315号50頁、資料版商事法務306号118頁。

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対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、[平成17年改正前]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（[同条]1項1号、2号、4号、5号）、例外的に他の取締役に対する金銭貸付けについてのみ、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」しかし、「YがA会社に対して負う登記義務は、土地の所有権を有しない者が所有権者に対して負う登記義務と同一であって、取締役の地位の有無によって消長を来さないものであり、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」。また予備的請求については、「株主には、会社と取締役の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」とした。

これに対してXが、主位的請求は会社法330条、民法646条1項に基礎を置く取締役の地位に基づく請求であるとし、原審判決には判例違反および

法令解釈の適用に誤りがあるとして、上告受理申立てをした(上告受理)。

2-2. 判 旨

最高裁判所は、原審判決のうち予備的請求に関する部分を破棄し、予備的請求の本案についてさらに審理を尽くさせるため、原審に差し戻した。その理由は、次のようなものであった。

「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ないおそれがあるので、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れないこと、[平成17年改正前商法]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、[平成17年改正前商法]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。」

「Xの主位的請求は、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。」これ

に対し、Yの予備的請求は、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えることができる。」

2-3．最高裁平成21年判決の論理構造；その不明確さが持つ問題点

最高裁平成21年判決の扱う事案は、Xの主張によれば、A会社が本来所有する本件土地をAが横領し、自分の名義に登記しているか（主位的請求）、A会社代表取締役Bとの間で、名義の使用貸借をYが締結し、A会社所有の本件土地がY名義とされている（予備的請求）。

最高裁は、株主代表訴訟で追及しうる役員等の責任を次の二つの責任、取締役の地位に基づく責任と、取締役会社に対する取引債務についての責任とし、主位的請求については行使を認めなかったが、予備的請求については行使を認め、事実関係のさらなる確認をするよう差し戻した。

このような二種類の責任に限定される理由として次の3点を挙げる。「提訴懈怠可能性」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れないこと、[平成17年改正前商法]266条1項3号の責任を負う会社を代表した取締役の責任と貸し付けを受けた取締役との金銭貸付けを受けた取締役の間で均衡を欠くこと、および、のような取引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、である。

この最高裁判決の当否については評価が分かれる。なぜなら、その論理構造の不明確さとともに判断の前提となる事実が曖昧であるためである。

2-3-1．論理構造の不明確さ

最高裁平成21年判決の理由付けのうち、の理由付けが述べる不均衡は会社法制の下では発生しないため（後に検討する）、最高裁平成21年判決の会社法における意義を考察する際にはの理由付けを考慮する必要はな

い。他方、 の理由付けは、会社法の下でも妥当する。しかし、 の理由付けと結論が当然に整合性を持つとは解されない。

まず、 の理由付けが述べる提訴懈怠可能性は、会社が取締役（および、かつて取締役であった者）の会社に対する責任を追及する場面の全てに、程度の差こそあれ、存在する。提訴懈怠可能性の存在する事例が対象となるのであれば、会社法上の債務と取引債務のみが対象となるわけではないことになる。

つぎに、 の理由付けにしろ、最高裁平成21年判決が想定する「会社に対して忠実に履行すべき義務」は、私法一般の（民法上の）契約を履行すべき義務を超えて履行が強制されることを想定しているのであろう。たしかに、取締役が委任関係上の義務として、自己または第三者の利益を会社よりも上位においてはならないという義務（いわゆる忠実義務）が取締役に存在すると考えられている。しかし、当該忠実義務が、会社の受任者としての義務であることから、会社の受任者として行動する場面（職務行為とそれに関連する行為）では、職務を忠実に執行しなければならない（会社法330条、民法644条、会社法355条）としても、取締役が会社の外で個人の資格とする行為につき、会社に対して忠実に行動することが要求しうるのか、要求しうるとしてもどの程度要求しうるかについてコンセンサスは存在しない⁵⁾。職務行為に限定して忠実であることが要求されるという立場からは、取引債務の履行の場面において、民法一般の契約の履行義務を超えて忠実に履行すべき義務が一律に存在するとは考えにくい。取締役が個人の立場で会社に負担する債務の履行は、取締役の職務として実行しておらず、受任者としての義務を負担するわけではないことから、取締役が会社に対して負担する取引債務を忠実に履行すべき義務の存在は原則として、考慮できないからである。よって、最高裁平成21年判決が取引債務を含めるとしてもその全てにつき忠実に履行すべき義務が存在するとは

5) 神田秀樹『会社法』（第12版、弘文堂、2010年）204頁*2)(2)。

限らず、範囲が不明確となる可能性も存在する⁶⁾。このため、最高裁判平成21年判決が示された後も、取引債務の履行請求につき株主代表訴訟の提起を認めるべきではないとして、会社法上の責任に限定されるべきと主張する者もある⁷⁾。他方、会社と権利義務関係がある場合に当該債務を履行しないことは会社に不利益を発生させることは確かともいえ、自己の利益を会社の利益よりも上位に置き会社に損害を与えたとも評価できないわけではない。後者のような立場からは、広く取引債務一般に留まらず、忠実に履行すべき範囲はより広いとも評せよう⁸⁾。

このように、論拠から演繹的に導き出せる解は複数考えられ、評者によって理解が異なる。

このほか、最高裁判平成21年判決自体の論理構造上の問題ではないが、原審の述べる株主代表訴訟で追及しうる責任の範囲の確定の基準を、最高裁判所は考慮せず、それとは全く異なる基準を採用していることの意義も考えられなければならない。原審は、株主代表訴訟で追及しうる責任の範囲は、取締役の地位に基づく債務（会社法上の責任）に限定されるとし、その根拠として、「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対して有する権利を行使することになり、商法が株主の

6) この点を指摘するものとして、日下部真治「判批（最高裁判平成21年判決）」金融・商事判例1333号（2010年）21頁。近藤光男『最新株式会社法』（第6版，中央経済社，2011年）331頁は、株主代表訴訟によって追及しうる取引債務を発生時期が在任期間中のものに限定しない趣旨であれば、最高裁判平成21年判決には疑問があるとする。

7) 青竹正一『新会社法』（第3版，信山社，2010年）350頁など。なお、この見解は、会社法制定により、判旨の理由の2点目が消滅し、取引債務（不履行時の履行債務）は、会社法428条1項，423条1項3項責任が発生し、会社法上の債務となるとする。

8) 田中庸介「判批（最高裁判平成21年判決）」法と政治60巻3号（2009年）112頁，石山卓磨「判批（最高裁判平成21年判決）」金融・商事判例1332号（2010年）6頁は、最高裁判平成21年判決を広く株主代表訴訟の追及を認めることへの第一歩と理解する。根本伸一「判批（最高裁判平成21年判決）」『速報判例解説 第5巻』（法学セミナー増刊，日本評論社，2009年）129頁は、最高裁判平成21年判決の論拠からは、会社法上の債務と取引債務とに限定するという結論を導き出せないことを指摘する。

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」ことを挙げる。原審は、取締役が会社
に対して負う債務の履行につき取締役会または代表取締役が裁量を有する
債務か否かをメルクマールとして、株主代表訴訟によって追及しうる範囲
を確定しようとしている。最高裁判所は、原審判断のメルクマールの当否
について言及をしていない。このため、最高裁判所の判断基準はこのような
理解を前提としてなされているとも考えられる⁹⁾し、反対に、最高裁判所は、
原審の基準を考慮せずに、別の視点から整理を行っているとも考えられる。

2-3-2. 事実認定の問題

本件の主位的請求は、A会社の所有権に基づいて真正な登記の回復請求
を行う。しかし事実関係が不明確であり、主位的請求を基礎づける事実関
係は次の二通りの推測が成り立つ状況であった。

第一の推測は、A会社が一旦本件土地を取得したが、Yが本件土地の登
記を無権限で自己名義とした(横領した)という想定である。もっとも、
本件事案では、横領の事実の存否以前に、そもそも、本件土地をA会社が
取得したのか、Yが取得したのかも不明確である。

第二審と最高裁平成21年判決はこの想定に基づいて判断をしていると考
えられるが、横領の存在を認定せず、そもそも本件土地をA会社がYのい
ずれが本件取引によって取得したのか、という点により処理していると思
えられる。この想定の下では、所有権に基づく登記引渡請求権しか存在し
ない。このような場面は、取締役の職務上の行為を問題としないため、
2-3-1で述べたように、登記引き渡しに応じることをYが会社法上義務づ
けられるかは即断できない問題となる(横領行為がある場合は、別の考慮
が必要になるであろう。この点については後に検討で考察する)。

たしかに、横領の事実が示されていない本件事実認定からは、このよう

9) 債権者代位の行使と同じ効果を株主代表訴訟に認めることは適当ではないという考え方
が背景にあると指摘するものとして、弥永真生「判批(最高裁平成21年判決)」ジュリス
ト1380号(2009年)65頁。

に、通常の所有権を巡る争いと理解することもできよう。もっとも、本件にあっては、本件土地がA会社が営むホテルに囲まれている一角であることから、取得行為がA会社のために実行されたと推測が全く及ばないわけではない。本件の最高裁平成21年判決は、予備的請求部分の審理を尽くさせるために、原審に差し戻したが、予備的請求の審理のために明らかにすべき、使用貸借契約の存在は、売買契約の時期から長い年月が経過し事実関係が不明なことから事実を特定するのが難しく（合理的にはその存在は観念しにくい）、原審判決が指摘しているように、A会社とYとの間で使用貸借契約が成立していたとしても、その解除をA会社に代わって株主が実施できるかは疑問であることから、予備的請求が認容される可能性は低い¹⁰⁾。そうであれば、横領の事実の有無を審査させる方が、当事者間の紛争解決に資するとも思われるが、そもそも、横領物の返還請求の行使が株主代表訴訟で認めるべきかが本件最高裁判決ではわからず、横領の事実の存否が判決に影響を与えるかは即断できない。

第二の推測は、YがA会社の業務執行の一環として、自身を所有者とする登記を申請しているとの想定である。この想定の下では、会社法330条、民法646条1項に基づきA会社は本件土地の引渡請求権をYに対して有する。このため主位的請求も会社法上の取締役の地位に基づく請求となる。本件第1審の行った事実認定やX側の上告受理申立理由はこのような推測を前提にしている。

しかし、第二の推測は必ずしも適切とはいえないかもしれない。取締役の任用契約（委任関係）に基づき、取締役に処理するよう要求される委任事務（職務）として会社法上想定されているのは、監査役設置会社では取締役会での活動（会社法362条1項、2項）、業務執行取締役の監督そして会社の業務執行（会社法2条15号カッコ書）である。会社としての行為の実施、いわば会社に効果帰属する事実行為・法律行為を実行することが、会社法

10) 石山卓磨・前掲注8)6頁。

が要求する取締役の委任関係上の委任事務と考えられる。会社法330条により民法646条の規範が会社の取締役に適用があるとしても、取締役が自己の名前で会社の業務執行の一環として物を取得することは、通常の会社の取締役の業務執行からは考えられない。もちろん、会社法が要求する委任関係上の委任事務以外の職務を任用契約によって設定することが可能であろうが、本件事件においてそのような事実の存在は主張されておらず、実務一般において自身の名で会社のために法律行為・事実行為を行うことが取締役の任用契約の中に設定されているとは考えにくい。第二の推測が成り立つのは、例外的で特殊な事実関係が存在する場合のみと考えられよう。

例外的な特殊事例に該当する場合として、東京地判昭和56年3月26日(山崎製パン事件)¹¹⁾が挙げられる。ここでは、代表取締役の横領した財産を基礎として形成した株式の返還請求につき、この第二の推測に基づいて民法643条等を理由として、肯定した。そうであれば、横領事例において会社に救済を与えるかは、この第二の推測が妥当するかという事実認定によって決すべきとも言えなくはない。このような観点からか、最高裁平成21年判決が会社法上の債務に限定するというのであっても、主位的請求を提起することは株主に認めるべきとも主張される¹²⁾。しかし、山崎製パン事件の事実関係において当該取締役に業務執行の一環として実施したという認識がないことから、このような認定方法は擬制に過ぎるとして、批判も多い¹³⁾。当該取締役に業務執行の一環として実施したという認識の

11) 判例時報1015号27頁。この事件にあっては、取締役が取得した(名義としては、その子や妻、取締役が100%株主である会社とされる)競業会社の株式につき、当該取得行為を会社のために行った業務執行行為と認定して、委任関係上の義務(民法646条1項)として、競業会社株式の会社に対する引き渡しを命じた。この事件で競業会社の株式取得という行為が取締役の業務執行行為と認定されたのは、株式の取得の資金が会社の計算から支出されていることなどが決めてとなった。

12) 鳥山恭一「本件判批(最高裁平成21年判決)」法学セミナー655号(2009年)121頁など。

13) 議論状況については、牛丸與志夫「判批(東京地判昭和56年3月26日・前掲注11)掲載判例」江頭憲治郎ほか編『会社法判例百選』(別冊ジュリスト180号、有斐閣、2006年)129頁を参照。

存在を要求するのであれば、予備的請求における名義の使用貸借の存在の認定を要求することとそれほどの大差はなく、最高裁平成21年判決は、主位的請求を認めず、予備的請求の部分のみを原審に差し戻したことも理解できないわけではない。

横領事件への対処方法をどう考えるべきか。ある特殊事例についてのみ横領物の返還請求を株主代表訴訟によって行うことを認めるべきか、それとも横領物の返還請求一般に株主代表訴訟によることを許容すべきかは、価値判断、理論的判断としても難しい面が存在することを、最高裁平成21年判決の事実認定は物語る。

2-3-3．最高裁平成21年判決が提示する問題と本稿の検討対象

以上からは、最高裁平成21年判決の提示した基準を明確化するためには、次の三点に関する検討が必要ながわかった。

第一に、最高裁平成21年判決が株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲を確定するための根拠として提示する、「会社に対して忠実に履行する義務」がある取引債務の範囲がどのような内容を示すか。

第二に、株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲を確定する際に、取締役の会社に対する責任の追及をどのように行うかにつき取締役会・代表取締役が裁量を有するかを考慮する必要があるか。

第三に、横領物の返還請求を株主代表訴訟に一般的に解放すべきか特殊事例に限定すべきか。

この三点に関して考察するための材料を求めて、まず、平成17年改正前商法と会社法における取締役の責任に関する規定の変化を確認した上で、株主代表訴訟によって追及しうる取締役の責任の範囲の確定を巡る下級審判例・学説の展開を確認しよう。

3. 平成17年改正前商法から会社法への 移行による法状況の変化

株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲が会社法(平成17年改正前商法)に規定されている責任に限定されるかが問題となることから、取締役の責任規定の変化を概観しよう。

3-1. 平成17年改正前商法下の責任規定

平成17年改正前商法の下で、商法上定められる取締役の会社に対する責任は、次の二つに大別できる。

まず、資本充実の要請から、会社の設立に関し、発起人とともに引受・払込担保責任(平成17年改正前商法192条)や現物出資・財産引受の財産価格填補責任(同法192条ノ2)を負い、新株発行に関し、引受担保責任(同法280条ノ13)や現物出資の財産価格填補責任(同法280条ノ13ノ2)を負うとされる。

次に、会社と取締役との委任関係(平成17年改正前商法254条3項)上の債務不履行に基づく損害賠償責任がある。これは平成17年改正前商法266条1項に列挙される。第一に、違法配当を行った場合の弁済責任(平成17年改正前商法266条1項1号)、第二に、株主権行使に関して財産上の利益供与の弁済責任(同項2号)、第三に、会社が取締役に対し金銭の貸し付けをした時に、貸し付けをなした代表取締役と当該貸し付けにつき取締役会で承認をなした場合に承認決議に賛成した取締役との、弁済責任(いわゆる仲間貸しの責任、同項3号)、第四に、利益相反取引をした場合の損害賠償責任(同項4号)、第五に、法令または定款違反行為を行った場合の損害賠償責任が挙げられる。

これらに加え、自己株式取得が行われた際に、期末に資本の欠損が生じた場合の填補責任(平成17年改正前商法210条ノ2第2,3項)が挙げられる。

以上の責任のうち、責任免除に関する規定は、委任関係上の債務不履行責任類型第一から第五に付き存在していた。利益相反取引による責任を除いて（総株主の2/3による免除決定。平成17年改正前商法266条6項）、免除には原則として総株主の同意が必要であるとされた（同条5項）。他方、資本充実の要請から導き出される責任群や自己株式取得によって期末に欠損が生じた場合の責任については、明文上は責任免除に関する規定が存在しない。そもそも、資本充実の要請から導き出される責任群については、債権者保護の規定であることから、解釈論としては、総株主の同意があっても免除できないと解されていたからである¹⁴⁾。同様の理解からは、異論も考えられたが、自己株式取得が行われる際の欠損填補責任も免除できないとも解されえたと見えよう。

3-2. 会社法下の責任規定

他方、会社法の下では、責任類型に変化が発生している。

まず、資本充実の要請が低下したことから、設立時の引受・払込担保責任、募集株式発行時の引受担保責任が削除された。他方、設立時取締役・設立時監査役の設定に関する任務懈怠責任が設けられている（会社法53条）。このほか、現物出資の財産価格填補責任は、発起設立の場合においてのみ主観的要件が緩和されている（会社法52条1、2項、103条1項）。募集株式・募集新株予約権発行時の現物出資に関する価格填補責任も過失責任化されている（会社法213条1、3項、286条1項）。

次に、従来、委任関係上の債務不履行責任として理解されていた責任群を債務不履行責任の原則にあわせ過失責任と理解するとともに、それらのうち、違法配当に関する責任は剰余金の分配として株主に会社資金の流出が行われる場合と併せて横断的に整備し直され（会社法462条）、株主の利益供与に関する責任は、法定の損害賠償責任とは異なる法定責任と整理さ

14) 北澤正啓『会社法』（第6版、青林書院、2001年）118頁など。解釈根拠は、平成17年廃止有限会社法16条、14条が、原則責任免除を禁止としていたこととの整合性からである。

れた(会社法120条4項)。自己株式取得が行われた際に期末に資本の欠損が生じた場合の填補責任も存在する(会社法465条)。このほかの責任については、個別に責任を規定するのではなく、包括的な責任規定として、会社法423条を設けた。

責任免除規定は、法定される責任群は、募集株式発行・募集新株予約権発行の現物出資に関する価格填補責任(会社法213条、286条)を除いて設けられており、いずれも原則として総株主の同意があれば免除できるとされる。分配可能額を超過して剰余金の分配がなされている場合の超過額については責任免除が認められていない(会社法462条3項)。

立案担当者の解説によれば、募集株式発行時の現物出資に関する価格填補責任(会社法213条)は、業務執行の意思決定権限のある機関(取締役会)の決定により免除が可能であるとされる¹⁵⁾。たしかに213条3項にいう現物出資の価格を証明した弁護士、公認会計士などについてはそのように解するしかないように思われるが、取締役等(会社法213条1項各号)の取締役の責任の免除は423条責任とパラレルに扱われるべきであろう。なお、自己株式取得が行われた際に期末に資本の欠損が生じた場合の填補責任も総株主の同意による免除が可能であるとされる(会社法464条)。しかし、実質に不利益を被るのが会社債権者であることから、立法政策上再検討すべきであるとも主張される¹⁶⁾。

3-3. 会社法への移行による変化

この取締役の委任関係上の債務不履行責任に関する責任類型の整理によって、責任が発生しなくなったものとして、いわゆる仲間貸しの責任(平成17年改正前商法266条1項3号)が存在する。そもそも、仲間貸しの責任は、貸し付けをなした代表取締役と当該貸し付けにつき取締役会で承認をなした場合に承認決議に賛成した取締役をいわば保証人のような地位

15) 相澤 哲ほか編『論点解説・新会社法』(商事法務, 2006年)214頁。

16) 神田秀樹・前掲注5)275頁*5)。

に置き、貸付金の回収の確保を目的としている¹⁷⁾。取締役が会社から金銭貸し付けを受ける場合には、利益相反取引として取締役会の承認が必要とされ、その際に承認するということは、金銭貸し付けを受けた取締役に弁済能力があると判断した結果である。このような判断を反映して、貸し付けをなした代表取締役と当該貸し付けにつき取締役会で承認をなした場合に承認決議に賛成した取締役にいわば連帯保証人のような地位に置かれ、金銭貸し付けを受けた取締役と同一の責任を負担するとされていた。

会社法の下では、このような責任が廃止され、会社法423条の包括的な責任規定に吸収される。会社法423条の責任は、債務不履行責任であり、会社に損害が発生しない限り損害賠償責任を負わないこととなるため（同条1項）、会社より取締役が金銭貸し付けを受けた場合において、貸し付けをなした代表取締役と当該貸し付けにつき取締役会で承認をなした場合に承認決議に賛成した取締役は、貸し付けを受けた取締役の弁済未了が確定した場合に（貸し付けを受けた取締役が破産したような事例で）、回収できなくなった弁済未了額を損害とする任務懈怠責任を負うに過ぎなくなった。このため、貸し付けを受けた取締役の弁済未了という行為が会社に対する忠実義務に反すると評価できるとしても、貸し付けをなした代表取締役と当該貸し付けにつき取締役会で承認をなした場合に承認決議に賛成した取締役の任務懈怠責任が問題となる時点では、もはや貸付を受けた取締役の任務懈怠責任を問う余地はなくなったと考えられる。逆に、貸付の返済不能が確定しない段階では、貸し付けをなした代表取締役と当該貸し付けにつき取締役会で承認をなした場合に承認決議に賛成した取締役との任務懈怠責任は発生しないことになる¹⁸⁾。

以上から、会社法の下では、貸付を受けた取締役と貸付をなした取締役との責任は同一損害のものとはいえず、連帯（会社法430条）の関係にはない。よって、最高裁判平成21年判決の理由付けの が想定する、不均衡は

17) 北澤正啓・前掲注14) 435頁。

18) 河本一郎『現代会社法』（新訂第9版，商事法務，2004年）495頁注(2)を参照。

現行会社法には存在しない。

4. 株主代表訴訟によって追及しうる 責任の範囲を巡る問題状況

4-1. 下級審判例の状況

裁判例において、株主による責任追及の訴えの対象の範囲が問題となる事例は、大きく二つに分かれる。

第一は、時期的限界に関するものである。取締役就任前に従業員として行った行為に関する損害賠償請求権（不法行為債権または雇用契約の債務不履行に基づく損害賠償請求権）すなわち会社法上の請求権ではないものが株主代表訴訟（株主による責任追及訴訟）の対象となるかという事例である。この事例につき、対象とすることを肯定するもの（全債務説）として大阪地判平成11年9月22日（積水樹脂事件）¹⁹⁾があり、否定するもの（限定債務説）として、東京地判平成10年12月7日²⁰⁾がある。

19) 判例時報1719号142頁。

事案は次の通りである。業務提携のため、A会社の第三者に対する新株発行をB会社が引き受けたが、その引受価格が不当に高く、B会社に損害が生じたとして、B会社の株主がB会社の当時総務人事部長であったY₁とA会社の代表取締役（B会社の取締役との兼任関係はない）のY₂に対して株主代表訴訟を提起した。

大阪地判平成11年9月22日は、Y₁については、「法が明文の規定で許容する取締役等以外の者に対する訴えについてまで、株主に代表訴訟の形態でこれを提起することを認めているものではなく、仮に、これを認めるとすれば、代表取締役・監査役の会社運営に関する裁量を侵すこととなり、ひいては代表取締役・取締役会・監査役という諸制度を設けた法の趣旨に反することとなる」として請求を却下した。他方、Y₂に対しては、「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対し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ものと解するのが相当である」と述べ、請求しうることを肯定した（もっとも理由がないとして棄却されている）。

20) 判例時報1701号161頁。

事案は次の通りである。建設会社A会社はBより不動産を購入したが、代金の一部に

もっとも、会社の従業員が昇進して取締役となる事例にあっては、違法行為の発端が従業員時代にあるが実行行為が取締役在任中となる場合や従業員時代から反復継続的に違法行為が繰り返されている場合もある。東京地判平成6年12月22日（ハザマ事件）²¹⁾では、建設会社の常務取締役による競争入札に関して行われた地方自治体首長に対する贈賄行為の責任が問われた。東京地判平成6年12月22日は、平成17年改正前「商法266条1項5号にいう『行為』は、それが法令又は定款に違反する行為であることからしても、取締役の固有の権限に基づく行為に限られるものではなく、取締役の地位にある者が会社の業務に関してした行為であれば足りると解すべきである。そして、本件贈賄は、共謀行為こそ被告の取締役就任前に行われているものの、その共謀に基づく賄賂交付行為は被告の取締役就任後に実行されたのであるから、取締役としての行為というべきであって、その責任の追及は代表訴訟の対象となる」と判断した。従業員時代からの反

つき支払いを遅延した。この当時従業員であったY（提訴時は取締役）は、当時の経理担当取締役から指示を受け、Bと交渉を行い、遅延損害金と支払未納額を併せて8億1100万円余りをBに支払った。A会社の株主Xが当時のA会社の経常利益等から見て当該支払額は多大であり、重要財産処分に該当するところ取締役会決議を経ずに実行されたとして、Yに対し、経理担当取締役の商法違反の行為に加功したことによる従業員としての任務違反の債務不履行責任があるとして株主代表訴訟を提起した。

東京地判平成10年12月7日は、「株主代表訴訟の制度は、昭和25年の商法改正……によって、取締役の責任の厳格化と株主の地位の強化の一環として導入されたものである。右改正においては、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（〔平成17年改正前〕商法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また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。株主代表訴訟の制度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〔平成17年改正前〕商法267条1項所定の取締役の責任とは、前記改正の際に取締役の責任として明確化、厳格化された商法266条所定の責任及び同改正時に取締役の厳格化された責任として別個に認識されていた同法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り、取締役が会社に対して負担する責任の総てが株主代表訴訟の対象となるとする原告の解釈は採用できない」として、Xの請求を却下した。

21) 判例時報1518号3頁。

復継続的に関与していた違法行為の責任が問題となったものとして、東京地判平成8年6月20日(日本航空電子工業事件)²²⁾がある。この事件では、責任が認定されたのは、取締役就任以降の継続的な違法行為の責任であり、従業員時代の違法行為の責任は認められていない。

なお、従業員兼務取締役(経理担当の総務部長を兼務)が取締役在任中に従業員として行った行為により会社に損害が発生したとして、その賠償を求める株主代表訴訟につき、「取締役に就任した以上、その取締役が取締役在任中に会社における職務行為に関して会社に対して負うべき損害賠償責任は、その行為の性質が従業員としての行為か取締役としての行為かという性質を論ずるまでもなく、株主が代表訴訟によって追及することができる」とする東京地判平成12年11月30日(奥澤産業事件)²³⁾もある。

22) 判例時報1572号27頁。航空機用の電子部品の製造販売を行うA会社の開発営業部では、戦闘機用電子部品やミサイル用電子部品の輸出先がイランであり、米国の武器輸出管理法・国際武器取引規則に反することを認識しながら不正に輸出されていた。取締役Y₁は、取締役に就任する前の2年間にわたり、航空事業部長代理として、当該取引に関与し、決済をしていた。Y₁は、取締役就任後の3ヶ月も同様に不正輸出を決済していたが、上司の取締役Y₂によりたまたま発覚し、既契約分については履行し、新規契約の実施は停止された。この事案において、東京地判平成8年6月20日は、Y₂が取締役(航機事業部次長)に就任した以降の不正輸出もこれを認識していたに止まらず、本件不正取引の責任者として積極的に支持・承認していたものと認めるのが相当であり、取締役の善管注意義務・忠実義務に違反することは明らかであるとして、取締役就任以降の不正輸出によって生じた損害の会社に対する賠償を認めた。

23) 資料版商事法務203号198頁。

事案は次の通りである。A会社の経理担当で総務部長をつとめていた取締役Yは、在任中にA会社の経理処理として、自身が建て替えた架空の交際費などの経費につき会社に有する償還請求権と自身の会社に対する債務とを相殺していた。A会社の代表取締役でもある株主Xは、それによる損害の賠償を求めてYに対する株主代表訴訟を提起した。

A会社は、主目的にはYに対する貸金等の返還請求を行い予備的にXの主張内容を請求してXの株主代表訴訟への共同訴訟参加を申し立てた。YはXの請求を争うとともに、A会社の共同訴訟参加が訴訟を不当に遅延させる目的で実行されたとして、平成17年改正前商法268条3項(会社法849条1項ただし書)により参加の申し出の却下を求めた。

東京地判平成12年1月30日は、本案請求につき、「Yの経理処理が会社に対する義務違反であり、また、Yが費用計上した経費立替金について会社がYに償還する義務がなかったとしても、反対債務が存在しない以上、Yが経理上相殺処理したことによって会社の

第二に、請求権の性質に基づく限界があるかという点に関するものである。会社の取締役に対する通常の債権や登記請求権につき株主による責任追及訴訟で追及できるかという点についても判断が分かれる。

まず、所有権に基礎がある不動産所有権の登記請求権を株主代表訴訟で行使することができるかという事例に関して争われた。いずれも、不動産登記上第三者から代表取締役が売買により得た土地につき、代表取締役が会社の機関として実行したものであるとして、登記の抹消請求（真正なる登記の回復請求）がなされたものである。これを肯定するもの（全債務説）として大阪地判平成18年5月25日（最高裁平成21年判決原々審・注3掲載判例）、大阪高判昭和54年10月30日²⁴⁾があり、これを否定するもの（限定

被告に対する利息又は仮払金の返還請求権が消滅するものではないから、これによって、会社に損害は発生しない」と判断して請求を棄却した。

A会社の共同訴訟参加については、「A会社の参加申出は、代表取締役であるX自らが既に退任した取締役であるYに対して提起した株主代表訴訟に会社がことさらに参加したものであって、参加をすべき実質的な必要性はないばかりでなく、株主代表訴訟において提起した損害賠償請求が認められない場合を考慮して、Yに対して株主代表訴訟では請求することができない性質の貸金等の返還を請求することを主たる目的とするものであると認められるのであって、このような請求を商法268条2項による会社の株主代表訴訟に対する参加として行うことは、同項の規定の趣旨に沿わない」として、共同訴訟参加の申し出を却下した。

24) 高等裁判所民事判例集32巻2号214頁、判例時報954号89頁。

事案は次の通りである。Aはゴルフ場を営むB会社の代表取締役の資格において売主と折衝して、昭和40年～昭和52年にかけて本件土地（B会社がゴルフ場として利用）を買受けたが、自己名義に所有権移転登記をなした。Aは死亡し本件土地の登記は相続人であるYの名義となった。B会社株主のXは、Yに対し、B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することを求める株主代表訴訟を提起した。

大阪高判昭和54年10月30日は、「取締役の会社に対する責任を追及する訴の提起は元来、取締役の善管義務ないし忠実義務の履行請求権の主体である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、取締役間の特種な関係から会社においてかかる訴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、取締役間の特種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」として、原判決を取り消し、原審に差し戻した。

債務説)として、大阪高判平成19年2月8日(最高裁平成21年判決原審・注4掲載判例)、神戸地判昭和54年3月30日(注24掲載判例の原審)²⁵⁾、東京地判昭和31年10月19日(オーシャン貿易事件)²⁶⁾がある。事案としてみた場合、本件原審判決やオーシャン貿易事件は、そもそも会社が購入したのが取締役が購入したのかが不明な事案であり、大阪高判昭和54年10月30日・神戸地判昭和54年3月30日は、問題となる土地が会社の経営するゴルフ場の一部であり、会社が購入したことが推測される事案であった。

つぎに、会社と取締役との間でなされた会社の保有する自己株の売買取引が利益相反取引に該当するが取締役会の承認を受けていないため無効と

25) 高等裁判所民事判例集32巻2号220頁。

事案は、注24記載の通りである。

神戸地判昭和54年3月30日は、「本件原告の訴えは、[平成17年改正前]商法267条に基づく株主の代表訴訟であるところ、同条に規定する「取締役の責任」は、取締役が法令又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。してみると、本件訴えは、いずれも右の範囲に含まれない」として、請求を却下した。

26) 下級裁判所民事裁判例集7巻10号2931頁、判例時報95号21頁。

事案は次の通りである。A会社の代表取締役Yは、A会社の代表取締役の資格でBと折衝し、本件建物の売買契約を締結したが、その立場を利用して右の建物を自己の個人名義に移転登記をした。A会社の株主Xらは、Yが本件建物が登記簿上、自己の所有名義になっているのを利用して他に売却しようと策動しているとして、提訴請求後30日[平成13年11月改正前商法267条2項参照]の期間経過を待つては、会社にとって回復できない損害を生ずる虞があることから、手続を経ないで、債務者に対し、会社のため、前記移転登記の抹消を求めうることを前提に、処分禁止の仮処分申請を行った。これに対しYが本件建物は個人の資格で自身の資金により購入したものであるとして、仮処分異議を申し立てた。

東京地判昭和31年10月19日は、「株主の取締役に対する代表訴訟提起権は、個々の株主が、みずから会社のために、取締役の会社に対する責任を追及する訴を提起できる権利で、ここにいうところの責任は、取締役が法令又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の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、取締役の地位にあるYが、会社に対し背任行為をし、これによつてYが会社に損害を与えたことを理由として、X等が、会社のため、Yの会社に対する損害賠償の責任を追及するのであれば格別、X等主張のような、会社のY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ものと解するのが相当である」として、仮処分決定を取消すとともにXの仮処分申請を却下した。

なり、それを前提とした株式の返還請求（不当利得に基づく返還請求）が株主代表訴訟によって追及しうるかが問題となった事案として、東京地判平成20年1月17日（高千穂電気事件²⁷⁾がある。東京地判平成20年1月17日は、平成17年改正前「商法267条1項所定の『取締役ノ責任』とは、同法266条1項各号所定の責任及び同法280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）及び5号（法令定款違反行為）の責任について、『会社ガ蒙リタル損害額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渡請求は含まれないと解するのが相当である」として、会社のために株券の返還請求を株主代表訴訟によって行うことは認められないと判断した。

このほか、代表取締役が会社の保有する土地を第三者に無断で売却した事案にあって、第三者に対して会社が有する登記抹消請求権を株主代表訴訟で代位行使することを認めなかった大阪地判昭和38年8月20日において、傍論判断として限定債務説を採用する旨が述べられる²⁸⁾。

27) 判例時報2012号117頁。

自己株式取得が原則として禁止されていた平成14年商法改正前において、譲渡制限株式会社のみを発行する会社（譲渡制限会社）であるA会社では、株主Bより41万0053株の譲渡制限株式の譲渡承認請求とともに先買権者の指定か会社による買取請求がなされた。A会社では株式の買取先を探すことができなかつたことから、A会社が1株あたり800円で株式を取得することになった。A会社は取得した自社株式を相当な時期に処分することが法制上要求されていたことから、買取先を探索したが、見つからず、代表取締役Y₁がA会社の買い取り価格と同じ1株あたり800円の価格で買い取ることにし、取締役会でY₁を除く役員の前員の同意により承認されていた。

A会社株主Xは、Y₁に対する株式売却を承認した取締役会は議事録上のものであり不存在でありY₁に対する株式売却は、利益相反取引に該当し無効であるとして、主位的には、当該株式および当該株式に対して支払われた配当等のA会社に対する返還請求を、予備的には、売買契約が取締役会の承認に基づくものであるとしても、価格が著しく低廉であるとして、その差額の損害賠償請求をY₁に求める株主代表訴訟を提起した。

主位的請求のうち株式返還請求部分については、本文記載の通り、請求を却下し、その他の請求についても、価格面で適正であったとして、請求を棄却した。

28) 下級審裁判所民事裁判例集14巻8号1585頁、判例時報380号78頁。

最後に、会社が被告取締役に対して有する貸金債権、仮払金の返還請求権を株主代表訴訟で行使できるかという点につき、東京地判平成12年11月30日(前掲注23紹介判例)は、株主代表訴訟により会社法上の債務以外は請求することができないことを根拠に、貸金返還請求権の実現を求めて会社が株主代表訴訟への共同訴訟参加をすることは株主代表訴訟の趣旨に反する、として限定債務説に立つ。

4-2. 学説の状況

学説においては、まず、昭和25年商法改正により株主代表訴訟制度が導

事案は次の通りである。A会社の唯一の財産である本件土地建物をA会社の代表取締役Y₁は、Y₂~Y₅に対し譲渡した。Xは本件土地建物の譲渡は営業譲渡に該当し、株主総会決議による承認を得ていないことから無効であるとして、A会社はY₂~Y₅に対し本件土地建物の移転登記の抹消、その占有の返還および損害賠償を求める権利があるがY₁がそれを行使しないことから、株主権に基づく債権者代位訴訟または株主代表訴訟により当該権利を行使するとして、Y₂~Y₅に移転登記の抹消請求を行った。

大阪地判昭和38年8月20日は、株主の会社に対する地位を考えると、株主は会社に対する出資者であり、会社という団体の構成員として、その運営等に關与するのであつて、会社の財産の減少は結局においては株主自身の損失に帰し、会社に利益があがれば配当等によつてその利益を享受し得る地位を有するにすぎないことから、債権者代位を基礎付ける債権とは成り得ないと判断し、請求を却下した。

なお、株主代表訴訟の性質については次のように述べる。「一般に取締役の善管義務ないしは忠実義務のうち会社内部の業務執行として特定の行為をなすべき義務や、対外的に会社を代表しまたは代理して会社の取締役あるいは第三者に対する特定の権利の行使をなすべき義務のごときものを代表訴訟によって追及しうる取締役の責任に含めるときは、株主の行き過ぎ干渉のため、取締役の会社運営に関する裁量の自由が不当に奪われ取締役制度の趣旨に反するおそれがあることにもとづくものというべきである。〔昭和25年改正〕商法第272条が、会社取締役の善管義務ないしは忠実義務に違反する積極的行為につき、会社が差止権を行使せず、そのため会社に回復し難い損害を生ずるおそれがあるときには、代表訴訟とは別個に株主の差止権ないしは差止めの訴えを認めながら、善管義務ないしは忠実義務に違反する消極的行為(不作為)については、株主の取締役に対する作為義務の履行請求権を認めていないのは、この間の消息を物語るものであり、前記取締役の業務執行等に関する作為義務の如きは、代表訴訟によって追及しうる取締役の責任に含まれないことを当然の前提とするものであるといわなければならない。そうだとすると、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。」

入された当初において、全債務説が提唱された²⁹⁾。この説では、株主代表訴訟によって追及しうる責任には、取締役が会社に対して負担する一切の債務が含まれ、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された。その論拠は次の2点である。第一に、そもそも会社が個々の取締役の責任追及訴訟を提起すべきなのに、株主代表訴訟制度が認められたのは、会社の経営陣である取締役・監査役らが仲間意識から会社を代表して会社が有する個々の取締役に対して有する損害賠償請求権等を行使しないこと（提訴懈怠可能性）へ対処するためであり、提訴懈怠可能性が存在する点では、会社法上の責任であろうが取引債務であろうが異なることを根拠とする。第二に、平成17年改正前商法下の法状況において、もし全債務説を採用しなければ、会社より金銭貸し付けを取締役が受けた場合に、貸し付けをなした代表取締役と当該貸し付けにつき取締役会で承認をなした場合に承認決議に賛成した取締役は、商法上の責任を負うことから株主代表訴訟の対象となり、当該金銭貸し付けを受けた取締役は弁済責任しか負わないことから、株主代表訴訟による責任追及が認められないとすれば、著しく権衡を欠くことも理由としてあげられる³⁰⁾。

このような全債務説を批判する形で、限定債務説が提唱された。限定債

29) 鈴木竹雄 = 石井照久『改正株式会社法解説』（日本評論社、1950年）179～180頁、大隅健一郎 = 大森忠夫『逐条改正会社法解説』（有斐閣、1951年）297～298頁。平成17年改正前商法の下より、この見解が通説的なものであった。この見解を採る者として、たとえば、柴田和史『会社法詳解』（商事法務、2009年）235頁、龍田 節『会社法大要』（有斐閣、2007年）164頁、大隅健一郎 = 今井 宏『会社法論（中巻）』（第3版、1992年）272頁、鈴木竹雄 = 竹内昭夫『会社法』（第3版、有斐閣、1994年）300頁、田中誠二『会社法詳論（上）』（3全訂版、1993年）702頁、吉原和志「代表訴訟によって追及しうる取締役の責任の範囲」北澤正啓 = 浜口道代編『商法の争点』（第3版、ジュリスト増刊、1993年）156頁など。

30) 大隅健一郎 = 今井 宏・前掲注29）272頁。なお、前田庸『会社法入門』（第12版、有斐閣、2009年）439頁は、たとえば会社が取締役に対し、金銭貸し付けをした場合には、貸し付け行為をした代表取締役の責任は会社に対する任務懈怠責任として代表訴訟の対象となるが、貸し付けを受けた取締役の責任は取引上の債務としてその対象とならないというのがバランスを失する点は、現行会社法のもとでも変わらないと理解する。

務説は、会社法（平成17年改正前商法）に規定される責任についてのみ、株主代表訴訟による追及が認められるとする³¹⁾。その理由として、会社に自ら提訴するかどうかの裁量制限する株主代表訴訟制度の下では、株主代表訴訟によって追及しうる責任として、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、不都合であること³²⁾、一般の契約上の債務の履行を求めることは、たとえ相手方が役員等であっても、会社の経営判断の一つに属するのであり、1人の株主による訴えの提起の判断を優先させることが適切ではないこと³³⁾、株主代表訴訟の制度的論拠は「提訴懈怠可能性」のみではなく、会社の受任者である取締役の委任関係上の債務不履行責任の追及は委任者である会社の実質的存在である株主にも認められるべきであることも存在することからは、「提訴懈怠可能性」の有無のみによって株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲を確定すべきでないこと³⁴⁾などを挙げる。初期の段階では、平成17年改正前商法の下で、責任免除が禁止されるか責任免除につき総株主の同意が要求される責任群に限定されると主張されていた³⁵⁾。この当初の見解が主張された時の法状況の下では、会社法制（平成17年改正前商法）が規定する取締役の責任の全てが、免除が禁止されるか免除するには総株主の同意が要求されていたため、会社法制を根拠に責任が発生するものに株主代表訴訟に追及しうる責任の範囲が限定されていると解していたといえよう。

最高裁平成21年判決が提示された後であっても、責任免除が厳格化されている会社法上の債務のみに株主代表訴訟の利用が限定されるとするもの

31) 北澤正啓・前掲注14) 448頁、服部栄三『会社法通論』(第4版, 1991年) 131頁、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」北澤正啓編『商法の争点』(第2版, ジュリスト増刊, 1983年) 142頁。

32) 北澤正啓・前掲注14) 448頁、新谷 勝『会社訴訟・仮処分の理論と実務』(民事法研究会, 2007年) 288~299頁、江頭憲治郎『株式会社法』(第3版, 有斐閣, 2009年) 453頁注(2)、近藤光男・前掲注6) 330頁。

33) 近藤光男・前掲注32) 308頁。

34) 山田泰弘・前掲注2) 56頁。

35) 北澤正啓・前掲注14) 448頁。

がある³⁶⁾。他方で、すでに見たように、会社法が責任発生の根拠となる責任のうち、募集株式発行時に関する価格填補責任（会社法213条）は、責任免除が厳格化されておらず、通常の会社の有する債権の処分と同様の取り扱いとなるとも主張される。厳格な責任限定説に基づけば、募集株式・募集新株予約権発行時の現物出資に関する価格填補責任は株主代表訴訟の対象とならない。限定債務説に基づきつつ、これらの責任も、実質上免除決定が制約されていることを根拠に対象とすべきであるとも主張されている³⁷⁾。

この限定債務説の批判に対して、全債務説の側からは、取締役が会社に対して負担する取引上の債務を履行することも忠実義務に基づく責任という側面が存在することからは、両者を切り離して考えることは無理であると、再反論がなされることになる³⁸⁾。もっとも、全債務説からの歩み寄りもなされ、全債務説の側からの修正が提案されることになる。

第一に、取締役就任前に発生した債務についても取締役になった以上「提訴懈怠可能性」があるとして、取締役就任前に発生した債務であっても株主代表訴訟で追及しえ、取締役在任中に発生した債務は、退任後であっても株主代表訴訟で追及しうるとする見解がある³⁹⁾。この見解に基づけば、退任後に発生した債務については株主代表訴訟の対象としないという趣旨となろう。

第二に、株主代表訴訟の対象を、取締役在任中に発生した債務に限定し、取締役在任中に発生した債務については、退任後であっても株主代表訴訟で追及しうるとする見解がある⁴⁰⁾。会社法の立案担当者は、この見解に基

36) 江頭憲治郎・前掲注32) 453頁注(2)、青竹正一・前掲注7) 350頁、吉本健一『会社法』(中央経済社、2010年) 251頁。

37) 北村雅史「判批(最高裁判平成21年判決)」民商法雑誌142巻2号(2010年) 190頁。

38) 大隅健一郎=今井 宏=小林 量『新会社法概説』(第2版、有斐閣、2010年) 243頁注183)。

39) 大隅健一郎=今井 宏・前掲注29) 272頁など

40) 大隅健一郎=今井 宏=小林 量・前掲注38) 243頁、柴田和史・前掲注29) 235頁、前田庸・前掲注29) 439頁、田邊光政『会社法読本』(中央経済社、2008年) 235頁、関俊彦『会社法概論』(全訂第2版、商事法務、2009年) 336頁、加美和照『新訂会社法』373頁(第9版、勁草書房、2007年)。

づく⁴¹⁾。

全債務説が債務の発生時期に応じて時的限界を設定し得たのは、次のような理由に基づくと考えられる。責任追及対象の取締役と会社の経営陣たる取締役・監査役の仲間意識等の存在から発生する「提訴懈怠可能性」の存在が株主代表訴訟の根拠とされるため、責任の発生時期や追及時期によっては、「提訴懈怠可能性」が希薄化する可能性がありうるからである。

他方、限定債務説の側からも、全債務説への歩み寄りが見られ、株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲を会社法上の責任から拡張しようとの試みがなされる。

第一に、会社法を責任発生根拠とする責任以外にも、会社法330条が準用する民法646条（取締役が委任の実行として自己の名をもって取得した金銭・物・権利の会社への引渡義務）もその対象となるとし、さらに、判断のメルクマールとして、履行を求めるかどうかにか会社の裁量が認められる債務を分類し、会社に裁量が認められない債務についてのみ、株主代表訴訟の対象となるとする⁴²⁾。具体的には取締役が第三者の地位に基づき負担することになった債務（相続した債務、不法行為債務、取締役就任前に負担することになった債務など）は、株主代表訴訟の対象とならないとする。他方、取締役の地位に基づき負担することになった債務のうち、取締役・会社間の利益相反取引（直接取引）が無効である場合の目的物返還債務も対象となるとする。もっとも、有効な利益相反取引に基づく履行債務については、会社にとっては強制執行を求めるか解除して損害賠償を求めるかの選択の余地があるので株主代表訴訟の対象とすべきではないとする。

同様に、責任追及の要否に関する会社の自由裁量権を損なわず、かつ株主の利益のために取締役の責任追及を認めるべき場合には、株主代表訴訟

41) 相澤 哲ほか・前掲注15) 349頁。

42) 大塚龍児「株主権の強化・株主代表訴訟」落合誠一＝江頭憲治郎＝山下友信編〔鴻常夫先生古稀記念〕『現代企業立法の軌跡と展望』（商事法務研究会，1995年）58頁。

による追及が許容されるとする見解もある⁴³⁾。後者の見解は、たとえば、取締役が会社との違法な不動産取引の当事者であり、その是正措置がなされる可能性が全くないような場合であれば、例外的に真正な登記名義の回復請求が認められるとする。

第二に、最高裁平成21年判決後にそれを限定債務説の拡張と理解し、会社法上の債務とともに、それに準じて、利益相反取引の履行請求を認めたと解する見解がある。利益相反の取引は、会社法制上厳格な手続を経ることが義務づけられていることから、取引相手である取締役は、その地位に基づく職務として当該取引債務を忠実義務に即して履行しなければならず、その意味では取締役の地位に基づく責任に準じることを根拠とする⁴⁴⁾。

5. 検 討

5-1. 判例・学説の分析

下級審判例および学説の展開からは、最高裁平成21年判決の意義を確定するために、本稿が提示した考慮点のうちの2点、すなわち、会社に対して債務を負担する取締役が忠実にその債務を履行する義務を負うのはどのような場合か、会社が取締役に対して有する債権の実現につき取締役会・代表取締役等が裁量を有するかが株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲を決定するメルクマールとなるか、という点については、次のような理解が示されていることがわかる。

まず、およそ取締役の会社に対する債務の全てが株主代表訴訟によって追及しうるとする全債務説が提唱され、それでは株主代表訴訟を提起しうる範囲が広すぎるとし、限定債務説は、の会社の裁量権の保護を根拠として、債務の免除決定が強化または認められていない類型に株主代表訴訟

43) 岸田雅雄「判批（大阪高判昭和54年10月30日高民集32巻2号214頁）」江頭憲治郎ほか編『会社法判例百選』（別冊ジュリスト180号、2006年）152頁。

44) 北村雅史・前掲注37）198頁，近藤光男・前掲注6）331頁。

によって追及しうる責任の範囲を限定しようとする。これに対して、全債務説は、に基づき、およそ取締役が会社に対して債務を負担する場合には、当該債務は忠実に履行する義務があると理解することで、で考慮するような取締役会・代表取締役等が履行につき裁量を有する場合は存在しないと構成する。これにより、全債務説は限定債務説の論拠の成立を否定しようとしたわけである。他方、限定債務説の側では、全債務説の主張に対し の会社裁量が認められるべき領域を縮小することで、両者の見解の一致点を探ろうとしていたと分析でき、現時点では、両説の実質的な違いは小さい状況となっている。

このような議論展開の下では、そもそも、取締役会・代表取締役等に裁量があるような事案につき株主代表訴訟の提起が認めるべきか、という問題については検討が進んでいないことがわかる。

なお、全債務説のうち、取締役退任後における責任追及については、株主代表訴訟を提起を許容しないという見解は、その限定の根拠を、相対的な提訴懈怠可能性の低さを理由とするが、そのような提訴懈怠可能性の程度により株主代表訴訟が提起される領域を確定するのであれば、個別具体的に判断されるべきであり、一義的な基準を設定することは困難なはずである。退任取締役についても、債務発生原因が生じたのが任期中であるか否かによって提訴懈怠可能性の程度が変化するとするが、一概にそうであるとはいえない。修正された全債務説が債務発生原因の発生時期をメルクマールとするのであれば、「提訴懈怠可能性」の有無以外の要素が考慮されていると考えるのが相当であろう。「提訴懈怠可能性」の有無以外に考慮されたであろう要素は、全債務説が限定債務説に対する批判の中で提唱された、取締役が当該債務の履行につき忠実義務を負うかという点ではなからうか。退任取締役は、退任後は会社とは無関係となり、会社に対して債務を負っていたとしても、その債務を忠実に履行するよう会社法が義務づけているとは考えにくい。反対に、任期中に発生した債務については、退職後も忠実に履行すべき義務を負い続けていると考えることも自然であ

ろう。これに対して、全債務説を修正して、任期中に発生した債務・責任に株主代表訴訟によって追及しうるものを限定しようとする立場は、債務や責任の発生時期により、忠実に履行すべき義務を負うかを区別していると考えられよう。この分析からは、従来全債務説を修正したとするこれらの見解は、全債務説の修正というよりは、会社法上の義務（債務）を拡張的に解する説であり、限定債務説の拡張と理解すべきであろう。取締役が会社に対して負担する責任の履行を忠実に実施すべき義務を会社法上負う場合を広く捉えれば、限定債務説もこの立場も対象範囲が同一だからである。

以上からは、当初設定した問題は、次のように若干変容して考察すべきことがわかる。まず、取締役会・監査役の裁量の有無が株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲を決定するメルクマールとなるかという点は、メルクマールとなると考える理論的根拠の有無を検討する必要がある。

次にこの点は次のように変容する。会社法上の債務に株主代表訴訟が限定されるべきという立場を採用した場合に、会社法上の規程を根拠に発生する責任以外に取締役が会社に対して負担する責任の履行を忠実に実施すべき義務を（会社法上の義務として）負う場合に限定しうるのであれば、その論拠は何か。

以下では、当初の問題設定にこの点を変容を加えた形で検討を加えることにしよう。

5-2．取締役会・代表取締役等の裁量の有無はメルクマールとなるか

取締役会・代表取締役等が取締役の会社に対する債務の履行につき裁量を有するとして、そのような裁量と株主代表訴訟の提起とはどのような関係があるか。

この点については、手続法的観点と会社法的観点からの分析が可能であろう。

5-2-1. 手続法的観点から

そもそも、株主代表訴訟は、法定訴訟担当（民事訴訟法115条1項2号）であるため、株主代表訴訟で追及できる対象の範囲が広くすることは、その分、本人たる会社の私的自治（取締役会・監査役の判断の余地）を狭くなることを意味する。株主代表訴訟が提起されることで、会社の当該訴訟物に関する処分権が制限されることになるからである。よって株主代表訴訟が取締役等の不正を糾し、経営者の倫理を維持するために用いられる効果的な監督是正手段であるとしても、そのような監督是正の要請と会社の私的自治の確保の要請との調整が必要になると理解されることは十分に理由のあることである⁴⁵⁾。

限定債務説の試みは、会社の判断の機会を過度に制約しないようにしつつ、監督是正手段としての株主代表訴訟が機能しうるように両者の要請を調整し、制度的な棲み分けを行うことを目的としていると分析できよう。株主代表訴訟によって提訴しうる責因の範囲を一義的に明確するという観点から、限定債務説は、責任の免除につき総株主の同意が要求されるか免除が不可能と考えられている事例が否かを、株主代表訴訟による追及が認められるかのメルクマールとする⁴⁶⁾。そもそも責任免除につき総株主の同意を要求することは、株主代表訴訟の提訴権を保障するという機能があった。このような立場は、株主代表訴訟が法定訴訟担当であることを捉えて、

45) 奥島孝康ほか編『新基本法コンメンタール 会社法3』(別冊法学セミナー201号, 日本評論社, 2009年) 395頁 [847条: 山田泰弘執筆部分]

46) 土田 亮「判批(東京地判平成20年1月17日・前掲注27掲載判例)」ジュリスト1381号120頁。同「代表訴訟によって追及しうる取締役等の責任の範囲」浜田道代=岩原紳作編『会社法の争点』(ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ5, 有斐閣, 2009年) 158頁, 同「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(2010年) 53頁も, 責任免除に関する要件強化がなされているか否かをメルクマールとするため, 株主代表訴訟によって認めるべき範囲と責任免除に関して要件強化する範囲を一致させるよう解釈すべきとする。木住野究「判批(東京地判平成10年12月7日・前掲注20掲載判例)」朝日法学論集28号(2002年) 119頁は, 機能論的に見て責任免除が強化されるものに限るとする。

株主代表訴訟の利用範囲も法定されているはずであるとの推測に基づき、責任免除に関して会社法制が要件強化しているか否かをメルクマールとするものともいえよう。

たしかに、株主代表訴訟は、会社（監査役等）に提訴請求をすれば、単独株主でも責任追及等の訴えの提起が可能である。提訴要件については同じ法定訴訟担当の債権者代位よりも株主代表訴訟の方が緩く、株主代表訴訟の提起が可能な範囲が広いことが会社の私的自治の制限となるとの理解が導き出されることもわからないではない。しかし、株主代表訴訟は、訴権の帰属主体である会社と、密接に利害関係を有する原告以外の株主にし、手続保障を施すことで原告株主の提訴資格を肯定する制度である⁴⁷⁾。株主代表訴訟が提起され原告株主の訴訟追行に問題があると会社や他の株主が判断したのであれば、訴訟参加をして是正すればよい。原告株主と被告とがなれ合って訴訟を終了させようとしていれば、訴訟参加によってそれを防止することができ、根拠なく株主代表訴訟が提起されているのであれば、早期に請求棄却することもできる。原告株主の訴訟追行が遅々として進まない場合（株主が会社の事情に詳しくなく、十分な証拠資料を有さないことも原因ではある）、被告とされる役員等は、応訴活動に煩わされる期間が増加しかねないという問題は発生する。しかしこのような事態に対処するために、会社法は、被告役員等の側が、悪意の提訴株主に対し訴訟上の担保提供を求めることを許容している（会社897条7、8項）。

このような株主代表訴訟の制度設計において本人たる会社と訴訟担当者である株主との意見・利害対立がどのように調整されるか、まず、取引債務を例に考察してみよう。このような事例で、会社（監査役・取締役会・代表取締役）は取締役の債務の履行の方法につき判断をしうる。すなわち、履行遅滞が生じている場合に解除して損害賠償を請求するか、強制履行を求めるとともに遅延損害金を請求するかといった判断が可能である。それ

47) 山田泰弘・前掲注2) 64～65頁。

では、会社が解除を選択したが、株主が当該取引債務の履行を求めて提訴請求を会社に行くとどうなるか。この場合には、当該会社の判断を株主に説明し、すでに契約を解除し、損害賠償請求をする予定であると伝えることができる。このような状況を認識しつつ、原告株主が株主代表訴訟を提起したのであれば、請求に理由がないとして当該株主代表訴訟が棄却されるか、代表訴訟提起権の濫用として却下されることで処理されよう(たとえ係属しても、会社の訴訟参加によりこの点が主張されることになる)。原告株主側の訴訟活動が遅々として進まないのであれば、被告とされた取締役側で担保提供の請求も可能であろう。

取締役の地位に基づく債務すなわち会社法上の責任の追及については、たしかに会社法上の責任があるという認識が成立した段階で請求しないという判断は会社の代表者(監査役・取締役)の善管注意義務違反に該当するため、できない。しかし、会社はどのように追及するかという点には裁量を有する。取締役が会社に対して423条責任を負担する場合を例にとってみれば、訴訟によってその実現を求める場合には、監査役が会社を代表し提訴するか、株主代表訴訟によって追及することができる。もっとも、423条責任の実現は訴訟の場に限られない。当該取締役と会社が、423条責任に関して任務懈怠の有無や会社の損害額の確定を巡って交渉を行い、その交渉の結果として当該取締役が任意に423条責任の履行に応じることにも十分に考えられる(交渉が決裂すれば訴訟の場で争うことになる)。この交渉の場面では、代表取締役が会社を代表して交渉をすることになる⁴⁸⁾。もちろん、交渉を進める(代表)取締役等に裁量が認められるからこそ、その交渉の過程にあっては、交渉に当たる(代表)取締役は、善良なる管理者の注意をもって交渉に当たり、会社に忠実に行動することが要求されることになる。株主が、当該取締役の任務懈怠と評価しうる行為に気がつ

48) 浜田道代「役員の義務と責任・責任軽減・代表訴訟・和解」商事法務1671号(2003年)42頁は、立法論的にはこの場合の交渉に関する会社代表者は代表取締役でなく監査役とすべきであるとする。

き、その責任を追及する株主代表訴訟を提起した場合には、提訴請求に対する監査役の応答の段階で、または訴訟における被告からの抗弁主張の段階で、会社（代表取締役ら）と当該取締役との交渉の結果、任務懈怠の有無や当該任務懈怠と因果関係のある損害の有無やその金額がどう判断されたか、損害賠償責任があると当該取締役が認めたのであれば、損害賠償を行った旨が主張される。これに対し、原告側が、因果関係のある損害がその交渉で確定した額よりも多いと判断していたのであれば、すでに支払われた部分を除いて請求額を減額して請求することになる。取引債務と異なり、会社法423条責任は、そもそも何が任務懈怠と評価されるか、それによって会社が被った損害がどの程度かということの評価することは難しい。会社の業務執行者として会社法423条責任の実現を担う代表取締役等と株主とで評価に差があれば、最終的には訴訟の場で裁判所による確定を待たなければならない。仮に適正な手続により会社による責任免除決定がなされた場合も、すでに株主代表訴訟が提起されていれば、同様に被告からの抗弁主張として責任が免除された旨が主張され、株主側は責任免除の意思決定に瑕疵があればその旨を主張し争うことになる。

このように、責任免除に関して会社法が要件を強化されてない分野につき株主代表訴訟が提起されても、訴訟運営上それほど問題は発生せず、逆に会社法が責任免除要件を強化してる分野についてもそうでない分野と同程度の問題が発生することがわかった。そうであれば、株主代表訴訟制度の設計からは、会社の取締役に対する債権の実現につき取締役会・代表取締役が裁量を有することが株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲を確定する必要性が必ずしもないことがわかる。

たしかに、会社と株主とは人格が異なり、形式的には株主代表訴訟の提起は、会社の私的自治を制限することになる。しかし、会社が株主を構成員とする社団であることから、株主代表訴訟は、むしろ社団内部における意見対立を訴訟の場で解消する手段であり、株主代表訴訟の提起を認めても、実質的には会社の私的自治と抵触関係にあるとは考えにくいからで

ある⁴⁹⁾。2005年の会社法制定に際して、提訴請求に対して監査役等が不提訴の判断をした場合には、当該不提訴判断の理由を示す書面が請求により原告・被告に提出されることになった。この不提訴理由書の提出制度の整備により、取締役の会社に対する債務の実現を巡っての会社の判断と株主の判断とを比較して裁判所が判断しうることが制度的にも容易となった。会社の提訴権と株主の監督是正権としての株主代表訴訟提起権との調整の精度は上昇したと評価できよう⁵⁰⁾。

以上の検討からは、株主代表訴訟という法定訴訟担当の制度設計にあっては、訴権を有する本人たる会社と訴訟担当者である株主との意見対立・利害調整は、提訴のための手続や訴訟活動の中で解決されることが予定されている。株主代表訴訟の利害・意見調整のスキームの下では、一応、全てのケースにつき対応が可能であり、全債務説が妥当する面を有することがわかる。もっとも、訴訟という公開の場に全ての事例における利害・意見対立の解消を委ねることが適当かは、議論があることも考えられる⁵¹⁾。会社（経営陣）は、自身の職務執行として善管注意義務を負いながらの決定ではあるが、被告とされる取締役の債務の追及の実施・不実施（免除）を決定する領域が全く不必要であるとも考えにくいからである。

5-2-2. 会社法的観点から

そもそも株主代表訴訟は、株主が会社という団体の構成員として、団体の適正な運営を求める権利を有することを根拠に、会社の有する権利を会

49) 奥島孝康ほか・前掲注45) 394頁[山田泰弘執筆部分]は、株主代表訴訟の提起と会社との私的自治との衝突が回避できないとの理解の下、会社の裁量の有無をメルクマールとするが、本文のように考え直した。

50) この点を指摘し、会社法上の債務のみならず、取締役が個人の資格で会社に負う責任（義務）の履行請求も株主代表訴訟によって追及できるとすべきとする見解として、藤原俊雄「判批（最高裁平成21年判決）」判例時報2057号（2009年）196頁[判例評論611号27頁]

51) 伝統的な全債務説と限定債務説との対立は、株主代表訴訟の趣旨や期待される機能についての価値判断の問題に帰着すると指摘するものとして福島洋尚「判批（最高裁平成21年判決）」ジュリスト1398号（2010年）123頁。

社に代位して行使することが認められたものと解され（共益権に基づく派生訴訟）⁵²⁾、監督是正権の発露の一形態である。そうであれば、株主によって行使される会社の権利の範囲の決定をする際には、監督是正権の行使の必要性和相当性が考慮されるべきであろう。制度趣旨から見て不必要な範囲につき株主代表訴訟の提起を認めることに対しては消極的にならざるを得ない。なぜなら、株主代表訴訟によって責任を追及する場合には、訴額が算定不能とされ、訴額に左右されず画一的で低廉な裁判所手数料の納付しか当事者には要求されない（現時点では1万3000円である）からである。会社が取締役等の責任を直接追及する場合よりも裁判所手数料の面で優遇されるのは、株主が訴訟により直接利益を享受しないことに由来する。しかしそれだけでなく、株主代表訴訟を利用しやすくすることは、取締役の違法な業務執行を防止するために有効であると判断されたことに基づく⁵³⁾。この判断により株主代表訴訟の利用者は安価に司法インフラを利用できることは、取締役の違法な業務執行を防止することにより会社の運営が適正化することが社会や国民経済の利益となると理解された結果とも評価できる。そうであれば、株主が株主代表訴訟を提起しうる範囲も取締役の違法な業務執行を防止するために有効な範囲にとどめておくべきとも考えられよう。

取締役の違法な業務執行を防止するために有効な範囲の中に、会社法上の責任すなわち取締役の地位に基づく責任が入ることには異論は考えられない。しかし、それ以外の債務についてはどうか。

たとえば、取締役が就任前に会社の従業員であった事例にあって、当該取締役が従業員時代に従業員としての雇用契約上の義務違反行為によって会社に損害が生じた場合を例にとる。従業員時代の従業員としての債務不履行責任につき、当該取締役が取締役であることから、株主代表訴訟によ

52) 竹内昭夫「株主の代表訴訟」『法学協会雑誌100周年記念論文集第三巻』（有斐閣、1983年）208頁。

53) たとえば、前田 庸・前掲注30）441頁。

る追及を認めるべきであろうか。当該取締役の従業員時代の債務不履行責任を追及する場合には、取締役と会社との間の訴訟であることから、監査役が会社を代表することになる。その場合、追及するか否かの監査役的判断は経営判断類似の考慮が必要となることが予想され(もちろん経営判断類似となるかには判断が分かれよう)、未履行債務が時効などにより消滅しない以上損害の発生も確定的ではないため、直接従業員時代の債務不履行責任を追及するよりも、訴訟活動が困難となることは否めない。このため、従業員時代の債務不履行責任の追及を会社が行わないことが取締役の善管注意義務違反となる場合には、直接株主代表訴訟による従業員の責任の追及を認めた方が、事案の解決に資するとも評価できないではない⁵⁴⁾。しかし、従業員が会社に対して負う債務については実際にその履行を請求するか、あるいは請求の時期を決定するのは、一次的には代表取締役(または取締役会)である。このため、請求しないことが合理的でなく、実際に請求していないのであれば、(代表)取締役任に任務懈怠があり、未履行分の損害があるとして会社法423条責任を追及すれば、十分であり⁵⁵⁾、それ以上は不必要であろう。なぜなら、従業員に対する指揮命令や人事考課あり方は、業務執行取締役(代表取締役)の業務執行上従業員(履行補助者)を統制する重要な手段だからである。取締役が従業員の人事考課を決定した後に、株主が介入を行うことは、会社と取締役との間の関係が委任に服し(会社法330条)、取締役が職務の履行態様に関して裁量を有することに抵触するからである。たしかに、取締役の業務執行が定款の目的の範囲外の行為や法令もしくは定款に違反する行為があれば、その実施により会社に「著しい損害」が生ずるおそれ(監査役設置会社・委員会設置会社では、「回復することができない損害」が生ずるおそれとなる)があるこ

54) 片木晴彦「判批(東京地判平成10年12月7日・前掲注20)掲載判例」判例時報1731号(2001年)200頁(判例評論504号38頁)など。

55) 伊藤靖史「判批(東京地判平成10年12月7日・前掲注20)掲載判例」商事法務1628号(2002年)130頁。

とを立証できれば、差止めは可能であり（会社法360条）、一定の事例での株主の介入を肯定する。しかし、従業員時代に発生した債務の追及を株主代表訴訟によって肯定することは、いわば、取締役の不作为行為に関する差し止めに留まらず、その代替執行を株主が行うことになる。会社法360条と平行に考えるのであれば、株主が問題とすべきは責任追及をしないという取締役の不作为自体であるはずであり、何を基礎に直接責任追及が可能となるかの説明が必要であろう⁵⁶⁾。また、会社法360条と比較をすれば、提訴するための要件が株主代表訴訟の方が緩いこと⁵⁷⁾からは、バランスを失すともいえる。

以上からは、取締役の業務執行の違法性を除去することが株主代表訴訟の目的であるとしても、株主代表訴訟による追及の対象とされることで、かえって業務執行取締役の委任事務の履行に混乱をもたらす可能性があることがわかり、この観点からは、やはりどこかでラインを引くことが要請される。

5-2-3. 小 括

株主代表訴訟制度が用意する、本人である会社と訴訟担当者である株主

56) たしかに、日本の株主代表訴訟制度の母法であるアメリカ法にあっては、責任追及訴訟を提起しないという取締役会の判断（株主による提訴請求の不当拒絶）が会社に対する義務違反を構成する場合に、株主に直接責任追及訴訟を提起することを認める。このため、弥永真生『リーガルマインド会社法』（12版、有斐閣、2010年）220頁（注162も参照）は、会社法上の責任以外の類型については、会社に対する債務の履行を取締役・執行役に対して請求しないことが不当である場合は、会社法360条類推を根拠に、株主代表訴訟の提起しようと主張する。しかし、日本法は、株主代表訴訟制度をアメリカ法より継受するにあたって、提訴請求が不当拒絶になるかを判断することなく、会社や提訴請求株主以外の株主に手続保障をすることで、原告株主が訴訟担当者として責任追及訴訟を提起する道筋を採用した。このため、日本の株主代表訴訟制度にあっては、会社の代表者である代表取締役・監査役が提訴しないという状況が任務懈怠となるとしても、そのような状況が、株主代表訴訟を提起しうると等しくなると解することは無理であり、類推の基礎を有さないのではなかろうか。

57) もっとも、監査役設置会社・委員会設置会社以外の会社では、株主による差し止め権の行使要件は、それほど厳格ではない（会社法360条1項）。監査役設置会社・委員会設置会社以外の会社については、別異の解釈をする余地が存在するといえよう。

との利害・意見調整のスキームは、訴訟告知・訴訟が係属する旨の公告による情報提供と、会社、原告以外の株主に訴訟参加を許容することで、株主の原告適格を許容するというものである。このスキームにより原告株主と会社や原告以外の株主との利害対立や意見対立は解決されるため、取締役の会社に対する債務一般につき、株主代表訴訟による追及を認めるという方向性も理解できないではない。しかし、株主代表訴訟提起権が監督是正権の一つであり、会社の経営の健全性を維持・回復するという目的のために、訴訟手数料の算定の場面で優遇されていることや、広く認めすぎることによりかえって業務執行取締役の委任事務の履行に混乱をもたらす可能性があることを考慮すると、取締役の会社に対する債務の全てをその対象とするのではなく、限界を設定することが制度設計上要請されていると考えられる。

このような要請は、会計監査人が株主代表訴訟による追及の対象とされるようになった会社法制の下では、よりいっそう高まったと考えられる⁵⁸⁾。在任中とはいえ、本来社外の者である会計監査人の会社に対する債務全般を株主代表訴訟で追及しうるとするのは、広きに失するからである。さらに、会社法制の下では、退任した役員等も株主代表訴訟による責任追及の対象とされることが明確化した(会社法386条2項, 1項)。退任後の役員等の全ての債務全般につき株主代表訴訟によって追及しうるとすることは、問題であり、すでに5-2-1で分析したように、提訴懈怠の危険性の尺度一つで一定の枠を設けることは困難であり⁵⁹⁾、他の判断基準を設定する必要があるろう。

5-3. 代表訴訟による追及しうる範囲を判断する基準；会社に対する債務を忠実に履行すべき取締役の義務

提訴懈怠の可能性の程度のみで、株主代表訴訟によって追及しうる責任

58) このような指摘をするものとして、たとえば、東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟』(第2版, 判例タイムズ社, 2008年)300頁[名島亨卓=森岡泰彦執筆(川原田貴弘改訂)部分]

59) 江頭憲治郎・前掲注32)454頁注(2)も、提訴懈怠の危険のみから代表訴訟が可能な範囲を考えると、それが現在の判例の範囲に留まる必然性はない、と指摘する。

とするかを判断するのが困難であれば、何を基準とすればよいか。この点、最高裁平成21年判決が、取引債務の履行請求を株主代表訴訟の対象とすることの論拠とした点のうちの「会社に対して忠実に履行すべき義務を負うか」ということがメルクマールとなると考えられる。なぜなら、株主代表訴訟提起権が会社の運営の健全性を確保する監督是正権として存在することと、取締役の業務執行に過度に介入することはかえって株主の利益とならないことから、会社法の秩序を維持するために必要な範囲で株主代表訴訟の提起が認められればよいからであり、取締役に職務上忠実に履行すべき義務が肯定されうる領域にこそその要請が存在するからである。

もっとも、たしかに、取締役には会社の利益を優先すべき義務が忠実義務の一環として会社に対して何らかの債務・義務を負う場合にも適用されるのであれば、全債務説が主張するように、取締役在任中はおよそ会社に対して負担する全ての債務の履行の請求が株主代表訴訟によって認められるべきともなり、株主代表訴訟によって提起しうる責任の範囲を確定する要素にならない可能性もないではない。しかし、それほど単純に、取締役の会社に対して負担する債務・義務一般について、忠実に履行すべき義務を取締役が負うと考えられるであろうか。

以下では、取締役が会社に対して負担することになる債務・義務が何かを網羅的に検討し、それぞれについて分析を加えよう。

5-3-1．取締役が会社に対して負担することになる債務・義務

取締役が会社に対して負担することになる債務・義務としては、その発生原因ごとに類型化すると、次の8類型に分類可能であろう。

第一は、会社法上の責任である。会社が取締役に対して有する請求権の発生根拠が会社法上の規程に由来するものである。会社法の規定は取締役在任中の行為規範であることから、会社法の規定が発生根拠となる債務は、当然に在任中にしか発生しない。当該債務を退任後に株主代表訴訟で追及

することは異論なく認められている⁶⁰⁾。

第二は、会社と取締役の取引によって発生する債務(取引債務)である。当該債務の履行請求や当該債務の債務不履行責任としての損害賠償請求が考えられる。この債務は、取引の締結時期により債務が発生する時期は当然に異なる。就任前に締結した取引に基づく債務の履行を取締役在任中または退任後に請求することもあり得る。就任前の取引債務としてはたとえば、当該取締役がもともと会社の従業員である場合に、従業員としての雇用契約上の債務不履行責任⁶¹⁾が挙げられる。取締役在任中に取引が締結された場合は利益相反取引となり、契約の締結に際しては会社法356条1項2号の適用を受ける。

第三は、会社と取締役の取引に由来して会社が取締役に対して有する不当利得の返還請求権である。会社と取締役との取引につき意思の欠缺や意思表示に瑕疵がある場合、両当事者は原状回復の義務を負う。第三の類型は、これらの場合に原状回復のために会社が取締役に対して有する不当利得の返還請求権である。

第四は、取締役が会社に対して不法行為を行った場合の不法行為債務である。もっとも、取締役在任中に取締役が会社に対して加害行為を行えば、同時に善管注意義務・忠実義務に反するとして会社法423条責任も成立し、法条競合の状態となると考えられる。

第五は、取締役が会社財産を横領した場合に、会社が当該取締役に対して有する当該横領物に関する不当利得の返還請求権である。取締役在任中

60) 辞任により株主代表訴訟による責任追及から逃れることを防止するためと説明するものとして、東京地判平成6年12月22日判例時報1518号3頁。最判平成15年12月16日最高裁判所民事判例集57巻11号2265頁は、退任取締役の在任中の会社法上の債務の追及が株主代表訴訟により当然に可能であり、その提訴請求先が監査役が代表する会社であることとの整合性から、退任取締役に対して会社が訴訟を提起する場合の代表者と監査役がなりうるとする。

61) たとえば、東京地判平成3年2月25日労働判例588号74頁[ラクソン事件]は、従業員は、使用者の正当な利益を不当に侵害しないように配慮することを労働契約上の義務として負い、これに反せば損害賠償責任を負担する、指摘する。

に当該横領行為が行われれば、それは取締役の善管注意義務・忠実義務に反する行為であり、会社法423条責任の発生を基礎づける。しかし、横領物の不当利得返還請求は会社法423条責任とは別個のものとなり、個別に検討することが必要であろう。この類型には、株主総会決議なくして会社から報酬が取締役に支払われた場合における当該報酬の返還請求権（不当利得に基づく⁶²⁾）も入ろう。本稿が冒頭に提示した の最高裁平成21年判決の問題点はここで検討することにしよう。

第六は、会社の所有権に基づく請求である。取締役と会社との間に所有権の帰属を巡って紛争がある場合に、会社が取締役に対して所有権に基づき登記移転請求を行うことが考えられる。第五との違いを考慮すれば、会社の所有する不動産を取締役が横領した場合などは、第六の類型からは除外する。

第七は、第三者が会社に対して有する債務を取締役が特定承継すること（免責的債務引受）や、逆に第三者が取締役に対して有する債権を会社が承継すること（債権譲渡）により、会社が取締役に対して債権を有することになった場合における、取締役の会社に対する債務である。

第八は、第三者が会社に対して有する債務を取締役が相続により承継する場合における、取締役の会社に対する債務である。

以上八類型は、それぞれ、債務の発生時期は、取締役就任前、在任中、退任後となることが考えられ、さらに株主代表訴訟による追及の可否を議論するという観点からは、訴訟提起時が取締役在任中の場合と退任後の場合に分けて検討する必要がある。最高裁平成21年判決が示したケースは、これらのうち、わずか3つの事例にすぎない。最高裁平成21年判決は、会社法上の債務（取締役の地位）と、これと同様に解すべき取引債務の履行請求につき、株主代表訴訟による追及を認める一方で、所有権に基づく登記請求権の行使については否定している。これを表に示すと、図表1のよ

62) なお、最判平成21年12月18日判例時報1316号132頁によれば、一定の場合には、会社の不当利得返還請求権の行使が信義則に反し、権利の濫用となりうる。

【図表1】 株主代表訴訟によって追及しうる取締役の責任

| | | | | 提訴時期 | |
|---|---|------------------|---|------------|--|
| | | | | 在任中 | 退任後 会社法 386条2, 1項 |
| 会 社 の 請 求 権 の 発 生 原 因 | 会社法上の請求権(取締役の会社に対する債務の発生根拠が会社上の規程であるもの) | 請求権(取締役の債務)の発生時期 | 取締役就任前 | | |
| | | | 在任中 | | (東京地判平成6年12月22日判時1518号3頁。最判平成15年12月16日民集57巻11号226頁も参照) |
| | | | 退任後 | | |
| | 取引に基づく債務(履行請求, 債務不履行に基づく損害賠償請求) | 請求権(取締役の債務)の発生時期 | 取締役就任前 | | |
| | | | 在任中 利益相反取引規制(会社法356条1項2号)に服する | 最高裁平成21年判決 | |
| | | | 退任後 | | |
| | 不当利得の返還請求権(取締役と会社との間の取引(契約等)に由来するもの) | 契約等の締結時期 | 取締役就任前 | | |
| | | | 在任中 | | |
| | | | 退任後 | | |
| | 不法行為 | 請求権(取締役の債務)の発生時期 | 取締役就任前 | | |
| | | | 在任中 会社に損害を与える行為であり, 会社法355条に違反する。423条責任と競合関係 | | |
| | | | 退任後 | | |
| 不当利得の返還請求権 | 請求権 | 取締役就任前 | | | |
| | | 在任中 | | | |

株主による責任追及等の訴えで追及できる役員等の責任の範囲（山田）

| | | | | |
|---|---------------|-----------------------|-------------|--|
| (横領事例など。除く取引の効力が消滅するなど取引関係を由来とするもの) | (取締役の債務)の発生時期 | 横領は忠実義務(会社法355条)に違反する | | |
| | | 退任後 | | |
| 所有権に基づく請求権(取締役と会社との間で所有権を巡る紛争が存在する場合) | 請求権の発生時期 | 取締役就任前 | | |
| | | 在任中 | ×最高裁平成21年判決 | |
| | | 退任後 | | |
| 会社が第三者から取締役に対する債権を譲り受けた場合(債権譲渡)、および、取締役が第三者から特定承継した場合 | 債権譲渡(債務引受)の時期 | 取締役就任前 | | |
| | | 在任中 | | |
| | | 退任後 | | |
| 取締役が第三者から包括承継(相続)した会社に対する義務・債務 | 相続の時期 | 取締役就任前 | | |
| | | 在任中 | | |
| | | 退任後 | | |

うになる⁶³⁾。

5-3-2．取締役が会社に対する債務につき忠実に履行すべき義務を負う場合

5-3-1 で示した図表 1 をもとに考察すれば、全債務説は、債務・義務の発生根拠や発生時期を問わず、原則、請求時において被告とされる者が取締役であれば、株主代表訴訟による追及を認めるとし、例外的に会社法上の債務(取締役の地位に基づく債務)については、退任後も株主代表訴訟による追及を許容する説と整理できる。このような理解の背景には、請求時に被告とされる者が取締役であれば、会社に対する債務・義務がどのようなものであれ、忠実に履行すべき義務を負うと考えるのであろう。しかし、債務・義務の請求時(履行期)の時点で会社の債務者が取締役である

63) 図表 1 では、最高裁平成21年判決の事案における予備的請求が取締役在任に締結された取引(利益相反取引)に基づく債務に関する請求であったことから、在任中に発生した取引に関する債務の履行請求とした。また、主位的請求を横領の事実が特定されず、会社と取締役とで所有権の帰属が争われているものと理解している。

というだけで、会社法上、当該取締役は債務・義務を忠実に履行すべき義務を負うことを肯定しうるのであろうか。

善管注意義務・忠実義務の一環として、取締役の地位を利用し、自己または第三者の利益を図ってはならないという義務、あるいは取締役と会社との間の利害対立状況において私利を図らないという義務、いわゆる機能論的な意味での忠実義務を取締役が負うことには、社会的コンセンサスが存在する。しかし、すでに2-3-1で指摘したように、職務を離れて、個人的資格で負担する債務については、会社法上何らかの行為が職務として要求されるのは、自己または第三者のために競業取引を実行する場合か、会社の相手方として自己又は第三者のために、利益相反取引を実行する場面のみである。会社と任用契約があるとはいえ、職務を離れてまで（離れたかどうかの判断が難しい場合はあるにせよ）全人格的に、会社に対して忠実でなければならないとするのは行き過ぎであろう⁶⁴⁾。

それでは、個々の債務について見ていこう。

第一に、取引債務について検討しよう。

利益相反取引の場面、すなわち、取締役在任中に会社と取締役が締結する取引においては、取締役会（非取締役会設置会社では株主総会）に当該取引に関する重要事項を開示しなければならず（会社法356条1項2号、会社法365条）、取引の効力にかかわらず、会社の被った損害（履行利益に限られない）につき取引の相手方となる取締役は、任務懈怠責任を負担する（会社法423条3項1号。直接取引にあつては帰責性がないとの主張は封鎖されている（会社法428条））。このように、通常の債権債務関係に比

64) たとえば、支配人は、会社（個人商人）と雇用関係にあるのみだが、会社の許可がなければ、自ら営業することは認められていない（会社法12条1項1号、商法23条1項1号）。他方、明文の規定がないため、取締役にはこのような規制は付されていないと理解されている。これは、会社と取締役との任用契約により取締役の行動が全人格的に会社のために行動することが要求されているわけではないことの表れであろう。なお、支配人の営業禁止義務については、会社法制の現代化にあつては、取締役と支配人との間の不整合などから、過度で不合理な規制となる可能性があることから、その当否が検討された（法制審議会会社法（現代化関係）部会「会社法制の現代化に関する要綱試案」（2003年）第二部3（3））。

して重たい義務・責任を利益相反取引には肯定しているからこそ、忠実に履行すべき会社法上の義務を利益相反取引の債務には負担しているといえよう⁶⁵⁾。在職中に締結された利益相反取引から生じる債務の履行に関する会社法上の責任・義務は退任をしたとしても消滅するわけでもない。

他方、取締役退職後に会社と取引関係に入ったとしても、前述のような会社法上の義務・責任強化の対象とはならない。そうであれば、退任後の取締役も株主代表訴訟による追及の名宛人とされる（会社法368条2，1項はこれを前提とする）が、退任後の取締役が退任後に取引関係に入ったことによって発生する取引債務については、株主代表訴訟の対象とすべきではない。

同様のことは、取締役就任前の取引債務についても当てはまる。契約締結時は取締役ではないため、前述のような会社法上の義務・責任強化がなされないからである。もっとも、取締役在任中に自身の地位（または他の取締役との人間関係）を利用して債務の履行を免れることや履行遅滞を放置する可能性はないわけではない。取締役在任中に、就任前の債務の履行を意図的に怠るという行為は自己の利益を図る行為は忠実義務に抵触するとも考えられなくはない⁶⁶⁾。しかし、当該債権の発生をした取引にあっては、当事者は会社と就任前の取締役であり、会社法上規制をかけるのは、会社の意思決定等のあり方である（就任前の取締役は、契約締結時は取締役でないため、会社法上の義務・責任は発生しない）。そうであれば、問題とすべきは、会社として債務の履行請求を怠るという会社の行為の有効性やそのような（消極的な）決定をした現在の取締役の行為である。債務を免除した場合には、そもそも当該免除の効果を否定しない限り、就任前に発生した取締役の債務の履行請求はできないからである。他方、契約当事者としての取締役は、契約によって生じる債権・債務関係上の責任以上

65) 北村雅史・前掲注37) 198頁。

66) 鳥山恭一「判批（大阪地判平成11年9月22日・前掲注18引用判例）」法学セミナー559号（2001年）111頁。

に法的に何らかの義務が会社に対して生じるわけではない。

このように、取引債務の履行請求については、取締役在任中に発生した取引(すなわち直接の利益相反取引)に限って忠実に履行すべき義務が会社法上要求されると解される。忠実に履行すべき義務の有無をメルクマールと考える本稿の立場からは、取締役の取引債務一般ではなく、利益相反取引から生じる債権の履行請求についてのみ、提起時の対象となる取締役が在任中か否かにかかわらず、株主代表訴訟による追及が可能である。

第二に、不当利得返還請求権(民法703条)について検討しよう。不当利得返還請求権の発生原因からは、3つの類型に分類ができる。(a)契約の無効・取消による原状回復の一環として請求される場合、(b)株主総会決議なき報酬支払の事例のように、株主総会決議の欠缺に基づいて会社の出捐した金銭等の返還を求める場合、(c)横領物の返還の場合、である。それぞれに分けて考察をしよう。

(a)については、取引債務に関する考察が基礎となる。不当利得返還請求権も取引に起因して発生するものには変わりがないからである。取締役在任中に締結された取引(利益相反取引)につき効力が否定される場合(承認する取締役会決議に瑕疵がある場合)には、取引の効果が無効となる。もっとも会社は原状回復により不当利得返還請求権が認められることにより、不当利得返還請求権を行使するコスト以外には未だ損害は発生したとは考えられない。任務懈怠事実はあるがそれと因果関係のある損害が発生していない事例となる。このような場合に、株主は是正措置を講じられないと考えるべきであろうか。東京地判平成20年1月17日⁶⁷⁾は、債務不履行に基づく請求は損害賠償請求権に限定されていること(金銭賠償の原則)を理由に、株主代表訴訟による追及を否定する。しかし、債務不履行責任の制度の設計にあつては、原状回復を基本とし原状回復を求め得ない場合に金銭賠償によるという制度設計も可能であり⁶⁸⁾、制度選択の問題か

67) 前掲注27掲載判例。

68) 内田 貴『民法』(第3版, 東京大学出版会, 2005年)156頁参照。もっとも, 民法

ら金銭賠償の原則が採られているにすぎない。このことから、解釈論にあっても、忠実義務違反に対する救済方法として原状回復を選択することも可能と解釈する見解⁶⁹⁾も主張されている。このような見解に基づけば、423条責任の一環として、利益相反取引が無効となる場合の原状回復請求も可能となる。もっとも、債務不履行責任としての損害賠償請求と契約の効果が否定された場合の原状回復請求（不当利得の返還請求）とが重畳的に存在するとして当事者の選択による追及（両者をともに請求するまたはどちらかを請求する）を認めるという民法の制度設計は、当事者につきそれぞれの訴権が分属する可能性がない状況では問題はなく、訴権の分属が生じる訴訟担当に固有に発生する問題にすぎない⁷⁰⁾。そうであれば、民法の一般原則を修正しなくとも、株主代表訴訟において、担当者である株主が団体である会社の運営の適正化を求めることに必要な範囲で、訴権の利用を肯定すればよい。利益相反取引に起因して発生する不当利得返還請求権については忠実に履行すべき義務が取締役にあることは変わりなく、原則として株主代表訴訟によって追及しうる範囲に含める方が制度設計上は妥当であろう。これにより、違法な職務関連行為の是正を求めうる点では、代表訴訟の趣旨に合致するからである⁷¹⁾。取締役在任期間外に提携された取引に起因する不当利得返還請求権については、忠実に履行すべき義務を当該取締役は負うことがないのは、取引債務と同様であり、これらを株主代表訴訟によって追及しうる範囲に含めるべきではない。

(b)の株主総会における報酬決議の欠缺がある場合には、報酬として得ていた金銭等を会社に返還すべきことについては、会社法上の忠実義務から

（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』（2009年3月31日）【3.1.1.68】

1（別冊NBL126号140頁）でも、民法417条の金銭賠償の原則は維持されている。

69) 牛丸與志夫・前掲注13）129頁。

70) 同じく法定訴訟担当である債権者代位においては、別の考慮が働く。たとえば、最判平成13年11月22日最高裁判所民事判例集55巻6号1033頁、最判昭和38年4月23日最高裁判所民事判例集17巻3号536頁など。

71) 森本滋「判批（東京地判平成20年1月17日・前掲注27掲載判例）」『私法判例リマックス（2009下）』（別冊法律時報39, 2009年）81頁。

も要請されると考えて良い。このため、株主代表訴訟による追及を可能と考えるのが良いが、報酬を支払うという会社の行為の基礎となった株主総会の意思の欠缺を争う方法が会社法上限定されていることには、留意が必要である。株主総会決議が存在しなければ、請求原因の中でその旨を述べ、株主代表訴訟を提起することに問題はない。しかし、株主総会決議に取消原因(会社法831条1項各号)があるにすぎない場合には、株主総会決議取消訴訟(形成訴訟)によってしか株主総会決議の欠缺を主張できない。よって、株主代表訴訟を提起すると同時に株主総会決議取消訴訟を提起することが要求されよう(審理に当たっては裁判所の若干の配慮が要求されよう)。

(c)の横領物の返還請求については、次のように考察できよう。取締役在任中の横領行為が取締役のいわゆる忠実義務に反することについては疑いがない⁷²⁾。横領により、横領物の価値分の損害が会社に発生したことに疑いはない。横領物の返還請求権(不当利得の返還請求)と忠実義務違反に基づく損害賠償請求権とは法条競合の関係にある。横領物が現金であれば、不当利得の返還請求権の行使であろうが、会社法423条責任の追及であろうが、同質の内容であり、いずれを選択しようとも大差はない。しかし、横領物が土地・動産、有価証券などであれば、両者の間には差が存在する。(a)での考察はこの場面でも妥当し、会社による横領物の返還請求に対して取締役は忠実に履行すべき義務を会社法上負担するといえ、株主代表訴訟による追及は許容されると解される。これまでの判例・学説上の議論においては、横領行為一般について横領物の返還請求を株主代表訴訟によって行使することを認めるのではなく、民法646条による返還請求権が肯定しうるような特殊事例についてのみ許容するというアプローチを採用しているように見える⁷³⁾。しかし、民法646条が成立するためには、第三

72) 田中 亘「忠実義務に関する一考察 機能に応じた義務の設計方針」小塚莊一郎=高橋美加編[落合誠一先生還暦記念]『商事法への提言』(2004年)225頁など。

73) 本稿2-3-2を参照。

者から取締役が会社の業務執行の一環として自己の名で物を取得した事例（類推適用を肯定するとしても、それに類似する事例）に限定される。横領物につき会社に返還しなければ問題状況が治癒されないような事例にこそ、株主代表訴訟の利用を肯定する必要があるが、事例による限定では必要性の高い場合を取りこぼす危険性が高い。横領物の返還請求権は同時に忠実義務違反に基づく損害賠償請求権が発生しているような状況であることを捉えれば、むしろ正面より株主代表訴訟による利用を肯定してもよからう。横領物が不動産である場合には、所有権に基づく登記抹消手続請求権となるが、このような請求権も当然に株主代表訴訟の対象とすべきである。反対に、取締役在任期間中ではない時期に横領行為が行われても、それ自体は会社法上何ら義務を発生させるものではないことから、株主代表訴訟の対象とはならない。

第三に、不法行為（民法709条）に基づく損害賠償請求権について考察しよう。取締役在任中にその地位に基づいて実行された不法行為であれば、加害意図または過失により会社を害する行為をするため、当然に忠実義務に反する。たとえば、取締役在任中に退任後に競業する事業を営むことを目的として、従業員を引き抜き行為をすることが該当する⁷⁴⁾。このような場面において、不法行為責任と会社法423条責任は法条競合の関係にあり、内容においては同質であることから、株主代表訴訟によって不法行為責任の追及を認めるべき必要性は乏しい。しかし、当該不法行為責任も会社法上の義務違反行為と原因行為として発生していることから、忠実に履行すべき状況といえ、理論的には株主代表訴訟の対象とされよう。反対に、在任中の不法行為とはいえ、休暇中の偶然の事故等の職務と関連しない原因行為により発生したものは、株主代表訴訟の対象とはならない⁷⁵⁾。同様に、取締役在任期間以外の時期に実行された不法行為に基づく損害賠償請求権は、原因行為が会社法上の義務違反を構成するだけでなく、株主代表

74) 東京高判平成元年10月26日金融・商事判例835号23頁。

75) 森本滋・前掲注70) 80頁。

訴訟による追及は認められない。

第四に、横領行為が介在しない、会社と取締役との間に所有権を巡る紛争が存在する場合における、所有権に基づく移転登記手続請求権や土地等の引渡請求権である。この場面においては、取締役は会社の業務とは無関係に個人の資格で会社と所有権の帰属を争うため、取締役の地位とは関連はない。このため、その履行について会社法上何らかの義務や責任を負うわけではないので、株主代表訴訟の対象とはならない。

第五は、(d) 第三者が取締役に対して有する債権を会社が譲り受けた場合(民法466条)や、(e) 第三者が会社に対して負担する債務を取締役が免責的債務引受を実行する場合である。(d)の行為が取締役在任中に実行されれば、それは利益相反取引に該当する(会社法356条1項3号)。このため、取締役は当該債権の譲受けにつき、会社法上の義務と責任を負う。このため、第一の取引債務について考察したことが当てはまり、譲受けの対象となった取締役の債務の履行については、会社法上の義務と責任が加重されていることから、株主代表訴訟の対象となる。(e)の行為が取締役の在任中に実行されても、当該免責的債務引受の実行に当たって会社の同意が要求されるとしても、第三者と会社との間に取引があるわけではなく、利益相反取引規制の適用対象とされるわけではない。しかし、(d)と同じ利害状況は発生することからは、同意に当たって関与する取締役らには、善管注意義務に基づき、会社法356条1項3号に準じた取り扱いが要求されるであろうし、それにより会社に損害が発生すれば同意を行った取締役や債務を負った取締役は善管注意義務違反の責任を負担する。そうであれば、(e)の行為により取締役が会社に対して負う債務の履行請求も取締役在任中の取引(利益相反取引)から生じる債務と同様の取り扱いがされるべきであり、株主代表訴訟の対象となろう。取締役在任期間以外の時期に(d)(e)の行為が実行されても、会社法上何らの義務・責任が加重されないことから、(d)(e)の行為により(元)取締役が会社に対して負担することになった債務の履行請求は、株主代表訴訟によって求め得ない。

なお、第三者が取締役に対して有する債権を会社が合併・会社分割により承継する場合も、この類型の取り扱いと同様の対処が必要となろう。

最後に、第六として、第三者が会社に対して債務を有する場合に、当該第三者から取締役が当該債務を相続により承継した場合（包括承継の場合）について検討しよう。この場面においては、取締役の在任期間中に相続が生じたとしても、当該相続につき会社法上何らかのアクションが要求されるわけではなく、会社法上の義務も責任も加重される余地はなく、取締役在任期間中以外の時期に相続が生じる場合も同様である。よって株主代表訴訟の対象となることはない。

以上の検討からは、会社法上忠実に履行すべき義務がある場合に株主代表訴訟による追及を認める範囲を限定するという立場に立てば、株主代表訴訟による追及が認められる債務（責任）の範囲は、債務負担の原因行為等が取締役在任期間中に実行されているものとなる。債務負担の原因行為等が取締役在任中に実行されれば、それにより会社法上の義務・責任が加重または同時に存在するからである。他方、債務発生の原因行為等が取締役在任期間以外の時期に実行されていれば、それにより会社法上何らの義務・責任が発生することはない、たとえ提訴時が取締役在任期間内であったとしても、株主代表訴訟による追及は認められない。このような仕分けを図表1に基づき記載したのが次の図表2である。

6．むすびにかえて

本稿では、最高裁平成21年判決が株主代表訴訟による追及を認める範囲の策定根拠として示した「忠実に履行すべき義務が存在する」ことの意義の解釈から、相続により承継した会社に対する債務および所有権帰属が争われる場合の登記請求権などを除き、債務負担の原因行為が取締役在任期間中に実行されたもの（会社法上の規定に根拠がある責任を含む）についてのみ株主代表訴訟による追及が認められるという結論に達した。学説に

【図表2】 株主代表訴訟によって追及しうる取締役の責任

| | | | 提訴時期 | | |
|--------------------------------------|---|------------------|--|------------------------|---|
| | | | 在任中 | 退任後 会社法386条 2,1項 | |
| 会 社 の 請 求 権 の 発 | 会社法上の請求権（取締役の会社に対する債務の発生根拠が会社上の規程であるもの） | 請求権（取締役の債務）の発生時期 | 取締役就任前 | | |
| | | | 在任中 | | （東京地判平成6年12月22日判時1518号3頁。最判平成15年12月16日民集57巻11号2265頁も参照） |
| | | | 退任後 | | |
| | 取引に基づく債務（履行請求，債務不履行に基づく損害賠償請求） | 請求権（取締役の債務）の発生時期 | 取締役就任前 | × | × |
| | | | 在任中 利益相反取引規制（会社法356条1項2号）に服する | 最高裁平成21年判決 | |
| | | | 退任後 | | × |
| | 不当利得の返還請求権（取締役と会社との間の取引（契約等）に由来するもの） | 契約等の締結時期 | 取締役就任前 | × | × |
| | | | 在任中 | | |
| | | | 退任後 | | |
| | 不法行為 | 請求権（取締役の債務）の発生時期 | 取締役就任前 | × | × |
| | | | 在任中 会社に損害を与える行為であり，会社法355条に違反する。423条責任と競合関係 | | |

株主による責任追及等の訴えで追及できる役員等の責任の範囲（山田）

| | | | | | |
|-------------|---|------------------|------------------------------|--------------|---|
| 生 原 因 | | | 退任後 | | × |
| | 不当利得の返還請求権（横領事例など。除く取引の効力が消滅するなど取引関係を由来とするもの） | 請求権（取締役の債務）の発生時期 | 取締役就任前 | × | × |
| | | | 在任中 横領は忠実義務（会社法355条）に違反する | | |
| | | | 退任後 | | × |
| | 所有権に基づく請求権（取締役と会社との間で所有権を巡る紛争が存在する場合） | 請求権の発生時期 | 取締役就任前 | × | × |
| | | | 在任中 | × 最高裁平成21年判決 | × |
| | | | 退任後 | | × |
| | 取締役が第三者から特定承継した会社に対する債務（債務引受）。会社が第三者から取締役に對する債権を譲り受けた場合（債権譲渡）の債権。会社が第三者から取締役に對する債権を包括承継した場合 | 債権譲渡債務引受等の実施時期 | 取締役就任前 | × | × |
| | | | 在任中 | | |
| | | | 退任後 | | × |
| | 取締役が第三者から包括承継（相続）した会社に対する義務・債務 | 相続時 | 取締役就任前 | × | × |
| | | | 在任中 | × | × |
| 退任後 | | | | × | |

あっては、機能論より代表訴訟による追及が認められる範囲を役員等の責任の発生原因と職務との関連性により確定すべきとするものがあるが⁷⁶⁾、本稿はそれと同じスタンスに立つ。この結論を導き出す論拠を会社法による義務の加重に求め、「会社の利益を犠牲にして自己または第三者の利益を図ってはならない」という忠実義務を職務遂行が実行される場合に原則として限るという立場に立つ。株主代表訴訟が会社および原告以外の株主

76) 森本滋・前掲注70) 81頁，佐伯直秀・前掲注35) 143頁。また，結論としては，全債務説に立ちつつ，役員等の在任期間中に責任の発生原因があったものに限るという学説（前掲注40），41）に挙げるもの）と実質的にはそれほど変わらない。

に手続保障することで訴権行使に関する意見・利害の調整を行うという本稿の理解を前提とすれば、株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲を画す基準と従来理解されていた、責任追及の判断に関する会社の裁量の有無はメルクマールとならない。

なお、忠実義務が規律する場面の広狭には社会的コンセンサスが存在しない。このため、他の解釈の道筋⁷⁷⁾が存在することは否定しない。この点は今後の判例の展開に委ねるしかないが、本稿が一つの展開の道筋を示し得たと考える。

結びに代えて、他の役員等などの株主代表訴訟の他の名宛人につき、本稿の検討から若干のコメントをしよう。

清算人は取締役と同様の立場にあり、利益相反取引規制が及ぶこと(会社法489条8項)からは、本稿の取締役にに関する検討と基本的に同一となる。この点は執行役も同様である。

監査役には利益相反取引規制が存在しない。それは監査役が会社を代表して取引行為を実行する余地がないことの現れに過ぎない⁷⁸⁾が、取引債務については会社法上義務や責任が加重されていないと考えられる。このため、取引債務や取引の効力が否定された場合の不当利得返還請求権の全ては株主代表訴訟の対象とはならないと解される。もちろん、監査役も、職務上知り得た会社の営業秘密を利用して私利を図る等の行為により会社に現実に損害を生じさせた場合には、善管注意義務違反の責任を負担する⁷⁹⁾。このため、そのほかの点では、本稿の取締役にに関する検討と同一となる。会計監査人および会計参与も監査役と同様になる。

77) たとえば、藤原俊雄「代表訴訟を提起できる取締役の責任の範囲」民事法情報275号(2009年)30頁は、取締役の忠実義務を、取締役が取締役としての立場にいる以上は、個人としての資格でも、会社の利益を図ってはならない義務と解し、取締役が会社に対して負う一切の債務の請求を株主代表訴訟によってしうとする。

もっとも、この見解は株主代表訴訟の提訴時に取締役である場合には妥当するが、提訴時に対象者が取締役でない場合には、別の考慮が必要となるはずであろう。

78) 江頭憲治郎・前掲注36)494頁。

79) 江頭憲治郎・前掲注36)494頁。

株主による責任追及等の訴えで追及できる役員等の責任の範囲（山田）

このほか、取締役と通謀して著しく不公正な価格で新株又は新株予約権を引き受けた者（会社法212条1項1号，285条1項）や，株主権行使に関し利益供与を受けた者（会社法120条3項）に対して株主代表訴訟の提起が許容されるのは，会社法上の責任を追及する場面に当然に限定されよう。