

株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲

土田 亮

はじめに	54
I 取締役等の責任と株主代表訴訟	54
II 追及しうる責任の範囲についての学説および判例	60
III 検討	67
IV 株主代表訴訟と責任の免除	80
おわりに	81

はじめに

株主代表訴訟制度(会社法847条)は、株主が、取締役、会計参与、監査役(役員、会社法329条1項)、会計監査人(役員と併せて役員等、会社法423条1項)、執行役、清算人、設立時取締役、設立時監査役、発起人に対して、各人が会社に対して負う責任を追及し、会社に対する損害賠償を求める制度である(以下、上記の各役職者を総称して、取締役等という)。また、株主代表訴訟は、株主の権利行使に関する利益の受供与者の利益の返還義務(会社法120条3項)、通謀新株引受人の差額支払責任(会社法211条1項)についても適用がある。

株主が株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲については、株主の権利行使に関する利益の受供与者および通謀新株引受人の責任については法文上明確であるが、その他の取締役等に対する場面においては、法は単に「責任」とだけ述べているため、追及しうる責任の範囲について議論がなされてきた。具体的には、取締役等が会社との一般的な取引によって負った債務を対象に含めるか否かを争点として、広く責任追及を認める全債務説と呼ばれる見解と、会社法上、責任の免除について厳格な規制がなされている責任、すなわち取締役等の負う任務懈怠責任、および取締役、発起人の負う資本充実責任のみがその対象となるとする限定債務説が対立してきた。裁判例にも、同様の対立軸に沿って結論の異なる事案が存在していたが、平成21年になって、最高裁が取引債務も株主代表訴訟の対象に含まれるとの判断を示し、議論は新たな段階に入った。

本稿では、この平成21年最高裁判決を契機として、株主代表訴訟によって追及することができる責任の範囲について改めて検討を加えるものである。従来の議論は、ともすれば取締役の責任のみを視野に捉えていたが、本稿においては、取締役以外の役員等、執行役、清算人、設立時役員、さらには株主の権利行使に関する利益の受供与者および通謀新株引受人に対する責任追及も検討の視野に入れて、統一的な判断枠組みを提示することを目標とする。

I 取締役等の責任と株主代表訴訟

1 取締役等の負うべき責任

(1) 改正前商法下における責任

(i) 取締役・執行役

平成17年会社法制定前の商法(以下、単に改正前商法という)においては、取締役は任務懈怠による損害賠償責任、法定の弁済責任および資本充実責任を負うこととされ

ていた。すなわち、取締役は、法令定款違反行為について損害賠償責任を負い(改正前商法266条1項5号)、法令違反行為には善管注意義務違反(同254条3項、民法644条)、忠実義務違反(改正前商法254条ノ3)が含まれると解されていた。また、法定の損害賠償・弁済責任として、株主の権利行使に関する利益の供与額(同266条1項2号)、会社の取締役に対する貸付けの未弁済額(同項3号)の支払責任、利益相反取引によって会社に生じた損害の賠償責任(同項4号)を負うほか、資本充実責任として、違法配当責任(同項1号)、設立時および新株発行時の引受・払込担保責任(同192条、280条ノ13)、価額填補責任(同192条ノ2、280条ノ13ノ2)を負っていた。

平成14年改正で導入された委員会等設置会社の執行役については、監査役設置会社における取締役とは規定ぶりが異なり、任務を怠ったときに損害賠償責任を負うとされたほか(平成14年改正株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律〔商法特例法〕21条の17第1項)、無過失責任とされていた違法配当責任、利益相反取引によって会社に損害を生じせしめた場合の責任についてはいずれも過失責任化され(同21条の18、21条の21)、新株発行時の資本充実責任については、引受・払込担保責任の規定は設けられなかった(価額填補責任については従来通り負うこととされた。同21条の24)。利益供与の責任については無過失責任のままとされた(同21条の20)。

(ii) 監査役・会計監査人

監査役は、その任務を怠ったときには会社に対して損害賠償責任を負うこととされていたが(改正前商法280条)、業務執行およびそれにかかる意思決定に参画していないことから競業取引および利益相反取引に関する規制には服さず、利益相反取引に関して無過失責任を負うこともなかった。また、資本充実責任についてもこれを負わないこととされていた。

会計監査人は、改正前商法下では、会社と契約関係にある社外の第三者と位置づけられており、委任契約に基づく善管注意義務を負うのみであって、株主代表訴訟の対象ともなっていなかった。

(iii) 発起人、設立時の取締役・監査役

発起人については設立に関する職務についての任務懈怠責任(改正前商法193条)を負うほか、取締役と同じく、資本充実責任として引受・払込担保責任および価額填補責任を負うとされており(同192条、192条ノ2)、これらの責任については株主代表訴訟の対象となっていた(同196条)。

設立時の取締役および監査役は、いずれも設立に関しては監督機関と位置づけられており、設立に関する意思決定や業務の執行を行う権限を有していない。そのため、

基本的には設立手続に関する調査、監督に関して、取締役、監査役としての任務懈怠責任を負うこととされていたが(同266条1項5号、280条)、設立時の取締役についてはこれに加えて、上述のように資本充実責任として、引受・払込担保責任および価額填補責任を負うこととされていた(同192条、192条ノ2)。

(iv) 清算人

清算人は清算会社の業務執行機関であることから、責任については取締役に関する商法266条1項各号の規定が準用されていた(改正前商法430条1項)。ただし職務の性質上、設立に関する責任および新株発行時の資本充実責任は負わない。

(2) 会社法における責任

(i) 取締役・執行役

会社法においては、従来無過失責任とされていた取締役の責任(改正前商法266条1項2号、4号)、が原則として過失責任化された(会社法120条4項、423条2項3項。ただし428条)⁽¹⁾。また改正前商法下で資本充実責任とされていた責任については、資本充実責任という考え方を改めたうえで、新株発行(募集株式の募集)における引受・払込担保責任は廃止され、違法配当責任および新株発行における価額填補責任は過失責任化された(会社法462条2項、213条2項2号)。なお、形式面としては、取締役の法令定款違反行為について損害賠償責任を定めていた従来の規定ぶりをあらため、監査役等と同様の任務懈怠による損害賠償責任とした。

委員会設置会社における執行役については、改正前商法とは異なり取締役と基本的に平行な責任規定が適用される(会社法120条、213条、423条、428条、462条、465条)。

(ii) 監査役・会計監査人

監査役の責任については、法文が取締役および他の役員等と統合されたほかは、会社法になっても基本的に変化はない。会計監査人については、会社法では役員に準じる地位にあるものとされ、株主代表訴訟によってその責任を追及しうようになった(会社法423条1項括弧書)。

(iii) 発起人、設立時役員

発起人の責任については、引受・払込担保責任が削除されたほか、発起設立における価額填補責任が過失責任化された(会社法52条2項2号)。募集設立の場合には無過失責任が維持されている(会社法103条1項)。

改正前商法における設立時の取締役および監査役については、会社成立後の取締役、監査役とは権限、機能が異なることから、あらたに設立時取締役、設立時監査役という別途の役職として整理された。設立時取締役、設立時監査役の権限は従来と同様に基本的には監督であって、設立手続に関する監督義務違反についての任務懈怠責任を負うが(会社法53条)、設立時取締役は、これに加えて発起人と同様の価額填補責任を負う(会社法52条1項、103条1項)。

2 株主代表訴訟制度

(1) 沿革

(i) 昭和25年改正前

株主代表訴訟制度は、昭和25年商法改正において、アメリカ法に倣って我が国に導入されたものである。同年改正前においては、我が国の株主による取締役に対する責任追及制度としては、株主総会による責任追及の決議があった場合に、監査役または総会の定めた代表者が会社を代表してその責任を追及することとされ(昭和13年改正商法267条、277条1項)、株主総会において責任追及の決議が否決されたときについては、資本の10分の1以上の株式を有する少数株主が監査役に対して取締役の責任を追及するように請求することを認め、この場合には監査役または少数株主が定めた代表者が会社を代表して取締役の責任を追及することになっていた(同268条、277条)。株主総会の特別決議によって取締役の責任を免除することが許されていたが、その場合にも少数株主による責任追及の機会は確保されていた(同245条1項4号、2項)。

(ii) 昭和25年改正～平成5年改正

昭和25年商法改正においては、取締役会の創設を含む権限分配の変更が行われ、取締役に対する責任追及制度は大きく様変わりすることになった。すなわち、第1に株主総会の権限を縮小して取締役に対する責任を追及する決議および否決された場合の少数株主による責任追及の制度を廃止する一方、単独株主が会社に対する提訴請求を行い、これが奏功しない場合には当該株主が直接に取締役を訴える株主代表訴訟制度を導入し(昭和25年改正商法267条)、同時に通謀新株引受人に対しても株主代表訴訟が提起できることとした(同280条ノ11第2項)。また、監査役が業務監査権限を喪失して

業務執行の監督は取締役会の権限とされたことから、監査役は取締役の責任追及に関する訴訟の提起・追行権も失い(取締役・会社間の訴えについては代表取締役または株主総会で選任された特別代表者が会社を代表してこれを提起、追行することとされた)、それにともなって取締役を相手取っての株主代表訴訟についての提訴請求の宛先は代表取締役と解された。責任の免除については、商法266条1項各号の責任および資本充実責任については株主総会特別決議による免除の制度を廃し、株主代表訴訟が単独株主権であることの裏返し⁽²⁾として、総株主の同意を要求することとした(同266条4項)⁽³⁾。ただし利益相反取引によって会社に損害を生じた場合の責任については、発行済株式総数の3分の2以上の同意で免除が許されていた(同266条1項4号、5項⁽⁴⁾)。発起人、監査役、清算人については、取締役に対する免除の規定が準用された(同196条、280条、430条2項)。

その後、昭和49年商法改正によって監査役が業務監査権限を再度獲得したことから、取締役・会社間の訴えの会社代表者が再び監査役とされた(昭和49年改正商法275条ノ2条⁽⁵⁾、ただし小会社⁽⁶⁾については監査役の権限が会計監査に限定されていたことから改正前と同様であった。商法特例法24条2項)。次いで昭和56年商法改正において株主の権利行使に関する利益供与が明文で禁じられたことに対応して、利益の受供与者に対する株主代表訴訟の制度が法定された(昭和56年改正商法294条ノ2⁽⁷⁾)。平成5年商法改正においては提訴に際しての貼用印紙額が訴額にかかわらず一律8200円⁽⁸⁾とされたことで株主代表訴訟の提訴件数が増大することとなったが(平成5年改正商法267条4項)、株主代表訴訟制度および取締役の責任免除に関する制度に大きな変更はなかった。

(iii) 平成13年改正以降

平成13年6月に議員立法によって取締役の責任軽減(一部免除)制度が導入された(改正前商法266条7項以下)。同制度は、取締役が改正前商法266条1項5号により負う責任のうち、悪意・重過失によらないものについて、①株主総会の特別決議、②定款に規定を置いたうえでの取締役会決議、③責任限定契約のいずれかの方法により、損害賠償額を報酬の4年分(代表取締役については6年分、社外取締役については2年分)まで軽減(一部免除)することを認めるものであった。この制度は現行会社法にもそのまま引き継がれている(会社法425条以下)。

平成14年商法改正で委員会等設置会社の制度が創設されて新たに執行役が委員会設置会社の役員として設けられ、この執行役もまた株主代表訴訟の対象とされた(平成14年改正商法特例法21条の25)。

(iv) 会社法制定

会社法制定に際しては、株主代表訴訟制度には大きな変更は加えられなかったが、①条文が会社訴訟の編に移動し、取締役等のすべてについて、またすべての「責任」について準用ではなく同一の条文で処理されることとなった、②濫用的な提訴が認められなくなった、③会計監査人が株主代表訴訟の対象となった、といった変更が加えられた。

なお、通謀新株引受人の差額支払責任および、株主の権利行使に関する利益の受供与者の返還責任については、改正前と同様に対象とされている。

(2) 株主代表訴訟の法構造

株主代表訴訟制度を法的にどのように捉えるかについては、株主が会社に代わって会社の権利を行使する制度としての側面を重視し、債権者代位訴訟に類似した法定訴訟担当ととらえる立場(代位訴訟説)と、株主が会社とは別個の固有の立場で、他の株主を代表して取締役を訴えるという性質を重視する見解(代表訴訟説、当事者訴訟説)が主張されている⁽⁹⁾。

本稿との関係でいえば、株主代表訴訟制度には一定の政策的な側面があることは否定しがたいことから、構造論についてどの立場をとったとしても、株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲が自動的に画定される性質のものではない。しかしながら、米国における沿革にも鑑みるのであれば、当事者訴訟説は、株主が取締役の信託義務違反を追及するという古典的な米国の代表訴訟観に近く、取締役の義務違反のみが株主代表訴訟の対象となるとの見解と親和的であり、一方、代位訴訟説は、株主の代表訴訟提起権を会社の権利から派生したものにとらえて、第三者に対する権利を含めて代表訴訟の対象とする現在のアメリカ法の立場に近く、株主代表訴訟の対象を限定しない立場と親和性が高い。ただし、アメリカと我が国では、株主の提訴に際して、会社の不提訴の判断の不当性を要求するか否かについて決定的な違いがある。アメリカ法は、代表訴訟の対象となる会社の権利を限定しない代わりに、会社の不提訴が不当であることを代表訴訟提起の要件としており、権利行使に関する経営陣の判断が尊重されるのに対して、我が国の株主代表訴訟の提起については、経営陣の権利行使をしない(責任追及をしない)との判断を常に株主が覆すことが認められている。後述のように我が国において株主代表訴訟の対象を限定すべきであるとする見解の多くは、株主の株主代表訴訟提起権と会社の責任追及に関する経営判断(裁量)の調整という観点に立ったものである。

II 追及しうる責任の範囲についての学説および判例

1 総説

株主代表訴訟によって追及しうる取締役等の責任については、従来から、特段の制限を認めない見解(全債務説)と、対象を取締役等の任務懈怠責任、および取締役、執行役、発起人等の資本充実責任に限るとする見解(限定債務説)が対立していた。しかし近時になり、両者の中間的な解決を図る見解(折衷説、中間説)も主張されるようになってきている。このような争いが生じる直接の原因は、条文が株主代表訴訟の対象について単に「責任」と規定するのみであり(会社法847条1項、改正前商法267条)、いかなる範囲、性質の責任がその対象となるかを明示していないためである。

学説がその結論としてもっとも先鋭に対立する点は、取締役等が職務とは無関係に会社との取引によって負うこととなった債務(取引債務)について、これを株主代表訴訟で追及することを認めるか否かという点である。全債務説は取引債務一般について対象とすることを認め、限定債務説は取引債務は一律に対象から排除する。折衷説、中間説は取引債務をさらに細分化し、債務の性質によって対象になるものとならないものがあるとする。取締役等が会社法上明文で負う、任務懈怠責任等に基く損害賠償もしくは支払義務が株主代表訴訟の対象となる点では各学説に異論はない。

判例も長らくにわたり態度が分かれており、一方では限定債務説に立つことを明言する裁判例があり、他方では限定債務説が対象としない責任について株主代表訴訟による追及を認めた事案も存在した。しかしながら、平成21年3月になって最高裁が初の判断を示し、一般論として取引債務が株主代表訴訟の対象となることを示した。

2 学説

(1) 全債務説

全債務説は、株主代表訴訟によって追及しうる責任について特段の制限は設けず、取締役等が第三者的地位に基づいて取引上負った債務(取引債務)を含む、取締役等が会社に対して負う債務一般が株主代表訴訟の対象となると解する。よって、株主代表訴訟によって損害賠償を求めうることはもちろん、債務の履行請求、所有権に基づく引渡請求、登記の移転請求等も株主代表訴訟の対象となる。

全債務説はその論拠として、①株主代表訴訟制度は会社による取締役等に対する責任追及の懈怠の可能性(提訴懈怠可能性)に備えたものであり、提訴懈怠可能性は会社法上の責任と取引債務で変わりがないこと、②会社法847条1項は単に取締役の「責任」とするだけで何らの限定を置いていないこと、③取引債務の不履行は善管注意義務違

反となること、④会社から取締役への金銭の貸付が返済されない場合を考えると、貸付けを行った代表取締役は任務懈怠責任を負い株主代表訴訟の対象になるのに、貸付けを受けた取締役が株主代表訴訟の対象とならないのは均衡を欠くこと等をあげる⁽¹⁰⁾。

ただし文字通りすべての債務が株主代表訴訟の対象となるわけではなく、たとえば取締役が会社に対して負う善管注意義務の履行を求める訴訟が提起できるわけではないし、会社が第三者に対して有する債権について、代表取締役として会社を代表してこの債権を行使すべき義務の履行を求めることもできない。

全債務説に立つ場合には、取締役等への就任前に負った債務が株主代表訴訟の対象となるか否かという点も議論になりうる。この点について、以前は就任前の債務も対象となると解する見解も有力であった⁽¹¹⁾。しかし、取締役等は就任中だけでなく退任後もその負うべき責任につき株主代表訴訟の対象であり続けるため(会社法386条1項参照)、ごく短期間在任しただけで、就任前に負った債務のすべてが退任後も株主代表訴訟の対象となってしまう不都合であることから、現在では就任前に負った債務は対象とはならないとする見解が多数である。

(2) 限定債務説

限定債務説は、株主代表訴訟の対象となる「責任」を、会社法が責任の免除について厳格な規制を置くものに限定すべきであるとする⁽¹²⁾。現行会社法においては、任務懈怠責任(会社法423条〔役員等〕、53条〔発起人、設立時役員〕、486条1項〔清算人〕)のほか、株主の権利行使に関して供与された利益についての支払義務(会社法120条4項〔取締役、執行役〕)、設立時の現物出資にかかる価額填補責任(会社法52条〔発起人、設立時取締役〕)、違法配当責任(会社法462条、464条、465条〔取締役、執行役〕)のみが免除について規制されており(会社法424条、55条、462条3項、465条2項、486条4項)、これらの責任だけが株主代表訴訟で追及可能ということになる。

限定債務説はその理由として、①株主代表訴訟制度はその発生原因において特に重要な、したがって免除について厳格な規制のある責任についてこれを認めて、その確実な実現を期したものであると解すべきであることを挙げるとともに、全債務説に対して、②全債務説によると経営陣の裁量を不当に侵害することとなること、③提訴懈怠可能性は支配株主等についても存するのであって、株主代表訴訟制度の趣旨を提訴懈怠可能性からのみでは十分に説明できないことを指摘する⁽¹³⁾。

(3) 折衷説

近時、理論的な枠組みとしては限定債務説に近い立場に立ちつつ、限定債務説によると株主代表訴訟の対象が狭くなりすぎるとして、より柔軟な解決を求める立場が主張されている。

その第1は、会社に責任追及に関する裁量を認めるべきであるかどうかに着目したうえで、限定債務説のいうように責任の免除について特に厳格な規制が置かれた責任のほかにも、会社に責任追及に関する裁量が認められない責任があることを示す見解で、取締役等が会社法上負った責任であり、会社に追及するか否かの裁量が認められない責任について株主代表訴訟の対象となるとする⁽¹⁴⁾。第2の立場は、従来の全債務説、限定債務説という対立軸では株主代表訴訟の対象の範囲を画することはできず、個々の責任ごとにその性質から対象となるかどうかを検討すべきであると述べる⁽¹⁵⁾。いずれの見解も、全債務説とは異なり、取引債務に代表される一定の範囲の責任については、これを追及するか否かは会社経営陣の経営判断に委ねられており、このような責任については株主代表訴訟による追求は認められないとすること、他方で、免除の規制が及ばない責任であっても株主代表訴訟の対象とすべきものがありうるとする点で共通する。

3 判例

(1) 下級審裁判例

前述のように、株主代表訴訟の対象の範囲に関しては、平成21年の最高裁判決が出されるまでは下級審の裁判例のみが存在していたが、これら裁判例の立場は分かっていた。以下では各事案について簡単に紹介をする⁽¹⁶⁾。

【事案①】東京地判昭和31年10月19日判例時報95号21頁

甲株式会社代表取締役Yが会社のために買入れた建物につきY名義の移転登記を行ったことから、甲会社の株主Xが、甲会社が所有権に基づきYに対して有する移転登記抹消請求を株主代表訴訟により追及したものである。これに対して判旨は、株主代表訴訟提起権は、「…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り、取締役が「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、…(取締役の)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、…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

して許されないと解するのが相当である」、と判示した。

【事案②】大阪地判昭和38年8月20日下民集148号1585頁

甲株式会社の代表取締役Aが会社財産を社外のYらに違法に譲渡したことから、同社の株主Xらが、①株主としての地位に基いて民法423条により甲会社に代位して、同社がYらに対して有する権利を行使する、②Aは会社を代表してYらに対して上記の請求権を行使する義務を負っているが、株主代表訴訟によって、会社がAに対して有する、当該義務の履行を求める権利を代位行使する、と主張して、参加引受人であるYらに対して、移転登記抹消請求、建物の明渡請求、損害賠償請求を行った事案である。判旨は、Xらの主張①については、株主権としての共益権は債権とは異なり代位の基礎とならないことを示してこれを認めず、また②についても、会社が第三者に対して有する権利を株主代表訴訟によって追及することはできず、それはたとえ「会社が取締役に対する損害賠償請求権を有し、株主がこれを代表行使し得る場合でも、右取締役の資力を保全するため、その第三者に対する財産権を代位行使することは、会社へのみ認められるものである」と判示するとともに、取締役が「委任の規定に従い会社に対して負担する善管義務ないしは忠実義務の履行請求権…が代表訴訟によつて追及しうる取締役の責任内容に含まれると解するのは相当でなく、会社財産の直接の維持保全、回復が図られるもののみが対象となると判示した。判旨はその理由として、これらの義務を株主代表訴訟の対象とすることは、「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」るおそれがあることをあげている。

一方判旨は、傍論ながら株主代表訴訟の認められる範囲につき、「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、登記移転義務をも含むものといつてよいであろう」と述べて、前記【事案①】とは異なる見解を示している。

【事案③】大阪高判昭和54年10月30日高民集32巻2号214頁

控訴審のため詳細な事案は不明であるが、取締役(故人)が会社の代表取締役の資格で買い受けた土地について個人名義で登記がなされたことから、株主が当該取締役の承継人に対して、株主代表訴訟によって所有権移転登記手続を求めた事案である。判旨は、株主代表訴訟制度が提訴懈怠可能性に備えたものであることを示したうえで、「提訴懈怠の可能性は、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、取締役が会社に対して負う損害賠償責任、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株主代表訴訟の対象となると判示した。また、濫用のおそれについて、「濫用の虞れのあ

ることは…代表訴訟の制度が採用された当初から危惧されていたことであり、立法上もその防止のために一応の配慮…がなされている」とし、条文の文言に制限がないことをも示して、限定債務説のように解すべきいわれはないと判示した。

【事案④】東京地判平成10年12月7日判例時報1701号161頁

取締役が就任前に、上司である取締役の指示で行った商法260条2項(会社法362条4項)違反の支出について、取締役就任後に株主代表訴訟が提起されたものである。判旨は、株主代表訴訟制度導入の沿革を検討し、株主代表訴訟で追及しうる責任とは、昭和25年商法改正の際に「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」であるとし、株主代表訴訟制度が提訴懈怠可能性に備えたものであるとの主張に対しては、「取締役の会社に対する責任のうちどの範囲のものを同制度の対象とするかは、右制度趣旨とは別個の観点から決定し得る問題であり、右制度趣旨から取締役の責任の総てが当然に株主代表訴訟の対象となると解すべき必然性はない」と判示した。

【事案⑤】大阪地判平成11年9月2日判例時報1719号142頁

甲株式会社と乙株式会社は提携関係にあったが、甲会社は乙会社の新株を高値で引き受けるとともに、乙会社のために保証予約をして損害が生じたとして、甲会社株主が、甲会社取締役、監査役のほか、乙会社代表取締役(甲会社の取締役、監査役ではない)を相手取って株主代表訴訟を提起したものである。その際、被告である甲会社取締役のうち1名については、総務人事部長として新株引受に携わったことが責任原因とされた。これに対して判旨は、株主代表訴訟の制度趣旨について、会社が責任追及の訴えを「積極的に提起しないおそれが定型的にあることに鑑み、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」であるとしたうえで、社外の第三者を被告とすることについては、「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」としてこれを認めなかった。一方で、取締役就任前に負った責任の追及については、同様の制度趣旨を示しつつ「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」との理由により、取締役就任前に負担した債務についても株主代表訴訟の対象となると判示した。

【事案⑥】 東京地判平成20年1月17日判例時報2012号117頁

会社が代表取締役に対して自己株式の売却を行ったが⁽¹⁷⁾、その際に取締役会決議が欠けているとして、株主が代表取締役に対して、株主代表訴訟によって会社への株券の返還、損害賠償等を求めた事案。判旨は株主代表訴訟制度の趣旨は、「免除につき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の」としたうえで、「旧商法267条1項所定の『取締役ノ責任』とは、同法266条1項各号所定の責任及び同法280条ノ13所定の資本充実責任に限定される」とし、さらに「同法266条1項が、…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」と判示した。

(2) 平成21年最高裁判決

最高裁は平成21年3月10日の判決において、取引債務が代表訴訟の対象となることを明示した。その意味ではこれまでの全債務説と限定債務説の争いに一定の回答を出したと見ることも可能ではあるが、理由付けにおいて従来の学説とは異なった点があること、事案が特殊であることなどから、これまでの学説対立に終止符を打つ判示であるとは評しがたい。

【事案⑦】 大阪地判平成18年5月25日金融商事判例1315号51頁

甲株式会社の株主Xは、甲会社が昭和26年から昭和35年にかけて複数の第三者から複数回にわたって土地(本件各土地)を購入したものの、各土地の売買にかかる不動産売渡証書(登記済権利証)はいずれも甲会社の取締役(現代表取締役)Y宛であり、また不動産登記もY名義の所有権移転登記がなされて現在に至っているとして、Yを相手取り、各土地について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よう求めた。Xは登記がY名義になっていることについて、①主位的にYは甲会社に無断でY名義の登記手続をしたこと、②予備的に、甲会社の代表者であるAとYが期限の定めのないY所有名義の借用契約を結んで本件各土地の登記手続を委託し、Yはこれを受けてY所有名義の本件各登記手続をしたが、株主代表訴訟の提起によって名義の借用契約が終了したこと、を主張した。なお、XおよびYは兄弟であり、Aは両名の父親である。

判旨は、Xの主張によれば、Yは取締役任用契約に基づき甲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、本件請求は株主代表訴訟の

対象となる、として訴えの適法性を確認したうえで、本件各土地の売買について甲会社による取得であるとの立証がないとしてXの請求を棄却した。

【事案⑧】(⑦の控訴審)大阪高判平成19年2月8日金融商事判例1315号50頁

判旨は、Yが会社に対して負うとされる登記義務は、取締役の地位の有無によって消長を来さないものであると判示したうえで、株主代表訴訟制度の趣旨について、「商法が…取締役、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」であると述べ、株主代表訴訟の対象となる責任については「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」と判示した。そして、Xの主位的主張については登記の移転義務の履行そのものは取締役としての職責に含まれないから株主代表訴訟の対象とならず、また、予備的主張についても、株主には会社・取締役間の登記名義借用の委託契約を解除する権利がないことを判示して、Xの請求を却下した。

【事案⑨】(⑧の上告審)最判平成21年3月10日金融商事判例1315号46頁

最高裁は株主代表訴訟の制度趣旨について原審の判示を否定し、「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」と述べて、制度の趣旨が提訴懈怠可能性に備えたものであることを示したうえで、「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、同法(改正前商法=筆者注)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、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」と述べて、取引債務についても株主代表訴訟の対象となると判示し、Xの予備的主張を却下した原判決を破棄して差し戻した。一方で、Xの主位的主張については、「所有権に基づき、甲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」との理由付けで、これを却下した原審の判断を支持した。

III 検討

1 各学説の射程

任務懈怠責任をはじめとして、免除について会社法が規制を置いている責任が株主代表訴訟の対象となることについては各学説に異論はない。従来、全債務説と限定債務説が対立したのは、①取引債務を株主代表訴訟の対象に含むべきか否か、②免除について厳格な規制がなされていない、取締役等がその地位に基づいて負った責任を株主代表訴訟の対象に含むべきか否か、との点であったが、最近では折衷説の立場から、全債務説に対しては、取引債務を一括りにして一律に株主代表訴訟の対象とすることの当否、限定債務説に対しては、免除について厳格な制限の置かれていない責任についてこれを一律に株主代表訴訟の対象外とすることの当否について疑問が呈されている。これを整理すると、取締役等の負うべき責任については、①取締役等が第三者的な地位に基づいて負う取引債務、②取締役等が会社法上の地位に基づいて負う取引債務、③取締役等が会社法上負う責任であるが会社が自由に免除しうる責任、④取締役等が会社法上負う責任であって免除について厳格な規制がなされている責任、に分類することが可能であり、全債務説は①～④のすべてが株主代表訴訟の対象となるとし、限定債務説は④のみが株主代表訴訟の対象となると解している。折衷説は、少なくとも③④については株主代表訴訟の対象となり、②も対象となると解しているように思われる。

学説の検討に際して留意すべきことは、株主代表訴訟で追及しうる責任の範囲をどのように画すかという問題は、多かれ少なかれ政策的な問題であるという点である。このことは通謀新株引受人の差額支払義務(会社法212条1項)や株主の権利行使に関する利益の返還義務(会社法120条)のように、社外の第三者が会社に対して負う責任についても株主代表訴訟の対象とされていることから明らかであろう。全債務説の結論、限定債務説の結論だけ、理論だけをとりあげて、その優劣、当否を論じることは妥当ではない⁽¹⁸⁾。むしろ会社法における責任追及に関する権限分配との整合性、提訴懈

怠の可能性と懈怠された場合の会社への影響等を多面的に考慮する必要があるように思われる。

2 全債務説の問題点

(1) 全債務説は、取締役が負うあらゆる種類の債務・責任が株主代表訴訟の対象となるとする。しかし、全債務説のこのような理解は、会社の業務執行機関が会社の権利について、これを行行使するか否かを判断する権限(裁量)を有することとの衝突を生ずることになる。

株主が、取締役等が負うすべての責任について株主代表訴訟でこれを追及しようということは、取締役等が会社に対して負う債務・責任一般について、会社が有する権利を行行使するか否かの判断(意思決定)が個々の株主に委ねられることを意味する。すなわち、仮に会社の正規の決定機関⁽¹⁹⁾によって責任を追及しないとの意思決定がなされたとしても、株主は株主代表訴訟を提起することによって、会社の意思決定を覆して当該責任を追及できることになる。全債務説は、株主代表訴訟制度が提訴懈怠可能性に備えたものであることを理由にこのような帰結を肯定するが、提訴懈怠可能性という一事からこのような結論を導くことが妥当であるかどうかは疑問である。

(2) 第1に、会社が、自らが有する権利を行行使するか否か、どのタイミングでどのような手段によって行行使するかということは、本来は経営判断事項であり、取締役会、代表取締役または監査役の決定に基づいて行われるべきものである。経営陣が権利を行行使しない(責任を追及しない)との判断を下した場合、その判断が経営判断としては是認されるものであれば株主は当該判断に容喙できないし、判断が裁量としては是認できない場合であったとしても、株主は当該判断を行った取締役、監査役に対して任務懈怠責任を追及しようにすぎず⁽²⁰⁾、その判断自体を覆すことはできない。

会社法が、取締役等の責任の免除に関して、任務懈怠責任その他のごく一部の責任についてのみ総株主の同意(またはそれに代わる措置)を要求しているにすぎないことからすれば(会社法55条、120条5項、424条、462条3項、465条2項、486条4項、および425条ないし427条)、少なくとも会社法上の権限分配としては、たとえば取締役等が第三者として負った取引債務のようなものについてまで、債務者が取締役等であることのみを理由として、会社が有する権利の行使に関して、経営陣の経営判断(裁量)を認めないとの前提に立っていると解することはできない。

この点については全債務説から、取締役等の責任免除が相当とされる場合は稀であって、責任追及については業務執行の判断に委ねることが適当でないために株主代

表訴訟が認められているとの説明がなされているが⁽²¹⁾、責任を追及しないという経営判断が相当とされる場合が稀であるとの根拠は明確ではないし、仮に稀であるとしても、経営陣の取締役等の責任を追及しないとの判断が相当であるケースは存在するのであり、判断の相当性は、当該判断を行った経営陣の任務懈怠の存否という形で別途争われるべきものである。なぜ取締役等が債務者の場合にだけ一律に経営陣の判断に委ねないことが正当化されるのか明らかでない。

また、総株主の同意を要しない責任の免除であっても、取締役の責任の免除は利益相反取引にあたり、免除に際しては取締役会決議が要求されること、仮に取締役会決議があっても合理的理由がなければ免除を決定した取締役の損害賠償責任を生じさせ、取締役の責任追及の場面では会社・取締役間の利害が抵触することから、責任追及をするか否かは経営判断の問題ではないとの主張も可能であると指摘されている⁽²²⁾。しかしながら、利益相反取引規制が課されるのは取締役(会社法356条1項2号3号)、執行役(会社法419条2項)および清算人(会社法482条4項)だけであるから議論を一般化することはできないし、会社法が利益相反取引について取締役会決議を要求するのは、取引を行うか否かの判断に際して、秘密裏かつ安易に決定がなされることを防止し、取締役会による監督機能に期待したものであって⁽²³⁾、経営陣による経営判断上の裁量自体を否定するものではない。損害賠償責任を負うことについても、利益相反取引に関して、これを承認した取締役が一律に無過失責任を負うと解されていた改正前商法下であれば別段、会社法下では利益相反取引を決定または承認した取締役は証明責任が転換された任務懈怠責任を負うに過ぎないのであり(会社法423条3項)、社外の第三者が会社に対して負う債務を免除した場合であっても、合理的理由がない場合には免除を決定またはこれを承認した取締役が任務懈怠責任を負う(会社法423条1項)こととの比較からすれば、取締役等に対する責任追及の判断が経営判断事項ではないということにはならない。取引債務の不履行が取締役等の任務懈怠を構成するとの見解もあるが⁽²⁴⁾、仮に不履行が直ちに任務懈怠と評価されるにしても、そこで追及されるものは任務懈怠による損害賠償責任であって取引の履行義務そのものではないし、そもそも、いかなる事情のもとであっても、取締役等が第三者として負った取引債務の不履行が常に任務懈怠といえるかどうか疑問である。

ほかにも、全債務説に立ちつつ取締役等に就任する以前に負った責任についての株主代表訴訟を否定する立場から、在職中に生じた取引債務は、会社との利益相反取引の結果生じているものであり、利益相反取引に厳格な規制がなされていることとの均衡で当該債務の履行についても株主代表訴訟によって確実な実現を期すべきである、

との理由が示されている⁽²⁵⁾。しかし、この論拠についても以下のような反論が可能であろう。すなわち、まず、上述のように利益相反取引規制が課されるのは取締役、執行役、清算人だけであるから、監査役その他の者については、利益相反取引規制が課されることは当該取引による債務を株主代表訴訟の対象とすることの直接の論拠たりえない。監査役その他の者との取引の場合であっても、当該人物は取締役と同様の利益相反的な地位にあるとの反論もあり得ようが、そもそも会社と取引をする相手方はすべからず会社とは利益が相反するものであるから、取引において会社と利害が対立すること自体は、経営陣による責任追及の裁量権を否定して株主代表訴訟を認めるべき理由とはならない。また、利益相反取引規制が課されるのは、取引条件の設定の場面で経営判断が構造的に偏向することに備えたものであって、債務の履行を求めるか否かの判断についての判断の偏向に備えたものではないのであるから、この点からも利益相反取引規制の対象であることを、取引債務の追及について経営陣の裁量を一律に否定する理由とすることはできない⁽²⁶⁾。

(3) 第2に、経営陣による責任免除の意思表示との関係でも、会社が免除の意思表示を行った場合に、株主の株主代表訴訟提起・追行権がどのように扱われるのかについて問題となる。

ひとつの考え方によれば、株主は会社の権利を代わって行使するものであるから、会社による免除の範囲で株主の訴訟追行権は失われ、責任の全部が免除されれば株主代表訴訟は不適法なものになる⁽²⁷⁾。このように解する場合には、免除につき特段の規制のない責任であれば、経営陣が明示の意思表示によって取締役等の責任を免除する限りは、経営陣の免除の判断が尊重されることになり、経営判断に関する裁量と株主代表訴訟の衝突という問題は生じない。しかしながらこのように解するのであれば、そもそも取引債務について株主代表訴訟の提起を認める意義について多大の疑問が生じる。株主が株主代表訴訟を提起しても — さらに勝訴したとしても — 会社がその責任を免除してしまえるのであれば、株主は結局、免除の判断をした経営陣の任務懈怠責任を追及するしかないから、取引債務につき株主代表訴訟を認める実益はほとんどなく、かえって濫用的な利用の余地を作るだけに終わるように思われる。

他方、別の考え方によれば、株主代表訴訟が提起される限りで経営陣の責任免除の権限が制限されることになる。取締役の任務懈怠責任に関して、株主代表訴訟提起後に当該損害賠償債権を第三者に譲渡しようかどうかという点に関する議論において、学説から、株主代表訴訟が提起されると会社は当該権利について処分権限を失うとの

見解が示されている。債権者代位訴訟が提起されると中間債務者が自己の有する権利を処分できなくなるが、株主代表訴訟においても同様に解すべきであるとの見解である⁽²⁸⁾。この見解にたてば、取引債務など責任の免除について特段の規制のない責任についても、株主代表訴訟の提起後には会社による免除は不可能になる。その場合、会社による免除の意思表示と株主代表訴訟はいわば早い者勝ちの関係となるが、このような結論は妥当であるとはいえないであろう⁽²⁹⁾。早い者勝ちの関係を避けるために、株主代表訴訟の提起の可能性のある責任については、およそ会社による免除は許されないと考えることも不可能ではないのかもしれないが、そのような理解は会社法が責任免除に対する規制を任務懈怠責任など限られたものに限定していることと矛盾する。

(4) 全債務説がその根拠としてかかげる提訴懈怠可能性については、提訴が懈怠される可能性があるということが、すべての不提訴の判断が提訴の懈怠であるということを意味するわけではないとの指摘が可能であろう。また、全債務説であっても、たとえば会社が取締役に対して有する善管注意義務(委任契約という会社・取締役間の取引によって生じた取引債務)の履行請求を株主代表訴訟によって追及することを認めるとの結論には至らないから、一定の範囲で会社による責任追及に関する判断についての裁量を認めることになるはずであり、なぜいわゆる典型的な取引債務の追及について、一律に経営陣の裁量が否定されることになるのかという点についての理論的な説明は困難であろう。ただし次に検討するように、限定債務説の結論が株主代表訴訟の範囲を狭く解しすぎるものであることからすると、株主代表訴訟の対象が限定債務説がいう責任原因に限られないということを示した点において意義があるということは可能であろう。

3 限定債務説の問題点

(1) 限定債務説は、株主代表訴訟の対象となる責任を、会社法上、責任の免除について総株主の同意、またはこれに代わる特別多数の株主による承認⁽³⁰⁾が要求される責任に限定する。免除について総株主の同意または特別多数の株主の承認が要求される責任とは、換言すれば責任追及を行うか否かの判断について経営陣の裁量が認められていない種類の責任であるということができるから、全債務説におけるような、経営陣の裁量と株主代表訴訟の衝突という問題は生じず、会社法における権限分配と整合的であるということができる。また、限定債務説がいうように、我が国の株主代表訴訟が有する、経営陣の判断についてその当不当を問うことなくこれを覆すものであるとの性質に鑑みれば、そもそも責任追及をしないという判断が許容されない責任であればこそ、経営陣の意向とは無関係に株主代表訴訟を提起することを認めても差し支え

がないことになる。これらの点で、少なくとも理論的な枠組みとしては、限定債務説は全債務説に比してより妥当なものであるということは可能であろう。

(2) しかしながら、限定債務説がとる結論に対して、全債務説から株主代表訴訟の対象となる責任の範囲が狭きに失するとの強い批判がなされており、折衷説も同様の指摘を行っている。

改正前商法の下においては、①会社が取締役に対して行った貸付けについて、他の取締役が負う責任(改正前商法266条1項3号)が株主代表訴訟の対象になるのにもかかわらず貸付けを受けた取締役に対する履行請求が株主代表訴訟の対象とならないこと、②取締役の競業取引について介入権が行使された場合に取引をした取締役が負う利益の引渡義務(同264条1項)を株主代表訴訟で追及しえないこと、③違法(無効)な利益相反取引(同265条)について取締役が会社に対して負う原状回復義務についてもこれを株主代表訴訟で追及しえないこと、が批判の対象となった。

このうち現行会社法でも同様に問題となりうるのは利益相反取引の問題である。利益相反取引が無効となった場合に取引を行った取締役が会社に対して負う原状回復義務については、会社法がその免除に総株主の同意を要求する責任ではないことから、限定債務説によれば株主代表訴訟の対象とはならない。しかしこのように解すると、会社が取引取締役に対する原状回復請求を行わないでいる間に、取引取締役が目的物を善意・無重過失の第三者に移転してしまえば、会社は当該第三者に対して取引の無効を主張することはできず(相対的無効説⁽³¹⁾)、目的物の取戻しは不可能となる。この点については、当該取締役の返還義務の不履行は任務懈怠であり、株主は任務懈怠責任(会社法423条1項)を株主代表訴訟で追及することが可能であるから、返還義務自体を株主代表訴訟の対象としなくても不都合とはいえないとの反論が考えられようが、返還対象は金銭であるとは限らず、金銭による事後的な損害賠償よりも、直截的に目的物の返還や登記の移転を株主代表訴訟によって求める方が会社にとって望ましい場合も考えられるから⁽³²⁾、この反論は妥当ではない。

また、無効な利益相反取引の原状回復義務については、これを追及すべきか否かについて会社に裁量があり、株主代表訴訟の対象とすべきではないとの見解もあるが⁽³³⁾、取引の無効は会社法違反によるものであるから、その原状回復義務は会社法上の義務と評価することができ、履行を求めるか否かについて、会社経営陣に経営判断上の裁量はないと考えるべきである。仮にこの返還義務の履行を求めるか否かの判断について経営陣に裁量があると考える、もしくはさらに進んでこの返還義務を経営陣の判断

で免除しようと解した場合、会社法が利益相反取引に関与した取締役に重い責任(会社法423条3項、428条)を課した趣旨は大きく損なわれることになる。すなわち、違法な利益相反取引で会社に損害が生じて取引取締役および関与者が加重された責任を負うこととなったとしても、取引取締役の退任後に会社が原状回復義務を免除すれば、取引による損害は会社には生じず、かつ免除は利益相反取引にあたらぬから返還義務を免除した経営陣が通常の任務懈怠責任(会社法423条1項)の責任を負うものの、これらの取締役が負っていた加重された責任は消滅することになる。

なお、上記①の競業取引における介入権の問題は、現行会社法が介入権の制度を廃して損害賠償額の推定へと切り替えた(会社法423条2項)ことから現在では問題にならない⁽³⁴⁾。また、③の取締役に対する貸付けの問題は、現行会社法が貸付の決定または業務執行を行った取締役の責任についてこれを加重していた改正前商法の規定を改めて、通常の任務懈怠責任としたことに鑑みれば、これは一般の取引債務として扱われるべきであり、現行会社法の解釈としては限定債務説の結論が正当であると考えられる⁽³⁵⁾。

上記の各論点のほかにも、たとえば【事案④】のように取締役が会社の土地の登記を騙取した場合や、会社財産を横領した場合を考えると、限定債務説はその結論において正当であるとはいいがたいように思われる。限定債務説によれば、これらの場合には、株主は任務懈怠責任による損害賠償について株主代表訴訟を提起することは許されるが、登記移転義務や横領物の返還義務を株主代表訴訟によって追及することはできないことになる。しかし、当該取締役は取締役としての職務に違背して登記を騙取または横領を行ったものであるから、その返還義務は当然に当該取締役が会社法上負う義務であって、会社側に当該義務の履行を求めるか否かについての裁量があるとは考えがたい。このような場面においてもなお、責任の免除に関する制限規定が適用されないことをもって、会社の裁量を理由に株主代表訴訟の提起を認めないとの結論は首肯できないものであろう。

(3) 限定債務説は、株主代表訴訟の対象となる責任を限定する理由として、重大な責任について確実な実現を期すこと、および経営陣の裁量を侵害しないことを挙げるが、前述のように、無効な利益相反取引における原状回復義務や、横領物の返還義務など、会社法が免除について厳格な規制を設けていない責任であっても、その追及の要否の判断について経営陣の裁量を認めるべきでないものが存在すると考えるのが妥当である。現に、募集株式の発行の場面で取締役が負う現物出資の価額填補責任(会社法213条1項)には免除に関する規制は置かれていないが⁽³⁶⁾、設立時取締役が負う価額填補責

任が限定債務説によっても株主代表訴訟の対象となること⁽³⁷⁾との平仄から考えれば、この責任が株主代表訴訟の対象とならないと考えることは妥当でないであろう。また、株主の権利行使に関する利益供与の受供与者および通謀新株引受人に対する株主代表訴訟については、これらの者はそもそも社外の第三者であることから免除に関する規制に全く服さないものであるが、これらの者が負う責任については明文で株主代表訴訟による追及が認められている。

これらの点からすれば、限定債務説は、経営陣の判断権限との調整という点で理論的に優れているが、免除について厳格な規制が課されているもの以外の責任追及の判断については常に経営陣の裁量が優先し、株主代表訴訟を認めないとしている点で相当ではない。ただし後に検討するように、対象となる責任が狭きに失するという問題点は、限定債務説の問題というより、責任免除に関する規定の不備と考える方がむしろよいのであって、解釈上、免除に対する制限の範囲を拡大することで結論の不当性は解消される性質のものと考えられる。

4 折衷説の検討

(1) 折衷説は基本的には、限定債務説の理論的な枠組みを用いつつ、株主代表訴訟の対象となる責任の範囲が狭すぎるとの、限定債務説に対する批判に答えようとする見解であると捉えることができ、これまで本稿が全債務説、限定債務説に対して行ってきた批判的検討と視座を同じくするものであるといえる。

全債務説、限定債務説は、いずれの学説も株主株主代表訴訟の制度趣旨から演繹的に対象となる責任の範囲を画そうとするものであるということが出来るが、株主代表訴訟が政策的な考慮に基づいて設計された制度であることに鑑みれば、追及のしうる責任の範囲についても、政策的な価値判断を等閑視することは妥当ではない。

この点折衷説は、議論の出発点を、株主代表訴訟は責任追及に際して会社の経営判断上の裁量が認められない責任について提起が許される、との点に置き、具体的な責任の内容を吟味⁽³⁸⁾したうえで、どのような責任であれば経営陣の裁量を覆して株主による責任追及を認めるべきであるかを検討するものである。このような考え方は、全債務説、限定債務説に比べて柔軟かつ妥当な解決を導くことが可能であり、従来の各学説のなかでは最も適切な見解であろうと思われる。

(2) この折衷説のアプローチからすれば、全債務説と限定債務説が、取締役等の責任を「取引債務」と「免除の困難な責任」に二分することに対する疑問が検討の出発点となる。すなわち、取締役等の負うべき責任といってもその発生原因、態様は種々

様々であり⁽³⁹⁾、取引債務とされるもののなかにも株主代表訴訟の対象とすべきものとそうでないものが存在しうるし、他方で免除の困難な責任以外にも株主代表訴訟による追及を認めるべき責任があるのであって、取引債務を含むことが不当であるから免除の困難な責任に限定するとの結論、免除の困難な責任に限定することが不当であるから全債務を対象とするとの結論のどちらも正当ではないことになる⁽⁴⁰⁾。過去の下級審裁判例を見ても、限定債務説に立つとされる【事例①】が、取締役が「背任行為をし」「会社に損害を与えたことを理由として」「損害賠償責任を追及するのであれば」、登記移転請求とは異なり株主代表訴訟による責任追及が可能である旨を述べて、不法行為責任の追及を認めているようにも解しうること、傍論で限定債務説をとらないことを示す【事案②】において、株主代表訴訟の対象は、取締役の「会社に対する損害賠償義務ないし不当利得返還義務等」に限られるわけではないと判示されていることに鑑みれば、取締役がその地位に基づいて職務上負う責任の範囲が、任務懈怠責任と資本充実責任に限られると解されているわけではない様子がうかがえる。

そこでどのような取締役等の責任の追及が、会社にとって経営判断としての裁量が認められないものであるのか、その範囲を画すことが必要になるが、抽象的には取締役等が負う責任のうち、会社に責任追及に関する裁量を認めるべきでないもの、と表現せざるを得ず、ある種の循環論法に陥ることは避けがたい。

しかし、少なくとも会社法が任務懈怠責任等についてその免除を制限していること、その一方で純粋な取引債務についてはその追及に関する判断は経営判断として経営陣の裁量が認められると考えるべきことから、以下のことがいえるように思われる。

その第1は、株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲は、取締役等がその地位に基づいて負った責任でなければならないとの点である⁽⁴¹⁾。取締役等が第三者として負った債務については、これまでの検討で明らかなように、本質的には会社はその責任を追及するか否かについての裁量を有するのであり、提訴懈怠可能性を理由としてその裁量を否定することは適当でないからである。これに対して取締役等がその地位に基づいて負う責任については、少なくとも任務懈怠責任等の、経営判断による免除が禁じられている責任については会社に裁量がないことは明らかである。またそれ以外の責任についても、たとえば無効な利益相反取引の原状回復義務や、支給手続の瑕疵で支給が無効となった取締役等の報酬の返還義務については、取締役等がその地位にあることによって生じる義務であるとともに、会社側からしても、自らの手続の懈怠または瑕疵ある手続によって生じた返還請求権についてこれを行わないとの経営判断は許されないと考えるべきであるから、同様に株主代表訴訟で追及しうるかと解すべき

である。横領行為や登記の騙取のような取締役等の任務違背によって生じた返還請求権等の行使についても同様に考えるべきである。前掲の【**事案④**】において登記移転請求権を株主代表訴訟で追及することが認められた理由は、取締役が会社に移転すべき登記を任務に違背して自らに移転したことに求められるのであって、純粋な第三者的地位に基づいて負った債務が追及されたものではないと考えるのが妥当であろう。

第2は、他の学説においても異論のないところであるが、取締役等に対して積極的な職務の執行を求めること、換言すれば会社との委任契約に基づく給付義務の履行を株主代表訴訟によって実現することはできないとの点である。前掲の【**事案②**】が判示するように、このような請求を認めることは会社経営における裁量を著しく侵害することになるとともに、同事案で原告が主張したような、取締役の会社に対する委任事務の履行義務を媒介として、第三者の会社に対する債務についても株主代表訴訟を認めるとの結果になるからである⁽⁴²⁾。株主代表訴訟制度は、事前の予防制度としての株主による違法行為差止請求(会社法335条)との対比において事後的救済制度と位置づけられていることから明らかなように、会社財産が毀損された場合にこれを回復するための制度であるから、まったくのあらたな積極的行為の履行を求めることはできないと解すべきである。

以上の検討からすると、取締役等が会社に対して負う責任のうち、①限定債務説が株主代表訴訟の対象とする責任、②取締役等が会社法上の明文規定に基づき負う責任だが、免除についての制限がない責任(会社法213条の責任)、③無効な利益相反取引における原状回復義務、改正前商法下における競業取引の介入義務のように、会社法に明文の責任規定は存在しないが、取締役等がその地位に基づいて負った会社法上の債務、④取締役等の不法行為責任、横領、登記の騙取等の場面における横領物返還義務または登記移転義務、については株主代表訴訟による追及が認められるべきであり、他方、取締役等が純粋に第三者的地位で行った取引債務については、それが利益相反取引規制に服するか否かを問わず株主代表訴訟による追及は認められるべきでないことになる。この立場では、前述のように会社の取締役に対する貸付けの返済義務については株主代表訴訟による追及は認められないことになり、前掲の最高裁判決(【**事案⑨**】)や改正前商法下における一部の議論とは結論を異にすることになる。

5 最高裁判決の位置づけ

(1) 判決の意義

最高裁平成21年3月10日判決は、取引債務が株主代表訴訟の対象となること、取引によって生じたものであれば登記移転請求権のような非金銭債権についても株主代表訴訟による追及をなしうることを明らかにする一方で、所有権にもとづく登記移転請求権についてはこれを株主代表訴訟によって追及することはできないと判示した。本判決については、株主代表訴訟で追及しうる責任の範囲について新たな枠組みを示したものであると評価されているが⁽⁴³⁾、この判示をどのように解すべきであるかについては検討が必要であるように思われる。

本判決は、株主代表訴訟で追及しうる責任の範囲についていくつかの読み取り方が可能である。ひとつの読み方は、株主代表訴訟の対象となるのは、限定債務説という取締役の責任と、取締役等と会社との間の直接の取引債務(取締役の場合であれば利益相反取引の直接取引となる取引)に限られ、それ以外の責任については一切対象とはならないとの理解である⁽⁴⁴⁾。一方これに対して、取締役の会社法上の責任でも取引債務でもない責任のうち、所有権に基づく責任については対象とならないことを示したものの、不法行為責任や不当利得返還請求権、原状回復義務といった責任については判示がないと解することも可能である⁽⁴⁵⁾。また、判旨は「取引債務の責任も含まれる」と述べるが、これがすべての取引債務を含む趣旨であるかどうかについても検討が必要である。

(2) 取引債務以外の債務の扱い

判旨が取引債務だけを取り出してこれを株主代表訴訟の対象とする旨判示した理由については必ずしも明らかではない。しかし判旨が、株主代表訴訟制度が設けられた趣旨として「役員相互間の特殊な関係」から責任追及が懈怠されるおそれがあり、このことから会社、株主の利益を保護する必要性があることを示すとともに、改正前商法266条1項3号に言及していることからすると、「役員相互間の特殊な関係」とは、単に責任追及の場面での関係にとどまらず、債権債務関係の発生場面においても特殊な関係が要求されているようにも解しうる。このように解するのであれば、取締役等が在任中に会社と取引関係に入ったことが必要となり、会社法上の責任のほかには在任中の取引債務だけが株主代表訴訟の対象となるとの理解に繋がることになる。判決が、所有権に基づく登記移転請求権を株主代表訴訟の対象外としたことも、所有権に基づく請求権が会社と取締役等との特殊な関係によって生じたものではないことから、このような理解を裏付けるものになる。

しかしながらこのような理解は、たとえば取締役等による横領行為についての横領物返還請求を株主代表訴訟の対象外とすることにつながる。本事案は、原告の主張によれば被告取締役が会社の土地について登記を騙取したものであって、原告が予備的に主張している無期限の登記名義の借用契約という法律構成は、騙取の事実の立証が困難であるが故のいわば方便であるとも考えることもできる。そうすると、方便である借用契約の終了に基づく登記移転請求権の追及を認めつつ、所有権に基づく請求は認めないという判旨の理論構成には問題があることになる⁽⁴⁶⁾。責任追及が懈怠されるおそれの有無について考えてみても、取締役等が非自発的に負う責任については、同様の責任を負う可能性のある同僚による追及の手がゆるむことについて一定の蓋然性があるのに比して、取引債務については取締役等が自ら負った債務であり、会社がその履行を求めることを躊躇する可能性は相対的に高くないと考えられるから⁽⁴⁷⁾、取引債務について提訴懈怠可能性を認めつつ、たとえば所有権に基づく横領物の返還請求について提訴懈怠可能性が低いもしくは存在しないとするのは妥当でないだろう。

本件判旨は、取引債務については取引成立時点でこれに関わった経営陣がその不履行についての責任追及を十全に行うことが必ずしも期待できないこと、すなわち被告取締役の取引債務の不履行の事実が、取引を決定し実行した経営陣の経営判断の誤り(Yが甲会社に登記を移さない蓋然性を、故意・過失により看過していたこと)としての善管注意義務違反を生ぜしめることに起因する提訴懈怠の可能性に着目し、取引債務について提訴懈怠可能性を認めたものと解することが相当ではないか。そうであれば、たとえば取締役等による横領行為の場合であっても、横領行為を見抜けなかったことについて経営陣が善管注意義務違反を問われるような状況であれば、取引債務以外の責任についても提訴懈怠可能性が認められる余地があると解することは可能であるように思われる。

また、原告は第一審において、会社が被告取締役に登記手続を委託したところ被告が被告名義の登記手続を無断で行ったことを主的に主張しているが、この行為が被告の取締役としての任務違背であることを明示し、善管注意義務違反行為の結果としての被告名義の登記であることを主張すれば、判旨のいう「取締役の地位に基づく責任」と同視しうる責任として所有権に基づく登記移転手続を株主代表訴訟で追及することが可能であったのではないとも考えられる。そうすると、最高裁は所有権に基づく登記移転請求を一律に株主代表訴訟から排除したものではなく、「取締役としての地位」に基づかず、かつ提訴懈怠可能性の低いもしくは存在しない登記移転義務の履行を求めることのみを排除したものと解することも可能ではないかと思われる。仮に

このように解することが可能であれば、所有権に基づく請求権以外にも、不法行為による損害賠償請求権や、不当利得返還請求権、原状回復義務の履行請求権については、当該請求権が取締役等の地位に基づいて生じたものであるなど、提訴懈怠可能性を生じるものであれば、株主代表訴訟の対象と解しうることになる。

(3) 取引債務の範囲

判旨は「取引債務」についての責任が株主代表訴訟の対象となることを述べるが、すべての取引債務が一律に含まれると解すべきであろうか。もちろん判旨が「取引債務」に限定を加えていないことからすれば、すべての取引債務が含まれると解するのが自然であろうが、すでに検討したように、取締役等が第三者として負う取引債務についても株主代表訴訟による追及を認めることは妥当ではない。

前述のように、本事案は、被告取締役が登記を騙取したとも解しうる事実関係の下で、原告株主が予備的に、名義の借用契約という構成を用いたものである。仮に名義の借用契約が成立していたと考える場合、被告取締役が会社との間で借用契約を締結したのは、会社に登記を移すことができない何らかの事情があったためであり、被告取締役は第三者としてではなく、取締役の職務の一環として名義貸しを行ったと考えるべきではないかと思われる。被告取締役は単なる取引債務を負っているのではなく、会社から請求があれば、取締役の職務として会社に対して名義を移転する義務を負っていると解するのが妥当ではないだろうか。このように取締役の職務と密接に関連した債務であるからこそ、会社には登記移転義務の履行を求めるか否かについての裁量はなく、株主代表訴訟による追及が許されると解することも可能ではないかと思われる。

このような事案の特殊性に鑑みれば、最高裁は単に取引債務が株主代表訴訟の対象となりうることを判示したにすぎず、すべての取引債務について、常に株主代表訴訟による追及を認めたものと解するのはむしろ妥当ではないように思われる。

(4) 小括

いずれにせよ、本件最高裁判決は、責任追及についての経営陣の裁量の有無というアプローチをとらず、単に提訴懈怠可能性の有無という観点のみから株主代表訴訟の範囲を画そうとしたために、その意図するところが明確でなく、また一見すると結論としての妥当性にも問題があるように読める判示であるといわざるをえないように思われる。本判決については、①典型的に提訴懈怠可能性がある、すなわち不提訴の判断が責任追及の懈怠であると評価されるものについて広く株主代表訴訟が認められること、②取引債務が提訴懈怠可能性のある責任の類型に含まれること、③単なる所有

権に基づく物権的請求についてはそれだけでは提訴懈怠可能性のある責任とは評価されないこと、の三点が明らかになったにとどまり、すべての取引債務が株主代表訴訟の対象になるとの趣旨ではないし、「取締役の地位に基づく責任」と取引債務以外の責任のすべてが株主代表訴訟の対象とならないとの趣旨でもない、と解すべきであろう。

IV 株主代表訴訟と責任の免除

1 責任免除規定の沿革

(1) 改正前商法下

取締役等の責任の免除については、昭和25年改正前の商法においては、株主総会の特別決議によってこれを免除することが可能であったが、特別決議が要求されたのは、任務懈怠責任のみであった(昭和25年改正前商法245条1項4号)。同年改正において株主代表訴訟が単独株主権として導入されたことにあわせて、免除の要件は原則として総株主の同意となり、利益相反取引による損害の賠償についてだけ例外的に3分の2の同意が要求されることとなった(改正前商法266条5項6項)。また、解釈上いわゆる資本充実責任についても、少なくとも総株主の同意による免除が必要であると解されており、新株発行時における払込担保責任(改正前商法280条ノ13)、価額填補責任(同280条ノ13ノ2)の免除には総株主の同意が必要と解されていた。

(2) 会社法

会社法は基本的に責任免除の規定については従前の規定を引き継いだが、改正前商法下で資本充実責任とされていた、違法配当責任、価額填補責任⁽⁴⁸⁾についてはそれぞれ、通常の損害賠償責任、現物出資額の不当評価を牽制する特別な責任と整理し直されて、新株発行時の取締役の価額填補責任については責任免除に関する規制は課されないこととされた。

(3) 責任免除と株主代表訴訟の関係

前述のように、限定債務説は責任免除規制と株主代表訴訟を表裏一体のものとして捉えているが、改正前商法下においてすでに、両者の対応関係は破綻をしていた。すなわち、通謀新株引受人および利益供与の受供与者に対する株主代表訴訟においては、これらの者が負う責任の免除については商法は何らの規定を置いていなかった。前者については不法行為に基づく損害賠償責任であり、後者は特別な法定の弁済責任と解されていたが⁽⁴⁹⁾、いずれにせよ、会社が第三者に対して有する権利であるから、経営陣が任意に免除しうる性質の責任と考えることも不可能ではないが、これらの責任につ

いて株主代表訴訟が認められており、その趣旨が会社経営陣による責任追及の懈怠に備えたものであることからすれば⁵⁰⁾、これらの責任について経営陣の裁量による免除が認められていたと解することは相当でないであろう。

現行会社法においてはさらに、前述した募集株式の発行における取締役の価額填補責任の扱いが問題になる。設立時取締役が設立時の株式発行に際して負う価額填補責任については責任免除の規制(会社法55条)がなされており、いずれの学説によっても株主代表訴訟の対象となるのに対し、募集株式の発行時の取締役の責任には免除について規制はなく、限定債務説によると株主代表訴訟による追及は行えないことになるが、このような理解も相当ではないであろう。

以上から明らかなように、会社法上、責任免除に対する規制と株主代表訴訟の可否を一对一の対応関係として理解することには無理がある。また、折衷説のいうように、限定債務説がいう「取締役の責任」、すなわち免除の困難な責任のほかにも株主代表訴訟で追及することが許される責任があるのだと考えるのであれば、それらの責任についても免除に関する規制は存在しないことになる。

しかしながら、一方では責任追及に関する会社の裁量を排して株主代表訴訟を認めながら、他方では会社の裁量による責任免除を認めるというのは理論的矛盾ではないだろうか⁵¹⁾。この点については限定債務説の説く論は正当である。ただし、限定債務説がいうように、免除に関する規制に株主代表訴訟の対象を合わせるのではなく、責任追及について会社の裁量が認められない、すなわち株主代表訴訟が認められる責任については、明文の規定の有無にかかわらず経営陣の裁量による責任の免除は許されないと解するのがより妥当であるように思われる。

すでに述べたように、無効な利益相反取引の原状回復義務や、横領物の返還義務について、会社が任意にこれを免除しようと解することは相当ではない。この点については従来あまり議論はなかったものであるが、会社法424条の趣旨から、取締役等が会社に対して負う責任について、その責任の追及に経営陣の裁量が認められるべきでないものについては、広く、免除について総株主の同意が必要である解すべきである。仮にこのように解するのであれば、限定債務説と折衷説は結論を同じくすることになる。

おわりに

本稿では、平成21年3月10日の最高裁判決を契機として、株主代表訴訟によって追及しうる取締役等の責任の範囲について考察を行った。学説としては折衷説の見解がもっとも妥当であるが、問題はむしろ本来、責任追及について経営陣の裁量が認めら

れるべきでない責任について、現行法上、会社が任意に免除をなしうるとされている点にあることを結論として得た。

最高裁判決については、従来の学説の議論の枠組みとは異なった構成をとっているようにも見えるが、事案の特殊性を考慮に入れれば、必ずしも奇異な判示ではなく、被告取締役が負う責任の性質を考慮して、株主代表訴訟の提起を認めるか否かを判断していると解することも可能ではある。とはいえ判旨の理由付けには必ずしも明らかではない部分もあり、今後の学説・判例の集積が待たれる。

本来であれば、取締役等が負う責任を類型化して、どのような責任について、その追及に会社の裁量が認められる(認められない)かを検討すべきところではあるが、筆者の力が及ばずその点については不十分なままとまっている。他日を期したい。

【註】(1) なお、取締役に対する貸付けの未弁済額についての賠償責任の規定(改正前商法266条1項3号)は廃止された。

(2) 江頭憲治郎『株式会社法 第2版』(有斐閣、平成20年)436頁。

(3) 昭和56年商法改正で5項に繰下げ。

(4) 免除の要件については平成13年6月改正以後は総株主の議決権の3分の2以上。また、条文は昭和56年商法改正で6項に繰下げ。

(5) 会社法制定前の時点では275条ノ4。

(6) 資本金1億円以下かつ負債200億円以下の会社。旧商法特例法1条の2第2項。

(7) 平成13年12月改正で295条に繰下げ。

(8) 現在は13000円。会社法847条6項、民事訴訟の費用等に関する法律4条、別表第1。

(9) 株主代表訴訟の法構造については、土田亮「多重株主代表訴訟の法構造」名城法学53巻1号40頁以下参照。

(10) 改正前商法下の議論として鈴木竹雄=竹内昭夫『会社法(第3版)』(有斐閣、平成6年)300頁、田中誠二『会社法詳論(上)(3全訂版)』(勁草書房、平成5年)702頁等。なお、昭和25年改正前の責任追及についても、全債務説的な見解を示すものがある。奥野健一ほか『株式会社法積義』(厳松堂書店、昭和14年)180頁。会社法下のものとして、龍田節『会社法大要』(有斐閣、平成19年)163頁、関俊彦『会社法概論(全訂版)』(商事法務、平成19年)327頁、前田庸『会社法入門(11版補訂版)』(有斐閣、平成20年)439頁、大隅健一郎ほか『新会社法概説』(有斐閣、平成21年)240頁等。立案担当者も全債務説を妥当とする。相澤哲ほか編著『論点解説 新・会社法 千問の道標』(商事法務、平成18年)348頁。

(11) 田中・前掲注(10)702頁。

(12) 会社法制定前においては、取締役を念頭に置き、商法266条1項各号の責任および資本充実責任である商法280条ノ13および280条ノ13ノ2に限ると説明されていた。前述のように、商法266条1項各号の責任の免除については総株主の同意(同条4号の責任については総株主の議決権の3分の2以上の同意)が明文で要求され、商法280条ノ13および280条ノ13ノ2の責任については解釈上、免除には総株主の同意が必要と解されていた。

(13) 商法下の議論として、北沢正啓「株主の代表訴訟と差止権」同『株式会社法研究』(有斐閣、昭和51年)293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」北沢正啓編『商法の争点(第2版)』[ジュリスト増刊]142頁等。現行会社法下のものとして、弥永真生『リーガルマインド会社法(第11版)』(有斐閣、平成19年)237頁、江頭・前掲注(2)448頁、近藤光男『最新株式会社法』(第5版)(中央経済社、平成21年)307頁等。

(14) 大塚龍児「株主権の強化・株主代表訴訟」落合誠一ほか編『現代企業立法の軌跡と展望』(鴻先生古希記念論文集)(商事法務研究会、平成7年)57頁。岸田雅雄〔判批〕会社法判例百選153頁。

(15) 伊藤靖史〔判批〕商事法務1628号131頁。ただし、実際には取引上の債務について株主代表訴訟による追及を認める必要性は少ないとされる。

(16) 下記の各事案については以下のような評釈が出されている。【事案①】杉本昌純〔判批〕ジュリスト196号88頁。【事案②】服部栄三〔判批〕ジュリスト344号130頁。【事案③】藤田康雄〔判批〕法律のひろば33巻7号72頁、久留島隆〔判批〕金融・商事判例603号50頁、岸田雅雄〔判批〕商事法務976号31頁、同・前掲注(14)152頁。【事案④】片木晴彦〔判批〕判例時報1731号197頁〔判例評論504号〕、伊藤・前掲注(15)127頁、来住野究〔判批〕朝日法学論集28号119頁。【事案⑤】鳥山恭一〔判批〕法学セミナー559号111頁。【事案⑥】土田亮〔判批〕ジュリスト1381号118頁。

(17) 本件当時、会社が取得した自己株式の処分については特段の規制は設けられておらず、単に「相当ノ期間」に処分すべきことが定められているのみであった(平成13年法律79号改正前商法211条)。なお、土田・前掲注(16)118頁。

(18) 同旨、渋谷光子「代表訴訟により追及できる責任の範囲」法学教室〔第2期〕4号125頁。

(19) 通常の場合は代表取締役または取締役会、責任を追及しないこと(責任の免除・猶予)が会社と取締役または執行役間の利益相反取引に当たる場合には取締役会。

(20) 会社が責任追及をしない場合であっても会社の取締役等に対する権利自体は免除がなされない限り残存するが、だからといって会社に損害がないと考える必要はない。稲葉威雄ほか『条解・会社法の研究11 取締役(6)』[別冊商事法務248号]40頁[江頭憲治郎発言]。

(21) 渋谷光子「株主の代表訴訟」鴻常夫ほか編『演習商法(会社)(上)[改訂版]』(青林書院新社、昭和51年)405頁。

(22) 渋谷・前掲注(18)124頁、吉原和志「代表訴訟によって追及しうる責任の範囲」北沢正啓=浜田道代編『商法の争点I』[ジュリスト増刊]157頁。

(23) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(6)』(有斐閣、昭和62年)247頁[本間輝男]、落合誠一編『会社法コンメンタール(8)』(商事法務、平成21年)237頁[北村雅史]。

(24) 田中・前掲注(10)702頁。

(25) 片木・前掲注(16)199頁。

(26) この点に関連して、客観的に見て会社の利益を損なわない種類の取引については利益相反取引規制の対象とならないと一般に解されているが、たとえば取締役が会社に対して財産を贈与することを約したにもかかわらずこれが実行されない場合や、定型的取引にかかる義務を取締役が履行しない場合を考えると、全債務説からすれば当然にこれらの場面においても株主代表訴訟によって取締役の義務の履行を求めうることになるはずである。この点からも利益相反取引規制の有無が株主代表訴訟の対象となる責任の外縁を画すものではないことは明らかであろう。

(27) 渋谷・前掲注(18)125頁。会社が免除、和解等をなせば株主代表訴訟を避けられるとする。

(28) 江頭・前掲注(2)448頁。なお裁判例には、会社の破綻時に損害賠償債権が第三者に譲渡された事案において、当該譲渡を有効として株主代表訴訟を棄却したものが(和歌山地判平成12年2月15日判例時報1736号124頁、東京地判平成17年5月12日金融法務事情1757号46頁)、江頭教授は特殊な事例であるとされる。

(29) 昭和25年改正前商法においては、株主総会決議による責任の免除を少数株主が覆すことを認めていたが(同245条2項)、株主代表訴訟制度導入後には、同様に解することはできないであろう。

(30) 取締役の責任の一部免除(会社法425条ないし427条)のうち、取締役会決議による一部免除(会社法426条)および責任限定契約(会社法427条)については取締役会決議もしくは任用契約による責任免除が可能であることから、経営陣の裁量と株主代表訴訟の衝突が生じると考えることも可能である。しかしながらいずれの場合においてもあらかじめ定款に定めを置くことが要求されており、定款変更の株主総会決議によって一部免除の判断について経営陣に授權がなされていると考えることが可能であり、基本的には会社法425条が株主の特別多数による責任の一部免除を認めているのと同旨の規定であると考えられる。なお改正前商法においても、利益相反取引によって会社に損害を生じせしめた取締役の負う損害賠償責任については、総株主の議決権3分の2以上の同意での免除が認められており、その限りで単独株主権である株主代表訴訟提起権は多数株主の意向に従うこととされていた。

(31) 最判昭和46年10月13日民集25巻7号900頁。

(32) 片木・前掲注(16)199頁、吉原・前掲注(22)157頁。

(33) 来住野・前掲注(16)127頁。

(34) ただし、改正前商法における介入権が、現行会社法における損害賠償額の推定と同じまたは類似的機能を有するということからすれば、改正前商法下においても介入義務の履行を株主代表訴訟によって求めるべきであったということの実質的な論拠のひとつになるのではないかと考えられる。

(35) 後掲の最高裁判決の検討を参照。

(36) 立案担当者によれば、募集株式の発行における取締役の価額填補責任の免除について総株主の同意を要求しない理由は、設立においては発起人のみが現物出資者となりうることから発起人の価額填補責任は現物出資者としての責任(募集株式の発行における会社法211条2項に相当)の性質を有するが、募集株式の発行における取締役の価額填補責任はこれと異なり、現物出資価額の不当な評価を

牽制するための責任に過ぎないからであるとされる(相澤哲=豊田祐子「新会社法の解説(3)株式(株式の併合等・単元株式数・募集株式の発行等・株券・雑則)」商事法務1741号29頁)。しかしながらこの説明では、現物出資を行わない発起人および設立時取締役の価額填補責任の免除に総株主の同意が要求される理由の説明がつかない。特に設立時取締役は単なる監督機関に過ぎず、業務執行もしくはその意思決定を担う募集株式発行時の取締役に比しても現物出資の価額が低額であることへの責任の度合いは軽いはずである。

(37) 会社法55条により発起人および設立時取締役が負う、設立時現物出資についての価額填補責任の免除には総株主の同意が必要である。なお前注も参照。

(38) 同旨、伊藤・前掲注(15)129頁。

(39) 伊藤・前掲注(15)128頁。

(40) 岸田・前掲注(14)153頁。

(41) 大塚・前掲注(14)58頁、岸田・前掲注(14)153頁。大塚教授は、利益相反取引の履行義務はその地位に基く責任ではあるが、追及については会社の裁量が認められるとされるが、監査役等との平仄を考えれば、履行義務は取締役の地位に基くものではないと解する方が妥当ではないだろうか。なお本稿III(2)〔68頁以下〕も参照。

(42) また同判決は、株主による違法行為差止請求権に言及し、商法(会社法)が積極的行為の差止を認めながら、消極的行為(不作為)に対する作為義務の履行請求を認めないことから、株主代表訴訟による職務執行の義務づけは認められないと判示している。なお、大塚・前掲注(14)56頁参照。

(43) 弥永真生〔本件判批〕ジュリスト1380号65頁。

(44) 鳥山恭一〔本件判批〕法学セミナー655号121頁、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〕394頁〔山田泰弘〕。

(45) 弥永・前掲注(43)65頁参照。弥永教授は「理由付けに照らせばこれらの責任も株主代表訴訟によっては追及できないとの趣旨ではないと解することが自然」とされつつ、改正前商法266条1項3号の責任を取り上げた趣旨を強調すれば取引債務のみが対象となるとの判示とも解しうるとする。

(46) 同旨、鳥山・前掲注(44)121頁。

(47) 来住野・前掲注(16)126頁。

(48) 設立時の引受担保責任および設立時、新株発行時の払込担保責任は削除された。

(49) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(7)』(有斐閣、昭和62年)311頁〔近藤弘二〕。

(50) 上柳ほか編・前掲注(49)312頁。

(51) 渋谷・前掲注(18)125頁は、消極的に責任を追及しないとの判断と免除は同質であるとする。

【付記】本稿脱稿と前後して、基本書の改訂(またはその予告)が相次いでいる。最高裁判決を受けて記述に変化を生じるものと予想されるが、残念ながら本稿ではフォローできていない。ご寛恕を願う次第である。