

取締役が会社に対して負う所有権移転登記義務と株主代表訴訟

——最高裁平成21年3月10日判決民集63巻3号1頁

土田 亮

| | |
|----------------------------|-----|
| はじめに | 146 |
| Ⅰ 事案の概要 | 146 |
| 1 事実 | 146 |
| 2 一審および控訴審判決 | 147 |
| (1) 一審判決（大阪地裁平成18年5月25日判決） | 147 |
| (2) 控訴審判決（大阪高裁平成19年2月8日判決） | 147 |
| Ⅱ 判旨 | 148 |
| Ⅲ 検討 | 149 |
| 1 本判決の位置づけ | 149 |
| 2 学説および先例 | 150 |
| (1) 学説 | 150 |
| (2) 取引債務を株主代表訴訟の対象とする根拠 | 152 |
| 3 本判決の検討 | 154 |
| (1) 本判決が示す理由付け | 154 |
| (2) 取引債務を株主代表訴訟の対象とする根拠 | 154 |
| (3) 所有権に基づく請求を排除する根拠 | 155 |
| (4) 本判決の射程 | 158 |
| (5) 本判決の評価 | 159 |
| おわりに | 161 |

はじめに

株主代表訴訟制度は、取締役等の会社に対する責任を株主が追及する制度であるが、会社法 847 条、およびその前身である平成 17 年改正前商法 267 条は、株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲、内容について特段の規定を置いていない。このため学説においては、株主代表訴訟によって株主が追及しうる責任の範囲について、以前より争いがあり、また下級審裁判例においても結論は分かれていた。そのなかで、最高裁は平成 21 年 3 月 10 日にはじめてこの問題について立場を明らかにしたが、従来の学説のいずれとも整合しないように見える結論、理由付けであったことから、この判決をどのように理解するかについて盛んな議論を生むこととなった。

筆者は以前、株主代表訴訟において追及しうる責任の範囲を検討する論文において、一度本判決について検討したことがある⁽¹⁾。そこでは本判決については不明な点が多くその射程は必ずしも長いものではないとの見解を示したが、その後各種文献、なかでもいわゆる調査官解説⁽²⁾に接するに及び、本判決についての認識を改めた部分もあり、再度の検討をすべきであると考えに至った。

筆者は株主代表訴訟が認められる範囲については、いわゆる中間説（折衷説）的な立場にあり、本判決に対しては、取引債務が株主代表訴訟の範囲に含まれるという結論およびその理由付けのいずれについても疑問であると考えているが、本稿では、もっぱら本判決が示した結論と理由付けを整合的に解することを主眼とし、自説の立場からの本判決に対する評価については末尾に簡単に示すにとどめている。

なお、この問題についての学説、および先行裁判例については先の論文で検討を行っているので、本稿では必要な範囲で示すにとどめることとしたい。

I 事案の概要

1 事実

甲株式会社（訴外）は昭和 26 年に、A（訴外、故人）によって設立された会社であり、X（原告、控訴人、上告人）は甲の株主である。昭和 26 年 7 月から昭和 35 年 9 月にかけて、B、C、D および E ほか 2 名（いずれも訴外）は、それぞれが所有する土地（以下、

(1) 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 53 頁。

(2) 高橋穰〔本件解説〕法曹時報 64 巻 4 号 146 頁。以下、単に調査官解説として引用する。

本件土地という)を売却し、本件土地についてそれぞれ所有権移転登記がなされてY(被告、被控訴人、被上告人)名義となっている。なお、この当時、Aは甲の代表取締役、Yは取締役であり、YとXは兄弟、Aは両名の父親である。

Xは甲の監査役に対し、Yに対して本件土地の所有権移転登記手続請求訴訟を提起するよう請求したが、その後60日が経過しても甲が訴訟を提起しなかったため、Yを相手取って株主代表訴訟を提起した。Xは、本件土地は甲が購入したものであり、甲はYに対して本件土地の所有権に基づく移転登記手続請求権があるとし、その理由として、①主位的には、甲の代表者であるAがYに対して、本件土地について甲名義の所有権移転登記手続を委託したところ、Yが甲に無断でY名義の登記をした、②予備的には、甲の代表者であるAがY名義の移転登記手続を委託して期限のない名義借用契約が成立したが、上記の借用契約は本件訴状送達により終了したことをあげた。これに対してYは、本件土地の買主は甲ではなくY自身であると主張した。

2 一審および控訴審判決

(1) 一審判決(大阪地裁平成18年5月25日判決)

一審は、本件各土地を含む周辺の土地についてA親族名義と甲名義が便宜的に使用されてきた可能性を示唆する事情はあるが、本件各土地が甲の所有であったとはいえないとしたうえで、「……本件請求は、甲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甲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、……(平成17年)改正前の商法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ものと解される」と述べてXの請求を棄却した。

(2) 控訴審判決(大阪高裁平成19年2月8日判決)

これに対して控訴審は、Xの主位的請求につき、仮にXの請求が認められた場合にYが負う義務は、所有権者に対して負う登記義務と同一であり、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したうえで、株主代表訴訟の趣旨を、取締役が厳格化された特別な責任を負うことを受け、その責任の履行を確実なものとして株主を保護するものであるとし、「……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。」とした。そしてYが負う登記移転義務につ

いては、「……Yは取締役の立場上、甲に対して、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、株主代表訴訟の対象にはならないとしてXの請求を却下した。

なお、Xの予備的な主張については、Xからの訴状送達で委託契約が解除されたとの主張自体が失当であるとして退けている。

II 判旨

一部破棄差戻し

「Xは、……Yに対し、①主位的には、甲の取得した本件各土地の所有権に基づき、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、②予備的には、甲は、本件各土地の買受けに当たり、取締役であるYに対し、本件各土地の所有名義をYとする所有権移転登記手続を委託し、Yとの間で期限の定めのないY所有名義の借用契約を締結していたが、遅くとも本件訴状がYに送達された時までには上記借用契約は終了したとして、上記契約の終了に基づき、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ている。」

(平成17年改正前)「商法267条所定の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、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。」

「これを本件についてみると、Xの主位的請求は、甲の取得した本件各土地の所有権に基づき、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。」

「これに対し、Xの予備的請求は、本件各土地につき、甲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、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。」

III 検討

1 本判決の位置づけ

冒頭にも述べたように、取締役が会社に対して負ういかなる責任、債務が株主代表訴訟の対象となるのかについては解釈の分かれるところであった。この点については、従来から、全債務説と限定債務説の対立があり、従前の下級審裁判例においても結論が分かれていた⁽³⁾。本判決は、この点についてはじめての最高裁判決であり、大きな意義を持ちうるものではあるものの、従来の各学説のいずれとも整合しない結論と解されること、その理由付けが不明確であることなどについて、批判的な評価が多くなされている⁽⁴⁾。

(3) これまでの裁判例については、土田・前掲注(1)62頁以下参照。

(4) 本判決について、結論自体が不当であるとともに理由付けの説明も不足していると批判するものとして、鳥山恭一〔本件判批〕法学セミナー655号121頁、根本真一〔本件判批〕速報判例解説（法学セミナー増刊）5号127頁、北村雅史〔本件判批〕民商法雑誌142巻2号182頁、宮本航平〔本件判批〕法学新報118巻1＝2号637頁。判旨の理由付け不明確であることを指摘するものとして、日下部信治〔本件判批〕金融・商事判例1333号18頁、福島洋尚〔本件判批〕ジュリスト1398号（平成21年度重要判例解説）122頁、岸田雅雄〔本件判批〕別冊ジュリスト205号〔会社判例百選（第2版）〕140頁。一方、本判決に対して肯定的な評価をするものとして、石山卓磨〔本件判批〕金融・商事判例1332号2頁、藤原俊雄〔本件判批〕判例時報2057号192頁（判例評論611号22頁）、奥島孝康＝落合誠一＝浜田道代編『新基本法コンメンタル会社法3』（日本評論社、平成21年）394-395頁〔山田泰弘〕（ただし、山田泰弘「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」立命館法学333=334号1623頁は、理論構造の不明確さを指摘する）。一方、弥永真生〔本件判批〕ジュリスト1380号64頁、近藤光男〔本件判批〕判例セレクト

2 学説および先例

(1) 学説

学説は大別すると、全債務説と限定債務説が対立しており、第三の立場として中間的あるいは折衷的な解決を図る見解が示されている。また、本判決を契機として、取引債務包含説という新たな見解が主張されるようになっていく。

(イ) 全債務説

株主代表訴訟の対象となる責任について、取締役が会社法上負う責任に限定されず、会社・取締役間の取引によって生じた債務（取引債務）を含む幅広い責任が含まれるとする見解である。その理由としては、①法文に何らの限定がないこと、②株主代表訴訟の制度趣旨は、取締役と会社の特殊な関係に基づく提訴懈怠可能性に備えたものであって、提訴懈怠可能性は、責任の発生原因によって左右されないと考えられること、③取引債務の不履行は注意義務違反になること、があげられる。また、平成17年改正前商法下においては、④いわゆる仲間貸し（同年改正前商法266条1項3号）について、貸付けを行った取締役が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対象とならないことは不均衡である、⑤競業取引における介入権（同法264条3項）を株主代表訴訟で行使できるようにすべきである、との理由付けも示されていた。

なお、取締役就任前に負った債務が株主代表訴訟の対象となるかどうかについては見解が分かれており、以前は就任前の債務についても対象となるとの見解が有力であったが⁽⁵⁾、この点について限定債務説からの批判があり、現在では就任前の債務については対象とならぬとの見解がほとんどである⁽⁶⁾。就任前の債務を対象外とする見解からは、⑥在任中の会社・取締役間の取引が利益相反取引として厳格な規制が課されるこ

ト2009(Ⅱ)21頁は、判決の評価は行わずもっぱら本判決の射程の検討を行っており、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4頁は、本件は特異な事件であり先例的価値を過大評価すべきではないとする。なお、土田・前掲注(1)79頁は、説明不足との立場に立つ。

(5) 大隅健一郎＝大森忠夫『逐条改正会社法解説』（有斐閣、昭和26年）297頁、石井照久『会社法上巻（第2版）』（勁草書房、昭和42年）359頁、大隅健一郎『会社法論中巻（第3版）』（有斐閣、平成4年）272頁。

(6) 鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法（第3版）』（有斐閣、平成6年）300頁、関俊彦『会社法概論（新訂第2版）』（商事法務、平成21年）335頁以下、前田庸『会社法入門（第12版）』（有斐閣、平成21年）439頁、大隅健一郎＝今井宏＝小林量『新会社法概説（第2版）』（有斐閣、平成22年）243頁、加美和照『新訂会社法（第10版）』（信山社、平成23年）382頁、江頭憲治郎＝門口正人『会社法大系4』（青林書院、平成22年）43頁〔松山昇平＝門口正人〕。

ととの均衡から、当該債務の履行を確保する必要がある、との理由付けも示されている⁽⁷⁾。

(ロ) 限定債務説

一方、限定債務説は、株主代表訴訟の対象を、取締役が会社法上負い、その免除に総株主の同意が必要な責任に限定する。この見解はその根拠として、①株主代表訴訟制度は発生原因について特に重要な、したがって免除に厳格な規制のある責任の確実な実現を期したものと解すべきであること、②全債務説は取引債務等について経営陣の裁量を不当に侵害するものであること、③提訴懈怠可能性は会社・取締役間以外にも存在し、提訴懈怠可能性だけで制度趣旨を説明することはできないこと、をあげる⁽⁸⁾。

(ハ) 中間説・折衷説

全債務説と限定債務説の中間的な解決を図る見解であり、どのような責任が対象となるかについては論者により異なるが、取締役が会社に対して負う責任（債務）の性質から、株主代表訴訟の対象となるか否かを決しようとする立場である⁽⁹⁾。

本判決も全債務説、限定債務説のいずれとも異なる、いわば中間的な解決を図っているが、中間説・折衷説は提訴懈怠可能性を株主代表訴訟の根拠とするものではないし、所有権に基づく登記移転請求権を一律に株主代表訴訟の対象から外すものでもないことから、本判決とはあきらかに立場を異にするものである。

(ニ) 取引債務包含説

この見解は、株主代表訴訟の対象となる責任には、取締役が会社法上負う責任に加えて、取引債務が含まれるとするものであり、本判決がとる立場とされているものである⁽¹⁰⁾。この見解は、その理由付けにおいては概ね全債務説と同一の見解に立ちつつ、

(7) 片木晴彦〔判批〕判例時報1731号199頁〔判例評論504号37頁〕。

(8) 江頭憲治郎『株式会社法（第4版）』（有斐閣、平成23年）458頁注(2)、近藤光男『最新会社法概説（第6版）』（中央経済社、平成23年）33頁、弥永真生『リーガルマインド会社法（第13版）』（有斐閣、平成24年）219頁。森本滋〔判批〕私法判例リマックス2009（下）80頁以下は、限定債務説に立ちつつ職務関連性を根拠に損害賠償請求への類推適用を認める（なお後掲注(9)参照）。

(9) 中間的な見解は種々であるが、主に責任追及についての会社の裁量に着目するものとして、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』（鴻常夫先生古稀記念論文集）（商事法務研究会、平成7年）57頁、岸田雅雄〔判批〕別冊ジュリスト180号〔会社法判例百選〕153頁、土田・前掲注(1)74頁以下。責任の性質に着目するものとして、伊藤靖史〔判批〕商事法務1628号131頁（個々の債務の性質を検討すべきとする）、森本・前掲注(4)8頁以下（取引債務は株主代表訴訟の対象とならず、委任契約上の義務は株主代表訴訟の対象とする）。

(10) 高橋・前掲注(2)155頁。

結論としては、取締役が会社法上負うもの以外の責任・債務のうち、取引債務については株主代表訴訟の対象となることを明言する一方で、その他の債務については言及を控えるとの立場に立つものである。

この見解は、本判決を契機として学説として主張されることとなったようであり、その理由付けについても疑問なしとはしない。そこでこの説の当否については、次項であらためて検討することとしたい。

(2) 取引債務包含説の検討

取引債務包含説は、本判決がとる立場であるといわれているにもかかわらず、どのような経緯で主張されるようになった（もしくは学説として類型化された）のか必ずしも明らかではない。すなわち、「取引債務包含説」という語自体は、本判決以前には用いられていなかったようであり、筆者の知る限り、本判決を掲載した各公判判例集のコメント欄が初出ではないかと思われる⁽¹¹⁾。その後、本件の評釈、解説において、次第に取引債務包含説としてそれまでの学説とは独立にカテゴライズされるようになり⁽¹²⁾、さらには調査官解説においても独立した見解として紹介され、本判決の立場であるとされるに至っている⁽¹³⁾。

しかし、取引債務包含説という立場を、本判決以前から存在する学説として、かつ全債務説から独立した見解として観念できるかどうかは疑問である。すなわち、取引債務が株主代表訴訟による責任追及の対象となるか否かという議論は、もともと、全債務説と限定債務説の対立において、取締役が会社に負う責任のなかで、会社側が権利行使について裁量を有すると考えられるものの代表例として持ち出されたものであり⁽¹⁴⁾、取引債務という責任類型に独自の意義があったのではなく、あくまでも全債務

(11) コメント・金融・商事判例 1319 号 41 頁、コメント・判例タイムズ 1295 号 179 頁。両誌はいずれも平成 21 年 7 月 1 日付けで発行されており、コメントの文言は同一であるとともに、その内容は調査官解説とはほぼ同様である。一方、速報として本判決を伝えた金融・商事判例 1315 号 48 頁コメント欄は、本判決を全債務説（非限定説）に立つものとしている。

(12) 日下部・前掲注(4)20頁、山口和男〔本件判批〕別冊判例タイムズ 29 号 190 頁。ただしこれらはいずれも公判判例集のコメント欄に依拠した整理であると思われる。また、宮本・前掲注(4)648 頁以下は、昭和 25 年商法改正直後から取引債務包含説が主張され、これが発展して全債務説に至ったと整理するが、当初の取引債務包含説も取引債務以外の債務を排除する趣旨ではなかったと整理する。

(13) 高橋・前掲注(2)155 頁。

(14) たとえば、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」北沢正啓＝浜田道代編『商法の争点 I』〔ジュリスト増刊〕157 頁は、取締役の責任を、①商法（会社法）違反の行為により取締役が特定物の返還義務、登記移転義務を負っている場合、②取締役が会社に対して契約責任、不法行為責任を負う場合、③取締役の任務懈怠責任の場合、に分類し、①③については株主代表訴訟の対象となることを認め、②については全債務説、限定債務説で主張が対立す

説からは株主代表訴訟の対象とすることについて最も意味のある責任として、逆に限定債務説からすれば最も株主代表訴訟の対象となるべきではない類型として、議論の対象とされてきたにすぎない。

また、上記コメント欄等が取引債務包括説として引用する諸見解についても、同説に立つとは解しがたいものが多く存在する⁽¹⁵⁾。これらの引用文献においては、たしかに取引債務が株主代表訴訟の対象となるとの記述は存在するが、その理由付けとして、①株主代表訴訟制度が昭和25年改正前商法267条と同趣旨であること⁽¹⁶⁾、②提訴懈怠可能性からすると請求原因の如何を区別すべきでないこと⁽¹⁷⁾が示され、あるいは、③所有権移転登記抹消請求の株主代表訴訟による追及を認めた裁判例が示されている⁽¹⁸⁾。これらの理由付けは、取引債務以外の責任にも広く当てはまるものであり、このような見解は、全債務説に立つものと解すべきである⁽¹⁹⁾。一方では、これまで中間説と評価されてきた見解も取引債務包含説として引用がなされている⁽²⁰⁾。

る旨を示す。

(15) 高橋・前掲注(2)152頁、および金融・商事判例1319号および判例タイムズ1295号のコメント欄に取引債務包含説としてあげられている文献のうち、大隅=大森・前掲注(5)297頁、鈴木竹雄=石井照久『改正株式会社法解説』(日本評論社、昭和25年)179頁、石井・前掲注(5)359頁、片木・前掲注(7)199頁、龍田節『会社法大要』(有斐閣、平成19年)164頁は全債務説に立つと解すべきであり、岸田・前掲注(9)153頁は中間説に立つと解すべきである。

(16) 大隅=大森・前掲注(5)297-298頁、鈴木=石井・前掲注(15)179頁。昭和25年改正前商法267条は、少数派株主の請求により監査役、もしくは特別代理人が取締役の責任を追及するとの制度を採用していたが、責任の範囲については全債務的な考え方が取られていた。奥野健一ほか『株式会社法積義』(巖松堂書店、昭和14年)181頁。一方、この点に疑問を示すものとして、森本・前掲注(4)14頁注(34)。

(17) 大隅=大森・前掲注(5)297-298頁、鈴木=石井・前掲注(15)179頁、石井・前掲注(5)359頁。なお、岡咲恕一ほか『新会社法と施行法』(学陽書房、昭和26年)95頁〔岡咲恕一〕は、全債務説的な記述はないものの、鈴木=石井・前掲(15)180頁を引用する。

(18) 片木・前掲注(7)199頁、龍田・前掲注(15)164頁。前者は競業取引における介入権、所有権移転登記を判示し、後者は株主代表訴訟の対象について、「取締役が会社との取引に基づいて負う債務(登記の移転・回復を含む)」と述べたうえで、大阪高判昭和54年10月30日高民集32巻2号214頁を引用する。

(19) 同旨、宮本・前掲注(4)650頁。

(20) 岸田・前掲注(9)153頁。同論文を中間説と位置づけるものとして、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」吉原和志=山本哲生編『変革期の企業法』〔関俊彦先生古稀記念〕(商事法務、平成23年)87頁、94頁注(8)、土田・前掲注(1)62頁、83頁注(15)。岸田論文は、限定債務説が述べる場合以外にも、「会社の自由裁量を損なわず、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も存するのではないだろうか」としたうえで、「取締役が違法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」には登記移転義務を株主代表訴訟で追及することは株主代表訴訟の対象を拡大することにはならない、と述べているのであり、適法な取引の履行義務についても株主代表訴訟の対象とする全債務説(および

以上からすると、「取引債務包含説」と呼ばれる見解は、本判決の立場を説明するために作られたものと考えるべきであろう。すなわち、後に検討するように、本判決は基本的には全債務説と共通の理由付けを用いつつ、結論においては全債務説と異なるものであって、一見するとその理由付けが十分に示されているとはいえない。取引債務包含説は、従来の学説（特に全債務説であると解されてきた見解）において、取締役が会社法上負う責任および取引債務以外の責任についての言及がないという点を強調することで、その理由付けの説明を回避する役割を果たすものであるといわざるをえないように思われる。

3 本判決の検討

(1) 本判決が示す理由付け

本判決は、Xの請求を、(a) 甲社の所有権に基づく登記移転請求（主位的請求）、(b) 名義借用契約の終了による原状回復としての登記移転請求（予備的請求）、であると整理している。そして、①株主代表訴訟の趣旨は提訴懈怠可能性に備えたものであり、懈怠のおそれは取締役がその地位に基づいて負う責任の追及に限られないこと、②平成17年改正前商法266条1項3号により貸付取締役が負う責任が株主代表訴訟の対象であることとの均衡、③取締役は会社との取引によって負う債務を忠実に履行する義務を負うこと、の3点を示し、そのうえで予備的請求である取引債務の履行請求は株主代表訴訟の対象となる責任であるとする一方、主位的請求である所有権に基づく請求については、「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」として株主代表訴訟の対象外とした。判旨が取引債務を株主代表訴訟の対象とする理由付けは、いずれも従来全債務説が示してきた理由付けであり、この点については大きく問題視されることはなかったが、主位的請求である所有権に基づく登記移転請求については、判決の末尾で、しかも取引債務ではないからと述べるのみで、何ら特段の理由を示すことなく株主代表訴訟の対象とはならないと判示したため、学説の混乱と批判を呼ぶこととなった。

(2) 取引債務を株主代表訴訟の対象とする根拠

本判決が取引債務が株主代表訴訟の対象に含まれるとする理由付けについて整理をすると、上記①は全債務説の理由付け②に、③は④に、④は③に対応するものであって、この限りでは全債務説の理由付けを逸脱するものではない。また調査官解説において

取引債務包含説）とは異なる立場と解すべきである。

も、上記④の理由付けを補強する形で、④'昭和25年改正前商法267条による責任追及の対象が任務懈怠責任に限られないと解されていたこと、および、⑤を補強する形で、⑤'取締役が会社に対して取引上の債務を履行しない場合には任務懈怠による損害賠償責任を追及しようとしても、取引上の債務自体の履行を求める方が有効、適切であること、が示されている⁽²¹⁾。これらの理由付けは、いずれも取引債務が株主代表訴訟の対象となることについての根拠としては適切なものであり、限定債務説からの批判はあるとしても、特に矛盾のあるものではない。一方⑥については、本件は平成17年改正前商法下の事案であるにしても、本判決の時点ではすでに会社法が施行されており、平成17年改正前商法266条1項3号は廃止されていたにもかかわらず、なぜ敢えてこれを理由付けとして持ち出したのかについて疑問が投げかけられているが⁽²²⁾、この点については調査官解説においても、単に限定債務説によると仲間貸しの場面で不均衡であることが述べられるのみである⁽²³⁾。

(3) 所有権に基づく請求を排除する根拠

(イ) 一方で、本判決がXの主目的請求を株主代表訴訟の対象としなかった理由付けについては、「取引債務の責任を追及するものにもあたらない」という以上の判示はなされていない。本件判旨は「取引債務も」株主代表訴訟の対象となるといい、調査官解説においても、本判決が取引債務包含説、すなわち取引債務は株主代表訴訟の対象になるが、それ以外の責任については言及がないという立場に立つものであると整理がなされたにもかかわらず、所有権に基づく登記移転請求が株主代表訴訟の対象とされなかったことについて何らの具体的理由が示されていないことについては大いに疑問である。

そこで、「取引債務の責任を追及するもの」ではないから株主代表訴訟の対象とはならない、という判旨の言い回しを手がかりに本判決の立場を検討することを試みる。

前述のように、本判決が取引債務を株主代表訴訟の対象に含むとする根拠は、④提訴懈怠可能性は会社法上の責任に限られない、⑥仲間貸し責任との均衡、⑤取引債務の履行に忠実義務を負うこと、の三点である。このうち④が所有権に基づく請求を排斥する理由付けにならないことは明らかであろう。また、⑤についても、取引債務について忠実に履行する義務があることは妥当であるとしても、これ以外の債務につい

(21) 高橋・前掲注(2)156頁。

(22) 北村・前掲注(4)198頁以下。なお、高橋・前掲注(2)157頁は、本判決は会社法下でも同様に妥当するであろう旨を述べる。

(23) 高橋・前掲注(2)156頁。

ても、取締役であれば忠実に履行する義務はある、ということも可能であり（全債務説はまさにこのように解する）、これだけで取引債務以外の責任が株主代表訴訟の対象となるか否かを決することはできない⁽²⁴⁾。

（ロ）一方㊸については、あえて本判決の意図を推測すると、以下のようなことがいえるように思われる。

平成17年改正前商法266条1項3号は、いわゆる仲間貸しにおける未弁済の貸付金について、会社に現実の損害が生じているか否かを問わず、貸し付けた取締役に無過失責任を負わせる規定であり、いわば貸付けをした取締役を保証人的な地位に置く規定であった⁽²⁵⁾。そこで限定債務説のように、仲間貸しにおいて、借入れをなした取締役に対する株主代表訴訟を認めないこととすると、主債務については株主による追及を認めず、保証債務については株主による追及を認めることになり均衡を欠く、との価値判断があったのではないかと。換言すれば、仲間貸し責任についていえば、保証人である貸付取締役に対する株主代表訴訟が認められる以上、主債務者たる借入取締役の負う弁済義務は、第三者が会社に対して負う弁済義務とは異なり、株主による履行の強制が許容されるような特別な義務である、と本判決は考えたのではないかと⁽²⁶⁾。無論、これは仲間貸しもしくはこれに類似する場合にのみ株主代表訴訟を認めようとの趣旨ではなく、取締役の会社に対する取引債務については、第三者が会社に対して負う一般的な履行義務とは異なる高い義務が課されるとの価値判断を示したものと解すべきであろう⁽²⁷⁾。

そして、このような観点から理由付け㊸を見れば、本件判旨が、取締役・会社間のあらゆる義務について取締役に高度の履行義務を課すのではなく、「……『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」と判示した意味も自ず

(24) 同旨、宮本・前掲注(4)646頁。

(25) 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法（第4版）』（有斐閣、平成16年）400-401頁。

(26) 判旨が平成17年改正前商法266条1項3号を特に示した点については、これを利益相反取引の直接取引に関する規制のバランス論であると解する立場もあるが（宮本・前掲注(4)646頁）、利益相反取引における会社側取締役の責任は、本質的には取引条件の不正（履行の見込みもその要素のひとつではある）についての損害賠償責任であるし、取引取締役が弁済期に未履行であれば直ちに責任が生じるというものでもない。

また、利益相反取引の直接取引における責任の均衡ということであれば、同項4号を示せば会社法の規制との連続性がある程度保たれたはずであり、これ以前にも、取締役・会社間の取引成立時点での利益相反性を株主代表訴訟が認められる根拠とする学説は示されていたことからすれば（片木・前掲注(7)199頁）、本判決があえて同項3号を理由付けに用いた趣旨については本文のように解する方が妥当ではないかと思われる。

(27) 高橋・前掲注(2)155頁以下。

から明らかになろう。取引債務についてなぜ高度な履行義務があると考えられるのかについて、本件判旨は特段の判示をしていないが、理由付け⑩⑪からすれば、取締役・会社間における債権債務関係の発生における利益相反的關係、すなわち、会社との法律関係に入るに際し、取締役が会社に対する忠実義務を負担していることが要求されると解するのが妥当ではないかと思われる⁽²⁸⁾。たとえば利益相反取引(会社法 356 条 1 項 2 号)においては、取締役は会社に対する忠実義務を負い、会社の利益を害して自らの利益を図るような取引条件で取引を行うことは許されず、そのような場合においては任務懈怠責任を負うと考えられるが、取引の入り口において忠実義務にしたがった取引条件の設定が求められる以上、出口である履行の場面においても忠実に履行することが求められる、という理由付けである⁽²⁹⁾。

このような理解に立てば、本判決が、これまでの全債務説とは一線を画すものであることがあきらかになる。すなわち、全債務説は、提訴懈怠可能性という、責任が追及される場面での会社・取締役間の特殊な関係にもっぱら注目するものであって、取締役が会社に対して負う責任の性質や発生原因を問うことなく、一律に株主代表訴訟の対象とするものである。これに対して本判決の立場は、提訴懈怠可能性の存在を前提としつつも、責任の発生原因にも着目し、取締役が債務発生における忠実義務ゆえに会社に対して高度な履行義務を負う類型の責任の場合においてのみ、株主代表訴訟による追及を認めるものと解されるのである。本件判旨は、株主代表訴訟は「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」に備えたものであることを示すが、この「役員相互間の特殊な関係」とは、責任追及時点だけでなく、債権債務関係の発生時点における関係をも指すものと考えらるべきであろう。

(ハ) 以上の検討からすると、本判決が、Xが主張する甲の所有権に基づく登記移転請求を株主代表訴訟の対象としなかったのは、所有権に基づく権利義務関係は、その発生において義務者である取締役Yに履行に関する忠実義務を生じさせるものではない、という理由によると考えるべきことになる。所有権は対世的な権利であって、取引債務のように権利義務関係の発生において両者の特殊な関係が作用するものではない

(28) 土田・前掲注(1)77頁以下においては、本件判旨の理解として、本判決はもっぱら提訴懈怠可能性の有無に着目したものであり、取引を決定した経営陣が自らの責任を問われることを危惧することで提訴懈怠可能性が高まるのが、取引債務が株主代表訴訟の対象とされた理由ではないかとしていたが、その後に調査官解説等に触れ、本件判旨の趣旨としては本文のように解するに至った。

(29) 本判決以前に取引債務について同様の趣旨を述べるものとして、片木・前掲注(7)199頁。また、全債務説のうち、在任中の責任に限って株主代表訴訟の対象となるとする見解一般についてこの点を指摘するものとして、山田・前掲注(4)論文1652-1653頁。

いから、所有権に基づく権利義務関係は、必ずしも取締役・会社間の利益相反的な状況下で発生するとは限らない。たとえば、たまたま取締役との物権的な争いのある不動産を会社が購入したような場合であっても、会社は取締役に対して物権的請求権を有することになるが、仮に全債務説に立ったとしても、このような「責任」を株主代表訴訟で追及しようと解すべきかどうかは微妙であろう。一方で、たとえば取締役が会社に対して不動産を売却したような場合であれば、登記移転義務は、売買契約という「取引」に基づく義務として、忠実に履行する義務が生じることになる。

本件の一審段階においては、Xは所有権に基づく登記移転請求のみを請求原因とし、Yが無断で登記を騙取したことを主位的主張として、甲Y間の登記名義借用契約が終了したことを予備的主張として主張していたが、本判決においては、前者は物権的請求権、後者は契約に基づく請求権として主位的請求、予備的請求と整理し直し、後者についてのみ株主代表訴訟を認めている。この点からみても、最高裁は、単に物権的請求権に基づいて登記移転義務を負うのでは不足であり、その移転義務が、取締役と会社という関係の下で生じたことを要求するとの立場にあると解するのが妥当である。

(4) 本判決の射程

以上の検討をもとに、本判決が明示していない責任の種類について、株主代表訴訟による追及が認められるか否かを考えると、おおむね以下のようになると思われる。

(イ) 取引債務の履行義務以外の責任

まず、取引の無効、取消し、解除等による原状回復義務については、本判決が契約の終了による登記名義移転請求を株主代表訴訟の対象としていることからしても、当然に株主代表訴訟の対象になると考えられる⁽³⁰⁾。支給が無効である報酬の返還義務や、無効な利益相反取引における原状回復義務についても当然に株主代表訴訟の対象となる。また、取締役の横領行為についても、代表取締役の権限濫用として横領行為が行われた場合には、会社・取締役間の無効な取引として同様に考えることが出来る。会社が購入した土地について代表取締役が個人名義で登記を行ったような場合について

(30) 弥永・前掲注(4)65頁、福島・前掲注(4)123頁、奥島ほか編・前掲注(4)394-395頁〔山田〕、北村・前掲注(4)200頁。一方、利益相反取引である自己株式処分の無効(平成13年法律79号改正前商法下の事案で処分方法について特段の定めがなかった事案)を主張して株券の返還を求めた事案について(東京地判平成20年1月17日判例時報2012号117頁。限定債務説に立ち訴え却下)、本判決の下でも「株主権に基づく株券返還請求」は認められないとする見解があるが(東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟Ⅰ(第3版)』(判例タイムズ社、平成23年)295-296頁〔小濱浩庸〕)、自己株式売買契約無効による原状回復と構成すれば株主代表訴訟の対象となると考えられよう。

は、会社・代表取締役の間における会社名義での登記を行うとの委任契約の履行請求として処理されることになる。

一方で、取締役の地位とは無関係に負うこととなった不法行為責任や⁽³¹⁾、会社が第三者から譲り受けた取締役に対する債権の履行義務といったものは、株主代表訴訟による追及の対象とはならないであろう⁽³²⁾。

問題となるのは、取締役がその権限とは無関係な場面で会社財産を窃取した場合の返還義務、あるいは取締役の地位に関連して生じた不法行為責任であるが、本稿の分析からすれば、返還義務あるいは損害賠償責任は忠実に履行をすべきであろうから、おそらく株主代表訴訟の対象となるのではないかと思われる⁽³³⁾。

(ロ) 取引債務における例外

取引債務のなかでも、取締役の就任前に生じた責任については、本判決が示す平成17年改正前商法266条1項3号は「他ノ取締役」に対する貸付けが対象であること、本件判旨が、債権債務関係の発生原因における会社・取締役間の特殊な関係を要求していることからすると、株主代表訴訟による追及は認められないことになろう⁽³⁴⁾。

(5) 本判決の評価

(イ) 本判決の結論・理由付けについては、全債務説、限定債務説のいずれの立場からも批判がありうる⁽³⁵⁾。このうち限定債務説からの批判に関していえば、これは株主代表訴訟の制度趣旨についての見解の相違であるから、取引債務を株主代表訴訟の対象とするとの結論について批判がなされるのは当然である。

(31) 高橋・前掲注(2)157頁。休暇中の偶然な交通事故などが考えられる。森本・前掲注(8)80頁。

(32) 第三者・会社間の債権譲渡については、債務者である取締役の意向と無関係になし得ることであるし、債権の発生については会社・取締役の特殊な関係が存しないことからすれば、本判決の立場としてはこのように解すべきであろう。弥永・前掲注(4)65頁。一方、山田・前掲注(4)論文1674頁は、一般論として、第三者が取締役に対して有する債権を会社が譲り受けることは間接取引(会社法356条1項3号)に該当するため、株主代表訴訟の対象とすべきであると述べるが、たとえば、A銀行取締役PがB銀行から住宅ローンを借り入れた後、BがAに銀行事業を譲渡すると、PのローンをA株主が追及できるようになるのは不当であろうし、民法468条の趣旨とも整合しないであろう。

(33) 調査官解説が「職務遂行とは無関係な」不法行為責任については株主代表訴訟の対象とならないとしていることから(高橋・前掲注(2)157頁)、職務遂行に関連する不法行為責任については株主代表訴訟の対象となると解される。同旨、山田・前掲注(4)論文1673頁(取締役が在任中に退任後の競業のために従業員を引き抜く行為が例示されている)。もっとも、任務懈怠とは別個の職務遂行に関連する不法行為というものがどこまで観念されるのかはまた別問題である。

(34) 全債務説に立つ学説も、現在ではほとんどが就任前の債務を除外している。前掲注(6)の各文献参照。

(35) 鳥山・前掲注(4)121頁。

(ロ) 一方、全債務説からの批判についてはいま一度検討の必要があるように思われる。上記(4)で検討したように、本判決の立場に立てば、取締役就任前の債務、会社が第三者から譲り受けた取締役に対する債権の履行義務、第三者が取締役に対して物権的請求権を有する動産や不動産を会社が譲り受けた場合の当該請求権といったものについては、株主代表訴訟による責任追及の対象外となると考えられる。全債務説に立つ論者であっても、これらの責任については株主代表訴訟の対象外であると解する立場が多いと思われるが、提訴懈怠可能性を主たる根拠として、取締役が会社に対して負うすべての責任(義務)が株主代表訴訟の対象となると解する限り、これらの責任を株主代表訴訟の対象外とする理論的な説明は困難であると思われる。取締役就任前の債務を株主代表訴訟の対象外とするためには、提訴懈怠可能性だけでなく、債権債務関係の発生における特殊な関係の有無をメルクマールとして用いる必要があり、その帰結として、その発生において会社・取締役間の特殊な関係に基づかない単なる物権的請求権は、株主代表訴訟の対象から除外されざるを得ないことになる。その意味で、本判決が所有権に基づく登記移転請求を株主代表訴訟の対象外としたのは、現在の通説的な(取締役就任前の債務を株主代表訴訟の対象外とする)全債務説を敷衍したものと評価することも可能であろう⁽³⁶⁾。

ただし、本判決が、一審におけるXの主位的主張につき、甲社代表取締役Aからの甲名義での登記の委託にもかかわらず、YがY名義での登記を行ったとの主張を捨象して、単なる所有権に基づく登記移転請求と構成したことについては疑問を差し挟む余地はあるかもしれない。一審におけるXの請求は所有権に基づく登記移転請求であったが、Xの、甲社代表取締役Aから委託を受けた取締役Yが委託の本旨に反した登記を行ったとの主張を、甲名義での登記をなすという甲Y間の委任契約に基づく義務(取引債務)の履行を求めるものと解して、株主代表訴訟の対象とすることは十分可能であったように思われる⁽³⁷⁾。もっとも、Xの予備的主張(予備的請求)が株主代表訴訟の対象とされたことから、差戻審では甲Y間の委任契約の内容が審理されることとなるはずであり、そこでは甲Y間において「甲名義での登記の委託」がなされたのか「Y名義での登記の委託」がなされたのかについて審理が可能であろうから、紛争の解決

(36) 同旨、根本・前掲注(4)129頁以下。山田・前掲注(4)論文1653頁は、このような考え方は、むしろ限定債務説の拡張と評価すべきであるとする。

(37) 北村・前掲注(4)200頁。Xも上告理由でこのように主張している(民集63巻3号9頁)。なお、一審判決はXの主位的主張について、「取締役任用契約に基づき甲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」と述べており、取引債務的な判示をしている。一方控訴審は主位的主張について所有権に基づく請求と解しているようである。

という意味ではそれほど問題にはならないようにも思われる。

おわりに

以上のように、本判決は、現在唱えられている全債務説とは一線を画すものでありつつも、その立場と必ずしも不整合なものとはいえず、むしろ精緻化された全債務説と評価することも可能であるように思われる。今後は、全債務説の立場から、本判決を踏まえたさらなる考察が期待される。

なお、中間説的な見解に立つ私見からは、やはり（在任中の）取引債務でありさえすれば株主代表訴訟の対象となるとの結論には疑問が残る⁽³⁸⁾。取締役・会社間の取引であっても、取引条件が適正であれば、その履行については会社経営陣の判断に委ねるのが妥当であり、単独株主が、経営陣の判断の不当性を主張することを要せずに経営判断を上書きすることは認めるべきではない⁽³⁹⁾。近時、取引債務について株主代表訴訟を認めても、経営陣は取締役の債務について免除等の処分をなしうるから、経営陣の裁量を必ずしも侵害することにはならない⁽⁴⁰⁾、あるいは株主代表訴訟と経営陣の裁量については調整が可能である⁽⁴¹⁾との反論もなされているが、株主による提訴請求を契機に、一定の判断をすること自体は強制されてしまうのであり、なぜ、取引の相手方が取締役である場合に限ってそのような強制が許容されるのか、説明が必要であるように思われる⁽⁴²⁾。無論、そのような裁量（何ら裁量を發揮せずに塩漬けにしておくとの選択を含む）を認めることで、取締役に対する取引債務の追及が懈怠される可能性はあろうが、それに対しては、経営陣に対する任務懈怠責任の追及を行うこととすべきであろう。

最後に、予想される今後の議論の展開について一言触れておくと、全債務説は、株

(38) ことに本判決の後の議論においては、取締役がその在任中に職務とは無関係に負う不法行為責任については株主代表訴訟の対象外される一方で、取締役がその在任中に職務とは無関係に負う取引債務の履行責任や債務不履行責任については株主代表訴訟の対象とされているが、この結論が均衡のとれたものであるのかは大いに疑問である。

(39) 森本・前掲注(4)9頁。また、全債務説や取引債務包含説によれば、取締役の会社に対する贈与の履行や、約款取引のように定型的で利益相反のおそれがない（取締役と会社との取引であっても利益相反取引の承認の必要がない）取引の履行請求についても、株主代表訴訟の対象となってしまうと思われるが、果たしてこのような結論は妥当であろうか。

(40) 宮本・前掲注(4)653-654頁。

(41) 吉原・前掲注(20)101頁以下、山田・前掲(4)論文1653頁以下。

(42) 逆に、取引債務についての株主代表訴訟が経営陣の裁量を全く侵害しないのであれば、そもそも株主代表訴訟を認める意義はないことになる。

主代表訴訟の対象となる責任が在任中のものに限られるという点から、単なる提訴懈怠可能性による理由付けではなく、債権の発生における会社・取締役間の特殊な関係を媒介とした忠実義務をその根拠とする方向に進むのではないかと思わわる⁽⁴³⁾。ここでは、取締役が会社に対して負う、「その地位ないし職務に関連」する債務という限定を付した上で⁽⁴⁴⁾、債務の種類を問わず株主代表訴訟の対象となると解することになる。一方で限定債務説についても、現在の会社法が明文で責任免除を規制しているかどうかという形式的な基準を離れるのであれば⁽⁴⁵⁾、株主代表訴訟が認められるか否かは、もっぱら会社による権利行使についての裁量の有無に帰着し、取締役が「その職務に基づいて」負う責任については会社による権利行使についての裁量は認められず株主代表訴訟の対象となる⁽⁴⁶⁾、との議論に向かうことが考えられる。そうすると、株主代表訴訟の対象となる責任の範囲については、債務の発生における取締役の地位に着目する立場と、取締役の職務との関連性に着目する立場の対立に収斂していくのではないだろうか。

(43) 山田・前掲注(4)論文1667頁は、いち早くこの点を明らかにしている。ただし、利益相反取引規制のない監査役、会計監査人等についても同様の議論が可能であるかどうかはさらなる検討が必要であろう(同論文1668頁は、利益相反取引規制がない役員等については、取引債務は株主代表訴訟の対象にはならないとする)。

(44) 吉原・前掲注(20)114頁注(46)。同旨、山田・前掲(4)論文1670頁(債務負担の原因行為が在任中に行われることが忠実義務の根拠であるとする)。

(45) 現在の会社法において、責任免除の規制と株主代表訴訟の対象が必ずしも厳密に対応していないことについて、土田・前掲注(1)73-74頁。拙稿では、株主代表訴訟の対象となる責任については解釈上、免除に総株主の同意を要すると解することを提案しているが(同80-81頁)、条文上困難であるとの指摘もなされている。吉原・前掲注(20)111頁注(31)。

(46) 森本・前掲注(4)8頁以下。私見も基本的にはこの立場にある。