

Title	株主代表訴訟で追及し得る取締役の責任の範囲と忠実義務論： 最高裁平成21年3月10日判決の意義と限界
Sub Title	Liabilities of director by shareholder's lawsuit and its fiduciary duties under Japanese law : scope of shareholder's lawsuit under Japanese case law including judgement of the supreme court of Japan on 10 March 2009
Author	岡, 伸浩(Oka, Nobuhiro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2018
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.41 (2018. 11) ,p.1- 52
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20181130-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

株主代表訴訟で追及し得る取締役の責任の 範囲と忠実義務論

——最高裁平成 21 年 3 月 10 日判決の意義と限界——

岡 伸 浩

- 第 1 はじめに
- 第 2 問題の所在
- 第 3 学説の諸相
- 第 4 下級審裁判例の分析と若干の考察
- 第 5 最高裁平成 21 年判決
- 第 6 最高裁平成 21 年判決の判断要素の分析
- 第 7 最高裁平成 21 年判決が残した問題
- 第 8 考察
- 第 9 まとめに代えて

第 1 はじめに

株主代表訴訟（以下「代表訴訟」と表記する）によって追及し得る責任の範囲をいかに解するかという問題は、古くから議論されてきた。また、この問題をめぐる下級審裁判例も複数存在していたところ、最高裁判所平成 21 年 3 月 10 日判決民集 63 卷 3 号 361 頁（以下「最高裁平成 21 年判決」と表記する）は一定の判断を示した¹⁾。もっとも、既存の学説との関係を踏まえて最高裁平成 21 年判決がいかに評価されるべきかについては、論者によって様々な議論が展開されている²⁾。この様な状況の中で本稿は、従来の学説および下級審裁判例を検討した上で、最高裁平成 21 年判決の意義とともに最高裁平成 21 年判決が残した問題につき、取締役の忠実義務を中心に分析し考察することを目的とする。

第2 問題の所在

代表訴訟は、株主が、取締役、会計参与、監査役（以上、三者につき会社法329条1項は「役員」とする）、執行役、会計監査人（上記「役員」とあわせて会社法423条1項は「役員等」とする）、清算人、設立時取締役、設立時監査役、発起人に対して、これらの者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（会社法847条）。

また、代表訴訟は、払込みを仮装した設立時募集株式の引受人に対する支払を求める訴え（会社法102条の2第1項）、不公正な払込金額で株式を引き受けた者等に対する支払を求める訴え（会社法212条1項）、不公正な払込金額で新株予約権を引き受けた者等に対する支払を求める訴え（会社法285条1項）、株主の権利行使に関する利益の供与を受けた者に対する利益の返還を求める訴え（会社法120条3項）、出資の履行を仮装した募集株式の引受人に対する支払または給付を求める訴え（会社法213条の2第1項）、新株予約権に係る払込み等を仮装した新株予約権者等に対する支払または給付を求める訴え（会社法286条の2第1項）について提起することができる（会社法847条1項、3項）。

この様な会社法847条1項の規定振りからも明らかなおり、個別の条文（会社法102条の2第1項、会社法212条1項、会社法285条1項、会社法120条3項、会社法213条の2第1項、会社法286条の2第1項）に基づきその支払や給付

-
- 1) 最高裁平成21年判決においては、平成17年改正前商法267条に規定する株主代表訴訟によって追及し得る「取締役の責任」の範囲が問題とされたが、会社法において、この点の解釈が変更されたものとは考えられず、そのまま会社法847条の解釈にも当てはまるものとして考察する。同様の指摘として、法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇平成21年度（上）（1月～6月分）』（法曹会・2012年）185頁〔高橋讓〕、山田和夫「判批」別冊判例タイムズ29号（2010年）191頁。なお、本稿では、株式会社を「会社」と表記している。
 - 2) 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」立命館法学第5・6号（333・334号）下巻（2010年）1624（3084）頁は、最高裁平成21年判決は、判断の理由付けと結論の関係が曖昧であり、この判断によって、以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、と指摘するが賛成である。

を求める訴えの場面では、請求の範囲は、それぞれの条項が予定する個別具体的要件の充足・非充足を通じて判断することとなる。しかし、取締役に関しては、「責任を追及する訴え」（会社法 847 条 1 項）とのみ規定することから、この責任の範囲をいかに解すべきかが問題となる。さらに、この問題に関連して、ある取締役が取締役に就任する以前に会社に対して負担した債務が代表訴訟の対象になるかという問題も存在する。なお、会社法 847 条 1 項は、「役員等」に取締役、会計参与、監査役、執行役および会計監査人を含むとしているが（会社法 423 条 1 項）、本稿では、このうち取締役の責任追及に関する部分を考察の対象とする。

第 3 学説の諸相

この問題につき、従来から主張されている主な学説を整理すると次のとおりである。

1 全債務説

全債務説とは、代表訴訟によって追及し得る取締役の責任の範囲には取締役が会社に対して負担する一切の債務を含むとする見解をいう。ここにいう一切の債務とは、会社法が個別の条文で定める取締役の会社に対する責任のほか、取締役が会社に対して負担する取引上の債務、不法行為債務、登記移転債務その他の債務をいうと解されている³⁾。この見解は、代表訴訟（会社法 847 条 3 項、5 項）の制度趣旨を、本来会社自身が追及すべき取締役の責任につき取締役相互の馴れ合いによってその追及を怠り（提訴懈怠可能性）、会社ひいては株主の利益を害することからこれを防止する点にあるとする。その上で、この提

3) 前田庸『会社法入門〔第 12 版〕』（有斐閣・2009 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・2010 年）243 頁、龍田節＝前田雅弘『会社法大要〔第 2 版〕』（有斐閣・2017 年）178 頁、相澤哲＝郡谷大輔＝葉玉匡美『論点解説 新・会社法一千問の道標』（商事法務・2006 年）349 頁、柴田和史『会社法詳解〔第 2 版〕』（商事法務・2015 年）254 頁、田中誠二『会社法詳論〔三全訂版〕（上巻）』（勁草書房・1993 年）702 頁、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法〔第 3 版〕』（有斐閣・1994 年）300 頁。

訴懈怠可能性は、取締役の会社法上の責任が会社と取締役間の取引債務であるかを問わないこと、および会社法 847 条 1 項は単に「責任」とのみ規定していること等を根拠とする。

なお、全債務説も、取締役が会社に対して負う善管注意義務の履行自体を求める代表訴訟を提起することはできないとしている⁴⁾。

また、取締役に就任する前に会社に対して負担した債務が代表訴訟の対象となるかという点については、代表訴訟の制度趣旨が提訴懈怠可能性にあるという理解から出発し、取締役となる以前から負担していた債務も対象となるとする見解も存在する⁵⁾。しかし、今日では、全債務説を前提としても、代表訴訟の対象となる責任は取締役在任中に負担したものに限り、就任前に負った会社に対する債務は対象とならないとする見解が多数であると解される⁶⁾。ただし、この立場も、取締役在任中に取締役が負担した会社に対する責任は、取締役退任後も代表訴訟によって追及することができるとする⁷⁾。

2 限定債務説

限定債務説とは、代表訴訟は一般に総株主の同意によってのみ免責が可能とされている会社法上の取締役の責任追及（会社法 423 条 3 項 1 号、428 条）に限り提起することができるとする見解である⁸⁾。この見解は、代表訴訟の制度趣旨を取締役の債務の発生原因において特に重要な、事実上免責不可能な責任に

4) 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『関俊彦先生古稀記念 変革期の企業法』（商事法務・2011年）86頁、北村雅史「判批」民商法雑誌 142 巻 2 号（2010年）192頁。なお、本稿でも考察の対象とする大阪地判昭和 38 年 8 月 20 日下民集 14 巻 8 号 1585 頁は、この理由について、「商法が代表訴訟の制度を設けた所以は、会社の取締役に対する責任追及の懈怠を是正するため、株主が会社に代つて提訴することを許容したものに止まり、提訴懈怠という忠実義務自体の不履行を是正するため右義務自体の強制的実現を意図したものではないからである」とする。

5) 田中・前掲注 3) 703 頁。

6) 大隅ほか・前掲注 3) 243 頁等。なお、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（2010年）61 頁参照。

7) 大隅ほか・前掲注 3) 243 頁。

ついでその確実な実現を期する点にあるとする。また、全債務説が代表訴訟の制度趣旨を取締役相互の馴れ合いから生じる提訴懈怠可能性に求めるのに対して、限定債務説は、提訴懈怠可能性は支配株主や会社の役員と特殊な関係にある株主に対する関係でもあり得るものの、この様な株主が取締役でない限り代表訴訟の対象たり得ない以上、提訴懈怠可能性のみからは代表訴訟の制度趣旨は説明しきれないとする⁹⁾。また、会社に対するすべての責任について代表訴訟による追及を認めると、訴えの不提起が会社の裁量権の範囲内か否かを裁判所が判断して代表訴訟を許すアメリカと異なり¹⁰⁾、会社の裁量権を認めない点で柔軟性を欠く我が国の制度の下では会社の経営上の判断の余地を制約し過ぎるとする¹¹⁾。例えば、全債務説または取引上の債務包含説が取締役と会社との間の取引により生じた取締役の取引債務も代表訴訟の対象となると解する点に対して、この様に取引上の債務も代表訴訟の対象としてしまうと、取引上の債務の履行を猶予することが適当な場合にもそれができなくなると批判する¹²⁾。

3 中間説

全債務説と限定債務説の中間的に位置付けることができる見解として、以下のようにいくつかの見解が主張されている。それぞれの学説は、全債務説に対し

8) 近藤光男『最新株式会社法〔第8版〕』（中央経済社・2015年）362頁、弥永真生『リーガルマインド会社法〔第14版〕』（有斐閣・2015年）246頁、北沢正啓『現代法律学全集会社法〔第6版〕』（青林書院・2001年）448頁。なお、江頭憲治郎『株式会社法〔第7版〕』（有斐閣・2017年）494頁は、この様に解釈したとしても、「取締役の会社に対する取引上の債務不履行につき会社の損害の発生（会社法423条3項）を広く認めれば、大きな弊害は生じないであろう。」と指摘する。

9) 酒巻敏雄＝龍田節編集代表『逐条解説会社法 第9巻 外国会社・雑則・罰則』（中央経済社・2016年）229頁〔畠田公明〕参照。

10) アメリカ法では、株主からの取締役の責任の追及について、取締役会が訴えの提起をしないと判断した場合、当該判断が不当でない限り、株主は代表訴訟を提起できないとされていることにつき、近藤光男「代表訴訟に関する一考察」岩原紳作編『現代企業法の展開』（有斐閣・1990年）315頁。

11) 北沢・前掲注8）448頁、江頭・前掲注8）494頁。

12) 江頭・前掲注8）494頁。これに反対の見解として、吉原・前掲注4）101頁。

て、代表訴訟で追及し得る取締役の責任の範囲を合理的に制限するための判断の基準をどこに求めるかという点に違いを見出すことができる。

（1）取締役の地位説

代表訴訟により追及し得る取締役の責任の範囲か否かの判断の基準を取締役の地位に基づく責任であるか否かという点に求める見解である¹³⁾。

この見解は、全債務説に対しては、取締役の責任追及についての会社の経営判断における裁量を考慮しないために代表訴訟の対象が広くなりすぎると批判し、限定債務説に対しては、代表訴訟で追及し得る取締役の責任の範囲が狭くなりすぎると批判する。その上で、会社から取締役に対する責任追及について経営陣の裁量を認めるべきでないと考えられる責任について代表訴訟の対象とすることが妥当であるとする¹⁴⁾。かかる観点から、取締役がその地位に基づいて負った債務は責任追及に関する経営陣の裁量は認められないとして、代表訴訟の対象となる責任に含まれると解している¹⁵⁾。

（2）職務関連性説

代表訴訟の対象となる取締役の責任の範囲を取締役の職務関連性から導く見解である¹⁶⁾。森本滋教授は、最高裁平成21年判決を中間説ないし折衷説と位置付けた上で、結論を妥当としつつも、不法行為責任や所有権に基づく請求権

13) 土田亮「代表訴訟によって追及し得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』（有斐閣・2009年）158頁以下。特に159頁。

14) 大塚龍児「株主権の強化・株主代表訴訟」落合誠一ほか編著『現代企業立法の軌跡と展望』（商事法務・1999年）58頁は、「取締役の地位にあることに基づく債務、責任であつて、かつ、監査役（小会社では取締役会、代表取締役）に会社経営上の裁量の余地を認めることができないものが、株主代表訴訟の対象となるものというべきであろう。」と説く。

15) 土田・前掲注13）159頁。なお、同書は、この様に解した上で、代表訴訟の対象となる責任であれば免除には原則として総株主の同意が要求されるべきであるとし、会社法424条を弾力的に解釈し、任務懈怠による損害賠償責任以外の責任についても、代表訴訟の対象となるべき責任についてはその免除に総株主の同意が必要であると解するのが妥当ではなかろうか、と問題を提起する。

が代表訴訟の対象とならない理由は「取締役の職務関連性」から導くことが可能であるとし、取締役の地位に基づく責任だけでなく取締役の会社に対する取引債務も代表訴訟の対象となるとする。すなわち、利益相反取引規制（会社法356条1項2号、428条1項）の趣旨から取締役の会社に対する取引上の債務を履行することは取締役の職務となると解されるため、その不履行による責任も代表訴訟の対象となると説く¹⁷⁾。これに対して、会社に対する職務と関連しない不法行為責任や取引上の債務でない所有権に基づく登記名義の回復等は職務関連性がないため代表訴訟の対象とならないと主張する¹⁸⁾。

(3) 取引上の債務包含説

代表訴訟により追及し得る取締役の責任には、取締役が会社に対して負担する取引上の債務も含まれるとする見解である¹⁹⁾。この見解は、代表訴訟の制度について、取締役が会社に対し責任を負っているのに仲間意識などから会社が権利を行使しないと会社資産である損害賠償請求権が実現されず株式の価値は低下したままであるところ、代表訴訟制度は、会社がこれらの者に請求しない場合に株主が会社のために訴えを提起することを認めたもので、株主の勝訴によって得られる株価の回復は僅かだとしても、違法行為を放置しないガバナ

16) 森本滋「会社法の下における取締役の会社に対する責任」『取締役の義務と責任』（商事法務・2017年）64頁。

17) 山田・前掲注2）1677（3137）頁は、この立場と同じスタンスに立つとして、その論拠を会社法による義務の加重に求め、原則として「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限るという立場から説く。

18) 森本・前掲注16）64頁。高橋謙「判批」ジュリスト1421号（2010年）97頁は、取引上の債務の履行については忠実義務を負う取締役として当然なすべきことであるとして取締役の責任の問題と認めることができるが、そこから外れる債務、例えば、取締役が職務遂行とは関係なく会社に対して行った不法行為に基づいて負うに至った債務などについては、取締役が取締役として負っている責任の範囲からは外れるのが自然であるとするが、このような理解も忠実義務の範囲をいかに解するかに関連するであろう。

19) 大隅健一郎＝大森忠夫『逐條改正会社法解説』（有斐閣・1951年）298頁。

ンス体制や予防効果への期待が制度を支えたとし、取締役が会社との取引に基づいて負う債務にも適用されると説く²⁰⁾。

(4) 会社法上の責任および支払義務説

代表訴訟により追及し得る取締役（役員等）の責任の範囲は、会社法上の責任および支払義務であるとする見解である²¹⁾。弥永真生教授は、会社が提訴しない場合には原則として代表訴訟の提起が可能であるという我が国の法制の下では代表訴訟によって追及できる役員等の責任を限定しないと代表訴訟が広く認められすぎ、会社が提訴するか否かの裁量を行使できず濫訴のおそれが生じるとし、さらに、会社法 847 条が「債務」ではなく「責任」という文言を使用していることを考慮に入れると代表訴訟によって追及できる役員等の「責任」は会社法上の責任および支払義務であると解するのが適当であるとする。

(5) 発生原因事実考慮説

代表訴訟により追及し得る取締役の責任の範囲は、会社の取締役に対する債権の発生原因事実などを考慮して決すべきとする見解である²²⁾。伊藤眞教授は、最高裁平成 21 年判決が、取締役の地位に基づく責任に加え、取締役の会

20) 龍田＝前田・前掲注 3) 178 頁。なお、同書は、取締役が会社との取引に基づいて負う債務には、登記の移転や回復を含むとする。

21) 弥永・前掲注 8) 246 頁。なお、弥永真生教授は、実質的な同一性を有する限り、不法行為責任・債務不履行責任も対象となるとする。また、この様に解しても、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には会社法 423 条にいう任務懈怠にあたり、それによって会社に対して役員等が損賠賠償責任を負う場合には、代表訴訟の対象となるとする。

22) 伊藤眞「株主代表訴訟の外延と倒産手続との交錯」伊藤眞ほか編『倒産法の実践』（有斐閣・2016 年）9 頁。なお、同様に、上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（6）』（有斐閣・1987 年）362 頁〔北沢正啓〕は、「株主の代表訴訟が認められるかどうかは、提訴懈怠の可能性があるかどうかだけでなく、会社に対する債務の発生原因がどのようなものであるかに係っているのである。」（下線は筆者による）と指摘し、提訴懈怠可能性のみならず、取締役の会社に対する債務の発生原因を考慮すべきことを論じる。

社に対する取引債務についての責任を代表訴訟の対象として認めていることにつき、「いずれの場合であっても、訴訟物は、会社の取締役に対する債権に他ならないが、その発生原因たる事実などを考慮すると、取締役がその債務を履行する責任を果たすことが強く期待されるために、会社がその追及を怠る場合には、株主に代表訴訟の訴権が与えられるとみるべきである。」と説く。

取締役の会社に対する債務の発生原因事実に照らして、取締役がその債務の履行をする責任を果たすことが強く期待され株主に固有の利益が認められる場合とは何か、ここにいう「強く期待」とはいかなる程度かについては、具体的事案ごとに個別に分析し考察することになると解される。

4 小括

以上のとおり、従来主張されているこの問題に関する主な学説を概観すると、代表訴訟の制度趣旨をいかに捉えるかという問題から出発しつつも、全債務説と限定債務説を対極とした上で、その中間的解決を図る視座をどこに求めるかを解釈によって模索していると評することができる。すなわち、代表訴訟の制度趣旨は提訴懈怠可能性にあるとして全債務説が主張されている中で、制度趣旨の理解と代表訴訟により追及し得る取締役の責任の範囲をいかに解すべきかという問題の結論は論理必然の関係にあるものではないということができる。また、全債務説では取締役との関係における会社の裁量を狭めることから一定の限定を及ぼすべきであるという理解を共有した上で、限定の基準をどこに求めるかというアプローチの違いによって各種の中間説が論じられていると概観することができる。私見は、このうち前者である代表訴訟の制度趣旨から直ちに代表訴訟により追及し得る取締役の責任の範囲が論理必然的に帰結されるべき問題ではないという点には賛成するものの、後者のいう、代表訴訟を広く認めることにより制約される会社の裁量や取締役の債務の履行を猶予しようとする会社の経営上の判断の余地の存在を前提に対象となる取締役の責任の範囲を判断すべきとするアプローチには疑問を有している。なぜなら、こうした裁量や経営判断が果たして合理的な裁量の範囲か、許される経営判断の範囲かは、

一定の主張とこれに対する反論と証拠の提出という主張立証の過程を通じて明らかになるのであり、代表訴訟の審理を通じてこれらの適正について判断すべきであると解されるからである。この点については後に改めて考察を加えることとしたい。

第4 下級審裁判例の分析と若干の考察

次に、最高裁平成21年判決の原々審、原審を除く下級審裁判例を分析し、それぞれの判断に至るまでに議論の対象とされてきた判断要素を明らかにする。なお、下級審裁判例の分析の視点としては、それぞれの学説に位置付けた上で整理するという方法が多く用いられているものの、本稿では、下級審裁判例の揺らぎと、そこで採用された判断要素の違いを浮き彫りにするには、むしろ各裁判例の現れた時系列順で提示することに意義があると考えたことから、時系列に従い考察した。

1 東京地判昭和31年10月19日下民集7巻10号2931頁

(1) 事案

A社の株主Xらは、A社の代表取締役であったYがA社の土地につきY個人名義に所有権移転登記をしたとして、平成17年改正前商法267条に基づき、Yに対し、A社のために、A社の所有権に基づく所有権移転登記の登記抹消請求権を代位して同移転登記の抹消を求めた。Xらは、右の登記抹消請求権を保全するため、東京地方裁判所に処分禁止の仮処分を申請したところ、同裁判所は仮処分決定をした。Yが当該仮処分決定に対し異議の申立てをしたのに対し、Xらは、当該仮処分決定は相当であり、いまなお維持する必要があるとして当該仮処分決定の認可を求めた。

(2) 判旨

「同条（筆者注：平成17年改正前商法267条）に規定された株主の取締役に対

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（ママ）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債務者が、会社に対し背任行為をし、これによつて債務者が会社に損害を与えたことを理由として、Xらが、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ら主張のような、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。」

(3) 若干の考察

本裁判例は、移転登記抹消請求について、会社の取締役に対する移転登記抹消請求権をXらが会社に代位して行使することは代表訴訟の認められる範囲を超えて、会社の取締役に対する移転登記抹消請求権を株主が会社に代位して行使することは、代表訴訟の範囲外にあるとする。

本裁判例では、代表訴訟の対象となる取締役の責任について、①取締役が法令または定款に違反する行為をしたときの会社に対する損害賠償責任と②会社に対する資本充実の責任とを意味するとする。この点から本裁判例は、限定債務説と親和性を有する。もっとも、結論に至る過程では、単に「相当である」とするのみで、その根拠は必ずしも明らかでない。

さらに、本裁判例はあてはめに際し、「取締役の地位にある債務者が、会社に対し背任行為をし、これによつて債務者が会社に損害を与えたことを理由として、Xらが、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」として「取締役の地位」に基づく責任か否かというアプローチを用いているが、この「取締役の地位」に基づく責任か否かという観点で、先の①、②といかに結びつくかは、論証されていない。

2 大阪地判昭和 38 年 8 月 20 日下民集 14 卷 8 号 1585 頁²³⁾

(1) 事案

A 社の株主 X らは、A 社の代表取締役であった B が独断で A 社の不動産（以下「本件不動産」という）を Y らに売却したが（以下「本件売却」という）、本件不動産は重要な財産であるにもかかわらず平成 17 年改正前商法 245 条に基づく株主総会の特別決議を経ずに行ったものであり、本件売却は無効であると主張した。また、平成 17 年改正前商法 267 条により、X らは B に対して、B が Y から本件不動産を取り戻し、移転登記の抹消等の実現に努力すべき旨の請求権を直接行使し得るに至ったと主張した。その上で、X らは、B が Y に対して本件不動産についてなされている所有権移転登記の抹消、その占有の返還および損害賠償を求める権利がある等として、B の Y に対して有する権利（本件不動産についてなされている所有権移転登記の抹消、その占有の返還および損害賠償を求める権利）を民法 423 条の債権者代位の規定により代位行使し、Y らに対し本件不動産の所有権移転登記の抹消等を求めた。

(2) 判旨

大阪地方裁判所は、以下のとおり判示して、X らの原告適格を否定し、訴えを却下した。

「X らが、本訴において代表訴訟の内容としているところの A 社が B に対してその責任を追求（ママ）する権利は、B が会社代表者として、Y らに対し、Y らが本件不動産中土地についての所有権取得登記の抹消登記手続をして登記名義を訴外会社に回復するとともに本件不動産中建物の占有を同会社に移転し、かつ損害賠償を支払うよう、訴の提起その他の方法をとることによつて会社のため努力すべき旨を請求する権利であることが明らかであるが、右のような A 社の B に対する請求権は B が取締役を選任されることによつて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（商法第

23) 判例タイムズ 159 号（1964 年）135 頁。

254条、同条の2)であり、これらが代表訴訟によつて追及し得る取締役の責任内容に含まれるものと解するのは相当でない。けだし商法が代表訴訟の制度を設けた所以は、会社の取締役に対する責任追及の懈怠を是正するため、株主が会社に代つて提訴することを許容したものに止まり、提訴懈怠という忠実義務自体の不履行を是正するため右義務自体の強制的実現を意図したものではないからである。

すなわち、A社が、前記の登記抹消、占有移転等の請求につき訴を提起しない場合において、その訴の相手方が取締役（本件では取締役でないがこの点はしばらく措く）であるとき、株主が会社に代つて右請求訴訟を提起することを認めているのが、いわゆる株主の代表訴訟であつて、A社の右提訴懈怠その他右請求権行使の懈怠が代表取締役であるBの会社に対する善管義務ないしは忠実義務の不履行にもとづく場合であつても（もつとも会社の提訴においては取締役会においてその意思決定をし会社を代表すべきものを定めるのであるから、提訴懈怠が必ずしもBのみの義務不履行とはいえない点はしばらく措く。）株主が会社に代つてBを相手方とし善管義務ないしは忠実義務の履行、すなわち前記請求訴訟の提起ないしは請求実現への努力といつた作為義務の履行請求をなし得ることを認めたものではない。これは、取締役に対する権利を行使して会社財産の回復維持をはかる点において前者の請求が後者よりも直さい（ママ）、端的であることもその理由の一つであるが、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つて追及し得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。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つて追及し得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定されると解するのが相当である（もとより代表訴訟の目的となる取締役の義務内容は、同人の会社に対する損害賠償義務ないし不当利得返還義務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。）。」

(3) 若干の考察

本裁判例は、取締役の第三者に対する移転登記抹消請求、建物明渡請求、損害賠償請求が代表訴訟の対象となる取締役の責任の範囲に含まれるか否かが問題となった事案である。本裁判例は、「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」自体は、「株主代表訴訟によって追及し得る取締役の責任内容に含まれると解するのは相当でない」とし、取締役の会社に対する善管注意義務ないし忠実義務の履行自体を求めることは代表訴訟の対象に含まれないことを明らかにした点に意義がある。

その上で、「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ものに限定される」とし、代表訴訟の目的となる取締役の義務には特定物の返還義務や登記移転義務を含むとしている。代表訴訟によって取締役の会社に対する善管注意義務や忠実義務の履行自体を請求することはできないとする結論は、全債務説の立場からも支持されている。なぜなら、この様に解すると取締役の業務執行における裁量を著しく害することとなり、また、第三者の会社に対する債務についてまでも代表訴訟を認める結果となり得るためである²⁴⁾。また、本裁判例は、代表訴訟の対象となる取締役の責任の範囲について、直接に会社財

産が維持・保全または回復されるものに限られるとして会社財産の増減という基準を示したものの、その様に解する理由については必ずしも明確ではない。

3 大阪高判昭和 54 年 10 月 30 日高民集 32 卷 2 号 214 頁

(1) 事案

A 社の株主である X は、A 社の代表取締役 B が A 社の代表者として C から本件土地を購入したが、B は C から B 個人名義の所有権移転登記を受けたとして、本件土地の所有者は A 社であるから B は A 社に対して真正な登記名義の回復義務を負っている旨主張し、B の相続人である Y に対し、平成 17 年改正前商法 267 条による代表訴訟によって、本件土地の所有名義を A 社にするよう真正な登記名義の回復を求めた。

(2) 判旨

「商法 267 条の規定により、株主が会社のために訴をもつて追及することのできる『取締役の責任』には、取締役が法令又は定款に違反した結果生じた会社に対する損害賠償責任や会社に対する資本充実責任だけではなく、不動産所有権の真正な登記名義の回復義務も含まれると解するのが相当である。ただし、会社の取締役は選任されることによつて委任の規定に従い会社に対し善管義務ないし忠実義務を負い、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得るところであるが、とくに、第三者である株主においてもなし得ることと

24) 吉原・前掲注 4) 93 頁注(3)の指摘による。また、土田・前掲注 6) 77 頁は、「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、限定債務説がいう取締役の責任と、取締役等と会社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。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については判示がないと解することも可能である。」とする。

したゆえんのもの、取締役間の特殊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、取締役間の特殊の関係にもとづく訴提起懈怠の可能性は、取締役が会社に対し不動産所有権の真正な登記名義の回復義務を負っている場合でも異なるところはないからである。」

「Yは、代表訴訟がわずか1、2株の株主の会社荒しに利用される虞れのあることを理由に、代表訴訟によつて追及することのできる『取締役の責任』は、会社に対する商法266条の損害賠償責任と同法280条の13の資本充実責任に限られるべきであると主張する。もとより右の『取締役の責任』の範囲を考えるにあつて、代表訴訟が濫用される虞れのあることも十分考慮に入れなければならないが、そもそも右のような濫用の虞れのあることは昭和25年の商法改正により代表訴訟の制度が採用された当初から危惧されていたところであり、立法上もその防止のための一応の配慮（担保の提供・贈賄に対する罰則など）がなされているのである。しかるに、商法267条の規定には、単に「取締役の責任」とのみあつてこれになんらの説明的文言が付加されていないのである。したがつて、Y主張のような理由のみをもつて、取締役の責任の範囲をその主張のように限定的に解すべきいわれはないといわなければならない。」

(3) 若干の考察

本裁判例は、株主が代表訴訟によつて取締役（の相続人）に対し真正な登記名義の回復を求めたものである。本裁判例の原審判決に当たる神戸地判昭和54年3月30日高民集32巻2号220頁が、平成17年改正前商法267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」と判示して限定債務説に拠つて立つと判示したのに対して、本裁判例は、不動産所有権の真正な登記名義の回復義務も代表訴訟の対象に含まれると判示したものである。

本裁判例は、高裁段階の判決として限定債務説を採らないことを明確にしたものである。判決理由中で代表訴訟の制度趣旨について提訴懈怠可能性を重視していることから、従来の学説における全債務説のアプローチと整合的であるといえよう。もっとも、端的に代表訴訟の対象となる取締役の責任の範囲に取締役の会社に対する全債務を含むという結論を示してはいない点で、全債務説を採用した裁判例か否かは必ずしも明らかでない²⁵⁾。

本裁判例の特色としては、従来、主に限定説的な立場から全債務説をはじめ代表訴訟の対象を広く認める見解に対してなされていた、会社の裁量を制約してしまい妥当でないという批判を取り上げた上で、会社法により担保提供等の一定の立法上の配慮がなされているとして、この様な会社の裁量確保のための制約を回避すべきであるとの主張が「取締役の責任」との文言や会社法の下他の制度の存在によりもはや希薄化しているとの判断を示している点を指摘できる。

4 東京地判平成 10 年 12 月 7 日判時 1701 号 161 頁

(1) 事案

A 社の株主である X は、B 社が C から不動産を購入したところ、当時 A 社の従業員であった Y が A 社の金銭によって当該売買金額の支払を行ったと主張した上、当該支払は A 社にとって平成 17 年改正前商法 260 条 2 項の重要な業務執行ないし重要な財産の処分に該当するが、当該支払について A 社において取締役会決議がなされていないことから、Y には当該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として、A 社が前記支払により被った損害 8 億 1114 万 653 円の損害賠償義務があると主張し、本件訴訟の当時 A 社の取締役となっていた Y に対し、平成 17 年改正前商法 267 条の代表訴訟により当該損害額を請求した。

25) 酒巻 = 龍田・前掲注 9) 232 頁 [畠田公明]。

（2）判旨

「一 株式代表訴訟の対象となる取締役の責任には、以下のとおり、取締役就任前の行為による会社に対する損害賠償責任は含まれないと解される。

1 株主代表訴訟の制度は、昭和25年の商法改正（同年法律第167号）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（同法266条）が設けられ、責任の免除の要件について原則として総株主の同意を要する旨加重がされ（同条5項及び6項）、責任の追及の制度について従来の総会の提訴決議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。

2 株主代表訴訟の制度が導入された前言経過に照らせば、株主代表訴訟において追及の対象となる商法267条1項所定の取締役の責任とは、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Xの解釈は採用できない。

株主代表訴訟の制度趣旨がX主張のとおりであるにしても、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にするかは、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。前記法改正においては、前記改正経過に照らし、取締役の忠実、適正な職務の執行を担保するために必要かつ十分な範囲において、取締役の職務の執行に関連する行為による責任を厳格化して、その追及の方法として株主代表訴訟の制度を導入したと解することが相当である。

二 Xが本件訴えにおいて追及しているYの責任は、Yが取締役に就任する前に会社に対して負担した損害賠償責任であるところ、前記のとおり、この様

な責任は、株主代表訴訟の対象とはならないと解されるから、本件訴えは不適法な訴えである。よって、これを却下する。」

(3) 若干の考察

本裁判例は、代表訴訟制度の導入の経緯を重視した上で、取締役が会社に対して負担する責任のすべてが代表訴訟の対象となるものではないとして限定債務説に立つことを明確に判示した²⁶⁾。その際、原告側が「株主代表訴訟の制度趣旨は、取締役が会社に対して負う責任について、会社が当該取締役との特殊な関係から責任追及をせず、その結果、会社及び株主の利益が害されるということがないように、株主が会社に代わって取締役の責任を追及する訴えを提起できることにしたものである。」と主張していたのに対して、この様に代表訴訟の制度趣旨を捉えたとしても「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にするかは、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。」として、提訴懈怠可能性を制度趣旨と捉えることと代表訴訟の対象を全債務とすることは必然の関係にないことを示した点に特色がある。その上で、本裁判例は、取締役に就任する前の行為により会社に対して負担する損害賠償責任は代表訴訟の対象に含まれないと判示する。代表訴訟の対象について、取締役就任中の損害賠償責任に限るとして時期の面からも限定を加えたものと評価できよう。

5 大阪地判平成 11 年 9 月 22 日判時 1719 号 142 頁

(1) 事案

X は A 社の株主であり、Y らは A 社の取締役ないし監査役である。A 社は B 社との業務提携等のため、B 社が第三者割当ての方法で発行した B 社の株式を引き受け、14 億 7250 万円を払い込んだ。X は、平成 17 年改正前商法 267

26) 酒巻 = 龍田・前掲注 9) 231 頁 [畠田公明]。

条による代表訴訟を提起し、当該引受価額が相当な価額を超える不当なものであったとして、Yらに対してそれによってA社の被った損害をA社に賠償するよう求めた。Yらのうち1名は、当該新株引受け当時はA社の取締役ではなかった。

（2） 判旨

「商法が株主代表訴訟制度を設けた趣旨は、会社が積極的に提起しないおそれが定型的にある取締役等の責任を追及する訴えについて、株主にこれを提起する資格（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にある。そして、会社が積極的に取締役等の責任を追及しないおそれがある点において、当該取締役が会社に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。」

（3） 若干の考察

本裁判例は、「商法が株主代表訴訟制度を設けた趣旨は、会社が積極的に提起しないおそれが定型的にある取締役等の責任を追及する訴えについて、株主にこれを提起する資格（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にある」と判示し、代表訴訟の制度趣旨を「会社が積極的に提訴しないおそれが定型的にある」として、提訴懈怠可能性に求めている。かかる制度趣旨を唯一の根拠として、取締役が会社に対して負担していた株式の引受け・払込みに係る債務についても株主代表訴訟の対象となるとしており、全債務説を明確に打ち出していないものの、結論に至る論理構成としてこれと親和性が高いと評価することが可能といえよう。

さらに、本裁判例は、取締役等に就任する以前から会社に対して負っていた債務を代表訴訟の対象とし得るか否かという問題について、提訴懈怠可能性という代表訴訟の制度趣旨は「当該取締役が会社に対して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」として取締役等に就任する以前から会社に対して負担していた債務についても代表訴訟の対象となることを明らかにしている²⁷⁾。この点も、提訴懈怠可能性という点を代表訴訟の制度趣旨として捉えた上で、かかる制度趣旨が妥当する場面か否かという点を重視するアプローチにより考察するものである。限定債務説を採用することを明らかにした上で、取締役就任前の行為による会社に対する損害賠償責任を含まないとした前掲・東京地判平成10年12月7日の対極に位置するものといえる。

6 東京地判平成12年11月30日資料版商事法務203号198頁

(1) 事案

Z社の株主であり代表取締役社長であるXは、Z社の取締役として経理責任者の地位にあったYがZ社の経理処理に当たって、Yが立て替えた経費の償還債務とYのZ社に対する貸金利息および仮払金精算金の支払債務との相殺処理をしたことについて、YがZ社に支払義務のない架空の経費立替金と相殺する不正な経理処理を行って減額処理された未収利息および仮払金相当の損害をZ社に与えたとして、Yに対して代表訴訟によりその損害の賠償を請求した。

Z社は共同訴訟参加の申出をし、当初は、Yの経理処理によってZ社の損害が認められない場合を前提として、Yに対し、主位的請求原因として貸金・仮払金の返還を請求し、予備的請求原因としてXの請求額の範囲内でXの請求原因と同一の損害賠償を請求した（その後、Xの請求額の範囲内の請求について、主位的請求原因をXの請求原因と同一の損害賠償請求に変更したが、これを超える部分については依然として貸金・仮払金の返還を主位的請求原因として主張し、予備的請求原因としては当初の参加申出の主位的請求原因と同一の貸金・仮払金の返還を請求している）。

27) 酒巻 = 龍田・前掲注9) 233頁 [畠田公明] 参照。

(2) 判旨

「Z社の請求する貸金又は仮払金の返還請求権は、取締役であるかどうかにかかわらず会社との関係で生ずる請求権であって、その請求権を商法267条2項によって株主代表訴訟を提起することができる『取締役の責任』の追及であるということとはできないと解するのが相当である。」

「Z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がないばかりでなく、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、この様な請求を商法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ものであると認められる。」

(3) 若干の考察

本裁判例は、会社の取締役に対する貸金または仮払金の返還請求が問題となった事案で、会社が共同訴訟参加の申出をした場合において、この様な返還請求権は「取締役であるかどうかにかかわらず会社との関係で生ずる請求権」であるとし、かかる場面は「株主代表訴訟を提起することができる『取締役の責任』の追及であるということとはできない」として、この様な債権の実現を主たる目的とする会社の共同訴訟参加の申出を却下している。「取締役であるかどうかにかかわらず」との判示内容からは、取締役の地位に基づくか否かという点を重視していることが読み取れる。本裁判例は限定債務説を採用するものとして位置付けられている²⁸⁾。

28) 吉原・前掲注4) 89頁参照。

7 東京地判平成 20 年 1 月 17 日判時 2012 号 117 頁

(1) 事案

A 社の株主 X は、A 社がその代表取締役 Y に対して自己株式を売却したが、当該売買契約および当該買戻契約についての取締役会の承認が、いずれも不存在または無効であり、取締役会の承認なくして自己株式の譲渡がなされたと主張し、Y が所持している株券の株主権はあくまでも A 社が有するとして、代表訴訟によって Y に対して当該株券を A 社に返還するよう求めた。

(2) 判旨

「株主代表訴訟の制度は、昭和 25 年の商法改正（同年法律第 167 号）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。この改正は、個々の株主に自ら取締役に対して株主代表訴訟を提起する権限を与え、免除につき総株主の同意を要するなど免除困難な責任（旧商法 266 条 1 項各号所定の責任）又は免除不可能な責任（資本充実責任）について株主代表訴訟による確実な実現を期する一方、株主代表訴訟の請求原因を上記の各責任の追及に限定し、これ以外の場合には提訴するか否かを会社の決定に一任することによって株主の権限につき一定の制約を課したものである。

この様な株主代表訴訟制度の導入経過に照らせば、旧商法 267 条 1 項所定の『取締役ノ責任』とは、同法 266 条 1 項各号所定の責任及び同法 280 条ノ 13 所定の資本充実責任等に限定されると解するのが相当である。

そして、同法 266 条 1 項が、同項 4 号（自己取引・利益相反取引）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。」

(3) 若干の考察

本裁判例は、代表訴訟によって追及し得る取締役の責任につき、平成 17 年改正前商法 267 条（会社法 847 条）1 項所定の「取締役ノ責任」とは同法 266

条1項各号所定の責任および同法280条ノ13所定の資本充実責任等に限定されるのが相当であると判示していることから、限定債務説を採用するものと解される²⁹⁾。さらに本裁判例は、この点に一層の制限を加え、平成17年改正前商法266条1項が同項4号の自己取引・利益相反取引規制違反、同項5号の法令違反行為の各責任について会社が被った損害額についての弁済責任ないし損害賠償責任といった金銭賠償のみを予定していることに照らして、平成17年改正前商法267条1項の責任には株券の引渡請求権は含まないと判示している点に特色があるといえる³⁰⁾。

8 小括

以上概観したとおり下級審裁判例は、全債務説を採るかそれと親和性が認められるもの（大阪地判昭和38年8月20日下民集14巻8号1585頁、大阪高判昭和54年10月30日高民集32巻2号214頁、大阪地判平成11年9月22日判時1719号142頁）と、限定債務説を採るもの（東京地判昭和31年10月19日下民集7巻10号2931頁、東京地判平成10年12月7日判時1701号161頁、東京地判平成12年11月30日資料版商事法務203号198頁、東京地判平成20年1月17日判時2012号117頁）に分かれていた。その際、代表訴訟の制度趣旨をいかに捉えるか、その他判断要素として何を抽出し、これにつきどの様に解するかについて、必ずしも一致したアプローチを採用するものではない。そこで、以下では、学説の状況やこうした下級審裁判例の揺らぎの中で提示された判断要素を踏まえつつ、最高裁平成21年判決を分析し考察を加える。

第5 最高裁平成21年判決

1 事案

本件は、A社の株主である原告Xが、本件各土地をA社が所有しているに

29) 酒巻＝龍田・前掲注9) 231頁〔畠田公明〕参照、吉原・前掲注4) 90頁参照。

30) 酒巻＝龍田・前掲注9) 232頁〔畠田公明〕参照。

もかわらず、A社の取締役であった被告Y名義の所有権移転登記があるとして、Yに対し、A社の所有権に基づきA社に対し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ことを求めた事案（以下「本件株主代表訴訟」という）である。Xは、本件株主代表訴訟において、主位的に、A社（代表者）がYに対し、A社とYの間の各契約に基づき本件各土地の所有名義をAとする所有権移転登記手続を委託したところ、Yは無断でY所有名義の本件各登記手続をしたとして、本件各土地は第三者よりA社が取得したものであることを理由に、所有権に基づきA社への真正な登記名義の回復を原因とする所有移転登記手続を求めた。またXは、予備的にA社とYとは本件各土地の所有権の登記名義としてY名義を期限の定めなく借用する契約を締結していたものであるが、本件株主代表訴訟の訴状の送達の時までには当該借用契約は終了したとして、A社とY間の同借用契約の終了に基づきA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た³¹⁾。

2 原々審の判断（一審判決・大阪地判平成18年5月25日金判1315号51頁）

(1) 判旨

原々審において大阪地裁は、本件株主代表訴訟における主位的請求および予備的請求はいずれもA社の所有権に基づく登記手続請求であるから、XにおいてA社による所有権取得原因事実を立証しなければならないが、本件各土地の所有権がA社に帰属していたことの証明はなされていないとして、いずれの請求も棄却した。

なお、同原々審は、「本件請求は、A社の土地所有権に基づく登記請求権であるが、……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、会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律（平成17年法律第87号）

31) 法曹会編・前掲注1) 186頁〔高橋譲〕。

111 条 3 項所定の従前の例に相当する同法による改正前の商法 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」として、Y が A 社に対して負う所有権移転登記請求権が代表訴訟の対象となることを認めた。

(2) 若干の考察

同原々審は、代表訴訟の対象について全債務説を採用すると解される。もっとも、本件で問題とされた各土地の売買契約において、会社が本件各土地の所有権を取得したことについての立証に欠けるとして請求を棄却している。

3 原審の判断（二審判決・大阪高判平成 19 年 2 月 8 日金判 1315 号 50 頁）

(1) 判旨

原審において大阪高裁は、次のとおり、本件株主代表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あり不適法であるとして、訴えを却下した。

すなわち、大阪高裁は、「株主代表訴訟は、商法が、株主総会の権限を限定し、取締役の権限を広範なものとするとともに、取締役の特定の行為について、取締役に、会社と取締役との間の委任契約に基づく善管注意義務による責任を越えて、厳格化・定型化された特別の責任を負わせていることを受けて、その責任の履行を確実なものとして、株主の地位を保護するために設けられたものと理解される制度である。そうすると、株主代表訴訟によって追及することのできる取締役の責任は、商法が取締役の地位に基づいて取締役に負わせている厳格な責任を指すものと理解すべきであり、取締役が、取締役の地位に基づかないで会社に負っている責任を含まないと解することが相当である。」「仮に、株主代表訴訟によって、取締役が取締役の地位に基づかないで会社に負っている責任にして、未だ損害賠償責任に転化していない責任（本件訴訟の対象となっている不動産の登記請求権はその一例である。）まで追及できるとした場合には、会社が、何らかの経営判断により、当該責任の追及（権利の行使）を留保

している事案にまで、少数株主が会社の経営判断を覆して会社が取締役に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、商法 266 条が取締役に負わせた厳格な責任の対象が、原則として会社に現に生じた損害とされており（商法 266 条 1 項 1 号、2 号、4 号、5 号）、例外的に他の取締役に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ふべきである」と判示して、本件株主代表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あり不適法であるとして、訴えを却下した。

(2) 若干の考察

原審は、まず代表訴訟の制度趣旨について、「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」制度であると位置付け、限定債務説の論拠を採用している。この様なアプローチから、「株主代表訴訟によって追及することが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」とする。しかしながら、これに続き、株主代表訴訟によって追及することができる取締役の責任が厳格な責任か否かを問うことなく、「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は含まない」という判断を示す点には疑問が残る。なぜなら、取締役の地位に基づく責任には、例えば、先に検討した大阪高判昭和 54 年 10 月 30 日高民集 32 卷 2 号 214 頁が指摘する取締役の会社に対する「善管注意義務ないし忠実義務」に基づく責任も広く含まれ得るのであり、問題となったある責任が「取締役の地位に基づくか否か」という判断準則は、その論理的帰結として、取締役の厳格責任のみを導くことはできないからである。さらに、原審は、代表訴訟の対象となる取締役の地位に基づかないで会社に負っている責任であり、まだ損害賠償

責任に転化していない責任についての訴えの提起を認めた場合には、会社が何らかの経営判断により取締役に対する責任追及に向けての権利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すことを許容することになり妥当ではないという点を指摘する。この点は従来からこの問題を考察するにあたって取り上げられてきた取締役の判断における裁量性の確保を重視しており、この点も従来の限定債務説の論拠を採用したものと解される。

4 最判平成 21 年 3 月 10 日民集 63 卷 3 号 361 頁

最高裁は、次のとおり、X の主位的請求に関する上告を棄却すべきであるが、原審のうち予備的請求に関する部分は破棄を免れないとして、予備的請求の本案について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻した。すなわち、最高裁は、「昭和 25 年法律第 167 号により導入された商法 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ぬおそれがあるので、会社や株主の利益を保護するため、会社が取締役の責任追及の訴えを提起しないときは、株主が同訴えを提起することができることとしたものと解される。そして、会社が取締役の責任追及を怠るおそれがあるのは、取締役の地位に基づく責任が追及される場合に限られないこと、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、この様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』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」と判示した上で、Xの主位的請求については、「Aの取得した本件各土地の所有権に基づき、Aへの真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めるものであって、取締役の地位に基づく責任を追及するものでも、取締役の会社に対する取引債務についての責任を追及するものでもないから、上記請求に係る訴えを却下した原審の判断は、結論において是認することができる」として、Xの主位的請求に関する上告を棄却すべきとした。これに対して、予備的請求については、「本件各土地につき、A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。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えるべきである」とし、原審のうち予備的請求に関する部分は破棄を免れないとして、予備的請求の本案について更に審理を尽くさせるため本件を原審に差し戻した（一部破棄差し戻し、一部棄却）³²⁾。

第6 最高裁平成21年判決の判断要素の分析

1 分析の視点

従来裁判例や学説が対立する中で、最高裁平成21年判決は、代表訴訟の対象となる取締役の責任の範囲について、最高裁判所として初めての判断を示したものであり理論的にも実務的にも重要な意義を有する³³⁾。

最高裁平成21年判決は、代表訴訟で追及し得る取締役の責任の範囲につき、会社法が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むとした以上、従来の限定債務説によるものでないことは明らかである³⁴⁾。他方、取締役の会社に対する取引債務を含むとする結論は全債

32) 法曹会編・前掲注1) 189頁 [高橋謙]。

33) 判例タイムズ1295号(2009年)181頁。

34) 判例タイムズ1295号(2009年)179頁以下。

務説によっても導くことが可能であるのに主位的請求を退けたことから明らか
なとおり、全債務説を採用していない。こうしてみると最高裁平成 21 年判決
は、全債務説と限定説の中間的な立場であるといえよう³⁵⁾。もっとも、後に
指摘するように、最高裁平成 21 年判決が取締役の地位に基づく責任や取引上
の債務を越えて、どの範囲までを含むものと解するかについては必ずしも明ら
かではない。

2 最高裁平成 21 年判決の論理構成——その 3 つの根拠の意義

最高裁平成 21 年判決は、以下の 3 つの根拠を挙げて、代表訴訟の対象とな
る取締役の責任の範囲に「取締役としての地位に基づく責任」³⁶⁾のほか、会
社との取引によって負担することになった債務（取引債務）も含むという取引
上の債務包含説を採用した。以下では、この 3 つの根拠の会社法の下における
位置付けについて考察を加える³⁷⁾。

(1) 第 1 の根拠——代表訴訟の制度趣旨としての提訴懈怠可能性

最高裁平成 21 年判決は、(以下、括弧は筆者による)「(平成 17 年改正前) 商法
267 条(会社法 847 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
行われぬおそれがあるので、会社や株主の利益を保護するため、会社が取締
役の責任追及の訴えを提起しないときは、株主が同訴えを提起することができ

35) 宮崎裕介『株主代表訴訟の対象となる「取締役ノ責任」の範囲』（商事法務・1998 年）
130 頁、田中亘『会社法』（東京大学出版会・2016 年）335 頁。

36) ここにいう「取締役の地位に基づく責任」とは具体的には何を意味するのかについて、
宮崎・前掲注 35) 131 頁は、「民集の判決要旨において、『商法 266 条 1 項各号所定の責任
など同法が取締役の地位に基づいて取締役に負わせている責任』と明示していることから
も、会社法上に規定された取締役の責任（会社法 52 条 1 項、53 条 1 項、120 条 4 項、423
条 1 項、462 条 1 項、464 条 1 項、465 条 1 項など）を示すものと理解できよう」と説くが
賛成である。これらが代表訴訟の対象となることについて特段の争いはない。

37) それぞれの理由付けの評価につき、野村修也「株主代表訴訟を提起できる範囲」野村修也＝
松井秀樹編『実務に効くコーポレート・ガバナンス判例精選』（有斐閣・2013 年）193 頁。

ることとしたものと解される。」として代表訴訟の趣旨を提訴懈怠可能性に求めている。

代表訴訟の制度趣旨が提訴懈怠可能性にあるという点は、従来から全債務説がその根拠とするところである。しかし、最高裁平成21年判決は、この提訴懈怠可能性という代表訴訟の制度趣旨を全債務説を導く理由付けとしてではなく、取締役の地位に基づく責任に限るとする見解を否定する根拠として用いており、全債務説を採用しないことの原因については何ら触れていない。既に考察した従来の学説や下級審裁判例、最高裁平成21年判決の原審においては、全債務説への批判として会社の裁量判断の余地を狭めすぎてしまうといった判断要素が提示されてきた。ところが、最高裁平成21年判決は、提訴懈怠可能性を代表訴訟の制度趣旨として重視し、これを限定債務説を採用しない理由として用いたものの、全債務説を採用しない理由については何ら論じていないのである³⁸⁾。

代表訴訟の制度趣旨として提示した提訴懈怠可能性は全債務説とも親和性を有するのであり、最高裁平成21年判決が示す取引上の債務包含説を積極的に根拠付けるものとしては特段機能していないのである³⁹⁾。

(2) 第2の根拠——旧法下の仲間貸し責任との均衡

次に最高裁平成21年判決の第2の根拠について検討する。平成17年改正前商法は、会社から金銭の貸付を受けた取締役が会社に対して当該貸付にかかる

38) 野村・前掲注37) 193頁は、提訴懈怠可能性という根拠につき「かねてより全債務説が主張してきたものであり、これだけでは、限定債務説をとらない理由はわかるが、中間的立場に限定する根拠は導かれず」と指摘するが賛成である。

39) 山田・前掲注1) 1630(3090)頁は、最高裁平成21年判決が提訴懈怠可能性を趣旨とすることを結論に至る理由としている点について、「提訴懈怠可能性は、会社が取締役(およびかつての取締役であった者)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」として、提訴懈怠可能性という制度趣旨からは、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と指摘するが賛成である。本文で論じたように代表訴訟の制度趣旨を提訴懈怠可能性と捉えることは、取引債務を包含する理由となりえても、取引債務「まで」を含むという積極的理由とは言えないであろう。

弁済をしない場合に、会社を代表した取締役と当該貸付けに関する取締役会の承認決議に賛成した取締役は会社に対して連帯して責任を負う旨の定め（いわゆる仲間貸し責任）を置いていた（同法266条1項3号）。第2の根拠は、このような規定の下で代表訴訟の対象となる取締役の責任追及の範囲が取締役の地位に基づく責任に限られるとすると、会社を代表していた取締役の責任はこれに含まれることとなる反面、より責任が重いと解される貸付けを受けた取締役の取引上の債務についての責任が代表訴訟の対象とならないことは均衡を欠くというものである。

しかし、現在会社法の下では、かかる仲間貸し責任は廃止され利益相反取引規制（会社法423条3項）に吸収されたと解されており、この点で最高裁平成21年判決のいう不均衡は消滅している。よって、この理由は会社法の下ではもはや妥当しないものと解される⁴⁰⁾。

（3）第3の根拠——忠実義務を媒介とするアプローチ

最高裁平成21年判決は、取引上の債務を含むとする第3の根拠として、「取締役は、このような会社との取引によって負担することになった債務……についても、会社に対して忠実に履行すべき義務を負うと解されること」を挙げ、取締役の会社に対する忠実義務の履行という観点を掲げた。最高裁平成21年判決の掲げた3つの根拠のうち第1の根拠が限定債務説を否定する根拠として用いられており、取引上の債務包含説を積極的に根拠付ける機能を保持しておらず、さらに第2の根拠として掲げる仲間貸し責任との不均衡論が現行会社法においてもはや機能しない以上、最高裁平成21年判決を実質的に支えているのは第3の根拠である忠実義務を媒介とするアプローチであると評価することができる。

40) 山田泰弘「判批」別冊ジュリスト229号（会社法判例百選〔第3版〕）（2016年）139頁は、会社法の下ではかかる不均衡は消滅し、この理由は「機能しない」と指摘する。

3 小括

以上の考察から、最高裁平成 21 年判決が代表訴訟による取締役の責任を追及し得る範囲につき、現行会社法の下で会社と取締役との間の取引債務を包含するという結論を実質的に支える法的根拠は、上記の第 3 の根拠、すなわち忠実義務を媒介とするアプローチであると理解すべきことになる。

第 7 最高裁平成 21 年判決が残した問題

従来の下級審裁判例で検討された種々のファクターとの関係も踏まえると、最高裁平成 21 年判決は、以下の諸問題について未解決な点を残していると評価できる。

1 射程範囲の不明確さ

最高裁平成 21 年判決は、「取締役の地位に基づく責任」に加えて、「取締役の会社に対する取引債務に基づく責任」「も」代表訴訟の対象となる取締役の責任の範囲に含むことを明らかにしたものの、取締役の責任追及の訴えの範囲につき、「取引債務に基づく責任」が限界であるのか、それ以外の責任をどこまで含むかを明らかにしておらず⁴¹⁾、その射程範囲は不明確である⁴²⁾。このことは、以下で考察するように忠実義務によるアプローチを採用したことにも起因していると指摘できる。

41) 土田・前掲注 6) 80 頁は、最高裁平成 21 年判決につき、「すべての取引債務が株主代表訴訟の対象になる趣旨ではないし、『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とならない趣旨でもない」と解すべきであろう」とする。

42) 同様の趣旨の指摘として、根本伸一「判批」法学セミナー増刊 5 号 (2009 年) 129 頁参照。なお、森本滋「代表訴訟における『取締役の責任を追及する訴え』」旬刊商事法務 1932 号 (2011 年) 11 頁は、最高裁平成 21 年判決につき、その先例的価値を過大に評価することには疑問であるとする。

2 中間説を導く論理構造の欠如——会社裁量論の行方

既に指摘したとおり、最高裁平成 21 年判決は、代表訴訟の制度趣旨が提訴懈怠可能性にあることを示しつつも、これと親和性を有する全債務説を採用していない。従来の学説や下級審裁判例は、全債務説に対する批判の中心的論拠として、会社の裁量や経営判断の余地を不当に制約することになるためこれを回避すべきであるというアプローチを用いてきた⁴³⁾。全債務説では、こうした会社の裁量や経営判断の余地を狭めることになるため妥当でない、という論法である。

しかし、最高裁平成 21 年判決は、会社の裁量や経営判断の余地を制約すべきでない、というアプローチの採否について特に取り上げて考察していない。しかも、提訴懈怠可能性という全債務説に親和的な制度趣旨を採用しながらも、全債務説に依拠していない⁴⁴⁾。代表訴訟の制度趣旨として提訴懈怠可能性を採用した上でなお、全債務説を退けるのであれば、根拠となる論理構成を示すべきであったと解されるが、最高裁平成 21 年判決はこの点を明らかにしていない⁴⁵⁾。

3 忠実義務の外延をめぐる問題

最高裁平成 21 年判決は、代表訴訟で追及し得る取締役の「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「も」含むと判

43) 江頭・前掲注 8) 494 頁。

44) 北村雅史「判批」民商法雑誌 142 巻 2 号 (2010 年) 196 頁は、「本判決の結論は、中間説から導くことが可能であるかもしれないが、本判決は、債務の履行を求めることが会社の裁量事項か否か、あるいは債務の履行を株主代表訴訟によって追及することが会社・株主の利益にとって望ましいか、もしくはそれにより事案の合理的解決を図ることができるか、という観点からの検討を行っていない」と指摘する。

45) このことにつき、弥永真生「株主代表訴訟の対象となる取締役の責任の範囲」ジュリスト 6 巻 15 号 (2009 年) 65 頁は、「理由は示していないが」とした上で、「債権者代位権を行使するのと同じ効果を代表訴訟に認めることは適当ではないという考え方によるのであろう。」と指摘する。

断し、その理由として取締役は会社に対して「忠実に履行すべき義務」すなわち忠実義務（会社法355条）を負い、取引債務を履行することは忠実義務に含まれるという点を挙げた⁴⁶⁾。最高裁平成21年判決で問題となったのは、会社と取締役の直接取引の場面であり、これが当該取締役の会社に対する忠実義務に含まれることは争いなく認められよう⁴⁷⁾。

しかし、取締役の忠実義務の範囲をいかに解するかについては、判例、学説上コンセンサスが得られている状況とはいえ⁴⁸⁾、忠実義務の限界は、いまだ確定的に定まらない状況にあるといえる。仮に忠実義務の外延を広く解すれば、最高裁平成21年判決が代表訴訟の対象から除外した会社の所有権を根拠とする登記移転義務についても会社の所有権の円満な実現を図るべく対処する必要があるか、少なくとも侵害しないように対応すべきであると解することによって、取締役の忠実義務の範囲に属するとして、代表訴訟の対象たり得ると解する余地も生じるであろう。現に最高裁平成21年判決が代表訴訟の対象から除外した主位的請求である所有権に基づく真正な登記名義の回復を原因とする所有移転登記手続義務もまた、忠実義務の範囲に入るべきであるといった指摘もなされている⁴⁹⁾。最高裁平成21年判決は、この問題が忠実義務の範囲外であるか否かに関して忠実義務の範囲を明らかにしていないが⁵⁰⁾、主位的請求を否定した以上、少なくとも主位的請求を否定する論拠に必要な範囲で忠実義務の外延を明らかにすべきであるといえる⁵¹⁾。

46) 田中・前掲注3) 702頁は、全債務説に立脚しつつ、取締役の契約上の債務の不履行は、取締役の忠実義務に基づく取締役の責任の問題と考慮得るとして、取引債務を含むことにつき取締役の忠実義務を論拠とする。

47) この点から、最高裁平成21年判決は、代表訴訟の対象となる範囲を取締役の地位に基づく責任を超えて、どこまで広げるかについて、事案の解決に必要な限りにおいて検討したものであるといえる（北村・前掲注44) 197頁）。もっとも、その際、忠実義務を媒介としたことから、忠実義務の外延についての議論が関連することとなっている。

48) 山田・前掲注2) 1630(3090)頁は、「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しうるかについてコンセンサスは存在しない。」と説く。本稿も同様の認識である。

以上の考察から明らかなおり、最高裁平成 21 年判決が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上の債務についても代表訴訟の対象となると判示したのは結論において妥当であるとしても、忠実義務を媒介とするアプローチを用いたことにより改めて忠実義務の外延を考察する必要性を認識すべき契機となったものと評価できよう。

4 忠実義務と善管注意義務との関係

さらに最高裁平成 21 年判決が忠実義務を媒介とするアプローチを採用したことから、取締役の善管注意義務との関係の問題も改めて考察の視野に入れるべきであろう。すなわち、忠実義務（会社法 355 条）と善管注意義務（会社法 330 条、民法 644 条）の関係につき、学説上、同質説と異質説が対立する中、最大判昭和 45 年 6 月 24 日（民集 24 巻 6 号 625 頁）は「忠実義務は善管注意義務と本質を同じくし、善管注意義務を敷衍し、一層明確にしたものであって、所論のように、通常の委任関係に伴う善管義務とは別個の、高度な義務を規定したものは解することができない」と判示し、同質説の立場を採用した。その後の裁判例や学説においては、忠実義務違反と善管注意義務違反を特に区別せ

49) 田中・前掲注 35) 335 頁は、最高裁平成 21 年判決について「全債務説と限定説の中間的な立場」と位置付けた上で、忠実義務によるアプローチについて、「判例が取引債務を含める理由は、取締役は会社に対する忠実義務（会社法 355 条）により、取引債務を履行すべきだからという点に求められているが、それをいうのであれば取締役は忠実義務により、会社の所有権を侵害しない義務も負っているといえるはずであり、そうすると、所有権を根拠とする登記移転義務を代表訴訟の対象外とする理由は不明となる」と指摘する。最高裁平成 21 年判決は、その論旨を合理的に読めば、所有権を根拠とする登記移転義務を忠実義務には含まないと解しているであろう。こうした指摘からも、忠実義務の外延をいかに捉えるのかの問題の難しさを垣間見ることができる。

50) 野村・前掲注 37) 193 頁は、忠実義務を根拠とするアプローチにつき、「取締役自身が会社の正常な財産状態を妨げているために会社が当該取締役に対してその正常化を求めてきた場合には、その請求がいかなる法的根拠に基づく場合であっても、当該取締役は忠実にそれに応ずる義務があるはずなので、やはり決め手を欠く」と説く。

51) 山田・前掲注 2) 1631 (3091) 頁は、「論拠から演繹的に導き出される解は複数考えられ、評者によって理解が異なる」と指摘する。

ず、あたかもセットとして論じ、責任追及の対象となる取締役について「善管注意義務ないし忠実義務」違反が認められるという様に判断されることがほとんどであると指摘されている⁵²⁾。

この様な中であって、最高裁平成21年判決は、善管注意義務について特に触れずに忠実義務のみを取り上げており、善管注意義務とは別個に忠実義務の本質やその機能について改めて考察すべき契機としての側面も見出すことができよう。

5 「取引上の債務」概念をめぐる問題

さらに、最高裁平成21年判決にいう「取引上の債務」という概念をめぐる問題もある⁵³⁾。すなわち、最高裁平成21年判決が判示する取締役と会社との取引によって負担することとなった債務（取締役の会社に対する取引債務）にいう「取引」は、多種多様であることから、具体的にどのような内容を含むかについては必ずしも明らかではない⁵⁴⁾。また、取引上の債務の不履行を理由とする当該取引契約の解除による損害賠償請求権や不当利得返還請求権が「取引上の債務」に含まれるのかといった点についても必ずしも明らかでない。この点は、最高裁平成21年判決が「取引上の債務」として認めた訴訟物（予備的請求）は借用契約の終了に基づく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請求権であったが、取引上の債務の正常な履行のみならず、これと実質的な同一性を有する限り、取引上の債務を契機として発生した不法行為に基づく損害賠償債務、債務不履行に基づく損害賠償債務、取引が無効である場

52) 落合誠一編『会社法コンメンタール8—機関(2)』（商事法務・2009年）53頁〔近藤光男〕。

53) なお、法曹会編・前掲注1) 195頁〔高橋讓〕は、「本判決の考え方」として、取引債務を包含するとの判断に至った考え方として、「会社による損害回復の方法としては、金銭賠償を求めるよりも、取引上の債務それ自体の履行を求める方が有効かつ適切である。」と指摘する。

54) 前掲・宮崎注35) 131頁は、「どのようなものが取引債務に該当するか事案に即して吟味する必要がある」と指摘する。

合の不当利得返還義務、解除された場合の原状回復義務といった債務等、取引上の債務の変形または実質的同一性を有すると認められるものも含むと解する⁵⁵⁾。

6 取締役就任前の債務と取締役退任後の債務についての責任

最高裁平成 21 年判決からは、従来から議論となっている取締役就任前に発生した債務について取締役就任後に代表訴訟によってその責任を追及できるか、取締役就任中に発生した債務について取締役退任後に代表訴訟によってその責任を追及できるかについて、いかなる結論を導くか明らかではない⁵⁶⁾。この問題は、最高裁平成 21 年判決が採用した忠実義務によるアプローチによれば、忠実義務の本質は何かという観点から考察し、結論を導くべき問題であると考える。

第 8 考察

1 代表訴訟の制度趣旨としての「提訴懈怠可能性」

最高裁平成 21 年判決は、代表訴訟の制度趣旨を提訴懈怠可能性と理解しながら、この制度趣旨を全債務説を導く根拠として用いることなく、取締役の地位に基づく責任に限定するという見解を採用しない根拠としてのみ用いている。しかも、全債務説からも最高裁平成 21 年判決と同様に取引債務を含めるといふ結論を導くことが可能であるにもかかわらず、主位的請求である真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記請求権については責任追及の対象に含

55) 同旨・福島洋尚「株主代表訴訟の対象となる取締役の責任の範囲」ジュリスト 1398 号（2010 年）123 頁。山田・前掲注 40）138 頁。なお、岸田雅雄「判批」別冊ジュリスト 205 号（会社法判例百選〔第 2 版〕）（2011 年）141 頁は、本判決における「取締役の会社に対する取引債務」の意味については必ずしも明確でない点もあるため、今後は、その解釈をめぐる争いが生じる可能性が残ると示唆する。

56) 弥永・前掲注 45）65 頁は、取締役が在任中に行った行為についての事例に関するものであり、取締役が就任前に負っていた会社に対する債務を代表訴訟によって追及することができるかどうかについては、今後の課題として残されているとする。

めていない。こうした論理構造からすれば、最高裁平成 21 年判決は、全債務説を採用するものではないと解するのが自然であろう。

代表訴訟制度は、昭和 25 年改正商法の下で取締役の権限が拡大されたことに照応して、取締役の権限の濫用を防止し、株主による取締役の業務執行を監督する手段として導入したものである⁵⁷⁾。この様な沿革的経緯⁵⁸⁾に照らせば、代表訴訟制度の機能は、株式会社の実質的所有者である株主による取締役に対する監督手段という点にあると解され、代表訴訟の制度趣旨は、取締役同士の仲間意識から生じる会社の取締役に対する提訴懈怠可能性という点に求められるべきである。

こうした提訴懈怠可能性は、取締役が会社に対して負う一切の債務にあてはまるものである。この点では、提訴懈怠可能性という代表訴訟の制度趣旨は、全債務説と親和性が高いと評価できる。もちろん、この制度趣旨が、代表訴訟によって追及し得る取締役の責任の範囲を論理的に導くものではない。そこで問題となるのは、全債務説を限定するファクターとして従来から取り上げられてきた、会社の裁量や経営判断の余地を不当に狭めることになり妥当でないという批判の当否である。

2 会社の裁量ないし経営判断の余地

(1) 全債務説を批判する論拠としての役割

代表訴訟により会社が追及し得る取締役の責任の範囲を広く認めることに対しては、株主の介入によって損害賠償を見合わせようとしている会社の裁量や経営判断の余地を不当に制限することになり妥当でないという批判がある⁵⁹⁾。我が国における代表訴訟制度は、株主から提訴請求を受けて会社が提訴しない場合には、原則として株主による代表訴訟の提訴を可能としているため、代表

57) 高橋・前掲注 18)。

58) 酒巻＝龍田・前掲注 9) 231 頁 [畠田公明] 参照。東京地判平成 10 年 12 月 7 日判時 1701 号 161 頁の立場である。

59) 江頭・前掲注 8) 494 頁。

訴訟によって追及できる役員責任の範囲を限定しないと代表訴訟が広く認められすぎ、会社が裁量を行使できず、さらに濫訴のおそれがあるとの指摘である⁶⁰⁾。かかる全債務説への批判や指摘を重視すれば、代表訴訟によって追及し得る取締役の責任の範囲を一定程度制限する方向へと展開することになる⁶¹⁾。この点に関して最高裁判平成 21 年判決の原審は、「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」し、「取締役が、取締役の地位に基づかないで会社にかけている責任を含まない」との結論を採用するに際して、「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かけている責任にして、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になる」と指摘する。

こうした理解は、代表訴訟の対象を限定する一定の方向性を導く根拠として機能しているが、この点に関する最高裁判平成 21 年判決の態度は、必ずしも明らかではない⁶²⁾。

（2）裁量の存在と限界

株式会社制度は、会社経営につき株主総会で選任した取締役を構成員とする

60) 弥永・前掲注 8) 246 頁。

61) 近藤光男「判批」法学教室編集室編『判例セレクト 2009（商法 6）』（2015 年）21 頁は、「この問題は会社の経営政策に一株主が代表訴訟の提起の形でどこまで介入できるかの問題でもある。」と指摘する。

62) この点に関し、山田・前掲注 2) は、「最高裁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」と指摘する。

取締役会に業務執行の意思決定を（取締役会設置会社の場合。会社法 362 条 2 項 1 号）、代表取締役をはじめとする個々の取締役に業務の執行を委ね、所有と経営を分離している。ここにおいて取締役は、会社と委任関係にある受任者として善管注意義務（会社法 330 条、民法 644 条）を負いつつも、業務執行につき一定の裁量が認められていることは否定できない。

しかし、この様に取締役の裁量や経営判断が存在することから、これを不当に制約することになりかねない、といった理由で代表訴訟の対象を狭めるべきであるという議論には賛成できない。代表訴訟が株主の監督是正権として正当に機能するためには、会社の取締役に對して責任追及しないという裁量や取締役の債務の履行を猶予するという経営判断に疑いがある場合には、これを司法における審理の対象とすべきであって、一定の裁量や経営判断への制約を理由に司法における審理の対象とすることなしに代表訴訟の対象たり得ないという結論を導くことは合理性を欠くといえるからである。もちろん、株主による濫用的な代表訴訟の提起は許されるべきではないことは当然であるが、こうした濫用的な代表訴訟の提起に対しては、以下の会社法が用意した諸制度によって対応すべきであると解する。

(3) 会社法上の諸制度との関係

すなわち、まず第 1 に会社法は、責任追及等の訴えが当該株主もしくは第三者の不正な利益を図り、または、当該会社に損害を加えることを目的とする場合は、提訴請求自体が許されないとしている（会社法 847 条 1 項但書）。この趣旨は、不正な利益の確保を目的とする不当な代表訴訟を制限し、会社の利益を図る点にあり、従来の裁判上、訴権の濫用として訴えが却下されたものを明文化したと解されている⁶³⁾。

第 2 に会社法は、不提訴理由の通知の制度を取り入れている。すなわち、株主からの提訴請求に対して会社が提訴請求の日から 60 日以内に責任追及の訴

63) 相澤哲『一問一答 新・会社法〔改訂版〕』（商事法務・2009 年）243 頁。

え（会社法 847 条 1 項）を提起しない場合、当該提訴請求をした株主または請求の相手方である取締役等から会社が請求を受けたときは、当該会社はその者に対し、遅滞なく、①会社が行った調査の判断の内容、②請求対象者の責任または義務の有無についての判断およびその理由、③請求対象者に責任または義務があると判断した場合において、責任追及等の訴えを提起しないときは、その理由を書面その他の法務省令（会社法施行規則 218 条）で定める方法により通知しなければならない（会社法 847 条 4 項）。これを不提訴理由の通知といい、この趣旨は、証拠資料の収集能力の乏しい株主の訴訟追行を適正化するため、株主に必要な訴訟資料を収集しやすくする点にある。仮に会社が正当であると考える裁量や経営判断が存在するのであれば、会社はこうした裁量や経営判断の正当性を当該不提訴理由の通知に記載するなどして株主に知らせ、これを受けた株主が当該裁量や経営判断の正当性について検討し、これが妥当でないと判断した折には代表訴訟を提訴できるとするのが会社法の本来的な仕組みに合致するといえよう⁶⁴⁾。

第 3 に担保提供命令の存在である。一定の要件を充足する必要はあるものの、代表訴訟の濫用的な提訴に対しては、担保提供命令（会社法 847 条の 4 第 2 項）によって対抗し得るとというのが会社法の建前である。

第 4 に代表訴訟において会社は被告取締役側に訴訟参加することができる点である（会社法 849 条）。仮に会社が自らの裁量や経営判断を主張するのであれば、代表訴訟提起後に被告取締役側に訴訟参加し、会社が自らの裁量や経営判断が正当であることを主張立証し、公正な判断を仰ぐことが正当であると考えらる。

（4）株主の監督是正権としての機能

これらの諸制度を会社法が用意している以上、取締役に経営をはじめ業務執

64) 森本・前掲注 42) 10 頁は、「事前の提訴請求と不提訴理由書制度により、株主の代表訴訟提訴権と取締役の経営上の裁量の調整が不可能なわけではない。」と指摘する。

行自体に一定の裁量や経営判断の余地が認められるとしても、当該取締役の裁量や経営判断の当否が問題となり、当該裁量権の行使が果たして合理的であったか否かを問題とすべき場合に、予め代表訴訟による審理の対象たり得ないとするのは、株主の監督是正権の実現としての代表訴訟の役割に照らして合理性を欠くといえよう⁶⁵⁾。会社の裁量や経営判断を根拠に代表訴訟によって追及し得る取締役の責任の範囲外とすることは、本案審理を経た判断を株主が得られないこととなる。株主にとっての影響は大きく、事実上監督是正権を行使する機会を与えられなかったことを意味する。かかる観点からは、取締役に裁量や経営判断が認められることを前提としつつも、これを理由に代表訴訟によって追及し得る取締役の責任追及の範囲を限定するのは妥当ではなく、この種の経営判断の適否は代表訴訟の審理において主張立証の機会を確保して判断する機会を保障することが株主の監督是正権の一環である代表訴訟の有する機能に照らし望ましいと考える⁶⁶⁾。取締役の裁量や経営判断の余地の存在を前提に、代表訴訟の対象外として審理の場を抑止する方向の議論は、代表訴訟の本来の機能に照らし合理的な方向性とはいえないであろう⁶⁷⁾。従来の裁量論は、株主の監督是正権としての代表訴訟の機能を減殺するものであり合理性を見出せないと考える⁶⁸⁾。

65) 森本・前掲注42) 11頁は、平成5年の商法改正以降、株主代表訴訟の目的の価額の算定について財産上の請求でないといみなされ、現在、訴訟費用は一律1万3000円とされている(会社法847条1項、民事訴訟費用等に関する法律4条2項)のは、株主代表訴訟における会社経営の健全性確保機能に配慮したものとし、株主代表訴訟の制度趣旨を提訴懈怠可能性だけでなく、会社経営の健全性確保の観点を重視して解釈論を構築することが妥当であろうと説く。本稿も同様の視座に立脚するものである。

66) 特に中小企業経営者の身内同士のくばい合いによる提訴の差し控えが、その他の株主の利益を不当に害することになる場合もあるであろうとの指摘もある(石山卓磨「株主代表訴訟の対象となる取締役の責任の範囲」金融商事判例1332号(2010年)2頁以下)。

67) 石山・前掲注66) 6頁は、「損害賠償請求を見合わせようとしている会社側の裁量・経営判断の余地を不当に狭めることになるとの懸念もあるが、この点は、代表訴訟の判決確定後に責任額の一部免除措置等(同法425条)による対応も考えられる」とした上で、「逆に、安易にこの種の経営判断を尊重することにも問題があるだろう。」と説くが、本稿の問題意識と共通する指摘であり賛成する。

会社に一定の裁量が存在することはもちろんであるが、取締役の裁量や経営判断の余地は、担保提供命令や会社の訴訟参加など会社法が用意した他の制度を通じて斟酌されるべきである⁶⁹⁾。会社側が正当な裁量や経営判断が正当であると主張するのであれば、本案の審理として審判の対象とした上で主張立証を尽くすことによって司法判断を受けることが望ましい。仮に全債務説に立って代表訴訟の提起を認めたとしても、会社は債務免除や支払の猶予等によって権利行使の是非やタイミングを決定することが可能であり、会社は裁量権を行使できるとする見解も主張されている⁷⁰⁾。また、代表訴訟提起後は、会社の処分権が制限され会社は裁判外において取締役に対する権利について免除・放棄等の処分をなし得ないとしても、取締役の財産状態等から履行を猶予したり分割払いとしたりすることが会社にとっても望ましい場合には、提訴請求後考慮期間内にその様な措置をとることによって代表訴訟を回避することができるとの主張もある⁷¹⁾。いずれの見解によっても、そもそも代表訴訟によって会

68) 代表訴訟の位置付けに関し、近藤光男教授は、「わが国の代表訴訟制度は、25年の商法改正において取締役の責任を拡大強化し、その対壁として株主の地位の強化によるその保護をはかることが不可欠の要請であるとして新設されたものである」とし、「株主による強力な監視システム」であると説く（近藤・前掲注10）315頁、317頁）。また、山田・前掲注2）1659（3119）頁は、「監督は正権の発露の一形態である。」とする。龍田＝前田・前掲注3）は、株主による代表訴訟提起権を監督は正権と位置付け、「株主の勝訴によって得られる株価の回復は僅かだとしても、違法行為を放置しないガバナンス体制、その予防効果への期待が制度を支える。」と説く。

69) 前掲・宮崎注35）132頁は、会社法上の濫訴防止の諸制度の存在を指摘し、最高裁平成21年判決が問題となった小規模閉鎖的会社においては、「濫訴防止に関して一定程度の度外視も許容してよいのではないだろうか。」と問題を提起する。

70) 宮本航平「株主代表訴訟の対象となる取締役の責任の範囲」法学新報118巻1、2号（2016年）654頁は、こうした理解の下、「全債務説に立つと権利行使に関する会社の裁量が認められないこととなり不当であるとの批判は正当なものでない」とする。北村雅史「判批」民商法雑誌142巻2号（2010年）201頁は、基本的に限定債務説を支持した上で、仮に最高裁平成21年判決の判旨に基づいて考えるとすれば、「取引債務の履行請求に係る株主代表訴訟の提起があっても、会社は、裁判外で経営陣の裁量によって対象債務を処分することができる」と解したい。」と説く。

71) 吉原・前掲注4）102頁。

社の裁量や経営判断の余地が不当に制限されるという主張自体に疑問が残る。

3 忠実義務の外延をめぐる問題

(1) 忠実義務の外延

既に検討したように最高裁平成 21 年判決が取引上の債務を包含するとした 3 つの根拠のうち、会社法の下で特に重要な意味を有するのは忠実義務である。この忠実義務の外延については学説上争いがあるものの、まず、会社法 355 条の文言が、取締役は忠実にその職務を行わなければならないとしていることから、職務行為に忠実義務が課されるのは当然である。他方で、取締役が忠実義務を負うのはその職務行為に関してまたは関連した行為に限られるのか、あるいは職務とは離れた私人として行ったプライベートな行為についても及ぶのかに関して議論がある⁷²⁾。この問題について、取締役は会社との任用契約（会社法 330 条）に基づいてその職務を行使すべき義務（民法 644 条）のほかに、取締役の資格を離れた個人の資格でも会社の利益を犠牲にして自己の利益を図ってはならないとする忠実義務を負っているとする見解⁷³⁾など、個人の資格であっても忠実義務の範囲に含まれるとする主張が存在する。同様に、会社の機密情報に接する機会が多い取締役がこれを私的活動に利用したような場合を考えれば、これを規制の対象外とすることには疑問があるとの指摘もなされている⁷⁴⁾。

72) 落合編・前掲注 52) 57 頁 [近藤光男]。

73) 鳥山恭一「株主が代表訴訟により追及できる取締役の対会社責任の範囲」法学セミナー 655 号（2009 年）121 頁は、取締役が個人の資格で会社に対して負う責任を履行しないことは通常は取締役の忠実義務に反するものと考えられるとし、こうした理解を下に、その責任の不履行が取締役として会社に対して負う忠実義務に反することを株主が主張立証すれば、株主は取締役が会社に対して負う責任も代表訴訟により追及し得るものと解さざるを得ないと考えられるとし、反対に、その責任の不履行が取締役の忠実義務に反することにならない何らかの事情があれば株主は代表訴訟によりその責任は追及し得ないと解されるとする。忠実義務の適用範囲の不明確さを代表訴訟における主張立証の可否に委ねて具体的解決を志向する見解であるといえよう。

74) 落合編・前掲注 52) 57 頁 [近藤光男]。

これに対して、取締役が忠実義務を負うのはその職務行為とそれに関連した行為に限られないとしつつ、しかし取締役の職務とは離れたプライベートな行為までを規制することや取締役が会社の外で個人の資格とする行為（特に経済的活動）のすべてを規制することは行き過ぎであるとの指摘も存在する⁷⁵⁾。しかし、上記の例のように会社の機密情報を私的に利用した場合は、当該機密情報は職務上機密とすべき情報である以上、もはや職務とは離れたプライベートな行為とは評価できないというべきであろう。また實際上、上記の「会社の機密情報を私的活動に利用した」という場合に、これをプライベートであるから忠実義務の射程外であるというのでは、忠実義務を事実上空洞化してしまいかねない。そもそもこの設例自体、もはやプライベートとは評価できないと解すべき場面であり、問題設定として合理的であるか疑問が残る。抽象的一般的に言えば、取締役としての職務を離れた行為であっても、具体的状況によって当該行為が取締役の地位ないし職務との関連性を有すると認められる場合は会社に対する忠実義務違反となり得ると解した上で、個別具体的な事実関係を考察の対象としていくことになろう⁷⁶⁾。

（2） 信認関係法理からみた忠実義務の本質

忠実義務の法的性質について考察すると、忠実義務は、昭和 25 年の商法改正により取締役会が導入され、取締役の権限が強化されたことに伴い取締役の行動に一定の歯止めをかけるべく導入された義務である。この昭和 25 年当時は、我が国はアメリカの占領下にあり、商法改正もアメリカ占領当局の主導によりなされたものと評価されている⁷⁷⁾。こうした立法の経緯に照らし、忠実義

75) 神田秀樹『会社法〔第 20 版〕』（弘文堂・2018 年）230 頁。

76) この問題に関して、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、「忠実義務とは取締役としての立場にある以上は個人としての資格でも、会社の利益構造を犠牲にして自己の利益をはかってはならない義務と解するのであれば、取締役が会社に対し個人の資格で負う責任を履行しないのは、同義務に違反すると理論構成することができる。」と説くが、本稿と同義の視点による見解として賛成する。

務の本質的性格は、英米法的に理解するのが自然であり、かつ、合理的であると解する⁷⁸⁾。元来、英米法の下においては、忠実義務は信認関係 (fiduciary relation) から導かれていると位置付けられる⁷⁹⁾。忠実義務を信認関係から導くことは、取締役は信託財産 (会社) の受託者 (trustee) であるという観念から出発しており、株主、会社、取締役をそれぞれ委託者、信託財産、受託者とする信託法理から導くことが可能である⁸⁰⁾。

忠実義務は、我が国では昭和 25 年の商法改正において取締役の忠実義務として導入され (昭和 25 年当時の商法 254 条の 2)、今日の会社法に引き継がれている (会社法 355 条)。忠実義務は株式会社の実質的所有者たる株主と取締役の信認関係に由来する関係規範であり、株式会社と取締役の委任契約から生じる契約 (合意) 規範である善管注意義務とは異なる発生源から導かれるものである。

もっとも、この様な理解は、我が国の会社法における忠実義務 (会社法 355 条) に英米法における忠実義務 (duty of loyalty) をそのままの形で持ち込んだものと理解するものではない。英米法における忠実義務の特質を挙げると、①善管注意義務が注意義務として過失責任であるのに対し、忠実義務はこれに違反するか否かは客観的に明らかな忠実義務違反の有無が問われることとなり、その意味で過失の有無にかかわらない点がある。また、②善管注意義務違反の効果は損害の発生を前提とした損害賠償請求であるのに対して、忠実義務違反の場合は損害の発生の有無とかかわりなく、利益の吐き出しを求めることとなる。さらに、③経営判断原則 (business judgement rule) は忠実義務については適用がないものと解されている⁸¹⁾。しかし、現行会社法は、忠実義務違反 (会社法 355 条) があつた場合の取締役の責任について定めた会社法 423 条につき、

77) 酒巻俊雄 = 龍田節編集代表『逐条解説会社法 第 4 巻 機関・I』(中央経済社・2008 年) 424 頁 [石山卓磨]。

78) 酒巻 = 龍田・前掲注 77) 424 頁 [石山卓磨]。

79) 酒巻 = 龍田・前掲注 77) 424 頁 [石山卓磨]。

80) 江頭・前掲注 8) 436 頁。

過失責任を前提とした上で(会社法 428 条参照)、取締役が得た利益の会社への吐き出しではなく、発生した損害の賠償に関する規定として定められている⁸²⁾。このことから明らかなとおり、忠実義務の規定は、信認関係を源泉としつつも、我が国の会社法に取り入れるに際して、英米法の下における原型を変容した上で取り入れたものであると解する⁸³⁾。この点、忠実義務と善管注意義務の関係をめぐる最大判昭和 45 年 6 月 24 日が「善管注意義務と本質を同じくし、善管注意義務を敷衍し、一層明確にしたもの」として忠実義務を位置付けたのは、かかる文脈で理解すべきであると考ええる。忠実義務と善管注意義務は、その発生源泉において本来的性質を異にする義務であるといえる⁸⁴⁾。こうした理解は、忠実義務の理論的系譜を踏まえることによって、忠実義務の本質からその適用範囲を考察するという解釈態度につながるものと考えられる⁸⁵⁾。

81) 酒巻 = 龍田・前掲注 77) 424 頁 [石山卓磨]。忠実義務と business judgement rule の関係につき、赤堀光子「取締役の忠実義務 (一)」法学協会雑誌 85 号 (1968 年) 20 頁は、business judgement rule により取締役の注意義務 (duty of care and due diligence) に対する裁判所の審査の範囲が縮小するにつれて、経営者の不正な利得行為を厳格に規制する必要があると増大し、経営者に課された重い忠実義務は、この要求に対応したものであると指摘する。また、新井修司「取締役の経営上の判断と対会社責任」家正直編『現代裁判法大系(17)会社法』(新日本法規出版・1999 年) 183 頁は、「取締役の経営上の判断には、当該取締役が判断対象に利害関係を有するものや、法令に対する違反行為を含むものもあり得るが、これらには経営判断原則が適用されないと一般に解されている。」とする。なお、東京地判平成 15 年 5 月 22 日判タ 1136 号 225 頁およびその控訴審である東京高判平成 16 年 12 月 21 日判時 1907 号 139 頁は、取締役が自己の利益を図るために行った行為につき、経営判断の原則に踏み込むことなく取締役の責任を認めた事案であると解されている(「判批」判タ 1136 号 (2004 年) 226 頁、「判批」判時 1907 号 (2005 年) 140 頁)。

82) 神田・前掲注 75) 230 頁。なお、同書は、忠実義務違反の典型的な場面である取締役の競業取引規制(会社法 356 条 1 項 1 号)違反(会社法 356 条 1 項)の取引によって取締役が得た利益の額を会社法 423 条 1 項の「損害」の額と推定する会社法 423 条 2 項の規定は、「英米法的な発想を取り入れているといえる。」と指摘する。

83) 酒巻 = 龍田・前掲注 77) 424 頁 [石山卓磨] は、「昭和 25 年の商法改正がアメリカの占領当局の主導によりなされたものであり、取締役会制度をはじめ、アメリカ会社法における重要な諸制度が導入された経緯をみれば、この忠実義務も継受法解釈の原理に従い、英米法的に解釈するのが自然である。」と説く。忠実義務の法的性質を信認関係に求める有力な根拠を指摘するものであり、賛成する。

会社法上の忠実義務は、信認関係法理から導かれる信認義務 (fiduciary duty) の中心として、受託者的地位にある取締役が自己または第三者の利益を優先して会社の利益を犠牲にしてはならないという義務であり、この様に理解すれば、取締役のある行為と取締役の地位ないし職務との関連性が認められれば忠実義務が課されると理解すべきである⁸⁴⁾と考える。

(3) 忠実義務の理論的系譜からの考察

以上の考察から、取締役の会社に対する忠実義務は、信認関係に基づく信託法理に由来し、受託者の裁量権の濫用を防止する信認義務の中核として位置付けることができる。会社法上の忠実義務は、信認関係法理から導かれる信認義務の中心であり、受託者的地位にある取締役が自己または第三者の利益を優先して会社の利益を犠牲にしてはならないという義務であると解する。取締役の地位ないし職務との関連性が認められれば、信認関係にある受託者的地位にある者として自己または第三者の利益を図ってはならない義務として忠実義務が課されるものと解すべきである⁸⁶⁾。

したがって、問題となった債務を履行しないことによる責任が一見すると当該取締役が個人の資格で負う責任であっても、これを履行しないことが取締役の地位ないし職務との関連性を有すると認められる場合には、忠実義務に違反すると解すべきである⁸⁷⁾。これに対して、取締役がその地位ないし職務と関係なく会社に対して負担した不法行為に基づく債務や相続によって負担した債務などを除外すべきであるが、その他の債務ないし責任については、取締役の地

84) 神田・前掲注75) 230頁は、「学界では、この忠実義務と善管注意義務とは別の概念であるとする見解が有力である」とし、「両者の内容は、両者を別個のものと考えた方が分かりやすい。」と説く。

85) 私見は、忠実義務の理論的系譜を踏まえ、これを解釈論に反映する立場であり、忠実義務と善管注意義務の関係において従来主張されているいわゆる異質説とは異なる。信認関係に基づく忠実義務は、わが国の会社法がこれを取り入れるに際し、わが国の会社法に整合すべく変容していると理解するものである。神田・前掲注75) 230頁。

86) 藤原・前掲注76) 30頁。

位ないし職務との関連性が認められれば忠実義務の範囲に含まれると解される⁸⁸⁾。

4 取締役就任前の責任

さらに、こうした忠実義務の理解によれば、代表訴訟の対象となる取締役の責任は取締役が在任中に発生原因のある債務であることを原則とし、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、その発生原因が取締役の地位ないし職務との関連性が認められる以上は、代表訴訟の対象となると解すべきである。問題となるのは、取締役就任前に発生原因事実が存在する債務についてである。前掲・大阪地判平成11年9月22日判時1719号142頁は、代表訴訟の制度趣旨が提訴懈怠可能性にある点を重視して、限定債務説に依拠し

87) 藤原・前掲注76) 30頁は、「忠実義務とは取締役としての立場にある以上は個人としての資格でも、会社の利益を犠牲にして自己の利益をはかつてはならない義務と解するのであれば、取締役が会社に対し個人の資格で負う責任を履行しないのは、同義務に違反すると理論構成することができる。」と説く。結論において、私見もこの立場に賛成する。この様に解する理論的根拠として、私見は、忠実義務の本質を信認関係に基づく信認義務に求めるものである。山田・前掲注2) 1677(3137)頁は、問題となり得る場面を類型化し、詳細に検討された上で、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発生原因と職務との関連性により確定すべきとする立場と同じスタンスに立つとし、「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。」とする。本稿は忠実義務の理論的系譜を踏まえた分析によるアプローチを経たものであるが、これらの立場と結論において基本的スタンスを同じくするものとする。

88) 藤原俊雄「判批」判例時報2057号(2010年)196頁は、「株主がその責任の不履行が会社に対する忠実義務に違反することを主張・立証できた場合は、取締役が個人としての資格で会社に負う責任も代表訴訟によって追及できると考えることもできなくはなかろう。」と指摘する。私見によっても、株主による取締役の忠実義務違反の主張の当否は、取締役としての地位ないし職務との関連性を含む株主の側の主張立証に関することとなる。これに対して、神田・前掲注75) 230頁は、取締役が忠実義務を負うのは、その職務行為とそれに関連した行為に限られないとするが、こうした理解によれば忠実義務の外延を画することは困難となろう。

ない立場から、この様な提訴懈怠可能性という趣旨は、当該取締役が会社に対して債務を負担した時期が取締役等への就任の前か後かで異なるところはないとして、当該取締役等が就任する以前から会社に対して負担していた債務についても代表訴訟の対象となると判示している⁸⁹⁾。しかし、先に考察したように忠実義務は、信認関係に基づき受託者の地位にある取締役に課された信認義務の中心であり、信認義務が受託者の地位にある者の裁量の濫用を防止する役割を担う以上、取締役就任前に発生原因のある債務に関する責任は、取締役の地位ないし職務との関連性が認められないのが通常であるから信認関係に基づく地位に由来する債務として発生したものとはいえず、代表訴訟の対象に含まれないと解すべきである。

第9 まとめに代えて

最高裁平成21年判決は、取締役の地位に基づく責任を中心としつつ提訴懈怠可能性という制度趣旨の下、代表訴訟の対象となる取締役の責任の範囲を考察するに際し取締役の忠実義務を媒介とするアプローチを採用し、忠実義務の範囲に含まれる債務（責任）であれば、取引債務に限らず代表訴訟の対象となるという解釈論の可能性を提示したものと解することができる。忠実義務は、株主との信認関係から導かれる信認義務の中心的義務であり、取締役という受託者の地位にある者が取締役としての地位ないし職務との関連性がある場面において、自己の利益を優先して会社の利益を犠牲にすることを防止する点にその意義を有するものであり、取締役の地位ないし職務と関連性を有しない債務や責任は忠実義務の範囲から除外されるべきであると解される⁹⁰⁾。さらに取

89) 酒巻＝龍田・前掲注9) 232頁〔畠田公明〕参照。

90) 日下部真治「判批」金融商事判例1333号(2010年)22頁は、本判決は、「取締役ノ責任」という文言や、「取締役ノ責任」を追及する株主代表訴訟の性格から、取締役の地位や業務と関係のない債務は除外すべきであるとの判断があるものと推測される、と指摘する。

締役就任前の責任の扱いについても本稿で考察したように、忠実義務に照らして、その発生源が取締役の地位ないし職務との関連性が認められるか否かで決すべきであると考え。こうした理解は、結果として、全債務から取締役の地位や職務に関連しない債務を除いた一切の取締役の債務を代表訴訟の対象とするものであり、従来主張されていた中間説としての職務関連性説とほぼ同様の範囲となると解されるが⁹¹⁾、最高裁平成21年判決は、このことを忠実義務を媒介とする法律構成によって示したものと解されるのである⁹²⁾。

以上

91) なお、こうした理解によれば、取締役以外で忠実義務を課されていない監査役等を被告とする代表訴訟においては、その地位ないし職務関連性を軸に代表訴訟の対象となる責任の範囲を考察すべきこととなると解する。

92) 吉原・前掲注4) 114頁は、全債務説に近い立場として、「取締役が何らかの形でその地位ないし職務に関連して負担した一切の責任」が代表訴訟の対象となると表現を修正する必要性を説くが、忠実義務の分析からみても、取締役の地位ないし職務と関連しない債務や責任を代表訴訟の対象として認める必要はないことから、この様な理解に賛成する。なお、本稿では、会社法847条の「取締役の責任」の解釈をめぐり、取締役についての忠実義務論を中心に議論を展開した。もっとも、取締役・執行役以外の役員等（会社法423条1項参照）については忠実義務に関する明文の規定を欠く。これらについても、本文で考察した議論からは、その地位ないし職務との関連性を有する債務（責任）であるかが代表訴訟の対象となる否かのメルクマールとなると解される。最高裁平成21年判決は、こうした理解の下、取締役について忠実義務を媒介として根拠付けたものと理解することが可能である。主位的請求である所有権に基づく真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記請求権は、取締役の地位ないし職務との関連性が認められないものと解され、忠実義務のカテゴリー外にあると判断されたものと解される。