

公開会社株主代表訴訟制度の 立法目的と制度設計（三）

——アメリカ・日本・中国の比較法的考察——

阮 卿 斌

目 次

- 序章 問題の設定
 - 一 株主代表訴訟の経済的構造に内在する課題
 - 二 検討課題の具体化
 - 三 本稿検討の方法、対象と順序
- 第一章 アメリカ法
 - 第一節 アメリカ法における制度の確立
 - 一 イギリス判例法における制度の生成と消滅
 - 二 アメリカにおける制度の生成と発展
 - 三 検討
 - 第二節 アメリカにおける制度の利用状況と濫訴防止策
 - 一 制度の利用状況
 - 二 代表の適切性要件
 - 三 行為時所有要件
 - 四 担保提供制度
 - 五 小括（以上、64巻2号）
 - 第三節 アメリカ法における制度の主要立法目的の調整
 - 一 取締役会に対する提訴請求要件
 - 二 1970年代以前の訴訟管理権限の分配状況
 - 三 1970年代以降の制度発展
 - 四 検討（以上、64巻3号）
- 第二章 日本法
 - 第一節 日本法における制度の確立
 - 一 制度の立法沿革

- 1 戦前の取締役等の責任追及制度
- 2 1950年商法改正による制度の確立
- 3 1993年の商法改正
- 4 2000年代以降の商法改正
- 5 小括
- 二 検討
 - 1 法構造に対する認識と株主代表訴権の法的根拠
 - (1) 手続法的根拠と法構造に対する認識
 - (2) 実体法的根拠に関する学説の検討
 - (3) 小括
 - 2 株主総会の訴訟管理権限の剥奪
- 第二節 日本における制度の利用状況と濫訴防止策
 - 一 制度の利用状況
 - 二 一般的法理の適用
 - 1 権利濫用の法理による訴えの却下
 - 2 会社法上の訴え却下制度
 - 3 敗訴株主の不法行為責任
 - 三 担保提供制度
 - 1 制度の目的
 - 2 学説及び判例の状況
 - (1) 「悪意」の意義をめぐる従来の学説
 - (2) 判例・学説の展開
 - (3) 判例の新潮流
 - 3 評価
 - 四 小括
- 第三節 日本法における制度の主要立法目的の調整
 - 一 訴訟管理権限分配メカニズムの停止
 - 1 形式的提訴請求手続
 - 2 新会社法上の不提訴理由通知制度の意義
 - 二 取締役の責任範囲の限定と主要立法目的の調整
 - 1 代表訴訟の対象と取締役の責任規制
 - 2 学説の状況
 - (1) 全債務説
 - (2) 限定債務説
 - (3) 折衷的アプローチの登場と学説対立の焦点

- 3 判例の状況
 - (1) 下級審判例
 - (2) 平成21年最高裁判決
- 4 検討
 - (1) 全債務説は会社の経営裁量権を制限するのか
 - (2) 限定債務説が主張する経営裁量権の意義
 - (3) 小括

(つづく)

第二章 日本法

第一節 日本法における制度の確立

一 制度の立法沿革

1 戦前の取締役等の責任追及制度

日本の最初の近代的・体系的商法典は1890年に公布されたいわゆる旧商法典（明治23年法律32号）である。⁽³⁹⁹⁾ その228条によれば、株主総会は監査役または特に選定した代理人を以って取締役又は監査役に対して訴訟を為すことができる。その229条によれば、会社資本の少なくとも二十分の一に当たる株主はまた特に選定した代理人を以って取締役又は監査役に対して訴訟を為すことができる。

その後の1899年制定の新商法典（明治32年法律48号）178条によれば、株主総会において取締役に対する訴えの提起を決議した時、又はこれを否決した場合に資本の十分の一以上に当たる株主がこれを監査役に請求した時は、会社は決議又は請求の日から一ヶ月以内に訴えを提起しなければならない。⁽⁴⁰⁰⁾ 持株要件が加重された。

(399) ただし、旧商法典のほとんどの規定は施行されておらず、実際上の最初の商法典は1899年の新商法典だとされている。

(400) また、監査役についても同様な規定が設けられていた（1899年新商法

1938年の商法改正（昭和13年法律72号）は、少数株主の提訴請求権の行使により多くの制限を付け加えた。その268条によれば、提訴請求できる少数株主が株主総会の会日の三ヶ月前より引き続き株式を保有するという持株期間の制限を加え、提訴請求できる期間も総会の会日の3か月以内に限定した上、提訴請求した株主は監査役 of 請求により担保を提供する必要があり、また、会社が敗訴したときには会社に対する損害賠償責任も規定されていた。このほか、監査役や特別に選任された者による不当な訴訟終了を防止するために、提訴請求した株主の議決権の過半数の同意がなければ、当該訴えの取下げ、和解又は請求の放棄をすることができないという規定も新たに追加された（268条3項）。

以上のように、戦前の会社法は株主総会中心主義を採用しており、取締役等の責任を追及するか否かの意思決定は原則的に株主総会の権限であるが、一定の要件を満たした少数株主が株主総会の決議に反して取締役等に対する訴訟の提起を会社に強制することができる。しかし、厳しい持株要件に加えて、多くの制限が設けられて、株主の提訴請求権の行使が極めて困難である。実際には、このような訴訟は減多に起こされていなかったようである。⁽⁴⁰¹⁾

典187条)。

(401) 戦前会社法は株主総会の権限を規定する規定がないが、解釈上、株主総会は商法が定めている専属決議事項や定款で株主総会が決議することとされている事項以外でも、会社経営に関するあらゆる事項を決議することができることとされていた。松本丞治『会社法講義（第9版）』331～333頁参照（巖松堂書店，1919）。また、1899年商法修正の理由書には、「株主総会ハ会社ノ機関中最高ノ地位ヲ占メ」る旨が明定されていた。浅木慎一『日本会社法成立史』60頁（信山社，2003）。

(402) 中東正文「GHQ 相手の健闘の成果——昭和25年・26年の改正——」北沢正啓先生古稀祝賀『日本会社立法の歴史的展開』249頁（商事法務研究会，1999）。

提起・追行はあくまでも株主総会によって選任された監査役または特別の者が会社の名で行わなければならない、少数株主が自己の名で訴訟を提起・追行することができなかった。したがって、戦前の責任追及制度と現代の代表訴訟は根本的に異質な制度であり、たとえ株主の訴訟参加を認めても、監査役と被告取締役との間の馴れ合い訴訟の恐れは責任追及制度の実効性を大きく低下させるであろう。

2 1950年商法改正による制度の確立

株主が自ら訴訟提起・追行権を有する代表訴訟制度は1950年の商法改正（昭和25年法律167号）によって採用された。この改正はドイツ商法を模範とする従来の日本会社法の大陸法的性格を変更し、アメリカ法の影響を強く受けた、英米型でも大陸型でもない、いわば日本型の独自の会社法を作りあげた日本会社法の根本的改正であった。⁽⁴⁰³⁾改正当時の日本はGHQの占領下にあった時代である。このような日本会社法のいわゆるアメリカ法化はアメリカ側の立法要請を受け入れた結果である。GHQは財閥解体に伴う一般大衆株主の増加を予想して会社構造を民主化するとともに、外国からの資本投下を容易にすることが主たる目的として、商法改正を日本側⁽⁴⁰⁴⁾に要請した。最終的には、1950年の商法改正は授權資本制度や無額面株式の採用を中心とする会社資金調達の便宜性の強化、取締役会制度の創設とこれに伴う株主総会・監査役の権限縮小を内容とする会社機関設計の改正、株主の地位の強化という三つの基本改正項目を内容とする。代表訴訟制度はその一環として採用されたのである。

その267条によれば、六ヶ月前より引き続き株式を有する株主は、会社

(403) 酒巻俊雄「変わる株主像と株主の権利」奥島孝康編『コーポレートガバナンス——新しい危機管理の研究』118～119頁参照（きんざい、1996）。

(404) 日米間の協議の具体的経緯については、中東・前掲注(402)参照。

に対し書面をもって取締役の責任を追及する訴えの提起を請求でき、会社がその請求の日より三十日以内に訴えを提起しないときは、提訴請求をした株主は会社のために訴訟を提起できる。そして、代表訴訟の管轄、他の株主または会社の訴訟参加、会社に対する訴訟告知、勝訴株主が相当額の弁護士報酬の支払を請求する権利、悪意の敗訴株主の損害賠償責任、再審の訴えに関する規定も置かれていた（268～268条ノ3）。翌年の商法改正（昭和26年法律209号）は担保提供制度（267条4項）を追加した。

一株主にこれほど強力な権限を与えた今回の法改正に対して、学界では当初、会社荒らし訴訟などの濫用を危惧して、代表訴訟の利用をより制限すべきであると主張する声が上がっていた⁽⁴⁰⁵⁾。しかし、「抜かずの伝家の宝刀」と揶揄されていたように、その後の1993年の商法改正までの40年間近くは利用された例が僅かである。このような運用実情が明らかになるにつれて、代表訴訟制度が濫用も活用もされていないという認識が一般的になった⁽⁴⁰⁶⁾。その理由については、日本社会の厭訴風土がよく指摘されるが、もっとも重要な理由はやはり「訴えで主張する利益」によって算定される訴訟の目的の価額に応じたスライド制の提訴手数料制度であろう。また、それ以外には、代表訴訟を提起するためには相当明確な事実を握る必要があるが、一般の株主に会社経営に関する情報がほとんどなく⁽⁴⁰⁷⁾、アメリカ法のディスカバリーのような強力な情報収集制度もないこと⁽⁴⁰⁸⁾、原告株主が相

(405) 例えば、石井照久「新株式会社法における多数決の反省」法学協会雑誌68巻6号555頁（1950）；鈴木竹雄「株式会社法改正の法理」同『商法研究Ⅱ会社法（1）』99～100頁（有斐閣，1971）〔初出：私法2号（1950）〕；松本丞治「会社法改正要綱批判」法律時報22巻3号4頁（1950）。

(406) 例えば、田中＝竹内・前掲注(23)45頁。

(407) 河本一郎「取締役の民事責任追及の法的仕組と機能」商事法務847号16頁（1979）。

(408) 谷口安平「株主の代表訴訟」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟150(1547) 法と政治 64巻4号（2014年2月）

当額の弁護士報酬以外に調査費用の支払いを会社に請求できないことも指摘⁽⁴⁰⁹⁾されていた。⁽⁴¹⁰⁾

3 1993年の商法改正

制度が用意されているのにまったく活用されない状況に対して、提訴手数料や勝訴株主の求償権の範囲の拡充について、実は政府からも学界から⁽⁴¹¹⁾⁽⁴¹²⁾

講座5巻』99頁参照（日本評論社，1969）。

(409) 近藤光男『会社経営者の過失』131頁（弘文堂，1989）。

(410) さらに、日本の弁護士事務所は概して小規模であって大規模の事実調査のために必要な人的物的設備を持っておらず、業務の態勢自体が事件の規模より数で稼ぐようにできていることも指摘されている。谷口・前掲注(408)99頁。しかし、アメリカでは代表訴訟や証券クラスアクションを提起するのがむしろ中小規模の事務所であり、大企業をクライアントとして抱える大規模法律事務所は大企業の経営者を相手取って訴訟を起こすことは考えにくい。この点についても日本でも同様である。弁護士事務所の規模というより、むしろ弁護士の数の問題は関係していると思われる。日本の弁護士数が少なく、自由競争が働いておらず、事件を積極的に発掘するインセンティブが低いことは一つの理由として考えられる。河本・前掲注(407)17頁。

さらに、日本では、株主も経営者も、長期的視点で会社の経営というもの考える。このため、短期の株主への還元を考えない。これに対して、アメリカでは、単年度で経営成果を評価して、毎年の利益配当も重視される。このような姿勢の違いは株主の経営責任追及の仕方に影響を与えている可能性があるという指摘もある。近藤・前掲注(409)131頁。

(411) 1986（昭和61）年5月に、法務省が行った意見照会「商法・有限会社法改正試案」では、勝訴株主に対して、弁護士報酬以外に相当の費用（たとえば調査費用）の請求権を認めるような提案があった。

(412) 竹内昭夫は、提訴手数料や勝訴株主の求償範囲に関する当時の立法は代表訴訟を不当に圧迫していないかについて反省しなければならないことを指摘した。田中＝竹内・前掲注(23)47～51頁；竹内昭夫「取締役の責任と代表訴訟」同『会社法の理論Ⅲ』291～293頁（有斐閣，1990）[初出：月刊法学教室99号（1988）]。

も問題提起されたが、なかなか実現できなかった。少数株主の権利を実質的に拡充するような立法に対する経済界からの反対は容易に想像できる。

しかし、1993年の商法改正（平成5年法律62号）において、①代表訴訟の目的の価額の算定について、これを財産権上の請求でない請求に係る訴えとみなし（1993年改正商法267条5項⁽⁴¹³⁾）、訴額が95万円であるとみなされるため、代表訴訟の提訴手数料を、請求金額と関係なく、一律8,200円とすること（当時の民事訴訟費用等に関する法律4条2項及び別表第一の一⁽⁴¹⁴⁾）、②勝訴株主が会社に対して、訴訟費用を除き、平成5年改正前にも認められた弁護士報酬の相当額の請求に加えて、訴訟追行に必要なその他の費用の相当額の支払を請求できること（同法268条ノ2第1項）、③会計帳簿閲覧謄写請求権の行使要件を、従来の発行済株式総数の10分の1から100分の3に軽減すること（同法293条ノ6第1項）、の三点が実現された。この改正によって、原告株主の提訴負担が軽減され、訴訟維持に必要な情報も収集しやすくなったといえよう。

このような立法が実現された背景については、まず、日本国内の社会経済情勢が指摘されている。すなわち、バブル経済の崩壊に伴い、証券会社の損失補填問題、暴力団との不明瞭な取引、偽造債券などを担保とする巨額の融資、無担保の巨額の債務の保証、飛ばしなど、大企業をめぐる不祥

(413) もっとも、最高裁は平成5年改正前商法が適用される日興証券損失補填上告審事件判決（最判平6年3月10日資料版商事法務121号149頁）において控訴審判決（東京高裁平成5年3月30日判例タイムズ823号131頁）を支持して訴額算定不能説を採用したため、今回の法改正点①の意義がないとも言えるが、改正法が最高裁判決の前に公布されたことを考えれば、改正法が最高裁の判断に影響を与えたとも言えそうである。

(414) 2003年の法改正（平成15年法律128号）によって、民事訴訟費用等に関する法律4条2項の95万円が160万円に引き上げられたため、現在では提訴手数料は13,000円となっている。

事が枚挙に暇がないほど表面化していく中で、商法上の経営監督制度に対する再検討を促したのである⁽⁴¹⁵⁾。しかし、なぜ経営者側が反対をしなかったのか。確かに、さまざまな不祥事が引き金となって、企業に対する不信感が高まり、経済界としても企業行動憲章など自己規制を強化することによって、世論の批判に 대응することを余儀なくされたが⁽⁴¹⁶⁾、これほど大きな譲歩をしたのはアメリカの要請もあったからである。1989年から、日米間の貿易摩擦に対処するために、日米構造問題協議が2年間かけて実施され、日米両国間で国内制度の調和を図るための措置がアメリカから要請されたのである⁽⁴¹⁷⁾。その一つは代表訴訟の容易化など株主権の拡充であった。立法担当官は日米構造協議が1993年の商法改正の一つの背景であると認めながら、外圧によるものではないと反論しているが⁽⁴¹⁸⁾、会社法学者は外圧を盾に、経営者側の譲歩を引き出し、立法を実現したと評価している⁽⁴¹⁹⁾。

4 2000年代以降の商法改正

1993年の改正の効果について、当初は改正法が積極的な提訴インセンティブを株主に付与したわけではなく、単に訴訟提起の大きな障害を除去しただけであるため、訴訟が激増しないと予想されたが⁽⁴²⁰⁾、その後の提訴件数が明らかに増加し⁽⁴²¹⁾、“取締役受難の時代”が到来したとも揶揄されてい

(415) 吉戒修一「平成五年商法改正法の解説（1）」商事法務1324号10頁（1993）。

(416) 小山敬次郎「代表訴訟制度の改正と濫用防止への提言」商事法務1360号2頁（1994）。

(417) 中東正文＝松井秀征編『会社法の選択——新しい社会の会社法を求めて』442～444頁参照（商事法務，2010）。

(418) 吉戒・前掲注(415)10～11頁。

(419) 中東＝松井・前掲注(417)140頁参照。

(420) 竹内・前掲注(1)35頁。

(421) 後掲注(467)の統計数字を参照。

た。この傾向に脅威を感じた経済界は代表訴訟制度脅威論を唱え、代表訴訟の利用制限の立法を強く求めるようになった。⁽⁴²²⁾ 経済界の要望を受けて、自民党は議員立法を通じて代表訴訟制度を改正しようとした。⁽⁴²³⁾ しかし、社会的関心もあって、自民党側も経済界の要望をそのまま受け入れる形での立法には躊躇し、⁽⁴²⁴⁾ 広く意見聴取を行った。⁽⁴²⁵⁾ 野党や学者が声なき株主の代弁者として積極的に行動した。⁽⁴²⁵⁾ 最終的には、議員立法という形で2001年12月の商法改正（平成13年法律149号）が実現されたが、改正の内容は当初の経済界の要望を大幅変更したものとなった。すなわち、取締役の責任軽減制度（2001年改正商法266条7項～23項）、提訴請求に対する監査役の

(422) 例えば、経団連の1997年9月10日付の緊急提言において、代表訴訟に関して、行為時株式所有要件の導入、監査役会の全会一致を条件とする会社の被告取締役への訴訟参加、監査役会の全会一致による却下申立制度、取締役の対会社責任の減免制度、経営判断原則の明記、勝訴取締役の訴訟費用の会社負担などを挙げている。経済団体連合会コーポレート・ガバナンス特別委員会「コーポレート・ガバナンスのあり方に関する緊急提言」商事法務1468号30頁。

(423) 国会提出までの自民党の改正案は以下のものが公表された。1997年9月8日、自民党法務部会の商法に関する小委員会「コーポレート・ガバナンスに関する商法等改正試案骨子」商事法務1468号27頁。1998年6月1日、同小委員会「企業統治に関する商法改正等の改正案骨子」商事法務1494号54頁。1999年4月15日、同小委員会「企業統治に関する商法改正等の改正案要綱」商事法務1524号37頁。

(424) 中東＝松井・前掲注(417)151～152頁。

(425) 学者は多くの意見表明や批判を行った。代表的なのは、株主代表訴訟制度研究会「株主代表訴訟に関する自民党の商法等改正試案骨子に対する意見」商事法務1471号2頁（1997）；同研究会「自民党「企業統治に関する商法改正等の改正案要綱」に対する意見」商事法務1526号4頁（1999）；同研究会「株主代表訴訟および監査役制度に関する商法等改正法案に対する意見（上）」商事法務1605号36頁（2001）；同研究会「株主代表訴訟および監査役制度に関する商法等改正法案に対する意見（下）」商事法務1606号17頁（2001）。

考慮期間の延長（同法267条3項）、訴訟提起の公告又は株主に対する通知（同法268条4項）、訴訟上の和解の肯定とその手続的保障（同法268条5項～7項）、及び、会社の被告取締役への補助参加の許容（同法268条8項）について、改正が行われた。これらの改正は代表訴訟の利用を実質的に制限するような規定というより、制度の合理化と取締役の過度の負担の軽減を図った規定である。

その後、経済界は依然として代表訴訟の利用制限を要望し続けた。⁽⁴²⁶⁾ 2003年10月29日に、法制審議会会社法（現代化関係）部会が公表した「会社法制の現代化に関する要綱試案」では、代表訴訟制度について、アメリカの訴訟委員会制度の導入、原告適格の見直し（①行為時所有要件の導入、②株式交換・株式移転による原告適格の喪失の見直し）、担保提供の「悪意」の意義の明確化、及び、会計監査人の会社に対する責任を代表訴訟の対象とすること、を検討事項として掲げ、各界に対する意見募集を行った。そして、寄せられた各界の意見によれば、学界は行為時所有要件と訴訟委員会制度の導入に対して反対の意見が多かった。⁽⁴²⁷⁾ これを受けて、2004年12月8日に、同部会が公表した「会社法制の現代化に関する要綱案」においては、行為時所有要件の導入が外され、また、訴訟委員会制度の代わりに、訴訟の実体的訴訟却下要件と不提訴理由通知制度が新たに提案された。最終的に、これらの改正案はそのまま国会提出法案（第162回国会 閣法81号847条）に盛り込まれた。実体的訴訟却下要件の該当事由として、①訴えの提起につき、当該株主が自己若しくは他人の不正な利益を図り、又は会社に損害を加える目的を有する場合、②訴訟の追行により、

(426) 例えば、西川元啓「株主代表訴訟制度のさらなる見直し」商事法務1697号32頁（2004）。

(427) 相澤哲ほか「会社法制の現代化に関する要綱試案」に対する各界意見の分析〔Ⅲ〕商事法務1690号48～49頁（2004）。

会社の正当な利益が著しく害されること、会社に過大な費用の負担が生ずることその他これに準ずる事情が生ずることが、相当の確実さをもって予測される場合、が挙げられていた。却下事由②は、たとえ取締役等の会社に対する責任が認められる可能性があっても、その訴訟の追行が株主全体の利益にならない場合には、被告または被告側に補助参加している会社がこれを主張して訴訟の終了を求めるための制度であると説明されている⁽⁴²⁸⁾。これはまさに経営陣に訴訟管理権限を認めるための制度であり、これが法定されれば、日本の代表訴訟制度の立法目的を転換させることになるであろう。しかし、衆議院法務委員会が法案を審議する際に、「事前規制の緩和に伴い取締役の行動の自由度が拡大しているため、その行動を事後の責任追及で制御することが有効かつ重要な方策であり、新たに訴訟要件を法定することにより過度に株主代表訴訟の提起を萎縮させるべきではない⁽⁴²⁹⁾」という理由で該当事由②が削除された。結局、2005年に制定された会社法（平成17年法律86号）において、代表訴訟に関する改正項目は、上記該当事由①に基づく訴訟却下制度（会社法847条1項但書）、不提訴理由通知書制度の創設（同法847条4項）、会社組織再編行為に伴う原告適格喪失の見直し（同法851条）、代表訴訟による責任追及の対象範囲の拡大（同法847条1項、423条）などである。

なお、今後の改正方向として、上記会社法案に関する法務委員会の附帯決議では、「株主代表訴訟の制度が、株主全体の利益の確保及び会社のコンプライアンスの維持に資するものであることにかんがみ、今回の見直しにより、この趣旨がより一層実効的に実現されるよう、制度の運用状況を注視し、必要があれば、当事者適格の見直しなど、更なる制度の改善につ

(428) 江頭憲治郎「[会社法制の現代化に関する要綱案]の解説〔Ⅲ〕」商事法務1723号8頁（2005）。

(429) 第162回国会衆議院法務委員会会議録第18号（平成17年5月17日）。

いて、検討を行うこと⁽⁴³⁰⁾とした。近時の法制審議会会社法制部会では親子会社関係をめぐる多重代表訴訟制度の創設に向けて検討している模様である。上記実体的訴訟要件が国会で削除されたことで、そのような立法をすべきではないとの民意が示されたことになるため、今後の法務省が主導する会社法制改革の検討では、代表訴訟の利用を実質的に制限するような立法を扱えなくなってしまうと指摘⁽⁴³¹⁾されている。現行日本の代表訴訟制度の基本的枠組みが今後しばらくの間維持されることになるであろう。

5 小括

以上のように、日本の代表訴訟制度の導入及び利用障壁の除去はアメリカからの圧力によって実現された。その後、経済界は代表訴訟の利用を制限するような制度改革を企図したが、実質的な制限規定が実現できず、取締役の責任軽減制度、会社の被告取締役への補助参加及び裁判上の和解という取締役の負担軽減措置が実現できただけである。これらの規定と併せて、手続の合理化を図るために監査役の考慮期間を延長し、原告以外の株主の訴訟参加機会を補強するために訴訟提起の公告または株主に対する通知を新たに定めた。そして、2005年の改正においては、濫訴防止のための主観的訴訟要件が追加されるが、それ以外の項目はむしろ機能強化とさらなる合理化のための改正だとも言える。

二 検討

1 法構造に対する認識と株主代表訴権の法的根拠

第一章第一節で検討したように、アメリカ法の派生訴訟制度は沿革的に

(430) 同上。

(431) 山田泰弘「代表訴訟と役員等の責任」浜田道代先生還暦記念『検証会社法』242頁（信山社，2007）。

株主がクラスアクションという手続法上の制度を利用して会社に対する救済を求めるものであるため、法構造的には代表訴訟性と派生訴訟性の二重性質を有する。これに対して、制定法によって代表訴訟制度を導入した日本法では、制度の法構造がどのように理解されてきたのか。また、アメリカ法は信託法理の類推適用によって認められた取締役と各株主との間の信認関係を派生訴訟提起権の実体法的根拠としているのに対して、日本法ではどのように株主の代表訴訟提起権を実体法的に根拠づけるのが問題になる。⁽⁴³²⁾ 以下ではこれらの問題を検討する。

(1) 手続法的根拠と法構造に対する認識

日本では、当該制度を株主代表訴訟と称しているが、原告株主が会社に代位して会社の請求権を行使するという代位訴訟性（＝派生訴訟性）を有することについては異議がないのに対して、原告株主が全株主を代表して株主たち自身の権利を行使するという代表訴訟性も有するかについて見解が分かれている。まず、1950年当時の立案担当者の解説によれば、株主の代表訴訟提起権が共益権であり、株主は会社ひいては全株主の利益を擁護するために提起するものであり、会社および全株主に対して受託者的地位において行動することを要し、この訴えを私的利益のために提起できない。⁽⁴³³⁾ この解説は代位訴訟性を強調しているように思われる。また、1950年改正後に刊行された会社法の解説書は株主代表訴訟を代位訴訟として説明する見解が多く見られる。⁽⁴³⁴⁾ その理由について、代表訴訟制定当時、

(432) 会社法の規定は代表訴訟の手続について規定しているだけであって、実体法的根拠を定めていない。

(433) 岡咲恕一「商法の一部を改正する法律の解説」法曹時報2巻6号48頁参照（1950）。

(434) たとえば、大隅健一郎＝今井宏『会社法論中巻（第3版）』270頁（有斐閣，1992）；大隅健一郎『全訂会社法論中巻』151頁（有斐閣，1959）；

GHQ 原案では、原告株主が同様の立場にあるすべての株主の代表者としての資格で提起する訴訟と性格づけられていたが、日本法は、最終的に、原告株主が「会社のために」提起される訴訟と規定されていることから、日本の株主代表訴訟制度の性質について、代表訴訟性が軽視され、代位訴訟性のみが強調される原因となったという指摘がある。⁽⁴³⁵⁾そして、株主代表訴訟が代位訴訟であるという理解に呼応するように、原告株主の訴訟法上の地位についても代表機関的地位説が通説的な見解となっている。⁽⁴³⁶⁾すなわち、株主が実質的に会社の代表機関的地位に立ち、訴訟を提起・追行するのである。⁽⁴³⁷⁾その理由としては、原告株主が会社に対する給付を求め、判決の効力が会社に帰属すること、⁽⁴³⁸⁾勝訴株主の訴訟費用以外の費用償還請求権（会社法852条1項）があること、⁽⁴³⁹⁾などが挙げられている。しかも、訴訟法的には、株主が会社の代表者としてではなく、他人たる会社の利益のために訴訟を追行するのであって、会社の法定訴訟担当と解されている（民

大隅健一郎＝大森忠夫『逐条改正会社法解説』296頁（有斐閣，1951）；松田二郎『会社法概論』135頁（岩波書店，1951）；鈴木竹雄＝石井照久『改正株式会社法解説』181頁（日本評論社，1950）。

(435) 中島弘雅「株主代表訴訟における訴訟参加」小林＝近藤・前掲注(6) 248～249頁参照。

(436) 例えば、北沢正啓『会社法（第6版）』446頁（青林書院，2001）；神崎克郎『会社法詳説』159頁（中央経済社，1984）；大隅＝大森・前掲注(434)300頁（1951）；鈴木＝石井・前掲注(434)181頁。

一方、二重性質を認めながら、代表機関的地位説に立つ見解もある。例えば、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法（第3版）』300頁（有斐閣，1994）；石井照久『商法Ⅰ－2 会社法』470頁（勁草書房，1964）；伊澤孝平『註解新会社法』453頁（法文社，1950）。

(437) この通説的な理解は日本で株主代表訴訟と呼ばれている所以である。

(438) 鈴木＝石井・前掲注(434)181頁。

(439) 伊藤眞「株主代表訴訟における訴訟法上の諸問題」東京大学法科大学院ローレビュー 2 巻134頁（2007）。

訴法115条1項2号⁽⁴⁴⁰⁾。会社は訴訟外の第三者であるが、実質的利益帰属主体として判決効の拡張をうけ、その反射的効果として、他の株主も拘束されることになる。このような訴訟法上の理解も代表訴訟性を無視して⁽⁴⁴¹⁾いる。⁽⁴⁴²⁾

代位訴訟性を強調するこのような従来の理解に対して、代表訴訟性を強調する見解が登場した。まず、竹内昭夫は代表訴訟が長らく活用されていなかった状況に対する反省として、その1983年の論文で、「株主代表訴訟が、会社の権利を代位行使するという構造をとっているのは、株主から独立した会社の法人格が認められているからであるが、仮にこの法人格を抹消して考えれば、会社の権利として処理されているものは、株主全員の権利に外ならない。したがって、株主が会社の権利を代位行使する訴訟は、これを経済的・実質的に捉えれば、株主全員を代表して提起した代表訴訟またはクラスアクションである。」として、「株主代表訴訟は、代位訴訟でもあるが同時に代表訴訟としての性質も有していると解すべきではないか」という主張をした⁽⁴⁴³⁾。その後、小林秀之は、1993年の提訴手数料に関する商法改正によって、日本法の株主代表訴訟制度が明確に一種のクラスアクション的構成と解することができ⁽⁴⁴⁴⁾、アメリカ法よりも代位訴訟性は弱いこ

(440) 兼子一『新修民事訴訟法体系（増訂版）』160頁（酒井書店、1965）。

(441) 兼子・前掲注(440)242, 385～386頁参照。

(442) ただし、訴訟担当理論の下でも、訴訟当事者が、自己の利益のために、実体法によって付与された自己の権利に基づいて、被担当者たる本人の請求権を訴訟物として主張する場合もありうるため、訴訟担当という訴訟法上の構成を取っているからといって、代表訴訟性を必然的に否定することにはならない。この点については、高田裕成「株主代表訴訟における原告株主の地位——訴訟担当論の視角から——」民商法雑誌115巻4・5号（1997）537頁以下の検討を参照。

(443) 竹内・前掲注(23)231～232頁。

(444) 小林秀之＝原強『株主代表訴訟——全判例と理論を知る——』310頁

とが立法的に確認されたと主張した。⁽⁴⁴⁵⁾なぜならば、原告株主があくまでも会社の請求権を代位して行使するものであるという代位訴訟性の理解を取る以上、会社が自ら訴訟を提起する場合と株主が代表訴訟を提起する場合とで提訴手数料につき異なる扱いをするには無理があるため、訴額の算定不能説の採用によって原告株主が株主全員を代表して株主独自の権利を行使するという代表訴訟性の理解が可能となる。このような主張がなされた以降、日本でも、株主代表訴訟の二重性質が広く認識されるようになった。⁽⁴⁴⁶⁾しかし、代表訴訟性は個々の株主が自らの権利に基づいて、他の株主を代表して訴訟提起・追行することを意味するため、株主個人の権利を如何に実体法的に根拠付けるのが問題になる。次でこの問題を検討する。

(2) 実体法的根拠に関する学説の検討

代表訴訟制度の趣旨について、日本における通説的な見解は会社役員間の特権関係による会社提訴懈怠の可能性に求めている。⁽⁴⁴⁷⁾すなわち、取締役

(日本評論社、1996)；小林秀之「株主代表訴訟の手続法的考察」木川統一郎博士古稀祝賀『民事裁判の充実と促進（上巻）』590頁以下（判例タイムズ社、1994）。

(445) 小林秀之「株主代表訴訟の沿革と手続法的構造」小林＝近藤・前掲注(6)196頁。

(446) 多くの会社法解説書は代表訴訟の二重性質について言及している。例えば、加美和照『新訂会社法（第10版）』387頁（勁草書房、2011）；吉本健一『会社法』250頁（中央経済社、2010）；関俊彦『会社法概論（全訂第2版）』333頁（商事法務、2009）；加藤徹＝塚本和彦編『新会社法の基礎』128頁（法律文化社、2009）；江頭憲治郎＝門口正人ほか編『会社法大系』第4巻437頁〔松山昇平＝門口正人〕（青林書院、2008）。

(447) ほとんどの会社法解説書では提訴懈怠の可能性を代表訴訟の存在理由としている。例えば、江頭憲治郎『株式会社法（第3版）』452頁（有斐閣、2010）；神田秀樹「株主代表訴訟に関する理論的側面」ジュリスト1038号66頁（1994）；上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（6）』357～358頁〔北沢

の会社に対する責任は、本来からいえば、会社自身が追及すべきであるが、役員間の特殊関係から、会社自身が積極的に取締役の責任を追及することはあまり期待できず、会社ひいては株主の利益が害されるおそれがあるために、商法は個々の株主に、会社の有する権利を会社のために行使して取締役の責任を追及する代表訴訟を認め、会社の利益ひいては株主の利益の回復を図ったのである。確かに、役員等に対する責任追及の場合より第三者に対する責任追及のほうが提訴懈怠の可能性が小さいという観点からは、このような説明は代表訴訟制度の対象範囲を基本的に役員等に限定するという日本法の規定とは整合的である。しかし、会社の提訴懈怠の可能性からは会社に対する救済の現実的な必要性を導けるが、そのための措置が株主代表訴訟でなければならない理論的必然性が見出されない。例えば、会社の債権者や従業員に代表訴訟の提起権を与えることによっても会社を救済することができる。したがって、この通説の見解だけでは株主の代表訴訟提起権を根拠づけられず、実体法的根拠が必要である。日本では、1950年の制度導入以前からは実体法的根拠を提示して株主の代表訴訟提起権を導き出そうとする学説がすでに現れた。以下では学説を公表順に検討する。

① 債権者代位権説

松田二郎は、株主代表訴訟制度がまだ創設されていない1950年以前において、会社債権者が会社財産の減少を防止するために、債権者代位権を行使し、以て会社資本の充実を計りうるのに対比して、株主は会社が損害賠償請求権を行使しない場合に、自己の利益を保護するための手段が限定されているため、個々の株主にも提訴権を付与すべきであると主張し、そのための解釈論として、松田自身が展開した株式債権説の立場に立って、民法423条の債権者代位権の規定により、株主が会社に代位して取締役等

正啓] (有斐閣, 1987)。

に対する請求権を行使できるとした⁽⁴⁴⁸⁾。そして、1950年に導入した株主代表訴訟制度についても、米法上の派生訴訟を債権者代位権の形態の下に採用したものであり、代位訴訟と呼ぶべきであると解されている⁽⁴⁴⁹⁾。当該説に対して、下記の団体構成員地位説を提示した竹内は、「その根拠を民法423条に求めたことは、この訴訟の一面を捉えたものではあるが、それだけを強調したため代表訴訟としての側面を見失うこととなった⁽⁴⁵⁰⁾」というように批判した。しかし、当該説は、代表訴訟提起権行使の効果はこれを行使した株主のみならず一般株主にも及ぶと認めながら、利益配当請求権を中心とする株式の効力が自益権の主たる権利で、主たる権利を確保するための代位権が従たる権利として自益権に含まれ、代表訴訟提起権が本来株主自身の利益保護を目的としたものであると主張している⁽⁴⁵¹⁾。したがって、当該説は、竹内がいうように代位訴訟性を強調しているとは正反対に、むしろ株主個人の権利と代表訴訟性を強調している。

しかし、株式債権説の当否はさておき、債権者代位権の行使要件や対象範囲は明らかに株主代表訴訟に当てはまらない。まず、株主の利益配当請求権は一種の期待権であり、その内容が抽象的で、被保全債権としての資格を有するかどうか⁽⁴⁵²⁾が疑問である。判例は単なる期待権や具体的内容が形成される前の権利⁽⁴⁵³⁾が被保全債権としての資格を有しないとしている。また、

(448) 松田二郎『株式会社の基礎理論』532～535頁参照（岩波書店、1942）。

(449) 松田・前掲注(434)134～135頁。

(450) 竹内・前掲注(23)234頁参照。

(451) 松田・前掲注(434)134～135頁。

(452) 推定相続人が実際に相続人となったときに取得するであろう被相続人の権利の代位行使が認められなかった最高裁判例がある。最判昭和30年12月26日民集9巻14号2082頁。

(453) 協議離婚に先立ち、一方の当事者が財産分与請求権を被保全債権として提起した代位訴訟が却下された最高裁判例がある。最判昭和55年7月11日民集34巻4号628頁。

債権者代位権を責任財産の保全のための制度だとする判例・通説の立場に立てば、損害賠償請求権のような金銭債権については、債務者の無資力が要件となるが、株主代表訴訟はこのような要件がない。さらに、判例・通説は債権者代位権を債権者が自己の債権を保全するための固有権だと解して⁽⁴⁵⁴⁾おり、債権者は、自己の債権の保全に必要な範囲に限って代位行使でき⁽⁴⁵⁵⁾る。株主代表訴訟はこのような制限がない。したがって、現行日本法上の債権者代位権をもって株主の代表訴訟提起権を根拠付けるにはかなり強引である。

② 団体構成員地位説

竹内昭夫は、日本法の株主代表訴訟の二重性質を主張する際に、上記債権者代位権説を批判し、代表訴訟提起権の根拠を団体構成員たる地位に求め⁽⁴⁵⁷⁾た。すなわち、「団体の構成員は団体に対しその健全な運営を求める権

(454) 例えば、松坂佐一『債権者代位権の研究』25頁（有斐閣，1950）；於保不二雄『債権総論〔新版〕』162頁（有斐閣，1972）。

(455) 債務者の債権と被保全債権ともに金銭債権である場合に、債権者は自己の債権額の範囲においてのみ債務者の債権を行使しうる。最判昭和44年6月24日民集23巻7号1079頁。

(456) 竹内は、主として以下のように松田説を批判した。すなわち、代表訴訟は、アメリカでも営利法人か非営利法人かを問わず認められているし、今日では日本でも、株式会社に限らず、有限会社・相互会社はもちろん、各種の協同組合、信用金庫、商品取引所についても認められている。仮に株式の債権化現象を認めるとしても、これらの各種の団体の構成員がおしなべて債権者であり、債権保全のために団体に属する権利を行使しうると解するのは明らかに無理である。さらに、住民訴訟（地方自治法第242条の2）のように、公法上の団体においても代表訴訟が認められている。もし、株式債権説の立場から、株主代表訴訟を基礎づけるとすれば、住民訴訟を基礎づけるために、住民は普通地方公共団体の債権者であると解することになり、そうすると、すべての団体構成員は団体の債権者ということになり、債権者概念の無制限な拡散である。竹内・前掲注(23)234～239頁参照。

利を有し、その一環として、理事者の団体に対する責任のように、理事者が行使を怠りがちな団体の権利については、団体にその行使を求めることができ、団体が行使しないときは団体のために自らその権利を行使することができる。⁽⁴⁵⁸⁾」確かに、当該説は各種の団体に共通する制度を統一的に説明できたが、残念ながら実体法的根拠を提示しなかった。

③ 受益者的地位説

池田辰夫はアメリカの判例の展開と訴権構造に関する学説を概観した上で、代表訴訟提起権を団体構成員が団体構成員たることに基づいて本来持っている権利と簡単に断定してしまう竹内の見解に無理があるとして、株主と取締役との間の信託関係というアメリカ法上の実体法的根拠をそういう概念のない日本法に適応させようとした。⁽⁴⁵⁹⁾すなわち、株主の実体法的地位を会社財産の観点から受益者的地位と位置づけ、かかる実体的地位を基盤に会社に対して提訴請求権を行使できる。これに対して、会社が株主に対して負うべき信託義務に反し不正に提訴を拒絶する結果、会社による授権が擬制され、株主訴権が発生する。そして、日本の場合は、アメリカ法と異なり、訴訟の相手方が原則として取締役等に限られ、純然たる第三者を広く含まないため、株主からの提訴請求に会社が応じなければ、当然に不当性を具備し、会社に義務違反があると評価できるとされる。⁽⁴⁶⁰⁾

受益者的地位説は会社に信託受託者義務を課すことによって、受益者的地位に立つ株主が受託者たる会社に対して提訴請求権を当然に有し、株主の訴権が会社の受託者義務違反を条件に発生するとされる。この説はアメ

(457) 田中＝竹内・前掲注(23)38頁。

(458) 竹内・前掲注(23)238頁。

(459) 池田辰夫「多数当事者紛争における代表適格についての覚え書」司法研修所論集59号211頁以下(1977)。

(460) 池田・前掲注(23)260頁。

リカ判例法の理論構成に倣って考え出されたことが窺われる。しかも、アメリカ判例法の理論構成の弱点も克服しているように見える。というのは、アメリカ判例法は信託法理の類推適用によって取締役を受託者義務を課すことによって株主の訴権を根拠付けているが、信託法においては信託財産の所有権が受託者に与えていることから考えれば、厳密には取締役ではなく法人たる会社に受託者義務を課すべきである⁽⁴⁶¹⁾。しかし、会社という法人に受託者義務を負わせることにより、本当に株主の代表訴訟提起権を根拠づけられるのかは疑問である。その狙いはおそらく株主の提訴請求権を導き出す上で、これを介して代表訴訟提起権を根拠づけようとするところにある⁽⁴⁶²⁾。だが、会社を受託者として考える場合に、受託者たる会社が受益者たる株主の提訴請求に応じず、提訴を拒否すれば、株主が役員等の責任ではなく、会社の信託義務違反の責任を追及できることになるのではないか。確かに、信託法には、受託者が法人である場合に、当該法人が任務懈怠責任を負えば、役員も受益者に対して連帯責任を負う規定が存在する（信託法41条）。しかし、この規定は役員の会社との連帯責任を定めているものであり、株主代表訴訟で追及している役員の対会社責任とは異なるものである。したがって、信託法理を形式的に適用するこの説が妥当な理論構成だとは言えない。

(461) See Prunty, *supra* note 23, at 989 n.48.

(462) 日本信託法の規定によれば、受託者の任務懈怠によって信託財産に損失が生じた場合に、受益者が受託者の損失でん補責任を直接に追及できるが（信託法40条1項1号）、第三者が信託財産に損失を与え、受託者がその責任を追及しない場合には、受益者が直接に第三者の責任を追及できるような規定が存在しないため、このような場合には、不当に第三者の責任を追及しないという受託者の不作為的な任務懈怠責任を受益者が直接に追及できることが考えられるので、受託者に対する受益者の提訴請求権は解釈論的に当然に有すると言えよう。

④ 実質的委任関係説

山田泰弘は、会社の提訴拒絶の判断に対して裁判所がまったく尊重せず、株主が会社の判断に左右されることなく提訴できることを捉え、日本法の株主代表訴訟によって追及できる取締役の責任が取締役としての固有の地位に基づく責任のみであるという限定債務説の立場に立ち、取締役の会社との委任関係上の義務違反についてのみ実質的委任者たる株主が責任追及でき、それ以外の責任追及は会社の経営事項であり、株主に取締役会と経営権限を共有させることがないとして、日本法の株主代表訴訟制度の根拠を株主と取締役との実質的委任関係に求めている⁽⁴⁶³⁾。そして、会社と委任関係や準委任関係にある監査役、清算人、発起人、検査役、会計監査人などの会社に対する責任を認めるのも当然であるとされる。さらに、取締役と通謀して著しく不公正な価額で新株を引き受けた者（2005年改正前商法280条ノ11＝会社法212条1項1号）及び株主権行使に関し利益供与を受けた者（同商法294条ノ2＝会社法120条3項）も株主代表訴訟の対象とされているのは、受任者の平等義務違反行為によって生じた委任者間の不衡平な状態を是正する手段として認められているとされる。

実質的委任関係説は信託法理の類推適用によって認められた各株主と取締役との間の信認関係を実体法的根拠とする英米法の影響を強く受けているが、成文法主義を採用する日本法では、信託法理の類推適用と同様に、民法上に存在しない実質的委任たる法律関係を認めることは困難があるように思われる。

(463) 山田・前掲注(23)51～60頁。代表訴訟の理論的根拠として言及しているわけではないが、株主と取締役との関係を実質的委任関係と捉える見解として、浜田道代「サービス提供取引の法体系に関する一試論」浜田ほか編『現代企業取引法』16頁（税務経理協会，1998）。

(3) 小括

以上のように、学説は株主の代表訴権を根拠づけようとしていたが、信託法理を広範に類推適用する衡平法の伝統がない日本では、これらの学説が成功したとは言えないであろう。日本の会社法は明文を持って取締役と会社との関係を委任と定めているが（旧商法254条3項＝会社法330条）、取締役と個々の株主との間の法的関係を無視してきた。英米衡平法上の極めて法技術的な原理である信託法理を駆使して発展してきたこの制度はどうかやら大陸法系の法理論でうまく原理的に解明できないようである。⁽⁴⁶⁴⁾

2 株主総会の訴訟管理権限の剥奪

以上の立法沿革から明らかなように、戦前の責任追及制度は、訴訟管理権限を原則的に株主総会に与えていたが、株主総会と一定の持株要件を満たした少数株主との間で意見の対立が生じる場合には、少数株主に提訴請求権を付与していた。ただし、訴訟の提起・追行はあくまでも株主総会で選任された者によって行われることになっていたため、株主総会の意思がやはり責任追及に反映されていた。

その後、1950年の商法改正によって、株主総会中心主義が放棄され、会社経営に関する多くの権限は株主総会から取締役会に移転されたと同時に、株主代表訴訟制度が導入され、訴訟管理権限も完全に株主総会から剥奪された。⁽⁴⁶⁵⁾ 一般大衆株主の会社経営に対する無関心や議決権行使の困難さ

(464) この点に関して、大阪谷公雄が繰り返し指摘するように、英米法の信託法理なしには、1950年の改正商法を適切に理解・運用することが期待できない。大阪谷公雄「改正会社法の信託的性格」188頁以下〔初出：阪大法学五号、1952〕、同「改正会社法に現れた信託受託者原理」202頁以下〔初出：信託復刊八号、1951〕、同「英米に於ける取締役の地位と信託理念」211頁以下〔初出：信託復刊一〇号、1952〕、同著『信託法の研究（下）実務編』（信山社、1991）。

に加えて、日本の大企業が法人資本主義と揶揄されているように、株式の相互保有によって株主総会が形骸化し、経営者が株主からのチェックをうけることなく、自己永続化を図ることができる。⁽⁴⁶⁶⁾このような日本型経営者支配の状況下では、株主総会に訴訟管理権限を与えることは必然的に経営者の責任不在を意味する。したがって、日本法は外圧によって株主の代表訴権を確立し、株主総会の訴訟管理権限を剥奪したが、正しい立法政策だと言わざるを得ない。

第二節 日本における制度の利用状況と濫訴防止策

一 制度の利用状況

本章第一節で言及したように、日本で代表訴訟が本格的に利用され始めたのは1993年の商法改正以降である。その後の提訴件数に関する統計数⁽⁴⁶⁷⁾を見ても、明らかに訴訟が増加した。⁽⁴⁶⁸⁾従来、中小閉鎖会社の内紛にかか

(465) しかも、その実効性を確保するために、取締役の責任免除について、1950年改正前商法が要求した株主総会の特別決議の要件を総株主の同意に加重した(1950年改正商法266条4項)。

(466) 前田重行「株主の企業支配と監督」竹内昭夫＝龍田節編『現代企業法講座(3)』190頁以下参照(東大出版会、1985)。

(467) 改正前の平成4年末で地裁と高裁に係属していた件数が31件のようである。小山・前掲注(416)3頁。改正後の地裁での係属件数の推移をみると、平成5年が76件、平成6年が129件、平成7年が148件、平成8年が150件、平成9年が172件、平成10年が186件、平成11年が202件、平成12年が187件、平成13年が166件、平成14年が141件、平成15年が150件、平成16年が126件、平成17年が107件、平成18年が102件、平成19年が122件、平成20年が140件、平成21年が168件となっている(いずれも各年の12月末現在の数値)。資料版商事法務205号117頁(2001)；商事法務1903号53頁(2010)。

(468) 平成5年商法改正の影響以外に、代表訴訟が増加した理由として、①バブル経済の崩壊に伴う会社不祥事の表面化及びそれに関するマスコミ報道や行政・刑事処分、②代表訴訟に関する商法改正についてのアナウンス

わる代表訴訟はほとんどであったが、この改正によって、上場会社の取締役などを対象とする代表訴訟が提起されるようになり、代表訴訟全体の3割弱を占めているようである⁽⁴⁶⁹⁾。また、請求金額も高額化の傾向が見られ、被告取締役個人の支払い能力を遥かに超えた事件が散見されるが⁽⁴⁷⁰⁾、上場会社の規模などを考えたら、取締役の不当な経営判断ないし義務違反行為が会社に与える損害は当然大きくなる。そして、一時的には嫌がらせ目的や総会屋による事案もあったが、後述する担保提供制度によってこの種の濫訴がほぼ抑制されている。また、それほど多くはないが、企業の社会的責任を追及するいわゆる市民運動型の代表訴訟も提起されるようになった⁽⁴⁷¹⁾。

一方、アメリカのような弁護士主導の会社荒らし訴訟は日本で発生していないとの見方が一般的である。それは日本の弁護士の数が少ないことの影響が大きいであろう。アメリカは人口が約3億人で、弁護士は約100万人いるのに対して、日本は人口が約1.2億で、法曹三者の総人口は2000年頃まで約2万人であった。2002年頃からスタートした司法制度改革によって、2010年までの10年間で約1万人以上増えたが、それでも人口比でアメリカに遠く及ばず、日本弁護士業界はまだ厳しい競争が起こっていない。そのため、日本では、アメリカのように、完全成功報酬で案件を引き受け

メント効果、③日本サンライズ株式投資事件の原告勝訴判決、も挙げられる。北川清「株主代表訴訟・取締役の責任制度の現状と問題点（下）——企業法制に関する研究会報告書の概要——」商事法務1397号3頁（1995）。
 (469) 金築誠志「東京地裁における商事事件の概況」商事法務1425号4頁（1996）。

(470) 例えば、大和銀行事件において、被告12人に対して、総額約829億円の支払が命じられた（大阪地裁平成12年9月20日判例時報1721号3頁）。また、蛇の目ミシン工業事件の1,520億円、日本航空事件の1兆1,500億円など極端な例でなくても、数億から数十億の請求金額の事件は数多くある。

(471) 例えば、原子力発電所の建設、企業の政治献金、障害者の雇用促進などをめぐる問題が代表訴訟で争われた。

る弁護士はほとんどいないし、いるとしても、代表訴訟のようなリスクの大きい事件については完全成功報酬で引き受ける弁護士が少ない。その結果、弁護士に委任する際に、最初に支払わなければならない着手金だけでも株主に提訴を躊躇させてしまう。このように、日本では、原告株主にも弁護士にも代表訴訟提起のインセンティブが少ない。したがって、株主オンブズマンの活動が象徴するように、日本の代表訴訟制度の運用は主に社会的正義感の強いまたはボランティア精神のある株主、弁護士または学者の個人的奉獻によって成り立っている。

しかし、このような利用状況は決して望ましいことではない。なぜならば、弁護士がビジネスとして日常的に代表訴訟を提起するアメリカのように、制度が安定して利用されることがなく、なんらかの不正行為が行われると、必ず株主から責任が追及されるという確実な脅威を経営者に与えてない。日本の代表訴訟の提起のタイミングを見ても、その多くは行政機関に処罰された後または刑事訴追された後であって、公的執行 (public enforcement)⁽⁴⁷²⁾ に便乗しているだけである。これは日本法にアメリカ法上のディスカバリー制度がないことにも起因するかもしれないが、日本の弁護士階層が代表訴訟を提起するために、企業経営に対する不断の監視をしていないことの証ではないであろうか。したがって、日本の代表訴訟制度は私的訴訟の本来の機能が十分に発揮されていないといえよう。⁽⁴⁷³⁾

以上のような利用状況の下では、会社荒らし訴訟に対処する必要性はアメリカほど喫緊ではないとは言えよう。日本法では濫訴防止のために六か

(472) See Mark D. West, Why Shareholders Sue: The Evidence from Japan, 30 J. Legal Stud. 351, 377-380 (2001).

(473) しかし、それでも代表訴訟制度が日本の企業経営に与えたインパクトは決して小さくない。

(474) しかし、司法制度改革の一環として法曹人口の増員が推進されていくにつれて、弁護士の数は増加しており、すでに消費者金融に対する過払い

月の持株期間の制限が設けられているが⁽⁴⁷⁶⁾、これが機能しないことは容易に想像できよう⁽⁴⁷⁷⁾。また、持株要件についても基本的にアメリカ法と同様に単独株主権とされている⁽⁴⁷⁸⁾。日本法は主として一般的法理の応用と担保提供制度によって濫訴を抑制している。本節以下はこれらの濫訴防止策とその運用の実態を検討する。

二 一般的法理の適用

1 権利濫用の法理による訴えの却下

権利濫用の法理（民法1条3項）は訴権の行使についても適用されることが一般的に認められており、代表訴訟の濫用防止策として機能することが考えられる⁽⁴⁷⁹⁾。しかし、憲法上で保障されている裁判を受ける権利を害するおそれがあることを考えれば、訴え提起行為自体を訴権の濫用として不適法にすることは極めて例外的な場合に限るべきであろう。実際に、民事裁判で訴えの提起が訴権の濫用として却下された裁判例はそれほど多くない⁽⁴⁸⁰⁾。

金返還請求の分野でその効果が出ているため、現在の代表訴訟制度の利用状況が今後も続くかは興味深く見守る必要がある。

(475) 北沢・前掲注(447)366頁。

(476) ただし、2005年の会社法は、定款によってこの期間を短縮することを許容し（847条1項）、非公開会社（全株式譲渡制限会社）の株主についてはこのような制限を撤廃した（847条2項）。

(477) 竹内・前掲注(23)240頁。

(478) ただし、2005年の会社法は、単元株制度を採用する会社に関してはその単元未満株主の提訴を認めない旨の定款規定を設けることを許容した（487条1項、189条2項）。

(479) 竹内・前掲注(1)37頁。

(480) 最高裁判例は昭和53年7月10日判決（判例時報903号89頁）の1件のみで、下級審判例も多くないといわれている。

代表訴訟の提起が訴権の濫用に該当するかどうかについて判断を下した裁判例によると、当該訴訟の提起は株主たる資格と関係のない純然たる個人的利益に基づくものであるとか、当該代表訴訟によって追及しようとする取締役の違法事由が軽微又はかなり古い過去のものであるとともに、その違法行為によって会社に生じた損害も甚だ少額であって、今更その取締役の責任を追及するほどの合理性、必要性に乏しく、結局会社ないし取締役に対する不当な嫌がらせを主眼としたものであるなどの特段の事情のある場合に限り、これを株主権の濫用として排斥すれば足りるものと一般的に解されている⁽⁴⁸¹⁾。したがって、判例は基本的に原告株主の提訴動機という主観の事情を審査している。このような判断枠組みの下で、代表訴訟の提起が訴権の濫用にあたる⁽⁴⁸²⁾として却下されたのは長崎銀行事件⁽⁴⁸³⁾だけである。当該事件では、裁判所は、原告株主の訴訟提起は、会社を困惑させることによって、担保物件の私的処分あるいは融資などを名目とする金銭的利益を得るための取引手段として、ないしは、そのための手立てとしての会社に対する攻撃を正当化する名分を得るためになされていると認定したうえで、これら原告の求める利益が、訴外銀行の株主たることと関係のない純然たる個人的な利益であるとして、訴えを却下した。

しかし、多くの判例によれば、⁽⁴⁸⁴⁾ 売名目的、会社の経営支配権を確立する

(481) 後述する各判決参照。

(482) 長崎地判平成3年2月19日金融法務事情1282号24頁（長崎銀行事件判決）。

(483) そのほかに、会社と原告株主が通謀して提訴手数料の節約を図ることを目的とした代表訴訟の提起が訴権の濫用に当たるとして却下された事例もあるが、会社の利益に反する代表訴訟の提起を抑制するという本稿でいう権利濫用法理の趣旨とは違う。東京地判平成8年6月20日判例タイムズ927号233頁（公共施設地図航空事件）。

(484) 最判平成5年9月9日判例タイムズ831号78頁（三井鉱山事件上告審判決）；東京高判平成元年7月3日金融・商事判例826号3頁（三井鉱山事

ため、会社の取締役に対し第三者割当増資を求め、その交渉を有利に導く⁽⁴⁸⁵⁾目的、別の会社の代弁者的な意図⁽⁴⁸⁶⁾、など何らかの個人的動機ないし意図⁽⁴⁸⁷⁾を有しているとしても、それだけの理由で直ちにこれを訴権の濫用に当たるといふべきではないとされている。

以上のように、権利濫用法理は一定の濫訴抑止効果が期待できるが、判例は、基本的に原告株主の主観的事情を審査して、その提訴動機が極めて許容しがたいような場合にのみ、取締役などの責任の有無を判断せずに、権利濫用の法理を適用して訴えを却下している。裁判所は代表訴訟の機能を減殺しないように、権利濫用の法理を消極的かつ慎重に運用しているとはいえる。このような判例の立場は、提訴株主が代表訴訟によって直接の利益をもらえないという代表訴訟の特殊な構造を正しく認識したものであると評価すべきである。⁽⁴⁸⁸⁾

2 会社法上の訴え却下制度

すでに述べたように、2005年会社法では、「責任追及等の訴えが当該株

件控訴審判決）；東京地判昭和61年5月29日判例タイムズ622号180頁（三井鉱山事件一審判決）。

(485) 最判平成12年9月28日金融・商事判例1105号16頁（東京都観光汽船事件上告審判決）；東京高判平成8年12月11日金融・商事判例1105号23頁（東京都観光汽船事件控訴審判決）；東京地判平成7年10月26日金融・商事判例981号31頁（東京都観光汽船事件一審判決）。

(486) 松山地判平成11年4月28日判例タイムズ1046号232頁（伊予銀行事件判決）。

(487) 名古屋地判平成13年10月25日判例タイムズ1126号227頁（丸協青果事件判決）。

(488) 学説も判例の立場と基本的に同調である。例えば、神崎克郎「自社株買戻しと取締役の責任」法学セミナー382号31頁（1986）；近藤・掲揚注⁽⁴⁰⁹⁾132～133頁；中島弘雅「株主代表訴訟の制度趣旨と現状」民商法雑誌115巻4・5号516～519頁（1997）。

主又は第三者の不正な利益を図り又は当該株式会社に損害を加えることを目的とする場合には、責任追及等の訴えの提起を請求することができないという主観的訴訟要件が新たに追加された（847条1項但書）。従来の権利濫用という一般法理の適用は、予見可能性の点から問題があり、法的安定性を害するおそれもあるため、当該規定は従来の訴権の濫用と理解されていた類型の一つを明文化したものである⁽⁴⁸⁹⁾。具体的な該当事例として、立案担当者は、①総会屋が訴訟外で金銭を要求する目的で代表訴訟を提起した場合、②株主が、株式会社に対し、事実無根の名誉毀損の主張をすることにより株式会社の信用を傷つける目的で代表訴訟を提起した場合を挙げている⁽⁴⁹⁰⁾。

しかし、当該規定は訴権の濫用の一部の内容を明確化したものにすぎず、それ以外の濫用的な訴訟について、従前の訴権の濫用の法理を排除する趣旨ではない⁽⁴⁹¹⁾。また、当該要件は訴訟要件として職権調査事項となるが、その主張・立証責任は依然として被告にある⁽⁴⁹²⁾。さらに、従来の訴権の濫用の場合における被告の立証の程度を軽減したわけでもない。したがって、当該規定は、代表訴訟の却下制度を明文化したことで一定の意義があるが、代表訴訟実務に大きな影響はないであろう。

3 敗訴株主の不法行為責任

訴えの提起行為自体が不当訴訟を構成し、提訴者が訴えられる側に対して不法行為責任（民法709条）を負うことがあることは一般的に認められ

(489) 相澤哲＝葉玉匡美＝湯川毅「外国会社・雑則」相澤哲編『立案担当者による新・会社法の解説』別冊商事法務295号217～218頁（2006）。

(490) 相澤哲編『一問一答 新・会社法〔改訂版〕』245頁（商事法務，2009）。

(491) 相澤・前掲注(490)243頁。

(492) 相澤ほか・前掲注(489)217～218頁。

ている。代表訴訟の被告が敗訴株主に対する不法行為に基づく損害賠償責任を追及することで、損害賠償の抑止機能が期待でき、濫訴の防止につながる⁽⁴⁹³⁾とは考えられる。しかし、権利濫用の法理と同様に、裁判を受ける権利との関係で問題があるため、訴えの提起が不法行為となる場合を限定的に解しなければならない。したがって、原告が敗訴の確定判決を受けたことのみによつて、直ちに当該訴えの提起をもって違法ということはできないというべきである。最高裁もこの立場に立って、「訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、当該訴訟において提訴者の主張した権利又は法律関係が事実的・法律的根拠を欠くものであるうえ、提訴者が、そのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知りえたといえるのにあえて訴えを提起したなど、訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られるものと解するのが相当である。」⁽⁴⁹⁴⁾と判示している。

では、代表訴訟の提起が不法行為となるかについて、裁判例はどのように判断しているのか。一般的に被告取締役は敗訴株主の不法行為責任の追及に消極的であり、現在まで確認できるのは二例しかない。そのいずれの前訴代表訴訟も会社が行った融資という取締役の経営判断の妥当性を争うものであり、また、いずれも上記最高裁の判断基準を引用して原告取締役の請求を退けた。⁽⁴⁹⁵⁾第一例目の判決によれば、裁判所は、株主の主張に根拠があるかどうかという客観的要件について審査した結果、株主の主張は結局採用されなかったとはいえ、事実的・法律的根拠を欠くものとは言いがたいと判断した。よって、裁判所は「そのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知りえたといえるのにあえて訴えを提起した」と

(493) 竹内・前掲注(1)36頁。

(494) 最判昭和63年1月26日民集42巻1号1頁／判例タイムズ671号119頁。

(495) 東京地判平成2年5月25日金融・商事判例871号34頁。

いう株主の主観的知情要件についてもはや判断する必要がなくなった。これに対して、第二例目の判決において、株主が代表訴訟を提起する前に融資がすでに回収済みであり、経営判断の妥当性以前にそもそも損害が生じておらず、株主の主張が事実の根拠を欠くことは明らかであり、客観的要件を争う余地がなかったためか、被告株主は主観的知情を中心に争い、裁判所も客観的要件について判断を行わなかった。いずれにせよ、裁判例は、上記最高裁の判示した基準に沿って、代表訴訟の提起が不当訴訟となるには客観的要件と主観的知情要件の双方を要求している。しかも、株主の敗訴事実は当然に客観的要件の満足を意味しない。また、主観的知情要件の満足を立証するにも困難が伴う。したがって、裁判所は、敗訴株主の責任認定に極めて慎重であることが伺える。⁽⁴⁹⁷⁾

一方、第一例目の判決は株主の提訴目的が訴権の濫用に当たるような目的のみに出たものとまでは断定できないという判断も示した。これは客観的要件と関係なく訴権の濫用に当たるような不法不当目的訴訟の場合も不当訴訟に含まれるという見解を採用したように考えられる。仮にそうであっ

(496) 東京地判平成10年5月25日判例タイムズ1039号201頁。

(497) 上記最高裁の判断基準の解釈について、学説では、客観的要件と主観的知情要件に加えて、提訴の目的が濫用的であることも必要であるとする見解が存在するが、判例の立場でも十分厳格であろう。末川博「判批」民商法雑誌4巻192頁（1936）；山木戸克己「判批」民商法雑誌50巻6号951頁（1964）。

(498) つまり、上記最高裁の判示はあくまでも主張に根拠がないことを知りながら提訴する場合を不当訴訟の一例として挙げているだけで、不当訴訟の構成基準は訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くどうかであるため、不法不当目的で訴権を濫用する場合も当然これにあたるとする解釈である。このように解する見解として、例えば、須藤茂「判批」金融・商事判例892号50頁（1992）；吉村徳重＝松尾卓憲「判批」判例タイムズ672号53頁（1988）。

ても、裁判所は権利濫用法理の適用と同様に慎重な判断を行うであろう。

ところで、第二例目では、後述する日本法上のもっとも重要な濫訴防止策である担保提供制度との関係で、担保提供が発令された敗訴株主の不法行為責任の判断基準が問題になった。判決によれば、「担保提供制度が、直接的には、株主代表訴訟を不当提訴として原告株主に対して損害賠償を請求する被告役員の権利を保全するための制度であることはいうまでもないところである。しかしながら、右担保提供制度は、通常は本案訴訟の初期の段階で訴え提起段階で提出されている訴訟資料のみに基づいて命じられ、しかも決定手続きであるため疎明で足りるのに対し、不当提訴に対する損害賠償請求訴訟は、訴訟提起そのものの違法性についての最終判断が求められるものであり、しかも違法性に対する証明が要求されるものであることからすると、両者が機能すべき局面は必ずしも同一ではなく、その要件も必ずしも同一と解すべきではない。代表訴訟において、原告の悪意が疎明されて担保提供が命じられたとしても、同訴訟の提起そのものの違法性については、改めてその成立要件を検討すべきである。」として、上記最高裁と同様な判断基準を採用している。したがって、担保提供が命じられたからといって、原告株主の不法行為責任の可能性が増大するわけではない。

一方、1950年の商法改正により、「責任追及等の訴えを提起した株主が敗訴した場合であっても、悪意があったときを除き、当該株主は、当該株式会社に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負わない」という規定が設けられている（旧商法268条ノ2第2項＝会社法852条2項）。この規定は敗訴原告株主の軽過失による責任を排除して提訴株主を保護する趣旨であると解する見解があるが、一般的には濫訴防止のためのものだと解されている。⁽⁴⁹⁹⁾これに対して、ここでいう「悪意」とは、会社を害することを知って、不適当な訴訟追行をなすことであるという見解⁽⁵⁰⁰⁾に立てば、

当該規定は会社に権利があるのに株主の不当な訴訟追行によりそれを失った場合に対応するものであり、会社に権利がないのに提訴したというような株主権の濫用の場合を予定しているものではないとする指摘がある。⁽⁵⁰¹⁾しかし、不当な提訴動機で代表訴訟を提起する原告株主が妥当な訴訟追行をすることは通常到底期待できないため、不当な訴訟追行の抑止は間接的に濫訴の防止につながる。なので、当該規定は濫訴防止と関係がないとは言い切れない。ところが、会社が原告株主の不法な要求に応じる代わりに、原告がわざと敗訴するというような不当な訴訟追行の場合には、会社が原告株主に対する不正な利益供与の周知を恐れて、原告株主が敗訴した後に原告の責任を追及することは通常考えられないであろう。また、会社としても訴訟合戦に巻き込まれたくないであろう。したがって、会社が敗訴株主を訴えることは考えにくく、実際にもそういう例は見当たらない。

以上のように、敗訴原告株主は基本的に被告取締役に不法行為責任を追及される可能性があるが、裁判所は敗訴株主の不法行為責任の認定に極めて慎重である。代表訴訟では、事実や証拠はほとんど被告取締役や会社に握られており、株主が提起するにあたって、ある程度の推測に基づかざるを得ないので、通常の民事訴訟よりも慎重になされるべきであろう。したがって、判例の立場を評価すべきである。⁽⁵⁰²⁾

(499) 大隅健一郎「会社訴権とその濫用」末川先生古稀記念『権利の濫用(中)』170頁(有斐閣、1962)；竹内・前掲注(1)36～37頁。

(500) 北沢・前掲注(447)382頁。

(501) 出口正義「株主代表訴訟と株主権の濫用」筑波法政18号135頁(1995)。

(502) 学説も基本的に判例の立場に賛同している。例えば、中島弘雅「判批」ジュリスト1039号127頁(1994)；吉本健一「判批」商事法務1617号109頁(2002)。

三 担保提供制度

1 制度の目的

代表訴訟の被告は原告株主に対して相当の担保を立てるべきことを命ずるよう裁判所に申し立てることができ、その要件としては、被告は原告による当該訴訟の提起が悪意によるものであることを疎明しなければならない（旧商法267条6項7項＝会社法847条7項8項）。担保提供命令が発せられると、原告が担保を立てるべき期間内にこれを立てないときは、裁判所は、口頭弁論を経ないで、判決で、訴えを却下することができ（民訴法81, 78条）、被告は、原告が担保を立てるまで応訴を拒むことができる（民訴法81条, 75条4項）。また、担保提供に関する民事訴訟法上の一般規定と違って、被告は口頭弁論終結までの間、いつでも担保提供を申し立てうるし、また、いかなる審級においても担保提供を申し立てうる（民訴法81条によって民訴法75条3項が準用されないため）。

この制度は当時、1950年商法改正により強化された株主の権利の濫用を恐れて改正法の施行延期論が起こってきたため、その対応に苦慮していた連合軍司令部が日本側の要望に妥協した結果、成立した改正である⁽⁵⁰³⁾。経済界からの施行延期論を制するために急遽復活させられたという立法経緯から考えると、担保提供制度自体は立法論的に正当化できるかどうかについて相当疑問であると指摘されているが⁽⁵⁰⁴⁾、制度の立法目的は会社荒らし訴訟などの濫訴を防止するためのものであることは明らかである⁽⁵⁰⁵⁾。しかし、当該制度の直接の目的ないし法律構成は、被告取締役が勝訴した後に原告株主に対して損害賠償請求権を担保するものであり、この担保の担保権者

(503) 竹内・前掲注(23)245頁。

(504) 黒沼悦郎「株主代表訴訟における担保提供制度の趣旨と「悪意」の意義」神戸法学雑誌49巻4号2頁（2000）。

(505) 北沢・前掲注(447)372頁。

は被告取締役であり、会社法上の他の多くの訴えの場合に提供される担保の担保権者が会社であるのと異なり、また、ここでいう悪意は被告取締役に対する悪意であり、会社に対する悪意ではないと一般的に解されている⁽⁵⁰⁶⁾。⁽⁵⁰⁷⁾このように解する根拠は、担保提供を申し立てるには被告取締役の請求が必要であり、会社が担保提供を請求しようと解しうる文理上の根拠も認められないことに求められている⁽⁵⁰⁸⁾。後で見るように、判例もこの通説的理解に立っている。したがって、担保提供制度は濫訴の防止と被告取締役の損害賠償請求権の担保という二つの立法目的を併せ持っており、言い方を変えれば、濫訴防止という立法目的は被告取締役の損害賠償請求権の担保という法律構成との間でずれが生じている。

2 学説及び判例の状況

(1) 「悪意」の意義をめぐる従来の学説

代表訴訟における担保提供命令の申立要件として、被告は原告の訴えの提起が悪意によるものであることを疎明しなければならない。この要件を定めた旧商法267条7項は合併無効の訴えを提起する会社債権者の担保提供義務を定めた旧商法106条2項を準用している。また、旧商法106条2項は株主総会決議取消の訴え（旧商法249条）、株主総会決議不存在・無

(506) しかし、実際に判断する際に、被告取締役に対する悪意は同時に会社に対する悪意である場合もあるから、会社に対する悪意の疎明がなされれば、取締役に対する悪意であると推認されることがある。新谷勝「株主代表訴訟と担保提供申立ての却下」金融・商事判例948号38頁（1994）。

(507) 北沢・前掲注(47)372頁。従来のこのような解釈に対して、担保提供制度を、代表訴訟の提起によって会社が被る可能性のある損害の賠償請求権を担保する制度、すなわち会社を保護するための制度と捉えて解釈論を展開しようとする説もある。黒沼・前掲注(504)1頁以下。

(508) 上谷清「会社法上の訴と担保の提供」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座5巻』147、151頁（日本評論社、1969）。

効確認の訴え（旧商法252条）、新株発行無効の訴え（旧商法280条ノ16）⁽⁵⁰⁹⁾など、会社の組織に関する訴えについても広く準用されている。かつて、これらの訴えにおける担保提供の悪意の意義について、判例と学説は主として株主総会決議訴訟に関するものであった。濫訴防止という担保提供の制度目的から、そこでは、悪意は単なる悪意を超えて不当に会社の利益を害する意図をもって提訴に至る場合を意味する害意説が通説とされていた⁽⁵¹⁰⁾。また、裁判例も基本的に訴えの成否とは関係なく、ことさらに会社を困らせようとする意図が訴えの提起により客観的に看取しうる場合と解された⁽⁵¹¹⁾。

しかし、代表訴訟における担保提供の悪意の意義について、学説では、逆に、原告株主が被告取締役を害することを知って提訴した場合とする悪意説は多数説であり⁽⁵¹²⁾、原告株主が単に被告取締役を害することを知って提訴しただけでは足りず、不当に被告取締役を害する意図が必要であると解する害意説が少数説となっている⁽⁵¹³⁾。しかし、「害することを知らず」と⁽⁵¹⁴⁾

(509) 2005年新会社法では、これらの訴えを「会社の組織に関する訴え」と定義してその第七編第二章第一節でまとめて規定しており、従来の担保提供制度をこの会社の組織に関する訴えにまとめて適用するというように条文が整理されている（会社法836条）。なお、株主によって提起される設立無効の訴えと合併無効の訴えにおける担保提供制度は会社法による新設である。

(510) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（5）』364～365頁〔岩原紳作〕（有斐閣，1986）；高橋宏志「会社訴訟における担保提供の意義」商事法務1078号14頁（1986）。

(511) 岩原・前掲注(510)365頁；山田・前掲注(23)132～135頁。

(512) 大隅＝今井・前掲注(434)275頁；神崎克郎『商法Ⅱ会社法（第3版）』215頁（青林書院，1991）；北沢・前掲注(447)372頁；石井照久『会社法上巻（商法Ⅱ）』361頁（勁草書房，1967）。

(513) 田中誠二＝山村忠平『五全訂コンメンタール会社法』864頁（勁草書房，1994）；松田二郎『会社法概論』145頁（岩波書店，1968）。

「害する意図を有すること」はニュアンスの違いがあるものの、実質的にそれほど変わらず⁽⁵¹⁵⁾、また、害意を要求しても担保提供命令を調整することが難しく、実務的には意義が少ないと指摘されている⁽⁵¹⁶⁾。実際に、以下で見るように、従来の学説は判例に対する影響が小さい。

(2) 判例・学説の展開

1993年の提訴手数料の引き下げなどの法改正によって、代表訴訟の急増を背景に、担保提供制度は被告取締役のほぼ唯一の防衛策として脚光を浴び始め、実務では、一時的にほとんどの代表訴訟の場合に担保提供の申立がなされるようになっていた⁽⁵¹⁷⁾。そして、認容決定が多く出されている。これらの決定では、高額な担保提供が命じられており、ほとんどの場合、原告株主が担保を提供せず、本案の訴えが却下されることになるか、原告により本案訴訟が取り下げられることになる。したがって、担保提供制度は事実上訴訟却下の機能を担っているといっても過言ではない。

その最初の事例は東海銀行第一次事件の一審決定である⁽⁵¹⁸⁾。同決定では、悪意に出たというには、原告株主において、①被告取締役が会社に対して負うべき責任のないことを知りながら、②専ら被告を害する企図をもって提起した訴えであることが必要であると判示し上で、原告株主が株主総会において、不規則発言、動議の提出、議案修正案及び長時間にわたる質問

(514) 中島弘雅「株主代表訴訟における担保提供の申立て〔上〕」商事法務1354号41頁（1994）。

(515) 中島・前掲注(514)41頁。

(516) 上田栄治「株主代表訴訟における担保提供制度と「悪意」〔上〕」商事法務1431号69頁（1996）。

(517) 小林秀之「担保提供と原告の悪意」小林＝近藤・前掲注(6)199頁参照。

(518) 名古屋地決平成6年1月26日金融・商事判例947号30頁。

をするいわゆる総会屋的な言動は株主としての権利行使に穏当を欠く面が多分にあったことは優に推認するに難くはないが、この事実をもって、直ちに悪意による提訴とは言えないとして、被告の申立を却下した。要件①は前述した敗訴株主の被告取締役に対する不法行為責任の成立要件に関する最高裁の判示で挙げた一例とは同様であるため、一般的に不当訴訟要件と呼ばれている。要件②は原告株主の提訴動機を問題とするため、一般的に不法不当目的要件と称され、権利濫用法理の適用要件に関する従来の裁判例の立場とは基本的に同様である⁽⁵¹⁹⁾。同決定は不法不当目的を害意に限定しているため、株主総会決議取消訴訟に関する従来の学説と判例の立場とは同様に厳格な立場を採用していると思われるが、その上で、訴えの成否と関係している不当訴訟要件も同時に要求しているため、株主総会決議取消訴訟よりも被告取締役の疎明の負担が大きい。このような極めて厳格な立場が採用されるのは恐らく裁判所が代表訴訟の活性化という1993年改正法の趣旨を損ないたくないためであろう。しかし、これほど厳格な要件を要求すれば、悪意の疎明は實際上不可能に近く、担保提供制度は機能しなくなるのではないかと、実務家を中心に疑問が提示された⁽⁵²⁰⁾。

これに対して、第二例目にあたる蛇の目ミシン工業第一次と第二次事件の一審決定は、担保提供命令により提供される担保が、代表訴訟の提起が⁽⁵²¹⁾

(519) もっとも、すでに検討したように、不法不当目的の提訴も不当訴訟に含まれていると解することができるが、ここでは、議論を進めるために、両者を分けて検討するほうが有益であろう。

(520) 上田・前掲注(516)70頁；中村直人「株主代表訴訟の担保提供決定の状況と実務対応」代履行レポート113号2頁（1996）；新谷・前掲注(506)41～42頁。

(521) 東京地決平成6年7月22日資料版商事法務125号184頁／判例タイムズ867号126頁（第一次）、東京地決平成6年7月22日資料版商事法務125号196頁／判例タイムズ867号143頁（第二次）。

不当訴訟として不法行為を構成する場合に被告が取得する損害賠償請求権を担保するものであるという担保提供制度の直接目的ないし法律構造から考えると、悪意を不当訴訟の成立要件と関連する認識、意思としてとらえることは自然であるとして、不当訴訟となる可能性が高い場合に担保の提供を命じることができると判示した。これは前述した不当訴訟要件を述べたものである。そして、同決定は、このような悪意の解釈は代表訴訟における担保提供制度のすべてを説明するものではなく、当該制度は、もともと、株主権を濫用し、不当な利益を得る目的で代表訴訟を利用するいわゆる会社荒らしに対処するために設けられたものであり、提訴者が代表訴訟を手段として不法不当な利益を得る目的を有する場合には、不当訴訟の具体的な可能性についての疎明がない場合でも、その一般的な可能性に備えるものとして、当該訴えの提起が訴権の濫用として不適法となるかどうかという問題とは別に、担保の提供を命じ得るものと解すべきであるとも判示している。これは前述した不法不当目的要件であるが、不当訴訟要件と不法不当目的要件の双方の疎明を要求する上記東海銀行一審決定の基準とは違い、そのいずれかを満たせば悪意になるという選択的基準（いわゆる蛇の目基準）を提示した。これ以降の判例は基本的にこの基準を適用している。以下では、蛇の目基準の要件ごとに、裁判例と学説を概観するとともに、蛇の目基準とその運用の問題点を検討する。

まず、担保提供申立が認容された事例の大部分は不当訴訟要件を適用したものである。それは蛇の目基準が過失による不当訴訟の場合を悪意に含ませたことに起因する。つまり、蛇の目基準によれば、原告がその訴訟において主張した権利又は法律関係が事実的・法律的根拠を欠くこと（具体的には、「請求原因の重要な部分に主張自体失当の点があり、主張を大幅に補充あるいは変更しない限り請求が認容される可能性がない場合、請求原因事実の立証の見込みが低いと予測すべき顕著な事由がある場合、ある

いは被告の抗弁が成立して請求が棄却される蓋然性が高い場合等) について認識している場合だけではなく、過失によってこれを知らずに提訴した場合も悪意にあたとされている。

過失による不当訴訟を悪意に含ませると、取締役責任がないという客観的事情が疎明されれば、原告がそのことを過失によって知らずに提訴したという主観的事情が推認されるため、被告は立証が困難な原告の主観上の知情を疎明する必要がなくなり、実質上、請求の成否という客観的事情だけで悪意を認定できるようになる。被告の立証負担を軽減するものとして企業側関係者に歓迎されているが、⁽⁵²²⁾ 不当訴訟要件に対して、学説上批判的な見解が多く見られる。すなわち、訴え提起の段階で提出されている訴訟資料だけに基づいて、原告の請求が認容される可能性が低いとの理由から、直ちに、原告の悪意を認定し、高額な担保提供を命じるのは事実上、本案訴訟の拒否を意味し、訴訟資料を訴訟の進行に従い順次提出すればいいとする民事訴訟の基本原則である適時提出主義に反する（民訴法156条、旧民訴法137条では⁽⁵²³⁾ 随時提出主義）。また、請求成立の可能性に対する審査はまさに本案訴訟で行うべきものであり、それを担保提供命令という決定手続の中で非常に早い時期で行うと、原告株主の弁論権を損なうことになる。⁽⁵²⁴⁾ 取締役の経営判断の責任を問う事例では、請求理由の有無について微妙な法律判断が含まれており、裁判所の裁量権の行使に大きく左右され

(522) 多田晶彦「批判」私法判例リマックス（法律時報別冊）11号105頁（1995）。

(523) 中島弘雅「株主代表訴訟における担保提供について：蛇の目ミシン工業事件担保提供決定に関する覚書」筑波法政18巻1号（1995）；小林・前掲注(517)209, 211頁。

(524) 高橋宏志ほか〈座談会〉「株主代表訴訟における担保提供をめぐる」商事法務1397号13～15頁〔岩原紳作発言〕（1995）；岩原紳作「代表訴訟と株主の悪意」判例タイムズ948号134頁以下（1997）。

る問題であるため、特に問題である⁽⁵²⁵⁾。しかも、代表訴訟は証拠偏在型訴訟であり、資料や証拠のほとんどは被告取締役の支配下にある会社が握っており、原告株主が新聞報道などにより得た情報を頼りに提訴に至った場合が多いため、訴訟の早期段階で請求成立の可能性が低いという理由だけで高額な担保提供を命じるのは代表訴訟の利用を不当に制限することになりかねない。こういう場合には、裁判所としては直ちに担保提供を命じるのではなく、釈明権（民訴法149条）の行使によって当事者に攻撃・防御の可能性を尽くさせることが本来の訴訟のあり方である⁽⁵²⁶⁾。同様に、訴状に不備がある場合には、担保提供命令で対応するのではなく、とりあえず補正命令で対応し、それでも原告が不備を補正しないときは、訴状を却下すればいい（民訴法137条）。したがって、請求の成否という客観的事実だけで悪意を認定することはかなり問題があるため、過失による不当訴訟まで担保提供を命じるのは行き過ぎであろう。まったく不当訴訟とは言い切れない場合には、裁判所としては担保提供の申立を却下してとりあえず本案審理に入るべきである⁽⁵²⁷⁾。実際に、不当訴訟要件を適用して担保提供を命じた決定例を見ると、確かに、明らかに請求が成立できない、または主張自体失当であるような例も多いが⁽⁵²⁸⁾、監視義務違反や経営判断の妥当性を争う

(525) 高橋ほか・前掲注(524)〔岩原発言〕。

(526) 高橋ほか・前掲注(524)〔岩原発言〕。

(527) 相澤光江ほか〈座談会〉「株主代表訴訟の手続法的検討」ジュリスト1062号18頁〔中島弘雅発言〕（1995）。

(528) 例えば、三愛事件では、原告は企業買収対価が不当に高かったとして、購入価格の総額と購入した株式の額面総額との差額につき損害賠償を求め、その根拠として、被買収会社が属するグループの一員である別の会社が倒産したこと、購入価格は額面の100倍以上であったことを主張しているが、株式の額面価格は株式の価格算定の参考にならないことは周知の事実であり、また、ある会社が倒産しても同一企業グループ内の他の会社の企業価値に直ちに影響するものでもないから、請求原因事実の立証の見込みが低

ような、請求の成否が微妙でさらなる審理が必要な場合⁽⁵²⁹⁾、請求原因の主張

いと言わざるを得ない。東京地決平成6年10月12日資料版商事法務130号99頁（一審決定）、東京高決平成6年12月26日資料版商事法務131号82頁（抗告審決定）。

また、三井物産事件では、原告は会社が他社との合併比率が不公正であったとして、役員らの責任を追及した。しかし、仮に合併比率が不当であっても、合併後の会社自体に損害が生じることはないことが明らかであるため、主張自体失当というほかはない。東京地決平成6年11月30日資料版商事法務131号89頁（一審決定）、東京高決平成7年1月20日資料版商事法務132号49頁（抗告審決定）。

そのほか、前掲注(521)（蛇の目ミシン工業第二次事件一審決定の全額回収済みの部分の融資に関する請求）、東京地決平成7年2月21日資料版商事法務134号96頁（中村屋事件担保提供申立決定）、東京地決平成9年5月30日資料版商事法務159号98頁（三菱商事第一次事件担保提供申立一審決定）、東京高決平成9年10月8日資料版商事法務165号306頁（三菱商事第一次事件担保提供申立抗告審決定）、東京地決平成14年11月29日判例時報1865号131頁（京浜急行電鉄第二次事件担保提供申立決定）もこの類型の事例である。

(529) 例えば、蛇の目ミシン工業第一次事件の一審決定と抗告審決定では、問題の債務保証と不動産への抵当権の設定が行われた当時、まだ取締役任に就任していなかった一部の被告に対する請求の部分について、立証の見込みが極めて低いとして担保提供が命じられた。前掲注(521)（一審決定）、東京高決平成7年2月20日資料版商事法務133号148頁（抗告審決定）。しかし、第二次事件の抗告審決定では、裁判所は、問題の担保提供の時期以後に役員に就任した者であっても、債務引き受け、不動産売却時期において役員であったのであれば、悪意の疎明があったとすることができないと判断している。東京高決平成7年7月31日資料版商事法務137号209頁。

また、東海銀行第一次事件の抗告審決定では、裁判所は、銀行が系列ノンバンクの不良債権を肩代わりすることが経営判断の問題であり、本家で慎重に判断すべきであると認めながら、取締役の責任が認められる可能性が低いと判断して、担保提供を命じた。また、問題とされている一部の融資について、銀行が取得した担保の時価価値は著しく低いという原告の主張に対して、裁判所はこれを裏付ける資料がないとして担保提供を命じた。これはまさに適時提出主義に反する判断である。名古屋高決平成7年3月

がない場合まで高額な担保提供が命じられている例は少なくない。⁽⁵³⁰⁾

次に、一部の認容事例は不法不当目的要件を適用したものである。これらの決定例によれば、会社または被告を困惑させる目的⁽⁵³¹⁾、ゴルフ場建設を反対する目的⁽⁵³²⁾、専ら自己の復職に有利な影響を与えようとする目的は不⁽⁵³³⁾

8日判例タイムズ881号298頁。同様に、東海銀行第二次事件一審決定と抗告審決定でも、債権の放棄という経営判断の妥当性について請求が容認される可能性が低いとして担保提供を命じた。名古屋地決平成7年9月22日金融法務事情1437号47頁、名古屋高決定平成8年6月10日資料版商事法務148号98頁。

そのほか、大阪地決平成9年3月21日判例タイムズ941号259頁（ミドリ十事件字担保提供申立一審決定）、大阪地決平成9年4月18日資料版商事法務158号56頁・67頁（大和銀行第一次・二次事件担保提供申立一審決定）もこの類型の事例である。

(530) 例えば、蛇の目ミシン工業第二次事件一審決定では、裁判所は補正命令という民事訴訟手続上の措置が取りうるからといって、担保提供の申立の対象外とすることは相当でないとして、請求原因の主張がない部分の請求に対して担保提供を命じた。前掲注(521)。

(531) 大阪地決平成8年11月14日判例タイムズ929号253頁（四国総合開発事件担保提供申立一審決定）；大阪高決平成9年2月21日資料版商事法務157号160頁（四国総合開発事件担保提供申立抗告審決定）；東京地決平成12年4月3日判例時報1738号111頁（八千代銀行事件担保提供申立一審決定）；東京高決平成12年6月5日資料版商事法務203号227頁（八千代銀行事件担保提供申立抗告審決定）；最判平成12年9月20日資料版商事法務203号228頁（八千代銀行事件担保提供申立特別抗告審決定）；東京地決平成12年5月25日資料版商事法務207号58頁（日本航空第三次・四次・五次事件担保提供申立決定）。

(532) 東京地決平成11年3月30日資料版商事法務190号240頁（日本航空第二次事件担保提供申立決定）。なお、岐阜地決平成9年1月16日資料版商事法務155号148頁（大日本土木事件担保提供申立決定）でも、ゴルフ場建設を中止させる目的の違法性が認められたが、被告取締役らの責任が認められる可能性が低いことも考え併せて担保提供を命じているため、厳密的には後述する総合判断基準に依拠した決定だと考えられる。

(533) 大阪地決平成8年8月28日判例タイムズ924号258頁（浅沼組事件担保

法不当目的にあたる⁽⁵³⁴⁾として担保提供が命じられた。これに対して、会社や被告経営陣に対する反感や恨みをもつというだけでは不法不当目的に当たらないとされている。蛇の目ミシン工業事件の一審決定が述べたように、代表訴訟に勝訴することによって利益を得るのは会社であって、提訴株主自身は、直接には何らの利益も得ることはない。それにもかかわらず代表訴訟を提起する株主には、純粹に株主としての利害意識や愛社精神だけではない、何らかの個人的な意図、目的、感情が働いている場合が、少なくないであろう。株主は純粹に会社のために訴えを提起すべきであり、それ以外の動機・目的があれば、常に不当な目的があるものとして担保提供命令の対象となるとするのは、代表訴訟によって株主の会社運営に対する監督是正機能が発揮されることを期待するという見地からは非現実的である。また、他の動機・目的があつたとしても、取締役等の責任が明らかにされ会社の被った損害の回復が図られるのであれば、代表訴訟の狙いとするところは達せられるという面もある。こうした点を考慮すると、担保提供の命令による抑制の対象とすべきなのは、代表訴訟を手段として不法不当な利益を得る目的を有する場合等、正当な株主権の行使と相容れない目的に基づく場合に限るべきであって、その対象を、訴えの提起に個人的な意図、目的、感情が伴っている場合一般に拡大することは相当ではない。不法不当目的に対するこのような裁判所の限定的な解釈は基本的に代表訴訟の特性を正しく認識したものであり、評価すべきであろう。しかし、上記認容事例から見ると、純然たる個人的な利益の目的で提訴する場合にしか訴え

提供申立決定)。なお、本件では主張自体失当であることも認定されている。

(534) 前掲堀(521) (蛇の目ミシン工業第一次・二次事件担保提供申立一審決定)；東京地決平成7年2月21日資料版商事法務134号96頁 (中村屋事件担保提供申立決定)。

が却下されないという権利濫用の法理に関する裁判例の姿勢⁽⁵³⁵⁾より、担保提供が命じられた場合の株主の主観的目的はその違法性の程度が若干低い。したがって、不法不当目的の提訴に対して、担保提供命令の適用範囲は権利濫用の法理より若干広いことになっている。

ところで、企業の社会的責任を追及する市民運動型の代表訴訟について、裁判所はどのように判断しているのか。学説では、この類型の代表訴訟は制度本来の目的を逸脱するものであり、権利の濫用に近いとする見解⁽⁵³⁶⁾もあるが、株主の請求が成立する限り、会社ひいては全株主の利益になること⁽⁵³⁷⁾と、社会的責任の推進・達成が会社ひいては全株主の利益となる可能性もあること⁽⁵³⁸⁾、訴訟を誠実に運営することが期待できること⁽⁵³⁹⁾を理由に、担保提供の対象とすべきではないとする見解が多い⁽⁵⁴⁰⁾。担保提供に関する決定例の中では、この類型が問題となったのは原子力発電所の建設に伴う支出の違法性を争う中部電力事件である。当該事件の一審決定は、「裁判所は、訴訟の内容が事實的・法律的根拠を欠いて不当であるとはいえないと一応認められる場合であっても、原告株主が専らあるいは主として個人的な主義主張、政治的、社会的目的等を達成することを企図して訴訟提起に至ったと認められ、主張された事實的・法律的根拠の有無に関する程度内容などの相関関係において全体的に考察して、…なお不当訴訟であると判断できるとき、原告株主に対して、相当な担保を提供すべきことを命ずべきで

(535) 本節二の1本文参照。

(536) 北村・前掲注(6)49頁。

(537) 三枝一雄「代表訴訟と担保提供の悪意」法律論叢70巻1号62頁(1997)。

(538) 吉川信将「株主代表訴訟における担保提供制度の問題点について」保
住昭一先生古稀記念『企業社会と商事法』456頁(北樹出版,1999)。

(539) 山田・前掲注(23)156頁。

(540) また、小林=原・前掲注(44)89~90頁。

(541) 名古屋地決平成7年2月28日判例タイムズ877号288頁。

あると解する。」というような判断基準を判示した。この判示は企業の社会的責任の追及目的で提訴する場合は直ちに不法不当目的にあたるのではなく、請求の成否という客観的事情と合わせて考慮して悪意を認定できるという総合判断基準を採用したものである⁽⁵⁴²⁾と思われる。蛇の日事件の一審決定でも、「ただし、それ自体として「悪意」に該当しない意図、目的等であっても、前記不当訴訟との関連における「悪意」を認定するについて、事情のひとつとなることはあり得よう。」というふうに、この総合判断基準をほのめかす判示があった。そして、本件本案訴訟は原発建設反対運動の一環として提起したものであって、原告らの株主としての利益と全く離れ、単純に個人的な主義主張、社会的目的等を達成することを目的として提訴したものであると認定したうえで、株主の主張内容を審理した。その結果、60億円の請求部分については、裁判所は、原告らの主張はそれ自体失当であるか、立証の見込みが低いものであり、原告らは専らあるいは主として個人的な主義主張等の目的を達するために本件訴えを提起したか否かを判断するまでもなく、訴えが悪意に出たものと認めるべきであると

(542) そのほかに、この総合判断基準を述べた決定例としては東京三菱銀行事件がある。しかし、本件の原告株主は、200社以上の企業の株式を共益権行使のために必要な最低単位で保有し、多くの企業の株主総会で長時間にわたって質問するなどの言動に加えて、種々の業界紙を発行し、各企業から購読料名目で金員を受領していたことのほか、会社合併に際して、時価よりかなり高い価格での株式買取を請求したあと、一転して本件代表訴訟を提起するに至ったものであるとして、裁判所に総会屋として認定された。このような株主による代表訴訟はまさに会社荒らし訴訟であり、本来ならば、前述する権利濫用法理なり会社法上の訴え却下制度によって対処しても構わないような事例であって、本件はこの基準によらなくても同じ結論に達したであろう。東京地決平成8年6月26日金融法務事情1457号40頁（一審決定）、東京高決平成9年6月2日資料版商事法務166号159頁（抗告審決定）。

して、担保提供を命じた。したがって、当該請求部分について、裁判所は総合判断基準を適用したというより、請求の成否という客観的事情だけを重視したと言える。一方、2億円の請求部分について、裁判所は、直ちに根拠を欠く理由のない不当訴訟であるとまでは断定することができないが、原告らの原発建設反対目的、及び60億円の請求部分が根拠なき不当訴訟であることと関連して全体的に考察するとき、結局不当訴訟であるとして、原告の悪意を総合判断基準によって認定した。しかし、この2億円の請求部分について、抗告審決定⁽⁵⁴³⁾は、未だに口頭弁論期日も開かれていない現段階ではこういう目的で代表制度を濫用していると認めるに足りる疎明は存在せず、訴訟の追行過程において、専ら個人的な主義主張、政治的・社会的目的などを達成することのみに拘泥し、代表訴訟制度の目的を逸脱ないし濫用するような事態に及んだ場合には、その段階で、担保提供を命じることもできるとして一審決定を取り消した。したがって、抗告審裁判所は、この種類の代表訴訟の提起に対して訴訟の早期段階で原告株主の主観的事情の違法性の認定に慎重な姿勢を見せたのである。総合判断基準によって担保提供が命じられうることを認める見解もあるが⁽⁵⁴⁴⁾、前述した通り、代表訴訟の特殊構造から何らかの個人的動機があるといっても直ちに不法不当目的となるべきではないし、上述した過失による不当訴訟要件に対する批判でもこの総合判断基準に当てはまるため、このような単純な加算法で悪意を認定すべきではないであろう⁽⁵⁴⁵⁾。また、そもそも、多様なス

(543) 名古屋高決平成7年11月15日判例タイムズ892号121頁。

(544) 中村直人「株主代表訴訟での担保提供における『悪意』の意義」民商法雑誌115巻4・5号631～633頁（1997）；布井千博「判批」金融・商事判例974号39頁（1995）。

(545) 同様の見解として、山田・前掲注(23)152頁。また、抗告審決定の結論を支持する見解として、小野寺千世「判批」ジュリスト1136号111頁（1998）。

テークホルダーを抱えている大規模公開会社が社会的責任を果たすべきであるという世界的な流れの下では、代表訴訟の公益的性格を否定すべきではないであろう。⁽⁵⁴⁶⁾

(3) 判例の新潮流

以上のように、従来の判例の主流に対して、学説の批判は過失による不当訴訟を悪意に含めた点に集中している。これらの批判を受ける形で、大阪高裁は取締役や監査役らの監視義務違反の責任が追及されている一連の事件で、過失による不当訴訟を悪意から除外し、被告の担保提供申立を容認する一審決定を次々と取り消した。⁽⁵⁴⁷⁾ また、大阪高裁はこれらの決定で、訴訟の早期段階における原告の主張の不十分さにも寛容な態度を取り、このような場合には適切な釈明権を行使したり、証拠の提出を求めたりする等の方法によって対処すべきであると判示した。

これらの決定が下された以降、担保提供が命じられた例がかなり減少し、2002年以降は公表例が完全に絶え、被告側が担保提供申立をすること自体がなくなっている。

3 評価

以上の検討によって、日本法の担保提供制度とその実際の運用状況を如何に評価すべきであるのか。

まず、判例は基本的に、不当訴訟に該当する可能性が高い場合と不法不

(546) 上村・前掲注(7)5～6頁参照。

(547) 大阪高決平成9年8月26日判例タイムズ979号219頁(ミドリ十字事件担保提供申立抗告審決定)；大阪高決平成9年11月18日判例タイムズ971号216頁(大和銀行第二次事件担保提供申立抗告審決定)；大阪高決平成9年12月8日資料版商事法務166号145頁(大和銀行第一次事件担保提供申立抗告審決定)。

当目的による提訴の場合に担保提供が命じられうるという蛇の目基準が示す枠組みで運用されてきた。当該基準は濫訴の防止と被告取締役の不当訴訟による損害賠償請求権の担保という代表訴訟における担保提供制度の二つの立法目的に立脚していることが明確である。被告の損害賠償請求権の担保という目的の実現を通じて、濫訴の防止という目的も間接的に達成できる限り、このような枠組みは基本的に問題がないであろう。学説の中でも、一部の独自の見解が見られるが⁽⁵⁴⁸⁾、このような判断枠組みは基本的に支持されているようである⁽⁵⁴⁹⁾。

しかし、従来判例の主流は代表訴訟案件の一時的急増に対応するために、被告の損害賠償請求権の担保という目的を過度に強調して、過失による不当訴訟の提起も悪意に含まれるとして、訴訟の早期段階で原告の請求の成否の可能性を積極的に判断してきたが、学説の批判を受け、現在では、裁判所は故意による不当訴訟の提起という主観的知情を要求しており、訴訟の客観的事情だけで担保提供を命じないようになっている。では、請求が明らかに成立できない、または、請求原因が不特定で主張自体失当であるというような客観的事情が存在する場合についても、なお主観的知情を要求すべきであるのか。従来判例は主観的知情を要求せずに担保提供を命じてきた。しかし、ミドリ十字事件の抗告審決定で、大阪高裁が判示し⁽⁵⁵⁰⁾

(548) 故意・重過失による不当訴訟に該当する可能性が高い場合に限定すべきであるとする見解として、新谷・前掲注(23)192～193頁；中島・前掲注(488)521頁以下。逆に、不法不当目的での提訴に限定すべきであるとする見解として、小塚莊一郎「判批」ジュリスト1074号140頁(1995)；四宮章夫＝松井敦子「株主代表訴訟の担保提供命令における「悪意」の要件」米田實先生古稀記念『現代金融取引法の諸問題』99頁(民事法研究会、1996)。

(549) 例えば、森淳二郎「株主代表訴訟と担保提供」『会社法判例百選』別冊ジュリスト180号155頁(有斐閣、2006)；畠田公明「判批」判例時報1521号234頁(1995)

(550) 前掲注(547)。

たように、裁判所はまず補正命令で対応し、原告がこれに応じず、結局、請求原因が不特定で主張自体失当であるときは、訴状却下（民訴法137条2項）または訴え却下（民訴法140条）で対処すべきであり、場合によっては請求を棄却することもできる。このような民事訴訟法上の措置の方がより直接に実質的な判断をするものとして本来の方法であろう。

次に、不法不当目的要件の運用について、裁判例をどう評価すべきであろう。前述した通り、同じ濫訴防止策として、権利濫用の法理を適用して訴えを却下するためには株主の提訴目的が株主たる資格と関係のない純然たる個人的利益の追求である必要があるが、担保提供が命じられた決定例を見ると、このような強い違法性の提訴目的がなくてもかなり問題であるような提訴目的が認定されればよいというようになっている。担保提供が命じられても原告が担保を積み訴訟を継続できるという差異を考えれば、このような従来裁判例の姿勢は特に問題がないであろう。しかし、実際には、担保提供が命じられると、ほとんどの場合、原告株主が担保を提供せず、訴えが却下されることになっており、担保提供制度が実質的に権利濫用と同様な機能を果たしている。その理由は疑いなく裁判所が命じている担保の金額が高額なためである。担保の金額については、法文上「相当の担保」としか規定されていないので、裁判所の裁量によって決定されることになる。多くの決定例は被告が蒙る可能性のある損害額を主要基準として、不当訴訟となる蓋然性の程度、悪意の態様・程度、悪意を認定された請求の部分が当該訴え全体の中で占める位置、責任を問われている被告の数等、当該訴えの提起に関する諸般の事情を総合的に考慮した上で決定されている。また、被告の損害額を判断する主要要素としては、被告の弁護士費用、精神的苦痛に対する慰謝料などが含まれる。実際に、被告一人につき300万円から1000万円程度の担保が命じられる場合が多い。勝訴しても直接的に一銭ももらえない原告株主にとっては、例え後訴で不当訴訟

196(1501) 法と政治 64巻4号 (2014年2月)

による不法行為責任が認められるリスクが低くても、これほど高い金額の担保が命じられると、訴訟維持の動機がほとんどなくなってしまふ。したがって、不法不当目的要件を適用して担保提供を命じた従来の裁判例は権利濫用法理が適用できないが、なおかなり問題であるような提訴にも対処したという意味で評価すべきであるが、担保提供制度本来の機能に対する正しい理解がまだ欠けているように思われる。

担保提供制度は本来、原告の訴訟の放棄だけを狙う制度ではなく、一定の担保を命じることによって訴訟を継続するか、請求を変更するか、または訴訟の継続を断念するかという選択を原告にさせることによって、濫用的な訴訟を選別することである⁽⁵⁵¹⁾。したがって、濫訴の中心部分には権利濫用の法理で対処して、そこまで悪性の強くはない周辺部分では担保提供で対処するという二段構えの構想で運用されるべきであろう⁽⁵⁵²⁾。これを実現するためには担保の金額を調整する必要がある。また、適度な金額に限定するためには、裁判所の裁量権を制限する必要もあり、最高限度額も設けるべきであろう⁽⁵⁵³⁾。

以上を総合的に見ると、日本法の担保提供制度とその運用はまだ見直すべきところがあるが、日本の裁判所は訴訟の早期段階で原告の請求の成否という客観的事情だけに基づいて担保提供を命じることに對して慎重になっており、濫訴の防止策としては正しい姿勢だと評価すべきであろう。また、代表訴訟の実質的解禁によって、直ちに権利濫用に当たらないような怪しい目的での一部の訴訟提起は担保提供をもって対処したという点では濫訴

(551) 同様な見解として、山田・前掲注(23)159頁。

(552) 高橋・前掲注(510)14頁。

(553) 代表訴訟の訴額が95万円(現在は160万円)とみなされ、手数料が一律8200円(現在は13,000円)となっていることとの権衡から考えて、相当の最高限度額が設けられるべきであるとする見解がある。畠田・前掲注(549)237頁。

の防止に役立ったと評価できよう。このような評価は、担保提供制度があまり利用されていないという現状、及び濫訴が生じていないという日本の代表訴訟制度運用の現状によっても裏付けられるであろう。

四 小括

以上のように、代表訴訟の濫用が生じていない日本の現状では、濫訴防止策として、一般的法理と担保提供の慎重な運用によって対処できていると評価できよう。立法論として、学説上、嚴重な決議要件のもとに株主総会による取締役の責任免除を認めるとともに、これに反対な株主に、少数株主権として代表訴訟を認めることを検討すべきであるという見解がある⁽⁵⁵⁴⁾。また、1993年商法改正後、提訴件数の増加に鑑み、濫訴防止のために、単独株主権を少数株主権とすべき見解も経済界を中心に示されている⁽⁵⁵⁵⁾。さらに、アメリカ法上の行為時所有要件⁽⁵⁵⁶⁾と代表の適切性要件⁽⁵⁵⁷⁾の採用を主張する見解も見られる。しかし、これらの濫訴防止策の効果と弊害はさておき、以上の検討から見ると、そもそも日本法ではその必要性がないのではなかろうか。

(554) 石井・前掲注(512)357頁。

(555) 例えば、片田哲也「経団連コーポレート・ガバナンス特別委員会の活動と緊急提言」商事法務1470号14頁（1997）。

(556) 前掲注(422)と注(423)で挙げた経済界や自民党の提案以外に、例えば、南隅基秀「株主代表訴訟の原告適格——代表の適切性と行為時所有の原則——」法学政治学論究32号460頁（1997）；西脇敏男・金融・商事判例836号48頁（1990）；北村・前掲注(6)50頁；高橋均『株主代表訴訟の理論と制度改正の課題』328頁（同文館，2008）。

(557) 小林・前掲注(444)；小林＝原・前掲注(444)306頁；南隅・前掲注(556)455頁；高橋・前掲注(556)324頁；周劍龍「株主代表訴訟」『会社法施行5年 理論と実務の現状と課題』ジュリスト増刊30頁（有斐閣，2011）。

第三節 日本法における制度の主要立法目的の調整

一 訴訟管理権限分配メカニズムの停止

1 形式的提訴請求手続

日本法においてもアメリカ法と同様に、株主が代表訴訟を提起する前に、提訴請求をしなければならない（旧商法267条1項＝会社法847条1項）。当該手続の基本的目的もアメリカ法と同様に、権利主体である会社に対し訴訟を提起するか否かの判断の機会を与えるためであると考えられている⁽⁵⁵⁸⁾。当該手続の内容は以下の通りである。

まず、提訴請求の宛先については、アメリカ法では取締役会であるのに対して、日本法では責任追及の対象に応じて異なる。すなわち、原則として、代表取締役が会社の営業に関する一切の裁判上の又は裁判外の行為をなす権限を有するが（旧商法261条3項＝会社法349条4項）、その特則として、会社と取締役との間の訴訟に関して、監査役が会社を代表し、代表訴訟の提訴請求を受けることになっている（旧商法275条ノ4＝会社法386条2項1号）。したがって、取締役の責任を追及する場合は法文上明確に監査役とされているが⁽⁵⁵⁹⁾、監査役の責任を追及する場合は代表取締役である

(558) 江頭・前掲注(447)456頁。

(559) なお、業務監査権限を有する監査役が存在しない場合、すなわち、旧商法時代では、商法特例法上の小会社と有限会社については、取締役会又は株主総会の定める者（旧商法特例法24条1項2項）、社員総会が定める者（旧有限会社法27条ノ2）が取締役・会社間の訴訟代表権を有するとされていた。しかし、代表者が予め定められていることはほとんどなく、そのような場合についての扱いに関する規定もないため、問題となった（典型的な事例として、最判平成5年3月30日金融・商事判例949号3頁）。これらの会社形態を株式会社に一本化した2005年新会社法は、非公開会社（全株式譲渡制限会社）で、且つ、非大会社について、監査役が設置されない場合、会社・取締役間の訴訟において、取締役会ないし株主総会が任意で代表者を定めることができるが（会社法364条、353条）、代表者が定

と一般的に解されている。⁽⁵⁶⁰⁾ また、委員会設置会社の場合、原則として代表執行役が一切の代表権を有するが（会社法420条3項）、取締役・執行役と会社との間の訴訟については監査委員が提訴請求を受ける（会社法408条3項2号）。このように、責任追及の対象者と提訴請求の宛先をなるべく同一にさせないように設定されている。このような立法上の工夫は役員相互間の仲間意識に起因する提訴懈怠の可能性をなるべく減らし、会社経営陣による実質的な提訴要否の判断を期待しているといえる。

また、提訴請求を受ける者が実質的な判断をするためには株主が何を問題にしているかを最低限知る必要があるため、新会社法は、その提訴請求書の記載事項の明確化を図り、提訴請求書には①被告となるべき者、②請求の趣旨及び請求を特定するのに必要な事実といった最低限の記載を要求している（会社法施行規則217条）。

さらに、「会社として訴訟を提起すべきか否かを慎重に判断させる」⁽⁵⁶¹⁾ ために、2001年の商法改正で会社の考慮期間を30日から60日に延長した（ただし、60日の経過により会社に回復することができない損害が生ずるおそれがある場合には、株主は直ちに提訴できる）（会社法847条3項5項）。

以上のように、日本法は提訴請求の宛先、提訴請求書の記載内容、会社の考慮期間についてさまざまな工夫をして、会社自身による訴訟の提起を

められていない場合は原則に戻って、代表取締役が訴訟代表権を有し、提訴請求の宛先になる。相澤哲＝石井裕介「株主総会以外の機関」相澤・前掲注(489)103頁。

(560) 前田庸『会社法入門（第12版）』511頁（有斐閣，2009）。しかし、被監督者である取締役は監督者である監査役を訴える権限を付与していいのかについては若干疑問に思う。

(561) 太田誠一ほか「企業統治関係商法改正法Q & A」商事法務1623号13頁（2002）。

保障ないし促進しようとしている。しかし、会社が提訴しないときは、株主が提訴できるという条文の文言（会社法847条3項）からも明らかなように、会社が提訴しない理由は不問であり、つまり、会社の不提訴判断がまったく尊重されないことになっている。したがって、日本法では、提訴請求手続があくまでも形式的なものであり、訴訟管理権限の分配メカニズムとして機能することが予定されていない。会社が自ら訴訟を提起しない限り、訴訟管理権限は優先的に株主に与えられている。この形式的な提訴請求手続を反映して、原告株主による同手続の履行に瑕疵がある場合に、当該訴訟を却下すべきかどうかという問題に対する裁判所の態度は寛容である。すなわち、確かに、この手続を厳格に解する裁判例もあるが⁽⁵⁶²⁾、緩や

(562) 大阪地判昭和41年12月16日ジュリスト422号135頁は、株主が提訴請求をせず代表訴訟を提起し、会社が提訴の事実を知った後30日を経過した場合でも、提訴請求手続に関する瑕疵は治癒されないと判示した。

東京地判平成4年2月13日判例タイムズ794号218頁は、取締役の責任を追及する訴において、株主が当初誤って代表取締役に提訴請求書を送付し、30日経過後に代表訴訟を提起した後に改めて監査役に提訴請求をして、30日経過したときでも、その瑕疵は治癒されないと判示した。

大阪地判平成11年9月22日判例タイムズ1046号216頁は、取締役でも監査役でもあった被告の責任追及について、株主が代表取締役に対して監査役としての責任追及を求める提訴請求をしたが、取締役としての責任追及を求める提訴請求を監査役に対して行わなかった場合、取締役としての責任を追及する代表訴訟は不適法であり却下すべきであると判示した。

大阪地判平成12年9月20日判例タイムズ1047号86頁は、取締役を退任して監査役に就任した被告の責任追及について、株主が同被告に対して取締役としての責任追及を求める提訴請求をした場合、形式的には提訴請求の要件を具備しているが、実質的には同被告に対する提訴の要否を同被告自身に判断させることとなり、提訴請求を要求する商法の趣旨に照らし、提訴請求を行ったと評価できないとして、手続上の瑕疵は治癒されないので、同被告に対する訴えのうち取締役としての責任を追及する部分については不適法であり、却下を免れないと判示した。

かな態度をとる裁判例も少なくない⁽⁵⁶³⁾。また、学説においても、厳格に解する見解⁽⁵⁶⁴⁾に対して、会社はその裁量によって代表訴訟の提起を阻止できなく、重要な意味の手続ではないし、会社が提訴請求に応じて自ら取締役の責任追及の訴えを提起することは希有の事態であるなどの理由で、この手続を厳格に解する必要がないと解する意見も多い⁽⁵⁶⁵⁾。もっとも、この手続を厳格

(563) 東京地判昭和39年10月12日判例タイムズ172号226頁は、株主が提訴請求をして30日の経過を待たずに代表訴訟を提起した場合、後に会社がその訴訟手続に参加した時は、提訴請求手続に関する瑕疵は治癒されると判示した。

大阪地判昭和57年5月25日判例タイムズ487号173頁は、原告が取締役に對して提訴請求をなされるべきところ、監査役に対してなされたが、提訴後改めて会社に対する提訴請求を行い、30日以内に会社が訴えを提起しなかった場合には、手続上の瑕疵は治癒されると判示した。

大阪地判平成12年5月31日判例タイムズ1061号246頁は、株主が単に会社を宛名とする提訴請求書を会社従業員に手渡ししたとしても会社の判断機会が保障されているというべきであるとして、訴えを却下しなかった。

大阪地判平成12年6月21日判例時報1742号141頁は、原告が代表取締役に対して提訴請求なされるべきところ、監査役に対してなされたが、会社が被告取締役⁽⁵⁶⁴⁾に補助参加しているため、その責任を追及する意思のないことを表明しているものと認めるべきであるとして、手続上の瑕疵は治癒されると判示した。

大阪地判平成16年12月22日判例タイムズ1172号271頁、大阪高判平成18年6月9日判例タイムズ1214号115頁は、監査役であった者に対する責任追及の訴えにおいて、法定の提訴請求の宛先でなかった監査役に提訴請求書を送付し、提訴後に改めて提訴請求書を代表取締役⁽⁵⁶⁵⁾に送り、会社が60日間を経過しても訴えを提起しなかった場合には、手続上の瑕疵は治癒されると判示した。

(564) 例えば、近藤光男「最近の株主代表訴訟をめぐる動向（下）」商事法務1929号41頁（2011）；吉本健一「判批」商事法務1434号（1996）；大隅＝今井・前掲注(434)275頁。

(565) 例えば、西尾幸夫「判批」判例タイムズ臨時増刊975号180頁（1998）；北沢・前掲注(447)371頁；深見芳文「判批」商事法務513号14頁（1970）；

に解しても、株主が改めて提訴請求手続を履践して代表訴訟を提起できるため、せいぜい2か月間ほどの提訴の遅延を招くだけであって、無益な訴訟を阻止することができない。

2 新会社法上の不提訴理由通知制度の意義

従来、会社が株主からの提訴請求を受けて提訴しないと判断した場合、株主に対して通知する必要はなかったが、2005年会社法では、不提訴理由通知書制度が新設され、会社は、株主の提訴請求を受けた日から60日以内に責任追及等の訴えを提起しない場合において、当該請求をした株主又は責任追及の対象となる取締役等から請求を受けたときは、当該請求をした者に対し、遅滞なく、責任追及等の訴えを提起しない理由を書面または電磁的な方法により通知しなければならない（会社法847条4項）。不提訴理由通知書の作成者については明確な規定がないが、提訴請求を受けるのは監査役であるから、監査役（会）が作成し通知すると一般的に解されている。⁽⁵⁶⁶⁾同様に、委員会設置会社であれば、監査委員（会）になろう。監査役または監査委員が不提訴理由の通知を怠ったとき、または不正の通知をしたとき、100万円以下の過料が科せられる（会社法976条2号）。

この制度の趣旨について、立案担当者は以下のような説明をしている。すなわち、株主による提訴請求があった場合には、会社は、事実関係を調査して、その調査内容の結果を前提として提訴するか否かを判断するのが通常であるが、旧商法にはその調査結果を開示する制度が存在しなかったため、代表訴訟の当事者は、事実関係を十分に把握できないまま、訴訟の追行を迫られることが多い。そこで、会社法は、役員間の馴れ合いによる

戸塚登「判批」商事法務437号12頁（1968）。

(566) 江頭憲治郎ほか「会社法制の現代化に関する要綱案」の基本的な考え方」商事法務1719号24頁〔森本滋発言〕（2005）。

不提訴を牽制するとともに、株主等が代表訴訟を進行する上で必要な訴訟資料⁽⁵⁶⁷⁾を収集することを容易にするため、この制度を設けたのである。

不提訴理由書の具体的記載事項については、会社法施行規則218条によれば、①会社が行った調査の内容（②の判断の基礎とした資料を含む）、②請求対象者の責任又は義務の有無についての判断、③請求対象者に責任又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、と定めている。具体的には、①のいう調査の内容とは、調査の時期、調査を行った者、判断の基礎とした資料の標目、調査の方法、調査により判明した事実等をいい、請求対象者の責任の有無を判断するのに必要な事項として記載されるべきものである⁽⁵⁶⁸⁾。しかし、ここで注意しなければならないのは、①でいう「判断の基礎とした資料」とは、会社が調査した資料のすべてを記載する必要がない旨を明らかにしているし、「資料」とは、「資料の標目」であり、資料の内容そのものではないことである⁽⁵⁶⁹⁾。そうであれば、株主がこの制度によって入手できるのは会社がどのような資料を対象としてどのような判断をしたかということのみであって、その後の代表訴訟進行上に必要な資料を会社から収集するという利用の仕方はできそうになく、また元々そこまでの利用を意図した制度ではないともいえる⁽⁵⁷⁰⁾。したがって、この制度は株主に資料の収集手段を与えるためのものではなく、立案担当者が説明した通り、単に株主の資料収集を容易にするだけである。しかも、不提訴を表明した会社側が提訴株主に重要資料を開示するとは考えにくいし、上記規定は記載内容の実質化を強制してい

(567) 相澤ほか・前掲注(489)218頁。

(568) 相澤哲ほか編『論点解説新・会社法』351頁（商事法務、2006）。

(569) 相澤哲＝石井裕介「株主総会以外の機関」相澤哲編『立案担当者による新会社法関係法務省令の解説』別冊商事法務300号41～42頁（2006）。

(570) 福島洋尚「役員等の損害賠償責任・責任追及訴訟」川村正幸＝布井千博編『新しい会社法制の理論と実務』別冊金融・商事判例145頁（2006）。

るわけでもないので、不提訴通知書は形式的な内容になる可能性が高いし、株主が代表訴訟を進行する上で必要な訴訟資料を収集する困難さも従来とほとんど変わらないとも指摘されている。⁽⁵⁷¹⁾ 実際に公表された不提訴通知書を見ても明らかなように、実質的に充実した記載がなされていないようである。⁽⁵⁷²⁾

これに対して、不提訴理由書に記載された不提訴理由に現れた会社の対応ぶりが裁判所の心証形成に影響する可能性がある⁽⁵⁷³⁾と指摘する見解がある。具体的には、「しっかりした内容の不提訴理由書が、株主代表訴訟の被告となった役員等の手を通じて裁判所に提出された場合には、米国において信頼できる訴訟委員会の調査結果の具申があったのと同様の機能を事実上果たすことが予想される⁽⁵⁷⁴⁾」。もしこのような解釈が可能であれば、裁判所が監査役の提訴拒絶の判断を尊重できるようになり、訴訟管理権限の分配到重要な影響を及ぼすことになる。しかし、このような解釈が果たして可能であるかは甚だ疑問である。まず、提訴要否に関する会社の判断をまったく尊重しないという条文の文言（会社法847条3項）に抵触する。次に、取締役等の対会社の責任を免除するには総株主の同意が必要であるという規定に反しないのか。また、制度の立法経緯からみても、このような解釈は無理であろう。さらに、監査役の独立性が十分に保障されていないという日本の実態に照らして適切ではないし、⁽⁵⁷⁵⁾ 適法性監査を主たる役割⁽⁵⁷⁶⁾

(571) 松山三和子「不提訴通知制度の意義と監査役の職務」月刊監査役561号63～64頁（2009）。

(572) 周・前掲注(557)34頁。

(573) 江頭・前掲注(447)475頁。

(574) 江頭憲治郎「新会社法による不提訴通知書制度の導入」月刊監査役501号3頁（2005）。

(575) 第一節の一の4参照。

(576) 近藤光男「代表訴訟と監査役の機能」江頭憲治郎先生還暦記念『企業

としており、そこに経営判断を任せる構造になっていない日本法上の監査役はアメリカの訴訟委員会のような役割を期待することが難しいとする批判⁽⁵⁷⁷⁾も多く見られる。

したがって、不提訴理由通知制度は、会社自身による提訴を促進するという従来の提訴請求手続の機能をより一層図るとともに、株主が代表訴訟を追求する上で必要な訴訟資料を収集することを容易にするために設けられたものであり、訴訟管理権限の分配には実質的影響がないというべきである。

二 取締役の責任範囲の限定と主要立法目的の調整

1 代表訴訟の対象と取締役の責任規制

すでに言及したように、第三者を含むあらゆる者の対会社責任を対象とするアメリカ法と違って、日本法の代表訴訟制度の対象は基本的に会社経営者に限定されている。具体的には、旧商法の下では、取締役（旧商法267条）以外に、発起人（同法196条）、監査役（同法280条）、清算人（同法430条）、取締役と通謀して著しく不公正な価額で新株または新株予約権を引き受けた者（同法280条ノ11、280条ノ39第4項）、株主権の行使に関し利益供与を受けた者（同法295条4項）、委員会設置会社の執行役（旧商法特例法21条ノ25第2項）が代表訴訟の対象とされていた。2005年会社法の下では、これらの者に加え、会計監査人と会社法で新設された会計参加が新たに代表訴訟の対象とされている（会社法847条1項）。

しかし、旧商法も会社法も、これらの対象者のうち、取締役と通謀して

法の理論（上巻）』604頁（2007）；藤原俊雄「会社法における代表訴訟制度と監査役の役割」法律論叢 80巻2・3合併号358頁（2008）；松山・前掲注(571)65頁。

(577) 近藤・前掲注(576)604頁。

著しく不公正な価額で新株または新株予約権を引き受けた者、株主権の行使に関し利益供与を受けた者について、代表訴訟の対象となる責任は明確に差額や受けた利益の返還義務と定めているが、それ以外の対象者について、「責任」と述べているだけで、具体的にどういう責任発生原因が代表訴訟の対象となるのかについて明らかではない。したがって、従来から、特に取締役に関して、代表訴訟の対象となる責任の範囲について、学説と判例上、意見の対立が見られる。そこで、以下では、取締役の責任規制について概観する上で、学説と判例の状況を確認し、取締役の責任範囲を限定することは代表訴訟制度の主要立法目的にどのような影響を及ぼし、その主要立法目的の調整に役立つのかを検討する。

取締役の責任について、旧商法266条1項は五つの発生原因を定めていた。すなわち、第一に、違法配当を行った場合の弁済責任（同項1号）、第二に、株主権の行使に関する利益供与の禁止規定に違反した場合の弁済責任（同項2号）、第三に、会社が取締役に対して金銭の貸付を行って、借入した取締役が弁済をしない場合に、貸付を行った代表取締役と当該貸付行為が取締役会決議に基づく場合にその決議に賛成した取締役との弁済責任（いわゆる仲間貸し責任、同項3号）、第四に、利益相反取引をなした場合の損害賠償責任（同項4号）、第五に、法令定款違反行為をした場合の損害賠償責任（同項5号）である。これらのうち、1号から4号までは1950年改正商法が取締役の責任の明確化・厳格化を図るために個別に列挙していた責任であるのに対して、5号はその法令の中に注意義務と忠実義務の規定（旧商法254条3項、民法644条、旧商法254条ノ3）が含まれていると解されているため、取締役の任務懈怠責任を包括的に定めたものである。⁽⁵⁷⁸⁾

(578) 上柳ほか・前掲注(447)259頁以下参照〔近藤光男〕。

そのほか、資本維持原則の一環として、旧商法は、上記1号責任以外には、自己株式の取得に関する期末の欠損填補責任（210条ノ2）や違法な中間配当に関する期末の欠損填補責任（293条ノ5第5項）も法定されていた。また、資本充実原則の要請から、会社の設立に関する引受・払込担保責任（192条）や現物出資・財産引受に関する不足額填補責任（192条ノ2）、新株発行に関する引受担保責任（280条ノ13）や現物出資に関する不足額填補責任（280条ノ13ノ2）を定めていた。

会社法では、上記5号責任のかわりに、その423条1項は明確に取締役の任務懈怠責任を定めている。上記4号の利益相反取引に関する責任については任務懈怠責任に統合され、任務懈怠責任の過失責任化に伴い、過失推定と無過失の特則が設けられている（423条3項、428条1項）。上記3号の仲間貸し責任は利益相反取引規制に服すべきとして、削除された。上記2号の責任は特別の法定責任として会社法の120条4項に引き継がれている（ただし、過失責任化されている）。また、会社法では、配当や自己株式の有償取得等の剰余金の分配について横断的な規制を整備したことに伴い、上記1号の違法配当責任は462条1項に、上記自己株式の取得と違法な中間配当に関する期末欠損の填補責任は465条1項に、それぞれ組み込まれている。しかし、会社法では、資本充実原則が大きく減退したため、会社設立に関する引受・払込担保責任と新株株式発行に関する引受担保責任が削除されたが、設立時や新株発行時における現物出資等に関する不足額填補責任は部分的に過失責任化されたうえで、会社法に引き継がれている（52条、103条1項、213条、286条）。

2 学説の状況

(1) 全債務説

従来、取締役・会社間の取引により生じた債務等を含む取締役の会社に
208(1489) 法と政治 64巻4号 (2014年2月)

対する一切の債務に関して代表訴訟が提起できるとする全債務説は通説とされてきた。⁽⁵⁷⁹⁾その主たる理由としては、①役員間の特殊関係に基づく会社の提訴懈怠の可能性は取締役の会社に対する一切の債務について同じであること、②全債務説を採らないと、会社から金銭の貸付を受けた取締役が弁済を怠った場合には、会社を代表してその貸付をなした代表取締役及び貸付に賛成した取締役の未弁済額の弁済責任（上述した仲間貸し責任）については代表訴訟が認められるにもかかわらず、当該貸付を受けた取締役の弁済責任についてはこれが認められないことになって、著しく権衡を失うこと、③取締役が会社に対して負担する取引上の債務を履行することもその忠実義務に基づく責任であるといえること、が挙げられている。これらのうち、理由②でいう一種の連帯責任である仲間貸し責任が上述したように会社法で廃止され、任務懈怠責任に統合されたことによって、貸付を受けた取締役と貸付をなした取締役との責任は同一損害のものではなく、連帯関係にはないため、理由②は成立しなくなったという見解が多く見られる。⁽⁵⁸⁰⁾また、会社法では、利益相反取引が原則として過失責任化される一方で、利益相反行為を自ら行った取締役の責任について無過失の特則が設けられており、強化されているため、②でいうアンバランスが解消された

(579) 例えば、旧商法下では、鈴木＝石井・前掲注(434)179～180頁；松田・前掲注(434)135頁；田中＝山村・前掲注(513)861～862頁；鈴木＝竹内・前掲注(436)300頁；大隅＝今井・前掲注(434)272頁；神崎・前掲注(512)213頁。また、会社法下では、龍田節『会社法大要』163頁（有斐閣，2007）；加美・前掲注(446)382頁；関・前掲注(446)327頁。また、会社法の立案担当者も、条文上、制限が設けられていない限り、全債務説が妥当とする。相澤ほか・前掲注(568)348頁。

(580) 山田泰弘「株主によって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1639頁（2010）。また、青竹正一『新会社法（第3版）』350頁（信山社，2010）；北村雅史「判批」民商法雑誌142巻2号189頁（2010）。

ともいえる。⁽⁵⁸¹⁾しかし、貸付行為をなした代表取締役などの任務懈怠責任が代表訴訟の対象になるにもかかわらず、貸付を受けた取締役の責任は取引上の債務として代表訴訟の対象にならないというのはやはり権衡を失することになり⁽⁵⁸²⁾変わらない。

そして、この全債務説に立てば、取締役⁽⁵⁸³⁾に就任する前に会社に負担した債務についても代表訴訟の対象となる。

(2) 限定債務説

これに対して、免除困難ないし不可能な責任のみが代表訴訟の対象とすべきであると解する限定債務説も有力に主張されてきた。⁽⁵⁸⁴⁾具体的には、旧商法の下では、責任の免除に総株主の同意が必要である266条1項各号の責任（ただし、4号の利益相反に関する責任は総株主の議決権の3分の2による免除が可能である、266条5項6項）と資本維持・充実原則の要請に基づく各責任に限ることになる。会社法の下では、会社法が明確に定めた責任⁽⁵⁸⁵⁾について、その免除は基本的に総株主の同意が要求されるため、

(581) 藤原俊雄「判批」判例時報2057号（判例評論611号）196頁（2010）。

(582) 前田・前掲注(560)439頁参照。

(583) 例えば、田中＝山村・前掲注(513)861～862頁；鈴木＝竹内・前掲注(436)300頁；大隅＝今井・前掲注(434)272頁；神崎・前掲注(512)213頁；相澤ほか・前掲注(568)348頁。

(584) 北沢・前掲注(447)360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）』142頁（有斐閣，1983）；服部栄三『会社法通論（第4版）』131頁（同文館，1991）；森本滋『会社法（第2版）』259頁（有信堂，1995）。

(585) 会社法は、任務懈怠責任（424条）、利益供与に関する責任（120条5項）、剰余金の分配に関する各種の責任（462条3項、464条2項、465条2項）、設立時の現物出資等に関する不足額填補責任や任務懈怠責任（55条）について、個別列挙の方式でその免除に総株主の同意を要求している。ただし、募集株式の発行時の現物出資に関する不足額填補責任（213条）に

会社法上の責任のみが代表訴訟の対象となる⁽⁵⁸⁶⁾。限定債務説の主たる理由は、アメリカ法と違って、訴訟の提起・維持について会社の裁量権を一切認めない日本法では、取締役が会社に対して負担する一切の債務を含ませることは代表訴訟を広く認めすぎて不都合であり、代表訴訟が認められるかどうかは提訴懈怠可能性があるか否かだけでなく、会社に対する債務の発生原因のいかんにもかかっているからである。つまり、一般の契約上の債務の履行を求めることは、たとえ相手方が役員等であっても、会社の経営判断の一つに属するのであり、一人の株主による訴え提起の判断を優先させることが適切ではないからである⁽⁵⁸⁷⁾。また、代表訴訟の対象範囲を広く認めると、会社荒らし訴訟の好餌となることも理由の一つとして挙げられている⁽⁵⁸⁸⁾。さらに、限定債務説を支持する多くの論者は会社法以外の責任について任務懈怠責任を介して代表訴訟で追及できるため、限定債務説をとっても特に支障が生じないことも主張している。

そして、この限定債務説の立場からすると、取締役に就任する前に会社⁽⁵⁸⁹⁾に負担した債務などを代表訴訟の対象とすべきではないことになる。

についてはその免除に関する明文の規定がないが、取締役会の承認によって免除できるという立案担当者の解説（相澤ほか・前掲注(568)214頁）に基づけば、限定債務説はこの種の責任を代表訴訟の対象から除外することになる。しかし、限定債務説を支持する見解の多くはこの種の責任をも代表訴訟の対象としている。

(586) 弥永真生『リーガルマインド会社法（第12版）』220頁（有斐閣，2009）；江頭・前掲注(447)453頁；青竹・前掲注(580)350頁；近藤光男『最新株式会社法（第6版）』330頁（中央経済社，2011）。

(587) 近藤・前掲注(586)330頁。

(588) 佐伯・前掲注(584)143頁。

(589) 近藤・前掲注(586)331頁。

(3) 折衷的アプローチの登場と学説対立の焦点

以上のように、従来から、全債務説と限定債務説とが対立していた。しかし、どちらの説も取締役が在任期間中に負担した債務について、退任後にも代表訴訟の対象となることを認めている⁽⁵⁹⁰⁾。また、取締役が会社との委任契約に基づいて負う善管注意義務・忠実義務の履行として具体的な業務執行行為を代表訴訟によって強制することができないことについても争いがない⁽⁵⁹¹⁾。したがって、この両説が対立していたのは取締役が就任前に会社に対して負った責任、及び在任中に負った責任の中に免除困難ないし不可能な任務懈怠責任などの会社法規上の責任以外の責任である。

しかし、この両説が対立していた部分の責任には、取引によって生じた債務（契約の履行義務、債務不履行に基づく損害賠償責任）、取引を解除した場合の原状回復義務、取引が無効であった場合の不当利得返還義務、不法行為に基づく損害賠償責任、不動産所有権に基づく真正な登記移転義務、横領物の不当利得返還義務など、多種多様な責任発生原因と責任形態が存在する。したがって、全債務説のいうように、これらすべてを代表訴訟の対象とすることは会社の経営裁量権をまったく無視するものであり妥当ではないが、かといって、限定債務説のいうように、責任免除困難ないし不可能な責任のみに限定して、これらすべてを代表訴訟の対象から除外するのも適当ではないとして、会社の裁量権を損なわず、かつ株主の利益のために代表訴訟の対象とすべき責任を選別する必要がある⁽⁵⁹²⁾というよう

(590) 例えば、鈴木＝石井・前掲注(434)180頁；田中＝山村・前掲注(513)861～862頁；大隅＝今井・前掲注(434)272頁；神崎・前掲注(512)213頁；森本・前掲注(584)259頁；青竹・前掲注(580)350頁；江頭・前掲注(447)454頁。

(591) 大塚龍児「株主権の強化・株主代表訴訟」鴻常夫先生古稀記念『現代企業立法の軌跡と展望』56頁（商事法務研究会，1995）；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10頁（2011）。

折衷的なアプローチが主張されるようになってきた。また、代表訴訟を認めることが株主の利益にとって望ましいかどうか、なんらかの弊害が生じないかどうか、または事案の適切な解決を図れるかどうかといった観点から、責任の具体的類型に即して個別具体的に検討するものも同様なアプローチである。⁽⁵⁹³⁾近年、学説の議論はほとんどこのようなアプローチから代表訴訟の対象となる取締役の責任範囲の問題を考察している。以下では、意見が多く表明された責任原因ないし形態について学説の議論状況をまとめ、現在の学説対立の焦点を明らかにしてみる。

(i) 旧商法の下では、競業取引規制に違反して競業取引を行った取締役に対して取締役会が介入権を行使できるという規定が存在した(旧商法264条3項)。取締役会がこの介入権の行使を決定した場合に、競業取引をなした取締役はその取引の経済的成果を会社に帰属させる義務が生じる。取締役会が介入権を決定したのに、その義務の履行を請求しないことはあまり考えられないが、この場合に生じる義務についても、代表訴訟の対象とすべきであるとする意見が多い。⁽⁵⁹⁴⁾反対に、その義務の履行請求の時期などについて取締役会が決定権限を有すべきであって、その義務の履行を怠ったことによる任務懈怠責任を代表訴訟の対象とすれば十分であるという意見もある。⁽⁵⁹⁵⁾しかし、新会社法は介入権の規定を廃止し、損害額推定規定

(592) 岸田雅雄「判批」江頭憲治郎ほか編『会社法判例百選』別冊ジュリスト180号153頁(2006)。また、土田亮「代表訴訟によって追及しうる取締役等の責任の範囲」浜田道代＝岩原紳作編『会社法の争点』ジュリスト増刊159頁(2009)；同「株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲」大宮ローレビュー6号68頁以下(2010年)。

(593) 吉原和志「代表訴訟によって追及され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』157頁(有斐閣, 1993)；伊藤靖史「判批」商事法務1628号128頁以下(2002)。

(594) 吉原・前掲注(593)157頁；大塚・前掲注(591)58頁。

(595) 伊藤・前掲注(593)130～131頁。

(旧商法266条4項=会社法423条2項)に変更したため、この類型の債務の問題が生じなくなった。

(ii) 不動産の登記移転義務や特定物の引渡義務という責任形態について、後述するように、実務で特に問題が多い。この形態の責任が発生する原因は二種類が考えられる。まず、会社が第三者から土地などを譲り受けたのに、取締役が自己の名義で登記した場合である。そして、会社と取締役との利益相反取引が無効や解除となった場合にも生じうる。後者の場合は次の(iii)に譲って、ここでは前者の場合について考察する。前者の場合はいわゆる委任の本旨に基づく具体的な業務執行行為を求めるものであり、上述したように、学説においてはその履行を代表訴訟で強制することができないことについて争いが無い。しかし、不動産の登記移転義務や特定物の引渡義務について、その例外として、この形態の責任を代表訴訟の対象とする必要があることは学界においてすでにコンセンサスが形成されていると思われる。その理由として多く挙げられているのは、単に事後の金銭による損害賠償請求を認めるだけでは事案の解決にとって不十分であるとする意見である。⁽⁵⁹⁶⁾ほかに、このような場合であっても、会社の裁量権を認める余地がまったくないかについて疑問がないわけではないが、このような事案が生じるのが通常小規模閉鎖会社であり、少数株主に会社経営の監督是正の機会を与える必要もあることを理由に、このような義務を代表訴訟の対象とすることにも合理性がないわけではないとする意見もある。⁽⁵⁹⁷⁾また、取締役の任務懈怠に基づく損害賠償請求権を基礎づける違法の職務関連行為の是正を求めるものと解することができるという構成をとる見解も見られる。⁽⁵⁹⁸⁾そもそも、本来会社名義で登記すべきであるのに、取締役が勝

(596) 吉原・前掲注(593)157頁；岸田・前掲注(592)153頁；大塚・前掲注(591)58頁；片木晴彦「判批」判例時報1731号(判例評論504号)199頁(2001)。

(597) 伊藤・前掲注(593)130頁。

手に自己の名義で登記することは業務上横領行為に該当する可能性が高いと考えられ、横領物の返還義務が代表訴訟の対象とすべきであることについて異論がないから、この類型の責任を代表訴訟から除外する理由がないであろう。しかし、会社との合意に基づいて取締役が自己の名義で登記した場合、横領行為に該当しないため、特定物の返還義務であっても代表訴訟の対象とすべきでないであろう。⁽⁵⁹⁹⁾⁽⁶⁰⁰⁾

(iii) 取締役が在任中に会社との利益相反取引によって生じた債務については、二つの場合に分かれて検討されている。

一つの場合は、取引が無効となった場合の不当利得返還義務、取引が解除された場合の原状回復義務についてである。または株主総会報酬決議に瑕疵のある場合の報酬返還義務も基本的に類似の性質を有し、同様に考えていいであろう。この種類の義務について、異論も存在するが、返還物が不動産などのような特定物の場合はもちろん、金銭の場合も直接代表訴訟の対象とした方が直截であり、取締役としては忠実に履行すべきであるとする意見の方が多い。⁽⁶⁰¹⁾⁽⁶⁰²⁾⁽⁶⁰³⁾⁽⁶⁰⁴⁾

しかし、取引が有効である場合に生じた取引の履行義務や債務不履行に基づく損害賠償責任については、学説が依然として対峙状態にある。代表訴訟の対象とすべきであるとする見解は以下のような理由に基づいている。すなわち、第一に、代表取締役が会社の利益をを図るべき義務を負い、会社の権利を実現する手続をとらないことはむしろ異例に属する。特に、取締

(598) 森本滋「判批」私法判例リマークス（法律時報別冊）39号81頁（2009）。

(599) 土田・前掲注(592)73頁；山田・前掲注(580)1672頁。

(600) 山田・前掲注(580)1674頁。

(601) 森本・前掲注(591)9～11頁。

(602) 吉原・前掲注(593)157頁。

(603) 藤原・前掲注(581)195頁；土田・前掲注(592)75頁。

(604) 山田・前掲注(580)1670～1671頁

役に対する権利を行使しないことはそれだけで代表取締役の任務懈怠を推認させる⁽⁶⁰⁵⁾。第二に、限定債務説は一見経営判断を尊重しているように見えるが、実際には取締役会が責任の免除や和解といった措置を講ずれば代表訴訟を避けることができ、責任を追及するかどうかの積極的な判断をしないまま事態を漫然と放置することを許容することになるため、取引上の債務を代表訴訟の対象とした方がむしろ取締役会の明確な判断を促すことになる⁽⁶⁰⁶⁾。第三に、利益相反取引行為を行った取締役、会社を代表して当該行為を行った取締役、当該行為を承認した取締役会決議に賛成した取締役すべてについて旧商法は嚴重な責任を定めていたため（旧商法266条1項4号、2項、3項）、取引上の債務だけを外すことは適切ではない⁽⁶⁰⁷⁾。また、会社法の下でも、利益相反取引は手続規制（会社法356条1項2号・3号、365条）が設けられており、利益相反取引行為を行った取締役が無過失責任（会社法428条1項）を負い、その債務は忠実に履行すべき会社法上の義務といえるため、代表訴訟の対象とすべきである⁽⁶⁰⁸⁾。これに対して、会社から取引債務の履行請求を受けたにもかかわらず履行しないこと、または、履行請求をしない代表取締役が任務懈怠責任を負う以上、取引上の債務を代表訴訟の対象とする必要が特にないとする意見も依然として根強い⁽⁶⁰⁹⁾。

また、在任中に負った不法行為責任については見解が表明されたことが少ないが、基本的に取引が有効である場合の取引上の債務と同様に、意見の対立が生じている模様である⁽⁶¹⁰⁾。

(605) 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〔第二期〕4号125頁（1974）。

(606) 吉原・前掲注(593)157頁。

(607) 片木・前掲注(596)199頁。

(608) 山田・前掲注(580)1668～1669頁。

(609) 伊藤・前掲注(593)131頁；土田・前掲注(592)76頁；森本・前掲注(591)9頁。

(iv) 使用人兼任取締役の使用人としての任務懈怠責任については、従業員としての違法行為について行為者として責任を負担するのではなく、自己の行為を止めさせ、そのことを代表取締役に報告することを怠ったことの監視義務違反⁽⁶¹¹⁾を追求すべきであるとする意見もある。しかし、以下のような理由で代表訴訟の対象とすべきであるとする意見の方が多数派のようである。すなわち、第一、従業員の行為と取締役の行為を技巧的に分けても、実際には常に故意による監視義務違反が認められるため、監視義務違反の構成をとる実益がない⁽⁶¹²⁾。第二に、日本の取締役会制度の実務慣行から生じた使用人兼務取締役をあえて救済する必要もない⁽⁶¹³⁾。第三に、従業員としての違法行為を取締役としての自分が阻止する義務がある⁽⁶¹⁴⁾。また、ほぼ同様な主旨として、使用人としての職務の執行に際しても当該取締役は取締役として誠実にその職務を履行する義務を負い（その職務は取締役の職務に準ずる）、使用人としての任務も取締役のとしての任務懈怠と評価することができるため、代表訴訟の対象とすべきである⁽⁶¹⁵⁾。

(v) 取締役就任前に会社に対して負った債務については、上述したように、従来、全債務説と限定債務説が対立していたが、近時、会社がその履行を求めるか、責任を減免するかは基本的に経営判断事項であり、その経営判断についての任務懈怠責任を代表訴訟の対象とすれば足りるとか、就⁽⁶¹⁶⁾

(610) 対象とすべき見解として、土田・前掲注(592)76頁；山田・前掲注(580)1673頁。対象とすべきでない見解として、森本・前掲注(598)80頁。

(611) 藤原・前掲注(581)195頁；上村達男「日本航空電子工業代表訴訟判決の法的検討（下）」商事法務1434号12頁（1996）など。

(612) 吉本健一「判批」商事法務1562号42頁（2000）。

(613) 片木・前掲注(596)199頁。

(614) 中村一彦「判批」判例タイムズ879号76頁（1995）など。

(615) 森本・前掲注(591)8頁。

(616) 片木・前掲注(596)200頁；伊藤・前掲注(593)129頁；藤原・前掲注(581)194～195頁。

任前の場合は会社法上の規制強化の対象ではない⁽⁶¹⁷⁾といった理由で、代表訴訟で追及すべきではないとする見解が多くなっているようである。しかし、責任の発生時期による対象範囲の区分けについて学説は依然として対立している⁽⁶¹⁸⁾。

以上から見ると、現在においては、学説対立の焦点は利益相反取引が有効である場合に生じた取引債務、不法行為の損害賠償責任、取締役就任前に負担した債務について代表訴訟の対象とすべきかである。

3 判例の状況

(1) 下級審判例

従来、下級審判例は代表訴訟の対象範囲の問題について立場が分かっていた。以下では、上と同様に、責任の形態、発生原因、発生時期ごとに下級審判例の状況を確認する。

まず、不動産の登記移転義務が問題となった事例が多く、判例の立場は上記学説のように統一されていない。会社の代表取締役がその資格において会社のために購入した建物を自己の名義で取得登記しているとして、会社の株主が申し立てた当該登記の抹消請求権を保全するための仮処分決定に対して、代表取締役が異議を申し立てた事案において、東京地判昭和31年10月19日（判例時報95号21頁）は、特に理由を述べることなく、代表訴訟の対象となる取締役の責任は取締役の法令・定款違反による損害賠償責任と資本充実責任を意味し、会社が代表取締役に対して有する登記抹消

(617) 山田・前掲注(580)1669, 1671, 1673頁。

(618) また、近時、全債務説に立ちながらも、就任前の責任を対象外とする見解も現れた。畠田公明『会社法講義I』387頁（中央経済社、2009）；大隅健一郎＝今井宏＝小林量『新会社法概説（第2版）』243頁（有斐閣、2010）。

請求権を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、⁽⁶¹⁹⁾許されないとして仮処分決定を取り消した。

これに対して、代表取締役がその資格において売主と折衝して買い受けた土地を自己名義に登録したため、株主はその相続人に対して、会社のために真正な所有名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めた事案において、大阪高判昭和54年10月30日（判例タイムズ401号153頁）は、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こととして、原決定を取り消し、原審に差し戻した。また、大阪地判昭和38年8月20日（判例タイムズ159号135頁）は、傍論として、「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。」と述べている。

次に、争いが多かった事例は取締役就任前に会社に対して負った債務についてであり、学説と同様、判例の立場が分かれている。使用人兼任取締役が就任前の従業員時代から反復継続的に違法な輸出業務に関与したとして責任が追及された事案において、東京地判平成8年6月20日（判例時報1572号27頁）は、特に理由を明示することなく、取締役就任以降の違法輸出の分のみを代表訴訟の対象として認めた。また、東京地判平成10年12月7日（判例時報1701号161頁）は、限定債務説に立ち、取締役就任前に従業員としての行為による賠償責任が代表訴訟の対象に含まれないとして訴えを却下した。

これに対して、大阪地判平成11年9月22日（判例タイムズ1046号216頁）は、提訴懈怠のおそれは取締役の就任前後で異なることはないとして、取

(619) もっとも、当該建物は代表取締役が個人の資格で取得したものであると認定されているため、当該判示部分は傍論に該当する。

締役就任前から会社に対して負担していた債務を代表訴訟で請求できると判示した。⁽⁶²⁰⁾

このほか、利益相反取引が無効となった場合の不当利得返還義務については争いが少なく、東京地判平成20年1月17日（判例時報2012号117頁）という一件しか見当たらない。この事案では、原告株主は、会社と代表取締役の間で行われた会社の有する自己株式の売買契約が取締役会の承認を欠き、無効であることを理由に、株券の返還を求めた。同判決は限定債務説に立つ上で、旧商法266条1項が金銭賠償のみを予定していることを理由に、同項の責任には株券の引渡請求は含まれないと判示した。この立場は基本的に近時の学説の主流に反するものである。

以上のように、下級審判例では、学説において生じている個別の責任についての収斂現象が見られず、いずれの場合についても対立が生じている。ただし、使用人兼任取締役の使用人としての任務懈怠責任については、東京地判平成12年11月30日（資料版商事法務203号198頁）は、取締役に就任した以上、その取締役が取締役在任中に会社における職務行為に関して会社に対して負うべき損害賠償責任は、その行為の性質が従業員としての行為か取締役としての行為かという性質を論ずるまでもなく、株主が代表訴訟によって追及することができる取締役の責任に含まれると判示して、学説の多数派の主張を受け入れた。

(2) 平成21年最高裁判決

原告株主が、会社の買い受けた各土地について、被告代表取締役に所有権移転登記がされていると主張して、被告に対し、①主的には、同社の取得した本件各土地の所有権に基づき、②予備的には、同社は、本件各

(620) ただ、義務違反が認められないとして請求が棄却されている。

土地の買受けにあたり、取締役である被告に対し、本件各土地の所有名義を被告とする所有権移転登記手続を委託し、被告との間で期限の定めのない被告所有名義の借用契約を締結していたが、本件訴状の送達により、借用契約が終了したとして、上記契約の終了に基づき、同社への真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を請求した。

第一審は、本件請求は代表訴訟の対象となると解した上で、本件事実に対する審理の結果、原告は本件各土地の所有権が会社にあることの立証がされていないとして、原告の請求を棄却した。これに対して、原告が控訴した。

控訴審は、⁽⁶²¹⁾「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

(621) 大阪地判平成18年5月25日金融・商事判例1315号51頁。

(622) 大阪高判平成19年2月8日金融・商事判例1315号50頁。

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条が取締役に関与さ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うべきである。」と判示して、本件訴えを不適法なものとして却下した。

これに対して、最高裁は、「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、会社に対する取引債務についても、会社に対して忠実に履行すべき義務を負うと解されること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。」と判示し、本件上告人の主位的請求は、取締役の地位に基づく責任を追及するもので

222(1475) 法と政治 64巻4号 (2014年2月)

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、原審の判断を是認して、主位的請求を却下した。⁽⁶²³⁾しかし、上告人の予備的請求については、最高裁は、借用契約の終了に基づく登記請求は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、代表訴訟として適法なものというべきであるとして、予備的請求に関する部分を破棄して、これを原審に差し戻した。

このように、本件最高裁判決は、従来の全債務説が主張してきた根拠を示した上で、所有権に基づく登記移転請求という主位的請求を代表訴訟の対象外とし、取引債務についての責任という予備的請求を対象内とする。取引債務についての責任を認めた点では、従来の限定債務説によらないことは明らかであるが、所有権に基づく登記移転請求を除外したことから、従来の全債務説をも採用していないといえる。では、本件判決はどのように理解されるべきであろうか。

まず、物権的請求権に基づく登記移転請求を除外した点について、上述したように、近時の学説はこの形態の責任について特に代表訴訟の対象として認める必要があると主張されているため、主位的請求に関する本件最高裁の判断は学説による批判的⁽⁶²⁴⁾となっている。

次に、取引債務についての責任の範囲については具体的に判示していない。本件は取締役と会社間の直接取引の事案であるため、直接取引以外の取引債務一切を除外すると解する見解がある。⁽⁶²⁵⁾また、取締役は会社に対

(623) 最判平成21年3月10日金融・商事判例1315号46頁。

(624) 根本伸一「判批」速報判例解説（法学セミナー増刊）5号129～130頁（2009）；田中庸介「判批」法と政治60巻3号605頁（2009）；土田・前掲注(592)78頁；北村・前掲注(580)200頁；宮本航平「判批」法学新報118巻1・2合併号651頁（2011）；吉原和志「株主代表訴訟によって追及し得る取締役等の責任の範囲」関俊彦先生古稀記念『変革期の企業法』108～109頁（商事法務，2011）。

する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いう本件判決の第三の理由を重視して、取引債務であっても、取締役の業務執行に関わって会社と行ったもの、または取締役の地位に基づいて会社と行ったものに限って、代表訴訟の対象となると解する意見もある⁽⁶²⁶⁾。これに対して、このような意図を読み取れないとして、取引を解除した場合の原状回復義務、取引が無効であった場合の不当利得返還義務、債務不履行による損害賠償責任など、取引によって生じた債務の変形または実質的に同一性を有すると認められるものを含むと広く解する見解がある⁽⁶²⁷⁾。

また、取引債務の責任の形態について、本件は非金銭債務について認めたが、上述したように、学説では、取引債務の中に非金銭的債務について代表訴訟を肯定する意見が多いが、金銭債務については依然として対立しているので、金銭の取引債務も広く対象となるのかについても解釈が分かれるであろう。

さらに、取締役の地位に基づく責任と取引債務についての責任以外に、不法行為責任や取締役就任時期の限定などについても判示がない。学説において、不法行為責任を除外すると解する見解や⁽⁶²⁸⁾、不法行為責任の中に、取締役の地位に基づくものに限ると解する見解がある⁽⁶²⁹⁾。反対に、判示のない責任については特に除外していないとする理解もある⁽⁶³⁰⁾。また、本件は取

(625) 鳥山恭一「判批」法学セミナー54巻7号121頁（2009）。

(626) 日下部真治「判批」金融・商事判例1333号22頁（2010）；土田・前掲注(592)79頁。

(627) 弥永真生「判批」ジュリスト1380号65頁（2009）；福島洋尚「判批」ジュリスト臨時増刊1398号123頁（2010）；宮本・前掲注(624)647頁；吉原・前掲注(624)99頁。

(628) 江頭・前掲注(447)453頁。

(629) 土田・前掲注(592)79頁。

(630) 石山卓磨「判批」金融・商事判例1332号6頁（2010）；田中・前掲注(62)618頁；吉原・前掲注(624)99頁。

締役が在任中に生じた責任であるが、学説で依然として対立している就任前に生じた責任を除外することになるのか。

以上のように、本件最高裁判決によって、はっきり言えるのは物権的請求権に基づく登記移転義務が代表訴訟の対象とならず、取締役の地位に基づく責任と直接取引によって生じた非金銭的債務が対象となることだけである。それ以外の責任形態や発生原因、発生時期についてはなお学説の対立が続くであろう。全債務説と限定債務説のどちらも完全に採用せずに、本件事案解決のために極めて限定的な判示しかなかった最高裁の姿勢はこの問題の難しさを物語っている。

4 検討

以上のように、学説においては、近時、現実的必要性などの観点から、折衷的アプローチで責任の形態、発生原因、発生時期について個別に議論されることが多いが、全債務説と限定債務説との基本的対立は依然として存在する。具体的には、利益相反取引が有効である場合に生じた取引債務、不法行為の損害賠償責任、取締役就任前に負担した債務に対立が集中している。他方、上記最高裁判決によって、従来の下級審判例における混乱が今後ある程度緩和されることになるが、依然として全債務説と限定債務説の対立が生じうる。

では、全債務説または限定債務説を採用した場合、一体代表訴訟制度の立法目的にどのような影響を与え、立法目的の調整に役立つのか。学説の中には、代表訴訟制度の機能ないし立法目的は違法行為の抑止にもあることを理由に、全債務説⁽⁶³¹⁾と限定債務説⁽⁶³²⁾をそれぞれ支持する見解がある。理由

(631) 畠田・前掲注(618)387頁。また、限定債務説を主張する論者は、上記最高裁判決は代表訴訟の経営監督機能を期待している表れであるとも述べられている。近藤光男「最近の株主代表訴訟をめぐる動向（上）」商事法

が同じなのに結論が異なるということは従来の学説が代表訴訟制度の機能ないし立法目的と関連付けてこの問題を十分に議論されて来なかったことの現れであるといえよう。以下では、この問題を検討してみたい。

(1) 全債務説は会社の経営裁量権を制限するのか

上述したように、限定債務説は会社の経営裁量権を確保するために、会社法規上の厳格な責任以外については基本的に会社に対する任務の懈怠に基づく損害賠償責任に転化する上で間接的にしか代表訴訟で請求できないと主張する。したがって、限定債務説は全債務説のほうが会社の経営裁量権を実質的に制限すると理解している。これに対して、全債務説から、取引債務などについて代表訴訟が提起されても、会社側が債務の免除や和解といった措置を講ずることができ、会社の裁量権行使機会が実質的に確保されているという反論がある⁽⁶³³⁾。しかし、代表訴訟が提起された後に、会社はこのような処分権が失うのかについて学説上は争いがあるが、仮に会社の処分権が失わないと解すれば、全債務説に立っても、会社の経営裁量権が確保されることになり、取引債務などについて代表訴訟を認める意義がなくなるし、限定債務説をあえて主張する必要性がなくなるのではないか。したがって、代表訴訟が提起された後に、会社の処分権が失うと解しなければ、そもそも学説の対立が生じないことになる。そして、この理解によれば、会社側は代表訴訟の提起前に株主からの提訴請求に対する考慮期間内に限って経営裁量権を行使する機会があることになり、そう考えれば、やはり全債務説を採用しても会社は経営裁量権の行使機会が確保されることになるのではないか⁽⁶³⁴⁾。しかし、会社が一旦裁量権を行使したら、株主は

務1928号10頁（2011）。

(632) 吉本・前掲注(446)251頁。

(633) 渋谷・前掲注(605)125頁。

もはやその取引上の債務などを代表訴訟で直接的に主張できなくなり、取締役ら経営判断上の任務懈怠責任を間接的に主張するしかないことになるはずであり、実質的に限定債務説と変わらないのではないか。したがって、全債務説は取締役の会社に対する取引上の債務などに関する会社の経営裁量権を制限することにならざるを得ない。

(2) 限定債務説が主張する経営裁量権の意義

確かに、全債務説が主張するように、会社・取締役間の利益相反取引などによって生じた債務は忠実に履行されるべきものであって、もっとも厳格な司法審査に服すべきである。しかし、限定債務説が主張するように、取引債務などの履行を会社のために請求しないことによって生じる任務懈怠責任が代表訴訟の対象となり、司法審査を免れることはないから、特に支障が生じないし、会社の経営裁量権も確保できる。それでは、取引債務などを代表訴訟の対象から除外することはどのような影響があるのか。

まず、ここでいう経営裁量権の存在前提は取引債務などを履行しないことが即任務懈怠とならないことである。そうじゃなかったら、債務の免除や支払猶予等の経営裁量が入る余地がなくなる。しかし、取引債務などの履行を請求しないという経営判断自体（あるいはただの不作为）は利益相反取引に該当し、取締役会設置会社では取締役会の承認が必要になり（会社法365条1項）、取引債務などを負う取締役はもちろん、当該取引（すなわち、取引債務などの履行を請求しないという経営判断）を決定した取締役や承認決議に賛成した取締役の任務懈怠が推定され（会社法423条3項）、立証責任が取締役側に転換されている。したがって、確かに、限定

(634) この点については両説の論者から肯定されている。限定債務説の論者として、森本・前掲注(591)9～10頁。全債務説の論者として、宮本・前掲注(624)660頁注34；吉原・前掲注(624)102～103頁。

債務説が主張する通り、取締役は自己に任務懈怠がないことを立証することによって、経営裁量権が確保されることになる。

しかし、ここでいう経営裁量権はあくまで本案審理の段階で被告取締役が立証することによって得られるものであり、代表訴訟自体を阻止したり、すでに提起された代表訴訟を終了させたりすることができる訴訟管理権限ではないので、代表訴訟の主要立法目的に対する調整機能が限られることになる。しかも、取引債務などを負うのにそれを履行しない取締役は無過失責任を負うし（会社法428条1項）、忠実義務にかかる任務懈怠がないことの立証も容易ではない。また、そもそも、上記最高裁判決の事案を含めてこの対象範囲の問題を争った事件はわずかであり、そのほとんどは閉鎖会社の場合であり、公開会社では、通常、社外の少数株主は取締役が会社に対して取引債務などの責任を負っているという事実を知ることすら困難であることと合わせて考えれば、取引債務などを代表訴訟の対象から除外することによって、会社に一定の経営裁量権が確保できても、制度の損害回復機能と違法行為の抑止機能を調和させる効果、言い換えれば、会社の利益に反する代表訴訟を選別する効果がかなり限られてくると言わざるをえない。

(3) 小括

アメリカ法では、基本的に代表訴訟の対象範囲についてとくに制限がないが、提訴段階で訴訟管理権限の分配メカニズムを通して取締役会の訴訟管理権限を確保し、制度の主要立法目的を調整している。日本法はこのようなメカニズムを機能させていないため、上述したような議論が生じたのである。しかし、上述したように、この議論は公開会社における代表訴訟

(635) 吉原・前掲注(624)91頁。

制度の主要立法目的を調整する効果に限界がある。しかも、単なる金銭賠償だけでは不十分で、特定物の回収は会社にとって重要な意味を有する場合に、限定債務説によれば、これができず、個別調整の必要があるため、統一的な基準がなく、混乱が生じやすい。また、責任の発生原因や発生時期の差異によって、代表訴訟の対象を選別することについても同様な問題がある。

Setting the Legislative Purpose and Designing of Shareholder Derivative Litigation in Publicly Held Corporation: A Comparative Analysis of the US, Japan and China

Qingbin RUAN

A shareholder derivative suit does not always contribute to the corporation. So we need to regulate its procedures, while not impairing its functions. This article explores a possible legislative reform about this problem for Chinese law through a comparative analysis of the US and Japan. I divide this problem into two different cases.

In the first case, plaintiff's (or attorney) intention or motivation to file the suit is to strike or harass the corporation. This case is the abuse of judicial system, we should terminate the suit at an early stage, and don't need to make a cost-benefit analysis to assess whether the suit really contribute to the corporation.

In the US, the first cases are mainly regulated by adequacy of representation requirement and contemporaneous ownership requirement. The former does not be examined by the court's own authority unlike in the class action, it is just a demurrer, and US courts have generally dismissed the suit just when there is an obvious conflict of interest. Under this circumstance, it can be said that plaintiff has an injurious intention, so this examination had been applied to plaintiff's subjective state of mind. But the later can inhibit the suit regardless of plaintiff's subjective state of mind. Therefore, it tends to be relaxed in the US.

In contrast, Japanese Corporation law institutes a two-stage system to regulate the first cases. The first stage is the general doctrines such as abuse of rights which have been applied to shareholder's obviously injurious intention, and the order to provide security by the court has been applied to non-obviously injurious intention as the second stage.

In China, it is considered that the general doctrines can also be applied. However, the Corporation Act provides a 1 % holding requirement for a

plaintiff shareholder. As a result, there has been only one derivative suit about publicly held corporations since the Act became effective.

From the comparative study mentioned above, I propose that Chinese law should eliminate the 1% holding requirement, and adopt the order to pride security instead.

On the other hand, even if plaintiff's intention is honest, the suit does not always contribute to the corporation. In this second case, we need to make a cost-benefit analysis. When the costs exceed the benefits, the suit should not be terminated immediately, because derivative suits can also perform a deterrent function as an important mechanism of corporate governance besides a compensation function. In circumstance of conflict of the deterrence and compensation functions, we need to make a choice which function should be the one as the primary legislative purpose. I think that the ideal choice is to achieve a balance between the two by allocating litigation authority. This is an issue of substantive law involved in procedures. In order to allocate the litigation authority, there are three conceivable bodies other than the plaintiff-shareholder.

The first one is a shareholders' meeting. The Common Law of England has adopted this approach which permits the suit just when the claim falls under the exceptions to the majority rule. But the US, Japan and China does not adopt this approach. As to this matter, I propose that Chinese law should maintain the current stance not only because this approach is inefficient but also because shareholder democracy does not work in public corporations. And importantly, the controlling shareholder of many public corporations in China is the Government.

The second one is a court. However, whether a corporation should file a suit is a business judgment, I don't think a judge is good at this job, and independence of Judges in China is doubtful. So I don't think this approach is reasonable.

The last one is a Supervisory Board. In the US, virtually all the states' rules have allowed the Board of Directors to control the litigation through special litigation committee or demand requirement from 1970's. As a result, deterrent purpose has been reduced. In contrast, Japanese law has not

conferred litigation authority to a Supervisory Board (Board of Directors or Audit & Supervisory Board), and the deterrent purpose is being emphasized. I analyze the reason behind the differences of policy between the US and Japan, and conclude that the key to policy choices is whether independence of Supervisory Board members has been substantially improved. Chinese law takes the same approach as Japan now. I propose that it should be maintained because it is generally considered that Supervisory Board in China does not work independently. In accordance with this conclusion, I also propose that absolute outsiders should be excluded from the scope of defendant.

Finally, for derivative suits to work truly, I urge that the Chinese Corporation Act should deem a derivative suit as a non-property claim so that the complaint filing fee can be cheaper and provide prevailing shareholders can recover legal its costs from the corporation.