

【判例研究】 関西学院大学商法研究会

株主代表訴訟の対象となる「取締役の責任」には、旧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のほか、取締役が会社との取引により負担した債務についての責任も含まれるとした事例

(最高裁判平成二二年三月一〇日判決)

田中庸介

一 はじめに

代表訴訟により株主が追求することのできる取締役の責任の範囲をめぐっては、長年、判例・学説上、争われ、

株主代表訴訟の対象となる「取締役の責任」には……

これを広く捉える見解と、限定的に捉える見解の対立があった。

近時、最高裁は、この点について初めて判示し、一定の限度において、右の責任の範囲を広く捉える見解を示した(最判平成二二年三月一〇日)^①。

右判決は、この問題に関する最高裁としての初めての判断として重要な意義を有し、今後は、右判決の解釈を巡って、議論が展開されていくものと思われる。

そこで、以下においては、本件における事案の概要(後記「二」、及び、第一審^②、第二審と併せて、最高裁判決の判示内容を紹介し(後記「三」、また、これまでの学説及び判例の状況を概観し(後記「四」、かつ、右最高裁判決の持つ問題点、今後の残された問題点等について、検討を試みる(後記「五」)。

二 事案の概要

1. 当事者

A株式会社は、ホテル経営等を業とする会社であり、親族のみが株主及び役員を構成するいわゆる同族会社である。

原告Xと被告Yは、A社の株主であり、兄弟である。

その父親Bは、本件で問題となった後記取引の当時、A社の代表取締役であり、被告Yは、当時、取締役であり、かつ、現在の代表取締役である。原告Xは、A社の株式を六カ月前から引き続き保有している。

2. 事実経緯

本件請求の対象となった数筆の土地（以下「本件土地」という。）について、昭和二六年から同三五年にかけて、各々の前主からYが購入したものととして、Y名義への所有権移転登記が具備された。

3. 原告の請求

上記のY名義の登記に関し、原告Xは、本件土地の買主はYではなくA社であるとして、主位的に、A社にはYに対し、A社名義への所有移転登記手続を委託したところ、Yは、A社に無断で、自己名義の登記手続を行ったとして、所有権に基づき、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。

さらに、Xは、予備的に、A社にはYに対し、Y名義への所有移転登記手続を委託し、期限の定めのない借用契約が締結されたが、本訴状の送達により左の借用契約は終了したとして、同様に、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。

4. 争点

(一) 本件土地の所有権はYないしA社のいずれに帰属するか。

(二) 本件請求は、株主代表訴訟の対象となるか。

三 裁判所の判示内容

1. 第一審判決（大阪地判平成一八年五月二五日）の内容

(一) 本件土地の所有権について

本件土地及びこれらに隣接する土地の登記の移転状況、本件土地の利用状況、本人尋問の結果等を検討した結果、「……本件各土地、……について、B、X、Y等の親族の所有名義とA社の所有名義が便宜的に使用されていた可能性を示唆するものであり、本件契約の買主がその名義のとおりYあったか否かは必ずしも明らかではないということができる。しかし、本件各土地の売買代金がA社の資金から出捐されたことをうかがわせる証拠はなく、また、仮にBが資金を捻出したとしても、これがA社のためにしたことか、Yに資金を提供する趣旨であったかは不明であり、……本件各契約の買主がYであったかB又はA社であったかは明らかではなく、いまだA社が本件各契約の買主であ

ったことの立証がされたとまでいうことはできないというほかない。」として、Xの二つの請求を共に棄却した。

(二) 株主代表訴訟の対象について

「……Xの主張によれば、Yが会社の業務として取得した土地を自己の所有名義にしたというものであって、これによればYは取締役任用契約に基づき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、……商法二六七条一項にいう「取締役ノ責任ヲ追求スル訴」に当たり、株主代表訴訟の対象となるものと解される。」と判示した。

2. 第二審判決（大阪高判平成一九年二月八日）の内容

(一) 代表訴訟の制度趣旨及びその範囲

「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、会社と取締役に間の委任契約に基づく善管注意義務による責任を超えて、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

株主代表訴訟の対象となる「取締役の責任」には……

れる制度である。そうすると、株主代表訴訟によって追求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つている不動産の登記請求権はその一例である。）まで追求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、商法二六六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（商法二六六条一項一、二、三、四、五号）、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（同条三号）とも整合しない結果となるといふべきである。」と判示した。

(二) 本件へのあてはめ

以上の一般論に基づき、本件に関しては、「確かに、Xの主張事実が認められ、YがA社に対して本件各土地についての登記義務を負っている場合には、Yは取締役の立場上、A社に対して、自主的かつ速やかに当該義務を履行すべきであるということが出来る。しかしながら、当該義務の履行そのものは、取締役としての職責に含まれるということができないから、株主代表訴訟で追求することのできる「取締役の責任」にはあたらない。」と判示し、Xの請求を共に、不適法なものとして却下している。

3. 最高裁判決の内容

(一) 代表訴訟の制度趣旨

最高裁は、まず、代表訴訟の制度趣旨について、「……商法二六七条所定の株主代表訴訟の制度は、取締役が会社に対して責任を負う場合、役員相互間の特殊な関係から会社による取締役の責任追及が行われな

いおそれがあるので、会社や株主の利益を保護するため、会社が取締役の責任追及の訴えを提起しないときは、株主が同訴えを提起することができることとしたものと解される。」と判示した。

(二) 「取締役ノ責任」の範囲

さらに、代表訴訟の対象については、「……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、同法二六六条一項三号は、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、会社が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ふべき貸付けを受けた取締役の取引上の債務についての責任は株主代表訴訟の対象とならないことになり、均衡を欠くこと、取締役は、このような会社との取引によって負担することになった債務（以下「取締役の会社に対する取引債務」という。）についても、会社に対して忠実に履行すべき義務を負うと解されることなどにかんがみると、同法二六七条一項にいう「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。」と判示した。

(三) 本件へのあてはめ

以上の一般論に基づき、本件に関しては、「……Xの主位的請求は、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。」と判示し、Xの主位的請求を却下した原審を肯定した。

しかしながら、「……Xの予備的請求は、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うことができる。そうすると、予備的請求に係る訴えは、株主代表訴訟として適法なものというべきである。」と判示し、予

株主代表訴訟の対象となる「取締役の責任」には……

備的請求についての審理を更に尽くさせるべく、これを原審へ差し戻す判決を下した。

四 学説及び判例

1. 学説の状況について

(一) 本件において論じられた株主代表訴訟の対象の範囲については、学説上、これを広く捉える全債務説と、法が取締役の地位に基づき厳格な責任として規定するものに限定すべきであるとする限定債務説が主張されてきた。

(二) 全債務説は、代表訴訟の対象には、取締役が会社に対して負担する一切の債務が含まれるとする⁴⁾。その根拠としては、上記の本件最高裁判決が判示する三つの点が主張されてきた。

すなわち、①責任ないし債務を負担する取締役に對して会社が提訴を懈怠する可能性は、広く、いずれの債務についても認められること、また、②貸付けを受けた取締役に對して代表訴訟が認められないとすると、その貸付を会社を代表して行った取締役及びこれに賛成した取締役は旧商法二六六条一項三号等に基づき代表訴訟を受けることと均衡を失すること、さらに、③

旧商法二六六条一項五号の「法令」には、取締役の一般的な忠実義務・善管注意義務を定める規定(旧商法二五四条二項、同二五四条ノ三)も含まれることが主張されてきた。

右③は、取締役が何らかの契約上の債務を負担しつつこれを履行しないことは、取締役の忠実義務違反となり、その責任は旧二六六条一項五号の責任に含まれることから、これをも代表訴訟の範囲に含まれるべきことを指摘するものである。⁵⁾

(三) これに対して、限定債務説は、発生原因において特に重要な責任、すなわち、免除が困難な責任(旧商法二六六条)又は免除の不可能な責任(資本充実責任(商法二八〇条ノ一三三))についてのみ、代表訴訟が認められるべきであると主張する。⁶⁾

その根拠としては、まず、①アメリカ法においては、会社に自ら提訴するか否かの裁量権を認め、会社が不当に訴えを提起しなかった場合にのみ取締役に對する代表訴訟が許されるのに対し、そのような会社の裁量権を認めないわが国の制度においては、株主の代表訴訟を広く認めることは妥当でないこと、又は、会社の経営上の判断の余地を制約しすぎることが主張されて

いる。取締役に對する取引上の債務の履行を猶予することが適当な場合にも、全債務説によれば会社はこれをなしえなくなることが指摘されている。⁷⁾

さらに、②提訴が懈怠される可能性は、取締役のみならず、支配株主との関係でも認められるから、これのみをもって代表訴訟の立法趣旨は説明できないことも主張されている。これは、全債務説がこの提訴懈怠の可能性を制度趣旨として主張することへの反論として指摘されている点である。

また、③代表訴訟を広く認めることは、会社荒らしの好餌化となることも指摘される。

他方、④全債務説によれば、取締役に就任する前の責任をも代表訴訟の対象に含めることとなつて、適切ではないことも指摘されている。

2. 判例の状況について

(一) 以上に対して、判例においては、これまで、下級審において、全債務説を採る判決と、限定債務説を採る判決が下されてきた。

(二) 限定債務説を採る判決としては、以下のものが認められる。

(1) まず、古くは、東京地判昭和三十一年一〇月一九日⁸⁾

は、会社が購入した建物を被告取締役が無断で自己名義に登記したことを根拠に、旧商法二六七条等に基づき、原告株主がその登記の抹消請求権を被保全権利とする建物処分禁止の仮処分申請を行い、これを認める裁判所の決定が下されたことに對する異議訴訟において、「……商法二六七条……」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被告が、会社に対し背任行為をし、これによって被告が会社に損害を与えたことを理由として、原告が会社のため、被告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、原告主張のような、会社の被告に對する登記抹消請求権を会社に代位して行使することは、前記代表訴訟の認められる範囲をこえるものとして許されないと解するのが相当である。」と判示し、限定債務説を採ることを明らかにした。

(2) また、東京地判平成一〇年二月七日は、会社が別の会社の未払代金債務を立替払いした件に關し、原告株主は、これは会社にとり重要な業務執行ない株主代表訴訟の対象となる「取締役の責任」には……

し重要な財産の処分として取締役会決議を要するところ本件ではこれを欠き、従って、当時の経理担当取締役と共に、会社の従業員として上記立替払いに加功した被告に關し、従業員としての任務に違反し、現在取締役となっている被告については、その責任は旧商法二六七条の対象となる、と主張した事案について、「……株主代表訴訟の制度は、昭和二五年の商法改正……」によって、取締役の責任の厳格化と株主の地位の強化の一環として導入されたものである。右改正においては、それまで不明確であった取締役の会社に対する責任の發生原因及び損害賠償額等について詳細な規定（同法二六六条）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（同条五項及び六項）、責任の追及の制度について従来の総会の提議決議または少数株主による提議請求の制度に代えて株主代表訴訟の制度（同法二六七条）が導入された。……株主代表訴訟の制度が導入された前記経過に照らせば、株主代表訴訟において追及の対象となる商法二六七条一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、厳格化された商法二六六

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二八〇条の一三所定の責任を意味するものと解することが相当であり、取締役が会社に対して負担する責任の総てが株主代表訴訟の対象となるとする原告の解釈は採用できない。」として、取締役就任前の従業員のころの責任は、代表訴訟の対象とはならないことを判示している。

(3) さらに、東京地判平成二〇年一月一七日では、会社が自己株式をその代表取締役たる被告らに売却した件について、原告株主が、この売却については取締役会の承認がない、又は、あったとしてもその価格が廉価であるとして、旧商法二六七条に基づき、被告らに対し、株主権に基づき、株券返還請求等を行った事例において、「……株主代表訴訟の制度は、昭和二五年の商法改正……によって、取締役の責任の厳格化と株主の地位の強化の一環として導入されたものである。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（旧商法二六六条一項各号所定の責任）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。このような株主代表訴訟制度の導入経過に照らせば、旧商法二六七条一項所定の「取締役ノ責任」とは、同法二六六条一項各号所定の責任及び同法二八〇ノ一三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、同法二六六条一項が、同項四号（自己取引・利益相反取引）及び五号（法令定款違反行為）の責任について、「会社が蒙リタル損害額ニ付弁済又ハ賠償ノ責ニ任ズ」と規定し、金銭賠償のみを予定していることに照らすと、同項の責任には株券の引渡請求は含まれないと解するのが相当である。」と判示して、原告の株券引渡請求を不適法として却下している。

(三) 以上に対して、以下に見るとおり、全債務説を採る判決例も多い。

(一) 古くは、大阪地判昭和三八年八月二〇日⁽¹¹⁾では、被告たる代表取締役が第三者に売り渡した土地・建物

が会社の重要財産であり、従って、旧商法二四五条により株主総会特別決議が必要などころ、それを欠く本件では無効であるとして、原告株主が、旧商法二六七条により有する被告に対する権利により、その被告が第三者に対して有している登記抹消請求等を民法四二三条により代位行使しようと主張した事案について、右のような代位行使自体は否定しつつも、「……会社が、……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……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」と判示し、取締役に對する登記請求権が代表訴訟の対象たりうる事が示唆されていた。

(2) さらに、大阪高判昭和五四年一〇月三日では、代表取締役が自己名義に登記した土地について、原告株主が、会社のための真正な登記名義の回復請求を右代表取締役の相続人に対して、旧商法二六七条に基づき請求した事案について、「……商法二六七条の……「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株主代表訴訟の対象となる「取締役の責任」には……

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うるところであるが、とくに、第三者である株主においてもなしうることとしたゆえんものは、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、取締役間の特種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。」とし、さらに、制度の濫用を根拠に限定債務説を主張した被告の反論に關しても、「……(代表訴訟の)濫用の虞れのあることは昭和二五年の商法改正により代表訴訟の制度が採用され

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・贈取贈に対する罰則など）がなされているのである。しかるに、商法二六七条の規定には、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、……取締役の責任の範囲を……限定的に解すべきいわれはない……。」と判示して、原告の請求を認めた。

右の判決は、本件での最高裁判決が出るまでは、上級審の唯一の判断として注目されていた。右の最高裁判決については、全債務説を採るか否か明らかではないとの評釈も存在するが、⁽¹³⁾右の判示内容によれば、「取締役の責任」を限定的に解することを否定している点、さらには、結論として、責任ある取締役の相続人に対する請求を肯定している点を考慮した場合、右高裁判決は全債務説を採用するものと解することが自然であろう。

(3) また、大阪地判平成一年九月二二日は、被告取締役が従業員のころ、当時の代表取締役と共に、別の会社の発行する新株を不当に高値で会社に引き受けさせたこと等により損害を及ぼしたとして、原告

株主により、旧商法二六七条に基づき損害賠償を請求された事案について、「……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つ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と解するのが相当である。」として、原告の右請求を肯定した。

五 検 討

1. 全債務説と限定債務説について

(1) 限定債務説の主張するように、アメリカ法における代表訴訟と異なり、わが国の制度によれば、一株を有する株主であっても、その者による提訴要求があれば、

会社がこれを不当と判断しても、六〇日（会社法八四七条五項）の経過により、自動的に、右株主による取締役に対する提訴が可能となる。

元来、多数決原理により会社経営がなされるべきことを考慮すると、限定債務説が代表訴訟の対象を取締役の地位に基づく厳格な責任に限定しようとする¹⁵⁾ことにも、一定の合理性を見出せるであろう。

(2) しかしながら、わが国の条文構造を忠実に見た場合、右のように、代表訴訟の対象を限定することは困難であるといえよう。

限定債務説は、取締役に対する提訴の適否の判断について、会社ないし取締役会の裁量が認められるべきことを主張し、従って、法律上、免除のためには全株主の同意が必要とされるなどそれが困難な責任、ないしは、免除が不可能な責任については、取締役会の裁量が及ばないものとして、これのみを代表訴訟の対象に限定すべきことを主張するようである。

しかしながら、右の責任の免除の困難さが即、取締役会の裁量を画する意義を持つとは思われない。第三者に対する貸付金の返還請求を一定の理由により差し控えることを判断する場合と、取締役に対する貸付金

株主代表訴訟の対象となる「取締役の責任」には……

の返還請求を検討する場合とでは、適用されるべきルールにおいて異なるものがあると解すべきである。すなわち、後者の場合において、わが国の法規定においては、原則として、会社がその請求を控えることを是認する原理は認められないものといえよう。¹⁶⁾

(3) さらに、限定債務説の説く会社荒らしによる悪用の危険性、あるいは、濫訴の可能性についても、説得力ある根拠とは思われない。

すなわち、訴訟の対象を限定したとしても、その限度において悪用の危険性は無くならない。¹⁷⁾さらに、濫訴への警戒は、訴え自体に理由がないにもかかわらず提訴される場合、すなわち、請求棄却が明らかであるにもかかわらず訴訟制度が悪用される場合に向けられるべきであって、訴訟の適法性の有無が問題とされ、請求却下として門前払いが帰結される本件での問題については、濫訴の危険性を不当に強調することは妥当でない¹⁸⁾と解される。そのような危険性は、従来から重要性が指摘されている悪意の株主に対する担保提供命令（会社法八四七条七項・八項）、または、会社が新設した訴えの障害事由の規定（同条一項但書）により対処されるべきものといえよう。

- (4) また、限定債務説のいう取締役就任前の責任に関しても、むしろ、これを代表訴訟の対象に含めることが望ましいといえよう。すなわち、これを肯定する前記判決例〔四〕「2(三)(3)」が判示するように、取締役に対する提訴が懈怠される可能性においては、責任の発生時においてその者が取締役であったか否かは差異を及ぼさない。さらに、仮に従業員時代に会社に対して責任ないし債務を負った者であっても、その者が取締役に就任した場合には、その地位に基づき、善管義務ないし忠実義務を負担するに至り、適時にこれを忠実に履行すべき責任を負うものといえ、従って、これを遅滞する取締役に對しては、株主による代表訴訟を認める意義が十分に認められるからである。
- (5) 従って、原則論としては、全債務説がより適した立論と解される。

2. 本最高裁判決の意義

- (1) 上記のとおり、本判決は、代表訴訟の対象について、「取締役の地位に基づく責任」のみならず、「取締役の会社に対する取引債務」にまでこれを含めた点において、少なくとも、限定債務説を採らないことを明示したものと解される。この点において、全債務説の立

場からは、一定の評価を与えることができよう。

- (2) しかしながら、本判決が、所有権に基づく移転登記請求については、「取締役の地位に基づく責任」にも、また「取引債務」にも該当しないと、これを却下している点については、疑念が残る。

同様の事案において、このような請求を肯定した上記大阪高判〔四〕「2(三)(2)」が判示するとおり、提訴懈怠の可能性についてみれば、このような物権的請求権であろうと「取引債務」であろうと、差異はない。

また、一般に、真に会社の所有に帰属する物を不当に役員が私的に使用する場合場合には、会社の損害を回復するためには、金銭賠償による賠償請求のみでは不十分であり、物自体の使用・占有を回復するための物権的請求権の行使が必要といえよう。その意味でも、これを排除する限定債務説は適切ではないといえる。

- (3) さらに、本判決は、所有権に基づく登記請求権は排斥しつつも、不動産の「借用契約」の存在を仮定し、その終了に基づく登記請求権は「取引債務」として、これを代表訴訟により行使することを肯定している。

この点については、まず、「借用契約」の存在がどのような種類の契約として成立したと見るか、明確ではない。民法上、他者の所有物の「借用」を目的とする契約類型は使用貸借か賃貸借に限定されるが、少なくとも、原告はこのいずれの類型に該当するかについては主張するべきところ、本判決においては、この点が明らかにされていない。

さらに、本件においては、原告は、本件における「訴状の送達」により上記の「借用契約」が終了したものと主張している。これは、代表訴訟により会社の被告取締役に対する契約解除権を行使することを肯定することを意味するから、従来より全債務説が主張してきた以上の権利を代表訴訟に包含することにつながる。学説においては、会社が取締役に対して有する債権の消滅時効の中断の手續について、これをも代表訴訟によりなしうるとする見解も存在するが、「取締役の責任を追及する」（会社法八四七条一項）との文言から見ても、また、会社の取締役に対する請求権の代位行使を認めたものとする法構造の一般的な理解から見ても、代表訴訟の制度は、会社の取締役に對する形成権の行使を一般的に広く認めたものと解することは

株主代表訴訟の対象となる「取締役の責任」には……

困難であろう。

(4) 結局、本判決の結論は、登記請求権を代表訴訟に包含すべきことを是認しつつ、従って、限定債務説の限定的な解釈論には違和感を感じながらも、さりとて、全債務説に踏む出すことには一種の躊躇を感じたことから、上記の「借用契約の終了」との立論に基づき、「取引債務」なる概念を構築した、一種の感情論が働いた産物と理解せざるを得ないのではなからうか。その意味においては、本問題についての裁判所の見解を見出すためには、さらなる判決例の集積が必要と解される。

3. 今後の問題点

(1) 本判決が根拠の二番目に挙げる、貸付けを受けた取締役とその貸付を会社を代表して行った取締役らとの不均衡という問題点については、会社法は、貸付けを受けた側の取締役に對しても特別の責任規定を置いたから（四二八条）、右の取締役らの責任は、全て、「取締役の地位に基づく責任」として、限定債務説においても代表訴訟の対象に含められ、従って、同法においては、これを全債務説の根拠とすることは適切ではない。

しかしながら、会社法の下においても、全債務説の根拠としては、代表訴訟の制度趣旨として、「取締役間の特殊の関係にもとづく訴提起懈怠の可能性」（上記大阪高判）が認められることを中心として、会社法の規定においても「役員等……の責任を追及する訴え」とのみ規定されて限定的な文言が付加されていないことや、取締役が会社に対して一定の債務を負担する場合に、これを適切に履行しないこと自体が善管義務（三三〇条、民法六四四条）ないし忠実義務（三五五条）の違反として、広く、「取締役の地位に基づく責任」を生じさせることを指摘することで十分であると解される。

(2) また、全債務説によれば、「取締役の地位に基づく責任」のみならず、不法行為、事務管理、さらには、不当利得に基づく責任についての代表訴訟の可否が問題となりうる場所であるが、以上の検討によれば、これらについても、会社において回復さるべき損害ないし利得が認められる限り、代表訴訟の対象に含まれるべきものといえよう。

以上

- (1) 金融・商事判例一三二五号四六頁
- (2) 金融・商事判例一三一五号五〇頁
- (3) 金融・商事判例一三一五号五一頁
- (4) 石井照久「会社法上巻」（勁草書房・一九六七年）三五九頁、大隈健一郎・今井宏「会社法論中巻」（有斐閣・一九九二年）二七二頁、田中誠二「三訂会社法詳論上巻」（勁草書房・一九九三年）七〇二頁、吉原和志「代表訴訟によって追求しうる取締役の責任の範囲」（「商法の争点I」（有斐閣・一九九三年）一五六頁）、鈴木竹雄・竹内昭夫「会社法（第三版）」（有斐閣・一九九四年）三〇〇頁、龍田節「会社法大要」（有斐閣・二〇〇七年）一六四頁、前田庸「会社法入門（第一版補訂版）」（有斐閣・二〇〇八年）四三九頁
- (5) 田中誠二・前掲四・七〇二頁
- (6) 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」（「商法の争点（第二版）」（有斐閣・一九八三年）一四三頁、北沢正啓（上柳克郎外編「新版注釈会社法」六巻（有斐閣・一九八七年）三六〇頁）、服部栄三「会社法通論（第四版）」（同文館・一九九一年）、森本滋「会社法」（有信堂・一九九五年）二五九頁、弥永真生「リーガルマインド会社法（第一版）」（有斐閣・二〇〇七年）一三七頁、江頭憲次郎「株式会社法（第二版）」（有斐閣・二〇〇八年）四四八頁、近藤光男「最新株式会社法（第五版）」（中央経済社・二〇〇九年）三〇七頁
- (7) 江頭・前掲六・四四八頁
- (8) 判例時報九五号二二頁
- (9) 判例時報一七〇一号一六一頁

- (10) 判例時報二〇二二号一七頁
- (11) 判例タイムズ一五九号一三五頁
- (12) 判例時報九五四号八九頁
- (13) 岸田雅雄・本件評釈（会社法判例百選（有斐閣・二〇〇六年）一五三頁）
- (14) 判例時報一七一九号一四二頁
- (15) イギリス法においても、代表訴訟（derivative action）の提起は、取締役の任務懈怠に基づく責任等、限定的な場合にのみ、許容されている（Companies Act 2006 中の二六〇条等）（該当条文の翻訳等について、川島いずみ外「イギリス二〇〇六年会社法（四）」（比較法学第四二巻第三号（早稲田大学比較法研究所・二〇〇九年）二五七頁）参照）。
- (16) 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）第4号（有斐閣・一九七四年）一二四頁）
- (17) 吉原・前掲四・一五七頁
- (18) 石井・前掲四・三五八頁

株主代表訴訟の対象となる「取締役の責任」には……