

株主の会社経営者等に対する 責任追及手段とその実効性（二・完）

宮 崎 裕 介

第一章 はじめに

第二章 アメリカ法（以上四一巻一―二号）

第三章 日本法

一 日本法における代表訴訟と四二九条一項訴訟

二 裁判例の検討

三 学説の検討

四 私見の提示

第四章 おわりに（以上本号）

第三章 日本法

前章において検討してきたように、アメリカ法においては株主の会社経営者等に対する直接請求による責任追及は、当該請求が直接訴訟 (direct action) によって追行されるべきと判断された場合に認められる。一方で、株主には派生訴訟 (derivative suit) を提起することも認められているものの、直接訴訟との区別が必ずしも明確ではないため⁽⁶⁹⁾、株主による直接請求の可否という問題は、派生訴訟と直接訴訟との振り分けの文脈の中で判例法の発達をみてきた⁽⁷⁰⁾。判例法を概観するに、アメリカ法におけるこれら派生訴訟と直接訴訟の棲み分けを巡る近時の議論は、二〇〇四年のデラウェア州最高裁判所の判例法である *Tooley* 判決に収斂されたと言える。すなわち、同判決において(1)誰が損害を被ったか、(2)誰に救済がなされるべきであるか、という二つの要素から分析される判断枠組みが提示され、現在では確立した判例法として認識されている⁽⁷¹⁾。

これに対して、日本法においては、次に述べるように代表訴訟と四二九条一項訴訟が制度上、株主に認められているが、株主が直接請求をするためには四二九条一項訴訟によらざるを得ない⁽⁷²⁾。この点について、アメリカとパラレルに考えると、派生訴訟と直接訴訟のうち株主の直接請求を可能とする制度は直接訴訟に限られるという⁽⁷³⁾意味において、四二九条一項訴訟に頼らざるを得ない日本法とアメリカ法との間には通ずるところはある。しかし、我が国において、後述するように代表訴訟と四二九条一項訴訟は制度趣旨および機能のいずれについても似て非なるものであるということが大前提にあり⁽⁷⁴⁾、アメリカのように両制度の橋渡しとなるような手続面での手段⁽⁷⁵⁾でもない。そもそも、日本法においては四二九条一項訴訟が株主訴訟と言えるのかという点についても学説・裁判例のいずれにおいても明らかではなく⁽⁷⁶⁾、代表訴訟と四二九条一項訴訟の実定法上の関係についても不明と言

わざるを得ない。本章では、株主による取締役らをはじめとした会社経営者等に対する直接請求の可否について、前章まで検討したアメリカ法を踏まえた上で、この点についての裁判例・学説の考察を通じ、代表訴訟と四二九一条一項訴訟との関係を明らかにする。予め、筆者の結論を提示すると、本稿では四二九一条一項訴訟を代表訴訟による救済が不可能となった場合の補完的な手段と位置づけるものであると論証する。ただし、全ての論点についての包括的な検討は紙幅の関係でできないため、取締役の株主に対する責任の根拠などの点については、補論として述べる。

一 日本法における代表訴訟と四二九一条一項訴訟

(1) 代表訴訟制度の概要と制度趣旨

代表訴訟は、取締役など役員等に対する損害賠償責任の追及につき、本来追及すべき立場にある会社に代わって株主に提訴の権限を付与する制度である。⁽⁸¹⁾ 株主に提訴の権限、すなわち訴権が付与されたのは、他の取締役や監査役に任せきりにしてしまうと、同僚意識から提訴を懈怠する可能性があるからである。⁽⁸²⁾ ところで、代表訴訟は、アメリカにおける派生訴訟を継受したもので、⁽⁸³⁾ 訴えを提起した株主個人のみならず会社のために提起される。⁽⁸⁴⁾ 代表訴訟について、竹内昭夫教授が「株主の正義感とともに、いわばその善意、義侠心に基づいて動く制度」⁽⁸⁵⁾と表現していることから、代表訴訟は株主個人の利益ではなく会社のために提起されるものである。⁽⁸⁶⁾ そのため、原告株主の勝訴によってもたらされる損害回復は会社に対してなされるなど、株主が権利義務の主体である会社に代わり訴訟物たる取締役らに対する損害賠償請求権について当事者資格をもつ。⁽⁸⁷⁾ すなわち、第三者の訴訟担当(民事訴訟法一一五一条一項二号、民事執行法三三一条一項二号)たる地位として⁽⁸⁸⁾ 訴えの手續を行うのである。その

ため、代表訴訟を提起した株主にもたらされるものは、会社に損害填補された場合の間接的な効果としての保有株式の価値の上昇を通じた利益の享受のみである。⁽⁸⁹⁾

また、代表訴訟については、提訴権者についての会社法上の定めがあり、例えば公開会社においては定款において別段の定めがある場合を除いて六ヶ月前より引き続き当該会社の株式を保有している株主に限られる（会社法八四七条二項⁽⁹¹⁾）など、形式的な当事者適格が法定されている。

(2) 四二九条一項訴訟の概要と制度趣旨

四二九条一項訴訟は、損害を被った株主が自らの権利救済のために提起することができる訴訟である。⁽⁹²⁾ このとき株主は、役員等の任務懈怠に悪意・重過失があること、および任務懈怠と自らが被った損害との因果関係の存在を立証すれば、責任を追及することができる。⁽⁹³⁾ 代表訴訟とは異なり、四二九条一項訴訟は、損害の回復が訴えを提起した株主個人に与えられる。⁽⁹⁴⁾

また、四二九条一項訴訟については、提訴権者については文言上「第三者」と規定されているのみで解釈に委ねられている上、仮に株主訴訟としてこれを利用することを認めたとしても、代表訴訟のように株主訴訟として特化された手続上の手当はなされていない。⁽⁹⁵⁾

そのため、四二九条一項訴訟は、代表訴訟とは違い根拠規定となる四二九条一項の文言そのものが抽象的に過ぎることも相俟って、要件論の解釈で多くの問題が残されている。⁽⁹⁶⁾

ところで、四二九条一項訴訟の根拠規定である当時の商法二六六条ノ三の法意について述べたリーディングケースである最大判昭和四四年一月二六日民集二三卷一一号二一五〇頁（以下、本判決を「昭和四四年大法院判決」

という)は、「法は、株式会社が経済社会において重要な地位を占めていること、しかも株式会社の活動はその機関である取締役の職務執行に依存するものであることを考慮して、第三者保護の立場から、取締役において悪意または重大な過失により右義務に違反し、これによつて第三者に損害を被らせたときは、取締役の任務懈怠の行為と第三者の損害との間に相当の因果関係があるかぎり、会社がこれによつて損害を被つた結果、ひいて第三者に損害を生じた場合であると、直接第三者が損害を被つた場合であるとを問うことなく、当該取締役が直接に第三者に対し損害賠償の責に任ずべきことを規定したのである」と述べ、同項の責任は法が特別に定めたものであること(法定責任)および第三者が被つた損害については直接損害と間接損害の区別無くこれを賠償の対象とする立場を示した。

この昭和四四年大法院判決をもつてしても、筆者が本稿で検討を試みている論点についての解決とはなっていない。第一は、賠償の対象となる損害はどのようなものかという問題である。最高裁は、いわゆる両損害包含説を採用したものであるが、実際のところ四二九条一項訴訟に関し、株主が被つた損害については間接損害を除外するとの立場が学説において有力であること、⁽⁹⁷⁾裁判例においても会社の業績悪化にともなう株式価値の低下・無価値化の事例においては株主の四二九条一項訴訟による請求を認めない判決⁽⁹⁸⁾があることから、学説・裁判例ともにこの点について解決に至っていないと言えない。第二は、間接損害についての株主の四二九条一項訴訟の訴権、すなわち同項が定める「第三者」の範囲をいかに解するかという問題である。学説においては、肯定・否定⁽⁹⁹⁾の両面から見解の対立が絶えなかったが、この点についても最高裁判所は特段の言及はしていない。⁽¹⁰⁰⁾本稿が訴訟制度の研究である以上、訴権の有無をクリアにしなければ株主訴訟としての四二九条一項訴訟を論ずる意味そのものがなくなる。

(3) 我が国における直接請求に関する制度設計と解釈論に関する問題点の提起

代表訴訟と四二九条一項訴訟の両者を比較するところ、前述したように我が国の会社法上、株主が取締役をはじめ会社経営者等に対して直接請求をするためのツールは四二九条一項訴訟に現状としては限られていると言わざるを得ず、⁽¹⁰⁵⁾これまでの学説・判例ともに四二九条一項訴訟の根拠規定である同項の解釈問題としてこの点を議論してきた。しかし、株主の直接請求を可能とする制度が四二九条一項訴訟に限られるのか、あるいは代表訴訟にもその余地が残されているかについて実際のところ判然としているわけではない。⁽¹⁰⁶⁾この点について、学説および裁判例は、株主が被った損害を直接損害か間接損害かに分類した上で直接請求の可否を判断していると評価できるとも、⁽¹⁰⁷⁾「株主の取締役に対する直接請求の可否」という命題について考えるとき、直接損害・間接損害という損害の性質論から、ある意味、演繹的に結論を導く解釈手法⁽¹⁰⁸⁾そのものに再考の余地があるのではなからうか。⁽¹⁰⁹⁾

これらの点を踏まえて、代表訴訟と四二九条一項訴訟に関する現在の我が国の制度設計と解釈論に関する問題点を検討するが、現状の制度設計においては、(1)四二九条一項訴訟の根拠規定である同項の文言が抽象的に過ぎるため誰に請求権を認めるのか、また救済される損害の範囲が必ずしも明らかではない、(2)代表訴訟と四二九条一項訴訟の関係性と会社法上の位置づけが不明確である、という二点につき考察が必要と考えられる。また、⁽¹¹⁰⁾解釈論においては、株主が四二九条一項訴訟による救済を求めるにあたり間接損害を除外するのが現在の有力説であるが、⁽¹¹¹⁾この立場に立ったときに実効的な株主保護が本当に図られているかという点についても再検討が必要であると思われる。

二 裁判例の検討

（1）裁判例の状況

株主が提起した取締役らに対する直接請求の事案について、これまで裁判例がどのように対応してきたのか、以下、裁判例を概観する。

① 東京地判昭和五六年六月二日 判タ四五三一六一

（事案）

A社は、閉鎖会社であり、いずれも同社の株主である取締役であるX、Y、B、監査役であるCら六名によって、経営権をめぐる同人らの紛争を防ぐために次のような合意をしていた。すなわち、(1)各人は、X、Y、Bが取締役、Cが監査役にそれぞれ選出されるよう株主としての議決権を行使し、右の役員たる地位をお互いに尊重すること、(2)将来、増資を行う場合には、各人の持株比率に応じて新株の割当をするものとし、会社の支配権の現状を維持すること、という二つの合意である。これまでA社においては、倍額増資が行われたことがあったが、その際も上記合意に基づき持ち株数に応じて株式が割り当てられていた。

ところが、Yは、Xの取締役たる地位を奪うことを企て、B、Cと意を通じて、A社の定時株主総会において、株主総会の議長として株主総会の直前の取締役会においても付議されなかった取締役および監査役の選任を投票によって行うことを提案した。このとき、取締役候補としてXは指名されず、Y、B、CがA社の取締役に、Dが監査役に選任された。

その後、Y、B、Cは、取締役会において以下の要領で新株を発行する決議を行った。すなわち、(1)二〇万株を発行する、(2)発行株式は額面株式とし一株の発行価格は五〇円とする、(3)旧株式に対応する割当を行わず、Yに七万八〇〇〇株、BおよびCに四万六〇〇〇株、Dに三万株を発行する、というものであり、これに基づき新株が発行された。

A社の株主であり元取締役であったXは、本件新株発行について、一部の株主であるYらに対してのみ割り当てられたことは株主平等原則に反し違法であり、専らXをA社の経営陣から排除する目的でなされた点において特に不正な方法によるものであるとして、Yの任務懈怠を主張して商法旧二六六条ノ三に基づき損害賠償の訴えを提起した。

(判旨)

請求一部認容

「商法二六六条ノ三にいう「損害」とは、いわゆる直接損害か間接損害かを問わず、取締役の任務違反と相当因果関係のある損害であれば足りる」⁽¹⁰⁾

② 福岡地判昭和六二年一〇月二八日 判時二二八七一四八

(事案)

株式会社であるA社は、劇場(以下、「本件劇場」という)を建築し保有していたが、火災により焼失した。

その後、A社は本件劇場の火災保険金およびBからの資金提供により本件劇場を再築し、A社はBとの間で、昭和三十一年七月一日から昭和六五年六月三〇日までA社がBに本件劇場を貸与し、貸与期間中の本件劇場の修理費用及び公租公課その他一切の費用をBが負担するとの合意がなされた。Bは、映画興行などを目的とする有限会社であるC社を設立し、本件劇場で映画興行を行ったが、同社の営業を昭和三二年八月頃、Yに譲渡した。その結果、Yは、BからC社の持分の全部およびB保有のA社株式を譲り受け、C社の代表取締役およびA社の取締役に就任した。かかる営業譲渡に伴い、A社とC社との間で、本件劇場について改めて上記合意内容にA社の役員報酬をC社が負担するとの内容の条件を付加して合意がなされた。

Yは、昭和四十一年以降、A社の発行済株式総数五〇〇株のうち実質的に三八七株を取得し、同年四月にはA社の代表取締役に就任した。その後、親族を取締役などの役員に就任させて、A社の実権を掌握し、昭和四六年八月以後、A社の役員はすべてYとその親族で占められるに至った。また、昭和四五年頃から、A社は本件劇場での映画興行を止め、本件劇場を取り壊し、Yは、本件劇場跡地での貸店舗ビルの建築を計画し、昭和四六年五月にC社の代表取締役を辞任し、後任に同人の妻を就任させた。さらに、昭和四七年二月のA社取締役会において本件劇場跡地をC社に賃貸することの承認を得て、年額一〇八万円の賃料でC社に賃貸する旨の契約を締結した。

A社の株主であるXらは、Yが本件劇場跡地を極めて安い賃料で自らが事実上経営しているC社に賃貸したことは、公私混同による会社財産の利用であり、A社の代表取締役に課せられた忠実義務に違反するとして、商法旧二六六条ノ三に基づきYに対して本件劇場跡地の適正な賃料で賃貸された場合の得べかりし配当可能金額について損害賠償請求の訴えを提起した。

(判旨)

請求一部認容

「Xらの主張によれば、A社がYの任務懈怠により得べかりし賃料収入相当の損害を被り、ひいては株主たるXからも該賃料収入から算出される配当受領可能額相当の損害を受けたというものであるから、A社がYから右損害を回復すれば株主たるXらの損害も回復される関係にあることは明らかであり、かかる事案の解決のために右の代表訴訟が一般論として有効であることは否定できない。

しかしながら、後に認定するようなA社の沿革及び実体並びにYの行為を考慮すれば、XらがYに対し代表訴訟によって右責任を追及したとしても、A社の大株主で代表取締役でもあるYは、Xら少数株主が右損害を現実に戻すに回復するについて、あらゆる方策を用いてそれを妨げるであろうことは容易に予測し得るところであるから、右の代表訴訟によって、商法二六六条の第三項に基づく本件訴訟と同様の結果を期待できるとはいえない。

(中略) YがA社の代表取締役として、C社に対し、本件土地を当初極めて安い賃料で賃貸した行為についてはもとより、その後昭和五五年度まで前記のような賃料の改定しか行なわなかった点についても、いまだ会社の代表取締役課せられた忠実義務違反があるとまではできないが、昭和五六年度以降(中略)、Xら株主からの批判の声を無視し、自らが事実上経営するC社に対し、適正な賃料増額を要求せず、株主に対する利益配当が可能な状態への努力を怠ってきた点については、反証のない以上、少なくとも重過失による忠実義務違反があるといわなければならないから、Yは、商法二六六条の第三項に基づき、右義務違反によりXら(その前主を含む)が被った損害を賠償すべき義務がある。」

③ 京都地判平成四年八月五日 判時一四四〇・二二九

(事案)

A社は、タクシー事業および貸切バス事業等を営む会社であるが、A社の株主であるXら原告グループと、A社の取締役・株主であるYら被告グループの二派に分かれて会社経営権を巡り対立が深まっていた。原告グループに経営権を奪取されることを嫌った被告グループは、支配権の維持確立およびグループの意向に従う安定株主を創出する目的で、特に有利な発行価額で第三者に新株を発行することを企図した。この新株発行は、A社の株主総会で賛成四万五三三株、反対二万五七一株で可決されたが、原告のうち一万三〇八二株を保有している者に対して、株主総会招集通知がなされておらず、同人は同株主総会に出席しなかった。Xらは、A社が行った新株発行につき、任務懈怠があるとして、商法旧二六六条ノ三、民法七〇九条に基づいて、新株発行で株価が低下したことにより被った損害の賠償を求めて訴えを提起した。

(判旨)

請求一部認容

「支配目的による新株発行により、特定の既存株主に損害が発生する。それは、同人の旧株式の持ち株比率の低下とそれによる会社に対する割合的地位の相対的低下、議決権を中心とする会社支配力の低下である。しかし、その支配的価値の低下による具体的損害額の算定は極めて困難である。」

他方、有利発行による損害は、その発行価額を本来会社に払込まれるべき適正な発行価額(旧株価より低額と

なる)との差額が損害である。これは、本来会社に対する賠償責任の追及により処理すべき問題ともいえないが、既存株主は、市場の株価下落などのいわゆる直接損害を受けたときは、それが特定の反対派株主を害する意図の下になされた加害である限り、その下落額を損害として取締役の第三者に対する責任を追及できる。ところで、本件においては支配力低下の損害、有利発行による市場の株価下落額について具体的な主張立証がない。

しかしながら、本件では、支配目的の新株発行が有利発行と併せて行なわれている。このような場合には、本来なすべきでない新株の発行がなかったならば、維持していたであろう株式の従前の時価と、有利発行による株価の計算上の低下との差額をもって、損害額と認めるのが相当である。

なぜなら、支配目的がある以上、適正発行価額によっても新株を発行すべきでなかったといえるからである。そして、支配力低下、有利発行の競合による損害は、少なくとも、右の差額を下らないといえるべきである。」

④ 東京地判平成八年六月二〇日 判時一五七八―一二二

(事案)

航空旅客運送を業とする株式会社であるA社は、発行済株式のうち大半(以下、「本件株式」という)をXら保有していた。A社は、事業資金に不足が生じたため、B社に対してA社の航空輸送部門を譲渡して、その見返りとして資金援助を受けることにした。これに基づき、Xらには、本件株式を約三億円でB社に売却した。ところが、B社が破産宣告を受けたため、Xらには本件株式の売却代金のうち一億八〇〇万円しか支払われな

かった。そのため、Xらは、破産法旧五九条に基づき、上記売買契約は解除されたとして、B社の破産管財人に本件株式の返還を求めると共に、A社及び同社の代表取締役に対して、商法旧二六六条の三に基づき株価減少による損害賠償を求める訴えを提起した。

（判旨）

請求一部棄却

「最高裁昭和四四年一月二六日判決は、取締役の任務懈怠と第三者の損害との間に相当因果関係があるかぎり、会社が損害を被った結果ひいて第三者に損害を生じた場合（いわゆる間接損害の場合）も、商法二六六条ノ三に基づく損害賠償請求を認めるが、右判例の事案における第三者は会社の債権者であつて、右判示を直ちに株主にも及ぼすことは相当でない。本件において原告らが主張している株主としての損害は、取締役の行為により会社財産が減少した結果としての保有株式の価値低下である。株主は商法二六六条ノ三にいう「第三者」におよそ当たらないと解すべきかどうかは別として、右のような損害に関する限り、会社財産が回復されれば、株主の損害も回復される。また、商法二六六条ノ三の適用範囲を考へるにあつて、商法上の他の制度、原則との調和を視野に入れるべきことは当然であるが、取締役がその任務に違反して会社に損害を与えた場合は、本来、会社が取締役に対する損害賠償請求を行うべきであり、会社が取締役との癒着等により、その請求を怠っているときは、株主は代表訴訟を提起することができる。この場合も、株主は、会社への賠償を請求することができるだけであつて、自己に対する給付を求めることはできない。このような場合に株主への直接賠償を認めることは、利益配当等によらず株主への会社財産の分配を認めるに等しいから、資本維持の原則に反し許されないのである（株主へ

の直接賠償を認めた場合、これが履行されれば、二重払いを正当化する根拠は見出し難いから、取締役は免責されざるを得ない。商法二六六条ノ三においては、取締役の責任を認める主観的要件が商法二六六条より加重されているからといって、資本維持の原則を無視してよい理由にはならないのであって、結局、会社財産の減少による株式の価値低下という間接損害については、株主は商法二六六条ノ三に基づく請求を行うことはできないと解すべきである。」

⑤ 東京高判平成一七年一月一八日 金判一二〇九一一〇

(事案)

肉食商品の加工製造販売などを業とするA社は、親会社であるY₁社が製造・販売した乳製品を喫食した消費者に食中毒を発症する事故が続発したことを原因として、Y₁社ブランドの信用が低下し、A社を含むグループ各社の販売する食製品の売り上げが減少し、その経営状態が悪化した。その後、A社は、牛海綿状脳症(BSE)の国内発生に伴う牛肉販売不振対策として建てられた救済買上制度を悪用して対象外の牛肉も対象牛肉であると偽って販売する牛肉偽装事件を起こし、これが発覚したため、販売する食製品売上げが極端に減少し、経営危機に陥った。これにより、A社は、解散して清算会社となり、同社の株式は無価値となった。

A社の大株主であったXは、(1)Y₁社の代表取締役ないし取締役であったY₂、Y₃、Y₄、Y₅についてY₁社の取締役として食中毒事件を発生させ食中毒被害の拡大を防止すべき義務を怠るといふ不法行為によりY₁社ブランドに対する信用が毀損され経営危機に追い込まれたA社が牛肉偽装事件を引き起こし解散に至ったこと、および(2)A社

の代表取締役ないし取締役であった Y_6 、 Y_7 らは法令を遵守して経営をすべき義務を怠った不法行為によりA社が牛肉偽装事件を引き起こし解散に至ったことの二点を主張してA社の株式が無価値化した損害の賠償を求めてYらに対して訴えを提起した。

(判旨)

控訴棄却(請求を棄却した原判決を支持)

「株式が証券取引所などに上場され公開取引がなされている公開会社である株式会社の業績が取締役の過失により悪化して株価が下落するなど、全株主が平等に不利益を受けた場合、株主が取締役に対しその責任を追及するためには、特段の事情のない限り、商法二六七条に定める会社に代位して会社に対し損害賠償をすることを求める株主代表訴訟を提起する方法によらなければならず、直接民法七〇九条に基づき株主に対し損害賠償をすることを求める訴えを提起することはできないものと解すべきである。その理由は、「一」上記の場合、会社が損害を回復すれば株主の損害も回復するという関係にあること、「二」仮に株主代表訴訟のほかに個々の株主に対する直接の損害賠償請求ができることとすると、取締役は、会社及び株主に対し、二重の責任を負うことになりかねず、これを避けるため、取締役が株主に対し直接その損害を賠償することにより会社に対する責任が免責されるとすると、取締役が会社に対して負う法令違反等の責任を免れるためには総株主の同意を要すると定めている商法二六六条五項と矛盾し、資本維持の原則にも反する上、会社債権者に劣後すべき株主が債権者に先んじて会社財産を取得する結果を招くことになるほか、株主相互間でも不平等を生ずることになることである。以上のことを考慮して、株式会社の取締役の株主に対する責任については、商法二六六条が会社に対する責任として定め、その

責任を実現させる方法として商法二六七条が株主の代表訴訟等を規定したものと解すべきである。そして、その結果として、株主は、特段の事情のない限り、商法二六六条の三や民法七〇九条により取締役に対し直接損害賠償請求することは認められないと解すべきである。

また、株式が証券取引所に上場されるなどして公開され多数の株主が市場で株式を売買している公開会社においては、株主は、特段の事情のない限り、いつでも自由に市場において株式を処分することができるので、取締役の過失により株式会社の業績が悪化して株価が下落しても、適時に売却することにより損失を回避ないし限定することができるから、株主に個別に取締役に対する損害賠償請求を認める必要も少ない。もつとも、株式が公開されていない閉鎖会社においては、株式を処分することは必ずしも容易ではなく、違法行為をした取締役と支配株主が同一ないし一体であるような場合には、実質上株主代表訴訟の遂行や勝訴判決の履行が困難であるなどその救済が期待できない場合も想定し得るから、このような場合には、前記の特段の事情があるものとして、株主は民法七〇九条に基づき取締役に対し直接株価の下落による損害の賠償をすることもできると解すべきである。」

〔(中略) 株式会社においては、取締役会が会社の業務執行を決定し、代表取締役等が業務を執行する(商法二六〇条参照)。他方、株主は、株主総会を通じて取締役及び監査役の選任をするなどして会社の基本的な意思決定を行うにとどまり、具体的な業務執行に関与するものではない。そうすると、支配株主が取締役等に違法な働きかけをした結果、当該取締役等が違法な業務の執行をするなどした場合に初めて支配株主の不法行為責任が生じることになる。Xは、Y社は、本件食中毒事件によって招いた経営上の重大な危機を乗り越えることを企図し、その支配株主としての地位を利用して、A社経営陣に対し、客観的状况からは到底不可能な利益達成を指示したと主張する。この点、A社が平成一三年八月二五日、平成一四年度の黒字化に向けての収支目標である下期実行

計画を策定したことは前記のとおりであるが、この策定がY₁社の指示によることを認めるに足りる確な証拠はない。仮にその策定に当たってY₁社が何らかの影響力を及ぼしたとしても、その実行計画の策定自体が不法なものであることを認めるに足りる証拠もない。そして、他にXの前記主張事実をうかがえる事情も認められない。」

⑥ 東京地判平成一七年一月一七日（判例集未登載）平成一六年（ワ）第二〇一四号

（事案）

Y₁社は、インターネットを利用した情報サービスなどの提供、情報処理サービスに関する事務、前記業務に関するコンサルティング等を商業登記簿上の目的とする株式会社である。Y₂社はインターネットを利用した情報サービスの提供、コンピュータプログラムおよび情報システムの開発等を商業登記簿上の目的とする株式会社で、Y₁社の完全子会社であり、Y₁社・Y₂社のいずれもY₃によって設立され同人が両社の代表取締役を務めている。Y₃は、英領ケイマン諸島法に基づき設立された投資事業組合であるXらに対して、Y₁社がインターネット接続サービス事業（以下、「ISP事業」という）を行っており実績を上げていること、また、今後、携帯電話および携帯情報端末インターネット接続サービスを掛け合わせた事業（以下、「PDA事業」という）を行っていくことを申し合わせて、Y₁社への投資を勧誘した。これを受けて、Xらは、総額二三億七三〇〇万円のY₁社株式を引受け、払い込みを行った。その後、Y₁社は、ISP事業とPDA事業のいずれからも撤退し、さらに同社はY₂社に対して金銭を貸し付け、貸付残高は二三億四七四三万円あまりとなった。また、Y₁社は同社が保有しているY₂社株式のうち五〇パーセントをA社に移転し、Y₂社はY₁社の完全子会社ではなくなった。

Y₁社の株主であるXらは、Y₃に対して、主位的にISP事業およびPDA事業のいずれも行う意図が無いか、あるいは早期に撤退する意思があったにも関わらずXらを勧誘したとして不法行為に基づく損害賠償を請求し、予備的にY₁社のY₂社に対する貸付けおよびY₂社の非完全子会社化を行ったことはY₁社の取締役としての善管注意義務および忠実義務に違背してY₁社の事業資金を隠匿するものであるとして、商法旧二六六条の三などに基づき損害賠償を請求した。

(判旨)

請求棄却

「Y₁社において、本件貸付けは経営上有用との観点からされたもので、Y₂社において何らの活動もないのに、又は見せかけの活動をしているだけに本件貸付けをしたものとまでは認められず、Xらが主張するように、Y₂社に本件株式引受等に係る資金を不当に移転して、隠匿するものであったとはいえず、そのような状況においてA社へのY₂社の株式移転並びにY₁社及びY₂社の文書の開示状況をもってY₁社が財産隠匿行為をしたと推認することはできない。」

また、仮に、Y₁社のY₂社への本件貸付けに問題があったとしても、本件貸付けとY₁社の株価の下落との関係は明らかではなく、むしろY₁社の株価が下落したとすれば、それは本件貸付前にITビジネスを取り巻く状況によって生じたと推認されるのであって、本件貸付けによりY₁社の株価が下落して、原告らが損害を被ったと認めることはできない。

そもそも、Xらの予備的請求は、Y₃がY₁社の代表取締役としての任務違背行為として本件貸付け等をし、会社

財産を減少させてY社に損害を被らせ、もって同被告の株価が下落して株主である原告らが損害を被ったというものであるが、そうであるとする、原告ら株主としては代表訴訟の提起によって取締役の責任追及と会社財産の回復をすべきであり、商法二六六条ノ三に基づく請求を行うことはできないというべきである。」

⑦ 東京地判平成一七年一二月六日(判例集未登載) 平成一六年(ワ)二七二九一号

(事実)

A社は、駐車場設備機器の製造、販売、保守管理などを業とする株式会社である。個人投資家への国内外の投資情報の提供などを目的とする株式会社であるX社は、A社の株式を購入し保有していた。A社は平成一六年七月に開催された同社の株主総会において、平成一六年四月期の決算報告として当期未処分利益が三億三二六五万円余りである旨記載した損益計算書を提出し、その旨報告した。しかしながら、A社は、同年八月五日に東京地方裁判所に民事再生手続開始を申し立てたところ、同裁判所は、同年八月一日に民事再生手続開始の決定をし、翌年五月一日に再生計画の認可をし、同決定は同年六月七日に確定した。この再生計画には、取締役会の決議する新株払込期日を効力発生日として、A社の資本金九億七七〇万円を、発行済株式二万六六四〇株の全部を無償償却する方法により減少させる旨の条項があり、同条項によりXはA社の株主たる地位を喪失した。

A社の株主であったXは、同社の取締役であるYらが放漫経営を行い、平成一四年四月期まで株主総会において粉飾決算を秘匿していたなどと主張し、Yらに対して商法旧二六六条の三に基づき損害賠償を請求した。

(判旨)

請求棄却

「Xは、Yらの任務懈怠行為により、A社は民事再生手続開始の申立てをしなければならぬような経営状態に陥り、X所有のA社株の株価は無価値になった旨主張するところ、Xの主張する損害は、間接損害（取締役の任務懈怠の行為によって会社が損害を被り、その結果として株主が損害を被ったもの）に当たるといえる。株主の被った間接損害について、商法二六六条ノ三第一項に基づく損害賠償請求をすることが認められるかについては争いがある。

①会社財産の減少による株式の価値低下という間接損害は、会社財産が回復されれば株主の損害は回復されるものであること、②商法は、株主の間接損害についての損害の回復については、株主代表訴訟を制度として保障しているところ、株主代表訴訟以外の方法で株主への直接賠償を認めることは、利益配当等によらず株主への会社財産の分配を認めるに等しいから、資本維持の原則に反し許されないこと、③間接損害につき株主への直接賠償が履行されることによって、その分だけ取締役の会社に対する損害賠償責任を免れるとすれば、取締役の責任免除に総株主の同意が必要なこと（商法二六六条第五項）に反する結果となることからすれば、少なくとも株主の被った間接損害に関する限りにおいては、株主は、商法二六六条ノ三第一項の「第三者」には含まれず、同項に基づく損害賠償請求をすることは許されないものと解するのが相当である。

この点、Xは、A社からの役員に対する責任追及は期待できないから、原告の商法二六六条ノ三に基づく請求が認められるべきである旨主張する。しかし、会社が役員に対する責任追及しないと判断したとしても、これは株主の信任に基づき選出された会社経営者の判断の結果によるものであるから、株主としても甘受せざるを得ず、

これによって上記結論が左右されるものではない。また、本件では認可された再生計画において、A社はその財産をもって債務を完済することができないとして、裁判所の許可を得て、株式の消却の方法により資本を減少する旨の条項が定められている(民事再生法一五四条三項、一六一一条一項、一六六条)ところ、このような場合において、会社債権者に対して出資額を限度として責任を負う立場にある株主(商法二〇〇条一項)に対し、会社債権者に優先して損害の回復を図ることを認めることは実質的にも不当であるということができる。」

⑧ 東京地判平成一九年三月二八日(判例集未登載)平成八年(ワ)一四〇三一号

(事実の概要)

A社は留守番電話機などの開発などを行う株式会社でありBによって設立された。Xは、平成元年に養子縁組を行いBの養子となったが、平成七年八月にBは死亡している。Bの死後Xは東京地方裁判所の許可を得て死後離縁の届け出をし、実父母の戸籍に復帰した。一方で、Yは、Bの配偶者であり、Bの後を継いでA社の代表取締役となり、かつ同社の支配株主でもあった。Xは、Bの死亡により同人に帰属しているA社株式を相続により取得したという前提で、Yが他社との間でA社に帰属している特許権などを譲渡する契約を締結したことによりA社の株式の価値が低下したとして、民法七〇九条、会社法四二九条に基づいてYに対して損害賠償請求の訴えを提起した。なお、このXの請求は、A社に帰属している特許権などの一部についてXが準共有持分を取得したことの確認を求めた主位的請求にかかる予備的請求である。

(判旨)

請求一部認容⁽¹⁰⁸⁾

「Xの請求は、代表取締役の違法な取引行為によって会社株式の価値が下落したような場合に、株主が取締役個人に対し、損害賠償請求するというものであるから、このような請求ができるのかどうかを検討すると、このような間接損害については、公開会社では、原則として、株主代表訴訟により会社に代位して会社に対し損害賠償することを求める訴えを提起する方法によるべきで、民法七〇九条又は会社法四二九条に基づき、直接株主に損害賠償することを求めることはできないが、本件のように閉鎖会社で、違法行為をした代表取締役と支配株主が同一であるようなときは、株主代表訴訟の方法による円滑な救済を實質上期待できないから、株主は、民法七〇九条又は会社法四二九条に基づき、直接株主に損害賠償することを求めることができる」と解するのが相当である。」

⑨ 大分地判平成二〇年三月三金判一二九〇一五三

(事実)

Y₁社は、コンピュータソフトウェア設計、プログラム開発及び技術提供並びに保守に関する業務を行う株式会社であり東京証券取引所マザーズに株式を公開していた。Y₁社は、平成一六年二月二四日付けのプレスリリースから同年九月二九日付けの個別財務諸表の公表まで、継続して前年度あるいは前期を上回る売上高、経常利益、当期純利益を発表していた。ところが、Y₁社は、平成一六年一〇月二二日付けのプレスリリースにより、同年七月期の決算に重大な疑義(利益の過大計上)があり調査中であること、Y₂が当該粉飾決算に関与していたため代

表取締役を辞任したこと、その他副社長ら取締役も役付を辞任したこと、すでに発表されていた連結損益計算書の当期純利益が約一億七〇〇万円程度減少する見込みであることを公表した。公表を受けて東京証券取引所は、Y₁社の株式の取引を監理ポストに割り当てる措置をとり、さらに同年七月期決算に関して監査報告書を添付した。有価証券報告書を上場廃止基準の期限となる同年二月一日までに提出することができなかったため、同月一日から三〇日までY₁社の株式を整理ポストに割り当て、平成一七年一月二日に上場廃止の措置をとった。Y₁社の株価は、上記平成一六年一〇月二一日付けの公表前日は終値二万四〇〇〇円だったが、公表後最初の取引となった同月二八日の終値は三万六〇〇〇円になった。

X₁は平成一六年七月二日にY₁社の株式を一株一六七万円で購入し、同月二七日の株式分割により持ち株数が五株となり、同日そのうちの一株を二五万六〇〇〇円で売却し、残り四株を保有し続けていた。X₂は、平成一六年六月二九日にY₁社の株式一〇株を一五七万円で購入し、同年七月二日に一株一六六万円で七株を売却したが、同月五日、一株一六三万円で再度七株取得し、同月二七日の株式分割により持ち株数が五〇株となっていた。

X₁は、監理ポスト割当期間中の平成一六年一月二七日に保有している四株全てを一株五〇〇〇円で相対取引により売却し、X₂は、同年一〇月二八日一株を三万六〇〇〇円で、残り四九株を同年一月四日に一株二万四七〇〇〇円で売却した。

Y₁社が同社に粉飾決算の疑惑があることを公表し、それを契機として同社の株価が下落したことについて、個人投資家であったX₁およびX₂が原告となり、Y₁社およびY₂・Y₃らを被告として、粉飾決算に基づき虚偽の業績を公表した上で、原告らにY₁社の株式を取得させ、その取得価額あるいは粉飾疑惑の公表前の株式の取引価額と、最終売却価額との差額分の損害の賠償を求めて訴えを提起した。

(判旨)

請求認容

「被告らは、原告らが損害とする株価の下落は、会社に損害が生じたことよって発生したいわゆる間接損害であり、商法二六六条の三は株主の間接損害には適用されないから、Y₂及びY₃は同条に基づく責任を負わず、Y₁社も商法二六一條三項、七八條二項、民法四四條一項に基づく責任を負うことはない旨主張する。

しかしながら、本件は、原告らが株主であった時期に取締役の行為によって会社に損害が生じた結果株主である原告らに損害が生じたものではなく、Y₁社の粉飾決算を知らない第三者の原告らがY₁社の株式を購入したために損害を被ったという事案であるから、その損害は第三者に発生した直接損害といふべきであり、被告らの主張は採用できない。」

⑩ 東京地判平成二〇年三月一九日（判例集未登載）平成一八年（ワ）第一〇〇七号

(事実)

不動産業を営む株式会社であるY₁社は、株式を譲渡するには取締役会の承認が必要である旨が定款に定められており、発行済株式総数が六万三三〇〇株（普通株式一万二八〇〇株、優先株式八四〇〇株、劣後株式四万二〇〇株）で資本金の額が三一六〇万であった。Y₁社は、A社のB銀行に対する四億二〇〇万円の債務を担保するためにY₁社所有の土地に根抵当権を設定し、さらに根抵当権の実行を阻止するためにC社から四億二〇〇万円を借り入れ、同額を長期貸付金としてA社に貸し付けた。その後、Y₁社は、A社を吸収合併し、Y₁社の元代表取

締役に対して一億円の役員退職慰労金を支給した(吸収合併および役員退職慰労金のいずれも株主総会の特別決議は経ていない)。Y₁社は昭和五九年以来、無配の状況が続いていた。

Y₁社の株主であるX₁らは、Y₁および同社の代表取締役であるY₂らに対し、Y₁社は担保提供、A社との吸収合併、役員退職慰労金の支給、無配のいずれの行為についても忠実義務ないし善管注意義務にあたるとして商法旧二六六条ノ三に基づき損害賠償請求をし、Y₁社が配当を行わなかったことで株主らに配当すべき利益を取得したとして不当利得返還請求を行った。

(判旨)

請求棄却

「X₁らは、会社財産が減少したことによって株主であるX₁らに損害が生じた旨主張し、被告取締役らの旧商法二六六条ノ三第一項の損害賠償責任を追及する。

しかしながら、このような損害は会社財産が回復すれば株主の損害も回復される関係にあって、株主代表訴訟のほかに、株主が取締役に対して直接の損害賠償請求ができるとすると、取締役は株主と会社に対して二重の責任を負うことになりかねないし、これを避けるため、取締役が株主に対して損害賠償をした場合には会社に対する責任が免責されると解すると、取締役の責任免除について総株主の同意が必要であること(旧商法二六六条五項)と矛盾する。さらに、取締役が株主に対して損害賠償をすることを認めると、利益配当等によらず株主に対して会社財産の分配を認めるに等しいから、資本維持の原則に反する結果となる。

そうすると、会社財産の減少による株主の損害は、旧商法二六六条ノ三第一項にいう損害に該当しないと解す

るのが相当であり、株主は取締役に対して直接損害賠償を請求することはできないというべきである。」

〔(中略) 旧商法では、定時株主総会において利益配当の議案が承認されることによつて、具体的な配当金支払請求権が発生するのであり(旧商法二八一条一項四号・二八三条一項)、株主総会決議によつて金額が確定する前の利益配当請求権は、あくまで観念的な一種の期待権にすぎない。そうすると、株主総会決議がないからといって、Xらに配当金相当額の損害があるということとはできない。また、株主総会決議がなければ会社が具体的な配当金支払義務を負うことはないから、Y社が配当金相当額を不当に利得しているということもできない。〕

(2) 裁判例の分析

以上のように四二九条一項訴訟に関する我が国の下級審の裁判例を概観してきたが、株主による取締役に対する直接請求が様々な事例でなされ、かつ事案ごとで結論が分かれているとがわかる。

裁判例の大まかな流れとしては、①判決では昭和四四年大法院判決に基づく一般論を述べるに留まっていたが、④・⑤判決を経て、株主が被つた間接損害については原則として代表訴訟によつて損害回復を求めべきであつて、直接請求は認められないとする下級審のロジックが形成されたと評価できる。そのロジックとは、(1)間接損害については会社の損害が回復すれば株主の損害も回復する、(2)代表訴訟に加えて四二九条一項訴訟や民法七〇九条による不法行為責任の追及を認めると取締役は会社および株主に対して二重の責任を負うことになる、(3)二重責任を回避するために株主に直接賠償された場合は会社に対する責任が免責されると、取締役が会社に対して負う法令違反などの責任を免れるために総株主の同意を必要とする商法旧二六六条五項に抵触する、というものである。これは、⑦判決および⑩判決においても、株主の直接請求を否定する際に用いられている。⑥判決も、

この枠組みを具体的に適用した上で判断されたものではないが、同判決が導いた会社財産の低下に起因する株価の低下は代表訴訟で追及すべきとした結論の裏には、多分に影響していると想定されよう。

このように、裁判例においては、かかるロジックに基づく判断が主流になりつつあるとも言えるが、⑤判決においては次の点でさらに興味深い説示をしている。すなわち、閉鎖会社など違法行為をした取締役と支配株主が同一あるいは一体の場合には代表訴訟の実効性に疑いが生じるので直接請求による救済の可能性を示唆した点である。これは、②判決においても指摘されていたことでもある。この判示部分については、⑧判決において「閉鎖会社で、違法行為をした代表取締役と支配株主が同一であるようなときは、株主代表訴訟の方法による円滑な救済を實質上期待できないから、株主は、民法七〇九条又は会社法四二九条に基づき、直接株主に損害賠償することを求めることができる」と示していることから、原則論に対する例外ではなく、公開会社と閉鎖会社とで場合分けした上で、閉鎖会社については間接損害であれ直接請求を正面から認めたものと評価できるのではないだろうか。

その他、直接請求を認めた特徴的な事案として⑨判決が挙げられる。この事件は、粉飾決算が行われたことにより個人投資家として株式を取得した株主が訴えを提起したものであるが、裁判所は粉飾決算によって株主に生じた損害は間接損害ではなく、直接損害であると位置づけた上で直接請求を認めている。その意味で、例えば③判決においても「既存株主は、市場の株価下落などのいわゆる直接損害を受けたときは、それが特定の反対派株主を害する意図の下になされた加害である限り、その下落額を損害として取締役の第三者に対する責任を追及できる」と判示していることから、裁判例においてはなお、直接損害・間接損害の分類は重視されているとも言えよう。

三 学説の検討

(1) 検討の順序

問題提起においても述べたように、四二九条一項はその文言からは賠償の対象となる損害および同項が定める「第三者」の範囲について限定されているかは不明であり、昭和四四年大法院判決においても、第三者の範囲に関する特段の言及がなかった。その意味で、四二九条一項訴訟の訴権を株主に認めるか否かの有益なガイドラインは無いと言わざるを得ない。しかし、二で検討した裁判例をみるところ④判決以降は、いわゆる間接損害に関しては四二九条一項の「第三者」から株主を除外し、その意味で昭和四四年大法院判決を限定的に解釈する立場が下級審では有力になりつつある。無論、直接損害については四二九条一項訴訟の訴権を株主に認めることに、とりたてて異論はなからう。⁽¹¹⁾以下においては、議論が分かれている間接損害についてもなお、四二九条一項訴訟の訴権を株主に認めるべきかという、同項の解釈問題について学説を整理する。

検討の順序としては論者によって様々な手法がとられているが、四二九条一項の文言が「第三者に生じた損害を賠償する責任を負う」と規定していることから、本来は「第三者」と「損害」の順に独立して検討を加えるべきであろう。しかしながら、「第三者」に株主を含むかという問題と、「損害」のうちどこまで株主に賠償請求を認め得るかの問題は相関関係にあると言え、必ずしも独立して論じる性格のものでは無い。むしろ、これまでの学説・裁判例のいずれも、損害の性質、即ち直接損害であるか間接損害であるかの振り分けを前提として、株主にその請求権を認めるかを判断してきたとも言える。そこで、以下、賠償対象となる損害の性質を前提に株主に四二九条一項訴訟の訴権が認められるか否かについて学説の整理をする。

(2) 主要な学説

直接損害に加え間接損害についても株主に四二九条一項訴訟の訴権を認める見解【間接損害包含説】⁽¹⁵⁾

この見解は、直接損害に加えて間接損害についても株主に四二九条一項訴訟の訴権を認め、取締役らに対して同訴訟による損害賠償請求をすることを可能とするものである。換言すれば、間接損害包含説は、間接損害についても株主の四二九条一項訴訟の訴権を認める点に意義が見出されるものであり、その根拠については論者によって若干の相違がある。主要な見解は次の通りである。

田中誠二教授は、大要次のように述べて株主の四二九条一項訴訟の訴権を認める。すなわち、根拠規定たる四二九条一項(商法旧二六六条の第三項)⁽¹⁶⁾の文言に「第三者」についての何らの制限がない上、株主に四二九条一項訴訟による救済の途を与え保護を厚くする方が、取締役職権増大に伴う責任強化という同項の趣旨に合致し、また代表訴訟は提訴要件の面で必ずしも株主が容易に提起できるものではなく、四二九条一項訴訟というツールを株主に担保しておく方が前述した同項の趣旨にも合致する⁽¹⁷⁾、というものである。

竹内昭夫教授は、代表訴訟は株主がその義侠心からボランティア精神に基づき提起するものと位置づけた上で、⁽¹⁸⁾以下のように述べ間接損害についても肯定の立場をとる。すなわち、代表訴訟に拠るべきとの立場を貫くと直接請求を受けた取締役による「ずるい抗弁」を許すことになり妥当ではない、取締役に間接損害に関する直接請求に加え代表訴訟による損害賠償も請求されるかもしれないという蓋然性の段階で、ただ二重責任は不当だとするのは余りにも株主の利益を軽視するものである⁽¹⁹⁾、との主張を展開する。

江頭憲治郎教授は、取締役と支配株主とが一体である閉鎖会社などにおいても、少数株主への救済を代表訴訟に限ってしまうと、加害が繰り返され実効的な救済にならない例が多いことを理由に挙げ、間接損害についても

四二九条一項訴訟による救済を認めるべきだとする。⁽¹²⁰⁾

弥永真生教授は、間接損害の救済手段を代表訴訟に限った場合、代表訴訟にはそもそも担保提供、会社によっては株式保有期間の要件、定款の定めによる単元未満株主の代表訴訟提起権の剥奪のほか、取締役の会社に対する責任は和解によって免除される可能性があるため、代表訴訟によっても株主の間接損害が回復されない場合があると指摘した上で、肯定の立場をとる。⁽¹²¹⁾

田中巨准教授は、募集株式の有利発行という文脈において、エンフォースマントの実効性の観点を重視し、取締役が違法な有利発行をした場合には、「それが不公正発行であると否とを問わず、株主は、代表訴訟で責任を追及することも、また会社法四二九条一項により直接請求することも、認められると解すべきである」と述べ、⁽¹²²⁾ 直接損害・間接損害の分類に固執しない、より実効的な解決策の提示をしている。⁽¹²³⁾

直接損害についてののみ株主に四二九条一項訴訟の訴権を認める見解【直接損害限定説】⁽¹²⁴⁾

現在有力説と言われているのがこの立場である。この見解は、直接損害にのみ株主に四二九条一項訴訟の訴権を認め、間接損害については、代表訴訟によって救済を求めべきだとするものである。その根拠としては、主として以下の三点が挙げられる。すなわち、(1)間接損害については四二九条一項訴訟によらなくとも代表訴訟によって会社が損害を回復すれば株主の持分も回復する、(2)四二九条一項訴訟によって取締役が株主に賠償したとしても会社に対する責任は残るため、その後代表訴訟によって責任追及をされたら取締役は二重の責任を負うことになる、(3)株主に賠償することで会社に対する責任がその分だけ仮に縮減すると、責任の免除に総株主の同意が必要な会社法の規定と矛盾し、取締役に対する損害賠償請求権という会社財産を株主が横取りする結果

となる¹²⁵、というものである。これら三点は、直接損害限定説の根拠であるとともに、間接損害包含説に対する批判でもある。また、直接損害限定説の派生的な立場として、損害が株主たる地位によるものではなく第三者として損害を被った場合に限り株主に四二九条一項訴訟の訴権を認める見解や、個別の救済の必要がある損害を被った株主のみに四二九条一項訴訟の訴権を認める見解¹²⁷がある。これらいずれの見解も間接損害包含説とは違い、四二九条一項訴訟の訴権を限定的に解しており、結論としては株主が直接的に損害を被った場合に救済を認めている点¹²⁸が特徴と言える。

(3) 株主の被った損害を分類する意味は？

(2) で整理した学説は、総じて言えば、間接損害包含説と直接損害限定説との対立軸を基本として展開されている。このとき、暗黙の前提とされてきたのが直接損害と間接損害とに株主が被った損害を分類することである¹²⁹。

一般的に、直接損害とは、取締役の行為により、会社に損害は与えず、第三者が直接損害を被るものである¹²⁸。直接損害の議論のたまた台として従来まで挙げられてきた事例は、支払見込のない手形の発行である。すなわち、取締役が手形振出当時の会社の資産・営業状態からみて、満期に支払える見込がないにも関わらず手形を振り出してしまい、手形所持人が手形金の支払を受けることができずに損害を被る設例¹³⁰をもとに議論が展開されてきた。もっとも、これらの事例が請求権者として念頭に置いているのは、株主では無く一般債権者であり、議論の方向性を株主の直接請求に戻すため株主が被った直接損害の具体例を提示する必要がある。現在、株主に直接損害を与える行為としては、株主平等原則に反する待遇、株券発行の不当遅延、名義書換の不当拒絶、相当の理由と必

要に基づかない株式の上場廃止申請⁽¹³¹⁾、違法な株券の不発行による損害、取締役が自己の利益のみを図るMBOを実施すること、などが学説では例として挙げられている⁽¹³³⁾。また近時、募集株式の有利発行をした事例に関しては、会社には損害がないとして直接損害に分類する見解が有力に主張されている。これは、前述した③判決（京都地判平成四年八月五日）が株主に対する直接損害の事例と位置づけていることから、かかる行為も株主に対する直接損害事例の一つとして考えることができよう。さらに、アメリカにおいて直接訴訟の対象とされてきた行為を参考に株主に対する直接損害事例を考えると、剰余金の株主への配当が取締役により妨げられるといった自益権を侵害する行為、あるいは帳簿閲覧請求権など公益権を侵害する行為なども例として挙げられる⁽¹³⁶⁾。

一方で、間接損害とは、取締役の行為によって会社に損害が生じ、その結果として第三者が損害を受けるものである⁽¹³⁸⁾。間接損害の代表例として挙げられるのが、いわゆる放漫経営などの取締役の行為により会社財産が減少し、株主の持株の価値が低下するような事例であり、これをたたき台に議論が交わされてきた。

では、このような直接損害か間接損害かの振り分けをすることの実質的な意味はどこにあるだろうか。直接請求の文脈において、直接損害と間接損害との振り分けをすることの意義を見出すならば、それは株主に四二九条一項訴訟の訴権を認めるかどうかの一つのファクターとして位置づけることである。すなわち、直接損害については学説・判例ともに異論がないと思われるが、一方で間接損害については学説によって大きく結論が異なり、前述したように学説の有力説が直接損害限定説であることや近時の裁判例の動向からも、間接損害については株主に四二九条一項訴訟の訴権を認めない立場が学説・裁判例の趨勢とも言える⁽¹⁴¹⁾。その意味で、これらの見解に従い四二九条一項訴訟の訴権は直接損害を被った株主に限定されるとする立場に依拠するならば、株主の四二九条一項訴訟の請求権を確保させるために損害を直接損害に分類する必要性、そしてメリットがある⁽¹⁴²⁾。また、帰責者

(取締役)の責任発生要件、すなわち責任の実質的根拠を検討するにあたって、このように損害を振り分けることに未だ意義は⁽⁴⁸⁾あろう。とりわけ、直接損害事例における四二九条一項訴訟の訴権を考えると、帰責者の任務懈怠を論理的に矛盾なく説明するためには、なお有用とも言える。ただ、直接損害も間接損害もその言葉の意味するところは多義的と言わざるを得ず、例えば募集株式の有利発行の事例について学説上、直接損害・間接損害のいずれにも分類されているという実状を鑑みるに、両者の区別はなお曖昧と言わざるを得ない。

(4) 小括

以上のように学説を概観するに、株主が被った損害を直接損害か間接損害のどちらかに分類した上で、学説は両者について四二九条一項訴訟の訴権を認めるか(間接損害包含説)、あるいは直接損害のみに四二九条一項訴訟の訴権を認めるか(直接損害限定説)を対立軸として見解が分かれていたと言える。この点につき、間接損害包含説は、株主の利益を重視した上でより実効的な株主救済を図ろうとしているが、直接損害限定説は代表訴訟との関係、そして株主に直接請求を認めた場合に生じうる諸問題を未然に防ぐことに主眼があると思われる。直接損害と間接損害という分類については、その分類について意義を見出すこともできれば、そもそも分類そのものを曖昧と評することもできる。

四 私見の提示

(1) 四二九条一項訴訟の位置づけと代表訴訟との関係性の明確化

以上の裁判例・学説の分析を踏まえた上で、四二九条一項訴訟の位置づけと代表訴訟との関係性の明確化に對

する私見を示したい。

冒頭でも述べたように、直接請求の文脈では、四二九条一項訴訟はあくまでも補完的なものとして位置づけるべきと考える。そして、代表訴訟と四二九条一項訴訟との関係については、四二九条一項訴訟を代表訴訟による救済が不可能となった場合の補完的な手段と位置づけるものと解すべきである。すなわち、あくまでも株主の取締役らに対する第一次的な責任追及手段は代表訴訟とするのである。このように、四二九条一項訴訟を位置づけ、代表訴訟との関係性を明確化する理由としては、第一に、日米の株主代表訴訟の位置づけが挙げられる。我が国においては、正面から株主訴訟として規定されているのは代表訴訟のみであり、四二九条一項訴訟は、解釈の上で株主⁽¹⁴⁴⁾に訴権を認めることで初めて株主訴訟としての位置づけが与えられる。そのため、学説における有力説や裁判例の中には、間接損害については株主の四二九条一項訴訟の訴権を認めないものもあるなど、株主が被った損害を分類した上でその可否が論じられている。また、解釈の上で株主に四二九条一項訴訟の訴権を認めたとしても、現在の制度設計のもとでは代表訴訟のような株主訴訟としての性格を加味した上での規定は整備されていない。これらの背景に鑑みるならば、我が国においては、代表訴訟を第一次的な手段と位置づけ四二九条一項訴訟は補完的なものとして位置づけるべきであろう。また、本稿で参照したアメリカ法でも、直接訴訟は株主個人に認められた責任追及手段であり、その点で日本よりは位置づけが明確ではある。とは言え、判例法上認められていることから、アドホックな制度であるのも現状である。また、現在の確立した判例法である Tooley 判決⁽¹⁴⁵⁾および同判決の枠組みが適用された事例をはじめアメリカの裁判例をみるところ、直接訴訟と派生訴訟との区別が問題になったとき、裁判所として派生訴訟を第一次的な手段と捉えるのだという姿勢が見てとれる⁽¹⁴⁶⁾。第二に、債権者との関係性を考慮するに、株主が債権者に対して劣後的な地位にあるという日米両国の共通した理解が挙げ

られる。このとき、代表訴訟の提起の対象となり得る請求権が会社に帰属している段階で、株主個人の救済を正面から認めることは債権者との優先劣後関係をはじめ、やはり様々な問題が生じると思われる。

このように、四二九条一項訴訟による直接請求を代表訴訟制度の補完的なものと位置づける解釈をとると、四二九条一項訴訟による直接請求が可能となる場面を限定してしまうことになるが、次の点に存在意義を見出すこともできる。すなわち、有力説である直接損害限定説¹⁴⁹は代表訴訟の存在を理由の一つに挙げいわゆる間接損害について株主の直接請求を否定するが、代表訴訟が利用できない状況に株主が追いやられたときにその論拠の正当性を失うのではないだろうか。例えば、ある取締役の行為により株主に損害が発生し、その後当該株主が強制的に現金を交付され締め出される、いわゆるキャッシュ・アウトの場合、¹⁵⁰かかる株主は代表訴訟の当事者適格を喪失する。¹⁵¹このとき、直接損害限定説のように代表訴訟のみに救済を委ねるといふ理解に立つと、損害回復を可能とする手段に欠落が生じることになる。¹⁵²このように、有力な見解である直接損害限定説に立った場合に直面する救済手段の間隙を埋めるものとして、四二九条一項訴訟を位置づけるべきである。

もっとも、補完的な制度としての四二九条一項訴訟の位置づけをこのように明確にしたとしても、四二九条一項訴訟による直接請求が許容されるための要件の検討が必要となる。第一は、取締役らに対して四二九条一項訴訟を提起するための、同項所定の役員等が職務を行うについての悪意または重大な過失の要件をいかに解するかである。現行法の注意義務(会社法三三〇条・四〇二条三項・民法六四四条)・忠実義務(会社法三五五条・四一九条二項)の規定からは、取締役らの会社に対する責任を基礎付けることができるとしても、株主に対する直接的な責任は当然には導き得ないからである。この点につき、アメリカでは取締役らは株主に対して直接的に信義義務(fiduciary duty)を負っている¹⁵³という理解が一般的であり、その帰結として直接請求を可能とする直接訴

訟が認められている⁽⁶⁴⁾。当然に、日本においても株主の取締役らに対する直接請求を認めるためには、その責任発生要件を明確化する必要がある。この点については、株主の利益を害するような取締役らの義務違反を考察し、その上で取引や行為の形態から類型的に任務懈怠を判断すべきと考える。このように解するのは、株主に侵害を与える行為や取引は時代と共に多様化しており、個々の事案に即して検討される必要があり、⁽⁶⁵⁾取締役らの任務懈怠を一義的に定めるのは困難⁽⁶⁶⁾であると思われるからである。第二に、補完的であれ株主に直接請求を認める以上は、その許容範囲の設定が必要となる。そもそも、筆者がこのような見解を唱えるのは、株主を保護すべき必要性があるにも関わらず救済手段に欠落が生じる可能性があるという問題意識に基づくものであり、いかなる株主に対しても直接請求を認めるべきと考えているわけではない。債権者とは異なり株主は、そもそも劣後的な地位にあるため、⁽⁶⁷⁾当然に全額の損害賠償が認められる立場にはないからである。これらの点に鑑みるならば、会社が債務超過にあるなど株主に賠償すべき状況にないときは、直接請求は制限されるべきである。また、直接請求が認められたとしても、株主は劣後権者であるため請求した全額の賠償が当然に認められるわけではなく、債権者との調整の上、賠償額が決められることになろう。⁽⁶⁸⁾

(69) 第二章一参照。

(70) 第二章二参照。

(71) 第二章二注(31)。

(72) 第二章一・Tooley 判決(一六二一六五頁)参照。

(73) 第二章二・注(37)(38)参照。

(74) 本章では、第二章での分類に従い、代表訴訟および四二九条一項訴訟と表記する。

(75) 代表訴訟は、訴状において会社に対する損害回復額が訴状において請求の趣旨として記載される（東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟Ⅰ（第三版）』（判例タイムズ社、二〇一一年）二六六頁）。一方で、四二九条一項訴訟は原告である株主に対する損害回復額が請求の趣旨として記載されるため（前掲書・三一八頁）、必然的に原告自身に損害回復をするためには後者によらざるを得ない。

(76) 第二章一参照。

(77) 代表訴訟の請求の趣旨は被告の株式会社に対する金員の支払いであり、管轄は会社の本店所在地の地方裁判所となり、訴額は一律一六〇万円である（東京地方裁判所商事研究会・前掲注(75)二六六頁）のに対し、四二九条一項訴訟の請求の趣旨は被告の原告株主に対する金員の支払いであり、管轄は代表訴訟のように専属管轄に属せず、訴額も請求金額に応じて決定される（東京地方裁判所商事研究会・前掲注(75)三一八頁）など、手続面での差違が両者の間では顕著に表れる。

(78) アメリカ法においては、訴訟提起後であっても訴状の記載内容の補正（amend）が広く認められており、手続がある程度進んだ段階においても請求内容を変更することができる。浅香吉幹『アメリカ民事手続法（第二版）』（弘文堂、二〇〇八年）六九七〇頁。

(79) 例えば、江頭憲治郎Ⅱ中村直人編著『論点大系会社法Ⅲ』（第一法規、二〇一二年）四四九―四五〇頁〔江頭憲治郎〕参照。

(80) もっとも、現行の制度下においては会社が取締役の責任を追及すべき場合ではないときであっても、株主は代表訴訟を提起して取締役の責任を追及することができるという問題点がある。北村雅史「コーポレート・ガバナンスと株主代表訴訟」小林秀之・近藤光男編著『新版 株主代表訴訟大系』（弘文堂、二〇〇四年）四七頁。この点につき、アメリカにおいては、取締役会あるいは特別訴訟委員会の判断で、会社の最善の利益に適合しない場合には代表訴訟を終了することができ、株主の判断よりも取締役会の判断が優先される。近藤光男「取締役の損害賠償責任」（中央経

済社、一九九六年）一一八頁。なお、特別訴訟委員会については、釜田薫子「米国における株主代表訴訟の終了と特別訴訟委員会の役割（一）～（三）完」民商一一二巻一号三七頁、民商一一二巻二号七二頁、民商一一二巻三号五七頁（一九九九年）。See also, *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 779 (Del 1981).

(81) 代表的な文献として、鈴木竹雄・竹内昭夫著『会社法【第三版】／法律学全集 二八〇』（有斐閣、一九九四年）三〇〇頁、竹内昭夫「株主の代表訴訟」『会社法の理論Ⅲ』（有斐閣、一九九〇）二二二頁、北村・前掲注(80)二七頁。

(82) 例えば、神田秀樹「株主代表訴訟に関する理論的側面」ジュリー一〇三八号六六頁（一九九四年）参照。

(83) 昭和二五年の商法改正の際に、代表訴訟制度が導入されたが、我が国の代表訴訟とアメリカの派生訴訟との間には違いもあり、日本がアメリカの制度をそのまま導入したわけではない。日米の制度の違いについて、近藤光男教授は、代表訴訟は取締役の責任追及のみならずそれ以外の会社に対する請求権について会社を代表して行使できる点、訴え提起について株主の判断よりも取締役会の判断が優先する点をアメリカ法の重要な特徴として挙げる。近藤・前掲注(80)一一八頁。

(84) 東京地方裁判所商事研究会・前掲注(75)二六七頁。

(85) 竹内昭夫「取締役の責任と代表訴訟」『会社法の理論Ⅲ』（有斐閣、一九九〇年）二八九頁。

(86) もっとも、日本においては市民運動的な株主代表訴訟の提起も一部で見られるところである。北村・前掲注(80)四八・四九頁、江頭憲治郎『株式会社法（第四版）』（有斐閣、二〇一一年）四五七・四五八頁参照。

(87) 新堂幸司『新民事訴訟法（第五版）』（二〇一一年、弘文堂）二九二頁。

(88) 江頭・前掲注(86)四五七頁参照。

(89) 伊藤靖史ほか『会社法（第二版）』（有斐閣、二〇一一年）二三〇頁参照。

(90) この点につき、田中亘准教授は、株式の違法な有利発行により生じた損害について、閉鎖型の会社において違法な有利発行により取締役が会社支配権を維持・確保した場合には、株主が代表訴訟によって取締役の対会社責任を責

任を追及したとしても、責任の履行による株式価値の上昇は理論的なものとどまり、訴えを提起した株主の現実的な救済にはならないとして、この場合の代表訴訟のエンフォースメントの実効性に疑問を投げかける。田中亘「募集株式の有利発行と取締役の責任——会社の損害か株主の損害か——」新堂幸司・山下友信編『会社法と商事法務』（弘文堂、二〇〇八年）一七四頁。

(91) 東京地方裁判所商事研究会・前掲注(75)二六九頁。

(92) 四二九条一項訴訟の制度趣旨については、先ず、根拠規定となる会社法四二九条一項の沿革に触れる必要がある。四二九条一項の規定は、平成一七年改正前商法二六六条の三（以下「商法旧二六六条の三」という）の規定を引き継いだものであり、改正による変更点は基本的にはない。この点につき、酒巻俊雄ほか編集代表『逐条解説会社法 第五卷 機関・二』四一六頁（青竹正二）（中央経済社、二〇一一年）、奥島孝康ほか編集代表『会社法二（新基本法コンメンタール）三三三頁（三原園子）（日本評論社、二〇一〇年） 参照。

(93) 訴状に記載すべき事項として、大江忠「要件事実会社法(2)」（商事法務、二〇一一年）七三二―七三三頁、東京地方裁判所商事研究会・前掲注(75)参照。なお、田中亘・前掲注(90)一七六頁参照。

(94) 四二九条一項訴訟の場合、被告を取締役とした場合、訴訟物は原告株主の被告取締役に対する四二九条一項に基づく損害賠償請求権及び同債務の履行遅滞に基づく損害賠償請求権となり、株主は直接に取締役に対して損害賠償請求をすることができる。大江・前掲注(93)七三二頁参照。

(95) 訴訟手続は通常の民事訴訟と同様であり、判決の効力も通常の民事訴訟における給付判決と何ら変わることはない。東京地方裁判所商事研究会・前掲注(75)三一九頁参照。

(96) 代表的な学説については、洲崎博史「批判」会社法判例百選（第二版）（別冊ジュリ二〇五号）一四六―一四七頁（二〇一一年）参照。

(97) 後掲注(124)参照。

- (98) 代表的なものとして、後掲⑥（東京地判平成一七年一月一七日）判決が挙げられる。
- (99) 代表的なものとして、竹内・前掲注(85)二八九頁。
- (100) 代表的なものとして、大隅健一郎、今井宏『会社法論 中巻「第三版」』（有斐閣、一九九二）二七〇頁、河本一郎「商法二六六条の三第一項の「第三者」と株主」加藤勝郎・柿崎栄治・新山雄三編『商法学における論争と省察 服部榮三先生古稀記念』（商事法務研究会、一九九〇年）二六一―二六二頁。
- (101) 昭和四四年大法院判決は、両損害包含説をとっているとしても、原告を株主とした場合に、間接損害について代表訴訟の訴権が認められるかについては述べていない。
- (102) 前掲注(75)参照。
- (103) 田中亘准教授は、違法な有利発行の裁判例を「違法な有利発行に対しては、株主による直接請求を認める裁判例と、代表訴訟による請求を認める裁判例とが存在しており、その意味で裁判例の立場は分かれている」と分析し、若干の例外を除けば裁判例において四二九条一項訴訟と代表訴訟のいずれの請求も排除されないとしている。田中亘・前掲注(90)一七一頁。
- (104) この点については、直接損害ならば直接請求が認められ、間接損害であれば認められないというように、損害の性質ありきで議論が進んでいるように思われる。例えば、河本・前掲注(100)二六〇―二六一頁参照。
- (105) 田中亘准教授は募集株式の有利発行された場合の既存株主の保護のための直接請求の可否について実効的なルールはいかなるものが望ましいか考察すべきであると問題提起をしている。田中亘・前掲注(90)二一七頁。
- (106) 前掲注(100)参照。
- (107) 判決本文においては引用部分は括弧書きとなっている。
- (108) 裁判所は、Xが違法性を主張している特許権などの譲渡契約の時点で、XがBの相続人として遺留分減殺請求権を行使していなかったため、A社の株主たる地位にはなかったとして請求を退けたが、間接損害に対する直接請求に

ついでには判旨のように述べている。

(109) 田中亘・前掲注(90)一六四頁参照。

(110) もっとも、裁判所が有利発行人による市場の株価下落についての具体的な主張立証をしていないと判断しており、この判示部分については傍論に過ぎないとの指摘もある。田中亘・前掲注(90)一六六頁。

(111) 例えば、江頭・前掲注(86)四七二頁参照。

(112) 田中誠二『三訂』会社法詳論(上)（勁草書房、一九九三年）六八二頁参照。

(113) 田中誠・前掲注(112)六八三―六八四頁、竹内・前掲注(85)二八八―二九〇頁参照。

(114) この立場は、直接損害と間接損害の区別をしないのではなく、間接損害についても株主の四二九条一項訴訟の訴権を認める点に特徴がある。

(115) 本稿は、株主に四二九条一項訴訟による直接請求を認めるかという命題について検討を加えるものであるため、同訴訟による訴権を認めるかというアプローチをとる。もっとも、学説上は、一般的に四二九条一項の「第三者」に株主も含まれるかという文脈でこの問題が論じられていることを念のため注記しておく。この点につき、江頭・前掲注(86)四七〇―四七二頁、神田秀樹『会社法(第一四版)』（弘文堂、二〇一二年）二四二―二四三頁、近藤光男『最新株式会社法(第六版)』（中央経済社、二〇一一年）三二八―三二九頁、弥永真生『リーガルマインド会社法(第一三版)』（有斐閣、二〇一二年）一三五―一三六頁参照。

(116) 田中誠二教授がこの見解を唱えたときは、平成一七年改正前商法であったが、本稿においては混乱を避けるため、以下の学説の紹介においては平成一七年改正会社法四二九条一項の表記で統一する。

(117) 田中誠・前掲注(112)六八三頁。

(118) 竹内・前掲注(85)二八八―二八九頁。

(119) なお、竹内昭夫教授は、取締役が全ての株主に対して間接損害を賠償した場合に、会社にいかなる損害が残るか

検討の余地があるとする。竹内昭夫・弥永真生補訂『株式会社法講義』（有斐閣、二〇〇一年）六〇一頁。

(120) 江頭・前掲注(88)四七一頁。高橋英治教授も同様の見解をとる。高橋英治『会社法概説』（中央経済社、二〇〇一年）一六五頁。

(121) 弥永・前掲注(115)二二六頁。

(122) 田中亘・前掲注(90)一九二―一九八頁。

(123) 田中亘准教授は従来の学説の対立に対して「決着の着かない論争に精力を費やすのはそろそろやめて、既存株主の利益を害する募集株式の発行を実効的に防止するにはいかなるルールが望ましいかをプラグマティックに考察する方向へ進むべきである」と述べ、損害を被った株主の救済の点に重視した解決が望ましいとする。田中・前掲注(90)二一七頁。

(124) 代表的なものとして、大隅Ⅱ今井・前掲注100二七〇頁、鈴木竹雄『新版 会社法（全訂第五版）』（弘文堂、一九九四年）二〇四頁、大隅健一郎ほか『新会社法概説（第二版）』（有斐閣、二〇一〇年）二五一頁、吉本健一『新株発行のメカニズムと法規制』（中央経済社、二〇〇七年）三二七頁。

(125) 河本・前掲注(100)二五八―二五九頁、上柳克郎ほか編集代表『新版注釈会社法（六）』三三二頁〔龍田節〕（有斐閣、一九八七年）三三二頁。

(126) 小町谷操三Ⅱ菅原菊志『商法講義 会社(2)』（有斐閣、一九七一年）二六四頁。

(127) この立場によると、悪意または重過失による取締役の職務執行によって、会社の株価が下落した場合や会社財産が減少した場合には、全株主に共通な損害として株主の個別的救済を認めない。石井照久『会社法 上巻（第二版）』（勁草書房、一九七二年）三五―三五三頁。

(128) もっとも、会社が損害を被った場合も、直接損害にカテゴリーされることもありうる。伊藤靖史ほか『事例で考える会社法』（有斐閣、二〇一一年）七頁〔齋藤真紀〕。

- (129) 鈴木・竹内・前掲注(81)三〇七頁、龍田節『会社法大要』（有斐閣、二〇〇七年）九三頁、江頭・前掲注(86)四七一頁、伊藤雄司「取締役などの第三者に対する責任の性質」浜田道代・岩原紳作編『会社法の争点』（有斐閣、二〇〇九年）一六六頁。
- (130) 上柳ほか編代・前掲注(125)三〇七頁（龍田節）、伊藤・前掲注(129)一六六頁。
- (131) 以上につき、龍田・前掲注(129)九六頁。
- (132) 以上につき、江頭・前掲注(86)四七二頁。
- (133) 以上の設例に加えて、前田庸教授は株主が被る直接損害として「取締役が会社の新製品の開発について発表したため価格が高騰した株式を取得したが、その発表が虚偽であったため、株価が下落してその株式取得者が損害を被った」事例を挙げる。前田庸『会社法入門（第一二版）』（有斐閣、二〇〇九年）四五二頁。
- (134) 募集株式の有利発行に関連した株主の直接請求の可否についての従来の学説・裁判例については、田中亘・前掲注(90)一五三―一七三頁が詳しく論じている。
- (135) 吉本・前掲注(124)三三七―三三九頁、杉田貴洋「新株の有利発行と既存株主の経済的利益の保護」法律学研究（慶應義塾大学）二二六巻五七頁（一九九五年）。
- (136) See e.g. Robert C. Clark, *Corporate Law* 662 (1986); Stephan M. Bainbridge, *Corporate Law and Economics* 363 (2002); Harry G. Henn & John R. Alexander, *Laws of the Corporations and other Business Enterprises* 1048 (1983). なお、アーサー・R・ピントゥ・ダグラス・M・ブランドン（著）|| 米田保晴（監訳）『アメリカ会社法』（レクス・ネクス・ジャパン、二〇一〇年）五九三頁参照。我が国の裁判例として、⑩判決（東京地判平成二〇年三月一九日）も挙げられる。
- (137) *id.*
- (138) 代表的なものとして、鈴木・竹内・前掲(81)三〇七頁、龍田・前掲注(129)九三頁、前田・前掲注(133)四五二頁、

江頭・前掲注(88)四七〇頁、近藤・前掲注(115)三一六・三二七頁、弥永・前掲注(121)二二五・二二六頁、伊藤ほか・前掲注(89)二三五頁。

(139) 例えば⑦判決(東京地判平成一七年一月一七日)参照。

(140) 後述する間接損害に関しては株主に四二九条一項訴訟の訴権を否定する見解であっても、直接損害についてこれを明示的に否定する学説はないと思われる。龍田・前掲注(129)九六頁、河本・前掲注(100)二五六・二六二頁。なお、伊藤・前掲注(129)一六七頁参照。

(141) 江頭・前掲注(86)四七〇頁参照。

(142) この点につき、伊藤雄司准教授は、会社財産に生じた損害について、株主にもたらされた損害が、株主の私的財産ではなく会社財産という特別な財産において生じているという特殊性を指摘する。伊藤雄司「会社財産に生じた損害と株主の損害賠償請求権」法協一二四巻三号七二七頁(二〇〇七年)。

(143) 伊藤ほか・前掲注(128)一〇頁〔齋藤真紀〕。

(144) 学説・裁判例においては、直接損害か間接損害で株主に四二九条一項訴訟の訴権を認めるか否かの結論が分かれているが、少なくとも株主一般についておよそ同訴訟の訴権を認めないという見解はないので、その意味で会社法上は四二九条一項訴訟は一応株主訴訟として位置づけられているとも言えよう。

(145) See e.g., *Bainbridge supra note 136 at 362.*

(146) 第二章二注(31)参照。

(147) 第二章二参照。

(148) 例えば、第一章二で検討した *Gentile* 判決において、裁判所は「通常派生的なものとして扱われる」とした上で、直接訴訟による救済の可否の検討に移っている。

(149) 前掲注(119)参照。

- (150) この場合を単純な数値によって説明すると以下のようになる。すなわち、ある会社の株式を一株保有している株主Aの株式の価値（株価）を一〇〇として、取締役Yの違法行為により会社に損害が生じ、一株あたり二〇の損害が生じたとする。Yが会社に対して全額の賠償をすれば、理論上は八〇に減じていた一株あたりの価値は一〇〇に復活するはずである。しかし、キャッシュ・アウトにより株主たる地位を喪失したXには、もはや代表訴訟による前記損害の回復の途はなくなる。無論、この事例は極めて単純化されたものであるので、必ずしもかかる数値のように計算できるわけではない。なお、株主が会社の業績悪化後に当該株式を売却した場合に四二九条一項訴訟あるいは民法七〇九条に基づく損害賠償請求を認めるべき見解として、黒沼悦郎「取締役の投資家に対する責任」商事一七四〇号二一頁（二〇〇五年）。
- (151) 相澤哲編著『一問一答 新・会社法』（商事法務、二〇〇九年）二四九頁。
- (152) 会社法上の救済手段を失うという意味であり、民法七〇九条に基づく不法行為責任を追及する余地は残る。
- (153) See e.g., Henn *supra* note 136 at 625.
- (154) See e.g., Elizabeth J. Thompson, *Direct Harm, Special Injury, or Duty Owed: Which test allow for the most shareholder success in direct shareholder litigation?*, 35 J. Corp. L. 215, at 217 (2009).
- (155) 伊藤ほか・前掲注(8)二三七頁。
- (156) 募集株式の有利発行の局面に関して、田中亘・前掲注(90)一九二頁参照。
- (157) 例えば、黒沼悦郎「取締役の債権者に対する責任」曹時五二巻一〇号一九頁（二〇〇〇年）参照。
- (158) 黒沼悦郎教授は、会社の債務超過の時点をもって取締役の信任義務の相手方が株主から債権者に移るとする。この見解に従えば、債務超過時は第一次的に支払いを受けることができるのは株主では無く債権者ということになる。黒沼・前掲注(157)二六頁。

第四章 おわりに

前章までに検討してきたとおり、本稿ではアメリカ法および日本法の検討を踏まえ、代表訴訟の提訴が不可能な場面において四二九条一項訴訟の積極的な利用を認めるべきとの見解を主張した。この主張が主眼としているのは、株主に救済のためのツールを確保させることであるが、次の三点についてなお検討すべきことに注意しなければいけない。

第一は、間接損害について直接請求を認める見解に対する批判である取締役らの二重責任と対債権者の問題である。先に述べた株主がキャッシュ・アウトされたような事例において、株主にそれ以前の違法行為について直接請求を認めると、仮にキャッシュ・アウトされた株主に取締役が賠償をしたとしても会社に対する責任は縮減されるわけではないため、二重責任を負う可能性は残る⁽¹⁵⁹⁾。この二重責任の問題については、会社の請求権と株主の請求権を不真正連帯債権の関係に立つものとして処理すべきとする主張⁽¹⁶⁰⁾や株主に対する損害賠償責任を果たしたからといって会社に対する責任は縮減されないとした上で、取締役が二重に損害賠償をした場合は先に株主が受けた賠償は不当利得により処理されるべきとの提言⁽¹⁶¹⁾が学説では唱えられており、大いに参考になろう。

第二は、株主ではなくなり訴権を喪失したような場合に四二九条一項訴訟の利用を認めたとき、第一次的に利用される代表訴訟と補完的な位置づけとなる四二九条一項訴訟との間で、原告株主に回復される損害額に差が生じる可能性がある点である。すなわち、代表訴訟による救済は、結局のところ会社に対して損害が填補された場合の間接的なものであるが、一方⁽¹⁶²⁾で四二九条一項訴訟は自らが被った損害全額の請求が場合によっては可能となる⁽¹⁶³⁾。この点は、四二九条一項訴訟で填補されるべき株主独自の損害⁽¹⁶⁴⁾について、その立証方法や立証の難易度の問

題も含めて検討する必要がある。

第三に、本稿ではアメリカ法を参照したが、アメリカでは支配株主に対して直接訴訟による責任追及をするところが一定程度認められている。これは、日本とは違いアメリカにおいては支配株主が信託義務を負っていると解されているからである。アメリカのように支配株主に義務を負わせるという制度設計・法解釈が、少なくとも現在の日本法のもとでは一般的ではないため⁽¹⁶⁵⁾、同様に考えることは困難と言えよう。また、日本法では四二九条一項の文言上、被告として予定されているのは「役員等」であり、支配株主を四二九条一項訴訟の被告とすることは文言解釈上無理が生じる。さらに、我が国で支配株主の責任が問題となるのは、多くが忠実義務の文脈における会社に対する責任に関してであって、株主に対する損害賠償責任についてはあまり論じられてはいない。とは言え、会社経営に対して多大な影響力を有している支配株主に対して、例えば閉鎖会社などで少数派株主が搾取されているような場面⁽¹⁶⁸⁾を念頭に置くなれば、四二九条一項訴訟を用いた救済の可能性を探ることも考えられよう。本稿では、全ての論点について包括的に考察を加えることができたわけではない。特に、株主の直接請求については、私見で述べた株主に認められた責任追及手段の位置づけを明確にする作業をしてもなお、やはり個別・具体的な事案に即して解決をすることが必要と思われる。これらの点を含めて、今後の研究の課題としたい。

〔付記〕本稿は科研費若手研究(B)二四七三〇〇九五の研究成果の一部である。

(159) 注(150)で用いた例でこの場合を説明すると、キャッシュ・アウトされたAに対して違法行為により減じられた一株あたりの価値である二〇をYが賠償したとしても会社に対する損害賠償責任は果たしたことはないから、Y

は会社に対してもなお賠償する義務を負う。このとき、例えば株主がA、B、C、Dの四名のみでそれぞれ一株ずつを保有していると考えると、注(150)では一株あたりの損害を二〇としてしているので、それをもとに算定すると、会社に生じた損害は八〇となる。このとき、株主の直接請求を認めるとして、先にYがAに二〇を賠償した場合、Yがその後会社に對して八〇の損害賠償すると、合計一〇〇を賠償したことになり会社が被った八〇を超えた賠償義務を負うことになる。その意味で、YはAおよび会社の双方に対して二重の責任を負うことに理論上はなると言える。

(160) 田中亘・前掲注(90)二〇九頁。なお、不真正連帯債権に立つとの主張に関する詳細については、田中亘・前掲注(90)二〇五・二〇六頁参照。

(161) 弥永・前掲注(121)二二六頁。

(162) 代表訴訟は、株主が第三者として当事者適格をもち、その判決の効力も株主ではなく会社に対して及ぶため、株主は直接的な利益を享受する地位とはなり得ない。この点につき、新堂・前掲注(87)二九二頁、江頭・前掲注(86)四五六・四五七参照。

(163) 東京地方裁判所商事研究会・前掲注(75)三三七頁参照。

(164) 株主は自らに損害が発生したと、その数額を訴状において明記しなければならない。大江・前掲注(93)七三三頁参照。

(165) 江頭・前掲注(86)四一八・四一九頁参照。

(166) 例えば、江頭・前掲注(86)四一八・四一九頁参照。

(167) 支配株主は、多数派として総会の議決権を握っているため、取締役・監査役ら役員を自らの支配下に置くことができる。江頭・前掲注(86)四一九頁。

(168) 江頭憲治郎教授は、取締役と支配株主とが一体である閉鎖型の会社については、間接損害であっても四二九条一項訴訟による損害賠償を認めるべきだとする。江頭・注(86)四七一頁。

②判決（福岡地判昭和六二年二〇月二八日）においては「大株主」に、⑤判決（東京高判平成一七年一月一八日）
⑧判決（東京地判平成一九年三月二八日）においては「支配株主」について裁判所が言及している点は興味深い。

（完）