

# 閉鎖会社における株主代表訴訟と担保提供制度のあり方

## 【目次】

はじめに

### 第1章 閉鎖会社代表訴訟の目的別分類

- (1) 少数派株主が代表訴訟を提起する場合
- (2) 多数派株主が代表訴訟を提起する場合
- (3) 本章のまとめ

### 第2章 担保提供に関する学説の批判的検討

- (1) 「不当目的訴訟」であっても担保提供を命じるべきではないとする説
- (2) 「不当目的訴訟」であっても担保提供を命じるべきであるとする説
- (3) 学説に対する批判的検討

### 第3章 担保提供に関する自説の展開

- (1) 自説の提唱
- (2) 自説のメリット

### 第4章 自説を用いた場合の具体的帰結

- (1) 類型 (少数派株主が用いる場合 + 離脱型)
- (2) 類型 (多数派株主が用いる場合 + 離脱型)
- (3) 類型 (少数派株主が用いる場合 + 存続型)
- (4) 類型 (多数派株主が用いる場合 + 存続型)

最後に

## はじめに

本稿は、閉鎖会社代表訴訟<sup>1</sup>における、「担保提供制度」(商法267条6項7項・106条2項)のあり方を論じるものである。従来の議論は、公開会社を念頭に置いたものであったが、本稿では、閉鎖会社における紛争の特色を踏まえ、たうえて、「悪意」の意義に関し、新たな基準を提唱してみたい。

全体の流れは、以下の通りである。まず、第一章で、閉鎖会社代表訴訟が提起される

---

<sup>1</sup> 本稿では、「閉鎖会社における代表訴訟」を「閉鎖会社代表訴訟」と簡略化して用いることにする。また、ここで言う「閉鎖会社」は、基本的には、定款で株式の譲渡制限を定める会社(商法204条第1項但書)を指す。もっとも、譲渡制限会社であっても、契約などによって株主間の紛争を事前に備えておくことのできるベンチャー企業は考察の対象から除く。

目的を分類する。次に、原告株主がそれらの目的を有する場合に担保提供を命じるべきかが問題となるが、従来の学説では担保提供を命じる基準として適切でないことを第二章で述べ、第三章で新たな基準を提示する。そして、その基準を用いると具体的にどのような結論が導かれるかを第四章で考察する。

## 第一章 閉鎖会社代表訴訟の目的別分類

【表・閉鎖会社代表訴訟の目的別分類】

	少数派が利用する場合	多数派が利用する場合
離脱型	<p>類型</p> <p>株式の買取目的</p>	<p>類型</p> <p>少数派の株式を買い取る目的</p>
存続型	<p>類型</p> <p>( a ) 取締役への復帰を意図</p> <p>( b ) 配当を求める意図</p>	<p>類型</p> <p>少数派への嫌がらせ</p>

上図は、閉鎖会社における株主代表訴訟の目的を、代表訴訟を誰が用いるか（少数派か、多数派か<sup>2</sup>）および、代表訴訟を使う目的が少数派株主の会社からの離脱を目的としているか否か（離脱型か、存続型か）によって、四つに分類するものである。本章では、上図のようなさまざまな目的、意図を持って代表訴訟が提起されることを示す。

まず、少数派が代表訴訟を提起する場合、どのような意図を有するか検討しよう。

### （１）少数派株主が代表訴訟を提起する場合

閉鎖会社において、少数派が株主代表訴訟を提起する場合、どのような目的を有しているであろうか。これを理解するためには、閉鎖会社における紛争の特徴を理解する必要がある。

一般に、閉鎖会社で、一度内部紛争が生じ、多数派株主と少数派株主の対立が決定的

<sup>2</sup> 本稿では、多数派を議決権の過半数を保有する株主の意味で用いる。

となった場合、少数派が持分割合に応じた会社から上がる利益の分配に与られなくなるといことが知られている。

すなわち、多数派は第一段階として、少数派株主を取締役のポストから追放する。これによって少数派株主は、閉鎖会社の株主の重要な収益源である役員報酬を絶たれることになり、多数派は役員報酬を自派で独占することが可能となる。第二段階として、多数派は利益配当を抑える。役員報酬の道を絶たれた少数派株主にとって、会社から上がる利益の分配に与かる手段は、持株に対する利益配当しかないわけであるが、この道も絶たれてしまう。もちろん、多数派株主も利益配当を受け取ることができないが、その分は役員報酬として得ることが可能なのであるから、多数派株主にとっては何らの差し支えもない。このようにして、多数派が利益を独占することを Squeeze Out という。

では、会社の利益にまったく与かることのできない少数派株主は、株式を譲渡することによって投下資本の回収を図ることができるであろうか。実は、これも困難なのである。なぜなら、閉鎖会社株式は取引市場がないために株価の算定をめぐって譲渡人と譲受人の間で合意を形成しづらいし、また、紛争がすでに生じている会社の株式を好き好んで買い受けようとする者も通常はいないからである。そして、万が一、譲受人を見つけ出すことができたとしても、閉鎖会社では株式の譲渡に取締役会の承認が必要であり(商法 204 条 1 項但書)、多数派で構成される取締役会が譲渡を承認せず、新たな買受人を指定(商法 204 条ノ 2 第 5 項)し、株式を安く買い叩かれてしまう。

では、商法は、これらの抑圧的状况に対して、どのような救済手段を用意しているだろうか。

まず、『取締役の解任』については、取締役解任決議を争うことができそうである。(商法 247 条、252 条) 実際、有限会社に関する判例であるが、少数派株主が取締役解任決議の無効の訴えを提起した事例もある。<sup>3</sup>

しかし、この訴えが認められることは少ないであろう。なぜなら、商法 257 条 1 項及び 2 項は『取締役はいつでも株主総会の特別決議を持ってこれを解任することができ、ただ任期の定めがある場合において、正当の事由なくしてその任期の満了前にこれを解任したときは、その取締役は会社に対し解任により生じた損害の賠償を請求することができる』と定めているため、反対解釈をすれば、任期に定めがあるか、解任に正当事由があるか否かを問わず、株主総会の特別決議(有限会社の場合は、社員総会の普通決議で足りる<sup>4</sup>)さえあれば、何時でも取締役を解任しうるとよめるからである。通説<sup>5</sup>もこのように解している。有力説<sup>6</sup>は商法 257 条によって保障されている損害賠償権だけでは、少数派株主が経営

---

<sup>3</sup> 大阪地判昭和 38 年 10 月 16 日下民集 14 卷 10 号 2029 頁

<sup>4</sup> 有限会社法 32 条は商法 257 条 2 項を準用していない。

<sup>5</sup> 立法論としては、賛否のあるところであるが、解釈論としては、解任の自由を定めていると解せざるを得ないというのが通説である。新版注釈会社法(6) 57 頁[今井潔]

<sup>6</sup> 潘阿憲「会社持分支配権濫用の法理」398 頁(2000,信山社)

から排除されたことによる損害は填補されないことを理由に、解釈論として取締役解任決議の効力自体を否認する<sup>7</sup>が、一般的支持を得るにはいたっていない。

また、有力説を採用したとしても、取締役の再任までを保障するものではなく、結局解任された取締役が経営に再び関与することは難しいといわざるを得ない。

次に『利益配当の抑制』を争う手段を考えてみよう。まず考えられるのが、利益配当を抑える旨の利益処分案を承認した決議の取消し、無効を主張することである（商法 247 条、252 条）。このような主張をしたものとして、東京地判昭和 62 年 12 月 25 日金融商事判例 799 号 25 頁がある。

判旨は一般論として「株式会社に存する配当可能な未処分利益を配当しないとする株主総会の決議は、それが株主の抽象的な利益配当請求権を阻害することになるとしても、原則としてそれは当不当の問題を生ずるとどまり、直ちにそれが違法の評価を受けるものではないと解される。しかしながら、そのような未処分利益を配当しないとする決議が長期に亘って連続し、かつ、一般的な株式会社における配当政策決定の合理的な限度を著しく超えていると認められるような特別な事情があるときには、単に当不当の問題に止まらず、違法の問題を生じるものと解するのが相当である。」としながらも、当該事件においては、請求を認めなかった。

事案は、従前の役員報酬を 3 倍以上にした一方で、それまで三割の割合でなされてきた配当を無配にした Squeeze Out の典型事例といえ、批判は強い。<sup>8</sup>

しかし、より根本的な問題は、万が一総会決議取消の訴え・無効確認の訴えに勝訴をしたとしても、新たに株主総会が具体的な配当を行わない限り、少数派株主は一銭の配当を受けることもできないということである。<sup>9</sup>総会決議取消の訴え・無効確認の訴えはそれぞれ、形成訴訟・確認訴訟であり、給付訴訟ではないからである。また、わが国の裁判所は会社に対して積極的に配当決議を行うように命じることができない。よって、利益配当を争う手段として、総会決議取消の訴え・無効確認の訴えを利用することは、少数派株主にとって有用とはいえない。

最後に『株式の譲渡』について検討する。閉鎖会社において内紛が生じると、株式譲渡が不可能となることはすでに述べた。では商法は何らかの救済規定をおいているだろうか。答えは否である。立法論として、株主の株式買取請求権<sup>10</sup>を認めるべきであるとする主

<sup>7</sup> その根拠は、多数派株主の少数派株主に対する誠実義務違反である。

<sup>8</sup> 判決を批判するものとして、加藤修「配当可能な未処分利益を配当しないとする株主総会決議の適法性」法学研究 66 巻 9 号 99 頁、田中誠二・三全訂会社法詳論下巻 876 頁（1994、勁草書房）、潘阿憲「会社持分支配権濫用の法理」399 頁（2000、信山社）

一方、判旨に賛成するものとして並木俊守「定時総会の無配当決議の適法性」金融商事判例 809 号 47 頁がある。

<sup>9</sup> 穴戸善一「商法改正試案と閉鎖会社の問題点 [上]」商事法務 1154 号、26 頁

<sup>10</sup> 株式買取請求権という言葉は、現行商法上認められている株式買取請求権〔商法 245 条ノ 2（営業譲渡）商法 349 条（株式譲渡制限会社への定款変更）商法 408 条ノ 3（合併）

張が叫ばれて久しいが、いまだ立法化されてはいない。また、商法平成 13 年改正で自己株式の取得について大幅に規制が撤廃されたが、少数派株主が株式を会社に譲渡するためには、多数派株主の賛同を得た上での定時総会決議（特別決議）が必要であり（商法 210 条 1 項、5 項）これも事実上使えないであろう。

結局、閉鎖会社において、一度紛争が生じ少数派株主に転落してしまうと、取締役を解任され、利益配当も抑制され、株式の譲渡によって会社との法的関係の解消を図ることも不可能となり、その従属的地位は永続的に続くことになる。

では、少数派株主は、多数派株主との支配権をめぐる争いに敗れたことを潔く受け入れ、さまざまな経済的不利益を甘受するだろうか。人はそこまで寛容ではないであろう。特に、会社が利益を上げている場合、何とかして、自己の経済的利益を図りたいあるいは経営権を取り戻したいと考えるのが普通である。

そこで少数派はどうするか。多数派で構成される現行経営陣にプレッシャーを与え、有利な和解条件を引き出すこと自体を目的として、様々な会社法上の訴えを利用するのである。閉鎖会社に関する訴訟において、真の争点と訴訟上現れてくる争点がずれる<sup>11</sup>というのはこのことを意味する。

たとえば、少数派株主が株式を譲渡し投下資本の回収をして、会社との法的な関係を解消したいと考えているとしよう。前述したように、直接その利益を確保する手段はない。そこで、少数派株主は、株主総会決議取消の訴え（商法 247 条）、株主総会決議無効・不存在確認の訴え（商法 252 条）、新株発行差し止めの訴え（商法 280 条ノ 10）、新株発行無効確認の訴え（商法 280 条ノ 15）、取締役解任の訴え（商法 257 条 3 項）、取締役の第三者に対する責任（商法 266 条ノ 3）、そして本稿で考察する株主代表訴訟（商法 267 条）など様々な紛争に形を変えて訴えを提起し、多数派株主側から「株式を買い取らせてほしい」といつてくるのを待つのである。

では、上記に掲げた各種訴えの中で、どの訴えが最も現行経営陣にプレッシャーを与えることができるだろうか。

まず、これらの訴えは、会社を被告とする訴えと、取締役を被告とする訴えに分けることができるが、後者のほうが、取締役個人を狙い撃ちする点で、大きなプレッシャーを与えることができるであろう。会社を被告とする訴えを提起されても、経営陣は自分で訴訟費用を負担する必要はないし、自己が被告でない以上弁護士に任せておけば大丈夫であろうと考えることも予想されるからである。この段階で、取締役解任の訴え（商法 257 条 3

---

商法 355 条（株式交換）、商法 371 条 2 項・355 条（株式移転）、商法 374 条ノ 3、商法 374 条ノ 23 第 5 項（会社分割）と混同しやすいため、一般的株式買取請求権、退社権の名称で呼ばれることもある。ただし、退社権は、株式買取の相手方が会社であることを想定しているが、株式買取請求権という言葉を使う場合は、会社以外に多数派株主を相手として株式を譲渡する場合を含む概念であり、若干ずれる。

<sup>11</sup>宍戸善一「商法改正試案と閉鎖会社の問題点 [上]」商事法務 1154 号、25 頁

項)<sup>12</sup>、取締役の第三者に対する責任(商法 266 条の 3)、株主代表訴訟(商法 267 条)の三つが残る。

そして、その中でも、取締役個人に金銭的負担を直接課す訴訟がより、和解条件を有利に引き出すためには有効といえそうである。そうすると、取締役解任の訴え(商法 257 条 3 項)は除かれる。確かに認容判決によって取締役としての地位が剥奪されるが、直接金銭の賦課を命じられるものではないし、多数派である以上、再任を目指すことや、親族等を新たな取締役として送り込むこともできるからである。

結局残ったのは、取締役の第三者に対する責任(商法 266 条の 3)、株主代表訴訟(商法 267 条)の二つであるが、それをさらに比較してみると、プレッシャーを与えるという点に関しては、株主代表訴訟のほうが優れているといえそうである。すなわち、第一に取締役の第三者に対する責任(商法 266 条ノ 3)では、判例上、過失相殺が認められているのに対し<sup>13</sup>、株主代表訴訟では商法 266 条 1 項及び 5 項との関係で、過失相殺が認められないとされている。<sup>14</sup>第二に印紙代が 8200 円である(民訴費 4 条 2 項・別表第一)。これは二つのことを意味する。一つは、まさに印紙代が安いということ。二つ目は膨大な額の請求でも容易になしうるということである。第三に、閉鎖会社の代表訴訟を分析された宍戸教授によれば、利益相反があった場合では請求が認められやすいとのことである<sup>15</sup>が、所有と経営の一致している閉鎖会社においては、何らかの利益相反が行われていることが多く、そのことを立証すれば、請求が認められやすい。これに対し、取締役の第三者に対する責任では、自己の損害が生じたこと、取締役の任務懈怠につき故意または重過失<sup>16</sup>があること、及び両者の因果関係を立証しなければならず、請求が認容されることは少ないであろう。また、第三者に株主を含むか、含むとして間接損害も請求できるかという問題もある。

このように各種の訴えを比較すると、代表訴訟がもっとも、現行経営陣にプレッシャーを与えることがわかる。もちろん、これは思考上の結論であって、実際には株主代表訴訟以外にも、株主総会決議取消の訴え(商法 247 条)、株主総会決議無効・不存在確認の訴え(商法 252 条)が、株式買取を目的として、提起されることが多い。<sup>17</sup>閉鎖会社においては、株主総会に関する手続き規定を守っていないことが多く(不開催であることも少なくない)、訴えを提起すれば、請求が認容されることが多いからである。

---

<sup>12</sup> 取締役解任の訴えは取締役と会社の双方を訴えなければならない固有必要的共同訴訟である。(最判平成 10 年 3 月 27 日民集 52 卷 2 号 661 頁)取締役・会社間の委任契約の解消を求める形成訴訟だからである。伊藤眞『民事訴訟法[補訂第二版]』565 頁、注 23(2002、有斐閣)ここでは、取締役も被告となっている点で後者に分類した。

<sup>13</sup> 最判昭和 59 年 10 月 4 日判時 1143 号 143 頁

<sup>14</sup> ただし、平成 13 年改正により取締役の責任軽減規定が設けられた。(商法 266 条第 7 項以下)

<sup>15</sup> 宍戸善一「閉鎖会社と株主代表訴訟」『株主代表訴訟大系』43 頁(1996、弘文堂)

<sup>16</sup> 判例の立場である〔法定責任説〕。最判昭和 44 年 11 月 26 日民集 23 卷 11 号 2,150 頁

<sup>17</sup> 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法[第二判]』282 頁注 1、356 頁(2002、有斐閣) 宍戸善一「閉鎖会社における内部紛争の解決と経済的公正(一)」法協 101 卷 4 号 545 頁(1984)

このように、少数派株主にとって代表訴訟など会社法上の訴えは、取締役の責任や決議の瑕疵を追及する手段としてではなく、自己の経済的利益を実現する手段として機能している。

また裁判官の行為規範としても、これらの訴えにつき、形式的に取締役の責任原因はあるか、決議取消し・無効事由があるかを判断するのではなく、株式の買取りが目的であるという原告株主の意図を汲み、和解によって、訴訟が終結させようという努力がなされている。<sup>18</sup>

ここで、最初に掲げた【表・代表訴訟の目的別分類】に戻り、少数派株主が代表訴訟を提起する場合についての議論をまとめることにしよう。閉鎖会社においては、いったん内部紛争が生じると会社の営業から生じる利益は、多数派株主によって独占されやすい。しかも、少数派株主はそれを争う手段が直接には用意されていないことが多い。そこで、少数派株主は代表訴訟などを使って自己の利益を実現しようとする。すなわち、株式買取の目的（ の事例）、取締役解任を争う意図（ - a の事例）、配当の抑制を争う意図（ - b の事例）を持って、代表訴訟を提起する場合がそれである。<sup>19</sup>

## （２）多数派株主が代表訴訟を提起する場合

代表訴訟の興味深い点は、多数派株主も用いることができる点である。この点が、株主総会決議取消の訴え、株主総会決議無効・不存在確認の訴えと異なる。

株主総会決議の内容に不満があれば、多数派は、新たに決議をなすことができ、特段、株主総会決議取消の訴え、株主総会決議無効・不存在確認の訴えを提起する必要はない。

それに対し、株主代表訴訟は、取締役個人を訴える訴訟類型であるので、内部紛争が生じた場合、多数派とすれば、取締役の解任をすると同時に、その取締役の責任を追及することも可能となる。

では、多数派株主が代表訴訟を提起する場合、どのような意図があるのであろうか。多数派株主は前述したように、会社から上がる利益を独占することができるから、少数派株主が代表訴訟を提起する場合と違って、会社から上がる利益に自分も与かりたいという意図で代表訴訟が提起することはないであろう。

かといって、純粹に、取締役の責任を追及することは株主の義務であると考えているはずもない。何らかの意図があるはずである。

---

<sup>18</sup> 宍戸善一「閉鎖会社と株主代表訴訟」『株主代表訴訟大系』38頁注8）（1996、弘文堂）

<sup>19</sup> 門口正人「株主代表訴訟における担保提供の申立の審理」65～69頁、民訴雑誌44号（1998）によれば、その他、解雇無効を争う意図を有する場合、人事に私怨を持つ場合、遺産分割無効を主張する場合、会社による引渡命令の執行延期を企図する場合など、様々な目的を持って株主代表訴訟が提起されていることがわかる。（ただし、これらの目的は被告取締役の担保申立事由であり、何らかのバイアスがかかっていることも予想される。しかし、また申立事由がまったく事実と異なるということもないであろう。）

その意図を知る手がかりとして、ひとつの事例を挙げてみたいと思う。それは、私の知り合いの弁護士がかかわった訴訟である。その方が訴訟代理人になった被告（以下 Y 氏）は、ホテル業を営む株式会社（以下 A 社という）の取締役であった。A 社は、株主が 130 名ほどいる中規模の閉鎖会社<sup>20</sup>であり、Y 氏は、その会社の株式を 20% ほど所有する大株主の一人である。A 社は平成 10 年頃まで業績が悪かったが、Y 氏が取締役に就任してから利益を上げるようになり、その頃から内部紛争が生じ始めた。経営方針や経営権の支配に関し、意見の対立が起きたことによる。そして、この紛争の結果、会社は Y 氏派、 氏派、Z 氏派、中立派の四つに分かれた。（各グループの株式持分比率は、それぞれ 25% 程度である。）Y 氏は、今後も経営に携わりたいと考えていたが、結局、多数派である 氏派、Z 氏派により、取締役の再選を阻止された。そして、さらに追い討ちをかけるように 氏は、取締役の在任中、利益相反行為を繰り返していたとして、 氏により、代表訴訟を提起された。<sup>21</sup>

Y 氏によれば、 氏が代表訴訟を提起した真の理由は次の点にある。第一に、 氏派、Z 氏派が多数派を構成するといっても一枚岩でもなく、 氏とすれば、Y 氏に自己のグループについてほしいということである。そして、自己のグループにつくことを条件として、訴えの取り下げや、和解に応じる用意があることを Y 氏側に伝えてきた。第二に、それがいやなら、株式を自分に売り渡せということである。そうすれば、 氏派は単独で多数派と成り、Z 派との関係を考慮することなく、経営の主導権を握ることができるからである。もちろん株式の買取り価格は安価である。

第一の目的は具体的に経済的利益を Y 氏に要求するものではないが、自己の経営権を確実にするために代表訴訟を利用しているといえ、第二の目的は、株式の買取りという経済

---

<sup>20</sup> この程度の規模の会社で株主が 130 名いるのは普通ではないという話を、A 社の顧問税理士から聞いた。その方は、何らかの方法で株主数を 10 名程度に絞り込むべきだともおっしゃっていた。株主が 130 名もいる中で経営するのは、爆発することがわかっている爆弾を背負って走っているようなものだからである。

ちなみに A 社の株主がこれほど多数存在するには、理由がある。A 社は戦前から存在する企業であるが、当時、株主は大手銀行を中心に構成されていた。しかし、戦後 GHQ による財閥解体により、銀行が保有していた株は、A 社の従業員に分配されたため、株主数が膨れ上がった。

<sup>21</sup> この話を Y 氏から伺った時に感じたことは、代表訴訟が少数派株主によってではなく、多数派株主によってもなされることもありうるということ、現実には、株主を単純に多数派・少数派と分けることができない場合もあるということ、Y 氏の心理的に非常にまいていたこと、閉鎖会社における代表訴訟はほぼすべて、株主間の内部紛争であるとお話したとき、非常に安心なさっていたこと（それまでは取締役在任中何らの違法行為もしていないのになぜ自分だけ訴えられなければならないのかということに意識がいていたとおっしゃっていた） 裁判官ははたしてこのような現実を把握して代表訴訟の審理を運営しているのだろうか、という五点である。

なお、この代表訴訟は、原告の請求が棄却され、Y 氏の勝訴で終わった。また、X 氏はこの訴訟を通して、少数派に転落したということである。

的利益を求めるものであり、その性質は除名に類似する。

以上のように、具体的事案は、多数派・少数派と単純に分けることのできないこともあるし、また個々の訴訟によって目的も異なることもあり得るであろう。しかし、ここでは、表【閉鎖代表訴訟の目的別分類】のように、多数派が代表訴訟を提起する目的として、株式の売渡しを求める除名目的型（ の事例）、自己に対する経済的利益を直接的には求めてはいない嫌がらせ型（ の事例）の二つを、理念型として想定し、検討することにしよう。

なお、多数派が代表訴訟を提起する場合、東京地判平成 8 年 6 月 20 日判時 1578 号 131 頁[乙山航空事件]との関係を整理しておく必要がある。当該事案は、原告 9 名（X<sub>1</sub>～X<sub>9</sub>）が元代表取締役 Y を被告として代表訴訟を提起した事例である。判決は、X<sub>1</sub>～X<sub>9</sub> が会社の株式の 94% を保有していることを踏まえ、株主としての地位に基づき株主代表訴訟を提起すること（請求額は 18 億 1411 万円余りで非常に高額である）は申立手数料を節約するためのものであって、訴権の濫用にあたり許されないとして却下判決を下した。<sup>22</sup>

この判決を前提とすると、多数派が株主代表訴訟を提起することはできないともいえそうであるが、乙山航空事件は、かなり特殊な事案といえる。

なぜなら、閉鎖会社代表訴訟は、多数派が利用する場合でも、経営権をめぐる内紛を機に提起されることが多いが、本件では経営権が原告らに帰属することは明白であるからである。本件のように、原告らがほぼ 100% の株式を保有し、経営権を完全に掌握しているのであれば、自派の取締役を送り込むことができるし、また取締役に不満を持った時点でいつでも解任することができるから、事後的に取締役の責任を追及することは通常はないであろう。本件で代表訴訟が提起されたのは、X<sub>1</sub>～X<sub>9</sub> が一度株式を譲渡したにもかかわらず、その代金の支払いが譲受人の倒産によって不履行となり、再び株主の地位に復帰したという特殊な事情があり、その間の代表取締役の利益相反行為などを監視できなかったからである。

もちろん、本件では取締役の責任を追及する場合、判旨と同じく、会社が原告になるべきであり、代表訴訟を利用することは許されないと考えるが、このような特殊な事案をもとに、多数派が株主としての地位に基づいて株主代表訴訟を提起することは、すべて訴権の濫用にあたる一般化することはできないであろう。閉鎖会社代表訴訟では、多数派

---

<sup>22</sup> 「…取締役会の会社に対する責任の追及は、本来、会社が自ら行うべきものであって、株主代表訴訟は、会社が株主の意思に反して権利の行使を怠る場合のための制度である。また、商法二百六十七条四項が、訴訟の目的の価額の算定につき、株主代表訴訟を『財産権上ノ請求ニ非サル請求ニ係ル訴』と見做し、請求額の如何にかかわらず申立手数料が一律に八二〇〇円となっているのも、株主代表訴訟が株主の会社業務に対する監督是正権の行使という側面を持つ点が考慮されていると解されるのであって、取締役の責任追及一般について、申立手数料の軽減化が図られているわけではない。会社が訴えを提起する場合は、もちろん請求額に従った通常の申立手数料が必要とされるのである。したがって、会社と株主が意思を通じて、ただ申立手数料の節約を図ることを目的として代表訴訟を提起することは、まさに制度の濫用というべきであり、許されないというべきである。」

自体が安定せず、訴訟を通して新たな多数派が形成されることもあるからである。

逆に言えば、多数派が固定的な場合で、かつ、その継続が確実に予想される場合のみ、代表訴訟を使って取締役の責任を追及することは許されないと解するべきであろう。

### (3) 本章のまとめ

以上、表【代表訴訟の目的別分類】について、説明してきた。そこでわかったことは、株主は、取締役の責任を追及する目的を持って代表訴訟を提起するのではなく、自己の利益を図る目的で代表訴訟を利用するということである。では、これらの目的を原告株主が有する場合に、被告取締役が担保提供を申し立てた時、裁判所は担保提供を命じるべきであろうか。商法 267 条 6 項 7 項・106 条 2 項にいう「悪意」の意義に関して問題となる。

次章では「悪意」意義に関する学説を批判的に検討してみたい。

## 第二章 担保提供に関する学説の批判的検討

株主代表訴訟の提起にともなう担保提供の制度（商法 267 条 6 項 7 項・106 条 2 項）は、平成 5 年の改正商法により、申立手数料に濫訴防止の機能を期待できなくなったことにより、濫訴に対し被告取締役がとりうる最も効果的な対抗手段として実務上定着している。

しかしながら、担保提供を命じることで濫訴を防止できるものの、安易に担保提供が命じられると平成 5 年改正によりようやく利用可能となった代表訴訟制度が機能しなくなってしまふ。そのバランスを各論者は担保提供の要件である「悪意」の解釈によって図ろうとするが、各人の代表訴訟観の違いもあって、「悪意」の意義に関し激しい対立が見られる。<sup>23</sup>

「悪意」の意義につき、提訴株主の請求に理由がなく、かつ同人が知って訴えを提起した場合（不当訴訟要件）を含むことに異論はほぼ見られないが<sup>24</sup>株主が、取締役の責任を追及するという株主代表訴訟本来の趣旨以外の目的を実現する手段として代表訴訟を提起する場合（不当目的要件）も「悪意」と認定し、担保提供を命じるべきかについては肯定する説と、否定する説とに分かれる。冒頭に掲げた表【代表訴訟の目的別分類】につき担保提供を認めるべきか否かが本稿での中心的検討課題であるから、不当目的要件につきどのような態度をとるかは非常に重要な問題である。

以下、不当目的要件に関する学説につきその内容を述べた上で、批判的に検討してみ

<sup>23</sup> 金築判事は「「悪意」の意義をどう解するかは、代表訴訟における担保提供制度のアルファでありオメガであるといっても過言ではない。」と述べる。金築誠志「株主代表訴訟における担保提供」味村治裁判官退官記念・商法と商業登記 276 頁（商事法務研究会、1998）

<sup>24</sup> ただし、故意による不当訴訟に限るか、重過失による不当訴訟、軽過失による不当訴訟も「悪意」になりうるかについては争いがある。

たい。

なお伊藤教授の呼び方に倣って<sup>25</sup>、不当訴訟要件のみを「悪意」と認定する説を単一説、不当訴訟要件のみならず、不当目的要件の場合も「悪意」と認定する説を選択説と便宜的に呼ぶことにする。

(1)「不当目的訴訟」であっても担保提供を命じるべきではないとする説(単一説)<sup>26</sup>

この説は、「悪意」の意義につき、不当訴訟類型の場合のみ「悪意」を満たすとし、担保提供を認めるが、「不当目的類型」については、担保提供を命じるべきではないとする。そして、その理由を、担保提供の趣旨から以下のように説明する。

担保提供制度の趣旨は、提訴の不法行為により発生する取締役に対する損害賠償を担保することにあるから、「悪意」の意義も、提訴の不法行為性を離れて考えることができない。そして、訴えの提起が不法行為になる場合とは、昭和63年判決<sup>27</sup>によると「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場合」であり、株主代表訴訟においても被告取締役に対する提訴が不法行為になるのもこの場合(不当訴訟類型)に限られる。これが単一説の論旨の骨格である。この説は、担保提供制度の趣旨と昭和63年判決を統一的に把握する見解であり、理論的には一貫している。

また、不当目的訴訟類型について、担保提供を命じることを許容する学説(選択説)に対しては、次のように批判する。

確かに不当目的訴訟類型について担保提供を命じることができれば、濫訴を抑制し、会社の目的に沿わない訴訟を防止することが可能となるが、取締役に対する不法行為の成立と関係なく担保提供を命じる結果となり、担保提供の制度趣旨から考えてみた場合、理論的に難点がある。

株主に対し、純粹に会社のための提訴を要求することは困難である。

原告にたとえ別の目的があるとしても、被告取締役の責任が存在することが明らかとなれば、株主代表訴訟の目的は達成される。

---

<sup>25</sup> 伊藤眞「法定訴訟担当の構造」司法研修所論集97号〔創立50周年記念論文集・第一巻〕395頁

<sup>26</sup> 新谷勝「株主代表訴訟と担保提供制度の再検討」判タ1009号17頁(1999)、南隅基秀「株主代表訴訟における担保提供制度」法学政治学論究第35号329頁(1997)等。一般に、中島弘雅教授の見解(「株主代表訴訟の制度趣旨と現状」民商115巻4=5号507頁(1997))も単一説に分類されるが、その理解はかなり難しい。ここでは、新谷検事の見解を中心に見ていく。

<sup>27</sup> 最判昭和63年1月26日民集42巻1号1頁

提訴の不法不当な目的が、提訴権の濫用として代表訴訟の趣旨に反する場合は、提訴権の濫用として訴えの却下により対応することが可能であり、またそうすべきである。

## (2) 「不当目的訴訟」類型であっても担保提供を命じるべきであるとする説（選択説）

これに対し、多数説は、不当目的要件の場合も「悪意」の要件を満たし、担保提供を命じることができるとする。その理由として、担保提供制度の立法趣旨をあげられることが多い。<sup>28</sup>

しかし、立法趣旨をあげるだけでは、根拠としては弱く、多数説は理論面からの補強を要求されていた。その中で、新たに、この選択説を理論的に基礎づけたのが、伊藤教授の学説である<sup>29</sup>。

伊藤教授は代表訴訟が、法定訴訟担当であるということに着目する。法定訴訟担当とは、実体法上の権利主体以外に、当事者適格が法律上認められる場合をいい、担当者によって訴訟追行権が行使された場合には、権利関係の主体はもはや訴訟追行権を行使できないとされる。もっとも、担当者による訴訟追行権の行使が権利主体の訴権行使を制限するものである以上、それを正当化する事情が存在しなければならない。

正当化する事情とは、例えば、債権者代位訴訟においては、債務者の無資力要件などをさす。それらの要件を満たすことによって、他の権利主体の権利を担当者が代位行使することが正当化されるのである。

では、同じく法定訴訟担当である株主代表訴訟において、原告株主が、取締役に対する損害賠償権をその実体法上の権利主体である会社に代わって行使する場合は、いかなる正当化事情が要求されるのであろうか。

伊藤教授はここで、6ヶ月前からの株式保有、および会社の提訴懈怠など法律上要件とされている事実の他に、「全株主のための共益権行使として認められた代表株主の訴権の場合には、提訴の目的がその趣旨に沿ったものであること」が正当化事由として要求される

<sup>28</sup> 若干長くなるが、立法の経緯を説明する。昭和25年改正前の商法268条1項・4項によると、少数派株主による責任追及方法として、株主総会で取締役に対して訴えを提起することが否決された場合には、総会前3ヶ月間引き続き資本の10分の1以上にあたる株式を有する株主が監査役に提訴を請求すると、会社は提訴しなければならなかったが、その際、監査役が請求があれば、提訴請求をした株主は必ず担保を提供しなければならなかった。これに代わって、現在の株主代表訴訟制度が、昭和25年にアメリカ法にならって導入されたが、その当時は担保提供制度は設けられていなかった。しかし、昭和25年改正法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り、日本側とGHQ側で被告が悪意を疎明したときのみ担保提供を命じ得るという妥協案が成立し、それが昭和26年の改正で実現し、現行法となっている。そして、多数説（選択説）は、この立法の経緯から、担保提供制度は会社荒らし、ないし濫訴を防止するための規定とされ、不当目的要件でも担保提供はなしうとする。

<sup>29</sup> 伊藤眞「法定訴訟担当の構造」司法研修所論集97号〔創立50周年記念論文集・第一巻〕391頁以下（1997）

とする。つまり、株式の持つ共益権という性格を重視する。<sup>30</sup>

そしてこのように解すれば、不当目的訴訟も、株主代表訴訟の趣旨・共益権の性格に反するものといえ、担保提供を命じることも理論的に正当化できるということになる。

この見解に対しては、担保の提供が、被告の損害賠償請求権を確保するという本来の目的を果たさないとの批判が考えられるが、伊藤教授は、担当者として訴えを提起している以上、制度の趣旨に沿わない代表訴訟について原告株主が担保提供を命じられることもやむを得ないとする。

### (3) 学説に対する批判的検討

本節では、上記、単一説・選択説について批判的に検討する。

#### 批判

単一説は、担保提供制度の目的と昭和63年判決を統一的に把握する、理論的には最もすっきりする見解であるが、次の点につき疑問がある。

すなわち昭和63年判決は、訴え提起が不法行為になる場合として「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」場合を挙げているが、それはあくまで「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場合」の例示であるに過ぎない。つまり、不当目的を持って代表訴訟を提起した場合も「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場合」にあたる可能性がないとはいえないのである。単一説は、少なくとも、不法目的をもって取締役を訴えた場合が当該取締役に対して不法行為とならないことについて説得的な理由を提示するべきであろう。

これに対しては、不当目的を持って取締役を訴えたとしても、当該取締役の責任は肯定され、代表訴訟の目的が達成される場合もあるから、会社に対する嫌がらせにはなるとしても、取締役に対しては不法行為が成立しないという反論が考えられる。

しかし、この見解は、現実には被告となり、訴訟費用を支出している<sup>31</sup>のが取締役であるということを見過ごしているのではないか。私は不当目的訴訟でなおかつ取締役に対する請求が棄却された場合、取締役に対する訴えの提起を不法行為と構成することは充分可能であると考え。実際、昭和63年判決以前にも、目的の不当性から、訴えの提起を不法行

<sup>30</sup> 伊藤教授の解釈論は、立法論として「適切代表性」を唱える見解と連続的な考え方といえる。

<sup>31</sup> 被告取締役が勝訴した場合のみ、弁護士報酬額を含め、防御のため要した相当の額を、受任者が委任事務を処理するために受けた損害として、事後的に会社に対し請求できる(民法650条第3項)とされている。(取締役制度の理論と現実69、月刊/取締役の法務2001,3,25)ただし、訴訟継続中であっても、会社が被告取締役側に補助参加した場合は、民事訴訟法45条第1項「補助参加人は……一切の訴訟行為をすることができる」の規定により、会社が取締役の防御費用を支出することを認める学説もある。

為と認められた下級審判例がある。<sup>32</sup>この自説の見解については、後にまた述べることとするが、不当訴訟類型についてのみ担保提供を命じるべきとする見解（単一説）は、不当目的類型が取締役に対する不法行為とならないことを積極的に論証すべきであろう。

この批判は、伊藤教授の見解についてもあてはまる。伊藤教授は「不当目的類型」についても、担保提供を命じることができるとするが、それは不当目的での訴えの提起が取締役に対する不法行為になるということから導かれているのではない。不法行為とならないことを前提とした上で、法定訴訟担当という構造から、不当目的においても担保提供を認めるという法律構成をとっているからである。

## 批判

次に、伊藤教授の見解に対しては、次のような批判が考えうる。すなわち、法定訴訟担当という構造から、株主代表訴訟において不当目的訴訟類型が担保提供の対象となることを説明する伊藤教授の見解は、不当目的訴訟でも担保提供が認められる理論的根拠は説明できるとしても、不当目的訴訟が株主代表訴訟においてなぜ、多発するのは説明できていないのではないかという批判である。

では、不当目的訴訟が株主代表訴訟においてなぜ多発するのであろうか。それは、第一章で検討したとおり、株主代表訴訟が、他の会社法上の訴え〔総会決議取消の訴え（商法 247 条）、株主総会決議無効・不存在確認の訴え（商法 252 条）、新株発行差し止めの訴え（商法 280 条ノ 10）、新株発行無効確認の訴え（商法 280 条ノ 15）、取締役解任の訴え（商法 257 条 3 項）、取締役の第三者に対する責任（商法 266 条ノ 3）など〕と比べて、取締役個人を狙い撃ちに訴訟を提起し、かつ申立手数料が 8200 円と一律に低額であるため、膨大な額の請求をなすことも可能であるので、自己の利益を実現する場合、極めて大きな威力を発揮するからである。理論上は代表訴訟で損害の賠償を取締役が命じられても、金銭は会社に移動するだけであり、株主にとっては一銭の得にもならないと言えるが、現実には賠償を命じられる取締役にとって見れば、金銭の払う先が会社であろうと、株主であろうと、関係ないのであって、代表訴訟はかなりの脅威となっており、これが株主代表訴訟において不当目的訴訟類型が多発する理由なのである。

とすれば、不当目的訴訟類型において担保提供が認められる理由も、このような代表訴訟が多発する理由と関連付けて理解するべきではないだろうか。

すなわち、不当目的訴訟類型において担保提供が命じられる理由は、原告株主が会社に代わって権利を行使するという株主代表訴訟の構造（法定訴訟担当）にあるのではなく、会社に代えて（あるいは会社と同時に）、取締役個人を訴え自己の経済的利益を有利に実現

---

<sup>32</sup>東京地判昭和 63 年 1 月 20 日判タ 667 号 165 頁。還暦を過ぎたお年寄りのサークルの会員が除名処分を受けたことを違法として会長に対して除名処分の撤回と損害賠償請求の訴えを提起したことは、訴訟を利用して不安を与えることによって不当な利益を得ようとの目的によるものであり違法であるとして、被告会長による反訴請求を認容した事例である。

できることのできる代表訴訟の位置づけにあると考えるべきである。

伊藤教授の見解は代表訴訟そのものの構造（法定訴訟担当）から不当目的訴訟類型において担保提供が命じられる理由を理論付ける見解であるが、私は、ほかの会社法上の訴えと比べた場合に、代表訴訟の持つ特徴、すなわち、取締役個人を狙い撃ちにし自己の経済的利益を実現するのに大きな力を発揮するという特徴から不当目的要件が必要になる理由を説明すべきと考える。

## 批判

では、「不当目的訴訟類型」については、つねに担保提供を命じるべきであろうか。例えば、閉鎖会社において内紛が生じ、少数派株主が会社との関係を解消しようと自己の株式の買取を求める意図を持って、代表訴訟を提起した場合を考えてみよう。この場合、不当目的類型を独自に担保提供の要件とする伊藤教授の説によれば、自己の経済的利益を追求する手段として、代表訴訟を利用しているのであり、担保提供が命じられることになりそうである。株式買取を求める意図をもって株主代表訴訟を提起するのは、共益権の正当な行使とはいえないからである。

しかし、この結論は、閉鎖会社の実態を考慮に入れず、妥当でないと考える。前述したとおり、閉鎖会社の少数派株主は、投下資本の回収手段が完全にふさがれており、投下資本の回収を図るためには、何らかの会社法上の訴えに形を変えて、訴訟を提起せざるを得ないという現実がある。この場合に、「悪意」を認定し、担保提供を命じると、少数派株主と多数派株主の対立は永続的に続くことを裁判所が承認することになってしまう。したがって、私は、上の事例では担保提供を認めるべきではなく、裁判官は当事者の真の争点をくみ和解を促進すべきであると考え。実際、閉鎖会社代表訴訟において、裁判官は、紛争の実態をくみ、株式の買取によって紛争の根本的解決を図ろうと、和解を促進しているという現実があることはすでに述べたとおりである。<sup>33</sup>

このような見解に対しては次のような反論があろう。すなわち、閉鎖会社における株主の投下資本の回収は、株主の株式買取請求権を設けることによって図るべきであって、代表訴訟の問題ではないと。その批判はもっともである。私も立法論としては、株式買取請求権制度を創設するべきであると考え。しかし、現行法上そのような制度が設けられていない以上、株主は代表訴訟や株主総会決議取消の訴え（商法 247 条）に形を変えて、現実に訴えを提起せざるを得ない。そのような社会的実態を、理論の面から批判し、担保提供を認めることは、紛争の解決という民事訴訟の目的を裁判所自身が放棄することを意味するのではないだろうか。

よって、共益権や法定訴訟担当の構造から、不当目的類型に関して担保提供を認める説は、少なくとも閉鎖会社代表訴訟においては、紛争の潜行化の観点から、取ることはで

---

<sup>33</sup> 前掲注 18)

きない。

この点、不当訴訟類型のみに担保提供を命じるべきとする単一説をとれば、株式の買取を目的とした代表訴訟であっても、担保提供を命じるべきではないとする結論が導ける。しかし、単一説も不当目的類型につき、提訴権の濫用として、訴え却下をすべき場合があるとするので<sup>34</sup>、もし株式買取目的の代表訴訟を提訴権の濫用として却下判決を下すのならば、結局、単一説と同じく紛争はなんら解決されないことになってしまう。

以上単一説、選択説を批判的に検討してきた。選択説も単一説も共に公開会社を念頭に置いた議論であって、閉鎖会社代表訴訟に、さまざまな真の紛争が形を変えて流れ込んでくるという実態を把握しておらず、閉鎖会社代表訴訟における担保提供の基準とはなりえないと言えそうである。

### 第三章 担保提供に関する自説の展開

#### (1) 自説の提唱

では、閉鎖会社代表訴訟における「悪意」の意義をどのように解すべきであろうか。私は、「悪意」の意義につき、選択説とも単一説とも異なる第三の基準を提示してみたいと考える。

すなわち、閉鎖会社代表訴訟において先ほど、少数派株主が株式の買取りをねらって、代表訴訟を提起した場合でも、担保提供を認めるべきではないと述べたが、その理由は担保提供を認めると紛争が潜行化するからであった。ということは逆に言えば、担保提供を認めても、紛争が潜行化しない場合、すなわち、真の紛争につきそれを争う手段が用意されており、かつその手段を用いることが適切とされるにもかかわらず、代表訴訟が提起された場合に「悪意」を認定して担保提供を命じるべきではないか。

より具体的にいえば

原告株主が求めている法律上の利益が、保護に値するものではあるが、その経済的利益を求める手段・制度が法律上用意されており、その制度を利用させることが適切である

ことを被告取締役が疎明した時に、「悪意」の要件を満たし、担保提供を命じるべきと考える。(以下 の基準を「紛争潜行化基準」と呼ぶこととする。)この考え方は、「悪意」の意義を、選択説・単一説のようにそれ自体として定義する説ではなく、他の会社法上の紛争解決手段との関係から、捉えようとするものである。

以下それぞれの要件について説明する。

---

<sup>34</sup>新谷勝「株主代表訴訟と担保提供制度の再検討」判夕 1009号 24頁(1999)

## 【 の要件について】

の要件を定立することは次の意味がある。まず、原告株主の求めている利益は法律上の利益でなければならない。この点で、単なる嫌がらせ目的や私怨に基づく代表訴訟であっても何の見返りも求めていない場合には、担保提供を命じるべきではなく、取締役の責任原因が存在するかという本案の審理をするべきという結論が導かれる。しかし実際には、閉鎖会社代表訴訟においては原告株主は何らかの経済的利益を求めているのであって、その意味では「原告株主の意図が法律上の利益でなければならない」という要件はあまり限定機能を果たさないであろう。

次に、そのような法律上の利益は保護に値するものでなければならない。これは、そもそも保護に値しないような経済的利益を求めているような場合、担保提供の問題ではなく、訴権の濫用として訴えの却下をすべきということの意味している。保護に値しない場合とは、換言すれば、もとめる経済的利益が、代表訴訟によって達成することはもちろん、通常の民事訴訟によっても認められないことを意味する。訴権の濫用によって、訴えを却下した長崎地裁判決<sup>35</sup>はこの点から正当化しうる。事案は、競売を妨害する意図を持った株主（詐害的短期貸借借人と通じている）が、長崎銀行の取締役を代表訴訟で訴えた事案であるが、原告の真の意図である競売の妨害は、通常の民事訴訟によっても認められない。よって、この場合、株主代表訴訟で取締役を牽制し、自己の目的を実現することは担保提供の問題以前に訴権の濫用となるのである。

なお、法律上の利益が保護に値するかは、抽象的に判断する。

## 【 の要件について】

の要件は「紛争潜行化基準」の核となる要件である。すなわち、たとえ原告株主の求めている利益が法律上保護されているものであっても、その利益を争う、あるいは主張する手段がすでに用意されている場合には、取締役個人の責任を求める代表訴訟によって、自己の利益をより有利に達成しようとすることは、許されないということの意味する。逆に言えば、そのような手段が用意されていない場合には、紛争が株主代表訴訟に流れ込んでくることもやむを得なし、裁判官は和解を促進すべきということになる。

## （２）自説のメリット

「紛争潜行化基準」を使うメリットは次の点にある。

第一に、「疎明」の手続きに適している。「紛争潜行化基準」を用いて、原告の「悪意」を疎明する場合、被告取締役は原告の真の意図と、その目的を実現するためには代表訴訟が適切ではないことを主張すればよいのであるから、取締役の責任原因があるかどうかを疎明の手続きの中で審理しなくてもよいことになる。現状は、本案の付随手続きであるは

---

<sup>35</sup> 長崎地判平成 3 年 2 月 19 日判時 1393 号 138 頁

ずの担保提供に関する審理が、本案審理化しており<sup>36</sup>、原告株主の手続き保障の点<sup>37</sup>からも、また、決定手続きが長期化しているという点からも、妥当ではない。「紛争潜行化基準」を用いて、被告取締役が原告の「悪意」を疎明すれば、比較的短時間で決定手続きが終結するはずであり、原告・被告の双方にとって望ましいのではないか。

第二に、「紛争潜行化基準」を用いれば、不当訴訟類型だけでなく、不当目的類型の代表訴訟も取締役に対する不法行為になることを説明しやすくなる。従来、不当目的類型は、会社から利益を引き出そうとする点で、会社に対する不法行為になっても、取締役に対しては、不法行為にならないとされていた。しかし、たとえ原告株主が会社から利益を引き出そうとしている場合であっても、実際に被告となり、訴訟費用を負担しているのは取締役たちである。原告株主の求める利益が株主代表訴訟以外の訴えによって求めることが適切であることを被告取締役が疎明した場合、その代表訴訟に巻き込まれた取締役にとっては、訴えの提起が不法行為になるとすることも充分成り立ちうる。

もちろん、このような考え方に対しては、不当目的類型の代表訴訟であっても、取締役の責任が認められれば、代表訴訟の目的は達成されるのだから、取締役に対して、訴えの提起が不法行為になるとはいえないという批判が考えられる。確かに、取締役の責任が認められれば、代表訴訟の目的は達成されたといえる。では、取締役の責任が認められなかった場合はどうだろうか。つまり、被告取締役が「紛争潜行化基準」によって、原告の真の意図および、その利益を主張する手段がすでに用意されていることを疎明し、かつ、

本案で取締役の責任原因がないとされ請求が棄却された場合である。この場合は、被告取締役に対する訴えの提起を、不法行為とすることも充分可能でないだろうか。そして、このように解すれば、担保提供制度が被告取締役に対する損害賠償請求権確保のための制度であるという趣旨を、不当目的類型についても全うすることができる。<sup>38</sup>

この見解に対しては、次のような批判が考えられる。自説のように、被告取締役が「紛争潜行化基準」によって、原告の「悪意」を疎明し、かつ、本案で請求が棄却されたことを要件として、不法行為の成立を認めるのは、時間の経過とともに不法行為が成立するという考え方であり、「訴えの提起」行為自体を不法行為とした昭和 63 年判決と相容れないと。

しかし、この批判は、あたらないと考える。なぜなら、訴えの提起を不法行為に当た

---

<sup>36</sup>新谷勝「株主代表訴訟と担保提供制度の再検討」判タ 1009 号 26 頁（1999）

<sup>37</sup> 担保提供の申立は、決定手続きである以上、口頭弁論を開くかも任意的であるし（民事訴訟法 71 条 1 項但書）、抗告・再抗告といった上訴手段も、判決の場合と異なって、原則として保障されているわけではない。

<sup>38</sup> 「悪意」の疎明及び 請求棄却の 2 要件で不法行為が成立すると考えると次の帰結が導かれる。第一に、「悪意」の疎明に成功し、担保提供命令が命じられた場合に、原告が担保提供をせず請求が却下された場合でもいまだ不法行為は成立していない。第二に 2 要件が成立する場合は、担保が提供されている場合であるから、請求棄却と同時にその提供された担保から不法行為債権を優先的に回収できる。（民事訴訟法 77 条）

るとした裁判例はすべて、訴えの提起が、請求棄却で終わった後に、あるいは、請求棄却と同時に（反訴で不法行為の主張がなされた場合）、不法行為にあたるとしている<sup>39</sup>のであって、暗黙のうちに請求棄却が不法行為成立のための要件となっていると読めるからである。<sup>40</sup>つまり、訴えの提起は、交通事故など通常的不法行為と異なり、もともと時間の経過とともに成立する特殊な不法行為類型なのである。<sup>41</sup>

第三に、何度も述べたように「紛争潜行化基準」は、裁判官の行為規範と適合することが挙げられる。つまり、閉鎖会社の原告株主にとっては、投下資本の回収手段は用意をされていないのであるから、何らかの会社法上の訴えに形を変えて自己の経済的利益を追求することもやむをえないのであって、代表訴訟が提起された場合に、「悪意」を認定して、担保提供を命じてしまうと、紛争が解決せず、ただ紛争に蓋をかぶせるだけになってしまう。そして、裁判官もそのような現実を踏まえて、担保提供を命じることなく、和解によって紛争の抜本的解決を図ろうとしている。<sup>42</sup>このような裁判官の行為規範と適合的な、「悪意」の基準が、「紛争潜行化基準」である。

第四に、「紛争潜行化基準」を用いれば、閉鎖会社と公開会社で異なる結論を導くことができる。代表訴訟を提起する株主が自己の株式の買取を求める場合、閉鎖会社において担保提供を認めるべきではないと結論付けた理由は、投下資本の回収手段が用意されていないからであった。ところが、公開会社では、会社の株主は、株式流通市場で、譲渡によって投下資本の回収を図ることが可能であり、また適切である。よって「紛争潜行化基準」によれば、原告株主が高値での株式の買取を要求してきた場合、担保提供命令を命じるべきということになる。

このように、閉鎖会社と公開会社とで、結論を変えることができるのが、単一説・選択説にないメリットといえる。

---

<sup>39</sup> 裁判例の分析は、池田辰夫「民事訴訟の提起と不法行為」新堂幸司先生古希祝賀・民事訴訟法理論の新たな構築（上）41頁（2001、有斐閣）

<sup>40</sup> このように解すると、逆に、不当訴訟類型につき代表訴訟が請求棄却になる以前に、担保提供の手続きの段階で訴えが不法行為になるということを事前に判断するのは無理があるのではないだろうか。訴え提起時の資料だけで本案訴訟の帰趨まで予測するのは、その後の資料提出を当然の前提とする適時提出主義（民事訴訟法156条）に反するとして、不当訴訟類型についても担保提供を認めることには慎重な姿勢をとる小林教授の見解も同様の趣旨と解することができる。小林秀之「担保提供と原告の悪意」『新版・株主代表訴訟体系』209頁（2002、弘文堂）

<sup>41</sup> 「訴えの提起が不法行為になる」という場合、訴えの提起行為自体が不法行為になるように読めてしまうのは、訴えの提起行為から訴訟の終結にいたるまでを指し示す固有の概念が民事訴訟法上なく、「訴えの提起」によって無意識的に代用されているからである。

<sup>42</sup> このような裁判官の行為規範は、民事訴訟法学にとっても「民事訴訟法の目的論」との関係で、興味深い考察対象となると考える。すなわち、形式的に弁論主義や処分権主義を適用してもなんらの解決にもならない場合、裁判官は何らかの高次の目的・理念に沿って自己の行動を規律するはずだからである。ここでの、裁判官の和解促進規範は「民事訴訟法の目的論」との関係では、紛争解決説から正当化しやすいと私は考える。

## 第四章 自説の具体的帰結

第三章では、担保提供の基準について、「紛争潜行化基準」を提唱した。「紛争潜行化基準」とは、すなわち

原告株主が求めている法律上の利益が、保護に値するものではあるが、  
その経済的利益を求める手段・制度が法律上用意されており、その制度を利用させることが適切である

ことを被告取締役が疎明した時に、「悪意」の要件を満たし、担保提供を命じるべきであるとする基準である。

第四章では、この基準を用いた場合、表【閉鎖会社代表訴訟の目的別分類】に掲げられている、それぞれ場合につき、「悪意」を認定し、担保提供を命じるべきかを各論的に考察する。考察は類型、類型、類型、類型の順におこなう。

### (1) 類型 (少数派株主が代表訴訟を提起した場合 + 離脱型)

少数派株主が株式の買取を目的として代表訴訟を提起した場合は、何度も述べたように、担保提供を命じるべきではなく、裁判官も和解を勧めている。ここではそれを確認しておこう。

の基準について...

原告の求めている投下資本の回収という利益は、法律上保護に値する<sup>43</sup>ものである点については異論が見られないであろう。よって の基準は満たす。

の基準について...

では、投下資本の回収という利益を株主は享受できるか。定款に譲渡制限のある会社では、一度紛争が生じると、株式は譲渡することが不可能になる。よって の基準は満たさないといえる。

したがって、 の基準は満たすが、 の基準は満たさないので、担保提供を命じるべきではないとの結論が導かれる。

では、株式買取請求権が法律上規定された場合<sup>44</sup>は、どのように考えるべきであろうか。この時は、 の要件を満たすので、株主代表訴訟によって、株式の高値での買取を狙うことは許されず、担保提供を命じるべきである。担保提供を命じても、株式買取請求制度がある以上、紛争が潜行化することはないからである。

---

<sup>43</sup> もっとも、投下資本の回収がなぜ法律上保護に値するかをさらに突き詰めていくと、かなり哲学的な問題に行き着く。

<sup>44</sup> 具体的な株式買取請求権のあり方については、見解の対立がある。問題の全体像をつかむには、シンポジウム「小規模・閉鎖会社の立法」私法 46 号(1984)117 頁以下を参照。

## (2) 類型 (多数派株主が代表訴訟を提起した場合 + 離脱型)

多数派株主が、経営の邪魔をする少数派株主を会社から追い出す目的(除名目的<sup>45</sup>)をもって、少数派側の元取締役に対し、代表訴訟を提起した場合が類型 にあたる。

少数派株主が各種情報開示請求権や株主総会決議取消請求権などの株主権を濫用した場合、当該請求自体を遮断することはできるが、除名制度が法定されていない以上、少数派株主は再び別の請求を立てることができるので、何の解決にもならない。

そんな中、唯一多数派株主が、少数派株主に対して、攻撃的になれるのが、代表訴訟なのである。(すでに第1章で説明した。)

では、多数派株主が、経営の邪魔をする少数派株主を会社から追い出す目的で代表訴訟を提起した場合、担保提供を命じるべきであろうか。「紛争潜行化基準」に照らし合わせて考えてみよう。

多数派株主が少数派株主との関係解消を求めるのは、単なる私怨や嫌がらせではなく、法律上の利益といえる( の基準の前段は満たす)。問題はそのような目的が保護に値するかである( の基準の後段が問題となる)。これは、実体法上、閉鎖会社において除名制度を設けるべきかという問題に帰着する。

除名制度を設けるべきではないという立場からは、そのような利益は保護に値するものとは言えず、代表訴訟は却下される<sup>46</sup>。

逆に除名制度は必要であるとする立場からは、除名制度がない以上、多数派によって代表訴訟が提起されることもやむをえず、担保提供を命じるべきではないという結論に達する( の基準を満たさないから)。そして、裁判官としては、価格の問題に後見的に関与しながら、和解によって株式の買取を勧めるべきであるということになる。

本稿は、除名制度の要否に関する論文<sup>47</sup>ではないので、詳述することはしないが、私は、

---

<sup>45</sup> 具体的には、被告の元取締役が株式を多数派に売り渡すことを条件に代表訴訟を取り下げることを相手に告げているような場合や、被告取締役の責任を判決によって確定した上で、被告の所有株式を強制執行により取得する場合である。

<sup>46</sup> 17頁【 の要件について】参照。

<sup>47</sup> 除名制度は必要であるとするものとして、大野正道「有限会社における社員の除名・退社と補償条項」鴻常夫先生古希記念・現代企業立法の軌跡と展望(商事法務研究会,1995)283頁、同「有限会社における社員の除名制度 西独の判例及び学説を参考にして」商事法務1119号,48頁(1987)、野村修也「閉鎖的資本会社における除名制度の必要性について」西南学院大学法学論集25巻2=3号211頁(1993)、同「閉鎖的資本会社における社員関係の解消手段について」西南学院大学法学論集28巻1=2号169頁(1995)。大野教授は有限会社においてのみ除名制度を設けるべきとするが、野村教授は株式会社においても除名制度は必要であると論じる点で違いはある。なお中東正文「閉鎖会社における少数株主の締め出しと除名 アメリカ法を素材として」中京法学30巻4号(1996)39頁参照。

一方、除名制度の創設に反対するものとして、浜田道代「閉鎖会社における投下資本の回収と閉鎖性の維持」商事法務983号7頁以下,11頁(1983)、森淳二郎「閉鎖会社における閉鎖性の維持と投下資本の回収」法律時報56巻11号25頁注9)(1984)

除名制度は必要<sup>48</sup>であると考えるので、担保提供を命じるべきではないと考える。

### (3) 類型 (少数派株主が代表訴訟を提起した場合 + 存続型)

#### (a) 取締役への復帰を意図する場合

少数派株主が送り込んでいる取締役が、特別決議により適法に解任され(商法 257 条第 1 項・第 2 項)、取締役への復職を求めて代表訴訟を提起した場合を想定してみる。

この場合、担保提供を命じるべきであろうか、「紛争潜行化基準」にあてはめて考えてみよう。まず、取締役への復帰は法律上の利益といえるので、前段の要件はみたく。次に、問題となるのが、除名と同じく、後段の要件、すなわち、その利益が保護に値するかである。通説は、任期に定めがあるか、解任に正当事由があるか否かを問わず、株主総会の特別決議(有限会社の場合は、社員総会の普通決議で足りる)さえあれば、何時でも取締役を解任しうると解するので、特別決議で解任された取締役がその復帰を求める利益は保護に値しないと考えるであろう。よって、解任決議取消の訴えによっても認められない自己の経済的利益を、取締役を牽制することによって達成しようとすることはなおのこと認められず、却下判決を下すことになる。

これに対し、多数派株主は少数派株主に誠実義務を負い、正当な理由なく少数派株主を取締役の地位から解任した場合は、少数派株主に対する誠実義務違反となるとする見解<sup>49</sup>によれば、取締役への復帰は保護に値する利益ということになる。もっともこの見解によっても、その利益は解任決議取消の訴え(商法 247 条)によって図るべき<sup>50</sup>であるといえる

---

<sup>48</sup>一般に閉鎖会社において除名制度が必要であるとする説は、閉鎖会社の内部関係が、除名制度をすでに設けている組合(民法 679 条 4 号、680 条)に類似する点を指摘する。しかし、問題はなぜ、その組合において除名制度が設けられているかであろう。

ここで、逆に民法上、組合に除名制度が存在しない場合の不都合性を考えてみる。まず、組合員間の信頼関係が破綻した場合でも関係を継続しなければならなくなる。とすれば、「信頼関係の維持」が除名制度の存在するひとつの理由であるといえそうである。しかし、「信頼関係」といったような言葉はなかなか法の分析対象となりにくい。では、そのほかの不都合はあるだろうか。組合員は「無限責任」で結びついていること(民法 675 条)が重要な意味を持つ。すなわち、除名制度が存在しなければ、組合員が無限責任で結びついている限り、ある組合員の不行跡が他の組合員の責任を拡大する可能性が常にあるのである。とすると、組合員の「無限責任」での結びつきが、除名制度を必要とする方向に働くひとつの要素といえそうである。

そう考えると、閉鎖会社において実質上株主有限責任が修正されているという社会的事実(法人格否認の法理、商法 266 条ノ 3、株主が会社債務につき連帯保証・物上保証・手形保証をする等)は、除名制度を設けるべきとする説のひとつの考慮要素となるかもしれない。

<sup>49</sup>潘阿憲「会社持分支配権濫用の法理」399 頁(2000,信山社)

<sup>50</sup>潘助教は、誠実義務違反の一つ効果として、総会決議取消事由になると解されているが(商法 247 条 1 項 3 号準用)多数派株主の多数決濫用の効果として決議無効事由になると解する説も多い。潘阿憲「会社持分支配権濫用の法理」369 頁以下、433 頁注 27)(2000,

ので、 の基準を満たし、担保提供を命じるべきということになる。

#### (b) 配当を求める意図

次に、多数派株主が会社から上がる利益を役員報酬という形で吸い上げ、少数派に対し配当もしない場合、少数派株主は代表訴訟によって取締役を牽制して自己の経済的利益を図ることは許されるだろうか。

まず、 の基準についてみてみよう。配当を求める利益は法律上の利益<sup>51</sup>といえ、保護に値することに異論は見られないであろう。<sup>52</sup>

では、少数派はそのように保護に値する利益配当に与かる権利を侵害された場合どのような手段によって、その損害の回復を図りうるか。 の基準に関して問題となる。第一章で見たとおり、まず考えられるのが、利益配当を抑える旨の利益処分案を承認した決議の取消し、無効を主張することである(商法 247 条、252 条)。しかし、この訴えは請求が認容されたとしても、新たに株主総会が具体的な配当を行わない限り、少数派株主は一銭の配当を受けることもできない点で有効とはいえない。

次に、株主は商法 266 条ノ 3 によって、直接自己に配当をよこすよう請求することが考えられる。この場合の少数派株主の損害は、会社に損害が生じていないので、直接損害と考えることができるが、商法 266 条ノ 3 による請求を認容した判例は見当たらなかった。

ただし、代表取締役の利益相反行為により会社に損害が生じ、その結果、配当請求権が侵害されたとして(間接損害事例)、商法 266 条ノ 3 による請求を認容した判例がある<sup>53</sup>。株主の間接損害の救済は、代表訴訟によって図るべきという議論が多数説を占めると思われる中で、閉鎖会社の特質を踏まえ、請求を認めた事例といえる。

株主の間接損害についてこのように請求が認められたことを勘案すれば、株主の直接損害についても 266 条ノ 3 の請求を認める余地は充分にあり、今後の判例の動向が注目される。

ただ、今のところ、そのような判例理論は形成されていないのであるから、 の基準は満たされていないと解したい。よって、配当の抑制に再考を促す意図の代表訴訟については、担保提供を命じるべきではなく、裁判官は和解によって裁判を終結させるべく訴訟運営をすべきであると考えられる。

#### (4) 類型 (多数派株主が代表訴訟を提起した場合 + 存続型)

最後に、多数派株主が、少数派株主側の取締役を嫌がらせ目的で代表訴訟を提起した

---

信山社)

<sup>51</sup> 田中誠二・三全訂会社法詳論下巻 875 頁(1994, 勁草書房)は、利益配当に与かる権利は平均的株主にとり本質的に重要な権利として固有権と解すべきとする。

<sup>52</sup> もちろん、具体的な配当の有り様は各会社によって様々であるが、前述したように、の要件は抽象的に判断する。

<sup>53</sup> 福岡地判昭和 62 年 10 月 28 日判時 1287 号 148 頁

場合を考察する。この場合は、 の基準の前段、「法律上の利益」と言えないので、担保提供命令を下すべきではないという結論になる。これ自体はそれほど異論のないところであろう。実際、閉鎖会社代表訴訟においては嫌がらせ目的があるのが普通であり、これをもって担保提供を命じたのでは、閉鎖会社において代表訴訟がまったく機能しなくなってしまう。

このように類型 は、担保提供を命じるべきかについて問題となる点がない。しかし、類型 では、被告となっている少数派側取締役が損害の全額を負担させることが妥当であろうかという、損害の評価の問題が新たに生じる。

商法 266 条 1 項・5 項の規定があるため、少数派取締役であろうとなかろうと、損害の全額を賠償させるというのもひとつの考え方であるが、少数派側取締役が損害を全額賠償した場合、多数派株主はその賠償金を自由に、役員報酬などの形で適法に処分できてしまう。これは明らかに妥当ではないだろう。損害の一部について多数派にも負担させることが必要となる場合があるはずである。解釈論としての、「会社側の過失」・「過失相殺の法理」はそれを根拠付ける理論であるが、大事なことは、裁判官の評価規範としても、閉鎖会社代表訴訟の特色が反映されていなければならないということである。

つまり、閉鎖会社代表訴訟では、裁判官の行為規範としての和解促進規範だけでなく裁判官の評価規範としての責任軽減法理が、車の両輪となって妥当な結論を導くことができるのである。そして、類型 は、後者の規範が問題となる典型的な領域といえる。

## 最後に

本稿では、閉鎖会社代表訴訟における担保提供の「悪意」の意義につき、「紛争潜行化基準」という基準を提唱した。「紛争潜行化基準」の特徴は、「悪意」の意義を代表訴訟と他の紛争解決手段との関係から導く点にある。そこには、株主が求める利益が保護に値するものであったとしても、その利益を確保する手段が用意されていなければ、代表訴訟に流れてくるのもある程度やむをえないという価値判断がある。

しかし、そのことは、代表訴訟を紛争解決手段として積極的に活用すべきであるということの意味しない。むしろ、逆である。株式買取請求権制度・除名制度などを設けることによって、株主が自己の経済的利益を直接争えるようにし、株主代表訴訟の重要性を相対的に下げること、それこそが最も重要なことなのである。

そして、「紛争潜行化基準」の真の意義は、そのことを再認識させてくれることにあると解すべきであろう。