

## ― 商事判例研究 ―

役員の責任追及等の訴えに関する規定に基づいて役員等以外の者を被告とする詐害行為取消訴訟提起の可否

(仙台高判平成二四年二月二七日判時二一九五号一三〇頁)

一ノ澤 直 人

### 一 【事実の概要】

特例有限会社であるA社（以下「本件会社」という。）の株主であるX（控訴人、原告）が、本件会社の取締役であった訴外B及び同Cから本件会社の株式を贈与されたY（被控訴人、被告）に対し、株式会社における責任追及等の訴え（以下「責任追及等の訴え」という。）に関する規定（会社法八四七条三項）に基づき、本件会社のために詐害行為取消の訴え（民法四二四条一項）を提起し、上記各贈与の取消しを求めた事案である。

本件会社は、不動産の賃貸、食料品の卸等を目的とし、所有建物をテナントに賃貸して賃料を得てきた。Xは、本件会社の発行済み株式三〇〇〇株のうち一四〇〇株を保有しており、もともと本件会社の取締役であったが、商業登記簿上、平成二一年一月一日付けで、同月二日取締役を解任された旨の登記がされている。Bは、平成一〇年八月二七日から平成二一年四月三日まで、本件会社の代表取締役であり、平成二二年四月四日から平成二二年六月一五日まで本件会社の取締役であった者

である。Cは、平成一〇年八月二七日から平成二一年四月三日まで、本件会社の取締役であり、平成二一年四月四日から平成二二年六月十五日まで本件会社の代表取締役であった者である。平成二一年一月三〇日、Bの取締役兼代表取締役の職務執行停止の仮処分決定がされて職務代行者としてD弁護士が選任され、各登記がされていたところ、平成二二年二月二五日、上記各決定の取消決定がされ、上記各登記につき抹消登記がされている。

Bは、平成二三年一〇月二六日、Yとの間で、本件会社の株式二二四〇株を贈与する旨の贈与契約（以下「本件株式贈与一」という。）を締結した。Cは、同日、Yとの間で、本件会社の株式二三五株を贈与する旨の贈与契約（以下「本件株式贈与二」といい、本件株式贈与一と併せて「本件各株式贈与」という。）を締結した。Yは、Bの孫であり、Cの子である。

Xは、平成二三年九月二八日付け書面により、本件会社（代表取締役E）に対し、本件各株式贈与契約を対象とする詐害行為取消の訴えの提起を請求したが、請求の日から六〇日以内に、本件会社が訴えを提起しなかった。このため、Xは、同年二月二三日被告送達の前訴状により、本件会社に代わって、Yに対し、本件訴えを提起し、本件各株式贈与につき、それぞれ詐害行為取消権を行使したものである。なお、原告Xの主張によれば、本件会社の預金を、Bらが代表取締役および取締役在任中に私的に流用し、横領した結果、会社に少なくとも一億二〇四一万二四四円の損害を与え、本件株式贈与により資力を悪化させ、Bらの当時の財産では、損害賠償債務の履行が困難になること、平成二三年六月二五日に本件会社とBらとの間で横領金額を六〇〇〇万円としたBら所有の不動産等による代物弁済等による支払いをする旨の和解は、Xの同意はなく取締役の対会社責任を追及を妨げるものではなく、Bらの資力等から和解による債務の履行も不可能であるとしている。

原審（仙台地判平成二四年五月九日判時二一九五号一三二頁）は、本案前の争点として、詐害行為取消訴訟が会社法八四七

条の対象外の訴訟か否かについて判断し、会社法八四七条三項が、広く株主に、責任追及等の訴えを提起する権限を認めているのは、「会社が、役員等に対し、役員等の地位に基づく債務又は役員等の会社との取引に基づく債務の履行の請求を怠っている場合に、その限りにおいて、例外的に、株主に対し、役員等を相手として、一定の訴訟を提起、追行する権限を認めたもの」と解し、その範囲を超え会社の有する権利を行使することを認めたものではないとして、本件訴えは、Xが本件会社に対して損害賠償債務を負うB、Cから株式譲渡を受けたYに対し、詐害行為取消権を行使するものであり、Xにはその権限がなく本件訴えを不適法として、却下した。このため、Xがこれを不服として控訴したものが本件である。

## 二 【判旨】控訴棄却（上告・上告受理申立て（却下・確定））

「会社法八四七条三項は広く株主に責任追及等の訴えを提起することを認めているが、これは、株式会社の代表機関と役員等との関係に鑑み、株式会社役員等に対する責任追及を怠る場合に、株主に対して株式会社のために責任を追及する訴えを提起することを認めることにより、株式会社ひいては株主の利益を保護しようとする趣旨に出たものと解される……会社法は、株式会社の所有と経営とを分離し、株式会社の業務執行については、原則として取締役や代表取締役等の執行機関にこれを委ねている（会社法三四八条、三四九条）。他方、株主については、株主総会における議決権行使や議題の提案を通じて取締役の選解任や報酬の決定を行うことを基本的な権利として認め（同法二九五条一項、三〇三条、三〇八条ないし三一三条、三二九条、三三九条、三七一条等）、更に一定数等の株式保有要件を充たした株主には、株主総会招集請求権（同法二九七条）、株主総会検査役の選任請求権（同法三〇六条）や、業務の執行に関する検査役の選任権（同法三五八条）、取締役の違

法行為差止請求権（同法三六〇条）及び取締役の解任の訴えの提起権（同法八五四条）等を認めるにとどめている……こうした株式会社の業務執行に関する会社法の基本構造の下で、会社法が、株主に対して責任追及等の訴えを提起することを特に認めていることからすると、それは、株式会社役員等に対して役員等の地位に基づく債務又は役員等の株式会社との取引に基づく債務の履行の請求を怠っている場合などに、例外的に、株主に対し、株式会社のために、その役員等を相手方とする訴訟を提起、追行することを認めたものというべきであつて、およそ役員等の責任追及等のために必要でありさえすれば、誰に對してでもどのような訴訟でも提起することを認めたものと解することはできない」

「責任追及等の訴えについての会社法の規定をみるに、会社法八四七条一項は、責任追及等の訴えを『発起人、設立時取締役、設立時監査役、役員等（第四二三条第一項に規定する役員等をいう。以下この条において同じ。）若しくは清算人の責任を追及する訴え、第一二〇条第三項の利益の返還を求める訴え又は第二一二条第一項若しくは第二八五条第一項の規定による支払を求める訴え』と定義している……会社法が第七編第二章に規定する各種訴訟について被告適格に関する具体的な規定を設けている（同法八三四条、八五五条、八五八条二項、八六一条、八六四条、八六六条）のに対し、責任追及等の訴えについては被告適格に関する規定を特に設けてはいないが、これは、責任追及等の訴えについては、文理上被告となるべき者が明らかであることによるものと解される。すなわち、会社法八四七条一項のうち前段の役員等の責任を追及する訴えは、その『責任を追及する』との文理上、責任追及の対象となる役員等（その趣旨に照らし、役員等であつた者及びそれらの一般承継人を含むものと解される。以下同じ。）が被告となることを当然に予定しているものというべきであり、また、同条同項のうち後段の訴えは、第三者である株主権の行使に関して利益の供与を受けた者、著しく不公正な払込金額で株式を引受けた者又は著し

く不公正な条件で新株予約権を引き受けてこれを行使した者（その趣旨に照らし、それらの一般承継人を含むものと解される。以下同じ。）が被告となるもので、こうした訴えを限定的に列挙したものと解される……株主代表訴訟制度についても、その累次の改正過程を通じて、その被告とすべき者については、取締役等の役員等のほかは、特に限定的に列挙した者を規定するにとどめているのであつて、制度の趣旨を全うするため被告とすべき者の範囲を拡張し、たとえば取引の相手方などにも押し及ぼそうとすることが検討されたような形跡はみられないが、こうした点も、上記の解釈と整合性を有する」

「会社法八四七条三項が規定する責任追及等の訴えにおいて、その被告とすべき者（被告適格を有する者）は、同条が明示的に規定する者、すなわち、責任追及の対象である役員等のほかは、株主権の行使に関して利益の供与を受けた者、著しく不正な払込金額で株式を引き受けた者又は著しく不公正な条件で新株予約権を引き受けてこれを行使した者のみに限られているものと解するのが相当であつて、制度の趣旨をより拡充するという名の下にこれを拡張して解釈することは許されないものといふべきである」

「控訴人は、会社法八四七条三項による役員等に対する損害賠償請求権の行使が認められても、それを実現するための強制執行、保全手続とともに詐害行為取消権の行使が許容されなければ、本件のような場合に役員等の責任財産が散逸されることを防止できないから、責任追及等の訴えを認めた趣旨が没却される旨主張する……なるほど、詐害行為取消の訴えには、債務者の責任財産を保全することを目的とする点で保全手続に通じる機能があり、この訴えを責任追及等の訴えに関する規定に基づいて提起することが認められれば、責任追及等の訴えの実効性がより高まるであろうことは否定し難いところである……けれども、上記のような会社法の基本構造及び会社法の関係条文の文理に照らすと、責任追及等の訴えに関する規定に基づいて役

員等に対する損害賠償請求権を本案とする保全あるいは強制執行の手続を執ることが認められる場合があるとしても、その相手方とすべき当事者は前同様に会社法の定める上記の者に限られるというべきであるから、それ以外の者を相手方とする許害行為取消の訴えを許容することはでき(ない)」

「本件訴えは、責任追及等の訴えにおける被告とすべき役員等ではなく、その取引の相手方を被告とするものであって、被告適格を欠く者を当事者とする訴えであるから、不適法というべきである」

### 三 【研究】

#### 1 本判決の位置付けと株主代表訴訟の範囲

本判決は、会社法八四七条三項を根拠として、株主が会社に代わって、役員から贈与を受けた本件被告Yのような役員等以外の者に民法四二四条一項の詐害行為取消の訴えを提起できるかが争われた公判されたものとしては初めての事案であると考えられる。<sup>(1)</sup> 本判決の争点としては、①会社法八四七条三項の代表訴訟で株主が詐害行為取消訴訟を提起できるのかということと、それと関連して、②同条一項以外の者を被告とすることができるのかということであると考えられる。①に関しては、代表訴訟で提起できる内容・範囲ということができ、②については、代表訴訟の被告適格ということになるだろう。さらに、これらを否定した場合、代表訴訟の実効性を確保するための手段は何かということが問題であると考えられる。

まず、責任追及等の訴えの内容については、従来代表訴訟で追及できる責任の範囲として議論されてきた。取締役らに会社が訴えの提起を懈怠する可能性を問題として、会社に対して負担する取引上の債務も含み役員等が会社に対して負う債務全

般を対象とするという全債務説と、全債務説では会社の経営上の判断を制約しすぎるとして、代表訴訟の範囲は総株主の同意によってのみ免責が認められる会社法上の取締役の責任追及のためにのみ提起できると解する限定債務説<sup>3)</sup>などが、主張されてきた。判例の動向は、取締役の就任前の行為に関する損害賠償債務や、会社と取締役との間の取引により生じた取締役の取引債務や登記請求権について争われ、下級審では全債務説、限定債務説<sup>4)</sup>にたつものに分かれてきたが、最判平成二十二年三月一〇日民集六三卷三三三頁は、会社法改正(平一七法八七)前商法二六七条一項の解釈として、取締役の地位に基づく責任を追及するもの、また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し、所有権に基づく登記名義の回復請求を否定しつつ、取締役との名義借用契約終了に基づく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場合には、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して、これを認めている<sup>5)</sup>。

会社法においてもこの最高裁の平成二十二年判決と同様の解釈がなされるとすれば、代表訴訟の責任追及の訴えの範囲は、取締役の地位に基づく責任を追及するもの、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なり、損害賠償請求だけでなく、取引を原因とする権利移転登記等も認められることになる<sup>6)</sup>。

この点、本判決でも判旨で述べられているとおり、そのような場合に例外的に責任追及等の訴えを提起でき、責任追及のために必要でさえあれば、誰に対してもどのような訴訟でも提起することはできないとすることで否定し、会社法八四七条の責任追及等の訴えについても、上記最高裁の平成二十二年判決の論旨を踏襲するものと解される。原審は本案前の判断であるため、事実関係は明らかではないが、原告の主張によれば、取締役の横領による会社に対する損害賠償責任であり、取締役の責任の範囲としては、取締役に対する損害賠償請求自体は全債務説・限定債務説のいずれであったとしてもその対象にはなるだろう。

ただ本判決ならびに原審ともに、その債務の履行請求権の確保のために、詐害行為取消訴訟などの会社の有する権利を行使することを株主にすべて認めたわけではなく、八四七条の責任追及等の訴えは、明文によって例外的な場合に定められたものとする。ゆえに、本判決・原審ともに会社法の基本構造を根拠として、株主代表訴訟による詐害行為取消訴訟の提起を否定している。<sup>(8)</sup>

## 2 八四七条三項の被告適格

上記会社法の基本構造の理由に加え、さらに本判決は八四七条の被告適格の問題として検討している。会社法は会社法上の訴訟に関して、被告適格の規定を置くことよって、明確化しているが、責任追及等の訴えについては、直接の規定はないものの同条一項の文理上、被告適格が役員等の同項に規定される者に限定されるとする（一般承継人を含むとする）。Yは役員等ではなく、その取引の相手方であり被告適格を欠くとして、同条が規定する以外の者を相手方とする詐害行為取消の訴えについて、否定している。従来判例は、退任した役員に対する代表訴訟について、辞任することで責任の回避を防ぐため、役員等の地位にある者が業務に関してした行為であればよいとしてその対象とし<sup>(9)</sup>、また一般承継である役員等の相続人が被告適格があると解されてきた。<sup>(10)</sup> 一方で、取締役でも監査役でもない者に対する株主代表訴訟提起については、これを否定している。<sup>(11)</sup>

学説では、退任役員について判例同様認められるとされてきたが、<sup>(12)</sup> 同条で役員等として規定されていない者の被告適格については、会社外の第三者に対する代表訴訟提起を認めれば代表取締役・監査役の会社運営に関する裁量を侵すことになり妥当ではないとしつつも、構造的にバイアスが存在する場合に、列挙対象者以外への類推の可能性を指摘する見解が示唆されて



いる。<sup>(13)</sup>この点、本判決は制度趣旨による拡張解釈を認めず、責任追及の実効性を認めつつも、会社法の基本構造ならびに会社法の文理解釈として限定列举とする説を採用するものといえる。その上で責任追及の実効性確保に関しては、株主による執行・保全手続の可能性を、指摘している。

### 3 株主の権利行使とその確保

前述のように、役員の実効性の確保については、責任追及等の訴えとして訴害行為取消の訴えを第三者に提起することは否定するが、役員等に対する損害賠償請求権を本案とする保全あるいは強制執行の手続を執ることが認められる場合があるとしている。<sup>(14)</sup>この点従来の手続法上の議論を概観してみると、責任追及等の訴えを提起した株主が勝訴した場合に強制執行が可能かということが問題となる。すなわち、勝訴判決により原告株主（民事執行法二三条一項一号）および会社（同項二号）が債務名義を獲得するとされるためである。<sup>(15)</sup>強制執行の実施には債務名義の正本である勝訴判決の正本が必要であり（同法二五条）、会社が強制執行を行う場合には債権者である株主に正本の提供を受ける必要があるとされる（同法二七条二項）。また、株主が強制執行を行った場合、会社は配当要求をできず、制度的に会社の損害回復が保障されていないことが指摘されている。<sup>(16)</sup>このため、手続法上の議論として、株主の執行権限、配当受領権限の行使を否定し、会社のみ強制執行の実施の権限を認める見解と、責任追及等の訴えの法定訴訟担当である株主の執行債権者資格は民事執行法二三条一項の文言上否定しえず、強制執行による配当受領権者は会社にあるとする見解、代表訴訟に引き続き強制執行においても、会社は、みずからの執行正本に基いて執行申立てに出るのでないかぎり、その代表機関的地位にたつ株主の活動にまたなければなら

い（悪意で不適切な執行をした株主に対しては損害賠償請求）とする見解などが<sup>(19)</sup><sup>(20)</sup><sup>(21)</sup>示されている。実務上は後者の見解による運用がなされ、配当受領権者は会社であるとされ、会社法の下でも同様の解釈、運用が妥当するとされている<sup>(22)</sup>。

また、法定訴訟担当として責任追及等の訴えの原告である株主が自ら役員等に対する保全処分ができるかについても問題になる。株主に法定執行担当を認めない見解によれば保全処分も否定されることになるが、株主が法定執行担当であることを認めることで、法定保全担当を認める見解となるだろう<sup>(23)</sup><sup>(24)</sup>。保全命令の申立てにあたっては、責任追及等の訴えに相当する手続が必要と解されるが（八四七条三項参照）<sup>(25)</sup>、保全処分の迅速性及び密行性を考慮すれば、提訴請求の規定は適用されないという見解<sup>(26)</sup>、原則として提訴請求に相当する手続を必要とし、八四七条五項にあたる場合は直ちに保全命令の申立てができるという見解が示されている<sup>(27)</sup>。

この点本判決は、株主が法定訴訟担当、法定保全担当であるかについて、直接触れてはいないが、その理由において「責任追及等の訴えに関する規定に基づいて役員等に対する損害賠償請求権を本案とする保全あるいは強制執行の手続を執ることが認められる場合がある」としていることから、これを肯定する見解に立つものと解されうる<sup>(28)</sup>。

#### 4 まとめ

本判決は、上記のとおり、八四七条三項の株主による役員等の責任追及等の訴えにおいて、役員等から贈与を受けた同条に規定されていない役員等以外の者に対して、詐害行為取消訴訟を提起できるかについて、これを否定する最初の判断を示したものであると考えられる。その判断の理由として、責任追及等の訴えが、会社法の構造上、株主権として同訴えが例外的に認

められものであること、その対象の範囲も最高裁の平成二二年判決を踏襲し、役員等の地位に基づく債務又は役員等の会社との取引に基づく債務の履行の請求に限定されることを明らかにしている。その上で、被告適格は法の規定する者に限定され、本件のような特定承継人は含まれないと判断したものである。換言すれば、①会社法八四七条三項の代表訴訟で株主が詐害行為取消訴訟を提起できず、②同条一項以外に規定する者以外は被告適格がないとするものである<sup>(29)</sup>。判旨の理由に、さらに加えるならば、代表訴訟における原告株主と同様に法定訴訟担当である破産管財人は、破産手続開始決定後、詐害行為取消の訴えを提起することはできず、否認権を行使することができるが（破産法一七三条参照）、それは破産法より破産管財人の権限として定められているためであつて（破産法七八条一項）<sup>(31)</sup>、会社法は、株主にこのような権限を定めてはいないことから、本判決の判断は妥当であると解されよう。ただ、本判決が指摘するように役員等の責任追及等の訴えの実効性を確保する必要があるが、本案訴訟の提起手続と同時に保全処分手続を認め、さらに会社に回復することができない損害が生じるおそれがある場合には直ちに保全命令申立てを認められる必要があるといふべきであろう<sup>(32)</sup>。また、原審が説示するように株主が債権者として会社法四二九条一項の規定に基づく損害賠償請求権を行使できる場合には、株主が債権者となつて詐害行為取消の訴えを提起できると考えられる。この場合、株主への取締役の加害行為や債務不履行などの直接損害だけではなく、本件のように横領により会社に生じた間接損害について、四二九条一項による株主の損害賠償請求をどのような要件で認めるかは検討の余地があると考えられるだろう<sup>(34)(35)(36)(37)</sup>。

（付記）本稿は、平成二五年一月一六日開催の第六四二回九州大学産業法研究会での報告をもとに加筆したものである。同研究会で貴重なご意見・ご助言等を賜りましたこと、ならびに、執行法・保全法に關しまして東洋大学法学部清水宏教授に貴

重なご助言を賜りましたことを、ここに記して、感謝の意を表します。( )

- (1) 代表訴訟が認められる範囲として本件に関連すると思われる裁判例としては、大阪地判昭和三八年八月二〇日下民集一四卷八号一五八五頁、当該事件の原告らの主張によると、会社の財産のほとんどというべき土地、建物を代表取締役が他に売却し、移転登記を完了したことに対して、会社の株主である原告らが、それら不動産を取戻すために会社の重要財産として会社法改正(平成一七法八七)前商法二四五条により株主總會の特別決議を要するにもかかわらず、これをせずに売却したとしてその無効を主張し、代表取締役を相手に所有権確認の訴えを提起し、その後譲受人である引受参加人に対して、所有権確認、移転登記抹消、建物明渡しおよび損害賠償の請求を行った。その根拠として会社の権利を代位行使すること(民法四二三条)と代表取締役に対して不動産を取戻すことを請求する代表訴訟(会社法改正(平成一七法八七)前商法二六七条)を提起し、代表取締役が引受参加人に対して有する権利を代行するものであると主張した事案である。裁判所は、株主に代位の基礎となるべき債権がないこと(抽象的な配当請求権はこれにあたらぬ)、債権者代位権を認めると少数者によって社団の意思決定がされてしまい原則から逸脱すること、代表訴訟は「会社の取締役に対する責任追及の懈怠を是正するため」に許容されたものであって、「義務自体の強制実現を意図したもの」ではないこと、「取締役の会社運営に関する裁量の自由が不当に奪われ」るから、取締役以外の第三者に対する代表訴訟を認めることはできないとする。この判決に対しては、株主は会社の債権者ではないから代位行使は一般的に認められないとしながら、会社財産の著しい減少によって株価が暴落するといったような場合は、民法四二三条の類推適用を認めることができるのではないかという見解が示されている、ただその場合であっても債権者代位権と代表訴訟の結合を認めることは、株主が代表訴訟によって取締役以外の第三者を相手とする不当な結果となるとし、代表訴訟の対象とはならないとする(服部榮三・ジュリスト三四四号一三〇頁(一九六六年))。
- (2) 石井照久『会社法 上巻』三五九頁(勁草書房 一九六七年)、鈴木竹雄Ⅱ竹内昭夫『会社法(第三版)』三〇〇頁(有斐閣 一九九四年)、田中誠二『三訂会社法詳論上巻』七〇二頁(勁草書房 一九九三年)、大隅健一郎Ⅱ今井宏Ⅱ小林量『新会社法概説(第二版)』二四三頁(有斐閣 二〇一〇年)参照。
- (3) 北沢正啓「株主の代表訴訟と差止権」『株式会社法研究』二九三頁(有斐閣 一九七六年)、江頭憲治郎『株式会社法 第四版』四五八頁(有斐閣 二〇一一年)参照。

- (4) 全債務説による主な裁判例としては、大阪地判平成一年九月二三日判時一七一九号一四二頁、大阪地判平成一八年五月二五日金判一三一五号一頁、大阪高判昭和四四年一〇月三日高民三三卷二二〇頁、限定債務説による主な裁判例としては、東京地判平成一〇年一月二七日判時一七〇一号一六一頁、大阪高判平成一九年二月八日金判一三二五号五〇頁、神戸地判昭和四四年三月三〇日高民三三卷二二〇頁参照。
- (5) 同判決の主な評釈として、鳥山恭一・法学セミナー一六五号一二二頁(二〇〇九年)、弥永真生・ジュリスト一三八〇号六四頁(二〇〇九年)、田中庸介・法と政治六〇卷三三〇一頁(二〇〇九年)、根本伸一・速報判例解説(法学セミナー増刊)五号一二七頁(二〇〇九年)、石山卓磨・金融・商事判例一三三三二頁(二〇〇一年)、藤原俊雄・判時二〇五七号一九二頁(二〇〇一年)、福島洋尚・ジュリスト臨時増刊一三九八号一二二頁(平成二二年度重刊)(二〇〇一年)、北村雅史・民商法雑誌一四二卷二二〇一頁(二〇〇一年)、宮本航平・法学新報一一八卷一―二二六三七頁(二〇〇一年)、岸田雅雄・別冊ジュリスト二〇五号一四〇頁(会社法判例百選 第2版)(二〇〇一年)、野村修也・『実務に効くコーポレート・ガバナンス 判例精選』ジュリスト増刊一八八頁(二〇一三年)参照。
- (6) 反対、江頭・前掲注(3)四五八頁参照。
- (7) 原審(判時二一九五号一三五頁)において、Xの詐害行為取消の訴えについて、最高裁の平成二二年判決を引用した上で、「役員」の地位に基づく債務又は役員等の会社との取引に基づく債務の履行を求めるといふ範囲を超え、会社の有する権利を行使することを認めたものと解することとはできない」ことを根拠の一つとして、責任追及の訴えの対象となる範囲を超えている旨を指摘している。
- (8) 前掲注(1)参照、例えば、代表訴訟による代位請求を否定している。
- (9) 東京地判平成六年二月二三日判時一五一八号三頁参照。
- (10) 東京地判平成三年四月一八日判時一三九五号一四四頁参照、相続人の訴訟受継。
- (11) 大阪地判平成一年九月二三日判時一七一九号一四二頁参照、同判決の評釈として、鳥山恭一・法学セミナー五九九号一一一頁、野村・前掲注(5)一八八頁参照。
- (12) 上柳孝郎Ⅱ鴻常夫Ⅱ竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法⑥』(北沢正啓)三六三頁(有斐閣 一九八七年)。
- (13) 奥島孝康Ⅱ落合誠一Ⅱ浜田道代『新基本法コンメンタール会社法3』(山田泰弘)三九三頁(有斐閣 二〇〇九年)。
- (14) 原審は、「取締役の会社に対する任務懈怠の結果、間接的に損害を受けたと認められる場合には、当該株主から当該取締役に対し、直接会社法四二九条一項の規定に基づく損害賠償請求権を行使」による救済の余地を指摘する。間接損害の場合の第三者に株主を含むかは従来から議論があり、一般的には代表訴訟の問題として否定してきたが、本件のような特例有限会社である閉鎖型の会社の場合には、取締役と支配株主と

- が一体であり、少数株主への加害の救済を代表訴訟に限ると、加害が繰り返され実効的な救済にならないことが多いことから、株主の被る間接損害につきこの損害賠償請求を認める余地があると解するべきとされる（江頭・前掲注（3）四七一頁、最判平成九年九月九日集民一八五号一九九頁、大阪高判平成一年六月十七日判時一七二七号一四四頁（差戻控訴審）参照）。また原審は直接言及されてはいないが、四二九条の責任を株主が役員に追及する場合には、株主は自己の権利を行使し、債権者として詐害行為取消権を行使しようと考えられるのではなからうか。
- (15) 山田・前掲注(13) 四〇三頁。
- (16) 同上。
- (17) 伊藤眞「株主代表訴訟の原告株主と執行債権者適格（上）（下）」金法一四一四号六頁、同一四一五号一三頁（一九九五年）、常盤紀之「株主代表訴訟における株主による強制執行の可否」判タ一一四〇号二頁（二〇〇四年）。
- (18) 霜島甲一「代表訴訟における強制執行の可否・方法」ジュリスト一〇六二号七六頁（一九九五年）。
- (19) 中野貞一郎「株主代表訴訟の判決の強制執行」ジュリスト一〇六四号六七頁（一九九五年）。
- (20) 執行手続き上の位置付けについて、徳田和幸「株主代表訴訟における会社の地位」民商法雑誌一一五巻四〇五巻六〇八頁（一九九七年）参照。
- (21) 門口正人編著『新・裁判実務大系(13) 会社訴訟・商事仮処分・商事非訟』一三九頁（岡 正晶）（青林書院 二〇〇一年）参照。
- (22) 東京地方裁判所商事判例研究会編『類型別会社訴訟Ⅰ（第三版）』三二二頁（判例タイムズ社 二〇一一年）。
- (23) 門口編・前掲注(21) 二七二頁（長井秀典）。
- (24) 新谷 勝「株主代表訴訟の原告勝訴判決と強制執行」民商法雑誌一一三号三巻六一頁（一九九五年）、原告株主は、執行債権者としての適格があるとし、仮差押債権者となって差押えの申請ができるが、仮差押のための担保を立てなければならないとする。
- (25) 長井・前掲注(23) 二七四頁。
- (26) 「民事保全をめぐる実務上の諸問題と対応策（座談会）（特集 民事保全の現状と課題）」金法一四〇九号二二五頁（一九九五年）参照。
- (27) 長井・前掲注(23) 二七四頁参照。
- (28) この点、原審は「株主が会社に代わって、役員等の財産に対する強制執行の申立てをすることは、上記のような会社法八四七条三項の趣旨に照らし、拡張解釈として許容されると解する余地があるが、このような解釈も、同条項が『役員等の』責任追及を対象とした文理の範囲を超えらるものではない」として、株主による保全手続き等の申立てを同条の拡張解釈として認める余地があることを示している。
- (29) 会社法の被告適格の規定は、取締役解任の訴えの被告適格（会社法改正（平一七法八七）前商法二五七条）などに争いがあり（鴻 常夫「取

縮解任の訴—とくにその被告適格について」鈴木忠一編『会社と訴訟(上) 松田判事在職四十年記念』四〇一頁(有斐閣 一九八四年)参照)、会社法制定にあたって被告の選定という本案とは無関係な事項について争いが生じることでの訴訟の遅延を避けるために定められたものであるとされる(相澤哲・葉玉匠美・湯川毅「外国会社・雑則」相澤哲編著『立法担当者による新・会社法の解説』二二二頁、同二二〇頁(商事法務 二〇〇六年)参照)。株主代表訴訟については、被告適格の争いはほとんどなかったためと考えられ、また判決が指摘するように、「累次の改正過程を通じて、その被告とすべき者については、取締役等の役員等のほかは、特に限定的に列挙した者を規定」した者だけが被告適格が認められる。さらに、二〇一三(平成二五)年一月二十九日に閣議決定され国会に提出された「会社法の一部を改正する法律案」商事法務二〇一七号一頁では、多重代表訴訟についての規定がおかれ、被告を限定する趣旨の規定が置かれている(同案八四七条の三第四項参照、岩原紳作「会社法制の見直しに関する要綱の解説(Ⅲ)」商事法務一九七七号七頁(二〇一二年)、三浦 治「組織再編行為と株主代表訴訟の原告適格—二〇一二年「会社法制の見直しに関する要綱」を受けて—」札幌法学二四卷二号(札幌大学法学部 梶浦桂司教授追悼号) 一八頁(二〇一三年)参照。これらのことからすると、八四七条は被告適格を限定していると解すべきであろう。

(30) 大判昭和十二年七月九日民集一六卷一四四五頁参照、飯原一乘『詐害行為取消訴訟』三三九頁(悠々社 二〇〇六年)、奥田昌道編『新版注釈民法(10)Ⅱ』九〇二頁〔下森 定〕(有斐閣 二〇一一年)。

(31) 竹下守夫編集代表『大コンメンタール破産法』七二二頁(青林書院 二〇〇七年)によれば、否認権の行使は破産財団の管理権限に含まれ、それは破産管財人に専属するとする。

(32) 長井・前掲注<sup>23</sup>二七四頁参照、なお、保全手続の当事者適格は、保全手続の訴訟物との関係で決まり、保全手続の訴訟物は被保全権利と保全の必要性から構成され、原則的に本案訴訟の当事者適格と一致するとされる。そして、被保全権利の主体でなくとも、その権利または法律関係につき管理権を有する者は、訴訟担当者として保全命令手続の正当な当事者となる(竹下守夫・藤田耕三編『民事保全法』六九頁(吉村重徳)(有斐閣 一九九七年)。また、本案訴訟の正当な当事者と一致し、基本的には被保全関係で適切な当事者が定まり、保全の必要性は実体的な審理の過程で明らかにされれば足りるとする見解(瀬木比呂志『民事保全法 第三版』八七頁(判例タイムズ社 二〇〇九年))がある。さらに、民事保全は、本執行を保全するためのものであるから、その当事者適格者は、本案訴訟の原・被告適格者であることを要し、原・被告適格を有しない者は、訴訟の結果について利害関係をもつていても、民事保全手続の当事者適格を有しないとされる(丹野達『民事保全手続の実務』二六頁(酒井書店 一九九九年))。

(33) 河本一郎「商法二六六ノ三第一項の「第三者」と株主」『商法学における論争と省察(服部榮三先生古稀記念)』二六一頁、二重支払いと資

本原則により、株主の間接損害の直接請求は認められないとする。

(34) 酒巻俊雄・龍田節編集代表『逐条解説会社法 第5巻 機関・2』四二二頁(青竹正二)(中央経済社 二〇一一年)参照。

(35) 前掲注(14)参照、この点、ドイツ法との比較法的研究として、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(四・完)―ドイツにおける反射損害の議論との対比において―」法学協会雑誌七三二頁(二〇〇七年)参照、共同の事業目的遂行のために出資した財産が維持されることについての株主の利益を中心に考えるべきであり、株主が有する「目的拘束」の利益が害されえないかぎり損害賠償請求権の行使を認めるべきであり、株主の請求権行使が、株主への給付を求める規程を維持する場合でも、目的拘束が破棄されるなどの場合、株主の請求権行使は認められ、そのような状況の例として、株主間の対立を背景とするような会社財産をめぐる紛争の場合を指摘する。

(36) 取締役の違法な業務執行によって会社に損害を与えた結果、株主が持株価値の下落や無価値化という損害を受けたとする間接損害の研究として、川島いづみ「取締役の第三者責任における『第三者』」立命館法学三〇二号四二七頁(二〇〇五年)参照、非公開会社の場合には、かならずしも代表訴訟によつては株主の損害が回復しない場合があり、支配権の争奪や代表取締役と一体となった多数派支配の場合が指摘されている。利益侵害が反復されている場合などは株主による直接請求を認めるべきとする。また間接損害について株主の直接請求を認める場合の問題点として指摘される会社債権者が株主に劣後してしまうことは、会社の経営状態や会社債権者と支配株主が同一である場合など事案に応じて判断すべきとする。

(37) 本件でも当事者の主張によれば、会社の損害の和解がなされたとし、その効力を争っているが、総株主の同意なく免除し、あるいは一部免除の要件を横領の場合満たさない可能性があり、会社法上の問題を生じらう。代表訴訟が別途提起されているようであるが、元取締役らの責任財産は不動産等で十分でなく、詐害行為取消権の行使が認められないと責任財産が不足すると主張されている。本件のような非公開会社の場合には、支配権争奪や、多数派でない少数株主の救済が十分でない場合があり、仮に本件がこれにあたり、横領行為により株主に株式価値の下落などの損害が生じていると評価できるならば(川島・前掲注(36)参照)、間接損害であるが例外的に、債権者として直接損害賠償請求ができ、さらにはその実効性確保として、株主は債権者として詐害行為取消権を行使できるとすることには意味があると考えられる(服部・前掲注

(1)参照)。