

平成 29 年 10 月 1 日版

弁護士法人STORIA  
弁護士 菱田 昌 義

## 会社業務の適正確保の制度

## 事前措置：違法行為の差止請求権（360・385条）

1 | 株主・監査役による違法行為の差止請求権（360条・385条） LQ248頁，田中348頁

(1) 株主による違法行為の差止請求権<sup>1</sup>（360条）の趣旨・要件

【参考文献】商事法務コンメンタールⅦ・127頁（岩原紳作）

「取締役には法令・定款の遵守義務がある（355）。その義務に違反した場合、取締役はこれによって生じた損害を株式会社に対し賠償する責任を負うが（423Ⅰ）、賠償によっても会社に生じた損害を回復できない場合もあり得る。そこで、取締役は互いに監督（監視）義務を負っているとされ（最判昭和48/5/22・百選72事件）、取締役会設置会社においては取締役会が各取締役の監督義務を負い（362Ⅱ②③、363Ⅰ②）、監査役には法令・定款違反に対する業務監査権限（381・382・384）および差止権限があること等から（385。ただし、389Ⅰ参照）、これら会社機関による監督によって取締役の法令・定款違反行為を防止できることが望ましい（監査役設置会社および委員会設置会社以外の会社においては、このような場合に株主に取締役会招集権がある。367）。しかしそれが果たされない場合に備え（江頭496頁注13）、取締役が法令・定款遵守義務に違反する行為をし、またはこれらの行為をするおそれがある場合で、当該行為によって当該株式会社に著しい損害が生ずるおそれがあるときは、原則として6ヶ月前から引き続き株式を有する株主が、当該取締役に対し当該行為をやめることを請求することができる旨を定めたのが、本条である。本条の権利はあくまで取締役に行為の差止を請求する権利であり、取締役に對し積極的に一定の行為を行うことを請求できる権利ではない。」

制度趣旨 = 役員間の慣れ合いゆえの差止懈怠の危険防止（株主代表訴訟と同一）

要件 ①6ヶ月の持株要件（非公開会社では期間制限はない。360Ⅱ）

②目的の範囲外の行為その他法令若しくは定款に違反する行為

→善管注意義務違反を含むと解するのが裁判例（東京高判平成11/3/25・百選<初版>67事件、東京地決平成16/6/23・百選60事件。なお、後者の裁判例は経営判断原則が本条にも適用されることを明らかにした）・通説である。

③回復することができない損害（非監査役設置会社では「著しい損害」<sup>2</sup>）

「回復することが出来ない損害」の例としては、取締役によって処分された財産を取り戻すことが出来ず、しかも、その取締役の賠償責任によってその損害が報われないような場合等であり、費用・手数等から考えて回復が相当困難な場合も含むとされている。

<sup>1</sup> なお、司法試験論文式試験（商法）においては、株主による取締役の行為の差止め等の場合、当該取締役に對しその行為の不作为を命ずる仮の地位仮処分（民事保全23条2項）を併せて検討すべきことが求められている場合が多い（法385条2項、平成24年司法試験採点実感参照）。また、違法行為差止仮処分請求を認めた東京地決平成20/11/26も参照。

<sup>2</sup> 監査役設置会社または三委員会設置会社以外の会社では「著しい損害が生ずるおそれ」というように要件が緩和されている。これは、監査役・監査委員は差止請求権を有しているが（385・407）、監査役・監査委員が存在しない場合には監督機能が働かないことから、株主がそれに代わる監督機能を果たすことを目的に、法385・407条と同様の「著しい損害が生ずるおそれ」という要件で差止請求を行えることとした。

(2) 監査役による違法行為の差止請求権（385条）の趣旨・要件

【参考文献】 商事法務コンメンタールⅦ・127頁（岩原紳作）

「監査役職務・権限は、取締役職務執行を監査することにある（381）。多数説の理解によれば、監査役職務の監査権限は、業務監査に関しては適法性監査のみが認められる。それを果たすために監査役には、取締役会への出席・意見陳述の権利および義務が認められ（383Ⅰ）、取締役が不正の行為をし、もしくは当該行為をするおそれがあると認めるとき、または、法令・定款に違反する事実もしくは著しく不当な事実があると認めるときは、遅延なく、その旨を取締役（取締役会設置会社においては取締役会）に報告することを義務付けられている（382）。その上で、取締役の法令・定款違反の行為により会社に著しい損害が生じるおそれがあるときに、監査役に当該行為の差止めを当該取締役に対し請求する権利を与えたのが、385条1項である。取締役・取締役会による監督義務（362Ⅱ②③、363Ⅰ②）、株主による取締役の行為の差止め（360）等と併せ、取締役の法令・定款違反行為を防止する機能を果たす。」

性質＝監査役義務である（法令定款を遵守するという取締役の会社に対する忠実義務を履行させる会社の請求権を、監査役が株式会社の機関として会社のために行使するもの）。

要件①目的の範囲外の行為その他法令若しくは定款に違反する行為（善管注意義務違反を含む）

②著しい損害が生じるおそれ

2 | 210条と360条との差異 LQ323頁

360条は、会社に何らかの損害が生じることを要件としている。

募集株式発行に瑕疵がある場合、会社には資金が入ってくるだけであるから、損害が生じておらず、360条は使えない。そこで、株主の「個人的利益」を保護するために法210条が募集株式発行の差止めを規定するのである（この点で360条と210条との性格は異なる）。

↓

なお、210条の場合、360条と異なり、取締役・執行役の一般的な注意義務・忠実義務を定める規定（330・355・419②、民644）を含まないものと解されている。これは会社を名宛人とする法令の違反ではないからである。もっとも、そのような義務違反は、「著しく不公正」の判断要素となる。以上につき、逐条解説会社法（3）142頁（伊藤靖史）参照。

## 事後措置：株主代表訴訟（847条）

1 | 制度趣旨・責任追及の範囲 LQ242 頁, 江頭 484 頁, 争点 77, 田中 332 頁

(1) 代表訴訟の制度趣旨・機能と責任追及の範囲 LQ242 頁

制度趣旨 = 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に株主に認めたもの（提訴懈怠の可能性）  
そして、提訴懈怠の可能性をどの程度重視するかについて、▽限定債務説<sup>3</sup>と▽全債務説<sup>4</sup>の対立がある。

### 【▽限定債務説】

重点：会社の責任追及の裁量を重視する。

↓

対象：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（および資本充実責任）に限定される。

↓

時期：取締役の地位に基づいて負担したものに限定される。

### 【▽全債務説】

重点：提訴懈怠の可能性を重視する。

↓

対象：条文の文言に限定がないこと、提訴懈怠の可能性があることから、会社が役員等に有する一切の債務が対象となる。

↓

時期：時期は問わない（しかし、役員にごく短期間在任しただけで、就任前に負った債務の全てが退任後も責任追及の対象となるのは不都合であることから、取締役の地位に基づいて負担したものに限定されるとの見解もある）。

(2) 手続きの概略 LQ243 頁

例えば、役員等が会社に対して任務懈怠責任（法 423 条）を負う場合、その責任追及については本来的には権利者である会社が行うべきである。

- ・ 監査役設置会社（2 条 9 号）では、監査役（386 条 1 項）
- ・ 監査役設置会社以外の会社では、代表取締役又は株主総会・取締役会が定めたもの（353, 364 条）

↓

株主は、まず、会社に対して提訴の請求を行うことになる（847 I・386 II ①等。後述 3 | 参照）。  
提訴請求より 60 日以内に会社が提訴しない場合、株主は代表訴訟を提起できる（847 II。例外 V）  
提訴しない場合、株主等から要求があれば、会社はその理由を通知する（不提訴理由通知。847 IV）

<sup>3</sup> 限定債務説に立ったとしても、提訴懈怠の可能性を無視するわけではない。なお、限定債務説によると、52 I, 52 の 2 II, 53 I, 103 II, 120 IV, 213 の 3 I, 286 I, 286 の 3 I, 423, 462 I, 464 I, 465 I が含まれることになる（江頭 486 注 2）。

<sup>4</sup> ▽全債務説への批判としては、①提訴懈怠は支配株主にも存在することや、②取引上の債務の履行を猶予するのが適当な場合にもそれが出来ないとの批判がある。他方、▽限定債務説への批判として①会社と役員とが取引をした際にかかる役員の債務が対象外となるとの批判がある（この批判に対する再反論として江頭 486 頁注 2）。責任追及に関する監査役の裁量につき江頭 527 頁注 6。

【判例】最判平成 21/3/10・百選 67 事件

判旨：「商法 267 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ぬおそれがあるので、会社や株主の利益を保護するため、会社が取締役の責任追及の訴えを提起しないときは、株主が同訴えを提起することができることとしたものと解される。そして、①会社が取締役の責任追及を怠るおそれがあるのは、取締役の地位に基づく責任が追及される場合に限られないこと、同法 266 条 1 項 3 号は、取締役が会社を代表して他の取締役に金銭を貸し付け、その弁済がされないときは、会社を代表した取締役が会社に対し連帯して責任を負う旨定めているところ、株主代表訴訟の対象が取締役の地位に基づく責任に限られるとすると、会社を代表した取締役の責任は株主代表訴訟の対象となるが、同取締役の責任よりも重いというべき貸付けを受けた取締役の取引上の債務についての責任は株主代表訴訟の対象とならないことになり、②均衡を欠くこと、取締役は、③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 267 条 1 項にいう「取締役ノ責任」には、取締役の地位に基づく責任のほか、取締役の会社に対する取引債務についての責任も含まれると解するのが相当である。

これを本件についてみると、原告の主位的請求は、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

これに対し、原告の予備的請求は、本件各土地につき、A とその取締役である被告との間で締結された被告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える。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えるべきである。これと異なる原審の判断には法令の解釈を誤った違法があり、この違法が判決に影響を及ぼすことは明らかである。」

本件最判は、上記①③<sup>5</sup>を理由に、「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」として、少なくとも▽限定債務説に立たないことを明らかにした<sup>6</sup>。

<sup>5</sup> ②の理由付けについては、商法 266 条 1 項 3 号に該当する会社法の条文が存しないため妥当しないとされる（2009/3/16 付伊藤靖史 blog より。もっとも、現行法でも、「金銭の貸付けを受けた取締役以外の取締役は代表訴訟による責任追及を受けるのに、当の貸付けを受けた取締役が代表訴訟による責任追及を受けないとい限定債務説の結論はいかにも均衡を欠く」との批判は妥当する。

<sup>6</sup> 調査官解説は、本判決は▽取引債務包含説（限定債務説に加え、取締役が会社に対して負担するに至った取引上の債務も含まれるとの見解）を採用したものと推測されるとする（ジュリ 1421 号 97 頁）。すなわち、代表訴訟の性格や「取締役の責任」との文言、および上記注 3 で示した▽限定債務説の不当性に照らすと▽取引債務包含説が妥当であるとするのである。この見解からは、取引債務から外れる債務、すなわち「取締役が職務執行とは関係なく会社に対して行った不法行為に基づいて負うに至った債務などについては、取締役が取締役として追っている責任の範囲からは外れると解するのが自然である」ことになる。

### 3 | 提訴請求の相手方について 江頭 489 頁注 4

提訴請求は監査役設置会社では監査役に対してされなければならないところ (386 Ⅱ①), これを取締役に対してした場合どうなるかが問題となる。この点について, 農業協同組合についてのものであるが, 最判平成 21/3/31・百選 A19 事件は「農業協同組合 (≒代表取締役等) に対して送付した場合であっても, 監事 (≒監査役) において, 上記請求書の記載内容を正確に認識した上で当該理事 (≒取締役) に対する訴訟を提起すべきか否かを自ら判断する機会があったといえるときには~ (監事≒監査役に送付されたものと) 同視することができ」と判旨した。

### 4 | 他の論点①: 責任追及等の訴え提起が「悪意」によるとき LQ246 頁・江頭 490 頁注 7

【条文】 847 条の 4 (株主による責任追及等の訴え)

2 項「株主等 (～) が責任追及等の訴えを提起したときは, 裁判所は, 被告の申立てにより, 当該株主等に対し, 相当の担保を立てるべきことを命ずることができる。」

3 項「被告が前項の申立てをするには, 責任追及等の訴えの提起が悪意によるものであることを疎明しなければならない。」

【裁判例】 東京高決平成 7/2/20・百選 68 事件

判旨: 「商法 267 条 6 項が準用する同報 106 条 2 項の「悪意～」とは, 原告の請求が理由がなく、原告がそのことを知って訴えを提起した場合又は原告が株主代表訴訟の制度の趣旨を逸脱し、不当な目的をもって被告を害することを知りながら訴えを提起した場合をいうものと解するのが相当である。そして、株主代表訴訟の被告が右事実を疎明したときは、受訴裁判所は、その裁量によって定めた担保の提供を原告に命ずることができる。」

### 5 | 他の論点②: 原告適格

株主代表訴訟の制度は, 持株数を問わない単独株主権<sup>7</sup>である (847 条 1 項。ただし, 同項かつこ書のとおり, 単元未満株式の例外がある)。

そして, 株主は, 代表訴訟を提起した後も口頭弁論終結までは株主であり続けなければならない。

↓

そこで, 原告株主が自らの意思で株式を譲渡した場合には, 原告適格を喪失する。

他方で一定の場合, すなわち株式交換・株式移転 (851 条 1 号) や合併 (851 条 2 号) の結果として株主たる地位を喪失したとしても原告適格を喪失しない旨, 法 851 条は定めている。

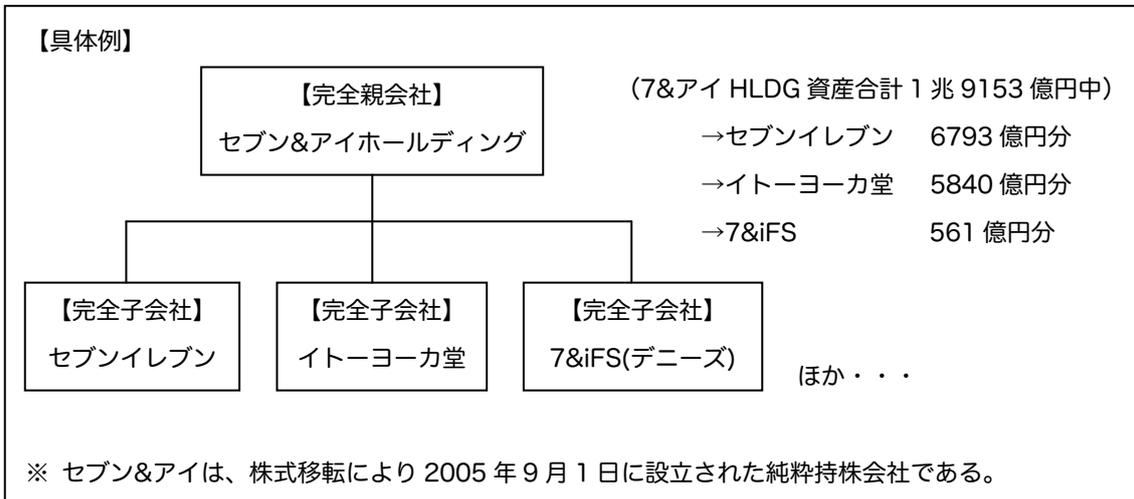
理由① 原告適格の維持を認めなければ株式移転等により代表訴訟逃れに利用されることになる。

② 株式移転等の場合には, 提訴株主と会社との間に実質的な投資関係が継続している。

<sup>7</sup> もちろん完全無議決権株主 (→LQ81 頁(b)参照) であっても原告適格を有する。なぜなら, 「代表訴訟は, 株主総会の決議との関連で認められているものではなく, 会社の構成員であることによって株主に認められているものだから」である (上柳ほか新版注釈会社法 6・367 頁)。他方で, 株主総会決議の取消しの訴えの場合は, 同訴権は議決権があることを前提とする共益権であるとの理由で, 議決権のない株主には提訴資格を否定するのが通説である (江頭 366 注 2)。

## 補遺：持株会社と特定責任追及の訴え等（会社法改正）

1 | 持株会社<sup>8</sup>とは何か 江頭 8 頁注 12, LQ396 頁Column9-19



### (1) 持株会社 (holding company) とは

持株会社 = 他の会社の株式を保有・支配することを通じて収益を挙げる会社をいう (LQ371 頁)<sup>9</sup>。

- ①事業持株会社 (本業を行う一方で、他の会社を支配する持株会社)
- ②純粋持株会社 (他の会社の支配を本業とする持株会社)

### (2) 持株会社の活用されている理由

- ①戦略的なグループ経営ができる
- ②子会社においては、株主総会の招集手続・報告・決議を省略できるため (それぞれ 300, 320, 319 条), 機動的な意思決定ができる
- ③法人格が別であり、従業員の給与体系・組合の統合等が不要である
- ④合併は簿外債務を承継する危険があるのに対し、完全子会社化は株式の承継である 等がある。

### (3) 親会社の子会社濫用への対応

- ①親会社の監査役や会計監査人についての兼任禁止規定 (335 ii・337 iii②),
- ②親会社の会計参与・監査役・会計監査人による子会社調査権 (374 iii・381 iii・396 iii),
- ③子会社による親会社株式の取得禁止 (135),
- ④議決権行使制限 (308 i) 等が考えられる。

<sup>8</sup> 持分会社 (合名会社, 合資会社, 合同会社) とは異なる。

<sup>9</sup> 持株会社とは、独占禁止法上の概念であり、総資産中に占める子会社株式の比重が 50%を超える会社をいうとされている (独禁 9 条 5 項 1 号)。この場合の子会社の範囲は、会社法と異なり、過半数議決権基準による (独禁 9 条 4 項)。

## 2 | 多重代表訴訟 江頭 498 頁, 田中 344 頁コラム 4-77, LQ247 頁

### (1) 問題意識

【問題】事例演習教材 II-11-3 参照

A 社は持株会社であり、傘下には B 社（完全子会社）がある。ある日、B 社の取締役 Y が汚職事件を起こし、B 社に多額の損害が発生した。その結果、A 社は当分の間、B 社からの配当を期待できなくなった。A 社の株主 X は、Y の責任を追求できるか。

A 社

|

B 社（取締役 Y）

X は、A 社の株主であり、B 社の株主ではない。そのため、平成 26 年改正前会社法では、X は「Y の B 社に対する責任」を直接追求することはできなかった。なお、X の会社法上の救済策として、「A 社が B 社の株主として、B 社取締役 Y の責任追及をしない」という A 社の取締役の責任を追及することが考えられる。このように、親会社の株主となると、その持株会社の株主による経営関与は、持株会社の業務、すなわち子会社管理に限定されてしまう（株主権の縮減）。

↓平成 26 年会社法改正で

多重代表訴訟（親会社 A 社の株主 X が、子会社の役員等の責任を追求する訴訟）が創設された。

### (2) 多重代表訴訟の概略（最終完全親会社等の株主による特定責任追及の訴え。847 条の 3）

#### ①原告適格（誰が多重代表訴訟を提起できるのか）

- ・最終完全親会社等（当該株式の完全親会社等であって、その完全親会社等がないものをいう。なお、株式会社に限定され、株式会社以外の会社や外国法人は含まれない。）の株主
- ・最終完全親会社等における総株主の議決権の 100 分の 1 以上の議決権または発行済株式の 100 分の 1 以上の数の株式を 6 か月前から引き続き有すること（少数株主権）

#### ②被告適格（どの会社の取締役に対して多重代表訴訟を提起できるのか）

子会社のうち、その株式価値が最終完全親会社の資産の 5 分の 1 を超える重要な子会社の役員等であること（特定責任。847 条の 3 第 4 項。なお、責任原因の発生時に 5 分の 1 要件を充足している必要がある）。

→ 前記では、7&アイ HLDG の株主（1%以上）は、7&iFS(デニーズ)の役員等の責任は追求できない。

## 3 | 旧株主による責任追及等の訴え 田中 347 頁

平成 26 年改正前会社法においては、株主が代表訴訟を提起した後、会社が合併等を行った結果、当該株主が株主でなくなってしまった場合であっても、代表訴訟はそのまま続行されるとされていた（改正前 851 条）。

平成 26 年の会社法改正によって、旧株主による責任追及等の訴えは拡張されることになった（詳しくは 847 条の 2 以下参照）。