

60 代表訴訟提起後に当該損害賠償請求権の譲渡が認められ代表訴訟が棄却された事例

- ①株主代表訴訟事件、和歌山地裁平九(ワ)三四八号、平一二・二・一五判決、棄却(控訴)、
- ②株主代表訴訟事件、和歌山地裁平九(ワ)五三七号、平一二・二・一五判決、棄却(控訴)、判例時報1736号124頁)

森 脇 祥 弘

【事案】

訴外阪和銀行は、1996年の大蔵省検査等の結果、業務継続が困難と判断され、同年11月21日、大蔵大臣から銀行法26条に基づき、預金払戻等を除く業務の停止および財産保全に係る命令を受けた。同行株式を6箇月前から保有するXらは、融資等の違法性を主張し、関与した取締役らの責任を追及すべく、1997年5月29日、監査役(Y10)に対し提訴請求をしたが、30日以内に提訴がなされなかった。このため、6月30日、①事件として6名(うち1名については訴え取り下げ、最終的にはY1~Y5の5名)、次いで10月22日、②事件として5名(うち1名は認諾、最終的にはY7~Y10の4名)を被告として、株主代表訴訟が提起された。

一方、受皿銀行として設立された紀伊預金管理銀行と阪和銀行の間で1997年6月10日、営業の全部譲渡に係る契約が締結された。阪和銀行は同月27日、右営業譲渡および預金保険機構への資産売却に関する特別決議をした。また阪和銀行は1998年1月23日、預金保険機構との間で資金援助(資産買取)に関する契約を締結し、訴外阪和銀行が有する債務不履行に基づく損害賠償請求権ならびに事務管理、不当利得および不法行為等に基づく権利(訴外銀行の役員員及び債務者等に対し責任追及する一切の権利の他、買取日においてその存在の確認ないし内容の特定が未了である権利を含む)を譲渡する旨を合意した。

訴訟において被告らは、訴外阪和銀行は預金保険機構との間で1998年1月23日、本件損害賠償請求権を譲渡する旨の契約を締結したと主張した(①②事件

とも同様、以下同じ)。

これに対し原告らは、①本件損害賠償請求権は、当該債権の存在すら確認されておらず、その内容も未だ特定されていないのであって、預金保険機構への債権譲渡の対象となるものではない、②訴外銀行は、本件株主代表訴訟の提起によって、本件損害賠償請求権に係る管理処分権を喪失しており、これを第三者に譲渡する権能を有するものでもない、と反論した。

【判旨】

①の点について

「訴外銀行は、平成一〇年一月二三日、預金保険機構との間で、資金援助(資産買取り)に関する契約を締結し、同契約において、同月二六日をもって資産買取日とすること、同日現在の保有資産の外、訴外銀行が有する債務不履行に基づく損害賠償請求権並びに事務管理、不当利得及び不法行為等に基づく権利(訴外銀行の役職員及び債務者等に対して責任追及する一切の権利の他、右買取日においてその存在の確認ないし内容の特定が未了である権利を含む。)を譲渡する旨を合意した(以下「本件譲渡契約」という)。

右認定の事実によれば、原告らの訴求に係る本件損害賠償請求権が本件譲渡契約における譲渡の対象とされたことは、明らかである。

この点に関し、原告らは、本件損害賠償請求権は、前記買取日の段階では、当該債権の存在すら確認されておらず、内容特定も未了であって、本件譲渡契約の対象とされていない旨を主張するものの、これをいれて右認定を覆すに足りる証拠はない。」

②の点について

「また、原告らは、本件株主代表訴訟の提起により、訴外銀行は本件損害賠償請求権に係る管理処分権を喪失しており、本件譲渡契約により、本件損害賠償請求権に係る譲渡の効果は生じていないと主張するが、このように解すべき明文の根拠はない上、株主代表訴訟の提起後も、会社は、自ら当該訴訟に参加することによって、訴訟追行をなしうるのであり(商法二六八条二項本文)、株主代表訴訟の提起により、当該損害賠償請求権に係る訴権の行使方法について制限を受けるものの、その管理処分権の全てを喪失するものとは解し難く、右主張は採用の限りではない。

もっとも、株主から監査役に対し、取締役の責任を追及する訴え提起の請求がされた後、会社が当該損害賠償請求権を譲渡した場合において、その譲渡の前後の具体的事情一例えば、右譲渡に係る対価が不当に低廉であるとか、譲受人においてその債権の履行を真摯に求めない等の具体的事情から、右譲渡が架

空のものであることあるいは当該取締役を株主代表訴訟から免れさせる旨の目的に出たものであることが推認できる場合には、右譲渡を通謀虚偽表示によるものとし、或いは信義則に基づいて、その効力を否定すべき場合もあり得るものと解される。

しかしながら、本件において、預金保険機構は、預金保険法に基づき設立された特殊法人であり、整理回収機構等と協働の上、訴え提起や刑事告発等各種の法的手段を用い、不正融資等によって金融機関を破綻に導いた経営者に係る民事ないし刑事責任の追及や隠匿財産の発見等を通じて、不良債権の回収を図っており（公知の事実である。）、また、前記認定の通り、訴外銀行は、乱脈融資等によって経営破綻に陥り、その破綻処理の一環として、預金保険機構に資産譲渡の上、同機構に経営者責任の追及や不良債権の回収を委ねたのであって、右処理に係る基本的な指針は原告らの訴え提起請求以前に既に示されていたこと、預金保険機構は、右指針に従い、現に、訴外銀行の取締役らに対し、違法ないし不当な融資に関与した責任を追及して損害賠償請求訴訟を提起しており、本件損害賠償請求権も右訴訟における訴求の対象とされていること（当裁判所に顕著である。）等に鑑みれば、本件損害賠償請求権に係る譲渡の効力を否定すべき具体的事情は到底認められない。」

【検討（判旨一部疑問）】

1 本件の位置づけ

本件は、一方において、取締役責任免責要件（商法266条5項）との関係で、代表訴訟の係属・追行と矛盾するような会社側による介入がどこまで許容されるかという、判例上・立法上大きな争点となっている一連の問題の一環としての側面を持つ。他方、本件は、銀行破綻処理という実質を有し、本事件発生後に制定された金融機能再生法（現行改正預金保険法）が破綻金融機関の資産管理処分・旧経営陣責任追及を金融整理破産管財人の専権としたことと同様の処理を、代表訴訟提起後における預金保険機構への任意の損害賠償請求権譲渡の有効性を認めるという形で実現したという意味合いを持つ。しかし、本件の結論が破綻処理としての妥当性を有するとしても、その法的構成として本判決のように、単独株主権としての代表訴訟の追行と相容れないような処分を会社がなし得るとの解釈を一般的規範として定立することは是非という問題は、なお検討に値するように思われる。

2 代表訴訟提起後における会社による行使対象損害賠償請求権の処分権

(1) 明文がないことは処分権制限否定の根拠として十分か

本判決は、代表訴訟の提起によって、会社は当該取締役等に対する損害賠償請求権の管理処分権を喪失すると解すべき明文の根拠はないとした上、代表訴訟提起後も会社が管理処分権の全てを喪失するものとは解し難いとし、虚偽表示などの無効事由なき限り、代表訴訟提起後における会社による損害賠償請求権の譲渡の効力を容認した。

しかし、ある者の有する権利を、その者の財産状態に利害関係を有する者が代わって行使する権限が認められる諸制度においては、当該行使後における、行使目的物である権利についての権利者の処分権に関し、明文が存しないにも係わらず、解釈によって制限が導き出されている例も存在する。たとえば、債権者代位権のうち、裁判上の代位（民法423条2項）については、裁判所による告知の効果として債務者による処分権の剥奪が規定されている（非訟事件手続法76条2項）。これに対し、裁判外の代位権行使については、その効果として債務者の処分権が認められなくなる旨の明文規定は存在しない。しかし判例法は、裁判外の行使についても、行使の事実を債権者が債務者に通知するか債務者が知った後は、債務者は代位行使の対象である権利の処分権を喪失すると解している⁽¹⁾。

このことは、明文がないことはこの理を否定する十分な根拠とならないことを示しているように思われる。そもそも代位制度は、本来の権利者による権利行使の実効性が疑われ、そのため当該権利者（の権利行使の態様如何）に対して利害関係を有する者が権利者の私的自治に介入し、その権利を代わって行使する制度である。とすれば、代位行使が開始された後は、代位行使を容認したことと矛盾するような行為が行われ、代位制度の趣旨を没却せぬよう、本来の権利者からその権利の処分権を奪うことが望ましいと考えられる⁽²⁾。会社による取締役らの責任追及がなされないおそれがあることから認められている代表訴訟においても、参加以外的手段が会社につき明文上規定されて来なかったことは、取締役側への補助参加についてはともかく（様々な弊害が懸念されるにしても、代表訴訟自体をなし得なくなるまでの効果を有するものではない）、それ以上に強度の、代表訴訟を不可能ならしめる効果を有する処分については許さない趣旨と解する余地もあろう。

(2) 債権者代位権と代表訴訟はどう違うか

一方で判例には、代表訴訟を債権者代位訴訟と性質を同じくする制度であると述べ、債権者代位訴訟においては、破産手続の開始後は、代位訴訟の訴訟物の管理処分権限は破産管財人に受継され、代位訴訟の原告は当事者適格を喪失するのであり、代表訴訟においても同様に解すべきであるとするものがある（後掲山一事件判決）。

破産による管財人の訴訟受継については債権者代位訴訟との性質の共通性を強調してパラレルに扱うが、代表訴訟の提起による会社の処分権喪失については別異に扱うのが現在の判例であるとする、少なくともそれらの整合性についての検討が必要となろう。

この点、代位権が自己への引渡を求め得るのに対し、代表訴訟は会社の損害の回復を通じた間接的な監督是正機能であって、会社への引渡で満足せざるを得ず、不確定な請求権を含めて会社の営業資産を「一括して正当に対価をもって」買い取った場合には、会社がその損失を「一応」回復したと評価すべきとの見解もある⁽³⁾。しかし、権利者の処分権の帰趨につき差異を設けるところまでの性質の相違は認め得るのであろうか。

債権者代位権も、性質はあくまで総債権者の共同担保である一般財産を債務者の不作為から保全する制度であり、債権者への直接の引渡が認められているのも債務者が弁済を受領しないおそれがあるためとされており、代位債権者が自己に引き渡された金銭と債権を相殺し得るとされているのは制度の不備から来るやむをえない事実上の効果に過ぎないと理解が通説とされる⁽⁴⁾。よってなるべく制限的に適用すべきものとされ、例えば債務者の受領を必要としない登記については第三債務者から直接債権者への移転登記は認められていない（大判明43・7・6民録16巻537頁）。この場面においては、債権者代位権も、債務者の財産の回復を通じた間接的な満足にとどまることになる。

代表訴訟においては、会社のために訴えるのであるから、自分にでなく会社に給付することを請求しうるにすぎないとされるが、会社財産は総株主の残余財産分配請求権の「共同担保（ただし、会社債権者には劣後）」であり⁽⁵⁾、かかる引当財産を被告取締役の同僚らの不作為による流出から「保全」する制度と見ることも不可能ではなく、両制度の差異は権利被行使者の処分権の帰趨を分かたつほどに絶対的なものかは疑問なようにも思われる。

（3）損害の一部回復をもって代表訴訟を封じ得るか（実質一部放棄）

また、代表訴訟が会社への損害回復をもって満足すべきものであるとしても、そのことと、会社自身の処分行為による一部のみの損害回復（実質一部放棄）によって代表訴訟の継続を封じられることをも甘受すべきものとまで言うべきなのかとは、別問題と言えよう。

廉価による請求権譲渡と、実質の一部免除を内容とする和解とは、法形式こそ異なる（譲渡においては被告への責任追及自体が終結する訳ではない）ものの、会社にとっての損害の回復という観点からは、訴額の「一部しか」回復されないという点では同視し得るとの見方も成り立ち得よう。そうすると、損害を「一応」回復するとの根拠によって処分権を認める考え方からは、一部免除と

同視される和解についても、損害が「一応」回復されたものとして認めるとい
う考え方も生じ得る。⁽⁷⁾しかし、このような結論は、商法266条5項が総株主の
同意を免除要件とすることと代表訴訟が単独株主権とされていることとは表裏
の関係をなす、という一般的理解とは齟齬を来たすおそれがある。

すなわち和解においては、会社の訴訟追行を信用できない株主は共同訴訟人
として参加すればよく、そうしない限り会社は自由に取下・和解・放棄をなし
うとの見解⁽⁸⁾、単独株主権であることとの関連で、少なくとも全株主への通
知・公告により反対株主が手続に参加する機会を保障すれば可能との見解⁽⁹⁾、裁
判所の実質的関与があれば可能との見解⁽¹⁰⁾もある。これに対し、株主への告知制
度のないことを理由に、放棄・和解は株主の一存で会社の権利の全部又は一部
を処分することを認める結果になるのであり、株主は会社の権利の処分となる
ような請求の放棄又は和解をなし得ないと解するのが合理的であるとの見解⁽¹¹⁾、
商法266条5項と代表訴訟の単独株主権性は表裏一体と考えるのが一般的理解
であり、この提起のあるときには、会社は裁判外においても取締役に対する権
利につき免除、抛棄、和解などの処分行為をなし得ないとされる見解⁽¹²⁾、和解は
実質的に責任の全部又は一部の免除であり、全額認諾に等しい和解を除き、総
株主による免除要件を借脱する形で会社との和解をなし得ないとされる見解⁽¹³⁾も
ある。

2001年12月の改正で新設された商法268条5項は、268条1項の会社を当事者
とする訴訟における訴訟上の和解について266条5項の適用を排除し、268条6
項は代表訴訟における会社を当事者としないうる和解については裁判所が会社に通
知すべきものとする。しかし、訴訟提起についての公告又は株主への通知は規
定された(268条4項)が、和解についての公告・株主への通知の規定はなく、
和解条件に不服の株主が訴訟に参加する機会の保障が不十分との批判があり⁽¹⁴⁾、
馴れ合い的和解の発生が懸念される。また、特別決議による事後免責(266条
7項)、定款による取締役会への事後免責権限の授与(12項、ただし3%以上の
株主による異議(15項))、社外取締役についての定款による事前免責(19項)
が、266条5項の例外として導入されたが、多数決による責任免除は少数株
主・債権者を害する恐れがあるとの批判がかねてより有力であり⁽¹⁵⁾、法案審議段
階で賠償責任限度・決議要件が厳格化された立法経緯⁽¹⁶⁾に鑑みても、266条5項
との関係では限定的例外ととらえるべきものであろう。

このように考えると、代表訴訟が会社の損害の回復を経由する間接的な監督
是正機能であるとしても、そのことをもって訴額の一部しか回復されないよう
な形での一般的処分権限が会社に留保されるとまではなお言いがたいように思
われる。免除・和解における理解との均衡からは、譲渡が会社の損害を回復す

るものとして有効とされるには、少なくとも譲渡価格が訴額全額に等しいか、一部放棄への総株主の同意あることが必要となるのではあるまいか。

もっとも、代表訴訟が提起された後の請求権の処分や和解を容認しても、不当な廉価による処分や和解を行った場合にはこの点についての経営陣の責任が発生し、これに基づき代表訴訟を提起すれば足りる、との考え方もあろう。しかし不当な廉価による処分であることを立証するには、譲渡目的物とされた当初の代表訴訟の請求原因事実の立証に加え、勝訴（額）の見込や必要となる費用等の立証まで要求されるであろうから、当初の代表訴訟の請求原因事実のみを立証すれば足りたのに比べ、二重の主張立証の負担を被ることになる⁽¹⁷⁾。さらに、被告の交代による被告側の資力の変動が、損害回復を阻害する場合もあろう。

3 実質破綻処理であることとの関連について

破綻会社の債権の取立・損害賠償請求を含む残存資産の管理処分権を管財人の下に集中させる手法は広く取られている。判例にも、破産⁽¹⁸⁾・会社更生⁽¹⁹⁾手続開始後は代表訴訟を提起できないとしたものがある。他方、本件に類似して、代表訴訟提起後に会社が破産した場合にも、債権者取消訴訟における債務者の破産の場合に訴訟が中断され（破産法86条1項）管財人に受継される（民訴法125条）旨の規定が、債権者代位訴訟に準用され、これと性質を同じくする代表訴訟においても同様に、破産手続の開始後は訴訟物の管理処分権限は破産管財人に受継され、原告は当事者適格を喪失するとしたものがある⁽²⁰⁾。

金融分野においても、本件後1998年の金融機能再生法およびこれを恒久化した2000年の改正預金保険法は、金融整理管財人の制度を設け、財産管理処分（77条1項）・経営陣責任追及（83条）の権限・職務を付与している。代表訴訟への影響についての明文はないが、判例は、管理権限・責任追及権限が金融整理管財人に専属し、代表訴訟提起後に金融整理管財人が選任された場合には、前訴たる代表訴訟は不適法となるとしている⁽²¹⁾。

本判決は、上記の立法動向に沿う形で、代表訴訟提起後に預金保険機構への任意の資産譲渡が行われた場合にも、前訴たる代表訴訟を退けている⁽²²⁾。

しかし、法整備の間に発生した希有事例に破綻処理一般と同様の処理を行うために、代表訴訟・訴訟担当の一般的理解と軋轢を生ずるおそれのある構成を一般的規範として定立することには、やはり疑問を拭いきれないものがある。むしろ、原則としては代表訴訟提起後に会社がこれを不可能ならしめるような処分を行うことはできないものとしつつ、実質破綻処理の場合はその実質に照らし、関係規定の類推適用による管理処分権の預金保険機構への受継を例

外的に許容するのが妥当と考えられる⁽²³⁾。本件は、破産に関するものではなく、金融機能再生法の成立前の事案であるが、大蔵省の示した処理方針に基づき、預金保険法上の機関である預金保険機構が損害賠償請求権を含む資産を取得し、住専法に基づき破綻金融機関の資産の整理・回収を目的として同機構の100%子会社として設立された住宅金融債権管理機構を前身とする整理回収機構を介して資産管理処分・責任追及を行う⁽²⁴⁾、という法的処理に準じた公的枠組が採られていると評価する余地はあるようにも思われ、少なくとも破産法86条・民訴法125条の類推の基礎はあるとも考えられよう。

- (1) 「債権ノ履行期到来前ニ於テ債権者カ代位ヲ為ス場合ニ於テモ債務者ハ其ノ権利ノ処分権ヲ失フモノナルヲ以テ履行期到来後ナルニ拘ラス其ノ到来前ノ場合ニ比シ代位ノ効力カ薄弱ナルヲ得サルハ当然ノコトナリ」(大判昭14・5・16民集18巻9号557頁)
- (2) 内田貴『民法III』(東京大学出版会、1996) 265頁。
- (3) 片木晴彦・本件評釈、判時1761号204頁。
- (4) 内田貴・前掲書263頁。
- (5) 鈴木竹雄=竹内昭夫『会社法』(有斐閣、1987) 275頁。
- (6) 鈴木=竹内前掲書274頁は、役員間の特殊関係からその追及が行われず、その結果「会社すなわち株主の権利」が害されることをおそれたものと説明される。
- (7) ただし片木教授御自身はそこまでは主張されず、資産処分権の一部が制限されることは肯定される(前掲評釈・判時1761号203頁)。
- (8) 北沢正啓『新版注釈会社法(6)』(有斐閣、1987) 378頁。
- (9) 前田雅弘「株主代表訴訟と和解」法学論叢134巻5・6号258、259頁、尾崎安央「株主代表訴訟制度の改正」判タ839号89頁、小林秀之「手続法からみた株主代表訴訟」法教159号41頁、高橋宏志「株主代表訴訟と訴訟法上の和解」商事法務1368号79頁。
- (10) 伊藤眞「株主代表訴訟の訴訟法上の問題点について」別冊商事法務173号164頁、江頭憲治郎「株式会社・有限会社法」(有斐閣、2001) 336頁。こうした見解に対しては、和解内容への裁判所のチェックは、事実上の期待にすぎないと批判がある(岩原紳作「株主代表訴訟」ジュリスト1206号132頁)。
- (11) 大隅健一郎=今井宏『会社法論〔第3版〕中巻』(有斐閣、1992) 277頁、森本滋『会社法〔第二版〕』(有信堂高文社、1995) 257頁。
- (12) 田中誠二『三全訂会社法詳論(上巻)』(勁草書房、1993) 704頁。
- (13) 池田辰夫「株主代表訴訟における和解」小林秀之=近藤光男編「株主代表訴訟大系」(弘文堂、1996) 246、247頁。
- (14) 岩原・前掲論文、ジュリスト1206号132頁。
- (15) 株主代表訴訟研究会「株主代表訴訟に関する自民党の商法等改正試案骨子に対する意見」商事法務1471号15頁は、裁判所の関与、10%程度の株主の拒否権などを提唱する。
- (16) 編集部「企業統治関係商法改正法案の修正・国会審議状況」商事法務1614号4頁。
- (17) これはいわゆる多重代表訴訟についても言い得ることである。株式交換による完全親子会社創設を導入した1999年の商法改正において多重代表訴訟を導入しなかったことの説明とし

- て、政府（第145回衆議院法務委員会第22号（1999年7月9日）、第145回参議院法務委員会第25号（1999年8月5日））・財界（<http://www.keidanren.or.jp/japanese/policy/pol191/p1-2.html>）は、子会社取締役の責任追及を懈怠する親会社取締役の責任を追及すれば足りる、としている。しかし、かかる親会社取締役の不作为が任務懈怠であることを主張立証するには、その前提として子会社取締役の責任をも主張立証しなければならず、子会社取締役の責任のみを主張立証すれば足りるのに比して追及の負担を倍加させる（株主権の縮減の一場面）こととなるのは否めないように思われる。さらに、仮に親会社に損害が回復されても、子会社の損害は放置されたままとなるため、子会社の少数株主・債権者が害される（春田博「アメリカにおける重層代表訴訟の展開」酒巻俊雄＝奥島孝康編・長濱洋一教授還暦記念『現代英米会社法の諸相』（成文堂、1996）208頁）という問題もある。
- (18) 東京地判平成7年11月30日判タ914号249頁（ニコマート事件）。
- (19) 東京地判昭和41年12月23日別冊商事法務175号27頁（サンウェブ事件）、大阪高判平成元年10月26日判タ711号253頁（辻和事件）。
- (20) 東京地決平成12年1月27日金判1120号58頁（山一証券事件）。本件評釈として小野寺千世・ジュリスト1193号120頁がある。
- (21) 東京地判平成13年5月31日判時1759号131頁（東京商銀事件）。
- (22) 確にかかるとある処理に一定の具体的妥当性が存することは否定できないように思われる。すなわち、仮に原告主張の通り損害賠償請求権が会社に帰属するとすれば、破綻銀行の預金債務弁済の肩代わりのために預金保険機構の行った、本件損害賠償請求権を含む資産の買取（他行預金者の預金利息の一部及び国民の税金を原資とする）、さらには不足分の填補として紀伊預金管理銀行に行った849億円の贈与（日経新聞1998年1月15日4面）のためなされた公的支出を抑制・補填するのに充てられるべき資金が、本来残余財産のない等の破綻銀行の株主に渡ることになる。かかる事態を回避するには、譲渡を有効としない限り、売主の担保責任（民法561条）、不当利得（民法703条以下）、ないし契約条項等に基づき、会社の受領した賠償金の預金保険機構への返還を求める必要が生じよう。
- (23) 判時1736号本件解説125-6頁参照。反対、片木・前掲評釈、判時1761号205頁。
- (24) 預金保険機構は、1999年3月11日、阪和銀行旧経営陣に対し、5億1800万円にのぼる損害賠償請求訴訟を提起している（毎日新聞1999年3月30日）。