

株主代表訴訟における担保提供について

——蛇の目ミシン工業事件担保提供決定に関する覚書——

中島 弘雅

一 本稿の目的

(1) わが国の商法は、株主代表訴訟が提起された場合において、被告が、原告による提訴が「悪意」に出たものであることを疎明して請求したときは、裁判所は、原告に対して、相当の担保を供すべきことを命ずることができる（商二六七条二項・一〇六条三項）。この担保提供の規定は、株主による濫訴または会社荒らしによる提訴を防止するために設けられたものであるが、かかる担保提供義務が、具体的に何を担保するためのものであるかは、実は、必ずしも明らかではない。しかし、一般に、代表訴訟の提起によって被告に生じる損害賠償請求権（不法行為に基づく損害賠償請求権）を担保するものであると解されている。⁽¹⁾

株主代表訴訟における担保提供について

ところで、株主代表訴訟において被告たる取締役が原告に対して担保提供の申立てをするには、前述のように、原告の「悪意」を疎明しなければならぬが、ここにいる「悪意」の意味をどのように解するかについては、周知のよう争いがある。すなわち、通説は、ここにいる「悪意」とは、代表訴訟の被告である取締役を害することを知っているとをさすと解しているが（悪意説）、これに対しては、単に被告を害することを知って訴えを提起しただけでは足りず、不当に被告を害する意思を有していることを要すると解すべきであるとする有力な少数説（害意説）がある。

(2) しかし、会社を「害する」という言葉を、形式的にではなく、実質的にとらえれば、「害することを知る」ことは、「害しよう」と意図することと実質的に変わらないから、害意説と悪意説との間には若干のニュアンスの違いはあるものの、両説の意図しているところは、それほど変わらないようにも思われる。問題は、むしろ、株主代表訴訟においては、どのような場合に「悪意」が認定されるかである。しかし、従来は、代表訴訟が提起されること自体が少なかったため、この点は、実は、最近まで、必ずしも明らかではなかった。ところが、近時日本全国で多発している株主代表訴訟において、被告の側から裁判所に担保提供の申立てが頻繁に行われるようになった結果、担保提供を認めるための要件について判示した下級審判例が相次いで現われるに至った。担保提供の申立てを否定した「1」名古屋地決平成六年一月二六日判例時報一四九二号一三九頁（東海銀行事件）と、それとは逆に担保提供の申立てを一部の請求について認めた「2」東京地決平成六年七月二二日資料版商事法務一二五号一八四頁・判例時報一五〇四号一二一頁（蛇の目ミシン工業事件）がそれである。「1」決定については、すでに別稿において検討を試みたので、以下では、「2」決定について若干の検討を行うことにする。

(3) なお、「2」決定は、蛇の目ミシン工業株式会社(以下、A会社という)の株主が相次いで提起した二件の株主代表訴訟において被告側からなされていた二件の担保提供の申立てに答えたものであり、当初、この二つの決定について検討を加える予定であったが、紙幅の制約から、本稿では、さしあたりいわゆる第一次訴訟に関する部分(以下、本決定と呼ぶことがある)だけを取り上げ、原告がどのような理由から本案訴訟を提起したのか、また、被告側はどのような事情を疎明して担保提供の申立てを行ったのか、そしてまた、原告側はこれに対してどのような反論を行ったのか、また、裁判所はこの点につきどのような判断をしたのか、を少し詳しく見たうえで、本決定の判断が果たして妥当であったかどうかについて、検討を加えることにしたい。

(1) 上谷清「会社法上の訴と担保の提供」、『実務民事訴訟講座5』(一九六九年)一五一頁、竹内昭夫「株主代表訴訟の活用と濫用防止」『商事法務一三二九号』(一九九三年)三六頁、北沢正啓「新版注釈会社法(6)」(一九八七年)三七二頁、同「会社法(第三版)」(一九九一年)四二七頁、今井宏ほか「注釈株式会社法(上)」(一九八七年)三一〇頁、前田庸「会社法入門(第二版)」(一九九一年)二八一—二八二頁、服部栄三「星川長七編『基本法コンメンタール会社法2(第四版)』」(一九九一年)三四頁「佐伯直秀」、服部栄三「菅原菊志編『逐条判例会社法全書3』」(一九七二年)四七二頁「斉藤武」、中村直人「株主代表訴訟における担保提供の意義」『商事法務一三四〇号』(一九九三年)一七頁、新谷勝「株主代表訴訟と担保提供申立ての却下」『金融商事判例九四八号』(一九九四年)三七頁など。

(2) たとえば、石井照久「会社法上巻」(一九六七年)三六一頁、大隅健一郎「今井宏『会社法論中巻(第三版)』」(一九九二年)二七五頁、小町谷操三「菅原菊志『商法講義会社(2)』」(一九七一年)二六二頁、北沢「新版注釈会社法(6)」三七二頁、同「会社法(第三版)」四二七頁、神崎克郎「商法II(会社)〔第三版〕」(一九九一年)二二五頁、窪田宏「会社法上巻(商法講義II)」(一九八一年)二〇八頁、元木伸「代表訴訟」『竹下守夫・藤田耕三編『会社訴訟・会社更生法(裁判実務大系3)』」

- (一九八五年) 五九頁など。
- (3) たとえば、松田二郎『会社法概論』(一九六八年) 一四五頁、田中誠二『吉永栄助』山村忠平『四全訂コンメンタール会社法』(一九八四年) 八六四頁、田中誠二『三全訂会社法詳論上巻』(一九九三年) 七〇五頁。ただし、田中・同上七〇五頁は、不当に会社を害する目的をもつてなしたことを要するといわれる。
- (4) このことにつき、中馬義直「商法一〇六条二項にいう『悪意』の意義」東京大学商法研究会『商事判例研究(昭和三六年度)』(一九六九年) 四五八頁、高橋宏志「会社訴訟における担保提供の意義」商事法務一〇七八号(一九八六年) 一四頁参照。
- (5) もつとも、竹内昭夫教授は、かねてより、ここにいる『悪意』とは、被告取締役が会社に対して責任を負うべき理由がないことを知りながら、またはいやがらせのために訴えているということの意味すると述べておられる。竹内「株主の代表訴訟」『会社法の理論Ⅲ』(一九九〇年) 二四八頁。
- (6) 中島弘雅「株主代表訴訟における担保提供の申立て(上)(中)(下)」商事法務一三五四号三八頁・一三五五号一二頁・一三五七号七頁(一九九四年)。また、「1」決定の評釈として他に、新谷・前掲三六頁がある。
- (7) もつとも、「2」決定は、どちらの事件についても同一の担保提供の要件ないし判断枠組みに基づいて、被告からの担保提供の申立ての当否について判断しているので、本稿で述べたところが、そのまま第二次訴訟に関する担保提供決定にもあてはまる場合が多い。

二 本決定に至るまでの事実経過

1 本案訴訟の概要

(1) いわゆる第一次訴訟は、A会社の株主であるとともにA会社の子会社B不動産の元取締役である X_1 とA会社の株主 X_2 （A会社の元社長の未亡人。本訴提起後死亡。後に、 X_3 が訴訟を承継）の二名が、A会社のメインバンクであるC銀行からの派遣役員四名を含むA会社の元取締役六名に対して提起した代表訴訟である。⁽⁸⁾ すなわち、この訴訟は、いわゆる仕手グループ「光進」の主宰者である Y_1 によるA会社の株式買い占め事件で発生した二〇〇〇億円を超える巨額の債務について、A会社がそのメインバンクであるC銀行から事実上その全てを押しつけられ、債務超過に近い状態に置かれるに至ったのは、C銀行から送り込まれた取締役 Y_3 、 Y_4 、 Y_5 、 Y_6 が、株式の買い占めによってA会社の大株主となった Y_1 とその仲間の Y_2 （仕手グループ「ナナトミ」の主宰者）をA会社の取締役として受け入れる際や、 Y_1 から三〇〇億円を喝取される際、さらには、 Y_1 らからの株式引き取り要求に応じて前記光進の債務の肩代わりをする際に、C銀行の債権回収等の利益を優先して事の処理にあたった結果であるとして、 X_1 と X_2 が、 Y_1 、 Y_2 のほか、C銀行から派遣され右の処置に直接手を下した前記 Y_3 らに対して、合計八八〇億円の支払いを求めて提起した代表訴訟である。⁽⁹⁾

(2) 本訴の提起にあたり、X₁らは、請求原因事実として、次の点を主張している。すなわち、①Y₁は、A会社の株式を、右株式の買取りを約束したY₃作成の念書とともに暴力団に売却したので、その取戻しに三〇〇億円必要であるとしてY₄らを脅迫し、その結果、三〇〇億円がC銀行系列のノンバンクであるDリースからE会社に貸し付けられた上、Y₁が主宰する仕手グループ光進に交付されたが、その際、A会社は、DリースとE会社の金銭消費貸借につき保証するとともに、A会社の本社ビルに抵当権を設定した。しかし、右三〇〇億円を光進から回収することは当初から事実上不可能と認識され、E会社も特段の資産を有していなかった。その後、A会社は、Dリースの債務を引き受け、た。しかし、右A会社の保証および抵当権設定については、適法な取締役会決議を欠いており、Dリースを含むC銀行側は右融資の実体および手続の違法について悪意であったから、民法九三条但書の類推適用により、右保証および抵当権設定は無効である。しかるに、Y₅、Y₆らは、右事情を知らながら、C銀行に対し右の無効を主張せず、取締役会において主導的に債務引受契約締結の決議を成立させた（請求原因①）。

②C銀行系列のノンバンクであるFファイナンスは、A会社の株式一〇〇〇万株を担保にして光進に二五〇億円を貸し付けていたが、A会社の関連会社であるGクレジットが右債務を引き受け、前記B不動産（A会社の子会社）が担保提供をした。Gクレジットには右債務の弁済資力がないため、B不動産ひいてはその一〇〇％株主であるA会社がこれを負担することになり、A会社が同額の損害を被ることは当初から明らかであったが、Y₃らは、C銀行側の意向を受けてA会社側の動向を威圧して右債務を確認・弁済する旨の協定書をC銀行側と締結させ、A会社に二五〇億円の損害を負わせた（請求原因②）。

③ Y₁は、A会社の株式買い占め資金をHファイナンスから借り入れていたが、Y₃らは、C銀行の意向をうけて、E会社およびB不動産が右借入金のうち六〇〇億円の債務引受けをし、これをE会社の債務として一本化した後、A会社の取締役会で右債務のうち一三〇億円を保証する旨の決議を行い、A会社に同額の損害を与えた（請求原因③）。

④ Y₃らは、やはりC銀行の意向をうけて、E会社がY₁のリースに対する三九〇億円の債務を肩代わりする際に、A会社の一工場の土地・建物を担保として提供させたが、後に右不動産は処分され右弁済に充てられた結果、A会社は同額の損害を受けた（請求原因④）。

2 被告による担保提供の申立て

(1) 右の訴えに対し、Y₃らは、X₁らに対して、一億円を下らない金額の担保提供を命ずるよう求める旨の申立てを裁判所に行った。その際、Y₃らは、まず、X₁らの本訴提起の目的が悪意に出たものであることを推認させる事実として、次の点を主張している。

すなわち、① X₁らは、本訴提起の目的はC銀行の責任の追及であると明言しながら、役員個人に対して代表訴訟を提起するのは、本来の目的を逸脱している、② 本訴が、Y₁、Y₂を除くと、C銀行出身の役員のみを被告としているのは、C銀行関係者に対する個人的反感・敵意に基づくものであり、代表訴訟の濫用である、③ 原告X₁は、A会社の経営刷新委員会のメンバーであり、本訴提起はA会社の経営への関与を目的としたものである、④ X₁は、A会社の子会社B不動産の元取締役であり、Fファイナンスに対するB不動産の担保提供および両社間の協定書の作成に関与

していたから、同人は被告 Y_5 、 Y_6 に責任がないことを知っていると認められる、⑤自らも責任追及を受ける立場にある X_1 が、本訴を提起するのは不自然であり、真実、 Y_3 らの責任追及を最後まで行う意思を有しているとは考え難く、また、 X_1 が自らの関与を棚に上げて、他の取締役の個人責任を追及することは、正義の觀念に著しく反する、⑥原告 X_2 は、訴え提起当時極めて高齢で入院中であり、その後まもなく死亡していることから、名目的な原告と考えられるが、このように他人の名前と地位を利用して訴訟を提起する X_1 には、代表訴訟制度本来の趣旨・目的に従う意思はない、などの点である。

(2) また、 Y_3 らは、自分たちには、何ら取締役としての任務違背等は認められないにもかかわらず、 X_1 らは、そのことを知りながら本件代表訴訟を提起したものであり、本訴提起は悪意によるものであると主張している。その際、 Y_3 らが、自分たちに任務違背がなかったと主張する根拠は、以下のとおりである。すなわち、① Y_3 ら当時のA会社の経営陣は、 Y_1 による株式の大量買い占め、経営参加の要求および暴力団介入の脅威という未曾有の異常事態に対して、会社の社会的信用の保持が最も重要であるとの認識の下に、これを傷つけることのないよう配慮し、最善と思われる選択を行ってきた。本件代表訴訟は、会社が当時置かれていた困難な状況を無視して単に結果だけを論じ、 Y_3 らが具体的にどのような注意義務違反をしたのかを全く明らかにしておらず、請求原因の主張として不十分であり、これを立証することは到底期待し難い、② Y_3 らが、C銀行の利益目的達成のためにA会社に送り込まれ、同銀行の意向を受けてその利益を図るため行動し、他の取締役も易々としてこれに従ったというおおよそ荒唐無稽な主張に基づく本訴は、 Y_3 らに対する悪意に基づくものである、③ Y_5 、 Y_6 がA会社の取締役に就任した当時、すでにE会社はDリースから三

○億円を借り受け、これがナナトミ、光進に貸し付けられ、E会社の債務についてA会社が本店ビルに抵当権設定済みであったが、ナナトミは、その後和議を申請し、同社からは金利の支払いも受けられない状態であり、またE会社には見るべき資産はなかったので、これをそのまま放置しておけば、A会社は抵当権の実行を受け、経営不安につながることは必至であったし、他方、E会社については特別清算を行うのが税務対策上最良の策であった。かかる状況下で、Y₃らは、取締役会および常務会等で繰り返し検討の結果、E会社のDリースに対する債務をA会社で引き受ける以外に方法はないとの結論に達し、その旨の取締役会決議をしたのであって、Y₃らには、何ら善管注意義務違反は認められない、また、④同様の状況下では、A会社の信用不安を回避し、かつ、少しでも有利な価格で担保物件(工場の土地・建物)を換価して、Iリースとの紛争を解決しておくことが好ましかったため、取締役会決議を経て、Iリースと和解し、担保物件の売却を行ったのであって、右判断は合理的であり、取締役としての注意義務違反はない、⑤Gクレジットによる債務引受け、B不動産による担保提供は、Y₅、Y₆の取締役就任前のことであり、また、B不動産がFファイナンス等と締結した協定は、金利減免を内容とするもので、新たに負担を生じさせるものではない、⑥光進のHファイナンスに対する債務の肩代わりの問題は、Y₅、Y₆の取締役就任前に実質的な債務負担がA会社の関連会社により行われていたのであって、それらの行為についてY₅らの責任を追求する余地はないのみならず、Y₅らの取締役就任後に行われた訴訟上の和解によるA会社の債務引受けは、Hファイナンスとの間の訴訟を早期解決することによって、A会社が本業に専念し信用不安を排除するという点からも、またE会社の特別清算を早く終了させて約一〇億円の節税を図るという点からも、十分な必要性と合理性を有するものであった、⑦A会社では、Y₁らによる様式的大量買い占めの問題解決のため弁護士が結成され、その後には株式問題に関する重要な事項について取締役会および

び常務会からの諮問を受けるための株式問題処理実行委員会も社内組織され、本件訴えの請求原因とされている取締役会の決定（前述1(2)②）についても、常に複数の弁護士に相談し右委員会に対する諮問を経てなされたもので、Y₅が他の取締役を威迫誘導することなど不可能であり、X₁は、このことを熟知していた、などの点である。

3 原告側の反論

(1) これに対して、原告側は、次のように反論している。まず、「悪意」の意義については、商法二六七条四項にいう「悪意」とは、損害賠償請求に理由がなく、かつ、原告が請求のないことを知っていることをいうと解されるが、請求に理由があるか否かは本案における争点であり、担保提供の申立手続でその主張立証に深入りすることは、制度の趣旨に反するから、請求が主張自体失当か、主張が荒唐無稽で認容の可能性が殆どない場合、あるいは、請求に理由がないことが疎明された場合に限り、原告が請求に理由のないことを知っていたか否かを問題にすれば足りると解すべきであり、また、原告の被告に対する加害の意思は「悪意」とは無関係である、と。

(2) 次に、原告の本訴提起の目的が「悪意」によるものであるという主張に対しては、次のように反論している。

①被告Y₅らC銀行派遣の取締役は、B不動産に対して株式問題の全容を知らせることなく、B不動産の負担においてC銀行系列のノンバンクの債権確保に狂奔していたので、X₁らB不動産の関係者は、A会社の子会社の役員という地位にありながらも、いわれなき担保提供の効力に疑問を持ち、被告Y₅らの行為についてことあるごとに反対の意思を表明している、②被告は、X₁がA会社の経営刷新委員会のメンバーであるというが、第二次訴訟の原告であるX₄が勝

手に経営刷新委員会のメンバー表に候補者として挙げたものであり、X₁自身は関知していない、③亡X₂は、A会社の中興の祖といわれた元社長の未亡人であり、夫が築き上げたA会社がY₁やC銀行によつて現在のような状態にされてしまったことを無念に思い、本件代表訴訟提起の前にはY₅らの取締役解任を求める株主提案権の行使をし、また、A会社がY₁に株式を買い占められ株主数が減少して上場基準を維持できなくなったときには、時価の約半額でA会社の従業員に株式を提供しており、X₂の本訴提起は決して「悪意」によるものではない、と。

(3) また、Y₅らには取締役としての責任がないという主張に対しても、原告側は、次のように反論している。すなわち、①被告Y₅、Y₆は、C銀行に在職していた当時からY₁との折衝にあたるなど、A会社の株式大量買い占め問題に深く関与しており、三〇〇億円恐喝事件の経過、E会社のDリースに対する債務について、A会社が物上保証をする必要性がなく、物上保証に関する取締役会が有効に存在していないことを十分に知っていたのであるから、Y₅らはA会社の取締役として、Dリースとの間で物上保証の効力を争うべきであった、②C銀行が、光進のFファイナンスに対する債務をGクレジットに引き受けさせ、B不動産に担保提供させた行為は、メインバンクという優先的地位を濫用して、A会社側にとっては何の必然性もメリットもない巨額の債務を肩代わりさせたものであり、公序良俗に反するから、Y₅、Y₆としては、かかる担保提供について、債務ないし責任の不存在を主張してA会社の被害を最小限にすべく努力する義務があったのに、逆に債務の減免措置を要求するA会社側の動向を威圧して、債務を確認・弁済する旨の協定を締結させ、A会社の被害を確定させた、③A会社がC銀行系のE会社の債務を保証する必然性は見当らず、またE会社に対する債権を無税償却するには、E会社を特別清算ではなく、破産させれば足りた、④Y₅、Y₆は、C銀

行の代表者として Y_1 との間の折衝にあたっていた関係上、 Y_1 の I リースに対する借入金についてA会社が物上保証する必然性も合理性もないことをよく知る立場にあつたから、右物上保証の効力について十分吟味するとともに、A会社の利益を損なわないように行動すべきであつたにもかかわらず、 Y_1 らは担保物件の処分を急ぎ、A会社の損害を確定させた、⑤ X_1 らは、本訴の請求原因事実について、 Y_1 に対する恐喝被告事件の刑事公判記録、A会社関係者の証言、A会社およびB不動産の取締役会・常務会の議事録等により立証できる、と。

そこで、次に、以上の事実関係の下で、東京地方裁判所が、被告側からの担保提供の申立てに対し、どのように判断をしたかを見てみよう。

(8) なお、第一次訴訟では、 X_1 らは、代表訴訟提起の前提となる訴え提起の催告の手續を、A会社の監査役に対して代表訴訟提起前に行っておらず、訴え提起の催告がなされたのは、訴えの提起から約一ヶ月後である。従つて、訴え提起後の催告によつてその瑕疵が治癒されるかという問題があり、判例・学説上見解がわかれているが、本稿ではこの問題については触れないことにする。この問題については、さしあたり、北沢『新版注釈会社法(6)』三七二頁、石原俊一「代表訴訟の手續の瑕疵」東京大学商法研究会『商事判例研究(昭和四一年度)』(一九八一年)三五六頁、阪埜光男「代表訴訟の手續の瑕疵」法学研究四二巻一二号(一九六九年)一一三頁参照。

(9) 資料版商事法務一一三号一二五頁以下、判例時報一五〇四号一三二頁以下参照。ちなみに、第二次訴訟の方は、A会社の元取締役・従業員であつた X_4 が原告となつて、 Y_1 の主宰する「光進」や Y_2 の主宰する「ナナトミ」などの仕手グループにノンバンクなどを通じて巨額の金銭を融資・提供していたC銀行が、A会社に「株式対策」と称して役員を派遣し、また、 Y_1 らの仕手グループの崩壊後は、 Y_1 らの債務をすべて肩代わりし、C銀行の利益をA会社の利益に優先させて会社資産をC銀行の債権回収にあて、A会社に巨額の損害を与えた一連の事態について、A会社がかかる事態に陥つたのは、

C銀行から派遣されたA会社の取締役と、それに加担しもしくは漫然と会社資産の減少を放置し続けたその他の取締役・監査役らの責任であるとして、その責任追及のために、第一次訴訟と同じく、 Y_1 、 Y_2 の二名と、C銀行から派遣されていた四名の取締役(Y_3 ・ Y_4 ・ Y_5 ・ Y_6)と、さらに、それ以外のA会社の取締役・監査役二五名の計三一名に対して、合計一五二〇億円の支払いを求めて提起した代表訴訟である。これに対して、東京地裁は、 X_4 に対し総額二億六五〇〇万円もの担保提供を命じている。詳細については、資料版商事法務一一三号一三六頁以下・同一二五号一九六頁以下、判例時報一五〇四号一二三頁以下参照。

(10) 前注(9)参照。

三 本決定の内容

1 「悪意」認定の判断枠組み

(1) 本決定は、最初に、担保提供要件としての「悪意」の意義につき、その解釈にあたつては、「悪意」という文言のほか、株主代表訴訟と担保提供制度の趣旨、提供される担保の目的、悪意認定の手續上の制約などを念頭に置きつつ、代表訴訟の濫用を抑制し取締役などを不当な訴え提起から保護するという担保提供制度の趣旨が活かされるところに、株主の監督是正権の発動としての代表訴訟が不当な制限を受けることなくその機能を発揮しうるように、バラ

ンスのとれた考え方をする必要があるとの極めて妥当な一般論(解釈の指針)を述べている。そのうえで、具体的にどのような場合に原告の「悪意」の認定ができるかという点につき、本決定は、次のように判示している。

(2) まず、①不当訴訟との関連につき、次のようにいう。担保提供は、不当訴訟による損害賠償請求権の担保であるから、「悪意」を不当訴訟の成立要件と関連する認識、意思として把握するのは自然であろう。しかし、原告のいうように、担保提供を命じ得る場合が、原告において、その請求が理由のないものであることを認識していることの疎明があつた場合に限られるとすると、過失による不当訴訟の場合が一切除外されることになり妥当ではないとして、過失による不当訴訟の場合にも担保提供が認められる余地があるとす。そして、その基準として、i 請求原因の重要な部分に主張自体に失当の点があり、請求が認容される可能性がない場合、ii 請求原因事実の立証の見込みが低いと予測すべき顕著な事由がある場合、iii 被告の抗弁が成立し原告の請求が棄却される蓋然性が高い場合などに、原告がそうした事情を認識しつつあえて訴えを提起したと認められるときには、「悪意」による提訴にあたる、と。そして、その理由として、右の各場合には、不当訴訟となる可能性が高く、かつ、その重要な要素たるべき事実を認識しつつあえて提訴する主観的態度は十分に「悪意」と評価しうるものだからであると述べている。

(3) 本決定は、また、②株主権の濫用の観点から議論を展開し、担保提供の制度は、もともと株主権を濫用し、不当な利益を得る目的で代表訴訟を利用するいわゆる会社荒らしに対処するために設けられたものであり、提訴者が代表訴訟を手段として不法不当な利益を得る目的を有する場合には、不当訴訟の具体的な可能性についての疎明がない場合でも、担保の提供を命じることができる」と述べている。

(4) もつとも、本決定は、同時に、③提訴者が、個人的な意図、目的、感情から代表訴訟を提起したことが、悪意

による提訴といえるかという点についても触れ、仮にそのような動機・目的があったとしても、提訴により、取締役などの責任が明らかにされ、会社の被った損害の回復が図られるのであれば、代表訴訟の狙いとするところ(会社経営の監督是正機能)は達成されるから、担保提供命令により抑制の対象とすべきは、代表訴訟を手段として不法不当な利益を得る目的を有する場合など、正当な株主権の行使と相容れない目的に基づく場合に限るべきであつて、訴えの提起に個人的な意図、目的、感情が伴っている場合一般に拡大することは相当ではないとも述べている。

(5) 本決定は、さらに、④本訴のように複数の被告に対する複数の請求が併合提起されている場合の担保提供の要否および提供すべき担保の額について、個々の請求ごとに判断するのが本則であると述べている。もつとも、訴えが不法不当な目的に基づく場合は、原則として、併合提起された全体の訴訟について「悪意」の有無を判断することになろうし、不当訴訟となる可能性が高い場合の「悪意」の有無は、個々の請求ごとの判断になろうが、この場合でも、総合的に担保提供の要否を判断するのが相当な場合もあり得ると述べている。

2 「悪意」の有無についての判断

以上の「悪意」認定の判断枠組みを前提に、本決定は、本件原告の悪意の有無につき、次のように判断している。

(1) まず、原告の本訴提起の目的の点につき、①Y₁らには、本件訴訟を通じてC銀行の責任を明らかにするという目的が認められ、また同行およびその出身取締役に対する反感があることも窺われなくはないが、このような目的等があったとしても、正当な株主権の行使と相容れない不法・不当な動機・目的があるといふことはできない、②X₁が、

A会社の経営に関与することを目的として本件訴えを提起したものと認めることはできない、③X₁が、Fファイナンスに対するB不動産の担保提供および両社間の協定書作成の時期に、B不動産の取締役の地位にあるからといって、同人がY₅らに責任がないことを知っていたと解することはできない、また、④右担保提供等が違法であるとすれば、X₁もB不動産の取締役としての責任を問われる可能性はあるが、だからといって、A会社に対して責任があるわけではないから、そのことから、X₁による本件訴えの提起が「悪意」に出たものということはできない、⑤X₂には提訴の意思がなく、単なる名目的な原告であったと認めることはできない、と述べ、要するに、原告の本訴提起に不法・不当な動機・目的があるとはいえないと判示している。

(2) しかし、本決定は、原告の主張する請求原因(前述二(2)参照)のうち、③④の点については、光進によるA会社の株式の大量買い占め問題の処理に当たったY₃らの判断がA会社の社会的信用保持の上で最善のものであったかどうか、A会社の利益を守る上でY₃らによる債務負担・担保提供等の処理が合理性・相当性を有し、Y₃らに善管注意義務・忠実義務違反がなかったかどうか等の点は、今後の双方の主張・立証をまつて判断すべき事柄であるとしつつも、請求原因①②については、請求が認容される見込みが低いこと、請求原因事実が主張されていないこと、請求原因の立証の見込みが低いことなどを理由に、原告の「悪意」を推認している。

すなわち、まず、①の請求原因(Y₁による恐喝被害に関する責任)については、Y₅、Y₆の取締役就任前に、すでに実質的な損害が発生していたことが一応認められ、その後A会社の実質的負担を増大させる行為があったかどうかは、現段階での主張・疎明からみる限り、極めて疑わしいこと、また、E会社がY₁に交付するため右三〇〇億円をDリース

から借り入れるに際して、A会社が保証するとともに本社ビルに抵当権を設定させた行為には無効原因があり、Y₅、Y₆としては、取締役就任後その無効を主張する義務があつたとのX₁らの主張も、その主張内容から見て、立証の見込みが低いものと予想されることを理由に、原則的に原告の「悪意」が推認されると述べている。

また、②の請求原因(Fファイナンスの光進に対する二五〇億円の貸付けに関する責任)についても、Gクレジットが債務引受をし、B不動産が担保提供をしたことに関してY₃らの責任を追及する請求は、Gクレジットには債務弁済資力がなく、B不動産、ひいてはその親会社であるA会社がこれを負担することになり、同額の損害をA会社が被ることが明らかであつたと主張するものであるが、子会社が債務引受または担保提供をしたからといって、特段の事情のない限り、それにより親会社に引受額または被担保債権額相当の損害が生じるものではなく、かかる主張に基づく請求は認容される見込みが著しく低いこと、また、右債務引受等は子会社の行為であるから、A会社の取締役の責任を認めるべき根拠については特に具体的主張が必要であるが、右の件がA会社の取締役会で議決されたことなどの具体的な責任根拠についての主張がないこと、さらには、C銀行、Fファイナンス等とA会社およびB不動産との間で締結された協定は、右ファイナンス関係の債務についてA会社に対して新たな債務を負担させるものではないから、右協定を損害の根拠とすることもできないこと、しかも、この点は、原告がB不動産の取締役をしていた時期にB不動産が当事者として行った協定に関する事柄であることを認定のうえ、原告はそうした事情を認識しつつあえて訴えを提起したものであるとして、原告の「悪意」を推認している。

3 担保提供額についての判断

そして、最後に、本決定は、具体的な担保提供額の決定基準につき、右担保は提訴が不法行為を構成する場合に被告が取得する損害賠償請求権を被担保債権とするものであるから、被告が被ると予測される損害額を考慮に入れるのは当然のことであるが、このほかにも、不当訴訟となる蓋然性の程度、悪意の態様・程度、悪意を認定された請求が当該訴えの中で占める位置、責任を問われている被告の数等、当該訴えの提起に関する諸般の事情を総合的に考慮して、裁判所はその金額を決定することができるかと解すべきであり、機械的に請求額の一定割合としたり、常に被告が被るべき損害の全額を担保できる額とすることは相当ではないと述べたうえで、結論として、本決定は、原告X₁およびX₂に対して、Y₅およびY₆に対する①の請求原因事実に基づく請求(前述二一(2)①)について、それぞれ一〇〇〇万円の、また、Y₃、Y₄、Y₅およびY₆に対する②の請求原因事実に基づく請求(前述二一(2)②)について、それぞれ一〇〇〇万円(合計六〇〇〇万円)の担保を提供するよう命じる旨の決定を下した。

四 担保提供の要件

1 不当訴訟との関係

(1) わが国の株主代表訴訟において担保提供が問題となった最初の裁判例は、はじめにも触れた「1」の名古屋地

裁決定である。この事件は、株式会社東海銀行の株主Xが、同行の代表取締役頭取Yを相手取り、Yが不正融資により銀行に与えた損害の賠償等を求めて提起した株主代表訴訟において、被告Yが、原告Xの本訴提起は、もっぱら職業的特殊株主としての示唆活動のためになされたものであり、株主としての権利擁護の目的で提起されたものではないとして、担保提供の申立てをしたものである。これに対し、同決定は、株主代表訴訟の提起が「悪意」に出たものであるというためには、①被告取締役会社に對する責任がないこと、換言すると、原告の請求に理由がないことと、②原告がそのことを知りながら、被告を害する企図をもって訴えを提起したことが疎明される必要があるが、「1」の事件では、それらの要件が備わっていないとして、被告Yよりなされていた担保提供の申立てを却下したものである。

これに対して、本決定は、前述のように、①いわゆる不当訴訟との関連について、担保提供は、不当訴訟による損害賠償請求権の担保であるから、「悪意」についても不当訴訟の成立要件と関連して把握するのは自然であるが、しかし、過失による不当訴訟の場合にも、担保提供が認められる余地があるとし、その基準として、i 請求原因の重要な部分に主張自体に失当の点があり、請求が認容される可能性がない場合、ii 立証の見込みが低いと予測すべき顕著な事由がある場合、iii 被告の抗弁が成立する蓋然性が高い場合などに、そうした事情を認識しつつあって訴えを提起すれば、「悪意」による提訴にあたりと判示した後、本件の場合にはそれらの事情が存在するとして、一部の請求について原告に担保提供を命じている。

しかし、同時に、本決定は、②いわゆる株主の濫用の観点からも議論を展開し、担保提供の制度は、株主権を濫用し、不当な利益を得る目的で代表訴訟を利用するいわゆる会社荒らしに対処するためのものであるから、提訴者が不

法不当な目的を有する場合には、不当訴訟の可能性についての疎明がなくても、担保提供を命じることができる述べている。ただし、③訴えの提起に提訴者の個人的な意図、目的、感情が伴っているからといって、ただちに「悪意」とはいえないとも判示している。

(2) ところで、訴え提起行為がどのような場合に不法行為(不当訴訟)になるかという点については、周知のように、「3」最判昭和六三年一月二六日民集四二巻一頁一頁¹¹⁾があり、同判決は、「民事訴訟を提起した者が敗訴の確定判決を受けた場合において、右訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、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」と判示している。それ以来、かかる見解が裁判所の確定判例となっており、株主代表訴訟に関する「4」東京地判平成二年五月二五日判例時報一三八三号一三九頁も、訴外A会社の株主Xが、同一企業グループ内の訴外B会社に対していわゆる救済融資をした取締役Yらを相手取り、B会社は当時経営財務内容が極めて劣悪で、そのような会社に融資をしても回収が不能となる蓋然性が極めて高かったにもかかわらず、Yらが貸金の回収可能性について十分な調査・検討をすることなく、漫然と無担保で融資を実行したのは、取締役としての忠実義務に違反するとして提起した株主代表訴訟が不法行為にあたるかどうかが争われた事案において、「3」判決の提示した要件ないし判断枠組みに全面的に依拠して不法行為の成否について判断している。そして、本決定も、また「1」決定も、同様に、かかる「3」判決を前提として、株主代表訴訟の提起が不法行為を構成する場合か、あるいはその可能性が高い場合に、担保提供を認めようとしたものといえることができる。

2 名古屋地裁決定と本決定との違い

(1) もちろん、「1」決定と本決定との間には、いうまでもなく無視することのできない大きな差があることも事実である。というのは、「1」決定によると、原告に不法な目的があることと、原告の請求に理由のないこと（換言すると、役員に責任のないこと）の双方が被告によつて疎明されないと、担保提供は命じられないのに対して、本決定によると、a原告が不法な目的で代表訴訟を提起している場合には、原告の請求に理由のないことの疎明がなくても、原告に担保提供が命じられる余地があるし（前述三1(3)参照）、また、b被告の側で原告の請求が客観的にみて認容される見込みが低いこと（換言すると、不当訴訟となる可能性が高いこと）を疎明すれば、被告としては、それ以上に、原告が請求に理由がないことを知っていることまで疎明しなくても、担保提供が命じられることがありうるからである（前述三1(2)参照）。

(2) しかし、このうち、前者aについてはともかく、後者bには、いくつか疑問があるように思われる。確かに、本決定のいうように、原告が請求原因として主張している①②（前述二1(2)）には、被告らがA会社の取締役就任する前の行為について、その取締役としての責任を追及している部分や、被告らのA会社に対する責任を追及しているのか、はたまた子会社B不動産に対する責任を追及しているのか、必ずしも判然としない部分も含まれており、請求原因の記載がいささか杜撰であるとの印象は拭えない。しかし、被告らが、A会社の取締役に就任する以前から、C

銀行の担当者としてY₁らによるA会社の株式大量買い占め事件に深く関与していたという経緯を考えると、それらの点は、本案訴訟のなかで、釈明権の行使により原告の主張を正したり、さらには新たな主張・立証を促すことで十分対処は可能であり、また、仮にそれらの請求原因について最終的に原告が立証できなければ、裁判所としては、請求を棄却すればよいだけのことであつて、そのことから直ちに原告による提訴が過失によるものとはいえないように思われる。

(3) また、仮に原告にその点で過失が認められるとしても、前掲「3」判決が掲げる不当訴訟の要件から見て、かかる請求原因にもとづく訴えが不当訴訟となる可能性は極めて低いように思われる。というのは、不当訴訟の要件につき判示した「3」判決が、不当訴訟と考えられる場合を例示の後、最後に、要するに、「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ときに限り」、原告の訴え提起行為は不法行為（不当訴訟）となる⁽¹⁴⁾と述べているのは、もともと私人間に紛争が生じている限り、一方の当事者が紛争の解決を求めて訴えを提起する行為は、原則として、憲法の保障する正当なし適法な行為であるから（憲法三二条）、訴え提起行為は、通常の不法行為の場合とは異なり（民七〇九条参照）、その違法性が著しい場合にのみ不法行為になるという点を明確にしておこうという趣旨と解されるからである。⁽¹⁵⁾

(4) そしてまた、前掲「4」判決は、先に紹介した事案において、取締役の行為が忠実義務に違反するものと解されるかどうか微妙な場合に、株主が当該取締役を被告として代表訴訟を提起し、敗訴判決を受けたとしても、必ずしも、本訴請求に理由のない不当な訴えであるとはいえないと判示しているが、本決定は、かかる「4」判決の立場

とも抵触するように思われる。特に株主代表訴訟の場合、原告としては、代表訴訟で勝訴したからといって特に固有の利益があるわけではなく、むしろ敗訴すれば全費用を自ら負担しなければならないという代表訴訟の構造を考える¹⁶と、代表訴訟の提起が不当訴訟となる場合というのは、通常の訴訟に比べて、違法性が特に強い場合に限られるべきであろう。

(5) さらにまた、本決定のように、訴え提起段階で提出されている訴訟資料だけに基づいて、原告の請求が認容される可能性が低い(不当訴訟となる可能性が高い)との理由から、直ちに、原告の「悪意」を認定し、高額な担保の提供を命ずるのは、事実上、それらの請求についての本案訴訟の拒否を意味する¹⁶が、それは、民事訴訟の基本原則の一つである随時提出主義(民訴一三七条)にも反するように思われる。

(11) 「3」判決の評釈ないし解説として、林屋礼二・ジュリスト九〇八号(一九八八年)五三頁、中島弘雅・法学教室九六号(一九八八年)九二頁、吉村徳重・松尾卓憲・判例タイムズ六七二号(一九八八年)四七頁、小林秀之・法学セミナー四〇九号(一九八八年)一一二頁、吉田邦彦・判例評論三六二号(一九八九年)四七頁、梅善夫・昭和六三年度重要判例解説(一九八九年)一一九頁、島田清次郎・昭和六三年度主要民事判例解説(一九八九年)九四頁、伊藤敏孝・法学研究六二巻四号(一九八九年)一四七頁、瀬戸正義・最高裁判例解説民事篇昭和六三年度(一九九〇年)一頁、中村隆次「訴えの提起と不法行為の成否」判例タイムズ七一八号(一九九〇年)二二頁、加藤新太郎・民事訴訟法判例百選Ⅰ(一九九二年)二四頁などがある。なお、「3」判決を契機として書かれた不当訴訟に対する当事者や弁護士¹⁷の責任に関する研究として、加藤新太郎「弁護士役割論」(一九九二年)一六八頁以下、山城崇夫「不当提訴と弁護士費用に関する一考察」山口経済学雑誌三八巻一・二号(一九八九年)八七頁以下がある。

(12) 「4」判決の評釈として、中島弘雅・ジュリスト一〇三九号(一九九四年)一二七頁がある。

- (13) このことにつき、商事法務一三六三号（一九九四年）一二二頁の「スクランブル」参照。
- (14) このことにつき、中島・前掲解説・法学教室九六号九二頁参照。
- (15) 詳細については、中島・前掲「株主代表訴訟における担保提供の申立て（下）」商事法務一三五七号八―九頁参照。
- (16) 原告が担保提供を命じられたにもかかわらず、担保を提供しないときには、被告は原告が担保するまで応訴を拒むことができ（民訴一一七条・一〇九条）、また、裁判所は、それらの請求につき、判決をもって訴えを却下することができる（民訴一一七条・一一四条）。

五 担保提供の要否の判断と担保金額の決定基準

1 担保提供の要否の判断

本決定は、本件訴訟のように、複数の被告に対する複数の請求が併合提起されている場合の担保提供の要否の判断の問題について、個々の請求ごとに判断するのが本則であるとの基本的立場を採っている。そのため、本件では、原告が掲げた請求原因のうち①②の点について、請求が認容される見込みが低いこと、請求原因事実が主張されていないこと、請求原因の立証の見込みが低いことを理由に、裁判所は原告の「悪意」を推認し、Y₃、Y₄、Y₅およびY₆に対する②の請求原因に基づく請求と、Y₅およびY₆に対する①の請求原因に基づく請求の合計六つの請求につき、それぞれ

れ一〇〇〇万円づつ担保提供を命じている。

しかし、仮に被告とされた役員ごとに担保提供の要否を判断することには、一応の合理性が認められるとしても、請求または請求原因ごとに担保提供の要否を判断するという考え方には、問題があるように思われる。というのは、本件のような請求の単純併合の場合、原告としては、複数の請求または請求原因のうちのどれか一つについて本案の審理が行われる限り、その後の主張・立証次第では、請求認容判決を受ける可能性があるにもかかわらず、一つの訴えを構成する請求の一部または請求原因に認容または立証の見込みの低いものが含まれているとの理由で、担保提供が命じられることになると、金額次第では、事実上、その請求については訴訟活動を制約されることが予想されるからである。しかし、前述のように、随時提出主義との関係で、かかる結果は不当であろう。また、被告の方としても、原告の主張する他の請求について訴訟が係属し、したがって、場合によっては本案訴訟で敗訴する可能性もあるのであるから、請求の一部または請求原因に認容または立証の見込みの低いものが含まれているからとの理由で、原告敗訴の場合に備え、原告に担保提供を命じてもらう必要性はないように思われる。そういった意味で、担保提供の要否を個々の請求ごとに判断するという考え方には、いささか疑問があるということをごに述べておきたいと思う。

2 担保金額の決定基準

最後に、担保提供が認められる場合の金額ないしその決定基準の問題について簡単に触れておく。

裁判所が被告の担保提供の申立てを認容する場合、担保金額は、法文上相当の額とあるだけであり（商二六七条二項・一〇六条一項参照）、その決定基準は何ら示されていない。しかし、株主総会決議を争う訴訟において担保提供が命じら

れた裁判例では、公告費用、弁護士費用、その他被告側が応訴に要する費用を積算して金額を決定するというのが、従来からの裁判所の担保金額の決定方法のようである。⁽¹⁷⁾

これに対して、本決定は、担保金額の決定基準について、被告が被ると予測される損害額を考慮に入れるのは当然のことであるが、このほかに、不当訴訟となる蓋然性の程度、悪意の態様・程度、悪意を認定された請求が当該訴えの中で占める位置、責任を問われている被告の数等、当該訴えの提起に関する諸般の事情を総合的に考慮して、裁判所はその金額を決定することができ、機械的に請求額の一定割合としたり、常に被告が被るべき損害の全額を担保できる額とすることは相当ではないと判示している。

確かに、この種の訴訟における担保が、被告に生じる損害賠償請求権を担保するものであるとすれば、前者の見解のように、被告側が直接応訴に要した費用に限定する必要はなく、本決定が例示している各種の費用のほか、たとえば慰謝料のような費用も含まれてよいはずであり、また、ある程度金額が高額でないと、濫訴の防止という本来予定された機能を果たすこともできないと思われる⁽¹⁸⁾。しかし、反面、本決定のような基準によると、担保金額が高額になりすぎる危険性も否定できないように思われる。現に、本決定では、必ずしも明確な根拠が示されることなく、一つの請求につき、それぞれ一〇〇万円という金額の担保提供が命じられている。そういった意味で、今後は、もう少し客観的な担保金額決定基準の設定に向けた努力が、裁判実務・学説に課された課題であるように思われる。

(17) たとえば、東京地決昭和五三年七月一四日判例時報九一三号一一二頁、東京地決昭和六二年一月二七日判例時報一
二六八号一三七頁、東京地決平成元年五月一七日資料版商事法務六九号三二頁、仙台地決平成三年二月一六日判例時報
一四三三三号一三六頁、東京地決平成五年三月二四日判例時報一四七三三号一三五頁など。

(18) このことにつき、高橋・前掲論文一五頁、新谷・前掲評釈四二頁参照。

六 おわりに

以上、極めて簡単にはあるが、蛇の目ミシン工業の株主代表訴訟において一部の請求について原告株主に担保提供を命じた東京地裁平成六年七月二二日決定を素材に、同決定が提示した担保提供の要件とその具体的な判断、担保提供の要否の判断基準、さらには担保金額の決定基準などについて、若干の検討を試みた。

内容的には、右の担保提供決定に関する筆者の現時点での覚書の域を一步も出るものではないが、この度、めでたく筑波大学を定年退官される大学院企業法学専攻の奈良次郎、竹内昭夫、平出慶道、吉牟田勲の四先生に、謹んで本稿を捧げ、先生方の今後のご健勝とご活躍をお祈りする次第である。

(一九九四年十一月二九日稿)

〔付記〕 本稿脱稿後、東京地裁が、平成六年一〇月二二日にも、三愛の株主代表訴訟において原告に担保提供を命じたことが、商事法務一三七六号三八頁に報じられている。

