

商法第 290 条第 2 項の株主の意義について

佐 伯 直 秀

商法第 290 条第 2 項の株主の意義について

目 次

第 1 章 問題点の所在

第 2 章 限定説を取る私見の論拠

第 1 節 非限定説の論拠とその批判

第 2 節 違法配当返還請求権の法的性質

第 3 節 会社の、株主に対する返還請求権の行使範囲

第 3 章 結語

第一章 問題点の所在

会社債権者は、商法第 290 条第 2 項の規定により、（同条第 1 項違反の）いわゆる違法配当受領の株主に対しては、これを返還させうることになっている。しかし同項の文言には、この返還請求権行使に制限を加える如き表現（民 703、商 266 の 2 参照）がない。したがって返還額は当然、違法に配当された利益の全額であって現存利益額証明の如きは必要ではなく、反面、返還義務を負う株主は、配当受領についての善、悪意の如何を問わず、受領株主の全員であるということになる。

ところで問題は、本来なら、違法配当をなした取締役が、この全額について弁済をなしたときは、弁済代位権（民 500）にもとづき、受領株主全員に対して求償しうる筈であるが、第 266 条の 2 の規定によって、それは悪意の株主

のみに限定せられていることである。すなわち同じく、違法配当を受けながらも、第266条の2によれば、取締役の求償権にもとづく返還請求に対しては、善意株主は、その返還義務を免かれうるのに反し、第290条2項によれば、会社債権者の返還請求に対しては、善意の株主と雖も、これを免かれ得ないことになる。そこで、この矛盾する両条文間の喰い違いを解決するために、学説は、あるいは、第266条の2との連関に重点を置いて、第290条2項の株主は、これを制限する、なんらの文言もないけれども、善意者を含まない、すなわち悪意者のみに限定する趣旨であると解し¹⁾、あるいは、第290条2項の規定の文言そのものに重点を置いて、善意者をも含む、すなわち悪意者のみに限定しない趣旨であるとしている²⁾。なお記述の都合上、本論文では、前者を限定説、後者を非限定説と名付ける。

ところで筆者は、後述の如く、前者すなわち限定説を取る。そこで本論文においては、まず非限定説の論拠と、それに対する批判の検討とを行ない、さらにこれらの論拠だけでは限定説採用に、十分とはいえないので、原点に帰り、本題（違法配当返還義務）の前提となるところの、返還請求権なるものの法的性質を考察し、これを基軸として、限定説を取らざるを得ない私見の論拠を述べることにする。

第二章 限定説を取る私見の論拠

第一節 非限定説の論拠とその批判

前章で既に触れた如く、筆者は、限定説を取る。そこでまず、この反対論た

- 1) 鈴木竹雄著「会社法」178頁。田中誠二著「会社法詳論（下）」718頁。石井照久著「会社法（下）」296, 297頁。伊沢孝平著「註解新会社法」509頁。西原寛一著「会社法」252頁。実方正雄「利益配当及び建設利息の配当」（株式会社法講座Ⅳ）1319, 1320頁など。
- 2) 大隅健一郎著「全訂会社法論（中）」229頁。松田二郎著「新会社法概論」72, 73, 235頁。服部栄三著「会社法」148頁。本間輝雄「違法配当と取締役の求償権」（注釈会社法Ⅳ）471頁。龍田節「利益の配当」（同Ⅵ）247頁。大森忠夫「利益配当と株主の返還義務」企業会計6巻2号301頁。拙著「株式会社の機関論」164頁以下。また上田宏「違法配当の法律関係について」法学20巻4号174頁は条件付き。なお商法第266条の2の設けられていなかった旧法時でさえも、松田著「株式会社の基礎理論」502頁以下は、善意の株主に返還義務なしとすべきを強調している。

る非限定説の論拠を検討することにする。

ところで非限定説の論拠は、要約すれば、次の四点になる。すなわちその第一点は、本項の文言中には、第 266 条の 2 の如く、これを悪意の株主のみに限定する字句のないことであり、その第二点は、法形式的には、株主は総会において、計算書類の確定ならびに利益配当決定に参加している³⁾ ことである。その第三点は、この説を取ることににより、返還請求権は善意の株主にまで行使できることになるので、違法配当額の回復は容易になること、そしてそれは、会社財産を唯一の担保とする会社債権者保護の立場よりも必要であること、換言すれば会社内部的存在たる株主よりも、会社外部的存在たる会社債権者の保護を図ることが衡平の理に適うものであることであり、その第四点は、違法配当は、あくまでも違法であり、また無効である。それ故に、たまたま受領株主が善意株主であったからといって、それは適法となり、また有効となるものではない⁴⁾ ことである。

もっとも以上の論拠に対しては、限定説の立場から、次のような批判がなされている。

まず論拠の第一点であるが、これは一応の論拠とはなり得ても、非限定説の決定的論拠とはなり得ない。けだし条文の解釈は、ほんらい、文言面からの解釈と、他条文の連関との二面から総合的になすべきであり、そのため、条文そのものには、悪意者のみに限定する如き字句は、なんら存在しなくても、悪意者のみに限定してはならないという字句の存在しない限り、それは条文の立法目的と、他条文との連関とにより、どうしても悪意株主のみに限定すべきものであるならば、悪意者のみに限定しても差し支えない筈であるからである。

つぎに論拠の第二点であるが、元来、株主総会が計算書類の承認権を持つことと、株主の返還義務の有無とは、別個の問題である。すなわち比較法的にも、たとえば（総会に計算書類の確定権を与えたところの）1937年以前の独商（217 I, 218）、や1957年の株式法改正草案（57Ⅲ）は、善意株主の返還義務を否定しているし、また英仏スイスなどでも、株主総会に計算書類決定権あるにも拘らず、

3) 4) 註1 所掲の諸文献

善意株主の返還義務は否定されている⁵⁾。また実際上も、株主総会における計算書類承認決議自体は、極めて形式化しており、かかる形式的総会の決議自体に参加したことをもって、当然に株主の悪意を擬制し、無過失の返還義務を負わせることは、株主にとって、苛酷にすぎる⁶⁾のである。

続いて論拠の第三点（会社債権者保護優先の論拠）であるが、今日では、会社の株式は著しく広範囲に分布されて保有されているので、一般株主は営業年度毎に、正式の手続を経て支払われる配当金が真に会社のもうけたものであるか否かを見分けることは、実際上、不可能であろうし、また株主の地位が理論的に如何なるものであろうとも、実際問題として、会社の事情を知悉することに関して、株主は、債権者より以上の地位に在るわけではない。のみならず今日では、一般の株主は、殆んど債権者化しつつあるのである。

なお保護の重点を株主に置くか、あるいは会社債権者に置くかにより、米国では、各州の立法⁷⁾、判例⁸⁾の態度は一様ではなく、学説もまた分れている⁹⁾。しかしBallantineは、非限定説に立つ判例が受託財産説（会社財産は会社債権者の受託財産なりとする説）や債権者詐害行為説（違法配当行為を債権者詐害行為であるとする説）を根拠にしているのは、その当否に疑わしいものありとして批判し、むしろあらゆる当事関係者を保護するためには、如何なる救済方法が实际的であり、かつ公正であるかという政策的考慮に立って、態度を決定すべきであるとしている¹⁰⁾。もっとも会社の支払不能（配当支払による支払不能化をも含めて）においては、受領株主は、善、悪意を問わず、返還義務を免か

5) たとえばスイス債務法第 678条。なおS. Hallstein, *Das Aktienrecht der Gegenwart*, 1930, § 227ff.

6) 上田前掲 174頁。

7) 8) 米国統一株式会社法第25条、およびこれに従うアイダオ、ルイジアナ、ワシントン各州法は非限定説を取り（Ballantine, *On Corporations*, Revised Edition, p. 602 note 25）この立場を取る判例は多いが、連邦最高裁判の態度は限定説を取り（*ibid.*, p. 600）またこれに従う判例（*ibid.* p. 600 note 59）も少なくはない。

9) たとえばBallantineは、むしろ株主保護の立場に傾く（*ibid.* pp. 599~601）ので当然、限定説を取るのに反し、Stevensは、会社債権者保護の立場に立っている（Stevens, *On Corporations*, 2nd ed., 1949, p. 464）ので、非限定説といえる。

10) Ballantine, *op. cit.* pp. 600~601。

れないとするのが一般判例の態度である¹¹⁾が、メリーランド州法廷が指摘する如く、株主が正常な営業の過程において、solvent な会社から善意で受領した配当金を、既に費消してから何年もたった後に、これを返還せよと要求することは、たとえ後になって、その会社が破産することになっても、不公正かつ不合理な負担を課するものといわざるを得ないであろう。故に取締役が債権者の担保を阻害することをなしたら、それは取締役のみが責任を負うべきものである¹²⁾とされている。

最後に論拠の第四点であるが、不当利得の返還義務云々は、ほんらい、配当の有効、無効で決定すべきものではなく、むしろ両者は、自ら別個の問題であるとすべきではあるまいか。このことは、たとえば民法第 703 条の不当利得の返還において、その返還は『その利益の存する限度』に限られ、いわゆる現存利益を超える部分については返還を免かれていることをみても明白である。ただし非限定説のいう如く、元来、受けたる利得、換言すれば配当が不当なものであるから返還すべきであるという立場に立てば「受けたる配当全部が返還せられるべきが原則と考えねばならない」¹³⁾ 筈である。しかるに我民法のみではなく、独民法でも、その第 818 条第 3 項において『返還または価格賠償の義務は、受領者が利得なきに至れる限度において消滅す』と規定して、返還の範囲を現存利益の範囲に限定しており、この態度はまた、スイス債務法第 64 条¹⁴⁾、その他の諸国の法制、学説、判例の中にもみられる¹⁵⁾ ののである。なおこのことについて、学説の中には、あるいは「利得の概念自体により当然である」¹⁶⁾

11) 12) Ballantine, op. cit., pp. 599~600; Stevens, op. cit., pp. 462~463; Fletcher, *Cyclopedia of The Law of Private Corporations*, Permanent Edition, vol. 12. § 5423 pp. 170~171.

13) 谷口知平著「不当利得の研究」250頁。

14) 受領者が返還請求の時に、既に利得しおざることを主張しうる範囲において、返還請求することを得ず。ただし利得を譲渡し、そのさい善意にあらず、若しくは返還を予期したるべきときは、その限りにあらず。

15) 谷口著「前掲」255頁以下参照。

16) 末川博「不当利得返還義務の性質及びその範囲」(民法における特殊問題の研究) 545頁以下。

とか、あるいは「現存利益のみの返還を認めるのは衡平のためである」¹⁷⁾ とかする説がないわけではない¹⁸⁾。しかし結局「不当な利得の行なわれた過程及び現実に返還せられるまでの間における当事者の心情や態度を考慮して規定されたのである」¹⁹⁾ とすべきであろう。

さらにまた、以上と同様のことが、債務不履行や不法行為の損害賠償の場合などについても、いえるのである。すなわちこれらの場合、債権者や被害者の過失の斟酌などが認められているのである。

要するに、返還義務の有無、その範囲は、配当の有、無効よりは、受領株主の善、悪意などにより、左右されるとみてよいのである。

以上、非限定説の論拠ならびに、それに対する反論とを検討したのであるが、その結果、これらの論拠だけでは到底、非限定説に組みすることはできない。しかしそうかといって、直ちに限定説を取ることもまた、論理的飛躍の譏りを免かれえない。そこで何れの説を取るべきかについては、決め手となる論拠を別に捜す必要がある。そしてそのためには、本題の原点に帰り、違法配当の返還請求権そのものの法的性質如何の検討を行なわねばならなくなる。けだしこれを明らかにすることにより、返還義務の内容、範囲も自ら明白となり、したがってその行使範囲に、善意株主をも包含さすべきか否かという、本論文の課題も解決されうるからである。

第二節 違法配当返還請求権の法的性質の検討

会社、特に株式会社は法人である。したがって会社債権者は株主と直接交渉はできない。しかるに本項の場合にだけは、会社を経由せず直接に、株主に返還請求のできるのは何故か。これについて通説は、違法配当を看過することは、債権者の唯一の担保ともいべき会社財産に減少を来たさしめ、惹いては会社債権者に損害を与えることにもなるので、共同担保の保全を目的として、本項が、

17) Tuhr, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Sonderdruck aus Festschrift für Bekker, S. 15.

18) これについての批判は、谷口著「前掲」252, 253頁参照。

19) 谷口著「前掲」253頁。

個々の株主に対する返還請求権を、会社債権者に特別に与えたからであるとして、これは会社債権者固有の権利であり、したがって会社の有する返還請求権を、債権者が代位行使するという性質のものではないとしている²⁰。勿論株式会社では、株主は間接責任であるので、会社債権者の債権は、会社財産に依存し、そのみが唯一の担保である。そこでそれが違法に減少させられるのを防ぐ必要があるため、保護策の一つとして、かゝる自衛的手段を会社債権者にも与える必要性ありとして、本項は、これを会社債権者に与えたのであるとするのである。

しかしながら株式会社の法人＝間接責任制²¹の観点に立つときは、この返還請求権を、通説のいう如く、会社債権者に対し、本項規定により、独立に与えられたものであり、したがって会社債権者は、個々の株主に対し（会社を経由せずに）直接に請求できる権利であると解することには、また抵抗を感ぜざるを得ない。けだし法人たる以上、第三者に対して法律関係に立つ者は、法人たる会社であって、その構成員たる社員ではあり得ない。したがって社員は、会社の債務につき責に任ずる筈はないのである²²。換言すれば社員すなわち株主は会社に対してのみ責任を負うのであり、それ故に会社債権者は会社に対してのみしか請求できない。別言すれば（会社を通してのみ）間接的に株主に請求できるのであり、（会社を通さずに）直接的には請求できない筈のものである。

もっとも法人制と間接責任制との間係が上述の如くであるからとしてみても、このことを唯、無条件、無批判的に主張することもまた、問題である。けだし法人制下にあっても、社員が会社債権者に対し、直接に責任を負担する諸立法例²³や、これと類似的効果をもたらす如き法解釈の原理²⁴などもあるからである。

20) 註 1 所掲の諸文献参照。

21) もっともこれに対する批判的見解(たとえば星野英一「権利能力なき社団」法協84巻9号44頁など)もないではない。

22) 鈴木「会社の社団法人性」(松本記念論集)69, 70頁。

23) たとえば1937年の独株式法56条1項(もっとも本条は、1965年法では改正されて、65条となっているが、それとの対比については拙稿「商法 290条2項の法的性質について」鹿大法学論集7巻2号9, 10頁参照)、1948年英会社法31, 332条ならびに日商80条などがある。また法人税法などの中には、同族会社について、法人形態を排除しその背後に在る客体たる社員をとらえて、それに適する税法上の取扱いを定めているものもある(同法67①, 132①)。

しかしながらこれらの立法例や法解釈の原理は、いずれも会社の通常、一般的な場合を想定したものではなくして、臨時、特例的な場合を想定したものに過ぎない²⁵⁾ので、法人＝間接責任制の否定例とは、なりえないのである。

とにかく株主の責任は間接責任であり、いふなれば株主は、如何なる意味においても、会社以外の第三者、換言すれば会社債権者に対しては、直接責任を負うことはない。以上の次第であるので、これを一片の条文（290条2項）でもって破ることについては問題がある。しかるに通説の見解は、この原則の検討を無視している。こゝに通説の問題性があるともいえる。もっともこれに対し「この請求権は、株主の間接責任制に対する例外と目するを得ない。なんとなれば、この請求権は単に株主の不法に受けた配当金の返還を目的とするに過ぎないのであって、株主に別個の責任を負担せしめたものではないからである」²⁶⁾とする反論もないではない。しかしながら不法に受けたものであろうと、なかろうと、株主と会社債権者との個人的取引関係から発生したところの権利義務なら別であるが、配当利益に関しては、株式会社は法人であり、間接責任制であるので、株主と会社債権者との権利義務の直接的交渉はできない筈である。

だがしかし仮りに、一步譲って、条文の規定でもって、この原則を破ることができるとしてみても、それには、それなりの根拠と文言とをもった条文規定の存在を必要とする。しかるに本項規定の中には、たとえば1937年の独株式法第56条1項（もっとも1965年に改正されているが）などにみられる如き（株主は会社債権者に対し、直接責任を負うことを認めるかのような）文言さえもないのである。

要するに通説の見解によれば、本項の規定により、会社債権者は、株主に対する違法配当返還請求権を与えられたとするのであるが、かゝる解釈をするこ

24) たとえば法人格否認の法理。また米のそれについては、Pennington, *Company Law*, 2nd Edition, p.47; Ballantine, *op. cit.*, p.292; Fletcher, *op. cit.*, vol. 1, pp.135~136. etc.

25) 前掲拙稿8, 9頁参照。

26) 松本丞治著「日本会社法論」355頁。

とは、本項規定に、株主の間接責任制を侵害する結果を与えることになる。したがって筆者は、通説の見解には賛意を表するわけにはゆかない。しかしそうかといっても、このことから直ちに、私見の取る債権者代位権説を採用すべしとすることもまた、論理的飛躍にすぎることになるともいえる。さらにまた、本項の返還請求権を代位権的権利なりとすることにもまた、問題点がないわけではないので、つぎにこれを検討することにする。

まずその第一は、私見の如く、違法配当返還請求権を代位権的権利なりと解するならば、敢えて本項の如き規定を設ける必要はないのではないのか、すなわち民法第 423 条の規定のみで充分であるのに、なぜ、本項規定を設けたのかということである。述べる迄もなく、民法第 423 条の規定によれば、債権者がこのような権利を行使できるのは『自己ノ債権ヲ保全スル為メ』に必要な場合に限られるのであり、そしてその債権保全の必要性については、債権者がこれを立証することを要し、したがって第三債務者（こゝでは株主）は、債務者の資力が債権の満足に充分なる旨の反証を挙げて、代位権の行使を拒むこともできる²⁷⁾ 筈である。しかし本項の規定により、その立証は不要となり、たゞ違法配当額受領の事実を挙げるだけで充分となる。この点で、民法第 423 条の要件は緩和または免除されることになる。もっとも、ここにいう「債権を保全する必要」とは、債権者が債務者の権利を行使しなければ、自己の債権が完全な弁済を受けられなくなる危険のあることである。そしてこれについては、換言すれば総債権者の共同担保である責任財産に不足を生ずる、すなわち債務者の無資力のために債権の満足を得られなくなる場合をいうのか、あるいは債務者の資力とは関係なく、特定債権の満足のために債務者の権利を行使する必要ある場合までもいうのかについては、議論が分れている。

しかし債権者代位権制度なるものは、ほんらい債務者の全財産に対する総括執行において、財産管理人に債務者の権利を行使せしめた制度から転化したものである。したがって制度のかゝる沿革、および責任財産保全という制度の目

27) 松坂佐一著「債権者代位権の研究」40頁。

的などから、この問題を検討するならば、債務者の無資力を要件とすべきことになる²⁸⁾。

そして判例もまた、大判明治39年11月21日以来、この見解を取って来ている²⁹⁾。もっともその後、非金銭債権については、大判明治43年7月6日がこの態度を改めて³⁰⁾以来、同趣旨の事案、判例が相ついで来ている³¹⁾。しかし保全の対象が金銭債権である場合には、債務者の無資力を要件とする原則で一貫され、最高裁³²⁾もまた、同一態度を踏襲³³⁾して来ている。

ところで会社の、株主に対する違法配当返還請求権は、いうまでもなく金銭債権の一種であり、そして金銭債権である限り、判例によれば、債務者の無資力の場合にのみ、債権保全の必要を生ずるのであり、換言すれば、代位権行使にあたっては、無資力を立証する必要がある。しかるに本項の場合にだけは、立証不要ということになっている。そこでその理由は何か。それは勿論本項でそう規定したからである。しかし問題は、どうしてこの場合にだけ、そのように規定したのか。またそのように規定して、立証不要とすることは、債権保全の必要性を、その文言中に、高く掲げている民法第423条の規定、ならびに金銭債権については、立証必要という立場を堅持して来ているところの、判例の動向と相容れないことになりはしないのか。この二つの疑問が残る。

そして先ず、前者に対しては、株式会社の大規模化、その機構の複雑化、また社債権者の大衆化して来た現在、個々の会社債権者に、その立証を求めることは、一般債権者の場合と異なり、不可能に近い難事を強いることになるからであるということがいえる。

28) 於保不二雄著「債権総論(新版)」164頁。

29) 民録12輯1537頁。同旨、大判明治36・7・6民録9輯884頁。なお民法施行前においては、大判明治31・1・28民録4輯38頁は、特定債権保全のためにも、代位権行使を許さなかった。

30) 民録16輯537頁。

31) 貸借権およびその他の債権的利用権を保全するための事例で、無資力要件を否定するものに大判大正9・11・11民録26輯1701頁、昭和4・12・16民集8巻944頁、昭和5・7・14民集9巻730頁などがある。

32) 最判昭和40・10・12民集19巻1777頁。

33) 柚木馨・高木多喜男著「判例債権法総論」166頁。

つぎに後者、すなわち債権保全の必要性和、(金銭、非金銭の両種債権間に、区別を置く) 判例理論との関係についても、つぎのようなことが考えられる。

すなわちかゝる(立証の要、不要性を、債権の金銭、非金銭性によって区別するという)判例理論の基準のたて方、そのものに問題があるのではあるまいか。けだし債権者の非金銭債権も、窮極的には金銭債権と同じく金銭換価であり、また代位権は補充的、手段的のものである。さらに非金銭債権のすべてが必ずしも立証不要とされているわけでもないこと、これらの理由から、両種債権間に、かゝる差異、区別をたてることは、果たして当を得たるものかどうか、疑わしいからである。したがって立証の要、不要性区別の基準は、これ以外に、求める必要がある。そのためには、まず判例と雖も、非金銭債権の全部について、無資力立証を不要としているわけではなく、現実には、相次転売の場合における登記請求および不動産利用権の保全請求の場合についてだけ、立証不要のまゝで特定債権保全のための代位を認めているに過ぎないという³⁴⁾ことに留意すべきである。そして判例の、この態度には、近時多くの学者も評価しているのである³⁵⁾が、このことを、もっと深く検討してみる必要がある。

ところで上記二つの場合(相次転売のさいの、登記請求、不動産利用権の保全請求)にみられる特色は何かということであるが、それは両請求権の本質、他の一般債権との差異、ならびにこれらの請求権を代位の目的とすることにより、社会的要請をみたす重要機能(たとえば不動産利用権の物権性確立)を果たしているということなどである。したがって判例の、この考え方を是認し、さらにこれを拡張して考えると、次のようなことになる。すなわちそれは、もしも債権にして、上記両請求権の如く、その本質上、他の一般金銭債権と異なる特色を持ち、またそれを代位の目的とすることにより、社会的要請をみたすもの(必ずしも非金銭債権でなくとも)があれば、立証要件不要という要件緩和の利益を与えてもよいのではあるまいかということである。

34) 35) 於保著「前掲」164頁。我妻栄編「判例コンメンタール債権総論」114頁。松坂著「前掲」35頁、ならびに同38頁の注7, 8, 9所掲の諸文献。

そこでかゝる立場に立って、本論題の、違法配当返還請求権なるものを考察してみると、本請求権には、その本質において、一般債権と異なるもの（たとえば無資力立証の困難性、また配当の違法であることなど）があり、またこれを代位の目的とすることにより、会社債権者保護の役割なども担当できるということがいえる。

かくの如く考察して来ると、判例理論の上からは、本項規定によって、会社債権者に、無資力の立証不要という利益を与えても、それなりの相当な根拠があるので、民法第423条の『債権保全ノ為メ』という建前を崩すことにはならないといえるのではあるまいか。別言すれば、債権者代位権制度の中には、少なくとも、かゝる因素を包含しているとみても差し支えないことになるのである。

以上、要するに違法配当返還請求権を、通説のいう如く、本項規定が会社債権者に、特別に与えた権利なりとすることは、法人制＝間接責任制の点から、問題があること、また反面、私見の如く、これを代位権的権利とすることによって生ずる問題点、特に債権保全＝無資力立証の不要の点については、本請求権の場合は、他の一般債権の場合と異なり、必ずしも代位権制度の本質と矛盾し、またその建前を崩すことにはならないこと、この二つの事由により、筆者は、本請求権を一種の債権者代位権的権利なりと解する。

第三節 会社の(株主に対する)違法配当返還請求権の行使範囲

前節で述べた如く、筆者は、本項の返還請求権は、会社債権者が債権者として、債務者たる会社の権利（株主に対する違法配当返還請求権）を代位行使する権利なりと解するのであるが、それならば、会社の有する、この返還請求権の行使される相手には、(悪意の株主のみではなく)善意の株主までも包含されるのか否かということが、つぎに問題となって来る。そしてこれに対して学説は分かれている³⁶⁾。

しかしながら第一には、もしも会社が善意の株主に対して、配当金の返還を請

36) 註1, 2所掲の諸文献。

求することをうるならば、取締役は会社機関として、善意の株主に対しても、配当金の返還を求めることにより、会社に対して、自己の弁済すべき額の軽減をはかることができることになって、取締役の求償権を悪意の株主のみに限定したところの、商法第266条の2の趣旨が失なわれざるを得ない³⁷⁾ことになることである。もっともこれに対しては、つぎの二つの反論が考えられる。まずその一は、株主が善意であったからといっても、株主の違法の配当が有効となるわけではないので、無効である以上、当然株主は返還すべきであり、したがって会社は、株主の善、悪意を問わず、違法配当額を請求できるものと解すべきであるとする³⁸⁾反論である。しかしながらこれに対しては、前述した如く、ほんらい配当の有、無効と、その返還義務とは、別個の問題であることを考慮すべきである。その二は、第266条の2の規定は、取締役が求償する場合の関係を規定したものであり、別言すれば、これは会社の内部関係において、ともに帰責事由のあるもの相互関係の求償関係であることを考慮して認められた妥協措置であるに止まり、したがって違法配当について責任を負うべき有責取締役と株主との利害調整のための政策的規定にすぎない。それ故に、この規定を基礎にして違法配当の返還義務者の範囲を定めることはできないとする³⁹⁾反論である。しかしながらこれに対しても、返還請求の対象に、善意株主までを含めることにより、本条規定の立法趣旨、すなわち返還請求権行使の対象を狭めることにより、取締役の行動を慎重ならしめ、そのことにより、取締役の専横を、間接的に抑止するという立法の利点が失なわれてしまうことを考えるべきである。

続いて第二には、もしも善意株主までも包含すべしとするならば、それは、たとえば民法の不当利得のそれと、著しく均衡を失することにもなることである。すなわち民法第703条の規定によれば、善意取得者は『其利益ノ存スル限度ニ於テ』これを返還する義務を負うので、返還請求権者は、善意取得者に対

37) 註2参照

38) 39) 実方「前掲」1319, 1320頁など。

しては、現存利益以上の返還を求めることはできない。しかるに本項（商 290 II）によれば、直ちにその全額の返還を請求できること、また他方において、悪意受領者に対しては、民法第 704 条には、その受けたる利益に利息を付して返還することを必要とするのみならず、なお損害のあった場合には、その賠償の責にも任ずるといふ加重規定があるのに、本項では唯、違法配当の額に限られ、それ以上の責任はないことである。換言すれば、悪意者のときは、民法のそれに比し、不当に保護されているのに反し、善意者のときには、不当に保護されていないことになる。これは会社の実状、特に株主の実態にかんがみるときは、著しく均衡を欠くものといわざるを得ないことであり、少なくとも善意株主のときは、民法のそれに近く、すなわち現存利益の範囲に軽減すべきであり、それをそうせずに、これを全額とすることは、均衡を失することになる。

以上、二個の理由をもって、会社の（株主に対する）返還請求権の行使範囲は、悪意株主のみに限定して、善意株主の場合は、これを除外すべきものと考ええる。

第三章 結 語

前章で述べた如く、筆者は、(第二節) 本項（商 290 II）の返還請求権は、一種の債権者代位権的なものと解すべきであり、他方（第三節）会社債権者により代位行使されるところの、会社の（株主に対する）返還請求権は、善意株主を包含せず、悪意の株主のみに対して、行使されるべきであると考え。そこで本論文の結論としては、この返還請求権、すなわち会社債権者の返還請求権も亦、同項の文言には、悪意者のみに限定すべき旨の表現は、なんら存在しないが、悪意の株主のみに行使されるべきであるとするところの、限定説を取り度いと思う。勿論「債権者は自己の名で債務者の権利を行使するのであって、債務者の代理人になるのではない」⁴⁰⁾。しかしながら行使される権利は、あくまでも債務者（ここでは会社）の、株主に対する権利であるのであるから、相手方す

40) 41) 於保著「前掲」162, 175頁, ならびに 176頁注6所掲の判例。

なわち株主は、たとえ行使するものが会社から会社債権者にも変わっても、債務者たる会社自身はその権利を行使するときよりも「不利な地位に立たされるべきではないので、債務者に対して有する同時履行、その他の抗弁をすべて、主張できる」⁴¹⁾のである。それ故に、前章で述べた株主の、いわば善意の抗弁、すなわち善意株主には行使されないとするところの抗弁の如きも当然、主張できるものと解すべきであり、したがってその行使範囲は当然、悪意の株主のみに限定すべきことになるのである。

なおこのほかに、副次的論拠としては、上述したところと重複もするが、次の四点が挙げられる。すなわちそれは(イ)限定説を取らないと結局、取締役が債権者を使うことにより、善意の株主からも返還せしめることができるようになるから、商法第266条の2の規定が、なんら実益のないものになること、(ロ)利益配当を承認したものは法形式的には、株主自身であり、その点では善意株主も責を負うべきものではあるが、今日の総会の実状からみれば、それは表面的皮相の見解に過ぎず、これを根拠にして非限定説を主張することは、さなきだに不利な株主に、さらに不利を強いることになること、(ハ)限定説を取ることににより、昭和25年の改正法後、一段と強力になって来た取締役陣の責任を重課すべしとする法的要請にも応じ得、またそうすることにより取締役は（弁済しても善意株主には求償できないことになって、その分だけ取締役自身の自己負担となるので）いきおい、会社の業務執行には慎重な態度を取るであろうし、このことはまた、長い眼でみれば結局、会社債権者の保護にもつながるであろうこと、(ニ)第266条の2の規定（取締役の求償権を悪意株主のみに限定する）は、昭和25年の改正法により新設されたものであるという、立法上の沿革を考慮する必要もあること、などである。