

株主代表訴訟の法的構造と会社および原告株主の地位

——会社の訴訟参加と和解の考察を通して——

山田 泰弘

目次

- 一、はじめに
- 二、株主代表訴訟の構造に関する沿革的分析
 - 1、イギリス法およびアメリカ法における株主代表訴訟の構造
 - (一) イギリス法における株主による取締役の責任追及
 - (二) アメリカ法における株主による取締役の責任追及
 - 2、日本法への株主代表訴訟制度の導入
- 三、日本法における株主代表訴訟の構造
 - 1、日本法における株主代表訴訟の手続上の特色
 - 2、株主代表訴訟の構造論をめぐる学説

- (一) 代位訴訟性を強調する見解
- (二) 代表訴訟性を強調する見解
- 3、検討
- 四、株主代表訴訟における会社の地位
 - 1、会社の訴訟参加をめぐる学説
 - 2、検討
- 五、原告株主の地位と訴訟上の和解
 - 1、学説の展開
 - 2、検討
- 六、自民党改正試案および経団連緊急提言について
- 七、むすび

一、おしめし

株主代表訴訟制度は、昭和二五年商法改正の際にGHQの指導のもと、アメリカ法を参考として導入された。株主代表訴訟は、会社法の要請する取締役等の義務の履行を確保するものであり、現代の会社法における根幹的な制

度の一つに数えられるべきものといえる。しかし、この制度は長らく「濫用も活用もされない」状態にあった。⁽¹⁾ 日本において取締役の違法意識が特別に高く、違法行為がなされなかったというわけではもちろんない。株主代表訴訟を提起しようとするインセンティブが株主にとって乏しい上に、裁判所の手数料をはじめとする争訟費用が負担となることから、この制度は活用されなかった。⁽²⁾

平成五年商法改正は、この株主代表訴訟提起の障壁となっていたといわれる原告株主が負担すべき争訟費用につき、改善をした。第一に、株主代表訴訟の訴訟物の価額が算定不能である旨が規定され（商法二六七条四項）、裁判所の手数料が八二〇〇円となった（民事訴訟費用等に関する法律三条一項、四条二項、別表第一第一項）。第二に、弁護士報酬以外の訴訟遂行上必要と認められる費用の相当額についても、会社に対する償還請求権が勝訴株主に認められた（商法二六八条ノ二第一項）。これらの改正、とりわけ第一の点の改正により、株主代表訴訟の提起に関する株主の負担は軽減された。しかしこの改正は、株主代表訴訟を提起しようとするインセンティブまでを積極的に株主に付与するものではなかった。このことより改正当時は、株主代表訴訟が活発に利用されるという状況は予想されなかった。⁽³⁾

しかし、現実には株主代表訴訟の件数は増加した。⁽⁴⁾ 現在では、その請求額の高さ、市民運動の利用といった運用状況を反映して、「取締役受難の時代」が到来したとして株主代表訴訟制度の意義自体を疑問視するものや、反対に株主代表訴訟制度の意義を高く評価するものが世論には見られる。⁽⁵⁾ この状況を受け、自民党商法小委員会より株主代表訴訟に関する商法改正試案が提示されている。⁽⁶⁾ このように株主代表訴訟制度への注目度は高い。しかし、その会社法的意義および株主代表訴訟における会社と原告株主の位置づけに関しては、未だはつきりとした分析はなされていない。

ところで、効率的に株主代表訴訟を終了させる方法として和解が注目されている。すでに、①日本サンライズ事件⁽⁷⁾と②高島屋事件⁽⁸⁾において、和解が成立し公表されている。①では、投資顧問会社と投資一任契約を結び損失を生させたことが善良なる管理者の注意義務（善管注意義務）に違反するとしてその責任を問われた被告取締役と原告株主の間で、控訴審である東京高裁において訴訟上の和解が成立した。②では、総会屋対策として株主に利益を供与したことに關する商法違反を問われた被告取締役九名と原告株主の間で、大阪地裁において訴訟上の和解が成立した。

本稿では、株主代表訴訟の構造とその意義を考察し、株主代表訴訟における会社および原告株主の地位について検討を加える。具体的には、まず株主代表訴訟の構造を比較法的に検討し（二）、その日本法における意義を確認する（三）。つぎに株主代表訴訟における会社の地位について検討を加え（四）、原告株主の権限を和解の問題点を通して考察する（五）。最後に、先般公表された自民党改正試案のうち株主代表訴訟に関する点を検討し（六）、以上のまとめを行う（七）。

注

- (1) 田中英夫Ⅱ竹内昭夫『法の実現における私人の役割』四五頁（東京大学出版会、一九八七年「初出一九七二・七二年」）。
- (2) 田中英夫Ⅱ竹内昭夫・前掲注(1)四七〜五一頁。竹内昭夫「取締役の責任と代表訴訟」法学教室九九号一一〜一七頁（一九八八年）は早くからこの改善を訴えている。
- (3) 岩原伸作ほか「株主代表訴訟制度の改善と今後の問題点」商事法務一三三一九号二二〜二三頁「久保利英明発言」、一四〜一五頁「高橋宏志発言」（一九九三年）など。

- (4) 平成八年二月末現在において、株主代表訴訟の係属件数は、地裁一七四件、高裁一四件の計一八八件であり、平成七年末と比較すると一四件の増加である（「株主代表訴訟の動向」商事法務一四五四号四二頁一九九七年）。平成四年末には地裁に係属していた株主代表訴訟は三一件、平成五年末には全国の高裁・地裁の係属事件数は八四件、平成六年末には一四五件であり、平成五年商法改正後増加している（商事法務一四二〇号四一頁「ニュース欄」一九九六年）。
- (5) たとえば、株主代表訴訟制度の存在意義を問題視するものとして、読売新聞一九九七年五月二四日付朝刊。他方株主代表訴訟制度の存在意義を高く評価するものとして日本経済新聞一九九七年六月二八日付朝刊。
- (6) 商事法務編集部「コーポレート・ガバナンスをめぐる最近の検討状況」商事法務一四六八号二七～三一頁（一九九七年）。この分析としては上村達男「株主代表訴訟古めかしい変更案」週刊東洋経済五四四七号五八頁（一九九七年）。
- (7) 商事法務一三五四号一三四頁（一九九四年）。この事件においては、一審である東京地裁において、原告の請求が認容され被告取締役三名に対し、二億五〇〇〇万円の会社への損害賠償が命ぜられている（東京地判日五・九二二一判タ八二七号四七頁）。
- (8) 日本経済新聞一九九七年四月二三日付朝刊、資料版商事一五八号四七頁（一九九七年）。この和解には、会社が利害関係人として参加している。

二、株主代表訴訟の構造に関する沿革的分析

現行商法は二六七条ないし二六八条ノ三で株主代表訴訟制度を規定している。株主は、取締役の会社に対する責任を追及するよう会社に請求し、その請求後三〇日以内に会社が提訴をしない場合には、自身で取締役の責任追及の訴訟を提起できる。一方、被告取締役は、原告株主が「悪意」により訴えを提起したことを疎明すれば、原告に

担保を提供させることができる。さらに株主代表訴訟は取締役の責任を追及する訴訟であるため、株主または会社は訴訟参加することができ、原告および被告が共謀により詐害的に判決を得た場合には、会社または株主は再審請求ができる。この株主代表訴訟制度の意義については従来、「取締役の会社に対する責任は、本来会社自身が追及すべきであるが、取締役と監査役間または取締役相互間の勢力関係や友好関係からその追及がなされず、会社・株主の利益が害されるおそれが少なくないので、株主が、会社に代わって取締役の責任を追及することを可能にした」と説明されている。この説明においては、監査役や取締役よりもむしろ株主が、誠実に訴訟を進行する者として信頼されている。しかし、会社およびほかの株主の訴訟参加が規定されており、一般の民事訴訟では認められないような、被告取締役による原告株主への担保提供の申立や詐害再審請求までもが制度として組み込まれている。これらの意義は何なのか。以下では、母法であるアメリカ法・イギリス法における株主代表訴訟制度の展開および日本法での立法過程の検討を通して、わが国における株主代表訴訟制度の構造の解明を試みる。

1、イギリス法およびアメリカ法における株主代表訴訟の構造

団体において、その理事者が団体運営を失敗した場合および理事者が団体に不正行為をした場合に、その理事者の責任はいかに追及されるか。この手段として株主代表訴訟制度は、一九世紀中頃のイギリスとアメリカにおいて誕生した。両国の法は、一七世紀の衡平法裁判所において形成された代表訴訟制度 (representative action) をやや異なる方法で利用し、この制度を生み出した。¹⁰⁾ここでは、まず代表訴訟について言及し、イギリス法およびアメリカ法における取締役の責任追及方法の特色を概観しよう。

代表訴訟は、一七世紀に衡平法裁判所で用いられるようになった訴訟手続であつて、以下のような二種類の集団内における紛争の解決のために利用された。その集団の代表が訴訟活動を行い、その結果、集団の構成員全員に判決の効力が及ぶというものである。二種類の集団における紛争とは、領主区における土地の賃貸借人とその領主の間の紛争、および教区民とその教区牧師の間の紛争である。この初期の代表訴訟では、これらの共同体である集団が原告または被告となり、荘園や教区の習慣の強制または決定のために利用された。例えば、賃借権の承継を認めるために荘園領主が要求する賦課金の額の確定や土地の使用にともなう義務の確定に利用されたり、教会が教区民に対して十分の一税の支払いを求めることに利用されたりした。⁽¹²⁾

この初期の代表訴訟において、訴訟の当事者となるべき集団は、非常に緊密な集団（close-knit group）であつた。したがつて、その集団は、構成員のうちの幾人かが訴訟においてその集団を代表することを、明確に同意できた。さらには、訴訟で問題とされる実体法上の権利は、共同体内の彼らの地位に基づくものであり、全構成員に共通のものであつた。よつて、判決の効力は、構成員個人が自身のために訴訟を提起したかのように、集団の構成員全員に及んだ。⁽¹³⁾しかし、産業革命以後登場した株式会社は、大規模であるがゆえに、訴訟当事者が団体を代表することに明確には同意できない。このような株式会社において、取締役（理事）の責任追及を可能とするために、代表訴訟制度はいかに応用されたか。

（一）イギリス法における株主による取締役の責任追及

産業革命後登場した新しい共同体であるジョイントストック企業と第三者との間で紛争が生じた場合、ジョイントストック企業のうち法人格を持たないものは、法的実存と認識されなかつたため自身の名前で訴訟の提起ができ

なかった⁽¹⁴⁾。しかし、問題となる権利の性質上、損害回復は構成員全員の共同訴訟で請求されるべきであり、構成員個人の訴訟で請求することは適当ではない。さらに、衡平法上の原則によれば、損害の回復を受ける全当事者の共同訴訟ではない集団訴訟は、許可されなかった⁽¹⁵⁾。そこで、衡平法裁判所は、個人に訴訟の提起を許容するために代表訴訟制度を利用した。しかし、ここでは団体が大規模であるため、訴訟の当事者は、集団の構成員より集団を代表することの同意を明確には得ることができない。そこで、衡平法裁判所は、同意の要件を除去し、訴訟において問題とされる利益を共有する者を集団の構成員とし、実際に訴訟に登場する当事者をその集団の代表とすることで、構成員個人による訴訟追行を認めた⁽¹⁶⁾。

この同意の要件からのラディカルな変容は、重要ではあるが理論的には全く説明できないといわれている⁽¹⁷⁾。ともあれ衡平法裁判所は、ある集団の構成員の利益のために訴訟が提起された場合、当事者として訴訟追行する特定された当事者 (named person) をクラスの代理人 (agent) として扱い、それにより特定された当事者の訴訟に他の構成員をも拘束するとした⁽¹⁸⁾。これにより、クラスの利益が訴訟当事者に適正に代表されていれば、実際の同意は必ずしも必要ではないと考えられるようになった。衡平法裁判所は、クラスの構成員間の実際の同意や結束力に代わって、集団の構成員と立候補した代表とが共有する推定上の共通の利益というどこか曖昧な概念を、集団訴訟の合理性の根拠として採用したわけである⁽¹⁹⁾。これにより、代表訴訟形式で取締役の責任を追及するものが登場している⁽²⁰⁾。

しかし、一八八四年の登記法に始まる一連の国会法が制定されると、ジョイントストック企業は、登記により法主体として認識されうることとなり、訴訟における法的地位を確立した⁽²¹⁾。これに対応するように、一九世紀の中頃には取締役の責任を追及する者は会社であると認識されるようになり、当該取締役の行為が株主総会で過半数の決議により承認される場合には、株主は訴訟の維持ができないという原則が確立された⁽²²⁾。この原則の例外としては、少

数株主に対する詐欺がある場合、または、不正行為者によって会社が支配されていることが判明した場合がある。²⁴⁾ この原則が判例法において確固とした地位を確立するようになったのは、次の二つの根拠に基づく。²⁵⁾ 第一に、提訴権 (Locus standi) の問題により、個人株主は、会社の権利を利用できないからである。第二に、裁判所は、会社内部の問題に対しては不干渉の政策を採用したからである。近時この原則に対する前述の例外には、新たな要件が付加された。²⁶⁾ すなわち、会社のために株主が提訴した場合に、裁判所が相当の考慮を行いその訴訟費用償還請求権を株主に認めるようになったことから、裁判所が費用償還請求権を認めたことが提訴するために必要であると考えられている。

イギリス法において取締役の会社に対する責任は株主総会の普通決議により責任追及をしない旨の決定が可能である。²⁷⁾ このことから裁判実務は以下のようになっている。²⁸⁾ 株主は、当該違法行為をなした取締役に対して訴訟を提起するという通常決議を得た場合には、取締役の責任追及が可能とされる。通常決議を得ていない場合には、株主総会により決議がなされるまで訴訟は中断される。このとき株主総会で訴訟の係属が否定されると、当該違法行為に「不正行為者による会社の支配」もしくは「少数株主に対する詐欺」があるという困難なことを立証し、裁判所が認容した場合にのみ、株主は取締役の責任を追及できることとなる。

(二) アメリカ法における株主による取締役の責任追及²⁹⁾

一九世紀前半のアメリカ法において、株主による取締役の責任の追及は、会社内部の問題であるとされたがゆえに、株主による代表訴訟の形式が発達することとなった。会社における取締役と株主の関係は信託と構成され、株主は、他の株主の代表として取締役の信託義務違反の追及を認められ訴訟を提起することができた。³⁰⁾ このとき、会

社は被告として訴訟の当事者となる。会社が訴訟当事者となることの理由については、会社自身の提起する後訴によつて損害が二重に回復されるのを防ぐためにルールが必要である、と指摘する判例がある。⁶³⁾このことから、株主の提訴権は、会社の権利から派生して認められたものというよりは、会社の権利と併存するものと理解されていたことがわかる。この初期の段階では、株主は、会社への損害回復を求めて代表訴訟の形式で提訴しており、会社は、ただ単に、損害賠償の受納者という受動的な立場に置かれていたにすぎない。⁶²⁾取締役の責任を追及することは会社の内部的な問題であるとされたために、法人格の問題は正面からは意識されなかった。よつて、株主は会社とは無関係に自身の権利に基づいて取締役の責任を追及することになり、会社の請求と株主の請求とが併存することになる。このことに関して、Prunty教授は次のように述べる。「会社の請求との併存は珍しいことではない。第三者による不法行為で財産が滅した場合に、寄託者と受託者との間、または抵当権設定者と抵当権者の間で生じる、損害回復の二重性と同様なものである。」⁶³⁾

このため、株主代表訴訟はまさに代表訴訟であり、その提訴株主が全株主の代表として適切であるか否かすなわち提訴株主が代表適切性を満たすかが問題とされた。これは、実際に訴訟に参加しない株主に判決の効力を及ぼすことを正当化するための要件であった。会社はあくまでも受動的な損害賠償の受納者としてのみ意識されていた。しかし、次に新たな株主代表訴訟の形態が登場する(一八五五年)。それは会社に対する第三者の責任を株主が追及する株主代表訴訟である。⁶⁴⁾第三者を追及する株主代表訴訟の出現はアメリカ経済の発展によるものであると指摘されている。⁶⁵⁾

Prunty教授は、会社に対する第三者の責任を追及する株主代表訴訟の登場により、アメリカにおける株主代表訴訟の構造が明確になったとしている。「第三者に対する会社の権利を訴訟で行使しないことは、たとえ取締役の詐欺

または利益相反がなくとも、信認義務違反となりうる。」「この判決は、内部者に対する責任追及のための株主の訴訟と、外部者に対する訴訟とのギャップを不明確ながら架橋している。…会社が「株主とは」別の権利を持つ存在であるとの考えと、経営の懈怠により株主の利益が害される場合には株主は法的保護を求める権利を有するべきであるとの考えとが、統合された。この統合により、株主の権利は「会社の権利の」、二次的なもの、代表的なもの、または派生的なものとなされた。」

よって、このような第三者の責任を追及する訴訟を通して、会社の法人格が認識され、株主代表訴訟は変容した。すなわち、株主の提訴を認めるためには、全株主の代表として適切にその利益を代表していることだけでは足りず、会社へ提訴を請求しそれが不当に拒絶されることが必要とされた。コモンローとエクイティの手続を融合した一九三八年の連邦民事訴訟規則は、このことを反映する規定を設けている。³⁷⁾

アメリカ法において、第一に、会社（取締役）へ提訴を請求し、それが不当に拒絶され、第二に、クラスとして全株主の利益を適切に代表している場合に、株主は提訴することができる。初期の段階では不当な拒絶であるか否かは、提訴請求が免除されるか否かという形で判断された。³⁸⁾しかし一九七〇年代中頃より会社は、当該株主代表訴訟から独立した社外取締役によって構成される訴訟委員会を設け、そこでの判断に基づいて当該株主代表訴訟の却下申請をするようになった。³⁹⁾アメリカ法の株主代表訴訟では、請求内容が実際に審理される前に、多くのことが裁判所において判断されることになる。なお、訴訟の適正性および原告株主の代表適切性に関しては被告取締役は争えず、他方、被告取締役に対する責任があるか否かについては、会社は主張立証できないこととなっている。

注

- (9) 吉原和志「代表訴訟によつて追及しうる取締役の責任の範囲」『商法の争点』〔北沢正啓・浜田道代編〕一五六頁（第三版、ジュリスト増刊、一九九三年）。
- (10) Robert R. Pennington, *COMPANY LAW*, 652 (6th ed. 1990).
- (11) George M. Strickler Jr., *Protecting the Class: The Search for the Adequate Representative in Class Action Litigation*, 34 *DePaul L. Rev.* 73, 74 (1984).
- (12) *Brown v. Howard*, 21 *Eng. Rep.* 960 (Ch. 1701) によつて、死亡または譲渡の際に課せられる賦課金を適正な額に限定しようとして立てられた。他に *Morgan v. Schudamore*, 21 *Eng. Rep.* 638 (Ch. 1677-1678) など。教区教会が、教区民に対し通常通りの十分の一税の支払を求めた訴訟によつて、*Brown v. Vermuden*, 22 *Eng. Rep.* 802 (Ch. 1676)。
- (13) *Chaney v. May*, 24 *Eng. Rep.* 265 (Ch. 1722); *Stephen C. Yeazell, Group Litigation and Social Context: Toward a History of The Class Action*, 77 *Column L. Rev.* 866, 872 (1977); *Yeazell, From Group Litigation To Class Action Part I: The Industrialization of Group Litigation*, 27 *UCLA L. Rev.* 514, 517-520 (1980); *Strickler, supra note (11)*, at 75.
- (14) *Yeazell, Part I, supra note (13)*, at 523-33.
- (15) *Strickler, supra note (11)*, at 75.
- (16) *Yeazell, Part I, supra note (13)*, at 532-52.
- (17) *Strickler, supra note (11)*, at 76.
- (18) *Id.*
- (19) *Id.*
- (20) *Hichens v. Congreve, Russ. & M.* 150, 39 *Eng. Rep.* 58 (Ch. 1828); *Preston v. The Grand Collier Dock Co.*, 11 *Sim.* 327, 59 *Eng. Rep.* 900

株式代表訴訟の法的構造と会社および原告株主の地位（山田）

- (Ch1840); Wallworth v. Holt, 4My. & Cr.619, 635, 41Eng.Rep.238, 244 (Ch.1841).
- (21) Yeazell, Part I, *supra* note (13), at561-62. 大隅健一郎『新版株式会社法変遷論』七六〜七九頁（有斐閣、一九八七年）。
- (22) Foss v. Harbottle, 2Hare461, 67Eng.Rep.189 (Ch.1843).
- (23) Mozley v. Alston, 1Ph.790, 41Eng.Rep.833 (Ch.1847).
- (24) LCB Gower, GOWER'S PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW, 643-646 (5th ed.1992).
- (25) Pennington, *supra* note (10), at649.
- (26) Paul L Davis, GOWER'S PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW, 667 (6th ed.1997).
- (27) 一九八九年に、一九八五年会社法が改正され、定款所定の目的に違反する行為は株主総会の特別決議で追認できるとな
た（一九八五年会社法三五条⁽³⁾）。
- (28) Pennington, *supra* note (10), at654-656.
- (29) アメリカ法における株主代表訴訟の沿革については、Bert S Prunty Jr, The Shareholders' Derivative Suits: Notes on its derivation, 32N.Y.U.L.Rev.980 (1957) が詳しい。代表的な邦語論文としては、北沢正啓「アメリカ会社法における株主代表訴訟」法学協会雑誌六八巻六号一四三頁（一九五〇年）、池田辰夫「株主代表訴訟の法構造」阪大法学一四九・一五〇号二二五頁（一九八九年）。
- (30) 3 Paige Ch 222 (N.Y.1832); Prunty, *supra* note (29), at986.
- (31) Cunningham v. Pell, 5 Paige Ch.607 (N.Y.1836); Wells v. Jewett, 11 How.Prac.242 (N.Y.Sup. Ct.1855).
- (32) Prunty, *supra* note (29), at989.
- (33) *Id.*
- (34) 59 U.S. (18 How) 331 (1855).
- (35) 池田辰夫・前掲注⁽²⁹⁾二二六頁。

説

(36) Prunty, *supra* note (29), at 992.

(37) Fed. R. Civ. P. 23 (1937).

論

(38) 2 ALI PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS, 17-33, 53-64 (1994); 3B Moore, FEDERAL PRACTICE ¶23.1.19. (revision 2nd ed. 1989). 北沢正啓・前掲注(29)六七八〜六八二頁。

(39) Robert C. Clark, CORPORATE LAW, 645-646 (1986); ALI, *supra* note (38), at 129-132. 畠田公明「株主代表訴訟の終了——アメリカの特別訴訟委員会を中心として——」福岡大学法学論叢四一巻二・四号一頁以下(一九九七年)。

2、日本法への株主代表訴訟制度の導入

わが国における株主代表訴訟制度は、取締役の会社に対する責任を追及する手段として昭和二五年商法改正により採用された。

昭和二五年商法改正までは、取締役の会社に対する責任の追及に関しては、株主総会において取締役に對する訴えの提起を決議した場合、会社は決議の日から一ヶ月以内に訴えを提起しなければならないとされていた(二五年改正前商法二六七条一項)。その時、監査役または株主総会で選出された者が会社を代表し訴訟当事者となった(二五年改正前商法二七七条一項)。他方、株主総会において取締役に對する訴えの提起が否決された場合には、三ヶ月前より引き続き資本の一〇分の一以上にあたる株式を所有する株主が株主総会終結の日から一ヶ月以内に訴えの提起を監査役に請求することにより、会社は請求された日から一ヶ月以内に提訴しなければならないとされた(二五年改正前商法二六八条一項二項)。この時、監査役または請求した少数株主の指定した者が、会社を代表し訴訟当事

者となった（二五年改正前商法二七七条一項二項⁴⁰）。すなわち、昭和二五年商法改正前において株主は、取締役に対する責任追及の訴訟の提起を会社内部で決議または請求できるのみであり、直接には訴訟の局面に参加できなかった。

GHQは、この点が株式会社社の民主化すなわち株主権の強化の障害であると指摘し、商法改正の重点の一つとして株主代表訴訟の導入を検討した。⁴¹ 商法の改正作業は、GHQの提案に対して商法改正準備調査会（兼子一長官、後に法制審議会商法部に引継）が折衝を行う形で進められた。⁴²

GHQ側の提案は、クラス・アクション制度に基づいたアメリカ法上の株主代表訴訟制度の導入を意図していた。⁴³ すなわち、第一に、株主は、会社の執行機関（取締役会等）に対し会社の名で会社のために取締役の責任を追及するよう請求し、会社の執行機関（取締役会等）がそれを拒絶した場合には、全株主の代表として訴訟追行権を有する。第二に、原告株主が他の株主を適切に代表しているかということを、裁判所は訴訟の初期において判断し、原告株主が適切に全株主を代表していないとする場合は、判決の効力は他の株主に及ばず原告株主の個人訴訟として扱う。ここではアメリカ法と同様に、全株主と執行機関に代表される会社とは、別個の存在と理解されている。⁴⁴

これに対して日本側の提案は、以下の三点につきGHQの提案に変更を加えようというものであった。第一に、原告株主は、同様の立場にある全株主の代表ではなく、会社のために訴訟を提起する。第二に、裁判所は、原告株主が適切に全株主を代表しているか否かを訴訟の初期で判断しない。第三に、馴れ合い訴訟の防止のために、原告株主に対して会社への訴訟告知を義務づけ、他の株主の訴訟参加に加えて会社もまた訴訟参加できるものとし、さらに会社および他の株主が再審の訴を提起することができるとした。⁴⁴ 手続上大きな変化をもたらす第二・第三の点については、次のように理由が述べられている。まず、「馴れ合いを防ぐため……」他の株主が訴訟に参加することを許

す」外、会社も亦訴訟に参加し得ることとし且つ原告たる株主は訴訟を会社に告知すべきものとした。又馴合訴訟なりや否を裁判所が職権で調査するのは実際上困難であると思われるので原案の第一項「原告株主が代表として適切であるか否かを訴訟の初期で判断する、という案」を削り、其の代りに馴合があつた場合には他の株主又は会社から其の判決に対し再審の訴を提起し得ることとした」と説明されている。⁴⁶³次に特に第三の点に関しては以下のよう⁴⁶⁴に説明されている。「日本側は、当初、訴訟に参加……を希望する株主のために、訴訟の公告 (Public notice) を必要とすべきであると提案した。しかし、後に日本側によって潜在的な害になるとして撤回され、現在の形になった。「株主代表訴訟の導入において」最も考慮されたものは、原告株主と被告取締役が会社の権利を害する目的で共謀する危険性である。訴訟の公告を重要視する法務局の提案は、部分的にこの共謀をくい止めようとするものである。後に法務局が提案し最終的に採用された解決案は、他の株主に訴訟の参加を許容すること、および、共謀のような場合に会社または株主が民事訴訟法四二〇条に基づき再審の訴を申し立てうるとする⁴⁶⁵のである。」

このような経過をたどつて、株主権の強化を目的とする株主代表訴訟制度の導入がなされた。これにより、日本法における株主代表訴訟制度では、裁判所が訴訟の初期で原告株主の提訴権限 (代表としての適切性) を判断する代わりに、会社および原告以外の株主に訴訟参加の機会を保障し再審請求を認めることとなった。もつとも訴訟の公告ではなく会社への訴訟告知で足りるとしたことは、原告以外の株主に対する手続保障の観点からは十分ではないと後に批判されることになる。⁴⁶⁷

この昭和二五年商法改正は、昭和二六年にいくらか修正されている。すなわち、株主代表訴訟を含めた会社関係訴訟につき、株主の権利を不当に制約することなく会社荒らしによる利用を防止する役割を果たすために、担保提

供制度が採用された⁴⁴⁸。株主代表訴訟において原告株主が「悪意」により提訴したことを被告取締役が疎明することができれば、裁判所は担保の提供を原告株主に命じうることになった。この担保提供制度はその趣旨からは会社および原告以外の株主の訴訟参加または再審請求と同様の役割を果たすことが期待されている。なお、昭和四九年商法改正により、会社と取締役との間の訴訟に関しては監査役が会社を代表することになった。

注

- (40) 石井照久Ⅱ矢沢惇『新しい株式会社法の実施』六九〜七三頁（有斐閣、一九五一年）。
- (41) 中東正文「昭和二五年改正——GHQ文書から見た成立経緯の考察(1)」中京法学三〇巻三号一八〜二二頁（一九九六年）、鈴木雄Ⅱ竹内昭夫『商法とともに歩む』六一五頁（商事法務研究会、一九七七年）。
- (42) 中東正文・前掲注(41)二八〜三〇頁。
- (43) 徳田和幸「株主代表訴訟と会社の訴訟参加」法曹時報四八巻八号三〜八頁（一九九六年）参照。
- (44) 徳田和幸・前掲注(43)八〜一二頁参照。
- (45) 国立国会図書館憲政資料室 GHQ/SCAP, Records, ESS (E) 06777 (E7), (E8)；徳田和幸・前掲注(43)一一頁。
- (46) 国立国会図書館憲政資料室 GHQ/SCAP, Records, LS10304 (B14, C1-C2, C8-C9)。
- (47) 谷口安平「株主の代表訴訟」『実務民事訴訟法講座(5)』鈴木忠一Ⅱ三ヶ月章監修「一〇五〜一〇九頁（日本評論社、一九六九年）。
- (48) 鈴木雄Ⅱ竹内昭夫・前掲注(41)一九〇頁〔鈴木〕。

三、日本法における株主代表訴訟の構造

1、日本法における株主代表訴訟制度の手續上の特色

イギリス法では、取締役の責任追及に原則として株主総会の承認が必要である。他方アメリカ法においては、取締役会（訴訟委員会）が提訴の請求を不当に拒絶したことおよび原告株主が適切に全株主を代表することが、提訴権限を原告株主に認めるための要件である。これらは、会社が取締役の責任を追及する本来的な権利主体であることからの結論である。

このようなイギリス法やアメリカ法に対し、日本法は、原告株主の提訴権限の当否を問題とする代わりに、会社および原告以外の株主に訴訟参加および再審請求を認めている。提訴株主が、自身の共益権に基づいて会社の請求権を代位行使する際には、本来会社の授権行為が必要であるとも考えられる。しかし、株主代表訴訟においては本来の提訴権者である会社（監査役）は取締役の責任を追及することに対して構造的に適正な判断ができない³⁴⁹。よって、会社の授権行為は、原告の提訴に対し異議を表明する機会（訴訟参加）を会社および原告以外の株主に対して保障することに变容された⁵⁰。この授権行為の代替としての手續保障を前提として、株主代表訴訟の判決の効力は、民事訴訟法二〇一条二項「新民事訴訟法一一五条一項二号」（法定訴訟担当）により会社に及ぶのである。会社に判決の効力が及ぶことにより、原告以外の株主には判決の反射効が及ぶことになる。しかし、この場合の判決の効力は絶対のものではなく、原告株主および被告取締役が共謀し会社の権利を詐害する目的で訴訟を終了させたことを会

社または原告以外の株主が立証すれば、再審請求が認められる性格のものに限定される。

株主の提訴に対して会社からの授權または承認が必要とされず、原告株主が適正な代表であるか否かも判断されないために、日本法では、イギリス法やアメリカ法と比較して、株主代表訴訟の提起は容易であるといえる。日本においても近時活発に提訴されるにつれて、株主代表訴訟は取締役ひいては会社にとつて脅威であるとも見られるようになってきている。これは、株主代表訴訟のこの構造に起因しているといえるかもしれない⁵¹⁾。他方、株主による取締役の責任追及に会社の承認を必要とすること、または、会社が責任追及しないことの適正性を裁判所が審査することは、一律に株主による取締役の責任追及を否定することにつながる危険性を伴い、裁判所に必要以上の負担を強いることになる。この後者の点を懸念すればこそ、日本法は、原告株主への授權を会社および他の株主への手続保障で代替した。会社および他の株主の意見表明の機会を訴訟参加によって保障し、再審請求を許容することを通して判決の効力の制限し、それをもって、原告株主の訴訟追行の適正さを担保する道が選ばれたのである。

2、株主代表訴訟の構造論をめぐる学説

株主代表訴訟制度の構造については、従来、代位訴訟性（会社の権利を株主が代位行使する）を有するのかが、代表訴訟性（提訴株主が、自身と自身を除くほかの株主を代表して自身の権利（共益権）を行使する）を有するのかが議論され、未だ定説をみていない。ここでは、学説の状況を概観する。

(一) 代位訴訟性を強調する見解

時系列的にはまず、代位訴訟性を強調する見解が主張された。

第一に、株主代表訴訟は、株主の利益配当請求権（債権）の保全の目的で会社資本の充実を図るために、職務を怠った取締役に対して会社が有する損害賠償請求権を株主が代位行使するものである、と把握する見解（松田説）がある。⁵³⁾ この説は、個人株主が自身の被った間接損害につき取締役の責任を追及することが認められていなかった昭和二五年改正前商法のもとで、解釈論として民法四二三条の債権者代位権の規定より、株主が取締役等の責任を追及することを認めようとしたものである。株主が経済上債権者に接近していることを前提として、株主代表訴訟提起権を債権保全のための債権者代位権（自益権）と考えている。昭和二五年改正前商法のもとでは、取締役の責任追及は株主総会の決議または少数株主権の行使によってしか認められない。よって、取締役の責任追及に関する訴訟追行権（株主代表訴訟提起権）は、会社の機関としての行動となる株主の共益権の行使ではなく、自益権の行使として構成された。⁵³⁾

第二の見解は、昭和二五年商法改正時からの通説的な見解である。この説では、株主代表訴訟は、原告株主が実質的には会社の臨時的機関になって（代表機関的地位に立って）直接取締役に対する会社の請求権を代理行使することが認められている機関訴訟である、と解されている（多数説⁵⁴⁾）。この説の中には、取締役の責任追及をなすべき実体法上の権利が株主にあることを根拠に、訴えによらないで取締役の会社に対する責任を追及することが株主に認められるとするものもある。⁵⁵⁾ また、原告株主は会社および全株主に対して受託者の地位において行動すべきである、と述べる見解もある。⁵⁶⁾ よってこの説は、株主代表訴訟を、株主が取締役の責任追及をなす自身の実体法上の権利（共益権）に基づいて会社の権利を代位行使（機関として代理行使）するものと理解しているといえる。

（二）代表訴訟性を強調する見解

かつては株主代表訴訟制度は存在しても利用されることはあまりなく、さらに活発に利用されることは適当ではないと評価されていた。⁵⁷⁾この状況に対し、経営陣による不正行為を摘発しその責任の履行を強制するための手段として株主代表訴訟を積極的に評価する見解が登場し、その活用が必要であると主張されるようになった。⁵⁸⁾株主代表訴訟の代表訴訟性を強調する見解は、この流れに沿って提示された。

すなわち、第三の見解として、株主代表訴訟は法形式としては代位訴訟であるが、株主代表訴訟提起権は団体の構成員が団体のために団体に対しその健全な運営を求める原理的な権利の一環であるので、株主代表訴訟は実質として全株主を代表して提起される訴訟である、とする見解がある（竹内説⁵⁹⁾）。これによれば代表訴訟提起権は、理事者の団体に対する責任のように、理事者が行使を怠りがちな団体の権利について、団体にその行使を求めることができる権利であり、団体がその権利を行使しないときは団体のために自らその権利を行使できるという団体構成員に共通の権利（共益権）とされる。よって、株主代表訴訟は、「会社の権利を会社のために行使するという面では、まさに代位訴訟であり、原告「株主」と会社の利益は一致する」。しかし、「会社に対し会社の権利の行使を強制するという面では、まさに全株主を代表して行う代表訴訟に外ならず、この面では株主と会社の主張は対立する」こととなる、と指摘する。特に日本法の株主代表訴訟制度が代表訴訟性を有していることを理由に、裁判所に原告株主が適切にクラスとしての株主を代表しているかどうかを判断させるべきである、と主張している。なお、株主代表訴訟が認められていることは、株主に共益権としての会社の健全な運営を求める権利があることのみを根拠とするのではなく、取締役と会社の間および会社と株主の間に信託関係があり、両者二重の信託義務違反の存在を根拠

とする見解もある⁶⁰⁾。近時、株主代表訴訟においては提訴株主が構成員の一人として監督権を行使することから、提訴株主は、会社と立場の異なる全株主を代表し、執行機関が代表する会社とは対立関係にあることを強調する見解もある⁶¹⁾。

第四に、株主代表訴訟を第三者の訴訟担当と解したとしても、通常の場合と異なり、商法二六八条三項の訴訟告知を受けたことが判決効を会社に及ぼす要件であると解すべきであると主張する見解がある(谷口説⁶²⁾)。さらに、この見解は、他の株主に対して反射的効力が及ぶと考えるのは妥当ではなく、他の株主への判決効の拡張を根拠づけるために訴訟の公告を強制すべきであると立法論を展開している⁶³⁾。

3、検討

株主代表訴訟制度は、日本法に導入される際に、次の二点につき構造的に大きく変化したといえる。第一に、原告株主は会社の権利の請求を行う。第二に、原告株主の提訴権限は、会社が授權していることや他の株主の利益を適切に代表していることで認められるのではなく、会社および他の株主に対して手続保障を行い、判決効を制限することによって認められている。この二点の構造的変化により、日本法における株主代表訴訟は以下の二つの特色を有する。

①原告株主は会社のために提訴するということから、日本法では、会社は本来の提訴権者としての地位を取得することになる。他方、原告以外の株主は提訴権者としての地位を有さず、提訴権限を得る機会のあった者と認識されるにとどまる。

②原告株主の提訴権限（株主代表訴訟の適正さ）は、会社および原告以外の株主に保障された手続が発動されるという制度により確保される。①の点を考慮すると、特に会社の訴訟参加には、当該株主代表訴訟の適正さを担保する上で大きな役割が期待されることになる。取締役の責任を株主が追及する場面において、取締役（会）と提訴株主との利害対立、少数株主と多数株主との間の利害対立、または、少数株主と多数株主と取締役（会）との利害対立が生じる可能性はある。これらの利害対立はイギリス法では株主総会の決議によって解決され、アメリカ法では取締役会が提訴請求を拒絶する際に解決される。すなわちこれらの利害対立は訴訟外で解決され、裁判所はその解決の不当を、原告株主の提訴権限の審査の形で、判断することになる。これに対して日本法は、このような利害対立の訴訟外での解決をそもそも予定していない。原告以外の株主および会社は各自訴訟参加をして主張立証をすればよく、裁判所が被告取締役の責任の有無を決定するのである。

従来の学説は、これらの構造的変化のうち①の点を問題としてきたといえる。

代位訴訟性を強調する松田説および多数説は、原告株主が他の株主の代表としてではなく、会社のために提訴するという構成を評価している。たとえば、次のように述べられる。「確かに昭和二五年改正において取締役会の権限が強化され、それとの権限バランスの均衡化、および経営の健全化のため株主権強化を図ったようにも見える。しかし、必ずしもこの両者の権限強化の間に論理的必然性はなく、この発想は、アメリカ法がただ株式会社の機構を組合的に把握していた結果に過ぎない。翻って二五年改正前商法が、監査役において常時取締役を監督させるとともに、他方少数株主権を認めて非常時の株主の利益を保護する手段としたのは、株式会社社の団体的機構化の現れであった。したがって、このアメリカ法の発想は、二五年改正前商法の発想が会社の利益という視点から実現したものを、株主の利益という視点から実現したものにすぎない。よって、日本法において株主権を強化するとしても、で

きるだけ団体的機構化を施してその変容を策す必要がある⁶⁵⁾」。

他方、代表訴訟性を強調する竹内説は、会社の権利が代位行使されていることが①により強調されすぎることとを批判する。すなわち、責任追及者として期待される株主にそのような役割を担うインセンティブがないこと、および、代位訴訟的性質を強調するあまり会社が提訴する場合と訴額が同額と解されることを批判する。代位訴訟的性質を強調することにより、株主の原理的な固有の権利である株主代表訴訟提起権の行使が実質上妨げられることを危惧していたといえる。⁶⁶⁾ 谷口説は、①の点に関して、原告以外の株主への訴訟の公告が法的に要求されていないことを批判している。

以上のように構造的変化の①の点につき評価は分かれている。しかし、批判的評価である竹内説・谷口説は、この①の問題点を指摘してはいるが抜本的改革までをも要求するものではない。しかもその批判に対しては平成五年商法改正によってある程度対処できているといえよう。原告以外の株主に対する訴訟告知（訴訟の公告）の欠如は、取締役に対する会社の損害賠償請求権の処分が総株主の同意により行われること（商法二六六条五項）との整合性からも、見直されるべきである。

学説の議論は①の点に集中しており、②に関しては注目されてこなかった。本稿ではこの②の点について、次章で検討する。

注

(49) 鈴木竹雄・石井照久『改正株式会社法解説』一七九頁（日本評論社、一九五〇年）などは、会社が提訴の拒絶ができないこと

の根拠を、会社の提訴懈怠可能性より説明する。しかし、実際には、提訴することを怠りがちであるから提訴を拒絶する機会が奪われるのではなくて、会社（監査役）が構造的に適正な判断ができないことが理由であろう（神田秀樹「株主代表訴訟に関する理論的側面」ジュリスト一〇三八号六六頁（一九九四年）を参照）。

(50) 池田辰夫「債権者代位訴訟の構造」一一六頁（信山社、一九九五年）は、任意的訴訟担当と法定訴訟担当の違いより、法定訴訟担当である債権者代位訴訟および株主代表訴訟においては、手続保障が原告の担当者適格取得の不完全性を補充するものとしての要素を持つと指摘する。このような理解は、株主代表訴訟では法は利害関係人の手続保障を満たすことで担当者適格を提訴者に取得させた、という理解につながると考えられる。

(51) 原告株主の代表適切性を判断すべきであるとする見解として、竹内昭夫「株主の代表訴訟」『法学協会雑誌一〇〇周年記念論文集第三卷』一七六頁（有斐閣、一九八三年）、小林秀之「株主代表訴訟の手続法的考察」木川統一郎博士古希祝賀「民事裁判の充実と促進（上）」六〇〇頁（判例タイムズ社、一九九四年）など。他方、取締役会（監査役）が株主の提訴請求を拒絶できるようにするべきであるとする見解として、小林秀之「株主代表訴訟の沿革と手続法的構造」『株主代表訴訟大系』小林秀之・近藤光男編 一五二頁（弘文堂、一九九六年）、小林秀之「原強」『株主代表訴訟——全判例と理論を知る』三二八頁・三三九頁（日本評論社、一九九六年）。

(52) 松田二郎「株式会社の基礎理論」五三四頁（岩波書店、一九九二年）、松田二郎「鈴木忠一」『条解株式会社法（上）』三二〇、三二五頁（弘文堂、一九五一年）。

(53) 松田二郎・前掲注(52)五三八頁。

(54) 鈴木竹雄「改正株式会社法における機関の問題」『改正商法積義』〔成蹊大学政治経済学会編〕五三頁（日本製版株式会社、一九五〇年）、鈴木竹雄・石井照久・前掲注(49)一八一頁、伊沢孝平「註解新会社法」四五二～四五四頁（法文社、一九五〇年）、大隅健一郎・大森忠夫「逐条改正会社法解説」二九六頁（有斐閣、一九五一年）、北沢正啓「代表訴訟と差止権」『株式会社法研究』

二九一頁（有斐閣、一九七六年「初出一九五六年」、同「新版注釈会社法(6)」〔上柳克郎ほか編〕三五八頁（有斐閣、一九八七年）など。

- (55) 大隅健一郎 〓 今井宏 『新版会社法論中巻Ⅰ』二四七頁（有斐閣、一九八三年）。
- (56) 岡咲恕一 「商法の一部を改正する法律の解説」法曹時報二巻六号四七頁（一九五〇年）。
- (57) 石井照久 『会社法（上）』三五七頁（第二版、勁草書房、一九七二年）。
- (58) 田中英夫 〓 竹内昭夫・前掲注(1)四五〜四六頁。
- (59) 竹内昭夫・前掲注(5)二〇八頁。
- (60) 池田辰夫・前掲注(29)二六一頁・二四七〜二四八頁、同「多数当事者紛争における代表適格についての覚書——derivative suit（株主の代表訴訟）の視角から——」司法修習所論集五九号二二七・二二二〜二三三頁（一九七七年）。
- (61) 小林秀之・前掲注(5)六〇九〜六一〇頁、小林秀之 〓 原強・前掲注(5)一七頁。
- (62) 谷口安平・前掲注(47)一〇五〜一〇六頁。
- (63) 谷口安平・前掲注(47)一〇七〜一〇八頁。
- (64) 森本滋 「大会社の経営機構と取締役の法的地位」法学論叢一四〇巻五・六号一二二頁（一九九七年）は、この利害対立の存在を指摘し、その調整の合理的スキームがないことを問題であるとす。
- (65) 鈴木竹雄 「株式会社法改正の法理」私法二号三五〜三八頁（一九五〇年）を要約した。同様の指摘として、石井照久「取締役制度改正の方向」『株式会社法改正の諸問題』七〇頁（法曹会、一九四九年）。
- (66) 田中英夫 〓 竹内昭夫・前掲注(1)四七〜五一頁、竹内昭夫・前掲注(5)二〇八〜二〇九頁、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三四頁（一九九三年）。

四、株主代表訴訟における会社の地位

本来会社は、取締役の責任を追及する主体である。しかし会社は、取締役の責任を追及することに対しては構造的に適正な判断ができない。よって会社は、株主代表訴訟を提訴しようとする株主に対して提訴権限を授権するかどうかを判断する機会を奪われている（商法二六七条二項）。前述のようにこの機会の代替として、会社の訴訟参加および再審請求が認められていると解される。このことより、本来の提訴権者である会社が、いかなる者の利益を代表するかは、会社の訴訟参加に期待された役割との関係で考慮される必要がある。ここでは会社の訴訟参加をめぐる学説を見た後、検討を加える。

1、会社の訴訟参加をめぐる学説

会社の訴訟参加は、訴訟を不当に遅延させ裁判所の負担となる場合以外は認められる（商法二六八条二項）。この会社の訴訟参加の性質について、学説は分かれている。

立法段階では、（a）株主代表訴訟の提起により原告適格が奪われるため、会社は共同訴訟的補助参加しかできないとする見解と、⁶⁷（b）原告株主と被告取締役が馴れ合いで訴訟を終結することの防止のために訴訟参加が認められるとし、再審請求が会社に認められていることとの整合性より、会社は共同訴訟参加ことができると解する見解⁶⁸とが述べられた。

その後、株主代表訴訟の構造の再評価および実際の運用状況を受けて次のような見解が述べられるに至った。まず、(c) 会社は真の利害関係人として訴訟に独自の利害を有することから、独立当事者参加がふさわしいとする見解が主張された。⁶⁹⁾ 近時に至っては、(d) 立法当時において訴訟参加は馴れ合い訴訟に対処するものとして想定されており、今日問題となつていような濫用的な株主代表訴訟(請求に理由がない訴訟)に対処することは想定されていなかつたとして、会社は共同訴訟参加または独立当事者参加することが可能であるとする見解もある。⁷⁰⁾

2、検討

会社の訴訟参加については次の二点から検討する。第一に、この訴訟参加は、会社のいかなる機関によつて、いかなる判断基準に基づいて決定されるか。第二に、日本法においては株主代表訴訟をめぐる会社内の利害対立はそもそも訴訟外で解決することが予定されていない(特色②)。なぜなら、原告株主に対する提訴権限の授与は会社および原告以外の株主に対する手続保障で代替されたために、原告以外の株主および会社は訴訟参加をして自身で主張立証すればよいからである。この特色②からいかなる役割が会社の訴訟参加に期待されるか。

第一の観点から考察する。

訴訟参加の決定を会社のどの機関がなすのか。現行商法二七五条ノ四は、「会社が取締役ニ対シ又ハ取締役が会社ニ対シ訴ヲ提起スル場合ニ於テハ其ノ訴ニ付テハ監査役会社ヲ代表ス」と定めている。よつて、会社の権利を利用して取締役の責任を追及する株主代表訴訟に関しては、全て監査役が会社を代表すると解される。したがつて、株主代表訴訟に訴訟参加をする場合も、監査役が会社を代表する。株主代表訴訟の場面で取締役会はいかなる位置づ

けとなるか。監査役が会社の業務および財産の状況を調査する権限を有する一方で（商法二七四条）、取締役は監査役に対して会社に損害を発生させるおそれのある事実を報告する義務を負っている（商法二七四条ノ二）。これらのことおよび商法二七五条ノ四の趣旨から考えると、取締役会が被告取締役責任を負っていないと判断しても、取締役会は、訴訟参加すべきことを監査役に請求できるだけであり、会社を代表して訴訟参加することはできないと解される。他方監査役は、取締役会より訴訟参加するよう請求された場合にも、その請求を考慮して自分の判断で訴訟参加を決定することになる。⁷¹⁾

では、監査役は、現行法の下で、被告取締役の責任を追及することは妥当ではないとして、被告取締役を支援するために会社を代表して訴訟参加しうるか。

現行商法は二六六条五項で、取締役の責任の免除には総株主の同意が必要であると規定している。この規定の意義は、株主代表訴訟提起権が個人株主にも認められることの保障とされている。⁷²⁾ たしかに、この規定は訴訟という側面では、株主代表訴訟提起権の保障という目的を有しているといえよう。しかし、この規定は会社法という実体法の側面では、会社内の権限分配を定め、取締役の責任を免除する権限が総株主に帰属することを規定していると解される。よって、当該被告取締役が責任を負うと考えられる場合に、会社の経営上の理由（取引先との関係、社会的影響、および会社の士気等）を考慮して「取締役に責任はあるが誰も提訴すべきでない」と判断できるのは、総株主だけであると言える。したがって、株主代表訴訟が提起され被告取締役が責任を負うと考えられる場合には、会社は「誰も提訴すべきでない」と判断できないばかりか、被告取締役を支援するために監査役が会社を代表して訴訟参加することも許されないであろう。しかしこの結論からは、当該取締役に責任がないことあるいは当該株主代表訴訟で請求されるほどは責任がないことを理由とする場合には、被告取締役を支援するために会社が訴訟参加す

することも可能となる。⁷³⁾ すなわち会社（監査役）は、当該株主代表訴訟が言い掛かり（請求に理由がない）訴訟であることを理由にするならば、被告取締役を支援するために訴訟参加できる。もちろん、株主代表訴訟が馴れ合いで進められている場合に、会社（監査役）は、当該取締役の責任がより重いことを理由に訴訟参加することもできる。

第二に、日本法の株主代表訴訟の特色から会社の訴訟参加に期待される役割は何かという観点から考察する。

立法過程においては（b）の見解が述べるように、会社の訴訟参加には馴れ合い訴訟防止の役割が期待されていた。よって（d）の見解が述べるように、立法当時は株主代表訴訟の濫用的利用が想定されていなかったとも考えられる。しかし立法段階において、なぜ株主代表訴訟の濫用的利用が考慮されなかったのか。

その理由を示すものに次のような叙述がある。「議決権のようなものですら一般の株主は行使せず、『会社荒し』に利用されているに過ぎないといっても過言ではない事情なので、…（中略）…代表訴訟のような制度は、会社に顔を出せば簡単に金になるといったものじゃないからそう安易に使われることはないだろう、一般の人も使わないのみならず、総会屋も使わないだろうと考えないわけではなかった」。⁷⁴⁾ 「この訴『株主代表訴訟』は、個々の株主の個人的な損害を理由としてのもではなく、会社のために、いわば正義の担い手として提起されるもの（代表訴訟）であり、すでに訴の方式によるものである以上、いわゆる会社荒しの弊害もしかく大ではないとも言える」。⁷⁵⁾ すなわち、株主代表訴訟を提起するインセンティブが株主にないため、請求に理由がない株主代表訴訟は提起されず、たとえそのような株主代表訴訟が提起されたとしても、裁判所の関与が保証されているので弊害は少ないと考えられている。この観点からは、請求に理由がない株主代表訴訟は裁判所によって早期に本案において終了させられるために、会社の訴訟参加は、馴れ合い訴訟の防止のために機能すればその役割を果たすともいえそうである。

しかし、日本の株主代表訴訟制度の特色②の観点からは、当該株主代表訴訟に関して原告株主と監査役の間に意

見対立がある場合には、監査役は会社を代表して訴訟参加をし、主張立証すべきであるともいえる。会社の訴訟参加により訴訟資料が提出され、審理の充実化がはかれる。もつとも、独立した監査役の合理的な判断に基づいて訴訟参加がなされない場合には、会社の当該訴訟参加により恣意的に訴訟資料や証拠資料が提出され、一方的に原告株主に不利な影響を与えるという危惧がないわけではない。⁷⁶⁾ 実際、特色②の前提として、取締役の責任の追及に関しては構造的に適正な判断ができないと懸念されるために、監査役には提訴を拒絶する機会が与えられなかった。しかし、同様の理由で訴訟参加をする機会までも奪っては、原告株主に対する提訴権限の授与を手続保障で代替したことになる。

以上の検討より会社の訴訟参加は、馴れ合い訴訟の防止とともに当然に言い掛かり（請求に理由がない）訴訟における被告取締役の支援の役割を果たすべきであると言える。会社が訴訟参加すると考えられる場面では、原告株主と会社の間に見解の衝突があることが常に前提となっている。よって、会社（監査役）、原告株主、および被告取締役の関係は三面的であり、会社の訴訟参加は独立当事者参加と解されるべきであろう。⁷⁷⁾ このときの訴訟参加をするという判断が適正であるか否かという問題は、最終的には監査役の善管注意義務違反の問題として処理されることになる。

なお近時、被告取締役を会社が支援する方法として会社の被告取締役側への補助参加の可否が議論されているので、この点につき以下で若干検討する。

被告側への補助参加を決定する機関を取締役会とする見解が見られる。⁷⁸⁾ しかし、被告側への会社の補助参加が可能であると解するとしても、商法二七五条ノ四からはこの場合の機関は監査役とされるはずである。

では監査役は、会社の代表として被告側へ補助参加をすることは可能なのか。

学説において、株主代表訴訟では会社は権利の帰属主体であり、その会社が被告側を支援するのは論理矛盾であるとして補助参加を否定する見解（否定説⁷⁹）と、会社の意思決定の適法性が争点となることにより具体的な不利益が会社に生じる場合には、会社は被告側へ補助参加する利益を有するとして、補助参加を肯定する見解（肯定説⁸⁰）とが対立している。肯定説には、判決主文中の判断では被告取締役敗訴が会社の利益となるのに、判決理由中の判断において被告取締役敗訴が会社の不利益となるというだけで、会社はなぜ被告側へ補助参加できるのか、という理論的障壁がある。肯定説は、以下のように補助参加の利益を認定することでこの問題を解決しようとする⁸¹。すなわち、補助参加の利益を拡張し、被告勝訴判決の主文の判断によって会社が被る不利益の総量と、被告と会社とが利害を共通にする争点（会社の意思決定の適法性）についての被告勝訴の判断によって受ける利益の総量との比較衡量によって、補助参加の利益の有無を判断しようとする。

肯定説によれば被告側へ補助参加をするか否かを決定する監査役は、被告取締役に責任が認められることより生じる会社の利益と不利益とを比較衡量することによって判断することになる。たしかに言い掛かり訴訟である場合には、会社（監査役）が訴訟参加することは正当化される。しかし、当該株主代表訴訟で被告取締役の責任が認められることが会社の不利益となるという理由だけでは、監査役による会社を代表して被告取締役を支援するという決定は正当化されない。そのような決定ができるのは総株主だけである（商法二六六条五項）。よって、筆者は、株主代表訴訟が提起された場合には会社は被告側へ補助参加をすることを決定できず、被告側への補助参加自体が論理矛盾ともなることから、否定説に与したい。

注

(67) 松田二郎Ⅱ鈴木忠一・前掲注(52)三二七頁。

(68) 北沢正啓・前掲注(54)『注釈会社法』三七七頁。ほかに鈴木竹雄Ⅱ石井照久・前掲注(49)一八二～一八三頁、大隅健一郎Ⅱ大森忠夫・前掲注(54)三〇二～三〇三頁。

(69) 谷口安平・前掲注(47)一〇七頁。

(70) 中島弘雅「株主代表訴訟における訴訟参加」『株主代表訴訟体系』〔近藤光男Ⅱ小林秀之編〕二二二～二二三頁（弘文堂、一九九六年）。

(71) もちろん、このような機能を監査役が果たすとするれば、監査役の独立性、公正性、機動性を一層高める必要がある。

(72) 近藤光男「新版注釈会社法(6)」〔上柳克郎ほか編〕二九一～二九二頁（有斐閣、一九八七年）。他にたとえば伊藤眞「代表訴訟と民事訴訟」『日本の企業と法』〔柏木昇編〕六四頁（有斐閣、一九九六年）など。

(73) このことは、提訴請求に対する監査役の行動基準として議論されている。同趣旨の見解としては山下友信「取締役の責任・代表訴訟と監査役」商事法務一三三六号一五頁（一九九三年）。反対に会社の士気の問題を含めより総合的な判断を要求する見解としては、今井宏「代表訴訟制度と企業の対応」月刊監査役三三八号六～一〇頁（一九九四年）。もっとも、監査役は、その責任追及に訴訟を利用するかそれ以外の方法を利用するかという判断は可能である（近藤光男「監査役の義務と責任」商事法務一三八三号七頁（一九九五年））。

(74) 鈴木竹雄Ⅱ竹内昭夫・前掲注(41)一七七頁〔鈴木〕。

(75) 石井照久・前掲注(65)九二頁。

(76) 補助参加の問題としてであるが、池田辰夫「いわゆる代位請求訴訟（住民訴訟）の被告への地方公共団体又は行政庁の訴訟参加——株主代表訴訟との関連で——」『阪大法学四三巻二二三号二三八頁（一九九三年）』、岩原紳作「株主代表訴訟の構造と会社の

被告側への訴訟参加」『特別講義商法Ⅰ』〔竹内昭夫編〕二四三頁（一九九五年）。

(77) 徳田和幸・前掲注(43)一六〇―一九頁。同「株主代表訴訟における会社の地位」『民事訴訟雑誌四二巻一七二―一七五頁（一九九六年）】。

(78) 例えば、新谷勝「株主代表訴訟と会社の訴訟参加」今中利昭先生還暦記念『現代倒産法・会社法をめぐる諸問題』六一七頁（民法研究会、一九九五年）、久保利英明「中村直人」『株主代表訴訟と役員責任』五四頁（中村）（商事法務研究会、一九九三年）。なお、東京商銀事件・後掲注(80)では、被告とされた代表理事が組合を代表し、中部電力事件・後掲注(79)では、代表取締役が会社を代表している。

(79) 松田二郎「鈴木忠一」前掲注(52)三二〇頁以下、山下友信「前掲注(73)一五頁。否定するわけではないが実体的観点からは可能性は低いとする見解として、神田秀樹・前掲注(49)六五―七〇頁、岩原紳作・前掲注(76)二三三―二三七頁、新谷勝・前掲注(78)六一―六三四頁、徳田和幸・前掲注(43)二〇―二二頁、中島弘雅「判批」『ジュリスト一〇九七号九三頁（一九九六年）】。裁判例としては、中部電力事件（名古屋地決日八・三・二九資料版商事一四五号一〇七頁、同抗告審である名古屋高決日八・七・一一資料版商事一四八号一〇五頁）。

(80) 伊藤眞「補助参加の利益再考——判決の証明効に対する疑問——」『民事訴訟雑誌四二巻二二―二三頁（一九九五年）】、同「コーポレート・ガバナンスと民事訴訟——株主代表訴訟をめぐる諸問題」『商事法務一三六四号一九―二二頁（一九九四年）】、新堂幸司「株主代表訴訟の被告役員への会社の補助参加」自由と正義四七巻二二号一九頁（一九九六年）】、黒沼悦郎「判批」判例評論四六二号三六―三七頁（一九九七年）】。ほかに代表訴訟性を強調し積極的に肯定する見解としては、吉野正三郎「株主代表訴訟における会社の訴訟参加（下）」『商事法務一三五八号二七―二九頁（一九九四年）】、佐藤鉄男「株主代表訴訟における訴訟参加とその形態」『ジュリスト一〇六二号六二―六三頁（一九九五年）】。裁判例としては、東京商銀事件（東京地決日七・一一・三〇判時一五五六号一三七頁）。

なお、原告株主より異議が申し立てられず、その賛否が争われなかった事例として空港専門大店事件（大阪地判H二・二・二八判時一三六五号一三〇頁）。

(81) 新堂幸司・前掲注(80)一一九―一二〇頁。

五、原告株主の地位と訴訟上の和解

原告株主は、会社の授權ではなく会社および他の株主の手続保障が法的に担保されていることを根拠に、取締役の責任を追及する訴訟の追行権限を得ている。これは、裁判所の関与と判断のもとで責任追及がなされる訴訟においては、会社および他の株主の手続が保障されれば提訴株主の責任追及の適正さが担保されると考えられているからである。では現行制度上の会社および他の株主の手続保障を根拠として、原告株主は、自身の判断により当該株主代表訴訟の目的である会社の権利を処分できるか。また本来の権利帰属主体である会社は、原告株主が訴訟追行していても、いまだ自身の権利の処分権限を有していると言えるか。この問題は株主代表訴訟を和解によって終了させる際に問題となり、さらに商法二六六条五項の適用の問題がこれに加わる⁽⁸²⁾。すなわち、第一に株主代表訴訟において、原告株主または会社は被告取締役と和解をすることができるか。第二に、商法二六六条五項は、取締役の責任免除をするのに総株主の同意を必要とする。他方和解は両当事者の互譲を前提とするために責任を一部免除することににもなる。では、原告株主または会社が被告取締役と和解をする際に、同項の要求する総株主の同意が必要か。

以下この点を考察するためにまず学説を検討し、私見を述べる。

なお、株主代表訴訟の和解に関しては、イギリス法、アメリカ法は次のように対処する。イギリス法においては個人訴訟の場合にはこのような訴訟を和解で終了させることは問題なく、派生訴訟の場合でも原則として株主總會の承認が必要とされることから理論的には原告株主による和解を肯定しても問題は少ない。もつとも近時は後述のアメリカ法と同様に、和解には裁判所の許可が必要とされている。⁸³⁾ 他方アメリカ法においては、会社は被告として必要当事者であるので、原告株主の和解権限は問題とされない。さらに他の株主に和解の効力を及ぼすために他の株主に対する通告が必要とされ、和解の適正性を担保するために裁判所の許可が必要とされている。⁸⁴⁾

1、学説の展開

昭和二五年商法改正直後より、原告株主の和解権限については、肯定説と否定説が対立していた。

肯定説は、次のように述べる。二六六条五項の意義に關して「代表訴訟制度が認められ、一株の株主でも取締役の責任を追及しうることになったのに照応して、総株主の同意がなければ免除できぬこととした」とし、その上で「訴えが提起された場合に会社または他の株主による参加が認められるほか、判決が確定した場合にも再審の制度が認められるため、訴えを提起した株主が訴えの取り下げ、和解または請求の放棄をなすについては別段の制限は存しない」としている。⁸⁵⁾ さらに会社も、訴訟外では和解等の処分行為をするためには二六六条五項の手續に則る必要があるとされるが、会社または他の株主に参加が認められていることから、訴訟上の和解にはその必要はない、とさされている。⁸⁶⁾ なお、和解に伴い、何らかの金銭が被告取締役または会社より原告株主にわたることも考えられる。これは、商法四九四条一項二号の会社贈収賄罪によって、特に後者の場合はそれに加え株主への利益供与罪によって

対処されることになる。⁸⁷⁾

これに対し否定説は、「代位訴訟にあつては、株主は会社の権利につき会社のために訴を提起するのであつて、その株主が和解または請求の抛棄をなすならば、結果において株主の一存で会社の請求権の全部または一部を処分することになるであろう。けだし、和解も請求の抛棄もこれを調書に記載すれば、その調書は確定判決と同一の効力を有し、その効力は会社にも及ぶゆえ、会社も他の株主も重ねてその権利につき争えないこととなるからである。それゆえ、代位訴訟の原告たる株主は会社の請求権の一部または全部の処分となる和解または請求の抛棄をなすことはえないのであつて、これに反する和解または請求の抛棄は無効と解すべきではないか」と述べ、「訴訟参加や再審の訴えが認められることも、原告たる株主の一存で会社の権利の処分となる和解や請求の抛棄をなしうるとする理由としては薄弱」であると指摘している。⁸⁸⁾

近時の議論は、株主代表訴訟の活性化に伴い、株主代表訴訟の和解を必要とする実質的な要請があるとし、和解の公正さと他の株主の手続保障をいかに確保するかを問題としている。

最初に、原則として、原告株主は被告取締役と和解できるが、その和解の効力は原告以外の株主にまでは及ばないとし、例外的に次の二つの場合には、和解の効力の主観的範囲を拡張しようとする見解が提示された（前田説）。①原告以外の株主が代表訴訟の提起を知つてこれに参加する機会を有する場合すなわち任意に通知・公告等がなされた場合には、株主代表訴訟の提起があつたことを知つていえるといえる株主に和解の効力が及ぶ。または、②実質的に和解内容につき裁判所の監督がある場合には和解の効力は他の株主に及ぶ。⁸⁹⁾ この説は、現行法では株主代表訴訟の存在を知つて参加する機会が原告以外の株主に保障されていないということ、および、アメリカ法のように和解の成立過程に裁判所が関与することで和解の正当性を保障しようとすることは日本法においては難しいということ

とを考慮している。

この前田説に対しては次のような批判がなされた。第一に、訴訟追行権限しか認められていない株主に和解権限があるか。⁹⁰第二に、原告以外の株主へ代表訴訟提起の事実を通知・公告するだけで、彼らに和解の効力が及ぶか。⁹¹第三に二六六条五項と抵触しないか。⁹²

これらの問題について次のように答える見解がある（伊藤説⁹³）。第一・第二の点は、本来の提訴権者である会社を利害関係人として和解に参加させることで解決しうる。すなわち、原告株主と被告取締役の間の和解に会社が参加することで原告株主の管理処分権限の不足を補充でき、会社が和解に参加し拘束されることで原告以外の株主も会社の権利を代位行使する以上和解を承認せざるを得なくなる。⁹⁴これにより、原告以外の株主が後に株主代表訴訟により免除された額の支払いを求めても、本案の問題として請求は棄却され、さらには請求に理由がないことが明らかになるため、訴権の濫用となり担保提供が命じられるであろう、と述べる。⁹⁵第三の点について、二六六条五項が総株主の同意を要求するのは、株主代表訴訟提起権を尊重すると共に、実質的には責任免除によって株主の利益が害されることを防ごうとすることが目的であると解し、訴訟上の和解は、すでに株主代表訴訟が提起されており、裁判所によって総株主の利益に合致すると判断された結果であるので、このような場合に二六六条五項を適用する必要はない、とする。⁹⁶

次に、原告株主の提訴権の処分となる和解であるならば、原告株主が単独ですることができるが、その効力を会社および原告以外の株主に及ぼすためには、条件が必要であるとする見解がある（高橋説⁹⁷）。すなわち、前述の三つの疑問は、会社および原告以外の株主に和解の効力を及ぼすための条件を考察するためのものであるとし、その各々について以下のように述べている。第一の点に関しては、伊藤説と同様に会社を和解に引き込むことで解決す

る。そして和解への加入拒否の場合は、和解自体についての通告をなし、それを根拠に何もしなかった会社が和解の効力を否定することは信義則違反であると申立てることと対処する。⁹⁹ 第三の点については、判決が株主を拘束するのは法律の世界では判決が絶対のものとして通用するからであるが、これに対し、和解は当事者の合意次第で決定されるものであるから、判決ほどの絶対性一義性はないとして、会社が参加することで二六六条五項の総株主の同意が免除されることはありえないとする。⁹⁹ しかし、二六六条五項の機能を株主の提訴権の保障にとらえ、第二の点の問題を次のように処理している。①他の株主に和解内容が通知されれば、和解の効力が他の株主にも及ぶ。ただし、他の株主には再審請求（商法二六八条ノ二）に準じた和解無効確認の方法が認められる。②①の通知がなされない場合には、他の株主には和解の効力が及ばないが、次の場合には和解は二六六条五項の責任免除にあらず、会社の和解への参加により原告以外の株主にも和解の効力が及ぶ。（a）裁判所の判決に近い額での和解である場合、（b）権利のいわば名目額ではなく実質額（破産配当額）での和解である場合である。もつともこの場合にも、原告以外の株主は、商法二六八条ノ三に準じて、原告株主の詐害目的を立証できれば、再審請求ができる。¹⁰⁰ この②の和解を認めるためには、裁判所の監督が前提となり、それを規範的に根拠づけるために民事調停法一四条（当事者間で合意が成立してもそれが不当であれば調停不成立としてよいと明定）の準用に踏み切らなければならないとする。しかし、いずれも実現は難しく、立法論的には二六六条五項の削除ないし緩和を検討し、和解は株主への通告と裁判所の許可により成立するとすべきであるとする。なお、株主代表訴訟の代表訴訟性を強調する見解（小林＝原説）もほぼ同趣旨である。¹⁰⁰ ただし、①原則的に和解内容について公告や通知がある場合には和解の効力が他の株主にも及ぶとし、他方、②そのような手続きをとれないならば、例外的に原告株主の「代表適切性」が担保されかつ裁判所も和解内容に十分関与している場合にのみ、実質的に商法二六六条五項の「総株主の同意」にあたり、和解の効

力は他の株主にも及びうるとする。よつてこの説では、②の場合にのみ、和解無効の主張あるいは詐害再審請求が認められ、①の場合には詐害再審は認められないことになる。

原告株主の和解については、以上のように近時の議論は分かれている。しかし、会社が訴訟外で和解する場合に、二六六条五項の適用があることには異論がない。

2、検討

前述のような学説の展開に対しては以下の疑問が生じる。第一に、取締役の責任追及の場面において、会社の処分権限はいかにすれば行使できるか。第二に、原告株主は処分権限を有しないか。第三に、二六六条五項の「総株主の同意」はどのように扱われるか。

まず、第一の点に関してである。取締役・会社間の訴訟においては、監査役が会社を代表する。すなわち、訴訟においては、会社自体が訴訟を行う（参加する）のではなく、会社を代表する監査役が訴訟を行う（参加する）。この場合、監査役の訴訟権限については法定代理人の規定が準用されている。よつて、和解をはじめとする処分行為を行う場合には、会社の特別な授權が必要となる（民事訴訟法五八条、五〇条二項・新民事訴訟法三七条、三二条二項一号）。商法上この特別な授權をする機関は、総株主である（商法二六六条五項）。すなわち、株主代表訴訟の目的である会社の被告取締役に対する権利の処分権限は制限されているといえる（民事訴訟法五八条、四五条・新民事訴訟法三七条、二八条、商法二六六条五項）。このため、会社が被告取締役と和解をするためには常に、商法二六六条五項の手続を経なければならない。監査役に代表される会社が和解に参加したとしても、会社は商法二六六

条五項の手續によらなければ、和解に加入できず、和解の当事者となることもできないと解され、単に会社（監査役）が和解に加入するだけでは和解は有効には成立しない¹⁰⁴。よって、和解の効力が会社および原告以外の株主を拘束するためには、二六六条五項の手續が必要となる。

もっとも、二六六条五項の趣旨を株主代表訴訟提起権の保障とのみとらえれば、当該株主代表訴訟の提起でその趣旨は充足されることになり、株主代表訴訟の提起を無意味とするような会社と被告取締役との間の和解にのみ二六六条五項の手續を必要とすればよく、原告株主と被告取締役間の和解に関しては二六六条五項の適用はないと言えるかもしれない。しかし二六六条五項は、実体法上、取締役の責任を免除する権限の配分を規定しているのであって、株主代表訴訟提起権の保障のみを目的としているとは解しがたい。原告株主も会社の権利を処分することになる和解権限を無条件に有しているとは言えない。もちろん、原告株主が自身の提訴権を処分するような和解については、高橋説が述べるように、二六六条五項の適用の問題は、直接には生じない。提訴権の処分とはいえ、このような和解は、実質的に取締役の責任を免除となるおそれはある。しかし、原告株主と被告取締役が和解の当事者となっているだけであり、訴訟物自体が処分されたわけではない。したがって、その和解の効力は会社および原告以外の株主には及ばず、原告株主・被告取締役間の詐害目的を立証するまでもなく、別訴で被告取締役の責任を追及できることになろう¹⁰⁵。

では、第二の点であげたように、訴訟の目的たる会社の権利の処分にあたる和解、すなわち、他の株主にも和解の効力が及ぶような和解を、原告株主はなしえないか。日本法において原告株主への授權は、会社および他の株主への手續保障により代替されている。よって、処分権限を原告株主に授權するのと同視しうるほどの手續保障が会社および他の株主になされれば、原告株主は、株主代表訴訟の目的である会社の被告取締役に対する権利を処分し

うることになるのではないか。すなわち、取締役の責任の免除規定である二六六条五項の「総株主の同意」を得ることと同等の手続保障をすれば、原告株主の処分権限は肯定される¹⁰⁶。

したがって、第三の点すなわち二六六条五項の問題は、和解に会社が加入する場合、および、原告株主が被告取締役との間で会社および他の株主に効力が及ぶような和解をする場合に、顧慮される。

二六六条五項が株主代表訴訟の場面でどのように適用されるかについては前述のように議論がある。①現行法の訴訟参加、再審請求により原告以外の株主には訴訟に参加する機会が保障されているとして、それ以上に二六六条五項に相当する手続保障はもはや必要がないとする方法（肯定説）、②代表訴訟の提起を公告または株主に通知することと二六六条五項を代替する方法（前田説）、③和解の内容を原告以外の株主へ公告・通知することと代替する方法（高橋説）、④和解内容を会社へ告知することと足りるとする方法（池田説）が考えられる。

このうち、原告株主に処分権限をも授権するというためには、どの程度の手続保障を会社または他の株主にすればよいか。

前述のように、この株主代表訴訟で追及される会社の損害賠償請求権について、会社を代表する監査役自身は、処分権限を有さない。よって、④のように会社への和解内容の告知だけでは二六六条五項の手続と同視しうるとはいえない。二六六条五項と同視しうるといふためには、少なくとも③の見解が主張する程度の手続保障を原告以外の株主にする必要性があると言えよう。たしかに株主代表訴訟の提起段階で原告以外の株主に対する通知・公告が必要とされていないのは、現行法上の不備である。したがってこの点が治癒されることになる②のような扱いであれば、手続保障は十分であるともいえるかもしれない。しかし、和解は当事者の合意を根拠に拘束力を有するので、株主代表訴訟の提起が通知公告されていたとしても、他の株主が和解に同意しているとはいえずそれだけでは原告株

主の和解権限は肯定されないと解される。「総株主の同意」と等しい手続保障というためには、和解内容が通知されるだけでなく、他の株主の訴訟参加の申立がないことを確認した後に和解が成立するとすべきであろう。しかし、いかにして全株主から訴訟参加の申立がないことを確認するのか。確認した後に和解が成立し判決と同程度の効力を持つようになるとするのでは、和解が成立する時点は判別されえないことになる。この点に関しては立法による解決が必要であろう。

判決と同程度の効力を有する和解を成立させるためには、①和解内容の適正化を制度的にいかに担保するかという問題と、②通知をなした後のいつの時点で和解が成立したとするかという問題とを、立法で解決する必要がある。

①の問題に関しては、高橋説が述べるように、裁判所の当該和解への関与を法的に根拠づける必要性がある。

②の問題に関しては、会社の取締役に対する損害賠償請求権の消滅時効（一〇年）によって解決されるとすることも可能である。しかし、消滅時効では、被告取締役・原告株主間の和解の意義がより少なくなる。たとえばドイツ法においては、会社は、損害賠償請求権の発生後三年が経過した後で、かつ、株主総会が免責に同意し、資本の十分の一を有する少数株主による異議が議事録に記載されていない場合に、当該損害賠償請求権の放棄および和解ができる（株式法九三条四項）。また取締役の責任の免除は、株主総会においてなされるため、商業登記簿に記載されることになる（株式法一二〇条、一七五条二項、一七七条一項）。このことを参照すると立法論としては、全株主への通知をした後、商業登記簿に被告取締役・原告株主間で和解が成立したことを記載し、他の株主が別訴を提起せずに、たとえば三年が経過した時点で、和解の効力が発生することも考えられよう。

注

(82) もっとも二六六条六項は、取締役会の承認ある取締役と会社との利益相反取引に関する責任が総株主の三分の二以上の承認により免除できることを定めている。よって、本文での議論とは若干異なる考察が必要であろう。原則的に、原告株主と被告取締役の間での和解の効力が会社および他の株主に及ばないという私見はこの場合でも同様である。しかし、被告取締役または原告株主が会社に対し株主総会の招集を要請し、そこで総株主の三分の二の承認決議をえることで、他の株主および会社に対し和解の効力を肯定できるであろう。この場合、和解を承認した株主は和解の当事者的立場にることから、商法二六八条ノ二に基づく再審請求をなしえないと解するべきであろう。また会社が訴訟外で和解をする場合にも二六六条六項は適用される。

(83) Davis, *supra* note (26), at 667.

(84) 前田雅弘「株主代表訴訟と和解」法律論叢一三四巻五・六号二四七頁以下（一九九四年）、石田宣孝「会社訴訟における和解——アメリカにおける最近の判例を通じて——」早稲田法学七二巻四号一頁以下（一九九七年）。

(85) 鈴木竹雄Ⅱ石井照久・前掲注(49)一八五頁。他に、北沢正啓・前掲注(54)『注釈会社法』三七八頁、前田庸『会社法入門』三四〇頁（第四版、有斐閣、一九九五年）。

(86) 北沢正啓・前掲注(54)『注釈会社法』三七八頁。前田庸・前掲注(85)三四〇頁は、会社が和解することも不可能ではなく、監査役の善管注意義務の問題として処理すべきであると述べる。

(87) 久保利英明Ⅱ中村直人・前掲注(78)四二～四七頁「中村」。

(88) 大隅健一郎Ⅱ大森忠夫・前掲注(54)三〇七～三〇八頁。同旨、森本滋『会社法』二五七頁（第二版、有信堂、一九九五年）。ただし、森本説は立法論の検討の必要性を説く（同二五八頁）。ほかに、会社と原告株主の間には信託関係があることから、原告株主の任意の処分を否定する見解として、伊沢孝平・前掲注(54)四五九頁。会社は当該権利につき処分権限を有さないことを根拠に裁判外での和解を否定し、代位訴訟を根拠に原告株主による和解を否定する見解として、松田二郎Ⅱ鈴木忠一・前掲注(52)三一

- 三〇三―三〇四頁。
- (89) 前田雅弘・前掲注(84)二五八―二五九頁。龍田節『会社法』一四七頁（第五版、有斐閣、一九九五年）は賛同か。
- (90) 伊藤眞・前掲注(80)「コーポレート・ガバナンス」二二頁、高橋宏志「株主代表訴訟と訴訟上の和解——民事訴訟法学の観点から——」商事法務一三六八号七四頁（一九九四年）、池田辰夫Ⅱ中川雅博「株主代表訴訟における和解」ジュリスト一〇六二号六九頁（一九九五年）。なお、新谷勝「株主代表訴訟と訴訟上の和解」判例タイムズ八八三号四一―四二頁（一九九五年）は、原告株主が会社の臨時代表機関的地位に在ることから当然に処分権限を有するとする。
- (91) 伊藤眞・前掲注(80)「コーポレート・ガバナンス」二二頁。
- (92) 高橋宏志・前掲注(90)七五頁、吉原和志「株主代表訴訟（ケースで学ぶ会社法のエッセンス⑤）」法学教室一七二号二九頁（一九九五年）。
- (93) 伊藤眞・前掲注(72)五八頁。同趣旨の見解として、池田辰夫「株主代表訴訟における和解」『小林秀之Ⅱ近藤光男編』『株主代表訴訟大系』二二六―二四七頁（弘文堂、一九九六年）。
- (94) 伊藤眞・前掲注(80)「コーポレート・ガバナンス」二二頁。
- (95) 伊藤眞・前掲注(72)六七頁。ほぼ同旨、新谷勝・前掲注(90)四六頁。なお池田辰夫・前掲注(93)二四三頁は、裁判所が不適切な和解を排除する機能を担うことは実際的ではない、とする。
- (96) 伊藤眞・前掲注(72)六四頁。同旨、新谷勝・前掲注(90)四三頁。
- (97) 高橋宏志・前掲注(90)七八―七九頁、吉原和志・前掲注(92)二九―三〇頁。もつとも、吉原説は現行法上和解の効力は当事者間にか及ばず、再審の訴えの準用によるまでもなく代表訴訟を提起できるとしている。
- (98) 高橋宏志・前掲注(90)七七―七八頁。
- (99) 高橋宏志・前掲注(90)七八頁。

- (100) 高橋宏志・前掲注(90)七九頁。
- (101) 高橋宏志・前掲注(90)七九頁、吉原和志・前掲注(92)二九頁。
- (102) 小林秀之Ⅱ原強・前掲注(51)三〇八頁。
- (103) たとえば、高橋宏志・前掲注(90)七八頁、池田辰夫・前掲注(93)二四六～二四七頁。
- (104) もっとも、後に会社が監査役による和解を追認すれば、当該訴訟行為は有効となる(民事訴訟法五八条、五四条・新民事訴訟法三七条、三四条二項)。しかし、この追認は全株主によりなされるべきであり(商法二六六条五項)、結果として本文と同様の処置が必要である。
- (105) 同旨、高橋宏志・前掲注(90)七五頁、吉原和志・前掲注(92)二九～三〇頁。この点からも、他の株主への訴訟告知を法定すべきであるといえる。もっとも、実質として被告取締役が損害賠償をしている場合には、後訴の株主代表訴訟で株主が勝訴することはないのであろう。
- (106) 同旨、高橋宏志・前掲注(90)八〇頁(注14)。

六、自民党改正試案および経団連緊急提言について

一九九七年九月八日に自由民主党より「コーポレート・ガバナンスに関する商法改正試案骨子」が提出され、九月一〇日には経団連からも「コーポレート・ガバナンスのあり方に関する緊急提言」が提出された。¹⁰⁷⁾これらでは、株主代表訴訟制度の改革も取り上げられており、株主代表訴訟制度のあり方を考察する上で、検討する必要性がある。ここでは紙幅の関係上、改正試案のうち本稿で論じてきた株主代表訴訟の構造論に関する部分のみを分析する。

自民党の改正試案のうち、株主代表訴訟制度の構造に関して特に問題となるものは、「Ⅰ監査役の独立性の確保」の規定8から規定10、「Ⅱ株主代表訴訟の見直し」(2)および(6)である。

「Ⅰ監査役の独立性の確保

規定8 監査役による訴務

取締役等の責任を追及する代表訴訟に対し、監査役会は、訴訟を妥当と見なして原告となるか、不当と見なし会社を代表して被告側に訴訟参加するか決定することができる。

規定9 監査役の和解提案権

株主代表訴訟に関し、監査役会は株主総会に対し和解の提案を行うことができる。

規定10 監査役の責任減免提案権

株主代表訴訟の判決に関し、監査役会は株主総会に対し減免の提案を行うことができる。」

「Ⅱ株主代表訴訟の見直し

(2) 会社は一定の場合には被告取締役に補助参加することができる。

(6) 取締役の会社に対する責任について、定款の定めまたは株主総会の特別決議による減免を認める。ただし、取締役に忠実義務違反、犯罪行為、故意又は重過失があった場合は、例外とする。」

以下、①監査役の権限行使の問題、②会社の訴訟参加及び被告側への補助参加、③和解、および④取締役の責任免除について検討する。

①監査役の権限行使に関して、この改正試案では、株主代表訴訟の適正性等を判断する際の会社の機関が監査役会とされ、監査役とされていない。これは監査役会の意思決定を多数決でなすこと（改正試案定義2）の反映であ

と思われる。たしかに、監査役会が会計監査人を選任する際（改正試案規定3）には、個々の監査役が別々に選任すると不都合である。しかし、監査を行い、株主の提訴請求を判断し、さらには当該株主代表訴訟に会社が訴訟参加をすべきであるか否かを判断する際にまで、監査役は監査役会の多数決により行動しなければならぬか。現行法において、監査役会は監査の方針や会社の業務等の調査方法を決議によって決定することができるが、監査役の権限行使を妨げることはできないと規定されている（商法特例法一八条ノ二）。これは、適法であるか否かの判断は多数決にならないことから、一人の監査役によっても取締役の責任追及を可能とすべきであるとされたからである。この点からは、訴訟参加等は、監査役会の判断ではなく、監査役の判断で決定されるべきである。

②会社の訴訟参加は、改正試案の(6)が忠実義務違反等があるものを除く取締役の責任を免除する機能を株主総会（特別決議）としていることと、整合して理解されなければならない。¹⁰⁹ 会社（監査役）が訴訟参加するか否かを決定する基準としては、四・2で述べたように、当該株主代表訴訟の妥当性ではなく、被告取締役の責任の有無とすべきである。よって、規定8が訴訟の妥当性を監査役（会）の判断基準としていることは適切ではない。また、規定8は、訴訟が妥当である場合に会社は原告となるとする。また訴訟が不当であると判断される場合に会社は被告側へ訴訟参加するとする。しかし、原告株主は会社自身の権利の請求を行っているので、後者の場合に会社は被告側へ訴訟参加を認めることは、自身の権利を自身で否定することを認めることになり、被告側への補助参加の場合よりも一層論理的整合性を欠く。他方、訴訟が妥当であると判断された場合には、株主代表訴訟から会社の訴訟への切り替えを認める趣旨であると考えられるから、この場合原告株主は、訴訟から脱退するか補助参加人として訴訟にとどまることになるとも考えられないではない。¹¹⁰ しかし、原告株主に馴れ合い訴訟の恐れがあると同時に会社にも馴れ合い訴訟の恐れはある。原告株主は自身の判断に基づいて訴訟追行をしており、請求の内容（損害額等）に会社

（監査役）と意見が相違する場合にまで原告株主の訴訟追行を否定することは適切ではない。さらに会社と取締役との間の訴訟に株主が参加できることとの整合性もとれない。これらの点より考えると、会社の訴訟参加を独立当事者参加と解することで規定8の趣旨の大部分を達成できることから、むしろ商法二六八条一項の会社の訴訟参加を独立当事者参加だけと解し、必要であるなら明定することも考えられよう。なお、会社の被告側への補助参加は四・二で述べたとおり認めることはできず、むしろ明文で禁止したほうがよいとさえいえよう。

③和解について規定9では、監査役会が株主総会に対して和解の提案を行うとされている。和解は取締役の責任の一部免除となりうるので、改正試案(6)と整合性を保つ必要がある。よって、このような和解が提案できるのは、被告取締役の行為に、忠実義務違反等がない場合であると考えられる。この場合、処分権限を有するのは株主総会であることから、株主総会での特別決議を得れば、和解の効力が会社および他の株主にも及ぶ。では、会社と被告取締役とが、(6)に基づき訴訟外で和解した場合には当該株主代表訴訟はどうなるか。原則的には訴えの利益がなくなり請求は却下される。しかし、原告株主が、被告取締役の行為に、忠実義務違反等があることを抗弁として述べれば、当該株主代表訴訟は係属する。この場合には、会社は独立当事者参加をし、被告取締役の行為に、忠実義務違反等がないことを主張すべきであろう。なお、被告取締役の行為に、忠実義務違反等がある場合には、五・二の検討の通りの結論となる。

④取締役の責任免除については、特に改正試案規定10に対して批判がなされている。「総会が混乱しかねず、混乱を避けようとするれば事前の書面投票で決めることになり少数株主の意見が封じられかねない」。「代表訴訟の判決に株主総会が優先するというのは法律論として問題ではないか」この規定10も免責規定である(6)と整合する形で理解されるはずであり、規定10によって減免提案できるのは、被告取締役の行為に、忠実義務違反等がない場合に限定

されることになる。そうであるならば、当該被告取締役の行為が減免可能な行為であるか否かという点で少数株主は総会決議の有効性を争うことができ、彼らの意見が封じられることにはならない。もつとも、判決によって被告取締役の損害賠償責任が確定し原告株主にも執行権限が認められるにかかわらず、株主総会の決定でその責任を減免することは、部分社会が社会全体のルールに反する決定をすることになる。会社が被告取締役に同情するならば、別途に補償の決議を株主総会ですべきであろう。

では、株主代表訴訟が提起される前に(6)に基づいて被告とされる取締役の責任が減免された場合に、株主代表訴訟は提起されないか。責任が減免されたのであれば会社の当該取締役に対する請求権がなくなるため、株主代表訴訟は提起できない。しかし、株主は、当該取締役の行為に忠実義務違反等があることを理由に当該株主総会決議が無効であることを主張すれば、提訴は可能である。この時、会社は当該株主代表訴訟に独立当事者参加をすべきであろう。もつとも、(6)で責任減免が可能となる範囲は不明確である。取締役の軽過失による責任は、経営判断尊重の原則が適用される範囲であり、そもそも訴訟においても責任が否定される蓋然性が高い。

なお(6)は定款の定めにより取締役の責任減免を行うことをも認めているが、その方法は必ずしも明らかではない。経団連の緊急提言は同様の趣旨で、取締役の賠償額の上限を定款で定めることを提案している。この意味であるならばそれほど問題はないとも思われる。しかし、上限の額の設定が各会社に任されるとすればその濫用が予測され、法で上限額の下限を設定することも多種多様な企業があることから困難である。もつとも例えば賠償額の上限を設定する方法として、法で取締役報酬の何年分と規定しておくことなどは考えられよう。

以上のようにこの改正試案には問題も多いと同時に改正の効果も不明である。経営上の失敗に関しては、取締役の責任を認めることが妥当でない場合もあり、損害賠償責任を当該取締役に負わせるというよりもその取締役を解

任することにより目的が達成される場合もある。また、被告取締役自身が得た報酬を遙かに上回る賠償責任を認めることは、妥当といえない場合も考えられなくてはならない。しかし、取締役の責任を減免すべきであるからといって、株主による責任追及の機会を狭くすべきことにはならない。会社経営の健全性確保の観点からは、不適切な株主代表訴訟（言い掛かり訴訟等）を排除しながらも、株主が取締役の責任を追及する機会を保障することが必要とされる。不適正な株主代表訴訟の制御については現状では昭和二六年に組み込まれた担保提供制度が十分な選別機能を發揮するようにもなってきた。近年問題とされる多くの株主代表訴訟は、改正試案Ⅱの(6)によっても減免できないような事案ばかりである。株主代表訴訟の現状から、現行株主代表訴訟制度が不当な株主代表訴訟を排除することができていないと判断することは早計であろう。

注

- (107) 商事法務編纂部・前掲注(6)二七～三一頁。
- (108) 前田庸・前掲注(8)三九九～四〇四頁、北沢正啓『会社法』四六八～四六九頁（第四版、青林書院、一九九四年）。
- (109) この点、忠実義務違反、犯罪行為、故意または重過失による責任は、現行法どおり総株主の同意によって免除が決定されることになるか。
- (110) このような規制方法も考えられるとすると、徳田和幸・前掲注(43)一八頁。
- (111) 江頭憲治郎「減免提案権で株主総会混乱も」日本経済新聞一九九七年九月一日付朝刊。
- (112) 久保利英明・日本経済新聞一九九七年九月一日付朝刊。
- (113) 議論はあるが、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）等参照。
- (114) 株主代表訴訟における担保提供制度の運用実態については、拙稿「株主代表訴訟の担保提供制度における『悪意』の意義」名

古屋大学法政論集一六五号四四三頁（一九九六年）を参照されたい。

七、むすび

本稿は、日本の株主代表訴訟の構造を検討し、その特色を明確化しようと試みた。その結果明らかとなった日本における株主代表訴訟の特色は、会社または他の株主が提訴権限を原告株主に授権したか否かという点を裁判所が判断する代わりに、会社および他の株主への手続保障を強化し、株主代表訴訟の判決の効力を制限したことである。これにより日本法は、株主代表訴訟提起権の適正な行使を抑制することなく不当な株主代表訴訟の防止を実現しようとした。この点は、提訴株主の原告適格を判断することで適正な株主代表訴訟であるか否かを判断するイギリス法およびアメリカ法からの発想の転換であり、画期的なアイデアであるといえる。

本稿は、この株主代表訴訟の特色を縦糸とし、商法における機関に対する権限分配の規定を横糸とすることで、会社の訴訟参加および和解の問題を考察した。会社の訴訟参加については、原告株主と会社との間で意見対立があること、および、会社を代表する監査役は被告取締役の責任の有無を判断基準として訴訟参加するか否かを決定しなければならぬことより、会社の訴訟参加の性質を独立当事者参加と解している。和解に関しては、和解が特別授権行為であることから、会社および他の株主に効力が及ぶ和解をなすためには、原告以外の株主に対して二六六条五項と同視しうる手続保障をしなければならないと主張している。

近時株主代表訴訟の改革が検討されている。しかし、会社における違法行為や不祥事が多数発覚していることと

株主代表訴訟が数多く提起されていることは、「制度的不備を露顕した」というよりも制度的にうまく機能していることを実証したといえるのでないか。問題とされるべきは、むしろ、会社経営の健全性や適法性をいかに確保するかということである。取締役を過酷すぎる損害賠償責任からいかに合理的に解放するかということは、会社経営の健全性や適法性が確保された上での副次的な課題として位置づけられるべきであろう。

【追記】

本稿脱稿後、森本滋「コーポレート・ガバナンスと商法改正」ジュリスト一一二二号六三頁、株主代表訴訟制度研究会「株主代表訴訟に関する自民党商法等改正試案骨子に対する意見」商事法務一四七二号二頁、森淳二郎「コーポレート・ガバナンスと日本の企業システムの行方」ジュリスト一一二二号五二頁、浜田道代「企業倫理の確立と監査役・代表訴訟制度」ジュリスト一一二三号一一四頁に接した。指摘される多くの問題については今後の課題としたい。