

## 株主代表訴訟と会社の訴訟参加

中 根 茂

- I はじめに
- II 問題の所在
- III 判例・学説の状況
- IV 会社の訴訟参加の意義・形態
- V 結び

### I はじめに

株主代表訴訟は、個々の株主が自ら会社のために取締役の会社に対する責任を追及する訴訟である（商法267条—268条ノ3）。通常であれば、会社が提訴すべき訴訟（たとえば第三者に対する契約不履行等を理由とする訴訟）についての提訴すべきか否かの判断は、会社の経営者が善管注意義務のもとで行うこととなる。しかし、会社による取締役の責任追及が問題となる場面では、他の取締役や監査役（商法275条ノ4、特例法24条・25条）が「同僚」を提訴すべき旨を決定することは期待しにくい。このような「提訴懈怠可能性」が、株主代表訴訟制度を認める主たる理由である。<sup>(1)</sup>ところで、株主代表訴訟は、昭和25年の改正法において（改正前267条、268条参照）、アメリカ法にならって、我が国へ導入されたものである。<sup>(2)</sup>昭和25年の改正法は、取締役の責任を強化し、一方で株主の地位を強化し保護する目的でなされたものであり、株主代表訴訟の新設はこの方針に沿ったものであった。しかし、その後長きにわたり、濫用も活用もされない状況が長く続いていた。その理由は、株主にとって代表訴訟には、利益がなく、リスクのみ高い、割りの合わない制度であったからである。<sup>(3)</sup>ところが、平成5（1993）年の商法改正によっ

て商法267条に現行の第5項（当時の第4項）が追加され、株主代表訴訟の訴額の算定との関係では財産上の請求でない請求にかかる訴えとみなされ（申立手数料の算定との関係では、民事訴訟費用等に関する法律4条2項前段により、訴額は、95万円とみなされる）、株主代表訴訟の申立手数料が低額化・定額化された（民訴費別表第1第1項により、申立手数料は請求金額にかかわらず一律に8200円となる）結果、株主代表訴訟の件数が大幅に増加した。<sup>(4)</sup>その原因には、バブル経済崩壊直後の金融機関の過剰融資、証券会社の損失補填・相場操縦・飛ばし、建設会社の談合・贈賄等の企業不祥事の発生がある。

ところで、代表訴訟を提起しようとする株主は、原則として、あらかじめ会社（監査役）に対して当該取締役に対し損害賠償請求訴訟を提起すべき旨の請求をしなければならない（商法267条1項、商法275条ノ4）。しかし、我が国の株主代表訴訟では、母国法アメリカとは異にして、<sup>(5)</sup>監査役が提訴を非とする判断を下しても、提訴請求をした株主は、会社（監査役）による提訴がないままに請求後30日が経過すると、自ら代表訴訟を提起できることになっている（商法267条2項）。しかし、他方で、株主による代表訴訟提起の後も、他の株主や会社は株主代表訴訟に参加ができる（商法268条2項）。また、原告株主も代表訴訟提起後直ちに会社に訴訟告知をしなければならないとしている（商法267条3項）。しかし、なぜ商法は、このような規定を置いているのか、とりわけ会社はいったいどちらの当事者側に参加するのか、また、その場合の訴訟形態は何か、そのとき会社を代表するのは誰か、明確ではなかった。その中で、理論上も実際上も重要な問題のある株主代表訴訟における会社の被告取締役側への補助参加することの可否に関して、学説上も積極説と消極説が対立し、下級審裁判例もわかれていた。しかし、最近、万平事件において、最高裁判所は「取締役会の意思決定が違法であるとして取締役に対し提起された株主代表訴訟において、株式会社は、特段の事情がない限り、取締役を補助するため訴訟に参加することが許されると解するのが相当である。」<sup>(6)</sup>として、最高裁として積極説を採用することを明らかにした。

そして、補助参加のための会社内の手続に関して、平成13年商法改正法は、会社が取締役を補助するために株主代表訴訟に参加する旨の申出をする場合には、監査役の同意を得なければならないとした（商法268条8項、266条9項前段）。ただし、業務監査権のない商法特例法上の小会社においては、この規定が適用されない（商特25条）。このような小会社を除いて、監査役が数人あるときには、各監査役の同意を得なければならない（商法268条8項、266条9項後段）。さらに、商法特例法上の大会社においては、監査役会の同意が必要であり（商特19条1項）、この同意に係る決議は監査役<sup>(7)</sup>の全員一致をもって行わなければならないとした（商特18条の3第1項）。

そこで、株主代表訴訟における会社の被告取締役側への補助参加することの可否について、我が国の代表訴訟の基本構造と代表訴訟における会社の地位を明らかにしたうえで代表訴訟において他の株主や会社に訴訟参加が認められているのはなぜか、その場合の参加形態は何か、会社が代表訴訟に参加する場合の代表者は誰か、株主代表訴訟における会社の被告取締役側への補助参加することの可否について考察してみたい。

## II 問題の所在

株主代表訴訟において、会社が、訴訟の相手方である被告取締役側に補助参加できるかどうか、激しく争われているが、その原因は、会社の被告取締役側への補助参加が認められると、①会社による被告の応訴負担の肩代わり（会社の費用で被告取締役のために弁護活動を行うこと（民訴法45条1項））や、②会社自身が被告側に補助参加できれば、会社自身の訴訟活動として、会社の顧問弁護士が被告取締役のための弁護を行うことができる。③会社が被告のためにのみ訴訟資料・証拠資料を裁判所に提出することができる。<sup>(8)</sup>④会社としても、当該取締役の行為が、取締役個人の権限逸脱・権限濫用行為ではなく、取締役会決議に基づいて行われたものである場合に、株主代表訴訟において当該取締役の行為が違法と判断されると、会社の機関たる取締役会決議も同時に違法とされることになるため、被告の敗訴を避けるため

に被告取締役側に補助参加したいと考えている。<sup>(9)</sup>

しかし、株主代表訴訟は、原告株主が、会社の被告取締役に対する権利（損害賠償請求権）を「会社」（全株主）のために行使する訴訟であり、原告株主は、実質的な権利帰属主体である「会社」の法定の訴訟担当者として訴訟追行権（当事者適格）を有するというのが代表訴訟の基本構造である（通説）。そのため、会社が被告人に補助参加するのは、株主代表訴訟の基本構造ないし制度趣旨に反するのではないか、更に、はたして会社が被告取締役に参加する利益を有しないのではないか、という点が問題となるからである。

### Ⅲ 判例・学説の状況

#### 1 裁判例

株主代表訴訟における会社の被告取締役側への補助参加することの可否に関して、下級審の決定も意見がわかれていた。

否定例として、①中部電力事件第一審（名古屋地決平成8年3月29日判タ923号287頁，判時1588号148頁），②同抗告審（名古屋高決平成8年7月11日判タ932号284頁，判時1588号145頁），なお，中部電力事件では，最高裁が抗告審決定に対する抗告を却下したが（平成9年1月20日商事法務1447号44頁），これは当時の民事訴訟法では適法な抗告理由にならなかったためで，内容上の判断をしたものではない。③万平事件第一審（名古屋地決平成12年2月18日金判1100号39頁）及び④同抗告審（名古屋高決平成12年4月4日金判1100号34頁）がある。

肯定例として、⑤空港専門大店事件（大阪地判平成2年2月28日判タ737号219頁，判時1365号130頁），但し，原告側の異議申立がなく参加の許否が問題にならなかったためで先例性に欠ける。⑥東京商銀信用組合事件（東京地決平成7年11月30日判タ904号198頁，判時1556号137頁，金判991頁37頁，金法1443号40頁），この判例は，後述の伊藤眞教授の見解（第3説）に従い会社（信用組合）の補助参加をみとめた。⑦セイコー事件（東京高決平成9年9月2日判タ984号234頁，判時1633号140頁），⑧日本興行銀行事件（東京地

決平成12年4月25日金判1095頁32頁）⑨万平事件（最高裁平成13年1月30日第一小法廷決定破棄自判平成12年（許）17号 民集55巻1号30頁，判時1740号3頁，判タ1054号106頁）がある。

#### 2 万平事件の事案および決定要旨

最高裁平成13年1月30日第一小法廷決定は，株主代表訴訟において被告取締役側に補助参加することを認めた（万平事件）。

万平株式会社（以下Zという）の株主Xが，Zの取締役Yらに対し，取締役としてのZに対する損害賠償責任を追及する株主代表訴訟である。

Xは，本案訴訟において，責任の根拠および損害について，YらがZの取締役としての忠実義務に違反し，①Zの第48期および第49期の各決算において粉飾決算を指示しまたは粉飾の存在を見逃し，②税引前利益を粉飾したことにより法人税，住民税を過払いし，③Zの業務執行に関しYらに不正の行為を疑うべき事由があったため，商法294条により選任された検査役に報酬を支払い，④第49期の決算において実際は多額の営業損失が存在するにもかかわらず営業利益の粉飾を指示しあるいはこれを見逃して，株主に利益配当をし，①ないし④により合計231,305,200円の損害を与えた，と主張した。

Zは，Yらを補助するために本案訴訟に参加することを申し出，その理由として，本件代表訴訟においてはZの取締役会の意思決定そのものの適否が重要な争点として争われるのであって，実質的にはZとXとは利害が相反することになること，Zは，自らの意思決定を違法と判断されないことにつき独自の利益を有することなどを主張した。Xは，参加に異議を述べた。本件第一審，抗告審ともZ補助参加を認めなかったが，民事訴訟法337条に基づき最高裁判所への許可抗告が認められた。

最高裁決定は，「(1)民訴法42条所定の補助参加が認められるのは，専ら訴訟の結果につき法律上の利害関係を有する場合に限られ，単に事実上の利害関係を有するに留まる場合には補助参加は許されない（最高裁昭和38年（オ）第722号同39年1月23日第一小法廷判決・裁判集民事71号271頁参照）。そし

て、法律上の利害関係を有する場合とは、当該訴訟の判決が参加人の私法上又は公法上の法的利益に影響を及ぼすおそれがある場合をいうものと解される。

(2)取締役会の意思決定が違法であるとして取締役に対し提起された株主代表訴訟において、株式会社は、特段の事情がない限り、取締を補助するため訴訟に参加することが許されると解するのが相当である。けだし、取締役の個人的な権限逸脱行為ではなく取締役会の意思決定の違法を原因とする株式会社の取締役に対する損害賠償請求が認められれば、その取締役会の意思決定を前提として形成された株式会社の私法上又は公法上の法的利益に影響を及ぼすおそれがあるというべきであり、株式会社は、取締役の敗訴を防ぐことに法律上の利害関係を有するということができるからである。そして、株式会社が株主代表訴訟につき中立的立場を採るか補助参加をするかはそれ自体が取締役の責任にかかわる経営判断の一つであることからすると、補助参加を認めたからといって、株主の利益を害するような補助参加がされ、公正妥当な訴訟運営が損なわれるとまではいえず、それに著しい訴訟の遅延や複雑化を招くおそれはなく、また、会社側からの訴訟資料、証拠資料の提出が期待され、その結果として審理の充実が図られる利点も認められる。

(3)これを本件についてみると、前記のとおり、本件は、抗告人（Z）の第48期及び49期の各決算において取締役らが忠実義務に違反して粉飾決算を指示し又は粉飾の存在を見逃したことを原因とする抗告人（Z）の取締役らに対する損害権賠償請求権を訴訟物とするものであるところ、決算に関する計算書類は取締役会の承認を受ける必要があるから（商法281条）、本件請求は、取締役会の意思決定が違法であるとして提起された株主代表訴訟である。そして、上記損害権賠償請求権が認められて取締役らが敗訴した場合には、抗告人（Z）の第48期以降の各期の計算書類に影響を及ぼし、現在又は将来の取引関係にも影響を及ぼすおそれがあることが推認されるのであって、抗告人（Z）の補助参加を否定すべき特段の事情はうかがわれない。」

### 3 学説の状況

会社が、訴訟の相手方である被告取締役側に補助参加できるか否かに関して、否定説と肯定説がある。

#### (1) 否定説

会社の被告取締役への補助参加を否定する説（否定説）の根拠とするところは、大きく分けると二説ある。第1説は、従来の伝統的な株主代表訴訟は株主が会社の権利を代位行使する訴訟であると解する見解である（法定訴訟担当・通説<sup>(10)</sup>）。この訴訟構造に立つと、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ことになる。第2説は、補助参加の要件につき「訴訟の結果」につき利害関係を有するとは、本案判決の主文で示される訴訟物たる権利又は法律関係の判断について利害関係をもつことを意味し、かつ、被参加人が当該訴訟において勝訴判決を受けることにより、その者も利益を受けることが必要であるという、従来の通説の見解である<sup>(11)</sup>。

この第1、第2の見解を組み合わせると、株主代表訴訟の訴訟物は会社の被告取締役に対する損害賠償請求権であり、会社は、補助参加された被告取締役が全部勝訴すれば自己の権利を失うので不利益な結果となることから、判決主文において被参加人たる取締役が勝訴した場合には不利益を受ける関係にある会社は、民訴法上の補助参加の利益が認められないことになる<sup>(12)</sup>。

#### (2) 肯定説

##### (i) 株主代表訴訟の構造を再検討する見解

否定説の根拠は、株主代表訴訟は株主が会社の権利を代位行使する訴訟であると解するから、会社は、権利の帰属主体であり、その会社が被告取締役側を支援するのは、論理矛盾であることであった。しかし、株主代表訴訟の法定訴訟担当的把握は、沿革的にも比較法的にも誤りであり、立法的にも訴訟額が算定不能であるから手数料も8200円で足りるとする平成5年の商法改正により（現行法・商法267条5項）、明確に株主による代表訴訟（一種のクラ

ス・アクション的構成）と解することができるようになった。<sup>(13)</sup>その結果原告株主は会社の権利を行使しているのではなく、むしろ、株主全体に帰属している権利を行使していることを理由に、会社被告取締役側に補助参加しても、株主代表訴訟の構造と矛盾するものではないとする見解がある。<sup>(14)</sup>

#### （ii）補助参加の利益についての近時の有力説

この見解は、補助参加の要件を緩和してより広く補助参加を認める考え方である。第1は、判決主文の判断のみならず、判決理由中の判断の後訴への影響をも考慮する見解<sup>(15)</sup>、第2は、後訴の可能性をそもそも問題にせず、その訴訟中で補助参加申出人に攻撃防御を許すことの利益を直接考慮する見解<sup>(16)</sup>である。

そして、これらの見解には、会社に被告取締役側への補助参加を認めることについては、以下のような利益があると主張する。例えば、①取締役の勝訴によって会社のイメージ・ダウンをさけることができること<sup>(17)</sup>、②会社から訴訟資料・証拠資料の提出が期待され裁判の充実・適正に資すること<sup>(18)</sup>、③取締役が勝訴することにより、今後の経営判断に取締役が思いきった判断をできるようになること<sup>(19)</sup>、④原告株主の勝訴によって会社は原告に対して弁護士費用償還義務を負うことになるから、被告取締役の勝訴により訴訟費用の負担を免れることなどである<sup>(20)</sup>。そして、これらの点から、会社は、代表訴訟の結果に対して法律上の利害関係を有するとする。

## 4 検 討

### （1）株主代表訴訟の構造

株主代表訴訟の構造・性格については、(A)代位訴訟であるとする説<sup>(21)</sup>、(B)代位訴訟性と代表訴訟性の両方の性質を有するという説<sup>(22)</sup>、(C)クラス・アクションそのものであるという説がある<sup>(23)</sup>。

(A)代位訴訟であるとする説は、会社は、権利の帰属主体であり、その会社が被告取締役側を支援するのは、論理矛盾であるとする。「代表訴訟では、会社の被告取締役に対する損害賠償請求権が訴訟物とされており、被告取締

役が敗訴して有責と判断されることにより会社は利益を享受することになる。これだけからみれば、会社が被告取締役側に補助参加しようとしても、形式論としては参加の利益があるとは考えがたい。補助参加は、訴訟当事者の訴訟行為により自己に不利益が及ぶことを防止しようとする制度であるから、権利の帰属者である会社が自らの権利がないというような主張のもとに被告側にたつことは論理矛盾ではないか」とする<sup>(24)</sup>。しかし、代位訴訟の典型である債権者代位訴訟（民法423条）においても、債務者が代位債権者の債権者代位権行使を争って、独立当事者参加をしようとする場合（民訴法47条1項・4項）<sup>(25)</sup>があり、判例もこのような独立当事者参加をなしうることを認めている。このように、代位債権者と債務者の利害が一致するとは限らず、むしろ両者の利害が対立する場合も多い。これと同様に、株主代表訴訟の場合にも、原告株主と会社は利害が一致せず、逆に会社と被告取締役の利害が一致することもあり得る。従って、会社が自らの権利がないと主張して被告側に補助参加することを論理矛盾として一概に否定すべきではなく、補助参加の必要性・利益が認められれば、被告取締役側への補助参加が肯定される余地はあると考えるべきである<sup>(26)</sup>。

これに対して、(B)代位訴訟性と代表訴訟性の両方の性質を有するという説と(C)クラス・アクションそのものであるという説は、株主代表訴訟を一種のクラス・アクションと解する。その結果原告株主は会社の権利を行使しているのではなく、むしろ、株主全体に帰属している権利を行使していることを理由に、会社被告取締役側に補助参加しても、株主代表訴訟の構造と矛盾するものではないとする。しかし、このような解釈に対しては、「会社即ち株主のものであって、会社の利益を図ることは株主の利益を図ることであるという前提に立っている会社法においては、たとえ代表訴訟が……株主の権利を代表して請求する訴訟としての性格が強いと言ってみたと、会社として代表訴訟の棄却を求めることは、やはり自らの権利即ち株主の権利を否定するという、少なくとも形式的には自損行為であることは否定できない」との指摘がある<sup>(27)</sup>。従って、(B)説または(C)説に立ったとしても、ここから直ちに

会社の被告取締役側への補助参加を肯定することはできない。

結局、株主代表訴訟の構造論から、直ちにこの問題の結論を導き出すことはできない。

次に、補助参加の利益について考察する。

## (2) 補助参加の利益

補助参加をするには、参加人は係属中の「訴訟の結果について利害関係を有する」ことが要求される。そして、この利害関係は、法律上のものでなければならず、事実上のものでは足りない<sup>(28)</sup>と解されている。なぜなら、補助参加制度は、補助参加人に被参加人のための訴訟行為をさせることを通じて、補助参加人自身の地位をめぐる紛争を解決することを目的としている以上その紛争も法律上の争訟性を備えたものでなければならないからである。そして、この「訴訟の結果」の解釈をめぐって、学説の対立がある。

### (i) 伝統的な見解（通説）

従来、「訴訟の結果」につき利害関係を有するとは、本案判決の主文で示される訴訟物たる権利または法律関係の判断について利害関係をもつことを意味し、判決理由中で判断される事実や法律関係の存否についての利害関係では足りない<sup>(28)</sup>と解されていた。その理由として、理由中の判断にまで拡張することは訴訟の結果とは関係ない場合にまで広く第三者による介入を許す結果になり妥当ではないからである<sup>(29)</sup>。

### (ii) 近時の議論—要件緩和説

これに対して、補助参加の要件を緩和してより広く補助参加を認める考えが主張されている。第1説は、判決主文の判断のみならず、判決理由中の判断の後訴への影響をも考慮する見解である。「訴訟の結果について利害関係を持つとは、その訴訟の主要な争点についての判断を前提にして参加人の権利義務その他法的地位が決められる関係にあることから、被参加人のうける判決の判断によって参加人の法的地位が事実上不利な影響を受けるおそれがある関係にあることをいう」と解される。これにより、訴訟物自体については利害関係をもっていなくとも、当該訴訟で問題となりうる争点について利

害関係を有していれば広く補助参加が認められることになる。第2説は、後訴の可能性をそもそも問題にせず、その訴訟中で補助参加申出人に攻撃防御を許すことの利益を直接考慮する見解である。「第三者の弁論要求を認めることが紛争主体間の係わり方からみて公正または公平かという手続的な観点<sup>(31)</sup>が、補助参加の利益の核心をなす」とされる。また、第3説は、「後訴との関係ではなく、補助参加人の法律上の地位自体に対する判決の事実上の影響力を問題にする場合には、判決主文中の判断、判決理由中の法律上の判断、および判決理由中の事実認定のいずれもが、それら補助参加人たるべき者の法律上の地位と論理的関係にあるかぎり、補助参加の利益を基礎づけるものとして認められる」とする。

更に、第4説は、折衷説見解として基本的には、第1説によりながらより弾力的・動態的に紛争の性格・事件の流れを加味し、「当該紛争全体の解決にとって参加を認めることが有用かどうかが目となる」とする。

## (3) 補助参加の利益についての検討

### (i) 伝統的な見解（通説）

伝統的な見解によれば、会社に補助参加の利益はみとめられない。なぜなら、株主代表訴訟の訴訟物は、被告取締役に対する損害賠償請求権であるが、被告敗訴の判決が確定すると、判決主文に示される判断すなわち取締役が会社に対して損害賠償義務を負うことが確定し、会社にとって有利な結果となり、逆に被告勝訴の判決が確定すると、会社にとって不利な結果になるからである<sup>(34)</sup>。

しかし、株主代表訴訟において会社の被告取締役への補助参加を肯定する立場から、前述のように、補助参加の利益として従来から挙げられているものには、以下のような利益があると主張する。例えば、①取締役の勝訴によって会社のイメージ・ダウンをさけることができる利益、②会社から訴訟資料・証拠資料の提出が期待され、裁判の充実・適正に資することができる利益、③取締役が勝訴することにより、今後の経営判断に取締役が思いきった判断をできるようになる利益（意思決定の適法性）、④原告株主の勝訴によって

会社は原告に対して弁護士費用償還義務を負うことになるから、被告取締役の勝訴により訴訟費用の負担を免れる利益などがある。しかし、①～③の利益は、事実上のものにすぎないというべきである。また、④の利益は、確かに法律上の利益ではある。しかし、この利益は判決主文はもちろん判決理由中の判断をも論理的前提にするわけではなく、請求認容判決の確定という訴訟法上の事実と関係するにすぎないことを理由に、補助参加の利益を否定する見解もある<sup>(35)</sup>。従って、補助参加の利益について、決着がつかない。

#### (ii) 補助参加の利益を肯定する近時の有力説

第1説は、利害関係を有するとは、「訴訟の主要な争点についての判断を前提にして参加人の権利義務その他法的地位が決められる関係にあることから、被参加人のうける判決の判断によって参加人の法的地位が事実上不利な影響を受けるおそれがある関係にあることをいう」と解される。株主代表訴訟では、会社の経営陣による意思決定や会社の業務慣行の適法性が重要な争点となっているのがほとんどで、その適否の判断が会社の業務運営に直接重大な影響を与えるから、そのような争点については、会社の経営にかかわる重大問題として現経営陣が会社を代表して争う機会を与えてよいのか、会社の手続保障の問題として参加の機会を保障すべきではないのか、という見解になる<sup>(36)</sup>。第3説は、「被告たる取締役の会社に対する責任の根拠として主張されている取締役の行為が当該取締役独自の判断に基づくものではなく、会社の意思決定の結果あるいはその一部としてなされている場合には、株主代表訴訟では、会社の意思決定の適法性という会社の組織法上の法的地位が主たる争点となり、その点について判決理由中で判断がなされるから、会社は自らの意思決定の適法性という会社自身の組織法上の法的地位(利益)が訴訟の争点として判断を受ける限り、それを理由として補助参加の利益が認められるとする見解」である<sup>(37)</sup>。

しかし、補助参加に否定的な見解も有力である。第5説は、「会社の意思決定の適法性が代表訴訟で争点になるとすれば補助参加の利益は肯定されたとおもわれるが、代表訴訟において取締役の責任を認める前提として会社自

身の行為の適法性が争われることは、少なくとも代表訴訟に関する規定からは想定されないように思われる。……かりにそのような場合があるとしても、<sup>(38)(39)</sup> 会社の独立当事者参加を認めれば対応できるのではないかと主張する。

#### 5 商法の立場

岩原紳作教授は、「確かに会社法の通常原則によれば、誰かを会社の名で提訴すべきか否か、といったことの判断権限は、取締役会もしくは代表取締役に委ねられている。しかし、このような原則が妥当しないところに代表訴訟は存在する。取締役会を被告とする典型的な代表訴訟に関していえば、取締役との間の訴訟の提訴権を有し提訴すべきか否かを決定するのが代表取締役(取締役会)でなく監査役であるという点が、まず通常の会社法の原則と異なる(商法特例法の小会社を除く)。取締役の責任という仲間内の責任の追及がきちんに行われなことを恐れて、監査役という取締役の業務執行の監査機関が決定を行うこととしているのである。ところがその監査役の選任も、取締役の提案に基づいて取締役の強い影響下でなされることを配慮して、監査役が株主から請求のあった取締役の責任追及の訴えの提起を不適当であると拒絶しても、監査役への提訴の請求後30日が経過すれば、株主は、自ら取締役を被告に会社のために訴えることができるようにしたのが代表訴訟である。したがって、提訴の是非、ひいては会社意思決定の適法性に関する取締役会・代表取締役・監査役の判断に信頼を置かず、彼等に対し監督是正権を有する原告株主の判断の方を尊重するところに、我が国の代表訴訟制度は成り立っているわけである。会社の意思決定の適法性を確定するための会社の訴権は、既に代表訴訟の原告株主によって行使されてしまったとも言えよう。」「結局、代表訴訟において会社が被告側に補助参加する法的利益を持ちうる可能性を一概に否定するものではないが、監査役・取締役会(の選んだ者)・代表取締役が会社にそのような利益が存在するみとを公正な立場で判断し、会社を訴訟上代表できるかにつき、現行法は懐疑的な立場に立っているように思われる。会社(法人)とその代表者といった制度は、元々、

会社の利益を会社外の第三者に主張し訴えるためのものであって、代表訴訟というようなコップの中（内部組織上）の紛争については、コップ（法人）自身は余り適切な当事者ではないのかもしれない」として、会社の被告取締役側への補助参加に消極的な考え方を示される。<sup>(40)(41)</sup>

## 6 私見

確かに、株主からの提訴請求に対して監査役が株主から請求のあった取締役の責任追及の訴えの提起を不適当であると拒絶しても、監査役への提訴の請求後30日が経過すれば、株主は、自ら取締役を被告に会社のために訴えることができるようにしたのが株主代表訴訟である。そうであるとする、わが国の代表訴訟制度は、提訴の是非や会社意思決定の適法性に関して、取締役会、代表取締役、監査役の判断に信頼を置かず、株主の判断の方を尊重するところに成り立っていると考えられる。<sup>(42)</sup>しかし、株主代表訴訟制度は、取締役の責任を前提に事後に提起されるものである。従って、代表訴訟制度の直接の目的は、損害の回復にあることは明かである（損害補填機能）。問題は、会社の損害が回復することで何が守られるかである。会社の損害が回復されればそれで一件落着いたのではなく、取締役がある行為をなすに際して、株主代表訴訟の存在を意識して慎重な業務執行を行い、又、ある程度リスクを伴う経営判断を下す場合にも株主代表訴訟の存在をふまえて、十分な情報の収集と特に慎重な決定手続を履践するという効果が重要な意味をもつものである。その意味で、違法行為の抑止ないし監督是正機能が株主代表訴訟の本質的機能であると考えられる。但し、株主代表訴訟の違法行為の抑止ないし監督是正機能は金額の多少を問わず、損害補填機能を經由して働くものである。<sup>(43)</sup>この株主代表訴訟の本質的機能である違法行為の抑止ないし監督是正機能の対象は、取締役や取締役会の討論・議事手続・決議内容であり、代表取締役の業務執行全般に及ぶものであり、正規の体制をたてて会社運営を図っているかどうかである。そうであるならば、会社の経営陣による意思決定や会社の業務慣行が適正に行われているかは、株主による違法行為の抑

止・監視・監督の観点から重大な関心事となるのである。従って、会社をはずす必要はなく、かえって引き込み、その内容を監視する必要があるのではないだろうか。更に、株主代表訴訟は、裁判所による適切な後見的監督が必要な訴訟形態（非訟事件的形態）なのではないだろうか。東京地決平成12年4月25日は、「会社の意思決定そのものの適否が重要な争点として争われる場合には、株主による会社の業務執行に対する監督是正権の行使という側面が強くなり、隠れた当事者の立場にある会社に訴訟内で自らの意思決定が正当であるとの主張立証の機会を与えることが、会社にとっての手続保障の観点から相当とされる場合がある」と、判示しているのも同旨と考える。従って、代表訴訟に、会社が何らかの形で手続に介入させる必要があるものと考える。<sup>(44)</sup>それでは、どのような訴訟参加の形態がよいのだろうか。

## IV 会社の訴訟参加の意義・形態

### 1 会社の代表者

商法268条2項に基づく訴訟参加をする場合に株主代表訴訟へ参加するかどうかを決定するのはだれであろうか。株主代表訴訟を提起しようとする株主は、原則として、あらかじめ会社に対して取締役の責任を追及する訴えを提起するよう請求しなければならないが（商法267条1項）、この請求を受けるのは、会社の監査役である。そして、会社が実際に取締役に対して損害賠償の訴えを提起するのは、会社の監査役である（商法275条ノ4、商特法25条）。もっとも商法275条ノ4が、このように、監査役に「会社」を代表させることにした理由は、取締役と会社とはいわば利益相反の関係にあるので、代表取締役が会社を代表することになると、訴訟の相手方が代表取締役自身である場合はもちろんのこと、そうでない場合についても、適切な訴訟追行が期待できないし、取締役に対する提訴するか否かについても、適切な判断がなされない危険が高いからである。そうであるならば、会社が自ら取締役に対して損害賠償請求訴訟を提起する場合はもちろんのこと、会社が株主代表訴訟に参加すべきか否かについての決定をし、また、実際の訴訟で「会社」



を代表するのも監査役であると解するのが、商法275条ノ4の趣旨に沿った解釈ということになる。<sup>(45)</sup>しかし、株主代表訴訟における会社の被告取締役側への補助参加する場合に会社を代表するのは、監査役ではなく、代表取締役と考えられている。<sup>(46)</sup>判例も、本論文の万平事件最高裁決定、東京商銀信用組合事件、中部電力事件なども、会社の代表者が会社を代表して、会社の被告取締役側への補助参加している。しかし、会社を代表すべき代表取締役自身が代表訴訟の被告となっている場合だけでなく、被告となっていない場合でも、「会社」の意思・利益を適切に代表できるかどうか疑問である。

## 2 会社の訴訟参加の意義

商法268条2項により、監査役によって代表された「会社」に訴訟参加が認められた理由はなにか、商法268条ノ3の規定する詐害再審の訴えと同様に、馴れ合い訴訟の弊害を防止（商法494条1項2号）するためのものであるとの理解が一般的であるし、<sup>(47)</sup>立法過程でもそのような説明がなされている。そこでは、原告株主が被告取締役と馴れ合って、原告が勝訴すべき場合に敗訴したり、故意に少額の請求をして会社（株主全体）に損害を与える場合が想定されている。<sup>(48)</sup>しかし、徳田和幸教授は、「会社は、他の株主とは異なり、提訴請求を受けた段階で自ら自己の権利につき訴えを提起する可能性をもっていたこと、商法268条2項が参加の要件として、馴れ合い・詐害性の主張・立証が要求されていないこと、会社が自ら訴訟追行すれば、会社と取締役間とはともかく、株主・取締役間での馴れ合い訴訟云々の問題は生じないことなどを考えあわせると、……代表訴訟に会社が参加する必要があるのは、原告株主が会社の利益を適切に代表していない場合であって、監査役に代表された参加主体としての会社には、原告株主の訴訟追行を監視（あるいは牽制）する」という理解の下で監査役によって代表された「会社」に訴訟参加が認められる理由であるとする。<sup>(49)</sup>

原告株主が株主全体の利益を適切に代表していない場合の中には、①濫用事例、②濫用的事例、③いわゆる馴れ合い訴訟の場合、④訴訟上の和解が不当

に取締役に有利な内容でなされる場合等がある。

## 3 会社の訴訟参加の形態

監査役によって代表される「会社」が株主代表訴訟に参加する場合の形態はなにか。

通説は、会社が代表訴訟に参加して主張する権利と原告株主の主張している権利が同一であること、会社に判決効が拡張されていること、馴れ合い訴訟の防止のためには強力な訴訟上の地位をみとめる必要があることなどを理由に、会社が原告株主の共同訴訟人として参加（民訴法52条）するものであるとする見解（共同訴訟的当事者参加・民訴法52条1項）であるとする。<sup>(50)</sup>

しかし、商法268条2項は、監査役によって代表された「会社」に訴訟参加を認めた理由は、前述のように、広く原告株主が株主全体の利益を適切に代表していないと解される場合に、原告株主の訴訟追行を監視ないし牽制させるためのものであると解すべきである。そして、③のいわゆる馴れ合い訴訟の場合や、④訴訟上の和解が不当に取締役に有利な内容でなされる場合については、共同訴訟的当事者参加すれば、以後その訴訟は必要的共同訴訟になるので、それにより原告の訴訟追行を牽制することは、可能になる。しかし、①②の濫用事例・濫用的事例については、会社としては、原告株主に対して、より積極的に、たとえば「会社に回復困難な損害を与えるような訴訟活動の差止」請求を立てて代表訴訟に参加する必要があると思われる。このような参加形態としては、独立当事者参加と解すべきである（民訴法47条）。独立当事者参加と解した場合、会社は被告取締役に対していったいどのような請求を定立するか、問題があった。なぜならば、独立当事者参加は、三面的紛争を矛盾なく一挙に解決するために、共同訴訟における合一確定の併合審理の技術（民訴法47条1項—3項、47条4項）をこれに応用するものであるが、本来、原告および被告の双方に対してそれぞれ請求を持ち出して参加する形態を予定しているからである。しかし、片面的独立当事者参加も認められることになったのでこの点も問題が少なくなった。<sup>(51)</sup>即ち、原告株主のみを相手

方とする片面的独立当事者参加の場合で、民訴法47条1項後段の権利主張参加の場合は、原告主張の損害賠償請求権不存在確認の訴えを定立することになる。また、会社の意思決定（取締役会決議）が適法であることの確認請求を定立することが考えられる。<sup>(52)</sup>この点、確認の利益も問題があるが、「事実」にも確認対象適格を認める近時の見解によれば、この確認請求も認められよう。<sup>(53)</sup>他方、民訴法47条1項前段の参加、詐害防止参加の場合は、第三者が「訴訟の結果によって権利が害されることを主張」の意味が問題になるが、詐害的訴訟追行説にたって、「当事者の訴訟追行の態様から十分な訴訟活動の展開を期待できないと判定される場合に詐害的な訴訟追行が行なわれると推論することができる」との立場を採れば、<sup>(54)</sup>原告株主のみを相手方とする片面的独立当事者参加が認められる。また、前段の参加においても、後段参加と同様に請求の定立を必要とするかという問題がある。この点については、前段の参加については、端的に原告の請求棄却を求めて参加申立をすれば足りるとし、独自の請求を不要とすれば、請求定立の必要性はなくなるものとする。<sup>(55)</sup>

## V 結 び

私は、会社が株主代表訴訟における被告取締役側への補助参加の問題と商法268条2項により、監査役によって代表された「会社」に訴訟参加が認められた準独立当事者参加の関係を次のように考える。第1に、万平事件最高裁決定では、被告取締役へ補助参加をするか否かについては、「会社が株主代表訴訟につき中立的立場を採るか補助参加をするかはそれ自体が取締役の責任にかかわる経営判断の一つである」とする。そうすると、株主代表訴訟との関係でこのような経営判断が働くとなると、場合によっては、会社は、商法268条2項により、訴訟参加するとともに、被告取締役側への補助参加をするという自体も考えられる。<sup>(56)</sup>しかし、取締役会の意思決定の違法を主張して提起された株主代表訴訟では、会社の補助参加につき一概に原則肯定か否定かを決定すること自体に疑問がある。手続自体が流動的であり、争点ご

とに利害が変わりうるからである。<sup>(57)</sup>すなわち、会社は、取締役会の意思決定の違法・不当が認められないことに、独自の意義をもつと考えられるので、その争点についての審理の局面では、被告側に参加を欲する。更に、その違法・不当が認定され手続が訴訟物レベルの損害賠償請求権や損害賠償額をめぐる争点に移行した局面では、被告側に立つ訴訟行為は許されず、原告側に参加を欲する。このように、争点ごとに利害が変わりうる。第2に、商法268条2項により、監査役によって代表された「会社」が訴訟参加することを認められる、濫用事例・濫用的事例については、会社としては、原告株主に対して、より積極的に請求を立てて代表訴訟に参加するので、会社と株主は、対立している。第3に、株主代表訴訟の本質的機能である違法行為の抑止ないし監督是正機能の対象は、取締役や取締役会の討論・議事手続・決議内容であり、代表取締役の業務執行全般に及ぶものであり、正規の体制をたてて会社運営を図っているかどうかである。そこでは株主と会社は緊張関係にある。第4に、会社を取り巻く状況は、株主対会社（役員）、大株主対少数株主、会社の経営方針に関しての対立、同族会社内部における支配権争い、総会決議を争う訴訟等が、代表訴訟の形に移っただけのものなど、多くの人たちの利害が対立し錯綜している。<sup>(58)</sup>そこで、代表訴訟は、その審判対象である損害賠償請求権の存否に関する判断に際し、裁判所による適切な後見的監督が必要な訴訟形態（非訟事件的形態）として取り扱うべきである。<sup>(59)</sup>

第5に、準独立当事者参加の請求の定立を前述のように解することによって、多数の者の利害が対立し、その相互が牽制しあってそれぞれの請求について矛盾のない判決を求めることができる。

このように考えることにより、被告側へ補助参加した会社の代表取締役（取締役でそれに賛成した取締役も含む）の忠実義務違反・善管注意義務違反の問題を回避でき、かつ、本決定に依拠すれば生じる虞れのある（被告側に全面的に補助参加したことの責任を問う）代表訴訟の再提訴の可能性を遮断できるものと考ええる。

- (1) 神田秀樹「株主代表訴訟に関する理論的側面」ジュリ1038号66頁（1994）。
- (2) 北沢正啓『新版注釈会社法(6)』355頁〔上柳克郎他編〕（有斐閣，1987），徳田和幸「株主代表訴訟と会社の訴訟参加」曹時48巻8号1頁以下（1996）。
- (3) 中島弘雅「株主代表訴訟における訴訟参加」『株主代表訴訟大系』195頁〔小林秀之他編〕（弘文堂，1996）。
- (4) 最高裁の調べによると，平成14年12月末現在の株主代表の係属件数は，地裁で135件である（速報ベースの概数）。なお，平成13年12月末現在の係属件数は，地裁166件，高裁23件，合計189件である。地裁の係属件数では，前年比31件の大幅な減少がみられた。商事1666号41頁（2003）。平成12年以前の件数については，資料版商事205号117頁参照。
- (5) 釜田薫子『米国の株主代表訴訟と企業統治—裁判例にみる取締役責任追及の限界—』8頁，61頁（中央経済社，2001）。米国には，特別訴訟委員会（special litigation committee）の訴訟却下の判断に基づく訴訟の終了がある。
- (6) 最高裁平成13年1月30日第一小法廷決定（破棄自判），平成12年（許）17号民事集55巻1号30頁，判時1740号3頁（2001），判タ1054号106頁（2001），金法1609号45頁（2001），金判1109号3頁（2001），金判1113号5頁（2001）。
- (7) 近藤光男・志谷匡史『改正株式会社法』219頁（2002，弘文堂）。なお，委員会等設置会社においては，監査委員である取締役が責任を追及された場合を除き，監査委員会の同意を要する（商特21条の25第1項，21条の17第4項，商法266条9項）。
- (8) 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』239頁（有斐閣，1995）。
- (9) 中島・前掲注（3）217頁。
- (10) 山下友信「取締役の責任・代表訴訟と監査役」商事1336号15頁（1993）
- (11) 兼子一『新修民事訴訟法体系』〔増訂版〕399頁（酒井書店，1965），三ヶ月章「民事訴訟法」1235頁（有斐閣，1959）。
- (12) 山下・前掲注（10）15頁。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論文集『現代倒産法・会社をめぐる諸問題』614頁以下（民事法令研究会，1995）。
- (13) 小林秀之＝原強「株主代表訴訟」259頁，310頁（日本評論社，1996），吉野正三郎「株主代表訴訟における会社の訴訟参加（上）（下）」商事1357号18頁（1994），商事1358号27頁（1994）。
- (14) 藪口康夫「株主代表訴訟における被告取締役側への補助参加の可否」判時1718号181頁（2000）。
- (15) 新堂幸司『新民事訴訟法』691頁（弘文堂，1998）。
- (16) 井上治典『注釈民事訴訟法(2)』〔上田徹一郎＝井上治典編〕120頁（有斐閣，

- 1992）。
- (17) 吉野・前掲注（13）（下）28頁（1994），中租博司「株主代表訴訟判例の整理と若干の考察」判タ834号34頁（1994）。
- (18) 吉野・前掲注（13）（下）28頁。
- (19) 中租・前掲注（17）34頁。
- (20) 中租・前掲注（17）34頁。
- (21) 池田辰夫「株主代表訴訟の法構造」阪大法学149＝150巻225頁以下（1989）。
- (22) 竹内昭夫「株主の代表訴訟」『法学協会百周年記念論文集』165頁（有斐閣，1983），同『会社法の理論Ⅲ』229頁・281頁（有斐閣，1990），中島・前掲注（3）217頁。
- (23) 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巻』590頁以下（判例タイムズ社，1994）。
- (24) 山下・前掲注（10）15頁。
- (25) 最高裁昭和48年4月24日民集27巻3号596頁，判時704号52頁，判タ295号254頁。
- (26) 藪口・前掲注（14）183頁。
- (27) 岩原・前掲注（8）229頁。
- (28) 兼子一『新修民事訴訟法体系』〔増訂版〕399頁（酒井書店，1965），三ヶ月章『民事訴訟法』1235頁（有斐閣，1959）。菊井維大＝松村俊夫『全訂民事訴訟法Ⅰ』〔補訂版〕402頁（日本評論社，1993）。
- (29) 菊井維大＝松村俊夫前掲注（28）403頁，井上治典「補助参加の利益・半世紀の軌跡」判タ1047号7頁。
- (30) 新堂幸司『新民事訴訟法』691頁（弘文堂，1998）。
- (31) 井上治典『注釈民事訴訟法(2)』〔上田徹一郎＝井上治典編〕120頁（有斐閣，1992）。
- (32) 伊藤眞「補助参加の利益再考—判決の証明効に対する疑問—」民訴41巻18頁（1995）。
- (33) 高橋宏志「補助参加について(2)」法学教室195号89頁（1996）。
- (34) 藪口・前掲注（14）184頁。
- (35) 中島・前掲注（3）221頁。
- (36) 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47巻12号120頁（1996）。藪口・前掲注（14）184頁。
- (37) 伊藤眞「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1364号21頁（1994）。
- (38) 徳田和幸教授は，「株主代表訴訟における会社の地位」民商115巻4＝5号602頁（1997）。同「株主代表訴訟と会社の訴訟参加」曹時48巻8号1686頁（1996）。
- (39) 山本和彦「補助参加の利益」『民事訴訟法の争点』〔青山善充＝伊藤眞編〕103

- 頁（有斐閣，1998）。
- (40) 岩原・前掲注（8）235頁。
- (41) 中島弘雅「株主代表訴訟における会社の補助参加」ジュリ1097号92頁（1996）。
- (42) 笠井正俊「株主代表訴訟において会社が被告取締役側に補助参加することを認めた事例」ジュリスト1201号90頁（2001）。
- (43) 上村達男「株主代表訴訟の今日的意義と課題」ひろば47号6頁（1994）。
- (44) アメリカ法において、会社が（必要的）当事者（被告）となることが要求されている。その根拠として、次のような指摘がある。すなわち、そこで、会社が被告となる根拠として挙げられるものは、株主代表訴訟においては、実質二つの請求が定立されている。第1は、原告株主の会社に対する請求（取締役の責任を追究する訴えを提起することを要求する請求）であり、第2は、会社の取締役に對する訴えである。このうち、第1について、会社は被告となるとする。高田裕成「株主代表訴訟における原告の地位」民商115巻4・5号549頁注（21）（1997）、竹内昭夫「株主の代表訴訟」『会社法の理論Ⅲ』238頁（有斐閣，1990）。これに対し、一般には、原告株主（とりわけ勝訴）の判決の効果を権利義務の主体である会社に及ぼすためという点にある。谷口安平「株主の代表訴訟」監修鈴木忠一＝三ヶ月章『実務民事訴訟講座5』106頁（日本評論社，1969）。
- (45) 中島・前掲注（3）209頁。
- (46) 中島・前掲注（41）92頁。
- (47) 北沢正啓『新版注釈会社法(6)』〔上柳克郎編ほか〕374頁（有斐閣，1987）。立法過程については、中島・前掲注（3）210頁。
- (48) 中島・前掲注（3）210頁。
- (49) 徳田和幸「株主代表訴訟における会社の地位〔研究報告〕」民訴42号173～175頁（1996）。
- (50) 鈴木竹雄『会社法』〔新版〕276頁（有斐閣，1987）、北沢正啓『会社法』〔第5版〕458頁（青林書院，1998）。
- (51) 中島・前掲注（3）213頁。
- (52) 勅使川原和彦「補助参加に関する近時の問題」早稲田法学72巻2号524（1997）。
- (53) 中野貞一郎「確認訴訟の対象―「事実」はとどこまで対象適格をもつか―」判タ876号7頁以下（1995）。
- (54) 新堂幸司『民事訴訟法』〔第二版〕716頁（弘文堂，2001）。
- (55) 前段参加につき、独自請求不要説にたつものとして、榊原豊「独立当事者参加と共同訴訟的補助参加」法教（二期）7号144頁以下（1975）、新堂幸司「演習・民事訴訟法2」法教（二期）7号188頁以下（1975）、井上治典『多数当事者訴訟の法理』298頁（弘文堂，1981）。
- (56) 徳田和幸「取締役会の意思決定が違法であるとして取締役に對し提起された株

主代表訴訟において、株式会社が取締役を補助するため訴訟に参加することの可否」民商125巻3号389頁（2001）。

- (57) 川嶋四郎「株主代表訴訟における会社の被告取締役への補助参加の可否」法セ560号116頁（2001）、この種の事件類型は、「争点かぎりでの補助参加理論」。井上治典『多数当事者訴訟の法理』99頁（弘文堂，1981）。
- (58) 岩原紳作「Ⅱ会社法制の見直し 株主代表訴訟」ジュリ1206号123頁（2001）。
- (59) 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法』〔第2版〕357頁。  
大野實雄「商法の傾向と非訟化現象」商法研究第1巻195頁（1962）。  
松井茂記『裁判の公開と「秘密」の保護(1)』民商106巻432頁（1992）。