

〈判例研究〉

株主代表訴訟における株主の共同訴訟参加

最高裁判平成一四年一月二二日第三小法廷判決 平成一〇年(オ)第二八二二号 破棄差戻
第一審名古屋地判平成八年二月一日 第二審名古屋高判平成九年二月五日

金 田 充 広

〔事実の概要〕

訴外A株式会社の代表取締役であった訴外Bは、その在任中に同人および他の取締役に対し、役員報酬等合計一億五三五〇万円を支払い、Bの子である被告人Y（被告・被控訴人）はA会社の代表取締役としてBの相続人らに対しBが代表取締役を退任したことに伴う退職慰労金六〇〇万円を支払った（これらをそれぞれ「本件役員報酬等および本件退職慰労金」という）。

A会社の株主である上告人Xら（原告・控訴人）は、Yは、商法二六六条一項五号に基づき、後任者ないし相続人として賠償責任がある本件役員報酬等と代表取締役として支払った本件退職慰労金を賠償する責任があるとして、A会社に対して書面をもってYの責任を追及することを求めたが、A会社は三〇日を経過しても訴訟の提起をしないので、商法二六七条に基づきA会社のためYに対しA会社に商法二六六条に基づく損害金として二億一三五〇万円の支払いを求めた。

第一審判決は、Xらの請求をいずれも棄却した。A会社において、Yが代表取締役に、訴外Cおよび同Dが取締役に適法に選任されたことについては、Xらの自白が成立している（本件自白という）。これを前提にすると、定時総会において承認された本件役員報酬等および本件退職慰労金の支出は、適法であるという。第二審判決もXらの請求を棄却し、Zの本件参加の申出を不適法と

判示した。Xらは、原審において本件自白を撤回した後請求原因を変更し、Bが支払った本件役員報酬等についてはBの相続人として、本件退職慰労金については表見取締役当事者としていずれも商法二六六条一項五号に基づき合計二億一三五〇万円の損害を本件会社に賠償する責任があると主張した。上告人Z（共同訴訟参加人）は、平成九年八月四日になって、Xらの共同訴訟人として民訴法七五条により参加（本件参加という）の申出をしたが、XらとY間の本件訴訟は、同月一八日の、第二回口頭弁論期日において弁論を終結することが可能な状態であった。原審判決は、本件自白は、Xらに誤解や錯誤があったとは到底認められないから、撤回は許されないとし、本件参加の申出を許した場合、本件訴訟の目的がXらとZにつき合一に確定すべき場合に当たると認め、Xらとした本件自白は、Zが同様の自白をしない限り、効力を生じず、YにおいてY主張の株主総会が適法に開催されたことを立証しなければならなくなり、またXら主張の事実上の取締役が商法二六七条の取締役に含まれるか否かについて、審理を尽くす必要があるなどとし、参加人の本件参加の申出は、本件訴訟を不当に遅延させることは明らかであるとして、商法二六八条二項ただし書きにより許されないものであり、不適法であると判示した。これに対してXらおよびZが上告した。

〔判 旨〕

破棄差戻

「……3 原審は、上記事実関係等の下において、次のとおり判示し、Xらの請求を棄却し、Zの本件参加の申出を却下すべきものとした。(1) Xらは、本件自白をするについて錯誤があったとは認められないから、その撤回は許されない。そして本件役員報酬等及び本件退職慰労金の各支払を承認する旨の決議がなされたから、これらの支払いに違法はない。(2) Zは、平成九年八月四日になって本件参加の申出をしたが、本件訴訟は、同月一八日の第二回口頭弁論期日において、口頭弁論を終結することが可能な状態にあった。……そうするとZの本件参加の申出は、本件訴訟を不当に遅延させることが明らかであり、商法二六八条二項ただし書により許されないものであって、不適法である。4 しかしながら原審の上記判断3(2)は是認することができない。その理由は次のとおりである。Xらが第一審においてした本件自白に係る事実を前提としてXらの請求が棄却されたことから、原審においてZが本件参加の申出をしたという経緯にかんがみると、Zは、Xらの不適切な訴訟行為を是正するために本件参加の申出を

したものと解されるのであって、その申出が原審の第1回口頭弁論期日の後にされたとしても遅きに失したとまでいうことはできない。また、Zの本件参加の申出を許した場合、Xらのした本件自白が効力を生じないことになるとしても、記録に表われた当事者の主張及び証拠関係からすると、原審が指摘するような相当期間にわたる審理が必要となることも解されない。さらに、記録によって認められる本件訴訟の経緯にかんがみると、Xらがした本件自白は不適切な訴訟行為であったと解されるところであり、Zの本件参加の申出が認められない場合にはXら以外のA会社の株主は看過し得ない不利益を被ることになる(記録によれば、同社にはXら以外にも株主が存在することがうかがわれる)。そうすると、上記判断3(2)の事情をもってZの本件参加の申出を商法二六八条二項ただし書きにより許されないものであり、不適法であるとした原審の判断は、同項ただし書の解釈適用を誤ったものというべきであり、その違法は原判決の結論に影響を及ぼすことが明らかである。……」

〔研究〕

一 はじめに

商法二六八条二項は、株主・会社は、取締役の責任を追及する訴えに参加することができることを定める。会社が取締役の責任を追及したときは株主が、株主が代表訴訟を提起したときは、会社・他の株主が継続中の訴訟に参加することができる。これは、商法二六八条ノ三の規定する再審の訴えとともに、馴れ合い訴訟に対処し株主・会社の利益を保護するための制度である。再審の訴えは、訴訟参加が規定されているにもかかわらず、原告の訴訟追行に信頼して参加しないことなどを考慮したものである。⁽¹⁾

しかしながら従来、他の株主または会社が代表訴訟に参加する機会が必ずしも十分に保障されているわけではなかった。平成一三年の商法改正(法律第一四九号)により現行商法二六八条四項が追加され、会社が商法二六八条一項による取締役の責任追及の訴えを提起したとき、および株主が二六七条三項四項による訴えを提起した後に会社に対

して訴訟告知があったときは、会社はその公告または株主に対して通知をすべきことになった。

会社の取締役が被告として訴訟の当事者になること、さらにはこのような訴訟が長引くことは、会社のイメージ・信用に対して悪影響を及ぼすことになるため、結局会社・株主の不利益につながることが多い。平成一三年の商法改正前において公告・株主に対する通知とくに公告が規定されていなかったことは、会社の信用維持という側面が考慮されていたからである。⁽²⁾ 株主代表訴訟への参加の機会は十分に保障されることになったが、訴訟を不当に遅延させたり、裁判所の負担を増加させるような参加は許されない(商法二六八条二項但書)。本件は、⁽³⁾ 同条項による株主代表訴訟への参加が不当に訴訟を遅延させるものとはいえないとされた事例である。

二 商法二六八条一項にいう取締役の責任を追及する訴え

(一) 代表訴訟による責任追及

商法二六八条二項に規定されている訴訟参加の前提になる同条一項の訴訟は、取締役の責任を追及する訴えである。これには商法二六七条に規定されている株主代表訴訟と会社自身が取締役の責任を追及する訴訟がある。代表訴訟の対象となる責任の範囲に関しては争いがあり、通説は全債務説であり、⁽⁴⁾ 取締役が会社に対して負担する一切の債務を包含すると解する。取引上の債務履行の請求についても代表訴訟が認められる。これに対して限定債務説は、⁽⁵⁾ 商法は、発生原因においてとくに重要な、したがって免除の困難な責任(商法二六六条の責任)または免除の不可能な責任(商法二八〇条ノ一三の資本充実責任)について代表訴訟を認めたと解する。

代表訴訟の対象となる責任としては、限定債務説の主張する取締役の責任に関しては異論はない。しかし限定債務説の立場によると、会社から金銭を借り入れた取締役が弁済を怠ったとき、その貸付けをした代表取締役と取締役会

決議においてその貸付けに賛成した取締役の責任に関しては、代表訴訟が認められるのに貸付けを受けた取締役の弁済責任につき代表訴訟が認められないのはいかにも不均衡である。さらに会社の提訴懈怠の可能性に関しては、取締役が会社に対して負担する一切の債務に関して当てはまるのであるから、代表訴訟の対象となる取締役の責任は、その発生原因とは無関係に取締役が会社に対して負担するすべての責任であると解するのが適当であろう。

(二) 取締役の責任の範囲

商法二六七条一項は、取締役の責任とだけ規定するから、代表訴訟の対象となる取締役の責任の範囲は、取締役としての行為による責任に限定して考えるべきであるのか、あるいは取締役就任前の行為による取締役の責任もまた代表訴訟の対象となるのかは条文上はかならずしも明らかではない。さらにこのような取締役の責任が、取締役の退任後においても代表訴訟の対象となるのかということも問題となる。通説見解は被告は、取締役または取締役であった者であり退任後も代表訴訟を提起できると解する。⁽⁶⁾

取締役就任前の行為による取締役の責任を含むか否かに関して、裁判例としては肯定否定両方あり肯定説としては、取締役が会社に対して負担する責任のすべてが株主代表訴訟の対象となるのではなく商法二六六条の責任と同二八〇条の一三の責任を対象とするものであり、取締役の職務の執行に関連する行為による責任を厳格化して、その追及の方法として株主代表訴訟の制度を導入したと解することが相当であるとし、取締役就任前の行為による会社に対する損害賠償責任は含まれないと解するものがある。⁽⁸⁾ 否定説としては、株主代表訴訟の制度趣旨は、取締役等の責任を追及する訴えについては会社が積極的にこれを提起しないおそれがある点において、当該取締役が会社に対し債務を負った時期が取締役等への就任前であるか後であるかによって異なることはないから、取締役等に就任する以前から会社に対し負担していた債務についても代表訴訟の対象となると解するものがある。

(三) 専属管轄

商法二六八条一項は、取締役の責任を追及する訴えは、本店所在地の地方裁判所に属すると規定している。専属管轄を定めた理由は、同条二項による株主または会社が訴訟に参加することを容易にするためである。大阪高決昭和五四年一月一六日判例タイムズ三八一号一五四頁は、二六六条ノ三の訴につき商法二六八条により本店所在地の地方裁判所の専属管轄に属するか（消極）を判断した事案において次のようにいう。「……商法二六八条一項は、同法二六八条、二六六条に基づき取締役の責任を追及する訴えについて専属管轄を定めたものであって、その趣旨は個々の株主が会社のため取締役の責任を追及する代表訴訟ばかりでなく、会社自身が取締役の責任を追及する訴えを含めて、株主の提起する代表訴訟の場合は会社または他の株主が、会社の提起する訴訟の場合は株主が、いずれも共同訴訟人として訴訟に参加することを容易にするためであり、株主以外の第三者が取締役を相手どって直接損害賠償を請求する同法二六六条ノ三の場合を含まず、同法二六六条ノ三の場合は民訴法一条、一五条によるべきであり、一つの訴えをもって数個の請求をする場合は同法二一条の併合請求の管轄によることもできると解すべきである。……」

三 株主代表訴訟とその濫用

(一) 昭和二五年改正

株主代表訴訟は、昭和二五年の商法の大改正が行われたおりに導入された制度である。同改正により、株式会社の管理と指揮の機関が分離され、取締役会と代表取締役が新たに法定されることになり、合理的な業務運営の機関構成として画期的な改革が実現した。さらに株主の取締役の業務執行に対する監督是正権が強化された。株主代表訴訟は、個々の株主が有する違法行為差止請求権（商法二七二条）などととも導入された制度である。改正前においても、

取締役の会社に対する責任追及の方法として、株主総会で訴えの提起を決議すること、または三月前から引き続き資本の一〇分の一以上にあたる株式を保有する少数株主が訴えの提起を監査役に請求することができるとする規定があった（改正前商法二六七条・二六八条）。これらは、単独株主権ではなく少数株主権であることから、個々の株主が会社の取締役に対する請求を会社に代わって追及する機会がなく、そのため会社の損害が填補されないことがあった。

個々の株主に代表訴訟による取締役の責任追及の権限を付与することは、事後的かつ機動的な会社保護の手段となる。現行法は、代表訴訟の原告たりうる要件として、六月前より株式を保有し会社に対して取締役の責任追及の訴え提起を請求した株主としていただけであるから、新聞その他により会社に損害を及ぼすような取締役の行為があることを知ってから、株式を取得し株主となり代表訴訟を提起することができる。また回復すべからざる損害発生のおそれがあるとき（商法二六七条四項参照）にまで、株式を六箇月間保有した株主にのみ原告適格があることは、会社保護に欠ける場合がある。六箇月保有の要件は昭和二五年の制度創設のさい衆議院の修正で加えられたものであり、また当初より株主は取締役の責任発生当時株主であったことを要しないと解されている。⁽⁹⁾ 株主が訴訟参加するときは、代表訴訟を提起するときのように六箇月の株式保有の要件は課されていない。すでに代表訴訟が提起されている以上、参加する株主が会社荒らしの目的で少数の株式を取得して訴訟に参加する危険性は少ないと考えられたからである。⁽¹⁰⁾ 株主代表訴訟に関する規定は、株主の権利行使にさいして会社の供与した利益の返還に関する規定において準用されている（商法二九五条四項）。取締役の責任だけではなく、監査役の責任追及にも準用されている（商法二八〇条）。その他、発起人・清算人の責任追及などにおいても準用されている（商法一九六条・四三〇条二項）。

（二） 行為時株主原則

原告たりうる株主に関しては、行為時株主の基準が優れていることが主張されていた。⁽¹¹⁾ 行為時株主の基準によれば、

訴訟を提起するために株式を購入することが防止できるといふのである。理論的には、六箇月の株式保有を要件とする現行法よりは優れているということである。平成一三年の商法改正のさい、株主代表訴訟の原告適格の制限が問題とされたが、国会における与野党間の調整により結局従来通りとなった。⁽¹³⁾このような株主代表訴訟制度の改革は、企業統治に関する「商法及び株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律の一部を改正する法律」(平成一三年一月二日(法律第一四九号))により、同改正法による監査役の機能の強化および取締役・監査役の会社に対する責任の軽減のための改正とともに行われたものである。そもそもこの法律改正は、平成九年九月八日付けで、自由民主党法律部会商法に関する小委員会(自民党小委員会という)が「コーポレート・ガバナンスに関する商法等改正試案骨子」(改正試案骨子という)として取りまとめたのが始まりである。そこには株主代表訴訟がコーポレート・ガバナンスの重要な手段であるという認識のもと、具体的な改正項目として(1)株主代表訴訟を提起できる者は、訴訟の原因となった行為があったときの株主とする、(2)会社は、一定の場合には被告取締役補助参加することができる、(3)監査役の考慮期間は、六〇日とする、などが株主代表訴訟の見直案として盛り込まれている。翌年の「企業統治に関する商法等の改正案骨子」(改正案骨子という)も原告適格の問題に関しては、「株主代表訴訟を提案できる者は、訴訟の原因となる行為があった時の株主とする。」としていた。改正試案骨子および改正案骨子は、いずれも行為時株主原則を採用したものである。

株主代表訴訟研究会においても、六箇月株式保有要件の廃止の代わりに導入されるのであれば反対はしないという意見があった。⁽¹⁴⁾同研究会では、行為時の後に株式を取得したということは、濫用の一徴証になりうるかもしれないが、その一事をもつてただちに濫用に結びつけることは危険であって、担保提供命令を判断するさいの一要素として扱えば十分であるという意見なども出された。これに対して、自民党小委員会による平成一一年の「企業統治に関する商

法等の改正案要綱」(改正案要綱という)は、株主代表訴訟を提起できる者に関しては、取締役又は監査役の会社に対する責任の原因となる行為があることを知って株式を取得した株主(知らなかったことについて過失がある場合を含む)⁽¹⁵⁾は、株主代表訴訟を提起することはできないものとする、としていた。これは株主の主観を問うものであって、行為時株主原則より好ましいという意見が多く、ここでも六箇月の株式保有期間の要件が廃止されるのであれば反対しないとの意見が出された。しかし理論的には、現在の株主が提訴できるのが自然であること、特に、改正案要綱が株主が責任の原因となる行為を知って株主になった場合だけでなく、取得した時点で知らなかったことに過失がある場合にまで提訴することができないとするのは行き過ぎであるなどの指摘があり、結論として株主代表訴訟制度は、会社法全体のあり方の中で慎重に制度の改善を図っていかなければならないということになった。⁽¹⁶⁾

このような経緯により、平成一三年五月三〇日に開会中の第一五一回通常国会に提出された原案二六七条一項は、⁽¹⁷⁾株式保有期間の要件を撤廃し提訴権者の主観的要件を規定していた。条文は、「株主ハ会社ニ対シ書面ヲ以テ取締役ノ責任ヲ追及スル訴ノ提起ヲ請求スルコトヲ得但シ株式ノ譲受ニ因リテ株主トナリタル者ガ其ノ譲受ノ当時取締役ノ責任ノ原因タル事実アリタルコトヲ知り又ハ容易ニ之ヲ知ルコトヲ得ベカリシトキハ此ノ限ニ在ラズ」と規定していた。それは株式譲受の当時、取締役の責任原因事実につき悪意・善意重過失の場合には訴訟の提起を認めないとするものであったが、この点法律関係が複雑になるといふ理由で改正は見送られ⁽¹⁸⁾現行法のような規定になった。

(二) 担保提供における悪意

株主が代表訴訟を提起した場合には、被告取締役は、自己に対する訴えが不当であり不法行為になり原告株主に損害賠償請求することができるとある。そのため商法は、被告が、原告の訴えの提起が悪意に出たものであることを疎明した場合は、その請求により裁判所は相当の担保を供すべきことを原告に命ずることができることを規定して

いる（商法二六七条六項七項・一〇六条二項）。特に、平成五年の商法改正により、株主代表訴訟の申立手数料が一律に八二〇〇円⁽¹⁹⁾になったため（商法二六七条五項、民訴費用法四条二項）、濫訴が懸念されその防止が重要な課題となった。⁽²⁰⁾ 担保提供は、このような文脈で被告取締役の取りうる最も効果的な対抗手段である。もちろん取締役が会社に責任を負担しているのにこれを履行しないのとは反対に、会社に責任を負担していないのに責任追及の訴えを提起された、という事実関係が前提になる。その意味で、結論からいうと一般的に、担保提供のさいの悪意とは被告取締役に責任がないことを知っているということになるであろう。

ところで株主代表訴訟における原告の担保提供に関する規定は、昭和二五年商法改正が施行される前にその翌年昭和二六年に改正法の改正（法律第二〇九号）によって実現したものである。昭和二五年改正前の商法二六八条一項は、株主総会において取締役に対する訴えの提起が否決されたとき（改正前商法二六七条参照）、資本の一〇分の一以上にあたる少数株主が訴えの提起を監査役に請求したときは、株主は監査役の請求により相当の担保を供することを要すると規定していた。改正前の昭和二五年改正法は、商法二六八条に担保提供を規定しなかった。しかし連合軍司令部の担当者のサルウインが、⁽²¹⁾ それでは無資力の少数株主の提訴が不可能になるといふことで、結局、翌年の改正で日本側との妥協案として被告が原告の悪意を疎明したとき、裁判所は原告に担保提供を命じることができることになった（改正商法二六七条四項五項、現行商法二六七条六項七項）。

担保提供の前提となる悪意の意味に関する学説の状況は、代表訴訟の被告取締役を害することを知⁽²²⁾ていることをいうと解するのが通説である。その他、通説の見解より広く、被告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ことを意味すると解する説⁽²³⁾がある。これらに対して、不当に被告を害する意思を有することであると解する説⁽²⁴⁾もある。取締役を害する主観的意図の疎明は困難であるが、取締役に責

任がないことを知っていることを疎明することはより困難であるから、通説の見解より広くいやがらせて訴訟を提起することの疎明がある場合にも、担保提供を認めてよい場合があると考える。⁽²⁵⁾

四 株主代表訴訟と訴訟参加

(一) 平成一三年改正

株主代表訴訟への訴訟参加に関する規定は、平成一三年の商法改正（法律第一四九号）（一二月改正という）で改正された。同年には、商法の主要な改正が三回もあり、まれに見る改正ラッシュとなった。⁽²⁶⁾ 商法二六八条は、第三項の次に新たに五項が追加された。訴訟参加に関する規定は、まず商法二六八条四項である。代表訴訟の公告に関する規定である同条項は、一二月改正までは規定されていなかった。この点は、株主総会決議取消訴訟や同無効確認訴訟とは異なっていた（商法二四七条二項・二五二条・一〇五条四項）。会社の業務執行に関わる者に対する責任の追及を公告することによる社会的なイメージや会社の信用が配慮されていた。民事訴訟法と異なり、告知することが義務付けられたことになる（民訴法五三条参照）。商法二六八条八項も一二月改正で追加された。同条項は、株主代表訴訟において、会社が被告取締役を補助参加することができることを前提として、同じ一二月改正で追加された商法二六六条九項を準用している。これにより会社が被告取締役へ補助参加できることが明らかになった。会社が被告取締役に補助参加するためには、監査役の同意が必要であり、監査役が数人いる場合は全員の同意が必要となる。

会社が被告取締役に補助参加する場合には、会社が業務執行の決定として取締役会で決定する（商法二六〇条二項・二七五条ノ四参照）。会社の業務執行を担当する取締役が訴訟の当事者となっている訴訟に会社が参加するか否かを決めることは、会社にとって重大・重要な事項である。しかし被告が代表取締役である場合にまで、代表取締役は、会

社を代表して補助参加できるかという難問がある。この問題に関しては、一二月改正によって、若干の疑義が生じたといわざるをえない。商法二六八条二項は、代表訴訟における取締役・株主間の和解において、裁判所の会社に対してする和解案の通知を受けるとき、または会社に異議を述べる旨を催告するときの会社代表者が監査役であることを規定しているからである（商法二七五条ノ四後段）。すなわち会社は、和解案に異議があれば訴訟に参加できるのであるが、その場合被告取締役または原告株主いずれに参加するかはあらかじめ定まっているわけではないからである。いずれの場合も監査役が会社を代表することになっているのである。条文上はこの点明らかであるが、実務とは正反對である。実務上、⁽²⁷⁾会社が被告取締役に補助参加するとき、会社を代表するのは代表取締役であるということ定着しているからである。

これに加えて和解に関しては、会社が和解の当事者でない場合は、裁判所は会社に対してその内容を通知し異議を述べる機会を与えなければならぬことが法文上明らかになった（商法二六八条六項）。これに対して、会社が和解をなす場合には、株主に対して公告や通知をすることは必要でなく、また総株主の同意による取締役の責任の免除に関する商法二六六条五項の規定の適用がない（同条五項）。

(二) 会社の被告取締役への参加

平成一三年の一二月改正の前は、会社が被告取締役に補助参加することができるかという問題があった。できないと解するのが通説であり裁判例⁽²⁸⁾もできないとしていた。しかしながら株主の請求を棄却しようとするれば、そして株主の請求を棄却するということは、会社・株主の損害が填補されないことになるが、そもそも請求には理由がなく取締役の行為によりなんら会社に損害が発生していないというスタンスで挑むならば、会社の被告取締役への補助参加は肯定されるべきである。従来より、被告の役員としての行為の適法性を確立することが会社にとって重大な法益とな

るとも考えられるから、その補助参加をもって、論理的に許されないとするのはゆきすぎであるという見解が唱えられていた。このような状況の中、最高裁判所平成一三年決定⁽³⁰⁾は、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ふことができるから、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に訴訟に参加することが許されると判示した。

もちろん会社は、原告株主側に参加することもできる。取締役を相手方として争うことになるから、商法二七五条ノ四前段の類推適用により監査役が会社を代表する。したがって会社は、代表訴訟が係属している間は、被告取締役に補助参加することもできるし、原告株主に参加することもできる。そうすると代表訴訟の係属中は、会社は、原告被告いずれに参加することができるのかということが、理論的には決まっていないうことである。これは一見奇妙であるが、会社は、このような状態における第三者的立場に立つと見るのがよいのであり、会社は会社の利益になるように柔軟な対応ができるのでなければならぬ。⁽³¹⁾

(三) 本判決における株主の参加

さて、このような制度が十分に生かされるためには、株主の代表訴訟の追行が適切に行われなければならない。本件の場合、株主である上告人Zが原審の第一回口頭弁論期日（平成九年七月七日）の後である同年八月四日、共同訴訟人として旧民事訴訟法七五条に基づき本件訴訟に参加すること（商法二六八条二項）を申し出たものである。そもそも株主が代表訴訟に参加するためには、前提となる代表訴訟が継続中でありかつ訴訟参加しようとする訴訟が提起されていることを知っている必要がある。株主は、商法二六八条四項による公告により、代表訴訟が提起されていることを知ることができ、訴訟に参加することができる。しかし、その参加には一定の制限がある。本件は、一二月

改正前の事件であるが、参加が訴訟を不当に遅延させることになる基準を考えるにさいして有益である。

原審は、「……本件訴訟の目的が上告人X外二名と上告人Zにつき合一に確定すべき場合に当たするため、X外二名のした本件自白は、上告人Zが同様の自白をしない限り効力を生じないことになり、被上告人Yにおいて本件株主總會等が適法に開催されたことを立証しなければならぬことなどから、今後関係者の証人尋問の実施など相当期間にわたる心理が必要となる。そうすると、Zの本件参加の申出は、本件訴訟を不当に遅延させることが明らかであり、商法二六八条二項ただし書により許されないものであって、不適法である。……」と判示している。

すなわち原審認定の事実関係の下で本件訴訟を不当に遅延させると判断された本件参加の申出は、判旨によると、X外二名が第一審においてした本件自白に係る事実を前提として同上告人らの請求が棄却されていることは、原告株主の訴訟追行としては不適切であることを指摘し、よってZの本件参加の申出が、原審の第一回口頭弁論期日の後にされたとしても遅きに失したとまではいえないと判示している。この点は、代表訴訟における原告株主の重大な役割とそれゆえ要求される慎重な姿勢が本件参加の申出が遅きに失したものであることとはできないとする判断につながったと解せられる。そのことは商法二六八条二項但書の判断基準を考える場合には、株主代表訴訟における判決効が原告以外の株主にも拡張されることを前提にすると、代表訴訟を追行するにさいして原告株主以外の株主の利益保護にも十分配慮することが要求されるということを配慮したものと解することができる。⁽³²⁾

(四) 株主の訴訟参加

株主代表訴訟における訴訟参加の性質に関しては争いがある。訴訟参加する最も重要な目的は、係属中の訴訟が適正に追行されることにより、存在するのであれば填補されるべき損害の賠償請求が認容されることである。そのため会社の被告取締役に対して補助参加することが認められることは今日では条文とともに明らかである。しかし原告株

主に対して会社・他の株主がする訴訟参加が、補助参加であるのか否かということは必ずしも明らかではない。これらもつばら被参加人の訴訟を進行するというのであれば、その性質は補助参加である。以下、若干の検討を試みることにする。

第一に、商法二六八条二項による株主の原告株主への参加は、共同訴訟的補助参加であると主張する説がある。⁽³³⁾ 株主代表訴訟の性質を債権者代位権の一変容であるとして、株主の一人が訴えを提起し会社の権利を代位行使したときは、他の株主は同一の権利を代位行使することができない。したがって株主の訴訟参加は当事者としての参加ではなく、共同訴訟的補助参加と解すべきであるとする。⁽³⁴⁾ 株主総会決議取消の訴えなどの場合とは異なり、訴え併合の規定に関する規定が準用されていない（商法二四七条・二五二条・一〇五条三項）のは、このような理由によるとされる。⁽³⁵⁾

現行法の解釈として、そもそも会社の権利を行使するのか株主の権利を行使するのかという観点から、取締役の責任は会社に対する責任であり、株主の請求にもかかわらず会社の提訴懈怠により、個々の株主が会社に代わって行使することができない（商法二六七条三項）ということが重要である。当然のことながら、代表訴訟を提起することに関しては、要件を充足した個々の株主が原告適格を有している。したがって原告株主に対してする他の株主の訴訟参加が補助参加であるということとはできない。これに対して、代表訴訟を債権者代位権の一変容であると解する説によると、原告株主が代位行使する会社の債権は、訴訟係属中他の株主が同一の権利を行使しえない。債権者代位権を裁判上行使したときの判決効が債権者及び第三債務者に及ぶものの、他の債権者は訴訟のらち外である。しかし判決の効力を受ける会社・株主には、必要的共同訴訟に準じた訴訟追行の権能を与える必要がある。そこで原告以外の株主は、共同訴訟的補助参加ができるということになる。代表訴訟は、訴訟による紛争解決の合一確定の要請から、当事者全員に矛盾のない裁判が必要である。もちろん債権者代位権説による場合においても、個々の株主に原告適格がある。

しかし原告適格ある者全員を原告として争う必要はなく、その全部または一部の者が共同訴訟人となったときは、合一確定を要する類似必要的共同訴訟である。このような訴訟における原告株主への参加が、共同訴訟的補助参加であると解する場合には、参加人は、共同訴訟人のように（民訴法五二条）、被参加人の訴訟行為と抵触する行為もすることができ（³⁶）（民訴法四五条二項対照）。被参加人が上訴を取り下げても、これによって参加人の上訴権が当然効力を失うわけではない。³⁷ また被参加人がした自白を参加人は争うこともできる。

このような参加の形態は、補助参加人の権能として独立当事者参加との射程範囲の関係で明瞭な基準が存せず、かつ民事訴訟法四二条の解釈との関連において、補助参加としては行きすぎではあるが、別に定立しうる形態であろう。もとより判例は株主総会決議取消の訴えに関する事案において、このような形態を認めている。³⁸

第二に、共同訴訟参加と解する説がある（民訴法五二条（旧民訴法七五条））。これが通説である。³⁹ 会社の取締役の責任追及の訴え（商法二六八条一項）については、六箇月前から株式を保有するか否かに関わりなく、株主は、本条項によるかぎり当事者適格を有しない。また商法二六七条三項四項の規定により、株主が代表訴訟を提起し訴訟がすでに係属中の場合は、会社および他の株主は二重起訴の禁止に抵触するような訴えは当然禁止される（民訴法一四二条）。しかし個々の株主は、商法二六七条三項四項の規定によるかぎり当事者適格を有する。ただし六箇月の株式保有の要件や会社に対して訴訟の提起を請求しない株主は、一般原則からいうと、要件を充足しないかぎり代表訴訟を提起できず当事者適格を有しない。このような株主は係属中の代表訴訟の原告株主に補助参加することができるにすぎない。しかし商法二六八条二項は、株主の参加は共同訴訟参加を規定しており、そこに同条項の存在意義がある。すなわち株主は、他の株主がすでに代表訴訟を提起しているのであれば、二重起訴はできないが、この参加は別訴の提起に代わるものであり参加人が当事者適格を有する共同訴訟参加である。⁴⁰

それ以外に、商法二六八条二項による株主の訴訟参加を独立当事者参加と解する考え方もある⁽⁴¹⁾。民事訴訟法は、権利侵害を防止するためにする訴訟参加に関する規定を置く。一つは、独立当事者参加に関する規定である。民事訴訟法四七条一項前段は、訴訟の結果によって権利が害されることを主張する第三者は、その訴訟の当事者双方たまは一方を相手方として、当事者としてその訴訟に参加することができる⁽⁴²⁾と規定する。第二は、補助参加に関する規定である。民事訴訟法四二条は、訴訟の結果について利害関係を有する第三者が、当事者の一方にする補助参加を規定する。独立当事者参加に関する民事訴訟法四七条一項は、権利が害される場合だけではなく詐害防止参加もその射程範囲に入れている。そうすると株主代表訴訟の場合において、原告株主以外の株主は、係属中の訴訟が馴れ合いで行われている場合には、その結果により権利が害されることになるから、独立当事者参加することができる。ところが補助参加に関する民事訴訟法の規定には、独立当事者参加に関する規定のように、権利が害されるという文言が用いられない。もちろん解釈上は、利害関係を有するという文言には、訴訟の結果により、権利を害されることがあるという意味に解され、さらに権利義務の存否に関わる問題において責任を問われるおそれのある者が参加できるということは、結局のところ従来の有力説のいうように訴訟物についての判断と参加人の地位との論理上の先決関係、すなわち訴訟の結果によって参加人の法律上の地位が決まるという関係が補助参加するために必要である。代表訴訟に参加できる他の株主の立場はまさにこれである。しかしながらそのことは民事訴訟法四七条がもつとストレートに規定している。しかも参加人は、当事者として訴訟に参加すると規定している。

いずれも強力な訴訟追行権が認められていることは否定できない。共同訴訟的補助参加と解する場合には、なお民事訴訟法四〇条の準用の可否の問題があることも否定できない⁽⁴²⁾。たしかに法律上は会社の利益その結果として、株主は株主間において同等の利害を持っている。しかし場合によっては、参加人は原告とは正反対の利害を有しているこ

とがないということはできない。このような独自の利害を訴訟に反映させる機会を与えることなく判決の効力を及ぼすことはやはり不当であろう。株主相互および会社とそれぞれの株主の間において、独自の利害の衝突を前提にするならば、代表訴訟への会社・他の株主の参加は、訴訟告知を前提とする参加であり、独立当事者参加と解すべきであり、三者間に対立が生じることになるから、より紛争の実体にふさわしいという考え方は説得的である。⁽⁴³⁾

五 おわりに

商法二六八条二項による株主の訴訟参加は、商法二六八条ノ三の規定する再審の訴えとともに馴合訴訟の防止がその目的である。取締役の行為によって会社に損害が発生したとして株主代表訴訟が提起され、特に原告である株主に不適切な訴訟追行があった場合、他の株主・会社は、これを是正するために本条項により訴訟参加することができる。株主のする自白や和解など⁽⁴⁴⁾により、会社その結果株主が損害を被るような訴訟行為を是正する手段となる。株主代表訴訟への参加が許されるとしても、取締役の責任を追及する訴えを妨害する意図をもってする不必要な証拠申請や訴訟終結の直前にする参加の申出、あるいはあまりに多数の株主がする訴訟への参加は、商法二六八条二項但書により禁止される。⁽⁴⁵⁾ 訴訟に参加した株主は、原告株主と同じ権利義務を有する（商法二六八条ノ二第三項）。

本件の場合、原告株主に不適切な訴訟行為があったようであり、他の株主が参加して是正することが必要なケースである。参加人の訴訟追行は、制度上十分に尽くすことができなければならない。株主の訴訟参加の性質に関する学説は、いずれも参加人に強力な地位を付与すべきであるという考え方において一致している。この点は問題ないだろう。そして参加が認められるか否かの基準は、原告の適切な訴訟追行において他の株主が不利益を被ることがないような配慮がなされなければならないということである。判旨もこれが現れており賛成である。

訴訟参加の性質に関しては、独立当事者参加説は、代表訴訟において他の株主が訴訟参加しようとする場合は、原告株主の訴訟行為に対する懸念があるからであり、利害状況は三当事者訴訟として争うのがより実際に適合していることを前提にしている。代表訴訟において争われるのは、本来、会社・取締役間の法律関係である。また株主代表訴訟は、要件を充足する株主は当事者適格があるのだから、いずれかといえはその性質は、共同訴訟参加であると解すべきである。

代表訴訟は、それ自体会社と経営者の争いであるから、社会的信用等の観点から必ずしも結果的に良いものになるとはかぎらない。代表訴訟への参加は、馴れ合い訴訟において株主間に利害対立が現に存在しまたは発生することが多いであろうから、事前に会社内部において調整できることが望ましい。それゆえ補足説明にあるような、訴訟委員会の制度趣旨には賛成である。⁽⁴⁶⁾

- (1) 北沢・新版注釈会社法(6)(一九八七年)三八四頁(二六八条ノ三)。
- (2) 北沢・前掲註(1)新注会(6)三七七頁(二六八条)。
- (3) (出典)金融・商事判例一一四六号三頁、金融法務事情一六四二号五三頁、裁判所時報二三〇八号三五頁、判例タイムズ一〇八六号一一一頁、判例時報一七七七号一五一頁、(注釈)木俣由美「株主代表訴訟への参加と商法二六八条二項但書の適用」私法判例リマックス二六号(二〇〇三年へ上)一〇二頁、森田果「株主代表訴訟における共同訴訟参加」法学教室二六二号(二〇〇二年)一四六頁、齋藤哲「株主代表訴訟への共同訴訟参加が不当な訴訟遅延にならないとされた事例」法学セミナー五七五号(二〇〇二年)一一一頁、大塚和成「商法二六八条二項による株主代表訴訟への参加が不当に訴訟を遅延させるものとはいえないとされた事例」銀行法務二一No.六〇九(二〇〇二年)七五頁等参照。
- (4) 鈴木竹雄Ⅱ竹内昭夫・会社法(第三版)(一九九四年)三〇〇頁、大隅健一郎Ⅱ今井宏・会社法論中巻(第三版)(一九九二年)二七二頁、松田二郎・会社法概論(一九六八年)一四四頁。
- (5) 北沢・前掲註(1)新注会(6)三六二頁・三六三頁(二六七条)。

- (6) 鈴木Ⅱ竹内・前掲註(4)三〇〇頁、大隅Ⅱ今井・前掲註(4)二七二頁、松田・前掲註(4)一四五頁。
- (7) 東京地判平成一〇年二月七日判例時報一七〇一号一六一頁。
- (8) 大阪地判平成一年九月二二日判例時報一七一九号一四二頁。
- (9) 鈴木竹雄Ⅱ石井照久・改正株式會社法解説(一九五一年)一八〇頁。
- (10) 北沢・前掲註(1)新注会(6)三七四頁(二六八条)、商事法務研究会編・株主代表訴訟と取締役心得(一九九四年)一〇四頁。
- (11) 竹内昭夫・会社法の理論Ⅲ(一九九〇年)二四一頁。
- (12) 株主代表訴訟の原告適格の問題に関しては、株式交換・株式移転による原告適格の問題もホットなテーマである。株主代表訴訟制度研究会「株式交換・株式移転と株主代表訴訟(1)」商事法務研究一六八〇号(二〇〇三年)四頁以下参照。裁判例は、株主代表訴訟の継続中に株式移転により会社が株式移転により完全子会社となる場合において、原告株主は親会社の株主になるのであるから、もはや株主代表訴訟の原告適格を有しないという。最近の東京地判一五年二月六日判例時報一八一二号一四三頁、名古屋地判平成一四年八月八日判例時報一八〇〇号一五〇頁は、いずれも株式移転により原告株主は原告適格を失い株主代表訴訟は却下されると判示している。これに対しては立法論の熟成が期待される。
- (13) 神田秀樹編「企業統治に関する会社法改正」別冊商事法務二五三三号(二〇〇二年)二〇頁。
- (14) 商事法務一四七一号(一九九七年)一〇頁参照。
- (15) 神田・前掲註(13)六一頁。
- (16) 商事法務一五二六号(一九九九年)一九頁。
- (17) 商事法務一六一四号(二〇〇一年)一一頁参照。
- (18) 横尾賢一郎Ⅱ玉木亜弥Ⅱ正木義久・2002年度施行改正商法活用ノート(二〇〇二年)一三八頁。
- (19) 現在では、司法制度改革のための裁判所法等の一部を改正する法律(平成一五年法律一二八号)による民事訴訟費用等に関する法律の改正により、二〇〇四年四月一日より一三〇〇〇円である。
- (20) 法務省民事局参事官室・一問一答平成五年改正商法(一九九三年)一八頁・一九頁、資料版商事法務二〇五号(二〇〇一年)一一七頁。平成五年を境に株主代表訴訟が増加傾向にある。

- (21) 鈴木竹雄Ⅱ竹内昭夫・商法とともに歩む(一九七七年)一九〇頁。
- (22) 法務省民事局参事官室編・一問一答平成5年改正商法(一九九三年)三九頁、大隅Ⅱ今井・前掲註(4)二七五頁、北沢・前掲註(1)三七二頁、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)一五三頁など参照。
- (23) 竹内・前掲註(11)二四八頁。
- (24) 松田・前掲註(4)一四五頁。
- (25) 株主総会決議の効力を争う訴訟における担保提供のさいにも、悪意の疎明が必要である(商法二四九条二項・二五二条・一〇六条二項)。もちろん通説的見解は、被告は会社であると解するから、「悪意ニ出タルモノ」の意味は会社を害する意図をいう。この場合の悪意の疎明に関しては、岩原伸作・新注釈会社法(5)(一九八六年)三六五頁(二四九条)に次のような説明がなされており参考になる。会社が担保提供の請求をするためには、訴えの提起が悪意に出たものであることを疎明しなければならぬ(商法二四九条二項・一〇六条二項)。ここでいう悪意は、単に訴えにより会社に損害が生じるであろうことを知っていたという通常の民商法上の悪意ではなく、害意、すなわち訴えの提起が株主としての正当な利益の擁護の目的に出ずして、不当に会社の利益を害する意図をもってなされていることを意味すると一般に解されており、換言すれば訴えの成否とは関係なく、ことさらに会社を困らせようとする意図が訴えの提起により客観的に看取しうる場合をいうともされている。
- また実務上、株主代表訴訟のさいの担保提供における原告の悪意の意味をどのように解するのかが注目されていたが、リーディング・ケースとなった東海銀行事件(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)では、裁判所は次のような判断を示している。「……しかしながら、被申立人による本件訴訟の提起が、商法二六七条六項の準用する一〇六条二項所定の「悪意」に出たものであるというには、被申立人(原告)において、取締役である申立人(被告)が東海銀行に対して負うべき責任のないことを知りながら、専ら申立人を害する企図をもって提起した訴えであることが必要であると解すべきであるところ……」
- (26) 二〇〇一年(平成一三年)改正は、他に六月改正(法律七九号)と十一月改正(法律一二八号)がある。これらに引き続き毎年改正が続く、法務省民事局参事官室は、二〇〇三年(平成一五年)一〇月に公表した「会社法制の現代化に関する要綱試案補足説明」(補足説明という)において、「……会社法制に関する現行の商法が明治三二二年に、有限会社法が昭和一三年にそれぞれ制定された法律であり、いずれもいまだ片仮名の文語体で表記されており、また、現在ではほとんど使われていない用

語も少なからず用いられている。……会社法制については近時、議員立法によるものも含め、短時間に多数回にわたる改正が積み重ねられており、その全体的な整合性を図り、現代社会により一層対応したものに改善するために、改めて体系的にその全面的な見直しを行う必要があるという指摘も強まっている。……」としている。このような状況において法務大臣より法制審議会に対して会社法の現代化に関して諮問（諮問第五六号）があり、会社法（現代化関係）部会が設置され、同部会は二〇〇三年（平成一五年）一〇月二日に「会社法制の現代化に関する要綱試案」（試案という）を取りまとめた。補足説明は、試案の各項目について、その趣旨等を法務省民事局参事官室が補足的に説明したものである。同部会は、二〇〇五年（平成一七年）の通常国会に法案を提出することを目指している。

(27) 中村直人「代表訴訟における補助参加を認める最高裁決定と実務の対応」監査役四四二号（二〇〇一年）七頁。

(28) 名古屋高決平成八年七月一日判例時報一五八八号一四五頁。これの判批として、行澤一人「株主代表訴訟の被告側への会社の補助参加の可否」別冊ジュリスト一四九号（一九九八年）一一八頁など参照。

(29) 新堂幸司・新民事訴訟法（二〇〇一年）六九四頁・六九五頁。

(30) 最決平成一三年一月三〇日民集五五卷一号三〇頁。原審（名古屋高決平成一二年四月四日民集五五卷一号七七頁）は、「……もし、被告らへの補助参加を認めることになると、原告人は、自己に帰属し、自らがその存否について既判力を受ける損害賠償債権につき、その存在を争う当事者のために訴訟行為が許されるという関係になり、前記のとおり民事訴訟の構造に反する結果となるといわざるをえない……」と判示し、この点、最高裁決定における町田裁判官の少数意見と同じである。学説にも訴訟構造上の矛盾を指摘する部分に強い共感を表すものもある。山本克己「判批」ジュリスト一二二四号一二六頁参照。ちなみにこの事案においても、被告取締役への補助参加において、代表取締役が会社を代表している。

(31) 今井宏「代表訴訟制度と企業の対応」月刊監査役三二八号（一九九四年）一五頁。

(32) 竹内・前掲註(11)二五一頁以下。そこでは第一に、今まで訴訟を進行してきた現在の原告が、株主全員を公正かつ適切に代表しているのでなければ、訴訟の遅延あるいは裁判所の負担増加をもたらすことになっても、他の株主の参加を許し、それによって株主全員の利益が公正かつ適切に代表されるようにしなければならぬはずであるとし、第二に、参加の許否を決するにあたり、参加申立人の代表者としての適切性も考慮しなければならぬ結論を導くという。

(33) 松田二郎Ⅱ鈴木忠一・条解株式会社法三二六頁・三二七頁。

- (34) 松田・前掲註(4)一四五頁・一四六頁。
- (35) 松田・前掲註(4)一四六頁。
- (36) 最判昭和四五年一月二二日民集二四卷一号一頁。なお最判平成一二年七月七日民集五四卷六号一七六七頁は、自ら上訴しなかつた共同訴訟人を上訴人の地位に就かせる効力までが民法四〇条一項によって生ずると解するのは相当でない」と判示する。
- (37) 最判昭和四〇年六月二四日民集一九卷四号一〇〇一頁。
- (38) 前掲註(36)最判昭和四五年。なお新堂・前掲註(29)七〇七頁、岩原伸作・新版注釈会社法(5)(一九八六年)三四五頁(二四七条)参照。
- (39) 鈴木Ⅱ石井・前掲註(9)一八三頁、鈴木Ⅱ竹内・前掲註(4)三〇二頁、大隅Ⅱ今井・前掲註(4)二七七頁など。
- (40) 中野貞一郎Ⅱ松浦馨Ⅱ鈴木正裕・新民事訴訟法(一九九八年)四五六頁。
- (41) 谷口安平「株主の代表訴訟」鈴木Ⅱ三ヶ月監修『実務民事訴訟講座5』(一九七〇年)一〇六頁・一〇七頁。
- (42) 中野他編・前掲註(40)四六八頁・四六九頁。
- (43) 谷口・前註(41)一〇七頁。
- (44) ただし株主は、会社の権利につき会社のために訴えを提起するのであるから、その株主が請求の放棄または和解をなしうるならば、その株主の一存で会社の権利の全部または一部を処分することを認める結果となつて、株主の和解を認めない見解もある。大隅Ⅱ今井・前掲註(4)二七七頁。
- (45) 松田二郎Ⅱ鈴木忠一・条解株式会社法二一七頁以下、北沢正啓・注釈会社法(4)(一九七〇年)三七四頁(二六八条)等参照。
- (46) 補足説明五七頁。