

株主代表訴訟における会社の 被告取締役への補助参加

Shareholder's Derivative Suit against Director & Company's
Intervention to Director's Side.

小林 一 于

KOBAYASHI, Kazuo

Abstract

In the case of shareholder's derivative suit against director, is it allowed that the company intervenes to director's side (defendant) from the legal viewpoint of Japanese Commercial Act and Civil Procedures Act ?

This paper examines and deals with the above subject.

1. はじめに

商法268条は、株主と取締役間の株主代表訴訟において、会社が訴訟参加できると規定している。この会社の訴訟参加形態の一つとして、原告側株主への補助参加と、被告側取締役への補助参加が考えられるが（民事訴訟法42条）、特に後者の補助参加の可否については商法学者、民事訴訟法学者の間で学説は鋭く対立し、下級審の決定も肯定例と否定例に分かれていた。

平成13年1月30日、最高裁第一小法廷は、この問題に関し、新設された民事訴訟法337条許可抗告制度の下ではじめて判断を示し、会社の被告取締役への補助参加を認めた¹⁾。下級審における決定を統一した意義及び株主代表訴訟、第三者の補助参加の可否判断に与える影響は極めて大きい²⁾。

ところで会社の被告取締役側への補助参加の可否についての学説の対立、下級審判断の不統一は、筆者から見ると十分論点が整理されないで議論されてきたのではないかとの疑問が払拭できない。かかる問題意識から、以下原点に立ち返って、会社の被告取締役側への補助参加の可否を考察してみたい。

まず補助参加の意義を明らかにし、次に株主代表訴訟の立法経緯にふれつつ、従来からポイントとなっている論点、すなわち民訴法42条にいう「利害関係」とは何か、同条の「判決の結果」とは判決主文の判断に限定されるのか、そして最後に、会社の被告取締役への補助参加を認めることが妥当か否か、という順序で議論を進めていくこととする。

2. 補助参加の法的意義

そもそも民訴法42条にいう補助参加の制度の趣旨は何であろうか。

補助参加は、既に提起されている訴訟において、訴訟当事者の一方を補助するために訴訟途中で第三者が訴訟参加するものである。この第三者は、自らが請求する立場に立つ者でもなければ、請求される立場に立つ者でもない。訴訟上の請求とは関係しない者である。従って訴訟当事者に及ぶ民訴法114条の判決主文中の判断に係わる既判力は、第三者たる補助参加者には及ばない。かかる意味で補助参加者の権限は従属的である、と説明される³⁾。

しかし一方補助参加人は、自己の名前と費用で訴訟参加するのであり、又訴訟代理人を自ら選任でき、期日の呼出状も補助参加人に独立して送達され、被参加人から参加につき異議申し立てがない限り補助参加は可能とされてい

1) 資料版/商事法務204号309頁、金融・商事判例1109号3頁参照。

なお第一審である名古屋地裁平成12年2月1日決定(資料版/商事法務204号320頁、金融・商事判例1100号39頁)は、補助参加の申出を却下し、第二審である名古屋高裁平成12年4月4日決定(資料版/商事法務204号322頁、金融・商事判例1100号34頁)は、抗告を棄却した。

なお会社の補助参加に係わる最高裁平成9年1月20日決定は、会社側の特別抗告(民訴法336条)に対し、違憲とする抗告理由は違憲ではなく、単なる法令違背にすぎないとして却下したものである(資料版/商事法務155号140頁)。

2) ところで笠井正俊「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91-93頁(2001年)は、本決定と同一構成の平成13年2月22日最高裁第一小法廷において、本決定と整合しない決定(平成12年(行フ)3号、裁判所時報1286号69頁)が出されていることを理由に、本決定はあくまでも例外的、限定的なものであるから過大評価されるべきではなく、将来裁判所法10条3号により法令解釈のための大法廷判断が示されることが望ましいとする。

3) 高橋宏志「補助参加について(1)」法学教室194号111頁(1997年)。

る(民訴法44条)。さらに補助参加人は、被参加人の訴訟追行行為に抵触しない限り攻撃防御方法の提出、異議申立て、上訴の提起、再審の訴えの提起等一切の訴訟行為を自らできる(同45条)とともに、一部例外を除き補助参加人に係わる訴訟の裁判の効力は、補助参加人にも及ぶ(同46条)のである。既判力とは異なる、いわゆる参加的効力が認められている。

以上補助参加人の地位・権限は、被参加人の地位・権限と独立して規定され、その独立性は顕著である⁴⁾。

ところで補助参加人は何故訴訟に参加してくるのであろうか。補助参加人は訴訟行為を通じて自らの法律上の利益・地位をめぐる紛争を自己に有利に解決・保全しようとするのであり、これが最大の参加理由であって、この主体的参加姿勢こそ注目すべき要点なのである⁵⁾。

以上を典型的な補助参加例で見よう。

債権者の、保証人に対する保証債務履行請求訴訟に主債務者が保証人側に補助参加する例である。この場合主債務者は何故補助参加するのであろうか。単に善意で保証人に訴訟支援するという単純なものではない。補助参加人は自らの打算で参加してくるのである。この打算性は、訴訟相手方ではなく、被参加人から補助参加してくれるなどと言われてもその異議が裁判所で確定するまでは訴訟行為を継続できるという民訴法45条第3項によっても裏打ちされている。

さて参加理由の一つは次である。原告たる債権者が勝訴すると保証債務の存在が確定することになる。そうなると保証債務の前提となる主債務は存在するであろうとの判断は当然働いてくるわけで、この判断により将来主債務者に対し債権者が請求してくる可能性が増大する。主債務者は後訴で法律上不利益を蒙り、不利な地位に立つおそれが出てくる。これはどうしても未然

4) 井上治典「補助参加人の訴訟上の地位について」『多数当事者の法理』(弘文堂1981)は、ドイツ補助参加論の基底をなす思考様式を歴史的に分析し、参加人の地位についての従属性の法理は、補助参加には必ずしも絶対的ではないとする。

5) 新堂幸司『新民事訴訟法』689頁(弘文堂1998年)、伊藤眞「補助参加の利益再考」民事訴訟雑誌41号(1995年)参照。なお平成13年1月30日最決もこの論旨を採用している。

に防いでおこうとする補助参加者たる主債務者の独自の判断がある。

もう一つの理由は、前訴で保証人が敗訴し、債権者に保証債務を履行すると、保証人は主債務者に求償してくる可能性が出てくる。ここでも主債務者の法律上の利益は損なわれ、不利な地位に立つおそれが出てくるわけであり、これも未然に防止したい判断理由となる⁶⁾。

以上補助参加は、補助参加人の自らの法的利益・地位の、解決・保全を図ることに主眼があることは、以下議論を進める出発点としてよく銘記しておくべき事項である。(この点については、後述する補助参加人の法律上の利益との関係でもふれることとする。)

3. 株主代表訴訟の立法経緯

昭和25年商法改正において、株主代表訴訟制度が新設された。その立法化のための準備作業は、当時の連合軍司令部 (GHQ) が日本側と協議しながら行われたが、改正の当初の段階ではGHQはアメリカ型のクラスアクション的な株主代表訴訟制度の導入を意図していたものといわれ、会社は必要的当事者 (被告) として訴訟に参加することは当然のことと考えられていたものようである⁷⁾。これを日本側が我が国の「法律構造に合致するよう」「訴訟技術の点において」修正し、改正法としたとされている。

修正後の内容は、原告株主と被告取締役間の馴れ合いを防ぐため、①他の株主も訴訟に参加できることとし、かつ会社もまた訴訟に参加できるとしたこと (商法268条第2項)、②原告株主は会社に訴訟告知すべきものとしたこと (同268条第3項)、③馴れ合い訴訟か否か裁判所が職権で調査するのは實際上困難なので、馴れ合いがあった場合は他の株主又は会社が再審の訴えを提起できるとしたこと、とされている (同268条の3第1項⁸⁾)。

以上の立法経緯からすると、商法268条第2項にいう会社の参加とは、原告

6) 伊藤眞「第6講 代表訴訟における訴訟参加と和解」株主代表訴訟に関する諸問題 大阪株主懇談会編集 (1997年) 参照。

7) 徳田和幸「株主代表訴訟と会社の訴訟参加」法曹時報48巻8号8頁 (1997年)。

8) 徳田 前掲 (注7) 9頁。

株主と被告取締役間の馴れ合い訴訟を防止するために認められたものであるからして、会社は馴れ合いの監視のために原告株主側に参加することを予定していたものとも解釈され、被告取締役側への参加は想定していなかったのではなかろうかと推定されるのである⁹⁾。

しかしながらそのように推定されるとはいえ、商法268条は、会社の訴訟参加について原告株主・被告取締役間の馴れ合いの疎明、会社に対する詐害性の主張を参加要件としていないので、立法者の意図はどうか、会社の被告取締役への参加を否定しているわけではないものと考えられる。

ただし会社は、商法267条第1項により、株主から提訴請求を受けた当初の段階で自ら訴えを提起する権利を有していながらそれを行わずして、後に提起される株主代表訴訟に参加してくるのは何故であろうか。

株主による提訴請求段階では、取締役に対する訴訟追行を否とする判断を固めたか、又は同株主の請求は、全株主の利益を適切に代表していると判断できなかったからこそ提訴しなかったのであり、株主訴訟提訴段階でもその判断を維持しておれば、同代表訴訟では、前者の場合は当然被告取締役側に参加する事になるであろうし、後者の場合は同じく被告取締役側に参加するか、又は中立を維持して参加を見合わせるものと考えられるのである。いずれにしても会社の原告株主側への参加しかあり得ないという解釈は採用できないものである。

なお以上の立法経緯を前提にして、会社の参加形態に関し、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り、この場合原告株主と会社の間利害は対立していることが前提となるから、会社の参加を共同訴訟参加¹⁰⁾と見ることに疑問を呈し、両者

9) 会社の訴訟参加については、商法268条の3に規定する詐害再審の訴えとともに、いわゆる馴れ合い訴訟の防止のためであると理解するのが一般的であった。北沢正啓『新版注釈会社法(6)』(1987年)374頁など。

10) 徳田教授は「共同訴訟参加」とみることに疑問を呈示されるが、そこでいう共同訴訟参加には、共同訴訟的当事者参加、共同訴訟的補助参加、通常共同訴訟のいずれをも包含するものと理解する。

間の利害の対立をそのまま訴訟に反映させるとすれば会社の参加は独立当事者参加と理解すべきとする見解がある¹¹⁾。傾聴すべき指摘ではあるが、立法経緯にこだわりすぎている感は拭えない。

以上昭和25年商法改正に際し新設された株主代表訴訟生誕の経緯は、後の議論、特に被告取締役への会社の補助参加はあり得ないとする見解に対し、裨益するところ大であると考え論述したものである。

4. 補助参加の利益について

民事訴訟法42条は「訴訟の結果について利害関係を有する第三者は当事者の一方を補助するためその訴訟に参加することができる」と定めている。それではまず最初に、ここでいう「利害関係」とは何であろうか。

利害関係が単なる事実上又は経済上のものでは足りず、法律上のものでなければならぬとすることについて学説は一致している¹²⁾。従って取締役が被告とされてしまい気の毒だからとする感情的な理由、あるいは弁護士費用がかさんで大変だろうからという経済上の理由で会社が補助参加するということは認められない。さらに、取締役が敗訴すると会社のイメージダウンにつながる、社員の士気が阻喪する、経営が萎縮する、会社が参加することにより訴訟資料、証拠資料が豊富になり審理が充実する、というのは単なる事実上の利益である。また重要取引先に迷惑をかけ取引が中止されるというのは経済上の利益であり、原告株主が勝訴すると商法268条の2により会社は原告株主の弁護士費用等の償還義務が発生する、さらにはその弁護士費用等が被告取締役から得られる損害賠償金額を上回る可能性があるから法律上の利害関係がある、とする主張も実は経済上の利害関係にすぎない¹³⁾。

判例についても、以上の法律上の利害関係でなければならぬとする判断基準は同じであるが、個々の判例を具体的に見ていくと、事実上・経済上の

11) 徳田 前掲(注7) 18頁。山田泰弘『株主代表訴訟の法理』93頁(信山社2000年)。

12) 新堂 前掲(注5) 691頁692頁。伊藤眞『民事訴訟法 補訂版』577頁578頁(有斐閣2000年)等。ただし井上「補助参加の利益」前掲(注4) 67頁は、法律上の利益と事実上ないし経済上の利益は明確に峻別できないのではないかと疑念を差し挟んでいる。

利益にすぎないものに補助参加の利益を肯定したり、逆に法律上の利益と認められるものに補助参加の利益を否定したりして、必ずしも統一的整合的判断がなされていないとする指摘がある¹⁴⁾。

それでは利害関係は何故法律上のものでなければならないのだろうか。

それを理解するには前述2. 補助参加の法的意義で述べたように、補助参加は、補助参加人自らの法的利益・地位の、解決・保全を図るためにある制度であることを思い起こさなければならない。すなわち第三者たる補助参加人が参加できるためには、自らの「法的」利益、「法的」地位を訴訟で解決・保全する利益を持っていなければならないが為に、民訴法42条でいう補助参加人の利害関係は、「法的」利害関係でなければならないことになるわけである¹⁵⁾。

5. 判決主文中の判断に限られるか。

民事訴訟法42条「訴訟の結果について利害関係を有する第三者」でいうところの「訴訟の結果」とは何を指すのであろうか。判決主文中の判断に限られるのであろうか。それとも判決理由中の判断でもよいとするのであろうか。この点につき学説、判例は大きく分かれていた。

伝統的には「訴訟の結果」を、訴訟物に関する判断、すなわち判決主文中の判断ととらえてきた。その結果、判決理由中の判断についての利害関係では足りないとしてきた。しかし近時主要な争点についてのものであれば判決理由中の判断でも利害関係ありとする有力説がある¹⁶⁾。この点に関する議論につき、あらためて、補助参加の典型例（前述2. 補助参加の法的意義で取

13) 高橋 前掲(注3) 法学教室196号78頁。伊藤前掲(注5)。

逆に中祖博司「株主代表訴訟判例の整理と若干の考察」判例タイムズ834号34頁(1994年)は、以上のような理由が補助参加を可とさせると説く。

14) 伊藤 前掲(注5) 20頁(伊藤注33)。

15) 伊藤 前掲(注5) 17頁では、以上の論理を「補助参加の制度が、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する以上、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」と述べている。

り上げた例) を見てみよう。

この例は、債権者が保証人に対する保証債務履行請求訴訟に主債務者が保証人に補助参加する例である。この訴訟の訴訟物は保証債務の存否（及びその履行）である。判決主文において保証債務の履行が認められると、補助参加人である主債務者への保証人の求償権が発生する。この限りでは補助参加の利益を判決主文中の判断に係わらしめるだけで充分である。

しかしこの例を若干変形させて、債権者が主債務者に対し債務履行請求訴訟を追行し、保証人が主債務者に補助参加する例として考えてみよう。

この場合保証人は、債務不存在が確定すれば保証債務を免れるという法的利益をもっているので「利害関係」要件は満たしている。しかしこの判決主文は、債務者はいくらいくらを債権者に払えとする給付判決であり、これをもって保証債務が確定するわけではなく、債権者が債務者から弁済を受ければ保証人に求償してくるとは限らないのであるからして、その意味では保証人は判決主文中の判断に利害関係ありとはいえないことになる。この場合、保証債務についての判断は、むしろ判決理由中の判断に現れてくることになろうと考えられる。

前者の保証債務履行請求訴訟では、判決主文が補助参加人の権利義務に係わってくるが、後者の給付訴訟では、判決主文には補助参加人の権利義務は現れてこないのである。しかし後者でも補助参加人の法的利益には大きな実質的影響が及んでくるのであり、それにも拘わらず補助参加の利益を認めないというのは不当であり、いかにもバランスを失っているといわざるを得ない¹⁷⁾。

これから議論を進める株主代表訴訟を例に取れば、被告取締役への訴訟が、会社の法的利益・地位に実質的影響を与えるものであれば、会社は自らの利益・地位を守るために補助参加するのは当然であり、それが判決主文中の

16) 新堂 前掲(注5) 495頁。

17) 高橋 前掲(注3) 法学教室195号88頁では、確認訴訟と給付訴訟の違いに論究し、その上で訴訟物に限ることは狭すぎると論じる。

判断であろうと、判決理由中の判断であろうと、補助参加の利益を基礎づけるというべきである。株主代表訴訟の場合は、それが判決理由中の判断に係わってくるのである。このときの訴訟物は、会社の、被告取締役に対する損害賠償請求権であるからして、会社が被告取締役の補助参加人として訴訟行為を行うことは、自己に帰属する権利を自ら否定してしまうことになる自損行為であり¹⁸⁾、背理である、論理矛盾である¹⁹⁾、訴訟構造からして認められない²⁰⁾という主張もあるが、そもそも会社たる補助参加人の法律上の利益・地位は、必ず単一であるとは限らないことは、看過してはならない重要事項である。被告取締役に対する損害賠償請求権はその一つにすぎないのであって、会社の法律上の利益・地位を保全する権利も並列して存在することを忘れてはならない²¹⁾。

従って、会社による損害賠償請求権の否定行為それ自体は、自損行為であり、背理であり、訴訟構造上認められないものであるにせよ、会社の経営上の意思決定の適法性が争点になっているとき、会社の有する、同判断に係わる法律上の利益・地位を擁護する行為は、自損行為でもなければ、背理でもなく、訴訟構造上矛盾することにもならないのである。以上二つの法律上の

18) 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」竹内昭夫編『特別講義商法Ⅰ』229頁（有斐閣1995年）。

19) 岩原 前掲（注18）229頁。山下友信「取締役の責任・代表訴訟と監査役」商事法務1336号15頁（1993年）は、権利の帰属者である会社が自らの権利がないという主張の下に被告取締役側に立つことは、論理矛盾であるとする。

20) 伝統的な株主代表訴訟観によると、同訴訟の本質は代位訴訟であるから、権利帰属主体である会社が、義務者である被告取締役側に補助参加することは、自己の権利を否定するために訴訟行為をすることを意味し、訴訟構造に矛盾するとされてきたが、株主代表訴訟において原告株主は、会社の権利を行使している場合もあるが、株主自体に帰属している権利を行使している側面、すなわち代表訴訟の側面も併せ持つわけだから、必ずしも訴訟構造に矛盾するとは言い切れない。

なお河村貢「代表訴訟と会社の補助参加」取締役の法務84号6頁（2001年）は、同一人が対立当事者双方の参加人になることは出来ないことから演繹し、現行法下では会社の被告取締役への補助参加は無理があるとするが、会社が原告株主と被告取締役双方に参加することはあり得ようか、疑問である。

21) 伊藤 前掲（注5）23頁。

利益・地位を混同して議論してはならない²²⁾。

なお前項4. 補助参加の利益において利害関係は、法律上の利益でなければならぬと論じたが、本項の判決主文中の判断か、判決理由中の判断でも足りるかという議論との関連において、法律上の利益と認定されてもそれが判決理由中の判断であるとして却下された例が見受けられる²³⁾。

6. 会社の被告取締役への補助参加の可否

以上手続法上の観点から見て、会社の、被告取締役への補助参加は可能である旨を論じてきたが、実体法上（商法上）の観点から以下論述を進めていきたい。

会社の被告取締役側への補助参加を鋭く否定する考え方の根底にあるものは、我が国における取締役会、監査役等の会社機関が「独立した公正な立場で会社の利益を判断し代表できるとは言い難い」²⁴⁾とする根強い会社機関に対する不信感、あるいは同機関の制度的・機能的不全観から出発しているものようである²⁵⁾。確かにかかる所論は、現在の我が国の会社機関の実態を見ると、首肯できる面がないとはいえないが、その実態論から出発して会社の被告取締役への補助参加を否とする見解は、法解釈論としては採用できない方法論ではなかろうか。

まず会社の被告取締役への補助参加を否とする見解の第一は、次の通りで

22) 伊藤眞「代表訴訟と民事訴訟」柏木昇編『日本の企業と法』55頁（有斐閣1996年）。

なお黒沼悦郎「株主代表訴訟において会社が被告側に補助参加することの可否」判例評論462号37頁（1997年）は、会社の意思決定が違法であると判断されることにより会社が公法上の監督処分を受け、又は将来の業務に制約が生じる等の不利益が及ぶ可能性がある場合に会社の補助参加の利益を認めるべきである、と積極説に立っているが参加利益の条件を加重している。高橋 前掲（注3）法学教室196号78頁高橋注6参照。

23) たとえば東京高裁昭和49年4月17日決定キノホルム訴訟（下級民集25巻1～4号309頁）。

24) 岩原 前掲（注18）244頁、235頁。

25) 神田秀樹「株主代表訴訟に関する理論的側面」ジュリスト1038号66頁（1994年）は、会社による取締役の責任追及が問題になる場合では、他の取締役や監査役は「同僚」を提訴することになり、かかる提訴が期待しにくいという「提訴懈怠可能性」が、株主代表訴訟を認める理由であると説いている。

ある。

会社の意思決定の適法性が代表訴訟の争点になっている場合、否定説であっても、会社はこの点に関し、裁判所の判断を受けるべき法的利益を保有していることには理解を示している。しかし会社が被告取締役側について訴訟活動を行うことが本当に会社の利益に適う行為なのか、とくに会社の意思決定の適法性判断が下されるのは当該裁判の確定後であるから、株主代表訴訟提起時点又は会社の補助参加申し出時点では、適法性ないし会社の利益に適合しているかどうかは客観的に明らかではない、その時点では逆に会社の意思決定は違法であるやもしれず、却って原告株主側に補助参加することこそ会社の利益に適っていることになるかもしれないではないか、と主張する²⁶⁾。

この所説に対してはこう反論できる。

確かに会社の意思決定の、裁判所による適法性判断は、裁判が確定しなければ分からない問題であるが、会社が適法だと判断した意思決定の適法性を裁判所に判断してもらうことは、裁判を受ける権利そのものの行使であって、会社の判断はすべて我が国の現状に照らして信頼できないからとして否定し去ることは、法社会の否定につながることになりはしないだろうか。会社の意思決定の適法性判断が裁判所で否定され、違法となった場合は、その意思決定に賛成した取締役及び会社の被告取締役への補助参加に賛成した取締役に対し、新たに株主代表訴訟を提起し、会社の意思決定機関の責任を追及しそれによって我が国のコーポレートガバナンスの質的向上を図るとというのが法社会の期待する道筋ではないだろうか。

又会社の被告取締役への補助参加を否とする見解の第一に関連し、会社の意思決定の適法性を訴訟参加の理由にすると、株主代表訴訟においては、ほとんどのケースで会社は被告取締役側に参加してしまい、不当であるとする説もある²⁷⁾。訴訟上の戦力バランスが会社の参加により均衡を失するという

26) 岩原 前掲(注24) 233頁, 234頁。中島弘雅「株主代表訴訟における会社の補助参加」ジュリスト1097号93頁(1996年)。

27) たとえば荒谷裕子「株主代表訴訟における会社の被告取締役側への訴訟参加の可否」菅原菊志先生古希記念92頁(信山社1998年)。

のである。しかし取締役個人の明らかな違法行為、不正行為あるいは重過失があるときに、会社が取締役側に補助参加することは当然のことではないわけで、すべて会社が被告取締役側に必ず補助参加するわけではない。

また被告取締役側に補助参加するという会社の経営判断そのものが、いわゆる身内（あるいは同僚）意識の下で決定されており信頼に値しないという主張についていえば、かかる経営判断の適法性を裁判所で客観的に判断してもらい、身内意識で固まった、内に向きっぱなしのベクトルの適否を対外的にさらけ出し、公明正大な判断を仰ぐ機会を作出せしめる方が却って我が国のコーポレートガバナンスの向上に資する、と言えるのではなからうか。

被告取締役への補助参加を否とする見解の第二は、次の通りである。

我が商法は、株主代表訴訟の提訴の是非及び提訴内容の妥当性を、事前には原則として判定しないことになっている。この点は、取締役会の判断あるいは社外取締役のみを構成メンバーとする訴訟委員会の判断および経営判断原則を適用しそれに信を置くアメリカにおける取り扱い方と根本的に異なるところである。そこから議論を出発させて、株主代表訴訟の提訴の是非及び提訴内容の是非を原則として判断しないということそのものが、イコール取締役会、代表取締役、監査役の判断に信頼を置かないとすることであり、かつ原告株主の判断の方を予め尊重しているということであるから、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、原告株主が代表訴訟を提起した時点で既に原告株主によって行使されてしまった²⁸⁾と主張する見解がある²⁹⁾。

これに対してはこう反論できよう。

28) 岩原 前掲 (注18) 235頁。

29) 中島 前掲 (注26) 92頁は、株主が代表訴訟を提起した以上、会社の機関は独自の立場から取締役会決議が違法であった旨を主張・立証する機会を認めないというのが、我が国株主代表訴訟制度の趣旨であるとする。高田裕成「信用組合の理事に対する代表訴訟における信用組合の被告側への補助参加の可否」[判批]私法判例リマークス14号129頁(1997年<上>)は、株主代表訴訟が適法に提起されたときは、会社に補助参加人としての独自の訴訟追行権を与えるべきでないとする。

明らかに濫訴と認められるときは、裁判所は、株主に担保提供を命ずるのではなく、訴えそのものを却下あるいは棄却すべきが筋である。商法267条5項の担保提供命令は、濫訴である疑いが濃厚であるときに行使されるべきものである。それはさておき、確かに株主の提訴内容の正当性判断には踏み込まないというのが我が商法の立場である。一方アメリカと違い、取締役会等の経営判断をも信頼の基礎としないというのが我が商法の立場である。そうであれば会社の経営判断の適法性が争点となっているときに、会社自体にいわゆる信頼確認請求権を行使させないということは、原告株主の持つ訴権とのバランス上、アンフェアではなかろうか³⁰⁾。会社の訴権は原告株主によって既に行使されてしまったという所論は、裁判を受ける権利の否定につながるであろうか、強い疑問のあるところである。又株主の提訴内容の正当性判断に踏み込まないということは、当該株主の主張が全株主の利害を代表するものなのかどうかという点を不問に付しているのであり、さらにその主張が会社の利益に適うか否かという問題についても不問に付しているわけである。そうであれば、この点につき会社に主張させる機会を与えるべきではないだろうか³¹⁾。

被告取締役側への補助参加を否とする見解の第三は、次の分野で主張される。

会社の、被告取締役側への補助参加を認めると、弁護士費用等に関し、被告取締役への報酬に該当するから、それは商法269条に従い株主総会の決議を

30) 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1062号64頁(1995年)は、会社経営の適法・妥当性が訴訟の中心問題になるのであるから、会社として独自の立場で主張・立証を試みようとするのは極めて自然であると述べ、会社の強制参加を提唱している。

なお井上治典「補助参加の利益・半世紀の軌跡」判例タイムズ1047号11頁(2001年)は、「第三者の弁論要求を認めることが紛争主体間の関わり方からみて公正かつ衡平かという手続的な観点から、補助参加の利益の核心をなすと考えられるのである」と明快に論じている。

31) 新堂幸司「株主代表訴訟の被告役員への会社の補助参加」『民事訴訟法学の展開』89頁(有斐閣2000年)は、会社の手続保障の問題として、会社の被告取締役側への参加の機会の保障を力説される。なお初出は自由と正義47巻12号120頁121頁(1996年)

要する。会社の、被告取締役に対する損害賠償請求権に対する関係では、会社の、被告取締役側への補助参加は、原告株主が勝訴した場合、いわゆる自損行為になる可能性もあることからして、かかる補助参加は、商法265条の利益相反取引に該当し、取締役会の承認が必要である、とするものである³²⁾。

まず報酬に該当するかどうかについていうならば、被告取締役勝訴であれば、それは取締役が会社（総株主）の委任事務を正当に履行した現れであるから、民法650条により弁護士費用等は委任事務処理費用となり、取締役に費用償還請求権が発生し、報酬とはならないといえよう。

取締役敗訴であれば報酬になる。

利益相反取引についていえば、本論では取締役は、会社の適法とされる経営判断、意思決定の下で行動しているケースを議論しているから（取締役個人の違法行為、不正行為、重過失は議論の対象外である）、取締役会の承認は、当該経営判断に係わる取締役会付議時点で取り付けられていると考えて差し支えないであろう。

取締役敗訴となれば利益相反取引となるが、この場合でも経営判断に係わる取締役会の承認は取り付けられているであろうから、同議案に賛成した取締役に対しては、その判断に関し別個の株主代表訴訟が待ちかまえていることになるろう。

被告取締役側への会社の補助参加を否とする第四の見解は、訴訟資料に係わる問題である。

会社の参加により株主代表訴訟における訴訟資料が豊富になり、審理が充実し真実に近い裁判が実現可能になることを理由とする肯定説³³⁾に対し、会社は被告取締役側だけに有利な訴訟資料を選択して裁判所に提出するのではないか、とする疑念である³⁴⁾。

この問題については、筆者としても明白に反論することは現行法下では困

32) 岩原 前掲（注18）229頁。

33) 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1358号28頁（1994年）は、株主代表訴訟制度については一定の公共性が問題になるので、訴訟資料を豊富にし裁判の審理を充実させるためにも会社の補助参加を積極的に認めるべきと説く。

難である。

確かに民事訴訟法220条4号は、文書所持者の一般的提出義務を唱っているが、稟議書や社内会議の議事録、取締役会配付資料といった内部資料については、会社の提出拒否権を全面的に排除できないからである³⁵⁾。従いアメリカにおけるような広汎な証拠開示制度（ディスカバリーのような制度）がない以上、訴訟資料面での当事者の公平維持は、現状では徹底できないであろうことは認めざるを得ない。特に株主代表訴訟の法的性質を、少数株主対多数株主の争訟という一局面のみを強調する立場から見れば、訴訟資料が会社側に偏って存在し、かつそれを会社が自ら選好出来るという事実は、とりもなおさず会社は同訴訟において、原告株主、被告取締役側どちらにも補助参加せず、中立を維持すべきとの結論を導く手がかりにもなりうるであろう³⁶⁾。

ただし、株主代表訴訟は、少数株主対多数株主の争訟という側面に限られず、コーポレートガバナンスの追求という側面も併せ持っており、会社が自ら主張する会社のコーポレートガバナンス論を陳述させる機会を設け、それに耳を傾けその上で冷静な判断を下すという大人の姿勢も重要である。

かかる意味でも商法268条2項は、会社は参加できると規定していることを

34) たとえば荒谷 前掲（注27）88頁。大内義三「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が取締役を補助するため訴訟に参加することの可否」金融・商事判例1116号66頁（2001年）

35) 最決平成12年12月14日は、貸出稟議書は、特段の事情がない限り専ら文書の所持者の利用に供するための文書に当たるとして提出義務を否定している。

36) 神作裕之「株主代表訴訟補助参加申立事件、最高裁決定の検討」商事法務1592号9頁11頁（2001年）は、株主代表訴訟の実体は、株主と経営者、又は少数株主と経営者の背後にいる大株主の対立であるから、会社は原告からも被告からも中立であるべきであると説いている。

さらに中島弘雅「民事手続法の観点から見た株主代表訴訟」ジュリスト1191号12頁（2000年）も同様の見解を示し、立法課題として裁判所が必要な訴訟資料を得る目的で会社に対して中立的な立場で審理に協力を求める制度の導入を提案している。

青竹正一「株主代表訴訟における会社の被告側への補助参加（下）」判例時報1752号196頁（2001年）は、訴訟資料・証拠の提出の公平をはかる立法の必要性を強調し、株主代表訴訟においては、裁判所は株主の申し立てにより会社が所持する文書の提出を命じることが出来る旨の規定の新設を提唱する。

忘れてはならない。

なお株主代表訴訟に補助参加する会社は、訴訟の準当事者と考えられるから、商法35条により裁判所の命令により商業帳簿の提出が義務づけられるとする説がある³⁷⁾。これを敷衍すれば、会社は補助参加により、訴訟資料面で(商業帳簿に限られるものの)却って負担を背負い込むことになるばかりか、必ずしも恣意的な選択は許されないことになり、これを根拠に、裁判所による訴訟資料面での偏頗なき訴訟指揮なり、裁判官の自由心証に期待できる道は残されているものともいえよう。株主代表訴訟においては、個々の株主の自己決定イコール会社の自己決定であるという図式は必ずしも成り立たないので、裁判所が衡平の観点から相当程度の裁量権を持って後見的に関与し、多数株主、少数株主及び単独株主間の利害調整を図るという役割を担い、一方かかる権限を付与された裁判所を民主的手続きによりコントロールするという制度作りが立法的には求められる姿であろう³⁸⁾。

7. おわりに

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につき、訴訟法上指摘された問題点については、補助参加制度の趣旨が、補助参加人の法的利益・地位そのものの解決・保全にあること、補助参加の利益は、被告取締役に対する損害賠償請求権のみに限られるのではなく、会社の意思決定の適法性判断請求権も包含されるのだという認識に立てば、問題は一挙に氷解するものと考えられる。

次に実体法上指摘される問題点についていえば、裁判を受ける権利の保障を重視しなければならないということである。すなわち会社の意思決定の適法性に関する裁判上の陳述権の保障である。その手だてを講じた上で、なお会社の被告取締役側への補助参加の意思決定が違法であるとされたら、当該

37) 河本一郎「株主代表訴訟の現状と諸問題」金融法務事情1471号25頁(1997年)。

38) 森本滋「コーポレートガバナンスにおける代表訴訟制度の果たすべき役割」近畿大学法学48巻2号48頁(2000年)は、概略以上のような見解を示している。

決定に賛成した取締役の責任を、別個の株主代表訴訟で追及することにより責任の所在を徹底的に明らかにして行くべきであり、かかる手順を踏むことが、我が国の会社機関機能不全の実態を改善し、我が国企業のコーポレートガバナンスの改善・確立への端緒となるのではなからうかと思う次第である。

以上、取締役の執行行為に関して、その行為が会社の経営判断に基づくものであり、会社のかかる意思決定の適法性が問われる株主代表訴訟にあっては、会社の取締役側への補助参加は可とすべきであることを論述した。

ただし会社の被告取締役側への訴訟参加問題については、なお、訴訟法上の参加形態のあり方をめぐる問題（今まで議論してきた共同訴訟的補助参加なのか、それとも独立当事者参加なのか等々）とか、会社の補助参加に当たり会社を適切に代表する者は誰かという問題³⁹⁾、さらには訴訟資料の取り扱いをめぐる問題等々解決すべき課題を数多く残しているが、冒頭最高裁の決定が下されたばかりであり、しばらくは判例の推移を注意深く見守っていきたいと考える。

以上

(平成13年8月26日脱稿。なお株主代表訴訟において、監査役全員の同意により会社の訴訟参加を可能とする商法改正案が、平成13年12月5日参議院本会議で可決、成立すると報じられている(平成13年12月5日、日本経済新聞朝刊)。

39) 会社の補助参加については、誰が会社を代表するかという問題に関し、それは会社と取締役間の訴訟ではないから、監査役が代表になる(商法275条の4)のではなく、代表取締役であると考えられるが(新堂 前掲(注31)自由と正義122頁)、この場合も監査役であるとする考え方がある(たとえば、山田 前掲(注11)91頁)。