

研究会報告

株主代表訴訟における会社の訴訟参加について

勅使川原 和彦

- 一 はじめに
- 二 株主代表訴訟の法構造
- 三 会社の原告（株主）側への参加

- 四 会社の被告（取締役）側への参加
- 五 結びに代えて

一 はじめに

平成五年の商法改正と相前後する頃から、株主代表訴訟の提訴件数は急増している。<sup>①</sup>しかし、（制度趣旨に関する議論はともかく）濫訴防止の機能を期待される担保提供の申立てにつき、会社側としては「不当提訴」と考えるような範囲でも認められなかったケースがわずかながらも見られた

こともあいまってか、新たに、会社側としての（特にプロ株主による）株主代表訴訟に対する「對抗措置」として、会社の被告取締役側への「補助参加」戦術がにわかに脚光を浴び、ここ数年來、その許容性に関する議論が理論的な関心を集めてきている。従前の裁判例も、空港専門大店事件<sup>②</sup>が、このような補助参加が認められていた（ただし原告側の異議申立てがなく参加の許否が問題にならなかったため先例性に欠ける）事例として、ただ一つ挙げられるばかりであったが、

最近になってかかる補助参加を認めた地裁決定<sup>(4)</sup>とそれを否定した地裁・高裁決定<sup>(5)</sup>とが、この一年の間に立て続けに出された。学説上は、近時では補助参加許容論に与する見解が増えてきているようであるが、まさに現在の問題として議論は終息していない。本稿では、限られた紙数の範囲内ではあるが、最近の裁判例も検討しながら、株主代表訴訟における会社の（主として実質的に被告取締役側に与する形の）訴訟参加の許容性とその問題点の訴訟法上の理論的考察を試みたい。

(1) 全国の地裁・高裁における代表訴訟の係属件数は、(いわゆるパブル経済の後始末もあってか)平成五年末八四件に対し、平成七年末で一七四件とこの二年で二倍のペースで増えている。資料版商事法務一四五号(一九九六)一〇八頁参照。

(2) 中村直人「株主代表訴訟と会社側の対抗措置」ひろば四七巻八号(一九九四)三〇頁。もっとも、同箇所、担保提供命令の申立てが却下された「失望」事例として引用された東海銀行事件第一審(名古屋地決平六年一月二六日)でも、高裁になって担保提供命令が決定されており、全般的に担保提供制度は「濫訴」防止の機能は果たしているものと思われる。ただ蛇の目ミシン事件(①東京高決平七年二月二〇日②東京高決平七年七月三一日)や後に掲げる中部電力事件(名古屋高決平七年一月一五一日)では、地裁で認められていた担保提供命令の申立ての一部が抗告審で取消・却下されており、それを受けて中部電力事件では、会社側から被告取締役側への補助参加の申出がなされている。また会社側の対抗措置としては他

に「株主権濫用の抗弁」があり、「株主権の濫用」として代表訴訟が却下されたわずかな事例として平成五年の商法改正前の長崎地判平三年二月一九日があるが、株主権濫用の主張は斥けられる事例が多い(東京地判平三年四月一八日、東京地判平七年一〇月二六日など)。担保提供の申立ても株主権濫用の抗弁も代表訴訟提起そのものを排斥する機能を実質的に営むので、「悪意」や「濫用」の認定には慎重であるべきであり、その妥当範囲はある程度限局されたものとなる。

(3) 大阪地判平二年二月二八日判タ七三七号二一九頁、判時一三六五号一三〇頁。

(4) 東京地決平七年一月三〇日(東京商銀信用組合・補助参加申立事件)資料版商事法務一四三三〇一六三頁、金法一四四三三〇四〇頁、判時一五五六号一三七頁、判タ九〇四号一九八頁。

(5) 名古屋地決平八年三月二九日(中部電力・補助参加申立事件)資料版商事法務一四五号一〇七頁。同事件の抗告審、名古屋高決平八年七月一日(商事法務一四三〇号四三頁)は、原決定を支持した。なお、この名古屋地決(中部電力事件)と東京地決(東京商銀信組事件)・前掲注(4)の判例批評として、中島弘雅「株主代表訴訟における会社の補助参加」ジュリー一〇九七号(一九九六)八六頁以下(名古屋地決の結論に賛成)。

## 二 株主代表訴訟の法構造

まず簡単に株主代表訴訟の法構造についてごく簡略に触れておきたい。ここでの法構造の捉え方が必ずしもダイレ

クトに補助参加の問題に関する結論に結びつくわけではないが、少なくとも各々の立論の背景にはなっているからである。

すでに数々の文献で言われるように、株主代表訴訟の法構造については、代位訴訟説、「代位訴訟・代表訴訟」二重構造両性説、代表訴訟説の三説がある。訴訟物につき「被告取締役に対する会社の損害賠償請求権」という枠組みをとる以上は、「会社ノ為」（商二六七条二項）に株主が権利行使するという「代位訴訟」的な側面を肯定せざるをえない。反面、アメリカにおいて株主が会社の債務者を相手とする「derivative suit（代位訴訟）」の面は導入されなかつたという立法経緯や提訴手数料の点（同条四項参照）からすると、少なくとも通常の代位訴訟からは逸脱し、株主が全株主を代表して（「会社」すなわち総株主と会社債権者を代表するという考え方もある）固有の権利（会社の業務執行の監督是正権）に基づいて提起しているものとして、「代表訴訟」と性質決定することへと傾きやすくなる。しかし、現行法を前提とするならば、いずれの面も捨象し難い株主代表訴訟の特性であると思われる。株主代表訴訟にまつわる訴訟行為について、ある場面・レベルでは「代位訴訟」的側面で説明し、別の場面・レベルでは「代表訴訟」的側面を強調する、という場合の基準に関してさらなる考察は要されようが、こ

こでは端的に両者の性質を有する中間的なところに位置するものと、ひとまず考えておきたい。

(6) 各説の名称は本稿の便宜的なものであり、また紙幅の都合で網羅的な引用は避けざるをえないことをあらかじめお断りしておく。「代位訴訟」という語が適切か否かには留保を付すべきかもしれないが、商法学における各説については、上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(6)』（有斐閣、一九八七、三五七頁以下）「北沢正啓」、竹内昭夫『会社法の理論Ⅲ』（有斐閣、一九九〇）二二一頁以下等参照。手続法学においては谷口安平教授、池田辰夫教授の先駆的業績があるが、各説を概観するものとして、吉野正三郎「株主代表訴訟における会社の訴訟参加「上」「下」」、商事法務一三五七号一二頁以下、一三五八号二六頁以下（一九九四）、小林秀之「原強『株主代表訴訟』（日本評論社、一九九六）一頁以下、高田裕成「株主代表訴訟における原告株主の地位（民訴学会ミニシンポジウム報告）民訴四二号（一九九六）一五八頁以下等参照。とくに代表訴訟説の代表的見解として、小林教授の諸論稿（「株主代表訴訟の手続法的考察」『木川博士古稀祝賀・民事裁判の充実と促進（上）』（判例タイムズ社、一九九四）五九〇頁以下等）があり、代表訴訟構成への批判として、伊藤眞「コーポレート・ガバナンスと民事訴訟」商事法務一三六四号（一九九四）二四頁（注一八）がある。

### 三 会社の原告（株主）側への参加

商法二六八条二項本文は、取締役の責任を追及する訴え

に原告以外の株主または会社が参加できる旨を規定している。ここで参加する会社を代表するのは監査役であつて(商二七五条ノ四)、その立法趣旨は株主と取締役との馴合訴訟による会社への損害の防止であり、これによる参加は、あくまで原告側への参加を予定しており被告側への参加を規定したのではない、とされる。そこで、ここでの会社の参加の性質は何であるかという点、通説は代位訴訟構成を前提に、つぎのよう<sup>(7)</sup>にいふ。すなわち、会社は取締役に対する損害賠償請求権という実体法上の権利の帰属主体であつて訴訟物について当事者適格が認められ、株主による法定訴訟担当の被担当者として判決効の拡張を受ける(民訴二〇一条二項)ため共同訴訟参加(民訴七五条)ができ、また馴合訴訟防止の趣旨や本来の権利主体としての地位などの理由から、共同訴訟的補助参加のように参加を弱く解する必要はないとして、「共同訴訟参加」と構成する。その他、共同訴訟的補助参加と解する説、代表訴訟説を敷衍すると株主は取締役に対して会社に支払えという固有の請求権を行使していると考えられるので、会社の参加はそれとは別の訴訟物を追加する通常共同訴訟になると解されるとする説<sup>(8)</sup>、会社と原告株主・被告取締役両者との間にはそれぞれ利害の対立があるという前提に立ち、また第一次的に取締役の責任を追及すべき位置にある会社が(商二六七条一項

株主代表訴訟における会社の訴訟参加について

参照)単なる補助的立場にとどまつてよいか疑問だとして独立当事者参加と解すべきだとする説が、考えられている。いずれにしても原告側への訴訟参加は明文で許容され、参加の「性質」如何の問題にすぎない。監査役が提訴請求を拒絶する判断をした場合には(商二六七条二項参照)、のちになつて態度を変更して参加をする場合は少ないであろうし、さらに、会社の参加が補助参加と考えられない場合には株主と異なり高い訴額に依じて提訴手数料が高額になるので、實際上この種の参加へのインセンティブは極めて小さいものといえる。また、次に検討するように会社が原告株主と対立している場合、原告側への共同訴訟参加では、六二条との関係からしても、会社の要求は満たされない。

(7) 上柳ほか編・前掲注(6)三三四頁「北沢」、中島弘雅「株主代表訴訟制度」ジュリー一〇五〇号(一九九四)一五六頁、佐藤鉄男「株主代表訴訟における訴訟参加とその形態」ジュリー一〇六二号(一九九五)六〇頁以下、伊藤眞「株主代表訴訟の訴訟法上の問題点について」通産省産業政策局産業資金課編「株主代表訴訟の現状と課題(別冊商事法務一七三号)」、(商事法務研究会、一九九五)一五七頁、徳田和幸「株主代表訴訟と会社の訴訟参加」曹時四八巻八号(一九九六)一六頁以下参照。

(8) 河本一郎ほか「座談会・株主代表訴訟」民商一〇〇巻二号(一九九四)二〇四頁以下「右田堯雄・山本克己発言」参照。

(9) 谷口安平「株主の代表訴訟」鈴木忠一「三月月章編」実務民事

訴訟講座5』一〇六頁以下、徳田・前掲注（7）一八頁（なお同・二頁注10で、新民訴訟法が片面参加を認めたことに触れている）。

#### 四 会社の被告（取締役）側への参加

(1) 補助参加の許容可能性と近時の二つの下級審決定

さて、本稿の主たる関心は、そもそも参加が許容されるの否かについて判例上も学説上も現在見解が割れている、会社の被告取締役側への民訴訟上の通常の補助参加の可否の問題にある。

まずこの場合、参加する会社を代表するのは誰かという問題があるが、一般には代表取締役とされているようである<sup>(10)</sup>。

つぎに、会社が被告取締役側へ参加する動機やメリットを見ておきたい。実際の利益としては、本来会社と原告株主との対立であるのに取締役を標的にした会社荒らしやプロ株主による濫訴といった「不当提訴」に対する会社側の対抗措置といった意味合いが説かれることもあれば、訴訟の状況が把握でき、事実上訴訟活動を会社側で行なえ、会社として役員に責任なしと判断していることを明らかにできること<sup>(13)</sup>、取締役の行為が会社の意思決定の結果として行なわれている場合には、その結果についての訴訟進行の責

任を被告取締役のみに負わせるのは妥当ではなく、会社もこれを分担するのが公平に合致すること<sup>(14)</sup>、不当な訴訟による取締役の経営判断の萎縮や会社側が被るイメージダウンを避けられること、原告株主の勝訴によって会社は原告株主に対して弁護士費用償還義務を負うことになるが（商二六八条ノ二参照）、巨額な代表訴訟で取締役に資力がない場合には会社にはかえって不利益になるので、リーズナブルな費用で弁護士に依頼して被告に補助参加して勝訴させることが最も会社の利益になること<sup>(15)</sup>、一般的に商法二六六条の取締役の責任追及については一〇年の消滅時効にかかるものとされており、長い年月を経れば全く事情を知らない取締役の相続人が被告として訴えられる可能性も充分あり、その場合に裁判外の協力しか許されないとするのは酷な結果になる恐れが多分にあること<sup>(16)</sup>、参加によって会社側からの訴訟資料・証拠資料の提出が期待され、その結果として裁判の充実化・適正化が図られること<sup>(17)</sup>、等が挙げられている。

これら現実的なメリットとされる事由の多さにもかかわらず、被告取締役側への会社の補助参加の可否は、ひとえに「参加の利益」が認められるか否かにかかっている。ここで、「参加の利益」を認めるための前提となる訴訟法理論上のハードルは大きく二つある。

第一に、補助参加が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するための制度である以上、権利の帰属者たる会社が自らの権利がないというような（少なくとも形式的には不利益になる）主張のもとに被告側に立つことは論理矛盾だとする、補助参加の構造に対する疑問<sup>18</sup>。

第二に、補助参加の利益<sup>19</sup>「判決本文中の判断結果（すなわち訴訟物についての判断）との法律上の利害関係」という通説的基準。前記の「メリット」の類は、訴訟物である「会社の被告取締役に対する損害賠償請求権」についての判断内容そのものから法律上の影響を受ける、というものではないからである。

この二つのハードルについて、補助参加肯定説<sup>19</sup>はどのようにクリアしているであろうか。

第一の点については、代位訴訟構成を批判し代表訴訟性を強調することにより、あるいは、代表訴訟の実相に即して実質的な見地から株主と会社の利害の対立構造の存在を前面に出し、これをもって反論とするものと、問題は会社が自己の権利を否定することについてどのような法的利益を持つかどうかであるとして、補助参加の利益の問題に収斂させるもの<sup>20</sup>がある。

第二の点については、少なくとも民訴六四条「訴訟ノ結

株主代表訴訟における会社の訴訟参加について

果」につき「訴訟物についての判断」から「判決理由中の判断」を含めるところまで拡張することは前提となる（というよりも、訴訟物レベルでは会社にとつて不利益といわざるをえないものを、それにもかかわらず「判決理由中の判断」についての法的な利害関係から補助参加の利益を導き出そうとしているといえる）。この点について、近時の学説は拡張論が優勢であるといつてよいが、拡張の仕方ともばらつきがある。本稿の関心とする問題との関連でいえば、従来説から離れる三つの考え方の方向が存する。まず第一の方向性として、特殊性を強調し、通常と異なる解釈論を説くものがある。

そもそも株主代表訴訟のような特殊民事訴訟の領域では、公益的な側面をあわせ持つており、争点についてできる限り訴訟資料が訴訟の場に提出され、充実した審理がなされるべき要請が通常の民事訴訟よりも高いから、補助参加の利益を通説と別に解釈してよい、とするのである<sup>21</sup>。これについては、そもそも資料を豊かにするのが目的であれば、訴訟外の第三者として文書の提出に協力する、あるいは証人として証言するなどの方法によってその目的を実現できる、という批判がありうる。こうした「特殊性」論に頼らないものとして、第二・第三の方向性が示されている。まず第二の方向性（の代表的なもの）として、当事者の一方の敗訴によって訴えられるおそれがあり、その第二の訴訟で

前訴判決の理由中の判断が後訴において事実上の効果を及ぼし、第三者に不利益な認定判断がなされる蓋然性があれば参加を認め、争点かぎりの補助参加を肯定すべきことを提唱した井上治典教授の(従前の)見解がある(以下、井上旧説という)。判決効拡張の対象とならない第三者に対する判決の効果は事実上のものにすぎず、したがって参加申出人たる第三者が当事者となる後訴に対しての影響力は、文中の判断によるものに限定されるべきではないし、むしろ判決理由中の判断による影響力の方が大きい、というのが理由とされる。これに対しては、ここでの井上旧説に代表される有力説にしても通説にしても、判決主文中の判断に限定されるか理由中の判断をも含むかという違いはあれ、当事者間の判決が補助参加人たるべき第三者の法律上の地位に対してもつ、後訴における事実上の影響力を基礎として補助参加の利益を考えている点で違いはないとしたうえで、そうした後訴への「事実上の影響力」そのものに疑義を唱える伊藤眞教授による批判がある。これをもって第三の方向性とする。すなわち、前訴の判断結果の後訴への影響よりも、当該訴訟での争点事項について補助参加人たるべき第三者がどのような利益を有するか、という視点を最重要視して参加の利益を基礎づける考え方の登場である。この考え方に属するのは、前述の伊藤眞教授のほか、「結

果志向から過程志向へ」というスローガンを掲げ、参加の利益を「法廷での議論に関与する利益」とパラフレーズする井上治典教授の近時の見解(以下、井上新説という)である。こうした考え方によれば、参加人たるべき第三者の利害は、被参加人たる当事者の訴訟の勝敗に必ずしも左右されないことになる。伊藤眞教授は、補助参加制度は参加人自身の法律上の地位をめぐる争いを解決しそれを保全することを目的とする、として、被告取締役の行為が会社の意思決定に基づいてなされており、会社の意思決定の適法性自体が法律上の地位として認められる限り、それが株主代表訴訟の判決理由中において判断される、ということから、補助参加の利益を肯定する。株主代表訴訟では、会社の意思決定自体は違法とされても、損害がなかったという理由で原告株主が敗訴することもありうる(つまり、この場合に会社の参加の利益を認めることは、すでに少なくとも勝訴敗訴という意味での「訴訟の結果」とは関係を——完全にではないにせよ——切断していることを意味する)し、そのために被告取締役(ないしその相続人)側としては、手持ちの資料等の事情から端的に損害の不存在の認定に向けて訴訟活動を集中することも考えられなくはない。理論上は、被告取締役が会社の意思決定の適法性自体はあえて争わず、あるいは違法性を積極的に自白する場合もありうる。すでに自白があ

る以上、補助参加人としては参加してもそれを否定することはできない（民訴六九条二項。新民訴法四五条二項も同じ）。ここでは、伊藤説の説く、参加人自身の法律上の地位を保全するという「補助参加の目的」は、全く貫徹されないのではないか。このように現実の法廷での当事者の行為態様により自己の法律上の地位を争える余地がなくなつた場合には、参加の利益は否定されるものとするのであろうか。<sup>(28)</sup>この点では、井上新説の説く「議論に關与する利益」という捉え方のほうが明快に「参加の利益」を肯定できるものとみられよう。しかし、被参加人の勝訴敗訴との關係を切斷したこうした考え方は、わが民事訴訟法が規定する「補助参加」が被参加人の「勝訴（・敗訴）」との利害關係を前提としていたこと<sup>(29)</sup>からすれば、意識的にそれを「結果志向」と名づけ、法文から乖離する新たな補助参加制度の提案に思える。

なお、上記のうち今日の多数説ともいわれる第二の方向の考え方で、前述したような補助参加を肯定した場合のメリットとされる諸事情を掲げるだけでは、「肯定説の側から主張されていた理由は、公平にみれば事実上の利益といわざるをえないものに尽きていた」という批判を回避できない。そこで、伊藤教授同様、「会社の機関決定の正当性」を法律上の地位と構成する見解も有力である。この問題に

株主代表訴訟における会社の訴訟参加について

ついて、初めて補助参加を正面から取り上げて肯定した最近の東京地裁決定（東京商銀信組事件）<sup>(32)</sup>も、上記の第二の方向の考え方に立ち、「判決理由中の判断についてのみ法律上の利害關係を有する場合であっても、補助参加人がその法的地位（利益）を守るために被参加人を補助して主張立証の機会が与えられるべき場合には、参加の利益が認められる」としたうえで、株主等による代表訴訟においては、会社等の正規の意思決定に基づいて行なわれた役員<sup>(31)</sup>の行為の適否・当否が争われる場合もあり、「その場合会社等は判決の理由中で右意思決定を違法・不当と認められないことにつき独自の利益をもっているといふべきであるとともに、被告役員の敗訴判決で予想される判断が会社等に及ぼす影響の内容いかんにより、右利益を法律上の利益と評価すべき場合がある」といい、補助参加を認めた（ただし、この事件は、純粹に商法上の株式会社<sup>(30)</sup>の株主代表訴訟ではなく、中小企業等協同組合法四二条（商二六七条を準用）に基づく組合員の代表訴訟であり、組合員の相互扶助団体であつて所有と経営の分離が株式会社<sup>(31)</sup>に比して徹底していない信用組合の性質と、理事間連融資の慣行、また、参加申出人たる会社を代表した役員以外の被告たちは死亡した役員の相続人であつた等の特殊事情が指摘されており、留意が必要である）<sup>(33)</sup>。

これに対し、四ヶ月後、この東京商銀信組事件における



東京地裁決定の考え方や伊藤教授の考え方即して電力会社に参加を申し立てた中部電力事件において、まず名古屋地裁決定は、補助参加の利益について従来の通説的基準を維持し、「本案判決の本文で示される訴訟物である権利ないし法律関係の存否自体についての判断が補助参加人の法律上の地位に影響を及ぼす場合」に参加の利益を認めるとし、

「補助参加が許されるのは、本案判決の本文で示される判断との関係において、補助参加申出人と被参加人とが利害を共通にする場合に限られ、本文において被参加人が勝訴した場合に不利な影響を受けるといふ関係にある者は、当該被参加人を補助するために参加することは許されない」として（なお、取締役の特定の行為が会社の正規の意思決定手続に従い行なわれたものであるか否かにより補助参加の利益の有無が異なる、という考え方は、そもそも取締役の特定の行為が会社の正規の意思決定手続に従い行なわれたものか否かが実際上区別が難しい場合があり、それ自身が訴訟上の争点になりうるので採用しないとして）、会社の被告取締役側への補助参加の申立てを斥けた。さらに前述した「特殊民事訴訟」性をも主張に加えて抗告した電力会社に対し、名古屋高裁決定は、そのすべてを斥けたうえ、「会社が株主代表訴訟の被告（取締役）側に補助参加することは、事実上被告側への物心両面にわたる支援という効果をもたらすことを否定でき

ないのであり、そのため、取締役に会社の業務執行者に同調しておけば安心であるとの安易な気持ちを用意の内を生じさせ」忠実義務の遂行を十分に果たさないと結果を招来するおそれがあることも無視できない、として、原決定を支持し、抗告を棄却した。

## (2) 補助参加否定論と独立当事者参加の許容可能性

前節で見たように、裁判例は未だに割れつつも学界では補助参加肯定論が優勢に主張されてきているようであるが、これに対し補助参加を認めず、さらにまたここで会社の参加は補助参加ではなく独立当事者参加だとする見解も少なくない。ただ、独立当事者参加説も、その具体的な内容が詳らかでないので、ここで少し紙幅を費やして具体的な検討を試みておく。

独立当事者参加説のメリットとして考えられそうなことは、まずつぎのことである。すなわち、独立当事者参加によれば、代表訴訟提起後、会社がその意思決定の適法性を主張する機会を与えられないのは公平に反する、という要請に応えつつ、補助参加（の利益）について拡張的な解釈をとることなく、かつまた、補助参加という被告取締役への極めて直接的な訴訟支援に対する疑念を回避し、会社の第三当事者的な（補助参加のときのような訴訟行為の制約なし

の) 独立の地位を端的に訴訟に反映して認めていくことができるのではないか、という点である。

さらに、補助参加に比しての利点がもう一つ考えられる。すなわち文書提出命令違反の効果の違いである。補助参加肯定説がメリットの一つとして掲げた法廷に顕出する資料の豊富化は、実は「被告取締役だけに有利な」豊富化にもなりかねない危険をはらむ。補助参加では、参加人はあくまで「第三者」にすぎず、文書提出命令違反の効果は、一〇万円以下の過料(民訴二二八条、新民訴訟法二二五条では二〇万円)とされうるにすぎない。独立当事者参加になれば、「当事者」であるから文書提出命令に従わない場合の効果として、不提出の文書の記載に関する相手方の主張を真実と認めることがありうることになる(民訴三二六、三二七条。新民訴訟法二二四条)。新民訴訟法では、それに加えて「相手方が、当該文書の記載に関して具体的な主張をすること及び当該文書により証明すべき事実を他の証拠により証明することが著しく困難であるとき」に証明主題に関する相手方の主張の真実擬制がありうることが明記された(新民訴訟法二二四条三項)。新民訴訟法では文書提出命令の申立ての際の文書の特定が緩やかになっているが(新民訴訟法二二二条)、その点と考えあわせても、一般的な報道以上に資料を持たないことも少なくない原告株主にとって、資料豊富化の制度的保障

株主代表訴訟における会社の訴訟参加について

という意味でメリットとなりうる<sup>40</sup>。つまり、補助参加では原告にとってデメリットではない危険をはらむ会社の関与が、独立当事者参加によればメリットにも転換できる場面を含みうることになるのである。

しかしながら、独立当事者参加説にも、越えなければならぬ民訴法理論上のハードルが立ちはだかっている。

まず従来の通説・判例では、独立当事者参加において参加人は、当事者双方を相手方として請求を立てなければならなかった。ここで問題としているように会社と対立しているのは原告株主だけであるときに、被告取締役に対していったいかなる請求を定立しうるのであろうか。また、従来どおりの独立当事者参加を前提とすると、会社の利害関係の相互対立性を理由とする限り、原告側に参加する場面での議論でも独立当事者参加と解さなければ一貫しない、つまり会社が当該代表訴訟に参加するときは常に「独立当事者参加」である、と考えなければならぬようにも思われる。そうであるとする、原告の権利との関係では、それと同一の権利を主張するにすぎないから、原告の権利とは独立した実体法上の権利を訴訟上主張すべき独立当事者参加に適するものではない、との批判がよせられることになる<sup>41</sup>。

これら二つの点は、新民訴法四七条で片面的独立当事者参加が認められたので、とりあえずはクリアできそうである。しかし、原告株主側のみを相手方とする片面的独立当事者参加にも、検討すべき問題点は多数ある。

(3)原告のみを相手方とする片面的独立当事者参加の許容可能性

独立当事者参加のうち、承譜と趣旨を異にする民訴法七一条(新民訴法四七条一項)前段参加と後段参加という二つの可能性は、分けて検討される必要がある。原告株主側のみを相手方とする会社の片面参加のやり方として、まずみておきたいのが、後段参加、いわゆる権利主張参加である。ここでは、いったいいかなる請求を定立することになるかが問題となる。端的に原告主張にかかる損害賠償請求権の不存在確認の訴えでは、会社が自己の権利の不存在確認をすることになって疑問が生じるからである。おそらく会社が自己の意思決定の適法性を主張する機会を与える、という立場からすると、いちおうは「会社の機関決定の適法性の確認」請求ということが考えられよう。後段参加では、他人間の訴訟の目的である権利関係の全部または一部が自分に帰属すると主張するものでなければならぬが、ここでの場合、通説によれば、原告の請求たる損害賠償請

求と、会社の意思決定の適法性の確認請求とが、論理的に両立しえないといえる場合(有力説は、参加人の請求およびそれを理由づける権利主張が本訴の請求またはそれを理由づける権利主張と論理的に両立しない関係にあること、とする<sup>49</sup>)に、この要件を満たすことになる。しかし、そもそも「会社の意思決定(取締役会決議)が適法であることの確認」請求というものが成り立つかどうかは、議論の余地がある。取締役の行為が取締役会決議に基づいているということを前提とするとして、その行為の違法性こそが問題となっているときに、取締役会の決議が有効であることの確認では、あまり意味のない確認請求ということになるし、原告の請求とも両立しうるから、あくまで、取締役会の決議内容そのものが適法であった、ということの確認が要されるということにはなる。しかしそこで、「違法性」というような法律関係の個別の要件要素は「事実」であって確認対象適格を有しないと考えるならば、法律関係そのものに引きつさなければならぬ。これは例えば、商法二六六条一項五号の法令・定款違反がなかったということに基づく、取締役の賠償債務不存在確認の訴えということになるのである。そうであれば、前述したとおり、会社は自己の損害賠償請求権がないことの確認を求めることになり、確認の利益に疑問符がつく。それに対し、趣旨は様々だが「事実」

にも確認対象適格を認める近時の多数の諸見解に依拠して、<sup>44</sup>ここでの場合にも確認対象適格を認めることができるのであれば、この点はクリアできよう。ただ、その場合でも、違法・適法の効果としての権利関係の存否の確認をせずに前提要件の「適法性」の確認をすることに狭義の確認の利益が認められるかは問題として残る。

こうした請求の定立作業そのものの難点の多さは、後段参加の困難さを物語っているようにも思う。

では、前段参加ではどうであろうか。前段参加の要件としてまず検討されなければならないのが、「訴訟の結果によって権利が害されること」という要件（参加の理由）が何を意味するかである。現在では、大まかに、①判決効説②利害関係（権利侵害）説③（客観化された）許害意思説④不充分訴訟追行説、の四説に分類されている。各説の議論については諸先達の研究や教科書等に任せるが、今日の多数説・有力説は③説・④説であって、それは沿革的な視点からも前段参加の存在意義からも基本的に支持すべきと思う。ところで、本訴が客観的にみて第三者の利益を害する許害訴訟であるか否かによって決せられる、として許害の意思を緩やかかつ客観的な態様からはかろうとする<sup>45</sup>③説は、訴訟追行の態様から十分な訴訟追行を期待できないと

株主代表訴訟における会社の訴訟参加について

判定される場合にこの要件を満たすとすると<sup>46</sup>④説と、そう遠いものではない。しかし、第一の留意点は、原告株主側のみを相手方とする会社の片面参加を認めようとする場合、「許害」性をきわめて客観化して「充実に訴訟追行を期待できない」ことをより純化して捉え、「参加すれば当事者のしていない訴訟活動ができる」場合に参加を認める、といった立場をとる必要がある、ということである。会社と利害対立のない被告取締役が、「許害性」の要件を充たすためにわざわざ訴訟追行を懈怠するのでは、本末転倒だからである。<sup>48</sup>この点については、補助参加肯定説にたつた場合でも、たとえば被告取締役が客観的には許害性ありとみられるぐらゐまで自由や訴訟追行懈怠を繰り返したら、独立当事者参加を認めざるをえなくなる、と考えるならば、同様の考慮が必要になることになる。また、第二の留意点として、補助参加制度との関係がある。前記③④説では、基本的に前段参加は補助参加とは異質の制度として存在意義を認めるため、補助参加との要件の衡量から前段参加の許容範囲を狭く解したりすることはなく、補助参加の利益を認めることが難しい場合でも前段参加が認められることがあるという帰結になる。しかし、②説的立場から補助参加の「利害関係」の要件を加重する（つまり、より狭い「利害関係」を要求する）形で、前段参加の成立を補助参加の延長

線上にあるものと捉えるならば、この問題で補助参加を否定して独立当事者参加を肯定する余地はないことになる。

つぎに検討しなければならぬのが、前段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である。従前は、いわゆる「許害防止参加」と呼ばれる前段参加でも、請求の定立を要求するのが一般であった。それは、独立当事者参加の構造につき三面訴訟説を取って両当事者への請求の定立を要求した最高裁判例(最大判昭四二年九月二七日)によって後押しされた面もあるが、しかし、前段参加について、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て、独自の請求を不要とする見解もまた、依然として根強く説かれ続けていた。<sup>50</sup> たしかに、この独自請求不要説にたつと、前述したような請求定立作業の困難さは回避できる。しかし、本稿での問題を離れて、前段参加自体の問題としてその当否は本来的にどう判断されるべきであろうか。

そもそも立法(大正改正)当時の記録によれば、起草者の当初の意図としては、前段参加(なお、起草委員会提出法案では現行の前段参加は独立に六七条として規定されていた)は、「訴訟参加であつて詰り此自己の権利を主張して、さうして裁判を受けるのではなくして此相手方は自己と反対の権利を持つて居る人の主張を排斥して貰う」もので、自分が

権利者であるとの判決を受ける主参加とは違ふ、というものであった。<sup>51</sup> 自分が何も請求するのではなく、本訴の当事者が損害をきたすような行為をしようとしてもそういう行為が自己に対して効果がないように排斥するために、しかも、補助参加のように当事者の一方を補助するためではなく自分で独立して自由な行為ができる、そういう制度だという説明がそれに続いている。すなわち、主参加はあくまで主参加「の訴え」であったが、前段参加は「参加」であったのであり、そこでは請求の担い手としての意味での「当事者」性は念頭になく、補助参加との対比においてその訴訟行為の独立性が強調されていたのである。この訴訟行為の独立性こそ、補助参加に比してのこの参加の存在意義を語るものであつたらうし、判決の効力との関係を直接には参加要件の前提としない点<sup>52</sup>が、共同訴訟参加・共同訴訟的補助参加に比してのこの参加の特質であろう。こうした観点<sup>53</sup>が現在においても妥当性を有するものなら、少なくとも前段参加に関する限り、一般の教科書にあるような「独立当事者参加は訴えの提起の性質を有するから」参加でありながら請求の定立が必要だという説明は、もう一段、原理的な根拠が要求されるものとも言えよう。<sup>54</sup> とりわけ現在公布され施行を待っている新民事訴訟法では、当事者の一方のみを相手方とする片面参加が明文で認められており、独

立当事者参加訴訟は三面訴訟構造だから原告に対しても請求の定立が必要である、という根拠はもはや通用しない。また、原告のみを相手方とする片面参加の場合、前段参加で「請求棄却の申立て」を不可とし請求の定立を要求することは、「参加の理由」について通説的見解によるならば）目的達成のための必要を越えた不自然で意味のない請求へと導くものともなりうる。

なお、前段参加は、自己の権利・利益に不利益を受けるおそれがある場合に認められるが、「参加の理由」について前記の通説的見解による限りは、すでに「補助参加の利益」についての議論と異なり、はなから訴訟物たる権利関係の判断についての法律上の利害関係という基準からは解放されておき、不利益を受けるおそれは、事実上のものであり、差し支えない<sup>54)</sup>。したがって、被告取締役が無資力の場合に、巨額の賠償請求額に対応した弁護士費用等の償還義務の発生もまた、会社にとっての事実上の権利（利益）侵害の可能性にいちおうは該当しよう。ただ、会社側が本来、侵害のおそれありと捉えているものは、会社を維持運営する人的資産や、goodwillないし「信用」といった無形の価値に対するものではないか。「会社」というある種の法的・経済的・社会的価値を体化させた価値体にとっては、数字の上での経済的損失に現れる経済的資産と同様の価値を、「会

株主代表訴訟における会社の訴訟参加について

社」価値を維持すべき人的資産や「信用」にもみる必要があるのかもしれない<sup>55)</sup>。しかし仮にそうではあっても、会社としての意思決定の適法性を会社の名において主張すべき会社機関に商法は信頼を置いておらず、人的資産の維持は責任追及からの防衛という消極的な方法でのみ（保険も活用しながら）取締役各人に委ねられているのみである、と考えるのが常識的ではあろう。ただ、会社と株主が対立し、訴訟追行（の負担）自体が人的資産や「信用」の維持にとって障害になり、それが保護に値するものを有するとするならば、会社として主張の機会さえ与えないという結果の妥当性にはもはや議論の余地がないとは言いきれないようにも思われる。

さらに、「請求棄却の申立て」が、単に会社が自己の権利を否定するものと捉えられるのでは「権利侵害」の要件の充足に疑問符がつく。客観的に不十分な被告の訴訟追行により原告の請求が認容されると、会社のそれ以上の別の法的利益が事実上侵害されるものと評価することができなければ、こうした参加も難しい、ということになろう。

最後に、仮に、原告株主のみを相手方とする会社の片面参加が可能だとして、その際に貼付する印紙の額はいくらになるのかも問題になるところである。新民事訴訟法にあ

思われるからである。

わけて改正された民事訴訟の費用等に関する法律では、四七条参加では通常の訴えと同様、請求の価額に依じて費用がかかる（別表第一第七項）。しかし、原告のみを相手方とする片面参加では、仮に何らかの不存在確認請求を立てたとしても、会社の受ける経済的利益は訴訟物に関する限りむしろ被告側が敗訴した場合にこそ入ってくるものだと評価されているわけであるうえ、被告側が主張する本来の利益は、それが人的資産等につつまれる諸々の利益だとすれば財産権上の請求でないもの、そうでなくとも価額の算定が極めて困難なものと解し（改正民訴費四条二項）、いずれも請求の価額は九五万円とみることができるとはなからうか。

これは請求棄却の申立てで足りると解した場合にも、同様に解されうるものと思われる。ただ、請求の価額については、会社の参加そのものを理論的に許容しつつも、株主代表訴訟について株主に少しでもインセンティブを与えようとした商法の態度に鑑み、参加を抑制的にしようとする立場にたつて、端的に原告の掲げた巨額の請求の価額に対応させてもよい、とする余地はある。それでも参加したいという会社だけに参加させてもよいとしても、「会社」を事実上参加不可能にするものとははいえないであろうし、現在の担保提供の申立ての認否の状況を見ても、過度に巨額な原告の請求額がそのまま維持されることは少ないものと

(10) 会社の被告側への参加の場合、会社と取締役との訴訟ではないから、代表取締役が会社を代表する、とされる。久保利英明「中村直人『株主代表訴訟と役員責任』(商事法務研究会、一九九三)五四頁〔中村直人〕、河本ほか・前掲注(8)『座談会(民商)』二一九頁〔河合伸一発言〕。なお、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』(有斐閣、一九九五)二二二頁以下では、監査役、取締役会(株主総会)が定めた者、代表取締役の三者が代表の選択肢として挙げられている(ただし岩原教授自身はこれらの者いずれもが会社を代表して参加すること自体に極めて懐疑的である)。

(11) このような訴訟参加を求める声は、実務界からは極めて強い。例えば、河本一郎ほか「座談会・金融取引と株主代表訴訟対策」(金法一三七二号(一九九三)四八頁〔河本一郎発言〕は、「会社が被告に参加するのはけしからんというのはあまりにも美態に即さない議論」だとし、相澤光江ほか「座談会・株主代表訴訟の手続法的検討」(ジュリー一〇六二号(一九九五)二二二頁、三八頁〔内田信也発言〕では監査役立場から会社の被告側への補助参加の確立の必要性が説かれ、通産省産業政策局産業資金課編・前掲注(7)一〇七頁以下の企業アンケートでは、全体の八六%弱がかかる訴訟参加を認めるべきとしている。

(12) 中村・前掲注(2)二七頁参照。

(13) 久保利「中村・前掲注(10)五三頁以下。関連して、相澤光江ほか「理論と実戦」(株主代表訴訟)〔清文社、一九九四〕三〇頁〔相澤光江〕は、本来取締役勝訴の見込みがあるときに、被告取締役が

十分な立証ができなかつたり、弁護士費用の負担から経験ある専門弁護士に依頼できず適切な訴訟追行がなしえず敗訴する恐れがあり、その場合には会社としても取締役の応訴の負担により経営に支障をきたし、また会社の信用を失墜するという損害を被ることを挙げる。

- (14) 北川清「株主代表訴訟・取締役の責任制度の現状と問題点」[下] 商事法務一三九七号(一九九五)三〇頁。なお、河本ほか・前掲注(8)「座談会(民商)二三〇頁」[河合発言]、相澤ほか・前掲注(11)「座談会(ジュリ)二三頁」[内田発言]参照。
- (15) 中祖博司「株主代表訴訟判例の整理と若干の考察」判タ八三四号(一九九四)三四頁参照。
- (16) 粕文夫「ゼミナール 株主代表訴訟 問題と対応」(東洋経済新報社、一九九四)五二頁。この懸念は単なる杞憂というわけでもない。実際には東京商銀信組事件・前掲注(4)では、補助参加申出人たる会社を代表した役員を除く被告は、死亡した役員相続人で、何ら事実関係を知らず証拠も保有していなかったという(商事法務一四一三号(一九九六)四七頁記事参照)。
- (17) 吉野・前掲注(6)「[下]」二八頁、相澤ほか・前掲注(11)「座談会(ジュリ)」二二頁「小林秀之発言」等参照。
- (18) 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(一九九三)一五頁参照。
- (19) 米津稜威雄「金融取引における金融機関取締役の責任」金法一三七二号(一九九三)一八頁以下、中村・前掲注(2)三二頁以下、吉野・前掲注(6)「[下]」二六頁以下、小林川原・前掲注(6)二五七頁以下、伊藤・前掲注(6)一九頁以下、同・前掲注(7)一五七頁以下、久保利川・前掲注(10)五三頁以下、北川・前掲

株主代表訴訟における会社の訴訟参加について

注(14)三〇頁、中祖・前掲注(15)三三頁以下、粕・前掲注(16)五一頁以下等。

- (20) 代表訴訟性の強調によるものとして、小林川原・前掲注(6)二五七頁、吉野・前掲注(6)「[下]」二七頁、会社と株主の利害対立の実相を説くものとして、中村・前掲注(2)三二頁、中祖・前掲注(15)三三頁以下、粕・前掲注(16)五二頁、米津・前掲注(19)一九頁。なお、東京商銀信組事件で東京地決・前掲注(4)は、代表訴訟には株主からす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あり、会社として意思決定が正当で役員責任追及を行わないという態度をとっている場合、右側面から見れば、会社は提訴株主と対立する「隠れた当事者」ともいべき立場にある、と述べている。ただ、ここでそのような「隠れた当事者」を、まさに「当事者」として訴訟に登場させる必要は考えられないであろうか。
- (21) 伊藤・前掲注(6)二〇頁参照。
- (22) 吉野・前掲注(6)「[下]」二八頁。
- (23) 伊藤・前掲注(6)二〇頁。なお、会社の参加による資料提出に関連して、被告取締役の応訴負担の軽減という肯定説の説く「メリット」について、相澤ほか・前掲注(11)「座談会(ジュリ)」二二頁では、「現実のところでは、会社の参加をどうしても認めなければ被告取締役の応訴上支障をきたすということを実際にはない」「相澤光江」という実務側の発言がある。
- (24) 井上治典「多数当事者訴訟の法理」(弘文堂、一九八二)六五頁以下参照。なお、新堂幸司「民事訴訟法(第二版補正版)」(弘文堂、一九九〇)四九五頁参照。
- (25) 伊藤眞「補助参加の利益再考——判決の証明効に対する疑問——」民訴四一号(一九九五)一頁以下。なお、すでに木川統一郎「民事



訴訟法重要問題講義 上』（成文堂、一九九二）一〇二頁以下は、判決主文に含まれる訴訟物判断との利害関係をもって補助参加の利益を判断すべきとするが、「後訴」への訴訟法上の効果という形で影響力をみることに自体には批判的であった。

(26) 井上治典「多数当事者の訴訟」(信山社、一九九二)一七五頁以下、同「ケース演習 民事訴訟法」(有斐閣、一九九六)一五九頁以下。

(27) 伊藤・前掲注(25)一六頁、二二頁以下参照。

(28) 江頭憲治郎ほか「コーポレート・ガバナンス(私法学会シンポジウム)」私法五七号(一九九五)一三四頁「伊藤眞発言、株主と取締役とが真に馴合いならば、七一条前段の独立当事者参加可とする」参照。

(29) 大正改正前の旧民事訴訟法五三条は、法文上、母法であるドイツ民法六六条(当時は六三条)と同様、当事者の「一方ノ勝訴ニ依リ権利上利害ノ関係ヲ有スル」ことを補助参加(従参加)の要件としていたが、その趣旨は文言上「訴訟ノ結果ニ付利害関係ヲ有スル」とした大正改正後でも変更はない(司法省「民事訴訟法改正調査委員会速記録」(一九二九)二〇〇頁以下、中村宗雄「改正民事訴訟法評釋」(巖松堂書店、一九三〇)八三頁以下参照)。「法律上の利害関係」そのものを広く解する契機を内包する改正ではあっても、被参加人に対する判決結果との利害関係を否定する改正ではなかったはずである(中村宗雄「訴訟参加制度の系譜」早法三九卷二号一六四頁以下(同・『学問の方法と訴訟理論』(成文堂、一九七六)所収参照)。また木川・前掲注(26)一〇四頁は、「一方ノ勝訴」から「訴訟ノ結果」への変更を、ドイツ法の条文より広く、勝敗の区別なしに第三者の地位の改善ないし改悪をもって利害関係をはかることを

条文上明らかにしたもので、ドイツ法より優れている、と評価する。  
(30) 伊藤・前掲注(25)二二頁、より詳しくは、同・前掲注(6)二〇頁。

(31) 相澤ほか・前掲注(11)「座談会(ジュリ)」二二頁「小林発言」は、井上旧説同様「争点によって原告となり被告となったりする」という考え方で、争点についての利益を主張し、「会社の機関決定が正しかったかどうか」という争点についての判断との関係で法律的な利害関係を考える、としており、同・二三頁で青山善充教授もそれに賛同している。

(32) 東京地決・前掲注(4)参照。

(33) 商事法務一四一三号(一九九六)四七頁、資料版商事法務一四五号(一九九六)三頁参照。

(34) 名古屋地決・前掲注(5)参照。

(35) 名古屋高決・前掲注(5)参照。

(36) 山下・前掲注(18)一五頁、新谷勝「株主代表訴訟と取締役の責任」(中央経済社、一九九四)二七六頁以下。なお河本ほか・前掲注(11)「座談会(金法)」四九頁「吉原省三発言、ただし株主としての資格を争う場合は補助参加可とする」、河本ほか・前掲注(8)「座談会(民商)」二二九頁「山本発言、ただし訴訟進行権の濫用の有無を争点とする場合に当事者適格を争う形で補助参加可とする」、神田秀樹「株主代表訴訟に関する理論的側面」ジュリ一〇三八号(一九九四)六九頁、岩原・前掲注(10)二三三頁以下も消極説に立つ。  
(37) 谷口・前掲注(9)一〇七頁、相澤ほか・前掲注(11)「座談会(ジュリ)」二四頁「中島弘雅発言」、徳田・前掲注(9)二二頁。なお補助参加を肯定しながら、場合により独立当事者参加を肯定するものに、米津・前掲注(19)一九頁、小林原・前掲注(6)三

一一頁(原告株主の当事者適格を「代表の適切性」ないし株主権濫用により争う場合)、江頭ほか・前掲注(28)(私法学会シンポジウム)一一三四頁「伊藤眞発言」がある。同一一三頁「新堂幸司発言」は独立当事者参加説に好意的である。

(38) 江頭ほか・前掲注(28)(私法学会シンポジウム)一二七頁「森田章発言」、伊藤・前掲注(25)二二頁参照。岩原・前掲注(10)二二三頁は、会社のこうした意味での法的利益は認めつつも、監査役・代表取締役らが会社の名で訴訟進行することを疑問視する(同旨、中島・前掲注(5)九二頁以下)。

(39) この点は会社が訴訟に出てなければ実質的に同じことではある。その観点からする限りでは、会社の「強制参加」を唱える見解(佐藤・前掲(7)六三頁以下参照)は理解できるものを含むが、そもそも「強制」参加したいがわが国の民訴法の解釈論としては無理であるように思う(小林Ⅱ原・前掲注(6)三一頁、徳田・前掲注(7)二二頁参照)。

(40) 表向きははともかく、会社側が資料提出を渋っているケースは少なくないであろう。最近でも、日本航空電子工業事件(東京地判平八年六月二〇日)では、裁判所の会社に対する調査囑託に対し、会社は大半について因果関係を否定する回答を返したという。これに対し、裁判所は「これを事実どおり受け取って良いか些かの疑問を感ぜさせる点がないわけではない」と述べている(商事法務一四二八号(一九九六)三九頁記事参照)。

(41) 伊藤・前掲注(6)二三頁(注二)。

(42) 兼子一ほか「条解民事訴訟法」(弘文堂、一九八六)一九八頁「新堂幸司」参照。

(43) 中野貞一郎「確認訴訟の対象——「事実」はどこまで対象適格

をもつか——」判タ八七六号(一九九五)七頁以下参照。

(44) 「事実」にも確認対象適格を認める諸見解については、中野・前掲注(43)に掲記の諸文献参照。代表的なものとして、兼子ほか・前掲注(42)八〇五頁以下「竹下守夫」。

(45) 中村英郎「独立当事者参加」『民事訴訟論集第三卷』(成文堂、一九七五)七一頁、三ヶ月章「民事訴訟法(第三版)」(弘文堂、一九九二)二六九頁ほか多数。

(46) 小島武司「独立当事者参加をめぐる若干の問題」鈴木忠一Ⅱ三ヶ月章監修「実務民事訴訟講座」(日本評論社、一九六九)一三二頁、新堂幸司「民事訴訟法(第二版補正版)」(弘文堂、一九九〇)五一三頁。

(47) 新堂・前掲注(46)五一三頁。

(48) 現行七一条前段の原型とされる旧民訴法五一条二項(主参加)や、現行七一条前段がその機能を前倒しに担わされることとなった(司法省・民事訴訟法改正調査委員會速記録(統)(一九二九)二〇七頁以下(松岡義正委員発言))。旧民事訴訟法四八三条(詐害再審)が「原告及び被告ノ共謀」を要件としていたので、大正改正時がこの文言が外されたにもかかわらず聯合訴訟防止のための参加という説明が従来よりなされるが、判例をみると、必ずしも当事者「双方」が共謀していることが明確になっていなくとも、当事者の一方が口頭弁論期日に出頭しないなどの事情から、前段参加を認めているともみられ、当事者の一方が不十分な訴訟進行をする場面が「詐害」性判定の要素に含まれることは、是認されているのではないかと思われる。中村英郎「民訴法第七一条前段の第三者にあたる」とされた例「『民事訴訟論集第四卷』(成文堂、一九七五)一二四頁、上田徹一郎Ⅱ井上治典編「注釈民事訴訟法(2)」(有斐閣、一九九二)

一九一頁以下、とくに一九四頁「河野正憲」、新堂・前掲注(46)五  
 一三頁参照。また、沿革をたどり、フランス法・判例同様（「共謀  
 による」）「詐害」の場面のみならず、第三者に不確定な損害を予防す  
 べき現実的利益があれば（損害を生ずるおそれがあれば）参加の理  
 由ありと解すべきなのが前段参加だと説くものが、吉野衛「不動産  
 の二重譲渡と独立当事者参加の許否」近藤完爾・浅沼武雄「民法  
 の諸問題第II巻」（判例タイムズ社、一九六六）三二六頁以下。なお  
 島田真琴「民法七一条前段参加の要件について」（伊東乾教授古稀  
 記念・民事訴訟の理論と実践）（慶應通信、一九九二）二三七頁以下  
 は、独特の要件解釈を提唱するが、当事者の一方の不熱心訴訟追行  
 の場合でも馴合訴訟と判断するようである（同・二五八頁参照）。

(49) 代表的なものとして、菊井維大・村松俊夫「全訂民事訴訟法」I  
 補訂版（日本評論社、一九九三）四四一頁。また、趣旨は必ずしも  
 利害関係説とは一致しないが、住吉博「民事訴訟読本」第二版（法  
 学書院、一九七六）五七八頁、井上・前掲注(24)三五頁。最近の  
 ものでは、小林秀之『プロブレム・メソッド民事訴訟法 第二版』  
 （判例タイムズ社、一九九五）四四三頁参照。なお高橋宏志「各種  
 参加類型相互の關係」上田徹一郎・福水有利編「講座民事訴訟③」有  
 斐閣、一九八四）二七二頁（注二）参照。

(50) 前段参加につき、独自請求不要説に立つものとして、柳原豊「独  
 立当事者参加と共同訴訟的補助参加」法教（二期）七号（一九七五）  
 一四四頁以下、新堂幸司「演習・民事訴訟法2」法教（二期）七号  
 （一九七五）一八八頁、住吉・前掲注(49)五七七頁、井上治典「独  
 立当事者参加論の位相」多数当事者訴訟の法理（弘文堂、一九八  
 一）二九八頁、上田・井上・前掲注(48)二〇五頁以下「河野」。な  
 お、大審院判例もかつて、隠居無効確認の訴えに相続財産について

の抵当権者が前段参加することを認め、しかもこの場合に参加人は  
 「原告請求棄却」の判決を求むべきものとしている（昭九年八月七  
 日民集一三卷一五五九頁、判批、村松俊夫・民商九卷六号一〇六頁  
 以下参照）。このほか、「請求棄却の申立て」で足るものとした裁判  
 例として、東京地判昭三一年一月一日（〇日週刊法律新聞三〇号一三  
 頁）、片面参加を認めしかも「原告の請求棄却の申立て」で足りると  
 したものとして、東京高判昭二九年一月一九日東高時報五卷一  
 号二頁、大阪地判昭三三年六月一六日下民集九卷六号一二七頁。また、  
 奈良次郎「独立当事者参加について（8）」判時五七二号（一九九  
 一）一〇一頁は、前段参加を許善意説に立つて徹底すれば、原告の請  
 求棄却のみを求めて当事者参加が許されると解する方がむしろ理論  
 的に徹底する、と指摘する。

(51) 司法省・民事訴訟法改正調査委員会速記録（一九二九）一七四  
 頁以下「松岡義正委員発言」。しかし後に、後段参加（改正法案六九  
 条）と併せて同一条にするにあたり、「何れも権利を主張する意味の  
 参加である」（司法省・前掲注(48)速記録（続）四六頁「松岡委員  
 発言」という説明もなされて、一貫性を失っている。

(52) 最近のコメントールでも、上田・井上・前掲注(48)二〇六  
 頁以下「河野」は、こうした意味での前段参加の「参加人」として  
 の地位を確認している。なお高橋・前掲注(49)二六五頁参照。

(53) 奈良次郎「独立当事者参加について（7）」判時五六六号（一九  
 六九）一〇八頁は、「当事者参加は、本来自己の権利の存否を本訴訟  
 の当事者に対する関係で合一に確定する必要があるが、これをする  
 のであるから」自己の請求の定立が必要だとするが、少なくとも起  
 草委員の当初の説明からすれば、「本来」前段参加はそういうものでは  
 なかった、ともいえる。かりに奈良次郎（当時）の考え方のこと

く、「参加の理由」につき利害関係説に立って、「本訴訟当事者と当事者参加申立人との間の統一的紛争の存在とその解決の相当性」を判断基準におくとしても(同(3))判時五五二一(一九六九)一一二頁、果たして、そもそも本質的な合一確定の要求に基づくものではない独立当事者参加について(中野貞一郎「独立当事者参加訴訟における二当事者間の和解」『民事訴訟法の論点』(判例タイムズ社、一九九四)一八〇頁以下参照)、一挙の紛争解決は完全には貫徹されないことからしてみると、自己の請求を立てることと「請求棄却の申立て」で足りることをとの間に、「解決の相当性」においてどれほどの差が生じるのか、疑問なしとしない。

(54) 起草委員の議論も、当初は「権利ヲ害セラレル」という文言につき、「事実害されるというだけで足りる、さういうやうにみなければ適用が狭くなる」が、「法律上は一向害されて居ない、けれども事実上害されている、さう見る趣意」が文言上うまくあらわれていないのではないか(司法省・前掲注(51)速記録二一九頁以下「仁井田益太郎委員発言」参照)とか、「廣くならぬと困る」同「原嘉道委員発言」参照)という論調であり、広く事実上法的利益が侵害される場合が含まれるべきものと考えられていた。但し、「間接に」権利を害せられるべきことを主張する者を包含するとあまりに広すぎるとして、そのような文言の変更はなされなかつた(司法省・前掲注(48)速記録(続)四五頁「松岡委員発言」)。しかし、その後の大審院・最高裁判例をみると、事実上ないし間接に、権利・利益が害される(おそれがある)場面でも前段参加が認められている(たとえば大判昭二二年四月二六日民集一六卷四六三頁、最判昭四二年二月二三日民集二二卷一號一六九頁参照)。

(55) 補助参加肯定論がメリットとして掲げていた諸事情を想起され

株主代表訴訟における会社の訴訟参加について

たい。この意味では、各シンポジウム・座談会で、会社の「債権」不存在確認の訴えということが一応議論されたのも当然である。

(56) 岩原・前掲注(10)二三二頁以下、高田・前掲注(6)一六一頁、中島・前掲注(5)九二頁以下参照。とくに岩原教授は、会社は意思決定の適法性を確定するための訴権を代表訴訟の原告株主に既に行使されてしまった、という評価をされる。ただ、商法上の法政策的な観点から離れ、手続法的視点からすると、会社としての意思にかかわらず提起される株主代表訴訟で、「会社の取締役に對する損害賠償請求権」という訴訟物に関する直接の詐害防止として、原告側への共同訴訟参加(商二六八条二項)に加え詐害再審(商二六八条ノ三)まで用意されているのと対照的に、かかる訴訟によって間接的に侵害される会社の利益(それが保護に値する法的利益と認められる場合には、という留保が付くが)についての侵害には、何らの詐害防止手段も認められない、とするのは、いかにも偏りがある感じがしないではない。

## 五 結びに代えて

以上、株主代表訴訟における会社の訴訟参加、とりわけ被告側に与する形の参加について若干の検討を試みてきた。現在までのところ私自身は、補助参加肯定論には若干懐疑的であり、仮に上記のような会社の参加を認める必要があると考えられる場合には、極めて限られた場面となるうが、新民訴法四七条前段に基づく片面参加に(同条自体新

設でまだ解釈上の自由度が高いという点からしても）解釈論的な可能性をみている。しかし、未だ慎重な検討を要する問題点は残っており、これからの研究の深化を期したい。

(57) 本稿で検討した問題点のほかにも、例えば、片面参加における新民訴法四七条三項による四〇条（必要的共同訴訟の特則）の適用の問題がある。独立当事者参加訴訟における同条準用の意義自体は「牽制関係」からくるもので（兼子ほか・前掲注（42）二〇四頁「新堂」、中野・前掲注（53）一八〇頁参照）、通常の必要的共同訴訟の場面とはとも異なるが、片面参加での議論はまた別に必要かと思われる（上北武男「片面的独立当事者参加・訴訟承継」法教一九二号（一九九六）一八頁参照）。

（一九九六年九月二四日脱稿）