

〔商法 三七七〕

株主代表訴訟の提起が訴権の濫用にあたるとして訴えが却下された事例

（長崎地裁平成三年二月一九日判決
昭和五八年（ワ）一八三号損害賠償請求事件
判例時報一三九三号一三八頁
金融法務事情一二八二号二四頁）

〔判示事項〕

原告株主による株主代表訴訟の提起が、会社利益の犠牲ないしは侵害のもとに、株主たる資格とは関係のない純然たる個人的な利益を追求する取引手段としてなされている場合には、株主の権利を濫用するものであり、かかる場合には、訴権の濫用として訴え自体を却下するべきである。

〔参照条文〕

商法二六七条

〔事実〕

訴外株式会社A銀行の株主であったXは、昭和五十八年六月一日、A銀行の代表取締役社長Y¹、専務取締役Y²、常務

取締役Y³らを被告として、A銀行に対して二億円の損害賠償を支払うように求める株主代表訴訟を提起した。その主張する理由は以下の如くである。すなわち、A銀行は経営の悪化していた訴外B会社に対して貸付限度額を越えて、いわゆるトンネル融資の形で脱法的に融資を行ない、その結果、この融資にかかる資金の回収が不能となり、少なくとも、融資金相当額である七億一千万円の損害が出た。被告Yらは、いずれもA銀行の取締役として会社に対して忠実義務を負い、融資にあたって資金回収の安全性の審査について善管注意義務を負うところ、この義務に違反して漫然として融資を決定して実行させたのであるから、被告Y

らはA銀行に対して前記の損害を与えた。よって、XはYらに対して、A銀行のために、前記損害のうち二億円を支払うように求める、というものである。

しかし、本件訴訟に至るまでに、XとA銀行の間には以下のような経緯が存在し、かつ、本件訴訟後もこれに関連して種々の事実が存在していた。

A銀行は、訴外C病院に対し総額九億三千万円の融資を行ない、昭和五三年以降、同病院の建物や理事長名義の土地建物などに第一順位の根抵当権を設定していたが、同病院倒産後の昭和五五年五月、六月に、各担保物件に対して訴外Dらの賃借権設定請求権仮登記などがなされ、また、病院の進入口には訴外Eが抵当権実行を妨害する妨害建築物を建てていた。そして、Xは、かねて付き合ひのあったEに連れられてきたC病院の理事長から、抵当権者らと話をつけてC病院の土地建物を有利に売却することを依頼されていた。

A銀行は昭和五六年三月になって、前記担保物件について競売を申立て、競売手続が開始された。そうすると、Xは、A銀行の担当者に対し、自分はD、Eと面識があるので話を付けてやるからと、競売に付されたC病院及び理事長名義の土地建物の売却処分を自分に一任したうえで、任

意の売却処分をするように執拗に要求した。

しかし、A銀行が応じないとみるや、Xはこの要求を続ける一方、所有株式の一部を譲渡し、昭和五七年五月頃以降、株式譲受人らをしてA銀行に押し掛けさせ、Xの要求に応じろ、応じなければ担保物件はいつまでも売れず株主に損害を与えることになる、株主総会が荒れるなどの暴言を吐かせるなど、再三にわたって圧力をかけ、また、Yらを誹謗したりA銀行の信用を毀損する内容のビラまきや街頭宣伝車による街宣活動を行なわせた。また、担保価値のない物件を出して融資をせよとの要求も再々させたりもした。本件訴訟提起後においても、Xは自己の編集発行する刊行物である『九州ジャーナル』などによって訴訟における自己の主張を一方的に宣伝し、Yらを誹謗しA銀行の信用を毀損する内容の記事を掲載して、A銀行の各店舗の周辺などで大量に配布したりした。さらに、Xは昭和六二年一月には、本件訴訟の経過報告のため必要であるとして、A銀行に対し株主名簿等の閲覧を請求する訴えを提起したが、権利濫用であるとして退けられており、これは平成二年六月四日の上告棄却によって確定している。

さらに、Xには、同じ地元金融機関である訴外F銀行との間でも銀行側の落ち度を追及する過程で、融資名目で事

実上の金銭的な利益を得ていた事実、横領で実刑判決を言い渡された事実、高利の金融業を営み、暴力団を使って脅迫的に取り立てを行い、担保となった不動産を乗っ取ったなどの容疑が報じられた事実も認められた。

以上に対して、Yらは、訴外B会社に対する融資はトンネル融資ではないとしたうえで、融資を打ち切るかどうかは極めて高度な経営判断に属することであり、取締役の会社業務執行に関する責任については、いわゆる「ビジネス・ジャッジメント・ルール」が適用されるべきであるから、取締役が会社に対して損害賠償責任を負うことはない、と本案について争う一方、本件代表訴訟の提起は、会社利益の侵害のもとに株主としての利益に関係のない純個人的な利益を追求する手段となされたもので、株主権の濫用であり、訴えは不適法却下されるべきであるとの本案前の抗弁を提出していた。

〔判旨〕訴え却下。（控訴）

まず、本件訴訟提起の意図については、「……諸事実を総合して検討すると、本件訴訟は、当初、これによって訴外銀行（A銀行）や被告らを困惑させ、C病院の土地建物の原告の手による任意処分に応じさせ、そのことによって経済的な利益を得るための取引の手段の一つとして提起さ

れたことが明らかである。また、……本訴の提起やこれを維持する目的の中には、これによって訴外銀行や被告らを困惑させ、これを、融資や訴訟外での円満解決などに名を借りて訴外銀行から経済的な利益の提供を受けるための取引手段とすること、あるいは、そのための手立てとしての前記のような執拗なビラや街頭宣伝車や『九州ジャーナル』による訴外銀行への直接的な攻撃を「訴訟事件の報道」などとして正当化し拡大してゆく名分とすることなどが含まれていることを、十分推認することができる。」

次に、会社訴権の濫用については、「商法二六七条による株主の代表訴訟は、一定の資格を有する個々の株主に会社の有する取締役への責任追及の権利を会社のために行使することを許し、会社の利益の回復ひいては株主の利益の回復を図るための制度であって、個々の株主に認められた代表訴訟提起の権利は、株主が株主としての利益を守るために会社の正規の体制による運営を監督は正する手段として認められている権利であり、いわゆる共益権に属するものである。したがって、もし、株主が、右のような趣旨を離れて、会社の利益ひいては他の株主の利益の犠牲ないし侵害の下に、株主たる資格とは関係のない純然たる個人的な利益を追求するための取引手段として、その権利を

行使するならば、それはもはや株主の権利の濫用であつて許されないものといわざるを得ない。」「これを本件についてみると、原告の本訴の提起は、前記認定のように、会社を困惑させることによって、C病院の担保物件の私的処分あるいは融資などを名目とする金銭的利益を得るための取引手段として、ないしは、そのための手立てとしての会社に対する攻撃を正当化する名分を得るためになされていることが明らかであり、かつ、これら原告の求める利益が、訴外銀行の株主たることと関係のない純然たる個人的な利益であることはいうまでもない。そして、前記認定の事実によると、原告はもともと本件担保物件の私的な処分を訴外銀行の抵当権の行使を妨害している後順位の「権利者」らから持ち込まれているのであつて、原告による右私的な処分というのが、つまるところは担保権者である訴外銀行の犠牲において成り立つ性質のものであることは明らかである。また、融資等を名目とする金銭的利益の提供が訴外銀行の利益に反することはいうまでもないところであり、さらに、原告らによる本件訴訟の係属を利用しての前記認定のような訴外銀行に対する攻撃が、信用を重んずべき訴外銀行の業務を妨げその利益を大きく害していることも明らかである。」

「そうすると、原告による本件訴訟の提起は、会社利益の犠牲ないしは侵害のもとに、株主たる資格とは関係のない純然たる個人的な利益を追求する取引手段としてなされているもので、株主の権利を濫用するものといわざるを得ない。そして、かかる場合には、訴権の濫用として訴え自体を却下すべきものと解する。」

〔研究〕判決の結論に賛成するが、理論構成については反対する。

一 裁判所が訴え提起行為自体を訴権の濫用として訴えを不適法却下できることは、従来から、その可能性を限定的にはあるが肯定するのが多数説であつた(例えば、中野貞一郎「民事訴訟における信義誠実の原則」『訴訟関係と訴訟行為』七三頁(一九六一年)、山本戸克巳「民事訴訟と信義則」末川古希『権利の濫用(中)』二七〇頁(一九六二年)、山本 卓「民事訴訟における信義誠実の原則」司法研究報告書一四輯一号八二頁以下(一九六二年)。また、有限会社における社員総会不存在確認の訴え提起が訴権の濫用であるとして、訴えを却下した最高裁判例もある(最判昭和五三年七月一〇日、判例時報九〇三号八九頁(一九七八年)。この判例に賛成する学説として、新堂幸司「判批」判例評論二四四号三〇頁(一九七九年)、別府三郎

「判批」昭和五三年度重要判例解説二〇四頁（一九七九年）、加茂紀久男「判批」法曹時報三三卷九号二五三頁以下（一九八一年）。

本判決は、株主代表訴訟の提起が株主権の濫用となる場合に、訴権の濫用として訴えを却下した初めての判例として注目される。株主代表訴訟は、取締役ないし監査役の任務懈怠等により会社に生じた損害を回復するとともに、違法な業務執行を抑止し、企業経営の健全性を確保するための一つの有力な手段であると考えられるが、他方で、株主による濫用ないし不適切な権利行使の危険や取締役の経営判断に与える影響等、運用上・制度上の問題点も指摘される。株主代表訴訟の利用が飛躍的に増大している昨今、株主代表訴訟の趣旨実現と濫訴からの取締役の保護との調整が問題であるが、本判決は、その一つの解決基準を提示するものである。

本判決以後にも、同様に訴権の濫用として株主代表訴訟を却下したものとして、東京地判平成八年六月二〇日の事件（判例時報一五七八号一三一頁（一九九六年））がある。また、株主代表訴訟で株主権の濫用となったものには、本件以外で著名なものとして、三井鉱山事件（東京地判昭和六一年五月二九日、判例時報一一九四号三三頁（一

九八六年）、東京高判平成元年七月三日、金融・商事判例八二六号三頁（一九八九年）、最判平成五年九月九日、判例時報一四七四号一七頁（一九九四年）、片倉工業事件（東京地判平成三年四月一八日、判例時報一三九五号一四四頁（一九九一年）、東京高判平成六年八月二九日、金融・商事判例九五四号一四頁（一九九四年））、東京都観光汽船事件（東京地判平成七年一〇月二六日、判例時報一五四九号一二五頁（一九九六年））があるが、いずれも株主権濫用の抗弁は排斥されている。

三井鉱山事件控訴審判決においては、株主代表訴訟の提起が株主権の濫用にあたる場合として、「当該代表訴訟の提起が徒に会社ないしその取締役を一喝し困惑させることに重点をおいたものであって、結局それによって会社から金銭を喝取するなど不当な個人的利益を獲得する意図に基づくものであるとか、当該代表訴訟によって追及しようとする取締役の違法事由が軽微又はかなり古い過去のものであるとともに、その違法行為によって会社に生じた損害も甚だ少額であって、今更その取締役の責任を追及するほどの合理性、必要性に乏しく、結局会社ないし取締役に対する不当な嫌がらせを主眼としたものであるなどの特段の事情のある場合に限り、これを株主権の濫用として排斥すれ

ば足りる」との判断を示した。片倉工業事件、東京観光汽船事件、さらに本件も、基本的にこの判断で示された特段の事情として例示されたところに従って具体的事実を当てはめて結論を出しているといわれる（小林秀之・原 強『株主代表訴訟』三〇頁（一九九六年）、中島弘雅『株主代表訴訟の制度趣旨と現状』民商法雑誌一一五巻四・五号一二一―一三頁（一九九七年））。

二 本判決は、株主代表訴訟の提起を取引手段にして、取締役や会社側から株主たる地位とは無関係の何らかの純然たる個人的利益を引き出そうとする場合（所謂、会社荒らしの場合と解せられる）には、株主権の濫用に当たるとしている。株主代表訴訟における株主権の濫用とは如何なる場合をいうかは、問題であるが、本事例のような会社荒らしの場合に、これを肯定することには異論がないであろう（中島・前掲一三頁、小林・原・前掲二七頁、近藤光男『株主の権利濫用』『特別講義商法Ⅰ』七四頁（一九九五年）、荒谷裕子『株主権の濫用』判例タイムズ九一七号三九頁（一九九六年）、新山雄三『代表訴訟と株主権の濫用』判例タイムズ九四八号一四五頁（一九九七年）。但し、出口正義『株主代表訴訟と株主権の濫用』筑波法政一八号（その一）一四二頁（一九九五年）は、株主代表訴訟の制

度的利益を絶対視して、根拠があれば、株主の動機目的が何であれ株主権の濫用は認められないという考え方も可能性としてあり得るとされる）。

この場合以外にも株主権の濫用となる場合として、会社に権利が存在しないにもかかわらず、株主が代表訴訟を提起する場合を挙げる見解がある（中島・前掲一〇頁、出口・前掲一四二頁、新谷 勝『株主代表訴訟と改正商法』判例タイムズ八二四号一四〇五頁（一九九三年））。しかし、会社に権利が存在しない場合には、理論的には、株主が会社に代わって代表訴訟を提起する具体的「権利」がそもそも認められないのであるから、「権利」の濫用も認められないのではないだろうか。このような場合には、請求が棄却され、あるいは、悪意に基づく提訴であるとして担保の提供（商法二六七条五項）が命じられる可能性はあっても、株主権の濫用にはならないと解する。このように、会社に権利が存在しないにもかかわらず、それにつき故意・重過失によって株主代表訴訟を提起した原告株主については、被告取締役に対する不法行為（民法七〇九条）の成立する蓋然性が高いとはいえよう（軽過失による提訴の場合にまで不法行為の成立を認めることは、裁判を受ける権利が憲法三二条によって保障される基本的人権であることに鑑み

れば、妥当ではあるまい。なお、最判昭和六三年一月二六日民集四二巻一号一頁も、裁判を受ける権利を尊重して、訴え提起行為の違法性が著しい場合のみ不法行為を構成するとしているが、これは、故意ないし重過失を要求しているとみるべきである）。

さらに、例えば、経営権奪取の目的や、被告取締役への反感、売名目的、政治的・社会的主義・主張を達成する目的を持って、原告株主が代表訴訟を提起する場合にも、請求に理由が認められる限り、株主権の濫用にはならないと解すべきである。確かに、このような場合は株主代表訴訟制度が予定していたものではないかもしれないが、請求に理由が認められる限り、そのような主観的事情を持つが故に株主代表訴訟制度の趣旨に反するとまではいえないであろう。例えば、社会公益目的を持つ株主代表訴訟の場合には、原告株主のインセンティブは被告取締役の責任追及自体であるので、むしろ、誠実に訴訟を進行することが期待でき（山田泰弘「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四七一頁（一九九六年）、会社の損害を回復するという株主代表訴訟の趣旨が実現され得るのである。勝訴しても、直接的利益を得ることのない株主代表訴訟の原告に対して、純粹に

会社や他の株主全員の利益だけを考えて訴訟を提起・追行せよというのは、現実には無理な要求であるともいえるよう。このような目的ないし動機は、全く会社の利益を考えない純然たる個人的利益を追求する会社荒らしの場合とは異なつて、株主権の濫用にはならないというべきである。取締役の同一の違法行為に対して、このような目的ないし動機を持つ株主が提訴すると株主権の濫用として請求が棄却ないし却下され（この点については次に検討する）、このような目的ないし動機を持たない株主が提訴すると請求認容となるといふような結論は、いずれの株主にも直接的利益を得ることがないことを考えると不均衡であろう（新谷・前掲一四〇一五頁、中島・前掲一一頁）。

三 本判決は、株主代表訴訟の提起が株主権の濫用に当たる場合、訴権の濫用として訴え自体を却下するべきであるという。

この点について、株主権は株主が株主たる資格において会社に対して有する権利であるから、その濫用は被告取締役との関係では直接問題とはなし得ないことから、代表訴訟の場合には株主権の濫用ではなく、取締役に対する訴権の濫用を理由に訴えを却下せざるを得ないとし、したがって、代表訴訟の提起が会社に対し株主権の濫用となる場合

には取締役に対し訴権の濫用になるとして訴えを却下した本判決は正当であるとする見解がある(出口・前掲一四〇～一四二頁)。しかし、株主権行使の相手方は必ずしも会社限定される必然性はない(中島・前掲九頁)。株主代表訴訟の場合には、株主権行使の相手方として、取締役を被告にして提訴することが認められているのであるから、訴権の濫用によって訴えを却下した点を捉えて、本判決が正当であるとするのは形式的である。ここでは、訴権の濫用を理由に訴えを却下することの實質的正当性が検証されなければならない。

前述のように、有限会社における総会決議不存在確認の訴えの提起が訴権の濫用にあたるとして訴えを却下した最判昭和五三年七月一〇日判決が出ているものの、この判決に対する評釈は、判決を支持するもの(前掲の新堂、別府加茂の他、必ずしも明確ではないが、谷口安平「判批」判例タイムズ三九〇号二五六頁(一九七九年))、訴えの利益ないし原告適格の欠如による訴えの却下説(福永有利「判批」判例タイムズ三七五巻五七頁(一九七九年)、吉川義春「判批」民商法雑誌八〇巻五号五九四頁(一九七九年)、山本和彦「判批」民事訴訟法判例百選一六一頁(一九九二年))、実体権の請求を権利濫用ないし禁反言によって許さ

ない請求棄却説(阪埜光男「判批」Law School 一一号一二〇頁(一九七九年)、林屋礼二「判批」民事訴訟法判例百選(第二版)一〇六頁(一九八二年)、本間義信「判批」昭和五三年度重要判例解説一五〇頁(一九七九年))、請求認容説(平尾賢三郎「判批」金融商事判例五六五号五三頁(一九七九年))に大きく分かれ、この最高裁判例の評価は現在に至るまで未だ定まったものとは言えないのが現状である(山本和彦・前掲一六頁)。

思うに、訴権については、否定説(三ヵ月章『民事訴訟法』一三頁(一九五九年))もあるが、周知のように、司法行為請求権説(斎藤秀夫『民事訴訟法概論』四三頁以下(一九六九年))、本案判決請求権説(兼子一『新修民事訴訟法体系』三三頁以下(一九六五年)、多数説)等の争いがあるものの、訴権が国家(裁判所)に対する権利であることは一致しており、それは、憲法三二条の裁判を受ける権利として国民に保障される基本的人権であるとされるそうだとすると、訴権の濫用として訴えが却下される場合というのは、基本的人権が制限される場合に他ならないのであるから、訴権の濫用の場合は可及的に制限的に捉えられるべきである。したがって、まず、訴えの利益や当事者適格等の訴訟要件の欠如が認め得る場合には、訴権の濫用

論を用いることなく、訴訟要件の欠如による訴えの却下を導くべきである。次に、訴訟要件の具備が認められる場合にも、実体権について権利濫用ないし禁反言の法理の適用が可能であれば、やはり訴権の濫用論によることなく、請求棄却を導くべきである（福田剛久「会社訴訟と株主権の濫用」『裁判実務大系3』二三頁（一九八五年）もその趣旨か）。そして、訴訟要件を具備し、かつ、実体権について権利濫用ないし禁反言の法理の適用も不可能な場合に、その訴えの提起を認めると法的正義に反するという場合にはじめて訴権の濫用による訴えの却下が可能になると解する。具体的には、前述の、本件以外で株主代表訴訟において訴権の濫用を理由にして訴えを却下した唯一の事例である東京地判平成八年六月二〇日（本事例は、申立手数料の節約を図ることを目的とする株主代表訴訟の提起が、訴権の濫用として却下されたものである。同族会社の株式の大部分を保有する株主であった原告らが同時に（被告取締役以外の）役員の全員でもあったため、原告株主が被告取締役の責任追求を相当として会社に訴え提起を請求したが、会社は不相当として訴え提起をしなかったということはある得ない場合であった。本判決は、会社と株主が意思を通じて、ただ申立手数料の節約を図ることを目的として株主

代表訴訟を利用することは制度の濫用であり、許されないと判示した）の場合や、極端な一部請求（林屋・前掲一〇七頁）、訴訟狂の訴えや仮装訴訟（中野・前掲七三頁）のように、原告が訴えの実質的内容の当否について裁判所の判断を求めようという考えを實際上全然有していないのに、訴えを提起することによって相手方ないし裁判所に対して無用の損害を被らせようとして訴えを提起する場合（山本卓・前掲八二頁以下）である。

そうすると、本件のように、会社荒らしによる株主代表訴訟の提起が株主権の濫用にあたる場合には、訴権の濫用を理由とする訴えの却下は許されないというべきである。

なぜなら、次の四以下に後述するように、筆者は株主代表訴訟の原告適格として代表の適切性が要求されていると考えているが（この点についての私見の詳細は、拙稿「株主代表訴訟の原告適格——代表の適切性と行為時所有の原則——」法学政治学論究三二号四四五頁以下（一九九七年）、会社荒らしによる株主代表訴訟の提起の場合には、代表の適切性を欠いて原告適格が認められないから、これによって訴えが却下されるべきだからである。さらに、仮に、原告適格の点を不問に付したとしても、会社に代わって取締役の責任を追及する株主の実体法上の権利の濫用を認め得

るから、これによって請求が棄却されるべきだからである。すなわち、株主は取締役の責任を追及する実体法上の権利を有する。なぜなら、株主が取締役の責任を追及する訴えを提起する権利を有するということは、責任を追及する実体法上の権利が存在することを基礎としているということができるし、株主代表訴訟と同じ沿革を持つ商法二七二条の差止請求権は訴訟によることを要しないとされているからである（池田辰夫「株主代表訴訟における和解」『株主代表訴訟大系』（小林秀之・近藤光男編）二四五頁（一九九六年））。

四 原告株主の代表の適切性は、アメリカの株主代表訴訟において要求されている要件である。すなわち、株主代表訴訟は、一九三八年連邦民事訴訟規則においては、二三条（a）項の真正クラス・アクションとして位置付けられていたため、クラス・アクションの原告適格の要件である代表の適切性が当然に要求されていた。というのは、クラス・アクションの判決の効力はクラスのメンバー全員に及ぶことから、原告の訴訟行為によってクラス全員の利益の処分が行なわれることになり、原告がクラス全員の利益を適切に代表することが必然的に要請されることになるからである。そして、これは、一九六六年に連邦民事訴訟規則が

修正されて、株主代表訴訟がクラス・アクションとは別に、二三・一条に規定されるようになって、基本的に変るところはない。

このように、代表の適切性の要件はクラス・アクションであることと、密接に結びついている。そうだとすると、わが国の株主代表訴訟がクラス・アクションとしての性格を有するか否かが、次に検討されねばならないことになるが、わが国の株主代表訴訟の法構造ないし性格については、代位訴訟説（従来の説）と代位訴訟とクラス・アクション的代表訴訟の両方の性質があるとする両面説がある。私見は両面説に賛成であるが、筆者はかつて、このことについて詳論したことがあるので（拙稿「株主代表訴訟と訴訟上の和解」『法学政治学論究三二号四七三〜四七七頁（一九九六年）』、本稿では私見を以下に簡潔に述べる）。

まず、確かに、条文中「会社ノ為」に提起する訴えとされており（商法二六七条二項）、また、会社は株主から独立した法人格を持つ存在である以上、法制度としては、会社の権利を株主が代わって行使するという代位訴訟であるということは否定できない。しかし、株主代表訴訟制度は、会社の完全独立人格を強調する法人観とはなじみにくく、極めて現実的な制度である（谷口安平教授は「この制度は

すこぶる現実的な理解に基づいており、会社の独立法人格を強調する法人観とはもともとなじみにくいものであり、会社組合観、法人擬制説を基調とする英米法にその源を発しているのもそのためであろうか」といわれる「株主の代表訴訟」『実務民事訴訟法講座5』九五頁（一九六九年）。すなわち、会社がその権利の行使を怠るような場合には、所有と経営を分離して、業務執行については経営の専門家である取締役に委ねるといったような正規的・原則的運営に任せたのでは、会社ひいては株主の利益が害される恐れがある場合に、その現実に対処するため、株主に会社の実質的所有者（団体の構成員）として本来的に有する監督是正権を行使させて、いわば、非常事態的に認められるのが株主代表訴訟制度である。そうすると、このような非常事態の場合に認められる株主代表訴訟においては、実質を直視し、会社が株主から独立した法人格を持っていることから形式的に代位訴訟とされるだけであって、実質的・経済的にみれば株主が固有の権利を行使するクラス・アクション的代表訴訟としての性格も持つと解すべきである。というのも、このことは、立法の経緯からも明らかだからである。すなわち、株主代表訴訟は、昭和二五年にアメリカ法をならって導入されたものであるが、昭和二五年当時の一

九三八年連邦民事訴訟規則は、前述のように株主代表訴訟を真正クラス・アクションと位置づけていたのであり、しかも代位的・派生的と考えられていた社外の第三者を被告とする代表訴訟については、わが国は導入せず、取締役を被告とするクラス・アクション的な代表訴訟のみを導入したからである。さらに、訴額の算定についての平成五年改正商法二六七条四項は、株主代表訴訟の訴訟類型を債権者代位訴訟や取立訴訟とは異なる、住民訴訟と同一の訴訟類型という立法的決断をしたとも解釈できることから、クラス・アクション的代表訴訟としての性格を持つことを肯定すべきである（小林秀之「株主代表訴訟の構造と役員損害賠償保険（上）」NBL五三三号二六頁（一九九三年）。しかし、伊藤 眞教授は、この訴額についての改正法は代表訴訟の経済的機能に着目したものであって、訴訟の法律的構造とは別であるとされる「代表訴訟と民事訴訟」『日本の企業と法』五四頁（一九九六年）。また、高田裕成教授も、訴え提起の手数料の問題は手数料独自の問題と考えるべきである、平成五年改正による現行制度は、政策的な考慮から、利他的な訴え提起をする株主にいわば「補助金」を付与した制度と理解することになる、とされる「株主代表訴訟における原告株主の地位」『民商法雑誌一一五巻

四・五号四二頁（一九九七年）。

そして、このクラス・アクション的代表訴訟の側面に着目すると、株主は、自己固有の権利として、取締役に対して会社への損害賠償の支払いを請求する権利を有しており、これを全株主を代表して行使していると考えることができる。

このように、わが国の株主代表訴訟に実質的にクラス・アクションとしての性質があると理解するならば、必然的に代表の適切性が考慮されるべきことになる。なぜなら、前述のように原告株主は、他の株主全員の利益も処分することになるからである。さらに、判決の効力は、他の株主全員にも及ぶわけであるが、他の株主の手続保障が現行法上ないこと（他の株主に対しては通知も公告もなされず、他の株主が訴訟参加する機会が保障されているとは言いがたい）を補う意味においても、言い換えるならば、既判力が拡張される正当化根拠としても、代表の適切性は考慮されてしかるべきである。これに対して、高田裕成教授は、代表の適切性は、原告以外の株主に対する判決効の議論をすることにねらいがあるものと理解され、そうであれば、（代位訴訟的理解により）判決効は会社を通じて他の株主に及ぶという議論をたてることができるので、あえて、代

表性という議論を持ち込む必要はないのではないかといわれる。また、適切代表ということを持ち込むために代表訴訟だということを言う必要はないともいわれる（座談会「株主代表訴訟の手続法上の問題点」民商法雑誌一一五巻六号一三〇一四頁（一九九七年））。しかし、代表の適切性は、単に原告以外の株主に判決効を及ぼすことに主眼があるのではなく、それが正当に及ぶこと、すなわち、判決効を及ぼす正当化根拠を導くことに主眼がある。また、代表訴訟としての性質があるから、適切代表ということも必要になるのであって、適切代表を持ち込むために、代表訴訟であるというのではない。

五 以上のように、代表の適切性の要件は必要であると考ええるが、果たして、この要件を認めることは、現行法の解釈論として可能であろうか。

この点について、適切代表の要件を立法論として要求するものとして、周劍龍『株主代表訴訟制度論』二五一頁（一九九六年）、解釈論として要求するものに、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』一五一頁（一九九六年）、原 強『株主代表訴訟における判決効と強制執行』『株主代表訴訟大系』二八六頁（一九九六年）がある。小林教授は、具体的にどのような

解釈論で認められるのか、明らかにされていないが、原教授は、株主権の濫用の法理を用いることによって、取り込むことが可能であるとされる。しかし、前述のように私見によると、実体法上の株主権の濫用の場合には訴え却下ではなく、請求棄却判決を下すべきであると解するので、原教授のように訴え却下を導くものとして、株主権の濫用の法理を用いることはできないと考える。

筆者は、当事者適格の理論から、解釈論としてこれを認めることが可能であると解する。当事者適格について規定する条文はないが、当事者適格は現行法の理論として当然に認められる概念である。当事者適格とは、訴訟物たる権利関係について、当事者として訴訟追行し、本案判決を求めることができる資格であるが、これは、訴えによって特定された当事者について本案判決を下す必要性・実効性を吟味し、選別するための要件である。この選別は、個々具體的な訴訟において複雑に絡み合う諸利益の対立を、国家の立場（訴訟制度の運営）、当事者の立場（権利保護の要求、当事者の利益調整）、判決の影響を受ける第三者の立場から具体的に調整する作業であり、様々な利益を考慮してなされる実質判断である。この選別作業により、紛争解決にとって不適切な当事者は排除される一方（当事者適格

の消極機能）、紛争解決にとってより適切な者が選び出されることになる（当事者適格の積極機能）（伊藤 眞『民事訴訟の当事者』九〇～九一頁（一九七八年））。そして、判決の効力が手続上当事者になつていない利害関係人に法律上または事実上影響を与えることが考えられる場合には（訴訟担当や、共有物をめぐる紛争等の場合）、テュー・プロセスの観点から、この利害関係人の利益保護が十分に手続上保障されているかどうかを問う必要がある、この手続外の利害関係人と原告・被告との利害の調節が、当事者適格の判断の中に求められることになる。すなわち、判決の効力を受ける側からみると、当事者適格という観点による当事者の選別は、判決の効力を正当化するに足りる充実した訴訟追行を通常期待できる担当者を選別することを意味することになる（新堂幸司『民事訴訟法』第二版補正版一九〇頁（一九九〇年）、同『注釈民事訴訟法』①四〇七頁（一九九一年））。そうすると、株主代表訴訟において、原告適格を認められ得る者とは、判決の効力が他の株主にも及ぶことを正当化するに足りる充実した訴訟追行を通常期待できる者ということになり、それはすなわち、他の株主を公正かつ適切に代表する者ということに他ならない。

六 以上から、筆者は現行法の解釈論として、代表の適切

性を株主代表訴訟の原告適格の要件として考慮すべきであると考えるが、問題がないわけではない。

その第一は、代表の適切性を裁判所が判断することになるが、裁判所にとってそれは過重な負担であり、事実上困難ではないか、ということである（高田・前掲「株主代表訴訟における原告株主の地位」一六三頁、中島・前掲一三〇―一四頁も同旨か）。しかし、原告株主に代表の適切性が欠けることは、被告の本案前の抗弁とし（当事者適格は職権調査事項であるが、職権探知でなく弁論主義がとられる）、アメリカと同様、被告取締役側に主張・立証責任を負わせて判断資料を提出させれば（小林・原・前掲『株主代表訴訟』三三八頁も同旨）、裁判所も判断不可能ではあるまい。これは、被告取締役としては實際上強く主張したい事柄であろうから、十分な判断資料の提出が期待できよう。また、担保提供（商法二六七条五項）の判断や、詐欺再審の訴え（商法二六八条ノ三）においてはかなり実質的な判断も裁判所はしなければならず、それと比べて特に判断が困難であると思われる。

第二に、原告株主は何を代表するのかであるが、それは、株主代表訴訟の法構造からみて、形式的には会社（の利益）を代表するが、実質的・経済的には、他の株主の利益

を代表すると考えるべきである。

七 原告株主は、以上のように、他の株主の利益を「代表」するとしても、次に、どのようにその代表の適切性を判断すればよいかが問題となる。

1 ここでは、アメリカの豊富な判例が参考になる。

原告が、公正かつ適切な代表者であるか否かは、個々具体的に判断される事柄であるが、判例は次の二つのテストによって判断しているとされる。すなわち、第一に、原告の利益が他の株主の利益と両立しているか、それとも対立しているか、第二に、原告（及びその弁護士）が訴訟を追行する積極的意思 (vigor) と能力 (competence) を有しているか、である。そして、これらについては被告が、原告の利益と他の株主の利益が対立すること、あるいは、原告に訴訟追行の積極的意思または能力の無いことについての挙証責任を負い、裁判所がその判断についての裁量権を有する (Demott, Shareholder Derivative Actions Law & Practice, 48 (1986), Schupack v. Covelli, 512 F. Supp. 1310, at 1312 (W. D. Pa. 1981).)。

その判断の際に考慮されるべき要素としては、代表者とクラスとの経済的対立の有無、原告が訴訟において求める救済は如何なるものか、原告が訴訟の背後で代表訴訟を利

用しようとしている徴表がないか、原告と被告の間で係属中の他の訴訟がないか、原告の訴訟に対する不慣れさ、原告の代表訴訟における利益に対する個人的利益の相対的重要性、原告の被告に対する復讐心の有無、原告が代表しようとしている他の株主から得られるサポートの程度、弁護士が訴訟に対して支配を及ぼしている程度、代表原告の訴訟に対する個人的コミットメントの欠如が、挙げられている (13 Fletcher Cyclopedica Corporations 227 - 8 (1984))。原 強教授も、前掲「株主代表訴訟における判決効と強制執行」二五六―二七四頁において、代表の適切性を判断する際に考慮すべきファクターをアメリカの判例を整理して、次のように挙げられている。すなわち、原告株主と原告株主が代表しようとしている他の株主との経済的利害対立、原告株主と原告株主が代表しようとしている他の株主との救済方法選択における利害対立、原告が訴訟の背後にある推進力 (driving force) であること、原告が代表を意図している株主から受けている支持の程度、原告が訴訟に通じていないことや事件の事実について無知であること、原告・被告間に係属している他の訴訟の存在、原告の提訴動機、である。

次に、原告の利益と他の株主の利益の対立があるか否か

というテストについて、具体的に判例をみてみる。まず、原告は一定範囲の株主の利益は代表しているが、全ての株主の利益は代表していないことも多いと思われるが、それは差支えないとされている (Shulman v. Ritzenburg, 47 F. R. D. 202, 211 (D. D. C. 1969))。連邦民事訴訟規則二三・一条も全員の株主ではなく、「類似の地位ある株主……の利益を公正かつ適切に代表……」としている。Ohio Sealy Mattress Mfg. Co. v. Kaplan, 90 F. R. D. 21 (N. D. Ill. E. D. 1980) (この判例では、七%所有の株主が、九〇%以上の株式を所有する取締役を被告とした事例で、代表の適切性を肯定した) では、「株主の利益」という語は、原告と同様の利益を持つ少数派その他の限定的なグループの株主に関するものであると判示した。また、前述の Schupack v. Covelli では、「代表訴訟の原告は、多数派株主の支持あるいは、全ての少数派株主の支持を受けることさえも要求されない。代表の適切性の真の基準は原告株主が何人の株主を代表しているかではなく、類似の地位にある他の株主の利益を如何によく推進させるかということにある」と判示した。

代表の適切性が否定された例としては、原告株主以外の全株主が被告である場合がある (Kuzmicky v. Dun-

more Corp., 420 F. Supp. 226. (E. D. Pa. 1976).)。そのような訴訟では、原告は自分自身の利益しか代表していないからである。しかし、被告以外の他の株主が明白に原告の代表を否認した場合には、判例は分かれている (Demott, Shareholder Derivative Actions Law & Practice, supplement at 97. (1986) . つねに必要と、代表の適切性を否定したものは、S.W. Co. v. John Wight Inc., 587 P.2d 348 (1978). 肯定したものは、Larson v. Dumke, 900 F2d 1363 (CA9 1990), Brandon v. Brandon Const. Co., 776 SW2d 349, 352-353 (1989).)。その他にも、原告株主が、同時に会社と利害の対立する競争者である場合 (Robinson v. Computer Servicecenters Inc., 75 F. R. D. 637 (ND Ala 1976), Nolen v. Shaw-Walker Co., 449 F2d 506 (CA6 1971) .) や、代表訴訟の原告株主が同じ被告と別に個人的な訴訟を提起して、代表訴訟がその個人的な訴訟を有利にする手段にされている場合 (Roberts v. Alabama Power Co., 404 So2d 629 (Ala 1981), Steinberg v. Steinberg, 434 N. Y. S. 2d 877 (N. Y. C. Pt 1980).) 、代表訴訟を提起している原告が同時にその株式を取得した売買の取消を求めて訴訟を起こしている場合 (Ford v. Bimbo Corp., 512 Sw2d 793 (Tex

Civ App 1974). これは、原告が自分自身を株主のクラスから除去しようとしているからである) にも、代表の適性が否定されている。

訴訟追行の積極的意思 (vigor) と能力 (competence) のテストについてみると、原告がごく僅かの株式しか保有していないことは必ずしも積極的意思の度合いを減少させるものではないから、代表の不適切性をもたらすものではない (Dawson v. Dawson, 645 SW2d 120 (Mo App 1983).)。原告が適切にクラスの利益を追求する限り、原告は想像し得る最善の代表である必要はない (Dura-Bit Corp. v. Chase Manhattan Corp., 89 F. R. D. 87, 101 (SD NY 1981).)。しかし、原告の訴訟に対する精進度や物質的豊かさは、この判断に関係があるとする判例がある (In re Goldchip Funding Co., 61 F. R. D. 592, 594, 595 (MD Pa 1974).)。また、弁護士能力の有無はこの判断の鍵となる重要事とされる (See Fradkin v. Ernest, 98 F. R. D. 478 (ND Ohio 1983) .)。

2 わが国においても、アメリカの判例と同様に、①原告の利益が他の株主の利益と対立しているか否か、②原告に訴訟を進行する熱意、誠実さ、能力があるか否か、を一般的・抽象的な基準として用いることができる。

さらに、具体的に①について検討するに、原告株主と他の株主の利益対立があれば、ただちに代表の適切性が否定されるというべきではない。アメリカ法と同様、原告と同様の利益を持つ、少数派その他の一定の範囲の株主の利益さえ適切に代表していれば足ると考える。なぜなら、多数派株主は、株主代表訴訟によらずとも自己の意向を経営に反映できることが普通だから、必ずしも株主代表訴訟を利用しなくてもよいのに対して、少数派株主は株主代表訴訟を利用する必要がある、原告株主は同様の立場にある一定範囲の株主の立場を適切に代表していればよいからである（小林・原・前掲『株主代表訴訟』三〇七頁）。これは、多数派株主の専横にも対処し得るものとして、株主に監督は正権である代表訴訟提起権を単独株主権として認めた法の趣旨にも合致する。

ではどのような場合に利益の対立があるとして、代表の適切性が否定されるのか、であるが、それは、原告株主が同様の利益を持つ他の株主を充分に代表できず、それらの株主の利益を守れない場合が挙げられよう。例えば、会社荒らしの場合が判りやすいが、アメリカの判例に現われた事例のように、原告株主が同時に会社と利害の対立する競争者である場合や、原告株主が被告取締役を相手に個人訴

訟を同時に提起していて、代表訴訟をその個人訴訟を有利にする手段にしようとしている場合、原告以外の全株主が被告である場合などである。

次に、②については、やはりアメリカの判例のように、原告が適切にクラスの利益を追求する限り、想像し得る最善の代表者である必要はないであろう。また、原告の持株数の多寡も必ずしも関係がないであろう。そして、原告の代表訴訟を提起する動機、法律知識の有無（本人訴訟か否か）等が、具体的な判断材料となろう。

結局、代表の適切性の判断は、原告の動機・目的や求めている救済、同一原告と被告での他の訴訟の係属の有無、原告の個人的利害の程度、能力、熱意等を判断材料にして総合考慮し、①②を社会通念で判断するしかなく、ある程度の困難さが伴うことは否めないものの、判例の蓄積による準則化が望まれる。

3 では、本件の場合、代表の適切性を認めることができるであろうか。本件では、被告らは本案前の抗弁として株主権の濫用の抗弁しか提出していないので、裁判所としては、前述のように当事者適格については弁論主義が働く以上、原告の代表の不適切性を認定することはできないようにも思われる。しかしながら、代表の不適切性を基礎付

ける事実の主張はしているので、裁判所が代表の不適切性を認定しても弁論主義に反することはない。

原告の本訴提起は、被告や会社を困惑させることによって、C病院の担保物件の私的処分あるいは融資などを名目とする金銭的利益を得るための取引手段としてなされている。そして、これら原告の利益はA銀行の株主であることと関係のない純然たる個人的利益である。しかも、これらの利益は、会社の利益の犠牲、ひいては、原告以外の他の株主の利益の犠牲において成り立つものと言える。したがって、原告は、同様の利益（本来であれば代表訴訟の提起によって期待される会社の損害の回復による利益）を持つ他の株主を代表するものではなく、それらの株主の利益をかえって侵害するものであるから、他の株主との利益の対立が肯定できる。また、原告の目的に鑑みれば、金銭的利益を会社から得れば、訴えを取下げすることも容易に想像され、訴訟追行の熱意、誠実さにも欠けることを認められよう。

以上から、本件では、裁判所は原告の代表の不適切性を認定することができ、訴えを却下できる事例であったといえよう。

八 このように、本件は、訴権の濫用によるのではなく、

代表の不適切性を認定して、訴えを却下すべきであった事例である。代表の（不）適切性と訴権の濫用とでは、以下のような相違点を挙げることができよう。

第一に、代表の適切性は、他の株主全員に判決の効力が及ぶことの正当化根拠であり、現行法上他の株主に通知・公告がなされず手続保障に欠けることを補う意味を持つ手続要件である。

第二に、代表の適切性は、原告株主の個人的利益のためになされていないかをチェックするもののみならず、他の株主の利益のためになる方向で訴訟追行がなされているかもチェックする実体的要件でもある（小林・原・前掲『株主代表訴訟』三二〇頁）。

第三に、前述の、本件以外で訴権の濫用を理由に株主代表訴訟を不適法却下した唯一の事例である東京地判平成八年六月二〇日のような場合には、代表の適切性は認められるので、代表の不適切性を理由に訴えを却下することはできないが、訴権の濫用として訴えを却下することができる。

なお、代表の適切性を要件とすることに対しては、そのような大がかりな枠組みを用いなくても、株主権の濫用という、既に持っている理論で充分対処できるという見解もある（高田裕成「ミニ・シンポジウム株主代表訴訟の手続

法上の諸問題」民事訴訟雑誌四二号一八九頁（発言）（一九九六年）、同・前掲「株主代表訴訟における原告株主の地位」五三頁、中島・前掲一頁も同旨か。しかし、上述の第一、第二の点を考慮すると、代表の適切性を要件とすることはやはり必要であると考えられるし、私見によると、前述のように、実体法上の株主権の濫用は請求棄却判

決を導くものである。論理的には、まず、訴訟要件たる原告適格の要件である代表の適切性が判断されるべきであり、株主権の濫用で対処するべきものではないと考える。

（平成九年一月二三日稿）

南隅基秀

〔下級審民事訴訟例研究 四三〕

43

一 将来の自宅介護費用につき条件付定期金給付を命ずる判決が言い渡された事例

二 新民事訴訟法施行前の事案につき、著しい事情の変更により定期金の給付額が不相当となった場合には、同法一一七条の規定を類推適用して額の変更を認めるのが望ましいとした事例

平成八年二月一〇日民事第二六部判決、各損害賠償請求事件、判例タイムズ九二五号二八一頁

〔事実〕

平成五年二月四日、当時一歳一〇ヶ月であった X_1 は、引きつけを起こし高熱が出たため、最寄りのA病院を受診したが、解熱剤を処方されいったん帰宅した。しかし、翌日、

X_1 には、寝返りが打てない、立ち上がれない等の異常が認められたため、両親である X_2 、 X_3 は、 Y_1 （労働福祉事業団）の設置管理するB病院の小児科に連れて行き受診させた。B病院では Y_2 が担当医となり、精査のために X_1 を入院