高崎経済大学論集　第43巻　第３号　2000　29頁～44頁

株主代表訴訟の重複係属の可否と株主の訴訟参加

山　田　泰　弘

May Multiple Derivative Suits Be Filed by Several Different Shareholders?; the Study of the Shareholders ' Intervention in the Shareholders' Derivative Suit

Yoshihiro YAMADA

目　次

一、はじめに
二、株主代表訴訟の重複係属の可否
　１、総会屋への利益供与をめぐる野村証券事件
　２、株主代表訴訟と二重起訴禁止の原則
　　―総会屋への利益供与をめぐる野村証券事件の問題点―
　　（一）学説の議論状況
　　（二）アメリカ法における取り扱い
　　（三）検討
三、株主の訴訟参加
　１、学説の議論状況
　２、株主の訴訟参加の意義と形態
　　（一）株主の訴訟参加の意義
　　（二）株主の訴訟参加の形態
四、おわりに

一、はじめに

企業不祥事が世の注目を浴びる中、同一の事件に関し複数の株主代表訴訟が係属する事態が、しばしば発生している。たとえば、損失補塡問題に関連して野村証券株式会社が総会屋への利益供与を行った事件については五つの株主代表訴訟が係属した。

しかしながら、同一の事件に関して複数の株主代表訴訟が係属することを認めた場合、それぞれの株主代表訴訟の主たる争点は、同一であり、それぞれの株主代表訴訟は証拠資料を共通にする。このため、それぞれの株主代表訴訟が個別に係属することは、当事者（特に被告取締役）や裁判所にとって、審理が重複し無駄に労力が費やされることを意味しないであろうか。さらに、それぞれの株主代表訴訟が別々に審理されることにより、個々の株主代表訴訟における裁判が矛盾したり、抵触する危険性も生じないか。

もっとも、取締役の責任が問題となる場合には、合併無効の訴え（商法105条）や決議取消の訴え（商法247条）等とは異なり、請求が一義的なものとはなりにくい(1)。詳しくは後で紹介する野村証券の総会屋への利益供与に関する一連の株主代表訴訟を見てもわかるように、取締役のいかなる行為が会社に対する義務違反となるか、取締役のうちの誰が責任を負うか、どの程度の損害賠償義務を負うかといった点は、明確に判別されるものではない。このため、株主の間で取締役の責任追及に関し意見が異なる。よって、いずれかの株主のイニシアティブのみにより取締役の責任追及訴訟が係属するとすれば、他の株主が異なる意見を有することが当該責任追及の場面で反映されないことにもなりかねない。

ここでは、野村証券株式会社の総会屋への利益供与に関する株主代表訴訟の訴訟実務の対応を素材として、株主代表訴訟の構造論をふまえながら、同一事件に関して複数の株主代表訴訟が係属することの可否につき検討を加える。また、株主の間で取締役の責任の有無や責任の程度に関し意見が異なる場合の処理として、係属する取締役の責任追及訴訟に対して株主が訴訟参加することが考えられる。実際に野村証券の総会屋への利益供与に関する一連の株主代表訴訟についても、いくつかの訴訟につき原告株主が訴えを取り下げて、ほかの株主代表訴訟に共同訴訟参加している。よって本稿は、取締役の責任を追及する訴訟への株主の訴訟参加の意義と形態とに関しても考察することにする。

なお商法上の株主代表訴訟制度は、取締役の責任追及の場面に限定されていない。発起人（商法196条）、監査役（商法280条１項）、清算人（商法430条２項）、取締役と通謀して不公正な発行価額で新株を引き受けた者（商法280条ノ11第２項）、および株主権の行使に関し利益供与を受けた者（商法294条ノ２第４項）といった特定の者について、商法267条ないし268条ノ３が準用され、株主代表訴訟制度が採用されている。このため同様の問題はそれぞれにつき生じる。しかし以下では議論を単純化するために、とくに断らない限り、取締役の責任を追及する訴訟をモデルに検討を進める。

二、株主代表訴訟の重複係属の可否

１、総会屋への利益供与をめぐる野村証券事件

野村証券株式会社では、総会屋が実質的に保有する証券取引口座が開設されており、いわゆる「花替え」（野村証券の扱う自己勘定取引において利益の発生が確実となった時点で、その利益の出た取引を当初から総会屋が実質的に保有する証券取引口座に付け替えて、野村証券の自己勘定取引により生じた利益の一部を総会屋の口座に付け替えるという手法）により多額の利益を作出して、総会屋の口座に付け替えていた。このいわゆる「花替え」による総会屋への利益供与は、証券取引における証券会社の損失補塡問題と相まって、世の耳目を集めた。このためか、この事件をめぐっては、多くの株主代表訴訟が提起された。

第一に、平成９年５月２日に株主甲が、野村証券の取締役ＡＢＣＤ４名に対して7000万円の利益供与相当額の会社に対する賠償を求める株主代表訴訟を、東京地方裁判所に提起した（第一事件）(2)。

第二に、請求内容は不明であるが、平成９年５月14日に株主乙により総会屋への利益供与をめぐる約２億円の会社に対する賠償を求める株主代表訴訟が東京地方裁判所に提起された（第二事件）(3)。原告株主乙は後に訴えを取り下げ、第一事件および第四事件に訴訟参加し、共同訴訟参加原告となった(4)。

第三に、平成９年７月31日には、第一事件と同じ株主甲により、いわゆる「花替え」という手法で行われた利益供与ではなく、それ以外の証券取引の損失補塡の形で行われた利益供与３億2000万円の賠償を取締役ＡＢに対して求める株主代表訴訟が東京地方裁判所に提起された（第三事件）(5)。この株主代表訴訟では、ほかに利益供与を受けた総会屋Ｇに対しても、利益供与総額３億6973万円の賠償を求めている。

第四に、平成９年８月７日に、株主丙は、取締役ＡＢＣＤに加えて、取締役ＥおよびＦに対して監視義務違反の責任を追及する株主代表訴訟を、東京地方裁判所に提起した（第四事件）(6)。この請求では、いわゆる「花替え」による利益供与と証券取引の損失補塡の形で行われた利益供与との総額に加えて、この利益供与事件が発覚したことにより地方公募公債等の引受幹事や引受幹事団から除外されることで得られなくなった引受手数料を逸失利益の損害であるとして、４億4000万円あまりの会社への賠償を求めている。

第五に、請求内容は不明であるが、平成９年９月24日に、第二事件と同じ株主乙により、総会屋への利益供与をめぐり、11億9000万円の会社への賠償を求める株主代表訴訟が提起された（第五事件）(7)。後に原告株主乙は、訴えを取り下げて、第一事件および第四事件に訴訟参加し、共同訴訟参加原告となった(8)。

これらの五つの株主代表訴訟のうち、係属する第一事件、第三事件、および第四事件については、原告である株主甲および丙と、第一事件と第四事件の共同訴訟参加原告となった株主乙と、被告取

締役ＡＢＣＤＥＦとの間で、平成10年10月27日に東京地裁において和解が成立した(9)。刑事訴追された被告取締役ＡＢＣは、法的責任を認め、連帯して３億8000万円の会社への賠償を支払い、残りの被告取締役ＤＥＦは、道義的責任を認め、連帯して２億円の賠償を支払うこととなった。残った第三事件の総会屋Ｇに対する株主代表訴訟については、東京地裁平成12年３月９日判決において原告株主の請求が認容され、被告総会屋Ｇに対し３億6973万円の会社に対する支払いが命じられた（確定）(10)。

２、株主代表訴訟と二重起訴禁止の原則 ―総会屋への利益供与をめぐる野村証券事件の問題点―

民事訴訟法142条は、「裁判所に係属する事件につき、当事者は、更に訴えを提起することはできない」と規定する。この原則は、同一事件について二重の応訴を強いられる被告の負担、および重複する審理や相矛盾する審判をさけるという公の利益を考慮したものと説明される(11)。よって、同一訴訟物またはそれに密接関連する訴訟物が後訴または別訴において提起された場合には、同一の事件といえ、当事者は重ねて本案の審理を求めることはできないとされる(12)。この禁止の原則に反する訴えは訴訟要件を欠くとして却下される(13)。

前述の野村証券をめぐる総会屋への利益供与に関する一連の株主代表訴訟のうち、被告取締役ＡＢＣＤに関する部分は、この二重起訴禁止の原則に抵触するとして、訴えが却下されてもおかしくない。なぜなら、株主代表訴訟では会社の被告取締役に対する訴訟追行権を行使し、同一の被告に対する同一の内容の株主代表訴訟は訴訟資料を共通にするため、二重起訴禁止の原則の趣旨に反するともいえるからである。

それでは、なぜ、第二事件、第四事件、第五事件は係属したのか。ここでは、学説の議論状況を概観した後、アメリカ法における問題処理方法をふまえて、検討する。

（一）学説の議論状況

昭和25年に株主代表訴訟制度が導入された段階より、株主代表訴訟が提起された後に同一の内容の責任追及の訴えを会社または原告以外の株主が提起できるかという点については、議論が分かれた。

第一に別訴否定説がある。この見解は、会社が取締役の責任を追及する訴訟を提起した場合に株主は当事者適格を得ることがないため、訴えを提起できず、株主代表訴訟が提起された場合には、取締役に対する会社の権利が行使された以上、会社または他の株主は二重起訴禁止の原則の趣旨から、重ねて取締役の責任追及することができないとする(14)。

第二に別訴肯定説がある。この見解は、株主代表訴訟が提起されたとしても、会社または他の株主が同一の被告に対する同一内容の提訴をすることは妨げられないと述べる(15)。その理由として、原告が異なるために、厳格な意味では、二重訴訟の禁止の規定に違背するものではないことが挙げられる(16)。数個の訴訟が係属する場合には、裁判所が弁論の併合をすべきであるが、そうしない場合には、数個の訴訟が別々に進行することがありうる。この見解は、数個の訴訟が別々に進行する場合には、最初に確定した判決が会社に対して既判力を有し、また訴えを別に提起しているほか

の株主に対してもその反射効が及び、反対の主張をなしえないことになるから、確定判決と矛盾する判決が言い渡されることがなく、問題はないと述べる(17)。別訴肯定説の立場からは、より実質的な理由として、他の会社関係訴訟と違い、株主代表訴訟の提起には公告がないため、重複訴訟という状態が生じることは仕方がないとか(18)、株主代表訴訟の場合には、責任発生の事由を何に求めるかにより、二重起訴にあたるか否か必ずしも明白でない場合がありうるし、一部が重複する場合もあるので、重複する訴訟をまずは係属させ、裁判所の裁量により、弁論の併合等の訴訟運営をする方が妥当である(19)、と述べられたりしている。

なお、取締役の責任を追及する訴訟においては、会社の被った損害額がいくらとなるかにつき会社（監査役）や株主の間で意見が異なる。このために、請求発生事由が同一で同一の被告に対する請求であっても、提訴者によって請求額が異なることもありうる。よって、株主代表訴訟が複数提起されても、それぞれが会社の被った損害の一部請求であるともいえなくはない。一部請求の判決の効力が残額部分に及ばないとする判例・多数説の立場からは(20)、それぞれの株主代表訴訟は訴訟物を異にし、直接には二重提訴禁止の原則に抵触しないことにもなりうる(21)。しかし他方で、一部請求として提起された両訴は、主要な争点を共通にすることから二重起訴禁止の原則の趣旨に抵触するとして、一つの訴訟で請求を拡張することで対処すべきであると、有力に主張され、判例・多数説の態度は批判されている(22)。

（二）アメリカ法における取り扱い

アメリカにおいては、株主代表訴訟の重複係属を認めながらも、裁判所に訴訟運営に関する強い裁量を保障することで、柔軟な対処がなされている(23)。

株主代表訴訟は、会社の権利を行使する派生訴訟であると同時に、全株主を代表して提起される訴訟としての性格を有する。このため、アメリカにおいて、株主代表訴訟はクラス・アクションと同様に扱われ、一つの事件に関して複数の異なる株主が訴訟を提起することが許容される(24)。とりわけアメリカにおいては、州裁判所と連邦裁判所とが存在するために、株主代表訴訟の重複係属の状況は複雑となる。会社法が各州によって制定されているために、連邦裁判所が株主代表訴訟の管轄権を有するのは、原告と被告との間の州籍の相違（diversity of citizenship）に基づく場合である(25)。アメリカの株主代表訴訟においては、会社が不可欠当事者の被告となっている。会社の住所地が設立地または営業許可を与えられた地または営業を行っている地のいずれでもかまわないとされているために(26)、株主代表訴訟を提起する連邦裁判所については、複数の選択肢が存在し、原告株主は自己および依頼する弁護士にとって最も都合の良い連邦地方裁判所に提訴する。このため、複数の株主が州を越えて存在したり、会社が複数の営業所を州を越えて有する場合には、同一の責任事由に関するものであっても、連邦裁判所や州裁判所の複数の裁判所に係属することも珍しいことではない(27)。

しかしながら、複数の訴訟において手続が進行することは、裁判所の人的・物的資源を浪費する

と同時に、複数の訴訟手続に関与する当事者や証人に不当に重い負担を強いることになる。各裁判所の手続に、訴訟当事者や証人が関与するために、スケジュールが交錯し、訴訟遅延を招くことにもなりうる。とりわけ、プレトライアルにあってディスカバリーを実施するための負担は大きなものとなる。このような状況は、何も株主代表訴訟に限定したことではない。連邦裁判所レベルでは、特にプレトライアル段階において請求を一旦移送、併合し、ディスカバリー等が重複することを防止するという措置が民事訴訟一般にとられている(28)。州を越えて複数の州裁判所に係属する場合にも、同様の措置をとることが望ましいが、各州の州裁判所を一般的な形で統括する上位機関を作りえないため、州裁判所の相互協力を求めることになる(29)。

通常の場合、複数の株主代表訴訟が係属すると、特別に考慮することがない限り、最初に提起された株主代表訴訟が係属し、後に提起されたものは、中断されるか（stay)、却下されるか、最初の株主代表訴訟に併合されることになる。訴訟を併合する場合に、裁判所は、原告の弁護士の中から主任弁護士を選任することも認められている(30)。

もっとも、提訴株主が適切に会社や、全株主の利益を代表していないと考えられる場合には、前訴に併合することを条件に、後訴の中断が取り消されたりもしている(31)。また、実際にはほとんど存在しないが、会社が取締役の責任を追及する原告として訴訟を承継し、直接に訴訟追行することもありうる(32)。

以上のようにアメリカでは、裁判所の強いイニシアティブのもと、柔軟な訴訟運用がなされている。このため、重複した株主代表訴訟の係属を認め、巧みな訴訟運営により、訴訟経済の効率性を確保し、被告の応訴に関する加重負担を防止している。事件の同一性のある数個の訴訟につき請求を併合するなどして審理を一つに集中させ、その一方で、全株主の利益を最もよく代表しうる原告側弁護士に原告側の訴訟指揮を任せるなどして、訴訟経済の効率性を確保しながら原告の訴訟追行の適正性を確保する態度は、評価することができよう。

（三）検討

日本においても、判例多数説が一部請求を認めるために、多くの場合、二重起訴禁止の原則に抵触せず、重複して株主代表訴訟が係属しうる。この場合裁判所は、必要があれば、弁論の併合（民事訴訟法152条１項）や、訴訟手続の中止(33) といった手段を執ることで調整することも可能である。

しかし、裁判所という限られた資源を有効に利用するという訴訟経済の効率性確保の要請と、被告の過重な応訴負担の防止という要請とを考慮すれば、裁判所の裁量による訴訟運営にのみ期待するのは妥当ではない。さらに、実際には、数個の株主代表訴訟が係属する場合には矛盾する判決が言い渡される可能性が生じる。なぜなら、裁判所により弁論が併合されず、数個の株主代表訴訟が別々に進行する場合には、先に判決が確定したとしても、当事者が別に係属する訴訟でその旨を主張するとは限らないからである。先に確定した判決は、再審を経て、後の矛盾する判決に優先することになる（民事訴訟法338条１項10号)。再審で処理することにより、たしかに矛盾する判決が言

い渡されたという状態は是正できるが、それではやはりコストがかかる[34]。これらのことをふまえれば、別訴の提起を許容するよりも、事件の同一性のある数個の株主代表訴訟が係属することを防止し、一つの株主代表訴訟に審理を集中させることが、制度的に保障されるべきであろう。もっとも、取締役の責任追及に関して株主間で意見が異なることには配慮する必要があろう。

日本法における現行株主代表訴訟制度は、取締役の責任を追及する場面において会社の受任者である取締役や監査役が構造的に適正な判断ができないということを考慮して、設計されている。提訴株主の訴訟追行に対し異議を表明できる機会（訴訟参加）を会社（監査役）と原告以外の株主とに保障することで、単独株主にも取締役の責任追及訴訟の提起を認めている。これらの機会が利用されることを前提として提訴に対して会社の誰も「提訴すべきではない」という判断をすることは認められていない[35]。単独株主の得た判決の効力は会社に及び（法定訴訟担当、民事訴訟法115条１項２号）、被告取締役に対する損害賠償請求権の有無や賠償額は確定する。このため、原告以外の株主も当該被告取締役の責任を追及する訴訟をもはや提起できなくなる（判決の反射効）。しかし、この場合の判決の効力は絶対のものではない。原告株主および被告取締役が共謀し会社の権利を詐害する目的で訴訟を終了させたことを会社または原告以外の株主が立証すれば、再審請求が認められる性格のものに限定される（268条ノ３第１項）[36]。

このような制度設計のもとでは、原告株主が請求するほどには被告取締役の責任はないと原告以外の株主が判断する場合や、当該取締役の責任が原告株主の請求よりもより重いと原告以外の株主が判断する場合には、当該株主は、訴訟参加し、当該株主代表訴訟の場で積極的に意見を表明すべきである。そもそも、取締役の責任の免除に関する決定は、総株主が行う（商法266条５項、なお６項も参照）。このことからも、原告以外の株主が取締役の責任の内容について原告株主と異なる意見を持つのであれば、別訴を提起するのではなく、係属する株主代表訴訟に訴訟参加し、積極的に異議を表明すべきである。商法268条１項が取締役の責任追及訴訟につき、会社の本店所在地の地方裁判所を専属管轄とすることにより、裁判所は、後見的な対処をすることか可能となり、株主が訴訟参加することは容易になろう[37]。

アメリカ法においては、裁判所の強いイニシアティブのもと、柔軟な訴訟運用がなされ、全株主の利益を最もよく代表しうる原告側弁護士に原告側の訴訟指揮を任せるなどして、訴訟経済の効率性を確保しながら、原告の訴訟追行の適正性を確保している。これに対して日本法は、参加する株主と提訴株主に等しい権能を認め、それぞれの意見を訴訟に反映することで原告の訴訟追行の適正性を確保する道筋を選択したといえよう。

なお、同一の事件に関するものでも被告が同一でない場合には、別訴で株主代表訴訟を提起しなければならない。たとえば、野村証券の総会屋への利益供与をめぐる事件を例に挙げる。利益供与を実行した被告取締役ＡＢＣの責任が追及される株主代表訴訟（第一事件）が提起されていても、監視義務違反が問われる被告取締役ＤＥＦに対する責任は、第一事件の株主代表訴訟で問題となっていないために、別訴の株主代表訴訟で追及されることになる。そもそも、違法行為が取締役会決

議に基づかない場合には、監視義務違反の取締役は、条文上、違法行為を行った取締役と連帯して損害賠償責任を負うものとはならない（商法266条１項柱書、２項、３項参照）(38)。このため、別訴で争われたとしても、それほど問題は生じない(39)。しかし、取締役の監視義務違反の認定には、当該利益供与の違法性や利益供与の実施がどの程度秘匿されているかが問題となる。よって、二つの訴訟では訴訟資料を共通にすることも多いであろう。このような場合には、裁判所の裁量で弁論の併合等が行われるべきである。商法268条１項はまた、このような訴訟運用をも容易化している(40)。

以上の検討からは、既に係属している株主代表訴訟と同一の責任事由に基づいて同一の被告取締役に対する請求を別訴で提起することは認められるべきではない。別訴が提起されるような場合には、裁判所は、請求の拡張をさせるか（原告株主が同一の場合）、訴訟参加の申立てをするよう要請し、係属する株主代表訴訟に意見を集約すべきであろう。よって、別訴否定説に与したい。

三、株主の訴訟参加

商法268条２項は、①株主代表訴訟に対する会社の訴訟参加、②株主代表訴訟に対する原告以外の株主の訴訟参加、および、③監査役が会社を代表して提起する取締役の責任追及訴訟に対する株主の訴訟参加について規定する。このうち①の会社の訴訟参加については、会社が被告取締役を支援するための有効な手段として注目され、その形態や機能に関する議論が深化している(41)。訴訟実務においても、その適否はともかく、実際に会社が被告取締役側に補助参加することが争われた事件も存在する(42)。これに対して、②および③の株主の訴訟参加については、正面からはほとんど議論がなされていない。学説において、②および③の株主の訴訟参加は、①の会社の訴訟参加と同様に株主代表訴訟が馴れ合いで終了することを防止する役割を担い同様の形態で行われる、と説明される程度である(43)。

株主の訴訟参加は、会社または原告株主が請求するほどには被告取締役の責任はないと判断する場合、または、当該取締役の責任が会社または原告株主の請求よりもより重いと判断する場合になされる。それでは、この場合の訴訟参加はいかなる形態で行われるべきか。ここでは、学説の議論状況を概観した後、株主代表訴訟に対する原告以外の株主の訴訟参加と、会社による取締役の責任追及訴訟に対する株主の訴訟参加とに分けて議論する。

１．学説の議論状況

商法268条２項所定の原告以外の株主の訴訟参加については、それ自体で議論されることが少なく、会社の訴訟参加とともにその性質が述べられることが多かった。

立法当初は、次の二説が述べられていた。①既に株主が会社の権利を代位行使してしまった以上、会社またはほかの株主は同一の権利を代位行使しえないということを根拠として、共同訴訟的補助参加しかできないとする見解が述べられた（共同訴訟的補助参加説）(44)。これに対し、②原告株

主と被告取締役とが馴れ合いで訴訟を終結することの防止のために訴訟参加が認められ、再審請求が会社またはほかの株主に認められることを根拠に、共同訴訟参加が可能となると積極的に述べられ、現在の通説的な見解となっている（共同訴訟参加説）(45)。

その後、株主代表訴訟の構造が再評価され、実際の運用状況を受けて、会社の訴訟参加の形態について独立当事者参加で対応すべきとする見解が述べられるにいたった。しかし、株主の訴訟参加については、独立当事者参加形態をとるべきとする見解はない。会社の訴訟参加形態について独立当事者参加で対応すべきとする論者の中には、原告以外の株主の訴訟参加については、会社の訴訟参加とは異なった面があり(46)、補助参加で足りる面もあるのではないか(47)、と指摘する者もある。その理由として、株主代表訴訟の場面では、会社は、ほかの株主と異なり第一次的に取締役の責任を追及すべき者であり、提訴請求を受けた段階で（商法267条１項）、自らの権利につき訴えを提起する可能性を有しており、訴訟追行権の調整という意味を会社の訴訟参加は有しているが、株主の訴訟参加はそのような状況にはない、という点を挙げている(48)。

２．株主の訴訟参加の意義と形態

（一）株主の訴訟参加の意義

第一に、株主代表訴訟に対して原告以外の株主が訴訟参加する場合はどうか。これについては、株主代表訴訟に対する会社の訴訟参加との比較から検討をする。

会社（監査役）の訴訟参加が機能する場面としては、当該株主代表訴訟が言いがかり（請求に理由がない）訴訟である場合に会社が被告取締役の支援をする場面と、株主代表訴訟が馴れ合いで進められることを防止するという場面が主として予定されている(49)。

これに対して、株主の訴訟参加は、原告株主が株主代表訴訟の目的である損害賠償請求権を処分しようとする場面において機能することが予定される。株主代表訴訟により取締役の責任が追及される場合、原告株主は、会社の被告取締役に対する損害賠償請求権の存在とその内容を明確化するために、訴訟を追行する。しかし、原告株主には、訴訟を追行する権限が認められても、自ら当該損害賠償請求権を処分するような権限までは認められていない。なぜなら、取締役の責任の免除は、総株主の同意がない限り実行できないからである（商法266条５項、なお６項も参照）。請求の放棄や和解、終局判決後の訴えの取下げは、いずれも会社の被告取締役に対する損害賠償請求権の処分となることから、総株主の同意が必要となる。もっとも、この総株主の同意は、株主総会で行うことは予定されておらず、いかなる形態でもかまわない(50)。よって、原告株主が処分行為を実施する際には、すくなくとも、総株主の同意があったものといえるほどの手続保障（訴訟参加の機会）を原告以外の株主に与え、彼（女）らの訴訟参加がないことが確認されなければならない(51)。株主代表訴訟に対する株主の訴訟参加の主たる役割は、このような原告株主が処分行為を実施する場面において原告株主を牽制することにある。

もちろん、株主代表訴訟への会社の訴訟参加と同様に、係属する株主代表訴訟の原告が考えるほ

どに、被告取締役の責任が存在しないと考えるか、逆により重いと考える場合にも、株主は訴訟参加することができる。しかし、これらの場合には、会社の訴訟参加と異なり、必ずしも原告株主と参加株主の間に対立関係がある場合ばかりが想定できるわけではない。会社は、株主より提訴請求を受けても、訴訟提起をしなかった。会社がわざわざ訴訟参加しようとするのは、もはや原告株主に訴訟追行を任せておくことは不適切であると監査役が判断する場合か、そもそも被告取締役に責任がなく言いがかり訴訟であると監査役が判断する場合であるといえ、会社と原告株主との意見は常に対立することになる(52)。他方、株主が訴訟参加する場面では、むしろ、被告取締役が責任を負うべきという点では意見が一致しているが、どの程度の損害を賠償すべきかという点だけで意見を異にする場合が多いと考えられる。このため、訴訟参加する株主が原告株主と共同して訴訟追行したり、原告株主を補助したりすることで目的が達成できる場合も多いであろう。

次に、監査役が会社を代表して提起する取締役の責任追及訴訟に対して、株主が訴訟参加する場面はどうか。この場面も、株主代表訴訟に対する株主の訴訟参加とほぼ同様の機能を果たすべきである。監査役が怠ることなく取締役の責任を追及しているとしても、取締役の責任追及に関し異なる意見を有する場合には、株主は訴訟参加すべきである。なぜなら、取締役の責任を免除する権限が監査役に属さないために、取締役の責任追及訴訟において監査役は処分権限を行使しえないからである（民事訴訟法37条、32条２項１号、商法266条５項６項）(53)。取締役の責任免除に関する決定権限は、総株主に帰属する。よって、とりわけ監査役が被告取締役と和解等の処分行為を実施しようとする場合には、株主に対して商法266条５項６項と同視しうるほどの手続保障を施し(54)、反対する株主は、監査役の処分行為の実施を牽制するような訴訟参加をすべきとなろう。

もっとも、株主代表訴訟に対する株主の訴訟参加および会社による取締役の責任追及訴訟に対する株主の訴訟参加は、「不当ニ訴訟ヲ遅延セシメ又ハ裁判所ノ負担ヲ著シク大ナラシムルトキ」は、認められない（商法268条２項）。よって、原告の訴訟追行を妨害し、会社の権利を侵害するような株主の訴訟参加を認めるべきではないし(55)、すでに審理が進行し、時機を逸しているような場合にも、不当に訴訟を遅延させることとなろうから、株主の訴訟参加を認めるべきではないであろう。訴訟参加する株主にも、訴訟を行うのに必要な費用と弁護士報酬とを会社に求償することが認められている（商法268条ノ２第３項）。このため、訴訟参加株主側の弁護士のインセンティブから、原告の訴訟追行に便乗することも考えられる。よって株主の訴訟参加を認める際には、裁判所は慎重な判断をすることが必要とされよう(56)。

（二）株主の訴訟参加の形態

それでは、株主の訴訟参加は、いかなる形態をとるか。株主代表訴訟に対する株主の訴訟参加と、会社による取締役の責任追及訴訟に対する株主の訴訟参加とに分けて考察する。

第一に、株主代表訴訟に対する株主の訴訟参加はどうか。

民事訴訟法の一般的な取扱いにしたがうならば、株主は、商法267条１項に基づき会社に提訴を

請求し30日が経過すれば、当事者適格を獲得する（商法267条２項）。ある株主が株主代表訴訟を提起した場合、当事者適格を獲得した株主は、二重提訴禁止の原則の趣旨から重ねて株主代表訴訟を提起することはできない。しかし、獲得した当事者適格は、ある株主の代表訴訟の提起によって奪われるものではないとされる。このため、商法267条１項の要件を満たし所定の手続を実施した株主は、訴訟当事者として係属する株主代表訴訟に訴訟参加することが認められる(57)。しかし、６ヶ月前から引き続き株式を所有せず、商法267条１項の提訴請求を会社に対して実施していない株主は、当事者として訴訟参加することはできない。この場合、当該株主は、係属する株主代表訴訟の反射効を受けることから、原告側に補助参加することが認められるだけである(58)。

この点、共同訴訟的補助参加説は、商法267条１項の要件を満たし所定の手続きを経た株主にも、民事訴訟法の一般原則で認められるよりも低い共同訴訟的補助参加しか認めず、妥当ではない。さらに、共同訴訟的補助参加人では、その本質は補助参加人であるため被参加人（原告株主）の従たる地位にあり、必ずしも、訴えの取下げなどの訴訟そのものの処分行為を阻止しうるものとはいえない(59)。とりわけ、原告株主が処分行為を実施する場面での牽制の役割を果たすことが、商法上株主の訴訟参加には期待される。また、参加株主の意見を提訴株主の意見と同程度に訴訟に反映することも、商法上要求されている。よって、たとえ商法267条１項の要件を満たさなかったり、手続きを経ていない株主であっても、係属する株主代表訴訟に当事者として訴訟参加できるとすべきである。商法268条２項が株主の訴訟参加を肯定するのは、当事者適格を有さない株主にも当事者としての強い訴訟追行権能を認めるためといえよう(60)。

当事者としての訴訟参加の形態としては、共同訴訟参加と独立当事者参加とが考えられる。被告取締役が責任を負うべきという点では意見が一致しているが、どの程度の損害を賠償すべきかという点だけで意見を異にし、その他の点につき取り立てて原告株主の訴訟追行を牽制する必要がないような場合には、共同訴訟参加とすることも適切であるとも考えられる。しかし、商法上株主の訴訟参加が特に要請される、原告株主が処分行為を実施する場面での牽制をする場合には、参加する株主と原告株主の間での意見対立が存在する。その意見対立を、そのまま訴訟に表すのであれば、独立当事者参加とするのが適切であろう。独立当事者参加であれば、原告株主が訴訟追行に対する情熱を失い訴訟を取り下げたいと思う場合にも、原告株主の訴えの取下げに訴訟参加人の同意は必要ではない。原告株主は訴訟から脱退し、参加した株主に訴訟が承継されることになる。このような処理の方が、訴訟追行を断念したいと考える株主に訴訟追行を強制するよりも、合理的であろう。なお、このように解したとしても、民事訴訟法の一般原則で認められる原告株主側への補助参加をすることも、もちろん可能である(61)。

次に第二の会社による取締役の責任追及訴訟に対する株主の訴訟参加についてはどうか。

会社が既に取締役の責任追及訴訟を提起した場合、たとえ商法267条１項所定の提訴請求を会社に対して行ったとしても、株主は、当事者適格を獲得することはできない（商法267条２項）。このため民事訴訟法の一般的な取扱いに基づけば、株主は、会社の提起する取締役の責任追及訴訟には、

原告側への補助参加しか認められない。

しかしながら、株主代表訴訟に対する株主の訴訟参加の場面と同様に、監査役が処分行為を実施する場面での牽制の役割を果たすことが、株主の訴訟参加に商法上期待される。よって、この場面においても、商法268条２項により、当事者適格を有さない株主にも当事者としての強い訴訟追行権能が認められるといえよう。この場面では、会社と被告取締役が馴れ合って訴訟を終了させる危険性が高く、株主が牽制するために訴訟参加することの要請が高いといえる。参加する株主と監査役との間での意見対立を、そのまま訴訟に表すのであれば、独立当事者参加とするのが適切であろう。

四、おわりに

本稿は、同一の責任事由に基づいて同一の被告に対して複数の株主が株主代表訴訟を提起することの可否と、取締役の責任追及訴訟に対する株主の訴訟参加の意義および機能とにつき、検討を加えた。

同一の責任事由に基づく同一の被告に対する株主代表訴訟が複数係属する場合、審理が重複するだけではなく、先に確定した判決と矛盾しない判決が後になされる保障はなく、再審によって処理しなければならない。このため株主代表訴訟の重複係属を認めることにはコストがかかる。よって、裁判所という有限の公共的資源を効率的に利用し、被告取締役を過度の応訴負担から解放するためには、同一の責任事由に基づく訴訟を重複して係属させるべきではない。日本法は、すでに係属する株主代表訴訟に会社および原告以外の株主に訴訟参加する機会を保障し、実際にその機会が利用されることをもって、原告株主の訴訟追行の適正さを担保する。このような制度設計の下では、株主代表訴訟の重複係属を許すのではなく、株主が、原告株主と異なる意見を有するのであれば、訴訟参加し、当該株主代表訴訟の場で積極的に意見を表明することが要請されているといえよう。

取締役の責任追及訴訟に対する株主の訴訟参加の主たる役割は、原告が処分行為を実施する場面において、原告を牽制することである。商法268条２項が株主の訴訟参加を肯定するのは、株主に当事者適格を認め、当事者としての強い訴訟追行権能を認めるためのものといえよう。原告が処分行為を実施する場面において株主が訴訟参加する場合には､原告と参加株主の間に意見対立があり、それをそのまま訴訟訴訟に表すのであれば、独立当事者参加とすべきであろう。もっとも、株主代表訴訟に対する株主の訴訟参加の場合には、必ずしも原告株主と参加株主の間に意見対立があるとまではいえない場合もあり、その場合には、共同訴訟参加や原告側への補助参加で対処することも考えられる。

以上のように解することで、係属する株主代表訴訟に会社（監査役）や原告以外の株主の意見が集約し、原告の訴訟追行を適正さが担保されることになろう。

（やまだ　よしひろ・本学経済学部講師）

注

⑴　竹内昭夫「株主の代表訴訟」『法学協会百周年記念論文集第三巻』189～190頁（有斐閣、1983年）。

⑵　訴状は資料版／商事法務158号106頁。

⑶　この事件に関しては、詳細は不明であるが、「最近の裁判例の動向」資料版／商事法務194号198頁（2000年）を参照。

⑷　資料版／商事法務176号177頁を参照。

⑸　訴状は資料版／商事法務162号264頁。

⑹　訴状は資料版／商事法務162号269頁。

⑺　この事件に関しては詳細は不明であるが、「最近の裁判例の動向」資料版／商事法務194号198頁（2000年）を参照。なお、和解で終了した本件につき、後に原告株主甲乙丙は会社に対し費用の相当額を求償している（東京高判平成12年４月27日金融商事判例1095号21頁）。これによれば、第五事件の請求内容は第一事件、第三事件、および第四事件の請求内容と同じであったようである。

⑻　資料版／商事法務176号177頁を参照。前掲注（7）引用判例によれば、裁判所が、第五事件の提訴は二重起訴となると指摘したようである。

⑼　資料版／商事法務176号177頁。

⑽　資料版／商事法務194号213頁。

⑾　伊藤眞『民事訴訟法』181頁（補訂版、有斐閣、2000年）。

⑿　伊藤眞・前掲注（11）181頁。

⒀　伊藤眞・前掲注（11）181頁。

⒁　鈴木竹雄＝石井照久『改正株式会社法解説』182～183頁（日本評論社、1950年）、松田二郎＝鈴木忠一『条解株式会社法（上）』313～314頁（弘文堂、1951年）、北沢正啓「株主の代表訴訟と差止権」『株式会社法講座第三巻』［田中耕太郎編］1156頁（有斐閣、1956年［後に北沢正啓『株式会社法研究』（有斐閣、1976年）に再録］）など。

⒂　柳川昌勝「株主の代表訴訟について」法学新報57巻８号10～11頁（1950年）、大隅健一郎＝大森忠夫『逐条改正会社法解説』301頁（有斐閣、1951年）。賛成する見解として、野間繁「代表訴訟の性格」（明治大学）法律論叢32巻５号22～23頁（1959年）。伊沢孝平『註解新会社法』457頁（法文社、1950年）も、株主代表訴訟が重複して係属することを前提とする。

⒃　柳川昌勝・前掲注（15）10頁。

⒄　柳川昌勝・前掲注（15）11頁、野間繁・前掲注（15）22～23頁。

⒅　野間繁・前掲注（15）22頁。

⒆　竹内昭夫・前掲注（１）189～190頁。支持する見解として、塚原英治「株主代表訴訟―企業活動の健全化と市民の役割―」『21世紀の人権』［初川満編］17～19頁（信山社、2000年）。

⒇　木川統一郎「一部請求の残額請求」同『民事訴訟法重要問題講義（中）』306頁（成文堂、1993年）、伊東乾「一部請求」同『民事訴訟法研究』521頁（新版、酒井書店、1968年）など。

(21)　中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義』145頁［堤龍弥執筆部分］（補訂版、有斐閣、2000年）参照。

(22)　新堂幸司『新民事訴訟法』195頁（弘文堂、1998年）、高橋宏志『重点講義民事訴訟法』117頁（新版、有斐閣、2000年）など。

(23)　Robert W. Hamilton, The Law of Corporations, 464 (4th ed. 1996).

(24)　Id.

(25)　28 USC §1332(a).

(26)　28 USC §1332(c).

(27)　Deborah A. DeMott, Shareholder Derivative Actions Law & Practice, §4.01 (1996).

(28)　アメリカにおける制度の概要については、浅香吉幹「広域係属訴訟（一）（二・完）―合衆国連邦裁判所におけるその移送・包括処理―」法学協会雑誌103巻４号155頁、103巻５号136頁（1986年）を参照。

(29)　ALI, Principles of Corporate Governance and Structure: Restatement and Recommendations, §7.02 comment i (Tent. Draft No.1, 1982).　もっとも、第６草案や、承認された原理においては、このような提案はなされていない。

(30)　Hamilton, *supra* note (23), at 464.

(31) Pollak v. Long Island Lighting Co., 246 App. Div. 765, 283 N.Y.S. 913 (1935).

(32) HAMILTON, *supra* note (23), at 464.

(33) 裁判所の裁量による訴訟手続の中止とは、民事または刑事事件における先決関係のある訴訟が他に係属する場合などに、裁判所が訴訟手続を中止することである。現行民事訴訟法の立法の際に、検討事項とされたが、制定されてはいない。しかし解釈論として認める見解は多い。この点につき、たとえば、中野貞一郎ほか編・前掲注（21）161～162頁［堤龍弥執筆部分］を参照。もっとも、弁論期日は裁判所が指定する。よって裁判所は、少なくとも、次回期日を「追って指定する」ことで事実上訴訟手続を停止することは可能である。なお、本稿が扱う野村証券事件では和解期日として同一の日時を指定することで事実上弁論の併合を行っている（前掲注（7）引用判例参照）。

(34) 高橋宏志・前掲注（22）107頁。

(35) 山田泰弘『株主代表訴訟の法理―生成と展開―』211～212頁（信山社、2000年）。

(36) 山田泰弘・前掲注（35）50頁。

(37) 北沢正啓『新版注釈会社法（６）』［上柳克郎ほか編］373頁（有斐閣、1987年）。

(38) 解釈論としては、監視義務違反の取締役も、違法行為を実行した取締役と連帯して責任を賠償すべきとされる（たとえば、大阪谷公雄「取締役の責任」」『株式会社法講座第三巻』［田中耕太郎編］1134頁（有斐閣、1956年））。しかし、監視義務違反という不作為は、違法行為とは同一とはいえず、明文による根拠がない場合に、両者が連帯して責任を負うとすることができるかは疑問である。

そもそも、個別に会社と委任関係にあり、それぞれの取締役の義務違反は、それぞれの取締役の債務不履行責任の基礎となる。この場合、それぞれの取締役は債務不履行によって生じた損害を賠償すべきこととなるため（民法416条）、それぞれの取締役は会社が被った全損害につき賠償すべき責任を有する。しかしそれでは会社は、重複して損害を回復することともなりうる。商法266条１項柱書は、この点を処理するために、同一の行為を実施した場合には各取締役に連帯して賠償させ、会社は被った損害以上に賠償を受けないようにしたとも考えられる。このような発想は、一つの損害につき複数の債務不履行責任が発生する場合には共同不法行為（民法719条）と同様の処理が必要であることを示唆するものであろう。

それでは、違法行為が取締役会の上程事項でない場合における、監視義務違反の取締役と違法行為を実行した取締役との間はどうか。

たしかに、第三者との関係においては、会社の内部関係における職務負担などは問題でなく、監視義務違反の取締役の任務懈怠も、直接損害を引き起こした違法行為とあわせて一つの違法行為と認識されよう。第三者との関係においては、監視義務違反の取締役も違法行為を実行した取締役とともに連帯して損害賠償責任を負うべきである。商法266条ノ３第１項は、商法266条第１項が「其ノ行為ヲ為シタル取締役」に連帯賠償責任を負わせているのと異なり、「其ノ職務ヲ行フニ付悪意又ハ過失」ある取締役に連帯賠償責任を負わせていることからも、このような取り扱いは正統化される。この取り扱いは、会社の第三者の保護のために、責任主体を確保し、損害の最終的分配とリスク負担（行為者の中に無資力者がいる場合のリスク負担）を義務違反のある取締役間の求償問題として処理し、第三者の損害塡補を容易化し、その確実性を高めることを目的としているといえよう。この点も共同不法行為と同様の発想であるといえる（共同不法行為については、たとえば潮見佳男『不法行為法』410頁以下（信山社、1999年）などを参照）。なお、商法266条ノ３第３項が商法266条第２項および第３項を準用しているが、一般にこれは、行為者を擬制するためのものではなく、単なる注意規定と考えられている（鈴木竹雄＝石井照久・前掲注（14）178頁、大隅健一郎＝今井宏『会社法論中巻』269頁（第３版、有斐閣、1992年））。

しかしながら、会社に対する責任が問題となる場面において、第三者に対する責任の場合と同様の要請があるとは考えにくい。

会社の事業の成功は、取締役に会社の業務執行につき裁量を保障しながらも、取締役が誠実に会社のために業務を執行することを確保することで切り開かれる。株主代表訴訟制度をはじめとする取締役の責任を追及する制度の意義は、取締役に義務違反行為があれば、その責任が追及されるという法的なthreatを確保し、取締役が誠実に会社のために業務執行するようにさせることである（山田泰弘・前掲注（35）175～180頁）。よって、取締役の会社に対する責任の追及は、損害塡補のためというよりもむしろ違法行為を抑止する機能を有しており、第三者に対する取締役の責任が追及される場合に比して損害塡補の要請が低く、連帯して賠償する責任主体を確保するという要請よりも、個々の取締役の義務違反を特定する要請の方が強いといえよう。

近時、大会社における取締役の監視の職務の中核を、個々の会社の具体的な業務執行を監視することではなく、会社の業務執行が適正に行われることを一般的に確保するための会社内の体制を整備し、機能させることに求める見解が強い（龍田節「会社役員の職務に関する責任」月刊監査役99号３頁（1977年）、神崎克郎「会社の法令遵守と取締役の責任」法曹時報34巻４号14頁（1982年）、川濱昇「独禁法遵守プログラムの法的位置づけ」川又良也先生還暦記念『商法・経済法の諸問題』［龍田節＝森本滋編］544頁（商事法務研究会、1994年）、川濱昇「取締役会の監督機能」龍田節先生還暦記念『企業の健全性確保と取締役の責任』［森本滋ほか編］３頁（有斐閣、1997年）、伊勢田道仁「会社の内部統制システムと取締役の監視義務」金沢法学42巻１号55頁（2000年））。この見解にしたがえば、取締役の監視義務違反行為（不作為）の責任は、違法行為を実施した取締役の責任の副次的なものとは認識されず、それだけで個別に判断される性質のものともなりえよう。取締役の監視義務の中に違法行為の発生を防止する義務と違法行為を発見した場合に取締役会を招集するなどの業務執行を適正化する義務とがあるのであれば、たとえば、違法行為を実行した取締役は、違法行為によって直接に会社に発生する損害について相当因果関係を肯定する一方で、それとは別に、監視義務違反の取締役は、違法行為の発覚に伴う企業イメージの低下による売り上げの減少などの拡大損害部分についてのみ、相当因果関係を肯定し、両者の責任を分割して認定することも可能となるのではないか。

なお、共同不法行為についても同様の処理を試みようとする見解がある。たとえば内田貴『民法Ⅱ債権各論』496〜497頁（東京大学出版会、1997年）は、二台の車の衝突により通行人が怪我をしたという事例において、両者の行為が全く別個独立のものであって互いに利用しあう一体性がない場合には、二人の独立した不法行為が競合する場合と捉えるべきであり、そのような場合には、過失割合に応じて賠償額が分割され、場合によっては賠償額に差が生じて部分連帯の形になる、と指摘している。

以上の検討からは、会社に対する関係においては、監視義務違反の取締役の責任と違法行為を実施した取締役の責任とは連帯すべきものとはされず、むしろ個別に判断することが要請されているといえよう。

(39) しかし、「同一ノ行為」をなした取締役の範囲が不明確な場合には問題が発生するとも考えられる。たとえば、ある事業部門の経営判断の失敗によって会社に損失が発生したことをもって取締役の注意義務違反の責任を追及する株主代表訴訟が提起された場合を考えてみる。株主は会社の事情に精通していないため、どの取締役が当該事業部門を担当しているか、当該経営判断に対してどの程度関与しているかという点について詳しい情報を得ることは難しい。このため、株主甲は、取締役ＡＢが当該経営判断に関与しているとし、それら２名の者が連帯して、会社に損害賠償することを求める株主代表訴訟を提起する。しかしその一方、別の株主乙が取締役ＡＢＣＤＥの５名が連帯すべきとして提訴しようとしても、取締役ＡＢについては、二重起訴禁止の原則の趣旨から、提訴が認められず、株主乙は取締役ＣＤＥの責任を追及する株主代表訴訟の提起が認められるだけともなりうる。この場合、ＡＢに対する株主代表訴訟か、ＣＤＥに対する株主代表訴訟のどちらかが原告株主勝訴で終了した場合、残された訴訟は、先に確定した判決により損害が補塡されることになるので、訴えの利益がないとして却下される可能性が高い。しかしその場合、会社は、判決を獲得した訴訟の被告（ＡＢ）にしか責任追及ができず、その者の無資力リスクを負うことにもなりかねない。このような問題に対処するためには、裁判所は弁論の併合をして、合一的な判決をすべきであろう。

(40) 弁論の併合は、同一官署としての裁判所に別々に係属する数個の訴訟を併合することである。よって、係属する裁判所が同一でない場合には、民事訴訟法17条を利用して移送する手続をしなければならない。しかし、移送の前提として移送先の裁判所にも管轄があることが要求される。このため、常に弁論の併合が可能となるわけではない。取締役の責任追及訴訟につき専属管轄を定めておくことにより、このような不都合は発生しないことになる。

(41) 議論状況につき詳しくは山田泰弘・前掲注（35）76頁を参照。

(42) 会社の被告側への補助参加を認めるものとして、東京商銀事件（東京地決平成７年11月30日判時1556号137頁）、セイコー事件（東京地決平成９年５月８日資料版／商事法務171号105頁、その抗告審である東京高決平成９年９月２日資料版／商事法務171号93頁）、日本興業銀行事件（東京地決平成12年４月25日資料版／商事法務194号192頁）。

他方、会社の補助参加を認めないものとして、中部電力事件（名古屋地決平成８年３月29日資料版／商事法務145号107頁、その抗告審である名古屋高決平成８年７月11日資料版／商事法務148号105頁）、万平事件（名古屋地決平成12年２月18日金融商事判例1100号39頁、その抗告審である名古屋高決平成12

年４月４日金融商事判例1100号34頁)。

なお、原告株主より異議が申し立てられず、その適否が争われなかった事例として、空港専門大店事件（大阪地判平成２年２月28日判時1365号130頁)。

(43) 北沢正啓・前掲注（37）374頁。

(44) 松田二郎＝鈴木忠一・前掲注（14）317頁。なお、会社については当事者適格が残存するとして共同訴訟参加とするが、あくまで原告以外の株主は当事者適格を得られないことを根拠に、共同訴訟的補助参加と解する見解として新谷勝「株主代表訴訟と会社の訴訟参加」今中利昭先生還暦記念『現代倒産法・会社法をめぐる諸問題』［今泉純一ほか編］611～615頁（民事法研究会、1995年)。

(45) 鈴木竹雄＝石井照久・前掲注（14）183頁、大隅健一郎＝大森忠夫・前掲注（15）302～303頁、北沢正啓・前掲注（14）1155～1157頁。

(46) 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17頁（1996年)。

(47) 徳田和幸・前掲注（46）18～19頁。

(48) 徳田和幸・前掲注（46）16～17頁。

(49) 山田泰弘・前掲注（35）77～81頁。

(50) 近藤光男『新版注釈会社法（６)』［上柳克郎ほか編］292頁（有斐閣、1987年)。

(51) 山田泰弘・前掲注（35）102～105頁。

(52) 徳田和幸・前掲注（46）16～19頁参照。

(53) 山田泰弘・前掲注（35）99～102頁。

(54) 山田泰弘・前掲注（35）104～105頁参照。

(55) 松田二郎＝鈴木忠一・前掲注（14）318頁。

(56) なお、本件においては原告株主と訴訟参加株主は、会社に対し争訟費用を求償している（前掲注（7）引用判例)。東京高等裁判所は、求償を認める費用の相当額について「原告株主や訴訟代理人弁護士の人数、および係属する訴訟の数にかかわらず、一人の株主が一人の弁護士に委任して一つの訴訟を提訴した場合の弁護士報酬額」を基礎として算定している。馴れ合い的な和解の成立を誘発しないためにも、和解で終了する場合には原則として争訟費用の相当額の求償を原告株主に認めるべきではない（山田泰弘・前掲注（35）236頁)。もし和解の場合に争訟費用の相当額の会社に対する求償を原告株主に認めるのであれば、裁判所の監督の下でなされるべきである。本件は判決で原告株主の求償が認められており、その点は問題が少ないであろう。しかし「一人の株主が一人の弁護士に委任して一つの訴訟を提訴した場合の弁護士報酬額」を基礎とすることは、商法268条ノ２第３項で訴訟参加株主に原告株主と同様の求償権が認められていることの趣旨に反するのではないか。本件では原告株主と訴訟参加株主があわせて、単独で提起した場合の弁護士報酬を基礎として争訟費用の相当額を求償したからこのような取り扱いがなされたと考えられるが、本来なら個々の株主につき別々に求償額が算定されるべきであろう。

(57) 北沢正啓・前掲注（37）375～376頁。株主代表訴訟とともに訴訟担当として扱われ、同様の問題が生じる債権者代位訴訟と他の債権者との関係につき、たとえば、高橋宏志・前掲注（22）230～231頁を参照。

(58) 北沢正啓・前掲注（37）376頁。

(59) この点につき、たとえば、中野貞一郎ほか編・前掲注（21）［井上治典執筆部分］468～469頁を参照。

(60) 北沢正啓・前掲注（37）376頁。

(61) これに対して、株主代表訴訟において会社が原告株主側に補助参加する場合には問題が存する。会社が取締役の責任追及訴訟を提起する場合には、商法267条４項の適用はなく、請求額を訴額として訴訟費用が計算される。このため、株主代表訴訟と比較して、監査役が会社を代表して取締役の責任追及訴訟の方がコストが高くなる。よって、取締役に義務違反があれば責任を追及すべき監査役によって訴訟追行がなされるより、株主に株主代表訴訟を提起させ、原告側に補助参加することも考えられる。しかし、判例の中には、もっぱら手数料の節約を図るための株主代表訴訟の提起を認めないものもあり（東京地判平成８年６月20日判例時報1578号131頁)、会社が原告株主側に補助参加することを認めるべきかは難しい問題となる（山田泰弘・前掲注（35）215～216頁参照)。

［本稿は、2000年９月９日に名古屋大学法学部で行われた金融法研究会９月例会での報告に加筆・修正をしたものである。報告に際し、今井克典名古屋大学助教授（商法)、川地宏行三重大学助教授（民法）をはじめ諸先生方から多くのご指導をいただいた。記してお礼を申し上げる。］