

# 株主代表訴訟と株主権の濫用

出口 正義

## 目次

- 一 はじめに
- 二 代表訴訟における株主権の特性
- 三 株主権の濫用と会社の対抗措置
- 四 株主権の濫用と訴権の濫用
- 五 株主権の濫用と制度的利益
- 六 おわりに

## 一 はじめに

(1) 平成五年の商法改正により、株主代表訴訟について訴状に貼付すべき印紙の額は八、二〇〇円でよいとする旨の明文の規定がおかれた(商法二六七条四項、民訴費用法四条二項、同法別表第一)。今日、企業実務の側から、右の改正は濫訴を誘発するあまりに不用意な改正ではなかったか、立法担当者の見通しが甘かったのではないかとの批判が見られる。右の改正により以前よりも代表訴訟の提起が容易となり、実際にも多くの訴訟が提起されるようになったことはたしかである。したがって、右の改正が訴訟の多発という今日の現象の一因をなしているといえなくもない。しかし、その現象面だけをとらえてそれらの訴訟が濫訴であるとか濫訴が誘発されたものと見ることができないのもたしかである。問題は何をもって濫訴というかである。これはなにも代表訴訟にかぎられたことではなく、他の会社法上の訴えにも共通する問題でもある。

(2) 一般に、濫訴は権利の濫用として許されない(民法一条三項)。したがって、前記平成五年改正が濫訴を誘発するものであったかどうかは、右改正法施行後に提起された代表訴訟の多くが権利濫用的なものであるかどうかにかかっている。代表訴訟が株主の権利の正当な行使として提起されているものであれば濫訴でないことはもちろん、逆に見方を変えれば、今日の現象がむしろ正常な姿であつて、立法担当者に対する批判はあたらないということにもなる。いずれにせよその評価は今後の裁判所の判定にまたざるをえなく、現時点で軽々に判断できるものではない。問題は濫訴とは何かを明らかにすることである。この点についてはこれまで理論的に十分つめた議論がなされてきたと

はいえない。本稿は、とくに株主の権利の理論的側面に焦点をあてながら、代表訴訟における株主の権利の濫用について考察するものである。

(1) 河本ほか「日本の会社のコーポレート・ガバナンスへ座談会」『ジュリスト』一〇五〇号二頁（河村発言）、河本ほか「株主代表訴訟へ座談会」『民商法雑誌』一一〇巻二号二二頁（河合発言）参照。

(2) なお平成五年改正の直前にすでに代表訴訟の訴え提起手数料は八、二〇〇円でよいとする東京高裁平成五年三月三〇日判決（判例タイムズ八二三号一三一頁）が見られたところでもある。

(3) 平成六年四月一日付日本経済新聞（朝刊）によると、平成五年末で裁判所に係属中の代表訴訟は八四件にのぼるといわれている。平成四年一二月末で全国の地方裁判所に係属中のものが三一件であった（第一二六回国会衆議院法務委員会議事録第六号四頁）ことから見れば、一年間で五三件も増えたことになる。

(4) 竹内昭夫「株主代表訴訟の活用と濫用防止」『商事法務』一三二九号三一頁。

## 二 代表訴訟における株主権の特性

(1) 株主権の濫用を考察するためには、まずは代表訴訟において株主がどのような権利を有し、そしてその権利がどのような性格のものであるかが明らかにされる必要がある。

商法二六七条は、その第一項で、六か月前から引続き株式を有する株主は会社に対し書面をもって取締役の責任を追及する訴えの提起を請求することができ（以下、訴え提起請求権と呼ぶ）、その第二項で、会社が右請求の日から三

○日内に訴えを提起しないときは請求株主は会社のため訴えを提起できる（以下、訴え提起権と呼ぶ）と定めている。したがって、代表訴訟において認められる実体法上の権利はこの訴え提起請求権と訴え提起権の二つである。いずれも株主が株主たる資格において会社に対して有する権利すなわち株主権である。そして、代表訴訟制度の機能的本質が会社の損害回復機能にあるかまたは取締役の違法行為の監督是正機能にあるか議論のあるところであるが、いずれにせよ右の株主権がいわゆる共益権であることもまた明らかである。

(2) 一般に、株主の権利は株主が株主たる資格において有する権利であるから、その権利の行使は株主としての利益のためになされることを要し、その行使により株主たることと関係のない純個人的利益を追求して会社利益を侵害することは許されないと解されている。これはたとえば株主の議決権等の株主権についてはそのまま妥当しうるものであつても、代表訴訟における株主権に直ちに援用しうるかどうかは問題である。

代表訴訟の構造については代位訴訟説<sup>(8)</sup>と代表訴訟の実質を併有するいわば二重構造説<sup>(9)</sup>とに見解の分かれるところであるが、いずれの立場をとるにせよ、商法が明文で「会社ノ為」（二六七条二項）と定めている以上は、その解釈として、代表訴訟における株主権が会社の利益のために行使されなければならないことは明らかであり、疑問の余地がないように思われる。その目的も会社に対する取締役の責任追及である。したがって、たとえ原告株主の勝訴の結果が間接に個々の株主ないしは株主の全体の利益となりうるとはいつてもそれは事実上の問題にすぎず、法的にはその形式上も実質上も株主権は会社の利益のために行使することを要すると解釈せざるをえないであろう。このかぎりにおいて株主の議決権等の他の株主権とはその行使原理を異にするものである<sup>(10)</sup>。すなわち、代表訴訟における株主権は、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という点では他の株主権と同じものであるが、その権利

が会社の利益のために行使されなければならないという点で特異性が認められるものである。代表訴訟における株主権の濫用を考察するにあたり、この特異性が留意されなければならない。

(5) この点については河本ほか・注(一)民商法一九八頁以下参照。

(6) 通説。これに対し、松田二郎・会社法概論一四四頁では自益権と解されている。

(7) 大隅『今井・会社法論上巻(第三版)』三四四頁。

(8) 松田・注(6)一四四頁。結論同旨、大隅『今井・会社法論中巻(第三版)』二七一頁。

(9) 竹内昭夫「株主の代表訴訟」会社法の理論III二二頁以下、とくに二二七頁以下参照。

(10) 前掲注(2)の東京高裁平成五年三月三〇日判決の一般論には疑問がある。つぎのように判示する。すなわち、代表訴訟は、取締役の行為の差止請求訴訟(商法二七二条)や新株発行の差止請求訴訟(同二八〇条ノ一〇)等と同様、株主の会社業務監督権能の行使であり、株主が会社に訴え提起請求しても会社役員間の馴れ合い等からこれに応じないという株主と会社との対立を前提として、会社の怠慢により最も影響を受ける株主の利益を守るために、株主自らが全株主を代表して取締役の経営責任を追及するものであると判示したうえで、この訴訟は実質的には会社の利益を主眼とした会社のための訴訟ではなく、「さりとて」株主個々人の利益のみにかかわる訴訟でもなく、団体内部において、「その構成員が自己の個人的利益に直接かかわらない資格で構成員全体の利益のために団体の機関の違法行為の是正を求めることを目的とする訴訟の一種である」としている。

まず第一に、代表訴訟と新株発行の差止請求訴訟とはその機能・目的は明らかに異なる。前者は「会社ノ為」であり、後者は「株主ガ不利益ヲ受クル虞アル場合ニ於テハ其ノ株主ハ会社ニ対シ」という文言が示すように、直接株主の利益保護を目的としていることは明らかである。しかも新株発行の差止請求訴訟は「会社ニ対シ」という文言からも、また実質上も会社と株主との対立を前提とするものであるが、代表訴訟や取締役の違法行為の差止請求訴訟は会社と株主との対立

ではなく取締役と株主との対立を前提とするものである。その機能・目的および前提の異なるそれら三者を単なる会社業務の監督権能であるという抽象的レベルで同列に論ずることには疑問がある。第二に、株主が自己の個人にかかわらない株主全体の利益とは一体何か、そのような利益概念は実定法上も講学上も未知のものであり理解に苦しむ。この裁判の争点代表訴訟の訴額の算定にあつたことから、その訴額を民訴費用法四条二項に準じて九五万円とする結論を導びくために右のような未知の概念を使用したのではないかと推測されるが、その結論の当否は別としても、その理由づけは強引の感を否めず説得力がないといわざるをえない。とりわけ代表訴訟が実質的に会社の利益を主眼とした会社のための訴訟ではないと言いつている点は実定法の解釈としてはゆきすぎである。

(11) ただし取締役の行為の差止請求権(商法二七二条)については代表訴訟と同様に解されるであろう。

### 三 株主権の濫用と会社の對抗措置

(1) 代表訴訟における株主権の濫用は、一般に、株主が会社とは関係のない利益を追及することにより会社の利益を侵害する場合に認められるといえる。六か月前から引続き株式を有する株主であっても、訴え提起請求権の行使により会社の利益と関係のない利益を追及することは許されない。この場合には訴え提起請求権は株主権の濫用として否認されることになる。本来であればこの段階で会社は株主権の濫用を理由にその請求を拒絶できてしかるべきである。しかし、現行の代表訴訟制度の下では、会社の訴え不提起の理由の如何を問わず、その不提起のまま請求の日から三〇日が経過すると自動的に訴え提起権が行使できるとされている。現行代表訴訟における手続上の問題の一

つがここにある。

たとえば株主総会決議取消訴訟（商法二四七条）等の会社法上の訴えの場合と異なり、代表訴訟ではその被告は会社ではなく取締役である。したがって、訴え提起権が行使されてしまえばそれが株主権の濫用と認められうる場合でも、会社は自らそれに対抗して不利益を防止しうる手だてがないことになる。会社は、被告取締役が本案前の抗弁として原告株主の株主権の濫用を主張立証してくれることを期待しつつ、訴訟の推移を見守るしかない。しかし、株主権の濫用は会社と株主間の問題でありそれにより直接不利益を受けるのは会社自身であるから、本来であればその主張立証は会社が行うべきであり会社にもその機会が与えられてしかるべきものである。被告取締役が本来主張立証すべきは法令違反に基づく会社に対する責任がないということであって、株主権の濫用について立証責任を負担させられるのは酷であるといえなくもない。

(2) 会社は株主が敗訴した場合に悪意があったときは損害賠償責任を追及することができる（商法二六八条ノ二第二項）。しかし、ここでいう悪意とは、会社を害することを知りながら不適切な訴訟追行をすることであり、その責任は不法行為責任であると解されている<sup>13)</sup>。したがって、これは会社に権利があるのに株主の不当な訴訟追行によりそれを失った場合の規定であるから、元々、たとえば会社に権利がないのに提訴したというような株主権の濫用による代表訴訟の提起の場合を予定しているものではない<sup>14)</sup>。つまり株主権の濫用に対応した会社に対する株主の責任を定めたものではないのである。この規定を株主権の濫用がある場合に類推適用するという考え方もありえないではない。しかし、そもそも株主権の濫用という問題は、その場合に対応する会社のいわば事後的救済措置が認められれば濫用的権利行使も許されてよいという性格のものではない。濫用的権利行使はそれ自体不当として許されないものであるか

ら、それに対応する会社に対する事前の担保提供や事後の損害賠償が認められるかどうかは株主権の濫用にとつて意味のないことである。

(3) そこで、代表訴訟における会社の手続的関与の可能性が解釈論として問題となりうる<sup>(15)</sup>。

一つの可能性として、会社が被告取締役の側に補助参加できるかどうかの問題となりうるが、議論の分かれるところである。会社法上は、補助参加の決定も法が代表訴訟制度を認める主たる理由である提訴懈怠可能性がない判断ができる状態と同じ状態で決定される必要があるが、これを経営者の一般的判断にゆだねることは代表訴訟制度を認めたい趣旨と正面から衝突するとして否定的に解する見解がある<sup>(16)</sup>。また訴訟法上も、代表訴訟では会社の被告取締役に對する損害賠償請求権が訴訟物とされ、被告取締役が敗訴して有責となれば会社は利益を享受することになるから、形式論としては補助参加の利益があるとは考えにくく、補助参加は訴訟当事者の訴訟行為により自己に不利益が及ぶのを防止しようとする制度であるから、権利の帰属者である会社が自らの権利がないというような主張のもとに被告側に立つことは論理矛盾であるとし否定的に解する見解がある<sup>(17)</sup>。

これに対し、とくに後者の見解が自己の権利を否定するために訴訟行為を行うのは許されないとするのは補助参加の基礎となる法的利益が何かを把握していないと批判したうえで、被告取締役の行為が会社の意思決定に基づいている場合には、会社は会社の意思決定の適法性につき法的利益を有し、それはたとえば銀行法二七条や保険業法一二条の定める行政処分を免れるという具体的利益につながるとして会社の補助参加を肯定する見解がある<sup>(18)</sup>。しかし、意思決定の適法性という抽象的利益では十分とはいえないであろうし、その違法性の判定は常に行政処分という具体的利益を現実に伴うものかどうか、会社の意思決定の違法性が認められることと行政処分の根拠たる会社の法令違反が

あることを同一視しうるものかどうかも問題であろう。仮に意思決定の適法性が認められることにより行政処分を免れうることもありうるとしても、その反面、その適法性の主張は同時に会社に対する取締役の責任の否定をも意味し、取締役の責任も認められないという不利益も生じうるのであるから、補助参加の利益を考えるにあたりこの不利益の面を全く無視して、とにかく何らかの利益でも生じうる余地がありさえすればよいのかどうかも問題であろう。補助参加の利益についての訴訟法上の解釈といえども、商法の定める代表訴訟制度の基本的枠組みの範囲内にとどめられるべきであるとするれば、行政処分を免れうるという具体的利益だけでは会社の被告取締役側への補助参加を認めるには十分とはいえないように思われる。

(4) 株主権の濫用による会社の不利益の防止を理由に会社の補助参加を認める余地もないではない。しかし、株主権の濫用の可能性は常にありうることであるから、一般にこれを認めると代表訴訟とは名ばかりでその実体は株主対会社の訴訟という構造をもたらしかねないであろう。このことは株主が会社に代って会社のために取締役の責任を追求するという代表訴訟制度の基本的枠組みを根底から覆えずことにもなる。ただ、株主権の濫用がある場合には株主の訴え提起請求権もないのであるから、たとえば会社が原告株主の株主権の濫用を疎明することを要件として補助参加を認めることが解釈論として可能であれば、これは代表訴訟制度の枠組みとは抵触しないであろう。これが無理であれば、せいぜい商法の認める会社の参加（商法二六八条二項）の性質について独立当事者参加とする解釈によつた場合の会社のとりうる方法について検討することであろう。それも無理となれば立法的に解決するしかなく、その際アメリカ法で認められるとされる適切代表の要件を導入するのも一つの方法であろうが、右に述べたように会社が原告株主の株主権の濫用を疎明することを要件として、独立して訴訟に参加できる方法を措置することも一つの考え方

ではないかと思う。

(12) たとえばわざと過少な額の損害賠償請求訴訟を提起して、会社が本来取締役に対して有している額の損害賠償請求権を失わしめた場合であると解されている。北沢正啓・新版注釈会社法(6)三八二頁、大隅〓今井・注(8)二七九頁。

(13) 竹内・注(4)三七頁。ただ代表訴訟では、株主は会社に代って会社のためにいわば機関として行動するのであるから(鈴木竹雄・新版会社法全訂第四版一九三頁)、この場合の会社に対する株主の責任は不法行為責任というよりも、取締役と類似的的地位に立つことから認められうる会社に対する株主の誠実義務違反に基づく責任と解すべきではないかと思う。同旨、鈴木竹雄「政正法における株主の共益権」商法研究Ⅲ〇頁〜六二頁参照。なお、株主の誠実義務については拙著・株主権法理の展開六八頁以下参照。

(14) 新谷勝「株主代表訴訟と改正商法」商事法務一三三六号一五頁。

(15) 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一五頁。

(16) 神田秀樹「株主代表訴訟に関する理論的側面」ジュリスト一〇三八号七〇頁。

(17) 山下・注(15)一五頁。

(18) 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二一頁、二五頁注(二二)。

(19) 山下・注(15)一五頁。

(20) 竹内・注(9)二四二頁以下参照。

## 四 株主権の濫用と訴権の濫用

(1) 長崎地裁平成三年二月一九日判決（判例時報一三九三号一三八頁）は、代表訴訟の提起が株主権の濫用である場合には訴権の濫用となるとして訴えを却下した初めての裁判例として注目されるものである。つぎのように判示している。

### 「 4 小括

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き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るべきものと解する。

### 三 結論

以上の次第で、原告による本件訴訟の提起は訴権を濫用するものであるから、原告の主張するような点について被告らに取締役としての責任があるか否かの検討に入るまでもなく、直ちに本件訴えを却下する。」

(2) 右判旨のいう株主権の濫用についての判示には若干の疑問もあるが、一般に、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判例の認めるところである。<sup>21)</sup>これに対し、訴権の濫用を理由とする門前払いが裁判を受ける権利を害するという憲法上の要請から疑問視する見解もあるが、<sup>22)</sup>判例を支持する考え方が有力

である<sup>(23)</sup>。前記長崎地裁判決もまた判例・有力説に従うものであるが、問題は、代表訴訟の提起が株主権の濫用となる場合には訴権の濫用となるということの意味であり、この点は判旨から明らかではない。

たとえば、株主（社員）総会決議不存在確認訴訟（商法二五二条、有限会社法四一条）と関連して、この決議不存在を主張する権利は、これを実体法上の権利として構成してみても訴訟上の請求として行使される以外に訴訟を離れて行使されることは殆ど考えられず訴権自体とみられるから、その権利主張が許されなるときは訴権の濫用として訴えを却下する取扱いが適当とする見解がある<sup>(24)</sup>。この考え方を押し進めると、たとえば株主総会決議取消訴訟（商法二四七条）等の会社法上の訴えも訴訟と不即不離の関係にあるといえるので、実体法上の権利（取消権等）の有無なしはその濫用を正面から問題とせずに、訴権の濫用の問題として処理すれば足りることにもなる。訴訟法上の取扱いとしては、実体法上の権利濫用として請求棄却するか訴権の濫用として訴え却下することによつてその射程距離に違いないとすれば、どちらかではなくてはならないということでもないであろう<sup>(25)</sup>。

(3) これに対し、右の考え方が代表訴訟の場合にそのまま推及できるかどうかは問題である。たしかに代表訴訟における株主権も訴訟を離れてはほとんど行使されえないかぎりでは訴権自体と見られなくもない。しかし、総会決議訴訟等と異なり、代表訴訟では被告は会社ではなく取締役である。すなわち、総会決議訴訟等では株主権と訴権の行使の相手方が同じ会社であるのに対して、代表訴訟ではその相手方が一方は会社で他方が取締役というように異なるのである。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なしえない。したがって、総会決議訴訟等の場合には株主権の濫用か訴権の濫用かどうかでなければならぬということでもないといえるが、代表訴訟の場合には訴権の行使の相手は取締役であるから、株主権の

濫用ではなく訴権の濫用を理由に訴えを却下せざるをえないであろう。この点に関連して、代表訴訟における裁判例でいわれる訴権の濫用とは株主権の濫用をさすと解する見解もあるが<sup>(23)</sup>、少なくとも前記長崎地裁判決はそのようには解されず、むしろ株主権の濫用と訴権の濫用とは明確に区別されていると解するのが妥当であろう。その理論的根拠は、代表訴訟における株主権と訴権の行使の相手方の分離という特異性に求められる。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となるとして訴えを却下した前記長崎地裁の判決は正当である。

(21) 最判昭和五三・七・一〇判例時報九〇三号八九頁。

(22) 林屋礼二・民事訴訟法判例百選〔第二版〕一〇六頁、中野貞一郎「民事訴訟と信義則」日弁連研修叢書一一頁等。同旨、中島弘雅「株主総会決議訴訟と訴権の濫用」法学五四卷六号一一五八頁。

(23) 新堂幸司・判例評論二四四号(判例時報九二二二号)三三三頁は、訴え提起行為は裁判所に対する裁判の要求行為であるに止まらず、被告に対する断固たる権利主張行為でもあるから、当事者間で信義則上許されないはずの権利行使を訴えという手段により実行する場合にも、その権利行使自体——つまり訴え提起行為自体——を不適法とする訴訟上の取扱いは十分可能とされる。

(24) 新堂・注(23)三三三頁。

(25) 新堂・注(23)三三三頁。

(26) 中島弘雅「株主代表訴訟における担保提供の申立て(下)」商事法務一三五七号九頁、同・ジュリスト一〇三九号一三〇頁。

## 五 株主権の濫用と制度的利益

(1) 根拠もないのに取締役の責任を追及する代表訴訟を提起して会社や取締役に嫌がらせをする場合に、その代表訴訟は権利の濫用と解されている。一般論としては異論のないところであろうが、ただそこでいわれる根拠の有無は訴え提起請求権や訴え提起権という株主権の行使の段階で問題とするのは困難でありその判定も容易ではないであろう。結局、訴訟が終つてみないとわからないことが少なくないであろう。むしろ、株主権の濫用として問題とされるべきは根拠の有無というよりは会社や取締役に對する嫌がらせという目的である。したがって、株主権の濫用の問題の立て方としては、根拠があるかまたはその蓋然性が高い場合でも、代表訴訟の提起が会社や取締役に對する嫌がらせ目的でなされていると認められる場合に株主権の濫用と認められるか、換言すれば、根拠があるかまたはその蓋然性が高い場合には、他にいかに不当な目的が認められる場合であつても株主権の濫用が認められないのかどうかということである。

(2) この問題については大別して三つの考え方がありうる。

第一は、会社の損害回復機能ないし会社の経営監督是正機能という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である。これに近いものとして、原告の意図と目的が何であれ、勝訴の利益が会社に帰属し原告に帰属しない訴訟の構造からして、動機の不当性は代表訴訟の濫用の判断基準となりえず、会社の権利が存在しない蓋然性がきわめて高いのに強いて提訴したような場合に濫訴

が認められるとする見解がある<sup>(30)</sup>。

しかし、一般に、いかなる制度的利益といえどもそれ自体が自己目的であるわけではない。もしそうであるならばそのイニシアティブを株主の権利という形で株主にまかせておくわけにはいかないであろう<sup>(31)</sup>。会社に対する取締役の法令違反に基づく責任(根拠)が明らかに認められうる場合でも、株主が会社に対し訴え提起の請求をするかどうか、その請求後三〇日の経過により訴え提起権を行使するかどうかは株主の自由であり、また訴えを提起した後にそれを取り下げることが自由である<sup>(32)</sup>。この意味で代表訴訟における株主権は、その行使原理は異なるものの總會決議取消権等と同様に株主の個人的権利であり、一般の権利の濫用の制限(民法一条三項)に服するものである。したがって、代表訴訟制度の制度的利益を理由に株主権の濫用を排除したり、また原告株主に勝訴利益が帰属しない構造を理由に権利行使の動機・目的の不当性を問題としないような考え方には賛成できない。権利の濫用にとつては、その制度的利益や権利行使の成果が誰に帰属するのではなく、権利行使の動機・目的すなわち権利行使者の態度それ自体が重要である<sup>(33)</sup>。

(3) 第二は、代表訴訟の制度的利益を原則的に重視しつつ例外的に株主権の濫用を認めるといふ考え方である。これに近いものとして、会社経営の健全性確保という代表訴訟制度は高く評価されるとしたうえで、不当と思われる訴えも原則として担保提供(商法二六七条五項・六項、一〇六条二項)で対処し、訴訟の提起が不当な個人的利益追求のためになされ、その結果会社・取締役の利益が著しく害される場合例外的に権利濫用となるにすぎないとの見解がある<sup>(34)</sup>。また、代表訴訟は株主が取締役の不当・違法な業務執行を監督是正する制度であることを考慮すると、取締役が責任が存在するおそれがある以上、原告の訴え提起の主観的意図がどのようなものであれ、不当な個人的利益の提

供を受ける手段として利用されている場合でないかぎり、訴訟提起行為それ自体が株主権の濫用にあたることはないとの見解もある<sup>(35)</sup>。いずれの見解も、一般に、権利行使の不当性に対する制度的利益の相対的優位性を認める考え方である。

しかし、第一に、一般に制度的利益の優位性を認める根拠を示すことは理論的に困難であろうし、そもそも権利行使の不当性と制度的利益とが比較衡量しうる性格のものかどうかも疑問である。第二に、前記見解はいずれも担保提供と株主権の濫用とが対応しうるものであるかのように理解されているが<sup>(36)</sup>、この点もまた疑問である。担保提供は原告株主の悪意の疎明が要件とされている。この悪意については原告株主が請求に理由のないことを知っている場合で足りるか<sup>(37)</sup>、さらに被告取締役に対する加害の意図があることを要するか<sup>(38)</sup>議論のあるところであるが、いずれにせよ取締役が責任がないことを原告株主が知っていることの疎明は相当に困難であろう。前述のように請求の根拠性の有無は訴訟が終つてみないとわからないことが少くないと思われるからである。担保提供によつて実際の程度不当な訴えを阻止できるかは疑問であり、また担保提供さえすれば濫用的な訴えでも追行できるといふのも不合理である<sup>(39)</sup>。さらに理論的にも、担保提供と株主権の濫用の機能・目的は明らかに異なるものである。前者は原告株主の被告取締役に対する不法行為に基づく損害賠償義務を原告株主が履行するためのものであつて、被告取締役の救済措置である。これに対し、株主権の濫用は、会社に対する株主の権利行使の態様それ自体の不当性を問題とするものであつて、不当な場合にその株主権自体を否認するものである。したがつて、株主権の濫用は、それに対応する会社の事前・事後の救済措置たとえば会社に対する原告株主の担保提供や損害賠償義務が用意されているならば認めなくともよいとかまたは例外的な場合に限定して認められるべきであるというような性格の問題ではないのである。株主権の濫用

は会社と株主間の問題であり、担保提供は取締役と株主間の問題であるから、その機能・目的が異なる両者を関連づけるのは適切ではない。この第二の考え方にも賛成できない。

(4) 第三は、株主権の濫用と代表訴訟の制度的利益とを切り離す考え方である。すなわち、制度的利益ないしは訴え提起請求の根拠性を考慮しないで、株主権行使の動機・目的が不誠実・不当なものとして認められる場合にそれだけで株主権の濫用を認めるという考え方である。<sup>(4)</sup>これによれば、たとえ取締役の責任が明らかである場合でも、代表訴訟の提起が会社から個人的利益を得る目的でなされているとか、会社や取締役に對する嫌がらせ目的でなされていると認められる場合には、直ちに株主権の濫用が認められることになる。

限界事例としては、代表訴訟の提起が売名目的でなされていると認められる場合であろう。この場合には株主権の濫用が肯定されうるかのように判示する裁判例もあるが、<sup>(5)</sup>株主は代表訴訟の提起にあたり株主として会社役員<sup>(6)</sup>の責任を追及するという目的を持っており、株主に会社の純粋な利益だけを考へて取締役の責任を追及せよと要求するのは無理であるとして否定的に解する見解が有力である。<sup>(7)</sup>しかし、これに對しては前述の第二の考え方<sup>(8)</sup>に對すると同様の批判があてはまる。すなわち、一般に、取締役の責任追及という目的によつて売名目的という権利行使の不当性が排除される根拠を示すことは理論的に困難であろうし、そもそも双方の目的を比較していずれかの優位性を認める如き性格の問題でもないであろう。また、代表訴訟における株主権は会社の利益のために行使することを要するのであるから、少なくとも他の株主権よりもその純粋性は要請されるものであり、会社の利益はもちろんおよそ株主の利益とも関係のない売名目的での権利行使が許されてよいはずはないであろう。代表訴訟が原告株主にとつて割りの合わない訴訟だから売名目的等不当な権利行使は許されてよいということにはならない。権利行使の不当性はその経済的成

果が誰に帰属するかということとは無関係であり、その権利が与えられた目的、趣旨に照らしてその行使の態様それ自体を評価して判定されるべきものである。実際にはたしかに売名目的の認定は容易ではないのかもしれないが、理論的にはそれが認定されうる場合にはそれだけで株主権の濫用を認め、その権利行使を否認するのが妥当である。したがって、この第三の考え方が支持されるべきである。

(27) 近藤光男「株主の権利の濫用」法学教室一一五号九二頁、同旨、新谷・注(14)一五頁。

(28) 神田・注(16)六六頁。

(29) ドイツでは株主総会決議取消の訴え(独株式法二四三条)と関連して取消権の濫用が議論されている。少数ではあるが、会社経営の適法性確保という取消訴訟の制度的利益を絶対視して、取消権の濫用を否定する見解がある。それによれば、原告株主の訴え提起の動機・目的が何んであれそれにより違法状態が除去されるのであるから、決議に重大な瑕疵のあるかぎり裁判所としては権利濫用を理由に原告の請求を棄却できないことになる。Bokermann, BB 1972, S. 737. 日本でも同旨の見解が見られる。中島・注(22)一一六三頁、一一六八頁注(29)参照。なお大隅・今井・注(8)一三頁以下は、商法二五一条により決議取消の請求を棄却できる場合に、その訴えの提起が不当な目的(例えば会社荒し)に出ているときは権利の濫用を理由に訴えを斥けうるが、二五一条による請求棄却が認められない場合、ことに総会招集手続または決議の方法に軽微でない瑕疵があるときは、訴えの動機・目的に不当なものがあっても、その故に直ちに訴えを権利濫用として排斥できないであろうと解されている。この見解も基本的には決議の違法性除去という取消訴訟の制度的利益が権利濫用を排除するないしはそれに優位するという考え方といえるであろう。

(30) 新谷・注(14)一五頁。

(31) 株主総会決議の取消権につきドイツで指摘されている点である。Dieckgraf, Sonderzahlungen an Opponierende Kleinaktionäre im Rahmen von Anfechtungs- und Spruchstellenverfahren, 1990, S. 32, 34f.

- (32) 大隅||今井・注(8)二七七頁。
- (33) Diekgraf, 注(31) S. 34.
- (34) 森本滋・商事法務二二一〇号四九頁。
- (35) 中島・注(26)一一頁。
- (36) 中島・注(26)一〇頁。
- (37) 北沢・注(12)三七二頁。
- (38) 名古屋地判平成六・一・二六判例時報一四九二号一三九頁。文献の詳細については中島弘雅「株主代表訴訟における担保提供の申立て(上)」商事法務一三五四号四一頁、四二頁参照。
- (39) 竹内・注(9)二四九頁。そこにおいて竹内教授は、担保提供は原告株主の根拠のない訴訟提起に対処するには役立たず、原告適格についての裁判所の実質的判断という方策(適切代表の要件)を考え、その代わり担保提供規定を削除することを検討する必要があると指摘されている。
- (40) ドイツにおける総会決議の取消権の濫用についての通説である。Diekgraf, 注(31) S. 32, S. 34f.
- (41) 三井鉱山事件の一審判決である東京地判昭和六一・五・二九判例時報一一九四号三三三頁参照。
- (42) 近藤・注(27)九三頁、同旨、小林||原「株主代表訴訟の法構造と機能(2)」判例評論四二六号(判例時報一四九四号)三頁、新谷・注(14)一四頁。

## 六 おわりに

株主権の中でもとりわけ株主総会決議の取消権等は会社に対する嫌がらせおよび恐喝を推進するいわば両刃の剣である。代表訴訟における株主権もその例外ではない。売名目的も純粹に売名だけということはおよそ考えにくく、裏返えせば会社に対する嫌がらせであり一種の無言の恐喝にほかならず、いかなる大義名分があるうとも会社の利益のために行使することを要する株主権をそのような目的で行使することは許されず、株主権の濫用として否認されるべきである。しかし、現行法上会社はこの株主権の濫用から身を守る術がない。会社がこの自らの不利益を回避するため代表訴訟に手続上関与しうる余地が解釈論として困難であるならば、立法的解決が望まれることになる。その場合に、株主権の濫用を理由にいたずらに会社の訴訟参加を認めるわけにもいかないであろう。したがって、現行法の代表訴訟制度の基本的枠組みを維持しつつ立法的解決を図るとすれば、会社が原告株主の株主権の濫用を疎明することを要件として、独立の訴訟参加ができる方策が妥当ではないかと考える。

(一) Diekgraf, 注(31) S. 1.

※本稿脱稿後、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」特別講義商法1(竹内昭夫編)に接した。被告取締役側への会社の補助参加について否定的に解されている。