

## 会社は誰のもの？

——株主代表訴訟をめぐる——

坂 田 宏

### I. はじめに

平成9年度特定研究プロジェクトでは、1997年7月16日に中島弘雅東京都立大学法学部教授（民事手続法専攻）を招き、「株主代表訴訟—その現状と問題点」というテーマについて研究会をおこなった。中島教授の報告<sup>1)</sup>は、1993年（平成5年）商法改正によって、株主代表訴訟が急増しているなか<sup>2)</sup>での法的な問題点を紹介するものであった。とりわけ、被告取締役側から主張される「代表訴訟脅威論」に引きずられたかたちで、不当提訴＝濫訴とまではいえない事案についてまでも、原告株主に高額な担保提供を命じるような裁判所の運用（商法267条5項<sup>3)</sup>）について、批判的な検討がなされた<sup>4)</sup>。

ところで、研究会後の懇親の席上、経済学・経営学の視点から、「法律学における株式会社（＝以後、断りなく「会社」と呼ぶこととする）とは何を意味するのか」、すなわち「会社とは誰のものなのか」という質問がなされた。おそらく、質問の真意は「会社とは株主のものであり、株主は会社そのものである」という、経済学・経営学のうえでは当然の常識を、法律学では如何様に扱っているのか、というものであったと考えられる。所有と経営の分離という株式会社の基礎理論との関連で、民法学のうえで「法人擬制説」と「法人実在説」とが対立していることは周知のとおりである<sup>5)</sup>。しかし、

我々法律学に関わる者が、会社が一個人＝法人であることを前提として議論してしまうことが、経済学・経営学の研究者からは、一種異様に映ってしまったのかもしれない。

このような「学問文化の違い」は、とくに学際的に生じる問題において顕著となってくるものであろう。近年、注目を集めている、いわゆる「コーポレート・ガバナンス（corporate governance）」の議論は法律学でも問題とされ、1994年10月10日に開かれた日本私法学会第58回大会においてその商法部会のシンポジウムでとりあげられ、経済学・経営学、会社法学、刑法学、民事訴訟法学からのパネラーによる報告を基に活発な議論がなされた<sup>6)</sup>。そこでもサブ・テーマとされた株主代表訴訟<sup>7)</sup>を契機として、とりわけ会社を一個人＝法人として扱わなければならない民事訴訟法学の視点から、「会社は誰のものか」をめぐる議論にまつわる学際的な文化の相違を考えてみようと思う<sup>8)</sup>。

### II 株主代表訴訟の問題点概観

そもそも何故に民事訴訟法学の視点からは会社を一個人＝法人として扱わなければならないのか。もちろん、それは、実体法である民法・商法が様々な法律効果の帰属点として会社を法人として制度化したからであることはいうまでもない（この法人論については次章で述べたい）。しかし、実体法の立場からは、何らか

の制度の実質的理由が説明されようが、訴訟法学の立場からは、ある意味で有無を言わず、訴訟に関与する者を原告、被告、参加人などと形式的に分類しなければならない。しかも、通常は原告・被告間になされる訴訟が第三者をも訴訟に巻き込んで考えられなければならないと、非常に困難な問題が生じる<sup>9)</sup>。株主代表訴訟の場合も、原告株主、被告取締役のほかに、会社という独立の主体がからんでいる。なおかつそのうえに、「代表訴訟」という理論上厄介な問題が存在しているのである。ここでは、そういった株主代表訴訟に関する、民事訴訟法学からみた諸問題を簡単にみておこう。

## 1 株主代表訴訟の沿革と基本構造

株主代表訴訟は、6ヶ月前より株式を有する(株式数に制限はない)株主が書面をもって会社に対し取締役の責任を追及する訴訟の提起を求め(267条1項)、これに対して会社が30日以内に訴えを提起しなかった場合に、当該株主が「会社ノ為」に提起する訴訟である(同条2項)。この訴訟の比較法的な沿革はイギリス法に求められるが、この制度が飛躍的に発展を遂げたのはアメリカ法であり、第2次世界大戦直後の1950年にGHQの手により日本に導入されたものである<sup>10)</sup>。もともとアメリカの株主代表訴訟はエクイティー(equity)の訴訟であって、「本来的には会社の取締役と株主との間の信託関係を根拠に取締役の責任追及の訴えが認められたものであり、原告株主が自己と同様の立場にある株主全員を代表して訴えるという訴訟形態であって、まさに株主全員のためのクラス・アクションであった」。後に、会社の部外者も被告として訴えられるようになってからは、「会社の権利を第二次的(secondary)ないし派生的に(derivative)行使する」ものとして捉えられるようになり、株主代表訴訟にそれまでとは異なり会社を代表し、会社の権利を代位するという性格が加わった<sup>11)</sup>。

日本では、1949年にGHQからの提案を受け

て<sup>12)</sup>、兼子一法務調査意見長官から「商法の一部を改正する法律案」が提出されたが、一見、GHQの原案とは大きく異なるものであった。しかし、法律案に付された日本側の説明書によると、GHQ案の趣旨に異論はなく、「ただ、GHQ側の原案をわ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て受け入れたものにすぎない」と理解されている<sup>13)</sup>。もともと、後々の株主代表訴訟の議論をリードすることになる重要な修正点も存在した。第1点は、「代表の適切性」を、裁判所が職権で調査することが實際上困難であるとの理由で削除し、詐欺再審の訴え(現行商法268条ノ3)の規定により対処しようとしたことある。第2点は、株主代表訴訟を「会社ノ為」に提起することができる点である。後者の点は、株主代表訴訟の基本構造に関する議論において、アメリカ法とは異なり、「原告が全株主の代表者の資格で提起する代表訴訟」(代表訴訟説)から「原告が会社の権利を会社のために行使する代位訴訟」への転換を印象づける結果となり、商法学・会社法学の従来の通説は株主代表訴訟を代位訴訟と捉えることとなる(代位訴訟説)<sup>14)</sup>。しかし、近年、株主代表訴訟は、「原告株主が、会社の権利を、全株主の代表者の資格で行使する訴訟」であるとする見解が有力になりつつある<sup>15)</sup>。

## 2 会社の訴訟参加

さて、株主代表訴訟という裁判手続において、会社はいったいどのような立場でかかわってくるのであろうか。アメリカ法では、本来的な株主代表訴訟は原告株主が提起するクラス・アクション(class action)<sup>16)</sup>であって、会社は被告としての地位に立つ。しかしながら、これは会社側に判決の効力(理論的には既判力が重要であるが、実際上はむしろ執行力のほうが重要である)を及ぼすために必要なアメリカ民事訴訟法上のテクニックである(必要的当事者=不可欠当事者(indispensable party)と呼ばれる<sup>17)</sup>)。

他方、日本では、会社は被告となっておらず（商法267条2項・268条2項本文の解釈に基づく）、外面上は大きな違いである。しかし、日本の民事訴訟法学において法的訴訟担当という制度があり<sup>18)</sup>、とりたてて会社を被告としなくても判決の効力を及ぼすことができ、また、株主代表訴訟で認められた損害賠償は（原告株主にではなく）会社に帰属することになるため、現実の開きはほとんどないといえる<sup>19)</sup>。

むしろ会社は、明文（268条2項本文）をもって、株主代表訴訟に「参加」することができる<sup>20)</sup>。この「参加」は、従来、民事訴訟法上の共同訴訟参加（民訴法52条、旧民訴法75条）であるとするのが通説であった。すなわち、この「参加」は、商法268条ノ3に規定する詐害再審の訴えと同様に馴合訴訟の弊害——原告株主と被告取締役が馴れ合って原告が故意に敗訴したり、少額の請求をして、会社ひいては株主に損害を与えること——を防止するために設けられた制度であると解せられたわけである。したがって、会社は原告株主の共同訴訟人として訴訟に参加し、いわば原告的な立場に立つことになる<sup>21)</sup>。しかしながら、近時、この「参加」は、原告株主が会社、すなわち株主全体の利益を適切に代表していない場合<sup>22)</sup>に原告株主の訴訟追行を監視ないし牽制するためにみとめられたものであるとする見解が主張されるに至り<sup>23)</sup>、この場合に、会社は、原告・被告いずれとも異なる独立した当事者として訴訟に参加する独立当事者参加（民訴法47条、旧民訴法71条）ができる（したがって原告株主・被告取締役・独立当事者参加人会社という三面訴訟となる）と解する説が登場し、有力となっている<sup>24)</sup>。実は、このとき、会社を株主全体と考える実質的考慮が働いているといえる<sup>25)</sup>。すなわち、会社の訴訟参加の議論の背景には、会社が株主（全体）のものであり、会社は株主そのものであるとの基本思想が流れているのである。その意味で、経済学・経営学との関連も、きわめてうまく説明がつくといえよう。

### 3 会社の被告取締役への補助参加

ところが、会社が被告取締役の味方につきたいという場合が生じている。その典型的な場合が、被告取締役への会社の補助参加の問題である。そもそも補助参加とは、「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」（民訴法42条）制度であるが、当事者の一方（この場合は被告取締役）を「補助する」に足る「利害関係」を有しなければならない。これが、講学上、補助参加の利益（参加の利益）と呼ばれる問題である。しかしながら、原告株主が「会社の権利」を全株主の代表者の資格で行使する株主代表訴訟において、会社が被告取締役を補助することが認められるのかどうか、法学上、議論されているところである<sup>26)</sup>。換言すれば、経済学・経営学上、株主全体によって所有され、あるいは株主全体そのものであるところの会社が、株主代表訴訟において被告的地位に立つことができるのかが問題となるのである。しかも、原告株主が代表の適切性を有していない場合だけでなく、まさに株主全体の利益において株主代表訴訟を提起したときにも問題になってくるのである。

株主代表訴訟の構造に関する代位訴訟説に立ち、また、民事訴訟法学上、補助参加の利益について、補助参加人が当該訴訟に利害関係を有しており、かつ、被参加人（被告取締役）の勝訴判決により補助参加人も利益を受ける関係にある必要があるとする通説の見解に立つと、従来、会社が株主代表訴訟の被告側に補助参加することは否定されてきた<sup>27)</sup>。これに対して、このような会社の補助参加を肯定する見解は、かたや、株主代表訴訟の基本構造をクラス・アクションであると捉え、このような代表訴訟では会社が被告側に補助参加したとしても訴訟構造上矛盾するものではないこと、かたや、取締役が勝訴することは会社の経営を萎縮させない効果を伴い、会社のイメージ・ダウンを避けることになり、さらには、原告株主側の勝訴の場合

に会社が負担しなければならない弁護士費用償還義務を免れるなどの点から、補助参加の利益を認めようとする<sup>28)</sup>。

このような議論状況の中、商法の改正後、紛争の実質的な争点を率直に見据えた肯定説が登場する。すなわち、「会社に対する責任の根拠として主張されている被告取締役の行為が当該取締役独自の判断に基づくものではなく、会社の意思決定の結果、あるいはその一部としてなされている場合には」「会社の被告取締役側への補助参加の利益を肯定してよい」というのである。すなわち、被告取締役が会社の（株主総会、取締役会、あるいは代表取締役によってなされる）意思決定<sup>29)</sup>に加わり、これに基づいて行動したことが責任の根拠として主張されているときには、「訴訟の争点としてその意思決定の適法性が争われることになる」が、会社は「その意思決定の適法性という会社自身の組織法上の法的地位が訴訟の争点として判断を受けることとなり、それを理由として補助参加の利益を認められる」というのである<sup>30)</sup>。この見解は次第に有力になっており、裁判例においてもこれに従う判決が出ている（東京地裁平成7年11月30日判例時報1556号137頁・判例タイムズ904号195頁・金融商事判例991号37頁〔東京商銀信用組合事件〕、東京高裁決定平成9年9月2日判例時報1633号140頁〔セイコー事件〕<sup>31)</sup>。補助参加の利益をめぐる肯定説・否定説の対立はともかくとして、このように紛争の実質的な争点を真正面に見据えた議論は、株主が所有する会社ではなく、それとは独自の利益を有する経営体としての会社が表舞台に登場してくることを反映しているといえるのではなからうか<sup>32)</sup>。

### Ⅲ 法人本質論と株式会社

さて、法人とは、「自然人以外のもので権利義務の主体たる地位（資格）を有するもの」<sup>33)</sup>である。すなわち、民法学上、法人は、たとえば法律効果といった権利義務関係の帰属する一

個人<sup>34)</sup>として定義される。では、この法人の本質は何であり、その性質はいかなるものであろうか。民法学において、法人理論と呼ばれる議論がそれである。ここでは、とりわけドイツ法（フランス法）と英米法の法人理論を中心に概説し、その後、1994年日本私法学会第58回大会商法部会シンポジウムにおいて、経済学の視点からなされた岩井克人教授の報告から、株式会社の本質を考える一つのヒントを得てみたいと思う。

#### 1 法人本質論＝法人理論

##### (1) ドイツ法（フランス法）の法人理論

##### (ア) 法人擬制説（Savigny, Puchta, Windscheid）

Savignyを主唱者とする法人擬制説は、権利義務の主体は自由な意思主体である自然人たる個人に限られるべきであり自然人以外に権利義務の主体となりうるものは法律の力によって自然人に擬せられたものに限られるとする<sup>35)</sup>。この説は、理論的には、ローマ法における法人思想を根拠とするものとされており、近代法が説く個人意思の絶対的支配を背景とした主張である<sup>36)</sup>。実際的には、当時の絶対王政が国家と個人の間の中間団体を否定したことにより（反団体思想）個人の自由確保のためには役立ったが、反面、個人の団体結成の自由を認めず、絶対君主の命令・法律による特許に基づかなければ団体の結成は認められないという傾向を生んだ。しかし、「法人格の実質的な社会的基盤」としての法人の取引主体性に着目するものの、取引主体としての技術的な法的性格は、厳密には、自然人についても擬制によって与えられるというべきであるという批判があり<sup>37)</sup>、また、「企業そのものの構造についての具体的な理論は展開しなかった」と指摘されている<sup>38)</sup>。

##### (イ) 法人否認説（Brinz, Bekker; Jhering; Holder, Binder）

法人擬制説を極端に押し進めて、個人あるい

は独立した財産のほかには法人の主体となすべきもの（＝社会的実体）はないとして、法人に本来は法人格を与える必要がないとする見解を総称して、法人否認説という。Brinzの説く目的財産説（無主財産説）、Jheringの説く享益者主体説、Holder及びBinderの説く管理者主体説に細分化される<sup>39)</sup>。この理論によれば、法人擬制説と同様、法的処理のために法人制度を必要とする「真の意味での擬制説<sup>40)</sup>」ともいえるが、逆に、擬制説と異なり、法的観点を団体の活動に向け、法人の社会的実体を実証的に捉えようと試みた点で評価されている<sup>41)</sup>。

#### （ウ）法人実在説

法人擬制説・法人否認説とは異なり、法人の社会的実在性を主張する見解を、総じて、法人実在説という。ドイツのv. Gierkeの説く有機体説と、フランスのMichoudやSaleillesの説く組織体説がこれである。

有機体説をとるv. Gierkeは、あたかも自然人が自然的有機体であり、個人の意味を有するように、この団体（統一的全体）は内部に秩序を有し団体としての意思＝団体意思（Gesamtwille）を有する社会的有機体（gesellschaftlicher Organismus）であり、法人格はその社会的実在に対して与えられると主張した<sup>42)</sup>。このv. Gierkeの有機体説は、理論的には、ゲルマン法の歴史からみた団体の社会的実在としての内部秩序、すなわち、株式会社のような団体法人の物的側面（企業財産）と人的側面（社団）との内的関連を明らかにしたものとして、その功績は高く評価されている<sup>43)</sup>。また、当時、すでに資本団体・会社の自由な設立を要望する時代であって、反団体思想が法律観念と一致しなくなっていたため、有機体説は容易に法人擬制説・否認説を克服しえた<sup>44)</sup>。しかし、他方で、「企業そのものの内面的な構造と法人格の関連には十分の注意を払うことを怠っていた」ため、「何故に社会的有機体をもって法人となすべきか、何故に団体意志をもつ

て権利主体となすべきか」という問題が未解決のままとなった<sup>45)</sup>。

組織体説<sup>46)</sup>は、有機体説のこのような欠陥を補正して、社会学的な視点から、法人に法人格が与えられる根拠を、団体が社会的活動力を持ち、社会的機能を果たしている点に求めるものである<sup>47)</sup>。しかし、「何故に社会的有機体に対して権利能力を認むべきか」という、有機体説によって解かれなかった問題は、依然解決されないまま残ったのである<sup>48)</sup>。

#### （2）英米法の法人理論

英米法の法人理解は、おおよそ以下の3説に分けられる。まず、人為的存在説（artificial entity theory）によれば、法人とは政府により創造されるものであり、構成員とは別個に捉えられる。次に、構成員集合体説（aggregate theory）によれば、法人とは、個人が集まって創出されるものであり、そのような個人の集合と個人の間の契約関係である。したがって、法人は、このような構成員集合体と別個の存在ではない。最後に、自然存在説（natural entity theory）によれば、法人とは、法以前にある独自の存在であって、法が法人として承認するものである<sup>49)</sup>。

伝統的考え方は人為的存在説であったが、これは法人に関する特許説と結びついていた。アメリカでは、19世紀の前半、法人自由主義に基づく法人設立に関する法律が各州で制定され、法人形態に「個人が目的達成のために利用する便利な道具である」とみられるようになり、人為的存在説は次第に妥当性を失ってゆく。それに対応して登場するのが構成員集合体説である。この説によれば、法人は、その構成員＝株主の合意により形成される団体である。ところが、構成員集合体説では、19世紀末にあらわれた株式が上場されるような大規模な株式会社を十分に説明できなかった。そこで、1890年代に入り、自然存在説が提唱される。この時期には、v. Gierkeの法人理論などのヨーロッパ

大陸における議論がアメリカやイギリスに紹介されており<sup>50)</sup>、法人を「現存する自然な存在」と捉えるようになっていった<sup>51)</sup> (なお、このような法人の根拠に関する議論が1920年代までは盛んになされたが、リーガル・リアリズム (legal realism) の台頭とともに表舞台から姿を消してしまうことになる<sup>52)</sup>).

学説史的な視点からは、英米の議論とドイツを中心とするヨーロッパ大陸の議論との奇妙な類似が見出される。強いて比較をすれば、人為的存在説は法人擬制説に、構成員集合体説は法人否認説に類似し、自然存在説はまさに法人実在説と酷似するのである。このような学説の変遷は、ドイツのロマニストとゲルマニストとの争いに起因するというよりは<sup>53)</sup>、むしろ、資本主義経済の発展に伴う株式会社制度の成長に大きく影響されていることは間違いないと思われる。

## 2 経済学からみた株式会社

—岩井教授の見解<sup>54)</sup>を中心に—

さて、ここで、コーポレート・ガバナンスをテーマとする日本私法学会第58回大会商法部会シンポジウムにおいて、経済学の立場から「企業経済論と会社統治機構」という課題を担当した岩井克人教授の報告の概略をみておこう。この課題は、岩井教授自身の言葉を借りれば「第一に日本の企業システムに関して日本の経済学者の間で近年有力になりつつあるいくつかの理論モデルを解説し、第二に英米における標準的な企業理論の基礎をなしている企業とは『契約関係の要』でしかないという見解を解説し、第三に以上の解説を踏まえて、日本における会社統治機構のあり方について何らかの示唆を与える<sup>55)</sup>」というものである。

まず、第一の論点については、「従業員管理企業」あるいは「株主と従業員との協調ゲーム」といった、近年の日本の経済学者・経営学者が主張する日本の大企業に関するモデルについて解説し、リアリズムの視点から「経営者を単な

る中立的な利害調整者とみなす協調ゲームモデルよりは、経営者を従業員の利益代表とみなす従業員管理企業のほうが優れているのではないかと指摘する。そして、「学会の内外で広く市民権を得つつある」これらのモデルは、いずれも「日本の大企業を、資本主義的企業からの逸脱とみなしている」のである。しかし、岩井教授は、「日本の会社法は、言うまでもないことながら、まさに日本が資本主義経済であるという前提のもとに起草されている」のであって、「日本の大企業を従業員管理企業と見なすのは理論的には誤謬」であると主張する。そして、「日本の大企業はあたかも従業員管理企業であるかのように振る舞っている」が、そのことと、「実際に従業員が主体となって管理する企業で『ある』こととの間には本質的な違いがある」としたうえで、「なぜ資本主義という枠組みの中で、株式会社というもっとも資本主義的だといわれている企業制度が、それとは本来異質であるべき従業員管理企業のように振る舞う企業の存在を可能にしているのか」という問題提起がなされる<sup>56)</sup>。

しかしながら、この問題提起に対する解答に大きな障害となっているのが、「近年のいわゆる企業契約論の隆盛である」という。この企業契約論に先鞭を付けたのが Ronald Coase であるが、1937年に公となった彼の論文は長い間「引用はされるが使用はされない」状態にあった<sup>57)</sup>。しかし、「1970年代に入って当時大きく発展していた不完全情報の経済学と結びつき、その影響力を強めることになった」企業契約論は、「市場という場であれ企業という名の下であれ、人びとの間に結ばれる契約はすべて代理関係 (agency relations) に還元することができ、それに伴う交換費用はすべて代理費用 (agency costs) として取り扱うことができる<sup>58)</sup>」と主張する。それゆえに、「何が企業で何が企業でないかは無意味<sup>59)</sup>」であり、「経済学に必要なのは、契約のさまざまな形態の分析でしかない」のである<sup>60)</sup>。換言すれば、「企業はさま

ざまな契約関係の単なる要 (nexus) でしかない」と主張する企業契約論の世界においては、共同企業と個人企業、法人企業と非法人企業といった企業形態の区別も (中略) 意味をもつこともない。本来、所有と経営が分離した株式会社 (corporation) の統治機構 (governance) の問題であるべきコーポレート・ガバナンスは、個人企業の所有者が他人に経営を一任する場合と同様に、単なる代理関係をめぐるモラル・ハザードの問題に還元されてしまうのである。そこは、したがって、民法と区別された意味での商法など必要ない世界なのである<sup>61)</sup>。

このような検討の後、岩井教授は、企業の中核に所有関係 (ownership) を置くところの「企業とは資本家によって所有されている資本の総体である」という、Coase よりもはるか以前から与えられている、もっとも常識的な企業観によって、企業契約論を批判する<sup>62)</sup>。そして、共同企業の法人化が、その内部における所有関係を二重にすることを、法人化された共同企業のもっとも発達した形態である株式会社において説明する。すなわち、「株式会社において資本を直接に所有しているのは株主ではない」のであり、むしろ「企業資本の所有権をもっているのは法人としての会社なのである」。もちろん「会社そのものの所有者は株主である」が、「企業内の資産に関しては、その株主といえども株式所有によってあたえられている利益配当請求権や総会議決権を通して間接的に支配を及ぼしているにすぎない」。「そこでは、法人としての会社が株主と資産との間に入り込み、共同企業の内部に『株主と会社』と『会社と資産』という二重の所有関係をつくりだしている」。この「会社と資産」の所有関係において、法人たる会社の意思決定や意思表示を会社の名においておこなう自然人が必要であり、これが経営者なのである。「英米流の会社統治機構論がそう理解しているように、株式会社における経営者は株主の代理人という役割を果たしている」が、他方「経営者は法人を代表する機関と

して、あたかも (中略) 資産の所有者であるかのように振る舞う資格を与えられているのである」。このように、株式会社という制度は、「従業員管理的な日本の企業形態を可能にする仕掛け」なのである<sup>63)</sup>。

さて、岩井教授の報告の狙いからは離れるが、本論文にとって重要と思われる箇所をチェックしておこう。一つは、企業契約論である。法人本質論との関係でいえば、Coase の論文が発表された1937年といえ、すでにアメリカではリーガル・リアリズムの影響で法人本質論、とりわけ自然存在説が発言力を失っていたときであり、Coase の企業契約論はまさに構成員集合体説、あるいはドイツの法人否認説に酷似しているものといえよう。もう一つは、岩井教授のいう「所有関係の二重性」と「経営者の二重の役割」である。これは「英米流の企業契約論」からは説明がなされないままにおかれている、株式会社制度のもう一つの側面 (あるいは盲点) を率直に (しかもそれは法的な言葉で) 表現したものであって、ある意味では法人実在説や自然存在説の主張するところと一致するものといえよう。

#### Ⅳ 紛争の実質を捉えた民事訴訟法学に向けて —おわりにかえて—

法人本質論についていかなる見解によるかはともかくも、これらを株主代表訴訟の問題に投影してみれば、結局のところ、第2次大戦後アメリカの制度に模して導入された制度が、民事訴訟法という大陸法的な文化との間で、しっかりと根づいたとはいえない状況のまま、今日を迎えたというところであるということができよう。ということは、株主代表訴訟に関する限り、会社の本質や社会的機能を考慮したうえで、民事訴訟法学の立場から何らかの適応をすることによって問題の解決の糸口を見出すことが可能であるかもしれない。それは、いかなる適応か。従来の固定観念を敢えて覆したところからはじまる「発想の転換に基づく適応」である。この

ような「発想の転換に基づく適応」を解釈論の場で主張しつつづけている谷口安平教授の見解をみて、おわりに代えたいと思う。

まず、谷口教授は、「株主の代表訴訟」という論考において、以下のように指摘する。すなわち、株主代表訴訟の「制度は会社制度に関するすこぶる現実的な理解に基づいており、会社の完全独立人格を強調する法人格とはもともとなじみにくいものである。会社組合説、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」<sup>64)</sup> (ルビは筆者による)。このような「すこぶる現実的な理解」を基調にしつつ、「アメリカ法に由来する株主の代表訴訟についてもドイツ・日本式の訴訟担当の理論をそのまま適用してよいものかどうかを検討されて然るべきである」として、アメリカにおける株主代表訴訟で会社が不可欠被告(必要的被告: indispensable party)とされている原因を検討する<sup>65)</sup>。そして、アメリカの株主代表訴訟の実情(「会社は訴訟で問題となる権利関係の真の利害関係人であり、アメリカにおいても形式上被告とされた会社が現実に訴訟上なす事柄は、原告を助ける立場にまわる場合から、本来の被告側について本案の防禦を行なう場合まで千差万別であるといわれる」)を紹介したうえで、会社という「独自の利害を有する主体を判決の効力によって拘束するためには当事者として訴訟に引き出さなければならないという主張がアメリカのやり方の根底にある」として、日本法の解釈論を展開するのである<sup>66)</sup>。訴訟の構造としては、独立当事者参加と解するのであるが、それは「三者間に対立が生じることになるから、より紛争の実体に応しいように思われる」からである<sup>67)</sup>。

この論考の後も、谷口教授は、ユニークな表現の中に物事、とりわけ紛争の実質・実体を捉えた見解を主張し続けている。そのうちの代表的なものを二つ紹介しよう。一つは、いわゆる「コップの中の嵐」である<sup>68)</sup>。これは、株主総会決議取消・不存在・無効確認訴訟(商法247

条以下・252条)に代表される会社訴訟、とりわけ取締役選任決議取消訴訟等において、解釈上、被告の当事者適格が会社にあるとすることに対する問題提起である。すなわち、「決議の効力をめぐる紛争は外部からみれば会社というコップの中の嵐であって、会社自身はその紛争の主体となっているわけではないのである」。むしろ「その決議の効力に問題があるなら株主の間で決着を付ければよい性質のもので」、結局、「その紛争の実質からみれば、この紛争の主体は決議を有効と主張する株主および理事者と無効と主張する株主および理事者(中略)に分かれて争うのが筋が通っている」とするものである<sup>69)</sup>。もう一つは、多数当事者訴訟の「メリーゴーランド」構成である<sup>70)</sup>。これは、多数当事者訴訟の解釈論において二当事者対立構造(「一人の原告対一人の被告」の構造)を出発点にする、いわゆる「矢印思考」に対する問題提起である<sup>71)</sup>。これに対して、谷口教授は以下のように言う。「メリーゴーランドというのは真ん中に柱があって、ここに人が乗る輪があって柱の頂点から綱でつながっているわけです。結局この一点で皆さんがつながってグルグル回っているわけです。要するにこの頂点のところでは何か決めれば、みんなつながっていて、それで円満に全体が決まる、という訴訟の構造が考えられないのか。世の中にある紛争はむしろ原則的に多数当事者紛争という形で存在していて、法律が原型としているところの二当事者対立訴訟というものも、実はこういうメリーゴーランドのロープがたまたま二本しかない、つまり二人しか乗っていないというむしろ例外的特殊な場合ではないのか」<sup>72)</sup>と。この「メリーゴーランド」説は、具体的な解釈論においてまだ完成をみるには至っていないが、解釈論における常識を覆して物事を考えてみる必要性を説くものとして、講演録ではあるが、高く評価されるべきであると考えられる。

さて、株主代表訴訟に話を戻そう。谷口教授の見解が「コップの中の嵐」という比喩に基づ



き取締役選任決議取消訴訟等で会社の被告適格を認めない結論をとるとするならば、株主代表訴訟でも同様に会社の被告適格を疑問視するべきではないか、つまり、原告株主と被告取締役で十分ではないかという疑問が生じよう<sup>73)</sup>。ところが、後の座談会で、谷口教授は、株主代表訴訟の場合には実際に金銭が動くのであるから会社の法主体性を無視できないとして、独立当事者参加説を維持する発言をしている<sup>74)</sup>。株主代表訴訟と「コップの中の嵐」とが紛争の実質を異にするということは、株主代表訴訟における会社が、あるときは原告株主側の訴訟参加人（独立訴訟参加人）として、ある場合には被告取締役側の補助参加人として行動する（したい）という日本の実務の現状からも肯定できるところである。そうすると、むしろ、そのような現状を前提にしつつ、「メリーゴーランド」構成のように紛争の実質を捉えた解釈論をするならば、会社は、商法268条2項の規定により、株主代表訴訟に独立当事者参加（民訴法47条）をすることができ、かつ、当該参加をしたままで、原告株主・被告取締役いずれの側にも（争点を限っての）補助参加（民訴法42条）をすることもできると解することも可能であると思われる<sup>75)</sup>。株主代表訴訟における紛争の実質は、原告株主と被告取締役、さらには第三者たる他の株主及び会社が関係する、実質的な意味での三面訴訟であると考えるのが、民事訴訟法学上は、素直であると思われるからである。敢えて結論づけていえば、株式会社は株主が所有するものであり、全株主が株式会社そのものであるといえるが、株主代表訴訟という法的な次元においては、これとはやや異なり、独自の利益を有するところの実質を伴う一個の実体として扱われるべきであると思われる。

[なお、本論文は、横浜国立大学経営学部平成9年度特定研究プロジェクトの研究成果の一部である。]

## 注

- 1) この報告に関しては、中島弘雅「株主代表訴訟の現状と問題点」法学セミナー497号（1996年5月）4頁以下が下敷きとなっている。
- 2) 実際におこなわれた改正は手続法的なものであり、法的なテクニックの最たるものである。すなわち、従来は訴額（＝請求の金額）に比例していた株主代表訴訟の提起に伴う手数料が一律8200円になったこと（商法267条4項、民事訴訟費用等に関する法律4条2項、訴額に比例する従来の取扱いに対する批判的見解として、中野貞一郎「訴額の算定」『民事訴訟法の論点I』（1994年・判例タイムズ社）56頁以下がある）、さらに、原告株主側勝訴の場合に弁護士費用の相当額及び必要経費の償還を求めることが認められたこと（商法268条の2第1項）により、株主にとって、株主代表訴訟に伴うリスクとコストが大幅に軽減されるに至った。法的にみた場合、これが株主代表訴訟の急増をみた原因であるが、むしろ社会的・経済的な要因、つまりバブル崩壊後に株式会社（その中でも主に取締役）の経営責任を問う世論の存在が大きいのはいうまでもない。
- 3) 参照、中島・前掲（注1）法学セミナー6頁。ドライな言い方をすれば、このような運用は、高額な請求には高額なコストがかかるという株主代表訴訟の従来の手数料が果たしてきた機能を、そっくりそのまま商法268条5項の「担保」に肩代わりさせようとするものである。しかし、実際上は、「訴訟が実体審理に入ることなく途中で打ち切られたり、あるいは、実体審理に入る前の段階で訴訟が事実上停止しているといった現象」（中島・前掲（注1）法学セミナー6頁）からみれば、このような運用は、改正の趣旨を骨抜きにしかねないものである。
- 4) 参照、中島・前掲（注1）法学セミナー8頁以下。
- 5) これについては、後述Ⅲを参照のこと。
- 6) 参照、「コーポレート・ガバナンス」私法57号（1995年）88頁以下。なお、シンポジウムの資料として「コーポレート・ガバナンス—大会社の役割とその運営・管理機構を考える」商事法務1364号（1994年）2頁以下に各報告者の論文がある。なお、北村雅史「コーポレート・ガバナンスと株主代表訴訟」小林秀之＝近藤光男編『株主代表訴訟大系』（1996年・弘文堂）3頁以下参照。
- 7) 報告者は民事訴訟法学者である伊藤眞教授であった。なお、伊藤眞「コーポレート・ガバナンスと民事訴訟—株主代表訴訟をめぐる諸問題」商事法務1364号（1994年）18頁以下、同「コーポレート・ガバナンスと民事訴訟—株主代表

- 訴訟をめぐる諸問題」私法57号(1995年)93頁以下、参照。
- 8) わが学部の吉森賢教授は、コーポレート・ガバナンスに関連して企業概念の日米欧比較をおこなううえで、これを3類型に分類している。第一類型は「株主の私有財産としての企業、すなわち私有財産説(Property Conception)」であり、英米の「株主利益中心の一元的企業概念」である。これと対極にあるのが、「企業の社会的側面を強調し、企業は株主の利益のみならず、より広い利害関係者のために存在するという制度説ないし公器説(Entity Conception)」であるが、そのうちドイツ、フランスにみられる「資本と労働の利益均衡を実現しようとする二元的企業概念」を第2類型、日本にみられるところの「従業員を中心的利害関係者としつつ、他の利害関係者の長期的利益も考慮する多元的企業概念」を第3類型として提唱している。参照、吉森賢「企業は誰のものか—企業概念の日米欧比較」(1) [アメリカ、イギリス] 横浜経営研究19巻1号(1998年6月)42頁(とりわけ44頁)・(2・完) [ドイツ、フランス、日本、結論] 同19巻4号(1999年3月)335頁。
- 9) こういう訴訟を多数当事者訴訟という概念で括することは可能であるが、その内容は種々雑多であり、現在の訴訟法学のツールでは、最終的に、一対一の訴訟に分解して分析するほかはない(このようなツールに懐疑的な見解として、谷口安平「多数当事者訴訟について考える」法学教室86号(1987年11月)6頁以下(とりわけ17頁以下では、「矢印思考」に代わる「メリーゴーランド」構成の採用を示唆している)参照)。たとえば、原告X・被告Y間で土地の所有権を争う訴訟が裁判所に係属している場合に、第三者Zが自らの所有権を主張して独立当事者参加(民訴法47条、旧民訴法71条)の方法で訴訟に参加していた場合が典型的な三面訴訟であるが、これを解析すると、「X→Y」「Z→X」「Z→Y」という三つの訴訟に分解したうえで、これに「合一確定の必要性(三者間において矛盾の起こらない統一判決の必要性)」をかぶせるという解釈方法をとるのが通常であった。それゆえ、Zが訴訟に出てくるのであれば訴訟の結果はどちらでもよいという(たとえば)Yに対しても、Zからの請求が必要であるという解釈がなされていた。現行法では、ZからYに対する請求を不要とする片面的独立当事者参加も認められるに至っている(民訴法47条)。
- 10) 参照、小林秀之「株主代表訴訟の沿革と手続法的構造」前掲(注6)『株主代表訴訟大系』145頁以下、中島弘雅「株主代表訴訟における訴訟参加」前掲(注6)『株主代表訴訟大系』195頁以下。
- 11) 小林・前掲(注10)『株主代表訴訟大系』147頁以下。なお、1938年連邦民事訴訟規則23条(b)、及び、1966年連邦民事訴訟規則23.1条については、小林・前掲(注10)『株主代表訴訟大系』148頁以下参照。株主代表訴訟の日本への導入を図ったGHQが参照しえたのは、この1938年連邦民事訴訟規則23条(b)である。参照、中島・前掲(注10)『株主代表訴訟大系』200頁以下。
- 12) GHQ側から出た案文については、中島・前掲(注10)『株主代表訴訟大系』197頁以下に簡潔にまとめられている。
- 13) 中島・前掲(注10)『株主代表訴訟大系』201頁以下。
- 14) 中島・前掲(注10)『株主代表訴訟大系』202頁以下・207頁(注14)。なお、民事訴訟法学の通説は、代位訴訟説に引きずられたかたちで、これを法定訴訟担当であると解している。兼子一『新修民事訴訟法体系』(増補版・1965年・酒井書店)160頁。
- 15) 中島・前掲(注10)『株主代表訴訟大系』203頁・207頁(注15)。なお、民事訴訟法学においても、通説である法定訴訟担当説を批判する見解がある。小林秀之=原強『株主代表訴訟』(1996年・日本評論社)310頁。参照、谷口安平「株主の代表訴訟」『実務民事訴訟講座5』(1969年・日本評論社)95頁(105頁以下)。しかしながら、中島・前掲(注10)『株主代表訴訟大系』205頁は、株主代表訴訟における会社の位置づけとの関連で、通説に対する批判は必ずしもあたっておらず、日米の外面的法制度の違いに比して、実際における訴訟活動においてはさほど異ならないのではないかと指摘する。
- 16) クラス・アクションとは、通常は裁判手続に持ち込まれないような同種・少額の訴訟を可能にする法技術である(アメリカ連邦民事規則23条。これについては、さしあたり、ジェフリー・ハザード=ミケーレ・タルッフォ〔谷口安平監修・田邊誠訳〕『アメリカ民事訴訟法入門』(1997年・信山社)177頁以下参照)。たとえば、クラス・アクションにより、製造物責任に起因する自動車事故の被害者は、同様の事故にあった被害者たちのもつ損害賠償請求権をも合わせて、メーカー側を訴えることができることになる。
- 17) 参照、小林・前掲(注10)『株主代表訴訟大系』150頁、谷口・前掲(注15)『実務民事訴訟講座5』106頁。なお、訴訟に参加しない株主に判決効が及ぶのは、株主代表訴訟がクラス・アクションだからである。
- 18) 日本の民事訴訟法学が母国をドイツとしている関係で、訴訟法的な視点からは、株主代表訴訟はドイツ的な訴訟制度に接ぎ木されたアメリカ法の制度であるということもできよう。
- 19) 参照、中島・前掲(注10)『株主代表訴訟大系』204頁以下。なお、前掲(注15)参照。

- 20) 株主代表訴訟に参加するかどうかを決定するのは監査役であると解される。これについての明文はない。しかし、会社が取締役の責任を追及する訴訟（を提起しないこと）を株主代表訴訟の前提としているが、この会社・取締役間の訴訟については監査役が会社を代表する規定（275条ノ4）があり、通説である。参照、中島・前掲（注10）『株主代表訴訟大系』209頁以下。
- 21) 参照、中島・前掲（注10）『株主代表訴訟大系』210頁・212頁。
- 22) ある意味で、会社の訴訟参加におけるこのような議論は、すでに述べた原告の担保提供の議論とともに、日本が株主代表訴訟を導入する際にアメリカの株主代表訴訟において要件とされる「代表の適切性」を削除したこと（中島・前掲（注10）『株主代表訴訟大系』202頁）とのバランスをとっているものといえよう。近時、解釈論上、代表の適切性を株主代表訴訟の要件としてとりあげるべきであるとする見解が有力である。代表的なものとして、竹内昭夫「株主の代表訴訟」同『会社法の理論Ⅲ』（1990年・有斐閣）242頁、小林＝原・前掲（注15）『株主代表訴訟』306頁、原強「株主代表訴訟における判決効と強制執行」前掲（注6）『株主代表訴訟大系』252頁以下など。なお、高田裕成「株主代表訴訟における原告株主の地位」民商法雑誌115巻4＝5号537頁（557頁）参照。
- 23) 徳田和幸「株主代表訴訟における会社の地位」民訴雑誌42号（1996年）172頁（173頁以下）、同「株主代表訴訟と会社の訴訟参加」法曹時報48巻8号（1996年）1頁（16頁以下）、同「株主代表訴訟における会社の地位」民商法雑誌115巻4＝5号（1997年）594頁（599頁以下）。同旨、中島・前掲（注10）『株主代表訴訟大系』210頁以下。
- 24) 徳田・前掲（注23）民訴雑誌175頁、同・前掲（注23）法曹時報18頁、同・前掲（注23）民商法雑誌601頁、谷口・前掲（注15）『実務民事訴訟講座5』107頁、中島・前掲（注10）『株主代表訴訟大系』213頁。なお、その他にも共同訴訟的補助参加説や補助参加説があることについては、中島・前掲（注10）『株主代表訴訟大系』212頁以下参照。
- 25) 実は、商法268条ノ3の規定により訴訟に参加できるのは会社ばかりでなく、他の株主も同様である。この参加を認めた理由もまた、原告株主が株主全体の利益を適切に代表していないおそれのあるときに、その訴訟追行を監視・牽制するためであると考えられる。参照、中島・前掲（注10）『株主代表訴訟大系』211頁。
- 26) 同様に、被告取締役に関する訴訟費用・弁護士報酬を会社が負担することの可否、さらに、会社の顧問弁護士が被告取締役の訴訟代理人となることの可否などについても議論がある（参照、堀籠兒「会社法務からみた株主代表訴訟」前掲（注6）『株主代表訴訟大系』337頁（348頁））。前者につき、多数説は否定的である（参照、北村・前掲（注6）『株主代表訴訟大系』30頁）。後者については、弁護士法上及び弁護士倫理上、同じ弁護士が原告側参加人と被告双方の代理をするのは双方代理となり、違法ではないかとの疑いがある（株主代表訴訟と弁護士との関係については、中村直人「株主代表訴訟における弁護士の役割」前掲（注6）『株主代表訴訟大系』301頁以下参照）。
- ちなみに、現在の会社役員賠償責任保険においては、会社が保険契約者となり、会社が保険料を支払うことで、株主代表訴訟が提起された場合の争訟費用が、普通保険約款によって填補されるが、被告取締役が敗訴した場合の損害賠償金は填補されない。損害賠償金を填補したければ、株主代表訴訟特約により（保険料は役員が負担する）填補を受けることができる。単に第三者から役員に対して損害賠償請求訴訟が提起された場合は、争訟費用・損害賠償金いずれについても普通保険約款によって填補されることと比べると、株主代表訴訟では損害賠償金の保険料を役員負担としていることは、取締役と会社に一線を画したものとして興味深い。参照、淡路伸広「株主代表訴訟と役員賠償責任保険の仕組み」前掲（注6）『株主代表訴訟大系』353頁以下。
- 27) 参照、中島・前掲（注10）『株主代表訴訟大系』217頁以下。なお、下級審の裁判例も同様に否定的な立場をとる。参照、名古屋高裁決定平成8年7月11日判例時報1588号145頁〔中部電力事件〕（資料版／商事法務148号105頁）。なお判例時報同号に参考として、第1審決定である名古屋地裁決定平成8年3月29日（資料版／商事法務145号107頁）が収録されている。
- 28) 肯定説及びそれに対する批判的検討については、中島・前掲（注10）『株主代表訴訟大系』219頁以下参照。
- 29) 実体法上の問題として、このような意思決定に関する取締役の経営判断について、いわゆる「経営判断原則（business judgement rule）」が適用されることの根拠、さらには機能などが議論されている。参照、吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」前掲（注6）『株主代表訴訟大系』51頁以下。
- 30) 伊藤・前掲（注7）商事法務21頁、同・前掲（注7）私法94頁以下。なお、同「補助参加の利益再考—判決の証明効に対する疑問」民事訴訟雑誌41号（1995年）16頁以下参照。
- 31) 参照、中島・前掲（注10）『株主代表訴訟大系』221頁以下。
- 32) このほか、株主代表訴訟における和解の可否についても議論がある。参照、池田辰夫「株主代

表訴訟における和解」前掲(注6)『株主代表訴訟大系』230頁。これについては、横浜国立大学国際経済法学研究科1998年度(平成10年度)修士論文である大井田孝之「株主代表訴訟における和解」が、本稿を執筆するにあたって大いに参考となったことを記しておく。

33) 林良平＝前田達明編『注釈民法(2)』(新版・1991年)1頁〔林良平執筆〕。参照、我妻栄『新訂民法総則』(1965年・岩波書店)45頁・114頁、於保不二雄『民法総則講義』(1951年・有信堂：復刻版・1996年・新青出版)78頁。

34) 川島武宜博士は、ドイツ法にいう「人(Person)」と「人間(Mensch)」の違いを指摘する(川島武宜「民法における「人」の権利能力」同『川島武宜著作集第六巻』(1982年・岩波書店)〔初出『杉山教授還暦祝賀論文集』(1942年・有斐閣)〕23頁(34頁以下)参照)。法人は、ドイツ語でjuristische Personという(川島武宜「企業の法人格」同『著作集第六巻』〔初出、田中耕太郎先生還暦記念『商法の基本問題』(1952年・有斐閣)〕40頁(46頁)、同「法的構成としての「法人」」同『著作集第六巻』〔初出、鈴木竹雄先生古稀記念『現代商法学の課題』下(1975年・有斐閣)〕70頁(74頁)参照)。なお、前掲(注33)『注釈民法(2)』22頁以下〔奥田昌道執筆〕参照。

ちなみに、Personという言葉については、拙稿「名訳or迷訳—輸入法学の宿命—(続・比較法文化としての比較法制度論)」横浜経営研究18巻1号(1997年6月)72頁(79頁)でとりあげた「ニュアンス」の問題があるが、ホセ・ヨンパルト『日本国憲法哲学』(1995年・成文堂)111頁以下に興味ある記述がある。すなわち、「人間」を表現する言葉が一つしかなかった古代ギリシア(anthropos)・古代ローマ時代(homo)には、演劇の「役」(またはギリシャ語の「仮面」; prosopon)しか意味しなかったラテン語のpersonaが、まず、キリスト教神学において「神の位格」を表す概念(専門用語)としてとりいれられたこと、また、後に哲学の観点から神のもつ性質が人間にもあてはまるとされたこと、さらには、聖なる世界を分離した俗なる世界＝近代において「人格」という概念を表すようになったことについて説明がなされている。

35) 前掲(注33)『注釈民法(2)』3頁以下〔林〕、我妻・前掲(注33)122頁。

36) ローマ法の思想とはいっても、紀元前後数百年にわたって地中海世界を支配した古代ローマにおけるものを直接指しているものとは思えない。むしろ、12世紀(この時代は後に「翻訳の世紀」と呼ばれた。参照、拙稿・前掲(注34)横浜経営研究79頁)におけるイタリアの法学者たちによるローマ法の再発見とともに始まったいわゆる「ローマ・カノン法の継受」(あるいは「ロー

ロッパ法文化の学問化)を通じて、16世紀において人文主義や啓蒙主義の思想をも経験したところの、近代法的な萌芽をみた「ローマ法」のことを意味するものであると考えられる。参照、H. シュロッサー著・大木雅夫訳『近世私法史要論』(1993年・有信堂高文社)3頁以下・32頁以下・41頁以下・46頁以下)。

37) 我妻・前掲(注33)122頁以下、末弘巖太郎「実在としての法人と技術としての法人」同『民法雑記帳(上)』(1953年・日本評論社)116頁。参照、前掲(注33)『注釈民法(2)』3頁以下〔林〕。

38) 川島「企業の法人格」前掲(注34)『著作集第六巻』43頁、前掲(注33)『注釈民法(2)』4頁〔林〕。

39) 我妻・前掲(注33)123頁以下、前掲(注33)『注釈民法(2)』4頁以下〔林〕。

40) 前掲(注33)『注釈民法(2)』4頁〔林〕。

41) 我妻・前掲(注33)124頁、於保・前掲(注33)83頁、前掲(注33)『注釈民法(2)』4頁以下〔林〕。

42) Otto von Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2, S. 25ff., 56ff.; ders., Die Genossenschaftstheorie, S. 38ff., 325ff. 我妻・前掲(注33)124頁以下、於保・前掲(注33)83頁、前掲(注33)『注釈民法(2)』5頁〔林〕。

43) 川島「企業の法人格」前掲(注34)『著作集第六巻』43頁は「近代型の法人の理論的研究において不朽の功績をのこしたものと考える」と述べている。このv. Gierkeの学説は、後に述べるフランス、さらには英米法にも影響した(その例として、イギリスでMaitlandが翻訳したOtto von Gierke, Political Theories of the Middle Age, 1900がある)。参照、前掲(注33)『注釈民法(2)』61頁〔木南敦執筆〕。

44) 我妻・前掲(注33)125頁、於保・前掲(注33)83頁。

45) 川島「企業の法人格」前掲(注34)『著作集第六巻』43頁、我妻・前掲(注33)125頁。前掲(注33)『注釈民法(2)』5頁以下〔林〕。

46) なお、フランス法における法人理論に関しては、前掲(注33)『注釈民法(2)』47頁以下〔山口俊夫執筆〕。

47) 前掲(注33)『注釈民法(2)』6頁〔林〕。

48) 我妻・前掲(注33)126頁、前掲(注33)『注釈民法(2)』6頁〔林〕。

49) 前掲(注33)『注釈民法(2)』61頁〔木南〕。

50) 参照、(注43)。

51) 参照、前掲(注33)『注釈民法(2)』68頁以下〔木南〕。

52) 参照、前掲(注33)『注釈民法(2)』70頁〔木南〕。しかし、このような論争は「種々の議論の背後にあるように見えた」という。なお、現代のドイツにおいても、この論争は続いている。

このうち、HaddingとCoingの見解をとりあげるものに、前掲（注33）『注釈民法（2）』19頁以下（20頁以下・27頁以下）〔奥田〕がある。

- 53) 参照、前掲（注33）『注釈民法（2）』7頁〔林〕。そもそも、ヨーロッパ世界にはローマ法とゲルマン法があり、この2大軸をめぐって議論がなされてきたこともまた事実ではある。しかしながら、実は、ローマ法とゲルマン法は長い歴史の間に、いわば何重にも捻れた形で、あるいは相互に影響しながら、現在に継承されてきている。そのため、現存の制度がいずれの影響によって成立したものかを見分けることが困難な場合も多い。たとえば、「アングロ・サクソン民族」（＝ゲルマン民族の一部族）の国である（と考えられている）アメリカにおいても、多数現存するラテン語に起源を有する言葉で表されている制度が、ローマ法の影響をどれほどに受けたものかは明らかでない。ゲルマン民族である東ゴート族が住み着き、神聖ローマ帝国を経て領邦国家に分裂していったドイツでも、ゲルマニストとロマニストとの論争をみてもわかるように、ローマ法とゲルマン法とは歴史的に互いに影響し合っている。現在はローマ法的思考を基本的に継受していると表面的にはいえるものの、深層においてゲルマン法が息づいている場合も少なくはないものと思われる。なお、中野貞一郎訳『訴訟における時代思潮（フランズ・クライン）／民事訴訟におけるローマ的要素とゲルマン的要素（ジウゼッペ・キョヴェンダ）』（1989年・信山社）のうち、キョヴェンダの公開講義（同書51頁以下）が示唆的である（同書78頁以下・141頁以下。なお、同書156頁以下の中野教授の解説も参照のこと）。ある法制度を「ローマ法的か、あるいはゲルマン法的か」と論ずることは表層的であり、ヨーロッパ法制史に暗い筆者が結論を急ぐことは誤謬に導く虞が大である。
- 54) 岩井克人「コーポレート・ガバナンスと民事訴訟—株主代表訴訟をめぐる諸問題」商事法務1364号（1994年）7頁以下、同「企業経済論と会社統治機構—覚え書き」私法57号（1995年）89頁以下。
- 55) 岩井・前掲（注54）商事法務7頁。
- 56) 参照、岩井・前掲（注54）私法89頁～91頁。
- 57) Coase, R.H., "The nature of the firm", *Economica* N.S. v. 4, 1937. 参照、岩井・前掲（注54）商事法務7頁以下。
- 58) Jensen, M. and Meckling, W., "Theory of the firm: managerial behavior, agency costs, and capital structure", *Journal of Financial Economics*, v. 3, 1976.
- 59) Cheung, S., "The contractual nature of the firm", *Journal of Law and Economics*, v. 26, 1983.
- 60) 参照、岩井・前掲（注54）商事法務8頁。
- 61) 参照、岩井・前掲（注54）私法91頁。
- 62) 参照、岩井・前掲（注54）商事法務9頁以下。
- 63) 参照、岩井・前掲（注54）商事法務10頁以下、同・前掲（注54）私法92頁。
- 64) 谷口・前掲（注15）『実務民事訴訟講座5』95頁以下。この表現は、会社が「独自の利害を有する主体」であるという主張と一見矛盾するようにみえるが、ここで念頭に置かれているのがドイツ民事訴訟法学の議論を引きずった日本の訴訟担当説であることを忘れてはならない。
- 65) 参照、谷口・前掲（注15）『実務民事訴訟講座5』106頁。なお、不可欠当事者とする根拠としては、本来の被告（理事業者・取締役など）を後日起こるかもしれない会社からの二重の提訴から保護するためと、株主勝訴の場合に会社が必ず賠償金を受領するように確保（強制）するためという二つの理由が挙げられている。
- 66) 谷口・前掲（注15）『実務民事訴訟講座5』106頁。具体的には、日本の株主代表訴訟でも、会社が訴訟告知を受けたことで、会社に対しても判決の効力が及ぶものと解釈する。
- 67) 谷口・前掲（注15）『実務民事訴訟講座5』107頁。
- 68) 谷口安平「団体をめぐる紛争と当事者適格」ジュリスト500号〔判例展望〕（1972年3月）322頁（326頁）。なお、谷口教授の見解をさらに徹底したものとして、山本克己『いわゆる権利能力のない社団の代表者（会長）を選任する総会決議不存確認の訴えが不適法とされた事例』民商法雑誌95巻6号（1987年3月）924頁がある。法人の内部紛争における当事者適格の議論については、高橋宏志『重点講義民事訴訟法』（1997年・有斐閣）176頁以下参照。
- 69) この「コップの中の嵐」という言葉は学会の中に相当な波紋を呼んだが、谷口教授自身は、「アイデアとしては基本的に賛成だけれども、結果にはあまり賛成でない、という皆さん（＝研究者・実務家—筆者注）が多いようです」と評価している。谷口・前掲（注9）法学教室13頁以下。なお、近時、最高裁は、最判平成10年3月27日民集52巻2号661頁において、取締役解任の訴え（商法257条3項）の被告適格につき、会社と取締役双方を被告とする固有の必要共同訴訟と解する判決をした。この判決を谷口説との関連において読むことも可能であろうが、取締役解任の訴えの訴訟物、あるいは訴訟構造から固有の必要共同訴訟である必要が生じているとも考えられるので、予断は許されないものと思われる。
- 70) 参照、谷口・前掲（注9）法学教室17頁以下。
- 71) 参照、谷口・前掲（注9）法学教室6頁以下。
- 72) 谷口・前掲（注9）法学教室17頁。谷口教授の講演は、この後、「平均的人間性に忠実な常識的民訴理論へ」という項目で締め括られる（参照、

谷口・前掲(注9)法学教室18頁)。これはアメリカ法の発想である(アメリカの民事訴訟法の歴史において、「普通の市民(ordinary citizen)」に理解しやすいルールづくりが目指されたことについて、ハザード＝タルッフォ・前掲(注16)『アメリカ民事訴訟法入門』28頁以下参照)。これに対して、二当事者対立構造という上位概念で説明しようとする「矢印思考」には、むしろパンデクテン方式に典型的に表されるローマ法の影響をみてとることができよう。

- 73) 参照, 高田裕成＝谷口安平＝徳田和幸＝中島弘雅＝中村直人＝福永有利＝前田雅弘＝山本克己《座談会》「株主代表訴訟の手続法上の問題点」民商法雑誌115号6巻(1997年3月)815頁(844頁以下の山本発言)。
- 74) 参照, 《座談会》前掲(注73)民商法雑誌845頁の谷口発言:「ところが, 代表訴訟では金が実際に動くわけです。金は動くとすれば会社の金庫に入らないといけないものです。そういう意味では会社の法主体性というものを無視できないのではないか, そんな点が(「コップの中の嵐」

と一筆者注)違うかなと思います。もっとも, これも法的な次元の話で, 実質的には(中略)その背後の株主団体みたいなものがやはり観念されているわけです」。参照, 同誌843頁の谷口発言。

- 75) また, 谷口教授は, 紛争の実質に合わせて, 民事訴訟における処分権主義の微調整を試みていると思われる(たとえば, 株主代表訴訟における和解等について, 谷口・前掲(注15)『実務民事訴訟講座5』107頁以下, 第三者の訴訟引込みについて, 谷口・前掲(注9)法学教室11頁参照)。筆者もまた, 処分権主義をテーマとして研究を続けているが, 谷口教授と切り口を異にしており, 現在のところは, 国家機関である裁判所と一般の私人との対立関係で捉えたうえで, 近時関心が集まりつつある自己決定権との関連で, 処分権主義の問題を訴訟における自己決定権の行使の許容範囲の問題として捉えてゆくべきではないかと考えている。

[さかた ひろし 横浜国立大学経営学部助教授]