慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔商法四二一〕 株主代表訴訟の提起後に当該主張に係る損害賠償請求権が会社から第三者へ譲渡された場合に当該代表訴訟における株主の請求が棄却された事例 (和歌山地裁平成一二年二月一五日判決)
Sub Title	
Author	重田, 麻紀子(Shigeta, Makiko) 商法研究会(Shoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2002
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.75, No.5 (2002. 5) ,p.103- 114
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20020528-0103

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

判例研究

株主代表訴訟の提起後に当該主張に係る損害賠償請求権が会社から第三者へ譲渡された場合に当該代表訴訟における株主の請求が棄却された事例

〔商法　四二一〕

（和歌山地裁平成一二年二月一五日判決
平成九年（ワ）第三四八号株主代表訴訟事件（控訴）
判例時報一七三六号一二四頁、資料版商事法務一九二号一九一頁）

〔判示事項〕

株主代表訴訟提起後において、会社は取締役に対して有する損害賠償請求権に関して管理処分権の全てを喪失しておらず、当該損害賠償請求権の第三者への譲渡は原則として有効であり、当該代表訴訟に基づく株主の請求は棄却を免れない。

〔参照条文〕　商法二六六条一項五号、二六七条

〔事　実〕

訴外A銀行は、創立者一族が取締役等の大部分を占めるいわゆる同族会社である。

A銀行は、放漫経営ないし乱脈融資の結果として経営破綻に陥り、平成八年一一月二一日、大蔵大臣から、銀行法二六条に基づき、預金払戻し等を除く業務の停止及び財産保全に係る命令を受け、さらに同年一二月一三日、大蔵省から、新銀行を設立の上、同銀行においてA銀行から営業の全部を譲り受け、預金払戻し等の整理、清算業務を行うこと、また、A銀行の資産をZに売却の上、資産管理及び不良債権の回収等を図る旨の指針を示された。

この指針の下、平成九年四月九日、株式会社B預金管理銀行が設立され、同年六月一〇日、A銀行及びB預金管理銀行間において、営業の全部譲渡に関する契約が締結された。

平成九年五月二九日、六ヵ月前から引き続いてA銀行の株式を保有する原告X_1他一〇名は、取締役Y_1他四名が違法ないし不当な貸付に関与しA銀行に損害を与えたとして、Y_1らの責任を追及する訴えの提起をA銀行の監査役に請求した。

同年六月二七日、A銀行は、右資産譲渡及び右営業譲渡に関し株主総会にて特別決議を得た。

同年六月三〇日、X_1らは、A銀行監査役への訴えの提起請求後、A会社から三〇日以内に訴えが提起されなかったことから、株主代表訴訟を提起した。

平成一〇年一月二三日、A銀行は、Zとの間で、資金援助（資産買取り）に関する契約を締結し、同契約において、同月二六日をもって資産買取日とすること、同日現在の保有資産の外、A銀行が有する債務不履行に基づく損害賠償請求権並びに事務管理、不当利得及び不法行為に基づく権利（A銀行の役職員及び債務者等に対して責任追及する一切の権利の外、右買取日においてその存在の確認ないし内容の特定が未了である権利を含む。）を譲渡する旨を合意した。

本件代表訴訟において、X_1らは、Y_1らに対して商法二六六条一項五号に基づく損害賠償を請求する旨の主張をした。この点につき、Y_1らは、A銀行がZとの間で、平成一〇年一月二三日、当該損害賠償請求権を譲渡する旨の契約を締結したと主張した。これに対して、X_1らは、当該損害賠償請求権は、当該債権の存在すら確認されておらず、その内容も未だ特定されていないのであって、Zへの債権譲渡の対象とはなり得ず、また、A銀行は、本件株主代表訴訟の提起により、本件損害賠償請求権に係る管理処分権を喪失しており、これを第三者に譲渡する権能を有しないと反論した。

なお、本訴は控訴されている。

〔判　旨〕　請求棄却

「認定事実によれば、原告らの訴求にかかる本件損害賠償請求権が本件譲渡契約における譲渡の対象とされたことは、明らかである。」

「また、原告らが、本件株主代表訴訟の提起により、訴外銀行は本件損害賠償請求権に係る管理処分権を喪失しており、本件譲渡契約により、本件損害賠償請求権に係る譲渡の効果は生じていないと主張するが、このように解すべき明文の根拠はない上、株主代表訴訟の提起後も、会社は、自ら当該訴訟に参加することによって、訴訟追行をなし得るのであり（商法二六八条二項本文）、株主代表訴訟の提

起により、当該損害賠償請求権に係る訴権の行使方法について制限を受けるものの、その管理処分権の全てを喪失するものとは解し難く、右主張は採用の限りではない。

もっとも、株主から監査役に対し、取締役の責任を追及する訴えの提起の請求がなされた後、会社が当該損害賠償請求権を譲渡した場合において、その譲渡の前後の具体的事情―例えば、右譲渡に係る対価が不当に低廉であるとか、譲受人においてその債権の履行を真摯に求めない等の具体的事情から、右譲渡が架空のものであること或いは当該取締役を株主代表訴訟から免れさせる目的に出たものであることが推認できる場合には、右譲渡を通謀虚偽表示によるものとし、或いは信義則に基づいて、その効力を否定すべき場合もありうるものと解される。しかしながら、本件において……本件損害賠償請求権に係る譲渡の効力を否定すべき具体的事情は到底認められない。」

〔研　究〕　判旨に疑問。

一　本判決は、株主代表訴訟の提起後、第三者が会社から商法二六六条一項五号に基づく取締役に対する損害賠償請求権（以下、単に本件損害賠償請求権という。）を譲り受け、別訴を提起した場合の両訴訟の関係について、代表訴訟による株主の請求を棄却したものである。従来このような問題を扱った判例はなく、また、学説においても正面から論じられたことがないため、本判決は、この点について初めて判断された判決であるといえる。

X_1らは、Y_1らに商法二六六条一項五号に違反する行為があったとして、Y_1らの善管注意義務違反を主張し、さらに、本件損害賠償請求権を譲渡する旨の契約を締結したとの事実に基づくY_1らによる抗弁を受けて、本件損害賠償請求権が譲渡の対象とならないと反論した。これに対して、判旨は、「認定事実によれば……本件損害賠償請求権が本件譲渡契約における譲渡の対象とされたことは明らかである」として、本件損害賠償請求権がZへの債権譲渡の対象にならないとするX_1らの主張に対応した判断を明確に説示することなく、単に本件損害賠償請求権のA銀行（以下、A会社とする）からZへの譲渡の有効性を挙げるに過ぎない。すなわち、本判決の構造は、本件損害賠償請求権の譲渡の有効性をもってX_1らの代表訴訟による請求を棄却するというものである。

しかしながら、本件において疑問とされるのは、会社の取締役に対する損害賠償請求権が本件譲渡の対象とされたことによって、株主の訴訟法上の権利までもが当然に本件譲渡の対象に含まれるとしてよいのかという点である。と

いうのは、従来、株主代表訴訟制度は代位訴訟であるのか、それとも代表訴訟であるのかという枠組みをめぐる議論があり、会社の取締役に対する損害賠償請求権が譲渡されるということと、代表訴訟における株主の訴訟追行権の帰趨ということは別に論じられるべきはずの問題であるからである。ところが、本判決はこの点について全く論及していない。推測するところ、本判決は、代表訴訟において株主は会社の権利を代位行使する形で訴訟追行権を行使することを前提として、本件損害賠償請求権の譲渡によって会社が会社財産の訴訟追行権を失う以上、株主もまた代表訴訟における訴訟追行権を失うという理論構成を採るのであろう。しかし、株主の訴訟追行権も譲渡の対象とされると考えるのであれば代表訴訟は棄却ではなく却下になるはずである。結局のところ、本判決における問題点は、本件損害賠償請求権が有効に譲渡されたと説示したことから代表訴訟を棄却する結論に至るまでにおいて論理の飛躍があり、会社が取締役に対する損害賠償請求権を喪失したと判示するのであれば、株主の代表訴訟における訴訟追行権についていかに解するのかという論ずべきところを論じていないという点に集約されよう。

そこでまず、代表訴訟における訴訟物たる損害賠償請求権が債権譲渡の対象とされた場合、会社からいかなる権利が譲渡されたと解すべきかについて論じることとする。

二　本判決は、本件損害賠償請求権の譲渡の有効性如何を論じるにあたり、損害賠償請求権が債権譲渡の対象となり得るかを言及するのに加えて、会社の譲渡権能の有無についても説示している。それによれば、「株主代表訴訟の提起後も、会社は、自ら当該訴訟に参加することによって、訴訟追行をなし得るのであり（商法二六八条二項本文）、株主代表訴訟の提起により、本件損害賠償請求権に係る訴権の行使方法について制限を受けるものの、その管理処分権の全てを喪失するものとは解し難」いとする。すなわち、会社は本件損害賠償請求権の権利帰属主体として、その管理処分権が当然に認められ、株主代表訴訟提起後も、会社が訴訟物たる本件損害賠償請求権を第三者に譲渡しうる実体法上の管理処分権を有するとして、損害賠償請求権の譲渡に関する効力の有効性を根拠付ける。

それでは、判旨において、本件損害賠償請求権の譲渡とは、A会社からどのような権利が譲渡されると解されているのであろうか。X_1らの本件損害賠償請求権は特定されておらず、債権譲渡の対象物足り得ない旨の主張に対し、判旨は、「訴外銀行が有する債務不履行に基づく損害賠償請

求権並びに事務管理、不当利得及び不法行為に基づく権利（訴外銀行の役職員及び債務者等に対して責任追及する一切の権利の外、右買取日においてその存在の確認ないし内容の特定が未了である権利を含む。）」の中に当該損害賠償請求権は含まれていると説示する。この点、たしかに、いわゆる将来債権が債権譲渡の対象物として認められる傾向にある最近の判例（最三判平成一一年一月二九日）からすれば、本件損害賠償請求権は「存在の確認ないし内容の特定が未了である権利」であるとしても債権譲渡の対象となり得るであろう。しかし、本件損害賠償請求権がいわゆる将来債権として譲渡されうるとしても、「訴外銀行の役職員……に対して責任追及する一切の権利」に当然に含まれると解している点については疑問である。すなわち、A会社の実体法上の債権に加え、商法二六七条所定の株主の訴訟追行権も一括して全て債権譲渡の対象に入ると考えていることである。

たしかに、わが国の現行法上、損害賠償請求権は、債権及びそれに一体化する形で訴訟法上の権利をも包含すると解するのが一般的であり、したがって判旨もまた、本件損害賠償請求権とは実体法上の債権と訴訟法上の権利とを包含するものと解するのであろう。しかし、株主代表訴訟の訴訟物たる損害賠償請求権の場合、これら全てが当然に債権譲渡の対象になると解することはできないのではあるまいか。というのも、商法二六七条において、実体法上の権利を有しない株主に対しては訴訟追行権だけを付与する規定が置かれているからである。つまり、商法二六七条においては、訴訟法上の権利だけが持ち込まれ、株主に対して独自の訴訟追行権なるものが特別に与えられていると解されるのである。このような特殊な商法の規定の意義を考えると、代表訴訟制度においては、本件損害賠償請求権について、会社の実体法上の権利とは別に株主の訴訟法上の権利が観念されているように思われる。とすれば、代表訴訟提起後の会社が有する取締役に対する損害賠償請求権については、両者を分別して解すべきであり、実体法上の債権に加えて株主の訴訟法上の権利までも含めて、一括に譲渡されるとする本判決の解釈には首肯しかねる。本来、訴訟法上の権利とは債権とはいえないのであるから、当然に債権譲渡の対象になり得るとは解し得ないのではないだろうか。

本件のような株主代表訴訟における損害賠償請求権を譲渡する場面においては、実体法上の債権に付随してその存否を争う株主固有の訴訟追行権というものについても、本

件債権譲渡の効果として当然に移転してしまうとする判旨には賛成できない。代表訴訟における株主には、会社の損害賠償請求権に由来しない別個の訴訟追行するための訴訟法上の権利が存在するのである。このことは、株主代表訴訟制度の基本的法構造、すなわち、代表訴訟において原告たる株主は会社との関係でいかなる地位において訴訟を追行するのかという問題を検討することで一層明らかになる。この点については、従来、株主代表訴訟は代位訴訟性を有するものであるのか、それとも代表訴訟性を有するものであるのかという未だ定説を見ない議論がある。そこで、以下では、学説を概観した上で、代表訴訟における原告株主の訴訟法上の地位につき解明していくこととする。

三（1） 株主代表訴訟の法構造につき代位訴訟性を強調する立場がある。この立場は、株主が代位行使する会社の権利及びその態様についてさらに理解が分かれる。株式債権説からは、株主代表訴訟は株主の利益配当請求権たる債権を保全するために職務懈怠の取締役に対して会社が有する損害賠償請求権を株主が代位行使する構造であるとする（松田二郎＝鈴木忠一「条解株式会社法（上）」三一〇頁以下（一九五一））。また、株主は取締役の責任追及をなす自身の共益権に基づいて会社の権利を実質的に会社の臨時機関となって代理行使するとの見解もある（鈴木竹雄＝石井照久「改正株式会社法解説」一八一頁（一九五〇）、大隅健一郎＝大森忠夫「逐条改正会社法解説」二九六頁（一九五一））。

かかる代位訴訟性を強調する見解に対して、株主代表訴訟は法形式上において代位訴訟であるとしても、代表訴訟の実質は、クラス・アクションであると主張する見解がある（竹内昭夫「株主の代表訴訟」『法学協会雑誌一〇〇周年記念論文集第三巻』二〇八頁（一九八三））。すなわち、団体の構成員が団体に対して団体のために健全な運営を求める権利を有するように、株主もこのような団体構成員と共通の権利に基づいて訴訟を実施するというのである。

確かに、現行商法上、株主は「会社ノ為」に訴えを提起することができると規定されており（二六七条三項）、株主の提起した代表訴訟の判決の効力を会社に及ぼすことを認めているので、原告たる株主は会社の権利を代位する地位にあるとするのが素直な解釈かもしれない。しかしながら、会社・株主間においては債権者代位訴訟における債務者・代位債権者間に見られるような対立・拮抗関係を見出せないことから、債権者代位権の理論を借用して株主代表訴訟を代位訴訟であると単純に割り切ることはできない

(三ヶ月章「わが国の代位訴訟・取立訴訟の特異性とその判決の効力の主観的範囲」民事訴訟法研究第六巻一五頁(一九七八))。また、規定の沿革的観点からも、代表訴訟制度は、代表訴訟をクラス・アクションと位置づけていたアメリカ法を昭和二五年商法改正時に導入したものであることが指摘されている(小林秀之=原強「株主代表訴訟」二九八頁(一九九六)等)。さらに、代表訴訟における株主は、会社の単なる債権者でも臨時機関でもなく、会社の機関たる株主総会の構成員という実質的な存在であるとすると、会社の機関たる取締役会の構成員である取締役に対して、株主は、法人実在説に立たない限り実質的に委任者としての立場に立つと解されるので、株主代表訴訟における株主は受任者たる取締役の責任を追及する地位にあるといえる(山田泰弘・株主代表訴訟の法理六〇頁(二〇〇〇))。とすれば、代表訴訟の法構造としては、法形式上は代位性を否定できないとしても、実質において代表訴訟的側面をも有するということを否定することはできない。つまり、株主は単に訴訟担当の地位にあるのではなく、固有に取締役の責任を追及する地位を有するのであり、このような権利が観念されて商法二六七条において株主に訴訟法上の権利を付与していると解すべきである。

この点については、訴訟法学上の議論として、訴訟法上の権利は必ずしも実体法上の権利に基づかなくとも固有の利益が存在すれば認められることが主張されている。例えば、債権者代位訴訟に関して、原告の当事者適格の根拠は訴訟担当であるとの理解が一般的であるが、これに対して、それは債権者の固有の実体的利益に基づくものであり、原告に「固有の当事者適格」を認める見解が主張されている(福永有利「当事者適格理論の再構成」山木戸克己教授還暦記念『実体法と手続法の交錯上』六三頁(一九七四))。後説によると、管理処分権は私法行為を対象に構成されたものであり、当事者適格は管理処分権の所在を基準に統一的に決すべきではなく、様々な場面の特殊性に則して与えられるものであるから、独立の訴訟を許容する程度に訴訟の結果に係る重要な利益を有する者に認めるべきであるとする。とすれば、当事者適格とは、必ずしも管理処分権という実体法上の概念によらずに、訴訟法上において真実の発見のため充実した訴訟を追行することができる者に認めるべきであると解することができ、実体法上の権利が認められていない者においても当事者適格及び訴訟法上の権能を認めることができると解される。

さらに、このような当事者適格に関する議論を踏まえた

上で、訴訟担当には、担当者固有の利益を保全・確保するために第三者の権利を行使する訴訟担当と、担当者が固有の利益を有しない訴訟担当が想定されると示唆する見解がある（高田裕成「株主代表訴訟における原告株主の地位」民商一一五巻四・五号五八頁（一九九七））。すなわち、株主は固有の権利を有するといっても、それは会社の権利とは全く無関係な権利ないしは利益ではなく、少なくとも会社の権利と何らかの牽連性があり、したがって、固有の当事者適格と訴訟担当とは対立する概念ではなく、株主に訴訟担当者としての地位を肯定しつつ、株主固有の訴訟追行権をも認めることができるとする。この考え方は、代表訴訟の構造論において代位訴訟性と代表訴訟性の両者の性質が併存すると解する見解を訴訟法学の観点から論証するものと評価できる。

以上の考察に立ち、株主代表訴訟の法構造及び株主の訴訟法上の地位を再構成してみると、まず、代表訴訟の法構造については代位訴訟性及び代表訴訟性の両者の性質を併有するものとして捉えるべきである。そうした枠組みに基づいて株主の訴訟法上の地位を構成すると、株主は「会社ノ為」に訴訟を提起しうるという規定の文言上、法形式上は会社の権利を代位する訴訟担当であるが、他方で、代表訴訟の代表訴訟性をも考慮すべきであるから、法形式上は訴訟担当であるとしても、訴訟担当には被担当者の権利だけでなく担当者の固有の利益をも行使する訴訟担当があるとの見解に従い、代表訴訟において固有の権利を内在する株主は固有の訴訟法上の地位及び権能を有するものと解する。

本判決のような訴訟物が譲渡された場合においては、株主が会社の権利行使の側面において訴訟を担当すると解すると、株主の訴訟法上の地位は会社の訴訟物に係る管理処分権の喪失に伴い消滅することになるが、一方で、会社の実質的所有者としての株主に固有の当事者適格なるものを観念しうるので、引き続き株主独自の権利を行使するという訴訟法上の地位は失われることはない。このような株主の訴訟法上の地位は特殊なものとはいえ、商法二六七条は実体法上の権利のない株主に固有の訴訟法上の権利なるものを認めた規定であると解される。また、本判決において株主は訴訟要件たる当事者適格を認められているが、当事者適格とは、判決内容の普遍的妥当性のため、最も充実した訴訟追行が期待される直接の利害関係人に与えられるべきであり（谷口安平「会社訴訟における訴の利益」法叢八二巻二-四号三一七頁（一九六八））、それを有する者は当

然に本案審理を求めることができる。こうした当事者適格論に鑑みても、判旨の判断は株主の地位を不当に過小評価したものといわざるを得ない。したがって、判旨のように会社の取締役に対して有する本件損害賠償請求権が有効に譲渡されたと認めるとしても、それによって商法上における株主の訴訟追行権は何ら影響を受けるものではないと解する。

(2) 代表訴訟における株主の地位に関しては、その当事者適格が争われた判例が散見される。例えば、会社更生手続開始後の株主の当事者適格を否定した事例（東京高判昭四三年六月一九日、大阪高判平成元年一〇月二六日）がある。それによれば、更生手続開始決定がなされると管財人に会社財産の管理処分権が専属し（会社更生法五三条）、当事者適格を有することになるので（同法九六条）、取締役への責任追及は専ら管財人が行うと判示される。また、会社破産後は、取締役に対する損害賠償請求権は破産財団に帰属し、破産管財人に破産財団の管理処分権が専属することから（破産法七条）、既に株主により提起されていた代表訴訟は中断するものとされている（東京地判平成七年一一月三〇日、北沢正啓・新版注釈会社法（六）三六八頁（一九八七））。

本件において、A会社から本件損害賠償請求権を譲り受けたZとは、預金保険法に準拠して設立された預金保険機構である。預金保険法とは、預金者等の保護を図るため、金融機関が預金等の払戻しを停止した場合に必要な保険金等の支払と預金等債権の買取りを行うほか、破綻金融機関に係る合併に対し適切な資金援助を行う等の制度を確立し、もって信用秩序の維持に資することを目的とする（預金保険法一条）。会社更生時の管財人が裁判所の監督下に置かれているのと同様に、預金保険機構も内閣総理大臣及び財務大臣の監督を受けるため（預金保険法四五条）、本判決は、会社更生時の管財人と同様に、預金保険機構も公的な立場から健全な訴訟追行を怠ることはないとの趣旨であろう。

たしかに、金融機関の破綻の場面においては預金保険機構による破綻処理の枠組みが整備されており、本件のような事案はその枠組みに従って処理されるべきであるかもしれない。しかしながら、判旨が破産や会社更生の事例と同様に、結果的に株主に代表訴訟の追行を認めず、破綻処理の一環として預金保険機構に訴訟追行させる考えであるとすれば、代表訴訟制度を軽視した不当な判決であると言わざるを得ない。破産法及び会社更生法は、利害関係人の利

害を調整して個々の債務者の法律関係を整理する法制度であるのに対して、預金保険法は、現行法上、金融・証券法として位置づけられており、利害関係人の利益調整という観点に基礎を置くというよりも、金融の健全性及びその回復を企図して国民経済の適切な運営を目的とする法制度であるから、かかる枠組みにおいては、株主の権利実現手段として代表訴訟制度が保持されるべきであり、その機能を発揮させる必要性があるのではないだろうか。また、破産等による倒産処理は、裁判所の監督下、裁判上の手続を履践しなければならない公的な整理であるのに対して、預金保険機構による破綻処理は、行政官庁の監督を受けるとしても、営業譲渡及び資産譲渡による柔軟な整理であり、それぞれ処理の枠組み・性質が異なるのであるから、破産等の事例の場合と同様に預金保険機構による破綻処理においても株主代表訴訟は禁止されると単純に言い切ることはできない。さらに、預金保険機構は本件A会社の取締役の責任追及だけを扱っているわけではなく、取締役の杜撰な職務執行による様々な痛みを強いられてきた株主の立場を具体的・個別的に十分理解できる地位とは位置づけられていない憾みがある。株主によって示される個別具体的な事情にまで配慮が届かない恐れのあるような預金保険機構に訴訟を任せておくべきではない。そもそも、株主の訴訟追行権は、会社に対する提訴請求及び会社による提訴の懈怠の事実に基づいて認められるものとして商法上規定されている（商二六七条一項、三項）。本判決においては、X_1らは右手続を適法に履践した上で訴訟追行を始めており、しかもX_1らによる代表訴訟の提起はA会社の本件損害賠償請求権のZへの譲渡に先行しているのである。とすれば、自ら懐を痛めて早々と訴訟追行を実施していたX_1らによって徹底した責任追及が最も期待され得るので、彼らにこそ訴訟追行権を認めてやるべきであり、その方が訴訟経済と真実発見により資するものと考える。

判旨は、破綻処理の一環としてA会社がZへ資産譲渡した上、Zに経営者責任の追及等を委ねた旨を認定しているが、察するにこれは、金融機関の破綻処理の解決に性急になるあまり譲渡という実体法上の権利移転関係の事実のみによって決着づけようとしたのであろう。さらに判旨は、「右譲渡が架空のものであること或いは当該取締役を株主代表訴訟から免れさせる目的に出たものであることが推認できる場合には、右譲渡を通謀虚偽表示によるものとし、或いは信義則に基づいて、その効力を否定すべき場合もありうるもの」として、取締役への責任追及が詐害されるよ

うな場合における株主のための救済を企図している。しかしながら、判旨が、このような実体法上の権利関係如何によって、代表訴訟におけるX_1らの訴訟追行権を決することは、訴訟構造に対する理解が一筋縄では行かない代表訴訟制度からすると、あまりにも形式的論理に失する。本件のような破綻という緊急事態においてこそ、株主代表訴訟制度は、本来、切り札としての威力が発揮されてしかるべきである。したがって、Y_1らに対する訴訟追行権は、ZではなくX_1らにこそ充分に認められるべきであり、そうでなければ、株主代表訴訟制度自体が破綻処理を名目に侵食されかねない。

(3) 本判決は、A会社からZに対する訴訟物たる本件損害賠償請求権の譲渡によって、会社は会社財産の管理処分権を喪失し、それに伴い訴訟追行権が失われると考えているようであるが、すでに述べたように、株主による代表訴訟追行権とは、会社が取締役に対して有する損害賠償請求権とは別に観念される固有の権利に基づいて認められた訴訟法上の権利であると解されるので、判旨が、代表訴訟の訴訟物たる本件損害賠償請求権について実体法上及び訴訟法上の権利とを分けて観念することなく、X_1らの訴訟追行権の存在について何ら論及せずに、Zへの債権譲渡を有効であることをもって代表訴訟を棄却した点は支持できない。本判決は、株主が会社の実質的な存在として固有の権利において訴えを提起し訴訟を追行するという、代表訴訟における株主の特殊な訴訟法上の地位の理解を看過するものである。

四 本件と並列して、代表訴訟提起後にZからも同じ内容の請求が訴求されていたのであるが、この場合、両訴訟はどのような関係になるのであろうか。判例・学説上、この点に関して特に議論は見られないが、代表訴訟後に同一の内容の責任を追及する訴えを会社及び他の株主が提起できるかという議論においては、別訴を否定する見解が通説的である（鈴木＝竹内・前掲書一八二頁、山田泰弘「株主代表訴訟の重複係属の可否と株主の訴訟参加」高崎経済大学論集四三巻三号四五頁（二〇〇〇））。ただ、別訴を肯定する見解も有力に主張されている（大隅＝大森・前掲書三〇一頁）。いずれにせよ、問題は、別訴が二重起訴の禁止規定（民訴一四二条）に違反するか否かという点である。

二重起訴の禁止とは、既に訴訟係属している事件については、同一当事者間では同一事件につき重ねて別訴での審理を求めることは許されない原則である。二重起訴を禁止する理由は、これを許容すると、相手方に応訴の負担が生

じるとともに、訴訟経済の要求に反し、判決内容相互の矛盾抵触の恐れがあるためである。二重起訴にあたるか否かを判断するに関して、近時の議論においては、二重起訴を禁ずる趣旨から、より実質的に解すべきであり、訴訟物と当事者の同一性だけでは決し得ないと主張されている（「座談会・株主代表訴訟の手続法的検討」ジュリスト一〇六二号二一頁（小林秀之、中島弘雅発言）（一九九五））。

本件において、代表訴訟において個々の株主は被告取締役に対して固有の損害賠償請求権を有すると解すると、代表訴訟とZによる別訴とではそれぞれ訴訟物が異なることになるので、二重起訴の禁止の要件を形式的に考えれば、二重起訴の禁止には触れず、Zによる別訴を肯定する余地があろう。しかしながら、訴訟物が異なるとしても、別訴を提起したのはA会社でもA会社の株主でもない第三者のZであり、A会社の破綻という緊急の事態においてこそ株主による代表訴訟を続行させる必要性があるので、本件のような特殊事情が存する場合には、Zによる別訴は二重起訴の禁止に抵触するとして認められるべきではないと解する。

五　以上の考察から、本件においてA会社が本件損害賠償請求権をZに対して譲渡したことをもって、X_1らの代表訴訟を棄却した本判決の論理には賛成しかねる。

〔付記〕　本判決と同一の原告らが別の取締役らに対して提起した代表訴訟に関しても、同日、同じく和歌山地裁において判決が下されたが（和歌山地裁平九（ワ）五三七号、平成一二年二月一五日判決）、本判決の判旨と同一内容であるので、省略した。

また、脱稿後、本判決の評釈として、片木晴彦・判例評論五一四号四八頁に接した。

重田麻紀子