

《判例評釈》

野村證券損失補填株主代表訴訟  
上告審判決

- 一、商法二六六条一項五号にいう「法令」の意義、  
二、複数の株主が共同して追行する株主代表訴訟  
において一部の者が上訴した場合に上訴しなかつ  
た者の地位――

小川 宏 幸

〔平成二二年七月七日 第二小法廷判決 平成八年（オ）第二七〇号 取締役損失補填責任追及及び共同訴訟参加事件―上告棄却〕金融・商事判例一〇九六号三頁

一 事実の概要

野村證券（以下、N）は、訴外Aと有価証券の売買等による資金運用の取引を継続し、Aの証券発行に際しては主幹事証券会社の地位にあつて、多額の手数料収入を得ていた。平成元年四月、Aを委託者、S信託銀行を受託者とし、期間を平成二年三月までとする特定金銭信託契約が、S信託銀行とAとの間で

締結されて一〇億円が信託され、これに基づきS信託銀行がNに取引口座を開設して、資金運用が開始された。Aは投資顧問業者と投資顧問契約を締結しておらず、専らNがAに代わつてS信託銀行に指図することにより運用されていた（営業特金）。Aの特金勘定取引口座の損失額は、同年二月末ころには、約三億六〇〇〇万円となつていた。

大蔵省は、平成元年二月、日本証券業協会会長あてに、「証券会社の営業姿勢の適正化及び証券事故の未然防止について」と題する証券局長通達（以下「本件通達」という。）を発し、事後的な損失の補てんや特別の利益提供も厳にこれを慎むこと、特金勘定取引に関し顧客と投資顧問業者との間に投資顧問契約が締結されたものとする等について、所属証券会社に周知徹底させるべきものとした。

Nの管理部門の最高責任者であつたMは、Aの営業特金について損失補てんを実施する必要があると判断した。平成二年三月、Nの専務会において、Aほかの顧客に生じた損失について総額約一六一億円の補てんをすることがMから提案され、了承された（右損失補てんの実施を決定するに当たり、その違法性の有無につき法律家等の専門家の意見を徴することはなかつた）。NのAに対する損失補てんは、外貨建てワラントの相對取引により実施され、Aは三億六〇〇〇万円余りの利益を得て、営業特金は解消された。

これに対して、本件損失補てん行為は、(一)取締役の善管注意義務(商法二五四条三項、民法六四四条)、忠実義務(商法二五四条の三)に違反する、(二)平成三年改正前の証券取引法(以下、旧証券取引法)五〇条一項三号、四号、五八条一号に違反する、(三)私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(以下、独占禁止法)二条九項三号に基づき公正取引委員会が指定した不正な取引方法(以下、一般指定)の9(不当な利益による顧客誘引)に該当し、同法一九条に違反するとして、Xは、平成四年四月一〇日本件株主代表訴訟を提起した。第一審(東京地裁平成五年九月一六日・金判九二八号一六頁)は、(一)「本件損失補填を実施することとした経営判断は、その前提となつた事実の認識に不注意な誤りがあるということではできず、また、…当時の諸状況に照らすと、これが著しく不合理で許容される裁量の範囲を逸脱したものであるということではできない」として、取締役の善管注意義務・忠実義務違反を否定し、(二)「…平成三年の証券取引法改正前は、損失保証の実行に当たらない事後的な損失補填については、明文上これを禁止する規定は存在しなかった」として、同法違反も否定した。また、(三)「本件損失補填は…、独占禁止法一九条に違反する」ものの、「会社との関係においては、これによって原告が主張する損害が生じたとは認めるに足りない」として請求棄却。Xらが控訴した。

控訴審(東京高判平成七年九月二六日・金判九八一号八頁)は、(一)本件損失補填は、旧証券取引法五〇条一項三号、四号、五八条一号に違反しない、(二)本件損失補填は、一般指定の9に該当し、独占禁止法一九条に違反する、(三)しかし、同条は競争者の利益を保護することを意図した規定であつて、同条違反の行為により損害を被るのは当該会社ではないから、同条違反が商法二六六条一項五号の規定(以下、本規定)にいう法令違反に含まれると解するのは相当でないなどとして、請求棄却。Xらは、右(一)及び(三)の判断が違法であるとして上告した。

## 二 判旨

上告棄却。

①商法二六六条一項五号にいう「法令」の意義について。

1 旧証券取引法違反に関する点について

「…本件損失補てんが、旧証券取引法五〇条一項三号、四号、五八条一号に違反するものとはいえないとした原審の判断は、正当として是認することができ[る]。」

2 その余の上告理由について

(一)「…取締役を名あて人とし、取締役の受任者としての義務を一般的に定める商法二五四条三項(民法六四四条)、商法二五四条ノ三の規定(以下、併せて、一般規定)及びこれを具

体化する形で取締役がその職務遂行に際して遵守すべき義務を個別的に定める規定が、本規定にいう「法令」に含まれることは明らかであるが、さらに、商法その他の法令中の、会社を名あて人とし、会社がその業務を行うに際して遵守すべきすべての規定もこれに含まれるものと解するのが相当である。…したがって、取締役が右義務に違反し、会社をして右の規定に違反させることとなる行為をしたときには、取締役の右行為が一般規定の定める義務に違反することになるか否かを問うまでもなく、本規定にいう法令に違反する行為をしたときに該当する…。」

「…証券会社が、一部の顧客に対し、有価証券の売買等の取引により生じた損失を補てんする行為は、証券業界における正常な商慣習に照らして不当な利益の供与といふべきであるから、独占禁止法一九条に違反する…。そして、独占禁止法一九条の規定は、…事業者たる会社がその業務を行うに際して遵守すべき規定にほかならないから、本規定にいう法令に含まれることが明らかである。したがって、被上告人らが本件損失補てんを…実施した行為は、本規定にいう法令に違反する行為に当た…。」

(二) 「しかしながら、株式会社の取締役が、法令又は定款に違反する行為をしたとして、本規定に該当することを理由に損害賠償責任を負うには、右違反行為につき取締役に故意又は過

失があることを要する…(最判昭五一・三・二三裁判集民事一七号(二三一頁参照))」

「…被上告人らは、本件損失補てんが…一般の投資家に対して取引を勧誘するような性質のものではなかったことから、独占禁止法一九条に違反するか否かの問題については思い至らなかった…、「また」、公正取引委員会が、…損失補てんが不公正な取引方法に該当し独占禁止法一九条に違反するとして、同法四八条二項に基づく勧告を行ったのは平成三年一月二〇日であった…。右事実関係の下においては、被上告人らが、本件損失補てんを決定し、実施した平成二年三月の時点において、その行為が独占禁止法に違反するとの認識を…欠いたことにつき過失があつたとしてもできない…。」

### 3 裁判官河合伸一の補足意見

「…本規定に基づく取締役の責任は会社に対する債務不履行責任であるところ、本規定は、取締役が右のような行為をしたときは、当然に、民法四一五条所定の…要件(以下、不履行要件)を充足すると定める…。これに対し、対会社規定の全部又は一部について、取締役がそれらの規定に違反しても直ちに不履行要件を充足すると解すべきではなく、取締役の行為が一般規定の定める義務に違反するもの(以下、任務懈怠)と評価されて初めて、これを充足することになると解する説(以下、反対説)が唱えられて「いる」。」

(一)「…取締役の任務は、…会社の最善の利益を図るため善良な管理者の注意をもってその職務を遂行することにある。反対説が、取締役の行為に会社社規定違反があつても、なお任務懈怠の評価を経るべきものとするのは、取締役の行為を、右違反の点をも含め、全体として観察すれば、…取締役の任務にかなうものと評価できる場合があるとの理解を前提とする…」。

(二)「…会社社規定には多種多様なものがあり、取締役がそのすべてに通じていることは期し難いから、…取締役の行為が思いがけず会社社規定に違反する結果となる場合の生じ得ることを否定できない。その場合、取締役が当然に商法二六六条の定める責任を負うことになれば、その責任はきわめて厳格なものである。」

「…取締役の経営上の判断については、…具体的事案における諸事情を総合勘案して評価決定すべきものとするのが一般的理解である。反対説は、取締役が会社社規定に違反して会社に損害が生じた場合においても、右の経営判断に関する一般的理解に従い、具体的諸事情を総合勘案して任務懈怠と評価できるか否かを決することにより、取締役が前記の苛酷な責任から救済される可能性を拡大しようとする。」

「…取締役の会社社規定に違反する行為の結果会社に損害が生じた場合において、取締役が、その行為をするに際し、それが会社社規定に違反するものであることを認識していたときに

は、前記の一般的理解によつても、取締役に任務懈怠なしとすることはできない。取締役の裁量権には、法令に違反し、あるいは会社をして違反させることは含まれない「からである」。

右の場合において、取締役が、自己の行為が会社社規定に違反することを認識していないときは、どうであろうか。法廷意見の立場からは、…当該行為をめぐる諸般の状況の下で、取締役が前記のような経営上の判断をするに際し、同様の状況にある通常の取締役に要求される程度の注意、すなわち善管注意を欠いたがゆえに、会社社規定違反となることを認識しなかったか否かが問われる。反対説の立場からは、…右の善管注意を欠いたか否かを基準として決せられることになると思われ、…判断基準において法廷意見と差がない。ただ、この立場においては、認識すべきものとされる対象が、法廷意見の立場におけるそれと異なることになるであろうが、…その対象の中に当該行為が会社社規定に違反するという事実が含まれなければならない以上、右の差異によつて結論が左右される事例は、…容易に想定することができない。」

②複数の株主が共同して追行する株主代表訴訟において一部の者が上訴した場合に上訴しなかった者の地位について。

「…複数の株主の追行する株主代表訴訟は、いわゆる類似必要的共同訴訟と解するのが相当である。しかしながら、…複数

の株主によって株主代表訴訟が進行されている場合であつても、株主各人の個別的な利益が直接問題となつてゐるものではないから、提訴後に共同訴訟人たる株主の数が減少しても、その審判の範囲、審理の態様、判決の効力等には影響がない。そうすると、株主代表訴訟については、自ら上訴をしなかつた共同訴訟人を上訴人の位に就かせざる効力までが民法四〇条一項によつて生ずると解するのは相当でなく、自ら上訴をしなかつた共同訴訟人たる株主は、上訴人にはならない。」

### 三 評釈

1. ①の点について、判旨に賛成する。

商法二六六条一項五号の「法令」の意義を如何に解するかについては、従来から争いがあつた。この点、判旨は、取締役を名あて人とし、取締役の受任者としての義務を一般的・個別的に定める規定<sup>(1)</sup>の他に、「会社を名あて人とし、会社がその業務を行うに際して遵守すべきすべての規定」も含まれるとして、「法令」の意義について制限を加えない、いわゆる非限定説の立場を採用する。さらに、非限定説の中でも、「取締役が…会社をして右の規定に違反させることとなる行為をしたときには、取締役の右行為が一般規定の定める義務に違反することになるか否かを」問題としていないことから、法令遵守義務を善管注意義務とは区別する立場に立つてゐる。判旨のこうした見解は、

正当であると評価できよう。なぜなら、取締役が負う法令遵守義務は、公的秩序・公的規制の遵守が株主の意思・利益に合致するとの理念的な前提の下で、取締役に課せられる義務であり、(取締役と会社・株主との間の委任契約に直接的に依拠する)善管注意義務(忠実義務)に還元されるものではないといふべきだからである。

このように「法令」の意義を広く解する見解に対しては、取締役の責任を広範なものにしかねないとの懸念から、「法令」の意義を制限的に捉えようとする立場(限定説)が主張されてゐる。例えば、近藤教授は、「法令」とは会社・株主の利益保護を図つた規定および公の秩序に関する規定は含まれるが、それ以外の規定については、法令に違反することが取締役の注意義務違反になるかどうかという観点から検討すべきと主張する<sup>(2)</sup>。また、森本教授は、「(法令違反に基づく)損害賠償責任が発生するには、会社の保護法益を守る、会社財産の保護を考へてゐる法規定に違反する、という理由がなければいけない」として、「法令」とは「会社財産を保護することを直接もしくは間接に目的とするような規定」を意味すると主張される。しかし、限定説のように「すべての法令違反を排除するということではないとする」と、それでは、どこで線を引いてもらえるのか<sup>(3)</sup>、不明確であるとの批判は免れない。また、「商法二五四条ノ三にいう「法令」が対会社規定を含むことは明らかであるところ、

同じく取締役の義務に関する本規定中の「法令」を別異に解することも、容易に理解し難い<sup>(9)</sup>。うえに、「二六六条一項五号の『法令』を限定的に理解することは、右条文の文言の通常的の理解とかけ離れている<sup>(10)</sup>」との批判も要当しよう。

ところで、法廷意見と限定説とはいかなる差異が生ずるのだろうか。取締役が法令違反の認識可能性を欠いたとき、法廷意見の立場からは、故意又は過失の要件を充足せず、損害賠償責任が否定される一方で、限定説の立場からは、善管注意義務違反がないとされて、やはり損害賠償責任が否定されることになる、両者に差異がないとも思える<sup>(12)</sup>。しかしながら、「限定説によるときは、取締役の行為に基づき会社の被った損害と当該行為により会社の得た利益とが、善管注意義務違反の有無の評価の中で広範に比較考量される余地を生じ」る惧れがあり、これが引いては「企業に利益を生む限りにおいて多少の法令違反はやむを得ない必要悪であるとする法の遵守を軽視した利益至上主義的な企業風土を存続させ<sup>(13)</sup>」ることにもなりかねない。法廷意見は、「取締役の法令遵守義務を正面から認め、遵法経営を強く求めるメッセージを送る<sup>(14)</sup>」ものとして高く評価できよう。

もつとも、「損失補てんの実施を決定するに当たり、その違法性の有無につき法律家等の専門家の意見を徴すること」さえしなかったという事実を認定しながら、「(本件損失補てん)行

為が独占禁止法に違反するとの認識を、(取締役らが)有するに至らなかったことにはやむを得ない事情があった」との判旨の結論には、疑問を呈する向きもあるかもしれない。しかし、この点は、「業界全体として独占禁止法違反行為であるとの認識がなく、関係当局も独占禁止法違反行為であるとの認識を有していなかったという特殊な事案であったことによる例外的判断<sup>(15)</sup>」といえよう。すなわち、原則的には、法律家等の判断を仰ぐことが必要と解される<sup>(16)</sup>。

2. ②の点について、判旨に賛成する。

株主代表訴訟とは、株主が会社のために取締役・監査役等の会社に対する責任を追及する訴えをいう<sup>(17)</sup>。判旨はまず、その判決の効力は会社に対しても及ぶ結果、複数の株主の追行する株主代表訴訟は、いわゆる類似必要的共同訴訟であると判示する。かつて最高裁は、複数の住民が提起する住民訴訟は類似必要的共同訴訟であり、共同原告たる住民の一部が提起した控訴は他の原告に対しても効力を生ずるから、控訴審は全員を判決の名宛人としなければならぬ旨の立場を採用していた。ところが、この立場は愛媛玉串訴訟上告審判決において変更された。すなわち、複数の住民が提起した住民訴訟は民事訴訟法四〇条一項にいう類似必要的共同訴訟ではあるが、(同一の違法行為の是正予防を求める公益上のものであって)共同訴訟人各自が

自己の個別的利益を有するわけではないから、自ら上訴をせず公益の代表者たる意思を失った共同訴訟人をその意に反して上訴人の地位に就かせる効力までが行政事件訴訟法七条、民事訴訟法四〇条一項によって生ずると解するのは相当ではない、との趣旨の判断が下されたのである。この点、共同訴訟人の一人がする上訴の効力が他の共同訴訟人に及ぶことを前提としても、その効力の内容としては、確定遮断効、移審効、あるいは（ここで問題となっている）上訴人としての地位などいくつかのものが考えられ、これらを画一的に取り扱うのは必ずしも適当なものとは思われないことから、愛媛玉串料訴訟上告審判決は支持できると考える。<sup>(23)</sup>

かかる愛媛玉串料訴訟上告審判決を引用しつつ、本件判旨は、「取締役の会社に対する責任を追及する株主代表訴訟において」「も」、既に訴訟を進行する意思を失った者に対し、その意思に反してまで上訴人の地位に就くことを求めることは相当でない」から、「自ら上訴をしなかった共同訴訟人たる株主は、上訴人にはならない」と結論付けたのである。住民訴訟と株主代表訴訟との類似性に着目した判断であり、妥当なものと言えよう。<sup>(24)</sup>

(一) 通説は、「法令」とは、二一〇条・二四六条のごとき法令の具体的規定のみならず、取締役の一般的注意義務

務や忠実義務を定める規定をも含むものとする。

(近藤光男・新版注釈会社法(6)二七四頁(有斐閣))。

(2) 非限定とはいっても、「商法二六六条一項五号にいう「法令」は明らかに日本の法令であり、(他国における法令違反により被った会社の損害については)基本的には取締役の善管注意義務違反に基づいて賠償責任を負うと解すべきである。」川村正幸「判批」日本航空電子工業株主代表訴訟第一審判決・金融・商事判例一〇一〇号四二頁、五一頁。大和銀行株主代表訴訟事件判決(大阪地裁平一一・九・二〇商事法務一五七三号四頁、四二頁)も、「商法二六六条一項五号は、取締役に対し、わが国の法令に遵うことを求めているだけでなく、(事業を展開している外国)の法令に遵うこともまた求めている。外国法令に遵うことは、商法二五四条三項において準用する民法六四四条が規定する受任者たる取締役の善管注意義務の内容をなすからである」とする。

(3) 吉原和志「法令違反行為と取締役の責任」法学第六〇巻第一号一頁、三五頁は「法令」の意義を限定して解する必要はないが、…取締役の法令遵守義務は注意義務の内容として理解されるべきである」とする。かかる見解に対しては、「(同説)によれば、あらゆる法令違反が、取締役の善管注意義務違反とならないときには、

対会社責任を負わなくて済む。そのため、法令違反行為に対して制裁を課すことで違法行為の抑制を図ろうとする法令の目的は、株式会社の場合には自然人の場合に比してそれだけ達成されにくい「る」(森淳二朗・別冊ジュリスト平成八年度重要判例解説一〇〇頁「判批」日本航空電子工業株主代表訴訟第一審判決)との批判がある。

(4) 川村正幸「代表訴訟における取締役の法令違反責任」判例タイムズ九七五号一二二頁(本件控訴審判批)一二五頁。

(5) 「二六六条一項五号は、『法令に違反したとき』に原則として責任を負うとなっておりますから、この法令に全部のものを含めてしまうと、これは責任が大きすぎるわけです。…同条では法令に違反したら、必ず責任が発生するとなっていることに注意すべきです。」(近藤発言)河本一郎・河合伸一・森本滋・森田章・近藤光男・川浜昇・前田雅弘(「座談会」取締役の責任一わが国における経営判断原則の具体化)(「民商法雑誌」一〇九巻六号九二三頁、九四一頁)

(6) 近藤光男「取締役の経営上の過失と会社に対する責任」金融法務事情一三七二号六頁、一一頁。

(7) 森本発言(前掲(5)九三八頁)。

(8) 河合発言(前掲(5)九四三頁)。

(9) 河合補足意見(金融・商事判例一〇九六号三頁、七頁)。さらに、同意見は、反対説(限定説)を採らない理由として、「…そのような結果(注…取締役に対し不当に苛酷な責任を負わせること)を回避することは、反対説のように、不履行要件を任務懈怠として、会社規定に違反した取締役の責任を全面的に否定する方法によつてではなく、その責任を肯定した上、要賠償額の量を妥当なものとする方法によつてされる方が望ましく、現行法の下においても、その余地がある(注…損益相殺や過失相殺をさす)」という点を挙げる(同八頁)。

(10) 川村正幸「贈賄行為と取締役の法令違反責任」判例タイムズ九四八号一四七頁、一四九頁。

(11) 河合補足意見は、両者で差異が生じ得ると考えられる場合として、「取締役が善管注意を尽くせば対会社規定違反となることを認識し得たと判断されるけれども、この判断に供せられた事実関係に加えて、当該行為をめぐる状況を更に広く考察すれば、なお任務懈怠とは評価できないという場合」をも想定して検討を進めるが、「ここで更に考察の対象に加えられる事実関係ないしその評価とは、…通常の債務不履行の要件論において違法性阻却又は責任阻却事由として位置付けられる…。法廷

意見の立場からも、緊急避難等の違法性阻却事由や、期待可能性等の責任阻却事由の存在が認められるときは、取締役の責任は否定される」のであるから、結局差異は生じないとする。なお、同意見は、対会社規定に違反する行為であると取締役が「認識していた場合」には「任務懈怠なしとすることはできない」として、右にみたような「認識していなかった場合」の「当該行為をめぐる状況を更に広く考察」する必要性には言及していないが、疑問である。PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS (AMERICAN LAW INSTITUTE PUBLISHERS, 1994) § 401 comment d. は、法の有効性や解釈を探るために、(取締役が)公然と法令違反行為を会社にさせた場合には、§ 401 (a) (善管注意義務) 違反とは(例外的に)判断されないであろうことを規定するが、日本法のもとでも、法令自体の有効性(合憲性、憲法八一条)は当然に問題となりうるからである(例えば、薬局距離制限事件、最大判昭五〇・四・三〇民集二九卷四号五七二頁)。

(12) 手塚裕之「野村証券損失補填代表訴訟事件の最高裁判決―取締役の「法令」違反行為による責任―」商事法務一五七二号四頁、九一〇頁。

(13) 川村・前掲(10)一五〇頁。同旨として、鳥山恭一「損失補填をした証券会社取締役の対会社責任」法学セミナー五四九号(二〇〇〇年九月号)一〇八頁(『法令』の範囲を限定して解することは、違法行為により会社が営利活動をする余地を容認するものであり、これを認めるべきとは思われない)。

(14) 「野村証券の損失補填をめぐる代表訴訟事件最高裁判決」商事法務一五六七号四二頁。

(15) 手塚・前掲(12)一一頁。同様に最高裁の判断を妥当と評価するものとして、松井秀征「商法二六六条一項五号の『法令』の意義」法学教室二四五号(二〇〇一年二月号一一八頁、一一九頁。なお、巷間言われる縦割り行政の弊害が顕出した一場面といえるかもしれないが、その弊害の責めをすべて本件取締役らに負わせるのは酷なように、筆者には思える。法廷意見も、「証券取引については『所管の大蔵省』(『』は筆者)によって証券取引法及びその関連法令を通じて規制が行われるべきであるとの基本的理解」の存在を指摘しつつ、被告取締役らが法令違反の認識を欠いたことにつき過失がなかったとしている。

(16) 意見を聞かなかつたこと自体が、過失の存在に直結するわけではない。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六五頁、六八頁は、「かりに当該行為時点において専門家に聞いていたとしても法令違反のおそれありとの答えが得られなかったであろうことが立証できれば、取締役に責任はないと解すべき」とするが、賛成である。かく解さないと、取締役に責任追及を怖れるあまり、単なる形式的かつ事務的な意見聴取手続きばかりが徒に増大してしまい、効率的な会社経営を阻害する恐れがあるためである。

(17) 鈴木竹雄「会社法〔全訂第五版〕」一九九頁(弘文堂)。商法二六七条以下参照。この制度は、会社の業務執行機関または監査役による取締役に對する責任追及の機能が働かない場合の措置として認められたものである。

前田庸「会社法入門〔第七版〕」三二六頁(有斐閣)。

(18) 民事訴訟法一一五条一項二号。「第三者が、実質的利益帰属主体の権利・法律関係を内容とする訴訟物につき、法律上、訴訟追行権を付与される場合を法定訴訟担当とい」い、株主の代表訴訟もこれに該当する(上田徹一郎「民事訴訟法〔第二版〕」二二四―五頁(法学書院))。

(19) 類似必要的共同訴訟とは、「各人が単独で訴え、または訴えられることも可能であるが、数人が訴え、または訴えられた場合には、共同訴訟の形態をとる必要がある

り、かつ法律上合一確定を保證すべき共同訴訟」をいう(新堂幸司「民事訴訟法〔第二版補正版〕」四七六頁(弘文堂))。類似必要的共同訴訟においては、共同訴訟人の一部の者がした訴訟行為は、全員の利益においてのみ効力を生じる(民事訴訟法四〇条一項)。

(20) 最判昭五八・四・一民集三七卷三号二〇一頁。

(21) 地方自治法二四二条の二第二項四号(普通地方公共団体の住民は、…裁判所に對し、…訴えをもって次の各号に掲げる請求をすることができる。…四 普通地方公共団体に代位して行う当該職員に對する損害賠償の請求…)。住民訴訟とは、「監査請求をした住民がさらに訴訟を提起して監査委員に對し監査の実施を促し、あるいは地方公共団体の議会、長その他の職員に對し違法な財産管理上の行為を是正するよう裁判所に請求する権利を認める」制度である(原田尚彦「行政法要論〔全訂第二版〕」三六五頁(学陽書房))。株主代表訴訟制度の意義・機能について、前掲(17)(18)と比較参照。

(22) 最大判平九・四・二民集五一卷四号一六七三頁。

(23) 伊藤眞「類似必要的共同訴訟において共同訴訟人の一部の者がなした上訴又は上訴の取下げの効力」(判批・愛媛玉串料訴訟上告審判決)平成九年度重要判例解説(ジュリスト一一三五号)一三〇頁参照。

(24) 金融・商事判例三頁、六頁。

(25) 伊藤・前掲(23)は、「住民訴訟と類似の訴訟構造をもつ、株主代表訴訟(商二六七条)についても、本判決の考え方が適用される可能性がある」とする。

二〇〇一年一月十八日受稿

二〇〇一年二月十五日をへて掲載決定

(一橋大学大学院博士課程)