

株主代表訴訟の対象となつてゐる会社の権利を 会社が処分することは許されるか

宮 本 航 平

- 一 問題の所在
- 二 従來の通説の問題点と検討課題
- 三 昭和一四年判決の検討
- 四 住民訴訟と債權放棄決議
- 五 まとめ

一 問題の所在

(一) 検討の対象

本稿の検討の対象は、代表訴訟が提起されその対象となつてゐる会社の権利を会社が処分できるかという問題である。

会社法八四七条は、株主が、取締役の責任を追及する訴え、一〇二条の二第一項、二二二条一項または二八五条一

株主代表訴訟の対象となつてゐる会社の権利を会社が処分することは許されるか(宮本)

項の規定による支払を求める訴え、一二〇条三項の利益の返還の訴え等を提起することを認めている。この株主代表訴訟において行使される権利は全て会社の権利であり、本来は会社が訴訟を提起すべきものである。しかし、取締役、監査役等の役員間の個人的関係から適切な訴訟提起がなされない可能性があることから、株主に対して訴訟提起の権限が与えられた。⁽¹⁾

これらの訴えが提起されたときに、会社がその訴訟の対象となっている自己の権利を処分できるか否かが、本稿の検討の対象となる問題である。なお、会社による「処分」としては、債務免除、支払猶予、債権譲渡等、多様な態様があり得る。最も直接的かつ問題の多い処分態様は債務免除であるが、その他の態様についても、検討の対象に含まれる。

後に述べる通り、この問題については、「株主が代表訴訟を提起すると、会社はこの訴訟の目的となっている取締役に対する権利について、免除、放棄、和解その他の処分行為をすることができない」と考えるのが通説的見解であった（以下では、この見解を処分否定説という）。しかし、近時、この通説的見解に対して異を唱える見解が現れている。また、株主代表訴訟の対象となる取締役の責任の範囲に関する最高裁判決により、この問題を検討する必要性は高まっている。

(二) 平成二十一年判決

最判平成二十一年三月一〇日民集六三卷三三三六頁（以下では、平成二十一年判決という）は、改正前商法二六七条一項が規定する株主代表訴訟の対象となる「『取締役ノ責任』」には、取締役の地位に基づく責任のほか、取締役の会社に

対する取引債務も含まれる」と判示した。そして、この判決は会社法制定後も、会社法八四七条一項が規定する株主代表訴訟の対象となる「役員等…の責任」の解釈として有効であると理解することができる。

平成二一年判決のもとでは、株主代表訴訟の対象となる会社の権利は二種に分けられる。第一は、「取締役の地位に基づく責任」（会社側から見れば請求権）である。「取締役の地位に基づく責任」が何を意味するかについては、平成二一年判決は「商法二六六条一項各号所定の責任など、商法が取締役の地位に基づいて取締役に負わせている厳格な責任」と述べるのみで、その具体的範囲を明確にしていない。しかし、従来の学説の整理に従うならば、「取締役の地位に基づく責任」とは、四二三条の任務懈怠責任、一二〇条の責任等、責任の免除について原則として株主全員の同意を要するという厳格な規制（四二四条、一二〇条五項等）が置かれた責任であると解される。第二は、「取締役の会社に対する取締役の取引債務」（会社側から見れば取引上の債権）である。

前者の「取締役の地位に基づく責任」については、会社法による免除規制が存在するため、会社による権利の処分の可否は、もっぱら免除規制の観点から検討される。それに対して、後者の「取締役の会社に対する取引債務」については、会社法上の免除規制が存在しない。そのため、会社による権利の処分の可否が、代表訴訟提起との関係から問題とされる。

(三) 本稿の構成

本稿では、まず従来の通説的見解を整理し、検討すべき課題を明らかにする(二)。次に、検討のための示唆を得るべく、行政法分野における住民訴訟と議会による債権放棄決議の効力に関する判例、学説を紹介する(三)。近時、

行政法分野において、住民訴訟の対象となっている地方公共団体の権利について議会が債権放棄の決議をすることが問題となった。この問題については、最高裁の立場も明らかにされ、学説上も議論の蓄積がある。これらの判例、学説から示唆を得て、最後に、株主代表訴訟に関する近時の学説を検討する(四)。

二 従来 of 通説の問題点と検討課題

ここでは、これまで通説的地位を占めていた処分否定説について整理し、検討すべき課題を明らかにする。

(一) 松田・鈴木説

株主代表訴訟の対象となっている会社の権利を会社が処分することができるか。この問題についていち早く見解を明らかにしたのが、松田・鈴木である。松田・鈴木は、一旦株主が株主代表訴訟を提起した以上、会社はこの訴訟の目的となっている取締役に対する権利につき、免除、放棄、和解その他の処分行為をなし得ないとし、株主代表訴訟の対象となっている会社の権利を会社が処分することを否定した。⁽³⁾

その根拠は、以下の通りである。株主は会社に対して利益配当請求権という債権を有するから、民法の債権者代位権を有すると解される。株主代表訴訟は、会社がその内部関係において有する権利について認められた債権者代位権の一類型である。そして、債権者代位権については、大審院昭和一四年五月一六日判決民集一八卷五五七頁(以下では、昭和一四年判決という)が、債務者による処分行為を否定している(以下では、この効力を処分禁止効という)。債権者代位

権の一類型である株主代表訴訟にも昭和一四年判決の射程が及び、会社による処分行為は否定される。

(二) 昭和一四年判決

以下では、松田Ⅱ鈴木が株主代表訴訟の対象となっている会社の権利を会社が処分することを否定する際に根拠とした昭和一四年判決を紹介する。

1 事案の概要

Xは、訴外A村との契約により、村所有地内に埋蔵している大理石を採取する債権を取得し、石材の採取に着手した。Yらは、Xが石材を採取している土地内に立ち入り、Xが採取しようとしている石材を採掘し、搬出しようとした。そこで、Xは、石材採取権を保全するため、A村に代位してその所有権に基づく妨害排除請求権を行使し、Yらに対して土地の明け渡しを求め、かつ土地への立ち入り、石材の採掘、搬出等の禁止を請求して本件訴訟を提起した。ところが、本件訴訟の口頭弁論開始後、A村は、Yに対し土地所有権確認、土地明け渡しの訴えを提起した。

2 判旨

概要以下の判旨により、昭和一四年判決は、債権者代位の対象となっている債権の債務者による処分を否定した（引用に際しては、旧かなづかいは現代かなづかいに、旧字体は新字体に変え、若干の漢字をかなに変えた）。

「債権者が民法第四二三条第一項により適法に代位権の行使に着手したときは、債務者はその権利を処分するこ

とを得ざるものにして、従つて債権者の代位後は、債務者においてその代位せられたる権利を消滅せしむべき一切の行為を為すを得ざるはもちろん、自らその権利を行使することを得ざるものと解するを相当とす。ただし、裁判上の代位に関する非訟事件手続法第七六条第二項によれば債権の履行期到来前において債権者が代位を為す場合においても債務者はその権利の処分権を失うものなるをもつて、履行期到来後なるにかかわらずその到来前の場合に比し代位の効力薄弱なるを得ざるは当然のことなりとすべく、もししからずとせば、債権者は代位の目的を達すること能わざるに至るべきのみならず、一旦代位権を行使したる債権者の行為を徒勞に帰せしむるおそれあればなり。」

「債権者が代位権を行使したる後いかなる時期より債務者においてその権利を処分することを得ざるに至るやについては、法文上これを明定するところなきも、前示非訟事件手続法第七六条第一項の法意に準拠し、債権者は債務者をしてその権利につき処分権を失わせしめんとせば、その者に対し代位権の行使に着手したることを通知するか、または債務者において既に債権者代位権の行使に着手したることを了知しているがごとき事実の存在せざるべからざるものと言ふべく、債務者は右通知を受けたる時より、または右了知の時より、その権利を処分することを得ざるに至るものと解せざるべからず。これ、債務者の不知の間にその権利の処分を制限するは不当なるをもつて、債権者の通知を要するも、既に、債務者につき通知を受けたると同視し得べき事実、即ち債務者が了知せる以上特に通知なきも債務者保護に缺くる所なきをもつてなり。」

(三) 民法学説

債権者代位の対象となつてゐる債権の債務者による処分については、禁止されると考へるのが、昭和一四年判決以

前から民法学説における通説であつた。⁽⁴⁾そこで提示された根拠は、昭和一四年判決が示した根拠と同様である。さらに、近時は、処分禁止効の根拠として、債権者が介入するまで債務者が自己の財産管理を怠つていたこと、厳格な要件のもとでなされる債務者の財産管理に対する代位債権者の合理的期待を保護すべきことを挙げる見解もある。⁽⁵⁾

(四) 松田Ⅱ鈴木後の処分否定説

松田Ⅱ鈴木による処分否定説は、その後の学説⁽⁶⁾によつて支持を受け、直ちに通説的地位を占めるに至つた。もつとも、その後の多くの学説は、代表訴訟を債権者代位権の一類型と理解しておらず、⁽⁷⁾松田Ⅱ鈴木とはその根拠を共有してはいない。多くの学説は、松田Ⅱ鈴木と同じく昭和一四年判決を根拠として挙げる。しかし、なぜ債権者代位権に関する昭和一四年判決が株主代表訴訟に適用されるのかについて、松田Ⅱ鈴木とは別の説明が必要とされる。この点について明確な説明はなされてこなかつたが、後に以下の説明がなされている。すなわち、「株主代表訴訟のような法定訴訟担当の対象債権の債務者による処分は、禁じられるのが原則……(大判昭和一四年五月一六日民集一八卷四四七頁……)」であるといふものである。⁽⁸⁾この説明は、株主代表訴訟を法定訴訟担当と理解し、その上で、昭和一四年判決の射程が法定訴訟担当全般に及ぶと理解することを前提としている。

(五) 通説の問題点

以上のように、処分否定説が通説的地位を占めていたが、そこには以下のような問題があつた。

株主代表訴訟の対象となつている会社の権利を会社が処分することは許されるか(宮本)

1 問題点①処分禁止効のタイミング

処分否定説は、どの時点から処分禁止効が生じるかに関し、当初から十分な説明を提供していなかった。

処分否定説は、処分禁止効の根拠を昭和一四年判決に求める。そして、処分禁止効の発生時期を、株主代表訴訟の提起時とする。他方で、昭和一四年は、処分禁止効の発生時期を、債権者が代位権行使に着手したことを債務者に通知し、または債務者がその事実を了知したときとする。昭和一四年判決が示す権利行使の着手がどの時点で認められるかは明らかではない。

第一の理解として、代位権行使の着手が認められるためには訴訟の提起は必要ではないという理解がありうる。⁽⁹⁾ どのように昭和一四年判決による処分禁止効が訴訟提起前から生じると理解し、それを株主代表訴訟に適用するのであれば、株主代表訴訟提起の意思を株主が会社に通知したとき、または、会社がこれを了知したときに処分禁止効が生じることとなる。その時期は、多くの場合、株主が会社に対して提訴請求を行った時点となろう。⁽¹⁰⁾

第二の理解として、権利行使の着手が認められるためには訴訟の提起が必要であるとの理解も可能である。⁽¹¹⁾ このように理解した場合には、株主代表訴訟における処分禁止効は、訴訟提起後に、訴訟を提起したことを株主が会社に対して通知し、あるいは会社が訴訟提起を了知した時に発生することになる。⁽¹²⁾

昭和一四年判決に従った場合、株主代表訴訟による処分禁止効が発生する時点が訴訟提起時であると即断することはできない。それにもかかわらず、処分否定説は、「株主が代表訴訟を提起したとき」⁽¹³⁾に会社による処分ができなくなるとしている。このように、株主代表訴訟の提起時に処分禁止効が生ずるとする処分否定説と昭和一四年判決とは、処分禁止効の発生時の点で齟齬があり、このことに対する説明はなされていない。

2 問題点②昭和一四年判決の射程の拡大

松田＝鈴木後の学説は、松田＝鈴木説の結論を支持しつつ、株主代表訴訟を債権者代位権の一類型とは理解せず、その根拠は共有していなかった。それらの見解においては、昭和一四年判決の射程が債権者代位権以外の法定訴訟担当にも及ぶことが前提とされる。しかし、この理解が妥当であるかには疑問を差し挟む余地がある。この点に関しては、二つの問題がある。

第一は、処分禁止効を法定訴訟担当という訴訟法上の問題と把握したことである。民法学説においては、処分禁止効は訴訟法上の問題と理解されている。例えば、平井は、「次のような訴訟法上の効果が債務者について帰属するかどうか問題となる」との整理のもとで、処分禁止効を検討している。⁽¹⁴⁾昭和一四年判決の射程が法定訴訟担当全体に及ぶことを前提とする会社法学説もその理解に従うものと思われる。しかし、民事訴訟法学説においては、処分禁止効は実体法上の問題と把握される。例えば、伊藤は以下のように述べている。法定訴訟担当は、「法の規定にもとづいて担当者に当事者適格、すなわち訴訟追行権が与えられるものであるが、その基礎として、権利関係についての実体法上の権能が与えられる場合と、そうでない場合とがある。実体法上の権能が与えられる場合には、権利関係の主体に対しては、逆に管理処分権が剝奪、または制限される効果が生じる。」⁽¹⁵⁾

第二に、昭和一四年判決の射程を拡大したことである。松田＝鈴木後の会社法学説は、上記のように処分禁止効を訴訟法上の問題と位置づけた上で、昭和一四年判決の射程を法定訴訟担当一般に及ぶものと理解している。しかし、民事訴訟法学説においては、処分禁止効が法定訴訟担当一般に及ぶという理解は、必ずしも支持されていない。前に掲げた伊藤の理解は、法定訴訟担当を、実体法上の権能が与えられる場合と与えられない場合に二分し、後者につい

ては処分禁止効が否定されることを示唆する。しかも、「株主代表訴訟の場合には、会社に対する給付を求められるのみで、自己に対する給付を求めることはできないから、実体法上の権能は与えられていない(商二六七I-III参照)⁽¹⁶⁾」と述べており、この記述からは、株主代表訴訟においては処分禁止効が否定されることが示唆される。

もつとも、伊藤のような実体法上の権能が有るか無いかによる二分論には異論もある。この問題に関しては、新堂による以下の指摘が注目に値する。「訴訟担当者が他人の権利利益についていかなる範囲で管理処分権能をもつかは、実体法上さまざまであり、近時、その強弱に基づいて担当訴訟の効果に差違を設けるべきかどうかとわれている。とくに、その管理処分権能の具体的内容が弱い場合(権利の帰属主体にもある程度の管理権能が残されており、第三者と権利の帰属主体とが管理処分権能を分け合う場合)には、…(中略)…帰属主体が本来もっている、自ら当事者となって訴訟追行をする利益をいかに保護するかという問題…(中略)…があり、これらの者の利益と担当訴訟の相手方の利益とを比較考量して、各種の訴訟担当の効果を決める必要がある⁽¹⁷⁾」。この指摘は、それ自体は訴訟担当の訴訟法上の効果に関する指摘であるが、実体法上の処分の可否についても、単純な二分論ではなく会社ほどの程度の管理権能が残っていると解すべきかを検討すべきであるという示唆を与える。

以上のように、昭和一四年判決の射程が法定訴訟担当一般に及ぶとの理解には疑問があり、実体法の観点から、株主代表訴訟の提起に処分禁止効を認めることの可否について検討することが必要である。

3 問題点③実質的検討の不在

最後に、以上を踏まえて、処分禁止効を認めることの是非に関する実質的な検討がなされていないという問題を指

摘することができる。松田・鈴木説においても、それを支持するその後の学説においても、処分禁止効は昭和一四年判決という形式的な根拠をよりどころにしており、処分禁止効を認めるべき実質的な根拠を提示していない。そして、後述の北村評釈および吉原論文まで、処分禁止効を認めることの是非についての実質的な議論はなされなかった。

(1) 実質的検討の不在①

処分禁止効を認めることの是非についての実質的な議論がなされなかったことの原因の一つとして、代表訴訟の対象となる取締役の責任に関するいわゆる制限説を挙げることができよう。

代表訴訟の対象となる取締役の責任の範囲については、あらゆる責任が含まれるとする全債務説と、会社法上の厳格な免除規制に服する責任のみが含まれるとする制限説が対立していた。また、裁判例においても、平成二年判決が登場するまで、下級審レベルにおいて見解の対立があった。⁽¹⁸⁾

制限説に立つ場合には、代表訴訟の対象となる権利には免除規制がかかっており、代表訴訟制度との関連で処分禁止効がなくなるとも、会社が自由に権利を処分できることにはならない。そのため、代表訴訟制度との関連で処分禁止効が認められるべきかには関心が向けられなかった。例えば、制限説の主要な論者である北澤は、以下のように述べている。「株主が代表訴訟を提起すると、会社は訴訟外において取締役に對する権利の免除、放棄などをなしえないという説が多いが…、代表訴訟の対象を、取締役の債務一般ではなく、私見の如き意味の取締役に對する責任に限るときは…、会社の取締役に對する権利の免除・放棄などは、代表訴訟の提起の前後を問わず、特別の制限に服する。ただし、取締役の資本充実責任はこれを免除することをえず…、損害賠償責任は、原則として総株主の同意がなければ免除する

ことをえない(26 IV)からである。他方、代表訴訟の提起後といえども、二六六条五項による免責は、判定の困難な問題に関するその例外的性質上、これをなしうると解すべきではあるまいか。¹⁹⁾

(2) 実質的検討の不在²⁾

下級審レベルにおいては、株主代表訴訟の提起後に会社が行った権利の処分の可否が問題となった事件がある。しかし、そこにおいても、学説上、処分禁止効を認めることの是非について実質的な検討がなされることはなく、これもまた、取締役の任務懈怠等に厳格な免除規制が存在することと関連する。ここでは、そのような裁判例として、和歌山地決平成一二年二月一五日判例時報一七三六号一二四頁²⁰⁾(以下では、平成一二年判決という)を紹介する。

i 事案の概要

株式会社A銀行は、大蔵省検査等の結果、業務継続が困難と判断され、平成九年六月一〇日に、B銀行に営業の全部を譲渡する契約を締結した。平成九年六月三〇日、A社の株主Xは取締役の善管注意義務に基づく責任を追及する株主代表訴訟を提起した。平成一〇年一月二三日、C(預金保険機構)にAの保有資産・損害賠償請求権等を譲渡した。

ii 判旨

平成一二年判決は、以下のように述べ、会社による処分を肯定した。

「Xらは、本件株主代表訴訟の提起により、A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上の根拠はない上、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ない。」

「もつとも、株主から監査役に対し、取締役の責任を追及する訴え提起の請求がされた後、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、譲受人の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旨の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得るものと解される。」

iii 学説上の評価

平成一二年判決は、①会社による処分を肯定する見解を採用することを示唆しつつ、②一定の場合には通謀虚偽表示または信義則によって処分の効力を否定することを明らかにした。これに対して、学説上は、①については関心が払われず、もっぱら免除規制の脱法行為という観点から②について論じられた。例えば、江頭は、「会社の取締役・監査役に対する損害賠償請求権は、株主による代表訴訟提起の着手の前後にかかわらず、原則として会社が譲渡することはできないと解すべきである。その理由は、総株主の同意がないと当該責任を免除できない（商二六六条五項・二八〇条一項）との規制の趣旨が譲渡についても及ぶと解されるからである。そう解しないと、総株主の同意なしに

取締役・監査役の責任を事実上免除する抜け道ができてしまうように思われる²¹⁾と述べている。

このようにもっぱら免除規制に関心が払われた結果、通説である処分否定説が批判的に検討されることはなかった。

(3) 小 活

以上のように、処分禁止効を認めることの是非に関して実質的な議論はなされてこなかった。しかし、現在ではこの問題をめぐる状況は変化しており、処分禁止効を認めることの是非について検討する必要性は高まっている。

すなわち、上記の平成二一年判決は、代表訴訟の対象に、任務懈怠責任等その他、取引債務も含まれることを明らかにした。そして、取引債務について株主代表訴訟が提起される場合には、会社は対象となっている取締役の債務について、免除、弁済の猶予等を行って、責任追及を行わないという対応をとる可能性が十分に考えられる。にもかかわらず、それらの会社の権利については免除規制が設けられておらず、平成一二年判決に対する学説上の議論のみでは対応できない事態が生じる可能性がある。そこで、処分禁止効を認めることの是非は、十分に検討に値する問題となっている。

三 昭和一四年判決の検討

ここではまず、昭和一四年判決の再検討を行い、株主代表訴訟に関する検討課題の明確化を試みる。

昭和一四年判決が債権者代位権の行使に処分禁止効を認めた根拠は、以下の三点にあった。第一は、裁判上の代位

に關する非訟事件手続法七六条二項によれば、債権の履行期到来前において債権者代位をする場合にも債務者はその権利の処分権を失うものであるから、債権の履行期到来後にもかかわらずその到来前の場合に比して代位の効力が薄弱であつてはならないことは当然であることである。第二は、処分禁止効を認めなければ債権者は代位の目的を達することができなくなることである。第三は、処分禁止効を認めなければ代位権を行使した債権者の行為を徒勞に終わらせるおそれがあることである。

以下では、この三点の根拠と株主代表訴訟との關係について検討する。

(一) 非訟事件手続法七六条二項との均衡

第一の、非訟事件手続法七六条二項との均衡は、株主代表訴訟において処分禁止効を認める根拠とはならない。昭和一四年判決が指摘する裁判上の代位は、民法四二三条二項が以下の通り規定するものである。「債権者は、その債権の期限が到来しない間は、裁判上の代位によらなければ、前項の権利を行使することができない。」この裁判上の代位を行うためには、債権者は裁判所の許可を求めなければならず（非訟事件手続法八五条一項、代位を許可した裁判所は、債務者に対して告知を行う（同八八条二項）。そして、告知を受けた債務者は、代位にかかる権利を処分することができない（同八八条三項）。昭和一四年判決が指摘する非訟事件手続法七六条二項は、現在の八八条三項に相当する。

昭和一四年判決の根拠の第一は、履行期到来前に行使する裁判上の代位において処分禁止効が認められるのならば、履行期到来後には代位権行使の効果がより強く認められて然るべきであるから、当然に処分禁止効が認められるべき

であるという均衡論である。株主代表訴訟においては、このような均衡論は問題とはならない。なぜなら、株主代表訴訟には、非訟事件手続法八八条三項に相当する履行期前の権利行使の効果に関する条項が存在しないからである。従って、第一の根拠は、株主代表訴訟において処分禁止効を認める根拠とはならない。

(二) 代位の目的を達することができなくなる

昭和一四年判決の根拠の第二は、処分禁止効を認めなければ債権者は代位の目的を達することができなくなるのである。

この根拠が株主代表訴訟にも当てはまるか否かについては、すでに以下の通り疑問が提起されている。債権者代位権に関する「判例の結論が株主代表訴訟につき当然に当てはまると考えるのは、早計であろう。同判決は、債権者が権利の処分権限を失うと解すべき理由として、そう解さないと『代位の目的』を達成できないと述べており、代位の目的と株主代表訴訟の目的が同じとは限らないからである」⁽²²⁾。

(三) 債権者の行為を徒労に終わらせる

昭和一四年判決の第三の根拠は、処分禁止効を認めなければ代位権を行使した債権者の行為を徒労に終わらせるおそれがあることである。この根拠は、株主代表訴訟においても同様には当てはまる。なぜなら、株主代表訴訟の提起後に会社による処分がなされると、株主代表訴訟における請求は棄却されることになり、訴訟を提起した株主の労力は無に帰すからである。

以上で検討した通り、昭和一四年判決が提示した処分禁止効の根拠が株主代表訴訟にそのまま当てはまるわけではない。第一の根拠である裁判上の代位との均衡論は、株主代表訴訟には当てはまらない。それに対して、第三の債権者の行為を徒勞に終わらせるという根拠は、株主代表訴訟にも同様に当てはまる。そして、第二の代位の目的を達成できないという根拠が株主代表訴訟においてどの程度当てはまるかは、明らかではない。

四 住民訴訟と債権放棄決議

株主代表訴訟の提起に処分禁止効を認める通説は、昭和一四年判決をその根拠としていた。しかし、これまでの検討で明らかになった通り、昭和一四年判決を引用するだけでは、処分禁止効を認めることの十分な根拠を提示しているとは言えない。以下では、処分禁止効を認めることの是非および処分禁止効の発生時期を検討する際のさらなる検討材料を得るべく、住民訴訟と債権放棄決議の問題を検討する。

近時、行政法分野において、住民訴訟係属中に当該住民訴訟で争われている債権を地方公共団体の議会が放棄する旨決議することがしばしば行われた。そこでは、そのような権利放棄の決議が有効であるかが問題となった。

(一) 住民訴訟制度の概要

地方自治法は、特別の訴訟として住民訴訟の制度を定めており（地方自治法二四二条の二、二四二条の三）、これは地方財政の適法性を確保するためと解されている。住民訴訟は、公金の支出や契約の締結などの地方公共団体の財務会計行為等が違法なときに、住民が原告となって、裁判所に対して、それらの違法な行為の是正を求め、あるいは、違法行為等によって地方公共団体に生じた損害の填補を求める措置を請求することができる制度である。⁽²³⁾

住民訴訟は、その請求対象により四つの類型に分かれる。第一は、執行機関または職員に対する当該行為の全部または一部の差止めの請求、第二は、行政処分たる当該行為の取消しまたは無効確認の請求、第三は、執行機関または職員に対する当該怠る事実の違法確認の請求、第四は、当該職員または当該行為・怠る事実に係る相手方に損害賠償または不当利得の返還を請求することを地方公共団体の執行機関または職員に対して求める請求（四号請求）である。このうち四号請求が本稿で扱う問題と関連するもので、その対象となる権利は二つに分けられる。第一は、職員に対する地方公共団体の権利、第二は、怠る事実に係る相手方に対する地方公共団体の権利である。

住民訴訟を提起するには、事前に住民監査請求を行う必要がある。住民監査請求を経た後に住民訴訟を提起することができるのは、以下の四つの場合である。第一に、監査の結果・勧告に不服があるとき、第二に、地方公共団体の執行機関または職員の措置に不服があるとき、第三に、監査請求があった日から六〇日以内に監査委員が監査・勧告を行わないとき、第四に地方公共団体の執行機関または職員が必要な措置を講じないときである（同二四二条の二第一項）。

住民訴訟の原告適格は、当該地方公共団体の住民で、住民監査請求をした者である（同二四二条の二第二項）。四号請求においては、地方公共団体の執行機関等を被告として訴えが提起される。その内容は、地方公共団体に損害・損失を与えた職員や相手方に対して、損害賠償または不当利得返還請求をすることを求める義務付けである。

この訴訟においては、第一段階として、原告たる住民側が勝訴する判決が確定した場合、執行機関等は六〇日以内に当該職員等に対して支払請求をしなければならぬ。支払がなされない場合には、第二段階の訴訟として、当該地方公共団体は、当該損害賠償・不当利得返還の請求を目的とする訴えを提起しなければならない。第一段階の訴訟では、当該職員等が被告とはならないことは、株主代表訴訟と異なる点である。⁽²⁴⁾

住民訴訟制度は、本来であれば地方公共団体自身が行使すべき権利について、利害を有する住民に訴訟提起の権限を与える点で、株主代表訴訟に類似する機能を有している。そのため、株主代表訴訟における処分禁止効について検討する際に、住民訴訟における債権放棄決議の効力の問題を考えることは有益である。

(二) 平成二四年判決

議会による債権放棄決議の有効性に関して最高裁としてはじめて見解を明らかにしたのが、最判平成二四年四月二〇日判例時報二一六八号三五頁（以下では、平成二四年判決という）である。

1 事案の概要

本件は、神戸市の住人が、市がその職員を派遣していた公益的法人等に対して派遣職員等の給与相当額を含む補助

株主代表訴訟の対象となっている会社の権利を会社が処分することは許されるか（宮本）

金等を支出したことは派遣職員の給与の支給方法を定める派遣法を潜脱するもので違法・無効であるとして、地方自治体二四二条の二第一項四号に基づき、市の執行機関を相手に、補助金等の支出当時の市長に対して損害賠償請求をすることを求めるとともに、公益的法人等に対して不当利得返還請求をすることを求める住民訴訟である。

本件訴訟の提起後、市は、補助金に関する条例を改正し、その附則において、派遣先団体等または職員に対する不当利得返還請求および損害賠償請求権を放棄する旨を定めた。

2 判旨

最高裁は、市長に対する損害賠償請求権については、市長に注意義務はなかったとして退けた。その上で、公益的法人に対する不当利得返還請求の放棄の可否について、以下のように判示した。

「地方自治法九六条一項一〇号は、普通地方公共団体の議会の議決事項として、『法律若しくはこれに基づく政令又は条例に特別の定めがある場合を除くほか、権利を放棄すること』を定め、この『特別の定め』の例としては、普通地方公共団体の長はその債権に係る債務者が無資力又はこれに近い状態等にあるときはその議会の議決を経ることなくその債権の放棄としての債務の免除をすることができる旨の同法二四〇条三項、地方自治法施行令一七一条の七の規定等がある。他方、普通地方公共団体の議会の議決を経た上でその長が債権の放棄をする場合におけるその放棄の実体的要件については、同法その他の法令においてこれを制限する規定は存しない。

したがって、地方自治法においては、普通地方公共団体がその債権の放棄をするに当たって、その議会の議決及び長の執行行為（条例による場合は、その公布）という手続的要件を満たしている限り、その適否の実体的判断については、

住民による直接の選挙を通じて選出された議員により構成される普通地方公共団体の議決機関である議会の裁量権に基本的に委ねられているものといふべきである。もつとも、同法において、普通地方公共団体の執行機関又は職員による公金の支出等の財務会計行為又は怠る事実に係る違法事由の有無及びその是正の要否等につき住民の関与する裁判手続による審査等を目的として住民訴訟制度が設けられているところ、住民訴訟の対象とされている損害賠償請求権又は不当利得返還請求権を放棄する旨の議決がされた場合についてみると、このような請求権が認められる場合は様々であり、個々の事案ごとに、当該請求権の発生原因である財務会計行為等の性質、内容、原因、経緯及び影響、当該議決の趣旨及び経緯、当該請求権の放棄又は行使の影響、住民訴訟の係属の有無及び経緯、事後の状況その他の諸般の事情を総合考慮して、これを放棄することが普通地方公共団体の民主的かつ実効的な行政運営の確保を旨とする同法の趣旨等に照らして不合理であつて上記の裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たると認められるときは、その議決は違法となり、当該放棄は無効となるものと解するのが相当である。」

このように判示し、結論として、債権放棄決議を適法と認めた。

中でも、上記判断要素の一つである「住民訴訟の係属の有無及び経緯」に関する以下の判示は注目に値する。「住民訴訟の係属の有無及び経緯に関しては、…このような現に係属する本件訴訟の経緯を踏まえ、本件附則に係る議決については、主として住民訴訟制度における当該財務会計行為等の審査を回避して制度の機能を否定する目的でされたなど、住民訴訟制度の趣旨を没却する濫用的なものに当たらないか否かという観点からみることにする。…本件附則に係る議決の適法性に関しては、住民訴訟の経緯や当該議決の趣旨及び経緯等を含む諸般の事情を総合考慮する上記の判断枠組みの下で、裁判所がその審査及び判断を行うのであるから、上記請求権の放棄を内容とする上記議決を

もって、住民訴訟制度を根底から否定するものであるということではできず、住民訴訟制度の趣旨を没却する濫用的なものに当たるといふことはできない。」

3 平成二四年判決の評価

平成二四年判決は議会による債権放棄を一律に無効とはせず、柔軟な基準を設定し、効力の有無を判断している。この点に関しては、最高裁は行政裁量に属する行為の司法審査に関する判例の枠組を踏襲しているとの評価がなされている。⁽²⁵⁾ このような柔軟な基準に基づく判断は、株主代表訴訟において一律に処分禁止効を認める通説とは異なる態度である。むしろ、二四年判決は実質的に議会の自由裁量を認めることになるとの評価もある。⁽²⁶⁾

(三) 行政法学説⁽²⁷⁾

議会による債権放棄決議の有効性に関しては、特別の理由がない限り債権放棄決議は無効と解すべきとするのが多数説とされている。⁽²⁸⁾ もっとも、多数説も議会がその必要性、公益性等をきちんと説明できる場合には債権放棄が適法有効となる場合があることを認める。他方、原則として有効と解すべきとする少数説もある。しかし、少数説も、債権放棄決議が議会の裁量権の範囲の逸脱・濫用と認められる場合には違法無効となることを認めている。従って、両説の違いは、裁量権の逸脱・濫用の判断を如何なる基準で捉えるのかに関する違いであると理解される。

(四) 判例・学説からの示唆

以上の行政法判例、学説から、株主代表訴訟における処分禁止効に関していかなる示唆が得られるかを検討する。

1 示唆①―処分禁止効の是非

平成二四年判決は、原則として放棄決議は有効としながら、それが裁量権の範囲の逸脱または濫用に当たる場合には無効とする。また、行政法学説は放棄決議を原則として無効と解するものが多いが、一律に無効とするのではなく、例外的に有効となる場合も認める。いずれにおいても、決議の有効性については、ケースバイケースの判断が行われる。その前提としては、実質的観点から、議会による債権放棄決議が望ましい場合と望ましくない場合があることが認識されているものと考えられる。

類似する状況にある株主代表訴訟においても同様に、会社による処分が会社の利益を増大させ望ましい場合と、会社の犠牲のもと取締役の利益を増大させる望ましくない場合があるとの認識に立てば、最善の目標は、望ましい処分は抑止し望ましくない処分は抑止しないこととなる。会社の権利の会社による処分を一律に否定することが望ましいとは限らない。代表訴訟の場合にも、一定の基準を示した上で事案に応じた判断をするルールを採用する可能性があることが示唆される。

平成二四年判決においては、裁量の逸脱・濫用が議会による債権放棄の有効性を判断する基準とされた。そして、そのような基準は、行政裁量に属する行為の司法審査に関する判例の枠組を踏襲したものであるとの評価がなされて

いた。株主代表訴訟において、何らかの基準を設けて裁判所が処分の有効性を判断する場合、処分に關する経営裁量を考慮しなければならず、いわゆる経営判断原則との關係が問題となろう。もつとも、株主代表訴訟の対象となつてゐる会社の権利の処分は、会社と取締役との利益が相反する状況にある。従つて、経営判断原則が問題なく適用される場面とはいえない。処分が経営裁量の逸脱・濫用に當る場合には処分の効力は認められないと考へるのは、代表取締役の行為が自己の利益のためになされた場合に民法九三条ただし書を類推する最判昭和三八年九月五日民集一七卷八号九〇九頁の法理にも合致するといえる。

2 示唆②—処分禁止効發生の時期

平成二四年判決によると、住民訴訟においては、訴訟提起等の時期を問わず債權放棄については逸脱・濫用の規制が及ぶ。さらに、住民訴訟の係屬が裁量權の逸脱・濫用の認定の際の一要素とされている。ただし、住民訴訟の係屬の有無は、裁量權の逸脱・濫用の認定にほとんど影響しないとの評価もある。²⁹⁾従つて、債權放棄決議に対する規制のタイミングとしては、二つの理解が可能である。第一は、住民訴訟の係屬とかわからず規制が及び、その上で、住民訴訟の係屬後はより厳格な規制が及ぶという二段階の構成である。第二は、住民訴訟の係屬とかわからず規制が及び、住民訴訟の係屬は意味を持たないという理解である。

このことから、株主代表訴訟について、処分禁止効を認めるとしても、実質的考慮からは、その發生の時期は必ずしも訴訟提起時である必要はないことが示唆される。³⁰⁾

五 ま と め

最後に、まとめとして、上記示唆を踏まえて、近時の学説について検討する。

(一) 二一年判決後の処分否定説

吉原は、代表訴訟提起前の処分は認めつつ、提起後は処分を認めないとの解釈を提示している。⁽³¹⁾

1 根 拠

吉原の解釈の結論は従来の通説と同じであるが、以下の通り、実質的観点からその根拠を提示している点が注目される。

吉原は、従来の通説が提起後の処分を認めない根拠を、「裁判外で会社が免除することが可能だとすると、株主代表訴訟の対象になると解したところで、容易に回避されることになり、株主代表訴訟の対象になると解した意味が失われてしまうので、会社法に免除の規制はないが、株主に代表訴訟提起権を認める以上、その反面として、会社の処分権がそれだけ制約されることになる」と解すべきだということなのである。⁽³²⁾と推測している。そして、吉原自身もこの根拠に基づいて提起後の処分を認めないのだと理解できる。これは、昭和一四年判決の第三の根拠に対応する。

他方、提起前の処分を認める根拠として、以下の二点を挙げている。第一に、「会社法に免除規制がない以上、株

株主代表訴訟の対象となっている会社の権利を会社が処分することは許されるか(宮本)

主代表訴訟の対象になるというだけで、株主代表訴訟提起の前後を問わずに免除等が制限されると解することは難しい」ことである。第二に、「株主代表訴訟制度は、代表訴訟の対象となる責任について、株主に訴訟追行する権限を認めたものであって、実体法上の権利まで与えるものではないし、株主から提訴請求がされたとして必ず株主代表訴訟が提起されるとは限らないから、提訴請求がされた時から免除等が制限されると解することも難しいと思われる」ことである。

さらに、提起前の会社による処分を認めると取引債務について代表訴訟の提起を認めた意味が失われるのではないかという問題について、提起前の処分を許しても、「株主の提訴請求は、当該責任について会社がどのような姿勢で臨むかを明確に決定することを促す機能を果たしているのであり、そうした決定がないまま放置される事態を防ぐことができたのであるから、会社が免除や猶予をしたことにより提訴請求をした株主が結果として株主代表訴訟を提起しなかったとしても、提訴請求が無意味であったことにはならない。」と述べている。

2 検討

吉原による検討は、実質的根拠を提示した上で、提訴請求時から処分禁止効が発生するという可能性を視野に入れ、発生時点について明示的に検討する点が従来の見解とは異なる点である。しかし、処分禁止効の発生時点についてはさらなる検討が必要であろう。株主代表訴訟が容易に回避されるため代表訴訟の意義が失われることを重視すれば、少なくとも提訴請求時から処分禁止効を認めねばならないだろう。なぜなら、株主代表訴訟を回避したい会社は、訴訟提起後は処分ができないと知っていれば、提訴請求を受けた時点で処分をすることが予想されるからである。また、

吉原は、訴訟提起以前に処分禁止効を認められないことの根拠として、免除規制がないことを挙げている。しかし、明文の免除規制がないことを強調するのであれば、訴訟提起後であっても処分禁止効は認め得ないであろう。さらに、提訴請求時から処分禁止効が発生するとは解し得ないことの根拠として、提訴請求がなされたからといって代表訴訟が提起されるとは限らないことを挙げている。しかし、提訴請求は提訴の前置手続として用意されているのであるから、提訴請求があれば代表訴訟提起に着手したとみることも可能であろう。処分禁止効の発生時を訴訟提起時とするのは、提訴請求は容易にできるが訴訟提起には多大なコストがかかることから、提訴請求と訴訟提起では株主が負担する労力が格段に異なり、提訴請求段階では会社による処分を認めても株主の行為を徒労に終わらせるとまでは評価できないとの理解に基づくものであろうか。そのような配慮であるとすれば、それは、債権者代位に関する近時の民法学説が、債務者が財産管理を怠っていたことや、厳格な要件のもとでなされる債権者代位についての代位債権者の合理的期待を指摘することと呼応する。

他方で、訴訟提起後には会社による処分は全面的に禁じられると解しており、会社にとって望ましい処分を認めて会社にとって望ましくない処分を禁止するという柔軟な判断の可能性は排除されている。

(二) 処分肯定説

近時、代表訴訟の対象となっている会社の権利について、提訴後も会社が処分を行うことを肯定する見解が現れている。⁽³²⁾

1 根拠

処分肯定説の主導的論者である北村は、その根拠として以下のものを挙げている。

第一は、「本来会社の経営判断に属する事柄について、経営陣の判断よりも一人の株主の判断を優先するのは株式会社における機関権限分配の観点から不当である」ことである。第二は、「取締役の任務懈怠に基づく責任…を追及する株主代表訴訟の係属中に責任額を一部免除する決議…がされた場合には、当該訴訟は有効に減額された内容に従うことになる」と考えられていることと整合する」ことである。

さらに、会社による処分を認めると株主代表訴訟提起の実益が乏しくなるという問題に対しては、「株主代表訴訟が提起された後に、当該債務の免除をすれば、それを判断した経営陣の任務懈怠責任が問われる可能性が高くなるから、安易に対象債権の処分等がなされるとは考えにくい」と反論する。⁽³³⁾

2 評価

第一の根拠については、株主代表訴訟の対象となつている会社の権利の会社による処分は、利益相反の要素を含む。従つて、本来経営陣の裁量に属する事柄といえるかは問題である。

第二の根拠については、理論的には確かにその通りではあるが、任務懈怠責任等は免除規制があるから実質的に問題ないのだともいえる。他方、取引債務については免除規制がないからこそ、処分を許容しても良いかが問題となるのである。

「安易に対象債権の処分等がなされるとは考えにくい」とする点については、処分を行った取締役の任務懈怠責任

を問うためには、「当初の代表訴訟の請求原因事実の立証に加え、勝訴（額）の見込や必要となる費用等の立証まで要求されるであろうから、当初の代表訴訟の請求原因事実のみを立証すれば足りたのに比べ、二重の主張立証の負担を被ることになる。さらに、被告の交代による被告側の資力の変動が、損害回復を阻害する場合もある」という指摘が妥当する。⁽³⁴⁾

北村の見解は、会社による処分の必要性に配慮し、経営上の判断に裁判所が介入するという問題も回避する思い切った立場であるといえる。そのような思い切りが妥当であるか否かを判断するためには、会社にとって不利益となる処分がなされる可能性がどの程度あるか、それによる不利益がどの程度あるかが考慮されなければならない。

(三) 折衷説

中間的な解決を志向するものとして、大隅らの見解が挙げられる。大隅らは、株主代表訴訟の対象となつていない会社の権利の会社による処分について、「取締役の取引上の債務につき会社のとる措置（たとえば弁済の猶予）が不当なものでなければ、代表訴訟の対象たる取引上の債務は当然その措置による影響を受けると解すべきである。」と述べている。⁽³⁵⁾そこでは、会社による処分が不当なものである場合の効力については明示的には述べられていないが、処分の不当により効果を区別することが示唆される。議会による債権放棄の場合と同様にケースバイケースの判断を行う可能性を示唆するものとして注目に値するが、経営上の判断に裁判所が介入することから、経営判断原則と利益相反の相克の中で、会社にとって望ましい処分を認め、会社にとって不利益となる処分を否認することができるような、有効な基準を設定することができるか否かが精査されなければならない。

- (1) 最判平成二一年三月一〇日民集六三卷三号三六一頁。
- (2) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(六)』(有斐閣、一九八七年)三六三頁(北沢正啓)。
- (3) 松田二郎・鈴木忠一『條解株式會社法上』(弘文堂、一九五一年)三二三頁。このほか、大隅健一郎『會社法概説』(有斐閣、一九五一年)一四一頁、松田二郎『會社法概論』(岩波書店、一九六八年)一四五頁。この見解は、竹内昭夫「株主の代表訴訟」『法学協會百周年記念論文集第三卷』(有斐閣、一九八三年)一九四頁により、代位訴訟という形式的論理から結論を導く点で批判されている。
- (4) ただし、処分禁止効の発生する時期については、代位権の行使によつて生じると述べるもの(石坂音四郎『日本民法債権編第二卷(第7版)』(有斐閣、一九一六年)六八〇頁)、代位権の行使に着手したときに生じると述べるもの(末弘敏太郎『債権総論』(日本評論社、一九三七年)七八頁)、債務者が債権者より代位の通知を受けたときに生じると述べるもの(須賀喜三郎『債権総論』(厳松堂書店、一九三八年)一四六頁)など、バリエーションが見られた。なお、債務者による処分を肯定する少数説として、中島玉吉『民法釈義卷三債権総論(第六版)』(金刺芳流堂、一九二七年)六六一頁、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圍」『民事訴訟法研究六卷』(有斐閣、一九七二年)六頁、平井宜雄『債権総論(第2版)』(弘文堂、一九九四年)二七二頁がある。
- (5) 潮見佳男『債権総論(第2版)』II(信山社、二〇〇一年)三五頁。
- (6) 石井照久『会社法上卷(商法II)』(勁草書房、一九六七年)三六二頁、田中誠二『会社法詳論(上)』(三全訂版)七〇二頁(勁草書房、一九九三年)など。
- (7) 北澤正啓「株主の代表訴訟と差止権」『株式會社法講座第三卷』(有斐閣、一九五六年)一一四四頁。
- (8) 江頭憲治郎『株式會社法(第6版)』(有斐閣、二〇一五年)四八八頁。
- (9) 高橋静一「判批」『法学新報四九卷一〇号(一九三九年)一四〇頁は、昭和一四年判決に一部反対し、代位権が訴えの行使による場合とそうでない場合を区別する。そして、訴えによらない場合には判旨は適當であるが、訴えの提起による場合には、通知あるいは了知がなくとも処分禁止効が生じると解する。そこから、昭和一四年判決による処分禁止効が訴訟提起によらずとも発生すると理解していることが分かる。
- (10) 江頭憲治郎「判批」『ジュリスト一二五五号(二〇〇三年)一四八頁。

(11) 兼子一「判批」法学協会雑誌五七卷一〇号(一九三九年)一五九頁は、判旨に賛成する立場を表明した上で、単なる権利の裁判外の主張は未だ権利の行使とはいえないと述べている。そこから、昭和一四年判決による処分禁止効が訴訟提起によらなければ発生しないと理解していることが分かる。

(12) 会社に対する事前の提訴請求(八四七条一項)をもって、事前に通知をしたと理解するならば、訴訟提起時に処分禁止効が生じると解することも可能であろう。しかし、そのように解しても、提訴請求なしで株主代表訴訟が提起される場合(会社法八四七条五項)には、訴訟提起だけでは不十分で、別途、訴訟提起の通知または了知が要求される。

(13) 大隅・前掲注(3)一四一頁。

(14) 平井・前掲注(4)二七一頁。

(15) 伊藤眞「民事訴訟法(第4版補訂版)」(有斐閣、二〇一一年)一八三頁。

(16) 伊藤・前掲注(15)一八四頁。

(17) 新堂幸司「新民事訴訟法(第5版)」(弘文堂、二〇一一年)二九二頁。

(18) 以上については、拙稿「判批」法学新報一一八卷一・二号(二〇一一年)六三七頁。

(19) 北澤・前掲注(7)一一六一頁。その他、前田雅弘「株主代表訴訟と和解」法学論叢一三四号五・六号(一九九四年)二五二頁も、会社による裁判外の和解について、免除規制の観点のみから検討を加えている。

(20) 類似の事案において同様の判断をしたものとして、東京地判平成一七年五月一二日金融法務事情一七五七号四六頁。

(21) 江頭・前掲注(10)一四八頁。その他、森脇祥弘「判批」早稲田法学七七卷三号(二〇〇二年)二八九頁。

(22) 江頭・前掲注(10)一四八頁。

(23) 曾和俊文「行政法総論を学ぶ」(有斐閣、二〇一四年)二二二頁。

(24) 櫻井敬子「橋本博之」行政法(第4版)」(弘文堂、二〇一三年)二七〇頁。

(25) 木村琢磨「判批」ジュリスト一四五三三三(二〇一三年)五六頁。もっとも、理論的には不明確な点が多いとの評価もある(橋本博之「判批」判例時報二一八七号(二〇一三年)一五七頁)。

(26) 橋本・前掲注(25)一五七頁(本件で問題とされる権利放棄議決に係る議会議決は、特定の国民に対する権利利益侵害との相関性がダイレクトに問題となるものではなく、行政裁量と同様に考慮要素に注目した判断過程統制手法を持ち込んだと

しても、住民訴訟制度との制度的抵触関係からの明確な位置づけを与えておかないと、司法統制ツールとしては有効に機能しない。…実質的に権利放棄議決につき議会の自由裁量を肯定することに等しくなる。その他、木村・前掲注(25)五六頁(「住民訴訟の係属の有無や経緯は、あくまで考慮自由のひとつにとどまっている。…千葉補足意見は、住民訴訟制度の趣旨を没却し、当然に違法になる議決の例として、『長の損害賠償責任を認める裁判所の判断自体が法的に誤りであることを議会として宣言することを議決の理由としたり、そもそも一部の住民が選挙で選ばれた長の個人責任を追及すること自体が不当であるとして議決をなしたような場合』を挙げており、極めて例外的な場面を想定している。)。他方、「地方議会に対して司法審査の要点を意識させ、安易な放棄議決を抑止する効果を持つ」との評価もある(岡田正則「判批」別冊ジュリスト二一五号(二〇一三年)一八九頁)。

(27) 以下の整理は、曾和俊文「住民訴訟と債権放棄議決——最判平成二四年四月二〇日の検討を中心として——」民商法雑誌一四七巻四・五号(二〇一三年)二三頁による。

(28) その理由としては、以下の三点が挙げられる。第一に、住民訴訟提起後の放棄議決を認めることは住民訴訟制度の意義を無に帰せしめることになることである。第二に、債権放棄はそれにより利益を受ける者に補助金を付与するに等しい効果を持つので少なくとも「公益上必要」(三三二の二)の要件を満たす必要がある、違法な財務会計行為による損害に対する賠償請求権等の放棄は原則として公益性を欠くと解されることである。第三に、長も議会も地方公共団体の財産管理に関して善管注意義務を負っており、権利放棄は当該義務に違反することである(曾和・前掲注(27)二三頁)。

(29) 橋本・前掲注(25)一五九頁(「議決裁量の逸脱・濫用につき総合考慮により審査する際の考慮要素として住民訴訟の経緯等が含まれているのであるから、住民訴訟の対象となる請求権の放棄議決を持って住民訴訟制度の趣旨を没却しないという口ジツクが採られている。これによるなら、権利放棄議決について住民訴訟の中でその適否が争われ得る以上、住民訴訟制度との制度的抵触は生じないことになり、事実上、(この)考慮要素が議裁量の逸脱・濫用を導くことはほとんど想定できないこととなる。)。その他、小川正「住民訴訟判決と地方議会の放棄議決(下)」自治総研四一四号(二〇一三年)五五頁。

(30) 議会による債権放棄議決に関しても、第一審判決の前後、判決の確定前後等の時期による区別が議論となっている(曾和・前掲注(27)三四頁)。

(31) 吉原和志「株主代表訴訟によって追及し得る取締役等の責任の範囲」『関俊彦先生古稀記念変革期の企業法』(商事法務、

二〇一一年) 一〇二頁。

(32) 北村雅史「判批」民商法雜誌一四二卷二号(二〇一〇年)六三頁。以前から、大塚龍児「株主権の強化・株主代表訴訟」『現代企業立法の軌跡と展望』(商事法務、一九九五年)が処分を肯定していたが、その根拠は示されていないかった。

(33) 北村・前掲注(32)六四頁。

(34) 森脇祥弘「判批」早稲田法学七七卷三号(二〇〇二年)二九三頁。

(35) 大隅Ⅱ今井Ⅱ小林『新会社法概説(第2版)』(有斐閣、二〇一一年)二四三頁。ただし、根拠は示されていない。

(本学法学部准教授)