

論説

類似必要的共同訴訟についての一考察 (2)

—いわゆる片面的対世効がある判決の場合を中心として—

大 淵 真 喜 子

序章

- 1 問題の所在
- 2 研究の対象・手法

第1章 ドイツ法

第1節 総論

第2節 ドイツ民事訴訟法および株式法

- 1 総論
- 2 類似必要的共同訴訟の要件（以上10号）
- 3 既判力拡張を理由とする類似必要的共同訴訟
 - (1) 議論の前提
 - (2) 株主総会決議取消訴訟の訴訟物特有の諸問題
 - (3) 株主総会決議取消訴訟における類似必要的共同訴訟に関する議論状況と問題の所在（以上本号）
 - (4) 形成訴訟の訴訟物と類似必要的共同訴訟の成否
 - (5) 形成訴訟の訴訟物と二重起訴禁止
 - (6) その他の理由による類似必要的共同訴訟を否定する可能性
- 4 形成力を理由とする類似必要的共同訴訟
- 5 小括

第3節 ドイツ行政裁判法

第2章 日本法における類似必要的共同訴訟

第3章 総括

第1章 ドイツ法

第2節 ドイツ民事訴訟法および株式法

3 既判力拡張を理由とする類似必要的共同訴訟

(1) 議論の前提

ここでは、前述のとおり、形成訴訟においても、既判力が片面的に拡張され

論説 (大淵)

る場合があり、その1つである株主総会決議取消訴訟に関する議論を中心として、形成訴訟における片面的な既判力の拡張を理由とする類似必要的共同訴訟について、検討する。

議論の前提として、ドイツと我が国との決議取消訴訟の訴訟面での異同を本稿の問題に関連する限りにおいて、簡潔に触れる。

提訴期間の制限があること（ただし、我が国は株主総会等の決議の日から3か月であるが（会社法831条1項柱書）、ドイツは1か月である（株式法246条1項））、会社の所在地（株式法5条。定款が定める地である）を管轄する地方裁判所（Landgericht）の管轄に専属すること（株式法246条3項第1文）、複数の決議取消訴訟は同時の弁論および判決のために併合することが必要であること（同項第6文）は、我が国とほぼ同様である。つまり、複数の原告が提起する決議取消訴訟が類似必要的共同訴訟とされる場合は、複数の原告が共同して訴えを提起する場合のほか、訴訟の必要的併合がなされる場合に生じることになる。ただし、必要的併合がなされるのは、（日時等で特定される）同一の株主総会決議が対象となっている場合だけであり、異なる株主総会決議が対象となっている場合には、民事訴訟法147条が適用され、訴訟併合は裁量的である⁵⁸⁾。訴訟物理論として後述の二分肢的訴訟物概念を前提として、異なる生活事実（Lebenssachverhalt）が主張されている場合に、必要的併合がなされるのかについては、見解の対立がある⁵⁹⁾。これに対し、株式法248条1項第1文が規定する株主総会決議の取消判決の効力は、当事者に限られず「すべての株主並びに取締役及び監査役」に有利不利を問わず及ぶ旨が規定されているのに対し、我が国の会社法838条は、会社の組織に関する訴えの請求認容判決は、それら以外の「第三者」に対してもその効力を有する旨を規定している点が異

58) Zöllner, in: Zöllner, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, 1985 (zitiert: KölnKomm/Zöllner), § 246 Rn. 79, 81; Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 66; Hüffer, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Bd. 4, 2011 (zitiert: MünchKommAktG/Hüffer³⁾), § 246 Rn. 75; Hüffer, Aktiengesetz, 11. Aufl., 2014, § 246 Rn. 39; K. Schmidt/Lutter/M. Schwab, a.a.O. (Fn. 43) § 246 Rn. 25.

なる。このほかにもいくつか我が国の決議取消訴訟とは異なる点があるものの、本稿での問題との関係では重要ではないので、ここでは取り上げない⁶⁰⁾。

(2) 株主総会決議取消訴訟の訴訟物特有の諸問題

ア 決議取消訴訟の訴訟物については、同訴訟特有の様々な問題があるが、後記(3)のとおり、本稿の問題意識は、形成訴訟の訴訟物が、私法上の形成権（ないし公法上の主観的権利）である、または、それを基礎とするのか、それとも、形成要件であるのかということであり、この問題意識そのものには、決議取消訴訟の訴訟物特有のこれらの問題が直接影響を及ぼすものではないと思われる。しかし、決議取消訴訟における類似必要的共同訴訟の成否を論ずるに当たっては、前提として踏まえることが必要な部分もあるため、そのような部分

59) 異なる生活事実が主張されている場合には、必要的併合がなされないとする見解として、Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 66; Bork, Doppelsitz und Zuständigkeit im aktienrechtlichen Anfechtungsprozeß, ZIP 1995, S. 609, 613.

これに対して、K. Schmidt/Lutter/M. Schwab, a.a.O. (Fn. 43) § 246 Rn. 25 は、異なる決議の瑕疵に基づく場合にも（M. Schwab は、異なる決議の瑕疵は異なる生活事実であることを前提としていると解される。Vgl. K. Schmidt/Lutter/M. Schwab, a.a.O. (Fn. 43) § 246 Rn. 1. Vgl. auch M. Schwab, Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2005, S. 303ff.）、必要的に併合がなされとする。

60) ほかに、訴訟法上の相違点として、株主の取消権限の要件、被告を代表する者、公告の要否、提訴期間を経過するまでは口頭弁論を開くことができないこと（株式法246条3項第4文）、株主が原告側に（共同訴訟的）補助参加人として参加できるのは、公告から1か月以内に限られること（同条4項第2文）等の点で差異がある。

また、本稿では決議無効確認訴訟を対象としていないが、ドイツでは、提訴できる者が法定されていること等が、我が国とは異なる。また、近時、株主が提起する決議無効確認訴訟については、決議取消訴訟の提起が株式法246条4項第1文によって公告された場合には、株主は当該決議に対する無効確認の訴えを公告から1か月以内にのみ提起することができる旨の株式法249条3項を追加する改正法案が検討されていたが（BR-Drs 852/11, BT-Drs. 17/8989）、委員会審査報告書において、この点を除外すべきであるとされたようであり（BT-Drs. 17/14214, S. 3, 18f.）、改正はなされなかったようである。<http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/412/41281.html>

決議取消訴訟および決議無効確認訴訟一般に関する邦語文献として、高橋英治『ドイツ会社法概説』（有斐閣、2012年）233-254頁がある。

を中心として、これらに関する議論状況を簡潔に述べておくこととする。

決議取消訴訟の訴訟物に特有の問題としては、①決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物は同一であるのか、②訴訟物の個別化がどのような基準によってなされるのか、③同一内容・同一瑕疵を有する株主総会決議が再度なされた場合の処理をどのようにするのかという各観点からの問題がある。

イ まず、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟とは訴訟物が同一であるのか、決議無効確認訴訟をどのような性質と考えるのかという点が議論されている。通説⁶¹⁾は、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物が同一であると考えていたのに対して、連邦通常最高裁判所の判例⁶²⁾は、必ずしも明確ではないが、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物が同一でないことを前提としていたようであり、両者で見解が分かれていた。

しかし、現在では、判例も、同一の株主総会決議に対する取消訴訟と無効確認訴訟の訴訟物は、同一であると判示するに至っている。1997年2月17日

61) KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 48f., 82ff.; K. Schmidt, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen (II), AG 1977, S. 243, 245f.; ders, Zum Streitgegenstand von Anfechtung- und Nichtigkeitsklagen im Gesellschaftsrecht, JZ 1977, S. 769f.; Großkomm/K. Schmidt, § 249 Rn. 3ff. 21; Hüffer, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetz Kommentar, Bd. 5, 1984, § 246 Rn. 19ff.; MünchKommAktG/Hüffer³, § 246 Rn. 17ff.; Hüffer, a.a.O. (Fn. 58) § 246 Rn. 12ff.; Noack, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, 1989, S. 88ff.; LM H. 12/2002 § 241 AktG 1965 Nr. 9, Bl. 2235 m. Anm. Roth; K. Schmidt/Lutter/M. Schwab, a.a.O. (Fn. 43) § 249 Rn. 2.

これに対し、かつての通説は、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物を別個と解することを前提としていた。von Godin/Wilhelmi, Aktiengesetz Kommentar, 4. Aufl., Bd. 2, 1971, § 249 Anm. 4; Schilling in: Aktiengesetz Großkommentar, 3. Aufl., Bd. 3, Lfg. 2, 1972 (zitiert: Großkomm/Schilling), § 249 Anm. 8. ただし、かつての通説も、無効理由に基づいて決議取消判決をすることは認めていた。von Godin/Wilhelmi, a.a.O. § 246 Anm. 2; Großkomm/Schilling, § 246 Anm. 5.

ドイツにおける決議取消訴訟および決議無効確認訴訟の訴訟物一元論については、岩原紳作「株主総会決議を争う訴訟の構造 (8)」法協97巻6号(1980年)792、796-798頁参照。

62) RG Urt. v. 24.9.1942, RGZ 170, 83, 87f.; BGH Urt. v. 27.10.1951, NJW 1952, 98. 前者は、協同組合の事案である。

付け連邦通常最高裁判所判決⁶³⁾は、有限会社の社員総会決議に対して主位的申立てを決議無効確認、予備的申立てを決議取消しとする訴えが提起され、第一審ではいずれも棄却されたが、控訴審では、一部判決として決議無効確認判決がなされ、これに対する上告がなされたという事案である。適法に一部判決がなされたとすれば、判決されなかった決議取消訴訟の部分については控訴審になお係属していることになるが、上記判決は、次のように判示して、控訴審判決を破棄、控訴を棄却して、全部を棄却した第一審判決を維持した。すなわち、決議取消しの申立てと決議無効確認の申立ては、主位的予備的併合の関係にあるのではなく、むしろ決議無効確認の申立てには決議取消しの申立てが含まれる。両訴訟は、いずれもすべての者に対する効力を有する裁判による決議の無効の明確化 (die richterliche Klärung der Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses) という同一の目的を追求するものである。決議後1か月以内に同時に提起された両訴訟が、同一の決議に対する同一の理由付け (Begründung) に基づいているという本件の場合のように、両訴訟が同一の訴訟物に基づき、かつ、決議取消訴訟が提訴期間内になされたものであるときは、株式法248条と249条のどちらが適用されるかという問題は、裁判所が包摂 (Subsumtion) によって答えるべき、上告審の判断に服する法律問題である。両訴訟の一方について請求棄却判決が確定する場合、同一の訴訟物に基づく別訴は、どのような形式かにかかわらず、許されない。

このように決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物が同一であるとしても、後記ウのとおり、この訴訟物の同一性をどの範囲で画定するかは、別問題であり、見解の対立がある。すなわち、後記ウのとおり、二分肢説に立つ通説では、取消しから無効確認への申立ての変更およびその逆は、主張される生活事実に変更がない限りで、訴えの変更には当たらず、また、原告が、決議取消訴訟提起後に決議無効確認訴訟の別訴を提起することおよびその逆は、同一の生活事実に基づく限り、前訴の訴訟係属 (Rechtshängigkeit—我が国でいう二

63) BGH Urt. v. 17.2.1997, BGHZ 134, 364 = NJW 1997, 1510, 1511.

論説 (大淵)

重起訴禁止)に触れることになる⁶⁴⁾。決議取消訴訟の請求棄却判決確定後であっても、異なる生活事実に基づく限り、同一の原告が提起する決議無効確認訴訟は許されることになる⁶⁵⁾。これに対して、少数説では、生活事実の変更にかかわらず、取消しから無効確認への申立ての変更およびその逆は、訴えの変更には当たらない⁶⁶⁾。生活事実が同一であるかにかかわらず、決議取消訴訟の請求棄却判決確定後、同一の原告が提起する決議無効確認訴訟は許されず、また、原告が、ある決議に対して決議取消訴訟を提起している場合に、別訴で同一決議について決議無効確認訴訟を提起することはできない⁶⁷⁾。

決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物が同一であるとすれば、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟との裁量的併合を規定する株式法249条2項第2文は、同一の決議について訴える限り、適切ではないということになる。また、現在でも、決議無効確認の申立てと決議取消しの申立てが、主位的・予備的申立てとしてなされることがあるが、その条件付けは裁判所を拘束せず、判例のように無効確認の申立てに取消しの申立てが含まれると解するのであれば、少なくとも取消しの申立てをすることは不要であることになろう⁶⁸⁾。

なお、一部判決の可否については、1999年3月1日付け連邦通常最高裁判所

64) K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 61) AG S. 246; ders, Nichtigkeitsklagen als Gestaltungsklagen—Thesen zum besseren Verständnis der §§ 43 VwGO und 249 AktG, JZ 1988, S. 729, 733f.; Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 61, § 249 Rn. 21, 25; MünchKommAktG/Hüffer³, § 246 Rn. 23; Hüffer, a.a.O. (Fn. 58) § 246 Rn. 13.

65) K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 61) JZ S. 771f.; Großkomm/K. Schmidt, § 248 Rn. 15; MünchKommAktG/Hüffer³, § 246 Rn. 25, § 248 Rn. 36; Hüffer, a.a.O. (Fn. 58) § 246 Rn. 14, § 248 Rn. 15; K. Schmidt, in: Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Bd.2, 10. Aufl., 2010, § 45 Rn. 177.

66) KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 56.

67) KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 85.

68) ただし、株式法の通説 (KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 83; Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 57; MünchKommAktG/Hüffer³, § 246 Rn. 23; Hüffer, a.a.O. (Fn. 58) § 246 Rn. 13) は、無効確認の申立てのみがなされているときでも、提訴期間が遵守されている限り、裁判所は、決議取消判決をすることができ、逆に、取消しの申立てのみがなされているときも、決議無効確認判決をすることができると解する。

判決⁶⁹⁾が、上記判決を踏まえて、複数の株主が、決議無効確認訴訟および決議取消訴訟を提起する場合、決議無効確認または決議取消しのみについての一部判決および一部の原告のみに対する一部判決は許されないと判示している。前段については、訴訟物の一部についても、一定の場合には一部判決が可能であるが、この判決は、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物が1つであることを前提としつつ、そのような場合に該当しないことを判示し、後段については、類似必要的共同訴訟であるため、一部の原告のみに対する一部判決はできないことを判示するものである。

この問題については、そもそも決議無効確認訴訟の法的性質をどのように解するのか、訴訟の権利保護形式は異なると解する場合にも、同一の訴訟物を考えることができるのかなどの解釈上の問題がある。通説・判例は、決議無効確認訴訟を、(民事訴訟法256条の通常の確認訴訟とは異なる) 形成的な性質を有するものとしつつも、あくまで確認訴訟であるととらえている⁷⁰⁾。その上で、権利保護形式が異なることを前提としつつも、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟との間に存する共通点(対世的効力を伴う決議の無効の明確化を目的とし、最終的な効果として決議の無効が生じること⁷¹⁾、判決効が株式法248条

69) BGH Urt. v. 1.3.1999, NJW 1999, 1638f.

なお、後掲の2002年7月22日付け連邦通常最高裁判所判決以前になされた、この判決では、同一の事実の範囲で既判力が認められるとしている。

70) KölnKomm/Zöllner, § 249 Rn. 25; Hüffer, a.a.O. (Fn. 61) § 249 Rn. 3, 7; MünchKommAktG/Hüffer³, § 249 Rn. 4; Prütting, Vom deutschen zum europäischen Streitgegenstand, in: Festschrift für Beys, Bd.2, 2003, S.1273, 1279; M. Schwab, a.a.O. (Fn. 59) S. 272ff.; K. Schmidt/Lutter/M. Schwab, a.a.O. (Fn. 43) § 249 Rn. 1; Becker-Eberhard in: Krüger/Rauscher, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Bd. 1, 2013 (zitiert: MünchKomm/Becker-Eberhard), vor § 253 Rn. 45.

従前の判例(前掲注62参照)も、決議無効確認訴訟を確認訴訟であると解しており、また、例えば、その後のBGH Urt. v. 23.10.1998, AG 1999, 180, 181も、株式法249条の判決を確認判決であると述べている。

71) ドイツでは、我が国と異なり、決議取消判決が確定した場合が無効理由として規定されており(株式法241条5号)、決議取消判決の主文も、決議の「無効を宣言する」という内容になっている。

1項第1文で規定する者も含めてすべての者に及ぶこと⁷²⁾、あるいは、決議取消訴訟は確認的要素を含み、決議無効確認訴訟は形成的要素を含むという“内在的類似性 (innere Verwandtschaft)”に着目して、訴訟物の同一性を導こうとする⁷³⁾。当然のことながら、権利保護形式が異なるにもかかわらず、決議取

72) 形成判決であれば、株式法248条1項第1文で定める者に拡張される既判力以外に、すべての者に及ぶ形成力があることになり、確認判決では、同文が定める者に拡張される既判力以外に、すべての者に及ぶ判決効はないはずである。しかし、通説・判例は、決議無効確認訴訟を確認訴訟であるとしつつも、株式法248条1項第1文の既判力以外に、すべての者に及ぶ判決効を認めている (Zöllner は、この判決効は、基本的に形成力であると考えられているとする)。このような判決効を認める根拠は、取消理由は無効理由より軽い瑕疵であるにもかかわらず、より軽い瑕疵である取消理由に基づく決議取消判決が、より重い瑕疵である無効理由に基づく決議無効確認判決よりも広い範囲に判決効が及ぶというのは理解し難いこと (KölnKomm/Zöllner, § 249 Rn. 40)、実務上、無効確認申立てが主位的、取消申立てが予備的になされるが、主位的請求認容の場合の判決効が、予備的請求認容の場合よりも狭いということは理解し得ないこと (MünchKommAktG/Hüffer³, § 249 Rn. 25)、判決確定後はもはや無効をもたらす方策が重要なのではなく、実体法上の評価が重要なものであり、相対的にのみ及ぶ無効であることを支持するものは何もないこと (Hüffer, a.a.O. (Fn. 58) § 249 Rn. 17) などが挙げられている。BGH Urt. v. 17.2.1997, BGHZ 134, 364= NJW 1997, 1510, 1511; BGH Urt. v. 13.10.2008, NJW 2009, 230; KölnKomm/Zöllner, § 249 Rn. 40f.; MünchKommAktG/Hüffer³, § 249 Rn. 25; Hüffer, a.a.O. (Fn. 58) § 249 Rn. 17; Noack, a.a.O. (Fn. 61) S. 96. これに対して、von Godin/Wilhelmi, a.a.O. (Fn. 61) § 249 Anm. 4は、決議無効確認判決に第三者に及ぶ判決効を否定し、Baumbach/Hueck, Aktiengesetz, 13. Aufl., 1968, § 249 Rn. 4は、第三者は、たとえ実際に決議が無効でなかったとしても、決議無効確認判決が少なくとも将来にわたって決議を除去したという事実を承認しなければならないと述べるにとどまる。

決議無効確認訴訟 (および決議取消訴訟) の訴訟物と確認訴訟一般の訴訟物との関係が必ずしも明らかではないため、株式法248条1項第1文の既判力拡張とここで認められている対世効とは、効力が及ぶ範囲が違っただけで同じ内容であるのか否かも明らかではない。しかし、このような対世効を明文の規定なく決議無効確認判決に認めるのであれば、決議無効確認訴訟を確認訴訟とすることにますますそぐわないものであり、端的に形成訴訟との方が理論的には素直ではないかとも思われる。なお、決議無効確認判決の対世効については、K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 64) S. 735も参照。

73) 前者につき、MünchKommAktG/Hüffer³, § 246 Rn. 21、後者につき KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 48ff., 83ff.; § 249 Rn. 25f.

消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物が同一であるとするに対する批判があるが⁷⁴⁾、民事訴訟法での一般的見解との整合性がほとんど全く検討されていないという問題もある。すなわち、確認訴訟の訴訟物は、法律関係・権利の存否等であり、形成訴訟の訴訟物は、後述のとおり、私法上の形成権を基礎とするという、民事訴訟法での一般的見解との整合性が本来検討されなければならないにもかかわらず、株式法での議論は、何らこの点に触れられておらず、また、訴訟物の定義自体もあいまいにしかなされていない⁷⁵⁾。

これに対し、Karsten Schmidt は、通説と同様、対世的効力を伴う決議の無効を目的とし、最終的な効果として決議の無効が生じることや、判決効はすべての者に及ぶこと等を理由としつつも、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟とをいずれも破毀の訴え (die kassatorische Klage) に属する形成訴訟ととらえている⁷⁶⁾。形成訴訟のメルクマールからすれば、無効理由を有する決議であっても、判決確定まで当該決議が無効であることを主張することができないことに

74) *Sosnitza*, Nichtigkeits- und Anfechtungsklage im Schnittfeld von Aktien- und Zivilprozeßrecht, NZG 1988, 335, 337; *Großkomm/K. Schmidt*, § 249 Rn. 3. 訴訟物に権利保護形式が含まれるとすれば、訴訟物は異なることになる。

75) 1997年2月17日付け連邦通常最高裁判所判決も、具体的な訴訟物の内容については明示的な判断がないが、同判決が述べる「すべての者に対する効力を有する裁判による決議の無効の明確化」を求める原告の要求であると定義するものもある

(*MünchKommAktG/Hüffer*³, § 246 Rn. 18; *Raiser*, in: *Ulmer/Habersack/Winder*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung *Großkommentar*, Bd.2, 2006 (zitiert; *GroßkommGmbHG/Raiser*), Anh. § 47 Rn. 216)。

また、例えば、*Zöllner* は、訴訟物を「株主総会決議が瑕疵を有すること (Mangelhaftigkeit)」(*KölnKomm/Zöllner*, § 246 Rn. 85) または「裁判によって株主総会決議が瑕疵を有すること (Mangelhaftigkeit) の明確化をもたらすという訴訟上の目的」(*Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 20. Aufl., 2013, Anh. § 47 Rn. 166) として、株主総会決議の違法性という形成要件に相当するものを訴訟物とするのかのように述べる一方で、訴訟物を「株主総会決議の違法性に基づく裁判による無効の確定 (Statuierung)」(*KölnKomm/Zöllner*, § 246 Rn. 84, § 249 Rn. 26) と述べるとともに、規範となる取消理由は訴訟物ではないとしており (*KölnKomm/Zöllner*, § 246 Rn. 20)、明確ではない。

論説 (大瀧)

なるはずであるが⁷⁷⁾、Karsten Schmidt は、決議無効確認訴訟によらないで無効を主張すること（株式法 249 条 1 項第 2 文参照）を許容するため⁷⁸⁾、決議無効確認訴訟を形成訴訟と解することとの整合性、あるいは、形成訴訟のメルクマール自体を再検討する必要性が問題となる。

ウ 次に、訴訟物の同一性を画する基準について、株式法の通説は、給付訴訟・確認訴訟についての判例・通説である二分肢的訴訟物概念（der zweigligedrige Streitgegenstandsbegriff）⁷⁹⁾、すなわち、訴訟物は、申立ておよび申立てを理由づけるために主張される生活事実を同等の要素として、その双方によって構成されるという見解を前提として、それをそのまま形成訴訟に転用している。すなわち、株式法の通説は、訴訟物は、原告が主張する事実に基づいて、ある特定の株主総会決議⁸⁰⁾の無効宣言（または無効の明確化）を求める原告の要求（Begehren）であると解する⁸¹⁾。この見解によると、訴訟物は、訴えの申立て

76) K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 61) JZ S. 769f.; ders, a.a.O. (Fn. 64) S. 733f., 736; Großkomm/K. Schmidt, § 241 Rn. 3f., § 246 Rn. 5, § 249 Rn. 3ff., 20; Scholz/K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 65) § 45 Rn. 45f., 91.

GroßkommGmbHG/Raiser, Anh. § 47 Rn. 211, 214 も、破棄の訴えという上位概念で決議取消訴訟と決議無効確認訴訟を包括することを認めるが、決議無効確認訴訟が形成訴訟であるのかについては必ずしも明らかにしていない。このほか、決議無効確認訴訟、決議取消訴訟および消極的決議確認訴訟を Beschlußmängelklage として包括する見解として、Noack, a.a.O. (Fn. 61) S. 88ff.

K. Schmidt の見解に対しては、無効理由を帯びる決議は、実体法上当初から無効であるから確認訴訟であり、取消理由を帯びる決議は、実体法上取り消されるまで有効であるから形成訴訟であるという前提に立つ通説からは、判決確定前の無効と取消しについての実体法上の差異を消し去るものであるという批判がなされている（Hüffer, a.a.O. (Fn. 61) § 249 Rn. 7. Vgl. MünchKommAktG/Hüffer³, § 249 Rn. 4, § 246 Rn. 16.）。しかし、無効と取消しとの実体法的観点からの区別が、確認訴訟と形成訴訟の区別に直結するとは直ちに言えないように思われる。

77) Schlosser, a.a.O. (Fn. 46) S. 26, 37.

78) Großkomm/K. Schmidt, § 249 Rn. 7f. この形成訴訟のメルクマールは会社法では一定の変更が必要であることを論じるものとして、Noack, a.a.O. (Fn. 61) S. 103ff.

79) Statt aller Stein/Jonas/Roth, a.a.O. (Fn. 43) vor § 253 Rn. 11, 18ff.; MünchKomm/Becker-Eberhard, vor § 253 Rn. 32ff.

で示される取消しにかかる株主総会決議および決議の取消しを理由づける生活事実によって、訴訟物が画されるため、異なる株主総会決議を対象とする場合だけでなく、同一の株主総会決議を対象とする場合であっても、異なる生活事実に基づく場合には、訴訟物が複数となる⁸²⁾。また、決議取消訴訟で請求棄却判決が確定しても、前訴とは異なる生活事実に基づく限り、同一の株主総会決議について決議取消訴訟を提起することは既判力によって妨げられないことになる⁸³⁾。

取消理由 (Anfechtungsgrund) と生活事実との関係を意識的に明示している見解があまり見られず、取消理由をこれに該当する事実とほぼ同義のものと理解しているように思われるものが散見される⁸⁴⁾中で、Karsten Schmidt は、取消理由が法的観点から主張されるものであって、生活事実とは異なるものであることを前提としつつ、同一の株主総会決議である限り、複数の取消理由に

80) 後述の形成対象の繰返しという問題とも関連するが、ここでいう株主総会決議は、同一の瑕疵を有する抽象的な株主総会決議ではなく、(日時等で特定される) 具体的な株主総会決議のことである。K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 61) JZ S. 773; Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 61.

81) Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 61; MünchKommAktG/Hüffer³, § 246 Rn. 18; Hüffer, a.a.O. (Fn. 58), § 246 Rn. 12; Bork, Streitgegenstand der Beschlussmängelklage im Gesellschaftsrecht, NZG 2002, S. 1094; M. Schwab, a.a.O. (Fn. 59) S. 305; K. Schmidt/Lutter/M. Schwab, a.a.O. (Fn. 43) § 246 Rn. 1f.; Scholz/K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 65) § 45 Rn. 48, 152.

つまり、ここでいう「事実」とは、いわゆる二分肢説の意味における統一的な生活事実 (ein einheitlicher Lebenssachverhalt) をいう。Vgl. BGH Urt. v. 22.7.2002, BGHZ 152, 1, 4 = NJW 2002, 3465, 3466.

82) Großkomm/K. Schmidt, § 246, Rn. 57, 61; Bork, a.a.O. (Fn. 59) S. 612f.; ders, a.a.O. (Fn.

81) S. 1094; M. Schwab, a.a.O. (Fn. 59) S. 303ff.; K. Schmidt/Lutter/M. Schwab, a.a.O. (Fn. 43) § 246 Rn. 1f.

83) K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 61) JZ S. 772; Großkomm/K. Schmidt, § 248 Rn. 15; MünchKommAktG/Hüffer³, § 246 Rn. 25; Hüffer, a.a.O. (Fn. 58) § 246 Rn. 14; K. Schmidt/Lutter/M. Schwab, a.a.O. (Fn. 43) § 246 Rn. 3, § 248 Rn. 3.

84) Vgl. so etwa Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., 2011, § 37 Rn. 44f.; K. Schmidt/Lutter/M. Schwab, a.a.O. (Fn. 43) § 246 Rn. 3, § 248 Rn. 3.

論説 (大淵)

基づいていても、それらが同一の生活事実に基づく限り、訴訟物は1つであるとしている⁸⁵⁾。厳密には、このように取消理由と生活事実とは異なる概念として理解するのが適切であろう。

これに対して、少数説は、二分肢説に立ちつつ、決議取消訴訟の訴訟物は、取消し（および無効）を理由づけるすべての瑕疵を包含すると考える⁸⁶⁾。

2002年7月22日付け連邦通常最高裁判所判決⁸⁷⁾も、少数説に従うことを明らかにした。この事案では、株主である原告が、同日になされた3つの株主総

85) Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 57; Scholz/K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 65) § 45 Rn. 152, 154. また、提訴期間経過後の取消理由の提出の可否という文脈で述べられているものとして、Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 24.

判例 (BGH Urt. v. 23.5.1960, BGHZ 32, 318, 323) も、提訴期間経過後の取消理由の提出という文脈において、取消理由を法的評価であるとして、(生活事実かどうかはともかく) 事実レベルとは異なるものととらえている。

86) KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 20, 47ff.; Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O. (Fn. 75) Anh. § 47 Rn. 166f.

Arens, a.a.O. (Fn. 41) S. 46ff., insb. S. 50, 96f. は、形成訴訟一般については、二分肢説の立場を採りつつ、ある特定の株主総会において起こったすべての出来事を、1つの歴史的事実、ひいては1つの請求原因事実であるとする見解は、広すぎるとして批判する。その上で、請求原因事実の範囲を、申立てを理由づけるために主張されたものに限定することが必要であり、それは、取消権を与える法律・定款違反をもたらす作為または不作為であるとする。仮に、この Arens の見解が、(法律・定款違反には関係のない事実を除いた) 法律・定款違反をもたらす得るすべての事実という趣旨であれば、判例および少数説との違いは、ほとんどないことになる。

これに対して、形成訴訟一般について、訴訟物の範囲を原告の申立てによってのみ画する一分肢説を採る見解として、Prütting, a.a.O. (Fn. 70) S. 1280f. すべての訴訟類型について一分肢説を採る見解として、Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1954, S. 183ff., 199f.; ders., Noch einmal: Bemerkungen zum Streitgegenstand, in: Festschrift für Lücke, 1997, S. 794ff. ただし、Schwab は、前訴で提出された訴訟資料とは関係のない新たな事実は、それが前訴で主張できたものであったとしても既判力によって排除されないとした上で、排除される事実であるか否かは、新たな生活事実であるか否かではなく、確定判決によって確定される前訴の事実に対向しているか否かによって決せられ、形成訴訟でも、離婚訴訟等の例外を除いて、同様であるとする。Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, S. 161f., 165ff., 171f., 179ff.

会決議に対して決議無効確認訴訟および決議取消訴訟を提起したが、この訴えは、通説でいえば、3つの事実群(生活事実)に基づいていた。そのうち1つ(株主総会が株式法121条3項に違反して召集されたこと)はすべての株主総会決議に関係していたが、それ以外の2つ(株式供託の期間計算が定款に違反していること、コンツェルンの決算書および状況報告書を作成していないこと)は2つの株主総会決議のみに関連するものであった。第一審では、請求棄却判決がなされ、原告が控訴したが、控訴理由書において、後者の2つの理由については、第一審でなされた主張を指摘しただけであり、2002年改正(BGBI. 2001 I S. 1887)前の民事訴訟法旧519条3項2号に違反していた。そこで、控訴審は、同号違反の2つの理由について控訴を却下し、それ以外の理由については欠席判決によって控訴を棄却した。それぞれの理由が異なる生活事実に基づいているため、複数の訴訟物があると解する場合には、それぞれについて、同号に従った理由付けがなされなければならない、控訴審判決のように訴訟物ごとの処理が可能であるが、1つの訴訟物であると解する場合には、同号違反ではないから、控訴は適法であることになる。上記連邦通常最高裁判所判決は、次のように述べて、決議の成立が基礎とする状況全体を1つの統一的な生活事実であるとした。すなわち、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物には、株主総会決議に付着し、裁判による無効の明確化をもたらすすべての瑕疵が包含される。決議の成立が基礎とする状況全体が1つの統一的な生活事実であり、それが両訴訟の請求原因の一部を構成する。請求原因のそれ以外の部分は、この状況の1

(前頁より続き)

また、訴訟物が機能する場面ごとに相対的な訴訟物概念を採用し、すべての訴訟類型につき既判力の場合を除いて一分肢説を採るものとして、Stein/Jonas/Roth, a.a.O. (Fn. 43) vor § 253 Rn. 46ff., insb. Rn. 64 (ただし、決議無効確認訴訟の場合には、既判力についても一分肢説をとる)。

87) BGH Urt. v. 22.7.2002, BGHZ 152, 1, 3ff. = NJW 2002, 3465, 3466; LG Frankfurt Urt. 9.3.2004, NZG 2004, 672, 673.

2002年7月22日付け連邦通常最高裁判所判決以前には、通説に従い、生活事実ごとに訴訟物が異なるとする判例がある。BGH Urt. v. 8.11.1993, ZIP 1993, 1867, 1871.

論説 (大測)

つまりは複数が瑕疵を有すること（その瑕疵は、その状況が法律違反または定款違反であることからたたらされる）から構成される。これらの要素を含む、決議が瑕疵を有するという請求原因および裁判によってそれを明確化するという訴訟上の要求によって、両訴訟の訴訟物が構成される。

このように解する場合、訴訟物は、申立てに係る株主総会決議ごとに画されることになり、同一の株主総会決議に対して異なる取消理由が主張されても、取消理由ごとに訴訟物が別個になるわけではない⁸⁸⁾。また、そもそも原告が主張する事実によって訴訟物が限定されないため⁸⁹⁾、同一の株主総会決議に対して異なる生活事実が主張されたとしても、訴訟物は別個にならない。そのため、決議取消訴訟で請求棄却判決が確定した場合には、同判決の既判力により、原告は、同一の株主総会決議に対する別の瑕疵に基づいて訴えを提起することはできない⁹⁰⁾。

上記連邦通常最高裁判所判決の理解の仕方は分れており、決議取消訴訟および決議無効確認訴訟についてのみ、いわゆる申立てだけで訴訟物の範囲を画する一分肢説を採用していると解する立場⁹¹⁾と、あくまで二分肢説にたちつつ、事実について広く捉えているにすぎないとする立場⁹²⁾とがあるが、判決文を読

88) KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 51f.; 56; Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 57.

89) Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O. (Fn. 75) Anh. § 47 Rn. 167.

90) KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 47. 前述のとおり、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物は同一であるというのが Zöllner および連邦通常最高裁判所の立場であるため、決議無効確認訴訟の提起も既判力に抵触することになる。

ただし、決議取消訴訟は1か月の提訴期間内に提起されなければならないため、後訴の既判力による抵触が問題となるのは、實際上、決議取消訴訟において請求棄却判決がなされた後に、同一原告が決議無効確認訴訟をあらためて提起する場合に限られる。別の原告が決議無効確認訴訟を提起することは、前訴の請求棄却判決の既判力によって妨げられないため、同一の株主総会決議に関して、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物を同一であるとするによる影響をそれほど大きいものではないともいえる。Sosnitza, a.a.O. (Fn. 74) S. 338.

91) Roth, a.a.O. (Fn. 61) Bl. 2235; Prütting, a.a.O. (Fn. 70) S. 1278.

92) Bork, a.a.O. (Fn. 81) S. 1094; Bub, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22.7.2002, AG 2002, S. 679; K. Schmidt/Lutter/M. Schwab, a.a.O. (Fn. 43) § 246 Rn. 1.

む限りでは、後者と解するのが素直であるように思われる。ただし、上記連邦通常最高裁判所判決の事案では、通説の見解でも対処することができ、必ずしも訴訟物の問題を論じる必要はなかったとの指摘もなされている⁹³⁾。

民事訴訟法の学説においても、形成訴訟一般について、二分肢的訴訟物概念を妥当させるものが多いようであるが、後述のとおり、1つの生活事実ととらえる範囲が論者によって異なるため、具体的な帰結は必ずしも一致しない。この訴訟物の同一性を画する基準については、構成要件や私法上の形成権との関係も含めて後ほど検討する。

以上の訴訟物の議論とは、別レベルの問題として、提訴期間経過後の新たな取消理由の提出の可否という問題があるが、前述のとおり、決議無効確認訴訟および決議取消訴訟の訴訟物に関する連邦通常最高裁判所の見解が変更されたことに関連して1点だけ付言する。通説および判例は、提訴期間経過後は新たな取消理由を提出することはできず、提訴期間内に取消しを理由づけるために必要な事実をすべて主張しなければならないが、(取消理由と構成していなくても) 提訴期間内にその本質的な事実の核心について主張されていればよいとしていた⁹⁴⁾。しかし、前述のとおり、2002年7月22日付け連邦通常最高裁判所判決が、決議取消訴訟と決議無効確認訴訟の訴訟物には、株主総会決議に付

93) Bub, a.a.O. (Fn. 92) S. 679.

94) BGH Urt. v. 23.5.1960, BGHZ 32, 318; BGH Urt. v. 9.11.1992, BGHZ 120, 141, 156 = NJW 1993, 400, 404; BGH Urt. v. 5.4.1993, BGHZ 122, 211 = NJW 1993, 1976, 1977; BGH Urt. v. 12.1.1998, BGHZ 137, 378 = NJW 1998, 1559, 1561 (この判例は、さらに、やむを得ない事情によって株主が提訴期間前に取消理由を主張し得なかったか否かをも問題としている); Baumbach/Hueck, a.a.O. (Fn. 72) § 246 Rn. 4; von Godin/Wilhelmi, a.a.O. (Fn. 61) § 246 Anm. 2; Großkomm/Schilling, § 246 Anm. 4; Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 22ff., Rn. 61; Scholz/K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 65) § 45 Rn. 145; MünchKommAktG/Hüffer³, § 246 Rn. 44f.

これに対して、通説・判例に反対する Zöllner は、原告は、提訴期間内に、決議の無効宣言を求める申立てを行うこと、および原告自身の考えによれば訴えの要求を理由づける事実を主張することで十分であり、原告は、訴訟係属中いつでも上記事実を補足することができる。KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 18ff.; Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O. (Fn. 75) Anh. § 47 Rn. 156f.

論説 (大淵)

着する、裁判による無効の明確化をもたらすすべての瑕疵が含まれるという見解を採用したため、提訴期間内に何らかの瑕疵を理由として決議取消訴訟を提起するだけで、その経過後に別の瑕疵を提出できることになり、法的安定性を図ろうとする株式法246条1項の目的とは相容れないと批判されることがあった⁹⁵⁾。そこで、2005年3月14日付け連邦通常最高裁判所判決⁹⁶⁾は、この懸念を明確に否定し、決議取消訴訟の場合には、提訴期間内に、原告がそれに基づいて決議の取消しを導こうとする(2002年の連邦通常最高裁判所判決によれば決議取消訴訟の請求原因の一部となる決定的な)生活事実が主張されなければならないと解しており、同判決以前の通説・判例と同様の見解を維持していることに注意が必要である。

エ 最後に、決議取消訴訟において請求認容判決確定後、同一事情の下でなされた、同一内容・同一瑕疵を有する新たな株主総会決議に対しても、決議取消訴訟の既判力が及ぶのかという問題があり、これらは、決議取消訴訟の訴訟物をどのように解するかという問題に関わる。また、決議取消訴訟の係属中に、同一事情の下で、同一内容・同一瑕疵を有する新たな株主総会決議がなされた場合、当該決議について審理の対象とするには、訴えの変更または新訴が必要であるかということも別途問題となる⁹⁷⁾。この問題は、本稿での議論の前提としてしておく必要性はないので、問題点の指摘にとどめたい。

以上が、決議取消訴訟に特有の訴訟物についての主な議論であるが、これらを前提としつつ、決議取消訴訟における類似必要的共同訴訟の成否についての議論を見ていくこととする。なお、決議取消訴訟において、決議の性質によっては、決議の一部のみを取り消す余地があることが論じられているが、本稿では決議の一部取消しを検討の対象とはしない⁹⁸⁾。

95) *Bork*, a.a.O. (Fn. 81) S. 1094.

96) BGH Urt. v. 14.3.2005, NZG 2005, 479, 480f.

97) 旧決議を追認する決議がなされたが(株式法244条)、それが旧決議と同一瑕疵を帯びる場合も同様のことが問題となる。

(3) 株主総会決議取消訴訟における類似必要的共同訴訟に関する議論状況と
問題の所在

ア 通説⁹⁹⁾・判例¹⁰⁰⁾は、複数の原告が提起する決議取消訴訟が類似必要的共同訴訟となることを認めている。ただし、(日時等で特定された)具体的な株主総会決議ごとに訴訟物は異なることになるため、同一の株主総会決議を対象とする訴えであることが必要となる¹⁰¹⁾。また、それぞれの原告が主張する取消理由が同一か否かにかかわらず、類似必要的共同訴訟となると述べられることが多いが、この点は、後述のとおり、訴訟物の同一性を要件とするのであれば、前記(2)ウで検討した問題で、どの見解に立つかによって、厳密には類似必要的共同訴訟になるかが異なることになる¹⁰²⁾。

決議取消訴訟における類似必要的共同訴訟の成否に関連して、我が国とドイツとでは若干異なる点がある。通説・判例は、取消権限を有する者であるかどうかは、本案審理に属する問題であると理解され、取消権限がない者による訴えは、訴え却下ではなく、請求棄却されるとしている¹⁰³⁾。また、提訴期間

98) 一部取消しについては、KölnKomm/Zöllner, § 241 Rn. 63f., § 248 Rn. 38ff.; Großkomm/K. Schmidt, § 241 Rn. 27, § 243 Rn. 69; MünchKommAktG/Hüffer³, § 241 Rn. 90ff., § 248 Rn. 37.

99) Nikisch, a.a.O. (Fn. 52) § 110 II 2a, b (S. 439); Schwab, a.a.O. (Fn. 38) S. 277ff.; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., 1974, § 29 II 1b (S. 279f.); Gottwald, a.a.O. (Fn. 52) S. 64, 67; Schütze in: Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, 3. Aufl., Bd.1, Teilbd. 2, 1994, § 62 Rn. 17; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O. (Fn. 30) § 49 Rn. 14f.; Jauernig/Hess, a.a.O. (Fn. 84) § 82 Rn. 6f.; Schultes in: Krüger/Rauscher, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Bd. 1, 2013 (zitiert: MünchKomm/Schultes⁴), § 62 Rn. 5, 8f.; Bork in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., Bd.1, 2014, § 62 Rn. 7f.

株式会社について、KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 88; Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 29; MünchKommAktG/Hüffer³, § 246 Rn. 7.

100) BGH Urt. v. 5.4.1993, BGHZ 122, 211 = NJW 1993, 1976, 1983; BGH Urt. v. 1.3.1999, NJW 1999, 1638, 1639.

101) Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 29; Scholz/K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 65) § 45 Rn. 155; MünchKommAktG/Hüffer³, § 246 Rn. 7.

論説 (大淵)

経過後に提起される決議取消訴訟についても、通説・判例によれば、(訴訟物の範囲内において、無効理由が認められるため、決議無効確認判決がなされる場合は別として) 訴え却下ではなく、請求棄却がなされることになる¹⁰⁴⁾。そのため、複数の株主が決議取消訴訟を提起する場合でも、一部の株主との関係では、取消権限を欠く者による訴えまたは提訴期間経過後の訴えであるとして請求棄却判決がなされ、他の株主との関係では請求認容判決がなされることになってしまうが、このような結果は、類似必要的共同訴訟での合一的確定には反しないと解されている¹⁰⁵⁾。

類似必要的共同訴訟にあたるとする理由としては、決議取消判決の既判力は、株式法248条1項第1文により、同文に規定する者に対して有利にも不利にも及ぶから、取消しに係る決議について合一的にのみ判断されなければならないと説明されるのが一般的である¹⁰⁶⁾。ここでいう合一的確定が、具体的にはどのようなことであるのかについて、Schwabの議論を取り上げて見ていくこととする。

イ この問題について詳細に論じている Schwab は、まず類似必要的共同訴訟における必要的合一的確定が要請される場合がいかなる場合かについて、既

102) Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 29は、それぞれの原告が主張する取消理由が同一か否かは、類似必要的共同訴訟の成否にとって重要ではないとするが、前述のとおり、二分肢説を前提にする立場に立つのであるから、厳密には、それぞれの原告が主張する生活事実が異なる場合には、類似必要的共同訴訟が成立しないと解すべきことになると思われる。KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 20, 56も参照。

古い学説では、決議取消訴訟について、取消理由が同一か異なるかによって、類似必要的共同訴訟となるか否かを考える見解も散見される。例えば、Förster/Kann, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl., Bd.1, 1913, § 62 Anm. 2 a cc (S. 214)。

103) BGH Beschl. v. 11.6.2007, AG 2007, 863, 864f.; KölnKomm/Zöllner, § 245 Rn. 2; MünchKommAktG/Hüffer³, § 245 Rn. 3; Hüffer, a.a.O. (Fn. 58) § 245 Rn. 2。

104) OLG Frankfurt Urt. v. 13.12.1983, AG 1984, 110, 111; KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 6; Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 13, 25; MünchKommAktG/Hüffer³, § 246 Rn. 36。

105) KölnKomm/Zöllner, § 246 Rn. 88; MünchKommAktG/Hüffer³, § 246 Rn. 7。

106) Vgl. so etwa Großkomm/K. Schmidt, § 246 Rn. 29; MünchKommAktG/Hüffer³, § 246 Rn. 7。

に *Lent* によって同様のことが言及されていたところであるが¹⁰⁷⁾、「別々の訴訟であるときにも、異なる判決が法律上の理由から考えられない場合には、当然、共同訴訟では、判決が必ず合一的になされなければならない」という原則をまず定立する。この原則の要件が充たされるのは、(相互に既判力を拡張し合う関係にあることを前提として) 前後する別々の訴訟において、前訴判決の既判力が後訴に及ぶ場合であるが、*Schwab* は、次のように、片面的に既判力が拡張される場合にもこの原則が妥当するかについて検討する。まず、複数の株主が提起する決議取消訴訟および決議無効確認訴訟等を念頭に置きつつ、①別訴が可能であるか、また、②別訴が可能であるとして、異なる判決を下すことができるかを問題とし、これらをいずれも肯定する。ただし、別訴で異なる判決を下すことができるのは、前訴で原告が敗訴した場合だけであって、前訴で原告が勝訴した場合には、前訴判決の既判力が拡張され、その結果、後訴はもはや問題とならないとする¹⁰⁸⁾(この点は、前訴の既判力が後訴に拡張されることを理由とするようにも読めるが、厳密には、既判力以前に、形成力によって、後訴は問題にならないのではないかと解される¹⁰⁹⁾)。

そうすると、片面的に既判力が拡張される場合には、前後する別々の訴訟において異なる判決を下すことが可能であるために、冒頭で定立された原則からすると、この場合には、合一的確定の必要性が否定され、類似必要的共同訴訟であることが否定されなければならないようでもある。しかし、別々の訴訟において異なる判決がなされる場合(つまり、前訴では請求が棄却され、後訴では要求された形成または確認が実現された場合)でも、既判力の拡張が生じ、後訴判決の既判力が、前訴の当事者に対しても及ぶ。それゆえ、片面的な既判

107) *Lent*, a.a.O. (Fn. 31) S. 61f.

108) 以上、*Schwab*, a.a.O. (Fn. 38) S. 276ff.

109) 形成訴訟の場合には、前訴で請求認容判決がなされると、後訴については、訴訟終了宣言がなされることになる。*Lent*, a.a.O. (Fn. 31) S. 49; *Hassold*, a.a.O. (Fn. 52) S. 59f.

なお、厳密に言えば、前訴で請求認容判決が確定したときに、後訴の口頭弁論が既に終結していた場合は、やはり既判力の抵触が問題となり得る。

論説 (大淵)

力の拡張によって、内容的に異なる確定判決の矛盾が起こるという結果となるのである。前後する別々の訴訟において、このような回避することができない確定判決の矛盾は、共同訴訟において、阻止されなければならない。Schwab は、以上のように論じて、片面的に既判力が拡張される場合には、このような判決の矛盾を阻止するために、法律上の理由からその判決は合一的になされる必要があり、類似必要的共同訴訟にあたると結論づける¹¹⁰⁾。

しかし、通説は、既判力が訴訟物の範囲で生じると解しているため（民事訴訟法 322 条 1 項）¹¹¹⁾、この Schwab の議論をより厳密に検討するのであれば、既判力の主観的範囲が拡張されるとしても、前訴判決と後訴判決との間に既判力の抵触が生じるか否かについては、その前提として、訴訟物の同一性があるかを考える必要がある。なぜなら、訴訟物が同一であるからこそ、1 人の共同訴訟人に対してなされる判決の既判力が、他の共同訴訟人に拡張される場合に、既判力の抵触が問題となり得るのであって、逆に、訴訟物が同一でなければ、既判力の抵触は問題とならない（ここでは、1 人の共同訴訟人に対してなされる判決の訴訟物が、他の共同訴訟人の訴訟での訴訟物の前提問題となっているということが考えられない）。通説も、類似必要的共同訴訟を認めるためには、1 人の共同訴訟人に対する判決の既判力が他の共同訴訟人に拡張されるだけでなく、両訴訟における訴訟物の同一性を必要としており、形成訴訟についても別異には解されていない¹¹²⁾。

したがって、この場合に既判力の抵触があるのかについては、決議取消訴訟の訴訟物を具体的に考える必要がある。形成訴訟である決議取消訴訟では、形成訴訟の訴訟物が問題となるが、形成訴訟の訴訟物は、非常に難しい問題であ

110) 以上、Schwab, a.a.O. (Fn. 38) S. 279f. Hassold, a.a.O. (Fn. 52) S. 56f. も同旨。

111) Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O. (Fn. 30) § 153 Rn. 1f.; Gottwald, in: Krüger/Rauscher, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Bd. 1, 2013 (zitiert; MünchKomm/Gottwald⁴⁾), § 322 Rn. 112; Musielak in: Musielak, Zivilprozessordnung Kommentar, 11. Aufl., 2014, § 322 Rn. 16.

訴訟物と既判力の範囲を一致させない見解として、Stein/Jonas/Leipold, a.a.O. (Fn. 44) § 322 Rn. 92ff.

るため、我が国だけでなく、ドイツにおいても、議論が錯綜している状態にあるといつてよい。もちろん本稿で形成訴訟の訴訟物の議論そのものを十分論じることにはできないが、この訴訟物も含めて類似必要的共同訴訟の成否が検討がされている Henckel の議論を踏まえつつ、形成訴訟の訴訟物の議論がどのように類似必要的共同訴訟の成否に影響し得るのかについて検討してみたい。ちなみに、ドイツにおいても、筆者が調査する限り、Henckel 以外には、形成訴訟の訴訟物を踏まえた類似必要的共同訴訟の詳細な検討がなされていないようである。

ウ それでは、形成訴訟の訴訟物が、類似必要的共同訴訟の議論にどのように関わるのであろうか。株式法 248 条 1 項第 1 文で規定される効力が、既判力の拡張であることを前提とする場合、類似必要的共同訴訟の要件においてどのような問題を検討しなければならないのかについて述べることにする。

ここでの問題意識は、形成訴訟の訴訟物が、当事者によって個別化されるかどうかという点である。すなわち、形成訴訟の訴訟物を、私法上の形成権あるいは公法上の主観的権利とする場合またはこれらを基礎とする場合には、当事者によって訴訟物が個別化されるため、1 人の共同訴訟人の訴訟における訴訟物と、他の共同訴訟人の訴訟における訴訟物との間に同一性がないということになり、既判力の拡張がなされても、既判力の抵触が生じないことになる。つまり、共同訴訟人の 1 人が有する私法上の形成権または公法上の主観的権利の存在（これらを基礎とすると考える場合には、訴訟物を権利主張

112) Schwab, a.a.O. (Fn. 38) S. 277ff.; Henckel, a.a.O. (Fn. 46) S. 200ff.; Lindacher, a.a.O. (Fn. 52) S. 382; Winte, a.a.O. (Fn. 37) S. 16f., 35; Wiczorek/Schütze/Schütze, a.a.O. (Fn. 99) § 62 Rn. 26; MünchKomm/Schultes⁴, § 62 Rn. 5; Stein/Jonas/Bork, a.a.O. (Fn. 99) § 62 Rn. 6. Vgl. auch Hassold, a.a.O. (Fn. 52) S. 17f.

なお、Lent は、形成訴訟に既判力を認めないが、既判力拡張を理由とする場合には、訴訟物の同一性があることも必要としている。Lent, a.a.O. (Fn. 31) S. 45ff.

本稿では触れないが、類似必要的共同訴訟の要件として、訴訟物の同一性のみで足りるかという問題があり、かつては有力であったが、現在では、ごく少数説である。学説・判例の状況について、Schwab, a.a.O. (Fn. 38) S. 273; Hassold, a.a.O. (Fn. 52) S. 19f. 参照。

論説 (大淵)

(Rechtsbehauptung)ではなく要求(Begehren)であるとする立場からは、厳密には原告の要求の存在)についての判決の既判力が、他の共同訴訟人に拡張されるとしても、他の共同訴訟人が有する私法上の形成権または公法上の主観的権利との関係では、なんら既判力の抵触がないことになる。これに対し、当事者によって個別化されない形成要件を訴訟物とする場合には、(ここでは、形成要件ごとに訴訟物が異なるのか、形成要件が異なっても1つの訴訟物しかないのかという問題をいったん捨象して、同一の訴訟物であるとすれば)1人の共同訴訟人の訴訟における訴訟物と、他の共同訴訟人の訴訟における訴訟物との間に同一性が認められる。したがって、共同訴訟人の1人に対する判決の既判力が、他の共同訴訟人に拡張されると、既判力の抵触が生じ得る。ただし、形成要件を訴訟物と解する場合には、当事者によって個別化されないため、既に共同訴訟人の1人が形成訴訟を提起していた場合、他の共同訴訟人が形成訴訟を提起することは、前訴の訴訟係属(民事訴訟法261条)に抵触するのではないかという問題が別途生じることになる。ドイツにおいても、私法上の形成権と形成要件とは、交換可能なものであるかのように同義に用いられることがある¹¹³⁾。しかしながら、形成要件は、私法上の形成権を生じさせるものであるとすると、形成要件の存否は、あくまで私法上の形成権の前提問題にすぎないことになり、両者は本来厳密には区別すべきではないかと考える。そして、より重要であるのは、ここでいう形成要件の定義であると思われるが、本稿では、形成要件に該当する具体的事実ではなく、形成判決がなされるための構成要件をいうものと解することとする。

エ 株式法の学説・判例では、形成訴訟の訴訟物を、私法上の形成権(あるいは公法上の主観的権利)とする、もしくはこれらを基礎とするのか、または、形成要件とするのかという観点で、決議取消訴訟の訴訟物が議論されることは、ほとんどないといってもよい。株式法の通説・判例は、株主の取消権

113) Vgl. so etwa A. Blomeyer, a.a.O. (Fn. 30) § 38 III (S. 224), § 94 IV 1 (S. 530), § 89 IV (S. 498); Stein/Jonas/Roth, a.a.O. (Fn. 43) vor § 253 Rn. 107; MünchKomm/Gottwald⁴, § 322 Rn. 185f.

限 (Anfechtungsbefugnis) は、取消権 (Anfechtungsrecht) に基づくものであり、取消権とは、私法上の形成権 (Gestaltungsrecht) であると解している¹¹⁴⁾。ただし、取消権限の文脈で述べられる取消権なるものの概念には、形成訴訟の訴訟物として論じられる (具体的な形成要件の存在を前提とする) 私法上の形成権とは違うニュアンスのものが入り込んでいるように思われる。つまり、取消権限の文脈で論じられる取消権は、(おそらく具体的な形成要件の存在を前提としない、いわば「抽象的な」) 株主たる地位から生じる管理権であるとも説明されており¹¹⁵⁾、そのようなものにすぎないのであれば、取消権限の文脈でいう取消権は、厳密には、訴訟物で問題とする私法上の形成権とは違うものといえるように思われる。歴史的には、確かに、法律および定款の規定に従った会社の経営を求める株主の権利が、決議取消訴訟における取消権の理論的基礎となっていたことは認められるが¹¹⁶⁾、それと訴訟物との関係は慎重に検討する必要がある。このことが影響しているのか否かは定かではないが、訴訟物での議論では、取消権限を私法上の形成権であるとしていることとの関係にはほとんど触れられていない。株式法の通説・判例は、取消権限の性質を上記

114) BGH Urt. v. 15.6.1992, NJW-RR 1992, 1388, 1389; KölnKomm/Zöllner, § 243 Rn. 11; Großkomm/K. Schmidt, § 245 Rn. 5f.; Boujong, Rechtsmißbräuchliche Aktionärsklagen vor dem Bundesgerichtshof, in: Festschrift für Kellermann, 1991, S. 1, 10.

また、MünchKommAktG/Hüffer³, § 243 Rn. 3, 8, § 245 Rn. 9 も、株主の取消権限を実体法上の形成訴権 (Gestaltungsklagerecht) であるとするが、その内容として述べるところは、私法上の形成権であると考えてよいと思われる。

115) KölnKomm/Zöllner, § 243 Rn. 9; MünchKommAktG/Hüffer³, § 245 Rn. 5f.

116) Lüke, Zum zivilprozessualen Klagensystem, JuS 1969, S. 301, 306 は、1877 年 10 月 20 日のライヒ上級商事裁判所判決 (ROHGE 23, 273, 275) が、会社とその株主のために、会社意思が法律および定款に従っていることを要求する株主の権利 (一般に法律違反または定款違反の決議に対する取消権 (Anfechtungsrecht) と言われている権利) が原則として存在すると認められ得ると述べており、法律および定款の規定に従った会社の経営を求めるこの株主の権利は、今日における株主の取消権 (Anfechtungsrecht) の「本来の基礎 (eigentliche Grundlage)」であるとする。MünchKomm/Becker-Eberhard, vor § 253 Rn. 44 も同旨。

石井照久「株主総会決議の瑕疵 (1)」法協 51 巻 1 号 (1933 年) 66-76 頁 (同「株主総会の研究」(有斐閣、1958 年) 所収)、岩原・前掲注 16) 398-401、412 頁参照。

論説（大淵）

のように理解することから、取消権限を有する者であるかどうかは、前述のとおり、本案審理に属する問題であると理解されているが、このような解釈には検討の余地があり、現に、取消権限を、正当な原告として決議取消訴訟を進行する権限として理解し、取消権限の有無を訴訟要件の問題とする見解も唱えられている¹¹⁷⁾。

したがって、民事訴訟法における形成訴訟の訴訟物の議論が中心にならざるを得ないが、ドイツでの形成訴訟の訴訟物をめぐる議論状況を踏まえて、Henckel の見解について検討を行う。

（おおぶち・まきこ 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授）

117) Großkomm/K. Schmidt, § 245 Rn. 6f., § 246 Rn. 10; K. Schmidt, Anfechtungsbefugnisse von Aufsichtsratsmitgliedern, in: Festschrift für Semler, 1993, S. 329, 332f.; Scholz/K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 65) § 45 Rn 127; K. Schmidt/Lutter/M. Schwab, a.a.O. (Fn. 43) § 245 Rn. 2.

ただし、K. Schmidt, a.a.O. S. 333 は、取消権限の性質をめぐるとの争いの背景には、“Gestaltungsklagerecht”の法的性質が、被告に対する実体法上の権利であるのか、国家に対する公法上の主観的権利であるのかの争いがあるとするが、両者の議論はレベルを異にするものであり、論理的に直結するものではないと解される。