

博士学位申請論文

公開会社株主代表訴訟制度の立法目的と制度設計

—アメリカ・日本・中国の比較法的考察—

関西学院大学法学研究科大学院研究員

阮 卿 斌

2012年5月31日

目次

序章 問題の設定

- 一 株主代表訴訟の経済的構造に内在する課題 - 7 -
- 二 会社の利益に反する株主代表訴訟の類型 - 8 -
 - 1 費用便益分析が不要な場合 - 8 -
 - 2 費用便益分析が必要な場合 - 8 -
 - (1) 主要立法目的間の競合関係 - 8 -
 - (2) 主要立法目的の評価基準 - 10 -
 - (3) 理想な主要立法目的の選択 - 11 -
- 三 本稿検討の対象と順序 - 12 -

第一章 アメリカ法

第一節 アメリカ法における株主の派生訴権の確立

- 一 イギリス判例法における株主派生訴訟制度の生成と消滅 - 14 -
 - 1 株式会社制度の生成と信託法理 - 14 -
 - 2 「代表訴訟」の利用による株主派生訴訟制度の確立 - 17 -
 - 3 会社内部事務不干涉原則の確立—資本多数決原則の採用 - 18 -
- 二 アメリカにおける株主派生訴訟制度の生成と発展 - 20 -
 - 1 株主派生訴訟制度の確立 - 20 -
 - 2 対象範囲の拡大 - 21 -
 - 3 アメリカにおける会社内部事務不干涉原則の確立—提訴請求要件の採用 - 22 -
 - 4 株主総会に対する提訴請求要件の放棄 - 23 -
- 三 検討 - 25 -
 - 1 株主派生訴権の法的根拠と制度の法構造 - 25 -
 - 2 株主総会の訴訟管理権限の剥奪 - 27 -

第二節 アメリカにおける制度の利用状況と濫訴防止策

- 一 制度の利用状況 - 28 -
- 二 代表の適切性要件 - 32 -
 - 1 要件の根拠と制定法の規定 - 32 -
 - 2 クラスアクションにおける代表の適切性要件との相違 - 33 -
 - (1) 訴訟手続の性質上の相違 - 33 -

- (2) 代表範囲上の相違 - 34 -
- 3 適切性の判断基準と判断要素 - 34 -
- 4 評価 - 36 -
- 三 行為時所有要件 - 37 -
 - 1 概要 - 37 -
 - 2 要件の目的 - 37 -
 - (1) 濫訴の防止 - 37 -
 - (2) 不当利得の防止 - 38 -
 - 3 要件に対する緩和措置 - 39 -
 - (1) 継続的不正行為理論による緩和 - 39 -
 - (2) 行為開示前所有理論による緩和 - 41 -
 - (3) 裁判所の裁量権拡大による緩和 - 42 -
 - 4 評価 - 42 -
- 四 担保提供制度 - 42 -
- 五 小括 - 44 -

第三節 アメリカ法における制度の主要立法目的の調整

- 一 取締役会に対する提訴請求要件 - 45 -
 - 1 提訴請求手続の役割 - 45 -
 - 2 提訴請求手続の妥当性の問題 - 46 -
- 二 1970年代以前の訴訟管理権限の分配状況 - 47 -
- 三 1970年代以降の制度発展 - 49 -
 - (一) 1970年代の特別訴訟委員会制度に関する判例法の展開 - 50 -
 - 1 特別訴訟委員会の起源 - 50 -
 - 2 特別訴訟委員会の設置手続 - 52 -
 - 3 特別訴訟委員会の訴訟終了決定に対する審査基準 - 53 -
 - (1) ニューヨーク州の審査基準 - 53 -
 - (2) デラウェア州の審査基準 - 54 -
 - (3) その他の州の審査基準 - 55 -
 - 5 デラウェア州の審査基準の適用 - 57 -
 - (1) 独立性の判断基準 - 57 -
 - (2) 裁判所独自の経営判断の行使 - 58 -
 - (3) 小括 - 58 -
 - (二) 1980年代の提訴請求免除に関する判例法の展開 - 59 -
 - 1 提訴請求免除の問題が生じる背景 - 59 -

- 2 提訴請求免除の審査基準 - 60 -
 - (1) デラウェア州の審査基準 - 60 -
 - (2) ニューヨーク州の審査基準 - 62 -
 - (3) その他の州の審査基準 - 62 -
- (三) RMBCA の改正と州制定法の反応 - 63 -
 - 1 RMBCA の改正 - 63 -
 - (1) 原則的提訴請求の採用 - 63 -
 - (2) 審査基準 - 63 -
 - 2 州制定法の反応 - 64 -
- 四 検討 - 65 -
 - (一) 現在の訴訟管理権限の分配状況 - 65 -
 - 1 構造的偏向理論の意義 - 66 -
 - 2 審査基準からみる権限の分配状況 - 68 -
 - 3 提訴請求の免除に関するデラウェア州審査基準の分析 - 70 -
 - 4 提訴請求の免除に関する審査基準の不明確性 - 72 -
 - 5 実証研究からみる実際の権限分配状況 - 73 -
 - (二) ALI 原理の改革提案 - 76 -
 - 1 ALI 原理の権限分配メカニズムと審査基準 - 76 -
 - 2 ALI 原理の評価 - 78 -
 - (三) 小括 - 79 -

第二章 日本法

第一節 日本法における株主の代表訴権の確立

- 一 株主代表訴訟制度の立法沿革 - 81 -
 - 1 戦前の取締役等の責任追及制度 - 81 -
 - 2 1950 年商法改正による制度の確立 - 82 -
 - 3 1993 年の商法改正 - 83 -
 - 4 2000 年代以降の商法改正 - 85 -
 - 5 小括 - 87 -
- 二 検討 - 87 -
 - 1 法構造に対する認識と株主代表訴権の法的根拠 - 87 -
 - (1) 手続法的根拠と法構造に対する認識 - 88 -
 - (2) 実体法的根拠に関する学説の検討 - 90 -
 - (3) 小括 - 93 -

2 株主総会の訴訟管理権限の剥奪 - 94 -

第二節 日本における制度の利用状況と濫訴防止策

- 一 制度の利用状況 - 94 -
- 二 一般的法理の適用 - 96 -
 - 1 権利濫用の法理による訴えの却下 - 96 -
 - 2 会社法上の訴え却下制度 - 98 -
 - 3 敗訴株主の不法行為責任 - 98 -
- 三 担保提供制度 - 101 -
 - 1 制度の目的 - 101 -
 - 2 学説及び判例の状況 - 102 -
 - (1) 「悪意」の意義をめぐる従来の学説 - 102 -
 - (2) 判例・学説の展開 - 103 -
 - (3) 判例の新潮流 - 110 -
 - 3 評価 - 110 -
- 四 小括 - 112 -

第三節 日本法における制度の主要立法目的の調整

- 一 訴訟管理権限分配メカニズムの停止 - 113 -
 - 1 形式的提訴請求手続 - 113 -
 - 2 新会社法上の不提訴理由通知制度の意義 - 115 -
- 二 取締役の責任範囲の限定と主要立法目的の調整 - 117 -
 - 1 株主代表訴訟の対象と取締役の責任規制 - 117 -
 - 2 学説の状況 - 119 -
 - (1) 全債務説 - 119 -
 - (2) 限定債務説 - 120 -
 - (3) 折衷的アプローチの登場と学説対立の焦点 - 121 -
 - 3 判例の状況 - 125 -
 - (1) 下級審判例 - 125 -
 - (2) 平成 21 年最高裁判決 - 126 -
 - 4 検討 - 129 -
 - (1) 全債務説は会社の経営裁量権を制限するのか - 130 -
 - (2) 限定債務説が主張する経営裁量権の意義 - 130 -
 - (3) 小括 - 131 -

第三章 中国法

第一節 中国法における株主の代表訴権の確立

- 一 株主代表訴訟制度の立法沿革 - 133 -
 - 1 1993年会社法と取締役等の責任追及制度 - 133 -
 - 2 裁判所の実務上の対応 - 134 -
 - 3 2005年会社法の改正と制度の確立 - 136 -
- 二 検討 - 138 -
 - 1 法構造に対する認識と株主代表訴権の法的根拠 - 138 -
 - 2 株主総会の訴訟管理権限の剥奪 - 139 -

第二節 中国における制度の利用状況と濫訴防止策

- 一 制度の利用状況とその原因 - 140 -
 - 1 制度の利用状況 - 140 -
 - 2 活用されない原因の分析 - 143 -
- 二 濫訴防止策の現状と学説の状況 - 144 -
 - 1 一般的法理の適用 - 144 -
 - 2 原告適格の制限 - 144 -
 - 3 担保提供制度の創設 - 146 -
- 三 小括 - 147 -

第三節 中国法における制度の主要立法目的の調整

- 一 形式的提訴請求手続 - 147 -
- 二 被告範囲の限定 - 149 -

終章 比較検討と中国法への提言

第一節 濫訴防止策の設計

- 一 比較研究の結論 - 151 -
- 二 中国法への提言 - 151 -
 - 1 持株要件の廃止 - 151 -

- 2 担保提供制度の創設 - 152 -

第二節 主要立法目的の選択

- 一 中国上場会社における株式所有構造の特徴と企業統治の主要課題 - 153 -
 - 1 国家資本による支配 - 153 -
 - 2 支配株主による支配権の濫用 - 157 -
 - 3 内部者支配 - 159 -
- 二 経営監督機関に訴訟管理権限を分配すべきか - 161 -
 - 1 アメリカ法における立法政策変化の原因—独立取締役制度の発展 - 161 -
 - (1) 裁判所の立法政策変更の原因分析 - 161 -
 - (2) 70年代以前の取締役会の無機能化 - 162 -
 - (3) 70年代における独立取締役制度の発展 - 163 -
 - 2 日本法における違法行為抑止目的重視の原因—経営監督機関改革の遅れ - 164 -
 - (1) 経営監督機関の二重化 - 164 -
 - (2) 監査役（会）制度の改革とその形骸化 - 166 -
 - (3) 取締役会制度の改革とその形骸化 - 169 -
 - 3 中国の経営監督機関の現状と中国法への提言 - 172 -
 - (1) 中国法の経営監督体制 - 172 -
 - (2) 取締役会制度の現状 - 172 -
 - (3) 監査役会制度の現状 - 175 -
- 三 株主総会に訴訟管理権限を与えるべきか - 177 -
 - 1 比較研究からの示唆 - 177 -
 - 2 中国法への提言 - 177 -
- 四 裁判所に訴訟管理権限を与えるべきか - 178 -
 - 1 比較研究からの示唆 - 179 -
 - 2 中国法への提言 - 179 -
- 五 「他人」の範囲の問題 - 180 -
- 六 真の違法行為抑止目的重視の制度整備 - 180 -

第三節 結びにかえて

- 一 結論の総括 - 181 -
- 二 今後の課題 - 181 -

序 章 問題の設定

一 株主代表訴訟の経済的構造に内在する課題

会社の利益が侵害された場合の一つの重要な救済手段として、多くの国は司法ないし立法機関によって株主代表訴訟制度を確立してきた。株主が会社の同意なく会社に代わって侵害者の責任を追及するこの特殊な民事訴訟制度では、判決効が原則として会社に及ぼすが、訴訟を主導するのが株主であるため、原告株主が代表訴訟によって追及しようとする利益が会社の利益と一致することは当該制度が成り立つ前提である。しかし、当該制度自体の特殊な経済的構造のゆえに、この前提が実際に成り立たないことは考えられる。

すなわち、代表訴訟を提起する原告株主にとって、勝訴した場合は持株比率に応じる株価の上昇による間接的利益を受けるに過ぎない。会社を実質的に支配できる大株主にとっては、会社支配を通じて代表訴訟を利用するまでもなく救済を実現できることが考えられるため、代表訴訟を利用するのは主として少数株主であろう。僅かな株式しか保有しない少数株主にとって、訴訟が成功しても、多くの要素に影響される株価は必ずしも上昇するとは限らない。仮に上昇すると株主が信じているとしても、株主が合理的経済人であれば、他の株主によるただ乗り（free-ride）の問題や敗訴のリスクを考えれば、代表訴訟の提起が割の合わないことに気付くはずであるため、会社の価値上昇による自らの株式の価値の上昇を期待して代表訴訟を提起する少数株主は少ないであろう。逆に言えば、このような少数株主は代表訴訟の結果にほとんど利害関係を持たないため、代表訴訟の提起にあたって、会社の利益を考慮するインセンティブが少なく、機会主義的行動を取る可能性があり、提訴株主と会社ひいては他の株主との間に利害対立が生じやすいと考えうる¹。また、仮に、提訴株主は真摯に会社の利益のために代表訴訟を提起しているとしても、当該代表訴訟が必ずしも会社全体の利益に合致するとは限らない。したがって、提訴株主と会社ひいては他の株主との間でエージェンシー問題が生じている。

このように、少数株主は積極的に提訴したり、提訴にあたって会社全体の利益を考慮したりするインセンティブに欠けているため、代表訴訟制度を構築する際に、当該制度が本来予定する運用を促すと同時に、会社の利益に反するような代表訴訟の提起・維持を制限する必要があるという二つの課題に直面する²。前者については、少数

¹ 類似の分析が多く見られる。例えば、日本法に立脚して分析したものとして、竹内昭夫「株主代表訴訟の活用と濫用防止」商事法務 1329号 35~36頁（1993）；アメリカ法に立脚して検討したものとして、Daniel R. Fischel & Michael Bradley, *The Role of Liability Rules and the Derivative Suit in Corporate Law: A Theoretical and Empirical Analysis*, 71 CORNELL L. REV. 261, 271-274 (1985)がある。

² 類似な主張として、竹内昭夫「取締役の責任と代表訴訟」同『会社法の理論Ⅲ』281~287頁（有斐閣、1990）；近藤光男「株主代表訴訟制度の改善策」北沢正啓＝浜田道代編『商数

株主の提訴インセンティブを高めることによって対処できる。具体的には、例えば、ただ乗り問題の解決策として、勝訴株主の会社に対する費用求償権を認める方策が考えられる³。これに対して、会社の利益に反するような代表訴訟の提起・維持を制限するという後者の課題について、如何に制度の機能を損なわずに対処するかは議論の的になっている。本稿はこの後者の課題を中心に検討するものである。

二 会社の利益に反する株主代表訴訟の類型

1 費用便益分析が不要な場合

株主代表訴訟の提起が裁判制度の悪用にあたるような場合には、当該代表訴訟が会社にもたらせる便益と会社に負担させる費用の損得勘定をしなくても、その提起・追行を認めるべきではない。典型的には、原告株主の提訴目的が会社の損害回復ではなく、会社荒らしや嫌がらせといったような濫訴がこの類型の訴訟にあたる。その判断基準は原告株主の提訴目的ないし動機の違法性であり、原告の主張する請求原因に根拠があるかどうかではない。この類型の代表訴訟はできるだけ訴訟の早期段階で終了させるべきである。

しかし、原告の提訴目的ないし動機の違法性に関する立証が通常困難であり、安易な違法性の認定は代表訴訟の機能を損ないかねない。また、違法性の判断基準の設定も容易ではない。例えば、個人の売名目的、社会的不正の是正や企業の社会的責任の追及といったような目的で株主が提訴する場合、直ちに濫訴に当たるとして当該訴訟の果たせる機能を否定すべきであろうか。上記でも分析したように、少数株主は基本的に会社の利益を考えるインセンティブがないため、そもそも、株主に自分の利益をまったく考えずに単に会社の利益だけを考慮して代表訴訟を提起することを期待するのは無理である⁴。

したがって、裁判所は原告株主の提訴動機の違法性を認定する際に慎重さが求められるだけでなく、提訴動機の違法性の判断基準の設定も問題になる。

2 費用便益分析が必要な場合

(1) 主要立法目的間の競合関係

しかし、問題は裁判実務において提訴株主の主観的提訴目的を容易に判断できないし、仮に原告株主の主観的動機に問題がなくても、当該代表訴訟の提起・維持は必ずしも会社の利益になるとは限らない。このような場合には費用便益分析が必要になる。しかし、代表訴訟がもたらせる利益は勝訴判決によって獲得する損害賠償金だけでは

の争点 I』ジュリスト増刊 158 頁（有斐閣、1993）などがある。

³ このような問題と措置は代表訴訟制度の経済的構造の分析から導かれるものであり、株主の情報収集などその他の面からも株主の訴訟提起を支援する必要もある。

⁴ 同旨として、近藤光男「代表訴訟に関する一考察」竹内昭夫先生還暦記念『現代企業法の展開』321 頁参照（有斐閣、1990）。

ない。代表訴訟は他の民事損害賠償訴訟と同様に、損害回復機能以外に違法行為抑止機能もあると一般的に認められている⁵。すなわち、取締役がある行為をなすに際して、代表訴訟の存在を意識して慎重な業務執行を行い、あるいはある程度リスクの伴う経営判断を下す場合にも代表訴訟の存在を踏まえて、十分な情報の収集と特に慎重な決定手続を履践するという効果も重要な意味をもつ⁶。この違法行為抑止機能は特に会社の経営者の行為に対する効果を指すものであり⁷、刑事責任や行政上の制裁と共通の機能を有している⁸。また、この違法行為抑止機能は公益保護を目的とする法令の違反に限らず、株主の私益保護を目的とする会社法上の規定の違反に対しても働く。したがって、代表訴訟制度は正規の会社機関による経営監督の機能不全を補い、企業経営の健全性や適法性を確保することができる⁹。しかも、その経営監督の効果は代表訴訟が提起された特定企業に限らず、企業社会全体ひいては国民経済の発展に資するものである¹⁰。そのため、株主代表訴訟制度がコーポレート・ガバナンスの一つの重要な手段として語られているわけである。

通常では違法行為抑止機能は損害回復機能の実現を通じて間接的に達成されるものであり、いわゆる民事損害賠償訴訟の副次的効果である。一般的な民事損害賠償訴訟では、提訴者は合理的経済人であれば、訴訟にかかる費用（直接的費用と間接的影響を含む）と便益（回復される損害賠償額）を予測計算する上で提訴に至る場合が通常であり、また、費用便益分析を行わなくても提訴者自身が訴訟にかかるコストを負担するので特に問題が生じない。しかし、代表訴訟では、原告株主が勝訴しても敗訴し

⁵ 例えば、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『新版・株主代表訴訟大系』32頁（弘文堂、2002）；河本一郎ほか〈座談会〉「株主代表訴訟」民商法雑誌 110 巻 2 号 199~203 頁（1994）。

⁶ 上村達男「株主代表訴訟の今日的意義と課題」法律のひろば 47 巻 8 号 6 頁（1994）。

⁷ 通常、社外の第三者が感じる責任の脅威は株主より会社からのほうが遥かに大きいと考えられるため、株主による第三者の対会社責任追及は損害回復機能しか有しないと考えても差し支えないであろう。しかし、会社に責任追及される脅威はほぼなく、若しくは株主からの脅威より遥かに少ない場合、典型的には会社を実質的に支配できる大株主（または支配株主）の場合については、代表訴訟の違法行為抑止機能が無視できない。

⁸ 河本一郎「役員 of 民事責任とその機能」吉永栄助先生古稀記念『進展する企業法・経済法』71 頁以下（中央経済社、1982）。刑事責任の構成要件の厳格性と行政処分の対象範囲の限定性が原因で、刑事責任の追及と行政処分は取締役や監査役に対する監督機能を十分に発揮しうるかは疑問であり、これらの手段を十分に働かせようとするれば、国家機構のやたらな増大を招き、ひいては統制国家への道をたどることにもなりかねない。これに対して、会社自身あるいは株主もしくは債権者による経営者の民事責任追及こそ、民主的・分権的社会を支える最も重要な手段である。そのために、経営者の民事責任追及制度を利用しやすくすることが必要であると説く。

⁹ 末永敏和「コーポレート・ガバナンスと健全性確保——商法の立場からの検討——」商事法務 1542 号 18~20 頁参照（1999）。

¹⁰ このような経営監督機能に加えて、判例の蓄積によって制定法の空白を補填し、取締役の義務内容を明らかにすることができるため、教育と社会的機能もある。See American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, 2-7 Introductory Note, reporter's note 2 (1994) [hereinafter cited as ALI, Principles].

ても、会社にいろいろな費用¹¹がかかるため、会社に生じる費用が便益を上回る可能性がある。この場合、代表訴訟の提起・維持が容認されるべきかは代表訴訟制度の主要立法目的によって判断される。すなわち、損害回復機能を制度の主要立法目的だとすれば、責任追及の対象と責任原因に関係なく、当該代表訴訟の提起・維持を認めるべきではないことになる。反対に、違法行為抑止機能を制度の主要立法目的だとすると、当該代表訴訟の提起・維持を認めるべきことになる¹²。したがって、訴訟にかかる費用がそのもたらす便益を超える場合にはこの両機能がトレードオフの関係にあり、立法政策による取舍選択が必要になる¹³。

(2) 主要立法目的の評価基準

しかし、代表訴訟制度の主要立法目的選択の立法政策を考案するにあたって、制度の主要立法目的を如何なる基準に基づいて評価すべきであるのかという基本的前提が明らかにされなければ、議論があやふやになってしまう。上述したように、費用が便益を上回る場合にはじめて制度の主要立法目的の選択の問題が出てくる。しかし、そもそも、提訴の段階で当該代表訴訟が勝訴できるか、勝訴しても会社にとって費用対便益の観点から割に合うのかといった問題に関する判断は全て事前的予想に基づいてなされざるを得ないし、多くの場合は事後になっても解答がはっきりしない。結局、費用が便益を上回るかどうかは費用便益分析を行う主体次第で結果が違ってくる。したがって、法はどの主体の判断をより尊重するかによって代表訴訟制度の主要立法目的が変わってくると考えられる¹⁴。言い換えれば、会社の訴訟物に対する管理権限（以下、訴訟管理権限と略す）がどの主体に分配するかによって制度の主要立法目的が変わってくる。なお、株主が代表訴訟を提起していない場合、また、会社が株主の代表訴訟提起に同意する場合、もしくは株主の提訴請求を受けて会社が自ら訴訟を提起する場合については、権限の競合関係が特に生じないため、本稿でいう訴訟管理権限の分配は株主が代表訴訟を提起・維持しようとしているのに、会社がそれに反対しているような場合に、そのどちらかの判断を尊重すべきなのかという問題を指す。そこで、以下の四つの主体に訴訟管理権限を分配することが考えられ、それぞれ違う主要立法目的の代表訴訟制度が構築されることになる。すなわち、

①原告株主に訴訟管理権限を与える場合。上述したように、株主は通常会社のため

¹¹ たとえば、訴訟費用、弁護士報酬、濫訴のもたらすコスト、会社評判や士気の低下コスト、経営者の時間的コスト、被告支払能力の不足によるコスト、経営人材確保のコスト、経営者の起業家的冒険精神の委縮コストなどがあげられる。

¹² 北村・前掲注（5）33頁参照。

¹³ See ALI, Principles 2-7 Introductory Note, reporter's note 2.

¹⁴ 日本の株主代表訴訟制度は、取締役の任務懈怠行為によって会社に損害が生じた場合、責任追及をすることによって、回復される額よりも責任追及によって会社が蒙る損失の方が大きいと認められるときでも、代表訴訟の提起が訴権の濫用に当たらない限り、会社は代表訴訟を阻止できないという意味では違法行為抑止機能がかなり大きいといえるとする指摘は本稿と同じ趣旨であろう。北村・前掲注（5）34～35頁。

に費用対便益の計算を行う能力もインセンティブもない上に、実際に費用が便益を上回っても提訴が認められることになる。よって、訴訟管理権限が株主に与えられている制度は違法行為の抑止を主要立法目的としていると評価できる。

②経営監督機関に訴訟管理権限を与える場合。会社の経営監督機関は会社の経営事情や経営戦略に精通しているため、提訴すべきかどうかを判断する際に、費用対便益の計算を行う立場や能力が社外の株主より優れているし、費用が便益を上回ると判断した場合には、訴訟のもたらず抑止機能を考慮してあえて提訴に踏み切ることがあまり考えられない。この場合は会社訴権の行使のかわりに他の制裁手段を選択するかもしれない。よって、訴訟管理権限が経営監督機関に与えられている制度は損害回復を主要立法目的としていると評価できる。

③株主総会に訴訟管理権限を与える場合。この場合については状況を分けて考える必要がある。もし、株主総会が実際に機能せず、支配株主ないし経営陣の意向を反映しているだけの場合は代表訴訟のいずれの機能も達成できないと評価することができよう。もし、実際に一般の中小株主の意向を反映できる場合は、会社の過半数の所有者の意思を尊重しているため、費用が便益を上回っても、一般的民事訴訟と同様であり、提訴者自身の判断に基づいて訴訟にかかるコストを負担していると理解することができ、特に立法目的調整の問題自体が生じないことになる。

④裁判所に訴訟管理権限を与える場合。裁判所がいろんな利害関係者の利害や訴訟の社会的影響を総合的に勘案するうえで、当該代表訴訟が継続すべきかどうかを判断することは通常期待されており、裁判所は期待通りに機能すれば、中立的な制度が構築されることになるであろう。

以上のように、代表訴訟制度の主要立法目的を選択するには、訴訟管理権限を如何に分配すべきかという問題に転化することができる。

(3) 理想な主要立法目的の選択

では、この場合には両機能を如何に取捨するのか。まず、損害回復目的だけを追求するのであれば、加害者の資力や救済手続のコストなどの観点から、損害保険制度の方がより株主の救済に役立つ。また、損害回復機能自体には一定の限界がある。すなわち、代表訴訟制度は、確かに、直接的には会社を救済するためのものであるが、敗訴のリスクを背負う株主がいなければ成り立たないので、株主が最終的に救済されなければ、損害回復機能だけでは制度を正当化できない。しかし、実際には公開会社では株主構成が日々変化しており、また、全株主の損害が会社の実際の損害と常に同額ではないため、特定会社の特定期間内の全株主が代表訴訟によって救済されることはない。さらに、仮に損害回復機能を制度の主要立法目的として選択すると、他の経営監督手段が実際にうまく機能しない場合にはたとえコストが多少かかっても代表訴訟制度の違法行為抑止機能を完全に放棄することは賢明ではないであろう。

これに対して、違法行為抑止機能も完璧ではない。まず、過度の違法行為抑止機能

の追求は経営者の起業家的冒険精神を委縮させるおそれがあるほか、経営者の貴重な職務時間を削ることにもなるし、過度の訴訟リスクは有能な人材を経営者の職から遠ざけさせてしまう恐れもある。また、過度の訴訟提起は被告の資力の不足や損害額の軽微さによって訴訟の提起が会社にとって割の合わない場合にまでも、会社に弁護士報酬や訴訟費用の負担を強いることになるのみならず、会社全体の評判や信用または従業員の士気を低下させるおそれもあるため、結果的に会社の利益を損なうことになりかねない。さらに、株主総会や取締役会など正規の会社機関も経営監督機能を果たせるため、コストのかかる株主代表訴訟制度だけに過大な期待を寄せるべきではないであろう。

このように、一方では損害回復目的だけで株主代表訴訟制度を正当化できず、他方では違法行為抑止目的にも弊害がある。したがって、損害回復目的と違法行為抑止目的との間でバランスの取れた制度設計がもっとも望ましい。

三 本稿検討の対象と順序

中国は2005年の会社法改正¹⁵で初めて株主代表訴訟制度を導入したが、上記で分析した制度の課題を同様に抱えているため、本稿は、中国法における株主代表訴訟制度の法規制が今後どのように改善されていくべきかを検討するものである。具体的には、上記で分析したように、濫訴防止策及び主要立法目的の調和(=訴訟管理権限の分配)を中心に検討する。

研究の方法は比較法の研究を採用し、アメリカ法と日本法を比較研究の対象とする¹⁶。なお、各国の株主代表訴訟制度の法規制を比較法的に考察する際に、各国の法規制の枠組みを考察するだけでは、株主代表訴訟制度の研究が盛んに行われている現在ではもはや学術的価値が低いため、本稿では、各国の法規制が実際の裁判で裁判所にどのように運用されているのかをもできるだけ詳細に考察する上で、大胆に各国の各種法規制について筆者なりの評価を下している。

なお、本稿は研究の対象を公開会社¹⁷における株主代表訴訟に限定したい。それは主として以下の理由による。第一に、閉鎖会社における株主代表訴訟は濫訴が生じる可能性が低い。上記で分析した株主代表訴訟制度の特殊な経済的構造は多数の株式が多数の株主に分散所有されている公開会社の場合に特に当てはまる。閉鎖会社では、会社財産が比較的少なく、少数株主の持分割合が比較的大きい場合が多いので、間接

¹⁵ 改正法(2005年主席令第四十二号)は2005年10月27日に公布され、2006年1月1日から施行された。

¹⁶ 周知の通り、近年、制定法によって明確に株主代表訴訟制度を導入する法域が増えつつけているが、現実に当該制度がもっとも利用されているのは恐らくこの二か国であろう。

¹⁷ 公開会社(publicly held corporation)の定義は法規制の内容などによって多様であるが、本稿では、その発行する株式が取引所または店頭の有価証券市場で自由に取引される株式会社のことを指す。

的とはいえ、会社に対する損害賠償の支払いが原告たる少数株主の持株の価値を実質的に高めることができるため、株主代表訴訟を提起する経済的合理性が十分にある¹⁸。加えて、閉鎖会社については、ディスクロージャー規制が及ばないため、外部者が会社の経営情報を入手しにくいし、名義貸しの株主を探すことも容易ではないので、弁護士主導の会社荒らし訴訟もあまり考えられない。第二に、所有と経営が分離している公開会社とは違って、閉鎖会社では、支配株主が直接会社経営を担う場合が多く、株主と経営者との間のエージェンシー問題ではなくて、少数株主と支配株主との間の利害対立を如何に解決するのが主要な立法課題である。しかし、損害賠償が会社に帰属しなければならない株主代表訴訟では、支配株主が存在する場合、支配株主も賠償金から間接的に利益を受けるし、賠償金が最終的に支配株主の支配下に置かれることになるため、上述した株主代表訴訟の損害回復機能と違法行為抑止機能のいずれも閉鎖会社においては効果が少ない¹⁹。よって、閉鎖会社における株主代表訴訟制度の機能については個別に探究すべきである。そして、仮に別の機能が認めるべきであるならば、その機能に合わせて、公開会社の場合と違う法規制を設けるべきである。以上の二点から、本研究は公開会社の場合に限定する方が適切であろう。閉鎖会社における株主代表訴訟制度に対する考察は今後の課題として残したい²⁰。

以上の基本的研究方針の下で、本稿は以下の順序で検討を進める。まず、第一章は、アメリカ法について考察する。その第一節では、英米における当該制度の沿革から着手し、当該制度の法的根拠と法構造を考察するとともに、株主総会と個々の株主との間の訴訟管理権限の分配状況を確認する。第二節では、アメリカにおける制度の利用状況、濫訴防止策の設計と運用を考察する。第三節ではアメリカ法における主要立法目的の調整策を考察する。そして、第二章と第三章は、第一章と同じ順番で日本法と中国法を考察する。第四章は日米の比較検討を通じて中国法の今後の改革方向への提言を試みる。最後に、今後の課題を指摘して、本稿の結びにかえることにする。

¹⁸ また、少数株主が支配株主に対する株式買取交渉を有利に進めるための手段として株主代表訴訟を利用する場合も経済的合理性があるとは言える。宍戸善一「閉鎖会社と株主代表訴訟」小林＝近藤編・前掲注(5) 62頁参照。ただし、このような株主代表訴訟の利用自体が濫訴にあたるか否かについてはなお検討の余地がある。

¹⁹ 支配株主が存在する公開会社の場合についても、同じようなことがいえる。しかし、閉鎖会社では、株式を自由に譲渡できる市場が存在せず、少数株主は投下資本を回収する途がほとんど閉ざされているため、株主代表訴訟制度以外に、少数株主を救済するための制度の構築は公開会社の場合と比べて特に要請される。

²⁰ ただし、程度の差こそあれ、閉鎖会社における株主代表訴訟についても、濫訴の問題や訴訟管理権限分配の問題が生じうるし、アメリカ法においても、日本法においても、公開会社と基本的に同じ制度的枠組みで運用されているため、比較検討の材料として、閉鎖会社に関する裁判例が言及されることもある。

第一章 アメリカ法

第一節 アメリカ法における株主の派生訴権の確立

株主派生訴訟²¹制度は、19世紀初期のほぼ同時期に英米の衡平法裁判所によって確立されたものである。現行アメリカ法の派生訴訟制度は、連邦法域においては連邦民事訴訟規則 23.1 条²²に規定があり、各州においては会社法ないし民事訴訟手続法に明文の規定が設けられているが、基本的に衡平法裁判所の判例法によって確立されたものであり、制定法の規定は判例法の理論を成文化したものである。

アメリカにおける判例法の発展はその初期においてイギリス判例法理の影響を受けたが、その後期においてアメリカ法が独自の展開を見せてきた。特に後期における両国の違う展開はアメリカにおける派生訴訟確立の基礎を検討する格好の材料である。本節では英米両国における判例法の沿革²³に対する考察を通じて、派生訴訟制度がアメリカで確立した基礎を検討する。

一 イギリス判例法における株主派生訴訟制度の生成と消滅

1 株式会社制度の生成と信託法理

イギリスにおける株主派生訴訟制度の発生には同国の株式会社制度の生成プロセスが関係している。株式会社の取締役に信託受託者義務を課した理由は一般的に、株式会社制度が確立する過程で法人格代用機能と組織法的機能を果たせる信託制度が利用されたという歴史的経緯に求められている²⁴。

イギリスにおける株式会社設立の準則主義は 1844 年の登記法²⁵によって確立され

²¹ 当該制度の呼称について、英米においては派生訴訟と通称されているため、本稿は、英米法の当該制度を株主派生訴訟と称し、それ以外の場合は株主代表訴訟に統一する。

²² Fed. R. Civ. P. 23.1.

²³ 英米における制度の沿革についてはすでに多くの優れた先行研究が存在する。例えば、小林秀之「株主代表訴訟の沿革と手続法的構造」小林=近藤編前掲注(5) 189~198頁；新谷勝『株主代表訴訟改正への課題』112~124頁(中央経済社、2001)；山田泰弘『株主代表訴訟の法理——生成と展開——』11~32頁(信山社、2000)；周劍龍『株主代表訴訟制度論』9~17頁(信山社、1996)；池田辰夫「株主の代表訴訟の法構造」阪大法学通号 149・150、225~262頁(1989)；竹内昭夫「株主の代表訴訟」同『会社法の理論Ⅲ』221頁(有斐閣、1990)[初出：法学協会百周年記念論文集 3巻 153頁(1983)]；田中英夫=竹内昭夫『法の実現における私人の役割』36~40頁参照(東京大学出版会、1987)[初出：法学協会雑誌 1971~1972]が挙げられる。これらの文献及び本稿は、Bert S. Prunty, The Shareholders' Derivative Suit: Notes on its Derivation, 32 N.Y. U. L. Rev. 980 (1957) に負うところが大きい。また、さらにこれら以前の文献としては、北沢正啓「アメリカ会社法における株主の代表訴訟」法協雑誌 68巻 6号 669~673頁(1950)。

²⁴ 赤堀光子「取締役の忠実義務(一)」法学協会雑誌 10~13頁(1968)にも一定の叙述がある。See also Gower, Principles of Modern Company Law, 19-54, 550 (5th ed. 1992); Keeton, The Director as Trustee, 5 C.L.P. 11, 13, 15 (1952); Cooke, Corporation, Trust and Company: An Essay in Legal History, 110-111, 154 (1950).

²⁵ An Act for the Registration, and Regulation of Joint Stock Companies, 1844, 7 & 8

た²⁶。それ以前、法人として営利活動を行うためには国王の特許状 (Royal Charter) が必要であった。この特許主義の下で、企業形態は初期の商人ギルド (guild of merchant) や規制会社 (regulated company) から、東印度会社を代表とする Joint Stock Company (以下、JSC と略す) へと発展した²⁷。当時の JSC はすでに株式会社の特質を具備していたが²⁸、その多くは資本家の富と国家の力が結合した重商主義時代の産物であり、その機能は資本家の投資対象と国家の資金獲得手段であった。一方、特許状を取得し得なかった法人格なき会社は 1630 年代にすでに現れ、17 世紀後期になると激増したが、当時の法人格なき会社の企業形態が組合なのか JSC なのかを決するのは困難である²⁹。

18 世紀前後になると、株式の投機売買が盛んになり、南海泡沫事件をきっかけに、1720 年に泡沫法³⁰が制定された。この法律によって、特許状の売買が禁止され、新たな法人格の取得も困難になった³¹。しかし、当時はちょうど産業革命の勃興を控えており、産業資本の集中を要請する時代であって、泡沫法はこの時代の要請に逆行していた。そこで、信託を利用した法人格なき会社が再び復活した。もとより、泡沫法は組合の結成や組合員の数について何ら制限を設けていなかったため、組合契約³²によって資本の結合ができないことはない。しかし、当時の社会的要請は、多数者の企業参加ではなく、経営が少数者の手に委ねながら、多数の資本を糾合でき、かつ、独立の法人として訴訟の当事者たりうること、換言すれば、特許会社のみ認められてい

Vict., c. 110.

²⁶ イギリス企業組織の発展史について、上田純子『英連邦会社法発展史論』(信山社、2005)、大隅健一郎『新版株式会社法変遷論』(有斐閣、1987)、大塚久雄『大塚久雄著作集第一巻 株式会社発生史論』(岩波書店、1969)、本間輝雄『イギリス近代株式会社法形成史論』(春秋社、1963)、星川長七『英国会社法序説』(勁草書房、1960)などを参照。

²⁷ See Gower, *supra* note 24, at 21.

²⁸ 株式会社の起源を特許会社に求めた大塚久雄は株式会社が他の企業形態と区別する基本的特質として、①全社員の有限責任、②会社機関の存在、③譲渡自由なる等額株式制、④確定資本金制と永続性、の四つを挙げ、その中に特に決定的指標としては全社員の有限責任を挙げている。大塚・前掲注(26)24頁。

²⁹ 大隅・前掲注(26)31頁参照。

³⁰ The Bubble Act of 1720, 6 Geo. 1, c. 18.同法は、議会の制定法または国王の特許状による正当な権限なしに、①法人として行動し、またはそれを装うこと、②譲渡可能な株式による株主の募集を行うこと、③株式を譲渡すること、④無効になった特許状により、または特許状が認めた以外の目的のために特許状を用いることにより行動すること、を禁止し(同法18条参照)、法人格なきJSCを根絶させようとした。

³¹ 泡沫崩壊の経験と泡沫法の影響で、国王の法律顧問が特許状の交付にますます慎重になり、たとえ特許状が交付されてもその内容に多くの制約を加えたからである。See A. B. DuBois, *The English Business Company after the Bubble Act, 1720-1800*, at 12 et. Seq. (N.Y. 1938).

³² 組合法は17世紀半ばから萌芽を發し、18と19世紀に組合員相互間の代理関係と人的無限責任という二つの主要特徴がすでにはっきり認識された。Gower, *supra* note 24, at 20.

た法人の特権ならびに社員の有限責任を一般の商事企業にも適用せよということである。これに加えて、普通法の厳格性も信託を利用せざるを得なかった理由の一つとして考えられる。例えば、団体は法人格を取得しない限り、固有の財産を所有できないという普通法上の原則はすでに 17 世紀に確立された³³。これらの事情によって、衡平法上発達してきた信託が利用され始めた。この種の会社では、株式引受人は資本額や発行する株式数が記載されている設立証書 (deed of settlement) に署名することによって株主となり、会社の経営は取締役会に任せ、会社の財産は通常そのうちの数名ないし全員に帰属させる³⁴。さらに、株式の自由譲渡及び株主の有限責任の条項も定められていた³⁵。これらの工夫を通じて株式会社の特質を具備したこの種の会社はその法律関係の処理がもはや組合法では到底規律できず³⁶、衡平法上の会社とも呼ばれているように、信託法理と衡平法の救済をなくしては存在しえないのである。

以上のように、信託型法人格なき JSC の取締役が信託受託者であったため、後に、法人化された会社の取締役についてそれが拡大されてきたというのは従来の一般的理解である。しかし、信託法、代理法、会社法、組合法といった個別の法領域に散在する信託関係の理論的体系化に業績を残した Sealy は上記の理解が歴史的事実に反すると指摘する³⁷。すなわち、まず、取締役が信託受託者の責任を負うと判示した早期の判例はすべて法人に関するものである。その例として、英米で先例とされる 1742 年の Charitable Corporation v. Sutton 事件³⁸を挙げている。また、法人格なき JSC で

³³ その他に、設立証書上の株主有限責任の条項について、普通法上は法人格を取得しない限り、有限責任が認められないため、株主間でのみ効力を有し、第三者が株主の有限責任について通知を受けた上で契約を締結した場合を除いて無効とされた。Cooke, *supra* note 24, at 87, 95-96.しかし、衡平法裁判所は法人格なき会社を実際に運営する受託者たる取締役とその社員とは別個の存在であるという建前から、第三者に対する通知がなされたか否かにかかわらずその有効性を認めたのである。本間・前掲注 (26) 51 頁。

³⁴ See Gower, *supra* note 24, at 30.

³⁵ 株式の自由譲渡性と株主の有限責任を掲げることは明らかに泡沫法の規定に違反するが、18 世紀中頃から、この制限を緩和するものが多く、泡沫法は現実的に空文化されつつあった。本間・前掲注 (26) 36 頁。

³⁶ 主として三つの障害が生ずる。第一に、第三者との訴訟手続に関して、普通法上で法人格なき団体は団体の名義で訴訟当事者となることが認められず、構成員全員が訴訟参加しなければならないので、分散かつ多人数の構成員を有するこの種の会社にとっては不都合である。第二に、会社と構成員および構成員相互間に妥当な救済方法が存在しないことである。解散命令を除いて、裁判所が組合内部の紛争に干渉しないという原則は当時すでに確立された。しかし、解散命令によって、会社が解散されたら何ら公平な結論を得られない。第三に、構成員の有限責任の条項の有効性に関する問題である。本間・前掲注 (26) 46~53 頁参照。

³⁷ See L. S. Sealy, *The Director as Trustee*, 1967 *Camb. L. J.* 83, 83-86.

³⁸ 2 *Atk.* 400, 26 *E.R.* 642 (Ch. 1742).本件は、特許状によって設立され、貧困者にローンの提供を目的とする公益法人の会社が、50 人の取締役に対して、倉庫係が 5 名の同僚取締役が無担保のローンを提供したことについて適切な監視をしなかったこと、ないし黙認したことが信託違反及び重過失を構成するとして損害賠償を求めたものである。これに対して、Hardwicke 大法官は、取締役らはこの信託において彼らを選任し会社業務の指

は一般的にその取締役が会社財産の受託者と同じグループの者ではない。さらに、実際の会社財産の受託者が責任を免除されたのに、会社財産の受託者ではない取締役が受託者責任を負わされたりする事例が多く見られる。Sealy は以上のように反論した上で、裁判所が会社の取締役を信託受託者と位置付けた理由は当時の法律用語が限られていること、厳格な意味の信託受託者概念自体が 19 世紀に入ってから確立されたこと、衡平法上の救済の柔軟性などに求めるべきであるとする³⁹。Sealy の反論は信認関係という上位概念と各種信認関係間の相違がより区別されるべきことを狙ったと思われる。いずれにせよ、この信託型法人格なき JSC は産業資本が確立しようとする時代に、分散する大衆資本を集中しながら、所有と経営の制度上の分離を実現する私益追求の機構として現代の株式会社と同様な機能を果たした。この機能面の類似性から、現代株式会社の起源を、「上記東印度会社によって代表せられる特許会社の特権性を否定しつつ、産業革命の進展にしたがって形成された法人格なき会社に求むべきである」⁴⁰とも主張された。このような歴史的事実は、信託と株式会社がその内部者間の法律関係に類似性を有することの左証である。

2 「代表訴訟」の利用による株主派生訴訟制度の確立

上述の信託型法人格なき JSC は泡沫法の制定から、1856 年の株式会社法⁴¹の制定によって株式会社制度が確立されるまで、約一世紀にわたって産業資本の集中機能を果たした。その間、これらの法人格なき JSC をめぐる紛争は普通法裁判所を利用できないため⁴²、衡平法裁判所が創設した「代表訴訟」という訴訟法上の制度に依存せざるを得なかった⁴³。「代表訴訟」とは共通の利益を有する多数人のうちの一人または数人が全員を代表して訴訟を進行し、得た判決の効力が訴訟に参加していない者を含む全員に及ぶ訴訟手続である。この訴訟手続は次第に株主が取締役の対会社責任を追及するのに用いられた。

当初では、法人格なき会社と第三者との間の紛争について「代表訴訟」が利用された⁴⁴。その後、会社内部の紛争についても利用された。例えば、1722 年の *Chancy v. May*

揮と監督権限を与えた者の代理人 (agents) であり、彼らが無報酬であっても、忠実かつ合理的な注意をもって職務を遂行する義務を負い、通常の信託受託者 (trustees) に関する判例に服すると判示し、取締役の監督義務違反の責任を認めた。

³⁹ See Sealy, *supra* note 37, 85-86.

⁴⁰ 本間・前掲注 (26) 1 頁。See also Ballantine, on Corporations, 33 (rev. ed. 1946).

⁴¹ The Joint Stock Companies Act, 1856, 19 & 20 Vic., c. 47.

⁴² 前掲注 (36) 参照。

⁴³ See Stephen C. Yeazell, From Group Litigation to Class Action, Part I: The Industrialization of Group Litigation, 27 UCLA L. Rev. 514 (1980) [hereinafter cited as Yeazell, Part I]; Yeazell, From Group Litigation to Class Action, Part II: Interest, Class, and Representation, 27 UCLA L. Rev. 1067 (1980). See also George M. Stricker, Jr., Protecting the class: The Search for the Adequate Representative in Class Action Litigation, 34 DePaul L. R. 73, 74-76 (1984).

⁴⁴ E.g., *City of London v. Richmond*, 23 E.R. 870 (Ch. 1701).

事件⁴⁵において、衡平法裁判所は訴訟に参加していない会社の構成員が実際の当事者（in effect parties）であり、彼ら全員を訴訟に参加させることが不可能で、公平に到達できないことを理由に、他の構成員全員が訴訟に参加すべきであるという被告の異議申立を退け、「代表訴訟」の提起を認めたのである。

しかし、上記事件は法人格なき会社の経営者によって提起されたものであり、株主自らが他の株主を代表して提起するものではない。株主による「代表訴訟」の最初の事例は、1828年の Hichens v. Congreve 事件⁴⁶だとされている。本件では、ある鉱業会社の数人の株主が彼ら自身とその他の株主を代表して、取締役らが会社設立の際に詐欺によって私益を図ったことを主張して、取締役らの得た利益の会社への払い戻しを請求して訴訟を提起した。株主の請求を認めた原審に対して被告らが上訴した。上訴人は全株主が訴訟参加すべきであること、または各株主の個人訴訟として分割すべきであることなどを主張したが、裁判所は膨大な人数の株主全員の訴訟参加ないし訴訟の分解を要求すれば、事実上正義の否定であることを理由に、その主張を退けた。その後も株主による「代表訴訟」が何件か認められた⁴⁷。しかし、ここで注意しなければならないのは、これらの事件では、原告の請求が現代の派生訴訟と同様に、取締役らに横領された金銭を会社に払い戻すという内容だった⁴⁸。例えば、1840年の Preston v. The Grand Collier Dock Co. 事件において、裁判所は、原告株主がその他の全ての株主を代表して訴訟を提起することは原告株主が共通の権利（a general right）に基づいて提訴していることの表れに過ぎず、肝心なのは会社財産が一定の金銭を受領するかどうかにあると述べた⁴⁹。このように、株主派生訴訟生成の初期段階では、会社の権利を派生的に行使するという派生訴訟性はまだ認識されず、株主が個人の権利を行使する「代表訴訟」として認識されたのである。

3 会社内部事務不干涉原則の確立——資本多数決原則の採用

上述したように、衡平法裁判所が株主全員を救済するためには全株主の訴訟参加あるいは同意要件を排除して「代表訴訟」を認めたことによって各株主に訴権を与えた。しかし、1843年の著名な Foss v. Harbottle 事件⁵⁰において、副大法官 Wigram が資

⁴⁵ 24 E.R. 265 (Ch. 1722). See Yeazell, Part I, at 535-552.

教会の真鍮工事を引き受ける Temple Mills 社は、設立当時は 18 人からなる組合であったが、南海泡沫期の株式投資ブームに乗って 1720 年に構成員が 800 名に膨らんだ典型的な濫立法人格なき会社だった。泡沫が崩壊した後、現職の会計係と経営者は当時の会計係と経営者の 13 人の責任を追及するために、彼ら自身及び被告以外の第一次株式引受人である構成員たちを代表して本件を提起したのである。

⁴⁶ 4 Russ. 562, 38 E.R. 917 (Ch. 1828).

⁴⁷ E.g., Preston v. The Grand Collier Dock Co., 11 Sim. 327, 59 E.R. 900 (Vice-Ch. 1840); Wallworth v. Holt, 4 My. & Cr. 619, 41 E.R. 238 (Ch. 1841).

⁴⁸ Prunty, *supra* note 23, at 982.

⁴⁹ 11 Sim. 327, 338, 59 E.R. 900, 904 (Vice-Ch. 1840).

⁵⁰ 2 Hare, 461, 67 E.R. 189 (Ch. 1843). 本件判決及び関連事件を検討した日本語文献として、吉本健一「イギリス会社法における株主代表訴訟——Foss v. Harbottle のルールの

本多数決原則を採用して、株主の派生訴訟提起権に致命的な制限を加えた。本件は、国会の特別立法に基づいて設立された土地開発会社の二人の株主が、取締役らの会社との利益相反取引、違法な担保設定、手形の濫発を主要な請求原因として、自己及び被告以外の全株主のために、取締役らや何人かの株主などを相手に損害賠償を求めた事案である。副大法官は、信託受託者の性格を有する取締役の行為の性質は取消し得る（voidable）ものであるが、受益者たる会社は事実上の取締役会が存在し、また株主総会も開催される可能性があるので、法人として救済を得ることができると判示し、原告株主の提訴を却下した。本件判決から二つの関連する重要な原則が導かれる。すなわち、第一に、会社に対して行われた不正行為を主張する訴訟の適切な原告は一応会社自身である。第二に、裁判所は会社内部の業務執行行為に干渉すべきではなく、問題とされる取締役の行為が株主総会の普通決議によって追認しうる（ratifiable）場合には、株主が派生訴訟を提起できない⁵¹。

このような審査の枠組みは一見会社法の理論に忠実的であるが、株主個人の権利と会社の権利との区別の曖昧さを始め、詐欺や会社支配といった概念の定義の不明確さが原因で、追認できるかどうかの境界線は容易に引くことができず、その後の判例は複雑に錯綜しており、整理が困難な状況にあるといわれている。また、実際に追認決議がなされたかどうかは提訴許可の基準ではない⁵²。そのため、取締役の単なる注意義務違反（negligence）の行為については理論上追認できるので、原則として派生訴訟の提起が認められない⁵³。しかし、忠実義務違反行為の追認の可否については、Foss事件は忠実義務違反の事例に分類すべきであるが、その後の判例の立場は統一的ではなく、矛盾が生じている⁵⁴。

Foss 判決原則の例外として、具体的にどういう場合に株主の訴権が認められるかは、どういう不正行為が株主総会の普通決議によって追認できないのかという問題になる。Jenkins 裁判官は Edwards v. Halliwell 事件において、①会社能力外（ultra vires the company）の行為、②少数派に対する詐欺（fraud on the minority）の行為、③特別多数（special majority）を必要とする行為、④株主の個人的権利（individual rights）を侵害する行為、という四種類の行為をまとめた⁵⁵。これらの例外の中で、裁判官自身も指摘するように、派生訴訟で問題になるのは②の行為だけであって、それ以外の

形成と展開——」奥島孝康教授還暦記念第一巻『比較会社法研究』33~46頁参照（成文堂、1999）。

⁵¹ See Edwards v. Halliwell, [1950] 2 All E.R. 1064.

⁵² Davies, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law, 458 (7th ed. 2003).

⁵³ See, e.g., Pavlides v. Jensen [1956] Ch. 565; Prudential Assurance Co Ltd v. Newman Industries Ltd and others (No. 2) [1982] Ch. 204.

⁵⁴ 吉本健一「イギリス会社法における取締役の義務違反行為の承認と責任免除」酒巻俊雄先生古稀記念『21世紀の企業法制』872-874頁参照（商事法務、2003）。なお、イギリス法におけるそれ以降の成文法の改革と判例の展開については本稿では考察しない。

⁵⁵ [1950] 2 All E.R. 1064.

行為はむしろ株主個人の権利に対する侵害である⁵⁶。そして、②に該当するに加えて、不正行為者が会社を支配しており、会社自らによる訴訟の提起が期待できないことも要件とされている⁵⁷。

以上のように、イギリス裁判所は、「代表訴訟」によって一旦確立した株主の派生訴訟提起権を資本多数決原則で制限した。資本多数決原則を固守する理由として、①裁判所が判断できるのは法律問題であり、会社の経営判断ではないこと、②市民社会の一貫性を保つために、少数派が多数派の決定を服従するという原則は会社内部においても適用され、株主内部で問題を解決すべきであること、③訴訟が多発するおそれがあること、が多くの判決の中で示された⁵⁸。イギリス裁判所のこのような対応は批判的となっている。例えば、Foss 判決原則のうち、第一原則は法人法理、第二の不干渉原則は組合法理から由来するが、組合法より時代遅れになっているという批判がなされている⁵⁹。すなわち、18世紀には、衡平法裁判所は解散命令を除いて、組合の内部紛争に干渉しないという原則が確立されていたが、19世紀早期になると、衡平法裁判所は解散命令が不正行為者にとってだけ有利になる場合には、計算命令（account）や差止命令（injunction）などの救済を認めるようになったのである⁶⁰。また、上記の理由は裁判所が自らの効率性を図るための純粋な手続的理由であって、その結果、株主の実体法上の請求権が制限され、多数派による会社支配が保護され、経営者義務の履行を強制する力も弱められた⁶¹。このような状況の下で、イギリスには株主派生訴訟の提起が稀であり、濫訴の問題も起こっていないし、そのための特別立法の必要もなかった⁶²。

二 アメリカにおける株主派生訴訟制度の生成と発展

1 株主派生訴訟制度の確立

アメリカでは、1811年にニューヨーク州が一定の製造業会社の設立自由を認めた一般会社法の制定によって株式会社設立の準則主義が確立されたといわれている⁶³。イ

⁵⁶ K. W. Wedderburn, Shareholders' Rights and the Rule in Foss v. Harbottle, 1957 Camb. L. J. 194, 196.

⁵⁷ See, e.g., K. W. Wedderburn, Shareholders' Rights and the Rule in Foss v. Harbottle (continued), 1958 Camb. L. J. 93, 94-96.

⁵⁸ See Mayson, French & Ryan, Company Law, 614-616 (22d ed., Oxford, 2005).

⁵⁹ See Wedderburn, *supra* note 56, 196-197.

⁶⁰ *Id.*; See also A. J. Boyle, The Minority Shareholder in the Nineteenth Century: A Study in Anglo-American Legal History, 28 Mod. L. Rev. 317, 318-319 (1965).

⁶¹ See Aharon Barak, A Comparative Look at Protection of the Shareholders' Interest Variations on the Derivative Suit, 20 Int'l & Comp. L. Q. 22, 29-30 (1971).

⁶² L. C. B. Gower, Some Contrasts between British and American Corporation Law, 69 Harv. L. R. 1369, 1385 (1956).日本語の翻訳としては、北沢正啓「英米株式会社法の相違点」同『株式会社法研究(3)』366~394頁（有斐閣、1997）。

⁶³ See Ballantine, *supra* note 40, at 37.

ギリスより 30 年余り早く準則主義が確立された結果、信託型法人格なき会社はその発達の必要性を失っていた⁶⁴。しかし、会社の取締役の法的地位はイギリスと同様に信託の受託者として位置づけられた。しかも、イギリスの 1828 年の Hichens 事件よりも早く派生訴訟の提起を認める事例があった⁶⁵。アメリカにおける早期の派生訴訟の判例の中でよく引用されるのは 1832 年のニューヨーク州最高裁の *Robinson v. Smith* 事件⁶⁶である⁶⁷。この事件では、ある石炭会社の三名の少数株主が、会社の取締役らが会社資金を詐欺的に銀行の株式投資に流用し、その後、株価が下落した結果、会社が損失を被ったことを理由に、会社への損害回復を求めて取締役らを訴えた。裁判所は、株主と取締役との関係を一種の信託と位置づけた。信託法理は、会社の取締役を規律するために既存の実体法的ルールを提供すると同時に、衡平法裁判所もその管轄権を正当化できた⁶⁸。さらに、大法官 Wallworth は同時期のイギリス裁判所が下した 1828 年の Hichens 事件判決を引用して、「代表訴訟」の利用を認めた。

この初期の段階では、殆どの訴状では「代表訴訟」の形式で会社財産に対する金銭損害賠償を求めたものであり、原告は彼ら自身に対する直接損害賠償を求めていなかったし、裁判所も認めていなかった⁶⁹。会社はあくまで救済を受ける主体である⁷⁰。したがって、初期の段階ではやはりイギリスと同様に、会社の権利は認識されず、株主は個人の権利に基づいて「代表訴訟」の形式で訴訟を提起・追行していると認識されていた。

2 対象範囲の拡大

その後、株主と経営者との間の紛争は次第に会社の部外者まで拡大してきた。第三者を被告とする派生訴訟の登場は、株主が会社の訴権を派生的に行使するという派生訴訟性の概念が認識される契機となった⁷¹。

第三者を被告とする初の事件は 1841 年のニューヨーク州で起きた *Forbes v. Whitlock* 事件⁷²であった。本件では、会社と売買契約を締結した相手方に対して株主が詐欺を理由に契約の取消を求めたが、裁判所は法人格理論を用い、このような訴権は会社の排他的権利であるとして、会社の名義で主張されなければならないという理由で、原告の訴えを却下した。しかし、その後のニューヨーク州のいくつかの事件で

⁶⁴ 山口幸五郎「アメリカ会社法における取締役の地位の変遷」同『会社取締役制度の史的展望』68 頁以下参照（成文堂、1989）。

⁶⁵ *Attorney General v. Utica Ins. Co.*, 2 Jones. Ch. 371 (N.Y. 1817).

⁶⁶ 3 Paige Ch. 222 (N.Y. 1832).

⁶⁷ 実際には本件以前にも派生訴訟に該当する判例が何件かあった。See Prunty, *supra* note 23, at 986-988.

⁶⁸ *Id.*, at 986.

⁶⁹ *Id.*, at 989.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Id.*, at 990.

⁷² 3 Ed Ch. 446 (N.Y. 1841).

は、第三者への責任追及訴訟では株主が会社の権利を二次的また派生的な資格で行使するという見解が具体的に示された⁷³。

第三者責任追及型の派生訴訟を確立させたのは連邦最高裁が下した 1855 年の Dodge v. Woolsey 事件判決⁷⁴である。本件は、オハイオ州銀行の株主がオハイオ州の法人税徴収が合衆国憲法違反であると主張して、州による法人税徴収の差止を請求したものである。原審裁判所は原告株主の請求を容認した。これに対して、被告は原告株主が本件のような訴訟提起権を有しないことを一つの理由として連邦最高裁に上訴したが、連邦最高裁は株主がなぜ第三者を相手に訴訟提起できるのかについて明白な理論的根拠を提示せずに、原審判決を支持した。

3 アメリカにおける会社内部事務不干涉原則の確立——提訴請求要件の採用

上記 Dodge 事件では憲法問題が含まれているため、連邦最高裁は原告株主の訴訟提起に何の制限も加えなかったかもしれない。しかし、憲法問題がない場合では裁判所が会社の内部問題に介入することが許されるのか。第三者を対象とする派生訴訟の場合は特にこのような疑問が強くなる。この問題を意識した連邦最高裁は 1881 年の Hawes v. Oakland 事件判決⁷⁵で、明確に提訴請求要件 (demand requirement) を採用することによって、会社の内部問題への不干涉原則を確立した⁷⁶。

この事件では、ある水道事業会社（カリフォルニア州法人）の株主（ニューヨーク州住民）が、被告会社がカリフォルニア州オークランド市に対して必要以上に無償で水を供給して会社に重大な損失を及ぼしているとして、会社、その取締役及びオークランド市を被告として、カリフォルニア地区連邦巡回裁判所に訴訟を提起した。連邦巡回裁判所はこのような損害を主張する権利が会社にのみ帰属し、株主は提訴資格がないという被告オークランド市の主張を採用して、訴訟を却下した。原告株主は連邦最高裁に上訴した。連邦最高裁は、原審判決を支持した判決の中で以下のように述べて提訴請求要件を採用した。すなわち、「彼（原告株主）は会社内部で彼の望む訴訟または個人権利の救済を獲得するためには彼が手の届く範囲の全ての手段を尽くしたことを示して裁判所を納得させるべきである。彼は会社の経営機関 (the managing body) に救済措置を取らせるための熱心な本当な努力をしなければならず、かつその努力を明白に裁判所に示さなければならない。もし彼は取締役らの説得に失敗しても、時間が許すならば、株主総会 (the stockholders as a body) から訴訟を獲得するために誠実な努力をしたことを示さなければならない。もしこのような努力をしなかった場合、彼はこのような努力がそもそも実現できないこと、またはこのような努力を要求する

⁷³ Prunty, *supra* note 23, at 990-991.

⁷⁴ 59 U.S. (18 How.) 331 (1855).

⁷⁵ 104 U.S. 450 (1881).

⁷⁶ 本件判決以前にも提訴請求要件を要求した判決もあったが、本件判決の影響がもっとも大きい。See e.g., *Brewer v. Boston Theatre*, 104 Mass. 378 (1870).

ことが不合理であることを示さなければならない。」⁷⁷連邦最高裁は翌年の 1882 年に、本件判決を連邦衡平法裁判所規則 94 条⁷⁸として採用された。その後、数度の改正を経て、1987 年の連邦民事訴訟規則に実質的に受け継がれてきた。

4 株主総会に対する提訴請求要件の放棄

上記の判決が示すように、アメリカ法では原告株主がまず取締役会に対して提訴請求をしなければならず、またはそれをしなかった理由について示さなければならない。その次に、上記 Hawes 事件判決によれば、「取締役らの説得に失敗して、時間が許すならば」、現行の連邦民事訴訟規則 23.1 条によれば、「必要があれば」、株主総会に対して提訴請求を行うことを要し、あるいは、それをしなかった理由を詳細に主張しなければならない。「必要があれば」というような保留規定については、株主総会に対する提訴請求の必要性が実体法上の問題であり、会社設立の州法によって決めることを反映したものという見解⁷⁹がある。この見解を批判する者もいるが、ほとんどの連邦裁判所は上記のようにこの規定を解釈している⁸⁰。また、公開会社に関する事例では連邦裁判所は繰り返し株主総会に対する提訴請求要件を拒絶した⁸¹。

では、各州法の規定はどうなっているのか。影響力の大きいデラウェア州、ニューヨーク州、カリフォルニア州を代表とする大部分の州の制定法では明示的ないし黙示的にこの要件をまったく要求していない⁸²。また、一部の制定法では、例え株主の追認が実際になされたとしても、裁判所は追認の事実を考慮することができるが、これを理由に派生訴訟を却下することができないと定めている⁸³。これに対して、僅か 12 の州の民事手続法では連邦民訴規則 23.1 の「必要があれば」という保留条項がまだそのまま残っている⁸⁴。

では、株主総会に対する提訴請求要件がまだ保留されている州では、どういう場合に、この要件が必要になるのか。まず、取締役会に対する提訴請求との前後関係については、ほぼ定着していると言える。すなわち、もし訴訟を提起しないという取締役会の決定が合理的かつ誠実な経営判断結果であれば、株主は派生訴訟を進行できなくなり、株主総会に対する提訴請求の必要もなくなるが、もし、取締役会が健全な経営判断をしなかった、あるいは、できなかった場合、つまり、取締役会に対する提訴請

⁷⁷ 104 U.S. 450, 460-461 (1881).

⁷⁸ Equity Rule 94, 104 U.S. ix-x (1882).

⁷⁹ See 5 Moore's Federal Practice, §23.1.08 [2] [d] (Matthew Bender 3d ed.)

⁸⁰ See DeMott, Shareholder Derivative Actions Law & Practice §5:3 (2003).

⁸¹ See ALI, Principles §7.03 comment h.

⁸² E.g., Del. Ch. Ct. R. 23.1(a); N. Y. Bus. Corp. Law §626(c); Cal. Corp. Code §800(b)(2). See also Delaware leading case Mayer v. Adams, 141 A.2d 458 (Del. 1958).

⁸³ Alaska Stat. §10.06.435(g).

⁸⁴ Ala. R. Civ. P. 23.1; Ariz. R. Civ. P. 23.1; Colo. R. Civ. P. 23.1; Kan. Stat. Ann. §60-223a; La. Code Civ. P. Ann. Arts. 615; Minn. R. Civ. P. 23.09; Mo. Sup. Ct. R. 52.09; Nev. R. Civ. P. 23.1; Ohio R. Civ. P. 23.1; 12 Okla. St. §2023.1; S.C.R. Civ. Pro. R. 23(b)(1); W.Va. R. Civ. P. 23.1.

求が免除された、あるいは、取締役会の提訴拒絶が不当だと判断された場合にはじめて株主総会に対する提訴請求の問題が出てくる。

次に、この要件が要求されるか免除されるかについては、裁判所の対応が大いに異なっていて、主として、追認理論と経営判断理論という二つの理論によって判断されている⁸⁵。大部分の法域が採用する追認理論によれば、原告が主張する問題の取引は株主総会の多数決によって追認できる場合にしかこの要件が要求されない。この時、株主総会の過半数が利害関係をもたず独立でなければならぬ⁸⁶。したがって、詐欺、違法行為、あるいは会社権限外の行為は株主の全員一致でなければ追認できないというコモンローの一般原則によれば、原告株主がこれらの行為を主張したら、この要件が要求されない。しかし、現実的には、詐欺の概念がかなり拡張され、現在では会社に損害をもたらすような追認のできない自己取引、会社の機会の流用、従業員に対する不当な目的のためのストックオプションの発行など、実際のところ、取締役の忠実義務違反のすべての行為を含んでおり、原告株主が主張する問題の取引は殆どこれらの行為の範疇に入っているため、追認理論はその要件を骨抜きにされている⁸⁷。また、例えば株主の全員一致の追認があっても司法審査を排除するには不十分であるかもしれない⁸⁸。追認理論に対して、経営判断理論によれば、利害関係を有しない過半数の株主がいれば、問題の取引が追認できなくても、この要件が要求される。当該訴訟の追行が会社の最善の利益になるのかを判断するのは本来取締役たちの権限であるが、会社の実質的所有者である株主からなる株主総会が会社の最終の意思決定機関として、会社訴権の行使に関する経営判断を行使すべきであるというのがこの理論の根拠である⁸⁹。しかし、この経営判断理論の適用効果は追認理論と正反対で、常にこの要件を要求することになる。もし、この要件が必要とされた場合、訴訟を進行しないという株主総会の決議は訴訟の追行を妨げることになる⁹⁰。

しかし、この要件を定めている州でも最近では株主総会に対する提訴請求を実際に要求した判例がほとんどない⁹¹。多数の州がこの要件をまったく要求しないことからわかるように、この要件を要求することは強く批判されている。現代の公開会社では、この要件が原告株主に多大な費用と訴訟負担を負わせ、不当に訴訟の提起を妨げ

⁸⁵ See Daniel R. Fischel, *The Demand and Standing Requirements in Stockholder Derivative Actions*, 44 U. Chi. L. Rev. 168, 183 (1976).

⁸⁶ 判例では、利害関係を有する株主が追認決議に関与した場合は当該決議が通常無効とされる。See ALI, *Principles* §7.11 reporter's note 2.

⁸⁷ See note, *The Nonratification Rule and the Demand Requirement: the Case for Limited Judicial Review*, 63 Colum. L. Rev. 1086, 1087 (1963).

⁸⁸ See George D. Hornstein, *The Shareholder's Derivative Suit in the United States*, J. Bus. L. 282, 285 (1967).

⁸⁹ See Fischel, *supra* note 85, at 186-187.

⁹⁰ See, e.g., *S. Solomont & Sons Trust v. New England Theatres Operating Corp.*, 326 Mass. 99, 93 N.E.2d 241 (1950); *Palley v. Baird*, 356 Mass. 737, 254 N.E.2d 894 (1970).

⁹¹ See DeMott, *supra* note 80, §5:2.

る⁹²。また、情報力の持たない散在している株主はそもそも多様な要素を考慮して元々取締役会の権限である経営判断を健全に行使できない⁹³。そういった理由で、RMBCA § 7.42⁹⁴もこの要件をまったく要求していないし、アメリカ法律協会（ALI）の『企業統治原理：分析と勧告』（以下、ALI 原理と略す） § 7.03(c)はこの要件を要求すべきではないと勧告している⁹⁵。

三 検討

1 株主派生訴権の法的根拠と制度の法構造

以上の考察から分かるように、英米両国において、株主派生訴訟制度は実体法的には信託法理を類推適用して、手続法的には「代表訴訟」を利用して生成してきた。その歴史は株主と経営者との間の緊張関係を反映している⁹⁶。信託法理の類推適用によれば、信託受益者が受託者の義務違反の責任を追及する権利を有するように、株主も経営者の義務違反を追及する権利がある。また、第三者の対会社責任追及の派生訴訟についても取締役の信託義務の違反を介して根拠付けられる⁹⁷。

また、初期の段階では、「代表訴訟」としか認識されていなかったが、実際には損害の回復が会社に帰属するため、派生訴訟そのものである。「代表訴訟」でありながら、派生訴訟でもあるような例は決して珍しいことではない。Prunty はこのような救済の二重性の例として、寄託者（bailor）と受寄者（bailee）の間、抵当権設定者（mortgagor）と抵当権者（mortgagee）の間をあげているが⁹⁸、これらの例をあげるまでもなく、信託受益者が受託者の損害賠償責任を追及する場合には損害の回復が原則として受益者にではなく、信託財産に支払われるという信託法理⁹⁹は絶好の例である。これに対して、株主派生訴訟では損害の回復が会社に帰属し、株主には直接的な

⁹² Clark, Corporate Law, 649 (1986).

⁹³ Id. See also ALI, Principles §7.03 comment h.

⁹⁴ See American Bar Association, Model Business Corporation Act (revised in 1984) [hereinafter cited as RMBCA] §7.42 official comment 2.

⁹⁵ ただし、ALI 原理はその § 7.11（株主の行為による派生訴訟の却下）で株主総会の関与を保障しようとしている。しかし、裁判所が株主総会の決議に基づいて訴訟を却下するための要件として、当該総会決議は利害関係のない取締役によって構成される取締役会又は委員会が十分な情報を得て下した訴訟却下の推奨決議に基づかなければならないため、株主総会の関与の役割は極めて限定的であろう。しかも、当該総会決議は十分な情報開示の下で、利害関係を有しない株主の過半数によって承認されなければならない、かつ訴訟の終了が会社の財産の浪費を構成しない場合にはじめて裁判所が訴訟を却下することができる、と勧告されている。See also, Mass. Gen. Laws Ann. Ch. 156D, §7.44(b)(3).

⁹⁶ Ferrara & Abikoff & Gansler, Shareholder Derivative Litigation: Besieging the Board, §1.03 at 1-15 (2007).

⁹⁷ Prunty, supra note 23, at 991.

⁹⁸ Prunty, supra note 23, at 989.

⁹⁹ UNIFORM TRUST CODE 2005 §1002(a); 日本信託法 40 条 1 項；中国信託法 22 条、49 条。

利益帰属がないこと、及び、一人会社の場合や他の株主が不正行為を同意ないし黙認している場合を考えると、株主派生訴訟が果たして「代表訴訟」であるのかという疑問が提示されている¹⁰⁰。確かに、原告株主と同じ立場の株主が極端に少ない場合には判決効拡張の問題が生じないため、「代表訴訟」とする必要がないが、このことは株主個人の権利を否定することにはならない。また、派生訴訟である以上、他の株主への判決効拡張については代表訴訟性を持ち出す必要がないという考え方は歴史的事実にも反する。他の株主への判決効拡張が代表訴訟性の帰結であることは判例で示されている¹⁰¹。

個々の株主に訴権を認めながら、派生訴訟として提起しなければならない理由はいろいろ考えられる。Prunty は会社債権者の保護を挙げている¹⁰²。あるマサチューセッツ州の判例によれば、株主への直接損害回復を認めない理由としては、以下の3点を挙げている¹⁰³。すなわち、①株主が会社財産に対して法的権限がないので、株主が第一次的に損害を受けているのではないこと、②その他の株主や会社債権者による重複訴訟の防止、③会社債権者の保護である。このうち、①は厳格な法概念上では株主が会社財産の所有者ではなく、あくまでも受益者であることの表れである；②は訴訟経済の考慮である；③は社員の有限責任を原則とする株式会社制度の必然の要請である。また、Glenn によれば、会社の法主体性以外に、ゴーイングコンサーンであることが派生訴訟性を要請する原因である¹⁰⁴。

以上のように、アメリカでは、株主派生訴訟が派生的代表訴訟とでも表現でき、派生訴訟性と代表訴訟性の二重性質を有すると一般的に認識されている。例えば、アメリカでは、以下のような説明が一般的になされている。すなわち、株主派生訴訟は二つの訴訟原因を含んでおり、一つは取締役が会社の訴権を行使しないという義務違反を理由とするもの、もう一つは侵害者に対する会社の権利を株主が行使するという訴訟原因であると説かれている¹⁰⁵。また、株主派生訴訟は会社の権利を侵害した者に対して救済を求める訴えと、会社に対してその行使を強制する訴えという二つの訴えの併合であるとも述べられている¹⁰⁶。いずれにせよ、派生訴訟性は株主の行使する損害賠償請求権が会社という法主体に帰属し、第一次的行使権が会社にあることを意味す

¹⁰⁰ See Note, Shareholder Derivative Suits: Are They Class Action? 42 Iowa L. Rev. 568 (1957).

¹⁰¹ Garrard Glenn, The Stockholder's Suit – Corporate and Individual Grievance, 3 Yale L. J. 580, 590 (1924); See also Norman Winer, Jurisdiction Over the Beneficiary Corporation in Stockholders' Suits, 22 Va. L. Rev. 153 (1936).

¹⁰² See Prunty, *supra* note 23, at 989.

¹⁰³ Smith v. Hurd, 53 Mass. (12 Met.) 371 (1847).

¹⁰⁴ See Glenn, *supra* note 101, at 585-592.

¹⁰⁵ McLaughlin, Capacity of Plaintiff-Stockholder to Terminate a Stockholder's Suit, 46 Yale L. J. 421, 423 (1936).

¹⁰⁶ Clark, *supra* note 92, at 639.

るのに対して、代表訴訟性は会社自らがその請求権を行使しない場合に個々の株主がその請求権を行使する権利があることを意味するのである。

2 株主総会の訴訟管理権限の剥奪

以上のように、英米両国はその初期において信託法理の類推適用と「代表訴訟」によって株主の派生訴権を基礎づけた。しかし、上述したように、株主派生訴訟は二重性質を有し、株主が行使する請求権は本来会社に帰属するため、会社の訴権を行使する会社の機関の権限と株主の訴権との間に衝突が生ずることになる。この問題を解決するために、英米両国の裁判所はいずれも会社内部事務不干涉の原則を確立したが、両国における制度発展の後期においては、鮮明な制度上の相違が生じている。すなわち、イギリス法では、株主総会における資本多数決原則の固守によって、会社の訴訟管理権限が基本的に株主総会に与えられており、その権限の分配が基本的に原告株主と株主総会との間で行うのに対して、アメリカ法では株主総会に対する提訴請求要件が放棄されるかわりに、取締役会に対する提訴請求要件を要求することによって、訴訟管理権限の分配が基本的に原告株主と取締役会との間で行い、株主総会の権限は基本的に劣後し、またそもそもアメリカ法の主流としてはまったく株主総会に訴訟管理権限の付与を予定していない。したがって、アメリカ法は株主総会から訴訟管理権限を剥奪しているとはいえよう。

では、なぜ英米の裁判所はこのような正反対の態度を取って来たのか。株式分散所有の特徴が出現し始めた時期の早晩とは関係がないようである¹⁰⁷。確かに、アメリカは20世紀の初頭から大規模会社の株式分散所有の状況が形成されたのに対して、イギリスの大規模会社においては家族支配が長く続き、第二次世界大戦後から分散所有が進み始め、現在においても依然として分散所有の度合いがアメリカより低い。しかし、上記の判例法の展開からもわかるように、派生訴訟が提起すべきかの判断について、アメリカの裁判所は20世紀以前からすでに資本多数決原則を放棄してきた。したがって、判例法の展開は大規模公開会社の発展と直接の関連性が見られない。しかし、判例法発展の歴史から見ると、英米はいずれも19世紀早期から株主派生訴訟制度を確立したが、その後、イギリスは資本多数決で当該制度の否定の方向に走ったのに対して、アメリカでは株主派生訴訟制度は会社側が他州住民である株主と通謀して州政府ないし立法府との紛争を争うために利用された一幕があった。この一幕は英米裁判所の立場の相違を生じさせた一因であるかもしれない¹⁰⁸。しかし、最も根本的な原因は会社機関間権限分配に関する基本理念の相違ではないかと考える。周知の通り、アメリカ法では南北戦争以降、取締役会中心主義が急速に進み、また取締役会の権限は株

¹⁰⁷ See David A. Skeel, *The Accidental Elegance of Aronson v. Lewis*, 6-7 (U. of Penn. ILE Research Paper No. 07-28, 2007), available at <http://ssrn.com/abstract=1027010>.

¹⁰⁸ See *Id.*, at 7.

主からの授権ではなく州法によって与えられた固有のものである¹⁰⁹と理解されている。一方、イギリス法では 1985 年会社法においても株主総会がまだ多くの権限を保有している¹¹⁰。

いずれにせよ、制度の現実的妥当性から考えると、イギリス法は明らかに、株式の所有が分散されている現代の公開会社に適しない。Berle と Means¹¹¹が指摘したように、現代の公開会社では、所有と支配が分離し、株主デモクラシーが失敗し、経営者支配の現象が普遍的に存在する。一般的には以下の理由が挙げられている¹¹²。第一に、僅かな株式しか持たない一般株主は会社事務に多くの時間を費やす動機に欠けており、合理的に無関心になったのである(いわゆるフリー・ライドの問題が生じる)。第二に、一般株主が委任状で議決権を行使し、委任状機構が経営者に支配されている。第三に、会社経営に不満な株主は株式を売却すれば容易にその不満を表明でき(いわゆるウォール・ストリート・ルール)、間接的に会社経営に不満な株主が会社から追い出されていく。このような状況では、経営者が実際に株主総会の決議の結果を左右できるため、訴訟を提起すべきか否かに関して、株主総会の判断を尊重するイギリス法の政策は明らかに不適切かつ時代遅れであると批判されている¹¹³。

第二節 アメリカにおける制度の利用状況と濫訴防止策

一 制度の利用状況

アメリカでは、派生訴訟の濫用の問題がしばしば非難の対象となっている。特に会社荒らし訴訟(strike suit)の多発は 1930 年代から指摘され始めた¹¹⁴。会社荒らし訴訟とは、ニューサンス(nuisance)のために提起された訴訟であって、その主要目的は原告の個人的利益のために和解を手に入れることであり、現在では、原告株主の弁

¹⁰⁹ See *Manson v. Curtis*, 119 N.E. 559, 562 (N.Y. 1918).

¹¹⁰ 中村信男「イギリス法上の株主総会」中村一彦先生古稀記念『現代企業法の理論と課題』369頁以下参照(信山社、2002)。

¹¹¹ Berle & Means, *The Modern Corporation and Private Property* (1932). 彼らは、1929年におけるアメリカの資産額上位の非金融会社 200社の株式所有構成を統計・分析した結果、44%の会社、200社の資産総額の58%が経営者支配となっていることを指摘した。彼らは取締役会の構成員を経営者と定義した上で、筆頭株主の持株比率が20%を下回る場合を経営者支配としている。そして、1930年代以降、アメリカ大規模公開会社の株式所有の分散化はさらに進み、1975年に至ると、上位の非金融会社 200社の経営者支配比率は82.5%に達した。See Edward S. Herman, *Corporate Control, Corporate Power*, 65-66 (1981).

¹¹² See William L. Carey & Melvin Aron Eisenberg, *Cases and Materials on Corporations*, 242-243 (7th ed. unabridged 1995).

¹¹³ Lowry, "A plea for a statutory derivative action." [1994] PIC Issue. See Sarah Watkins, *The Common Law Derivative Action: An Outmoded Relic?* 30 *Camb. L. Rev.* 40, 42 (1999).

¹¹⁴ See Note, *Extortionate Corporate Litigation: The Strike Suit*, 34 *Colum. L. Rev.* 1308 (1934).

護士がこの種の訴訟の実質上の仕掛け人であることは一般的に認識されている¹¹⁵。以下ではいくつかの代表的な実証研究を概観することによって、アメリカにおける派生訴訟の運用実態を明らかにする。

アメリカにおける最初の実証研究は1944年にニューヨーク州商工会議所が採択したWood報告書である¹¹⁶。Woodは1932年から1942年までの間にニューヨーク州内で提起された1400件の派生訴訟を対象に調査を行い、その内の公開会社に関する573件を中心に分析をした。この報告書によると、わずか13件が終局判決を以って会社に金銭的な損害回復をもたらした。そのほかに裁判所での承認和解は33件で、私的和解は60件である。それ以外は却下されたり、継続されなかったりする事件である。全体で明らかに株主に利益をもたらしたのは僅か46件である。そして、和解事例では、弁護士報酬が損害回復総額の25%を占める傾向がある。一株ごとの損害回復の価値は通常1ドル以下である。Woodは以上のデータに基づいて、派生訴訟では弁護士だけが利益を得ていることを強調した。さらに、一部の弁護士が全体の60%の事件を提起しており、原告株主が通常僅かな株式しかもっていないと指摘する。彼は結論として派生訴訟の改革を提案し、結果的にはその後の担保提供命令制度の立法化につながった。

次によく引用されるのはJonesの研究である。Jonesは1971年から1978年までの間にサンプルとして抽出された公開会社190社に関する株主訴訟（派生訴訟とクラスアクションを含む）を統計・分析した¹¹⁷。531件訴訟の内、和解したのが246件で、原告勝訴判決が2件、被告勝訴判決が13件、それ以外は却下、記録消失、原告の取下げ、被告の認諾に関する事件であるというデータを示して、株主が主に和解を通じて何らかの救済を得ていると評価した¹¹⁸。また、詳細な資料がある228件の訴訟に関わる55件の和解の内、金銭的救済を得たのが45件であり、取締役会の構成変化などの非金銭的救済しかない事例が10件であるというデータに基づいて、彼は株主がほとんど実質的利益を得ていないという従来の株主訴訟に対する認識を否定した¹¹⁹。そして、弁護士報酬は絶対的な和解条項であり、その額は平均して和解金額の16.2%である¹²⁰。全体的にJonesは株主訴訟に好意的である。

最後に、現在では最も引用されているRomanoの研究を見てみよう。Romanoは1960年代後期から1987年までを対象期間として、ランダムに選んだ535社の公開会社に

¹¹⁵ See Henn & Alexander, *Laws of Corporations and Other Business Enterprises*, §358, at 1039 n. 22 (3rd ed. 1983).

¹¹⁶ Franklin S. Wood, *Survey and Report Regarding Shareholders' Derivative Suits* (1944).

¹¹⁷ Thomas M. Jones, *An Empirical Examination of the Incidence of Shareholder Derivative and Class Action Lawsuits, 1971-1978*, 60 *B.U.L. Rev.* 306, 308 (1980).

¹¹⁸ See Thomas M. Jones, *An Empirical Examination of the Resolution of Shareholder Derivative and Class Action Lawsuits*, 60 *B.U.L. Rev.* 542, 544-547 (1980).

¹¹⁹ *Id.*, at 547, 558, 568.

¹²⁰ *Id.*, at 566-567.

関する株主訴訟（派生訴訟とクラスアクションを含む）を統計・分析した¹²¹。Romanoのデータによれば、128件の解決済み事件の内、和解したのは83件である¹²²。しかも、和解した事件の中で、会社に金銭的回復をもたらしたのは約半分の46件だけであるのに対して、弁護士報酬が支払われたのは和解事例の約90%にあたる75件であり、その内の8件は弁護士報酬だけが救済内容であった¹²³。また、一株当たりの損害回復額は僅かであるに加えて、取締役会構成の変化や役員報酬の変更などの構造的な救済しか定めなかった和解は21件があり、しかも、これらの構造的な救済は和解を審査する裁判所に弁護士報酬の正当性を示すための飾りでしかないと指摘する¹²⁴。金銭的救済がある和解事例では弁護士報酬が平均して損害回復額の24%であり、構造的救済の事例の場合はその割合がより低い¹²⁵。以上のデータに基づいて、Romanoは株主訴訟で主に利益を得ているのが原告側の弁護士であると結論付けている。

社会科学の実証研究は調査者の先入観などに必然的に影響され、主観的バイアスが存在するため¹²⁶、その結論をそのまま受け止めるべきではないが、分析に役立つ有用な情報を提供してくれる。以上の三セットのデータから見ると、まず、アメリカではほとんどの派生訴訟が和解で終了している。和解比率の算定方法は論者によってそれぞれであるが、却下、取下げ、請求の認諾などの理由で終了した事例を除いて、本案審理を経た終局判決と和解との比例を示す和解率であれば、Woodのデータは88%、Jonesのデータは94%、Romanoのデータは解決済み事件の内訳を提示していないが、少なくとも65%以上を示している。これを一般的民事訴訟の和解率である60~70%¹²⁷と比較すれば、確かに高い和解率である。この高い和解率は会社荒らし訴訟が多発している証拠だとされているが、和解率が高い理由としては、株主訴訟のような複雑な訴訟を勝訴させる困難さが原告側の和解インセンティブを高めたことも考えられるため、高い和解率は必ずしも会社荒らし訴訟多発の証拠にはならない。しかし、上記のデータが示すように、確かに、和解事例の中では金銭的救済が含まれているのはほとんどであるし、弁護士報酬も平均して和解金額の20%前後であるため、ほとんどの和解は会社に利益をもたらしているように見えるが、問題なのはアメリカでは役員責任保険によって和解金が支払われているため、金銭的損害回復が和解に定められても、

¹²¹ Roberta Romano, *The Shareholder Suit: Litigation Without Foundation?*, 7 J.L. Econ. & Org. 55, 58 (1991).

¹²² *Id.*, at 60.

¹²³ *Id.*, at 61.

¹²⁴ *Id.*, at 62-63.

¹²⁵ *Id.*, at 63, n. 14 and accompanying texts.

¹²⁶ See Garth, Nagel & Plager, *Empirical Research and the Shareholder Derivative Suit: Toward a Better-Informed Debate*, 48 *Law & Contemp. Probs.* 137, 157 (1985).

¹²⁷ See Janet Cooper Alexander, *Do the Merits Matter: A Study of Settlements in Securities Class Actions*, 43 *Stan. L. Rev.* 497, 524-525 (1991).

結局は最終的に保険料を負担する会社の財産から支払われていることになり¹²⁸、実際にはより多くの和解が弁護士にしか利益をもたらしていない。さらに、弁護士報酬や飾りのような非金銭的救済しか定めていない和解事例も実際に存在する。したがって、アメリカの派生訴訟制度は弁護士に私益追求の手段として利用されている一面があるかもしれない。実際に、アメリカでは株主訴訟を専門的に行う弁護士が多く存在する。彼らは“起業家的弁護士”と呼ばれているように、訴訟提起のリスクを負担し、多額の弁護士報酬を稼ぐ。このような弁護士は時には自らが株式のポートフォリオを有し、自らの名義で¹²⁹、時にはその事務所の他の弁護士や従業員、家族の名義で、または名義貸しの職業的原告¹³⁰を雇って訴訟を提起する¹³¹。これらの現象も会社荒らし訴訟がアメリカで生じていることを裏付けているかもしれない。

アメリカでは、株主訴訟に限らず、訴訟社会と呼ばれているように、民事訴訟が活発であり、その最大の原因は弁護士の数が多く、競争が生じているためであろう。その象徴として、アメリカでは弁護士報酬について完全成功報酬制 (contingent fee) が広く利用されている¹³²。つまり、成功報酬の合意をした場合には、弁護士は、勝訴の場合に合意に基づく割合での報酬を受け取ることができることを除き、その事件での働きに対して報酬を一切受け取らない¹³³。そして、派生訴訟では、勝訴原告株主が会社に対して弁護士報酬の補償を請求できることについては古くから裁判所に一致して認められている¹³⁴。また、上記データでも示している通り、和解した場合でも同様である。そのため、上記のように、派生訴訟の濫用リスクが指摘されている。

しかし、弁護士が報酬を狙って積極的に派生訴訟を提起する自体は決して悪いことではない。一般大衆株主は企業経営を監視するインセンティブがなく、仮に会社の経営者が不正行為を行ったことを発見しても自ら敗訴リスクを取って提訴に踏み切るこ

¹²⁸ See Romano, *supra* note 121, at 57; John C. Coffee, Jr., *Unfaithful Champion: The Plaintiff as Monitor in Shareholder Litigation*, 48 *Law & Contemp. Probs.* 5, 19-20 (1985).

¹²⁹ 例えば、20世紀早期では Clarence H. Venner、20世紀後期では Richard Greenfield といった名が挙げられる。See Note, *supra* note 114, at 1308, n. 1 (1934); Allen & Kraakman & Subramanian, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, 358-362 (2003).

¹³⁰ 例えば、ある調査によれば、1945年から1986年5月までの間で、Harry Lewis という名義で提起された株主訴訟は81件に上る。See DeMott, *supra* note 80, §1:5 n. 1 (2003).

¹³¹ See Macey & Miller, *The Plaintiff's Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, 58 *U. Chi. L. Rev.* 1, 69-70 (1991).

¹³² アメリカの民事訴訟では通常、弁護士報酬については、敗訴者負担の訴訟費用に含まれておらず、当事者の自己負担というアメリカンルール (American Rule) が採用されている。浅香吉幹『アメリカ民事手続法』143頁参照 (弘文堂、2000)。

¹³³ Hazard & Taruffo 著、田辺誠訳、谷口安平監修『アメリカ民事訴訟法入門』105頁参照 (信山社、1997)。

¹³⁴ See George D. Hornstein, *The Counsel Fee in Stockholder's Derivative Suits*, 39 *Colum. L. Rev.* 784, 791 (1939).

とが少ない。その代わりに、ビジネスとして派生訴訟のネタを発掘する弁護士は、常に企業の経営活動を監視し、問題がある場合は自らリスクを取って経営者の責任を追究していく。つまり、いわゆる集合行為問題（collective action problems）を解決できる。

二 代表の適切性要件

1 要件の根拠と制定法の規定

すでに検討したよう、株主派生訴訟はクラスアクションの性格を有するため、クラスアクションと同様に、デュー・プロセスという憲法上の要件に基づいて、不在当事者への判決効の拡張を正当化するためには代表の適切性要件が要求されるのである¹³⁵。このため、クラスアクションと同様に、同じ請求原因について、原告株主が代表者として不適正であれば、他の不在株主が判決効に拘束されず、他の株主による再訴が許される¹³⁶。しかし、このような理由からすれば、前訴が終了した後、後訴において回顧的に審査する代表の適切性要件が導き出せても、派生訴訟の提起・維持のための前提要件としての代表の適切性要件が導き出せないのである。ところで、後述するように、制定法は派生訴訟の提起・維持のための代表の適正性要件を定めているのである。その理由については、そもそも派生訴訟は会社と他の株主への判決効拡張を前提にしているためであると指摘されている¹³⁷。

代表的な制定法として、連邦民事訴訟規則 23.1 条は「派生訴訟は、その原告が会社または法人格なき団体の権利を行使するにあたり、同様の立場にある株主または構成員の利益を公正かつ適切に（fairly and adequately）代表しないと認められたときは訴訟の追行ができない」と定めている¹³⁸。また、多くの州や ALI 原理 § 7.02(a)(4)も同様な趣旨の規定を設けている¹³⁹。デラウェア州の一般会社法も衡平法裁判所規則も同様な文言が見当たらないが¹⁴⁰、この要件がデラウェア州のルールに内在すると判例法

¹³⁵ See Pinto & Branson, *Understanding Corporate Law*, at 472 (3rd ed. 2009); Ferrara et al., *supra* note 96, §4.05 at 4-29. See *Nathan v. Rowan*, 651 F.2d 1223, 1228 (6th Cir. 1981).

¹³⁶ See *Nathan v. Rowan*, 651 F.2d 1223, 1227 (6th Cir. 1981). See also Note, *Res Judicata in the Derivative Action: Adequacy of Representation and the Inadequate Plaintiff*, 71 Mich. L. Rev. 1042, 1059 (1973).

¹³⁷ 原強「株主代表訴訟における判決効と強制執行」小林＝近藤編・前掲書（5）310頁
¹³⁸ 連邦法域では派生訴訟に関してこの要件を最初に明確に規定したのは派生訴訟を規定した 23(b)をクラスアクションに関する 23条の中から 23.1条として分離した 1966年の連邦民事訴訟規則改正である。それ以前は、ほとんどの裁判所は 1938年法 23(a)でクラスアクションに適用される代表の適切性要件を 23(b)の派生訴訟にも適用した。See Mary Elizabeth Matthews, *Derivative Suits and the Similarly Situated Shareholder Requirement*, 8 DePaul Bus. L. J. 1, 9-10 (1995).

¹³⁹ ALI, *Principles* §7.02 comment e.

¹⁴⁰ Del. Gen. Corp. L. §327; Del. Ct. Ch. R. 23.1(a).

で確立されている¹⁴¹。これらの規定に対して、RMBCA § 7.41(2)は「同様な立場にある株主の利益」ではなく、「会社の利益」を公正かつ適切に代表することを規定している。その理由としてはこのような文言が派生訴訟の性質をより適切に反映するからであるとする¹⁴²。しかし、歴史的沿革からも明らかなように、この要件は代表訴訟性に起因しているが、派生訴訟性からこの要件を導き出すなら、この要件の意味に変更を生じないのか。1996年の連邦民事訴訟規則改正の際、当初の草案では同様に「会社の利益」を適切に代表することが規定されていた¹⁴³。その理由については諮問委員会が特に示していなかったが¹⁴⁴、諮問委員会は明らかに派生訴訟で原告株主がしばしば少数株主の利益を代表していることを認識しているため、草案の規定を訂正したのであるという指摘がある¹⁴⁵。そもそも多数株主が訴訟の提起を望むならば、取締役会に対する支配力の行使を通じて会社に直接提訴させることが可能であるため、派生訴訟を認める必要性がなくなる¹⁴⁶。諮問委員会はおそらく会社の利益を多数株主の利益と同等させることを恐れていたであろう¹⁴⁷。したがって、RMBCAの規定の文言を採用すれば、つまり、派生訴訟性からこの要件を根拠づけるならば、原告株主が多数株主の利益を代表しなければならないというような解釈が可能になり、派生訴訟制度の利用を大きく制限する危険性が出てくる。しかし、実際に、RMBCAの規定を採用する州では、この問題が争点になっていないようである。

2 クラスアクションにおける代表の適切性要件との相違

(1) 訴訟手続の性質上の相違

クラスアクションの場合と違って、派生訴訟では、裁判所は代表の適切性要件を職権で事前審査する必要がない¹⁴⁸。代表適切性の問題は通常、被告が訴訟の却下あるいは略式判決を申し立てるために、防訴抗弁として主張することになる¹⁴⁹。被告がこの要件の欠如を主張しない限り、裁判所は会社訴因を主張しようとするすべての株主が適切な代表者であると推定する。訴訟が進行する前に、裁判所は原告株主が代表の適切

¹⁴¹ See, e.g., *Katz v. Plant Industries, Inc.*, Civ. No. 6407, 1981 WL 15148 (Del. Ch. 1981).

¹⁴² RMBCA §7.41 official comment.

¹⁴³ Preliminary Draft of Proposed Amendments to Rules of Civil Procedure for the United States District Courts, 34 F.R.D. 325, 385 (1964). See Matthews, *supra* note 138, at 10-11.

¹⁴⁴ Advisory Committee's Note, 39 F.R.D. 108 (1966). See Matthews, *supra* note 138, at 11.

¹⁴⁵ Sherman L. Cohn, *The New Federal Rules of Civil Procedure*, 54 Geo. L. J.1204, 1227 (1966).

¹⁴⁶ See, e.g., *March v. Miller-Jesser, Inc.*, 559 N.E.2d 844, 851 (Ill. App. 1990); *S-W Co. v. John Wight, Inc.*, 587 P.2d 348 (Mont. 1978). See also Matthews, *supra* note 138, at 12-13.

¹⁴⁷ See Matthews, *supra* note 138, at 12-13.

¹⁴⁸ See *Gottlieb v. Wiles*, 11 F.3d 1004, 1011 (10th Cir. 1993).

¹⁴⁹ See Matthews, *supra* note 138, at 14-15.

性を積極的に判断する必要がない¹⁵⁰。したがって、代表の適切性の立証責任が通常原告にあるとされるクラスアクションの場合¹⁵¹と違って、派生訴訟ではこの要件に関する立証責任が被告に課されることになる¹⁵²。

(2) 代表範囲上の相違

派生訴訟はクラスアクションとして生成・発展してきたため、原告株主は当然に多数株主または全ての少数株主の支持を得る必要がない半面、代表の適切性要件が要請されている。しかし、クラスアクションと違って、原告株主は多数株主を代表する必要がなく、原告と同様な立場にある少数派やその他の限定的なクラスの株主の利益を代表すれば十分であるとしている。なぜならば、多数株主の反対があっても少数株主が訴訟を提起・維持できることは派生訴訟の本質であり、多数株主の利益を考慮すると、少数株主の適切性が常に否定されることになり、派生訴訟の利用がかなり制限されてしまうため、原告株主は少数の株主を代表すれば十分である¹⁵³。また、原告の敗訴に個人的利益を有する株主も代表される株主の範囲に含まれず、原告株主と同様な立場にある株主が一人もいないという極端な場合にも原告株主の代表の適切性が肯定される¹⁵⁴。したがって、全体的には、アメリカの裁判所は少数株主による派生訴訟の利用をなるべく制限しないように、原告株主が代表する株主の範囲をかなり限定的に解釈している。

3 適切性の判断基準と判断要素

では、裁判所はどのようにして原告株主の代表の適切性を判断しているのか。制定法では、「公平かつ適切」という文言を使っているが、実際にどう判断するのかは裁判所や事件ごとの特殊事情などによって、考慮する要素がそれぞれであるため、ケースバイケースで検討するしかないが、概ね以下のようにまとめることができる。

まず、原告が少数株主のために精力的かつ誠実に訴訟を迫る能力の有無は一つの判断基準である¹⁵⁵。しかし、個々の原告株主の地位や事情よりは原告の訴訟代理

¹⁵⁰ Id., at 14.

¹⁵¹ See, e.g., In re TD Banknorth S'holders Litig., 2008 Del. Ch. LEXIS 102, at 11 (2008).

¹⁵² See, e.g., Khanna v. McMinn, 2006 Del. Ch. LEXIS 86, at 179 (2006); Schneider v. Austin, 94 F.R.D. 44, 46 (S.D.N.Y. 1982); Lewis v. Curtis, 671 F.2d 779, 788 (3d Cir. 1982).

¹⁵³ See Schupack v. Covelli, 512 F. Supp. 1310, 1312 (W.D.Pa. 1981); Ohio-Sealy Mattress Mfg. Co. v. Kaplan, 90 F.R.D. 21, 25 (N.D. Ill. 1980); Shulman v. Ritzenberg, 47 F.R.D. 202, 211 (D.D.C. 1969); Galdi v. Jones, 141 F.2d 984, 992 & n.3b (2d Cir. 1944).

¹⁵⁴ See Larson v. Dumke, 900 F.2d 1363 (9th Cir. 1990); Brandon v. Brandon Const. Co., 776 S.W.2d 349 (1989).その他の事情で適切性が否定された事例としては、Nolen v. Shaw-Walker Co., 449 F.2d 506 (6th Cir. 1971); Steinberg v. Steinberg, 434 N.Y.S.2d 877 (1980).

¹⁵⁵ See Larson v. Dumke, 900 F.2d 1363, 1367 (9th Cir. 1990); Schupack v. Covelli, 512 F. Supp. 1310, 1312 (W.D. Pa. 1981); Cohen v. Bloch, 507 F. Supp. 321, 324 (S.D.N.Y.

人の能力や精力的な訴訟追行の可能性のほうがより重要である¹⁵⁶。したがって、原告株主は言語上や身体上の理由で意思疎通ができなくても¹⁵⁷、または名義貸しの職業的原告（professional plaintiff）であっても¹⁵⁸、多くの裁判所はその適切性を否定しない。また、一株しか持っていないとしても原告株主の適切性を否定できない¹⁵⁹。

では、原告の訴訟代理人の適切性はどのように審査されるのか。前述したように、アメリカでは名義上の株主原告を代理して派生訴訟を提起することによって弁護士報酬を稼ぐという起業家的弁護士が存在し、弁護士報酬への貪欲さはしばしば非難の対象となるが、彼らはまた私的司法長官（private attorney general）と呼ばれているように、受認者監督の重要な執行者としてアメリカの法システムに組み入れられている。したがって、弁護士報酬への貪欲さという理由だけでは、その適切性が否定されない¹⁶⁰。原告弁護士の適切性がよく否定されるのはその弁護技術上の能力ではなく、利益相反である¹⁶¹。典型的には、弁護士が原告であると同時に、訴訟の代理人を務めようとする場合には利益相反が存在する。僅か一部の裁判所はそれ自体で当然に適切性が否定されるルール（per se rule）を採用しているが、デラウェア州はこのルールに従わず、弁護士の仮定の利益相反の可能性ではなく、現実的可能性に着目して判断する¹⁶²。

次に、原告株主とその代表するクラスの株主との間の経済上の利害対立の有無は一つの重要な判断基準である。通常、利害対立の存在が認められると、適切性が否定されることになる¹⁶³。例えば、原告株主が会社に不満を抱く元従業員¹⁶⁴、債権者¹⁶⁵、競合会社または競合会社の株主¹⁶⁶である場合にその適切性が否定されることがある。また、原告株主は被告との間で係争中の他の訴訟を勝訴させるための梃子として派生訴

1980).

¹⁵⁶ ALI, Principles §7.02 reporter's note 5.

¹⁵⁷ See *Koenig v. Benson*, 117 F.R.D. 330 (E.D.N.Y. 1987); *Fradkin v. Ernst*, 98 F.R.D. 478 (N.D. Ohio 1983).

¹⁵⁸ See, e.g., *In re Fuqua Industries, Inc. Shareholder Litigation*, 725 A.2d 126 (Del. Ch. 1999); *Lewis v. Curtis*, 671 F.2d 779, 788-789 (3d Cir. 1982). See also Macey & Miller, *supra* note 131, at 74.

¹⁵⁹ See *Recchion on behalf of Westinghouse Elec. Corp. v. Kirby*, 637 F. Supp. 1309, 1315 n. 1 (W.D. Pa. 1986)

¹⁶⁰ See, e.g., *In re Fuqua Industries, Inc. Shareholder Litigation*, 725 A.2d 126 (Del. Ch. 1999); *Lewis v. Curtis*, 671 F.2d 779 (3d Cir. 1982).

¹⁶¹ *Pinto & Branson*, *supra* note 135, at 473.

¹⁶² See *Id.*, at 473-474.

¹⁶³ See *Schnorbach v. Fuqua*, 70 F.R.D. 424, 433 (S.D.Ga. 1975); *Davis v. Corned, Inc.*, 619 F.2d 588 (6th Cir. 1980).

¹⁶⁴ See *Recchion on behalf of Westinghouse Elec. Corp. v. Kirby*, 637 F. Supp. 1309 (W.D. Pa. 1986); *Roberts v. Alabama Power Co.*, 404 So. 2d 629 (Ala. 1981).

¹⁶⁵ See *Owen v. Modern Diversified Indus., Inc.*, 643 F.2d 441, 443-444 (6th Cir. 1981).

¹⁶⁶ See *Rose v. Tidelands Capital Corp.*, 438 F. Supp. 684 (N.D. Ala. 1977); *Robinson v. Computer Servicenters, Inc.*, 75 F.R.D. 637, 641 (N.D. Ala. 1976); *Dupont v. Wyley*, 61 F.R.D. 615 (D. Del. 1973); *Quirke v. St. Louis-San Francisco Railway Company*, 277 F.2d 705, 708 (8th Cir. 1960).

訟を利用しており、その個人訴訟における利益が派生訴訟における利益より明らかに大きい場合には代表の適切性が否定されることになる¹⁶⁷。問題は敵対的買収の場合に買収者とその他の株主との間に経済的対立が存在するかについて、判例の立場が分かれている。いくつかの判例は会社の支配権を取得しようとする株主の適切性を否定した¹⁶⁸。しかし、敵対的買収防衛策の適法性を争う派生訴訟では、会社支配権市場の機能を維持するにあたって、買収者とその他の株主は共通の利益を有するため、その適切性を否定すべきではないとする判例もある¹⁶⁹。以上のように、原告株主は集団の利益以外の利益を有する場合にはその代表の適切性が否定される時があるが、デラウェア州を代表とする多くの法域では、それだけでは原告株主の適切性を否定する理由にならず、また、将来のまたは潜在的な利益相反があるだけでも同様である¹⁷⁰。

4 評価

以上のように、代表の適切性要件はクラスアクション的側面を有する派生訴訟の当然の要請であるといえるが、通常のクラスアクションの場合と違って、派生訴訟ではアメリカの裁判所はこの要件を職権で調査せず、あくまで被告の一つの防訴抗弁として位置付けており、また、適切性を審査する際には原告が代表するクラスの範囲も限定的である。このような要件適用上の相違を生じさせる理由は言うまでもなく派生訴訟の特殊な性質である¹⁷¹。クラスアクションでは代表原告は自らの請求権を主張するのに対して、派生訴訟では原告株主が会社の請求権を主張している。会社は単なる株主の集合ではなく、その内部には独自の機関があり、会社の請求権を行使すべきかどうかは会社の特定機関の判断が尊重されるべきである。これは本章第一節で言及した英米判例法が採用した会社内部事務への不干渉原則である。一方、代表の適切性要件の本質的目的は原告株主の提起した派生訴訟が会社ひいては全株主の利益になることを保証するためであるが、訴訟が最終的に会社の利益になるかどうかは諸般の事情を考慮して総合的に判断しなければならない一種の経営判断である。もし裁判所が通常のクラスアクションの場合と同様に職権で代表の適切性要件を調査するならば、訴訟管理権限が裁判所に分配することになり、会社内部事務への不干渉の原則とは基本的に矛盾することになる。また、原告株主が過半数の株主を適切に代表することを要求するならば、株主総会に訴訟管理処分権を与えないというアメリカ法の基本理念に反

¹⁶⁷ See *Steinberg v. Steinberg*, 434 N.Y.S.2d 877 (App. Div. 1980); *Ford v. Bimbo Corp.*, 512 S.W.2d 793 (Tex. Ct. Civ. App. 1974).

¹⁶⁸ See *Baron v. Strawbridge & Clothier*, 646 F. Supp. 690, 695 (E.D. Pa. 1986); *Hall v. Aliber*, 614 F. Supp. 473 (E.D. Mich. 1985).

¹⁶⁹ *Shamrock Associates v. Horizon Corp.*, 632 F. Supp. 566 (S.D.N.Y. 1986).

¹⁷⁰ See *Larson v. Dumke*, 900 F.2d 1363, 1369 (9th Cir. 1990); *Emerald Partners v. Berlin*, 564 A.2d 670, 675 (Del. Ch. 1989); *Keyser v. Commonwealth Nat. Financial Corp.*, 120 F.R.D. 489, 492 (M.D. Pa. 1988); *Sonkin v. Barker*, 670 F. Supp. 249 (S.D. Ind. 1987); *Youngman v. Tahmoush*, 457 A.2d 376, 380 (Del. Ch. 1983).

¹⁷¹ See *Sweet v. Birmingham*, 65 F.R.D. 551, 553-555 (S.D.N.Y. 1975).

することになる。したがって、通常のクラスアクションと違う対応をする裁判所の立場はアメリカ法における訴訟管理権限分配の基本理念と一致している。

また、代表の適切性の審査基準と審査要素が決して統一的ではなく、アメリカの裁判所は通常いろんな要素を総合的に判断しているが、上記の概観から見ると、まず、原告株主の事情や弁護士の報酬への貪欲さは一般的に考慮されないため、裁判所は会社荒らし訴訟を代表の適切性要件で対処しようとは考えていない傾向が強い。そもそも、濫訴であるかどうかは提訴株主の動機に対する審査が不可欠であるが、その立証が通常困難であるため、裁判所は安易に動機を理由に株主の原告適格を否定すべきではない。また、原告株主は会社との明らかな利益相反がある場合には代表の適切性が否定される確率が高いが、多少の利益相反の可能性があっても裁判所はその適切性を否定しないだろう。この傾向はまた派生訴訟の経済的構造を正しく認識した結果である。

以上を総合的に評価すると、アメリカの裁判所は少数株主の重要な救済手段としての派生訴訟制度の機能をなるべく毀損しないように慎重に代表の適切性要件を運用していると言えよう。

三 行為時所有要件

1 概要

連邦民事訴訟規則 23.1 条では行為時所有要件 (contemporaneous ownership requirement) と称されている要件が規定されている。すなわち、原告株主はその主張する不正行為の発生時に当該会社の株主であったこと、若しくは不正行為の発生後に法の作用 (operation of law) により株式を取得したこと¹⁷²が要求される。23.1 条は 1881 年に連邦最高裁が下した *Hawes v. Oakland* 事件判決¹⁷³を成文化したものである。現在では事実上全ての州制定法は連邦法を追随してこの要件を設けている¹⁷⁴。

2 要件の目的

(1) 濫訴の防止

上述する *Hawes* 事件判決では、Miller 裁判官は被上訴人の防訴抗弁を検討する前に、

¹⁷² 法の作用とは、当事者の意思によらずに権利や義務が創設されることを意味する。典型的には無遺言相続によって株式を取得した場合がこれに当たる。しかし、この概念を厳格に解釈すると、これにあたる例がかなり限定されてしまうため、判例はある程度緩やかに解釈している。See Paul P. Harbrecht, *The Contemporaneous Ownership Rule in Stockholders' Derivative Suits*, 25 UCLA L. Rev. 1041, 1057-1060 (1978). また、法の作用による株式取得であることが認められても、前株主が行為時所有の株主であったことを要求される場合がある。See RMBCA §7.41(1); Alaska Stat. §10.06.435; Me. Rev. Stat. Ann. tit 13-C, §752; Wis. Stat. Ann. § 180.0741.

¹⁷³ 104 U.S. 450 (1881).

¹⁷⁴ See Ferrara et al., *supra* note 96, §4.02[2] at 4-9; DeMott, *supra* note 80, §4:3. See, e.g., 8 Del. C. §327; N.Y. Bus. Corp. Law §626(b); R.I. Gen. Laws §7-1.2-711; Minn. R. Civ. P. 23.09; ORS §60.261; Md. C. §4A-802; Wyo. R. Civ. P. 23.1.

連邦裁判所の管轄権を得るために他州住民に株式を譲渡して州籍相違の訴因を通謀的に創出するという当時の会社訴訟の慣行について認識を示し、このような慣行が連邦裁判所に過大な負担をかけていると述べているが¹⁷⁵、行為時所有要件の採用が通謀訴訟の防止であるかについては特に明確に述べなかった。その後の判例は通謀訴訟の防止がこの要件の目的であると判示された¹⁷⁶。しかし、州法ではそもそも州籍相違の問題が存在しないため、この目的が成り立たない。

その後、訴訟提起のために株式を購入するいわゆる買取訴訟 (“buying lawsuit” or “purchased litigation”) の防止は当該要件の目的だとされ¹⁷⁷、そのため、会社荒らし訴訟などの濫訴防止は当該要件の目的だとされている¹⁷⁸。確かに、不正行為が発生した後に株式を購入した原告は何らかの不当な動機をもって訴訟を提起している可能性がある。しかし、この要件は株主の現実の株式取得目的を問わず、不正行為が発生した後に株式を購入した株主の原告適格を一律に剥奪することになるため、会社に有益な訴訟提起が妨げられ、派生訴訟の機能を損なうことになりかねない¹⁷⁹。また、違法行為などが行政機関やマスメディアに暴露されるまでは通常時間がかかり、その間に株式の取引に伴って適格株主の数はどんどん減るため、会社や株主が派生訴訟によって救済される可能性は当該要件の存在によって確実に低くなる。さらに、公開会社では、この要件を満たせる株主を簡単に見つけることができることを考えれば、弁護士が主役である会社荒らし訴訟を防止するためにこの要件はどれだけ効果があるのかもまた疑問である¹⁸⁰。

(2) 不当利得の防止

この要件のもう一つの目的は原告株主の不当利得 (unjust enrichment) を防止するためだとされている¹⁸¹。その理屈としては、不正行為後に株式を取得した株主は例え不正行為の発生を知らなくても、不正行為が会社に与えた損害をすでに価格に反映されているため、このような株主が勝訴したら、会社に対する損害回復を通じて、たなぼたの利益 (windfall) を受けるからである。まず、この目的の根拠はいわゆる効率的資本市場仮説 (Efficient Capital Market Hypothesis) を前提としている¹⁸²。連邦

¹⁷⁵ See 104 U.S. 450, 452-453 (1881).

¹⁷⁶ See, e.g., *City of Quincy v. Steel*, 120 U.S. 241, 7 S.Ct 520 (1887).

¹⁷⁷ See, e.g., *Blasband v. Rales*, 971 F.2d 1034, 1040 (1992); *Rosenthal v. Burry Biscuit Corp.*, 60 A.2d 106, 111 (Del. Ch. 1948).

¹⁷⁸ See, e.g., *Schreiber v. Bryan*, 396 A.2d 512 (Del. Ch. 1978); *Hirshfield v. Briskin* 447 F.2d. 694 (7th Cir. 1971); *Dimpfel v. Ohio & Mississippi Railway. Co.*, 110 U.S. 209 (1884). See Harbrecht, *supra* note 172, at 1042-1043. See also ALI, Principles §7.02 comment c.

¹⁷⁹ See, e.g., Harbrecht, *supra* note 172, at 1063.

¹⁸⁰ See Allen et al., *supra* note 129, at 357; Macey & Miller, *supra* note 131, at 77-79.

¹⁸¹ See, e.g., *Courtland Manor, Inc. v. Leeds*, 347 A.2d 144 (Del. Ch. 1975); *Home Fire Ins. Co. v. Barber*, 93 N.W. 1024 (1903). See also ALI, Principles §7.02 comment c.

¹⁸² Pinto & Branson, *supra* note 135, at 468.

最高裁は不実開示に基づく損害賠償責任の信頼の要件を緩和するためにいわゆる市場に対する詐欺理論を採用する前提として市場の効率性を承認したが¹⁸³、実際に市場が効率であるかどうかは実証困難であるため、理論上はこの目的の正当性を評価できないかもしれない。しかし、そもそも、効率的資本市場であるか否かに関係なく、会社に生じた損害が将来的に回復される可能性（例えば、この要件を満たせる他の株主の派生訴訟提起によるとか）は株式取引当事者間で考慮される可能性もあるため、不正行為の発生後に株式を購入した株主は損害が生じていないとは言い切れない¹⁸⁴。また、そもそも、株式の譲渡はそれに付随するすべての権利も同時に移転するはずであるし、株主は自身の株式取得の時期と関係なく会社に属する全ての財産や訴因について利益を有するはずである¹⁸⁵。したがって、派生訴訟提起権が株式の譲渡に伴い、消滅してしまうという理論自体は成立しない。

3 要件に対する緩和措置

上述したように、不当利得の防止目的はこの要件を正当化できないし、会社荒らし訴訟の対策としてこの要件の効果が疑問である一方、会社に有益な訴訟まで阻止してしまう恐れがあるという欠点が生じる。その結果として当該要件は不正行為者を保護するための便宜になっている¹⁸⁶。この要件の厳格な適用から生じるこれらの弊害を是正するためには下記の三つの緩和措置が一部の法域の制定法ないし判例法によって採用されている。

(1) 継続的不正行為理論による緩和

デラウェア州を代表とする一部の法域では継続的不正行為理論（continuing wrong theory）を認めている¹⁸⁷。連邦法域では、この理論の適用に関する連邦最高裁判例がまだ存在しないが、連邦巡回控訴裁判所レベルでは見解が一致していない。連邦第五巡回区控訴裁判所は1969年の *Bateson v. Magna Oil Corp.* 事件判決¹⁸⁸でこの理論を明白に支持した。これに対して、連邦第二巡回区控訴裁判所は2003年の *In re Bank of New York* 事件判決¹⁸⁹でこの理論の適用を拒否した。継続的不正行為理論を採用しないことは、行為時所有要件のもたらす潜在的な不公正な結果を見落としている

¹⁸³ *Basic Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224 (1988).

¹⁸⁴ See Harbrecht, *supra* note 172, at 1062.

¹⁸⁵ See Ballantine, *supra* note 40, at 353; Murray Seasongood, Right of A Stockholder, Suing in behalf of A Corporation, to Complain of Misdeeds Occurring prior to His Acquisition of Stock, 21 Harv. L. Rev. 195 (1907).

¹⁸⁶ Annette Hooper Prince, The Contemporaneous Ownership Requirement in the Stockholder's Derivative Suit, 30 Okla. L. Rev. 622, 623 (1977).

¹⁸⁷ See, e.g., *Forbes v. Wells Beach Casino, Inc.*, 307 A.2d 210 (Me. 1973); *Palmer v. Morris*, 316 F.2d 649 (5th Cir. 1963); *Lavine v. Gulf Coast Leaseholds, Inc.*, 122 A.2d 550 (Del. Ch. 1956).

¹⁸⁸ 414 F.2d 128 (5th Cir. 1969), cert. denied, 397 U.S. 911 (1969).

¹⁸⁹ 320 F.3d 291 (2d Cir. 2003).

と批判されている¹⁹⁰が、濫訴の防止に役立つとして評価する意見もある¹⁹¹。

継続的不正行為理論によれば、不正行為が開始された時点で株式を取得していない株主であっても、その株式の取得時にその不正行為がまだ進行しているならば、行為時所有原則を満たすことになる。通常、完成した取引の影響がまだ続いていることを主張するだけでは継続的不正行為理論が適用されない¹⁹²。もしこのような主張が成立するならば、全ての不正行為が救済されるまで継続していると看做されることができ、行為時所有要件が完全に骨抜きにされてしまうので、継続的不正行為理論を適用できるかは不正行為が実際に完成したか継続しているかによって判断される¹⁹³。しかし、実際に、不正行為が進行しているか、すでに完成した取引の影響が続いているかを見わけするのは難しい¹⁹⁴。したがって、この例外は、理論上広く受け入れられているが、實際上、その適用の仕方がかなり異なっていて、実質上同じ事実について裁判所によって違う結果が出されている¹⁹⁵。例えば、受認者が不当に会社の財産を占有した後に原告が株式を購入したが、この受認者が財産を占有し続けたという事件で、継続的不正行為理論が適用できるとして、原告の訴訟追行が許可された¹⁹⁶。これと反対に、原告は子会社が不公平な低価格で親会社に株式を売却した後に子会社の株式を購入したが、親会社はまだその株式を所有していると言う事件では、この理論が適用されず、原告の申立が却下された¹⁹⁷。また、原告は不正取引の後に株式を購入したが、不正行為に関する支払いがまだ続いているという事件で、この理論が適用されが¹⁹⁸、原告は会社が無効な契約を結んだ後に株式を購入したが、その契約に基づく支払いはまだ続いていると言う事件では、この理論が適用されなかった¹⁹⁹。

また、不正行為の完成時を如何に判断するのも明確な基準がなく、ケースバイケースで検討するしかないようである。デラウェア州の判例を概観してみると、例えば、問題の契約の条項が修正されたからといって、当初の契約がまだ完成していないとは

¹⁹⁰ See Sarah Wells, *Maintaining Standing in a Shareholder Derivative Action*, 38 U.C. Davis L. Rev. 343, 346 (2004).

¹⁹¹ See Terence L. Robinson Jr., *A New Interpretation of the Contemporaneous Ownership Requirement in Shareholder Derivative Suits: In re Bank of New York Derivative Litigation and the Elimination of the Continuing Wrong Doctrine*, 2005 BYU L. Rev. 229 (2005).

¹⁹² Ferrara et al., *supra* note 96, §4.02[3][b] at 4-15. See also Harbrecht, *supra* note 172, at 1053 n. 54 and accompanying texts.

¹⁹³ *Schreiber v. Bryan*, 396 A.2d 512, 516 (Del. Ch. 1978).

¹⁹⁴ Eisenberg, *Corporations and Other Business Organizations, Cases and Materials*, 666 (Concise 9th ed. 2005).

¹⁹⁵ *Id.*

¹⁹⁶ *Forbes v. Wells Beach Casino, Inc.*, 307 A. 2d 210 (Me. 1973).

¹⁹⁷ *Weinhaus v. Gale*, 237 F. 2d 197 (7th Cir. 1956).

¹⁹⁸ *Palmer v. Morris*, 316 F. 2d 649 (5th Cir. 1963).

¹⁹⁹ *Chaft v. Kass*, 19 A.D.2d 610, 241 N.Y.S.2d 284 (1963).

看做されない²⁰⁰。また、問題の取引が株主総会で承認されるまで、完成したとは看做されない²⁰¹。また、株式の発行が取締役会で承認されたが、株券の発行がまだ実際にされていない場合には行為が継続していると看做される²⁰²。

全般的に言えば、継続的不正行為理論は広範に支持されているようであるが²⁰³、その適用基準についてはまだ確立されておらず、多くの場合では裁判所が事件ごとの事実を勘案して自らの裁量で判断しているのは現状である。

(2) 行為開示前所有理論による緩和

ALI 原理も不正行為が発生した後に株式を購入した株主でも損害を被る可能性があるとして²⁰⁴、従来の要件に対して修正を施しているが、継続的不正行為理論を採用しなかった。代りに、ALI 原理は不正行為に関する情報が市場に開示されたら、会社に対する損害が株価に反映されるという前提に立って、不正行為が開示される時点までに株式を取得した株主にも原告適格を与える。その § 7.02 (a) (1)によれば、主張される不正行為に関する主要事実が広く開示されたか、持分証券の所持人がそれを知ったか、若しくは持分証券の所持人に明確に伝えられた時より前の時点で持分証券を取得した者は派生訴訟を提起・維持できると定めている。このような修正は従来の厳格な行為時所有要件をかなり緩和したものであるが、上記の継続的不正行為理論の効果と同様に、あくまでも基準時を引き延ばしただけで、要件に対する批判を根本的には克服していない。すなわち、たとえ不正行為が広く開示された後であっても、株主の実際の株式取得目的を問わず、一律に不正行為後の株主の原告適格を否定することに変わりがない。

カリフォルニア州は ALI 原理の制定に先立ってその 1975 年の会社法改正において、従来の行為時所有要件を満たさない株主でも、①会社にきわめて有利な推定をもたらす証拠がある事例であること (a strong prima facie case)、②類似の訴訟が提起されていない、または提起される可能性がないこと、③株主はその主張する不正行為が公衆または原告に開示される前に株式を取得したこと、④訴訟が維持されないと、被告が故意の信認義務違反から得た利得を保持すること、⑤申し立てられた救済は会社ないしその株主に不当利得をもたらさないこと、に関する証拠を宣誓供述書で具体的に裁判所に示したら、裁判所はその裁量で派生訴訟の追行を認めることができると定めた²⁰⁵。アラスカ州もまったく同様な規定がある²⁰⁶。ALI 原理の緩和理論は裁判所の考

²⁰⁰ Schreiber v. Bryan, 396 A.2d 512 (Del. Ch. 1978).

²⁰¹ Lavine v. Gulf Coast Leaseholds, Inc., 122 A.2d 550 (Del. Ch. 1956).

²⁰² Maclary v. Pleasant Hills, Inc., 109 A.2d 830 (Del. Ch. 1954).

²⁰³ わずか一部の州制定法では、問題の行為の一部が生じている時に (during any part of the transaction) 株主であったという文言があって、この理論を支持しているようである。See Alaska Stat. §10.06.435(b); Cal. Corp. Code §800(b)(1).

²⁰⁴ See ALI, Principles §7.02 comment c.

²⁰⁵ Cal. Corp. Code §800(b)(1).

²⁰⁶ Alaska Stat. §10.06.435(b).

慮事項の一つとなっている(③)。

しかし、改正模範事業会社法はこの要件が簡潔、明晰で適用しやすいことを理由に²⁰⁷、依然として従来の厳格な行為時所有要件を維持しているように、実際に、ALI 原理の緩和理論は広く支持されていない。州法の中では、ALI 原理の緩和理論を採用したのは上記二州以外にイリノイ州とバージニア州ぐらいである²⁰⁸。

(3) 裁判所の裁量権拡大による緩和

上記カリフォルニア州とアラスカ州の制定法の規定は単に ALI 原理のような緩和理論を採用しただけではない。なぜならば、上記③以外にも裁判所が考慮できる事項が多く、このような規定は実際に裁判所の裁量権を拡大するものである²⁰⁹。これは判例法が継続的不正行為理論を適用する際に事件ごとに裁量権で判断しざるをえない状況とは基本的に同調である。

4 評価

以上を簡単にまとめてみると、行為時所有要件を正当化できる目的は濫訴防止であるが、公開会社に関してはその効果が薄い割に、有益な訴訟提起を妨げてしまう弊害がある。判例はこのような状況を緩和しようとして継続的不正行為理論を認めてきたが、その適用基準があいまいで裁判所の裁量に委ねる部分が多い。一部の法域はさらにこの傾向を判例法の理論以上に制定法で認めている。これらの緩和策は裁判所または立法府が行為時所有要件のような硬直な客観的訴訟要件を濫訴防止策として運用する際に、派生訴訟の機能への不当な制限を危惧しているを表している。立法論としては、この要件を完全に削除すべきであるとする見解もあるが²¹⁰、この要件に一定の濫訴防止効果を期待しながら、裁判所の柔軟の適用によってその弊害を除去するという現状が維持されているのは実際に公開会社に関する派生訴訟でこの要件が争点になるのはそれほど多くないためであるとも言えよう。

四 担保提供制度

もう一つの濫訴対策は上述する Wood 報告書をきっかけに、ニューヨーク州が最初に制定した担保提供制度 (security for expenses) である。この制度は原告が敗訴するか訴訟を放棄する場合に備えて、会社またはその他の被告の費用の支払いを保証す

²⁰⁷ RMBCA §7.41 official comment.

²⁰⁸ 805 Ill. Comp. Stat. Ann. Ch. 5 §7.80(a); Va. Code Ann. §13.1-672.1A.

²⁰⁹ ペンシルバニア州会社法も類似の規定を採用している。すなわち、会社にきわめて有利な推定をもたらす証拠がある事例であること、または当該訴訟がなければ、重大な不公平が生じてしまうこと、を裁判所に示したら、裁判所はその裁量で行為時所有でない株主の派生訴訟の追行を認めることができる。15 Pa. Consol. Stat. §1782(b).

²¹⁰ 本稿で後述する 70 年代以降に、取締役会と原告株主との権限分配によるスクリーニング制度が形成されたため、行為時所有要件を廃止すべきであるという見解は示されている。See J. Travis Laster, Goodbye to the Contemporaneous Ownership Requirement, 33 Del. J. Corp. L. 673, 692 (2008).

るために、被告らが支出する弁護士報酬を含めた合理的な費用²¹¹に対する担保の提供を原告株主に要求するものである。もちろん、この制度は原告が敗訴したら必ず被告の費用を支払わなければならないことを要求するものではなく、あくまでも不誠実な原告に対する制裁を保証するためのものである²¹²。しかし、このような費用の担保が命じられたら、例え少額であっても少数株主の提訴を躊躇させてしまう効果がある。

制定法は典型的に株主が一定規模以上の持分を持たない場合に、会社に担保提供申立権を与える。この最低持株規模は州によってまちまちである。例えば、1969年の模範事業会社法49条を採用する州では、原告株主が単独でまたは他の原告株主との合計で所有している会社の発行済み株式が5%若しくは2万5千ドル相当の市場価値に満たない場合に、会社は担保の提供を請求できる²¹³。ニューヨーク州では最低持株比率が5%に設定されているが、市場価値の最低額が5万ドルになっている²¹⁴。ペンシルバニア州は市場価値の下限をさらに20万ドルに引き上げている²¹⁵。アラスカ州は5%の最低持株比率を規定しているが、市場価値の下限を規定していない²¹⁶。持株規模についてなんら基準を規定していない州では、担保提供を命じるかは裁判所の裁量に委ねている²¹⁷。

この制度はその制定当初から、その合憲性が問題視された²¹⁸。また、この制度は有益な訴訟であるかどうかを区別していないため、その適用対象が大雑把すぎるし、株主を差別待遇している²¹⁹。特に派生訴訟の経営監督機能がこの制度によって衰退することが危惧されていた²²⁰。しかし、この担保提供の立法はその後、実際に派生訴訟の利用制限に繋がらなかった。弁護士に対するインタビューを通じて行ったある研究によれば、担保提供制度は派生訴訟の提起に対して小さな要素でしかないことが分かった²²¹。その理由について、まず、原告側の弁護士は連邦法上の訴因を主張したり、担保提供制度のない州で訴訟を提起したり、最低持株規模を満たすために株主名簿閲覧

²¹¹ ただし、コロラド州だけは弁護士報酬が含まない。Colo. Rev. Stat. §7-107-402(3).

²¹² See Pinto & Branson, *supra* note 135, at 476-477.

²¹³ Ark. Stat. Ann. § 4-26-714(c); Colo. Rev. Stat. §7-107-402(3); N.J. Stat. Ann. §14A:3-6(3); N.D. Cent. Code §10-19.1-86.

²¹⁴ N.Y. Bus. Corp. Law §627.

²¹⁵ 15 Pa. Consol. Stat. §1782(c).

²¹⁶ Alaska Stat. §10.06.435(h).

²¹⁷ Cal. Gen. Corp. Law §800(c)-(f); Nev. Rev. Stat. Ann. §41.520; N.C. Gen. Stat. §55-7-48.

²¹⁸ See George D. Hornstein, *The Death Knell of Shareholders' Derivative Suits in New York*, 32 Calif. L. Rev. 123, 143 (1944).

²¹⁹ See ALI, Principles §7.04 comment h.

²²⁰ See Henry W. Ballantine, *Abuses of Shareholders Derivative Suits: How Far Is California's New Security for Expenses Act Sound Regulation*, 37 Cal. L. Rev. 399, 416-418 (1948).

²²¹ See Note, *Security for Expenses in Shareholders' Derivative Suits: 23 Years' Experience*, 4 Colum. J.L. & Soc. Probs. 50 (1968).

の権利を利用して訴訟参加する株主を勧誘したりすることによって担保提供制度を回避できる²²²。また、被告経営者側も担保提供を申し立てたら、原告側の株主勧誘行為によって自身の不正行為が宣伝されることを恐れて、担保提供を裁判所に申し立てたがらない²²³。

このように、担保提供制度も行為時所有要件と同様に、濫訴防止の効果が薄い割に、有益な訴訟を制限してしまう弊害が生じる。行為時所有要件は連邦最高裁判決によって確立されたため、広範な支持を得ているが、この制度はニューヨーク州議会によって導入されたため、他の州にあまり追随されなかった。当初は合計 15 の州だけが担保提供制度を制定したが、模範事業会社法が 1984 年の改正で担保提供の規定を削除した以降、ハワイ州（現在は廃止）とノース・カロライナ州が新たに担保提供制度を採用した以外に、一部の州はこの制度を廃止した²²⁴。現在では上で言及した約 10 の州だけはこの制度を保留している²²⁵。デラウェア州と連邦法域は当初からこの規定を設けなかった。また、ALI 原理 § 7.04(c)も通常の民事訴訟に適用される制定法又は判例法により授権される場合を除き、担保提供は要求されてはならないと勧告している。

五 小括

以上の検討を通じて、以下の結論が得られる。まず、アメリカでは弁護士が報酬稼ごのために積極的に派生訴訟を手がけている結果、有益な訴訟が少数株主の提訴インセンティブの不足の問題に制限されることなく提起される可能性が高くなる反面、無益な訴訟の提起が促進されたり、有益な訴訟であっても適当な和解案で終結されたりする可能性が増加し、いわゆる会社荒らし訴訟が提起される可能性も高くなっている。このような会社荒らし訴訟を代表とする濫訴に対処するためには判例法や制定法によって主として以上検討してきた三つの対策が講じられてきた。しかし、いずれも濫訴防止策として積極的に運用されていない。その証拠として、1956 年から 1966 年にかけて、派生訴訟の提起件数は前の 10 年よりも増加し、その経営監督の重要な機能が益々期待されるようになった²²⁶。その原因については、行為時所有要件と担保提供制度についてその自体に抜け穴が存在することも考えられるが、アメリカ裁判所または州立法府は有益な派生訴訟への不当な制限を危惧していることが根本的な原因であろう。

しかし、会社荒らし訴訟の危険性が特に高いアメリカでは、会社荒らし訴訟の提起への有効な対処を講じないと、派生訴訟の利用に伴うエージェンシー・コストが高く、

²²² See *Id.*, at 59-64.

²²³ See *Id.*, at 64-65.

²²⁴ See DeMott, *supra* note 80, §3:2.

²²⁵ See DeMott, *supra* note 80, §3:2. But see Ark. Code Ann. §4-27-740 (1987).

²²⁶ See Daniel J. Dykstra, *The Revival of the Derivative Suit*, 116 U. Pa. L. Rev. 74, 74-75 (1967).

同様に会社ひいては株主の利益を害するため、有効で、かつ、有益な訴訟への不当な制限がないような、新たな対策が必要になることを同時に示唆している。

第三節 アメリカ法における制度の主要立法目的の調整

一 取締役会に対する提訴請求要件

1 提訴請求手続の役割

原告株主が訴状において、取締役たち若しくは同等の会社機関からその希望する訴訟を獲得するための努力、及び努力が失敗した、又は、努力を行わなかった理由を具体的に主張しなければならない。ほとんどの州制定法は第一節で検討した 1881 年の Hawes 事件判決で連邦最高裁によって確立された連邦民事訴訟規則 23.1 の文言になって、このような訴答手続上の原則 (pleading rule) を規定している²²⁷。このような規定の曖昧な文言は具体的に何を意味するのかについてその後の裁判所の解釈が一致しない。しかし、株主が派生訴訟を提起する前に取締役会に対して会社自身が訴訟を提起するよう請求しなければならないという取締役会に対する提訴請求手続がこの規定から推論的に導かれることについて裁判所の見解が一致している。また、必要のない場合にはこの手続が免除できることも含意する²²⁸。本章第一節ですでに検討したように、派生訴訟は二重性質があり、株主が派生訴訟で主張する訴訟原因の一つは会社に属する。したがって、取締役会に対する提訴請求手続は会社の経営が取締役会によって行われているという会社法の基本原則を反映している²²⁹。

問題はこのような文言が提訴請求手続しか意味しないのか。もしそうであれば、提訴請求手続は単なる「会社内部救済枯渇」(exhaustion of intra-corporate remedies) の理論として理解されることになり、株主の提訴請求を受けて、会社が訴訟を提起すれば、株主は訴訟手続から排除されることになるが、取締役会が提訴を拒絶したり、または原告株主が提訴請求の無益を主張したりすれば、株主が自動的に派生訴訟を提起できることになる²³⁰。そうであれば、提訴請求手続の役割は、会社自身による訴訟の提起を促すことだけになる。

しかし、ほとんどの裁判所は、この訴答手続上の原則は少数株主が取締役会の意思

²²⁷ See, e.g., Fed. R. Civ. P. 23.1(b)(3); Del. Ch. Ct. R. 23.1(a); N.Y. Bus. Corp. Law §626(c); Cal. Corp. Code §800(b)(2).

²²⁸ 提訴請求の免除を初めて認めたのは連邦最高裁が下した次の判決のようである。Delaware & Hudson Co. v. Albany & Susquehanna Railroad Co., 213 U.S. 435 (1909). See Carole F. Wilder, The Demand Requirement and the Business Judgment Rule: Synergistic Procedural Obstacles to Shareholder Derivative Suits, 5 Pace L. Rev. 633, 640 (1985).

²²⁹ See Dennis J. Block, Stephen A. Radin & James P. Rosenzweig, The Role of the Business Judgment Rule in Shareholder Litigation at the Turn of the Decade, 45 Bus. Law. 469, 471 (1990); Fischel, *supra* note 85, at 171.

²³⁰ See Kenneth B. Davis, Jr., The Forgotten Derivative Suit, 61 Vand. L. Rev. 387, 397 (2008); Fischel, *supra* note 85, at 169.

に反して派生訴訟を提起できるかという原告適格 (standing requirement) の問題をも意味すると解釈している²³¹。つまり、本稿で言う訴訟管理権限分配の問題を含んでいる²³²。そのため、取締役会が株主の提訴請求を拒絶したり、または原告株主が提訴請求の無益を主張したりすれば、株主は自動的に派生訴訟を提起できず、訴答手続の段階で具体的な事実を主張して取締役会の提訴拒絶の不当性または提訴請求の無益を証明しなければならない²³³。上記制定法の文言は取締役会に対する提訴請求手続を要求しているだけではなく、原告株主が訴訟管理権限を得るための重要な実体法上の要件でもある²³⁴。提訴請求手続の役割は訴訟管理権限を分配するための手続的補助でもある²³⁵。よって、連邦裁判所で派生訴訟を提起する場合はもちろん連邦民事訴訟規則が適用されるが、派生訴訟の利用に関する取締役会と提訴株主との訴訟管理権限分配の問題は、訴因が連邦法の公序と抵触しない限り、会社設立の準拠する州の会社法を適用する²³⁶。

2 提訴請求手続の妥当性の問題

以上のように、提訴請求手続の直接目的は派生訴訟が提起される前に取締役会に判断の機会を与えることであるが、取締役会の意思と提訴株主の意思が衝突する場合に訴訟管理権限を分配するための補助的役割も果たせる。そのため、提訴請求手続自体の妥当性は重要な争点ではない。ここでは簡単に概観する。

まずは提訴請求手続の形式の問題である。通常は書面の形式で行われるが、判例では会社側と協議する際に口頭でその旨を伝えてもよく、裁判所は提訴請求手続の形式に寛容的である²³⁷。RMBCA § 7.42 および ALI 原理 § 7.03(a)は書面による提訴請求を推奨している。また、提訴請求の内容は少なくとも、不正行為者の特定、不正行為に関する事実的根拠の説明、会社に損害が発生したことの説明、及び、救済策を請求する旨を含まなければならない²³⁸。ALI 原理 § 7.03(a)は合理的な明確さをもって主要な請求原因事実を取締役に通知することを推奨している。提訴請求手続上の不備があり、あるいは、提訴請求をまったくしなかった場合は通常、却下されるが、原告株主

²³¹ See Fischel, *supra* note 85, at 168-170.

²³² See Tamar Frankel & Wayne M. Barsky, *The Power Struggle between Shareholders and Directors: The Demand Requirement in Derivative Suits*, 12 Hofstra L. Rev. 39 (1983).

²³³ ただし、裁判所の職権調査事項ではないため、通常、被告取締役側が防訴抗弁として主張されない限り、争点にならない。また、取締役ではない被告でも提訴請求要件を理由とする防訴抗弁を主張できる。See *Kaplan v. Peat, Marwick, Mitchell & Co.*, 540 A.2d 726 (Del. 1988).

²³⁴ したがって、本稿では、提訴請求手続と提訴請求要件を区別して使用している。

²³⁵ See Davis, *supra* note 230, at 396.

²³⁶ See *Kamen v. Kemper Financial Services, Inc.*, 500 U.S. 90 (1991); *Erie Railroad v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).

²³⁷ See Ferrara et al., *supra* note 96, §3.03 at 3-6.

²³⁸ See Ferrara et al., *supra* note 96, §3.03[2] at 3-10.

が提訴請求手続を補完的に行えば、訴状の修正または新しい訴訟の提起が認められる。

次は取締役会の返答期間が問題になる。取締役会は提訴請求に返答するにあたって、関連事実に対する調査や検討をするための一定期間が与えられるべきである。どのぐらいの期間が適切であるかについて、判例法が明確な基準を示さなかった²³⁹。多くの州制定法も明確な規定がなく、一部の州は RMBCA § 7.42.(2)に倣って 90 日間を定めているが、90 日が経過しても会社が裁判所に期間の延長を求めることができる²⁴⁰。ALI 原理 § 7.03(d)も取締役会又は委員会が合理的な期間内に返答しなければ、原告株主が提訴できるというように固定の期間を推奨していない。裁判所は調査の必要性と訴訟遅延の可能性との間で均衡を保ちながら、返答期間の合理性を判断することが求められる²⁴¹。

二 1970 年代以前の訴訟管理権限の分配状況

上述したように、アメリカ法では、訴訟管理権限の分配は取締役会に対する提訴請求要件を通じて行われる。具体的には、提訴請求手続が免除されたら、株主の提訴判断が裁判所に尊重され、訴訟管理権限が原告株主に分配されることになる。逆に、免除が認められなかったら、通常訴訟が却下されることになり、訴訟管理権限が取締役に分配されることになる。また、提訴請求手続が実際に行われ、かつ、取締役会が提訴を拒絶した場合、裁判所が取締役会の提訴拒絶の判断を妥当な意思決定として尊重すれば、訴訟管理権限が取締役に分配されることになる。逆に提訴請求の拒絶が不当であるとして裁判所に尊重されなかったら、株主の訴訟提起が認められ、訴訟管理権限が株主に分配されることになる。ここではいくつかのアメリカの論稿のまとめを通じて、70 年代以前の判例法の状況を概観する。

1960 年のある研究ノートは以下のようにまとめている²⁴²。まず、提訴請求の免除について、過半数の取締役が訴えられている不正行為者である場合や過半数の取締役が被告の支配下にある場合には、裁判所はこれらの場合における取締役の自己利益を無視できないことを理由に、一致して提訴請求の免除を認めてきた。これに対して、取締役の過半数は名目的に利害関係がない場合には、彼らが同僚の被告に対して公平な判断を行うことが期待できるかについて、当時ではまだこれに関する判例がないが、利害関係のない取締役会が同僚取締役の行った取り消しできる取引を承認することができるというアメリカの支配的ルールから考えれば提訴請求が要求されるだろうと。また、このような場合にも取締役会が提訴を受け入れる合理的なチャンスが与えられ

²³⁹ See Ferrara et al., supra note 96, §3.03[4] at 3-11.

²⁴⁰ See, e.g., Ariz. Rev. Stat. Ann. §10-742; Me. Rev. Stat. Ann. tit 13-C, §753, 754; Wisc. Stat. Ann. §180.0742, 180.0743; Va. Code Ann. §13.1-672.1(B).

²⁴¹ See Ferrara et al., supra note 96, §3.03[4] at 3-12.

²⁴² See Note, Demand on Directors and Shareholders as a Prerequisite to a Derivative Suit, 73 Harv. L. Rev. 746, 753-754, 759-760 (1960).

るべきであり、何よりも提訴請求手続自体が簡単である。次は提訴請求が行われた場合の取締役会の返答の効力についてである。取締役会が提訴を受け入れる場合、派生訴訟が排除され、取締役が会社の名義で提訴する。取締役会の提訴拒絶の判断について、被告が取締役、業務執行役員またはその他の会社の代理人である場合には裁判所がこれを尊重せず、派生訴訟が提起できるようであるが、第三者を被告とする場合にはたとえ取締役会の提訴拒絶の判断が不合理であっても裁判所に尊重され、派生訴訟が妨げられることになるだろう。

次に、Fischel の研究結果は以下ようになる。まず、提訴請求の免除²⁴³については以下の四つに分けてまとめている。①取締役らは不正行為者（第三者を含む）に支配されている場合に、大半の裁判所はこれを根拠付ける特定の事実が示されたら、提訴請求を免除する。②取締役らに明らかな利益相反が存在する場合には提訴請求が免除される。③過半数の取締役が詐欺や自己取引に従事した場合には提訴請求が免除されるが、問題の取引を承認ないし黙認した場合には判例の立場が分かれている。これだけでは提訴請求を免除するには十分ではないというのは支配的な見解である。④一部の判例では、取締役らが明らかに訴訟の提起に反対する場合には提訴請求が免除される。そして、提訴請求拒絶の効力²⁴⁴については以下の五つの場合に株主の提訴を妨げない。①取締役らが不正行為者に支配されている場合や問題の取引に利害関係を有する場合には取締役らの提訴拒絶の判断が派生訴訟を妨げない。②過半数の取締役が問題の取引に参加した場合には取締役会が提訴を拒絶しても株主は派生訴訟の提起が許される。また、第三者に関する判例でも、取締役らが問題の取引に参加した場合には派生訴訟の提起が認められる。③取締役らが明確な訴因を不当に主張しない場合に一部の裁判所は株主の提訴を認めた。しかし、多数の判例は株主が主張する訴因に対する審査を拒絶する。なぜならば、このようなことをすれば、裁判所が取締役のかわりに判断することになるからである。④政府との取引が憲法違反であるという事例²⁴⁵で連邦最高裁が特別に株主の提訴を認めた。⑤取締役会が提訴を拒絶すること自体が違法行為を構成する場合（例えば企業の政治献金を規制する連邦法）には経営判断原則が適用せず、株主が提訴できる²⁴⁶。

最後に、Coffee と Schwartz のまとめによれば、裁判所は取締役会が派生訴訟を終了させる経営判断権限を認識しているが、経営判断原則の適用はもっぱら第三者を対象とする訴訟で適用され、経営者を対象とする訴訟ではめったに適用されない。特に経営者の自己取引を黙認している事件では、例え取締役らが被告に支配されていなく

²⁴³ See Fischel, *supra* note 85, at 173-182.

²⁴⁴ *Id.*, at 193-198.

²⁴⁵ *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936).

²⁴⁶ *Miller v. American Telephone & Telegraph Co.*, 507 F.2d 759 (3d Cir. 1974).

ても、裁判所が暗黙のうちにより高い審査基準を課している²⁴⁷。

以上をまとめると、70年代以前においては提訴請求の免除や提訴拒絶の不当性に関して裁判所が明確な判断基準を提示していなかったが²⁴⁸、少なくとも、実際の判決結果からみて、第三者を対象とする派生訴訟では取締役会の経営判断が尊重され²⁴⁹、経営者を対象とする派生訴訟では裁判所が取締役会の判断を尊重しない²⁵⁰というのは一般的であると言えよう²⁵¹。例えば、デラウェア州最高裁が1927年の判決で述べたことは裁判所が取締役に対する不信感を極端に表している。すなわち、取締役たちが敵対的利益を有したり、不正行為に参加したりする場合、会社訴訟の提起を彼らに期待することができず、例え彼らが訴訟を提起しても訴訟を進行するには適切な者ではない²⁵²。したがって、70年代以前では、第三者を対象とする派生訴訟では、訴訟管理権限が基本的に取締役会に分配されていたのに対して、経営者を対象とする派生訴訟では、訴訟管理権限が基本的に原告株主に与えられていた。

三 1970年代以降の制度発展

しかし、1970年代中頃から、上記の訴訟管理権限の分配状況が一変させられた。アメリカの派生訴訟実務において、訴訟の提起が容認された後に、被告の新たな防御手段として、取締役会から権限を委譲された特別訴訟委員会（special litigation committee）が利用され始め、裁判所も特別訴訟委員会の訴訟終了判断を尊重するようになった。さらに、80年代になると、提訴請求の免除基準も厳格化された。この一連の展開は従来の訴訟管理権限の分配状況に大きな変化をもたらし、結果としては派生訴訟制度の主要立法目的を調整したのである。以下では、まずこの一連の判例法の展開および一部の州制定法の改革を考察する上で、アメリカ法における現在の訴訟管

²⁴⁷ See Coffee & Schwartz, *The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform*, 81 *Colum. L. Rev.* 261, 265-271 (1981).

²⁴⁸ See George W. Dent, Jr., *The Power of Directors to Terminate Shareholder Litigation: The Death of the Derivative Suit?*, 75 *Nw. U. L. Rev.* 96, 102 (1980).

²⁴⁹ 例え競合会社が反トラスト法違反をしたと主張しても、会社の取締役会が提訴を拒絶すれば、原告株主は、会社が被告会社の支配下にあること、または会社の取締役たちが被告会社と関係があったり、違法行為を犯したりしたこと、または取締役会の提訴拒絶が不誠実や信託違反にあたることを主張・立証しない限り、訴訟が却下されることになる。See *Ash v. IBM*, 353 F.2d 491(3d Cir. 1965), cert. denied, 384 U.S. 927 (1966); *United Copper Securities Co. v. Amalgamated Copper Co.*, 244 U.S. 261 (1917).

²⁵⁰ 経営者を対象とする派生訴訟で取締役会の提訴拒絶の判断が尊重された事例はわずかである。See *Findley v. Garrett*, 240 P.2d 421 (Cal. Dist. Ct. App. 1952)（提訴時の取締役のほとんどが問題の取引の後に取締役会に入った事例である）; *Swanson v. Traer*, 230 F.2d 228 (7th Cir. 1956), rev'd, 354 U.S. 114 (1957), 249 F.2d 854(7th Cir. 1957)（過半数の取締役が問題の自己取引と利害関係がない事例）; *Beard v. Elster*, 160 A.2d 731 (Del. 1960), on remand sub nom, *Elster v. American Airlines Inc.*, 167 A.2d 231 (Del. Ch. 1961)（重要な従業員を確保するためのオプションプランの承認を争う事例）。

²⁵¹ See also Davis, *supra* note 230, at 396-397.

²⁵² *Sohland v. Baker*, 141 A. 277 (Del. 1927).

理権限の分配状況を検討する。

(一) 1970年代の特別訴訟委員会制度に関する判例法の展開

1 特別訴訟委員会の起源

60年代から、SECは従来の民事の法執行の主要な手段である差止訴訟（injunction action）が悪質な事件に十分対応できないことを認識するに至り、それを補完するために、管財人の指名、違法収益の吐き出し、執行役員や取締役の活動制限、取締役会の大規模の再構成といった多様な付随的救済（ancillary relief）を活用するようになった²⁵³。これらの新しい形態の付随的救済は全てSECが自ら求めたものではない。被告弁護士はSECとの和解交渉の過程でSECが求める特別な付随的救済によって課される厳しい民事制裁を回避するために、要請するものもある²⁵⁴。たとえば、SECは1965年のVTR社に対する民事制裁の中で、被告会社の主要執行役員と取締役らに対する違法収益の返還に加えて、管財人の任命を求めた。管財人が任命されると、会社の信用が失墜し、顧客と従業員が会社から離れ、会社が倒産に追い込まれてしまい、結果としては必ずしも株主の利益に合致しない。このような結果を回避するために、被告会社の弁護士は取締役会の過半数を構成する数の独立取締役を裁判所に指名させ、彼らに社内調査を行わせるという新しい方法を提示した。裁判所はこの方法を容認したのである²⁵⁵。

その後、1973年のウォーターゲート事件に対する特別検察官の報告を発端として、アメリカの大企業が国内における違法な政治献金、海外政府や政党に対する不正な支払い、国内における商業賄賂の慣行といった多種多様な違法な支払いが次々と暴露された。これらの違法行為に対してもっとも反応した行政機関がSECだった。SECは企業がこれらの違法な支払いを投資者に開示しないことが証券法の各種開示規制違反に当たるとして²⁵⁶、精力的に法執行を強化してきた。SECが提起した民事訴訟はほとんど同意判決の形で終結し、その多くは新たに任命された独立取締役の指揮のもとで社内調査を行うという上記のような付随的救済が含まれていた²⁵⁷。例えば、SECが企業統治に強い影響を及ぼした1974年のSEC v. Mattel, Inc.事件の同意判決（consent decree）で付随的救済としてこの方法が認められたのである。同意判決の中で、SECと裁判所に承認された過半数の利害関係のない取締役を新たに選任すること、これらの新しい独立取締役が特別弁護士を選任して問題の取引を調査し、調査結果をSECに報告すること、独立取締役から構成される新たな訴訟委員会に対して会社に属する訴

²⁵³ See Arthur F. Mathews, Internal Corporate Investigations, 45 Ohio St. L. J. 655, 656 (1984).

²⁵⁴ Id., at 657.

²⁵⁵ Id.

²⁵⁶ See Russell B. Stevenson Jr., The SEC and Foreign Bribery, 32 Bus. Law. 53 (1976).

²⁵⁷ See Mathews, supra note 253, at 662-665. See also Edward D. Herlihy & Theodore A. Levine, Corporate Crisis: The Overseas Payment Problem, 8 L. & Pol'y Int'l Bus. 547, 581 (1976).

因の有無を勧告することが命じられた²⁵⁸。

そして、不正支払い問題が拡大するにつれて、人員と予算の限界を感じた SEC は 1975 年から自主開示プログラムを推奨し始め、多くの企業は自主的に社内調査を行ってきた²⁵⁹。この自主開示プログラムに参加するためには①取締役会は問題の支払いおよび不正確な会計帳簿と記録に関する慣行の中止を宣言すること、②取締役会は主として独立取締役からなる特別委員会に独立な弁護士と監査人を用いて問題の慣行を調査する権限を与え、取締役会に対する報告を準備させること、③調査の開始と経過および最終報告は SEC に提出すること、④SEC の職員は調査の過程で発見されたあらゆる情報を入手できること、という四つの重要なステップが要求される²⁶⁰。

以上のように、違法行為を行った会社は SEC の強力な法執行活動に対抗するために、独立取締役からなる特別委員会による社内調査の慣行を、SEC による強制と裁判所による監督から会社側の自発へと次第に確立してきた。そして、このような慣行は一連の海外不正支払い問題の暴露によって引き起こした派生訴訟の波に対抗するための被告側の新たな抗弁として利用されるようになった。

特別訴訟委員会の派生訴訟終了権限を初めて認めたのは後述する Burks 事件の第一審の訴状補足前の判決²⁶¹であるが、一般的には 1976 年の Gall v. Exxon Corp. 事件判決²⁶²が最初の事例としてよく引用される。本件では、Exxon 社の株主が、会社がイタリアの政党に対して支払った賄賂を開示しなかったことが連邦証券法違反にあたること、賄賂の支払行為自体が会社財産の浪費と信託義務違反にあたることを主張して、被告取締役らの会社に対する損害賠償、独立な会計監査人による調査の開始、原告が指名した 4 名の新しい取締役の即時の選任、新しい取締役会会長と社長の選任、取締役会と執行委員会のメンバーの再構成を請求した。株主の提訴に対して会社は問題の支払と関係のない 1 名の社内取締役と 2 名の社外取締役からなる特別訴訟委員会を設置した。委員会は約 4 か月の調査を経て、問題の支払が実際に行われたこと、被告らがこれらの事実を知っていることを確認できたが、勝訴の見込みが低いこと、費用がかかること、会社事業が中断してしまうこと、会社士気を低下させることを考慮して訴訟の提起・維持が会社の利益に反し、終了すべきであるとの決定を下した。そして、委員会は適切な役員と弁護士に授権して訴訟の却下を申立させた。ニューヨーク州南部連邦地裁は、まず、会社の訴因を主張するか否かが取締役たちの経営判断の問題であり、詐欺、通謀、自己利益、不誠実、その他の信託違反行為、行使された経営判断

²⁵⁸ SEC v. Mattel, Inc., [1974 Transfer Binder] Fed. Sec. L. Rep. (CCH) ¶ 94,754 (D.D.C. Aug. 8, 1974).

²⁵⁹ See Mathews, supra note 253, at 666-670; Herlihy & Levine, supra note 257, at 584-594.

²⁶⁰ See In re Sealed Case, 676 F.2d 793, 801 (D.C. Cir. 1982).

²⁶¹ 404 F. Supp. 1172 (S.D.N.Y. 1975), supplemented, 426 F. Supp. 844 (S.D.N.Y. 1977).

²⁶² 418 F. Supp. 508 (S.D.N.Y. 1976).

が極めて不合理であることを主張しない限り、株主の経営判断への干渉を認めるべきではないというように、経営判断原則の適用を明らかにした²⁶³。そして、委員会が実質的に被告取締役会の支配下であり、その判断が独立的なものではないという原告の主張に対して、裁判所は、経営判断原則の審査焦点は実際に意思決定の権限を行使した者であり、他の状況下でその権限を所有していたかもしれない者ではないとして、委員会の訴訟終了権限を認めた²⁶⁴。さらに、例えば問題の支払が違法行為であっても経営判断原則が適用されると判示した²⁶⁵。最終的に、原告が委員会メンバーの誠実性と独立性に対する審査を申立てたため、裁判所は原告がディスカバリーや審理を通じて委員会メンバーの誠実性と独立性を検査する機会を与えられるべきであるとして、60日間の猶予期間を株主に与えて、被告の略式判決の申立を暫定的に否定した²⁶⁶。

その後、連邦最高裁が1979年に下した *Burks v. Lasker* 事件判決²⁶⁷で、連邦裁判所で提起された派生訴訟において、取締役会が派生訴訟を終了させる権限があるかどうかの問題について、例えば連邦制定法上の訴因を主張しても、訴訟の却下が1933年の証券法や1934年の証券取引法などの連邦制定法の政策に反しない限り、州法を適用すると判示した。

2 特別訴訟委員会の設置手続

株主が会社の何名かの取締役に対して派生訴訟を提起すると、会社側は通常以下のようなステップを踏んで特別訴訟委員会制度を利用している²⁶⁸。まず、弁護士は会社の付属定款を変更し、取締役会のメンバーを増員するよう取締役会に指示する。その後、取締役会は問題の取引と利害関係の可能性のない二、三名の新任取締役を指名して委員会を組織し、訴訟管理権限を完全に委員会に委譲する。そして、委員会は独立な弁護士事務所を雇って問題の事実を調査させ、関連法律をリサーチさせる。弁護士事務所は定期的に委員会に報告をし、重要な段階では委員会のメンバーを関与させる。そして、典型的には何か月の調査を経て、委員会は裁判所に膨大な量の報告書を提出して、訴訟の追行が会社の最善の利益にならないことを理由に裁判所に略式判決または訴訟の却下を申し立てる。

ここでは、新任の中立取締役を委員会のメンバーに指名する手続において、被告取締役が参加できるかどうかという問題が生じる。判例では、訴訟委員会の訴訟終了権限を認める限り、利害関係のある取締役を排除する必要はないとされている。なぜ

²⁶³ *Id.*, at 515-516.

²⁶⁴ *Id.*, at 516-517.

²⁶⁵ *Id.*, at 518.

²⁶⁶ *Id.*, at 519-520.

²⁶⁷ 441 U.S. 471 (1979).

²⁶⁸ See Douglas M. Branson, *The Rule That Isn't a Rule-The Business Judgment Rule*, 36 Val. U. L. Rev. 631, 647-48 (2002).

ならば、新たに選任された取締役の独立性などが司法審査の対象であるし²⁶⁹、原告株主は訴状で取締役全員を被告に指名すれば、このような権限委譲自体ができなくなり、株主に有利すぎる²⁷⁰。

また、提訴請求が要求される事案で、原告株主の提訴請求に返答するにあたって、事実を調査して取締役会に報告するためにも特別委員会制度が利用される場合があるが、このような場合の委員会は取締役会のかわりに独立して判断する権限がない²⁷¹。ここで検討する特別訴訟委員会は株主が提訴請求を免除され、訴訟の提起が認められた後に利用するものであり、その目的は取締役会全体が独立的に判断する資格がない場合に取締役会のかわりに判断を行うことであるため、特別訴訟委員会は取締役会から訴訟管理権限を完全に委譲されなければならない。

3 特別訴訟委員会の訴訟終了決定に対する審査基準

特別訴訟委員会の訴訟終了の決定に対して、各州の裁判所は異なる審査基準を採用してきた。以下ではいくつかの代表的なアプローチを概観する上で、デラウェア州の審査基準を中心に検討する。

(1) ニューヨーク州の審査基準

Burks 事件判決後に最初に特別訴訟委員会の訴訟終了権限を認めた州裁判所の判例はニューヨーク州最高裁が下した Auerbach v. Bennett 事件判決²⁷²である。本件は前述する Gall 事件と同様に、会社が海外での不正な支払に関する事件であり、株主が会社の取締役及び会計監査人の信認義務違反を主張して損害賠償を求めたものである。株主の提訴を受けて、取締役会は問題の支払が発生した後に取締役会に加わった 3 人の利害関係のない取締役からなる特別訴訟委員会を指名した。委員会は調査を経て訴訟の継続が会社の最善の利益にならないと結論付けた。会社はその判断に基づいて訴訟の却下もしくは略式判決を申し立てた。

裁判所は、まず、取締役たちに対する派生的請求が会社自身に属し、会社の他の経営問題と同様に、取締役会の権限範囲内にあるとして、経営判断原則の適用に関する一つの特別な場合であると述べた上で、経営判断原則は取締役会のメンバー、本件では委員会のメンバーの利害関係の有無と独立性に対する司法審査を妨げないと判示した²⁷³。そして、委員会がとった行動について、裁判所は訴訟を進行しないという委員会の最終の実質的決定が裁判所の審査範囲外であり、委員会がどのような要素を考慮し、何を重視したかに対して審査しないが、委員会の調査手続と方法の妥当性に対する審

²⁶⁹ See Auerbach v. Bennett, 393 N.E.2d 994, 1002 (N.Y. 1979).

²⁷⁰ See Zapata Corp. v. Maldonado, 430 A.2d 779, 785 (Del. 1981).

²⁷¹ See Grimes v. Donald, 673 A.2d 1207, 1216 n.13 (Del. 1996). See also Ferrara et al., supra note 96, §8.01 at 8-2, n.4.

²⁷² 393 N.E.2d 994 (N.Y. 1979).

²⁷³ Id., at 1000-1001.

査は裁判所が適している²⁷⁴。経営判断原則の適用原則に従って、委員会の調査はその範囲がかなり限定的であったり、またその追行が表面的であったり、言い訳を与えるための形式的なものであったりする証拠が示されたら、誠実性や詐欺の問題を引き起こし、経営判断原則の保護を受けられないと²⁷⁵。

以上のように、ニューヨーク州の審査基準は訴訟が提起されるべきかどうかに関する特別訴訟委員会の判断を他の通常の経営判断とまったく同様に扱い、株主が派生訴訟を維持するためには特別訴訟委員会の独立性、誠実性及び調査手続の妥当性について反証を挙げなければならない。

(2) デラウェア州の審査基準

デラウェア州最高裁は1981年に下したZapata Corp. v. Maldonado事件判決²⁷⁶で、ニューヨーク州と違う審査基準を採用した。本件の株主は取締役会がストック・オプションの権利行使日を繰り上げたことにより、会社が得られるはずの連邦税の控除機会を失ったとして取締役及び役員の実務違反を主張して損害賠償を求めた。株主は取締役全員が被告であり、問題の行為に関与したため、提訴請求が無益であるとして提訴請求を行わなかった。これに対して、取締役会は2名の新任取締役からなる独立調査委員会を設置した。委員会は調査を経て、訴訟の継続が会社の最善の利益に不利であるとして却下されるべきであると結論を下した。委員会の決定に基づいて、会社は訴訟の却下申立を行った。

デラウェア州最高裁は次のように判示した。まず、会社が訴訟を提起するか止めるかを決定するのは通常取締役たちの権限であり、株主が適切に訴訟を提起できるのは提訴請求が取締役会に不当に拒絶された場合、または提訴請求が無益であり、免除された場合に限る²⁷⁷。そして、例えば提訴請求が免除されても、訴訟の継続が会社の最善の利益にならない状況を生じる可能性があるため、取締役会がその権限を独立委員会に委譲することが必要であるし、制定法によっても認められている²⁷⁸。提訴請求に対する拒絶が不当であっても、提訴請求が免除されても、取締役会の権限が奪われない。提訴請求の免除は原告の費用と時間の節約を認めているに過ぎない。これらの場合でも、取締役会の権限がなくなるのではなく、ただそのメンバーの適格がなくなっただけである²⁷⁹。

そこで、一方において、会社が委員会メカニズムを利用して、常に善意の原告から誠実な派生訴訟を取り上げるならば、取締役会を監督する会社の内部手段として一般的に認められている機能が大きく損なわれることになる。他方、会社が無益な、

²⁷⁴ Id., at 1002.

²⁷⁵ Id., at 1003.

²⁷⁶ 430 A.2d 779 (Del. 1981).

²⁷⁷ Id., at 782-784.

²⁷⁸ Id., at 785.

²⁷⁹ Id., at 786.

または有害な訴訟や会社荒らし訴訟を除去できなければ、会社に不利益な結果をもたらすことになる。したがって、両者の間で均衡点を見つけることが必要である²⁸⁰。

しかし、委員会の決定に経営判断原則をそのまま適用することは適切な均衡点ではない。本件は提訴請求が免除された事例であり、訴訟が適切に株主に提起されたという事実を考慮しなければならない。さらに、委員会は提訴の4年後に設置された。その上、委員会の取締役は自らを取締役と委員会のメンバーに指名した同僚取締役に対して判断を下すことに注意する必要がある。委員会の独立性、誠実性及び調査の妥当性だけを審査することは潜在意識の濫用を十分に防ぐことができるのかという問題が生じる²⁸¹。

以上の理由で、裁判所は会社の申立に対して二段階テストを適用すべきである²⁸²。第一段階では、裁判所は、委員会の独立性と誠実性、及び委員会の結論を裏付ける根拠を審査する。その立証責任は従来の経営判断原則と違って会社側に転換される。もし裁判所は、委員会の独立性、結論を裏付ける根拠の合理性、手続の誠実性などに納得しなければ、会社の申立を却下すべきである。もし裁判所が納得できる場合には、裁判所がその裁量により、次の段階に進むことができる。第二段階では、裁判所はその自身の独立の経営判断を適用して、会社の申立が認められるべきかどうかを決定する。第二段階の目的は、会社の行動が第一段階の基準を満たしているが、その結果が趣旨と合わず、会社にとってさらなる検討に値するような請求権を早めに否定してしまうかもしれないというような場合を防止するためである。裁判所は適切な時に、会社の最善の利益に加えて法と公序に関する事柄に対して特別な配慮をすべきである。

以上のように、デラウェア州最高裁は訴訟が提起されるべきかどうかに関する特別訴訟委員会の判断を他の通常の経営判断と区別しており、経営判断原則の適用に関する立証責任を会社側に転換した上で、場合によっては裁判所の裁量によって独自の経営判断を行うという審査基準を採用した。

(3) その他の州の審査基準

連邦第二巡回区控訴裁判所は1982年のJoy v. North 事件判決²⁸³で、コネチカット州の審査基準を予測して、デラウェア州の二段階テストを修正して適用した。裁判所は次のように判示した。まず、取締役達が問題の自己取引で利益相反を有する場合や被告とされている場合、株主が提訴請求をする必要がなく、直接提訴することができる。このような提訴請求免除の場合に、特別訴訟委員会が機能する²⁸⁴。そして、委員会の決定を裁判所が審査するが、その審査が困難であり、裁判所の任務を軽減するた

²⁸⁰ Id., at 786-787.

²⁸¹ Id., at 787.

²⁸² Id., at 788-789.

²⁸³ 692 F.2d 880 (2th Cir. 1982).

²⁸⁴ Id., at 888.

めに、裁判所の審査ガイドラインを設けた²⁸⁵。すなわち、立証責任は会社側にあり、裁判所の審査は当該訴訟の追行が会社にもたらす直接コスト（弁護士報酬、その他の裁判費用、訴訟準備のための時間）と可能な利益（勝訴確立で割り引いた額）を比較することに限定すべきであるとした上で、例外として、会社に対する損害賠償額は総株主の持分と比較して大きくない場合に、裁判所は①訴訟の継続が役員の事業に対する専念を邪魔するか、②公衆を取引相手とする会社では、会社の事業が公衆の製品やサービスに対する認識と受諾に依存しているため、訴訟の継続がもたらす潜在的損失を考慮することができる。この審査基準は Zapata 判決が採用した裁判所独自の経営判断の考慮事項を限定しようとする。

また、マサチューセッツ州最高裁は 1990 年の Houle v. Low 事件判決²⁸⁶で次のような審査基準を採用した。すなわち、裁判官は提出された証拠に基づいて、委員会が合理的かつ同義的な結論に到達したかを審査しなければならない。例えば委員会が独立的で、徹底的な調査を行なったとしても、裁判官は委員会の結論が証拠に反する結論を下すことができる。審査する際に、裁判所は、原告の勝訴可能性、費用対回復額、会社が矯正措置をとるか否か、訴訟の終了が会社を支配する被告にかなりの不当な利益の保持を許すかどうかといった要素を考慮すべきである。この審査は、特別訴訟委員会がどんな要素を依拠したか、なぜこれらの要素がその結論を裏付けるのか、を裁判官に指摘することを認めていることになる。また、このテストは、原告株主がどんな要素が委員会に考慮されなかったか、なぜ委員会の依拠した要素がその結論を裏付けられないのかを指摘することを認めることになる。このような限定的な司法審査は裁判官の独自の経営判断の行使を要求する Zapata 判決の第二段階の問題を回避できる。本件審査基準は上記 Joy 事件判決の審査基準と類似で、裁判所の独自の経営判断の行使を限定しようとする。

特別訴訟委員会に対する裁判所の実質的審査を制限する方向でデラウェア州の審査基準を修正する以上のような法域とは逆に、裁判所の実質的審査を拡大する方向で修正する例も見られる。ノース・カロライナ州最高裁は 1987 年の Alford v. Shaw 事件判決²⁸⁷で、その他の法域がニューヨーク州最高裁の Auerbach 判決の審査基準を採用しない傾向は委員会の決定に過大な尊重を与えるような審査基準に固有の欠陥に対する関心の高まりを意味するとして、委員会の決定に対する実質的司法審査が必要であるとした上で、Zapata 判決の二段階テストが提訴請求免除事例でしか適用できない根拠がないとして、あらゆる場合に裁判所が実質的審査をすべきであると判示した²⁸⁸。この審査基準は Zapata 判決以上に裁判所の実質的審査を要求している。

²⁸⁵ Id., at 891-893.

²⁸⁶ 556 N.E. 2d. 51 (Mass. 1990).本件は閉鎖会社に関する事例である。

²⁸⁷ 358 S.E.2d 323 (N.C. 1987).本件は閉鎖会社に関する事例である。

²⁸⁸ Id., at 326-328.

さらに、アイオワ州最高裁は1983年の *Miller v. Register & Tribune Syndicate, Inc.* 事件判決で、特別訴訟委員会に対する権限委譲を完全に否定していた²⁸⁹。

しかし、後述するように、これらの少数州の判例法はいずれもその州制定法に覆され、RMBCAの規定が採用された²⁹⁰。その他の多くの州はニューヨーク州の審査基準²⁹¹、またはデラウェア州の審査基準²⁹²を採用した。

5 デラウェア州の審査基準の適用

上述したように、多くの州はニューヨーク州またはデラウェア州の審査基準を採用してきた。では、実際に審査基準はどのように適用されているのか。ここでは、実質的影響力の大きいデラウェア州の審査基準を検討する。

(1) 独立性の判断基準

Zapata 判決後、デラウェア州で最初に当該判決の審査基準を適用したのは *Kaplan v. Wyatt* 事件判決²⁹³である。この事件では、デラウェア州衡平法裁判所も最高裁も、特別訴訟委員会のメンバーは被告会社の取引相手の主要株主であっても、被告 CEO や会社との間で直接の取引がない限り、その独立性を否定することができず、しかも、あたかも独立性などの立証責任が株主側にあるかのように Zapata 判決の第一段階の審査基準を適用した。

しかし、その後の多くの判決はより厳格に Zapata 判決の審査基準を適用し、独立性の判断基準もより厳格に解釈されるようになった。

例えば、その後の *Lewis v. Fuqua* 事件判決²⁹⁴では、特別訴訟委員会の唯一のメンバーは問題の取引に関与していないが、問題の取引当時はすでに取締役会のメンバーであり、本件の被告でもある。そして、裁判所が特に注目したのはこの委員と被告 CEO との社会的関係である。すなわち、彼はデューク大学の学長とノース・カロライナ州の知事というすごいキャリアの持ち主であり、被告 CEO は当該大学に多くの寄付をしており、大学の理事も務めている。衡平法裁判所はこれらの潜在的利益相反を総合的に考えれば、この委員が独立的に行動できるかという懐疑を引き起こし、会社側がその

²⁸⁹ 336 N.W.2d 709, 715-718 (Iowa 1983). 本件は閉鎖会社に関する事例である。

²⁹⁰ 後掲注 (335) 参照。Conn. Gen. Stat. Ann. §§33-722, 33-724; Iowa Code Ann. §490.744; Mass. Gen. Laws Ann. Ch. 156D, §7.44; N.C. Gen. Stat. §55-7-44.

²⁹¹ See, e.g., *Janssen v. Best & Flanagan*, 662 N.W.2d 876 (Minn. 2003); *Curtis v. Nevens*, 31 P.3d 146 (Colo. 2001); *Cutshall v. Barker*, 733 N.E.2d 973 (Ind. Ct. App. 2000); *Finley v. Superior Court*, 96 Cal. Rptr. 2d 128 (Ct. App. 2000); *Atkins v. Hibernia Corp.*, 182 F.3d 320 (5th Cir. 1999)(predicting Louisiana Law); *Miller v. Bargaheiser*, 591 N.E.2d 1339 (Ohio Ct. App. 1990); *Roberts v. Alabama Power Co.*, 404 So.2d 629 (Ala. 1981); *Genzer v. Cunningham*, 498 F. Supp. 682 (E.D. Mich 1980).

²⁹² See, e.g., *Strougo v. Padeges*, 27 F. Supp. 2d 442 (S.D.N.Y. 1998) (applying Maryland Law); *Peller v. Southern Co.*, 707 F. Supp. 525 (N.D. Ga. 1988), *aff'd* 911 F.2d 1532 (11th Cir. 1990) (applying Georgia Law); *Abella v. Universal Tobacco Leaf Co.*, 546 F. Supp. 795 (E.D. Va. 1982).

²⁹³ *Kaplan v. Wyatt*, 484 A.2d 501 (Del. Ch. 1984), *aff'd* 499 A.2d 1184 (Del. 1985).

²⁹⁴ 502 A.2d 962 (Del. Ch. 1985).

立証責任を果たしていないとして委員会の独立性を否定した。

また、2003年のOracle事件判決²⁹⁵でも、衡平法裁判所は被告CEOから多額の寄付を受けていた大学の教授二名から構成される特別訴訟委員会の独立性を否定した。

さらに、最近のLondon v. Tyrrell事件判決²⁹⁶では、衡平法裁判所は被告のいとこの夫と被告の過去の同僚という二人の特別訴訟委員会メンバーの独立性を否定した。

(2) 裁判所独自の経営判断の行使

Zapata判決によれば、会社側が経営判断原則の保護を受けるための立証責任を果たした場合には裁判所がさらに独自の経営判断を行使できる。この点については多くの批判がみられる。たとえば、裁判所が独自の経営判断を行うことはまさに経営判断原則が創設された目的に反し、250年の法律の発展を否定することになると極評された²⁹⁷。また、ある連邦裁判官は、Zapata判決の第二段階の審査は派生訴訟の却下申立に対する理念のない司法拒否権を考案しただけで、非現実的な法律フィクションであるというふうに批判した²⁹⁸。

しかし、実際には裁判所が独自の経営判断を行った例が見当たらない。また、ある事件では、衡平法裁判所は、特別訴訟委員会の結論の合理性に対して裁判所が独自の経営判断を行うというように限定的に解釈した²⁹⁹。

(3) 小括

以上のように、裁判所はZapata判決の第二段階のいう独自の経営判断をあまり行使したがるようであるが、第一段階の独立性の判断基準について、厳格に解釈されるようになってきている。会社側にとって、独立性などの立証は決して容易ではない。

また、上述したKaplan判決で大法官Brownが指摘したように³⁰⁰、特別訴訟委員会制度は当事者と裁判所に多大な費用と時間の負担を強いる。委員会の調査を認めるために裁判所は訴訟の延期を認めざるを得ない。また、ディスカバリーの適用範囲についても原告側がさらに争う。

したがって、特別訴訟委員会制度は会社側にとって決して利用しやすいものではない。実際にも、デラウェア州では、Aronson判決以降、Zapata判決の審査基準を適用した事例は僅かである³⁰¹。しかし、特別訴訟委員会制度があまり利用されない理由は

²⁹⁵ In re Oracle Corp. Derivative Litigation, 824 A.2d 917 (Del. Ch. 2003)

²⁹⁶ 2010 Del. Ch. LEXIS 54 (2010).

²⁹⁷ Dennis J. Block & H. Adam Prussin, The Business Judgment Rule and Shareholder Derivative Actions: Viva Zapata?, 37 Bus. Law. 27, 63 (1981).

²⁹⁸ See Johnson v. Hui, 811 F. Supp. 479, 490 (N.D. Cal. 1991).

²⁹⁹ Carlton Invs. v. Tlc Beatrice Int'l Holdings, Civil Action No. 13950, 1997 Del. Ch. LEXIS 86, at *49.

³⁰⁰ Kaplan v. Wyatt, 484 A.2d 501, 510-513 (Del. Ch. 1984).

³⁰¹ 上記検討した判決以外に次の判決がある。See Katell v. Morgan Stanley Group, 1995 Del. Ch. LEXIS 76 (1995); Carlton Investments Inc. v. TLC Beatrice International

利用しにくさだけではなく、次で検討する提訴請求要件に関する判例法の発展によって、そもそも利用の必要性が大幅に減少した。

(二) 1980年代の提訴請求免除に関する判例法の展開

1 提訴請求免除の問題が生じる背景

上記訴訟委員会制度の展開からわかるように、ニューヨーク州最高裁は特別訴訟委員会の判断にそのまま経営判断原則を適用させることによって、取締役会の訴訟終了権限を認めている。一方、デラウェア州最高裁は委員会の独立性、誠実性及び調査手続の妥当性に関する立証責任を取締役会側に転換したため、一見して取締役会の訴訟終了権限を原則的に認めないように見える。しかし、Zapata 判決はその冒頭において、会社が訴訟を提起するか止めるかを決定するのは通常取締役たちの権限であり、その判断が経営判断原則の保護を受け、株主が適切に訴訟を提起できるのは提訴請求が取締役会に不当に拒絶された場合、または提訴請求が無益であり、免除された場合に限る³⁰²と述べて、実質的にニューヨーク州最高裁と同様に取締役会の訴訟終了権限を認めている。

そして、Zapata 判決は取締役会の提訴請求拒絶の判断について経営判断原則が適用されるのに対して、提訴請求免除の問題については提訴拒絶の場合と区別すべきであると判示しているが³⁰³、明確な審査基準を提示しなかった。そのため、ほとんどの株主は提訴の段階で経営判断原則を回避するために、提訴請求の免除に対する曖昧な審査基準を利用して、提訴請求をせずに、提訴請求の無益を主張することになると予測されている³⁰⁴。実際にもほとんどの事例では株主が提訴請求をせずに、提訴請求の無益を主張している³⁰⁵。したがって、Zapata 判決によって、デラウェア州裁判所は提訴請求の免除に関する明確な基準の提示が迫られた。

さらに、その後のデラウェア州最高裁の判決によって、株主が取締役会に一旦提訴請求をしたら、株主は提訴請求の免除を主張できなくなり、取締役会の提訴拒絶の不当性しか主張できないことになる³⁰⁶。この場合、株主が過半数の取締役の独立性や無

Holdings, Inc., No. 13,950 (Del. Ch. 1997), 23 Del. J. Corp. L. 712 (1998); Electra Investment Trust PLC v. Crews, 1999 Del. Ch. LEXIS 36 (Del. Ch. 1999); Kindt v. Lund, 2003 Del. Ch. LEXIS 62 (2003); Sutherland v. Sutherland, 2008 Del. Ch. LEXIS 49 (2008).ただし、デラウェア州裁判所以外でデラウェア州法を適用した事例は含まれていない。

³⁰² See Zapata Corp. v. Maldonado, 430 A.2d 779, 784 (Del. 1981).

³⁰³ Id., at 784 n. 10.

³⁰⁴ See Wilder, supra note 228, at 638-639. See also Bradford Charles Burkett, Articulating a Demand-Excused Standard in Stockholder Derivative Suits: Maintaining a Stockholder Voice in Corporate Accountability, 16 Rutgers L.J. 165, 172 (1984).

³⁰⁵ Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 813 (Del. 1984). See also Robert B. Thompson & Randall S. Thomas, The Public and Private Faces of Derivative Lawsuits, 57 Vand. L. Rev. 1747, 1782 (2004)

³⁰⁶ See Stotland v. GAF Corp., 469 A.2d 421, 422 (Del. 1983); Spiegel v. Buntrock, 571

利害関係を黙認することになるため、裁判所が審査する唯一の問題は取締役会が提訴請求に返答するために行われた調査の合理性と誠実性になる³⁰⁷。株主が攻撃できる争点はさらに限られてくる。このような棄権原則 (waiver rule) が採用されたため、株主が必然的に提訴請求の免除を主張することになる³⁰⁸。また、例えばデラウェア州のような棄権原則を採用していなくても、実質的にすべての法域では提訴請求の拒絶の妥当性の問題についても経営判断原則が適用されており³⁰⁹、その立証の負担は株主にとって大きい。ほかの州においても、審査基準が明確でない提訴請求の免除は実務的に意義が大きい。連邦最高裁が 1991 年の判決で述べたように、提訴請求の無益の例外は株主が会社訴訟の望ましさに関する取締役会の経営判断を回避できるようにさせ、株主が会社の経営権限を行使できる特定の状況の範囲を画する³¹⁰。したがって、派生訴訟の提起段階では提訴請求の免除の問題がもっとも重要な争点である。その審査基準は訴訟管理権限の分配に重要な影響を与える。以下では、いくつかの州のアプローチを概観する上で、デラウェア州の提訴請求免除の審査基準を中心に検討する。

2 提訴請求免除の審査基準

(1) デラウェア州の審査基準

デラウェア州最高裁は 1984 年の著名な *Aronson v. Lewis* 事件判決³¹¹で、提訴請求の免除に関する審査基準を初めて明確に述べた。本件は、会社の 47%の株式を所有する元取締役が会社との間で行われた顧問契約と金銭の貸付が会社の財産の浪費であるとして、当該元取締役、取引を承認した 10 名の取締役を被告として提起した派生訴訟である。株主は全ての現職取締役が被告であり、問題の取引を承認ないし黙認したこと、支配株主である元取締役が取締役会の全メンバーを選任し、彼らを支配していること、現職取締役に提訴を要求することが彼ら自身を訴えることを主張して、提訴請求の無益を主張して、提訴請求せずに訴訟を提起した。被告は提訴請求をしなかったこと、またはその免除を裏付ける具体的事実を主張されなかったことを理由に訴訟の却下を申し立てた。

デラウェア州最高裁はまず、提訴請求免除の問題が経営判断原則とその適用基準の問題と密接に関連しているとして、経営判断原則について述べた³¹²。経営判断原則とは、取締役が経営判断を行うにあたり、情報を得て、会社の最善の利益になると善意

A.2d 767, 775 (Del. 1990).

³⁰⁷ See *Grimes v. Donald*, 673 A.2d 1207, 1217-1220 (Del. 1996); *Levine v. Smith*, 591 A.2d 194, 212 (Del. 1991); *Spiegel v. Buntrock*, 571 A.2d 767, 775-777 (Del. 1990).

³⁰⁸ See John C. Coffee, Jr., *New Myths and Old Realities: The American Law Institute Faces the Derivative Action*, 48 *Bus. Law.* 1407, 1413-1414 (1993).

³⁰⁹ See Dennis J. Block, Stephen A. Radin & Michael J. Maimone, *Derivative Litigation: Current Law Versus The American Law Institute*, 48 *Bus. Law.* 1443, 1458 n. 83 and accompanying texts (1993).

³¹⁰ *Kamen v. Kemper Financial Services, Inc.*, 500 U.S. 90, 102 (1991).

³¹¹ 473 A.2d 805 (Del. 1984).

³¹² *Id.*, at 812.

かつ誠実に信じて行動したと言う推定である。取締役は裁量権の濫用がない限り、その判断が裁判所に尊重される。その推定を覆す事実の立証責任は取締役会の判断を攻撃する者に課される。そして、経営判断原則は提訴請求、提訴請求の免除、独立取締役の訴訟終了決定、そして一般的に本案審理における防御といった方法で機能する。しかし、いずれの場合においても、その適用が一定の共通原理に服する³¹³。すなわち、第一に、経営判断原則による保護は利害関係を有しない取締役によってのみ主張される。利害関係を有しないということは、取締役が問題とされた取引の両側に立たず、また、その取引から何ら個人的利益を得ないことを意味する。したがって、もし取締役にこのような利益が存在し、かつ、問題とされた取引が利害関係のない取締役から構成される取締役会の過半数により承認されていない場合には、提訴請求の無益を判断するにあたり、経営判断原則が適用されない。第二、当該原則の保護を受けるには、取締役は経営判断を行う以前に、合理的に入手可能なすべての重要な情報を得ておく義務を負っている。その義務を履行する際に、取締役は必要な注意を払わなければならない。経営判断原則の下で、その注意義務による責任は重過失（gross negligence）に基づくものである。

以上のように、経営判断原則の適用要件を述べた上で、裁判所は提訴請求の免除基準について次のように判示した。まず、従来のデラウェア州の判例法のルールによれば、経営者は彼らの裁量権を無効にするような影響下にある場合に、会社のために訴訟を進行する適格者とは見なされず、提訴請求が無益であることになる。しかし、問題の取引に対する取締役会のあらゆる承認が直ちに取締役たちの敵対的利益と不正の関与、またはその他の形態の影響下にあることを意味するものではない。そうであれば、提訴請求要件がまったく無意味になってしまう。原審のデラウェア州衡平法裁判所は提訴請求の免除と経営判断原則との緊密な関係を正確に認識したが、原告の主張した事実が、もし真実であれば、経営判断原則が適用されないであろうという「合理的推測」を示すかどうかというテストを述べた。しかし、この合理的推測のテストは原告の結論的主張に基づいて判断されるため、事実上、提訴請求が必然的に無益になる。

最終的に、最高裁は、次のような審査基準を判示した。すなわち、裁判所は提訴請求の無益を判断する際に、その裁量権を行使して、原告に主張された具体的な事実に基づいて、①取締役達が利害関係をもたず独立していること、②問題の取引がその他の点で有効な経営判断の行使結果であったことについて合理的な疑いを生じさせているかについて判断しなければならない³¹⁴。審査要素①は訴状提出時の取締役達の利害関係と独立性について判断する³¹⁵。裁判所は上記審査要素①と②ののど

³¹³ Id., at 812-813.

³¹⁴ Id., at 814.

³¹⁵ Pogostin v. Rice, 480 A.2d 619, 624 (Del. 1984).

ちらかについて合理的疑いを生じたら、提訴請求を免除することになる³¹⁶。

しかし、Aronson 事件判決が判示した審査基準は、提訴請求に返答すべき提訴請求時の取締役会は株主の主張する問題の取引を承認した場合である。デラウェア州最高裁はそうでない場合の審査基準を Rales v. Blasband 事件判決³¹⁷で判示した。すなわち、問題の取引に関する経営判断を行った時の過半数の取締役はすでに入れ替えられた場合、派生訴訟の対象は単なる取締役会の不作為であるといったように取締役会の経営判断が存在しない場合、問題の取引は別の会社（本件では子会社）の取締役会の経営判断である場合という三つの場合には、原告株主は具体的な事実を主張して、訴状提出時の取締役会は提訴請求に返答するにあたって利害関係をもたず独立な経営判断を行使できることについて合理的な疑いを生じさせる場合には提訴請求が免除されると判示した³¹⁸。つまり、Aronson 判決の判断要素①だけを審査することになる。

以上の二つの最高裁判決によって、デラウェア州の提訴請求免除の審査基準が確立された。

(2) ニューヨーク州の審査基準

ニューヨーク州最高裁は 1996 年の Marx v. Akers 事件判決³¹⁹で、提訴請求の免除に関する審査基準を判示した。すなわち、原告株主は訴状において、①過半数の取締役が問題の取引と利害関係を有すること、②取締役が問題の取引について当時の状況下において合理的な範囲内で十分な情報を得ていないこと、③問題の取引が健全な経営判断の結果ではなかったことについて、具体的事実を主張したら、提訴請求が免除されるべきである³²⁰。利害関係を有するとは問題の取引に自己利益を有する場合や、直接の利益がなくても自己利益を有する取締役に支配されているために独立性が欠如する場合を指す³²¹。また、Aronson 判決でも述べたように、②の調査手続の合理性、つまり、十分な情報を得ていることが経営判断原則適用の条件であるため、ニューヨーク州の審査基準は実質的に Aronson 判決の基準と同様である。ただ、証明の程度については、Aronson 判決の「合理的疑い」という証明程度の基準が理解しにくく、過度に主観的であるとして、その採用を明確に拒否したが、独自の基準を判示しなかった。

(3) その他の州の審査基準

メリーランド州最高裁は支配株主の利益相反取引に関する 2001 年の事件判決で該州の提訴請求免除の審査基準を明らかにした³²²。当該裁判所は、デラウェア州のアプ

³¹⁶ Id., at 624-625.

³¹⁷ 634 A.2d 927 (Del. 1993).

³¹⁸ Id., at 933-934.

³¹⁹ 666 N.E.2d 1034 (N.Y. 1996).

³²⁰ 666 N.E.2d 1034, at 1040-1041.

³²¹ Id.

³²² Werbowisky v. Collomb, 766 A.2d 123 (Md. 2001).

ローチはその会社法の影響力で確かによく言及されるが、独自のアプローチを放棄してデラウェア州のアプローチを採用する州がほとんどなく、また、それに対する批判をも考慮すべきであるとして、デラウェア州のアプローチを完全に採用しなかった³²³。その代わりに、該州独自の審査基準を判示した。すなわち、無益の例外は①提訴請求が会社に回復できない損害を生じさせる恐れがあること、または②過半数の取締役が問題とされる決定に個人的に利益相反を有したり、直接関与したりして、経営判断原則の適用範囲内で誠実に提訴請求に返事することが合理的に期待できないこと、を具体的な方法で主張または証拠で証明している場合に限り適用される³²⁴。この基準の審査要素①は後述する RMBCA または ALI の原則的提訴請求の規定に影響されていると考えられる。一方、審査要素②は Aronson 判決の審査要素①と類似である。

その後、ネバダ州最高裁は 2006 年の判決で明確にデラウェア州の審査基準を採用した³²⁵。他の多くの州（後述する原則的提訴請求の規定を採用する州を除く）ではいまだに明確な審査基準が確立されていない。しかし、提訴請求の免除基準を従来より厳格化していく傾向はすでに多くの裁判所に認識されている。

（三）RMBCA の改正と州制定法の反応

1 RMBCA の改正

（1）原則的提訴請求の採用

アメリカ法曹協会（ABA）は上記判例法の発展を受けて、1990 年に RMBCA の規定を改正した。この改正でまず原則的提訴請求（universal demand）を提案している。つまり、株主が取締役会に対して提訴請求をして、取締役会の返答を待つと、会社に回復できない損害（irreparable injury）を生じさせる恐れがあるという例外的な場合を除き、すべての場合にとり締役会に対して提訴請求をしなければならない（§ 7.42）。提訴請求の免除を認めない理由について、RMBCA は次の二つの理由を提示している³²⁶。すなわち、第一に、すべての取締役が独立でなくても、提訴請求手続は取締役会に問題の行為を再検討して是正措置をとる機会を与えることができる。第二に、提訴請求の可否を争うために訴訟当事者と裁判所がかかる時間と費用を除去することができる。

（2）審査基準

RMBCA は原則的提訴請求を要求しているため、デラウェア州などで展開してきた提訴請求の要求と免除の区別を適用できなくなるが、訴答手続上の原則の制定と立証責任の分配を通じて、その区別の効果を維持させている³²⁷。

³²³ Id., at 143.

³²⁴ Id., at 144.

³²⁵ Shoen v. Sac Holding Corp., 137 P.3d 1171, 1180-1181 (Nev. 2006).

³²⁶ RMBCA §7.42 official comment.

³²⁷ See RMBCA §7.44 official comment 2.

まず、RMBCA § 7.44(a)(b) 項によれば、もし、①独立取締役³²⁸が定足数を構成する場合に、取締役会に出席した独立取締役の過半数、あるいは、②独立取締役が定足数を構成するかに関係なく、取締役会に出席した独立取締役の過半数によって指名される二名またはそれ以上の独立取締役からなる委員会の過半数が、派生訴訟の継続が会社の最善の利益に合致しないと合理的な調査に基づいて誠実に決定した場合、会社の申立に基づいて、当該派生訴訟は裁判所に却下されなければならない。このように、独立取締役の訴訟終了権限を肯定する上で、同条(c)項は訴答手続上の原則を定めている。すなわち、株主の提訴請求を拒絶する決定がなされた後に派生訴訟が提起される場合、原告株主はその訴状において、①当該提訴拒絶の決定がなされた時点の取締役会の過半数が独立取締役ではなかったこと、または、②決定の依拠する調査手続の合理性及び決定の誠実性の要件が満たされなかったこと、のいずれかを証明する事実を具体的に主張しなければならない。そして、同条(d)項は上記①に関する原告株主の事実主張の状況によって、取締役会またはその委員会の決定に関する立証責任の分配を定めている。すなわち、もし提訴拒絶の時の取締役会の過半数が独立取締役であると判断された場合、取締役会またはその委員会の決定に関する調査の合理性及び決定の誠実性についての立証責任は原告株主に課されるのに対して、逆の場合は立証責任が会社側にある。

以上のように、RMBCA の規定は、原告株主が訴答手続で取締役会の独立性について反証ができたなら、取締役会またはその委員会の訴訟終了決定に関する調査の合理性及び決定の誠実性についての立証責任が会社側に転換されるというように、基本的にデラウェア州審査基準の枠組みを採用しているようである。しかし、委員会の決定内容の合理性に対する実質的審査をしない点ではニューヨーク州の審査基準とも類似性がある³²⁹。

2 州制定法の反応

多くの州は 70 年代以降の判例法の展開を受けて、派生訴訟に関する制定法を改正した。例えば、インディアナ州は 1986 年の制定法改正で、提訴請求の免除基準を明確にしなかったが³³⁰、訴訟委員会の訴訟終了決定に対してニューヨーク州の審査基準を採用した³³¹。一方、アラスカ州は 1988 年の制定法改正でデラウェア州と類似の審査基準を成文化した。すなわち、提訴請求が免除されるためには、原告株主は具体的事

³²⁸ RMBCA の原文は適格取締役 (qualified director) という用語を使用しているが、本稿では前後の文脈を考慮して、一般的な用語である独立取締役として訳す。See RMBCA §1.43.

³²⁹ See RMBCA §7.44 official comment 2.

³³⁰ 該州最高裁は 2006 年の判決で、制定法が独立な委員会に訴訟終了権限を与えているため、提訴請求の免除に関しても、委員会の訴訟終了決定に対する審査基準と同様であるべきであると暗示している。Ritter v. Dollens (In re Guidant S'holders Derivative Litig.), 841 N.E.2d 571, 574-576 (Ind. 2006).

³³¹ Ind. Code Ann. §§23-1-32-2, 23-1-32-4.

実を主張して、過半数の取締役が会社に対する権利侵害に関与していること、またはこのような者に直接ないし間接的に支配されていることを証明しなければならない³³²。この審査基準は Aronson 判決の審査要素①と類似しているが、Aronson 判決の審査要素②を採用しなかった。しかし、提訴請求が免除された場合、訴訟委員会の却下申立に関する審査では、委員会の独立性や情報収集義務に関する立証責任が被告側に転換し、被告側はその立証ができて、裁判所は会社の利益と公共政策を考慮して、当該訴訟を却下すべきかについて独自の評価を行うとして、Zapata 判決の審査基準を採用している³³³。

しかし、RMBCA の 1990 年改正の影響はやはり大きい。現在では、約 22 の州が原則的提訴請求を制定法で定めているが³³⁴、提訴請求手続が行われた後の規定は州によってそれぞれである。その中で、大半の州は RMBCA の 1990 年改正の規定をそのまま採用している³³⁵。一方、提訴請求に関する詳細な訴答原則や訴訟委員会の訴訟終了権限の肯定について規定を置いているが、具体的審査基準について何ら規定していない州もある³³⁶。また、会社側が常に訴訟終了決定について取締役の独立性、判断の誠実性と調査の合理性に関する立証責任を負うと定める州もある³³⁷。さらに、訴訟終了決定が過半数の独立取締役によってなされた場合、会社側がその判断の誠実性と調査の合理性について立証責任を負うが、独立取締役全員が訴訟終了に同意する場合、立証責任が株主に課されるという州制定法もある³³⁸。

四 検討

(一) 現在の訴訟管理権限の分配状況

本節二で検討したように、1970 年代以前、経営者を対象とする派生訴訟の判例では、提訴請求がほとんど免除されたか、取締役会の提訴拒絶の判断が尊重されることがほとんどなかったため、取締役会に訴訟管理権限をほとんど与えておらず、違法行為抑止機能が派生訴訟制度の主要立法目的としてかなり重視されていた。

しかし、上記で考察してきたように、70 年代以降、経営者を対象とする派生訴訟に

³³² Alaska Stat. §10.06.435(c)-(d). See *Jerue v. Millett*, 66 P.3d 736, 745 (Alaska 2003).

³³³ Alaska Stat. §10.06.435(f).

³³⁴ DeMott, *supra* note 80, 2008 supp. §5:13 n.21.10.

³³⁵ Conn. Gen. Stat. Ann. §§33-722, 33-724; Haw. Rev. Stat. §414-175; Idaho Code Ann. §30-1-744; Iowa Code Ann. §490.744; Me. Rev. Stat. Ann. tit 13-C, §755; Mass. Gen. Laws Ann. Ch. 156D, §7.44; Miss. Code Ann. §79-4-7.44; Mont. Code Ann. §35-1-545; Neb. Rev. Stat. Ann. § 21-2074; N.H. Rev. St. Ann. §293-A:7.44; N.C. Gen. Stat. §55-7-44; R.I. Gen. Laws §7-1.2-711(e); S.D. Codified Laws §47-1A-744; Tex. Bus. Org. Code §§21.554, 21.558; Utah Code Ann. §16-10a-740(4); Va. Code Ann. §13.1-672.4; Wisc. Stat. Ann. §180.0744; Wyo. Stat. Ann. §17-16-744.

³³⁶ Ariz. Rev. Stat. Ann. §10-742.

³³⁷ Fla. Stat. Ann. §607.07401(3); Ga. Code Ann. §14-2-744.

³³⁸ Mich. Comp. Laws Ann. §450.1495.

ついて、会社側がまず訴訟委員会制度を利用して攻撃的に訴訟終了決定に対する裁判所の尊重を獲得した後、80年代になると、今度は提訴請求手続を通じて防御的に裁判所の尊重を獲得できるようになった。また、一部の州制定法も改正に乗り出した。では、この一連の制度の発展は派生訴訟における訴訟管理権限の分配状況ひいては派生訴訟制度の主要立法目的に対してどのような変更を加えたのか。以下では、現在の制度を如何に評価すべきかについて検討する。なお、特に断らない限り、以下の議論は経営者を対象とする派生訴訟についてである。

1 構造的偏向理論の意義

現行制度を評価する前に、まず、裁判所が特別訴訟委員会の訴訟終了権限を認めるようになって以降、議論され始めた構造的偏向 (structural bias) 理論について、派生訴訟における訴訟管理権限の分配に対する意義を確認したい。

当初、構造的偏向理論は主に特別訴訟委員会の独立性に対する懐疑を示すために主張された。この理論を主張する論者は、主として次のよう理由で委員会メンバーの構造的偏向の存在を説明している³³⁹。まず、社外取締役の選任は事実上、CEOなどの上級経営者によって支配されているため、社外取締役は自分に報酬と名声や社会的地位を与えてくれた経営者に対して必然的に忠誠心を抱くことになる。特に、訴訟提起後に組織される特別訴訟委員会の場合、被告経営者が最も自分に同情的な人物を選択する機会が大きい。また、社外取締役と会社内部経営者は同じ社会的または職業的背景や共通の価値観を共有しており、多くの場合は友人関係である。さらに、多くの社外取締役は他の公開会社の経営者である場合が多く、公開会社の取締役という共通の文化的絆を社内の経営者と共有する。このような絆が引き起こす自然な同情と協調関係は社外取締役が被告である同僚に対する不利な判断を不快に思うようにさせる。しかも、派生訴訟によって訴えられるリスクも共有するため、将来の自分に対する派生訴訟の提起を抑制しようという心理も働く。最後に、特に特別訴訟委員会の場合については委員会が臨時的なものであり、常に解散される恐れがあるため、委員会のメンバーは情熱をもって訴訟を進行すれば、内部経営者の機嫌を損なうことになる。

また、構造的偏向が存在する証拠としてよく指摘されたのは、実際にほとんどの特別訴訟委員会は訴訟の提起が会社の最善の利益にならないとして、派生訴訟の終了を勧告している事実である³⁴⁰。また、特別訴訟委員会が訴訟の提起ないし株主との和解を勧告している事例もわずかである³⁴¹。

³³⁹ James D. Cox, Searching for the Corporation's Voice in Derivative Suit Litigation: A Critique of Zapata and the ALI Project, 1982 Duke L. J. 959, 962; Coffee & Schwartz, supra note 247, at 283; Dent, supra note 248, at 111-117; Note, The Business Judgment Rule in Derivative Suits against Directors, 65 Cornell L. Rev. 600, 619-622 (1980).

³⁴⁰ See, e.g., Meg Shevach, Deciding Who Should Decide to Dismiss Derivative Suits, 39 Emory L. J. 937, 938 (1990).

³⁴¹ See, e.g., Alford v. Shaw, 358 S.E.2d 323, 325 (N.C. 1987) (和解を勧告した); Kaplan

しかし、これらの根拠は特別訴訟委員会に限ったものを除き、社外取締役に共通して言えることである。しかも、これらの論者は「派生訴訟に対する固有の偏見」³⁴²や「独立に事実を調査・評価し、(訴訟が)会社の最善の利益になると結論付けることができないという決定的な推定」³⁴³と表現しているように、社外取締役が抱えている構造的偏向は不可避的なものであり、必然的にその中立な判断を妨げると考えられている。このように考えると、構造的偏向理論は社外取締役の独立性ないしその中立な意思決定機能に対する根本的な否定であるように思われる。したがって、提訴請求の免除可否の問題はもちろん、自己取引の承認や敵対的企業買収防衛策の採用に関する社外取締役の判断についても同様に構造的偏向の存在を指摘できることになる³⁴⁴。

これに対して、ほとんどの人的資本を他の会社や領域に投じ、自身の評判にもかなりの投資している社外取締役が将来の評判や収入を危険にさらすまで同僚の責任を庇うことは一般的に考えられないとして構造的偏向理論を批判する者もいる³⁴⁵。しかも、社外取締役自身は取締役としての信託義務を負い、責任追及される可能性もある。また、社外取締役になれる人はほとんどすでに成功を収めており、取締役という地位に依存しない。要するに、構造的偏向の存在を否定しないが、それが常に働くという主張に問題がある³⁴⁶。

したがって、構造的偏向理論を過度に一般化すべきではなく、裁判所はケースバイケースで構造的偏向の可能性を判断すべきである。しかし、問題は構造的偏向という概念が抽象的で捉えにくく、それを立証するのが不可能でなくともかなり困難であろう。そのため、裁判所は具体的審査基準を設定する際に、取締役会の訴訟管理権限を認めながら、構造的偏向の存在をも認識する必要がある。上述したように、構造的偏向理論を完全に受け入れて、取締役会への訴訟管理権限の付与を完全に否定した裁判所は僅か一部であり³⁴⁷、多くの裁判所は構造的偏向を認識して、特別訴訟委員会の訴訟終了決定や提訴請求の免除に対する審査基準を設計している。

v. Peat, Marwick, Mitchell & Co., 529 A.2d 254, 256 (Del. Ch. 1987) (一部の被告に対する訴訟提起を勧告した) ; In re Continental Illinois Securities Litigation, 732 F.3d 1302, 1305 (7th Cir. 1984) (一部の被告に対する訴訟提起を勧告した) ; Joy v. North, 692 F.2d 880, 884 (2d Cir. 1982) (一部の主張に対して和解を勧告した) .また、最近の実証研究によると、約 60%の事例で委員会が訴訟の終了を、約 30%の事例で委員会が和解を勧告した。See Minor Myers, The Decisions of Corporate Special Litigation Committees: An Empirical Investigation, 84 Ind. L.J. 1309 (2009).

³⁴² See Note, supra note 339, at 601 n.14.

³⁴³ See Dent, supra note 248, at 111.

³⁴⁴ See Julian Velasco, Structural Bias and the Need for Substantive Review, 82 Wash. U. L. Q. 821,824-825 (2004).

³⁴⁵ See Michael P. Dooley & E. Norman Veasey, The Role of the Board in Derivative Litigation: Delaware Law and the Current ALI Proposals Compared, 44 Bus. Law. 503, 534 (1989).

³⁴⁶ See Ferrara et al., supra note 96, §8.06.

³⁴⁷ See, e.g., Miller v. Register & Tribune Syndicate, Inc., 336 N.W.2d 709 (Iowa 1983).

2 審査基準からみる権限の分配状況

現行制度を評価するためにはまず訴訟管理権限の分配メカニズムの変化について確認しておかなければならない。すなわち、70年代以前は、提訴請求の免除可否と取締役会の提訴拒絶の効力に対する司法審査を通じて訴訟管理権限を分配したが、70年代以降はまず特別訴訟委員会の訴訟終了決定に対する司法審査を通じて分配されるようになり、その後、提訴請求手続に対する司法審査基準の変更を通じて分配するようになってきた。したがって、現在では、訴訟管理権限の分配は二段階にわたって行われている。では、この二段階における司法審査の基準が訴訟管理権限の分配状況にどのような影響を与えたか。

まず、訴答手続における提訴請求に関する第一段階では、すでに検討したように、取締役会の提訴拒絶の判断の妥当性については実質的にすべての法域では経営判断原則が適用されているため、取締役会の判断を優先的に尊重しているとは言えるが³⁴⁸、実務では、このような厳格な立場を回避するために、提訴請求の免除の問題がより重要であるため、提訴請求の免除に関する司法審査基準のほうが訴訟管理権限の分配に影響が大きいといえる。そして、提訴請求の免除に関するデラウェア州とニューヨーク州の審査基準は経営判断原則を適用しながら、その原則の厳格な適用を緩和している。すなわち、原告株主は訴状において、取締役会が利害関係を持たず独立であるという経営判断原則がもたらす推定を覆すために詳細な事実を主張しなければ、訴訟が会社側の却下申立に基づいて却下されることになる。しかし、同時に、原告株主の主張する請求原因である問題の取引が有効な経営判断の行使結果であるか否かについて、裁判所が事実審に先だって訴答手続の段階で予測することを認めている。取締役会の独立性について反証できない原告株主は問題の取引の不当性を主張することによって提訴請求要件を満たすことができる³⁴⁹。これは事実上、取締役会に対する尊重を修正しようとするものである³⁵⁰。

一方、RMBCAの規定は原則的提訴請求を採用するため、取締役会の提訴拒絶の妥当性に対する審査を通じて権限分配を行うしかない。その審査基準は上記二州の審査基準のような経営判断原則の緩和措置を定めておらず、完全に経営判断原則を適用し

³⁴⁸ Aronson 判決でデラウェア州最高裁が述べたように、経営判断原則とは、取締役が経営判断を行うにあたり、情報を得て、会社の最善の利益になると善意かつ誠実に信じて行動したと言う推定であり、会社の経営が取締役会によって行うという基本的権限分配原則はその適用の基本的根拠である。したがって、派生訴訟の提起の可否に関する問題に経営判断原則が適用されたら、訴訟管理権限が優先的に取締役会に分配することになる。

デラウェア州以外の法域においても、80年代以降、多くの裁判所は同様に経営判断原則を一つの推定として言及している。See Block et al., *supra* note 309, at 1447 n. 15 and accompanying texts.

³⁴⁹ See Skeel, *supra* note 107, at 29-30.

³⁵⁰ 同旨として、Andrew C.W. Lund, *Rethinking Aronson: Board Authority and Overdelegation*, 11 U. Pa. J. Bus. L. 703, 712-723 (2009).

ている。原告株主は訴状において、経営判断原則がもたらす取締役の独立性、調査手続の合理性または決定の誠実性の推定を覆すために詳細な事実を主張しなければならない。したがって、RMBCAの規定を採用している州は取締役会に対する尊重の程度がかなり大きい。

以上のように、第一段階における訴訟管理権限の分配では、デラウェア州とニューヨーク州の審査基準は原則として訴訟管理権限を優先的に取締役会に与えながら、問題の取引に対する事前予測によって、取締役会と株主との間で権限分配のバランスを取ろうとしているのに対して、RMBCAの規定は取締役会に訴訟管理権限を優先的に付与しているとは言えよう。

そして、原告株主は第一段階をクリアすると、取締役会はさらに特別訴訟委員会制度を利用して訴訟の終了を申し立てる場合、裁判所は第二段階の審査に入る。この場合の司法審査基準は州によって違い、特別訴訟委員会の訴訟終了決定に対する尊重の程度も違って来る。ニューヨーク州の審査基準は完全に経営判断原則を適用して、立証責任を株主に課し、裁判所が特別訴訟委員会の訴訟終了決定に対して一切の実質的審査をしないため、特別訴訟委員会ひいては取締役会の判断をかなり尊重している。これに対して、デラウェア州の審査基準は原告株主が第一段階の訴訟管理権限の分配において、経営判断原則がもたらす独立性の推定、また問題の取引自体が経営判断原則の保護を受けられないものであることについて立証ができた場合、特別訴訟委員会の訴訟終了決定に関する調査の合理性及び決定の誠実性についての立証責任が会社側に転換される。そして、もし会社側が立証できたら、特別訴訟委員会の決定に対して裁判所がさらに自らの経営判断を行える。よって、第二段階の訴訟管理権限の分配において、デラウェア州の審査基準は優先的に原告株主の判断を尊重しており、かつ、特別訴訟委員会の判断をかなり疑う立場をとっている。一方、RMBCAの規定は、デラウェア州の審査基準のように、立証責任の転換を認めているが、委員会の決定内容の合理性に対する実質的審査を認めない点ではニューヨーク州の審査基準とも類似性があるため、第二段階で取締役会に対する尊重の程度は中間的である。

以上のように、現在の主流のアメリカ法は二段階にわたって訴訟管理権限を分配している。しかし、そもそも原告株主が第一段階をクリアしないと、第二段階の審理基準の適用が問題にならない。つまり、第一段階での経営判断原則の適用によって、第二段階の審査基準の適用場面がかなり制限されてしまった³⁵¹。すでにみたように、実際に、デラウェア州では、Aronson判決以降、Zapata判決の審査基準を適用した事例は僅かである³⁵²。したがって、例え第二段階で株主の判断を優先的に尊重しても、第

³⁵¹ See Coffee, *supra* note 308, at 1415; Dennis J. Block & H. Adam Prussin, Termination of Derivative Suits Against Directors on Business Judgement Grounds: From Zapata to Aronson, 39 Bus. Law. 1503 (1984).

³⁵² See *supra* note 301 and accompanying texts.

一段階における経営判断原則の適用が訴訟管理権限の分配にとって決定的な意味を持つ。つまり、訴訟管理権限分配メカニズムは事実上 70 年代以前へ回帰したと評することができよう。

以上のように分析すると、デラウェア州とニューヨーク州は原則として訴訟管理権限を優先的に取締役会に与えながら、取締役会と原告株主との間で権限分配のバランスを取ろうとしているのに対して、RMBCA の規定を採用する州は取締役会により多くの訴訟管理権限を分配しているように思われる。

3 提訴請求の免除に関するデラウェア州審査基準の分析

では、デラウェア州とニューヨーク州の提訴請求の免除に関する審査基準は果たして取締役会と原告株主との間で権限分配のバランスをとっているのか。判例の実質的影響力を考えて、以下ではデラウェア州の審査基準を分析することにする。

Aronson 判決によれば、提訴請求が免除されるために、すなわち、原告株主が訴訟管理権限を獲得するために、原告株主は提訴請求時の過半数の取締役が利害関係をもたず独立していること、また、②問題の取引が有効な経営判断の行使結果であったことについて合理的な疑いを生じさせなければならない。

しかし、実際にアメリカの公開会社では、取締役会が通常過半数の社外取締役から構成されているし、ほとんどの経営判断について過半数の取締役が利害関係を持つことは滅多にないため、上記の審査要素①を反証することはかなり困難であろう。ほとんどの派生訴訟では原告株主が判断要素②を攻撃しなければならないであろう³⁵³。したがって、Aronson 判決の審査要素②は特に重要な意味を持つ。

審査要素②に基づいて、原告株主は問題の取引が有効な経営判断の行使結果ではないことを攻撃しなければならない。当初、デラウェア州最高裁は、審査要素②は問題の取引の実体的性質 (substantive nature) と取締役会の承認に関するものであり³⁵⁴、有効な経営判断は実質的相当の注意 (substantive due care) と取締役会の承認の手續上の相当の注意 (procedural due care) を意味すると解釈した³⁵⁵。つまり、裁判所は経営判断の実体面と手續面の両方を審査する。しかし、これは明らかに従来の経営判断原則の適用に反する³⁵⁶。2000年の *Brehm v. Eisner* 事件判決で、デラウェア州最高裁は実質的相当の注意という概念が経営判断原則と相いれず、相当の注意とはプロセス上の相当の注意であると判示して、明確に経営判断の実体面に対する審査を拒絶した³⁵⁷。Aronson 判決でも判示したように、手續上の相当の注

³⁵³ See Michael P. Dooley, *Two Models of Corporate Governance*, 47 *Bus. Law.* 461, 471 (1992); Coffee, *supra* note 308, at 1412.

³⁵⁴ Aronson, 473 A.2d at 814; Pogostin, 480 A.2d at 624.

³⁵⁵ Grobow, 539 A.2d at 189.

³⁵⁶ See *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858, 881-884 (Del. 1985); *Sinclair Oil Corp. v. Levien*, 280 A.2d 717, 720 (Del. 1971).

³⁵⁷ See *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244, 264 (Del. 2000).

意とは取締役会が問題の取引を承認する際に合理的に入手可能なすべての重要な情報を得ておく義務を意味し、その義務違反の責任を生じさせるためには重過失が必要である。そのため、取締役会がすべての情報を入手する必要がなく、入手可能な重要な情報を得ていれば、責任が生じない³⁵⁸。しかし、提訴請求の段階ではディスクバリーが認められておらず³⁵⁹、すべての情報は会社側が持っている。しかも、デラウェア州普通会社法 141(e)によれば、取締役はその義務を履行する際に、会社の記録、または、役員・従業員・取締役会の委員会または合理的に選任されたその他の専門家が提示した情報・意見・報告・陳述を誠実に信頼した場合には完全に保護されるため³⁶⁰、原告株主は取締役が誠実に信頼しなかったことについて証明しなければならない³⁶¹。したがって、実際問題としては取締役の情報収集の不備を証明するにはほぼ不可能に近い。

そのため、原告株主は問題の取引が経営判断原則の保護を受けないものであることを立証するためには当時の取締役の過半数が問題の取引に利害関係を有することを立証するしかない。もし提訴請求時の取締役会は問題の取引を承認した取締役会のままであれば、この攻撃は実質的に判断要素①と重複する³⁶²。利害関係を有するとは、二股の忠誠心が存在する場合や、問題の取引から株主間で平等に享受されていない個人的利益を得た、または得る権利が与えられている場合であると解されている³⁶³。つまり、過半数の取締役が利益相反取引に参加するような場合である。しかし、上述したように、アメリカの公開会社ではこのような場合は滅多にないであろう。

また、そもそも問題の取引が存在しない、監督義務違反のような事例においても、**Rales** 判決によれば、完全な経営判断原則の適用を緩和できる **Aronson** 判決の審査要素②が適用されないため、原告株主は同様に提訴請求時の過半数の取締役の利益相反を立証するしかない。

以上の分析からすると、過半数の取締役が問題の取引に自己利益を有する場合のみ、提訴請求が免除されやすいが、このような場合は実際に少ないため、利益相反取引に関する派生訴訟についてもほとんど提訴請求の免除が認められないとして却下されるのではないか。したがって、デラウェア州の提訴請求の免除に関する審査基準は取締役会と原告株主との間で訴訟管理権限の分配のバランスを取ろうとしているように見えるが、実際に **Aronson** 判決の審査要素②は完全な経営判断原則の適用によってもたらず取締役会に対する過度の訴訟管理権限の分配をけん制する機能

³⁵⁸ *Id.*, at 258-259.

³⁵⁹ *Levine v. Smith*, 591 A.2d 194, 209-210 (Del. 1991).

³⁶⁰ 8 Del. C. §141(e).

³⁶¹ *See, e.g., Brehm v. Eisner*, 746 A.2d at 260-261.

³⁶² *See Guttman v. Huang*, 823 A.2d 492, 500-501 (Del. Ch. 2003).

³⁶³ *Pogostin*, 480 A.2d at 624.

がほとんどないように思われる。

4 提訴請求の免除に関する審査基準の不明確性

ところで、訴訟管理権限の分配を左右できるほどの提訴請求の免除可否に対する司法審査は訴答手続の段階で訴状における原告株主の事実主張に基づいてその真実性を仮定して行われるものである。具体的な事実により支持されていないような単なる結論的な事実ないし法的主張は真実として仮定されない³⁶⁴。提訴請求要件を理由とする被告側の却下申立を乗り越えるためには、原告株主の訴答手続上の負担は権利の主張がないことを理由とする却下申立の場合より重い³⁶⁵。確かに、派生訴訟のような特殊の訴訟では、不在当事者を保護するために、訴答手続で極めて曖昧な事実しか主張されていないような訴訟を早期に終了させるには一定の合理性も認められる。しかし、まだディスカバリーが認められないこのような訴訟の初期段階で、どのような事実が訴状で主張されたら、提訴請求の免除にあたるか、また、原告株主の事実主張に対して裁判官の心証がどの程度のものであるべきなのかは問題になってくる。

デラウェア州最高裁は、提訴請求の問題に関する審査がかなりの程度において事実に関する審査であるため、合理的な疑いを生じさせる一般的適用基準を定式化するのが非現実的で賢明ではないとして、合理的な疑いを引き起こす事実は事件によって違って、客観的な分析を用いてケースバイケースで判断すべきであるとしている³⁶⁶。

また、裁判官の心証程度について「合理的な疑い」という表現を使っている。デラウェア州衡平法裁判所も認めるように、この表現は裁判官を案内することができるが、科学的ではない³⁶⁷。ある連邦裁判所の裁判官は以下のようにこの表現を批判している。すなわち、この表現は刑事裁判で使用されているものであり、被告人を有罪とするためには、被告人が有罪であるという可能性が少なくとも 90%は必要であるという厳格な基準である。もし、刑事裁判での意味でとらえるなら、問題の取引が経営判断原則によって保護されない可能性が僅か 10%あれば、提訴請求が免除されることになる。なぜ、提訴請求がこんなに簡単に免除されてしまうか。もし刑事法と違う意味で使用されているならば、その違いは何か、なぜ違う事柄に対して同じ言葉を使うのか³⁶⁸。しかし、提訴請求が訴答手続上の要件であるために、ディスカバリーが認められず、原告株主の証拠収集手段が限られていることを考えれば、「合理的な疑い」の意味を刑事裁判での意味と解する方がむしろ合理的であるように見える。ニューヨーク州は上記批判を受け入れて、明確にデラウェア州の基準を拒否したが、独自の心証程度の基準を提示しなかった。仮に事実審理段階の立証と同程度の意味でとらえるならば、問題の取引が妥当な経営判断の行使結果であるか否かに関する判断は本来、正式な事実

³⁶⁴ Grobow, 539 A.2d at 187.

³⁶⁵ Levine, 591 A.2d at 207.

³⁶⁶ Grobow, 539 A.2d at 186.

³⁶⁷ Harris v. Carter, 582 A.2d 222, 231 (Del. Ch. 1990).

³⁶⁸ Starrels v. First National Bank of Chicago, 870 F.2d 1168, 1175 (7th Cir. 1989).

審理の段階で行うべきものであるが、訴答手続の段階でも同程度の心証を要求して審理すると、重複審理になるから、提訴請求免除の問題に関する審理を本案審理と併合すべきであろう。しかし、併合したら、提訴請求が実質的に常に免除されることになる。いずれにせよ、「合理的な疑い」という曖昧な心証程度の基準は裁判官にかなりの程度の主観的裁量権を与えているように見える³⁶⁹。

以上のように、提訴請求の免除可否に関する司法審査基準は一応設定されているが、かなり曖昧なものであり、裁判所がそれを適用する際には大きな裁量権が与えられることになる。訴訟結果の予見可能性の観点からみると、Aronson 判決の審査基準は結局内容のないものになっていると批判されている³⁷⁰。つまり、裁判所は提訴請求の免除の審査基準を明確に提示したというより、単に、より厳格な訴答手続を要求することによって、無益な訴訟の選別をしようとしたとも言える。このような機能は明らかに事実の提示と争点の形成という訴答手続の一般的目的を超えており、過度に期待すべきではない。また、訴答手続の簡潔化の立法傾向とも逆行している³⁷¹。

5 実証研究からみる実際の権限分配状況

では、果たして、提訴請求の免除可否に対する審査基準は上で分析したように、あまり意味のないものであろうか。それとも、上記 3 で分析した通りに運用されているのか。以下では、三つの実証研究の結果が示した現在の派生訴訟制度の運用状況を概観することによってこれを検証することにする。

まず、Thomas と Martin の 2001 年の論文³⁷²は提訴請求要件の影響に関する最初の実証研究である（以下、論文 I と略す）。彼らは 1912 年から 2000 年までの経営者報酬に関する派生訴訟（124 件）を統計して、以下のような結果を得た。まず、提訴請求要件を満たしていないことを理由に却下申立がなされた事件の比率について、デラウェア州法を適用する事例では、Aronson 判決以前の 14% から当該判決以降の 75% へと激増し、デラウェア州法を適用しない事例では、18% から 24% へと大きな変化が見られない³⁷³。そして、このような却下申立に関する株主の勝訴比率について、デラウェア州法を適用する事例では、Aronson 判決以前の 33% から当該判決以降の 39% へと増加し、デラウェア州法を適用しない事例では重要な変化が見られない³⁷⁴。デラウェア州法を適用する事例で株主の勝訴比率の増加は統計学的に意味がないが、少なくとも

³⁶⁹ See ALI, Principles §7.03 comment d.

³⁷⁰ See Coffee, *supra* note 308, at 1413.

³⁷¹ See *Shoen v. Sac Holding Corp.*, 137 P.3d 1171, 1179-1180 (Nev. 2006).

³⁷² Randall S. Thomas & Kenneth J. Martin, *Litigating Challenges to Executive Pay: An Exercise in Futility?*, 79 Wash. U. L. Q. 569 (2001).

³⁷³ *Id.*, at 607 Table 1. 一般的にはデラウェア州会社法の影響力が高いが、提訴請求要件に関する主張が増加しなかった理由については、多くの州は RMBCA の原則的提訴請求を採用したこと、デラウェア州以外の州ではそもそも派生訴訟の件数が極めて少ないことが考えられる。*Id.*, at 579-580.

³⁷⁴ *Id.*, at 607 Table 2.

も Aronson 判決によって提訴請求要件を理由とする却下申立の成功率が高まっていないことを示唆する³⁷⁵。したがって、Aronson 判決以降、提訴請求要件に関する却下申立が激増したが、少なくとも経営者報酬を争う派生訴訟に関しては、裁判所が実際に提訴請求要件をもって株主の提訴を Aronson 判決以前より制限しているとは言えない³⁷⁶。

次に、Thompson と Thomas は 1999 年と 2000 年の二年間でデラウェア州衡平法裁判所に提起されたすべての会社法訴訟を統計・分析した（以下、論文Ⅱと略す）。その結果、驚くことに、84 件の派生訴訟の内、裁判官が提訴請求要件について判断を行ったのはたったの 8 件（6 件が公開会社、2 件が閉鎖会社）である³⁷⁷。その内、5 件の公開会社に関する事例は提訴請求の免除が認められなかったが、被告が勝訴し、何の救済もなく却下された事例のわずか 4 分の 1 にあたる。そして、5 件の却下事例の内、3 件は不正経理と監督義務違反に関するもので、残りの 2 件は企業買収に関するものである。そして、公開会社に関する上記 6 件の内、唯一提訴請求が免除された事例は自己取引に関するものである。したがって、提訴請求要件は忠実義務違反以外の事例でもっとも機能する³⁷⁸。しかしながら、提訴請求要件は学術論文で注目するほど重要な争点ではないようであると結論付けた³⁷⁹。

最後に、Davis が 2008 年の論文で 2000 年から 2007 年の第 1 四半期まで、デラウェア州で提起された 121 件、連邦裁判所で提起された 173 件の計 294 件の派生訴訟に対して実証研究を行った（以下、論文Ⅲと略す）。その中で公開会社に関する事件は 236 件である³⁸⁰。彼はまず提訴請求要件が派生訴訟に対する影響について、学術論文で注目するほど重要な争点ではないという上記 Thompson と Thomas の研究と違う結論を下した。すなわち、彼のデータによれば、40%の判決では提訴請求が争点であり、6%の判決では提訴請求の問題を言及しており、6%以上の判決は下級審判決で争点になった。したがって、控えめに言っても、かなりの派生訴訟では提訴請求の問題が争点である³⁸¹。

そして、彼は請求原因別に却下申立に関する原告株主の勝訴比率をまとめた。まず、会社の不正行為（典型的には会社の法令違反行為）という大きなカテゴリーについて、

³⁷⁵ *Id.*, at 580.

³⁷⁶ ただし、Aronson 判決前後にかかわらず、提訴請求要件に関して、被告の勝訴率が原告株主より高い。

³⁷⁷ Thompson & Thomas, *supra* note 305, at 1783.

³⁷⁸ *Id.*

³⁷⁹ *Id.* 彼らはこのような結果が生じる理由として、原告弁護士は通常同様な事実について州法上のクラスアクションあるいは連邦証券クラスアクションの提起を選択できるため、派生訴訟はこれらの手段が利用できない場合または提訴請求要件が満たされうるような場合にしか提起されないからであると推測している。

³⁸⁰ See Davis, *supra* note 230, at 418-419.

³⁸¹ *Id.*

原告株主が勝利を取めたことは少ない。152 件の会社不正行為のうち、却下申立に耐えたのは 26 件であるのに対して、86 件が却下されている。残りの 40 件の判決はその他の手続上の問題または和解審査に関するものである。この中に、提訴請求を要求しない 1934 年証券取引法 16(b)に基づく短期売買利益の返還に関する派生訴訟を除外すれば、原告株主が却下申立に耐えたのは 100 件中のたったの 18 件である³⁸²。そして、提訴請求要件を原因とする却下申立の中で、提訴請求が免除されたのは 16 件で、却下されたのは 57 件である。したがって、提訴請求要件などを理由とする早期の却下申立は会社不正行為に関する事件では厳しいスクリーニングメカニズムとして作用している³⁸³。会社不正行為に関する事件では典型的に監督義務違反や経営者報酬に関する忠実義務の違反を主張している。このカテゴリーに分類されている請求原因を具体的に見てみよう。152 件の会社不正行為のうち、まず、証券詐欺クラスアクションもよく同時に提起されている不実開示に関するものは 64 件でもっとも多い。そのうち、提訴請求が要求された事件は 26 件で、免除されたのは 6 件である³⁸⁴。次に、会計詐欺以外の会社不正行為に関する取締役の監督義務違反の事件は 21 件で、提訴請求要件を争った 17 件のうち、提訴請求が免除されたのは 2 件で、それ以外は全部却下された。そして、経営者報酬に関する事件は 32 件で二番目に多い。この中で、裁判所が提訴請求要件について判断を下したのは 22 件で、その中のたった 5 件は却下を免れた³⁸⁵。最後に、合併や支配権取引に関する事件は 13 件あって、これらの場合では、株主が直接のクラスアクションを利用できるため、派生訴訟は重要な救済手段ではないが、自己取引と会社機会の奪取に関する事件は 3 件あって、この場合では株主がよく勝訴する³⁸⁶。

会社の不正行為に属する上記の請求原因以外に、支配権の濫用というカテゴリーがまとめられた。84 件のうち、株式の発行と払い戻しに関する直接の自己取引が 31 件であって、もっとも一般的なパターンである。被告の支配下にある会社間の取引や財産の移転に関する事件は 15 件である。残りは被告が株主の損失で自己の利益を追求するような特殊の策略を行ったような事件である。このカテゴリー全体を見ると、提訴請求をしなかったことを理由に却下されたのは 12 件で、提訴請求が無益だとされたのは 10 件である。この数字から見れば、例え過半数の取締役が被告の支配下にあっても、問題の取引と利害関係がなければ、原告株主が提訴請求要件を乗り越えるには依然として困難であることがわかる³⁸⁷。しかし、自己取引や会社間の取引に関する事

³⁸² *Id.*, at 427-428.

³⁸³ *Id.*, at 428.

³⁸⁴ *Id.*, at 428-429.

³⁸⁵ にもかかわらず、この場合の賠償責任のリスクは依然として違法行為抑止機能を提供すると彼が主張する。See *Id.*, at 431-432.

³⁸⁶ *Id.*, at 432-433.

³⁸⁷ *Id.*, at 440.

件は 35 件の内、提訴請求が原因で却下されたのはたったの 4 件である³⁸⁸。

以上の三つの実証研究の結果から見ると、まず、サンプル数が少ない論文Ⅱを除き、提訴請求の免除は派生訴訟における重要争点であり、訴訟管理権限の分配に決定な意義を有するという本稿の分析と一致しているとはいえよう。また、監督義務違反を主張する事例では、提訴請求が免除されにくいことも明らかであり、提訴請求の免除に関する審査基準に対する本稿の分析結果とも一致している。しかし、経営者報酬に関する派生訴訟については論文Ⅰと論文Ⅲの結果が一致していないため、ここで安易な評価を避けるが、自己取引に関する事例では、提訴請求が一般的に免除されているようである。この結果は過半数の取締役が問題の取引に自己利益を有する場合のみ、提訴請求が免除されやすいが、このような場合は実際に少ないため、利益相反取引に関する派生訴訟についてもほとんど提訴請求の免除が認められないとして却下されるのではないかという本稿の分析結果と一致していない。このことは、裁判所が利益相反取引に関する派生訴訟における訴訟管理権限を分配するにあたって、提訴請求の免除に関する審査基準をそのまま適用せず、裁量権を行使して取締役会への過度の訴訟管理権限の分配をけん制していることを裏付けていると思われる。

(二) ALI 原理の改革提案

1 ALI 原理の権限分配メカニズムと審査基準

ALI 原理は本稿序章で設定した派生訴訟制度設計の目標と同様に、主要立法目的のバランスをとることが必要であることを改革の出発点とする。そして、上記判例法や制定法と同様に、二段階にわたって訴訟管理権限の分配を行われる。しかし、ALI 原理は RMBCA の規定と同様に原則的提訴請求を定めているため、第一段階の訴訟管理権限の分配においては、主流判例法のように提訴請求の免除の可否ではなく、取締役会の提訴拒絶の判断が妥当であるかどうかを審査することによって訴訟管理権限の分配を行う³⁸⁹。また、デラウェア州や RMBCA の規定のように、第一段階の審理結果次第で第二段階の審査基準が異なってくるというやり方も提案していない。その代わりに、ALI 原理は二段階ともに、原告株主の主張する請求原因の性質、すなわち、注意義務であるか忠実義務であるか³⁹⁰を基準に、異なる司法審査基準を設けている。

まず、訴答手続については § 7.04(a) で定めている。同条(a)(1)は、濫訴の防止という政策的な理由で³⁹¹、一般的訴答原則を定めている。すなわち、原告株主はその訴状において、仮に真実であれば、問題の取引又は行為は、会社が原告に伝えたこれらの取引又は行為の承認の観点から、注意義務及び経営判断原則、公正取引義務、又は支

³⁸⁸ Id.

³⁸⁹ See ALI, Principles §7.03 comment e, §7.10 comment c.

³⁹⁰ ALI 原理は公平取引義務 (the duty of fair dealing) という用語を使用しているが、本稿では一般的用語法に従い、忠実義務と訳す。

³⁹¹ See ALI, Principles §7.04 comment c.

配取引及び公開買付における取締役と株主の役割に関する規定を満たさないであろうという相当な見込みを生じさせるような事実を詳細に主張しなければならない。その上で、同条(a)(2)は、会社が株主の提訴請求を拒絶する際の訴答原則を定めている。すなわち、会社が株主の提訴請求を拒絶する場合、原告株主は、訴状において、仮に真実であれば、(A)返答の記載が正確でないこと、(B)問題の取引又は行為が経営判断原則の基準の下で審理されると ALI 原理が規定する場合、提訴拒絶という取締役会の判断は § 4.01(c)に規定される経営判断原則の要件を満たしていないこと、(C)問題の取引又は行為が経営判断原則以外の基準の下で審理されると ALI 原理が規定する場合、提訴請求を拒絶した利害関係のない取締役が経営判断原則における誠実性及び情報の要件を満たさないか、若しくは利害関係のない取締役が、提訴拒絶が会社の最善の利益にかなうとは合理的に (reasonably) 判断しえなかったこと、のいずれかについて相当な見込みを生じさせるような事実を詳細に主張しなければならない。もし訴状が以上のような詳細な事実を十分に記載しない場合には、被告はディスカバリーに先立って訴訟の却下権限を与えられなければならない。経営判断原則の適用要件については、§ 4.01(c)によれば、取締役又は役員は、誠実に経営判断をなす場合、当該取締役又は役員が、(1)経営判断の対象に利害関係を有せず、(2)経営判断の対象に関し、当該取締役又は役員が当該状況の下で適当であると合理的に信じる程度で情報を得ており、かつ、(3) 当該経営判断が会社の最善の利益に合致すると相当に (rationally) 信じた時は、注意義務を履行するものとされる。したがって、上記(C)の審査基準は経営判断原則が適用される取引という(B)の場合の「相当性」の基準を「合理性」の基準へ変更したのである。このような規定の目的は主観的審査を組み入れることによって原告株主が経営判断原則の「相当性」の基準を満たすための困難さを緩和するためである³⁹²。このように、ALI 原理は第一段階の訴訟管理権限の分配において、請求原因である問題の取引が経営判断原則の適用があるか否かによって違う訴答基準を設けている。その結果、第一段階の訴訟管理権限の分配において、全ての場合に経営判断原則を原則的に適用するという RMBCA の規定と違って、デラウェア州とニューヨーク州の審査基準と同様に経営判断原則が適用される場面を限定しようとしている³⁹³。

以上の訴答手続を経て、原告株主の訴訟提起が認められた場合に、会社の取締役会又はその委員会はさらに訴訟の継続が会社の最善の利益に反することを理由として、訴訟の却下を申し立てることができる (§ 7.05(a)(3))。この第二段階の訴訟管理権限の分配において、ALI 原理は上記第一段階と同様に、請求原因の性質によって異なる審査基準を設けている。

まず、訴えが取締役、上級執行役員、会社支配者、又はこれらの者の関係者以外の者、すなわち、第三者または下位の執行役員に対するものである場合において、取締

³⁹² See ALI, Principles §7.04 comment d(4).

³⁹³ See Block et al., supra note 309, at 1445.

役会又は委員会の却下決定が経営判断原則の要件を満たしているときに、裁判所は当該派生訴訟を却下しなければならない（§ 7.07(a)(1)）。その立証責任は原告株主にある（§ 7.13(d)）。

そして、取締役、上級執行役員、会社支配者又はこれらの者の関係者に対する派生訴訟の場合について、取締役会又は委員会の却下申立に対して、裁判所は、以下のような審査基準を適用する。すなわち、請求の重点が、被告が法を悪意かつ有責に侵害するのではなく、注意義務の規定に違反する場合、または問題の取引又は行為が経営判断原則（§ 4.01(c)）によって審理される場合には、裁判所は原告株主の請求を却下しなければならない（§ 7.10(a)(1)）。この場合の立証責任は原告株主にある（§ 7.13(d)）。請求の重点が忠実義務違反若しくは支配株主及び公開買付に関する事例、又は悪意かつ有責の法違反の事例で、経営判断原則が適用されない事例については、取締役会又は委員会が当該状況において十分に情報を得ており、かつ、却下が会社の最善の利益に合致すると決定したことに合理性があり、しかも、信頼の裏づけがあるとみなせる根拠に基づいて決定したと裁判所が認める場合には訴訟を却下しなければならない（§ 7.10(a)(2)）。この場合の立証責任が会社側にある（§ 7.13(d)）。ただし、原告株主はすべての事例において、被告の行為が悪意かつ有責の法違反行為であること、取締役会または委員会が、集団として客観的な判断ができないことについて立証責任を負う（§ 7.13(d)）。そして、上記いずれの場合にも、裁判所は実質的に審査し、いかなる法的問題についても判断できる（§ 7.10(a)(3)）。ただし、訴訟の却下が被告またはその関係者に著しい不当な利得を保持させることになるという事実を原告が立証した場合には、裁判所は訴訟を却下してはならない（§ 7.10(b)）。このように、第二段階の訴訟管理権限の分配において、ALI 原理は RMBCA の規定とデラウェア州の審査基準のように、すべての場合に立証責任の転換を認めるのではなくて、経営判断原則が適用されないよう場合に限って立証責任を取締役会に転換させている。

2 ALI 原理の評価

以上の ALI 原理の規定をまとめると、まず、第一段階の訴訟管理権限の分配において、原告株主がその訴状において取締役会の提訴拒絶が不当であることについて相当な見込みを生じさせたか否かを判断するには、第三者の責任や経営者の注意義務違反の責任を追及するような場合に経営判断原則が適用されるのに対して、経営者の忠実義務違反の責任を追及する場合には裁判所の主観的裁量権が許容され、取締役会に対する過度の訴訟管理権限の分配をけん制している。そして、原告株主の訴訟提起が容認された後に、取締役会又は委員会の訴訟却下申立に対する審査という第二段階の訴訟管理権限の分配においては、注意義務違反の場合は経営判断原則が適用され、その立証責任が原告株主に課されるのに対して、忠実義務違反などの場合は会社側がその決定の正当性を立証する責任を負う。ただし、裁判所があらゆる場合に実質的審査ができる。

このような制度の下では、株主にとって、第三者や経営者の注意義務違反の責任追及より、経営者の忠実義務違反の責任を追及しやすくなっている。経営者の注意義務の履行を促進するには市場やその他の影響がもっと有効であるのに対して、忠実義務を違反した場合に役立つ唯一の頼りは派生訴訟であるというように、従来派生訴訟の主要機能が注意義務より忠実義務を遵守させることにあるというのはALI原理の規定の理論根拠である³⁹⁴。このような注意義務と忠実義務の明確な二分論の規定は僅か一部の州判例法³⁹⁵に支持され、それに対する批判が多く、広範な支持を得ていない。しかし、上記（一）で分析してきたに、このような審査基準はデラウェア州の審査基準の実際の適用効果と実質的に変わらないのではないか。

（三）小括

70年代以前では、第三者を対象とする派生訴訟では、訴訟管理権限が基本的に取締役会に分配されていたのに対して、経営者を対象とする派生訴訟では、訴訟管理権限が基本的に原告株主に与えられていた。したがって、70年代以前では、アメリカの裁判所は派生訴訟制度の違法行為抑止目的を重視している。株式所有の大衆化に伴って株主の議決権が有名無実になっており、株主派生訴訟制度は一般大衆株主が経営者を監督する唯一の有効な手段として高く評価されていた³⁹⁶。たとえば、1949年のCohen v. Beneficial Industrial Loan Corp.事件判決において、連邦最高裁のJackson裁判官は次のように派生訴訟制度が「長らく会社経営者を規制する主要手段である」³⁹⁷理由を述べている。すなわち、「企業が株式会社の利点を益々求めるようになるにつれて、経営者は他人の金銭をほとんど支配されない裁量権が与えられるようになった。会社支配に貢献する膨大な財産は大勢の分散する少数利益所有者から集められた。取締役は有効な法的制裁を受けない。これは経営者が信託の財産で個人的利益を得る強烈な誘惑を引き起こした。商業倫理規定は皆このような実務に対して寛容的である。会社法は緩くて、自己執行力がないため、重大な権限濫用に直面する株主は信託濫用の補償を得ることが明らかに無理である。」³⁹⁸つまり、株式所有の高度分散化によって、株主が経営者から損害を回復させる手段としてはもちろん、経営者の権限濫用を制御する実効的な手段としても派生訴訟以外になかったのである。例え会社荒らし訴訟が危惧されていても、裁判所は経営者に対する違法行為の抑止を派生訴訟制度の主要立法目的として長らく維持してきた。

しかし、70年代以降、裁判所は従来の立場を徐々に変更するに至った。極めて大雑

³⁹⁴ See ALI, Principles §7.10 comment c.

³⁹⁵ See Cuker v. Mikaluskas, 692 A.2d 1042, 1049 (Pa. 1997).

³⁹⁶ See Daniel J. Dykstra, The Revival of the Derivative Suit, 116 U. Pa. L. Rev. 74, 77-82(1967); Eugene V. Rostow, To Whom and for What Ends are Corporate Management Responsible?, in The Corporation In Modern Society 46, 48 (Edward S. Mason ed. 1959).

³⁹⁷ Cohen v. Beneficial Industrial Loan Corp., 337 U.S. 541, 548 (1949).

³⁹⁸ 337 U.S. 541, 547-548 (1949).

把なまとめになるが、上記で分析してきたように、現在のアメリカの派生訴訟制度は実質的に、取締役などの注意義務違反の責任を追及する場合について訴訟管理権限を優先的に取締役会に分配し制度の損害回復機能を重視するのに対して、忠実義務違反の責任を追及する場合について訴訟管理権限を優先的に原告株主に分配し制度の違法行為抑止機能を重視することによって、制度の主要立法目的を調整している。

第二章 日本法

第一節 日本法における株主の代表訴権の確立

一 株主代表訴訟制度の立法沿革

1 戦前の取締役等の責任追及制度

日本の最初の近代的・体系的商法典は 1890 年に公布されたいわゆる旧商法典（明治 23 年法律 32 号）である³⁹⁹。その 228 条によれば、株主総会は監査役または特に選定した代理人を以って取締役又は監査役に対して訴訟を為すことができる。また、その 229 条によれば、会社資本の少なくとも二十分の一に当たる株主はまた特に選定した代理人を以って取締役又は監査役に対して訴訟を為すことができる。

そして、その後の 1899 年制定の新商法典（明治 32 年法律 48 号）178 条によれば、株主総会において取締役に対する訴えの提起を決議した時、又はこれを否決した場合に資本の十分の一以上に当たる株主がこれを監査役に請求した時は、会社は決議又は請求の日から一ヶ月以内に訴えを提起しなければならない⁴⁰⁰。持株要件が加重された。

さらに、1938 年の商法改正（昭和 13 年法律 72 号）は、少数株主の提訴請求権の行使により多くの制限を付け加えた。すなわち、提訴請求できる少数株主が株主総会の会日の三ヶ月前より引き続き株式を保有するという持株期間の制限を加えた上（1938 年改正商法 268 条 1 項）、提訴請求できる期間を総会の会日の 3 か月以内に限定した（同法 268 条 2 項）。そして、提訴請求した株主は監査役の請求により担保を提供する必要がある（同法 268 条 4 項）、また、会社が敗訴したときには会社に対する損害賠償責任も規定されていた（同法 268 条 5 項）。しかし、1938 年の改正は監査役や特別に選任された者による不当な訴訟終了を防止するために、提訴請求した株主の議決権の過半数の同意がなければ、当該訴えの取下げ、和解又は請求の放棄をすることができないという規定も新たに追加された（同法 268 条 3 項）。

以上のように、戦前の会社法は株主総会中心主義を採用しており⁴⁰¹、取締役等の責任を追及するか否かの意思決定は原則的に株主総会の権限であるが、一定の要件を満たした少数株主が株主総会の決議に反して取締役等に対する訴訟の提起を会社に強制することができるため、訴訟管理権限が優先的に少数株主に与えていた。しかし、厳しい持株要件に加えて、多くの制限が設けられて、株主の提訴請求権の行使が極めて

³⁹⁹ ただし、旧商法典のほとんどの規定は施行されておらず、実際上の最初の商法典は 1899 年の新商法典だとされている。

⁴⁰⁰ また、監査役についても同様な規定が設けられていた（1899 年新商法典 187 条）。

⁴⁰¹ 戦前会社法は株主総会の権限を規定する規定がないが、解釈上、株主総会は商法が定めている専属決議事項や定款で株主総会が決議することとされている事項以外でも、会社経営に関するあらゆる事項を決議することができるとされていた。松本丞治『会社法講義（第 9 版）』331~333 頁参照（巖松堂書店、1919）。また、1899 年商法修正の理由書には、「株主総会ハ会社ノ機関中最高ノ地位ヲ占メ」る旨が明定されていた。浅木慎一『日本会社法成立史』60 頁（信山社、2003）。

困難である。実際には、このような訴訟は滅多に起こされていなかったようである⁴⁰²。しかも、戦前の責任追及制度のもっとも重要な特徴は、訴訟提起・追行権が訴訟管理権限と分離されて、訴訟の提起・追行はあくまでも株主総会によって選任された監査役または特別の者によって行われなければならない、少数株主が自己の名で訴訟を提起・追行することができなかった。したがって、戦前の責任追及制度は訴訟管理権限を優先的に少数株主に与えてはいたが、現代の株主代表訴訟とは根本的に異質な制度であり、たとえ株主の訴訟参加を認めても、監査役と被告取締役との間の馴れ合い訴訟の恐れは責任追及制度としての実効性を大きく低下させるであろう。

2 1950年商法改正による制度の確立

株主が自ら訴訟提起・追行権を有する株主代表訴訟制度は1950年の商法改正（昭和25年法律167号）によって採用された。今回の法改正はドイツ商法を模範とする従来の日本会社法の大陸法的性格を変更し、アメリカ法の影響を強く受けた、英米型でも大陸型でもない、いわば日本型の独自の会社法を作りあげた日本会社法の根本的改正であった⁴⁰³。改正当時の日本はGHQの占領下にあった時代である。このような日本会社法のいわゆるアメリカ法化はアメリカ側の立法要請を受け入れた結果である。GHQは財閥解体に伴う一般大衆株主の増加を予想して会社構造を民主化するとともに、外国からの資本投下を容易にすることが商法改正の主たる目的として、株主の地位の強化を中心とする商法改正を日本側に要請した⁴⁰⁴。最終的には、1950年の商法改正は授權資本制度や無額面株式の採用を中心とする会社資金調達の便宜性の強化、取締役会制度の創設とこれに伴う株主総会・監査役の権限縮小を内容とする会社機関設計の改正、株主の地位の強化という三つの基本改正項目を内容とする。株主代表訴訟制度はその一環として採用されたのである。

1950年の改正商法によれば、六ヶ月前より引き続き株式を有する株主は、会社に対し書面をもって取締役の責任を追及する訴えの提起を請求でき、会社はその請求の日より三十日以内に訴えを提起しないときは、提訴請求をした株主は会社のために訴訟を提起できると定めていた（1950年改正商法267条）。そして、代表訴訟の管轄、他の株主または会社の訴訟参加、会社に対する訴訟告知、勝訴株主が相当額の弁護士報酬の支払を請求する権利、悪意の敗訴株主の損害賠償責任、再審の訴えに関する規定も置かれていた（同法268～268条ノ3）。翌年の商法改正（昭和26年法律209号）、

⁴⁰² 中東正文「GHQ相手の健闘の成果——昭和25年・26年の改正——」北沢正啓先生古稀祝賀『日本会社立法の歴史的展開』249頁（商事法務研究会、1999）。

⁴⁰³ 酒巻俊雄「変わる株主像と株主の権利」奥島孝康編『コーポレートガバナンス——新しい危機管理の研究』118～119頁参照（きんざい、1996）。

⁴⁰⁴ その具体的要請事項としては、株主の帳簿閲覧権、株式の譲渡性（累積投票制度、総会特別決議要件の加重等）、新株引受権、少数株主の権利および救済（代表訴訟、違法行為差止権、株式買取請求権等）及び外国会社であった。日米間の協議の具体的経緯については、中東・前掲注（402）参照。

担保提供（同法 267 条 4 項）に関する規定が追加された。

一株主にこれほど強力な権限を与えた今回の法改正に対して、学界では当初、会社荒らし訴訟などの濫用を危惧して、代表訴訟の利用をより制限すべきであると主張する声が上がっていた⁴⁰⁵。しかし、「抜かざるの伝家の宝刀」と揶揄されていたように、その後の 1993 年の商法改正までの 40 年間近くは利用された例が僅かである。このような運用実情が明らかになるにつれて、代表訴訟制度が濫用も活用もされていないという認識が一般的になった⁴⁰⁶。その理由については、日本社会の厭訴風土がよく指摘されるが、もっとも重要な理由はやはり「訴えで主張する利益」によって算定される訴訟の目的の価額に応じたスライド制の提訴手数料制度であろう。また、それ以外には、代表訴訟を提起するためには相当明確な事実を握る必要があるが、一般の株主に会社経営に関する情報がほとんどなく⁴⁰⁷、アメリカ法のディスカバリーのような強力な情報収集制度もないこと⁴⁰⁸、原告株主が相当額の弁護士報酬以外に調査費用の支払いを会社に請求できないこと⁴⁰⁹も指摘されていた⁴¹⁰。

3 1993 年の商法改正

制度が用意されているのにまったく活用されない状況に対して、提訴手数料や勝訴株主の求償権の範囲の拡充について、実は政府⁴¹¹からも学界⁴¹²からも問題提起された

⁴⁰⁵ 例えば、石井照久「新株式会社法における多数決の反省」法学協会雑誌 68 巻 6 号 555 頁（1950）；鈴木竹雄「株式会社法改正の法理」同『商法研究Ⅱ会社法(1)』99~100 頁（有斐閣、1971）[初出：私法 2 号(1950)]；松本丞治「会社法改正要綱批判」法律時報 22 巻 3 号 4 頁（1950）。

⁴⁰⁶ 例えば、田中=竹内・前掲注（23）45 頁。

⁴⁰⁷ 河本一郎「取締役の民事責任追及の法的仕組と機能」商事法務 847 号 16 頁（1979）。

⁴⁰⁸ 谷口安平「株主の代表訴訟」鈴木忠一=三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座 5 巻』99 頁参照（日本評論社、1969）。

⁴⁰⁹ 近藤光男『会社経営者の過失』131 頁（弘文堂、1989）。

⁴¹⁰ それ以外には、日本の弁護士事務所は概して小規模であって大規模の事実調査のために必要な人的物的設備を持っておらず、業務の態勢自体が事件の規模より数で稼ぐようにできていることも指摘されている。谷口・前掲注（408）99 頁。しかし、アメリカでは代表訴訟や証券クラスアクションを提起するのがむしろ中小規模の事務所であり、大企業をクライアントとして抱える大規模法律事務所は大企業の経営者を相手取って訴訟を起すことは考えにくい。この点についても日本でも同様である。弁護士事務所の規模というより、むしろ弁護士の数の問題は関係していると思われる。日本の弁護士数が少なく、自由競争が働いておらず、事件を積極的に発掘するインセンティブが低いことは一つの理由として考えられる。河本・前掲注（407）17 頁。

さらに、日本では、株主も経営者も、長期的視点で会社の経営というものを考える。このため、短期の株主への還元を考えない。これに対して、アメリカでは、単年度で経営成果を評価して、毎年の利益配当も重視される。このような姿勢の違いは株主の経営責任追及の仕方に影響を与えている可能性があるという指摘もある。近藤・前掲注（409）131 頁。

⁴¹¹ 1986（昭和 61）年 5 月に、法務省が行った意見照会「商法・有限会社法改正試案」では、勝訴株主に対して、弁護士報酬以外に相当の費用（たとえば調査費用）の請求権を認めるような提案があった。

⁴¹² 竹内昭夫は、提訴手数料や勝訴株主の求償範囲に関する当時の立法は代表訴訟を不当

が、なかなか実現できなかった。少数株主の権利を実質的に拡充するような立法に対する経済界からの反対は容易に想像できる。

しかし、1993年の商法改正（平成5年法律62号）において、①代表訴訟の目的の価額の算定について、これを財産権上の請求でない請求に係る訴えとみなし（1993年改正商法267条5項＝会社法847条6項）⁴¹³、「民事訴訟費用等に関する法律」4条2項によって、財産権上の訴訟でない請求に係る訴えは訴額が95万円であるとみなされるため、代表訴訟の提訴手数料を、請求金額と関係なく、一律8,200円とすること（当時の民事訴訟費用等に関する法律4条2項及び別表第一の一）⁴¹⁴、②勝訴株主が会社に対して、訴訟費用を除き、平成5年改正前にも認められた弁護士報酬の相当額の請求に加えて、訴訟追行に必要なその他の費用の相当額の支払を請求することができること（同法268条ノ2第1項＝会社法852条1項）、③会計帳簿閲覧謄写請求権の行使要件を、従来の発行済株式総数の10分の1から100分の3に軽減すること（同法293条ノ6第1項＝会社法433条）、の三点が実現された。この改正によって、原告株主の提訴負担が軽減され、訴訟維持に必要な情報も収集しやすくなったといえよう。

このような立法が実現された背景については、まず、日本国内の社会経済情勢が指摘されている。すなわち、バブル経済の崩壊に伴い、証券会社の損失補填問題、暴力団との不明瞭な取引、偽造債券などを担保とする巨額の融資、無担保の巨額の債務の保証、飛ばしなど、大企業をめぐる不祥事が枚挙に暇がないほど表面化していく中で、商法上の経営監督制度に対する再検討を促したのである⁴¹⁵。しかし、なぜ経営者側が反対をしなかったのか。確かに、さまざまな不祥事が引き金となって、企業に対する不信感が高まり、経済界としても企業行動憲章など自己規制を強化することによって、世論の批判に応えることを余儀なくされたが⁴¹⁶、これほど大きな譲歩をしたのはアメリカの要請もあったからである。1989年から、日米間の貿易摩擦に対処するために、日米構造問題協議が2年間かけて実施され、日米両国間で国内制度の調和を図るための措置がアメリカから要請されたのである⁴¹⁷。その一つは代表訴訟の容易化など株主

に圧迫していないかについて反省しなければならないことを指摘した。田中＝竹内・前掲注（23）47～51頁；竹内昭夫「取締役の責任と代表訴訟」同『会社法の理論Ⅲ』291～293頁（有斐閣、1990）[初出：月刊法学教室99号（1988）]。

⁴¹³ もっとも、最高裁は平成5年改正前商法が適用される日興証券損失補填上告審事件判決（最判平6年3月10日資料版商事法務121号149頁）において控訴審判決（東京高裁平成5年3月30日判例タイムズ823号131頁）を支持して訴額算定不能説を採用したため、今回の法改正点①の意義がないとも言えるが、改正法が最高裁判決の前に公布されたことを考えれば、改正法が最高裁の判断に影響を与えたとも言えそうである。

⁴¹⁴ 2003年の法改正（平成15年法律128号）によって、民事訴訟費用等に関する法律4条2項の95万円が160万円に引き上げられたため、現在では提訴手数料は13,000円となっている。

⁴¹⁵ 吉戒修一「平成五年商法改正法の解説（1）」商事法務1324号10頁（1993）。

⁴¹⁶ 小山敬次郎「代表訴訟制度の改正と濫用防止への提言」商事法務1360号2頁（1994）。

⁴¹⁷ 中東正文＝松井秀征編『会社法の選択——新しい社会の会社法を求めて』442～444頁

権の拡充であった。立法担当官は日米構造協議が 1993 年の商法改正の一つの背景であると認めながら、外圧によるものではないと反論しているが⁴¹⁸、会社法学者は外圧を盾に、経営者側の譲歩を引き出し、立法を実現したと評価している⁴¹⁹。

4 2000 年代以降の商法改正

1993 年の改正の効果について、当初は改正法が積極的な提訴インセンティブを株主に付与したわけではなく、単に訴訟提起の大きな障害を除去しただけであるため、訴訟が激増しないと予想されたが⁴²⁰、その後の提訴件数が明らかに増加し⁴²¹、“取締役受難の時代”が到来したとも揶揄されていた。この傾向に脅威を感じた経済界は代表訴訟制度脅威論を唱え、代表訴訟の利用制限の立法を強く求めるようになった⁴²²。経済界の要望を受けて、自民党は議員立法を通じて代表訴訟制度を改正しようとした⁴²³。しかし、社会的関心もあって、自民党側も経済界の要望をそのまま受ける形での立法には躊躇し、広く意見聴取を行った⁴²⁴。野党や学者が声なき株主の代弁者として積極的に行動した⁴²⁵。最終的には、議員立法という形で 2001 年 12 月の商法改正（平成 13 年法律 149 号）が実現されたが、改正の内容は当初の経済界の要望を大幅変更したものとなった。すなわち、取締役の責任軽減制度（2001 年改正商法 266 条 7 項～23 項）、提訴請求に対する監査役の考慮期間の延長（同法 267 条 3 項）、訴訟提起の公告又は株主に対する通知（同法 268 条 4 項）、訴訟上の和解の肯定とその手続的保障（同法 268 条 5 項～7 項）、及び、会社の被告取締役への補助参加の許容（同法 268 条 8

参照（商事法務、2010）。

⁴¹⁸ 吉戒・前掲注（415）10～11 頁。

⁴¹⁹ 中東＝松井・前掲注（417）140 頁参照。

⁴²⁰ 竹内・前掲注（1）35 頁。

⁴²¹ 後掲注（467）の統計数字を参照。

⁴²² 例えば、経団連の 1997 年 9 月 10 日付の緊急提言において、代表訴訟に関して、行為時株式所有要件の導入、監査役会の全会一致を条件とする会社の被告取締役への訴訟参加、監査役会の全会一致による却下申立制度、取締役の対会社責任の減免制度、経営判断原則の明記、勝訴取締役の訴訟費用の会社負担などを挙げている。経済団体連合会コーポレート・ガバナンス特別委員会「コーポレート・ガバナンスのあり方に関する緊急提言」商事法務 1468 号 30 頁。

⁴²³ 国会提出までの自民党の改正案は以下になる。1997 年 9 月 8 日、自民党法務部会の商法に関する小委員会「コーポレート・ガバナンスに関する商法等改正試案骨子」商事法務 1468 号 27 頁。1998 年 6 月 1 日、同小委員会「企業統治に関する商法改正等の改正案骨子」商事法務 1494 号 54 頁。1999 年 4 月 15 日、同小委員会「企業統治に関する商法改正等の改正案要綱」商事法務 1524 号 37 頁。

⁴²⁴ 中東＝松井・前掲注（417）151～152 頁。

⁴²⁵ 学者は多くの意見表明や批判を行った。代表的なのは、株主代表訴訟制度研究会「株主代表訴訟に関する自民党の商法等改正試案骨子に対する意見」商事法務 1471 号 2 頁（1997）；同研究会「自民党「企業統治に関する商法改正等の改正案要綱」に対する意見」商事法務 1526 号 4 頁（1999）；同研究会「株主代表訴訟および監査役制度に関する商法等改正法案に対する意見（上）」商事法務 1605 号 36 頁（2001）；同研究会「株主代表訴訟および監査役制度に関する商法等改正法案に対する意見（下）」商事法務 1606 号 17 頁（2001）。

項)について、改正が行われた。これらの改正は代表訴訟の利用を実質的に制限するような規定だというより、制度の合理化、取締役の過度の負担の軽減を図った規定である。

その後、経済界は依然として代表訴訟の利用制限を要望し続けた⁴²⁶。2003年10月29日に、法制審議会会社法(現代化関係)部会が公表した「会社法制の現代化に関する要綱試案」では、代表訴訟制度について、アメリカの訴訟委員会制度の導入、原告適格の見直し(①行為時所有要件の導入、②株式交換・株式移転による原告適格の喪失の見直し)、担保提供の「悪意」の意義の明確化、及び、会計監査人の会社に対する責任を代表訴訟の対象とすること、を検討事項として掲げ、各界に対する意見募集を行った。そして、寄せられた各界の意見によれば、学界は行為時所有要件と訴訟委員会制度の導入に対して反対の意見が多かった⁴²⁷。これを受けて、2004年12月8日に、同部会が公表した「会社法制の現代化に関する要綱案」においては、行為時所有要件の導入が外され、また、訴訟委員会制度の代わりに、訴訟の実体的訴訟却下要件と不提訴理由通知制度が新たに提案された。最終的に、これらの改正案はそのまま国会提出法案(第162回国会 閣法81号847条)に盛り込まれた。実体的訴訟却下要件の該当事由として、①訴えの提起につき、当該株主が自己若しくは他人の不正な利益を図り、又は会社に損害を加える目的を有する場合、②訴訟の追行により、会社の正当な利益が著しく害されること、会社に過大な費用の負担が生ずることその他これに準ずる事情が生ずることが、相当の確実さをもって予測される場合、が挙げられていた。却下事由②は、たとえ取締役等の会社に対する責任が認められる可能性があっても、その訴訟の追行が株主全体の利益にならない場合には、被告または被告側に補助参加している会社がこれを主張して訴訟の終了を求める要件ための制度であると説明されている⁴²⁸。これはまさに経営陣に訴訟管理権限を認めるための制度であり、これが法定されれば、日本の代表訴訟制度の立法目的を転換させることになるであろう。しかし、衆議院法務委員会が法案を審議する際に、「事前規制の緩和に伴い取締役の行動の自由度が拡大しているため、その行動を事後の責任追及で制御することが有効かつ重要な方策であり、新たに訴訟要件を法定することにより過度に株主代表訴訟の提起を萎縮させるべきではない」⁴²⁹という理由で該当事由②が削除された。結局、2005年に制定された会社法(平成17年法律86号)において、代表訴訟に関する改正項目は、上記該当事由①に基づく訴訟却下制度(会社法847条1項但書)、不提訴理由通知書

⁴²⁶ 例えば、西川元啓「株主代表訴訟制度のさらなる見直し」商事法務1697号32頁(2004)。

⁴²⁷ 相澤哲ほか「「会社法制の現代化に関する要綱試案」に対する各界意見の分析〔Ⅲ〕」商事法務1690号48~49頁(2004)。

⁴²⁸ 江頭憲治郎「「会社法制の現代化に関する要綱案」の解説〔Ⅲ〕」商事法務1723号8頁(2005)。

⁴²⁹ 第162回国会衆議院法務委員会会議録第18号(平成17年5月17日)。

制度の創設（同法 847 条 4 項）、会社組織再編行為に伴う原告適格喪失の見直し（同法 851 条）、代表訴訟による責任追及の対象範囲の拡大（同法 847 条 1 項、423 条）などである。

なお、今後の改正方向として、上記会社法案に関する法務委員会の附帯決議では、「株主代表訴訟の制度が、株主全体の利益の確保及び会社のコンプライアンスの維持に資するものであることにかんがみ、今回の見直しにより、この趣旨がより一層実効的に実現されるよう、制度の運用状況を注視し、必要があれば、当事者適格の見直しなど、更なる制度の改善について、検討を行うこと」⁴³⁰としたが、近時の法制審議会会社法制部会では親子会社関係をめぐる多重代表訴訟制度の創設に向けて検討している模様である。上記実体的訴訟要件が国会で削除されたことで、そのような立法をすべきではないとの民意が示されたことになるため、今後の法務省が主導する会社法制改革の検討では、代表訴訟の利用を実質的に制限するような立法を扱えなくなってしまうと指摘されている⁴³¹。現行日本の代表訴訟制度の基本的枠組みが今後しばらくの間維持されることになるであろう。

5 小括

以上のように、日本の株主代表訴訟制度の導入及び利用障壁の除去はアメリカからの圧力によって実現された。その後、経済界は代表訴訟の利用を制限するような制度改革を企図したが、実質的な制限規定が実現できておらず、取締役の責任軽減制度、会社の被告取締役への補助参加及び裁判上の和解という取締役の負担軽減措置が実現できただけである。これらの規定と併せて、手続の合理化を図るために監査役の考慮期間を延長し、原告以外の株主の訴訟参加機会を補強するために訴訟提起の公告または株主に対する通知を新たに定めた。そして、2005 年の改正においては、濫訴防止のための主観的訴訟要件が追加されるが、それ以外の項目はむしろ機能強化とさらなる合理化のための改正だとも言える。

二 検討

1 法構造に対する認識と株主代表訴権の法的根拠

第一章第一節で検討したように、アメリカ法上の株主派生訴訟制度は沿革的に株主がクラスアクションという手続法上の制度を利用して会社に対する救済を求めるものであるため、法構造的には代表訴訟性と派生訴訟性の二重性質を有する。これに対して、制定法によって株主代表訴訟制度を導入した日本法では、制度の法構造がどのように理解されてきたのか。また、アメリカ法は信託法理の類推適用によって認められた取締役と各株主との間の信認関係を株主派生訴訟提起権の実体法的根拠としている

⁴³⁰ 同上。

⁴³¹ 山田泰弘「代表訴訟と役員等の責任」浜田道代先生還暦記念『検証会社法』242 頁（信山社、2007）。

のに対して、日本法ではどのように株主の代表訴訟提起権を実体法的に根拠づけるのかが問題になる⁴³²。以下ではこれらの問題を検討する。

(1) 手続法的根拠と法構造に対する認識

日本では、当該制度を株主代表訴訟と称しているが、原告株主が会社に代位して会社の請求権を行使するという代位訴訟性（＝派生訴訟性）を有することについては異議がないのに対して、原告株主が全株主を代表して株主たち自身の権利を行使するという代表訴訟性も有するかについて見解が分かれている。まず、1950年当時の立案担当者の解説によれば、株主の代表訴訟提起権が共益権であり、株主は会社ひいては全株主の利益を擁護するために提起するものであり、会社および全株主に対して受託者的地位において行動することを要し、この訴えを私的利益のために提起できない⁴³³。この解説は代位訴訟性を強調しているように思われる。また、1950年改正後に刊行された会社法の解説書は株主代表訴訟を代位訴訟として説明する見解が多く見られる⁴³⁴。その理由について、代表訴訟制定当時、GHQ原案では、原告株主が同様の立場にあるすべての株主の代表者としての資格で提起する訴訟と性格づけられていたが、日本法は、最終的に、原告株主が「会社のために」提起される訴訟と規定されていることから、日本の株主代表訴訟制度の性質について、代表訴訟性が軽視され、代位訴訟性のみが強調される原因となったという指摘がある⁴³⁵。そして、株主代表訴訟が代位訴訟であるという理解に呼応するように、原告株主の訴訟法上の地位についても代表機関的地位説が通説的な見解となっている⁴³⁶。すなわち、株主が実質的に会社の代表機関的地位に立ち、訴訟を提起・追行するのである⁴³⁷。その理由としては、原告株主が会社に対する給付を求め、判決の効力が会社に帰属すること⁴³⁸、勝訴株主の訴訟費用以外の費用償還請求権（会社法852条1項）があること⁴³⁹、などが挙げられている。し

⁴³² 会社法の規定は代表訴訟の手続について規定しているだけであって、実体法的根拠を定めていない。

⁴³³ 岡咲恕一「商法の一部を改正する法律の解説」法曹時報2巻6号48頁参照（1950）。

⁴³⁴ たとえば、大隅健一郎＝今井宏『会社法論中巻（第3版）』270頁（有斐閣、1992）；大隅健一郎『全訂会社法論中巻』151頁（有斐閣、1959）；大隅健一郎＝大森忠夫『逐条改正会社法解説』296頁（有斐閣、1951）；松田二郎『会社法概論』135頁（岩波書店、1951）；鈴木竹雄＝石井照久『改正株式会社法解説』181頁（日本評論社、1950）。

⁴³⁵ 中島弘雅「株主代表訴訟における訴訟参加」小林＝近藤・前掲注（5）248～249頁参照。

⁴³⁶ 例えば、北沢正啓『会社法（第6版）』446頁（青林書院、2001）；神崎克郎『会社法詳説』159頁（中央経済社、1984）；大隅＝大森・前掲注（434）300頁（1951）；鈴木＝石井・前掲注（434）181頁。

一方、二重性質を認めながら、代表機関的地位説に立つ見解もある。例えば、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法（第3版）』300頁（有斐閣、1994）；石井照久『商法Ⅰ－2会社法』470頁（勁草書房、1964）；伊澤孝平『注解新会社法』453頁（法文社、1950）。

⁴³⁷ この通説的な理解は日本で株主代表訴訟と呼ばれている所以である。

⁴³⁸ 鈴木＝石井・前掲注（434）181頁。

⁴³⁹ 伊藤眞「株主代表訴訟における訴訟法上の諸問題」東京大学法科大学院ローレビュー2巻134頁（2007）。

かも、訴訟法的には、株主が会社の代表者としてではなく、他人たる会社の利益のために訴訟を進行するのであって、会社の法定訴訟担当と解されている（民訴法 115 条 1 項 2 号）⁴⁴⁰。会社は訴訟外の第三者であるが、実質的利益帰属主体として判決効の拡張をうけ、その反射的效果として、他の株主も拘束されることになる⁴⁴¹。このような訴訟法上の理解も代表訴訟性を無視している⁴⁴²。

代位訴訟性を強調するこのような従来の理解に対して、代表訴訟性を強調する見解が登場した。まず、竹内昭夫は代表訴訟が長らく活用されていなかった状況に対する反省として、その 1983 年の論文で、「株主代表訴訟が、会社の権利を代位行使するという構造をとっているのは、株主から独立した会社の法人格が認められているからであるが、仮にこの法人格を抹消して考えれば、会社の権利として処理されているものは、株主全員の権利に外ならない。したがって、株主が会社の権利を代位行使する訴訟は、これを経済的・実質的に捉えれば、株主全員を代表して提起した代表訴訟またはクラスアクションである。」として、「株主代表訴訟は、代位訴訟でもあるが同時に代表訴訟としての性質も有していると解すべきではないか」という主張をした⁴⁴³。その後、小林秀之は、1993 年の提訴手数料に関する商法改正によって、日本法の株主代表訴訟制度が明確に一種のクラスアクション的構成と解することができ⁴⁴⁴、アメリカ法よりも代位訴訟性は弱いことが立法的に確認されたと主張した⁴⁴⁵。なぜならば、原告株主があくまでも会社の請求権を代位して行使するものであるという代位訴訟性の理解を取る以上、会社が自ら訴訟を提起する場合と株主が代表訴訟を提起する場合とで提訴手数料につき異なる扱いをするには無理があるため、訴額の算定不能説の採用によって原告株主が株主全員を代表して株主独自の権利を行使するという代表訴訟性の理解が可能となる。このような主張がなされた以降、日本でも、株主代表訴訟の二重性質が広く認識されるようになった⁴⁴⁶。しかし、代表訴訟性は個々の株主が自らの権

⁴⁴⁰ 兼子一『新修民事訴訟法体系（増訂版）』160 頁（酒井書店、1965）。

⁴⁴¹ 兼子・前掲注（440）242、385～386 頁参照。

⁴⁴² ただし、訴訟担当理論の下でも、訴訟担当者が、自己の利益のために、実体法によって付与された自己の権利に基づいて、被担当者たる本人の請求権を訴訟物として主張する場合もありうるため、訴訟担当という訴訟法上の構成を取っているからといって、代表訴訟性を必然的に否定することにはならない。この点については、高田裕成「株主代表訴訟における原告株主の地位——訴訟担当論の視角から——」民商法雑誌 115 巻 4・5 号（1997）537 頁以下の検討を参照。

⁴⁴³ 竹内・前掲注（23）231～232 頁。

⁴⁴⁴ 小林秀之＝原強『株主代表訴訟——全判例と理論を知る——』310 頁（日本評論社、1996）；小林秀之「株主代表訴訟の手続法的考察」木川統一郎博士古稀祝賀『民事裁判の充実と促進（上巻）』590 頁以下（判例タイムズ社、1994）。

⁴⁴⁵ 小林秀之「株主代表訴訟の沿革と手続法的構造」小林＝近藤・前掲注（5）196 頁。

⁴⁴⁶ 多くの会社法解説書は代表訴訟の二重性質について言及している。例えば、加美和照『新訂会社法（第 10 版）』387 頁（勁草書房、2011）；吉本健一『会社法』250 頁（中央経済社、2010）；関俊彦『会社法概論（全訂第 2 版）』333 頁（商事法務、2009）；加藤徹＝塚本和彦編『新会社法の基礎』128 頁（法律文化社、2009）；江頭憲治郎＝門口正人ほ

利に基づいて、他の株主を代表して訴訟提起・追行することを意味するため、株主個人の権利を如何に実体法的に根拠付けるのかが問題になる。次でこの問題を検討する。

(2) 実体法的根拠に関する学説の検討

株主代表訴訟制度の趣旨について、日本における通説的な見解は会社役員間の特殊関係による会社提訴懈怠の可能性に求めている⁴⁴⁷。すなわち、取締役の会社に対する責任は、本来からいえば、会社自身が追及すべきであるが、役員間の特殊関係から、会社自身が積極的に取締役の責任を追及することはあまり期待できず、会社ひいては株主の利益が害されるおそれがあるために、商法は個々の株主に、会社の有する権利を会社のために行使して取締役の責任を追及する代表訴訟を認め、会社の利益ひいては株主の利益の回復を図ったのである。確かに、役員等に対する責任追及の場合より第三者に対する責任追及のほうが提訴懈怠の可能性が小さいという観点からは、このような説明は代表訴訟制度の対象範囲を基本的に役員等に限定するという日本法の規定とは整合的である。しかし、会社の提訴懈怠の可能性からは会社に対する救済の現実的な必要性を導けるが、そのための措置が株主代表訴訟でなければならない理論的必然性が見出されない。例えば、会社の債権者や従業員に代表訴訟の提起権を与えることによって会社を救済することができる。したがって、この通説の見解だけでは株主の代表訴訟提起権を根拠づけられず、実体法的根拠が必要である。日本では、1950年の制度導入以前からは実体法的根拠を提示して株主の代表訴訟提起権を導き出そうとする学説がすでに現れた。以下では学説を公表順に検討する。

① 債権者代位権説

松田二郎は、株主代表訴訟制度がまだ創設されていない 1950 年以前において、会社債権者が会社財産の減少を防止するために、債権者代位権を行使し、以て会社資本の充実を計りうるのに対比して、株主は会社が損害賠償請求権を行使しない場合に、自己の利益を保護するための手段が限定されているため、個々の株主にも提訴権を付与すべきであると主張し、そのための解釈論として、松田自身が展開した株式債権説の立場に立って、民法 423 条の債権者代位権の規定により、株主が会社に代位して取締役等に対する請求権を行使できるとした⁴⁴⁸。そして、1950 年に導入した株主代表訴訟制度についても、米法上の派生訴訟を債権者代位権的形態の下に採用したものであり、代位訴訟と呼ぶべきであると解されている⁴⁴⁹。当該説に対して、下記の団体構成員地位説を提示した竹内は、「その根拠を民法 423 条に求めたことは、この訴訟の一面

か編『会社法大系』第 4 巻 437 頁〔松山昇平＝門口正人〕（青林書院、2008）。

⁴⁴⁷ ほとんどの会社法解説書では提訴懈怠の可能性を代表訴訟の存在理由としている。例えば、江頭憲治郎『株式会社法（第 3 版）』452 頁（有斐閣、2010）；神田秀樹「株主代表訴訟に関する理論的側面」ジュリスト 1038 号 66 頁（1994）；上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(6)』357~358 頁〔北沢正啓〕（有斐閣、1987）。

⁴⁴⁸ 松田二郎『株式会社の基礎理論』532~535 頁参照（岩波書店、1942）。

⁴⁴⁹ 松田・前掲注（434）134~135 頁。

を捉えたものではあるが、それだけを強調したため代表訴訟としての側面を見失うこととなった」⁴⁵⁰というように批判した。しかし、当該説は、代表訴訟提起権行使の効果はこれを行使した株主のみならず一般株主にも及ぶと認めながら、利益配当請求権を中心とする株式の効力が自益権の主たる権利で、主たる権利を確保するための代位権が従たる権利として自益権に含まれ、代表訴訟提起権が本来株主自身の利益保護を目的としたものであると主張している⁴⁵¹。したがって、当該説は、竹内がいうように代位訴訟性を強調しているとは正反対に、むしろ株主個人の権利と代表訴訟性を強調している。

しかし、株式債権説の当否はさておき、債権者代位権の行使要件や対象範囲は明らかに株主代表訴訟に当てはまらない。まず、株主の利益配当請求権は一種の期待権であり、その内容が抽象的で、被保全債権としての資格を有するかどうか疑問である。判例は単なる期待権⁴⁵²や具体的内容が形成される前の権利⁴⁵³が被保全債権としての資格を有しないとしている。また、債権者代位権を責任財産の保全のための制度だとする判例・通説の立場に立てば、損害賠償請求権のような金銭債権については、債務者の無資力が要件となるが、株主代表訴訟はこのような要件がない。さらに、判例・通説は債権者代位権を債権者が自己の債権を保全するための固有権だと解しており⁴⁵⁴、債権者は、自己の債権の保全に必要な範囲に限って代位行使できる⁴⁵⁵。株主代表訴訟はこのような制限がない。したがって、現行日本法上の債権者代位権をもって株主の代表訴訟提起権を根拠付けるにはかなり強引である。

② 団体構成員地位説

竹内昭夫は、日本法の株主代表訴訟の二重性質を主張する際に、上記債権者代位権説を批判し⁴⁵⁶、代表訴訟提起権の根拠を団体構成員たる地位に求めた⁴⁵⁷。すなわち、

⁴⁵⁰ 竹内・前掲注（23）234頁参照。

⁴⁵¹ 松田・前掲注（434）134～135頁。

⁴⁵² 推定相続人が実際に相続人となったときに取得するであろう被相続人の権利の代位行使が認められなかった最高裁判例がある。最判昭和30年12月26日民集9巻14号2082頁。

⁴⁵³ 協議離婚に先立ち、一方の当事者が財産分与請求権を被保全債権として提起した代位訴訟が却下された最高裁判例がある。最判昭和55年7月11日民集34巻4号628頁。

⁴⁵⁴ 例えば、松坂佐一『債権者代位権の研究』25頁（有斐閣、1950）；於保不二雄『債権総論〔新版〕』162頁（有斐閣、1972）。

⁴⁵⁵ 債務者の債権と被保全債権ともに金銭債権である場合に、債権者は自己の債権額の範囲においてのみ債務者の債権を行使しうる。最判昭和44年6月24日民集23巻7号1079頁。

⁴⁵⁶ 竹内は、主として以下のように松田説を批判した。すなわち、代表訴訟は、アメリカでも営利法人か非営利法人かを問わず認められているし、今日では日本でも、株式会社に限らず、有限会社・相互会社はもちろん、各種の協同組合、信用金庫、商品取引所についても認められている。仮に株式の債権化現象を認めるとしても、これらの各種の団体の構成員がおしなべて債権者であり、債権保全のために団体に属する権利を行使しうると解するのは明らかに無理である。さらに、住民訴訟（地方自治法第242条の2）のように、公

「団体の構成員は団体に対しその健全な運営を求める権利を有し、その一環として、理事者の団体に対する責任のように、理事者が行使を怠りがちな団体の権利については、団体にその行使を求めることができ、団体が行使しないときは団体のために自らその権利を行使することができる。」⁴⁵⁸確かに、当該説は各種の団体に共通する制度を統一的に説明できたが、残念ながら実体法的根拠を提示しなかった。

③ 受益者の地位説

池田辰夫はアメリカの判例の展開と訴権構造に関する学説を概観した上で、代表訴訟提起権を団体構成員が団体構成員たることに基づいて本来持っている権利と簡単に断定してしまう竹内の見解に無理があるとして、株主と取締役との間の信託関係というアメリカ法上の実体法的根拠をそういう概念のない日本法に適応させようとした⁴⁵⁹。すなわち、株主の実体法的地位を会社財産の観点から受益者の地位と位置づけ、かかる実体的地位を基盤に会社に対して提訴請求権を行使できる。これに対して、会社が株主に対して負うべき信託義務に反し不正に提訴を拒絶する結果、会社による授権が擬制され、株主訴権が発生する。そして、日本の場合は、アメリカ法と異なり、訴訟の相手方が原則として取締役等に限られ、純然たる第三者を広く含まないため、株主からの提訴請求に会社が応じなければ、当然に不当性を具備し、会社に義務違反があると評価できるとされる⁴⁶⁰。

受益者の地位説は会社に信託受託者義務を課すことによって、受益者の地位に立つ株主が受託者たる会社に対して提訴請求権を当然に有し、株主の訴権が会社の受託者義務違反を条件に発生するとされる。この説はアメリカ判例法の理論構成に倣って考え出されたことが窺われる。しかも、アメリカ判例法の理論構成の弱点も克服しているように見える。というのは、アメリカ判例法は信託法理の類推適用によって取締役を受託者義務を課すことによって株主の訴権を根拠付けているが、信託法においては信託財産の所有権が受託者に与えていることから考えれば、厳密には取締役ではなく法人たる会社に受託者義務を課すべきである⁴⁶¹。しかし、会社という法人に受託者義務を負わせることにより、本当に株主の代表訴訟提起権を根拠づけられるのかは疑問である。その狙いはおそらく株主の提訴請求権を導き出す上で、これを介して代表訴

法上の団体においても代表訴訟が認められている。もし、株式債権説の立場から、株主代表訴訟を基礎づけるとすれば、住民訴訟を基礎づけるために、住民は普通地方公共団体の債権者であると解することになり、そうすると、すべての団体構成員は団体の債権者ということになり、債権者概念の無制限な拡散である。竹内・前掲注(23) 234~239頁参照。

⁴⁵⁷ 田中=竹内・前掲注(23) 38頁。

⁴⁵⁸ 竹内・前掲注(23) 238頁。

⁴⁵⁹ 池田辰夫「多数当事者紛争における代表適格についての覚え書」司法研修所論集 59号 211頁以下(1977)。

⁴⁶⁰ 池田・前掲注(23) 260頁。

⁴⁶¹ See Prunty, *supra* note 23, at 989 n.48.

訟提起権を根拠づけようとするところにある⁴⁶²。だが、会社を受託者として考える場合に、受託者たる会社が受益者たる株主の提訴請求に応じず、提訴を拒否すれば、株主が役員等の責任ではなく、会社の信託義務違反の責任を追及できることになるのではないか。確かに、信託法には、受託者が法人である場合に、当該法人が任務懈怠責任を負えば、役員も受益者に対して連帯責任を負う規定が存在する（信託法 41 条）。しかし、この規定は役員の子会社との連帯責任を定めているものであり、株主代表訴訟で追及している役員の子会社責任とは異なるものである。したがって、信託法理を形式的に適用するこの説が妥当な理論構成だとは言えない。

④ 実質的委任関係説

山田泰弘は、会社の提訴拒絶の判断に対して裁判所がまったく尊重せず、株主が会社の判断に左右されることなく提訴できることを捉え、日本法の株主代表訴訟によって追及できる取締役の責任が取締役としての固有の地位に基づく責任のみであるという限定債務説の立場に立ち、取締役の子会社との委任関係上の義務違反についてのみ実質的委任者たる株主が責任追及でき、それ以外の責任追及は会社の経営事項であり、株主に取締役会と経営権限を共有させることがないとして、日本法の株主代表訴訟制度の根拠を株主と取締役との実質的委任関係に求めている⁴⁶³。そして、会社と委任関係や準委任関係にある監査役、清算人、発起人、検査役、会計監査人などの会社に対する責任を認めるのも当然であるとされる。さらに、取締役と通謀して著しく不公正な価額で新株を引き受けた者（2005 年改正前商法 280 条ノ 11＝会社法 212 条 1 項 1 号）及び株主権行使に関し利益供与を受けた者（同商法 294 条ノ 2＝会社法 120 条 3 項）も株主代表訴訟の対象とされているのは、受任者の平等義務違反行為によって生じた委任者間の不衡平な状態を是正する手段として認められているとされる。

実質的委任関係説は信託法理の類推適用によって認められた各株主と取締役との間の信認関係を実体法的根拠とする英米法の影響を強く受けているが、成文法主義を採用する日本法では、信託法理の類推適用と同様に、民法上に存在しない実質的委任たる法律関係を認めることは困難があるように思われる。

(3) 小括

⁴⁶² 日本信託法の規定によれば、受託者の任務懈怠によって信託財産に損失が生じた場合に、受益者が受託者の損失を補責任を直接に追及できるが（信託法 40 条 1 項 1 号）、第三者が信託財産に損失を与え、受託者がその責任を追及しない場合には、受益者が直接に第三者の責任を追及できるような規定が存在しないため、このような場合には、不当に第三者の責任を追及しないという受託者の不作為的な任務懈怠責任を受益者が直接に追及できることが考えられるので、受託者に対する受益者の提訴請求権は解釈論的に当然に有すると言えよう。

⁴⁶³ 山田・前掲注（23）51～60 頁。代表訴訟の理論的根拠として言及しているわけではないが、株主と取締役との関係を実質的委任関係と捉える見解として、浜田道代「サービス提供取引の法体系に関する一試論」浜田ほか編『現代企業取引法』16 頁（税務経理協会、1998）。

以上のように、学説は株主の代表訴権を根拠づけようとしていたが、信託法理を広範に類推適用する衡平法の伝統がない日本では、これらの学説が成功したとは言えないであろう。日本の会社法は明文を持って取締役と会社との関係を委任と定めているが（旧商法 254 条 3 項＝会社法 330 条）、取締役と個々の株主との間の法的関係を無視してきた。英米衡平法上の極めて法技術的な原理である信託法理を駆使して発展してきたこの制度はどうやら大陸法系の法理論でうまく原理的に解明できないようである⁴⁶⁴。

2 株主総会の訴訟管理権限の剥奪

以上の立法沿革から明らかなように、戦前の責任追及制度は、訴訟管理権限を原則的に株主総会に与えていたが、株主総会と一定の持株要件を満たした少数株主との間で意見の対立が生じる場合には、訴訟管理権限を優先的に少数株主に付与していた。ただし、訴訟の提起・追行はあくまでも株主総会で選任された者によって行われることになっていたので、株主総会の意思がやはり責任追及に反映されていた。

その後、1950 年の商法改正によって、株主総会中心主義が放棄され、会社経営に関する多くの権限は株主総会から取締役会に移転されると同時に、株主代表訴訟制度が導入され、訴訟管理権限も完全に株主総会から剥奪された⁴⁶⁵。一般大衆株主の会社経営に対する無関心や議決権行使の困難さに加えて、日本の大企業が法人資本主義と揶揄されているように、株式の相互保有によって株主総会が形骸化し、経営者が株主からのからのチェックをうけることなく、自己永続化を図ることができる⁴⁶⁶。このような日本型経営者支配の状況下では、株主総会に訴訟管理権限を与えることは必然的に経営者の責任不在を意味する。したがって、日本法は外圧によって株主の代表訴権を確立し、株主総会の訴訟管理権限を剥奪したが、正しい立法政策だと言わざるを得ない。

第二節 日本における制度の利用状況と濫訴防止策

一 制度の利用状況

本章第一節で言及したように、日本で代表訴訟が本格的に利用され始めたのは 1993

⁴⁶⁴ この点に関して、大阪谷公雄が繰り返し指摘するように、英米法の信託法理なしには、1950 年の改正商法を適切に理解・運用することが期待できない。大阪谷公雄「改正会社法の信託的性格」188 頁以下[初出：阪大法学五号、1952]、同「改正会社法に現れた信託受託者原理」202 頁以下[初出：信託復刊八号、1951]、同「英米に於ける取締役の地位と信託理念」211 頁以下[初出：信託復刊一〇号、1952]、同著『信託法の研究（下）実務編』（信山社、1991）。

⁴⁶⁵ しかも、その実効性を確保するために、取締役の責任免除について、1950 年改正前商法が要求した株主総会の特別決議の要件を総株主の同意に加重した（1950 年改正商法 266 条 4 項）。

⁴⁶⁶ 前田重行「株主の企業支配と監督」竹内昭夫＝龍田節編『現代企業法講座（3）』190 頁以下参照（東大出版会、1985）。

年の商法改正以降である。その後の提訴件数に関する統計数字⁴⁶⁷を見ても、明らかに訴訟が増加した⁴⁶⁸。従来中小閉鎖会社の内紛にかかわる代表訴訟はほとんどであったが、この改正によって、上場会社の取締役などを対象とする代表訴訟が提起されるようになり、代表訴訟全体の3割弱を占めているようである⁴⁶⁹。また、請求金額も高額化の傾向が見られ、被告取締役個人の支払い能力を遥かに超えた事件が散見されるが⁴⁷⁰、上場会社の規模などを考えたら、取締役の不当な経営判断ないし義務違反行為が会社に与える損害は当然大きくなる。そして、一時的には嫌がらせ目的や総会屋による事案もあったが、後述する担保提供制度によってこの種の濫訴がほぼ抑制されている。また、それほど多くはないが、企業の社会的責任を迫及するいわゆる市民運動型の代表訴訟⁴⁷¹も提起されるようになった。

一方、アメリカのような弁護士主導の会社荒らし訴訟は日本で発生していないとの見方が一般的である。それは日本の弁護士の数が少ないことの影響が大きいであろう。アメリカは人口が約3億人で、弁護士は約100万人いるのに対して、日本は人口が約1.2億で、法曹三者の総人口は2000年頃まで約2万人であった。2002年頃からスタートした司法制度改革によって、2010年までの10年間で約1万人以上増えたが、それでも人口比でアメリカに遠く及ばず、日本弁護士業界はまだ厳しい競争が起こっていない。そのため、日本では、アメリカのように、完全成功報酬で案件を引き受ける弁護士はほとんどいないし、いるとしても、代表訴訟のようなリスクの大きい事件については完全成功報酬で引き受ける弁護士が少ない。その結果、弁護士に委任する際に、最初に支払わなければならない着手金だけでも株主に提訴を躊躇させてしまう。このように、日本では、原告株主にも弁護士にも代表訴訟提起のインセンティブが少

⁴⁶⁷ 改正前の平成4年末で地裁と高裁に係属していた件数が31件のようである。小山・前掲注(416)3頁。改正後の地裁での係属件数の推移をみると、平成5年が76件、平成6年が129件、平成7年が148件、平成8年が150件、平成9年が172件、平成10年が186件、平成11年が202件、平成12年が187件、平成13年が166件、平成14年が141件、平成15年が150件、平成16年が126件、平成17年が107件、平成18年が102件、平成19年が122件、平成20年が140件、平成21年が168件となっている(いずれも各年の12月末現在の数値)。資料版商事法務205号117頁(2001)；商事法務1903号53頁(2010)。

⁴⁶⁸ 平成5年商法改正の影響以外に、代表訴訟が増加した理由として、①バブル経済の崩壊に伴う会社不祥事の表面化及びそれに関するマスコミ報道や行政・刑事処分、②代表訴訟に関する商法改正についてのアナウンスメント効果、③日本サンライズ株式投資事件の原告勝訴判決、も挙げられる。北川清「株主代表訴訟・取締役の責任制度の現状と問題点(下)―企業法制に関する研究会報告書の概要―」商事法務1397号3頁(1995)。

⁴⁶⁹ 金築誠志「東京地裁における商事事件の概況」商事法務1425号4頁(1996)。

⁴⁷⁰ 例えば、大和銀行事件において、被告12人に対して、総額約829億円の支払が命じられた(大阪地裁平成12年9月20日判例時報1721号3頁)。また、蛇の目ミシン工業事件の1,520億円、日本航空事件の1兆1,500億円など極端な例でなくても、数億から数十億の請求金額の事件は数多くある。

⁴⁷¹ 例えば、原子力発電所の建設、企業の政治献金、障害者の雇用促進などをめぐる問題が代表訴訟で争われた。

ない。したがって、株主オンブズマンの活動が象徴するように、日本の代表訴訟制度の運用は主に社会的正義感の強いまたはボランティア精神のある株主、弁護士または学者の個人的奉献によって成り立っている。

しかし、このような利用状況は決して望ましいことではない。なぜならば、弁護士がビジネスとして日常的に代表訴訟を提起するアメリカのように、制度が安定して利用されることがなく、なんらかの不正行為が行われると、必ず株主から責任が追及されるという確実な脅威を経営者に与えてない。日本の代表訴訟の提起のタイミングを見ても、その多くは行政機関に処罰された後または刑事訴追された後であって、公的執行（public enforcement）に便乗しているだけである⁴⁷²。これは日本法にアメリカ法上のディスカバリー制度がないことにも起因するかもしれないが、日本の弁護士階層が代表訴訟を提起するために、企業経営に対する不断の監視をしていないことの証ではないであろうか。したがって、日本の代表訴訟制度は私的訴訟の本来の機能が十分に発揮されていないといえよう⁴⁷³。

以上のような利用状況の下では、会社荒らし訴訟に対処する必要性はアメリカほど喫緊ではないとは言えよう⁴⁷⁴。日本法では濫訴防止のために⁴⁷⁵六か月の持株期間の制限が設けられているが⁴⁷⁶、これが機能しないことは容易に想像できよう⁴⁷⁷。また、持株要件についても基本的にアメリカ法と同様に単独株主権とされている⁴⁷⁸。日本法は主として一般的法理の応用と担保提供制度によって濫訴を抑制している。本節以下はこれらの濫訴防止策とその運用の実態を検討する。

二 一般的法理の適用

1 権利濫用の法理による訴えの却下

権利濫用の法理（民法1条3項）は訴権の行使についても適用されることが一般的

⁴⁷² See Mark D. West, Why Shareholders Sue: The Evidence from Japan, 30 J. Legal Stud. 351, 377-380 (2001).

⁴⁷³ しかし、それでも代表訴訟制度が日本の企業経営に与えたインパクトは決して小さくない。

⁴⁷⁴ しかし、司法制度改革の一環として法曹人口の増員が推進されていくにつれて、弁護士の数は増加しており、すでに消費者金融に対する過払い金返還請求の分野でその効果が出ているため、現在の代表訴訟制度の利用状況が今後も続くかは興味深く見守る必要がある。

⁴⁷⁵ 北沢・前掲注（447）366頁。

⁴⁷⁶ ただし、2005年の会社法は、定款によってこの期間を短縮することを許容し（847条1項）、非公開会社（全株式譲渡制限会社）の株主についてはこのような制限を撤廃した（847条2項）。

⁴⁷⁷ 竹内・前掲注（23）240頁。

⁴⁷⁸ ただし、2005年の会社法は、単元株制度を採用する会社に関してはその単元未満株主の提訴を認めない旨の定款規定を設けることを許容した（487条1項、189条2項）。

に認められており、代表訴訟の濫用防止策として機能することが考えられる⁴⁷⁹。しかし、憲法上で保障されている裁判を受ける権利を害するおそれがあることを考えれば、訴え提起行為自体を訴権の濫用として不適法にすることは極めて例外的な場合に限るべきであろう。実際に、民事裁判で訴えの提起が訴権の濫用として却下された裁判例はそれほど多くない⁴⁸⁰。

代表訴訟の提起が訴権の濫用に該当するかどうかについて判断を下した裁判例によると、当該訴訟の提起は株主たる資格と関係のない純然たる個人的利益に基づくものであるとか、当該代表訴訟によって追及しようとする取締役の違法事由が軽微又はかなり古い過去のものであるとともに、その違法行為によって会社に生じた損害も甚だ少額であって、今更その取締役の責任を追及するほどの合理性、必要性に乏しく、結局会社ないし取締役に対する不当な嫌がらせを主眼としたものであるなどの特段の事情のある場合に限り、これを株主権の濫用として排斥すれば足りるものと一般的に解されている⁴⁸¹。したがって、判例は基本的に原告株主の提訴動機という主観的事情を審査している。このような判断枠組みの下で、代表訴訟の提起が訴権の濫用にあたるとして却下されたのは長崎銀行事件⁴⁸²だけである⁴⁸³。当該事件では、裁判所は、原告株主の訴訟提起は、会社を困惑させることによって、担保物件の私的処分あるいは融資などを名目とする金銭的利益を得るための取引手段として、ないしは、そのための手立てとしての会社に対する攻撃を正当化する名分を得るためになされていると認定したうえで、これら原告の求める利益が、訴外銀行の株主たることと関係のない純然たる個人的な利益であるとして、訴えを却下した。

しかし、多くの判例によれば、売名目的⁴⁸⁴、会社の経営支配権を確立するため、会社の取締役に対し第三者割当増資を求め、その交渉を有利に導く目的⁴⁸⁵、別の会社の代弁者的な意図⁴⁸⁶、など⁴⁸⁷何らかの個人的動機ないし意図を有しているとしても、そ

⁴⁷⁹ 竹内・前掲注(1) 37頁。

⁴⁸⁰ 最高裁判例は昭和53年7月10日判決(判例時報903号89頁)の1件のみで、下級審判例も多くないといわれている。

⁴⁸¹ 後述する各判決参照。

⁴⁸² 長崎地判平成3年2月19日金融法務事情1282号24頁(長崎銀行事件判決)。

⁴⁸³ そのほかに、会社と原告株主が通謀して提訴手数料の節約を図ることを目的とした代表訴訟の提起が訴権の濫用に当たるとして却下された事例もあるが、会社の利益に反する代表訴訟の提起を抑制するという本稿でいう権利濫用法理の趣旨とは違う。東京地判平成8年6月20日判例タイムズ927号233頁(公共施設地図航空事件)。

⁴⁸⁴ 最判平成5年9月9日判例タイムズ831号78頁(三井鉱山事件上告審判決)；東京高判平成元年7月3日金融・商事判例826号3頁(三井鉱山事件控訴審判決)；東京地判昭和61年5月29日判例タイムズ622号180頁(三井鉱山事件一審判決)。

⁴⁸⁵ 最判平成12年9月28日金融・商事判例1105号16頁(東京都観光汽船事件上告審判決)；東京高判平成8年12月11日金融・商事判例1105号23頁(東京都観光汽船事件控訴審判決)；東京地判平成7年10月26日金融・商事判例981号31頁(東京都観光汽船事件一審判決)。

⁴⁸⁶ 松山地判平成11年4月28日判例タイムズ1046号232頁(伊予銀行事件判決)。

れだけの理由で直ちにこれを訴権の濫用に当たるといふべきではないとされている。

以上のように、権利濫用法理は一定の濫訴抑止効果が期待できるが、判例は、基本的に原告株主の主観的事情を審査して、その提訴動機が極めて許容しがたいような場合にのみ、取締役などの責任の有無を判断せずに、権利濫用の法理を適用して訴えを却下している。裁判所は代表訴訟の機能を減殺しないように、権利濫用の法理を消極的かつ慎重に運用しているとはいえる。このような判例の立場は、提訴株主が代表訴訟によって直接の利益をもらえないという代表訴訟の特殊な構造を正しく認識したものであると評価すべきである⁴⁸⁸。

2 会社法上の訴え却下制度

すでに述べたように、2005 年会社法では、「責任追及等の訴えが当該株主又は第三者の不正な利益を図り又は当該株式会社に損害を加えることを目的とする場合には」、責任追及等の訴えの提起を請求することができないという主観的訴訟要件が新たに追加された（847 条 1 項但書）。従来の権利濫用という一般法理の適用は、予見可能性の点から問題があり、法的安定性を害するおそれもあるため、当該規定は従来の訴権の濫用と理解されていた類型の一つを明文化したものである⁴⁸⁹。具体的な該当事例として、立案担当者は、①総会屋が訴訟外で金銭を要求する目的で代表訴訟を提起した場合、②株主が、株式会社に対し、事実無根の名誉毀損的主張をすることにより株式会社の信用を傷つける目的で代表訴訟を提起した場合を挙げている⁴⁹⁰。

しかし、当該規定は訴権の濫用の一部の内容を明確化したものにすぎず、それ以外の濫用的な訴訟について、従前の訴権の濫用の法理を排除する趣旨ではない⁴⁹¹。また、当該要件は訴訟要件として職権調査事項となるが、その主張・立証責任は依然として被告にある⁴⁹²。さらに、従来の訴権の濫用の場合における被告の立証の程度を軽減したわけでもない。したがって、当該規定は、代表訴訟の却下制度を明文化したことで一定の意義があるが、代表訴訟実務に大きな影響はないであろう。

3 敗訴株主の不法行為責任

訴えの提起行為自体が不当訴訟を構成し、提訴者が訴えられる側に対して不法行為責任（民法 709 条）を負うことがあることは一般的に認められているところである。株主代表訴訟の被告が敗訴の原告株主に対する不法行為に基づく損害賠償責任を追及することで、損害賠償の抑止機能が期待でき、濫訴の防止につながるとは考えられる

⁴⁸⁷ 名古屋地判平成 13 年 10 月 25 日判例タイムズ 1126 号 227 頁（丸協青果事件判決）。

⁴⁸⁸ 学説も判例の立場と基本的に同調である。例えば、神崎克郎「自社株買戻しと取締役の責任」法学セミナー 382 号 31 頁（1986）；近藤・前掲注（409）132~133 頁；中島弘雅「株主代表訴訟の制度趣旨と現状」民商法雑誌 115 卷 4・5 号 516~519 頁（1997）。

⁴⁸⁹ 相澤哲＝葉玉匡美＝湯川毅「外国会社・雑則」相澤哲編『立案担当者による新・会社法の解説』別冊商事法務 295 号 217~218 頁（2006）。

⁴⁹⁰ 相澤哲編『一問一答 新・会社法〔改訂版〕』245 頁（商事法務、2009）。

⁴⁹¹ 相澤・前掲注（490）243 頁。

⁴⁹² 相澤ほか・前掲注（489）217~218 頁。

493。しかし、権利濫用の法理と同様に、裁判を受ける権利との関係で問題があるため、訴えの提起が不法行為となる場合を限定的に解しなければならない。したがって、原告が敗訴の確定判決を受けたことのみによつて、直ちに当該訴えの提起をもって違法ということはできないというべきである。最高裁もこの立場に立って、「訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、当該訴訟において提訴者の主張した権利又は法律関係が事実的・法律的根拠を欠くものであるうえ、提訴者が、そのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知りえたといえるのにあえて訴えを提起したなど、訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られるものと解するのが相当である。」と判示している⁴⁹⁴。

では、株主代表訴訟の提起が不法行為となるかについて、裁判例はどのように判断しているのか。一般的に被告取締役は敗訴株主の不法行為責任の追及に消極的であり、現在まで確認できるのは二例しかない。そのいずれの前訴代表訴訟も会社が行った融資という取締役の経営判断の妥当性を争うものであり、また、いずれも上記最高裁の判断基準を引用して原告取締役の請求を退けた。第一例目の判決⁴⁹⁵によれば、裁判所は、株主の主張に根拠があるかどうかという客観的要件について審査した結果、株主の主張は結局採用されなかったとはいえ、事実的・法律的根拠を欠くものとは言いがたいと判断した。よって、裁判所は「そのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知りえたといえるのにあえて訴えを提起した」という株主の主観的知情要件についてもはや判断する必要がなくなった。これに対して、第二例目の判決⁴⁹⁶において、株主が代表訴訟を提起する前に融資がすでに回収済みであり、経営判断の妥当性以前にそもそも損害が生じておらず、株主の主張が事実的根拠を欠くことは明らかであり、客観的要件を争う余地がなかったためか、被告株主は主観的知情を中心に争い、裁判所も客観的要件について判断を行わなかった。いずれにせよ、裁判例は、上記最高裁の判示した基準に沿って、代表訴訟の提起が不当訴訟となるには客観的要件と主観的知情要件の双方を要求している。しかも、株主の敗訴事実は当然に客観的要件の満足を意味しない。また、主観的知情要件の満足を立証するにも困難が伴う。したがって、裁判所は、敗訴株主の責任認定に極めて慎重であることが伺える⁴⁹⁷。

一方、第一例目の判決は株主の提訴目的が訴権の濫用に当たるような目的のみに出たものとまでは断定できないという判断も示した。これは客観的要件と関係なく訴権

493 竹内・前掲注(1) 36頁。

494 最判昭和63年1月26日民集42巻1号1頁／判例タイムズ671号119頁。

495 東京地判平成2年5月25日金融・商事判例871号34頁。

496 東京地判平成10年5月25日判例タイムズ1039号201頁。

497 上記最高裁の判断基準の解釈について、学説では、客観的要件と主観的知情要件に加えて、提訴の目的が濫用的であることも必要であるとする見解が存在するが、判例の立場でも十分厳格であろう。末川博「判批」民商法雑誌4巻192頁(1936)；山木戸克己「判批」民商法雑誌50巻6号951頁(1964)。

の濫用に当たるような不法不当目的訴訟の場合も不当訴訟に含まれるという見解⁴⁹⁸を採用したように考えられる。仮にそうであっても、裁判所は権利濫用法理の適用と同様に慎重な判断を行うであろう。

ところで、第二例目では、後述する日本法上のもっとも重要な濫訴防止策である担保提供制度との関係で、担保提供が発令された敗訴株主の不法行為責任の判断基準が問題になった。判決によれば、「担保提供制度が、直接的には、株主代表訴訟を不当提訴として原告株主に対して損害賠償を請求する被告役員の権利を保全するための制度であることはいうまでもないところである。しかしながら、右担保提供制度は、通常は本案訴訟の初期の段階で訴え提起段階で提出されている訴訟資料のみに基づいて命じられ、しかも決定手続きであるため疎明で足りるのに対し、不当提訴に対する損害賠償請求訴訟は、訴訟提起そのものの違法性についての最終判断が求められるものであり、しかも違法性に対する証明が要求されるものであることからすると、両者が機能すべき局面は必ずしも同一ではなく、その要件も必ずしも同一と解すべきではない。株主代表訴訟において、提訴者の悪意が疎明されて担保提供が命じられたとしても、同訴訟の提起そのものの違法性については、改めてその成立要件を検討すべきである。」として、上記最高裁と同様な判断基準を採用している。したがって、担保提供が命じられたからといって、原告株主の不法行為責任の可能性が増大するわけではない。

一方、1950年の商法改正により、「責任追及等の訴えを提起した株主が敗訴した場合であっても、悪意があったときを除き、当該株主は、当該株式会社に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負わない」という規定が設けられている（旧商法268条ノ2第2項＝会社法852条2項）。この規定は敗訴原告株主の軽過失による責任を排除して提訴株主を保護する趣旨であると解する見解があるが、一般的には濫訴防止のためのものだと解されている⁴⁹⁹。これに対して、ここでいう「悪意」とは、会社を害することを知って、不適當な訴訟追行をなすことであるという見解⁵⁰⁰に立てば、当該規定は会社に権利があるのに株主の不當な訴訟追行によりそれを失った場合に対応するものであり、会社に権利がないのに提訴したというような株主権の濫用の場合を予定しているものではないとする指摘がある⁵⁰¹。しかし、不當な提訴動機で代表訴

⁴⁹⁸ つまり、上記最高裁の判示はあくまでも主張に根拠がないことを知りながら提訴する場合を不当訴訟の一例として挙げているだけで、不当訴訟の構成基準は訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くかどうかであるため、不法不当目的で訴権を濫用する場合も当然これにあたるという解釈である。このように解する見解として、例えば、須藤茂「判批」金融・商事判例892号50頁（1992）；吉村徳重＝松尾卓憲「判批」判例タイムズ672号53頁（1988）。

⁴⁹⁹ 大隅健一郎「会社訴権とその濫用」末川先生古稀記念『権利の濫用（中）』170頁（有斐閣、1962）；竹内・前掲注（1）36～37頁。

⁵⁰⁰ 北沢・前掲注（447）382頁。

⁵⁰¹ 出口正義「株主代表訴訟と株主権の濫用」筑波法政18号135頁（1995）。

訟を提起する原告株主が妥当な訴訟追行をすることは通常到底期待できないため、不当な訴訟追行の抑止は間接的に濫訴の防止につながる。なので、当該規定は濫訴防止と関係がないとは言い切れない。ところが、会社が原告株主の不法な要求に応じる代わりに、原告がわざと敗訴するというような不当な訴訟追行の場合には、会社が原告株主に対する不正な利益供与の周知を恐れて、原告株主が敗訴した後に原告の責任を追及することは通常考えられないであろう。また、会社としても訴訟合戦に巻き込まれたくないであろう。したがって、会社が敗訴株主を訴えることは考えにくく、実際にもそういう例は見当たらない。

以上のように、敗訴原告株主は基本的に被告取締役に不法行為責任を追及される可能性があるが、裁判所は敗訴株主の不法行為責任の認定に極めて慎重である。株主代表訴訟では、事実や証拠はほとんど被告取締役や会社に握られており、株主が代表訴訟を提起するにあたって、ある程度の推測に基づかざるを得ないので、通常の民事訴訟よりも慎重になされるべきであろう。したがって、判例の立場を評価すべきである⁵⁰²。

三 担保提供制度

1 制度の目的

株主代表訴訟の被告は原告株主に対して相当の担保を立てるべきことを命ずるよう裁判所に申し立てることができ、その要件としては、被告は原告による当該訴訟の提起が悪意によるものであることを疎明しなければならない。(旧商法 267 条 6 項 7 項 = 会社法 847 条 7 項 8 項)。担保提供命令が発せられると、原告が担保を立てるべき期間内にこれを立てないときは、裁判所は、口頭弁論を経ないで、判決で、訴えを却下することができ(民訴法 81、78 条)、被告は、原告が担保を立てるまで応訴を拒むことができる(民訴法 81 条、75 条 4 項)。また、担保提供に関する民事訴訟法上の一般規定と違って、被告は口頭弁論終結までの間、いつでも担保提供を申し立てうるし、また、いかなる審級においても担保提供を申し立てうる(民訴法 81 条によって民訴法 75 条 3 項が準用されないため)。

この制度は当時、1950 年商法改正により強化された株主の権利の濫用を恐れて改正法の施行延期論が起こってきたため、その対応に苦慮していた連合軍司令部が日本側の要望に妥協した結果、成立した改正である⁵⁰³。経済界からの施行延期論を制するために急遽復活させられたという立法経緯から考えると、担保提供制度自体は立法論的に正当化できるかどうかについて相当疑問であると指摘されているが⁵⁰⁴、制度の立法

⁵⁰² 学説も基本的に判例の立場に賛同している。例えば、中島弘雅「判批」ジュリスト 1039 号 127 頁 (1994)；吉本健一「判批」商事法務 1617 号 109 頁 (2002)。

⁵⁰³ 竹内・前掲注 (23) 245 頁。

⁵⁰⁴ 黒沼悦郎「株主代表訴訟における担保提供制度の趣旨と「悪意」の意義」神戸法学雑誌 49 巻 4 号 2 頁 (2000)。

目的は会社荒らし訴訟などの濫訴を防止するためのものであることは明らかである⁵⁰⁵。しかし、当該制度の直接の目的ないし法律構成は、被告取締役が勝訴した後に原告株主に対して損害賠償請求権を担保するものであり、この担保の担保権者は被告取締役であり、会社法上の他の多くの訴えの場合に提供される担保の担保権者が会社であるのと異なり、また、ここでいう悪意は被告取締役に対する悪意であり、会社に対する悪意ではない⁵⁰⁶と一般的に解されている⁵⁰⁷。このように解する根拠は、担保提供を申し立てるには被告取締役の請求が必要であり、会社が担保提供を請求しようと解する文理上の根拠も認められないことに求められている⁵⁰⁸。後で見ると、判例もこの通説的理解に立っている。したがって、株主代表訴訟における担保提供制度は濫訴の防止と被告取締役の損害賠償請求権の担保という二つの立法目的を併せ持っており、言い方を変えれば、濫訴防止という立法目的は被告取締役の損害賠償請求権の担保という法律構成との間でずれが生じている。

2 学説及び判例の状況

(1) 「悪意」の意義をめぐる従来の学説

株主代表訴訟における担保提供命令の申立要件として、被告は原告の訴えの提起が悪意によるものであることを疎明しなければならない。この要件を定めた旧商法 267 条 7 項は合併無効の訴えを提起する会社債権者の担保提供義務を定めた旧商法 106 条 2 項を準用している。また、旧商法 106 条 2 項は株主総会決議取消の訴え（旧商法 249 条）、株主総会決議不存在・無効確認の訴え（旧商法 252 条）、新株発行無効の訴え（旧商法 280 条ノ 16）など、会社の組織に関する訴えについても広く準用されている⁵⁰⁹。かつて、これらの訴えにおける担保提供の悪意の意義について、判例と学説は主として株主総会決議訴訟に関するものであった。濫訴防止という担保提供の制度目的から、そこでは、悪意は単なる悪意を超えて不当に会社の利益を害する意図をもって提訴に

⁵⁰⁵ 北沢・前掲注（447）372 頁。

⁵⁰⁶ しかし、実際に判断する際に、被告取締役に対する悪意は同時に会社に対する悪意である場合もあるから、会社に対する悪意の疎明がなされれば、取締役に対する悪意であると推認されることがある。新谷勝「株主代表訴訟と担保提供申立ての却下」金融・商事判例 948 号 38 頁（1994）。

⁵⁰⁷ 北沢・前掲注（447）372 頁。従来のこのような解釈に対して、担保提供制度を、代表訴訟の提起によって会社が被る可能性のある損害の賠償請求権を担保する制度、すなわち会社を保護するための制度と捉えて解釈論を展開しようとする説もある。黒沼・前掲注（504）1 頁以下。

⁵⁰⁸ 上谷清「会社法上の訴と担保の提供」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座 5 巻』147、151 頁（日本評論社、1969）。

⁵⁰⁹ 2005 年新会社法では、これらの訴えを「会社の組織に関する訴え」と定義してその第七編第二章第一節でまとめて規定しており、従来の担保提供制度をこの会社の組織に関する訴えにまとめて適用するというように条文が整理されている（会社法 836 条）。なお、株主によって提起される設立無効の訴えと合併無効の訴えにおける担保提供制度は会社法による新設である。

至る場合を意味する害意説が通説とされていた⁵¹⁰。また、裁判例も基本的に訴えの成否とは関係なく、ことさらに会社を困らせようとする意図が訴えの提起により客観的に看取しうる場合と解された⁵¹¹。

しかし、株主代表訴訟における担保提供の悪意の意義について、学説では、逆に、原告株主が被告取締役を害することを知って提訴した場合とする悪意説⁵¹²は多数説であり、原告株主が単に被告取締役を害することを知って提訴しただけでは足りず、不当に被告取締役を害する意図が必要であると解する害意説⁵¹³が少数説となっている⁵¹⁴。しかし、「害することを知らぬこと」と「害する意図を有すること」はニュアンスの違いがあるものの、実質的にそれほど変わらず⁵¹⁵、また、害意を要求しても担保提供命令を調整することが難しく、実務的には意義が少ない⁵¹⁶と指摘されている。実際に、以下で見ると、従来の学説は判例に対する影響が小さい。

(2) 判例・学説の展開

1993年の提訴手数料の引き下げなどの法改正によって、代表訴訟の急増を背景に、担保提供制度は被告取締役のほぼ唯一の防衛策として脚光を浴び始め、実務では、一時的にほとんどの代表訴訟の場合に担保提供の申立がなされるようになっていた⁵¹⁷。そして、認容決定が多く出されている。これらの決定では、高額な担保提供が命じられており、ほとんどの場合、原告株主が担保を提供せず、本案の訴えが却下されることになるか、原告により本案訴訟が取り下げられることになる。したがって、担保提供制度は事実上訴訟却下の機能を担っているといっても過言ではない。

その最初の事例は東海銀行第一次事件の一審決定⁵¹⁸である。同決定では、悪意に出たというには、原告株主において、①被告取締役が会社に対して負うべき責任のないことを知りながら、②専ら被告を害する企図をもって提起した訴えであることが必要であると判示し上で、原告株主が株主総会において、不規則発言、動議の提出、議案修正案及び長時間にわたる質問をするいわゆる総会屋的な言動は株主としての権利行

⁵¹⁰ 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(5)』364~365頁〔岩原紳作〕(有斐閣、1986)；高橋宏志「会社訴訟における担保提供の意義」商事法務1078号14頁(1986)。

⁵¹¹ 岩原・前掲注(510)365頁；山田・前掲注(23)132~135頁。

⁵¹² 大隅=今井・前掲注(434)275頁；神崎克郎『商法Ⅱ会社法(第3版)』215頁(青林書院、1991)；北沢・前掲注(447)372頁；石井照久『会社法上巻(商法Ⅱ)』361頁(勁草書房、1967)。

⁵¹³ 田中誠二=山村忠平『五全訂コンメンタール会社法』864頁(勁草書房、1994)；松田二郎『会社法概論』145頁(岩波書店、1968)。

⁵¹⁴ 中島弘雅「株主代表訴訟における担保提供の申立て〔上〕」商事法務1354号41頁(1994)。

⁵¹⁵ 中島・前掲注(514)41頁。

⁵¹⁶ 上田栄治「株主代表訴訟における担保提供制度と「悪意」〔上〕」商事法務1431号69頁(1996)。

⁵¹⁷ 小林秀之「担保提供と原告の悪意」小林=近藤・前掲注(5)199頁参照。

⁵¹⁸ 名古屋地決平成6年1月26日金融・商事判例947号30頁。

使に穏当を欠く面が多分にあったことは優に推認するに難くはないが、この事実をもって、直ちに悪意による提訴とは言えないとして、被告の申立を却下した。要件①は前述した敗訴株主の被告取締役に対する不法行為責任の成立要件に関する最高裁の判示で挙げた一例とは同様であるため、一般的に不当訴訟要件と呼ばれている。要件②は原告株主の提訴動機を問題とするため、一般的に不法不当目的要件と称され、権利濫用法理の適用要件に関する従来の裁判例の立場とは基本的に同様である⁵¹⁹。同決定は不法不当目的を害意に限定しているため、株主総会決議取消訴訟に関する従来の学説と判例の立場とは同様に厳格な立場を採用していると思われるが、その上で、訴えの成否と関係している不当訴訟要件も同時に要求しているため、株主総会決議取消訴訟よりも被告取締役の疎明の負担が大きい。このような極めて厳格な立場が採用されるのは恐らく裁判所が代表訴訟の活性化という 1993 年改正法の趣旨を損ないたくないためであろう。しかし、これほど厳格な要件を要求すれば、悪意の疎明は實際上不可能に近く、担保提供制度は機能しなくなるのではないかと、実務家を中心に疑問が提示された⁵²⁰。

これに対して、第二例目にあたる蛇の目ミシン工業第一次と第二次事件の一審決定⁵²¹は、担保提供命令により提供される担保が、代表訴訟の提起が不当訴訟として不法行為を構成する場合に被告が取得する損害賠償請求権を担保するものであるという担保提供制度の直接目的ないし法律構造から考えると、悪意を不当訴訟の成立要件と関連する認識、意思としてとらえることは自然であるとして、不当訴訟となる可能性が高い場合に担保の提供を命じることができると判示した。これは前述した不当訴訟要件を述べたものである。そして、同決定は、このような悪意の解釈は代表訴訟における担保提供制度のすべてを説明するものではなく、当該制度は、もともと、株主権を濫用し、不当な利益を得る目的で代表訴訟を利用するいわゆる会社荒らしに対処するために設けられたものであり、提訴者が代表訴訟を手段として不法不当な利益を得る目的を有する場合には、不当訴訟の具体的な可能性についての疎明がない場合でも、その一般的な可能性に備えるものとして、当該訴えの提起が訴権の濫用として不適法となるかどうかという問題とは別に、担保の提供を命じ得るものと解すべきであると判示している。これは前述した不法不当目的要件であるが、不当訴訟要件と不法不当目的要件の双方の疎明を要求する上記東海銀行一審決定の基準とは違い、その

⁵¹⁹ もっとも、すでに検討したように、不法不当目的の提訴も不当訴訟に含まれていると解することができるが、ここでは、議論を進めるために、両者を分けて検討するほうが有益であろう。

⁵²⁰ 上田・前掲注（516）70 頁；中村直人「株主代表訴訟の担保提供決定の状況と実務対応」代履行レポート 113 号 2 頁（1996）；新谷・前掲注（506）41~42 頁。

⁵²¹ 東京地決平成 6 年 7 月 22 日資料版商事法務 125 号 184 頁／判例タイムズ 867 号 126 頁（第一次）、東京地決平成 6 年 7 月 22 日資料版商事法務 125 号 196 頁／判例タイムズ 867 号 143 頁（第二次）。

いずれかを満たせば悪意になるという選択的基準(いわゆる蛇の目基準)を提示した。これ以降の判例は基本的にこの基準を適用している。以下では、蛇の目基準の要件ごとに、裁判例と学説を概観するとともに、蛇の目基準とその運用の問題点を検討する。

まず、担保提供申立が認容された事例の大部分は不当訴訟要件を適用したものである。それは蛇の目基準が過失による不当訴訟の場合を悪意に含ませたことに起因する。つまり、蛇の目基準によれば、原告がその訴訟において主張した権利又は法律関係が事実的・法律的根拠を欠くこと(具体的には、「請求原因の重要な部分に主張自体失当の点があり、主張を大幅に補充あるいは変更しない限り請求が認容される可能性がない場合、請求原因事実の立証の見込みが低いと予測すべき顕著な事由がある場合、あるいは被告の抗弁が成立して請求が棄却される蓋然性が高い場合等」)について認識している場合だけではなく、過失によってこれを知らずに提訴した場合も悪意にあるとされている。

過失による不当訴訟を悪意に含ませると、取締役責任がないという客観的事情が疎明されれば、原告がそのことを過失によって知らずに提訴したという主観的事情が推認されるため、被告は立証が困難な主観上の知情を疎明する必要がなくなり、実質上、請求の成否という客観的事情だけで悪意を認定できるようになる。被告の立証負担を軽減するものとして企業側関係者に歓迎されているが⁵²²、不当訴訟要件に対して、学説上批判的な見解が多く見られる。すなわち、訴え提起の段階で提出されている訴訟資料だけに基いて、原告の請求が認容される可能性が低いとの理由から、直ちに、原告の悪意を認定し、高額な担保提供を命じるのは事実上、本案訴訟の拒否を意味し、訴訟資料を訴訟の進行に従い順次提出すればいいとする民事訴訟の基本原則である適時提出主義に反する(民訴法 156 条、旧民訴法 137 条では随時提出主義)⁵²³。また、請求成立の可能性に対する審査はまさに本案訴訟で行うべきものであり、それを担保提供命令という決定手続の中で非常に早い時期で行うと、原告株主の弁論権を損なうことになる⁵²⁴。取締役の経営判断の責任を問う事例では、請求理由の有無について微妙な法律判断が含まれており、裁判所の裁量権の行使に大きく左右される問題であるため、特に問題である⁵²⁵。しかも、代表訴訟は証拠偏在型訴訟であり、資料や証拠のほとんどは被告取締役の支配下にある会社が握っており、原告株主が新聞報道などにより得た情報を頼りに提訴に至った場合が多いため、訴訟の早期段階で請求成立の可能性が低いという理由だけで高額な担保提供を命じるのは代表訴訟の利用を不当に制

⁵²² 多田晶彦「判批」私法判例リマックス(法律時報別冊)11号105頁(1995)。

⁵²³ 中島弘雅「株主代表訴訟における担保提供について：蛇の目ミシン工業事件担保提供決定に関する覚書」筑波法政18巻1号(1995)；小林・前掲注(517)209、211頁。

⁵²⁴ 高橋宏志ほか(座談会)「株主代表訴訟における担保提供をめぐる」商事法務1397号13~15頁〔岩原紳作発言〕(1995)；岩原紳作「代表訴訟と株主の悪意」判例タイムズ948号134頁以下(1997)。

⁵²⁵ 高橋ほか・前掲注(524)〔岩原発言〕。

限することになりかねない。こういう場合には、裁判所としては直ちに担保提供を命じるのではなく、釈明権（民訴法 149 条）の行使によって当事者に攻撃・防御の可能性を尽くさせることが本来の訴訟のあり方である⁵²⁶。同様に、訴状に不備がある場合には、担保提供命令で対応するのではなく、とりあえず補正命令で対応し、それでも原告が不備を補正しないときは、訴状を却下すればいい（民訴法 137 条）。したがって、請求の成否という客観的事実だけで悪意を認定することはかなり問題があるため、過失による不当訴訟まで担保提供を命じるのは行き過ぎであろう。まったく不当訴訟とは言いきれない場合には、裁判所としては担保提供の申立を却下してとりあえず本案審理に入るべきである⁵²⁷。実際に、不当訴訟要件を適用して担保提供を命じた決定例を見ると、確かに、明らかに請求が成立できない、または主張自体失当であるような例も多いが⁵²⁸、監視義務違反や経営判断の妥当性を争うような、請求の成否が微妙でさらなる審理が必要な場合⁵²⁹、請求原因の主張がない場合⁵³⁰まで高額な担保提供が命

⁵²⁶ 高橋ほか・前掲注（524）〔岩原発言〕。

⁵²⁷ 相澤光江ほか（座談会）「株主代表訴訟の手続法的検討」ジュリスト 1062 号 18 頁〔中島弘雅発言〕（1995）。

⁵²⁸ 例えば、三愛事件では、原告は企業買収対価が不当に高かったとして、購入価格の総額と購入した株式の額面総額との差額につき損害賠償を求め、その根拠として、被買収会社が属するグループの一員である別の会社が倒産したこと、購入価格は額面の 100 倍以上であったことを主張しているが、株式の額面価格は株式の価格算定の参考にならないことは周知の事実であり、また、ある会社が倒産しても同一企業グループ内の他の会社の企業価値に直ちに影響するものでもないから、請求原因事実の立証の見込みが低いと言わざるを得ない。東京地決平成 6 年 10 月 12 日資料版商事法務 130 号 99 頁（一審決定）、東京高決平成 6 年 12 月 26 日資料版商事法務 131 号 82 頁（抗告審決定）。

また、三井物産事件では、原告は会社が他社との合併比率が不公正であったとして、役員らの責任を追及した。しかし、仮に合併比率が不当であっても、合併後の会社自体に損害が生じることはないことが明らかであるため、主張自体失当というほかはない。東京地決平成 6 年 11 月 30 日資料版商事法務 131 号 89 頁（一審決定）、東京高決平成 7 年 1 月 20 日資料版商事法務 132 号 49 頁（抗告審決定）。

そのほか、前掲注（521）（蛇の目ミシン工業第二次事件一審決定の全額回収済みの部分の融資に関する請求）、東京地決平成 7 年 2 月 21 日資料版商事法務 134 号 96 頁（中村屋事件担保提供申立決定）、東京地決平成 9 年 5 月 30 日資料版商事法務 159 号 98 頁（三菱商事第一次事件担保提供申立一審決定）、東京高決平成 9 年 10 月 8 日資料版商事法務 165 号 306 頁（三菱商事第一次事件担保提供申立抗告審決定）、東京地決平成 14 年 11 月 29 日判例時報 1865 号 131 頁（京浜急行電鉄第二次事件担保提供申立決定）もこの類型の事例である。

⁵²⁹ 例えば、蛇の目ミシン工業第一次事件の一審決定と抗告審決定では、問題の債務保証と不動産への抵当権の設定が行われた当時、まだ取締役にならなかつた一部の被告に対する請求の部分について、立証の見込みが極めて低いとして担保提供が命じられた。前掲注（521）（一審決定）、東京高決平成 7 年 2 月 20 日資料版商事法務 133 号 148 頁（控訴審決定）。しかし、第二次事件の控訴審決定では、裁判所は、問題の担保提供の時期以後に役員に就任した者であっても、債務引き受け、不動産売却時期において役員であったのであれば、悪意の疎明があったとすることができないと判断している。東京高決平成 7 年 7 月 31 日資料版商事法務 137 号 209 頁。

また、東海銀行第一次事件の抗告審決定では、裁判所は、銀行が系列ノンバンクの不良

じられている例は少なくない。

次に、一部の認容事例は不法不当目的要件を適用したものである。これらの決定例によれば、会社または被告を困惑させる目的⁵³¹、ゴルフ場建設を反対する目的⁵³²、専ら自己の復職に有利な影響を与えようとする目的⁵³³は不法不当目的にあたるとして担保提供が命じられた。これに対して、会社や被告経営陣に対する反感や恨みをもつというだけでは不法不当目的に当たらないとされている⁵³⁴。蛇の目ミシン工業事件の一審決定が述べたように、代表訴訟に勝訴することによって利益を得るのは会社であって、提訴株主自身は、直接には何らの利益も得ることではない。それにもかかわらず代表訴訟を提起する株主には、純粋に株主としての利害意識や愛社精神だけではない、何らかの個人的な意図、目的、感情が働いている場合が、少なくないであろう。株主は純粋に会社のために訴えを提起すべきであり、それ以外の動機・目的があれば、常に不当な目的があるものとして担保提供命令の対象となるとするのは、代表訴訟によって株主の会社運営に対する監督是正機能が発揮されることを期待するという見地か

債権を肩代わりすることが経営判断の問題であり、本案で慎重に判断すべきであると認めながら、取締役の責任が認められる可能性が低いと判断して、担保提供を命じた。また、問題とされている一部の融資について、銀行が取得した担保の時価価値は著しく低いという原告の主張に対して、裁判所はこれを裏付ける資料がないとして担保提供を命じた。これはまさに適時提出主義に反する判断である。名古屋高決平成7年3月8日判例タイムズ881号298頁。同様に、東海銀行第二次事件一審決定と抗告審決定でも、債権の放棄という経営判断の妥当性について請求が容認される可能性が低いとして担保提供を命じた。名古屋地決平成7年9月22日金融法務事情1437号47頁、名古屋高決定平成8年6月10日資料版商事法務148号98頁。

そのほか、大阪地決平成9年3月21日判例タイムズ941号259頁（ミドリ十事件字担保提供申立一審決定）、大阪地決平成9年4月18日資料版商事法務158号56頁・67頁（大和銀行第一次・二次事件担保提供申立一審決定）もこの類型の事例である。

⁵³⁰ 例えば、蛇の目ミシン工業第二次事件一審決定では、裁判所は補正命令という民事訴訟手続上の措置が取りうるからといって、担保提供の申立の対象外とすることは相当でないとして、請求原因の主張がない部分の請求に対して担保提供を命じた。前掲注（521）。

⁵³¹ 大阪地決平成8年11月14日判例タイムズ929号253頁（四国総合開発事件担保提供申立一審決定）；大阪高決平成9年2月21日資料版商事法務157号160頁（四国総合開発事件担保提供申立抗告審決定）；東京地決平成12年4月3日判例時報1738号111頁（八千代銀行事件担保提供申立一審決定）；東京高決平成12年6月5日資料版商事法務203号227頁（八千代銀行事件担保提供申立抗告審決定）；最判平成12年9月20日資料版商事法務203号228頁（八千代銀行事件担保提供申立特別抗告審決定）；東京地決平成12年5月25日資料版商事法務207号58頁（日本航空第三次・四次・五次事件担保提供申立決定）。

⁵³² 東京地決平成11年3月30日資料版商事法務190号240頁（日本航空第二次事件担保提供申立決定）。なお、岐阜地決平成9年1月16日資料版商事法務155号148頁（大日本土木事件担保提供申立決定）でも、ゴルフ場建設を中止させる目的の違法性が認められたが、被告取締役らの責任が認められる可能性が低いことも考え併せて担保提供を命じているため、厳密的には後述する総合判断基準に依拠した決定だと考えられる。

⁵³³ 大阪地決平成8年8月28日判例タイムズ924号258頁（浅沼組事件担保提供申立決定）。なお、本件では主張自体失当であることも認定されている。

⁵³⁴ 前掲注（521）（蛇の目ミシン工業第一次・二次事件担保提供申立一審決定）；東京地決平成7年2月21日資料版商事法務134号96頁（中村屋事件担保提供申立決定）。

らは非現実的である。また、他の動機・目的があったとしても、取締役等の責任が明らかにされ会社の被った損害の回復が図られるのであれば、代表訴訟の狙いとするところは達せられるという面もある。こうした点を考慮すると、担保提供の命令による抑制の対象とすべきなのは、代表訴訟を手段として不法不当な利益を得る目的を有する場合等、正当な株主権の行使と相容れない目的に基づく場合に限るべきであって、その対象を、訴えの提起に個人的な意図、目的、感情が伴っている場合一般に拡大することは相当ではない。不法不当目的に対するこのような裁判所の限定的な解釈は基本的に代表訴訟の特性を正しく認識したものであり、評価すべきであろう。しかし、上記認容事例から見ると、純然たる個人的な利益の目的で提訴する場合にしか訴えが却下されないという権利濫用の法理に関する裁判例の姿勢⁵³⁵より、担保提供が命じられた場合の株主の主観的目的はその違法性の程度が若干低い。したがって、不法不当目的の提訴に対して、担保提供命令の適用範囲は権利濫用の法理より若干広いことになっている。

ところで、企業の社会的責任を追及する市民運動型の代表訴訟について、裁判所はどのように判断しているのか。学説では、この類型の代表訴訟は制度本来の目的を逸脱するものであり、権利の濫用に近いとする見解⁵³⁶もあるが、株主の請求が成立する限り、会社ひいては全株主の利益になること⁵³⁷、社会的責任の推進・達成が会社ひいては全株主の利益となる可能性もあること⁵³⁸、訴訟を誠実に運営することが期待できること⁵³⁹を理由に、担保提供の対象とすべきではないとする見解が多い⁵⁴⁰。担保提供に関する決定例の中では、この類型が問題となったのは原子力発電所の建設に伴う支出の違法性を争う中部電力事件である。当該事件の一審決定⁵⁴¹は、「裁判所は、訴訟の内容が事實的・法律的根拠を欠いて不当であるとはいえないと一応認められる場合であっても、原告株主が専らあるいは主として個人的な主義主張、政治的、社会的目的等を達成することを企図して訴訟提起に至ったと認められ、主張された事實的・法律的根拠の有無に関する程度内容などの相関関係において全体的に考察して、…なお不当訴訟であると判断できるとき、原告株主に対して、相当な担保を提供すべきことを命ずべきであると解する。」というような判断基準を判示した。この判示は企業の社会的責任の追及目的で提訴する場合が直ちに不法不当目的にあたるのではなく、請求の成否という客觀的事情と合わせて考慮して悪意を認定できるという総合判断基準を

⁵³⁵ 本節二の1本文参照。

⁵³⁶ 北村・前掲注(5) 49頁。

⁵³⁷ 三枝一雄「代表訴訟と担保提供の悪意」法律論叢 70巻1号 62頁(1997)。

⁵³⁸ 吉川信将「株主代表訴訟における担保提供制度の問題点について」保住昭一先生古稀記念『企業社会と商事法』456頁(北樹出版、1999)。

⁵³⁹ 山田・前掲注(23) 156頁。

⁵⁴⁰ また、小林=原・前掲注(444) 89~90頁。

⁵⁴¹ 名古屋地決平成7年2月28日判例タイムズ 877号 288頁。

採用したものであると思われる⁵⁴²。蛇の目事件の一審決定でも、「ただし、それ自体として「悪意」に該当しない意図、目的等であっても、前記不当訴訟との関連における「悪意」を認定するについて、事情のひとつとなることはあり得よう。」というふうに、この総合判断基準をほのめかす判示があった。そして、本件本案訴訟は原発建設反対運動の一環として提起したものであって、原告らの株主としての利益と全く離れ、単純に個人的な主義主張、社会的目的等を達成することを目的として提訴したものであると認定したうえで、株主の主張内容を審理した。その結果、60億円の請求部分については、裁判所は、原告らの主張はそれ自体失当であるか、立証の見込みが低いものであり、原告らは専らあるいは主として個人的な主義主張等の目的を達するために本件訴えを提起したか否かを判断するまでもなく、訴えが悪意に出たものと認めるべきであるとして、担保提供を命じた。したがって、当該請求部分について、裁判所は総合判断基準を適用したというより、請求の成否という客観的事実だけを重視したと言える。一方、2億円の請求部分について、裁判所は、直ちに根拠を欠く理由のない不当訴訟であるとまでは断定することができないが、原告らの原発建設反対目的、及び60億円の請求部分が根拠なき不当訴訟であることと相関連して全体的に考察するとき、結局不当訴訟であるとして、原告の悪意を総合判断基準によって認定した。しかし、この2億円の請求部分について、抗告審決定⁵⁴³は、未だに口頭弁論期日も開かれていない現段階ではこういう目的で代表制度を濫用していると認めるに足りる疎明は存在せず、訴訟の進行過程において、専ら個人的な主義主張、政治的・社会的目的などを達成することのみに拘泥し、代表訴訟制度の目的を逸脱ないし濫用するような事態に及んだ場合には、その段階で、担保提供を命じることもできるとして一審決定を取り消した。したがって、抗告審裁判所は、この種類の代表訴訟の提起に対して訴訟の早期段階で原告株主の主観的事実の違法性の認定に慎重な姿勢を見せたのである。総合判断基準によって担保提供が命じられることを認める見解もあるが⁵⁴⁴、前述した通り、代表訴訟の特殊構造から何らかの個人的動機があるといっても直ちに不法不当目

⁵⁴² そのほかに、この総合判断基準を述べた決定例としては東京三菱銀行事件がある。しかし、本件の原告株主は、200社以上の企業の株式を共益権行使のために必要な最低単位で保有し、多くの企業の株主総会で長時間にわたって質問するなどの言動に加えて、種々の業界紙を発行し、各企業から購読料名目で金員を受領していたことのほか、会社合併に際して、時価よりかなり高い価格での株式買取を請求したあと、一転して本件代表訴訟を提起するに至ったものであるとして、裁判所に總會屋として認定された。このような株主による代表訴訟はまさに会社荒らし訴訟であり、本来ならば、前述する権利濫用法理なり会社法上の訴え却下制度によって対処しても構わないような事例であって、本件はこの基準によらなくても同じ結論に達したであろう。東京地決平成8年6月26日金融法務事情1457号40頁（一審決定）、東京高決平成9年6月2日資料版商事法務166号159頁（抗告審決定）。

⁵⁴³ 名古屋高決平成7年11月15日判例タイムズ892号121頁。

⁵⁴⁴ 中村直人「株主代表訴訟での担保提供における『悪意』の意義」民商法雑誌115巻4・5号631~633頁（1997）；布井千博「判批」金融・商事判例974号39頁（1995）。

的となるべきではないし、上述した過失による不当訴訟要件に対する批判でもこの総合判断基準に当てはまるため、このような単純な加算法で悪意を認定すべきではないであろう⁵⁴⁵。また、そもそも、多様なステークホルダーを抱えている大規模公開会社が社会的責任を果たすべきであるという世界的な流れの下では、代表訴訟の公益性格を否定すべきではないであろう⁵⁴⁶。

(3) 判例の新潮流

以上のように、従来判例の主流に対して、学説の批判は過失による不当訴訟を悪意に含めた点に集中している。これらの批判を受ける形で、大阪高裁は取締役や監査役らの監視義務違反の責任が追及されている一連の事件で、過失による不当訴訟を悪意から除外し、被告の担保提供申立を容認する一審決定を次々と取り消した⁵⁴⁷。また、大阪高裁はこれらの決定で、訴訟の早期段階における原告の主張の不十分さにも寛容的な態度を取り、このような場合には適切な釈明権を行使したり、証拠の提出を求めたりする等の方法によって対処すべきであると判示した。

これらの決定が下された以降、担保提供が命じられた例がかなり減少し、2002年以降は公表例が完全に絶え、被告側が担保提供申立をすること自体がなくなっている。

3 評価

以上の検討によって、日本法の担保提供制度とその実際の運用状況を如何に評価すべきであるのか。

まず、判例は基本的に、不当訴訟に該当する可能性が高い場合と不法不当目的による提訴の場合に担保提供が命じられるという蛇の目基準が示す枠組みで運用されてきた。当該基準は濫訴の防止と被告取締役の不当訴訟による損害賠償請求権の担保という株主代表訴訟における担保提供制度の二つの立法目的に立脚していることが明確である。被告の損害賠償請求権の担保という目的の実現を通じて、濫訴の防止という目的も間接的に達成できる限り、このような枠組みは基本的に問題がないであろう。学説の中でも、一部の独自の見解が見られるが⁵⁴⁸、このような判断枠組みは基本的に

⁵⁴⁵ 同様の見解として、山田・前掲注(23)152頁。また、抗告審決定の結論を支持する見解として、小野寺千世「判批」ジュリスト1136号111頁(1998)。

⁵⁴⁶ 上村・前掲注(6)5~6頁参照。

⁵⁴⁷ 大阪高決平成9年8月26日判例タイムズ979号219頁(ミドリ十字事件担保提供申立抗告審決定)；大阪高決平成9年11月18日判例タイムズ971号216頁(大和銀行第二次事件担保提供申立抗告審決定)；大阪高決平成9年12月8日資料版商事法務166号145頁(大和銀行第一次事件担保提供申立抗告審決定)。

⁵⁴⁸ 故意・重過失による不当訴訟に該当する可能性が高い場合に限定すべきであるとする見解として、新谷・前掲注(23)192~193頁；中島・前掲注(488)521頁以下。逆に、不法不当目的での提訴に限定すべきであるとする見解として、小塚莊一郎「判批」ジュリスト1074号140頁(1995)；四宮章夫＝松井敦子「株主代表訴訟の担保提供命令における「悪意」の要件」米田實先生古稀記念『現代金融取引法の諸問題』99頁(民事法研究会、1996)。

支持されているようである⁵⁴⁹。

しかし、従来の判例の主流は株主代表訴訟案件の一時的急増に対応するために、被告の損害賠償請求権の担保という目的を過度に強調して、過失による不当訴訟の提起も悪意に含まるとして、訴訟の早期段階で原告の請求の成否の可能性を積極的に判断してきたが、学説の批判を受け、現在では、裁判所は故意による不当訴訟の提起という主観的知情を要求しており、訴訟の客観的事実だけで担保提供を命じないようになっている。では、請求が明らかに成立できない、または、請求原因が不特定で主張自体失当であるというような客観的事実が存在する場合についても、なお主観的知情を要求すべきであるのか。従来の判例は主観的知情を要求せずに担保提供を命じてきた。しかし、ミドリ十字事件の抗告審決定⁵⁵⁰で、大阪高裁が判示したように、裁判所はまず補正命令で対応し、原告がこれに応じず、結局、請求原因が不特定で主張自体失当であるときは、訴状却下（民訴法 137 条 2 項）または訴え却下（民訴法 140 条）で対処すべきであり、場合によっては請求を棄却することもできる。このような民事訴訟法上の措置の方がより直接に実質的な判断をするものとして本来の方法であろう。

次に、不法不当目的要件の運用について、裁判例をどう評価すべきであろう。前述した通り、同じ濫訴防止策として、権利濫用の法理を適用して訴えを却下するためには株主の提訴目的が株主たる資格と関係のない純然たる個人的利益の追求である必要があるが、担保提供が命じられた決定例を見ると、このような強い違法性の提訴目的がなくてもかなり問題であるような提訴目的が認定されればよいというようになっている。担保提供が命じられても原告が担保を積めば訴訟を継続できるという差異を考えれば、このような従来の裁判例の姿勢は特に問題がないであろう。しかし、実際には、担保提供が命じられると、ほとんどの場合、原告株主が担保を提供せず、訴えが却下されることになっており、担保提供制度が実質的に権利濫用と同様な機能を果たしている。その理由は疑いなく裁判所が命じている担保の金額が高額なためである。担保の金額については、法文上「相当の担保」としか規定されていないので、裁判所の裁量によって決定されることになる。多くの決定例は被告が蒙る可能性にある損害額を主要基準として、不当訴訟となる蓋然性の程度、悪意の態様・程度、悪意を認定された請求の部分が当該訴え全体の中で占める位置、責任を問われている被告の数等、当該訴えの提起に関する諸般の事情を総合的に考慮した上で決定されている。また、被告の損害額を判断する主要要素としては、被告の弁護士費用、精神的苦痛に対する慰謝料などが含まれる。実際に、被告一人につき 300 万円から 1000 万円程度の担保が命じられる場合が多い。勝訴しても直接的に一銭ももらえない原告株主にとっては、例え後訴で不当訴訟による不法行為責任が認められるリスクが低くても、これほど高

⁵⁴⁹ 例えば、森淳二郎「株主代表訴訟と担保提供」『会社法判例百選』別冊ジュリスト 180 号 155 頁（有斐閣、2006）；島田公明「判批」判例時報 1521 号 234 頁（1995）

⁵⁵⁰ 前掲注（547）。

い金額の担保が命じられると、訴訟維持の動機がほとんどなくなってしまう。したがって、不法不当目的要件を適用して担保提供を命じた従来の裁判例は権利濫用法理が適用できないが、なおかなり問題であるような提訴にも対処したとう意味で評価すべきであるが、担保提供制度本来の機能に対する正しい理解がまだ欠けているように思われる。

担保提供制度は本来、原告の訴訟の放棄だけを狙う制度ではなく、一定の担保を命じることによって訴訟を継続するか、請求を変更するか、または訴訟の継続を断念するかという選択を原告にさせることによって、濫用的な訴訟を選別することである⁵⁵¹。したがって、濫訴の中心部分には権利濫用の法理で対処して、そこまで悪性の強くはない周辺部分では担保提供で対処するという二段構えの構想で運用されるべきであろう⁵⁵²。これを実現するためには担保の金額を調整する必要がある。また、適度な金額に限定するためには、裁判所の裁量権を制限する必要もあり、最高限度額も設けるべきであろう⁵⁵³。

以上を総合的に見ると、日本法の担保提供制度とその運用はまだ見直すべきところがあるが、日本の裁判所は訴訟の早期段階で原告の請求の成否という客観的事実だけに基づいて担保提供を命じることに對して慎重になっており、濫訴の防止策としては正しい姿勢だと評価すべきであろう。また、株主代表訴訟の実質的解禁によって、直ちに権利濫用に当たらないような怪しい目的での一部の訴訟提起は担保提供をもって対処したという点では濫訴の防止に役立ったと評価できよう。このような評価は、担保提供制度があまり利用されていないという現状、及び濫訴が生じていないという日本の株主代表訴訟制度運用の現状によっても裏付けられるであろう。

四 小括

以上のように、株主代表訴訟の濫用が生じていない日本の現状では、濫訴防止策として、一般的法理と担保提供の慎重な運用によって対処できていると評価することができよう。立法論として、学説上、嚴重な決議要件のもとに株主総会による取締役の責任免除を認めるとともに、これに反対な株主に、少数株主権として代表訴訟を認めることを検討すべきであるという見解がある⁵⁵⁴。また、1993年商法改正後、株主代表訴訟の提訴件数の増加に鑑み、濫訴防止のために、単独株主権を少数株主権とすべき見解も経済界を中心に示されている⁵⁵⁵。さらに、アメリカ法上の行為時所有要件⁵⁵⁶と

⁵⁵¹ 同様な見解として、山田・前掲注(23) 159頁。

⁵⁵² 高橋・前掲注(510) 14頁。

⁵⁵³ 代表訴訟の訴額が95万円(現在は160万円)とみなされ、手数料が一律8200円(現在は13,000円)となっていることとの権衡から考えて、相当の最高限度額が設けられるべきであるとする見解がある。畠田・前掲注(549) 237頁。

⁵⁵⁴ 石井・前掲注(512) 357頁。

⁵⁵⁵ 例えば、片田哲也「経団連コーポレート・ガバナンス特別委員会の活動と緊急提言」

代表の適切性要件⁵⁵⁷の採用を主張する見解も見られる。しかし、これらの濫訴防止策の効果と弊害はさておき、以上の検討から見ると、そもそも日本法ではその必要性がないのではなかろうか。

第三節 日本法における制度の主要立法目的の調整

一 訴訟管理権限分配メカニズムの停止

1 形式的提訴請求手続

日本法においてもアメリカ法と同様に、株主が代表訴訟を提起する前に、提訴請求をしなければならない（旧商法 267 条 1 項＝会社法 847 条 1 項）。当該手続の基本的目的もアメリカ法と同様に、権利主体である会社に対し訴訟を提起するか否かの判断の機会を与えるためであると考えられている⁵⁵⁸。当該手続の内容は以下の通りである。

まず、提訴請求の宛先については、アメリカ法では取締役会であるのに対して、日本法では責任追及の対象に応じて異なる。すなわち、原則として、代表取締役が会社の営業に関する一切の裁判上の又は裁判外の行為をなす権限を有するが（旧商法 261 条 3 項＝会社法 349 条 4 項）、その特則として、会社と取締役との間の訴訟に関して、監査役が会社を代表し、代表訴訟の提訴請求を受けることになっている（旧商法 275 条ノ 4＝会社法 386 条 2 項 1 号）。したがって、取締役の責任を追及する場合は法文上明確に監査役とされているが⁵⁵⁹、監査役の責任を追及する場合は代表取締役であると一般的に解されている⁵⁶⁰。また、委員会設置会社の場合、原則として代表執行役が一

商事法務 1470 号 14 頁（1997）。

⁵⁵⁶ 前掲注（422）と注（423）で挙げた経済界や自民党の提案以外に、例えば、南隅基秀「株主代表訴訟の原告適格——代表の適切性と行為時所有の原則——」法学政治学論究 32 号 460 頁（1997）；西脇敏男・金融・商事判例 836 号 48 頁（1990）；北村・前掲注（5）50 頁；高橋均『株主代表訴訟の理論と制度改正の課題』328 頁（同文館、2008）。

⁵⁵⁷ 小林・前掲注（444）；小林＝原・前掲注（444）306 頁；南隅・前掲注（556）455 頁；高橋・前掲注（556）324 頁；周剣龍「株主代表訴訟」『会社法施行 5 年 理論と実務の現状と課題』ジュリスト増刊 30 頁（有斐閣、2011）。

⁵⁵⁸ 江頭・前掲注（447）456 頁。

⁵⁵⁹ なお、業務監査権限を有する監査役が存在しない場合、すなわち、旧商法時代では、商法特例法上の小会社と有限会社については、取締役会又は株主総会の定める者（旧商法特例法 24 条 1 項 2 項）、社員総会が定める者（旧有限会社法 27 条ノ 2）が取締役・会社間の訴訟代表権を有するとされていた。しかし、代表者が予め定められていることはほとんどなく、そのような場合についての扱いに関する規定もないため、問題となった（典型的な事例として、最判平成 5 年 3 月 30 日金融・商事判例 949 号 3 頁）。これらの会社形態を株式会社一本化した 2005 年新会社法は、非公開会社（全株式譲渡制限会社）で、且つ、非大会社について、監査役が設置されない場合、会社・取締役間の訴訟において、取締役会ないし株主総会が任意で代表者を定めることができるが（会社法 364 条、353 条）、代表者が定められていない場合は原則に戻って、代表取締役が訴訟代表権を有し、提訴請求の宛先になる。相澤哲＝石井裕介「株主総会以外の機関」相澤・前掲注（489）103 頁。

⁵⁶⁰ 前田庸『会社法入門（第 12 版）』511 頁（有斐閣、2009）。しかし、被監督者である取締役に監督者である監査役を訴える権限を付与していいのかについては若干疑問に思う。

切の代表権を有するが（会社法 420 条 3 項）、取締役・執行役と会社との間の訴訟については監査委員が提訴請求を受ける（会社法 408 条 3 項 2 号）。このように、責任追及の対象者と提訴請求の宛先をなるべく同一にさせないように設定されている。このような立法上の工夫は役員相互間の仲間意識に起因する提訴懈怠の可能性をなるべく減らし、会社経営陣による実質的な提訴要否の判断を期待しているといえる。

また、提訴請求を受ける者が実質的な判断をするためには株主が何を問題にしているかを最低限知る必要があるため、新会社法は、その提訴請求書の記載事項の明確化を図り、提訴請求書には①被告となるべき者、②請求の趣旨及び請求を特定するのに必要な事実といった最低限の記載を要求している（会社法施行規則 217 条）。

さらに、「会社として訴訟を提起すべきか否かを慎重に判断させる」⁵⁶¹ために、2001 年の商法改正で会社の考慮期間を 30 日から 60 日に延長した（ただし、60 日の経過により会社に回復することができない損害が生ずるおそれがある場合には、株主は直ちに提訴できる）（会社法 847 条 3 項 5 項）。

以上のように、日本法は提訴請求の宛先、提訴請求書の記載内容、会社の考慮期間についてさまざまな工夫をして、会社自身による訴訟の提起を保障ないし促進しようとしている。しかし、会社が提訴しないときは、株主が提訴できるという条文の文言（会社法 847 条 3 項）からも明らかのように、会社が提訴しない理由は不問であり、つまり、会社の不提訴判断がまったく尊重されないことになっている。したがって、日本法では、提訴請求手続があくまでも形式的なものであり、訴訟管理権限の分配メカニズムとして機能することが予定されていない。会社が自ら訴訟を提起しない限り、訴訟管理権限は優先的に株主に与えられている。この形式的な提訴請求手続を反映して、原告株主による同手続の履行に瑕疵がある場合に、当該訴訟を却下すべきかどうかという問題に対する裁判所の態度は寛容である。すなわち、確かに、この手続を厳格に解する裁判例もあるが⁵⁶²、緩やかな態度をとる裁判例も少なくない⁵⁶³。また、学

⁵⁶¹ 太田誠一ほか「企業統治関係商法改正法 Q & A」商事法務 1623 号 13 頁（2002）。

⁵⁶² 大阪地判昭和 41 年 12 月 16 日ジュリスト 422 号 135 頁は、株主が提訴請求をせずに代表訴訟を提起し、会社が提訴の事実を知った後 30 日を経過した場合でも、提訴請求手続に関する瑕疵は治癒されないと判示した。

東京地判平成 4 年 2 月 13 日判例タイムズ 794 号 218 頁は、取締役の責任を追及する訴において、株主が当初誤って代表取締役に提訴請求書を送付し、30 日経過後に代表訴訟を提起した後に改めて監査役に提訴請求をして、30 日経過したときでも、その瑕疵は治癒されないと判示した。

大阪地判平成 11 年 9 月 22 日判例タイムズ 1046 号 216 頁は、取締役でも監査役でもあった被告の責任追及について、株主が代表取締役に対して監査役としての責任追及を求め提訴請求をしたが、取締役としての責任追及を求め提訴請求を監査役に対して行わなかった場合、取締役としての責任を追及する代表訴訟は不適法であり却下すべきであると判示した。

大阪地判平成 12 年 9 月 20 日判例タイムズ 1047 号 86 頁は、取締役を退任して監査役に就任した被告の責任追及について、株主が同被告に対して取締役としての責任追及を求

説においても、厳格に解する見解⁵⁶⁴に対して、会社はその裁量によって代表訴訟の提起を阻止できなく、重要な意味の手続ではないし、会社が提訴請求に応じて自ら取締役の責任追及の訴えを提起することは希有の事態であるなどの理由で、この手続を厳格に解する必要がないと解する意見も多い⁵⁶⁵。もっとも、この手続を厳格に解しても、株主が改めて提訴請求手続を履践して代表訴訟を提起できるため、せいぜい2か月間ほどの提訴の遅延を招くだけであって、無益な訴訟を阻止することができない。

2 新会社法上の不提訴理由通知制度の意義

従来、会社が株主からの提訴請求を受けて提訴しないと判断した場合、株主に対して通知する必要はなかったが、2005年会社法では、不提訴理由通知書制度が新設され、会社は、株主の提訴請求を受けた日から60日以内に責任追及等の訴えを提起しない場合において、当該請求をした株主又は責任追及の対象となる取締役等から請求を受けたときは、当該請求をした者に対し、遅滞なく、責任追及等の訴えを提起しない理由を書面または電磁的な方法により通知しなければならない(会社法847条4項)。不提訴理由通知書の作成者については明確な規定がないが、提訴請求を受けるのは監査

める提訴請求をした場合、形式的には提訴請求の要件を具備しているが、実質的には同被告に対する提訴の要否を同被告自身に判断させることとなり、提訴請求を要求する商法の趣旨に照らし、提訴請求を行ったと評価できないとして、手続上の瑕疵は治癒されないもので、同被告に対する訴えのうち取締役としての責任を追及する部分については不適法であり、却下を免れないと判示した。

⁵⁶³ 東京地判昭和39年10月12日判例タイムズ172号226頁は、株主が提訴請求をして30日の経過を待たずに代表訴訟を提起した場合、後に会社がその訴訟手続に参加した時は、提訴請求手続に関する瑕疵は治癒されると判示した。

大阪地判昭和57年5月25日判例タイムズ487号173頁は、原告が取締役に対して提訴請求をなされるべきところ、監査役に対してなされたが、提訴後改めて会社に対する提訴請求を行い、30日以内に会社が訴えを提起しなかった場合には、手続上の瑕疵は治癒されると判示した。

大阪地判平成12年5月31日判例タイムズ1061号246頁は、株主が単に会社を宛名とする提訴請求書を会社従業員に手渡したとしても会社の判断機会が保障されているというべきであるとして、訴えを却下しなかった。

大阪地判平成12年6月21日判例時報1742号141頁は、原告が代表取締役に対して提訴請求なされるべきところ、監査役に対してなされたが、会社が被告取締役に補助参加しているため、その責任を追及する意思のないことを表明しているものと認めるべきであるとして、手続上の瑕疵は治癒されると判示した。

大阪地判平成16年12月22日判例タイムズ1172号271頁、大阪高判平成18年6月9日判例タイムズ1214号115頁は、監査役であった者に対する責任追及の訴えにおいて、法定の提訴請求の宛先でなかった監査役に提訴請求書を送付し、提訴後に改めて提訴請求書を代表取締役に送り、会社が60日間を経過しても訴えを提起しなかった場合には、手続上の瑕疵は治癒されると判示した。

⁵⁶⁴ 例えば、近藤光男「最近の株主代表訴訟をめぐる動向(下)」商事法務1929号41頁(2011)；吉本健一「判批」商事法務1434号(1996)；大隅=今井・前掲注(434)275頁。

⁵⁶⁵ 例えば、西尾幸夫「判批」判例タイムズ臨時増刊975号180頁(1998)；北沢・前掲注(447)371頁；深見芳文「判批」商事法務513号14頁(1970)；戸塚登「判批」商事法務437号12頁(1968)。

役であるから、監査役（会）が作成し通知すると一般的に解されている⁵⁶⁶。同様に、委員会設置会社であれば、監査委員（会）になろう。監査役または監査委員が不提訴理由の通知を怠ったとき、または不正の通知をしたとき、100万円以下の過料が科せられる（会社法976条2号）。

この制度の趣旨について、立案担当者は以下のような説明をしている。すなわち、株主による提訴請求があった場合には、会社は、事実関係を調査して、その調査内容の結果を前提として提訴するか否かを判断するのが通常であるが、旧商法にはその調査結果を開示する制度が存在しなかったため、代表訴訟の当事者は、事実関係を十分に把握できないまま、訴訟の追行を迫られることが多い。そこで、会社法は、役員間の馴れ合いによる不提訴を牽制するとともに、株主等が代表訴訟を迫る上で必要な訴訟資料を収集することを容易にするため、この制度を設けたのである⁵⁶⁷。

不提訴理由書の具体的記載事項については、会社法施行規則218条によれば、①会社が行った調査の内容（②の判断の基礎とした資料を含む）、②請求対象者の責任又は義務の有無についての判断、③請求対象者に責任又は義務があると判断した場合において、責任追及等の訴えを提起しないときは、その理由、と定めている。具体的には、①のいう調査の内容とは、調査の時期、調査を行った者、判断の基礎とした資料の標目、調査の方法、調査により判明した事実等をいい、請求対象者の責任の有無を判断するのに必要な事項として記載されるべきものである⁵⁶⁸。しかし、ここで注意しなければならないのは、①でいう「判断の基礎とした資料」とは、会社が調査した資料のすべてを記載する必要がない旨を明らかにしているし、「資料」とは、「資料の標目」であり、資料の内容そのものではないことである⁵⁶⁹。そうであれば、株主がこの制度によって入手できるのは会社がどのような資料を対象としてどのような判断をしたかということのみであって、その後の代表訴訟追行上に必要な資料を会社から収集するという利用の仕方はできそうになく、また元々そこまでの利用を意図した制度ではないともいえる⁵⁷⁰。したがって、この制度は株主に資料の収集手段を与えるためのものではなく、立案担当者が説明した通り、単に株主の資料収集を容易にするだけである。しかも、不提訴を表明した会社側が提訴株主に重要資料を開示するとは考えにくいし、上記規定は記載内容の実質化を強制しているわけでもないので、不提訴通知書は形式的な内容になる可能性が高いし、株主が代表訴訟を迫る上で必要な訴訟資料を収集

⁵⁶⁶ 江頭憲治郎ほか「「会社法制の現代化に関する要綱案」の基本的な考え方」商事法務1719号24頁〔森本滋発言〕（2005）。

⁵⁶⁷ 相澤ほか・前掲注（489）218頁。

⁵⁶⁸ 相澤哲ほか編『論点解説新・会社法』351頁（商事法務、2006）。

⁵⁶⁹ 相澤哲＝石井裕介「株主総会以外の機関」相澤哲編『立案担当者による新会社法関係法務省令の解説』別冊商事法務300号41～42頁（2006）。

⁵⁷⁰ 福島洋尚「役員等の損害賠償責任・責任追及訴訟」川村正幸＝布井千博編『新しい会社法制の理論と実務』別冊金融・商事判例145頁（2006）。

する困難さも従来とほとんど変わらないとも指摘されている⁵⁷¹。実際に公表された不提訴通知書を見ても明らかなように、実質的に充実した記載がなされていないようである⁵⁷²。

これに対して、不提訴理由書に記載された不提訴理由に現れた会社の対応ぶりが裁判所の心証形成に影響する可能性がある⁵⁷³と指摘する見解がある⁵⁷⁴。具体的には、「しっかりした内容の不提訴理由書が、株主代表訴訟の被告となった役員等の手を通じて裁判所に提出された場合には、米国において信頼できる訴訟委員会の調査結果の具申があったのと同様の機能を事実上果たすことが予想される」⁵⁷⁴。もしこのような解釈が可能であれば、裁判所が監査役の提訴拒絶の判断を尊重できるようになり、訴訟管理権限の分配に重要な影響を及ぼすことになる。しかし、このような解釈が果たして可能であるかは甚だ疑問である。まず、提訴要否に関する会社の判断をまったく尊重しないという条文の文言（会社法 847 条 3 項）に抵触する。次に、取締役等の対会社の責任を免除するには総株主の同意が必要であるという規定に反しないのか。また、制度の立法経緯⁵⁷⁵からみても、このような解釈は無理であろう。さらに、監査役の独立性が十分に保障されていないという日本の実態に照らして適切ではないし⁵⁷⁶、適法性監査を主たる役割としており、そこに経営判断を任せる構造になっていない日本法上の監査役はアメリカの訴訟委員会のような役割を期待することが難しい⁵⁷⁷とする批判も多く見られる。

したがって、不提訴理由通知制度は、会社自身による提訴を促進するという従来の提訴請求手続の機能をより一層図るとともに、株主等が代表訴訟を進行する上で必要な訴訟資料を収集することを容易にするために設けられたものであり、訴訟管理権限の分配には実質的影響がないというべきである。

二 取締役の責任範囲の限定と主要立法目的の調整

1 株主代表訴訟の対象と取締役の責任規制

すでに言及したように、第三者を含むあらゆる者の対会社責任を対象とするアメリカ法と違って、日本法の代表訴訟制度の対象は基本的に会社経営者に限定されている。具体的には、旧商法の下では、取締役（旧商法 267 条）以外に、発起人（同法 196 条）、

⁵⁷¹ 松山三和子「不提訴通知制度の意義と監査役の職務」月刊監査役 561 号 63~64 頁(2009)。

⁵⁷² 周・前掲注(557) 34 頁。

⁵⁷³ 江頭・前掲注(447) 475 頁。

⁵⁷⁴ 江頭憲治郎「新会社法による不提訴通知書制度の導入」月刊監査役 501 号 3 頁(2005)。

⁵⁷⁵ 第一節の一の 4 参照。

⁵⁷⁶ 近藤光男「代表訴訟と監査役の機能」江頭憲治郎先生還暦記念『企業法の理論(上巻)』604 頁(2007)；藤原俊雄「会社法における代表訴訟制度と監査役の役割」法律論叢 80 卷 2・3 合併号 358 頁(2008)；松山・前掲注(571) 65 頁。

⁵⁷⁷ 近藤・前掲注(576) 604 頁。

監査役（同法 280 条）、清算人（同法 430 条）、取締役と通謀して著しく不公正な価額で新株または新株予約権を引き受けた者（同法 280 条ノ 11、280 条ノ 39 第 4 項）、株主権の行使に関し利益供与を受けた者（同法 295 条 4 項）、委員会設置会社の執行役（旧商法特例法 21 条ノ 25 第 2 項）が株主代表訴訟の対象とされていた。2005 年会社法の下では、これらの者に加え、会計監査人と会社法で新設された会計参与が新たに株主代表訴訟の対象とされている（会社法 847 条 1 項）。

しかし、旧商法も会社法も、これらの対象者のうち、取締役と通謀して著しく不公正な価額で新株または新株予約権を引き受けた者、株主権の行使に関し利益供与を受けた者について、代表訴訟の対象となる責任は明確に差額や受けた利益の返還義務と定めているが、それ以外の対象者について、「責任」と述べているだけで、具体的にどのような責任発生原因が株主代表訴訟の対象となるのかについて明らかではない。したがって、従来から、特に取締役に關して、株主代表訴訟の対象となる責任の範囲について、学説と判例上、意見の対立が見られる。そこで、以下では、取締役の責任規制について概観する上で、学説と判例の状況を確認し、取締役の責任範囲を限定することは株主代表訴訟制度の主要立法目的にどのような影響を及ぼし、その主要立法目的の調整に役立つのかを検討する。

取締役の責任について、旧商法 266 条 1 項は五つの発生原因を定めていた。すなわち、第一に、違法配当を行った場合の弁済責任（同項 1 号）、第二に、株主権の行使に関する利益供与の禁止規定に違反した場合の弁済責任（同項 2 号）、第三に、会社が取締役に對して金銭の貸付を行って、借入した取締役が弁済をしない場合に、貸付を行った代表取締役と当該貸付行為が取締役会決議に基づく場合にその決議に賛成した取締役との弁済責任（いわゆる仲間貸し責任、同項 3 号）、第四に、利益相反取引をなした場合の損害賠償責任（同項 4 号）、第五に、法令定款違反行為をした場合の損害賠償責任（同項 5 号）である。これらのうち、1 号から 4 号までは 1950 年改正商法が取締役の責任の明確化・厳格化を図るために個別に列挙していた責任であるのに対して、5 号はその法令の中に注意義務と忠実義務の規定（旧商法 254 条 3 項、民法 644 条、旧商法 254 条ノ 3）が含まれていると解されているため、取締役の任務懈怠責任を包括的に定めたものである⁵⁷⁸。

そのほか、資本維持原則の一環として、旧商法は、上記 1 号責任以外には、自己株式の取得に関する期末の欠損填補責任（210 条ノ 2）や違法な中間配当に関する期末の欠損填補責任（293 条ノ 5 第 5 項）も法定されていた。また、資本充実原則の要請から、会社の設立に関する引受・払込担保責任（192 条）や現物出資・財産引受に関する不足額填補責任（192 条ノ 2）、新株発行に関する引受担保責任（280 条ノ 13）や現物出資に関する不足額填補責任（280 条ノ 13ノ 2）を定めていた。

⁵⁷⁸ 上柳ほか・前掲注（447）259 頁以下参照〔近藤光男〕。

会社法では、上記 5 号責任のかわりに、その 423 条 1 項は明確に取締役の任務懈怠責任を定めている。上記 4 号の利益相反取引に関する責任については任務懈怠責任に統合され、任務懈怠責任の過失責任化に伴い、過失推定と無過失の特則が設けられている（423 条 3 項、428 条 1 項）。上記 3 号の仲間貸し責任は利益相反取引規制に服すべきとして、削除された。上記 2 号の責任は特別の法定責任として会社法の 120 条 4 項に引き継がれている（ただし、過失責任化されている）。また、会社法では、配当や自己株式の有償取得等の剰余金の分配について横断的な規制を整備したことに伴い、上記 1 号の違法配当責任は 462 条 1 項に、上記自己株式の取得と違法な中間配当に関する期末欠損の填補責任は 465 条 1 項に、それぞれ組み込まれている。しかし、会社法では、資本充実原則が大きく減退したため、会社設立に関する引受・払込担保責任と新株株式発行に関する引受担保責任が削除されたが、設立時や新株発行時における現物出資等に関する不足額填補責任は部分的に過失責任化されたうえで、会社法に引き継がれている（52 条、103 条 1 項、213 条、286 条）。

2 学説の状況

(1) 全債務説

従来、取締役・会社間の取引により生じた債務等を含む取締役の会社に対する一切の債務に関して代表訴訟が提起できるとする全債務説は通説とされてきた⁵⁷⁹。その主たる理由としては、①役員間の特殊関係に基づく会社の提訴懈怠の可能性は取締役の会社に対する一切の債務について同じであること、②全債務説を採らないと、会社から金銭の貸付を受けた取締役が弁済を怠った場合には、会社を代表してその貸付をなした代表取締役及び貸付に賛成した取締役の未弁済額の弁済責任（上述した仲間貸し責任）については代表訴訟が認められるにもかかわらず、当該貸付を受けた取締役の弁済責任についてはこれが認められないことになって、著しく権衡を失すること、③取締役が会社に対して負担する取引上の債務を履行することもその忠実義務に基づく責任であるといえること、が挙げられている。これらのうち、理由②でいう一種の連帯責任である仲間貸し責任が上述したように会社法で廃止され、任務懈怠責任に統合されたことによって、貸付を受けた取締役と貸付をなした取締役との責任は同一損害のものではなく、連帯関係にはないため、理由②は成立しなくなったという見解が多く見られる⁵⁸⁰。また、会社法では、利益相反取引が原則として過失責任化される一方

⁵⁷⁹ 例えば、旧商法下では、鈴木＝石井・前掲注（434）179～180 頁；松田・前掲注（434）135 頁；田中＝山村・前掲注（513）861～862 頁；鈴木＝竹内・前掲注（436）300 頁；大隅＝今井・前掲注（434）272 頁；神崎・前掲注（512）213 頁。また、会社法下では、龍田節『会社法大要』163 頁（有斐閣、2007）；加美・前掲注（446）382 頁；関・前掲注（446）327 頁。また、会社法の立案担当者も、条文上、制限が設けられていない限り、全債務説が妥当とする。相澤ほか・前掲注（568）348 頁。

⁵⁸⁰ 山田泰弘「株主によって責任追及等の訴えで追及できる役員等の責任の範囲」立命館法学 333・334 号 1639 頁（2010）。また、青竹正一『新会社法（第 3 版）』350 頁（信山

で、利益相反行為を自ら行った取締役の責任について無過失の特則が設けられており、強化されているため、②でいうアンバランスが解消されたともいえる⁵⁸¹。しかし、貸付行為をなした代表取締役などの任務懈怠責任が代表訴訟の対象になるにもかかわらず、貸付を受けた取締役の責任は取引上の債務として代表訴訟の対象にならないというのはやはり権衡を失することに変わりがない⁵⁸²。

そして、この全債務説に立てば、取締役に就任する前に会社に負担した債務についても代表訴訟の対象となる⁵⁸³。

(2) 限定債務説

これに対して、免除困難ないし不可能な責任のみが代表訴訟の対象とすべきであると解する限定債務説も有力に主張されてきた⁵⁸⁴。具体的には、旧商法の下では、責任の免除に総株主の同意が必要である 266 条 1 項各号の責任（ただし、4 号の利益相反に関する責任は総株主の議決権の 3 分の 2 による免除が可能である、266 条 5 項 6 項）と資本維持・充実原則の要請に基づく各責任に限ることになる。会社法の下では、会社法が明確に定めた責任について、その免除は基本的に総株主の同意が要求されるため⁵⁸⁵、会社法上の責任のみが代表訴訟の対象となる⁵⁸⁶。限定債務説の主たる理由は、アメリカ法と違って、訴訟の提起・維持について会社の裁量権を一切認めない日本法では、取締役が会社に対して負担する一切の債務を含ませることは代表訴訟を広く認めすぎて不都合であり、代表訴訟が認められるかどうかは提訴懈怠可能性があるか否かだけでなく、会社に対する債務の発生原因のいかんにもかかっているからである。つまり、一般の契約上の債務の履行を求めることは、たとえ相手方が役員等であっても、会社の経営判断の一つに属するのであり、一人の株主による訴え提起の判断を優

社、2010)；北村雅史「判批」民商法雑誌 142 卷 2 号 189 頁 (2010)。

⁵⁸¹ 藤原俊雄「判批」判例時報 2057 号 (判例評論 611 号) 196 頁 (2010)。

⁵⁸² 前田・前掲注 (560) 439 頁参照。

⁵⁸³ 例えば、田中＝山村・前掲注 (513) 861~862 頁；鈴木＝竹内・前掲注 (436) 300 頁；大隅＝今井・前掲注 (434) 272 頁；神崎・前掲注 (512) 213 頁；相澤ほか・前掲注 (568) 348 頁。

⁵⁸⁴ 北沢・前掲注 (447) 360 頁；佐伯直秀「代表訴訟によって追及しうる取締役の責任の範囲」北沢正啓編『商法の争点 (第 2 版)』142 頁 (有斐閣、1983)；服部栄三『会社法通論 (第 4 版)』131 頁 (同文館、1991)；森本滋『会社法 (第 2 版)』259 頁 (有信堂、1995)。

⁵⁸⁵ 会社法は、任務懈怠責任 (424 条)、利益供与に関する責任 (120 条 5 項)、剰余金の分配に関する各種の責任 (462 条 3 項、464 条 2 項、465 条 2 項)、設立時の現物出資等に関する不足額填補責任や任務懈怠責任 (55 条) について、個別列挙の方式でその免除に総株主の同意を要求している。ただし、募集株式の発行時の現物出資に関する不足額填補責任 (213 条) についてはその免除に関する明文の規定がないが、取締役会の承認によって免除できるという立案担当者の解説 (相澤ほか・前掲注 (568) 214 頁) に基づけば、限定債務説はこの種の責任を代表訴訟の対象から除外することになる。しかし、限定債務説を支持する見解の多くはこの種の責任をも代表訴訟の対象としている。

⁵⁸⁶ 弥永真生『リーガルマインド会社法 (第 12 版)』220 頁 (有斐閣、2009)；江頭・前掲注 (447) 453 頁；青竹・前掲注 (580) 350 頁；近藤光男『最新株式会社法 (第 6 版)』330 頁 (中央経済社、2011)。

先させることが適切ではないからである⁵⁸⁷。また、代表訴訟の対象範囲を広く認めると、会社荒らし訴訟の好餌となることも理由の一つとして挙げられていた⁵⁸⁸。さらに、限定債務説を支持する多くの論者は会社法以外の責任について任務懈怠責任を介して代表訴訟で追及できるため、限定債務説をとっても特に支障が生じないことも主張している。

そして、この限定債務説の立場からすると、取締役が就任する前に会社に負担した債務などを代表訴訟の対象とすべきではないことになる⁵⁸⁹。

(3) 折衷的アプローチの登場と学説対立の焦点

以上のように、従来から、全債務説と限定債務説とが対立していた。しかし、どちらの説も取締役が在任期間中に負担した債務について、退任後にも代表訴訟の対象となることを認めている⁵⁹⁰。また、取締役が会社との委任契約に基づいて負う善管注意義務・忠実義務の履行として具体的な業務執行行為を代表訴訟によって強制することができないことについても争いがない⁵⁹¹。したがって、この両説が対立していたのは取締役が就任前に会社に対して負った責任、及び在任中に負った責任の中に免除困難ないし不可能な任務懈怠責任などの会社法規上の責任以外の責任である。

しかし、この両説が対立していた部分の責任には、取引によって生じた債務（契約の履行義務、債務不履行に基づく損害賠償責任）、取引を解除した場合の原状回復義務、取引が無効であった場合の不当利得返還義務、不法行為に基づく損害賠償責任、不動産所有権に基づく真正な登記移転義務、横領物の不当利得返還義務など、多種多様な責任発生原因と責任形態が存在する。したがって、全債務説のいうように、これらすべてを株主代表訴訟の対象とすることは会社の経営裁量権をまったく無視するものであり妥当ではないが、かといって、限定債務説のいうように、責任免除困難ないし不可能な責任のみに限定して、これらすべてを株主代表訴訟の対象から除外するのも適当ではないとして、会社の裁量権を損なわず、かつ株主の利益のために株主代表訴訟の対象とすべき責任を選別する必要がある⁵⁹²というような折衷的なアプローチが主張されるようになってきた。また、株主代表訴訟を認めることが株主の利益にとって望

⁵⁸⁷ 近藤・前掲注（586）330頁。

⁵⁸⁸ 佐伯・前掲注（584）143頁。

⁵⁸⁹ 近藤・前掲注（586）331頁。

⁵⁹⁰ 例えば、鈴木＝石井・前掲注（434）180頁；田中＝山村・前掲注（513）861～862頁；大隅＝今井・前掲注（434）272頁；神崎・前掲注（512）213頁；森本・前掲注（584）259頁；青竹・前掲注（580）350頁；江頭・前掲注（447）454頁。

⁵⁹¹ 大塚龍児「株主権の強化・株主代表訴訟」鴻常夫先生古稀記念『現代企業立法の軌跡と展望』56頁（商事法務研究会、1995）；森本滋「株主代表訴訟における「取締役の責任を追及する訴え」」商事法務 1932号10頁（2011）。

⁵⁹² 岸田雅雄「判批」江頭憲治郎ほか編『会社法判例百選』別冊ジュリスト180号153頁（2006）。また、土田亮「代表訴訟によって追及しうる取締役等の責任の範囲」浜田道代＝岩原紳作編『会社法の争点』ジュリスト増刊159頁（2009）；同「株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲」大宮ローレビュー6号68頁以下（2010年）。

ましいかどうか、なんらかの弊害が生じないかどうか、または事案の適切な解決を図れるかどうかといった観点から、責任の具体的類型に即して個別具体的に検討するものも同様なアプローチである⁵⁹³。近年、学説の議論はほとんどこのようなアプローチから株主代表訴訟の対象となる取締役の責任範囲の問題を考察している。以下では、意見が多く表明された責任原因ないし形態について学説の議論状況をまとめ、現在の学説対立の焦点を明らかにしてみる。

(i) 旧商法の下では、競業取引規制に違反して競業取引を行った取締役に対して取締役会が介入権を行使できるという規定が存在した(旧商法 264 条 3 項)。取締役会がこの介入権の行使を決定した場合に、競業取引をなした取締役はその取引の経済的成果を会社に帰属させる義務が生じる。取締役会が介入権を決定したのに、その義務の履行を請求しないことはあまり考えられないが、この場合に生じる義務についても、代表訴訟の対象とすべきであるとする意見が多い⁵⁹⁴。反対に、その義務の履行請求の時期などについて取締役会が決定権限を有すべきであって、その義務の履行を怠ったことによる任務懈怠責任を代表訴訟の対象とすれば十分であるという意見もある⁵⁹⁵。しかし、新会社法は介入権の規定を廃止し、損害額推定規定(旧商法 266 条 4 項=会社法 423 条 2 項)に一本化したため、このタイプの債務の問題が生じなくなった。

(ii) 不動産の登記移転義務や特定物の引渡義務という責任形態について、後述するように、実務で特に問題が多い。この形態の責任が発生する原因は二種類が考えられる。まず、会社が第三者から土地などを譲り受けたのに、取締役が自己の名義で登記した場合である。そして、会社と取締役との利益相反取引が無効や解除となった場合にも生じうる。後者の場合は次の(iii)に譲って、ここでは前者の場合について考察する。前者の場合はいわゆる委任の本旨に基づく具体的な業務執行行為を求めるものであり、上述したように、学説においてはその履行を代表訴訟で強制することができないことについて争いがない。しかし、不動産の登記移転義務や特定物の引渡義務について、その例外として、この形態の責任を代表訴訟の対象とする必要があることは学界においてすでにコンセンサスが形成されていると思われる。その理由として多く挙げられているのは、単に事後の金銭による損害賠償請求を認めるだけでは事案の解決にとって不十分であるとする意見である⁵⁹⁶。ほかに、このような場合であっても、会社の裁量権を認める余地がまったくないかについて疑問がないわけではないが、このよう事案が生じるのが通常小規模閉鎖会社であり、少数株主に会社経営の監督是正

⁵⁹³ 吉原和志「代表訴訟によって追及される取締役の責任の範囲」北沢正啓=浜田道代編『商法の争点 I』157 頁(有斐閣、1993);伊藤靖史「判批」商事法務 1628 号 128 頁以下(2002)。

⁵⁹⁴ 吉原・前掲注(593) 157 頁;大塚・前掲注(591) 58 頁。

⁵⁹⁵ 伊藤・前掲注(593) 130~131 頁。

⁵⁹⁶ 吉原・前掲注(593) 157 頁;岸田・前掲注(592) 153 頁;大塚・前掲注(591) 58 頁;片木晴彦「判批」判例時報 1731 号(判例評論 504 号) 199 頁(2001)。

の機会を与える必要もあることを理由に、このよう義務を代表訴訟の対象とすることにも合理性がないわけではないとする意見もある⁵⁹⁷。また、取締役の任務懈怠に基づく損害賠償請求権を基礎づける違法の職務関連行為の是正を求めるものと解することができるという構成をとる見解も見られる⁵⁹⁸。そもそも、本来会社名義で登記すべきであるのに、取締役が勝手に自己の名義で登記することは業務上横領行為に該当する可能性が高いと考えられ、横領物の返還義務が代表訴訟の対象とすべきであることについて異論がないから⁵⁹⁹、この類型の責任を代表訴訟から除外する理由がないであろう。しかし、会社との合意に基づいて取締役が自己の名義で登記した場合、横領行為に該当しないため、特定物の返還義務であっても代表訴訟の対象とすべきでないであろう⁶⁰⁰。

(iii) 取締役が在任中に会社との利益相反取引によって生じた債務については、二つの場合に分かれて検討されている。

一つの場合は、取引が無効となった場合の不当利得返還義務、取引が解除された場合の原状回復義務についてである。または株主総会報酬決議に瑕疵のある場合の報酬返還義務も基本的に類似の性質を有し、同様に考えていいであろう。この種類の義務について、異論も存在するが⁶⁰¹、返還物が不動産などのような特定物の場合はもちろん⁶⁰²、金銭の場合も直接代表訴訟の対象とした方が直截であり⁶⁰³、取締役としては忠実に履行すべきである⁶⁰⁴とする意見の方が多い。

しかし、取引が有効である場合に生じた取引の履行義務や債務不履行に基づく損害賠償責任については、学説が依然として対峙状態にある。代表訴訟の対象とすべきであるとする見解は以下のような理由に基づいている。すなわち、第一に、代表取締役が会社の利益を凶るべき義務を負い、会社の権利を実現する手続をとらないことはむしろ異例に属する。特に、取締役に対する権利を行使しないことはそれだけで代表取締役の任務懈怠を推認させる⁶⁰⁵。第二に、限定債務説は一見経営判断を尊重しているように見えるが、実際には取締役会が責任の免除や和解といった措置を講ずれば代表訴訟を避けることができ、責任を追及するかどうかの積極的な判断をしないまま事態を漫然と放置することを許容することになるため、取引上の債務を代表訴訟の対象とした方がむしろ取締役会の明確な判断を促すことになる⁶⁰⁶。第三に、利益相反取引行

⁵⁹⁷ 伊藤・前掲注(593)130頁。

⁵⁹⁸ 森本滋「判批」私法判例リマックス(法律時報別冊)39号81頁(2009)。

⁵⁹⁹ 土田・前掲注(592)73頁；山田・前掲注(580)1672頁。

⁶⁰⁰ 山田・前掲注(580)1674頁。

⁶⁰¹ 森本・前掲注(591)9~11頁。

⁶⁰² 吉原・前掲注(593)157頁。

⁶⁰³ 藤原・前掲注(581)195頁；土田・前掲注(592)75頁。

⁶⁰⁴ 山田・前掲注(580)1670~1671頁

⁶⁰⁵ 渋谷光子「代表訴訟により追及できる責任の範囲」法学教室〔第二期〕4号125頁(1974)。

⁶⁰⁶ 吉原・前掲注(593)157頁。

為を行った取締役、会社を代表して当該行為を行った取締役、当該行為を承認した取締役会決議に賛成した取締役すべてについて旧商法は嚴重な責任を定めていたため（旧商法 266 条 1 項 4 号、2 項、3 項）、取引上の債務だけを外すことは適切ではない⁶⁰⁷。また、会社法の下でも、利益相反取引は手続規制（会社法 356 条 1 項 2 号・3 号、365 条）が設けられており、利益相反取引行為を行った取締役が無過失責任（会社法 428 条 1 項）を負い、その債務は忠実に履行すべき会社法上の義務といえるため、代表訴訟の対象とすべきである⁶⁰⁸。これに対して、会社から取引債務の履行請求を受けたにもかかわらず履行しないこと、または、履行請求をしない代表取締役が任務懈怠責任を負う以上、取引上の債務を代表訴訟の対象とする必要が特にないと見る意見も依然として根強い⁶⁰⁹。

また、在任中に負った不法行為責任については見解が表明されたことが少ないが、基本的に取引が有効である場合の取引上の債務と同様に、意見の対立が生じている模様である⁶¹⁰。

（iv）使用人兼任取締役の使用人としての任務懈怠責任については、従業員としての違法行為について行為者として責任を負担するのではなく、自己の行為を止めさせ、そのことを代表取締役に報告することを怠ったことの監視義務違反を追求すべきであると見る意見もある⁶¹¹。しかし、以下のような理由で代表訴訟の対象とすべきであると見る意見の方が多数派のようである。すなわち、第一、従業員の行為と取締役の行為を技巧的に分けても、実際には常に故意による監視義務違反が認められるため、監視義務違反の構成をとる実益がない⁶¹²。第二に、日本の取締役会制度の実務慣行から生じた使用人兼務取締役をあえて救済する必要もない⁶¹³。第三に、従業員としての違法行為を取締役としての自分が阻止する義務がある⁶¹⁴。また、ほぼ同様な主旨として、使用人としての職務の執行に際しても当該取締役は取締役として誠実にその職務を履行する義務を負い（その職務は取締役の職務に準ずる）、使用人としての任務も取締役のとしての任務懈怠と評価することができるため、代表訴訟の対象とすべきである⁶¹⁵。

（v）取締役就任前に会社に対して負った債務については、上述したように、従来、全債務説と限定債務説が対立していたが、近時、会社がその履行を求めるか、責任を

⁶⁰⁷ 片木・前掲注（596）199 頁。

⁶⁰⁸ 山田・前掲注（580）1668~1669 頁。

⁶⁰⁹ 伊藤・前掲注（593）131 頁；土田・前掲注（592）76 頁；森本・前掲注（591）9 頁。

⁶¹⁰ 対象とすべき見解として、土田・前掲注（592）76 頁；山田・前掲注（580）1673 頁。対象とすべきでない見解として、森本・前掲注（598）80 頁。

⁶¹¹ 藤原・前掲注（581）195 頁；上村達男「日本航空電子工業代表訴訟判決の法的検討（下）」商事法務 1434 号 12 頁（1996）など。

⁶¹² 吉本健一「判批」商事法務 1562 号 42 頁（2000）。

⁶¹³ 片木・前掲注（596）199 頁。

⁶¹⁴ 中村一彦「判批」判例タイムズ 879 号 76 頁（1995）など。

⁶¹⁵ 森本・前掲注（591）8 頁。

減免するかは基本的に経営判断事項であり、その経営判断についての任務懈怠責任を代表訴訟の対象とすれば足りるとか⁶¹⁶、就任前の場合は会社法上の規制強化の対象ではない⁶¹⁷といった理由で、代表訴訟で追及すべきではないとする見解が多くなっているようである⁶¹⁸。しかし、責任の発生時期による対象範囲の区分けについて学説は依然として対立している。

以上から見ると、現在においては、学説対立の焦点は利益相反取引が有効である場合に生じた取引債務、不法行為の損害賠償責任、取締役就任前に負担した債務について代表訴訟の対象とすべきかである。

3 判例の状況

(1) 下級審判例

従来、下級審判例は代表訴訟の対象範囲の問題について立場が分かれていた。以下では、上と同様に、責任の形態、発生原因、発生時期ごとに下級審判例の状況を確認する。

まず、不動産の登記移転義務が問題となった事例が多く、判例の立場は上記学説のように統一されていない。会社の代表取締役がその資格において会社のために購入した建物を自己の名義で取得登記しているとして、会社の株主が申し立てた当該登記の抹消請求権を保全するための仮処分決定に対して、代表取締役が異議を申し立てた事案において、東京地判昭和 31 年 10 月 19 日（判例時報 95 号 21 頁）は、特に理由を述べることなく、代表訴訟の対象となる取締役の責任は取締役の法令・定款違反による損害賠償責任と資本充実責任を意味し、会社が代表取締役に対して有する登記抹消請求権を会社に代位して行使することは代表訴訟の認められる範囲を超え、許されないとして仮処分決定を取り消した⁶¹⁹。

これに対して、代表取締役がその資格において売主と折衝して買い受けた土地を自己名義に登記したため、株主はその相続人に対して、会社のために真正な所有名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めた事案において、大阪高判昭和 54 年 10 月 30 日（判例タイムズ 401 号 153 頁）は、提訴懈怠の可能性は取締役が会社に対し不動産所有権の真正な登記名義の回復義務を負っている場合でも異ならないこととして、原決定を取り消し、原審に差し戻した。また、大阪地判昭和 38 年 8 月 20 日（判例タイムズ 159 号 135 頁）は、傍論として、「もとより代表訴訟の目的となる取締役

⁶¹⁶ 片木・前掲注（596）200 頁；伊藤・前掲注（593）129 頁；藤原・前掲注（581）194~195 頁。

⁶¹⁷ 山田・前掲注（580）1669、1671、1673 頁。

⁶¹⁸ また、近時、全債務説に立ちながらも、就任前の責任を対象外とする見解も現れた。畠田公明『会社法講義 I』387 頁（中央経済社、2009）；大隅健一郎＝今井宏＝小林量『新会社法概説（第 2 版）』243 頁（有斐閣、2010）。

⁶¹⁹ もっとも、当該建物は代表取締役が個人の資格で取得したものであると認定されているため、当該判示部分は傍論に該当する。

の義務内容は、同人の会社に対する損害賠償義務ないし不当利得返還義務に限られることなく、特定物の返還義務、登記移転義務をも含むものといつてよいであろう。」と述べている。

次に、争いが多かった事例は取締役就任前に会社に対して負った債務についてであり、学説と同様、判例の立場が分かれている。使用人兼任取締役が就任前の従業員時代から反復継続的に違法な輸出業務に関与したとして責任が追及された事案において、東京地判平成8年6月20日（判例時報1572号27頁）は、特に理由を明示することなく、取締役就任以降の違法輸出の分のみを代表訴訟の対象として認めた。また、東京地判平成10年12月7日（判例時報1701号161頁）は、限定債務説に立ち、取締役就任前に従業員としての行為による賠償責任が代表訴訟の対象に含まれないとして訴えを却下した。

これに対して、大阪地判平成11年9月22日（判例タイムズ1046号216頁）は、提訴懈怠のおそれは取締役の就任前後で異なることはないとして、取締役就任前から会社に対して負担していた債務を代表訴訟で請求できると判示した⁶²⁰。

このほか、利益相反取引が無効となった場合の不当利得返還義務については争いが少なく、東京地判平成20年1月17日（判例時報2012号117頁）という一件しか見当たらない。この事案では、原告株主は、会社と代表取締役の間で行われた会社の有する自己株式の売買契約が取締役会の承認を欠き、無効であることを理由に、株券の返還を求めた。同判決は限定債務説に立つ上で、旧商法266条1項が金銭賠償のみを予定していることを理由に、同項の責任には株券の引渡請求は含まれないと判示した。この立場は基本的に近時の学説の主流に反するものである。

以上のように、下級審判例では、学説において生じている個別の責任についての収斂現象が見られず、いずれの場合についても対立が生じている。ただし、使用人兼任取締役の使用人としての任務懈怠責任については、東京地判平成12年11月30日（資料版商事法務203号198頁）は、取締役に就任した以上、その取締役が取締役在任中に会社における職務行為に関して会社に対して負うべき損害賠償責任は、その行為の性質が従業員としての行為か取締役としての行為かという性質を論ずるまでもなく、株主が代表訴訟によって追及することができる取締役の責任に含まれると判示して、学説の多数派の主張を受け入れた。

（2）平成21年最高裁判決

原告株主が、会社の買い受けた各土地について、被告代表取締役に所有権移転登記がされていると主張して、被告に対し、①主位的には、同社の取得した本件各土地の所有権に基づき、②予備的には、同社は、本件各土地の買受けにあたり、取締役である被告に対し、本件各土地の所有名義を被告とする所有権移転登記手続を委託し、被

⁶²⁰ ただ、義務違反が認められないとして請求が棄却されている。

告との間で期限の定めのない被告所有名義の借用契約を締結していたが、本件訴状の送達により、借用契約が終了したとして、上記契約の終了に基づき、同社への真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を請求した。

第一審⁶²¹は、本件請求は代表訴訟の対象となると解した上で、本件事実に対する審理の結果、原告は本件各土地の所有権が会社にあることの立証がされていないとして、原告の請求を棄却した。これに対して、原告が控訴した。

控訴審⁶²²は、「株主代表訴訟は、商法が、株主総会の権限を限定し、取締役の権限を広範なものとするとともに、取締役の特定の行為について、取締役に、会社と取締役との間の委任契約に基づく善管注意義務による責任を越えて、厳格化・定型化された特別の責任を負わせていることを受けて、その責任の履行を確実なものとして、株主の地位を保護するために設けられたものと理解される制度である。そうすると、株主代表訴訟によって追及することのできる取締役の責任は、商法が取締役に地位に基づいて取締役に負わせている厳格な責任を指すものと理解すべきであり、取締役が、取締役の地位に基づかないで会社に負っている責任を含まないと解することが相当である。

仮に、株主代表訴訟によって、取締役が取締役の地位に基づかないで会社に負っている責任にして、未だ損害賠償責任に転化していない責任まで追及できるとした場合には、会社が、何らかの経営判断により、当該責任の追及（権利の行使）を留保している事案にまで、少数株主が会社の経営判断を覆して会社が取締役に對して有する権利を行使することになり、商法が株主の権限を原則として株主総会を通じて多数決原理によって行使するものに限定した趣旨と矛盾することとなるし、併せて、商法 266 条が取締役に負させた厳格な責任の対象が、原則として会社に現に生じた損害とされており（商法 266 条 1 項 1 号、2 号、4 号、5 号）、例外的に他の取締役に対する金銭貸付けについてのみ、回収可能性にかかわらず未回収額についての責任を負わせていること（同条項 3 号）とも整合しない結果となるというべきである。」と判示して、本件訴えを不適法なものとして却下した。

これに対して、最高裁は、「株主代表訴訟の制度は、取締役が会社に対して責任を負う場合、役員相互間の特殊な関係から会社による取締役の責任追及が行われぬおそれがあるので、会社や株主の利益を保護するため、会社が取締役の責任追及の訴えを提起しないときは、株主が同訴えを提起することができることとしたものと解される。そして、会社が取締役の責任追及を怠るおそれがあるのは、取締役の地位に基づく責任が追及される場合に限られないこと、同法 266 条 1 項 3 号は、取締役が会社を代表して他の取締役に金銭を貸し付け、その弁済がされないときは、会社を代表した取締役が会社に対し連帯して責任を負う旨定めているところ、株主代表訴訟の対象が

⁶²¹ 大阪地判平成 18 年 5 月 25 日金融・商事判例 1315 号 51 頁。

⁶²² 大阪高判平成 19 年 2 月 8 日金融・商事判例 1315 号 50 頁。

取締役の地位に基づく責任に限られるとすると、会社を代表した取締役の責任は株主代表訴訟の対象となるが、同取締役の責任よりも重いというべき貸付けを受けた取締役の取引上の債務についての責任は株主代表訴訟の対象とならないことになり、均衡を欠くこと、取締役は、会社に対する取引債務についても、会社に対して忠実に履行すべき義務を負うと解されることなどにかんがみると、同法 267 条 1 項にいう「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についての責任も含まれると解するのが相当である。」と判示し、本件上告人の主位的請求は、取締役の地位に基づく責任を追及するものでも、取締役の会社に対する取引債務についての責任を追及するものでもないから、原審の判断を是認して、主位的請求を却下した⁶²³。しかし、上告人の予備的請求については、最高裁は、借用契約の終了に基づく登記請求は取締役の会社に対する取引債務についての責任を追及するものといふことができ、代表訴訟として適法なものといふべきであるとして、予備的請求に関する部分を破棄して、これを原審に差し戻した。

このように、本件最高裁判決は、従来の全債務説が主張してきた根拠を示した上で、所有権に基づく登記移転請求という主位的請求を代表訴訟の対象外とし、取引債務についての責任という予備的請求を対象内とする。取引債務についての責任を認めた点では、従来の限定債務説によらないことは明らかであるが、所有権に基づく登記移転請求を除外したことから、従来の全債務説をも採用していないといえる。では、本件判決の射程はどのように理解されるべきであろうか。

まず、物権的請求権に基づく登記移転請求を除外した点について、上述したように、近時の学説はこの形態の責任について特に代表訴訟の対象として認める必要があると主張されているため、主位的請求に関する本件最高裁の判断は学説による批判の的となっている⁶²⁴。

次に、取引債務についての責任の範囲については具体的に判示していない。本件は取締役と会社との直接取引の事案であるため、直接取引以外の取引債務一切を除外すると解する見解がある⁶²⁵。また、取締役は会社に対する取引債務についても、会社に対して忠実に履行すべき義務を負うという本件判決の第三の理由を重視して、取引債務であっても、取締役の業務執行に関わって会社と行ったもの、または取締役の地位に基づいて会社と行ったものに限って、代表訴訟の対象となると解する意見もある

⁶²³ 最判平成 21 年 3 月 10 日金融・商事判例 1315 号 46 頁。

⁶²⁴ 根本伸一「判批」速報判例解説（法学セミナー増刊）5 号 129~130 頁（2009）；田中庸介「判批」法と政治 60 卷 3 号 605 頁（2009）；土田・前掲注（592）78 頁；北村・前掲注（580）200 頁；宮本航平「判批」法学新報 118 卷 1・2 合併号 651 頁（2011）；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』108~109 頁（商事法務、2011）。

⁶²⁵ 鳥山恭一「判批」法学セミナー 54 卷 7 号 121 頁（2009）。

626。これに対して、このような意図を読み取れないとして、取引を解除した場合の原状回復義務、取引が無効であった場合の不当利得返還義務、債務不履行による損害賠償責任など、取引によって生じた債務の変形または実質的に同一性を有すると認められるものを含むと広く解する見解がある⁶²⁷。

また、取引債務の責任の形態について、本件は非金銭債務について認めたが、上述したように、学説では、取引債務の中に非金銭的債務について代表訴訟を肯定する意見が多いが、金銭債務については依然として対立しているので、金銭の取引債務も広く対象となるのかについても解釈が分かれるであろう。

さらに、取締役の地位に基づく責任と取引債務についての責任以外に、不法行為責任や取締役就任時期の限定などについても判示がない。学説において、不法行為責任を除外すると解する見解⁶²⁸や、不法行為責任の中に、取締役の地位に基づくものに限ると解する見解⁶²⁹がある。反対に、判示のない責任については特に除外していないとする理解もある⁶³⁰。また、本件は取締役が在任中に生じた責任であるが、学説で依然として対立している就任前に生じた責任を除外することになるのか。

以上のように、本件最高裁判決によって、はっきり言えるのは物権的請求権に基づく登記移転義務が代表訴訟の対象とならず、取締役の地位に基づく責任と直接取引によって生じた非金銭的債務が対象となることだけである。それ以外の責任形態や発生原因、発生時期についてはなお学説の対立が続くであろう。全債務説と限定債務説のどちらも完全に採用せずに、本件事案解決のために極めて限定的な判示しかしなかった最高裁の姿勢はこの問題の難しさを物語っている。

4 検討

以上のように、学説においては、近時、現実的必要性などの観点から、折衷的アプローチで責任の形態、発生原因、発生時期について個別に議論されることが多いが、全債務説と限定債務説との基本的対立は依然として存在する。具体的には、利益相反取引が有効である場合に生じた取引債務、不法行為の損害賠償責任、取締役就任前に負担した債務に対立が集中している。他方、上記最高裁判決によって、従来の下級審判例における混乱が今後ある程度緩和されることになるが、依然として全債務説と限定債務説の対立が生じうる。

では、全債務説または限定債務説を採用した場合、一体代表訴訟制度の立法目的に

⁶²⁶ 日下部真治「判批」金融・商事判例 1333号 22頁（2010）；土田・前掲注（592）79頁。

⁶²⁷ 弥永真生「判批」ジュリスト 1380号 65頁（2009）；福島洋尚「判批」ジュリスト臨時増刊 1398号 123頁（2010）；宮本・前掲注（624）647頁；吉原・前掲注（624）99頁。

⁶²⁸ 江頭・前掲注（447）453頁。

⁶²⁹ 土田・前掲注（592）79頁。

⁶³⁰ 石山卓磨「判批」金融・商事判例 1332号 6頁（2010）；田中・前掲注（62）618頁；吉原・前掲注（624）99頁。

どのような影響を与え、立法目的の調整に役立つのか。学説の中には、代表訴訟制度の機能ないし立法目的は違法行為の抑止にもあることを理由に、全債務説⁶³¹と限定債務説⁶³²をそれぞれ支持する見解がある。理由が同じなのに結論が異なるということは従来の学説が代表訴訟制度の機能ないし立法目的と関連付けてこの問題を十分に議論されて来なかったことの現れであるといえよう。以下では、この問題を検討してみたい。

(1) 全債務説は会社の経営裁量権を制限するのか

上述したように、限定債務説は会社の経営裁量権を確保するために、会社法規上の厳格な責任以外については基本的に会社に対する任務の懈怠に基づく損害賠償責任に転化する上で間接的にしか代表訴訟で請求できないと主張する。したがって、限定債務説は全債務説のほうが会社の経営裁量権を実質的に制限すると理解している。これに対して、全債務説から、取引債務などについて代表訴訟が提起されても、会社側が債務の免除や和解といった措置を講ずることができ、会社の裁量権行使機会が実質的に確保されているという反論がある⁶³³。しかし、代表訴訟が提起された後に、会社はこのような処分権が失うのかについて学説上は争いがあるが、仮に会社の処分権が失わないと解すれば、全債務説に立っても、会社の経営裁量権が確保されることになり、取引債務などについて代表訴訟を認める意義がなくなるし、限定債務説をあえて主張する必要性がなくなるのではないか。したがって、代表訴訟が提起された後に、会社の処分権が失うと解しなければ、そもそも学説の対立が生じないことになる。そして、この理解によれば、会社側は代表訴訟の提起前に株主からの提訴請求に対する考慮期間内に限って経営裁量権を行使する機会があることになり、そう考えれば、やはり全債務説を採用しても会社は経営裁量権の行使機会が確保されることになるのではないか⁶³⁴。しかし、会社が一旦裁量権を行使したら、株主はもはやその取引上の債務などを代表訴訟で直接的に主張できなくなり、取締役ら経営判断上の任務懈怠責任を間接的に主張するしかないことになるはずであり、実質的に限定債務説と変らないのではないか。したがって、全債務説は取締役の会社に対する取引上の債務などに限って会社の経営裁量権を制限することにならざるを得ない。

(2) 限定債務説が主張する経営裁量権の意義

確かに、全債務説が主張するように、会社・取締役間の利益相反取引などによって

⁶³¹ 畠田・前掲注(618) 387頁。また、限定債務説を主張する論者は上記最高裁判決は代表訴訟の経営監督機能を期待している表れであるとも述べられている。近藤光男「最近の株主代表訴訟をめぐる動向(上)」商事法務1928号10頁(2011)。

⁶³² 吉本・前掲注(446) 251頁。

⁶³³ 渋谷・前掲注(605) 125頁。

⁶³⁴ この点については両説の論者から肯定されている。限定債務説の論者として、森本・前掲注(591) 9~10頁。全債務説の論者として、宮本・前掲注(624) 660頁注34；吉原・前掲注(624) 102~103頁。

生じた債務は忠実に履行されるべきものであって、もっとも厳格な司法審査に服すべきである。しかし、限定債務説が主張するように、取引債務などの履行を会社のために請求しないことによって生じる任務懈怠責任が代表訴訟の対象となり、司法審査を免れることはないから、特に支障が生じないし、会社の経営裁量権も確保できる。それでは、取引債務などを代表訴訟の対象から除外することはどのような影響があるのか。まず、ここでいう経営裁量権の存在前提は取引債務などを履行しないことが即任務懈怠とならないことである。そうじゃなかったら、債務の免除や支払猶予等の経営裁量が入る余地がなくなる。しかし、取引債務などの履行を請求しないという経営判断自体（あるいはただの不作为）は利益相反取引に該当し、取締役会設置会社では取締役会の承認が必要になり、取引債務を負う取締役はもちろん、当該取引（すなわち、取引債務などの履行を請求しないという経営判断）を決定した取締役や承認決議に賛成した取締役の任務懈怠が推定され（会社法 423 条 3 項）、立証責任が取締役側に転換されている。したがって、確かに、限定債務説が主張する通り、取締役は自己に任務懈怠がないことを立証することによって、経営裁量権が確保されることになる。

しかし、ここでいう経営裁量権はあくまで本案審理の段階で被告取締役が立証することによって得られるものであり、代表訴訟自体を阻止したり、すでに提起された代表訴訟を終了させたりすることができる訴訟管理権限ではないので、代表訴訟の主要立法目的に対する調整機能はかなり限られることになる。したがって、限定債務説が提起した代表訴訟の対象範囲の問題は代表訴訟制度の機能する範囲をある程度制限するが、損害の回復機能と違法行為の抑止機能を調和させないと言わざるを得ない。

また、そもそも、上記最高裁判決の事案を含めてこの対象範囲の問題を争った事件はわずかであり、そのほとんどは閉鎖会社の場合であり、公開会社では、通常、社外の少数株主は取締役が会社に対して取引債務などの責任を負っているという事実を知ることすら困難であること⁶³⁵と合わせて考えれば、取引債務などを代表訴訟の対象から除外することによって会社の経営裁量権を確保しても、制度の主要立法目的の調整には効果が皆無である。

(3) 小括

アメリカ法では、基本的に代表訴訟の対象についてとくに制限がないが、提訴段階で訴訟管理権限の分配メカニズムを通して取締役会の訴訟管理権限を確保し、制度の主要立法目的を調整している。日本法はこのようなメカニズムを機能させていないため、上述したような議論が生じたのである。しかし、上述したように、この議論は公開会社における株主代表訴訟制度の主要立法目的を調整する効果が皆無に近い。しかも、単なる金銭賠償だけでは不十分で、特定物の回収は会社にとって重要な意味を有

⁶³⁵ 吉原・前掲注（624）91頁。

する場合に、限定債務説によれば、これができず、個別調整の必要があるため、統一的な基準がなく、混乱が生じやすい。また、責任の発生原因や発生時期の差異によって、代表訴訟の対象を選別することについても同様である。

第三章 中国法

第一節 中国法における株主の代表訴権の確立

一 株主代表訴訟制度の立法沿革

1 1993 年会社法と取締役等の責任追及制度

新中国が建国された以降、国民党政府時代の法律がすべて廃止され、私営企業は計画経済体制の実施に伴ってほとんど消滅してしまい、国民経済は国有企業及び農村部の集団所有制企業によって支えられていた⁶³⁶。しかし、このような体制の下では国民経済の発展が頓挫してしまった。このような背景の下で、1970年代末に改革開放政策が実施されるようになった。対外の開放は国際貿易や外国投資の積極的な誘致を中心内容とする⁶³⁷。一方で、対内の改革は国有企業の経営効率化を中心に行われてきた。当初は「放権譲利」（地方政府や企業に経営権限を委譲し利潤の留保を認めること）という改革路線の下で、企業の自主的経営権の拡大や経営請負責任制を主要形態とする国有企業の改革が始まった。そして、1993年11月に開催された中国共産党第14期3中全会で、有限会社と株式会社を組織形態とする現代的企業制度の確立が中国国有企業改革の方向だと正式的に決定された⁶³⁸。

その直後、1993年12月に新中国初の統一会社法が公布され、翌年の7月から施行された。このような立法背景の下で制定された会社法は国有企業の改革を推進するという立法目的を強く反映している⁶³⁹。これに加えて、株式会社制度の利用経験がまだ浅く、立法経験も当然乏しいため、株主と債権者の保護という会社法のもっとも重要な立法課題が重視されず、多くの立法上の不備が指摘されている⁶⁴⁰。株主による経営監督の角度から見ると、1993年会社法（以下、旧会社法と略す）は一株一議決権の原則を確立しているが（106条1項）、株主⁶⁴¹に以下の三種類の監督是正権しか与えていない。第一に、株主は会社の定款、株主総会議事録及び財務会計報告を閲覧する権利

⁶³⁶ 趙旭東「中国における会社法の発展および総括」『国際シンポジウム「中国会社法の展開と現状」』同志社大学ワールド・ワイド・ビジネス・レビュー7巻1号153~154頁参照（2005）。

⁶³⁷ そのための法整備としては、外資三法と呼ばれている1979年の「中外合資経営企業法」、1986年の「外資企業法」、1988年の「中外合作経営企業法」が次々と制定された。

⁶³⁸ もっとも、改革開放の初期から、一部の集団所有制企業と小規模の国有企業では株式会社化の改革がすでに実験的に始まった。

⁶³⁹ 例えば、国有独資の有限会社に関する規定（第二章第三節）や、国有企業が会社に改組する際の基本的原則（7条）が置かれている。そのほかにも、国有企業に関する特別規定がいくつか置かれている（16条、20条、21条、45条、75条、81条、152条）。

⁶⁴⁰ もっとも、その第1条では、会社、株主及び債権者の保護が一つの立法目的として掲げている。

⁶⁴¹ 中国会社法は、有限会社と株式会社の双方を規制対象としており、有限会社の社員も株式会社の場合と同様に、株主（股東）と呼ばれているため、本稿も区別せずに株主の語を使うが、本稿の検討対象は公開会社に限定しているため、以下の検討は基本的に株式会社に関する規定を対象とする。

が与えられている（110条）。第二に、唯一の少数株主権として、総株式の10%以上を保有する少数株主に株主総会招集請求権が付与されている（104条3項）。第三に、株主総会や取締役会の決議が法令に違反し、株主の利益を侵害するとき、株主は裁判所に対して当該違法行為と侵害行為の差止めを請求する訴えを提起することができる（111条）。そして、もっとも重要な監督是正権である株主代表訴訟提起権が当時の立法者に無視された。

しかし、取締役（董事）、監査役（監事）及び支配人（經理）（以下ではこの三者を合わせて取締役等と略す）が会社に対して負う義務と責任については規定が置かれている。概ね以下のように規定されている。

まず、取締役等は会社定款を遵守し、忠実に職務を履行し、会社の利益を守らなければならない、会社における地位と職務権限を利用して自己の利益を図ってはならないという一般的な義務が定められている（123条1項、128条1項）。この規定は、もっぱら忠実義務に関する規定であって、注意義務を定める規定ではないと学説では一般的に解されているため、注意義務に関する規定が存在しないことになる⁶⁴²。

そして、個別の義務規定として、以下のようなものが定められている（123条2項、128条2項）。第一に、取締役等は職務上の権限を利用して、コミッションや不法収入を得たり、会社の財産を侵害したりしてはいけない。第二に、取締役と社長は会社資金を転用したり、他人に貸し付けたり、会社資産で株主またはその他の個人のために債務の担保を提供したりしてはならない。第三に、取締役と社長の競業行為が禁止され、競業行為があった場合に会社が介入権を行使できる。第四に、取締役と社長は定款規定または株主総会の同意がある場合を除き、会社と契約を締結しまたは取引を行うことが禁止されている。第五に、取締役等は法律の規定に基づき、または株主総会の同意がある場合を除き、会社の秘密を漏洩することが禁止されている。

取締役等は会社の職務を執行する際に、法令または定款に違反し、会社に損害を与えた場合、損害賠償責任を負わなければならない（123条2項、128条2項）。また、取締役は取締役会の決議に責任を負わなければならない、取締役会の決議が法令または定款に違反し、会社に重大な損失を与えた場合、当該決議に賛成した取締役は会社に対して損害賠償責任を負うが、当該決議に対して異議を表明し、議事録に記載したことを証明できる場合、責任を免除することができる（118条3項）。

2 裁判所の実務上の対応

旧会社法が特別な規定を設けない限り、「原告が案件と直接利害関係を有する公民・法人・その他の組織でなければならない」という中国民事訴訟法第108条1項が定めている実質的提訴要件によれば、株主代表訴訟の提起が認められないはずである。し

⁶⁴² 白国棟「中国会社法における経営者の義務と責任について」『国際シンポジウム「中国会社法の展開と現状」』同志社大学ワールド・ワイド・ビジネス・レビュー7巻1号208頁（2005）。

かし、実務上の需要が高い状況の中で、中国の裁判所は決して制定法に縛られることなく、多くの株主代表訴訟を受理してきたのである。

まず、閉鎖会社の事例について、裁判所は寛容的な態度を取って来た。その原因は、1994年11月4日に最高人民法院（以下、最高院と略す）が江蘇省高級人民法院に出した「復函」⁶⁴³の影響が大きいと思われる。当該「復函」によれば、中外合資経営の有限会社と外国企業との間に取引上のトラブルが生じ、当該合資有限会社を支配する外国側の株主が当該取引の相手と直接の利害関係を有するため、当該合資有限会社の取締役会が訴訟を提起しない場合、中国側の株主が合資会社の訴権を行使することができ、人民法院が案件を受理すべきである⁶⁴⁴。この「復函」は考証のできる範囲で裁判所に受理された中国の最初の株主代表訴訟事例だといえよう。この「復函」は、最高院が個別案件に対して回答したものであり、正式の司法解釈ではないが、明らかにその後の下級裁判所の態度に影響を与えた。株主代表訴訟の提起を認めた一部の判決では明確にこの「復函」を法的根拠として引用している⁶⁴⁵。また、公表されている閉鎖会社に関する事例のほとんどは裁判所に受理された⁶⁴⁶。そのほとんどは支配株主または大株主の権限濫用に関するものである。

一方で、上場会社に関する事例は少なく、裁判所の態度も一致しない。中国証券市場初の株主代表訴訟事件は、2003年4月8日に、上海の投資者である劭氏が深セン証券取引所に上場している「三九医薬」の代表取締役趙新先氏を被告として深セン市福田区人民法院に提起したものだと言われている。原告株主は「三九医薬」が関連会社に対して低金利で貸付をしたほか、支配株主が不正に会社の資金を流用すること、情報開示規制違反で「三九医薬」が中国証券監督管理委員会（以下、証監会と略す）から50万元の行政処罰を受けたことによって、「三九医薬」が損害を被ったことを理由に、被告が「三九医薬」に対して2万元の損害賠償を求めた。しかし、同年4月21日、深

⁶⁴³ 中国では、下級裁判所が案件の審理における法律の解釈や適用に関して疑問がある場合、自ら判断せずに上級裁判所の意見を仰ぎ、上級裁判所がこれに回答して指示を出す「案件請示制度」があって、上級裁判所の回答を「復函」、「指示」または「批復」と称する。

⁶⁴⁴ 「最高人民法院關於中外合資經營企業對外發生經濟合同糾紛、控制合營企業的方外方与壳方有利害關係、合資企業的中方應以誰的名義向人民法院起訴問題的復函」法經[1994]269号。

⁶⁴⁵ 例えば、1996年の「香港中添国際有限公司訴上海延中実業股份有限公司等案」；2003年の「広州市天河科技园建設有限公司訴広東珠江投資有限公司等案」。

⁶⁴⁶ 例えば、1997年の「夏門元利源房地產開發有限公司訴夏門新達利有限公司案」；1999年の「上海自来水公司等訴上海輝煌実業有限総公司案」；2000年の「大連盛道集団有限公司訴珠海市華豊集団食品工業（集団）有限公司案」；2000年の「無錫市南長区房地產經營公司等訴恒通集団股份有限公司案」；2001年の「朱伝林訴趙建平案（五芳齋案）」；2002年の「順徳市国信実業有限公司訴順徳市貿促信息有限公司案」；2003年の「黒龍江寰島雄鷹実業有限公司訴興安証券有限責任公司等案」；2003年の「深セン市宝安外経発展有限公司等訴広東核電投資有限公司案」；2004年の「蘇州新発展投資有限公司等訴四川宏達集団有限公司等案（中期期貨案）」；2004年の「張宝栄訴于鋼案」。

セン市中級人民法院は、原告は会社即ち全株主を代表しているから、提訴の前提要件として、全株主の同意が必要であるとして当該事件を受理しなかった⁶⁴⁷。

二例目はその2か月後の2003年6月に、広東省高級人民法院が受理した「新都酒店」事件である。本件は大株主間の会社支配権争奪を背景に提起されたものであるが、2005年2月に双方当事者が裁判外で和解し、訴訟が取下げられた⁶⁴⁸。本件は中国資本市場において初めて裁判所に受理された株主代表訴訟事件として報道されている。

三例目は2004年7月に、大慶市讓胡路区中級人民法院が受理した「蓮花味精」事件である。本件は一例目と同様に、上場会社の支配株主による不正な資金流用問題をめぐって、一般投資家株主が提起したものであり、中国資本市場において初めて裁判所に受理され、かつ審理された株主代表訴訟事例だと言われている。その後、事件の審理がうやむやにされたが、本件が中国資本市場に与えた影響が大きい⁶⁴⁹。

以上のように、裁判実務において、裁判所は株主代表訴訟案件の受理に対して、閉鎖会社の事例について積極的であるのに対して、上場会社の事例について若干躊躇する態度が見られる。また、一部の地方高級裁判所は会社訴訟が日々増加するのに立法がなかなか整備されない状況に対応するために公布した会社訴訟の審理に関する指針の中で、株主代表訴訟を明確に定めている例も見られる⁶⁵⁰。このような状況の中で、最高院はおそらく株主代表訴訟制度が正式に立法化されるまで実務上の混乱を解消するために、2003年11月4日に、「会社紛争事件の審理の若干問題に関する規定（一）（意見募集稿）」（「最高人民法院關於審理公司糾紛案件若干問題的規定（一）（征求意见稿）」）を公表し、株主代表訴訟という用語をはじめて明確に使用し、原告適格要件、提訴請求手続、訴訟参加、担保提供に関する規定（43~47条）を提言し、パブリックコメントを募集した。しかし、最高院は、当該制度が企業社会に与える影響の重大さを考慮して、当該制度の確立を立法機関に委ねるべきだと判断したためか、2005年新会社法が公布されるまでは正式の司法解釈を公布しなかった。

3 2005年会社法の改正と制度の確立

旧会社法ができた当時から、その不備が指摘され、学界、実務界及び経済界は会社法の改正に関する議論や全国人民代表大会（以下、全人代と略す）における改正提案

⁶⁴⁷ 趙繼明=吳高臣『股東代表訴訟（江平編、中国律師弁案全程実録）』7頁（法律出版社、2007）。

⁶⁴⁸ 深市上市公司公告「新都酒店：訴訟進展情況的公告」上海証券報 2005年3月5日 TMP1版。

⁶⁴⁹ 歐陽波「蓮花味精劫後能否迎來新生」中国証券報 2006年8月18日 A8版。

⁶⁵⁰ 例えば、「浙江省高級人民法院民事審判第二庭關於公司法適用若干疑難問題的處理理解」15条（2002）；「上海市高級人民法院關於審理涉及公司訴訟案件若干問題的處理意見（一）」5条（2003）；「江蘇省高級人民法院關於審理適用公司法案件若干問題的意見（試行）」17、73~78条（2003）；「北京市高級人民法院關於審理公司糾紛案件若干問題的指導意見（試行）」8条（2004）。

がなされ続けてきた。その後、2回の小規模の改正があった⁶⁵¹。しかし、社会主義市場経済体制が進むにつれて、旧会社法はもはや新たな社会情勢の需要に対応できなくなり、会社法の大改正の必要性が強く認識されるようになった。2005年会社法（以下、新会社法と略す）修正案の立案担当者は旧会社法について以下の六つの問題点を指摘している⁶⁵²。第一に、会社設立規制が厳しく、社会資金の投資需要に対応できない。第二に、会社機関構造が健全でなく、株主総会、取締役会、監査役会、支配人の権限と義務をさらに明確化すべきである。第三に、株主とりわけ中小株主の利益保護制度が不十分で、会社債権者やその他の利害関係人と社会公衆の利益に対する保護手段も欠けている。第四に、株式の発行、譲渡と上場に関する規定は会社の資金調達の問題に対応できない。第五に、上場会社の監督管理に関する新しい問題に対応する有効な手段がなく、資本市場の秩序の維持に不利である。第六に、会社及び取締役等の義務と責任に関する規定が少なく、社会信用の建設と取引安全の確保に対応できない。

以上のような認識の下で、2005年に会社法が改正された。旧会社法は230か条から構成されているが、今回の改正で、46か条が削除され、41か条が新たに設けられ、改正された条文数は137か条に達しており、まさに大改正である。その主要な改正ポイントは、設立規制の緩和、会社自治の拡大、企業統治の強化、株主と債権者保護制度の強化などが挙げられる。

ここではやはり株主による経営監督の角度から、株主の監督是正権の改正点を確認する。まず、株主が閲覧できる会社の書類の範囲が拡大された（新法98条）。また、取締役会または監査役会が株主総会を招集しない場合に、連続して90日間以上単独または合計で総株式の10%以上を保有する少数株主に株主総会招集権（新法102条2項）、そして、単独または合計で総株式の3%以上を保有する少数株主に株主総会における提案権と質問権（新法103条2項、151条）が新たに付与されている。さらに、株主総会決議または取締役会決議に瑕疵がある場合に株主が決議の無効または取消の訴えを提起する権利（新法22条）、会社経営が困難で会社の存続が株主に重大な損失をもたらす場合に総議決権10%以上の株主が会社の解散を裁判所に請求する権利（新法183条）が新たに認められている。最後に、取締役等に対する代表訴訟と直接訴訟の提起権（新法152条、153条）が追加された。この中で、もっとも注目されるのは株主代表訴訟制度の新設であろう。株主代表訴訟制度の創設は学界で長らく提唱され続けてきたし、新会社法制定以降、当該制度に関する研究の盛んぶりもこれを物語っている。

⁶⁵¹ 1999年12月25日、国有独資会社における監査役会の構成（会社法67条）に及びハイテク企業の知的財産権の現物出資・新株発行及び株式上場に関する特例（会社法229条2項）に関して改正が行われた。二回目の改正は2004年8月28日に行われ、会社法131条第2項「額面を超過する価格を株券の発行価格とするには、国务院（日本の内閣に相当）証券管理部門の承認を得なければならない」の規定が削除された。

⁶⁵² 曹康泰（国务院法制弁公室主任）「關於《中華人民共和國公司法（修正草案）》的說明」2005年2月25日第十期全国人民代表大会常務委員會第十四次會議。

同時に、新会社法は、会社経営者の会社に対する義務と責任に関する規定を整理・強化した。まず、義務と責任の主体の範囲を拡大した。すなわち、取締役と監査役以外に、新たに高級管理人員を加えた。高級管理人員とは支配人（経理）、副支配人（副経理）、財務責任者、上場会社の取締役会秘書及び定款の定めているその他の者を指す（新法 217 条 1 項）。そして、これらの者が会社に対して旧会社法が定めた忠実義務に加えて明確に注意義務（勤勉義務）を規定した（新法 148 条）。

以上のように、新会社法は株主の監督是正権を大幅に強化し、株主代表訴訟制度も確立した。しかし、新会社法は、原告適格、会社経営陣に対する提訴請求手続、被告の範囲についてしか定めておらず、株主代表訴訟制度に関する法規制の充実と改善が现阶段の大きな課題である。

二 検討

1 法構造に対する認識と株主代表訴権の法的根拠

中国では、株主代表訴訟に関する多くの文献の中では、株主代表訴訟制度が代位訴訟性と代表訴訟性という二重構造を有することについて書かれている。しかし、個々の株主が自ら訴権を有するために「代表訴訟(クラスアクション)」制度を利用して個々の株主に対する判決効の拡張を正当化しざるを得ないというアメリカ法でいう代表訴訟性の本当の意味について理解しているかについては疑問である。

例えば、ある定評のある教科書では、以下のような説明がなされている。すなわち、代表訴訟と呼ばれているのは原告株主が会社の代表者の地位で訴訟を進行しているという点に着目しているためであって、派生訴訟ないし代位訴訟と呼ばれているのは原告株主が会社の権利を行使しているためである。代表機関的地位説という日本でかつてなされている説明であり、原告株主が他の株主を代表して株主自らの訴権を行使しているという代表訴訟性の本来の意味をあまり認識されていないようである。そのため、株主が代表訴訟を提起する訴訟原因は株主個人にではなく、会社に帰属すると説明されている⁶⁵³。

また、手続法的には訴訟担当、または、第三者による訴訟担当と本人訴訟との間の訴訟形態であるというような説明が多く⁶⁵⁴、一種のクラスアクション制度であるというような認識が乏しい。しかし、株主代表訴訟制度の研究の深化に伴って、近時、本来の意味の二重性質が段々認識されるようになってきている⁶⁵⁵。

さらに、株主の代表訴権の実体法的根拠に関する議論も多く見られる。主として、

⁶⁵³ 劉俊海『新公司法的制度創新：立法争点与解釈難点』251 頁参照（法律出版社、2006）。

⁶⁵⁴ 例えば、劉桂清『公司治理視角中的股東訴訟研究』28 頁（中国方正出版社、2005）；江偉＝段厚省「論股東訴権」浙江社会科学 1999 年第 3 期 82 頁。

⁶⁵⁵ 嚴義明「股東代表訴訟研究」第四屆重慶企業法制論壇『股東派生訴訟的理論与実務』47 頁参照（2007、上海）。

債権者代位権説、団体構成員説、受益者地位説及び株主権説が議論されている。前三者は日本学界における早期議論の影響を強く受けていることが伺える。日本法の部分で議論したので、ここでは論述を省略する。一方、中国では株主権説に賛成する見解が多い⁶⁵⁶。この説によれば、株式会社形態の出現は所有権と経営権の分離の結果であり、会社の最終的所有者は依然として株主であり、株主の所有権が消滅したのではなく、株主権に転化したのである。しかし、この説は株主の代表訴権の理論的基礎を株主の実質的所有者としての地位に求めているが、なぜ会社の実質的所有者が会社を代位して訴訟を提起できるのかという実体法的根拠の議論に答えていない。

以上のように、取締役等が会社または個々の株主との間の法的関係について法文の規定がない中国法の下でも、日本法と同様に株主の代表訴権を法的に根拠付けることが困難であろう。

2 株主総会の訴訟管理権限の剥奪

中国法においても、株主が代表訴訟を提起する前に、株主総会に対する提訴請求を要求していないため、株主総会の訴訟管理権限を完全に剥奪しているとは言える。それは、株主総会中心主義が放棄されたアメリカ法と日本法と同じ立場を取っている。

しかし、中国では、株主総会の権限に関しては、中国会社法は株主総会中心主義を採用しているとよく言われている。ただし、中国でいう株主総会中心主義の意義は日本と若干違う。日本では、株主総会中心主義は株主総会万能主義と同義的に使われる場合が多い。ここでいう万能主義とは株主総会が会社のあらゆる事項について決定しうることであり、その放棄は株主総会が会社法または定款に定める事項に限って決議でき、それ以外の事項に関しては基本的に取締役会の権限であることを意味する⁶⁵⁷。旧会社法も新会社法も株主総会と取締役会の権限に関しては具体的に列挙する方式を採用しており、会社法に明記されていない決議事項がどの機関の権限であるかについては規定がない⁶⁵⁸。そのため、中国会社法は株主総会万能主義を採用していないと評価する意見⁶⁵⁹もあれば、取締役会中心主義を採用していると解する見解⁶⁶⁰もある。他方、株主総会中心主義は万能主義を意味すると同時に、法はより多くの会社経営事項に対する意思決定権限を株主総会に与えていることをも意味する。中国会社法は、取締役と監査役の選任・解任、定款変更や組織変更といった会社の基礎的変更に関する事項、利益処分案・損失処理案の承認や計算書類（取締役会の報告に含まれているた

⁶⁵⁶ 劉冬京『我国股東派生訴訟制度研究』16頁（群众出版社、2011）；劉金華『株主代位訴訟制度研究』64頁（中国人民公安大学出版社、2008）；劉桂清・前掲注（654）27頁；江偉＝段厚省・前掲注（654）82頁。

⁶⁵⁷ 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(5)』16頁〔谷川久〕または19頁〔江頭憲治郎〕（有斐閣、1986）。

⁶⁵⁸ ただし、新会社法は定款規定による株主総会の決議事項の拡張を認めている（100条）。

⁶⁵⁹ 酒巻俊雄「中国会社法の基本的構造とその検討」判例タイムズ 857号 51頁（1994）。

⁶⁶⁰ 周友蘇編『上市公司法律規制論』39～40頁〔李君臨〕（商務印書館、2006）。

め)の承認といった株主の利害に大きくかかわる事項、取締役と監査役の報酬について、日本法と同様に株主総会の権限とされている(旧法103条、新法100条参照)。しかし、上記事項以外に、中国会社法は会社の経営方針と投資計画の決定、年度財務予算案と決算案の承認、登録資本金の増減の決定、社債発行の決定(旧法103条、新法100条)に加えて、任意準備金の積立(旧法177法3項=新法167条3項)、自己株式の取得(新法143条2項)、取締役・高級管理人員の自己取引や競業行為の承認(新法149条4、5号)、株主または実質支配者に対する担保提供の承認(新法16条2項)も株主総会の権限とされている。さらに、上場会社に関する特別規定として、会社が一年以内に売買する重大な資産または提供する担保の金額が会社資産総額の30%を超える場合には株主総会の決議を要し(新法122条)、また、取締役会に出席する利害関係のない取締役の人数が3人に満たない場合は当該事項を上場会社の株主総会の審議に付しなければならない(新法125条)。したがって、株主総会はかなりの程度で会社の経営権限をもっており、そういった意味では、中国会社法は依然として株主総会中心主義を堅持しているとはいえる。前述したように、中国は主として国有企業の改革のために会社制度を確立したので、国有財産の流失が強く懸念されていることはその背景としてよく指摘されている。

こういう会社機関権限分配の状況の下では、中国の株主代表訴訟制度については、一定の場合に、株主総会に訴訟管理権限を与えることも考えられるであろう。これに関しては改めて終章で検討することにする。

第二節 中国における制度の利用状況と濫訴防止策

一 制度の利用状況とその原因

1 制度の利用状況

新会社法が施行された後、株主代表訴訟制度はその導入の前と同様に、閉鎖会社を中心に利用されている。これは本稿冒頭で分析した通り、閉鎖会社の少数株主には提訴するインセンティブがあるし、有限会社の場合は1%の持株比率の制限もないためであろう(新法152条1項)。一方で、上場会社に関する株主代表訴訟は新聞報道によると、提訴に至らなかった事例を含めて三件ほどあったようである。

第一例目はやはり中国資本市場を長年困惑してきた大株主による上場会社の資金流用をめぐる事案である。2006年3月14日、「中油龍昌」の株主の代理人弁護士は新会社法の規定に基づいて、「中油龍昌」の監査役会に対して、筆頭株主とその関連会社が流用している会社資金の返還及び取締役会長(董事長)の責任追及に関する訴訟を提起するよう求め、もし監査役会が30日以内に訴訟を提起しなければ、株主の名義で提訴するという内容の提訴請求書を送付した⁶⁶¹。しかし、当時、筆頭株主とその関連会

⁶⁶¹ 岳敬飛「嚴義明開打新公司法維權第一案」上海証券報2006年3月15日公司版。

社の実質支配者である元取締役会長がすでに逮捕され、会社も上場廃止と破産寸前の状態であって、現経営陣は会社の再建に向けて模索段階にあり、訴訟の提起に反対ではなかったようである。実際に、会社が原告側の代理人弁護士の資料収集に協力した⁶⁶²。厳しい財務状況の中で高額な裁判費用を負担できないというのは会社が自ら提訴しない理由である⁶⁶³。その後、会社は一般株主の代理人弁護士の事務所の他の弁護士に委任して自ら訴訟の提起に踏み切ったため⁶⁶⁴、本件株主代表訴訟の提起は結局不発に終わった。

第二例目は上場会社が元筆頭株主との商標権の帰属をめぐる事案である。2009年6月3日、「三聯商社」の一部の少数株主は元筆頭株主である「三聯集団」が「三聯商社」との商標権使用契約を遵守しなかったこと、長期にわたって「三聯商社」の資金を流用したこと等によって、「三聯商社」とその株主の利益が侵害されたことを理由に、株主代表訴訟を提起しようとして、新会社法に定める1%の株式保有要件を満たすために、代理人弁護士を通じて提訴株主の公募を行った⁶⁶⁵。同年9月、総資本の1.56%にあたる計78名の株主の授権を得て、会社に提訴請求を行った。同年12月11日、少数株主が山東省高級人民法院に訴訟を提起した。「三聯商社」の公告による、原告株主は①「三聯商社」が「三聯」という商標の独占的使用権、特許経営権及び無形資産使用権等の付属的権利を有することの確認判決、②被告が当該商標の使用、他の会社の使用に対する授権、及び「三聯商社」との同業競争の侵害行為を停止する命令、③被告が「三聯商社」に対して、フランチャイズに関する契約とその他の関連資料を移譲し、2007年以降の加盟費と特許使用費及びその他の経済的損失5000万元の損害賠償を支払うこと、を求めた⁶⁶⁶。その後、被告側は管轄権に関する異議を申し立てたが⁶⁶⁷、却下の裁定が下された。被告側は当該裁定を不服として最高院に上訴したが、最高院に却下された⁶⁶⁸。そして、被告側は「三聯商社」を第三者（訴訟参加する）として、少数株主を被反訴人として、本件問題の商標使用契約の解除及び被告に対する100万元の損害賠償を請求して反訴を提起した⁶⁶⁹。しかし、本件株主代表訴訟の提起に先立ち、2009年の5月に「三聯商社」が自ら当該商標権使用契約をめぐる訴訟を提起しており、

⁶⁶² 岳敬飛「ST龍昌代董事長支持嚴義明起訴邱忠保」上海証券報2006年3月23日公司版。

⁶⁶³ 胡道之「ST龍昌被掏空 沒錢起訴邱忠保」中国証券報2006年3月24日綜合新聞版。

⁶⁶⁴ 朱宇「ST龍昌起訴西安飛天五公司」中国証券報2006年7月22日A3版。

⁶⁶⁵ 「致三聯商社全体小股東的公開信」中国証券報2009年6月4日A2版。

⁶⁶⁶ 「三聯商社股份有限公司關於公司中小股東代表訴訟侵權糾紛案的公告」2009年12月30日。

⁶⁶⁷ 中国の民事訴訟法21条では、全国的に重大な影響を有する案件は最高院が一審管轄権を有すると定めている。被告はこの規定を根拠としている。

⁶⁶⁸ 「三聯商社股份有限公司關於公司中小股東代表訴訟侵權糾紛案的公告」2011年2月28日。

⁶⁶⁹ 「三聯商社股份有限公司關於公司中小股東代表訴訟侵權糾紛案的公告」2011年5月4日。

裁判所は本件株主代表訴訟で主張されている商標権の帰属の問題がこの前訴の審理結果に依拠するとして本件訴訟の審理を中止する裁定を下した⁶⁷⁰。2012年1月、この前訴について、「三聯商社」敗訴の確定判決が下され⁶⁷¹、本件株主代表訴訟の審理が間もなく再開すると思われる。ただし、このような経緯に加えて、「三聯商社」の副取締役会長は株主提訴の一部の費用を負担したこと、資料収集に協力したことも記者に漏らした⁶⁷²ことから見ると、本件は会社の反対を押し切って提起される本来の株主代表訴訟とは違って、会社の訴訟戦略の一部であるとまでは断定できないが、少なくとも会社の支持を得ている。

第三例目は筆頭株主が提出した大量保有報告書（権益変動報告書）の中に開示した経営再編計画の履行をめぐる事案である。2008年10月、「山西煤運」が相対取引によって上場会社である「太工天成」の株式の20%を取得した。その提出した大量保有報告書の中には、今後12か月以内に石炭生産に関する優良資産を「太工天成」に注入し、かつ、「太工天成」の株式をさらに買い増し、「太工天成」の主要業務を変更するという内容の経営再編計画を開示した⁶⁷³。この情報を受けて、株価が大きく値上がりした。しかし、「山西煤運」はなかなか当該計画を実行に移さず、2009年9月24日に、時期尚早を理由に当該計画のを一時的に中止すると発表した。この情報が出ると、株価が暴落し、二度にわたって取引が停止される事態となった。10月21日、再編計画の中止に不満を持つ一部の中小株主は弁護士を通じて提訴株主の公募を行った⁶⁷⁴。その後、株主の公募が成功し、監査役会に提訴請求を行ったようであるが⁶⁷⁵、実際に株主代表訴訟を提起したという報道はまだ見当たらない。本件のような事例において、筆頭株主の経営再編計画が中止したからといって、不正な情報開示だとまで言えるかは相当疑わしく、投資者が直接の損害賠償訴訟を行うには立証が相当困難であろう。一方で、筆頭株主の経営再編計画の開示は一定の責任を伴うべきであって、会社と株主の利益を侵害すれば、損害賠償責任を負担すべきであって、株主が代表訴訟を提起できるとする意見が多いようである⁶⁷⁶。しかし、このような場合に、会社が果たして損害を被ったといえるか、また、損害額を如何に算定するのかについても疑問が多い。少数株

⁶⁷⁰ 「三聯商社股份有限公司關於公司中小股東代表訴訟侵權糾紛案的公告」2011年7月1日。

⁶⁷¹ 「三聯商社股份有限公司關於商標訴訟案件的進展公告」2012年1月19日。

⁶⁷² 王卓銘「三案“驚奇”」21世紀經濟報道 2009年12月11日17版。

⁶⁷³ 「上場会社の買収に関する管理方法（上市公司收購管理弁法）」17条によれば、20%以上30%未満の上場会社の議決権付き株式を取得した者は「詳式権益変動報告書」の提出義務があり、その中には、今後12か月以内に当該上場会社の資産、業務、人員、組織構成、会社定款に対する調整の計画という項目の開示が要求されている（1項4号）。

⁶⁷⁴ 「征集啓示」証券日報 2009年10月21日B1版。

⁶⁷⁵ 吳文坤「爽約太工天成重組中小股東欲訴山西煤運」每日經濟新聞 2009年11月4日B5版。

⁶⁷⁶ 孫潔琳「十大民商法教授齊聲呼吁重組方違背予案承諾構成侵權 中小股東可向法院起訴索賠」証券日報 2009年11月2日B2版。

主の代理人弁護士もこのことを認識している⁶⁷⁷。だから、なかなか提訴に踏み切らないであろう。結局、本件提訴の動きは当該経営再編計画の実行による株価の維持ないし上昇を強く望む少数株主が筆頭株主に圧力をかけるために行われたものである。このような株主代表訴訟の利用はただちに濫用であるとまでは言えないが、少なくとも本来の制度趣旨とは違うであろう。

以上のように、上場会社に関しては、唯一提訴に至った事例は会社の支持を得たものであり、制度本来の趣旨での利用はほとんど白紙の状態である。まさに日本における1993年商法改正前の運用状態の再現である。

2 活用されない原因の分析

では、なぜ本来の制度趣旨に基づく株主代表訴訟が活用されない状況が生じているのか。合理的な制度を設計するためにはその原因を探る必要がある。主として、以下の三つの理由が考えられる。

まず、日本の経験から考えれば、やはり提訴手数料（案件受理费）の問題が大きい。中国では、提訴手数料に関して、日本と同じような方式が採用されている。つまり、財産権上の請求については訴額に応じて逡増する定めとなっている⁶⁷⁸。株主代表訴訟を活性化させるために、日本のように、株主代表訴訟を非財産権上の請求とみなすべきであるという意見が学者の中で多く見られる⁶⁷⁹。しかし、実務界では、多くの裁判官が反対しているようである⁶⁸⁰。そのため、会社本来の損害額より遥かに低い金額の賠償を求めざるを得ない事例も出ている⁶⁸¹。

次に、後述するように、単独または合計で会社の1%以上の株式保有が提訴要件とされていることも一般株主の提訴を阻害する一大要因であると考えられる。一般的には単独で上場会社の株式の1%を保有する一般株主がそれほどいないであろう。上述の三聯商社事件のように、1%未満にあたる少数株主は提訴意欲のある株主を公募しざるを得ない。公募するには当然費用がかかる。仮に1%以上にあたる株主を集められなかったら、公募費用を自己負担しなければならない。なので、この持株比率の要件は直接的に株主の提訴を阻害するだけでなく、間接的にも株主の提訴インセンティブを弱めることになる。

さらに、現行会社法は勝訴株主の費用求償権についてなんら規定を設けていないことも代表訴訟の利用が少ない一因であろう。中国では、訴訟費用については日米と同

⁶⁷⁷ 商言「十法学家聚焦太工天成重组失败案」21世紀經濟報道2009年11月2日15版。

⁶⁷⁸ 「訴訟費用交納弁法」第13条参照。

⁶⁷⁹ 例えば、劉俊海・前掲注(653)267~268頁参照；趙繼明=吳高臣・前掲注(647)32頁；顧功耘ほか「讓股東代表訴訟尽早本土化」上海証券報2007年6月11日B5版〔劉凱湘發言〕。

⁶⁸⁰ 吳曉鋒「学者与法官激弃股東代表訴訟」法制日報2007年7月1日12版。

⁶⁸¹ 例えば、上述した新会社法改正前の事例である三九医薬事件では、原告株主は2万元の賠償しか請求していなかったが、会社の実際の損失は遥かにこれを超えていたようである。

様、敗訴者負担の原則が採用されており⁶⁸²、その中には弁護士報酬が含まれていない。弁護士報酬については、中国の民事訴訟法上は明確な規定がなく、裁判実務上、日米と同様に、当事者の自己負担が原則である。代表訴訟が勝訴したら、会社とその他の株主が利益を受けるのに、提訴株主だけが弁護士報酬などの費用を負担するのは明らかに公平の理念に反し、株主の提訴を躊躇させてしまう。

したがって、株主代表訴訟を実際に機能させるためには上記の問題を解決しなければならない。

二 濫訴防止策の現状と学説の状況

1 一般的法理の適用

まず、日本法と同様、権利濫用禁止の一般的法理が濫訴防止策として考えられる。

また、新会社法では、株主が株主の権利を濫用して会社又はその他の株主に損害をもたらした場合は、法に従い賠償責任を負わなければならないという規定(20条2項)が置かれている。この規定に基づいて、会社は濫用的な株主代表訴訟を提起した敗訴株主に対して損害賠償請求を行うことが考えられる。

さらに、被告は一般的不法行為訴訟を提起して、敗訴株主の損害賠償責任を追及することも考えられる。

しかし、日本法でも検討したように、これらの方法の安易な利用は法が保障する株主の代表訴権を侵害するおそれがあるため、原告株主提訴の主観的要素の違法性の認定については慎重を期すべきである。したがって、原告株主提訴の主観的要素の違法性が極めて明確である場合に限ってこれらの手段の利用を認めるべきであって、その立証が一般的に困難であるため、その濫用防止の効果を過大に期待すべきではないであろう。

2 原告適格の制限

原告適格について、会社法改正の前に、あるいは、立法の過程において、種々の意見が出されている。例えば、最高院の上記意見募集稿の第44条では、行為時所有要件（あるいは、不正行為の発生時より6か月前から引続き株式を保有しなければならないというもっと厳格な要件）に加えて、有限会社の場合は10%以上、株式会社の場合は累計で1%以上の株式所有要件を提案している。このような厳格な適格要件の提案に対して、株主の提訴資格を厳格に制限すべきではなく、合法的に株式を保有していれば提訴する権限があるべきであるという意見も見られる⁶⁸³。また、日本法のように、会社に対する提訴請求の日より6か月前から引き続き株式を保有するだけで提訴できるというような提案もなされている⁶⁸⁴。

⁶⁸² 「訴訟費用交納弁法」第29条。

⁶⁸³ 彭真明=常健=江華『商法前沿問題研究』82頁参照（中国法制出版社、2005）。

⁶⁸⁴ 王保樹編『中国公司法修改草案建議稿』36頁第169条（社会科学文献出版社、2004）。

新会社法第152条1項では、有限会社と株式会社によって異なる原告適格要件を定めている。すなわち、有限会社の場合は、持分の比率や持分の保有期間と関係なく、株主である限り、代表訴訟を提起できる。これは10%の持株要件を要求する上記最高院の考え方と正反対であり、閉鎖会社における株主代表訴訟の利用実態を正しく認識したものであると評価することができよう。

一方で、株式会社の場合について、原告株主は180日前から引き続き、単独でまたは合計で会社の1%以上の株式を保有しなければならない。立法者が持株比率と保有期間に制限を設ける目的は株主代表訴訟の濫用を防止するためであることに間違いがない⁶⁸⁵。連続して180日以上保有期間について、条文の記述によると、日本法と同様に、会社に対して提訴請求する時点の要件であるように読み取れるが、最高院がその後公表した司法解釈によれば、この期間とは原告株主が裁判所に提訴する時にすでに満たしている期間である⁶⁸⁶。しかし、最高院のこの解釈に基づけば、提訴請求に対する会社側の返答期間が30日であるから、株主が実際に裁判所に提訴できる保有期間の適格要件は30日短縮されることになる。最高院は司法解釈の文言を訂正すべきであるが、実務では、会社法の条文通りに運用されており、特に支障が生じていないようである。この180日の株式保有期間の制限については、理論的合理性がないと批判する見解もみられるが⁶⁸⁷、日本法の6か月より短く、株主の提訴の情熱を冷却させないという意味では評価すべきであるが、当然濫訴防止の効果が乏しく、有益な訴訟提起の障害にもならない。

これに対して、1%の持株比率の制限は厳格すぎて、有益な代表訴訟の提起を阻害するため、廃止すべきであるという意見が多い⁶⁸⁸。上記でも分析したように、現在、株主代表訴訟が中国で活用されていない原因の一つはこの持株要件である。また、この持株比率の制限を廃止する代わりに、アメリカ法上の行為時所有要件と代表の適切性要件を導入すべきであるという意見も見られる⁶⁸⁹。

行為時保有要件については、上述したように、新会社法制定前に、最高院の司法解釈の意見募集稿では言及されたが、新会社法改正案に対する意見募集の段階で、多数意見はこの要件を規定すべきではない⁶⁹⁰。その主たる理由は、不正行為の発生時期を判定するのが難しく、場合によっては不正行為が持続的に行われているため、手続上の審査における裁判所の負担が大きいが、もっと重要なのは株主代表訴訟が会社の利

⁶⁸⁵ 劉俊海・前掲注(653)251頁。

⁶⁸⁶ 「最高人民法院關於適用《中華人民共和國公司法》若干問題的規定(一)」第4条(法積〔2006〕3号)。

⁶⁸⁷ 沈貴明「股東代表訴訟前置程序的適格主体」法学研究2008年第2期59~60頁。

⁶⁸⁸ 例えば、劉冬京・前掲注(656)280頁；沈貴明・前掲注(687)58~61頁；周林彬「股東訴訟若干問題初探」王保樹主編『實踐中的公司法』443頁(社会科学文献出版社、2008)。

⁶⁸⁹ 劉金華・前掲注(656)87~109頁。

⁶⁹⁰ 「就《關於適用〈中華人民共和國公司法〉若干問題的規定(一)》最高人民法院民二庭負責人答本報記者問」人民法院報2006年5月10日1版。

益を守るための制度であるからである⁶⁹¹。また、株主代表訴訟を制限する規定はその国の会社制度の発展状況と訴訟の提起件数の状況に相応すべきであるとして、中国の現段階では株主代表訴訟の件数がまだ少なく、健全な会社経営を促進し、株主の提訴の意欲を高めるために、このような厳格な要件を定めるべきではない⁶⁹²。これらの見解を受けて、新会社法はこの要件を採用しなかった。アメリカ法の部分でも検討したように、この要件は上場会社にとって濫訴防止の効果が乏しく、逆に有益な訴訟提起を妨げる弊害があるため、アメリカにおいても緩和傾向にある。また、代表の適切性要件の創設を主張する見解も少なくない⁶⁹³。

3 担保提供制度の創設

現行中国の民事訴訟法では訴訟費用の担保提供制度について規定が存在しない。新会社法では、株主総会と取締役会決議瑕疵に関する訴えについて担保提供制度を定めている（22条3項）。株主代表訴訟に関する担保提供制度の創設については、会社法改正前から提唱され続けてきた。例えば、上記最高院の意見募集稿の第47条では、被告がその答弁期間内に原告の悪意を証明できれば、その申し立てによって、裁判所は担保の提供を命じるべきであると提案している⁶⁹⁴。また、全人代の法制工作委员会は2005年6月に開催した会社法改正の専門家座談会に提出した初期改正案でも、担保提供の規定が置かれていた。

しかし、新会社法では、この規定が結局削除された。その主たる理由としては、①中国が株主代表訴訟制度を移植した後、最大の難点は訴訟件数が多いのではなく、代表訴訟の利用障害が多いことであるから、多くの制限を設けるべきではないこと、②株主代表訴訟の被告は会社内部者に限らず、会社外部の第三者である可能性もあるため、立法者は当該類型の訴訟が必然的に会社の利益を害したり、会社経営者の経営の積極性を損なったりするとは限らないことを確信していること、③もし、将来、株主代表訴訟の濫用が風潮になったら、立法者はまたその提起を制限する各種の制度を導入すれば間に合うことが挙げられている⁶⁹⁵。

新会社法が制定された後も、理論界では日本の担保提供制度を提唱している者が多い⁶⁹⁶。また、裁判実務でも、担保提供制度を導入する動きが強い。例えば、上海高級

⁶⁹¹ 同上。

⁶⁹² 同上。

⁶⁹³ 趙万一＝趙信会「我国股東代表訴訟制度建立的法理基礎和基本思路」王保樹主編『實踐中的公司法』433頁（社会科学文献出版社、2008）；喬欣等『公司糾紛的司法救濟』52頁（法律出版社、2007）；劉俊海・前掲注（653）261頁。

⁶⁹⁴ また、同様な提案として、王保樹・前掲注（684）第171条；劉桂清・前掲注（654）177頁。

⁶⁹⁵ 劉俊海・前掲注（653）257頁。

⁶⁹⁶ 例えば、周林彬・前掲注（688）444頁；趙繼明＝吳高臣・前掲注（647）34頁；劉金華・前掲注（656）199頁；劉璋「股東代表訴訟中訴訟費用担保機制的模式構建」第四屆重州企業法制論壇『股東派生訴訟的理論與實務』103頁（2007、上海）。

人民法院が2007年に制定した株主代表訴訟の審理に関する指導意見の第4条では担保提供制度を認めている⁶⁹⁷。また、最高院が公表した新会社法の司法解釈(二)の意見募集稿⁶⁹⁸の第30条でも担保提供の規定を置いたが、2008年と2011年に公布された正式の司法解釈(二)と(三)では株主代表訴訟に関する規定が見送られたが、2009年に内部資料としてまとめられた司法解釈(四)の意見募集稿⁶⁹⁹の第53条では担保提供制度の規定が再び登場し、最高院は担保提供制度の創設に意欲的である。しかし、確かに最高院の司法解釈は歴史的に実質的な立法機能を果たしてきたが、このことはこれからも立法機能を果たすべきことを当然意味しない。担保提供制度はその運用次第で株主の訴権行使を実質的に制限する可能性があり、最高院の司法解釈によって創設すべきではないと思うし、新会社法制定の段階で立法機関によって担保提供の規定が削除されたという経緯から考えればなおさらである。しかも、当該制度の創設については未だに反対意見が根強い⁷⁰⁰。したがって、担保提供制度の創設は立法論的課題として検討すべきであろう。

三 小括

以上、中国における株主代表訴訟制度は導入してからすでに6年以上経過したが、上場会社についてはほとんど利用されていないというのが現状である。当然、立法当初危惧されていた濫用の問題も起きていない。そして、濫訴防止策については一般的法理の適用が考えられるほか、1%の持株要件が唯一の特設防止策である。担保提供制度については最高裁の司法解釈によって導入される動きがあるが、制度の利用現状から見ると、その必要性があまりないように思われる。

第三節 中国法における制度の主要立法目的の調整

一 形式的提訴請求手続

株主が代表訴訟を提起する前に、会社に対して提訴請求(前置程序)をしなければならないことについては、もはや異論がない。例えば、新会社法の制定前、上記最高院の意見募集稿の第45条は会社に対する提訴請求を要求している⁷⁰¹。新会社法の第152条1項も書面による提訴請求手続を要求している⁷⁰²。

⁶⁹⁷ 上海高級人民法院「關於審理股東派生訴訟紛糾案件的若干意見」2007年9月18日。

⁶⁹⁸ 最高人民法院「關於適用《中華人民共和國公司法》若干問題的規定(二)(征求意见稿)」(2007)。

⁶⁹⁹ 最高人民法院「關於適用《中華人民共和國公司法》若干問題的規定(四)(征求意见稿)」(2009)。

⁷⁰⁰ 例えば、王林清=顧東偉『新公司法實施以來熱點問題適用研究』423頁(人民法院出版社、2009);劉冬京・前掲注(656)114頁。

⁷⁰¹ また、王保樹・前掲注(684)第170条参照。

⁷⁰² ただし、立法の文言上は日本会社法847条1項と同様に「訴訟の提起を請求することができる」というような表現を使用しているため、提訴請求手続が株主の自主的選択に任せるといった意味合いを実務界に与えたようである。馬鋒「新公司法中的股主代表訴訟制度」

中国会社法は日本法と同様に、株主総会によって選任される取締役会と監査役会が併存する二重的経営監督機構を採用しているため、日本法と同様に、会社のどの機関に対して提訴請求をすべきであるか、つまり、提訴請求の宛先についてはしばしば議論の対象となる。この問題について、新会社法の制定前の見解であるが、詳細に提案を行っている者がいる⁷⁰³。その提案によると、会社の支配人、従業員及び第三者が会社の利益を侵害した場合、提訴請求を受けるのは会社の代表機関である取締役会であり、取締役会が提訴を拒絶したり、怠ったりすれば、株主が提訴できる。取締役が会社の利益を侵害した場合は監査役会に提訴請求して、監査役会が提訴を拒絶したり、怠ったりすれば、株主が提訴できる。この二つの場合に対して、監査役が会社の利益を侵害した場合は、会社の法定の監査機関である監査役会の監督権限の弱화를防止するために、取締役会に提訴請求するのではなく、取締役会に株主総会を招集させ、提訴しようとする株主が監査役（会）に対するの起訴案を株主総会に提出して、可決されたら、取締役会に訴訟の代表権限を授権し、逆に、否決されたら、株主が代表訴訟を提起してもいい。責任追及の対象に応じて提訴請求の宛先を変えろというような制度設計は日本法を彷彿させるが、株主総会が訴訟の提起を否決した場合にも株主による代表訴訟の提起を認めるというのは、訴訟管理権限があくまでも株主にあるという考え方を極端に示している。

すでに言及したように、新会社法の第 152 条は株主総会に対する提訴請求を要求していないが、上記提案と同じ発想に基づいて提訴請求の宛先を定めている。まず、取締役または高級管理人員が責任追及の対象である場合は、監査役会に対して、書面にて人民法院への提訴を請求することができる⁷⁰⁴。次に、監査役が責任追及の対象である場合は、取締役会に対して、書面にて人民法院への提訴を請求することができる。上記会社法改正前の提案と同様、監査役が経営監督機関であること、監査役が責任追及される場合は通常取締役との共謀による監督義務の違反であることを考慮して、この規定に対して疑問を提示し、関係機関すべてが問題とされる不正行為と利害関係を有する場合は株主総会に提訴請求すべきであるとする見解がある⁷⁰⁵。さらに、新会社法は、これらの会社経営者以外に、「他人」の会社に対する責任も代表訴訟の対象とされているため、後述するように、この「他人」の意味については学説上争いがあるが、この「他人」の責任を追及する場合は会社のどの機関に対して提訴請求を行うのかについて明文の規定がない。この場合は取締役会に対して行うべきであるという意見がある⁷⁰⁶。また、まず取締役会に対して提訴請求を行って、取締役会が拒絶したら、次

人民法院報 2006 年 4 月 12 日 7 版。

⁷⁰³ 彭真明ほか・前掲注（683）81 頁。

⁷⁰⁴ 新会社法第 119 条では、監査役会は会社法 152 条の規定に基づいて取締役と高級管理人員に対して訴訟を提起する権限があることを明記している。

⁷⁰⁵ 沈貴明・前掲注（687）61~66 頁。

⁷⁰⁶ 劉俊海・前掲注（653）265 頁。

に監査役会に提訴請求をするという提案もある⁷⁰⁷。これらの見解に対して、「他人」の中には、支配株主なども含まれているため、提訴請求の宛先を一律に決定すべきではないという見解もある⁷⁰⁸。

確かに、提訴請求の宛先に関する制度設計は会社自身による訴訟の提起または会社内部での救済を促進するという意味ではとても重要な問題であり、なるべく会社の各機関の間の権限分配関係を考慮する上で、責任追及の対象と独立する機関を選択する必要がある。しかし、会社の機関が株主の書面による提訴請求をうけた後、訴訟の提起を拒否した場合に、または、請求された日から30日以内に訴訟を提起しなかった場合に、または直ちに訴訟を提起しないと会社に回復しがたい損害を生じる恐れがある場合には、提訴請求をした株主は会社の利益のために、自己の名義で直接提訴できるという条文の文言からも明らかなように、会社側が訴訟の提起を拒否した場合、あるいは、提訴しなかった場合には、会社側の判断が一切尊重されず、株主が直ちに代表訴訟を提起できることになっており、解釈上からも取締役会または監査役会の意見を尊重する余地がまったくない。したがって、日本法と同様、中国法が責任追及の対象に応じて異なる提訴請求の宛先を定めていることはあくまでも会社自身による訴訟の提起を促すという機能にとどまり、提訴請求手続は訴訟管理権限の分配メカニズムとして機能することを予定しておらず、形式的な手続である。会社法改正前から、学説においても、中国現段階ではアメリカ法のような訴訟管理権限の分配メカニズムを採用すべきではないとする意見が多い⁷⁰⁹。

二 被告範囲の限定

中国では、後述するように、会社経営者の義務違反はもちろん、支配株主あるいは実質的支配者による会社利益の侵害という現象はとくに深刻であり、このような実態に対処するために、ぜひとも支配株主を代表訴訟の対象とすべくという考え方がある。例えば、最高院の上記意見募集稿の第43条は支配株主を代表訴訟の対象にすべきであり、その46条2項によれば、裁判所は原告株主が代表訴訟を提起する際に利益相反取引の相手方を被告あるいは第三者として訴訟参加させることを認めるべきであると提案している。また学説の中でも、代表訴訟の対象範囲を広く認めるべきであるという意見が多く見られる⁷¹⁰。これらの意見に対して、支配株主が会社に損害を与え、会社

⁷⁰⁷ 蔣大興「股東代表訴訟中的“公司意志”」第四届亞州企業法制論壇『股東派生訴訟的理論与実務』19頁（2007、上海）。

⁷⁰⁸ 沈貴明・前掲注（687）64頁。

⁷⁰⁹ 例えば、方鉄道「米、日股東代表訴訟制度比較及対我国的啓示」江西財經大學學報2003年第2期；劉桂清・前掲注（654）176頁；劉金華・前掲注（656）188頁；王林清＝顧東偉・前掲注（700）424頁。

⁷¹⁰ 例えば、甘培忠「論股東派生訴訟在中国的有効適用」北京大學學報（哲學社會科學版）第5期21頁（2002）；彭真明ほか・前掲注（683）81～82頁。

が訴訟を提起しない場合においても、株主は取締役に対してのみ代表訴訟を提起できるという意見もある⁷¹¹。2004年の政府の改正草案では、会社経営者の損害賠償責任に限定しているが、その後、全人代の法制工作委員会は2005年6月に開催した会社法改正の専門家座談会において、この問題について意見を求めた結果、アメリカ法のように、限定すべきではないという意見が出された⁷¹²。

最終的に、新会社法152条1項では、会社の業務を執行する際に、法令または定款に違反し、会社に損害を与えた取締役、監査役及び高級管理人員が代表訴訟の対象とされているに加えて、その第3項では、会社の利益を侵害した「他人」も代表訴訟の対象とされている。この「他人」の範囲について、具体的な規定がないため、学説上、争いがある。アメリカ法と同様に、会社に損害を与えた全ての者が対象となるという無限定説がある⁷¹³。これに対して、この「他人」の範囲について、支配株主あるいは実質支配者に限定すべきであり、会社の利益を侵害した全ての者であるべきではなく、漠然に「第三者」というべきではないという限定説⁷¹⁴が多数説となっているようである。また、支配株主と実質支配者に限らず、発起人、清算人及び会計監査人も「他人」の範囲に入るべきであると主張する見解も多い⁷¹⁵。これらの限定説の理由は株主代表訴訟の違法行為抑止機能を重視しながら、会社経営に対する株主の過度な干渉を危惧するところに求められよう。

いずれにしても、新会社法では支配株主の損害賠償責任も明文で定めている(20条、21条)ため、立法者の意図は明確であるため、支配株主あるいは実質支配者が代表訴訟の対象範囲に入ることについては異議がなく、中国の実情にも相応しい立法であると評価すべきであろう。また、発起人、清算人及び会計監査人も内部者と見做されるべきことについて異論がないであろう。しかし、支配株主以外の第三者についても代表訴訟の被告とする必要があるのかについては主要立法目的の調整制度と関連するため、立法による解決が必要である。

⁷¹¹ 王保樹・前掲注(684)第168条。

⁷¹² 劉俊海・前掲注(653)255頁参照。

⁷¹³ 例えば、劉俊海・前掲注(653)255~256頁；趙繼明=吳高臣・前掲注(647)13頁。

⁷¹⁴ 顧功耘ほか・前掲注(679)〔王保樹発言〕。

⁷¹⁵ 蔡立東「論股東派生訴訟中被告的範圍」当代法学第21卷第1期159頁参照(2007)；劉桂清・前掲注(654)178頁；劉金華・前掲注(656)125頁。

終章 比較検討と中国法への提言

第一節 濫訴防止策の設計

一 比較研究の結論

アメリカ法と日本法における株主代表訴訟制度に対する考察からわかったことは、両国の濫訴防止策は共通点として、有益な代表訴訟の提起を妨げないように慎重に設計・運用されていることである。

具体的には、まず、現在のアメリカ法の主流は担保提供制度を放棄し、代表の適切性要件と行為時所有要件によって濫訴の防止を図っている。そのうち、代表の適切性要件に関しては、アメリカ裁判所は基本的に提訴株主の主観的動機の違法性を審査し、かつ、明らかな利益相反が存在する場合にのみその違法性を認定する傾向が強く、なるべく代表訴訟の機能を行わないように運用している。また、行為時所有要件に関しても、立法または司法は有益な代表訴訟の提起を妨げないようにするために、当該要件を緩和する動きが進行している。一方、日本法は権利濫用などの一般的法理の応用と担保提供制度の二段構えの濫訴防止策を構築している。これらの濫訴防止策は基本的に株主の提訴の主観的動機を基準としており、しかも、現在ではその運用がきわめて慎重である。筆者も基本的に有益な代表訴訟の提起を妨げないような濫訴防止策を設けるべきであると考え、具体的な濫訴防止策の改善提言は次の二で提示する。

二 中国法への提言

まず、現行中国法上の180日の持株期間については濫訴防止効果が乏しく、価値のある訴訟の提起の障害にもならないので、そのまま存続しても、廃止しても特に問題が生じないと思う。

また、アメリカ法上の代表の適切性要件については、裁判所は主に原告株主またはその代理人弁護士と会社との間に利益相反が存在するかどうかを審査しているため、実質的に主観的提訴動機を審査する日本法における権利濫用法理の応用と同様な効果を担っているため、特に設ける必要性がないと思う。

さらに、アメリカ法上の行為時所有要件については、公開会社に関してはその効果が薄い割に、有益な訴訟提起を妨げてしまう弊害があり、アメリカ法においても緩和する動きが顕著であるため、同様に設けるべきではないと思う。

しかし、次の二点について、立法上の改善が必要である。

1 持株要件の廃止

中国の立法者は代表訴訟の濫用を危惧して、1%という非常に厳しい持株要件を設けている。これは間違いなく代表訴訟制度の利用を大きく阻害する。実際に、上場企業に関しては2006年以来、代表訴訟が提起されているのは一件だけであり、訴訟を提起するために原告株主側は多大な費用をかけて、提訴に賛同する株主を公募しなけれ

ばならない。

しかし、英米衡平法における株主派生訴訟の歴史的沿革に対する考察から明らかなように、会社経営者は個々の株主の信頼を受けて、会社の経営にあたっているため、個々の株主に対して信認義務を負うべきであるが、会社経営者が会社に損害を与えた場合、会社という独立な法主体の存在を尊重するために、個々の株主に対する直接の損害賠償は通常許されないために、株主代表訴訟制度が生まれたのである。そのため、個々の株主はたとえ一株しか有しないとしても、代表訴権を有するはずである。濫訴防止のために、一定持株比率以下の株主の代表訴権を一律に剥奪することはある意味で財産権の侵害であり、極めて乱暴な立法である。会社にとって価値のある訴訟であるかどうかは提訴株主の持株比率と関係がないことは明らかである。

さらに、代表訴訟制度はそもそも少数株主のために存在するものであり、特に支配株主の権限濫用問題が深刻である中国においてはなおさらである⁷¹⁶。

したがって、1%の持株要件の廃止を主張する。

2 担保提供制度の創設

以上の私見の下では、濫訴防止策は権利濫用法理などの一般的法理だけとなってしまふ。しかし、一般的法理は憲法が保障する裁判を受ける権利との関係で安易な適用が慎まれるべきであるため、提訴動機の違法性などが明白な場合にのみ適用されるべきである。そうであれば、提訴動機の違法性などがそれほど明白ではないが、相当怪しいというような場合への対処として、二段構えの濫訴防止策が必要である。一定の制限を設けるが、直ちに訴訟の却下を命じないという担保提供制度の特徴から考えると、まさに濫訴防止策の第二段として最適である。したがって、担保提供制度の創設を主張する。

そして、担保提供制度を導入するには、日本法の経験から、以下の注意点がある。まず、担保提供の要件として、日本法では、悪意の疎明が要求されるが、中国の民事訴訟法上は裁判官の心証の程度を基準に「証明」と「疎明」の区別が設けられていない。しかし、被告の答弁期間内に決定しなければならないという規定から考えれば、迅速性が求められ、「疎明」程度の心証だと解釈すべきであろう。また、悪意の具体的意味や担保の金額についても、日本における運用の反省と判例の新潮流を参考すべきである⁷¹⁷。

第二節 主要立法目的の選択

以上の比較法的考察からわかるように、アメリカ法は派生訴訟制度が生成された当時から、一定の場合に、取締役会に訴訟管理権限を分配している。これに対して、日本法は会社内部における訴訟管理権限の分配メカニズムを機能させていない。このよ

⁷¹⁶ 本章第二節一参照。

⁷¹⁷ 詳細は第二章第二節三の3を参照。

うな日米の代表訴訟制度設計の相違は株式会社の法定機関に対する両国の根本的な認識の違いに由来するかも知れない⁷¹⁸。

しかし、アメリカ法においては、70年代以降、会社経営者に対する派生訴訟についても、一定の場合に、取締役会に訴訟管理権限を付与することによって、違法行為抑止機能を削減し、制度の主要立法目的の調和を図っている。確かに、本稿序章で分析したように、損害回復目的と違法行為抑止目的との間でバランスの取れた制度設計がもっとも望ましい。しかし、株主代表訴訟制度は他の企業統治手段が機能せず、経営者ないし支配株主が会社ひいては株主の利益を侵害してしまった場合に、事後的な責任追及によって経営者ないし支配株主のこれからの行為を牽制する効果があるため、いわゆる最終的な企業統治手段であるため、当該制度の違法行為抑止機能を実質的に削減するような制度変更を行う際に、慎重な立法政策の選択が求められる。

では、中国法はアメリカ法のような訴訟管理権限の分配メカニズムを導入すべきであろうか。それとも、日本法のように、違法行為抑止機能を主要立法目的として維持していくべきであろうか。あるいは独自の路線を開拓すべきであるのか。以下では、まず、現段階における中国の上場企業の株式所有構造の特徴と企業統治の主要課題について概観する上で、考えられる主体ごとに訴訟管理権限を分配すべきであるかについてそれぞれ検討する。

一 中国上場会社における株式所有構造の特徴と企業統治の主要課題

1 国家資本による支配

1990年代初頭、計画経済から市場経済への転換を図る最中に本格的に発足された中国の資本市場はその当初から、資源の効率的な配分を実現するのではなく、国有企業の改革を支えるという位置づけがなされてきた。1993年4月22日に国務院が公布した「株式発行と取引の管理に関する暫定条例」（「股票発行与交易管理暂行条例」）の第12条で採用された株式公募発行額の割当許可制（指標配額審批制）からこのことが窺える。すなわち、証券市場の主管機関である国務院証券委員会が年度株式公募発行総額を確定する上で、各地方政府または中央企業主管部門に割り当て、各地方政府または中央企業主管部門が割り当てられた発行額の枠内で所管する企業の株式公募発行申請を審査・批准し、批准された申請がさらに証監会、国務院証券委員会、証券取引所の上場審査委員会による逐級の複審査を経て、株式公募と上場ができる制度である。その後、1996年から発行額の割当制から上場企業数の割当制へ変更された⁷¹⁹。2001

⁷¹⁸ また、第二章第一節二の1で検討したように、日本では、株主の代表訴権は原理的に説明できず、あくまでも制定法によって与えられたものであり、そのためか、原告株主が会社の代表機関として会社の訴権を行使するというような理解がなされてきた。そして、そのような従来理解の下では、原告株主が会社の法定機関との間で訴訟管理権限を分配すべきであるという観念自体が形成されにくいかもしれない。

⁷¹⁹ 証監会「關於股票發行工作若干規定的通知」（1996年12月26日、証監[1996]12号）。

年3月16日⁷²⁰まで存続したこの濃厚な計画経済的色彩を帯びる上場審査制度の下で、地方政府または中央企業主管部門が実質的に上場できる企業を決めており、その結果、国有企業が優先的に上場を果たした。

しかし、問題は国有企業が上場しても、国有資本の支配的地位が決して手放されるわけではない。国家経済体制改革委員会（以下、体改委と略す）が1992年5月15日に公布した「株式制企業試行規則」（「股份制企業試点弁法」）の第4条と「株式会社規範意見」（「股份有限公司規範意見」）の第24条では、株式の投資主体によって株式の分類を行った。それによれば、国を代表して投資できる政府部門または機構が国有資産をもって会社に投資して形成された株式は国家株である。法人格を有する企業、独立行政組織（事業単位）及び社会团体が会社に投資して形成された株式は法人株である。個人または従業員が会社に投資して形成された株式は個人株である。外国と香港、マカオ、台湾の投資者が人民元特殊株（B株）を購入する形で会社に投資して形成された株式は外資株と呼ぶ。その後、同年7月、国家国有資産管理局と体改委が合同で制定した「株式制試行企業における国有資産管理に関する暫定規定」（「股份制試点企業国有資産管理暫行規定」）の第3条は全民所有制企業が国の授權經營の国有資産をもって自己と独立の株式制試行企業に投資して形成された法人株を国有法人株と定義する上で、国家株と国有法人株を合わせて国有株と定義した。そして、その第19条で、国有株を非国有經濟主体への売却について国有資産管理部門または政府の審査・批准が必要であると規定し、国有株の流通に制限を加えた。さらに、1994年11月に公布した「株式会社国有株管理に関する暫定規則」（「股份有限公司国有股權管理暫行弁法」）の第11条では、国有企業が株式制企業に改組する際に、国の産業政策の規定に基づいて、国有株の支配的地位を保証しなければならず、ここでいう支配とは50%超の株式を保有する絶対的支配と30%超かつ50%以下の株式を保有する相対的支配である。しかも、その持株比率の計算は二つの所有主体の合計ではなく、単一所有主体の保有率を基準とする。また、その第29条によれば、支配權の変更にかかわる国有株の譲渡は国家国有資産管理局、体改委およびその他関係部門による合同の審査・批准が必要である。これに加えて、国有株の持株機構は新株引受權（配股權）を放棄したり、国有株に現金配当を、他の株に株式配当をする利益処分案に同意したりするが禁止され（27条）、国有株の新株引受權の譲渡も国有株の譲渡と同様の規制を受ける（30条）⁷²¹。このように、これらの行政命令によって、国有株は証券取引所における自由な流通が

⁷²⁰ 1999年7月1日から施行された「証券法」が「届出認可制」（核准制）を採用したこと（11条）を受けて、証監会は2000年3月16日に具体的な手続規則（「股票發行核准程序」）を公布した。しかし、主幹事証券会社による申請会社に対する一年間の指導期間が義務付けられたため（「首次公開發行股票輔導工作弁法」）、割当許可制は実際に2001年3月16日まで存続した。

⁷²¹ 国家国有資産管理局「關於在上市公司送配股時維護国家股權益的緊急通知」も参照（1994年4月4日、国資企発[1994]12号）。

事実上禁止されていた。また、新規公募する前の既存株主が所有する非国有法人株や個人株の流通も併せて停止されていた⁷²²。これらの非流通株は相対取引によってのみ譲渡が可能であるが、国家株と法人株が譲渡された後も取引所で流通できないし、国と法人から譲り受けた新株引受権を行使して取得した株式も同様である⁷²³。国有株流通禁止の目的はこれらの行政命令の原則的規定で繰り返し強調されているように、公有制の主体的地位を維持するためである。

以上のように、国有企業改革の促進という証券市場の位置づけと公有制主体的地位維持の政策が上場会社における国家資本の支配的地位を形成させた。統計データによると、2004年末時点で、上場会社の発行株式総数は約7,149億株で、このうち、非流通株は4,543億株で、全体の64%を占めており、国有株は非流通株の中で74%を占めている⁷²⁴。また、上場会社総数は1,377社で、このうち、国または国有株支配会社が筆頭株主である会社は987社で、上場会社総数の71.68%を占めている⁷²⁵。しかも、筆頭株主の持株比率が会社総資本の50%を超える会社は上場会社総数の約70%を占めており、そのうち、約5%の上場会社においては筆頭株主の持株比率が会社総資本の75%を超えている⁷²⁶。したがって、三分の二以上の上場会社は国有資本に支配されており、しかも、国有資本は絶対的支配地位にある⁷²⁷。

1999年9月の中国共産党第15期4中全会で採択された「国有企業の改革と発展の若干重大問題に関する決定」（「中共中央関于国有企業改革和發展若干重大問題的決定」）は、国有株比率の引き下げの必要性を初めて明確に言及した。同年11月、証監会は流通株主に対する割当による国有株の売出しを試みたが、株価の下落を招き、失敗に終わった。しかし、そもそも同「決定」は、国の支配に影響を及ぼさない前提の下で、適切に一部の国有株を売却すると決定しているのみで、公有制経済の主体的地位の維持を依然として政策目標として掲げている。

また、2001年6月、国務院が交付した「国有株売却による社会保障資金調達に関する暫定管理規則」（「国務院関于減持国有股籌集社会保障資金管理暫行弁法」）は、公募増資の際に、融資額の10%にあたる国有株を同時に売出し、売却資金はすべて全国社会保障基金に上納する（第5条）と定めた。しかし、今回もまた市場の全体の暴落を招き、同年11月に、証監会は急きょその実施を中止したが、仮に成功しても、国有株

⁷²² 目論見書（招股説明書）または上場公告書の中で、新規公募する前の株主の所持する株式が市場で暫定的に流通しないという文言が記載されることになっている。証監会『中国資本市場發展報告』24頁（中国金融出版社、2008）。

⁷²³ 証監会「関于頒発上市公司弁理配股申請和信息披露的具体規定的通知」参照（1994年10月27日、証監[1994]161号）。

⁷²⁴ 証監会・前掲注（722）50頁。

⁷²⁵ 証監会『2005証券期貨統計年鑑』証監会ホームページ。

⁷²⁶ 賈偉「深交所總經理張育軍指出六大弊端制約董事会」經濟日報2004年12月22日6版。

⁷²⁷ 中国ではこのような株式所有構造をよく「一株独大」と表現されている。

の支配地位を揺るがすものではないことが明らかである。

上記二回にわたる国有株の流通市場における直接の売却失敗を受けて、全ての非流通株を流通市場で自由に流通できるようにするための非流通株改革（株権分置改革）が2005年4月末から試行的に開始した。非流通株主が流通株主に対して対価を支払うことによって流通市場における流通権を取得するというのは改革の内容である⁷²⁸。また、改革は統一的な基準によるのではなく、各上場会社が各自の状況を勘案して改革案を決めればよいという市場化の方式が採用された⁷²⁹。その後、改革が順調に進み、2007年末時点で、98%の上場会社が改革を完了しており、改革は二年間で基本的に完成した⁷³⁰。しかし、今回の改革はあくまでも非流通株が取引所で流通できるようにするためのものであり、決して国有株の売却の強制を意味するわけではない。改革が開始した間もなく、国務院国有資産監督管理委員会（以下、国務院国資委と略す）は改革後の国有株の最低持株比率の明確化を各地の国有資産監督管理機構と中央企業に求めた⁷³¹ことから見ると、むしろ国有株の大量売却は当初から予定していないといえる。また、2007年6月末、国務院国資委と証監会は「上場会社の国有株の譲渡に関する暫定規則」（「国有股東轉讓所持上市公司股份管理暫行弁法」）を公布し、国有株の大量売却について、政府の事前承認を求める規則を導入したことからこのことを窺える。実際にも、株価が非常に高い水準にあった2007年上半期まででさえ、ロックアップ期間が解除された売却可能株数の10%ほどしか売却されておらず、2008年上半期までの累計では、売却可能数の5%をようやく超えた程度の非流通株しか売却されていない⁷³²。支配株主である中央所管官庁や地方政府は強制でない限り支配権を手放さない

⁷²⁸ ただし、対価を支払う根拠や、誰に対して支払うべきかについて、論争が巻き起こされたが、必ずしも納得のいく説明が提示されないまま、改革が始まったように思われる。2001年の国有株売却によってベア・マーケットがその後約4年間も続いた当時の市況を考えれば、今回の改革は市場を救いたいという政府、特に証監会の意思が大きく作用した側面があると思われる。

⁷²⁹ ただし、一定の制限を加えている。証監会が2005年9月4日に公布した「上市公司股權分置改革管理弁法」によれば、改革議案は非流通株が提出するが（5条）、流通株主の利益をより保護するために、各上場会社の改革案の承認は決議に参加した全株主の議決権の3分の2以上の同意、かつ、決議に参加した流通株主の議決権の3分の2以上の同意が要求される（16条）。また、改革完成後の急激な需給関係の悪化を防ぐために、①改革案の実施日より12か月以内には非流通株を売却してはならず、②5%以上の株式を保有する非流通株主は上記期間が満了した後、取引所で売却する元非流通株数が当該会社の株式総数に占める比率は12か月以内に5%を超えてはならず、24か月以内に10%を超えてはならず（27条）、かつ、その売却数が1%に達するたびに、当該事実発生日より2営業日以内に公告をしなければならない（39条）。さらに、2005年4月からIPOと公募増資を一年間停止する措置も取られた。

⁷³⁰ 証監会・前掲注（722）53頁。

⁷³¹ 国務院国資委「關於印發国務院国資委關於国有控股上市公司股權分置改革的指導意見的通知」参照（2005年6月17日、国資産権[2005]161号）。

⁷³² 田中信行「中国株の急落と株式会社の改革」中国研究月報63巻3号9頁参照（2009）。

であろう⁷³³。

2011年末時点で、民営企業の新規上場の増加によって、筆頭株主が国有資本である会社数は973社で、上場会社総数の2,400社余りの半分以下を占めるようになったが、その所有する資本の金額は全上場会社の資本金総額の65%を占めており⁷³⁴、国有資本は依然として資本市場の支配的地位にある。近時、国有企業改革の議論が再び活発化しており、上場会社の国有株を全部売却して社会保障基金の不足を補う意見や、国有株をすべて国民に無償分配すべきであるという意見が出されたが⁷³⁵、これは実質的に国有企業の完全民営化を意味し、既得権益の抵抗が予想されるだけでなく、イデオロギ一的論争も避けられない。中国の政策決定者たちの決断が今後注目される。

以上のように、国家資本による支配は現在の中国上場会社における株式所有構造の特徴である。このような会社支配特徴の下では、敵対的企業買収が起こりにくく、会社支配権市場の経営監督機能が働かないだけではなく、以下の二つの主要な企業統治上の課題も生じている。

2 支配株主による支配権の濫用

支配株主が存在する場合は通常支配株主による支配権濫用の問題が生じやすい。上述したように、中国では、大半の上場会社が国有資本に支配されており⁷³⁶、しかも、元国有企業が上場する際に、その優良資産の部分を分離して子会社として上場させる手法が多用されているため、支配権濫用の問題が特に深刻である。支配株主は主として関連当事者との取引と競業行為によって上場会社ひいては少数株主の利益を侵害している。

関連当事者との取引の中には、直接の不正な利益相反取引だけではなく、資金の流用⁷³⁷や担保の提供も多発している⁷³⁸。親会社のこれらの行為によって、一部の上場会社が破産や上場廃止にまで追い込まれた。ある統計によると、2002年から2007年までの各年度において、関連当事者と取引関係を生じた会社が上場会社総数に占める割合は平均して85%以上であり、しかも、取引金額が年々増加している⁷³⁹。そのすべ

⁷³³ 2010年11月時点で、大株主が流通市場における持株の売却によって支配権を譲渡する例がまだ出現していないようである。桂浩明「以全流通視角看限售股解禁」上海証券報2010年11月15日4版。

⁷³⁴ 劉紀鵬「対中国股市新政の九大建議」証券日報2011年12月21日A3版。

⁷³⁵ 李繼培「企改争鋒」新理財（公司理財）2012年4号49~57頁。

⁷³⁶ また、民営上場会社においても、絶対的支配権を有する大株主が存在する現象が顕著であり、支配権濫用の問題は国有資本支配の上場会社に限らない。筆頭株主の持株比率が50%以上である会社は全上場会社の約85%を占めている。劉紀鵬＝周乾＝陳楠「上市公司鉄公鶏 伝統依旧」資本市場2011年5月1日21~29頁。

⁷³⁷ 直接の資金流用から、資金の借用、銀行融資の転貸、債務の肩代わりまで、その形態は多様である。上証聯合研究計画第二十期『上市公司大股東占款抑制機制研究』35~36頁参照（2010）。

⁷³⁸ 盧平和「大股東如何掏空上市公司」中国經濟週刊2004年27期28~29頁参照。

⁷³⁹ 上証聯合研究計画第二十一期『上市公司關聯交易研究及監管对策』10頁参照（2011）。

ての取引が会社の利益を侵害しているとは言えないとしても、上場会社の利益が侵害されるリスクが相当高いことを示している。

2000年6月、証監会は上場会社が会社の資本を以て会社の株主、株主が支配する子会社、株主の付属企業または個人の債務に担保を提供することを禁止する通知を発した⁷⁴⁰。続いて、2003年8月、証監会と国务院国資委が共同で通知⁷⁴¹を発し、支配株主とその他の関連当事者による各種形態の資金流用を禁止した。また、上場会社が支配株主、当該上場会社が50%以下の株式を所有するその他の関連当事者、非法人組織及び個人に担保の提供も禁止され、上場会社による担保総額は当該上場会社の一事業年度の純資産額の50%を超えてはならない。さらに、負債構成比率が70%を超える者の債務を直接または間接に担保することも禁止された。その上で、すでに発生した違法の資金流用と担保事項について、上場会社は事業年度ごとに、流用された資金額と担保によって形成された偶発債務の少なくとも30%を下げなければならない。当該通知に違反した場合、証監会は上場会社とその取締役等を処罰し、発見の日より12か月以内に当該上場会社の再融資申請を受理しない。支配株主が当該通知に違反し、または流用した資金を返還しない場合、証監会はその株式公募やその他の申請を受理しない。国有支配株主が当該通知に違反した場合、国有資産監督管理機構はその直接の責任者に対して紀律処分ないし懲戒免職処分を下す。その後、証監会は何度も上記の通知内容を強調し⁷⁴²、2005年10月、支配株主、特に国有支配株主が流用した上場会社の資金の返還を2006年末までに終了しなければならないという最後通牒を出した⁷⁴³。証監会のこの一連のキャンペーン活動は確かに一定の成果を上げたが⁷⁴⁴、行政の努力だけによって、既発問題が解決できても、再発を食い止めるのはやはり限界が

⁷⁴⁰ 証監会「關於上市公司為他人提供担保有關問題的通知」参照（2000年6月6日、証監[2000]61号）。

⁷⁴¹ 証監会「關於規範上市公司与關聯方資金往来及上市公司对外担保若干問題的通知」参照（2003年8月28日、証監[2003]56号）。

⁷⁴² 証監会「關於加強社会公衆股股東權益保護的若干規定」参照（2004年12月7日）；証監会「關於集中解決上市公司資金被占用和違規担保問題的通知」参照（2005年6月6日、証監公司字[2005]37号）。

⁷⁴³ 「国务院批轉証監会關於提高上市公司質量意見的通知」参照（2005年10月19日、国發[2005]34号）。その翌月、これらの措置と合わせて、証監会は中国銀行業監督管理委員会と共同で通知を発し、上場会社が担保する融資に対する銀行の審査事項と銀行の関係当事者の責任を明確化した。「關於規範上市公司对外担保行為的通知」参照（2005年11月14日、証監發[2005]120号）。さらに、2006年6月に採択された刑法修正案（六）は新たに上場会社の取締役等と支配株主（両罰規定である）の特別背任罪（背信損害上市公司利益罪）を設けた（刑法169条の1）。

⁷⁴⁴ 証監会の統計によると、2006年末時点で、380社の上場会社が流用資金の返還を終了しており、返還された総額が336億元に達しており、19社が返還終了を予定しており、17社がまだ解決されず、証監会の調査を受けており、そのうちの10社の責任者に対して刑事告発を行った。李俠「清欠風暴収官証券市場走過正本清源之旅」金融時報2007年1月12日5版。

ある。

また、親会社やその子会社が上場会社の事業機会を奪取して競業行為を行う現象も国有資本支配の上場会社を中心に存在する。競業問題は国有企業の分離上場によって生じるだけでなく、活発な国有企業の再編によって上場後にも生じる⁷⁴⁵。証監会の統計によると、2009年末時点で、競業問題がある上場会社数は146社で、上場会社総数の約9%を占めており、しかも、そのうちの92社は関連当事者との取引関係を有する⁷⁴⁶。

国有企業の分離上場によって生じる上記の問題を根本的に解決するためには、国有資本支配の上場会社の背後にある国有企業集団全体を上場させることが考えられる。2004年のTCL集団の全体上場（整体上市）の成功を受けて、全体上場の動きが注目され始めた。その後、政府の態度も全体上場の試みに対する支持⁷⁴⁷から積極的推進⁷⁴⁸へと変化してきている。しかし、全体上場をするには集団全体が上場基準を満たすこと、または上場子会社が再融資の基準を満たすことが必要であり、全ての国有資産支配の上場会社の全体上場を実現するのは決して容易なことではなく、今後、長いスパンで実現することになるであろう。

3 内部者支配

支配株主が存在する場合は通常経営者支配の現象が生じにくいと考えられる。しかし、中国においては、支配株主が存在するにも関わらず、内部者支配（insider control）の現象がしばしば指摘されている。

内部者支配概念の提出者である青木昌彦によれば、内部者支配とは、「旧共産主義経済における旧国有企業の民有化（法人化）の過程で、企業のコントロール権の実質的部分が、法的または事実上、経営者によって（場合によっては従業員との連合を通じて）掌握されることを指す」⁷⁴⁹。この現象は、計画経済体制の改革によって国有企業の経営権限が政府から経営者に移譲され、そして、計画経済の解体によって残された真空状態がさらに経営者の支配権を強化したことによって形成され、経済体制転換の過程における固有のものであり、計画経済の遺産から生じた進化的現象であると青木が分析する⁷⁵⁰。つまり、青木は政府と経営者との間の国有企業に対する経営権限の再分配という角度から内部者支配の概念を導いているといえる。

⁷⁴⁵ 上証聯合研究計画第二十一期『上市公司同業競争問題研究』19頁参照（2011）。

⁷⁴⁶ 上証聯合研究計画第二十一期・前掲注（745）26頁。

⁷⁴⁷ 証監会、國務院国資委など「關於上市公司股權分置改革的指導意見」参照（2005年8月23日、証監発[2005]80号）。

⁷⁴⁸ 國務院国資委「關於印發關於規範上市公司国有股東行為的若干意見的通知」参照（2009年6月16日、国資産権[2009]123号）。

⁷⁴⁹ 青木昌彦＝錢穎一編『軌軌經濟中的公司治理結構：内部人控制和銀行的作用』4頁（中國經濟出版社、1995）。また、青木昌彦『經濟システムの進化と多元性：比較制度分析序説』159～160頁（東洋經濟新報社、1995）。

⁷⁵⁰ 青木昌彦＝錢穎一・前掲注（749）21頁参照。

その後、この概念自体は中国学界に広く受け入れられたが、その形成原因が別の角度から中国学者によってさらに解明されていくことになった。現在では、内部者支配現象の根本的な原因は一般的に国有資本の所有者不在（所有者缺位）に求められている⁷⁵¹。その分析はエージェンシー理論に依拠している。すなわち、公有制経済においては、エージェンシー関係の典型的な特徴は二大等級システムである⁷⁵²。第一等級システムは全人民（剰余請求権者である最初のプリンシパル）—地方各級人民代表大会—全国人民代表大会という下から上への授権チェーンからなり、第二等級システムは全国人民代表大会—政府（政府内部も中央政府から地方政府へ、または上級部門から下級部門への授権チェーンが存在する）—企業経営者（最終のエージェント）という上から下への授権チェーンからなっている。この多層的エージェンシー関係によって、剰余請求権を持っていない国有株の権利行使者が企業の経営を監督するインセンティブを欠くため、国有資本の所有者が事実上不在であるという状況が生じることになる⁷⁵³。このような状況下では、日米における株式の分散所有ないし持合によって生じる株主総会の形骸化と同様に、企業の支配権が実質的に経営者の手に渡ってしまうことになる。ただし、中国国有企業における内部者支配の意味については日米でいう経営者支配と若干違う。Berle と Means は経営者の任免権の所在という観点から会社支配の概念を定義しているが、中国の場合、経営者の任免権は最終的に政府または中国共産党が握っているため、日米でいう経営者支配ではない。しかし、経営者の任免権を行使する官僚が剰余請求権を持たないエージェントであり、利益相反が生じうるため、経営者のレント・シーキング行為によって、官僚と経営者との結託関係が形成され、懲罰的解任の可能性がかなり小さくなる。国家株を代表する官僚が自ら国有企業の経営者を兼任するという極端な例も見られる。したがって、日米でいう経営者支配の意味にかなり接近しているとはいえる。また、政府は時に利益最大化以外の行政目標を国有企業に押し付けることもあるため、国有企業における内部者支配が「行政関与下の内部者支配」とも名付けられている⁷⁵⁴。

⁷⁵¹ 例えば、吳敬璉「国有大中型企業公司化改革的難点及对策」経済日報 1995年2月26日参照。

⁷⁵² 張維迎「公有制經濟中的委託人—代理人關係：理論分析與政策含意」經濟研究 1995年第4期 11~12頁参照。

⁷⁵³ このような説明に対して、経営者の業績を反映できる十分かつ公平な競争的市場が存在しないことによってもたらす情報の非対称性の問題こそが国有企業改革の核心であると主張する見解から異議が唱えられている。この見解によれば、大型私有制企業においても、「株主—取締役会—企業管理者」というエージェンシー形式をとるため、国有企業と私有企業のエージェンシー構造に実質的違いがないという。林毅夫＝蔡昉＝李周『中国の国有企業改革』121頁参照（日本評論社、1999）。しかし、この見解は明らかに論点のすり替えであり、反論になっていない。確かに、情報の非対称性が解決されれば、エージェンシー・コストを低下させることができるが、株主権の行使者である官僚がそもそも経営監督のインセンティブを欠く状況下では、限界があるであろう。

⁷⁵⁴ 例えば、吳敬璉・前掲注（751）参照。

このような内部者支配の現象に関する指摘は当初国有独資企業を想定しているが、国有資本に支配されている上場会社についても同様に指摘されるようになった。上場会社における内部者支配現象の表れまたは論拠として、企業内部出身者である経営者の割合が高いこと、業務執行者や使用人を兼任する取締役の比率が高いことは多くの研究によって実証されている⁷⁵⁵。特に筆頭株主の持株比率と取締役の内部出身比率とは正の相関関係にあることが実証されている⁷⁵⁶。この結論はまさに内部者支配現象が国有資本の支配に起因することを裏付けている。したがって、国有資本の支配的地位が変わらない限り、内部者支配現象が根本的に解消されないであろう。

二 経営監督機関に訴訟管理権限を分配すべきか

では、なぜアメリカ法と日本法は代表訴訟制度について異なる立法政策を選択したのか。以下では、その原因を分析する上で、中国の現状を踏まえて、私見を述べたい。

1 アメリカ法における立法政策変化の原因——独立取締役制度の発展

(1) 裁判所の立法政策変更の原因分析

70年代後半の判例法の新しい展開に対して、アメリカ学界は驚きを隠さず、40年代の担保提供命令立法に続き、またもや派生訴訟の存続が危惧されていた⁷⁵⁷。では、なぜ裁判所は70年代になると、派生訴訟の違法行為抑止目的を削減したのか。確かに、会社荒らし訴訟は長年アメリカ裁判所を悩ませてきた問題であり、第一章第二節で検討した判決の中で会社荒らし訴訟に対する懸念も言及されていた。しかし、濫訴の問題は30年代からすでに広く認識されており、70年代から濫訴が特に激増したことを示す報告もないので、濫訴対策という理由だけではこのような政策変更を正当化するのは不十分である。

また、当初の事例は海外における不正支払という会社の法令違反行為に関するものである。70年代中期から大企業のアメリカ国内外における不正支出に関する株主訴訟が急増し、株主訴訟の提訴件数全体の約23%を占めるようになった⁷⁵⁸。このような事例のもっとも重要な特徴はこれらの法令違反行為が会社に利益をもたらしたのである⁷⁵⁹。したがって、裁判所は派生訴訟で経営者を罰したくない。しかし、その後、利益相反取引などの忠実義務違反の事例についても同様な制度変更がなされたため、このような解釈も成立しなくなる。

⁷⁵⁵ 川井伸一『中国上場企業——内部者支配のガバナンス』117~123頁のまとめ参照（創土社、2003）。

⁷⁵⁶ 何浚「上市公司治理結構的分析」経済研究1998年第5期50頁以下。

⁷⁵⁷ See Dent, *supra* note 248, at 109.

⁷⁵⁸ See Jones, *supra* note 118, at 322.

⁷⁵⁹ See John C. Coffee, Jr., *Beyond the Shut-Eyed Sentry: Toward a Theoretical View of Corporate Misconduct and an Effective Legal Response*, 63 Va. L. Rev. 1099, 1105 (1977).

また、70年代はアメリカが経済発展の低迷期に突入した時代であり、経済の行き先に対する不安が経営者のリーダーシップの発揮を求めるようになったことは制度変更の背景として指摘されている⁷⁶⁰。しかし、リーダーシップの発揮は経営者の恣意を許すことではないはずである。

Coffee と Schwartz は、当初、裁判所が何ら新しい政策的理由も示しておらず、それがただの法律形式主義の勝利であると批判した⁷⁶¹。しかし、訴訟管理権限を取締役に優先的に与え、株主が訴訟管理権限を得るためにその独立性について反証を挙げなければならないという制度変更は独立取締役が有効かつ効率よく経営者を監督でき、エージェンシー・コストを減らすことができることを前提としている。取締役会の経営監督機能の向上が派生訴訟の違法行為抑止機能の削減を担保しているのである。したがって、このような訴訟管理権限の再分配のメカニズムから考えると、取締役会の独立性が実際に向上して来ていることは派生訴訟の違法行為抑止機能に対する裁判所の態度の変化をもたらしたもっとも直接的な要因であると考えられる。

(2) 70年代以前の取締役会の無機能化

アメリカ企業には比較的早い時期から社外取締役が存在していたが、これは文化的要因によるものであり、財界の著名人を取締役に加えておくことによりその企業の評判を高めることができるなどの理由によるものであると思われる⁷⁶²。また、社外取締役の比例も高くない⁷⁶³。このような取締役会が会社の経営監督において機能していなかったことについては古くから指摘されていた⁷⁶⁴。Mace が 1971 年に出版した『取締役：神話と現実』は 70 年代以前の取締役会の無機能化現象を説明するにあたってよく引用される⁷⁶⁵。彼は統計学的方法ではなく、大中規模の公開会社の経営者に対するインタビューの形式で、当時の取締役会が実際に果たしている役割を調査した。彼の結論によれば、取締役会が実際に以下のような役割を果たしている⁷⁶⁶。すなわち、第一に、経営者に対して助言を与えることである。第二に、経営者に対してなんらかの規律として機能する。例え経営者たちは取締役が鋭い挑戦的な質問をしないことを

⁷⁶⁰ See Davis, *supra* note 230, at 401.

⁷⁶¹ See Coffee & Schwartz, *supra* note 247, at 262.

⁷⁶² 伊勢田道仁「社外取締役の法的役割」大阪府立大学経済研究 39 巻 2 号 213 頁(1994)。

⁷⁶³ ある研究によれば、1950 年時点ではアメリカ公開会社取締役会の中に社外取締役が平均して約 20%の割合を占めていた。See Jeffrey N. Gordon, *The Rise of Independent Directors in the United States, 1950-2005: Of Shareholder Value and Stock Market Prices*, 59 *Stan. L. Rev.* 1465, 1473-1475 (2007).

⁷⁶⁴ See, e.g., Joseph W. Bishop, Jr., *Sitting Ducks and Decoy Ducks: New Trends in the Indemnification of Corporate Directors and Officers*, 77 *Yale L.J.* 1078 (1968); William O. Douglas, *Directors Who Don't Direct*, 47 *Harv. L. Rev.* 1305 (1934); Frederick Dwight, *Liability of Corporate Directors*, 17 *Yale L.J.* 33 (1907).

⁷⁶⁵ Myles L. Mace, *Directors: Myth and Reality* (Harvard Business School Press, 1971).

⁷⁶⁶ *Id.*, at 179-184.

知っていても、取締役会議のために営業報告等を準備する際にかんがりの注意が払われている。第三に、会社が二つの危機的な状況に陥った場合には単なる助言機能を超えて意思決定を行うことがある。まず、社長が突然死亡したりする場合には後継者の決定を行うことである。また、会社の業績が非常に悪い場合には社長の退任を求めることである。しかし、取締役会が本来果たすべき以下の各種の役割は実際に果たされていない⁷⁶⁷。すなわち、第一に、会社の目標、戦略及び経営政策を決定することである。これらの決定はもっぱら経営者によって行われている。第二に、経営者に対して鋭い質問をすることである。典型的な取締役会議は活発な議論がなく、形式的であって、短時間で終わってしまう。第三に、社長を選任することである。上記危機的な状況を除いて、通常は社長自身が後継者を決定している。このように、70年代以前の取締役会はその経営監督機能が限定的なものであり、かなりの程度において経営者に支配されている。

(3) 70年代における独立取締役制度の発展

しかし、70年代になると、取締役の独立性を促進する動きは次々と出てきた。まず、70年代において、企業統治改革にもっとも積極的に取り組んだのはSECであった。SECは1972年に、すべての公開会社に対して、社外取締役で構成される監査委員会の設置を推奨する声明を発表した⁷⁶⁸。また、特別訴訟委員会制度の起源の部分ですでに検討したように、SECはその法執行強化の過程で会社に独立取締役の選任を同意判決の形で要請し始め、加えて、自主開示プログラムを推奨し、企業が自主開示プログラムに参加するためにも独立取締役からなる特別委員会の設置が必要であった。そして、SECは1978年に、委任状勧誘規則を改正して、その開示事項の範囲を拡大させることによって取締役会制度の改革を試みた⁷⁶⁹。すなわち、取締役候補者の過去5年間の内に、発行会社、またはその親会社・子会社、または関連会社との雇用関係、発行会社業務執行役員との家族関係、発行会社の取引相手との関係を開示事項として追加された⁷⁷⁰。また、発行会社に常設の監査委員会、指名委員会、報酬委員会が設置されているか、各々の委員会の役割に関する説明も開示しなければならない⁷⁷¹。さらに、前事業年度中に開催された取締役会議の回数、その全体の75%未満の会議に出席しなかった取締役がいれば、その事実をも開示しなければならない⁷⁷²。

また、1977年、SECの改革と同調して、ニューヨーク証券取引所は1978年7月1

⁷⁶⁷ Id., at 185-190.

⁷⁶⁸ SEC, Standing Audit Committees Composed of Outside Directors, Securities Exchange Act Release No. 9548 (March 23, 1972), 37 Fed. Reg. 6850 (April 5, 1972).

⁷⁶⁹ SEC, Shareholder Communications, Shareholder Participation in the Corporate Electoral Process and Corporate Governance Generally, Securities Exchange Act Release No. 15384 (Dec. 6, 1978), 43 Fed. Reg. 58530 (Dec. 14, 1978).

⁷⁷⁰ 17 C.F.R. § 240.14a-101. Item 6(b) of Schedule 14A.

⁷⁷¹ Id., at Item 6(d)(1).

⁷⁷² Id., at Item 6(e).

日より、経営者から独立しており、独立な判断を行使できる取締役のみから構成される監査委員会の設置を上場申請または上場維持の要件とするという新しい上場規則を採用した⁷⁷³。

さらに、企業弁護士や経済界も自主的に最善の実務慣行を宣言し始めた。まず、ABAの会社法小委員会は1978年に取締役ガイドブックを公表した⁷⁷⁴。このガイドブックでは、経営に携わらない取締役が取締役会の過半数を構成すべきことを推奨し、また、利害関係を有さず、かつ経営にも携わらない取締役のみで構成される指名委員会、経営にも携わらない取締役で、かつその過半数は利害関係を有しない取締役からなる報酬委員会及び監査委員会を設置すべきことを提案している⁷⁷⁵。そして、大企業のCEOから構成される経営者円卓会議も声明を発表し、取締役会が過半数の社外取締役によって構成されるべきこと、過半数の非業務執行取締役からなる指名委員会の設置を支持している⁷⁷⁶。

以上のように、70年代において、取締役の独立性はSECの法執行と開示規制の強化や証券取引所の自主規則の改正によって実質的に強化されてきた⁷⁷⁷。その結果、取締役会の経営監督機能が向上し、コストが高い株主派生訴訟制度の違法行為抑止機能に頼る必要性が低下したのである。

2 日本法における違法行為抑止目的重視の原因——経営監督機関改革の遅れ

アメリカ法における派生訴訟の主要立法目的に対する調整の動きは当然日本学界や経済界に影響を及ぼしたが、第二章でみた通り、学界の強い反対を受け、アメリカのような制度改正の実現には至っていない。学界反対の根本的な理由は日本の経営監督機関の無機能化であると思われる。

(1) 経営監督機関の二重化

周知の通り、日本の大規模株式会社のはほとんどは単一の経営監督機関を採用するアメリカやドイツと違って、株主総会によって選任される取締役会と監査役（会）という二つの機関が併存して代表取締役などの業務執行を監督するという経営監督機構を採っている。この日本型の二重的経営監督機構は次の三段階にわたって形成されたものである。すなわち、第一段階として、1890（明治23）年の旧商法典は三権分立の思

⁷⁷³ N.Y.S.E. Company Manual A-29; 2 NYSE GUIDE (CCH) ¶2495H (1977).

⁷⁷⁴ Committee on Corporate Laws, Section of Corporation, Banking and Business Law, American Bar Association, Corporate Director's Guidebook, 33 Bus. Law. 1591 (1978).

⁷⁷⁵ Id., at 1625-1627.

⁷⁷⁶ Statement of the Business Roundtable, The Role and Composition of the Board of Directors of the Large Publicly Owned Corporation, 33 Bus. Law. 2083, at 2108, 2110 (1978).

⁷⁷⁷ Gordonの研究によれば、アメリカの取締役会における独立取締役が占める割合は1950年の20%から2005年の73%へと著しく増加し、また、社内取締役が1~2人だけで残りは全部独立取締役であるというsupermajority independent boardも普及してきた。See Gordon, supra note 763, at 1473-1475.

想に基づいて、株主総会が業務執行機関たる取締役とその監督機関たる監査役の両方を選任するという経営管理機構を採用した。このような機関設計は基本的に 1899 年の新商法典に受け継がれた。これによって、監査役という単一制の経営監督機関が形成された。第二段階として、1950（昭和 25）年の商法改正はアメリカ法を受継ぎ、取締役会制度を導入した。取締役会は業務執行の決定を行うのみならず、取締役会によって選任された代表取締役の職務の執行を監督することにされた（1950 年改正商法 260、261 条）。一方、監査役の権限が会計監査に限定されることになった（同法 274 条 1 項）⁷⁷⁸。また、1899 年の新商法典が認めた、取締役・会社間の利益相反取引に対する監査役の承認権（1899 年改正商法 176 条）と、取締役・会社間の訴訟における監査役の会社代表権（同法 185 条 1 項）も取締役会に移された（1950 年改正商法 261 条の 2、265 条）。この改正によって、三権分立型経営監督機関たる監査役は実質的に取締役会に吸収され形で廃止されることになったといえる⁷⁷⁹。第三段階として、1974 年の商法改正（昭和 49 年法律 21 号）は監査役の業務監査権限を復活させた（1974 年改正商法 274 条 1 項）。この改正によって、現在の二重的経営監督機構が完成された。

経営監督機関が二つ存在すると、必然的に機関間の権限分配の問題が生じる。代表訴訟の提起・維持を阻止する権限、すなわち本稿のいう訴訟管理権限を提訴株主との間で再分配する仕組みを立法論的に考える場合、この二重的体制の存続を前提にする限り、どの機関に訴訟管理権限を付与するのかの問題を真っ先に解決しなければならない。1974 年改正商法は取締役・会社間の利益相反取引に対する承認権について 1950 年法のまま取締役会の権限としながら（同法 265 条）、取締役・会社間の訴訟における監査役の会社代表権を業務監査権限と共に復活させた（同法 275 条の 4）。また、この規定によって、代表訴訟の提訴請求を受ける場合についても、監査役が会社を代表することになっている⁷⁸⁰。監査役に取締役・会社間の訴訟代表権を付与したのは取締役・会社間の利益衝突の防止のためであり、この会社訴訟代表権は訴訟手続について会社を代表することだけを意味するにとどまらず、訴えの提起に関する意思決定も含まれるというのは通説である⁷⁸¹。しかし、取締役・会社間の利益相反取引についても同様

⁷⁷⁸ 従来の監査役に対しては、實際上取締役に隷属してその任務を十分尽くしていなかったとの批判がなされていたうえに、アメリカ法には監査役にあたる機関が存在しないため、立案過程においてはその全廃論も出されたが、新法における株主の地位がアメリカ法におけるほど強力なものでないため、会計監査に限定する程度の機関を置くことが必要であったと認められた。また、その資格を公認会計士に限定すれば、その意義が大きい、当時の公認会計士制度が確立したばかりで、その数があまりにも少ないので、このような改正が行われたのである。鈴木＝石井・前掲注（434）190 頁参照。

⁷⁷⁹ 倉沢康一郎「昭和二五年商法改正——監査制度を中心として」岩崎稜先生追悼論文集『昭和商法学史』38 頁参照（日本評論社、1996）。

⁷⁸⁰ 第二章第三節の一を参照。

⁷⁸¹ 上柳ほか・前掲注（447）472~474 頁参照〔鴻常夫〕。

に利益衝突の防止の必要があるのに、その承認権を取締役に与えているのはなぜであろうか。さらに、監査役が自ら会社の代表として取締役の責任を追及する意思決定権限を有することは当然に、取締役の責任を追及する代表訴訟の提起・維持を阻止する意思決定権限も有すべきであろうか。一方、監査役の責任を追及する場合、その提訴請求の宛先は代表取締役であると解されているが⁷⁸²、この場合の提訴の可否に関する意思決定権限はどの機関になるのであろうか。立法論的には、訴訟管理権限をどの機関との間で分配すべきかについてはなお検討の余地があろう。しかし、後述するように、日本の取締役会と監査役（会）のいずれも代表訴訟の提起・維持を阻止できる訴訟管理権限を適切に行使することが期待できない状況であるため、従来、この問題についてはあまり議論されて来なかった⁷⁸³。

(2) 監査役（会）制度の改革とその形骸化

戦後、企業不祥事が発生するたびに、日本の経営監督機関の形骸化問題が指摘され、企業統治を強化するために度重なる商法改正がなされてきた。その改革の中心は監査役制度の改革であった。主として、以下の改正がなされてきた。

まず、1974年の商法改正は上述した監査役の業務監査権限や取締役・会社間の訴訟代表権を復活させた以外に、各種の訴え提起権（同法 247 条など）、取締役会への出席権と意見陳述権（同法 260 条の 3）⁷⁸⁴、会社に著しい損害を及ぼすおそれのある事実を発見した取締役はこれを監査役に報告する義務（同法 274 条の 2）、子会社に対する営業報告請求権と業務・財産状況調査権（同法 274 条の 3）、取締役の違法行為に対する差止請求権（同法 275 条の 2）、取締役が毎決算期に作成した計算書類とその付属明細書を調査する上で監査報告書を作成して取締役に提出する義務（同法 281 条の 3、281 条の 4）、を新たに追加した。このほか、会計帳簿・書類の閲覧・謄写請求権と取締役に對する会計報告請求権を、取締役に對する営業報告請求権に拡張すると共に、特に必要がある時という会社の業務・財産状況調査権の行使制限を撤廃して、いつでも行使しうるように改めた（同法 274 条 2 項）。取締役が株主総会に提出する会計書類に対する調査権もすべての議案と書類に対する調査権に拡張した（同法 275 条）⁷⁸⁵。また、監査役の独立性を確保するためには、株主総会における監査役の選任・解任についての意見陳述権（同法 275 条の 3）を追加したほか、監査役の任期を 1 年から 2

⁷⁸² 前田・前掲注（560）参照。

⁷⁸³ 近時、不提訴理由通知制度の新設による提訴請求手続のアメリカ法への接近の動きに伴い、この問題が議論され始めた。例えば、近藤・前掲注（576）論文。

⁷⁸⁴ 取締役会の招集通知は監査役に対しても発すること（同法 259 条の 2）、取締役会の招集手続の省略に対する監査役全員の同意（同法 259 条の 3）、取締役会に出席した監査役は取締役会議事録に署名すべきこと（同法 260 条の 4 第 2 項）も併せて要求された。

⁷⁸⁵ ただし、小会社については、監査役の権限は従来通り会計監査に限定されており、本文で述べた追加の権限のほとんどを適用しない（1974 年商法特例法 25 条）。

年に延長し⁷⁸⁶（同法 273 条 1 項）、取締役または支配人その他の使用人との兼任禁止の範囲を当該会社からその子会社に拡大した（同法 276 条）。さらに、監査役の選任決議の定足数を定款によっても発行済株式総数の 3 分の 1 未満に下すことができないとした（同法 280、256 条の 2）。

次に、1981 年の商法改正（昭和 56 年法律 74 号）は支配人及び使用人に対する営業報告請求権（1981 年改正商法 274 条 2 項）、取締役会に対する取締役の違法行為に関する報告義務と取締役会の招集権（同法 260 条の 3 第 2 項~4 項）、株主総会における監査役の報酬についての意見陳述権等の監査役報酬規定（同法 279 条）、会社に対する監査費用の請求権（同法 279 の 2）を新設した。また、大会社については、会計監査人に対する報告請求権を追加したほか（1981 年改正商法特例法 8 条）、監査役は二人以上でなければならないという複数監査役制と、監査役の互選をもって常勤の監査役を定めなければならないという常勤監査役制を新たに採用した（同特例法 18 条）。

その後、1993（平成 5）年の商法改正は社外取締役からなる監査委員会の設置というアメリカの要求のかわりに、監査役の任期を 2 年から 3 年に延ばした上で（1993 年改正商法 273 条 1 項）、大会社については、監査役の員数を「二人以上」から「三人以上」に増やし、そのうち一人以上は、その就任の前五年間会社又はその子会社の取締役又は支配人その他の使用人でなかった者でなければならないという社外監査役制度及び監査役会制度を新設した（1993 年改正商法特例法 18 条 1 項、18 条の 2）。

さらに、2001（平成 13）年 12 月の商法改正は 1974 年の商法改正によって認められた監査役の取締役会への出席と意見陳述権を出席と意見陳述義務に変更し（2001 年改正商法 260 条の 3 第 1 項）、監査役の任期をさらに 3 年から 4 年に延長した（同法 273 条 1 項）。そして、監査役の辞任に関する株主総会への意見陳述権（同法 275 条の 3 の 2）、取締役・社外取締役の責任軽減に対する同意権（同法 266 条 9 項・13 項・21 項）、会社が代表訴訟の被告取締役に補助参加することへの同意権（同法 268 条 8 項）が新たに付与された。大会社については、三人以上の監査役のうち半数以上は、その就任前に当該会社又はその子会社の取締役、執行役又は支配人その他の使用人となったことがない者でなければならないというように、社外監査役の員数の増強と社外性の厳格化が図られた（2001 年改正商法特例法 18 条 1 項）。また、大会社の監査役の選任に関する議案への同意権及び議題・議案提出請求権を監査役会に新たに付与した（同特例法 18 条 3 項）。

最後に、2005 年会社法は基本的に上記の改正内容を引き継いだ上で、会社監査人の報酬等の決定に対する同意権を監査役（会）に新たに付与した（会社法 399 条）。

以上のように、1974 年以來の監査役制度の改革は監査役の権限強化とその独立性の

⁷⁸⁶ この任期は、単に 2 年を超えないとされている取締役の任期と異なり、就任後 2 年内の最終の決算期に関する定時総会の終結の時までというように確定されているので、定款による短縮と延長ができないと解されている（同法 280 条による 256 条 3 項の準用がない）。

確保を中心に行われてきた。しかし、以下で述べる、1950年商法改正以前から形骸化が指摘され続けてきた監査役制度の運用実態と制度自体の欠陥から見ると、これまでの改革は明らかに不十分なものである。

まず、日本の上場会社では、一般大衆株主の議決権行使インセンティブの欠如と株式の相互保有の状況下では、株主総会の決議結果は実質的に経営陣の意向によって定まるため、株主総会への監査役の選任・解任などの議案提出権を有する者は実質的に監査役の人事権を握ることになる。そして、後述する取締役会の形骸化によって、監査役の人事は実質的に経営のトップである代表取締役の意向に沿って決まることになるため、監査役は実質的に業務執行取締役の影響下にあつて、その独立性や中立性が確保されにくい。確かに、2001年の商法改正によって、監査役の半数以上が社外監査役であることが義務付けられたが、その就任前に当該会社又はその子会社の取締役などとなったことがない者というその社外性の定義は、中途半端なものである。この定義によれば、親族関係にある者はもちろん、親会社や関連取引先の関係者なども社外監査役となりうる。実際に、2011年7月の実態調査によれば、45.7%の社外監査役の前歴は、親会社や大株主の役職員、または取引先の役職員である⁷⁸⁷。しかも、従業員出身の業務執行者が多い日本の上場会社では、業務執行者が社内のヒエラルキーの中で自分たちよりも下位にある者を監査役として選任してきた蓋然性が高い⁷⁸⁸。上記実態調査によれば、90%以上の社内監査役の前歴は副社長クラスから部長クラスまでである。したがって、監査役が実質的に業務執行者に対する監督機能を果たすことが困難である。確かに、上述した一連の商法改正によって、監査役の選解任・辞任についての株主総会における意見陳述権は監査役に付与したが、株主総会形骸化の状況下においては、意見の陳述は形式に過ぎない⁷⁸⁹。また、監査役の選任に関する議案への同意権や議題・議案提出請求権も監査役に付与されているが、監査役候補をリクルートするためには、代表取締役がそれに関与せざるを得ないことが多く、現実には代表取締役の意向に沿った者が選任されるであろうから、監査役選任議案を監査役会で作成することに、それほど大きな効果は期待できないように思われるし⁷⁹⁰、そもそも、上記のような実態の下では、監査役が積極的に後継者の選任提案権を行使するとも思われない⁷⁹¹。

⁷⁸⁷ 日本監査役協会「定時株主総会前後の役員等の構成の変化などに関するアンケート集計結果 一第12回インターネット・アンケート（監査役設置会社版）一」（2011年9月29日）協会ホームページより。

⁷⁸⁸ 和田宗久「公開型株式会社におけるガバナンス制度の変遷と課題」稲葉威雄＝尾崎安央『改正史から読み解く会社法の論点』94頁参照（中央経済社、2008）。

⁷⁸⁹ 三枝一雄「各種監督機関の形骸化と株主の監督是正権」法律論叢 61巻4・5合併号552頁（1989）。

⁷⁹⁰ 前田雅弘「企業管理と法」『岩波講座現代の法（7）企業と法』77～78頁（岩波書店、1998）。

⁷⁹¹ 上記監査役協会の調査結果によれば、社内監査役候補者について、監査役（会）が提

次に、その運用の実態はともあれ、業務執行者の任免権を持たない者が業務執行者の監督を行うという制度自体は大規模公開会社を念頭に置く限り、欠陥があるといわざるを得ない⁷⁹²。

このように、監査役が制度的に取締役の人事権を持たず、逆に取締役が実質的に監査役の人事権を握っている状況では、監査役に業務監査権限を与えてもそれが有名無実となるのは当然のことである⁷⁹³。したがって、代表訴訟の提起の要否について監査役の判断を尊重できるような状況ではないし、仮にそういう仕組みを創設しても機能しないであろう。

(3) 取締役会制度の改革とその形骸化

監査役制度の頻繁な改正と比べて、取締役会に対する改正の頻度が多くない。取締役会の経営監督機能を強化するためには主として、以下のような改正が行われた。

まず、1981年商法改正は、従来解釈として認められていた取締役会の監督権限を明文で定め（1981年改正商法260条1項）、各取締役の自覚を促し、取締役会の活性化を図った⁷⁹⁴。そして、経営の実権の代表取締役への集中により形骸化しているといわれる取締役会の機能を回復させるために⁷⁹⁵、重要財産の処分・譲受、多額の借財、支配人その他の重要な使用人の選任・解任、支店その他の重要な組織の設置・変更・廃止、その他の重要な業務執行、を取締役会の専決事項として定めた（同法260条2項）。さらに、3か月に1回以上の取締役会に対する業務執行状況の報告を取締役に義務付けた（同法260条3項）。このほか、取締役の競業取引の承認機関を取締役・会社間の利益相反取引の場合に合わせて株主総会から取締役会に移し、これに伴い、介入権の行使機関も取締役会に移した（同法264条）。また、利益相反取引規制を明文で間接取引に及ぼすことにしたうえ（同法265条）、競業取引または利益相反取引をなした取締役の取締役会に対する報告義務を追加した（同法264条2項、265条3項）。

次に、2002（平成14）年商法改正は、大会社及びみなし大会社について、アメリカなどのいわゆるモニタリング・モデルを参考にして設計された委員会等設置会社制度を選択制として導入した（2002年改正商法特例法1条の2第3項）。具体的には、専門の業務執行機関である執行役が置かれ（同特例法21条の5第1項、21条の12第2号）、取締役会の業務執行の意思決定権限も大幅に執行役に委任することが認められた

案した会社は全体で4.0%、社外監査役候補者について、監査役（会）が提案した会社は5.6%、執行部門と監査役（会）が、それぞれ候補者を提案し、協議・調整の上候補者を選定した会社は3.6%といずれも少数にとどまっており、監査役（会）が提案した会社は1割程度にとどまっている。一方、代表取締役等執行部門が候補者を選定し、監査役（会）として同意した会社数が全体で89.6%と最も多くなっている。

⁷⁹² 大杉謙一「監査役制度改造論」商事法務1796号4頁（2007）。

⁷⁹³ 三枝・前掲注（789）552頁。

⁷⁹⁴ 北沢正啓「会社法根本改正の計画とその一部の実現」北沢正啓先生古稀祝賀論文集『日本会社立法の歴史的展開』453頁（商事法務研究会、1999）。

⁷⁹⁵ 北沢・前掲注（794）452頁。

一方（同特例法 21 条の 12 第 1 号）、取締役会の監督機能の強化として、それぞれ取締役三人以上で組織する指名委員会、監査委員会、報酬委員会という三つの委員会を取締役会の中に設置しなければならず、監査委員会と機能が重複する監査役は置かれずとされたうえ（同特例法 21 条の 5）、各委員会につき、その過半数は、社外取締役であって執行役でない者でなければならない（同特例法 21 条の 8 第 4 項）⁷⁹⁶。他方、従来の監査役制度を採用し続ける大規模株式会社についても、できる限り機動的な会社経営が可能となるようにするために、重要財産委員会制度を導入した⁷⁹⁷。すなわち、大会社又はみなし大会社であって、取締役の員数が十人以上で、かつ、そのうち一人以上が社外取締役であることを条件として、重要財産の処分及び譲受、多額の借財に関する決定を、三人以上の取締役によって構成される重要財産委員会に委任することが認められた（同特例法 1 条の 3 以下）。企業側が自主的に委員会等設置会社制度または重要財産委員会制度へ移行すれば、社外取締役の登用が促進されることになる。

最後に、2005 年会社法は上記重要財産委員会制度に一定の修正を加えた上で特別取締役による取締役会決議の制度として再構成し、また、上記委員会等設置会社制度についても一定の変更を加えた上で委員会設置会社に名称変更しただけで、取締役会に対する実質的改正はない⁷⁹⁸。

以上のように、取締役会制度に対して一定の改革を行ってきたが、以下で述べる制度自体の欠陥と制度の運用実態からみると、これまでの改革は中途半端なものといわざるを得ない。

まず、従来の日本の取締役会制度は自己監督の矛盾を抱えていることが指摘されてきた⁷⁹⁹。すなわち、アメリカ法上の役員（officer）は、その地位が取締役会のメンバーである必要がなく、純然たる業務執行機関として取締役会の下部に置かれているため、業務の執行と監督の分離が図られているが、日本法上の業務執行機関である代表取締役は取締役の資格を前提としており、しかも、代表取締役の員数制限がないため、業務の執行と監督が分離されていないことになる。

また、日本の大規模株式会社では、従業員出身の社内取締役が取締役のほとんどを占めている。2009 年 3 月のアンケート調査によれば、社外取締役のいない会社数が回答会社全体の 49.6%と約過半数を占め、一人いる会社が 22.3%、二人いる会社が 12.8%、

⁷⁹⁶ ただし、取締役会の構成員の過半数が社外取締役である必要がない。

⁷⁹⁷ 始関正光「平成一四年改正商法の解説（9）」商事法務 1646 号 4 頁（2002）。

⁷⁹⁸ 取締役会に関する改正事項は取締役の解任決議の緩和（会社法 341 条）、取締役会決議省略の許容（会社法 370 条）、取締役会への報告省略制度の新設（会社法 372 条）ぐらいである。

⁷⁹⁹ 例えば、酒巻俊雄「業務執行機関の権限」竹内昭夫＝龍田節編『現代企業法講座（3）』266～268 頁参照（東大出版会、1985）。

三人いる会社が 8.1%、四人以上いる会社が少数にとどまる⁸⁰⁰。しかも、上述した 2011 年 7 月の実態調査によれば、監査役設置会社を採用する上場会社では、50%以上の社外取締役の前歴または現職は、親会社や大株主の役職員、または取引先の役職員である⁸⁰¹。

さらに、従業員出身の取締役が多いと、必然的に従業員の地位を兼ねるいわゆる使用人兼務取締役の比率が高くなり、その結果、取締役会の中で代表取締役を頂点とするヒエラルキーが構築されてしまい、取締役の任免権は監査役と同様に、実質的には経営のトップである代表取締役の手中にあるため、取締役会のメンバーの独立性が確保されにくい。また、会社の意思決定機能は実質的にこのヒエラルキーの上位にある取締役によって構成される常務会や経営委員会等に委ねられている⁸⁰²。上記アンケート調査によれば、多くの会社で、取締役会の開催回数は月 1 回で、1 回あたりの平均所要時間は 1~2 時間程度で⁸⁰³、にもかかわらず、取締役会の付議事項が多いことに照らすと、業務執行に関する重要な意思決定は実質的には取締役会以外の経営委員会等においてなされていると推測できる⁸⁰⁴。

確かに、社外取締役の設置を条件とする委員会設置会社制度と特別取締役による取締役会決議制度は創設されたが、当該会社又はその子会社の業務執行取締役若しくは執行役又は支配人その他の使用人でなく、かつ、過去に当該会社又はその子会社の業務執行取締役若しくは執行役又は支配人その他の使用人となったことがない者という緩い社外性の定義（会社法 2 条 15 号）はともかく、そのいずれも選択制として導入されているため、当初からあまり利用されないことが予想された。実際に委員会設置会社を採用する上場企業数が極めて少数にとどまっており、しかも、減少傾向にある⁸⁰⁵。また、特別取締役による取締役会決議制度もほとんど利用されていない⁸⁰⁶。結果としては、従来指摘されてきた取締役会の形骸化問題について抜本的な改善措置が講じられていないことになる。また、日本の自主規制機関もこのような現状の打破に積極的な役割を演じていない⁸⁰⁷。

⁸⁰⁰ 「取締役会の構成・開催の状況」商事法務 1867 号 18 頁（2009）。

⁸⁰¹ 前掲注（787）参照。

⁸⁰² 北村雅史「取締役の地位の変遷」岩崎稜先生追悼論文集『昭和商法学史』359 頁（日本評論社、1996）。

⁸⁰³ 前掲注（800）参照。

⁸⁰⁴ 神作裕之「取締役会の実態とコーポレート・ガバナンスのあり方」商事法務 1873 号 19 頁（2009）。

⁸⁰⁵ 日本取締役協会の調べによると、委員会設置会社を採用する上場企業数は 2008 年と 2009 年の 71 社をピークに、2011 年 8 月時点の僅か 62 社に減少している。「委員会設置会社リスト（公開企業）」協会ホームページより。

⁸⁰⁶ 前掲注（800）25 頁参照。

⁸⁰⁷ 日本のもっとも重要な自主規制機関である東京証券取引所は 2009 年 12 月の上場規程の改正で、1 名以上の独立役員（会社法上の社外取締役または社外監査役）の確保とその確保状況の開示を要求しただけである（東証有価証券上場規程 436 条の 2、同施行規則 211

このような取締役会の無機能化の現実の下で、アメリカのような訴訟委員会制度の導入に反対する意見が多い⁸⁰⁸。また、仮にアメリカ法のような権限分配メカニズムを導入しても、独立取締役がほとんど見られない日本の公開会社にとっては機能しないであろう。

3 中国の経営監督機関の現状と中国法への提言

(1) 中国法の経営監督体制

中国会社法は株主総会によって選任される取締役会と監査役会という二つの機関が併存して取締役会長や支配人の業務執行を監督するという経営監督機構を採っている。1993年の旧会社法においても、2005年の新会社法においても、取締役会の経営監督権限が明文化されていないが、業務執行者たる取締役会長や支配人の選任・解任権限が取締役会にあるため（旧法112条2項9号、113条1項＝新法110条、114条）、当然に経営監督権限を有すると解することができる。独任制の監査役制度を採用していないことと、監査役会の中に一定比率の従業員代表を含まなければならないことを除いて、基本的に日本法と同様に二重的経営監督体制が採用されている。

そこで、日本法と同様に、経営監督機関に対する代表訴訟の阻止権限の付与を立法論的に考える場合、どの機関に付与すべきかという問題が生じる。旧会社法は監査役会が会社に代わって取締役などの責任を追及する権限を定めていなかった。新会社法は株主の提訴請求を受けた場合、監査役会が取締役などに対して訴訟を提起できることとした（新法119条、54条6号）。しかし、この規定は監査役会の訴訟提起権を定めているが、株主の代表訴訟の提起・維持を阻止する権限も監査役会に付与すべきかについては改めて検討する余地があろう。以下では、中国における取締役会と監査役会の制度現状をそれぞれ確認するうえで、比較法研究から得た示唆を踏まえて、私見を述べたい。

(2) 取締役会制度の現状

旧会社法では、取締役会の法定権限として、①株主総会の招集と総会に対する事業の報告、②株主総会決議の執行、③会社の経営計画と投資案の決定、④年度予算案と決算案の作成、⑤利益処分案と損失処理案の作成、⑥資本金の増減案と社債発行案の作成、⑦合併・設立・解散案の作成、⑧会社内部管理機構の設置の決定、⑨支配人を選任・解任し、支配人の指名に基づいて副支配人と財務責任者を選任・解任し、これらの者の報酬を決定すること、⑩会社の基本的管理制度の制定、という十項目が列举されている（旧法112条2項）。この規定から見ると、取締役会は株主総会決議の執行機関であると同時に、会社の業務執行の基本的事項に関する意思決定機関でもある。そして、取締役会の決議の執行は取締役会が選任する支配人の専属権限とされているため（旧法119条1項）、支配人が純然たる業務執行機関として設置されなければならない。

条4項5号・226条4項5号)。

⁸⁰⁸ 例えば、落合誠一『会社法要説』145頁（有斐閣、2010）。

しかも、支配人は取締役の資格を要しないため、アメリカ法における役員の法的地位と類似する。ここまで見ると、旧会社法上の業務執行と監督体制は日本法のような自己監督の矛盾を抱えていないように見える。

しかし、旧会社法は、単一の法定代表人制度を採用しており、その唯一の会社の代表権を取締役会長に付与しているため（旧法113条2項）、支配人とは別の、もう一つの業務執行機関として取締役会長を定めている。そして、取締役会長に取締役会決議の実施状況を監督する権限を付与している（旧法114条2項）。しかも、旧会社法は、取締役会がその閉会期間中にその権限の一部を取締役会長に委任することを認めている

（旧法120条1項）。そのため、対外的業務執行権限と業務執行に対する監督権限の両方を有する取締役会長は実質上経営のトップになり、制度的にはやはり自己監督の矛盾を抱えていることになる。しかも、取締役会は年に最低2回の開催しか要求されておらず（旧法116条1項）、他の取締役による代理出席も明文で認められている（旧法118条1項）。さらに、取締役会に対する取締役会長と支配人の報告義務が規定されておらず、また、取締役会の招集が取締役会長の権限だとされ（旧法114条1項1号）、各取締役の取締役会の招集請求権も規定されていない。したがって、取締役会制度が形骸化する余地が大きい。

そして、本節一の3で検討したように、国有資本の支配によって生じている内部者支配の状況の下で、取締役の会社内部出身比率が高く、使用人を兼任する取締役が多い。その結果、取締役会内部に上下関係が形成され、取締役会の形骸化が現実となる。その上、会社法は支配人と取締役の兼任を禁止していないため（旧法120条2項）、取締役とりわけ取締役会長が支配人を兼任するケースが多い。したがって、取締役会が経営監督機関としてほとんど機能していない。

取締役会の経営監督機能を回復させるために、2001年8月、証監会は「上場会社における独立取締役制度の導入に関する指導意見」（「關於在上市公司建立獨立董事制度的指導意見」、以下は「指導意見」と略す）を公布し、全上場会社に対して、2002年6月30日までに二人以上の独立取締役の設置、2003年6月30日までに取締役会の3分の1以上に当たる独立取締役の設置を義務付け、そのうち、少なくとも一人が会計の専門家でなければならない。そこでいう独立取締役とは、「会社で取締役以外の職務を担当しておらず、かつ、当該上場会社およびその主要株主との間に、独立の客観的判断を妨げるおそれのあるような関係が存在しない取締役である」と定義され、そのうえ、具体的な欠格事由も定めている。そして、最大五社の上場会社で独立取締役を兼任できる。さらに、独立取締役の特別権限として、重大関連取引の承認権、外部監査人の選任・解任に関する提案権、臨時株主総会・取締役会の招集提案権、外部監査機関と顧問機構の単独雇用権、株主総会開催前の委任状勧誘権限が付与されているほか、独立取締役は取締役会または株主総会に対して、取締役候補者の指名、取締役・上級管理人員の選任・解任・報酬、重大関連取引、及び中小株主の利益を損なうおそ

れのある事項などについて、独立意見の発表義務も定められている。

その後、2002年1月、証監会が国家経済貿易委員会と共同で公布した「上場会社企業統治準則（上市公司治理準則）」において、「指導意見」で採用された独立取締役制度を再度強調した。2003年末時点で、ほとんどの上場会社が要求通りに独立取締役を設置した。しかし、「人情取締役」や「花瓶取締役」と揶揄されているように、独立取締役制度が期待通りの機能を果たしていないことは指摘されている⁸⁰⁹。その理由として、独立取締役の職務時間の制限や経営情報の不足も挙げられているが、主として以下のような原因が考えられる。

まず、もっとも重要な原因はその独立性が確保されていないことである。「指導意見」では、取締役会と監査役会以外に、単独または合計で1%以上の株式を有する株主にも独立取締役の候補者指名権を与えているが、高度な集中と高度な分散が同時に存在する中国の株式所有構造の下では、大株主以外にこの権限を行使できる者は極めて少ない。また、過半数の独立取締役からなる指名委員会の設置も上場会社の選択に委ねている。そのため、国有資本による支配とそれに起因する内部者支配の状況下では、ほとんどの独立取締役は大株主と取締役会によって指名されているというのが現状である⁸¹⁰。

そして、「指導意見」が定めている独立取締役の独立意見発表義務と特別権限の多くは提案性のものにとどまっておき、また、一部は意思決定の性質を帯びるが、その範囲は限定的であるため、独立取締役が会社経営に対する影響力は限られているといわざるを得ない⁸¹¹。また、独立取締役の独立性が確保されていない現状では、このわずかな権限でも行使されていないというのが現状である⁸¹²。

さらに、一人一議決権の原則の下では、3分の1の独立取締役の設置を義務付けるだけでは支配株主に支配させている取締役会の決議に影響を及ぼしたり、変更を加えたりすることが困難である⁸¹³。また、アンケート調査によれば、実際、ほとんどの独立取締役は大株主や実質的支配者と異なる意見を発表したり、取締役会会議で棄権票や反対票を投じたりすることがない⁸¹⁴。

新会社法は独立取締役の設置を上場会社に義務付けたが、具体的な規定の制定を国務院に委ねているため（新法123条）、上記証監会の命令が依然として有効であり、独

⁸⁰⁹ 王天習『公司治理与独立董事研究』220~221頁（中国法制出版社、2005）。

⁸¹⁰ 最近のサンプル調査によれば、98.7%の独立取締役は取締役会（71.7%）、支配株主（22.7%）、大株主（4.33%）によって指名されている。上証聯合研究計画第二十期『上市公司独立董事角色定位、職責与責任』3頁参照（2010）。

⁸¹¹ 周友蘇・前掲注（660）106頁〔周友蘇〕。

⁸¹² あるアンケート調査によれば、ほとんどの独立取締役は「指導意見」が定めている権限を行使したこともなく、行使する予定もない。李明良「中国上市公司独立董事制度辺縁化問題研究」王保樹編『転型中的公司法的現代化』131頁（社会科学文献出版社、2006）。

⁸¹³ 周友蘇・前掲注（660）106頁〔周友蘇〕。

⁸¹⁴ 李明良・前掲注（812）131頁。

立取締役制度に変更が生じていない。ただ、新会社法は取締役会制度に一定の変更を加えている。主としては以下のような改正が行われた。まず、支配人が重要な業務執行権限を有しながら、対外の代表権を有しないという問題を解決するために、新会社法は単一の法人代表人制度を維持しながら、会社が定款に基づいて法定代表権を取締役会長または支配人に与えることができるように一定の定款自治を認めた（新法 13 条）。また、取締役会がその閉会期間中にその権限の一部を取締役会長に委任することができるという規定も削除された。これはおそらく取締役会長に過度の権限集中を緩和するためであろう。しかし、取締役会長が既得している重要な会社代表権を支配人に譲ることがあまり考えられないであろう。また、権限委任の規定が削除されても、禁止しているわけでもない。しかも、支配人の権限について、新会社法は従来の法定権限事項を列挙しているながら、完全な定款自治を認めているため（新法 114 条 2 項、50 条 2 項）、業務執行権限が取締役会長にさらに集中し、極端的には日本の代表取締役に近い地位を得ることも可能となる⁸¹⁵。

このほか、新会社法は 10 分の 1 以上の議決権を有する株主、3 分の 1 以上の取締役または監査役会に取締役会の招集請求権を新たに付与し（新法 111 条 2 項）、上場会社の特例として、取締役会の決議事項に関連関係を有する取締役の議決権行使を禁止した（新法 125 条）。これらの措置は取締役会の機能強化に有用であるが、根本的な解決策ではなく、その効果は限定的であろう。

以上のように、中国は取締役会制度に一定の改革を施してきたが、その効果は今一つである。中国上場会社上位百社を対象とする 2011 年度の企業統治評価報告によると、取締役会の運用状況が依然として改善されておらず、平均会議回数と平均出席率が逆に低下し、委員会設置会社の数と委員会の会議回数も基本的に変わっていない⁸¹⁶。学説では、アメリカ法のような提訴請求制度や訴訟委員会制度を導入すべきであるという見解もあるが⁸¹⁷、以上のような取締役会制度の現状からみると、中国の株主代表訴訟制度はアメリカ法のように、一定の場合に、訴訟管理権限を取締役会に与えるように変更すべきではないであろう。また、日本と同様、変更しても独立性の要件を厳格に解する限り、機能しないであろう。

（3）監査役会制度の現状

旧会社法によれば、監査役会は三人以上から構成し、そのうち、従業員によって選

⁸¹⁵ もっとも、前述したように、取締役会長が支配人を兼任するケースが多いので、可能性ではなく、実際には日本の代表取締役とさほど変わらないであろう。しかも、単一の法人代表制であるため、日本の代表取締役よりも権限が集中していると評することができよう。

⁸¹⁶ 中国社会科学院世界経済与政治研究所公司治理中心＝甫瀚諮詢『2011 年中国上市公司 100 強公司治理評価』22～25 頁参照。

⁸¹⁷ 例えば、黄輝「中国股東派生訴訟：理論分析与实践前景」王保樹主編『实践中的公司法』473 頁（社会科学文献出版社、2008）；周林彬・前掲注（688）442 頁；劉向林「商事經營判断準則与股東代表訴訟的駁回」經濟与社会發展第 3 卷第 5 期 96 頁以下（2005）。

出される一定比率の従業員代表をいなければならず、監査役は取締役、支配人と財務責任者との兼任も禁止されている（旧法124条）。そして、監査役会の権限として、財務検査権、取締役と支配人に対する監督権、取締役等の違法行為の是正請求権及び株主総会の招集提案権を定めていた（旧法126条1項）。しかし、監査業務を行うにはこれらの権限だけでは明かに不十分である。

2002年1月に公布された「上場会社企業統治準則」の第67条では、監査役会は取締役、支配人その他の高級管理人員、内部と外部の会計監査人員に対して監査役会会議への出席を要求し、関係問題への回答を求めることができると定めた。

新会社法は、その改正過程において監査役会制度の廃止論も出たが、結局、従来の二重監督体制を維持したまま、監査役会に一定の改正を加えた。まず、取締役会が株主総会の招集・主宰職務を履行しない場合における株主総会の招集・主宰権（新法102条2項、54条1項4号後段）、取締役や高級管理人員の解任提案権（新法119条1項、54条1項2号）、株主総会への議案提起権（新法119条1項、54条1項5号）、株主の提訴請求を受けた場合の取締役などに対する訴え提起権（新法119条1項、54条1項6号）、取締役会の出席権および取締役会の決議事項に対する質問または意見陳述権（新法119条1項、55条1項）、監査役会招集提案権（新法120条1項、56条1項）を新たに追加した。そのほか、会社が監査役の職務執行に伴う費用を負担する義務も明文化された（新法119条2項、57条、55条2項）。また、監査役会会議は少なくとも6か月に1回の開催が要求された（新法120条1項前段）。

以上のように、監査役会の権限拡充などが図られたが、監査の実効性が向上したという評価が見当たらない。その原因は日本法と類似する。すなわち、まず、実態的には、従業員代表はもちろん、株主代表としての監査役もほとんど企業内部出身であり、経営のトップである取締役会長などが実質的に監査役の人事を握っているため、監査役との間で上下関係が形成されている⁸¹⁸。部下に上司の監督を期待するのは難しいであろう。また、実務では、取締役会または支配人が監査役会を督促して事件を調査させたり、問題の処理意見を提出させたりするという怪現象もしばしば見られるため⁸¹⁹、取締役会と監査役会の上下関係を如実に表している。しかも、ほとんどの監査役は使用人や他の仕事と兼任しており、常設の事務局も設置されていない場合が多い。さらに、業務執行者の人事権を持っていないため、制度自体にも限界がある。また、日本法のような独任制を採用しておらず、常に合議機関として監査業務を遂行しなければならないことも監査の実効性を損なう。

学説では、監査役会はその構成員の独立性と公正性が確保されていれば、提訴しな

⁸¹⁸ 常健＝饒常林「完善我国公司監事会制度的法律思考」『中国商法学精萃』215頁（機械工業出版社、2002）。

⁸¹⁹ 彭文革「从証券交易所的視角看我国上市公司治理的完善」甘培忠＝樓建波編『公司治理專論』243頁（北京大学出版社、2009）。

いことが会社最善の利益になると判断した場合に、経営判断原則に基づき、代表訴訟を終結させることができるという意見もあるが⁸²⁰、このような監査役会の形骸化の現状では、独立な監査役が果たして確保できるのかは大いに疑問に思う。したがって、私見によれば、現段階においては、監査役会に訴訟管理権限を分配することは望ましくない。

三 株主総会に訴訟管理権限を与えるべきか

1 比較研究からの示唆

序章でも分析したように、株主総会が一般の中小株主の意向を反映できる場合は、会社の過半数の所有者の意思を尊重しているため、訴訟にかかる費用が便益を上回っても、通常の民事訴訟と同様であり、提訴者自身の判断に基づいて訴訟にかかるコストを負担していると理解することができ、特に立法目的調整の問題自体が生じないことになる。

イギリス判例法は基本的に株主総会に訴訟管理権限を付与している。株主が代表訴訟を提起・進行できるのは資本多数決原則の例外にあたる場合に限られ、株主代表訴訟の適用範囲がかなり少ない。しかも、どのような場合に資本多数決原則の例外にあたるかについてはその線引きが難しい。

これに対して、アメリカ法と日本法はそもそも株主総会に対する提訴請求自体を要求していない。これは代表訴訟が提起される度に株主総会を開催する非効率性の観点から正当化できるかもしれない。しかし、本稿が繰り返し主張するように、株主総会の無機能化の現象に対応するために、株主総会中心主義から取締役会中心主義への法制度的移行がその根本的な原因であると考えられる。現代の公開会社では、一般大衆株主は議決権を行使するインセンティブが低く、株主総会は実質的に会社経営者に牛耳られているため、株主総会が一般の中小株主の意向を反映できるという上述した前提は成り立たず、法が株主総会中心主義を堅持することは反って株主の利益保護に不利である。このため、イギリス判例法の立場が批判されてきた。

2 中国法への提言

中国では、株主総会に訴訟管理権限を分配すべきかという問題に触れた文献自体が少ないが、その中で、株主総会に対する提訴請求を要求すべきではないと明白に主張する見解がある。その理由としては、①株主総会招集のコストがかかること、②取締役会または監査役会との間の権限衝突の問題が生じること、③株主の提訴に至るまでの待機期間をさらに伸ばすことになること、を挙げている⁸²¹。これは効率性と会社機

⁸²⁰ 例えば、朱静秋「股東派生訴訟前置程序淺論」第四屆重州企業法制論壇『股東派生訴訟的理論与実務』101頁（2007、上海）；蔡元慶「論公司機關在股東代表訴訟中的權限」法学 2005年第10期124頁。

⁸²¹ 劉俊海・前掲注（653）266頁。

関与権限分配の角度から考えた理由であろう。

これに対して、すでに検討したように、会社法改正の前後を通じて、提訴請求の宛先の設計については監査役が責任追及の対象とする場合には株主総会に提訴請求すべきであるとする意見がある⁸²²。しかし、これらの意見は共通して、あくまでも株主総会の訴訟提起決議を尊重し、訴訟を提起すべきでないとは決議しても提訴株主の判断を尊重している。したがって、これらの見解は原告株主と株主総会の間で意見対立が生じる場合に、株主総会に優先的に訴訟管理権限を与えるべきであることを主張するものではなく、あくまでも株主総会による訴訟提起の決議に期待して、会社自身による訴訟の提起を促進する狙いだといえる。

既述したように、中国会社法は取締役などの自己取引や競業行為の承認権などの多くの重要な権限を株主総会に与えており、ある意味でまだ株主総会中心主義を堅持しているため⁸²³、株主総会に優先的に訴訟管理権限を与えることはむしろ現行中国会社法の立場と合致すると思われる。では、中国の現状から考えて、株主総会に訴訟管理権限を付与すべきであろうか。

まず、支配株主または実質的支配者としての大株主による権限濫用を原因とする株主代表訴訟では、仮にこれらの利害関係を有する株主の議決権を停止しても、一般大衆株主の無機能化の角度から考えると、日米と同様に、株主総会に訴訟管理権限を付与すべきでないであろう。

次に、支配株主または大株主による権限濫用と関係がない場合では、大株主の意向を反映させるべきであろうか。上述したように、中国の上場会社の支配株主または大株主は行政機関ないし国有持株会社である場合が多い。行政機関が支配株主または大株主である場合、株主の議決権を行使するのは政府の官僚であり、上場会社に派遣されてきた取締役なども公務員である場合が多いため、役人同士の庇い合いによって、行政機関が派遣取締役などの責任追及の判断を下すことは現実的ではない。実際に、会社不祥事を起こした派遣取締役は上場会社における役職が解任されても、役人の地位が失われることが少ないことから考えれば、行政機関が公正な提訴判断を下すことは期待しがたいであろう。また、支配株主または大株主が国有持株会社である場合には、内部者支配によって、そもそも上場子会社と親会社の取締役などの兼任現象が多くみられる状況下においては、支配株主が公正な提訴判断を下すことも現実的ではないであろう。

以上から総合的に考えれば、中国法も日米と同様に、株主総会に訴訟管理権限を分配することによって主要立法目的に対する調和を図るべきではない。

四 裁判所に訴訟管理権限を与えるべきか

⁸²² 第三章第三節一参照。また、蔣大興・前掲注（707）27頁。

⁸²³ 第三章第一節二の2参照。

1 比較研究からの示唆

イギリス法とアメリカ法はいわゆる会社内部不干渉の原則によって、訴訟管理権限は基本的に原告株主と会社機関（株主総会か取締役会か）との間で分配する。デラウェア州最高裁は第二次の訴訟管理権限の分配の第二段階で裁判所がその自身の独立の経営判断を適用して、会社の却下申立が認められるべきかどうかを決定すると判示したが、第一章で検討したように、この判示は裁判所に独自の経営判断を強制する趣旨ではなく、行使するかどうかはあくまでも裁判所の裁量による。実際に裁判所が滅多にこの権限を行使しないし、独自の経営判断を特別訴訟委員会の判断に置き換えることではなく、特別訴訟委員会の決定の合理性に対する審査を意味すると解されている。

また、アメリカの裁判所は代表の適切性要件に対する審査において、原告株主の提訴動機に明らかな利益相反があると立証された場合にのみその適切性を否定して、積極的に職権で判断しない。

したがって、アメリカ法では、裁判所の役割は、司法審査基準に基づいて、または独自の裁量権を行使して、取締役会と原告株主との間で訴訟管理権限の分配を行うだけであり、会社にとって訴訟が必要か否かに関する経営判断をしない。

日本法は形式的提訴請求手続の採用によって、訴訟管理権限分配のメカニズムを機能させていないため、アメリカ裁判所のように訴訟管理権限の分配を行う役割もない。

2 中国法への提言

しかし、会社経営監督機関の独立性が担保されず、それに対する訴訟管理権限の分配を行えない状況下では、中立的な立場にある裁判所に訴訟管理権限を与えることによって、代表訴訟制度の主要立法目的の調和を図ることも考えられる。中国では代表訴訟における職権主義の適用範囲の拡大を主張する見解があるが⁸²⁴、職権主義は会社にとって訴訟が必要か否かという実質的な経営判断までを裁判所が行えることと当然に同義ではない。一方、日本では、株主総会決議取消の訴えについて認められている裁量棄却の枠組みを参考にして、代表訴訟についても、一定の場合に、裁判所による裁量棄却を認めるべきであるという立法論が主張されている⁸²⁵。

しかし、総会決議取消の訴えにおける裁判所の裁量棄却の権限は果たして会社の代わりに経営判断を行う性質のものであるかどうかについては疑問に思うし、そもそも裁判所が経営判断を行う能力があるのか、または適しているのかという根本的な問題がある。従来日本の裁判所が行ってきた訴権の濫用にあたるかどうかについての審査はあくまでも原告株主の提訴動機の違法性を審査するものであり、提訴動機の違法性が明らかでない場合には、裁判所が代表訴訟の提起による費用と便益を比較する上で

⁸²⁴ 趙万一＝趙信会・前掲注（693）433頁以下。

⁸²⁵ 弥永真生「株主代表訴訟と裁量棄却」落合誠一先生還暦記念『商事法への提言』327頁以下（商事法務、2004）；阿部一正ほか『取締役(6)』別冊商事法務248号101頁以下〔稲葉威雄発言〕（2002）。

訴訟のもたらす違法行為抑止機能をも勘案して訴訟の必要性を判断することは果たして可能であるのか。仮に可能であっても、裁判所が職権で自ら訴訟資料を収集しなければならず、大規模の公開会社を取り巻く複雑な環境を考えれば、その審理負担をかなり増加させることになるため、司法資源の有限性から考えても果たして妥当であるのか。また、中国においては、裁判官の資質がともかく、その独立性の問題がまだよく指摘されており、しかも、多くの上場会社の支配株主が地方政府であることと合わせて考えると、裁判所にこのような経営判断権限を与えることは有益な代表訴訟の提起を阻害することさえ考えられる。

したがって、代表訴訟では、ある程度の職権主義の拡張を認めるべきであるが、会社内部における訴訟管理権限の分配メカニズムが機能できないからといって、裁判所に会社の経営判断権限を与えることは現実的ではないし、中国の現実にも適合しない。

五 「他人」の範囲の問題

既述したように、中国現行法では、代表訴訟の対象とされる「他人」の範囲を如何に解釈すべきかについて、問題となっている。この問題は主要立法目的の選択に付随して考えるべきである。

アメリカ法は、代表訴訟の対象について基本的に制限がないが、70年代以前においても、訴訟管理権限の分配メカニズムは経営者や支配株主以外の第三者について機能してきた。

これに対して、日本法は訴訟管理権限の分配メカニズムを機能させていないが、代表の対象を基本的に取締役などの経営者に限定されている。

そもそも、代表訴訟の違法行為抑止機能は会社の経営管理が任された者に対して重要であるが、純然たる第三者については会社の経営者に直接訴えられる可能性が高いため、代表訴訟の必要性が少ない。また、会社と取引関係にある第三者の場合、株主に勝手に訴えられると、会社経営が不当に干渉されるおそれもある。したがって、上記訴訟管理権限の分配に関する私見および中国の上場会社における深刻な支配株主による権限濫用問題の現状を前提とすれば、日本法のように、「他人」の中には、支配株主、実質的支配者、発起人、精算人および会計監査人を含めるべきであって、それ以外の純然たる第三者については代表訴訟の対象から外すべきである。

六 真の違法行為抑止目的重視の制度整備

以上のように、主要立法目的の選択について、比較法の考察からの示唆と中国の現状から考えると、中国法は現行の制度をそのまま維持すべきであるというのが私見である。これは高いコストを払ってでも、代表訴訟の違法行為抑止機能を重視すべきであることを意味する次善の制度選択である。

しかし、制度の建前として違法行為抑止目的を重視するといっても、実際の制度の

利用状況から見ると、明らかに真の違法行為抑止機能が実現されていない⁸²⁶。その原因はすでに分析したように、1%の持株要件の規定のほか、提訴手数料と勝訴株主の求償権の問題にある⁸²⁷。したがって、上述した 1%の持株要件の廃止のほか、代表訴訟を非財産権上の請求とみなすような明文規定を設けるべきこと、敗訴被告が負担する法定訴訟費用以外の費用について勝訴株主が会社に対して合理的な範囲内で請求できるような明文規定を設けるべきこと、を合わせて主張する。

第三節 結びにかえて

一 結論の総括

株主代表訴訟の提起に対する適切な制限はその経済的構造からの現実的要請だけではなく、不当な代表訴訟が利用されにくいという当該制度に対する社会的認識を変化させることによって、当該制度自体の違法行為抑止機能を高めることにもつながるといふように、社会心理学の観点からも正当化できる⁸²⁸。しかし、具体的にどのような制限措置を取れば、会社の利益にかなわないような代表訴訟の提起を抑制しながら、代表訴訟制度の機能、とりわけ企業統治にとって重要な違法行為抑止機能を減殺しないのかについては、極めて困難な立法課題である。

本稿はこの課題を濫訴防止策の設計と訴訟管理権限の分配という二つの問題に分解したうえで検討してきた。結論としては、濫訴防止策の設計にしても、訴訟管理権限の分配の設計にしても、ほぼ全面的に日本法の制度設計を推奨している。すなわち、濫訴防止策については権利濫用などの一般的法理と担保提供制度という二段構えの制度設計を推奨し、訴訟管理権限の分配については会社経営機関に一切の権限を与えないことを提言している。しかし、このような制度設計は明らかな濫用的な代表訴訟の提起を制限することができるが、明確な濫用以外に会社の利益に合致しないような代表訴訟の利用を制限することができない。このような結論は現段階における中国の経営監督機関と企業統治の現状を踏まえた上での妥協策であり、代表訴訟制度の企業統治の健全性確保の機能を期待する制度設計である。

二 今後の課題

以上のように、本稿では株主代表訴訟の濫用防止策と訴訟管理権限の分配問題を体系的に検討してきたつもりである。しかし、本稿で検討したこれらの問題は代表訴訟の提起の早期段階における制度設計にとどまっており、次で述べる各段階における問題については検討できなかった。第一に、代表訴訟提起以前の段階において、取締役

⁸²⁶ 第三章第二節一の1参照。

⁸²⁷ 第三章第二節一の2参照。

⁸²⁸ See James D. Cox, *The Social Meaning of Shareholder Suits*, 65 *Brook. L. Rev.* 3 (1999).

等の責任制限立法も代表訴訟制度の機能に重要な影響を及ぼす。第二に、代表訴訟係属中において、会社の被告側への補助参加をめぐる問題がある。特に、取締役会や監査役会の経営監督機能がまだ期待できない現状では、株主代表訴訟の違法行為抑止機能を重視しざるを得ないという本稿の結論に基づけば、会社の被告側への補助参加の問題がより重要になる。第三に、訴訟の終結段階において、訴訟の和解規制の設計も重要な論点であろう。これらの問題に対するより体系的な検討を今後の課題として取り組みたい。

また、本稿で提示した日本法的株主代表訴訟の制度設計は次善的なものであり、最も理想な株主代表訴訟制度を構築するには今後、会社の経営監督機関の監督機能を如何に有効させるかも今後の重要な課題である。

さらに、本稿では取締役の責任追及の重要手段としての株主代表訴訟制度を検討してきたが、そもそも本案審理段階で取締役の損害賠償責任の有無を判断するための基準の設計や立証責任の分配は取締役の民事責任制度の違法行為抑止機能の有無を左右する。本稿はこれらの問題についても検討できなかった。今後は、他の経営監督手段の機能を意識しながら、取締役の民事責任の司法審査基準の構築を大きな研究方向としていきたい。

最後に、中国の上場会社では支配株主の権限濫用現象が深刻であり、これに対処するためには株主代表訴訟制度だけでは不十分であり、少数株主を救済するためには直接訴訟による救済の可能性を確立すべきである。この点に関しては、中国の新会社法は株主が株主権を濫用して、会社および他の株主に損害を与えた場合には、責任を負わなければならないと明確に規定した（新会社法 20 条 2 項）。しかし、クラスアクション制度がない中国では、少数株主による直接訴訟が今後果たして利用されていくのか。仮に利用される可能性があるとするれば、支配株主または実質的支配者の認定基準やその責任要件をどのように設定すべきであろうか。今後、これらの問題についても関心を持ちたい。