

国際的潮流から見た日本の 株主代表訴訟制度

特に株主代表訴訟の原告適格を巡って¹⁾

山 田 泰 弘

- . はじめに
- . 株主代表訴訟制度の機能
 - 1. 国際的潮流
 - 1-1. OECD の株主代表訴訟観
 - 1-2. 株主の責任追及制度を巡る各国の動向
 - 1-3. 小 括
 - 2. 日本法における展開
 - 2-1. 少数株主の防衛手段としての役割から経営の適法性・健全性を確保する役割へ
 - 2-2. 日本法における責任追及制度の概要
 - 3. なぜ、日本は独自の位置づけを行ったか
 - 3-1. 国際的潮流との比較
 - 3-2. 独自の位置づけを採用した歴史的背景
 - 4. 日本の株主代表訴訟制度の抑止効果を高めるための配慮
 - 4-1. 取締役の損害賠償責任に関する補償の制度の不存在
 - 4-2. D&O 保険の設計 D&O 保険の保険料を誰が負担すべきか
- . 日本における株主代表訴訟の原告適格を巡る展開
 - 1. 経済界からの反動
 - 原告適格制限立法の不発と不提訴理由通知制度の導入
 - 2. 株主代表訴訟の原告適格拡充を求める立法と解釈
 - 2-1. 結合企業法制の不備を補う株主代表訴訟
 - 2-2. 株主代表訴訟係属中に株式交換・株式移転がなされた場合の当該代表訴訟の帰趨
 - 2-3. 企業買収法の整備と展望
- . 日本法からの示唆と国際的潮流から日本法への示唆
 - 1. 日本法からの示唆
 - 2. 国際的潮流から日本法への示唆
- . むすびに代えて

．はじめに

株主が会社に代わって会社のために取締役らの責任を追及する制度、いわゆる株主代表訴訟（Derivative Action）制度は、コーポレート・ガバナンスの文脈でよく取り扱われる。

株主代表訴訟は、株主が主導する訴訟により会社が救済を得る制度である。会社は株主代表訴訟により取締役らによって与えられた損害を回復することができる（損害回復機能）。その訴訟にあっては、取締役らの業務執行の是非が争われ、裁判所が問題があると判断すれば、取締役らは損害賠償責任を負われる。株主代表訴訟により取締役の義務違反行為が典型的に明らかとなると同時に、取締役らは、株主代表訴訟に巻き込まれることを避けるべく、自身の逸脱行為を慎むようになり、健全で適法な会社経営が実行されるようになる（抑止機能）。株主代表訴訟のコーポレート・ガバナンスにおける機能は、理論的には損害回復機能と抑止機能の二つが存在することは、早くから分析されている²⁾。しかし、このうちの抑止機能がワークすべき対象として何を設定するかは、各国によって異なる。損害回復機能と抑止機能とのうちいずれを重視して制度設計するかという点も、それぞれの国により異なる。とりわけ、OECD（Organisation for Economic Co-operation and Development：経済開発協力機構）の「コーポレート・ガバナンスに関する OECD Principles」（OECD Principles of Corporate Governance, 2004）³⁾にみられるような国際的潮流と比較した場合、日本法における株主代表訴訟（会社法847条⁴⁾以下）は、制度の基本設計において独自性を有する。

OECD Principles は、株主代表訴訟制度を少数株主の救済のための制度と位置づける。上場企業の多くにおいても支配株主が存在するが、支配株主の逸脱行為により少数株主が害される危険性は高い。株主代表訴訟制度は、支配株主の恣意的行為に害された少数株主を救済するためのものと理

解され、その損害回復機能が重視される。しかし、少数株主は会社へのコミットメントが小さく、濫用の危険が高いために、法制度的には株主代表訴訟の提起は制限をされる状況にある。このために OECD Principles では、株主代表訴訟をいかにワークする制度として設計するか、または、それに代替する救済制度ないし支配株主の恣意的行動を抑止する制度をいかに用意するかが課題として認識されている。

他方、日本においては、少数株主の救済という役割を株主代表訴訟が担うとの認識は乏しい。日本の株主代表訴訟制度は、上場企業において適法かつ健全な経営を実行させるために経営陣に突きつけられる「脅し(threat)」として設計されている。いわば抑止機能を重視した設計がなされている⁵⁾。「逸脱行為をすれば自身の責任が必ず追及される」という状況が存在することを経営陣に常に意識させることで、経営陣に適正な経営の実施を求めるのである。日本においては、実際に多くの株主代表訴訟が提起され、株主代表訴訟制度は「threat(脅し)」として十分に機能している。

会社法制において株主代表訴訟制度に期待される機能の違いが端的に表れるのは、取締役の責任を追及しうる者としてどのような者(株主)を認め、その責任追及手続をどのように設定するかという点に表れる。すなわち、株主代表訴訟の原告適格の範囲やその有無の審査手続をどのように設計するかという点に表れる。

本稿では、まず、なぜ、日本の株主代表訴訟制度の整備が、国際的潮流とは異なる設計コンセプトの下で展開されるようになったかを検討する。次に、原告適格を巡る二つの展開を見ることで、日本法の株主代表訴訟制度の特徴を明らかにしよう。その二つの展開とは、会社法立法段階における「原告適格」を巡る議論とその立法上の対処であり、結合企業関係における株主代表訴訟の取り扱いである。最後に、株主代表訴訟に関する日本法からの示唆と、国際的潮流から日本法への示唆とを検討しよう。

．株主代表訴訟制度の機能

-1．国際的潮流

-1-1．OECD の株主代表訴訟観

OECD Principles は、株主代表訴訟制度を「少数株主」の防衛手段として位置づける（Principle III. A. 2.）。多くの上場企業においても支配株主は存在している。支配株主は、経営陣らに対するモニタリングが実行できるという意味で、上場企業におけるエージェンシー・リスクを低減しうるのに役立つ。しかし、支配株主は潜在的に少数株主の利益を侵害しうる。少数株主と支配株主の利益衝突の可能性は、少数株主を害するのみならず資本市場に対する投資家の信頼を揺るがしかねない。このため OECD は、支配株主の逸脱行動を抑止するための制度枠組み、および、少数株主が自身の利益を回復するための手段を法制度に組み込むことを推奨している。少数株主の損害を回復するための手段として、OECD Principles は、株主代表訴訟制度を挙げている⁶⁾。たしかに、株主代表訴訟という裁判所における救済は、他の救済手段や、経営陣に対する他のコントロール手段のよりどころであり、最後の砦である⁷⁾。しかし、裁判所による救済は、時間と費用がかかるため、効率的な救済手段とはいえない。また、株主が直接利得をすることがないために提訴するインセンティブに乏しい一方で、弁護士費用をねらった濫用的な株主代表訴訟が容易に提起されやすい。これらのことをふまえれば、真に活動的で救済を得る必要と能力のある株主に救済を得る機会を与えれば足り、株主代表訴訟制度の利用障壁の除去が必要であるとしても、救済を得ることが真に必要な場合（株主代表訴訟の提起が会社にとって最善の利益となる場合）で、原告株主がそれを求める能力のある株主である場合にのみ、株主代表訴訟が係属すればよい。株主の救済を確実にするという観点からは、他の有効な手段、たとえば、株主等のクラス・アクション制度の導入の試みなどに期待している⁸⁾。会社経

営の健全性や適法性を確保するという役割を株主代表訴訟が担うとしても、それは、経営陣や支配株主の逸脱行為によって被った会社の損害を回復することを通してであり、限定的なものとなる。経営の健全性や適法性を確保という役割を直接に担うのは、証券取引所や証券市場の監督当局の監督、「市場による規律」そして、背後の受益者に対して信託義務を負う機関投資家(年金ファンド等)によるモニタリングに期待されている⁹⁾。

-1-2. 株主の責任追及制度を巡る各国の動向

株主代表訴訟は濫用されるおそれも高いという認識の下では、株主代表訴訟が提起される段階で適正な株主代表訴訟を選別することが重要な課題となる。各国の会社法制は、株主代表訴訟の提訴株主の訴訟追行が「会社の最善の利益」に合致する場合のみに株主代表訴訟の原告適格を限定する。これにより、提訴段階で株主代表訴訟係属の是非に関して裁判所がスクリーニングを行うのである。そもそも、株主による取締役らの会社に対する責任の追及訴訟で行使されるのは、会社の株主に対する損害賠償請求権である。会社が株主とは別個の法人格を有することから、株主は、当該損害賠償請求権を行使する訴訟を提起する権利・権限を当然には有していない。このため、株主が取締役らの会社に対する責任を追及する場面では、(α) 会社内部の手続で当該株主に提訴権限を認める(株主は会社の臨時的機関となる)か(ドイツ法系¹⁰⁾)、(β) 当該株主が会社に代わって責任追及訴訟を提起することに対し会社が承認(追認)を与えるか(イギリス法系¹¹⁾、アメリカ法¹²⁾)が必要となる。

いずれの道筋を採用したとしても、多数株主の信任を得ている取締役が会社の経営を実施しているという状況の中では、株主が取締役の責任追及訴訟を提起するためのハードルは高くなりがちである。各国は、このハードルを下げる努力をするが、必ずしもそれに成功しているとはいえない状況である。

ドイツでは、「企業の誠実性及び取消権の現代化のための法律(die Ge-

setzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG))」が2005年7月8日に成立し、株式法が改正され、株主資本の1%に相当する株式を保有するか、保有株式の市場価格が10万ユーロに相当する株式を保有する株主に、会社を代表して会社のために取締役の責任を追及する訴訟の提起を認めることとなった（ドイツ株式法148条）。このとき提訴株主は、自身の名で当該訴訟の進行をする。しかし、これは当該訴訟追行に限定する形ではあるが、株主が資本多数決などを経ずに会社の代表権限を獲得することとなる。このために、提訴株主は提訴に先立って、裁判所に対し訴訟提起の許可を求めなければならないとされる（ドイツ株式会社法148条1項）。ドイツでは、いわば、内部的な手続を裁判所の許可に置き換える制度設計が採用されたわけである。もっとも、提訴株主が訴訟提起の許可を得るためには、次の4点の要件を主張立証しなければならないとされる（ドイツ株式法148条1項各号）。まず、株主が申し立てる取締役の義務違反行為発生時より以前から株式を保有し、会社に期間を付して提訴を促したが、会社はその期間内に提訴をしていないことである。これに加えて、株主は、当該取締役の不誠実な行為または重大な法令または定款違反の行為が会社に損害が生じた事実と、当該提訴に関して会社の「優越する利益」が存在することも証明しなければならない。以上4点の要件の充足が認められて初めて、当該株主は、取締役の責任追及訴訟を提起することが認められる。この4点の要件の主張立証の負担と持株要件の高さゆえに、株主が取締役の責任追及訴訟を提起するためのハードルは依然として高い¹³⁾。

イギリスやコモンウェルス諸国（Common Wealth Nations）において株主代表訴訟制度を活性化させる法制度改革がカナダ法をモデルに実施されている¹⁴⁾。カナダの会社法制をリードし、それぞれの州会社法にも大きな影響を与えるカナダ連邦会社法（CBCA：Canada Business Corporate Act）¹⁵⁾は、英法系において判例法上の制度であった株主代表訴訟を制定法上の制度とした。カナダ法においては、代表訴訟（Derivative action）

の提訴権者が株主のみならず、債権者や裁判所が適正と認める者にまで広げられた(CBCA, s. 238 (d))。他方で、カナダ法は提訴権者の範囲を広げる代わりに、提訴時に訴訟係属につき、裁判所の許可を必要とした(CBCA, s. 239 (1))。カナダ法では、裁判所が訴訟係属の可否を判断する中で適切な代表訴訟を選別する制度設計がとられた。この許可にあたっての裁判所の権能は大きく、原告の変更(交代)を命じることもでき、原告が訴訟費用につき会社に訴訟償還を求めうるかを決定する裁量権も裁判所は有する(CBCA, s. 240 (a) (b) (d))¹⁶⁾。裁判所の強力な訴訟指揮の下、代表訴訟(Derivative Action)を適正に運用しようとする態度が明確に示されている。しかし他方で、原告株主にとっては、裁判所の訴訟係属の許可を得るための訴訟活動の負担が重いため、代表訴訟が提起されることは稀となっている¹⁷⁾。

-1-3. 小 括

OECDに代表される世界的な潮流の文脈における株主代表訴訟制度観は、独自のものではなく、たとえば、1994年にまとめられた、ALI(American Law Institute: アメリカ法律協会)の『コーポレート・ガバナンスの原理: 分析と勧告』(PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS)でも、同様の制度観が見られる。ALIの『コーポレート・ガバナンスの原理: 分析と勧告』では、次のように株主代表訴訟制度を設計する際の基本思想が述べられる¹⁸⁾。

会社に代わって株主が経営陣の逸脱行為に関する責任を追及する株主代表訴訟制度は、経営者の行動に関して訴訟が提起されることで、裁判所から見た適正な行為基準が明確化されるという利点がある。さらに、広く株式が分散所有されている場合に、分散化している株主が協働しなくとも、少数の株式しか有さない株主のみの判断で行動できる点で、機動性もあり、とりわけ支配株主が存在し、支配株主が会社の利益に反する取引を実行している場合には唯一の救済手段となる。また、株主代表訴訟制度は、私的

な法執行であり、公的機関による規制の必要性を減少させるとともに、株主代表訴訟で原告株主側が勝訴した場合にのみしか救済を得ることができないという事実によって私的な法執行を行う株主の行動が適度に抑制されることから、社会的な法執行費用を最小化することができる可能性がある。しかし、他方で、株主による私的な法執行の対象が注意義務違反の領域に及ぶとなれば、多くの有能な人材が取締役に就任することを抑止することになりかねず、原告側弁護士費用がインセンティブとなった和解狙いの意味のない訴訟の提起や原告側の過失により無駄な訴訟が提起されることになりかねない。これらの株主代表訴訟のマイナス面を考慮すれば、株主代表訴訟制度を、会社の経営陣のアカウンタビリティーを高めるための制度として位置づけるとしてもその役割は限定的なものとならざるを得ないと。

以上のような制度設計の基本思想は、OECDをはじめとして世界的に広く共有されている。結果として、株主代表訴訟が提起されることは稀となり、株主代表訴訟は、会社の損害を回復することが会社にとって（総株主にとって）必要とされる場合にのみワークさせるべき制度と考えられているといえよう。株主代表訴訟の抑制機能は、損害回復が図られることを前提としており、その Threat（脅し）の効果が働くとしても、支配株主の恣意的な行動の抑止や経営陣の忠実義務の遵守の促進など限定的な場面で機能するものと理解されているといえよう¹⁹⁾。

-2. 日本法における展開

-2-1. 少数株主の防衛手段としての役割から経営の適法性・健全性を確保する役割へ

日本の会社法制の立法整備の過程やその運用を見る限り、現行制度の株主代表訴訟制度の役割は少数株主の防衛手段とは認識されていない。もっとも、株主代表訴訟制度が導入された1950（昭和25）年の商法改正において、立法作業に大きな影響力を有したGHQ（General Headquarters/Supreme

Commander for the Allied Powers : 連合国最高司令官総司令部) は、株主代表訴訟制度の導入の目的を少数株主の防衛手段の整備と認識していたようである。GHQ は当時、財閥の解体にあわせて株式が市場に放出されるために、大衆株主が増加すると予想していた。また同時に GHQ は、米国から日本への投資が行われる場合に、少数株主に対してアメリカ法並みの保護が与えられないとすれば、支配を確立するほどの投資を行わなければならなくなる点を危惧した。GHQ は、少数株主が支配株主の逸脱行為に対して防御しうる体制の未整備が米国からの投資の疎外事由となりかねないと考えていた。このため、GHQ は、株式会社の民主化としての株主権の強化と外国会社に関する規定の整備を改正の方針とした²⁰⁾²¹⁾。それでは、1950(昭和25)年商法改正により導入された株主代表訴訟制度は、原告株主の訴訟追行の適正さをどのように図ろうとしたのか。日本の会社法制は、前述の(α)会社の内部的手続として提訴株主に訴訟提起・追行権限を付与する方法や、(β)の提訴株主の訴訟追行を会社が追認するという方法のいずれも採用せず、独自の方法を採用した。それは、株主に責任追及訴訟の提起の権限を肯定するが、その代わりに、原告以外の株主や会社に対して保障された手続(訴訟参加と再審請求)を発動されうる状況を確保し、会社や原告以外の株主が、原告株主の訴訟追行に問題を感じればそれを牽制できるという制度により株主の訴訟追行の適正さを確保しようとする方法である。これにより、比較法的に見ても、日本の会社法制では、提訴段階で当該取締役に対する責任追及に関する会社の意向が反映されず、裁判所による提訴の適当性の審査もなされないという点で、株主代表訴訟が提起しやすい制度となった。

この1950(昭和25)年商法改正で導入された代表訴訟制度に対する、当時の学界の評価は、否定的であった。なぜなら、当時の学界は、「相当の株式を有する活力ある大株主(個人)が議決権を行使し、経営の中枢を握り、株主の利潤を追求するものとされ」、「裁判所は原則としてその活動に介入すべきではない」という、伝統的な会社法のとらえ方がなされていた

からである²²⁾。このような会社法のとらえ方の下では、資本多数決による意思決定が重視されていた。代表訴訟制度は、株主総会や取締役らの意向を反映することなく、個人株主であっても裁判所に対して救済を求めうる制度であったから、資本多数決に基礎をおかず、このような伝統的な会社法のとらえ方にはそぐわないものであった。株主代表訴訟制度は活発に利用されない方がよいと判断され²³⁾、1951（昭和26）年に1950（昭和25）年改正商法が修正された際には、担保提供制度が導入された。立法論的には少数株主権とすることも提案された²⁴⁾。もっとも、株主代表訴訟制度が実際に利用されることはほとんどなく、立法作業の俎上に株主代表訴訟がのせられることはなかった。

日本における株主代表訴訟制度に転機が訪れたのは、1993（平成5）年商法改正である。1993（平成5）年商法改正は、それまで長らく利用されてこなかった株主代表訴訟制度の利用を促進させる改正が行われた。株主代表訴訟を利用する際の足枷となっていたのは、裁判所に納入する訴訟費用の高さである。一般の民事訴訟と同様に訴額スライド方式で計算されれば高額となる株主代表訴訟の訴訟費用を、低廉化・画一化することが立法的に確認され（1993（平成5）年改正商法267条4項、会社法847条6項）、勝訴株主の会社に対する費用償還請求権の対象として弁護士費用以外の経費も含められた（1993（平成5）年改正商法268条ノ2第1項、会社法852条1項）。株主代表訴訟制度の利用障壁を除去するという、この法改正の意図は、少数株主の救済を図るところにはなかった。株主代表訴訟は、提訴株主が会社に代わって被告取締役の責任を追及する訴訟である。このため、被告とされた取締役は、株主代表訴訟に対する訴訟防御活動に会社の資源を利用できずに、自ら弁護士を選任し、訴訟追行しなければならない。会社の経営陣のトップが、自身の経営判断や行動が裁判の場で問われ、経営陣自身のみでそれに対処するという負担は、直接的で大きい。株主代表訴訟が提起されれば訴訟追行の負担を被るということが、経営陣を直接刺激し、「代表訴訟制度があるということすらきちんと認識していなかっ

た」経営者に対して「自身の身を慎む必要性、あるいは経営について責任を常に負う立場にあるということ」を認識させ、社内管理体制の充実や慎重な経営体制の整備を促進させる²⁵⁾ことが、この1993(平成5)年商法改正による株主代表訴訟の提訴障壁の除去のねらいであった。

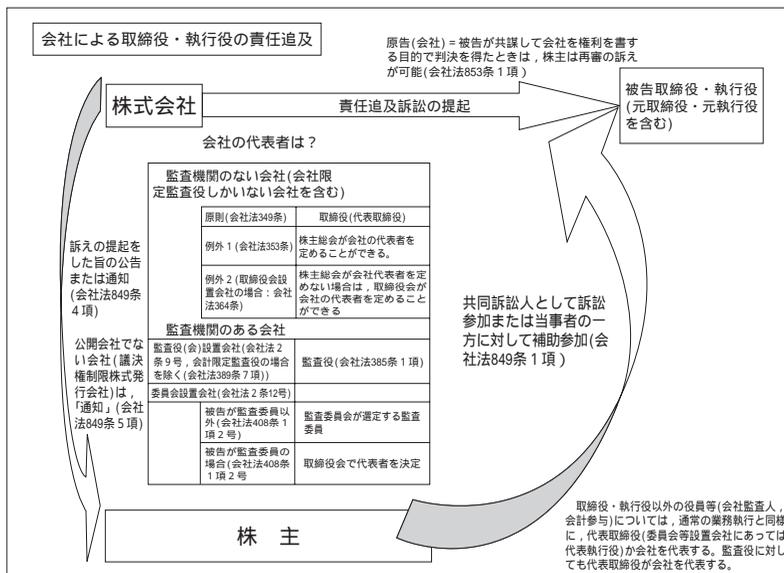
日本における株主代表訴訟制度は、国際的潮流とは異なり、経営者に対して適法かつ健全な経営体制を構築させるための「threat(脅し)」として機能することが期待されている。このため日本における株主代表訴訟制度の設計においては、株主代表訴訟の提起段階で当該取締役に対する責任追及に関する会社の意向が反映されず、裁判所による提訴の適当性の審査もなされないという点が根幹であると意識された。

-2-2. 日本法における責任追及制度の概要

日本における株主による取締役の会社に対する責任追及制度は、日本法に独自に存在する訴訟担当(民事訴訟法115条1項2号)の一環と理解されたために、提訴段階で、原告株主の訴訟追行が適切かが審査されない。訴訟担当は、権利関係のない第三者に対し主体に代わって訴訟物についての当事者適格を認める制度である。株主による責任追及訴訟は、法律の効果に基づく訴訟担当と理解されている。実体法(会社法制)は、株主の権利(共益権・適正な経営の実施を求めるといった団体の構成員に存在する原理的な権利)の存在を前提として、株主に取締役の会社に対する責任追及訴訟の訴訟追行権限を認める²⁶⁾。しかし、株主が取締役の会社に対する責任の追及訴訟する権限を有するとしても、株主が複数存在することから「被告取締役に責任があるか」、「責任があるとしても訴訟により責任追及すべきか」という点につき、株主の間で意見が相違する。さらに、会社の経営を担う経営陣等とも意見が相違する可能性がある。さらに日本法は、会社の取締役に対する損害賠償請求権の処分については、原則として、株主全員の同意を要求する(会社法120条5項、424条、462条3項、464条2項、465条3項など)。よって、たとえ経営陣であったとしても、その一存

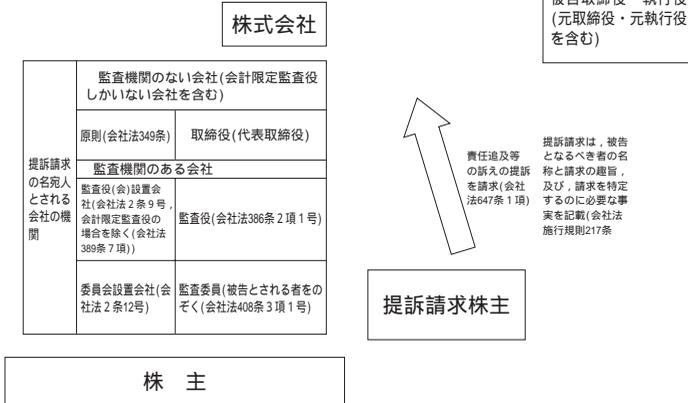
で取締役に対する損害賠償請求権を処分することはできない。このために、日本法は、会社の機関や単独株主が取締役の会社に対する責任の追及訴訟を提起し訴訟進行する権限を獲得するために、全ての株主に異議を述べる機会（訴訟参加をする機会）を保障し、係属する訴訟が馴れ合いで終了すれば、再審請求が許容されるという制度設計を採用した。日本法は、当該責任追及訴訟の適否という問題を、提訴段階で提訴株主の原告適格の有無という形で審査するという道筋の代わりに、問題があれば会社や他の株主が訴訟参加し、原告株主の訴訟進行を牽制するシステムを採用する道筋で解決しようとしたわけである。

この制度設計の下では、会社が取締役に対して責任追及訴訟を提起すれば、二重訴訟の禁止の原則により、株主はもはや同一の責任に関する責任追及訴訟を提起できない。反対に、株主が取締役に対して責任追及訴訟を提起すれば、二重訴訟の禁止の原則により、他の株主や会社は、もはや同一の責任に関する責任追及訴訟を提起できない。しかし、それぞれの責任

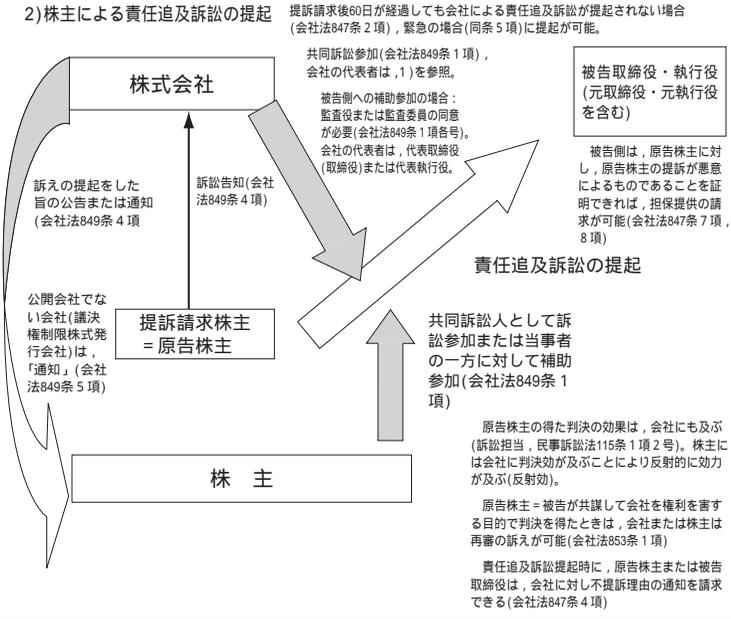


株主による取締役・執行役の責任追及

1) 事前手続



2) 株主による責任追及訴訟の提起



追及訴訟が適切になされるよう、会社または原告株主の訴訟追行を牽制するために、株主や会社は、訴訟参加することが許容される。会社法制はこの訴訟参加の機会を実質的に保障するために、責任追及訴訟が提起された場合には、会社にその旨を公告（または通知（会社法849条4項5項））を要求している。

なお、日本の会社法制では、訴訟公告がなされることを根拠に、責任追及訴訟が提起されれば全ての株主は、その事実を知りえ、会社の訴訟追行に問題があれば、訴訟参加しようという状況が担保されていると考えられるため、総株主の同意がなくとも、和解を実施することができる（会社法850条4項）。もっとも原告株主が会社や他の株主全員に効力が及び形で和解を実施するためには、会社を和解に参加させるか、和解内容を会社に通知し、2週間以内に異議ないことが必要となる（会社法850条1項2項）。しかし和解案が株主に知らされないため、手続保障としては不十分であると批判されている²⁷⁾。

以上のような制度設計の下では、濫用的な株主代表訴訟（提訴株主自身の会社からの利得を目的とするものや請求に根拠がないことが明白であるようなもの）であっても、係属してしまう。このような濫用的な株主代表訴訟に対処するために、被告取締役には、原告株主が「悪意」で株主代表訴訟を提起したことを疎明できたならば、担保提供を求めることができる（会社法847条7、8項。運用例として大阪高決1997（平成9）年11月18日判例時報1628号133号など）。この他、訴権または株主権の濫用（長崎地判1991（平成3）年2月19日判例時報1393号138頁）や、悪意の敗訴株主に対する会社からの損害賠償請求（会社法852条2項）が濫用的な株主代表訴訟の提起を抑止している。

-3. なぜ、日本は独自の位置づけを行ったか

-3-1. 国際的潮流との比較

日本法における株主代表訴訟の展開を国際的潮流と比較した場合の大き

な違いは、その基本設計において強調される抑止機能の質的な差である。

国際的潮流は、株主代表訴訟の濫用の可能性を大きく捉え、活動的で救済を必要とする株主が作動させる制度と認識し、訴訟提起段階で株主代表訴訟は選別される制度設計を採用する。このために、経営陣のアカウントビリティを高める制度とは株主代表訴訟は認識されていない。むしろ株主代表訴訟制度は、経営陣や支配株主の逸脱行動によって被害を受けた株主に救済手段を認めることで、違法な状態を是正する機会を保障するものと認識されている。株主代表訴訟制度の抑止機能は、少数株主の利益を犠牲にするような機会主義的な行動を支配株主がとることや経営陣の忠実義務違反となる行動をとることに対して働くものと考えられている。少数株主の利益を犠牲にする機会主義的な行動を思いとどまらせるというのが、株主代表訴訟の抑止機能の中身となる。

これに対し、日本法における株主代表訴訟制度は、国際的潮流とは異なり、経営の健全性や適法性を確保する社内体制を構築させるための「threat(脅し)」として設計されている。この健全かつ適法な社内体制の構築を促進させることが日本法における株主代表訴訟制度の抑止機能の中身となり、より一般的かつ広範な経営陣の違法行為の予防がその目的となる。

以上のように、抑止機能という言葉で株主代表訴訟の特徴が述べられても、その中身は、国際的潮流と日本法での運用とは異なっている。日本法の株主代表訴訟に見られる特色は、比較法的に見ても株主が取締役の責任追及と訴訟を提起しやすいという環境により形成された。同時に、株主代表訴訟以外の代替手段では取締役らの行動を適正化させることが困難であったという歴史的な事情の存在が、このような運用を実施させた大きな要因である。

-3-2. 独自の位置づけを採用した歴史的背景

株主代表訴訟制度の利用促進を目指す会社法制改革の端緒は、1974(昭

和49)年に始まる会社法根本改正計画である²⁸⁾。1974(昭和49)年から始まる会社法根本改正計画が実行された時代は、高度経済成長のひずみが認識された時代である。「日本の高度経済成長を支えたヒーローとしての企業から、……諸悪の根源は全て企業にあるというような風潮も相当強くなって」きていた²⁹⁾。このため、企業の非行行為防止が一つの課題とされた。会社法根本計画の引き金となる1974(昭和49)年商法改正において、企業の非行行為を防止するための制度の導入は、伝統的な会社法のとらえ方により正統化できる範囲で実現された。それは、監査役制度の改善、会計監査人制度の強化である。監査役制度や会計監査人制度は、株主総会の多数決を通じた道筋の中で運用される。このため、監査役や会計監査人の候補者の選定は、経営者(取締役・代表取締役)によって行われる。経営者の意向がバイアスとなり、社内管理体制の充実や慎重な経営体制の整備は不徹底になりがちであった。とりわけ当時は、株式の持合いにより株主がサイレント化し、株主総会は不活性で機能不全な状態であった。このため、株主総会は、経営陣である取締役らの選解任や議案審議を通して、経営陣の経営をコントロールすることができなかった。もちろん、経営陣に対する「市場による規律」などは考えられない状況であった³⁰⁾。株主代表訴訟の利用障壁の除去は、株主総会が機能不全であり、「相当の株式を有する活力ある大株主(個人)が議決権を行使し経営の中枢を握り、株主の利潤を追求し、裁判所は原則としてそれに介入すべきではない」という伝統的な会社法のとらえ方によっては、経営者の経営の健全化・適法化をはかることができないという現実の中で採用された処方箋であった。株主代表訴訟は、唯一経営陣に直接的な効果があるコントロール手段として、会社の健全な運営を担保するための手段として機能することが期待された³¹⁾。「threat(脅し)」の効果を維持するために、株主代表訴訟が「実際に提訴されうる」ことの確保が制度の基本設計となった。

原告適格を広く単独株主にも認め、提訴段階に訴訟係属の是非を審査しないという基本設計はこの後、紆余曲折を経ながらも(後掲 -1を参照),

会社法が立法される段階でも維持されることになる。

-4. 日本の株主代表訴訟制度の抑止効果を高めるための配慮

日本法における株主による取締役の責任追及制度は、上場企業における経営の健全性・適法性を担保することが主要な目的とされている。このため、取締役の民事責任は、損害回復機能よりも抑止機能を重視する配慮がなされている。この点は、取締役の損害賠償責任に対する補償の制度が日本法に存在しないことや、D&O 保険（役員損害賠償責任保険）の設計に表れている。

-4-1. 取締役の損害賠償責任に関する補償の制度の不存在

たとえば、アメリカにおいては、取締役・役員が業務執行に起因して損害賠償責任を追及された場合において、当該取締役・役員が負担する争訟費用や損害賠償責任について会社が補償することを認めている。この補償は、株主代表訴訟により取締役・役員の子会社に対する損害賠償責任が追及される場合も同様に実行可能である。この取締役の損害賠償責任に関する補償の制度は、1967年のデラウェア州会社法改正を契機として制度的に確立した³²⁾。これは、合理的で能力のある事業家（businessperson）が、会社の経営者の地位に就任する場合に被る訴訟リスク故に、その地位への就任を拒みかねないという事態の発生を予防する目的から導入されている³³⁾。

デラウェア一般会社法の規定を見てみよう。株主代表訴訟が提起された場合においては、原則として、会社は被告取締役が次の要件を満たす場合にのみ、補償をなし得る³⁴⁾。その要件とは、被告役員が、誠実に行動し、合理的に会社の最善の利益に合致するか反していないと信じて行動した場合である。被告取締役の責任が裁判所において確定した場合には、裁判所が被告取締役が公正に（fairly）かつ合理的に（reasonably）会社に対して補償を求めることが適当であると判断した場合（その場合には裁判所が適

当であると判断した限度においてのみ補償を求めることができる）でなければ、会社は当該取締役が訴訟により被った損害（会社に対する損害賠償額を含む）を補償することができないとされた。このため、株主代表訴訟において被告取締役が敗訴し会社に損害賠償責任を負うとされた場合に補償を受けることは原則的には困難であった。しかしながら、デラウエアー一般会社法は、この例外として、附属定款（By-law）、株主の投票、または利害関係のない取締役の同意などにより役員等に会社に対して損害賠償責任に関する補償を求める権利が付与されている場合には、補償が可能であると³⁵⁾。代表訴訟係属中における事前の補償請求についてもこのような規律は妥当することになる。このため、株主代表訴訟が提起された場合に、当該訴訟に起因して被告取締役に発生した損害（会社に対する損害賠償額を含む）を、当該被告取締役が会社に対して補償を求めうるかは、各会社が附属定款等でどのようなプログラムを設定するかに依拠する問題となる³⁶⁾。

アメリカ法の動きに対して、日本の会社法では、取締役の損害賠償責任に対する会社の補償に関する規定は存在しない。このため、従来の学説は、たとえ勝訴した場合であっても、明文の規定がない以上、訴訟防御に要した費用を会社が支払うことができないと解していた³⁷⁾。これに対して、役員は会社と委任の関係にあり（会社法330条）、委任の規定において民法650条3項は「受任者は、委任事務を処理するため自己に過失なく損害を受けたときは、委任者に対し、その賠償を求めることができる」と規定することから、株主代表訴訟に役員等が勝訴した場合には、この規定に基づき、当該株主代表訴訟に関する争訟費用の償還を会社に請求することができる³⁸⁾。しかしこの見解に基づいたとしても、株主代表訴訟に役員等が敗訴した場合には「過失なく」の要件に合致しないため求償は認められず、和解で終了した場合にも、和解が「互譲」により認められたことから、同様に、民法650条3項の「過失なく」の要件に合致しないと考えられる（もっとも、実務においてどのよう

に取り扱われているかは必ずしも明らかではない)。

事前支払いの可否に関しても、議論が分かれるが、利益相反取引として会社が被告取締役等に対する貸付を行い、勝訴すれば、民法650条3項に基づく賠償請求と相殺し、敗訴の場合は、貸付金の返還を行うのであれば、認められるとする見解³⁹⁾もないわけではない。しかし、株主代表訴訟は、株主が会社に代わって会社の損害賠償請求権を実現するものであり、被告役員と会社とが対立する関係にある以上、会社が被告役員に助成することは会社の最善の利益に合致すると考えるのが難しい側面もある⁴⁰⁾。また、利益相反取引に関する規制による規律しかない場合には、退任役員等に対する株主代表訴訟の応訴費用の事前支払いを規制する規律がないことになる。このため、利益相反取引を経由させて事前の補償を認めようとする見解は、現時点では必ずしも解釈として安定しているとはいえない。

以上からは、日本法においては、株主代表訴訟の機能を減殺させるかもしれない会社の補償には、否定的な対応をしていることがわかる⁴¹⁾。

-4-2. D&O 保険の設計 D&O 保険の保険料は誰が負担すべきか

1993(平成5)年商法改正により株主代表訴訟の提起が活発化し、取締役にとって損害賠償請求がなされるリスクが増加することになった。損害保険会社各社は、1993年当時日本企業の海外子会社向けに開発されていたD&O保険を、日本の内国企業向けの商品として開発しようとした。これに対して、法務省法制審議会商法部会の部会長として会社法制の整備をリードしていた前田庸は、D&O保険の保険料を会社が負担すること自体が忠実義務違反となると主張した⁴²⁾。前田庸は、具体的には次のように主張する。会社が被保険者となって取締役から損害賠償を受けられなかった場合に備えて、保険をかけ、会社が保険料を支払うならばわかる。しかし、株主代表訴訟が提起され取締役が会社に損害賠償をすべきこととなる場合に備えて保険をかけ、その保険料を会社が支払うということは、取締役が安心して会社に損害を生じさせることができるように会社が保険料を支払

うことを認めることに等しい。このため、D&O 保険の保険料を会社が支払うこと自体が忠実義務違反となる、と指摘した。前田庸は、D&O 保険が普及し、かつ、保険料を会社が負担することで、(株主による)責任追及制度の抑止機能が弱められることをおそれたといえよう。

損害保険会社は、D&O 保険の保険料がある程度高額になることから、保険料の個人負担では普及が望めないとして、会社が保険料の負担をすることが会社法上問題がないという鑑定意見を求め商法学者に対して Opinion Shopping を行ったと報道される⁴³⁾。

結局、法務省の担当官の見解⁴⁴⁾に基づき、契約形式を工夫し、D&O 保険は、取締役の第三者に対する損害賠償責任とそれに付随する争訟費用、会社からの賠償請求に対し取締役側が勝訴した場合の争訟費用を付保範囲とする普通保険約款部分の保険料を会社が負担し、株主代表訴訟に関連する損害賠償責任やそれに付随する争訟費用は追加的な特約として、取締役個人が加入、保険料を負担するという取り扱いとなった。もし、部分の D&O 保険特約部分の保険料を会社が支払うとなれば、D&O 保険によって個々の役員が受けた受益は給与所得となり、所得税が課される⁴⁵⁾。税法上所得となることからわかるように、部分の保険料を職務執行の対価として受ける財産上の利益として報酬規制の対象とされるべきであろう(会社法361条1項3号)⁴⁶⁾。

なお、の株主代表訴訟担保特約条項によっても取締役が私的利益を得たことに起因する賠償責任や、悪意による法令違反の損害賠償責任は担保されない。問題は重過失の注意義務違反の責任が付保範囲とされるかであるが、約款の文言からは付保範囲とされるか否かは明確ではない⁴⁷⁾。いずれにせよ、D&O 保険は、填補限度額が低いことや、株主代表訴訟が提起された場合に被告取締役側の防衛費用が支払われるとしても事後的な填補となることが通例であること⁴⁸⁾により、被告取締役側にとっては使い勝手が悪いものとなっている。被告取締役側にとって使い勝手が悪いということは、会社法制における株主代表訴訟の抑止機能を維持することが強調

された結果といえよう。

・日本における株主代表訴訟の原告適格を巡る展開

-1. 経済界からの反動 原告適格制限立法の不発と不提訴理由通知制度の導入

株主代表訴訟制度の利用障壁の除去の時期は、バブル経済の崩壊に伴い企業不祥事が露見した時期と重なる。銀行の不良債権問題の深刻さを契機に組織された株主オンブズマンは、上場企業の問題行動が露見する度にその経営陣の責任を追及する株主代表訴訟を積極的に提起した⁴⁹⁾。このためもあって、株主代表訴訟は、経営陣の経営一般に関する健全性や適法性を確保するための「threat(脅し)」として十分すぎるほどに機能した⁵⁰⁾。

これに対して、経営者集団である産業界は、株主代表訴訟制度を「健全性確保という目的に照らして行き過ぎ⁵¹⁾」であると認識し、その利用制限を法制度の中に設定することを求めた。具体的な立法提案として結実したのは、2005(平成17)年3月18日に内閣提出法案として第162回国会に提出された会社法案(閣法81号)である。この会社法案は、株主代表訴訟の原告適格要件として新たに、提訴株主が会社・株主全体の利益に基づいた訴訟追行をしようかという点を審査するための「代表適切性」の要件を導入しようとしていた。

具体的には、「責任追及等の訴えが当該株主もしく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」(国会提出時会社法案847条1項1号)、または、「責任追及等の訴えにより当該株式会社の正当な利益が著しく害されること、当該株式会社が過大な費用を負担することとなることその他これに準ずる事態が生じることが相当の確実さをもって予測される場合」(同法案同条同項2号)には、株主は役員等の責任追及訴訟が提起できないとされていた。原告適格制限は提訴株主の主観的要素をもとに判断されるために立証が困難であり、株主権または訴権の濫用として処理してきたものに、法律上の根拠を与え

るものにすぎない。しかし、の原告適格制限は、会社法制定で導入された会社による「不提訴理由の通知」制度（会社法847条4項）と合わさることで、会社（広義の経営陣）の意向をふまえつつ、株主代表訴訟の提起段階で、その係属の是非を審査することを可能とさせるものであった。

「不提訴理由の通知」は、会社が株主より提訴請求から60日以内に責任追及等の訴えを提起しない場合に、提訴請求株主（株主代表訴訟の原告株主）または提訴の対象となる役員等からの請求に基づき、不提訴の理由を当該請求者に書面で提出するという制度である。不提訴理由の請求者は、当該不提訴理由書を訴訟における攻撃防御方法の証拠として裁判所に提出する。これにより会社の当該責任追及訴訟に関する見解を裁判所の判断に反映させようとする制度である。

国会提出時会社法案のの原告適格制限が制度化されれば、会社が、たとえば「被告とされる役員等は会社に与えたとされる損害額に見合う財産を有しておらず、訴訟追行の費用負担に見合う回復を会社は得られない」というような不提訴理由を述べれば、当該役員等の義務違反・責任の有無よりも前に、提訴株主が原告適格制限により訴訟を維持できないかどうか裁判所で判断されることになる。上場企業の事業規模が大きいことから、上場企業においては経営陣等の個人資産により会社に発生したとされる損害を補填することは難しく、多くの場合で株主代表訴訟は却下されることになりかねない。この点を考慮して、会社法案を審議する第162回国会衆議院法務委員会において、野党である民主党や無所属クラブとともに、政権与党である自由民主党・公明党の共同提案に基づき、提出時会社法案のの原告適格制限は削除された。その提案理由は、「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」と述べられている⁵²⁾。

以上のように、株主代表訴訟の原告適格を制限しようとする立法は不発

に終わった。このため、不提訴理由の通知制度は、当該責任追及訴訟に関する会社の意見を表明する制度というよりはむしろ、会社の内情に詳しくなく、訴訟資料の収集手段に乏しい原告株主が訴訟進行する株主代表訴訟の非効率性を是正するために、独立した機関である監査役・監査委員会の内部調査を促進し、その調査内容に関する情報の共有化を促進する制度としての運用が期待される⁵³⁾。監査役・監査委員会の内部調査によって判明した事実関係に関する情報は、不提訴理由の通知制度により提訴株主や裁判所にも共有され、事実関係の特定、争点整理の迅速化を促す。これは、根拠のある責任追及訴訟を選別し、根拠の薄弱な責任追及訴訟等への対処に煩わされることから役員等を解放することを可能としよう。

-2. 株主代表訴訟の原告適格拡充を求める立法と解釈

日本法における株主代表訴訟制度が、経営陣による業務執行一般につき健全性や適法性を担保するという機能を中心に設計され、取締役等が不適切な業務執行や義務違反行為を行えば必ず責任追及がなされるという状況を確認するよう配慮されている。このため、日本法における株主代表訴訟制度の抑止機能は強力なものとなっている。日本法における株主代表訴訟制度は、その抑止機能が強力なものであるために、結合企業法制の不十分さを補う機能が期待されると同時に、その抑止機能を結合企業関係においても維持するような解釈も有力に主張され、一部は立法化されている。

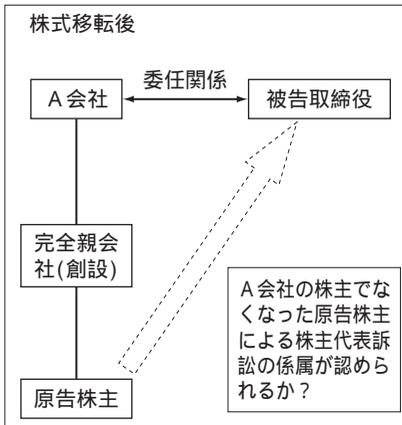
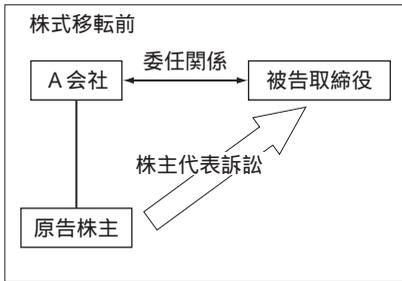
-2-1. 結合企業法制の不備を補う株主代表訴訟

日本法における結合企業法制のうち、結合企業関係を形成するための法整備は、バブル経済崩壊後の平成不況の中で、過剰投資が生んだ生産設備などのだぶつきを解消し、経済のグローバル化に伴う大競争時代の到来に対処するという政策的な目的のために1995年頃から産業界から求められた⁵⁴⁾。これを受けて、1997(平成9)年独占禁止法改正が実行され、純粹持株会社形態が企業形態のバリエーションとして認められた(独占禁止法

9条）。この後、1999（平成11）年商法改正の株式交換・株式移転制度の導入、2000（平成12）年商法改正による会社分割制度の導入により、結合企業関係の形成、再編、解消を容易化する法制度の整備が急ピッチに実施された。しかし結合企業におけるコーポレート・ガバナンスに関する規制の整備は進まなかった。このような状況にあって、結合企業における経営の健全性や適法性を確保させることが大きな問題として認識された。持株会社形態を採用した場合に、実際に事業を実施する子会社の経営を規律する方策として、単一の会社が想定されている株主代表訴訟制度を応用して、親会社株主が子会社の取締役の責任を追及する訴訟（多重代表訴訟）の提起を可能とさせるような解釈が有力に主張されることになる⁵⁵⁾。これは、株主代表訴訟の原告適格を拡張して、コーポレート・ガバナンスの支柱として機能させようとする試みである。

-2-2．株主代表訴訟係属中に株式交換・株式移転がなされた場合の当該代表訴訟の帰趨

他方、結合企業関係の形成の容易化は、株主代表訴訟の抑止効果を減殺させる危険性も増加させた。たとえば、株主代表訴訟が係属している際に株式移転を実施すれば、原告株主は被告取締役が取締役を務める会社の完全親会社の株主となり、被告取締役の会社の株主ではなくなる。多重代表訴訟が解釈としての安定度をまだ有していないために、このような事例において、原告株主が被告取締役の会社の株主でなくなったことから原告適格を喪失したとして株主代表訴訟を却下する下級審判決が相次いだ⁵⁶⁾。これに対しては学界のみならず世論からの批判も相次ぎ、2005（平成17）年制定の会社法で是正され、出資関係の連鎖がある限り株主代表訴訟の係属を認めることとなった（会社法851条1項1号、会社法施行規則219条）。株主代表訴訟の提訴段階で株主であれば、自らの意思に基づかずに会社の行動により株主の地位を失ったとしても、出資関係の連鎖がある限り原告適格が否定されないこととなった。しかし、他方で、自らの意思に基づか



ずに株主たる地位を喪失する場合であっても、出資関係の連鎖が切断されたのであれば、提訴株主は原告適格を失い、株主代表訴訟は却下されると理解されている⁵⁷⁾。もはや出資関係の連鎖が切断され、会社の損害回復との間に利害関係が継続しなくなった以上、原告に訴訟追行させることは適当ではないと理解されたからである⁵⁸⁾。

しかし、会社法の下では、企業再編対価が柔軟化されている。これにより、たとえば、株主代表訴訟が係属するA会社とB会社の間で株式交換が実行され、A会社株主に社債等が交付された結果、A会社取締役に対する株主代表訴訟の原告は、A会社の株主の地位を

喪失すると同時にA会社への実質的出資関係（出資の連鎖関係）も喪失する。株主代表訴訟の抑止機能を減殺させるべきでないという立場からは、このような場合にも株主代表訴訟の係属を認めるべきと解釈論が展開されている⁵⁹⁾。また、企業再編対価の柔軟化により少数株主の締め出しが容易化される中で少数株主側が防衛する手段が乏しいことを憂慮する立場からも、提訴請求時に株主であれば、その後、企業再編行為により株主たる地位を喪失し、投資の連鎖関係も喪失したとしても、株主代表訴訟の提起を認めるべきと強く主張される⁶⁰⁾。

-2-3. 企業買収法制の整備と展望

企業再編対価の多様性が認められる中では、企業再編行為に付随して（あるいは「締め出し」すること自体を主目的として）少数株主が締め出されることになる。この企業再編行為の実行手続の中で少数株主の利益が十分に保護されなければ、少数株主の自衛手段の充実化の必要性が高まり、「投資の連鎖関係」を喪失する場合にも株主代表訴訟の係属あるいは提起を認める必要性が増加する。それでは、現金等を対価とする企業再編が行われる場合に、少数株主の利益はどのように保護されているか。

上場企業の買収に起因して少数株主が締め出されるようなケースについては、証券取引法改正（2007年9月末に金融商品取引法に改称）により少数株主の利益を保護する制度が整備された。

第一に、公開買付者が行う情報開示において、支配権取得後の経営方針や計画をより具体的に開示することが求められ、公開買付価格の算定プロセスも情報開示の対象とされている。第二に、株主や投資家への情報提供の充実という観点から、公開買付の対象会社には、意見表明書の提出が義務づけられ（金融商品取引法27条の10第1項）、公開買付者は対質問回答報告書の提出を義務づけられた（同条11項）。これは対象者による公開買付者への質問により、公開買付者と対象者の意見対立がより鮮明になり、投資者の判断に便宜であると考えられたからである。第三に、公開買付によらなければならない株券等取得の範囲を広げ（組織再編行為によるものも含む）、公開買付後に買付者の株券等所有割合が2/3以上となる場合には、発行済みの株券等の全部を買い付けの対象としなければならない（全部勧誘義務。金融商品取引法27条の2第5項、金融商品取引法施行令8条5項3号）、その買い付け予定の株券の数に上限を設けてはならない（全部買付義務。金融商品取引法27条の13第4項）とされた。

このような公開買付制度の下では、上場企業の買収に際して、当該企業買収計画の概要や買付価格算定の根拠が示されることから、株主は保有株式を売却して会社から離脱するかの判断が可能である。買付者が公開買付

により発行済株式の議決権の2/3以上の株式を取得する場合には、発行済み株式の全部を対象に公開買付をしなければならないので、一部につき公開買付をする場合に比して、公開買付に応じなければならないという圧力がかからず、株主は公開買付に応じるか否かを判断することができる。

他方、会社法の改革についてはどうか。当初経済界からは、外国企業の株式等を対価とする企業再編を行う場合に要求される株主総会決議を特殊決議（当該株主総会において議決権を行使できる株主の半数以上であって、議決権の2/3以上の多数による賛成。会社法308条3項）によらなければならないとするよう求める動きもあった⁶¹⁾。しかし、金銭など株式よりも流動性の高いものを対価とする場合に、何らかの要件を加重するというような立法を求める動きはなされていない。外国企業の株式等を対価とする企業再編にのみ株主総会の特殊決議を要求するのは法制度の体系上整合性が維持できないともいわれた。結果として、株主総会の決議要件自体は特別決議のまま変更せず、情報開示の充実で対処することとした（2007（平成19）年4月25日改正会社法施行規則182条、184条⁶²⁾）。たとえば、合併等対価の種類を選択の理由（会社法施行規則182条3項2号、184条3項2号）を対価の相当性に関する重要事項として開示させるとした。さらに、共通支配下関係にある会社間の吸収合併等に際しては、少数株主の保護がどのように配慮されたかという点も、対価の相当性を示すものとして、開示しなければならないとした（会社法施行規則182条3項3号、184条3項3号）。もっとも、対価の相当性自体は、合併の無効原因とはならない。例外的に特別利害関係人の議決権行使により著しく不当な対価となる合併等が決議された場合には、合併等の承認決議の取消事由（会社法831条1項3号）に該当するのみである。このため、少数株主が自身の利益を守るためには、株式（新株予約権）買取請求権（会社法785条、787条、797条、806条、808条）による対処しかない⁶³⁾。もちろん株式買取請求権の濫用の危険がないわけではないが、このような役割を果たさせるのであれば、株式買取請求権の機動性を確保し実効性を上げるべきであろう⁶⁴⁾。

以上のように、企業再編対価の柔軟化により、少数株主の締め出しの不合理さは、公開買付制度の整備によりその発生が抑制され、会社法上の対処は、株式（新株予約権）買取請求権にゆだねられた。しかし、これらによる規律で十分かどうか、株主代表訴訟による規律が必要とされるかは、今後大いに議論されるべきである。

・日本法からの示唆と国際的潮流から日本法への示唆

-1. 日本法からの示唆

日本における会社法制の展開を見るならば、株主による取締役の責任追及制度（株主代表訴訟制度）は、「経営陣等が不適切な行為または義務違反行為を行ったのであれば、その者に対する責任追及がなされうる」という threat（脅し）を実質化するものとして機能しうることがわかる。上場企業において社内管理体制の整備や経営判断過程の透明化を促進させた原動力として、株主代表訴訟の threat（脅し）が機能した。この制度設計においては、単独株主であれば株主代表訴訟の提起が認められ、責任追及訴訟の係属の是非につき司法によるスクリーニングが行われないという点が特徴であり、株主代表訴訟につき原告適格制限を行わないという設計ポリシーとなっている。また、結合企業関係における法の不備を補うべく、二重代表訴訟が許容されるという解釈論が展開されたり、株式交換・株式移転によって株主代表訴訟の抑止機能が減殺されるおそれが生じる場合には、それを回避する解釈や立法が展開される。

このような制度設計は、経営陣をコントロールする他の手段が機能不全となっていた状況の下で導入されたショック療法であるが、現時点では、会社法制全体を支える屋台骨の一つとなっている。この日本法の状況からは、上場企業の経営陣等の業務執行行為一般の健全性・適法性を確保するという広い範囲で経営陣の行動を規律する制度として、株主代表訴訟を位置づけることが十分に可能であることがわかる。

もっとも、日本法における株主代表訴訟が threat (脅し)として機能しえたのは、日本における特殊事情に基づくものであるかもしれないことに注意が必要である。日本法においては、過度な株主代表訴訟提起を抑制する観点から、株主代表訴訟における原告側弁護士報酬が株主代表訴訟提起のインセンティブとならないように設計されている。たしかに、株主代表訴訟において原告側が勝訴した場合に、当該原告株主は訴訟追行にかかった費用の償還や弁護士への報酬の支払いを会社に対し求めることができる(会社法852条1項)。しかし、その額は相当と認められる範囲に限定され(会社法852条1項)、勝訴した原告側弁護士が会社に対して支払いを請求しうる報酬についても高額なものは認められていない⁶⁵⁾。株主代表訴訟を提起するインセンティブが乏しいにもかかわらず、上場企業につき株主代表訴訟が提起されたのは、前述の株主オンブズマンの行動に代表される企業不祥事に関する社会の憤りの存在が大きな動機となったからである。このほか、勝訴当事者の弁護士報酬に関する敗訴者負担制度を日本法が採用していないことも、このような市民運動的な株主代表訴訟の提起を誘引したといえよう⁶⁶⁾。

-2. 国際的潮流から日本法への示唆

国際的潮流から日本に対しては、次の二点の示唆が得られよう。

まず第一に、国際的潮流からは、株主代表訴訟による経営陣のコントロールが唯一の選択肢ではなく、重疊的あるいは代替的に他のコントロール手段が存在することがわかる。もちろん、日本の特殊状況は、直接経営陣を刺激し、彼(女)らに健全で適法な経営を実行させる手段として株主代表訴訟を位置づけた。しかし近時、日本においても機関投資家による経営陣のモニタリングが機能し始め⁶⁷⁾、企業の支配権争奪も活性化し、株式市場を通じた経営陣の規律も行われるようになった⁶⁸⁾。国際的潮流を見ればこれにより、株主代表訴訟の役割は減じられるとも考えられなくはない。しかし、会社法制は、株主代表訴訟制度による経営陣のコントロールを織

り込んで、それを所与のものとする事で設計されている。会社法制の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ことを正当化しているのは、取締役の行動を事後の責任追及で制御しうるからであり、事後の責任追及での「制御」を可能とするのは、株主代表訴訟の原告適格制限を行わないことによる「threat（脅し）」の確保である。株主代表訴訟制度が経営陣に対するコントロール手段として重視され、その原告適格の制限が行われないという日本の会社法制の特徴は、今後とも維持されることになる。

国際的潮流からの最も大きな示唆は、支配株主の恣意的な行動に対して少数株主が防衛する手段の整備が会社法上重要な課題と認識されていることである。確かに日本において株主代表訴訟は活発に利用されているが、その内容を見れば、必ずしも支配株主と少数株主の利害対立の解決や少数株主の救済手段として機能するものではない⁶⁹⁾。他方、会社の支配権争奪・移転や MBO の増加⁷⁰⁾、そして、種類株式発行の多様化とその東京証券取引所への上場が検討されていること⁷¹⁾ などからは、上場企業においても、支配株主の恣意的な行動により少数株主が深刻な損害を被る可能性が顕在化している。株主代表訴訟制度に関する国際的な認識は、こういった問題に対処するための法整備が日本法においても必要なことを強く示唆している。

・むすびに代えて

本稿は、株主代表訴訟制度が会社法制に占める役割に関する考え方の違いが、株主代表訴訟の原告適格のあり方に影響を与え、株主代表訴訟の制度設計の違いを生み出すことを確認した。上場企業の経営陣に対するコントロール手段として株主代表訴訟制度を機能させる日本の会社法制は、世界的に見れば特殊性を有する。これは、株式持合という現実に対処しようとしたことから選択された設計であり、現在はこのコントロール手段を所

与のものとして会社法制全体が設計されているといっても言い過ぎではない。

他方、株主代表訴訟の会社法制に関する国際的な位置づけは、少数株主の救済であり、こういった視点からの制度整備は日本法では不十分であり、日本法の今後の課題と認識されよう。今後の会社法制の展開においては、日本における株主代表訴訟制度の意義を生かしつつ、少数株主の救済策の整備・充実を図ることが大きな課題として認識されるべきである。

注

- 1) 本稿は、華東政法大学（中国、上海）で2007年6月8日に開催された国際シンポジウム「第4回アジア企業法制フォーラム『株主代表訴訟の理論と実践』」における筆者の報告原稿「株主代表訴訟の原告適格を巡る日本法の展開」に加筆修正したものである。
- 2) たとえば、北村雅史「コーポレート・ガバナンスと株主代表訴訟」〔近藤光男＝小林秀之編〕『新版株主代表訴訟大系』32頁（弘文堂、2002年）など。
- 3) OECD, *OECD Principles of Corporate Governance*, 2004 (Visited on May 13th, 2007) (<http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>). OECD Principles は、コーポレート・ガバナンス分野の制度改革に携わる立法者や規制機関に対しガイドラインや国際基準を示すものである。
- 4) 以下では、特に断りがない限り、日本の法制度は、法律名のみで表記する。
- 5) 北村雅史・前掲注2)32頁は、株主代表訴訟が損害補填機能と抑止機能を有するコーポレートガバナンスの手段であり、株主の協働なくても単独で発動させ、単発の違法行為にも対処でき、裁判所が企業経営の適切性にチェックできるという長所があるとする（抑止機能）(32頁)。他方、同様に濫用の危険性や訴訟リスクの増加は、経営の萎縮や合理的な企業人であればあるほど、取締役への就任を回避しがちになるといった問題を発生させる。損害補填機能という点から考えれば、コストベネフィットにあわない代表訴訟の提起を抑制させたいというインセンティブも働く。このため、両者のバランスをどう取るかが重要となる一方で、日本の株主代表訴訟制度は、抑止機能に重心を置いた展開をしていると分析し、コストベネフィットにあわない代表訴訟の提起を抑止する方策を検討する。しかし、同時に現在生じている事象への過剰反応であってはならず、代表訴訟の提起を抑止する方策の導入は決して緊急に対処しなければならないものではないとする（56頁）。
- 6) *supra* note (3), at 41-42. OECD Principles を基軸に各国のコーポレート・ガバナンスの充実度を評価する基準として、The OECD Steering Group on Corporate Governance は2006年12月1日に *Methodology for Assessing the Implementation of the OECD Principles on Corporate Governance* を公表した (Visited on May 13th, 2007) (<http://www.oecd.org/dataoecd/58/12/37776417.pdf>)。これによれば、株主代表訴訟を手段として位置づける Principle III. A. 2. の評価基準は、支配株主の逸脱行為に対する少数株主の自衛手段が効果的なものとして整備されているかというものである (at Para. 139)。

国際的潮流から見た日本の株主代表訴訟制度（山田）

- 7) OECD, *Experiences from the Regional Corporate Governance Roundtables*, 2003 at 50.
- 8) *Id.* at 23. ここでは、クラス・アクションの方が直接株主が救済されることから、提訴のインセンティブの増加が期待されるとするが、やはり、大企業においては濫用の危険が高くなる点を危惧する。
- 9) *Id.* at 21-27. なお、OECD Principles では、株主代表訴訟制度は、「株主の平等取り扱い」に関する項目として位置づけられている（*See, supra* note (3) at 41-42.）
- 10) 2005年改正前ドイツ株式法147条を参照。その制度設計は、1950（昭和25）年改正前商法下での取締役の責任追及制度（後掲注21）参照）に等しい。株主総会で取締役に対する責任追及の実施が否決された場合には、株主資本の1/10以上に相当する株式を保有する株主が会社に対し、取締役の責任を追及する訴訟の提起を請求することができることとされ、責任追及訴訟が提起されない場合には、責任追及訴訟を提起・進行する特別代理人の選任を裁判所に対し請求することができる。この特別代理人として当該少数株主が選任されれば、当該株主が責任追及訴訟を提起・進行することができるが、選任されるとは限らない。
- 11) イギリス法系は、株主代表訴訟が判例法上の制度であり、提訴株主の訴訟進行を承認する会社の機関を株主総会と設定するために（*Foss v. Harbottle*, 2 Hare 461, 67 Eng. Rep. 189 (Ch. 1843)）、長年ワークしない制度となっていた。
- 12) アメリカ法は、取締役会が提訴株主の訴訟進行の適否を判断しうる制度設計を行うが、訴訟進行を否定する取締役会の判断が誠実に実行されていない場合には株主は訴訟進行を継続できる。このような法制度の展開については、山田泰弘『株主代表訴訟の法理 生成と展開』22～32頁（信山社、2000年）を参照。
- 13) UMAG の法律案が提示された段階の解説と、ドイツにおける議論状況を伝えるものとして、高橋英治「ドイツにおける株主代表訴訟の導入」商事法務1711号13頁（2004年）がある。高橋英治によれば、提訴のハードルが高すぎるとして学説からは批判がなされているようである（同論文17頁）。
- 14) Common Wealth Nations の改革例としては、1993年にシンガポール会社法で制定法上の制度としてシンガポール証券取引所へ上場する会社に限定して株主代表訴訟が導入されたことが挙げられる（*Singapore Companies Act* s. 216 (A) (B)）。シンガポールの法制度は、カナダ法と同様、裁判所の許可があれば、提訴権者は株主に限定されない（*Singapore Companies Act* s. 216 (A) (1) (c)）。シンガポールでは導入後いくつかの株主代表訴訟が提起されている（*See, Pearlie Koh Ming Choo, The Statutory Derivative Action in Singapore: A Critical and Comparative Examination* 13 (1) *Bond Law Review* 64 (2001)）。
イギリスにおいては、2006年11月8日に会社法改革法案が成立し、2006年会社法となり、2008年10月より施行される。ここで、Derivative Claims（株主代表訴訟）が制定法上の制度として整備された。イギリス2006年会社法261条（*Companies Act* 2006 s. 261）は、カナダ法と同様に Derivative Claims（株主代表訴訟）が係属するために、裁判所の許可を要求する（*Companies Act* 2006 s. 262 は、通常訴訟から株主代表訴訟への移行に際して裁判所の許可を要求する）。なお、カナダ法と異なり、イギリス法において Derivative Claims を提起できるのは、member of a company（株主）に限られている。
- 15) *Canada Business Corporate Act*, R. S. C. 1985, c. C-44, as amended, including the sub-

stantial amendments given effect by S. C. 2001, c. 14 (the 2001 Amendment).

- 16) Barry Estate v. Barry Estate [2001] O. J. No. 2991, 3 (QL) (Sup. Ct. J.) は、提訴株主が会社から暫定的な訴訟に関する財政援助を得るための要件として、請求の勝訴の見込み、暫定的な援助が会社からなされなければ、訴訟の係属が妨げられるかもしれないという提訴株主の財政状態、ととの強い因果関係の存在、を要求する。
- 17) カナダにおいて制定法上の制度として株主代表訴訟が導入された当初は、あわせて整備された Oppression Remedies と株主代表訴訟が役割分担をすることが想定された。Oppression Remedies は、株主への直接的な救済を実行し、小規模な閉鎖的な会社を対象とし、支配株主と少数株主の利害対立を解消させるための制度と設定された。これに対し、株主代表訴訟 (Derivative Action) が会社への賠償を求める制度であり、上場企業において取締役の逸脱行為による損害を填補する制度であるとされた (See, J. ANTHONY VAN DUZER, THE LAW OF PARTNERSHIPS AND CORPORATIONS at 327 (2nd ed. 2003)). しかし、株主代表訴訟は、訴訟係属に裁判所の許可を必要とするために、訴訟係属許可の申立手続きにおいて原告が会社に対して誠実に行動し、提訴が会社の最善の利益となることなどを明確に示さなければならないなど、訴訟手続きが Oppression Remedies と比較して煩雑となる (MARKUS KOEHNEN, OPPRESSION AND RELATED REMEDIES at 438 (2004)). 現在、会社に損害が発生し、二次的に株主が損害を受ける場合にも Oppression Remedies の提起が認められるようになり (See, Stephanie Ben-Ishai & Poonam Pauli, *The Canadian Oppression Remedy Judicially Considered: 1995-2001*, 30 Queen's L. J. 79 (2004) at 104), カナダでは株主代表訴訟制度の存在意義が希薄化する傾向にある。
- 18) PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE : ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS Part VII Introduction Note at 5-6 in Vol. 2 (American Law Institute 1994).
- 19) *Id.* at 6-9. 日本においても、理論的にはこのように捉えるべきとする見解が主張される。たとえば、河本一郎ほか「株主代表訴訟」民商法雑誌110巻2号199頁 [森本滋発言] (1994年) など。
- 20) 中東正文「GHQ 相手の健闘の成果 昭和25年・26年の商法改正」北沢正啓先生古稀祝賀 [浜田道代編] 『日本会社立法の歴史的展開』224頁 (商事法務研究会, 1999年)。
- 21) 昭和25年改正前は、取締役の責任追及の実施は株主総会の決議事項であり、訴訟提起が決議された場合には、会社は決議の日から1ヶ月以内に訴えを提起しなければならないとされていた (昭和25年改正前商法267条1項)。その場合には、監査役が株主総会で選出された代理人が会社を代表して訴訟追行を行うとされた (昭和25年改正前商法277条1項)。他方、株主総会で責任追及が否決された場合には、3ヶ月前より引き続き資本の10分の1以上にあたる株式を所有する株主が株主総会終結の日から1ヶ月以内に訴えの提起を監査役に請求するときは、会社は請求された日から1ヶ月以内に提訴しなければならないとされた (昭和25年改正前商法268条1項)。このときは、請求した少数株主も、会社の代表者を指定できるとされた (昭和25年改正前商法277条2項)。すなわち、株主は、取締役の責任追及の場面では間接的な関与しかできなかった。GHQ は、この点が、大衆株主の増加を前提とした株式会社の民主化の要請に応えるものではなく、米国資本が少数の株式の取得により日本企業へ投資することを阻害すると判断し、この問題を解決するために株主代

国際的潮流から見た日本の株主代表訴訟制度（山田）

表訴訟制度が導入された。GHQ 側は、アメリカ法流のクラス・アクション制度の導入を企画したが、日本法に導入される際には、訴訟担当と理解され、アレンジが加えられた。この間の GHQ 側と日本側の法律案作成担当者の交渉経緯は、徳田和幸「株主代表訴訟と会社の訴訟参加」法曹時報48巻 8号 3頁以下（1996年）、山田泰弘・前掲注12)33～36頁を参照。

- 22) 江頭憲治郎「鈴木竹雄博士の会社法理論」ジュリスト1102号49頁（1996年）は、当時から昭和年間の会社法制改革を一貫してリードしてきた鈴木竹雄の会社観をこのように分析する。
- 23) 当時は、むしろ昭和25年改正の前後で大きな制度変更がないものとしようとの意識も強かった。このような雰囲気をよく表すものとして、我妻栄ほか「戦後における立法および法律学の変遷（特集 創刊三十周年記念号）続・日本の法学」法律時報30巻12号1389頁 [松田二郎発言]（1958年）。
- 24) 石井照久『会社法上巻（商法）』357頁（第2版、勁草書房、1972年）。取締役等の責任追及の意思決定も資本多数決で行われるべきであるとなれば、株主による取締役等の責任追及訴訟の提起は、資本多数決の修正のコンテキストで議論されるべき問題となるからである。このような発想から同様の立法提案を行うものとして、柳明昌「取締役の責任緩和の可能性とその限界 株主代表訴訟の会社法上の定位の試み」私法62号266頁（2000年）。
- 25) 稲葉威雄ほか「会社法全面改正作業の軌跡と課題」判例タイムズ839号25頁 [江頭憲治郎発言] [稲葉威雄発言]（1995年）。
- 26) この点の分析については、山田泰弘・前掲注12)60～67頁を参照。
- 27) たとえば、田中巨「取締役の責任軽減・代表訴訟」ジュリスト1220号36頁（2002年）は、厳格な取締役の責任減免制度と比較して、責任追及訴訟の和解がなぜこれほど簡単にできるのかと批判する。
- 28) 具体的には、1984（昭和59）年5月9日に法務省民事局参事官室より出された意見照会「大小（公開・非公開）会社区分立法及び合併に関する問題点」で勝訴株主の会社に対する費用求償権の拡充と6ヶ月の株式保有要件の撤廃が提案された（法務省民事局参事官室編『大小会社区分立法等の問題点 各界意見分析』資料編5頁（商事法務研究会、1985年））。
- 29) 居林次雄ほか「企業の社会的責任と法的責任」ジュリスト578号87頁 [竹内昭夫発言]（1975年）。
- 30) 株式持合による株式会社法制の機能不全を深刻な問題であると捉え、政府による管理主義的な手法による会社法制の抜本的な刷新が提唱されもしたし（たとえば、西山忠範『現代企業の支配構造 株式会社制度の崩壊』（有斐閣、1975年））、従業員組合が経営参加することにより経営の健全化を図ることが喫緊の課題とも言われた（奥島孝康「76年商事法務展望労働者の経営参加と会社法改革の展望 ヨーロッパ諸国の動向を中心として」商事法務722号72頁（1976年））。
- 31) もちろん、会社法制改革を巡って直接利害を持つ経営者は、自らの首に鈴を付けるような制度変更となるこのような制度整備には抵抗を示した。1993（平成5）年というタイミ

ングで、株主代表訴訟制度の改革が実行できたのは、当時深刻化する日米貿易摩擦問題の解決のために実施された日米構造問題協議で株主権拡充の具体化が求められたからであり(道垣内正人「日米構造問題協議の法的位置づけ」商事法務1258号25頁(1991年)を参照)、証券会社による損失補填問題を受けて大企業に対する不信感が高まり、大企業自身としても「襟を正す」必要性があったから(小山敬次郎「代表訴訟制度の改正と濫用防止」同『回顧経団連戦後経済を支えた人々』156頁(商事法務研究会,1996[初出1994]年))である。

- 32) Theodore D. Moskowitz & Walter A. Effross, *Turning Back the Tide of Director and Officer Liability*, 23 Seton Hall L. Rev. 897 (1993) at 904.
- 33) Merritt-Chapman & Scott Corp. v. Wolfson, 264 A. 2d 358 (Del. Super. Ct. 1970).
- 34) Del. Gen. Cor. Law § 145 (b).
- 35) Del. Gen. Cor. Law § 145 (f).
- 36) デラウェア州一般会社法では、附属定款等で補償をなしうる範囲をどう設定すべきかという点に関する規制は存在しないが、役員等が会社に対し補償を請求する権利を有する範囲は、少なくとも、Del. Gen. Cor. Law § 145 (a) (b) に従った範囲に限定される。すなわち、問題とされる行為時点において、当該取締役が誠実に行動し、合理的に会社の最善の利益に合致するか反していないと信じて行動した場合に限られる(Hibbert v. Hollywood Park Inc., 457 A 2d. 339 (Del. 1983))。このほか、たとえば、ニュー・ジャージー州会社法では、責任の原因となる行為が、忠実義務違反となる場合、それが不誠実に実行された場合、法令違反することを知りながら実行された場合、そして、不適切な私的利益を得ている場合には、附属定款等で補償請求権が付与されていたとしても、当該役員は会社に対し損害賠償責任の補償を請求できない、とされる(N. J. Stat. § 14A: 3-5 (8), § 14A: 2-7 (3) (2007))。ペンシルバニア州会社法は、裁判所が、当該責任の根拠を意図的な違法行為や重過失(recklessness)と判断する場合には、附属定款等で補償請求権が付与されていたとしても、会社に対して損害賠償責任の補償を請求できないとする(Pa. Con. Stat. tit. 15 § 1746 (b) (2007))。
- 37) このように解するものとして、たとえば、石井照久・前掲注24)364頁、北沢正啓『株式会社法研究』311頁(有斐閣,1976年)など。
- 38) 比較的初期の段階からこのように解釈できる可能性を提示するものとして、北沢正啓『新版注釈会社法(6)』[上柳克郎ほか編]383頁(有斐閣,1987年)支持する見解として、北村雅史「諸外国の会社法における取締役の責任と代表訴訟制度について」別冊商事法務173号127頁(1995年)。この見解の弱みは、次の点である。株主代表訴訟への応訴を「委任事務を処理する」とはいえず、また、株主代表訴訟への応訴自体を「委任事務[この場合は当該代表訴訟で問題とされた行為自体を指すことになろう]を処理するために……受けた損害」とらえた場合、支出した応訴費用以上に会社に賠償を求めることになりかねない。しかし、この見解を採用しない場合には、勝訴した場合であっても、被告取締役は会社に対して応訴費用の償還を請求できず、職務上の行為に関連する代表訴訟に対処しているという被告の立場を必ずしも考慮できていない(伊澤孝平『註解新会社法』458頁(法文社,1950年))。他方、会社が進んで防御費用を被告取締役に支払う

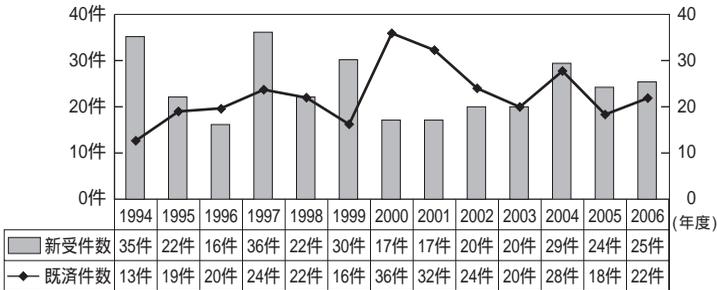
場合には、一種の贈与として扱うしかなく（北沢正啓・前掲注37）311頁）、利益相反規定による規律しかなくなる。

- 39) 比較的初期の段階に、このようなスキームを提示するものとして、北沢正啓『会社法』462頁（第6版、青林書院、2001年）。
- 40) 松田二郎＝鈴木忠一『条解株式会社法（上）』320頁（弘文堂、1952年）。
- 41) この点は、会社による取締役の損害賠償責任に対する補償を肯定するアメリカ法の目的である、「取締役のなり手の確保」という要請が日本においてはそれほど強くないことにも由来する。他方、社外取締役・社外監査役、会計参与、会計監査人についてはこのような要請の存在を会社法制は認め、任務懈怠責任のうち善意無重大過失のものについては、報酬の2年分の責任限定契約を締結することが許容されている（会社法427条）。
- なお、民法650条3項に従った規律のみでは、退任役員等の損害賠償責任に対する会社の補償は野放しになりかねない（利益相反規定も適用できない）。このような観点からは、退任役員等を含めた法制度の整備が必要となるであろう。
- 42) 前田庸＝阿部一正「商法等改正法案に関する質疑応答」商事法務1320号40頁〔前田庸発言〕（1993年）。
- 43) 商事法務編集部「'93年商事法務ハイライト」商事法務1342号27頁（1993年）。
- 44) 吉戒修一「平成5年商法改正法の解説（2）」商事法務1326号4頁（1993年）。
- 45) 国税庁長官通達「会社役員賠償責任保険の保険料の税務上の取り扱いについて」平成6年1月20日課法8-2（Visited on July 29th of 2007）<http://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/tsutatsu/kobetsu/shotoku/gensen/040120/01.htm>
- 46) もっとも、D&O 保険は、保険契約期間中に提起された「役員等」の責任追及訴訟に起因する損害賠償責任と争訟費用とに対して保険金が支払われ、その「役員等」は、初年度契約の保険期間の開始日以降退任した取締役らも含む（D&O 保険（役員損害賠償責任保険）普通保険約款2条（3））。山下友信編『逐条 D&O 保険約款』37頁（商事法務、2005年）〔甘利公人執筆部分〕。このため、実際に現役の役員等がどの程度の受益を受けているのかという点の判断は難しい。ちなみに、税法上は、株主代表訴訟特約部分の保険料の負担につき、現役役員の数で均等分割した額とするか、それぞれの報酬額に応じた額とするか、または職務内容に応じた額とするか、といった計算方法が提示されている（前掲注45）・国税庁長官通達別紙2）。
- 47) D&O 保険普通保険約款5条3号は「法令に違反することを被保険者が認識しながら（認識していたと判断できる合理的な理由がある場合を含みます。）行った行為に起因する損害賠償請求」を免責とする。永井和之「役員責任保険の填補の範囲はどこまでか」取締役の法務1994年10月号101頁は、この文言からは、意思決定過程が著しく不都合である場合には、法令違反（善管注意義務違反）の認識があったとして保険保護が否定されかねないとする。これに対して、山下友信編・前掲注46）90頁〔州崎博史担当部分〕は、この文言からは善管注意義務・忠実義務を規定する会社法330条・民法644条、会社法355条に違反する行為も免責の対象となるが、重大失による経営判断ミスは免責範囲に該当せず、保険保護が受けられるとする。州崎博史は、D&O 保険が、取締役が法令違反によって会社に損害を生じさせた場合にその責任を肩代わりすることを本来の任務としていることが

ら、この免責は、例外的に填補が公序良俗に反する場合に限定すべきことを、このような約款解釈の論拠として挙げている(「会社役員損害賠償責任保険と取締役の法令違反」龍田節先生還暦記念『企業の健全性確保と取締役の責任』388～390頁(有斐閣、1997年))。

- 48) このような D&O 保険に対する批判を紹介するものとして、山下友信編・前掲注46) 8頁[山下友信担当部分]。実際の運用状況については、たとえば吉澤卓哉「役員賠償責任保険の損害処理」近藤光男・小林秀之編『新版株主代表訴訟大系』440頁(弘文堂、2002年)を参照。
- 49) 株主オンブズマンの活動が活性化した背景には、バブル崩壊によって経営が行き詰まった住宅金融専門会社(住専)の抱える不良債権処理のあり方に対する国民の反感がある。当初は株主オンブズマンは「当分は勉強会を重ねてこつこつやっていく組織」と考えられたが、住専問題をきっかけに社会の注目や期待を集めることになり、企業不祥事が発覚する度に株主代表訴訟による大規模上場企業の経営陣の責任を追及し、その数は30件程度に上る(2006年11月25日朝日新聞朝刊 be 週末 b 2面(「フロントランナー」株主が東京から大阪まで委任状を持参してくれた 森岡孝二代表)。
- 50) 鹿子木康 = 山口和宏「東京地裁における商事事件の概況」商事法務1796号15頁(2007年)によれば、新たに提起される株主代表訴訟は、1999年度から2000年度にかけていったん減少したが、2003年以降増加傾向にある。東京地方裁判所に係属する株主代表訴訟の中身は、大企業の不祥事に関連して提起されるものと、株主の流動性が少ない閉鎖的で小規模な会社における親族間の紛争に端を発して提起されるものとに二分化されているようである。

東京地方裁判所民事第8部(商事部)に係属する株主代表訴訟件数の推移



鹿子木 = 山口前掲論文15頁のデータを元に作成。

上場企業において提起される株主代表訴訟の内容を見ても、会社内部の管理体制の不備を問うものや、法令違反行為を問うものが多く、原告株主側が勝訴した事例もそういった内容がほとんどである。近時の認容例としては以下のものが挙げられる。大阪高判2007(平成19)年1月18日資料版商事法務275号198頁(ダスキン株主代表訴訟 事件担当取締役部分)、大阪高判2006(平成18)年6月9日判例タイムズ1214号115頁(ダスキン株主代表訴訟 事件代表取締役・他部門取締役・監査役部分)は、製造した肉まんに食品衛生法

6条に違反し日本では使用不許可とされている添加物が混入していることを認識しながら、その販売を継続する決定をしたことないし管理体制の不備が取締役の善管注意義務に違反するとした。また、高知地判平成17年6月10日資料版商事法務260号194頁（四国銀行事件）は、高知県副知事の要請に基づき十分な担保を取らず融資したことが銀行の取締役としての善管注意義務に違反すると判示した。

51) 中村芳夫「代表訴訟改正も監査役機能強化も企業システム国際化の一環である」金融財政事情1997年8月18日号26頁。

52) 第162回国会衆議院法務委員会（平成17年5月17日）議事録第18号。

53) 同様に、江頭憲治郎『株式会社法』445～446頁注(6)（有斐閣，2006年）は、「[被告]取締役の責任に関する訴訟資料は大部分を株式会社が保有するから、紛争の適切な解決のためには、会社が充実した調査をすることが重要である。……通知に記載された不提訴理由に現れた会社の対処ぶりが裁判所の心証形成に影響する可能性があるので、この[不提訴理由の通知]制度は、会社が充実した調査をすることに寄与しよう」と指摘する。

他方、株主からの提訴請求に対する不提訴判断の中身として、当該取締役に対する責任追及訴訟の提起が「会社の最善の利益に合致するか」という視点からの判断が避けられないとする立場からは、会社の機関間の権限分配との不整合が生じるとして制度の見直しも主張される（たとえば、大杉謙一「監査役制度改造論」商事法務1796号4頁（2007年）は、取締役兼任監査役の解禁、さらに一步進めて兼任の強制を主張する）。しかし、このような立法提案は、会社法制定に至る過程からは突飛的なものであり、現行制度と整合的に理解するのであれば、監査役が経営執行機関とは独立して監査を行う機関であることを重視すべきである。この観点からは、「会社の最善の利益」に合致するかという問題をふまえて判断する必要性は少なく、監査役の判断は、当該取締役の義務違反の有無と会社の損害が観念しうるかという点から判断されるもので、その裁量の範囲は狭いと解される（近藤光男「代表訴訟と監査役機能」江頭憲治郎先生還暦記念[黒沼悦郎=藤田友敬編]『企業法の理論（上巻）』618～619頁（商事法務，2007年）。そうであればこそ、監査役・監査委員会の内部調査によって得た情報が裁判の迅速化に役立つのである。

54) このような動きは、日本経済が危機的な状況であるという認識の下、内閣総理大臣が主宰し、閣僚と経済界代表との対話の場として設置された経済戦略会議において強く進められ（経済戦略会議答申「日本経済再生への戦略」（平成11[1999]年2月26日）Visited on June 3rd 2007（<http://www.kantei.go.jp/jp/senryaku/990226tousin-ho.html>））、時の小淵恵三内閣総理大臣のリーダーシップの下会社法制改革が行われた。

55) 多重代表訴訟を巡る議論の到達点を分析するものとして、山田泰弘「結合企業と代表訴訟（1）（2・完）」高崎経済大学論集45巻2号74～77頁，3号73～82頁（2002年）。

56) このような下級審判例の端緒は、東京地判2001（平成13）年3月29日判例時報1748号171頁（日本興業銀行株主代表訴訟事件）である。このほか名古屋高判2002（平成15）年4月23日（東海銀行株主代表訴訟事件）、名古屋地判2001（平成14）年8月8日（同一審判決）判例時報1800号150頁，東京地判2002（平成15）年2月6日判例時報1812号143頁（三井不動産販売株主代表訴訟事件）、東京高判2002（平成15）年7月24日金融商事判例1181号29頁（横浜松坂屋株主代表訴訟事件）などが出された。

- 57) 江頭憲治郎・前掲注53)447頁。
株主代表訴訟係属中に民事再生手続に基づき株式会社が減資を行い、発行済株式の全てを消却した事例において、株主の原告適格の係属が否定された事件として東京地判2003(平成16)年5月13日資料版/商事法務243号142頁(ジャパン石油開発株式会社株主代表訴訟事件)。なおジャパン石油開発株式会社は、政府組織である石油公団と民間の石油会社9社の共同出資により設立された国策会社で、アブダビ首長国のザクム油田の開発を目的とする。しかし行政改革による行政のスリム化の要請とエネルギー政策の変更に伴い、ジャパン石油開発株式会社は石油公団本体に統合されることになった。この政策変更に対して共同出資者である民間石油会社9社の反発が強く、ジャパン石油の株主である民間石油会社9社は、ジャパン石油の民事再生計画に対して異議を申し立て、減資決議取消の訴えなどを提起するとともに、ザクム油田開発の頓挫の原因となった経営陣の経営の責任を問う目的で株主代表訴訟を提起した。事件全体で見れば、この株主代表訴訟は少数株主と支配株主の紛争の事例の一環で提起されたものであり、それ自体で当該紛争が解決される性格のものではなかった。
- 58) 江頭憲治郎・前掲注53)447頁。改正前の議論であるが、株主代表訴訟制度研究会「株式交換・株式移転と株主代表訴訟(1)原告適格の継続」商事法務1680号14頁(2004年)、山田泰弘「結合企業と代表訴訟(1)」高崎経済大学論集第45巻2号74頁(2002年)。
- 59) 浜田道代「役員の義務と責任・責任軽減・代表訴訟・和解」商事法務1671号47頁注(52)(2003年)。会社法制定前の議論であるが、山田泰弘「企業再編対価の柔軟化と株主代表訴訟」立命館法学296号104頁(2004年)。山田泰弘は、株主代表訴訟制度が、真の権利主体を含めた利害関係人に対する手続保障を行うことで提訴権限を獲得する制度であると理解することで提訴株主の原告適格の継続を肯定する解釈が可能となるとして、自らの見解を改めている。
- 60) 柴田和史「株式移転における株主代表訴訟の問題」判例タイムズ1122号29頁(2003年)。なお、企業再編対価の柔軟化が外資による企業買収を容易化するという危惧から、企業再編対価の柔軟化を認めるという法制度は会社法が施行された2006年5月1日から1年間延期され、その間に適正な法整備を行うとされた。
- 61) 2006年10月20日読売新聞東京版朝刊2面「三角合併で買収目指す外国企業、国内上場義務化を経団連、政府・与党に要望へ」。
- 62) 相沢哲「合併対価の柔軟化の実現に至る経緯」商事法務1801号13頁(2007年)によれば、合併、株式交換についてのみ特殊決議を要求することは会社法の体系上合理性がないことと、合併等対価の税制上の取り扱いが決定したことの影響が大きいとされる。税制上、合併対価として100%親会社株式のみが交付され、消滅会社と存続会社との間に事業関連性がなければ、税法上「適格合併」と扱われない。このため、「解体」を目的とした企業取得や少数株主の締め出しが實際上、抑制されることになる。
- 63) 株式買取請求権の制度の存在は、少数株主の救済にとどまらず、多数株主の決定を規律するとも考えられている(藤田友敬「組織再編」商事法務1775号56~57頁(2006年))。
- 64) 中東正文「企業買収・組織再編と親会社・関係会社の法的責任」法律時報79巻5号32頁(2007年)。

- 65) 小規模な閉鎖会社に関する事例であるが神戸地判1998（平成10）年10月1日判例時報1674号、156頁、東京地判2004（平成16）年3月22日判例タイムズ1158号244頁は、会社が得た利益の額を基礎にして、弁護士会所定の報酬基準規定に則った額の範囲内であれば、相当であると判示する。上場企業の和解の事例であるが、東京高判2000（平成12）年4月27日金融商事判例1095号21頁は、複数の株主代表訴訟が併合された事件に付き「原告株主や訴訟代理人弁護士の人数、および係属する訴訟の数に関わらず、一人の株主が一人の弁護士に委任して一つの訴訟を提訴した場合の弁護士報酬額」を基礎として弁護士報酬額を決定している。
- 66) 弁護士費用の敗訴者負担制度は、司法制度改革の具体化をすべく内閣に設置された司法制度審議会による最終答申において導入が検討された（司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書」2000年6月12日（Visited on May 31st 2007）<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/pdfs/iken-2.pdf> 32頁。しかし、市民や労働者、その他経済的な弱者の裁判の利用を萎縮させるものとして、弁護士、消費者団体、学者などを中心として反対運動が大々的に行われた（たとえば、「弁護士報酬敗訴者負担に反対する全国連絡会」（代表：清水誠、清水鳩子、甲斐道太郎）の活動が挙げられる（弁護士報酬の敗訴者負担に反対する全国連絡会「弁護士報酬敗訴者負担に反対する全国連絡会ホームページ」（Visited on May 27th 2007）<http://www.geocities.co.jp/WallStreet-Stock/4652/>）。このため、弁護士費用の敗訴者負担の導入を図り、2004年の第161回臨時国会に提出された「民事訴訟費用等の一部を改正する法律案」は廃案となり、立法化は見送られた（日本経済新聞2004年11月21日朝刊2面「敗訴者負担法案、廃案へ 共謀罪創設は継続審議に」、日本経済新聞2004年12月4日朝刊38面「敗訴者負担法案が廃案」）。
- 欧州各国では、弁護士費用の敗訴者負担制度の存在が株主代表訴訟利用を抑制していると認識されている（たとえば、江頭憲治郎・前掲注53）442頁）。なお、カナダにおいても敗訴者は勝訴者の弁護士費用等を負担する（See, Jessie J. Horner, CANADIAN LAW AND THE CANADIAN LEGAL SYSTEM (2007) at 262）。このため、カナダ連邦会社法は、過度に株主が Derivative Action の提起することを抑止しないように、訴訟上の担保を提訴株主に要求することを禁止している（CBCA, s. 242 (3)）。
- 67) 2006年度の上場企業の株主総会においても、機関投資家と経営陣との対話が活性化している（たとえば、神作裕之「会社法施行下の株主総会 『2006年版株主総会白書』を読んで」商事法務1787号6頁（2006年）を参照。
- 68) 近時の M&A の増加については、たとえば、内閣府経済社会総合研究所 M&A 研究会（座長：落合誠一東京大学大学院法学政治学研究科教授（当時））「本格的な展開期を迎えたわが国の M&A 活動」（2006年10月）Visited on June 3rd 2007（http://www.esri.go.jp/jp/mer/houkoku/0610_1.pdf）3頁によれば、近年増加した M&A の特徴として、投資会社が関与した案件が増加し（前年比20.8%の増加）、手段として TOB が利用されることも増加し（2005年度で53件）、敵対的企業買収も活性化している。
- 69) 株主代表訴訟制度が、会社に代わって会社のために取締役の責任を追及する制度であることから、原告株主は、勝訴しても会社が損害回復し持株の価値が回復することを通して損害回復するにすぎない。このため、支配株主と少数株主との間の利害対立に端を発して

株主代表訴訟が提起されても、終局的な紛争解決とならない。このため、解釈論のレベルでは、「会社に対する加害行為の形をとっていても、損害賠償請求権を直接に少数株主に帰属させるなどの解釈が必要となる」と指摘される(たとえば、江頭憲治郎・前掲注53)421頁)。

日本の会社法制は、経営陣等に直接個人的な賠償を求める制度として、「役員等の第三者に対する損害賠償責任」を制定法上の責任として規定している(会社法429条)。この制度は、役員等が職務を行うについて悪意または重過失があったときは、当該役員は、これによって第三者に生じた損害を賠償する責任を負うとするものである。この取締役の第三者責任の規定を株主が利用できれば、問題状況は改善できるようにも思われなくてはならない。このような考え方に基づく下級審判決も存在する。福岡地判1987(昭和62)年10月28日1287号148頁も「株主が代表訴訟により同人[取締役]の責任を追及したとしても、大株主でもある同人が、少数株主が右損害を現実に回復することをあらゆる方策を用いて妨げるであろうことを容易に予測しうるときは、少数株主は[2005(平成17)年改正前]商法266条/3第1項[会社法429条]に基づく請求を同人に対してなすことを妨げられない」として、少数株主に直接賠償することを認めた。募集株式の発行の事例にあって、株主総会決議を経ずに特定の第三者に特に有利な価格で新株を発行した場合には、既存株主が取締役に対して第三者責任を追及することは判例法上認められている(最判1997(平成9)年9月9日判例時報1618号138頁)。しかし、業績悪化に伴い会社の解散決議が実施された場合に、持株の無価値化による損害の賠償を支配株主と取締役にと求めた事件において、「全株主が平等に不利益を受けた場合、株主が取締役に対しその責任を追及するためには、特定の事情のない限り、……株主代表訴訟によらねばならぬ」として、請求が棄却されている(東京高判2005(平成17)年1月18日金融・商事判例1209号10頁)。

このように株主が役員等の第三者責任を追及しうるかは、判例法上は必ずしも安定していない。これは、株主による取締役の第三者責任の追及により株主が取締役から損害賠償を獲得することは、取締役に対する損害賠償請求権という会社財産の割取を株主に認めることになり、会社債権者を害する結果となることを危惧することが大きな原因である(大隅健一郎=今井宏『会社法中巻』245頁)。

このほか直接株主が救済を得られるわけではないが、「株主権行使に関する利益供与」に関する規制(会社法120条。利益供与を受けた株主に対しても株主代表訴訟の提起が可能(会社法847条1項))を利用すれば、問題解決を図ることができる可能性がある。このような可能性を示唆する裁判例として、最判2006(平成18)年4月10日最高裁判所民事判例集60巻4号1273頁(蛇の目ミシン株主代表訴訟事件)がある。支配株主からの恐喝的な利益供与と要求に応じたことが取締役の善管注意義務違反となるとした。また恐喝的に会社より利得した支配株主(元取締役)についても、利得分の会社に対する吐き出しを認めた(東京地判2001(平成13)年3月29日判例時報1750号40頁)。もっとも「株主権行使に関する利益供与」の規制は、上場企業の「総会屋」対策のために導入された制度という沿革があるために、適用範囲が狭い。

以上からは、少数株主の救済を認める安定的な法制度(制定法・判例法)は日本法においては未だ発展途上であることがわかる。

- 70) 会社の支配権移転に伴う支配株主と少数株主の利害対立を契機として株主代表訴訟が提起された事件として、カネボウ株式会社における株主代表訴訟の提起が挙げられる（「ニュース・株主代表訴訟の動向」商事法務1788号144頁（2007年））。

カネボウ株式会社は粉飾決算の横行が発覚した結果経営破綻し、産業再生機構の支援を受けて経営再建が行われた。投資会社である MKS パートナーズ、アドバンテッジパートナーズ、およびユニゾン・キャピタルの3社が共同出資して設立したトリニティ・インベストメント社は、産業再生機構より上場廃止となったカネボウ株を買い受け（買受価格は非公表）、発行済株式の議決権の73.35%を保有する支配株主となった後、上場廃止時の株価360円より大幅に安い162円で株式公開買付を実施し（日経産業新聞2006年2月22日20面）、2006年3月29日に株式公開買付を終了し、議決権の87.25%を獲得したが、上場廃止時株価より大幅に価格が低いことに個人株主からの反発も大きかった（日本経済新聞2006年3月30日朝刊12面）。株主代表訴訟の訴状によれば、その後、カネボウの主要三事業（ホームプロダクツ、薬品、食品）を、投資会社3社が共同出資で設立したカネボウ・トリニティ・ホールディングス社に451億7468万7000円で営業譲渡した。しかしカネボウが、その営業譲渡代金の大部分についてトリニティ・インベストメント社へ免責的債務引受を行った。このため当該営業譲渡代金債権の大部分は、トリニティ・インベストメント社が保有するカネボウ株式を担保とした準消費貸借契約に変更されることになった。この一連の再建計画は、カネボウ株式会社に損害を発生させるものであるとして、「カネボウ個人株主の権利を守る会」の会員を中心とするカネボウ個人株主501名が、役員等の忠実義務・善管注意義務違反の責任を追及する株主代表訴訟を、2006年12月13日に提起した。東京地判2007（平成19）年9月27日は、事前の提訴手続を実施していない原告株主の請求は却下し、その他の原告株主の請求については、カネボウ株式は無価値ではなく、トリニティ・インベストメント社による免責的債務引受によって会社は害されていないとして訴えを棄却している（判決文は「カネボウ個人株主の権利を守る会」のHPで見ることができる）。

このカネボウ株主代表訴訟事件は、役員等の忠実義務違反・善管注意義務違反を追及するものであるが、その実質は、支配株主と少数株主の利害対立・紛争である。その利害対立・紛争解決手段として株主代表訴訟が適切といえるかは疑問であり、少数株主と支配株主が直接対決できるような救済手段の構築が必要かもしれない。

- 71) 種類株式の上場は、東京証券取引所「上場整備総合プログラム2007」8頁（2007年4月24日） Visited on June 2nd 2007（<http://www.tse.or.jp/rules/seibi/2007program.pdf>）でも、検討課題として取り上げられる。2007年3月27日にとりまとめられた東京証券取引所上場制度整備懇談会の中間報告においては、原則として議決権制限株式の上場は、その株式を発行する会社の新規公開の場面に限るとし、株主権の不当な制限とならないように配慮されているか、リスク負担と支配とが比例しないことから来る不合理に対処すべくコーポレートガバナンスが整備されているか、さらにそれらに関する情報開示が徹底されているかという観点から上場ガイドラインの整備を行うべきとしている（東京証券取引所上場整備懇談会「上場整備懇談会中間報告」24頁 Visited on June 2nd 2007（<http://www.tse.or.jp/rules/seibi/houkoku.pdf>））。