

研究ノート

株主代表訴訟における 会社による和解とその法的問題

田丸 祐 輔[※]

- I はじめに
- II アメリカにおける代表訴訟と和解の既判力
- III わが国の株主代表訴訟と訴訟上の和解
- IV おわりに

I はじめに

株主代表訴訟は、昭和 25 年の商法改正において、アメリカにならって、わが国に導入された¹⁾。ところが、実際に株主によって利用されることは数えるほどで、この制度は長らく眠ったままの状態になっており、原告の請求が認容された事例も数えるほどしかなかった。わが国において株主代表訴訟の件数が目立って増加するようになったのは、平成 5 年の商法改正において提訴手数料が訴額に関係なく一律に定められ、実質的に提訴手数料が軽減されて以降である²⁾。もっとも、このほかの経済的な条件が平成 5 年改正の前後で大きく変化したわけではなく、

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 12 卷第 3 号 2013 年 11 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

- 1) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（6）』（有斐閣、1988 年）355 頁〔北沢正啓〕。なお、北沢正啓「アメリカ会社法における株主の代表訴訟」法協 68 卷 6 号（1950 年）659 頁。
- 2) 平成 5 年商法改正以降のわが国における株主代表訴訟の件数の増加および提訴請求の高額化の具体的状況については、高橋均『株主代表訴訟の理論と制度改正の課題』（同文館出版、2008 年）19-21 頁。

訴訟件数の増加は必ずしも経済的な理由だけでは説明ができないともいわれている³⁾。

こうした事情のもとで、近年、被告取締役による会社に対する損害の金銭的な賠償を必ずしも一次的な目的とせず、会社を利害関係人として和解に参加させ、原告株主と会社および被告取締役の三者間で和解を成立させるという事例が目立っている⁴⁾。この場合、会社は、和解条項において、外部委員を含む「コンプライアンス検証・提言委員会」を設置し、同委員会が問題の原因の調査と再発防止策の提言を行い、会社はこの提言をうけてこれを自社のコンプライアンス体制に組み込むとともに、提言内容および実施する再発防止策を公表する、というような約定をなすことが多い⁵⁾。そこでは、会社は実体権の帰属主体というよりも、むしろ被告側の立場に置かれている。これはある意味では訴訟の実態に合った解決ともいえる⁶⁾。実際にこれらの和解には一定の成果を収めたと評価できるものも少なくない。会社に生じた損害が、取締役等の個人的な非行によるのではなく、会社の組織的な構造上の問題に起因する場合、取締役に損害賠償を負わせること自体はガバナンス上それほど意味あることではなく、むしろ、会社との間で組織的な問題の解決を確約させることが有効な場面も少なくないだろう。したがって、会社による和解への関与を否定する理由はない。問題は、会社が当事者となるか

3) Dan W. Puchniak & Masafumi Nakahigashi, Japan's Love for Derivative Actions: Irrational Behavior and Non-Economic Motives as Rational Explanations for Shareholder Litigation, 45 Vand. J. Transnat'l L. 1, 30-51 (2012).

4) このような活動を積極的に行っているのが株主オンブズマンである。同会は、「株主の立場から、企業の違法行為を是正し、健全な企業活動を推奨する目的」で1996年に設立され（「株主オンブズマンの案内 — 当会の目的、活動、組織について —」 <http://kabuombu.sakura.ne.jp/archives/guidance.html>（最終アクセス：2013年1月10日））、数多くの注目すべき訴訟において成果をあげてきた。Curtis J. Milhaupt, Nonprofit Organizations as Investor Protection: Economic Theory and Evidence from East Asia, 29 Yale J. Int'l L. 169, 180 (2004)。1993年以降の株主代表訴訟における和解の事例のうち、半数は同会が手がけたものである。Nakahigashi & Puchniak, supra note 3, at 55 & n. 246.

5) 森岡孝二「大林組株主代表訴訟の和解事例」資料版商事 324号（2011年）64頁以下参照。こうした和解手法は、内部統制システムなどコンプライアンスの強化が重要性を増しつつある中で、株主代表訴訟を決着させるための有効な1つのモデルになりうるとの評価がある。山田剛志ほか『新しいビジネス法』（弘文堂、2006年）66頁。

6) 現実の株主代表訴訟においては、実質的にみて、原告株主と会社が対立することが多い。高橋・前掲注2) 296頁。

承認を与えた和解が確定判決と同一の効力を持つことの帰結として、他の株主もまた会社とともに和解に拘束されるところ、そのような結果が必ずしも会社および株主全体にとって利益となるとは限らないことである。

例えば、日本航空株主代表訴訟において、原告株主は、訴外会社が、障害者雇用促進法に定められた法定雇用率を長年にわたって達成せず、雇用納付金の支払いを継続してきたにもかかわらず、被告取締役らがその在任中に是正しなかったことを以ってその善管注意義務に違背するものとしてこれらを提訴したのであるが⁷⁾、その後、会社を利害関係人として迎え入れ、三者間で以下のような和解を成立させた⁸⁾。すなわち、①利害関係人は原告らに対し、2010年度末を目標に障害者雇用促進法に定められた法定雇用率を達成するよう努力するとともに、前記目標達成のために西暦2003年度末までに現在の全国平均の障害者雇用率を達成することを確認すること。②障害者を雇用するため、職場環境の改善及び障害者の就労を支援するための補助機器の導入を含む支援体制を推進することを確認すること。③法定雇用率達成に至るまでの間、その年度の雇用率達成状況を利害関係人のホームページで一般に公開すること。上記の条項のいずれも利害関係人である会社が原告株主に対して一定の行為をなすべきことを確認している。その一方で、原告らの被告らに対する請求が放棄されるとともに、原告らと被告ら及び利害関係人は、本件に関し、和解条項に定める外何ら債権債務が存しないことが相互に確認された。

本件における和解はこのように実質的に原告の主張を認めたに等しいが、そもそも原告の請求に理由があったか、疑問がある。原告らは、雇用納付金をあたかも障害者雇用促進法の違反に対する制裁であるかのように捉え、これを会社に生じた損害であると理解しているようであるが、同法は雇用義務違反について罰則を設けておらず⁹⁾、雇用納付金制度もあくまで事業主間の経済的負担の調整を目

7) 「日本航空株主代表訴訟事件 (③事件)」資料版商事190号(2000年)235頁。

8) 「日本航空株主代表訴訟和解事例 (⑥事件)」資料版商事207号(2001年)56頁。

9) 厚生労働省職業安定局高齢・障害者雇用対策部編著『障害者雇用促進法の逐条解説』(日本労働通信社、2003年)161-64頁。雇用義務は、採用の自由の原則、さらには営業の自由との関係で憲法上も微妙な問題をはらんでおり、その制定にあたっては内閣法制局においても慎重な検討が加えられたという。

的にするにとどまるとされる¹⁰⁾。そうすると、はたして、雇用納付金の納付が会社に生じた損害にあたるといえたかは大いに疑問である。それにもかかわらず、原告株主と取締役・会社間で、会社が上記のような義務を負うこととなる和解が成立したことは、会社ひいては株主にとって利益となるものであったのか、この点について本件和解は十分な議論を尽くしていない。

原告株主と会社との間でなされた和解に確定判決と同一の効力を認め会社をこれに従わしめることは、裁判を通じた経営への介入を許すことになり、会社および株主全体の利益の見地から問題を生じるおそれが否定できないと考えられる。会社の経営がどうあるべきかは、本来、株主総会の議場で議論されるべき事柄であり¹¹⁾、そこで選任された取締役らが取締役会における決定を通じて実現していくべきものであって、法廷で争われるべき性質の問題ではない¹²⁾。もちろん、和解案に同意するか否かについての会社を代表する者の判断もある種の経営判断としての側面をもつことは否定できないが、株主代表訴訟の和解にあたり会社代表者が中立的な判断をなすうるか否かは疑問である¹³⁾。会社代表者が、原告株主の請求の不当にかかわらず、訴訟の早期の終結を図るという状況は、相当に現実的であるといえる¹⁴⁾。和解という非公開の手段を通じて会社の運営について株主が影響を及ぼしうることには問題が多い。

これまでの株主代表訴訟における訴訟上の和解を扱った研究はいずれも株主・取締役間の和解および会社・取締役間の和解の可否およびその条件を中心に論じ

10) 同・219頁。

11) 社会的責任とか公正といっても、各人にそれぞれの価値観があり、意見が分かれる問題である以上、まずは多数派の意見を聞くことが必要になるはずである。近藤光男「株主代表訴訟の可能性と限界」小林秀之＝近藤光男編『新版・株主代表訴訟大系』（弘文堂、2002年）175頁。

12) 近藤光男「コーポレート・ガバナンスと株主の権利」同『コーポレート・ガバナンスと経営者責任』（有斐閣、2004年）10頁以下は、株主権のうち、代表訴訟提起権を、「会社に違法な行為を是正させる権利（違法是正権）」の1つとして位置づけ、代表訴訟提起権を含む違法是正権は「会社に……従来の経営政策の変更を迫り、株主自らが良しとする政策を実現するように求める権利（政策実現権）」と区別することが可能であるとしている。

その上で政策実現権については、「株主の価値観によって、その評価が変わる問題であり、どの経営政策を採った方が会社に利益をもたらすかといった判断であれば、現在の株式会社制度を前提とすると、終局的には資本多数決により決すべきであろう。」としている。同・11頁。

ており、株主と会社との和解について正面から論じたものは見当たらない。実務上、このような和解が、近年いくつかの事案でみられることが紹介されるくらいである¹⁵⁾。しかし、原告株主が会社との間でなす和解においても、原告株主が被告取締役との間で和解をなす場合と同様、会社や他の株主の利益が害される可能性が否定できない¹⁶⁾。したがって、株主代表訴訟における和解については、原告株主が会社との間で和解をなす場合も含めて、和解が会社および他の株主の利益を害することがないように、訴訟に特有の構造からその手続にも一定の配慮をなすべきであろう。

そこで、本稿では、わが国の株主代表訴訟の母法であるアメリカにおける株主代表訴訟の和解につき、和解の可否、要件および効果を検討し、わが国における株主代表訴訟の訴訟上の和解のあり方を考えるうえでの示唆を得たい。

13) 株主代表訴訟において会社が被告取締役等側に補助参加する場合、代表取締役が会社を代表すると解される。弥永真生ほか監修『新会社法実務相談』（商事法務、2006年）222頁〔太田洋＝前田葉子〕。平成13年改正後商法下における通説もこの点について同様に解していた。小林秀之「コーポレート・ガバナンスと手続法的整備」小林秀之＝近藤光男『新しい株主代表訴訟』（弘文堂、2003年）131頁、笠井正俊「株主代表訴訟と訴訟参加」小林秀之＝近藤光男『新しい株主代表訴訟』（弘文堂、2003年）171頁、新谷勝「株主代表訴訟の見直し」判タ1093号（2002年）121頁など。森本滋「コーポレート・ガバナンス関連立法の最近の動向（上）」取締役の法務98号（2002年）16-17頁は、補助参加の申し出をするにあたって各監査役の同意を必要とした平成13年改正（268条8項の追加による266条9項の準用、現会社法849条2項）によって、被告取締役側へ会社を代表して参加するのは代表取締役であることが明らかとなったと評する。

会社が和解手続に利害関係人として関与する場合にも、上記の場合と同様、代表取締役が会社代表者として和解調書に当事者として記載されることが多い。例えば、「日立製作所株主代表訴訟事件和解事例」資料版商事190号（2000年）227頁、「鹿島建設株主代表訴訟和解事例」資料版商事203号（2001年）203号など。

日本航空株主代表訴訟においては、被告である代表取締役が自ら利害関係人である会社の代表者として、2つの立場で和解に関与している。「日本航空株主代表訴訟和解事例（⑥事件）」資料版商事207号（2001年）57頁。

14) かりに、訴訟にかかる費用を勘案して、訴訟を早期に終結することが会社の利益にかなうと会社代表者が判断したとしても、なお、会社の負担の下になされる和解が会社の内外にもたらす影響を考慮すれば、安易に和解案への同意がなされるべきではない。

15) 例えば、宍戸善一ほか編『会社法実務解説』（有斐閣、2011年）340頁注414など。

16) 小林秀之＝近藤光男「株主代表訴訟の新たな展開」同『新版・株主代表訴訟大系』（弘文堂、2002年）15頁参照。

II アメリカにおける代表訴訟と和解の既判力

アメリカにおいて代表訴訟（代位訴訟）は19世紀前半にエクイティ上の制度として形成された¹⁷⁾。アメリカにおける代表訴訟の形成において重要な位置を占めるのがニューヨークにおける、Robinson v. Smith 事件である¹⁸⁾。同事件の判決は、取締役と株主の関係を信託の一つとして分類することにより、既存の法理の枠の中に持ち込み、そのことで、取締役の責任を基礎づけ、同時に、衡平法裁判所の管轄原因を充足させた¹⁹⁾。

アメリカにおける代表訴訟にみられる特色として、その初期から会社は必要的当事者として扱われ、被告当事者とされていた²⁰⁾。これは会社に裁判の結果を及ぼすための法的構成として生み出されたものである。ここで会社が被告当事者とされたのは実際上の理由というよりも、会社自身の提起する後訴によって損害が二重に回復されることを避けるためという²¹⁾、どちらかといえば法技術的な必要によるものであり²²⁾、会社は訴訟の受益的な地位にある名目上の被告であるにすぎない²³⁾。なお、初期の株主訴訟は、会社の権利と競合するパラレルな個人訴訟ないしクラス・アクションとして捉えられていた²⁴⁾。その後、Dodge v. Woolsey 事件²⁵⁾などを通して株主が会社の権利を行使して社外の第三者の責任

17) Bert S. Prunty, Jr., *The Shareholders' Derivative Suit: Notes on its Derivation*, 32 N.Y.U.L. Rev. 980 (1957). 英米における株主代表訴訟の歴史的な展開について詳細に論じている。邦語による紹介として、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（1977年）210頁以下などがある。

18) 3 Paige Ch. 222, 24 Am. Dec. 212 (N.Y. 1832).

19) 池田辰夫「株主の代表訴訟の法構造」阪学 149-150号（1989年）234-35頁。

20) 池田・前掲注17) 213頁。

21) *Cunningham v. Pell*, 5 Paige Ch. 607 (N.Y. 1836); *Wells v. Jewett*, How. Prac. 242 (N.Y. Sup. Ct. 1855).

22) 北沢・前掲注1) 667頁。会社を当事者とする必要があるが、会社が任意に原告とならなかった以上、被告とする外ないことを理由とする。

23) 北沢・前掲注1) 672頁。

24) 池田・前掲注19) 236頁。連邦民事訴訟規則が1966年に改正され両者が分離されるまで、1938年旧連邦民事訴訟規則は、クラス・アクションズとして、株主代表訴訟とクラス・アクションに関する規定を1つの条文にまとめて規定していた。池田・前掲注17) 241頁。

25) 59 U.S. (18 How.) 331 (1856).

を追及する訴えが認められるようになり、代位訴訟という法律構成が必要とされ、そのためにクラス・アクションとの差異が明確化するようになった²⁶⁾。2つの異なる由来をもつ法律構成は、いまなお、株主代表訴訟に併存している。株主代表訴訟にはこのような二面性がある²⁷⁾。会社に損害を及ぼす不正（の行為）について株主が会社に代位して権利を行使するという一面と、会社がこれについて是正措置を講じないという不正（の不作为）を株主が他の株主および会社を代表して追及するという一面を有する点で、株主代表訴訟には、二重の構造が存するといえる²⁸⁾。

こうした株主代表訴訟の構造は手続に反映されている。連邦民事訴訟規則 23.1 (a) は、「その原告が、同様の立場にある株主……の利益を公正かつ適切に代表しないと認められるときは、代位訴訟を進行することができない」と定めている。同様の立場にある株主とは他の株主を意味する²⁹⁾。このさい、原告株主が、多数の株主、あるいは、すべての少数株主の支持を得ることまでは必要としない³⁰⁾。しかし、原告株主と他の株主の経済的な利害が対立していることは、株主の代表の適切性を否定する重要な判断材料となる³¹⁾。不適切な代表の排除がこの要件に期待されている。このように、訴訟の進行にあたって原告の代表の適

26) 竹内昭夫「株主の代表訴訟」同『会社法の理論Ⅲ』（有斐閣、1990年）224頁。

27) Henry W. Ballantine, *On Corporations* § 145 (rev. ed. 1946). 株主代表訴訟のこうした性質については、昭和25年の商法改正の議論においても、法制審議会の委員・幹事らの認識するところであったと思われる。矢沢惇「株主の地位の強化」『株式会社法改正の諸問題』（法曹会、1949年）117頁。

28) これを原告である株主側からみると、会社の（第三者に対して）有する訴権と、会社はその権利を行使しない義務違反につき株主が会社に対して有する訴権を同時に行使するという点において、二重の構造を有する手続であると言い換えることができる。北沢・前掲注1）672頁参照。

29) 7C Charles Alan Wright et al., *Federal Practice and Procedure* §1833 (3d ed. 2007).

30) Schupack v. Covelli, 512 F.Supp. 1310, 1312 (W.D. Pa. 1981); See also *Nolen v. Shaw-Walker Co.*, 449 F.2d 506, 508 (6th Cir. 1971) (dictum).

31) 原強「株主代表訴訟における判決効と強制執行」小林秀之＝近藤光男編『新版・株主代表訴訟大系』（弘文堂、2002年）310-29頁は、原告株主の代表の適切性を判断する上でのいくつかの要素を詳細に論じている。もっとも、裁判所は、原告が他の株主を適切に代表できることを積極的に認定するのではなく、原告が他の株主を代表するに不適切であるかを問題にしているようである。そして、原告が他の株主を公正かつ適切に代表することができないことについては、被告側がその証明責任を負っている。

切性が要件とされ、裁判所がその判断にあたるのは、全株主の利益のためである³²⁾。

代表訴訟の判決が訴訟当事者ではない株主をも拘束することの根拠は、彼らの利益が訴訟において適切に代表されていたことである³³⁾。本来、デュー・プロセスの要請から、期日に在廷して主張をなす機会のなかった者には判決の効力を及ぼし得ないはずであるが、訴訟当事者でなかった株主は原告株主によって適切に代表されたことにより、実質的にはその機会があったとみなすことができる³⁴⁾。ここにおいて原告株主による代表の適切性の要件は訴訟の成果である判決の既判力と結びついて、これを根拠付ける働きをしている。

また、訴訟を和解によって終了させる場合について、連邦民事訴訟規則 23.1 (c) は、「代位訴訟の和解……は、裁判所の認可があるときのみ効力を有する。和解……案は、裁判所の定めた方法で、株主……に通知されなければならない」と規定している³⁵⁾。裁判所による認可にあたっての判断の基準は、提出された和解案が公正かつ合理的であり、当事者の最善の利益に合致することである³⁶⁾。その目的は会社荒らしを目的とする訴訟 (strike suit) を抑止し、詐害的な和解を防止することにある³⁷⁾。会社の権利についての和解であるのに、示談により

32) 大杉謙一「株主代表訴訟の濫用への対処——担保提供・補助参加・訴訟委員会の諸制度について」判タ 1066号 (2001年) 56頁は、「原告株主も被告取締役も全株主の利益を正しく代表せず、サイレント・マジョリティであるその他大勢の株主が法廷に姿をあらわさないとするれば、現実的には全株主の利益を判断できる最後の砦は裁判官しかない。アメリカで原告株主に「適切代表」の要件が課されるのは、この裁判官の裁量権を裏から表現したものに他ならない。」と、裁判所の役割を説明している。

33) Wright et al. *supra* note 29, § 1840.

34) 原・前掲注 31) 309頁。

35) 本項の前身である旧連邦民事訴訟規則 23 (c) が制定される以前は、代表訴訟の原告が訴えを取下げあるいは和解をなすのは自由であると理解されていた。William E. Haudek, *The Settlement and Dismissal of Stockholders' Actions—Part I*, 22 Sw. L. J. 767, 768-69 (1968)。ただし、株主代表訴訟において原告株主が会社の権利を処分するためには、会社の取締役会の同意が必要であるとされた。Beaudette v. Graham, 267 Mass. 7, 165 N.E. 671, 675-76 (1929)。

36) 高橋・前掲注 2) 154頁。

37) Harry G. Henn & John R. Alexander, *Laws of Corporations* § 374 (3d ed. 1983)。裁判所による認可が必要とされるのはこのためである。Wright et al. *supra* note 29, § 1839。See also 13 William M. Fletcher, *Fletcher Cyclopedic of the Law of Private Corporations* § 6020.1. (perm. ed. rev. vol. 1984)。

支払われる金額を原告株主とその弁護士が得てしまい、会社は何も得られないという事態に対処するためである³⁸⁾。このような不当な和解は会社に二重に損失を与えるおそれがある³⁹⁾。株主に対して和解の条件および内容等の通知をなすのは、他の株主に和解手続に参加し異議を述べる機会を保障するためである。さらに、裁判所がなした和解の認可に異議のある者には上訴が認められる。これらの規定は会社および他の株主の利益の保護を目的としている⁴⁰⁾。その一方で裁判所の認可を経た和解は終局的な判断として全ての株主を拘束する⁴¹⁾。アメリカ法律協会は、このように裁判所による認可を経ることで判決と同様の既判力を与えられることになる和解案の重要性から、「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と勧告」において、それまでの判例を整理し、和解案に対する裁判所の判断基準および運用について、5つの提言を行っている⁴²⁾。代表訴訟の和解の手続においては、当事者ではない株主へ参加の機会を保障し、同時に審理における彼らの異議も斟酌しつつ裁判所が和解の内容の審査を行うことで、会社および他の株主の利益の保護を図り不適切な和解の成立を抑止するとともに、裁判所による認可を経た和解に既判力を認めることで訴訟当事者の利益にもなるよう、これらの相対立する利益のバランスに配慮して設計がなされている⁴³⁾。

ところで、近時、アメリカにおける代表訴訟の和解において、会社が和解案を

38) *Craftsman Finance & Mortg. Co. v. Brown*, 64 F. Supp. 168, 178 (S.D.N.Y. 1945).

39) *Henn & Alexander*, supra note 37, § 374.

40) *Wright et al.*, supra note 29, § 1839.

41) *Fletcher*, supra note 37, § 6020.1. なお、連邦民事訴訟規則が和解について裁判所の認可を要件とする以前にも、当事者が自発的に和解案を裁判所に提出して判断を仰ぐということが行われており、その動機はこれによって和解に既判力を得ることにあったとされる。*Haudek*, supra note 35, at 769.

42) ALI, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* § 7.14 (1994). 5つの提言とは、①和解案で提示される金銭の相当性の評価、②無益な訴訟に該当するか否かの判断の必要性、③非金銭的な是正措置としての和解に関する注意、④会社が和解案を承認する際の問題、⑤原告株主の同意のない被告取締役と会社間の和解に関してである。これらの邦語による紹介として、高橋・前掲注2) 154-55頁。

43) しかしながら、実際には、裁判所は、和解の認可をなすにあたり、その内容に踏み込んだ実体的な審査を行っているわけではないとの批判もある。*Jessica Erickson*, *Corporate Governance in the Courtroom: An Empirical Analysis*, 51 *Wm. & Mary L. Rev.* 1749, 1825 & n. 285 (2010).

受け入れるべきかについての判断をなすにあたって、利害関係を有しない取締役により構成される特別訴訟委員会 (special litigation committee) がこれを行うことが一般的である⁴⁴⁾。これは取締役会に対する提訴請求および訴訟の却下の申立てによる訴訟の終了における特別訴訟委員会の判断を和解の場面に延長したものとみることができる⁴⁵⁾。特別訴訟委員会が組成された事案では、代表訴訟一般と比べて、事件が早期に解決しているとの調査もある⁴⁶⁾。

連邦裁判所は、In re Oracle Securities Litigation 事件⁴⁷⁾において、デラウェア州法を解釈して、特別和解委員会の判断についても、取締役会に対する提訴請求および訴訟の却下の申立てによる訴訟の終了の場面における特別訴訟委員会の判断と同じく、以下の二段階基準を拡張して適用した⁴⁸⁾。

Zapata Corp. v. Maldonado 事件⁴⁹⁾は、特別訴訟委員会による代表訴訟の却下の申立てについて裁判所が審査をなしたデラウェア州の判例であり、同事件においてデラウェア州最高裁判所は、提訴請求が免除される場合について二段階の審

44) Minor Myers, The Decisions of the Corporate Special Litigation Committees: An Empirical Investigation, 84 Ind. L. J 1309, 1311 (2009).

なお、会社が和解案を受け入れるべきかを考慮するため、とくに任命されたものを特別和解委員会 (special settlement committee) という。畠田公明「株主代表訴訟の終了—アメリカの特別訴訟委員会を中心に—」福岡41巻3・4号(1997年)543頁参照。

45) アメリカにおいて、取締役会の過半数の構成員が問題とされる行為に関与していた場合など、提訴請求が免除される場合、代表訴訟を進行するか、これを終了させるか、どちらが会社の最善の利益に合致するかを決定させる目的で、利害関係を有しない独立した取締役のみから成る特別訴訟委員会が設置される。また、株主が代表訴訟を提起する前に取締役会に提訴請求をする場合でも、取締役会がその提訴請求を判断する代わりに、独立した特別訴訟委員会が設置され、取締役会はその委員会の勧告を信頼して提訴請求に関する判断を下すか、または委員会にその決定を委譲することも認められている。畠田・前掲注44) 518頁。後者の場合の特別訴訟委員会の役割は、わが国において監査役設置会社における監査役が責任追及の訴えの提訴請求を受けた場合(会社法386条2項1号)と類似する。いずれにおいても、実際に判断をなすにあたって、決定を行う者の独立性が重要である。特別訴訟委員会を構成する委員の独立性の判断について、畠田・前掲注44) 523頁以下参照。

46) Myers, supra note 44, at 1311. このことから、特別訴訟委員会それ自身が代替的紛争解決 (alternative dispute resolution) の機能を有する、ともいわれる。

47) 829 F. Supp. 1176 (N. D. Cal. 1993).

48) 畠田・前掲注44) 542-43頁。

49) 480 A.2d 779 (Del.Supr. 1981). なお、Zapata 事件を邦語により紹介した文献として、畠田・前掲注44) 541頁がある。

査を採用した。第一段階においては、裁判所は、委員会の独立性および誠実性ならびにその結論を支持する根拠について調査する。これらについては会社が立証責任を負担する。裁判所は、委員会が独立しており、誠実な調査結果・勧告のための合理的な根拠を証明した、と確信する場合、その裁量で第二段階に審査を進める。第二段階においては、裁判所が自身の独立の経営判断を行使して、却下の申立てが認められるべきであるかどうか決定する⁵⁰⁾。In re Oracle Securities Litigation 事件判決は、この基準が、特別訴訟（和解）委員会による和解の判断についても及ぶことを判示したものである。もっとも、裁判所が和解を認可するにあたって、利害関係のない取締役が和解案を承認したことは裁判所の判断の重要な要素となるが、必ずしも決定的な要素とされているわけではない⁵¹⁾。

なお、実際のところ、アメリカにおける代表訴訟のかなりの割合が和解により終了する⁵²⁾。当事者が和解により事件を解決する動機にはさまざまな要因があげられるが、弁護士報酬の確保という意図を無視することはできない。会社に相当の利益をもたらす限り和解によって訴訟が終了した場合にも弁護士が会社から報酬を得ることが認められる。ここでいう会社の得る利益は金銭的なものである必要はない⁵³⁾。そのため、アメリカの代表訴訟における和解の多くが是正措

50) Kaplan v. Wyatt, 484 A.2d 501, 507 (Del. Ch. 1984), aff'd 499 A.2d 1184 (Del. 1985) は、同判決を敷衍し、裁判所の判断枠組みとして以下の二段階の審査をあげている。The issues to be considered by the Court on the motion are also limited and they are to be addressed by the Court in a two-step analysis. In order, the issues for determination are:

(1) The independence and good faith of the Committee in making its investigation plus the reasonableness of the bases relied upon by the Committee in concluding and recommending that the cause of action on behalf of the corporation be dismissed.

(2) The interests of the corporation in having the litigation continued by one of its shareholders on its behalf despite the fact that the Committee has proven to the satisfaction of the Court that it was independent and that its investigation and recommendation was made in good faith supported by a reasonable basis in fact and law.

51) 大杉・前掲注 32) 57 頁注 38。

52) Romano の調査によれば 128 件の訴訟のうち 83 件が和解により終了したとされる。Roberta Romano, The Shareholder Suit: Litigation Without Foundation?, 7 J. L. Econ. & Org. 55, 60 (1991). Erickson の近時の研究においても上場会社における株主代表訴訟の約 3 割が和解によって終了しているとの結果が報告されている。Erickson, supra note 43, at 1798. 訴えの取下げも含めればその比率はさらに高まる。

53) 3 James D. Cox & Thomas Lee Hazen, The Law of Corporations § 15:20 (3d ed. 2010).

置 (corporate governance reform) などの非金銭的内容を含むものとなっている⁵⁴⁾。さらには和解における成果が、被告による金銭的な賠償を含まず、何らかの是正措置のみという事例も少なくない⁵⁵⁾。それらの中には実際に会社に利益をもたらすかにつき効果が疑問視されるものもある⁵⁶⁾。このような和解案が好まれる理由の1つには、見かけ上の成果をあげることで裁判所に会社の得た利益を過大に見積もらせ、報酬を水増ししようとする原告側弁護士の意図があるとされる⁵⁷⁾。こうした非金銭的な和解については、その実際の成果の評価が難しいこともあって、会社および株主全体にとって利益となるものか慎重に検討されなければならない⁵⁸⁾。

また、近時、非金銭的和解の認可について判断した *Cohn v. Nelson* 事件は⁵⁹⁾、*クラス・アクション*における和解を扱った *In re Wireless Tel.* 事件⁶⁰⁾を引用し、代表訴訟の和解案の認可において裁判所が考慮すべき要素として、「(1)和解条件との衡量における、原告が主張する事実、(2)被告の財産状態、(3)訴訟を継続することの複雑性と出費、(4)和解への反対の程度」の4つを列挙した上で、当該事実関係の下では、和解案が定めたコーポレート・ガバナンスの改革が、株主の利益のために会社を保護し、その会社財産を保全するため、明確に設計されたものであると認められることから、公正かつ合理的であり、会社および株主にとって最

54) Erickson, *supra* note 43, at 1798. 是正措置とは、和解において会社がコーポレート・ガバナンスの改革に取り組むことを合意することを意味し (corporations agree to reform their corporate governance practices)、例えば、独立取締役の員数 (the number of independent directors on their boards)、経営陣に報酬を支払う方法 (the method by which they compensate their top executives) といったものが内容となる。Id. at 1754.

55) Romanoによれば、83件の和解のうち、21件においては金銭的な賠償がなされず、是正措置のみによって和解が成立している。Romano, *supra* note 52, at 61 n. 10. 近時のEricksonの調査によれば、上場会社における株主代表訴訟の和解のうち全体の約4割がコーポレート・ガバナンスの是正のみをその内容としていた。Erickson, *supra* note 43, at 1799.

56) Erickson, *supra* note 43, at 1807-25は、実際の和解においてとられた是正措置を検討した上で、それらがしばしば訴訟で問題とされた具体的な行為に対応する解決策とはなっていないこと、是正措置とされるものが見かけ上のものになりがちであるとし、その有用性を疑問視している。

57) Romano, *supra* note 52, at 61.

58) ALI, *supra* note 42, § 7.14.

59) 375 F. Supp. 2d 844, 853 (E.D.Mo.2005).

も利益になるとして、これを認可した。

このように、アメリカにおいては、会社および他の株主の利益の考慮からみちびかれる、代表の適切性の要件が、訴訟の条件として提訴から要求されるのみならず、既判力を他の株主へと拡張する根拠としても機能している。さらに、和解においても他の株主への通知による和解手続への参加の機会の保障と裁判所による審査というかたちで会社および他の株主の利益の保護を実現すべく設計されている。そうすることで、不適切な和解の成立を抑止することが期待されている。これらが必ずしも意図された通りに機能しているかについては疑問があるものの、わが国が、次章でのべるように、原告株主に代表の適切性を要件とせず、和解においても他の株主に対する手続保障をはなはだ不十分なものととどめていることをみると、わが国の株主代表訴訟における訴訟上の和解のあり方を考える上で、貴重な示唆を与えてくれるものと思う。

Ⅲ わが国の株主代表訴訟と訴訟上の和解

1 わが国における株主代表訴訟

株主による責任追及等の訴え（株主代表訴訟）とは個々の株主が自ら会社のた

60) 396 F.3d 922, 932 (8th Cir. 2005). 本件はクラス・アクションに関する事案であるが、同様の事案である、Grunin v. Int'l House of Pancakes, 513 F.2d 114, 123 (8th Cir. 1975) を引用し、連邦民事訴訟規則 23(e)の下で、裁判所は、在廷していない集団（クラス）の構成員の権利の守り手として、(比喩的にはあろうが) 受託者の役割を果たす ([T] he district court acts as a fiduciary, serving as a guardian of the rights of absent class members) とした上で、同事件において用いられた枠組みを精緻化し、和解案が公正かつ妥当、適切であるかを裁判所が判断するために考慮すべき要素を、以下の4つに整理した ((1) the merits of the plaintiff's case, weighed against the terms of the settlement; (2) the defendant's financial condition; (3) the complexity and expense of further litigation; and (4) the amount of opposition to the settlement)。See Grunin, 513 F.2d at 124.

Cohn v. Nelson 事件は、クラス・アクションにおけるこの判断枠組みが、代表訴訟においても用いられうることを示したものである。このことは、代表訴訟が連邦民事規則においてクラス・アクションと切り離され、両者が明確に区別されるようになった現代においても、なお、両者ともに原告の代表性が意識される点でその連続性が裁判所によって志向されていることを示唆する。これは訴訟の手続外に置かれた実質的な当事者の利益および手続保障の観点から評価されるべきものである。

めに取締役の責任を追及する訴訟である（会社法 847 条）⁶¹⁾。株主代表訴訟のコーポレート・ガバナンス上の機能としては、理論的に、損害回復機能と抑止機能の2つが存在する⁶²⁾。わが国の株主代表訴訟制度は、提訴権を単独株主権として出資割合の低い株主にも認めていることから、上場会社等における取締役の責任の抑止機能を重視した制度であると考えられる⁶³⁾。しかし、抑止機能が機能すべき対象としてどのような問題が設定されているかは、実際のところ、各国で相当に異なる⁶⁴⁾。また、株主代表訴訟制度を設計するにあたり、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を設計するかについても、さまざまな立場があり得る。わが国においては株主代表訴訟制度が少数株主の救済という役割を担うとの認識はあまり支持されていないようである⁶⁵⁾。

公開会社において、6 か月前から引き続き株式を有する株主は、提訴請求から 60 日以内に会社が訴訟を提起しない場合、株主は、会社の代わりに、自らが原告となって会社のために訴訟を提起することができる（会社法 847 条 1-3 項）。アメリカにおけるように原告が会社を公正かつ適切に代表しうることは要求されていない⁶⁶⁾。この点、平成 17 年改正前商法 268 条（会社法 848 条、849 条）の制定過程の協議における GHQ の原案にはアメリカにおける代表の適切性の要件に相当する文言が含まれていたのであるが、その後、日本側が提出した「商法の一部を改正する法律案」ではその部分が大幅に変更され、代わりに再審の訴えを認める条文が追加された⁶⁷⁾。しかし、法案に付された説明書によればこの変更

61) 上柳ほか・前掲注 1) 355 頁〔北沢〕。

62) 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』（弘文堂、2002 年）32 頁など。

63) 江頭憲治郎『株式会社法 第 4 版』（有斐閣、2011 年）457 頁注 1。

64) 山田泰弘「国際的潮流から見た日本の株主代表訴訟制度」立命 314 号（2007 年）97 頁。

65) このことは、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）において、株主代表訴訟制度が、少数株主の救済のための制度と位置付けられ、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のと対照的であり、わが国においては、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が乏しいことが指摘される。同・97-98 頁。

66) 会社法は提訴資格を形式的・画一的に定めている。竹内・前掲注 26) 242 頁。会社法が原告適格につき代表者としての適切性を全く問題にしていないのは、この訴訟の代表訴訟性を見逃しているとの批判がある。同・244 頁。

は訴訟技術上の修正に過ぎず、この表現の変更は株主代表訴訟の性質を変更するものではないと解されている⁶⁸⁾。そうすると、わが国の株主代表訴訟においても原告株主の代表の適切性が期待されているとみるべきであろうが、条文上これに対する手当てはなされていない⁶⁹⁾⁷⁰⁾。株主代表訴訟の趣旨に照らせば原告株

67) 徳田和幸「株主代表訴訟と会社の訴訟参加」曹時 48 卷 8 号 (1996 年) 1672-75 頁。

68) 中島弘雅「株主代表訴訟における訴訟参加」小林秀之＝近藤光男編『新版・株主代表訴訟大系』(弘文堂、2002 年) 248 頁。

これに対して、「原告株主の提訴権限は、会社が授權していることや他の株主の利益を適切に代表していることで認められるのではなく、会社および他の株主に対して手続保障(訴訟参加の機会の保障)、判決効を制限すること(許害再審の許容)によって認められる」とし、「商法の一部を改正する法律案」における変更を構造的な変化と評価する見解もある。山田泰弘『株主代表訴訟の法理』(信山社、2000 年) 63 頁。

もっとも、「商法の一部を改正する法律案」における変更を構造的な変化と評価するとしても、代表の適切性の要件の機能である不適切な代表の排除は、会社ないし他の株主への手続保障や判決効の制限によってはたされることが期待されているのであって、わが国の代表訴訟が原告株主の代表の適切性を問題にしていないと捉えるべきではない。

69) なお、第 162 回国会に提出された会社法案 847 条 1 項 2 号は、「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ずることが相当の確実さをもって予測される場合」、当該責任追及の訴えは原告適格を欠くとされていたが、国会審議の過程でこの規定は削除された。その理由としては、株主による提訴が上記の事由に該当するかは、「実際に訴えを受けて内容を精査しなければ判断できない」(津川委員)にもかかわらず、訴訟要件として、「訴訟の実体的判断に先立って審理が行われる」(寺田政府参考人)という、同号の規定ぶりに問題があったことが推測される。第 162 回国会衆議院法務委員会第 17 号平成 17 年 5 月 13 日参照。したがって、会社法案 847 条 1 項 2 号が削除されたからといって、このことから直ちに会社法が株主代表訴訟における原告株主の代表の適切性を問わない趣旨であると即断することはできない。

70) 担保提供制度は実質的にこの機能の一部を担っているものではある。しかし、市民運動的な提訴であっても、訴訟の追行過程において政治的・社会的目的の達成に拘泥する訴訟活動を行うなど極端な場合でなければ、不法不当目的であるとまではいえないと解されている。江頭・前掲注 63) 462 頁注 7。

多くの場合、原告株主は主観的には訴訟を通じて会社の利益の実現を図ろうと提訴しているのであり、かりにその方法について会社ないし他の株主の大多数と見解を異にするとしても、そのことをもって株主代表訴訟の提訴を不法不当目的と評することは難しいと思われる。また、不当訴訟要件における「悪意」とは、提訴株主の請求に理由がなく、かつ同人がそのことを知っている場合をいうとされるが、訴訟の目的である取締役等の責任に関する事実の評価および法令の解釈について、原告株主が、一般的なそれと異なる独自の見解をとるとしても、そのことをもってただちに不当訴訟要件をみたくすることも無理があるといわざるをえないであろう。山田・前掲注 68) 152 頁も、原告株主の個人的な主義主張、社会的政治的目的自体は、不当目的とはいえないとする。

したがって、これらのことからすれば、担保提供制度の原告株主による不適切な代表に対するスクリーニングの機能は限定的であると評価せざるを得ない。

主には代表の適切性が求められ、会社の利益を離れて個人的な動機から金銭的・非金銭的な成果を追求することは許されないはずであるが、担保提供制度によっては、かかる特殊目的を十分には排除できない。また、平成17年改正により新設された会社法847条1項但書は、「責任追及等の訴えが当該株主若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」について、このような目的による代表訴訟の提起は訴訟要件を満たさず却下されるとしたが、これは代表訴訟の提起が一種の権利濫用にあたるような場合を想定した規定であり⁷¹⁾、原告株主が有する特殊目的を排除することを意図したものではない。原告株主が個人的な動機から金銭的・非金銭的な成果を求めて代表訴訟を提起したとしても、却下事由にあたるとされることはきわめて例外的であると思われる。

わが国において、株主代表訴訟の性質は、会社のためにする法定訴訟担当と理解されてきた（民事訴訟法115条1項2号、民事執行法23条1項2号）⁷²⁾。その訴訟物は会社が取締役に対して持つ権利であり、原告株主に当事者適格（訴訟追行権）が与えられる⁷³⁾。そのため、原告株主の受ける判決は、利益主体としての会社に対し、会社自身が受けるのと同一の効力を及ぼし、他の株主も反射的に前訴の確定判決に拘束されることになって、もはや同一の主張をくり返すことができなくなる⁷⁴⁾。このような訴訟の構造から、わが国において、株主代表訴訟は、代位訴訟としての側面を強調されることが多いのであるが、受任者たる取締役に対して委任者がもつ責任追及権を、会社と実質的に同視される株主が、自身の権利として行使しているとみることから、この訴訟は、原告株

71) 相澤哲編著『一問一答新・会社法〔改訂版〕』（商事法務、2009年）243頁は、「従前訴権の濫用とされていたものの一部について、株主代表訴訟の構造の特殊性に着目して類型化したうえ、明示的な規定としたものである」と説明している。したがって、提訴が却下事由にあたるとされるのは極めて例外的な場合に限られる。純粋に会社の利益のためにのみ代表訴訟が提起されることを期待するのは非現実的だからである。江頭・前掲注63）460頁注5。

72) 谷口安平「株主の代表訴訟」鈴木忠一＝三ヶ月章監『実務民事訴訟講座5』（日本評論社、1969年）105頁。もっとも、アメリカ法に由来する株主代表訴訟について、ドイツ・日本式の訴訟担当の理論をそのまま適用してよいか検討されるべきであると指摘される。

73) 高橋宏志「株主代表訴訟と訴訟上の和解」商事1368号（1994年）74頁。

74) 上柳ほか・前掲注1）358頁〔北沢〕。

主が全株主を代表して訴えを提起するという、代表訴訟の側面も有しており、アメリカにおけるのと同様、その性質には二面性があることが意識されるべきである⁷⁵⁾。

2 株主代表訴訟における訴訟上の和解

株主代表訴訟に限らず民事訴訟において、提訴された事件のすべてが判決により終了するわけではなく、提起された訴えの多くが和解によって終了している⁷⁶⁾。訴訟上の和解とは、訴訟の係属中、当事者双方が訴訟物についての主張を譲り合って訴訟を終わらせる旨の、期日における合意をいい、形式的には、裁判所がその合意を確認し、合意の内容を調書に記載することによって完成する⁷⁷⁾。和解調書は確定判決と同一の効力を有する（民事訴訟法 267 条）。ところが、株主代表訴訟においては、実体権の処分にあたる和解を、訴訟追行権を有するにすぎない原告株主が行うことができるか、という問題が生じる⁷⁸⁾。株主代表訴訟において、訴訟上の和解が認められるかについて、平成 13 年商法改正以前、これを正面から認めた規定は存在しなかった⁷⁹⁾。そのため、原告株主と被告取締役との間で訴訟上の和解をすることができるかについて学説上議論があった。通説は、原告株主が和解をなしうるとすると、その株主の一存で会社の権利

75) 株主代表訴訟制度の構造については、従来、代位訴訟性を強調する見解と、代表訴訟性を強調する見解とがあった。前者には、鈴木竹雄＝石井照久『改正株式會社法解説』（日本評論社、1950 年）181 頁、大隅健一郎＝大森忠夫『逐條改正會社法解説』（有斐閣、1952 年）296 頁など。後者には、竹内昭夫「株主の代表訴訟」法学協会編『法学協会雑誌百周年記念論文集 第三卷 民事法』（有斐閣、1983 年）208 頁。

両者の議論を紹介したうえで、山田・前掲注 68) 65 頁は、「株主代表訴訟は代位訴訟性と代表訴訟性と両方を有しており、どちらかのみを有しているとはいえない。」と結論付ける。

なお、本来、会社そのものと実質的に同一である「株主」とは、抽象的な、総体としての株主を意味する。総体としての株主は、代表訴訟の提起をなす個々の株主とも、株主総会における多数決による集成的意思決定の主体である、事実的な、集団としての株主とも区別されるべき存在であることに注意が必要である。それゆえに、個々の株主が代表訴訟を進行するにあたっては、他の株主を適切に代表することが求められるのである。

76) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法上〔第 2 版〕』（有斐閣、2011 年）757 頁。

77) 新堂幸司『新民事訴訟法〔第五版〕』（弘文堂、2011 年）366 頁。

78) 高橋・前掲注 73) 74 頁。

79) 周劍龍『株主代表訴訟制度論』（信山社、1996 年）266 頁。

の一部を処分することを認めることになるとして、これを否定的に解していた⁸⁰⁾。一方で、これらの行為から生じる弊害は、会社もしくは他の株主の訴訟参加または再審の訴えによって防止または排除すべきであって、もし会社に損害が生ずるときは、その損害は会社の原告株主に対する損害賠償請求によって処理されるべきであるとして、訴訟上の和解を肯定する見解もあった⁸¹⁾。否定説に対してはあまりにも訴訟の実情を無視した形式論との批判がある一方、肯定説についても問題があることが指摘されている⁸²⁾。まず、再審の訴えを提起するには、原告と被告の共謀により会社の権利を詐害する目的で判決をさせたということを立証しなければならないところ、このことは和解についても同様と解され、両者の共謀と詐害目的という2つの主観的要件の立証は非常に高いハードルとなる。また、適切な訴訟追行を確保したいのであれば自ら参加しなければならないというのでは、原告株主に対し他の株主すべてがその訴訟追行を警戒していなければならないということになり、そもそも株主代表訴訟という制度を支える基盤が成り立たないことになる⁸³⁾。

このように株主代表訴訟における訴訟上の和解について解釈が対立していたことから、平成13年改正商法は、訴訟上の和解について、明文をもって根拠規定を設けた⁸⁴⁾。これにより、会社が、和解の当事者となるか、和解に対し承諾をなした場合、その和解は確定判決と同一の効力を有することになり（民事訴訟法267条）、取締役の責任の免除に関する規定（会社法424条以下）の適用も除外される⁸⁵⁾。会社が和解の当事者となる場合には、会社が被告側に補助参加して

80) 例えば、松田二郎＝鈴木忠一『条解株式会社法上』（弘文堂、1951年）314頁。

81) 上柳ほか・前掲注1）378-79頁〔北沢〕。

82) 竹内・前掲注26）265-67頁。

83) 平成13年改正商法は提訴時における他の株主への通知・公告を定めた。これは他の株主に対する手続保障の観点から支持できる。

しかし和解についてはいまだそのような定めは置かれていない。これについては、訴訟に参加するかどうかと和解案に賛成するかどうかは局面が異なる、との批判がある。北村雅史「取締役の責任軽減と株主代表訴訟」民商126号4・5号（2002年）586頁。提訴時の通知・公告を受けて訴訟に参加しなかったからといって和解についてまで原告株主にゆだねる意思であったとみることには無理がある。

84) 池田辰夫「株主代表訴訟における和解」小林秀之＝近藤光男編『新版・株主代表訴訟大系』（弘文堂、2002年）302頁。

いる場合や和解に利害関係人として参加している場合も含まれる⁸⁶⁾。これらの規定は平成17年商法改正にあたってほぼそのまま会社法に引き継がれている(会社法850条)。

そこでの問題として、和解について、株主全体への通知・公告を欠くことがあげられている⁸⁷⁾。訴えの提起の時点における通知・公告に不当な和解を阻止するためのさしたる効果は期待できないであろう⁸⁸⁾。アメリカと比較するとき、わが国の株主代表訴訟における訴訟上の和解は、確定判決と同一の効果を他の株主にも拡張するには、あまりにも原告以外の株主に対する手続保障が不十分であるといわざるを得ない。平成13年改正商法は、和解について明文の規定を置くことで、原告株主の和解権限に関する疑義と、責任免除規定との抵触の問題を解消した。しかしながら、これらの問題が立法的に解決されても、当事者のなした和解に他の株主をも拘束する効果を認めることに関する理論上の問題までもが克服されたわけではない。とくに、会社自身がなす和解においてその効力を直ちに認めることは、会社が一定の作為あるいは不作為を原告株主との間で約定するな

85) 原告株主と被告取締役が和解を実施しても、それだけでは訴訟終了効しかなく、会社や他の株主が再訴することを妨げないから、責任免除規定との抵触はないとされる。山田泰弘「取締役等の責任の一部免除と和解」浜田道代=岩原紳作編『会社法の争点』(有斐閣、2009年)165頁。

86) 東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟I〔第三版〕』(判例タイムズ社、2011年)307頁。

なお、株主代表訴訟において、一方当事者の側に補助参加している会社が和解に参加する場合は、利害関係人としてではなく、補助参加人としての立場で和解に参加することになる。弥永ほか・前掲注13)21頁〔太田洋・前田葉子〕。

その場合であっても、被告側に補助参加している会社が和解に参加するときには、本稿で扱う問題が生じうる。

87) 会社法が訴訟上の和解の場合に限って取締役の責任の免除に関する規定の適用を除外しているのは、裁判所の監督下で和解がなされ、その内容がチェックされることを期待したものであると理解されるが、これは事実上の期待にすぎない。岩原紳作「株主代表訴訟」ジュリ1206号(2001年)132頁。

取締役の責任減免制度が非常に厳格な要件の下にこれを認めているのと比較して、責任追及訴訟の和解をあまりにも簡単に成立させることが可能であることについては、批判がある。田中亘「取締役の責任軽減・代表訴訟」ジュリ1220号(2002年)36頁。

88) 江頭・前掲注63)455頁注30。これに対し、訴訟上の和解についての手続保障は権利主体たる会社に対するだけで十分であるとの見解もある。池田辰夫=中川雅博「株主代表訴訟における和解」ジュリ1062号(1995年)71頁。

ど会社の経営の裁量の余地を制約することになる内容の和解がかなり一般に行われている現状を前提にすると、より慎重に検討されてしかるべきであろう。

3 会社と原告株主との間における訴訟上の和解の法的問題

株主代表訴訟の法的構造から直ちに演繹的に結論を導くことについては慎重であるべきであるけども⁸⁹⁾、株主代表訴訟における会社による訴訟上の和解についてみると、少なくとも以下の問題は指摘できるであろう。

株主代表訴訟のもつ代表訴訟性からは、原告株主の適切代表性が求められ、それは和解の場面でも貫徹されなければならない。したがって、和解内容の適切性が図られるべきであり、不適切な和解を抑止する制度的な担保が必要とされる。ところが、わが国においては株主代表訴訟の、原告株主が他の株主を代表するという、代表訴訟性が十分に訴訟に反映されてこなかった。それゆえ、原告株主の適切代表性が提訴および訴訟の追行における要件とされず、全株主の利益に対する裁判所の後見的な監督を不十分なものとすると同時に、他の株主に対する手続保障を原告株主や被告取締役・会社のそれとくらべて相当に低水準なものにとどめてきたと考えられる。このことが、和解の場面においても、不適切な和解が成立することが十分に抑止されない点において、会社ないし他の株主の利益に危険をもたらしている。これに対して、代位訴訟性からは、その法定訴訟担当としての性格から、より深刻な問題が提起される。訴訟物上の権利主体たる会社が、その負担において、被告のために和解をなすなどというのは、訴訟構造からして、奇妙な状況と言わざるを得ないからである。

さらに重大な問題としては、このような条項に会社への拘束力を認めたとしても、強制力をもってこれを実現することは不可能であることがある。原告株主に株主代表訴訟の和解について執行適格を認めるといっても⁹⁰⁾、そのようなことは被告取締役等に対する限りであって、会社自身に対する執行を観念することは難しいであろう。会社のために会社に対して執行をなすというのは、奇妙な状況である。しかも、非金銭的な和解内容は代替性を有しない、作為・不作為義務で

89) 池田・前掲注84) 300頁

あると解される。このような義務は性質上そもそも直接強制による実現が不可能なものである⁹¹⁾。そのため、間接強制によるほかないのであるが、このような場合に会社に強制金を支払わせることに意味があるのか、強制金の支払いを強制するとして誰がそれを受け取る地位にあるのか⁹²⁾。原告株主が間接強制を申立てたとしても、強制金の受け取りをなす地位までもこれに認める解釈は、会社の権利を行使するという代表訴訟の構造からすれば、恐らくはみちびかれまいであろう。したがって、和解条項の実効性を確保するものは、和解の解除のほかにない。

和解契約解除の原因が契約後に生じたときは、契約を解除することができる⁹³⁾。被告取締役はもちろん、利害関係人である会社が和解条項を遵守しないことも、形式的には和解を解除する事由にあたるのであろう。しかし、誰がその解除権を行使するのか。和解契約の解除まで原告株主に認める解釈には無理がある。なぜなら、原告株主が会社に和解条項の履行を求めることも会社のためになされなければならないことは当然であり、そうすると、会社が和解条項を遵守しないことを理由に、会社のために、株主がこれに代位して和解を解除するという状況が生じることになるが、これもまたやはり奇妙な状況だと言わざるを得ないからである。

90) 例えば、中野貞一郎「株主代表訴訟の判決の強制執行」ジュリ1064号(1995年)67頁以下、霜島甲一「株主代表訴訟における強制執行の可否・方法」ジュリ1062号(1995年)76頁以下などは、株主代表訴訟の判決について、原告株主に執行適格まで肯定している。

これに対して、伊藤眞「株主代表訴訟の原告株主と執行債権者適格(上)(下)」金法1414号(1995)6頁以下はこれを否定する。

和解についても、前者の立場によれば、原告株主に執行適格を認めうることになろうが、後者の立場によれば、当然、和解条項について原告株主に執行を申し立てることを認めることはできない。

91) 中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂六版〕』(青林書院、2010年)805頁。このような場合、その強制執行は間接強制による。同・810頁。

92) 強制金は、債務名義上の執行債権についての履行命令に違反したことを条件とする制裁金であり、取り立てた強制金は、本来、債権者に帰するものである。同・811頁。

会社が和解条項の履行命令に違反したとして、会社から取り立てた強制金を原告株主に帰せしめることは会社財産の流出に他ならないのであって、コーポレート・ガバナンス上、到底このような事態を容認することはできない。

93) 新堂・前掲注77)374頁。

したがって、株主代表訴訟における和解のうち会社の負担を内容とする条項については、執行をなすべき執行債権者が執行債務者である会社自身以外になく、その性質上、執行になじまない義務とみるべきであるといえる。

4 株主代表訴訟における会社による訴訟上の和解の法的規整

(1) 立法による規整

株主代表訴訟制度の訴訟構造および比較法的な視点を重視するなら、原告株主が会社ないし株主の利益を適切に代表するよう、裁判所が後見的な役割を果たすべく、和解の手続においても実質的な関与をなすべきである⁹⁴⁾。立法論としては、裁判所の認可を、和解の成立の要件とすることを検討すべきである⁹⁵⁾。さらに、訴訟の当事者でない株主への和解条件および内容等の通知・公告を和解の成立の要件とすることで他の株主への手続保障を充実させることが検討されるべきである⁹⁶⁾。このような制度上の手続保障がなければ和解の内容に他の株主をも拘束させることの理論上の問題は解決されない。現行会社法の株主代表訴訟における和解に関する規定はこの方向で改正が検討されるべきである。また、会社が和解に同意するにあたっては、和解内容の当否に関する判断の中立性を確保するため、補助参加をなす場合と同じく、監査役の同意を和解の条件とすることも提案したい⁹⁷⁾。

そもそも、会社法 850 条は、制定の経緯からもわかるように、原告株主と会社間の和解によって、被告取締役に対する会社の損害賠償請求権の一部ないし全部が、現・会社法 424 条によって必要とされる株主の同意なく免除されることとな

94) 山田・前掲注 68) 235 頁。

95) 当事者間に成立した合意が相当でない場合に調停を不成立であるとするを裁判所に認める民事調停法 14 条を和解調書の作成について類推することが可能であると解するなら、現行法の解釈としても、裁判所の後見的な役割に期待できる。山田・前掲注 68) 236 頁。しかし、和解と調停とでは法的な手続に差異があることからすれば、民事調停法を和解について類推する解釈には、受諾和解（民事訴訟法 264 条）および裁判所等が定める和解条項（同 265 条）に関する規定が設けられた平成 8 年改正前民事訴訟法下における民事調停法 17 条の類推など、前例がないわけではないが、やや無理があるといわざるを得ない。和解と民事調停の異同については、石川明＝梶村太市編『民事調停法』（青林書院、1985 年）9-13 頁〔杉浦智紹〕参照。

96) 岩原・前掲注 87) 132 頁。

るため、株主代表訴訟において原告株主と被告間で和解が認められるかにつき解釈が分かれていたところ、かかる和解に法的根拠を与えたものであって、本稿で取り上げた会社による作為・不作為をその内容とする和解条項を念頭に置いた規定ではない。このような会社の負担を内容とする和解については、いまだ法的な効力に疑義がある。したがって、上記の措置がとられ、会社法上、不適切な和解が抑止されることが制度的に担保されてはじめて、会社自身の作為・不作為等の負担を内容とする株主代表訴訟の和解条項は会社を拘束すると解すべきである。なお、立法によって、かかる和解に法的根拠が与えられたとしても、和解条項の執行が現実的でないことには変わらないので、その実効性を確保する手立てが考慮されなければならない。そこで、法定の手続をへて成立した和解条項に会社が違背した場合には、過料の制裁を課すことで、間接的に和解条項の遵守を強制する規定を置くことが検討に値すると思われる。

(2) 立法によらない規整

以上は会社法の改正によって実現されるべきものであるが、現行の会社法の規定を前提とするとき、解釈論としては、他の株主に和解手続への参加の機会が十分に与えられていない以上、和解が会社および他の株主を拘束するのは取締役の責任に関する部分に限られると解すべきである⁹⁸⁾。言い換えれば、事前に株主総会の承認を得ている場合を別とすれば、成立した和解について会社がなすべ

97) 和解内容の当否に関する会社の判断についての中立性を確保する手段としては、利害関係を有しない取締役により構成される特別和解委員会を組成する方法もあろうが、わが国の株式会社における取締役(会)の構成の現状からすれば、監査役に同意権を与えることが現実的であると思われる。わが国においても、近年、社外取締役を選任する会社が漸増しているとはいえ、いまだ東証1部上場企業の6割に満たない。取締役会にしめる員数も多くなく、かつ、その独立性も十分とはいえない。日本取締役協会「上場企業のコーポレート・ガバナンス調査」(2013年7月1日)3-4頁。わが国における独立取締役/社外取締役の現状と課題については、富永誠一『独立社外取締役』(商事法務、2009年)20-39頁参照。

98) 平成13年商法改正以前において、商法266条5項との関係で、和解の効力について、他の株主および会社に対して有利な方向にのみ及ぶ、片面的な効力を認めるべきとの見解があった。河本一郎ほか「株主代表訴訟」民商110巻2号(1994年)237頁〔山本克己発言〕。このように、和解の効力を一概に捉えるのではなく、それぞれの条項の性質に応じて把握することは可能であると思われる。

きことは当該内容の議案を株主総会に提出することにとどまるとすべきである。

もちろん、そこで提案される是正措置には、会社および他の株主の利益になるであろうものも少なくないものであり、会社およびその取締役会は、和解条項を実現すべくすみやかに株主総会へ議案を提出し、その承認を得られるように努力すべきである。そのさい、和解にいたる経緯等や和解条項の内容について株主に開示し、理解を得るように努めるべきであることはいうまでもない。しかしながら、事後的にも株主総会の承認を得られないのであれば、当該和解条項に基づく負担が会社の利益にならないと株主総会が結論付けたといえる。かかる和解条項は会社によって遵守されるべきものでない。

なお、この場合、会社によって和解条項が遵守されないにもかかわらず取締役等の責任の（一部）免除の効果だけが生じる結果となり、不当にも思える。しかし、訴訟の目的となる請求権は、（かりにその請求が裁判所において認容されるものだったとしても）原告株主による提訴がなければ、そもそも、その存否が争われる機会すらなかったのであり、訴訟の開始の時点において他の株主は通知・公告を受けながら訴訟に参加しなかった以上、当事者とともに和解に拘束され再訴を禁じられたとしても、他の株主にとっても実質的な不利益は大きくない。

上記の手続を履践することで、裁判所における原告株主以外の株主への手続保障の弱さを補い、和解案における和解条項の内容が真に会社の利益となるものであるかをオープンに論じる機会を設けることができる。

もっとも、株主代表訴訟において原告株主・会社間に成立した和解の承認に関する株主総会の決議は、法的な性質からいえば、あくまで勧告的なものにとどまる⁹⁹⁾。しかし、和解案の承認についての株主総会の決議は、和解に関する株主の集合的な意思決定として、その結果は会社法上も尊重されるべきである。和解条項が会社の内部の運営に関わる問題を含むものであるとすれば、会社の経営がどうあるべきかについては、最終的に株主総会における多数決を通じて表明されるところの集団的な株主の意思によって決定されるべきものであって、和解案に関する株主総会の決議は、これを承認する決議はもちろん、これを否決する決議も、会社および取締役によって遵守されなければならない¹⁰⁰⁾。この決議は、もとより法的拘束力をもつものではないが、和解条項に対する会社の対応をゆるや

かに方向付ける。

なお、株主総会によって和解を承認する決議がなされたにもかかわらず会社が和解条項を遵守しない場合であるが、勧告的な決議といえども取締役はこれを守すべき責を負うことから、これに違背するときは、その事実が（会社に何らかの損害を生じるときには）現職の取締役ににつき新たな任務懈怠事由を構成することは当然である。

IV おわりに

これまで株主代表訴訟における訴訟上の和解で問題とされてきたのは、本来会社が行使すべき取締役に対する請求権が、和解によって不当に縮減されてしまうおそれがあることであった。これに対し、会社による原告株主との和解の問題は、そのような和解が会社法の予定する株主権の行使をこえて株主が会社へと介入す

99) 昭和25年商法改正において、新設された取締役に業務執行の決定をゆだねたことの帰結として、株主総会の決議事項は、法令又は定款に定めた事項に限ることとされ、会社法の下でも取締役会設置会社においてはこの規定が引き継がれている（会社法295条2項）。株主代表訴訟における会社と原告株主に成立した和解に対する株主総会の承認決議を想定した規定をあらかじめ定款に設けている会社はまれであろう。しかし、そうであるからといって、株主代表訴訟における和解案の承認を株主総会の議題とするさいに、これを株主総会の権限とするような定款変更がつねに必要とされるかといえ、そうはならない

かりに、株主総会において和解案の承認を議題とするために、その前提として定款変更が必要とされるとすれば、手続をいちじるしく煩雑にし、決議の成立を不当に阻害にすることになることが予想される。そうすると、法令および定款に規定のない和解案の承認に関する株主総会の決議は、法的な効果を持たない、勧告的な決議として扱うのが最も現実的な対応ということになると考えられる。

法令又は定款に定められた以外の事項について、株主総会の決議が、勧告的になされる前例としては、会社法施行前後に相次いで上場企業によって導入された事前警告型買収防衛策に関するものがある。「事前警告型」別冊商事法務編集部編『買収防衛策の事例分析（別冊商事法務310号）』（商事法務、2007年）169頁以下に103社にのぼる詳細な事例の紹介がとそれらの分析がある。また、勧告的決議によって買収防衛策の承認を得る方法の実際について、宍戸善一監修『会社法実務解説』（有斐閣、2011年）650-52頁〔中島和穂〕参照。

100) 近藤・前掲注12) 11頁参照。同書は、「たとえ勧告的提案であっても、株主総会で可決すれば取締役はこれを守する義務がある」とし、その根拠として平成17年改正前商法254条ノ3（会社法330条）をあげている。

る手段となりかねないこと、そのために会社の財産が費消されるおそれがあることである。したがって、これまで論じられてきた和解と比べてもより一層、他の株主の利益の保護が必要とされるはずである。ところが、わが国の株主代表訴訟が他の株主の利益に十分な配慮をはらってこなかったこと、そのため原告株主や取締役・会社と比べ、他の株主への手続保障がいちじるしく不十分なものとどまっていることは既にもてきたとおりである。

立法論として、他の株主に和解手続への参加の機会をひらく方向は、伝統的に裁判所による介入よりも会社および株主への手続保障を重視してきたわが国法制に整合的である。さらに、株主代表訴訟における不当な和解を抑止するための一つの解決策の方向として、和解内容に対する株主のコントロールを強化することが提案される¹⁰¹⁾。そのため、解釈論として、具体的には、和解案中の会社の負担となる条項については株主総会の承認を経るべきであることを主張した。

株主代表訴訟はいまや企業の健全性を確保するための、コーポレート・ガバナンス上、不可欠の制度になっているといいいい。しかし、その機能は、会社および株主全体の利益のために用いられるべきものである。したがって、和解においても訴訟の当事者ではなかった株主の意向が十分に反映されるよう、制度を構築していくことが立法・解釈の両面から望まれる。

その上で、株主代表訴訟全体に目を向ければ、わが国の会社法にこの制度が取り入れられて半世紀を過ぎて、改めてその会社法上の立ち位置を問い直すべき時期にきているように思われる。株主代表訴訟の存在意義ないし目的とは何か、一株主にこのような直接的な会社に対する介入が認められるとすればいかなる場合か。原告株主と会社ないし他の株主の利益が衝突する場合に、それらの調和をいかにして図るべきか。株式会社制度全体との関係で今一度検討することが必要である。その意味で、本稿が扱ったのは株主代表訴訟における和解という、相当に限定された局面であるが、そこで取り上げた問題は、より一般的な広がりを持ち

101) 中島弘雅「民事手続法の観点からみた株主代表訴訟」ジュリ1191号(2000年)14頁も、裁判所が和解案の作成過程に関与し当事者の裏取引を防止すべく監視するとともに、和解案の内容の実質的妥当性の判断については株主総会にゆだねる、という制度設計も考えられることを提言している。

うる。わが国においては、株主代表訴訟の提起が単独株主権とされてきた一方、この訴訟を会社のための制度として位置付けてきた。そのため、原告株主が他の株主を代表するというこの制度のもつ本質の一面はあまりかえりみられることがなかった。また、会社ないし株主共同の利益の見地から取締役の行為の当否が問題とされる場面で個々の株主による介入を広範に認める一方、個々の株主の利益が問題となる状況においても株主代表訴訟によって少数株主を救済するという制度の可能性を十分に機能させてこなかった。これは、わが国の会社法が、これまで、現実の株主がもつ多様な利害を直視せず、個々の株主と集団としての株主の間にある緊張した関係を十分に把握してこなかったゆえに、「株主」という概念を極めて平面的に捉えてきたためと考えられる。「株主」と「会社」および「株主」相互の関係という、これまでわが国においては十分に議論が尽くされてこなかった問題についてさらなる検討を行った上で、統一的な視座の下に、株主代表訴訟を含め、会社法上の諸制度を再定位することが今度の課題である。

【付記】 本稿は「第54回みずほ学術振興財団懸賞論文」二等入選論文をもとに大幅に加筆・修正したものである。受賞にあたっては、審査委員長である江頭憲治郎早稲田大学教授をはじめ、審査委員の先生方より、御講評を頂戴し、温かい御言葉とともに、貴重な御指摘を賜った。この場を借りて感謝の意を表したい。