

米国の株主代表訴訟制度と 取締役会の権限 (1)

酒 井 太 郎*

- I 問題の所在、本論文の目的および構成
- II 株主代表訴訟の意義
- III 株主代表訴訟の提訴要件（会社に対する提訴前請求〔pre-suit demand〕その他）
- IV 補説：株主代表訴訟における会社の当事者としての地位（以上本号）
- V 提訴前請求が行われた後の経過
- VI 取締役の責任追及に関する取締役会の権限：
株主による責任追及訴訟の提起が許される条件
- VII 提訴前請求を不要とする特段の事情（提訴前請求が無益であること）
- VIII アロンソン対ルイス事件
- IX 補説：提訴前請求が無益であることを裁判所が認定する際に
原告に求められる主張の水準
- X アロンソン基準
- XI レイルズ対プラスバンド事件
- XII 補説：2重代表訴訟および多重代表訴訟における提訴前請求の相手方
- XIII レイルズ基準
- XIV ザパータ対マルドナード事件
- XV ザパータ基準

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第20巻第1号2021年3月 ISSN 1347-0388
※ 一橋大学大学院法学研究科教授

I 問題の所在、本論文の目的および構成

1. 株主が取締役の責任追及を行おうとする際の制約およびその背景、 本論文の主目的

米国の会社法制上、株式会社の取締役会は、取締役の責任追及を目的とする株主代表訴訟の開始および終了に関して、非常に強い権限を有している¹⁾。株主は、取締役会に権限を行使させることが適切でないと考えられるきわめて例外的な場合に限り、会社のために取締役の責任追及訴訟（株主代表訴訟）を提起し進行することが許されている。

開始についていえば、株主が会社に対して提訴前請求（pre-suit demand）²⁾をする必要があるというところまでは、日本と変わらない。しかし、日本では法定の会社代表機関による不提訴の判断はその理由のいかんにかかわらず株主の訴訟提起に影響を及ぼさないのに対して³⁾、（取締役の責任追及にかかる権限が取締役会に属しているところの）米国の場合、取締役会が株主の提訴前請求に応じないとする決定をしたならば、その決定は経営判断原則に基づく保護を受けることとなり、株主は原則として責任追及訴訟（株主代表訴訟）を提起することが許されない。すなわち、取締役会による不提訴判断の後に株主が責任追及訴訟を適法に提起するためには、当該不提訴判断が経営判断原則の保護を受けられず、不当であるということ、原告株主が訴状において詳細に主張しなければならない⁴⁾。取締役会の経営上の判断（ここでは不提訴判断）は、経営判断原則の下で、判断主体である取締役が情報に依拠し、グッドフェイス（good faith）⁵⁾をもって、かつ会社の最善の利益にかなうという信念を抱きつつ行動したことによる結果であると推定される⁶⁾。それゆえ株主は、不提訴判断をする取締役会の構成員の適性

-
- 1) 後述するところの取締役会の強い権限は、株主代表訴訟一般について認められているものであるが、ここでは、とりわけ取締役の責任追及を目的とする株主代表訴訟において、そのような権限の存在が大きな意味を持つということを明らかにしようとするものである。
 - 2) この用語法に関して、後掲注62) 第3段落参照。
 - 3) ただし、濫用的な訴訟の提起は許されない。会社847条1項ただし書。
 - 4) V 3(2)参照。
 - 5) グッドフェイスの意義について、後掲注104) 参照。

(利害関係不存在および独立性)と行動(グッドフェイスを伴う合理的な調査)に疑義があることを訴状で積極的に主張しなければならず、これに失敗すれば株主は責任追及訴訟を適法に提起することができない(たとえ訴状を裁判所に提出したとしても、訴えの提起が不適法であることを理由とする被告の申立てに基づいて、訴えが却下される)のである⁷⁾。なお、デラウェア州法を始めとするいくつかの州法においては、取締役会が提訴前請求に適切に対応する能力をそもそも有しないと考えられる場合に、提訴前請求をすることはもはや無益であると解し、そのような事情を訴状で株主が主張している限りにおいて、提訴前請求を経由しないで株主代表訴訟を提起することが許容されている⁸⁾。株主代表訴訟の提起に際して、まず取締役会に提訴前請求を行い、当該請求が拒絶された場合にその不当性を主張しつつ訴えを提起するというやり方をかりに正攻法と呼ぶならば、提訴前請求をしないまま訴えを提起してその理由(提訴前請求をしない理由)を訴状で主張していくというやり方は、(株主から見れば)一種の便法にあたるものということができるが、デラウェア州法に基づく株主代表訴訟の場合、この「便法」を用いた株主代表訴訟の提起が圧倒的に多い。

たとえ株主が適法に責任追及訴訟を提起することができたとしても、そのことは、株主による排他的な訴訟追行権が認められたことを意味しない。責任追及訴訟(株主代表訴訟)の開始が株主の専権に属しないことは上の概括的な叙述からも明らかであるが、株主によって責任追及訴訟が適法に開始された後であってもなお、会社は自己の利益に反すると考えられる訴訟を終了させることができる権能を有する。すなわち、会社は、株主代表訴訟の追行が会社の最善の利益に合致するか否かを検討させるため、裁判の係争事項について利害関係を持たず独立性を担保した意思決定機関(取締役会から権限を授与された委員会)を設置して、株主によって提起された訴訟の係属の是非を審議させ、裁判の終了が適当であるとする委員会の決定が出されたときには、これに基づいて訴えの却下またはサマリ・ジャッジメントの申立て⁹⁾をすることができる¹⁰⁾。委員会の構成員の適性と

6) 後掲注155)および対応本文参照。

7) V 3(2)参照。

8) III 1・2およびVII参照。

行動に問題がないと考えられる場合（デラウェア州法の場合はこれに加えて、裁判所が裁量に基づき、委員会の判断に合理性があると認定する場合¹¹⁾）には、折角適法に提起された株主代表訴訟であっても、会社による訴え却下またはサマリ・ジャッジメントの申立てが裁判所により認められて終了させられることになる。

このように、米国における株主代表訴訟の提起および追行は、日本の場合と比べて非常に大きな制約に服している。まず、会社の業務執行に関して取締役会には広範囲に及ぶ権限が制定法上授与されており¹²⁾、そこには取締役に対して責任追及をすることに関する権限も含まれると解されている。そして、株主による業務執行（ここでは取締役の責任追及）への関与というものは、会社の利益が不当に放棄されるような状況における最後の非常手段として認められるものであって、そうした状況でない限り、紛争の処理のいかんは取締役会に委ねられるべきであるという考え方があ

る。米国における、取締役の責任追及および株主代表訴訟に関する上記の考え方は、次に示される観念および事実によって裏付けられているといえることができる。すなわち、(1) 経営者の責任追及という、会社の自治の根幹にかかわる業務執行について株主の関与を排除することができるほどに、取締役会の適性および行動に信頼することができる環境ないし条件が成立し得るということであり、かつ、(2) 当該条件の充足の有無に関する司法上の審査基準が明確に存在しているということである。株主は、前記(2)の審査基準に示される行為規範に照らしつつ取締役会の活動を監視し評価を加え、規範から逸脱する事実があるときに、株主代表訴訟を提起して経営者の責任追及に自ら乗り出すことができる。つまり、この(2)の審査基準の内容および運用の実態は、株主による、過剰ではない経営監督を進めていく上で非常に重要な意義を持つものであり、日本の会社法制度にも多くの示唆を与えるものであるといえる。

9) 後掲注354) 参照。

10) **IV**参照。

11) **IV 5** 参照。

12) たとえば、デラウェア州一般会社法141条サブセクション(a) 参照。また、後掲注368) 対応本文参照。

本論文は、米国の株主代表訴訟の開始と終了に関する制度および理論、具体的には提訴前請求の要否と、適法に訴訟が提起された後に行われる会社の訴訟終結の申立ての是非に関する問題を詳細に整理し分析しようとするものである。調査および分析に際して取り上げられる素材は、デラウェア州一般会社法を始めとする代表的な制定法およびモデル法の規定、デラウェア州法の適用にかかる代表的な数件の判例、そして多数の個別論点に関する州裁判所または連邦裁判所の多数の判例である。本論文は、関連する論点にまつわる制度と判例を精密に描写し、整理し、分析することを通じて、上に概観したところの株主による責任追及に関する米国会社法制の基本的姿勢を、正確に把握することを目的とする。またあわせて、本論文は、次に述べるように、米国会社法学における取締役の信認義務規範を学ぼうとする者に対して、(日本法との大きな違いに由来するところの) 理解しにくいと考えられるいくつかの制度および個別事項を分かりやすく解説することも意図している。

2. 本論文の副次的目的

取締役の信認義務規範の意義を論じた米国の株主代表訴訟事例に接する者は、それらの事例のほとんどすべてにおいて、裁判所の審理および判定が、取締役の損害賠償責任その他の本案に関してではなく、株主による訴えの提起の適法性に関して行われているということに気づくはずである。これらの裁判例は、原告が主張する事実の責任要件充足の有無、ひいては、損害発生原因とされる行為にかかる取締役の損害賠償責任の存否を判定したものではないのであり、原告株主の訴えの提起が適法であるか否かという点——要するに、本案審理に入る前提となる問題を扱っているにとどまる¹³⁾。それゆえ、日本の株主代表訴訟に対するのと同じ感覚で、(取締役の会社に対する損害賠償責任を追及する) 原告の請求認容または棄却という結論を期待する者は、当該結論に関連する説示が判決文のどこにも出てこないことに当惑することとなる。

13) ここでの審理は、正式事実審理(トライアル)に入る前の訴答段階において行われているに過ぎない。開示手続(ディスカバリ)も行われていない。IX第1段落および後掲注144)参照。

また、とりわけデラウェア州法が適用される株主代表訴訟事例を見ると、ほとんどの場合において原告株主は会社に対する提訴前請求を行っておらず、そのことの適法性が裁判で争われている（この点がかもつばら裁判所により審理されている）。このとき判決の中で必ず出てくるのが、「提訴前請求が無益であること（demand futility）」という言葉である。日本の会社法（および米国の多くの州法）では、回復不能の損害が会社に生じることとならない限りは、株主代表訴訟を提起するに先立ち会社に対する提訴請求（提訴前請求）が必須であるとされているのに対し、米国の一部の州法では、上で見たように、取締役会の適性に問題があると考えられる場合に株主が提訴前請求を省略して訴えを提起することが認められている。なぜそのような取扱いが許容されているのかを理解するためには、そもそも取締役に対する責任追及に関して取締役会がどのような権限を有し、その権限の行使が裁判所によってどの程度尊重されることになるのかを知っておかなければならない。また、提訴前請求が無益であると判断される理由の一つとして、（提訴前請求に応接すべき）取締役が裁判により責任を負わされることとなる、相当程度の可能性の存在が挙げられているが¹⁴⁾、これは取締役の責任規範の解釈問題をとりもなおさず含むものであって、米国会社法学における取締役の信認義務規範をめぐる理論は、提訴前請求が無益であることをめぐる裁判所の審理を通じて形成されてきたといっても過言ではない。たとえば、経営判断原則を明らかにしたデラウェア州最高裁判所の判例として名高いアロンソン対ルイス事件判決¹⁵⁾も、裁判所の審理の対象は、提訴前請求が無益であるか否かという点であった。本件において、取締役の責任原因とされる行為（取引の承認）に対する経営判断原則の適用の可否は、確かに裁判所において検討されているけれども、それは、取締役の責任認定との関連で論じられたのではなく、提訴前請求を適切に処理することができる適性を取締役会が有していたといえるかどうかを判定するための、間接的な根拠として参照されたものである¹⁶⁾。

このように、取締役の信認義務規範（行為規範と責任規範）を正しく理解する

14) X 2(4)およびXIII 2 参照。

15) 後掲注 17) 参照。

16) 後掲注 164) 対応本文参照。

ためには、米国の株主代表訴訟制度に関するある程度の知識と、同制度の運用において取締役会の権限が相当程度尊重されていることの理解が不可欠である。本論文は、このような問題意識に答えるための比較的詳細な情報を提供することも目的とするものである。デラウェア州法が適用される株主代表訴訟においては、先ほど挙げた demand futility (提訴前請求が無益であること) という概念のほか、提訴前請求が無益であるか否かを判定するために適用されるアロンソン・テスト (Aronson test) およびレイルズ・テスト (Rales test) という審査基準が頻繁に登場する。また、適法に提起された株主代表訴訟を会社の申立てに基づいて終了させることの是非を判断するために適用される、ザパータ・テスト (Zapata test) という審査基準も非常に重要である。これら3つの審査基準はいずれもデラウェア州最高裁判所の著名な判例において提示されたものである¹⁷⁾。本論文は、株主代表訴訟の開始と終了に関する当該各判例の内容、および関連論点についての裁判例の状況を詳しく紹介することにより、米国会社法学における取締役の信認義務規範を正確に理解する際の一助とすることを副次的な目的とする。

3. 本論文の構成

以上の問題意識および目的に従い、本論文の叙述は次のように展開される。

まず、IIにおいて、株主代表訴訟の意義、および取締役の責任追及に関して取締役会の幅広い権限行使が期待されていることを簡単に説明する。IIIでは、提訴前請求を始めとする株主代表訴訟提起の諸要件を解説する。また、IVにおいて、米国の株主代表訴訟では会社が当然に当事者(被告または原告)としての地位を有すること、およびその理由を、連邦最高裁判所の判例を交えながら概説する。Vでは、株主による提訴前請求が行われた後に取締役会が取るべき対応を詳説する。ここでは、株主の請求を取締役会が拒絶することの適法性にかかる、司法上の審査の内容が主たる論点となる。

VIは、株主による責任追及訴訟(株主代表訴訟)の提起というものが、取締役

17) アロンソン対ルイス事件判決(1984年)についてVIII、レイルズ対プラスバンド事件(1993年)についてXI、そしてザパータ対マルドナード事件(1980年)についてXIV参照。

会の権限行使に期待することができないきわめて例外的な状況において認められるものであるということを説き起こそうとするものであり、その後の叙述を展開するための基点として位置づけられる。Ⅶでは、重要判例紹介の前説として、提訴前請求が無益であることを理由に、当該請求を経由しない株主代表訴訟の提起を許容する州法があることについて簡単に触れる。続いて、アロンソン対ルイス事件判決（Ⅷ）および同判決が提示したアロンソン基準の内容および関連論点（Ⅸ・Ⅹ）、レイルズ対プラスバンド事件判決（Ⅺ）および同判決が提示したレイルズ基準の内容および関連論点（Ⅻ・Ⅼ）、そしてザパータ対マルドナード事件判決（Ⅽ）および同判決が提示したザパータ基準の内容および関連論点（Ⅾ）をそれぞれ精細に、紹介するとともに分析する。なお、レイルズ対プラスバンド事件は2重代表訴訟の事例であるため、このタイプの訴訟において提訴前請求が無益であることについての審査がどの会社（親会社および〔または〕子会社）を対象として、どのように行われるのかについても補足する（Ⅿ）。

Ⅱ 株主代表訴訟の意義

株主代表訴訟 (shareholder derivative action)¹⁸⁾は、株主、すなわち会社の通常の経営活動に関与する資格を有しない者に対し¹⁹⁾、本来会社が行使すべき権利の行使を認めるという制度である²⁰⁾。株主代表訴訟は、その濫用の危険性にかかわらず、取締役の経営の誤りに対する救済手段を提供し、会社経営陣に自己の職責についての自覚を促すという、重要な役割を果たしている²¹⁾。もし、この制度が存在しなければ、会社を事実上支配している取締役が自己取引その他の利益相反取引を行っても、会社が自浄的行動を取らない限り、当該取締役が当該取引にかかる責任を免れることとなり²²⁾、株主の利益に著しく反する行動に対する歯止めはほとんど働かないものとなる²³⁾。

しかしながら、株主代表訴訟が提起されても、それが会社の最善の利益の回復に貢献しないものであるときには、多くの時間と費用を当該訴訟に関与する会社に負担させるだけのものに終わってしまうおそれがある²⁴⁾。また、株主代表訴訟は、訴訟を開始するという判断を含め、会社の経営に関する判断が取締役会によ

って行われるべきであるというコーポレート・ガバナンスの基本原則を、蝕む (undermine) ものであるということも認識されている²⁵⁾。前者の点に関しては、濫用的訴訟ないし嫌がらせ訴訟を提起させないためのいくつかの制度的制約が設けられており (行為時株主の要件、継続保有の要件、担保提供等)、後者の点に関しては、取締役に対する責任追及訴訟の開始および終了についての権限行使を、可能な限り会社に委ねるものとするための制度および理論が採用されている (提訴前請求 [pre-suit demand] の制度、会社による訴え却下の申立て等)。

18) shareholder derivative action は、株主が第三者に対し、会社の請求権を自己の名において会社のために行使するという訴訟である。このとき株主は、会社の業務執行機関として会社を代表して訴えを提起するものではない。株主の訴訟提起権は、信託委託者に属するところの受託者に対する訴訟提起権が受益者に派生したのと同じように、本来会社に属する権利が株主に派生したものであると説明されている (株主は会社の請求権を派生的に行使する assert claims derivatively という表現がしばしば行われる)。原告株主は、株主全体を代表して訴えを提起することから、この訴訟は shareholder representative action とも呼ばれている。しかし、ブラック法律辞典 [第 11 版] (Garner, BLACK'S LAW DICTIONARY (11th ed., Thomson Reuters 2019).) ほかの法律辞典で representative action の項を見ると derivative action の項を参照するよう指示されていることが多い。以上の点を含む日本語による簡潔な全般的解説として、田中秀夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会、1991 年)の stockholders' representative action の項、鴻常夫・北沢正啓編『英米商事法辞典 [新版]』(商事法務研究会、1998 年)の derivative action の項、および小山貞夫編著『英米法律語辞典』(研究社、2011 年)の derivative action の項を参照。本論文では、derivative という用語を「派生的」と表記する一方で、shareholder derivative action の語は、「株主による派生訴訟」ではなく、日本において定着している「株主代表訴訟」と表記する。関連する叙述として、板持研吾「主要法源と手続全体の流れ (2)」(デラウェア州会社判例理解のための手続法的基礎 第 2 回) 商事 2209 号 69 頁注 (8) (2019 年) 参照。

19) 後掲注 49) および対応本文参照。

20) コモンロー上、株主は役員および取締役に対する提訴資格を有しないとされていたが、衡平法によって、株主が自身の権利ではない会社の権利に基づく請求をすることを認める制度が導入された。See *Cohen v. Beneficial Industrial Loan Corp.*, 337 U.S. 541, 548 (1949); *Ross v. Bernhard*, 396 U.S. 531, 534 (1970).

21) See *Surowitz v. Hilton Hotels Corp.*, 383 U.S. 363, 371 (1966).

22) See *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 779, 786 (Del. 1981).

23) *Cohen*, 337 U.S. at 548.

24) See *Burks v. Lasker*, 441 U.S. 471, 485 (1979) (連邦証券法令 [投資会社法および投資顧問法] 違反を理由とする株主代表訴訟を、独立取締役が終了させることができる根拠として説示)。

25) *Einhorn v. Culea*, 612 N.W.2d 78, 83 (Wis. 2000).

Ⅲ 株主代表訴訟の提訴要件

(会社に対する提訴前請求〔pre-suit demand〕その他)

1. 連邦裁判所

株主代表訴訟の裁判管轄は、会社の有する請求権が連邦法に基づくものである場合（連邦法令違反を理由とする損害賠償請求など）、および州籍相違訴訟²⁶⁾の場合には、連邦裁判所に属する。

連邦裁判所における株主代表訴訟の手続は、連邦民事訴訟規則 23.1 条²⁷⁾に従う。同条は、会社および法人格のない社団の株主または社員による代表訴訟に関して、(a) 原告の実質的な適格性の要件（サブセクション (a)）²⁸⁾、(b) 訴状において記載しなければならない事項（サブセクション (b)）、そして、(c) 和解および訴えの取下げに裁判所の許可が必要である旨（サブセクション (c)）を定めている。

上記 (b) の記載事項は3種類に分けられているが、それらは、訴状において、(1) 原告が、争われている取引 (transaction) の時点で、株主または社員の地位を有し、または株式もしくは社員の地位が原告に移転する法的効果が生じたこと²⁹⁾³⁰⁾³¹⁾、(2) 管轄権目当ての馴合訴訟ではないこと、そして、(3) 次の2つ

26) 双方の当事者が相異なる州に本居（市民権の所在）を有するために連邦裁判所が管轄を有する裁判。浅香吉幹『アメリカ民事手続法〔第3版〕』（弘文堂、2016年）26～27頁。ただし、当事者間に州裁判所を管轄とする合意があり、連邦裁判所への移管を請求する権利が放棄されているときを除く。

27) 28 U.S.C. 23.1.

28) 原告は、他の株主または社員の利益を、公正かつ十分な形で代表するものでなければならない。「公正かつ十分」であることの判断は、事情の総合的な考慮の下に行われる。Rothenberg v. Security Management Co., Inc., 667 F.2d 958, 961 (11th Cir. 1982) (原告の本来の提訴目的が、自己の個人的利益の回復にあるとして、訴え却下の申立てを認めた原審判断を支持)。

29) 行為時株主の要件は、(1) 共謀により連邦の管轄権を作出すること、(2) 連邦裁判所を利用する目的で訴権を譲り受けること、そして (3) 争われている行為により生じた損害を織り込んだ価格で株式を取得した後に訴訟を提起して不正に利得することを、それぞれ阻止するためであると説明される。See Note: *Corporate Incapacity to Sue Where Stockholders Would Be Barred from Suing Derivatively—The Vicarious Incapacity Rule: A Public Interest Exception*, 54 B.U.L. REV. 355, 367-73 (1974).

の事柄に関する詳細な事実である（サブセクション (b) (1)～(3)）。詳細な事実の記載を要する2つの事柄とは、すなわち、(A) 原告が欲する訴訟が、取締役またはこれに相当する権限を有する者、および必要があるときには他の株主または社員によって提起されるようにするために、原告が取った一切の行動 (effort)³²⁾、ならびに、(B) 当該訴訟が提起されなかったことの原因または当該行動が取られなかったことの原因である。

連邦民事訴訟規則 23.1 条サブセクション (b) (3) の (A) および (B) で訴状への記載が要求されている事項は、日本の会社法上の株主代表訴訟の提起要件

30) 規則 23.1 条は、提訴時に株主であることを具体的に定めていないが、条文上、訴えを提起する者が株主（または社員）であるとされている点から提訴時株主の原則が導かれる。See *Werfel v. Kramarsky*, 61 F.R.D. 674, 679, 18 Fed. R. Serv. 2d 238 (S.D.N.Y. 1974) (提訴時に、株式引受人の地位を譲渡しており原告適格がないと認定)。

31) 株主代表訴訟の係属中、原告は株式を継続して保有しなければならない。See, e.g., *Schilling v. Belcher*, 582 F.2d 995, 999 (5th Cir.1978) (行為時株主の要件および継続保有の要件について詳説)；*Amalgamated Bank v. Yost*, C.A. No.04-0972, 2005 U.S. Dist. LEXIS 1280, at *23 (E.D. Pa. Feb. 1, 2005) (デラウェア州法上の継続保有の要件について説示)。原告が株式を任意売却したり (See, e.g., *Snyder v. Pleasant Valley Finishing Co., Inc.*, 756 F. Supp. 725, 730 (S.D.N.Y. 1990).)、原告が現金を対価とする合併や株式併合により株式を失ったりした場合 (See, e.g., *Lewis v. Chiles*, 719 F. 2d 1044, 1047-48 (9th Cir. 1983) [交付金合併]；*Lewis v. Knutson*, 699 F.2d 230, 238 (5th Cir. 1983) [株式併合].) には、継続保有の要件が満たされないこととなる。

提訴後に存続会社株式を合併対価とする吸収合併が行われた場合、消滅会社株主であった原告が継続保有の要件を満たすものといえるかという問題（実質的な持分保有で足りるかという問題）がある。デラウェア州の裁判例の中には、原告適格が維持されていると解するものもあるが (*Schreiber v. Carney*, 447 A.2d 17, 22 (Del. Ch. 1982) [合併の事例].)、判例は、実質的な持分保有に加えて、合併等の組織再編が原告の地位を失わせるために行われた許害的なものであることを要すると解している (See *Lewis v. Anderson*, 477 A.2d 1040, 1046 n. 10 (Del. 1984) [合併についての説示]；*Arkansas Teacher Retirement System v. Countrywide Financial Corp.*, 75 A.3d 888, 894 (Del. 2013), citing *Lewis v. Anderson*, 477 A.2d 1040 (Del. 1984) [ルイス対アンダーソン事件判決の説示を敷衍].)。

32) 前者（取締役等）に対する行動とは、会社自身が訴えを提起するよう求めることを意味する。後者（株主等）に対する行動は、原告による訴え提起について他の株主・社員の同意等を求めることを意味するが、今日の州法条文は会社に対する請求を義務づけるのみで、他の株主に対する請求を明示的に要求する例はないようである。See Deborah A. DeMott, *SHAREHOLDER DERIVATIVE ACTIONS: LAW AND PRACTICE* §5:2 n. 1 & 2 and accompanying text (2019-20 ed., Thomson Reuters). 米国法律協会「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と提言」7.03 条サブセクション (c) も、株主に対する提訴前請求が不要であることを明らかにしている。

のうちの、(i) 株主による会社への提訴請求およびこれに対する会社の不提訴の事実(会社847条1項本文3項)、および(ii) 株主による会社への提訴請求を不要とする特段の事情(同条5項本文)に相当する³³⁾。この(ii)にいう特段の事情は、(株主による訴訟提起が可能となる)「期間の経過により株式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」という形で特定されているが、連邦民事訴訟規則23.1条では、提訴前請求を省略して株主が訴訟を提起することができる条件を特に定めていない。また、米国の連邦および州の判例においては、株主の提訴前請求に応じないことを会社が決定した場合、それは1個の経営判断として基本的に尊重され、株主が訴えを提起しても、会社の申立てに基づいて当該訴えは却下されるべきことになる。したがって、株主としては、提訴前請求を行った上で株主代表訴訟を提起し、提訴前請求が拒絶されたことが不当であること裏付ける事実を訴状で主張して、会社からの却下申立てに対抗するか、それとも、提訴前請求を不要とする事情を挙げつつ、(提訴前請求を省略して)いきなり株主代表訴訟を提起するという方法を取らなければならないこととなる。

2. 州裁判所

州裁判所が管轄を有する株主代表訴訟の提訴要件については、州会社法³⁴⁾および州の民事訴訟規則³⁵⁾の規定に従う。多くの州の規定は、訴状において原告が明らかにすべき事項に関して、連邦民事訴訟規則23.1条と同様の内容を有している³⁶⁾。

たとえば、デラウェア州衡平法裁判所規則23.1条は、サブセクション(a)で原告が訴状において明らかにしなければならない事項として、(1)争われている行為当時の株主または法人格のない社団の社員であること(連邦民事訴訟規則

33) 提訴前請求の具体的な内容について、III 6も参照。

34) たとえば、カリフォルニア州会社法800条、デラウェア州一般会社法327条、ニューヨーク州事業会社法626条、ペンシルヴェニア州法第15編1782条、テキサス州事業会社法5.14条、ワシントン州法23B.07.400条など。

35) たとえば、コロラド州民事訴訟規則23.1条、デラウェア州衡平法裁判所規則23.1条、オハイオ州民事訴訟規則23.1条、ワシントン州民事訴訟法規則23.1条など。

36) 前掲注34)に掲げた各州の規定その他を参照。

23.1 条サブセクション (b) (1) とはほぼ同じ文言)、(2) 原告が欲する訴訟が取締役またはこれに相当する権限を有する者によって提起されるようにするために、原告が取った一切の行動の詳細、および、(3) 当該訴訟が提起されなかったことの理由または当該行動が原告により取られなかったことの理由の詳細 (連邦民事訴訟規則 23.1 条サブセクション (b) (3) とほぼ同じ内容) を掲げている³⁷⁾。前記 (3) の意味するところは、(i) 株主が取締役に対して訴訟の提起を請求したにもかかわらず、取締役が株主の請求を不当に拒絶したこと、または、(ii) 取締役に対する提訴前請求をしなかったことが正当な理由に基づくことを、訴状で詳細に主張しなければ、株主は代表訴訟を提起することができないということである³⁸⁾。つまり、提訴前請求を省略することができる正当な理由があれば、株主は直ちに代表訴訟を提起することができるが、そうでない場合、株主は提訴前請求を行わなければならない、行われた提訴前請求が不当に拒絶されたのでない限り、株主は代表訴訟を提起することができないということである³⁹⁾。なお、提訴前請求を省略することができる正当な理由は、連邦民事訴訟規則 23.1 条と同じく、条文上明らかにされていない。

カリフォルニア州会社法 800 条は、会社および法人格のない社団における代表訴訟の要件を定めたものである。同条のサブセクション (b) は、(1) 原告が訴状において、争われている行為の当時の株主⁴⁰⁾であることを明らかにすべきこと⁴¹⁾、および (2) 原告が訴状において、取締役会⁴²⁾によって訴訟が提起される

37) デラウェア州衡平法裁判所規則 23.1 条のサブセクション (b) は、原告が報酬を受けて訴訟を提起するものでない旨の宣誓供述書を提出すべきことを定める。同条のサブセクション (c) は、和解等に裁判所の許可を要することを定め、サブセクション (d) は、法人格のない社団および社員の定義を定めている。

38) *See Grimes v. Donald*, 673 A.2d 1207, 1216 (Del. 1996) (これは、取締役の経営上の裁量が尊重されるというコーポレート・ガバナンスの基本原則を明らかにしたものであり、デラウェア州衡平法裁判所規則 23.1 条の実質的内容を明らかにするものであると説示)。提訴前請求は、会社のために訴えを提起する資格を株主が具備するために充足しなければならない客観的要件であり、提訴前請求を不要とする理由が示されない限り、提訴前請求をしない株主は代表訴訟を提起する権利を有しない。*Kaplan v. Peat, Marwick, Mitchell & Co.*, 540 A.2d 726, 730 (Del. 1988)。

39) *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 779, 784 (Del. 1981)。

40) 法人格のない社団の社員、および議決権信託証書の所持人を含む。

ようにするために原告が取った行動、またはそのような行動を取らなかったときはその理由を詳細に述べるとともに、会社もしくは取締役会に請求原因となる事実を通知し、または原告が提案する訴状の謄本を送付したことを明らかにすべきことを定める。サブセクション (c) から (f) は、会社または被告による担保提供の申立ておよびその手続について定めている。

ニューヨーク州事業会社法 626 条は、サブセクション (b) で、原告が争われている行為の時点で株主その他の者⁴³⁾であることを要求し、サブセクション (c) で、取締役会によって訴訟が提起されるようにするために原告が取った行動、またはそのような行動を取らなかったときはその理由を、原告が訴状で詳細に述べるものとしている⁴⁴⁾。

以上の諸規定は、原告の提訴前請求が免除される事由が具体的に定められておらず、解釈に委ねられている（特定の事由に限定されない）という点で共通する。

3. 模範事業会社法

模範事業会社法の株主代表訴訟に関する条文は 7.40 条から 7.47 条までの 8 箇条である⁴⁵⁾。このうち、提訴前請求に関する 7.42 条は、すべての株主に対して会社への提訴前請求を行うことを義務づけ（同条サブセクション (i)）、株主の提訴前請求から 90 日を経過するまでの間に、会社が当該請求を拒絶する旨の通知をしていない場合には、当該期間の経過をもって株主は訴えを提起することが

41) ただし、次の (i)～(v) のすべてを満たしている場合はこの限りでない。すなわち、(i) 本件において請求認容の蓋然性があることを示す強力な証拠があること、(ii) 同種の訴訟が提起される見込みがないこと、(iii) 争われている行為にかかる事実が公表される前に原告が株式を取得していたこと、(iv) 訴訟が進行されなければ、信認義務に故意に違反したことによって生じた利益を被告が保持することになること、そして (v) 用いられる救済手段が会社または株主に不当な利益を与えるものでないことである（カリフォルニア州会社法 800 条サブセクション (b) (1) (i)～(v)）。

42) 法人格のない社団における業務執行機関を含む。

43) 株主、議決権信託証書の所持人、または株式もしくは議決権信託証書にかかる受益権者。

44) サブセクション (a) は、訴えが会社の利益のために提起されるべきものであり、原告が株主その他の者であることを定め、サブセクション (d) は和解等に裁判所の許可を要することを定め、サブセクション (e) は、訴えにおいて請求が全部もしくは一部認容され、または原告にとり有利な和解が行われた場合に、裁判所が原告に対する相当の費用の支払を命じることができる旨を定めている。

でき、当該期間の経過により回復不能の損害が生じるおそれがあるときは、株主は当該期間の経過を待つことなく訴えを提起することができるとしている（以上、同条サブセクション (ii)⁴⁶⁾。

4. 米国法律協会「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と提言」

米国法律協会 (American Law Institute) の「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と提言 Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations」(1994年)において、株主代表訴訟に関する条文は7.01条から7.17条までの17箇条である⁴⁷⁾。

このうち、原告による提訴前請求に関する規定が7.03条である。同条のサブセクション (a) は、サブセクション (b) に基づき提訴前請求が免除されない限り、株主または取締役が、会社の取締役会に対して、訴訟の提起または適切な

45) 7.40条 (定義)、7.41条 (原告適格 [行為時株主、適切かつ十分な会社代表])、7.42条 (株主の提訴前請求)、7.43条 (会社の調査開始に伴う訴訟手続の停止)、7.44条 (適格取締役をもって組織された委員会の決定に基づく、会社による訴え却下の申立て)、7.45条 (訴えの取下げおよび和解にかかる裁判所の承認)、7.46条 (原告への費用支払)、7.47条 (外国会社に適用される規定)。これらの条文は、1990年改正により従前の7.40条を大幅に増強するものとして新設されたものである。なお、7.44条の詳細についてXV 4(2)参照。

46) 7.42条に準拠する規定を持つ州として、アリゾナ州、コネチカット州、ジョージア州、ハワイ州、アイダホ州、アイオワ州、メイン州、マサチューセッツ州、ミシガン州、ミシシッピ州、モンタナ州、ネブラスカ州、ニューハンプシャー州、ノースカロライナ州、ロードアイランド州、サウスダコタ州、テキサス州、ヴァージニア州、ウィスコンシン州、ワイオミング州の20州がある。ABA Committee on Corporate Laws, MODEL BUSINESS CORPORATION ACT ANNOTATED §7.42 Annotation, at 7-320 (4th ed. 2008, 2009 Rev.). カリフォルニア州、デラウェア州、ニューヨーク州は同条に準拠しない独自の規定を持つ。

47) 7.01条 (株主による直接訴訟および代表訴訟)、7.02条 (株主代表訴訟の原告適格 [株主および取締役])、7.03条 (原告による提訴前請求)、7.04条 (提訴前請求の拒絶にかかる会社の通知、および拒絶に不服がある場合において株主が訴状で主張すべき事項)、7.05条 (株主代表訴訟に対する取締役会の権限 [却下の申立て、和解その他にかかる決定])、7.06条 (裁判の停止にかかる裁判所の権限)、7.07条 (会社の申立てに基づいて訴えを却下する場合の一般規定)、7.08条 (被告が一定の者である場合における、会社の申立てに基づく訴えの却下)、7.09条 (訴え却下の申立手続)、7.10条 (訴え却下の申立てに関する審査基準)、7.11条 (株主総会決議に基づく訴えの却下)、7.12条 (特別委員会の構成)、7.13条 (訴え却下の申立てにかかる審理手続)、7.14条 (和解、訴えの取下げ等にかかる裁判所の承認)、7.15条 (原告の同意によらずに会社が和解等をする場合)、7.16条 (損害賠償金の帰属)、7.17条 (原告への費用償還)。

是正手段の行使を書面により請求しなければならない旨⁴⁸⁾を定めている。同条サブセクション (b) は、会社に回復不能の損害が生じるおそれがある場合に限り、前記の請求が免除されるとし、そのときは訴訟提起後直ちに当該請求をすれば足りるものとしている。同条サブセクション (c) は、提訴前請求を株主に対してする必要がない旨を定め、サブセクション (d) は、サブセクション (b) に該当する場合、および、取締役会に対して行われた提訴前請求に対する回答が相当の期間内に行われない場合を除いて、株主代表訴訟が、取締役会、または取締役会により設置された委員会の回答の前に提起されたならば、裁判所は当該訴えを却下すべきものとする旨を定めている。つまり、模範事業会社法と同様、提訴前請求は原則として欠かすことができず、かつ、提訴前請求の免除事由は、会社に回復不能の損害が発生するおそれがあることに限定されている。

5. 会社に対する提訴前請求が必要とされる理由

株主代表訴訟の原告となる株主が、取締役会に対して提訴前請求をしなければならない理由は、会社の業務執行にかかる権限を取締役会が有しており⁴⁹⁾、会社に損害を与えた取締役に対する責任追及も当該権限に属するというように求められている⁵⁰⁾。株主による提訴前請求という手続は、当該株主が主張する事実

48) 連邦民事訴訟規則および一般的な州法では、株主の取締役会に対する請求は、「その欲する訴えを取締役またはこれに相当する権限を有するものから確保するために取った一切の行動 (any effort by the plaintiff to obtain the desired action from the directors or comparable authority)」(連邦民事訴訟規則 23.1 条サブセクション (b) (3) (A)) といったように、訴訟の提起を求めることを内容とする請求となっている。これに対して「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と提言」7.03 条サブセクション (a) は、訴訟の提起を求めることと並んで他の是正手段の行使を求めること (requesting... to prosecute the action or take suitable corrective measures) も、請求の内容となることが明らかにされている。この点に関して、後掲注 62) を参照。

49) たとえば、デラウェア州一般会社法 141 条サブセクション (a) の第 1 文は、「本章 [デラウェア州法第 8 編会社第 1 章 [一般会社法]：筆者注] に基づいて設立されるすべての会社の事業および業務は、本章または設立定款に別段の定めがある場合を除いて、取締役会により、または取締役会の指示の下に運営されるものとする」と定める。

50) See, e.g., *Khanna v. McMinn*, C.A. No. 20545-NC, 2006 Del. Ch. LEXIS 86, at *39 (Del. Ch. May 9, 2006), *citing* *White v. Panic*, 793 A.2d 356, 363 (Del. Ch. 2000); *Evangelist v. Fidelity Management & Research Co.*, 554 F. Supp. 87 (D. Mass. 1982); *In re Bankamerica Securities Litigation*, 636 F. Supp. 419, 422 (C.D. Cal. 1986).

について検討を加える機会を取締役に与えて、訴訟を提起して会社の権利を主張するか否か、または他の救済手段を講じるか否かをめぐり、取締役会が経営判断をすることができるようにするための告知手段として考案されたものであると説明される⁵¹⁾。つまり、株主による提訴前請求の制度は、(当該株主の主張によれば) 有責であるとされる取締役に対して責任追及訴訟を提起し追行する権限、および責任追及訴訟の提起および追行をしないこととする権限が、取締役会の特権であることを前提として、そのような権限を守ることを目的とするものである⁵²⁾。

また、取締役会に対する提訴前請求を株主に義務づけて、会社に対応を委ねるという方法には、次のような利点があるとも指摘される。すなわち、(1) 会社内の是正手段を駆使させることにより、裁判によらない紛争解決を図ることができる、(2) もし裁判をすることが有益であるならば、訴訟を会社の管理下に置くことができる、(3) 提訴前請求が免除される場合、または株主の提訴前請求が不当に拒絶された場合のように、会社自身による適切な対応を望むことができないときには、株主に訴訟の管理が委ねられることになるということである⁵³⁾⁵⁴⁾。さらに、株主の提訴前請求を契機として、会社が訴訟を追行することとなれば、株主に訴訟を追行させたときと比較して、以下の効用が得られるという。すなわち、①役員および取締役は、提訴前請求の原因に関連する情報を、個々の株主よりも間違いなく多く有しているから、訴状の作成が適切に行われるとともに、訴訟の追行がより効率的なものとなる、②大規模な請求にも対応することができる資金力と法務上の資源を、会社は通常有している、③取締役および役員は、個々の株

51) *See Schick Inc. v. Amalgamated Clothing and Textile Workers Union*, 533 A.2d 1235, 1240 (Del. Ch. 1987) (デラウェア州衡平法裁判所規則 23.1 条にいう「請求 demand」の意義に関する説示). *See also*, *Lewis v. Anselmi*, 564 F. Supp. 768, 771 (S.D.N.Y. 1983) (株主に提訴前請求を行わせる理由は、取締役会が請求内容の当否を検討する優先的権限を持つこと、そして、訴訟を追行する上で会社は十分な費用負担に堪えられることに求められる)。

52) *Kamen v. Kemper Financial Services, Inc.*, 500 U.S. 90, 101 (1991). *See also*, *American International Group, Inc. v. Greenberg* 965 A.2d 763, 808 (Del. Ch. 2009) (提訴前請求制度は、裁判上の権利主張にかかる意思決定という取締役会の優先的権限を保護するためにであると説示)。

53) *See Grimes v. Donald*, 673 A.2d 1207, 1216 (Del. 1996)。

主とは異なり、会社に対して信認義務（およびこれに付随する責任）を負っており、その下で株主の利益のために裁判に従事していかなければならないということである⁵⁵⁾。

以上の叙述を踏まえるならば、株主は、責任追及の契機を与える役割を有するにとどまり、責任追及を遂行する主体として適任であるとは元来考えられていない。株主による責任追及訴訟（株主代表訴訟）の提起および追行は、責任追及を含む業務執行にかかる取締役会の権限行使に対する制約となり得るため、基本的に奨励されるべきではなく、責任追及の有無の判断にしても、責任追及の実行にしても、取締役会がこれを引き受けるのが望ましいということになる。そして、重要な点として、責任追及にかかる権限を取締役会が行使しないと判断したことは、取締役会による積極的かつ終局的な経営判断（経営判断原則の保護対象となる経営判断）にほかならないのであって、当該権限を取締役会が放棄し、以後、株主に当該権限の行使を認めたことを意味するものではないということである。

6. 提訴前請求の内容

州法の中には提訴前請求を書面で行うべきことを定めているものがあるが⁵⁶⁾、

54) 本文(1)の対応は、経済的合理性に資するものとなる。See, e.g., *Lewis v. Graves*, 701 F.2d 245, 247-48 (2d Cir. 1983) (会社経営陣は、手続的・費用的負担のかかる裁判によらない他の救済手段を追求するのに適任である); *Barr v. Wackman*, 36 N.Y.2d 371, 378 (N.Y. 1975) (会社の内部的な運営に裁判所を巻き込んだり、取締役会の対応を待たずに裁判所が先走った判断をしたりするのを避けることができる)。このことに関連して、取締役は、提訴前請求において求められている裁判が会社にいかなる影響を及ぼすのか、そしてそのような裁判が会社の最善の利益に合致するかどうかを査定する上で、株主（実質的にはその代理人となる弁護士）よりもはるかに適任であるといわれる。See Jonathan R. Macey and Geoffrey P. Miller, *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, 58 U. CHI. L. REV. 1, 35 (1991)。

55) *Abrams v. Mayflower Investors, Inc.*, 62 F.R.D. 361, 369 (N.D. Ill. 1974)。

56) たとえば、カリフォルニア州会社法 800 条サブセクション (b) (2) は、株主代表訴訟を提起する前に原告（株主）が取らなければならない行動の1つとして、会社または取締役会に対する、訴因にかかる主要事実の書面による通知、または原告が提案する訴状の謄本の送付を定めている。また、模範事業会社法 7.42 条サブセクション (1) および米国法律協会「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と提言」7.03 条サブセクション (a) は、書面による請求を義務づけている。

株主による会社に対する提訴前請求の要件（通知の内容または形式）について、具体的な事項を定めた条文または定説といったものはない⁵⁷⁾。提訴前請求を行わせる目的が、取締役会による適切な権限の行使（主張される事実にかかる検討、および会社の請求権の行使その他の手段の実行にかかる経営判断⁵⁸⁾）にあることに照らせば、少なくともそのような権限行使を可能にするものであれば足りるということになる⁵⁹⁾。ただし、株主が行った通知が提訴前請求にあたるか否かの判断は裁判所に委ねられており、当該通知に対する取締役会の解釈は、裁判所の当該判断に影響しない⁶⁰⁾。そして、株主が行った通知の意義をめぐって争いがあるとき、裁判所は、当該通知が提訴前請求にあたりと主張する当事者に挙証責任を負わせている⁶¹⁾。

提訴前請求の最低限の内容として、株主は、不正行為を働いたとされる者を特定し、不正行為の根拠事実およびそれにより会社に生じた損害を明らかにするとともに、会社が是正措置（remedial relief）を講じるよう要求しなければならないが、通常、法律上の根拠、請求の要件事実、または具体的な損害額を株主が明らかにする必要はなく、不正行為者に対していかなる根拠の下にいかなる請求をするのかについての判断は、取締役会の権限に属する⁶²⁾⁶³⁾。なお、有効な提訴前請求であると認められるためには、請求をする株主が誰であることを示す必要がある⁶⁴⁾。その実質的理由として、株主が誰であるかということが分かれば、このことが請求で述べられている事実の真偽または重要性を見極める手がかりとなり得るし、取締役会が適切な形で他の手段を執ることもできるという点が挙げられている。そして、これを踏まえ、取締役会は、請求者に関する情報を知る権限

57) See *Yaw v. Talley*, C.A. No. 12882, 1994 Del. Ch. LEXIS 35, at *20-21 (Del. Ch. Mar. 2, 1994).

58) 前掲注 51) 対応本文参照。

59) したがって、株主代表訴訟の訴状を裁判所に提出した後に、取締役らに対して請求をしたとしても、すでに取締役らの取るべき行動が制約されてしまっている以上、そのような請求は適法な提訴前請求であるとは認められない。Shlensky v. Dorsey, 574 F.2d 131, 141-42 (3d Cir. 1978).

60) *Khanna v. McMinn*, C.A. No. 20545-NC, 2006 Del. Ch. LEXIS 86, at *50 n. 76 (Del. Ch. May 9, 2006).

61) *Yaw*, 1994 Del. Ch. LEXIS 35, at *25.

を有しており、当該情報を把握した後に初めて、不正とされる行為に対する是正手段を講じる義務を負うことになると説明されている⁶⁵⁾。

62) Allison ex rel. General Motors Corp. v. General Motors Corp., 604 F. Supp. 1106, 1117 (D. Del. 1985). See also, Yaw, 1994 Del. Ch. LEXIS 35, at *22-23. 本文にいう「是正措置」という表現からすると、提訴前請求における請求の内容には、会社による訴訟提起に限定されない具体的な対応（を講じるべきこと）が含まれるものと解される。解説書などで corrective action とか corrective measures と表記されているのも、同様の趣旨であると考えられる。

ちなみに、提訴前請求に相当する行為として、連邦民事訴訟規則 23.1 条サブセクション (b) (3) (A) では「その欲する訴訟を確保するために原告が取った一切の行動 any effort by the plaintiff to obtain the desired action」、デラウェア州衡平法裁判所規則 23.1 条サブセクション (a) では「その欲する訴訟を確保するために原告が取った一切の行動 the efforts, if any, made by the plaintiff to obtain the action the plaintiff desires」、米国法律協会の模範事業会社法 7.42 条では「適切な訴訟を提起することを会社に求める旨の書面による請求が行われていること a written demand has been made upon corporation to take suitable action」、そして米国法律協会の「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と提言」7.03 条サブセクション (a) では「訴えを提起し、または適切なる是正手段を講じることを取締役会に求める旨の書面による請求 a written demand upon the board of directors of the corporation, requesting it to prosecute the action or take suitable corrective measures」と表記されている。ここで「action」はすべて「訴訟」と表記しているが、最後に挙げた規定を除き、訴訟を含む行為ないし措置という抽象的な意味に解したほうが適切であるのかもしれない。しかし、一部の州法において株主への提訴前請求が必要とされている理由の説明として、当該請求において要求されているところの「訴訟 legal action が会社の最善の利益に合致するか否かを株主の過半数が判断すること」にあると述べた判決がある (Harthen v Brown, 730 N.E.2d 859, 868 (Mass. 2000)). この点に関連して、前掲注 32) 参照)。また、「提訴前請求は、取締役がまずもって、『検討を経た後の見解によれば会社の最善の利益に合致する』訴訟 actions を承認するという義務を履行することができるよう、彼らに対し、正しく、かつ十分に、訴因となり得る事柄 the potential cause of action を伝えるものでなければならぬ」という判例の説示 (Stoner v. Walsh, 772 F. Supp. 790, 796 (S.D.N.Y. 1991).) も、訴訟という表記をすることの根拠となる（「訴訟」という意味での「action」は可算名詞で複数形をとり得るが、「行為」という意味での「action」は不可算名詞である）。

以上を踏まえ、本論文では、提訴前請求において株主が求める「action」を「訴訟」と表記しつつ、これは、訴訟だけでなく、法的な救済手段を幅広く含む趣旨であることを明らかにしておきたい。そして、このこと（請求の内容は訴訟の提起に限定されないこと）を踏まえて、株主代表訴訟の提起の前に株主が会社に対して行うべき請求 (pre-suit demand) のことを、本論文では原語の通り「提訴前請求」と表記する。

IV 補説：株主代表訴訟における会社の当事者としての地位

米国の株主代表訴訟において、会社は裁判によって実質的に利益を受ける者 (the real party in interest：実質的利益当事者) であり⁶⁶⁾、かつ、当該訴訟において必要な当事者 (necessary party：必要的当事者)⁶⁷⁾であるとともに欠かすことができない当事者 (indispensable party：不可欠当事者)⁶⁸⁾である⁶⁹⁾⁷⁰⁾。会社を当事者としていない株主代表訴訟が提起された場合、被告の申立てに基づいて、裁判所は管轄を有しないことを理由に当該訴訟を却下する⁷¹⁾。つまり原告は、

63) 株主が行った通知が提訴前請求にあたらないと認定された事例の多くは、取締役会に講じさせたいと欲する措置が通知の中で具体的に述べられていないことを理由としている。See, e.g., *Seibert v. Harper & Row, Publisherrs., Inc.*, C.A. No. 6639, 1984 Del. Ch. LEXIS 523, at *6 (Del. Ch. Dec. 5, 1984) (通知は、株主の懸念事項および取締役会との協議要求を述べているにとどまり、具体的な是正措置を要求するものでないと指摘); *Herd v. Major Realty Corp.*, C.A. No. 10707, 1990 Del. Ch. LEXIS 211, at *24 (Del. Ch. Dec. 21, 1990) (通知は合併の中止と株主総会の延期を求めるのみであって、株主代表訴訟で行われるべき請求について述べていないと指摘); *Brook v. Acme Steel Co.*, C.A. No. 10276, 1989 Del. Ch. LEXIS 61, at *7-8 (Del. Ch. May 11, 1989) (通知は取締役らに対する勧告を内容としていて不正行為を特定しておらず、不正とされる行為の真偽を見極めていかなる措置を講じるべきかを判断するのに必要な情報を含むものでないと指摘); *Blasband v. Rales*, 971 F.2d 1034, 1051 (3d Cir. 1992) (情報提供を求めるだけの書状は提訴前請求にあらず、取締役会は当該書状に基づいて行動を取る義務を負わないと説示); *Shenk v. Karmazin*, 867 F. Supp. 2d 379, 382 (S.D.N.Y. 2011) (係属中の反トラスト法違反にかかる集団訴訟を挙げるのみでは、不正行為とされるところの取締役の信託義務違反を述べたものとはいえないと判示)。

64) See *Smachlo v. Birkelo*, 576 F. Supp. 1439, 1444 (D. Del. 1983) (株主の代理人を名乗る者が、本人が誰であるかを具体的に示さないまま会社に提訴を求める通知をしても、それは適法な提訴前請求にあたらぬ)。

65) See *Potter v. Hughes*, 546 F.3d 1051, 1057-58 (9th Cir. 2008)。

66) DeMott, *supra* note 32, § 1.1 para. 4.

67) 訴訟当事者となることが必要とされる者。裁判権が及ばないなどの正当事由がある場合には、この者を欠くこと理由に訴えが却下されることはない。小山貞夫編著・前掲注18) 735頁。

68) いかなる場合であっても当事者としなければならない者。小山貞夫編著・前掲注18) 546頁。

69) DeMott, *supra* note 32, § 4:7 para. 3.

70) See, e.g., *Koster v. (American) Lumbermens Mutual Casualty Co.*, 330 U.S. 518, 522 n. 2 (会社は不可欠当事者であると指摘), *citing* *Davenport v. Dow*, 85 U.S. 626 (1873) (株主代表訴訟において会社は実質的利益当事者であり、これが当事者とされない限りは、衡平法上、裁判所の管轄権 [cognizance] が生じないと判示)。

株主代表訴訟の提起に際して、会社を原告または被告のいずれかの当事者としておかなければならない。

株主代表訴訟において、会社が不可欠当事者とされていることの理由は、裁判を通じて回復される利益の一切が会社に帰属することに求められる⁷²⁾。また、被告の保護という理由も挙げられる。すなわち、会社を当事者としていないために、会社を拘束する (conclude) 判決が出されないということになると、ある株主が提起した裁判において被告が防御に成功したとしても、そのたびに別の株主が同一の訴因に基づいて新たな裁判を起こすことになるというのである⁷³⁾。

会社を株主代表訴訟の当事者とする場合、会社は原告と被告のどちらに組み入れられる (align) のかという問題がある⁷⁴⁾。原告の請求が認められた際に会社が一切の利益を享受することからすれば、会社は原告の地位を与えられるべきであるといえる一方、原告と敵対する関係にあるところの被告によって会社が支配されているのであれば、会社は被告の地位を与えられるべきであるということもできる⁷⁵⁾。こうした点を踏まえ、株主代表訴訟において会社が当事者として原

71) *Tuscano v. Tuscano*, 403 F. Supp. 2d 214, 225 (E.D.N.Y. 2005) (必要的当事者であるにもかかわらず会社を当事者としていないことを理由とする、被告の訴え却下の申立てが認められた)。原告が会社を当事者としていないにもかかわらず、被告がこのことを理由とする管轄不存在の抗弁を第1審裁判所に提出しないとき、被告は、当該抗弁の主張を放棄したものとみなされず、上訴審において管轄権不存在の主張をすることができる。*Liddy v. Urbanek*, 707 F.2d 1222, 1223 n.2 (11th Cir. 1983)。

72) *See, e.g., Ross v. Bernhard*, 396 U.S. 531, 538 (1970) (他の理由として、会社が判決に拘束されることも挙げる。*Id.*)。

73) *Greenberg v. Giannini*, 140 F.2d 550, 554 (1944)。

74) これは、連邦裁判所の管轄 (diversity jurisdiction, 28 U.S.C. § 1332) を認める際に必要となる州籍相違 (diversity of citizenship, 原告と被告との間において、その市民権 [citizenship] の重複が一切生じないこと) の存否を論じる際に、重要な意味を持つ。原告が市民権を有する州と会社の設立州 (28 U.S.C. § 1332 (C) (1) 参照) が同じである場合、連邦裁判所において株主代表訴訟を提起するためには会社を被告とすることができず、被告が市民権を有する州と会社の設立州が同じである場合、会社を原告とすることができないということになる。連邦裁判所の州籍相違管轄について、浅香・前掲注26) 26~29頁参照。

75) *DeMott, supra* note 32, § 4:7 para. 7. 本文で続けて述べているように、会社と原告との間の対立関係が原告・被告の地位の分別に際して考慮されるという点にかんがみれば、裁判の開始と追行において原告株主と会社とが協調的な関係を保つことができるかどうか、会社の原告または被告として有すべき地位の認定に際して重視されているということが出来る。

告または被告のどちらに組み入れられるのかという問題は、事案の性質を踏まえつつ形式的見地から処理されている。そして、次に述べるように、会社の原告または被告としての地位は、会社が原告株主と対立する関係にあるか否かという点を基準にして判定される。

連邦最高裁判所のドクター対ハリントン事件判決 (1905年)⁷⁶⁾では、原告株主と会社との間の対立関係の存否というものが、会社の被告または原告としての地位を認めるに際して考慮されることが明らかにされている。それによれば、株主代表訴訟において原告の利益と会社の利益は究極的には一致するものであるが、原告と敵対する者によって会社が支配されることもあり得るのであり⁷⁷⁾、その場合、会社は原告の権利を損なう行動を取る事となる。いいかえれば、原告の利益ひいては会社の利益は、原告と敵対する者の違法な目的に従属させられることになりかねない。このような紛議を生じるのであれば、そして、連邦裁判所の管轄を認めるべき要件が他に充足されているのであれば、株主代表訴訟は、(会社を被告とする形で：筆者注)⁷⁸⁾連邦裁判所において提起することができるというのである⁷⁹⁾。

ドクター対ハリントン事件判決は、株主と会社との間の対立関係の有無が、当事者としての会社を原告または被告のいずれかに組み入れる際に考慮されること、そして、この対立関係が、原告株主と、会社を支配している者⁸⁰⁾との間の対立関係によって示されることを明らかにした。しかし、対立関係 (antagonism) それ自体の定義を具体的に示さなかったことから、本判決以降、多数の裁判例で様々な定義が試みられてきたのであるが⁸¹⁾、連邦最高裁判所のスミス対スパーリング事件判決 (1957年)⁸²⁾およびスワンソン対トレイア事件判決 (1957年)⁸³⁾

76) Doctor v. Harrington, 196 U.S. 579 (1905).

77) 原文：“[T] he corporation may be under a control antagonistic to him...”

78) 本件で被告は、会社が原告の地位を有するべきであり、その結果州籍相違の要件が充足されなくなるとして、訴えの却下を求めているのであるが、連邦最高裁判所は、原告との対立関係のゆえに会社は被告の地位を有するとし、連邦裁判所の管轄を認めた。

79) Doctor, 196 U.S. at 587.

80) 本件では、支配株主である取締役。

81) DeMott, *supra* note 32, § 4:7 para. 9.

82) Smith v. Spering, 354 U.S. 91 (1957).

によって対立関係の一般的定義が確立され、今日に至っている⁸⁴⁾。

スミス対スパーリング事件判決によれば、株主と会社支配者との間の対立関係は、広義に捉えられている。ここにおいて会社の支配者とは、会社の経営において支配的地位にある者であると解されており、集団としての経営陣および経営陣において有力な地位を有する者が念頭に置かれている⁸⁵⁾。そして、株主と会社経営陣との間の対立関係は、有力な役員および取締役が不正行為をしたという場合に限らず、経営陣が株主と決定的に対立していることを示す何らかの具体的事実があれば認められるという⁸⁶⁾⁸⁷⁾。ただし、裁判所には、対立関係の根拠事実を究明することは求められていないのであり、訴状の文面および紛争の性質という形式面から、対立関係の有無を判断するのが適切であると説示されている⁸⁸⁾。株主代表訴訟の提訴要件であるところの提訴前請求に関連していえば、問題とされる取引について原状回復をする undo ことを経営陣が拒む場合、または、経営陣がそのような取引の承認を強行し、当該取引の取消しを株主が請求すること any demand to rescind が無益であると考えられる場合には、対立関係は明白であるという⁸⁹⁾。つまり、提訴前請求をして拒絶されたとき、および、提訴前請求は行われていないが、それをしても無益であると考えられるときであるならば、対立関係が認められることとなる。また、スワンソン対トレイア事件判決は、会社経営陣が、その理由の当否にかかわらず、株主による訴訟の提起に明確に反対

83) Swanson v. Traer, 354 U.S. 114 (1957).

84) DeMott, *supra* note 32, §4:7 para. 10.

85) 原告が会社を支配することができる力を有する場合には、原告と会社との間に対立関係はなく、会社は原告に組み入れられることとなる。

86) *Smith*, 354 U.S. at 95 & 97 (株主と会社経営陣とが、会社の事業活動と政策をめぐって完全に、かつ解消不能なほどに争っている oppose と思われる場合には、対立関係が存在する)。

87) 会社がその利益のために自ら行動を取ることができない場合——消極的な形で、原告の意向に反する状況に至った場合——には、会社と株主との間の対立関係は認められない(会社は原告の地位を有するべきこととなる)。See *Gibson v. BoPar Dock Co.*, 780 F. Supp. 371, 375 (W.D. Va. 1991) (訴訟提起の前に会社の役員と取締役が全員辞任し、会社の利益のために意思決定をする能力が失われた状態にあり、しかも株主は、原告グループと被告グループがそれぞれ株式を半分ずつ保有しているため膠着状態にあった)。

88) *Smith*, 354 U.S. at 96.

89) *Smith*, 354 U.S. at 97.

している場合には、株主と会社経営陣との間の対立関係が認められるとする⁹⁰⁾。この結果、株主代表訴訟が提起される一般的な状況（提訴前請求が会社により拒絶されたが、株主がその不当性を証明することができる場合⁹¹⁾、および提訴前請求をすることが無益であるために当該請求をしないで株主が訴訟を提起する場合）において、会社は被告の地位を占めることとなる。

なお、株主代表訴訟において会社が被告に組み入れられるときであっても、会社は実質的利益当事者であることから、本案にかかる防御に参加することはできない⁹²⁾。また、原告が適格を欠くことや、特別訴訟委員会の決定に基づく抗弁⁹³⁾など、訴訟提起にかかる原告の権利を会社が争うことは許されるが、会社のために提起され、会社が利益を受けることとなる裁判について、訴えの利益を攻撃することはできない⁹⁴⁾。

(以下次号)

90) *Swanson*, 354 U.S. at 116.

91) 提訴請求の拒絶が不当であることは、株主代表訴訟を適法に提起するための要件であるが（Ⅲ 1・2 参照）、会社が被告の地位を占めることを裏付けるためには、提訴請求が拒絶された事実があれば足りる。

92) *Sobba v. Elmen*, 462 F. Supp. 2d 944, 947 (E.D. Ark. 2006) (“[The corporation] cannot participate in the defense on the merits.”), *citing* 13 FLETCHER CYCLOPEDIA OF THE LAW OF CORPORATIONS § 5997.

93) 会社の最善の利益に合致しないため、提起された株主代表訴訟が終了されるべきであること。Ⅳ 1 およびⅤ 1 参照。

94) *Patrick v. Alacer Corp.*, 167 Cal. App. 4th 995, 1005 (2008).