

# 会社法研究会 第7回議事要旨

## 第1 日時

平成28年7月21日(木) 17時40分から20時30分まで

## 第2 場所

公益社団法人商事法務研究会会議室

## 第3 出席者

座長 神田秀樹

座長代理 神作裕之

委員 飯田秀総, 中西和幸(沖隆一代理), 加藤貴仁, 久保田安彦, 小林俊明, 後藤元, 青克美(静正樹代理), 竹林俊憲, 田中亘, 渡部孝彦(田原泰雅代理), 中東正文, 野澤大和, 野村修也, 長谷川顕史, 藤田友敬, 邊英基, 堀越健二, 前田雅弘, 松元暢子, 安永崇伸

ゲスト 三瓶裕喜, 竹内豊

## 第4 議事概要

研究会資料(8)及び参考資料(10)から(12)までについての各提出者からの説明及びこれらの資料に記載の事項についての意見交換がされた。出席者の主な発言の内容は、以下のとおり。

### 1 研究会資料(8)第1「株主による資料収集」について

- 実際の訴訟において、不提訴理由通知は、一部の事例では、被告や会社の主張の頭出しとして機能するものもあるけれども、多くの事例では、概括的・抽象的な記載にとどまり、調査内容やその基礎とした資料を具体的に記載したりその内容を明らかにしたりするものは少なく、不提訴理由通知によって事実関係が明らかになったり争点が整理されることはほとんどないようである。
- 実際には、裁判所が被告や補助参加している会社に事実関係の説明や証拠提出を働きかけると、公開会社においては、多くの場合に、このような働きかけにはそれなりに応じてくれているようである。ただし、原告の主張が抽象的であったり、善管注意

義務違反の範囲を絞り込まないまま推移したりする場合には、被告が事実関係の説明に消極的なときがあるようである。

- 被告側に会社が補助参加できるという制度を前提にすると、会社からは被告側に有利な資料ばかり裁判所に提出されるという問題は構造上存在していると思われるので、例えば研究会資料（８）３頁の②のような提出命令の制度は考えられる。あるいは、少なくとも代表訴訟に関しては、会社は訴訟当事者ではないけれども、現行の会社法第４３４条及び第４４３条のような提出命令の制度を設けるということは前向きに検討していいのではないか。
- 証拠が足りないというのは分かるが、原告株主に直接証拠を見せないといけないかどうかについては疑問がある。株主としての権利行使をできなかった者がいきなり代表訴訟を起こして何か見られるようになってしまうということは問題ではないか。日本では、株主に直接証拠を見せる必要はないという発想で、不提訴理由通知書を代表訴訟で機能するような形にする、又は代表訴訟の中で検査役を使って事実を調べさせる等会社法の枠内で整理することは考えられる。
- 代表訴訟提起権は単独株主権であるのに対して、各種の情報収集権の多くは少数株主権とされており、行使条件が必ずしも合致していないことが問題だ。このミスマッチを解決する方法として、直接株主に開示される不提訴理由通知書の記載事項を見直すというのはあっていいのではないか。具体的にどう記載事項を見直すかというのはかなり難しい。帳簿閲覧権などを単独株主権にするというのは、端的にミスマッチを解決する方法だと思うが、濫用がかなり懸念されるので、代表訴訟が実際に提起された場合に限ってという条件設定は必要ではないか。そうだとすると、研究会資料（８）３頁の②の職権で裁判所が命じることができるという方がいいのではないかと思うが、これを目当てに代表訴訟を提起するという可能性があるので、「第４ 会社の利益にならない訴訟」への対応策とセットで考える必要があるのではないか。
- 第三者委員会の実情として、第三者委員会が一生懸命やったとしても、必ずしも会社から証拠が出ないという可能性もある。機密事項を第三者委員会だけに限定してようやく見せてもらえる場合には、その信頼関係上、裁判所にも出せないという話も出てくるので、証拠提出という意味では、機密のバランスとの兼ね合いを確保しておかないと、実質的に機能しなくなる。
- 第三者委員会の調査報告書格付け委員会の理想が高いので、一般的に見たらよくで

きているものでもFになっているかもしれない。

- 不提訴理由通知書の立法の経緯としては、訴訟委員会をいきなり創設するのは現状ではどうかという議論があって、会社内部でしっかり調べた上で、これは提訴に値しないという実務の積み重ねから、将来的には訴訟委員会のようなものも視野に入るのはないかという議論の中から出てきたので、そこをどう考えていくのかという議論をした方がいい。
- 民事訴訟はやってみないと争点が明らかにならないので、例えば不提訴理由通知書の記載事項をたくさん並べられても、結局はそれが表層的な記載にとどまってしまうのではないか。
- 株主の資料収集手段が拡充されることによって、濫用されるおそれを懸念している。証拠の偏在は、代表訴訟に限らず、建築紛争や医療過誤、薬害など他の訴訟にもあるので、会社法の代表訴訟だけを特別に扱う必要があるのか。会社法では、不提訴理由通知書や会計帳簿の閲覧請求等の道具が用意されており、むしろ他の訴訟よりも道具立てはそろっているのではないか。
- 代表訴訟に限らず、民事訴訟制度全般で証拠とはどういうものなのかを考えると、代表訴訟だけを特別扱いする必要があるのか。会社が補助参加している場合には、裁判所の訴訟指揮が非常に強く、任意と言いながらもかなり強く証拠の提出を求めてくる事例が多く、会社にはそれに抵抗できるだけの材料がない。不提訴理由通知書の制度ができたことによって、訴えざるを得ないと思ったときには監査役が提訴しているのではないか。不提訴理由通知書が有効に機能していないのかということは実証的に考えるべきではないか。上場企業の場合は特にネットで公表する等訴訟外での証拠の目的外利用が懸念される。また、中小企業の内紛事案のうち、証拠目当てで代表訴訟を提起する等の濫用的事例では、代表訴訟に固有の特別な資料収集手段を認めるとなると、中小企業的にはかなり問題が膨らむのではないか。
- 不提訴理由通知の中身を作って資料を検討して適切に証拠の標目も並べて「これで提訴理由がありません」と出すと、結構な確率で訴訟を諦めるケースが多い。他方で、いいかげんな不提訴理由通知書を書くと裁判所が会社に対しあれこれ証拠を出せと言うのが実情かもしれない。現行制度でも会社が一生懸命やれば、結果的に会社の秘密流出も防ぐことができ、トータルでは現状で問題はないのではないか。
- アメリカでは、広範なディスカバリーがあるが、他方で、最初のプリーディングの

段階が結構厳しくて、特に普通の経営判断に関する事例では、プリーディングの段階においてサマリージャッジメントで請求棄却するので、結局ディスカバリーが行われないという実務がある。日本でも、疑わしい事件に絞って、裁判所による証拠提出命令を出させるといった制度なら考えられるのではないかと。ただ、代表訴訟だけ殊更に制度を設ける理由があるかは考える必要がある。自己使用目的の内部文書というルールは、誰の利益を保護しているのか分からない制度になっていること等を踏まえると、会社法だけに特別ルールを設ける理屈を考えるのが難しく、基本的には民事訴訟法全体で考えなければならないのではないかと。

- 証拠の偏在の問題は、代表訴訟に限定されるものではないが、あえて理屈を考えると、代表訴訟というのは、建前としては一応会社のためにということになるので、自己利用文書の適用に当たって、例えば、代表訴訟については、会社が自己利用というときには、株主が使うことも含んでいる等、解釈を変えるぐらいのことはあり得るかもしれないが、余り筋の良い議論ではない。
- やるのだったら民訴全体で変える必要がある。どこまで今何を変えるのかというと、弁護士会のアンケートによれば、裁判所が強力な訴訟指揮を執っているのがかなりのことはできる気がするのですが、何かを具体的にする必要はあるかという躊躇される。その上で、不提訴理由通知書の記載事項を見直す場合に、取締役の責任があるかもしれないが、こういう事情で今回は提訴しないということがあるのだとすると、責任があることを基礎付けるような資料があるのであれば、それを不提訴理由通知書に記載させるということを明確に規定するというのの一つだと思う。
- 形式にすぎないが、調査の内容とかというものを、会社法施行規則ではなく、正面から法律の条文に書くことを考えてもいい。
- 不提訴理由通知書は玉石混交である。取締役の責任を基礎付ける資料の標目を含め不提訴理由通知書を適切に記載するように、法令でも後押しをして、それを守っていないところについては、裁判所が強力な指揮をする。そこまでにとどまって、文書提出命令まではいかないというのが健全な姿だ。
- 果たして株主代表訴訟を他の民事訴訟と本当に一緒に考えてしまっているのか。会社法の代表訴訟は、取締役の会社に対する責任だけは実効的に追及できるようにするためにある。特に違法行為の抑止、ひいてはそれが国民経済に資するという観点から、取締役の会社に対する責任だけは別に考えた方がいいのではないかと。

- 取締役の責任追及については、一株主に委ねる前に、会社法上の機関としては監査役や監査委員がいて、監査役等は会社の中の資料を調査したり報告を求めたりする強い権限を持っていることから、基本的には監査役等が動くというのが大前提である。
- 不提訴理由通知書の記載事項などを拡充することは、株主による証拠の資料収集というよりは、監査役等がよりしっかりと提訴するべきかどうかを判断することを促し、その結果として株主も諦めるだろうという効果を狙った改正の方向ではないか。株主の資料収集という観点からの改正であれば、不提訴理由通知書が実際の代表訴訟でどういうふうに関実に使われていて、どういう使われ方が望ましいのかを考える必要があるのではないか。
- 単独株主権か少数株主権かという点については、ある程度の数をまとめて取れば、裁判を通じて秘密を漏洩できてしまうことを考えると、数の問題ではなくて、証拠の行き先や管理等を考えるのが現実的ではないか。監査役か、裁判所かということで客観性を担保しつつ、証拠に触らせないことで秘密保護及び秘密流出防止をする方が、現実的には秘密漏洩が起こりにくいのではないか。
- 不提訴理由通知書の内容の充実に加えて、検査役選任のハードルを下げ、適切に審理できるようにするという方が健全ではないか。
- おそらく不提訴理由通知書の内容を拡充してもやはり抽象的なことしか書けないのではないか。会社の利益にならない訴えを却下することとセットでやらなければ駄目なのではないか。

## 2 研究会資料（8）第2「補助参加」について

- 会社法第849条第1項の解釈として、補助参加の利益は必要なのではないか。この条文はできると書いてあるが、それは、会社法は禁じていないということであって、本当にできるかどうかは民事訴訟法の要件によって決まるというようにしか読めない。その解釈を前提にすると、会社が補助参加するのは会社自身の利益を守るときだけなので、取締役の訴訟費用を補償するのとは違う。他方、何の補助参加の利益も必要なく参加できるのだとすると、補償との衝突のようなことが起こるのではないか。
- 補助参加の利益は必要であると考えますが、その立場に立つとすると、例えば、取締役の個人的な権限逸脱行為を原因とする損害賠償請求が代表訴訟で問題になっているときは、補助参加の利益なしとなると思う。そうすると、補助参加はできないが、補

償の前払を認めるとすれば、もしかしたら補償が認められるかもしれない。それが矛盾しているのかが必ずしもよく分からない。補助参加の場合は、訴訟行為を会社自らが補助参加人としてやるということなので、訴訟行為ができることを認めるかどうかの問題と、事実上防御費用を肩代わりしているということで矛盾が生じるというのは、次元が違う議論であるようにも思える。

- 補助参加の利益は必要であるという解釈は学説では有力ではあるが、実務ではおそらく一顧だにされていない。参加の利益が事実上無制限に認められるとなると、補助参加を通じて、事実上被告の防御費用を会社が肩代わりする問題がかなり深刻に出てくることになる。それはそもそも参加の利益の解釈が間違っているからだというのは、その通りかも知れないが、何もしないと事態はそのまま放置されるだけではないか。
- 参加の利益を要求し、補助参加できる場合を限定するなら、例外的に補助参加が認められるような場合であれば、事実上被告の防御費用を会社が肩代わりする結果になってもよいという議論はできるかもしれない。補助参加できる範囲をどの程度絞るか次第で、会社補償の認められる範囲との整合性が出てくるが、必ずしも両者を一致させる必要はない。
- 補助参加の利益が必要だというのは、訴訟法の議論としては分かるので、もしそうであれば、明文で確認した方がいいのではないか。補助参加を取締役側が訴訟に応訴することを応援するような流れで捉えれば補償と共通してくる。しかし、補助参加を会社が訴訟行為をするための特別な行為であると捉えれば会社の利益になるときしかできないということになるのか。そのように整理すれば、補償とは一緒に整理する必要はないが、解釈だけでやるのは厳しいのではないか。
- 補助参加の利益が必要ないという解釈が実務で残っているという話なので、規定ぶりはともかく、何か書いた方がいいのではないか。
- 補助参加の利益は、訴訟の中で例えば会社が違法行為をしたということが宣言された場合に何か不利益を被る場合に認められるので、違法行為を故意でやった人と監視義務違反の問題があった人はおそらく同じ利益はあるのではないか。違法行為を故意でやった人については、おそらく補助参加の利益はあるが、監査役としては、参加するのは善管注意義務違反になると説明することになるのではないか。補助参加の利益があるとしても、善管注意義務違反に問われるような参加があると思う。
- 実務では、補助参加の利益は求められなくなったという理解である。仮に補助参加

の利益が必要だと明文化されるなら、補助参加の利益がどこまで厳格に求められるのかを明らかにしてほしい。

- 修正前の第162回国会提出会社法案第847条第1項第2号は、役員に責任があるかもしれないが、いろいろなことを考えると望ましくないという判断で却下を求めていることができるとしていた。それを前提として参加の利益も判断されることになり、そうすると無制限に参加が認められるということは一貫していたように思われる。会社法制定時に当該規定を落としながら、参加の利益は限定されないという解釈を余り議論のないままに入れたことが問題だったように思われる。したがって、裁判所による代表訴訟の裁量却下とも併せて、補助参加について検討した方がいい。
- 最高裁の判例は、会社の意思決定の適法性が問われるということなので、例えば、会社としての意思決定が制定法の規範に違反しているという理由で株主が代表訴訟を起こした場合には、補助参加の利益はあるということになる。他方で、取締役による横領が理由になっている場合には、会社としてそれが根拠薄弱で絶対にそのような事実はないと考えていたとしても、補助参加の利益はないということになる。補助参加というのは会社自体の利益になるということであって、被参加人を助けるというのは利益ではないというのが民事訴訟法の一般原則なので、取締役を助けるというのは、補償の仕組みの中でやっていくべきではないか。
- 代表訴訟は訴訟の構造として普通の訴訟とは違って勝手に他の人が訴えてくるところもあるので、それに応じた対応をする余地がないわけではない。会社法上、会社補償ができるようになって、さらにD&O保険で会社が費用負担をできるようになったとしても、弁護士費用を誰が支払うのかということ以上に、補助参加を使う積極的な意味が実務にはあるのか。

### 3 研究会資料（8）第3「訴訟上の和解」について

- 単に代表訴訟が提起されたということだけではなく、和解内容まで通知又は公告しておかないと十分に参加の機会を保障したことになるという指摘は理由があると思う。しかし、なれ合いによって他の株主が害されるという危険は、実質的には和解に限らず判決でもあり得る。判決は、和解と違って裁判所が内容にまで関与することにはなるが、原告株主と被告取締役とでなれ合って自白してしまえば、実質的に一部免除のような判決となることもあり得る。判決と同じように、なれ合いの和解につい

ても、参加の制度、再審の制度、悪意の株主の損害賠償責任の規律が及び得るし、代表訴訟が提起されたこと自体の通知又は公告により最低限の参加の機会が保障されているのだから、判決とそろえて今のままでいいという理屈も成り立ち得るのではないか。

- 実務的な感覚としては、和解内容の通知又は公表があると和解へのディスインセンティブが働く可能性が高く、結局和解はできないのと等しい状態になってしまう可能性が高いのではないか。社会的活動をやっている株主が大企業の取締役に対し代表訴訟を起こした場合は、役員が負け筋の訴訟なら、和解の際に和解内容の公表が条件に付いてしまうことが多い。他方で、中小企業の内紛絡みの代表訴訟が起こった場合は、現実に取締役から会社にお金を戻させるということが重要なので、公表は重要な要素ではない。和解内容の公表がネガティブに働き、本当は会社のためにならないということもあり得る。和解内容の公表については慎重に考えてほしいというのが実務的な感覚である。
- 和解内容の通知又は公告という手当てと、和解内容を知らされたくない場合については、裁判所の承認又は認可という形で、通知又は公告は要しないという手当ての2本を用意し、訴訟の当事者等には入り口で2つの選択肢があるという形にしてはどうか。
- 取締役にとっては、和解内容が開示されて個人の財産を抛出するという行為を外部の人に知られることは極めて抵抗感が大きいことは事実である。また、何人も被告がいる場合には、その後で分担の問題になったりすることもあり、話が外に出ると壊れやすいという問題がある。
- 訴訟で適時開示が求められるのは、基本的に、上場会社が当事者として訴訟を受けた場合で、会社の財産に大きな影響のある場合等について、それが始まったときと、判決や和解も含めて終結したときである。代表訴訟が終結した場合も、会社の財産に大きな影響がでる場合等については、適時開示を行うことになる。
- 和解で支払われる金額が少ない場合など、和解が開示されない場合には、被告となっている役員に、「これはオープンにならないから払ってください」という話はしやすくなるのではないか。
- 和解は非常にナイーブな話なので、外からの声によってそれが思うように進まなくなるというのは、現実としてはある。和解しようとしたときに仮に公告を求められる



とすると、それに異議のある株主が次々に参加して訴訟が継続していくリスクはある。再審の請求の制度が既にあるので、現実的には割り切って現行の制度のままということが望ましいのではないか。

- アメリカでは、和解をせずに、訴訟を継続すると、弁護士費用が積み重なっていくので、公表されたとしても和解した方がましであるということがある。また、弁護士主導で訴訟が起きて和解するという話になってくると、その和解内容が会社にとって利益があるのかを公表することによって担保するという側面がアメリカではある。他方で、日本では、どちらの要素も当てはまらないが、例えば社会運動的な代表訴訟が起きたときに、社会運動が主な目的であって、会社の利益には必ずしもつながっていないということを、きちんと明らかにしておくことも意味があるように思われる。
- 和解に裁判所の許可を必要とすべきだという考え方には、免除に全株主の一致が必要なのに、和解の場合だけやけに緩いという均衡の観点がある。また、アメリカの実務でなぜ和解に裁判所の許可が要求されているかという点、余り会社にとって実質的な救済にはならないのに弁護士費用を取るといったタイプの和解があり、日本のなれ合いとはまた違うレベルのなれ合いがある。そういう場合に、裁判所が許可することがどの程度効果があるのかは必ずしもはっきりしないが、「裁判所が見ているのだよ」ということで多少はましなるのではないか。日本でそのような制度を設けても、今でも裁判所が和解勧誘で指導力を発揮しているというのであれば、今やられている実務に大きな阻害をもたらすこともないし、他方で、裁判所は許可した理由を簡単にでも書かないといけなくなるので、濫用的な和解に歯止めをかける効果はあるのではないか。
- 裁判官が、本当に和解を許可した理由として合理的なことを書けるのかどうかはよく分からない。裁判所の許可でいいのかどうかは考えなければいけないが、濫用的な和解がないとは言えないので、それに対する一定程度の歯止めというものは何かで掛けなければいけないのではないか。
- 和解についても誰か会社を代表するかについての定めがなければならなかったのではないか。結論的には、訴訟で代表すべき人が和解で代表すべきである。したがって、和解を代表するのは、監査役又は監査等委員会が選定した監査等委員等であり、さらに、和解も利益相反取引なので、取締役会の承認も必要とすべきである。なお、そのように考えた場合には、和解するために他の監査役等の同意は必要ない。
- やはり訴訟上の和解には私法上の実体的な権利の処分という要素があるので、利益

相反取引に関する規律が適用されるかも問題となるのではないか。

- 監査役等が代表するという前提をとった場合には、その前提として通知を監査役等にするというルールを決める方がいい。通知を受け取らせることで、監査役等が代表するということが書きやすくなるかもしれない。
- 監査役設置会社は独任制でよいが、監査等委員会設置会社又は指名委員会等設置会社において、どこまで独任制が認められるのかは整理する必要がある。

#### 4 研究会資料（8）第4「会社の利益にならない訴訟」について

- 平成25年以降の地方裁判所における株主代表訴訟の既済事件に関して、認容又は認諾で終了した件数の全体に占める割合は、概ね、平成25年で16%、平成26年で21%、平成27年で7%であり、棄却又は却下で終了した件数の全体に占める割合は、概ね、平成25年で28%、平成26年で31%、平成27年で55%であり、和解で終了した件数の全体に占める割合は、概ね、平成25年で23%、平成26年で24%、平成27年で16%であり、取下げで終了した件数の全体に占める割合は、概ね、平成25年で33%、平成26年で23%、平成27年で19%であるという調査結果がある。
- 少数株主権とした場合に、1%や議決権300個というレベルになると、健全な代表訴訟を大きく抑えてしまうことになるのではないか。他方、訴訟委員会制度についても、訴訟委員会の判断をそのまま尊重するには相当無理がある。会社法制定時に落ちてしまった第162回国会提出会社法案第847条第1項第2号の要件を改善する方が、訴訟委員会制度を入れるよりは健全な制度になる。
- 提訴請求の不提訴理由通知で十分機能している例もあり、また、かえって紛争が長引いてしまうリスクもあるので、訴訟委員会はない方がいいのではないか。
- 濫用的な代表訴訟とは何であって、正常な代表訴訟とは何であるのかを定義する必要があるが、その議論が進んでいない。アメリカでの濫用的な代表訴訟としては、成功報酬目当ての弁護士が、請求が認容される可能性の低い事案について提訴し、D&O保険の範囲内で早期に和解しようとするというタイプがよく挙げられる。日本で同様のものがあるかは分からないが、証券訴訟では弁護士が主導する事案も現れて来ており、代表訴訟においてもアメリカのような濫用例が起きないという保証はない。また、代表訴訟の抑止効果をどう評価するかも重要である。この15年ぐらいで、日本企業

の、特に上場企業のコンプライアンス意識が非常に高まってきており、抑止効果としてプラスの意味がなかったとは言えないと思われる。例えば株式の1%を持っていないと訴えられないようにしてしまうと、社会運動的な側面もある、上場企業の法令違反行為の責任を追及するようなタイプの代表訴訟を壊滅させる効果を持ち得るわけだが、それがいいとは言い切れない。訴訟委員会制度は、結局訴訟が長引く方向に行き、余り意味がないことになる可能性もある。社外取締役を促進するために入れるというのは本末転倒である。一番あり得るのは、第162回国会提出会社法案第847条第1項第2号の復活だが、これも容易ではない。現状の評価や代表訴訟にどういった抑止効果を期待すべきかの検討など、もう少しゆっくり時間を掛けて考えた方がいいのではないか。

- 本来実証的に決めるべきことで、そのためのデータが十分にはないのではあるが、第一感としては、全国合わせて代表訴訟が少数しか起きていないものを更に制限する必要があるのかと考えている。原告が負ける訴訟ばかり起きているということになっていると問題ではあるが、認容率が15%や20%というのは、むしろ高いという印象を持っている。また、代表訴訟は、違法行為の抑止には役に立ったのではないか。企業向けアンケートの結果からすると、萎縮効果は企業もそんなに心配していないようであるが、それは、裁判所が経営判断原則などを作って通常の経営判断を保護しているからだと思う。何か更に制度的に制約する必要があるとは現段階では思えない。
- 弁護士が弁護士報酬目当てで代表訴訟を起こすというのは通常事態で、それは代表訴訟制度が予定していることである。特に上場会社の場合、株主が自分たちの経済的インセンティブで起こすというのは非常に期待し難いことなので、アメリカ的発想で、弁護士に私的に法を実現する主体になってもらうことを期待している制度で、それは弁護士がある程度合理的に行動する、つまり、勝ち目のありそうな訴訟を起こすというやり方で行動することが前提になっている。
- 代表訴訟に一定の制約を課した方がいいのではないか。一定の制約としては、訴訟委員会は問題外であるが、少数株主権とする場合には低めに定めることが考えられるのではないか。それだけではなくて、第162回国会提出会社法案第847条第1項第2号を見直すことも考えられる。さらに、不提訴理由通知書を充実させ、しっかり書けるような会社については、裁判所が却下できるようにするという建て付けも併せて入れるのがいいのではないか。

- 確かに件数だけでみれば多くないという評価はあるかもしれないが、単独の株主が会社全体の利益にならないような代表訴訟を繰り返し提起してくるというケースは現実にある。対応する側はエネルギーやコストも割くことになり、結果として株主の利益になっていないということは実感としてある。少数株主権化や訴訟委員会についてはもう少し議論を深めてほしい。不提訴理由通知書を裁判所等のステークホルダーがより尊重したり、担保提供命令を出しやすくしたりする実務上の工夫も必要ではないか。会社法第847条第1項ただし書の、加害目的の場合には却下ないしは提訴請求できないという制度が実務上ワークしていない。実際には極めて軽微な違法行為について嫌がらせ的に起こしてくる、訴訟マニア的な、やや愉快犯的な訴訟が起こったり、あるいは政治的又は社会的運動目的で代表訴訟が利用されていたりするので、そういう意味のないものはできるだけ排除できるような工夫をしてほしい。
- 会社の利益に反するような訴訟や適切代表性を欠くような訴訟をうまく排除できるような仕組みができるのだったら入れた方がいい。一番有望なのは、第162回国会提出会社法案第847条第1項第2号をリファインすることである。もう一つは、改善の策として、少数株主権というのもあり得るのではないのではないか。不提訴理由通知書などで開示させて、ある一定数以上の株主の賛成を得られればそのまま訴訟遂行できるとか、それに近いような形の設計がもし可能だったら、そういうものも考えられるのではないか。
- 会社の利益にならないというのは何なのかについて整理した方がいい。何となく会社の利益になるかならないかだけで問題を見るということでもいいのか。まず、原告株主として訴える人はどういう人が適切なのかを詰める必要がないか。会社の利益にならないという点については、無資力である取締役を被告とした訴訟で勝訴しても会社には一銭も入ってこない場合に、何のための訴訟なのだという議論がある一方で、その取締役が違法行為をやったということを裁判所に認めてもらうことに一定の会社側の利益があるのだという議論があった。まずは、その議論をした上で、会社法第847条第1項ただし書を新たな要件として作れるかどうかを議論した方がいい。
- 第162回国会提出会社法案第847条第1項第2号については、株式会社が過大な費用を負担することになると提訴請求ができないわけで、代表訴訟の一般的な抑止効果をどのように考えているのか不明という印象がある。そこを克服して一般的抑止効果を考慮してもなお訴訟が会社の利益にならない場合という要件を立てることは可

能かもしれないが、その要件の下でどこまで訴訟を切り分けることができるか。その要件の下で早く却下できるのは、取締役には責任があると分かっているが、一般的抑止効果を考慮しても、やはり会社の利益にならないということが、取締役の実体的な責任の有無を判断する前に分かるというケースだけになってきて、どこまでそういうものがあるのか疑問である。また、少数株主権化は、本当の零細株主を排除するというのなら分かるが、代表訴訟は、基本的に、個々の株主にとってはペイしないところを、弁護士費用を会社に出させることで起こさせるという制度になっているので、株主自身がどのくらい株を持っているかは余り重視されないのではないか。何のために少数株主権化するのかを少し考えた方がいいのではないか。

- およそ何もする必要がない可能性はある。理論的には少数株主権にしたからといって濫用的なものが減るわけではないが、運動型等明らかに違った目的でやろうとする人々のコストを高めるという機能はあり、最低限、その類型をはねるための少数株主権化はあるのかもしれない。
- まずなぜ訴訟委員会が余りいいアイデアではないかということを確認しておきたい。一つは、社外取締役の要件が弱くなり過ぎてしまっているということがある。また、社外取締役が入るとなぜ判断が尊重されるかということが明らでない。仮に訴訟委員会の制度を導入するなら、メンバーが請求原因との関係で完全に中立的な人である必要があるが、日本だと取締役会がかなり具体的な決定をしているので、請求原因に取締役会決定が関わっていると、社外取締役といえども訴訟委員会メンバーにはふさわしくない利害関係人になってしまいかねない。モニタリングモデルを徹底して、監督と抽象的な目標だけを決定する社外取締役だと違って来るかもしれないが、日本の現在の取締役会を前提にするとうまくいかないところがある。
- 第162回国会提出会社法案第847条第1項第2号の一般的な却下要件については、法制審において、当該訴訟を継続することの期待値で判断するのではないということにコンセンサスがあった。将来的な抑止効果も含めて意味がないということの意味している条文であるという説明があった。ただ条文はそうはっきりは読めないので、批判を免れない面はあったのかもしれない。仮にこういう却下事由を設けるにしても、それによって多くの訴訟をはねることが目的ではなく、ごくわずかな象徴的な濫訴をはねるだけでもだいぶ変わってくるので、要件を工夫することを、少なくとも現段階では放棄するべきではない。

- この訴訟がプラスになるか、マイナスになるかという話だけではなく、将来的な抑止効果も含めて判断するのだとすると、その判断はかなり難しい。法令違反系で訴えが提起されている代表訴訟の多くは株主オンブズマンによるものであると指摘する論文もあるが、一般的な抑止効果を考えた場合に、社会運動的な代表訴訟がコンプライアンス意識に寄与したのだとすると、それはそれ自体として当然排除されるべきものではない。もし第162回国会提出会社法案第847条第1項第2号のアレンジを目指すのであれば、何を除きたいのかということをもう少し具体的に詰めていって、最低限これは抜きたいというもののブラックリストを作ることができるのであれば、それはあり得る。少数株主権化によってヨーロッパではほとんど代表訴訟が起きていないことから、少数株主権化はこの三つの中では一番望ましくない対策ではないか。
- うまく愉快犯的なものをはじけるような制度があるのであれば、実務家としては非常にありがたい。
- 会社法第847条第1項ただし書を、愉快犯的な事例を念頭に置いたようなものに見直してもいいのではないか。本来起こすべき代表訴訟を起こす人を排除するような文言にならないことが必要であり、みんなが共通してこれを排除すべきだと思うものをなるべく類型化して、文言を作っていくのがいいのではないか。
- 監査役は株主から委託を受けて監査役業務をやっているわけで、株主代表訴訟という制度があることによる抑止効果に依存している。監査役としては、下手にかばうと自らが善管注意義務違反に問われるので、これは不提訴だと思えばそうやって書きし、これは提訴だろうとなればそうする。監査役が本当に本格的に法律家の意見も聞いてしたジャッジメントは尊重されてしかるべきである。経営判断に係る代表訴訟に関しては、実際にそれが認められるケースは相当少ないので、社会的コストが高く、会社にとってのコストも高く、成果はないため、余り意味がない部分が多い。一方で、不祥事等については、厳格な抑止効果を求めるべきである。
- しっかり審査した上で書かれた不提訴理由通知書であれば、担保提供命令を出していいのではないか。裁判所が担保提供命令を出しやすいように、担保提供命令に関するメルクマールを条文化すること等があり得るのではないか。
- 担保提供命令は一時期非常に積極的に出すようになったが、結果的に責任が認められた事件ですら出してしまっていてそれ以来また厳しくなった。裁判所自体が形成してきたものなので、今の実務が良くないとも言いにくい。普通のビジネスジャッジメント

でも、日本の代表訴訟だと会社が頑張っていて、結果的に、訴訟で相当な費用が現実  
に掛かっていると思われる。アメリカであれば、おそらく、そのような場合、プリー  
ディングの段階でサマリージャッジメントという形で終了し、会社はそこまで頑張る  
必要はないのではないかとと思われる。裁判所の実務の積み重ねで、ビジネスジャッ  
ジメントについては単に特損が出ているだけでは全然駄目なので、それしか主張しない  
のだったら、直ぐに請求棄却だという運用されるようになれば良いかもしれない。濫  
訴への対処について、法律で何か要件を作るというのは難しいのかもしれない、現実的  
には原告が請求原因事実を立証しなければいけないので、民事訴訟の一般原則ででき  
る話のはずだと思う。

- コンプライアンスの問題では全くなく、原告の主義主張を訴訟の場を借りて言っ  
ているような類型があったときに、それは代表訴訟で追及させるべきものなのかどうか  
ということを検討してほしい。
- 健全な意味でのリスクテイクについては、何らかの方法で、可能な限り負担が少な  
い形で対処できるという方向で検討してほしい。

以 上